

会社訴訟におけるコーポレート・ガバナンスと訴訟参加

——アメリカにおける訴訟委員会を巡る判例を通して見た——

石田 宣孝

目次

- I はじめに——会社訴訟の系譜と利害関係人
- II わが国の株主代表訴訟及び取締役解任の訴の会社訴訟における位置付け
- III 会社法規制からみたアメリカにおける派生訴訟及び取締役解任の訴
- IV 補助参加の議論を助長するアメリカにおける訴訟委員会を巡る判例の動向
- V むすびにかえて

I はじめに——会社訴訟の系譜と利害関係人

中部電力の株主が、同社の取締役等による三重県度会郡南島町の古和漁業協同組合に対する二億円の支出により、同社に損害を与えたとして提起した株主代表訴訟において、同社が被告側に補助参加する申出を行った件で、名古屋地方裁判所は、平成八年三月二十九日、「本案判決の主文で示される訴訟物についての判断との関係において、補助参加申出人と被参加人が利害を共通にする場合に限られる」との理由で之に、却下の決定を行った。⁽¹⁾

(1) 昭和二五年、わが国の商法改正に伴い、設置された代表訴訟（商法二六七条以下、以下商法を省略する）及び、会社の利益と共に少数株主の利益を保護するために置かれた少数株主権の規定群（例えば、二五七条三項の取締役解任の訴）は、会社組織内の利害に関する法規制を変容させた。これらの規定が株主総会（以下総会という）の機能（権限）の縮小（もっぱら会社の意思決定を行う）と、相対する形で導入された取締役会（以下役会という）制度の機能（執行機関）の健全化（権限の増大に伴う濫用を是正する）を計るために設置されたものの商法における位置づけなどは、すでに風化されて久しい。もともと、代表訴訟制度そのものが発展途上のものであって、当事者適格は、二六七条二項が『会社の為に訴を提起』と原告適格を明定するが、被告について規定を欠く。原告についても、代表という言葉にこだわれば、株主は他の株主の利益を代表する主体としての資格を有するのかという問題にも突き当たる。会社（委託者）と取締役（受託者）は委任関係（二五四条三項）に立つという、わが国の法人の理解は、委託者を会社で止め、会社に資本を拠出した株主を想定しないが、英米においてはいわゆる社団という概念に囚われず、直接委託者を株主、すなわち取締役は株主の受託者として忠実義務を負うという考え方も成立つ。ただこの場合、株主間の利害は、特定の株主を通じて総会への働き掛け（デマンド）を前提とする（二六七条二項及び二五七条三項）から、他の株主を代表して訴を提起する要件を満たさなくてもよいが、訴権の行使は会社の利益のために行うものであるという枠を越えられない。会社争訟における利害を明確に見極めることは、訴訟当事者が固定する場合でもなかなか困難であるが、株主は株式を手放す自由もち、合併も会社の行動の一つであるから、何時までも争訟のなかで同じ利益を有するわけではなく、これらを総て法の上に規範化することは極めて難しい作業であると理解することが肝要である。

代表訴訟は、その後さらに改正された平成五年の規定の下でも、これらの利害、なかならず会社と被告（取締役）の利害の見極めにつき、当然のことながら規定を欠く。後述（Ⅲ、Ⅳ参照）の各章はそれらの困難性を示したもので、たとえば馴合は原告と被告間だけでなく、被告と会社間においても生ずる可能性をもち、このような危惧はアメリカでも同様である。取締役が株主でなければならない要求が解消（二五四条二項）されない前の、商法においては、取締役と株主の利害は、総会を通じて見極められ、ために利害の衝突した場合の解消はもっぱら総会の決議を巡る紛争となつて、現れていた。勿論その争訟によってコーポレート・ガバナンスが正されることがないとはいえないが、その機能は消極的なものであろう。だから、そのコントロールの方法として置かれた総会での解任決議に関する規定（二五七条二項）も、大株主が少数の株式を有する株主の利益を害することを予防するという形で、その発動を限定的に、商法典に位置付けるに過ぎなかった。

その意味で、昭和二五年の改正における、取締役解任の訴（二五七条三項）は、株主に積極的にコーポレート・ガバナンスを確立させる方法として与えられた監視権と理解できる。総会をコントロールする力をもつものは支配株主であり、そこで選任される取締役は、規定はあるが、そこで解任されることはコントロールが続く限り、不可能である。わが国で会社内で、代表取締役が解任される希有な事件があったが、それは代表取締役の地位の役会での解任であつて（二六一条一項）、総会における取締役解任の訴の結果によるものではない。⁽²⁾

また既に置かれていた、その他の少数株主権である、総会の招集（旧法一六〇条一項、現行法三七条）、取締役に対する訴の提起⁽³⁾、検査役選任の請求（旧法一九八条一項、現行法二九四条）、清算人解任の請求（旧法二二八条一項、現行法四二六条）等の規定も決して積極的に発起人や取締役や監査役の会社に対する責任を、会社が訴訟によって追及するものという認識は希薄で、その意味で、前述の代表訴訟、取締役解任の訴の規定は、会社という組織の中に、かなり大きな改革をもたらすべく組み込まれた、強行法規として位置付けられたものと理解しなければならない。

この新設された取締役解任の訴を巡る会社訴訟の議論には、この訴の性質から、解任の効果を他人間にも及ぼす必要上、被告は会社であるとする学説⁽⁴⁾、当該取締役を被告とする学説及び会社と被告を共同被告とする学説との対立を見る。裁判所は、少数株主が会社に代わって解任権を行使することは困難であるから、その当事者から会社を除外すべき理由はないとする⁽⁷⁾からいわゆる共同被告説に立つ。この議論は、その会社訴訟の性格から同時に、代表訴訟での、会社の被告への補助参加にインセンティブを与えることが考えられるが、ここではこれ以上立ち入らない。

しかし法制度としてなお発展段階にあるアメリカの派生訴訟の制度とわが国の法制との間に訴訟手続上の相違が指摘されることは余りない。例えば、アメリカにおいて派生訴訟の被告について、違法行為を行った当該取締役だけでなく、会社を共同被告に加えるのは、わが国における会社訴訟のような対世効（二四七条三項のごとき）が認められず、会社が判決の効力を受けその効果の帰属（損害賠償）を受けるための名目上のものである⁽⁹⁾、のがその理由であるとすれば、会社の被告側への訴訟参加は実体法上の要請に基づくものではなく、訴訟技術の問題に過ぎない⁽¹⁰⁾。

これとは反対に、原告株主と被告会社の馴合を危惧し、他の株主が会社側に立って訴訟参加することの必要性を指摘し、「会社が不当にも抗弁をなさないときは、会社の不作為およびこれにより公正な判決が不可能となることを理由として」訴訟参加を意義あるものとする解釈をとるものもアメリカでは現れているから、会社というよりその機関が、当該訴訟をいずれの側に立ち、これに参加するかを裁判所が見極めることは、それほど簡単ではない。わが国の会社においては、かかる判断を機関には期待していないから、裁判所が当然その役割を果たさなければならぬことになる。アメリカにおける派生訴訟を規定する法典の中に、被告を誰とするか（被告適格）という規定が、わが国と同様に（総会決議の瑕疵を争う訴訟の被告が、その機関としての意思の瑕疵を争われるわけであるから、会社であると理解されるが、これについても誰を被告とするかについて）ないのは、ちょうど取締役解任の訴の被告を誰とする

かに関する条文がなく、法解釈として会社、当該取締役およびその双方を被告とする学説の対立を生むわが国の現象と類似する⁽¹²⁾。ただ近時アメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンスがこの当事者適格につき、かなり詳細な基準を示していることは注目に値する。これに付いては、IVで基準を示すこととする。なお、モデル法（昭和六二年刊）、カリフォルニア法（平成二年刊）、デラウェア法（新版平成六年刊）、ニューヨーク法（昭和四四年刊）に付いては商事法務研究会の翻訳を、コーポレート・ガバナンス（平成六年刊）については、日本証券経済研究所の翻訳を引用させて戴いた。

コーポレート・ガバナンスの原理（以下原理という）は、アメリカ法律協会（以下ALIという）が長年にわたって、成文化してこなかった会社の機関の指揮・管理の原則を、法典に纏めるものであった。法典化の中心人物が、アイゼン・バーグ教授⁽¹⁴⁾であり、コーポレート・ガバナンスの法典化事業の説明に来日された。その中でも、この派生訴訟に関する部分について明白な説明は省略されたという⁽¹⁵⁾。この編は最終の第一〇試案まで検討を加えられた部分でもある⁽¹⁶⁾。この分野はわが国においても実体・手続両法域に跨がる部分であり、両者の研究者及びその両規範を適用する裁判所サイドの研究者、さらに近時では会社弁護士からの判断がこれに加わり、各者の立場で論理が展開され、法曹一元をとるアメリカ的な広がりをもってきた。何れの論理を優先させるかが、競われのではなく各者の論議の調和を保つ会社内争訟、同時にそれはコーポレート・ガバナンスの確認にも通ずるルールを考えねばならないところであった。

(2) 長いわが国の商法の歴史から見ても、未発達とはいえ、実体法たる商法の規定の中に手続法理が全く配慮されていなかったわけではない。ロエスレル商法草案や旧商法の中には手続法理が明確に展開されている。例えば、前者について頭取及び取締役に対する訴訟二七九条⁽¹⁷⁾には、総会が原告適格者を選ぶことを規定するが、その解釈として

「通例株式会社の訴訟は頭取より起すべき者とす。然れども若し株主より頭取を訴るときは其訴訟代理を他人に委ねざるを得ざれば取締役又は別に人選する事を要す。其人は名望ある者を選ざる可からず。其取締役を訴るときは又代理人を選定すべし。何となれば此場合に於いては頭取を以て代理人と為すは不適当〔利害競合するから〕なればなり（独法一九四条）」との理解が散見され、誰が原告として適格であるかを模索する。また二一八〇条は、⁽¹⁸⁾「会社資本の二〇分の一以上に当たる株主は代理者を選挙して頭取又は取締役に係る訴訟に対し之をして原告又は被告たるの職分を代理せしむる事を得べし、但し之がために各株主自己の名義を以て弁護の為又は間告人〔訴訟へ参加する人〕訴訟に与かることを得とある」として出廷する事を得べき権利を妨げらるることなし。」前条が原告適格者を総会で選ぶ方法について規定したものであるのと異なり、本条は、頭取のいうことに従わず一定の株数を保有する者が独自に株主訴訟を提起することを認めたもの。前条のような訴訟委任の手続を省き、株主が自らが選任した代理人を通して自己の権利を行使することを認めている。このように、当事者適格、訴訟参加の検討がなされている。⁽¹⁹⁾

また旧商法（会社編は明治二三年施行された）の解釈においても、二二九条の『会社資本の少なくとも二〇分の一に当たる株主は又特に選定したる代人を以て取締役又は監査役に対して訴訟を為すことを得。但し各株主の権利を保護する権を妨げず』と草案二八〇条に類似する規定に付き、長谷川喬は五六六頁で「本条は此の如く訴訟手続の例外を設けしに過ぎざれば、株主が自己の名義を以て訴訟を為すの権利は固より之のあるものにして、決して之が制限を為したるに非ざるなり。故に但書を以て其意を示し各株主が自己の名を用いて訴訟を起こす事を得るは言を待たずと為せり。然らば則ち其株金額にして資本金の二〇分の一に当たらざるときと雖尚ほ此出訴の権あり。唯此場合に於ては普通の手続に依り自己の名義を以て出訴せざる可からず。而其株主の数人なるときは共同訴訟人として出訴するを得可きものとす。又各株主が他の株主の為す訴訟に参加人と為りて其権利を保護するの権も又た之を失うに非らざるは

固より論を待たず。唯だ普通の手続に因りて参加するを要するのみ。本条の規定たるや仏国一八六七年の法律第一七条に基づきしものなり。蓋し仏国が該条を設けしは其訴訟法中に共同訴訟の規定なく且つ国王の外、何人も代人を以て訴訟を為す事を得ずとの原則に依れる規則あるが故、其例外を特に設けたるものなり。而其理由とする所は若し訴訟を為す各株主が各自に訴状を作らざる可からずとせば、随て入費を要し且つ手続を煩わすの恐れありと雖、訴訟人共同して一個の訴状に署名するに於ては其の入費を減じ手数を省く事僅少ならざる可しと云うに在り。然るに我民事訴訟法に於いては既に共同訴訟人に関する規則あるを以て、此の如き規定を要せざるにも拘わらず本条は更に一步を進めて其数株主を一団と為しあたかも法人の如く看做して各自の名義を出さず、只だ代人の名義にて訴訟を為す事を得るものとせり。故に本条に因りて得べき便益は仏国に於ける該一七条の如く至大なるものに非ざるなり。是れ必要なる論点に非ずと雖或は本条立法上の旨趣を明かにせざるよりして往々本上を誤解する者あらん事を慮り敢えて茲に之を一言す。」旧商法がフランス民事訴訟法に欠缺する、訴訟手続で会社訴訟における当事者適格を考え、加えて素朴な意味でその訴訟への参加〔間告人Ⅱ参加人 *intervenant*〕を思考し団体内紛におけるコーポレート・ガバナンスを計っていたことは興味あることである。

(3) 訴訟法の研究者も、訴訟参加がルールとして確定する経緯のなかで、任意参加における団体の参加権が職業団体に訴権として認められた経緯について、「判例は、訴訟方法の適法要件に関し、直接かつ人的利益の観念を拡張し、団体に一般的秩序、とりわけ職業上の利益のために団体が提起することをみとめる。しかも団体の訴権が最も古く出現したのはまさに参加の方法によってであった。立法が組合を知らず、社団の人格を認めていないのに、判例は早くも、裁判所付属吏の同業組合に参加権を認めていたのである。たとえば、弁護士と代言人、弁護士と執行吏、公証人と競売取扱吏員の間に、権限または報酬につき紛争が起った場合、判例は、これらの裁判所付属吏が属している同業

組合でその同僚を援助するため訴訟に参加することを認めてきた。」、またさらに「一九二〇年これが立法化されたが、社団の参加権も、それが防衛せんとする集团的利益のために訴訟することを認められる範囲で承認されなければならない制限があることに注意する必要がある」とされる。団体内の秩序維持に裁判所が、関与する歴史は古く、その役割は重大である。立法の基礎となる企業の実態を明確に把握することなく、ともかく編纂された旧商法の規定が、企業内紛争について、論理的にせよ、参加制度を通じてコーポレート・ガバナンスを計っていたことは確かである。しかしわが国の商法の改正は、手続法的な規制については民事訴訟法に任せ改革を急いだ嫌いがなくはない。経済社会の変革につれ高速に修正されつつある会社法規とは、異なり、実体法に基礎を置かなければならない後発性をその本質に持つ手続法の理論が実体法と最も調和を保たなければならない、法改革期が現在でもある。私法学会（実体法と手続法の私法学者の団体）が、平成六年実施したコーポレート・ガバナンスのシンポジウムはこの意味で両者の側から意見が交換された有効な会議であった。⁽²²⁾コーポレート・ガバナンスは、勿論株主代表訴訟ばかりを規定するものではなく、会社という団体を構成する利害関係人に対してガバナンス（会社の指揮・管理）が計られなければならないという点で、大きな広がりをもったことも、シンポジウムの成果であろう。ただ実体法学者のもつ関心と手続法学者のもつ関心および、訴訟実務の経験を有する者とのそれがかなり異なることも明らかとなった。

- (1) 商事法務一四二〇号四〇頁。
- (2) 三越社長解任事件。河村貢、解任―三越顧問弁護士の証言（昭和六〇年刊）が詳しい。
- (3) 旧法は監査役を被告に加えていた。旧法下で同法を請求原因とした事件は極めて少なく（小町谷、新商事判例集二巻には、僅か一件しかない）、株主の請求に促され初めて訴の提起となるのであり、会社が積極的にはその訴権を発動できないもの（大阪控訴判・大正五年九月二〇日、新聞二六三三三七頁）と解されていた。一七八条、現行法二六七条に吸収。ただ、昭和一七年には少数株主権

ではなく単独株主権に変更されている。

- (4) 石井照久、鈴木竹雄、大浜信泉教授等の学説は、早くから会社のみを被告とする考えを示した。酒巻俊雄、取締役の責任と会社支配七七頁の注九参照。
- (5) 松田二郎＝鈴木忠一、条解会社法上二七一頁、本来会社が解任をなすべきところを代位して提起する訴であるから、会社を被告とするのは迂遠である。
- (6) 酒巻前掲書七五―八頁、委任関係の当事者は会社と被告であるから。
- (7) 高松高裁判、昭和二八年五月二八日、高民集六巻五号二九四頁。
- (8) それはコーポレート・ガバナンス論争が、リステイトメントに必ずしも結実していないことでも想像されよう。
- (9) 北沢正啓、株主の代表訴訟と差止権、株式会社法講座三巻、一一四五頁（注三）参照。
- (10) 北沢前掲書一一五六―五七頁の記述でも、共同訴訟人としての参加が検証されるのは原告の側のみであり、若し会社が取締役の責任を追求する訴を提起すれば、株主は当事者適格を有しないことになり、寧ろ原告側への株主の訴訟参加が特に参加人の強い訴訟遂行権能によって馴合訴訟へ移行することへの危惧が散見しうる。それゆえ二六八条三項は、「一般理論上共同訴訟人として参加する場合であると否とを問わず株主または会社が共同訴訟人として参加しうる資格を有する旨を特に規定し、またはこれを明らかにし、参加人の特につよう訴訟遂行権能によって、馴合訴訟を防止せんとしたもの」という。つまり訴訟参加を、被告側ではなく原告側へのものと理解することが自然であろう。

- (11) Eggers v. National Radio Co., 208 Cal. 308, 281 P. 58 (1929)、「長浜洋一」、アメリカ会社法概説（昭和四六年刊）一四一頁参照。
- (12) それは会社という人為の組織（法人）の生態の補足の困難なこと（すなわち、誰が原告適格を有するか、何時までの株式保有者で原告と捉えるかにつき、Model Business Corporation Act（以下モデル法という）七・四〇条a項、California General Corporation Law（以下カリフォルニア法という）八〇〇条b項は原告、c項は被告についても明文の規定を置く、Delaware General Corporation Law（以下デラウェア法という）三二一条は一般の会社訴訟すなわち会社、取締役、役員または株主に対する責任につきその令状を会社に送達することを規定するから、派生訴訟もこれに倣い会社・当該役員等を被告とするものと考えられる。原告については派生訴訟に関する規定三二七条で上述の原告適格が求められている。New York Business Corporation Law（以下ニューヨーク法という）六二六条a項は、原告につき、株式保有の原告適格を定め、被告については会社の担保請求を規定する六二七条で、『その権利により訴訟を提起される会社は、終局判決前の訴訟手続のいかなる段階においても、原告に対して弁護士報酬を含む相

当な費用についての担保の提供を求めることができる。この相当な費用とは、会社およびその他の被告がこの訴訟に関して負担し、かつ、会社が本法、契約またはその他法にもとづき責を負うが、会社がこの訴訟の管轄権を有する裁判所が訴訟の終了時に決定する額をいう。』と規定し、会社を被告適格とすることが窺われる。このように、誰を被告適格とするかは、単に論理的な法文の創作により達成されるものではなく、なが年の判例の積み重ねによる論理（裁判理論）に委ねられるものと考えるのが妥当であろう。

(13) アメリカでは実体法・手続法と専門領域の区別をしない、法曹一元の徹底する状況では日本におけるような裁判実務家からの検討はみられない。

(14) *The Structure of the Corporation-A Legal Analysis* [Berkeley, California-1976] は、会社機構に関する教授の基本的な考えを著したものである。

(15) 前掲コーポレート・ガバナンス二三頁、第七編を担当された関俊彦教授の説明を参照。

(16) 拙稿、ALJの代表訴訟制度の改革、国土館・比較法制研究一四号（平成三年）三八―五〇頁に第八、九試案の訳を掲げてある。

(17) 商法草案上巻四四七頁参照。

(18) 前掲書四四七―八頁。

(19) 前掲書四四七―八頁。

(20) 商法正義五六四―九頁。

(21) 木川統一郎、民事訴訟政策序論、のフランス民事訴訟法における参加制度三六四頁以下を参照。

(22) コーポレート・ガバナンス、商事法務一三六四号はシンポジウムの資料を掲げる。

II わが国の株主代表訴訟及び取締役解任の訴の会社訴訟における位置付け

昭和二五年の商法改正は、唐突にわが国の法体系とは異質の代表訴訟や取締役解任の訴⁽²³⁾をわが国に導入したわけではない。会社機関の構造そのものを法的に変容させなければならない必然もあった。すなわち、会社の機関構成が従来の総会、役会・取締役、監査役の三局から、総会と役会・取締役の二局、そして監査役の任務を後者の局へ吸収す

るアメリカの法体系に類似させよとする対応がそれである。さらに、会社の経営は最高意思決定機関たる総会を媒介して行うコーポレート・ガバナンスの機能の縮小とは反対に、経営の執行機関たる役会および取締役の権限の増大をもたらし、いわゆる役会支配の一局構造が生まれつつあったからである。

(1) 会社組織の変容とコーポレート・ガバナンス 昭和二五年改正から一〇年程経った段階で、⁽²⁴⁾星川長七教授は役会制度の検討として、役会の代表取締役に対する監督権の根拠の不明確性を指摘し、その内容・行使方法について明文をもって規定し、解釈上の疑義を一掃すること（昭和五六年法二六〇条に一部体现）、次に役会の構成について、その員数を増加を示唆し、代表取締役の比率および内部取締役と外部取締役との構成比率をも、明確にすべきであるとされた（社外監査役の規定は、平成五年、監査特例法一八条に設置されたが取締役についてはそのまま）。さらに役会の監督機能をより良く発揮させるために、役員制度を設け（未）役会にこれを直結させること（そのまま）、そして現行法上その地位の曖昧になっている専務・常務取締役等会社を代表する権限の保有者と認むべき名称を付した取締役の行為について明確に代表権を付与すべきこと（そのまま）、また、機関構成員の兼業について、取締役が商業使用人の地位を兼ねる慣行は、現行法の管理機関体制が、改正前のそれとも理念上も異なるから、監査役が支配人その他の使用人を兼ね得ない（昭和二五年法二七六条）とするだけでは足りず、これを禁止すべきであるとする（そのまま）。役会は営業の基本方針ないしは一般的な営業政策を決定し、代表取締役がこれを具体化するものであるから、代表取締役の執行行為について、役会は報告を求め得ること（昭和五六年法二六〇条二項）、加えて監督権の内容として、役会の定めた方針に従って会社の業務が運営されているかどうかを不断に監視し、若し彼が不適任であればこれを解任しうるものとする⁽²⁵⁾とする。

役会の構成についても、現行法が意思決定機関としての、役会の構成員たる地位と、執行機関としての代表取締役

の地位を無条件に兼ねうるものと考えられるから、最小の人数三で構成される役会で二人が代表取締役である場合、役会は組織上コーポレート・ガバナンスを見極める機関とはならず、制度的欠陥を露呈することになる、と会社組織の不完成を指摘される。

その後、昭和四九年の監査役制度の改正により監査特例法が設置され一定規模以上の株式会社は昭和二五年改正で削除されていた会社業務の監査権が復活し、さらに昭和五六年の改正により意思決定機関としての役会の機能の明確な規定化は、総会の形骸化の是正とあいまって、役会構成員たる取締役個々が『会社の業務の執行を監督する』という形で二六〇条一項に示され、監査役の役会への出席権及び報告義務、役会招集権が二六〇条三項に、株主の役会議事録の閲覧権〔裁判所の許可が必要〕が二六〇条四項へ等かなりのコーポレート・ガバナンスを計り得る規定が配置された。しかしこれらの改正は、それぞれの機関を構成する構成員を選出する母体である、総会を支配する株主の意識そのものの変革を促す程、コーポレート・ガバナンスへのインセンティブとはなっていないという評価がなされよう。どの国の会社法においても、訴訟を通じて、間接的にコーポレート・ガバナンスを計る手段を、何らかの形で置かざるをえないのが現状である。その意味で、会社法における会社訴訟のもつ意義は大きい。

(2) 会社訴訟と利害関係に関する規定 いっぽう、従来の総会の決議の瑕疵をめぐって、株主に与えられた訴権を規定する、会社訴訟にも若干の変化がみられる。これらの規定がコーポレート・ガバナンスとの関係でどのような変化を遂げたかも上述の記述に重ねてみよう。昭和五六年改正は、総会決議取消・無効の訴訟の訴に加え、不存在確認の訴を二五二条に設置し、同じく二四七条は取消の訴の訴訟要件の中決議の手續・方法に関する法令・定款違反および著しい不公正に加え、内容についても定款違反、さらに利害関係当事者たる株主が加わり、著しく不当な決議がなされた場合が付加された。この要件の変更は、従来の無効の訴の要件が、取消の要件に移行したこと、および不存在と

いう新たな要件が加わり、瑕疵の評価基準が引き上げられた観がなきにしもあらずであったが、会社訴訟の特質である、判決の効果を第三者に及ぼす効力（以下対世効という）の下に確実に組み込む立法の変化と見ることもできる。

これらの訴権が、もっぱら単独株主（いわゆる少数派に属する者）によって利用されることとの救済のバランスを保ために多数株主のために置かれた、昭和一三年法二五三条は、その要件である、特別の利害関係を有する者の総会における議決権の不行使によって、生ずるかもしれない決議を前提として、その将来起こる可能性のある決議の不当性を救済するために多数派株主に認めた訴権であった。しかし裁判所は、決議の不当性そのものでなく、その可能性という不確実な要件の判断を強いられるわけで、その立法技術の不備を指摘されていたこともあり、また総会における対立する株主相互ないし会社⁽²⁷⁾が主張する会社の利益をどう配慮するかは極めて困難であろう。前述のごとく、コーポレート・ガバナンスは、総会決議の瑕疵の是正（各種訴訟）を通じては計り得ない。昭和五六年改正はこの規定を削除することとなった。同時に実体法規定である旧法二九条五項が、商法典から消え、むしろそれから派生して生まれた手続法規定である、総会決議の取消を争いうる要件（二四七条一項三号）として会社訴訟に形を残すことになった。

むしろ総会との関係で、コーポレート・ガバナンスが当面する問題は、いままで総会や監査役が果たしてきた機能を役会が肩代わりする商法の改正である。例えば、取締役の競業避止義務や利益相反行為（二六四条・二六五条）は、総会の認許や監査役⁽²⁸⁾の承認を経ず、総て役会の判断の下におかれ、総会を通じてのコーポレート・ガバナンスはその機能を閉じつつある。取締役の解任に関する議決（明治三二年法一六七条、昭和一三年法二五七条）も総会の過半数の議決から、昭和二五年法二五七条二項で特別決議を要するようになり、もはや総会はコーポレート・ガバナンスを機能させえなくなったから、取締役の解任の訴（現行法二五七条三項）として、その発動を少数株主に委ねることに

変容したと考えることができる。このような制度変更の中で、従前からの、会社機関の意思の瑕疵を争う訴訟を評価すれば、それは株主にとっては受け身の対抗手段に過ぎず、コーポレート・ガバナンスには直接結び付かない。それゆえ、代表訴訟と、取締役の解任の訴が昭和二五年改正の中に、機関の行動を規制する法律として会社法の中に、異質な法体系ではあるが、位置づけられたことは高く評価されなければならない。両者に共通するのは、会社ないし会社の機関である総会が、株主の請求や解任決議に総会が応えない場合に、その訴が始まる点である。つまり会社機関である総会が、コーポレート・ガバナンスを果たし得なくなることが要件となる。役会のコーポレート・ガバナンスに危険信号が灯る状態になって、会社利益を救済する方法がこの訴権である。つまり訴訟法上の性格は、代表訴訟が、会社に加えられる損害の賠償を求める給付訴訟であり、取締役解任の訴が、会社・取締役間の委任関係の解除という法効果を会社に及ぼす形成の訴であるといっても、両訴権は会社の利益を保全するものであることにかわりない。たしかに解任の訴えには『会社のために』という文言はないが、その判断は解任が妥当であるか否は、株主を通じて裁判所に委ねられたものであり、少数株主権と同質なものであると解さなければならない。この種の判断を裁判所に委ねるものとして、前述の二六〇条ノ四、四項、四〇六条ノ二、一項二号等がある。株主代表訴訟（平成五年法二六七条四項）が、『訴訟の目的の価値の算定に付いては財産権上の請求に非ざる請求に係る訴と看做す』とするのはこれが単なる給付訴訟でなく、取締役に對して何もし得ない委任者である会社に代わって責任を追求する代位訴訟的性格をもち、さらにその他の会社訴訟と同様対世効をもつという点では、両訴訟は同じ種類の訴訟である。その訴権が、会社の利益のために行使されるべき、公益権であるという認識はいずれの国においても共通する。

(23) ニューヨーク法七二六条、それまでわが国の商法には、直接株主が取締役の解任を訴える規定はなかった。もちろん旧法下におい

て、取締役の任務懈怠が会社に損害賠償を生ぜしむるような場合で、もし会社が積極的に賠償請求をしないときは、少数株主が総会の招集を請求し（昭和一三年法三三七条、明治三二年法一六〇条）その総会で訴の決議を行う方法が考えられた。この場合でも総会の多数を少数株主が制していなければ訴は否決されるが、その場合、会日の三月前から引続き資本の一〇分の一以上に当たり株式を保有する株主が、訴の提起を監査役に請求したときは、会社は訴を一月以内に提起することを強制される（昭和一三年法二六七条、明治三二年法一七八条）。昭和二五年改正以前の監査役が果たすコーポレート・ガバナンスの権限は、現在の監査役とはかなり異なり、強力であったといえよう。

(24) 商法改正の動向と基本問題（昭和三六年年刊）四九八―九頁参照。

(25) 昭和二五年法二五七条は少数株主権の実行によるものであり、いわゆるコーポレート・ガバナンスを指向したものではない。

(26) 田中耕太郎、合併議決に於ける当時会社議決権の排除、著作集第八卷三〇四頁参照。この種の訴が立法以降どの程度裁判所に係属したかは寡聞にして知らない。

(27) 争点が、解散（総会決議にいたらないで発行済株式総数の半数を有する株主グループが代表取締役の恣意で会社を支払不能の状況に陥らせた事情を、四〇六条ノ二の『会社の業務の執行上著しき難局に達し会社に回復すべからざる損害を生ずる慮』ありと認定した事件、東京地裁判平成一年七月一八日、判時一三四九号一四八頁は、少数株主権者がコーポレート・ガバナンスを把握しなければならぬことを示唆する）とか、合併になれば、原告には吸収される会社も含まれる。

(28) 後者の取締役の義務は、昭和一三年法二六五条に規定されていた。

(29) 参照、松田・鈴木、条解会社法二七〇頁解任決議の議題は、動議を含むとされる。議題提供者は会社であるから、結局会社は何もしないことになる。

(30) 商法二五七・三条が要件となる。

Ⅲ 会社法規制からみたアメリカにおける派生訴訟及び取締役解任の訴

日本における昭和二五年商法改正中の代表訴訟及び取締役解任の訴が、いかなる系譜をもつかについて、前者につ

いては、これが英米の派生訴訟に倣って設置されたことが周知であるが、後者について、その原告となる者が少数株主権者であることから、大陸法たるドイツ・フランスの法制に系譜をうるものか、それとも英米のものともみることが曖昧である。仙元隆一郎教授⁽³¹⁾は、取締役解任の訴の被告適格を、その立法上の範としたアメリカにおいて、とされているが、州法を特定されていない。由比宏忠教授は、著作⁽³²⁾の中で、ドイツ・オーストリア株式法にはこれに対応する規定がないとされ、ドイツ法に範をとった日本商法典に、これに対応する規定が見つからない以上、前者の意見に従うのが妥当であろう。

判例法国であるアメリカにおいても、会社に対する規制については、各州が会社立法を有するいっぽう、統一した基準⁽³³⁾(勧告)もまた複数存在するから、この取締役解任の訴に関する法典化については、若干の説明が必要である。

(1) まず州法についていえば、会社規制に最も柔軟な姿勢を見せるデラウェア法は、一四一条k項に、『いずれかの取締役または全取締役会は、正当な事由の有無を問わず、その時に取締役の選任において議決する権利を有する株式の過半数を有する株主が解任することができる。』と規定するのみであるから、わが国の昭和二五年改正以前の状況と同じである。つまり、総会の決議で解任が議決されない場合、直接株主による解任の訴権を行使する手続規定がない。総会の多数を支配する経営者にとって、絶対的な経営権の把握ができる州である。

また、ニューヨーク法七一六条(役員の解任)c項の中で『理由による役員の解任判決を得るための訴訟は、法務長官または議決する権利の有無を問わず、社外株式の一〇%の保有者がこれを提起することができる。裁判所は、その決定する期間につき、この解任された役員の再選または再任を禁止することができる』とする。

カリフォルニア法は三〇四条に、『正当な県の上位裁判所は、いずれかの種類の社外株式の数の少なくとも一〇%を有する株主の訴訟において、詐欺的もしくは不正の行為または会社に関する権限もしくは裁量の著しい濫用の場合

に取締役を解任することができ、かつその裁判所が定める期間の間そのように解任された取締役の再選を禁止することができ。会社は、そのような訴訟の当事者とされなければならない。』とする。

(2) いっぽう、モデルは、八・〇九条に『(a)会社の主たる事務所(または、この州にそれがないときは、会社の登録された事務所)が置かれている県の裁判所〔指定しまたは記述せよ〕は、(1)取締役が会社に関して詐欺もしくは不誠実な行為または権限もしくは裁量の重大な濫用をおこなったこと、および(2)解任が会社の最善の利益となることを裁判所が認定するときは、会社またはある種類の社外株式の少なくとも一〇%を有する株主のいずれかが開始する訴訟手続において、会社の取締役を解任することができる。(b)取締役を解任する裁判所は、裁判所がさだめる期間中その取締役の再選を禁止することができる。(c)株主が(a)項に基づいて訴訟手続を開始するときは、株主は会社を被告としなければならない。』と規定し、原告適格をある種類の社外株式の一〇%の保有者、また被告を会社とすると明定している。会社を被告とする点は、派生訴訟を規定するモデルに修正が加えられ、デマンド(原理では是正要請という訳を付している)を送達される宛先を七・四二条に『いかなる株主も(1)書面によるデマンドに、会社につき適切な行動をとることが求められ、または(2)その日付から九〇日が経過して、株主が、そのデマンドが会社によって拒否されたことをよりはやく通知され、あるいは九〇日の経過を待つことによって、会社に回復すべからざる損害が発生しない限り、派生訴訟を開始することはできない。』とされた。これについての公式のコメントでは、誰にデマンドをなすべきかについて次のようにいう。「七・四二条は、デマンドが会社に対してなされるべきであると述べている。参考書で、旧七・四〇条b項のように、特に取締役会になすと〔特定〕していないのは、第三者を会社に対する損害で訴えるか否かの判断を行う場合があるかもしれないからであり、その場合、訴を提起するか、提起することを拒否するかは、会社の役員の権限の範囲内にある。にもかかわらず、多くの判例では、取締役会がそのデマンドを審理す

るに適当な団体であることが期待されている。デマンドが審理のために、適当な人に到達することを補償するために、取締役会、主任役員、あるいはその主たる事務所の会社の秘書に送達されなければならない。⁽³⁴⁾」のはそのためである。つまり旧七・四〇条には送達の宛先を取締役会と定めていたが、これを会社に変更したことについて問題点の整理がされていて、取締役解任の訴が、被告を会社としているのは、わが国の被告適格と同じ意味をもつ言葉でなく、前述の通り、判決の既判力の拡大を計る訴訟手続上のものと考えるのが妥当である。この点で、わが国の学者がいう、代表訴訟の被告を、当該取締役と会社を併記する方法と同じ意味をもつものとする理解と一致する。⁽³⁵⁾ モデルの八・〇九条は、会社の被告適格を意味するものではないと考える。

(3) これに対して一九九二年秋、採択された原理には、取締役の解任の訴に関する規定を置いていない。ただ救済編Ⅶは、もっぱら代表訴訟に関する規定を置くところであるが、七・〇一条は、直接訴訟と代表訴訟の区別を規定し、前者においては、(b)で原則を規定するのみであるから、一般の民事手続の原則が適用されることになる。原理は、それゆえ、会社法規の総てを規範に盛り込んだわけではなく、未完成な部分を残している法制度(典)である。

いわゆる原告適格については、原理七・〇二条c項は、『会社の取締役は、代表訴訟を提起しかつ維持する原告適格を有する。ただし、取締役が、株主の利益を公正かつ十分に代表しえないと、裁判所が判断する場合は、このかぎりでない。』とするから、代表訴訟へ取締役が参加しうるのは、原告側であり、被告側への参加の規定は探し得ない。わが国における初期の代表訴訟に関する判例研究の中で、渋谷光子教授が指摘する、代表訴訟制度を民事訴訟手続の上にのせる論理的困難(連邦民事手続規則二三条b項のデマンドを請求しても会社がなにもしなかったことを示すことや、会社機関による予め当該責任の審理Ⅱ例えば特別訴訟委員会の判断につき、その後、モデルは七・四二条、原理は七・〇三条のデマンドルールから裁判所のデマンド却下に至る七・一一条までの詳細な規則が設けられたことに

より)はむしろ増幅されているといえよう。⁽³⁶⁾

代表訴訟がアメリカの派生訴訟制度を下敷きにしてできているとはいっても、その運用はわが国の民事訴訟手続に従って行われるものである。また会社機関の構成の相違もかなりあることを考えると、表面的な部分にとらわれない、本質的な部分の理解に務めなければならない。アメリカのような派生訴訟に対応する機関(訴訟委員会は必置機関ではない)を有しないわが国の中で、何がコーポレート・ガバナンスであるかを見極める役割を一方的に会社に負わせることは危険である。

- (31) 取締役解任の訴の被告適格、商事法務三六八号三〇頁参照。
- (32) 会社法上の訴え上巻(昭和四十六年刊)二〇五頁参照。
- (33) アメリカ法曹協会(以下ABAという)の模範事業会社法(以下モデルという)とALIのコーポレート・ガバナンスの原理(以下原理という)。
- (34) *Selected Corporation and Partnership Statutes, Rules, and Forms* (1991)の六五頁。
- (35) 大隅健一郎、会社の機関としての社員、会社法の諸問題・増補二五四頁注(1)のアメリカの文献の理解に関する記述を参照のこと。
- (36) 商事判例研究、(東京大学商法研究会)、昭和三十九年度三三八―九頁参照。
- (37) コーポレート・ガバナンスの相違にも通ずる。

IV 補助参加の議論を助長するアメリカにおける訴訟委員会を巡る判例の動向

アメリカにおける会社機関には、わが国のような形式的にはあるが監査役という、機能を果たす機関が欠如して

いる。それゆえ、役会は自らの行動(action)をセルフコントロールしようとする機能を、会社法の要請ばかりでなく、例えば証券取引法の規則を通じて行う。いささか古い数値であるが、実際の役会中に、各種委員会例えば、業務執行委員会(六八・六%―八七%)、給与および賞与委員会(五六・六%―九〇%)、ストック・オプション委員会(五三・三―四〇%)、監査委員会(一八・六%―九三%)、社会的責任委員会(〇―一一%)を置く。括弧の中の数字は製造会社のダッシュの前の%が一九六六年の役会における委員会の数、後の%は一九七六年の一〇年間の数値を示す。⁽³⁹⁾これら役会の中に委員会の設置の数が増す傾向の中で、前章のモデルを策定するABAの提言があることも見逃せない。⁽⁴¹⁾

ALIの原理においても、代表訴訟の条文の前半の重要な部分を、株主の行為による代表訴訟が却下される前(七・一二条)に、被告たる会社機関が、被告として代表訴訟に関与する権限を七・〇五条(a)項は役会に、原告が適格を有しないことを理由とする訴訟を却下させる申立て、証拠開示の含む訴訟の停止の申立て、会社の最善の利益に反するとして訴訟を却下する申立て、差止その他と救済手段に反対すること、請求を認諾したり争ったりすること、和解や訴の取下げおよびこれに付随する報酬・費用の支払いに意見を述べ、反対又は推奨すること、原告の同意なしに和解することを求めること。(b)項では取締役、役会の委員会に上記権限を委任すること、七・一二条で裁判所が設置する特別の審査委員又は特別委員にまで、特別の委員を選任するよう請求すること、を定めている。これら役会や取締役と与えられた権限を、会社の被告適格と理解すれば、わが国における株主代表訴訟において(後述する)会社が被告側に補助参加する理論に弾みを着け兼ねない。

アメリカの派生訴訟の判例中の、この役会と訴訟委員会の関係、ひいては訴訟委員会の構成の問題と、委員会がおこなう派生訴訟終結の評価についてザパタ事件(430 A2d 770 (Del 1981))を境としてその前後かなりの判例が集

積されている。派生訴訟終結の評価とは、利害関係取締役が経営判断として行う訴訟終結の評価を指す。その評価の極めて緩やかな、デラウェアとニューヨークとを除くと、一般的に「利害関係のない取締役が行うべし」との原則が判例に取り入れられている。多くの判例の殆どは、利害関係を認定されるとしても、訴訟終結(訴の却下)に結び付かない、原告の派生訴訟の請求の棄却である。前述の一九七六年当時の統計には訴訟委員会が掲載されていないから、現在どの程度の%で会社にこの主の委員会が置かれているかは判らないが、前述の通り、ALIもABAもガバナンスを通じて訴訟委員会の存在、いな委員会の訴訟終結が会社に及ぼす効果、つまり多大の訴訟費用の節約(会社の最高の利益)を意識し、この訴訟委員会の意義をかなり大きく評価している。前述のようにその機能の評価には意見がまちまちであるし、こういう機能のないわが国にとってその検討は一見意味のないようにみえる。ただこれらの判例の中で、派生訴訟に対応する裁判所の判断のなかに、前述の被告側への会社の訴訟参加の議論を誘発する要素がかなり現れていることに注目する必要がある。その原因は派生訴訟が、連邦民事手続規則によって裁判を進行する部分と重なり合うところである。ザパタ事件は、委員会の訴訟終結を直接、裁判所が評価し判断するのでなく、裁判所自身が終結の合法性を判断する極めて活気的な判決であり、前記経営判断が尊重される法令を有する州の会社にとっては、ショックを隠せない重大事であった。⁽⁴⁸⁾私が留学した当時(昭和五九年春から初夏にかけて)、この州(Nebraska)の会社弁護士(corporate attorney)は訴訟委員会について、自己の見解をなかなか聞かせてくれなかったことを思い出す、この問題はアメリカの会社弁護士にとってもタブー視されていたのかなあと、今になって感じる。

訴訟委員会が、アメリカの会社の中で一般にどのような認識で受け取られているかは不明である。カリフォルニア法三〇七条c項、三二一条、デラウェア法一四一条b項、c項、ニューヨーク法七〇八条b項、c項、七二二条は役会の中の委員会についての規定を置くし、これを受けてモデルも八・二五条にその規定を置くが、委員会について特

定な規定を設けていない。役会の中に委員会を設ける方法はアメリカにおいても最近の傾向であることがわかる。⁽⁵¹⁾

もちろん、特別法規がなくても、前述の一般法が、委員会を巡る争訟に適用され、その判例はかなりの集積をみせている。ただ、ALIの原則は、前述の通り派生訴訟の編にこれに関する規定を置くが、アメリカにおける裁判所の間ではその評価は未知であり、これについて Brodsky & Adamski の Law of Corporate Officers and Directors — Rights, Duties and Liabilities (1993年) が、その状況をかなりまとまって説明している。それに従って委員会ないし委員及び役会との関係の概観を、著作の順序にとられずに以下に、私なりに編成してみた。「」は私が付け加えたものである。

(1) 任意機関性 「法は、役会が何時、どんな場合に委員会を設置するかについて規定を置かない。委員会は必置の機関とは位置づけていないから、ほとんどの判例は、派生訴訟が提起されてから、設置される。⁽⁵²⁾」

(2) 委員会の規模 「法律は規模に関しても規定を置かない。マサチューセッツの裁判所は、一人の委員会を排除する本質的な規定を採用しようとする傾向にあったが、『委員会の構成員の数は、独立した行動をとれる委員会の能力を高める要素とすべきである』とこれに警告を与えている。⁽⁵³⁾ しかしデラウェア会社法を採用している州では、一人だから独立性がないという請求に対し、一人の委員が二人あるいは複数の委員会よりその独立性に欠けるという根拠を承認できないとしている。⁽⁵⁴⁾ いっぽう別の判例においては、一人の委員会の独立性に（役会との関係による部分が大きい、後述）疑問を挟む。⁽⁵⁵⁾ ザパタ事件でも裁判所は委員会の構成について一人以上というだけで数を限定していない、実際には二名の利害関係のない役会構成員を含む委員会であった。

(3—1) 委員会の構造的バイアス（偏見） 編成される委員会の構造について提起される問題は、誰が誰を委員に任命するかと関連する。つまり訴訟当事者（被告）である取締役によって任命される委員会にある種の会社構造上

のバイアスが存在する可能性は、かなり大きい。そこで、利害関係取締役が会社を拘束するために委員会に付与した権限を妨げないようにする予防的原則が必要であるという裁判所（アイオワ州）もある。⁽⁵⁶⁾ しかし大抵は、役会が違法行為に関与した者を多く任命して構成された委員会が、独立性を損なうとはいつておらず、⁽⁵⁷⁾ なかでも、バイアスについての象徴的な言葉として、『慣習上の問題として、経営判断の原則を適用させないようにする（株主の）利益との衝突は、たとえ委員会ができても殆どなくなるらない』⁽⁵⁸⁾ というものもある。「回りにくい言い回しだが、経営判断の原則は、委員会の創設に何の影響も与えないということである、これがバイアスに対する被告側の抗弁の多数を占める考え方である。」

ただ、役会の役員の多数が訴追されているときは、若干異なり、役会が代表権を委員会に完全に委譲するものである限り、バイアスは理論上、当該取締役の独立性の精査によってコントロールできるものであるし、またザパタ事件が採用される特定の裁判所の範囲（委員会の判断の審理だけでなく裁判所独自の判断を行う二段階方式）の中で、裁判所自らが独立した司法審査を行うことによってコントロールできるとする。

(3—2) 役会と委員会の関係を規制する法規制 ニューヨークのように委員会を、全取締役（役会という意味か）のコントロールに委ねる州⁽⁵⁹⁾ ミネソタの法律の⁽⁶⁰⁾ ように、一度創設された委員会は役会の「個々の」指示、支配、終結（の指示）に従うことはない、という極端なものもあるが、法律によって両者の関係を規制しようとするよりは、実際に判断を行おうとする委員そのものに裁判所は関心をもつ。

(3—3) 委員会の権限 委員会には調査権や報告をしたりする権限が与えられているが、利害関係があつて役会の判断を決定できないときは、経営判断の原則の保護を受ける資格を⁽⁶¹⁾ 欠く、なお委員会の単なる助言的役割は、それが役会とは異なる判断の存在を保証するためには、同役会の判断に合法性を提供することにはならないとも判示し

ている。

(3-4) 委員の辞任 委員会が役会への報告を用意した後、委員会の構成員が辞任し、役会はその報告をそのままにして、何も行動を取らなかった事件で、裁判所は原告が派生訴訟を継続することができるとしている。⁽⁶²⁾ この事件は、原告が当該取締役達につきデマンドを行っていたが、それゆえ役会全体を、判断を行う資格なしとしたわけではない〔委員会の独立性を否定しただけ〕。

(4) 委員と役会の関係(独立性)

(イ) 同僚 取締役は構造上同僚の取締役に對して主張される請求の有効性について、審査する資格がないという主張を、否定している。⁽⁶³⁾ ただ特定の裁判所が選定する審査の基準は、仲間の取締役の責任について、ある特定の取締役が下す判断につきもののバイアスの可能性について、それが裁判官個々の見方に影響を受けることは否めないとする。⁽⁶⁴⁾ ザパタ事件でも『私は神の御加護のままに為す』という感情表現に對し、委員が役割を果たしたか否かを、裁判所がどう捉えるかという主観的審査の問題を提起することになる。

(ロ) 新しく選任された取締役 多くの派生訴訟を却下させる判断は、訴追された行為を行ったとき、役会内にはない、今まで他の取締役達と連携したことのない取締役に付てきた。⁽⁶⁵⁾ このような取締役に訴追されている違法行為に關与しておらず、さもなくば独立している場合は、たとえ被告として単にその名を委員会の構成員に留めていてもその独立性を汚すことにはならない。⁽⁶⁶⁾ もしそのことが独立性を汚すものと認定されれば、こぞって全取締役に被告と指名する方法がはびこることになる。⁽⁶⁷⁾

(ハ) 委員の事件關与と資格喪失 追訴された行為を、委員が自分の利益目的とは關係なく、承認もしくは、授權した場合、資格喪失(disqualification)が問題となる。例えば、ある事件では、委員会の構成員三人中一人が、

ストックオプション計画に係わったことで被告と名指され、訴追された事件で、同委員は訴追された行為から私的な利益を得ていないとして、裁判所(第九巡回)は、委員会の利害關係を否認している。デラウェアの裁判所同様に、たとえ訴追された行為の時点で役会に出席し、当該行為を承認しても、独立性の欠缺を認める決め手にはならない。⁽⁶⁹⁾ しかし少数ながら、これを否定するものもある。⁽⁷⁰⁾ 後者の事件は、違法な議決委任状勧誘を承認し証券取引法一四条(a)「二九四三」違反を問われた、二名の社外取締役に、その請求につき独立性を、『實際問題として、議決権勧誘状の承認に当たって、彼らに自分らの判断が妥当であるか否かを、本当に独自に判断することなど期待できない』と判示しつつ否定している。ただこの事件で、「原告は複数の請求を行っているから」当該行為に關する利害關係(interested)をもつ委員会の委員が、本当に同じ原告によって主張された別の請求についても、實際利害關係の無いもの(disinterested)であったか否かは疑問であるとする。ただ原則的には、取締役が訴追された取引を承認したり授權したりすることを理由に訴られ、それに個人的な責任発生の根拠がある場合は、その取締役は、派生訴訟の維持に独立した判断を行使する資格に欠けると見るべきである。⁽⁷²⁾

(ニ) 委員と被告の利害關係基準設定の困難 裁判所は利害關係の査定に当たって、委員が独自の偏見に囚われない判断を行う能力を有するか否かを検討しなければならない。前掲、Auerback事件では、経営判断の原則は、取締役が利害關係のない独立性を有し、公平な判断の行使を妨げる二重の關係に立たない場合にのみ適用しうるものという。この場合の利害關係とは、雇用關係、委員と被告との個人的結びつき等、⁽⁷³⁾ 査定の対象は広範囲に拡散している。以下に委員会の委員の独立性の欠缺には当たらない判例の分析を掲げている。

[1] 委員会の委員は株主のデマンドを最初から無視して議決した。⁽⁷⁴⁾

[2] 委員会の委員は被告取締役と継続的な個人・専門的關係を維持していた。⁽⁷⁵⁾

「3」委員会の委員は被告の財政力によって個人企業支配の重要性を知ることによって、被告を有利に取り扱うようなバイアスがあるのは当然である。⁽⁷⁶⁾

「4」委員会の委員は請求の中に訴追されていない事項について、会社に対する有給のコンサルタントとして行動した。⁽⁷⁷⁾

「5」委員会の委員は別の会社に関する以外は、同一の請求の中に含まれる訴訟における被告であることにかわりはない。⁽⁷⁸⁾

「6」委員会の委員は、委員会に対する独立した弁護士として奉仕する法律事務所のパートナーである。⁽⁷⁹⁾

「7」委員会の委員は役会による全員一致の判断に矛盾なく参加していた「異議を留めない」。⁽⁸⁰⁾

(ホ) 独立性審査の困難な他の要素「被告の審査へ不協力、閉鎖会社の特質」独立性に高度の秘密性や裁判所の主観の混入する不確かな要素があるばかりでなく、独立性の欠如を主張しなければならない側の怠慢も見逃せない。裁判所(第六巡回)の中には、被告と重大な関係の委員会の独立性の審査を排除されているものもある。⁽⁸¹⁾

さらに閉鎖会社の委員会の独立性等はずっと疑わしい。⁽⁸²⁾ Davidowis 事件では、委員会の長が大学の学長であり、被告の投資グループの幾つかに参加していた。被告は同大学へ一五九万ドルを寄付した。他の委員会の委員もまた被告と財政的関係に立つものであったとする。そして委員会を創設するに当たっては、会社や経営者との何の関係もない取締役が、できれば選ばれるべきだとする。

(ヘ) 閉鎖会社における挙証責任 閉鎖会社の場合、挙証責任が重大な問題となる。委員会の独立性の証明はデラウェア (Zapata 事件は、二段階の審理) 方式と、ニューヨーク⁽⁸³⁾ では、原告に経営判断の原則による独立性欠如の証明を求めていることが明白である。「委員会の」判断にはつきものの濫用の潜在性や、会社が行う関連事実へのア

クセスからすれば、あらゆる場合に会社の側に挙証責任を置くことが望ましい⁽⁸⁴⁾ 「このような会社(特に閉鎖会社)に独立性の挙証責任を負わせようとする傾向が、わが国の株主代表訴訟に、会社の被告側への訴訟参加の議論を呼び込むものと思われる。」さらに次の事件では、『これら訴訟手続上の要求に適った挙証責任は、あらゆる公平性を考慮して、証明を行うことのできる側 (on the party capable of making that proof) ——すなわち会社になければならない。』という。「この分野は、挙証責任の要請と訴訟参加の要請、それともう一つの会社法の要請とが重複する極めて複雑な領域であり、微妙なバランスの上に成り立っている。」

(ト) 閉鎖会社の支配株主と被選任者の関係 被選任者の独立性は役会との関係ばかりでなく、支配株主との関係を考慮しなければならない。支配株主は取締役や役員を更迭する権限を有するからである。裁判所(第五巡回)は、「委員会の訴え却下の判断ではなく」和解を行うに当たって被選任者「選任された各取締役」が利害関係を有する可否かについて審理している。⁽⁸⁶⁾ 被告は会社社長、取締役、最大の単独株主であり、他の被告と共に会社の社外株式の多数を有していた。裁判所は、和解の承認を決議した取締役は被告の決議により選任されたものであり、皆部内者であるから、和解の無資格者であるものと判示しているが、委員会ないしは委員についての独立性に触れる判例が(一九九四年当時)未だないとしている。ただ逆の判決はあり、判断が「被告と」連携を取ったことのない取締役に委ねられ、たとえ更迭されても自己の指揮にかかる手数料を失うだけの立場に立つに過ぎない場合、それを禁ずべきであるとの原則はないとする。⁽⁸⁷⁾ この事件では他の取締役は実際、被告によって支配されているという証明をせず、被告がストックオプションの転換に当たって社外株式の約四〇・六%を保有するから、役会の独立性は汚されているとの請求を棄却している。しかし学説の三三四頁を参照のこととする。⁽⁸⁸⁾ 「訴訟を終結すべしとの申立だけでなく、和解の判断も、訴訟当事者にとっては重大である。いずれの審理にも、馴合いによる他者への影響が不可欠であり、日米ともに

できるだけ多くの判断材料が裁判所に集中することが望まれることは、上記の説明が雄弁に物語る。しかしこの分野における法制の発展の背景には、アメリカの会社法及び訴訟手続上の特殊性とわが国が、それに後進している現状を見逃すわけにはいかない。実体法・訴訟法両学の連携がアメリカにおいても課題であることを示したものであろう。

- (38) わが国の監査特例法がその媒体をなすものと考えられよう。
- (39) 伊藤宣生、取締役会制の意義(昭和六〇年刊)一七七頁の表の一部を引用した。
- (40) 設置率が下る逆の現象も見え、会社の側で受入れ難い委員会もある。
- (41) 前掲書モデル一八七頁の注5参照。
- (42) 原則では、これを会社のための適格と表現する。
- (43) Zapata Corp. v. Maldonado 430 A2d 770 (Del 1981)
- (44) デラウェア法一四四条、ニューヨーク法七二三条を除く。
- (45) Abbey v. Control Data Corp., 603 F2d 724 (CA8 1979) 裁量上訴・否認 444 US 1017 (1980)
- (46) 結果は委員会の判断とかわらない。
- (47) 全米の大半の大企業はこの両州に集中する。
- (48) 戸塚登、経営判断の原則(1・2)、阪大法学一二六、一二七号は、このザパタ事件を中心に経営判断の原則を吟味される。
- (49) 以下委員会という、必ずしも訴訟委員会といわず、特別ないし特別訴訟委員会と呼ばれることもある。
- (50) 伊藤宣生、前掲書一八五頁参照。経営学上の教授の研究では未だ明確に位置づけられていない。ただ、ABAがいつの時点の委員会報告かは不明だが、最高経営者らの行動や業績を監視できるよう、指名委員会を設けるべきであるとの提案を行っているとする。しかしこの部分の議論の展開の実績はその後ない。
- (51) 後述の委員会を巡る判例の年号を参照のこと。
- (52) ザパタ事件は、裁判所は、特別委員会の創設を妨げないようにすべきであるという。著作にこれに関する記述がないのは、アメリカにおける会社機関の理解すなわち法人論の違いによる。前掲、大隈論文、同二五四頁参照。ただ委員会の独立性と委員の独立性の違い分けはあるが、区別が難しい。

- (53) Houle v. Low, 407 Mass 810, 556 NE 2d 51, 59 (1990).
- (54) Grafman v. Century Broadcasting Corp., 762 F Supp 215, 219 (ND Ill 1991). ニューハム法を適用。
- (55) Lewis v. Fuqua, 502 A2d 962 (Del Ch 1985), 上掲書註。504 A2d 571 (Del 1986).
- (56) Miller v. Register & Tribune Syndicate, Inc., 336 NW2d 709, 718 (Iowa 1983).
- (57) 例え、Gaines v. Houghton, 645 F2d 761, 771 (CA9 1981) 裁量上訴・否認。454 US 1149 (1982); Watts v. Des Moines Register & Tribune, 525 F Supp 1311, 1327, 1328 (SD Iowa 1981); Auerback v. Bennett, 47 NY2d 619, 632, 419 NYS2d 920, 392 NE2d 994 (1979).
- (58) Joy v. North, 692 F2d 880 (CA2 1982) 裁量上訴・否認。460 US 1057 (1983)
- (59) 前掲ニューハム法一三二条c項。
- (60) Minn Stat Ann 二〇二条A項、二四二条。
- (61) In re Par Pharmaceutical, Inc. Derivative Litigation, 750 F Supp 641 647 (SD NY 1990).
- (62) Thorpe v. Cerberco, Inc., Fed Sec L Rep (CCH) センテナン 96, 416, at 91, 772 (Del Ch 1991) この事件は、原告が当該取締役達に「セナメン」を行いつたが、それゆえ役会全体を「判断を行う資格なくした」わけではなく「委員会の独立性を否定しただけ」。
- (63) 例え、Auerback v. Bennett, 47 NY2d 619, 633, 419 NYS2d 920, 393 NE2d 994 (1979); Stein v. Bailey, 531 F Supp 684, 693, 694 (SD NY 1982).
- (64) 前掲Joy事件。
- (65) Abbey v. Control Data Corp., 603 F2d 724 (CA8 1979) 裁量上訴・否認。444 US 1017 (1980); Stein v. Bailey, 531 F Supp 684 (SD NY 1982) 前掲Watts事件、Zapata事件、Auerback事件も同じ記述がある。本章注(52)の記述を参照。
- (66) Mills v. Esmark, 544 F Supp 1272, 1283 (ND Ill 1982).
- (67) V. I. 原則二・〇二条。Tentative Draft No. 1, April 1982 の三四四頁を参照。
- (68) Lewis v. Anderson, 615 F2d 778 (CA9 1979) 裁量上訴・否認。449 US 869 (1980).
- (69) Kaplan v. Wyatt, 499 A2d 1184 (Del 1985).
- (70) 例え、Galef v. Alexander 615 F2d 51, 58-62 (CA2 1980). 及び前掲Mills事件。

- (71) 前掲判例集一三八三、八四頁。
- (72) 前掲 Abbey 事件で、『取締役自身がその訴訟において、人的責任を負う場合は、それが正当かどうかを部分的に判断することを期待されてはいない』と判示していることを付け加えておく。
- (73) 親族関係、個人的な助言者として振る舞った場合。
- (74) Joy v. North, 519 F Supp 1312, 1326, 1327 (D Conn 1981) 他(理由で差戻、692 F2d 880 (CA 2 1982), 裁量上訴・否認、460 US 1057 (1983), 裁判所は、委員会がひたすら部分的に(訴の)却下を勧告する方を選んだという事実を(見て判決に)斟酌したものである。
- (75) 同上
- (76) 前掲 Watt 事件
- (77) Grenzer v. Cunningham, 498 F Supp 682 (ED Mich 1980) 前掲 Kaplan 事件では、会社と取引関係を結ぶ実体と協力関係にある、委員会の委員は、彼の事業が、その判断に影響されるという証拠がない限りは、独立性を汚さないとする。また、In re General Tire & Rubber Co. Securities Litigation, 726 F2d 1075, 1084 (CA 6 1984) 裁量上訴・否認、479 US 858 (1984), 必ず、単にある特定の問題について、社外弁護士として強力関係にある法律事務所は、それだけの理由では委員会の委員の資格を喪失しないとしている。
- (78) Rosengarten v. International Tel. & Tel Co., 466 F Supp 817, 825 (SD NY 1979).
- (79) Maldonado v. Flynn, 485 F Supp 274, 283 (SD NY 1980) 他(理由で差戻、671 F2d 729 (CA2 1982) 全員一致判決。
- (80) 前掲 Mills 事件。しかし裁判所は、役会の多数と一致する取締役の決議パターンは『全般的外れ』のものではないともいう。同判例集一二七五頁の注九参照。
- (81) Hassan v. ClevelTrust Realty Investors, 729 F2d 692 (CA6 1984)。また Lewis v. Fuqua, 502 A2d 962 (Del Ch 1985) では、裁判所は、委員会の判断に基づき派生訴訟の却下を申立てた会社が、『判断』の独立性に関する可能な限りの重大な事実関係を欠き(開示しないまま)、举证責任に応えようとしていないと判示している(「一種の諦めに通ずる」。本件においては委員会が一人で構成されていて、裁判所は次のことをもとに、委員の独立性に疑問を抱いている『彼は訴が提起されたとき(被告の会社) Fuqua 産業の役会の委員であった。すなわち彼は本件の被告の一人である。また彼は同会社の主任上級役員であり、役会を文字通りコントロールしている J. Fuqua 氏と幾多の政策上、財政上の連携を有していた。彼はまたデューク大学の学長でもあり、同大学は Fuqua

産業および同氏に最近、抵当物件を千万\$で受入れていて、また同氏は過去においてデューク大学に幾つもの寄付を行っていて、同大学の被信託人でもある。』。このような会社の委員会、否委員の独立性に問題があるのは誰の目にも明白であり、その審査にどれほどの意味があるか疑わしい)。

- (82) Davidowis v. Edelman, 583 NYS2d 340 (Sup Ct 1992).
- (83) Gaines v. Houghton, 645 F2d 761, 772 (CA9 1981) 裁量上訴・否認。454 US 1145 (1982).
- (84) Stein v. Bailey, 531 F Supp 684, 693 (SD NY 1982).
- (85) Houle v. Low, 407 Mass 810, 556 NE2d 51, 58 (1990).
- (86) Clark v. Lomas & Nettleton Financial Corp., 625 F2d 49 (CA5 1980) 裁量上訴・否認。450 US 1029 (1981).
- (87) Abramobits v. Posner, 672 F2d 1025, 1034 (CA2 1982).
- (88) Coffee & Schwartz, *The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 81 Colum L. Rev. 261 (1981) 〇三三四頁参照。

V むすびにかえて

代表訴訟で、会社が被告側に補助参加することを勧める論理⁽⁸⁹⁾とこれを否定する理論⁽⁹⁰⁾との背景にアメリカの裁判制度の影響があることは前章に述べた⁽⁹¹⁾。しかしアメリカにおける派生訴訟理論の展開は、訴訟技術的特性ばかりでなく、経営判断の原則という会社法からの要請を軸に発展させる強力な会社弁護士サイドからである批判・要請を起点として出発している点を見逃すことができない。異質な訴訟構造や法理論を直接わが国の法解釈に取り入れることは、問題が多いから、私の今までの研究は、裁判というスクリーンを通じて問題点を指摘することに終始してきた。この種の紛争解決の終極は会社の利益を護ることに相違なく、いかなる法理に立たなければ紛争を解決する合理性を見出し

得ないかに余り関心がなかった。しかし最近のわが国の法理の展開は、極めてアメリカ型の会社弁護士の主張を基礎とする会社の利益の理論にリードされている感を強くする。

代表訴訟のもう一つの側面である会社法の要請であった風化しつつある、昭和二五年商法改正当初の会社機関の構造的変革、すなわち未知の取締役会制度、巨大になりつつある権限の抑制・少数株主の保護といった要請と、昨今のコーポレート・ガバナンス論議も同様にアメリカ会社法からの影響である。勿論その議論も明確に固定化された理想があるのでなく、変わりうる余地を残す未確定のものであり、それを模索しているのが現状である。アメリカ法の発展が、権利主体たる法人会社とはいかなる実体かという定義付けなしに、判例を通じてプラグマティカルに現実の会社行動を規範化していこうとする方法をとることと、会社とはどうあらねばならぬかという哲学（先経）を軸に法規制を考える、わが国の法の発展とを平面的に比較することは困難である。会社組織の利害を調整するわが国で発達してきた実体法理を飛び越えることにはやはり問題があると考ええる。株主代表訴訟という実体法と訴訟法の両要請を満足させなければならぬ法現象の調和を保つのは、裁判所という国家の機関であり、いままで裁判所はその役割を果たしてこなかったわけではない。しかしコーポレート・ガバナンスの理解は各々の裁判官の頭のなかでは、かなり違いがあることも事実であり、紛争そのものの性格もその違いに影響を与えることは確かである。手続法の要請は、民事・商事領域に跨がる一般的普遍性をもっていて、実体法を包含する機能を果たす。本件についていえば、団体の紛争を終結させる手続の中で、紛争の実体を法廷にどう導き、それをいかに裁判所に格的に掴ませるかが、手続法の役割であるとして、コーポレート・ガバナンス法理の中に、新しく確立されつつある集団訴訟に援用される法理を導入しようとする理論も生まれつつある。⁽⁹⁴⁾しかしそれらの背景にアメリカ独自の一般投資家への損害回復や証券詐欺を予防するための、いわゆる泡沫訴訟ばかりではないだろうが Securities Litigation が存在している事実を考えないわ

けにはいかない。性急な訴訟技術部分を導入することには厳に慎まなければならないとする反省は同時に代表訴訟制度の改革理論にも通ずる。

手続法理・実体法理いずれも、単純な目標・正義（商法においては企業秩序の維持、訴訟法においては公正な裁判の保証）に向かって運用される基準であることにはわりはないが、アメリカとは異なる、商法典という動かぬ基準をもつ法体系の中で使われている法廷技術を、わが国の法解釈の中に取り入れること、例えば訴の却下と同じ効果を伴う和解について、アメリカの判例はかなり安易に、委員会の判断の一つに取り込もうとする傾向にある。⁽⁹⁵⁾日本における代表訴訟における和解で問題となるのは、『株主の一人にすぎない原告が、前株主に影響する会社の権利を処分することとなる和解手続が正当化されるか、もう一つは、商法二六六・五条の責任免除は株主の同意が要件となっているが、和解の内容に、請求の一部限縮に該当する部分があれば、それは免除として、総株主の同意が必要となるのではないか』といった議論もある。⁽⁹⁶⁾アメリカにおけるような委員会制度をもつ必要のないわが国において和解の判断が、当事者弁論主義の下で、会社をさておいて、少数株主と訴追取締役の間で行われることは、極めて危うい（例えば馴合状況の克服をどうする）⁽⁹⁷⁾状況を裁判にもたらず。既成の商法の規定が、会社内紛争にいかなる影響を及ぼすかも慎重に検討する必要がある。

冒頭の中部電力の代表訴訟における名古屋地裁の会社の補助参加に対する却下の判断（決定）も、会社は補助参加申出人に対する関係において善管注意義務ないし忠実義務に違反する違法があるのかを（原告のデマンドに対し応えない、つまり放棄しているのであるからという理由であろうか）問う理由がないし、会社の抗弁として取締役の行為が会社の正規の意思決定手続に従って行われたものであるかどうかを区別することは難しく（別途争う方法もあるから）と判示する。またこれはさらに困難であろうが、会社が被告らを補助するための法律上の利害関係（アメリカが

この文言を巡っていかに多様な議論が展開されたかは、前章参照）につき、裁判所が判断基準を示して、わが国においてもアメリカにおけると同様な問題点が浮かび上がってきている。昭和二五年商法二五一条は、総会決議の瑕疵を巡る訴訟に対して裁判所が極めて大きな裁量権を有する故これを削除する改正が行われた。規定は昭和五六年形を変えて復活した、英米においても裁判所が、取締役の責任を追求する訴訟において、裁量権を発揮することが認められてきた。これらの規定はわが国における取締役の責任免除に関する規定に吸収され部分でもあり、会社組織の利害を見極める方法・基準は、アメリカにおける程少くないと思う。また、裁判の公正を確保することであれば、紛争の原因を作っている訴訟資料をいかにして、裁判所に開陳させるかであり、機関体系を度外視して利害のバランスを崩す補助参加ではなく、会社側に立証責任を課すこと（実体法上の問題）で解決のつくことと考えられる。

(89) 久保利英明・中村直人、株主代表訴訟と役員の実務責任（商事法務、平成五年一〇月刊）の著作（両氏は弁護士）を推奨される吉野正三郎教授の論文、株主代表訴訟における会社の訴訟参加、商事法務一三五七号一二頁。以下、伊藤真、コーポレート・ガバナンスと民事訴訟、商事法務一三六四号一九一二頁。また吉野教授によれば、前掲論文の下、商事法務一三五八号二八一二九頁で、民事訴訟の学説は補助参加の利益の拡大が有力であることを示唆される。

(90) 新谷勝、株主代表訴訟と会社の補助参加の利益、田中誠二先生追悼論文集、二九七頁以下、池田辰夫、いわゆる代位訴訟請求訴訟（住民訴訟）の被告への地方公共団体または行政長の訴訟参加、阪大法學四三卷二・三号上巻二二頁以下は行政庁の訴訟参加は何れの側にも与しない中立型参加であると主張されるから、前掲吉野教授は代表訴訟における会社の被告側への参加を否定されると理解される。前掲新谷勝教授はいずれの側にも立たない補助参加などが一体考えられるのかを危惧されるから、必ずしも参加を積極的に否定されるわけではなからう。実体法学の立場からも、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、特別講議商法一二二頁以下、山下友信、取締役の責任・代表訴訟と監査役、商事法務一三三六号一五頁の注一六は会社が被告側に訴訟参加している事例を紹介している。中島弘雅、株主代表訴訟、ジュリスト一〇五〇号一五頁は、公正な手続的観点から参加が認められるべきことを、複数の根拠を下に立論され何れの側に立たれるのは必ずしも明確ではない。

(91) 谷口安平、株主の代表訴訟、実務民事訴訟講座第五卷一〇九頁の注11、12参照。教授は、早い時期からこの点に触れている。

(92) 日本商法五二条一項。

(93) わが国には集団訴訟の制度自体がない。

(94) 中村聡、米国証券民事訴訟改革の概要（下）、商事法務一四一六号三六頁参照。

(95) 別途検討しようと考え、In re Olacle Securities Litigation. 事件は、四つの裁判が裁判所に係属したもので、取り合えず、852 F Supp 1437を示しておく。

(96) 近藤直哉、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、商事法務一三六三号五一頁以下参照。

(97) 高橋宏志、株主代表訴訟と訴訟上の和解、商事法務一三六八号七四頁以下ではさらに、裁判所の和解に関する関与に、現状での困難さが指摘されている。