

[論文]

ビジネス法における株主代表訴訟への序説

大 槻 敏 江

- 〈目 次〉
- I、はじめに
 - II、株主代表訴訟改正とその沿革
 - III、アメリカ株主代表訴訟制度の現状と問題
 - IV、会社法改正にみるわが国代表訴訟
 - V、むすびに

I、はじめに

企業ビジネスのグローバル化による状況は、著しく変貌し、企業は、わが国経済の担い手として社会への影響力を強めている。大規模公開企業は、グローバル化し巨大経済権力を有し、株主のみならず取引先、さらには消費者などの多元的利益に関与するに至っている。それは、バブル崩壊とともに経済の歪み現象が顕著となり、さらには商法大改正へと導かれることになった。したがって、企業の管理運営機構やビジネス取引をめぐる企業行動への批判が生じることになったのである。

わが国企業ビジネス行動は、どうあるべきなのか。それに伴う、企業法としての商法はどのように改正され適用するかなどの沿革的考察を試みる。さらに、企業ビジネスの国際化、国際競争力の激化現象に伴いアメリカビジネス法のみならずEU (European Union) では、2004年に25ヵ国連合の動向が注視されている。歴史的にも、英米法体系の原始的背景にあるイギリス法は、アメリカビジネス法へ大いなる影響力を与えてたのである。一方、経済のグローバル・ビジネスへの展開に関しては、わが国企業法としての株主代表訴訟の法構造、とくに実定法上の法構造再考の必要性については、本来の権利者でない者が取締役の責任追及をする根拠がどこに向けられたものであるか、判例を引用し理論展開へとアプローチするものである。

したがって、アメリカビジネス法の視野からみる株主代表訴訟では、提訴請求拒絶の不当性に関して、株主(主張する側)が提訴段階で具体的主張をすべきとされる。一方、わが国では株主が、直接的に提訴できるとする相違がある。また、直接提訴できるとする法構造が、濫訴につながっているとする向きもみられる。そこで、平成14年商法大改正(法律第44号)、平成15年4月1日施行による委員会等設置会社の導入、社外取締役制度の役割について改正商法では、従来の監査委員会制度ないしは委員会等設置会社の選択性に委ねられることになり、大会社、みなし大会社は自由裁量権に基づき選択することができる商法改正がされた¹⁾。平成14年改正商法で導

入された新たな管理機構である「委員会等設置会社」への選択を採用する企業がどれほどあるか等の注目がされた。今年4月から6月の定時株主総会において、委員会等設置会社への移行を決議した企業は55社²⁾である。この商法改正を機会に企業、経営者の方針、株主、消費者への影響等の「企業はどうあるべきか」、理想的「企業の実像」を再考する一方向として実体法を論究する。ビジネスを取り巻く法的問題や判例上の課題が、経済不況と共に株主代表訴訟の問題として吹き出してきている。この問題を主目的として、ビジネス・ローすなわち、株式会社(企業法)を取り巻く法的諸問題であるビジネス法学の一試論として論じるものである。したがって、アメリカビジネス法の事例や判決、さらに、わが国代表訴訟の実態、会社改正後の株主代表訴訟の変革に関して述べるものである。

II、株主代表訴訟改正とその沿革

II-1 株主代表訴訟改正の歴史的沿革

わが国の株主代表訴訟制度は、昭和25年(1950年)アメリカ法の影響を受け、商法改正によって導入されたものである。株主が、会社あるいは株主全体を代表して、取締役の会社に対する責任を追及するものである。したがって、株主総会の権限を縮小させ、取締役会を法定化したうえで、取締役の権限を拡大し、その責任を厳格にしたことが改正の特徴であったのである³⁾。

従来、明治23年商法が、株主総会決議により、監査役または株主総会で選任された代理人によって取締役に対して訴訟を行なうことができた。または、少数株主によって(会社資本の20分の1にあたる)、代理人を選任し訴訟を行うことを認めていた(明治23商229)。この訴訟は、明治32年商法では、株主総会において取締役に対する訴訟を決議した場合資本の10分の1以上の株主が監査役に訴訟請求した場合は、会社は1ヵ月以内に訴えを提起することを要すると規定した(明治32商178)。さらに、原則として訴訟は監査役によるものであるが、株主総会決議で選任した少数株主の請求による場合、少数株主が

1) 望月敏江(大槻)(共)「憲法・法学一学説・判例を学ぶ」〔改訂版〕(企業と法第4章担当)、(八千代出版、2003) pp. 204~209.

2) 「委員会等設置会社移行会社一覧」商事法務1669号、(2003、7、25) pp. 33~39.

3) 鈴木竹雄・石井照久「改正会社法解説」(日本評論社、1951) p. 171. 一昭和25年改正目的は、取締役の責任の厳格化および明確化にある一。

指定した代理人によって会社を代表させることも認められた(明治32商185)。

これらの規定は、昭和25年商法改正において、監査役が訴訟を行う制度は廃止され、株主が会社に対して提訴請求を行う。会社が30日以内(現行では60日以内)に訴訟提起しない場合、株主が自ら訴訟提起することとなった(昭25改正商267条)。

その後、昭和49年改正では監査役に会社代表権が与えられた(商275条ノ4)ため、監査役が相手方となっている。

取締役の責任に関して、昭和25年以前は、取締役が任務を怠った場合に会社に対して連帯損害賠償責任を負うとの規定であった。その後、昭和25年商法改正においては、取締役の会社に対する責任の具体的列挙規定を設けた。その目的は、取締役の責任の厳格化と明確化にあったとされている。

昭和25年改正は、その後昭和56年(1981年)の商法改正により一部修正されたにすぎなかった。そこで、昭和25年改正では、①取締役の責任を免除することは難しかった。②責任を具体的に列挙し、そのうえで責任を課するものであった。そのため、従来の取締役責任の免除というのではなく、列挙された個別事由に基づいて責任を厳格にしたにすぎなかった。したがって、アメリカ法⁴⁾に比較してわが国株主代表訴訟制度は、より厳格な株主代表訴訟を認めることとなり、実質的には年間の株主訴訟制度による訴訟件数は4～5件程度にすぎないものとなっていたのである。

II-2 平成5年(1993年)株主代表訴訟制度改革

株主代表訴訟制度は、昭和25年にアメリカ法の影響を受け導入されたものの、制度濫用に関する無防備状態化について、従来より問題視されてきた。しかしながら、実態としては年間訴訟件数が少なく濫用されない状況であった。しかし、企業の活性化とともに、制度の活用度の低さは規制が厳格であり、代表訴訟制度を提起できな

いほどその規制が厳格であったため、代表訴訟を提起できないまたは、提起されにくい状態であった。

また、制度の問題としては、株主による経営の監督是正機能を明確化するために導入された制度であるべきであるが、十分発揮されないのは制度そのものへの阻害要因があるためではないかとの指摘がされた。

この制度に関して、企業ビジネス活動面で企業の不祥事、証券会社の損失補填さらに、総会屋による利益供与等の大企業のビジネス行動による不祥事が後をたたく、企業経営者の責任、経営のチェック機能が、商法の制度として機能していない向きの指摘がされた⁵⁾。

これらの背景のもと、平成5年6月公布、10月株主代表訴訟制度改革法が施行されるにいたった。これは、取締役が会社に対して責任を負う場合、会社機関は代表取締役であり、「自分で自分を追及する」ことになりうる。この場合、会社が取締役に対して訴えを提起する、その訴えを提起するのは監査役(商第275の4)であるが、事実責任追及されにくいのも実情であった⁶⁾。

したがって、株主代表訴訟は会社の取締役に対する責任追及請求権を株主が会社にかかわって会社のために株主が行使する制度である。

(1) 訴訟費用の改正

平成5年の商法改正では、株主権の拡充に関して改正がなされ、株主代表訴訟の提起が容易になった。まず、訴訟費用が損害賠償請求額に応じて決定されるのではなく一律手数料が8200円となった。この代表訴訟の訴訟費用については訴え額は請求金額によるものではなく、訴えは財産権の請求ではない請求とされた(商267条第4項)。また、民事訴訟費用法では、訴額のない場合95万円とみなされ、株主からの提訴が容易にできるようになった。

(2) 代表訴訟の原告となりうる株主

代表訴訟の適格原告となりうるのは、6ヵ月間株式の保有をした株主が取締役の責任を追及できる原告となる。

4) 「アメリカでの代表訴訟は、理事者、多数派の不正を糾弾し、経営者の倫理を維持するために株主が行使できる最も効果的な、あるいは、唯一の効果的手段として、高く評価されるに至っているのである」田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人の役割(1)」法学協会雑誌88巻5・6号(1971)p.565.

5) 「良い会社法が良いコーポレート・ガバナンスをもたらし、それが企業の競争力・国の経済力の強化をもたらすと信じられているわけである。」神田秀樹「会社法改正の国際的背景」商事1574号(2000)p.12.

6) 前田備、「会社法入門〔第9版〕」(有斐閣、2002)p.339.

この場合、取締役の違法行為を知り、その後違反行為を追及する目的で株主となり、代表訴訟の原告となったとしても、6ヵ月間株式を保有している以上は、原告適格になる。

本来、代表訴訟は取締役の会社に対する責任を追及することにあり、取締役が会社に対する任務を怠らなければ、責任が生じる恐れもなく、取締役は代表訴訟に対してそれほどの危惧もいらぬはずである⁷⁾。

ところが、1990年代経済破綻のバブル崩壊とともに、企業の肅正を求める株主代表訴訟が用いられることとなる。それは、従来年間でも少数であった訴訟件数が、平成5年の商法改正により訴額を95万円とみなし、手数料は一律8200円と改正されると、株主代表訴訟が提起され経営者の脅威となり、結果的に濫訴状態に陥ったことになる。これを防止するために、それぞれ方策がとられ、その解決策として取締役は提訴された場合の対抗要件として賠償保険制度を利用するまで追い込まれてきている。たしかに、一時的な救済、その場凌ぎの濫訴に対する救済手段として、賠償責任保険を利用することにより取締役の責任軽減が考えられてきたのであるが、本来取締役の会社に対する責任を追及するために会社に代わって株主が提訴することであるから、会社の機関、機構としてどう取り扱うかを議論しなければならない。ところが、制度の改正はしたものの、アメリカビジネス法を借り物的に適用し、改正後の影響力を考慮されないで改正適用することになった。そのため、現実的に訴訟提起が容易になると、企業の経営破綻状況と合致して、従来ほとんど代表訴訟そのものが提起されなかったものの、平成5年の改正と経済不況和音が一致してさらなる濫訴につながる事となったのである。

Ⅲ、アメリカ株主代表訴訟制度の現状と問題

わが国の株主代表訴訟の原点ともいわれるアメリカ代

表訴訟は、実は英米法体系を有するイギリス法においてすでに18世紀半ば、義務違反追及を代表訴訟と認めた判決に起因する⁸⁾。なお、わが国への企業法への影響力はすくなくならず、アメリカの企業規制哲学はわが国ビジネス行動に多くの影響を与えてきた。

また、一方わが国企業の動向もアメリカやイギリスの影響を受けながらも、日本型の経営判断、経営システムが構築されたようにみられる⁹⁾。いずれにしても、株主代表訴訟（昭和25年商法改正）、訴訟費用の一率化（平成5年代表訴訟の入り口を拡大し、訴訟しやすい状況の改正）等はわが国に与えた影響が大きいことは間違いないことである。

しかしながら、ここでわが国の企業はもう一方のEU（European Union）にも目をむけておかねばならない。なぜなら、1990年代EC（European Community）は市場統合を目指し、日本企業をヨーロッパ市場経済から締め出す方策としてEU（ヨーロッパ連合）を成立させることに動いているとまで、日本企業のヨーロッパ進出に危惧を与えてきた時期でもあった。すでに、EUは2004年5月には15カ国体制から25カ国体制に拡大化を目指しており、国際的企業ビジネス活動に適合できる企業を見いだす必要性にせまられている。これは、価値観やニーズの多様化が進む現代社会において、人々の機動的な活動あるいは地域に根差した着実な活動を通じてより適切に社会的ニーズに応えることが可能になるというのである。とくに、このような認識は英米において高いといわれる¹⁰⁾。

(1) アメリカでの株主代表訴訟

アメリカでの制度に関しては、最初イギリスの裁判制度¹¹⁾に頼った感があるものの、徐々にイギリスでは取締役の責任追及は株主総会の決議を通して原則として多数派株主の判断に委ねられていた。そのため、イギリスでは会社の内部経営に介入しない代表訴訟判決¹²⁾以降、利用される頻度が減少してしまったのである。

7) 近藤光男「取締役の損害賠償責任」(中央経済社、1996) pp. 114~115.

8) The Charitable Corporation v. Sutton. 2 Atk. 400. 26 England Rep. p. 642 (1742)。—公益法人理事の義務違反を代表訴訟として認めた判決—。

9) アメリカ法と異なり、会社に自ら提訴するかどうかの裁量権をみとめない。北沢正啓「会社法【第4版】」(青林書院、1994) p. 436.

10) Strategy Unit Report, Private Action, Public Benefit, A Review of Charities and the wider Not-For-Profit Sector, paragraph 3. 1 at 29 (September 2002).

アメリカ、ビジネス法体系にはアメリカ株主訴訟があり、これには①直接訴訟 (direct suit)、②派生訴訟 (derivative suit) の形態が存在する。この後者がわが国株主代表訴訟で用いられる派生訴訟である。

①直接訴訟は、株式所有者であることを前提として株主に帰属する請求権を行使できる。具体的には、株主が株式や株式所有権などに関する訴訟である。

例として、配当金の返還請求権や会社帳簿および記録等の閲覧請求権である。

②派生訴訟は、1名または複数の株主が会社に対して不正を是正するためまたは、不正防止のために提起する訴訟である¹³⁾。この派生訴訟は、日本の株主代表訴訟に該当し、代表訴訟という略語でよばれることが多い。

③集合代表訴訟 (class suit) は、1名若しくは複数の原告株主が、一種類または数種類の株主全員を代理してそれら種類株主の利益に対する権利侵害について提訴する。すなわち、特定種類の株主全員または全株主が、会社に対する権利侵害は構成しないが株主に対する権利侵害を構成する行為による損害を被った場合の訴訟である¹⁴⁾。

アメリカ株主訴訟関係に関して、株主が実質上の会社代表機関的地位に立つため代表訴訟と言われているが、会社の有する権利に基づく訴訟であるため、派生訴訟 (アメリカからの伝来であるので伝来訴訟とも言われる)、あるいは会社の機関に代わって訴訟を提起できることから代位訴訟として総称されることもある。

しかし、本来の目的性からして、アメリカ法にならって採用された制度であるから派生訴訟に基づく「株主代表訴訟」とする。すなわち、アメリカの裁判所においても、株主に会社を代表して派生的に取締役を訴えることを、すでに19世紀半ばより認めてきた¹⁵⁾。

(2) アメリカ代表訴訟制度抑制策

アメリカでは、永年に渡って代表訴訟は取締役の任務懈怠・違法行為に対する株主 (会社を含む) 救済手段として判例・制定法で許されてきた。それは、すくなくとも1960年代までは、判例上も株主の提起する代表訴訟に関して関心がもたれてきた。ところが、代表訴訟が濫用される1970年代になると会社にとって有害無益となる代表訴訟をいかに排除するかに注目されるほどの変貌がみられた。

それは、アメリカの一般的に訴訟好きな風土にもあるが、株主自ら代表訴訟を提起するだけでなく、弁護士が経営に問題がありそうな会社の取締役を見つけ、その後会社の株主に名目的原告となるよう仕立てあげ、集団訴訟を提起する。その際、勝訴した場合多額の報酬を受け取る成功報酬制が認められる。原告株主が勝訴した場合には、会社はその利益を得るのであり、弁護士報酬を支払う。原告株主には、この訴訟に応じたとしても直接的損害のあまりないことから、代表訴訟を提起する件数が増大したとみられる¹⁶⁾。

この代表訴訟要件に関して、如何に対抗するかとした対策が迅速にとられた。

①株式保有要件

これは、代表訴訟を提起する株主は取締役の怠慢・会社への損害のおそれありとみられた時点で、すでに株式を保有していることが要件である。

②株主は訴訟委員会への請求要件

株主は、代表訴訟を提起する以前に取締役会へ請求をする必要要件がある。また、会社に対しては違反者を訴えるように求めることが必要である。その際、訴訟委員会が (社外取締役からなる) 株主の訴えを提起できない

11) 取締役の責任追及は、株主総会の決議において多数派株主の決議に委ねられた。そのため、会社の内部経営に裁判所は介入しないため、代表訴訟はイギリスで利用されなくなった。この傾向は、英米法系ではないが、昭和25年から平成1年までの40年間提訴件数が1件未満にすぎなかった。沢野、高田、森編企業ビジネスと法的責任 (内海担当) 法律文化社、2000、p. 96。

12) Foss v. Harbottle. 2 Hare 461. 67 England Rep. p. 189 (1843年)。

13) 「派生訴訟か直接訴訟かをめぐって、多くの判例が検討を重ねてきた。」派生訴訟と直接訴訟との相違に関して、ロバート・W・ハミルトン、山本光太郎訳「アメリカ会社法」(木鐸社、2001) pp. 394~395。(Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*. West Nutshell Series).

14) ロバート・W・ハミルトン (山本訳)、前掲、p. 393。アメリカでの多重代表訴訟に関しては、浜田道代「代位訴訟」証券研究94巻p. 118。(1991)。

15) Robinson v. Smith. 3 Paige Ch. 222. 24 Am. Dec. 212 (N. Y. 1832) See D. A. DeMott, *Shareholder Derivative Actions: Law and Practices* §1: 03 (1992)。

16) 近藤、前掲、p. 117。龍田節、「会社法 [第8版]」(有斐閣、2001) pp. 139~140。竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』(有斐閣、1990) p. 221。

と判断したときは株主は訴訟をおこせなくなる政策が加えられてきた¹⁷⁾。

アメリカでの1980年代以降には、代表訴訟に関する議論、制裁、法制備等の対応がさまざま形成されてきている¹⁸⁾。

(3) アメリカでのビジネス法判例

アメリカにおいて、原告適格者であるためには取締役による違法行為時にはその会社の株主でなければ原告適格者とはなれない。すなわち、訴訟提起時、訴訟係属中および訴訟終了時においても、株主としての地位を有する継続株式保有要件が必要である。株主ないしは弁護士による代表訴訟報酬をみこんだ提訴の濫用を回避するための対策でもある。

しかしながら、例外的に認められた判決として、「S会社の株主XがS会社の取締役に対して株主代表訴訟を提起し、訴訟が開始された後、S会社が株式交換により他のH会社の完全子会社となったため、S会社の原告株主の地位を失った。

その場合、H会社の株主であり株式交換を生じる前に原告株主XがS会社の取締役を提起した株主代表訴訟の原告適格者となりうるか」の論争がされたのである。

判例

「原告Xが、取締役の違法行為時および訴え提起時ともにS社の株主であったこと、Xが自己の意思で訴訟係属中に株式を譲渡したわけではなく、株式の実質的所有(equitable owner)の関係は継続しており、また不可欠当事者としての親会社であるH会社が訴訟の当事者となっており、S会社もすでに被告としての当事者となっており、これらの理由によりXの原告適格は失わない」との判決がされた¹⁹⁾。

判例は、例外的判決のみならず時代時代に適合する株主と取締役の会社権限関係を探りながらも例えば、1940年代の担保提供義務に対抗した代表訴訟であり、1960年代には訴訟関係が増大したものの、代表訴訟を会社信頼性を保証する重要なメカニズムと認識していた。1970年代に至っては訴訟件数の増大化に危惧の念さえ抱き、訴訟による救済を制限しなければ裁判所への訴訟件数は増大化の一途を辿るとみられていた。1980年代に入り、訴訟による救済は株主の利益の実現に有効であるかの議論が検討された²⁰⁾。

すくなくならず、アメリカの判例をみるかぎりその時代を適確に反映してきており、裁判所の訴訟関係の増大化が一種の代表訴訟の問題提起を理論的に解明する方向へと導きだされてきたものであり、代表訴訟関係の実態の増加に驚異と株主救済手段として適切な救済といえるかどうかの疑問を投げ掛けた。これによってアメリカ代表訴訟の要件としての、訴訟増大化および濫用防止策が多方面からの理論的検討がされた。これは、代表訴訟制度がわが国に導入されたものの問題点に関する議論を検討されないまま、今日に至っており個々の代表訴訟の防止対策の検討課題に参考となる点が多く含まれている。

(4) アメリカ判例の濫用防止

アメリカ判例法による濫用防止策²¹⁾としての訴訟要件には、次に二点があげられる。

第一には、株式保有要件である。これは、株主が代表訴訟を提起する行為当時その会社の株主でなければならない。すなわち、問題提起する当時、または問題とする行為を知る以前から株式を所有している株主に限定される²²⁾。

第二は、株主はまず、代表訴訟を提起する前に、訴え

17) 西川郁生「アメリカビジネス法」(中央経済社、1993) pp. 217~218.

18) 森田章、「現代企業法入門【第2版】」(有斐閣、2001) p. 87.

19) Gaillard v. Natomas Co. (1985) 山田泰弘、「株主代表訴訟の法理」(新山社、2000) p. 278.

20) J. C. Coffee, Jr., *The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation*. 48 Law & Contemp. Probs. p. 5 (1985).

21) デラウェア州下級裁判例では、取締役会についてのストック・オプションの付与に関して争われた。事例、Mendel v. Carroll. 651 A. 2d. 297 (Del. Ch. 1994).

22) 多くの州会社法は、アメリカ法律家協会(American Bar Association ABA)が作成した模範事業会社法(Model Business Corporation Act)に依拠して制定されているため、アメリカ会社業務執行体制には共通する特徴がみられる。それは、各州の会社法において、取締役会(board of directors)が会社の業務執行に関する一般的権限を有する旨を規定しているということである。これは、会社経営権が、州または州制定法により、直接的に取締役会に付与されていて、株主に由来するものではないからであって、取締役会こそ業務執行に関する最高かつ固有の機関なのである。坂巻俊雄監修、藤原祥二・藤原俊雄編「商法大改正とコーポレート・ガバナンスの再構築」(第2章石山担当)、(法律文化社、2003) p. 29.

提起を取締役に請求する要件がある²³⁾。

取締役会または選任をうけた訴訟委員会²⁴⁾は、その裁量権で代表訴訟は、会社の最善の利益に反する判断をすることができる。これによって、代表訴訟を終了することになる。

以上の2つの要件は、株主代表訴訟の濫用を阻止する方策として有効的にとられている。さらに、企業内部すなわち社外取締役の救済方法として4点を指摘するものである。

まず、第一には、経営判断の法則 (Business Judgment Rule) があり、取締役が会社に対し忠実義務と誠実義務からなる信託義務 (fiduciary duty) であり、忠実義務が問題視されるのは、取締役が会社との関係で利害が生じた場合である。また、業務遂行の面では合理的な注意と慎重性 (reasonable care and prudence) の義務の慎重人準則 (prudent person rule) を求められる。したがって、慎重人準則に従った結果として、会社に多額の損失を生じたとしても純粹の判断誤りとして取締役は会社に対する責任を負わないとするものである²⁵⁾。

第二は、補償制度であるが、これは取締役が負担する損害賠償額や訴訟費用を会社が一定範囲を負担する制度である。

第三は、取締役責任保険は、会社が補償できない部分を保険会社と会社が契約において取締役の訴訟費用や損害賠償額を保険で補填しようとするものである。

第四は、各州法で会社が定款に取締役の責任を免除または制限を認める規定が存する。

これらは、取締役を濫用訴訟から救済策として設けられたものである。しかし、これらの責任救済策においても、取締役の忠実義務違反に起因するものである場合は適用されず、取締役の注意義務違反の人的債務が生じる。これは、取締役が経営判断を間違えた場合にその過失責任を代表訴訟により追及されることが訴訟濫用に結果的

につながることから、取締役が過失責任がある場合の責任だけをその責任対象としている。

〈経営判断原則の判例〉—判例の変遷—

合衆国最高裁判所およびニューヨーク州控訴裁判所の初期の判例では、経営判断ルールを無批判に適用してきたが、デラウェア州最高裁判所 Zapata 判決以来転機を示すものとなった²⁶⁾。

この控訴審では、訴訟委員会の判断が経営判断原則の適用を受けるために必要な要件の証明がされていないとして原審破棄差戻しとなった事例である。

判決要旨

「経営判断原則が適用されれば裁判所による審査に服さないこととなった。裁判所が審査するのは、委員会を構成する取締役の中立性と独立性であり、委員会で作された調査手続が適正で十分なものであったかどうかを審査する。本件では委員会の構成員は取締役の過半数には満たないものであるが、いずれも被告とされた取締役ではないので、訴訟終了判断には、裁判所による審査が必要とされることは生じてない」。判決は破棄差戻。1979年 Auerbach v. Bennett 判決²⁷⁾は、代表訴訟の提訴について経営判断原則によるとして、裁判所の審査が及ばないとした判決である。

この Auerbach v. Bennett 判決に対して、会社による取り下げ判断には二段階のテストが適用され、裁判所による独自の審査の対象とならした判決がデラウェア州の Zapata Corp. v. Maldonado 判決である²⁸⁾。

「デラウェア州最高裁判所は、取締役に対して請求が免除されている事案では、経営判断ルールを適用する前に、裁判所は単に独立訴訟委員会の独立性および誠実さを考慮するだけでなく、一歩進んで訴訟を終了させるべきかについて裁判所の独自性の経営判断を行使すべきであるとした。」

その後の同デラウェア州最高裁判所では、Aronson v.

23) H. G. Henn and J. R. Alexander. *Laws of Corporations* § 365, p. 1068 (3rd ed. 1983).

24) 取締役会内の委員会には、監査委員会 (audit committee) (社外取締役からなり、ニューヨーク市場上場会社では設置が義務付けられている) や指名委員会 (nomination committee) (取締役の指名を行う)、報酬委員会 (compensation committee) (オフィサー等の報酬を定める)、株主訴訟委員会 (shareholder litigation committee) (社外取締役からなり、株主代表訴訟を認めるか判断する) 等がある。西川、前掲書、p. 211.

25) 代表的判決として、Zapata Corp. v. Maldonado. 430A. 2d p. 779 (Del. Sup. 1981). —デラウェア州の判決—.

26) Auerbach v. Bennett. 64 App. Div. 2d 98. 408 N. Y. S. 2d 83 (1978).

27) Auerbach v. Bennett. 47 N. Y. 2d 619; 393 N. E. 2d 994. 419 N. Y. S. 2d 920 (1979).

28) Zapata Corp. v. Maldonado. 430 A. 2d. 779. 22 A. L. R. 4th 1190 (Del. 1981).

Lewis 判決²⁹⁾ 経営判断基準が適用されるのは請求免除 (demand excused) の場合だけで提訴請求が必要になる (demand required) 場合は純粋な経営判断のルールが適用されるとしたのである。したがって、デラウェア州では「請求免除」であるか「提訴請求が必要」となるかによって、経営判断ルールの適用範囲が決定される。この基準については、開示 (discovery) されていない手続き段階での判断が必要とされ、判断に関する批判がされてきたため、デラウェア州の裁判所では請求要件が課されない場合には開示される前に詳細な事実 (particularized facts) の主張を要求する³⁰⁾。

このデラウェア州の判断は、他の司法管轄区域との判断とは異なる独自の司法判断をとっている。独自の判断基準ではあるが、取締役会への提訴請求が免除され、株主は直接提訴することができる「提訴請求免除」か「請求必要」かの基準に関する判決について、株主であるルイス (Lewis) 氏の主張は、被告である取締役の行為が経営判断原則により保護されないことを合理的に推測させるために「事前請求は免除される」と判断され、取締役による訴訟却下の申し立てを退けたことを不服として取締役が上告した。

Aronson v. Lewis 判決 破棄差戻

「判決要旨」

- ①提訴請求の問題は経営判断原則の適用可能性と対応している。デラウェア州において経営判断原則は州会社法 141条 a 項の規定に基づき認められ、すでに1981年 Zapata 事件として、代表訴訟の範囲での経営判断原則機能の重要性が指摘された。
- ②経営判断原則の適用には、まず第一に経営判断原則による保護は利害関係を有しない取締役により主張できる³¹⁾。すなわち、取締役の利益が存在したその取引が利害関

係の過半数の取締役の承認を得ていない場合には、提訴請求を判断する上で、経営判断の適用はない。第二には、判断以前に合理的に利用可能な重要情報を得る義務を負う。この情報取得には、注意義務が要求されデラウェア州における判例では、取締役が注意義務を怠った場合の責任は重過失に基づくものとされる。

③取締役の権限を制限した Zapata 判例以降、提訴請求を行わない代表訴訟多くなり、提訴請求免除基準の判断に問題視された。当初の判断は、取締役の経営判断の影響力があり、会社を代表して適格な判断をされないために、提訴請求されないとしていた。そこで、提訴請求を全て無効とするならば、提訴請求そのものの目的や請求制度そのものが失われることになる。

(4) アメリカ法律協会諸原理³²⁾

アメリカの判例法理として発展してきたのが、経営判断原則である。わが国への影響を強く与えてきたアメリカ法律協会は、諸州の会社法関連の判例と法規定の体系化を目指し、「コーポレート・ガバナンスの諸原理：分析、勧告」³³⁾を表した。A L I (American Law Institute) 諸原理4.01条 a 項では、取締役の一般的注意義務を次のように規定する。

「取締役または役員は、会社に対し誠実に (in good faith)、会社の最善の利益に合致すると合理的に信じるしかたで、かつ通常の慎重な者が、同様に類似の状況のもとで尽くすことを合理的に期待される注意をもって、取締役または役員の職務を遂行する義務を負う」と規定する。

さらに、4.01条 c 項では経営判断原則を定義、誠実に経営上の判断を行った取締役または役員は、①経営判断事項に対して利害関係を有さず、②経営判断事項につい

29) Aronson v. Lewis. 473 A. 2d 805 (Del. 1984).

30) ロバート・W・ハミルトン (山本訳)、前掲、p. 310.

31) Del., Gen. Corp. Law § 144 (a) (1988). 一利害関係がないのは取締役が取引の当事者ではなく、取引から何ら個人的な利益を得ない取締役を意味する一。

32) 原理の概要に関しては、M. A. Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*. 48 Bus. Law. 1276 (1993); M. A. アイゼンバーグ (前田雅弘訳) 「コーポレート・ガバナンスの原理」概説上・中・下商事法務1368号p. 6、1369号 p. 23、1370号 p. 30 (1994).

33) American Law Institute (ALI), *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1992).

アメリカにおける民法および商法の分野では、各州が法規定を制定し、判例法が重要な役割にある。各州の判例については、A L I がその内容を分析し、体系化が試みられ「代理」「不法行為」等の分野でリステートメント (Restatement) が公表された。「原理」規定に関しては、証券取引法研究会国際部会訳編・コーポレート・ガバナンス—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」の研究 (日本証券経済研究所、1994)。

ては、取締役または役員が、状況からみて適切であるとの合理性をもって (reasonably) 信じる程度に情報を取得し、③経営判断が会社の最大の利益であると相当性をもって信じた (rationally believe) 場合に条文に規定された義務を果たしているとする規定である³⁴⁾。

IV、会社法改正にみるわが国代表訴訟

代表訴訟変革は、平成5年の株主代表訴訟の訴訟費用改正によるものであり、企業を取り巻く経営者、取締役あるいは監査役会にまでその影響力は計りしれないものとなって、訴訟件数は昭和25年(1950年)にアメリカ法からの導入以来40年間で平均4年に1件程度の提起しかなかった。ところが、平成5年改正以降は、1年で39件と増加し続け、その傾向が平成6年末の高等裁判所、地方裁判所の係属件数は145件、平成7年末には174件とその勢いがとどまらない状況であった³⁵⁾。

そのため、①濫訴防止策、②取締役の責任免除、③訴訟件数増加に伴う賠償金額の増大化³⁶⁾その対策として会社が役員のために賠償保険(D&O保険)の方法が考えられ、実施されてきた。

しかし、その後バブル経済の崩壊後の不況の中、取締役が巨額の賠償責任を負担するおそれがあることから業務執行を萎縮させている³⁷⁾との批判が高まり、平成13年12月改正では、議員立法³⁸⁾による改正がされた。これは、監査役強化と引き換えに取締役の責任制限と株主代表訴訟の手続的整備—裁判上の和解や会社の被告取締役側への補助参加等—がされたのである。

(1) 平成13年改正後の問題

問題点①濫訴防止に関しては、わが国がアメリカ法を導入し、しかも提訴件数はごくわずかな件数にすぎないとして、また平成5年に訴訟しやすく訴訟費用を95万円とみなし、その手数料は一律8200円と改正した時点でも、濫訴防止策を議論しないまま改正に踏みきったこと事態に問題がある。

無論その後の対応は、提訴件数増大化に伴い実状をくいとめることに奔走している向きがないでもない。

②平成13年改正では、会社に対する責任の1部免除制度が導入された。これは、③との関わりが大きいのであり、規制緩和が進むなか、確立が急がれる企業ビジネスの責任制度の在り方の問題でもある。すなわち、取締役の責任の1部免除は、本来経営者としてまた取締役・代表取締役としてその職務に忠実であれば株主による代表訴訟も何ら問題ではないはずである。

ところが、経済の不況とともにその責任を追及される代表訴訟が規制緩和と共に、監視役である監査役に任せられないで、株主による監視役ともとれる代表訴訟におおくの目が向けられ、これに対抗する手段として取締役は「役員受難の時代」がわが国にも到来してきたのである。

③そのため、アメリカでも採用されてきた役員賠償保険による取締役責任の一部免除がとられてきた。しかし、これもまたアメリカで採用されている取締役の責任救済手段の一つとして導入されてきたにすぎない³⁹⁾。

(2) 平成14年改正にみる問題点

第2点の問題は、平成14年会社法改正において委員会等設置会社の選択制を導入されたことによる企業組織の在り方に関して、委員会設置会社の社外取締役就任緊急

34) A L I の定式化では、4.01条c項とは別に、6.02条や7.05条の基準を設けて処理している。

35) 平成10年末、代表訴訟提起件数が240件に達した後、ほぼ200件強で落ち着きを見せている。—小林秀之(共)、[新版]「株主代表訴訟体系」(弘文堂、2002) p.(i). 奥島孝康編、コーポレートガバナンス、(社)金融財政事情研究会、平成8年(1996)p.127。(平成5年改正後、平成6年のデータは145件の代表訴訟が裁判所に係属している)。

36) 大阪地裁平成12年9月20日判決「銀行の海外支店における従業員の不正な証券取引と取締役の責任—大和銀行株主代表訴訟事件第1審判決—」判例時報1721号p.3.

37) 江頭憲治郎、「株式会社・有限会社法」[第2版](有斐閣、2002) p.356.

38) 平成13年改正法149号、(議員立法)。

39) アメリカビジネス行動における判例に関する問題をどのように救済するかという観点から、アメリカの役員賠償保険が成立している。これを、わが国では、判例上の問題として、取締役責任の問題が議論の対象とされないまま、単に多額の損害賠償責任を免れる手段の一つとして、すなわちわが国の法の実態が議論されないままに防止策ないしは一部取締役責任免除が必要であるかどうかの判断ではなく、わが国の判例上の問題として役員賠償保険が導入されたにすぎない。

提言がされたことによる。

1999年3月日本コーポレート・ガバナンス委員会における社外取締役就任に関する提言では、国立大学教授の社外取締役就任をめぐる問題について、

「国立大学教授の社外取締役兼務の問題は、ソニーが、一橋大中谷教授を6月末の定時総会を経て社外取締役に迎えると発表したことに対し、人事院が公務員法で禁じられているとの考えを表明した。

提言は、企業において進められている執行役員制度導入や業績対応型報酬制度の導入以上に重要な課題として、『代表取締役や執行役員の行動を監視し助言する社外取締役の存在』があると指摘している⁴⁰⁾。

しかも、今年の定時株主総会で委員会設置会社の導入を決定した企業は、55社である⁴¹⁾。当然ながら、社外取締役の役割は、従来の取締役のような名目的や名誉職的なものではなく、企業ビジネスの円滑経営の監視役であり、企業のマンネリ化に外部からの風を通す重要な役割を担うことになる。つまりは、社外取締役の活用が企業のグローバルビジネスへの突破口として期待できるものである⁴²⁾。

しかしながら、社外取締役の導入に関してその適用効果についてあまり期待しない、ないしは期待できないとする調査結果⁴³⁾があるが、限定された大会社の社外取締役への期待やその役割はすくなくならず、企業の活性化、グローバル化につながるものと期待できる。

社外取締役は、平成13年12月に改正された社外監査役要件にならって定義されている（商188条2項7号ノ2）。平成15年4月改正の会社法においても選択制の委員会等設置会社を導入したことから、社外取締役の役割は注目

されてきた。社外取締役は、①現に会社の業務を執行しない取締役で、②過去にその会社または子会社の業務を執行する取締役、執行役または使用人であったことがなかったものであり、③現に子会社の業務を執行する取締役もしくは執行役、または、④会社もしくは子会社の使用人でないものである。また、商法特例法21条の8第4項は、委員の過半数は社外取締役であって委員会等設置会社の執行役でないものでなければならないとしている。

社外取締役が、経営者に対する監督、監視役の意味合いが強い役割を担うものであるならば、①社外取締役は、取締役や執行役とは独立性の要件を加味する必要性が強調されなければならない。とくに、親会社と子会社における代表執行役や社外取締役の要件が混在しており、実質的独立性を有する社外取締役を逸早く選考する必要がある。委員会等設置会社を選択する企業にとって、実質的独立性に強い疑問を持たれるような人選は、社外取締役から除外すべきものである⁴⁴⁾。②立法論として、社外取締役の非常勤性による独立性と実質的独立性の取締役との間では、監督権限の違いはもとより、非常勤であれば社外取締役の名称は使用できても実質的には企業に対し率直な考えを述べられる、なおそれに耳を傾ける企業資質との調整可能な企業でなければならない⁴⁵⁾。

たとえ、委員会等設置会社の選択をした企業といえども、調整が十分ではないにしても、社外取締役への期待感は、効果的とみることができる。それは、「社外の目ないし社外の風を社内に入れるということがある。同質性の強い取締役会の中に、社外の目ないし社外の風を入れることは重要である」⁴⁶⁾。

これら、社外取締役の監視役としての役割を担える独

40) 日本コーポレート・ガバナンス委員会社外取締役に關し緊急提言、商事法務1524号（1999、4、25）p.44.

41) オリックス、日立製作所、ソニーさらに東芝などが委員会等設置会社へ移行するため、平成15年6月の総会に、その旨の定款変更議案を提出している商事法務1666号（2003、6、25）p.9.その後、「平成14年改正商法で導入された新しい経営管理機構である『委員会等設置会社』にどれだけの会社が移行するか注目されているが、今年4月1日の改正施行後、55社が採用している。」商事法務1669号（2003、7、25）pp.33～39参照。

42) 「委員会等設置会社に移行することを決断したらず2名以上の社外取締役を確保する必要がある。」土橋、ジュリストNo1206（2001、8、1～15）p.73、「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」神田・久保利・宮廻、商事法務1617号、（2002、1、5）pp.22～23.

43) Romano, What Went Wrong With Directors' and Officers' Liability Insurance, 14 Del. J. Corp. L. 1. 7(1989).

44) 実質独立性に疑いを持たれる、例えば社長の配偶者、同居の親子等は経済的理由がたとえあろうとも独立性を疑われるところからすれば、社外取締役として不適格者であり、厳格な適用性を有する。

45) 非常勤の社外取締役に過度の期待をすることはできない。とりわけ、現在の社外取締役の報酬はおおよそ上場会社で300万円から500万円ぐらいではないかと推測される。あまりに高額な報酬を受け取る社外取締役の独立性には疑問が生ずる。ほどほどの報酬であることを前提に検討する必要がある（森本滋、委員会等設置会社制度の理念と機能 [中]—監査委員会と監査役制度の比較を中心に—商事法務1667号、(注)p.27.

46) 森本、前掲、pp.23～24.

立した立場を構築することが、企業の発展、グローバルビジネスへの序章となるポイントでもある。根拠として、株主代表訴訟は、経営者に違法な行為をとらせないための1つの意味のある手段であるに違いない。しかし、それは唯一の手段でもなければいつでも最適な手段となるものでもない。ただし、代表訴訟の濫用防止策を考えるにはむしろ、問題点に対するあるいは問題になる危険性があると認められるがゆえに代表訴訟を考えるのであり、結果的に訴訟の濫用がみられるのであり、前の段階そなわちコーポレート・ガバナンスにおける経営者に対する監視、監督体制の確立を問題としなければならない⁴⁷⁾。そのためにも、企業内組織の風通りのよい環境づくりに社外取締役の役割は存在意義がある⁴⁸⁾。

V、むすびに

株主代表訴訟は、制度改正沿革から、今日の商法改正の選択制の導入に至る委員会等設置会社への影響をどう対処するか課題についてアメリカビジネス法の判決等を引用し、わが国代表訴訟は英米法の影響を受けつつ独自の代表訴訟を見いだす過程におかれていることを指摘したのである。

とくに、今日の商法改正にみる変わり身の早さに関してどれほどの想定のもとに改正がなされてきたかの課題については、改正された後の後始末をどうするかによって立法そのものの問題を捉えられる⁴⁹⁾。

平成14年改正、15年4月施行の商法改正は、従来の改正のように企業不祥事を受けて、企業健全性を確保するための改革であった。今回の改革は、(1)経営の効率化を追及することによる国際競争力を回復・強化する。(2)大会社およびみなし大会社の経営管理機構の抜本的な改革、

すなわち経営管理機構構築の自由裁量権を認め(選択制度の導入)効率的経営を促すために委員会等設置会社制度の導入が新設されたのである。

株主代表訴訟の変革期は、平成5年の訴訟費用の一律簡素化であるが、アメリカ法の大なる影響を受け、改革をすすめてきているのであるが、ある面代表訴訟の濫訴による取締役賠償責任の多額増大化に対して、アメリカの損害賠償保険の導入等、充分な濫訴に対する対応策を考慮されないまま適用するなどの問題が残されたのである⁵⁰⁾。

株主代表訴訟が、平成5年に改正された当時から予期しない状況のもと株主からの提訴の増大により、それに伴う判決がなされた。しかしながら、平成11年の株式交換・株式移転制度新設を新設当時、審議の段階では問題にされたが立法化は見送られたのである。現実には、株式交換や株式移転にともない株主から問題視された取締役の責任に関して、当事者不適格として代表訴訟を却下する判例がある。事実、立法化されない場合に株主(会社)は活動を継続しそれをどこで判断されるかを期待するのは裁判所で判断を明確化することに期待する⁵¹⁾ことになるが、裁判所での判決には却下判決がみられる。したがって、企業の内部機構改革に向けて社外取締役の役割がたとえ外の風を吹き込むないしは、会社機構の風通しをよくする程度であろうとも、新鮮な風を入れることの期待度はすくなくないと考える。それゆえ、社外取締役の任用、適切な任務形態による新風への耳の傾け方が、大会社およびみなし大会社がグローバル・ビジネスへの展開を勝ち取るための風が社外取締役の役割であると考察したものである。

47) 「アメリカやイギリスにおいても、取締役会の機能化のため、社外取締役ないし経営と利害関係のない独立取締役概念の再構築がされている。」 畠田公明、コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度、(法律文化社、2002) p. 120以下参照。

48) 近藤、前掲、p. 134。

49) 浜田道代「IV 役員義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1671号、p. 44。「会社立法が現在のように激しく動いている時代には、法の解釈も、過去に制定された条文を字義どおりに解するだけでは間に合わない。会社の本質法の趣旨を見据えながら、現時点で体系的整合的な法解釈を刻々再構築し続けたい限り、『不公正な事態は裁判に訴えれば是正される』という国民の期待と信頼に応えられない。」との会社法改正後の会社法の在り方についての指摘をされている。

50) 株主代表訴訟の状況に関して、会社法制の現代化要綱試案の中にも「株主代表訴訟見直し」が盛り込まれており、株主代表訴訟への関心は高まるがあっても低下していない。商事法務1684号(2003、12、25) pp. 39~40参照。

51) 「株主代表訴訟は、本来、会社の中の中立的な機関が積極的に訴訟活動を行うことが望ましいが、制度的にその状態が完備していない現状では、裁判所による適切な後見的監督に期待するほかない。」江頭、前掲、p. 357。