

株主の提訴権に制約をかける附属定款の有効性

—— 専属的合意管轄条項 (forum selection bylaws) および 敗訴株主費用負担条項 (fee-shifting bylaws) ——

久保佳納子

目次

- 一 はじめに
- 二 専属的合意管轄条項 (forum selection bylaws) の有効性
- 三 敗訴株主費用負担条項 (fee-shifting bylaws) の有効性
- 四 株主の提訴権を制限する附属定款の判断枠組みと留意点
- 五 立法と実務の動向

一 はじめに

米国では、株式会社の定款は基本定款 (certificate of incorporation) と附属定款 (bylaws) の二層構造がとられている。附属定款には基本定款に反しない内容で、実務的な細則が定められるほか、株主や取締役の権利・権限に関する規定を設けることができる。定款の変更は、基本定款では取締役会による発議のみ認められており、株主総会の承認を要する。附属定款の変更は、株主による発議も可能で、株主総会の承認があれば、株主側から一方的に変更することができる。また、取締役会にも附属定款の一方的変更権限が設定されているのが通常である。このような仕組みから、株主権の拡大・縮小あるいは取締役会の権限への制約を企図する場合、附属定款を舞台にして攻防が繰り広げられている⁽¹⁾。

訴訟社会といわれるアメリカにおいて、中でもデュープ・ポケットである会社は、訴えのターゲットにされやすい状況にあり、またときに原告株主側の弁護士ができるだけ多くの報酬を得ることを目的とするために、訴訟の遂行方法や和解の内容に偏りが生じている⁽²⁾。

そこで、近年では附属定款を使って、会社が独自に訴訟抑制のシステムを構築しようとする動きがある。その一つが forum selection bylaws であり、ま

た一つが fee-shifting bylaws である。

forum selection bylaws とは、裁判管轄を限定する附属定款を意味する。米国では州によって法律が異なるため、どこの州で裁判をするかという問題が国内でも生じ、原告にとってより有利な州で提訴するためのいわゆる法廷地漁り (forum shopping) や、複数の州で同一内容の訴訟が提起されるケースが生じている。この対策として、特定の州の裁判所にのみ提訴を認める専属管轄をあらかじめ合意して設定する方法があり、契約実務でよく使われている。2000 年前後には LLC の agreement の中で取り入れられていたものが、その後 10 年で株式会社の基本定款や附属定款の中に置く例が徐々に広まっている。

fee-shifting bylaws は、敗訴株主に会社が負担した訴訟の費用を支払わせる旨を定めた附属定款である。米国では訴訟に関して生じた弁護士費用について訴訟の当事者が各自で負担するという、いわゆるアメリカン・ルールが採用されている。その例外として、敗訴者に相手方の費用の支払いを義務付ける条項 (fee-shifting 条項) を契約の中に設けることがある。

こうした契約実務で発展してきた条項を、会社の附属定款の中に設けることができるのかが問われている。本稿は、株主権—とりわけ提訴権—を制限する附属定款の有効性について、重要な二つの裁判所の判断を中心に、米国の動向を探ることを目的とする⁽³⁾。

二 専属的合意管轄条項 (forum selection bylaws) の有効性

2013 年、*Boilermakers Local 154 Retirement Fund v. Chevron Corp.* 判決⁽⁴⁾によって、取締役会

が附属定款に設定した専属的合意管轄条項の有効性について初めてデラウェア州衡平法裁判所の判断が示された。

【事実の概要】

被告 Chevron 社（以下、「C 社」という）は、デラウェア州を設立準拠地としながらカリフォルニア州に本店を置く石油ガスメジャーの株式会社である。同じく被告の FedEx 社（以下、「F 社」という）もまた、デラウェア州で設立され、本店をテネシー州に置く物流会社である。両社は、会社の内部関係（internal affairs）に関する訴訟について、設立準拠地であるデラウェア州を唯一の法廷地とする旨を定めた附属定款（forum selection bylaws）を設けている。原告は、C 社および F 社の株主であり、同様の附属定款を制定する両社を提訴した⁽⁵⁾。原告の訴状はほぼ同内容であり、同一の法律事務所によって数日違いで提出されていることから、訴えの併合がなされている。以下、C 社の事件の概要を扱う。

デラウェア州会社法（Delaware General Corporation Law, DGCL）109 条（a）項では、「会社は、基本定款において、取締役附属定款を制定・変更・廃止する権限を与えることができる」と定められており、C 社の取締役会は、同条にもとづき、附属定款を制定する権限を与えられている。また、109 条（b）項は、附属定款に記載できる事項を定めている。すなわち、「附属定款には、法および基本定款に反しない限り、会社の事業および業務の執行、ならびに株主、取締役、役員、従業員の権利または権限を定めることができる」。

C 社取締役会は、2010 年 9 月 29 日、附属定款に以下のような専属的合意管轄条項（以下、「本件附属定款」という）を設けた。

「当社が別の裁判管轄の選択を文書で合意しない限り、デラウェア州衡平法裁判所を以下に掲げる訴訟の唯一で専属的な裁判管轄としなければならない。すなわち、(i) 会社に代わり提起する派生訴訟（derivative action）または法的紛争手続き（proceeding）、(ii) 取締役・役員・その他従業員が会社または株主に対して負う信認義務違反を主張する訴訟、(iii) デラウェア州会社法の条項にもとづく主張を提起する訴訟、(iv) 会社の内部関係の法理（internal affairs doctrine）が適用される主張を提

起する訴訟である。当社の株式を購入し、ないしは他の方法で取得する者は、当該附属定款の条項について知り、同意したものとする。」

2012 年 3 月 28 日、C 社取締役会は、上記「デラウェア州衡平法裁判所」を「デラウェア州内にある州裁判所もしくは連邦裁判所」へと改めるとともに、「ただし、当該裁判所が、不可欠当事者（indispensable party）となる被告について人的管轄権（personal jurisdiction）を有する事案であることを前提とする。」との一文を加えた⁽⁶⁾。これにより、デラウェア州内であれば（事物管轄権を有する）どの裁判所にも提訴できることを明らかにし、被告がデラウェア州と関連性がない場合には本件附属定款は適用されないことを補足している。

2013 年 4 月、原告は、本件附属定款の有効性をめぐり提訴し、デラウェア州会社法における取締役会の権限を越えていることを理由に、制定法上、無効であると主張した（争点 I）。また、本件附属定款は、性質上特異なものであり、影響を受けるであろう株主の同意を得ず、取締役会によって一方的に制定されるという手続きは契約法の問題として無効であると主張している（争点 IV）。加えて、本件附属定款を制定したことにつき取締役会は信認義務に違反したと主張している。

【判旨】

(1) 審査の枠組み

「本件申立てを検討する際には、審査基準が重要である。…本件の申立ては、制定法および契約の文面上の有効性にのみ関連しており、将来の現実の状況下でどのように運用されるかは明示的に示されていない。

…*Frantz Mfg. Co. v. EAC Industries* 判決⁽⁷⁾でデラウェア州最高裁が判示したように、『附属定款が有効であると推定されるならば、当裁判所は、無効にするのではなく法に反しない方法で附属定款を解釈する』。したがって、制定法および契約の文面上の有効性に対する申立ての原告の証明責任は、重いものとなる。すなわち、原告は附属定款があらゆる状況下において、法に沿って公正に（equitably）運用されえないことを証明しなければならない⁽⁸⁾。

先例が示すように、有効な附属定款が特定の状況では不公正に運用されうるという可能性に対して答

えを出すのは、当該状況に直面した当事者のためのものである⁽⁹⁾。…この考えは、連邦最高裁が *The Bremen v. Zapata Off-shore Co.* 判決⁽¹⁰⁾ で示した原理にも一致しており、それは裁判所にできるだけ専属的合意管轄条項の効力を与えるよう求めるものであり、根本的に不公正な結果や実定法に反する結果を避けるために必要な限られた範囲でのみ強制力を否定する。原告は本件附属定款の実際の場面での強制力を争うことはできるが、その審査は当該附属定款が適用される現実の紛争があったときである。先例となるデラウェア州最高裁での *Stroud v. Grace* 判決⁽¹¹⁾ や *Frantz Mfg. Co. v. EAC Industries* 判決にしたがい、本件では、適切な争点は、本件附属定款が文面上、デラウェア州会社法上有効か否かと、株主・取締役・役員・会社の有効な契約であるか否かである。」

(2) 制定法にもとづく判断

「当裁判所は、まず、本件附属定款が、109条 (b) 項における適切な記載事項であるかという観点から、取締役会の権限を越えているか否かを判断し、その上で、デラウェア州会社法において、文面上有効か否かを判断しなければならない。」

「デラウェア州会社法は、附属定款には『会社の事業および業務の執行、ならびに株主、取締役、役員、従業員の権利または権限に関して、法および基本定款に反しない』いかなる対象も扱うことができると定めている (109条 (b) 項)。…専属的合意管轄を定める附属定款は、株主の『権利』を扱うものである。なぜなら、株主が会社や取締役・役員に対する一定の内部関係の訴えを提訴する権利を行使しうる場所を規制しているからである。また、本件附属定款は、…内部関係の事案を設立州の裁判所に集めさせる点で、会社の業務執行にも関連している。したがって、本件附属定款が扱っている行為対象はまさに『会社の事業および業務の執行、ならびに株主の権利』に関連している。」

「デラウェア州の会社の附属定款は、『手続き的な、プロセスを中心とした性質』をもつものである⁽¹²⁾。たしかに、当裁判所は、附属定款は典型的には実質的な指示 (substantive mandates) を設けるものではなく、会社・取締役会・株主がどのようにある行為をするかという手段を指示するものであると述べてきた⁽¹³⁾。109条 (b) 項は、長らく、『自律的なル

ールや便宜的機能のための措置として必要な取り決め』を設けることを、会社に認めるものと理解されてきた⁽¹⁴⁾。本件附属定款は、この解説に合致している。株主が提訴できるか否かではなく、株主がどこで提訴できるかを規制する手続きを中心としたものであるからだ。…

対照的に、もし本件附属定款が、原告一会社の不法行為に対して個人的損害の請求をする原告、あるいは会社との商業上の取引にもとづく契約の訴えをする原告一を拘束することを目的としていたならば、原告が株主であったとしても、これは会社の外部関係を規制するものとなるだろう。109条 (b) 項の制定法上の文言を超えているのは明らかである。この種の附属定款は原告の株主としての権利・権限を取り扱うものではないからである。」

「さらに、本件附属定款は、ポイズン・ピルと同じように、濫用 (misuse) に対しても統制をきかせている。…C社取締役会は、会社の適切な目的のためにのみ権限を行使する義務を果たすために、特定の場合で本件附属定款上の会社の権利を放棄する合意ができるものとしている。受認者の権限を行使するあらゆる場合と同様に、本件附属定款を実際に運用する際には、信認義務違反のような異議申立ての対象となりうる⁽¹⁵⁾。…

そして、本件附属定款には、ポイズン・ピルの場合にはない追加の安全装置がある。第一に、典型的なポイズン・ピルとは異なり、株主は単純に、多数決によって本件附属定款を廃止することができる (109条 (a) 項)。加えて、…取締役会は、もし原告が本件附属定款に従わない場合には、指定外の法廷地で提訴された事件の却下 (dismissal) を求め、本件附属定款についての裁判所の審査を自発的に (voluntarily) 受けることとなるのである。

したがって、当裁判所は、本件附属定款はデラウェア州の制定法上、有効であると判断する。」

(3) 契約法にもとづく判断

「…当州の会社法は、長らく、いわゆる『既得権 (vested rights)』の法理を否定してきた⁽¹⁶⁾。この考えは、『取締役会は、株主の同意なしに、既存株主の権利を縮小したり奪うように附属定款を変更できない』というものである⁽¹⁷⁾。当裁判所は、デラウェア州法では、会社の基本定款や附属定款に『いつでも附属定款を変更しうる旨を皆に知らせている』場

合には、契約上変更を禁じる既得権は生じえないと述べている⁽¹⁸⁾。

デラウェア州最高裁は、数世代前から守られ続けている判決において、附属定款が会社と株主の間の拘束力のある契約の一部を構成していることを明らかにしてきた⁽¹⁹⁾。株主は、取締役会が一方的に、109条(b)項にもとづく記載項目について附属定款を制定できることを、知っている。取締役会による変更は、ただ単に取締役会の一方的な行為であるという理由だけで契約の範囲外とはならない。むしろ、この種の変更は、制定法と、株主が株式を購入する契約上の体制が、明示的に、取締役会に認めているものである。言い換えると、C社とF社の株主は、取締役会によって一方的に制定される附属定款に拘束されることを明示的に認めるデラウェア州会社法と基本定款によって確立された契約枠組みに同意している。この明白な契約枠組みのもとで、株主は、取締役会が制定する附属定款に同意する必要がないことに同意している⁽²⁰⁾。…それゆえ、株主が取締役会に一方的に附属定款を制定する権限を与えている場合には、変更時に既存株主の同意がないことのみをもって契約上無効とはならない⁽²¹⁾。したがって、カリフォルニア州北地区連邦地方裁判所がGalaviz v. Berg判決⁽²²⁾で至った結論—取締役会が制定する附属定款は原告が株主の同意を欠いているという理由で、他の契約と同様ではないという点に原告が重きを置いていた事案—は、デラウェア州会社法が確立した会社と株主のための契約枠組みについて誤った認識に依拠している。

なお、制定法上の体制は、株主自身で附属定款を制定・変更する権利を通して、株主を保護している。…本件のように、取締役会は附属定款を制定する権限を与えられているけれども、株主はその附属定款を廃止することによって当該権限をチェックできるのである。そして、もちろん、デラウェア州会社法は株主に取締役を選任するための毎年の機会を与えているため(211条)、株主は当該附属定款を廃止する株主総会決議に従わない取締役会を懲らしめるための強力な手段を有している。それゆえ、株主がもし取締役会が制定した当該附属定款を契約の一部としたりたくない場合に自衛のための強力な権利を有している状況下では、会社の附属定款は本質的に柔軟な契約といえる。

そして、上述のように、当該附属定款は会社と株主の間の広範な契約の一部であり、附属定款は契約上の法理を用いて解釈されるので⁽²³⁾、附属定款は契約上の専属的合意管轄条項の審査の対象となるであろう。この審査は、*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 判決で連邦最高裁が確立したものである。『詐欺(fraud)・不当威圧(undue influence)・過大な交渉力(overweining bargaining power)によって影響を受けていないならば』、契約における専属的合意管轄条項は有効であり、当該条項は『反対当事者によって不合理(unreasonable)であることが証明されない限り、履行されなければならない』と示された⁽²⁴⁾。デラウェア州最高裁は*Ingres Corp. v. CA, Inc.* 判決⁽²⁵⁾において明示的にこの審査方法を採用し、専属的合意管轄条項は強制力があると推定されるとともに、当該条項は、現実の状況でそれが不合理に不正に(unjustly)用いられていないことを証明するためには、*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 判決で示された審査方法が用いられることを示した。以上から、附属定款上の専属的合意管轄条項においても、他の契約上の専属的合意管轄条項と同様に解釈され、推定が及ぶが、状況によっては常に効力が認められるとは限らない⁽²⁶⁾。」

(4) 結論

「原告は、裁判所に想像上のシナリオを扱わせる方法として、形式的な主張をすることにより、*The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* 判決の審査を得ようとしているが、当裁判所は、発生していない仮定的な状況について勧告的意見(advisory opinions)を述べることはない。むしろ、原告が別の法廷地で提訴したいと考えたときに、この主張はなされるものである。そのときには、当裁判所は事実にもとづく状況に対して、附属定款の適用が信認義務違反になるか否かを同判決の審査を適用し、あるいは*Schnell v. Chris-Craft Indus., Inc.* 判決に依拠して分析するだろう。」

「以上の理由から、当裁判所は、本件附属定款は109条(b)項にもとづき制定法上有効であるとともに、専属的合意管轄条項として契約上も有効で強制力があると判示する。原告の訴状の争点IおよびIVについて棄却する。」

【解説】

(1) 判決の位置づけ

本件は、さまざまな契約に置かれている専属的合意管轄条項につき、これを取締役会が一方的に定めた附属定款に設けることができるか否か、デラウェア州の裁判所として初めての判断を下した事案である。専属的合意管轄条項のみならず、附属定款のその他の条項の有効性を判断する際の指標ともなりうる点で注目を集めている。

会社の定款に設けられる専属的合意管轄条項は、裁判管轄を指定することにより、原告となる株主らが複数の州で提訴する行為を防ぐために、取締役会が株主の提訴権を制限する性質をもつ。

本判決の専属的合意管轄条項は、会社の内部関係に関する以下の四つの訴訟類型を対象にしたものである。すなわち、第一に、株主代表訴訟（原告が会社を代表して訴える資格があるか否かの問題、原告が取締役会に対するデマンドを有しているか、免除されているか否かの問題はコーポレート・ガバナンスの事項である）、第二に、信認義務の訴訟（信認義務は、会社・取締役・役員・株主間の関係を規律するものである）、第三に、デラウェア州会社法の条文にもとづく訴訟、第四に、会社・取締役・役員・株主間の関係に関する事項を扱う会社の内部関係の訴訟である。一方で、対象外となる訴訟類型として、例えば、SEC Rule 14a-9にもとづく委任状書類の虚偽記載の訴えが挙げられており⁽²⁷⁾、仮に原告がデラウェア州以外の連邦裁判所に提訴したとしても、被告取締役会は本件附属定款を理由に申立てを退けることはできない。同様に Rule 10b-5にもとづく証券詐欺の訴訟も含まれない。なお、仮にこれを訴訟類型に含めるよう附属定款に設定されていれば、原告は、証券取引法における権利を放棄させる契約を無効とする定めを援用することで効力を争うことが可能である（1934年証券取引法29条(a)項）。

(2) 会社の準拠法と裁判管轄

会社に紛争が生じた場合の準拠法と裁判管轄は、紛争の内容により異なる。会社の内部関係に属する紛争については、会社の内部関係の法理（internal affairs doctrine）にもとづき設立準拠地の法が準拠法となる⁽²⁸⁾。裁判管轄については、会社の設立準拠

地か会社の本拠地（headquarters）のいずれか、あるいはその両方において訴訟を提起できるようになっている。デラウェア州の会社の多くは設立準拠地とは別の州に本拠地を構えて活動しており、少なくとも二つの州で被告となる可能性がある。会社の内部関係の訴訟は慣習的に設立準拠地に提起されるのが一般的であったが、2002年ごろから、準拠法は同じであっても別の州の裁判所の判断を仰ぐことによって勝利の可能性を高めたいと考える原告が、一つの会社行為に対して、設立州外で並行して複数の訴訟を起こす事案が現れ始めた⁽²⁹⁾。

この動きに対して、訴訟対応コストが増加することを避けたい会社において、実務上、多様な契約に設けられている専属的合意管轄の規定を導入したいというニーズが高まっていった。本件提訴前の3年間で約250社の上場会社が定款に当該条項を制定しており、本判決後には、デラウェア州の会社がIPO時の基本定款にこれを標準的に設ける実務が普及したことも相まって、2014年8月までに設立州を専属的合意管轄に指定する条項を設ける上場会社は746社にまで増えた⁽³⁰⁾。

(3) 専属的合意管轄条項をめぐる裁判例

契約に設けられている専属的合意管轄条項に対しては、法的効果が与えられるのが一般的となっている。かつては、とりわけ専属的な裁判管轄合意については裁判所の管轄権を奪うものとして懐疑的にとらえられていたが、その有効性を支持した1972年の連邦最高裁判決以降、多様な契約の中で取り入れられるようになってきている⁽³¹⁾。

The Bremen v. Zapata Off-Shore Company 判決は、アメリカ企業とドイツ企業の間で結ばれた企業間契約に、イギリスを専属的裁判管轄とする条項が設けられていた事例である。原告は掘削装置の製造会社であり、被告の船会社に、アメリカからイタリアまでの運送を委託したところ、嵐に遭遇し、最寄りのフロリダ州連邦裁判所において訴訟を提起した。第一審および控訴審は先例にもとづき当該条項を無効としたが、連邦最高裁は有効と認め、原告側に当該条項が非合理または不公正であるという重い証明責任があると判示した。

その後、連邦最高裁は消費者との約款に記載された専属的合意管轄条項についても効力を認める

Carnival Cruise Line v. Shute 判決⁽³²⁾を下し、同条項の有効性はより強固なものとなった。同事件は、ワシントン州から来たクルーズ船の乗客が、ロサンゼルス—メキシコ間の船旅で怪我を負ったところ、チケットの細則 (fine print) には、紛争につきフロリダ州の裁判所を指定する専属的合意管轄条項が含まれていた。最高裁は、当該条項は、交渉の対象とはなっておらず購入後に受け取ったチケットに記載されていたけれども、合理的であると判示した。

上記の著名な二つの連邦最高裁の事例 (企業間契約および消費者約款) を筆頭に、デラウェア州裁判所においてもこれまで企業間契約の事例⁽³³⁾、LLC の agreement の事例⁽³⁴⁾、そして株主間契約の事例⁽³⁵⁾で当該条項の効力を次々と認めている。

2010 年には *In re Revlon, Inc. Shareholders Litigation* 判決⁽³⁶⁾において、デラウェア州衡平法裁判所が、同条項が直接争われた事案ではないものの、傍論で基本定款に置くことは自由であると述べたことから、実務では株主総会の承認が不要な附属定款を変更して同条項を設ける企業が急増した。

しかし、翌 2011 年の *Galaviz* 判決では、カリフォルニア州北部地区連邦地裁に提訴された事件において、被告取締役はデラウェア州を専属的合意管轄とする附属定款を理由に株主代表訴訟の却下の申立てをしたが、連邦地裁は *Revlon* 判決においては基本定款に設けることが認められているにすぎないこと、法廷地の制限は株主の過半数の賛成を要する行為であること、少なくとも定款変更前に株式を購入した株主は購入時には熟した合意はなかったこと、またデラウェア州法上、取締役合意管轄を指定する権限があるか否か証明されていないとして、申立ては退けられた⁽³⁷⁾。

そして 2013 年、本件 *Boilermakers* 判決では、デラウェア州の裁判所として初めて、附属定款上の専属的合意管轄条項の有効性を争点としたことで注目を集め、契約上の同条項と同様に効力を認めるという立場が示された。

(4) 附属定款の契約性

本件での一つの焦点は、附属定款を契約にまつわる過去の事例と同様に扱えるか否か、具体的には合意の形成があるといえるのかである。

附属定款を契約と同視しうるかについて言及した

判例として、*Airgas, Inc. v. Air Prods. & Chems., Inc.* 判決⁽³⁸⁾は幅広く引用されている。同判決は、「基本定款と附属定款は契約であるため、定款上の文言の解釈は契約のそれに準じる」と述べており、*Boilermakers* 判決も同判決を引用した上で、デラウェア州では、長年にわたり附属定款が会社と株主の間の拘束力のある契約の一部を構成してきたと説明している⁽³⁹⁾。

附属定款を契約とみる理論的根拠としては、過去に *Centaur Partners, IV v. National Intergroup, Inc.* 判決⁽⁴⁰⁾が示したのと同様に、同意の形成がされているとの見解を用いている。つまり、基本定款において取締役会に附属定款の制定権限を付与し、取締役会は 109 条 (b) 項に沿って附属定款を制定している場合には、株主は新設の附属定款が契約上の拘束力を有することに同意しているとみる⁽⁴¹⁾。このような観点から、*Boilermakers* 判決では前述の 2011 年連邦地裁の *Galaviz* 判決は誤った認識に依拠していると、取締役会採用の附属定款が株主の同意を欠いているという理由で他の契約とは異なるとする考えは、デラウェア州会社法が会社と株主のために確立した契約的枠組みを正しく認識していないと述べている。

加えて、*Boilermakers* 判決では、新たな根拠として、仮に契約に同意したくない場合には、株主は 109 条 (a) 項により保障された附属定款の変更権を行使して、あるいは 211 条により保障された取締役の選任権を通して、株主総会決議に従わない取締役会をコントロールする強力な手段を有していることを挙げている。

三 敗訴株主費用負担条項 (fee-shifting bylaws) の有効性

Boilermakers 判決を受けて、翌 2014 年には、*ATP Tour, Inc. v. Deutcher Tennis Bund* 事件⁽⁴²⁾において、同様の理論から、敗訴株主に会社の訴訟費用を負担させる附属定款 (fee-shifting bylaws) の効力を認めるデラウェア州最高裁の判断 (意見確認) が示された⁽⁴³⁾。

【事実の概要】

ATP Tour, Inc. (以下、「ATP」という) はデラ

ウェア州の non-stock corporation であり、男子プロテニスの世界ツアーを運営しており、男子プロテニスの選手および各国のトーナメントの運営組織がメンバーとして加盟している。ATP は 7 名の理事 (director) によって運営されており、選手と各国の運営組織がそれぞれ 3 名の理事を選出し、残りの 1 名は ATP の議長兼社長が就任している。

ドイツテニス連盟 (Deutscher Tennis Bund) およびカタールテニス連盟 (Qatar Tennis Federation) (以下、併せて「当該連盟」という) は ATP に加盟するメンバーである。カタールテニス連盟は、ドーハでトーナメントを運営しながら、ドイツのトーナメントに 25% の出資をしている。

2006 年 10 月、理事会は全会一致の可決によって ATP の附属定款を変更し、以下の条項を新設した (以下、「本件附属定款」という)。

「何人 [現在もしくは過去のメンバー、オーナーまたはそれらの代理人 (以下、「訴訟当事者」という)] も、以下に該当する場合には、リーグ、メンバーまたはオーナーに対する訴訟に関連して当事者が負担したあらゆる種類のすべての費用 (すべての合理的な弁護士費用およびその他の訴訟の費用を含む) (…) について、リーグ、メンバー、オーナーに補償する義務を連帯して負わなければならない。
(i) リーグ、メンバーまたはオーナーに対する訴訟…において、訴訟を開始する場合、参加する場合、実質的な支援を提供する場合、または直接的な経済的利益を有する場合であって、かつ
(ii) 訴訟当事者 (…) が、本案判決において要求していた完全な救済を質量ともに実質的に得られなかった場合。」

当該連盟は 1990 年代初頭に ATP に加盟した際、附属定款は変更される可能性があり、変更された附属定款に従うことを了承していた。

2007 年、ATP の理事会は世界ツアーの改革「Brave New World plan」 (以下、「当該プラン」という) を採択した。当該プランは、トップ選手がより上位のトーナメントに集まるよう、各トーナメントで得られるランキング・ポイントを変更した。すなわち、最上位のトーナメントは 500 ポイントから 1000 ポイントへ増えて「ATP World Tour Masters 1000」となり、第 2 層は 250 ～ 300 から 500 ポイントへ増えて「ATP World Tour 500」、第 3 層は 175

～ 250 から 250 ポイントへ統一されて「ATP World Tour 250」となった。なお、有資格プレイヤーには、最上位のトーナメントにすべて出場し、第 2 層のトーナメントには少なくとも 4 つ、第 3 層のトーナメントには少なくとも 2 つ出場することを求めるルールが導入された。これに違反すると、出場一時停止、ランキングの喪失、ランキング・ポイント取得権の喪失といった制裁が加えられる。トップ選手が ATP トーナメントへの出場を辞退することが増えていたため、ルールの強化とともに賞金の最低額の引き上げが行われた。

さらに当該プランでは、各国のトーナメントの格付けの見直しを行った。その結果、ドイツテニス連盟が主催するハンブルクで開かれるドイツ国際オープンを大会規格の最高ランクから一つ降格させ、新たに上海が昇格することとなった。

この変更不満を抱いた当該連盟は、デラウェア州地区連邦地方裁判所に対して、ATP とその理事を相手取り、当該プランはシャーマン法 1 条および 2 条に違反し⁽⁴⁴⁾、ならびに当該連盟に対する信託義務に違反したとして訴えた。

連邦地方裁判所は、法律問題としての判決 (judgement as a matter of law) を求める ATP の申立てを認め、反トラスト法違反および信託義務違反にかかる理事への個人的責任追及については棄却した。ATP に対する反トラスト法違反の主張は、陪審に付され、ATP 勝訴の評決が下された。原告は上訴したが、第三巡回区控訴裁判所は第一審を支持した。

これを受けて ATP は訴訟に要した費用を回収するために、連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure) Rule 54 にもとづいて裁判所に申立てを行い、その根拠として本件附属定款の存在を示した。地方裁判所は敗訴原告に弁護士費用を補償させる本件附属定款は反トラスト法の理念に反するとして ATP の申立てを否定した⁽⁴⁵⁾。

第三巡回区控訴裁判所は、地方裁判所は本件附属定款よりも連邦法を優先させているが、連邦の優劣問題に至る前に、本件附属定款が強制力をもつか否かを判断しなければならないとして差戻した⁽⁴⁶⁾。地方裁判所は fee-shifting bylaws はデラウェア州法上の新しい種類の問題であると判断し、デラウェア州最高裁判所に対して以下の 4 つの意見確認を求め

た。

【判旨】

(1) fee-shifting bylaws はデラウェア州法上、認められうるか？

第一の意見確認の質問は、デラウェア州の non-stock corporation の理事会は、法人内の訴訟において「本案判決において要求していた完全な救済を質量ともに実質的に得られなかった」原告に対して、あらゆる訴訟の費用を負担させる附属定款を適法に採用することができるか否かである。デラウェア州法では、附属定款は有効であると推定され、裁判所は無効にするのではなく法に反しない方法で解釈する。基本定款に反せず、かつ法律に別段の定めがない限り、附属定款は文面上有効であればデラウェア州会社法によって認められなければならない（109条（b）項）。制定法に反する可能性がある、または不適法に運用される可能性があるというだけで、文面上無効であると判断する根拠にはならない。

fee-shifting bylaws は、文面上は有効である。デラウェア州会社法もその他のデラウェア州の制定法も fee-shifting bylaws を設けることを禁止していない。さらに、会社内の訴訟においてリスクを当事者間で分担することは、附属定款は「会社の事業および業務の執行、ならびに株主、取締役、役員、従業員の権利または権限を定める」（109条（b）項）ものでなければならないというデラウェア州会社法の要件を満たしているように見受けられる。基本定款に fee-shifting 条項を設けることは明示的にも黙示的にも認められている（102条（a）項は fee-shifting 条項を基本定款に設けなければならないと要求していない）。

デラウェア州はアメリカン・ルール訴訟当事者は原則として自らの弁護士費用を支払わなければならないに従っている。もっとも、契約当事者がアメリカン・ルールを変更し、敗訴者が相手方当事者の費用を支払うことに同意することは認められている。会社の附属定款は「株主間の契約」であるため、non-stock corporation が適法に制定した附属定款に設けられた fee-shifting 条項は、アメリカン・ルールからの契約上の例外に属する。したがって、デラウェア州のコモン・ロー上、fee-shifting bylaws は禁じられない。

しかし、ATP の本件附属定款に強制力があるか否かについては、その採用方法および発動状況によって左右される。文面上有効な附属定款であっても、不公正な目的のために採用または発動される場合には、強制力をもたない。…意見確認はその性質上、法律上の問題のみを扱うものであるため（Supr. Ct. R. 41（a））、本件で争われている種類の fee-shifting bylaws がデラウェア州会社法上可能なものであり、適切な会社内の手続きを踏んで適切な目的のために設けられている場合には強制力があるという意味で、文面上認められると述べるにとどまる。

(2) 仮に本件附属定款が有効であるとして、原告が訴訟で何らの救済も得られない場合に費用は移転するのか？

本件附属定款は、「要求していた完全な救済を質量ともに実質的に達成する」判決を得られなかった原告に対して発動することを定めている。ここでは「実質的な達成」という状況を用いることには難があるため、地方裁判所は少なくとも原告が全く救済を得られなかった状況下で本件附属定款に強制力があるか否かを問うている。第一の意見確認の中で前述したように制約があることを前提として、当裁判所は第二の問題について肯定する。

(3) 本件附属定款は不適切な目的のために採用された場合には強制力をもたないのか？

当裁判所は完全にはこれに答えることはできない。法的に認められていても、不適切な目的のために採用された附属定款は、エクイティ上、強制力をもたない。しかし、訴訟を抑制する意図が例外なく不適切な目的となるわけではない。fee-shifting 条項はその性質上、訴訟を抑制するものである。fee-shifting 条項それ自体は無効なものではないため、必ずしも訴訟抑制の意図によって本件附属定款がエクイティ上強制力のないものとされるわけではない。

(4) 一般的に、附属定款の制定前に法人に加入したメンバーに対しても強制力が及ぶのか。

第四に、附属定款に fee-shifting 条項が制定される前に法人に加入したメンバーであって、理事会が附属定款を時々採用し、かつまたは変更するというルールに合意しているメンバーに対して強制力が及ぶのか否かが問われている。当該条項が有効で強制力があると仮定すると、制定法上、答えは肯定と

なる。デラウェア州会社法は「基本定款において、取締役が附属定款を採用し、変更し、廃止する権限を与える」ことを可能にしている（109条（a）項）。取締役がそのような授権をされている場合には、「株主は取締役会によって一方的に採用された附属定款に拘束される」⁽⁴⁷⁾。

【解説】

米国では訴訟に関して生じた弁護士費用について訴訟の当事者が各自で負担するという、いわゆるアメリカン・ルールが採用されている。その例外として、敗訴者に相手方の弁護士費用の支払いを義務付ける条項（fee-shifting 条項）を契約の中に設けることができる。本件は、こうした fee-shifting 条項を法人の附属定款の中に設けることができるのかが問われた事例である。

non-stock corporation において、附属定款を一方的に変更するという権限を理事に与える旨の基本定款にもとづき、理事が採用した fee-shifting bylaws について、デラウェア州最高裁判所はその有効性を認めた。デラウェア州法上、fee-shifting bylaws の訴訟抑制目的それ自体は不公正な目的と解されるわけではなく、メンバー加入後に採用されたという事実がその強制力を左右するものではないとする立場を明らかにした。一方で、本件は事実判断をしておらず、ATP の fee-shifting bylaws が適切な目的のために採用されたかどうか、またその状況において強制力をもつかどうかについては言及していない。さらに、本件は non-stock corporation で起こった事例であり、それが株式会社の附属定款にも同様に適用されるのかは明らかではない。もっとも、この点について、最高裁は、デラウェア州会社法の条文は 109 条（b）項を含めほとんどが non-stock corporation に準用されることに言及しており（114 条）、non-stock corporation ならではの特別な検討を行っていない。このことから、実務・学説では株式会社にも ATP 事件の判断は適用対象となるものとして受け止められている。

四 株主の提訴権を制限する附属定款の判断枠組みと留意点

本件 ATP 事件においてデラウェア州最高裁が、

「附属定款は株主との契約であり、後からの変更にも株主は同意がある」という見方を示し、Galaviz 判決ではなく Boilermakers 判決を踏襲したことから、今後の有効性判断の足掛かりとなるものと予想される。fee-shifting も forum selection も契約の領域で利用されてきた条項であるため、過去の附属定款をめぐる裁判例と比較すると、附属定款を契約と平行に扱うか否かに判断の比重が置かれているようにも受け取れる。

そのため、このような解釈を採用することについて学説からは批判や留意点も示されている。例えば、契約法のもとでは、個人間の契約の変更には熟した合意（mutual agreement）と何らかの約因（consideration）—すなわち、当該合意の対価として何らかの利益か、少なくとも合意を撤回する機会—を必要としており、株主は fee-shifting bylaws から何らの利益も得ていないことを無視しながら株主の同意があるとすべきではないとの見解がある⁽⁴⁸⁾。また、契約と附属定款の合意形成の環境は、株主には集合行為問題や合理的無関心が生まれるため株主総会決議による合意方式では意味のある保護とならず、合意の当事者となる取締役と株主、支配株主と少数派株主の関係は対等ではないなどの違いがあると指摘されている⁽⁴⁹⁾。また、基本定款上の授権だけで同意があるとみるべきではなく、その他にも、①投資家の数と性質、②投資時にすでに置かれていた条項か否か、③投資時に置かれていた条項については、その効果が投資家にとって合理的に理解可能なものか、④投資家の合理的な期待を害するものでないかなどの状況を勘案すべきであるとの主張もある⁽⁵⁰⁾。

さらに、制限される株主権の性質によっては、対応を慎重にするべきであるとの指摘がされている。信認義務の履行に重きを置いたデラウェア州会社法の仕組みのもとでは、それを成り立たせている提訴権の制限は許されるべきではなく、私的自治の及ばない数少ない固有権であるとの主張や⁽⁵¹⁾、変更を認めるとしても、株主の権利のうち、議決権、株式売却権、提訴権は核となる重要な権利であり、取締役がこれらの権利に介入する場合には、議決権や株式売却権と同様に、提訴権についても厳格な審査基準が求められるべきとの意見がある⁽⁵²⁾。

五 立法と実務の動向

デラウェア州の裁判所は、附属定款の契約性を認めることにより、裁判所による事前の介入は最小限にとどめ、附属定款を通じてどのようなガバナンスを構築するかは私的自治あるいは立法議会に委ねるという立場をとっている⁽⁵³⁾。

2015年、デラウェア州議会は、デラウェア州会社法に専属的合意管轄条項および fee-shifting 条項についての明文規定を新たに設けた⁽⁵⁴⁾。まず、前者については、会社の内部に関する訴え（会社の権利にもとづく訴え、取締役・役員・株主の義務違反の訴え、本章によりデラウェア州衡平法裁判所に管轄を与えられている事項の訴え）に関し、専属的合意管轄を基本定款および附属定款に設けることを認めつつ、ただし、他州の裁判所や仲裁地を唯一専属的な裁判管轄に指定してデラウェア州裁判所を排除することはできないことを明示した（115条）。後者については、会社に生じた訴訟費用の負担を株主に強制する条項を基本定款や附属定款に置くことが禁じられた（102条（f）項、109条（b）項）。

このように、専属的合意管轄の附属定款はデラウェア州法で明文上も認められたことにより、その後、ニューヨーク州、テキサス州、カリフォルニア州などの裁判所において、デラウェア州を専属的合意管轄とする附属定款にもとづいて訴えが退けられるようになってきている。なお、濫訴の代表例ともなっている企業買収関連の株主訴訟に関して、2016年に、デラウェア州衡平法裁判所が追加の情報開示のみの和解案を株主にとって重要性がないとして承認しない判決を下したことをきっかけに、デラウェア州以外へ提訴する動きが進んでいる⁽⁵⁵⁾。実務では合意管轄をデラウェア州に指定すべきか否かにも影響が及んでおり、合意管轄の条項の新たな設計が模索されている⁽⁵⁶⁾。

なお、実務上の指標の一つとして、議決権行使助言会社の議決権行使基準においても、株主の提訴権（専属的合意管轄および fee-shifting を含む）に関する附属定款への行使方針が追加されている。例えば、ISSは、次の点を考慮して事案ごとに検討するとしている⁽⁵⁷⁾。すなわち、①過去に原告株主が敗訴した訴訟や、設立準拠地以外で提訴された株主訴訟

から受けた損害の開示、②適用される範囲（訴訟の種類、重要な用語の定義を含む）、③後に株主が当該附属定款を廃止することができるかなどのガバナンスの仕組みである。ただし、株主が本案において全面勝訴しなかったときに（すなわち、原告が部分的に勝訴するときであっても）常に費用負担を強制する fee-shifting bylaws には原則として反対を表明している。

以上のように、多発する会社訴訟に対して、会社が独自に附属定款を用い、株主の提訴権に制約をかけて訴訟抑制の仕組みを作ろうとしていることに対し、裁判所は私的自治として合意があるものにとらえて有効とする立場をとっている。実際には立法や実務によってその可否が形成されるという傾向にある。今後も同様に新たな附属定款が制定されることが予想されるため、本件 *Boilermakers* 判決の枠組みがどのように適用されるか、引き続き注目される。

（注）

- （1）基本定款と附属定款の詳細については、拙稿「米国における附属定款をめぐる権限分配の議論」広島法学 35 巻 2 号 27 頁（2011 年）参照。
- （2）1 億ドル以上の M&A 案件に対してクラス・アクションが起こされた数は、2010 年から 2012 年にかけて、年間 600 件～800 件あり、提訴率は 9 割を超えている。兪東＝小野美恵「米国上場企業の M&A をめぐるクラス・アクションの状況」商事法務 1996 号 14 頁（2013 年）。
- （3）なお、株主の権利を拡大する附属定款の効力が問われた事例では、デラウェア州最高裁判所は、取締役の裁量を狭めることになり信託義務の履行を妨げるため強制力はないとの見解を示しており、株主の権利を拡大するか制限するかによって判断の要素が異なる可能性がある。株主権を拡大する（取締役の裁量の範囲を狭める）附属定款の有効性の議論については、拙稿「米国における株主総会と取締役会の権限領域（一）—デラウェア州法を中心に—」広島法学 34 巻 2 号 31 頁（2010 年）参照。
- （4）73 A.3d 934 (Del. Ch. 2013)。
- （5）2012 年 2 月の 3 週間の間に同様の案件で合計 12 社が提訴されたが、C 社および F 社を除く被告 10 社は専属的合意管轄条項を撤廃したため、訴えは却下された。
- （6）変更後は以下のとおりである。「当社が別の裁判管轄の選択を文書で合意しない限り、デラウェア州衡

- 平法裁判所デラウェア州内にある州裁判所もしくは連邦裁判所を以下に掲げる訴訟の唯一で専属的な裁判管轄としなければならない。すなわち、(i) 会社に代わり提起する派生訴訟 (derivative action) または法的紛争手続き (proceeding)、(ii) 取締役・役員・その他従業員が会社または株主に対して負う信託義務違反を主張する訴訟、(iii) DGCL の条項にもとづく主張を提起する訴訟、(iv) 会社の内部関係の法理 (internal affairs doctrine) が適用される主張を提起する訴訟である。当社の株式の持分を購入し、ないしは他の方法で取得する者は、当該附属定款の条項について知り、同意したものとす。ただし、当該裁判所が、不可欠当事者 (indispensable party) となる被告について人的管轄権 (personal jurisdiction) を有する事案であることを前提とする。」
- (7) 501 A.2d 401(Del. 1985).
- (8) *Id.* at 407.
- (9) Schnell v. Chris-Craft Indus., Inc., 285 A.2d 437 (Del. 1971); *accord* Stroud v. Grace, 606 A.2d 75, 96 (Del. 1992).
- (10) 407 U.S. 1, 15(1972).
- (11) 606 A.2d 75 (Del. 1992).
- (12) CA, Inc. v. AFSCME Emps. Pension Plan, 953 A.2d 227, 236-37 (Del. 2008).
- (13) *Id.*
- (14) Gow v. Consol. Coppermines Corp., 165 A. 136, 140 (Del. Ch. 1933).
- (15) Schnell v. Chris-Craft Indus., Inc., 285 A.2d at 439.
- (16) *See, e.g.*, Fed. United Corp. v. Havender, 24 Del. Ch. 318, 11 A.2d 331, 335 (Del. 1940).
- (17) Joseph A. Grundfest & Kristen A. Savelle, *The Brouhaha over Intra-Corporate Forum Selection Provisions: A Legal, Economic, and Political Analysis*, 68 BUS. LAW. 325, 376 (2013).
- (18) Kidsco Inc. v. Dinsmore, 674 A.2d 483, 492 (Del. Ch. 1995) (emphasis added).
- (19) Airgas, Inc. v. Air Prods. & Chems., Inc., 8 A.3d 1182, 1188 (Del. 2010); Centaur P'rs, IV v. Nat'l Intergp., Inc., 582 A.2d at 928; Hibbert v. Hollywood Park, Inc., 457 A.2d 339, 342-43 (Del. 1983); Lawson v. Household Fin. Corp., 17 Del. Ch. 343, 152 A. 723, 726 (Del. 1930).
- (20) CA, Inc. v. AFSCME Emps. Pension Plan, 953 A.2d at 231.
- (21) Kidsco, 674 A.2d at 492-93; *see also* 8 Del. C. § 109(b).
- (22) 763 F. Supp. 2d 1170, 1174 (N.D. Cal. 2011).
- (23) *E.g.*, Centaur P'rs, IV v. Nat'l Intergp., Inc., 582 A.2d at 928.
- (24) The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. at 10 (citations omitted).
- (25) 8 A.3d 1143, 1146 (Del. 2010).
- (26) The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S. at 15.
- (27) ただし、連邦証券諸法と州会社法による線引きが常に可能なわけではなく、州法が統制するコーポレート・ガバナンスの領域について、公開会社に対する連邦規制が及ぶ場合一取締役会の構成員、委任状勧誘と議決権行使、内部者取引などもあるため、その線引きはときにあいまいになる。Verity Winship, *Litigation Rights and the Corporate Contract*, in THE CORPORATE CONTRACT IN CHANGING TIMES (Forthcoming 2019), UNIVERSITY OF ILLINOIS COLLEGE OF LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 17-15, p.9 & n.67.
- (28) 会社の内部関係 (internal affairs) とは、「アメリカ州際私法上、第三者との関係を含まない会社の権利義務の問題をさし、各争点について、事案と当事者にもっとも密接な関係を有する州の法により規律される」。田中英夫編『英米法辞典』463頁 (東京大学出版会、1991年)。一方で会社の労働問題や租税問題等は外部関係 (external affairs) と呼ばれ、会社が実際にビジネスを行う州の法規が適用される。カーティス・ミルハウプト『米国会社法』223頁 (有斐閣、2009年)。
- (29) *See* Olga Koumrian, *Shareholder Litigation Involving Mergers and Acquisitions—Review of 2013 M&A Litigation*, 2 (2013), available at <https://www.cornerstone.com/Shareholder-Litigation-InvolvingM-and-A-Feb-2013>.
- (30) Roberta Romano & Sarath Sanga, *The Private Ordering Solution to Multiforum Shareholder Litigation*, NBER WORKING PAPER No. 21362 (2015), available at <https://www.nber.org/papers/w21362.pdf>.
- (31) 溜箭将之『英米民事訴訟法』51頁 (東京大学出版会、2016年)、樋口範雄『アメリカ涉外裁判法』73-79頁 (弘文堂、2015年) 参照。
- (32) 499 U.S. 585(1991).
- (33) Ingres Corp. v. CA, Inc., 8 A.3d 1143 (Del. 2010).
- (34) Elf Atochem N. Am., Inc. v. Jaffari, 727 A.2d 286 (Del. 1999).
- (35) Baker v. Impact Hldg., Inc., 2010 Del. Ch. LEXIS 111, 2010 WL 1931032 (Del. Ch. May 13, 2010).
- (36) 990 A.2d 940, 960 (Del. Ch., 2010). 2009年にレブロン社が支配株主である会社を買収の提案をされた際に、買収提案が発表されると同時に複数のクラス・

- アクションが提起された。判決の中で、「取締役と株主が特定の法廷地で紛争を解決するのが望ましいと考えている場合には、基本定款に法廷地を定める条項を置くことは会社の自由である。」と触れられている。
- (37) Galaviz v. Berg, 763 F. Supp. 2d 1170 (N.D. Cal. 2011).
- (38) 8 A.3d 1182 (Del. 2010).
- (39) Boilermakers, 73 A.3d at 939 & n.7 (Airgas, Inc. v. Air Prods. & Chems., Inc., 8 A.3d 1182, 1188 (Del. 2010); Centaur P'rs, IV v. Nat'l Intergp., Inc., 582 A.2d at 928; Hibbert v. Hollywood Park, Inc., 457 A.2d 339, 342-43 (Del. 1983); Lawson v. Household Fin. Corp., 17 Del. Ch. 343, 152 A. 723, 726 (Del. 1930)). ただし、Boilermakers 判決が引用していたこれらの判例の中には、附属定款ではなく基本定款に焦点をあてたものもあり (Lawson, 152 A. at 726 および Airgas, 8 A.3d at 1188)、株主の同意の方式が異なっているにも関わらず基本定款と附属定款を混同しているとの批判もある。Lawrence A. Hamermesh, *Consent in Corporate Law*, 70 BUS. LAW. 161, 166 (2014).
- (40) 582 A.2d 923, 928 (Del. 1990).
- (41) 附属定款の「同意」の形式には欠点を指摘する声も多い。この点に関しては後述する。
- (42) 91 A.3d 554 (Del. 2014).
- (43) 本件はデラウェア州の non-stock corporation が被告となった連邦裁判所で起こされた反トラスト法と州法についての訴えがもとにあり、すべての主張が認められた被告が、原告から訴訟費用を回収するために fee-shifting bylaws を引き合いに出した。連邦裁判所は、デラウェア州裁判所がそのような附属定款の効力を認めるのかにつき疑問を明らかにするために、意見確認をデラウェア州最高裁に投げかけた。
- (44) シャーマン法 1 条の違反を主張する理由として、ATP がトップ選手に一部のトーナメントへの出場を強制して、その他のトーナメントの競争力を排除しているとして、トップ選手の供給を支配するために共謀 (conspiracy) または結合 (combination) をしているとする。そして、シャーマン法 2 条について、男子プロテニス選手のサービス市場を独占化 (monopolize) していると主張する。当該連盟は、当該プランにより被った経済的損失を回復するための損害賠償請求および差止請求をしている。
- (45) Deutscher Tennis Bund v. ATP Tour, Inc., 2009 WL 3367041 (D.Del. Oct. 19, 2009).
- (46) Deutscher Tennis Bund v. ATP Tour, Inc., 480 Fed.Appx. 124 (3d Cir. 2012).
- (47) Boilermakers, 73 A.3d at 956.
- (48) Mark Lebovitch & Jeroen van Kwawegen, *Of Babies and Bathwater: Deterring Frivolous Stockholder Suits without Closing the Courthouse Doors to Legitimate Claims*, 40 DEL. J. CORP. L. 491, 515 (2015).
- (49) Deborah DeMott, *Forum-Selection Bylaws Refracted through an Agency Lens*, 57 ARIZ. L. REV. 269 (2015), Albert H. Choi & Geeyoung Min, *Contractarian Theory and Unilateral Bylaw Amendments*, 104 IOWA L. REV. 1 (2018).
- (50) Hamermesh, *supra* note 39, at 169. なお、Hamermesh 教授は、forum selection bylaws については有効と解することができるが、fee-shifting bylaw はとりわけ④の投資家の合理的な期待を害する可能性が強いとして無効であるとの見解を示している。
- (51) *Id.* at 171.
- (52) Lebovitch & Kwawegen, *supra* note 48, at 504.
- (53) *Cf.* CA, Inc. v. AFSCME Emps. Pension Plan, 953 A.2d at 240. そこには、信認義務を負う取締役は会社・株主の利益の最大化のために誠実に権限を行使するという期待も影響しているようである。Boilermakers, 73 A.3d at 963.
- (54) ATP 事件のデラウェア州最高裁の判断に対応して、株式会社の中にも fee-shifting bylaws を採用する会社が現れ、2014 年末の時点で 50 社を超える公開会社が fee-shifting 条項を基本定款や附属定款に採用したと報告されている。Lebovitch & Kwawegen, *supra* note 48, at 511. これを受けて、デラウェア州議会に fee-shifting bylaws を禁じる会社法改正案が提出されたが、多くの大企業や米国商工会議所 (U.S. Chamber of Commerce) が反対を示すなどして、結局審議は継続とされて 2014 年度の議会では成立しなかった。
- (55) *In re Trulia, Inc. Stockholder Litigation*, 129 A.3d 884 (Del. Ch. 2016).
- (56) 例えば、fee-shifting 条項は敗訴株主に会社の訴訟費用を負担させる規定であり、現在はデラウェア州会社法上、禁止されているが、会社が敗訴した場合に株主の訴訟費用を支払わない no pay 条項や、被告となる会社が管轄合意を主張するか否かの選択権をもつような管轄合意条項などが検討されている。See, e.g., Sean J. Griffith, *Private Ordering Post-Trulia: Why No Pay Provisions Can Fix the Deal Tax and Forum Selection Provisions Can't*, in THE CORPORATE CONTRACT IN CHANGING TIMES (Forthcoming 2019), FORDHAM LAW LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER No. 2855950 (January 5, 2016).
- (57) , *U.S. Proxy Voting Guidelines* (2018), available at <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/americas/US-Voting-Guidelines.pdf>. 提訴

権に限らず、取締役会による一方的な附属定款変更についても、株主の権利を著しく損なう場合には、以下の要素を検討して原則として個々の取締役・委員・取締役会全体の選任に対して反対を推奨するとしている。すなわち、①株主の承認なしに変更することの合理的理由、②変更に関する株主との重要な取り決めの開示、③株主権が損なわれる程度、④過去の一方的な変更に関する取締役会の記録などである。