

# 株主代表訴訟と和解

中 根 茂

- I はじめに
- II 株主代表訴訟の本質と和解の役割
- III 訴訟上の和解の学説と改正商法
- IV アメリカの規制
- V 結び

## I はじめに

株主代表訴訟は、個々の株主が自ら会社のために取締役の会社に対する責任を追及する訴訟である（商法267条～268条ノ3,）。通常であれば、会社が提訴すべき訴訟（例えば第三者に対する契約不履行等を理由とする訴訟）についての提訴すべきか否かの判断は、会社の経営者が善管注意義務・忠実義務（254条3項、民法644条、254条の3）のもとで行うこととなる。しかし、取締役の責任追及が問題となる場面では、他の取締役や監査役（275条ノ4、特例法24条・25条）が「同僚」を提訴すべき旨を決定することは、取締役会の日本の特殊事情から期待しにくい。このような「提訴懈怠可能性」が、株主代表訴訟を認める主たる理由である。<sup>(1)</sup>

株主代表訴訟は、昭和25年の商法改正において、アメリカ法に倣って、わが国へ導入されたものである。<sup>(2)</sup>昭和25年の商法改正は、取締役の責任を強化し、一方で株主の地位を強化し保護する目的でなされたもので、株主代表訴訟の新設はこの方針に沿ったものであった。しかし、その後長きにわたり、

濫用も活用もされない状況が長く続いていた。その理由は、株主にとって代表訴訟には、利益がなく、リスクのみ高い、割の合わない制度であったからである。<sup>(3)</sup>ところが、平成5（1993）年の商法改正によって商法267条に現行の5項（当時の第4項）が追加され、株主代表訴訟の訴額との関係では財産上の請求でない請求にかかる訴えとみなされ、申立手数料の算定との関係では、民事訴訟費用等に関する法律4条2項前段により訴訟の目的の価額は95万円とみなされた。そして、平成15年改正で、その価額が160万円となり、株主代表訴訟の申立手数料が請求金額にかかわらず一律に13,000円となった（同法別表第1第1項）。

このように、平成5（1993）年の商法改正によって、株主代表訴訟を提起しやすくなると、その終了の問題が発生する。株主代表訴訟の母国アメリカにおいては、代表訴訟のほとんどが和解によって終結している。<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>これに対して、わが国においては、最近になるまで実際に和解された例はなく、代表訴訟を和解によって終結し得るかについては、従来から否定説と肯定説とが対立していた。ところが、平成5年の商法改正後まもなくして、日本サンライズ事件平成6年9月31日東京高裁が和解によって終結すると、次々と和解がなされるようになった。<sup>(6)</sup><sup>(7)</sup>そのような状況で、代表訴訟の和解について注目が集まり、議論されるようになった。そのなかで、このような実務に対して和解を認める見解や法改正の主張も現れてきた。

平成13年の改正商法は、訴訟上の和解を明文をもって認めた。即ち、会社は、取締役の責任を追及する訴えを提起した場合（代表訴訟には至らなかった場合）、又は株主代表訴訟を提起した旨の株主の訴訟告知を受けたときは、遅滞なくその旨を公告するか株主に通知しなければならない（268条4項）。会社と被告取締役が和解を行うときには、総株主の同意は不要であるとした（268条5項、266条5項）。株主代表訴訟での和解をなすには、会社が和解当事者でないときは、裁判所は会社に対し和解内容を通知しかつ和解に異議があれば2週間以内に異議を述べるべき旨の催告手続を設けた（268条6項）。そして、会社がこの期間内に書面で異議を述べなかったときは、通知の内容

で会社が株主の和解を承認したものと見做し、この場合には、総株主の同意なくして和解が成立することとした。

そこで、今後重要となってくるのは、訴訟上の和解の可否よりもむしろ和解の公平・適正かつ合理性を如何に確保するかであると思われるが、代表訴訟の法的性格と和解との関係から、これらの問題点を浮き彫りにしつつ、今までの主要な学説の動向と、改正商法の問題点を解明したいと考える。その際、アメリカの規制方法についても考察することにする。以下では、監査役設置会社の取締役の場合を中心に検討を進める。

## Ⅱ 株主代表訴訟の本質と和解の役割

### 1 株主代表訴訟の本質と和解の意義

株主代表訴訟は、直接には、取締役が違法行為を行ったことを前提として、その結果として生じる会社の取締役に対する損害賠償請求権について（損害補填機能）、株主が権利主体である会社に代わって訴権を行使することを認めるものであり、その目的としては、株主代表訴訟の手続を利用して会社経営の適法性を確保しようとするものである（監督是正機能）。このように、違法行為の抑止ないし監督是正機能が株主代表訴訟の本質的機能である。<sup>(9)</sup>

民事訴訟による解決は、当事者や利害関係人間の実質的公平に合致し、かつ、紛争を実効的に解決するものでなければならない。この点から考えると確定判決が必ずしも最善なものとはいえず、会社経営の適法性を確保しようとする、違法行為の抑止ないし監督是正機能をはたすためには、訴訟当事者その他の利害関係人の間での和解の方が優れていることも多い。

<sup>(10)</sup>その理由は、第1に、判決の確定までには、上訴審の手続まで考慮すると、かなりの時間を要する。なぜならば、株主代表訴訟の制度目的であるコーポレート・ガバナンスは、現実機能している会社の経営をその対象とするものであり、訴訟における解決が長時間を要することは、一方で、その解決の実効性を失わせ、他方で、会社の経営を不安定にするおそれがある。

第2に、判決によって損害賠償の支払を命じられても、被告が任意に履行

するとは限らず、会社が強制執行の方法をとらざるを得なくなることが考えられる。しかし、強制執行が常に成功するとは限らず、執行が効を奏さない場合には、名目上巨額の給付判決もその実質を伴わないことになる。

第3に、法による解決が必ずしも実質的公平に合致するとは限らない。法律上では被告取締役の責任が認められる場合であっても、実質的にみれば、その責任の軽重にはかなりの差が認められることがありうる。このような場合には、実質的責任の軽重に応じて損害賠償額などを調整することが公平に合致するが、判決による場合には、このような解決は困難であり、和解による解決がそれに適する。

第4に、履行を確実にするために、被告の財産上に損害賠償請求権のための担保権を設定したり、あるいは被告のための保証人として第三者を立てたりすることが必要になることが考えられる<sup>(11)</sup>。

このようなことは判決では不可能であり、和解によってのみ可能になる。以上の観点から、株主代表訴訟において、和解を認めるべきことについて大方の意見は一致していると思われる。しかし、訴えを提起して間もない段階での和解と、日本サンライズ事件和解のように一審で十分審理して判決を経た上で高裁での和解とでは裁判所の関与も異なり、和解の当事者間での公平性・妥当性・合理性に問題が生ずる。

## 2 株主代表訴訟の判決と和解調書の効力

株主代表訴訟の法律上の性質について、わが国の通説は株主が法定訴訟担当者として会社の取締役に対する権利（損害賠償請求権）を訴訟上追行する<sup>(12)</sup>考え方が支配的である。この考え方を前提にすれば、既判力は、まず原告株主と被告取締役の当事者の間に作用し（民訴法115条1項1号）、次に、会社にも「利益帰属主体」として民訴法115条1項2号の「その他人」として、既判力が有利にも、不利にも及ぶことになる。そして、原告株主以外の株主には、反射的効力が及ぶと説明される<sup>(13)</sup>。さらに、代表訴訟は、株主（訴訟に参加した株主を含む）が会社のために提起するものであるから、原告側が勝

訴してその利益が会社に帰属したときは、株主が支出した費用を合理的な範囲で会社が負担する。商法は、株主が①その訴訟を行うのに必要と認められる費用であって訴訟費用でないもの（訴訟費用は敗訴した被告の負担となる）を支出したときはその額の範囲内で、②弁護士に報酬を支払うべきときはその報酬額の範囲内で相当な額の会社に対する費用支払請求権を認めている（268条ノ2第1項3項）。勝訴判決には、一部勝訴判決も含まれるが、それが馴合訴訟にあたるときは、右の請求は認められないと解される。①には、事実関係調査費（代表訴訟を提起するためには取締役の違法行為等により会社に損害が生じた事実があるかどうかを調査する必要がある）、司法書士手数料、裁判所への出頭の費用が含まれる。反対に、敗訴した株主は、会社に損害を与えた場合であっても悪意のあるときでなければ、会社に対して損害賠償責任を負わない（268条ノ2第2項3項）。

他方、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らせる旨の、期日における合意をいうが、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（処分権主義）。訴訟が係属していても期日外で締結されたにすぎない和解は、民法上の和解契約（民法695条）にとどまり、訴訟上の効果を生じない。但し、その和解契約の内容を期日において、両当事者が一致して認めるといえば、期日における合意として訴訟上の和解となる。簡易裁判所の起訴前の和解（民訴法275条。即決和解）は、訴訟の係属を前提にしていないから、訴訟上の和解ではないが、裁判所の面前における和解であるから、訴訟上の和解と同じ効力を与えられる。訴訟上の和解は、当事者の合意であるが、第三者が和解に加入することもできる。この場合には、この第三者との関係では起訴前の和解があったものとみられる<sup>(15)</sup>。

和解調書の記載は、確定判決と同一の効力を有する（民訴法267条）。判決効については、①訴訟の終了②執行力③形成力が認められるが、④既判力が認められるかについては、争いがある。多数説は、和解の効力の発生は、当事者の意思に起訴を置くから既判力は認められないとする。しかし、訴訟上

の和解の争訟処理機能確保のために既判力を認めつつ、和解に実体法上の無効・取消原因がある場合には裁判上の和解は無効であり既判力を生じないと考える（制限的既判力<sup>(16)</sup>）。ここでは、今までの論点の前提である多数説に従って論ずることとする。従って、代表訴訟での和解の効力は、原告株主と被告取締役の間だけに生じるものである。但し、会社が利害関係人として、和解に加入すれば会社にも和解の効力が生じる。

以上をまとめると、株主代表訴訟の法律上の性質は、法定訴訟担当であるということ、実体権帰属主体である会社と訴訟追行権者である原告が分裂すること（形式的当事者概念）である。そうすると、実体権の処分であると通常考えられている和解を、訴訟追行権を有するにすぎない原告株主が行うことができるか、という問題が生じ、原告株主には、和解権限はなく、また、もし原告株主と取締役間で和解がなされたとしても、その効力は当事者間だけで、会社や他の株主には及ばないのではないのかという問題が生じる。そこで、この問題を解決するために、後で述べる学説の努力がなされてきた。

### 3 株主代表訴訟の和解と商法266条5項の総株主の同意

商法266条5項の取締役の責任の免除には総株主の同意が必要とされている（265条の取引に基づく責任は、6項で3分の2の多数に軽減されているが、以下5項で考える）。これは、株主代表訴訟の提訴権が個々の株主の権利であることに照応する。一人でも株主が、株主代表訴訟を提起しようとしたとき、会社ないし他の株主が取締役の責任を免除して提訴を妨害することを本条が防止しているのである。原告株主が和解をするとなると、和解はな<sup>(17)</sup>にがしらの譲歩を伴うのが通常であるから、本条と抵触することになる。

要するに、商法266条5項の規律により、株主代表訴訟における原告株主の和解は、実体法的に無効の可能性があり、そうでないとしても、他の株主から第二、第三の株主代表訴訟提起を阻止することができない。被告取締役としては、他の株主からの提訴が予測されない状況でなければ、和解に安んじて応ずることはできないという問題が生じていた。この問題の解決のため

にも、次で述べる学説の努力がなされてきた。

### Ⅲ 訴訟上の和解の学説と改正商法

#### 1 原告株主の和解権限と商法266条5項の総株主の同意の学説

上記の問題を解決するための多くの学説がある。まず、株主代表訴訟と和解を論ずるにあたっては、いくつかのパターンが明らかにされている。代表訴訟の提訴前後と和解の直接の当事者が誰であるのかとの組み合わせによって決まってくる。<sup>(18)</sup>これによると、代表訴訟の提起前の和解（訴訟外の和解）と代表訴訟係属中の和解の2つに分かれる。後者の代表訴訟係属中の和解は、さらに訴訟上の和解と訴訟外の和解に分かれる。ついで和解当事者については、代表訴訟原告（ないし会社に代表訴訟提起を促す提訴請求者であり原告となる予定の）株主と取締役間の和解の場合と、会社自身と取締役間の和解という場合の二つに分類できる。

本稿では、従来より学説で議論されてきた、代表訴訟係属中の原告株主と被告取締役間でなされる訴訟上の和解の問題を中心に学説を検討する。

株主代表訴訟において原告株主と被告取締役との間で会社および他の株主を拘束できる和解ができるかについて、論述しよう。

#### (i) 従来の否定説<sup>(19)</sup>

否定説は、株主は、会社の権利につき会社のために訴訟を提起する者であるから、その株主が和解をなし得るならば、その株主の一存で会社の権利の全部または一部を処分することを認める結果となるとする。しかし、この否定説に対しては、判決確定までに要する時間と費用、それと終局判決により会社が回復を見込み得る金額を比較検討すると、条件次第では和解をする方が経済的に合理的と認められる場合もあり得るとの批判がある。<sup>(20)</sup>

#### (ii) 肯定説<sup>(21)</sup>

代表訴訟係属中の原告株主と被告取締役の和解に関して、何らの制限も受けずに自由に和解をなし得るとするのが従来の肯定説である。その論拠は、各株主は本来独立に当事者適格を有し、会社の権利（の全部又は一部）につ

いて請求をなしそれを確定しようということにあり、また、和解から生じる種々の弊害は、会社や他の株主の訴訟参加と詐害再審（商法268条ノ3）により防止または排除でき、また原告株主の和解により会社に損害が生ずるときは、その損害は、会社の原告株主に対する損害賠償請求によって処理されるべきものであるとする（商法268条ノ2第2項の準用か）。しかし、この肯定説に対しては、その根拠につき、まず他の株主の訴訟参加については、他の会社訴訟とは異なり代表訴訟の提起については公告が要求されていないことから、株主の訴訟参加の機会は制度上保障されていないことから、株主の訴訟参加の機会は制度上保障されていない<sup>(22)</sup>。また、詐害再審についても共謀と詐害目的の二つの主観的要件の立証は極めて困難であるとの指摘もある<sup>(23)</sup>。

新たな学説も現れ、その主要な学説を紹介する。

#### (iii) 前田説（限定的肯定説）<sup>(24)</sup>

従来の肯定説に対しては、全株主を拘束するためには原告以外の株主に対する手続保障が十分でないこと、および裁判所の関与があるといっても確定判決と同様に考えることはできないことから、疑問であるとする。そして、原告以外の株主は、原告株主と取締役の和解に拘束されないとするのは、被告取締役を著しく不安定な立場に置くことから支持し得ないが、現行法の解釈として、任意の公告や通知が禁じられているわけではなく、これにより原告以外の株主に代表訴訟の提起を知らせ、訴訟に参加する機会が事実上提供されていたとみられる場合には、和解の効力は他の株主にも及ぶとする。

ただこの見解では、最終的な和解案の段階で、そうした手続保障をすることまでは要求をしていない。また、かかる手続保障は他の株主との関係で重視されるのみで、会社への視点は全く考慮されていない問題点がある<sup>(25)</sup>。

#### (iv) 商法266条5項制限適用未確定説<sup>(26)</sup>

商法266条5項の免除の対象となる取締役の責任は、判決によって確定する。よって、判決額（判決見込額）に近い金額での和解は、取締役の責任の免除には該当せず、商法266条5項の適用はないとする。

#### (v) 商法266条5項制限適用実質額説<sup>(27)</sup>



判決によって取締役の責任が確定しても、取締役に破産宣告がなされれば破産配当額しか現実には会社にはいらず、被告がさらに免責決定（破産法248条以下）を得れば法律的にも配当額以上を会社は、取得することができない。よって、破産配当額と見込まれる額での和解は商法266条5項違反ではないとする。

(vi) 高橋説（和解ノウティス立法説）<sup>(28)</sup>

商法266条5項は、実体面の規律であると同時に他の株主の提訴権保障の規定であると理解し、もし、和解にあたって他の株主への（和解内容の）通知がなされるならば、両面がクリアされ、和解は有効であり他の株主を拘束するとする。ただし、他の株主には、再審に準じた和解無効確認の方法が認められる。通知がなされない、また不十分だとすると、他の株主の提訴権は残り、他の株主は別の株主代表訴訟を提起することができる。けれどもその和解が、判決額に近いとか権利の実質額に近いとかにより商法266条5項の規律を免れるものであれば、和解は有効となり他の株主を拘束すると解する余地がある。この場合、他の株主は、商法268条ノ3に準じて詐害目的を立証しなければ行動できなくなる、とする。

以上の見解をまとめると、株主代表訴訟<sup>(29)</sup>において原告株主と被告取締役との間で会社および他の株主を拘束できる和解ができるか、という問題は、解釈論としては壁は厚い、これを実務が法解釈を軽視して壁を乗り越えるのであれば、法改正で対処すべきであるとする。すなわち、商法266条5項を削除ないし緩和したうえで、他の株主への通知と裁判所の許可にかからしめるというものである。

このような実務・学界からの改正要求より次のような商法改正が行われた。

## 2 平成13年の改正商法

平成13年12月の議員立法<sup>(30)</sup>は、役員の責任軽減・代表訴訟・訴訟上の和解につき改正が行われた。訴訟上の和解については、①会社が取締役の責任を追

及する訴えを提起した場合（代表訴訟には至らなかった場合）、会社と被告取締役が和解を行うときには、総株主の同意は不要であるとした（268条5項）。②株主代表訴訟において原告株主と被告取締役が和解を行う場合に、会社が和解当事者でないときには、裁判所は会社に対し和解内容を通知しかつ和解に異議があれば2週間以内に異議をのべるべき旨の催告手続を設けた（268条6項）。そして、会社が異議申立期間内に書面をもって異議を述べなかった場合には、裁判所からの通知をもって、株主が和解をすることを承知したものとみなすこととした（268条7項）。期間内に会社が異議を述べたときは和解をすることはできないこととなり、判決を得るまで訴訟を続けるほかないと解されることとなった<sup>(31)</sup>。しかし、これらの商法改正については、その方向性には賛成する考え方もあるが、立法論的には不十分である<sup>(32)</sup>。

第1に、平成13年の改正法は、訴訟上の和解に限って商法266条5項の適用除外がなされている。これは、裁判所の監督下で和解がなされ、その内容がチェックされ公正性が担保されるということを期待したものであろう。しかし、これは事実上の期待にすぎない。これでは理論的になぜ訴訟上の和解についてのみ商法266条5項の適用を排除できるのか説明も難しくなる。アメリカにおけるのと同様に、和解には裁判所の認可が必要な旨規定されるべきではないか。また和解案を会社に通知するだけでなく、通知または公告により株主にも知らせて、異議あらば訴訟に参加する可能性をあたえることも考えるべきである。

第2に、改正商法は、第268条5項4項の規定により、会社は、株主代表訴訟および会社自身による取締役に対する損害賠償請求訴訟において和解に関与することができるようになったが、この場合に、いったい誰が会社を代表して被告取締役と和解を行うのだろうか。

まず、会社自らが取締役を相手に損害賠償請求訴訟を提起したときは、275条ノ4により監査役が会社を代表するから、和解も監査役がおこなうことになる（但し、例外。商特24条参照）。会社が株主代表訴訟の原告株主側に共同訴訟参加（民訴法52条1項）したとき（268条2項）も、同様である。

しかし、株主代表訴訟において、会社が被告取締役<sup>(33)</sup>に補助参加（268条8項、民訴法42条）したうえで和解する場合、および、会社が株主代表訴訟に参加することなく単に訴外第三者（利害関係人）として和解に関与する場合に関しては、会社の代表者について特段の定めがないことから、誰が会社を代表して和解を行うのが問題となる。この点について通説は、代表取締役が会社を代表して和解を行うと考えていると思われる。275条ノ4の趣旨は、取締役と会社（＝全株主）とはいわば利益相反の関係にあるので、代表取締役に会社を代表させることにすると、株主代表訴訟の被告が代表取締役自身である場合はもちろんのこと、他の取締役が被告である場合についても、当該取締役に対して提訴するか否かにつき適切な判断がなされない危険性が高いからであり、また同様に、代表取締役によっては適切な訴訟遂行が期待できないからである。このように考えると、会社の実際の訴訟において「会社」を代表して訴訟追行にあたるのも監査役であると解するのが、275条ノ4の趣旨に忠実な解釈ということになる。もっとも、改正商法は、株主代表訴訟において、会社は監査役全員の同意を得て被告取締役側に補助参加できると定めているので（268条8項、268条9項参照）、その規定ぶりからすると、会社が被告取締役側に補助参加する場合に「会社」を代表するのは、監査役ではなく、代表取締役であると考えているようにも見える。しかし、代表取締役がはたして「会社」＝「全株主」の意思・利益を適切に代表できるかは、疑問である。従って、この場合の会社を代表して和解をおこなうのは、<sup>(34)</sup>監査役であると解すべきである。

このようにわが国の株主代表訴訟と和解の問題について考察してきたが、問題点もある。次に、問題解決のために、母国法たるアメリカの規制の仕方を考察する。

#### IV アメリカの規制

##### 1 アメリカの民事訴訟とその特色

アメリカにおける民事訴訟は、原則的には、争点決定のための訴答手続

(pleading)と事実審理のための正式事実審理手続(trial)の段階を経て終局判決(final judgment)に至る。しかし、今日では、旧来の伝統的形式的な訴答手続をより実質的に簡素し、プリトライアル・カンファレンス(pretrial conference: トライアル前手続)・ディスカヴァリー(discovery: 証拠開示)の採用によって、争点形成や情報収集がなされ、訴訟の促進がなされている。その顕著な特色の一つとして、連邦裁判所に提起される民事訴訟のおよそ70%はトライアル前に和解で終結しており、トライアルに到達する事件は6%にすぎない(その他は、トライアル前に、訴え却下、欠席判決あるには取下げによって終了する)。<sup>(35)</sup>

この特色は、アメリカにおける代表訴訟においても同様である。代表訴訟は、不正行為を行った取締役の責任を追及する手段であり、株主は手続上の要件を満たせば誰でも訴訟を提起することができる。<sup>(36)</sup>その際わが国と異なる点は、訴訟手続に会社が常に(必要的)訴訟当事者(被告)とされていることである。<sup>(37)</sup>そして、代表訴訟のほとんどは、終局判決には至らず、和解によって終結している。<sup>(38)</sup>これはアメリカ独特の事情によるところが大きい。すなわち、代表訴訟の被告とされた取締役の側は、自己に有利で、会社や株主に不利な和解を、原告株主との馴合いにより成立させることに利益を有している。他方、原告弁護士側にも弁護士報酬を狙って会社や株主に不利な和解を成立させる要因があるからである。原告弁護士は、訴訟を続けて敗訴してしまい何の報酬も得られない可能性があるのに対し(成功報酬制・contingent fee)、和解を成立させれば、確実に報酬を得ることができる。敗訴した場合には、原告株主1株あたり受ける影響はわずかでも、弁護士にとっては何年もの仕事が無になることもありうる。仮に勝訴して会社に回復される額が、和解による回復額より大きいとしても、原告弁護士にとっては、多大の時間と労力を割いて勝訴し、多額の報酬を得るよりも、たとえ報酬は少なくとも、時間と労力を少なくして迅速に和解するほうが効率よく利益をあげうるからである。<sup>(39)</sup>

このように、原告株主とその弁護士の間には利益衝突があり、会社や株

主にとって不利益な和解のなされる危険性が高いことが認識されている。<sup>(41)</sup> 例えばある事件では、不公正支出に起因して子会社が放送事業免許を失ったこと（その損失は1億ドルに達すると見込まれている）に関し代表訴訟が提起されたが、そこで成立した和解で会社が得た「便益」は、子会社に2名の社外取締役を入れることだけだった。それで弁護士報酬は50万ドルに過ぎなかつた。<sup>(42)</sup>

## 2 手続保障・通知（notice）

このような危険に対処するため、アメリカ法は、①手続的保障と②裁判所の関与につき詳細に規制している。すなわち、①株主への通知を要件とし、株主に異議を申し立てる機会を提供することによって、株主を和解に拘束するための手続保障と、②裁判所による承認を要件とし、和解の実質的内容の相当性を確保するという規制である。

アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理：分析と勧告」（以下ALIと称する）の第7.14条は、和解または訴えの取下げに裁判所の承認を要求する（(a)項）。その承認に先立って、株主の利益が実質的に影響を受けることがない、と裁判所が認定する事情がない場合に、通知（notice）<sup>(43)</sup>を必要とし、和解案に不服申立てをなしうる審理の機会をあたえなければならない旨を定める（(c)項）。原告以外の株主は、訴訟の継続を望むかもしれないが、これらの株主に警告を与え、被告と原告弁護士との馴合いによる和解を防止することが、通知の目的である。<sup>(44)</sup>

通知を要件とするALIの立場は、基本的に連邦民事訴訟規則およびこれをモデルとする多くの州の制定法や連邦民事訴訟規則のとりどころである。<sup>(45)</sup> 連邦民事訴訟規則23.1条は、次のように規定している。「その訴訟は、裁判所の承認なしには却下又は和解をすべきではない、また、却下または和解案に対する通知は、裁判所の指示する方法によって株主又は他の会社構成員に<sup>(46)</sup>あたえられるべきである」。

ニューヨーク事業会社法626条（b）項及び改正模範事業会社法7.45条は、<sup>(47)</sup>

「株主又はある種類の株主の利益が実質的に影響をうけると裁判所が判断する場合」に通知を要求する。したがって、株主の利益は実質的に影響をうけるのが通常であるから、この文言により通知が免除されるのは、かなり稀な例外的な場合に限られる。通知が免除される例としては、取締役・役員など会社と信任関係にある者以外の者が被告となっているのが典型である。<sup>(48)</sup>

裁判所の通知は、和解案の内容はもとより、不服申立てをなしうる審理の時間・場所、およびその審理に参加しうることを株主に知らせなければならないが、通知は実務上可能な範囲で、各株主に個別的に行うことを要する((c)項)。具体的な方法は裁判所の裁量に委ねられている。必要な通知を欠いた場合、和解がなされ代表訴訟が却下されても、原告以外の株主に対しては既判力を有しないものとされる。<sup>(49)</sup>

### 3 裁判所の承認

通常の金銭賠償請求の場合においては、事実審裁判官が和解を審査し承認するということはない。<sup>(50)</sup>しかし、クラス・アクションや代表訴訟では、裁判官は、和解が公正、適正かつ合理的であることを確保するために、和解を審査し承認する必要がある。これは、原告クラスの弁護士や代表原告が、個人的な利益を得るためにクラス・メンバーの擬制や会社の犠牲において馴合いの和解をするおそれがあるからである。<sup>(51)</sup>

判例上、当事者から申出のあった和解案を承認するか拒絶するかは裁判所の裁量に委ねられているが、立証責任は、和解の承認を求める側にあることに、見解は一致している。<sup>(52)</sup>

立法例として、まず、ニューヨーク事業会社法626条(d)項は、「この訴訟は、管轄権を有する裁判所の承認なしにこれを取下げ、和解又は解決してはならない。」と規定する。<sup>(53)</sup>次に、デラウェア会社法102条(b)項(2)は、採用された定款の保護の下で、「株主もしくはその種類の株主のうち、価値にして4分の3であり数にして過半数のものが、和解または債務整理および和解または債務整理の結果としてこの会社の再構成に同意する場合には、そ

の和解又は債務整理……は、その申立てがなされた裁判所により認可されるときは、……この会社のすべての債権者もしくはその種類の債権者、すべての株主もしくはその種類の株主を拘束し、かつこの会社をも拘束する。<sup>(54)</sup>

そして、カリフォルニア事業会社法は、派生訴訟の原告は、請求権に関して一方的に脚下又は和解することはできない、裁判所の承認を必要とする判例法を有している。<sup>(55)</sup>更に、ALIの第7.14条は、裁判所は、原告勝訴の見込と和解案とを比較したうえで、承認を根拠づけるのに十分な会社の利益があり、和解が公序にも合致する場合に、申出のあった和解を承認する（(b)項）。<sup>(56)</sup>そして、和解案の承認の基準は、和解案が、公正かつ合理的で、影響をうけるすべての者の最善の利益になるかという、連邦裁判所の採用する基準と実質的に同一である。<sup>(57)</sup>

判例上、裁判所は、和解案の金銭的相当性に注目すべきことが強調されてきた。しかし、問題は、金銭的相当性を裁判所がどのように審査すべきかという、審査の質である。

ALIの7.14条は、原告勝訴の見込と和解案との比較を最も重視する判決の立場に従う。<sup>(58)</sup>このような比較をするにあたり、裁判所は、訴訟を継続する場合の敗訴のリスク、および回復に時間がかかるために失う金銭の時間的価値を考慮しなければならない。これらの分析に数値的正確さが要求されるわけではなく概算でよいが、<sup>(59)</sup>ともかく和解案の内容の実質的審査が重要である。

訴訟を継続することが会社を害すると会社が考える場合に、和解により訴訟を終結させることの価値を考慮することは問題がある。これを重視して和解を認めることは、金銭的回復の実現を妨げるとともに、原告弁護士と被告との馴合いによる和解を助長することになるからである。また、和解額が低ければ却下判決を得るよりも和解の方がコストがかからないため、和解が承認されることになりかねず、このような和解を期待した濫訴を誘発することにもなるからである。<sup>(60)</sup>訴訟を継続することが会社を害するのであれば、ALIの第7.14条ないし第7.12条の代表訴訟終結のための手続、または原告の同意なしに会社と被告との間でなす和解（第7.15条）によって、会社自身が訴訟

の終結をはかるべきである。

ALIの7.14条は、たとえ救済が非金銭的なものであっても、裁判所がこれを考慮することを排除してはいない。例えば、和解の内容の一部として、監査委員会の指名委員会の設置や取締役の解任など、会社による是正措置を考慮に入れることは差しつかえない。しかし、裁判所は、その措置が単なる見せかけではなく、和解がなければなされなかったような、意味のある救済となるであろうことを見きわめなければならない。<sup>(61)</sup>

利害関係のない取締役の承認があることも考慮に入れるべきであり、逆にこれがないことは、裁判所が和解案を拒絶する重要な要素となる。しかし、利害関係のない取締役の承認があれば、裁判所が和解案を承認すべき場合にあたると推定までするのは行き過ぎである。裁判所の承認を求める和解案には、このような取締役の承認があるのが通常であって、こうした推定を働かせると、和解案が公正かつ合理的であることの立証責任は、承認を求める側が負担するという前記の原則が、没却されてしまう。さらに、裁判所が取締役会の判断をそのまま受け入れることは、代表訴訟の却下を求める取締役会や委員会の判断を限定的にしか認めていないこととも食い違うことになるからである。<sup>(62)</sup>

和解の審理の時点では適切な和解金額を提示しておきながら、和解成立後に原告側弁護士の報酬、または被告の訴訟費用の補償という形で支払をすることにより、実質的に不当な額まで和解金額が減少してしまうことがありうる。そこで、裁判所は、和解の審理の前に、弁護士報酬および補償額を含む、和解に関する支払の見込額を、裁判所に開示することを求めなければならない。<sup>(63)</sup> 和解案の承認にあたっては、これらの支払額が開示されて初めて、十分な情報を得た判断をすることができるからである。

裁判所が注目すべきものは、現実に会社や株主に回復される、和解金の残額であるから、上記の開示義務は、和解金額を減少させ、あるいは和解金額についての合意の条件となった、あらゆる合意・了解に及ぶ。以上のような開示義務は、連邦裁判所の実務において認められている。<sup>(64)</sup>



このように第一審裁判所によって、特に考慮される要素は、①複雑さ、費用、訴訟の期間、②和解についてのクラスの反応、③訴訟手続の段階と完全なデイスカバリー（証拠開示）の全体④立証責任のリスク、⑤損害賠償の立証責任のリスク、⑥正式事実審理でクラス・アクションを維持するリスク、⑦巨額な判決に耐えうる被告の能力、⑧最もよい可能な損害賠償の観点からの和解金の合理的範囲、⑨訴訟の全ての付随リスクを考慮した可能な損害賠償の和解金の合理的範囲<sup>(65)</sup>、等がある。

## V 結び

平成13年の商法改正によって、株主代表訴訟の訴訟上の和解について、積極的に認めるべく、その手続について整備し、商法266条5項の総株主の同意の問題も、多少問題はあるが、大いに役立つと評価されているという見解もある<sup>(66)</sup>。しかし、問題はむしろ、前述のように、訴訟上の和解につき、会社が取締役の責任を追及する訴えを提起した場合（代表訴訟には至らなかった場合）、会社と被告取締役が和解を行うときには、総株主の同意は不要であるとした（268条5項、266条5項）。又、株主代表訴訟の訴訟上の和解をなすには、会社が和解当事者でないときは、裁判所は会社に対し和解内容を知りかつ和解に異議があれば2週間以内に異議を述べるべき旨の催告手続を設けた（268条6項）。そして、会社がこの期間内に書面で異議を述べなかったときは、通知の内容で会社が株主の和解を承認したものと見做した（268条6項）。この場合には、総株主の同意なくして和解が成立することとした（268条7項）。

これにより原告（会社）株主・被告取締役・利害関係人が馴れ合っただけの確な訴訟追行をせず、わざと会社ひいては株主に損害をあたえる可能性がある不公正な和解が容易になったことである<sup>(67)</sup>。訴えを提起して間もない段階での和解は、特にその恐れがある。訴訟上責任が追及されていることだけを理由に総株主の同意要件はいとも簡単に不適用とされている。裁判上の和解といっても、アメリカの和解ように裁判所が和解内容を審査することになってい

るわけではない。わが国の訴訟上の和解は、裁判所は、当事者が同意すれば<sup>(68)</sup>内容の正当性を余り吟味することなく和解を成立させている。和解が公正、適正かつ合理的であることを十分に確保がなされてはいない。和解を審査し承認する必要がある。

平成13年の改正法が提訴段階で株主へ通知・公告すべきとした点は前進であるが（商法268条4項、5項）、和解段階で株主への通知・公告することになっているわけではない<sup>(69)</sup>。和解案を会社に通知するだけでなく、通知または公告により株主にも知らせて、異議あらば訴訟に参加する可能性をあたえることも考えるべきである。手続として不十分である。

現段階では、よりよい方策を求めて試行錯誤中の発展途上のものでしかない。その際には、アメリカの制度を参照しつつ、裁判所の後見的作用を十分に配慮すべきもの<sup>(70)</sup>と考える。

- (1) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリ1038号66頁（1994）。
- (2) 北沢正啓『新版注釈会社法（6）』355頁〔上柳克郎他編〕（有斐閣，1987）。徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」曹時48巻8号1頁以下（1996）。
- (3) 中島弘雅「株主代表訴訟における訴訟参加」『株主代表訴訟大系』195頁〔小林秀之他編〕（弘文堂，1996）。
- (4) 平成5（1993）年の商法改正によって、申立手数料が低額・定額化された結果、株主代表訴訟の件数が大幅に増加した。その原因には、バブル経済崩壊直後の金融機関の過剰融資、証券会社の損失補填・相場操縦・飛ばし、建設会社の談合・贈賄等の企業不祥事の発生がある。最高裁の調べによると、平成14年12月末現在の株主代表訴訟の係属件数は、地裁で135件である（速報ベースの概数）。尚、平成13年12月末現在の係属件数は、地裁166件、高裁23件、合計189件である。地裁の係属件数では、前年比31件の大幅な減少がみられた。商事1666号41頁（2003）。平成12年以前の件数については、資料版商事205号117頁（2001）。
- (5) 草間秀樹「アメリカにおける株主代表訴訟の和解」『企業社会と商事法』92頁（北樹出版，1999）。小林一干「株主代表訴訟と和解」『山口経済学雑誌』50巻第1号69頁（2002）。和解率が、閉鎖会社で25%、公開会社が80%で公開会社が高い要因について、石田宣孝「会社訴訟における和解—アメリカにおける最近の判例を通じて—」早法72巻4号2頁（1997）。
- (6) 否定説 大隈健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』277頁（有斐閣，1992）。

- 田中誠二『会社法詳論（上）』704頁（勁草書房，1992）。
- （7）肯定説 北沢正啓『株式会社法研究』306頁（有斐閣，1989）。北沢正啓『新版注釈会社法（6）』378頁〔上柳克郎編〕（有斐閣，1987）。
- （8）日本サンライズ事件 平成6年3月31日東京高裁和解 商事1354号134頁（1994）。原告株主訴訟代理人からの報告として、遠藤直哉＝牧野茂＝村田英幸「日本サンライズ株主代表訴訟事件の一審判決と和解」商事1363号51頁（1994）。高島屋事件 平成9年4月21日大阪地裁 資料版商事法務158号47頁（1997）。日立製作所事件 平成11年12月21日東京地裁 商事1548号94頁（2000）。日本航空電子工業事件 平成9年10月22日東京高裁。野村證券（②事件）平成9年11月26日東京地裁。野村證券（④⑥⑧事件）平成10年10月27日東京地裁。大林組事件 平成11年1月27日大阪地裁。日蛇の目シン②事件 平成11年3月2日東京地裁。コスモ証券（①事件）平成12年4月7日大阪地裁。鹿島建設事件 平成12年12月20日東京地裁。日本航空事件（旧③事件を⑥事件に変更）平成13年5月17日東京地裁。大和銀行（②事件＝乙事件）平成13年12月10日大阪高裁。神戸製鋼所事件平成14年4月5日神戸地裁。三菱自動車工業事件 平成15年12月2日東京地裁。その他主な和解事例につき資料版商事法務243号147頁（2004）。
- （9）詳しくは、拙稿・国土館法研論集 5号62頁（2004）。石田宣孝「会社訴訟で護られる利益—アメリカにおける弁護士費用の会社への償還をめぐる論争—」国土館第30号3頁（1998）。
- （10）伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」現代日本の法シリーズ・柏木昇編『日本の企業と法』48頁（有斐閣，1996）。後藤勇『訴訟上の和解の理論と実務』後藤勇・藤田耕三編19頁，345頁（西神田編集室，1987）。
- （11）前掲注（8）日本サンライズ事件の和解では、被控訴人と控訴人は、債務の支払を担保するため、控訴人所有の各不動産につき、共同担保として、抵当権を直ちに設定登記する，とする。商事1354号135頁（1994）。
- （12）代表訴訟の法的性質をめぐっては、代位訴訟的側面と代表訴訟的側面が交錯すること、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会百周年記念論文集』第3巻165頁（有斐閣，1983），同「会社法の理論Ⅲ」229頁・281頁（有斐閣，1990）。松田二郎・鈴木忠一『條解株式會社法上』311頁（弘文堂，1955）。法定訴訟担当として、伊藤眞『民事訴訟法〔補訂第2版〕』147頁（有斐閣，2002）。新堂幸司『新民事訴訟法（第2版）』252頁（弘文堂，2001）。高橋宏志「株代表訴訟と訴訟上の和解」商事1368号74頁。近時、原告株主は、会社に帰属する権利を代位行使しているのではなく、株主全体に帰属する経営の監督是正権を代表して行使しているとする、いわゆる代表訴訟説が有力に唱えられている。小林秀之＝原強「株主代表訴訟の法構造と機能（1）」判評148頁・149頁（1994）。新谷勝『株主代表訴訟と取締役の責任』45頁（中央経済社，1994）。伊藤眞『注釈民事訴訟法（4）』436頁〔鈴木正裕

編〕（有斐閣，1997）。法定訴訟担当につき，訴訟担当全体で一律に律せられるものではなく，訴訟追行権の（広義の）実体法上の地位権限によって個別的に律せられるべきものである。例えば，破産管財人は（法定訴訟担当であると解するとして），監査委員同意または裁判所の許可を得て和解することができる（破産法197条，198条）。任意的訴訟担当である選定当事者（民訴法30条）が和解できるかにつき，最判昭和43年8月27日判時534号48頁は，和解することができるとする。他方，債権者代位訴訟では，原告たる代位債権者自身への給付命令が認められる関係で，代位債権者個人への給付額の和解は可能だということになる。それでは，株主代表訴訟の原告株主はどうか，という問題がある。拙稿・国士館法研論集5号56頁（2004）。

(13) 北沢正啓『会社法〔第5版〕』448頁（青林書院，1998）。

(14) 新堂・前掲注（12）323頁（弘文堂，2001）。伊藤・前掲注（12）403頁（有斐閣，2002）。

(15) 兼子一『民事訴訟法体系〔増補版〕』305頁（酒井書店，1980）。伊藤・前掲注（12）408頁（有斐閣，2002）。

(16) 最判昭和33年6月14日民集12巻9号1492頁。新堂・前掲注（12）328頁（弘文堂，2001）。伊藤・前掲注（12）415頁（有斐閣，2002）。上田徹一郎『民事訴訟法〔第2版〕』416頁（法学書院，1997）。

(17) 高橋宏志「株主代表訴訟と訴訟上の和解」商事1368号75頁。

(18) 前田雅弘「株主代表訴訟と和解」論叢134巻5＝6号249頁。

(19) 大隈健一郎＝今井宏 前掲注（6）277頁。田中・前掲注（6）704頁。

(20) 竹内・前掲注（12）198頁（有斐閣，1983）。

(21) 北沢・前掲注（7）306頁（有斐閣，1989）。北沢・前掲注（7）378頁（有斐閣，1987）。池田辰夫＝中川雅弘「株主代表における和解」ジュリ1062号67頁（1995）。判例は，平成15年9月24日大阪地裁に於て，「商法266条5項が，取締役の責任免除について総株主の同意を要求する趣旨は，単独株主権としての株主代表訴訟提起権を確保することであり，すでに株主代表訴訟が提起されているときは，他の株主は当該訴訟に共同訴訟参加できるから，たとえ，総株主の同意を得ることなく和解により責任免除を認めても，それにより株主の提訴権が奪われることにはならない。また，訴訟上の和解における利害関係人である会社の責任免除の意思表示は，訴訟当事者である原告株主および被告取締役が行う訴訟上の和解と不可分一体のものであり，たんなる実体法上の責任免除の意思表示とは異なる。したがって，同条項の趣旨に照らし，訴訟上の和解における責任免除の意思表示については同条項は適用されないと解される。そして，会社の権利ひいては株主の利益を害する和解がされた場合は，商法268条ノ3の類推適用により他の株主の利益保護を図ることができる」とする。金判1189号60頁（2004）。

新谷勝博士「株主代表訴訟の和解に会社が利害関係人として参加した場合と商法266条5項の適用の有無」の論文で、訴訟上の和解については、商法266条5項は適用されないとする。その論拠は、「同条項が取締役の責任免除について厳格な要件を課したのは、株主の代表訴訟提起権を単独株主権として保護するための政策的理由からである。そこで、株主の提訴後においてはもはや他の株主は提訴し得ないから、各株主の提訴権確保という立法の目的を達している。その代替的措置として、商法は、他の株主の参加を認めているが、同条項の趣旨を参加の場合についてまで拡張し、参加権を確保するために原告株主の提訴後においても、依然同条項が機能していると解する必要はなく、同条項は適用されない」とする。金判1189号61頁（2004）。

- (22) 池田＝中川・前掲注（21）67頁（1995）。前田・前掲注（18）256頁。
- (23) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会百周年記念論文集』第3巻169頁（有斐閣，1983）。
- (24) 前田・前掲注（18）257頁。池田＝中川・前掲注（21）68頁。新谷勝博士は、株主代表訴訟と和解の拘束力について、「原告株主の地位は、実質的には当該訴訟に関して会社の臨時法定機関であり、訴訟法的には、機関的地位の代行であり、その権限には和解権限が含まれることから、会社の権利の処分となる和解をする権限を有する。そして、和解による債務の一部免除の効力は会社について生じ、他の株主に対しても反射効が及ぶ」とする。金判1189号61頁（2004）。
- (25) 池田＝中川・前掲注（21）68頁。
- (26) 高橋・前掲注（17）78頁。池田＝中川・前掲注（21）68頁。
- (27) 高橋・前掲注（17）78頁。池田＝中川・前掲注（21）68頁。
- (28) 高橋・前掲注（17）79頁。池田＝中川・前掲注（21）68頁。
- (29) 池田＝中川・前掲注（21）68頁。
- (30) 浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事1671号40頁（2003）。
- (31) 前田庸『会社法入門〔第8版〕』310頁（有斐閣，1999）。
- (32) 岩原伸作「株主代表訴訟」ジュリ1206号132頁（2001）。中島雅弘「株主表訴訟と和解」『新しい株主代表訴訟』144頁（弘文堂，2003）。宮島司『会社法概説〔第3版補正2版〕』288頁（弘文堂，2004）。
- (33) 宮島・前掲注（32）298頁，田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号36頁（2002）。田中亘教授は、和解は、自己取引の一種なので、この場合には、取締役会の承認が必要であり（265条），また監査役が取締役会に出席して必要に応じて意見をのべることにより、不合理な和解がなされないよう監視すべきであるとする。
- (34) 中島・前掲注（32）149頁（弘文堂，2003）。

- (35) ロバート・G・ボーン, [訳] 木村雅彦「アメリカの民事訴訟における和解(上)」NBL759号28頁(2003)。See Judith Resnik, *Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III*, 113 HARV. L. REV. 924, 926 nn. 10-11 (2000)。
- (36) アメリカにおいて代表訴訟を提起し得るのは、①取締役の違法と主張される行為前の株主または違法と主張されている行為が明らかになる前の株主で②他の株主の利益を公正かつ適切に代表していると認められている者に限られている(商事法務研究会「株主代表訴訟の現状と課題」別冊商事173号37～39頁)。
- (37) 集団訴訟(Class Action)と派生訴訟(Derivative Suits)の和解につき、石田・前掲注(5)6頁, 22頁は、1996年の連邦民事訴訟規則改正前の23条には、集団訴訟(Class Action)の章の中に派生訴訟(Derivative Suits わが国における株主代表訴訟に対比する意味でアメリカにおいてはこの言葉を使う)に関する規定も含まれており、同種の性格をもった訴訟と位置付けられている。Oracle 事件(Oracle Securities Litigation. 4つの事件からなる)においても、両訴訟は単純に併合されて、訴訟が係属し、両訴訟を統一した和解が結ばれた(62)。ただし、ALIの7.01条(c)は、「取引が直接的請求と代表的請求の両者を生じさせる場合には、所持人は、直接訴訟および代表訴訟を同時に提起しかつ維持することができ、かつ、いずれかの訴訟の維持、和解、又は却下(dismissal)に関するいかなる特別な制限又は抗弁も、他の訴訟に適用されてはならない。」とする。
- (38) アメリカ法において、会社が(必要的)当事者(被告)となることが要求されている。その根拠として、次のような指摘がある。すなわち、そこで、会社が被告となる根拠として挙げられるものは、株主代表訴訟においては、実質二つの請求が定立されている。第1は、原告株主の会社に対する請求(取締役の責任を追及する訴えを提起することを要求する請求)であり、第2は、会社の取締役に対する訴えである。このうち、第1について、会社は被告となるとする。高田裕成「株主代表訴訟における原告の地位」民商115巻4・5号549頁注(21)(1997)、竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』238頁(有斐閣、1990)。これに対し、一般には、原告株主(とりわけ勝訴)の判決の効果を権利義務の主体である会社に及ぼすためという点にある。谷口安平「株主の代表訴訟」鈴木忠一＝三月章監修『実務民事訴訟講座5』106頁(日本評論社、1969)。
- (39) ROBERT CHALES CLARK, CORPORATE LAW 656 (1986). 和解判決(Consent Judgment)の効力について、石田・前掲注(5)3頁。谷口安平「アメリカにおける和解判決(Consent Judgment)の効力」論叢25頁(1960)。
- (40) DEBORA DEMOTT SHAREHOLDER DERIVATIVE ACTIONS: LAW AND PRACTICE SHAREHOLDER DERIV. ACTION L.& PRAC. §7:1 (2004), 浅香吉幹「アメリカ民事手続法」90頁(弘文堂、2000)。

- (41) The AMERICAN LAW INSTITUTE, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS (1994), at 235.
- (42) *In re General Tire & Rubber Co. Securities Litigation*, 726 F. 2d 1075 (6th cir. 1984), 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリ1220号36頁（2002）。
- (43) ALI, *supra* note 39, at 237.
- (44) ALI, *supra* note 39, at 237.
- (45) DEMOTT, *supra* note 40, 石田・前掲注（5）10頁。
- (46) Federal Rules of Civil Procedure Rule 23.1.
- (47) 訳者長浜洋一「ニューヨーク事業会社法」99頁（商事法務研究会，1990）。
- (48) ALI, *supra* note 39, at 238. 通知が不要となる設例として，労働組合が違法な短期間のストライキを行い，将来の労使協調のため会社は組合に損害賠償請求をしなかったが，代表訴訟が提起された場合，通知は不要である。また，株主への通知に要する費用との関係で，通知が不要となる設例として，取締役らが行った違法な政治献金5万ドルを会社に回復させるための代表訴訟が提起されたが，4万ドルを会社に支払う旨の和解の申出があり，最も安価な方法を用いても通知に1万ドル超の費用がかかる場合が挙げられている。このほか，訴訟原因を述べていないために訴えが却下される場合にも（訴えの非任意的取り下げ），通知は不要である。
- (49) ALI, *supra* note 38, at 237.
- (50) ロバート，〔訳〕木村・前掲注（35）NBL759号34頁（2003）。
- (51) ロバート，〔訳〕木村・前掲注（35）NBL759号34頁（2003）。
- (52) ALI, *supra* note 38, at 239.
- (53) 訳者長浜洋一『ニューヨーク事業会社法』99頁（商事法務研究会，1990）。
- (54) 共訳 北沢正啓・浜田道代『デラウェア会社法』5頁（商事法務研究会，1994）。
- (55) *Heckmann v. Ahmanson*, 168 Cal App 3d 119, 130, 214 Cal Rptr 177, 185 (1985), DeMott *supra* note 40, at § 7:2, アメリカ模範会社法は，第7.40条（c）項は，「本条に基づいて開始した訴訟手続は，裁判所の承認をえなければ中止または和解することができない」と規定している。  
共訳北沢正啓＝平出慶道『アメリカ模範会社法』58頁（商事法務研究会，1988）。
- (56) ALI, *supra* note 38, at 239.
- (57) ALI, *supra* note 38, at 239.
- (58) ALI, *supra* note 38, at 240. *In re Traffic Executive Ass'n-Eastern Railroads*, 627 F. 2d 631 (2d cir. 1980). クラス・アクションの和解について，原告勝訴の見込，勝訴の場合の回復見込額，申出のあった和解金額（90万ドル）が回復見込額（3,200万ないし4,200万ドル）の約3%しかないという事実等を考慮して承認を拒絶した，原審の判断を是認した。HARRY HENN & JOHN ALEXANDER, LAW OF CORPORATION AND OTHER BUSINESS ENTITIES 1100 (3d ed 1983) は，（a）申出の

あった和解の額と比較した会社の回復見込額、(b) 勝訴の可能性 (c) 被告の支払能力、という三つの要素を挙げる。本条が重視するのは、このうち (a) である。

(59) ALI, *supra* note 38, at 240.

(60) ALI, *supra* note 38, at 240.

(61) ALI, *supra* note 38, at 241.

(62) ALI, *supra* note 38, at 241.

(63) ALI の7.14条は、明文上これを規定していないが、試案1の7.04条は、これを明定していた。

(64) ALI, *supra* note 38, at 242. Lewis v. Newman, 59 F. R. D. 525 (S. D. N. Y. 1973). 裁判所は、和解金額11万ドルの和解案を承認したが、弁護士の求める報酬2万7,500ドルを認めると和解金額が実質的に減少すること等を考慮して、1万5,000ドルしか認めなかった。また Lewis v. Teleprompter Corp., 88F. R. D. 11, 15, 18 (S. D. N. Y. 1980) は、クラス・アクションの事例であるが、原告弁護士はクラスの株主と裁判所に対し特別な義務を負っているとし、開示義務を根拠づけた。

(65) DeMott, *supra* note 55. City of Detroit v. Grinnell Corp. 495 F.2d at 463 (CA2, 1974). 和解の挙証責任の分配について、和解の挙証責任者は、和解の結論につき、裁判所に証明十分と判断させる義務を負っている。いったんこれが達成すると、反対者の挙証責任は裁判所が無視した重要な資料について、明白かつ特殊な立証をしなければならない。この挙証責任の分配は、和解の挙証責任者が反対者から指示されない主張や推測に答えて適否を再証明する必要があることを意味している。

(66) 浜田・前掲注(30) 41頁。河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」取締役の法務94号12頁(2002)。

(67) 馴合いによる和解に関しては、会社と原告株主以外の株主に訴訟参加(268条2項)が認められ、不公正な和解が成立した場合は、再審の訴え(268条ノ3)という対抗手段がある。石田宣孝「会社訴訟において裁判所はコーポレート・ガバナンスをどうみるか—主に馴合い訴訟の論争を通じてみた—」早法73巻3号161頁(1998)。

(68) 遠藤=牧野=村田・前掲注(8) 65頁。後藤勇「訴訟上の和解の意義と機能」『訴訟上の和解の理論と実務』11頁〔後藤勇・藤田耕三編〕(西神田編集室, 1987)。

(69) 山田泰弘『株主代表訴訟の法理』104頁等(信山社, 2000)。高橋・前掲注(17) 79頁。

(70) 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17頁(2002)。