

早稲田大学審査学位論文（博士）

中国における株主代表訴訟制度のあり方

——アメリカ法および日本法の視点からの考察——

早稲田大学大学院法学研究科

張 楊

中国における株主代表訴訟制度のあり方 ——アメリカ法および日本法の視点からの考察——

・目次・

序章 「法はあるが秩序がない」中国のコーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟.....	5
第一節 中国企業のコーポレート・ガバナンスの向上における株主代表訴訟制度への期待.....	5
第二節 株主代表訴訟制度の中国での導入および法移植における注意点.....	7
第三節 本論文における研究の対象と方法.....	8
第一章 中国会社法における株主代表訴訟の被告の範囲および制度の性格 ——アメリカ法および日本法の視点からの考察——.....	10
はじめに.....	10
第一節 アメリカ、日本および中国の株主代表訴訟制度.....	12
1 株主代表訴訟制度のアメリカにおける誕生と発展.....	12
2 株主代表訴訟制度の日本商法・会社法における導入と発展.....	14
3 株主代表訴訟制度の中国会社法における導入と発展.....	15
第二節 日中の制度に関する若干の比較検討.....	19
1 被告範囲.....	19
2 株主代表訴訟の「代表訴訟性」と「代位訴訟性」.....	25
第一章のまとめ.....	28
第二章 アメリカ、日本、中国の株主代表訴訟の管理権 ——訴訟管理権の帰属の正当化の論理——.....	31
はじめに.....	31
第一節 アメリカの特別訴訟委員会.....	32
1 概観.....	32
2 特別訴訟委員会をめぐる判例.....	34
3 独立性と誠実性の存否の判断.....	42
4 小括.....	45
第二節 日本の不提訴理由書制度.....	45
1 不提訴理由書制度創設の経緯.....	46
2 制度内容.....	48
3 検討.....	49
4 小括.....	55
第三節 中国の提訴請求制度.....	55

1 中国会社法における提訴請求の制度	56
2 地方人民法院のガイドライン	57
3 上海市高級人民法院の判断	59
4 小括	62
第二章のまとめ	63

第三章 株主代表訴訟の原告株主による会社所持証拠の取得

——アメリカ法および日本法の視点からの中国法への示唆——	68
はじめに	68
第一節 日本とアメリカの証拠開示	69
1 アメリカのディスカバリー制度	69
2 日本の文書開示制度	79
3 小括	86
第二節 アメリカと日本の判例からみる株主代表訴訟における証拠開示	86
1 アメリカの <i>Garner</i> 事件および <i>Wal-mart</i> 事件	87
2 日本の平成 12 年の最高裁決定	91
3 小括	94
第三節 中国での会社関係訴訟における証拠収集	95
1 現行法と学説の整理	95
2 最高人民法院の判例	97
3 小括	100
第三章のまとめ	101

第四章 株主代表訴訟の和解と取締役の対会社責任の免除

——「中国会社法の司法解釈（四）（意見徴集稿）」を検討の対象として——	103
はじめに	103
第一節 中国会社法における取締役の対会社責任の免除	106
1 中国会社法における会社と取締役の関係	106
2 中国会社法における取締役の義務	106
3 中国会社法における取締役の対会社責任の免除	107
第二節 「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」	108
1 2016 年 4 月に公布された「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」	108
2 「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」までの経緯	109
第三節 日本会社法における取締役の対会社責任の全部または一部の免除	113
1 1950 年改正の商法およびそれ以前の商法	113
2 2001 年 12 月の商法改正	114

3 現行会社法.....	115
第四節 中国における株主代表訴訟の和解を通じた取締役の対会社責任の免除の規制のあり方.....	117
1 株主代表訴訟の和解を通じた取締役の対会社責任の免除の問題をめぐる日本での議論.....	117
2 中国法の規制のあり方についての検討.....	118
第四章のまとめ.....	121
終章 本論文での検討から得られた示唆と今後の課題.....	122
参考文献.....	127

序章 「法はあるが秩序がない」中国のコーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟

第一節 中国企業のコーポレート・ガバナンスの向上における株主代表訴訟制度への期待

日本では、企業のコーポレート・ガバナンスの向上を図るため、会社法上、さまざまな制度が用意されている。たとえば、情報収集権を介した株主による会社経営の監督¹、取締役の法令・定款の違反行為に対する株主の差止め請求²、監査役による取締役の業務執行に対する監査³、取締役の監視・監督や内部統制システム構築の義務化⁴、株主総会や取締役会決議の効力を争う訴訟⁵などがある。一方、これらの制度が役員（本稿では取締役を中心に検討する）の個人責任および同責任が実際に追及されることに結びつかないと、これらの法制度に対する会社の実質的遵守は、保証されない。

取締役の責任追及には、その責任の性格により、会社による追及（対会社責任の場合）、株主による追及（対会社責任と対株主責任の場合）、第三者による追及（対第三者責任または公法上の責任の場合）がある。その中、会社による追及は提訴懈怠の可能性により期待できないと一般的に認識されている⁶。また、対第三者責任または公法（刑法など）上の責任は一定のレベル以上の行為⁷あるいは特定の行為⁸でないと生じることはなく、対株主責任も株主に生じた直接的な損害を前提とするので、取締役の業務執行に対する恒常的な是正手段とは言い難い。そうすると、株主による取締役の対会社責任の追及（株主代表訴訟）は、「私人による法の実現」⁹の一類型として、コーポレート・ガバナンスの向上において、重要となってくる。

このことは日本を含む世界各国でそのまま当てはまる。アメリカでは、株主代表訴訟制

¹ 尾崎安央「東京商事法研究会シンポジウム〔株主の経営監督機能〕基調講演：株主の情報収集権」判例タイムズ 46 巻 13 号（1995）20-28 頁。

² 江頭憲治郎など「株主の取締役の行為の差止め請求—株主代表訴訟との関連」取締役の法務 87 号（2001）38-54 頁。

³ 尾崎安央「コーポレート・ガバナンスにおける監査役の意義と役割」監査懇話会セミナーでの講演（2018 年）。<https://kansakonwakai.com/wp/wp-content/uploads/kansa-seminar-20181101-resume-ippan.pdf>（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

⁴ 酒巻俊雄「会社法による内部統制システムの整備と監査役監査」愛知学院大学論叢・法学研究 48 巻 3 号（2007）1-21 頁。

⁵ 岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（1～9）」法学協会雑誌 96 巻 6 号（1979）669-720 頁、同 7 号（1979）839-898 頁、同 8 号（1979）981-1037 頁、同 10 号（1979）1249-1292 頁、同 11 号（1979）1410-1462 頁、同 97 巻 1 号（1980）87-140 頁、同 3 号（1980）374-433 号、同 6 号（1980）792-860 頁、同 8 号（1980）1043-1112 頁。

⁶ 江頭憲治郎『株式会社法（第 7 版）』（有斐閣、2017）492 頁、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟（第三版）』（判例タイムズ社、2011）267 頁。

⁷ たとえば、日本国会社法 429 条では、取締役の悪意または重過失を取締役の対第三者責任の前提にしている。

⁸ たとえば、日本国の刑法や独占禁止法などでは、経営者に対する罰則は、同法に定めた特定の行為を前提にしている。陳景善「公司法人営利性再考」比較法研究 2019 年第 2 期 112-113 頁参照。

⁹ 「私人による法の実現」を論じた日中両国の先行研究として、田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）、湯欣編『公共利益与私人訴訟』（北京大学出版社、2009）、周学峰「証券集団訴訟的濫用与制約」西部法律評論 2011 年第 2 期 61-62 頁などがある。

度はコーポレート・ガバナンスの「主要なレギュレーター」(Chief Regulator)であるとされる¹⁰。また、日本では、株主代表訴訟の制度が企業の法律遵守(法律違反にならなくても株主に対して説明のつくような行動をとる)を含む行動様式の変化の契機となったと言われる¹¹。中国では、会社による一般的な法律遵守さえ徹底されていなく、いわば「法はあるが秩序がない(Law Without Order)」様相を呈している¹²。コーポレート・ガバナンスの現状において、株主代表訴訟は、コーポレート・ガバナンスの向上におけるその機能が期待され、「株主代表訴訟制度がなければ、会社法の多くの条文は名ばかりの存在になる」とさえ言われている¹³。

また、株主代表訴訟制度の中国における意味は、アメリカや日本での単なる機能面での制度設計に止まらない。中国の企業統治は、アメリカや日本に比べて一つの根本的な違いがあり、すなわち、大量の国有企業¹⁴があることである。このような国有企業では、政府が実質的に唯一の株主である。もとより、国有企業に対しても中国会社法が適用されるが、水面下において、法治によるコントロールよりも、行政によるコントロールが絶えず行われ、場合により会社法に取って代わる場合もある¹⁵。国有企業の経営者の対会社責任は、その経営者

¹⁰ *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 548 (1949) .

¹¹ 黒沼悦郎「日本における最近 25 年間の企業法制の展開」早稲田大学比較法研究所・中国社会科学院法学研究所共同シンポジウムでの講演(2018年6月、東京)。

¹² Donald C. Clarke (郭丹青)(高鵬程訳)「中国公司治理制度：有法律而無秩序」葛平亮＝梁姣龍編『中国公司法問題と出路』(中国大百科全書出版社、2018) 111 頁。原著は、Donald C. Clarke, *Law Without Order in Chinese corporate Governance Institutions*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 30, Issue 1, 131-200 (2010) である。

¹³ 金劍鋒「株主派生訴訟制度研究」王保樹編『実践中的公司法』(社会科学文献出版社、2008) 414 頁。同氏は、2008 年当時、中国最高人民法院民事第二部(職権上、主に契約、会社、証券、保険、手形等の商事事件を所管する)の裁判長を務めている。その後、最高人民法院執行局副局長、最高人民法院立案部副部長などを歴任。中国最高人民法院の内部機関の一覧につき、<http://www.court.gov.cn/jigou.html> (最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日) を参照されたい。

¹⁴ 本稿にいう「国有企業」は 1993 年に発布された中国会社法の 21 条 1 項(「この法律の施行前に設立された国有企業で、この法律に定める有限会社の条件に適合するものは、投資主体が単一のものはこの法律に従い国有独資の有限会社にその組織を変更することができ、投資主体が単一でないものは前条第 1 項の規定による有限会社にその組織を変更することができる。」)に基づき、国営企業が会社(公司)という組織形態への転換がなされた後のものを指す。それまでに、中国の国営企業は会社の組織形態をとっていないので、国営企業において「株主」の概念もなかった。本章における 1993 年中国会社法の条文の訳は、中村信男など訳「中華人民共和國会社法(参考資料)」判例タイムズ 45 巻 3 号(1994) 70-90 頁、および、張郎郎＝パシフィックエンジニアリング中国室編『中国進出企業のための中国法令集(会社法・手形小切手法・税法編)』(自由社、1999)(同電子版は、<http://www.pacific-cn.co.jp/x1-1.html> 参照(最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日))による。

中国での国営企業から国有企業への転換をめぐる和文の研究として、金山権「中国における国有企業の改革と企業統治——外部監督・監査を踏まえ——」早稲田商学 438 号(2013) 449-471 頁を参照されたい。また、1993 年に発布された中国会社法をめぐる日本語文献として、酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ 857 号(1994) 46-53 頁、王保樹(白国棟＝楊沢宇訳)「中国会社法の制定と会社運営上の留意点」判例タイムズ 857 号(1994) 24-45 頁、酒巻俊雄など「〈鼎談〉中国会社法の制定と諸問題」判例タイムズ 857 号(1994) 4-23 頁などがある。また、中国の国有企業のコーポレート・ガバナンスの現状と課題について、李建偉「国有企業特殊法制在現代公司法制中的生成与安放」中南大学学报(社会科学版) 23 巻 3 号(2017) 42-43 頁、王建文「論淡馬錫董事会制度在我国商業類国有公司改革中的運用」当代法学 2018 年 3 号 60-63 頁を参照されたい。

¹⁵ Clarke・前掲(注 12) 124 頁。また、陳景善「中国における株式会社法制の現代化」早稲田大学 4633 号博士学位論文(2007) 158 頁参照。

を派遣・任命した者（政府または同社の親会社としての国有企業）からの追及や企業内部からの追及が期待できないと言われ、経営者の業務執行により会社に多額な損害をもたらしたとしても、それが腐敗行為などによるものでなければ、基本的に人事上の処分などに止まることが一般的である¹⁶。国有企業の「混合所有制」の改革¹⁷により、このような国有企業に民間株主が参入し、あるいはすでに改革が行われた国有株支配企業では、政府から派遣・任命された経営者の不法・不当行為の抑止、および損害回復を通じる国有資本の流失の回避において、株主代表訴訟制度の機能が期待されている。また、大株主と少数株主間の横のエンジェンシー問題が深刻となっている中国では、国有株支配株主などの大株主による抑圧¹⁸への少数株主の防衛においても、株主代表訴訟の制度が大いに期待されうると言えよう。

第二節 株主代表訴訟制度の中国での導入および法移植における注意点

中国では、2005年の会社法改正の際に株主代表訴訟の制度が導入された。しかし、2019年現在まで10年以上経過したにもかかわらず、提訴された例の多くは少人数の株主で構成された有限会社にとどまっており、上場会社において株主代表訴訟が提起された例は、ほとんどない¹⁹。本来、上場会社での適用が立法目的であった²⁰株主代表訴訟の制度が立法趣旨どおりに運用されないのは、株式会社²¹での株主の提訴資格を「単独または合計で1パーセント以上の持株」などに限定し、高額な訴訟手数料（通常の財産上の訴訟と同じく計算される）を設定したことが原因に挙げられている。特に前者の要件について言えば、中国の上場会社では、支配株主や支配株主側につく株主以外に、提訴資格を満たす株主がほぼいないのが現

¹⁶ 場合により、腐敗行為と関わっていても、刑事責任の追及をしなく、左遷などの人事処分に止まることも多い。また、刑事責任が追及されたとしても、経営者の対会社責任（民事責任）が追及されることはめったにない。

¹⁷ 混合所有制の改革（「混改」）とは、国有企業に民間企業の資本を受け入れることで、株式の所有構造を変え、ガバナンスの刷新による収益性と効率性の引き上げを目指すという試みである。三浦有史「混合所有制改革は中国経済を強くするか」アジア・マンスリー2017年11月号。

<https://www.jri.co.jp/page.jsp?id=31844>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

¹⁸ Donald C. Clarke（郭丹青）& Nicolas C. Howson（郝山）（林少偉訳）「通往小股東保障之路径：中国派生訴訟」葛平亮＝梁姣龍編『中国公司法問題与出路』（中国大百科全書出版社、2018）8頁。原著は、Donald C. Clarke & Nicolas C. Howson, *Pathway to Minority Shareholder Protection: Derivative Action in the People's Republic of China*, in Dan W. Puchniak, Harald Baum, Michael Ewing-Chow, eds., *The Derivative Action in Asia: A Comparative and Functional Approach*, UK Cambridge University Press, 243-295（2012）である。

¹⁹ 宣偉華「中国における株主代表訴訟の実践と制度の改善」株主代表訴訟研究会編『アジアにおける株主代表訴訟制度の実情と株主保護』（商事法務、2010）8頁。

²⁰ Baoshu Wang & Hui Huang, *China's New Company Law and Securities Law: An Overview and Assessment*, Vol.19, No.2, *Australian Journal of Corporate Law*, 229, 229（2006）。

²¹ 上述のように、中国会社法上の会社の組織形態は、有限会社と株式会社である。有限会社は上場しようと思えば、まず自らの組織形態を株式会社に変更する必要がある。同変更手続は登記機関（中国各地で「工商行政管理局」や「市場監督管理局」など様々な名称があるが、その登記管理の職権に限ってみると日本の法務局に相当する）において行う。たとえば、北京市朝陽区における同変更登記の手続について、下記のサイトを参照されたい。

<http://zwfw.bjchy.gov.cn/sgo/projectView.action?projectid=276bb60728a54d7eb732bc0385adc517>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

状である²²。これらの問題を解決するために、立法論として、日本にならって、持株比率の要件の撤廃、訴訟手数料の低額化・定額化などの緩和措置が提唱されている。

株主代表訴訟の運用促進には、理論上、提訴資格の緩和により株主代表訴訟の入り口の拡大、訴訟手数料の低額化・定額化による提訴インセンティブの阻害要因の除去、会社による株主代表訴訟の原告側の弁護士報酬等の負担、情報収集権の充実による株主側の証拠収集の促進、訴訟上の証拠開示による株主の証拠収集の促進など、さまざまな選択肢が考えられる。これらの選択肢の中からいずれを採用するかについて、世界でもっとも株主代表訴訟の制度が利用されているアメリカおよび日本²³から、様々な制度上の示唆が得られるであろうと考えられてきた。たとえば、日本で株主代表訴訟の訴訟手数料の低額化・定額化に非常に効果があったことを受けて、その制度を中国に導入するという立法論は容易に思いつくところであろう。しかし、一国の法制度が異なった社会的風土に移植され定着していく場合に、母国とは異なる育ち方をすることも少なくない²⁴。そうであれば、アメリカや日本で有効に作用した制度が、中国において同じように機能するとは限らないのであって、株主代表訴訟制度のような他国で創案された法制度を中国に移植する際には、その制度の制度的背景・理論的背景の検討が必要不可欠であると言えよう。制度の単なる外面的な移植や立法提言は、予想された効果の実現が確実でないだけでなく、その副作用、たとえば濫訴の危険などをもたらすおそれもあることに留意しておくことが必要である。

第三節 本論文における研究の対象と方法

本論文において、第一章では、日本およびアメリカの制度を対象として、株主代表訴訟の性格を分析し、日本、アメリカ、中国の株主代表訴訟がどのように異なっているかを検討し、比較法の研究における「研究対象となる制度は比較できる制度であるか否か」という前提を明らかにする。第二章では、会社の請求権に基づき提訴される株主代表訴訟において、会社がどのような場合に訴訟管理権の行使により訴訟を終了させることができるか、すなわち、会社への訴訟管理権の授与がどのような場合に正当化されるかを、アメリカと日本の制度を分析し、中国への示唆となる点を抽出する。第三章では、株主代表訴訟の提訴において、株主が確実な証拠を持っていないと勝訴が難しいという観点から、アメリカと日本の株主

²² 拙稿「中国における株主代表訴訟の運用促進策に関する考察——日中比較の視点から——」早稲田大学修士論文（2016）139頁では、中国の代表的な上場会社である中国石油ガス株式会社（上場コード：601857）の持株状況を纏めた。同社の2015年の中期報告書によると、持株比率5位以内の株主はそれぞれ、86.35%、11.39%、0.029%、0.023%、0.016%を所持し、持株比率の1位と2位を占める株主が合計で97.74%を所持し、3位以後の株主の持株比率がいずれも0.03%未満であり、合計で1%の持株を有する株主の支持を集めることは極めて難しいことが明らかである。

²³ 日米以外の法域では、株主代表訴訟の提起はかなり稀である。大杉謙一「株主代表訴訟はわが国でどのように機能しているか」江頭憲治郎先生古稀記念論文集『企業法の進路』（有斐閣、2017）300頁。また、北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）40-42頁参照。

²⁴ 竹内昭夫「株主の代表訴訟」法協百年論集3巻（1983）156頁。

による証拠収集の制度の検討を行い、同制度と中国の制度との比較検討を行う。第四章では、株主代表訴訟の出口の一つとしての訴訟上の和解の制度を検討する。この検討を通じて、中国では不当な和解による取締役の対会社責任の実質的免除をどのように防止すべきかを明らかにする。最後に、これまでのアメリカおよび日本の株主代表訴訟の各側面からの比較法的検討を通して、どのような示唆が得られたかを総括する。その結果を踏まえて、中国の株主代表訴訟に関する規定の今後のあり方について提言を行いたい。

第一章 中国会社法における株主代表訴訟の被告の範囲および制度の性格 ——アメリカ法および日本法の視点からの考察——

はじめに

取締役が会社に対して負う法的責任については、本来は、会社自身がこれを追及すべきものである。しかし、会社と取締役との特殊関係からその責任追及がなされず、そのために会社さらには株主全体の利益が害される場合がある。日本の商法典は、1950年改正において、アメリカの会社法にならい、株主代表訴訟の制度を創設して、この問題に対処しようとした²⁵。以後、株主代表訴訟は、日本では、株式会社における業務執行コントロール措置の一つとして²⁶、すなわち、損失填補機能だけでなく、取締役ら役員の義務違反行為等に対する抑止機能を有する法制度として²⁷、コーポレート・ガバナンスにおける非常に重要な制度であると理解されてきた。

一方、中国の株主代表訴訟制度は、2005年の中国会社法の改正により創設された。コーポレート・ガバナンスの充実を通じた企業への信頼性確保と投資者保護を図るために、主として証券市場規制の観点から創設されたと説明されている²⁸。しかし、同改正から今日に至るまで10年以上経過したにもかかわらず、株主代表訴訟が提起された例は少なく、しかも提訴された例の多くは、閉鎖的株式会社あるいは少人数の株主を有する有限会社²⁹にとどまっており、上場会社において株主代表訴訟が提起された例は、ほとんどない。その理由はいくつか考えられるが³⁰、あまりにも高額な訴訟手数料が原因の一つではないかとの指摘が有

²⁵ 酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法(9)』(中央経済社、2016) 221-222頁〔畠田公明〕。

²⁶ 池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪大法学 149=150号(1989) 225頁。

²⁷ 尾崎安典「株主代表訴訟制度の改正」判例タイムズ 839号(1994) 85頁。

²⁸ Wang & Huang, *supra* note 20 at 229. そのほか、当時の立法背景には、支配株主が董事等の派遣又は「関連関係」を通じて会社を食い物にし、ひいては少数株主の利益を侵害するという不祥事が続出したことに対して、株主代表訴訟制度の導入による事後的な救済措置の付与および少数株主による支配株主の不正の抑止があるとも説明されている(王原生「中国における株主代表訴訟の運用実態とその課題」永井和之先生古稀記念論文集『企業法学の理論と体系』(中央経済社、2016) 153頁)。ここに言う「関連関係」とは、会社の支配株主、実質的支配者、董事、監事、高級管理職とその直接又は間接的に支配する企業との間の関係、および会社の利益移転をもたらす可能性のあるその他の関係を指す。但し、国が持分を支配する企業間では、国に支配を受けているということのみにより関連関係があるとはみなさない。」と定義されている(中国会社法第216条4号)。なお、本章における中国会社法の邦訳については、森・濱田松本法律事務所の翻訳を参考にした。https://www.jetro.go.jp/ext_images/world/asia/cn/law/pdf/invest_040.pdf (最終アクセス日: 2019年9月30日)。

²⁹ 中国の会社法上、会社の組織形態には、「有限会社」と「株式会社」との二種類がある。前者は50人以下の出資者が出資し、その持分を外部に譲渡することについては、それは可能であるが社内の他の出資者が優先購入権利を有する。後者の設立には2人以上し200人の発起人を要し、株主の数に制限は設けられていない。有限会社は、上場しようと思えば、まず自らの組織形態を株式会社に変更する必要がある。有限会社は、社員数が少ないが、必ずしも資本規模も小さいわけではない。中国では、数多くの膨大な登録資本を有する国有企業が有限会社の形態を選択している。また、外商投資企業のメインである中外合弁企業と外商独資企業も有限会社の形態でなければならない。趙旭東編(陳景善＝萩原正訳)『中国会社法学』(成文堂、2013) 85-89頁〔趙旭東〕。

³⁰ 株主地位訴訟の提起が少ない理由については、司法制度や訴訟文化の欠如、弁護士への激励の不足なども挙げられる。趙旭東ほか『記念王保樹教授学術研討会暨中国公司法司法解釈(四)学術研討会(2016

力である³¹。その額の引下げの方策として、日本法に倣って「財産上の請求」でないとみなす立法提言もなされている³²。

アメリカの判例によれば、株主代表訴訟はコーポレート・ガバナンスの「主要なレギュレーター (Chief Regulator)」であると言われる³³。そのようなものであるとするならば、中国の現状は、やはり問題であろう。日本でも、1993年商法改正までは、株主代表訴訟はあまり提起されていなかったようであるが、訴訟手数料の引下げがあつてからは株主代表訴訟の提起件数が飛躍的に増加した。中国でなされる立法提言はこの事実根拠に根差したものであろう。しかし、上記の立法提言は、日本例を参考にすればよいという、いわば単純な主張であるように思われる。というのも、日本では、株主代表訴訟の提起を容易にした反面として濫用的訴訟も増加し、その新たな問題への対処が重要な法的課題となったからである。周知のように、日本の裁判所は、担保提供命令を活用して対応したが、学説からは多くの批判がなされた。その後の決定例の集積や学説の深化により、濫訴の類型化などが進み、その成果はのちの会社法制定時における条文作成作業に影響を与えた(会社法 847 条 1 項但書参照)。そのような経緯も踏まえた検討がなされて初めて、中国会社法に対する立法提言として日本法参照論の説得力が増すものと考えられる。

日本法において、株主代表訴訟制度というアメリカの法制度が定着していくプロセスを辿ることは興味深いことである。一国の法制度が異なった社会的風土に移植され定着していく場合に、母国とは別の育ち方をすることも少なくない³⁴。この意味で、アメリカで生まれた株主代表訴訟制度が、日本、そして中国に移植され、それぞれの国で異なった成長を経た結果、同じ制度でありながら、その内容がかなり異なってくる可能性がある。株主代表

年 6 月 19 日)』〔湯欣発言〕 <http://www.commerciallaw.com.cn/index.php/home/salon/info/id/7.html> (最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

³¹ 劉凱湘「股東代表訴訟的司法適用与立法完善——以公司法 152 条的解釋為中心」中国法学 2008 年 4 号 162 頁、耿利航「論我国股東派生訴訟的成本負担和司法許可」法律科学 2013 年第 1 期 171 頁。

³² たとえば、劉・前掲(注 31) 162 頁、甘培忠「簡評中国公司法對股東派生訴訟制度的借鑑」公司法評論 2005 年 1 号 44 頁。羅勇「中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の比較法の研究——中国・〈新設〉株主代表訴訟制度(2006 年)の検討」龍谷法学 41 卷 1 号(2008) 64 頁も同様に、「中国の經濟狀況を考慮した上で、中国法における株主代表訴訟を非財産権上の請求に係る訴えとみなし、一律 100 人民幣程度(2008 年 4 月現在の為替相場において、日本円 1400 円程度に相当する)を徴収するのが妥当である」とする。

³³ *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 548 (1949) .

³⁴ 竹内・前掲(注 24) 156 頁。

訴訟の場合も、日中³⁵あるいは中米、さらには訴訟手数料に着目した日中³⁶の比較法研究はすでに多数存在し、これらの研究の多くは、中国での投資者保護やコーポレート・ガバナンスの向上の点で有益な成果をもたらしたと考えられる。しかし、それら業績の中には、単なる法移植の主張にとどまるものが多く、各国の株主代表訴訟の内容の違いを深く掘り下げた検討に欠けているのではないかと思われるものも含まれる³⁷。たとえば、後述するように、中国の株主代表訴訟では、アメリカ法と同様に、会社の債権者に対する請求権も対象に含まれており、加えて閉鎖的株式会社の内紛での利用例が多いと推察される現状からすれば、日本法に倣って訴訟提起し易くなればよいというだけでは済まないのではないかとも考えられる。上述したように、手数料軽減という方策を提言するならば、その結果生じると考えられる諸問題（特に中国会社法において）に対する検討も、日本法を参考にして行っておくことが不可欠である。

本章は、そのような問題意識から、アメリカ、日本、中国において同じく株主代表訴訟という制度ではあるが、それらの異同をまず確認しておく必要があると考え、その整理を行うことを目的とする。

第一節 アメリカ、日本および中国の株主代表訴訟制度

1 株主代表訴訟制度のアメリカにおける誕生と発展

株主代表訴訟は、19世紀に始まる英米における緩慢な判例法の形成による。もともと、イギリスとアメリカではほぼ同時期に相互に関係することなく、独自の発展を見たようである³⁸。

³⁵ たとえば、日本語の論文には、次のようなものがある。張紅「経営者の責任追及と株主代表訴訟に関する日中の比較について」同志社大学ワールドワイドビジネスレビュー7(1)号(2005)214-216頁、羅・前掲(注32)41-88頁、潘秀麗「株主代表訴訟制度の利用と濫用の可能性——中国会社法と日本会社法との比較」九大法学97号(2008)69-152頁、朱大明・辻あかね「中国会社法の株主代表訴訟制度——日本会社法との比較(1~5)」月刊監査役563号(2009)54-61頁・同564号(2009)80-89頁・同565号(2010)107-116頁・同567号(2010)74-81頁・同568号(2010)77-83頁、樊紀偉「取締役の会社に対する責任の追及・株主代表訴訟の中日比較を中心に」同志社法学61巻7号(2010)2269-2322頁、阮卿斌「公開会社株主代表訴訟制度の立法目的と制度設計：アメリカ・日本・中国の比較法の考察(一~四)」法と政治64巻2号(2013)36-100頁・同64巻3号(2013)295-356頁・同64巻4号(2013)145-232頁・同65巻2号(2014)69-154頁等がある。

³⁶ たとえば、株主代表訴訟の手数料制度に着目して日本の制度に言及した文献には、次のようなものがある。甘・前掲(注32)44頁、劉・前掲(注31)162頁、劉金華『股東代位訴訟制度研究』(中国人民公安大学出版社、2008)146頁-147頁、劉冬京『我国股東派生訴訟制度研究』(群衆出版社、2011)103-104頁、王欣新・徐陽光「論我国股東代表訴訟制度的構建」貴州警官学院学報2004年3号5頁、孟祥剛「公司股東代表訴訟的審理」法律適用第253号(2007)23頁、劉凱・司明「股東代表訴訟配套制度的完善」法学雜誌2008年2号153頁等。

³⁷ 潘・前掲(注35)108頁(「以上の日本の手数料算定についての判例の立場の変化、学説および改正法の沿革、改正後の利用実情の検討から、株主による代表訴訟の手数料の算定を非財産訴訟として計算する妥当性が裏付けられたと言えるであろう。よって、中国でも、当該制度を利用しやすくするため、非財産訴訟として手数料を計算することを期待する)。私見では、その「妥当性」それ自体に対する理論的検討が必要であると考えられる。

³⁸ 谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一・三ヶ月章編『実務民事訴訟講座5』(日本評論社、1969)96

まず、イギリスでは、18世紀の半ばに、エクイティ裁判所が、慈善を目的とする公益法人の理事者による事業運営上の詐欺および任務懈怠を理由として、公益法人によるその理事者の解任と損害賠償の提訴を認めた *The Charitable Corporation v. Sutton* 事件³⁹が、理事者の対会社責任を認めたものとして重要視される。この事件の判決において、理事者は「信託関係の受託者」としての性質を有し、したがって、構成員は「信託義務違反」を理由として理事者の信託義務違反に伴う責任を追及することが可能である旨が示唆された⁴⁰。

一方、アメリカでも、19世紀初頭の *Robinson v. Smith* 事件において⁴¹、株式会社の取締役と各株主との間の「信託関係」を実体法上の根拠として、株主による取締役の責任追及の訴えが⁴²、エクイティにより認められるようになった⁴³。そして、同判決は、アメリカにおける株主代表訴訟制度の性格を示すものとして重要な位置を占めるものとなった⁴⁴。すなわち、原告株主が、自己と同様の立場にある株主全員を代表して訴えるという意味で、代表訴訟 (representative action) 又はクラス・アクション (class action) であったのである⁴⁵。

アメリカでは、その後、企業における取引関係の増大に伴い、従来の業務執行集団（経営者たち）を被告とするだけでなく、会社の外部者を被告とするケースが認められるところとなった⁴⁶。その結果、「会社の訴権を株主が会社に代位して主張するという派生訴訟 (derivative action)」であるという理解が登場し⁴⁷、この時期のアメリカにおいて、会社に独自の法人格の観念が確立する一方で、株主と信託関係に立たないところの会社の外部者に対しても、会社に代わって株主が訴訟提起できるようになったのである⁴⁸。具体的には、株主による会社の外部者への提訴⁴⁹を認めなかった 1855 年の *Forbes v. Whitlock* 事件⁵⁰を改め、株主による会社の外部者への提訴⁵¹を認めた 1856 年の *Dodge v. Woolsey* 事件が登場したのである⁵²。

アメリカの株主代表訴訟制度の発展の各段階をさらに詳しく分けた研究はすでに多数存在するが⁵³、本章ではそれらを参考にして、代表訴訟の被告の範囲に着目して検討を加えたい。上述のように、アメリカでは株主代表訴訟の性格は変遷した。そこで、株主と取締役間

頁、銭玉林「英国的股東派生訴訟：歴史演変和現代化改革」環球法律評論 2009 年第 2 期 119-127 頁。

³⁹ *The Charitable Corporation v. Sutton*, 26 ER 642 (1742) .

⁴⁰ 竹内・前掲 (注 24) 156 頁。

⁴¹ *Robinson v. Smith*, 3 Paige Ch. 222 (N.Y. 1832) .

⁴² 本件は、株主による、会社の定款により制限された経営範囲を超えて、自己の個人的利益を図るため、投機的な目的で各種の会社へ投資した取締役に対する責任追及訴訟である。

⁴³ 竹内・前掲 (注 24) 157 頁。

⁴⁴ Bert S. Prunty, *The shareholders' Derivative Suit: Notes on Its Derivation*, 32 N.Y.U. L.REV. 980, 980 (1957) .

⁴⁵ 竹内・前掲 (注 24) 158 頁。

⁴⁶ 池田・前掲 (注 26) 237 頁。

⁴⁷ 池田・前掲 (注 26) 236 頁。

⁴⁸ 谷口・前掲 (注 38) 96 頁。

⁴⁹ 本件は、株主による、会社と売買契約を締結した他社の責任を追及する訴訟である。

⁵⁰ *Forbes v. Whitlock*, 3 Edw. Ch. 446 (1841) .

⁵¹ 本件は、株主による、州の徴税機構の違法な徴税に対する差止請求訴訟である。

⁵² *Dodge v. Woolsey*, 59 U.S. 331 (1855) .

⁵³ たとえば、谷口・前掲 (注 38)、竹内・前掲 (注 24)、池田・前掲 (注 26) 参照。

の信託関係に基づき、株主が他の株主を代表して取締役の責任追及を認めた時期を「第一段階」、株主と信託関係に立たない会社の外部者に対しても、「株主が会社の訴権を代位して主張する」として株主による提訴を認めた時期を「第二段階」と捉えて検討することとする。すなわち、第一段階の株主代表訴訟は文字通り「代表訴訟」であり、第二段階のそれは「代位訴訟」的性格が付加されたということである。

2 株主代表訴訟制度の日本商法・会社法における導入と発展

1950年商法改正以前の日本商法には、株主代表訴訟制度は存在しなかった。唯一、一定の株式数を有する少数株主に対して、会社に対する取締役への提訴請求権が認められていたにとどまる⁵⁴。

具体的には、1890年旧商法において、取締役によって株主全体の利益が損ねられた場合に、「株主総会」は監査役または特に選任した代人をもって取締役に対し訴訟をなすことができることとされ（旧商法 228 条）、株主総会に対して取締役に対する訴権が認められていた。したがって、少数株主が会社に対して取締役の責任を追及する訴訟を提起することを求める権利は認められていなかったのである。もっとも、会社資本の少なくとも5%にあたる少数株主に対しては、その利益が取締役によって損ねられた場合に、選定した代人をもって取締役に対し訴訟をなすことができるとされていたが（旧商法 229 条）、これは会社の請求権を会社に代わって行使する訴訟ではなく、被害を受けた少数株主自らが原告となって取締役の責任を追及する直接訴訟であった。

その後、1899年商法に至り初めて、少数株主により、会社が取締役に対して訴訟を提起することを請求する権利が認められた⁵⁵。具体的には、株主総会が取締役に対して訴えを提起することを決議したときのほかに、株主総会がこれを否決した場合に資本の10分の1以上にあたる株式を有する株主が取締役に対する訴えの提起を監査役に請求したときに、会社は、決議又は請求の日から1ヶ月以内に訴えを提起することを要すると定められたのである（1899年商法 178 条）⁵⁶。これも少数株主自身が原告となる現行の株主代表訴訟制度とは異なる制度であることは明らかである。当時のドイツ法の影響を受けたものと理解される。この訴訟提起の要件は、1938年改正商法において、株主総会が決議をした場合と否決した場合とにおいて区別がなされ、前者については「決議ノ日から1か月以内」とされ（1938年改正商法 267 条）、後者については否決した総会会日の3ヶ月前より引き続き資本の10分の1以上にあたる株式を有する株主が取締役に対する訴えの提起を監査役に請求したときに、会社が請求の日から1ヶ月以内に訴えを提起しなければならないものに改められた（1938年改正商法 268 条）。

日本において、初めて株主代表訴訟を導入したのは商法典ではなく、1948年証券取引法

⁵⁴ 周剣龍『株主代表訴訟制度論』（信山社、1996）223頁。

⁵⁵ 北村・前掲（注23）41頁。

⁵⁶ 畠田・前掲（注25）222頁。

であった⁵⁷。同法 189 条は、会社の役員または 10%以上の株式を有する大株主が 6 ヶ月以内に株式の反対売買を行って利益を得たときに係る「短期売買差益」の返還を規定するが、この場合に、株主が会社に対して当該役員や大株主に上記の差益提供の請求をすることを求めたにも拘わらず、会社がその後 60 日以内にその請求をしなかったときに、当該株主が会社に代位してその提供請求を行うことができると定めるものであった⁵⁸。本章の関心からすれば、それは代位訴訟という位置づけであったと言えよう。

1950 年改正商法は、株式会社の機関構造・権限分配等をそれ以前のもの大きく改めたものであったが、取締役の責任強化あるいは株主の地位強化の一環として⁵⁹株主代表訴訟制度が創設された。アメリカの制度がモデルになったことは疑いなく⁶⁰、1 株でも有する株主が会社に代わって取締役の責任を追及する制度が認められたのである⁶¹。

3 株主代表訴訟制度の中国会社法における導入と発展

中国の企業法制度の改革は、20 世紀末に始まる。1993 年 12 月 29 日に中国で初めての一般会社法ともいべき「中華人民共和国会社法」（1994 年 1 月 1 日施行、以下「1993 年会社法」という）が発布された⁶²。同法は、それ以前の「株式会社規範意見」と「有限会社規範意見」を基礎として制定されたものである。しかし、株主代表訴訟制度は、1993 年会社法においては認められていなかった。その制度が中国会社法制に導入されたのは、2005 年 10 月 27 日の会社法改正⁶³（2006 年 1 月 1 日施行、以下「2005 年会社法」という）によってである。それ以前はどうであったのか。

1992 年、中国政府は国有企業の株式会社化を図り⁶⁴、同年 5 月 15 日に「株式制企業試行弁法」が、中国の国家体制改革委員会により発布されると同時に、上述した「株式会社規範意見」と「有限会社規範意見」（以下、「両意見」という）が発布・施行された。この両意見は、株式会社、有限会社、株主、董事および監事という会社法上の基本概念を明確化し⁶⁵、

⁵⁷ 田中＝竹内・前掲（注 9）35 頁。

⁵⁸ 竹内・前掲（注 24）159 頁。

⁵⁹ この背後には、日本の会社法が財閥形成を容易にしたのは、株主権の貧弱にあるという認識があった。矢沢惇＝鴻常夫『会社法の展開と課題』（日本評論社、1968）5 頁。

⁶⁰ 高橋宏志ほか「ミニシンポジウム：株主代表訴訟の手続法上の諸問題」民訴雑誌 42（1996）147 頁。

⁶¹ 田中誠二＝山村忠平『コンメンタル会社法』（勁草書房、1994）860 頁。取締役の責任追及だけでなく、監査役又は清算人の責任を追及する訴えおよび新株引受人の責任を追及する訴え、株主の権利行使に関する利益供与の場合の利益返還請求の訴えにも準用された。その後、商法における株主代表訴訟制度の改正は、運用促進のための 1993 年商法・商法特例法の改正、取締役の責任軽減を主たる目的とした 2001 年 12 月の商法改正、規律の明確が図られた 2005 年の会社法制定、多重代表訴訟等を定めた 2014 年の会社法改正という変遷を経て、今日の制度に至っている。

⁶² 1993 年中国会社法第 3 条、第 18 条。外商投資企業をも規制の範囲内にした。また、1993 年中国会社法に対して包括的分析を行った中国語の研究として、韓長印「公司立法の突破及其評価」河南大学学报 36 卷 3 号（1996）23-28 頁などがある。

⁶³ 2005 年会社法は全面改正とも言われるほどの大改正であった。それ以前にも、全国人民代表大會常務委員会は、1999 年と 2004 年の 2 回の会社法改正を実施していたが、それらには株主代表訴訟に関するものは含まれていない。

⁶⁴ 既存の国有企業の「株式会社化」を目的としたものであった。

⁶⁵ 株式会社規範意見第 22 条、39 条、52 条等、有限会社規範意見第 9 条、12 条、26 条など参照。

株式会社と有限会社の株主数による区分を行い⁶⁶、発起人と董事の賠償責任⁶⁷を初めて定めたものとして意義がある。特に監事に関して、①会社を代表して董事に対して訴訟を提起する権限を認め、②董事会とそのメンバー・総経理⁶⁸に対する監督の責務を定めた点で、注目されるべきものである⁶⁹。そして、外商投資企業（中外合弁企業、中外合作企業、外商独資企業）以外の企業（国有企業、私営企業を問わない）を全て両意見の規制範囲内とした点⁷⁰、実質的には会社法と同様の法的意義を有したと考えられてよい。しかし、両意見には、当然のこととして、株主代表訴訟制度に関する規律は含まれていなかった。

株主代表訴訟は、会社が取締役の責任追及に係る株主からの提訴請求を拒絶したときに、当該請求株主が会社の利益を守る（それにより自分の持株利益を間接的に守る）ために、会社の利益を侵害した者⁷¹に対して提訴することが典型的なものである。1979年以前の社会主義中国においては、企業の唯一の株主は国であり、企業運営者はその国から派遣された者があっていた。したがって、株主代表訴訟のニーズは特に無かったと考えられる。問題ある経営者は一人株主（国）の意向によって更迭し、場合によってはその責任を問うこともさほど困難を伴わなかったからである。しかし、1979年に「中華人民共和国中外合弁経営企業法」（以下、「中外合弁企業法」という）⁷²が發布されて以後、問題は単純でなくなった。なぜなら、中外合弁企業においては、一人株主の状況ではなくなり、株主相互間の利益衝突が生じる場合に備えた制度整備の必要性が認識されるに至ったからである。たとえば、国が支配株主ではない中外合弁企業において、支配株主である外国資本が会社の取引相手方と通謀し、会社が取引相手方の債務の履行請求を懈怠して、ひいては国の利益を害するときに、非支配株主である国に会社の代わりに提訴する権限を与える必要が生じ、いわば萌芽的な株主代表訴訟が提起されることとなった。

⁶⁶ 「株式会社の設立には、3人以上（3人を含む）の発起人を有すべきである」と定め、「有限会社には、2個以上30個以下の株主を有しないと、その設立は認められない。特別なニーズに基づき30人以上の株主を設けたい場合、政府により授権された政府部門の認可を取得する必要があるが、ただ、その場合でも50個の株主を上限とする」と定めた（株式会社規範意見第9条、有限会社規範意見第9条）。なお、本章では、中国会社法に従って、有限会社の持分所有者を株主という。

⁶⁷ 株式会社規範意見21条、57条、110条。

⁶⁸ 中国の「経理」は単に経理担当・財務担当の役員ではなく、マネージャーの意味である。「総経理」は、したがって、社長やCEOに相当する。

⁶⁹ 株式会社は、監事会を設けることができ、監事会により董事会とそのメンバーと総経理等の管理層人員に対する監督権限を行使する（株式会社規範意見63条）。そして、監事会は、董事、総経理等管理人員が法律法規・本規範意見・会社の定款・株主会決議に違反していないかを監督する権限、ならびに、会社を代表して株主との交渉あるいは董事を提訴する権限などを行使する（株式会社規範意見65条）。また、有限会社は監事会を設けることができ（有限会社規範意見65条）、その監事会は、株主と従業員の法的權益の保護する権限、ならびに、董事と会社の総経理による法律・法規・本規範意見・会社の定款違反行為を差し止め、差し止めることができない場合にその違反を政府の関係機関へ報告する権限などを行使する（有限会社規範意見41条）。

⁷⁰ 有限会社規範意見19条、78条。

⁷¹ 株主代表訴訟制度における被告の範囲と追及できる責任は国によって異なる。

⁷² 「中華人民共和国中外合弁経営企業法」（1979年7月8日に全国人民代表大会常務委員会により發布・施行。1990年第一回改訂、2001年第二回改訂、2016年第三回改訂）。

最初の株主代表訴訟⁷³は、中国江蘇省で提起された中外合弁企業での紛争であった。事案の概略は次のようなものである。

江蘇省張家港市の A 社と香港の B 社によって、江蘇省において設立された合弁会社 C 社は、香港にある D 社との間の売買契約に関して紛争が生じた。合弁会社 C 社を支配している B 社は売買契約の売主として D 社と利害関係を有していたため、C 社董事会の開催と C 社名義で D 社を訴えることを拒否した。そこで、A 社は、自らの出資者としての利益を守るために、C 社に代わって D 社を被告として提訴しようとしたところ、人民法院がその訴えを受理するか否かを判断するにあたり、その原告名義が A 社か C 社かのいずれが妥当かについて、問題となった。

この問題に対して、最高人民法院は、1994 年に次のように回答した⁷⁴。「A 社は、合弁企業 C 社の董事会が提訴しない場合に、提訴権を行使でき、人民法院はこの提訴を受理しなければならない。しかし、本件事案においては、A 社と B 社の間に締結した C 社の設立に関する合弁契約および C 社と D 社の間に締結した売買契約には、いずれも仲裁の条項を定めたので、本件の紛争は仲裁により裁決すべきであり、人民法院は本件紛争を受理してはならない。」

不受理という結論よりもむしろ注目すべき点は、最高人民法院が初めて、合弁会社の株主に対して「会社の董事会が合弁会社の名義による提訴を拒否した場合に、合弁会社の出資者が（会社の利益を害した第三者に対して）自ら提訴する権限を有する」と判断したことである。本件を「最初の株主代表訴訟」と考えたゆえんである。もっとも、A 社が合弁会社の出資者（株主）としてそのような訴訟を提起する権利を有することについての理論的説明は最高人民法院の回答にはない。

この最高人民法院の回答の後、この種の請求に関して、各級の人民法院はさまざまな模索をした⁷⁵。さらに、2005 年 4 月に國務院が「2005 年の経済体制改革に関する國務院の意見」

⁷³ この「最初の株主代表訴訟」は、公開の資料による検索が可能であり、かつ訴訟まで発展した「最初の」ものである。この訴訟以前において類似の訴訟が提起されたようであるが、それらは公開されておらず検索不可能である。公開されなかった理由は、和解により解決された、商業上の秘密が含まれていたことなどが考えられる。紛争があったが訴訟ではなく、地方政府の斡旋などにより解決された例も少なくなかったと想像される。

⁷⁴ 「中外合弁企業が他の者と売買契約に関する紛争が生じ、当該中外合弁企業を支配する外国側の出資者が売主と利害関係を有し、中国側の出資者がだれの名義で人民法院に提訴するかに関する最高人民法院の回答〔最高人民法院關於中外合資經營企業對外發生經濟合同糾紛，控制合營企業的外方与売方有利害關係，合營企業的中方应以誰的名義向人民法院起訴問題的復函〕（1994 年 11 月 4 日法経（1994）269 号文書）（以下、「最高人民法院 1994 年 11 月 4 日法経（1994）269 号文書」という）。本論文では、中国の規定等の固有名詞について原語を表記する場合や筆者による補記の場合、〔 〕の中で示す。以下同じ。

⁷⁵ たとえば、次のようなものがあった。①「最高人民法院副院長李国光の全国法院民事商事審判業務會議における報告〔最高人民法院副院長李国光在全国法院民事商事審判工作會議上的講話〕（2002 年 12 月 9 日）」（以下、「李国光最高人民法院副院長講話」という）、②「涉外經濟審判の若干の問題に関する広東省高級人民法院の意見（試行）〔広東省高級人民法院關於涉外經濟審判若干問題的意見（試行）〕」（1999 年 12 月 1 日施行）（以下、「広東高級法院意見」という）第 6 条～第 9 条、③「会社法の適用における若干の難関問題に関する浙江省高級人民法院民事審判第二部の理解〔浙江省高級人民法院民事審判第二庭關於公司法適用若干疑難問題的解釋〕」（浙法民二（2002）21 号）（以下、「浙江高級法院意見」という）、④「会社法の適

を發布し、「株主代表訴訟制度等の投資者を直接的に保護する制度の導入を検討する」旨を中央政府の立場で初めて明らかにした⁷⁶。

上述したように、2005年10月27日に改正された会社法⁷⁷が初めて株主代表訴訟制度を法定することで一応の成果となった。株主代表訴訟の提訴権者は、有限会社の出資者⁷⁸および180日以上継続して単独または合計で会社の1%以上の株式を保有する株式会社の株主（第152条⁷⁹）とされ、その者らが会社への提訴請求権を有し、会社が上記の株主等の提訴請求を拒否又は放置した場合に一定の前置手続を経て⁸⁰、当該請求株主等が、会社の利益のため、自己の名義により、人民法院に直接に訴訟を提起する権利を有するとされた（152条）。また請求できる責任の範囲は、①董事・監事・高級管理職⁸¹による業務の不当執行に基づく会社に対する賠償責任（150条、152条）、②他人が会社の法的權益を侵害した場合の賠償責任（152条）とされた。また、2016年4月12日に發布された最高人民法院会社法司法解释（四）（意見徵集稿）⁸²では、二重代表訴訟、会社の訴訟地位などが「司法解释」により定められることとなった⁸³。立法ではなく、最高人民法院という裁判所の「司法解释」による実質的立法は中国の特徴であるが、そのような解釈を採用した理由は特に示されていない。

用の若干問題に関する江蘇省高級人民法院の意見（試行）〔江蘇省高級人民法院關於審理適用公司法案件若干問題的意見（試行）〕（2003年6月3日發布）（以下、「江蘇高級法院意見」という）、⑤「会社訴訟案件の審判における若干問題に関する上海市高級人民法院の處理意見（一）〔上海市高級人民法院關於審理涉及公司訴訟案件若干問題的處理意見（一）〕」（2003年發布）（以下、「上海高級法院意見」という）、⑥「会社紛争事件の審理に関する最高人民法院の規定（一）（草案）（意見徵集稿）〔最高人民法院『關於審理公司糾紛案件若干問題的規定（一）（草案）』（徵求意見稿）〕」（2003年11月3日發布）（以下、「会社法司法解释意見徵集稿（一）」という）、⑦「会社紛争事件の審理における若干の問題に関する北京市高級人民法院の指導意見（試行）〔北京市高級人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的指導意見（試行）〕」（2004年2月發布）（以下、「北京高級法院意見」という）。このような状況は、2005年会社法改正まで続いた。

⁷⁶ 「2005年の經濟体制改革に関する國務院の意見〔國務院關於2005年深化經濟体制改革的意見〕」（2005年4月4日發布）の「第六條、現代的な市場システムの構築を加速する」には、「株主代表訴訟制度、証券投資者保護ファンドその他の投資者を直接に保護する制度の導入を検討する」と定められた。

⁷⁷ 2005年会社法は、過去の会社法の上で全面的な改正を加えて發布したものである。2005年以前に、全国人民代表大会常務委員会は既に1999年と2004年に会社法を二回改正したが、その改正は株主代表訴訟に関するものではないので、ここでは省略する。

⁷⁸ 日本法の概念としては、「持分所有者」に近い。

⁷⁹ この条文序数は2005年会社法の条文序数である。現行法である2013年12月28日に改正した会社法では、2005年会社法の第29条を削除した関係で、第29条以後の条文序数が繰り上がった。たとえば、2005年会社法の149条が2013年会社法の148条になり、2005年会社法の152条は2013年会社法（および2018年改正会社法）の151条になった。

⁸⁰ 提訴の前置手続として、株主が書面により董事会（または執行董事）若しくは監事会（または監事）に人民法院への訴訟の提起を請求する。当該請求が拒否され、または30日以内に訴訟が提起されなかった場合、株主は株主代表訴訟を提起できる（会社法152条）。また、情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらしうる場合に、上記の前置手続を免除すると定めた（会社法152条）。

⁸¹ 高級管理職とは、会社の總經理、副總經理、財務責任者、上場会社の董事会秘書および会社定款に定めるその他の者を指す（2005年会社法217条=現行の2018年会社法216条）。

⁸² 「中華人民共和國会社法の適用における若干問題に関する最高人民法院の規定（四）（意見徵集稿）〔最高人民法院關於適用『中華人民共和國公司法』若干問題的規定（四）（徵集意見稿）〕」。2016年4月29日に意見徵集が完了した。その内容は、<http://www.tisi.org/4570> 参照（最終アクセス日：2019年9月30日）。

⁸³ 2017年9月1日に施行された中国会社法司法解释（四）では、同二重代表訴訟の条文が削除された。

第二節 日中の制度に関する若干の比較検討

1 被告範囲

(1) 日本法と中国法の条文の違い

日中両国の現行株主代表訴訟制度は、被告の範囲を異にし、責任追及の範囲についてもそれに伴い差が生じている。これらの点が最大の相違点であると考えられる。

表1 日中両国の株主代表訴訟の被告の範囲についての区別（筆者作成）

国	株主代表訴訟の被告の範囲
中国 ⁸⁴	(1) 会社業務の執行において、法律・行政法規または会社定款に違反して会社に対して損害賠償責任を負う董事、監事、高級管理職 (2) 会社の法的権益を侵害して会社に対して賠償責任を負う他人
日本 ⁸⁵	(1) 発起人、設立時取締役、設立時監査役、役員等（取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人）若しくは清算人 (2) 払込みを仮装した設立時募集株式の引受人 (3) 不公正な払込金額で株式を引き受けた者 (4) 不公正な払込金額で新株予約権を引き受けた者 (5) 株主等の権利の行使に関する利益の供与を受けた者 (6) 出資の履行を仮装した募集株式の引受人 (7) 新株予約権を行使した際に新株予約権に係る払込み等を仮装した新株予約権者 (8) 違法配当を受けて会社に対して支払義務を負う株主

中国の株主代表訴訟制度の被告の範囲に「他人」が含まれる点が日本法との違いとして特徴的である⁸⁶。「他人」の範囲は会社法で明確に定められていないため解釈に委ねられているが、最高人民法院の観点⁸⁷、地方の各級人民法院の規定⁸⁸によれば、株主、実質的支配者、

⁸⁴ 中国会社法（2018年改正）149条、151条。

⁸⁵ 日本会社法（2014年改正）第847条、第847条の2、第847条の3、第847条の4、第102条の2、第120条、第212条、第213条、第213条の2、第285条、第286条の2、第423条、第430条、第462条、第464条参照。

⁸⁶ 「他人」を被告とするほか、中国法では、高級管理職（「会社の総経理、副総経理、財務責任者、上場会社の董事会秘書および会社定款に定めるその他の者」）を株主代表訴訟の被告としている。日本法で被告とされる発起人、会計参与、執行役、会計監査人、違法配当を受けて会社に対して支払義務を負う株主、株主等の権利の行使に関する利益の供与を受けた者などは、中国法では明確に被告とされている者を除き、後述の判例や人民法院の規定によれば、被告となりうると考えられる。

⁸⁷ ①最高人民法院1994年11月4日法経（1994）269号文書、②李国光最高人民法院副院長講話。

⁸⁸ ①深セン市中級人民法院の「株主代表訴訟案件の審理に関する指導意見〔深圳市中級人民法院關於審理股東代表訴訟案件の指導意見〕」（2010年3月3日発布）（以下、「深セン中級法院2010意見」という）、および、それに取って代わるものとして定められた「株主代表訴訟事件の審理に関する広東省深セン市中級

取引相手、競合者、会社の法的権益を侵害した他の者が「他人」に含まれる⁸⁹。しかし、このように株主代表訴訟制度の射程距離が「他人」の解釈により相当広く設定することができる点で、その政策的当否だけでなく、理論的当否も問題となるであろう⁹⁰。

以下、二つの判例を通じて、株主代表訴訟において「他人」をどのように被告として提訴することが裁判所より認められるかを検討する。

(2) 判例からみる中国の株主代表訴訟の被告となる「他人」の範囲

① 株主代表訴訟の事由が損害賠償紛争に限定されず、会社が直接訴訟において行使できる訴権（本件は会社と取引相手との不動産売買契約の取消請求権）のすべてが株主代表訴訟においても基本的には行使できるとされた福建省高級人民法院より判示した事例

本件訴訟は、原告株主が会社と取引相手間の不動産売買契約の対価が著しく不公平だったとして提起した株主代表訴訟であり、一審⁹¹と二審⁹²および再審⁹³を経ている。二審判決は最高人民法院の紀要である『人民司法・判例』に掲載されたので、最高人民法院の立場をある意味で示していると理解され、広く注目されている⁹⁴。

林万平（原告、以下 X とする）、林万強（被告、以下 Y1 とする）、鐘平文（被告、以下 Y2 とする）、張薦華、計四人は、共同で厦門万森房地產有限公司（以下 Y4 とする）を設立し、それぞれの持分比率は、49%、40%、7%、4%である。Y1 は Y4 の法定代表者である。

周洪梅（被告、以下 Y3 とする）は、Y4 と駐車スペース購入契約を締結し、Y4 が開発した 43 個の駐車スペースを、市場価格より明らかに低い価格（市場価格は約 16 万元／個であり、契約価格は 4 万元／個である）で購入した。Y3 は Y1 とその配偶者が共同で設立した会社の従業員であり、Y1 が株主および執行董事を務める会社の子会社の董事でもある。

人民法院の裁判ガイドライン〔広東省深圳市中級人民法院關於審理股東代表訴訟案件的裁判指引〕（2015 年 10 月 15 日發布）（以下、「深セン中級法院 2015 ガイドライン」という）、②北京高級法院意見、③江蘇高級法院意見、④上海高級法院意見、⑤広東高級法院意見。

⁸⁹ 深セン市中級人民法院は、「深セン中級法院 2015 ガイドライン」において、「他人」を広く解釈する趣旨を詳細に説明している。同ガイドラインの第七条に「株主が会社法 151 条 1 項および 2 項の規定にしたがい、会社の合法的権益をし、会社に損害をもたらした董事・監事・高級管理人員、その他の株主、実質支配者、関連関係を有する者またはその他の民事主体を被告として株主代表訴訟を提起したとき、人民法院はこの提訴を受理しなければならない」と定められ、その趣旨を「我が国の会社法は株主代表訴訟の被告の範囲について比較的に緩い規定を設けた。すなわち、会社の業務を執行する際に法律・行政法規・会社定款に違反して会社に損害をもたらした董事・監事・高級管理職および会社利益を侵害したその他の者はいずれも株主代表訴訟の被告の範囲に属する。……『会社の利益を侵害したその他の者』の範囲が比較的広く、会社の合法的権益を侵害した一切の者を含む」と説明した。

⁹⁰ 「他人」が広く解釈されることを批判した研究として、銭玉林「公司法 151 条的漏洞及其填補」現代法学 37 卷 3 号（2005）183 頁などがある。

⁹¹ 厦門市思明区人民法院（2008）思民初字第 10337 号判決書。

⁹² 厦門市中級人民法院（2010）厦民終字第 452 号判決書。

⁹³ 福建省高級人民法院による再審であり、判決書番号が不明である。同判決文はインターネットにより取得したものである。http://blog.sina.com.cn/s/blog_9f9f62c30101daqp.html（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）

⁹⁴ 会社法関係訴訟の裁判ルールを検討する数多くの実務書にも掲載されている。天同律師事務所編『中国商事訴訟裁判規則 6（公司法卷）』（法律出版社、2016）50-51 頁、唐青林＝李舒編『公司法司法解釈（四）裁判総述及訴訟指南』（中国法制出版社、2017）294-295 頁など参照。

X は、Y4 の株主として、会社の監事に所要の提訴請求の手続を経て、(1) 本件駐車スペース購入契約の取消し、(2) Y3 と Y4 による同駐車スペースの不動産登記の変更手続の実行および変更登記手数料の負担、(3) Y1 と Y2 と Y3 による本件訴訟手数料の負担を求める株主代表訴訟を提訴した。

一審では、「本件訴訟は不動産売買契約の紛争である。……Y1、Y2 らは、会社の支配を通じて市場価格より明らかに低廉な価格で本件訴訟の対象不動産を Y3 に譲渡し、対価の公平性の原則に違反した。Y4 は社内の重大な経営判断を行う際、会社定款と会社法 20 条の規定に則った経営判断をしていない。……X は会社法 150 条、152 条に定める事前請求の手続を経て、株主代表訴訟を提訴することができる」とし、本件訴訟における X の三つの訴訟請求をすべて支持する判決を下した。

一審判決に対して、Y3 は「X は不動産売買契約の当事者ではなく、本件紛争と直接的な利害関係を有しない」こと、および Y3 による善意取得があったことなどを理由に、Y4 は「株主代表訴訟において、董事・監事・高級管理職の対会社責任が追及対象となりうるが、原告株主は会社と外部との取引契約の取消を求めることはできない」ことなどを理由とし、上訴した。

二審裁判所は、「本件紛争は不動産売買契約の紛争である。……株主代表訴訟の原理および立法趣旨からみると、X1 が株主代表訴訟を通じて契約の取消を求めている。……上訴人が契約の相対性の原理に基づき X1 の原告不適格を主張したが、株主代表訴訟において X1 が行使しているのは会社の請求権であるので、X1 は会社を代位して不動産売買契約の当事者として本件契約の取消を請求することには法的根拠がある。Y3 は Y1 とその配偶者が共同で設立した会社の従業員であり、Y1 が株主および執行董事を務める会社の子会社の董事でもあるので、Y1 と利害関係を有する。また、売買契約に定める価格は、市場価格より明らかに低く、明らかに公平性を失する。したがって、Y3 は善意取得の制度における善意の第三者には該当しない」と判決した。

再審裁判所（福建省高級人民法院）は、「株主代表訴訟の目的は会社の合法的權益を維持することにあるところ、株主代表訴訟の対象となる範囲については、あまりにも厳格に制限すべきではない。株主代表訴訟では、株主は会社が自ら提訴する場合と同様の被告と請求権を行使でき、X は本件不動産売買契約の取消訴訟を提訴できる」と判示し、一審および二審の判決を支持した。

当該判例は、会社内部者（株主・法定代表者）の会社への権利侵害に基づき会社の損害賠償を請求する訴訟ではなく、直ちに会社と外部第三者の不動産取引の対価に疑問を投じることで会社と第三者間の契約の取消を求めた株主代表訴訟である。取引相手を直ちに提訴することにより会社への権利侵害についての救済を求めるこの事例は、前述した、主に内部の者に対して責任追及を行う日本の株主代表訴訟制度と異なる。「他人」の意義を広く解釈することにより、契約の取消を通じて、会社に損害が発生したのち二次的にその損害を会社の代表取締役にてん補させることで会社の一次的な損害を回避する（契約の取消による不

動産の登記の回復) この事例は、株主保護に重きを置いたものであったと言えよう。また一方、本件は形式的には契約紛争でありながら、実質的には通謀による会社の権利侵害の側面が強く、会社の経営判断の及ぶ範囲内である契約締結と履行とは、別個のものであると言わざるをえない。

② 専ら会社と第三者間の契約をめぐって代表訴訟を提起し、かつ、会社の経営者を提訴しない株主代表訴訟は認められないとした最高人民法院の判決

本件訴訟は、一審訴訟前訴訟（後述する）、一審⁹⁵、二審⁹⁶、および再審⁹⁷を経ている。

本事例は、韓黎明（一審原告、以下 X とする）が蘇秦公司（一審第三人、以下 M 社とする）の株主（20%の持分を保有）として、M 社の取引相手である航盛公司（一審被告、以下 Y とする）に対する契約対価の支払いを求める株主代表訴訟である。N1 は M 社の株主（50%の持分を保有）兼執行取締役（法定代表者）であり、N2 は M 社の株主（30%の持分を保有）兼監事である。

M 社は 2010 年 2 月 8 日に設立された会社であり、X、N1、N2 の三人の株主を有する。2011 年 6 月 27 日、M 社と Y 社が、ドライブレコーダーをめぐる「開発契約」を締結した。同年 8 月 16 日、M 社と Y 社が「支払契約」を結び、Y から M へのライセンス料の支払いについての「支払契約」を締結した。2016 年 1 月、X は Y による M へのライセンス料の不払いを理由とし、Y を被告として提訴した（株主代表訴訟ではない）。同提訴が上海市嘉定区人民法院に受理された（以下、「一審訴訟前訴訟」）。2016 年 5 月 23 日、X は弁護士に委託し、M 社の監事である N2 に対して「N2 が監事および株主として M 社を代表して上記一審訴訟前訴訟に応訴すること、もしくは、M 社を代表して Y による債務弁済を求める訴訟を提訴すること」を請求する旨の弁護士レターを送付した。同レターは、2016 年 5 月 24 日に N2 の手元に送達された。同年 6 月 27 日、X は Y を被告とする上記一審訴訟前訴訟（事実審に入っていない）の取り下げを申立て、同申立てが嘉定区人民法院により許可された。

2016 年 6 月 29 日、X は、Y を被告とする株主代表訴訟を提訴し、同年 7 月 7 日には同提訴の副本が人民法院により Y に送達され、また、同年 7 月 22 日に M 社に送達された。同年 7 月 1 日、Y 社と M 社の間に、Y 社の「開発契約」に基づく債務の弁済スケジュールなどを定めた和解契約を締結した。

一審裁判所は、「M 社と Y の間では 2016 年 7 月 1 日時点で和解契約が締結され、本件株主代表訴訟の請求権の根拠となる M 社と Y 間の不払い事項を処理している。X による株主代表訴訟の提訴事由は上記和解契約によって消滅したので、X は本件訴訟の適格原告を有しない」と判示し、X の提訴を却下した。X はこれを不服とし、二審である上海市高级人民法院に上訴した。

⁹⁵ 上海市知識産権法院（2016）沪民初 464 号民事裁定書。

⁹⁶ 上海市高級人民法院（2017）沪民終 112 号民事裁定書。

⁹⁷ 最高人民法院（2017）民申 2472 号民事裁定書。

二審裁判所は、「会社法 151 条に定める株主代表訴訟の制度は、董事・監事・高級管理職が会社に対する忠実義務・勤勉義務の違反により会社に損害をもたらし、かつ会社がこれらの者の対会社責任を追及しないとき、株主が会社の利益を守るために自らの名義による会社を代表して提訴するものである。しかし、本件訴訟の訴状における X の主張は、M 社と Y 社の間において発生したライセンス料およびその利息の支払いを求めるといっているので、本件紛争は、契約の債務不履行訴訟と言える。これは、会社法 151 条に定める董事・監事・高級管理職または他人による会社利益の侵害を事由として提訴される株主代表訴訟とは、訴訟性格上、根本的に異なるものである。また、M 社は民事行為能力を有する独立の法人としてその他の経済組織と権利・義務が発生し、かつ自らの財産をもって対外的に独立して民事責任を負担することができ、それらの行為は同法人が独立して生産等の経営活動を行う民事権利の範囲内にある。……それは会社自治の範囲内の行為である。X は M 社の株主として法律または会社定款の定めによって会社の運営に関与できるところ、株主代表訴訟を通じて同取引に関与すべきでない。また、仮に X が株主代表訴訟を通じて同取引に関与できるとしても、M 社と Y 社間の和解契約の締結によって関与するための請求権は失っていると言える。したがって、X も本件訴訟と利害関係を有せず、原告適格を有しない」と判示し、X の上訴を棄却した。

二審裁定について最高人民法院は、「会社法 151 条 3 項は、他人が会社の合法的權益を侵害して会社に損害をもたらした場合における原告株主による株主代表訴訟の提起を認めている。本件訴訟において、X は Y による M 社の利益の侵害だけでなく、他の株主・執行董事・監事による提訴懈怠、およびこれらの者が Y 社とみだりに契約を締結したことが董事・監事・高級管理人員の会社に対する忠実義務・注意義務違反であることを主張した。X は株主代表訴訟制度を通じて、董事・監事・Y 社による M 社への利益侵害を主張できる。しかし、実際に X が請求したのは M と Y 間の契約に基づくライセンス料およびその利息の支払いのみであるため、本件は単なる契約紛争に該当すると言える。……二審の X が原告として適格しないと判断は、不当なものとは言えない。」と判示して上告審を棄却し、二審裁定が確定された。

この判例では、最高人民法院は、株主代表訴訟の被告となる「他人」に「取引相手」が含まれることを改めて確認したと言える。また、取引相手を提訴するときに、単なる契約紛争として主張すべきではなく、取引相手による会社の権利侵害を主張すべきであり、かつ、董事・監事・高級管理職による対会社責任をも同時に主張すべきであるとも判示した。契約の締結と履行は、会社の経営判断の範囲内に属するものである。契約の締結と履行により、会社の権利が契約の取引相手に侵害された場合、通常は会社の経営者がこれを提訴し責任追及することが予測される。したがって、もし会社が提訴していない場合、経営者のその判断は合理的な経営判断とされるか、経営者の会社に対する忠実義務・注意義務の違反とされるかのどちらかである。前者の場合、株主が株主代表訴訟を通じて会社の合理的な経営判断に干渉すべきではないし、後者の場合でも、株主が単なる取引相手を提訴し、経営者の対会社

責任の追及を放棄することは、株主代表訴訟の抑止機能が失われる。こう言った意味で、株主代表訴訟において取引相手を提訴することはできるが、経営者の対会社責任を追及せず（経営者を被告とせず）、単なる取引相手に対して提訴することは、株主代表訴訟制度の本旨に照らして認められるべきではないと言えよう。このような考え方の下、上記最高人民法院の判断には妥当性があると考えられる。

上記二つの判例を総合的に検討すると、株主代表訴訟では、会社の権利を侵害した一切の者が株主代表訴訟の被告となりうる。また、これらの「一切の者」が会社の取引相手であった場合、(1) 株主が単なる契約紛争の解決を求めるイメージを回避し、かつ、(2) 同紛争が会社の経営判断の範囲内にあるイメージを避ける必要があると言える。たとえば、判例①において、株主が、市場価格の四分の一という明らかに低い価格であることの挙証、および会社の取引相手が経営者と利害関係を有することについて挙証することによって、裁判所にこの契約は通常の経営判断の範囲に属さず、むしろ通謀による会社法 151 条（株主代表訴訟）に定める会社権利の侵害であることを証明した。また、原告株主は、契約相手を被告とするだけでなく、経営者をも被告とする（形式的被告である。経営者である Y1 の本件訴訟手数料のみの負担を求めた）ことにより、経営者責任の追及を放置していないとのイメージを作ったと言える。このように、原告株主が上記 (1) と (2) の要素を両方とも具備することにより、会社と取引相手の間の契約に対する権利主張ができたと言えよう。一方、判例②においては、原告株主は (1) の面においてほぼ努力をしなかったのみならず、(2) の面においても経営者を被告とせず、経営者の責任追及を放置したと裁判所に認識させたため、同株主代表訴訟が裁判所に認められないという不利な結果がもたらされたと言えよう。

(3) 被告の類型をめぐる中国の株主代表訴訟に対する実証研究

中国会社法上の株主代表訴訟の被告に関する実証分析がある。それによれば、2006 年から 2010 年までの中国に発生した 60 件の株主代表訴訟の紛争からは下記のようなデータが示されている⁹⁸。

表 2 中国の株主代表訴訟の被告類型の実証研究（2006 年～2010 年）⁹⁹

被告の類型	案件数	割合
董事、監事又は高級管理職	58	49%
他人	53	45%
(1) 他人（支配株主、実質的支配者）	(23)	(20%)
(2) 他人（会社の取引相手や競争者など）	(30)	(25%)
不明	7	6%

⁹⁸ 黄輝「中国股東派生訴訟制度：実証研究及完善建議」人大法律評論 2014 年卷第 1 期 232-244 頁。

⁹⁹ 黄・前掲（注 98）240-241 頁の表 7 を引用した。

合計 ¹⁰⁰	118	100%
-------------------	-----	------

表2から明らかなように、「他人」を株主代表訴訟の被告としたケースは、全対象の45%を占め、ほぼ董事・監事・高級管理職を被告とするケースと同じレベルにある¹⁰¹。そのなかで、会社の取引相手や競争者などの会社にとって純粋な部外者である者を被告とするケースが25%を占めている。日本法と異なる運用がなされているといつてよいであろう。

2 株主代表訴訟の「代表訴訟性」と「代位訴訟性」

中国の株主代表訴訟の被告に「他人」を含める点は、アメリカ法に倣ったものと考えられる。すでに見たように、アメリカでは第二段階において、この種の「代表訴訟」が許容されるようになっていたが、その結果、株主代表訴訟の性格としては、従前の「代表訴訟」的性格だけでなく、「代位訴訟」的性格も併せ持ったものになったと理解することができる¹⁰²。後述のように、日本法では、そのような株主代表訴訟の性格の二重性が意識されているようであるが、そうであるならば、後述の代位訴訟的性格が優位である中国法の株主代表訴訟制度の改革にあたり、日本法を参照する際に注意する必要がある。

もっとも、日本商法に株主代表訴訟制度が創設された理由が株主の監督機能の強化であったことは疑いないものの¹⁰³、当時の立法担当者の説明からも¹⁰⁴、日本商法の導入された株主代表訴訟制度は、代表訴訟ではなく、代位訴訟と理解されていたようであり¹⁰⁵¹⁰⁶、興味深

¹⁰⁰ 黄・前掲（注98）は60件の判例を対象とした調査であるが、複数種類の被告がある例も含まれており、被告の種類で統計した案件数が118件となっているのはそのためである。

¹⁰¹ 上記表2の「(1) 他人（支配株主、実質的支配者）」については注意が要る。日本法の場合、資本充実責任を負う株主が被告とされる場合がある一方で、支配株主の不当支配等の責任が法定されていない。中国の場合に、この表2(1)に後者が含まれるとするならば、(2)の「他人」に加えて、日本法上責任追及されない者が(1)に含まれている可能性がある。株主代表訴訟は相当程度に広範に利用可能なものといえるであろう。

¹⁰² 原告株主が、自己と同様の立場にある株主全員を代表して訴えているという意味で、代表訴訟またはクラス・アクションであったと考えられる。しかし、後にアメリカでは、株主が会社の部外者を相手として、その会社に対する責任の履行を求めて訴えることを認めるにいたったが、そうになると、株主は、会社の訴権を会社に代位して主張する代位訴訟という法律構成が必要となる。そしてそうになると、このような第三者に対する訴訟をも含む株主代表訴訟は、代表訴訟あるいはクラス・アクションそのものではないと考えられるにいたる。1966年の連邦民事訴訟規則の改正に、それまで一つの条文の中で纏めて規定していたクラス・アクションと株主代表訴訟とを、別の条文に分けて規定することになったのは、まさにこのような反省に基づく。竹内・前掲（注24）158頁。

¹⁰³ 当時のアメリカ占領軍司令部の係官は、「如何に経営者の不正が明白かつ重大であっても、可能な手続はあまりにもめんどろなため、法律上の攻撃は実際不可能であった。……全く、取締役に対する少数株主の訴えは実際上存在しなかった。その結果、旧法のもとの法律上の救済を例示するような判例も極端に少なかった」と述べている。谷口・前掲（注38）97頁参照。

¹⁰⁴ 昭和25年（1950年）の立法担当者は「この株主代表訴訟は、株主が原告となって提起する訴であるが、会社のためにする訴であるので、その判決は会社に対しても効力を有するのである」と説明した。岡咲怨一「商法の一部を改正する法律案要綱概説」法曹会編『株式会社法改正の諸問題』（法曹会、1949）13頁。

¹⁰⁵ 小林秀之＝原強「株主代表訴訟の法構造と機能（1）」判例時報1491号（1994）151頁。なお、松田二郎『株式会社の基礎理論』（岩波書店、1942）532-539頁は、株式債権説の立場から、債権保全のために債務者たる会社に属する権利を代位行使できるという構成を主張された。

¹⁰⁶ 民事訴訟法学者の間ではこのような理解が一般的であったとされる。吉野正三郎「株主代表訴訟にお

い。また、その後の学説の発展により、株主代表訴訟の「代表訴訟性」もまた有力に主張されてきた。たとえば会社法の竹内教授は、「代表訴訟としての性質も有しているというのは、次の意味である。すなわち、株主代表訴訟が、会社の権利を代位行使するという構造を採っているのは、株主から独立した会社の法人格が認められているからであるが、仮にこの法人格を抹消して考えれば、会社の権利として処理されているものは、株主全員の権利に他ならない。従って、株主が会社の権利を代位行使する訴訟は、これを経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラス・アクションである。株主代表訴訟は、一面において代位訴訟の構造を有しているが、他面において株主全員の権利を処分する訴訟として実質を有している」とされた¹⁰⁷。また、民事訴訟法の小林教授も「アメリカでは取締役以外の第三者も被告となるように我が国よりも代位訴訟性が強いにも関わらず代表訴訟性がなお強調されているが、我が国では、取締役しか原則的に被告にならないので代表訴訟性はもっと強いはずである」とされた¹⁰⁸。

私見においても、日本の株主代表訴訟を「代位訴訟性」だけで説明することは難しいと考える。株主代表訴訟を代位訴訟と捉え、たとえば債権者代位権と同様な法的構成をとるとすれば、たとえば債務者（この場合は会社自身）の無資力要件¹⁰⁹が問題となるであろう。無資力要件を認めるのであれば、会社が倒産している場合などを除けば、株主代表訴訟をもって取締役の責任追及が認められる場合に限られるおそれがある¹¹⁰。それでは、特別の人間関係のゆえに本来追及されるべき取締役の対会社責任が追及されない場合に株主が代わって追及するという株主代表訴訟制度の趣旨は大きく没却される。現に、日本の株主代表訴訟は特段無資力要件を課しておらず、その訴訟の性格理解としては、代表訴訟性と代位訴訟性の両方ともあるとするのが妥当である。むしろアメリカ法との比較からは、代位訴訟性よりも、会社内部の取締役等を被告とする日本の株主代表訴訟制度は、代表訴訟性を強く意識せざるをえないであろう。

翻って、中国法である。中国の株主代表訴訟制度もまた、代位訴訟と代表訴訟の両方の性格を有すると理解するのが妥当であろうが、上述したように「他人」を被告に含む点ではアメリカ法の第二段階に近く、日本法に比べれば代位訴訟性が強いと理解することが可能であろう。しかし、本章で紹介した1994年の事例においてそうであったように、株主が会社の権利を代わって行使できる理論的理由は明確にされていない。この事件については、結論

ける会社の訴訟参加（上）」商事法務1357号（1994）15頁。なお、谷口・前掲（注38）95-113頁、池田・前掲（注26）234頁参照。

¹⁰⁷ 竹内昭夫『会社法の理論III』（有斐閣、1990）231-232頁。

¹⁰⁸ 小林=原・前掲（注105）150頁。

¹⁰⁹ 債権者代位権の行使により保全される債権が金銭債権である場合には、無資力要件が必要になると解されている（近江幸治『民法講義IV 債権総論（第3版補訂）』（成文堂、2009）137頁、内田貴『民法III 債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会、2005）277頁）。

¹¹⁰ すなわち、株主代表訴訟における株主の提訴権限を債権者代位権と同様な法的構成をとるとすれば、会社が倒産していないと、債務者（この場合は会社自身）は債権者（この場合は株主）にとって無資力となっていないので、株主が会社に代位して会社の債務者（会社に対して賠償責任を有する取締役など）を提訴する権限がなくなるのではないかと思われる。

から見れば、中外合弁企業における紛争を対処するために¹¹¹、外国の株主代表訴訟制度を参照したにすぎないとさえ言えるのである。株主代表訴訟制度に関する理論的な詰めがなされないまま、中国に代表訴訟らしきものが導入されたのではないかという疑問が残る。アメリカ法を丹念に辿れば、本来、株主と取締役の信託関係を基礎にした第一段階の制度が第二段階へと、いわば変容して行った過程と意味とを批判的に検討できたはずである。現在においても、中国では、なぜ「他人」を株主代表訴訟の被告とすることができるのかについて、十分な理論的説明はなされていない。

他方、2005年の中国会社法改正によって、董事・監事・高級管理職等が株主代表訴訟の被告の範囲として追加された。これはむしろアメリカの第一段階や日本法に近い理解に基づくものであろう。会社による責任追及懈怠に対する会社（株主全体）の利益保護の必要性は、このような者にも妥当するからである。しかし、中国における株主代表訴訟の実務は、必ずしもそのような代表訴訟的性格だけで説明できるわけではない。先に引用した実証研究からは、問題となった会社の株主数が示されているが¹¹²、その示唆するところを検討してみたい。

表3 株主代表訴訟が発生した会社の株主数¹¹³

会社の株主数	案件数	割合
1	1	2%
2	27	45%
3-4	16	26%
5-6	1	2%
6以上	1	2%
不明	14	23%
総数	60	100%

表3から明らかなように、株主数が2人であるケースが半分近い割合を占めている。株主数不明の案件を除けば、株主数が判明しているケースの約60%にも上る。表面にあらわれていないケースも少なくなく、それらもほぼ同種の事案ではないかと推測するならば、わずかな数の株主間（4人以下のケースが約4分の3）に内紛があったケースにおいて「株主代表訴訟」が大いに「活用」されているとの推測が成り立つ。典型的には、取締役会を支配している株主サイドとそうでないサイドの争いである。このような中国における株主代表訴訟の運用の実情からすれば、取締役らを被告とする典型的な株主代表訴訟であっても、それを「代表訴訟性」から論じて、「代位訴訟性」から論じて差がないのかもしれない。

¹¹¹ 言い換えると、中外合弁企業が外国側の出資者に支配されて、外国側の出資者と社外の者が通謀して合弁企業の利益を害したときに、中国側の出資者の合法的な利益を守るために、となる。

¹¹² 黄・前掲（注98）232-244頁。

¹¹³ 黄・前掲（注98）237-238頁の表4を引用した。

なぜなら、株主代表訴訟制度が内紛の攻撃道具と化してしまっているか、あるいは支配株主（グループ）らの横暴があまりにも酷く、少数派株主は「株主代表訴訟」制度に頼らざるを得ないという状況にあることを示しているように思われるからであり、なんとか紛争を解決するほかはないという判断が働いたとも言えるからである。かりに現実がそのようなものであれば、前者の場合に、手数料を引き下げて株主代表訴訟制度の提起を容易にすることはむしろ問題を大きくする。また後者の場合であっても、それは株主代表訴訟制度の問題ではなく、多数派対少数派の問題と捉え、少数派株主保護あるいは多数派株主の責任問題として捉えることが望ましい。問題の根は深く、株主代表訴訟制度の改革だけでは解消しないと考えられるのである。

中国における株主代表訴訟の現実からは、会社の取引相手や競争者を被告とする例が（本章で取り上げた1994年の事件でもそうであったが）少なくなく、被告とされる「他人」に対して同制度の趣旨を的確に示し、制度を納得させることの重要性は非常に高い。それが代位訴訟としての請求であるならば、代位訴訟らしく制度設計をすればよいだけのことである。むしろそうすべきであろう。たとえば再三取り上げる訴訟手数料の軽減問題についても、日本法の場合は、株主による「代表訴訟」と理解したゆえに「財産上の請求でない請求に係る訴え」と捉え、結果として手数料が引き下げられることとなったのである。代位訴訟としての理解からは、会社自身が「財産上の請求」として訴えた場合との比較において、手数料軽減を是認する理論的根拠は得られないであろう。なぜなら、会社は自ら訴えを提起するよりも代表訴訟をさせた方が手数料を軽減できるというのは、おかしいことであるからである。株主代表訴訟の性格をどのように理解するかは、様々な問題を検討するうえで、重要な前提作業となるのである。

第一章のまとめ

米日中の株主代表訴訟制度が、いずれも「代表訴訟性」と「代位訴訟性」の二面的性格を有する点では違いがない。差があるとしても、いずれの性格がより強いかの違いにすぎないとも言える。しかし、その差は制度設計のあり方に大きな差異をもたらす可能性がある。

表4 アメリカ法を参照物とする株主代表訴訟の性格比較（筆者作成）¹¹⁴

国 性格	アメリカ (参照物)	日本	中国
代表訴訟性	強	強	弱
代位訴訟性	強	弱	強

¹¹⁴ ここの日本と中国の株主代表訴訟制度に対する代表訴訟性と代位訴訟性の「強」又は「弱」との評価は、絶対的評価ではなく、あくまでも分析の手法として、アメリカの株主代表訴訟の代表訴訟性と代位訴訟性をいずれも「強」と定義する上での筆者による相対的評価である。

冒頭で述べたように、中国では株主代表訴訟の運用を促進するために、日本の1993年改正商法を参考に、訴訟手数料の軽減を提言する者が少なくない。それでよいのか。本章でみたように、中国の株主代表訴訟制度は「代位訴訟」的性格が優位であり、利用例が多い二人会社内部の紛争を前提に考えると、株主代表訴訟の提起を単純に容易化することは問題である。

この点を改めて検討すると、日本で株主代表訴訟の手数料の定額化・低額化が実施されたのは、株主代表訴訟の運用を促進し株主による監督機能の強化という面があっただけでなく、理論的にも、原告株主が勝訴した場合でも被告取締役からの給付は会社に対してなされ、原告株主には間接的な利益しか得られないという理解が前提にあって、原告株主に負担させる訴訟手数料の基礎となる「訴額」を算定不能としたと解される¹¹⁵。

これに対して、中国の株主代表訴訟は代位訴訟的性格が優位であり、原告株主にとって「訴額」算定不能という理解があったのか、不明である。むしろ被告の範囲に「他人」が含まれることから、手数料を軽減すれば次の二つの不均衡が生じうると考えられる。一つは、債権者代位訴訟と株主代表訴訟との間の訴訟手数料の不均衡であり、もう一つは、会社自らの提訴と代位的株主代表訴訟との間の訴訟手数料の不均衡である。前者について、株主にとっての合わない株主代表訴訟の運用を促進しようとの政策論的な理由でなんとかその違いが説明できたとしても、後者については、その理屈は妥当しない¹¹⁶。

ちなみにアメリカでは、株主代表訴訟について連邦管轄を希望する場合がある。管轄変更の利益を享受できるからであろう¹¹⁷。中国で議論されている訴訟手数料の節約の利益も、このような制度上の不均衡を「活用」しようという例のように思われてならない。再三述べるように、裁判所に支払う手数料を節約するために、自ら提訴することなく、株主に提訴させることが十分ありうるものであり、このような「活用」は大いに問題である。この「直接訴訟の代表訴訟化」の弊害は日本でも1993年商法改正に際して議論された¹¹⁸。日本では、上述した理論的な検討がなされていたがゆえに、手数料引き下げによる株主代表訴訟提起の容易化という政策的理由よりも、原告株主にとっての「訴額」算定不能という理論上の理由が説得力をもったのではないかと想像する。そうであれば、今までの中国の株主代表訴訟制度に関する手数料引下げの立法論は十分な説得力を持ちえず、むしろ濫訴の防止策への考慮

¹¹⁵ 日興証券損失填補事件控訴審判決（東京高判平成5年3月30日判時1460号138頁）は、「このような全株主が受ける利益は、会社が直接受ける利益とは同一ではあり得ず、その価額を具体的に算定する客観的、合理的な基準を見出すことも極めて困難である」と判示した。また、平成5年（1993年）商法改正に際しての参議院法務委員会での議論において、清水湛政府委員も、「じゃその百億円というのは株主一人一人に換算すれば一体幾らの利益になるのか。株主が何十万人もいるというようなこともあるわけでございまして、一体その場合における株主が訴訟を遂行して得る利益というのは何であるかということになりますと、これもまた百億円というふうに単純にはまいらない。」と発言する（村山徳五郎編『平成5年商法等改正関係国会議録（別冊商事法務151号）』（商事法務、1993）68頁〔清水湛政府委員発言〕）。

¹¹⁶ 日興証券損失填補事件第一審判決参照（東京地判平成4年8月11日判例タイムズ797号285頁）。

¹¹⁷ 池田・前掲（注26）238頁。連邦裁判所の管轄を受ける理由として、池田教授は、「恐らくは連邦裁判所でのディスカバリー（開示）の運用が、州より積極的であったからであろう」と推測する。池田・同前255頁の注47参照。

¹¹⁸ 村山編・前掲（注115）68頁〔猪熊重二発言〕。

が少ないことが問題と言えるであろう。

このように、いずれも舶来の制度であった日中両国の株主代表訴訟制度に対する比較研究をする際に、異なる風土に育った両国の制度の内容と性格の相違点を十分に検討し、全体的な観点から考える必要がある。たとえば、本章では、主に被告範囲、制度性格の視点に焦点を当てて検討したが、本章の冒頭に例とした訴訟手数料の法移植にあたっては、濫訴防止制度の相違点の視点からの検討もまた、不可欠である¹¹⁹。中国において過去から現在まで「あの国のあの制度が現在の中国の問題を解決できそうなので導入する」という法移植の風潮は、中国会社法の条文と理論体系に混乱をもたらすだけでなく、場合によっては濫訴等の重大な問題を起こす可能性があるのである。

¹¹⁹ 中国の視点からは、濫用的株主代表訴訟に対する担保提供命令をめぐる議論は参考にしなければならない。たしかに 1993 年の株主代表訴訟の訴訟手数料改革は訴訟件数を増加させたが、同時に濫訴をも生じさせた。中国における従来の研究は日本の訴訟手数料改革の効果を評価するだけであり、濫訴対策は軽視されてきたように思われる。日本の訴訟手数料の改正を参照した論文において濫訴への対応を論じたものは多くなく、問題である。

第二章 アメリカ、日本、中国の株主代表訴訟の管理権 ——訴訟管理権の帰属の正当化の論理——

はじめに

取締役の善管注意義務または信認義務 (fiduciary duty) は原則として会社 (究極的には総体としての株主全体) に対して負う義務である¹²⁰。そうであれば、同義務違反による取締役の対会社責任の請求権者と提訴権者 (訴訟を通じて請求権を行使する場合) はいずれも会社となる。株主代表訴訟において、株主が行使する提訴権の権原が上述の会社が持っている提訴権であることについては、アメリカ¹²¹、日本¹²²、中国¹²³では、同じように認識されている。提訴権の権原が会社に属しているのであれば、役員の対会社責任が生じた疑いがある場合、会社は自らの提訴がもちろん可能であり、会社の利益にならない可能性が高い株主代表訴訟の終了を裁判所に申立てる権限 (訴訟管理権)¹²⁴をも有すべきであろう。これに対して、株主代表訴訟の存在意義を考えると、それは、会社の経営層の提訴懈怠の問題を解決するために作られた制度である¹²⁵と考えられ、会社による株主代表訴訟の終了の申立て¹²⁶を認めないほうがよいとも言える。

会社による株主代表訴訟の終了の申立てを認めるか否かにつき、株主代表訴訟の運用が

¹²⁰ Curtis J. Milhapt 編『米国会社法』(有斐閣、2009) 120 頁。

¹²¹ 会社の取締役に対する派生訴訟 (株主代表訴訟) は、会社そのものの権限に基づく制度であると理解される。アメリカの判例法上、会社のポリシーや管理の事情と同様、どこまで追究そして訴訟を提起するか の決定権は、会社の取締役会の判断と支配下にあるとされている。Auerbuch v. Bennett 47 N. Y. 2d 619 (N. Y. 1979)。

また、アメリカでは州の成文法においても、会社の訴訟判断が取締役会の判断範囲に属すると定められている例がある。たとえば、デラウェア州法典第 8 章第 141 条 (a) には、本章またはその定款に別段の定めがある場合を除き、本章に基づいて組織されたすべての企業の事業および業務は、取締役会の指示の下で管理と決定される。定款にそのような規定が設けられている場合には、取締役会に付与または課せられた権限および義務は、定款に記載されている範囲で、これらの者によって行使または実行されるものと定められている。

¹²² 日本の株主代表訴訟に主にアメリカのクラス・アクション (class action) 的な性格を有すると主張する竹内教授は、「代表訴訟としての性質も有しているというのは、次の意味である。すなわち、株主代表訴訟が、会社の権利を代位行使するという構造を採っているのは、株主から独立した会社の法人格が認められているからであるが、仮にこの法人格を抹消して考えれば、会社の権利として処理されているものは、株主全員の権利に他ならない。従って、株主が会社の権利を代位行使する訴訟は、これを経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラス・アクションである。株主代表訴訟は、一面において代位訴訟の構造を有しているが、他面において株主全員の権利を処分する訴訟として実質を有している」とされた。竹内・前掲 (注 107) 231-232 頁。

¹²³ 趙編・前掲 (注 29) 469 頁 [趙]。

¹²⁴ 具体的には、会社が株主代表訴訟の却下を申立て、かつその申立てが裁判所より尊重され、株主代表訴訟が裁判所より却下される形で実現される。

¹²⁵ 尾崎安央「会社役員の実務原因と株主代表訴訟の類型」判例タイムズ 917 号 (1996) 96 頁。

¹²⁶ 本章に検討する「株主代表訴訟の終了の申立ての可否」とは、裁判所は会社からの訴訟終了の申立てに基づき、株主代表訴訟を却下することができるか否かという問題である。すなわち、申立ての手續自体の可否ではなく、同申立てに基づき訴訟が却下されるか否か、という「申立ての実質的な可否」を問題にする。

活発であるアメリカと日本¹²⁷では、異なる制度が作られてきた。すなわち、アメリカでは、取締役会の不提訴の決定が不当であると主張されれば、あるいは事前の提訴請求 (demand) の無益性 (futile) が主張されれば、株主代表訴訟の一応の提起が認められるものの、株主代表訴訟が提訴された後に、訴答手続 (プリーディング) の段階で取締役会の判断で会社が株主代表訴訟の却下を申立てる機会が認められている。その段階での申立てが認められなかったときでも、本案審理に入った段階で、裁判所は、会社の一部の取締役からなる特別訴訟委員会 (Special Litigation Committee) の調査と不提訴の判断を尊重し、同委員会の申立てにより本案審理に入った株主代表訴訟を却下することがよくある。このように、会社は、株主代表訴訟の終了の申立ての機会を二回も与えられることにより、一定の条件の下での株主代表訴訟の管理権が与えられていると言える。これに対して、日本では、会社が自ら提訴しない場合、提訴請求をした株主に対して不提訴理由を通知する制度がある。しかし、同理由書に記載される内容は、会社の立場でみれば裁判官の心証に影響する価値にとどまり、会社が自ら提訴しない限り、同理由書に記載される監査役の不提訴の判断が裁判所より尊重されるとは限らず、同判断に基づき会社が株主代表訴訟の終了を申立てても裁判所より認められるという制度はない。すなわち、会社が株主代表訴訟の管理権を有していないと言える。

このような訴訟管理権分配のメカニズムは、何を意味するか。中国の株主代表訴訟制度の立法では、このような訴訟管理権分配のメカニズムから、どのような示唆が得られるか。本章は、このような問題意識に立って比較的考察を試みる。

第一節 アメリカの特別訴訟委員会

1 概観

冒頭で言及したように、取締役の対会社責任の提訴権者は、会社である。会社が提訴するか否かは、提訴が当該会社の株主の利益になるか否か (たとえば、訴訟によって期待される利益と訴訟費用や訴訟の提起が取引先や顧客に与える否定的な評判 (negative publicity) との比較を考慮してなされる必要がある¹²⁸。このような考慮は一般的な経営判断の問題に類似するので¹²⁹、取締役会の決定事項である。しかし、取締役会のメンバーである取締役が自己または同僚である他の取締役に対する提訴を決定することが期待できないおそれがあるため¹³⁰、株主による代表訴訟が認められた。一方、「期待できない」からといって、取締役

¹²⁷ 大杉・前掲 (注 23) 300 頁。

¹²⁸ 加藤貴仁「米国における株主代表訴訟の在り方に関する調査研究業務報告書」(公益財団法人商事法務研究会、2017) 7 頁 (<http://www.moj.go.jp/content/001235907.pdf> 最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

¹²⁹ 加藤・前掲 (注 128) 7 頁。

¹³⁰ これに対して、アメリカデラウェア州最高裁判所は、ある判決において、取締役らが敵対的利益を有したり、不正行為に参加したりする場合には、会社による訴訟提起を彼らに期待することができなく、たとえ彼らが訴訟を提起したとしても訴訟を進行するには適切ではないと述べ、取締役による訴訟追及への不信感を極端に表している。Sohland v. Baker, 141 A. 277 (Del.1927)、および、阮卿斌「公開会社株主代表訴訟制度の立法目的と制度設計 (二): アメリカ・日本・中国の比較法的考察」法と政治 64 巻 3 号 (2013) 304 頁参照。

会社が誠実に判断して提訴することの可能性もあるので、アメリカでは、株主代表訴訟を提訴する前に株主があらかじめ会社に対して提訴を請求する（以下、「提訴請求」という）必須要件（demand requirement）を設け、会社（取締役会）に提訴の機会を与えている。

上記の事前請求を常に義務付けている州もあるが、デラウェア州のように提訴請求の「無益性」を主張すれば足り、提訴請求を常に要求されるわけではない州もある¹³¹。たとえば、デラウェア州衡平法裁判所が定めた衡平法裁判所規則（Delaware Court of Chancery Rule）23.1条では、原告株主が訴状において、取締役らもしくは同等の会社機関からその希望する訴訟を獲得するための努力、努力したが失敗したこと、または努力をしなかった理由を具体的に主張する義務があるとした¹³²。すなわち、株主は、会社に対する提訴請求をした事実および請求の失敗に係る事実（会社が提訴しないと明示したこと、もしくは提訴しなかったこと）、または、提訴請求の「無益性（futile）」を訴状に記載すれば、株主代表訴訟の提訴が認められる。言い換えると、株主が提訴請求の無益性（訴状に「努力をしなかった理由」を書く）を主張した場合はもちろん、株主が会社に対して提訴請求をした場合でも、会社は自ら提訴しない以上、株主が提訴請求の失敗を裁判所に提出する訴状に記載すれば良いので、この段階では、会社が代表訴訟の提訴を終了させる機会が与えられていないと言える。

株主が訴状を提出することにより株主代表訴訟を提訴してから、同訴訟が訴答手続に入る。訴答手続の中で、会社は取締役会の判断により、裁判所に同代表訴訟を却下することを申立てることができる。このとき、被告側が防訴抗弁として原告株主の提訴手続上の瑕疵を主張することを前提に、株主が具体的な事実を主張して取締役会の提訴拒絶の不当性または提訴請求の無益性を証明しなければならない¹³³。このような原告側による証明が不相当であると裁判所が判断した場合には、被告側の申立てにより、株主代表訴訟が却下される。上記の裁判所の判断基準はさまざまであるが、会社による提訴拒絶の不当性に関しては、大まかに分けて、①取締役らが不正行為者に支配されているか否か、②取締役らが問題取引に利害関係を有するか否か、③過半数の取締役の問題取引に参加したか否か、④取締役らが明確な訴因を不当に主張しないことがあるか否か、⑤取締役会の提訴拒絶自体が違法行為を

¹³¹ Milhapt 編・前掲（注 120）122 頁。

¹³² デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 では、株主代表訴訟の原告適格を規定する条文の後に、原告株主が訴状において、取締役らもしくは同等の会社機関からその希望する訴訟を獲得するための努力、努力したが失敗したこと、または努力をしなかった理由を具体的に主張する義務があるとする規定を置いている（「The complaint shall also allege with particularity the efforts, if any, made by the plaintiff to obtain the action the plaintiff desires from the directors or comparable authority and the reasons for the plaintiff's failure to obtain the action or for not making the effort.」）。すなわち、株主が提訴請求をしなくても、提訴請求をしなかった理由を裁判所に提示することにより、株主代表訴訟の提訴が認められるようになるのである。

¹³³ アメリカでは、裁判所は職権調査主義ではないので、被告側が原告側の提訴手続の瑕疵を主張しない限り、同提訴手続に瑕疵があるか否かは、争点にならない。被告側とは、責任を追及される取締役だけでなく、被告となる会社または第三者からもこのような防訴抗弁ができる。Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co., 540 A.2d 726 (Del. 1988)、および、阮・前掲（注 130）304 頁参照。

また、アメリカは日本と異なり、会社の取引相手などの第三者も株主代表訴訟の被告となりうることにつき、拙稿「中国会社法における株主代表訴訟の被告の範囲」法研論集 160 号（2016）241-243 頁（本論文第一章 13-14 頁）を参照されたい。

構成するか（この場合、経営判断原則が適用されない）などが基準とされる¹³⁴。また、提訴請求の「無益性」に関する判断は、主に、①取締役らが不正行為者に支配されているか否か、②取締役らに明らかな利益相反があるか否か、③過半数の取締役が詐欺や自己取引に従事したか否かなどが考慮される¹³⁵。取締役会メンバーが問題行為者に支配されているか否か、もしくは問題行為に利害関係を有するか否かを中心とする上記の判断基準は、1970年代中頃に一変した。弁護士らは、裁判所に問題あると判断されそうな取締役会メンバーを提訴判断から排除して、独立しているかつ利害関係を有しない取締役に提訴判断をしてもらえば、上記の諸基準が理論上避けられるのではないかという発想があった¹³⁶。そこで、訴訟の提起が認容された後でも、被告（会社、取締役）の新たな防衛手段として、取締役会から権限を委譲された特別訴訟委員会の制度が利用され始め、裁判所も特別訴訟委員会の訴訟終了の判断および訴訟終了の申立てを尊重するようになった¹³⁷。このように、特別訴訟委員会の制度を通じて、会社は、株主代表訴訟の終了を申立てる二回目の機会が与えられることとなった¹³⁸。

2 特別訴訟委員会をめぐる判例

特別訴訟委員会は、アメリカでは1970年代から利用されるようになり、1980年代にその利用が一般的になってきた¹³⁹。現在でもその基本的な枠組みは変わっていない¹⁴⁰。以下、特別訴訟委員会が認められるようになった判例から、同制度の発展を考察していきたい。

(1) *Gall v. Exxon Corp.* 事件

会社の多数の取締役が被告とされた代表訴訟を終了させる権限を、被告でない少数の取締役からなる特別委員会に明確に認めた最初の判例は、1976年7月にアメリカニューヨーク州南部連邦地方裁判所が審理した *Gall v. Exxon Corp.* 事件¹⁴¹であると言われている¹⁴²。

同事件では、原告は、Exxon社の取締役らを提訴して、Exxon社が政治的恩恵を企図し、

¹³⁴ Daniel R. Fischel, *The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions*, 44 U. CHI.L.REV.168,173-182、および、阮・前掲（注130）302頁参照。

¹³⁵ *Id.* at 193-198 および阮・前掲（注130）302頁参照。

¹³⁶ Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law, West Group* (2000), at 412.

¹³⁷ 阮・前掲（注130）304頁参照。

¹³⁸ 一方、模範法上、特別訴訟委員会のメンバーが適格でなく、または適格であっても調査できないと会社が判断した場合、会社の申立てにより、裁判所は、1人または複数の個人からなる特別委員会を任命して調査させることも可能である。

See MBCA (2016年改訂) 7.44条 (DISMISSAL) 「Upon motion by the corporation, the court may appoint a panel of one or more individuals to make a determination whether the maintenance of the derivative proceeding is in the best interests of the corporation. In such case, the plaintiff shall have the burden of proving that the requirements of subsection (a) have not been met.」;

See also OFFICIAL COMMENT of MBCA § 7.44 (This panel procedure may be desirable in a number of circumstances, particularly if there are no qualified directors available. In addition, even if there are qualified directors, they may not be in a position to conduct the inquiry.)。

¹³⁹ Murdock, *Corporate Governance-The Role of Special Litigation Committees*, Vol. 68, Issue 1 WASH. L. REV. 79,99 (1993) .

¹⁴⁰ 加藤・前掲（注128）7頁。

¹⁴¹ *Gall v. Exxon Corp.* 418F. Supp.508,509-520 (S.D.N.Y.1976) .

¹⁴² Block, Barton & Radin, *The Business Judgment Rule*, 1690 (5th 2002) .

1963年から1974年の間にイタリアの政党および他の者に対して、賄賂または政治献金として (as bribes or political payments) 合計5,900万ドルの資金を提供したと主張し、会社が被った損害の賠償を請求した。

原告の提訴に対応するため、Exxon社が取締役会の全員の一致により、同社定款の第3条第1項¹⁴³に基づき、特別訴訟委員会 (Special Committee on Litigation) が組まれた。同特別訴訟委員会は、3名の取締役から構成され、取締役会のすべての権限を行使できるものとされた¹⁴⁴。特別訴訟委員会のメンバーの履歴を見ると、一人が、元アメリカ政府の官僚であり、1975年7月に、Exxon社の取締役兼上級副社長 (director and senior vice president) に就任した者であり、残りの二人はいずれも1975年5月に初めてExxon社の社外取締役 (non-employee (“outside”) director) として就任した者であった。

上記の特別訴訟委員会は、4ヶ月の調査を経て、100人あまりの証人にインタビューし、1976年1月に、「特別訴訟委員会の判断と報告」 (Determination and Report of the Special Committee on Litigation) という合計82頁の報告書を提出した¹⁴⁵。同報告書では、特別訴訟委員会は、「現任または前任の会社の取締役または役員 (Officer) に対して訴訟を提起または維持することが、Exxon社およびその株主の利益を害する (it would be contrary to the interests of Exxon and its shareholders for Exxon, or anyone on its behalf, to institute or maintain a legal action against any present or former Exxon director or officer.)」と判断し¹⁴⁶、また、Exxon社の正当な権限を有する役員および顧問弁護士 (General Counsel) によるすべての株主代表訴訟に対する反対および却下の申立 (oppose and seek dismissal of all shareholder derivative actions) を指示し、かつ授権した (direct and authorize)。

これに対して、Robert L. Carter 連邦地方裁判所裁判官 (District Judge) は、「問題は会社の利益であるゆえに (Since it is the interests of the corporation which are at stake)、訴訟が会社のために提起されるべきかはまず最初に取り締役に決定すべき責任がある (it is the responsibility of the directors of the corporation to determine, in the first instance, whether an action should be brought on the corporation’s behalf.)¹⁴⁷。会社によって支持される訴訟原因の主張があろうとなかろうと取締役会の決定は健全な経営判断の内に存する (It follows that the decision of corporate directors whether or not to assert a cause of action held by the corporation rests within the sound business judgment of the management.)¹⁴⁸。……イタリアの政党への金銭の寄付そして承認されていない他の支払いが適切であったか否かは裁判所にとって検討すべき

¹⁴³ Exxon社の定款の第3条第1項では、“1. The board, by resolution adopted by a majority of the entire board, may appoint from among its members an executive committee and one or more other committees, each of which shall have at least three members. To the extent provided in such resolution, each such committee shall have and may exercise all the authority of the board……”と定め、取締役会の中で一つまたは複数の委員会を設置し、同委員会に取締役会のすべての権限を授与することを認めた。See 418F. Supp.508, 510.

¹⁴⁴ 上記Exxon社の定款の第3条第1項の規定参照。

¹⁴⁵ See 418F. Supp.508, 511.

¹⁴⁶ *Id.* at 514.

¹⁴⁷ *Id.* at 515.

¹⁴⁸ *Id.* at 515.

問題ではない (The issue before me for decision, however, is not whether the payments made by Esso Italian to Italian political parties and other unauthorized payments were proper or improper.)¹⁴⁹。……むしろ問題は、……特別委員会が経営判断の適切な行使をもって現任または前任取締役や役員に対する訴訟が会社の最善の利益に反すると決定しうるかである (Rather, the issue is whether the Special Committee, acting as Exxon’s Board of Directors and in the sound exercise of their business judgement, may determine that a suit against any present or former director or officer would be contrary to the best interests of the corporation.)¹⁵⁰」との意見を表明し¹⁵¹、「上記の状況に鑑み、現段階では、略式判決 (summary judgement) を下すことはまだ早いと言わざるをえなく、原告が証拠開示、必要ならば正式な聴聞を通じて特別委員会の誠実性および独立性を検証する機会を与えられなければならない (With the foregoing in mind, I am constrained to conclude that it is premature at this stage of the lawsuit to grant summary judgment. Plaintiff must be given an opportunity to test the bona fides and independence of the Special Committee through discovery and if necessary, at a plenary hearing)」とした (下線は引用者)¹⁵²。また被告による略式判決の申立てがあった場合において、特別〔訴訟〕委員会が誠実性と独立性を有することを条件として、裁判所による却下を通じて、特別〔訴訟〕委員会が株主代表訴訟を終了させる権限を有することを認めたのである¹⁵³。

本決定は、特別〔訴訟〕委員会の株主代表訴訟を終了させる権限が認められた点で注目されている。しかし、「特別〔訴訟〕委員会が誠実性 (bone fides) および独立性 (independence) を有すること」を実質要件とする裁判官の意見は重要である。特にこの事案では特別〔訴訟〕委員会の3人のメンバーの過半数が社外取締役であり、かつ、3人の取締役がいずれも問題となる行為 (1963年から1974年の間に行われた上述行為) の後に取締役として就任したものであるという特別〔訴訟〕委員会のメンバー構成の特徴も注目すべきであろう¹⁵⁴。このような特別〔訴訟〕委員会のメンバー構成は、1917年の *United Copper Co.* 事件の判決¹⁵⁵から

¹⁴⁹ *Id.* at 519.

¹⁵⁰ *Id.* at 519.

¹⁵¹ 「 」内の日本語訳文は、片山信弘「特別訴訟委員会と構造上のバイアス」(大阪学院大学法学会) 法学研究第35巻第1号(2008)4-5頁のそのままの引用である。同訳文に対する脚注は、原判決文を引用して筆者により追記したものである。

¹⁵² See 418F. Supp.508, 520.

¹⁵³ 原告側が調査をして、特別訴訟委員会の誠実性および独立性が損なわれる事実を発見したら、被告取締役らの略式判決の申立てが却下される。本件訴訟では、原告側がこの命令から60日間の調査期間が与えられており、必要であれば正式な聴聞を要求し、法廷に被告側の主張を支える十分な証明力のある証拠を提出させることができる。“Accordingly, defendants’ motion for summary judgement is hereby denied without prejudice to its renewal after plaintiff has conducted relevant discovery. Plaintiff will be given 60 days from the date of entry of this order to conduct discovery, and if necessary to request a hearing, in order to put before the court significant probative evidence tending to support its position.” See 418F. Supp.508, 520.

¹⁵⁴ 問題行為の後に就任した取締役しか特別訴訟委員会のメンバーになれないことは、同判決の中では見当たらない。

¹⁵⁵ *United Copper Co. v. Amal. Copper Co.*, 244 U.S.261 (1917)。同判決では、取締役会の過半数の取締役が問題となる行為に参加し、または、取締役会が問題となる行為と利害関係を有する取締役に支配されている場合、取締役会が独立で判断できないので、取締役会の決定内容が経営判断原則による保護を受けられないとの判示が下されている。

影響を受け、特別〔訴訟〕委員会の形式的な独立を示すためのものであったと考えられる。

もっとも、「原告が証拠開示 (discovery) を通じる特別〔訴訟〕委員会の誠実性 (bone fides) および独立性 (independence) を検証 (test) する機会が与えなければならない」とされる裁判官の指摘は、いままでの同判例に対する和文の研究では、重視されていないようである。この指摘は、本章の論点を検討する中でとても重要な示唆であり、後に改めて検討したい。

(2) *Auerbach v. Bennett* 事件¹⁵⁶

この事件は、1979年7月に、ニューヨーク州上訴裁判所 (Court of Appeals of New York) より終審判決されたものである。

1975年の夏、多くの多国籍企業が外国において役人や政党に疑わしい支払いを行っているということがマスコミにより報道されたことを発端に、General Telephone & Electronics Corporation (以下、「GTE社」という。)社の経営層は、自社で上記のような取引に関与したことの存否についての内部調査を指示した。1975年10月に、GTE社取締役会の監査委員会 (Audit committee) は、Wilmer, Cutler & Pickering 法律事務所を特別顧問として雇った。同法律事務所は、かつてGTE社の法律顧問を務めたことがない。この特別顧問および外部監査人 (Arthur Andersen & Co.¹⁵⁷) の協力を得て、GTE社の監査委員会は、GTE社の全世界における経営行為を調査し、調査対象は、1971年1月1日から1975年12月31日までの間に、会社の資金が (1) 直接または間接に如何なる政党もしくは政治家または如何なる公的もしくは民間の取引先 (any governmental or private customer) の役員、従業員、株主、取締役などに支払われたか否か、(2) 会社の役員または他者 (any officer of the corporation or other person) の費用補償 (reimburse) のために支払われたか否か、であった。

約五ヶ月後の1976年3月4日、監査委員会は報告書を作成してSECにそれを提出し、かつ、1976年4月に開かれる年次株主総会 (annual meeting of shareholders) の前にその報告書を株主に開示した。同報告書では、1971年から1975年の間にGTE社またはその子会社が、アメリカにおいて賄賂およびキックバックの疑いのある1100万ドルを超える可能性がある資金を海外に対して支払ったこと、および、一部の取締役がこれら一部の取引に個人的に関与したこと (some of directors had been personally involved in certain of the transactions) が開示された。

その後、株主であるAuerbach (原告) は、取締役ら¹⁵⁸を被告とし、取締役らの会社に対す

¹⁵⁶ 47 N.Y.2d 619 (N.Y. 1979) .

¹⁵⁷ Arthur Andersen & Co.は1913年に創立されたアメリカの会計士事務所である。創立五十年後、全米トップの地位を奪取したが、2001年から、アメリカ・エンロン社の不正会計疑惑事件においてメイン会計監査を担当し、会計粉飾や証拠隠滅容疑で信用を失墜し、2002年に実質的に活動終了。その一部が後継者として、アクセンチュア、および、Andersen Tax という組織名で運営している。詳細は、千代田邦夫「アーサー・アンダーセンの崩壊は何を教えているのか？」早稲田商学第434号 (2013) 855-890頁参照。

¹⁵⁸ 被告には、一部の取締役以外に、会社の外部監査人としての Arthur Andersen & Co.社、および形式被告としてのGTE社がある。

る「尽くすべき職責」の違反 (be liable to the corporation for breach of their duties to the corporation) を理由とし、株主代表訴訟を提訴した。

1974年4月21日、GTE社取締役会は、取締役会と会社の代表顧問弁護士との間の接点を作るために (for the purpose of establishing a point of contract between the Board of Directors and the Corporation's General Counsel) 特別訴訟委員会を組んだ。特別訴訟委員会は、3名の当該攻撃される取引の後に取締役会に参加した利害関係を有しない取締役 (disinterested directors) から構成され、会社が株主代表訴訟において持つべき立場を決定する際に、取締役会を代表する取締役会の全ての権限を授与された。この3人の特別委員会メンバーの履歴を見ると、それぞれ、ある会社の取締役会会長 (chairman of the board)、ある大学の教授、ある会社の取締役会会長兼 CEO (chief executive officer) であり、特別訴訟委員会のメンバーに任命される前には、いずれも会社と関係を持っていない。特に注目すべきなのは、審判に付すレベルの事実に係る争点があるか否かを特別訴訟委員の適格要件としているように思える部分である。すなわち、3人が以前に会社との関係に対する疑いがまったくないわけではないとする強固なかつ想像できそうな仮想と言説があるものの (the vigorous and imaginative hypothesizing and innuendo)、記録からは、その独立性および利害関係を有しないことについて審判に付すべき事実上の争点とすべきであるものは何もない (there is nothing in this record to raise a triable issue of fact) としたのである。仮にそのような事実があったとすれば、委員として不適格とされる可能性があったということであろう。

1976年11月22日、GTE社の特別訴訟委員会は報告書を提出した。同報告書では、同社では、ニューヨーク州の注意義務に関する法的基準に違反した被告は一人もおらず、かつ、何らかの方法で個人的利得を得た者は一人もいないなどと結論づけた。同委員会は、主張される請求については法的根拠が全くなく、訴訟をそのまま継続させると、会社の上層部管理者の時間と才能が長く続く訴訟のために無為に消費されてしまい、勝訴の可能性もあまりなく、訴訟コストが格別に高額になる見込みがあり、さらに、当該紛争が継続的に公開されることは会社の業務に損害をもたらす可能性があることに鑑みれば、本件株主代表訴訟の継続は会社に利益にならないであろうとし、会社の顧問弁護士に対して、同様の株主代表訴訟だけでなく本件訴訟においてもそのような立場を取るべきことを命じた。この特別訴訟委員会の報告に基づき、GTE社は、ニューヨーク州最高裁判所 (Supreme Court) に、提訴の却下 (dismissing the complaint) または略式判決を求めた。ニューヨーク州最高裁判所は、会社のこの申立てを認め、提訴を却下した。その後、本件紛争は、ニューヨーク州最高裁判所控訴部 (Appellate Division) を経て、ニューヨーク州上訴裁判所¹⁵⁹の審理に付された。

ニューヨーク州上訴裁判所は、まず経営判断原則が適用されるか否かについて、「経営判断原則は、取締役会により選任した取締役会を代表して会社の意思決定を行う特別訴訟委員会のメンバーの「利害関係を有しないこと」と「独立性 (independence)」を裁判所が審査することを妨げるものではないと述べたうえで、特別訴訟委員会のメンバーの「利害関係を

¹⁵⁹ ニューヨーク州の最上級裁判所である。

有しないこと」と「独立性」について、(1) 15人からなる取締役会の4人の被告のほかには、他の取締役が問題となる取引に参加したとする証拠がないこと、(2) 提訴の根拠となる監査委員会の調査報告書には、他の取締役が問題となる取引を事前に承知し、または何らかの方法でその取引に関与した証拠がないこと、(3) 特別訴訟委員会の3人のメンバーがいずれも問題となる取引の後に取締役になったことを論拠に、それが充たされていることを認定した。

上訴者による「取締役会のメンバーを被告とする場合には、取締役会から授けられた如何なる委員会も法的根拠が乏しく、株主代表訴訟の終了を申し立てる権限をこのような委員会に授けすることはできない」の主張に対しても、上訴裁判所は、「もしこのような主張を認めると、取締役会全体の権限を否定することになりかねず、会社が株主代表訴訟の提訴について効果的な経営判断をなすことができなくなってしまう」と述べるとともに、それは「取締役会の基本的な職責と会社管理者としての権力を剥奪することと同等の機能をもってしまい、支持しえない」と判示した。上訴裁判所は、そのメンバーが「利害関係を有しないこと」と「独立性」の要件を充たす特別訴訟委員会による調査と同特別訴訟委員会の株主代表訴訟の終了を判断する権限を支持したのである。

筆者は、この上訴審裁判所の判断について、第一に、「裁判所が特別訴訟委員会の調査の過程と方法の十分性と妥当性を審査することができる」とした点、第二に、調査方法の決定した者にその選択した方法を誠実に執行したことを証明させることに合理性があるとした点、第三に、どのような証拠をもって証明するかは各調査の性格によって異なるとした点、第四に、株主の請求に基づき行われた証拠開示の射程は、逆方向に、会社の代表者自身によって発せられた唸り声(wowing)と関連付けられるとした点、第五に、「もし調査がきわめて限られた範囲内で行われ、その執行もきわめて浅く、形式的で心がこもっていない(so pro forma or halfhearted)とする証拠が存在し、それが言い訳や偽りになっていると判断される時、誠実性の問題または詐欺の疑いになり、それらは経営判断原則がカバーできるものではない」と表明したこと、に注目したい。上訴審裁判所は、単純に特別訴訟委員会の調査と判断を尊重したのではなく、その調査と判断が誠実に行われたか否かを問題にし、その点を調査することができるとし、また、証拠開示で提供された情報と会社の代表者の言明と対比させて審査することを通じて、特別訴訟委員会の調査と判断の妥当性・透明性等を求めていると解釈できるのである。

(3) *Zapata Corp. v. Maldonado* 事件

この事件では、Zapata, Inc. (本件株主代表訴訟の形式被告である会社、以下「Zapata 社」という) は、デラウェア州の会社法に基づき設立され、本社をテキサス州におき、石油の採掘、銅および石炭の採掘ならびに建設業を営む会社である¹⁶⁰。1970年にZapata社の取締役会は、ストックオプション計画を策定した。この計画では、会社の役員(officers)がZapata

¹⁶⁰ 並木俊守『アメリカにおける取締役の経営責任の法理』(中央経済社、1983) 165頁。

社の普通株式 (common stock) を 1 株当たり 12.15 ドルで購入するオプションが付与され、ストックオプションを合計 5 回に分けて行使することができ、最終回が 1974 年 7 月 14 日に行われる予定であったとしたものであった。Zapata 社の株主総会は、1971 年にこの計画を承認した。

しかし、最終オプションの行使日の前に、Zapata 社は、230 万株の自己株式を公開買付することを計画した。この情報を公表すれば、Zapata 社の株価は 19 ドルから 25 ドル前後に上昇すると予測された。オプションが公開買付発表日後に行使された場合、オプション受取人 (取締役ら) は相当額の付加的連邦所得税 (federal income tax) を課されることになることから、公開買付発表前にオプションを行使すれば多額の税金を回避できることを知り、取締役会は、オプションの最終行使日を 7 月 14 日から買付発表前の 1974 年 7 月 2 日に変更する旨の取締役会決議を行った。その決議に従い、1974 年 7 月 2 日、Zapata 社の取締役らはオプションを行使すると同時に、ニューヨーク証券取引所に対して、「重要なお知らせ」 ("an important announcement") が公表されるまでの間の株式取引の一時中止 (suspend trading) を求めた。1974 年 7 月 8 日、Zapata 社は公開買付けを行う旨を公表した。Zapata 社の株式の市場価格は、公表直後、予測どおりに 24.50 ドルまで上昇した。

取締役らの節税は、会社と同額の連邦税の減額 (控除) ができなくなる悪影響をもたらし、会社に対して同額の損害をもたらしたとして、Zapata 社の株主らは、取締役ら 10 人に対して、会社に対する信託義務 (fiduciary duty) 違反などを理由として、訴訟を提起した。それは 3 つの訴訟からなる。一つは、少数株主である Maldonado が取締役の Flynn 氏などに対してニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所 (Southern District Court of New York) に提起した株主代表訴訟であり¹⁶¹、もう一つは同じ原告がデラウェア州衡平法裁判所に提起した株主代表訴訟である¹⁶²。これに対して、第三の訴訟は、少数株主である Maher が Zapata 社を被告にしてテキサス州南部地区連邦地方裁判所 (Southern District Court of Texas) に提起した訴訟である¹⁶³。特別訴訟委員会の制度に関する重要な判例であるとして注目された事件は、第二の訴訟である。以下では、デラウェア州衡平法裁判所の判決とおよび同社の別事件の上告審であるデラウェア州最高裁判所¹⁶⁴の判決を取り上げる。

1975 年、Zapata 社の少数株主である Maldonado は、すべての取締役が問題行為に参加したと主張し、デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条に従い、株主代表訴訟を提起した。同訴訟が開始された四年後の 1979 年 6 月に、同社の取締役会の 4 名の取締役が退任した。その後、残りの取締役からなる取締役会は、新たに選任された二人の取締役から構成される独立の調査委員会 (Independent Investigative Committee) を設立した。同委員会は調査結果に基づき、本件訴訟が Zapata 社の最善の利益に反すると判断し、係属中のすべての訴訟の棄却を求めるよう、Zapata 社の弁護士に指示した。同委員会の指示に従って、Zapata 社はこの

¹⁶¹ *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Supp. 274 (S.D.N.Y. 1980) .

¹⁶² *Maldonado v. Flynn*, 413 A. 2d 1251 (Del. Ch. 1980) .

¹⁶³ *Maker v. Zapata Co.*, 490 F. Supp. 348 (S.D. Tex. 1980) .

¹⁶⁴ *Zapata Co. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779 (Del. 1981) .

訴訟の却下または略式判決を求めた。デラウェア州衡平法裁判所の Hartnett 次席裁判官 (Vice Chancellor) は、1980 年 3 月 18 日に、次の 5 つの理由を示して、訴え却下の申立てを却けた。

①株主代表訴訟において、会社は名目的に被告として当事者とされ、欠くことができない当事者ではなるが、同訴訟の支配力を行使することはできない。

②経営判断原則は、会社およびその利益に対する最大限の誠実さと忠実さ (loyalty) を要求するものであり、取締役の詐欺、違法または無謀な決定を保護するものではなく (does not protect fraudulent, illegal, or reckless decisions by the directors)、取締役が会社の犠牲において利得した場合には、経営判断原則は適用されない。

③取締役らは、明白な信認義務違反による行為に基づき取締役の責任を追及する株主代表訴訟を、単にその内容を検討した上で、それが会社の最善の利益にならないという経営上の判断をすることによって、係属中の株主代表訴訟の終了を強制することはできない。

④経営判断原則は、取締役会に対して代表訴訟を終了させる権限を与えるものではなく、そもそも、そのような権限は、経営判断原則の範囲外である。

⑤Zapata 社の独立の取締役によって構成される委員会が、誠実に取締役の信認義務違反による損害賠償請求をする株主代表訴訟が会社の最善の利益に合致するものではなく、よって却下されるべきであるという決定をしたときに、経営判断原則は、この委員会メンバーを個人責任から保護することはできるが、同委員会が株主代表訴訟の却下を強制する権限をもっているかどうかという問題と経営判断原則とは、無関係である。

1981 年 5 月 13 日に、デラウェア州最高裁判所は、同じ Zapata 社の別事件の上告事件において、調査委員会 (特別訴訟委員会) の権限に関連して原判決を破棄し、原審に差し戻した (remanded)。同最高裁判所の Quillen 裁判官 (Justice) は、下記のような判決理由を述べている。

「(一) 取締役会が、代表訴訟は会社にとって弊害をもたらす (detrimental) と判断したとき、それが違法なもの (wrongful) でないかぎり、裁判所はその判断を尊重すべきである。

(二) 誠実な株主の株主代表訴訟の提起権限が、取締役会によって不当に侵害されないことと会社が不利益な訴訟を排除できることとの調和点を求めることは、裁判所の目標である。

(三) 訴訟委員会が会社の最善の利益に適合するものではないと判断して、会社はその株主代表訴訟の却下を求めた場合には、事実審裁判所は、委員会の独立性と誠実性およびその結論を出すに至った証拠につき、会社に立証責任を課す。

(四) 裁判所は申し立てに二段階テストを適用しなければならない (The Court should apply a two-step test to the motion)。まず、第一段階として、裁判所は、委員会の独立性、誠実性およびその結論の基礎となる根拠を審査する必要がある。その審査を促進するため、裁判所は限定された開示の命令を下すことができる。裁判所が、委員会が独立していなく、もしくは、その結論について合理的な根拠を示していないと判断した場合には、または、裁判所が訴訟

の過程に関連する他の理由（委員会の善意を含むがこれに限らない）で満足しなかった場合には、裁判所は、会社の申し立てを拒否すべきである。一方、デラウェア州衡平法裁判所規則 56 条の基準¹⁶⁵に基づき、裁判所は、委員会が独立であり、かつ、合理的な根拠に基づき誠実性のある調査と推奨を示したと判断した場合には、裁量により第二段階に進むことができる。（五）第二段階として、……会社の代表訴訟の却下の申し立てが承認されるべきかどうかについて裁判所自体の独立の経営判断をなす（*applying its own independent business judgment, whether the motion should be granted*）必要がある。この際、衡平法裁判所は、必要に応じて、会社の利益に加え、法および公共政策に対しても特別の配慮をしなければならない¹⁶⁶。

このデラウェア州最高裁の判決は、特別訴訟委員会のメンバーの独立性およびその調査と判断に誠実性を有する必要があることを述べるとともに、誠実性と独立性の立証責任が会社に課されていること、また、特別訴訟委員会のメンバーの独立性およびその調査と判断が誠実であったと裁判所が判断した場合には、第一段階、さらに第二段階へと進んで、会社の最善の利益を図りながら、法と公共政策を考慮して裁判所自身の独自の「経営判断」をしなければならないとするものである。この二段階テストは注目され¹⁶⁷、同「二段階テスト」の審査基準の影響を受け、1994 年に制定されたアメリカ法律協会の報告（以下、ALI 原理という）の 7.10 条にこれを導入した¹⁶⁸。また、上記の特別訴訟委員会の「独立性」と「誠実性」の要件についても、ALI 原理ではほぼ同じような要素が定められている¹⁶⁹。

では、このような「独立性」および「誠実性」は、どのような場面において同要件が充たされないと判断されるのか。以下、検討を試みたい。

¹⁶⁵ 略式判決の規定である。https://courts.delaware.gov/rules/pdf/ChanceryCourtRules_FINAL_5-20-16.pdf（最終アクセス日：2019年9月30日）。

¹⁶⁶ 並木・前掲（注 160）169-170 頁、戸塚登「ザパタ判決の研究（一）」阪大法学 132 号（1984）30-32 頁を、若干の訳語を修正した上で引用した。たとえば、*fiduciary duty* の訳語である「忠実義務」を「信認義務」に修正したなどがある。

¹⁶⁷ 同判決は、日本で多くの先行業績の蓄積がある。並木・前掲（注 160）169-170 頁、戸塚・前掲（注 166）30-32 頁、畠田公明「株主代表訴訟の終了——アメリカの特別訴訟委員会を中心に——」福岡大学法学論叢 41 巻 3-4 号（1996）546 頁、釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割（二）」民商法雑誌 121 巻 2 号（1999）238-268 頁などがある。

¹⁶⁸ 畠田・前掲（注 167）546 頁。

¹⁶⁹ ALI 原理 7.09 条では、「取締役会または〔特別訴訟〕委員会は 2 人以上のメンバーで構成されなければならない。そのいずれのメンバーも当該訴訟に利害関係を有する者であってはならない。また、取締役会または委員会は当該状況においてグループとして客観的判断ができるものでなければならない」と定められている（和訳は、釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割（一）」民商法雑誌 121 巻 1 号（1999）44-45 頁による）。

すなわち、判例法に検討された特別訴訟委員会の「独立性」と「誠実性」の代わりに、「当該訴訟に利害関係を有しない」および「客観的な判断」の表現を使っている。釜田教授は、このような異なる表現において判例法上の検討要素〔独立性と誠実性〕以外のものが意図されているか否かを検討し、その結果、「このように、ALI においても判例法とほぼ同じような要素が検討されている」と述べている。なお、釜田教授は、「ただし、前述したように取締役や役員の『関係者』についても併せて検討することで、ALI の定める要件の方がより厳密に訴訟終了の判断をするのにふさわしいものを決定しようとしているといえよう」ともされる（釜田・同 56-61 頁）（以上、〔 〕内は引用者）。

3 独立性と誠実性の存否の判断

特別訴訟委員会の独立性と誠実性をめぐり、アメリカに判例の蓄積がある。以下において、先行業績を踏まえて整理しておきたい。

(1) 特別訴訟委員会の独立性

特別訴訟委員会の独立性をめぐる判例研究を行った Block、Radin と Knaef の共著論文¹⁷⁰において、過去の多数の判例の中から、特別訴訟委員会の構成員について以下の 11 の検討要素が考慮されてきたとされる¹⁷¹。

- ① 株主代表訴訟における被告であるかどうか
- ② 単に間接的なまたは名目的な責任ではなく、直接的または実質的な責任を追及されているかどうか
- ③ 社外取締役、非業務執行取締役であるかどうか
- ④ 申立てられている不正行為に参加していたかどうか
- ⑤ 申立てられている不正行為または取引に賛成したかどうか
- ⑥ 申立てられている不正行為がなされた時点において取締役であったかどうか
- ⑦ 構成員またはその関係する事業体が、取締役という地位においてではなく、会社と事業契約を結んでいたかどうか
- ⑧ 一人または複数の被告取締役と事業上または社会的関係性 (contact) を有する (有していた) かどうか
- ⑨ 委員会の構成員の人数は何名か
- ⑩ 委員会自身が選んだ独立の弁護士の助言を受けたかどうか
- ⑪ 株主代表訴訟において被告が申立てられている不正行為の性質がどのようなものであるか¹⁷²

(2) 特別訴訟委員会の誠実性

次に、特別訴訟委員会の誠実性をめぐる多くの事例の中、本論文において検討しようと考えている特別訴訟委員会の調査と判断の「透明性」に関連して、以下の二つの判決を取り上げたい。いずれも弁護士による調査の補佐をめぐる特別訴訟委員会の手続が不誠実であったと判示されたものである¹⁷³。

(i) ペラー対サウザーン社判決¹⁷⁴

被告である Southern Company (以下、Southern 社という) とその完全子会社である Georgia

¹⁷⁰ Dannis J. Block, Stephen A. Radin, Michael B. Knaef, *The Business Judgment Rule in Shareholder Derivative Litigation*, 26 Annual Institute on Securities Regulation 689, 824-830 (1982) .

¹⁷¹ それぞれの判例においてこれらの 11 の要素がすべて検討されたわけではない。

¹⁷² これら 11 の要素の和訳は、釜田・前掲 (注 169) 48-49 頁から引用し、筆者より若干加筆した。

¹⁷³ この二つの事例について、釜田・前掲 (注 167) 242-244 頁にもその概要が紹介された。

¹⁷⁴ *Peller v. The Southern Co.*, (N.D. Ga. 1988, 11th Cir. 1990) .

Power Company（以下、Georgia Power社という）の過去および現在の複数の取締役を被告として、連邦裁判所において提起された株主代表訴訟である。Georgia Power社は、電力会社と発電所を経営し、ジョージア州のほとんどの電力を供給している。原告であるPeller（Southern社の株主であり、弁護士でもある）は、1986年4月30日に、被告取締役らが会社に対する信認義務に違反して、発電工場建設の経営において過失行為があったとし、8億ドル以上の損害賠償を会社に代わって請求する訴えを提起した。Southern社とGeorgia Power社の取締役会は、当該訴訟が会社の利益になるか否かを調査し、会社のとりうる措置を決定するために、1986年9月に独立訴訟委員会（Independent Litigation Committee、以下「委員会」という）を設置し、問題行為の後に任命された3人の取締役により構成された。

同委員会は、法律事務所（Smith, Gambrell & Russel, LLP）に調査手続の補佐を依頼した。法律事務所は、約70人に対してインタビューを実施し、委員会のすべてのメンバーがインタビューに出席したことがあるとされるが、一部のインタビューでは委員会のいずれのメンバーも出席していなかった。また、インタビューの記録は作成されず、委員会に渡されたのは法律事務所が同インタビューを注釈付きの要約したもののみであった。この注釈付きの要約は、原告には渡されなかった。

第一審において¹⁷⁵、Freeman連邦地裁裁判官は、「裁判所は、委員会が弁護士に依拠したことは認められた慣行であることを承認する……裁判所は、実施された同調査は徹底的であった（was thorough）と判断する」と述べた。しかし、同時に、裁判所は「それでも委員会は弁護士にほぼ全面的に依存しており、調査の実質的な側面を実施させているという事実には、裁判所は引き続き悩まされている」が、「インタビューの実施は、委員会の勤勉さと熱意をもって責任追及を行ったどうか、または重要な人物と接したか否か（softball with critical players）を判断する最も重要な要素である」とし、「原告には、法律事務所が作成したインタビューの注釈付き要約を審査する機会が与えられていない」ことから「すべてのインタビューの実施と要約を弁護士に依頼して、秘匿特権情報を含むインタビューの要約の作成により、委員会は調査を原告による審査から隔離した。これは誠実なものとはいえない」と述べて、被告からの訴えの却下または略式判決の申立てを斥けた。第二審は、一審判決を支持した¹⁷⁶。

（ii）Zitin v. Turley 判決¹⁷⁷

同事件は、株主が取締役の信認義務違反があるとして提起した株主代表訴訟である。事案は（i）と類似することから裁判所の判断だけを述べると、裁判所は、「委員会と弁護士が、報告書の基礎となるコミュニケーションや情報のすべてが特権的性質を持つような調査をあらかじめ計画したことは明白である。このような戦略は、証人へのインタビューが弁護士によって指揮され、弁護士によってのみ記録されたという点において特に明らかである。し

¹⁷⁵ *Peller v. the Southern Co.*, 707 F. Supp. 525 (N.D. Ga. 1988) .

¹⁷⁶ *Peller v. Southern Co.*, 911 F.2d 1532 (11th Cir. 1990) .

¹⁷⁷ *Zitin v. Turley*, 1991 WL 283814 (D. Ariz. June 20, 1991) .

たがって、基礎的な情報は、弁護士活動成果秘匿の法理の『実質的同等』(Substantially equivalent) という例外の下ですら開示されない『心的印象 (mental impression)』である。当裁判所は、これが委員会および弁護士の調査における誠実性の欠如を示すものであると考える¹⁷⁸と判示したのである。

4 小括

以上を小括すると、以下のようになろう。

第一に、特別訴訟委員会が株主代表訴訟を終了させる権限を持つことを初めて認めた *Gall v. Exxon Corp.* 事件の判決文から、会社が特別訴訟委員会のメンバーを決める際には、①同委員会の過半数のメンバーが社外取締役であること、②個人の経歴や入社日など、メンバーの独立性が重要な要素となること、③同委員会の調査期間の長さ・インタビューの人数・調査報告書の長さなどを基礎に、その調査の真剣さ(誠実性)が重要視されてきたことが明らかになった。加えて、「原告には証拠開示 (discovery) を通じて特別訴訟委員会の誠実性・独立性を検証する機会が与えられなければならない」との裁判官の指摘は注目される。

第二に、*Auerbach v. Bennett* 事件の判決文からは、特別訴訟委員会が設置されるまでの間において、監査委員会が調査の補佐者を依頼するときには、補佐者はそれまでに会社の代表顧問弁護士を務めたことがない法律事務所であること、調査期間の長さや特別訴訟委員会の構成員の構成(任命される前にいずれも会社と関係を持っていない)等が会社の調査の誠実性および特別訴訟委員会の独立性などの要素に重要なファクターとなることが示され、裁判所がそれら要素の具備の有無を判断して、当該調査の十分性と妥当性を認めたことが明らかとなった。この判決文においても、「株主の請求に基づき十分な開示 (disclosure) がなされることは、会社の代表が表明した内容と結びつけて考慮される」との指摘があり、上記の *Gall v. Exxon Corp.* 判決と同じように、株主への開示に言及されていることは注目される。

第三に、*Zapata* 社の系列事件の判決において、裁判所は二段階テストを採用し、第一段階では裁判所が特別訴訟委員会の独立性・誠実性などを中心に審査し、第二段階では裁判所が独自の経営判断をなしたことが確認された。

第四に、特別訴訟委員会の独立性を審査するときに裁判所が重視する要素を確認し、*Peller v. The Southern Co.* 事件と *Zitin v. Turley* 事件の判決文を検討した結果、裁判所は、特別訴訟委員会の(調査の)誠実性を審査するときには、当該特別訴訟委員会が調査のために弁護士に依頼をしたという方式では、弁護士依頼者間秘匿特権に基づき、同調査の細部の情報(インタビューの記録や要約など)を訴訟において開示対象としなかったことにつき、原告株主に審査の機会を与えたか否かが重視されていることが確認された。

第二節 日本の不提訴理由書制度

¹⁷⁸ 1991 WL 283814, at 684. 判決文の和訳は、釜田・前掲(注167)243-244頁を引用した。

日本では、アメリカのような、会社が不提訴判断により株主代表訴訟の却下を申し立てる制度はない。これに対して、株主からの提訴請求に対する会社側の不提訴判断の理由を示すものとして、不提訴理由書の制度が設けられている。すなわち、株主からの提訴請求を受けた会社は、請求の日の60日¹⁷⁹以内に自ら責任追及等の訴えを提起しない場合において、不提訴理由の通知を請求する株主等に対して、書面（不提訴理由書）その他の法務省令で定める方法により、同不提訴理由を通知しなければならない¹⁸⁰。不提訴理由書には、提訴請求に係る訴えについての被告となるべき者の責任または義務の有無についての判断およびその理由、③前述の被告となるべき者の責任または義務があると判断した場合において、責任追及の訴えを提起しないときは、その理由を記載しなければならない¹⁸¹。同制度の趣旨は、役員間のなれ合いで提訴しないような事態への牽制、および、株主が代表訴訟を遂行する上で必要な訴訟資料の収集を可能にすることにある¹⁸²とされているが、同時に、会社の判断を裁判所に伝える¹⁸³ものとも言える。

1 不提訴理由書制度創設の経緯

不提訴理由書の制度は、2005年会社法¹⁸⁴の制定時に導入された¹⁸⁵。それまでは、不提訴理由を請求株主に通知することは法的義務ではなかったため、会社法制定前においては、ピークのときはほぼ年間200件の株主代表訴訟があったにもかかわらず、ほとんどの場合に、

¹⁷⁹ 会社の考慮期間は、平成13年商法改正により60日に延長され（それまでは30日）、その定めはそのまま2005年の会社法に受け継がれた。

¹⁸⁰ 会社法847条4項。

¹⁸¹ 会社法施行規則218条。

¹⁸² 「提訴請求株主等が株式会社に対し調査の結果やそれを前提とした訴えを提起しないこととした株式会社の判断プロセスの開示を請求することを認めることにより、役員間のなれ合いで提訴しないような事態が生じないように牽制するとともに、株主などが代表訴訟を遂行する上で必要な訴訟資料を収集することを可能にするもの」と説明されている。相澤哲『一問一答 新・会社法』（商事法務、2005）261頁。

¹⁸³ 平成17年会社法の法案段階では、「会社の見解を裁判所に伝える」ことは、不提訴理由書の制度の趣旨の一つとされていた。しかし、国会審議の過程で、原告適格の制限が削除されたために、その制度趣旨が「会社の見解を裁判所に伝える」から「監査役等による内部調査により判明した事実を株主が共有し、争点整理を促すため」と変容されたとされる。山田泰弘「国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度——特に株主代表訴訟の原告適格を巡って——」立命館法学314号（2007）1098頁。

¹⁸⁴ 平成十七年法律第八十六号。

¹⁸⁵ 平成十七年の会社法制定前、すでに実務の中で不提訴理由を開示すべきであるとの意見があった。たとえば、同志社大学監査制度研究会・日本監査役協会関西支部監査実務研究会共同報告書「監査役のための株主代表訴訟読本」（2003年10月）では、「提訴請求株主には、提訴請求から60日以内に会社として提訴する、あるいは訴えを提起しないという監査役会の結論を通知するのがよいと思われる。会社として提訴しないということであれば、監査役が提訴しないことにした理由、たとえば調査の結果当該取締役の責任に帰すべき事実や損害がないことが判明したこと、当該取締役が責任を認めて相当の賠償をしたことなどを説明する。会社の姿勢が公正であれば、判断の問題が残ることがあるとはいえ、株主に会社としては提訴しないことを説明すれば十分であるし、株主と論争するようなことはない。それでも株主が訴訟に出るのならば、会社としてはかえって公正な裁判を受けられて好都合であるし、被告となるべき取締役からの担保提供申立ての示唆、会社の取締役への訴訟参加などにより当該取締役を支援する理由も成り立つというものである。そして株主の訴訟提起までに必要に応じてこれらを公表する。会社の姿勢を社会に理解してもらうチャンスであり、信用回復にもなる。」とされていた（同報告書26頁）。

http://www.kansa.or.jp/support/ns031010_dkhn.pdf（最終アクセス日：2019年9月30日）

そのような不提訴理由に関する通知がなされていなかったとされている¹⁸⁶。立法理由として、①役員間の馴れ合いによって提訴されないといった事態が生じないよう牽制すること、②株主が代表訴訟の遂行上必要な訴訟資料をより容易に取得させることにあるとされるのは¹⁸⁷、馴れ合いによる不提訴が危惧されたからとも考えられる。正当な理由がないにもかかわらず不提訴判断をした監査役について、その責任（任務懈怠）追及の可能性が広がったとも言えるのである。

もっとも、不提訴理由書の制度は会社法制定に連なる会社法現代化構想には含まれていなかった。当初は、2003年の経団連意見¹⁸⁸や要綱試案に述べられた「訴訟委員会制度」が構想されていた。すなわち、2003年の「試案」では、「いわゆる『訴訟委員会制度』の導入：『訴訟委員会制度』（取締役等に対する訴えについて、会社において訴訟委員会を設置し、同委員会が取締役の責任を追及しない旨の判断をしたときには、裁判所がその判断を一定の限度で尊重する制度）を設けるなど、会社の利益をも考慮して訴えを終了させることができる方策を講ずる。」とされていたのである¹⁸⁹。もっとも、同試案の補足説明からは、訴訟委員会制度については、その構成（委員の員数、能力、独立性等）をどのようにすべきか、裁判所の審査の範囲をどのように規律すべきか、現行法上の責任の全部免除・一部免除の制度（商法266条5項以下等）との関係をどのように整理すべきか等、検討すべき種々の問題があると指摘され、訴訟委員会制度が日本において取締役等に対する訴えを終了させる機能を実質的に果たし得るかどうか自体を疑問視するとの意見もあったようである¹⁹⁰。

その後、「要綱案」の段階で不提訴理由書の制度が代替案として登場した。その内容は、「b.不提訴理由の通知：株式会社が株主から取締役の責任について提訴請求を受けた場合において、提訴期間中（商法267条3項）に訴えを提起しなかったときは、当該株式会社は、当該株主又は取締役の請求により、遅滞なく、当該株主又は取締役に対し、訴えを提起しなかった理由を、書面をもって通知しなければならないものとする。（注）提訴請求の対象が取締役以外の者の場合についても、同様とする。」とするものであった¹⁹¹。それがそのまま

¹⁸⁶ 高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』（同文館、2008）86頁。

¹⁸⁷ 相澤編・前掲（注182）250頁。

¹⁸⁸ 経団連は、「会社法改正への提言——企業の国際競争力の確保、企業・株主等の選択の尊重——」（2003年10月21日）の意見書において、訴訟委員会制度の導入を提言し、「会社にとって最善の利益とは思われない株主代表訴訟について、これに取締役が応訴する負担を除去することは、訴えを提起した者以外の大多数の株主の意思でもある。「適切代表」の考え方を導入し、たとえば、株主より取締役・執行役・監査役に対する責任追及の訴えが提起された際に、会社が訴訟委員会を設置し、訴訟委員会が取締役等の責任追及をしないと判断したときは裁判所もその判断を尊重するという、訴訟委員会制度を整備する必要がある。」とされた。<https://www.keidanren.or.jp/japanese/policy/2003/095.html>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

¹⁸⁹ 法制審議会会社法（現代化関係）部会「会社法制の現代化に関する要綱試案」（2003年10月22日）26頁。<http://www.moj.go.jp/content/000071772.pdf>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

¹⁹⁰ 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」（2003年10月）51頁。<http://www.moj.go.jp/content/000071773.pdf>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

¹⁹¹ 法制審議会会社法（現代化関係）部会「会社法制の現代化に関する要綱案」（2004年12月8日）https://www.dbj.jp/reportshift/report/economy/pdf_all/25_ex1-5.pdf（最終アクセス日：2019年9月30日）。

「要綱」¹⁹²に反映され、立法化された。不提訴理由書の制度が訴訟委員会の制度に代替するものであるとの理解は、新会社法の立法に深く関与した江頭教授から、不提訴理由書制度の導入により「アメリカの特別訴訟委員会の調査結果の具申があったのと同様の機能を事実上果たすことが予想される」との説明に示されている¹⁹³。

2 制度内容

株主代表訴訟では、6箇月（これを下回る期間を定款で定めた場合にあっては、その期間）前から引き続き株式を有する株主が、会社法 847 条 1 項に基づき、株式会社¹⁹⁴に対し、書面その他の法務省令で定める方法により、役員等の責任追及の訴えの提起を請求した場合、会社が上記請求の日から 60 日以内に責任追及等の訴えを提起しないとき、当該請求をした株主は、会社法 847 条 3 項に基づき、株式会社のために、責任追及等の訴えを提起することができる。不提訴理由の通知は、このような株主による提訴請求¹⁹⁵と株主による訴え提起の間に設定された会社の義務である。会社が株主による提訴請求の日から 60 日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合において、当該請求をした株主または責任追及の対象となる役員等からの請求を受けた会社は、当該請求をした者に対し、遅滞なく、責任追及等の訴えを提起しない理由を書面その他の法務省令で定める方法により通知しなければならないのである（会社法 847 条 4 項）。

不提訴理由にどのような内容を書く義務があるかは、同制度の立法目的が実現されうるかを左右する。会社法施行規則 218 条では、不提訴理由の内容につき、①会社が行った調査の内容（次号の判断の基礎とした資料を含む）、②提訴請求に係る訴えについての役員等の責任又は義務の有無についての判断およびその理由、③役員等に責任又は義務があると判断した場合において、責任追及等の訴えを提起しないときは、その理由、とされる。通知の手段としては、書面の提出または当該事項の電磁的方法による提供とするとされる（会社法施行規則 218 条柱書）。通知義務の履行を強制する手段として、会社法上の通知を怠った場合、その職務を行うべき者に対して 100 万円以下の過料に処すると定められている（会社法

¹⁹² 法制審議会「会社法制の現代化に関する要綱」（2005 年 2 月 9 日）

http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_050209-1-1.html（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

¹⁹³ 江頭憲治郎「新会社法による不提訴理由書制度の導入」月刊監査役 501 号（2005）3 頁。この発言について、「よってこのことから訴訟委員会制度自体を採用しなかったことに対する、訴訟委員会導入論者からの批判は回避されることになるであろう」と言われる（三田栄治「株主代表訴訟の終了と監査役責任——新会社法・不提訴理由書制度と 847 条（1）——」横浜国際経済法学 14 巻 3 号（2006）211-212 頁参照）。

¹⁹⁴ 取締役の責任を追及する提訴請求につき、監査役設置会社の場合は監査役、監査等委員会設置会社の場合は監査等委員、指名委員会等設置会社の場合は監査委員に対して提訴を請求する。業務監査機関のない会社の場合は、通常の業務執行の代表者である取締役・代表取締役（これらの者がすべて被告とされた場合には株主総会・取締役会が選任した会社の代表者）に提訴を請求する（会社法 349 条、353 条、364 条、386 条 2 項 1 号、399 条の 7 第 5 項、408 条 5 項 1 号）。

¹⁹⁵ 提訴請求の手續に瑕疵があった場合、その瑕疵の内容によって、法的効果が異なる。関連する裁判例に対する分析につき、山本為三郎「提訴請求の瑕疵と株主代表訴訟の適法性」法学新報 122 巻 9=10 号（永井和之先生退職記念論文集）（2016）591-613 頁参照。

976条)¹⁹⁶。

3 検討

以下、取締役の責任を追及する監査役設置会社での株主代表訴訟を想定し、上記条文自体の検討と実務において実際に使われた文例、そして実証研究の成果を検討する。

(1) 条文の検討

株主が自ら会社に代わって取締役の責任を追及する(株主代表訴訟を提起する)には、それ以前に会社に対して提訴請求をする必要がある。これに対して、会社は不提訴の判断をした場合に、提訴請求株主から請求があったときに、不提訴理由を通知しなければならない(会社法 847 条 4 項)。

通知義務の主体は、条文上「株式会社」である。具体的にその提訴の要否を検討する者は特に明記されていない。しかし、監査役設置会社では、会社が取締役(取締役であった者を含む。)に対して訴えを提起する場合に、監査役が会社を代表する権限を有する(会社法 386 条柱書、1号)ことから、一般に、監査役が判断すると解されている。現に最高裁は、農業協同組合の監事に関する判断において、「……監事が……訴訟行為を行う権限を有するだけでなく、組合の利益の実現のため、組合を代表して理事に対する訴訟を提起するか否かにつき決定する権限も有しているものと解すべきである」とした¹⁹⁷。

会社による不提訴理由の通知義務は提訴請求をした株主または責任追及の対象者からの請求により生じる¹⁹⁸。その請求がなければ、会社による不提訴理由の通知義務は生じない。もっとも、その請求時期の定めがないので¹⁹⁹、会社には請求があれば「遅滞なく」通知する義務があることから、会社はいつでも通知できるように、不提訴理由を用意しておかなければならないと解される²⁰⁰。請求の有無にかかわらず会社から積極的に不提訴理由を通知し

¹⁹⁶ 会社法第 976 条では、「取締役……監査役……は、次のいずれかに該当する場合には、百万円以下の過料に処する。ただし、その行為について刑を科すときは、この限りでない。……二 この法律の規定による公告若しくは通知をすることを怠ったとき、又は不正の公告若しくは通知をしたとき。……」と定めている。

¹⁹⁷ 最三小判平成 9・12・6 判例時報 1627 号 144 頁〔土佐田野町農協事件〕。

¹⁹⁸ 同請求の文例として、カネボウ株主代表訴訟の原告株主側から公開されたものがある。http://mountain-cat.sakura.ne.jp/bell/op/061206_futeiso_riyuu_seikyu_v1.pdf (最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

¹⁹⁹ 株主にとって、提訴請求の中で「会社が 60 日以内に提訴しない場合においては、その理由等について通知を請求する」のような表現で書くことも許される一方(相澤哲=石井祐介「株主総会以外の機関」相澤哲編『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務 300 号(2006) 42 頁)、書かなくて別途不提訴理由の通知を要求することもできる。

株主の提訴請求に不提訴理由の通知を要求した実例と要求していない実例は、それぞれ下記のようなものがある。

①<https://box.yahoo.co.jp/guest/viewer?sid=box-l-y5psxodfag3d4elfdi7qjuhonm-1001&uniqid=1cf28ab3-c190-44f6-af50-91d7aaba3543&viewtype=detail> (最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

②http://mountain-cat.sakura.ne.jp/bell/op/071030_teiso_seikyu_v1.pdf (最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

²⁰⁰ 筆者はインターネット上でランダムに検索して、下記の実例が見つかった。カネボウ株式会社の株主は、代表訴訟の提訴を要求する際(平成 18 年 9 月 29 日に会社に郵送し、同年 10 月 2 日に会社に送達さ

ても、もとより違法ではない。

通知の内容における「①会社が行った調査の内容（次号の判断の基礎とした資料を含む）」（会社法施行規則 218 条）には、調査の時期、調査を実施した者、調査の方法、判断の基礎とした資料の標目、調査により判明した事実等が含まれ、請求対象者（取締役）の責任等の有無を判断するのに必要な事項が記載されることになる²⁰¹。不提訴判断の基礎となった「資料」として掲げるものは、資料の内容ではなく、「資料の標目」であり²⁰²、判断の基礎とした資料のみを掲げれば足り、また収集した資料のすべてではないと解されている²⁰³。資料の標目自体の開示は、本件責任追及に関連している書類をほぼ持っていないと考えられる請求株主にとって、将来的に訴訟の係属中にどのような文書を文書提出命令の申立範囲にするかを定める際に、意義のある参考情報になるとも言えるであろう。また、判明した事実の部分についても、株主側弁護士の調査範囲の明確化（同事実を調査しなくてよい、あるいは、同事実がおかしいようであればそれに絞って調査して攻撃することもできよう）にも有利であると言えよう²⁰⁴。一方、「標目」だけの記載でよいとされているので、不提訴理由書を受け取った株主に開示される資料が限定的であるとの指摘もある²⁰⁵。

このように、不提訴理由の通知は、「取締役の責任に関する訴訟資料の大部分は会社より保有されているから、紛争の適切な解決のためには、会社が充実した調査をすることが重要である」²⁰⁶という会社の調査を充実させる視点で、評価することができる。同制度の下に作成された不提訴理由書を裁判所に提出することを通じ、裁判所の心証に影響する可能性があるからである（充実した調査による株主の「悪意」をめぐる株主側にとっての不利な心証²⁰⁷、またはずさんな調査による会社と被告役員側にとって不利な心証）。会社による真摯な

れた）に、不提訴理由書を要求しなかったが、60日以内に会社が提訴していなかったら、株主が突然同年12月6日に不提訴理由書の提供を要求する「不提訴理由通知請求書」を会社に対して発行した。これに対し、会社が同日に、遅滞なく株主に対して9頁に上る不提訴理由通知を発行できたという結果から、同社がすでに事前に同文書を準備しておいたと推測できよう。

不提訴理由通知請求書：http://mountain-cat.sakura.ne.jp/bell/op/061206_futeiso_riyuu_seikyuu_v1.pdf（最終アクセス日：2019年9月30日）

不提訴理由通知：http://mountain-cat.sakura.ne.jp/bell/op/061207_futeiso_riyuu_tsuuchi_v1.pdf（最終アクセス日：2019年9月30日）

²⁰¹ 藤原俊雄「代表訴訟における監査役の職務」民事法情報 284号（2010）22頁。

²⁰² 相澤＝石井・前掲（注199）41-42頁。

²⁰³ 大阪弁護士会＝日本公認会計士協会編『非常勤社外取締役の理論と実務』（商事法務、2007）459頁。なお、この段落の分析は、藤原・前掲（注201）22頁を引用した。

²⁰⁴ 株主側だけでなく、責任を追及される取締役側にとっても有意義である。同通知書により、自己に責任がないことまたは提訴しない理由を知ることにより、その後、株主代表訴訟が提起されても、それに対する防衛方法を得ることができるからである。大江忠『要件事実会社法（3）』（商事法務、2013）1139頁。

²⁰⁵ 藤原・前掲（注201）22頁。また、松山三和子「不提訴通知制度の意義と監査役の職務」月刊監査役 561号（2009）64頁、周剣龍「株主代表訴訟」岩原紳作＝小松岳志編『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』ジュリスト増刊（有斐閣、2011）34頁など参照。

²⁰⁶ 江頭・前掲（注6）498頁。

²⁰⁷ 監査役株主への通知書が、株主の「悪意」の一資料となった事例（東京地判平成9年5月30日資料版商事159号193頁）：（不提訴理由通知の制度が導入される前の事例であるが）日本電気株主代表訴訟事件において、株主がその提訴請求に関して監査役から受け取った通知により、その主張に事実および法律の面から理由がないことを示された上、その請求原因が主張自体失当である旨の指摘を受けていることが

調査を促すことが期待されている²⁰⁸。

(2) 不提訴理由書における「標目」の記載例

実務上、不提訴理由書に資料の「標目」がどのように記載されているのか。公開されたごく限られたケースの文書を見ると、下記のようなものがあった²⁰⁹。

表 5：不提訴理由書に書かれた資料の標目（筆者作成）

文書類型	カネボウ株主代表訴訟 ²¹⁰	J-POWER 株主代表訴訟 ²¹¹
すでにプレスリリースした文書	平成 16 年 3 月 10 日付きカネボウプレスリリース「株式会社産業再生機構による支援決定について」など	×
公的機関に提出した申請書	平成 18 年 4 月 6 日付きカネボウ外 5 社に係る事業再構築計画に係る認定申請書	×

認められるから、株主はその主張に法律的根拠または事実上の裏付けがない事情のあることを認識しつつ、あえて本件本案事件に係る訴えを提起したものであるとすることができるので、本案事件の提訴は悪意に基づくものということができるとして、担保提供命令を命じた。島田・前掲（注 25）249 頁、大江・前掲（注 204）1139 頁。

²⁰⁸ 江頭・前掲（注 6）498 頁。また、このような裁判所に対する心証の影響につき、「[不提訴理由書に記載される③役員等に責任または義務があると判断した場合においてその責任追及の訴えを提起しないときのその理由]は、審理への影響と監査役の判断の限界の関係で、予備的に記載にする等の慎重な配慮を要する。この記載如何によっては、役員等の防衛権を事実上奪う結果となる可能性もあるので、慎重な対応が必要となる。」との実務家からの指摘も見られる（〔 〕内は引用者）。大江・前掲（注 204）1138 頁。

²⁰⁹ 筆者がインターネット上で検索したところ、海岸ベルマネジメント株式会社（旧商号カネボウ株式会社）株主代表訴訟、http://mountaincat.sakura.ne.jp/bell/op/081027_futeiso_riyuu_tsuuchi_kansayaku_v1.pdf および株式会社 J-POWER 株主代表訴訟 http://www.jpowers.co.jp/news_release/pdf/news080624-2.pdf の不提訴理由の掲載だけが見つかり（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）、しかも後者は、会社から「不提訴理由通知書の内容」を掲載し、実際に送付した「不提訴理由書」の原本の写しではないという資料上の制約があった。不提訴判断の基礎となる資料（標目）の一部が書かれていない可能性も否定できない。なお、住友電工株主代表訴訟の不提訴理由書が掲載されたウェブサイトは、他の論文（周・前掲（注 205）34 頁）で引用されたことがあるが、2019 年 9 月 30 日現在、「株主の権利弁護団」の同ウェブサイトは、アクセスできなくなっている（<http://kabunushinokenri.com/modules/achievement/content0008.html>）。

インターネットで「不提訴理由書」の原本の公開が極めて少なかったことには下記の理由があると考えられる。すなわち、会社法 847 条 4 項にもあるように、不提訴理由書は、同文書の提供を請求した株主や被告役員に対して発行される文書であり、一般株主や社会に対して開示する義務はないと解される。会社法 849 条 5 項も、（公開）会社が自ら責任追及訴訟を提起したとき、または株主からの代表訴訟の提訴通知を受けたときに、公告または株主に通知する義務を負うとされてはいるが（非公開会社の場合は株主に通知しなければならない（会社法 849 条 9 項）、同理由書の内容までも公告または通知する義務を負うのか否かは不明である。カネボウ事件や住友電工事件の不提訴理由書は、会社から公開されたものではなく、原告側（それぞれ、「カネボウ個人株主の権利を守る会」、「株主の権利弁護団」）から開示されたものである。

²¹⁰ (1) カネボウ代表清算人の「不提訴理由通知書」の原本の PDF http://mountaincat.sakura.ne.jp/bell/op/070227_kanebo_futeiso_riyuu_tsuuchi_v1.pdf（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

(2) カネボウ監査委員会の「不提訴理由書」の原本の PDF http://mountaincat.sakura.ne.jp/bell/op/061207_futeiso_riyuu_tsuuchi_v1.pdf（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²¹¹ J-POWER 社から公開した「不提訴理由通知書の内容」
http://www.jpowers.co.jp/news_release/pdf/news080624-2.pdf（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

取締役会議事録	平成 18 年 4 月 14 日取締役 会議事録	×
外部との契約書	平成 18 年 4 月 14 日カネボウ およびカネボウホームプロ ダクツ株式会社間の営業 譲渡契約書など	×
金融商品取引法(元「証券取 引法」)にもとづく開示文書	カネボウ半期報告書(平成 18 年 4 月 1 日から平成 18 年 9 月 30 日)	<ul style="list-style-type: none"> ・平成 15 年度～平成 18 年 度有価証券報告書 ・英文目論見書 2004 年 9 月 ・平成 17 年度～平成 20 年 度経営計画 ・平成 19 年度計算書類
第三者機関が作成した報告 書	平成 19 年 1 月 25 日付き T F P 作成株式評価報告書 (補足資料)、証券会社作成 評価書、平成 19 年 2 月 26 日 付本件提訴請求に関する弁 護士報告書	×
登記書類	カネボウ・トリニテイ・ホー ルディングスなど四つの日 本法人の現在事項証明書お よび履歴(または閉鎖)事項 証明書	×
他の社内規則など	×	調達の基本原則と主な調達 物品
訴訟記録	主要 3 事業の営業譲渡等禁 止仮処分命令申立事件(東 京地裁平成 18 年(ヨ)第 20043 号)および同却下決定 に対する抗告事件(東京高 裁平成 18 年(ラ)第 722 号) に係る訴訟記録 ²¹² など	×

²¹² カネボウ監査役が原告側に送付した不提訴理由書 http://mountain-cat.sakura.ne.jp/bell/op/081027_futeiso_riyuu_tsuuchi_kansayaku_v1.pdf (最終アクセス日: 2019 年 9 月 30 日)。

上記「標目」の内容をみると、すでにプレスリリースした文書および金融商品取引法に基づく開示文書は周知している情報と同じである。取締役会決議（会社法 371 条）、登記情報（商業登記法 11 条）、（民事事件の）訴訟記録（民訴法 91 条）²¹³は、株主が自ら閲覧または取得できる文書である。また、会社が公的機関に提出した申請書などには、取締役の法令または定款義務の違反、忠実義務や注意義務の違反に係る内容が書かれている可能性は低いと考えられる。これらのことに鑑みれば、上記文書の「標目」が開示されても、その情報提供としての意味は限定的であり、「株主等が代表訴訟を遂行するうえで必要な訴訟資料を収集することを可能にする」という立法目的がどれほど実現されるかは、疑問である。

これに対して、契約書、弁護士意見書²¹⁴、第三者機関が作成した報告書の中の会社による開示義務がない報告書、（提訴請求事件と直接な関係を有することを株主が把握していなかった事件の）訴訟記録²¹⁵、他の社内規則は、通常、株主はその存在または同文書と提訴請求事件との関係性を知ることが難しいものであると考えられる。そうであれば、これら資料については、単なる「標目」の開示であっても、株主は株主代表訴訟においてその開示を争うこと、若しくは、自らの同文書の取得や閲覧ができるようになる可能性が生じる。この点から、「役員間の馴れ合いによって提訴されない事態への牽制」と「株主に訴訟資料を容易に取得させる」という二つの趣旨が実現されるかもしれない。「標目」の開示だからといって、全く意味がないわけではないのである。

日本の株主による証拠資料の収集に不足の部分がある²¹⁶。標目が開示された文書が有意

²¹³ 民事事件に限ってみると、訴訟記録は、事件に関して裁判所が作成した書類（たとえば、口頭弁論調書、判決原本）および当事者その他の関係人から提出された書類（たとえば、訴状、答弁書、準備書面）で、裁判所および当事者の共通の資料として利用されるために受訴裁判所に保管される書面の総称である（兼子一など『条解民事訴訟法（第二版）』（弘文堂、2011）375 頁〔新堂幸司＝高橋宏志＝高田裕成〕）。何人も、裁判所書記官に対し、訴訟記録の閲覧を請求することができる（民訴法 91 条 1 項）。当事者および利害関係を疎明した第三者は、裁判所書記官に対し、訴訟記録の謄写、その正本、謄本若しくは抄本の交付又は訴訟に関する事項の証書の交付を請求することができる（民訴法 91 条 3 項）。この「利害関係」とは、法律上の利害関係をいうが、その訴訟事件または訴訟記録中の文書またはその記載がその者の法律的地位に関係する場合であればよい（新堂など・同 376 頁）。また、訴訟記録に当事者の私生活についての重大な秘密や営業秘密が記載されているなど、民訴法 92 条に定めた幾つかの事由が疎明されれば、裁判所は同閲覧や謄写等を請求できる者を当事者に限定することができる（民訴法 92 条）。

訴訟記録の収集を含む株主代表訴訟における原告株主の資料収集をめぐる研究として、小林秀之「株主代表訴訟における原告株主の資料収集手段」ジュリスト 1062 号（1995）53-59 頁、佐藤鉄男「株主代表訴訟における資料収集」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）215-240 頁などがある。

²¹⁴ 弁護士は証人として証言を拒むことができる（民訴法 197 条）が、すでに会社に交付されている報告書は文書提出命令の範囲外ではない。日本弁護士連合会「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告」https://www.nichibenren.or.jp/library/ja/committee/list/data/attorney-client_privilege/final_report.pdf（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²¹⁵ 他事件の訴訟記録につき、株主が閲覧の権限を持っていても、同事件と提訴請求事件との関係性を把握していなかった場合、株主が同閲覧手続をしない。したがって、同訴訟記録の標目の開示だけであっても、両事件の関係性を株主が把握できるようになるので、株主による証拠取得にとって意味があると考えられる。

²¹⁶ 日本の訴訟当事者による情報収集の手段とその効用が、アメリカと比較してその格差は歴然しているとも言われる。小林秀之＝高橋均『株主代表訴訟とコーポレート・ガバナンス』（日本評論社、2008）151 頁。

義であったとしても、それが特定類型の文書に属するのであれば、文書提出命令の範囲外となることがあり（たとえば、会社の稟議書）、株主が代表訴訟においてそれを開示させることは認められない。そのような場合、不提訴理由書に記載された当該文書の内容を株主側は確認することができないので、同文書の内容を基にした攻撃は難しいであろう。仮に裁判官がかかる開示されない文書に対してアクセスすることができたとしても、株主が同文書に記載される内容を確認する機会はないので、原告株主がその内容を主張し、また証明することは難しいと考えられる。

(3) 実証研究

最新の実証研究²¹⁷によると、1996年以來、5年ごとに計算された役員に対する責任追及訴訟は、下記のようなになる。

表6 1996～2011年の役員に対する責任追及訴訟（先行業績²¹⁸に基づき筆者作成）※

期間	役員に対する責任追及訴訟の件数	会社による提訴の件数	会社による提訴の場合の勝訴率	株主代表訴訟の件数	株主代表訴訟の場合の勝訴率
1996-2000	26	1	100.0%	25	36.0%
2001-2005	21	2	100.0%	19	15.8%
2006-2011	25	12	66.7%	13	69.2%

※上場非金融企業のデータである。その他の企業類型のデータは、大杉教授の研究を参照されたい。

このデータをみると、2006年の会社法施行以後の5年間に、上場非金融企業では、役員に対する責任追及訴訟の件数があまり変わっていない一方で、会社による提訴の件数は、1996年～2000年の5年間に1件、2001年～2005年の5年間に2件であったものが、2006年～2011年の5年間に突然12件まで上昇したことが示される。会社による提訴の場合の勝訴率は、1996年～2005年までの10年間で100.0%であったものが、2006年～2011年にはむしろ66.7%まで下がっている。株主代表訴訟の勝訴率が69.2%であり、会社による提訴と株主代表訴訟の勝訴率に逆転現象が生じている。

会社による提訴が急増した一方で、勝訴するために必要な証拠が会社側に偏在しているにもかかわらず会社による提訴の勝訴率が株主代表訴訟を下回ったのはなぜか。大杉教授によれば、「上場・非金融企業において、会社が責任追及訴訟を提起するか否かを判断する際に、1996年から2005年までの期間と、2006年から2011年までの期間とでは、異なる判断を行うようになった」²¹⁹と推測が可能とされ、「この推測を具体化すれば、かつては、会社が責任追及訴訟を提起するのは、①勝てる見込みが高く、かつ、②提訴しなければ会社機

²¹⁷ 大杉・前掲（注23）291-317頁。

²¹⁸ 大杉・前掲（注23）310頁。

²¹⁹ 大杉・前掲（注23）309-311頁。

関（監査役など）の善管注意義務違反が疑われる場合であった。これに対して、2006年ごろからは、①の見込み、②の疑いが小さな場合でも、そのことを不提訴理由書として示すことが難しいため、提訴請求を放置すれば株主が代表訴訟の提起へと移行する可能性が高いと見込まれる場合には、会社は（株主からの具体的な提訴の請求がなされていない事例を含めて）自ら訴訟を提起するようになった、ということになる。」²²⁰と説明されている。不提訴理由書制度の副次効果とも言えるのであろう。

4 小括

不提訴理由書制度は、会社による調査の充実化、および、株主への訴訟遂行上の参考情報の提供の意味で評価できるものである。不提訴理由書の実際の記載例を確認することが難しいことを指摘したが、限られたケースからでも、「標目」だけの開示が有効な場合もありうる事が確認された。

最新の実証研究からは、2006年～2011年の間の役員に対する責任追及訴訟では、会社が提訴するケースが急増したことが分かった。2006年に施行された会社法では、不提訴理由書制度の導入により、「責任追及訴訟の提起の是非を判断する会社機関（監査役など）が提訴請求を行った株主に対して従来より高いレベルでの説明責任を負うことになったため、『本来であれば会社自身が提起すべき責任追及訴訟を監査役が提起しないこと』が従来よりも難しかったのではないか」²²¹との説明があるが、その通りであろう。それは勝訴率の低下に現れている。確実に勝てる見込みがない訴訟も、不提訴として株主に返答するよりも、会社自身が訴訟を提起するようになったのである。

第三節 中国の提訴請求制度

これまでアメリカと日本の制度を検討してきたが、第三節では、中国の制度を検討する。

株主代表訴訟制度が中国に導入されたのは、2005年改正の中国会社法である²²²。会社法において株主代表訴訟制度を導入した背景には、支配株主が役員（取締役、監査役、高級管理職）の派遣を通じて、また自らが「関連関係」を通じて会社を食い物にして、ひいては少数株主の利益を侵害するという不祥事が続出したことに対して、株主代表訴訟制度の導入を通じて、事後的救済措置として株主利益を保護することおよび少数株主による支配株主の不正を抑制することがある²²³とされた。一方、株主代表訴訟における提訴請求の制度に目

²²⁰ 大杉・前掲（注23）311頁。

²²¹ 大杉・前掲（注23）311頁。

²²² 会社法に株主代表訴訟制度が定められる前、中国ではすでに各地の裁判所で多数の代表訴訟が提起された。また、一部の地方の人民法院では、株主代表訴訟の審理に関するルールも制定された。詳しくは、拙稿・前掲（注133）244-247頁（本論文第一章15-18頁）を参照されたい。

²²³ 王・前掲（注28）153頁。また、2005年の中国会社法の改正経緯およびコーポレート・ガバナンスの視点からの同会社法の改正を検討した先行業績として、周劍龍「コーポレート・ガバナンスと中国会社法」西村幸次郎編『グローバル化のなかの現代中国法（第2版）』（成文堂、2009）95頁以下参照。

を向けると、株主からの提訴請求を受けても、会社の取締役が支配株主より派遣・任命される以上、取締役会または代表取締役が会社を代表して支配株主に対して提訴することが期待できないと言える。そうであれば、立法論としては、会社側による調査と提訴判断を信頼せずに、株主による提訴請求を単なる手続的なものにするほうが良いとも言えよう。

以下、中国の株主代表訴訟の条文を検討しながら検討したい。

1 中国会社法における提訴請求の制度

2005年に改正された中国会社法では、株主代表訴訟制度の手続につき、以下のように定めている。

「董事、高級管理職に本法第150条に定める事由がある場合、有限会社の株主、連続180日以上単独で又は合計で会社の1パーセント以上の株式を保有する株式会社の株主は、書面により監事会又は監事会を設けない有限会社の監事に人民法院への訴訟の提起を請求することができる。監事に本法第150条に定める事由がある場合、上記株主は、書面により董事会又は董事会を設けない有限会社の執行董事に人民法院への訴訟の提起を請求することができる。

監事会、監事会を設けない有限会社の監事、もしくは董事会、執行董事が前項に定める株主の書面による請求を受領した後、訴訟の提起を拒否する場合、又は請求を受領した日から30日以内に訴訟を提起しない場合、又は状況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうする場合、前項に定める株主は会社の利益のため、自己の名義により人民法院に直接訴訟を提起する権利を有する。

他人が会社の適法な權益を侵害し、会社に損失をもたらした場合、本条第1項に定める株主は、前2項の規定に基づき、人民法院に訴訟を提起することができる。」²²⁴

この条文からみれば、同法では、提訴請求を受け付ける窓口が交錯している。すなわち、取締役、高級管理職²²⁵の責任を追及しようとするときは監査役会（独任監査役の場合は、監査役）に、監査役の責任を追及しようとするときは取締役会（独任取締役の場合は、同独任の執行取締役）に提訴することが求められる。また、「他人」を提訴するとき、会社のどの機関が提訴請求の窓口になるかにつき、明記されていないが、監査役²²⁶が会社法上与えられた提訴権限は、取締役・高級管理職に対する提訴のみ²²⁷なので、「他人」に対する提訴の権

²²⁴ 2005年改正の中国会社法152条（株主代表訴訟）。2013年の中国会社法の改正に、2005年会社法の29条を削除したので、29条以後の条文序数に変化が生じた。同条文の和訳につき、森・濱田松本法律事務所編『中国経済六法』（日本国際貿易促進会、2014年）509頁を引用した。

²²⁵ 高級管理職とは、会社の総経理、副総経理、財務責任者、上場会社の董事会秘書および会社定款に定めるその他の者を指す（2018年中国会社法216条）。

²²⁶ 中国の監査役制度をめぐる和文の研究として、白国棟「中国会社法上の監査制度」判例タイムズ857号（1994）54-69頁などがある。

²²⁷ 中国会社法（2018改正）において、有限会社の監事（監事会）の権限につき、以下のように定められている。また、有限会社の監事（監事会）の権限は株式会社に準用するとされる。

第53条（〔有限会社の〕監事会、監事の権限）

監事会又は監事会を設けない会社の監事は、次に掲げる職権を行使する。

限がないと言える。そうであれば、「他人」を提訴する場合は、会社の取締役会または会社（宛先は会社の法定代表者）に対して提訴請求をすると解されよう。

また、同条文の文言上、株主が同提訴請求をしてから、「訴訟の提起を拒否する場合、又は請求を受領した日から 30 日以内に訴訟を提起しない場合、又は状況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合」という三つの場合にのみ、人民法院に対して株主代表訴訟を提訴することができる読める。すなわち、「状況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合」の株主代表訴訟の提訴であっても、提訴請求をしてからではないといけなとも読めるのである。しかし、各種の条文コンメンタールや裁判例からみれば、上記条文の趣旨は、「状況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合」、提訴請求自体が免除されるとする。すなわち、直ちに訴えを提起することができる解釈されているのである。

さらに、株主代表訴訟を終了させる権限につき、文言上、会社側に信頼を置いていないように読める。すなわち、会社の調査と判断がどれほど誠実性・独立性を有しても、会社が自ら提訴しない限り、株主は代表訴訟を提起することでき、この点では、日本法と同じような定め方をした。

日本会社法の株主代表訴訟と比べると、上記条文はとても簡潔である。具体的な運用にあたっては地方人民法院のルールや最高人民法院の裁判例に委ねられたようである。以下、同ルールと裁判例を検討していく。

2 地方人民法院のガイドライン

-
- (1) 会社の財務の検査
 - (2) 董事、高級管理職の会社職務執行時に対する監督、並びに法律、行政法規、会社定款又は株主会の決議に違反する董事、高級管理職に関する罷免意見の提出
 - (3) 董事および高級管理職の行為が会社の利益に損害を与える場合における、董事と高級管理職に対する是正の要求
 - (4) 臨時株主会会議招集の提案、董事会が本法に定める株主会会議の招集および主宰の職責を履行しない場合の株主会会議の招集および主宰
 - (5) 株主会に対する意見の提出
 - (6) 本法第 152 条の規定に基づく、董事、高級管理職に対する訴訟の提起
 - (7) 会社定款に定めるその他の職権。

第 55 条（〔有限会社の〕監事の董事会列席権等）

監事は、董事会会議に列席し、董事会の決議事項に対し質問又は意見を提出することができる。

監事会、監事会を設けない会社の監事は、会社の経営状況に異常を見つけた場合には、調査を行うことができる。必要な場合は、会計士事務所等を招聘してその作業の協力を仰ぐことができ、費用は会社が負担する。

第 118 条（〔株式会社の〕監事会の職権）

本法第 53 条、第 54 条の有限会社の監事会の職権に関する規定は、株式会社の監事会に適用する。監事会の職権の行使に必要な費用は、会社が負担する。

株主代表訴訟は会社の住所地²²⁸より管轄されると規定するものが多い²²⁹。したがって、会社の登記数の多い地方では、株主代表訴訟について裁判所により詳細に規定することが多い²³⁰。

比較的に新しいものとして、深セン市中級人民法院の株主代表訴訟の審理をめぐるガイドライン²³¹がある。同ガイドラインでは、提訴請求の制度につき、「第十条 株主が会社法第 151 条 2 項の『情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合』に基づき、人民法院に直接訴訟を提起する場合、人民法院は、以下の要素を考慮して、その理由が成立するか否かを判断する。1. 会社に対する不法行為が進行中であり、提訴請求による内部救済手続を経る場合は会社に回復しがたい損害をもたらさうること、2. 会社側の返事を待つことは期間満了による権利の消滅をもたらさうること、3. 不法行為者は会社財産を移転していることまたは会社財産の消滅の可能性があること、4. 会社から返事を待つことが会社損害の拡大または会社に回復しえない損害をもたらすその他の場合」とされた。

また、同条文の趣旨につき、ガイドラインでは「株主代表訴訟の一つの原則は『内部救済の窮尽』である。すなわち、株主が代表訴訟を提起する前に、まず会社の取締役会、監査役会に正式な書面による請求をし、会社権利の侵害者に対する行動を会社に採らせる必要がある。会社が当該株主による請求があつてからの一定期間内に会社権利の侵害者に対する行動がなければ、株主が代表訴訟を提起できる。しかし、『内部救済の窮尽』の原則は、一定の場面に例外を設けるべきである。会社法 151 条 2 項の『情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合』の場合は、当該提訴請求の手続を免除できる。どんな場面が『状況が緊急である』かについて、会社法は列挙していない。本条は会社法の同条文と関連して、いくつかの場면을列挙した。また、緊急な状況ではなくても、株主が内部の救済を求めてもその目的が達成できないと見込まれたり、提訴請求の手続を行うことが明らかに困難であったりする場合も、同提訴請求の手続を免除することができる。たとえば、会社がデッドロックの状態に陥り、会社機関（の人員）がすでに同部署にいなかったり、または同職責を担当しなかったりする場合、株主が提訴請求をしたくても無理である場合。原告株主は上記の提訴請求手続を免除する特別な状況を立証

²²⁸ ①「会社紛争案件の審判における若干問題に関する山東省高級人民法院の意見（試行）〔山東省高級人民法院關於審理公司糾紛案件若干問題的意見（試行）〕」（2006年12月26日施行）（以下、「山東高級法院意見」という）第74条、②「株主代表訴訟紛争事件の審判に関する上海市高級人民法院の若干の意見〔上海市高級人民法院關於審理公司股東代表訴訟糾紛若干問題的意見〕」（2007年9月18日施行）（以下、「上海高級法院株主代表訴訟意見」という）第1条。また、最高人民法院も会社法の司法解釈の意見募集稿（「③「会社紛争案件の審理の若干問題に関する最高人民法院の規定（二）（意見募集稿）〔最高人民法院關於適用中華人民共和國公司法若干問題的規定（二）意見徵集稿〕」において、株主代表訴訟事件を会社の住所地の人民法院より管轄されると定め、最高人民法院の意見が反映されているといえよう。

²²⁹ また、会社の住所地と被告の住所地はいずれも管轄できると定めたものもある。たとえば、「上海高級法院株主代表訴訟意見」第1条。

²³⁰ たとえば、もっぱら株主代表訴訟についてルールを發布したのは、深セン市、上海市がある。

²³¹ <http://www.baotoulawyer.com/info/2767.aspx>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

しなければならない。」とする。

このように、深セン市中級人民法院は、会社法 151 条の「情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合」を、四つの例を挙げて解釈した。また、会社法 151 条においては提訴請求の免除の要件として、「情況が緊急であり、直ちに訴訟を提起しなければ会社の利益に補填しがたい損害をもたらさうる場合」しか定められていないにも関わらず、状況が緊急でなくても「株主が内部の救済を求めてもその目的が達成できないと見込まれたり、提訴請求の手続を行うことが明らかに困難であったりする場合も、同提訴請求の手続を免除することができる」とのルールを定めた。このような条文は、中国会社法の文言解釈を明らかに逸脱しているが、提訴請求の無益性の理論を裏付けとして、合理性があるルールであるとも言えよう。このような理論が、最高人民法院の判決においても支持されている²³²。

このように、ごく限られた例外を除き、中国の会社法では、会社に株主代表訴訟の妥当性を判断する機会を与えていない。株主代表訴訟では、被告は、原告株主の提訴請求の手続上の瑕疵²³³をもって訴訟の却下を求めることが可能であるが、会社にとっては、会社が自ら提訴しない限り、株主代表訴訟を終了させる権限を持っていない。

以下において、ある判例を通じて、会社が自ら提訴しない限り、会社の判断が株主代表訴訟の手続進行に影響しないとのルールがあることを改めて確認する。

3 上海市高級人民法院の判断

本事例には、三つの判決がある。それぞれ、上海市静安区人民法院（第一審）²³⁴、上海市第二中級人民法院（第二審）²³⁵、上海市高級人民法院（再審）より審理された判決である²³⁶。

(1) 事案の概要

本件事案は、会社の執行取締役²³⁷である Y に対する原告株主 X による会社への損害賠償を求める株主代表訴訟である。

甲有限会社（以下、「甲社」という）は 1994 年に上海市にて設立された会社である。設立当時、甲社の株主は、Y（執行取締役）と Z（監査役）であり、それぞれの持株比率は、62.64%

²³² 提訴請求が無益である場合、無駄な提訴請求を強要しない、と最高人民法院も判例の中で認めている（最高人民法院（2015）民提字第 230 号判決書）。

²³³ 手続瑕疵をめぐる研究として、朱慈蓮「股東派生訴訟的前置程序研究——『緊急情況』之外是否存在可豁免情形」政法學刊 27 卷 3 号（2010）5-9 頁参照。

²³⁴ 上海市静安区人民法院（2015）閩民二（商）初字第 S1436 号民事判決書。

http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2017/flws_view.jsp?pa=adGFoPaOoMjAxNaOp1aLD8bb+KMnMKbP119a12IMxNDM2usUmd3N4aD0yz（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²³⁵ 上海市第二中級人民法院（2016）滬 02 民終 2580 号民事判決書。

<http://www.shefy.com/view/cpws.html?id=443556>（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²³⁶ 上海市高級人民法院（2017）滬民申 1909 号民事裁定書。

http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2017/flws_view.jsp?pa=adGFoPaOoMjAxN6Opu6bD8cnqMTkwObrFJndzeGg9MQPdcssPdcssz（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²³⁷ 中国会社法 50 条では「株主の人数が比較的少ない又は規模が比較的小さい有限会社は、執行董事を 1 名置き、董事会を設置しないことができる」と定めている。この場合、執行董事（執行取締役）は会社の法定代表者となる。

と 37.36%である。

2004 年、上海市工商行政管理局（商業登記の面に限ると日本の法務局に準ずる）は、行政処罰の文書を下し、甲社が前年度の年度検査を締切日までに行わなかった理由で、甲社の営業許可書を取消した。

2006 年、Y の元配偶者である X は、上海市長寧区人民法院に提訴して、離婚および共同財産の分割を求めた。

2007 年、長寧区人民法院は離婚を認める判決²³⁸を下し、Y の名義で登記された甲社の 62.64%の持分を分割し、X と Y が各半分を所有する旨、判決を下した。同判決が効力を生じてから、X が人民法院に強制執行の申立てをせずに、同 62.64%の持分は依然として Y の名義で登記されていた。

2008 年、Y は上海青浦区人民法院に提訴し、甲社の清算手続を申立てた。しかし、各株主は清算手続に必要な甲社の財務書類・帳簿を提出できなかったため、同清算手続が進行できなかった。したがって、人民法院は、同清算手続の終結の裁定を下した。

2012 年、Z は、X からの役員に対する責任追及訴訟の提訴請求を受けて、2012 年 12 月 31 日に、上海市閘北区人民法院において、Y の役員としての対会社責任を追及する訴訟を提訴した。2015 年 2 月 9 日、上海市閘北区人民法院は、Z の訴訟取下げの申立てにより、訴訟取下げを同意する旨の裁定²³⁹を下した。上記訴訟の係属中、Y は Z の株主資格について異議を持ち、上海市青浦区人民法院に対して、Z が甲社の株主でないことを主張し、株主資格の確認訴訟を提訴した。同株主資格の確認訴訟は、一審²⁴⁰、二審²⁴¹を経て、Z が 2003 年に株主の出資金の返還を受けて、株主資格が喪失したと判示された。

その後、X は、甲社の株主として、上海市閘北区人民法院において、Y の役員としての対会社責任を追及するために、株主代表訴訟を提訴した。同代表訴訟は、2015 年 8 月 31 日に、上海市閘北区人民法院より受理された（一審）。

(2) 第一審での争点と判決

一審では、X の提訴資格の存否が争点の一つであった。Y は、X が離婚訴訟の判決後、強制執行の手続による株主の変更登記を申立てなかったため、株主として登記されず、甲社の株主ではないと、抗弁した。同抗弁につき、人民法院は、「離婚訴訟の判決は、Y の名義で登記されている持分は、X と Y が各半分を所有すると判示された。X が強制執行手続を申

²³⁸ 上海市長寧区人民法院（2006）長民一（民）初字第 1117 号判決書〔離婚事件である〕。

²³⁹ 上海市閘北区人民法院（2014）閘民二（商）初字第 114 号裁定書。

http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2017/flws_view.jsp?pa=adGFoPaOoMjAxNKOp1aLD8bb+KMnMKbP119a12jExNLrFJndzeGg9MwPdcssPdcssz（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²⁴⁰ 上海市青浦区人民法院（2014）青民二（商）初字第 264 号判決書〔株主資格事件である〕

http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2017/flws_view.jsp?COLLCC=3975880525&pa=adGFoPaOoMjAxNKOpX+DD8bb+KMnMKbP119a12jI2NLrFJndzeGg9NAPdcssPdcssz（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

²⁴¹ 上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）終字第 1218 号判決書〔株主資格事件である〕。

http://www.hshfy.sh.cn/shfy/gweb2017/flws_view.jsp?pa=adGFoPaOoMjAxNKOpU6a2/tbQw/HLxJzCnW1dfWtdoxMjE4usUmd3N4aD04Njk1MzcPdcssz（最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日）。

立てていないが、その事実、Xが株主の権利を失ったことを意味しない。甲社は、XとYの二人の株主しかいない。Xは、Yが法定代表者・執行取締役・総経理として会社に対する勤勉義務を違反したと主張し、自らの名義で本件訴訟を提訴するのは、合法である。」と判示し、Xによる株主代表訴訟の提訴が原告適格であると判示した。

(3) 第二審での審理と判決

それから、Yが一審判決に不服するとし、上海市第二中級人民法院に対して上訴した。この二審では、Yは、Xが甲社の株主ではないこと、およびXが甲社に対して提訴請求をしていないことを理由として、株主代表訴訟の却下を求めた。同係属中、Zは証人として法廷審理に参加し、Xは書面によってZに対してXの甲社に対する損害賠償責任を追及する旨の書面を提出したことがあることを証言した。この二審では、上海市第二中級人民法院は、「(2006)長民一(民)初字第1117号判決書[XとYの離婚判決]および(2014)沪二中民四(商)終字第1218号[Zの株主資格を否定した終審判決]に基づき、XとYは甲社の株主であり、それぞれ50%の持分を所有すると判断できる。Yは人民法院に工商登記[株主名義の登記]変更の強制執行を申立てていないが、その事実、Xの株主の権利に影響しない。また、人民法院の調査によると、甲社の監事であるZは、Xの提訴請求に基づいて2012年12月にYの対会社責任を追及する訴訟を提訴し、その後、同訴訟を取り下げたことを確認できた。いま、Xは甲社の株主として、自らの名義で本件株主代表訴訟を提訴することは合法である。Yは、Zが2003年に会社から引退して株主の資格および会社での職務を失い、甲社の監事でなくなったので、Zの提訴が監事として甲社を代表して提訴したものでなく、ひいては本件訴訟において株主代表訴訟の事前請求がないとみなすべきであると主張した。しかし、甲社の法人登記情報によると、会社がいま営業許可証の取消状態となっており、登記された監事は依然としてZであった。したがって、本人民法院は、Yが主張したZの監事職務の喪失に十分な証拠がないと判断し、Yの抗弁意見を採択しない。」と判示した(〔 〕内は引用者)。

(4) 高級人民法院への再審の申立てとその却下

再審の申立てがなされたが、上海市高級人民法院は、「Xが本件株主代表訴訟を提起する前に、すでに甲社の監事であるZがYに対して役員の実任追及訴訟をした(同訴訟は別の理由で取下げとなった)ので、Yが主張した本件株主代表訴訟の提訴請求の不存在を認めない」とし、一審と二審の判断を支持して、本件訴訟の再審申立てを却下した。

(5) 検討

この事件を検討する価値を改めて確認すると、第一に、監事が会社を代表して役員の実任を追及する訴訟を提訴していたが、同提訴を取り下げた後に、株主が会社の代わりに株主代表訴訟を提訴した事案である。訴えが取り下げられた場合は、訴訟は初めから係属していな

かったものとみなされる²⁴²。終局判決が下された後の取下げでは再訴禁止の対象となるが²⁴³、本件の場合には終局判決前の訴えの取下げであるので、役員に対する会社の損害賠償請求の訴権は依然として存在する。したがって、会社の訴権を権原とする株主代表訴訟も提訴することができるということである。

第二に、監事による訴訟の取下げに対して人民法院がまったく関心を示さなかったことである。すなわち、同取下げは、監事が調査してやはり被告に責任がなかったか、勝訴の見込みが低いと判断されたか、訴訟の係属が費用対効果面で割に合わないか、訴外ですでに賠償をしたかなど、その理由について上記三つの判決にはまったく触れていない。要するに、監事による訴訟の取下げがどのような理由があるかに関係なく、「訴訟の取下げ」を「会社が提訴しないこと」または「会社が提訴請求を拒絶したこと」とみなし、株主代表訴訟の提訴を認めたのである。会社側の訴訟提起の是非の判断について、人民法院は会社側の判断に信頼を置いていないということであろう。

4 小括

上記の検討において、中国会社法上の提訴請求の制度、同制度の趣旨と適用の例外を解明した地方人民法院のガイドライン、および、制度上、株主代表訴訟の審理において人民法院は会社の判断をまったく考慮しない裁判例を検討してきた。中国の制度とアメリカや日本の制度と比較してみると、米、日、中三カ国の株主代表訴訟では、会社の判断が裁判所より尊重されるレベルに格段の差があることが明らかになった。アメリカでは、一定の要件が満たされる場合、会社の調査と判断に基づく株主代表訴訟の却下が認められる。要するに、会社の判断が尊重される場合があるということである。日本では、会社の調査と判断に基づく株主代表訴訟の却下はないが、不提訴理由書に反映される会社の調査と判断の内容が、裁判官の心証を影響しえ、担保提供命令につながる可能性があるので、会社の判断はきわめて重要な意義をもつ。これに対して、中国では、株主代表訴訟をめぐる担保提供命令の制度がなく²⁴⁴、会社が自ら提訴しない限り、会社の調査と判断が尊重されず、会社による株主代表訴

²⁴² 日本国民訴訟法 262 条 1 項。訴え提起にもとづく訴訟法律関係や当事者および裁判所の訴訟行為の効果は遡及的に消滅する。ただし、一定の内容の証拠調べや裁判がなされた事実は法律効果の消滅と区別され、その訴訟において援用される可能性がある。伊藤真『民事訴訟法（第 5 版）』（有斐閣、2016）464 頁参照。

²⁴³ これについて、日本と中国は、同じような規定を設けている。

日本国民訴訟法 262 条 2 項では、「本案について終局判決があった後に訴えを取り下げた者は、同一の訴えを提起することができない。」とする。

中国最高人民法院の司法解釈では、「原告は、提訴の取下げまたは人民法院が提訴の取下げとみなして処理された後、原告は同一の訴訟請求をもって再度提訴する場合、人民法院はこれを受理しなければならない」と定めた（「中華人民共和國民事訴訟法の適用に関する最高人民法院の解釈〔最高人民法院關於適用中華人民共和國民事訴訟法的解釋〕」（2015 年 2 月 4 日施行）214 条 1 項）。

²⁴⁴ 中国会社法 22 条 2 項では「株主会、株主総会または董事会の会議招集手続または議決方式が法律、行政法規または会社定款に違反する場合、または議決の内容が会社定款に違反する場合、株主は議決が出された日から 60 日以内に人民法院に取消を請求することができる」とし、3 項では「株主が前項の規定に従い訴訟を提起した場合、人民法院は会社の請求に応じて株主に相当の担保を提供するよう要求することができる」と定めた。すなわち、中国会社法上、株主（総）会や董事会の決議の瑕疵に基づく取消訴訟に

訟の却下の申立てが、形式的にも実質的にも認められない²⁴⁵。このような評価を以下の表にまとめてみた。

表7 株主代表訴訟の終了における会社の権限（筆者作成）

国 項目	アメリカ	日本	中国
株主代表訴訟の 終了の申立て (形式上)	可	不可	不可
株主代表訴訟の 終了の申立て (実質上)	可	可に近い	不可
会社の調査と判 断が裁判所に尊 重されるレベル	強	中	弱

そのような差がある理由は不明である。会社が持つ請求権を会社自身が行使することが自主自律であるとするれば、会社側の不提訴判断は原則として尊重されてよいであろう。しかし、その判断に歪みが生じうるところに株主代表訴訟制度の存在意義があると考え、歪みがあるかどうかの判断資料の開示があってよく（たとえば不提訴理由書など）、正当な不提訴理由があるときは訴訟を斥けてもよいのであろう。

第二章のまとめ

本章で検討したように、アメリカの特別訴訟委員会の権限をめぐる判例では、裁判所は同委員会の調査と判断を尊重するか否かの判断を行う場合、訴訟委員会（とそのメンバー）の誠実性と独立性を審査する。このことからみれば、他国においては、誠実性・独立性を有する会社の機関があれば、裁判所が同機関の調査と判断および訴訟却下の申立てに基づき株主代表訴訟を却下すべきである、との結論になりそうである。しかし、本章で検討したアメ

ついて担保提供命令の制度を設けたが、株主代表訴訟について担保提供命令制度が設けられていない。

株主代表訴訟制度についても担保提供命令制度を設けるべきであると、学者が提唱している。劉・前掲（注31）162頁。

²⁴⁵ 被告側に補助参加する第三人として、会社が任意に自らの調査と判断が記載された文書を裁判所に提出すれば、株主代表訴訟の却下が認められないが、裁判所による被告役員の責任の有無の判断に影響する。その意味で、中国においては、会社による株主代表訴訟の却下の申立てが、「実質的にも認められない」に検討の余地があるかもしれない。一方、このような訴訟結果に対する影響は、訴訟当事者による訴訟の攻防などに影響され、日本の裁判所による担保提供命令のように、実質的攻防が始まっていない段階で原告側に多大な負担をかける制度を通じて却下に近い効果が実現される仕組みと比べたら、攻防の機会を訴訟当事者に与える中国の制度では、会社による株主代表訴訟の却下が実質的にも認められないともいえよう。

リカのいくつかの重要な判例をみれば、特別訴訟委員会の判断が正当化される要素には、今までに多くの先行研究で検討された委員会の「誠実性」と「独立性」以外に、株主による委員会の判断に対する（証拠開示を通じる）検証の機会が重視されていることが判明した。

では、なぜ株主に検証の機会を与えなければならないのか。

第一に、手続的観点からは、委員会の調査と判断が裁判所による訴訟却下の判断の根拠となるので、このような根拠に対して、原告に検証の機会が与えられていなければ、同調査と判断に対する攻防ができず、デュープロセスの観点から正当性を担保できないことが理由の一つに挙げられるであろう。

第二に、実質的観点からは、特別訴訟委員会のメンバーの判断にバイアスが生じがちであり、裁判所による「独立性」²⁴⁶と「誠実性」の判断には主観的要素が混ぜられるのは不可避である²⁴⁷。*Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc.*事件²⁴⁸においてアイオワ州最高裁判所が判示したように、「もし被告である取締役らが委員会に対して訴訟の終結の推奨以外の結果を期待するのであれば、決して委員会を設けなかったであろう。被告である取締役に経営判断の原則が適用されないような利益衝突が存すれば、特別訴訟委員会を設けることでそれが除かれるとは考えられない」²⁴⁹、構造的偏向（バイアス）についてはその存在は証明できないものであり、その不existenceも証明できないものである。むしろ、特別訴訟委員会のメンバーが取締役会から選任する点からみれば、特別訴訟委員会のメンバーにバイアスが不可避的に存在すると解釈した方が理解しやすいであろう。そうであれば、「裁判所は経営の専門家ではない」というアメリカ裁判所の固有の理念に基づき、裁判所は特別訴訟委員会の判断を尊重しようとしているのであるが、そのような裁判所の姿勢が許容される前提としては、特別訴訟委員会自らの判断が何等かの手段を通じてそこに生じうるバイアスが最大限に抑止される（仕組みとなっている）かどうかにあると言える。

これを、本章で検討したアメリカの判例文の「原告が証拠開示を通じる特別訴訟委員会の誠実性および独立性を検証する機会を与えられなければならない」や「株主の請求に基づき

²⁴⁶ とりわけ、特別訴訟委員会の「独立性」の問題は、会社の不提訴判断の信頼性に重要な影響を与えるが、最も豊富な判例の蓄積のあるアメリカにおいても独立性に関する判断基準が必ずしも明確ではない。顧丹丹『株主代表訴訟の終了制度』（成文堂、2018）147頁、Rocky Dallum, *The Oracle That Wasn't Why Financial Ties Have Remained the Standard For Assessing the Independence of Corporate Directors*, 46 WILLAMETTE L. REV. 99 (2009) 参照。

²⁴⁷ そのことは *Auerbach v. Bennett* 事件の判決からも分かる。裁判所は「特別訴訟委員会のメンバーが〔取締役に就任される〕以前に会社との関係に対する疑いがまったくないわけではないとする強固なかつ想像できそうな仮想と言説があるもの (the vigorous and imaginative hypothesizing and innuendo)、記録からは、その独立性および利害関係を有しないことについて審判に付すべき事実上の争点とすべきであるものは何もない (there is nothing in this record to raise a triable issue of fact)」と判示した。すなわち、「独立性」と「誠実性」の判断には、黒か白かではなく、グレーの部分が常に存在する。このようなグレーに対する判断の難しさは、裁判官の心証に、通常の民事訴訟よりも多い主観的ものをもたらしうると言えよう（〔 〕内、筆者）。

²⁴⁸ *Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc.* 336 N.W.2d 709 (1983) . 同判決では、アイオワ州最高裁判所は、取締役に指名された訴訟委員会に構造上のバイアス (structural bias) があることを理由に、訴訟委員会による株主代表訴訟の終了権限を否定した。

²⁴⁹ 片山・前掲（注151）17頁の訳文を引用した。また、取締役の構造上のバイアスにつき、片山・同論文および戸塚・前掲（注167）30-32頁参照。

行った十分な開示は、逆に会社の代表が表明した内容と結びつけて見られる」とまとめて検討すると、筆者は、バイアスを最大限に抑止する役割を果たしたのが証拠開示の制度ではなかったかとの仮説を提示したい。すなわち、ディスカバリーというアメリカの裁判における強力な証拠開示制度は、特別訴訟委員会のバイアスに最大限の抑止をかけているとの仮説である²⁵⁰。このような抑止策は、ディスカバリーを通じて特別訴訟委員会の調査報告に対する原告株主の検証、および、ディスカバリーによる特別訴訟委員会の独立性と誠実性の検証を通じて、同委員会メンバーの不法・不当な判断への監督という二面があると考えられる。この検証と監督の二面により、特別訴訟委員会のバイアスが最大限に抑止されたのではないか。すなわち、後に見るように、1938年のFRCP制定時に導入されたディスカバリーの制度があるからこそ、特別訴訟委員会の調査と判断の透明性が向上し、よって1970年代の同委員会の調査と判断が裁判所より尊重されることに許容性があり、特別訴訟委員会に株主代表訴訟の管理権を授与することが正当化された（許容性があった）と考える。

アメリカのディスカバリー制度がどれほど強力な制度であったかを、筆者は次の章で検討する。もし、アメリカの同制度が、日本や中国の制度より遥かに強力であれば、調査と判断の透明性の違いにより、アメリカの裁判所は特別訴訟委員会の調査と判断を尊重しても、日本と中国はそのまま法移植しうるかは検討の余地が生じる。

日本では、不提訴理由書の制度の導入について、「アメリカの特別訴訟委員会の調査結果の具申があったのと同様の機能を事実上果たすことが予想される」とされ、特別訴訟委員会制度創設の代替的な施策であるとの認識がある。しかし、監査役の調査と判断に基づく会社側の株主代表訴訟を終了させる権限は認められていない。もし日本の証拠開示の制度がアメリカと比べてその強力さが遥かに弱いのであれば、監査役による調査と判断の透明性の向上は期待できない。その意味で、監査役（過半数の社外取締役からなる監査委員会を含む）の判断を信頼しない現在の日本の制度にも²⁵¹妥当性があると言えよう。

また、このような監査役への不信は、逆に監査役への保護にも繋がると考える。本章で検

²⁵⁰ アメリカの株主代表訴訟は、手続上、いくつかの段階がある。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主張できなくなるので、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する（21世紀政策研究所編「多重代表訴訟についての研究報告——米・仏の実地調査を踏まえて——」（2012）5頁〔山田純子〕）。会社が提訴請求を欠くことを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（同報告書5頁）。本章では、これまでの攻防を「第一次攻防」という。それから、提訴請求が免除されない場合、裁判所は一時的に手続を停止させるか、または再訴可能な訴え却下をすることとどめ、原告はその間に提訴請求をするようである（同報告書5頁）。それに対して、取締役会は通常提訴請求を拒絶すると言われている（山田・同5頁）。本章では、これを「第二次攻防」という。第二次攻防において、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り（同報告書5頁）、裁判所は同決定が不当であったか否かの審査にあたり、経営判断原則を適用する（同報告書5頁）。続いて、会社による訴え却下の申立ては認められず、正式審理（trial）に移行し（同報告書5頁）、取締役会はこの段階で特別訴訟委員会を設置し、同委員会が調査と不提訴の判断を行う。本章では、これを「第三次攻防」という。第一次攻防と第二次攻防では、原告がいずれも証拠開示（ディスカバリー）を利用して会社や取締役から情報を収集することはできない（同報告書5頁）。ディスカバリーは、特別訴訟委員会が設置された第三次攻防における制度である。

²⁵¹ そもそも日本では監査役や取締役の判断に信頼を置いていないとの評価がある。岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告側への訴訟参加」竹内昭夫編『特別講義商法1』（有斐閣、1995）239頁。

討したように、日本会社法の施行後、5年間ごとに集計した会社による役員責任の追及訴訟は、過去の1、2件から、突然12件になっている。かつ、2006年～2011年に、会社の勝訴率は過去の100%から66.7%に、株主代表訴訟の原告株主の勝訴率(69.2%)よりも低くなっている。そこには、過去提訴すべき事件が提訴されるようになったことを示していると言えるかもしれないが、証拠が会社側に偏在してもその勝訴率が低いという結果に鑑みれば、提訴すべきでないものを、監査役が自らの責任が追及されることを恐れて無理やりに提訴しているとも言えよう。強力な証拠開示制度がない中、監査役に株主代表訴訟の終了を申立てる権限を与えると、監査役の調査と判断に生じうるバイアスに対する抑止力が足りなく、監査役が不当な判断を行う可能性が高いと思われる。そうすると、株主による監査役への提訴が増加し、監査役監査における経営判断原則の適用がいまだ定着していない中で²⁵²、監査役が自ら提訴されることを危惧し、業務監査に混乱をもたされる可能性があるではないか。また、監査役のバイアス²⁵³に対する抑止が足りない一方で、監査役に株主代表訴訟の管理権(不提訴判断による裁判所への訴訟却下の申立て)を与えることは、会社内部機関でありながら「独立性」を志向してきたことで評価される日本の監査役²⁵⁴に、過剰な役割を強いり、酷であるとも言えよう。したがって、監査役の調査と判断を信頼しない日本の現行法では、監査役がある意味で保護されているとも考えられるのである。

本章で検討したように、中国では、日本と同じく監査役の判断に信頼を置いておらず、株主代表訴訟の管理権を会社にまったく与えていない。この点で、日本の制度をめぐる上記の検討はそのまま当てはまる。それゆえ、安直にアメリカの特別訴訟委員会制度を導入すべきであるとの提言²⁵⁵もあるなか、中国は会社に株主代表訴訟の管理権を与えない制度を維持していることに、むしろ妥当性があるとも言えよう。次の章で検討するように、中国の民事訴訟では、当事者主義を中心に定めており、職権探知は法院が必要と認める場合に限るとされるが²⁵⁶、ディスカバリーはもとより、日本のような文書提出命令の制度さえ置かれていない。そうであれば、証拠が会社側に偏在していることが避けられない株主代表訴訟では、会社の調査と判断が不透明であり、監査役のバイアスが抑止される要素が極めて乏しいと言える。このような民事訴訟上の構造的な問題点がある以上、少なくとも、日本の不提訴理由書制度

²⁵² 近藤光男「代表訴訟と監査役の機能」江頭憲治郎先生還暦記念論文集『企業法の理論(上)』(商事法務、2007) 619頁。

²⁵³ 不提訴判断における監査役のバイアスにつき、三田栄治「株主代表訴訟の終了と監査役の責任——新会社法・不提訴理由書制度と847条(2・完)——」横浜国際経済法学16巻3号(2008)1-30頁参照。

²⁵⁴ 尾崎安央「日米欧会社法制度における企業統治——収斂と分化——」今泉慎也=安倍誠編『東アジアの企業統治と企業法制改革』(アジア経済研究所、2005) 344頁注59。

²⁵⁵ アメリカの特別訴訟委員会制度の導入を提言するものとして、繆因知「論中国『公司法』下的特別訴訟委員会運作——我国股東代表訴訟前置程序的延伸適用——」時代法学第6巻1期(2008)48-53頁などがある。一方、一定の条件の下、監事会に株主代表訴訟終了の申立ての権限を与えるべきであるとする意見として、蔡元慶「股東代表訴訟中公司的地位和作用——以美国特別訴訟委員会制度為中心——」中外法学18巻4号(2006)448-461頁などがある。

²⁵⁶ 中国民事訴訟法64条2項。また、吉村徳重「中国民事訴訟法の比較法的特徴——当事者主義と職権探知・職権主義の交錯——」吉村徳重=上田竹志編『日中民事訴訟法比較研究』(九州大学出版会、2017) 4頁。

の導入により会社の調査の充実化を図ること²⁵⁷が望ましいと言えるかもしれないが²⁵⁸、会社の調査と判断の透明性および株主による会社側のバイアスへの抑止（会社の判断に対する株主の実質的な検証の機会）がほぼないままに、監査役や特別訴訟委員会に株主代表訴訟の管理権まで与えることもまた極めて慎重に検討する必要がある。

²⁵⁷ このような提言をする研究として、羅勇「探析我国股東代表訴訟的前置程序——以股東代表訴訟制度為中心——」中国商法年刊（2012）72-80頁。

²⁵⁸ しかし、中国では、経営判断原則がまだ形成中であり、かつ、監査役が監査役監査（業務監査）の基準を理解していない中、日本の不提訴理由書の制度を導入し、無理やりに監査役に調査させ、かつ、判断のプロセスを株主に提供することは、今の中国の監査役にとって酷であると考えられる。

第三章 株主代表訴訟の原告株主による会社所持証拠の取得 ——アメリカ法および日本法の視点からの中国法への示唆——

はじめに

民事訴訟において、原告が勝訴につながる証拠を持っていない場合、勝訴の可能性は格段に低くなる。民事訴訟の一類型としての株主代表訴訟においては、証拠が会社側に偏在し、株主が勝訴につながる証拠を取得するのは難しいという問題がある。この問題が解決されなければ、株主代表訴訟における原告株主の勝訴の可能性が低く、株主代表訴訟制度の実効性が大きく損なわれる可能性がある。その点で、アメリカにはディスカバリーという証拠開示の制度がある²⁵⁹。同制度の活用を通じて、原告側による証拠収集は容易になり、原告側の勝訴²⁶⁰の可能性が高くなる。一方、日本の文書提出命令の制度は各種制限がかけられており、アメリカのディスカバリー制度より、原告による証拠収集の能力の点で劣っていると言われる。中国では、そもそも日本のような比較的広範な文書提出の制度さえない。もし、このような相違が上記三カ国の株主代表訴訟においても当てはまるならば、同三カ国の株主代表訴訟制度の実効性も大きく異なる可能性があるであろう。本章においては、アメリカと日本の株主代表訴訟における証拠開示に係る制度を中心に、原告株主がどのように会社所持証拠等を取得できるかを考察して、中国法への示唆を検討する。

まず、アメリカと日本の証拠開示制度を検討する。次いで、株主代表訴訟においてアメリカと日本では証拠開示について何か特別の扱いがあるかを検討する。最後に、中国の制度を纏めながら、アメリカと日本の制度に基づく中国への示唆を検討することにした²⁶¹。

なお、営業秘密に係る情報は強制的な証拠開示の範囲から除外されることが一般的である²⁶²。たしかに、そのような情報が株主代表訴訟における被告役員の責任を判断するうえで必須の素材とまでは言えないように思われる。原則としては絶対的な非開示書類として取扱い、ごく例外的に、開示請求できるという取扱いが合理的であろう。したがって、本章では、営業秘密に係る情報を除外して、会社が所持する証拠に対する開示の制度を検討することとする。また、証拠の開示には多様な手段があるが、本章では、「文書提出」を中心に検討する。さらに株主による証拠収集については、訴訟手続における収集と訴訟手続外の情報

²⁵⁹ アメリカでは、刑事訴訟、国際貿易委員会の調査、特許商標庁の手続、司法省反トラスト局の調査においてもディスカバリーの制度があるが、本章では、主に民事訴訟におけるディスカバリーを検討する。

²⁶⁰ この「勝訴」とは、勝訴、和解などを通じる原告株主の実質的な勝利のすべてを指す。本章では、記述の都合上、「勝訴」で表現することにする。

²⁶¹ 本章では、企業の内部紛争手段として使われる株主代表訴訟ではなく、株主が会社のために（ひいては自分の利益を守るために）提訴する株主代表訴訟を想定する。

²⁶² アメリカのディスカバリーにおける営業秘密の保護につき、トーマス D. ロウジュニア（大村雅彦訳）「アメリカ民事訴訟におけるプライバシーおよび営業秘密の保護」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』（商事法務、2006）61-87頁を参照されたい。また、日本の証拠開示における営業秘密の保護につき、中武由紀「文書提出命令の審理・判断における秘密保護と真実発見」判例タイムズ 1444号（2018）28-81頁を参照されたい。

収集²⁶³とがあるが、本章では、前者を対象に検討を行うこととする。

第一節 日本とアメリカの証拠開示

1 アメリカのディスカバリー制度

アメリカでは、株主代表訴訟は、連邦の実体法に基づいて提訴されるもの、および、州の実体法に基づいて提起されるものがある。連邦の実体法に基づくものは、連邦地方裁判所²⁶⁴より連邦民事訴訟規則に基づいて審理される²⁶⁵。これに対して、州の実体法に基づくものは、州の裁判所により州の民事訴訟規則に基づいて審理される²⁶⁶。原告株主は、異なる州において代表訴訟を提起することができる²⁶⁷。たとえば、ある州（A）の実体法に基づく株主代表訴訟は、他の州（B）で提訴されてもよく、その場合は、B州の裁判所によりA州の実体法に基づいて審理される²⁶⁸。アメリカの民事訴訟手続は、日本および中国と異なり、手続法と実体法の面で、連邦法と州法で異なるところが少なくないが²⁶⁹、デラウェア州を含む各州の民事訴訟手続上のディスカバリーに関しては、連邦民事訴訟規則（以下、「FRCP」という）を参考して大差のないものとなっている²⁷⁰。本章では、FRCPの規定を中心に検討する。

²⁶³ たとえば、株主権に基づく会社書類（株主総会決議、取締役決議、計算書類など）の入手（デラウェア州一般会社法 220 条、日本会社法 318 条 4 項・442 条 3 項・371 条 2 項など、中国会社法 33 条・97 条・165 条）も可能である。

²⁶⁴ 連邦地方裁判所は、各州において少なくとも 1 つ設置されており、大きい州は幾つか設置される場合もある（たとえば、ニューヨーク州には 4 つあるが、ニュージャージー州では 1 つある）。ジェフリー等（田辺誠訳）『アメリカ民事訴訟入門』（信山社、1997）50 頁。

²⁶⁵ FRCP の制定により、初めてすべての連邦第一審裁判所で同一の民事手続法が適用されるようになった。浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第 3 版）』（弘文堂、2016）4-5 頁。

また、連邦裁判所は自ら訴訟規則やローカルルールを策定することもある。たとえば、ディスクリージャーの制度について、1994 年 3 月時点で、全米 94 の連邦地裁のうち、連邦規則のディスクリージャーをそのまま採用しているところが 32 地区、別な形のディスクリージャーを導入しているところが 31 地区があるとされ、すなわち、連邦規則は、裁判所の独自性を尊重して、いわば一種の標準形態を定めたに過ぎないと言われる。大村雅彦「アメリカ民訴における開示手続の改革」民訴雑誌 41 号（1995）214 頁。

²⁶⁶ たとえば、デラウェア州衡平法裁判所で審理される場合、手続上、デラウェア州衡平法裁判所規則が適用される。

²⁶⁷ たとえば、法人格を有する現地法人を作ったデラウェア州ではなく、企業の本社所在地や主にビジネスを行う州で提訴することもある。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と、適用されるのはデラウェア会社法となる。そうすると、デラウェア州以外の裁判官がデラウェア会社法により裁くことがある。21 世紀政策研究所編・前掲（注 251）43 頁〔Marc J. Sonnenfeld 弁護士〕。

²⁶⁸ 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、たとえば、*Lambrecht v. O'Neal*, 3 A.3d 277 (Del.2010) において、デラウェア州会社法に基づいてニューヨーク南部地区連邦地方裁判所で提訴された二重代表訴訟について、同連邦地方裁判所は、デラウェア州最高裁判所に、デラウェア州会社法の適用について、実体法の意見照会をすることもあった。山田・前掲（注 250）13 頁。

²⁶⁹ 合衆国憲法第 10 条の修正では、「本憲法によって合衆国に委任されず、また州に対して禁止されなかった権限は、それぞれの州または人民に留保する」と定められているので、州裁判所は、連邦裁判所から独立しており、その領域内で実質的に無制限の管轄権を行使する。モリソン・フォースター法律事務所編『アメリカの民事訴訟（第 2 版）』（有斐閣、2006）6 頁。

²⁷⁰ FRCP は、過半数の裁判所で全面的または部分的に採用されただけでなく、それ以外の州裁判所の民事

(1) ディスカバリー制度の概観

ディスカバリー²⁷¹は、訴え提起後、トライアル (trial) 前の段階において、当事者同士が法廷外で当該事件に関するあらゆる情報をお互いに交換し合い、争点整理を行いながら、証拠収集などのトライアルのための準備を行う制度であり²⁷²、アメリカの民事訴訟手続を特徴づける重要な制度の一つである。しかし、かつては、同じ原告と被告を有する民事事件であっても、原告が異なる請求権や提訴裁判所を選択することにより自己に有利な裁判を行う選択権があった²⁷³。そのような状況下にあつて、ディスカバリーは1938年にFRCPが設けられたときに創設され、その後、各州がFRCPの規定に基づき大差のないディスカバリー制度を導入したとされている。

ディスカバリー制度の創設の理由は、訴訟における不意打ちの防止、訴訟テクニックよりも紛争の実質に即した結果を導くことにある²⁷⁴。それ以前も、アメリカの裁判所においては、ディスカバリーに類似する制度は一応存在したようであるが、仮にそれが実施される場合であってもせいぜい単発的であり、また裁判所は一方の当事者が相手方の手持ち資料に対

訴訟法にも影響を与えており、裁判所規則の形態を用いる州であれ法典の形態を維持した州であれ、民事訴訟手続規範は、大なり小なり FRCP を模範とした簡略かつ現代的な手続を採用している。浅香・前掲 (注 265) 15 頁。

²⁷¹ discovery の和訳は、日本で一連の変遷を経て、現在の一般的な訳語である「ディスカバリー」となっている。

最初は、「発見」という訳語が使われていた (田中和夫「訴訟資料の相手方よりの取得」法協 58 巻 3 号 (1940) 1-23 頁・4 号 (1940) 16-38 頁)。

1950 年代に、田中英夫教授によれば、高柳賢三＝末延三次編『英米法辞典』(有斐閣、1952) にて初めて「開示」と訳されたとのことである (霜島甲一「アメリカ合衆国の開示手続——わが国の研究の現状・意義・方法」法学志林 79 巻 4 号 (1982) 10 頁注 1)。

1970 年代に「ディスカバリー」の訳語が現れ (ジェームス・イー・ブラム (松本啓二訳)「米国における訴訟にともなうディスカバリーと日本企業」海外商事法務 115 号 (1972) 26-30 頁参照)、しばらくの間、「ディスカバリー」と「開示」が併用されていた (小島武司「開示手続」新版英米判例百選 II 私法 (1978) 182-183 頁、霜島・同 10 頁、高橋一修「アメリカ連邦民事訴訟規則の開示手続とその 1970、80、82 年の改正について (1)」法学志林 79 巻 4 号 (1982) 13-29 頁、高橋宏志「米国ディスカバリー法序説」法協百年論集 3 巻 (1983) 527-612 頁など参照)。

アメリカの連邦民事訴訟規則 (FRCP) の 1993 年改正において、disclosure の制度の導入により、一部の事項につき訴訟当事者は自発的に先方当事者に開示することが義務づけられたので、1993 年までの「discovery」の制度が、「discovery」と「disclosure」に分裂された。この場合、「開示」で訳すと、「discovery」と「disclosure」の区別がつかなくなるので (大村雅彦『比較民事司法研究』(中央大学出版部、2013) 4 頁 (初出：大村雅彦「アメリカ民訴における事件情報の早期開示の動向」木川統一郎博士古稀祝賀論集『民事裁判の充実と促進 (下巻)』(判例タイムズ社、1994) 321-349 頁)、「discovery」と「disclosure」をカタカタで訳すことが一般的になっているようである。一方、訳語が必ずしも同制度の対象まで反映しなくても良いゆえか、「開示手続」で翻訳されている著作もある。たとえば、浅香・前掲 (注 265) がある。

²⁷² 司法研修所編『アメリカにおける民事訴訟の運営』司法研修所報告書第 46 巻第 1 号 (司法研究所、1993) 161 頁 (翌年、当局の許しを得て、法曹会により同じタイトルと内容で出版された)。

²⁷³ デラウェア州を例にすると、同じ紛争を、デラウェア州衡平法裁判所で提訴した場合にはデラウェア州衡平法裁判所民事訴訟規則、デラウェア州の連邦裁判所に提訴した場合には連邦民事訴訟規則、を適用することになる。前者については、https://courts.delaware.gov/rules/pdf/Chancery-Rule-Set_clean-9.10.2018.pdf (最終アクセス日：2019 年 9 月 30 日) 参照。

²⁷⁴ 土井悦生＝田邊政裕『米国ディスカバリーの法と実務』(一般社団法人発明促進協会、2013) 5-6 頁。

また、同制度の目的について、①Trial 前に訴訟の法律上および事実上の争点を明確にし、狭めること、②散逸、消滅している可能性のある証拠を保全すること、③Trial の際に相手方の予期しない証拠の開示を回避すること、④公平な和解を促進させることなども挙げられている。三輪泰佑など『法務担当者によるアメリカ民事訴訟対応マニュアル』(商事法務、2015) 120 頁。

して包括的に探索の網をかけるいわゆる「証拠漁り (fishing expedition)」について一般的に否定的な態度をとっていたと言われる²⁷⁵。こうしたディスカバリーに対する消極的傾向は、1938年のFRCPの採択によって大きな転機を迎えた²⁷⁶。同採択に際し、アメリカのFRCP上のディスカバリーは、緩やかな「関連性」の基準を採用し²⁷⁷、文書の特定さらに当該文書の存在を知ること不要であると定めた²⁷⁸。

1947年に、連邦最高裁判所は、ある事件の判決²⁷⁹において、「もはや資料漁りの旅という時代がかった叫びが、当事者が相手方の主張下にある事実を探索することを妨げることはできない。両当事者によって収集されたすべての関連事実の相互の知識は、適切な訴訟にとって必須である。当事者は相手方の有する事実は何でも吐き出させることができる。……連邦裁判所の民事トライアルは暗闇の中で進められる必要はなくなり、当事者がトライアル前に争点と事実につき完全な知識を獲得できる方法が明らかになった。」²⁸⁰と判示し、ディスカバリー制度の新時代の幕開けが告げられた²⁸¹。

1970年に、FRCPの改正により、ディスカバリーの制度が改正され、ディスカバリーの利用が極度に押し進められた²⁸²。広範なディスカバリーという意味で、最高水位 (high-water mark) に達したと言われる²⁸³。その内容として、ディスカバリーの一般規定であるFRCPの26条には、証言調書、質問書、文書提出、精神や身体の検査等のディスカバリーにおいて、秘匿特権 (privilege)²⁸⁴やワーク・プロダクト (work product)²⁸⁵などの若干の例外を除き、ディスカバリーを一般的に利用でき、当事者は必要と思う情報は、トライアルで証拠として

²⁷⁵ リチャード L. マーカス (三木浩一訳)「アメリカにおけるディスカバリーの過去、現在、未来」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟の理論』(商事法務、2006) 34 頁。

²⁷⁶ マーカス・前掲 (注 275) 33-34 頁。

²⁷⁷ ディスカバリーは、当該訴訟に含まれる「係争対象 (subject matter)」と何らかの関連性を有するあらゆる事項について認められる。そのほか、すべての当事者は、ディスカバリーを認め得るあらゆる事項につき、あらゆる人 (相手方当事者に限られない) の証言を録取することができること、すべての当事者は、他のあらゆる当事者に対してディスカバリーを認め得るあらゆる事項につき質問書を送付することができ、これを受けた当事者は、正当な質問につき調査および回答の義務を負うなどの規定を定めた。マーカス・前掲 (注 275) 34-35 頁。

²⁷⁸ 合理的に可能な程度の詳細さでカテゴリーを示して求める対象を特定すれば足りる。マーカス・前掲 (注 275) 35 頁。

²⁷⁹ *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947) . 同事件は、船舶の沈没による死亡者の一人の代表が船の所有者に対して提起した訴訟である。争点は、被告側弁護士が収集した生存者らの供述者やメモが証拠開示の対象となるか否かの問題である。

²⁸⁰ 小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』(弘文堂、1996) 151 頁の和訳を引用した。

²⁸¹ マーカス・前掲 (注 275) 36 頁。

²⁸² 小林・前掲 (注 280) 149 頁。

²⁸³ マーカス・前掲 (注 275) 37 頁。

²⁸⁴ たとえば、弁護士依頼者間秘匿特権に基づき、当事者が弁護士からの法的アドバイスを受けるために弁護士に開示した秘密情報は、ディスカバリーで除外され、当事者も弁護士もその開示を拒否することができる。

²⁸⁵ たとえば、弁護士が依頼者のために訴訟資料を準備する段階の業務成果は、ディスカバリーの範囲に属しない。弁護士依頼者間秘匿特権と異なる点は、弁護士依頼者間秘匿特権が弁護士と依頼者間の交信そのものを保護することを主な目的とするのに対し、ワークプロダクトは弁護士の訴訟準備活動を相手方からのぞき見られることのないように保護することを主な目的とする。土井＝田邊・前掲 (注 274) 40-41 頁。

許容されないものであってもディスカバリーで獲得できる旨、規定された²⁸⁶。

さらに、1983年には²⁸⁷、ディスカバリーの濫用が広範かつ深刻に存在していること²⁸⁸に鑑み、FRCPの改正に際して、ディスカバリーを定めたFRCPの26条 (a) において、「回数は無制限である」との表現が削除された。そして、同条 (b) において、裁判所が、(I) ディスカバリーが不当に累積的 (cumulative) ないし重複的 (duplicative) であるか、または、他からもっと容易に情報を得られるとき、(II) 過去のディスカバリーの際にその情報を得る機会があったとき、(III) ディスカバリーが事件の事情を考慮して不当に負担や費用をかけるものである、と認定されたときには、裁判所は、職権または当事者の申立てに基づき、ディスカバリーに制限を課することができる」と規定された²⁸⁹。

1993年のFRCP改正では、ディスカバリーの過剰に対応するために、「ディスクロージャー」の制度が導入された²⁹⁰。ディスクロージャーとは、もともと当事者がディスカバリーを要請する必要のある一部の基本事項につき、先方当事者の要求を待つことなく開示させる制度である。たとえば、訴答書面において特定して主張された、争いのある (1) 開示可能な事実の関連情報およびその所持人の氏名および (もし知っているのであれば) その者の住所、電話番号、(2) 事実に関するすべての書類、データ編集物、および有体物で、当事者の占有・管理・監督に服するもののコピー、あるいは、それらのカテゴリーと所在場所などがディスクロージャーの対象となる²⁹¹。このディスクロージャー制度の創設により、旧来のディスカバリー (広義) の概念は、1993年以後のディスカバリー (狭義) とディスクロージャーとに分かれた²⁹²。もっとも、この改正はあくまでも一部の情報開示が先方当事者の要求を待つか待たないかの違いに過ぎず、原告株主が会社保有の証拠を収集するという面では、なおディスカバリー (広義) で用いることも便宜であろう。そこで、本章では、「ディスカバリー」の用語は、特に言明しない限り、ディスカバリーとディスクロージャーを含む広義の意味で用いている。

2000年に、ディスカバリー規則の改正をめぐる民事規則諮問委員会 (Advisory Committee

²⁸⁶ 小林・前掲 (注 280) 151 頁。

²⁸⁷ その前に、1980年のFRCP改正もあるが、ディスカバリー会議の関係を除けば、ディスカバリー濫用防止のための新规定が含まれていないので、ここで略す。

²⁸⁸ その例証は、たとえば、多くの州の連邦地裁ではローカル規則で質問書の数的制限が採用されている。また、シカゴの弁護士 200 人に対して実態調査をして、49%の弁護士がディスカバリーの過剰を問題としている。C. Ronald Ellington, *A study of sanctions for discovery abuse*, at 43 (Department of Justice, 1979)、および、小林・前掲 (注 280) 164、170 頁。

²⁸⁹ 小林・前掲 (注 280) 167-168 頁。

²⁹⁰ 1993年のFRCP改正について、大村・前掲 (注 265) 214-218 頁、三好駿一「日本企業はアメリカ『開示制度』のハードルをいかに超えるか——1993年連邦民事訴訟法規則改正に関連して」国際商事法務 25 巻 10 号 (1997) 1088 頁。

²⁹¹ 平野晋「アメリカ合衆国連邦民訴規則改訂における強制的開示手続」判例タイムズ 835 号 (1994) 36 頁。

²⁹² FRCP では、よく「disclosure or discovery」で書かれ、たとえば、FRCP16 (b) (3) (B)、26 (c) (1) などがある。disclosure と discovery を区別するためには、前者を「当然開示」に、後者を「請求開示」に翻訳される文献がある。<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai8/8siryou2.pdf> (最終アクセス日: 2019年9月30日) 91 頁参照。

on Civil Rules) の調査により、同委員会は (1) ディスカバリーの範囲を「あらゆる自社の主張または防御に関連する」に制限し、「係争対象」とならぬとの関連性を有する事項についてのディスカバリーについては裁判所の命令を要すること、(2) ディスクロージャーの対象を開示者に有利な資料に限定することによって、ディスクロージャーの制度に基づき弁護士が自己の依頼者に不利な訴訟資料を相手方に引き渡すことを余儀なくされることによりもたらされた不平不満を取り除くこと、(3) 証言録取を1日以内かつ7時間以内に制限することを通じて、長期にわたってだらだらと行われる傾向のある証言録取の現状を改めること、(4) ディスカバリー制度の全国的な統一を回復するための、早期の弁護士間協議、証言録取書および質問書の数量制限など、(5) 比例原則に違反したディスカバリーに固執する場合の裁判所による費用負担命令の創設、を提案した²⁹³。その中で、(5) を除き、すべてアメリカ最高裁判所によって正式に受け入れられ、公布された²⁹⁴。

一連の改正からは、ディスカバリーの負の側面への反省があり、是正がなされてきたと考えられる。

一方、2006年の改正は、Eディスカバリーに向けたものであった²⁹⁵。すなわち、電子保存情報の広範化という時代的背景があり、現在新たに発生する情報の99パーセントが電子的情報であると言われることから²⁹⁶、このような状況下で、アメリカの民事規則諮問委員会は、Eディスカバリー制度をめぐるFRCPの改正案を提案し、2006年4月にアメリカ最高裁判所に承認された。同改正は、主に証拠の隠ぺい（電子的情報の保全・廃棄の基準など）、弁護士依頼者間秘匿特権（電子データからの特権内容の選別など）、開示費用の負担、データ形式・メタデータ²⁹⁷の扱いなどをめぐるものであった²⁹⁸。

今日まで発展してきたアメリカのディスカバリー制度は、トライアルの前段階における当事者主導の情報収集制度として、大変な時間・労力・費用を要する一方で²⁹⁹、もはや現代のアメリカ民事訴訟法では紛争解決における不可欠な中心的地位を占めていると言われる³⁰⁰。時間・労力・費用の面とその紛争解決における有効性において「中心的地位」を占めて

²⁹³ マーカス・前掲（注 275）42-43 頁。

²⁹⁴ マーカス・前掲（注 275）43 頁。

²⁹⁵ 電子保存情報（electronically stored information）.FRCP34（b）（2）は、量の膨大さ、徹底的な削除は難しいこと、メタデータ（ファイルの最後の修正時期の情報など、いわゆる「データに関するデータ」を指す。）は普段の電子情報が反映しがたい背景情報が入っているので、訴訟で攻撃されやすいなどの点からみると、Eディスカバリーに関するFRCPの改正は大きな影響がある（土井＝田邊・前掲（注 274）87 頁）。ただし、本章は、ディスカバリーと1970年代から判例法によって形成した特別訴訟委員会の関係の視点で検討するものであり、2006年のEディスカバリーを直接の対象とするものではない。簡単な紹介にとどめる。

²⁹⁶ Report of the Judicial Conference Committee on Rules of Practice and Procedure（September, 2005）at 22.

²⁹⁷ メタデータとは、印刷した書面や通常のモニター画面には表示されない、隠されたデータなどを指す。たとえば、文書の作成や作成日時、修正履歴といった情報である。消却された情報も含まれる。関戸麦『日本企業のためのアメリカ民事訴訟対策』（商事法務、2010）113 頁。

²⁹⁸ 吉田大助「E-ディスカバリーに関する米国連邦民事訴訟規則の改正」国際商事法務 34 卷 11 号（2006）1412-1420 頁参照。

²⁹⁹ 土井＝田邊・前掲（注 274）8 頁。

³⁰⁰ 小林・前掲（注 280）148 頁。また、アメリカでは、訴訟の主要な武器としてのディスカバリーは、訴訟における機能だけでなく、制定法の私人による実現においても中心的な役割を有し、ディスカバリーと

いるとの事実は、ディスカバリーの費用の膨大さ³⁰¹のデータから、またほとんどの訴訟がディスカバリーを経てトライアルに入らずに和解になったとのデータ³⁰²から明らかである。

(2) ディスカバリー手続の概要

アメリカの民事訴訟手続の特徴として、プリーディング (pleading、訴答手続)、広義のディスカバリー手続 (ディスクロージャーと狭義のディスカバリー³⁰³)、正式事実審理 (トライアル、trial)³⁰⁴などがある。このうち、ディスカバリーにおいては、訴訟に関係する情報の提供がなされ、証拠はもちろん、証拠力のない情報³⁰⁵の開示を求めることも可能である³⁰⁶。

当事者は、訴答手続の後、まず、ディスクロージャーとして、先方の要求を待たずに、自発的にトライアル前ディスクロージャーを行う。トライアル前ディスクロージャーには、ここに述べる当事者がまず行うイニシャル・ディスクロージャー (initial disclosure)³⁰⁷のほかに、専門家証言ディスクロージャー (disclosure of expert testimony)³⁰⁸とトライアル前ディスクロージャー³⁰⁹がある。

その後になされるディスカバリーの範囲につき、下記のように定められている。

「裁判所の命令によって制限されない限り、ディスカバリーの範囲は以下のとおりである。当事者は、いずれかの当事者の請求または抗弁 (claim or defense) に関連する、秘匿特権 (privilege) の対象とならないすべての事項について開示を求めることができる。書面または有体物の存在、描写、性質、保管、状態および所在地、並びに開示すべき事項について

いう訴訟改革の結果として社会改革が可能になったとも言われる。マーカス・前掲 (注 275) 46 頁。

³⁰¹ たとえば、2001 年～2011 年の間、連邦地方裁判所で審理された特許侵害事件では、ディスカバリーにかかるコストは訴訟全体コストの 50%以上を占める。土井＝田邊・前掲 (注 274) 8 頁。

³⁰² 2010 年 10 月～2011 年 9 月までの一年間に連邦地方裁判所に審理した民事事件に、トライアル中またはトライアル後に審決した事件は、全体のわずか 1.2% (全 245,236 件中 2,877 件) に過ぎない

(Administrative Office of the United States Courts, 2011 Annual Report of the Director: Judicial Business of the United States Courts 156 (2012)) とされる。土井＝田邊・前掲 (注 274) 8 頁の注 13 参照。

³⁰³ ①ディスカバリー会議 (discovery conference)、②スケジュール命令 (scheduling order)、③ディスカバリーの実施 (ディスクロージャーと狭義のディスカバリー) の流れで進められる。①～③の手続に和解やサマリゼーション (略式判決) を下すことがある。土井＝田邊・前掲 (注 274) 6-7 頁。

³⁰⁴ 裁判官の面前において口頭で行われる集中審理手続である。陪審審理 (jury trial) または裁判官審理 (bench trial) があり、当事者が陪審審理を申立てる場合、陪審審理を採る (FRCP39)。ただし、一部の州裁判所 (たとえば、デラウェア州衡平法裁判所) では、陪審審理を設けない場合もある。土井＝田邊・前掲 (注 274) 13 頁。

³⁰⁵ 裁判所の命令 (相当の理由がある場合) により、「訴訟の主たる判断事項に関連する事項のすべて」が対象となる (FRCP26 (b) (1))。

³⁰⁶ FRCP (26) (b) (1) .それゆえに、「discovery」を「証拠開示」より「ディスカバリー」と表現するほうがより良いように思われる。

³⁰⁷ 主張と関係する人物の氏名・住所・電話、主張に使われうる当事者の所持文書の写しなど、保険金にかかる保険契約など (FRCP 26 (a) (1) (A))。

³⁰⁸ 専門家証人の証言についてのディスクロージャーを意味する。たとえば、当該専門家証人の適格性を証明する証拠、当該専門家への報酬などを開示する (FRCP26 (a) (2) (B))。

³⁰⁹ トライアルで提出予定の証拠についてトライアル期日前になされるディスクロージャーを意味する。たとえば、トライアルに出席する証人に関する情報、トライアルで提出予定の書類の情報などを開示する (FRCP26 (a) (3) (A))。それ以前のディスクロージャーおよびディスカバリーによって、当事者は様々な情報や証拠をすでに手に入れているはずであるが、各自の立証・反証のためにトライアルに提出予定のものがどんなものであるかを最終的に開示するのである。大村・前掲 (注 271) 49 頁。

知っている人物の身元情報および所在地を含み、正当な理由（good cause）があれば、裁判所は、当該訴訟に含まれる主題（subject matter）に関連するすべての事項について開示を命じることができる。関連情報自体に証明力がある必要はなく、その開示によって証明力がある証拠の発見につながると合理的に考えられるものであれば足りる。すべての開示は、FRCPの26 (b) (2) (c) に規定する権限に服する³¹⁰。

(3) ディスカバリーの対象

ディスカバリーの対象となる情報は、ディスカバリーの制度機能を左右する最も重要な部分である。どのような情報が強制的に開示されるかは、ディスカバリーを求める側がどのような証拠を入手できるかを左右する。ディスカバリーの対象となる情報を類型化すると、次のようになる。

① 文書 (request for production)

一方の当事者は、他方の当事者または第三者に対して、自己の検査・複製に供するために、文書の提出を要請することができる³¹¹。このような文書は相当広い範囲に及び、秘匿特権など³¹²が認められない限り、あらゆる帳簿、文書またはその他の有体物について、その存在、種類、性質、保管、状態および所在場所に及び、開示可能な事項について情報を有する者の身元および所在の情報が含まれる³¹³。また、別段の合意がない限り、文書については、通常の業態において保存されている状態で提出し、または要請された分類に従って整理シラベルを付して提出しなければならない³¹⁴。その文書の提出により、アメリカの民事訴訟手続では常に原告は被告から大量の資料を取得することができ³¹⁵、同資料の検討により原告側に

³¹⁰ FRCP26 (b) (1) . 土井＝田邊・前掲（注 274）15-16 頁。

³¹¹ 土井＝田邊・前掲（注 274）80-82 頁。

³¹² ここの「など」には、たとえば、ディスカバリーの方法及び使用の限度または範囲を超えた開示要請がある。具体的には、(i) 要求されているディスカバリーが不相当に重複し若しくは繰り返しが多く、または、より便利で、負担が少なく、費用のかからない他の資料から得られること、(ii) ディスカバリーを要求している当事者が、すでに訴訟においてディスカバリーにより求める情報を得ることに十分な機会を有していたこと、または (iii) 提案されたディスカバリーが、事件における必要性、争われている金額、当事者の資力、問題となっている争点の訴訟における重要性、および、提案されたディスカバリーの争点の解決における重要性を考慮すると見込まれる利益に対して負担および費用が過大であることなどが挙げられる。FRCP 第 26 条 (b) (1) 参照。

³¹³ FRCP34 (a) (1) では、次のように定めている（土井＝田邊・前掲（注 274）80-81 頁の和訳を引用した）。

「(a) 当事者は、他の当事者に対し、FRCP26 (b) の範囲内で、次の要請を送付することができる。

(1) 応答当事者の占有、管理または支配下にある次のものを提出すること、および要請当事者またはその代理人がそれらのものを検査、複製、試験またはサンプリングすることを許可すること

(A) 指定されたあらゆる文書もしくは電子保存情報（書面、図面、グラフ、チャート、写真、録音、イメージ、その他のデータまたはデータ編集物を含む）で、情報を直接することもしくは（必要なら）応答当事者による合理的に利用可能な形式への変換の後に情報を取得することができる媒体に保存されたもの、または

(B) 指定されたあらゆる有体物」

³¹⁴ 土井＝田邊・前掲（注 274）82 頁の和訳を引用した。

³¹⁵ トライアルにおいては、訴訟当事者が法廷に莫大な量の文書を持参し、文書の入った段ボール箱が傍聴席の周囲を埋め尽くしたことがあると言われる。関戸・前掲（注 297）118 頁。

有利な証拠を見つけ、また被告も同資料の分析を通じて原告側にどのような証拠を取得されるかを把握でき、問題解決の方向性が大きく左右されることとなる³¹⁶。

文書の提出における留意点は、保管する文書等を廃棄または改ざんしてはならないということである³¹⁷。さもなければ、文書提出義務を負う当事者は制裁の対象となる。また、会社は訴訟になることが合理的に予測される場面では、関連する文書等の廃棄をやめるよう社内通達（Litigation hold、訴訟ホールド）を出さなければならない³¹⁸。社内通達には、「①情報を保存する理由、②保存する情報の範囲、期間、③情報の保存が会社および従業員の責務であることの確認、④社内通達に違反した場合に悪影響が生じることについての警告、⑤必要な情報を保有している従業員へ当該社内通達を転送することの依頼、⑥質問がある場合の問い合わせ先」を記載する必要がある³¹⁹。また、文書の提出に際しては、文書を保存し、収集し、整理し、相手方当事者に提供するという作業が必要であり、この作業が適切であったかが後に問われる可能性があるため、提出者は上記作業の記録を残す必要もある³²⁰。

また、上記の文書には電子メール等の電子情報も含まれる。電子情報が企業の有する情報の90%を占めるこの時代では、大量の電子情報を提出するためには、ディスクバリー自体の作業量も莫大になる³²¹。このような電子情報を提供できなかったことは、継続的（routine）かつ誠実（good faith）な電子情報システム運用にもかかわらず同情報が失われた場合を除き、制裁の対象となる。

② 自白（Requests for Admission）

一方の当事者は、他方の当事者に対し、当該係属中の訴訟に限ってではあるが、事実や文書の真正な成立に関連する事項について承認や否認を求めることができ、他方当事者は、承認もしくは否認し、またはこれに対して異議を述べなければならない（FRCP36（a）（1））。この場合、当事者は、書面により当該要請を送達する必要があり、かつ、文書の真正性をめぐる自白を要請する場合は、別途当該文書が閲覧謄写に供された場合を除き、その文書の写しを添える必要がある（同（a）（2））。要請を受けた当事者は、原則として要請書の送達を受けた日から30日以内に書面により返答しなければならない（同（a）（3））。要請された側が事実を承認した場合、原則として当該事項が立証されたものとみなされ、また、事実を認めない場合は、否認の理由または認否を明らかにできない理由を明らかにしなければならない（同（a）（4））³²²。

③ 証言録取（deposition）

³¹⁶ 被告は原告側に開示した文書に対する分析により、自己に不利な証拠が先方に取得されることに基づき、和解により解決することに方針変更した実例について、池田裕彦「密室の『自由な意思形成』は企業の利益か」自由と正義 51 巻 6 号（2000）11-12 頁参照。

³¹⁷ 関戸・前掲（注 297）114 頁。

³¹⁸ 関戸・前掲（注 297）114 頁。

³¹⁹ 関戸・前掲（注 297）114 頁。

³²⁰ 関戸・前掲（注 297）121 頁。

³²¹ 関戸・前掲（注 297）122 頁。

³²² 本間佳子「民事訴訟における事実解明」大学院研究年報 46 号（2017）114 頁。

証言録取は、法廷外において口頭または書面による法廷に出席しない証人の有効な証言を獲得する重要な方法である³²³。効果的な証言録取により相手方当事者の主張を切り崩すことができる³²⁴。証言録取は、事実の明確化、自らに有利な事実の相手方による承認、自らに不利なトライアルでの相手方の証言の予測・調査の糸口の発見に役立つと言われる³²⁵。証言録取に加われるのは、質問する側の弁護士、証人、証人側の弁護士、法廷速記者（court reporter）、通訳、通訳チェッカー、ビデオ・カメラマンなどである³²⁶。証言録取は、訴訟当事者に対してだけでなく、それ以外の第三者に対しても行うことができる³²⁷。したがって、会社関係訴訟の場合、会社や被告取締役などの訴訟当事者だけでなく、会社の従業員などの第三者に対しても真実を述べることを宣誓してもらった上での証言録取を行うことが可能である。

④ 質問書 (interrogatory)

質問書の手続は、当事者間で書面を交換することにより、開示範囲内にある事項の事実、法令適用に関する先方の意見・主張などを質問し、先方当事者に回答させることである。質問書には条件があり、訴訟の当事者は、他の当事者に対し、区分けした小問を含め総数25を超えない質問の質問書でなければならない。質問書は、裁判所の許可または書面による合意を要することなく送達することができる³²⁸。

典型的な例として、訴訟上の個別論点に関する他の当事者の主張について質問する場合であり、その際に質問内容を工夫すれば、有益な証言録取につながる情報を取得できる。また、個別論点に関する他の当事者の主張やその根拠をトライアル前に明確にさせることもできると考えられている³²⁹。

(4) 不開示に対する制裁

開示規則が遵守されるように、FRCPは厳しい制裁の規定を設けている。主な制裁としては、不利推定、裁判所侮辱（contempt of court）の扱い³³⁰、先方費用の負担の命令³³¹、罰金などがある。

不利推定について、モルガンスタンレー事件³³²において、同社が証拠となる電子メールを

³²³ ほとんどは口頭の形で行う（土井＝田邊・前掲（注 274）101 頁）。また、自然人と法人に対し、いずれも証言録取が可能である。自然人の証人は知らないことは「知らない」と回答することができるが、法人に対する証言録取の場合、法人は適切な証人を選定の上、証言録取に出席させてなくてはならないので、「知らない」と回答することが許されない場合がある。関戸・前掲（注 297）135-136 頁。

³²⁴ モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所編・前掲（注 269）82 頁。

³²⁵ モリソン・フォースター外国法事務弁護士事務所編・前掲（注 269）82 頁。

³²⁶ 土井＝田邊・前掲（注 274）110 頁。

³²⁷ 土井＝田邊・前掲（注 274）112 頁。

³²⁸ FRCP33 (a)。

³²⁹ 土井＝田邊・前掲（注 274）72 頁。

³³⁰ 裁判所侮辱とは、裁判所の権威を傷つける行為をいい、その制裁として通常、制裁金または拘禁である。土井＝田邊・前掲（注 274）134 頁。

³³¹ 命令違反に起因する合理的費用（弁護士費用を含む）を応答当事者、代理人弁護士または双方に負担させなければならない（FRCP (b) (2) の (A) と (C)）。

³³² 2005 年 5 月 19 日ニューヨークタイムズ（関戸・前掲（注 297）146 頁）。

隠匿したとして、裁判所は、陪審に対して、「モルガンスタンレーが詐欺的行為をしたとみなすよう」との指示をし、ディスカバリーにおける手続違反を根拠に、同社の敗訴を確実にするような制裁をした。陪審は同指示に基づき、同社が被害を受けた投資家に対して14億5000万ドルを支払うべきと判断した³³³。

また、罰金について、フィリップ・モリス事件³³⁴において、裁判所から訴訟の争点に関連しうる電子メールを保管するよう命じられていたにもかかわらず、フィリップ・モリスらは60日以上が経過した電子メールを毎月抹消する社内システムを採用した結果、訴訟の争点に関連しうる電子メールがいくつか抹消されていた。このことについて、裁判所はフィリップ・モリスらに対して罰金として275万ドルの支払いを命じた³³⁵。

(5) ディスカバリーの例外：秘匿特権

アメリカの株主代表訴訟において、ほとんどの場合、会社は名目上の被告とされる。また、会社が株主代表訴訟の原告側の主張に関わっている多くの証拠を所持しているため、その証拠をできるだけ広く開示させたいという原告側のニーズは、会社の立場と、常に矛盾が生じる。それと関わって、アメリカ法では、秘匿特権の制度³³⁶が設けられている。

秘匿特権は、主として、訴訟における「弁護士依頼者間の秘匿に係る特権 (attorney-client privilege)」を指す。そのほかに、自己負罪拒否特権 (連邦憲法第5条)、配偶者間秘匿特権などもある³³⁷。秘匿特権等を理由にディスカバリーの対象から除外しようとする場合、開示すべきものとされる者が「プリベレッジ・ログ (privilege log)」という一覧表を作成し、相手方に提出する必要がある³³⁸。

弁護士依頼者間の秘匿に係る特権は、一般的に、「依頼者による弁護士に対する全面的な情報開示 (to encourage clients to make full disclosure to their attorneys)」と言われ、このような交信に対する秘匿特権の付与を通じて、依頼者による弁護士への全面的情報開示を保護することにある。全情報の提供がなければ弁護士による適切な活動が行えないからである。それが秘匿されなければ、弁護士に十分な情報が提供されない。したがって、かかる情報の秘匿性は保護されなければならないのである。

³³³ 関戸・前掲 (注 297) 146 頁。

³³⁴ *United States v. Philip Morris USA, Inc*, 327 F. Supp. 2d 21 (D.D.C.2004) . 関戸・前掲 (注 297) 14-15 頁。

³³⁵ 関戸・前掲 (注 297) 145 頁。また、各種制裁の実例を纏める研究として、土井＝田邊・前掲 (注 274) 136-146 頁参照。

³³⁶ 秘匿特権以外には、FRCP26 (b) (3) に規定されるワークプロダクトの制度、FRCP26 (c) に規定される保護命令 (protective order) の制度がある。保護命令の範囲は極めて広く、秘密の漏洩を防止するための制度であり、たとえば、財務情報、ソフトウェアのソースコード、取引先リスト、将来の製品、将来の事業戦略などについて、いずれも保護命令を申立てることが可能であるが、「正当な理由」を疎明する必要がある。土井＝田邊・前掲 (注 274) 46-47 頁。

³³⁷ 土井＝田邊・前掲 (注 274) 18-19 頁。

³³⁸ プリベレッジ・ログを作成する目的は、提出の対象から除外することの正当性について、相手方に争う機会を与えることにある。これがなければ、相手方としては、どのような文書等について秘匿特権等が主張されているかを知ることができず、その正当性を争うことができなくなってしまう。関戸・前掲 (注 297) 128 頁。

もっとも、後述のように、株主代表訴訟において、弁護士依頼者の間に秘匿に係る特権は制限される場合がある。これは、いわゆる「ガーナー原則」の理論と呼ばれる。すなわち、会社と弁護士との間の交信は、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権で保護される範囲に含まれるのが原則であるが、株主代表訴訟（Derivative suit）において、会社は株主に対して忠実義務を負うので、正当な理由がある場合には、会社はその交信を株主に対してディスカバリーする必要があるとされるのである³³⁹。

（6）ディスカバリーの結果

訴訟においてディスカバリーがなされた結果、略式判決、和解、正式事実審理（トライアル）に入る。当事者には多くの選択肢がある。

第一に、裁判官は「重要な事実に関する真正な争点がない」と判断した場合において、当事者の申立てにより、トライアル手続に入らず、略式判決（summary judgement）を下す場合がある。略式判決は、実体判決であって、既判力が生じ、当事者の意思に反してトライアルを受ける権利を奪うことになる。それゆえ、略式判決をするかどうかの裁判官の判断は慎重でなければならない³⁴⁰。略式判決の申立ては、すべてのディスカバリーが終了してから 30 日以内にする必要がある³⁴¹。申立人がすべての重要な事実に関して争いがないことの立証責任を負う³⁴²。

第二に、和解である。和解のケースは多いと言われる。株主代表訴訟の場合、提訴請求の無益性に関する原告の主張が認められる場合、正式事実審理に至ることは稀である。そのような場合も含め、多くの事件で和解が成立する³⁴³。その理由は、株主代表訴訟が長引くと、多額の費用が発生し、また取締役や役員に対しての訴えであるため、会社経営の支障ともなることから被告取締役が早期の和解を望むからであると言われる³⁴⁴。

2 日本の文書開示制度

次に、アメリカのディスカバリーとは違う制度を持つ日本法をみてみよう。日本の株主代表訴訟においては、文書提出命令（民訴法 221 条）、当事者照会（民訴法 163 条）、文書送付嘱託（民訴法 226 条）、弁護士照会（弁護士法 23 条の 2）などの証拠収集の制度が利用可能

³³⁹ リーディングケースとしての *Garner v. Wolfenbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir.1970) 事件では、そのような正当理由を、①原告株主の株式数と持株比率、②株主は善意（bone fides）であること、③株主の主張の性質、④株主の当該情報を収集する必要性、⑤問題となる行為の不法性、⑥交信内容に係る行為、⑦交信内容と訴訟の関係性、⑧交信の特定、⑨企業の商業秘密の漏洩のリスク、と判示した。土井・田邊・前掲（注 274）35-36 頁。

³⁴⁰ 本間・前掲（注 322）118 頁。

³⁴¹ FRCP56 (b) .

³⁴² モリソン・フォースター法律事務所編・前掲（注 269）120 頁。

³⁴³ 21 世紀政策研究所編・前掲（注 250）43 頁 [Marc J. Sonnenfeld 弁護士]、44 頁 [John C. Coffee Jr. 教授]。

³⁴⁴ Sonnenfeld・前掲（250）43 頁。

である³⁴⁵。以下では、そのうちの文書提出命令の制度を取り上げて検討する。株主代表訴訟において、文書提出命令が機能すれば、情報に不足しがちな原告株主にとって有力な証拠入手の手段となりうると考えるからである。

(1) 1996年改正前の民事訴訟法下の文書提出義務

1996年改正前の民訴法においては、文書提出は、当然かつ一般的なものではなく、法律が定める事由のある場合に限って認められる、特別かつ限定的な義務であるとされていた³⁴⁶。その理由は、①文書ないしその記載内容に対する所持者の処分の自由および秘密保持の利益を尊重する必要があること、②文書の記載内容は不可分な場合が多く、要証事実と無関係な部分まで公開されるおそれがあるため、証人義務より所持者に与える不利益が大きいと考えられた、と説明される³⁴⁷。

(2) 1996年改正による文書開示義務の範囲の拡大

1996年の民訴法の大改正³⁴⁸（以下「1996民訴法」という）において、それまでの文書開示の条文は一変し、いわゆる「文書提出義務の一般化」³⁴⁹の条文となった。すなわち、「例外を除き、開示しない」から、「例外を除き、すべて開示する」に切り替えたのである。その結果、文書の提出義務の適用範囲が拡大され、いわば一般義務化した³⁵⁰。

1996年前の旧民訴法では、文書提出義務の対象文書は限定列举であった。当事者が訴訟において引用した文書（第一号）、挙証者が引渡し請求権または閲覧請求権を有する文書（第二号）、挙証者の利益のために作成された文書および挙証者と所持者との法律関係につき作成された文書（第三号）に限って、文書の所持者は提出義務を負うとしていたのである³⁵¹。しかし、争点の整理に向けて当事者が十分な訴訟準備をすることができるようにし、しかも争点について審理を充実させるためには、当事者が自分の手持ち証拠だけでなく、相手方や第三者の手中にある証拠に対してもアクセスしやすくすることが合理的である。1996年民訴法改正は、そのように考えられた結果である³⁵²。同制度の正当性を疑問視する論者も少なくないが³⁵³、株主代表訴訟との関連では、情報に不足する原告株主にとって、この制度が活

³⁴⁵ 東京弁護士会法友全期会民事訴訟実務研究会編『証拠収集実務マニュアル（第3版）』（ぎょうせい、2017）203頁。

³⁴⁶ 秋山幹男など『コンメンタール民事訴訟法IV』（日本評論社、2010）372頁。

³⁴⁷ 兼子など・前掲（注213）1188-1189頁〔加藤新太郎〕。

³⁴⁸ 1996年6月26日法律第109号。

³⁴⁹ 例外の場合を除き、それ以外の文書についてはすべて提出義務を認め、その意味で文書提出義務を一般化したと評価しうると言われる。竹下守夫=青山善充=伊藤眞（編集代表）「(研究会)新民事訴訟法——立法・解釈・運用——」ジュリスト増刊（有斐閣、1999）274-275頁〔竹下守夫発言〕。

³⁵⁰ 法務省民事局参事官室編『一問一答新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）245頁。

³⁵¹ 法務省民事局参事官室編・前掲（注350）245頁。

³⁵² 法務省民事局参事官室編・前掲（注350）245頁。証拠収集手続の拡充は、日本における民事訴訟の利用者にとっても、また、民事訴訟システムにとっても、悲願の一つであり、かねてから文書提出義務の一般化に対する市民の期待は相当大きかったと言われる（川嶋四郎「代表訴訟と文書提出命令制度・覚書」同志社法学62巻6号（2011）50頁参照）。

³⁵³ たとえば、自己専用文書であっても開示義務を負うと定めれば、会社は、「将来の訴訟に備えた文書作

用できることにメリットがあると考えられる。

1996年の民訴法改正においては、民訴法220条に第4号が追加され、提出を拒否できない文書について、「文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき」として3つのものが追加された。文書提出を拒むことができる場合とできない場合とを、同時に定めることにより、同条の構造は理解しづらくなったが³⁵⁴、簡単にいうと、ある文書は、民訴220条4号のイ・ロ・ハ・ニ・ホのいずれかに該当する場合、文書の所持者はその提出を拒むことができるが、その文書が民訴220条1号ないし3号のいずれかに該当する場合には、文書の所持者はその文書の提出を「拒むことができない」と解される³⁵⁵。提出を拒むことができる文書には、公務員または公務員であった者がその職務に関し保管しまたは所持する文書が除かれ、(イ)文書の所持者または文書の所持者の配偶者など特別の関係にある者について刑事訴追を受けるなどのおそれがある事項の記載がある文書(民訴196条参照)、(ロ)医師、弁護士などの職にある者またはこれらの職にあった者が職務上知りえた事実で黙秘すべき事項であって、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書(民訴192条2項参照)、(ハ)もっぱら文書の所有者が利用に供するための文書である。

このうち、(ハ)の文書は、一般に「自己専用文書」³⁵⁶と呼ばれ、これが提出義務の対象から除外されることにより、文書提出義務の一般化そのものに反対した経済界と、それを支持した学者や弁護士会との間で、ある程度のコンセンスを得られたと言われている³⁵⁷。「自己専用文書」の開示対象からの除外は、主に会社の「自由な意思の形成」を保護するために作られた制度であると言われ、アメリカ法、イギリス法、ドイツ法においていずれも見当た

成が意識されるようになると、会社の判断内容そのものも、従前の情緒的・非論理的ものから、客観的・論理的ものへと改善されていくことは、多くの弁護士が経験している。……また、アメリカでは広範なディスカバリーが認められているが、だからといってアメリカの企業内部の『自由な意見の表明』や『自由な意思形成』が阻害されているという話もあまり聞かれない」と実務家から主張されている。また、「国際的商業活動を行い、アメリカなどのディスカバリー制度を採用する国において訴訟に巻き込まれる可能性のある日本企業は、その内部の『自由な意見の表明』や『自由な意思形成』が保障されると喜んでいて、将来的には痛い目に遭うことになるであろう」とも言われる。池田・前掲(注316)13頁。

³⁵⁴ 文書提出を拒むことができる場合を規定すれば、それ以外の場合はすべて拒むことができないと解釈される。しかし、民訴法は、文書提出を拒むことができる場合と拒むことができない場合を同時に定めたので、構造上、「拒むことができない」条項の存在意義が疑われるようになる。このような規定の仕方は、旧民訴法312条1号ないし3号(現行民訴法220条1号ないし3号)をそのまま保留しながら文書提出義務の一般化を図りたい「苦心な作」と言われる(竹下守夫など・前掲(注349)274-275頁〔竹下守夫発言〕)。

³⁵⁵ 原強「文書提出命令①——学者から見た文書提出義務」三宅省三など編『新民事訴訟法大系——理論と実務』(青林書院、1997)131頁において、「それゆえ、四号文書は、一号から三号文書に当たらない文書を意味することになり、補完関係が認められると言える。」と述べる。

³⁵⁶ 「自己利用文書」(①)や「自己使用文書」(②)の呼び方もあり、民訴220条4号ニ「専ら文書の所持者の利用に供するための文書(国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。)」の書き方に従うと、「自己利用文書」がより正確であるようにも思われよう。ただし、本稿では、すでに学者より使われたことがある、かつ上記①と②における「利用」や「使用」のような形式的違いを避けることができる「自己専用文書」(③)の書き方を使うことにする。①につき、加藤・前掲(注347)1208頁、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法(第八版)』(弘文堂、2015)433頁参照。②につき、伊藤・前掲(注242)429頁参照。③につき、小林秀之編『法学講義 民事訴訟法(第一版)』(弘文堂、2018)212頁〔小林秀之〕参照。

³⁵⁷ 竹下守夫など・前掲(注349)274-275頁〔柳田幸三発言〕。

らない極めて特異な取扱いとなっている³⁵⁸。

なお、文書提出の義務を負う文書の「所持者」とは、提出を求められる文書を現実に握持している者に限らず、文書を他に預託した者など社会通念上文書に対して事実的な支配力を有している者（文書をいつでも自己の支配下に移すことができ、自己の意思のみに基づいてこれを提出できる状態にある者）を含むと解釈されている³⁵⁹。

(3) 自己専用文書

株主代表訴訟との関係では、会社の内部書類の一つである稟議書の開示の可否は重要な問題となりうる場合がある。しかし、それが「自己専用文書」と解釈されると、文書提出命令において提出拒否ができる文書となってしまう。この点をどのように解すればよいのかが問題となる。

なお、2001年民訴法改正³⁶⁰において、提出を拒否できる文書（民訴220条4号参照）の範囲が広がった。その結果、「自己専用文書」の条文は、1996年民訴法の220条4号ハ「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」との表現が、2001年民訴法の220条4号ニ「専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）」との表現に改められ、規定の場所が繰り下がった。

民訴法では、自己専用文書の具体例は挙げられていない。挙げることも現実的ではないであろう。立案担当者は、「〔自己専用〕文書には、個人的な日記、備忘録のようなものや、もっぱら団体の内部における事務処理上の便宜のために作成されるいわゆる稟議書のようなもののように、およそ外部のものに開示することを予定していないものも含まれる」³⁶¹、としているが、稟議書の取扱いについては、その最終的な判断は当然に司法に委ねられるのである（〔 〕内は引用者）。

(4) 「稟議書」の取扱いをめぐる最高裁平成11年決定

銀行の稟議書は「特段の事情」がない限り「自己専用文書」になることとした最高裁判所平成11年〔1999年〕11月12日第二小法廷決定（以下、「平成11年最決」という）がある。この決定は、自己専用文書の範囲の解釈に大きな影響を与えるものである。事案は、株主代表訴訟とは関係しないものではあるが、稟議書の取扱いという点で極めて重要な決定であると考えられる。

³⁵⁸ 富澤敏勝「企業内文書の提出義務について」山形大学紀要（社会科学）35巻2号（2005）17頁。

³⁵⁹ 加藤・前掲（注347）1189-1190頁。

³⁶⁰ 2001年7月4日法律第96号。同年、計3回の民訴法改正があり、法律第96号のほか、12月5日法律第139号、12月12日法律第153号がある。

³⁶¹ その趣旨について「このような文書についてまで民事訴訟に対する国民の協力義務として一般的に提出義務を負うものとする、裁判所から提出を命じられるという事態を常に想定して文書を作成しなければならなくなってしまう、文書の作成者の自由な活動を妨げる恐れがあると考えられる。」と説明している。法務省民事局参事官室編・前掲（注350）251頁。

①事案概要

本決定に係る本案訴訟³⁶²は、東京高裁平成9年〔1997年〕（ネ）第5998号損害賠償請求事件である。同事件は、銀行から6億5000万円の融資を受け、その資金で株式等の有価証券取引を行ったところ多額の損害を被ったとして、借入れをした者の承継人（原審原告）が上記の貸付けをした銀行（原審被告）に対して提訴した損害賠償請求事件である。請求権の基礎は、原審被告が借入れをした者の経済状態からすれば、貸付けられた金銭の利息は有価証券取引から生ずる利益以外からは支払われないことを知りながら、過剰な融資を実行したことにあるとして、金融機関が顧客に対して負っている安全配慮義務に違反する行為であるとするものである。

本案訴訟において、原審原告は、有価証券取引によって貸付金の利息を上回る利益を挙げることができるとの前提で原審被告の貸出しが行われたことを証明するために、原審被告が所持する、本件貸付に係る貸出稟議書および本部認可書（以下、合わせて「本件文書」という）が、民訴法220条3号後段（「文書が・・・挙証者とその所持人との間の法律関係について作成された」）の文書に該当し、また、同条4号ハ³⁶³所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に当たらないと主張して、本件文書の提出命令を申立てた³⁶⁴。

②原審決定

原審において、東京高裁は、「稟議書および認可書は、相手方内部の意思決定の過程において、その合理性を担保するために作成されるものであるが、その意思決定に関する基本的かつ最重要の公式文書というべきものであり、様々な局面で、銀行自身が貸出の合理性、正当性を外部に対し主張する場合、あるいは外部の者がこれらを確認する場合に、そのための基本的かつ最重要の資料であるということができる。したがって、これらは、専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、およそ外部の者に開示することを予定していない文書であるということとはできない」³⁶⁵と判断し、原審原告による文書提出の申立てには理由があるとして、原審被告に対し、本件文書の提出を命じた。これに対し、原審被告は最高裁に抗告した。

③最高裁決定

³⁶² 本件訴訟の事案概要について、最高裁決定の事案概要を引用した。

³⁶³ 当時は、1996年民訴法であったので、「自己専用文書」を規定する条文は「220条4号ハ」であった。現在は、2001年改正民訴法により220条4号ニである。条文の内容は同じである。

³⁶⁴ 原審決定によると、原審原告は「本件貸付が、いかなる資金使途、返済期限、返済条件を予定して実行されたかを客観的に証明しうる資料は、上記の稟議書・認可書しか存在しない」、また、「本件文書の必要性が極めて高く、他方、提出命令により相手方に不当な義務を課するものでもなく、挙証者の立証の必要性と文書の所持者の文書処分権の保護との調整という観点からみて、衝平を欠くものでもない」と主張して、本件文書の提出命令を申立てた。

³⁶⁵ 東京高裁平成10年（ウ）第774号平成10・11・24第二一民事部決定。

最高裁は、自己専用文書の定義について、「ある文書が、その作成目的、記載内容、これを現在の所持者が所持するに至るまでの経緯、その他の事情から判断して専ら内部の者の利用に供する目的で作成され、外部の者に開示することが予定されていない文書であった、開示されると個人のプライバシーが侵害されたり個人ないし団体の自由な意思形成が阻害されたりするなど、開示によって所持者の側に見過し難い不利益が生ずるおそれがあると認められる場合には、特段の事情がない限り、当該文書は民訴法 220 条 4 号ハ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』にあたる」³⁶⁶とした（下線は引用者）。そして、本件文書に対する判断として、「銀行において支店長等の決済限度を超える規模、内容の融資案件について本部の決済を求めために作成され、融資の内容に加えて、銀行にとっての収益の見込み、融資の相手方の信用状況、融資の相手方に対する評価、融資についての担当者の意見、審査を行った決済者が表明した意見などが記載される文書である貸出稟議書は特段の事情がない限り、民訴法 220 条 4 号ハ所定の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」にあたる」³⁶⁷との決定を下した（下線は引用者）。

いずれも、「特段の事情がない限り」という留保をおきつつも、銀行の貸出稟議書が銀行の「自己専用文書」であることを認め、同文書の提出を拒否することを認めたのである。

(5) 「特段の事情」を認めた最高裁平成 13 年決定³⁶⁸

最高裁判所平成 13 年〔2001 年〕12 月 7 日第二小法廷決定は、上記平成 11 年決定の判断枠組みを前提に、その留保されていた「特段の事情」の一場面を明らかにした最高裁決定として注目される。

① 事案概要

本決定の本案訴訟は、大阪地方裁判所平成 10 年（ワ）第 11490 号貸金等請求事件などいくつかの事件である³⁶⁹。これらの事件は、預金保険機構から委託を受けて破たんした信用組合の営業の全部を譲り受けたことに伴い、その信用組合の社内稟議書を所持するに至った債権回収のための法人である原々審原告が、原々審被告に対して貸金等請求や債権者代位請求をした訴訟を提起したところ、原々審被告から、信用組合の不法行為により原々審被告の有する損害賠償請求権をもって上記の原々審原告の請求額と対等額で相殺する旨が抗弁なされたという事案である。

³⁶⁶ 最決平成 11・11・12（民集 53 卷 8 号 1787 頁）。

³⁶⁷ 最決平成 11・11・12（民集 53 卷 8 号 1787-1788 頁）。

³⁶⁸ ほかに「特段の事情」という判断枠組みを用いた事例がある。たとえば、最二小決平成 11 年 11 月 26 日は、変額保険の説明義務違反をめぐる訴訟であったが、自己専用文書に係る「特段の事情」は認められず、稟議書の提出義務を否定した。

³⁶⁹ 大阪地方裁判所平成 10 年（ワ）第 11490 号貸金等請求事件、同裁判所平成 11 年（ワ）第 9243 号貸金等請求事件、同裁判所平成 10 年（ワ）第 11520 号債権者代位訴訟請求事件、同裁判所平成 10 年（ワ）第 11634 号債権者代位請求事件、同裁判所平成 10 年（ワ）第 11654 号損害賠償等請求事件。最決平成 13・12・17（民集 55 卷 7 号 1412 頁）参照。

原々審被告は、その相殺の抗弁に係る事実関係等を証明するために必要であるとして、原々審原告に対して、原々審原告の所持する稟議書および付属書類一切（以下、合わせて「本件文書」という）につき文書提出命令を申立てた。原々審原告は、本件文書は、いずれも民事訴訟法 220 条 4 号ハに規定する自己専用文書に該当するものであると主張してその提出を拒んだ。

②原々審決定

原々審裁判所である大阪地裁は、平成 11 年最決の趣旨を、〔1〕銀行内部の自由な意思形成を阻害するような弊害がなく、かつ、看過し難い不利益が生ずるおそれがあるとは認められない（顧客のプライバシー侵害の危険がないなど）場合、自己専用文書に該当しない「特段の事情」があるというべきである。また、〔2〕仮に何らかの不利益が生ずるおそれがあるとしても、証拠としての重要性や訴訟の目的等が、不利益を生ずるおそれよりも優越する場合があるのであり、このような場合は、比較衡量により、自己専用文書には該当しない「特段の事情」があることになると理解した上で、本件では、①信用組合はすでに消滅しており、経営活動を営んでいないから、本件文書の開示は、訴外の信用組合の自由な意思決定を阻害するという弊害は全くないこと、②本件文書は〔原々審〕原告自身の稟議書ではないし、〔原々審〕原告はすでに取引が終了した相手方から債権を回収することを目的としている法人であって、融資取引を引きつぎ継続するものではないから、〔原々審〕原告の意思形成を阻害するというおそれも全くないこと、③本件文書に記載されている情報は、〔原々審〕被告とその関連企業の情報であり、被告ら自身が開示を求めているのであるから、プライバシー侵害の危険も全くないこと（以上、下線と〔 〕内は引用者）、④本件訴訟は訴外信用組合が行った売却拒絶・利貸しが適正か否かが主たる争点であり、本件訴訟において本件文書は証拠としての重要性が極めて高いことと認定し、①+②+③+④＝「特段の事情がある」として、原々審被告が申立てた文書開示の請求を認めた³⁷⁰。

③原審決定³⁷¹

原審である大阪高裁は、上記原々審の決定のいくつかの表現の修正にとどまり、「抗告人〔原々審原告〕は……種々の不服を述べるが、いずれも抽象的・一般的に不利益を論じ、……本件文書の開示によって具体的にいかなる不利益が生ずるのかを主張するものではない。」と判断し、原々審決定を支持し、抗告人の「開示すべきではない」との抗告を棄却した（〔 〕内は引用者）。

④最高裁決定

最高裁は、「……上記の事実関係等の下では、本件文書につき、上記の特段の事情がある

³⁷⁰ 大阪地裁平成 11 年（モ）第 9185 号平成 12・3・28 第一二民事部決定。

³⁷¹ 大阪高等裁判所平成 12 年（ラ）第 385 号平成 13・2・15 決定。

ことを肯定すべきである」³⁷²とし、「このような結論を採ることによって、現に経営活動をしている金融機関において、作成時には専ら内部の利用に供する目的で作成された貸出稟議書が、いったん経営が破たんして抗告人〔株式会社整理回収機構〕による回収が行われることになったときには、開示される可能性があることを危惧して、その文書による自由な意見の表明を控えたり、自由な意思形成が阻害されたりするおそれがないか、という点が問題となり得る。しかし、このような危惧に基づく影響は、上記の結論を左右するに足りる程のものとは考えられない。」³⁷³として開示請求を認めた（〔 〕内は引用者）。破たんした金融機関の貸出稟議書の開示による他の金融機関の自由な意思形成が阻害されること自体は否定しないが、本件事案では、開示を否定することに値するものではないとしたのである。

3 小括

以上、アメリカのディスカバリーおよび日本の文書開示制度の検討を通じて、アメリカのディスカバリー制度は、緩やかな「関連性」の基準を採り、訴訟に関係する情報であれば、証拠となる情報だけでなく、証明力のない情報の開示を求めることも可能であるとしている。これに対して、日本の文書提出命令の制度の下では、文書の開示義務自体は原則肯定の立場に改められたが、いくつかの例外（提出拒否が可能な文書）が認められ、そのうち、「自己専用文書」であれば開示範囲から除外される。もっとも、どのような文書が自己専用文書になるかについては解釈に委ねられたのであるが、二つの最高裁の判断からは、会社関係訴訟（特に株主代表訴訟）の証拠開示において意味を持つと考えられる「稟議書」について、基本的に「自由な意思形成の阻害」を理由に同文書の「自己専用」としての性格を認め、会社側の提出拒否の主張を認めている。それが認められるケースは、ごく限られた場合に限り得ることとなる（たとえば平成13年最高裁決定が判示した「企業の破綻」）。

このような日本の制度とその運用は、秘匿特権などの非常に限られた場合にだけ開示義務を否定するアメリカの制度とその運用に比べて、その範囲も強度も、大きく劣ると言わざるをえない。日本の株主代表訴訟に引き直してみると、原告株主側が有力な証拠となりうるであろう「稟議書」などの会社の内部文書が原則として「自己専用文書」に該当することとなり、よほどのことがない限りそれにアクセスできないこととなる。明らかに、アメリカの株主代表訴訟と比べると、日本の株主代表訴訟は、株主にとって不利な制度または制度運用になっていると言えるのである。

第二節 アメリカと日本の判例からみる株主代表訴訟における証拠開示

証拠開示について、それが株主代表訴訟との関係でどのようになっているのか。アメリカと日本の判例を取り上げて、検討する。

³⁷² 民集55巻7号1414頁判決要旨。

³⁷³ 民集55巻7号1414頁判決要旨。

1 アメリカの *Garner* 事件および *Wal-mart* 事件

株主代表訴訟において、同訴訟の性格によって、原告株主の開示請求が通常の民事訴訟と異なる扱いがあるか否かにつき、アメリカでは、リーディングケースとして、1970年のガーナー事件がある。同事件では、連邦控訴審裁判所は、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権の文書であっても、開示すべき正当事由 (good cause) があれば、ディスカバリーの対象になると判示したものである。同判示に示されたルールは、一般に、「ガーナー原則 (Garner doctrine)」と呼ばれる。また、2014年の *Wal-Mart* 事件において、デラウェア州最高裁判所もガーナー原則を適用した衡平法裁判所の判決を丁寧に検討した上で、株主代表訴訟におけるガーナー原則の適用を認めた。以下、この二つの事件を検討する。

(1) *Garner* 事件³⁷⁴

アラバマ州のある会社の株主 Garner が、会社とその取締役 (directors)、役員 (officers)、実質支配者 (controlling persons) が連邦法³⁷⁵、州法³⁷⁶に違反する行為を行ったと主張して、同違反行為により株主が被った損失の補償を請求するクラス・アクション (直接訴訟) を提起するとともに、同時に、上記の個人被告 Wolfinbarger らに対して、証券売買詐欺 (fraud in the purchase and sale of securities) による会社損害のてん補を求める株主代表訴訟 (derivative action) を提起した。

被告の一人である Schweitzer は、上記の証券売買詐欺と疑われる株式発行の顧問弁護士であり、同取引が完了した後に当該会社の社長 (president) になった者である。証言録取に際して、Schweitzer は、弁護士として株式発行の各段階において会社に提供した各種意見について尋問された。これらの内容は、いずれも Schweitzer が会社の役員になる以前の、会社の弁護士の立場からの会社との交信であった。これらの交信とその内容に関する証言録取について、Schweitzer と会社の法律顧問 (counsel) は、いずれも弁護士依頼者間の秘匿に係る特権 (attorney-client privilege) に基づき異議を申立てた。

アラバマ州北部地区連邦地裁は、1968年の判決において、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権は原告株主にとって不利であると述べ、会社が同特権を適用することができない (not available) との判決を下した³⁷⁷。

これに対し、連邦第五巡回区控訴裁判所 (United States Court of Appeals, Fifth circuit) は、

³⁷⁴ *Garner v. Wolfinbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970) .

³⁷⁵ 1933年連邦証券法 (Securities Act of 1933)、1934年連邦証券取引所法 (Securities Exchange Act of 1934)、証券取引所規則 (SEC rule) 10 (b) (5)、1940年投資会社法 (Investment Company Act of 1940) の違反を主張した。

³⁷⁶ アラバマ州証券法 (Alabama Securities Act) の違反、および、コモンロー上の詐欺 (common law fraud) を主張した。

³⁷⁷ 208 F. Supp. 1018 (N.D. Ala. 1968) . また、この判決に示される考え方は、後の *Dahlke v. Morrison*, No. 69-497 (N.D. Ala., 1969)、および *Fischer v. Wolfinbarger*, 55 F.R.D. 129 (W.D. Ky. 1971) 等の判例にも採用された。なお、以下の同判決文の和訳は、土井=田邊・前掲 (注 274) 35-36 頁、釜田薫子「開示免除特権で保護された文書の閲覧請求」商事法務 2167 号 (2014) 42-46 頁などを参考した。

「弁護士依頼者間の秘匿に係る特権は、会社の主張のように頑固かつ絶対的なものではなく、かつ、連邦地裁が判断したように株主にとって不利である場合に同特権が一切適用できないとすべきものでもない」とした。その論拠として、同裁判所は、第一に、弁護士依頼者間の秘匿に関する特権について、Wigmore 教授が主張した同特権が成り立つための要件、すなわち、(1) 交信内容が開示されないであろうとの確信に基づいて行われた交信でなければならないこと、(2) 秘密保持の要素が、当事者〔弁護士とクライアント〕間の関係が完全かつ満足に維持されることにとって決定的なもの (be essential) でなければならないこと、(3) そのような関係が、弁護士とクライアントの関係についての業界内の意見において、コツコツと築き上げられるべきものの 1 つでなければならないこと (The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered)、(4) 交信の開示により当事者間の関係にもたらされると考えられる損害が、当該訴訟の正しい処置にとって開示によって得られる利益よりも大きいものでなければならないことを挙げ、本件紛争においては 4 つ目の要素 (開示により生じるのであろう損害と得られるのであろう利益の衡量) の存否につき、裁判官は、会社にもたらされるのであろう損害についての経営者の主張を評価するに際して、われわれが常に自覚すべきことは、「経営層は自分のために会社を管理しているのではなく、その行為の受益者は株主であるということである」(that management does not manage for itself and that the beneficiaries of its action are the stockholders) と述べたうえで、「求められたその助言を全くとがめられることなく無視することを勧めるために、経営者が受け取った意見について彼らに完全な秘匿の保障を与えることである」(grant to corporate management plenary assurance of secrecy for opinions received it to encourage it to disregard with impunity the advice sought) とした。

なお、同裁判所は、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権を適用することは、当該特権が適用されるべきでないとする正当な理由 (cause) による制限を受けるものであるとした。そして、その正当な理由の例として、(1) 株主の数とその者らの持株比率 (the number of shareholders and the percentage of stock they present)、(2) 当該株主らの誠実性 (the bona fides of the shareholders)、(3) 当該株主らの主張の性格とその主張が明らかに支持されようがない要素の存否 (the nature of the shareholders' claim and whether it is obviously colorable)、(4) 当該株主らが他の手段をもって当該情報を入手し、それを利用することができることの明白な必要性または望ましさ (the apparent necessity or desirability of the shareholders having the information and the availability of it from other sources)、(5) 当該株主らから提訴された対象行為が会社の不正行為 (wrongful action by the corporation) である場合には、その行為が犯罪行為 (action criminal) であるか、または違法であるが犯罪とまでいえない行為 (illegal but not criminal) であるか、または違法性が疑われる行為 (doubtful legality) であるか、(6) その交信が過去または将来の行為と関わっているか (whether the communication related to past or prospective actions)、(7) その交信が訴訟そのものに関する助言であるか否か (whether the communication is advice concerning the litigation itself)、(8) その交信が特定できる程度 (the

extent to which the communication is identified) と当該株主が手あたり次第に涉猟して獲得できる程度 (the extent to which the shareholders are blindly fishing) との比較 [すなわち、その情報が特定されており、株主は証拠漁りをしていないこと]、(9) 取引上の秘密または会社が独立した理由から秘匿することにある種の権益を有するその他の情報が漏洩するリスク (the risk of revelation of trade secrets or other information in whose confidentiality the corporation has an interest for independent reasons) を挙げた。しかし、正当の理由の存否は特に検討せず、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権の行使が株主にとって不利となる場合には適用がないとした中間決定 (interlocutory order) を取り消し (vacated)、連邦地裁に差し戻した (case remanded)。その意味では、上記の「正当理由」に関する説示は傍論と考えることができる。

(2) *Wal-Mart* 事件³⁷⁸

本件は、デラウェア一般会社法 (以下、「DGCL」という) 220 条に基づく文書閲覧権をめぐる訴訟である。株主代表訴訟ではないが、株主代表訴訟を提起した株主が、その提訴請求が無益かどうかを調査するために書類閲覧を求めている点では、株主代表訴訟と密接に関連している事案である。

本件訴訟において、デラウェア州最高裁判所は、株主と会社の関係から本来的に弁護士依頼者間の通信秘密に係る特権によって保護されている文書であっても、一定の要件を充たせば開示の対象になると判示し、上記 1970 年の連邦裁判所の判決より確立された「ガーナー原則」を支持した。そして、この判決は、上場会社および株主代表訴訟の件数が一番多く、会社法をめぐる立法と裁判において全米で非常に影響力があるデラウェア州の判決であったことから注目を集めた。またデラウェア州の最高裁判所が連邦巡回区控訴裁判所の判決で示された原則を支持したことや、2014 年の最新判決であることなどから、アメリカの株主代表訴訟における証拠開示に極めて影響を与えたものであり、重要な先例と位置付けられる判決である。

同訴訟の主な事実および判示は、次のとおりである。

2012 年 4 月、ニューヨークタイムズに、Wal-Mart 社のメキシコにおける子会社の役員らが 2002 年から 2005 年までの間にメキシコの政府官僚に対して行った贈賄の報道が掲載された。同報道によると、Wal-Mart 社の役員らが少なくとも 2005 年 9 月にこの子会社による贈賄の事実気づいていたにもかかわらず、外部法律事務所を雇って詳細な調査をしようとした前顧問弁護士の意見を放置し、贈賄の明確な証拠がない、との結論を出したようである。主な争点は、弁護士依頼者間の通信秘密に係る特権で保護されている文書が文書閲覧権の対象であるか否かという点にあった。

デラウェア州衡平法裁判所の判決をめぐる上訴審において、デラウェア州最高裁判所は、次のように述べた。

³⁷⁸ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Indiana Electrical Workers Pension Trust Fund IBEW*, 95 A.3d 1264 (Del. 2014) . 同判決を詳細に検討した成果として、釜田・前掲 (注 377) 42-46 頁がある。

「ガーナー事件において、第五巡回区控訴裁判所は、信認義務による通信の秘匿に係る特権の例外について、次のように認めた。それは、『通信の秘匿に係る特権は、会社が依頼者である場合にも適用される可能性がある。請求株主が株主としての地位に基づいて情報を請求しているという理由のみをもって会社による特権の主張が妨げられるわけではないが、株主にとって不利益となる会社の行為を理由にして訴訟が提起されている場合には、株主が主張する特権の行使を認めない理由に照らして、会社の利益と同様に株主の利益を保護することと公共の要請 (public require) とにより、特権の主張が一定の場合に認められない』というものである。さらに第五巡回区控訴裁判所は、原告がこのような『正当な理由』(good cause) の立証責任を果たしたかどうかを検討するに際して考慮すべき複数の要素を挙げている。このようにガーナー判決の判示は、会社の支配者による信認義務違反を立証するために、株主が十分な理由を示すことで会社の特権による保護を奪うことを認めているのである」³⁷⁹。

「通信の秘匿に係る特権は、ローマ時代まで遡る英米法によって広く認められた最古の特権である。本裁判所は、通信の秘匿に係る特権は『依頼者が会社である場合を含めて、弁護士と依頼者間の完全で素直な交信 (full and frank communication) をするうえで不可欠であり、これによって法の遵守と正義の実現における公益 (public interests in the observance of law and administration of justice) を促進するものである』という連邦最高裁による性格付けに賛同する。したがって、信認義務に基づく特権に対する例外は、ガーナー原則によれば、範囲が狭く、そして要件を充たすことは非常に難しいものであると考えられる。それは、対立する、いずれも正当な利益の相互間の、適切なバランス (balance between legitimate competing interests) をとることにある」³⁸⁰。

「本裁判所は、ガーナー原則は株主と会社の本訴の手續に適用されるものであることを認める。また、この原則は DGCL220 条の訴訟においても適用される。しかしながら、その 220 条の手續においては、文書の必要性和不可欠性 (necessary and essential) の審査があらゆる特権の審査に先行しなければならない。なぜなら、必要性和不可欠性の審査は、原告が 220 条の下で入手できる文書の範囲がどこまでかという問題の方向性を決定付けるものであるからである」³⁸¹。

「ガーナー原則はまた、『弁護士と依頼者との交信は、訴訟自体についての助言なのかどうか、そしてその交信は特定できるのか、それとも株主は証拠漁りをしているのかを分析しなければならない』と判示している。原審である衡平法裁判所は、これらの要素について検討し、情報は特定されており、証拠漁りには当たらず、また、交信は訴訟自体に関するものではないと結論づけている」³⁸²とし、衡平法裁判所の判決が承認された (Affirmed)。

この *Wal-mart* 事件判決は、上述したように、アメリカの上場会社の 6 割が設立されてい

³⁷⁹ 釜田・前掲 (注 377) 43 頁。

³⁸⁰ 判決文については、釜田・前掲 (注 377) 43 頁の和訳を参考した。

³⁸¹ 釜田・前掲 (注 377) 43 頁。

³⁸² 釜田・前掲 (注 377) 43-44 頁。

るデラウェア州³⁸³最高裁判所の判決であり、デラウェア州以外の州では代表訴訟の件数が少ないと言われる現状にあって³⁸⁴、株主代表訴訟におけるガーナー原則の意義を決定づけた、大きな意味がある判決であると言えよう。株主代表訴訟の原告株主は、厳格な条件を充足する必要はあるが、弁護士と依頼人である会社との間の通信の秘密という伝統的な特権で保護されている文書等に対してさえ突破することができるのである。そして、その文書を提供することの必要性と不可欠性がまずは審査されるべきであるとした *Wal-mart* 事件判決は、原告が主張する事実だけでなく、会社を知っている「真実」を前提に裁判をすべきであるという裁判所の姿勢を示すものと理解することができるならば、示唆に富むものと言えるであろう。

2 日本の平成 12 年の最高裁決定

会社が文書提出を申し立てられた際に、自己専用文書の規定は、稟議書などの会社文書が提出義務の射程に入るか否かを左右し、ひいては原告株主による挙証を影響することを通じて、株主代表訴訟の裁判結果を左右する。

株主代表訴訟においてどのような文書が自己専用文書として開示範囲外になるかの判断については、最高裁判所平成 12 年〔2000 年〕12 月 14 日第一小法廷決定（以下、「平成 12 年最決」）が注目される。同決定は、すでに検討した平成 11 年最決の「貸出稟議書は特段の事情がない限り、民訴法 220 条 4 号ハ所定の『専ら文書の所持者の利用に供するための文書』にあたる」、すなわち、証拠開示の対象外であるとする判断枠組みにおける「特段の事情」の解釈を、株主代表訴訟の文脈で検討した重要なものであると考えられる。

① 事案概要

本決定の本案訴訟は、東京地裁八王子支部平成 8 年〔1996 年〕（ワ）第 2369 号損害賠償請求事件である。同事件は、信用金庫の会員が、信用金庫の理事が理事としての注意義務および忠実義務に違反して融資を行い、その結果、信用金庫に損害を与えたとして、信用金庫の理事の損害賠償責任を追及する会員代表訴訟である。会員代表訴訟は株主代表訴訟をモデルにした制度であり、その判示は株主代表訴訟にも妥当すると考えられる。

本案訴訟において、原告会員は、融資に関する稟議書およびこれらに添付された意見書（以下、「本件文書」という）が被告理事らの義務違反の行為を立証するために必要な文書

³⁸³ 山田・前掲（注 250）1 頁の脚注 4。

³⁸⁴ 阮・前掲（注 130）343 頁。もっとも、原告側の弁護士が戦略的理由から他の州で提訴することも増えているようであり、その理由として、デラウェア州の裁判官が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、デラウェア衡平法裁判所には陪審制がないこと（Sonnenfeld・前掲（注 250）43 頁）、2000 年頃からデラウェア州衡平法裁判所が原告側弁護士の会社に対する弁護士報酬の請求を認めるか否かについて審査を厳格にしたことが挙げられている（加藤・前掲（注 128）3 頁）。したがって、アメリカの株主代表訴訟の現状は、FRCP またはデラウェア衡平法裁判所の規則もしくはデラウェア州以外の州裁判所の規則のどちらを適用するかについて、どの州で提訴するほうが戦略的に優れているかの判断などに左右されているようであり、ある意味で、多様化しているとも言えるであろう。

であるとして、文書提出命令を申立てた。

②原々審決定

原々審である東京地裁は、本件文書が法律関係文書に該当しないと判断した。そして、「本件文書は、本件各融資に至るまでの間の相手方〔信用金庫・・・引用者〕と融資先との交渉経過を報告的に記載したのではなく、むしろ、相手方の融資先に対する融資の許否の判断の基礎となる事実と、それに基づく相手方融資担当者、担当理事らの判断とが記載され、かつ、融資先のプライバシーに関わる事項も記載されているものと推認される文書であり、したがって、相手方が、右融資に際し、相手方内部の意思決定の便宜のために作成した内部文書に過ぎない」³⁸⁵と、かつ、原告会員の「〔本件文書は・・・引用者〕少なくとも会員代表訴訟を提起した会員に対しては、公表されることが予定されていると見るべきである」³⁸⁶との原告会員の主張を認めず、申立てを却下した。

③原審決定

これに対し、原審である東京高裁は真逆の判断を示した。すなわち、「本件文書は、原告人〔会員・・・引用者〕と相手方金庫との間の法律関係について作成された文書ではなく、相手方金庫が本件融資の可否を検討し融資を決定実行するについて内部的に作成した文書であるということが出来るから、文書提出命令の判断においては右一般の稟議書の場合と同様に解するのが原則であると考えられる」³⁸⁷としつつも、「信用金庫が所持する稟議書は、これが前記趣旨で作成される内部文書であり本来対外的利用を予定していないものであるとしても、事務処理の経過と理事等関係者の責任の所在を明らかにすることがその作成目的に含まれている以上、信用金庫自身が理事の責任を追及する資料として利用することおよび会員代表訴訟の訴訟資料として使用されることはその属性として内在的に予定されているということができ（下線、引用者）、また信用金庫自らが理事の責任追及の訴訟を提起するときには稟議書を証拠として利用するのに会員が信用金庫のために会員代表訴訟を提起するときにはその利用を認めないというのは自己矛盾に帰すると言わなければならないから、会員の代表訴訟の提起が正当なものである限り、信用金庫が右訴訟を提起した会員に対して稟議書が内部文書である旨主張することは許されず、本件文書の中の本件訴訟の追行に必要な文書については同条四号により相手方に文書提出義務を認めるべきことが考えられる」³⁸⁸として、地裁の決定を取消し、差し戻した。

④最高裁決定

上記東京高裁の決定に対し、最高裁は、平成11年最決を引用してその判断枠組みを採用

³⁸⁵ 東京地裁八王子支部平成10年（モ）第2221号平成10・12・11決定。

³⁸⁶ 東京地裁八王子支部平成10年（モ）第2221号平成10・12・11決定。

³⁸⁷ 東京高裁平成11年（ラ）第87号平成11・9・8第一七民事部決定。

³⁸⁸ 東京高裁平成11年（ラ）第87号平成11・9・8第一七民事部決定。

し、「特段の事情」がない限り、本件各文書は自己専用文書に当たると解すべきであると述べたうえで、「特段の事情」について次のように述べた。

「……特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つものをいうと解される（下線、引用者）。信用金庫の会員は、理事に対し、定款、会員名簿、総会議事録、理事会議事録、業務報告書、貸借対照表、損益計算所、剰余金処分案、損失処理案、附属明細書および監査報告書の閲覧または謄写を求めることができるが（信用金庫・・・引用者）法 37 条 4 項、37 条 9 項）、会計の帳簿・書類の閲覧または謄写を求めることはできないのであり、会員に対する信用金庫の書類の開示範囲は限定されている。そして、信用金庫の会員は、所定の要件を満たして所定の手続を経たときは、会員代表訴訟を提起することができるが（信用金庫法 39 条、商法 267 条（当時の株主代表訴訟を規定していた条文・・・引用者注）、会員代表訴訟は、会員が会員としての地位に基づいて理事の信用金庫に対する責任を追及することを許容するものにすぎず、会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない。そうすると、会員代表訴訟において会員から信用金庫の所持する貸出稟議書につき文書提出命令の申立てがなされたからといって、特段の事情があるということとはできないものと解するのが相当である。したがって、本件各文書は、「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」にあたるというべき……」³⁸⁹とし、原決定を破棄し、また原々決定に対する抗告を棄却して、信用金庫による貸出稟議書の提出義務を否定した。

この平成 12 年最高裁決定に対しては、最高裁の町田顕裁判官の反対意見がある³⁹⁰。すなわち、町田裁判官は、①信用金庫は会員による人的結合体であること³⁹¹、②信用金庫の会員代表訴訟は協同組織体内部の監視・監督機能の発動であると解するのが相当であること、③金融機関の貸出稟議書は当該組織体内において後に当該貸出しの適否が問題となり、その責任が問われる場合には、それを検討する基本的資料として利用されることが予定されているものというべきであることを理由として、結論として、信用金庫である場合には、その会員代表訴訟において貸出稟議書の提出には「特段の事情」あると解すべきであると述べ、原々審原告が提出を申立てたすべての稟議書に対して証拠としての必要性をめぐる慎重な判断が必要であるものの、その必要性があるのであれば、その提出義務を認めるべきである、

³⁸⁹ 最決平成 12・12・14（民集 54 卷 9 号 2713-2714 頁）。

³⁹⁰ 最決平成 12・12・14（民集 54 卷 9 号 2715-2716 頁）。

³⁹¹ その理由として、町田裁判官は、①信用金庫の会員は当該信用金庫の営業地域内に住居所または事業所を有するものおよびその地域内において勤労に従事する者で、定款で定めるものに限られること（信用金庫法 10 条）、②加入者および持分の譲渡については信用金庫の承諾を要すること（信用金庫法 13 条、15 条）、③定款で定める事由に該当する場合には総会の決議によって除名されること（信用金庫法 17 条 3 項）、④信用金庫は預金等の受信業務は会員以外の者からも受け入れることができるが、貸出業務は原則として会員に対してのみ行うことができるものとされていること（信用金庫法 12 条）などを挙げている。

とされた。

④若干の検討

「……特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその申立対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つものをいうと解される。」(引用者が下線を付した部分)ということに対して、最高裁判例解説において、「……本件に事案において問題となる「特段の事情」の内容を述べたものにすぎず、最二小決〔平成12年最決〕のいう「特段の事情」の意義を一般的に定義付け、これに限定する趣旨ではないと解するのが相当であろう」³⁹²とされている(〔 〕内は引用者)。本決定が平成12年最決の判断枠組みを承継するものであるとの理解が可能であり、妥当であると考えられる。すなわち、文書提出命令に関する判断枠組みとしては、株主代表訴訟は特別のものではないということである。

その「特段の事情」の有無の判断において、信用金庫という閉鎖的・人的結合体、すなわち組織の性格が影響するかどうかである。平成12年最決の多数意見は、「会員代表訴訟は、会員が会員としての地位に基づいて理事の信用金庫に対する責任を追及することを許容するものにすぎず、会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではないから、会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない」として、会員としてアクセスできる文書等に限られるとの判断を示している。これに対して、町田裁判官は、役員の実行責任追及の場合には、「貸出稟議書」は、それを検討する基本的資料として利用されることが予定されていると捉え、開示対象となりうるとの立場を示される。もっとも、町田裁判官の意見でも、「その必要性があるのであれば」との条件が付されている点は、アメリカの判例に通じるものがあり、注目されるが、それはともかくも、信用金庫という極めて閉鎖的な組織の属性をどこまで考えるべきかという争点は、すべての株主代表訴訟に妥当する者かどうかは慎重に考えなければならないであろう。この論点が、直ちに同族会社に妥当するとはいえないであろうし、ましてや非公開会社全体に妥当すると結論付けることはできないと考える。

3 小括

以上、アメリカの *Garner* 事件および *Wal-mart* 事件、および、日本の平成12年最決を検討したが、両法域での制度の違いが明らかになったように思われる。

アメリカでは、株主代表訴訟において、ディスカバリーという強力な証拠開示の制度があるだけでなく、一定の要件を満たせば、弁護士依頼者間の秘匿に係る特権さえ破られることが可能であることが明らかとなった。すなわち、裁判所は、ディスカバリーが求められる対

³⁹² 福井章代「判例解説」最高裁判所判例解説民事篇平成12年度(下)(5月～12月分)931頁。

象となりうるために考慮すべき要素を示しているが、それら要素³⁹³を検討し、株主側の証拠開示の請求に「正当な理由」があれば、弁護士と依頼者間の交信も開示の対象となると判示してきたのである。

一方、日本の文書開示制度は、自己専用文書による開示除外の例外が認められている。そして、「自己専用文書」に該当するか否かの解釈問題として議論されてきたが、最高裁の判断枠組みが平成11年の決定により、そして株主代表訴訟（正確には会員代表訴訟）については平成11年決定を踏襲した平成12年決定とで確定したと考えられる。すなわち、「特段の事情」ある場合には、「自己専用文書」であっても提出命令の対象となるが、その「特段の事情」について、最高裁判所は「……特段の事情とは、文書提出命令の申立人がその対象である貸出稟議書の利用関係において所持者である信用金庫と同一視することができる立場に立つものをいうと解される」とし、また、信用金庫という比較的閉鎖的・人的結合体である組織における会員代表訴訟であっても、「会員代表訴訟を提起した会員は、信用金庫が所持する文書の利用関係において信用金庫と同一視することができる立場に立つものではない」として、稟議書をめぐる「特段の事情」を否定した。

この平成12年最決は、最高裁判所の「代表訴訟観」が反映されていると言われる³⁹⁴。閉鎖的・人的結合体であると考えられる信用金庫に関する事案であったが、提訴者と信用金庫を「同一視することができる立場に立つものではない」と判断した点では普遍的なものを含むと解される。そして、株式会社における株主代表訴訟では、提訴株主と会社とを「同一視すること」より難しいはずであり（すでに述べたように、同族企業のような非公開会社についても難しいであろう）、株主代表訴訟の性格に基づく株主による会社の「自己専用文書」へのアクセスの道はほぼ塞がれていると理解することができるであろう。

アメリカと日本のこのような扱いの違いを、第三章の検討と結びつけて考えると、日本の株主代表訴訟では、株主による会社所持証拠の取得が一定の範囲内に縛られ、アメリカのように透明性の高い訴訟にはなっていないと言えよう。

第三節 中国での会社関係訴訟における証拠収集

1 現行法と学説の整理

中国では、改革開放後の民事訴訟の激増により³⁹⁵、従来の職権探知による実体的真実を重

³⁹³ 本文では詳述しなかったが、ガーナー事件において、連邦第五巡回控訴裁判所は、株主の数およびその持株比率、株主の誠実性、株主の主張の性格およびその主張が明らかに支持されようがない要素の存否、株主が他の手段で情報を入手できるか、株主から提訴された対象行為は会社の不当行為である場合、その行為は犯罪行為・不法行為・合法性が不明な行為であるか、開示によって会社が利益を有している取引の秘密または他の情報の漏洩のリスクなどの九つの判断要素を示している。

³⁹⁴ 川嶋・前掲（注352）62頁。

³⁹⁵ 職権主義から当事者主義への転換の理由につき、「従来の職権探知主義では、当事者の証拠収集のインセンティブが付かず、人民法院の業務上の負担をかけるだけでなく、人民法院は自らの証拠収集を通じて係属事実に対する主観的認識が生じてしまい、法廷審理のプロセスを無意味にし、当事者による法官の中立性に対する疑いも生じた。」と言われる。宋朝武『民事訴訟法学（第四版）』（厦門大学出版社、2015）

視する審理手続では対応できず³⁹⁶、極端な職権主義から当事者主義へと転換を図った³⁹⁷。

1991年の中華人民共和國民事訴訟法（以下、「中国民訴法」という）の成立により、証明責任および挙証について、1982年の民事訴訟法（試行）における「当事者は自己の提出する主張について証拠を提供する責任を負う」（56条1項）および「人民法院は法定の手續に基づいて、全面的客観的に証拠を収集し、調査しなければならない」（56条2項）との規定から、当事者の立証責任を原則とし（64条1項）、「法院が必要と認める場合」のみの職権探知に転換した³⁹⁸。

2012年に改正された現行民訴法³⁹⁹では、「当事者は、自己の提出する主張について証拠を提供する責任を負う」（64条1項）、「当事者および訴訟代理人が客観的事由により自ら収集できない証拠、または人民法院が案件の審理に必要と認める場合、人民法院は証拠を調査・収集しなければならない」（64条2項）と定めた。

また、どのような場合が「人民法院が案件の審理に必要と認める場合」に該当するかについて、中国民事訴訟法の司法解釈（以下、「民訴解釈」という）⁴⁰⁰では、96条1項にて「民訴法64条2項に定める人民法院が案件の審理に必要と認める証拠には、次のものが含まれる。（一）国家利益、社会公共の利益を害するおそれのある証拠、（二）身分関係に関わる証拠、（三）民訴法55条の環境汚染や多数消費者被害の公益訴訟に関わる証拠、（四）当事者の悪意通謀により他者の合法的權益を害するおそれがある証拠、（五）手續事項に関わる証拠」を列挙した上で、96条2項にて「前項に規定する場合を除き、人民法院による証拠の調査・収集は、当事者の申立てに基づいて行わなければならない」とした。

そして、どのような場合に当事者が人民法院に証拠の調査・収集の申立てを行うことができるかにつき、民訴解釈の94条1項にて「民訴法64条2項に規定する当事者およびその訴訟代理人が客観的事由により自ら収集できない証拠には、次のものが含まれる。（一）国の関連機関が保存し、当事者およびその訴訟代理人が閲覧や取調べの權利を有しない証拠、（二）国家秘密・商業秘密または個人のプライバシーに関わる証拠、（三）当事者が客観的事由によって自ら収集できないその他の証拠」とし、当事者が挙証期限の満了日までに書面により人民法院に客観的事由により収集できない証拠の収集を申立てることができる（94条2項）とした。

また、挙証責任について、最高人民法院は「關於民事訴訟証拠的若干規定」第7条において、「法律に具体的な規定がなく、本規定およびその他の司法解釈によっても挙証責任を負う者を確定できない場合、人民法院は、公平の原則および信義誠実の原則に基づいて、当事者の挙証能力等の要素を総合し、挙証責任を負う者を確定することができる」とし、明文規定

255頁〔紀格非〕。

³⁹⁶ 吉村・前掲（注256）4頁。

³⁹⁷ 小嶋明美「中国民事訴訟の審理方式変革の比較法的考察」吉村徳重＝上田竹志編『日中民事訴訟法比較研究』（九州大学出版会、2017）30頁。

³⁹⁸ 吉村・前掲（注256）4-5頁。

³⁹⁹ 2012年8月31日改正、2013年1月1日施行の中国民訴法。

⁴⁰⁰ 「最高人民法院關於適用『中華人民共和國民事訴訟法』的解釋」（2015年2月4日施行）。

がない場合における人民法院の裁量による挙証責任の確定に任せた。会社関係訴訟の場合、中国会社法 63 条に、一人会社における会社債権者に対する株主の連帯弁済責任をめぐる挙証責任の転換⁴⁰¹を定められたが、会社に偏在する証拠の挙証責任について明文の規定が置かれていない。

これについて、学説上、株主代表訴訟のような会社に偏在する証拠の挙証責任を、上記「關於民事訴訟証拠的若干規定」第 7 条に基づき、挙証責任の転換を主張する学説がある⁴⁰²。その主な理由は、株主代表訴訟の原告は少数株主であり、被告は会社の董事・監事・高級管理職または支配株主などであり、会社管理の中で会社の情報が役員または支配株主に握られ、このような証拠偏在の中で、民訴法の一般的ルールとしての「当事者は、自己の提出する主張について証拠を提供する責任を負う」（民訴法 64 条 1 項）を採ることは原告株主にとって公平ではないことにある⁴⁰³。

上記の検討からみれば、株主代表訴訟では、基本的に職権探知の要件を満たさず、職権探知による証拠取得が難しいと言えよう⁴⁰⁴。そうすると、株主代表訴訟における原告株主は、勝訴につながる証拠を取得したい場合、(1) 自らの挙証責任の下で、客観的事由により自ら収集できない証拠を人民法院にその収集を申立てるか（以下、選択肢 (1) という）、それとも、

(2) 「關於民事訴訟証拠的若干規定」第 7 条および上記学説に基づく挙証責任の被告側への転換を主張するか（以下、選択肢 (2) という）、という二つの道しかないと考えられる。以下、中国最高人民法院の二つの判例を通じて、上記 (1) と (2) の道を検討する。

2 最高人民法院の判例

(1) 最高人民法院（2018）民再 28 号判決書

まず、選択肢 (1) につき、最高人民法院（2018）民再 28 号判決書⁴⁰⁵を検討する。

本件訴訟は、債権者が借金契約に基づく債務弁済を請求する訴訟である。一審被告である

⁴⁰¹ 中国会社法（2018 年改正）63 条では、「一人有限会社の株主は、会社の財産が株主自身の財産から独立していることを証明することができない場合は、会社の債務について連帯して責任を負わなければならない。」とする。

⁴⁰² たとえば、株主代表訴訟における挙証責任について、「株主代表訴訟における挙証責任の分配を一律に規定することは妥当でなく、被告の範囲に応じて区別する必要があると考える。董事・監事・高級管理職を被告とする株主代表訴訟では、「關於民事訴訟証拠的若干規定」第 7 条に定める「法律に具体的な規定がなく、本規定およびその他の司法解釈により挙証責任の分担を確定できない場合、人民法院は公平および信義則に基づき、当事者の挙証能力等の要素を総合的に考慮して挙証責任の分担を確定することができる」の規定に基づき、挙証責任の転換をすべきである……会社外部の第三者を被告とする株主代表訴訟においては、通常の挙証ルールに従い、原告株主が自己の提出する主張について証拠を提供する責任を負う。」との主張がある（陶鈞「初探股東代表訴訟之完善——以実証分析的視角進行探析」劉蘭芳編『公司法前沿理論与实践』（法律出版社、2009）521 頁）。同じように「挙証責任の転換」を主張する研究として、趙編・前掲（注 29）313 頁〔趙〕、王曉平「股東派生訴訟司法実務研究」劉蘭芳編『公司法前沿理論与实践』（法律出版社、2009）500 頁などがある。

⁴⁰³ 趙編・前掲（注 29）313 頁〔趙〕、王・前掲（注 402）500 頁。

⁴⁰⁴ 上記の民訴解釈 96 条 1 項・2 項。

⁴⁰⁵ 林翠妍、洪仲海民間借貸糾紛再審民事判決書。同事件の一審と二審の判決はそれぞれ、廈門市中級人民法院（2015）廈民初字第 896 号民事判決書、および、福建省高級人民法院（2016）閩民終 1008 号民事判決書である。

Y1（自然人、借入人）およびY2（会社、借入人）は、不動産を購入する目的で、一審原告であるX（貸出人）との間で、8000万人民元の借金契約を締結した。2014年3月、Xは同契約に基づき、対象借金の一部である3000万人民元を、Y1とY2の指示により、Y1とY2の設立した会社であるY3の法人口座に振り込んだ。Xの債権の弁済を保証するために、Y1とY2は、Y3と訴外第三人であるM社の90%の持分をXの名義で登記した。この持分の登記は、同持分をXに譲渡する意思ではなく、あくまでもXによる持分の保有を通じて、同持分をXに質物として交付することにある。結果として、Y1は、Y3の10%の持分を保有し、Y3の法定代表者でもあり、XはY3の90%の持分を保有する持分所有者として登記され、Y3の法人公印、法定代表者（Y1）の実印、財務専用印鑑を所持した。

3000万人民元がXからY1とY2に交付された後、Y1とY2の不動産購入の計画が中止され、同3000万人民元の利息の支払いにつき、XとY1・Y2の間で紛争が生じた。

2015年4月、Xは、福建省廈門市中級人民法院にて、Y1とY2による3000万人民元の借金債務の弁済を請求する訴訟を提訴した（一方、Xは、Y3の法人公印、法定代表者の実印、財務専用印鑑の所持により、すでに同印鑑を使って無断でY3の口座から2999.49万人民元を、2014年4月と9月に、二回に分けてXの個人名義の口座およびXが出資する一人会社の口座に振付したことが、最高人民法院の再審の中で後に明らかになった）。

一審において、Y1は、同3000万がすでに振り込まれていることの証拠として、裁判所の裁量によりXに対してY3の法人口座の入出金明細の提出を求めるよう、裁判所に対して申し立てた⁴⁰⁶が、裁判所はこの証拠収集の申立てを許可しなく、かつ、何も説明がなく、Xが主張した同3000万の債務の成立を肯定した。

二審において、Y1は書面の申立てにより、中国民訴法64条2項に基づく裁判所による証拠の調査・収集（裁判所によりY3の法人口座の入出金明細の取得）を申し立てた。その申立ての根拠資料として、Y1は、Y3の法人口座の銀行の窓口で、銀行の業務印鑑が押印されなかった同入出金明細を取得しこれを裁判所に提出した（銀行の業務印鑑が押印されなかった理由は、Y1はY3の法人公印を含む所定の諸印鑑を持っているのであれば銀行は通常どおりに業務印鑑付きの入出金明細書を発行するが、単なる法定代表者であり、所定の印鑑を所持していなければ、銀行は、銀行の業務印鑑が押印されていない同入出金明細しか発行できないとのことである）。その後、この銀行業務印鑑の押印がない入出金明細の真実性がXに攻撃されたため、裁判所は同明細書の真実性を認めなかった。また、裁判所はY1の裁判所による同入出金明細の調査・収集の申立てをも拒否した。

Y1は、仕方なく、Y3の法定代表者としてY3の諸印鑑の紛失を新聞により公告し、印鑑の再作成を含む手続をした上で、新しい印鑑をもって、銀行から銀行の業務印鑑付きの同入出金明細を入手した上で、二審裁判所の判決を不服とし、最高人民法院に再審を申し立てた。

最高人民法院は、再審において、二審裁判所によるY1の裁判所による証拠の調査・収集

⁴⁰⁶ 口頭による申立てなのか、書面によるか申立てなのか、不明である。裁判所がそれに応じなかったか、何も説明がなかったことにより、同申立てが口頭によるものであったと筆者は推測する。

の申立ての拒否につき、下記のように判示した。

「中国民訴法 64 条 2 項では『当事者および訴訟代理人が客観的事由により自ら収集できない証拠、または人民法院が案件の審理に必要と認める場合、人民法院は証拠を調査・収集しなければならない』と定められている。本件訴訟の二審において、Y1 は人民法院に対して Y3 の法人口座の入出金明細の調査・収集を申立て、二審裁判所は『Y3 が本件訴訟の当事者であり、Y3 が自ら入出金明細を人民法院に提出する能力を有すること』を理由として、Y1 の申立てを拒否した。通常の場合では、Y1 が Y3 の法定代表者であり、Y1 に Y3 の入出金明細を取得する能力を有することが予測されるので、二審裁判所の判断は通常の場合の下での判断ルールに則していると言える。しかし、二審裁判所は、本件紛争が借金関係における特殊事実、すなわち、貸出人 (X) の貸出金が通常のように借入人 (Y1 と Y2) に交付したのではなく、Y3 に交付されかつ貸出人 (X) の実際の支配下にあったという事実について、見過ごしたと言わざるをえない。Y1 は Y3 の法定代表者として登記されていたが、実際には Y3 が X の管理下にあり、Y1 による証拠 (入出金明細書) の収集は客観的事由によりできない状況にある。かつ、Y1 はすでに同証拠の手がかり [銀行の業務印鑑が押印されなかった同入出金明細] を二審裁判所に提出し、書面によって同証拠を収集できなかった理由を提示して裁判所による証拠の調査・収集を申立てた以上、同証拠の真実性がすでに本件紛争の基本事実を判断するうえで人民法院による調査・収集が必要となる証拠になったと言える。したがって、二審裁判所が裁判所による証拠の調査・収集をめぐる Y1 の申立てを拒否したことは、実質上の手続法違反だけでなく、本件紛争の事実に対する誤った判断をもたらした。すなわち、二審裁判所が、本件紛争の審理において、Y1 の申立てを拒否し、Y3 の銀行入出金明細書の調査・収集をしなかったことは、その審理手続に著しく不当な点があったと言える。」

(2) 最高人民法院 (2015) 民二終字第 85 号判決書

選択肢 (2) につき、最高人民法院 (2015) 民二終字第 85 号判決書⁴⁰⁷を検討する。

本件訴訟は、債権者による債務者の株主に対する損害賠償訴訟である。原告 X は、Z 社の債権者であり、Y は Z 社の 50% の株式を有する株主である。X は、Y が Z 社の株主として、その出資が不実であり、かつ、Z 社の独立の法人格および株主の有限責任を濫用し、巨額の債務の弁済を回避し、それにより Z 社債権者としての X の利益が著しく損なわれたと主張し、Y の損害賠償責任を追及するものである。

Z 社は Y との訴外第三人である M 社と共同で出資した中外合弁企業であり、Y と M がそれぞれ Z 社の 50% の株式を保有する。Z 社は、1992 年に設立され、1997 年から休眠会社として正常な業務がなく、会社の維持のための諸手続は、Y が単独で担当していた。X は、Y と Z 社の財産上の混同および Z 社の法人格の否認を主張し、同法人格の形骸化による Z 社

⁴⁰⁷ 三亜嘉宸房地產開發有限公司与海馬汽車集团股份有限公司股東損害公司債權人利益責任糾紛二審民事判決書。同事件の一審判決書は、海南省高級人民法院 (2014) 琼民二初字第 10 号民事判決書である。

が弁済できなかった債務の弁済を Y 社に請求し、かつ、Y と Z 社の財産上の混同および Z 社の法人格の形骸化につき、Y への挙証責任の転換を主張した。

最高人民法院は、挙証責任の被告側への転換につき、『關於民事訴訟証拠的若干規定』第 7 条には『法律に具体的な規定がなく、本規定およびその他の司法解釈によっても挙証責任を負う者を確定できない場合、人民法院は、公平の原則および信義誠実の原則に基づいて、当事者の挙証能力等の要素を総合し、挙証責任を負う者を確定することができる』と定められた。人民法院は法人格否認の事件を審理する際に、債権者が情報の偏在による挙証の困難等の要素を考慮し、上記の規定にもとづき、挙証責任を負う者の確定を合理的に裁量することはよくあることである。債権者が会社の株主による会社の法人格の濫用および株主としての有限責任の濫用を挙証した結果、合理的な疑いがあると裁判所が判断した場合、同濫用がないことの挙証責任を被告株主に転換する。しかし、このような挙証責任の被告への転換は、原告債権者が『株主による会社の法人格の濫用および株主としての有限責任の濫用およびそれによる原告側の損害結果の存在』をめぐる蓋然性のある証拠の挙証があったことを前提にし、そのような前提がない場合の挙証責任の当然な転換ではないと解すべきである」とし、原告債権者の主張を棄却し、一審である福建省高級人民法院の判決が確定された。

3 小括

以上、中国の現行法（法律・司法解釈⁴⁰⁸）および最高人民法院の二つの判例を検討してきた。人民法院による証拠の調査・収集をめぐる原告の申立てが許可されるべきであると判示した最高人民法院の判例（1）をみると、①対象となる証拠は金融機関に保存されるデータであり、人民法院による調査・収集が容易であること、②申立人が二審に入出金明細書の銀行業務印が押されなかったものを提出することにより、その存在およびその内容の真実性が認められる蓋然性が非常に高いこと、③会社の法人公印・法定代表者実印・財務印鑑がすべて申立人の先方当事者に保存されていること、④申立人が印鑑の紛失手続を経て、印鑑の再発行を通じて銀行業務印付きの同明細書を最高人民法院に提出することにより二審で提出したものの真実性が証明されたこと、など通常の会社関係訴訟では具備しないいくつかの特殊な状況があったことは看過できない。同判決は、その後の人民法院による証拠の調査・収集の申立てにおいてもこれらすべての要件が満たされることは要求していないが、二審の審理において銀行業務印がない入出金明細書を提出しても（このようなものを偽造すれば、先方当事者に攻撃されすぐに発覚されるので、偽造物ではないことは容易に推測できると言える）、二審裁判所は人民法院による証拠の調査・収集の申立てを拒否したことからすれば、同申立てが許可されるハードルは相当高いと言えよう。証拠が会社側に偏在してい

⁴⁰⁸ 司法解釈は法律ではないが、最高人民法院により発布された法的効力を有するものとして、実質的な法律ともなる。また、実際の裁判では、法律に明文の規定がない場合がよくあるので、司法解釈が法律よりも重要な裁判根拠となる場合がよくある。司法解釈と法律の関係について、拙稿「株主代表訴訟の和解と取締役の対会社責任の免除——『中国会社法の司法解釈（四）（意見徴集稿）』を検討の対象として——」早稲田法学会誌 68 巻 2 号（2018）234-235 頁（注 115）（本論文第四章 121 頁）を参照されたい。

株主代表訴訟では、通常、株主が持っている証拠は上記事例と同じレベルの真実性の蓋然性が高い証拠を持っていることは考えにくいので、中国の株主代表訴訟において、上記(1)の最高人民法院の判例があっても、株主が自らの挙証責任の下で人民法院に証拠の調査・収集させることは難しいと言えよう。

また、最高人民法院の判例(2)をみると、二人会社の休眠中の維持業務を被告株主が単独で担当している場合であっても、最高人民法院は中国会社法63条の一人会社の法人格否認事件における挙証責任の転換を適用せずに、原告債権者が「蓋然性のある証拠」を提出していないという厳格な要件を設け、原告の主張を支持しなかったことが分かる。株主代表訴訟の性格からみれば、会社の法人格否認の事件と比べると、株主代表訴訟の被告を著しく不利に扱う必要性は比較的薄い。その視点で最高人民法院のこの判示を読み直すと、株主代表訴訟において、原告株主から被告取締役への挙証責任の転換に相当強力な正当性を証明できなければ、このような挙証責任の転換は最高人民法院に認められないと言えよう。

第三章のまとめ

本稿では、株主代表訴訟を念頭に、アメリカのディスカバリー制度の紹介を通じ、証拠開示の点で日本とアメリカの制度がその強力さを遥かに異にすることを確認した。また、アメリカの *Garner* 事件および *Wal-mart* 事件の判決に対する検討を通じて、アメリカでは、強力かつ広範な証拠開示制度が整備されているうえに、株主代表訴訟において一定の要件が満たされれば、英米法で強く保護されている弁護士依頼者間秘匿特権さえ破られる余地があることが分かった。このような制度を活用すれば、アメリカの株主代表訴訟の株主が、訴訟の中で証拠を獲得する能力が非常に高いと言えよう。

また、日本の文書開示制度の紹介を通じ、日本の株主代表訴訟において、会社に「自己専用文書」の開示義務がなく、その例外となる「特段の事情」は「株主と会社とを同一視する」⁴⁰⁹ことであることが分かった。また、最高裁決定の検討を通じて、信用金庫という比較的閉鎖的・人的結合体である組織においてもその「同一視する」ことが認められなかったことからすれば、通常の株主代表訴訟においては、原告株主が会社所持のこのような自己専用文書を取得することは相当難しいと言えよう。

さらに、中国の現行法の検討を通じて、株主が会社所持の証拠を取得するためには、理論的に「株主の挙証責任の下で、客観的事由による証拠の収集不能を理由に、人民法院による証拠の調査・収集を申立てること」および「挙証責任の転換」が考えられることが分かった。これについて、最高人民法院の二つの判例の検討を通じて、このような二つの理論的選択肢はいずれも現実的には認められないことが分かった。また、この二つの選択肢以外には、民

⁴⁰⁹ 平成12最決の原文は「代表訴訟は、会員としての地位で信用金庫に対する理事の責任を追及することを許容するにすぎず、会員として閲覧、謄写することができない書類を信用金庫と同一の立場で利用する地位を付与するものではない」である。

訴訟における文書提出義務の一般化という立法は理論上できないわけではないが、「訴訟法は適用された『憲法』である」⁴¹⁰以上、また、証拠開示が「制定法の私人による実現」において中心的な役割を有している以上⁴¹¹、その改正により「法の実現」が大きく影響されるため、その法改正も当然に長期的慎重な検討が必要であり⁴¹²、株主代表訴訟等の証拠偏在のみを理由とするのみでは訴訟法の改正は期待できず、やはり会社法または最高人民法院の会社関係訴訟をめぐる司法解釈によって、上記二つの理論的選択肢の中で解決策を探ることが現実的であると言えよう。

このように、株主が会社や被告役員所持の証拠を取得することは、日本ではアメリカのように強力な制度がなく、中国ではそもそも日本で取得できる「会社の自己専用文書」でない一般的文書の取得さえ難しいと言える。これを第三章の株主代表訴訟の管理権の話と結びつけて考えると、日本と中国では、会社側に株主代表訴訟の管理権を与えると、株主の証拠取得による会社側の判断にありうるバイアスへの抑止が足りないのではないかとの第三章の仮説が、ある意味で理解されやすいと言える。文書開示義務が一般化されていない中国では、このような抑止がほぼ皆無であり、当然のことながら会社の判断の透明性が期待できない。このような状況下では、アメリカのような特別訴訟委員会の制度を中国に導入しようとする動きについては、相当慎重に対応すべきであると考えられる。

⁴¹⁰ 中野貞一郎『民事訴訟の現在問題』（判例タイムズ社、1989）1頁では、「訴訟法は適用された『憲法』に他ならぬ」と述べる。

また、アメリカにおいても、「広範なディスカバリーは、単なる訴訟手続上のルールにとどまるものではない。少なくともわれわれの時代においては、ディスカバリーは、実質的に憲法にその根拠を有する手続上の制度なのである」（Hazard, *From Whom No Secrets Are Kept*, 76 TEX. L. REV. 1665, 1694 (1998)（この和訳は、マーカス・前掲（注275）47頁における三木教授の訳文を引用した）との似たような観点があ

⁴¹¹ マーカス・前掲（注275）46頁に、「われわれは好むと好まざるとにかかわらず、政府の官僚から私人である当事者へのこうした法実現の権限の委譲が、現在のアメリカにおける政治体制に組み込まれていることを認識する必要がある。こうした制定法の私人による実現において、ディスカバリーは中心的な役割を有している」と述べる。

⁴¹² 実際、日本の経験を参考すると、約50年以上ディスカバリーの制度の研究がなされてから、ようやく1996年の民訴法改正に、文書開示義務の一般化（これを「制限されたディスカバリー」とも言えよう）の立法がなされたことが分かる。その意味で、中国民訴法における文書開示義務という基礎的内容の改正も相当時間がかかると予測できよう。

日本でのディスカバリー（証拠開示）制度の民事法視点での研究は、少なくとも1940年代から行われてきた。たとえば、早期の研究として、田中・前掲（注271）、田中和夫「アメリカ連邦民事訴訟法における開示（discovery）の制度」法曹時報4巻11号（1952）1-28頁、服部高顕『米国におけるプリトリアルおよび開示の制度』（最高裁判所事務総局在外研究報告3号、1958）、竹下守夫「Discovery」英米判例百選（旧版）（1964）254-255頁、住吉博「ヒクマン原則の成立と展開（1）（2）」法学新報73巻1号（1966）35-73頁、2号=3号（1966）95-142頁、ブラム・前掲（注271）、住吉博「文書証拠と interests of justice」比較法雑誌8巻2号（1975）1-53頁、松本博之「消費者訴訟の事実認定をめぐる問題点」法律時報46巻11号（1974）52-58頁、小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（1）——主要事実・間接事実の区別と文書提出命令・証拠保全を中心として——」法学協会雑誌97巻5号（1980）589-642頁、霜島・前掲（注271）1-12頁、高橋・前掲（注271）などがある。

第四章 株主代表訴訟の和解と取締役の対会社責任の免除

——「中国会社法の司法解釈（四）（意見徴集稿）」を検討の対象として——

はじめに

取締役がその任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う⁴¹³（本章ではこれを「取締役の対会社責任」と呼ぶ⁴¹⁴）。取締役の対会社責任が私法上の債務であれば、債権者である会社はその全部または一部の免除はできるはずである⁴¹⁵。一方、このような免除に対して規制を加えないと、不当な免除を通じて、取締役の任務懈怠に起因する会社財産の損失が十分に填補されず、その賠償責任の追及を通じた取締役の違法行為の抑止機能も効かなくなるおそれがある⁴¹⁶。

日本では、取締役の対会社責任の免除には、会社法の規定による取締役の対会社責任の全部免除⁴¹⁷および一部免除⁴¹⁸、ならびに訴訟上の和解による実質的一部免除の方法がある⁴¹⁹。ここにいう「訴訟」には、取締役に対する会社による直接訴訟と株主代表訴訟のいずれもが含まれる。「訴訟上の和解」とは、訴訟の係属中、当事者双方が訴訟物についての主張を譲り合って訴訟を終わらせる旨の、期日における合意を言い、形式的には、裁判所がその合意を確認し、合意の内容を調書に記載することによって完成する⁴²⁰。本章において「和解」とは、特に断らない限り、この「訴訟上の和解」の意味で用いている。

会社法の規定により取締役の対会社責任を免除したとしても、その免除手続における株主総会または取締役会の決議の効力が争われることがありえ、ある意味ではその免除の効果は不安定であると言える。一方、訴訟上の和解を通じた取締役の対会社責任の実質的免除では、和解調書が確定判決と同一の効力を有するので⁴²¹、和解調書の内容となった範囲で訴

⁴¹³ 日本会社法 423 条 1 項。

⁴¹⁴ 取締役の会社に対する責任には、任務懈怠行為に基づく取締役の賠償責任だけでなく、株主の権利行使に関する利益供与に係る取締役の連帯支払責任などの法定の責任もある。本章では、取締役の任務懈怠行為に基づく会社に対する賠償責任を検討の対象とし、かつ、検討の便宜のために、その責任を「取締役の対会社責任」と呼ぶことにする。

⁴¹⁵ 北村雅史「取締役の責任免除と株主代表訴訟」民商法雑誌 126 巻 4=5 号（2002）568 頁。

⁴¹⁶ 株主代表訴訟制度の損害填補機能と抑止機能の関係について、尾崎・前掲（注 125）96 頁参照。

⁴¹⁷ 日本会社法 424 条

⁴¹⁸ 日本会社法 425 条、426 条。

⁴¹⁹ 一方、それらの方法以外に、形式上、訴訟（直接訴訟、株主代表訴訟）になれあいをして取締役の負担すべき賠償額より低い金額の判決を取得することも考えられるが、直接訴訟の場合は日本民事訴訟法 338 条の再審規定、株主代表訴訟の場合は日本会社法 850 条に定められる再審の規定に従って訴えが提起されうる。そうすると、不当に低い責任額の判決が下されても、そのような救済方法を採用すれば、結果として取締役が不当に責任を免れることはなくなるとも考えられる。

⁴²⁰ 新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（弘文堂、2011）366 頁。訴訟上の和解に比べて、訴訟外の和解は原告による訴訟の取り下げとなって現れることがある。訴訟外の和解は訴訟法的な効力を有しないので、その和解を行っても訴訟法的な決着がなされたといえない。

⁴²¹ 日本民事訴訟法第 267 条では、和解調書における和解又は請求の放棄若しくは認諾に関する記載が確定判決と同一の効力を有すると定められている。中国の実定法上、似たような条文を設けているが、「確定判決と同一の効力を有する」ではなく、「法的効力を有する」と定められている（中国民事訴訟法 97 条）。学者らはこの「法的効力」を「和解調書は確定判決と同一の効力を有する」と解釈している。宋

訟終了の効力が生じ⁴²²、取締役の賠償責任の有無およびその金額を確定させることができる⁴²³。これは責任を回避し、または限定したい被告取締役にときに有利に作用し、訴訟上の和解の制度が悪用され、被告取締役の責任が不当に免除される可能性も否定できない。

取締役の対会社責任の不当免除について、日本では、会社法の規定に基づく免除および和解を通じた実質的免除の両面から立法的な解決が図られている。前者の会社法の規定に基づく免除では、全部免除の場合には株主全員の同意という厳格な要件が設けられ、一部免除の場合には最低責任額などの規制が設けられている。一方、後者の株主代表訴訟の場合の和解による取締役責任の実質免除が当時の商法 226 条 5 項に定める株主全員の同意による取締役責任の全部免除という定め違反しないかとの疑問が呈され、最終的に立法の形で、取締役の責任を追及する訴訟では、訴訟上の和解を行う場合には商法 226 条 5 項の規定を適用しないこと、会社による異議申立、会社による提訴株主以外の株主への公告・通知の制度などが定められた⁴²⁴。

中国では、会社法において取締役の責任免除に関して明確な規制を設けていない。また、株主代表訴訟における訴訟上の和解についても、会社法上の諸規定は長い間存在しなかった。このような状況のもとで、2016 年 12 月に『「会社法」適用の若干問題に関する最高人民法院の規定(四)〔最高人民法院關於適用『中華人民共和國公司法』若干問題的規定(四)〕』(本章では、「中国会社法の司法解釈(四)」という。)の草案が「原則的に採択」された⁴²⁵。

編・前掲(注 395) 318 頁〔邱星美〕、張衛平『民事訴訟法(第四版)』(法律出版社、2016) 314 頁。

⁴²² 和解調書に記載された和解(訴訟上の和解)の内容が確定判決と同一の効力を有し、その「効力」とは、少なくとも訴訟の終了、執行力を意味する(既判力の有無については争いがある)(兼子一など・前掲(注 213) 1478-1480 頁〔竹下守夫=上原敏夫〕)。これについて、中国では、その効力を拘束力、確定力(形式的確定力と実質的確定力が含まれる。形式的確定力とは、訴訟当事者が和解調書に記載された内容を控訴することは認められないことを意味し、実質的確定力とは、和解の当事者は和解調書に記載された事項と紛争の対象となる法的関係を別途提訴できなくなり、かつ、別の訴訟で前述する和解調書に記載された内容と反対する主張を行うことは認められないことを意味する)、形成力、執行力と解釈されている(宋編・前掲(注 395)〔邱〕 319 頁、張・前掲(注 421) 314-315 頁)。

⁴²³ この「その金額を確定させる」には、民事訴訟法の一部請求の問題が生じうる。すなわち、株主代表訴訟では、原告株主が取締役の負うべき責任額の一部だけを提訴の請求額とし、かつ和解を行った場合、同和解の効力が残りの提訴しなかった部分の責任額まで及ぶか否かの問題である。これについて、会社法の規定による取締役の責任免除においても似たような問題が生じうる。たとえば、株主総会や取締役会の決議により取締役の責任を一部免除する際、株主総会や取締役会での「賠償責任を負うべき額」の開示において、「開示された負うべき責任額」が「実際に負うべき責任額」より少ない場合、その免除の効力が開示されていない責任額のみまで及ぶかの問題が生じうる。このような問題は、民事訴訟法理論の争点の一つであり、かつ本章で検討した株主代表訴訟の和解を通じた取締役の責任免除および会社法の規定による取締役の責任免除にいずれも生じうるので、別途検討したい。

⁴²⁴ 日本会社法 849 条。

⁴²⁵ 司法解釈の制定プロセスには、「採択」のほか、「原則的採択」の場合がある。

司法解釈の草案は最高人民法院の審判委員会の検討を経て「採択」された場合、最高人民法院の院長又は常務副院長がこれを発行する(「司法解釈作業に関する最高人民法院の規定〔最高人民法院關於司法解釋工作的規定〕」(2007 年 4 月 1 日施行) 24 条 1 項)。実際、中国会社法の司法解釈(一)(二)(三)はいずれもこのようなプロセスを取り、最高人民法院の審判委員会の採択から発布まではいずれも二ヶ月を超えなかった。

一方、司法解釈の草案が審判委員会の検討を経て、「原則的に採択」された場合は、起草部門(司法解釈の起草作業を担当する最高人民法院の各審判作業部門を指す。同規定 16 条 1 項。)が研究室(最高人民法院の一部門であり、司法解釈の草案の内容が憲法、法律、他の司法解釈と抵触していないか等の審査を担

2016年4月に公布された同司法解釈の意見徴集稿の34条では、株主代表訴訟における原告株主と被告取締役が和解を行う場合には、会社の株主総会（有限会社の場合は株主会⁴²⁶）による和解調書に対する承認決議⁴²⁷を必要とするとされた。過去にも各級の人民法院においてこのような扱い方をしていた例が散見されたが、今回は最高人民法院の立場で初めての明文規定を設ける試みであり、注目に値する。もっとも、司法解釈（四）が施行された（2017年8月28日公布、2017年9月1日施行）とき、株主代表訴訟の和解に関する同司法解釈の意見徴集稿の34条は削除されていた。そのことは、代表訴訟の和解をめぐる法的問題が未解決のまま残っているということを意味する。今回は実現しなかったものの、この意見徴集稿の34条の内容について検討することにはなお意味があるであろう。

そして、株主代表訴訟の和解を通じた取締役の責任免除の問題が日本では議論されたが、中国でこのような議論がなされていない⁴²⁸。訴訟上の和解を通じた取締役責任の不当免除の問題は中国にも起こりうるので、日中比較法の視点でこれを検討する価値があると考えられる。

なお、中国の株主代表訴訟制度の被告には、取締役、監査役のような会社に対して忠実・善管注意義務を負う者（中国の場合は、「高級管理職」も同様の義務を負うと解される）、および会社の取引相手などの会社に対して契約不履行・不法行為の責任を負う第三者が含まれているが⁴²⁹、本章は、そのうちの取締役を被告とする部分のみを検討の対象とする。

当する。同規定20条。）とともに審判委員会の検討決定に基づき修正を行い、担当の副院長に提出してその審査を受けた後に、院長又は常務副院長がこれを発行する（同規定24条2項）。上記の条文からみれば、「原則的採択」が「採択」より発布されるまでの時間がかかり、実際、会社法司法解釈（四）の草案は、2016年12月5日に最高人民法院により「原則的に採択」されてから、2017年8月28日に発布されるまで、八ヶ月以上もかかった。

本章執筆時、同草案は最高人民法院により開示されていないので、本章において、筆者は同草案の意見徴集稿の条文を準拠とする。同意見徴集稿の内容は以下のホームページに掲載されている。

中国法院網 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1837721.shtml>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

⁴²⁶ 日本法に則すれば、「社員総会」と和訳すべきであろう。ただし、中国の会社法は、有限会社と株式会社という二種類の会社形態を置き、有限会社の社員を「株主」と定義し（有限会社は株式を発行せず、持分比率をもってその社員の権益を計算するにもかかわらず）、社員総会を「株主会」と定義して、株式会社の場合の「株主」、「株主総会」とほぼ同じような名称を定めている。

このような会社形態の分類方法は批判されているが（王保樹「公司法律形態結構改革的走向」中国法学2012年1号106-116頁など）、本章では実定法における呼称を尊重し、以下、特に断らない限り、有限会社の「株主会」と株式会社の「株主総会」を「株主総会」と称する。

⁴²⁷ 株主総会（株主会）決議の代わりに、株主全員の書面による承認も可能とされる。これは、日本の会社法における取締役の責任免除における株主の「個別同意」に当たると考えられる。

なお、日本会社法の「個別同意」の正当性の理由として、取締役の免責の場合に、総株主の同意は株主総会において株主全員が一堂に会した上でこれを行う必要がなく、各株主の個別同意が得られ、最終的に総株主の同意にまで至れば、それで足りるものと説明されている。酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』（成文堂、1967）29頁。

⁴²⁸ 本章の問題意識に基づく研究はないが、他の視点で日中両国の株主代表訴訟の和解の制度を検討した論文がある。たとえば、原告株主以外の他の株主の訴訟参加の機会を保障する視点で検討したものとして、李秀文「中国会社法における株主代表訴訟と調解——通和投資持株有限会社株主代表訴訟事件を素材として——」東洋大学大学院紀要47号（2010）1-21頁がある。

⁴²⁹ 中国会社法151条。このほか、「他人」の範囲について、朱大明「中国における株主代表訴訟と支配株主に対する責任追及（上）」国際商事法務38巻7号（2010）966頁、黄・前掲（注98）232-244頁、拙

第一節 中国会社法における取締役の対会社責任の免除

取締役の会社に対する責任は、取締役の会社に対する義務違反を前提とする。そして、取締役の義務は、取締役と会社との法的関係に依存することから、中国会社法上、取締役が会社との間にどのような関係を有するかをまず整理しておきたい。

1 中国会社法における会社と取締役の関係

中国の会社法上、会社と取締役の関係を明らかにする規定は置かれていない⁴³⁰。その理由について、1993年の中国会社法の立法に先立つ「民法通則」⁴³¹に、日本民法上の委任関係に関する規定も、英米法上のいわゆる信託関係に関する法規定もまったくないので、会社と取締役の関係を根拠づける法的理論が見つからないからである、との説明がある⁴³²。

学説上、会社と取締役の関係につき、大別すると、委任説、代理または信託説、および代理委任近似説⁴³³がある。このうち、委任説が中国においては代理または信託説と比べて、中国人の習慣や心理に近く⁴³⁴、通説とされている⁴³⁵。1993年に成立した中国会社法の59条1項、123条1項⁴³⁶に基づけば、会社と取締役の關係に各国共通の委任または準委任の關係を導入して解釈することは難しくないであろうとも指摘される⁴³⁷。この点で、日本法と類似性を指摘することができ、日本法との対比も可能であると考えられる。

2 中国会社法における取締役の義務

稿・前掲（注222）247-249頁参照。

⁴³⁰ 中国の会社法には会社と取締役の關係について直接の規定がないが、間接の規定があるとされる。張紅「中国の企業（会社）管理機構と若干の問題」広島法学19巻4号（1996）253頁。

⁴³¹ 「中華人民共和國民法通則」は1987年1月1日に公布され、民法の基本制度や基本的原則を定めた法律であり、「中華人民共和國民法總則」（2017年10月1日施行）が施行された現在でも、なお有効である。

⁴³² 王作全「中国会社立法の展開と機關に関する日本法からの示唆（3）」中京法学32巻2号（1997）192頁。

⁴³³ 代理委任近似説は、英米法上の代理説および大陸法上の委任説が対立する見方ではないことを主張する。張開平『英米公司董事法律制度研究』（法律出版社、1998）309頁。

⁴³⁴ 王保樹「股份有限公司的董事和董事会」外国法訳評1994年第1期1-12頁。

⁴³⁵ 馬太広『董事責任制度研究』（法律出版社、2009）15頁、範健=蔣大興「論公司董事之義務——從比較法視角考察——」南京大学法律評論1998春季号82頁。一方、単なる委任説をもって会社と取締役の關係を説明することはできないとの指摘もある（朱曉娟「股份有限公司董事『惡』之法律抑制」政法論壇（中国政法大学學報）22巻5号（2004）51頁）。

⁴³⁶ 1993年中国会社法の59条1項および123条1項は、それぞれ有限会社および株式会社の場合を定める同じ内容の規定である。すなわち、「董事、經理は、会社の定款を遵守し、忠実に職務を遂行し、会社の利益を守らなければならない、会社における地位を利用して自らの利益を図ってはならない」とする。

両条文はその後の会社法改正で統合され、現行の中国会社法（2018年改正）の147条がこれに対応している。すなわち、同条は、「董事、監事、高級管理職は、法律、行政法規および会社定款を遵守し、会社に対して忠実義務および勤勉義務を負う。董事、監事、高級管理職は、権限を利用して賄賂又はその他の不法収入を得てはならず、会社の財産を横領してはならない。」とする。条文の訳は、日本国際貿易促進協会編『中国經濟六法』（2014）による。本章では特に言明しない限り、同書の訳文を採用する。

⁴³⁷ 酒卷・前掲（注14）52頁。

会社と取締役の関係が委任関係なのか、代理または信託の関係なのかは、裁判の実務上、中国では、大きな違いはないとされてきたようである⁴³⁸。その理由は、取締役がどのような場合に責任を負うこととなるかを定めることにコーポレート・ガバナンス上の現実のニーズがあり、そのような定めを置くためには、必ずしも背後にある会社と取締役との間の関係に関する理論を明確にすることを必要とするわけではないからである、と言われてきた⁴³⁹。中国法上の取締役の義務は、概ね、勤勉義務と忠実義務に分けられる⁴⁴⁰。このうち、勤勉義務については会社法上、定義が置かれていないが⁴⁴¹、日本の善管注意義務にほぼ相当するものと考えられる。忠実義務に関しては、明文規定として「権限を利用して賄賂又はその他の不法な収入を得てはならず、会社の財産を横領してはならない」とあるほか、競業避止、会社秘密の無断開示の禁止などの個別規定が会社法に置かれている⁴⁴²。善管注意義務への違反の判断については、現状として、裁判所は、「通常経営行為基準」、すなわち、取締役の行為につき会社による授權の存否、職権範囲内にあるか否かを判断し、経営決定の合理性について判断をしないという規範によっている、と言われている⁴⁴³。

3 中国会社法における取締役の対会社責任の免除

2005年の中国会社法改正において、取締役の責任追及の規定が大幅に追加され⁴⁴⁴、法規定、実務および世論は、取締役の責任を厳しく追及する傾向にある⁴⁴⁵。会社法では、取締役の対会社責任および対株主責任が定められている。すなわち、取締役は業務執行において法律・行政法規又は会社定款の定め違反に起因して会社に損害を与えた場合、会社に対して賠償責任を負う⁴⁴⁶。また、対株主責任として業務執行に上記の違反があつて株主の利益を損なった場合には、株主に対して賠償責任を負うと定めている⁴⁴⁷。学説上、日本会社法 429 条の

⁴³⁸ 馬・前掲（注 435）18 頁。

⁴³⁹ 馬・前掲（注 435）17 頁。

⁴⁴⁰ 趙編・前掲（注 29）464-468 頁〔趙旭東〕、施天濤『公司法論（第四版）』（法律出版社、2018）393 頁、李建偉『公司法學（第四版）』（中国人民大学出版社、2018）336 頁参照。

⁴⁴¹ 取締役の勤勉義務に関する研究として、任自力「公司董事的勤勉義務標準研究」中国法学 2008 年 6 号 83-91 頁、張紅＝石一峰「上市公司董事勤勉義務的司法裁判標準」東方法学 2013 年 1 号 112-126 頁などがある。

⁴⁴² 中国会社法 147 条、148 条。なお、取締役の忠実義務に関する研究として、朱羿鋌「論董事問責的誠信路徑」中国法学 2008 年 3 号 86-101 頁参照。

⁴⁴³ 羅培新など「我国公司高管勤勉義務之司法裁量的実証分析」証券法苑 2010 年 3 号 402-403 頁。また、実際のところ、裁判所による忠実義務違反を判示した事例および善管注意義務違反を判示した事例数は、凡そ 5:1 であり（樓建波など「公司法中董事、監事、高管人員信義義務的法律適用研究——以北京市法院 2005~2007 年間的相關案例為樣本性的実証研究——」商事法論集 2012 年 1 号 530 頁参照）、善管注意義務違反を認めた事例は少ないことが分かる。ただし、このような比率はあくまでも判決の結果となるデータであり、実際に提訴された事件数を意味せず、ひいては裁判所が善管注意義務を判断する際に慎重であるとの結論にもならないことに注意を要する。

⁴⁴⁴ 中国会社法 53 条、150 条、151 条、152 条等。趙旭東『新公司法制度設計』（法律出版社、2006）103-110 頁参照。

⁴⁴⁵ 鄧峰「中国法上董事会的角色、職能及其思想淵源：実証法的考察」中国法学 2013 年 3 号 105 頁。

⁴⁴⁶ 中国会社法 149 条。

⁴⁴⁷ 中国会社法 152 条。

ような取締役の対第三者責任を導入すべきであるとの提案もあったが⁴⁴⁸、実現していない。

これに対して、取締役責任の免除については、中国の会社法上、規定がない⁴⁴⁹。この点につき、中国会社法では、取締役会決議が法律・行政法規・会社定款・株主総会決議に違反して会社に重大な損失を与えた場合、同取締役会決議において異議を表明し、かつ同異議が議事録に記載されている取締役の賠償責任が免除されると定められている⁴⁵⁰。そのような「責任が免除される」との表現に基づき、その条文は取締役責任の法定免除の規定であるとの主張⁴⁵¹があるが、それは責任免除ではなく、その場合に責任がそもそも発生しない（責任の不発生）と考えるべきであろう。

第二節 「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」

1 2016年4月に公布された「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」

2016年4月に公布された「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」において、その中の30条から35条までは株主代表訴訟に関する規定であった⁴⁵²。その34条において、「人民法院は会社法151条2項、3項の規定に基づき提起された訴訟（株主代表訴訟・・・引用者注）を審理する場合において、当事者が調解協議を合意したときは、株主会または株主総会による調解協議を承認する決議を人民法院に提出しなければならない。有限会社が株主会決議を提出しなかった場合、株主全員により調解協議書に署名もしくは押印し、又は調解協議に同意する旨の書面を人民法院に提出しなければならない。」⁴⁵³としている。

34条は、手続規定とも言える。しかし、その「株主総会の決議」が普通決議であるか、それとも特別決議であるかを明確に定めていない。また、手続の内容からみると、この条文は基本的に、後述する「第二時期」に各級人民法院が模索してきた内容を採用したものと言えるが、「司法解釈」という全国の人民法院の裁判の根拠となる「実質的立法」の形で行われようとする試みであるとも言える。もっとも、同規定の提案理由は説明されていない。地方の人民法院に散見する同じような規定を参考にする限りでは、株主総会の決議により、不当、不正な和解を抑止しようというのではなく、むしろ、和解権限を有するか否かという疑問に対して応えるもの、すなわち、株主代表訴訟の和解における原告株主の処分権限の不

⁴⁴⁸ 陳景善「論董事對第三人責任的認定與適用中的問題點——以日本法規定為中心——」比較法研究 2013年5号93-102頁。

⁴⁴⁹ 陳建勛「試論董事民事責任的免除」公司法評論 2005年2号102頁。なお、立法論として、取締役の責任免除では、取締役の義務違反行為に故意があった場合を除き、その責任を免除できる制度を導入すべきであると提唱されている（任自力＝曹文澤「論董事責任的限制」法学家 2007年5号89-91頁）。

⁴⁵⁰ 中国会社法112条。

⁴⁵¹ 張昊＝李震東「試論董事責任的豁免機制」重慶工商大學學報 2006年4号62頁、任＝曹・前掲（注449）89-91頁参照。

⁴⁵² 本章執筆時、同草案は最高人民法院により開示されていないので、筆者は同草案の意見徴集稿の条文に準拠した。中国法院網 <http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1837721.shtml>（最終アクセス日：2019年9月30日）。

⁴⁵³ 筆者が和訳した。

足を補強する趣旨であると推測することは可能であろう⁴⁵⁴。

2 「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」までの経緯

このような意見徴集稿が公表された理由と背景は何か。以下、検討してみよう。

過去の各級の人民法院の規定の特色を浮かび上がらせるために、株主代表訴訟の和解をめぐる2016年の「中国会社法の司法解釈（四）（意見徴集稿）」までに発展してきた規定を、二つの時期に分けて考察を行う。

（1）第一期（2005年の中国会社法の改正前）

この時期において、中国会社法には株主代表訴訟の制度がまだ立法されておらず、株主代表訴訟⁴⁵⁵件は、主に各級の人民法院が自ら制定した規則にしたがって審理されていた⁴⁵⁶。

この時期に、株主代表訴訟の和解のあり方については、主に「他の株主や会社の法益保護」の視点から検討されたようである。たとえば、最高人民法院副院長李国光の2002年の全国法院民事商事審判業務会議における報告（2002年12月9日）⁴⁵⁷には、「訴訟当事者が訴訟係属中に訴訟上の和解を申し出た場合において、当該和解案が他の株主の利益または会社の利益を損なうものであることが確認されたときには、当該和解案を認可せずに引き続き審理を行わなければならない」とされている⁴⁵⁸。その後の2003年に、上海市高級人民法院は、上記の報告の内容をそのまま規則として採用した⁴⁵⁹。しかし、裁判所の審査権限と義務を定めたこのような規定は、どのような基準で運用されるかは不明で、和解の申出に対する対応は、裁判官にとってかなり難しい仕事であると言わざるをえない。また、この規定は、

⁴⁵⁴ 深セン中級法院2015ガイドライン33条。その内容について、後掲（注464）参照。

⁴⁵⁵ この時期に株主代表訴訟がまだ立法されていないが、各級の人民法院が自ら制定した規則においてこのような紛争を「株主代表訴訟」又は「株主派生訴訟」と定義した。本章では検討の便宜のために「株主代表訴訟」の言葉を用いる。「株主代表訴訟」という表現を用いている例として、江蘇高級法院意見を参照されたい。「株主派生訴訟」という表現を用いている例として、上海高級法院意見を参照されたい。

⁴⁵⁶ この時期に、株主代表訴訟の審理に対して実質的に指導力を有する文書として次のようなものがあり、株主代表訴訟の和解に触れたのは①および⑤である。①李国光最高人民法院副院長講話、②広東省高級法院意見第6条～第9条；③浙江高級法院意見、④江蘇高級法院意見、⑤上海高級法院株主代表訴訟意見、⑥北京高級法院意見。この時期の各級人民法院の規定を検討したものとして、朱芸陽『全球化与本土化互動中的股東派生訴訟』（法律出版社、2015）88-90頁などがある。

⁴⁵⁷ 同報告書は「司法解釈」ではないので、判決では直接に引用することはできないが、最高人民法院の考え方を示した意味で裁判実務に大きな影響力を有する。その証拠として、たとえば、上海市高級人民法院が、同報告書の株主代表訴訟についての内容をそのまま上海高級法院意見に採用された例がある。また、最高人民法院がこのような会議での最高人民法院副院長などの者の報告内容を「會議紀要」に纏め、全国の人民法院に公布することもある。たとえば、最高人民法院は、2015年の全国民事審判業務会議での最高人民法院副院長奚曉明氏の報告を含む同會議の諸内容を會議紀要の中で定め、かつ、「全国民事審判業務會議の會議紀要は、裁判の統一、紛争の有効的解決にとって重要な意義を有しているので、各級の人民法院は同會議の趣旨を必ず遵守してください。」と定めた（「2015年全国民事審判業務會議の會議紀要〔最高人民法院2015年全国民事審判工作會議紀要〕」（2015年公布）参照）。最高人民法院が「報告」「紀要」を含む司法政策を通じて各級人民法院の裁判活動を指導することにつき、孔祥俊「法律適用需要處理八大關係（二）」法律適用232号（2005）23頁、李大勇「論司法政策的正当性」法律科学2017年第1期19-20頁参照。

⁴⁵⁸ 中国法律年鑑編集部編『中国法律年鑑2003』（中国法律年鑑社、2003）158頁。

⁴⁵⁹ 上海高級法院意見。

あくまでも株主代表訴訟の和解が行われようとしている場合に、このような状況があれば裁判所としてその和解を「承認してはならない」ということを定めるものであり、正面からどのような要件を充たせば裁判所としてその和解を「認めてよいか」については定められていない、と読めるであろう。

(2) 第二期 (2005 年の中国会社法の改正後)

①各級人民法院の規定

2005 年の中国会社法改正をもって第二期が始まったと考えられる。この第二期において、株主代表訴訟が初めて法律上の制度として導入され、各級の人民法院が株主代表訴訟の審理につき多数の規定を定めることとなったからである。それら各級人民法院の規定の中に、株主代表訴訟の和解に触れるものが多数存在した⁴⁶⁰。

この時期に公布された各級人民法院の規定は、訴訟上の和解につき、基本的に「会社の株主会（株主総会）の承認決議を要する」、または「会社の株主会（株主総会）もしくは会社の董事会の承認決議を要する」と定めるものであった。

このような条文の趣旨はほとんど説明されていないが、唯一、深セン市中級人民法院の株主代表訴訟の審理ガイドラインが、その趣旨について、株主総会や董事会の決議により株主代表訴訟の和解における原告株主の処分権限の不足を補強する趣旨であると説明している⁴⁶¹。

また、この時期に最高人民法院公報に掲載された判例⁴⁶²である通和投資持株有限公司の株主代表訴訟事件⁴⁶³では、二審の最高人民法院が、訴訟上の和解を行うためには、会社およ

⁴⁶⁰ たとえば、山東高級法院意見、「会社法司法解釈（二）（意見徴集稿）」（最高人民法院 2007 年 3 月 26 日公布）、深セン中級法院 2010 意見、深セン中級法院 2015 ガイドラインがある。

⁴⁶¹ 深セン中級法院 2015 ガイドライン 33 条は、「株主代表訴訟の審理において、当事者が調解協議に達した場合、会社定款に基づく会社の株主会（株主総会）または董事会の決議による承認を要する」と定めた。

また、同ガイドラインの添付書類としての条文趣旨の説明には、上記 33 条の趣旨につき、「株主代表訴訟は、通常の訴訟案件と異なる。通常の訴訟案件の原告は案件と直接的な利害関係を有し、原告と被告の和解は、自らの訴訟権利および実体権利の処分行為であり、第三者の法的権益を害しないのであれば、通常はその和解を認めるべきである。しかし、代表訴訟はその特殊性を有し、代表訴訟の原告と案件は直接的な利害関係を有しておらず、その訴訟目的は会社の法的権益の保護であり、それにより自分の利益の間接的保護を実現する。したがって、株主代表訴訟の和解協議は、会社の株主会または董事会により定款に定めた職権および議事規則に基づき決議を通じて承認すべきであり、さもなければ、原告と被告による第三人としての会社の権益の勝手な処分になってしまう。」と説明した。

⁴⁶² 最高人民法院公報に公布された判例は、「指導性案例」（「指導性案例」の効力について、「各級の人民法院が類似案件を審理するときに、これを参照しなければならない」と定められている（最高人民法院「案例指導に関する規定 [最高人民法院關於案例指導工作的規定]」（2010 年 11 月 26 日公布）7 条参照。）ほどの効力を有しないが、人民法院の実務では非常に重要な参考価値と指導の意義を有する（王長華＝張思宇「論株主派生訴訟調解的公司法規制」河南財經政法大學學報 2016 年 3 号 129 頁注 2）。中国最高人民法院の「指導性案例」に関する研究として、王建文「論商事指導性案例的特殊法源地位」蘭州學刊 2019 年 7 月号 86-96 頁、李艷紅「中国指導性案例制度の現状と課題——最高人民法院『案例指導に関する規定』と指導性案例を中心に——」比較法学 47 卷 2 号（2013）27-60 頁などがある。

⁴⁶³ 『中華人民共和國最高人民法院公報』2009 年 6 号（浙江和信電力開發有限公司、金华市大兴物資有限公司与通和置業投資有限公司、厦門控股創業投資有限公司、上海富沃企業發展有限公司、第三人通和投資控股有限公司損害公司權益糾紛上訴案）。

び原告株主以外の会社の他の株主による同意を得ることがその和解の前提であると判示した⁴⁶⁴。以下、同判例を紹介する。

②株主代表訴訟における訴訟上の和解の有効性

この事件は、浙江省高级人民法院の一審⁴⁶⁵および最高人民法院の二審⁴⁶⁶を経たものである。事案は次のとおりである。

通和投資控股有限公司（以下、M社）は、一連の持分譲渡により、上海富沃企业发展有限公司広厦（以下、Y1社）および通和置業投資有限公司（以下、Y2社）に対して利益分配補償金および持分譲渡対価に係る債権を有している。また、Y2社に対する債権の回収において、M社は、Y2社と関連を有するにもかかわらずその事実を不開示であった広厦控股創業投資有限公司（以下、Y3社）に対してY2社に対する債権の回収を委託したところ、Y3社がその債権の回収を怠った。

M社の株主である浙江和信電力開発有限公司（以下、X1社）および金华市大兴物資有限公司（以下、X2社）は、2007年3月12日および4月16日に、M社に対して、Y1らに対する訴訟の提起を請求した。これに対して、M社は、2007年4月17日に、同社の当時の状況および会社公印（訴状に押印が必要であるため）の使用規則により、会社が自ら提訴することができない旨をX1とX2に通知した。そこで、2007年4月25日、X1、X2が浙江省人民法院において株主代表訴訟を提起した。請求内容は、(1) Y1はM社に対する持分譲渡の対価（9000万人民币元）およびその利息（1419.5万人民币元）を支払うこと、(2) Y2社はM社に対して利益配当補償金（23750万人民币元）およびその利息（1049.71万人民币元）を支払うこと、(3) M社はY3社に対する債権回収委託を撤回すること、(4) Y1社、Y2社、Y3社による本件訴訟の訴訟手数料を負担すること、であった。

第一審の浙江省人民法院は、「X1、X2はM社の株主として、M社の提訴を通じた権利行使につき懈怠があった場合、中国会社法152条に基づき株主代表訴訟を提起するための原告適格を有する。X1、X2は本件訴訟においてそれぞれ、利益配当補償金、持分譲渡対価、委託関係の解除等の三つの請求をしており、かつ、これらの請求はそれぞれ異なる三つの主体に対するものであるが、X1、X2は持分譲渡対価の回収という同一の目的を有し、事実上の牽連関係を有するところ、必要的共同訴訟として併合審理ができる」とし、「Y2社は、持分譲渡枠組契約に基づき、会社が黒字の下の利益配当補償金を支払っていないことから、その黒字部分につきM社へ補償金の支払い義務を負う。Y1社は持分譲渡契約などの文書の定めにより持分譲渡対価を支払っていないので、その未払い分につきM社への支払いおよび損害賠償をすべき民事責任を負う。Y3社はM社からY2社に対する債権回収を目的とする

⁴⁶⁴ 同判決の判示をみれば、株主会（この事件の会社は有限会社であり、株主総会ではなく、株主会を有する）または原告株主以外の株主の同意を得なければ、訴訟当事者間にしか既判力を有しない和解さえもできないと考えられる。

⁴⁶⁵ 浙江省高级人民法院（2007）浙民二初字第5号民事判決書。

⁴⁶⁶ 最高人民法院（2008）民二終字第123号民事判決書。

委託を受ける際に、Y2社との関連関係をM社に開示していなく、かつ委託を受けた後でも受託者としての義務を積極的に履行していない。この場合、X1、X2による代位訴訟の提起には正当性が存する」と判示し、X1、X2の請求を全面的に認めた。

一審の被告らが同判決を不服とし、最高人民法院に上訴した。最高人民法院の斡旋の下、訴訟当事者間で「調解協議書」⁴⁶⁷（和解調書に相当する）が締結された。同調解協議書の第5条は次のような内容であった。すなわち、「本調解協議書は、各当事者による真実・自由な意思表示により締結されたものであり、かつ、M社の株主会による決議またはその他の株主による同意によりその効力を生じる。各当事者は、本調解協議書を最高人民法院に提出し、同法院による審査および調解協議書の作成に同意する。」

2009年3月17日、最高人民法院は同調解協議書の効力について、「本人民法院は、上記調解協議書が各当事者の自由な意思表示によるものであり、法律・行政法規の禁止規定に違反していないと判断する。当該調解協議書は株主代表訴訟を提起した株主、すなわちX1とX2および株主代表訴訟の第三者であるM社の同意があっただけでなく、M社のすべての株主の書面による同意があつたことから、M社およびその株主の利益を侵害するものではない。当法院は上記調解協議書の効力を認める。」と判示した。

調解協議書第5条は、「株主会の決議」または「他の株主による同意」による和解であれば、会社および全株主を拘束するとし、最高人民法院も「M社すべての株主の書面による同意があつたこと」を認定して、その有効性、拘束力を肯定している。2018年改正の中国会社法37条2項では、株主会が実際に招集されずに、株主の署名・捺印のみによる株主会決議（書面決議）が認められている⁴⁶⁸。株主全員の同意を示す書面があつたということは、「他の株主による同意」だけでなく、「株主会の決議」もあつたと解することができる。

株主代表訴訟の制度が中国会社法に創設された2006年からわずか3年間しか経過していない2009年時点において、最高人民法院は本件事案において、株主代表訴訟における原告株主を当事者とする訴訟上の和解の有効性を認めた。通常の訴訟上の和解では、処分される

⁴⁶⁷ 裁判所の調停の下に達成した訴訟上の和解協議である。

⁴⁶⁸ 中国会社法37条（2018年改正）

1 株主会は、次に掲げる職権を行使する。

(1) 会社の経営方針および投資計画を決定すること

(2) 従業員代表を務めていない董事および監事を選出および更迭し、董事および監事の報酬に関する事項を決定すること

(3) 董事会の報告を審議し承認すること

(4) 監事会又は監事の報告を審議し承認すること

(5) 会社の年度財務予算案および決算案を審議し承認すること

(6) 会社の利益配当案又は欠損補填案を審議し承認すること

(7) 会社の登録資本金の増加又は減少について決議を行うこと

(8) 社債発行について決議を行うこと

(9) 会社の合併、分割、解散、清算又は会社形態の変更について決議を行うこと

(10) 会社定款を修正すること

(11) 会社定款に定めるその他の職権。

2 前項の事項について株主が書面により全員一致で同意した場合は、株主会会議を招集せず、直接決定することができ、かつ全株主が決定文書に署名、捺印する。

のは、原則として原告と被告の権利・義務である。しかし、株主代表訴訟では、第三者である会社と原告株主以外の株主の実質的な権利・義務も処分される結果となる。その点で、単に原告株主だけの判断で既判力が生じる訴訟上の和解をすることには慎重にならざるをえない。最高人民法院は、訴訟上の和解を有効とする条件として、「会社による同意」または「他の株主による同意」を要件としたことは妥当である。しかし、上述したように、原告株主以外の株主が存在し、その者が和解に反対の意思であったときが問題である。中国の有限会社では、最大限 50 人の株主が許される（中国会社法 24 条）ため、十数人または数十人の株主を有する会社もありうる。仮に全株主の同意を要する、または株主会の決議も全員一致（または特別多数）を要するとすれば、訴訟上の和解が有効となるためのハードルは本件事案よりも格段に高くなる。

改めて本件調解協議書に立ち返ると、その「株主会の決議」がどのような決議でなければならないのか、また「他の株主の同意」が「他の株主全員」を意味し、全員一致を要するのかどうかは、なお不明である。本件は、株主全員の書面による同意があったことで、ある意味で特殊なケースであったと言え、いずれの条件をも十分に満たすものであった。そうでないときの判断枠組みを必ずしも示すものではないのであり、本件最高人民法院の判断枠組みの射程が問題となりうる。

第三節 日本会社法における取締役の対会社責任の全部または一部の免除

1 1950 年改正の商法およびそれ以前の商法

1950 年改正前の商法 245 条 1 項 4 号は、株主総会の特別決議による取締役の対会社責任の免除を認めていた。1950 年の商法改正は、株主の利益の保護を強化するために取締役の責任免除の要件を厳格化し、株主総会の特別決議の要件を改め、総株主の同意を要するとした⁴⁶⁹。

そのように改正が行われた理由は、同じ 1950 年の商法改正において導入された株主代表訴訟の制度であった。1950 年の商法改正前、株主代表訴訟制度は存在せず、唯一、少数株主による会社に対する取締役への提訴請求権が認められていたにとどまる⁴⁷⁰。1950 年改正商法は、取締役の責任強化あるいは株主の地位強化の一環として⁴⁷¹株主代表訴訟制度を創設し、すべての株主に会社に代わって取締役の責任を追及することを認めた⁴⁷²。すべての株主が単独で取締役の責任を追及する株主代表訴訟を提起できるとすれば、取締役の責任の

⁴⁶⁹ 1950 年改正商法 266 条 4 項。

⁴⁷⁰ 周・前掲（注 54）223 頁。

⁴⁷¹ この背後には、日本の会社法が財閥形成を容易にしたのは、株主権の貧弱にあったという認識がある。矢沢＝鴻・前掲（注 59）5 頁。

⁴⁷² この時期の株主代表訴訟制度の歴史につき、拙稿・前掲（注 132）244 頁（本論文第一章 14-15 頁）参照。

免除には総株主の同意を要求することにしないと、バランスを失する⁴⁷³⁴⁷⁴。言い換えれば、株主が一人でも反対する限り取締役の責任を免除することができないとすることによって、代表訴訟提起権を単独株主権としていることとの平仄を合わせたと解されるのである⁴⁷⁵。

併せて、責任免除を厳格な規制に服せしめることで安易に会社財産が流出するのを防止することも意図されたと考えられる。株主代表訴訟の提起があった場合に、その一方で会社が安易に取締役の責任を免除することができることになれば、不明朗なやり方で取締役の責任が回避され、株主代表訴訟提起の意味が減殺されてしまうので、これを防止するためもあったと言われている⁴⁷⁶。

2 2001年12月の商法改正

2001年12月の商法改正は、取締役の対会社責任の一部免除などを中心に行われた⁴⁷⁷。その改正の作業は1997年9月の自由民主党法務委員会商法に関する小委員会による「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」に遡ることができる⁴⁷⁸。これは1993年改正商法が株主代表訴訟の手数料を一律8,200円とする⁴⁷⁹など株主代表訴訟を提起しやすくしたことから株主代表訴訟が激増し（いわゆるバブル破壊により企業不祥事が次々に明るみに出たことも大きな要因である）、また損害賠償の請求額が高額化したことに対する経済界の危惧を背景にしたものであった⁴⁸⁰。このような危惧は、株主代表訴訟により高額の責任を追及される恐怖感が経営の萎縮をもたらした⁴⁸¹、また企業活動をチェックする社外取締役のなり手不足となるという懸念もつらなっていた⁴⁸²。

一方、このような経済界の論調に対し、学界では、取締役が訴訟にさらされているというだけで経営の萎縮につながるというのは説得力を欠き⁴⁸³、株主代表訴訟で取締役が敗訴した例は大部分が取締役に具体的に法令違反行為があった事例であり、経営判断のミスによ

⁴⁷³ 大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中巻）（第三版）』（有斐閣、1992）260頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第三版）』（有斐閣、1994）298頁。

⁴⁷⁴ 1950年の商法改正では、「免除に反対する株主が存在するにもかかわらず、免除を認めてしまうのでは、株主代表訴訟制度を設けて各株主が自ら取締役の責任を追及しようとしたことと相容れない」とした。片田哲也「経団連コーポレート・ガバナンス特別委員会の活動と緊急提言の取りまとめ」商事法務1470号（1997）15頁。

⁴⁷⁵ 江頭・前掲（注6）481頁。

⁴⁷⁶ 関俊彦「会社が負担する取締役賠償責任保険の保険料」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、1995）95頁。

⁴⁷⁷ そのほかには、株主代表訴訟の合理化および監査役制度の強化の内容もあった。

⁴⁷⁸ 自由民主党法務委員会商法に関する小委員会「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」商事法務1468号（1997）27頁。

⁴⁷⁹ 1993年改正商法267条4項。

⁴⁸⁰ 北村・前掲（注415）566-567頁。

⁴⁸¹ 自由民主党法務委員会商法に関する小委員会・前掲（注478）29頁。

⁴⁸² 社外取締役のなり手が不足となることの対策として、責任限定契約を通じる社外取締役責任の事前制限の内容が立法化されたが（現行会社法では、会計参与、社外監査役、会計監査人も同制度を適用する）、本章の検討対象となる取締役責任の事後免除とは別の内容である。

⁴⁸³ 末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務1528号（1999）23頁。

る責任が認められた例はほとんどなく⁴⁸⁴、賠償責任額も社会的に許容できる範囲にとどまっているとの指摘⁴⁸⁵が有力に主張された⁴⁸⁶。もっとも、大和銀行株主代表訴訟事件に関して大阪地裁が取締役一人あたり 829 億円から 75 億円の損害賠償を命じて以後⁴⁸⁷、学者側の認識に若干の変化も見られるようになり⁴⁸⁸、2001 年 12 月に議員立法の形により法改正が実現した。

この商法改正により、取締役の対会社責任が新たな 3 つの方法により制限することが可能となった。すなわち、①株主総会の特別決議による事後的免除、②定款において責任免除の旨を定めた上で取締役に責任が発生した場合に取締役会決議により行う事後的免除、③定款規定に基づいて会社が社外取締役の間で賠償額の上限を定める責任限定契約を締結する事前的制限である⁴⁸⁹。2005 年制定の会社法は、これら 3 つの方法をそのまま受け継いだ⁴⁹⁰。

3 現行会社法

会社法 424 条に定める総株主の同意による取締役責任の全部免除については、免除の対象は会社法 423 条 1 項に定める取締役の会社に対する任務懈怠責任のみである⁴⁹¹。株主代表訴訟の提訴事由となる取締役と会社との取引債務⁴⁹²は除かれている⁴⁹³。責任免除の要件である「総株主の同意」は、必ず株主全員一致による株主総会決議を要求するものではなく、各株主の個別的同意であってもよい⁴⁹⁴。

会社法 424 条による責任免除では、何万人の株主を有する会社の場合、たとえ株主のほとんど全員から同意を取り付けたとしても、少なくとも株主代表訴訟を提起している株主は同意しないと考えられるため、条文が機能しないと指摘されていた⁴⁹⁵。そこで、株主数の多い株式会社において、取締役による会社経営が萎縮しないように、現実に機能し得る責任免除制度を設けるために、会社法 425 条がもうけられた⁴⁹⁶。

会社法 425 条に定める取締役責任の一部免除は、主に、取締役が職務を行うにつき善意で

⁴⁸⁴ 岩原教授は、「このように取締役の責任を認めることに極めて慎重な判例の下で経営を萎縮させているとすれば、そういった取締役は経営者としての資格がない」と指摘した。岩原伸作「株主代表訴訟」ジュリスト 1206 号 (2001) 123 頁。

⁴⁸⁵ 株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見(上)」商事法務 1605 号 (2001) 36 頁。

⁴⁸⁶ 北村・前掲 (注 415) 567 頁。

⁴⁸⁷ 大阪地裁 2000 年 9 月 20 日判例時報 1721 号 3 頁。もっとも本件は控訴審でかなり低い金額で和解が成立した (商事法務 1618 号 (2002) 44 頁)。

⁴⁸⁸ 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト 1220 号 (2002) 32 頁。

⁴⁸⁹ 2001 年 12 月改正商法 266 条 7 項 12 項および 19 項。

⁴⁹⁰ ただし、2005 年の日本会社法改正では役員等の範囲が会計参与、会計監査人に拡大されたため、商法に定める取締役責任の免除制度の適用する主体の範囲が拡大した。

⁴⁹¹ 日本会社法 424 条。

⁴⁹² 最判平成 21・3・10 民集 63 卷 3 号 361 頁。

⁴⁹³ 落合誠一編『会社法コンメンタール (9)』(商事法務、2014) 303 頁 [黒沼悦郎]。

⁴⁹⁴ 上柳克郎など編『新版注釈会社法 (6)』(有斐閣、1987) 292 頁 [近藤光男]。

⁴⁹⁵ 片田・前掲 (注 474) 15 頁。

⁴⁹⁶ 落合編・前掲 (注 493) 297 頁 [黒沼]。

重過失がないこと⁴⁹⁷、かつ免除額は責任免除限度額の範囲内に限ること、および、株主総会の特別決議によること⁴⁹⁸という要件を設けた。

「善意で重過失がない」の反対は「悪意または重過失がある」であり、この場合、取締役はその任務懈怠により会社に損害を及ぼすことを知っていたか、そのことについて著しく注意を欠いていた状態にあり⁴⁹⁹、責任の一部免除を認めなくても、経営が萎縮するおそれがないということである⁵⁰⁰。そして、報酬を基準として責任限度額を定め、代表取締役、取締役、社外取締役を三段階に分けて、それぞれの年収に6、4、2という数字⁵⁰¹を乗じて得た額をそれぞれの役職の最低責任額とした⁵⁰²。このように三段階に分けたのは、その責任の程度にも濃淡があることを考慮したと説明されている⁵⁰³。さらに、取締役の責任を一部免除する場合は、株主総会の特別決議、すなわち、総議決権の過半数（定款で3分の1まで引き下げ可能）を有する株主が出席し、その議決権の3分の2以上にあたる多数によらなければならない。また、上記の要件以外、株主総会における開示⁵⁰⁴、監査役または監査委員全員の同意⁵⁰⁵の要件も定められている。

しかしながら、株主総会の決議による責任の一部免除については、取締役の責任免除のためにのみ臨時株主総会を招集することは費用や手続を考えると困難であり、定時株主総会を待つとすれば、責任が免除されるかどうか不明な状態が継続し、経営の萎縮をもたらす可能性がある。そこで、会社法426条は一定の場合に取締役会の決議による取締役の責任の一部免除を定めた⁵⁰⁶。

具体的には、まず、取締役の主観的要件が善意かつ重過失がないことを要し、これは会社法425条に基づく免除と同じである。ただし、取締役会が取締役責任の一部を免除することができる旨を定款で定める必要があり、かつ、責任原因事実の内容、当該役員等の職務遂行の状況その他の事情を勘案して特に必要がある場合に限り⁵⁰⁷、取締役会決議により取締役責任の一部を免除することができると定められている⁵⁰⁸。また、取締役会がこのような決議

⁴⁹⁷ 一方、株主代表訴訟を審理する裁判所は責任の有無を判断するだけであり、軽過失や重過失を厳密に区別する必要はない。株主総会が軽過失であると判断して責任免除する決議をする場合、その判断が間違える可能性があるとして指摘され、その場合、責任免除の決議が無効になる学説がある。北村・前掲（注415）574-575頁。

⁴⁹⁸ 日本会社法309条2項8号。

⁴⁹⁹ 落合編・前掲（注493）299頁〔黒沼〕。

⁵⁰⁰ 太田誠一ほか「企業統治関係商法改正法Q&A」商事法務1623号（2002）13頁。

⁵⁰¹ これらの数字は特に理論的な根拠はなく、実際の在職年数とも関係がない。落合編・前掲（注493）300頁〔黒沼〕。

⁵⁰² 日本会社法425条1項1号。

⁵⁰³ 太田ほか・前掲（注500）10-11頁。

⁵⁰⁴ 責任の原因となる事実、賠償責任を負うべき額、責任を免除する限度額およびその算定の根拠、責任を免除すべき理由、責任免除額を株主総会にて開示しなければならない（日本会社法425条2項）。

⁵⁰⁵ 株主提案による責任免除の場合、監査役または監査委員の同意は必要ではないとされる。これに対して、株主提案によるときは大株主の意向だけで安易な責任の一部免除が決議されることもありうるので、監査役の判断を介在させないのは妥当ではないとの批判がある。岩原・前掲（注487）128頁。

⁵⁰⁶ 太田ほか・前掲（注500）7頁。

⁵⁰⁷ 特に必要があると認められる事例として、北村・前掲（注415）582頁脚注35参照。

⁵⁰⁸ 日本会社法426条1項。

を行った場合、株主に対して公告（公開会社の場合）または通知（非公開会社の場合）をする必要があり、1ヶ月を下回らない異議期間を設け、総株主の議決権の百分の3（定款でこれを下回る割合を定めることが可能）以上の議決権を有する株主が異議を述べたときは、前述の責任免除をしてはならないと定められている⁵⁰⁹。

この条文の実効性については、「責任原因事実の内容、当該役員等の職務遂行の状況その他の事情を勘案して特に必要がある」の「特に必要がある」の表現は柔軟に又は逆に厳格に解される余地があり⁵¹⁰、このような解釈上の不安定により、免責決議に賛成した取締役および議案提出に同意した監査役が善管注意義務違反による責任を問われることがありうるので、この条文に基づく責任免除は相当慎重に行われるのではないかと指摘がある⁵¹¹。

第四節 中国における株主代表訴訟の和解を通じた取締役の対会社責任の免除の規制のあり方

1 株主代表訴訟の和解を通じた取締役の対会社責任の免除の問題をめぐる日本での議論

取締役の対会社責任の免除の方法には、本章第三節でまとめた会社法に基づく免除だけでなく、株主代表訴訟の和解を通じた実質的免除も可能である。これに対し、訴訟上の和解の場合には取締役の責任がまだ確定していないから、形式的に取締役の責任免除の問題が生じないとの主張⁵¹²があるが、取締役の責任が未確定の段階でなされる和解につき、責任免除に該当しないとすれば、たとえば総株主の同意が要らなくなり、比較的に容易に可能となりかねないというおかしな結果を生じてしまい、妥当とはいえないと批判されている⁵¹³。このような批判は中国でもそのまま当てはまるであろう。

株主代表訴訟の和解を通じた取締役責任の免除をめぐり、日本ではすでに活発に議論された。1993年の商法改正前、株主代表訴訟の訴訟上の和解の効力につき、学説上、既に否定説と肯定説の対立があった。否定説は、株主代表訴訟の訴訟上の和解は実質的に被告取締役の責任の免除となることに着目し、株主代表訴訟の訴訟上の和解の効力を認めることが取締役の責任免除に全株主の同意を要する商法 266 条 5 項に抵触すると主張した⁵¹⁴。1993

⁵⁰⁹ 日本会社法 426 条 3 項～7 項。

⁵¹⁰ 森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向（上）」取締役の法務 98 号（2002）21 頁、河本一郎「議員立法（監査役制度の強化・株主代表訴訟の見直し）が株主代表訴訟に及ぼす影響」大阪株式懇談会会報 626 号（2001）30 頁。

⁵¹¹ 北村・前掲（注 415）581 頁。

⁵¹² 河本一郎ほか「座談会：株主代表訴訟」民商 110 巻 2 号（1994）236 頁（近藤光男・森田章発言）。また、株主代表訴訟の和解において、被告取締役の対会社責任があるかさえ不明である場合がほとんどで、特に被告取締役の責任が否定される（原告株主が敗訴する）可能性が高いときは被告の責任の免除（軽減）にならないはずである。仮に被告取締役の責任が認められる可能性があるとしても、株主代表訴訟の和解の公正性・合理性を担保できる手続的保障があれば、制度間の不均衡が必ずしも生じないと指摘する研究（顧丹丹『株主代表訴訟の終了制度』（成文堂、2018）232 頁）もある。

⁵¹³ 高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事法務 1368 号（1994）74 頁（注 5）、吉原和志「株主代表訴訟」法学教室 172 号（1995）29 頁。

⁵¹⁴ 前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢 134 巻 5=6 号（1994）248 頁。

年の株主代表訴訟の手数料引下げを内容とする商法改正が、株主代表訴訟の入口を広げ⁵¹⁵、そうすると代表訴訟を終結させる出口の問題の重要性が増した⁵¹⁶という背景があり、株主代表訴訟の和解の効力の問題（上述する株主代表訴訟の訴訟上の和解が商法 266 条 5 項に抵触しないかの議論をも含む）が 1994 年前後に盛んに議論されていた⁵¹⁷。そして、議員立法による 2001 年 12 月商法改正は、改正法 268 条において、取締役の責任を追及する訴訟（株主代表訴訟だけではなく、会社が原告となるものも含む）について、訴訟上の和解ができること、および、和解をする場合には商法 266 条 5 項を適用しないことを定めた（商法 268 条 5 項）。そして、株主代表訴訟の和解の効力が事実上会社および全株主に及ぶ⁵¹⁸ことによって生じうる弊害を防ぐために、裁判所による会社への和解内容の通知、会社による異議申立の機会の確保、および株主代表訴訟の提訴に関する会社による株主への公告・通知の義務などを定めたのである。

2 中国法の規制のあり方についての検討

株主代表訴訟の和解を通じた取締役責任の実質的免除の問題は、これまで、中国では正面から取り上げられていない。中国会社法では、日本会社法の 424 条のような取締役責任の事後免除の規定が置かれておらず、形式上、株主代表訴訟の和解を検討する際、日本のような既存条文との矛盾の問題も意識されていないからであろう。しかし、取締役の責任免除に関する規定が会社法にないからといって、新たに和解の手続を検討する際に、和解が取締役の責任の事実上の免除となりうるということを考慮しなくてもよいというわけではない。これについて、「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」は、あくまでも株主総会決議による和解案への同意という、株主代表訴訟の和解における手続的な内容を定め、和解による取締役の責任免除という実質的な効果に目を向けていない点で問題があると言わざるをえない。なぜなら、取締役の責任免除の要件を明確に定めていない中国では、会社内の手続（株主総会の承認）による取締役の責任免除を行うといっても⁵¹⁹、他の株主により株主総会決議の無効や取消が主張されうるのであり、その限りで、取締役の責任免除の効力は不安定な状態に置かれていると言わざるをえないからである。この場合、訴訟上の和解は、「法的効力

⁵¹⁵ 1993 年の商法改正後、株主代表訴訟の提訴数が大幅に増加した。同増加は、商法改正だけに起因するわけではないとの指摘もあるが、入口を広げたことは同増加の重要な理由の一つであることは否定できない。

⁵¹⁶ 前田・前掲（注 514）248 頁。

⁵¹⁷ 1994 年前後の議論は、たとえば、商法の立場に立つ論文として、尾崎・前掲（注 27）、前田・前掲（注 514）、吉原・前掲（注 513）などがあり、訴訟法の立場に立つ論文として、伊藤真「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟」商事法務 1364 号（1994）18-25 頁、高橋・前掲（注 513）などがある。

⁵¹⁸ 北村・前掲（注 415）585 頁。

⁵¹⁹ 会社の意思決定機関である株主総会の普通決議で取締役の責任免除を行うことが可能か否かは不明である。中国会社法では、利益相反取引の場合に会社の定款の定め又は会社の株主総会の決議を要すると定められている。それにしても、取締役の責任免除を内容とする和解は利益相反の性格を有するが、株主総会の普通決議で直ちに対応できるのは議論の余地があると言わざるをえない。取締役の対会社責任の免除が取締役と会社間の利益相反取引の範疇に含まれることにつき、中村信男「総株主の同意による株式会社の役員等の対会社責任の免除に関する若干の考察」早稲田法学 85 巻 3 号（2010）941 頁参照。

を有する」⁵²⁰とされる以上、その訴訟終了の効力と確定力⁵²¹は原告と被告だけでなく、すべての利害関係人を拘束し、同一請求を内容とする訴えを提起することはできなくなると解される⁵²²。その意味では、訴訟上の和解は上記の不安定な法的状態を解消する効果をもっているとも言えるが⁵²³、本来負担しなければならない取締役の責任が不当に免除されることになってはならない。そのようなおそれは、特に、閉鎖的会社では、高くなるであろう（なれあいの危険）。また、株主と取締役間の「縦」のエージェンシー問題よりも、大株主と少数株主間の「横」のエージェンシー問題が嚴重である中国⁵²⁴では、大株主の意思のみに基づいて行われる訴訟上の和解は、より弊害が生じやすいであろう。

このように、訴訟上の和解には、法的安定性や早期の問題解決の面で妥当なところもあるが⁵²⁵、訴訟上の和解に対して厳格な制限を加えておかないと、取締役の責任免除すら明確に定めていない中国法のもとでは、株主代表訴訟の和解を利用して、取締役の賠償額を低い額で決着させ、株主代表訴訟の填補機能だけでなく、抑止機能をも大きく損なうおそれがある。訴訟上の和解の実体的効果（責任の免除）の観点から、解釈論と立法論の両面で、さらに検討をする必要があると言える。特に取締役の責任免除の可否および手続を定めていない中国の会社法では、解釈論により、取締役責任の不当免除を完全に排除することは難しい。なぜなら、株主が取締役を兼任する場合、取締役が忠実義務違反の行為（たとえば、会社の同意がない利益相反取引）を行ったときに、この行為から生じた損害について訴訟上の和解がなされたならば、それを不当な株主への資本金の払戻しとして会社はその免除した部分を取り戻すことができるかに疑問がある。解釈論では決着がつかないとすれば、最終的には立法による解決しかない。

それでは、立法で解決するとして、どのような立法上の手当てが必要か。中国会社法では、日本のような株主代表訴訟の提訴時における会社による公告および株主への通知の義務が定められていない。その代わりに、訴訟上の和解を承認する株主総会の招集手続の中で株主全員に通知することが義務づけられている⁵²⁶。しかし、和解案に対する株主総会による承認の段階では、すでに法廷における弁論が終了しており⁵²⁷、株主代表訴訟に参加しなかつ

⁵²⁰ 中国民事訴訟法 97 条。

⁵²¹ 中国民事訴訟法における「訴訟終了の効力」と「確定力」について、前掲（注 423）参照。

⁵²² 酒巻＝龍田・前掲（注 25）308 頁〔三浦治〕。

⁵²³ 一方、このような「不安定な法的状態の解消」はあくまでも会社内部的な意味に限られ、当該和解が会社の財産的基礎を損なって、債権者を害する場合、会社内の手続（株主総会の承認）による取締役責任の免除と同様、理論的には債権者取消権の対象となるであろう。

⁵²⁴ Clarke & Howson・前掲（注 18）8 頁。また、朱慈蘊＝沈朝暉「不完全合同視角下的公司治理規則」法学 2017 年第 4 期 150 頁参照。

⁵²⁵ 酒巻俊雄「取締役の会社に対する責任——商法二六六条の研究——」早稲田法学 41 巻 1 号（1965）51 頁。

⁵²⁶ 中国会社法 41 条（有限会社の場合）、102 条（株式会社の場合）。その通知の中で和解案を株主に示すことによって、形式的には、日本の学者が指摘した「株主代表訴訟の和解の場合に、和解案の中身が他の株主に事前に知らされる仕組みが必要となる」との主張（尾崎・前掲（注 27）89 頁）を間接的にクリアできそうである。

⁵²⁷ 中国民事訴訟法 142 条（判決前の調解）は以下の通りである。法廷弁論が終結した後、法により判決を下さなければならない。判決前に調解をすることができる場合には、なお調解を行うことができる。調

た他の株主は限られた情報（たとえば、会社側の曖昧な「勝訴見込みがない」の理由など）に基づいて判断をするほかはない。適切な判断ができるかは疑問である。その問題に対応するためには、立法論として、日本会社法のような株主代表訴訟の提訴時点での会社の公告や株主への通知の義務⁵²⁸を定め、株主代表訴訟の係属中からの、他の株主による訴訟参加の機会を確保し、その訴訟参加を通じて株主の株主総会での判断に資する訴訟の情報を入手させることが妥当である。

もっとも、訴訟上の和解を通じた取締役責任の不当な免除を排除するためには、日本の規制をそのまま採用することはできない。なぜなら、日本の現行法では、取締役の責任追及をめぐる1円の和解が可能であり、それを株主総会が認めればその和解は適法に成立し、濫用を抑止できない可能性があるからである。とりわけ、日本会社法 849 条 5 項のような株主代表訴訟における提訴株主以外の株主の訴訟参加を促す制度を設けていない中国では、その濫用のリスクがさらに高くなる。会社法で取締役の責任免除について明文の規定を置いて規律することは、取締役責任の不当免除を防止するための根本的な解決策であるが、それは容易な立法作業ではないと考えられる。

より現実的には、「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」に定めた「株主総会の決議による承認」の決議要件を厳格に定めることが一つの方策であろう。その際に、中国における株主代表訴訟制度の提訴要件との平仄を合わせるためには、有限会社の場合と株式会社の場合を区別して検討する必要がある。すなわち、有限会社の場合では、株主代表訴訟は単独株主権であり、それと平仄を合わせるためには、有限会社における株主代表訴訟の和解に対し、有限会社の総株主（すべての出資者）による同意が必要であるとすべきである。他方、株式会社の場合では、株主代表訴訟は少数株主権（単独または合計で1%以上の持株が必要である）であるので⁵²⁹、株式会社における株主代表訴訟の和解に対しては、株式会社の99%以上の議決権を有する株主による同意が必要であるとすべきであろう⁵³⁰。もっとも、このような「特殊決議」を創出することには議論もありえよう。そこで、基本的に株主総会決議や特別決議による同意が必要であるとし、これに対して単独または合計で1%以上の議決権を有する株主が反対すれば、その株主代表訴訟の和解ができないという方式が考えられるであろう。このように、少数株主に対して異議を述べる権利を与える考え方は、ドイツ法にも類似の制度がすでに置かれており⁵³¹、決して特異な立法ではない。

解が成立しない場合には、速やかに判決を下さなければならない。

⁵²⁸ 日本会社法 849 条 5 項。

⁵²⁹ 中国会社法 151 条。中国の株主代表訴訟制度の提訴要件について、王・前掲（注 28）177-178 頁、王軍『中国公司法（第二版）』（高等教育出版社、2017）320 頁参照。

⁵³⁰ 株式会社の場合に 99%以上の議決権を有する株主による同意という株主代表訴訟の和解要件を定めると、今までの中国会社法になかった新たな特殊決議の制度を創出することになる。

⁵³¹ ドイツ株式法では、会社の損害賠償請求券の放棄や和解について、株主総会が同意したこと、合計して基本資本の 100 分の 10 に相当する株式を有する少数株主が当該議事録に対し異議を述べていないこと等の要件が定められた。周劍龍「ドイツ株式法における株主代表訴訟」早川勝など編『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社、2016）410 頁。

第四章のまとめ

「中国会社法の司法解釈（四）意見徴集稿」の34条は、すでに各地で行なわれていた株主代表訴訟の和解の方式を、全国のレベルで明文化しようとしたものであった。このことには妥当な面があったかもしれないが、取締役の責任免除について特に規定のない中国において、「司法解釈」という「実質的立法」⁵³²の形で、会社の株主総会による和解調書に対する承認決議を株主代表訴訟の和解要件として定めることは唐突とも思われ、まったく疑問なしとしない。とりわけ、主に閉鎖的会社を利用される中国の株主代表訴訟の実態⁵³³からすると、株主総会の決議だけを要件にする株主代表訴訟の和解は、支配株主の意思のみによって取締役の責任免除を実質的に実現することを許すおそれがあり、ひいては会社のコーポレート・ガバナンスを歪める可能性があるであろう。株主代表訴訟の和解に生じうる不当な免除を防止するためには、根本的にはまず会社法において取締役の責任の免除の条件を定める必要があると考える。それが短期間で実現することが難しそうであれば、少なくとも、本章で検討した、株主代表訴訟の和解に対する株主総会決議の要件の厳格化を含む、和解の濫用防止策が必要であろう。

本章で検討したように、中国会社法の司法解釈（四）の意見徴集稿の34条だけでは取締役責任の不当免除を防止できるかは疑問がある。したがって、今回の司法解釈（四）において意見徴集稿の同条の採用を見送ったことは、その理由が開示されなかったものの、妥当である。

さらに、株主代表訴訟の和解では、取締役の責任の不当免除の問題だけでなく、取締役責任の不当免除による会社財産の回復が不十分となり、ひいては会社の債権者⁵³⁴などのステークホルダーの利益を害するという問題もある。この点は今後の研究に譲りたい。

⁵³² 司法解釈の定義と効力につき、「人民法院組織法」には、次のような条文が置かれている。「最高人民法院は、裁判の過程において法律、法令をいかに具体的に運用すべきなのかという問題について解釈を行う」

（同法32条）。この規定により、最高人民法院の「解釈権」が定められた。そして、その効力について、「司法解釈作業に関する規定〔關於司法解釋工作的規定〕」には、最高人民法院が公布する司法解釈は、法的効力を有する（同規定5条）と定められた。司法解釈の形式は、「解釈」「規定」「回答」および「決定」の4種類に分かれる（同規定6条1項）。司法解釈の施行後、人民法院がこれを裁判根拠とする場合は、司法文書において援用しなければならない（同規定6条1項）。人民法院は、法律と司法解釈を同時に裁判根拠として引用する場合は、先に法律を援用し、その後、司法解釈を援用しなければならない（同規定6条2項）。このように、司法解釈は法的効力を有し、かつ、裁判の根拠条文として援用される。

また、上記のような規定以外に、司法解釈は実質的立法であるという観点を持つとする論文も多数見られ、たとえば、季衛東「最高人民法院的角色及其演化」清華法学2006年1号11-12頁、王成「最高法院司法解釋效力研究」中外法学28卷1号（2016）273頁などがある。

⁵³³ 黄・前掲（注98）232-244頁、拙稿・前掲（注133）251-252頁（本論文第一章24-25頁）参照。

⁵³⁴ 取締役の会社に対する任務懈怠責任の免除が会社債権者の利益に重大な影響を及ぼす恐れがすでに60年あまりの前に学者から指摘されていた。酒巻・前掲（注427）28頁（成文堂、1967）参照（なお、この論文の初出は、酒巻・前掲（注525）23-58頁である）。

終章 本論文での検討から得られた示唆と今後の課題

本論文は、中国における株主代表訴訟制度をめぐる諸問題に関し、有益な示唆を得ることを目的として、株主代表訴訟制度の運用がもっとも活発なアメリカおよび日本の株主代表訴訟の制度を検討するものである。

第一章では、アメリカ、日本、中国の株主代表訴訟制度の法的性格を比較検討し、以下諸点を明らかにした。第一に、株主代表訴訟制度のアメリカにおける歴史的展開を踏まえ、取締役と各株主との間の「信託関係」を実体法上の根拠としていた株主代表訴訟に、会社の外部者を被告とするケースも認められるようになったことにより、従来の代表性の性格が強かったアメリカの株主代表訴訟に、代位性の性格が色濃く反映されるようになってきたこと、第二に、株主代表訴訟制度の日本への導入と制度の運用実態を通じて、代位訴訟と理解されていた日本の株主代表訴訟が、「経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラス・アクションである」⁵³⁵と理解されるようになってきたこと、第三に、中国での株主代表訴訟の制度的発展およびその間における被告の範囲をめぐる理論的検討を踏まえ、中国においてもアメリカと同じように会社の権益を害した一切の会社の外部者⁵³⁶を被告とすることが可能であることが明らかになった。

このような検討を通じて、アメリカの株主代表訴訟制度を参照例として、アメリカの制度が代表性と代位性がともに強いと定義するならば、中国の同制度における「他人」を提訴する部分は代位性が強く、これに対し会社の役員等の内部者を被告とする日本の同制度は代表性が強いと言えることを明らかにした。代表性の強い日本の株主代表訴訟では、理論的に考えると原告株主に負担させる訴訟手数料の基礎となる「訴額」は算定不能であると解される⁵³⁷一方、代位性の強い中国の株主代表訴訟では、被告の範囲に「他人」が含まれることから、手数料の軽減を行うと、会社と第三者間の訴訟手数料（軽減されない）と、株主代表訴訟による株主と第三者間の訴訟手数料（軽減される）との間に不均衡が生じる。したがって、日本と中国の株主代表訴訟における性格の差異を無視し、安易に日本にならって中国において訴訟手数料を軽減すれば、手数料の節約を目的とした会社の直接訴訟の代表訴訟化と

⁵³⁵ 会社法の竹内教授は、「代表訴訟としての性質も有しているというのは、次の意味である。すなわち、株主代表訴訟が、会社の権利を代位行使するという構造を採っているのは、株主から独立した会社の法人格が認められているからであるが、仮にこの法人格を抹消して考えれば、会社の権利として処理されているものは、株主全員の権利に他ならない。従って、株主が会社の権利を代位行使する訴訟は、これを経済的・実質的に捉えれば、株主全員を代表して提起した代表訴訟またはクラス・アクションである。株主代表訴訟は、一面において代位訴訟の構造を有しているが、他面において株主全員の権利を処分する訴訟として実質を有している」とされる。竹内昭夫『会社法の理論 III』（有斐閣、1990）231-232頁。

⁵³⁶ 会社に対して不法行為を行った第三者（たとえば会社の知的財産を侵害した第三者や、不正競争を通じて会社のビジネス利益を害した第三者、会社の法的権益を害した行政機関など）が当然に株主代表訴訟の被告となりうるが、契約上の債務不履行である場合、同契約の先方当事者を株主代表訴訟の被告とすることは、一定の要件の下で可能である。詳しくは、第一章の判例分析を参照されたい。

⁵³⁷ 日興証券損失填補事件控訴審判決（東京高判平成5年3月30日判時1460号138頁）は、「このような全株主が受ける利益は、会社が直接受ける利益とは同一ではあり得ず、その価額を具体的に算定する客観的、合理的な基準を見出すことも極めて困難である」と判示した。

いう弊害が生じる可能性があり、株主代表訴訟の制度の本旨が歪められる可能性があることを指摘できる。

第二章では、株主代表訴訟における原告株主の提訴権の権原が会社に属しているのであれば、会社は、自らの利益にならない可能性が高い株主代表訴訟の終了を裁判所に申し立てる権限を有するべきであろうという考え方から、アメリカの特別訴訟委員会の制度を検討した。この検討を通して、アメリカの特別訴訟委員会の権限をめぐる判例では、裁判所が同委員会の調査と判断に基づく株主代表訴訟の終了の申し立てを尊重するか否かの判断を行う場合に、裁判所が同委員会の誠実性と独立性をまず審査しなければならないとしていることが判明した。要するに、誠実性・独立性を有する会社の機関が調査し、その結果に基づき訴訟却下を申し立てたとすれば、裁判所はその独立機関の判断を尊重し、株主代表訴訟を却下すべきである、との結論になりそうに思える。しかし、アメリカの判例の詳細な検討を通じて、特別訴訟委員会の判断が正当化される要素には、数多くの先行研究で考究された委員会の「誠実性」と「独立性」以外に、特別訴訟委員会の判断に対する原告株主の検証の機会（証拠開示による検証）がその要素として重視されていることが明らかになった。

アメリカの判例にも見られるように、会社自身はその役員への提訴の是非を判断することにはバイアスが生じがちである⁵³⁸。そのバイアスを抑止するのがディスカバリーの制度であったと考えられる。換言すると、証拠開示による会社判断のバイアスへの抑止効果があったからこそ、アメリカでは一定の要件の下に特別訴訟委員会へ株主代表訴訟の訴訟管理権を授与することができたのではないかと考える。日本の文書提出命令制度より遥かに強力であると言われるアメリカのディスカバリー制度⁵³⁹を持たない日本で、たとえば監査役に取り締役を被告とする株主代表訴訟の管理権を授与する（すなわち、裁判所が監査役の訴訟終了の申し立てを許可して株主代表訴訟を却下する）と、現行法の仕組みは、株主が監査役による不提訴判断の是非を検証するうえで十分なものとなっていないように思われる。たしかに不提訴理由書制度は設けられているが、それは提訴請求をした株主からの請求があって提供されるものであり、その記載だけで監査役の不提訴理由を判断しなければならないという限界を有しているのである。

他方、この不提訴理由書の記載をより詳細にすべきであるとの改革案もありえよう。しかし、そうなると、監査役の判断（不提訴判断など）に対して株主から当該監査役の善管注意義務違反が主張されるおそれがあり、不提訴理由書の詳細な記述がかえって争点となる可能性もある。なぜなら、様々な配慮の下で監査役が不提訴判断をすることもありうるのであって、現に不提訴理由書の記載方法に「責任又は義務があると判断した場合において、責任追及等の訴えを提起しないときはその理由」が許容されており（会社法施行規則218条3号）、

⁵³⁸ 336 N.W.2d 709.

⁵³⁹ 小林＝高橋・前掲（注216）151頁。また、「アメリカのディスカバリーは非常に発達したトライアル準備のための情報収集制度であり、わが国の制限的な証拠保全や文書提出命令とは比較にならない大規模な制度である」小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996）6-7頁、関・前掲（注297）106頁参照。

責任はあるが不提訴とする判断がありうることは明らかであるからである。その「理由」を詳細に書けば書くほど、監査役自身の責任原因となるおそれがあり、また取締役責任があるのに「ない」（同条2号参照）と不実を記載するわけにもいかず、その記載方法に細心の注意を払わないといけないとすれば、監査役に過度の負担を強いることにもなりかねない。たしかに、監査役は、会社内部機関でありながら「独立性」を志向してきたことで評価されている⁵⁴⁰。しかし、会社役員の一つとして、総合的判断から不提訴と結論付けることもありうるのである。

第三章では、主に第二章の論点の核心部分である「アメリカの証拠開示制度が日本の制度より遥かに強力である」という従来の研究で示された学説の検証および中国の証拠開示制度の考察を行った。まず、アメリカのディスカバリー制度を網羅的に取り上げるとともに、日本の証拠開示制度を文書提出命令の制度の側面から焦点を当てて検討した。これらの検討を通じて、アメリカの制度では、秘匿特権など例外的なものを除き、訴訟と関連性のあるものはすべて開示義務の対象内であることが明らかになった。これに対して、日本では役員責任判断に大きく関わる稟議書などの「自己専用文書」は文書提出命令の範囲外であることが分かった。

特に株主代表訴訟との関連で、アメリカでは、上記の強力なディスカバリー制度の中、株主代表訴訟において一定の要件が満たされた場合、「ガーナー原則」という判例法理が形成されており、これに基づいて、会社や役員と弁護士間の交信に対する弁護士依頼者間の秘匿に係る特権さえ反故にされる場合があることも明確になった。日本では、文書提出命令から自己専用文書が除外されている制度があり、通常の株主代表訴訟では会社の自己専用文書が基本的に開示除外の対象となっていることが明らかとなった。

以上の検討を通じて、第二章の論点の論拠の一つとなる「アメリカの証拠開示制度が日本の制度より遥かに強力である」ことを確認できた。また、アメリカの株主代表訴訟では、証拠開示制度での「ガーナー原則」の適用により秘匿特権でさえ反故にされること、日本では株主代表訴訟において会社の自己専用文書の開示がごく例外的な場合を除き基本的に難しいことが明らかになった。これらから、アメリカの株主代表訴訟の原告は、証拠開示を介した証拠の収集能力が日本の株主より遥かに強く、日本では、会社側の株主代表訴訟の終了判断への抑止効果を文書提出命令など（日本版の証拠開示）に求めることは難しいではないかと考えた。

一方、中国では、株主代表訴訟における原告株主の挙証および裁判所による証拠収集のプロセスで文書開示義務が一般化されていないため、株主代表訴訟における原告株主の証拠収集の能力は日本よりも劣っていることは明らかである。日本と中国では、株主代表訴訟の原告株主の証拠収集力が脆弱であり、会社側の判断にありうるバイアスへの抑止効果が足りないのではないかと考えられる。特に、中国では、不当な訴権の不行使を抑止する制度はほぼ皆無であり、会社の不提訴判断の透明性は期待できない。このような状況下では、アメ

⁵⁴⁰ 尾崎・前掲（注254）344頁注59。

リカのような特別訴訟委員会の制度を形式的に中国に導入しようとする動きについては、相当慎重でなければならないであろう。また、独立・誠実な特別委員会を組織できるかどうかことが重要となるが、そのような能力をもつ人材が得られるかも問題であろう。

第四章では、株主代表訴訟の訴訟上の和解について、日本と中国の制度の比較検討を行った。訴訟上の和解とは、当事者双方が訴訟物についての主張を互いに譲歩することにより訴訟を終わらせる双方の合意を言い、形式的には、裁判所がその合意を確認し、合意の内容を調書に記載することによって完成するものである。訴訟上の和解は、株主代表訴訟の重要な出口の1つと言えるが、裁判所の関与はあくまでも形式的なものに過ぎず、取締役責任に責任がありかつその責任を立証できる場合であっても、たとえば原告と被告が低額の賠償額で訴訟上の和解を成立させるとすると、実質的には取締役の責任が軽減または免除される結果となる（免除効）。裁判所がまず妥当な金額を決定して当事者がそれに合意するならば賠償額を判決したと同様であろうが、当事者の合意が先行する形の和解では馴れ合い的な合意がなされる危険がある。

中国の裁判所における株主代表訴訟の和解をめぐるのは、「中国会社法司法解釈（四）の意見徴集稿」が公表された。そこでは、会社の株主総会決議（普通決議）だけを要件として裁判所が株主代表訴訟の和解を承認するとし、手続規定を置くことで対応しようとしていた。本章は、解釈の適用により安易な訴訟上の和解により被告取締役の対会社責任が不当に軽減・免除される弊害の可能性を指摘するものであり、今までになかった視点からのアプローチを試みたものである。「中国会社法司法解釈（四）の意見徴集稿」の34条は、すでに各地で提訴されていた株主代表訴訟の和解の方式について斉一的な運用を図る目的で明文化しようとしたことに妥当な面があるとしても、取締役の責任軽減・免除に関する規定のない中国において、司法解釈という実質的立法の形で、会社の株主総会による和解調書に対する承認決議（普通決議）を株主代表訴訟の和解要件として定めることは、あまりにも唐突であり、まったく疑問なしとしえないであることを問題提起した。とりわけ、第一章でみたように株主代表訴訟が有限会社に利用されることが多い実態からは、訴訟上の和解について株主総会決議だけを要件にするときは、支配株主の意思のみによって株主総会決議が成立し、その結果、支配株主と密接な関係を有する取締役の責任が実質的に軽減・免除されてしまうおそれがあることを指摘した。これは会社のコーポレート・ガバナンスを歪める結果である。株主代表訴訟の和解から派生する不当な責任免除効を防止するためには、根本的にはまず会社法において取締役の責任の免除・軽減の条件を定める必要があると考える。それが短期間で実現することが難しいのであれば、少なくとも、株主代表訴訟の和解に対する株主総会決議の要件の厳格化を含む実効性のある濫用的和解の防止策が必要であろう。

本研究において、アメリカおよび日本の株主代表訴訟制度の性格、訴訟管理権、証拠開示による株主の証拠収集、訴訟上の和解の比較検討を行い、中国の今後の法改正や法解釈のあり方へ有益な示唆を提供することができたと考える。しかし、株主代表訴訟の有効な活用は、上記の側面だけでの検討では不十分であることは承知している。たとえば、取締役の責任に

ついて、中国の実情に沿った経営判断原則の確立、訴訟上の和解や有責判決があったときの会社補償やD&O保険の問題、取締役の忠実・勤勉義務の具体化、責任と損害との因果関係について寄与割合の考え方の是非、役員の実責任限定の制度など、アメリカおよび日本で議論されてきた多くの問題点は、将来、中国でも生じうるものと考えられ、その検討も必要である。また監査役監査の面からの検討も必要であろう。訴訟法の面でも、会社の被告役員側への補助参加、原告株主による一部請求（提訴しなかった部分の責任額）などの問題もあるが、本論文ではそれらについて十分な検討をすることができなかった。これらのテーマを今後の課題としたい。取締役の実責任追及の手段としての株主代表訴訟をより実効あらしめるためにさらに研究を続けていきたいと考えている。

以上

参考文献

一 日本語文献

(一) 論文・報告書

- ・相澤哲＝石井祐介「株主総会以外の機関」相澤哲編『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号（2006）30-42頁
- ・岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（1～9）」法学協会雑誌96巻6号（1979）669-720頁、同7号（1979）839-898頁、同8号（1979）981-1037頁、同10号（1979）1249-1292頁、同11号（1979）1410-1462頁、同97巻1号（1980）87-140頁、同3号（1980）374-433号、同6号（1980）792-860頁、同8号（1980）1043-1112頁。
- ・岩原紳作「株主代表訴訟」ジュリスト1206号（2001）122-132頁
- ・岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告側への訴訟参加」竹内昭夫編『特別講義商法I』（有斐閣、1995）225-244頁
- ・伊藤真「コーポレート・ガバナンスと民事訴訟」商事法務1364号（1994）18-25頁
- ・池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪大法学149=150号（1989）225-262頁
- ・池田裕彦「密室の『自由な意思形成』は企業の利益か」自由と正義51巻6号（2000）11-12頁
- ・江頭憲治郎「新会社法による不提訴理由書制度の導入」月刊監査役501号（2005）
- ・江頭憲治郎など「株主の取締役の行為の差止め請求——株主代表訴訟との関連」取締役の法務87号（2001）38-54頁
- ・王作全「中国会社立法の展開と機関に関する日本法からの示唆（3）」中京法学32巻2号（1997）23-393頁
- ・王保樹（白国棟＝楊沢宇訳）「中国会社法の制定と会社運営上の留意点」判例タイムズ857号（1994）24-45頁
- ・岡咲恕一「商法の一部を改正する法律案要綱概説」法曹会編『株式会社法改正の諸問題』（法曹会、1949）1-28頁
- ・太田誠一ほか「企業統治関係商法改正法Q&A」商事法務1623号（2002）4-13頁
- ・大杉謙一「株主代表訴訟はわが国でどのように機能しているか」江頭憲治郎先生古稀記念論文集『企業法の進路』（有斐閣、2017）291-317頁
- ・大村雅彦「アメリカ民訴における開示手続の改革」民訴雑誌41号（1995）214-218頁
- ・大村雅彦「アメリカ民訴における事情情報の早期開示の動向」木川統一郎博士古稀祝賀論集『民事裁判の充実と促進（下巻）』（判例タイムズ社、1994）321-349頁
- ・大塚英明「取締役の行動基準の再確認——企業買収局面におけるターゲット会社の『再編』を題材として」私法66号（2004）170-177頁
- ・尾崎安央「コーポレート・ガバナンスにおける監査役の意義と役割」監査懇話会セミナーでの講演（2018）（インターネット資料）
- ・尾崎安央「会社役員の実任原因と株主代表訴訟の類型」判例タイムズ917号（1996）87-96頁

- ・尾崎安央「株主代表訴訟制度の改正」判例タイムズ839号（1994）85-91頁
- ・尾崎安央「東京商事法研究会シンポジウム〔株主の経営監督機能〕基調講演：株主の情報収集権」判例タイムズ46巻13号（1995）20-28頁
- ・尾崎安央「日米欧会社法制度における企業統治——収斂と分化——」今泉慎也＝安倍誠編『東アジアの企業統治と企業法制改革』（アジア経済研究所、2005）313-347頁
- ・加藤貴仁「米国における株主代表訴訟の在り方に関する調査研究業務報告書」（公益財団法人商事法務研究会、2017）（インターネット資料）
- ・河本一郎「議員立法（監査役制度の強化・株主代表訴訟の見直し）が株主代表訴訟に及ぼす影響」大阪株式懇談会会報626号（2001）30頁以下
- ・河本一郎ほか「座談会：株主代表訴訟」民商110巻2号（1994）197-253頁
- ・株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟および監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（上）」商事法務1605号（2001）36-48頁
- ・釜田薫子「開示免除特権で保護された文書の閲覧請求」商事法務2167号（2014）42-46頁
- ・釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割（一）」民商法雑誌121巻1号（1999）37-61頁
- ・釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会の役割（二）」民商法雑誌121巻2号（1999）238-268頁
- ・川嶋四郎「代表訴訟と文書提出命令制度・覚書」同志社法学62巻6号（2011）1687-1721頁
- ・片山信弘「特別訴訟委員会と構造上のバイアス」（大阪学院大学法学会）法学研究第35巻第1号（2008）1-40頁
- ・片田哲也「経団連コーポレート・ガバナンス特別委員会の活動と緊急提言の取りまとめ」商事法務1470号（1997）12-16頁
- ・近藤光男「会社法における株主の権利行使と持株要件」川村正幸先生退職記念論文集『会社法・金融法の新展開』（中央経済社、2009）145-169頁
- ・近藤光男「代表訴訟と監査役機能」江頭憲治郎先生還暦記念論文集『企業法の理論（上）』（商事法務、2007）595-621頁
- ・金山権「中国における国有企業の改革と企業統治——外部監督・監査を踏まえ——」早稲田商学438号（2013）449-471頁
- ・北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）25-59頁
- ・北村雅史「取締役の責任免除と株主代表訴訟」民商法雑誌126巻4＝5号（2002）565-587頁
- ・黒沼悦郎「日本における最近25年間の企業法制の展開」早稲田大学比較法研究所・中国社会科学院法学研究所共同シンポジウムでの講演（2018年6月、東京）
- ・阮卿斌「公開会社株主代表訴訟制度の立法目的と制度設計：アメリカ・日本・中国の比較法の考察（一～四）」法と政治64巻2号（2013）36-100頁・同64巻3号（2013）295-356頁・同64巻4号（2013）145-232頁・同65巻2号（2014）69-154頁

- ・小島武司「開示手続」新版英米判例百選II私法（1978）182-183頁
- ・小嶋明美「中国民事訴訟の審理方式変革の比較法的考察」吉村徳重＝上田竹志編『日中民事訴訟法比較研究』（九州大学出版会、2017）27-46頁
- ・小林秀之「株主代表訴訟における原告株主の資料収集手段」ジュリスト1062号（1995）53-59頁
- ・小林秀之「民事訴訟における訴訟資料・証拠資料の収集（1）——主要事実・間接事実の区別と文書提出命令・証拠保全を中心として——」法学協会雑誌97巻5号（1980）589-642頁
- ・小林秀之＝原強「株主代表訴訟の法構造と機能（1）」判例時報1491号（1994）148-156頁
- ・サマンタ・タン（原田央訳）「Un-Commonwealthの顕現——株主代表訴訟法制の立法過程からみたコモンウェルス諸法域における会社法の多岐的發展」商事法務2211号（2019）34-45頁
- ・佐藤鉄男「株主代表訴訟における資料収集」小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）215-240頁
- ・三田栄治「株主代表訴訟の終了と監査役責任——新会社法・不提訴理由書制度と847条（1）——」横浜国際経済法学14巻3号（2006）209-227頁
- ・三田栄治「株主代表訴訟の終了と監査役責任——新会社法・不提訴理由書制度と847条（2・完）——」横浜国際経済法学16巻3号（2008）1-30頁
- ・酒巻俊雄「会社法による内部統制システムの整備と監査役監査」愛知学院大学論叢法学研究48巻3号（2007）1-21頁
- ・酒巻俊雄「取締役の会社に対する責任——商法二六六条の研究——」早稲田法学41巻1号（1965）23-58頁
- ・酒巻俊雄「中国会社法の基本的構造とその検討」判例タイムズ857号（1994）46-53頁
- ・酒巻俊雄など「〈鼎談〉中国会社法の制定と諸問題」判例タイムズ857号（1994）4-23頁
- ・ジェームス・イー・ブラム（松本啓二訳）「米国における訴訟にともなうディスカバリーと日本企業」海外商事法務115号（1972）26-30頁
- ・朱大明「中国における株主代表訴訟と支配株主に対する責任追及（上）」国際商事法務38巻7号（2010）964-968頁
- ・朱大明＝辻あかね「中国会社法の株主代表訴訟制度——日本会社法との比較（1～5）」月刊監査役563号（2009）54-61頁・同564号（2009）80-89頁・同565号（2010）107-116頁・同567号（2010）74-81頁・同568号（2010）77-83頁
- ・周劍龍「コーポレート・ガバナンスと中国会社法」西村幸次郎編著『グローバル化のなかの現代中国法（第2版）』（成文堂、2009）95-116頁
- ・周劍龍「株主代表訴訟の本質と会社の被告側への補助参加」川村正幸先生退職記念論文集『会社法・金融法の新展開』（中央経済社、2009）233-267頁
- ・周劍龍「ドイツ株式法における株主代表訴訟」早川勝など編『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社、2016）395-419頁
- ・周劍龍「株主代表訴訟」岩原紳作＝小松岳志編集『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』ジュリスト増刊（有斐閣、2011）28-36頁

- ・霜島甲一「アメリカ合衆国の開示手続き——わが国の研究の現状・意義・方法」法学志林79巻4号（1982）1-12頁
- ・自由民主党法務委員会商法に関する小委員会「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」商事法務1468号（1997）27-30頁
- ・住吉博「ヒクマン原則の成立と展開（1）（2）」法学新報73巻1号（1966）35-73頁、2号=3号（1966）95-142頁
- ・住吉博「文書証拠とinterests of justice」比較法雑誌8巻2号（1975）1-53頁
- ・末永敏和「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務1528号（1999）21-27頁
- ・関俊彦「会社が負担する取締役賠償責任保険の保険料」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、1995）85-109頁
- ・宣偉華「中国における株主代表訴訟の実践と制度の改善」株主代表訴訟研究会編『アジアにおける株主代表訴訟制度の実情と株主保護』（商事法務、2010）3-14頁
- ・玉井利幸「少数株主に対する取締役と支配株主の義務と責任——少数株主の締出を中心に」川村正幸先生退職記念論文集『会社法・金融法の新展開』（中央経済社、2009）297-327頁
- ・高橋一修「アメリカ連邦民事訴訟規則の開示手続とその1970、80、82年の改正について（1）」法学志林79巻4号（1982）13-29頁
- ・高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事法務1368号（1994）74-80頁
- ・高橋宏志「米国ディスカバリー法序説」法協百年論集3巻（1983）527-612頁
- ・高橋宏志ほか「ミニシンポジウム：株主代表訴訟の手続法上の諸問題」民訴雑誌42（1996）145-207頁
- ・谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一=三ヶ月章編『実務民事訴訟講座5』（日本評論社、1969）95-114頁
- ・竹下守夫「Discovery」英米判例百選（旧版）（1964）254-255頁
- ・竹下守夫=青山善充=伊藤眞（編集代表）「（研究会）新民事訴訟法——立法・解釈・運用——」ジュリスト増刊（有斐閣、1999）274-275頁
- ・竹内昭夫「株主の代表訴訟」法協百年論集3巻（1983）153-209頁
- ・田中和夫「訴訟資料の相手方よりの取得」法協58巻3号（1940）1-23頁・4号（1940）16-38頁
- ・田中和夫「米国連邦民事訴訟法における開示（discovery）の制度」法曹時報4巻11号（1952）1-28頁
- ・田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト1220号（2002）31-37頁
- ・張楊「株主代表訴訟の和解と取締役の対会社責任の免除——中国会社法の司法解釈（四）（意見徴集稿）を検討の対象として——」早稲田法学会誌68巻2号（2018）207-235頁
- ・高見澤磨「中華人民共和国における法源」法制史研究40号（1990）77-110頁
- ・張楊「中国における株主代表訴訟の運用促進策に関する考察——日中比較の視点から——」早稲田大学修士論文（2016）
- ・張楊「中国会社法における株主代表訴訟の被告の範囲」法研論集160号（2016）239-264頁

千代田邦夫「アーサー・アンダーセンの崩壊は何を教えているのか？」早稲田商学第434号(2013)
855-890頁

- ・張紅「経営者の責任追及と株主代表訴訟に関する日中の比較について」同志社大学ワールドワイドビジネスレビュー7(1)号(2005) 214-216頁
- ・張紅「中国の企業(会社)管理機構と若干の問題」広島法学19巻4号(1996) 237-255頁
- ・陳景善「中国における株式会社法制の現代化」早稲田大学4633号博士学位論文(2007)
- ・トーマス D. ロウジュニア(大村雅彦訳)「アメリカ民事訴訟におけるプライバシーおよび営業秘密の保護」大村雅彦=三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』(商事法務、2006) 61-87頁
- ・戸塚登「ザパタ判決の研究(一)」阪大法学132号(1984) 25-64頁
- ・富澤敏勝「企業内文書の提出義務について」山形大学紀要(社会科学) 35巻2号(2005) 15-35頁
- ・同志社大学監査制度研究会・日本監査役協会関西支部監査実務研究会共同報告書「監査役のための株主代表訴訟読本」(2003年10月)(インターネット資料)
- ・鳥山恭一「監査制度のゆくえ」法学セミナー44巻9号(1999) 24-27頁
- ・鳥山恭一「2005年会社法と会社の機関」ジュリスト1315号(2006) 32-40頁
- ・中村信男「総株主の同意による株式会社の役員等の対会社責任の免除に関する若干の考察」早稲田法学85巻3号(2010) 937-967頁
- ・中村信男など訳「中華人民共和国会社法(参考資料)」判例タイムズ45巻3号(1994) 70-90頁
- ・中武由紀「文書提出命令の審理・判断における秘密保護と真実発見」判例タイムズ1444号(2018) 28-81頁
- ・21世紀政策研究所編「多重代表訴訟についての研究報告——米・仏の実地調査を踏まえて——」(2012)(インターネット資料)
- ・日本経済団体連合会「会社法改正への提言——企業の国際競争力の確保、企業・株主等の選択の尊重——」(2003年10月21日)(インターネット資料)
- ・日本弁護士連合会「弁護士と依頼者の通信秘密保護制度に関する最終報告」(2016年2月)(インターネット資料)
- ・布井千博「アジアにおける会社法立法の諸相」川村正幸先生退職記念論文集『会社法・金融法の新展開』(中央経済社、2009) 327-355頁
- ・原強「文書提出命令①——学者から見た文書提出義務」三宅省三など編『新民事訴訟法大系——理論と実務』(青林書院、1997) 110-138頁
- ・原田央「多重代表訴訟に関する国際私法上の諸問題——国際会社法基礎理論再検討の準備作業を兼ねて——」商事法務2211号(2019) 60-71頁
- ・原田央「本特集〔国際会社法——株主代表訴訟における展開と課題——〕にあたって——国際会社法の現代的課題と本特集の趣旨——」商事法務2211号(2019) 30-33頁
- ・原田央=サマンタ・タン「株主代表訴訟に関する国際私法上の諸問題——国際会社法基礎理論再検討の準備作業を兼ねて——」商事法務2211号(2019) 46-59頁

- ・白国棟「中国会社法上の監査制度」判例タイムズ857号（1994）54-69頁
- ・畠田公明「株主代表訴訟の終了——アメリカの特別訴訟委員会を中心に——」福岡大学法学論叢41巻3=4号（1996）505-555頁
- ・樊紀偉「取締役の会社に対する責任の追及:株主代表訴訟の中日比較を中心に」同志社法學61巻7号（2010）2269-2322頁
- ・潘秀麗「株主代表訴訟制度の利用と濫用の可能性——中国会社法と日本会社法との比較」九大法学97号（2008）69-152頁
- ・平野晋「アメリカ合衆国連邦民訴規則改訂における強制的開示手続」判例タイムズ835号（1994）36-44頁
- ・藤原俊雄「代表訴訟における監査役の職務」民事法情報284号（2010）16-26頁
- ・法制審議会「会社法制の現代化に関する要綱」（2005年2月9日）（インターネット資料）
- ・法制審議会会社法（現代化関係）部会「会社法制の現代化に関する要綱案」（2004年12月8日）（インターネット資料）
- ・法制審議会会社法（現代化関係）部会「会社法制の現代化に関する要綱試案」（2003年10月22日）（インターネット資料）
- ・法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」（2003年10月）（インターネット資料）
- ・本間佳子「民事訴訟における事実解明」大学院研究年報46号（2017）107-129頁
- ・松山三和子「不提訴通知制度の意義と監査役の職務」月刊監査役561号（2009）55-67頁
- ・松本博之「消費者訴訟の事実認定をめぐる問題点」法律時報46巻11号（1974）52-58頁
- ・前田雅弘「株主代表訴訟と和解」法学論叢134巻5=6号（1994）247-268頁
- ・三浦有史「混合所有制改革は中国経済を強くするか」アジア・マンスリー2017年11月号（インターネット資料）
- ・三好駿一「日本企業はアメリカ『開示制度』のハードルをいかに超えるか——1993年連邦民事訴訟法規則改正に関連して」国際商事法務25巻10号（1997）1088-1092頁
- ・森本滋「コーポレート・ガバナンス関連立法の最近の動向（上）」取締役の法務98号（2002）8-21頁
- ・山田泰弘「国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度——特に株主代表訴訟の原告適格を巡って——」立命館法学314号（2007）1078-1119頁
- ・山本為三郎「提訴請求の瑕疵と株主代表訴訟の適法性」法学新報122巻9=10号（2016）591-613頁
- ・吉原和志「株主代表訴訟」法学教室172号（1995）28-30頁
- ・吉村徳重「中国民事訴訟法の比較法的特徴——当事者主義と職権探知・職権主義の交錯——」
- ・吉村徳重＝上田竹志編『日中民事訴訟法比較研究』（九州大学出版会、2017）3-25頁
- ・吉田大助「E-ディスカバリーに関する米国連邦民事訴訟規則の改正」国際商事法務34巻11号（2006）1412-1420頁

- ・吉野正三郎「株主代表訴訟における会社の訴訟参加（上）」商事法務1357号（1994）12-18頁
- ・湯原心一「研究ノート：米国会社・証取法判例研究の一覧」（インターネット資料）
- ・リチャード L. マーカス（三木浩一訳）「アメリカにおけるディスカバリーの過去、現在、未来」大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟の理論』（商事法務、2006）29-59頁
- ・李艶紅「中国指導性案例制度の現状と課題——最高人民法院『案例指導に関する規定』と指導性案例を中心に——」比較法学47巻2号（2013）27-60頁
- ・李秀文「中国会社法における株主代表訴訟と調解——通和投資持株有限公司株主代表訴訟事件を素材として——」東洋大学大学院紀要47号（2010）1-21頁
- ・羅勇「中国・アメリカ・日本法における株主代表訴訟の比較法の研究——中国・〈新設〉株主代表訴訟制度（2006年）の検討」龍谷法学41巻1号（2008）44-91頁

（二）著書

- ・相澤哲『一問一答 新・会社法』（商事法務、2005）
- ・相澤哲編『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号（2006）
- ・浅香吉幹『アメリカ民事手続法（第3版）』（弘文堂、2016）
- ・秋山幹男など『コンメンタール民事訴訟法IV』（日本評論社、2010）
- ・アーサー・R・ピント＝ダグラス・M・プランソン（米田保晴訳）『アメリカ会社法』（レクスネクシス・ジャパン株式会社、2010）
- ・岩原紳作＝小松岳志編集『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』（ジュリスト増刊）（有斐閣、2011）
- ・伊藤眞『民事訴訟法（第5版）』（有斐閣、2016）
- ・今泉慎也＝安倍誠編『東アジアの企業統治と企業法制改革』（アジア経済研究所、2005）
- ・稲葉威雄『会社法の解明』（中央経済社、2010）
- ・稲葉威雄＝尾崎安央編『改正史から読み解く会社法の論点』（中央経済社、2008）
- ・内田貴『民法III 債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会、2005）
- ・江頭憲治郎『株式会社法（第7版）』（有斐閣、2017）
- ・江頭憲治郎先生古稀記念論文集『企業法の進路』（有斐閣、2017）
- ・江頭憲治郎先生還暦記念論文集『企業法の理論（上）』（商事法務、2007）
- ・江頭憲治郎など編『会社法大系（第4巻）』（青林書院、2008）
- ・奥島孝康教授還暦記念論文集『比較会社法研究（第1巻）』（成文堂、2000）
- ・大塚英明『会社法のみちしるべ』（有斐閣、2016）
- ・大阪弁護士会＝日本公認会計士協会編『非常勤社外取締役の理論と実務』（商事法務、2007）
- ・大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』（商事法務、2006）
- ・大村雅彦『比較民事司法研究』（中央大学出版部、2013）
- ・大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中巻）（第三版）』（有斐閣、1992）
- ・鴻常夫先生古稀記念論文集『現代企業立法の軌跡と展望』（商事法務研究会、1995）

- ・落合誠一編『会社法コンメンタール（9）』（商事法務、2014）
- ・大江忠『要件事実会社法（2）』（商事法務、2011）
- ・大江忠『要件事実会社法（3）』（商事法務、2013）
- ・王亜新『中国民事裁判研究』（日本評論社、1995）
- ・株主代表訴訟研究会編『アジアにおける株主代表訴訟制度の実情と株主保護』（商事法務、2010）
- ・兼子一など『条解民事訴訟法（第二版）』（弘文堂、2011）
- ・上柳克郎など編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣、1987）
- ・上村達男先生古稀記念論文集『公開会社法と資本市場の法理』（商事法務、2019）
- ・川村正幸先生退職記念論文集『会社法・金融法の新展開』（中央経済社、2009）
- ・神吉正三『金融機関役員の融資決裁責任』（酒井書店、2005）
- ・近江幸治『民法講義IV 債権総論（第3版補訂）』（成文堂、2009）
- ・近藤光男編『判例法理経営判断原則』（中央経済社、2012）
- ・木川統一郎博士古稀祝賀論集『民事裁判の充実と促進（下巻）』（判例タイムズ社、1994）
- ・Curtis J. Milhapt編『米国会社法』（有斐閣、2009）
- ・小林秀之＝近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）
- ・小林秀之＝高橋均『株主代表訴訟とコーポレート・ガバナンス』（日本評論社、2008）
- ・小林秀之『新版・アメリカ民事訴訟法』（弘文堂、1996）
- ・小林秀之編『法学講義 民事訴訟法（第一版）』（弘文堂、2018）
- ・顧丹丹『株主代表訴訟の終了制度』（成文堂、2018）
- ・酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法（9）』（中央経済社、2016）
- ・酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』（成文堂、1967）
- ・酒巻俊雄＝尾崎安央編『会社法重要判例解説（第三版補正版）』（成文堂、2008）
- ・酒巻俊雄先生古稀記念論文集『21世紀の企業法制』（商事法務、2003）
- ・佐藤敏昭『監査役制度の形成と展望——大規模公開会社における監査役監査の課題——』（成文堂、2010）
- ・澤山裕文『アメリカ会社法における株主の会社情報の収集権』（専修大学出版局、2019）
- ・周劍龍『株主代表訴訟制度論』（信山社、1996）
- ・司法研修所編『アメリカにおける民事訴訟の運営』司法研修所報告書第46巻第1号（司法研修所、1993）
- ・新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』（弘文堂、2011）
- ・商事法務編『取締役・執行役ハンドブック』（商事法務、2008）
- ・ジェフリー等（田辺誠訳）『アメリカ民事訴訟入門』（信山社、1997）
- ・鈴木忠一＝三ヶ月章編『実務民事訴訟講座5』（日本評論社、1969）
- ・鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第三版）』（有斐閣、1994）
- ・関戸麦『日本企業のための米国民事訴訟対策』（商事法務、2010）

- ・ 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）
- ・ 田中誠二＝山村忠平『コンメンタール会社法』（勁草書房、1994）
- ・ 竹内昭夫『会社法の理論III』（有斐閣、1990）
- ・ 高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』（同文館、2008）
- ・ 竹内昭夫編『特別講義商法I』（有斐閣、1995）
- ・ 竹内昭夫『会社法の理論III』（有斐閣、1990）
- ・ 高見澤磨『現代中国の紛争と法』（東京大学出版会、1998）
- ・ 張郎郎＝パシフィックエンジニアリング中国室編『中国進出企業のための中国法令集（会社法・手形小切手法・税法編）』（自由社、1999）
- ・ 趙旭東編（陳景善＝萩原正訳）『中国会社法学』（成文堂、2013）
- ・ 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟（第三版）』（判例タイムズ社、2011）
- ・ 東京弁護士会法友全期会民事訴訟実務研究会編『証拠収集実務マニュアル（第3版）』（ぎょうせい、2017）
- ・ 土井悦生＝田邊政裕『米国ディスカバリーの法と実務』（一般社団法人発明促進協会、2013）
- ・ 並木俊守『アメリカにおける取締役の経営責任の法理』（中央経済社、1983）
- ・ 中野貞一郎『民事訴訟の現在問題』（判例タイムズ社、1989）
- ・ 中東正文＝松井秀征（編）『会社法の選択——新しい社会の会社法を求めて』（商事法務、2010）
- ・ 服部高顕『米国におけるプリトリアルおよび開示の制度』（最高裁判所事務総局在外研究報告3号、1958）
- ・ 早川勝など編『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社、2016）
- ・ 法曹会編『株式会社法改正の諸問題』（法曹会、1949）
- ・ 法務省民事局参事官室編『一問一答・新民事訴訟法』（商事法務研究会、1996）
- ・ 松田二郎『株式会社の基礎理論』（岩波書店、1942）
- ・ 正井章箒先生古稀祝賀論文集『企業法の現代的課題』（成文堂、2015）
- ・ 間藤大和など『監査役ハンドブック（第2版）』（商事法務、2009）
- ・ 三輪泰佑など『法務担当者による米国民事訴訟対応マニュアル』（商事法務、2015）
- ・ 三宅省三など編『新民事訴訟法大系——理論と実務』（青林書院、1997）
- ・ 村山徳五郎編『平成5年商法等改正関係国会議録（別冊商事法務151号）』（商事法務、1993）
- ・ 森・濱田松本法律事務所編『中国経済六法』（日本国際貿易促進会、2014年版）
- ・ モリソン・フォースター法律事務所編『アメリカの民事訴訟（第2版）』（有斐閣、2006）
- ・ 矢沢惇＝鴻常夫『会社法の展開と課題』（日本評論社、1968）
- ・ 吉村徳重＝上田竹志編『日中民事訴訟法比較研究』（九州大学出版会、2017）
- ・ 湯原心一『証券市場における情報開示の理論』（弘文堂、2016）
- ・ Reinier R. Kraakmanなど（布井千博監訳）『会社法の解剖学』（レクシスネクシス・ジャパン株式会社、2009）

(三) 判例

- ・大阪地裁平成11年（モ）第9185号平成12・3・28第一二民事部決定
- ・大阪高等裁判所平成12年（ラ）第385号平成13・2・15決定
- ・最決平成11・11・12（民集53巻8号1787-1861頁）
- ・最二小決平成11・11・26
- ・最決平成12・12・14（民集第54巻9号2743頁以下）
- ・最決平成13・12・17（民集55巻7号1412頁）
- ・東京高裁平成10年（ウ）第774号（平成10・11・24第二一民事部決定）
- ・東京地裁八王子支部平成10年（モ）第2221号（平成10・12・11決定）
- ・東京高裁平成11年（ラ）第87号（平成11・9・8第一七民事部決定）
- ・東京高判平成5年3月30日判時1460号138頁以下（日興証券損失填補事件控訴審判決）

二、英語文献

(一) 論文・報告書・著書

- ・ Anna Panchenko, *In re Oracle Corp. Derivative Litigation: Death of Special Litigation Committees?*, 3 DEPAUL BUS. & COMM. L.J. 617 (2005).
- ・ Adiministrative Office of the United States Courts, *2011 Annual Report of the Director: Judicial Business of the United States Courts* 156 (2012) .
- ・ Baoshu Wang & Hui Huang, *China's New Company Law and Securities Law: An Overview and Assessment*, Vol.19, No.2, Australian Journal of Corporate Law. 229 (2006) .
- ・ Bert S. Prunty, *The shareholders' Derivative Suit: Notes on Its Derivation*, 32 N.Y.U. L.REV. 980, 980 (1957) .
- ・ Block, Barton & Radin, *THE BUSINESS JUDGMENT RULE*, 1690 (5th 2002) .
- ・ Burnham, *The Attorney-Client Privilege in the Corporate Arena*, 24 BUS.LAW. 901, 908 (1969).
- ・ Bruce E. Aronson, *Reconsidering the Importance of Law in Japanese Corporate Governance: Evidence from the Daiwa Bank Shareholder Derivative Case*, 36 CORNELL INT'L L.J. 11 (2003).
- ・ C. Ronald Ellington, *A study of sanctions for discovery abuse*, at 43 (Department of Justice, 1979)
- ・ Craig C. Martin; Matthew H. Metcalf, *The Fiduciary Exception to the Attorney-Client Privilege*, 34 TORT & INS. L.J. 827 (1999).
- ・ Comment, *The Attorney-Client Privilege in Shareholders' Suits*, 69 COLUM. L. REV. 309 (1969).
- ・ Donald C. Clarke, *Law Without Order in Chinese corporate Governance Institutions*, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 30, Issue 1, 131-200 (2010) .
- ・ Donald C. Clarke and Nicolas C. Howson, *Pathway to Minority Shareholder Protection: Derivative Action in the People's Republic of China*, in Dan W. Puchniak, Harald Baum, Michael Ewing-Chow, eds., *THE DERIVATIVE ACTION IN ASIA: A CPMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH*, UK Camvridge University Press, 243-295 (2012) .

- Daniel R. Fischel, *The Demand and Standing Requirements in Stockholder Derivative Actions*, 44 U. CHI.L.REV.168. (1976).
- Dannis J. Block, Stephen A. Radin, Michael B. Knaef, *The Business Judgment Rule in Shareholder Derivative Litigation*, 26 Annual Institute on Securities Regulation 689 (1982) .
- Dan W. Puchniak, Harald Baum, Michael Ewing-Chow, eds., *THE DERIVATIVE ACTION IN ASIA: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH*, UK Cambridge University Press (2012) .
- Dan W. Puchniak; Masafumi Nakahigashi, *Japan's Love for Derivative Actions: Irrational Behavior and Non-Economic Motives as Rational Explanations for Shareholder Litigation*, 45 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1 (2012).
- Hiroshi Oda, *Shareholder's Derivative Action in Japan*, 8 ECFR 334 (2011).
- Hideki Kanda, *Corporate Governance in Japanese Law: Recent Trends and Issues*, 11 HASTINGS BUS. L.J. 69 (2015).
- Jiong Deng, *Building an Investor-Friendly Shareholder Derivative Lawsuit System in China*, 46 HARV. INT'L L.J. 347 (2005).
- Murdock, *Corporate Governance-The Role of Special Litigation Committees*, Vol. 68, Issue 1 WASH. L. REV. 79,99 (1993) .
- Rocky Dallum, *The Oracle That Wasn't Why Financial Ties Have Remained the Standard For Assessing the Independence of Corporate Directors*, 46 WILLAMETTE L. REV. 99 (2009) .
- Sarah Runnels Martin, Michelle Davis Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, *Court of Chancery Addresses the Effect of Corwin and Garner in the Section 220 Context*, Website materials.
- Shaowei Lin, *Derivative Actions in China: Case Analysis*, 44 HONG KONG L.J. 621 (2014).
- Shiro Kawashima; Susumu Sakurai, *Shareholder Derivative Litigation in Japan: Law, Practice, and Suggested Reforms*, 33 STAN. J. INT'L L. 9 (1997).
- Martin Gelter, *Why Do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe*, 37 BROOK. J. INT'L L. 843 (2012).
- Note, *The Shareholders' Derivative-Claim Exception to the Attorney-Client Privilege*, 48 LAW & CONTEMP. PROBS. 199 (1985).
- Note, *Discovery in Federal Demand-Refused Derivative Litigation*, 105 HARV. L. REV. 1025 (1992).
- Zhong Zhang, *Making Shareholder Derivative Actions Happen in China: How Should Lawsuits Be Funded*, 38 HONG KONG L.J. 523 (2008).

(二) 判例

- *Auerbuch v. Bennett* 47 N.Y.2d 619 (N.Y. 1979)
- *Cohen v. Beneficial Indus. Loan Corp.*, 337 U.S. 541 (1949)
- *Dodge v. Woolsey*, 59 U.S. 331 (1855)
- *Dahlke v. Morrison*, No. 69-497 (N.D.Ala., 1969)
- *Forbes v. Whitlock*, 3 Edw. Ch. 446 (1841)
- *Franklin A. Gevurtz*, Corporation Law, West Group (2000) , at 412

- *Fischer v. Wolfinbarger*, 55 F.R.D. 129 (W.D. Ky. 1971)
- *Gall v. Exxon Corp.* 418F. Supp.508 (S.D.N.Y.1976)
- *Garner v. Wolfinbarger*, 430 F.2d 1093 (5th Cir. 1970)
- *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947)
- *Kaplan v. Peat, Marwick, Mitchell & Co.*, 540 A.2d 726 (Del. 1988)
- *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Supp. 274 (S.D.N.Y. 1980)
- *Maldonado v. Flynn*, 413 A. 2d 1251 (Del. Ch. 1980)
- *Maker v. Zapata Co.*, 490 F. Supp. 348 (S.D. Tex. 1980)
- *Miller v. Register and Tribune Syndicate, Inc.* 336 N.W.2d 709 (1983)
- *Peller v. The Southern Co.*, (N.D. Ga. 1988, 11th Cir. 1990)
- *Peller v. the Southern Co.*, 707 F. Supp. 525 (N.D. Ga. 1988)
- *Peller v. Southern Co.*, 911 F.2d 1532 (11th Cir. 1990)
- *Robinson v. Smith*, 3 Paige Ch. 222 (N.Y. 1832)
- *Sohland v. Baker*, 141 A. 277 (Del.1927)
- *Salberg v. Genworth Fin., Inc.*, 2017 WL 3499807 (Del. Ch. July 27, 2017)
- *The Charitable Corporation v. Sutton*, 26 ER 642 (1742)
- *United Copper Co. v. Amal. Copper Co.*, 244 U.S.261 (1917)
- *Wal-Mart Stores, Inc. v. Indiana Electrical Workers Pension Trust Fund IBEW*, 95 A.3d 1264 (Del. 2014)
- *Zapata Co. v. Maldonado*, 430 A. 2d 779 (Del. 1981)
- *Zitin v. Turley*, 1991 WL 283814 (D. Ariz. June 20, 1991)

三 中国語文献

(一) 論文・著書

- 陳景善「論董事对第三人責任的認定与適用中的問題点——以日本法規定為中心——」比較法研究2013年5号93-102頁
- 陳景善「公司法人營利性再考」比較法研究2019年第2期104-115頁
- 陳景善『資本制度現代化的理念与衝突』（中国政法大学出版社、2014）
- 陳景善など『商法案例研習』（中国政法大学出版社、2013）
- 陳建勛「試論董事民事責任的免除」公司法評論2005年2号
- 蔡元慶「股東代表訴訟中公司的地位和作用——以美国特別訴訟委員會制度為中心——」中外法学18卷4号（2006）448-461頁
- 鄧峰『普通公司法』（中国人民大学出版社、2009）
- 鄧峰「中国法上董事会的角色、職能及其思想淵源：実証法の考察」中国法学2013年3号98-108頁
- 傅穹『重思公司資本制原理』（法律出版社、2004）
- 範健=蔣大興「論公司董事之義務——從比較法視角考察——」南京大学法律評論1998春季号

- 範健「公司經理法律問題比較研究」南京大學學報1998年第3期136-149頁
- 範健「制度競爭下的公司法改革」法治研究2019年第3期67-76頁
- 葛平亮=梁姣龍編『中國公司法的問題與出路』（中國大百科全書出版社、2018）
- 葛偉軍『公司資本制度和債權人保護的相關法律問題』（法律出版社、2007）
- 甘培忠=劉蘭芳編『新類型公司訴訟疑難問題研究』（北京大學出版社、2009）
- 甘培忠『公司控制權的正當行使』（法律出版社、2006）
- 甘培忠「簡評中國公司法對股東派生訴訟制度的借鑑」公司法評論2005年1號
- Donald C. Clarke（郭丹青）（高鵬程譯）「中國公司治理制度：有法律而無秩序」葛平亮=梁姣龍編『中國公司法的問題與出路』（中國大百科全書出版社、2018）111-189頁
- Donald C. Clarke（郭丹青） & Nicholas C. Howson（郝山）（林少偉譯）「通往小股東保障之路徑：中國派生訴訟」葛平亮=梁姣龍編『中國公司法的問題與出路』（中國大百科全書出版社、2018）3-56頁
- 耿利航「論我國股東派生訴訟的成本負擔和司法許可」法律科學2013年第1期170-182頁
- 韓長印「公司立法的突破及其評價」河南大學學報36卷3號（1996）23-28頁
- 黃輝『現代公司法比較研究——國際經驗及對中國的啟示』（法律出版社、2011）
- 黃輝「中國股東派生訴訟制度：實證研究及完善建議」人大法律評論2014年卷第1期232-244頁
- 胡宜奎「論股東代表訴訟中的訴訟和解」政治與法律2012年第12期89-96頁
- 蔣大興『公司法的觀念與解釋（1·2·3）』（法律出版社、2009）
- 金劍鋒「株主派生訴訟制度研究」王保樹編『實踐中的公司法』（社會科學文獻出版社、2008）
- 季衛東「最高人民法院的角色及其演化」清華法學2006年1號4-20頁
- 孔祥俊「法律適用需要處理八大關係（二）」法律適用232號（2005）23-26頁
- 劉金華『股東代位訴訟制度研究』（中國人民公安大學出版社、2008）
- 劉冬京『我國股東派生訴訟制度研究』（群眾出版社、2011）
- 劉蘭芳編『公司法前沿理論與實踐』（法律出版社、2009）
- 李小寧『公司法視角下的股東代表訴訟』（法律出版社、2009）
- 雷興虎編『公司法新論』（法制出版社、2001）
- 劉俊海『新公司法的制度創新：立法爭點與解釋難點』（法律出版社、2006）
- 梁上上『論股東表決權——以公司控制爭奪為中心展開』（法律出版社、2005）
- 羅培新『公司法的合同解釋』（北京大學出版社、2004）
- 龍衛球『民法總論（第二版）』（法制出版社、2001）
- 樓建波など訳『（美國法律研究院）公司治理原則：分析與建議（下）』（法律出版社、2006）
- 李建偉『公司法學（第四版）』（中國人民大學出版社、2018）
- 李建偉『股東知情權研究：理論體系與裁判經驗』（法律出版社、2018）
- 李建偉『關聯交易的法律規制』（法律出版社、2007）
- 李建偉「國有企業特殊法制在現代公司法制中的生成與安放」中南大學學報（社會科學版）23卷3號（2017）41-48頁

- 李建偉「股東知情權訴訟研究」中国法学2013年第2号83-103頁
- 李大勇「論司法政策的正当性」法律科学2017年第1期19-25頁
- 劉凱湘「股東代表訴訟的司法適用与立法完善——以公司法152条的解釋為中心」中国法学2008年4号157-166頁
- 劉凱=司明「股東代表訴訟配套制度的完善」法学雜誌2008年2号152-154頁
- 羅勇「探析我国股東代表訴訟的前置程序——以股東代表訴訟制度為中心——」中国商法年刊(2012) 72-80頁
- 羅培新など「我国公司高管勤勉義務之司法裁量的实证分析」証券法苑2010年3号372-407頁
- 樓建波など「公司法中董事、監事、高管人員信義義務的法律適用研究——以北京市法院2005～2007年間的相關案例為樣本的实证研究——」商事法論集2012年1号530-564頁
- 梁爽「董事信義義務結構重組及对中国模式的反思」中外法学28卷1号(2016) 198-223頁
- 劉穎「日本破産重整程序中的股東代表訴訟」政治与法律2012年第2期31-44頁
- 馬太広『董事責任制度研究』(法律出版社、2009)
- 梅慎實『現代公司機關權力構造論』(中国政法大学出版社、2000)
- 孟祥剛「公司股東代表訴訟的審理」法律適用第253号(2007) 19-23頁
- 繆因知「論中国『公司法』下的特別訴訟委員會運作——我国股東代表訴訟前置程序的延伸適用——」時代法学第6卷1期(2008) 48-53頁
- 錢玉林「英国的股東派生訴訟：歷史演變和現代化改革」環球法律評論2009年第2期119-127頁
- 錢玉林「公司法151条的漏洞及其填補」現代法学37卷3号(2005) 178-185頁
- 任自力「公司董事的勤勉義務標準研究」中国法学2008年6号83-91頁
- 任自力=曹文澤「論董事責任的限制」法学家2007年5号84-91頁
- 宋朝武『民事訴訟法学(第四版)』(厦門大学出版社、2015)
- 施天濤『公司法論(第四版)』(法律出版社、2018)
- 湯欣編『公共利益与私人訴訟』(北京大学出版社、2009)
- 湯欣『控股股東法律規制比較研究』(法律出版社、2006)
- 天同律師事務所編『中国商事訴訟裁判規則6(公司法卷)』(法律出版社、2016)
- 唐青林=李舒編『公司法司法解釋(四)裁判總述及訴訟指南』(中国法制出版社、2017)
- 王保樹編『实践中的公司法』(社会科学文献出版社、2008)
- 王軍『中国公司法(第二版)』(高等教育出版社、2017)
- 王建文など『公司高管重大經營決策失誤民事責任研究』(法律出版社、2012)
- 王建文「論淡馬錫董事会制度在我国商業類国有企业改革中的運用」当代法学2018年3号60-67頁
- 王建文「論我国股東知情權穿越的制度構造」法律科学2019年第4号142-148頁
- 王建文「論商事指導性案例的特殊法源地位」蘭州學刊2019年7月号86-96頁
- 王欣新=徐陽光「論我国股東代表訴訟制度的構建」貴州警官学院學報2004年3号5-12頁
- 王曉平「股東派生訴訟司法實務研究」劉蘭芳編『公司法前沿理論与实践』(法律出版社、2009) 492-502頁

- 王保樹「公司法律形態結構改革的走向」中国法学2012年1号106-116頁
- 王保樹「股份有限公司的董事和董事会」外国法訳評1994年第1期1-12頁
- 王湧「一人公司導論」法律科学1997年第4期48-54頁
- 王湧「現代公司法人人格的本質和結構」中国商法年刊（2001）163-171頁
- 王長華=張思宇「論股東派生訴訟調解的公司法規制」河南財經政法大學學報2016年3号124-133頁
- 王成「最高法院司法解積効力研究」中外法学28卷1号（2016）263-279頁
- 王萍「大陸法代理制度与英米法信託制度之比較」甘肅政法學院學報1998年第3期49-54頁
- 王萍「要約收購的有關法律問題」天津市政法管理幹部學院學報2000年第2期30-32頁
- 于莹「股東查閱權法律問題研究」吉林大学社会科学學報48卷2号（2008）85-92頁
- 張開平『英米公司董事法律制度研究』（法律出版社、1998）
- 朱芸陽『全球化与本土化互動中的股東派生訴訟』（法律出版社、2015）
- 中国法律年鑑編集部編『中国法律年鑑2003』（中国法律年鑑社、2003）
- 趙旭東「認繳資本制下的股東有限責任」法律適用2014年第11期13-17頁
- 趙旭東『企業法律形態論』（方正出版社、1996）
- 趙旭東編『新公司法条文积解』（人民法院出版社、2005）
- 趙旭東編『新公司法制度設計』（法律出版社、2006）
- 趙旭東編『境外公司法專題概覽』（法律出版社、2005）
- 朱慈蘊『公司法人格否認法理研究』（法律出版社、1998）
- 朱慈蘊「股東派生訴訟的前置程序研究——『緊急情況』之外是否存在可豁免情形」政法學刊27卷3号（2010）5-9頁
- 朱慈蘊=沈朝暉「不完全合同視角下的公司治理規則」法学2017年第4期149-157頁
- 張民安『現代英米董事法律地位研究』（法律出版社、2007）
- 周友蘇『新公司法論』（法律出版社、2006）
- 張維迎『理解公司』（上海人民出版社、2014）
- 張維迎『企業理論与中国企業改革』（上海人民出版社、2015）
- 張巍『資本的規則』（中国法制出版社、2017）
- 朱曉娟「股份有限公司董事『惡』之法律抑制」政法論壇（中国政法大学學報）22卷5号（2004）50-58頁
- 張紅=石一峰「上市公司董事勤勉義務的司法裁判標準」東方法学2013年1号112-126頁
- 張昊=李震東「試論董事責任的豁免機制」重慶工商大學學報2006年4号
- 朱碧錕「論董事問責的誠信路径」中国法学2008年3号86-101頁
- 趙万一=趙信會「我国股東代表訴訟制度建立的法理基礎和基本思路」現代法学29卷第3期（2007）139-147頁
- 周學峰「証券集團訴訟的濫用与制約」西部法律評論2011年第2期59-67頁

(二) 判例

- ・福建省高級人民法院（2016）閩民終1008号民事判決書
- ・海南省高級人民法院（2014）琼民二初字第10号民事判決書
- ・上海市静安区人民法院（2015）閩民二（商）初字第S1436号民事判決書
- ・上海市第二中级人民法院（2016）沪02民终2580号民事判決書
- ・上海市高級人民法院（2017）沪民申1909号民事裁定書
- ・上海市長寧区人民法院（2006）長民一（民）初字第1117号判決書
- ・上海市閩北区人民法院（2014）閩民二（商）初字第114号裁定書
- ・上海市青浦区人民法院（2014）青民二（商）初字第264号判決書
- ・上海市第二中级人民法院（2014）沪二中民四（商）終字第1218号判決書
- ・厦門市中級人民法院（2015）厦民初字第896号民事判決書
- ・最高人民法院（2015）民提字第230号判決書
- ・最高人民法院（2015）民二終字第85号判決書
- ・最高人民法院（2018）民再28号判決書
- ・『中華人民共和國最高人民法院公報』2009年6号（浙江和信電力開發有限公司、金华市大兴物資有限公司与通和置業投資有限公司、广厦控股創業投資有限公司、上海富沃企业發展有限公司、第三人通和投資控股有限公司損害公司權益糾紛上訴案）
- ・浙江省高級人民法院（2007）浙民二初字第5号民事判決書
- ・最高人民法院（2008）民二終字第123号民事判決書

以上