

多重代表訴訟についての 研究報告

—米・仏の現地調査を踏まえて—

報告書

2012年1月

目 次

タスクフォース委員一覧	iv
前書き	v
第一編 アメリカの株主代表訴訟・多重代表訴訟	1
第1 株主代表訴訟	1
1 意義	1
2 要件	2
第2 多重代表訴訟	7
1 意義	7
2 最近の判例	8
3 要件	14
第3 補論 証券クラス・アクション	16
第二編 フランスにおける多重代表訴訟に関する議論	19
第1 はじめに	19
第2 経営管理機構	19
1 一層制と二層制の選択	19
2 実務の対応	20
第3 株主による取締役の会社に対する責任の追及手段	21
1 会社訴権の個別的行使（商法 L225-252 条）	21
2 民法の一般規定（民法 1843-5 条）	25
3 付帯私訴（刑事訴訟法 2 条）	25
第4 親会社株主による子会社取締役の対会社責任の追及の可能性	26
1 判例とその解釈	26
2 学説による多重代表訴訟導入の提唱等	36
第5 おわりに	38

第三編	アメリカ実地調査について	41
第1	調査結果の概要	41
第2	調査結果の詳細	43
1	代表訴訟	43
2	代表訴訟と証券クラスアクションとの関係	47
3	代表訴訟に関する保険	49
4	多重代表訴訟	50
5	海外訴訟	52
第四編	フランス実地調査について	57
第1	調査結果の概要	57
第2	調査結果の詳細	58
1	多重代表訴訟	58
2	代表訴訟	60
3	フランス法の理念	62
第五編	代表訴訟制度改正への提言	63
第1	はじめに	63
第2	法制審議会の提案及び提案に対する検討の概要	64
第3	多重代表訴訟を導入する必要性が認められるか	70
1	多重代表訴訟は国際標準か	70
2	持株会社化への対応策として多重代表訴訟が必要か	73
3	親子間で提訴懈怠可能性があるか	79
4	多重代表訴訟が内部統制に資するか	81
5	従前の法改正経緯に鑑みて代表訴訟の強化が必要か	83
6	親会社株主を訴訟担当とすることに正当性があるか	87
7	多重代表訴訟は、会社法上の他の制度と整合的か	89
8	小括	90
第4	多重代表訴訟の弊害を防止することができるか	90

1 従業員及び会社に対して過度の負担をかけることにならないか	90
2 他国と比較して弊害防止措置が脆弱すぎるのではないか	94
3 外国子会社に対して提訴される可能性は無いか.....	97
4 M&A への悪影響はないか.....	100
5 小括.....	100
第5 提言.....	101

タスクフォース委員一覧

研究主幹

葉玉 匡美 TMI 総合法律事務所 弁護士

委員

大杉 謙一 中央大学法科大学院 教授

大塚 眞弘 株式会社日立製作所 法務本部部長

北川 浩 日本電信電話株式会社 総務部門法務担当部長

小足 一寿 三井住友トラスト・ホールディングス コンプライアンス統括部兼
法務部部付部長（住友信託銀行 コンプライアンス統括部長）

小林 一郎 三菱商事株式会社 法務部化学品チームリーダー

小松 岳志 森・濱田松本法律事務所 弁護士

島岡 聖也 株式会社東芝 法務部長

清水 円香 立命館大学法学部 准教授

長谷川 顕史 新日本製鐵株式会社 総務部国内法規グループ・マネジャー

松井 秀征 立教大学法学部・法務研究科 教授

三輪 哲仁 トヨタ自動車株式会社 法務部主査

八木 あゆみ TMI 総合法律事務所 弁護士

弥永 真生 筑波大学ビジネス科学研究科 教授

山田 純子 甲南大学法科大学院 教授

阿部 泰久 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部長

小畑 良晴 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部主幹

和田 照子 社団法人日本経済団体連合会 経済基盤本部主幹

内林 尚久 21世紀政策研究所 研究員

第1 研究目的

2010年4月から法制審議会の会社法制部会において、会社法制の見直しについて議論が行われている。その中でも、経済界が特に注目しているのは、内容如何によっては企業グループ経営に対して大きな影響を与えかねない、多重代表訴訟の導入の議論である。そこで、21世紀政策研究所の会社法制研究会では、学会、法曹界及び経済界から委員を迎えた上で、本年度は、重点的に多重代表訴訟についての研究を行った。

日本では、アメリカ及びフランスで認められている多重代表訴訟を参考としつつ、わが国でも多重代表訴訟を導入すべきであるとの意見がある（ただし、法制審議会で導入が検討されている内容の多重代表訴訟が、アメリカにおいて有効に機能しているか疑問である上、フランスにおいては実務的に存在するかさえも疑問であることは、本報告書に記載のとおりである。）。諸外国の制度を取り入れるべきかの議論に当たっては、抽象論に止まることなく実地調査等を経て、運用実態を知ることが極めて重要である。そこで、会社法制研究会では、昨年9月にアメリカ及びフランスにおいて多重代表訴訟についての実地調査を行い、約10日間にわたり、専門家や企業担当者等にヒアリングを実施した。本報告書では、その結果報告を取りまとめた上で、代表訴訟制度改正について提言を行っている。

第2 本報告書の構成

本報告書は、大きく分けて三部構成となっている。

まず、会社法制の運用実態を理解する上で必要となる法制度について、基本的な説明を行っている。すなわち、第一編ではアメリカの法制度について、第二編ではフランスの法制度についてそれぞれ論述している。

次に、実地調査の報告であり、第三編ではアメリカについて、第四編ではフランスについてそれぞれ調査報告を行っている。アメリカ及びフランスにおける多重代表訴訟の実態等を記述しているほか、重要な点についてはヒアリングの議事録（非公開）の一部を抜粋

して記載した。なお、一部の訪問先については、仮名表記をしている。

最後に、上記の議論を踏まえた上で、第五編では代表訴訟制度改正に関する提言を行っている。

第3 結び

今回の実地調査は、TMI 総合法律事務所と提携を行っているモルガン・ルイス・バッキアス法律事務所 (Morgan, Lewis & Bockius LLP) 及びシモンズ・アンド・シモンズ法律事務所 (Simmons & Simmons LLP) の全面的な協力なくしてはなし得なかったものである。アメリカ実地調査ではモルガン・ルイス・バッキアス法律事務所の Marc J. Sonnenfeld 弁護士、フランス実地調査ではシモンズ・アンド・シモンズ法律事務所の Thierry Gontard 弁護士をはじめとして、協力をしていただいた方々には厚く御礼申し上げます。

本報告書が新たな会社法制のあり方を考える上で、参考となれば幸いである。

2012 年 1 月

21 世紀政策研究所
研究員 内林尚久

※本報告書は 21 世紀政策研究所の研究成果であり、経団連の見解を示すものではない。

第1 株主代表訴訟

1 意義

アメリカにおいて、株主代表訴訟とは、会社の株主が、当該会社に属する請求権を実現するために、当該会社に代わって提起する訴訟をいう。例えば、会社がその取締役や執行役、多数派株主の信託義務（fiduciary duty）違反により損害を被った場合、当該会社が当該取締役等に対して取得する損害賠償請求権を実現するために訴訟を提起するか否かの決定は、会社の業務執行に関する決定として、取締役会の権限に属する。しかし、取締役会は利益相反や怠慢によって違反行為を是正しないことがありうる。そこで、当該会社の株主が当該会社に代わって訴訟を提起することが判例法において認められてきた¹。このような株主代表訴訟は、取締役等の違反行為を是正および予防し、少数派株主および会社の他の利害関係者を保護するための重要な救済および抑止の手段であると考えられている²。

しかし、実際には、原告および原告弁護士が個人的利益（とりわけ弁護士報酬³）を追究するために濫用的に株主代表訴訟を提起することが多いと言われている。そこで、濫訴を防止するため、かつ、上記のような株主代表訴訟の性質を反映して、同時保有要件、継続保有要件、提訴請求要件等の株主代表訴訟の要件が判例法において確立されてきた。現在では、それらのうちの多くが、連邦民事訴訟規則ならびに州の会社法および裁判所規則によって明文化されている⁴。

¹ 13 WILLIAM MEADE FLETCHER ET AL., FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS § 5940 (perm. ed., rev. vol. 2004); JESSE H. CHOPER ET AL., CASES AND MATERIALS ON CORPORATIONS 825-826 (7th ed. 2008).

² CHOPER ET AL., *supra* note 1, at 826.

³ 株主代表訴訟により会社が実質的な利益を得た場合、原告は、原則として、会社に対して、弁護士報酬を含む相当額の費用の支払を請求することができる (13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 6044)。

⁴ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5940. アメリカの上場会社の 6 割近くがデラウェア州において設立されていることや、会社の内部関係（internal affairs）については、原則として、当該会社の設立州の法が適用されること等から、アメリカにおいては、デラウェア州法の適用が問題となることが多い。そこで、以下では、主として、デラウェア州法上の株主代表訴訟について紹介する。

2 要件

(1) 原告適格

デラウェア州において、株主代表訴訟を提起するためには、原告は、原則として、問題とする取引の時に、会社の株主でなければならない（同時保有要件〔contemporaneous ownership requirement〕）⁵。取引を知った者が訴訟を提起するために会社の株式を取得することを防止するためであり、取引の後に会社の株式を取得した者は、当該取引によって当該会社が被った損害を反映した価格で当該株式を取得していると考えられるからである⁶。

また、原告は株主代表訴訟の提起時に会社の株主であるだけでなく、当該訴訟の係属中も当該会社の株主でなければならないと解されている（継続保有要件〔continuous ownership requirement〕）⁷。元株主に株主代表訴訟の追行を認めると、株主代表訴訟においては、救済を受けるのは原告ではなく会社であり、元株主は勝訴しても利益を得ることがないため、元株主は自らに個人的利益を与えるような不適切な和解の交渉を行うインセンティブを有するおそれがある。そこで、原告がすべての株主の利益を適切に代表することを確保するために、このような要件が課されているのである⁸。

したがって、例えば、A社の株主Bが、A社に属する請求権について株主代表訴訟を提起した後または提起する前に、A社を消滅会社とする合併によってA社の株主でなくなった場合、①合併自体が詐欺の主張の対象である場合または②合併が実質的に企業に対するBの株式保有に影響を与えない組織再編である場合を除き、Bは株主代表訴訟を追行することができなくなる⁹。しかし、後述のように、BがA社をC社の完全子会社とする合併によってC社の株主となった場合、上記①または②の例外に該当しないときであっても、BはA社に属する請求権について多重代表訴訟を提起する

⁵ デラウェア会社法 327 条は、会社の株主によって提起される代表訴訟においては、訴状において、原告が自己が訴える取引の時に当該会社の株主であったこと、または原告の株式がその後に法の作用によって自己に帰属したことが主張されなければならないと規定している。また、デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条 (a) 項前段は、会社または法人格のない社団が正当に主張されうる権利を実現することを怠っていた場合に当該会社または当該社団の 1 人もしくは複数の株主または構成員によって提起される代表訴訟においては、訴状において、原告が自己が訴える取引の時に株主もしくは構成員であったこと、または原告の株式または持分がその後に法の作用によって自己に帰属したことが主張されなければならないと規定している。

⁶ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5981.10.

⁷ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5981.30.

⁸ STEPHEN M. BAINBRIDGE, CORPORATE LAW, 196 (2nd ed. 2009).

⁹ Lewis v. Anderson, 477 A. 2d 1040, 1046-1947 (Del. 1984).

ことができると解されている¹⁰。

(2) 提訴請求要件

ア 原則

デラウェア州において、株主代表訴訟を提起するためには、原告は、原則として、訴訟の提起に先立ち、取締役会に対して、問題とする取引について訴訟を提起するよう請求しなければならない¹¹。会社に属する請求権について訴訟を提起するか否かの決定は、取締役会の権限に属するため、株主は、訴訟の提起に先立ち、会社内部の救済手段を尽くすこと、すなわち訴訟を提起するか否かについて取締役会に判断の機会を与えることを要求されるのである¹²。

イ 提訴請求が免除される場合

(ア) 無益性の審査基準

ただし、デラウェア州においては、提訴請求が無益 (futile) である場合、提訴請求が免除される¹³。裁判所は、提訴請求の無益性の審査にあたり、その裁量を適切に行行使して、主張される具体的事実に基づき、①過半数の取締役が利害関係を有しておらずかつ独立していること、または、②問題とされる取引が経営判断の正当な行使の結果であることにつき、合理的な疑いが生じているか否かについて判断しなければならないと解されている (アロンソン・テスト)¹⁴。

上記①の「利害関係を有して」いるとは、「対立する二者への忠誠心 (divided loyalties)」が存在する場合、または、取締役が問題とされる取引から株主が平等に与ることのできない個人的な経済的利益を得ているまたは得る権利を有している場合をいう¹⁵。

上記①の「独立している」とは、取締役の決定が、会社の外部の事情や影響に

¹⁰ Lewis v. Ward, 852 A. 2d 896, 906 (Del. 2004) (本稿第 2 の 2(3)); Lambrecht v. O'Neal, 3 A. 3d 277, 282-283 (Del. 2010) (本稿第 2 の 2(4)).

¹¹ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5963. デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条(a)項後段は、訴状において、原告が自らの望む行為を取締役会またはそれに相当する機関に行わせる努力をしたときはその旨が、当該行為を行わせることができなかつたとき…はその理由が、具体的に主張されなければならないと規定している。

¹² 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5963,

¹³ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5965. デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条(a)項後段は、訴状において、原告が自らの望む行為を取締役会またはそれに相当する機関に行わせる努力を…しなかつたときはその理由が、具体的に主張されなければならないと規定している。

¹⁴ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 814 (Del. 1984); Rales v. Blasband, 634 A.2d 927, 933 (Del. 1993) (本稿第 2 の 2(2)).

¹⁵ Pogostin v. Rice, 480 A.2d 619, 624 (Del. 1984).

基づいてではなく、取締役会に上程された事項についての是々非々の判断に基づいている場合をいう¹⁶。違反行為者が会社の過半数の株式を保有することを証明するだけでは、取締役の独立性および取締役の行為が誠実かつ会社の最善の利益となるようになされたことの推定を覆すことはできず、支配に加えて、個人的またはその他の関係を通じて取締役が支配者に対して恩義を受けていることを示す事実をも主張しなければならないと解されている¹⁷。問題とされる取引を承認したことにより個人的責任を追及されるおそれがあるというだけでは（当該取引が明らかに極めてひどいものであるため、取締役会の承認が経営判断原則を満たすことができず、取締役が責任を負う可能性が相当大きい場合がまれには存在するとしても）、取締役が独立していることまたは利害関係を有していないことを争う根拠として十分ではないと解されている¹⁸。

上記②の「問題とされる取引が経営判断の正当な行使の結果である」というテストは、問題とされる取引およびそれについての取締役会の承認の実体面に焦点をあわせるものである¹⁹。しかし、提訴請求について検討している取締役会が株主代表訴訟において問題とされる経営上の決定を行わなかった場合には、このようなテストによる審査を行うことができない²⁰。そこで、このような場合には、裁判所は、原告の訴状の具体的事実の主張が、当該訴訟の提起時において、取締役会が提訴請求に応答するにあたり、独立したかつ利害関係を有しない経営判断を適切に行使することができたことにつき、合理的な疑いを生じさせたか否かについて判断しなければならないと解されている（レールズ・ルール）²¹。

提訴請求の無益性を根拠付ける具体的事実を証明する責任は原告に課されている。しかし、原告は、この段階では、開示手続（discovery）を利用して会社や取締役等から情報を収集することはできないと解されている²²ため、上記のような証明をすることは実際上必ずしも容易ではない。

(イ) 実際の運用

¹⁶ Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805, 816 (Del. 1984).

¹⁷ *Id.* at 815.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Pogostin v. Rice, 480 A.2d 619, 624 (Del. 1984).

²⁰ Rales v. Blasband, 634 A.2d 927, 933-934 (Del. 1993) (本稿第2の2(2)).

²¹ *Id.* at 934.

²² *Id.*

デラウェア州においては、原告が提訴請求をすると、提訴請求の無益性を根拠付ける事実を欠くことを黙示的に認めたこととなり、原告は提訴請求の無益性を主張することができなくなると解されている²³。そのため、実際には、ほとんどの場合、原告は提訴請求をすることなく株主代表訴訟を提起し、会社が提訴請求を欠くこと理由として訴え却下の申立てをすると、原告は提訴請求の無益性の抗弁を行うようである²⁴。

ウ 提訴請求が免除されない場合

提訴請求が免除されない場合、原告が提訴請求をすることなく株主代表訴訟を提起することは、理論的には、再訴不可能な訴え却下（dismissal with prejudice. 棄却に相当する）の理由となる。しかし、実際には、裁判所は、手続を一時的に停止させるか、または再訴可能な訴え却下（dismissal without prejudice）をすることとどめ、原告はその間に提訴請求をするようである²⁵。

原告が提訴請求をした場合、取締役会は通常提訴請求を拒絶すると言われている²⁶。取締役会が提訴請求を拒絶した場合、提訴請求拒絶の決定が不当でない限り、株主は株主代表訴訟を提起することができなくなると解されている²⁷。そのため、原告は当該決定が不当であったと主張して株主代表訴訟を提起することとなる。裁判所は、当該決定が不当であったか否かの審査にあたり、当該決定に経営判断原則を適用すると解されている²⁸。したがって、当該決定が正当な経営判断の行使であるとの推定を覆す事実を証明する責任が原告に課されることとなる。しかし、原告は、この段階では、開示手続を利用して会社や取締役等から情報を収集することはできないと解されている²⁹ため、原告が上記のような証明をすることは實際上相当困難である³⁰。

(3) 特別訴訟委員会の決定に基づく訴え却下の申立て

提訴請求が免除された場合、会社による訴え却下の申立ては認められず、正式事実審理（trial）に移行し、それに伴い被告側の負担が増えるため、実際には和解が成立

²³ Spiegel v. Buntrock, 571 A. 2d 767, 775 (Del. 1990).

²⁴ カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』127頁（有斐閣、2009）。

²⁵ BAINBRIGE, *supra* note 8, at 210.

²⁶ *Id.* at 211.

²⁷ Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A. 2d 779, 784 (Del. 1981).

²⁸ *Id.* at 784 n.10.

²⁹ Scattered Corporation v. Chicago Stock Exchange, 701 A. 2d 70, 77 (Del.1997).

³⁰ ミルハウプト・前掲注（24）128頁。

することが多いようである³¹。しかし、取締役会が、和解による解決を選択せず、独立したかつ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を設置し、当該委員会が、調査の結果に基づき、株主代表訴訟は会社の最善の利益とならないから、会社は訴え却下の申立てをすべきであるとの決定（勧告）を行うこともある。このような場合に、裁判所が、会社による訴え却下の申立ての審査にあたり、特別訴訟委員会の決定をどの程度尊重すべきかが問題となる。

この点について、デラウェア州においては、次のような2段階のテストが適用されると解されている。すなわち、①第1に、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える根拠について検討しなければならない。会社は独立性、誠実性および合理的な調査がなされたことを証明する責任を負う。裁判所は、委員会が独立しており、誠実な調査結果および勧告の合理的な根拠を示していると判断した場合には、その裁量により、次の段階に進むことができる。②第2段階において、裁判所は、自らの独立した経営判断（own independent business judgment）を適用して、訴え却下の申立てが認められるべきか否かについて判断しなければならない。衡平法裁判所は、適切である場合には、会社の最善の利益に加えて、法律問題や公序に対しても、特別の考慮を払わなければならない（ザパタ・テスト）³²。

このように、提訴請求が免除された場合であっても、一定の要件の下に、特別訴訟委員会の決定が尊重され、訴え却下の申立てが肯定される可能性がある。

(4) 被告適格

株主代表訴訟の対象である請求権の相手方である限り、会社の取締役および役員だけでなく、多数派株主その他の第三者も、被告となりうる。株主代表訴訟においては、救済³³を受けるのは会社であるため、会社は不可欠当事者（indispensable party）であると解されており、原告と対立する者が会社を支配しているような場合（例えば、取締役会が提訴請求を拒絶する場合や提訴請求が無益である場合）には、名目上の被告とされる³⁴。

³¹ ミルハウプト・前掲注（24）128頁。

³² Zapata Corp. v. Maldonado, 430 A. 2d 779, 788-789 (Del. 1981). もっとも、これまでのところ、第2段階のテストに進んだ例は非常にまれであると言われている（ミルハウプト・前掲注（24）127頁）。

³³ 株主代表訴訟による救済は、金銭賠償だけでなく、差止命令、契約の解除・取消し、特定履行等にも及ぶ（13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 6029）。

³⁴ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § § 5987.10, 5997.

第2 多重代表訴訟

1 意義

アメリカにおいて、多重代表訴訟とは、親会社の株主が、子会社または孫会社に属する請求権を実現するために、子会社または孫会社に代わって提起する訴訟をいう³⁵。

多重代表訴訟は判例法において認められてきた制度であり³⁶、多重代表訴訟を基礎付ける理論については議論があるものの、多重代表訴訟に関する判例法は1950年代までには確立したとも言われている³⁷。

多重代表訴訟を基礎付ける理論としては、①親会社と子会社の法人格の異別性を否認し、両会社を、多重代表訴訟の原告がその株主である単一の企業体（entity）として扱うことにより、多重代表訴訟の提起を認める見解（法人格否認の法理）、②損害を被った会社とその株主である会社の双方が損害を加えた者によって支配されている場合、その者は両会社に対する支配権に基づき、損害を被った会社による直接の訴訟の提起およびその株主である会社による株主代表訴訟の提起を妨害することができるため、権利侵害が是正されないままとなるおそれがあるとの理由により、多重代表訴訟を認める見解（共通支配理論）、③信認義務理論に基づき、④親会社と子会社との間および親会社の株主と親会社との間には、それぞれ信認関係が存在し、多重代表訴訟において、親会社の株主は、第1の信認関係の受認者である子会社がその受益者である親会社に対して負う義務から生じる権利を実現するために訴訟を提起しているとする見解（二重信認理論）、⑤株主代表訴訟提起権は、親会社が受認者としてその株主のために保有している一種の資産であり、親会社がその実現を不当に拒むと、そのことは、親会社の資産の浪費となり、かつ、親会社の株主に対する信認義務違反ともなるため、親会社の株主は多重代表訴訟によって株主代表訴訟提起権を実現することが認められるとする見解（訴権資産説）、⑥これらの見解のいずれにも難点があるとし、通常の株主代表訴訟の場合と同様

³⁵ 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § § 5939, 5977; HARRY G. HENN & JOHN R. ALEXANDER, *LAW OF CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES* 1056 (3rd ed. 1983).

³⁶ 親会社の株主が、子会社に属する請求権について二重代表訴訟を提起することだけでなく、孫会社に属する請求権について三重代表訴訟を提起すること（*See, e.g., Kaufman v. Wolfson*, 132 F. Supp. 733, 735 (S. D. N. Y. 1955)）も、判例法において認められている。

³⁷ 山田泰弘『株主代表訴訟の法理—生成と展開—』265-272頁（信山社、2000）、柴田和史「二段階代表訴訟」岩原紳作＝神田秀樹編著『竹内昭夫先生追悼論文集・商事法の展望—新しい企業法を求めて』491-507頁（商事法務研究会、1998）参照。

に、損害填補と違反行為の抑止という政策的目的に資すること（多重代表訴訟によって子会社が損害を回復すれば、親会社の株主も間接的に損害を回復すること、および、株主構成が閉鎖的である子会社の取締役は、敵対的買収による支配権の喪失や委任状合戦を恐れる必要がないため、多重代表訴訟が子会社の取締役の違反行為に対する唯一の現実的な牽制手段となること）を理由として、多重代表訴訟を認める見解等が主張されている³⁸。

なお、少数説ではあるが、多重代表訴訟を否定する理論として、親会社の取締役会が子会社に属する請求権について訴訟を提起することを拒絶した場合、親会社の株主は親会社の取締役に対して信託義務違反を理由として通常の代表訴訟を提起することができるから、多重代表訴訟は不要であるとする見解等がある³⁹。

2 最近の判例⁴⁰

多重代表訴訟の現状を把握するため、以下では、1980年代以降に多重代表訴訟が急激に発展したと言われている⁴¹デラウェア州の多重代表訴訟に関する判例を紹介する。

(1) Sternberg v. O'Neil, 550 A. 2d 1105 (Del. 1988)

[事実の概要]

G社（オハイオ州で設立され、デラウェア州で外国会社として営業することを認められた会社）の株主Sは、G社およびG社の完全子会社であるR社（デラウェア州で設立された会社）の取締役および執行役に対して、放送免許の更新拒絶の原因となった連邦通信委員会に対する報告の懈怠等の不適切な業務執行により信託義務に違反したと主張して、二重代表訴訟を提起した。デラウェア州衡平法裁判所は、R社の取締役以外の個人被告およびG社に対する対人管轄権の根拠が訴状において主張されていないこと、および、G社が不可欠当事者であることを理由として、すべての被告について訴えを却下した。そこで、Sがデラウェア州最高裁判所に上訴した。本判決は、次のように述べて、二重代表訴訟が認められることをデラウェア州最高裁判所として

³⁸ 詳細については、David W. Locascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 NW. U. L. REV. 729, 743-759 (1989)；柴田・前掲注(37) 507-515頁、山田・前掲注(37) 272-275頁参照。

³⁹ Locascio, *supra* note 38, at 735-743.

⁴⁰ 最近の判例については、小林一郎「デラウェア州判例が示す多重代表訴訟の実像と日本法への導入の限界」商事1943号40-43頁(2011)、北川浩「多重代表訴訟導入に対する問題意識—海外子会社に関する議論の必要性を中心に—」商事1947号27-29頁(2011)参照。

⁴¹ 柴田・前掲注(37) 492頁。

初めて明らかにしたうえで、原判決を一部（G 社、R 社および R 社の取締役である非居住の個人に対する S の訴えを却下した部分）破棄した。

[判旨]

「二重代表訴訟とは、親会社または持株会社の株主により子会社に代わって提起される代表訴訟である。…対象となる権利侵害は、親会社が直接受けたものだけでなく、子会社が権利侵害を受けたことによって親会社が間接的に受けたものをも含む。」

「子会社を被告とする多重代表訴訟においては、親会社は不可欠当事者である。訴訟の対象である会社の被った損害の賠償の効果が親会社に及ぶからである。」

「G 社による R 社株式の保有は、G 社に対するデラウェア州裁判所の特定の管轄権の行使を認めるに十分なデラウェア州との最小限の接触である。」「当裁判所は、デラウェア州の会社の取締役でない非居住の個人被告に対する S の訴えを対人管轄権を欠くことを根拠として却下した衡平法裁判所の決定を維持する。…しかし、当裁判所は、デラウェア州の会社である R 社の取締役である非居住の個人被告については反対の結論に至った。」

(2) *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927 (Del. 1993)

[事実の概要]

E 社は、B が E 社の株主であった 1988 年に行われた上位劣後債の公募によって調達された資金の一部でジャンク債を購入したが、その値下がりによって多額の損害を被った。1990 年に行われた合併によって E 社は D 社の完全子会社となり、B は E 社の株式と引換えに D 社の株式を取得した。1991 年に、B は、R1、R2（R 兄弟）および上記公募時の E 社の取締役および執行役に対して、上記公募によって調達された資金の一部で目論見書の記載に反してジャンク債を購入したことにより信認義務に違反したと主張して、D 社に代わって（D 社を名目上の被告として）株主代表訴訟を提起した。R 兄弟は、合併前からの E 社の取締役であり、合併前の E 社の普通株式の約 52%を、本件当時の D 社の普通株式の約 44%を保有していた。上記訴訟の提起時の D 社の取締役は、R1、R2、S1、EH、C、K、S2 および L であり、R 兄弟および C は、違反行為時の E 社の取締役でもあった。本件当時、S1 は、D 社の社長兼 CEO であり、その年俸は約 100 万ドルであった。R1 は D 社の取締役会議長であり、R2 は D 社の執行委員会議長であった。EH は、R 兄弟がその取締役でありかつ間接的な支配権を有している W 社の社長で、その年俸は約 30 万ドルであった。EH の二人の兄弟

は W 社の副社長であった。デラウェア地区連邦地方裁判所は、デラウェア州法を適用して、B が原告適格を欠くこと理由として、訴えを却下した。そこで、B が上訴した。第 3 巡回区連邦控訴裁判所 (Blasband v. Rales, 971 F. 2d 1034 (3d Cir. 1992)) は、次のように述べて、B の原告適格を認め、原決定を取り消し、B が提訴請求の無益性について主張し、E 社を本件訴訟の当事者として追加するために訴状の変更の申立てをすることを許可した。「B は、訴状で主張される権利侵害を是正するために訴訟を提起する第 1 次的な権利を有する E 社の親会社である D 社の株式を保有し続けており、本件訴訟に間接的な経済的利害を有している。したがって、B は、二重代表訴訟の原告が継続保有要件を満たしているのと同程度に継続保有要件を満たしている。」⁴²

B が訴状の変更をしたところ、R1 らが訴え却下の申立てをしたことから、デラウェア地区連邦地方裁判所から、デラウェア州最高裁判所に対して、通常の株主代表訴訟でも、二重代表訴訟でもない、この新種の訴訟の場面において、B が、デラウェア州の実体法に従い、デラウェア州の会社である D 社の取締役会に対する提訴請求が免除されることを示す事実を主張したかという問題について意見照会 (certification) の手続がとられた。本判決は、次のように述べて、提訴請求について検討している取締役会が当該訴訟において問題とされる経営上の決定を行わなかった場合 (例えば、本件のような二重代表訴訟において親会社の取締役会に対して提訴請求がなされた場合) における提訴請求の無益性の審査基準として、いわゆるレールズ・ルールを明らかにした。

[判旨]

「本件のような二重代表訴訟において、親会社の株主は、子会社に属する請求権について損害賠償を求めている。」

「本件訴訟において、[D 社の] 取締役会は、B によって問題とされる取引を承認しなかった。…アロンソン事件判決の場面および理由付けと首尾一貫させるためには、裁判所は、提訴請求の無益性に関するアロンソン・テストを、提訴請求について検討している取締役会が株主代表訴訟において問題とされる経営上の決定を行わなかった

⁴² 第 3 巡回区連邦控訴裁判所が、株式を対価とする合併によって完全親会社の株主となった合併後の完全子会社の元株主に当該完全子会社に属する請求権について株主代表訴訟の原告適格を認めた点について、本判決 (2) 判決は、意見照会の対象外であったため、意見を差し控えたが (634 A. 2d 927, 931 n. 5)、下記 (3) 判決は、上記第 3 巡回区連邦控訴裁判所判決がルイス事件判決 (Lewis v. Anderson) の判断と矛盾しているとしたデラウェア州衡平法裁判所の判決を引用し、ルイス事件判決の立場を再確認した (852 A. 2d 896, 903-904)。

場合には、適用すべきではない。このような状況は、3つの主要なシナリオにおいて生じうる。(1)経営上の決定がある会社の取締役会によってなされたが、当該決定をした取締役の過半数が交替した場合、(2)株主代表訴訟の対象が取締役会の経営上の決定でない場合、および(3)ここにおけると同様、問題とされる決定が他の会社の取締役会によってなされた場合である。」

「このような状況においては、…裁判所は、株主代表訴訟の株主の訴状の具体的事実の主張が、当該訴訟の提起時において、取締役会が提訴請求に応答するにあたり、独立したかつ利害関係を有しない経営判断を適切に行使することができたことにつき、合理的な疑いを生じさせているか否かについて判断しなければならない。代表訴訟の原告がこの責任を果たした場合、提訴請求は無益なものとして免除される。」

「二重代表訴訟の原告は、子会社の取締役会に対する提訴請求が無益であることを証明するために、アロンソン・テストを満たすことをなお要求される。」

「R兄弟およびCがそのような〔提訴請求についての〕決定について経済的利害を有していないこと、ならびに、S1およびEHがR兄弟と関連のある法人との彼らの雇用契約に照らして独立して行為することができたことについて、合理的な疑いが存在することに鑑みて、当裁判所は、Bの変更後の訴状の主張が、〔D社の〕取締役会に対する提訴請求が免除されることを証明していると判断する。したがって、意見照会の手続がとられた問題に対して、肯定の回答がなされる。」

(3) Lewis v. Ward, 852 A. 2d 896 (Del. 2004)

[事実の概要]

A社の株主であったLは、A社とその多数派株主であるC社と間の融資取引の条件が不公正であったと主張して、A社に代わって株主代表訴訟を提起した。ところが、当該訴訟の係属中に、A社をK社の完全子会社とする合併が行なわれ、Lの保有するA社株式はK社株式の交付を受ける権利に転換された。そこで、被告らは、Lは既にA社の株主ではなく、原告適格を欠くと主張して、訴え却下の申立てをした。デラウェア州衡平法裁判所は、被告らの申立てを認め、ルイス事件判決(Lewis v. Anderson)の一般原則に対する「詐欺の例外」に該当する事実を主張するために訴状の変更をすることをLに許可した。Lは訴状の変更をしたが、デラウェア州衡平法裁判所は、Lは「詐欺の例外」を満たすに足りる事実を主張していないとの理由により、Lの原告適格を否定し、変更後の訴えについて再訴不可能な却下をした。そこで、Lがデラウェア

ア州最高裁判所に上訴した。本判決は、次のように述べて、株式を対価とする合併によって完全親会社の株主となった合併後の完全子会社の元株主が、当該完全子会社に属する請求権について、株主代表訴訟を進行することができなくなることを、および、二重代表訴訟を提起することができることを明らかにした。

[判旨]

「合併によって会社の株主としての原告の地位が失われる場合、通常、原告が当該会社に代わって株主代表訴訟提起権を行使する資格も失われる。株主代表訴訟提起権は法の作用によって存続会社に移転し、当該会社の取締役会のみが当該訴訟を進行する権利および資格を有することとなる。したがって、本件において、当裁判所は、ルイス事件判決（Lewis v. Anderson）の一般原則およびその2つの例外を再確認する。」

「変更された訴状は、A社の取締役会がK社との合併の構成を指図したこと、または、A社の取締役会がK社との合併を承認した時に、原告の株主代表訴訟提起権について検討したことさえも、主張していない。このような主張を欠く以上、A社およびK社が合併を逆三角合併として構成することを選択した事実のみでは、当該合併が公開会社としての地位を失った会社の株主から株主代表訴訟の原告適格を失わせるためだけに計画された詐欺であったと推論する合理的な根拠を提供していないと衡平法裁判所が判断したことは適切である。」

「本件において、原告は、株主代表訴訟提起権を行使するための救済手段を欠いていなかった。それどころか、衡平法裁判所が正しく認識しているように、原告は、合併後の二重代表訴訟を提起することができたにもかかわらず、そのような訴訟を提起する試みをしなかった。」

「衡平法裁判所の判決は維持される。」

(4) Lambrecht v. O'Neal, 3 A.3d 277 (Del. 2010)

[事実の概要]

M社の株主であったL1およびL2は、M社の取締役および執行役に対して、M社を債務担保証券の引受けに参加させたことおよびモーゲージ関連事業についてのリスクに関する警告を無視したことにより信認義務に違反した等と主張して、それぞれ株主代表訴訟を提起した。ところが、その後の合併によってM社はB社の完全子会社となり、Lらの保有するM社株式はB社株式と交換された。そこで、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、Lらが原告適格を失ったことを理由として、再訴可能な訴

え却下をした。L1 が最初の訴訟を二重代表訴訟として再訴答し、L2 が新たに二重代表訴訟を提起したところ、被告らが、訴え却下の申立てをしたことから、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所から、デラウェア州最高裁判所に対して、デラウェア州法に基づく二重代表訴訟の原告であり、合併前の被買収会社の株主であったが、株式を対価とする合併によって合併後の親会社の現在の株主となった者が被買収会社における主張される違反行為の時に、①原告が買収会社の株式を有していたこと、および、②買収会社が被買収会社の株式を有していたことをも証明する必要があるかという問題について意見照会の手続がとられた。本判決は、次のように述べて、二重代表訴訟の性質、および、株式を対価とする合併によって完全親会社の株主となった合併後の完全子会社の元株主が当該完全子会社に属する請求権について二重代表訴訟を提起する場合の原告適格について明らかにした。

[判旨]

「その性質からして、二重代表訴訟は、全株式を保有されているかまたは過半数の支配を受けている子会社に属する請求権を実現するために、親会社の株主によって提起される訴訟である。そのような請求権については、通常、取締役会を通じて行為する親会社のみがそれを実現する権限を与えられている。しかし、親会社の取締役会が子会社の請求権を行使するか否かに関して公平な経営判断をなしえないことが証明される場合が生じうる。そのような場合、親会社の株主は、親会社に代わって、すなわち二重に代位して (*double derivatively*)、当該請求権を実現することが認められるのである。」

「二重代表訴訟は、一般に、2つの別個の種類に分けられる。第1は、子会社レベルでの主張される違反行為の時に既存の完全子会社を有している親会社に代わって、最初から二重代表訴訟として提起される訴訟である。この種類においては、合併が介在することはない。第2の種類は、訴訟が最初はある会社に代わって通常の株主代表訴訟として提起されるが、当該会社がその後行なわれる株式を対価とする合併によって他の会社を買収されるような事例を含む。」

「スターンバーグ事件判決 (*Sternberg v. O'Neil*) は、このタイプ [第1の種類] の事例の典型例である。」「ルイス事件判決 (*Lewis v. Ward*) および本件は、[第2の種類] の訴訟の] 2つの例である」。

「B社はその(合併後の)子会社であるM社の100%の株式を保有しているのであ

るから、B社をM社の少数派株主であるかのように扱い、M社の合併前の請求権を実現するために代位して訴えることをB社に要求する法的または論理的な根拠はない。自己の取締役会または授権された執行役を通じて行為するB社は、自己の単独株主たる地位のみによって、その完全子会社であるM社の合併前の請求権を実現するのに必要なことをM社に行わせるために、直接的な支配権を行使する権限および資格を与えられている。この目的を達成するために、B社が保有していなければならないM社の唯一の株式は、B社が合併によって取得したものである。」

「二重代表訴訟において、Lらの資格はB社の地位に基づいている。すなわち、彼らは、M社の合併前の請求権を行使するというM社の100%の株主としてのB社の合併後の権利を実現しようとしているのである。B社が主張される違反行為の時にM社の株式を保有していたことを要求されないのと同様に、Lらもその時にB社の株式を保有していたことを要求されない。Lらは、彼らがB社に代わって二重代表訴訟を提起しようとする時にB社の株式を保有していれば足りる。」

「当裁判所は、意見照会の手続がとられた問題に対して、否定の回答をする。」

3 要件

(1) 原告適格

A社の株主にB社に属する請求権について多重代表訴訟の原告適格が認められるためには、A社がB社の完全親会社である必要はないと解されており⁴³、完全親会社でないA社の株主に多重代表訴訟の原告適格が認められた例がある⁴⁴。しかし、A社の株主にB社に属する請求権について多重代表訴訟の原告適格が認められるためには、A社がB社に対して支配権を有していることは必要であるとする見解が多く⁴⁵、A社がB社に対して支配権を有していないことを理由として、A社の株主に多重代表訴訟の原告適格が認められなかった例がある⁴⁶。ただし、A社がB社に対して支配権を有していないが、両会社が違反行為者によって支配されている場合に、A社の株主に多

⁴³ 1 PHILLIP. I. BLUMBERG, BLUMBERG ON CORPORATE GROUPS § 44.02 (2nd ed. 2007).

⁴⁴ See, e.g., *Carlin v. Brownfield*, 1985 Ohio App. LEXIS 8141, at *9-*10 (Ohio Ct. App. 1985) (A社の保有するB社株式の持株比率が約98%); *Craftsman Finance & Mortgage Co., Inc., v. Brown*, 64 F. Supp. 168, 176 (S.D.N.Y. 1945) (A社の保有するB社株式の持株比率が50%、2名の被告の保有するB社株式の持株比率が50%).

⁴⁵ 1 BLUMBERG, *supra* note 43, § 44.03 ; 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5977.

⁴⁶ See, e.g., *Pessin v. Chris-Craft Industries, Inc.*, 181 A.D.2d 66, 72-73 (N.Y. App. Div. 1992) (A社の保有するB社株式の持株比率が42%).

重代表訴訟の原告適格が認められた例がある⁴⁷。

デラウェア州においては、B社の株主CがB社をA社の完全子会社とする合併によってA社の株主となった場合、CはB社に属する請求権について二重代表訴訟を提起することができるが、その場合、Cは当該訴訟の提起時にA社の株主であれば足りると解されている⁴⁸。

(2) 提訴請求要件

多重代表訴訟の原告は、多重代表訴訟の提起に先立ち、親会社および子会社の双方の取締役会に対して提訴請求をしなければならないと一般に解されている⁴⁹。ただし、デラウェア州においては、ランブレヒト事件判決⁵⁰後は、完全子会社に属する請求権について提起された二重代表訴訟の原告は、完全親会社レベルでのみ提訴請求の無益性を証明するかまたはデラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条の要件を満たせばよいと解されており⁵¹、実務上そのような取り扱いが定着しているようである⁵²。

二重代表訴訟において、親会社の取締役会に対する提訴請求が無益なものとして免除されるためには、二重代表訴訟の原告の訴状の具体的事実の主張が、当該訴訟の提起時において、親会社の取締役会が提訴請求に応答するにあたり、独立したかつ利害関係を有しない経営判断を適切に行使することができたことにつき、合理的な疑いを生じさせなければならないと解されている⁵³。原告が上記のような証明をすることは實際上必ずしも容易ではない⁵⁴。

(3) 被告適格

多重代表訴訟の対象である請求権の相手方である限り、子会社の取締役および役員だけでなく、多数派株主その他の第三者⁵⁵も、多重代表訴訟の被告となりうる。親会

⁴⁷ See, e.g., *United States Lines, Inc. v. United States Lines Co.*, 96 F. 2d 148, 150-151 (2d Cir. 1938); *Kaufman v. Wolfson*, 132 F. Supp. 733, 735 (S. D. N. Y. 1955).

⁴⁸ *Lambrecht v. O'Neal*, 3 A. 3d 277, 287-293 (Del. 2010) (本稿第2の2(4)).

⁴⁹ 1 BLUMBERG, *supra* note 43, § 44.05; 13 FLETCHER ET AL., *supra* note 1, § 5963.

⁵⁰ *Lambrecht v. O'Neal*, 3 A. 3d 277, 282, 289-290 (Del. 2010) (本稿第2の2(4)).

⁵¹ *Hamilton Partners, L. P. v. England*, 11 A. 3d 1180, 1206-1207 (Del. Ch. 2010); 小林・前掲注(40) 41頁。

⁵² See, e.g., *Hamilton Partners, L. P. v. England*, 11 A. 3d 1180, 1207 (Del. Ch. 2010); *Lambrecht v. O'Neal (In re Merrill Lynch & Co.)*, 773 F. Supp. 2d 330, 338-339 (S. D. N. Y. 2011).

⁵³ *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, 934 (Del. 1993) (本稿第2の2(2)).

⁵⁴ 本稿第1の2(2)イ(ア)、小林・前掲注(40) 42頁参照。

⁵⁵ See, e.g., *Birch v. McColgan*, 39 F. Supp. 358, 365-366 (S. D. Cal. 1941); *Goldstein v. Groesbeck*, 142 F. 2d 422, 424-425 (2d Cir. 1944).

社および子会社は不可欠当事者であると解されており⁵⁶、通常名目上の被告とされる。

第3 補論 証券クラス・アクション

アメリカにおいて、会社の取締役や執行役等の連邦証券諸法上の民事責任を追及する証券民事訴訟が提起された場合、当該取締役等の信託義務違反等に基づく責任を追及する株主代表訴訟が併せて提起されることが多い⁵⁷。証券民事訴訟は、多くの場合、クラス・アクションの形態をとる（証券クラス・アクション）⁵⁸。これは、クラス・アクションには、少額の損害を被った多数の被害者が存在する場合であっても少額請求の糾合により訴訟の提起を容易にする等のメリットがあるからである⁵⁹。連邦民事訴訟規則 23 条に基づき連邦裁判所に提起されるクラス・アクションにおいては、一定の要件⁶⁰の下に、一人または複数のクラス構成員がクラス代表者としてすべてのクラス構成員のために原告または被告として訴訟を進行し、裁判所が、当該訴訟をクラス・アクションとして承認し、クラスの範囲を確定すると、クラス構成員（一定の場合に、告知を受けて、離脱を要求した者を除く）が判決や裁判所により承認された和解等に拘束されることとなる⁶¹。

しかし、証券民事訴訟制度については、濫用の可能性が指摘され⁶²、1995 年の私的証券訴訟改革法（Private Securities Litigation Reform Act of 1995）⁶³によって、連邦裁判

⁵⁶ 1 BLUMBERG, *supra* note 43, § 44.05; Sternberg v. O'Neil, 550 A.2d 1105, 1124 (Del. 1988) (本稿第 2 の 2(1)).

⁵⁷ 当研究会におけるアメリカ実地調査結果（本報告書第三編第 2 の 2）参照。

⁵⁸ 黒沼悦郎『アメリカ証券取引法〔第 2 版〕』142 頁（弘文堂、2004）。

⁵⁹ 黒沼・前掲注（58）132 頁。

⁶⁰ ①すべての構成員の併合が現実的でないほどクラスの人数が多いこと、②クラスに共通の法律問題または事実問題があること、③クラス代表者の請求または防御がクラスの典型的な請求または防御であること、および、④クラス代表者がクラスの利益を公正かつ適切に保護することができることに加えて、④①個別の構成員による訴訟進行では、首尾一貫しない個別の判決が相手方当事者にとって矛盾する行為規範となるおそれがある場合、もしくは、⑤個別の判決が実際問題として非当事者の利益を処分することとなるか、非当事者の利益を保護する能力を実質的に損うおそれがある場合、⑥クラスに一般的に妥当する根拠によって相手方当事者が作為または不作為をしており、クラス全体に関して差止救済もしくは宣言的救済が適当である場合、または、⑦クラス構成員に共通の法律問題または事実問題が個別の構成員のみに関わる問題よりも支配的であり、公正かつ効率的な判決のために他の利用可能な方法よりもクラス・アクションが優れている場合のいずれかに該当することである（連邦民事訴訟規則 23 条(a) 項・(b) 項）。

⁶¹ 浅香吉幹『アメリカ民事手続法』37-42 頁（弘文堂、2000）参照。

⁶² 例えば、①ハイテク企業の株価が急激に下落すると、その経営者や会計士、引受人等に対して、責任の根拠の有無にかかわらず、訴訟が提起され、それらの者が不当に和解を強いられている、②最初にクラス・アクションを提起した原告がクラス代表者となり、その弁護士が主任弁護士となるという実務によって、株価が下落するときわめて短期間のうちに訴訟が提起される「裁判所への競争」が生じている等の指摘がなされていた（黒沼・前掲注（58）142 頁-143 頁）。

⁶³ 詳細については、黒沼・前掲注（58）143 頁-152 頁参照。See also, LOUIS LOSS & JOEL SELIGMAN,

所に提起される証券クラス・アクションや証券詐欺訴訟について、例えば、以下のような改正が行われた。①原告がクラス構成員となるべき者に主任原告となるための申立てをなしうることを告知した後、裁判所がクラス構成員の利益を最も適切に代表しうる者（クラスの求める救済に最大の経済的利害を有する者〔通常は機関投資家〕が最も相応しい原告であるとの推定を受ける）を主任原告として指名し、最も相応しい原告がクラスを代表する弁護士を選任しなければならないとされた。②原告弁護士に支払われる弁護士報酬・費用はクラスに現実に支払われる賠償額に対する合理的な割合を超えてはならないとされた。③原告が不実表示を主張する私的訴訟においては、訴状は、誤解を生じると主張する表示を特定し、誤解を生じる理由、不実表示に関する主張が情報および信念に基づいてなされている場合には、その信念を形成したすべての事実を特定しなければならないとされた。④上記③の要件が満たされていない場合、当該訴えは却下されるが、訴え却下の申立てがなされている間、開示手続は停止されなければならないとされた。

第二編 フランスにおける多重代表訴訟に関する議論

執筆担当者：清水円香

第1 はじめに

本編では、文献から得られる情報をもとに、親会社株主による子会社取締役の対会社責任の追及の可否に関するフランスの議論を紹介・検討する。以下では、まず、フランスにおける経営管理機構について簡単に触れ（第2）、株主が取締役の会社に対する責任を追及する手段を紹介した後（第3）、親会社株主による子会社取締役の責任追及をめぐるフランス法の議論を検討する（第4）こととする。

第2 経営管理機構

1 一層制と二層制の選択

フランス商法は、株式会社の経営管理体制として、一層制（商法 L225-17～L225-26 条、R225-15～R225-34 条¹）と二層制（L225-57～L225-93 条、R225-35～R225-60 条）の二種類を定める。各会社は、いずれかを自由に選択することができ²、二層制を選択する場合、定款にその旨を定めることとされている（L225-57 条）³。

(1) 一層制の経営管理機構

一層制の経営管理機構の下では、まず、株主総会が取締役会のメンバーを選任する（L225-18 条）。そして、取締役会は、その会長を選任し（L225-47 条）、当該会長、または、取締役会が選任するその他の自然人に業務執行権限（*direction générale*）が与えられる（L225-51-1 条）。このような者は、PDG（*Président-Directeur général*）と呼ばれる。取締役会は、業務執行を監督し、審査する職務を負う（L225-35 条参照）。このような一層制の経営管理機構は、19 世紀頃から実務において、これに近い監督形

¹ 以下、条数のみの引用は、商法の条文を指す。

² Ph. Merle, *Droit commercial Sociétés commerciales* 14^e éd., p. 424, n° 371 (2010).

³ フランスの経営管理機構について論ずる日本語文献として、鳥山恭一「フランス会社法とコーポレート・ガバナンス論」『奥島孝康教授還暦記念第一巻 比較会社法研究』479 頁以下（成文堂、1999 年）がある。

態が置かれ⁴、1940年に法律に定められたものであり⁵、フランスの伝統的な経営監督体制である。しかし、この経営管理機構の下では、取締役会の監督を受けて業務執行を行う PDG が、同時に取締役会を主宰する会長でもあるので、監督される機関が監督する機関の主宰者を兼ねることになり、取締役会の監督が十分に機能しないおそれがあることが指摘された⁶。そこで導入されたのが次の二層制の機構である⁷。

(2) 二層制の経営管理機構

この経営管理体制は、1966年にドイツ法に倣って導入されたものである⁸。この監督機構の下では、まず、株主が監査役会のメンバーを選任する (L225-71 条)。そして、監査役会が執行役会の構成員を選任し (L225-59 条)、業務執行権限はこの執行役会に与えられている (L225-58 条)。監査役会は、執行役会の業務執行に対する監督権限を有する (L225-68 条)。

(3) 会計監査役

いずれの体制を選択する場合でも、会計監査役を設置することが義務付けられる (L225-218 条参照)。会計監査役は、主に次の職務を負う。すなわち、①年次計算書類の適法性・誠実性の証明 (L823-9 条)、および、取締役会または執行役会の業務報告書や株主に送付される書類の情報の誠実性の審査 (L823-10 条)、②株主間の平等の遵守の確認 (L823-11 条)、ならびに、③職務の遂行に際し、会社の経営の存続を脅かす事実を発見した場合、当該事実を取締役会・執行役会の会長に通知し、回答がなければ、取締役会、または執行役会もしくは監査役会に審議を請求することである (L234-11 条)。

2 実務の対応

フランス国立統計経済研究院 (INSEE) の 2006 年の調査によると、株式会社 78,292 社中、一層制の機構を選択する会社が 73,004 社、二層制を選択する会社が 5,288 社であり⁹、約 93%の株式会社が伝統的な一層制の経営管理機構を選択している。そこで、

⁴ 鳥山・前掲注(3)483頁。

⁵ Merle, op. cit. (note 2), p. 425, n° 372.

⁶ Id., p. 425, n° 372; 鳥山・前掲注(3)484頁。

⁷ Merle, op. cit. (note 2), p. 536, n° 438.

⁸ Id.

⁹ フランス国立統計経済研究院 (INSEE: Institut national de la statistique et des études économiques) ホームページ < <http://www.insee.fr/fr/bases-de-donnees/default.asp?page=sirene.htm> > (last visited at 2011/12/03).

以下では、一層制の機構を選択する会社を念頭に置き、検討を進めることとする。

第3 株主による取締役の会社に対する責任の追及手段

フランスにおいて、株主が取締役の会社に対する責任を追及する手段には、次の3つのものがある。第一に、商法が定める会社訴権の個別的行使制度であり、これはわが国の株主代表訴訟制度に類似するものである。第二に、民法の一般規定に基づく方法である。第三に、刑事訴訟法上、刑事手続において取締役が訴追されている場合には、被害者である会社はその刑事手続に付帯して取締役の民事責任を追及する私訴を提起することができる（付帯私訴）制度があり、株主は会社のためにこの付帯私訴を提起することが認められている。

1 会社訴権の個別的行使（商法 L225-252 条）

(1) 序

取締役は、株式会社に適用される法令もしくは定款の違反、または業務執行においてフォート（faute）¹⁰があった場合には、会社または第三者に対して責任を負う（L225-251 条 1 項）。会社が損害を被った場合、当該会社は、会社訴権（action sociale）を行使し、訴訟において取締役の責任を追及することができる（「会社訴権の包括的行使」 action sociale *ut universi*）¹¹。その際、会社を代表して会社訴権を行使するのは他の取締役であり、同僚である取締役に対する責任追及がなされることは期待できない¹²。そこで、フランスでは、19 世紀後半から、判例において株主が会社訴権を行使して、取締役の責任を追及することが認められ（「会社訴権の個別的行使」（action

¹⁰ フォート（faute）とは、故意、懈怠（négligence）または軽率（imprudence）により、契約上の義務または他人に損害を生じさせない義務に反する態度のことを示すフランス法特有の概念であるが、その概念につきフランスでも争いがあり、その内容を示す適切な訳語を当てることが困難であることから、原語をカタカナにして用いることとする。民法上のフォートの概念につき論ずる日本語文献として、野田良之「フランス民法における faute の概念」川島武宜編『我妻先生還暦記念 損害賠償責任の研究 上』109 頁（有斐閣、1957）、飛世昭裕「フランス私法学史における『フォート』概念の成立」北法 41 巻 5=6 号 2577 以下頁（1991 年）、取締役の業務執行上のフォートにつき論ずるものとして、B. Bouloc, La faute de gestion du dirigeant social, in: Mélanges offerts à Pierre Spiteri t. 1, p. 315 (2008) がある。

¹¹ Y. Guyon, Droit des affaires t. 1 Droit commercial general et sociétés 12^e éd., p. 504, n° 462.

¹² Merle, op. cit. (note 2), pp. 488-489, n° 409.

sociale ut singuli))¹³、1966年にそれが明文化された¹⁴。現行法では、商法 L225-252 条がそれを引き継いでおり、同条は次のように規定する。すなわち、「株主は、自ら被った損害の賠償を請求する訴権に加えて、個々に、L225-120 条に定められる要件を満たす社団 (association) により、または、コンセイユ・デタ (Conseil d'État (国務院)) におけるデクレ (décret (政令)) により定められる条件の下で集団を構成することによって、取締役に対し責任を追及する会社訴権を行使することができる。原告は、その損害賠償請求が認容された場合、会社が被った全損害の損害賠償を請求する資格を有する」。

(2) 提訴資格を有する者

提訴資格を有するのは次の者である。すなわち、第一に、単独株主である。L225-252 条は、株主が個々に (individuellement) 会社訴権を行使できると規定しており、特に持株要件を課していない¹⁵。ただし、原告は、訴訟係属中、継続して株主資格を有していることが要求される¹⁶。第二に、その株式が規制市場で取引をすることを認められている会社において、2年以上株式を登録しており、かつ、議決権の5%以上¹⁷を保有する株主 (L225-120 条) により構成される、それら株主の利益を代表する社団である。そして、第三に、資本の20分の1以上¹⁸を保有する株主が代表する集団提訴 (R225-169 条) の方法がある。

集団提訴の方法が認められているのは、株式保有が分散している状況の下では、会社の損害を回復させることを通じて原告株主が得る利益は限られるので、そのようなわずかな利益のために訴訟の費用と労力を提供しようとする株主はほとんどいないところ、資本の20分の1以上にあたる株式を保有する株主集団に原告適格を認めることで、個々の株主の訴訟費用の負担を軽減しようとしたことによる¹⁹。

¹³ 古川朋子「フランスにおける会社訴権の個人的行使制度の展開—株主の会社訴権行使権限を中心として—」早稲田法学会誌 51 卷 338 頁、348-349 頁注(4) (2001 年)。

¹⁴ 商法上の会社訴権の個別的行使制度について紹介する日本語文献として、古川・前掲注 (13) 237 頁、山本桂一「フランスにおける会社訴権の株主による個人的行使について—会社訴権と個人訴権の対立に関する一考察—」法協 68 卷 6 号 77 頁 (1950) がある。

¹⁵ 会社法の体系書でも、会社訴権を個別的に行使する権利は、全ての株主に与えられると説明されている (Guyon, op. cit. (note 11), p. 506, n° 462 ; G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial t.* 1 vol. 2, 19^e éd. p. 552, n° 1765(2009))。

¹⁶ Cass. com. 26 janvier 1970, D. 1970, p. 643, J. Guyénot; JCP 1970, II, 16385, note Y. Guyon.

¹⁷ 会社の資本が 75 万ユーロを超える場合、その資本の額の大きさに応じて持株要件は緩和される (L225-120 条)。

¹⁸ 会社の資本が 75 万ユーロを超える場合、その資本の額の大きさに応じて持株要件は緩和される (R225-169 条)。

¹⁹ Guyon, op. cit. (note 11), p. 506, n° 462.

(3) その他の要件

会社訴権の個別的行使に際しては、「訴訟引込 (mise en cause)」と呼ばれる手続により会社を訴訟に参加させることが要求される (R225-170 条)²⁰。

取締役の民事責任が認められるためには、第一に、商法 L225-251 条が定めるフォート (法令定款違反や、監督義務の懈怠等の業務執行上のフォート)、第二に、直接の損害の存在とその損害が現在も継続していること、および、第三に、フォートと損害の間に因果関係があることが必要とされる²¹。

(4) 弁護士費用の負担

原告株主が勝訴した場合でも、会社がその弁護士費用を負担するという制度はない²²。原告株主が、裁判所に対し、その弁護士費用を敗訴取締役側に負担させる内容を含む判決を出すよう請求をすることは可能とされる²³。ただし、この場合でも、弁護士費用の全額を敗訴した当事者に負担させる判決を出すことは難しく、せいぜい 2 割を敗訴側に負担させる程度と言われている²⁴。

(5) 判決の効果

原告勝訴の場合、会社が被った全損害の賠償が会社に対してなされる (L225-252 条)。訴訟引込により会社は訴訟に参加しているはずなので (R225-170 条)、判決の効力は会社に及ぶ。

学説には、原告が敗訴した場合、判決の効力は、会社および原告株主にのみ及び、他の株主には及ばないとするものがある²⁵。これは、より良い判断力を備えた他の社員が勝訴判決を得る可能性があることを理由とする²⁶。これに対しては、取締役が何度も訴訟に晒されるおそれがあるとか、会社に判決効が及ぶのに他の株主には及ばずなお訴権を行使できるのは矛盾するとの批判があるようである²⁷。

²⁰ 詳細は、古川朋子「フランスにおける会社訴権の個別的行使と訴訟引込」『奥島孝康教授還暦記念第一巻 比較会社法研究』529 頁以下 (成文堂、1999 年) 参照。

²¹ 21 世紀政策研究所による実地調査における、Simmons & Simmons 法律事務所 Thierry Gontard 弁護士作成の資料 (公表されていない)、および、Dominique Lepagnet 弁護士の報告 (2011 年 9 月 19 日)。

²² 21 世紀政策研究所による実地調査における、Dauphine université Paris の Arnaud Raynouard 教授の発言 (2011 年 9 月 20 日)。

²³ 21 世紀政策研究所の実地調査における、パリ弁護士会弁護士 Philippe Georgiade 氏および Pierre Servan-Schreiber 氏の発言 (2011 年 9 月 19 日)。

²⁴ 同上。

²⁵ 古川・前掲注 (20) 542-543 頁、および、古川・前掲注 (13) 370-371 頁によると、有力説とされる。

²⁶ Y. Guyon, note sous Paris, 30 octobre 1978, JCP 1979, II 19209.

²⁷ 古川・前掲注 (13) 371 頁。

(6) 濫用的訴訟および不適切な訴訟追行への対応

ア 商法

商法には、濫訴防止のための特別な制度は定められていない。前述のように、そもそも株主が取締役の対会社責任を追及する訴訟を提起するインセンティブに乏しいと認識され、実際に、フランスでは、米国とは異なり、株主により会社訴権が個別行使されることは稀であること²⁸から、濫訴を防止するための議論は乏しいようである²⁹。

他方、原告株主による不適切な訴訟追行については、会社が訴訟引込により訴訟に参加するので、自らの訴訟行為により、これを修正することが可能となっている。原告敗訴の場合は他の株主に判決の効力が及ばないという前述の解釈を前提とするならば、他の株主を原告の不適切な訴訟追行から保護するための特別な制度を設ける必要性は低いといえる。

イ 定款による責任追及訴訟の制限

現行法は、責任追及訴権の行使を制限する定款規定を無効とする(L225-253条)。かつては、責任追及のための会社訴権を行使しようとする株主は、株主総会または取締役会に意見を求めなければならないとする意見条項、および、会社訴権の行使につきそれらの機関の承認を得なければならないとする承認条項を定款に置いておくことで、軽率な訴権行使や濫用的な訴権行使の不都合への対処がなされ³⁰、判例によりこれらの定款条項の有効性が認められていた³¹。しかし、立法者は訴権の行使を完全に自由に認めようとし、1937年に、会社訴権の行使を、株主総会の事前の意見や承認にかからしめる定款規定、および、会社訴権を事前に放棄する定款規定を無効とし、定款に記載されていないものとみなす立法がなされた。それが現行商法のL225-253条に引き継がれている。

ウ 民事訴訟法

民事訴訟法においては、第三者が訴訟に参加する手段として、独立参加制度と補助参加制度が設けられている(民事訴訟法325条以下)。独立参加制度は、参加を

²⁸ Guyon, *op. cit.* (note 11), n° 462, p. 506.

²⁹ 会社訴権の個別的行使制度は、少数派が、多数派を代表する会社の機関よりも、会社の利益をより良く判断できることを主張することを認めるものであり、過度に訴訟好きの株主の情熱を激化させて、会社を麻痺させるおそれがあることを指摘する文献(Guyon, *op. cit.* (note 11), p. 507, n° 463)もある。

³⁰ Ripert et Roblot, *op. cit.* (note 115), p. 555, n° 1767.

³¹ Cass. civ. 29 juillet 1941, S. 1942. 1. 57.

提起する者が自己のために特定の申立て（請求）をする場合であり（同法 329 条 1 項）、補助参加は参加により当事者の一方の申立てを助ける場合である（同法 330 条 1 項）³²。これらの制度は、判決効の相対性の原則（民法 1351 条参照）にもかかわらず、他人間の訴訟の判決により影響を受ける第三者の権利ないし利益を保護するための予防的手段と位置づけられている³³。

さらに、訴訟に関与しなかった第三者の利益を保護するための手段として、第三者による判決取消の訴え（Tierce-*Opposition*）の制度（民事訴訟法 474 条）がある。これは、判決により自己の利益を害され、かつ、判決をするにあたり自己または自己を代理する者が呼び出されなかった者に、その判決に対する取消の訴えを認めるものである。請求が認容された場合には、攻撃された判決は第三者を害する範囲において失効し、原則として、当事者間においては妥当し続ける³⁴。

2 民法の一般規定（民法 1843-5 条）

民法 1843-5 条は、「1 人または複数の社員は、自ら被った損害の賠償を求める訴権のほか、業務執行者（*gérant*）に対し、責任を追及する会社訴権（*l'action sociale*）を行使することができる。請求者は、会社・組合（*société*）が被った損害の賠償を請求することができる。責任が認められる場合、会社に損害の賠償がなされる」ことを規定する。これは、主に、民事組合や合名会社が念頭に置かれた規定のようであるが³⁵、同条は組合・会社に関する一般規定であるので、理論上は、株式会社の社員も、商法 L225-252 条の要件を満たさない場合等、同条によって取締役の責任を追及できないとき、民法 1843-5 条に基づき、取締役の責任を追及できると理解されている³⁶。

3 付帯私訴（刑事訴訟法 2 条）

刑事訴訟法 2 条は、「重罪、軽罪、または違警罪により被った損害の賠償を請求する私訴権（*action civile*）は、犯罪により直接（*directement*）生じた損害を自ら

³² 徳田和幸『フランス民事訴訟法の基礎理論』147 頁（信山社、1994 年）。

³³ 徳田・前掲注（32）147 頁。

³⁴ 徳田・前掲注（32）196、197 注（2）。

³⁵ 21 世紀政策研究所による実地調査における、Simmons & Simmons 法律事務所 Thierry Gontard 弁護士作成の資料、および、同事務所 Dominique Lepagnet 弁護士の報告（2011 年 9 月 19 日）。

³⁶ 21 世紀政策研究所による実地調査における Dauphine université Paris の Arnaud Raynouard 教授の発言（2011 年 9 月 20 日）。

(personnellement) 被った全ての者に属する」ことを定める。この「私訴権は、公訴と同時に、それと同一の裁判所において行使することができる」(刑事訴訟法3条)。これは、「付帯私訴」制度と呼ばれる。

取締役が会社に損害を与える犯罪行為をなした場合、「犯罪により直接生じた損害を自ら被った者」は会社であるので、本来は、株主は、取締役に損害賠償を請求する付帯私訴の原告適格を有しない³⁷。ただし、会社訴権の個別的行使によって、株主が会社に損害賠償をさせるためにこの付帯私訴を提起することは認められている³⁸。学説によると、フランスの株主は、商法上の会社訴権の個別行使制度よりも、付帯私訴をより好んで利用するとも指摘される³⁹。

株主が刑事手続に付帯して取締役の民事責任を追及するメリットとしては、第一に、証拠収集に検察官や予審判事が関わるため、民事手続単独で行う場合よりも、証拠を充実させることができること、第二に、取締役の会社に対する民事責任が認められるためには、取締役にフォートがあることが必要とされるところ、取締役が刑法上有罪とされると、民事上、その犯罪行為を理由とするフォートが認められること、および、第三に、刑事手続に付帯させる方が、訴訟費用を節約できること等がある⁴⁰。

第4 親会社株主による子会社取締役の対会社責任の追及の可能性

1 判例とその解釈

フランスにおいて、商法上の会社訴権の個別的行使制度(L225-252条)を利用して、親会社株主が子会社取締役の責任を追及することが認められた事例は存在しない。しかし、子会社に損害を与える会社財産の濫用を行った子会社の取締役を訴追する公訴を扱う裁判所に、親会社株主が、付帯私訴の形で会社財産濫用罪の被告人に対し損害賠償を請求した事例があり、そのような事例について、破毀院刑事部は、親会社株主による付帯私訴申立てが受理される場合がありうることを示す判決を下している。後述するように、フランスの学説のなかには、これらの破毀院判決は、親会社株主による子会社取締役の責任追及を認めたものであるとか、米国の多重代表訴訟に近いものを認めたもので

³⁷ B. Bouloc, Procédure pénal, 22^e éd. p. 213, n° 238 (2010).

³⁸ Cass. crim. (cons. rapp. Roger), 13 décembre 2000, Bull. Joly Avril 2001 n° 96, pp. 386-390.

³⁹ Guyon, op. cit. (note 11), p. 506, n° 462.

⁴⁰ 21世紀政策研究所による実地調査における Simmons & Simmons 法律事務所 Dominique Lepagnot 弁護士の報告(2011年9月19日)。

あるなどと評価するものがある。ここでは、学説によりそのような判決として紹介されることがある 3 つの破毀院刑事部判決を取り上げる⁴¹。いずれについても控訴審判決が公表されておらず、詳細な事実関係は不明であるので、以下では、まず、「ア 経緯」として、破毀院判決から読み取ることができる上訴の経緯を紹介したうえで、「イ 判旨」において破毀院の判決理由を紹介し、次に、「ウ フランスの文献における評価」において、これらの判決に対するフランスの学説の理解を紹介する。それらを踏まえ、「エ 分析」において、これら破毀院判決を、日本の法律学の観点からはどのように評価することができるか、筆者の検討の結果を述べる⁴²。

(1) 1996年2月6日破毀院刑事部判決⁴³

ア 経緯

この事件は、Heulin 社の業務執行者の行為が同社に対する会社財産濫用罪を構成

⁴¹ 本報告書第五編 葉玉匡美「代表訴訟制度改正への提言」第3の1(3)においても指摘されているように、付帯私訴の対象となる民事責任の性質は、不法行為責任であると理解するのが適切であるように思われる(刑事訴訟法4-1条参照、山口俊夫『フランス債権法』163頁以下参照(東京大学出版会、1986年))。したがって、責任の性質だけに着目すれば、日本の代表訴訟とはその対象を異にするものであり、付帯私訴により親会社株主が子会社取締役の民事責任を追及することに関する議論を、日本における多重代表訴訟導入の議論の参考とすることは適切でないように思える。しかし、次の点を考慮すると、付帯私訴により追及される責任の性質が不法行為責任であることのみをもって、付帯私訴に関するフランスの議論を、日本における多重代表訴訟に関する議論の参考とはならないと結論づけ、考察の対象から外すことも適切でないと思われる。すなわち、第一に、フランスにおいては、取締役の行為の規律が刑事法に委ねられている範囲が日本法よりも広く、フランスで付帯私訴の対象となる事案と日本で代表訴訟において問題とされる事案は、その次元を全く異にするものともいえないように思われることである。株主が会社のために提起する付帯私訴の多くは、会社財産濫用罪が問題となったものである。この犯罪は、株式会社の取締役は、悪意により、会社財産または会社の信用を、会社の利益に反して、自己のために、または、自己が直接もしくは間接に利害関係を有する会社もしくは企業(entreprise)の利益を図るために利用した場合には、禁固刑・過料に処せられる、というもので(商法L242-6条3号)、取締役の利益相反行為を規律するものである。判例を見ると、この規定は、日本の特別背任罪(会社法960条)よりもずっと広く適用されているようで、日本法においては忠実義務違反・会社法356条違反として対処されるような事例が、フランスでは、会社財産濫用罪として扱われることもある。そうすると、フランスの付帯私訴の対象には、日本で代表訴訟の対象とされる事案の一部が含まれている可能性があることになる。第二に、フランスでは、学説により「フランスの株主は、商法上の会社訴権の個別行使制度よりも、付帯私訴をより好んで利用する」と指摘されているように(Guyon, op. cit. (note 11), p. 506, n° 462)、付帯私訴と商法上の会社訴権の個別行使制度は、株主が取締役の責任を追及し、会社の損害を回復する手段・取締役の行為をコントロールする手段として並列的に取り扱われていることである。ただし、第5において述べるように、筆者は、結論としては、本文で紹介する三つの判例はいずれも親会社株主の子会社取締役に対する責任追及を認めたものとはいえず、日本における多重代表訴訟導入の主張を支える根拠の一つを得る、という意味では参考とならないものと理解している。

⁴² フランスの学説は大枠で議論をすることを好む傾向にあるため、「ウ フランスの文献における評価」で紹介するフランスの議論は、日本の法律学の考え方から見ると、理論的な整理が十分でない場合がある。日本人からみて理論的な説明が十分でない学説を省略し、整理して紹介することも考えられるが、ここでは、まず、筆者の解釈を交えず、日本人に対しては必ずしも十分な説得力を有しない現地の解釈も含めて、文献から得られるフランスの議論状況のありのままを紹介することとし、そのうえで、「エ 分析」において日本法のみから見たそれらの議論の評価を行う、という形で整理をすることとしたい。これは、これまで日本においてこの分野に関するフランス法の議論が詳細に紹介されたことはなく、まずはフランス法における議論状況をそのままの形で把握する必要性が高いと考えたためである。

⁴³ Cass. crim. 6 février 1996, Dr. pén. Août-sept. 1996, pp. 14-15, n°195.

しうるとして、当該業務執行者の刑事責任を追及する公訴が提起されたところ、Heulin 社の親会社である CGE 社の株主 X が、この会社財産濫用は、グループ内の少数株主にも損害を与えるものであるとして、会社財産を濫用した Heulin 社の業務執行者に損害賠償を求める付帯私訴の申立てを行ったものである。予審は、この申立てを退ける決定をなしたが、原審（1995 年 7 月 11 日アンジェ控訴院（弾劾部））は、「X が提出した事実の範囲内で、不確定の訴えの利益を証明し、抽象的な判決理由によりその申立てが退けられないかどうかを確認するために、必要な私訴当事者の審問と審査を行うことは予審判事のなすべきことである」として、予審の決定を破棄した。両当事者により上告がなされ、被告人の一人は、原審の判示は、次の理由から、刑事訴訟法 2 条等に違反し、法的根拠を欠くとの趣意書を提出した。すなわち、刑事訴訟法 2 条の文言において、犯罪により生じた損害の賠償についての私訴当事者適格は、犯罪により直接損害を被った当事者に属するだけである。予審の段階において、私訴当事者適格を満たすには、申し立てられた損害および損害の犯罪との直接の関係が考えられることを立証し、また、その因果関係は特定されていなければならない。本件では、予審は、X の付帯私訴の申立てを不受理とするために、親会社である CGE 社の株主の資格だけでは、子会社 Heulin 社の業務執行者によってなされた会社財産濫用罪を構成する余地のある行為との直接の関係を証明することはできないことを確認している。したがって、予審がそれらのことを審査せず、単に抽象的な理由により決定を下したと判断する控訴院は、上述の規定に違反している。

イ 判旨

上告棄却。

「子会社に損害をもたらしてなされた会社財産の濫用についての責任追及において、親会社の株主としての資格だけでは十分ではなく、X は訴えの利益を証明できていないので、X の付帯私訴申立ては不受理とされる旨を判示した予審判事の決定を破毀するために、弾劾部は以下の点を指摘する。すなわち、その利益が不確定の訴えの利益を証明しうるかどうかを審査することは、予審判事の権限に属する。また、私訴の申立ては『単に抽象的な理由』によって排除することはできない。

このように判示をし、裁判官は、その判断の根拠を説明している。私訴申立てが予審裁判機関において受理されるには、それが依拠する状況が、主張されている損

害の存在と追及される犯罪との直接の関係があるものと認めることを可能にすることで十分である。そのようなことは、本件にあてはまる。

したがって、上告理由は、受け入れることができない。」

ウ フランスの文献における評価

(a) *Juris-Classeur* の解説⁴⁴

Juris-Classeur の判例集におけるこの判決の紹介には、「会社財産濫用に関する被害者である会社の親会社の株主の付帯私訴の受理可能性（肯定）」というタイトルが付けられている。そこに付されている解説は、1996年判決を次のように理解する。「……この判決は、破毀院がまだ明らかにしていなかった問題について判示しているため、実務上の大きな重要性を示す。我々がその受理可能性を議論している訴訟の私訴原告人は、会社財産濫用の直接の被害者である法人の株主である会社の社員である（破毀が申立てられている判決は、弾劾部のものであり予審裁判機関のものではない）。親会社が受理されることは、疑う理由はない。しかし、その社員は、親会社の代表者として行動することができるだけである。確かに、判例によると、その損害は法人が被った損害の結果であるけれども、社員は会社の利益とは異なる個人的な利益を保護する……。

議論すべき唯一の点は、反射的な損害が問題とされているため、その損害が、刑事訴訟法2条に該当するのに十分なほど直接的なものであるかどうかを判断することである。このような損害を被った者に対して、刑事判例は、好意的な発展を遂げている。」

(b) *Bernard Bouloc* の評価⁴⁵

高名な刑事法学者である *Bouloc* は、1996年判決について次のように述べる。

すなわち、

この事件では、「親会社における権利の資格が、子会社の業務執行者がなした行為とその損害との間の直接の関係を証明していないとして、尋問に召喚された者の一人が、この判決に異議を唱えた。しかし、最高裁は、付帯私訴申立人の主張する状況が、主張される損害の存在と、追及される犯罪との直接の関係がありうるものであると認めることが可能である場合には、予審における付帯私訴の申立

⁴⁴ Dr. pén. Août-sept. 1996, p. 15, n°195.

⁴⁵ B. Bouloc, note sous Cass. Crim. 6 février 1996, Rev. Soc. 1997, pp. 135.

ては受理される旨を述べ、この批判を排除した。……すなわち、予審においては、損害の可能性だけで十分であり、受理可能性の判断は、判決裁判官に対して既判事項の権威を有しない……。

会社財産濫用のため、子会社が、より少額の利益の配当しかできなくなったり、または、銀行からの借入金に依存することになった場合、親会社の株主は損害を被りうるものが付け加えられる。それほど重要なものでないとしても、損害が存在しないというわけではない。破毀院商事部が、会社の株主は、グループ内の他社の仮取締役を選任することができることを認めている（Cass. com. 5 févr. 1985, Bull. civ. IV, n° 44）ことが思い出される。グループという概念は、特に刑事法の事項において、我々の法に少しずつしみ込んでいる。グループという概念が完全な訴権を許容ないし正当化するのであれば、このようなグループ概念は、少なくとも、第一段階の子会社の中でなされた濫用を問題とする場合、提訴を許容しうる⁴⁶。」このため、「1996年2月6日判決は、当該判決が審査した様々な問題について賛同に値する⁴⁷。」

(c) Estelle Scholastique の評価

Scholastique は、後述の 2001 年 4 月 4 日破毀院刑事部判決の評釈において、当該判決は、親会社の株主は、親会社が個別的に（*ut singuli*）行使することのできる子会社の訴権を、さらに個別的に（*ut singuli*）に行使することができることを明確に認めていると評価し、これと同様のことを示すものとして、1996年2月6日破毀院刑事部判決を引用している⁴⁸。

エ 分析

次の理由により、1996年判決は、親会社株主が子会社取締役の責任を追及して子会社の損害を回復させる訴訟を提起することを認めたものとは言えないように思われる。

第一に、1996年判決で明らかにされたのは、子会社取締役の違法行為を原因とする損害の回復を求める親会社株主の付帯私訴の申立てが、予審段階で、申立人が被害者の親会社の株主であるということのみをもって直ちに排除されないというこ

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Id., p. 136.

⁴⁸ E. Scholastique, Détermination des personnes habilitées à exercer l'action sociale *ut singuli* dans un groupe de sociétés, D. 2002 n° 18, p. 1476, n° 8, note sous Cass. crim. 4 avril 2001.

とである。親会社株主の付帯私訴の申立てが予審に受理された場合に、判決裁判機関において、親会社株主の請求がどのように取り扱われるのか、1996年判決からは明らかでない。

第二に、この事件において、原告は、子会社における会社財産濫用によって、自らを含むグループ内の少数株主が損害を被ったことを付帯私訴申立ての根拠としているようである。したがって、1996年の事件は、自己が被った損害を回復することを目的とする訴訟であり、子会社の損害の回復が求められた事例ではないものと理解される。そうすると、これは日本で議論されているような多重代表訴訟とは異なることになる。

(2) 2000年12月13日破毀院刑事部判決⁴⁹

ア 経緯

この事件は、A社や、その100%子会社であるB社が構成する企業グループ内の様々な会社を介して、A社やB社の会社の財産を、グループの数名の指揮者（その中の一人がA社社長のY5である）の利益のために利用したとして、公訴においてY5らの会社財産濫用による刑事責任が追及されていたところ、A社の株主の一人Xが、Y5の会社財産濫用によりA社およびB社が損害を被ったとして、付帯私訴の申立てを行い、A社に対する合計3,100,000フランの損害賠償を求めたものである。

控訴審（1999年3月23日パリ控訴院第9部）は、次のように述べ、Xの請求を全部認容した。すなわち、「Xは、A社の社員としての資格で、会社のために訴訟を提起し、その業務執行者によりなされた犯罪の損害の賠償を得ることを受理される。Xは、A社が会社財産濫用行為から被った損害自体だけでなく、そのような濫用の被害者である他の会社の株主の資格において援用し得る、濫用の被害者である他の会社への参加の価値における損害から生じる損害を、当該会社の株主の資格において主張することができる。A社の……損失は、全ての原因を考慮すると、2,500,000フランに上った。B社は、A社に100%保有されており、A社はこの会社から同様に損失を被った。……その損失は、全ての原因を考慮すると、600,000フランに上った。」

被告人側は、この点について次のような上告理由を述べて上告した。すなわち、

⁴⁹ Cass. crim. (cons. rapp. Roger), 13 décembre 2000 Bull. Joly Avril 2001 n° 96, pp. 386-390. この破毀院判決は、21世紀政策研究所が行ったパリでの調査（2011年9月19日）において、Simmons & Simmons 法律事務所から情報提供を受けたものである。

「一方では、“*ut singuli*” と呼ばれる訴訟は、ある会社の業務執行者がその会社に損害を与えてなした有罪とされ得る行為を理由としてしか、株主により会社の名義でなすことができない。会社が 100%株主である子会社の業務執行者が犯した行為に関しては、訴訟は不受理とされる。他方では、“*ut singuli*” 訴権は、もはや会社自体のその役員に対する訴権という効果を有しなくなる。付帯私訴の申立ては、役員が財産または信用の濫用をした会社に損害を与えてなした犯罪からの直接の損害賠償のためになされうるだけである。このため、“*ut singuli*” の訴権という間接的な方法による、その子会社に不利益を与えてなされた会社財産の濫用の損害賠償の A 社への授与は、刑事訴訟法の 2 条の規定に違反する。」したがって、「控訴院はその判決の法的根拠を与えていない。」

イ 判旨

上告棄却。

「控訴院は、A 社に授与するためにその株主の一人によりなされた合計 3, 100, 000 フランの損害賠償請求について、会社は、その財産の濫用行為から当該会社が受けた損害の賠償だけでなく、会社財産の濫用の結果子会社が被った損害の賠償も得ることができることを判示している。

本件において、第二審の判事は、その判断の根拠を次のように説明している。

第一に、その子会社の 100%株主である A 社は、この子会社が被った損害の賠償を得るために介入することができるだけであるということは、判決の確認された事実から導かれることである。

第二に、控訴審が行ったように、支払われる損害賠償の合計を評価し、当事者の申立ての範囲内で、犯罪から直接生じる損害を賠償する責任を評価する最高の権限を行使しただけである。

したがって、上告理由には理由がない。」

ウ フランスの文献における評価

(a) Jean-François Barbière の評価⁵⁰

Barbière の解説には、「会社財産の濫用と他の経済犯罪：会社および子会社の名義で株主によりなされた付帯私訴の受理可能性」というタイトルがつけられて

⁵⁰ J-F. Barbière, Abus de biens sociaux et autre infractions d' affaires: recevabilité de l' action civile exercée par un actionnaire au nom d' une société et d' une filiale de celle-ci, Bull. July 2001, pp. 388-389, note sous Cass. crim. (cons. rapp. Roger), 13 décembre 2000.

おり、同解説は、この判決の重大な独創性は、会社財産濫用の被害者である子会社からみれば、第三者としての資格を理由に付帯私訴を不受理とせず、被害者の一群が親会社の株主により先導されうることを認めている点にあると評価している。

そのうえで、1996年判決が、親会社株主による付帯私訴の申立てが予審裁判機関に受理されうることを認めたのに対し、2000年判決によって次のことが明らかにされたと指摘する。すなわち、「たとえ裁判官が『子会社の100%の株主である』親会社『だけが、子会社が被った損害の賠償を得るために介入することができる』としていても、会社財産濫用に関して、被害者である会社とその社員という範囲を超えて、私訴当事者を拡大することは、判決裁判機関にも認められると思う。なぜなら、親会社は、明白にその株主の一人の声によりそのようにできるわけではないが、会社訴権の概念を非常に柔軟に解釈するかもしれないからである。」

エ 分析

2000年判決は、次の点から、親会社株主による子会社取締役の対会社責任の追及を認めたものとはいえないと思われる。

第一に、この事件において、民事責任を追及された Y5 は、原告が株主となっている会社（A社）の業務執行者であり、この事件は、親会社株主が親会社の取締役の責任を追及した事例として整理することができる。ただし、判決文には、Y5 は、グループ全体の指揮者（dirigeant）であったとの記述もみられる。

第二に、この事件の付帯私訴において原告がその賠償を求めたのは、原告が株主となっている会社（A社）の損害であり、2000年判決は、A社の賠償されるべき損害にその100%子会社が損害を被ることでA社に生ずる損害を含めたものと理解される。

(3) 2001年4月4日破毀院刑事部判決⁵¹

ア 経緯

この事件は、BDL社の会社財産濫用、文書偽造と行使、および詐欺を理由とする未特定の者（*personne non dénommée*）の刑事責任についての予審において、被害者BDL社の親会社であるCERUS社の株主Xが付帯私訴の申立てをしたものである。Xが誰の損害の回復を求めたのか、破毀院の判決文では明示されていない。

⁵¹ Cass. crim. 4 avril 2001, Dr. Pén. Août-sep. 2001 p. 17 ; D. 2002, no 18, p. 1475, note E. Scholastique.

原審（1999年11月4日パリ控訴院弾劾部判決）は、次の理由から、Xの付帯私訴の申立てを不受理とした。「私訴当事者がその趣意書において指摘するように、会社財産濫用罪が、持株会社の株主に直接の損害を与える性質を有する場合、被害者の持株会社の株主は、間接損害を援用できるだけである。BDL社の持株会社であるCERUS社の株主としての資格を主張するXは、会社財産濫用を理由とする付帯私訴の申立てを不受理とされる。その申立てを不受理とされた付帯私訴においてなされた請求は、それ自体、不受理とされる。」

これに対してXは上告をし、その上告理由は、原審の判示は、次の理由から刑事訴訟法2条第2段落等に違反しているというものである。すなわち、「子会社に損害を与える会社財産濫用罪についてなされる訴追において親会社株主により予審に対してなされた付帯私訴の申立ては、株主が、当該付帯私訴を申し立てる根拠となる状況が、主張する損害の存在と、対象となる犯罪行為との関係が認められうることを証明する限り、受理される。控訴院は、BDL社の持株会社であるCERUS社の株主としての資格を問題とするXが、会社財産濫用を理由とする付帯私訴の申立てを不受理とする結論を道き出すために、会社財産濫用罪が被害者である会社の株主に直接の損害を生じさせる性質を有する場合、被害者の持株会社の株主は、間接損害を援用することができるだけであると断言しており、これは、上述の条文に違反している。」

イ 判旨

上告棄却。

「社員は、会社訴権を『個別的に (*ut singuli*)』行使することができるので、破毀を申し立てられている判決が、子会社に損害をもたらしてなされた会社財産濫用を理由として、親会社の株主という資格を問題とするXの付帯私訴の申立てを不受理と宣言するために、『被害者の持株会社の株主は、間接的損害を援用することができるだけである』と述べていることは誤りであるが、それでもなお、本件において破毀申立ての対象となっている会社財産濫用罪が、株主ではなく、会社それ自体に直接の損害を生じさせただけである以上、判決は正当化される。」

ウ フランスの文献における評価

(a) Estelle Scholastique の理解⁵²

2001年判決に対する Scholastique の理解は、次のようなものである。

「子会社が会社訴権の包括的行使によって訴訟を提起しない場合、親会社は、株主として、子会社の会社訴権の個別的行使をすることができる。しかし、特にその業務執行者が子会社をも同様に取り仕切っているために、親会社が訴訟を提起しない場合でも、何も損をすることはない。親会社の株主は、親会社が個別的に行使できる訴権を再び（個別的に）行使することができる…2001年4月4日判決は、このことを非常に明確に認めている。

それは、大西洋の外で主張されている、『二重代表訴訟（*double derivative action*）』に類似している。この判決は、刑事事件を超えて、企業グループにおける様々な訴訟の『名義』について検討することを可能にする」

(b) Yves Guyon の理解⁵³

フランスの高名な商法学者である Guyon は、その会社法の教科書において、「グループの親会社社員の体系的な保護に向けて」というタイトルのもと、「親会社の少数株主は、子会社の業務執行者に対してその責任を追及することができる」として、この2001年判決を引用している⁵⁴。

(c) Juris-Classeur の解説⁵⁵

Juris-Classeur の解説は、本判決は、「会社財産濫用が子会社に損害を与えてなされた場合の親会社の社員による付帯私訴を取り扱うことにも関心を示し」、「親会社の社員は、その訴訟を決定的に不受理とされるのではない。ただ、あらかじめ、会社訴権の個別的行使の方法により提訴しなければならないだけである」と述べていると理解する。そのうえで、「ただし、これは、訴訟手続的にアクロバティックである。株主は、確かに、親会社の中で（*au sein de la société mère*）、個別（*ut singuli*）行使することを主張し、親会社がその子会社の訴権をまた個別に（*aussi ut singuli*）行使するようにしなければならない」と指摘する。

⁵² Scholastique, op. cit (note 48), p. 1476, n^{os} 8-9.

⁵³ Guyon, op. cit. (note 11), p. 673, n^o 620.

⁵⁴ Id., p. 673, n^o 620, note 2.

⁵⁵ Note, sous Cass. Crim. 4 avril 2001, Dr. pén. Août-septembre 2001, p. 17, n^o 102.

エ 分析

次のような点を考慮すると、2001年判決が多重代表訴訟を認めたものであると、少なくとも断言することはできないように思われる。

2001年判決は、親会社株主が、子会社の財産を濫用した者に対する損害賠償請求のため、付帯私訴の申立てをなす手段として、自己の間接損害を主張する以外に、会社訴権を個別的に (*ut singuli*) 行使することが可能である旨を述べる。ここでいう「会社訴権を個別的に行使する」の意味は明らかでない。Scholastique の理解のように、犯罪行為者＝子会社取締役の責任を追及する、子会社の訴権を、子会社株主＝親会社は個別的に (*ut singuli*) 行使することができ、そのような親会社の権利を、親会社株主がさらに個別的に (*ut singuli*) 行使することができるという意味に理解することも不可能ではない。このような解釈を採るとすれば、2001年判決は、多重代表訴訟に類似したものを認めていると理解する余地がありそうである。21世紀政策研究所の現地調査においてインタビュー（2011年9月19日）をした Simmons & Simmons 法律事務所の Thierry Gontard 弁護士も、基本的には2001年判決は多重代表訴訟を認めたものではないとの立場を採りつつ、Scholastique が示すような理解も全面的に否定されるわけではない、ただし、表現が曖昧であるので、断言はできない旨を述べていた。

ただ、この事件では、結局は、親会社株主の付帯私訴申立ては不受理とされている。このため、仮に、2001年判決の表現を、前述のような親会社株主による会社訴権の二重の個別行使を認める趣旨に理解したとしても、日本における判例の解釈の仕方を前提とすれば、2001年判決は、多重代表訴訟を認めた先例とは言えないと考えられる。

2 学説による多重代表訴訟導入の提唱等

学説には、米国の多重代表訴訟制度を参考に、親会社株主が子会社取締役の責任を追及する手段をフランス法にも取り入れるべき旨を主張するもの (Armand と Viandier の論文)、あるいは、解釈によりこれを認めることができるとするもの (Scholastique の論文) がある。

Armand と Viandier は、子会社取締役の行為により子会社に損害が生じた場合、その損害を回復する手段としては、親会社の取締役が親会社の訴権を行使して、子会社取

締役に対し責任追及訴訟を提起することが考えられるが、特に、当該損害が親会社の段階で決定される全体の計画の実行において生じた場合、その手段は単に理論的なものでしかないことを指摘する⁵⁶。そこで、この問題の解決策の一つとして、米国の多重代表訴訟を紹介し⁵⁷、フランスにおいては、社員が会社に代わって当該会社の取締役以外の第三者に対して訴訟を提起することは、会社の法人格の存在によって禁じられるが⁵⁸、米国の考え方と比較すると、フランスの考え方は様々な局面でグループ構成会社間の法人格を透明化する近時の会社法の発展の流れに反するものであること⁵⁹、および、フランスにおいても、次の面では、グループ会社間の法人格の透明性が認められていることを指摘する⁶⁰。すなわち、第一に、破毀院刑事部は、取締役がグループ内の他社の利益のために会社財産を利用することを決定し、会社に損失を生じさせることは、グループ全体の利益につながるなど一定の要件を充たすのであれば、当該財産の利用を正当化し、取締役の刑事責任が否定されるとする（Rozenblum 原則）。第二に、一定の会社が開示が義務付けられている連結決算の制度である。そのうえで、これらの制度は、親会社株主の子会社取締役に対する責任追及訴権を基礎づける、グループ構成会社間の法人格の透明性の基礎となり、濫用防止のため、次のような厳格な制限を設けつつ、親会社株主の子会社取締役に対する責任追及訴訟を認める可能性を示す⁶¹。すなわち、①子会社において真実の自治が欠如してしまっていることや、連結計算書類を作成していること等により証明される、親子会社間の利益の非常に強い共通性があること、および、②子会社取締役の責任を追及する親会社取締役の怠慢（*carence*）があること、という制限である。

Scholastique は、前述のように、前記 1996 年判決および 2001 年判決は米国の多重代表訴訟に類似した会社訴権の二重の個別行使を認めるものであると評価し、このような訴権の二重の個別行使の理論的根拠は次のような点に求めることができるとする。すなわち、第一に、株主による会社訴権の個別的行使の制度目的である。株主による会社訴権行使制度の目的は、会社役員が同僚である取締役に対する責任追及を怠る可能性が

⁵⁶ C. Armand et A. Viandier, *Réflexions sur l'exercice de l'action sociale dans le groupe de sociétés : Transparence des personnalités et opacité des responsabilités ?*, Rev. soc. 1986, p. 558.

⁵⁷ Id., pp. 561-562.

⁵⁸ Id., p. 560.

⁵⁹ Id., p. 562.

⁶⁰ Id., p. 563.

⁶¹ Id., pp. 563-564.

あるという問題を解決することにある。親会社の取締役と子会社の取締役が互いに親密性を有していたり、親子会社間で共通の者を取締役としていることは多く、同様の問題は、子会社の株主たる親会社と子会社取締役との間でも生じる。ここに子会社の会社訴権を行使することを親会社株主に認める根拠がある。第二に、債権者代位権の趣旨が親会社株主と子会社との間にも妥当する⁶²。債権者代位権は、「怠慢な債務者に代わってその財産の管理に干渉する手段を、利害関係を有する者に与える」という考え方を基礎に持つ。社員と会社との関係を見てみると、社員は会社財産の保護に間接的に利益を有する。親会社株主は、「一重に間接的に」親会社財産の保全に利益を有する。親会社株主は、「二重に間接的に」子会社財産の保全に利益を有する。以上より、親会社株主が子会社財産に干渉する手段として、子会社役員の実行責任を追及することができる。第三に、企業グループ全体の利益が根拠となりうる⁶³。フランスにおいては、グループ全体の利益を追求する取締役の行為は、グループ内の個別の会社に不利益を与えるものであっても、一定の要件のもとで正当化される（具体的には、当該取締役の刑事責任が否定される）とする考え方が判例（Rozenblum 判決）⁶⁴において確立されたことを契機として、「グループ全体の利益」という概念が重視されている。子会社に利益をもたらす責任追及訴訟は、グループ全体の利益となる。親会社株主は、いわば「グループ全体の株主」のような立場で、グループ全体の利益のために、子会社の取締役に対する責任追及訴訟を提起することができる。

第5 おわりに

以上のとおり、フランスにおいては、特に 2001 年判決について多重代表訴訟を認めたものと評価する判例評釈や、第 4 の 2 で示したように多重代表訴訟の導入に好意的な見解を示し、その理論的基礎を検討する論文がある。筆者が調査した限りでは、これに明示的に反対する文献は見られなかった。このことから、情報のソースを文献に限定し、かつ、そこで示されるフランス人の考え方をそのまま尊重すれば、「フランスでは、多重代表訴訟制度に関する議論はそれほど活発ではないが、フランスの裁判所は付帯私訴による親会社株主の子会社取締役の実行責任を追及を認めており、さらに、学説は多重代表訴訟の導入を許容

⁶² Scholastique, op. cit. (note 48), p. 1477.

⁶³ Id., pp. 1477-1478.

⁶⁴ Cass. Crim., 4 févr. 1985, Rev. soc. 1985, p. 648, note B. Bouloc.

しつつある」との印象が得られるかもしれない。しかし、フランスの学説が親会社株主による子会社取締役の責任追及を認めたものとして取り上げる破毀院判決を、日本の法律学における判例の理解の仕方を前提に検討してみると、筆者としては、それらの判決は必ずしも日本で議論されているような多重代表訴訟（またはそれと同様の機能を有するもの）を認めたものとはいえないとの理解に至った。また、21世紀政策研究所のフランスでの調査（2011年9月19日～22日）で面会した専門家は、2001年判決を知らないか、または、同判決は多重代表訴訟の可能性に触れただけで、多重代表訴訟が可能であることを正面から認めたものとは解しがたいとし、そのうえで、インタビューをしたすべての専門家が、フランスには多重代表訴訟は存在しないと結論付けた。

さらに、それらの専門家は、学説でも多重代表訴訟が議論されることもほとんどない旨を述べていた。このことから、米国のような多重代表訴訟制度のフランス法への導入を提唱する学説も、現地で必ずしも多くの支持を得ているわけではないことが明らかとなった⁶⁵。

実地調査の結果は、本報告書第四編 葉玉匡美＝内林尚久「フランス実地調査について」において詳細な報告がなされる。

⁶⁵ ただし、第4の2で紹介した Armand と Viandier の論文（前掲注（56））は、Dalloz 社の発行する商法の条文集において、商法 L225-252 条に関連する文献として引用されており、現地で重要視されていることが伺える。

第三編 アメリカ実地調査について

執筆担当者：葉玉匡美、内林尚久

第1 調査結果の概要

デラウェア州会社法は、アメリカの会社法の中で大きな影響力を有している（第2の1(1)）。そこで、当研究会では、主にデラウェア州の代表訴訟及び多重代表訴訟について実地調査を行った。具体的なヒヤリング先は、①デラウェア州最高裁判所裁判官（Jack B. Jacobs 裁判官）、②弁護士（Alan Singer 弁護士、Jill Baisinger 弁護士、Karen Pieslak Pohlmann 弁護士、Marc J. Sonnenfeld 弁護士、Stuart M. Grant 弁護士、Paul J. Lockwood 弁護士等）、③研究者（John C. Coffee Jr. 教授、Lawrence A. Hamermesh 教授）、④民間企業（NERA、代表訴訟に関与した企業、保険会社）、⑤政府系機関等である。調査結果の概要は、次のとおりである。

まず、多重代表訴訟の前提として代表訴訟に関しては、弁護士が報酬目的で濫訴を行っている実態があり、企業の経営判断を尊重する提訴請求ルールが濫訴防止に重要な役割を果たしている（第2の1(3)等）。もっとも、濫訴が却下されるまでに種々の費用（特に弁護士費用）や労力を要し、似た内容の代表訴訟がいくつも提起されることもあり、企業にとって代表訴訟は相当の負担となっている（第2の1(5)・(6)、3(3)等）。なお、代表訴訟は、一時期には証券クラスアクションとともに提起される傾向があり（第2の2）、また、保険契約と深い関わり合いを有しているから（第2の3）、これらの点についても調査を実施している。

そして、調査目的である多重代表訴訟に関しては、問題とされている行為後に M&A が実施された事例（すなわち、ある会社が株式交換等によって他の会社の完全子会社となった場合において、親会社株主が当該完全子会社の取締役等に対して責任追及をする事例）で主に見受けられ、買収後の親会社取締役会には通常、コンフリクトがないため、原告の提訴請求に係る主張が認められず、大半が却下されている（第2の4(1)～(3)）。また、そもそも M&A 後の新しい所有者は、子会社において問題となる行為があったことを織り込んで安い価格で子会社を買収しているから、救済を受ける必要はないとの意見もあった（第

2の4(2)・(3))。さらに、代表訴訟について主に原告代理人を務めている弁護士は、M&Aでないケースで子会社取締役が不正行為を行った場合には、親会社取締役に対し、子会社取締役を監督しなかったことを理由に代表訴訟で訴えると述べ、上記の点も踏まえて、多重代表訴訟は意味がないと指摘している(第2の4(2))。

さらに、多重代表訴訟の海外訴訟についての問題(すなわち、親会社が日本に存在し、子会社がアメリカに存在する場合に、親会社株主が子会社取締役を多重代表訴訟によりアメリカの裁判所において訴えることができるか否か。)に関しては、デラウェア州最高裁判所裁判官は、この点の規律を日本法において明確に規定することが重要であると指摘している(第2の5(1)ア)。また、弁護士の中には、アメリカには様々な裁判所があるので、上記のような海外訴訟が却下されるか保証の限りではないとの意見や、仮に却下されるとしても、却下に至るまでにかなりの費用を要するとの意見があった(第2の5(1)ウ・エ・カ)。

以上によれば、デラウェア州における多重代表訴訟は、その多くがM&Aが実施されたケースであり、このようなケースでの多重代表訴訟は、現在、法制審議会で議論されている多重代表訴訟(株式交換等とは無関係に、親会社株主が完全子会社の取締役等に対する代表訴訟について原告適格を有する制度)とは異質なところがある。また、M&Aが実施されたケース以外に関しても、デラウェア州における多重代表訴訟は、提訴請求ルールにより大半が却下されているから、有効に機能しているのか疑問が残る。加えて、デラウェア州会社法は、経営判断の尊重や濫訴防止の仕組みが日本法と異なるところがあるから、日本法に直接的に参考とできるかは検討を要する。さらに、海外訴訟に関しては、日本法が多重代表訴訟を導入すると、アメリカの裁判所において多重代表訴訟が許容される可能性が全くないとはいえないし、結果的に却下されるとしても、却下に至るまでに相応の費用と労力を要することには留意すべきである(アメリカでは濫訴の傾向が見受けられ、訴訟コストや賠償額も高額となる可能性が高いことからしても、海外訴訟の問題は軽視することができない)。アメリカの多重代表訴訟を参考とする場合には、上記の諸点を踏まえる必要がある。

以下では、調査結果の詳細を報告する(各文章の末尾に記載の人物がヒヤリング先である。)

第2 調査結果の詳細

1 代表訴訟

- (1) 代表訴訟の概要について述べる。

代表訴訟は、連邦法ではなく州法に基づいて提起される。そこで、アメリカ合衆国には50州があるから、50種類の代表訴訟があることになる。もっとも、多くの企業は、デラウェア州の現地法人として法人格を有しているため、代表訴訟の多数がデラウェア州で提起されている。ただし、原告は、違う州において代表訴訟を提起することもでき、例えば、企業の本社所在地や主にビジネスを行う場所で提起することもある。そこで、デラウェア州の現地法人となってもデラウェア州以外で代表訴訟を提起されることがあるが、適用されるのはデラウェア州会社法となる。そうすると、デラウェア州以外の裁判官がデラウェア州会社法により裁くことになるが、デラウェア州の裁判官が担当する場合とは異なる結論に至ることがある。その理由は、次の3点にあると思われる。まず、①デラウェア州の裁判官でないと十分にデラウェア州会社法を理解していないことである（そのため、原告側の弁護士は、戦略的にデラウェア州以外で代表訴訟を提起することもある。）。また、②デラウェア州では、裁判官は、事件処理の負担が大きいため、十分な時間を代表訴訟に充てることができないことである。さらに、③デラウェア衡平法裁判所には陪審制がないことである。これに対し、他の州では、多くの場合、原告が陪審による判定を要請することができる。

裁判所は、取締役会が独立した立場で判断し、また、十分な情報を有していたという理由で提訴請求の無益性を認めず、大半の代表訴訟を却下している。なお、裁判所は、取締役会の経営判断が正しいかまでは審査しない。提訴請求に関する原告の主張が認められる場合でも、正式事実審理（trial）に至ることは稀であり、多くの事件では和解が成立する。その理由は、代表訴訟が続くと多額の費用を要し、また、取締役や役員に対しての訴えであるため会社経営の支障となり、被告側が早期の和解を望むからである。

和解が成立しても、金員は会社に帰属し、訴えた本人には実入りはない。もっとも、原告側の弁護士は、代表訴訟によって報酬を得ることができる。そのため、多くの場合、弁護士が株主を探して原告に仕立て、代表訴訟を提起させている。代表訴訟を専門とする弁護士が、株主を探して代表訴訟を提起させるケースには、2つの類型があ

る。一つは、少数派の株主が提訴するケースである。もう一つは、最近多くなっているが、年金基金が原告となって提訴するケースである。

代表訴訟は、濫用されることが非常に多く、裁判所も代表訴訟を好ましく思っていない。全く同じ内容の代表訴訟が、各州法に基づいて提起されているが、代表訴訟は一本化することができない。そのため、複数の代表訴訟が別個に存在することとなり、濫訴となる可能性が高い。

(Marc J. Sonnenfeld 弁護士)

(2) 被告代理人の立場から、代表訴訟について述べる。

代表訴訟のスクリーニングとして、提訴請求と不正行為があったときに株主であったという要件がある。このスクリーニングについての判断に6か月から1年かかるが、多くが却下となる(なお、原告側は、その間にディスカバリーを行うことはできない)。私が担当した事件では、ほとんどが却下されている。和解に関しては、原告は勝つ可能性があると考え、被告は却下される可能性が高いと考えているため、却下以前に和解交渉を行うことはあまりない。仮に却下されないと、長期化して数年かかることもあり、その間も和解は成立しにくい。被告代理人としては、保険会社に対し、訴訟が長期化すると弁護士費用が高くなるので、早く和解金の支払をして欲しいと要求するが、保険会社との交渉に1年くらいかかる。和解が成立せずに判決に至ることは非常に稀である。ただし、判決が下されても、代表訴訟では支払う金額は、余り高額ではなく保険で支払うことができる。他方、証券クラスアクションでは、判決になると支払う金額が莫大になるので、企業側は、和解を強く望む。そこで、和解は、代表訴訟よりも証券クラスアクションの方が成立しやすい。

私は、代表訴訟が提起されると、企業に対し、和解までにコーポレートガバナンスを改善するように指導している。それは、原告側にコーポレートガバナンスの改善点を伝えると和解がしやすくなるからである。この際に、原告側の弁護士と共にコーポレートガバナンスの改善を検討すると和解が成立しやすくなる。改善内容については、和解の段階では柔軟な対応ができ、不正行為が発生した会社に限らず、グループ会社全体のコーポレートガバナンスについて改善することもある。例えば、子会社が独占禁止法違反を犯したことに関して取締役が十分に監督しなかったという訴因の事案において、コーポレートガバナンスを様々な点で改善したことがある。代表訴訟で訴えられるということは、会社側に何らかの問題があるはずである。また、一般的には親

会社のエグゼクティブがコーポレートガバナンスの改善を行っている。なお、代表訴訟では、裁判所に和解の決定権がある。そこで、裁判所は、金銭を伴わない和解であれば、本当にコーポレートガバナンスが改善されているかや、弁護士費用が適正かを確認する。厳しい裁判官は、和解そのものを拒否することもある。

(Paul J. Lockwood 弁護士)

- (3) まず、代表訴訟において重要な役割を果たしている提訴請求ルールについて述べる。提訴請求は、積極的には行われていない。もし原告が提訴請求をすると、取締役が適切な判断をできることを認めることになるからである。そこで、原告は、取締役会に独立性がないことを証明し、提訴請求の無益性によって自己の適格性を裁判所に対して主張する。仮に提訴請求の無益性が認められても、大半の事案では和解が成立し、1%にも満たない事件だけが正式事実審理となる。なぜなら、裁判所が無益性を認めると、それは裁判所が経営側に対して極めて強い和解勧告を行っていることを意味するからである。他方、提訴請求がなされた場合、取締役会は、99%以上の確率で拒否する。これに対し、裁判所は、通常、経営判断原則により取締役会による拒否の判断を尊重するが、同族会社などで取締役会に馴れ合いがある場合には尊重しないこともある。以上のとおり、提訴請求ルールがフィルター的作用を果たし、代表訴訟の効率的な運用が図られている。多くの会社では、取締役会の構成員は、会社内部からのメンバーは1人くらいであり、残り10人くらいは社外取締役であるから、独立性がないことを主張することは難しい。この点に関しては、日米間に大きな違いがあり、日本企業では取締役会のメンバーがビジネス上の関連がある者同士であったりするため、独立性を証明することは難しいと思われる。そのため、提訴請求ルールが日本で機能するか不明である。

次に、取締役又は役員の実務責任に関して述べる。例えば、持株会社の子会社である銀行が、資産抵当証券などを扱って数億ドル以上の損害を出し、親会社の取締役又は役員が子会社を十分に監督しなかったという理由で訴えられたとする。この場合、ほとんどのケースでは却下に終わる。却下で終わらないのは自己取引のときだけである。善管注意義務 (duty of care) と忠実義務 (duty of loyalty) の違いが重要であり、忠実義務違反の場合は、代表訴訟の対象となることが多い。また、取締役は、通常の上場会社では定款によって責任が限定されており、よほど誠実性に欠けるか、法に反するか、自己取引でなければ定款によって保護されている。デラウェア州会社法第 102

条(b)(7)に明記されているが、取締役は、通常の過失については責任がなく、誠実性に欠け、不法な自己取引でなければ定款の規定により保護される。なお、連邦証券法ではより要件が厳しくなっており、提訴理由のハードルが非常に高く、詐欺行為又は不正行為がはっきりと存在することを立証する必要がある。

上記のことを踏まえると、スクリーニングには3つの方法があることを指摘できる。1つ目は、デラウェア州会社法のような、代表訴訟についての提訴請求ルールである。2つ目は、訴答要件 (pleading standard) である。例えば、連邦証券法のように、申立て事実を特定化させることでハードルを高くすることができる。3つ目は、定款の中に責任の限定を明記することである。すなわち、定款で損害賠償の上限額を低くすれば、原告側は、実入りが少ないのであまり提訴しなくなる。

(John C. Coffee Jr. 教授)

- (4) 統計に基づいて、代表訴訟の一般的な傾向について述べる (ただし、一部であるが統計の資料に不十分なところがある)。

代表訴訟は、その3分の1が却下されている。また、3分の1が金銭的な要素が織り込まれて和解が成立している。さらに、3分の1は、金銭的な見返りがなく和解している。金銭的な見返りがなく和解が成立する場合、ほとんどの事例で何らかの形で条件が付いており、その多くがコーポレートガバナンスに関するものである。

他方、正式事実審理まで進むのは、50件の代表訴訟の中で1~2件程度である。

代表訴訟の和解金額については、2004年~2005年の期間で詳細な分析をしたところ (他の訴訟の影響等がなく正確な和解金額が分かる69件の代表訴訟を対象とした)、金銭的な要素が織り込まれた和解 (69件のうち20件) について、和解金額は、平均値が約1290万ドルであり、中央値が約520万ドルであった。代表訴訟では、訴訟の内容に個人的な意向が反映されていることが多く、和解金額を決めることが難しい。そのため、代表訴訟の和解金額は、これが大体論理的であろうというところで落ち着くことが多い。ただし、多くの場合は、企業の時価総額が重要な要素となり、また、どれだけ保険の適用があるかも考慮される。

(NERA)

- (5) 当社のCEOが退職すると、退職金の支払が過大であるとして代表訴訟が提起された。1件目が提起されると、これを模倣した代表訴訟が各地で提起されたが、全く同じ提訴はできないことから、過去の証券取引等について調査され代表訴訟を提起され

た。追加的に提訴されると、訴訟のコストは乗数的に増加した。

当社に提起された代表訴訟は、会社の向上を目指したものでもなく、その大半が弁護人が扇動したものであり、弁護士報酬を目的としたものである。

(A社)

- (6) 代表訴訟のうちごく一部は、会社の改革・向上のためのものだが、大半は、弁護士が報酬を目的としたものである。代表訴訟は、それ以外の裁判にも悪い影響を与える可能性がある上に、訴えられた取締役にとっては、コストがかかり経営の邪魔であって名声にも関わってくる。そこで、企業にとって、提訴請求に関するシステムが非常に重要となる。取締役会又は取締役会が指定した委員会が、独立の立場で審議して提訴しないことを決定すれば、裁判所はその決定を尊重すべきである。裁判所は、ビジネス上の判断を取締役に委ねるべきである。

(B社)

2 代表訴訟と証券クラスアクションとの関係

- (1) 統計分析を踏まえながら、証券クラスアクションと代表訴訟との関係について述べる。

証券クラスアクションと代表訴訟との違いについては、証券クラスアクションでは、原告は、会社を代表して訴えるわけではなく、個人又は年金基金などの立場で訴える。また、その提訴理由は、企業の経営者が十分な開示をしなかったとか、不正行為が行われネガティブな影響が全ての株主にあったというものである。

証券クラスアクションと併せて代表訴訟も提起されている場合、代表訴訟において被告に不正行為があったこと認められ、高額を支払が命じられなくとも、当該不正行為があったこと自体が証券クラスアクションに影響し、証券クラスアクションの和解金額に影響を及ぼすこととなる。すなわち、代表訴訟と証券クラスアクションとで、取られた経営上の行動は同じであると想定され、代表訴訟の結果が証券クラスアクションの結果に反映される。

証券クラスアクションと代表訴訟は、1997年から1998年までの間は併せて提起される比率は低かったが、その後は比率が非常に高くなった。すなわち、証券クラスアクションは上場会社に対して年間で約150件が提起されているが、その中の90件ほどが代表訴訟も併せて提起されている。比率が高くなったのは、2002年にSOX法が

成立した影響かもしれない。もっとも、最近では代表訴訟が単体で提起される傾向にある。

2007年～2010年の期間で分析したところ、①投資家の受けた損害額の平均は、証券クラスアクションのみの場合（138件）では約11億ドルであるのに対し、代表訴訟を伴う場合（219件）では約30億ドルである。また、②和解額の平均は、証券クラスアクションのみの場合では約1930万ドルであるのに対し、代表訴訟を伴う場合では約1億0160万ドルである。

次に、1996年～2010年の期間でも証券クラスアクションについて、代表訴訟を伴うものとそうでないものを比較したところ、和解額の平均は、証券クラスアクションのみの場合（615件）では約2880万ドルであるのに対し、代表訴訟を伴う場合（446件）では約8500万ドルである。

以上のとおり全体的には、多額の損害が発生したときには、証券クラスアクションとともに代表訴訟も提起されていることが分かる。また、証券クラスアクションだけでなく代表訴訟も提起されているのは、会計の不正があったなど不正行為が重度のケースや、刑事責任を問われたケースや、政府から罰金を課されているケースなどに多い。正式事実審理の中では代表訴訟についての申立て内容は重みを持っており、強い主張があるときは証券クラスアクションとともに代表訴訟が提起され、弱い主張しかないときは証券クラスアクションのみの提起となる傾向にある。

証券クラスアクションの場合は、企業の時価総額を参考とすること等によって、ある程度、定型的に和解金額を算出することができる（なお、代表訴訟の場合は、和解金額を決定しにくいことは前述のとおりである〔第2の1(4)〕）。

(NERA)

- (2) 私は、証券クラスアクションと代表訴訟との関係について、皮肉な見方をしている。証券クラスアクションが連邦裁判所で提起されると、いろいろな弁護士が我も我もと各州で代表訴訟を提起しようとする。すなわち、証券クラスアクションでは、私的証券訴訟改革法（Private Securities Litigation Reform Act of 1995）¹により、代表となる原告を選ぶ必要があり、多くの原告が存在してもその中から代表者が選ばれて統合されるため、各州の弁護士らには、チャンスがない。そこで、各州の弁護士らは、自分たちの州において、内容が同じ訴えを代表訴訟として提起し、連邦裁判所の審理

¹ 本報告書第一編第3参照

を待つ。そして、連邦裁判所での証券クラスアクションは、多くが却下されるが、却下されないものについては何らかの和解が成立する。この際に会社は、通常、証券クラスアクションだけでなく、それに付随する代表訴訟も併せて和解することを希望する。そうすると、州の弁護士は、待っているだけで金を手にするのできるのがある。

代表訴訟と証券クラスアクションとは申し立てられている不正行為の内容が同一であることが通常であるが、最近になって、代表訴訟のみの提起が増えた。その理由は、私的証券訴訟改革法によって、内容のない証券クラスアクションが却下されるようになったのに対し、代表訴訟の場合には証券クラスアクションで要求されるような申立て条件が不要だからである。

(Marc J. Sonnenfeld 弁護士)

- (3) あまり名声のない弁護士が証券クラスアクションに付随して代表訴訟を提起して見返りを求めることがある。

(Stuart M. Grant 弁護士)

- (4) 証券クラスアクションが提起される場合、企業内に何か問題があるから、代表訴訟も提起しやすい。また、証券クラスアクションを手がけることができなかった弁護士が代表訴訟を提起することがある。

代表訴訟が却下されない場合には、証券クラスアクションと一緒に和解しやすい。例えば、保険金が 1000 万ドル支払われる場合に、900 万ドルを証券クラスアクションに、100 万ドルを代表訴訟に充てるとする。その 100 万ドルは、弁護士費用分は別として会社に入り、結局、その 100 万ドルも証券クラスアクションの方に充てられる。そのため、証券クラスアクションと代表訴訟は一括で和解がしやすい。

(Paul J. Lockwood 弁護士)

3 代表訴訟に関する保険

- (1) 大半の代表訴訟では、保険が掛けられている。特に取締役及び役員は、最高額の保険を掛けている。なお、証券会社などでは、訴えられることが多いから社内の保険を掛けて、自分たちで払えない分を保険会社に支払わせているケースもある。仮に保険に入っていないと、和解は相当困難となり、デラウェア州の企業で保険に入っていないと致命的なことになる。保険に入っている場合でも、保険金が十分でないと和解が成立し

にくくなる。その場合、金銭を伴わない和解として、コーポレートガバナンスの改善を約束する。そして、原告側の弁護士に対し、コーポレートガバナンスの改善点を伝え、原告側もお灸を据えたとして和解に応じることがある。

(Paul J. Lockwood 弁護士)

- (2) 原告は、保険が掛けられている金額分を代表訴訟において請求してくる。

保険を掛けていても保険会社が倒産することがある。数年前にある保険会社が倒産し、取締役や役員は保険が掛かっていない状態となった。また、保険金は、支払われる順位が決まっていることにも留意する必要がある。

(Marc J. Sonnenfeld 弁護士)

- (3) 代表訴訟や証券クラスアクションになると、弁護士費用は、100 万ドルになる場合がある。また、却下となったとしても、却下の申立てに 1~2 万ドルがかかることがあり、ともかく弁護士費用が多額となる。

保険の範囲については、様々な争いがある。例えば、提訴請求がなされた際に取締役会や特別訴訟委員会に発生したコストが保険の対象となるかの争いがある。

(保険会社)

4 多重代表訴訟

- (1) 多重代表訴訟は、理論上では存在するが、その大半が却下されている。株式交換によって買収された場合では、親会社取締役会は、相当の独立性をもって判断を下しており、子会社がよほどの不正をしない限りは、親会社の取締役会又は役員は企業にとって最善の行動をとったとされることが多い。最近、金融機関の買収が何件もあり、子会社の以前の株主が買収後に子会社を訴える事例があるが、勝訴する見込みは低い。

(John C. Coffee Jr. 教授)

- (2) 原告代理人の立場から、多重代表訴訟について述べる。

多重代表訴訟は、ほとんどが M&A の事例に関するものであり、代表訴訟の係属中に会社が売却された場合に発生している。個人的には、多重代表訴訟は、うまくいったためしがなく、役に立たないと思う。その理由は、次のとおりである。まず、①代表訴訟の存在理由は、取締役会の中でコンフリクトがあり取締役会が行動をとれない場合に、株主が行動をとることにある。したがって、コンフリクトがなければ、代表訴訟は不要であるが、M&A の後には取締役会にコンフリクトはなくなり、新しい所

有者は、新たな判断で訴訟を続けるかを決する。そして、新しい所有者は、経営のためいろいろとすべきことがあるため、訴訟などはもはや望まないものである。次に、②子会社で不正行為が行われて企業価値が低下すると、新しい所有者は、その低下分を考慮して投売りの価格で買収するのであるから、新しい所有者を救済する必要はない。さらに、③親会社株主は、子会社取締役が不正行為を行った場合、親会社取締役に対し、子会社を監督しなかったことを理由に代表訴訟を提起すればよい。加えて、④多重代表訴訟を提起するためには多額の費用を要する。また、⑤不正行為が子会社で行われたとしても、子会社の収益が低いと親会社への影響が小さく、訴訟の意義が乏しくなることがある。

M&A が行われていないケースでの多重代表訴訟は、アメリカでは稀である。M&A が行われていないケースで、子会社取締役が不正行為を行った場合には、前述のとおりに親会社取締役に対し、子会社を監督しなかったことを理由に代表訴訟で訴えるか、又は親会社に対し、子会社の改善を求めることになる。

(Stuart M. Grant 弁護士)

- (3) 多重代表訴訟については、提訴請求が多すぎると思う。新しい会社の取締役会は、それまでの不正行為に関わっておらず、十分に独立性を証明することができ、裁判所は、通常、提訴請求を受け入れない。また、子会社が不正行為を行ったとしても、子会社が売却されるときに価格に既に不正行為が行われた点は織り込まれており、新しい所有者は、安い値段で子会社を買収している。そこで、以前の損害について新しい所有者を救済すべきではない。

(Marc J. Sonnenfeld 弁護士)

- (4) 請求権は企業の資産であり、親会社の有している資産である請求権を行使するのは親会社の責任であって、親会社が子会社取締役会に対して請求権を行使することを怠ると、多重代表訴訟に至ることがある。多重代表訴訟は、非常に例が少なかったが、最近になって数が増えてきている。

(Karen Pieslak Pohlmann 弁護士)

- (5) 多重代表訴訟は、新しい傾向であり今まではそれ程主要なものではなかったが、ドッド・フランク金融制度改革・消費者保護法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act) が制定されてから増えており、最近になって非常に重要性が高まってきている。また、逆さ合併や自社株の買戻しなどに関して、原告側の弁

護士が想像力をたくましくして、様々な理由で訴えているということも多重代表訴訟が増加した要因であると思う。

子会社に対する保険については、専ら親会社が掛けているが、多重代表訴訟が契機となって、子会社が親会社の保険契約の対象となるケースも多くある。現在、当社では多重代表訴訟に特化した保険はないが、準備中である。

(保険会社)

5 海外訴訟

- (1) 日本会社が親会社で、アメリカ会社が子会社の場合に、親会社株主がアメリカにおいて多重代表訴訟を提起した場合の帰結について（なお、Jack B. Jacobs 裁判官と Lawrence A. Hamermesh 教授からのヒヤリングは、同一のミーティングで行われており、内容も関連しているため、以下では一括して記載する。）

ア 日本会社がアメリカ会社を所有している際に、多重代表訴訟が認められるか否かは、日本法によって決せられる。訴えられてどのような形で進められるかは、完全に日本法によってコントロールされることであり、日本法の草案者と立法府で決めることである。仮に多重代表訴訟がデラウェア州の裁判所で提起されると、まず日本法を吟味し、どのような手続で進められるかを考える。重要なことは、日本の議院が多重代表訴訟に関する法案を検討し採択する際には、法文が曖昧でなく、明確な言葉で書かれることである。

(Jack B. Jacobs 裁判官)

(「日本法においては、明確に外国会社を除くと条文上に書くことは通常はない。ただし、会社法立案担当者が書籍等で、アメリカの完全子会社は対象とならないと解説することはあり得る。」との当研究会委員の発言に対して)

会社法立案担当者が改正部分を書籍等で解説した場合には、その意見は尊重する。

(Jack B. Jacobs 裁判官)

(「仮に日本法において多重代表訴訟が認められる場合を子会社が重要な子会社である場合に限るものとし、例えば、子会社株式の帳簿価額が親会社の総資産額の20%を超える子会社に限定するとした場合、このような基準も尊重するか。」との当研究会委員の発言に対して)

尊重する。ただし、我々が理解できるには、日本の法律が明確であり、重要な子

会社の基準がはっきりしていることが重要である。

(Jack B. Jacobs 裁判官)

(「日本では無益性のテストがなく却下を求める機会がないため、直ちに正式事実審理となりディスカバリーが実施されることを懸念している。」との当研究会委員の発言に対して)

懸念の理由は理解できる。例えば、日本に親会社がありアメリカに子会社があるケースでは、無益性のテストが必要になると明文化することはできないか。

(Jack B. Jacobs 裁判官)

会社法立案担当者の意見は尊重する。デラウェア州を含むアメリカでこのような係争を解決する際に、最も注目すべきは、法の管轄権であり、どの法によって多重代表訴訟を認められるかを検討することになる。参考判例として、スペインにある親会社の株主が多重代表訴訟を提起した事案として、サガラ事件判決²がある。同判例では、どのような形で進められるかは、スペイン法によってコントロールされることが示唆されている。

仮に日本法が多重代表訴訟の適用対象を限定するのであれば、内部関係法理 (internal affairs doctrine) に従って、日本法を尊重する。アメリカではそうである。しかし、例えば、スペインの裁判所がどういう立場をとるかは分からない。我々としては、日本法が日本企業に限ると決定するのであれば、その決定を尊重する。

(Lawrence A. Hamermesh 教授)

イ 仮に日本の会社法で多重代表訴訟を親会社の本店所在地でしか提起ができないと定めても、アメリカでは本店所在地がどこであるかが曖昧であり、争いとなっているから、アメリカの強権的な裁判官が、アメリカに親会社の本店が存在すると認定する可能性がある。そこで、曖昧な言葉ではなく、代表訴訟が提起された場合には日本の裁判所で審理されると会社法に明記すれば、アメリカのどの裁判所も、日本以外に管轄権がないことを尊重すると思う。

(John C. Coffee Jr. 教授)

ウ アメリカで提訴しても却下されると思う。ただし、却下に至るまでにはかなりの費用がかかると思う。

² Sagarra Inversiones, S.L. v. Cementos Portland Valderrivas, S.A., et al., No. 6179-VCN (Del. Ch. Aug. 5, 2011)

(Alan Singer 弁護士)

エ 裁判の内容は、裁判官によってかなり違うので、保証の限りではない。ただし、おそらく却下されると思う。

(Marc J. Sonnenfeld 弁護士)

オ 一概には言えない。

(Stuart M. Grant 弁護士)

カ アメリカにおいて多重代表訴訟が提起されるリスクは十分にある。特に日本法の文言が曖昧であれば、そのリスクが高まる。アメリカには様々な裁判所があり、いかに扱われるかは保証することができない。参考判例として、サガラ事件判決（前記ア参照）がある。その概要は、スペインにある親会社の株主が、デラウェア州にある孫会社の取締役会において自己取引が行われたことについて信認義務違反を理由に訴えたものである。この事例では、原告が株主総会において代表訴訟を提起するための手続を経ていなかったことから却下された。なお、スペインでは、多重代表訴訟はなく代表訴訟のみが存在する。

(Paul J. Lockwood 弁護士)

(2) アメリカ会社が親会社で、日本会社が子会社の場合に、デラウェア州において多重代表訴訟が提起された場合の帰結について

多重代表訴訟が係属する可能性がある。ランブレイト事件判決³によれば、日本の会社が100%子会社であって、アメリカの親会社が日本の子会社を支配している場合、子会社取締役が行った不正行為に関して、その賠償を子会社が請求せず親会社も請求しないと、デラウェア州の裁判所では、親会社株主が日本の子会社を代表して訴えることになる。なお、日本の子会社にアメリカの親会社と別個に法人格があると評価ができるかどうかは問題になると思われる。これは、最終的には親会社がどの程度子会社をコントロールしているかによる。

(Lawrence A. Hamermesh 教授)

子会社が親会社とは別の法人格かどうかについては、親会社が子会社に対し、法廷に出るように命令できるかどうかを考慮される。

日本法の中で信認義務を子会社の役員や取締役が果たしたかが問題となり、結局、日本法によって信認義務違反があったかで裁かれる。

³ 本報告書第一編第2の2(4)参照

(Jack B. Jacobs 裁判官)

(「日本法では、善管注意義務は、会社に対して負うものであって、株主に対して直接負うものではない。また、親会社の子会社の取締役に対して法廷に出るように命令することは、少なくとも法律上では直接的にはできない。このような場合でも、ランブレイト事件判決の判断は同じように適用されるか。」との当研究会委員の質問に対して)

難しい問題である。日本とアメリカとの間には法の違いがあり、両国間で信認義務の内容がどう違うのか詳しくは分からない。ただし、親会社の子会社取締役に対して法廷に出るように命令することができなくとも、多重代表訴訟を提起することの妨げにはならないと思われる。

(Lawrence A. Hamermesh 教授)

日本では善管注意義務は、会社に対して負っているものであって株主に対して直接負うものではないということだが、その差は、アメリカの裁判所ではあまり意味のない差だと思われる。

(Jack B. Jacobs 裁判官)

第四編 フランス実地調査について

執筆担当者：葉玉匡美、内林尚久

第1 調査結果の概要

フランスにおけるヒヤリング先は、①裁判官（Jean-René Maillard 商事裁判所裁判官、Patrick Martowicz 裁判官〔法務省勤務〕等）、②弁護士（Dominique Lepagnet 弁護士、Eric Boillot 弁護士、Jean Louis Lantenois 弁護士、Jeremy Arscott 弁護士、Laurence Renard 弁護士、Nicolas Fournier 弁護士、Philippe Georgiades 弁護士、Pierre Servan-Schreiber 弁護士、Thierry Gontard 弁護士等）、③研究者（Arnaud Raynouard 教授、Sophie Schiller 教授、Thibaut Massart 教授等）、④政府系機関等である。調査結果の概要は、次のとおりである。

多重代表訴訟は、現在のフランスではほとんど議論されていない（第2の1）。机上の議論はともかくとして、実務的には、現時点でフランスには多重代表訴訟は存在していないとって過言ではないと思われる。

また、代表訴訟に関しては、アメリカのような濫訴はなく件数自体も少ない。その理由は、①原告株主は、代表訴訟で敗訴すると、相手方の訴訟費用（弁護士費用を含む。）の全部又は一部を負担することになり得るため、確固たる根拠がない限り代表訴訟を提起しないこと¹（第2の2(5)）、②フランスの商事裁判所では、企業経営の経験者等が裁判官を務めており、企業の健全な発展を考慮しつつ、濫訴を防ぐ措置をとっていること（第2の2(2)）等にあると考えられる。

さらに、フランス法の理念に関しては、企業の利益が株主の利益に優先することが指摘されており（第2の3(1)）、また、子会社の親会社に対する独立性が強調されている（第2の1(6)、3(2)・(3)）²。加えて、フランスでは民事法を軽視しているわけではないが、刑事法が主軸となっており、代表訴訟についても、訴訟上の利点もあることから付帯私訴

¹ 実際には、通常、訴訟費用の一部のみを負担する運用が行われているとのことである（第2の2(5)）。そのため、原告株主は、勝訴した場合でも、相手方から一部の訴訟費用しか回収できず（弁護士費用については2割程度である。〔第2の2(6)〕）、このことも濫訴が少ない要因となっていると考えられる。

² 一般に、多重代表訴訟は子会社の独立性を害すると批判されることから、子会社の親会社に対する独立性は、多重代表訴訟にも関連してくると思われる。

の手續が活用されている（第2の2(1)・(4)）。

以上のとおり、そもそも実務上は多重代表訴訟の議論がほとんどなされていないこと、代表訴訟に関する制度や法の理念について日本法と異なる点が多々見受けられることから、多重代表訴訟を導入する議論に関して、フランス法がどれだけ参考となるのか疑問が残る。少なくとも、「フランスには多重代表訴訟の実績があるから、日本にも多重代表訴訟を導入すべきである。」という主張は、当を得ていないことは明らかである。

以下では、調査結果の詳細を報告する（各文章の末尾に記載の人物がヒヤリング先である。なお、複数人で議論をしながら意見が形成されたものは、当該複数人を記載している。）。

第2 調査結果の詳細

1 多重代表訴訟

- (1) 多重代表訴訟は、いまだかつてフランスに存在したことはないと思われる。

(Jean-René Maillard ら商事裁判所裁判官)

- (2) 多重代表訴訟は、現在のフランスでは全く話題になっていない。

(Patrick Martowicz 裁判官、Laurence Renard 弁護士)

- (3) フランスには多重代表訴訟が根付いておらず、法曹界では話題になっていない。多重代表訴訟という表現自体も一般的にはない。

2001年4月4日の破棄院刑事部判決³は、多重代表訴訟を認めたものではない。Estelle Scholastique は、同判決が多重代表訴訟を認めた可能性を示唆しており⁴、そのような理解も全面的に否定されるわけではない。しかし、同判決の表現には曖昧なところがあるため、同判決が多重代表訴訟を認めた可能性があるとは断定することはできないと思われる。

(Thierry Gontard 弁護士)

- (4) 多重代表訴訟は、フランス法の中では概念が根付いていない。教育界や弁護士会の中には、代表訴訟の延長上として理論上、多重代表訴訟の概念を唱える方もいる。しかし、経済界や商法界には多重代表訴訟は根付いていない。

親会社株主が子会社を提訴できるかは不明である。なお、特異なものであるが、参

³ 本報告書第二編第4の1(3)参照

⁴ 本報告書第二編第4の1(3)ウ(a)参照

考となる判例が4つある（1996年2月6日、2000年12月13日、2001年4月4日及び2003年4月2日の各破棄院刑事部判決）。これらの判例を参考にすると、100%子会社において、親会社取締役を兼務している子会社取締役が、過失により子会社に損害を与えた場合には、親会社が子会社を吸収合併する方法があることは指摘できる。すなわち、子会社取締役が不正行為により子会社に損害を与えた後、親会社が子会社を吸収合併すれば、子会社のときに発生した損害が親会社の損害となるから、代表訴訟の対象とすることができる。この場合、親会社が子会社を吸収して一つの会社になるので、多重代表訴訟ではなく代表訴訟に還元されることになる。上記4つの判例の中には、破棄院から、吸収合併して代表訴訟とするようにと示唆された事案もある。

なお、A社に代表訴訟が係属している際にB社がA社の株式をすべて取得し、A社がB社の完全子会社になった場合、B社は、A社に対する代表訴訟を承継しない。また、A社株主は、株式を失うので、代表訴訟を行う権利を失う。

(Dominique Lepagnot 弁護士)

- (5) 多重代表訴訟に関しては、説明するほどの判例がない。フランスには多重代表訴訟という法制度はない。また、親会社株主と子会社との間の紛争や、親会社と子会社株主との間の紛争については、条文に規定されていない。裁判所は、多重代表訴訟が提起されれば却下すると思う。過去の判例から推察して、現在、フランスでは多重代表訴訟に関する新しい法制化は考えられていないと思う。

(Philippe Georgiades 弁護士、Pierre Servan-Schreiber 弁護士)

- (6) 多重代表訴訟は、理論的には民法では可能性がある。しかし、法律の内容として基礎が固まっておらず、法的な整備もなされていない。また、付帯私訴の場合も可能性はあるものの参考となる判例はないし、犯罪が発覚したという事実が必要である上に、やはり法的な整備がなされていない。

注意を要するのは、親会社・子会社がそれぞれ独立しているという概念であって、子会社の権利を考慮しなければならないことである。子会社をコントロールする必要があるが、企業の経営自由との調和を図ることが重要である。

子会社取締役に過失があれば、親会社取締役が責任追及すべきであり、もし追及しないのであれば、株主は、適切な監督していないことを理由に親会社取締役を提訴すればよい。したがって、あえて多重代表訴訟という制度を設ける必要はない。もし多重代表訴訟を提起すれば、費用と時間がかかる。そのためフランスでは、多重代表訴

訟の考え方は浸透していない。

(Arnaud Raynouard 教授、Sophie Schiller 教授、Thibaut Massart 教授等)

2 代表訴訟

- (1) 代表訴訟については、商法、民法及び付帯私訴に基づくものがある。また、上記の3つとは内容が異なるが、労働法に基づくものもある。これは、株主ではなく従業員が会社の代表者を契約違反などで訴えるものである。なお、付帯私訴については、刑事手続に不法行為に基づく請求が付帯している形となる。

過失や損害の内容によって、どの法で提起するかが決まる。例えば、取締役が会社の財産を横領した場合は、付帯私訴に基づいて提起する。

フランスでは取締役に対する刑事罰によってコーポレートガバナンスを維持しているため、代表訴訟の必要性が低いとの意見が日本にあるとのことだが、賛成できない。確かにフランス法では刑事法が主軸だが、決して民事法を軽視しているわけではない。

(Patrick Martowicz 裁判官、Laurence Renard 弁護士)

- (2) 株主が代表訴訟を提起しても、企業の管理状態についての情報不足等のため、最終的に判決まで至らないことがある。

なお、株主は、会社資本の5%以上の株式を保有していれば、企業が健全な状態にあるかを確認するために法律上の手続に則って、裁判所に対して業務鑑定人の選任を請求することができる。業務鑑定人は、企業内で問題とされている点について調査を行うことができる。

フランスでは、代表訴訟の濫訴はない。商事裁判所の裁判官は、ほとんどが企業の経営者なので、企業を健全に管理する方法が分かっており、弁護士が報酬目的で株主を唆して代表訴訟を提起することを防ぐようにしている。仮に不当な代表訴訟を提起しても勝てる見込みがないため、日本やアメリカのような濫訴はない。また、フランスでは、株主が確固たる証拠がないままに代表訴訟を提起すると、逆に、企業が真実性がないことを理由に株主に対して慰謝料を請求することもある。

なお、判決が下されるまでの時間は、商法及び民法では短いのに対し、刑法では非常に長い。そこで、刑法に基づき提訴され、商事裁判所でも提訴された場合、刑法上の判決が下されるまで商事裁判所でも判決を下さないのが慣例である。

(Jean-René Maillard 氏 商事裁判所裁判官)

(3) 代表訴訟は、弁護士業界であまり話題にのぼっておらず、数が少ないと思う。

(Philippe Georgiades 弁護士、Pierre Servan-Schreiber 弁護士)

(4) 取締役の民事責任が認められるためには、次の3つの要件を満たす必要がある。①フォート⁵の存在、②直接の損害の存在とその損害が現在も継続していること、及び③フォートと損害の間に因果関係があることである。

企業の経営者が運営管理者としての権利を濫用すると、付帯私訴を利用することができる。付帯私訴による場合の利点は、次のとおりである。まず、①証拠の収集について検察官や予審判事が携わってくれることである。次に、②企業の経営者は、刑法上有罪となると、権利を濫用したとして、付帯私訴においてもフォートが認定されることである。最後に、③付帯私訴を利用した方が訴訟費用が安くなることである。

(Dominique Lepagnot 弁護士)

(5) 代表訴訟の弁護士費用は、アメリカ及びイギリスでは高いが、フランスでは低く、一般的には5万ユーロくらいであり、長期化すると30万~40万ユーロくらいになる。なお、フランスでは裁判所の利用は、無料である。

フランスでは、裁判官は、勝訴側の訴訟費用(弁護士費用を含む。)を敗訴側に負担させる判決を下すことがある。もともと、裁判が長期化すると弁護士費用が高額になり、全額負担は酷なので、裁判官は、通常、訴訟費用の一部である5000ユーロほどを負担する旨の判決を下す。今まで聞いた最高額は、5万ユーロの負担であった。このように、敗訴すると勝訴側の全部又は一部の訴訟費用を負担する可能性があるので、株主は、よほどの根拠がない限り代表訴訟を提起しない。

なお、AとBが一定数以上の株式(例えば、大規模な会社では、会社資本の0.5%以上)を保有していない場合には、弁護士費用を安くするため共同で提訴することはできず、1人ずつがそれぞれ提訴し、AとBは、それぞれ弁護士費用を負担しなければならない。他方、AとBが一定数以上の株式を保有していれば、団体が提訴することができ、この場合、弁護士費用を分割して負担することができる。団体での提訴につき一定数以上の株式を保有する必要があるのは、真摯に訴訟を提起しているかを確認する趣旨と考えられる。

(Philippe Georgiades 弁護士、Pierre Servan-Schreiber 弁護士)

(6) 株主が会社に対して代表訴訟を提起し、勝訴した場合、会社が株主側の弁護士費用

⁵ フォートの意義については、本報告書第二編第3の1(1)の脚注10参照

を当然に支払う必要があるとは民法には規定されていない。民法によると、弁護士費用の10のうち、2くらいしか返ってこないと思う。株主は、弁護士費用について、会社又は会社の役員に対し、償還するように判決後に交渉することになる。

(Arnaud Raynouard 教授、Sophie Schiller 教授、Thibaut Massart 教授等)

3 フランス法の理念

- (1) フランス法では、企業の利益が株主の利益と同一であるとは考えない。企業の利益が株主の利益に優先する。

(Thierry Gontard 弁護士)

- (2) 急に子会社の経営が悪くなり清算することになった場合、子会社の独立性がなければ、親会社は、一度に子会社の影響を受けてしまう。そこで、親子会社の関係であっても、それぞれの企業が独立していることは、企業の利点となる。企業の独立性は、一種の哲学と言い得る。

(Thierry Gontard 弁護士)

- (3) フランスには、柔軟な発想があるが、他方で、形式主義の発想もある。子会社を設立すると、法によってその独立性が認められている。したがって、親会社の利益と子会社の利益とは一致せず、相容れない場合もある。親会社と子会社との相互の独立性を守ることは重要なことである。

(政府系機関)

第五編 代表訴訟制度改正への提言

執筆担当者：葉玉匡美

第1 はじめに

法制審議会会社法制部会（部会長 岩原紳作東京大学教授。以下「法制審議会」という。）は、平成22年4月から現在まで16回にわたり、コーポレートガバナンス及び企業結合法制等の改正について積極的に議論を進め、昨年12月14日に、会社法改正中間試案を公表した。

法制審議会でも議論されている改正内容は多岐にわたっているが、企業実務担当者の中には、会社法改正の必要性自体に疑問を呈する声や、会社法改正が企業活動に重大な支障を及ぼすおそれがあるのではないかという懸念の声もある。

なかでも親会社の株主が子会社の役員に対して責任追及の訴えを提起することができるものとする多重代表訴訟については、濫訴の弊害への懸念から、企業関係者の多くは、反対の意思を表明しており、法制審議会においても、導入の可否について厳しい議論の対立が見受けられる。

そこで、21世紀政策研究所会社法制研究会においては、法制審議会において、多重代表訴訟が認められている国として紹介されたアメリカ及びフランスにおける多重代表訴訟制度について調査を行った上、代表訴訟制度に関する外国法との比較、理論的な問題点、実務上の懸念点等を議論し、多重代表訴訟を含む代表訴訟制度に関する改正の必要性や妥当性についての検証を行った。

本稿は、筆者が、当該検証のプロセスで述べられた委員の意見を踏まえつつ、代表訴訟制度について、筆者の意見を述べ、代表訴訟制度改正についての提言を行うものである。

中間試案に対する意見や法制審議会の議論も踏まえて、今後、より焦点を絞った検討は必要不可欠であると思われるが、当研究会においては、多数の有益な意見が披露されており、これを踏まえて一刻も早く提言をすることが、より良い会社法改正につながるものと信ずる。

なお、当研究会は、各委員の識見をもとに専門的な議論を行うことを目的としており、

研究会としての統一的な意見の集約は行っていない。したがって、本稿に述べる提言は、あくまでも筆者の個人的な見解であり、経団連及び当研究会のタスクフォース委員の意見と必ずしも一致するものではないことを予めお断りしておく。

第2 法制審議会の提案及び提案に対する検討の概要

法制審議会は、中間試案において、代表訴訟について次のような提案を行っている。

【A案】 株式会社の親会社の株主が当該株式会社の取締役等の責任を追及する訴え（多重代表訴訟）を提起することを認める制度を、次のとおり創設するものとする。

① 株式会社の親会社（株式会社であるものに限る。）の株主は、当該株式会社に対し、発起人、設立時取締役、設立時監査役、取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人又は清算人（以下「取締役等」という。）の責任を追及する訴えの提起を請求することができるものとする。ただし、次に掲げる場合は、この限りでないものとする。

ア 当該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

イ 当該訴えに係る請求の原因である事実によって当該親会社に損害が生じていない場合

② ①の親会社は、①による請求の日において、①の株式会社の完全親会社であって、完全親会社（株式会社であるものに限る。）を有しないもの（以下「最終完全親会社」という。）に限るものとする。

（注） 完全親会社には、株式会社の発行済株式の全部を直接有する法人等のみならず、これを間接的に有する法人等も含まれるものとする。

③ ①の親会社が公開会社である場合にあっては、①による請求をすることができる当該親会社の株主は、6か月前から引き続き当該親会社の株式を有するものに限るものとする。

（注） 株式会社とその親会社の株主との関係は、当該親会社を通じた間接的なものであること等から、例えば、次のア又はイのような規律を設けるもの

とすることができ、なお検討する。

ア ①による請求をすることができる親会社の株主は、当該親会社の総株主の議決権の100分の1以上を有するものに限るものとする。

イ ①の訴えが当該株式会社の株主の共同の利益とならないことが明らかであると認められる場合には、当該株式会社の親会社の株主は、①による請求をすることができないものとする。

④ 株式会社の取締役等の責任は、その原因である事実が生じた日において、①の親会社が有する当該株式会社の株式の帳簿価額が当該親会社の総資産額の5分の1を超える場合に限り、①による請求の対象とすることができるものとする。
(注1) 株式会社の取締役等の責任の原因である事実が生じた日において、①の親会社が当該株式会社の最終完全親会社であることを要するものとする
かどうかについては、なお検討する。

(注2) ①の親会社が間接的に有する株式会社の株式の取扱いについては、なお検討する。

⑤ 株式会社が①による請求の日から60日以内に①の訴えを提起しないときは、当該請求をしたその親会社の株主は、当該株式会社のために、①の訴えを提起することができるものとする。

⑥ 株式会社に最終完全親会社がある場合には、当該株式会社の取締役等の責任(①による請求の対象とすることができるものに限る。)は、当該最終完全親会社の総株主の同意がなければ、免除することができないものとする。

(注) 株式会社に最終完全親会社がある場合における当該株式会社の取締役等の責任(①による請求の対象とすることができるものに限る。)の一部免除に関する規律(会社法第425条等参照)についても、所要の規定を設けるものとする。

(A案の注1) 株式会社に最終完全親会社がある場合には、当該株式会社又はその株主のほか、当該最終完全親会社の株主は、①の訴えに係る訴訟に参加することができるものとする。また、その機会を確保するため、次のような仕組みを設けるものとする。

ア 株式会社の最終完全親会社の株主は、①の訴えを提起したときは、遅滞なく、当該株式会社に対し、訴訟告知をしなければならないも

のとする。

イ 最終完全親会社がある株式会社は、①の訴えを提起したとき、又はアの訴訟告知を受けたときは、遅滞なく、その旨を当該最終完全親会社に通知しなければならないものとする。

ウ イによる通知を受けた最終完全親会社は、遅滞なく、その旨を公告し、又は当該最終完全親会社の株主に通知しなければならないものとする。

(A 案の注 2) 不提訴理由通知、担保提供、和解、費用等の請求、再審の訴え等についても、現行法上の株主代表訴訟に関する規律に準じて、所要の規定を設けるものとする。

【B 案】 多重代表訴訟の制度は、創設しないものとする。

(注) B 案によることとする場合、親会社株主の保護という観点から親子会社に関する規律を見直すことについて、例えば、次のような規律を設けることを含めて、なお検討する。

ア 取締役会は、その職務として、株式会社の子会社の取締役の職務の執行の監督を行う旨の明文の規定を設けるものとする(会社法第 362 条第 2 項等参照)。

イ 株式会社の子会社の取締役等の責任の原因である事実によって当該株式会社に損害が生じた場合において、当該株式会社が当該責任を追及するための必要な措置をとらないときは、当該株式会社の取締役は、その任務を怠ったものと推定するものとする。

ウ 株主は、株式会社の子会社の取締役等の責任の原因である事実があることを疑うに足りる事由があるときは、当該株式会社に対して、当該責任の追及に係る対応及びその理由等を、自己に通知することを請求することができるものとする。

エ 総株主の議決権の 100 分の 3 以上の議決権を有する株主等は、株式会社の子会社の業務の執行に関し、不正の行為等があることを疑うに足りる事由があるときは、当該子会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができるものとする。

(後注) 株式会社の株主は、当該株式会社の株式交換等により当該株式会社の株主でなくなった場合であっても、当該株式交換等の対価として当該株式会社の完全親会社の株式を取得したときは、当該株式会社に対して、会社法第 847 条第 1 項の責任追及等の訴え（当該株式交換等の前にその原因である事実が生じた責任等を追及するものに限る。）の提起を請求することができるものとするかどうかについては、なお検討する。

この多重代表訴訟について、法制審議会においては、導入の可否を巡り、様々な意見が交わされており、当研究会においても各委員から多重代表訴訟の導入の可否について多くの問題提起がなされた。

本稿では、これらの議論において問題提起された論点について、筆者の意見を述べた上、代表訴訟制度の改正に対して提案することを目的としているが、筆者の意見の概要は次のとおりである。

1 多重代表訴訟の必要性

(1) 多重代表訴訟は国際標準か

- アメリカ、フランス、イギリス、ドイツを含めて、先進諸国では、法律上または事実上、多重代表訴訟を認めておらず、多重代表訴訟を否定する方が国際標準である。
- 日本の代表訴訟は国際的に見ても株主にとって最も訴えやすいものであり、この上、国際的にほとんど例の無い、未成熟で濫用リスクが高い多重代表訴訟制度を導入する必要性は全くない。

(2) 上場持株会社の増加に対応するため多重代表訴訟が必要か

- 国外株式市場にも多数の持株会社が上場しているにもかかわらず、国外では多重代表訴訟は導入されていないから、持株会社化によって多重代表訴訟の導入の必要性が高まったという判断には合理性がない。
- 事業の完全子会社化によって親会社の取締役の員数が減少したとしても、取締役を執行役員とすることによって取締役の員数が減少した場合と実質的に異ならず、代表訴訟が空文化していることにはならない。
- 多重代表訴訟は、代表訴訟が執行役員や従業員を被告としていないことと矛盾する。

- 多重代表訴訟を導入しても、完全子会社を合同会社に組織変更することで対象から外れるため、持株会社化への対応策として効果は薄く、かえって組織選択を歪曲化する可能性が高い。
 - 企業グループにおいて一定数（たとえば、10人）以上の者を代表訴訟の対象としなければならないとすれば、取締役の法定員数を増加させるしかないが、そのような改正は不合理である。
- (3) 親子間で提訴懈怠可能性があるか
- 親会社にとって子会社役員は監督の対象であり、不正行為を行った従業員を懲戒する場合と同様、不正行為を行った子会社取締役を懲戒することを躊躇する理由はない。
- (4) 多重代表訴訟が内部統制に資するか
- 内部統制を実現するためには、経営者の命令及び指示が適切に実行されることを確保する統制活動が必要であるが、多重代表訴訟が導入されれば、子会社は、多重代表訴訟を理由に、経営者の指揮及び監督を拒む可能性があり、統制活動を阻害する。
 - 上場会社では、内部統制システムの構築が進んでおり、多重代表訴訟を導入する必要性に乏しい。
- (5) 従前の改正経緯に鑑みて、代表訴訟を強化することが必要か
- 代表訴訟が導入された昭和25年商法改正当時は、監査役に業務監査権限がなく、取締役の責任追及は、取締役会又は株主総会で定めた者が行うこととされていたため、提訴懈怠可能性が高かったが、その後の商法改正等により、監査役等の独立性及び権限は強化されており、提訴懈怠可能性は低減している。それにもかかわらず、子会社役員についてまで提訴懈怠可能性を拡張する多重代表訴訟を認めることはバランス感覚を欠くものである。
- (6) 親会社株主に訴訟担当とすることに正当性があるか
- 訴訟担当制度は、訴訟を遂行することを正当化する根拠があり、かつ、被告の利益保障を図ることができる場合にのみ認められるが、多重代表訴訟には正当化根拠がなく、被告の利益保障も十分ではない。
- (7) 多重代表訴訟は、他の会社法の制度と整合的か
- 多重代表訴訟は、代表訴訟以外の少数株主権等や監査役の権限と整合的ではない。

2 多重代表訴訟の弊害を防止することができるか

- (1) 従業員及び会社に対して過度な負担をかけることになるのではないかと
 - 多重代表訴訟は、実質的には従業員である子会社役員に対し、精神的経済的な負担をかける。
 - 多重代表訴訟は、会社に対して、実質的な従業員に対する損害賠償請求を義務づけるものであり、懲戒処分制度や労働者の損害賠償責任に関する信義則に基づく責任制限法理（軽過失免責・賠償額の限定等）等労働法制との間で深刻な軋轢を生じさせる。
 - 多重代表訴訟の導入により、会社の事務負担・経済的負担（役員責任賠償保険の保険料負担等を含む）は重くなる。
- (2) 他国と比較して弊害防止措置が脆弱すぎるのではないかと
 - 日本の代表訴訟制度は、他国と比較して弊害防止措置が脆弱であり、多重代表訴訟の導入は、濫訴を誘発するおそれがある。
 - 法制審議会で提案されている少数株主権化等の濫訴防止策は、代表訴訟一般に導入すべきであり、多重代表訴訟についてのみ要件を加重することは合理性がない。
- (3) 外国子会社に対して代表訴訟が提訴される可能性はないかと
 - 多重代表訴訟の導入は、米国子会社に対する代表訴訟を誘発する可能性がある。
 - 米国子会社に対する代表訴訟が適法とされるリスクは否定することができず、万が一、米国の裁判所が適法と判断した場合、ディスカバリーへの対応等過大な応訴の負担を被ることとなる。
- (4) M&A に悪影響を与えるのでは無いか
 - 上場会社が非上場会社を買収する場合等に多重代表訴訟が M&A に悪影響を与える可能性はある。

以上の検討を踏まえれば、多重代表訴訟は百害あって一利なしの制度であり、筆者は、会社法改正において、多重代表訴訟制度を導入すべきではない（B案）と考える。以下、詳述する。

第3 多重代表訴訟を導入する必要性が認められるか

法制審議会において、

△ 【(注) 本稿では、法制審議会の意見のうち、多重代表訴訟制度に賛同する意見については△、反対する意見については▽を付して紹介する。】日本法は、形式的にどこかで割り切るという前提で被告適格を限定する方針を採っているから、どのあたりで割り切るかという政策判断である。

との意見が述べられているが、政策判断による割り切りを行う前提として立法事実の存否、改正の必要性が問われることはいうまでもない。

そこで、まず、多重代表訴訟を認める必要性について、法制審議会における論点を中心に検討を加えることとする。

1 多重代表訴訟は国際標準か

(1) 法制審議会が多重代表訴訟を検討されることとなった理由の一つとして、他の先進国において多重代表訴訟が認められているという認識がある。

実際、法制審議会において、加藤貴仁東京大学准教授が、アメリカ、フランス、イギリスにおいて多重代表訴訟が採用されている旨の報告を行い、委員の一部も

△ 多重代表訴訟は、国際標準であり、各国が経験してきた立法事実が積み重ねられてできた制度であるから、立法事実はある。国際標準に学んで多重代表訴訟を導入しなければ、日本の国際競争力が強まることはない旨の意見を述べ、あたかも多重代表訴訟が国際標準であるかのごとき前提にたった議論がなされた。

しかし、当研究会における調査において、現在、法制審議会で検討されている形態の多重代表訴訟は、少なくともアメリカやフランスでは、事実上又は法律上、認められる可能性がほとんどないことが判明しており、「多重代表訴訟が国際標準である以上、そこに立法事実がある」「国際標準だから日本も採用すべきである」という意見は、明らかに事実誤認であると解される。

(2) たとえば、アメリカの多重代表訴訟のほとんどは、「ある会社が株式交換等によって他の会社の完全子会社となった場合において、親会社株主が当該完全子会社の取締役に対する代表訴訟の原告適格を有するかが問題となるケース」であるが、当該ケー

スについては、基本的に会社法 851 条で手当て済みであり、あえて会社法 851 条を拡張する意味はない。

他方、現在、法制審議会で提案されている多重代表訴訟（株式交換等とは無関係に、親会社の株主が完全子会社の取締役に対する代表訴訟について原告適格を有する制度）は、アメリカでもほとんど事例がなく、仮にそのような提訴があったとしても、親会社株主が、提訴請求の無益性の要件等を満たすことが極めて困難であるため、訴えが却下される可能性が極めて高い【(注)「アメリカの株主代表訴訟・多重代表訴訟」(山田純子甲南大学法科大学院教授)本報告書 4 ページ参照】。すなわち、アメリカにおいても、事実上、当該多重代表訴訟は、ほとんど認められていないと言ってよい【(注) 米国実地調査において、代表訴訟の株主側代理人として活動している弁護士が開口一番「多重代表訴訟は役に立たない」と断言したことは、米国における多重代表訴訟の位置づけを端的に物語っている】。

法制度は、全体のバランスを考慮して整備されるものであるから、他国の法制度と比較する場合に、法制度の一部のみをつまみ食いして検討するのではなく、特定の事象において、どのような取扱いがなされるかを具体的に吟味しなければならない。

アメリカには「提訴請求拒絶についての経営判断原則」「提訴請求の無益性」要件等による制度的なスクリーニングがあるにもかかわらず、これを無視して「アメリカでは多重代表訴訟が認められている」という抽象的な制度論を前提にすることは、つまみ食い以外の何ものでも無い。

したがって、「アメリカでは、多重代表訴訟は、事実上、ほとんど認められる余地がない」という現実の制度を前提として多重代表訴訟の導入の可否を議論すべきである。

(3) フランスでは、日本の代表訴訟に類する制度として、理論的には、①商法に基づく代表訴訟、②民法に基づく代表訴訟、③付帯私訴の 3 種が存在する。【(注) フランスにおける多重代表訴訟の概要については、「フランスにおける多重代表訴訟に関する議論」(清水円香立命館大学准教授)本報告書 21 ページ参照】

このうち、①の商法に基づく代表訴訟については、明文上、多重代表訴訟は認められておらず、多重代表訴訟を認めた判例もない。

②の民法に基づく代表訴訟は、従来、判例によって認められていたものであるが、商法に明文の規定が設けられた結果、理論的にはともかく、実際に行われていないようである。

さらに、③の付帯私訴については、取締役が犯罪を犯し、刑事罰を科されることを前提に認められるものである上、付帯私訴の原告は、当該犯罪により「直接損害」を被った者でなければならず、日本の代表訴訟とは制度設計が全く異なっている。少なくとも、付帯私訴では、子会社に損害が生じた場合に、当然に、親会社株主に直接被害が生じるものとは考えられておらず、多重代表訴訟の理論的可能性を示したと評釈される2001年4月4日破棄院判決でも、子会社に損害が生じているが、親会社株主には直接の損害が生じていないと判示し、親会社株主の上告を棄却している。法令や判例を見る限り、付帯私訴は、代表訴訟というよりも、不法行為に基づく損害賠償請求に類する制度と把握した方が適切であるように思われる。

このようにフランスでも法令には多重代表訴訟は存在せず、付帯私訴においても、子会社役員の子会社株主の犯罪について親会社株主の原告適格を認めた判例が存在しないこと【(注) 親会社と子会社の取締役を兼務している者の犯罪については、親会社株主の原告適格が認められた判例はある。】及び当研究会の調査では、フランスの商事裁判所、法務省、弁護士は、多重代表訴訟はフランスに存在しないと認識していたことを考えると、「フランスでは多重代表訴訟が認められていない」ということを前提にして多重代表訴訟の導入の可否を検討すべきである。

- (4) さらに、イギリスにおいて多重代表訴訟が認められているという前提も必ずしも正確とはいえない。

代表訴訟 (derivative claims and proceeding) を定める Companies Act 2006 260条～269条は、多重代表訴訟を認めていない。

会社が不公正な侵害行為 (unfair prejudice) 行った場合の救済命令 (994条1項) によって、親会社株主が子会社の行為によって損害を被る場合に保護される場合があることは事実であるが、救済命令は、代表訴訟とは別個のエクイティ上の一般原則に基づくものであり、形式的要件で原告適格を認める日本の代表訴訟制度と比較することには強い違和感がある。そもそも、エクイティの概念は、コモンローでは救済されないケースを、国王の前の裁判所である Chancery devisions において個別具体的な事情を考慮して救済するという考え方に由来する英米法独自の制度であり、救済命令の制度そのものが日本法になじまない。

また、あえて救済命令に相当する制度を日本法に探せば、信義則・権利濫用等の一般原理ということとなるが、個別具体的な事情により、子会社の不正行為を親会社の行

為と同視すべき事情がある場合には、日本においても信義則等を根拠に法人格否認の法理を用いて救済することができるのであるから、救済命令の存在が多重代表訴訟の導入の根拠とはなりえない。

さらに、イギリス（連合王国）において救済命令の具体的内容として一般的に認められているのは、「ある会社の行為を、他の会社の行為として取り扱う」という法人格否認の法理と同様の取扱いであり、多重代表訴訟を認めた連合王国における判例は見当たらない【(注) 香港では、救済命令による多重代表訴訟を認める判例が出たことを契機に多重代表訴訟が明文化されたようであるが（Company Ordinance 2010年12月10日施行）、連合王国では、そのような立法の動きは見られない。】。

現在の法制審議会の提案は、親子関係の濫用等特別の場合に限って信義則等の一般法理によって親会社株主を救済するというものではなく、一般的な制度としての多重代表訴訟の採用の可否なのであるから、イギリスの法制度として比較すべきは、多重代表訴訟を認めていない Companies Act 2006 260条～269条のはずである。救済命令のような特別な保護手段を引き合いに出して、イギリスで認められるかどうか分からない多重代表訴訟があたかも一般的に行われているかのごとき前提に立つのは、議論を誤らせることになる。

- (5) 以上のようにアメリカ、フランス、イギリスの法制や実情を見る限り、法制審議会において提案されている多重代表訴訟は、各国では法律上又は事実上認められていないと考える方が実態に即している。

筆者の知る限り、ドイツやスペインも多重代表訴訟を否定しており、多重代表訴訟を否定する法制が「国際標準」と言っても過言ではない。

筆者は、会社法は、既存の法体系と各国の実態に即したものであるべきであり、「国際標準」という仮想現実を無批判に受け入れることは妥当ではないと考えてはいるが、国際的にみても採用する国がほとんど存在せず、未成熟で、濫用リスクが高い多重代表訴訟を積極的に日本の会社法に導入する必要性は全くないと考える。

2 持株会社化への対応策として多重代表訴訟が必要か

- (1) 法制審議会において多重代表訴訟に賛同する委員は、次のように、会社がその事業を子会社化して持株会社となることは、代表訴訟との関係で問題が生ずる旨主張している。

△ 株式移転制度などにより、今や上場会社のかなりの割合が持株会社になっているから、以前であればその会社が直接行ってきた事業を、子会社を通じて行って、株主としては、それまでは代表訴訟の対象に当然できていた事業がその手を離れてしまっているという現状がある。

△ 日本の会社は、独禁法の改正によって純粹持株会社・ホールディングスが非常に多くなって、そこにぶら下がっている 100%子会社にはかなり大きな会社がある。大きな 100%子会社の取締役は、ホールディングスの取締役の方たちと実際は同列ぐらいの権限をもっているから、一つのグループを一つの会社と考えて、その中でトップ 10 人ぐらいに入るような人たちには、株主代表訴訟があり得るという心の規制を掛けておいたほうがいい。

△ 子会社に損害が生じたときに、場合によっては、親会社役員の実責任を追及すれば足りるのではないかという見解はあるが、事実の問題として、これまで海外の重要な子会社を含む重要な子会社での法令違反等によって生じた損害について、親会社の役員に対して起こされた代表訴訟は、株主が敗訴している。これは、特に親会社の役員が子会社の経営管理に余り厳しい義務を課すと、子会社を作って子会社経営陣の裁量を広く認めることのメリットが損なわれるから、裁判所は、親会社役員の実責任を認めるのに非常に慎重になっているという事実があると考えられる。そのため、一方で、子会社の裁量を広く認めるという観点から、親会社の役員の実管理義務は認められないとすれば、他方で、少なくとも特に重要な子会社については代表訴訟の対象にすることで、カウンターバランスを設けるということが、調整案になり得る。

△ 代表訴訟を逃れるために何らかの形で組織の選択がゆがめられるということがあったときに対策がなくては困る。

(2) これらの意見は、要するに、日本の上場会社について持株会社化が進んでいるという現状認識を前提に

- ① 従来、株主が代表訴訟の対象とすることができた行為が、持株会社化により対象から外れるのは、法的観点及びガバナンスの確保の観点から妥当ではない(空文化)。
- ② 会社が代表訴訟を回避するために持株会社化することに対策を講ずる必要がある(組織選択の歪曲防止)。

という理由から多重代表訴訟の導入に賛意を示しているものであるが、いずれの意見

も多重代表訴訟を導入する理由として合理性及び説得力に欠けている。

- (3) まず、「持株会社化への対応のために多重代表訴訟を認めることが望ましい」という意見の根拠は希薄である。

持株会社を許容することによる問題を解決するために多重代表訴訟制度が必要であるという論理が正しいのであれば、代表訴訟と持株会社を許容する法制度を採用する国においては、広く多重代表訴訟が整備されているはずである。

しかし、第3の1で述べたとおり、香港以外の先進国は、法制審議会で検討されているような多重代表訴訟の形態を、法律上または事実上認めていない。上場持株会社が多数存在することは、日本固有の事情ではなく、多くの国外市場においても認められる。それにもかかわらず、先進諸国において多重代表訴訟がほとんど採用されていないのは、多重代表訴訟が持株会社のガバナンスに役立つという認識が世界的に見ても一般的でないことの証左である。

- (4) また、「持株会社化による代表訴訟の空文化」という指摘については、現行の代表訴訟制度の構造や趣旨に鑑みれば、的外れであるといわざるをえない。

たとえば、取締役が10名存在している会社が、取締役を3名に減員して残り7名の取締役を執行役員にした場合、株主は、執行役員の行為について代表訴訟を起こすことはできない。これは、代表訴訟が空文化しているのではなく、執行役員の不正行為については、当該執行役員を監督する取締役を代表訴訟の対象とすることが適切だからである。

株式会社は、所有と経営を分離するため、会社の経営を株主総会で選任された役員に委任しており、株主が執行役員や従業員の管理という業務執行に直接関与することを認めていない。

他方、株主代表訴訟は、役員が多数派株主によって選任されているため、役員が善管注意義務に違反しても解任することが困難であり、また、選出母体が共通する役員ないし会計監査人同士で責任追及を行うことが典型的に期待できないことから、役員を選出母体（株主総会）のメンバーである株主（主として少数派株主）に会社の役員に対する権利について訴訟担当を認める制度であり、株主が会社の業務執行を行うことを認める制度ではない。

このように、代表訴訟、所有と経営の分離、株主総会による役員の選任及び善管注意義務という要素は、会社法上一体的に把握されているから、株主総会で選任されて

おらず、会社法上、会社に対する善管注意義務を課されていない執行役員や従業員の不正行為が代表訴訟の対象とならないことは当然である。

そして、代表訴訟制度の趣旨に鑑みれば、子会社の取締役は、親会社の株主総会で選任された者ではなく、また、会社法上、親会社に対する善管注意義務も負っていないから、親会社の株主による代表訴訟の対象とはなりえない【(注) 会社法 851 条が例外的に多重代表訴訟を認めているのは、訴え提起時においては、原告が当事者適格を有していたこと及び株式交換や三角合併により親会社株主になったという理由をもって原告適格が失われれば、従来の訴訟遂行が無駄になることから、当該訴訟に限り、原告適格の継続を認めたものに過ぎない。】。

言い換えれば、多重代表訴訟を認めることは、株主総会で選任されておらず、会社に対して善管注意義務を負っていない者に対する代表訴訟を認めることに他ならず、代表訴訟制度が、役員の仕事違背を抑止するという趣旨から、株主が会社に生じた損害を直接回復するための制度に転換することを意味する。

しかし、完全子会社の役員のみを代表訴訟の対象として追加するという法制審議会の提案が、そのような抜本的な変更を企図しているとは考えられない。

とすれば、法制審議会で提案されている多重代表訴訟は、現行の代表訴訟の趣旨に反するものであり、法制的に大きな問題点を抱えているものといわざるをえない【(注) 仮に、多重代表訴訟を採用するのであれば、子会社の役員の選任を親会社の株主総会の意思に係らしめることや、子会社の役員が親会社に対する善管注意義務を認める必要がある。また、代表訴訟の範囲を親会社及び子会社の従業員や当該グループと不当な取引をすることによって利益を得た者に拡大しなければならないだろう。】。

(5) 「組織選択の歪曲防止」も多重代表訴訟の導入根拠にはなりえない。

そもそも、親会社で直接事業を行うか、子会社という形で行うかの選択は、効率性、許認可、地域性、労務管理、リスク分散等事業上の必要性を勘案して、経営判断の上で決定しているのであって、専ら親会社の取締役の責任を回避するために親会社の事業を子会社化することは考えられない。

また、既に述べたとおり、会社が役員数を減少させることは、法律上も実質的にも何も問題はなく、代表訴訟の対象となる者が減少することについて対策を講ずる必要性はない。

仮に、取締役会が、代表訴訟の対象者を減少させるために、取締役の数を減少させ

る役員選任議案を決定したとしても、それは、員数減少後の取締役が、取締役ではなくなった者の業務執行ないし監督責任を引き受けただけのことであり、何ら不当なことではない。

株主が取締役の数が減少することに不満を有するのであれば、株主総会で追加の取締役選任議案を株主提案して可決すればよいのであり、取締役の数の増減を「組織選択の歪曲化」と捉えることは合理的ではない。

法制審議会の意見の中に

△ トップ 10 人ぐらいに入るような人たちには、株主代表訴訟があり得るという心の規制を掛けておいたほうがいい。

というものがあつたが、会社法は、取締役会設置会社の取締役の数を 3 人以上と定めているから、「トップ 3 人は、代表訴訟がありうるという心の規制」を掛けているとすることができる。仮に「トップ 3」を「トップ 10」に変更するのであれば、取締役の定員を 10 人以上とする改正が必要となる。

このように役員を増減させること（すなわち、代表訴訟の対象者を増減させること）は、法定及び定款所定の員数の範囲内である限り、自由であることを忘れてはならない。

実際、従来、親会社が行っていた事業を完全子会社に行わせることとしても、親会社には、当該完全子会社を統括する職責を負う取締役が存在するのであるから、特定の事業が完全子会社化によって代表訴訟の対象から外れることはない。

(6) なお、法制審議会においては

△ 重要な子会社での法令違反等によって生じた損害について、親会社の役員に対して起こされた代表訴訟は、株主が敗訴している

ことを根拠に親会社事業の子会社化により代表訴訟による責任追及が困難になるという指摘がされている。

しかし、子会社の不祥事について親会社取締役の責任を認めた判例もあるから、その指摘は的を射たものとはいえない。

取締役が直接業務執行した行為について責任を問われる場面と、監督責任を問われる場面とでは、善管注意義務の内容が異なる。

会社が、事業を行う場合に、取締役が直接業務執行することが強制されているわけではなく、執行役員や従業員に委任することは認められている。そして、取締役が業

務執行を委任すれば、取締役が自ら不正行為を行わない限り、取締役は監督責任を問われるに過ぎない。

しかるに、親会社の事業において、取締役から委任を受けた執行役員・従業員が不正行為を行った場合の取締役の監督責任と、子会社で不正行為が生じた場合の子会社管理担当の取締役の監督責任との間には大差はないのであるから、親会社の事業を子会社化したとしても、親会社の取締役の責任が軽減することにはならない。【(注) 子会社化した後に親会社の取締役が子会社の業務執行に直接携わっていた場合には、当然、直接行為者としての責任を問われるから、その点においても、親会社において事業を行っている場合と、その事業を子会社化した場合との間で親会社取締役の責任は異なる。】。

- (7) さらに、法制審議会の提案は、子会社を合同会社等に組織変更することによって、子会社の役員を容易に代表訴訟の対象から外すことができることから、持株会社化への対応策としての効果は全く期待できない。むしろ、多重代表訴訟の導入によって、本来必要のない合同会社への組織変更を誘導するという点で組織選択を歪曲化することになりかねない。

多重代表訴訟が持株会社化による代表訴訟制度の空文化防止のために導入されるのであれば、子会社が持分会社や外国会社である場合にも、その役員を代表訴訟の対象にしなければ論旨一貫しない。法制審議会の提案は、その対象を株式会社の役員に限定しているが、何故、子会社が株式会社の形態を採る場合のみ、その役員を多重代表訴訟の対象としなければならないのかについて合理的な説明をすることは極めて困難である。

また、当該提案は、完全子会社の役員のみを多重代表訴訟の対象としているが、完全子会社の株式は、通常、譲渡を予定していないため、株式会社という組織形態を維持する実益はほとんどなく、合同会社へ転換することで、容易に多重代表訴訟の適用外となることができる。

後述するとおり、多重代表訴訟は企業グループの内部統制の阻害要因であり、また、子会社役員の応訴負担や役員責任賠償保険の保険料負担等を避ける必要もあるから、合理的な経営者であれば、子会社を合同会社化することが予想される。

とすると、多重代表訴訟を導入したとしても、銀行（銀行法4条の2）のように株式会社であることが法律上求められる限られた業態にしか、実質的な効果がない結果

となりかねない。仮に、そのような業態について多重代表訴訟が必要であるというのであれば、それは各業法において導入を検討すべきものであって、一般法である会社法で導入すべきものではない。

- (8) 以上のとおり、上場持株会社が増加したことは多重代表訴訟を導入する理由にはならず、代表訴訟の空文化や組織選択の歪曲化防止の主張も、代表訴訟制度の構造や趣旨に反する主張であるということが出来る。

それどころか、多重代表訴訟を導入すれば、子会社を持分会社化することを誘発する等組織選択の歪曲化を誘発するおそれがある。

日本の代表訴訟は、株主の個人的利益を保護するために、会社に損害を与えた者に対し、あまねく被告適格を認めるという制度ではないから、上場持株会社の増加と多重代表訴訟を結びつけること自体に無理がある。

上場持株会社の増加に対する対応策が必要か否かは政策判断であるが、「完全子会社である株式会社」の役員のみを対象とする多重代表訴訟は、欠陥と弊害に満ちており、対応策としては不適切である。

3 親子間で提訴懈怠可能性があるか

- (1) 法制審議会では、多重代表訴訟の導入に賛同する立場から、次のような意見が述べられている。

△ 多重代表訴訟制度がないと、完全子会社の取締役であれば、事実上、およそ代表訴訟で責任追及はされない、つまり定型的に提訴懈怠の可能性が認められるから、子会社取締役に対する規律付けが甚だ不十分になってしまう。

しかし、昨今の報道を概観するだけでも、子会社取締役が不祥事を起こした際に、親会社が当該子会社取締役を解任し、刑事告訴を行い、退職金不支給や損害賠償請求をする例が多く見受けられ、当該意見が前提としている「完全子会社の取締役であれば、事実上、およそ代表訴訟で責任追及はされない」という事実認識は、現実と大きく異なっている。

法制審議会でも

△ 親会社は、子会社取締役の責任を適切に追及している。すなわち、子会社に何か多額の損害が生じた場合、親会社は子会社取締役に対して、更迭したり、報酬をカットしたり、退職慰労金を放棄させたりする方法で経営責任を問うてい

る。子会社取締役を解任して退任させた後、法的な責任を追及するというケースもある。

との反対意見が述べられているが、現実はまさにその通りである。上場会社におけるコンプライアンス意識は高まっており、不祥事が発覚した場合には、第三者委員会を設けて調査を行い、親会社取締役に対しても厳しい責任追及を行っていることを我々は日常的に目にするようになってきている。このような状況を見る限り、親会社が子会社役員に対する提訴を懈怠する可能性が典型的に認められるとは言いがたい。

- (2) こうした意見対立の根底にあるのは、「提訴懈怠可能性」に対する考え方の差異にあるように思われる。

多重代表訴訟の導入に賛同する者は、「わずかでも提訴懈怠可能性があれば、代表訴訟が認められるべきである」との考えの下、企業グループ内の役職員の馴れ合いの可能性から、提訴懈怠可能性が存在すると主張する傾向が見受けられる。

しかし、現行代表訴訟制度や現在の改正案は、従業員に対する代表訴訟を認めておらず、企業グループ内に典型的に提訴懈怠可能性があるという前提を取ってはいない。

これは、会社代表者（監査役ないし代表取締役・代表執行役）が、選出母体を同じくする他の役員及び会計監査人に対して責任追及の訴えをすることについては典型的に提訴懈怠可能性が認められるが、従業員については、代表取締役等が自ら雇用し、指揮監督の対象としている者であることから、従業員が不正を行った場合にその責任を追及することに躊躇する理由はなく、実際にも数多くの懲戒がなされていることに鑑み、典型的な提訴懈怠可能性は認められないという認識に基づくものである。

しかるに、親会社にとって、子会社取締役は監督の対象であり、不正行為を行った従業員を懲戒する場合と同様、不正行為を行った子会社取締役を懲戒することを躊躇する理由は何もない。

したがって、子会社取締役について、親会社が提訴を懈怠する典型的な可能性は認められない。

- (3) これに対し、多重代表訴訟の導入に賛同する立場から

△ 重要な子会社の取締役は、親会社の取締役と同視できるから、提訴懈怠可能性がある

という反論もある。

しかし、重要な子会社であっても、親会社の支配下にあることにかわりなく、子会

社の取締役が、親会社において執行役員クラスの取り扱いがされることはあっても、親会社の取締役と同視されることはない。親会社が、子会社取締役を親会社取締役と同視すべきであると考えた場合には、親会社の取締役を兼任させるのであって、当該反論は、「重要な事業の管理職は、取締役か否かにかかわらず、代表訴訟の対象とすべきである」と主張しているに等しい。

- (4) 結局、多重代表訴訟の賛同者の論拠には、「代表訴訟が、何故、執行役員や従業員に対する代表訴訟を認めていないのか」という視点が欠けていると言わざるを得ない。

法制審議会において

▽ この世に株式会社として生を受けた以上は、株主代表訴訟にさらされなければいけないのだという前提に立つのは不適當である。

と正鵠を射た意見が述べられたが、「代表訴訟の対象を拡大することが善である」というドグマから脱却しなければ、所有と経営の分離を基本とする株式会社制度の根幹を突き崩すことになりかねない。

4 多重代表訴訟が内部統制に資するか

- (1) 企業グループにおける内部統制と多重代表訴訟の関係について、法制審議会では、概ね、次のような議論がなされている。

○ 多重代表訴訟が、内部統制に資するという意見

△ 裁判所が適切に役員の責任追及制度を運営しているのであれば、親会社は、内部統制システムをきちんと設けていれば、子会社の役員は、義務違反を犯すことはなく、仮に株主が代表訴訟をしても負けるということになるのだから、親会社の内部統制システムを適切に運営する動機になる。

△ 子会社監査役が適切に権限を行使することは必要であるが、株主代表訴訟を提起されるおそれがあれば、抑止効果はある。

○ 多重代表訴訟は、内部統制を無益化ないし阻害するという意見

▽ 親会社には、グループを含めた内部統制システムの構築義務が課されている。このようなグループ全体の内部統制システムの構築の努力を行っているにもかかわらず、多重代表訴訟という新しい制度を導入するということは、このような内部統制の努力を軽視するものである。

▽ 多重代表訴訟を導入するということは、親会社が現在行っている内部の強力

なメカニズムにより子会社を管理していくというインセンティブを失わせ、親会社株主が多重代表訴訟で手を下すまでは、親会社としては傍観し、関与しないということになりかねない。

▽ 内部統制においては、企業集団における子会社の自律的な企業統治を前提としたサイクルを回していくということが、最も効率的である。

▽ 子会社監査役がモラルハザードに陥らないようにする必要がある。

(2) 導入反対意見にあるとおり、多重代表訴訟の導入によるモラルハザードについては当然配慮する必要があるが、筆者は、むしろ多重代表訴訟の導入がグループ内部統制を弛緩させるリスクの方が深刻であると感じている【(注)「デラウェア州判例が示す多重代表訴訟の実像と日本法への導入の限界」(小林一郎・旬刊商事法務 1943号)も同様の懸念を示している。】。

内部統制とは、会社が自律的に組織の業務の適正を確保するための体制を構築することをいう。すなわち、会社が、その目的を効率的かつ適正に達成するために、その組織の内部において適用されるルールや業務プロセスを整備し運用することである。

内部統制の基本的要素として、経営者の命令及び指示が適切に実行されることを確保するために定められる方針及び手続き(統制活動)が必要であることは異論のないところであるが、多重代表訴訟は、この統制活動を阻害する。

多重代表訴訟が問題となる場面は、親会社の経営陣と少数株主の考え方が対立する場面である。

統制活動は、親会社の経営陣の命令及び指示が適切に実行されることを要請するから、このような場面では、本来、子会社取締役は、親会社の少数株主ではなく、親会社の経営陣の判断を尊重しなければならない。万が一、この子会社取締役の行動が誤っていたとしても、親会社の経営陣が内部統制構築義務違反等を理由に代表訴訟の対象となることで経営の適正を確保することはできる。このように経営陣が企業グループの内部統制について責任を取る代わりに、企業グループの内部問題については、経営陣の自律的な指揮監督に委ねることが内部統制の本質である。

他方、多重代表訴訟が認められれば、子会社取締役は、親会社少数株主からの代表訴訟にさらされるリスクを理由に、親会社経営陣の指揮監督に従わないことを認めることとなる。これは、統制活動上、大きな阻害要因となりうる。

もちろん、親会社取締役が明らかに違法な指示を行った場合には、子会社取締役は、

これに従ってはならないが、業務執行にあたっては、個々の判断が善管注意義務に違反するか否か不分明なこともあるから、そのような場面で親会社の指揮監督に服することにより、子会社取締役が責任を回避することができるという制度的担保がなければ、内部統制を実現することは困難である。

多重代表訴訟の導入に賛同する者は、内部統制を構築することと、多重代表訴訟を認めることは異次元の問題と捉える傾向にあるが、多重代表訴訟には、子会社取締役が親会社による統制に服さないことを促す効果があり、多重代表訴訟と内部統制は緊張関係にあるのである。

- (3) また、会社法及び金融商品取引法により、会社の内部統制システムの構築が急激に進んだ現状において、多重代表訴訟を導入する必要性が低減したことも否めない。

コーポレートガバナンスを確保するための制度は、多ければ多いほど、厳しければ厳しいほど良いというものではなく、事業活動の円滑化と適正確保のバランスをとることが重要である。

アメリカが、理論的には、多重代表訴訟を認めつつ、親会社の取締役が子会社取締役から独立していれば、多重代表訴訟は不適法なものとして却下するという制度を採用しているのは、企業グループの内部統制を考慮したものであると推察される。

近年の内部統制強化により、企業不祥事の発覚や会社による取締役に対する責任追及の厳格化が進んでいることを考えれば、多重代表訴訟のような企業グループの内部統制を阻害する制度の導入を行わないことがバランスの取れた政策判断であるといえよう。

5 従前の法改正経緯に鑑みて代表訴訟の強化が必要か

- (1) 提訴懈怠可能性について、法制審議会では、多重代表訴訟を否定する立場から

▽ 同じ機関、同じ株主総会によって選任された、会社との関係でも同じ委任の関係に従う取締役同士ということであれば、提訴の懈怠可能性が定型的に考えられやすいが、重要な子会社の取締役について、責任追及の懈怠可能性が、法定の訴訟担当を新たに創らなければならないほどに、定型的に認められるというほどに立証されていない。

という意見が述べられたが、他方、多重代表訴訟に賛同する立場から

△ 現行制度の中でも、会計監査人に対して代表訴訟を提起できるから、完全に

役員間の提訴懈怠可能性というものだけから代表訴訟制度の存在を説明することはできない。したがって、役員間の提訴懈怠可能性ということだけを根拠に、実質的に事業部門の長である従業員である者についてはおよそ代表訴訟の対象とすべきではないという話にもならない。

という反論がなされた。

しかし、この反論は、会計監査人が、役員同様、株主総会で選任された者であり、会社と委任関係にある者であることを看過しており、適切な反論とはいえない。

- (2) また、「提訴懈怠可能性」という概念は、従来の代表訴訟制度の改正においても、代表訴訟制度を正当化する根拠として機能してきたものであり、会社法改正によって、提訴懈怠可能性に代わる制度趣旨を採用するのであれば、その制度趣旨を明らかにして、その合理性を検証する必要があるが、そのような検証はなされていない。

とすれば、多重代表訴訟の導入の可否は、「提訴懈怠可能性」を現行代表訴訟以上に拡張することが適切か否かという観点から検討されなければならない。

そして、従前の商法改正等における「提訴懈怠可能性」概念の変遷について検討すれば、次の①から⑦に掲げるとおり、従前の改正は「提訴懈怠可能性」概念を必要以上に拡大しているとさえ評価できる状態になっており、これ以上の代表訴訟の対象の拡張は、他国の会社法制と比較しても、先鋭的に過ぎ、代表訴訟導入時の趣旨から大きく外れることになるものと解される。

- ① 代表訴訟は、昭和 25 年改正商法で導入されたが、当時の監査役は、業務監査権限を有しておらず、取締役の監督は、専ら取締役会相互の監督に委ねられた。そのため、取締役に対する責任追及の訴えをなすべき者も、取締役会又は株主総会が定める者（昭和 25 年改正商法 261 条の 2）とされており、取締役から独立した第三者的機関が訴訟遂行をすることは困難であった。このように昭和 25 年改正商法下におけるガバナンスは、非常に提訴懈怠可能性が高い体制が採用されており、代表訴訟を新設する十分な理由があった。
- ② 昭和 49 年改正商法は、監査役に業務監査権限が与えられた結果（昭和 49 年改正商法 274 条 1 項）、取締役との間の訴えについて、監査役が代表権を有することとされた（同法 275 条の 4）。理論的には、監査役は、経営判断に関与せず、取締役を監査すべき立場にあることから、代表訴訟についても一定の制限をかけるという選択肢もあったはずである【（注）たとえば、株主の違法行為差止請求権については、

監査役の違法行為差止請求権よりも、要件が厳格化されているから、代表訴訟についても、同様の要件厳格化をすることも法的には問題なかったものと推測される】。しかし、監査役の選任議案は取締役会で決定されるのが通常であること、監査役は役員ないし従業員経験者（特に取締役からの横滑り）が多いこと、選出母体が取締役と同一であること等から、監査役には類型的に提訴懈怠可能性があるとして代表訴訟制度については改正がなされなかった。なお、昭和 49 年「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」（以下「監査特例法」という。）18 条は、大会社について、監査役は二人以上でなければならない、常勤監査役を定めなければならない旨規定した。

- ③ 平成 5 年改正監査特例法では、大会社の監査役が 3 人以上で、そのうち 1 人以上は、社外監査役（その就任の前 5 年間会社又はその子会社の取締役又は支配人その他使用人でなかった者）でなければならないものとされた（同法 18 条）。平成 5 年改正によって大会社に社外監査役が義務付けられ、しかも、取締役に対する責任追及の訴えも監査役が単独で提起することが可能なのであるから、制度的には、役員間のなれ合い等を理由とする提訴懈怠可能性は、平成 5 年改正によって相当軽減したはずである。それにもかかわらず、代表訴訟について何ら制限が課せられなかったことは、アメリカやドイツなど諸外国の法制と比較しても、日本の代表訴訟は、世界で最も先鋭的な制度になったといえることができる。
- ④ 平成 13 年 1 月改正商法は、監査役の任期延長、監査役選任議案に対する同意権等監査役の地位が大幅に強化され、かつ、監査特例法では、大会社の監査役の半数以上を社外監査役とすることが義務付けられた。監査役の独立性及び権限の強化によって、外国の会社法制における監督制度と比較しても、強力な監査体制が整えられたといえることができる。特に監査役選任議案に対する同意権は、監査役の提訴懈怠可能性の根拠とされていた「取締役会が事実上監査役を選任している」という要素を排除する制度であるから、提訴懈怠可能性は著しく低くなったと評価されるべき改正である。しかし、このような監査役の独立性及び権限強化にもかかわらず、代表訴訟については何ら制限が課せられず、日本の代表訴訟の先鋭化が進んだ。
- ⑤ 平成 14 年改正監査特例法によって委員会等設置会社が認められ、社外取締役を重視した一層制のガバナンス体制が整備されたが、代表訴訟については何ら制限が課せられなかった。

⑥ 平成 17 年会社法については、国会への法案提出時には、提訴請求（847 条 1 項）について

「一 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

二 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ずることが相当の確実さをもって予測される場合」

の各号が提案されていたが、衆議院で会社法案が修正され、二号が削除された。その結果、代表訴訟の適法性の判断について、経営判断的要素を採り入れることができなかった。

⑦ なお、法改正ではないが、平成 22 年 12 月東京証券取引所が有価証券上場規程を改正し、上場会社について独立役員 1 名以上の選任を義務付けた結果、独立監査役・独立監査委員が多数選任されており、その結果、提訴懈怠可能性は、従前より一層低下したものと解される。

(3) このように昭和 25 年改正商法において代表訴訟が導入された当時と比較して、取締役に対する責任追及の訴えを提起する監査役等の独立性及び権限は格段に強化されてきたにもかかわらず、「提訴懈怠可能性」についてあまり議論されることのないまま、代表訴訟については、昭和 26 年改正商法で導入された担保提供制度及び会社法 847 条 1 項 1 号の濫用的提訴請求を除き、制限的な改正がなされることはなかった。

現在の監査役会設置会社の代表訴訟とデラウェア州会社法における代表訴訟を比較した場合

① 監査役会設置会社は、3 人以上の監査役（社外監査役が半数以上含まれる）がそれぞれ単独で訴えを提起することができるのに対し、デラウェア州会社法では、原則として取締役会における多数決で訴え提起の是非を決定する。

② 日本では、提訴請求に対し監査役が提訴しなかった場合には必ず株主に原告適格が認められる。これに対し、デラウェア州会社法では、取締役会の提訴請求拒絶の決定について経営判断原則が適用され、原告は、提訴請求拒絶が不当であったことを立証しなければならず、原告が提訴請求をせずに訴え提起した場合でも、提訴請求をすることが無益であったことを立証しなければならない。

具体的には、原告が、具体的事実を示すことにより、(a)取締役会の過半数が利

害関係を有しており、かつ、(b)取締役が独立していること又は訴えられている行為が経営判断の有効な行使の結果であることのいずれかについて、合理的な疑いを生じさせなければ、訴えは却下される。

- ③ 日本の会社法は、監査役が社外監査役（さらには独立監査役）であっても提訴懈怠可能性があることを前提に制度設計されている。これに対し、デラウェア州においては、(a)「利害関係を有している」とは、たとえば、「引き裂かれた忠誠心」が存在する場合や取締役が訴えられている行為から株主が与えることのできない個人的な経済的利益を得ていること等を意味し、さらに(b)「独立している」ことについて合理的な疑いを生じさせるためには、違反行為者が取締役会を支配していることに加えて、取締役が個人的またはその他の関係を通じて違反行為者に対して恩義を受けていることを示す具体的事実を示さなければならないものとされている。

という相違点があり、日本では、監査役の独立性及び権限について強力な法制を採用しているにもかかわらず、株主に非常に広範な代表訴訟提起権を認めるという歪な制度になっている。

- (4) 代表訴訟がコーポレートガバナンスに果たしてきた重要な役割を否定するものではないが、会社法制の改正の中で代表訴訟が聖域化し、ガバナンスの強化に見合った代表訴訟制度の縮小が長期間にわたって放置されてきたことも否めない。その結果、日本の代表訴訟は、外国会社法における代表訴訟と比較しても濫用されやすく、かつ、提訴に関する合理的な経営判断に対する配慮を欠く制度となっている。

この上、昭和 25 年改正商法以来堅持してきた「株主総会を選出母体とし、かつ、会社に対して善管注意義務を負っている者を被告とする」という前提を崩し、提訴懈怠可能性の概念を拡張する多重代表訴訟を認めることは、バランス感覚を欠くものといわざるをえない。

6 親会社株主を訴訟担当とすることに正当性があるか

訴訟担当は、自己の名において他人の権利について訴訟遂行を認める制度であり、その判決は被担当者を拘束する。訴訟担当は、権利者の「権利を行使しない自由」に介入するものであり、かつ、被告には、見ず知らずの訴訟担当から提訴される負担を負わせるものであるから、訴訟担当制度は、訴訟を遂行することを正当化する根拠があり、かつ、被告の利益保障（権利者本人から権利行使される場合と比較して不当に負担が増加

しないこと)を図ることができる場合にのみ、認められる。

そのため、現行法制における訴訟担当（債権者代位訴訟における債権者、選定当事者等）は、訴訟担当が被担当者と直接の関係を有する場合（訴訟担当が被担当者の債権者である場合や被担当者と共同の利益を有し、被担当者から選定された場合）に限って認められている。

しかし、多重代表訴訟は、次に述べるとおり、訴訟担当制度を正当化する根拠を欠いている。

- ① 親会社株主は、子会社に対して、直接の利害関係がない。直接の利害関係がない者は、適切な訴訟遂行を期待する基礎に欠けることから、訴訟担当として認めないのが、これまでの日本の法制であり、多重代表訴訟は、他の訴訟担当との整合性に疑問がある。
- ② 子会社に損害が生ずれば、親会社株主に損害が生ずると主張する者がいるが、子会社の損害と親会社株主の損害に因果関係があるかどうか不明である。たとえば、子会社に損害が生じたとしても、子会社株式の価値が棄損されなければ、親会社株主には、何の損害も生じないと評価することができる。このように親会社株主が、子会社の損害について直接利害関係を有するか否か不明である以上、訴訟担当を認める基礎に欠ける。

なお、法制審議会の提案では「当該訴えに係る請求の原因である事実によって当該親会社に損害が生じていない場合」には提訴請求をすることをできないこととされているが、これは親子間取引による利益移転の場合を想定しており、「子会社に損害が生じたが、子会社の株価には影響を与えない場合」が含まれるか否かが不明である。

- ③ 親会社株主が親会社株式に1株出資した金額が、親会社が完全子会社の株式1株に出資した金額よりも低い場合がある。多重代表訴訟を導入すれば、子会社に直接出資しようとする株主になることができず、代表訴訟の原告適格が認められないにもかかわらず、親会社に出資したら、子会社の取締役代表訴訟を提起することができるという矛盾が生ずることとなる。
- ④ 多重代表訴訟を認めた場合、当該訴訟の判決に拘束されるのは、すべての親会社（祖父会社等を含む。）及びすべての親会社株主であるはずである。そうでなければ、取締役が多重代表訴訟で勝訴したとしても、最終完全親会社が中間親会社の株式を

譲渡した後に、中間親会社が多重代表訴訟を提起した場合に既判力を及ぼすことができなくなる。最終完全親会社や中間親会社に判決の効力を及ぼす以上、それらの会社にも訴訟参加の機会を与えなければならないはずである。しかし、法制審議会の提案は、最終完全親会社や中間親会社に対する参加の機会を保障しておらず、手続保障上問題である。

- ⑤ 子会社は、自己の株主は認識しているが、親会社の株主を認識することはできない（理論的には、A社、B社、C社という兄弟会社がD社に出資している場合、D社は、自分が子会社であることすら認識できない場合もある）。法制審議会の提案は、子会社が提訴請求を受けたとき、どのようにして親会社の株主か否かを調べるかについて（さらには、個別株主通知をどのように確認するかについて）、何も触れていない。

7 多重代表訴訟は、会社法上の他の制度と整合的か

株主が取締役の不正行為に対処するための方策は、代表訴訟だけではない。株主の取締役に対する違法行為差止請求権（360条1項等）、募集株式・募集新株予約権の交付差止請求権（210条、247条）、役員解任の訴え（854条）、株主総会決議取消しの訴え（831条）、業務財産調査のための検査役選任請求権（358条1項）等の少数株主権等も株主にとって重要な権利である。

ところが、法制審議会においては、多重代表訴訟のみが議論されており、親会社株主が、子会社について少数株主権等を行使する制度については議論がなされていない。

持株会社化によって空文化や株主権の縮減が生ずるのであれば、それらの少数株主権等についても同様に考えるのが素直であり、多重代表訴訟のみを導入するというのは、法体系に歪みを生じさせることになる。

例えば、監査役と株主は、共に取締役の違法行為差止請求権を有するが、会社法は、株主の違法行為差止請求権の範囲を監査役と比較して制限している。これは、取締役の違法行為については、原則として監査役の職責であるという前提に立っているからである。

ところが、多重代表訴訟を導入すれば、親会社の監査役は、子会社の取締役に対して責任追及の訴えができないにもかかわらず、親会社株主は訴えを提起することができることになり、監査役と株主の権限分配が違法行為差止請求権の場合と逆転する。これは、

多重代表訴訟が、コーポレートガバナンスにおける監査役と株主の役割分担を歪曲していることの表れである。

筆者は、親会社株主は、子会社の株主でない以上、それらの少数株主権等を行行使することを認めるべきではないと考えるが、多重代表訴訟の導入の議論にあっては、親会社株主が、子会社に対して、一部の例外を除き少数株主権等を行行使することができない理由や監査役が子会社取締役で違法行為差止請求権を行行使することができない理由等を検討した上で、コーポレートガバナンスの確保の上で、何故、多重代表訴訟のみを導入しなければならないのか、多重代表訴訟が他の制度と整合するかという点について慎重な検討が必要であると考えます。

8 小括

以上述べてきたとおり、現在、法制審議会で提案されている多重代表訴訟は、先進諸国において、法律上または事実上、認められていないものであり、かつ、これを導入する合理的必要性もない。

また、多重代表訴訟は、提訴懈怠可能性に正当化根拠を置く代表訴訟の性質を不当に変更するものであり、所有と経営の分離、内部統制、他の少数株主権や監査役の権限等会社法の諸制度とも整合的ではないといえることができる。

第4 多重代表訴訟の弊害を防止することができるか

多重代表訴訟は、回避不能ないし回避困難な弊害が多く、法制審議会においても、そうした弊害に対する懸念の声が多数述べられている。

そこで、以下、多重代表訴訟の弊害について、予想される弊害の内容や回避可能性について検討を加えることとする。

1 従業員及び会社に対して過度の負担をかけることにならないか

- (1) 子会社取締役は、親会社からの出向ないし親会社従業員の兼任ポストであることが多く、多重代表訴訟は、実質的に従業員に対する代表訴訟を認めるに等しい。法制審議会においても、次のような導入反対意見が述べられている。

▽ 子会社取締役は、親会社で言えば、事業部の部長クラスに相当するという

ケースが多いと考えられる。多重代表訴訟の制度を認めれば、実質的には使用人の立場の者が代表訴訟の対象になってしまい、その者が本来負っている義務や責任に比べて、過大な責任追及の方法を認めることになりかねない。

▽ 一般的に子会社の役員というのは、実際に親会社の従業員にすぎないケースが多いし、あまり権限も与えられていない。人事異動によって異動された社員に大きなリスクを負わせることは酷すぎる。

(2) これらの意見に対し、次のような反論がなされている。

△ 親会社が事業をやれば、事業を担当する役員が必ず存在するが、事業を全部外出しすると、直接株主が訴えられるような形で責任を取る人が全く存在しないような事業形態を作り出すことが可能になってしまう。したがって、子会社役員は、親会社から見れば従業員と同視できるから、役員扱いすべきではないというロジックを余り強調することは問題がある。

(3) この反論は、子会社事業について、親会社取締役が完全に責任を負わない部分があることを前提としているが、グループ内部統制が義務づけられている親会社においては、必ず、子会社の事業を管理・監督する取締役が存在しており、子会社の不祥事について親会社取締役が完全に責任を負わない事業形態を作り出すことは法律上できないから、その前提に誤りがある。

したがって、多重代表訴訟の導入にあたっては、子会社役員という実質的従業員を代表訴訟とすることが、被告に過大な負担をかけることにならないか否かを検討しなければならない。

(4) 言うまでも無く、代表訴訟の被告となることは、子会社役員個人に極めて重い負担を生じさせる。

取締役は、実際に任務懈怠を行っていなくても、判決が確定するか和解になるまで、訴訟に関与し続けなければならない。取締役は、被告となるだけで精神的な負担を覚え、請求棄却を勝ち取っても、数百万円から数千万円に上る弁護士費用を自己負担せざるをえない【(注) 取締役が勝訴した場合には、会社に対して委任契約に基づく費用償還請求として弁護士報酬を請求することができるという解釈はある。ただし、その解釈を採用したとしても、和解の場合に弁護士報酬の請求をすることができるかという問題はある。】。

また、子会社役員が役員責任賠償保険によって弁護士費用の補償を受けたとしても、

訴訟のために費やした手間と時間については補償を受けることができない。

現在の訴訟制度は、被告とされただけで大きな損害を生ずるのが実情である。

代表訴訟制度を改正するにあたっては、任務懈怠をしていた取締役への責任追及のことだけではなく、任務を適正に行っていた取締役が代表訴訟の被告となったときを想定し、個人的な損害の発生を防止する方策や被告とされたことにより生じた損害を補償する制度をも検討しなければならないはずである。

しかし、現在の法制審議会は、被告となった者の負担軽減については何も議論されておらず、後述するとおり、濫訴防止策についても、十分な提案がなされていない。

このような状況で多重代表訴訟が導入されれば、子会社役員を務める従業員に過酷な負担を生じさせることは必定である。

- (5) また、多重代表訴訟は、子会社役員を兼務する親会社従業員の労働者としての保護を軽視するものであり、労働法制との間で深刻な軋轢を生じさせることとなる。

会社が、会社に損害を与えた役職員に対する制裁を科すにあたっては、訓告、戒告、降格、出勤停止、減給等様々な懲戒処分を個別事情を勘案して就業規則に従い適切に行行使することが求められ、また、労働者が労働義務または付随義務に違反して使用者に損害を与えた場合であっても、裁判例は、労働契約の特質（指揮命令下の労働、労働者の労働によって使用者が経済的利益を得ていることから生ずる報償責任の要請）を考慮して、信義則に基づく責任制限法理を認めている。具体的には、労働者に重過失が認められないケースでは、使用者によるリスク管理の不十分さ等を考慮して使用者による賠償請求等を棄却し（福岡高裁那覇支部平成13年12月6日判決等）、重過失が認められるケースであっても、宥恕すべき事情や会社側の非を考慮して、責任を4分の1や2分の1に軽減している（東京地裁平成15年6月29日判決、東京地裁平成15年12月12日判決等）。

この責任制限法理がある以上、子会社取締役を兼務している親会社従業員が、子会社の業務について善管注意義務違反が認められたとしても、親会社は、従業員であるという身分に配慮して、故意・重過失がない限り損害賠償請求権を行使しない又は損害賠償の範囲を限定し、あるいは放棄する等の配慮を検討せざるをえない。

しかし、法制審議会の提案では、子会社取締役の責任を免除するためには、親会社株主全員の同意が必要とされるから、そのような配慮をすることは許されず、子会社取締役に善管注意義務違反がある場合には、必ず子会社取締役に対して損害賠償を請

求しなければならないという規範を導入することとなる。

しかも、親会社が損害賠償を請求しない場合には、親会社の従業員に対する懲戒権を有しない親会社株主が、個別事情（親会社からの指揮監督や報償責任等）を勘案せず、故意・重過失のない実質的な従業員に対して、懲戒処分以上に過酷な損害賠償請求訴訟を提起することを認めることにもなる。

このように多重代表訴訟は、労働者保護の観点からも許容することはできないものと解される。

- (6) 子会社役員という実質的な従業員に対する代表訴訟が禁止されるべき理由は、従業員の保護のためだけではない。

会社が、役職員に高いモチベーションをもって事業を遂行してもらうためには、役職員が失敗しても、それを糧にして業務を改善するように指導する裁量が必要であり、役職員が失敗する度に損害賠償を求めているのでは、会社のために働く者はいなくなってしまう。

さらに、多重代表訴訟は、子会社の内情を知らない親会社株主が、子会社役員の失敗に口を挟むことを許容することになるため、仮に多重代表訴訟が導入されれば、従業員は子会社の役員になることに躊躇を覚え、グループ人事に支障を生ずるだけでなく、子会社役員がハイリスクハイリターン of 事業に取り組みにくくなり、グループ経営のダイナミズムも損なわれることになる。

その他、多重代表訴訟は、会社に対して、次のような重い負担を生じさせる。

- ① 代表訴訟では、株主と役員が当事者となるが、実際には、会社も多大な事務負担を負うのが通常である。会社は、提訴請求や訴訟告知を受けた以上、事実の調査、当事者からの依頼に基づく証拠の提供、訴訟資料の精査、弁護士との相談、株主への報告等様々な対応を取らなければならない、コストも莫大な金額になる。しかも、このような事務負担は、原告株主の主張に理由があるか、ないかにかかわらず、原告株主が代表訴訟を提起し、遂行するだけで生ずるものである。多重代表訴訟を認めれば、代表訴訟の範囲が広がるから、こうした事務負担が大幅に増加するおそれがある。多重代表訴訟の場合、第一次的には、子会社がその業務を行うことになるが、実際には、子会社の体制が十分ではないため、事実上、親会社が助力して対応にあたらざるを得ないであろう。

- ② 子会社役員が、役員責任賠償保険に加入していなかった場合、被告となった子会

社役員（親会社従業員）の給料（子会社の役員報酬は無償であることも多い）では、弁護士費用を捻出することが極めて困難であるから、会社は、何らかの名目をつけて弁護士費用等を供給せざるを得ない。

- ③ 取締役が代表訴訟に労力を割かざるを得なくなれば、本来、会社のために割くべき労力が削られてしまうことになる。親会社が子会社取締役を選任したのは、代表訴訟に対応させるためではなく、子会社のために働いてもらうためであるのだから、代表訴訟の対象を広げることは、子会社ひいてはその取締役を選んだ親会社や親会社株主の利益を害することになる。
- ④ 代表訴訟は、株主が提訴に要する印紙代が安く、かつ、勝訴した場合には、会社に対して弁護士費用等を請求することができるため、訴額が多額になりやすいが、会社にとっては、多額の損害賠償が代表訴訟で認められても、取締役に資力がないため、認容額の大部分を回収することができない場合もある。会社は、回収困難な債務名義であったとしても、回収を懈怠すれば、善管注意義務違反を問われるおそれがあるため、無益な回収業務を行わざるを得ない。
- ⑤ 代表訴訟において原告が勝訴しても、会社は、原告代理人の弁護士報酬の金額を巡って紛争が起こることがあり、当該紛争に関するコストも負担しなければならない。
- ⑥ 多重代表訴訟が導入されれば、子会社の取締役に對しても役員責任賠償保険を付さざるを得なくなり、コスト増につながる。

2 他国と比較して弊害防止措置が脆弱すぎるのではないか

- (1) 日本の代表訴訟制度では、847条1項1号の場合を除いて、株主には必ず原告適格が認められる。

他方、アメリカ（デラウェア州等）では、取締役会の提訴請求拒絶について経営判断原則が認められており、取締役に具体的な利害関係があり、取締役会の過半数に独立性が認められない場合等を除けば、代表訴訟は却下されるし、株主になった時期による制限も設けられている。

フランスでは、株主が敗訴すれば、自己の弁護士費用のみならず、取締役の弁護士費用の一部を支払う義務を負い、株主が勝訴したとしても、自己の弁護士費用の大部分を自己負担しなければならないことが代表訴訟制度の濫用の強力な歯止めとなって

いる。

ドイツでは、代表訴訟が少数株主権とされている上、株主になった時期による制限や会社の利益に反する代表訴訟の制限がなされている。

このように諸外国では認められている濫訴防止制度が日本では認められていないことについて、法制審議会においても、次のような意見が述べられている。

▽ 多重代表訴訟が可能な国では、通常の代表訴訟制度において、少数株主権化されていたり、あるいは訴訟委員会の制度が導入される等濫訴の防止を図る仕組みがある。日本には、そのような手当てがなく、この上、日本で多重代表訴訟を導入することになれば、諸外国と比較して、企業側に大変負担の重いものとなる。

▽ 日本の代表訴訟は、提訴請求をした後は必ず代表訴訟まで持っていけるという形になっているため、費用対効果で見合わないという形で、ある種の経営判断として提訴しないということを決めたのもオーバールールして、訴えを提起してしまうことになっている。何らかの歯止めがないと、代表訴訟の対象を広げていくのは不適當である。

(2) これに対し、

△ 明らかに株主全体の利益に合わないにもかかわらず、一人の株主が代表訴訟を継続することができるということが株主代表訴訟制度の最大の弊害だとすれば、その弊害を防止するメカニズムを導入した上で、多重代表訴訟を認めるべきである。

との反論もされている。

この点を踏まえて、法制審議会では、次のような濫訴防止策が提案されている。

ア ①の請求（多重代表訴訟の提訴請求）をすることができる親会社の株主は、親会社の総株主の議決権の100分の1以上を有するものに限るものとする。

イ ①の訴えが当該株式会社の株主の共同の利益とならないことが明らかであると認められる場合には、当該株式会社の親会社の株主は、①の請求をすることができないものとする。

この提案のうち、アの少数株主権化については、多重代表訴訟の導入とは無関係に、代表訴訟に対する一般的制約として導入すべきである。日本の代表訴訟制度は濫用防止策が不足しており、少数株主権化は、濫用防止策の一つとして合理的なものである。

他方、法制審議会の提案のように、多重代表訴訟の要件としてのみ、少数株主権化することには合理的説明がなしえないものと解される。例えば、他の少数株主権では、親会社に対する請求と子会社に対する請求において持株要件に差異は設けられていないのに、何故多重代表訴訟だけが持株要件が加重されるのであろうか。また、濫訴防止は、多重代表訴訟特有の問題ではなく、代表訴訟一般の問題であるにもかかわらず、何故、多重代表訴訟のみに持株要件を加重するのであろうか。多重代表訴訟が親会社株主にとって間接的な責任追及手段であるというだけでは、何の説明にもなっていない。現在の代表訴訟は、株主の既得権益でも、聖域でもないものであるから、代表訴訟一般に対する濫訴防止策として少数株主権化を導入すべきである。

次に、イの要件については、「株主の共同の利益」の意義が不明確であるため、実務上は、ほとんど機能しないものと予想され、弊害防止策としては十分ではない。イの要件よりも、会社法案から削除された 847 条 1 項 2 号の方が適用範囲は明確であるが、それでも立証責任が被告側にあり、十分な濫訴防止機能があるとは言いがたい。

仮にイの要件を導入するとすれば、むしろ通常の代表訴訟にこそ導入すべきであろう。なお、現在の提案では、多重代表訴訟については「株主共同の利益に反する」提訴請求は許されないが、通常の代表訴訟では「株主共同の利益に反する」提訴請求が許されるという法制になってしまう。そのような法制は不当というほかない。

いずれにせよ現在の提案は、多重代表訴訟の導入を正当化するほどの濫用防止機能はないものと解される。

- (3) そもそも、日本の代表訴訟制度が、濫訴防止制度について脆弱であるのは、代表訴訟で勝訴しても株主には個人的な利益が生じないのだから、濫訴が起こりにくいという認識があるものと思われる。

しかし、実際には、①弁護士が報酬目的や知名度をあげる目的で株主に提訴を働きかけ、株主に経済的負担をかけずに提訴するケース、②株主や弁護士の政治・信条的理由から提訴するケース、③株主が会社ないし取締役に対する怨恨から提訴するケース等があり、濫訴が起こる可能性は十二分にある。

このような状況のもと、濫訴防止制度が脆弱なまま、多重代表訴訟により、被告の範囲を大幅に拡大する改正を行うことは、濫訴を誘発するために改正するようなもの

である。

- (4) 既に述べたとおり、濫訴が増加した場合に従業員や会社が被る負担は重く、濫訴防止制度のない日本において多重代表訴訟を導入することは、弊害が大きすぎる。

諸外国の代表訴訟制度に存在して、日本の代表訴訟に存在しないものは、多重代表訴訟ではなく、濫訴防止制度であるから、多重代表訴訟の採用の是非を論ずる前に、まずは、濫用防止制度の導入こそ検討すべきである。

具体的には、法制審議会の提案にある濫訴防止要件のほか、

- ① 独立監査役又は独立監査委員が存在する場合、株主は、独立監査役等が代表訴訟となる行為について利害関係を有しており、かつ、独立監査役等が独立していることについて合理的な疑いを生じさせなければ、訴えを却下する。
- ② 弁護士費用を敗訴者が負担する。

などアメリカやフランスで採用されている方法が考えられる。

3 外国子会社に対して提訴される可能性は無いか

- (1) 法制審議会では、多重代表訴訟が導入された場合に、外国において、外国子会社の役員が提訴されるリスクについて、次のような意見が述べられている。

▽ 多重代表訴訟制度を創設すると、日本の親会社の米国株主が、その会社の米国子会社の取締役に対して、米国の裁判所において多重代表訴訟を提起することになる可能性がある。このような米国での訴訟に巻き込まれれば、日本企業としては、負担が非常に大きく、海外戦略にも影響が出かねないということが危惧される。仮に、会社法において、「対象として外国会社は除く」という条文の手当てをしても、そのような手当てで本当に大丈夫なのかという強い疑問がある。

▽ 1998年のアメリカの判例において、日本では多重代表訴訟が認められていないということを理由に訴訟が退けられたケースがある。逆に考えると、もし日本に多重代表訴訟の制度があれば、アメリカで訴訟が退けられなくなるのではないかと危惧をする企業の関係者は大変多い。

▽ 訴訟で勝てるとしても、訴訟に巻き込まれること自体が、非常に大きなコストである。すなわち、訴訟への対応に経営資源が割かれるということには、多くの目に見えないコストが生じる。

- (2) これに対し、多重代表訴訟を肯定する立場から、次のような反論がなされている。

△ 外国子会社の問題は、多重代表訴訟の導入の可否と、論理的には無関係である。外国の裁判所で多重代表訴訟が認められるか否かは、当該外国法で決められることである。仮に外国法で、日本法によって判断すると考えられたとしても、株式会社の株主を原告とするという造りを取る限り、訴えられないことになる。

(3) 当該反論のうち、「外国子会社の問題は、多重代表訴訟の導入の可否と論理的には無関係である。」というのはいき過ぎである。多重代表訴訟の導入の是非を検討するにあたって、外国（特に提訴が活発で、訴訟コストや賠償額が高額となる可能性が高いアメリカ）における応訴の負担を考慮し、多重代表訴訟のメリットと外国の応訴負担を比較衡量するのは、当然のことである。

(4) 当研究会は、アメリカの実地調査において、米国完全子会社が代表訴訟の対象となるか否かという点について重点的に調査を行い、概ね次のような調査結果を得た【(注) 米国子会社に対する多重代表訴訟に関する米国判例の動向及び企業法務の立場からの懸念点については、「多重代表訴訟導入による弊害—海外子会社に関する議論の必要性を中心に—」（北川浩・旬刊商事法務 1947号）に詳しい】。

- ① 米国完全子会社に対する代表訴訟が米国で提起された場合、管轄は認められる。
- ② 基本的には、米国完全子会社が代表訴訟の対象となるか否かは、日本法において多重代表訴訟が認められているか否かによって決せられる。
- ③ 日本法において米国完全子会社に対する代表訴訟が認められるか否かの判断においては、会社法において、明文で米国完全子会社が除外されていることが明確に規定されているか否かが極めて重要である。会社法立案担当者が改正部分を解説した書籍等で米国完全子会社は対象とならないと述べたとしても、確実とはいえず、会社法上、明文で除外することが望ましい。
- ④ 会社法上、「株式会社」と「外国会社」が区別されていることだけで、確実に米国完全子会社が代表訴訟から除外されるとはいえない。
- ⑤ 州ごと裁判官ごとに裁判所の思考方法が異なるから、場合によっては、米国完全子会社に対する代表訴訟を認める可能性はある。

(5) 以上の調査結果を踏まえて、多重代表訴訟が米国子会社に対する代表訴訟に与える影響を検討する。

まず、現在においても、米国子会社に対する代表訴訟が提起される可能性はあるが、米国には、親会社の設立準拠法において多重代表訴訟が否定されている場合には、米

国子会社に対する代表訴訟は認められないという判例が複数存在しているから、現状では、米国子会社に対して代表訴訟が起こされる可能性は低減しているものと思われる。

しかし、日本の会社法で多重代表訴訟が導入されれば、会社法が明文で外国子会社に対する代表訴訟を除外するか否かにかかわらず、米国子会社に対する代表訴訟が起こされる可能性が高まることは否定できない。

また、日本の法制執務において、「株式会社」と「外国会社」を区別するという方法以外で、明示的かつ明確に外国子会社を代表訴訟から除外する規定を置くことは困難であると予想される。仮に、米国裁判官の目で見ると、外国子会社に対する代表訴訟が認められる可能性があるとして判断されれば、米国子会社に対する代表訴訟は適法とされ、本案審理に入るため、米国子会社及び日本親会社は、ディスカバリー等を含む多大な応訴負担を強いられることになる。

米国の訴訟において、最も負担となる手続の一つが本案審理で行われるディスカバリーである。米国会社の代表訴訟においては、代表訴訟の適法性を審査する審理において、訴えが却下されるか、和解が成立するケースがほとんどであるため、ディスカバリーが行われることは非常に少ない。

ところが、日本の代表訴訟制度は、米国のような無益性要件等が存在しないため、万が一、米国裁判官が、「日本法では米国子会社に対する代表訴訟を認めている」という法的判断をすれば、必ず、本案審理になってしまう。その意味で、日本企業の米国子会社は、米国企業の米国子会社よりも、大きなリスクと負担を強いられることになりかねない。

- (6) 以上のとおり、多重代表訴訟の導入により米国子会社に対する多重代表訴訟が提起される可能性が高まることは否定できない上、米国裁判官が当該多重代表訴訟を不適法であると判断することが確実とは言い切れない。

しかも、一旦、米国裁判官が多重代表訴訟を適法であると判断すると、日本企業の米国子会社は、米国企業の米国子会社よりも重い応訴負担を被ることになる。

このようなリスクを放置したまま、多重代表訴訟を導入することは絶対に回避しなければならない。

4 M&Aへの悪影響はないか

(1) 多重代表訴訟とM&Aの関係について、法制審議会において、次のような意見が述べられた。

▽ 多重代表訴訟は、経済活動を阻害する、又は萎縮効果を与える。多重代表訴訟を仮に導入したとすると、間違いなく、M&Aという活動を阻害する。親会社ができたとたんに、全く知らない株主から訴訟のリスクを受けるのは、被買収企業にとってみれば耐えられない。

(2) これに対し、

△ M&Aの対象になる前は、独立した企業で、当然代表訴訟の対象になっているから、多重代表訴訟が認められることになったからといって、M&Aによって子会社になった結果、代表訴訟が特に増えるとは限らない。そのことの故をもってM&Aの対象会社の取締役会がM&Aに反対して、M&Aの可能性が減るという関連は、余り考えられない。

との意見が述べられた。

(3) 当該意見は、上場会社同士のM&Aを念頭に置いているものと思われるが、実際には、上場会社が非上場会社を買収する事例も数多く存在する。

非上場会社においては、代表取締役や親会社が株式の全部を保有している場合が多く、少数株主がいても親密先であって代表訴訟リスクを考える必要が無いことがほとんどである。

そのため、仮に多重代表訴訟が導入されれば、上場会社が非上場会社を買収しようとした場合に、非上場会社の取締役が代表訴訟に晒されるリスクを懸念し、買収に難色を示すことは十分考えられる。

5 小括

以上述べてきたとおり、多重代表訴訟は、実質的には従業員である子会社役員に過度な負担を生じさせ、濫訴を助長する可能性がある。

また、多重代表訴訟の導入が、外国子会社に対する代表訴訟を増加させ、日本企業や外国子会社に重い応訴負担が生ずるリスクや、M&Aの抑制効果が生ずる可能性もある。

このような多重代表訴訟の弊害を回避する手段が法制審議会においてはほとんど議論されておらず、また、十分な回避手段を整備することは困難である。

第5 提言

- 1 多重代表訴訟を導入する必要性に乏しいこと及び導入に伴う弊害が大きく、その弊害を回避することが困難であることを考慮すれば、多重代表訴訟は、百害あって一利なしであり、会社法改正において多重代表訴訟を導入すべきではない（B案）。

子会社の取締役が任務を懈怠したにもかかわらず、親会社が責任追及をしなかったため、親会社株主が不満をもったという事例はほとんどなく、多重代表訴訟が導入されたとしても、これを適正に利用する親会社株主がどれほど存在するか、疑問を感じざるを得ない。

他方、多重代表訴訟は、実際にそれが利用されるか否かにかかわらず、企業グループにとって、事務負担とコストの大幅増をもたらすだけでなく、役職員のモチベーションを減退させ、子会社設立や会社の買収を抑制する要因となる。

また、多重代表訴訟は、先進諸国においても、実質的にほとんど認められておらず、法制的に多くの問題を抱えている。

現在の代表訴訟制度は、先進諸国の中において、株主にとって最も提訴しやすい仕組みとなっており、社外役員を導入、監査役・監査委員の独立性強化、内部統制構築義務の明文化等によりガバナンスが強化されている日本の株式会社において、何故、世界でも極めて希な多重代表訴訟を導入して、一層先鋭的で弊害の多い改正を行わなければならないのであろうか。

代表訴訟制度を拡充すればガバナンスが強化されるという幻想を捨て去り、冷静に考えれば、多重代表訴訟の導入は絶対に行うべきではないことは明らかである。

- 2 中間試案は、多重代表訴訟を導入しない場合には、次のような制度の導入を検討する旨提案しているが、それぞれに難点がある。

- (1) 「取締役会は、その職務として、株式会社の子会社の取締役の職務の執行の監督を行う旨の明文の規定を設けるものとする（会社法第 362 条第 2 項等参照）。」旨の提案

【難点】

当該提案は、子会社である持分会社・外国法人の役員に対する監督義務に触れておらず、同じ子会社の中で株式会社の取締役のみを監督対象として加えることは不合理である。

- (2) 「株式会社の子会社の取締役等の責任の原因である事実によって当該株式会社に損

害が生じた場合において、当該株式会社が当該責任を追及するための必要な措置をとらないときは、当該株式会社の取締役は、その任務を怠ったものと推定するものとする。」旨の提案

【難点】

- ① 従業員に対する懲戒と同様、子会社の取締役に対して責任追及をするか否かは親会社の経営判断が尊重されるべきであるにもかかわらず、推定規定を置けば、事実上、責任追求が義務化されるに等しい。
- ② 親会社従業員が子会社取締役を兼任している場合には、親会社が、労働者保護の見地から子会社取締役としての責任追求をしないという判断を行うことに合理性が認められる。また、責任原因や損害の立証の難易度や損害額によっては、子会社取締役に責任が認められる可能性があったとしても、責任追及をしない場合もある。したがって、「親会社が子会社取締役の責任を追及しない」という事実によって、任務懈怠が推認されるという経験則は存在せず、推定規定を設ける基礎がない。
- (3) 「株主は、株式会社の子会社の取締役等の責任の原因である事実があることを疑うに足りる事由があるときは、当該株式会社に対して、当該責任の追及に係る対応及びその理由等を、自己に通知することを請求することができるものとする。」旨の提案

【難点】

- ① 「責任の追及に係る対応及びその理由等」については、株主が株主総会において質問権を行使すれば足りる。
- ② 「疑うに足りる事由」という文言があいまいであるため、会社は、株主から提案されている通知請求がある度に、多大なコストをかけて子会社調査を行わざるを得なくなる可能性が高い。
- ③ 総会屋等濫用的株主によって悪用される可能性が極めて高い。
- (4) 「総株主の議決権の 100 分の 3 以上の議決権を有する株主等は、株式会社の子会社の業務の執行に関し、不正の行為等があることを疑うに足りる事由があるときは、当該子会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができるものとする。」旨の提案

【難点】

- ① 親会社の株主が責任追及をすることができるのは、親会社の役員であるから、親会社の業務の執行（子会社管理を含む）について検査役に調査を認めれば十分

である。

- ② 親会社の業務の執行を調査する検査役は、子会社管理について調査権を有するので、その限度で子会社の業務の執行についても調査することが可能である。実務上も、検査役が、親会社に対し、完全子会社に関する情報提供を求めれば、親会社は、自ら又は子会社を通じて検査役の調査に協力するのが通常である。
- 3 以上のとおり、多重代表訴訟及びその他の提案は、不要ないし有害である。
他方、現行の代表訴訟制度は、先進諸国と比較して、濫訴防止制度が脆弱である。
したがって、中間試案後は、多重代表訴訟ではなく、通常の代表訴訟における濫訴防止制度の整備（被告の応訴負担の軽減措置を含む）について検討を進めるべきであろう。
- 4 万が一、多重代表訴訟制度を導入するのであれば、労働者保護の観点から、最終完全親会社と兼任する子会社取締役のみを被告として許容すべきである。

以上

多重代表訴訟についての研究報告

—米・仏の現地調査を踏まえて—

(研究主幹 葉玉 匡美)

2012年1月発行

21世紀政策研究所

〒100-0004 東京都千代田区大手町 1-3-2

経団連会館 19階

TEL : 03-6741-0901

FAX : 03-6741-0902

ホームページ : <http://www.21ppi.org/>



21世紀政策研究所
The 21st Century Public Policy Institute