第12回

株主代表訴訟の対象
――最判平成21・3・10民集63巻3号361頁を踏まえて

首都大学東京准教授　尾崎悠一　OZAKI Yuichi
弁護士　楽　楽　RAKU Raku

理論的検討
――学説の対立と本判決
［尾崎悠一］

Ⅰ. はじめに

株主代表訴訟の対象となる「取締役の責任」をめぐっては，いわゆる全債務説と限定債務説を中心に古くから見解の対立があったところ，最高裁が初めてこの論点について判示したのが最判平成21・3・10民集63巻3号361頁（会社法判例百選〔第3版〕67事件。以下，「本判決」という）である[1]。以下では，従来の学説の対立を踏まえつつ両者の中間的な立場をとるように見える本判決の検討を試みたい。

Ⅱ. 全債務説と限定債務説[2]

1　全債務説は，株主代表訴訟により追及できる「取締役の責任」には，取締役が会社に対して負担する一切の債務が含まれるとする[3]。会社が取締役の責任追及を懈怠するおそれ（提訴懈怠可能性）は発生原因にかかわらず一切の債務について存在することが主たる理由であ

1）　平成17年改正前商法267条1項は「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主ハ会社ニ対シ書面ヲ以テ取締役ノ責任ヲ追及スル訴ノ提起ヲ請求スルコトヲ得」と定めており，ここでの「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」の解釈が問題となっていたところ，現在の会社法847条1項も「役員等……の責任を追及する訴え」とされており（役員等には取締役も含む〔423条1項〕），平成17年改正前商法における議論は基本的には会社法においても妥当する。

2）　学説のコンパクトな整理として，吉原和志「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢正啓＝浜田道代編『商法の争点Ⅰ』（有斐閣，1993年）156頁，土田亮「代表訴訟によって追及しうる取締役等の責任の範囲」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』（有斐閣，2009年）158頁。

3）　取締役就任前に発生した債務（特に従業員として負担した債務）について見解が分かれているが，取締役等の在職中に負担した任務懈怠責任等は退任後も代表訴訟で追及しうることには異論はなく（例えば，吉原・前掲注2)157頁），そのこととのバランス等から，全債務説に立つとしても取締役就任前に負担した債務は株主代表訴訟の対象とならないと考えるべきであろう（土田・前掲注2)159頁参照）。

4）　鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣，1994年）300頁，前田庸『会社法入門〔第12版〕』（有斐閣，2009年）439-440頁等。他には，条文上，株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲を特に限定する文言はないことも挙げられる。なお，平成17年改正前商法においては266条1項3号が根拠として挙げられることもあった（本判決も理由付けで言及する）が，現行法を念頭に議論をする本稿では，会社法制定時に削除された平成17年改正前商法266条1項3号には触れない。

5）　限定債務説では，一般的には，免除の困難な責任（総株主の同意がなければ免除することができない責任）または免除の不可能な責任が株主の代表訴訟の対象となるとされてきた。

6）　北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」同『株式会社法研究』（有斐閣，1976年）293-295頁［初出は，1956年］，江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣，2017年）494-495頁注(2)等。

7）　以下の記述は，吉原和志「株主代表訴訟によって追及し得る取締役等の責任の範囲」関俊彦先生古稀記念『変革期の企業法』（商事法務，2011年）91-93頁において整理された視点に依拠するものである。

る[4]。他方，限定債務説[5]は，提訴請求から60日以内に会社が責任追及訴訟を行わない場合は不提訴の理由にかかわらず株主が代表訴訟を提起することができる日本法（会社847条3項）では，責任追及を行わないとの会社の判断が尊重されず，取締役が会社に対して負担する一切の債務について株主代表訴訟を認めることは，債務の履行を請求するかどうかについての会社の裁量（経営上の判断の余地）を制約し不都合であると主張する[6]。

2 もっとも，全債務説と限定債務説の対立はさほど大きくないかもしれない[7]。全債務説に立つ場合も，免除に特別な規定のない取締役の責任（免除に総株主の同意を要求するものとして，会社120条5項・213条の2第2項・424条・462条3項〔ただし分配可能額の範囲内〕・464条2項・465条2項）については，直接取引規制（会社356条1項2号・365条1項）に従い，取締役会（取締役会非設置会社では株主総会）の承認により，責任の全部または一部の免除や，履行の猶予や分割払いの合意等が可能であり，株主代表訴訟の提起前に会社がこれらをすることは妨げられない（提起後は会社の処分権が制約される）[8][9]。このように考えれば[10]，全債務説に立っても，総株主の同意がなければ免除できない責任以外の責任追及については会社（取締役会）が代表訴訟の提起前に責任を免除することにより株主代表訴訟による責任追及を回避することが可能であり[11]，会社の裁量が失われない点で限定債務説と大きな差異はない。

他方，限定債務説の立場から株主代表訴訟の対象外となる責任について責任追及がなされなければ，責任追及をしないこと自体を取締役・監査役の任務懈怠（会社423条1項）として株主代表訴訟により追及する余地はある。そのように考えれば，限定債務説の立場をとっても，なされるべき責任追及が懈怠される（結果として責任追及が十分なされない）とは必ずしも言えず[12][13]，全債務説の懸念する提訴懈怠可能性はそれほど深刻ではないのかもしれない（もちろん，全債務説の立場からは，責任追及をしないことについて責任追及するとの構成は迂遠であるという評価は可能である）。

3 両説の差異はむしろ救済内容に現れるかもしれない。限定債務説の場合には，代表訴訟による任務懈怠責任の追及により会社は金銭的救済（損害賠償）しか得られないのに対して，全債務説の場合は，非金銭的な救済の余地がありうる。本判決の第一審判決（大阪地判平成18・5・25民集63巻3号370頁参照）の認定によると，原告株主が被告取締役から会社への所有権移転登記を求める本件土地は，隣接地とあわせて会社の事業のために用いられており（ただし，本件土地の全てが現に具体的に使用されてい

8） 吉原・前掲注7)101-103頁。

9） 吉原・前掲注7)103-104頁は，取締役会による責任免除については369条2項・423条1項・3項により，株主総会による責任免除については831条1項3号等により不当な裁量の行使に対してある程度の歯止めが働くとする。

10） 任務懈怠責任の免除に総株主の同意が必要とされる（会社424条）のは，代表訴訟が単独株主権であることの裏返しであると伝統的に説明され（岩原紳作編『会社法コンメンタール（9)』〔商事法務，2014年〕286頁［黒沼悦郎］），特に限定債務説では代表訴訟の対象と免除における総株主の同意の要否がリンクされて議論されることが多かった。本判決は取締役の責任の免除と代表訴訟との関係については言及しておらず，特別な規定のない責任は，本文のとおり，利益相反取引規制に従って免除できると考えられるが，同287頁は，本判決を前提とすると取締役の取引債務を会社が免除する場合にも424条が適用され，総株主の同意が要求される可能性を指摘する（ただし，同所は，株主代表訴訟の対象と424条の適用対象は一致する必要はないとの立場をとる）。

11） 吉原・前掲注7)103頁は，会社が免除や猶予をしたことにより提訴請求をした株主が結果として株主代表訴訟を提起しなかったとしても，提訴請求は責任について会社がどのような姿勢で臨むかを明確に決定することを促す機能を果たしているとする。土田亮「株主代表訴訟によって追及しうる責任の範囲」大宮ローレビュー6号（2010年）68頁は全債務説をとると「会社の正規の決定機関によって責任を追及しないとの意思決定がなされたとしても，株主は株主代表訴訟を提起することによって，会社の意思決定を覆して当該責任を追及できることになる」とするが，適法に免除等がなされれば代表訴訟は当然に請求棄却となろう。

12） 前掲注9)の歯止めは，限定債務説において，株主代表訴訟の対象外の責任を追及するか否かの判断にも妥当するはずである。

13） 広く株主代表訴訟を認めることは会社荒らしの好餌となるとの限定債務説の懸念（佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」北沢正啓編『商法の争点〔第2版〕』〔有斐閣，1983年〕142頁）に対して，取締役の会社に対する取引債務等を代表訴訟の対象外としても，株主は，債務が履行されないことによる会社の損害について取締役の任務懈怠責任を代表訴訟で追及できる以上，限定債務説も株主が会社や役員等を困らせるために代表訴訟を提起することの防止にはあまり役立たないと反論されている（田中亘『会社法』〔東京大学出版会，2016年〕335頁）。

るわけではなく，一部は崖地や更地であった），本件土地の登記を会社が確保することは会社の事業の継続に極めて重要であり，金銭的救済では実効的な解決を図れない可能性が高い[14)15)16)]。全債務説の方が実効性の高い救済手段を提供することが可能といえよう[17)]。

Ⅲ. 本判決の検討

1 取引債務を株主代表訴訟の対象に含む本判決は，明らかに限定債務説と異なる立場であるが，本判決は所有権に基づく所有権移転登記請求（主位的請求）について株主代表訴訟を否定している以上，全債務説をとるものでもない。本判決は，代表訴訟の対象には「取締役の地位に基づく責任[18)]のほか，取締役の会社に対する取引債務についての責任[19)]も含まれる」（傍点は筆者）と述べるのみで，これら以外の責任には言及がなく，代表訴訟の対象は明示されていない。

本判決は，全債務説の主要な論拠である提訴懈怠可能性のほか，取締役は取引債務についても会社に対して忠実に履行すべき義務を負うと解されることを理由とする[20)]。「忠実に」履行すべき義務を負うとしている点に注目すれば，厳格な利益相反取引規制（会社356条1項2号・3号・365条・423条3項・428条）の存在が，取締役の会社に対する取引債務を株主代表訴訟の対象とすべき特別な理由であり[21)]，「取締役の地位に基づく責任」や「取締役の会社に対する取引債務」以外の責任（の少なくとも一部）は株主代表訴訟の対象とならないと考えることができるかもしれない[22)]。

しかし，取締役が会社の不動産の登記を自己名義に移転したり，自己の管理下にある会社の動産を横領した場合，それらの返還債務は，取締役が善管注意義務・忠実義務に違反して負担するに至った債務であり，そのような債務を負担した以上は（取引債務でなくても）忠実に履行すべきであ（り，したがって，株主代表訴訟による追及を認めるべきであ）るという議論は十分に可能である[23)]。本判決の理由付けからは全債務説に立ち，主位的請求についても却下しない方が自然であるように思われる[24)]。

2 本判決は，会社が「土地の所有名義を〔取締役〕とする所有権移転登記手続を委託し，

14） 代表訴訟による不動産登記の回復請求を認めた大阪高判昭和54・10・30判時954号89頁は，原告株主の主張によれば，移転登記抹消請求の対象となる土地を会社（ゴルフ場の経営を主たる目的とし，会員制ゴルフ場を経営している）がゴルフ場の敷地として利用しており，移転登記請求が実現しないかぎり会社の事業は安定せず，金銭賠償では事件の実効的解決にはなりにくい事件である。

15） 顧丹丹『株主代表訴訟の終了制度』（成文堂，2018年）89頁は，本判決が閉鎖会社（いわゆる同族会社）の事件であることを株主に登記移転請求権を行使させる以外に有効な救済手段がない理由として挙げる。しかし，本件において登記移転請求権の行使が紛争の実効的解決にとって重要なのは，第一次的には会社にとって本件土地が代替可能性の極めて低いものである点に求められるように思われる。もっとも，閉鎖会社の株主で会社の経営にある程度関与していなければ，問題となる行為の認識や，金銭賠償以外の救済手段の選択は困難なことが多いであろう。閉鎖会社における株主代表訴訟については宍戸善一「閉鎖会社と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『株主代表訴訟大系〔新版〕』（弘文堂，2002年）60頁参照。

16） 例えば，岸田雅雄「判批」商事法務976号（1983年）35頁，片木晴彦「判批」判評504号（判時1731号）（2001年）199頁，伊藤靖史「判批」商事法務1628号（2002年）131頁等。本判決の調査官解説（髙橋譲「判解」最判解民事篇平成21年度㈠195頁）も，本件のように登記に係る請求権が問題とされる場合には，会社による損害回復の方法としては，金銭賠償を求めるよりも取引上の債務それ自体の履行を求める方が有効かつ適切とする。

17） 限定債務説を基本としつつ，会社法330条・民法646条に基づく引渡義務も代表訴訟の対象とすることにより金銭賠償以外の救済の余地を認める見解もある（大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」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年〕58頁）が，この見解では，引渡目的物の範囲が「委任事務を処理するに当たって受け取った……物」や「委任者のために自己の名で取得した権利」に限られる。

18） 本判決は「取締役の地位に基づく責任」を「商法266条1項各号所定の責任など，商法が取締役の地位に基づいて取締役に負わせている厳格な責任」と定義しており，会社法では，任務懈怠責任（423条1項）のほか，120条4項・213条1項・213条　の2第1項・462条1項・464条1項・465条1項等が該当すると考えられる。

19） 「取締役の会社に対する取引債務についての責任」について，吉原・前掲注7)99頁は，取引を解除した場合の原状回復義務，取引が無効であった場合の不当利得返還義務，取引によって生じた債務の不履行による損害賠償義務など取引によって生じた債務の変形または実質的に同一性を有すると認められるものをも含むとするのに対し，弥永真生「本件判批」ジュリ1380号（2009年）65頁や飯田秀総ほか『会社法判例の読み方』（有斐閣，2017年）271頁［飯田］は，これらについては含まれないと考える余地があるとする。

20） 調査官解説は，取引債務も昭和25年改正前商法267条および268条の「取締役に対する訴え」の対象とされていたことも指摘するが（髙橋・前掲注16)195頁），「取締役に

〔取締役〕との間で期限の定めのない〔取締役〕所有名義の借用契約を締結」しその契約が終了したことに基づく真正な登記の回復請求という予備的請求は代表訴訟の対象としている。本件土地の取得が数十年前に行われたものであった上，所有権移転の経緯が複雑であったこともあり，当時の買主が会社だったか取締役だったかが明らかではなく，本件土地の所有権の帰属が本件では争われている。予備的請求のような極めて技巧的な構成（少なくとも，筆者には，不動産登記の所有名義の借用契約というものを想定することがこの種の事象に一般的であるようにも，本件の紛争実態に即しているようにも思えない）をとらないかぎり訴えが不適法却下になる一方，技巧的な構成をとれば代表訴訟の対象となるとすることは，原告株主に余分な負担を課したり，紛争を複雑化させるなど，紛争解決の実効性を損ねかねず，適切ではないように思われる。

3　従来は主に取締役に対する代表訴訟について論じられてきたが[25]，「役員等の……責任を追及する訴え」（会社847条1項）との文言[26]からは，取締役以外の役員等に対する株主代表訴訟についても本判決の議論が当てはまるようにも思われる[27]。しかし，会社法制定時に「会計監査人についても，取締役等と同様に，会社の経営陣との緊密な関係から，会社がその責任の追及を怠り，その結果として株主の利益が害される可能性がある」[28]として導入された会計監査人に対する株主代表訴訟については，会社の部外者である会計監査人に対する提訴懈怠可能性があるか（あるとして役員の場合と同じレベルなのか）疑問が呈されており[29]，提訴懈怠可能性を基本的な論拠とする本判決の結論を会計監査人に及ぼし，会計監査人と会社との間で取引関係がある際に，その取引債務の履行を株主代表訴訟によって求めることが妥当かは慎重に検討する必要がある。会計監査人に対する株主代表訴訟について，会社の健全な会計処理のために重要な役割を果たす者の任務懈怠に対する抑止効果を高めるため，責任追及を投資家に広く認めるべきという提訴懈怠可能性とは別の発想が混在している可能性が指摘されており[30]，このような発想は会計監査人の任務懈怠責任については株主代表訴訟を認める根拠になっても，取引債務について株主代表訴訟を認

対する訴え」は株主代表訴訟とは大きく異なる制度であり，本判決を基礎付ける理由として適切ではない（森本滋「株主代表訴訟における『取締役の責任を追及する訴え』」商事法務1932号〔2011年〕14頁（注34））。

21）　ただし，森本・前掲注20)9-10頁は，取引債務の履行義務は取締役の契約上の義務であって取締役としての義務ではないので，厳格化された任務懈怠責任（会社423条3項1号・428条1項）ではなく「取引債務の履行」それ自体を株主代表訴訟の対象とするためには十分な理由付けではないとする。

22）　藤原俊雄「判批」判評611号（判時2057号）(2010年) 196頁。もっとも，取締役が会社に対して負担する取引上の債務を履行することも忠実義務に基づく責任であるといえるとする点は，全債務説が，取引上の債務を代表訴訟から排除すべきでない理由として挙げていたものであり（大隅健一郎＝今井宏『会社法論㈲〔第3版〕』〔有斐閣，1992年〕272頁），代表訴訟の対象を画する意味合いはないのかもしれない。

23）　吉原・前掲注7)108-110頁，飯田ほか・前掲注19)267頁［飯田］。

24）　田中・前掲注13)335頁。なお，飯田ほか・前掲注19)270頁［飯田］は，判旨が提訴懈怠可能性と会社経営陣に認めるべき裁量という対立する要素を意識して株主代表訴訟の対象を広げすぎないようにするため主位的請求は対象外とした可能性を指摘しつつ，対立する要素の線引きを意識していたとしてもその合理性に疑問があるとする。従前から全債務説と限定債務説の中間的な解決を図る見解はあるものの，いずれも必ずしも明確な定式化に成功しているとは言い難い。

25）　平成17年改正前商法267条1項は，発起人の責任（196条），監査役の責任（280条1項），清算人の責任（430条2項），有利発行時の引受人の差額支払義務（280条の11），利益供与を受けた者の返還義務（295条4項）について準用されていた。

26）「役員等」以外にも発起人，設立時取締役，設立時監査役，清算人も「責任を追及する訴え」の被告になるが，ここでは取り上げない。

27）　監査役が監査業務の遂行過程で横領した重要な会社財産について返還を請求するという場合もありうるのであって，取締役以外の役員等の責任についても，会社法上の責任だけが株主代表訴訟になると限定して考える必要はないとするものとして吉原・前掲注7)113頁。もっとも，厳格な利益相反取引規制の存在（や忠実義務の規定）が重要だとすると，取締役・執行役以外の役員等に対する取引債務の履行請求は株主代表訴訟の対象から外れることになる。監査役や会計監査人が会社と取引した場合の取引上の債務にかかる責任は株主代表訴訟の対象になるとは解されていないと指摘するものとして森本・前掲注20)10頁。

28）　相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事法務295号）』（商事法務，2006年）219頁。

29）　藤田友敬「株主代表訴訟の現代的展開」川嶋四郎＝中東正文編『会社事件手続法の現代的展開』（日本評論社，2013年）53頁。なお，「会社の経営陣との緊密な関係」を理由とすると，立法により代表訴訟の対象が次々と広がる可能性も指摘されている。

30）　藤田・前掲注29)53-54頁。

める根拠にはなりにくい。

Ⅳ. おわりに

全債務説と限定債務説は対立が強調されるほど大きな差異がある訳ではないが，提訴懈怠可能性と会社経営陣に認めるべき裁量のバランスの取り方，紛争解決の実効性に対する評価のあり方においてスタンスが異なる。なされるべき責任追及がなされない可能性，なされるべきでない責任追及がなされてしまう可能性への対処は，ある責任を代表訴訟の対象とするか否かだけで行われるべきものではなく，訴訟前・訴訟中の当事者等にどのような権限を与えるか，当事者等の権限の濫用防止のためにどのような仕組みを用意するかとあわせて検討されるべきであろう。代表訴訟の対象についての解釈論は，抽象的・理論的な観点のみで決着させることはできず，実務的な観点からの“評価”も踏まえて決せられるべきであろう。

（おざき・ゆういち）

実務的検討
――代表訴訟の提起は容易か？
［楽　楽］

Ⅰ. 提訴懈怠可能性 vs 経営陣の経営裁量

代表訴訟の対象をどのように考えるのかについては，全債務説，限定債務説，そして，両者の中間的な立場がそれぞれ主張されている。そして，本判決は，全債務説をとるものではないが，限定債務説が認める取締役の地位に基づく責任に加えて，取締役の会社に対する取引債務に基づく責任をも認めている点で，限定債務説の立場とも異なり，中間的な立場を採用していると考えられる。

全債務説の最大の論拠は，代表訴訟は，役員間の特殊関係から会社が取締役に対して責任追及を怠ること（いわゆる，提訴懈怠の可能性）をおそれて，各株主に提訴権を認めたものであるから，取締役が会社に対して負担する全ての債務について，代表訴訟の対象として認めるべきである，というものである。

しかし，限定債務説や中間的な立場からは，代表訴訟の対象に一定の制限を設けないと，株主にあまりにも強大な権限を与えることになり，株主による経営陣の経営裁量に対する不当な介入を認めることとなり，経営が委縮する可能性があると批判されている。

代表訴訟の提起の段階で，その対象を限定するのか否かについては，提訴懈怠の可能性と経営陣の経営裁量のバランスをどのようにとるのがよいのかが検討されるべきと考える。

Ⅱ. 実務的な視点からの検討

近時のコーポレートガバナンス強化の潮流や「物言う株主」の増加が，代表訴訟が単独株主権であることとも相まって，代表訴訟による取締役への責任追及を活発化させる可能性はある。また，代表訴訟制度の母法である米国では，訴訟委員会の制度[1)]があり，訴訟委員会の独立性等が認められる場合には，裁判所はその判断を尊重し，実体審理に入る前に代表訴訟を却下する仕組みがあるのに対して，わが国ではそのような制度がないため，濫用的な代表訴訟

〔以下，楽楽論文〕

1） 利害関係のない独立取締役，弁護士，公認会計士らから構成される訴訟委員会が，提訴請求の原因事実について調査し，その結果，取締役の責任が認められないと結論付けた場合，裁判所に対して訴訟却下の申立てを行うことができる。そして，裁判所は訴訟委員会の独立性，中立性，調査を行う際の誠実性などの要素に着目して，主に手続面で審査を行い，訴訟委員会の独立性等が認められる場合には，その判断を尊重し，実体審理に入る前に代表訴訟を却下する仕組みである。

2） 株主と経営陣との対話の促進や社外取締役の設置などを「攻めのコーポレートガバナンス」，代表訴訟のような経営上の違法行為の抑制を「守りのコーポレートガバナンス」と分類する見解もある（山田泰弘「企業統治と損害賠

に対する制度が不十分であるとも考えられ，代表訴訟の対象を限定する必要があるとも思われる。

しかし，スチュワードシップ・コードやコーポレートガバナンス・コードの導入によるコーポレートガバナンスの強化は，株主と経営陣との対話の促進や社外取締役のモニタリング機能により重きを置いているように思われ，これらの制度が代表訴訟を直ちに促進するのか疑問がある[2)]。実際，近年の代表訴訟の件数は平成24年の106件をピークとして，その後減少し，平成27年では59件となっており[3)]，コーポレートガバナンスの強化の潮流の中でも，代表訴訟の数が増加するという点は，現在のところ見られていない[4)]。

また，わが国の代表訴訟の提訴権は単独株主権であるが，悪意の株主に対する担保提供命令（会社847条の4第2項・3項）や濫用的な訴訟の却下（会社847条1項ただし書）の制度により，提訴に対する一定の制限は設けられている。アクティビスト・ファンドのような「物言う株主」であっても，市場における自らのレピュテーションを気に掛けるはずであり，会社に対する嫌がらせ目的，または自らの意向に従わせるためだけに代表訴訟を提起することは合理的な選択であるとは思われない。

そして，実務においては，これらの制度上の濫訴防止措置以上に，証拠収集の面から，代表訴訟提起のハードルは決して低くない。すなわち，取締役の義務違反の有無を立証するために必要な資料は会社側に偏在しており，米国のように広範囲の関連資料の開示が認められるディスカバリー制度のないわが国では，株主が必要な資料を収集することは非常に困難である。実務上，①会社に対して書簡を送付し，質問や任意の資料開示を請求すること，②不提訴理由書の内容を精査し，そこで触れられている資料等があれば開示請求すること，③文書提出命令により文書の提出を請求すること，④会計帳簿の閲覧謄写請求をすること，⑤取締役会または監査役会の議事録の閲覧謄写請求をすることで証拠の収集に努めているが，いずれの方法にも欠点や問題がある。具体的には，書簡を送付して質問や資料開示を求めたとしても，会社に対して回答や資料提供を強制することはできない（①）。不提訴理由書には，監査役が判断の基礎とした資料の標目が示される場合があっても，当該資料の提出までは求められていない（会社847条4項，会社則218条1号）（②）。また，文書提出命令の場合，発令されれば会社に対する強制力はあるものの，対象となる文書会社の内部資料であるがゆえに，株主側からすると，そもそもその存否が判明せず，また，仮に存在することが疑われる場合でも，文書の特定方法に苦慮する場合が多く，そして仮に特定できた場合でも，通常は会社から開示拒否事由の有無について争われる（③）。会計帳簿の閲覧謄写の場合，対象となる会計帳簿の範囲に争いがあり，学説上有力な見解である，いわゆる限定説[5)]に立つのであれば，開示を受けられる範囲が狭く，株主として真に確認したい資料の開示が認められにくい（④）。さらに，取締役会や監査役会の議事録の閲覧謄写の場合，裁判所の許可が必要であり，かつこれらの議事録は会社の公式な記録であるため，通常，取締役会や監査役会での議論の詳細な内容までは記載されておらず，取締役らの責任追及の証拠としての有用性が低い場合が多い（⑤）。したがって，株主が取締役の責任を追及するために代表訴訟を提起する場合，必要な証拠を収集することは実務上決して容易ではない。この証拠収集の困難さを考慮すれば，明らかに取締役らに責任があり，かつ公表資料などから，それを立証することが容易であると思われるようなケース[6)]でな

償」法時1103号〔2016年〕5-6頁）。

3） 全国の代表訴訟の新受件数は，平成20年64件，平成21年69件，平成22年80件，平成23年83件，平成24年106件，平成25年98件，平成26年58件，平成27年59件となっている（「ニュース 平成27年の株主代表訴訟の新受件数は59件」商事法務2102号〔2016年〕49頁）。

4） わが国における代表訴訟は経営陣に対するThreatの効果のみを引き出そうとするとする見解もある（山田・前掲注2)5頁）。

5） 会社法433条1項1号に規定する「会計帳簿又はこれに関する資料」とは，計算書類およびその付属明細書の作成の基礎となる帳簿またはこれらの記録材料となった資料，その他これらを実質的に補充する資料のみを指すという見解。

いかぎり，代表訴訟により取締役らの責任を追及するには，事実関係の解明や取締役らの善管注意義務違反を基礎付ける事実や証拠の収集に相応な時間，労力，そして費用がかかる。このことに鑑みれば，取締役の善管注意義務違反を基礎付ける事実について一定程度合理的に主張立証できるレベルまでに準備して，代表訴訟を提起しようとする場合の事実上のハードルは決して低いものではない[7]。

そして，このように，代表訴訟を提起する事実上のハードルが高い以上，訴訟委員会を設けて，裁判所による実質審理の前に却下を認める必要までもないように思われる[8]。

Ⅲ．おわりに

全債務説に対しては，限定債務説や中間的な立場から，代表訴訟の対象に一定の制限を設けないと，経営が委縮する可能性があると批判されているが，以上見てきたように，代表訴訟の提起自体，実務上決して容易であるとはいえない。したがって，代表訴訟の対象について特に制限を設けないとしても，経営陣の経営裁量が害される可能性が高まるとまではいえないと考えるので，代表訴訟の提起の段階では，提訴懈怠の可能性に配慮したバランスの取り方に賛成したい。

（らく・らく）

6） 金商法上の継続開示義務や金融商品取引所の上場規程上の適時開示義務を負い，一定程度の情報を市場に開示している上場会社であっても，上場会社が明確な法令違反行為を行った場合を除き，このようなケースは非常に例外的であると思われる。

7） 代表訴訟の提起の頻度，訴訟の帰趨，原告の成功率についてまとめた実証的な研究として，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『企業法の進路』（有斐閣，2017年）291頁。

8） なお，2005年の会社法成立の際に，訴訟委員会の導入も議論になったものの，制度構築が容易ではないこと，社外取締役等が十分定着していないことなどの反対意見が強く，結局導入が見送られた（相澤哲ほか『会社法制の現代化に関する要綱試案に対する各界意見の分析（別冊商事法務273号）』〔商事法務，2004年〕40頁参照）。もっとも，現在では，社外取締役の人数自体は増加してきており，また，MBOや不祥事が起きた際に，社外取締役と外部専門家により構成される第三者委員会が立ち上がることも頻繁に見られるようになっている。そのため，訴訟委員会を導入すること自体はさほど困難ではないと考えられるが，やはり導入する必要性は低いということになろう。