慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	アメリカ合衆国における代表訴訟の現状と課題 (一)
Sub Title	Analysis of present condition of derivative suit in the United States of America and a Proposal (1)
Author	並木, 和夫(Namiki, Kazuo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.4 (1985. 4) ,p.1- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850428-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

アメリカ合衆国における代表訴訟の現状と課題（一）

並木和夫

序　論
一、代表訴訟制度
（一）代表訴訟制度の起源
（二）代表訴訟提起の要件
(1) 代表訴訟提起の先行条件
(2) 原告適格
(3) 担保提供義務
(4) 制定法等の規定
二、代表訴訟において経営上の判断の原則の適用が争われた事案
（一）連邦裁判所の事案
（二）州裁判所の事案
（三）判例の分類……（以上本号）
三、立法に向けての各界の提案……（以下次号）
（一）American Bar Association の提案
（二）Coffee, Schwartz 両教授の提案
（三）American Law Institute の提案
（四）各界の提案の問題点
（五）一九八三年改正模範事業会社法（草案）
四、株主債権者説よりする代表訴訟のあり方
（一）アメリカにおける会社の本質論と株主の地位の捕らえ方
（二）所有権者説の前提
（三）債権者説からする会社構造論
(1) 債権者説が前提とする市場
(2) 市場の力に基づく取締役の動機付けに対する批判
(3) 資本市場が果たす役割
（四）結　論
五、結　語

序　論

かつて、筆者は、経営上の判断の原則（business judgment rule）は、会社の経営が株主の利益のために取締役会に信託されているというコモン・ロー上の原則と、会社の経営を取締役会の自由な裁量に一任し、これに裁判所が濫りに干渉せず、たとえ経営に失敗したとしても、取締役が誠実に判断し、しかも、詐欺的意図や個人的利益を図る意思がなく、もっぱら会社の利益の為に行動したときは、その判断の誤りにつき責任を負わせないことにより、取締役の創意と工夫を促進して、会社の利益を図るために、自由放任主義ないし無干渉主義の時代であった一九世紀半ばから発展したものであり、経営上の判断については、原則として裁判所による干渉を排除する、司法抑制的側面を持つとして、これを詳しく紹介した。(1)

この原則の内容は、一九八〇年の連邦第二巡回控訴裁判所（The United States Court of Appeals for the Second Circuit）の Galf v. Alexander 事件(2)に於いて、次のように述べられている。

「（その経営上の）責務を全うするに際して、取締役は、自らの利己心によって左右されず、かつ誠実な判断（honest and unselfish judgment）のみの下に置かれており、もしも、その判断を詐欺（fraud）や自己の利益との利害衝突（conflict of interest）がない状態のもとで行使するならば、取締役は、裁判所による後の推測にさらされる（second-guessed）ことはない。この原則、即ち、取締役が善意で（in good faith）かつ誠実に（in honest）会社の適法な（legitimate）目的を追求して行なった行為への司法調査（judicial inquiry）を阻止する原則が『経営上の判断の原則』と呼ばれるものである。(3)」と。

従来、取締役は、その経営上の判断が妥当であるかどうかが、株主が提起した代表訴訟（derivative suit）によって争われた場合に、実体的抗弁（substantive defense）としてこれを用いて来た。(4)

すなわち、株主が代表訴訟を提起して取締役の責任を争った場合に、取締役が行った判断は経営上の判断に属すると主張すると、経営上の判断の原則によって当該判断が適正であったと推定され、取締役は個人責任を免れる一方、株主がこの推定を覆すには、判断の形成過程に於ける善意の欠如とか不誠実さの存在を証明しなければならないこととなる。(5)

そして、裁判所は、代表訴訟によって取締役の責任が追求された取締役の判断が、訴訟に関するものであるかどうか、あるいはその他の事項に関するものであるかどうかを区別することなしに、一律に、経営上の判断の原則を適用して来たため、(6) 会社が第三者に対して訴えを提起するための訴訟原因（cause of action＝訴因）を有する場合に於いても、取締役会が訴訟を提起しないとの判断を下したときには、(7) かかる判断は、単なる会社内部の経営に関するものに過ぎないこととなる。このような裁判所の立場を初めて明確にしたのが一九一七年の United Copper Sec. Co. v. Amalgamated Copper Co. 事件(8)であり、この中で、Brandise 判事は次のように述べている。

「会社が、裁判所に於いて損害に対する訴訟原因を追及するかどうかは、その他の経済上の問題と同じく、通常は、（会社）内部の経営に関する事項であるから、株主総会の決議による指図がないかぎり、取締役会の裁量に委ねられている。裁判所は、このような裁量権の行使には、めったに介入することはない。(9)」

と。

幸いにも、この事件は、独占禁止法に基づく、競争会社に対する訴訟を取締役会が提起しなかったため、株主が代表訴訟を提起した事案であるが、経営上の判断の原則が訴訟に関する事項にも適用されるとすると、問題は、第三者に対して訴因を有さず、単に取締役に対してのみ訴因を有するに過ぎない場合に、その責任を追及しないと取締役会が判断したときにも、経営上の判断の原則が適用されてしまい、代表訴訟制度の存在をないがしろにしてしまうのではなかろうか、ということである。実際、一九七〇年代の末期以降に経営上の判断の原則の適用が争われた事案には、

このようなものが多い。そこで、本稿では、かかる現状を踏まえた上で、代表訴訟のあり方を検討する。

一、代表訴訟制度

（一）代表訴訟制度の起源

Prunty 教授は、代表訴訟の起源は一九世紀中葉のイギリスの衡平法（equity）に遡るとして、要約、以下のように、これを説明している。

「一九世紀初頭に、イギリスの裁判所は、大規模な企業への投資機会の増加によって生みだされた、富の生産と分配の過程を担う、人類の新しい組織体に遭遇した。この出現により、組織構成員たる出資者の企業経営権限は否定され、企業経営者に企業経営権限が集中されることとなった。この結果生じたのが、企業経営権限の濫用である。

代表訴訟制度の発展の歴史は、企業の業務を管理する権利を損なうことなく、また、企業の内部に於ける利害対立に関与することなくして、企業経営者の答責性を確保しようという、裁判官と法律家の努力の記録である。」[10]

と。

このような裁判所の立場を明確にしているのが、一八四三年の Foss v. Harbttle 事件[11]である。

本件は、国会制定法（Act of Parliament）に基づき、一定の公園の造成および管理を行うために設立された株式会社の取締役らが、自己の所有に属する不動産を、不当に高い価格で、会社のために購入したため、二名の株主が、取締役を被告として、取締役が詐欺的かつ違法に会社資金を費消したこと、および取締役会は必要な員数を欠いており、本件譲受を授権する由もなかったことを理由として、取締役の会社に対する損害賠償責任を追及する訴えを提起した事案である。判旨は、①本件では、事実上の（de fact）取締役会の継続が予定されており、②訴状の主張は、株主総

会が成立し、取締役会の活動を管理する可能性を排除するものではなく、③したがって、原告らの訴えを待たなくても、会社が賠償を受ける可能性があること、の三点を判示して、原告らの請求を斥けたものの、その傍論で、代表訴訟という訴訟形式を認め、次のように述べている。

「本件主張事実が、会社は、会社の名で、かつ会社としての資格で（in its own name and in its corporate character）、あるいは、法が会社の代表者と定めた人物の名で、訴えを提起しなければならないという一応の（primâ facie）原則からの逸脱を正当化するかどうかが、唯一の問題である。――もし会社がその構成員によって損害を蒙り、各株主が個人としての資格で訴え、会社から与えられている権利の保護を図る以外には救済手段が存在しない場合には、――正義にかなった主張（claims of justice）が、会社が訴訟を提起する際に則らなければならない方式についての技術的原則より生ずる困難に優先するのである。」

と。

このように、イギリスの裁判所は、株式会社について、代表訴訟制度が適用されることを認めているものの、会社内部における企業経営者と構成員との間の関係には、あえて踏み込もうとはしなかった。(12)

これに対して、アメリカの判例は、その当初より、経営者と株主との関係を直視し、これを信託（trust）理論に仮託して、信託関係であると把握することにより、衡平法の網をかぶせて来た。

このことを初めて明確にしたのが、一八一七年の Attorney General v. Utica Ins. Co. 事件(13)である。

本件は、被告会社が、その基本定款（charter）に違反して、銀行業務を営んだため、法務長官が、銀行業務の差止命令を求めて、訴えを提起（enjoin）した事案であり、判旨は、衡平法は、法務長官が差止命令を求めるについては、何等その適用をみないとして、請求を棄却したが、その理由を要約、次のように述べている。

「会社に帰属する権限を行使する者は、その受託者（trustee）としての資格において、詐欺的な（fraudulent）信託違反の責任を裁判所に対して負い、衡平法の単純なる頭をもってすれば、本裁判所の会社についての管轄権は、このような事項に限定

されなければならない。[14] ――原告が主張するように、本件は信託違反に該当するが、この点については判断を下さない。蓋し、職権の濫用（misconduct）が行われたという株主側からの主張が存在するわけでもないし、信託違反を理由として起訴（prosecution）が行われるためには、訴状（bill）をもって、被告各人の名を特定した上で、会社を利用して個人的利益を挙げたことを立証しなければならないからである。[15]」

と。

Attorney General v. Utica Ins. Co. 事件の趣旨を踏襲して、取締役が信託受託者であることを理由に、株主の代表訴訟の提起権を正面から認めたのが、一八三一年の Tayler v. Maiami Exporting Co. 事件[16]である。

本件は、取締役がその権限を濫用して、会社の資産を安価で取得したため、株主が取締役に対して、資産の返還を求める訴を提起した事案であり、判旨は、取締役と株主との間の関係を、信託関係であると判断し、忠実義務（fiduciary duty）違反を理由として、取締役に資産の返還を命じている。

このように、イギリスに於ける代表訴訟の起源とアメリカに於けるそれとを較べてみると、いずれに於いても、取締役による権限の濫用から株主を守るために、衡平法上、代表訴訟制度が認められるようになったのであるが、前者では、単に common law の適用の結果が実質的に不当であったため、衡平法が適用され、代表訴訟が認められるようになったに過ぎないのであるが、後者では、取締役が信託受託者であるがために、衡平法が適用され、代表訴訟制度が認められるようになったのである。

このように、アメリカ法が取締役と株主との関係を、信託に仮託し得た以上、アメリカでは、社会経済観念上、会社は、株主の「所有物」であると考えられていたわけであり、代表訴訟制度は、取締役がその権限を濫用して会社に損害を蒙らせ、その結果、会社が取締役に対して訴因を有する場合、株主の「所有権」を保護するために認められた、株主が取締役の責任を追及するための手段である。

（二）代表訴訟提起の要件

(1) 代表訴訟提起の先行条件

株主が代表訴訟を提起するには、第一に、会社が有する訴因を構成する事実を主張した上で、第二に、原告株主に、会社のために訴訟を提起する権限が認められる理由となるような事実を主張しなければならない。[17]

具体的には、第一に、以下のいずれかが主張されなければならない。[18]

①原告株主が取締役会に対して訴訟の提起を求めたところ、取締役会がこれを不当に（wrongfully）拒絶したこと。

②原告株主が取締役会に対して訴訟の提起を求めたところ、取締役会がこれを容れたものの、その提起を怠ったこと。

③被告となる取締役が取締役会の過半数を占めたこと。

④被告となる取締役とその他の取締役とが通謀しており、かつ、これらが、取締役会の過半数を占めたこと。

第二に、当該株主が責任を追及する取締役の行為が、取締役と会社の利益が相反し、自己取引となる場合のように、単に会社がこれを取り消すことが出来るに過ぎないときには、株主総会がこれを追認して、確定的に有効なものとすることが出来るため、以下のいずれかが、主張されなければならない。[19]

①原告株主が株主総会に於いて、代表訴訟の提起について、これに賛成するかどうかを問うたところ、これが否決されたこと。

②株主の過半数が、取締役の当該行為によって利益を得ていること。

③株主の過半数が被告となる取締役と通謀していること。

(2) 原告適格（standing to sue）

代表訴訟を提起する資格を有するためには、株主であることは、当然であるが、必ずしも、株主名簿上明らかな株主である必要はなく、衡平法上の株主であっても構わないが、訴訟を維持するためには、いずれの場合にも、株式を所有することを証明しなければならない。[20] 株主名簿に登録していない株主の場合にも、株式の質権者として、当事者適格が認められる。[21]

次に、代表訴訟を提起する株主は、原則として、被告となる取締役が会社に対して訴因を与える行為をなした当時に株主となっていなければならない。[22] このことは、その後、連邦最高裁判所に於いて、衡平法上の訴訟規則（equity rule of civil procedure）として採用され、現在では、連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）第二三・一がこれを規定しており、同様な規定は、大多数の州法に於いても存在する。なお、代表訴訟に於いて、原告株主は、会社が有する訴因を主張するのであるから、会社は、真の原告当事者である一方、他方では、会社は、会社の権利の主張を自らの手で行うことを怠ったのであるから、名目的被告当事者（nominal party defendant）として法廷に引き摺り出されることになる。このため会社は、代表訴訟の必要的当事者（indispensable party）である。[23]

(3) 担保提供義務（security for expenses）

アメリカに於いては、取締役や役員が代表訴訟によってその責任を追及され、原告が勝訴しなかった場合、会社が、取締役や役員が、弁護士費用やその他一切の訴訟のために負担した額を補償することを、基本定款あるいは付随定款に規定することにより、または株主総会の決議によって決定することは、common law 上認められているだけでなく、これを規定する州法も存在する。[24]

アメリカに於いても日本と同様に、敗者が訴訟費用を負担するのが原則であるが、この場合「訴訟費用」は、民事訴訟を遂行するについて、法律上、要求される費用に限定され、弁護士費用その他一切の費用はこれに含まれない。[25]

かくて、代表訴訟を提起した株主が勝訴しない場合には、会社は、多額の費用を負担することになり、他方では代

表訴訟には、常に濫用の危険がつきまとう。そこで設けられたのが、代表訴訟の原告の担保提供義務である。

(4) 制定法等の規定

①連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure)

第二三・一条

法人または法人格なき組合が、正当に主張できる権利を強行する (enforce) のを怠り、その株主あるいは構成員が、法人または法人格なき組合が有する権利を強行するためには、原告は、以下のことを立証しなければならない。

(1)原告は、原告が争う行為がなされた当時に、株主もしくは構成員であったこと、または、法定の原因によって(by operation of law)、その後に、株式もしくは構成員たる資格を承継したこと。

(2)当該訴訟は、本来、連邦裁判所の裁判管轄ではないものを、馴れ合いによって、連邦裁判所の裁判管轄に属せしめるものではないこと。

申立ては、取締役会またはこれに相当する機関に対して、また必要に応じ、株主総会または株主に対して、原告が望む訴訟を提起させるための努力を払った場合には、これを特定的に、またこのような努力を払うのを怠った場合、および、これを全く行わなかった場合には、その理由を、主張していなければならない。代表訴訟は、原告が、会社または組合の権利を強行するに際して、原告が、類似した状況の下にある株主または構成員を、公正かつ適切に代表していない場合には、これを維持してはならない。

②ニューヨーク州事業会社法 (New York Business Corporation Law)

第六二六条

(a)会社の株式または議決権信託証書の所有者、および、かかる株式または議決権信託証書の受益権の所有者は、当該州内会社または州外会社が有する、自らのために裁判を求める権利に基づいて、訴えを提起することができる。

(b)かかる訴えに於いては、原告が、訴えの提起の時点、および原告が指摘する行為がなされた時点に於いて、このような所有者であるか、または原告が有する株式もしくは株式に対する権利が法定の原因によって承継されたものであること、が明らかにされなければならない。

(c)かかる訴えに於いて、原告は、取締役会による訴えの提起を求める努力をしたこと、もしくは、これを行わなかったこと

の理由を、特定的に、述べなければならない。

(d)かかる訴えは、当該訴訟について裁判管轄権を有する裁判所の承認がなくしては、取り下げ、示談、または和解を行うことができない。（以下は略す。）

第六二七条

本法第六二六条によって特定された訴えに於いては、原告は、総社外株式中の五パーセント以上を所有するか、総社外株式中の五パーセント以上を表彰する、議決権信託証書もしくは信託受益権を所有するか、あるいは、市場価格が総計五万ドルを超過する数の株式を保有する場合を除き、その訴因を固有する会社は、最終判決が下される前のいかなる段階に於いても、代表訴訟により、会社が負担する弁護士費用その他の費用、および、被告がこれを防御するために負担する弁護士費用その他の費用であって、本章の規定、契約、あるいはコモン・ローに基づき、会社が支払責任を負担する額を含む相当額につき、原告に対し担保の提供を求めることができ、会社は、このうち、代表訴訟について管轄権を有する裁判所が、訴訟の終了に際して判断する額につき、償還請求権（recours）を有するものとする。

③キャリフォルニア一般会社法（California General Corporation Law）

第八〇〇条

(a)（略）

(b)以下に規定する要件が充足されない場合には、会社の株式または議決権信託証書の所有者は、州内会社または州外会社が有する権利に基づいて、（代表）訴訟を提起し、または維持することができない。

(1)原告は、訴状に於いて、原告が主張する（取締役の）行為がなされた当時、原告が、登録済の、あるいは信託受益上の株主であったか、議決権信託証書の所持人であったこと、または、原告が有する株式あるいは議決権信託証書を、（取締役の）行為がなされた当時の所持人から、その後、法定の原因によって承継したこと、を主張しなければならない。……

(2)原告は、訴状に於いて、原告が望む訴訟が取締役会によって提起されるための努力を行ったことを特定的に主張するか、かかる努力を行った上で、原告が、会社もしくは取締役会に対して、書面により、各被告に対する訴因を構成する究極的事実を通知したこと、または、原告が提出する訴状の正本を会社または取締役会に送達した（delivered）ことを主張しなければならない。

（以下は、略す。）

④模範事業会社法（Model Business Corporation Act）

当州に於いて株主が、州内会社または州外会社が有する権利に基づいて、訴訟を提起するには、原告は、自らが申し立てる（取締役の）行為が為された当時、登録済の株式もしくはその議決権信託証書の所持人であるか、または、その後、法定の原因によって、株式または議決権信託証書を承継した所持人でなければならない。

今後、州内会社または州外会社が有する権利に基づいて、登録済の株式もしくはその議決権信託証書の所持人が訴訟を提起した場合には、管轄権を有する裁判所は、終局判決に於いて、当該訴訟が相当な訴因を有さずして提起されたとの事実認定を行った上で、原告に対して、被告として名指された当事者が、当該訴訟において防御を行うにつき用いた、弁護士費用を含む相当な支出について、支払を命じることができる。

登録された株式またはその議決権信託証書の所持人であって、その株式数が、当該会社の総社外株式の五パーセントに満たない者により、州内会社または州外会社が有する権利に基づいて、現在、係属中であるか、あるいは今後、提起または維持される訴訟に於いては、所有する株式または議決権信託証書の市場価格が二五、〇〇〇ドルを超える場合を除き、その権利に基づいて訴訟が提起される会社は、終局判決前のいかなる段階に於いても、原告に対して、当該訴訟に関して生じ、被告として名指された当事者が法律上責任を負担することとなる、弁護士費用を含む支出について、担保の提供を求める権利を有する。

（以下は、略す。）

二、代表訴訟において経営上の判断の原則の適用が争われた事案

既に指摘したように、近時の代表訴訟が提起された事案に於いては、会社には第三者に対する訴因が無く、単に取締役に対してのみ訴因が存在する場合に、取締役会が当該取締役の責任を追及しないと判断し、この判断に経営上の判断の原則が適用されるかどうかが争われるものが多い。

このような事案では、まず原告株主が代表訴訟を提起し、取締役会に対して取締役の責任を追及するように要求し

なかったことの理由として、あるいは、これが取締役会に受け容れられなかった理由として、取締役会の構成員たる取締役の過半数または大多数が、原告が主張する不当行為に関係していると主張し、取締役会は、これに対処するために、被告以外であって、かつ不当行為に関与していない社外取締役によって構成される特別の委員会（litigation committee）を設け、これに、取締役会が有する経営上の全権限を委ね、代表訴訟の遂行によって会社にもたらされる結果の功罪を判断させている。

かくて、代表訴訟が遂行されたとしても、これにより会社の最大限の利益がもたらされるものではない、と訴訟委員会が判断した場合は、被告取締役と名目的被告当事者として法廷に引き摺り出された会社とが、訴訟委員会の判断の結果を根拠として、代表訴訟の終結（termination）を求めることとなる。そこで、まず、このような事案を紹介する。

（一）連邦裁判所の事案

(a) Burks v. Lasker[26]

本件は、一九四〇年投資会社法（Investment Company Act）に基づく投資会社として登録された株式会社が、Penn Central 鉄道会社が発行した手形を取得したところ、Penn Central が一九七〇年六月に倒産し、手形に対する支払を受けられず、これによって損害を蒙ったため、株主が、当該手形を取得するに際して取締役が充分な調査を行うのを怠ったとして、取締役会に対して取締役の責任を追及するように求めたところ、これが容れられなかったため、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

取締役会は、これに対処するために、取締役員数一一名中の、被告および訴訟に利害関係を有する取締役を除く、残余の五名に対して、その全権限を委ね、代表訴訟が遂行されることが株主の最大限の利益になるかどうかを判断させ、代表訴訟が遂行されることの結果は、会社および株主の最大限の利益に反するとの結論を得た。

第一審に於いて、被告取締役は、この結論を引用し、代表訴訟の棄却を求め、これに対して、原告株主は、この結論は、被告取締役に従属した立場にある取締役によって導かれたと主張した。

判旨は、従属した立場にある取締役によってこの結論が導かれたとの株主の主張を斥け、請求を棄却した。[27]

控訴審は、投資会社法の立法の趣旨である公衆の利益の観点より、取締役の員数の半数に満たない取締役の判断に基づいて代表訴訟を棄却することは認められないとして、原審を破棄した。[28]

これに対して、上告審たる連邦最高裁判所は、取締役会がなした代表訴訟を終結すべきであるとの判断に基づいて、代表訴訟を棄却するには、①設立準拠法がこれを認めているかどうかという点、および、②これを設立準拠法が認めているとしても、代表訴訟を棄却することが、連邦が定める一九三三年証券法および一九三四年証券取引法などの立法の基礎となっている政策と矛盾するものであるかどうかという点、の二点が明らかにされなければならないと判示し、原審判決を破棄、これを原審に差し戻した。[29]

(b) Lewis v. Anderson[30]

本件は、Walt Disney Production 会社の取締役会が株主総会の承認を得た上で、取締役に対して株式買受権（stock option）を付与したところ、Disney の株主である原告が、本件株式買受権の付与、およびこれを承認する株主総会決議の成立過程について、一九三三年証券法および一九三四年証券取引法などの証券諸法上の違法が存在するとして、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

Disney の取締役は、これに対処するために、株式買受権の付与の後に就任した取締役および被告として名指されてはいるものの、株式買受権の付与を受けていない取締役、の二名の業務執行役員たる地位を兼任しない取締役より構成される訴訟委員会を設け、これに代表訴訟が遂行されることが Disney の最大限の利益に反することになるかどうかについて、判断を下す権限を委ね、代表訴訟の遂行は Disney の最大限の利益に反することとなる、との結論を得た。

そこで、被告取締役は、この結論を根拠として、代表訴訟の終結を求め、原告株主は、これを争った。

原審たる連邦地方裁判所は、訴訟委員会が、代表訴訟の終結について経営上の判断を下しているならば、かかる判断の結果を争うことはできないと判示し、訴訟委員会が真に誠実な判断を下したか否やについての審理を留保しつつ代表訴訟を棄却した。そこで、原告がこれを不服として控訴したのが、本件である。

判旨は、①キャリフォルニア州法は、代表訴訟を会社の最大限の利益に反するとして棄却するには、適式に訴訟委員会に授権が行われることを要求していること、②利害関係を有しない取締役によって構成される訴訟委員会が誠実になした経営上の判断は、株主および裁判所の攻撃を排除すること、③かかるキャリフォルニア州法の解釈は、連邦の証券諸法の基礎となっている政策と矛盾するものではないこと、の三点を判示して、控訴を棄却した。(31)

(c) Galef. v. Alexander

本件は、オハイオ州法に基づき設立された株式会社である TRW の取締役会が、以前、従業員に対して付与した買受価格の高い株式買受権を、従業員が放棄することを条件として、新たに従業員に対して、株式買受権を付与したところ、TRW の株主である原告が、当該株式買受権を付与したことは、従業員に対する株式買受権付与計画によって認められた付与権の範囲を超える権限の濫用であること、および、この付与計画についての株主総会の承認を得るに際して取締役会が用いた議決権代理行使の勧誘のための付属書類中に虚偽の記載が存在し、取締役は一九三四年証券取引法第一四条違反の責任を負うこと、の二点を理由として、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対処するために、TRW の取締役会は、株式買受権の付与を受けていない取締役等に、代表訴訟が遂行される結果の判断をさせ、代表訴訟が遂行されることは、TRW の最大限の利益に反するとの結論を得た。そこで、被告取締役が、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

原審は、かかる株式買受権の付与について、利害関係がない取締役によって、取締役会のためになされた判断には、経営上の判断の原則が適用され、かくて、その結論は絶対的なものとなるとして、原告の請求を棄却した。

控訴審たる本件は、①訴えの理由が、証券取引法第一四条違反である場合には、経営上の判断の原則に基づいて、訴えを棄却することはできないこと、および②州法上認められる権利主張（claim）を経営上の判断の原則によって斥けることができるかどうかについては、オハイオ州法が適用されるが、原審は、これについて判断を下していないこと、の二点を理由として、原告の主張を容れ、原審を破棄、差し戻した。

(d) Maldonado v. Flynn[32]

本件は、デラウエアー州法に基づき設立された株式会社である Zapata Corporation の取締役会が、一九七四年に、同社の株式買受権計画を変更したため、株主が、一九三四年証券取引法第一〇条(b)項、第一四条(a)項および第七条の各違反、ならびに、これらに付随する証券取引法規則、およびコモン・ロー上の忠実義務に違反することを理由として、九名の取締役に対して、損害賠償責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

原審たるニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、訴因が明らかにされていないとして、これを棄却し[33]、控訴審たる連邦控訴裁判所は、一九七五年、一九七六年、および一九七七年になされた取締役選任の際に、取締役会が、議決権の代理行使を勧誘するために作成し配付した付属書類が、株式買受権計画について開示していなかったという主張については、一九三四年証券取引法第一四条(a)項の責任としてその訴因が明らかにされているとして、これについて審理を進めるように、原審に差し戻した[34]。

差し戻し審に至り、Zapata Corporation は、独立した立場にある取締役によって構成される調査委員会（independent investigation committee）が、代表訴訟が継続されることは、会社の最大限の利益に反するとの判断を下しており、この判断には経営上の判断の原則が適用され、かくて、本件代表訴訟は終結されるべきであると主張した。このように

して、本件に於ける争点は、一九三四年証券取引法第一四条(a)項に基づいて取締役の責任を追及する代表訴訟に、経営上の判断の原則の適用が認められるかどうかという一点に絞られることとなった。

判旨は、①デラウエアー州では、たとえ取締役の一部が、代表訴訟に於いて、被告として名指されているとしても、これについて利害関係を有しない取締役によって構成される委員会は、経営上の判断の行使の一環として、代表訴訟の終結を求めることができること、②経営上の判断の原則は、議決権代理行使の勧誘を行う際になされた開示が、一九三四年証券取引法に違反するとして争われている訴訟にも適用されること、③本件に於いて、代表訴訟が遂行される結果の功罪を判断するために設けられた委員会は、その構成員が、株主総会によって欠員補充のために選任された者ではなく、取締役会によって欠員補充のために指名された者であるとしても、利害関係が無く、かつ独立な地位にある取締役（disinterested and independent director）という概念に含まれること、の三点を判示した上で、当該委員会が、利害関係を有さず、かつ独立した取締役によって構成されており、幾多の事実についてこれを再調査し、熟考した上で、代表訴訟が遂行される結果は会社の最大限の利益に適うものではないと、誠実に、経営上の判断を下したことを認定して、原告の請求を棄却した。(35)

(e) Maher v. Zapata Corporation

本件は、Zapata Corporation (d)に於ける Zapata Corporation と同一）の取締役会が、一九七七年および一九七八年に開催された株主総会に際して、株主に対して議決権代理行使の勧誘を行ったところ、Zapata Corporation の株主である Maher が、議決権代理行使を勧誘する際に取締役会が用いた proxy statement および参考資料に、重大な虚偽記載および必要的記載事項の欠缺があるとして、一九三四年証券取引法第一四条(a)項および証券取引委員会規則一四a—九、などに基づく取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

Zapata Corporation の取締役会は、これに対処するために、被告として名指されていない二名の取締役より構成さ

れる委員会を設け、これをして、原告の主張の調査の任に当たらせた。委員会は、証人の面接、宣誓証書の謄本の再調査、および会議の記録や書類などの検討を行った上で、代表訴訟が遂行されることは会社の最大限の利益に反するとの判断を下したため、被告取締役および会社は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、デラウエアー州に於いては、経営上の判断の原則は防御的に用いられ得るに過ぎず[36]、本件のように攻撃的に用いることは認められないことを明らかにした上で、本件のように忠実義務違反を理由として取締役の責任が代表訴訟によって追及される場合には、単に訴訟委員会が、その総意により、代表訴訟が遂行されることは会社の最大限の利益に反するとの結論に到ったというだけでは、代表訴訟の終結を求めることはできないと判示した。

(f) Abella v. Universal Leaf Tabaco Co., Inc.[37]

本件は、ヴァージニア州法に基づき設立された株式会社である Universal の株主に対して、Congoleum Corporation が公開買付を行ったところ、Universal の取締役会はこれに反対する態度を明らかにし、Congoleum に対する行政訴訟をヴァージニア州会社委員会 (the Viginia State Corporation Committee) に提起したほか、Universal の株主総会に対し、合併やそれに類似する会社組織の変更を行うについては株主総会で八〇パーセントの賛成を必要とする旨の基本定款の変更決議を求めるなどして、これに抵抗し、結局、和解により、一、二〇〇万ドル余を Congoleum に支払って、公開買付を中止させたところ、Universal の株主である原告が、取締役がこのような行為をなすことは、株主に対する忠実義務に違反するとして、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

Universal の取締役会は、これに対処するために、二名の取締役（一名は、株主総会によって新たに選任された者であり、他の一名は、取締役会によって新たに指名された者である）より構成される委員会を設けて、これに、代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させた。委員会は、弁護士などを用い、何回にもわたって会合を開き、多数の情報を検討した上で、代表訴訟が遂行される結果は、会社に殆ど利益をもたらすことにならず、また、損失は回復できるとしても、回

復の程度は、会社が負担する訴訟費用や会社事業に生じる混乱と較べると、はるかに小さい、との結論を下した。

そこで、Universal の取締役会は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、①ヴァージニア州法の下では、委員会が訴訟の終結を勧告したとしても、取締役会が代表訴訟の終結を要求できるものではないこと、および、②代表訴訟の終結の要求は、株主総会が取締役の行為を追認した場合にのみ認められること、の二点を判示して、[38] 被告の抗弁を排斥した。

(g) Genzer v. Cunningham

本件は、ミシガン州法に基づき設立された株式会社である Burrough が、外国政府に対する物品の納入を成功させるために、政府の下級官吏に対して贈賄を行ったところ、Burrough の株主である Genzer が、右金員の支払は、浪費に過ぎないのであって、取締役の忠実義務に反するだけでなく、取締役の選任の際に作成、送付された議決権代理行使勧誘の付属書類に右支払についての記載がなされていないために、一九三四年証券取引法第一四条(a)項に違反するとして、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対処するために、Burrough の取締役会は、二名の取締役によって構成される委員会を設け、代表訴訟が遂行されることの功罪を検討させ、代表訴訟が遂行される結果は、会社の最大限の利益に反するとして、代表訴訟は終結されるべきであるとの結論を得た。

そこで、被告は、経営上の判断の原則の適用により、このような委員会の結論は、絶対的なものとなるとして、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、利害関係を有しない取締役より構成された委員会が、慎重な調査の後に、誠実になした、代表訴訟を終結すべきであるとの決定について、ミシガン州法上、経営上の判断の原則が適用されるが、これは連邦法上の開示政策や株主の保護についての政策とは矛盾するものではないと判示した上で、委員会は、原告の主張内容について、徹底

的に、かつ誠実に、検討を行った上で判断をなしたとして、原告の請求を棄却した。

(h) Abramowitz v. Posner[39]

本件はデラウェアー州法に基づき設立された株式会社である NVF Company の取締役が、自己の債務の弁済に会社の資産を充て、他の取締役はこれを隠蔽し、もって一九三四年証券取引法第一〇条(b)項及び証券取引委員会規則一〇b－五に違反したとして、取締役の証券諸法およびコモン・ロー上の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対して、NVF は、取締役会がなした、取締役の責任を追及すべきであるとの原告の要請を拒否する判断自体が、代表訴訟が遂行されることが会社の最大限の利益に反するという経営上の判断に裏打ちされているため、この拒絶により、法律問題として、代表訴訟は阻止される、と主張して、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、①デラウェアー州法に於いては、取締役会の構成員であって、利害関係を有さず、かつ独立した立場にある者は、他の取締役会の構成員がなした不正についての責任を追及する代表訴訟を終結させることができること、②かかる権限の行使は、連邦証券諸法の背後にある政策とは矛盾するものではないこと、の二点を判示した上で、取締役会の構成員が、その裁量権を独立して、誠実に行使したことを認定して、原告の請求を棄却した。

(i) Grossmann v. Jhonson[40]

本件は、公債への投資により、構成員に非課税の収益をもたらすことを目的として一九四〇年投資会社法に基づいて、投資会社として登録された株式会社である Fidelity Municipal Bond Fund, Inc. が、その取締役が取締役の地位を兼任している投資顧問会社である Fidelity Management and Research Company を用いて事業を営んでいたところ、Fidelity Bond の株主である Grossman が、Fidelity Bond は Fidelity Research に対して、過当な報酬を支払っていたことなどを理由として、取締役の忠実義務違反の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対処するために、Fidelity Bond の取締役会は、利害関係を有しない取締役より構成される委員会を設け、

代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、代表訴訟が遂行される結果は、会社の最大限の利益となるものではないとの結論を得た。

そこで、被告取締役は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、経営上の判断の原則の適用により、裁判所は、独立した取締役が充分に熟慮した上で下した代表訴訟を終結させるべきであるとの判断を妨げるものではない、と判示して、原告の請求を棄却した。

(j) Gaines v. Haughton[41]

本件は、キャリフォルニア州法に基づき設立された Lokeed Aircraft Corporation が、一九六一年から一九七五年にかけて、飛行機およびその備品の海外での販売に便宜を得るために、コンサルタントや海外販売代理人を用いて、外国政府やその高官に、三〇万から三八万ドルの金員を支払い、これが、証券取引委員会および国会上院の調査により露顕することとなったため、Lokeed の株主である Gaines が、贈賄によって会社は何ら利益を受けることなく、むしろ、そのイメージや暖簾を失ったとして、キャリフォルニア州法上の忠実義務違反の責任と、議決権の代理行使の勧誘の際に用いた付属書類に於いて、不正支出の開示を行わなかったことを理由として、一九三四年証券取引法第一三条(a)項または第一四条(a)項違反の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対処するために、Lokeed の取締役会は、被告として名指されていない四名の社外取締役と、この四名が雇ったニューヨークとロスアンジェルスの弁護士事務所、および著名な会計事務所、の七者を構成員とする特別訴訟委員会（special litigation committee）を設け、これに、取締役会の全権限を委ね、代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、委員会は、代表訴訟が遂行される結果は、会社および株主の最大限の利益にそぐうものではないとの結論を下した。かくて、名目的被告として法廷に引き摺り出された Lokeed が、委員会の結論を根拠として、代表訴訟の終結を求めた。

原審は、委員会の結論は、関連する事実を検討した上で、誠実に下されたのであって、委員会の誠実かつ独立した判断を具現していると言わざるを得ないのであるから、裁判所は、自己の判断を以てこれに代置することはできないとして、[42] 原告の請求を棄却した。控訴審である本件判旨は、原審を支持し、控訴を棄却した。

(k) Stain v. Bailey[43]

本件は、デラウエアー州法に基づき設立された株式会社である J. Ray McDermott & Co., Inc. が、一九六二年以来、違法な支払を行っており、このことを、議決権の代理行使の勧誘の付随書類に記載しなかったため、McDermott の株主である Stein が、一九三四年証券取引法第一四条(a)項に基づく取締役の責任を追及した事案である。

McDermott の取締役会は、これに対処するために、三名の者（その内訳は、Tasco Corporation の副社長兼取締役である Tweedy, Pan American World Airways の取締役会会長兼執行役員である Seawell および、NLT Corporation の取締役会会長兼執行役員である Wagner である。）を取締役に指名し、これら三名の社外取締役より構成される訴訟委員会を設け、これに、原告の主張を検討させた。

訴訟委員会は、弁護士事務所を用いて、調査を行ったほか、監査委員会の報告を検討した上で、代表訴訟が遂行される結果は、会社の最大限の利益に反するとの結論に、全員一致で到達した。

そこで、McDermott は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、デラウエアー州に於ける経営上の判断の原則を、証券取引法違反の責任を追及する代表訴訟に適用することは、証券諸法の背後にある政策とは矛盾しないから、利害関係を有さず、かつ独立した構成員より成る訴訟委員会が、合理的な範囲で徹底的に調査を行った上で、誠実に判断を下した場合には、デラウエアー州に於いては、証券取引法違反の責任を追及する代表訴訟を、会社が終結できる、と判示して、原告の請求を棄却した。[44]

(l) Abramowitz v. Posner

本件は、ニューヨーク証券取引所に上場されている株式会社であって、デラウエアー州法に基づいて設立されたNVF Company の取締役が、権限を濫用し、会社の資産を横領したため、NVF の株主である Abramowitz が、コモン・ロー上の浪費、横領、および詐欺、ならびに一九三四年証券取引法第一〇条(b)項および証券取引委員会規則一〇b―五の違反を理由として、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これより先に、証券取引委員会は、NVF の取締役に対して、私的訴訟を提起し、NVF に対する支払、および、監査委員会の設置を求める判決を得ており、また、NVF は、前証券取引委員会委員、前ニューヨーク証券取引所会長、および前全国証券取引業者組合副会長、などを構成員とする監査委員会を設け、取締役に対して追加支払を求めること、および、これ以上訴訟が提起されることは、会社の最大限の利益に合致するものではない、との判断を得ており、この結論は、NVF の取締役会に於いて承認されていた。

そこで、被告取締役は、これに基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

原審[45]は、デラウエアー州法は、利害関係を有さず、かつ独立した取締役に、他の取締役会の構成員がなした不正行為の責任を追及する代表訴訟を終結させることを認めており、このことは、一九三四年証券取引法第一〇条(b)項、および証券取引委員会規則一〇b―五の背後にある政策と矛盾するものではないと判示した上[46]で、利害関係を有しない取締役の判断が誠実になされたことを認定して、原告の請求を棄却した。

控訴審である本件判旨は、デラウエアー州に於いては、株主が取締役会に対して、取締役の責任を追及する訴えの提起を求め、これを拒絶された場合には、取締役が不正に拒絶したことを株主が立証しなければ、裁判所は、代表訴訟の終結を求める取締役会の経営上の判断に従うが、取締役会に対して取締役の責任を追及する訴えの提起を求めることが無駄であることを理由として、取締役会に対して訴えの提起を要求しなかった場合には、まず、会社が、取締役会が誠実に、独立した判断を下したことを立証しなければならないのであって、しかも、その判断は、裁判所の客

観的調査に従うことを判示した上で、①証券取引委員会が提起した私的訴訟に於いて被告として名指された取締役は、代表訴訟を終結する旨の決議がなされた取締役会の会議に於いて、議決権を行使しなかったこと、および②原告は、この決議に参加した取締役が被告として名指された取締役の影響の下にあったこと、あるいは、代表訴訟で責任を追及されている取締役がなした不正行為によって利益を受けていることを証明しなかったこと、の二点を認定して、控訴を棄却した。

㊟Joy v. North[47]

本件は、コネティカット州法に基づいて設立された株式会社である Connecticut Financial Corporation の株主が、Financial の完全子会社である銀行業を営む Citytrust が National Bank Act および、コモン・ロー上の忠実義務に違反して建設資金の貸付を行ったとして、一三名の社外取締役を含む計三〇名の取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

Citytrust の取締役会（その構成員の過半数は、被告として名指されている。）は、これに対処するために、委員会を設け、これに代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、三〇名中二二名に対する代表訴訟は終結されるべきである、との結論を得たため、被告は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

原審[48]は、経営上の判断が、取締役のような会社経営に熟練した者に、会社の最大限の利益と合致するように、会社の管理を任せるものであるならば、裁判所や株主は、それぞれの後知恵から、取締役を解放すべきであり、代表訴訟の功罪を評価するについて、取締役会や株主総会よりも、裁判所が長けているという根拠は全く存在せず、むしろ、裁判所は、司法判断をなす責務を負っているのであって、経営上の判断について干渉する権能を有しないのであると述べて[49]、原告の請求を棄却した。

控訴審である本件判旨の多数意見は、まず第一に、①取締役会に対する訴えの提起の請求が必要な場合と、②取締

役自身が訴えの理由となっている行為によって、利得しているか、または取締役自身が被告として名指されており、取締役の利益が会社と相反するために、取締役会に対する訴えの提起の請求が必要でない場合、とを区別し、①の場合には、訴えの提起について取締役会が最終的な判断の権限を持ち、②の場合には、経営上の判断の原則は適用されず、かくて委員会が代表訴訟の終結を求めることはできないと断じた。[50] 次に、第二に、②の場合であって、訴訟委員会の結論を裁判所が審査する場合には、その審査の対象は、原則として、会社が代表訴訟によって負担する直接費用と訴訟の遂行によって会社が受ける賠償額との比較に限定されるべきであるとし、さらに例外として、①会社に対する賠償額が総株主の持ち分（shareholder equity＝会社の資産マイナス負債）と比較して大きい場合には、訴訟の係属により、役員がどの程度、事業への専心を妨げられてしまうかという点について、裁判所は審査をなすことができ、②会社が、公衆と取引を行っており、会社の事業の水準が、会社が提供する製品やサービスについての公衆による確認（identification）と受諾に依存している場合であって、かつ賠償額が総株主の持ち分と比較して、大きくない場合には、訴訟の結果として生じる営業上の損失について、裁判所は審査をなすことができるとした上で、本件における賠償額は直接費用より大きいと認定して、[52] 原審判決を破棄、差し戻した。[51]

（二）州裁判所の事案

(n) Auerbach v. Benett[53]

本件は、General Telephone & Electronics Corporation が一九七一年から一九七五年にかけて、アメリカ国内および海外に於いて、一、一〇〇万ドルにものぼる賄賂およびリベートの支払を行ったため、G. T. & E. の株主が取締役会の構成員一五名中の四名に対して、忠実義務および証券諸法違反の責任を追及する代表訴訟を提起した事案である。

これに対処するために、G. T. & E. の取締役会は、右不正支出がなされた後に、取締役に就任した、三名の利害

関係を有しない社外取締役より構成される訴訟委員会を設け、これに、代表訴訟に対して、会社が採るべき態度の決定を委ねた。訴訟委員会は、監査委員会の報告を聴き、被告取締役を面接により調査したほか、弁護士の助言を受けた上で、本件代表訴訟が遂行されたとしても、会社の最大限の利益がもたらされるものではないとの結論を下したため、G. T. & E. および被告取締役は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

原審は、被告の抗弁を容れ、原告の請求を棄却し、控訴審は、原審が経営上の判断の原則を適用して訴えを棄却したことは、違法であるとして、原審判決を破棄した。

上告審である、本件判旨は、①会社の経営および政策の決定は、取締役の権限に属するのであって、経営上の判断の原則は、取締役が、会社の目的を合法かつ適正に増進させるために、誠実かつ正直になした行為に対する司法審査を阻止すること、[54] ②代表訴訟に於ける訴因は、基本的には、会社に帰属するのであるから、訴訟を提起するや否やは取締役会の判断事項であること、[55] ③経営上の判断の原則は、裁判所が訴訟委員会の判断を手続的観点から審査することを妨げるものではないのであって、訴訟委員会がなした調査が相当であるかどうかという点、訴訟委員会の構成員の独立性と利害関係の有無、および誠実さ、などについては、株主がこれを争うことができること、[56] の三点を判示した上で、原告は、第三点について何らこれを争う主張を行っていないとして、原告の請求を棄却した。

(o) Maldonado v. Flynn[57]

本件は、(d)事件および(e)事件における Zapata Corporation と同一の会社に関する事案である。

一九七〇年に Zapata Corporation の取締役会が、取締役および役員に対する株式買受権の付与を計画し、買受価格を普通株式一株当たり一二ドル一五セントとし、また権利の行使の時期を五回に分け、最終の行使期日を一九七四年七月一四日とした上で、株主総会の追認を受けた。その後、最終行使日近くとなり、Zapata Corporation は、自社株二三〇万株を一株当たり二五ドルで、最終行使日直前に、公開買付を行うこととしたが、公開買付が、買受権の

行使前に行われてしまうと、取締役らが買受権行使の際に負担する税額が高くなるため、取締役会が、最終行使日を七月二日に変更したところ、Zapata Corporation の株主である Maldonado が、最終行使日を変更したことは、取締役が会社および株主に対して負担する忠実義務に違反するとして、取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した。

これに対処するため、Zapata Corporation の取締役会は、新たに二名の取締役を指名し、これらの者によって構成される訴訟委員会を設け、これに、代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、代表訴訟が遂行されることの結果は、会社の最大限の利益に反するとの結論を得た。

そこで、被告取締役および Zapata Corporation は、この結論に基づいて、代表訴訟の終結を求めた。

判旨は、まず、①代表訴訟には、会社をして訴えを提起させることを目的とする株主自身の訴訟という性格と、株主によって会社のために、会社に責任を負担する者に対して主張される会社の訴訟という性格との二面性があること、[58] ②株主が訴えを提起するに際し、取締役の責任を追及すべき旨の要求を、取締役会に対してなすことが必要とされる理由は、取締役会が会社を管理するという一般原則から逸脱して、株主が訴訟を管理することを正当化する理由があることを明らかにさせるためであること、[59] および③正当な訴因を主張する株主が、一旦、会社に対して訴えの提起を求め、これを拒絶された場合には、当該株主は、自己の権利だけでなく、会社が有する権利をも、代表訴訟に於いて主張することができることとなるのであって、会社自身は、最早、かかる権利を管理できなくなること、の三点を明らかにした上で、[60] 本件のように、取締役の忠実義務違反が明らかな場合には、原告の訴えを検討して、これが遂行されることの結果は、会社の最大限の利益にそぐうものではないとの経営上の判断を下したとしても、取締役会や委員会は代表訴訟の終結を求めることができないとして、[61] 被告の抗弁を斥けた。[62]

(p) Zapata Corp. v. Maldonado

本件は、(o)事件の上告審である。

判旨は、原審が、株主は、一旦、取締役会に対して、訴えを提起すべき旨の請求をなし、これを拒絶された場合には、代表訴訟を継続させる独立の権利を有すると判示したのは、解釈の誤りであると断じ[63]た上で、次のように述べて、原審判決を破棄、これを原審に差し戻した。

「第一に、裁判所は、委員会の独立性と誠実さ、および委員会の結論を支える基礎たる事実を調査すべきであって、このためには、制限された範囲に於いて開示を命じるべきである。委員会の独立性、誠実さ、および相当性は、推定されるものではなく、むしろ委員会の独立性、誠実さ、および相当な調査は、会社によって、立証されなければならない。裁判所が州地方裁判所規則第五六条が規定する基準に基づいて、委員会が独立性を有し、かつ誠実に事実調査および勧告をなしたという点についての認定の基礎となる相当な事実を立証した、と満足する場合には、裁判所は、その先に審理を進めることができるが、裁判所が、委員会が独立性を有しないとか、その結論の基礎たる相当な事実が立証されていないと判断する場合、およびこれ以外の委員会の誠実さなどを含む委員会の結論に到る過程に関する言い分について満足していない場合には、裁判所は、会社側の抗弁を排除すべきである。[64]」

と。

(q) Abbey v. Computer & Communications Technology Corp.[65]

本件は、未公開の内部情報に基づいて、C.C.T. の二名の役員が、自社株を売却したところ、その後に、この情報が公開され、この影響により、C.C.T. の株式の市場価格が、二四ドル五〇セントから一〇ドルに急落したため、C.C.T. の株主である Abbey が、役員の忠実義務違反を理由として、未公開情報によって利得した金額の会社への引き渡しを求める訴訟を提起すべき旨を内容とする文書を C.C.T. に送付するとともに、C.C.T. の取締役会に対して、これについて、自ら代表訴訟を提起する旨の通告を行った。

これに対し、C.C.T. は、その秘書役を通して、会社の顧問弁護士（本件の被告として名指されている。）の帰社を待ち、彼を加えて、訴訟を提起するや否やの決定を行うとの返答をした。かくて、Abbey は、会社が訴えを提起するや否

やを判断する際に、被告となるべき者が、重大な役割を担うこととなるのを知り、自ら、代表訴訟を提起した。

これに対して、取締役会（その構成員の全てが、被告として名指されている）は、新しく、一名の取締役を選任して、これを構成員とする一人制の訴訟委員会を設け、これに代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、代表訴訟が遂行されることの結果は、会社の最大限の利益に反するとの結論を得た。そこで、名目的被告当事者として法廷に引き摺り出された C.C.T. の取締役会は、この結論に基づいて、訴えの終結を求めた。

判旨は、取締役会について、明白な利害相反が疑われている場合に於いても、取締役会は、その権限を、利害関係を有しない取締役より構成される委員会に委任して、代表訴訟が遂行されることの功罪を検討させることができると判示した上で、この場合、代表訴訟の終結を求めることができるのは、委員会であって、取締役会ではないとして、被告の抗弁を排斥した。

（三）判例の分類

このように、現在の時点に於いては、判例の傾向は、混乱しており、その傾向は、四つに分かれている。

その第一は、(n)事件に代表される立場である。この立場によると、委員会の判断については、従来からの伝統的な経営上の判断の原則が適用されて、委員会の独立性、および誠実性が推定され、かくて、原告がこれらの点について、反対の事実を立証しない限り、代表訴訟は棄却されるとする。

その第二は、(p)事件が採る立場である。この立場によると、委員会の独立性および誠実さ、ならびに調査の相当性（この点については、判旨は混乱している。）については、被告側が挙証責任を負担するのであって、これを立証しない限り、代表訴訟の棄却を求めることはできないとする。

このように、第一の立場と第二の立場は、互いに両極端に立つ。

その第三は、(m)事件が採る立場である。この立場によると、代表訴訟を提起するに際して、取締役会への訴え提起の要求が必要な場合とそうでない場合とを分け、前者の場合には、訴えの提起については、取締役会が最終的な判断の権限を持ち、かくて経営上の判断の原則が適用されて代表訴訟の棄却が認められ、後者の場合には、経営上の判断の原則は適用されず、裁判所が、原則として訴訟の直接経費と賠償額について審査権を有するとする。

その第四は、(q)事件が採る立場である。この立場によると、取締役会が、その権限を委員会に委任して代表訴訟が遂行されることの功罪を判断させ、代表訴訟が遂行される結果は会社の利益に反するとの結論を得たとしても、その結論を用いて代表訴訟の終結を求めることができるのは委員会のみであるとする。

(1) 拙稿「アメリカにおける経営上の判断の原則（Business Judgment Rule）の発展」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集昭和五三年度六九頁。
この他に、経営上の判断の原則に関する研究としては、神崎克郎「米国における経営判断の原則の展開」林良平先生還暦記念論文集（中）二五五頁、並木俊守「経営上の判断の原則」日本大学法学紀要二三巻七頁、戸塚登「経営判断の法則(一)」阪大法学一三六号一頁、近藤光男「アメリカにおける経営判断の法則の適用限界」神戸法学雑誌三二巻七四七頁、などの諸論稿がある。

(2) 615 F. 2d 51 (2d cir., 1980).

(3) Id., 57.

(4) Brown, Shareholder Derivative Litigation and the Special Litigation Committee, 43U. Pitt. L. Rev. 601, 607 (1982).

(5) Id., 607-8.

(6) Id., 609.

(7) このような判断は、実際上、まま下されるのであり、その際、取締役の判断を左右させる要因は、勝訴の可能性、損失の回復などの可能性、訴訟遂行のための費用、相手方との将来に於ける関係の維持などである。See, Duesenberg, The Business Judgment Rule and Shareholder Derivative Suits; A View from the Inside, 60 Wash. U.L.Q. 311, 314 (1982).

(8) 224 U.S. 261 (1971).

(9) Id., 263—4.

(10) Prunty, The Shareholders' Derivative Suit: Notes of its Derivation, 32 N.Y.U. L. Rev. 980, 992—3 (1957).

(11) 67 Eng. Rep. 189 (Ch. 1843). なお、営利法人について代表訴訟の適用を認めたリーディング・ケースは、Adley v. The Whitstable Co., 34 Eng. Rep. 122(Ch. 1810) であるが、これは joint stock company に関するものである。

(12) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」法学協会百周年記念論文集三巻一五七頁は、イギリスに於ける代表訴訟の起源として、The Charitable Corporation v. Sutton, 26 Eng. Rep. 642 (Ch. 1742) を挙げられるが、これは、法人が理事者 (committee men) が経営を行うに際して、詐欺および過失が存在したとして、理事者の解任と損害賠償責任の履行を求めて、訴を提起した事案であるから、本件は代表訴訟の起源となり得る由もなく、また、本件判旨が用いる「信託」の意味も、アメリカに於けるような株主と取締役との間の関係を指すものでもない。

(13) 2 Johns. Ch. 371 (1817).

(14) Chanceller Kent in id., 389.

(15) Id., 390.

(16) 5 Ohio 162 (1831).

(17) Hawes v. Oakland, 104 U.S. 450, 26L. Ed. 827 (1882).

(18) Continental Securities Co. v. Belmont: 99 N.E. 138 (1912), Cathedral Estates v. Toft Realty Corp., 228 F. 2d 85 (2d cir., 1955); Daniels v. Briggs, 180 N.E. 717 (1932).

(19) Continental Securities Co. v. Belmont, supra note 18. もっとも、デラウエアー州においては、Mayer v. Adamus, A. 2d 458 (Sup. Ct. 1958) により、このような主張は不必要であるとされているほか、ニューヨーク州およびキャリフォルニア州では、制定法の解釈の結果、このような主張は不必要とされており、このような州の法を設立準拠法とする会社が大多数であるため、このような主張の必要度は少ない。

(20) Henn & Alexander, Laws of Corporations and other Business Enterprises, 1053-5 (3d ed. 1983); Lattin, The Law of Corporations, 421 (2d ed. 1971).

(21) Hall v. O'Reilly Realty & Investment Co., 267 S.W. 407 (1924); Goodliffe v. Colonial Corp., 155 P. 2d 106 (1948).

(22) Supra note 17.

(23) Geer v. Mathieson Alkali Works, 190 U. S. 428 (1903); Jordan v. Hartness, 55 S. E. 2d 484 (1949).

(24) Lattin, supra note 20 at 453; Kilby v. Mois Land & Loan Co., 215 N. W. 284 (1927) (counsel fees); see, Sant v. Perronville Shingle Co., 146 N. W. 212, 218 (1914) (accountants' fees); McCormick, Counsel Fees and Other Expenses of Litigation as element of Damages, 15 Minn. L. Rev. 619, 620-21 (1931).

(25) この分野については、並木俊守「アメリカの『経営判断の原則』と代表訴訟」日本法学四八巻一七五頁、近藤光男「アメリカにおける経営判断の法則の適用限界」神戸法学雑誌三二巻七四七頁、戸塚登「経営判断の法則(一)」阪大法学一三六号六五頁などの諸論稿がある。

(26) 441 U. S. 471 (2d cir., 1979).

(27) 404 F. Supp.1172 (S. D. N. Y., 1975).

(28) 567 F. 2d 1208 (2d cir., 1978).

(29) Supra note 26, at 486.

(30) 615 F. 2d 778 (9th cir., 1980).

(31) 615 F. 2d 51 (2d cir., 1980).

(32) 485 F. Supp. 274 (S. D. N. Y., 1980).

(33) Maldonado v. Flynn, 448 F. Supp. 1032 (S. D. N. Y., 1978). 事案の詳細については、後出(0)事件を参照のこと。

(34) Maldonado v. Flynn, 597 F. 2d 789 (2d cir., 1979).

(35) 490 F. Supp. 348 (S. D. T. X., 1980).

(36) Id., 351-2. 判旨は(d)事件を引用し、これに反対する旨を明らかにしている。

(37) 495 F. Supp. 713 (E. D. V. A., 1980).

(38) 498 F. Supp. 682 (E. D. M. I., 1980).

(39) 513 F. Supp. 120 (S. D. N. Y., 1981).

(40) 89 F. R. D. 656 (D. M. A., 1981).

(41) 645 F. 2d 761 (9th. cir., 1981)

(42) Id., 768.

(43) 531 F. Supp. 648 (S. D. N. Y., 1982).
(44) 672 F. 2d 1025 (2d cir., 1982).
(45) 513 F. Supp. 120 (S. D. N. Y., 1981).
(46) Id., 129.
(47) 692 F. 2d 880 (2d cir., 1982).
(48) 519 F. Supp. 1312 (C. T., 1981).
(49) Id., 1328 note 9.
(50) Supra note 47 at 887-8.
(51) Id., 892-3.
(52) Id., 897.
(53) 419 N. Y. S. 2d 920 (1979).
(54) Id., 926
(55) Id., 927.
(56) Id., 929.
(57) 413 A. 2d 1251 (Del. Ch., 1980).
(58) Id., 1261.
(59) Id., 1262.
(60) Ibid.
(61) Ibid.
(62) 430 A. 2d 779 (Del. Supr., 1981).
(63) Id., 782.
(64) Id., 788-9.
(65) 15 Sec. Reg. & L. R. 428 (Del. Ch., 1983).