

Title	自由民主党「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の検討
Sub Title	A critical study on the reform bill of commercial code on corporate governance drafted by Liberal-Democratic Party
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa) 来住野, 究(Kishino, Kiwamu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1999
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.72, No.11 (1999. 11) ,p.1- 39
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19991128-0001</a>

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.

# 自由民主党「企業統治に関する商法等の改正案要綱」の検討

宮 島 司  
来 住 野 究

## 一 序説

### 二 具体的改正事項の検討

第1 取締役の監査役に対する説明責任

第2 社外監査役の数

第3 監査役の任期等

第4 監査役選任に関する監査役会の同意権

第5 取締役等の損害賠償責任の軽減

第6 定款変更による取締役等の損害賠償責任の軽減

第7 株主代表訴訟への補助参加

第8 株主代表訴訟を提起できる者

### 第9 監査役の考慮期間

## 三 結語

## 一 序 説

自由民主党政務調査会商法部会「商法に関する小委員会」（委員長・保岡興治衆議院議員、委員長代理・横内正明衆議院議員）は、平成一二年四月一五日、「企業統治に関する商法等の改正案要綱」（以下「要綱」と略す）をまとめ、これを公表した。<sup>(1)</sup> 同小委員会では、これまで、我が国におけるコーポレート・ガバナンスのあり方について検討を行い、平成九年九月八日付で「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子」（以下「改正試案骨子」と略す）を公表して各界からの意見を募った。これを受けて、学界からはその内容につき批判的意見が相次いで発表されたため、同小委員会は、具体的改正事項を大幅に絞り込んだ上で、平成一〇年六月一日付で「企業統治に関する商法等の改正案骨子」（以下「改正案骨子」と略す）を取りまとめた。<sup>(3)</sup> 本要綱は、この改正案骨子の内容とだいたい同じものであるが、その一部は修正されている。本要綱においては、改正試案骨子において提示されたあまりにも大胆な（法理論的な問題があるばかりでなく、私法全体の整合性をも欠いた）提案はかなり削除されているが、それでもなおそこで提示された具体的な改正事項はその実際上の必要性の点でも理論的な点でも問題が多く、他方で、最も立法措置の緊要性が高いと思われる株主代表訴訟における和解の問題が盛り込まれていないという意味で課題も残されている。

企業統治に関する商法改正に向けた自民党の動向は、経団連による同様の提言（「コーポレート・ガバナンスのあり方に関する緊急提言」<sup>(4)</sup>）と相呼応して足並みをそろえる形になっており、しかも後に詳述するように改正提案の内容は実際上の必要性の点でも理論的な妥当性の点でも十分な説得力を有するものではないため、そこには、監査役の地位の強化を代償として取締役の責任の軽減と株主代表訴訟の機能低下を図り、経営者を優遇しようと

する思惑が見え隠れしている。しかし、このような政財界の姿勢に対する評価は世論に委ねるほかはなく、我々商法研究者としては、改正提案から垣間見た印象によって軽々にそれを指弾する立場にはない。我々商法研究者がなしうることは、改正提案の内容を純粹に法的な見地から吟味し、その必要性の有無と理論的な当否を示すことにより、立法のあり方を提言できるにすぎない。

改正試案骨子及び本要綱に対してはすでに多くの意見が発表されているが、我々の意見は結論の点でも理由の点でも他の意見と異なるところが少なくない。そこで、本要綱の具体的改訂事項を検討するに先立ち、我々の基本的な視点を明らかにしておく必要がある。

第一に、会社法がわが国の私法中の重要な一分野を占めるものである以上、コーポレート・ガバナンス（企業統治）のあり方も私法的見地から検討されるべきである。<sup>(5)</sup>そして、私法的見地から見た真のコーポレート・ガバナンスとは、企業経営に関する責任の所在の明確化と責任追及の実効性にあると考えている。すなわち、会社法における機関権限分配の法理は、各機関の権限に属する事項につき、機関構成員が忠実にその職務を執行し、その職務を行うにつき必要な注意義務を懈怠した場合には民事責任を負うものとするることによって、責任の所在を明確化することにある。会社法における機関権限の分配は、決して経営の合理化・効率化のみを目的とするものではない。そして、民事責任を負う者に対する責任追及のための法制度を整備し、それを実効あらしめることによって、企業をめぐる利害関係人（会社・株主・会社債権者）の利益を確保することができ、また責任を追及されるという脅威が機関構成員の適正な職務執行を促し、適正な企業統治に結びつくのである。取締役・監査役は会社に対して委任（準委任）契約上の義務を負う以上、その義務の履行を法的に担保するものは義務違反に基づく責任の追及であって、その意味では取締役・監査役の責任追及は原始的かつ究極のコーポレート・ガバナンスで

あるというべきである。

第二に、株主総会の事実上の形骸化・無機能化を前提として議論すべきではない。確かに、株主総会の現状をみれば、株主総会の十分なモニタリング機能はあまり期待できないことは多言を要しない。このような現状認識に目をつぶるつもりは毫もないが、株主が会社の実質的所有者として資本的危険を負担している以上、株主が株主総会においてモニタリング機能を発揮しなかつたために取締役の任務懈怠を惹起または放置し、その結果株主が損害を被つたとしても、それは自業自得であるというのが私法としての会社法の基本思想である。また、株主総会の機能を軽視して小手先のモニタリング機能の強化を図ろうとすれば、機関構造上の齟齬を来すことになりかねない。したがって、現行法における権限分配の枠組みの下で株主総会の最高機関性を維持し、ひいては私法としての株式会社法を維持する限り、株主総会のモニタリング機能が期待しうることを前提としなければならぬ。悲観的な現状追認型の立法は、会社法を必ずしも正しい方向に導かない。現実から一步理想の方向へと踏み出し、現実に対する指導性をもつことも法の使命であるとすれば、株主を会社の支配権能を有する実質的所有者として正当に位置づけるこそが株式会社制度の理念に沿った正しい姿である<sup>6)</sup>。株主総会はなお瀕死の状態にあるが、総会屋の徹底的な排除・もの言う機関投資家の登場などにより株主総会は蘇生の兆しを見せている。「株主の復権」<sup>7)</sup>ないし「自立した賢明な株主像」<sup>8)</sup>の再構築に基づく株主総会の活性化こそ、私法的コーポレート・ガバナンス論の基礎に据えられるべきである。今どき株主総会の最高機関性を強調することは昭和二五年商法改正前の亡霊であり、株主総会の最高機関性を否定することがコーポレート・ガバナンス論の出発点であると解す<sup>9)</sup>ことは、もはや私法としてのコーポレート・ガバナンス論ではない。

第三に、近時の数多くの会社不祥事により監査役が取締役の違法行為の抑止・是正につき十分な機能を果たし

ていないことが明らかになったが、そのような監査役が無機能化の原因が、商法の制度ないし規制の不備にあるのか、それとも監査役の意識の低さにあるのかということがきちんと見極められなければならない。商法の制度ないし規制は十分に整備されているのであって、監査役の意識改革によらなければ適正な監査は期待できないというのであれば、商法をいくら改正しても意味がない。むしろ、現行法の下でも十分に監査体制の強化・監査役監査の適正化を図ることができるともかかわらず、法改正に依存しなければそれを実現できないほど会社の自助能力が欠如しているのであれば、小手先の改正をしたところで治療法にもならない。商法上の監査制度の抜本的な見直しが必要とされるのか、マイナーチェンジで監査役監査の実効性をあげることができているのか、いずれにしても、現行法にはいかなる不備があり、改正によってどれほどの効果を期待できるのかということが検証されなければならない。

以上の視点に基づき、改正案要綱の具体的改正事項の当否を逐次検討していくことにする。

## 二 具体的改正事項の検討

### 第1 取締役の監査役に対する説明責任

取締役は、三カ月に一回以上、業務の執行の状況を監査役（商法特例法上の大会社にあっては、監査役会）に報告しなければならないものとする。

商法特例法上の小会社については、この規定は、適用しないものとする。

監査役は取締役会に出席して意見を述べることができるとされているが（商二六〇条の三第一項）、この規定は、監査役は取締役の職務執行を監督する者であるから（商二七四条一項）、取締役会への出席はむしろその職務の環境であると理解されるべきである。そして、取締役は三ヶ月に一回以上業務執行の状況を取締役会に報告することを要するから（商二六〇条三項）、監査役は当然に取締役会を通じて取締役による業務執行の状況を知ることができる。監査役がやむをえない理由により取締役会に出席できなかった場合であっても、監査役は、取締役会議事録を閲覧できるほか、いつでも取締役に対して営業の報告を求め、または会社の業務及び財産の状況を調査することができるから（商二七四条二項）、現行制度のままでも監査の実効性に支障はない。本提案を実現したところで、監査役監査の実効性が飛躍的に向上するとは思えない。したがって、本提案は無意味である。むしろ、本来積極的・能動的に監督すべき監査役が、取締役からの報告に基づいて監督を行う消極的・受動的な立場であるかのような誤った認識を与えるおそれがある。

## 第2 社外監査役の数

商法特例法上の大会社にあっては、監査役は、三人以上で、そのうち半数以上は、会社又はその子会社の取締役又は支配人その他の使用人でなかった者でなければならないものとする。

平成五年の改正により、監査の独立性を図るため、商法特例法上の大会社においていわゆる社外監査役制度が導入された。現行法における社外監査役の資格は、その就任前五年間会社またはその子会社の取締役または支配人その他の使用人でなかった者であり、その員数は三人以上の監査役のうち一人以上である（商特一八条一項）。本提案は、社外監査役の資格要件を厳格化するとともに、その増員を図るものである。

社外監査役は、取締役会からの独立性が強く、第三者的立場から忌憚なく発言できる点において、監査の適正化に貢献できるという利点を有するのに対して、社内監査役は、社内の事情に精通し、社外監査役に比べて情報収集能力に長じているという利点を有するため、そのいずれが監査役としてふさわしいかは一概に断定することはできない。あたかも社内監査役には公正な監査を期待できないかのような印象を植え付けることは好ましくない。かえって情報にアクセスしにくい社外監査役の増員により、監査自体が弱体化されてしまうおそれさえ出てきてしまう。したがって、社外監査役の資格としてはどのようなものがふさわしいか、社外監査役を何人登用するかということは、各会社が自治的に判断すればよいことであって、法律によって強制すべきではない。まして社内監査役が十分に実効性ある監査を行っている会社にあつては、社外監査役の増員は余計なお世話というほかはなく、社外監査役の候補者の選定に過大な負担を強いるものである。

### 第3 監査役の任期等

- ① 監査役の任期は、四年とする。
- ② 監査役が辞任したときは、その監査役は、辞任後最初に招集される株主総会に出席し、辞任の理



由を述べることができるものとする。この場合においては、他の監査役も、辞任につき意見を述べることができるものとする。

① 平成五年の改正により、監査役の任期は二年から三年に延長されたが（商二七三条一項）、本提案は任期をさらに延長するものである。平成五年改正の際、法制審議会商法部会の当初の案における監査役の任期も四年であった。

取締役の任期は二年以内とされているが（商二五六条一項）、会社をめぐる経済環境・社会事情は時々刻々と変化するため、株主総会が取締役の経営者としての適格性を判断する機会が頻繁に与えられたほうがよいのに対して、監査役は取締役<sup>(10)</sup>に比べてその必要性は相対的に低いし、監査する者の地位は監査される者の地位よりも安定しているべきであるから、監査役の任期が取締役よりも長いことには相応の合理性がある。しかし、監査役の任期を延長することは、一方でその地位の長期間にわたる安定化を図り、監査の実効性に資することができる反面、他方でその地位の固定化に伴う監査役の慢心を招くおそれがあるとともに、株主総会が監査役としての適格性を再検討する機会を減少せしめる。したがって、監査役の任期はこの両者の調和の下で決定されなければならない。その伸長には積極的な理由が必要となるはずである。そしてまた、監査役が「閑散役」などと揶揄され、その無力化が指摘されている昨今、監査役監査の実効性につきなお不安を払拭しえない以上、その任期をさらに延長することにどれだけの必要性があるかについても疑問が残る。

もつとも、これに対しては、監査役の改選期を取締役の改選期に合わせたほうが会社にとっては登記実務上及び総会実務上好都合であるため、監査役の任期を三年にしたことは、かえって監査役が二年で途中辞任するとい

う逆効果をもたらしたということが指摘されている。<sup>(11)</sup>しかし、だからといって、立法政策上監査役の任期を登記実務上・総会実務上の会社の便宜に譲歩せしめることは本末転倒というべきではあるまいか。あるいは、実務上三年の任期の定着を阻害する要因がある以上、監査役の任期を取締役の改選期に合わせて四年にすることもやむをえないとして割り切るほかないのであろうか。

② 監査役の辞任は監査役から会社に対する一方的な意思表示によって効力を生ずるものであるから、監査役の辞任に関する事項が株主総会決議事項にはなりえないことはいうまでもない。したがって、監査役がその辞任の理由・意見を株主総会で述べたところで、株主総会決議には何ら関係はないし、遑つて辞任の効力を否定するものでもない。本提案の趣旨としては、「辞任に関する発言の機会を設けることによって取締役等から意に添わない辞任を強制されることがないようにし、監査役の身分保障の強化・独立性を高めることとする」と説明されているが、監査役は取締役から強制的に辞任させられる筋合いはないのであるから、取締役からの圧力に屈しないように強い意志をもつことが重要である。強制的に辞任させられた場合にその事情を株主総会に報告し、取締役の横暴を株主に訴えるということを法的に保障しなければ、監査役の地位の安定化が図れないのである。監査役の虚弱体質をさらけ出すようなものである。監査役の強制的な辞任が監査役による取締役の不正行為の是正と関連するものであれば、監査役は監査報告書において取締役の職務執行に関し不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実を記載することを要するから（商二八一条の三第二項一〇号）、それによって株主に開示することができる。したがって、辞任に関する監査役の理由・意見陳述権なるものを法的に保障することは無意味である。<sup>(12)</sup>

第 4 監査役選任に関する監査役会の同意権

商法特例法上の大会社にあつては、取締役は、監査役の選任に関する議案を株主総会に提出するた  
めには、監査役会の同意を得なければならぬものとする。

本提案の趣旨によれば、本提案は、「現行法においては、監査役は、監査役の選任について株主総会において意見を述べるができることとされているが（商法二七五条ノ三）、監査役の意見には拘束力が認められていない」ことに由来するが、監査役の選任機関が株主総会であるという前提に変わりはなく（商二八〇条・二五四条一項）、株主総会で可決されるまでは監査役の選任に関する議案自体に法的拘束力がない以上、その議案の株主総会への提出につき監査役会の同意を要求したところで、その同意にはやはり法的拘束力はない。もつとも、もし取締役会が監査役会の同意を得ずに監査役の選任に関する議案を株主総会に提出し、株主総会においてその議案が可決された場合には、その決議は瑕疵を帯びることになるから、監査役会の同意はその限りで法的な意義を有する。この場合の株主総会決議は、議案提出過程に瑕疵があり、招集手続が法令に違反するものとして、決議取消の訴えの対象となる（商二四七条一項一号）と解することになると思われる。<sup>13</sup>しかし、監査役会の同意を得ていない監査役候補者が株主総会において信任を得たにもかかわらず、監査役会の同意を欠くからといって決議の効力が否定されるとすれば、株式会社の最高意思決定機関たる株主総会の決定が監査役会の同意に劣後する結果をもたらしてしまうから、機関構造上主客転倒であるといわなければならない。監査役候補者が監査役会の信任を得た者であるかどうかということは、株主総会において株主の賛否の判断に影響を及ぼすものではあるが、

それは現行法上認められている株主総会における監査役の意見陳述権で十分である。また、商法特例法上の大会社のうち議決権を有する株主の数が千人以上の会社にあつては、株主総会に出席しない株主は書面をもって議決権を行使できるが（商特二一条の三第一項）、その際招集通知に添付される参考書類には、監査役選任に関する議案につき監査役の意見があるときはその要旨をも記載しなければならぬものとされているため（参考書類規則三条二項）、書面により議決権を行使する株主の賛否の判断にも支障はない。したがつて、監査役会の同意に法的拘束力を認めることはできない<sup>(14)</sup>し、またその必要もない。もつとも、監査役の意見陳述は権利であつて義務ではないのに対して、監査役会の同意は監査役の職務内容の一部と解することができるから、その実効性を期待できるとみる余地もあろうが、監査役の意に沿わない監査役人事に対して株主総会で意見を述べることができないような監査役であれば、監査役選任議案についても同意するであろうから、その実効性に大差はない。また、もし本提案の背景に、株主総会は取締役会の提出した議案を否決することは期待できないという考えがあるのであれば、それは株主総会無用論に通ずるものである。

ところで、本提案は、取締役会が監査役選任に関する議案の提出権を有していることを前提としているが、ここには監査される者が監査する者の人事権を有しているという自己矛盾を内在していると指摘される。そこで、監査役の独立性を担保するためには、監査役の人事権は取締役会の影響力を排除する必要があるから、監査役選任に関する議案の提出権は監査役（会）に独立して与えられるべきであるという意見がしばしば主張されるところである。<sup>(15)</sup>現行法の下で取締役会が監査役選任に関する議案を提出するのは、それが総会招集権（商二三一条）に伴う業務執行の一部であると解されることに由来しているのであろう。しかし、すでに述べたように議案それ自体には法的拘束力はないのであるから、議案提出権を機関権限と捉える必要はなく、どの機関が議案を起案す

るかということとは法的には重要ではない。すなわち、現行法の下でも監査役(会)が監査役選任に関する議案を起案することを妨げるものではない。<sup>(16)</sup>

以上に述べてきたように、誰が監査役として適任であるかを最終的に判断するのは株主であるから、株主総会の監査役選任決議においてその判断に必要な情報が株主に開示されれば足りる。商法二七五条の三に基づく監査役の意見陳述権さえ十分に機能すれば、監査役の意向を無視した取締役会による監査役人事は株主総会において否決される可能性が高くなるのであるから、監査役の実質的な人事権は自ずから監査役(会)の手中に帰することになる。

## 第5 取締役等の損害賠償責任の軽減

① 取締役の会社に対する損害賠償責任は、株主総会の特別決議により、取締役の報酬の二年分を限度として軽減することができるものとする。ただし、取締役がその職務を行うにつき悪意若しくは重大な過失があったとき又は取締役の責任の原因となる行為が犯罪となるときは、この限りでないものとする。

② 株主総会の決議により取締役の責任を軽減するときは、取締役の責任の内容、責任を軽減する理由及び取締役の報酬の額を株主総会の招集通知に記載しなければならないものとする。

③ 取締役は、取締役の責任の軽減に関する議案を株主総会に提出するには、監査役の全員の同意(商法特例法上の大会社にあっては、監査役の全員一致による監査役会の同意)を得なければならないも

のとする。商法特例法上の小会社にあつては、監査役の同意を得ることを要しないものとする。

④ 監査役の責任軽減についても、同様とするものとする。

取締役・監査役の会社に対する責任は、私的自治の原則により、相手方である会社とその機関意思をもつてこれを減免できることはいうまでもない。現行法においては、取締役・監査役の会社に対する責任を免除するには、原則として総株主の同意が必要とされている（商二六六条五項・二八〇条一項）。責任の軽減も、責任の一部免除として同様に解される。そのため、頻繁に変動することのない少数の株主によって構成される小規模閉鎖会社はともかく、株主が多数でかつ常に変動することが予定されている大規模公開会社においては、取締役の責任の減免につき株主全員の同意を同時に取りつけることは事実上不可能である。

昭和二五年改正前商法二四五条一項四号においては、株主総会の特別決議によつて取締役の責任を免除できるものとされており<sup>17)</sup>、総株主の同意がなければ取締役の責任を免除できないとする現行法に対しても、アメリカ法的な組合契約的株式会社観の影響が強いとして立法論的な疑問を呈する見解もある<sup>18)</sup>。そこで、なぜ取締役・監査役の責任の免除には総株主の同意が必要とされるのかということが検討されなければならない。

取締役・監査役の任務懈怠による会社の損害は、株主の有する株式の価値に反映されるのであるから、株主總會における多数決によつて取締役・監査役の責任を免除できるとすると、責任免除に反対する株主は一方的に株式価値の下落による損害を甘受しなければならないことになる。すなわち、株主總會における責任免除の決議は、単に形式的に取締役・監査役に対する会社の損害賠償請求権を放棄せしめるだけではなく、実質的にはすべての株主の株式の価値に関する利益をも放棄せしめることになるのであるから、責任免除に反対する株主が一株を有

するにすぎない者であっても、その意思を無視することはできない。そのため、責任免除には総株主の同意が必要とされるのである。<sup>(19)</sup> 取締役・監査役の責任を追及する株主の代表訴権が単独株主権とされているのも、同様の趣旨に基づく。<sup>(20)</sup> したがって、取締役・監査役の責任免除の要件を緩和することはできないといふべきであるが、責任軽減については、それに反対する株主の利益に十分に配慮するのであれば、その要件の緩和は可能であると考ええる。

この点につき、本提案は、取締役・監査役の報酬の二年分を限度として、株主総会の特別決議によって責任を軽減できるとする。アメリカ法律協会（A.L.I.）の「コーポレート・ガバナンスの原理」七・一九条は、基本定款をもって取締役・役員 of 責任額をその報酬の一年分にまで減額できるものとしており、本提案はこれにならったものと思われる。<sup>(21)</sup> 本提案は、責任を負うべき取締役または監査役が一人である場合には、實際上特に問題を生じないであろう。これに対して、複数の取締役が同一の行為につき会社に対して責任を負う場合、その債務は連帯債務であり（商二六六条一項柱書）、監査役もまた責任を負う場合には、その取締役と監査役は連帯債務者とされる（商二七八条）。したがって、本来責任を負うべき取締役・監査役は会社に対して同一額の責任を負うが、実務上取締役・監査役の報酬額は役付の有無等によって異なるのが通常であるから、本提案によれば、責任軽減により各取締役・監査役が責任を負うべき額も異なってきたりしてしまう。そこで、本提案は連帯責任の趣旨と調和しうるかが問題となるが、本提案は、連帯債務を負う数人の取締役・監査役それぞれにつき債務の一部免除をする趣旨であろう。

ところで、複数の取締役の会社に対する損害賠償責任は不真正連帯債務であると思われるが、<sup>(22)</sup> そうであれば、債務免除の絶対的効力に關する民法四三七条は適用されない。したがって、責任を負うべき複数の取締役の一部

につき賠償額が減額されても、他の取締役の責任に影響はない。責任を負うべき複数の取締役全員につき報酬額の二年分を限度として責任が軽減された場合において、各取締役の賠償額がその負担部分<sup>(23)</sup>を超える場合には、軽減された賠償額につき各取締役の連帯債務となる。これに対して、負担部分を下回る場合には分割債務化するから、会社にとって連帯債務のメリットが全く失われることになるし、まして一人が無資力であった場合には、その分を他の取締役から回収することもできないことになる。すなわち、会社の損害額が大きければ大きいほど各取締役の賠償額が負担部分を下回る可能性が高くなるのであるから、会社は填補される額が少なくなるだけでなく、その回収も不確実なものとなり、会社の被る不利益は大きい<sup>(24)</sup>。取締役の責任軽減は会社の利益の一部放棄であり、その是非が株主の判断に委ねられるとはいえ、その手続を緩和する以上、責任軽減の効果が取締役の保護にしかならないおそれのある制度には問題が残ると思われる。

また、取締役の責任軽減の基準を報酬額に求めることも何ら法的な理由はないといわなければならない。取締役が高額の財産を運用する立場にあり、もし必要な注意を怠れば損害賠償額も高額になることに鑑みれば、取締役はいわば危険手当として報酬が高額であつてしかるべきであるが、その決定機関が株主総会とされている（商二六九条）にもかかわらず、事実上取締役会が報酬額を決定している現状の下では、報酬の低さは何ら責任軽減の口実とはなりえない。しかも、取締役はその報酬の多寡にかかわらず注意義務の程度は同一であるから、原則として損害賠償額も一律であるべきであつて、責任軽減の側面においても報酬額の多寡は基準となりえない。

このように、報酬額を基準として取締役・監査役の責任軽減を認めることは是認できない。

そこで、取締役・監査役の責任軽減について立法措置を講ずるとしても、その際には次の点を立法の基礎に据えるべきであると考ええる。



第一に、責任軽減の理念である。責任軽減に関する立法措置の必要性につき、本提案の趣旨は、「取締役に対する高額の損害賠償が請求されており、経営の萎縮を招いている現状がある」という点を指摘している。しかし、会社の受任者たる取締役が取締役に一般的に要求される注意を怠ったために会社に損害を生ぜしめた場合には、その損害を賠償すべきことは過失責任の原則により当然であり、取締役が高額の財産を運用する立場にある以上、損害賠償額が高額になりうることもまた当然である。その反面、取締役が必要な注意を尽くさずれば、会社に損害が生じたとしても、その損害を賠償すべき責任が生じないのも過失責任の原則上当然の帰結であるから、決して大胆な経営判断を妨げるものではない。もし取締役としての職務執行にあたって必要な注意を尽くすことが経営を萎縮させるというのであれば、それは無責任経営の容認である。株主代表訴訟の脅威を誇張すべきでないことは株主代表訴訟の現状の分析を通してすでに検証されており、<sup>(25)</sup>損害賠償責任の脅威が経営の萎縮を招くなどということは過剰なアレルギー反応というほかはない。また、職務上必要な注意を怠ったために高額の損害賠償責任を負う可能性のある者は、医師・弁護士等多数存在するのであるから、取締役だけ責任軽減の面で優遇されてよいはずはない。<sup>(26)</sup>経済的利害に敏感で高度に純化した利益社会 (Gesellschaft) である株式会社においては、その財産管理者である取締役の責任減免の要件が厳格にならざるをえないのはむしろ当然である。したがって、取締役の保護という視点から責任軽減の要件を緩和すべき必要性を論ずること自体に、根本的な問題があるといわざるをえない。

もつとも、何億円・何十億円もの高額の損害賠償責任が追及された場合、連帯責任を負うべき取締役が多数いる場合であっても、取締役個人の資力の限度を考えれば、その全額の賠償がなされることは、現実問題としてあまり期待できない。また、そのような高額な損害賠償責任が追及された場合、取締役が責任の有無・損害額・因

果関係等をめぐって争うことも当然に予想され、それに伴い、会社としてもそのための手間と時間を要することになるから、損害賠償の迅速かつ確実な実現が妨げられることになる。したがって、取締役が高額の損害全額の賠償を強制することは、必ずしも会社の利益になるとは限らない。そこで、責任軽減の要件の緩和にいわば和解除に類する機能を担わせることによって、損害賠償の迅速かつ確実な履行を図ることが必要となる。すなわち、責任軽減の立法措置の必要性はこのような会社保護の視点から論じられるべきである。

第二に、責任軽減に反対する株主の保護である。すでに述べたように、取締役の任務懈怠によって生じた会社の損害はすべての株主に反映し、取締役の責任の軽減に反対する株主は責任軽減により利益の一部放棄を余儀なくされるのであるから、反対株主の利益を軽視することはできない。また、責任の軽減を認める際には、会社は損害額のうちどれだけの額を免除することになるのかということ<sup>(27)(28)</sup>を明確にすることによって、株主が受けるべき不利益を容易に認識できるようにする必要がある。

ところで、本提案は、取締役・監査役が職務を行うにつき悪意または重大な過失があつた場合を除外しているが、責任軽減の根拠が私的自治の原則にある以上、悪意または重過失のあつた取締役・監査役の責任を軽減することは何ら妨げられるものではない。株主総会が悪意または重過失のあつたことが明白な取締役・監査役の責任を軽減しても、それを提案した取締役とそれに賛成した株主の良識が疑われるだけであつて、法的に非難されるべきことではない。もっとも、取締役・監査役に軽過失があるにすぎないとして株主総会で責任軽減の決議がなされたが、後に悪意または重過失があることが発覚した場合には、株主が予めそれを知っていれば賛成しなかつたであろうから、悪意または重過失があつた場合を責任軽減の対象から除外しておけば、総会決議の効力を否定することができる。しかし、責任軽減後に、責任を問われた取締役・監査役が責任はないとして争うのであれば

ともかく、過失の軽重をめぐって争う余地を残す<sup>(29)</sup>ことは責任軽減の趣旨を没却せしめるおそれがあるし、過失の軽重という微妙な問題によって責任軽減決議の効力が左右されるとすれば、法的安定性を害することになる。さらに、本提案では、適用除外の場合として、責任の原因となる行為が犯罪となる場合が挙げられているが、刑法上の概念である犯罪を私法上の法律要件に取り込むことは公法と私法の混同である。

株主間接有限責任の原則を採用する株式会社では、責任軽減において私的自治の原則を唯一制限しうるものは会社債権者の保護である。本要綱は損害賠償責任を対象としているため、資本充実・維持の原則を担保する責任（商一九二条・一九二条之二・二六六条一項一号等）や法定的な無過失責任（商二六六条一項二号・三号）には及ばないことになるのであろうが、責任軽減を容易にする以上、損害賠償責任についても会社債権者の保護を無視することはできない。本提案はこの視点が完全に欠落している。したがって、責任免除額が資本及び資本準備金の合計額に食い込まないように制限するなど、会社債権者保護のための方策が検討されるべきであろう<sup>(30)</sup>。

また、本提案は、取締役の責任軽減に関する議案を株主総会に提出するためには、監査役（会）の全員一致による同意を得ることを必要としているが、この点については第4で述べたところと同様の問題がある。現行法の下でも、監査役は、取締役が株主総会に提出する議案を調査し、著しく不当な事項があると認めるときは株主総会にその意見を報告することを要するものとされているから（商二七五条）、責任軽減が不当なものであれば、監査役は株主総会においてその意見を報告すれば足りる。

結局のところ、本提案は、その趣旨自体に賛成できないし、内容についてもアメリカ法を我田引水的に安易に借用してきたにすぎないと批判がなされよう。

第6 定款変更による取締役等の損害賠償責任の軽減

- ① 会社は、定款をもって、取締役会の決議により、取締役の報酬の二年分を限度として、取締役の会社に対する損害賠償責任を軽減することができるものとする。ただし、取締役がその職務を行うにつき悪意若しくは重大な過失があつたとき又は取締役の責任の原因となる行為が犯罪となるときは、この限りでないものとする。
- ② 前記の定款の変更に関する議案を株主総会に提出するには、監査役的全員の同意（商法特例法上の大会社にあつては、監査役的全員一致による監査役会の同意）を得なければならないものとする。商法特例法上の小会社にあつては、監査役の同意を得ることを要しないものとする。
- ③ 上記の定款の定めをした会社は取締役の報酬額を営業報告書に記載しなければならないものとする。
- ④ 取締役会が取締役の責任を軽減する旨の決議をしたときは、取締役は、決議後最初に招集される株主総会において、取締役の会社に対する責任を軽減した旨、取締役の責任の内容、責任を軽減した理由及び取締役の報酬の額を報告しなければならないものとする。
- ⑤ 監査役の責任の軽減についても、同様とするものとする。

取締役の報酬額を基準として損害賠償責任を軽減することができるのは、第5の場合と同様である。第5において指摘したように、取締役・監査役の会社に対する損害賠償責任は株主の利害に密接に関係するも

のであるから、その責任の軽減は必ず株主の意思によらなければならないものであって、その性質上取締役会による決定には親しまない。まして、株式会社においては常に株主が変動しうるものであるから、責任の軽減はその当時の株主の意思が反映されるよう個別的になされなければならず、定款をもって責任軽減の権限を事前的・包括的に取締役会に委譲できるとすることは株主軽視も甚だしい。

第7 株主代表訴訟への補助参加

- ① 会社は、取締役を被告とする株主代表訴訟の被告を補助するため、監査役的全員の同意(商法特例法上の大会社にあっては、監査役の全員一致による監査役会の同意)を得て、その訴訟に参加することができるものとする。
- ② 監査役を被告とする株主代表訴訟についても、同様とするものとする。

株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加の可否については、否定説が伝統的な通説であるが、肯定説も近時有力に主張されており、判例も分かれている。<sup>33)</sup>

この問題は、株主代表訴訟の本質・会社の補助参加の利益の有無・株主代表訴訟の制度趣旨等が関連するため、近時訴訟法的見地及び実体的見地から盛んに議論されているところであり、その結論を導くことは容易ではない。

第一に、株主代表訴訟の本質との関連については、伝統的な株主代表訴訟観によれば、株主代表訴訟は株主が

会社の有する権利を代位行使する訴訟であると解されるため、会社が被告取締役側に補助参加することにより会社と株主が対立構造に立つことは矛盾を来すことになる。これに対して、平成五年商法改正により株主代表訴訟が非財産権上の請求に係る訴えとみなされた(商二六七条四項)ことに伴い、株主代表訴訟の本質はクラス・アクション的代表訴訟であり、株主は株主全体に帰属する権利を株主全体を代表して行使するのであるから、会社が被告取締役側に補助参加しても、補助参加の構造と矛盾するものではないという見解も有力に主張されるようになった。しかし、株主代表訴訟が代位訴訟性と代表訴訟性を併せ持つことはつとに指摘されているところであるから、株主代表訴訟の色彩として代位訴訟性と代表訴訟性のいずれを強調するかというのでは水掛け論に墮するおそれがあり、補助参加の可否を解決する決め手とはならないといわれる<sup>35)</sup>。また、現在の形式的当事者概念を前提とすれば、訴訟物たる権利の帰属主体といえども第三者にはかならないから、会社が被告取締役側に補助参加することは補助参加の構造と矛盾するものではないと主張される<sup>36)</sup>。

第二に、補助参加が認められるためには、参加人が訴訟の結果につき利害関係を有することが必要であるが(民訴四二条)、この利害関係は事実上の利害関係では足りず、法律上の利害関係であることを要する。そして、訴訟の結果とは、その訴訟の勝敗、すなわち本案判決の正文で判断されるべき訴訟物たる権利関係の存否をいい、単に判決理由で判断される事実や法律関係の存否について利害関係を有するだけでは足りない<sup>37)</sup>と解される。すなわち、補助参加の利益に関する伝統的な通説によれば、補助参加するためには、参加人の権利義務その他法律上の地位が、判決本文において示される訴訟物たる権利関係と論理的先決関係に立つことが必要とされる。したがって、株主代表訴訟においては、判決本文中の判断(会社の取締役に対する損害賠償請求権の有無)につき会社と取締役の利害は相反するから、会社が被告取締役側に補助参加することは認められないことになる。これに対し

て、近時の有力説は、判決主文中に示される訴訟物に関する判断だけに限定するのは適切ではなく、判決理由中の判断や事実関係の存否について法律上利害関係を有する者も補助参加の利益を有すると解している。この点につき、伊藤眞教授は、会社に対する責任の根拠として主張されている被告取締役の行為が当該取締役独自の判断に基づくものではなく、会社意思決定の結果あるいはその一部となされている場合には、株主代表訴訟の争点としてその意思決定の適法性が争われ、それが判決理由中で判断されることになるが、この場合、会社は、その意思決定の適法性という会社自身の組織法上の法的地位が訴訟の争点として判断を受けることになるから、それを理由として補助参加の利益が認められると主張される<sup>37</sup>。本提案の趣旨も、会社が補助参加できるようにすべき場合として、「株主代表訴訟において、訴訟の対象となつている取締役の行為が、会社の意思決定の結果として行われた場合」を挙げている。そこでいう「会社の意思決定」の典型例として想定されているものは取締役会決議であると思われるが、会社の機関としての意思決定（取締役会決議）の適法性は、その意思決定が有効に会社を拘束するかという団体法的な問題であり、その意味では会社は固有の利害を有するといえる。「会社自身の組織法上の法的地位」としての「会社の意思決定の適法性」とは、この意味における意思決定の適法性であろう。しかし、株主代表訴訟において争われるのは、取締役会決議の内容の適法・違法に基づく機関としての意思決定の有効・無効ではなく、会社の受任者たる取締役がある意思決定をなしたことまたはそれに従ったことに関する個人法的な適法性であり、次元が異なつていると思われる<sup>38</sup>。取締役会決議が会社の意思決定としては適法であつても、その意思決定をなした取締役の職務執行上の適法性（善管注意義務違反の有無）は別問題である。仮に会社の意思決定の妥当性にまで拡大して考えたとしても、それが会社の法律上の利害関係といえるかは疑問であるし、会社の意思決定としての取締役会決議の当否はとりもなおさずその意思決定をなしたことの当否にほかな

らず、それはその意思決定をなしたことに關する取締役の善管注意義務違反の有無に還元されるから、それを主張することに会社独自の利益があるとは思えない。したがって、「会社の意思決定の適法性（妥当性）」が会社の補助参加を基礎づけるものであるかは大いに疑わしいところである。

仮に民事訴訟法上会社には補助参加の利益があるとしても、株主代表訴訟の制度趣旨との関連において実体法上問題となるのは、一方で、監査役が株主からの提訴請求に対して不提訴を決定したとしても、その決定には法的拘束力を認めず、株主が代表訴訟を提起することを可能としながら、他方で、本提案のように、監査役（会）の同意の下で会社が被告取締役側に補助参加することを認めることの整合性であろう。すなわち、監査役による不提訴の決定を尊重するのであれば、会社の被告取締役側への補助参加を可能とする以前に、株主からの提訴請求に対する監査役の不提訴の決定に法的拘束力を認め、株主代表訴訟の提起自体を否定すべきであると考えられるからである。そこで、現行法は、監査役が不提訴を決定したとしてもなぜその決定に法的拘束力を認めなかったのかということが検討されなければならない。

この点につき、我が国の株主代表訴訟制度は、提訴の是非ひいては会社の意思決定の適法性に関する取締役・代表取締役・監査役の判断に信頼を置かず、彼等に対して監督是正権を有する原告株主の判断を尊重する建前をとっているということが指摘される。<sup>39)</sup>すなわち、現行商法が株主代表訴訟をやめさせる権限を監査役または取締役会に与えなかったのは、同じ経営陣にいる取締役や監査役が提訴の是非につき公正な判断をすることができるといふ疑問があつたからであり、会社が抽象的に補助参加の利益を持つ可能性があるとしても、現実に補助参加するか否かを決めるのは監査役や取締役会等であつて、彼等の判断が適切になされる保障がない以上、彼等が会社の名において代表訴訟の被告側について具体的な訴訟活動を行うことが会社の利益に適うとは限らない



から、会社の自損行為といふべき補助参加は許されないとされる。もっとも、これに対しては、会社の補助参加の可否は、補助参加することが会社の利益に適った行為であることが客観的に明らかかどうかという問題ではなく、会社の意思決定が適法であったと主張し、これを訴訟活動を通じて明らかにする機会を会社に与えなくてよいかどうかという手続保障の問題であるから、補助参加したことの判断が結果的に誤っていたとしても、関与者の責任の問題が残るだけであり、訴訟制度が心配してやる事柄ではないと反論される<sup>40</sup>。なるほど、取締役・監査役が必ずしも会社の利益を公正に判断するとは限らないという点のみを強調すれば、それに対する私法的な対処は民事責任の追及をもって足りる。しかし、会社法上の真の問題の所在は、取締役・監査役が必ずしも会社の利益を公正に判断するとは限らないという懸念が現行会社法上機関権限の分配にいかにか反映され、会社が被告取締役側に補助参加することがそのような機関構造に適合するかということである。

思うに、現行法が取締役の責任を追及するための提訴権を監査役に付与したのは、取締役の責任の有無とその追及のための提訴の是非を判断するのは取締役の職務執行を監督する権限を有する監査役が適當であることに基づくものであり、監査役の不提訴の決定に法的拘束力を認めず、株主代表訴訟の提起を可能にしたのは、取締役との馴れ合いにより取締役の責任追及が懈怠されるおそれがあり、監査役が会社の利益のために行動することが必ずしも期待できないからである。さらに、商法二六七条の根底には、取締役の責任を追及するための提訴の是非に関する判断につき、監査役には取締役の職務執行を監督・是正する職務権限はあるが、取締役を擁護する職務権限はない<sup>41</sup>という考えがあるのである。監査役による不提訴の決定に法的拘束力を認め、株主が取締役の責任を追及する途を閉ざすことになれば、それは監査役が取締役を擁護した結果になるからである。そうであれば、会社の被告取締役側への補助参加を監査役(会)の同意にからしめ、監査役(会)に取締役を

擁護する決定権限を与えることは、会社法体系内部における矛盾であるということになる。

ところで、本提案においては、補助参加の決定権及び代表権の所在は必ずしも明らかではない。監査役（会）の全員一致による補助参加の決定に基づき監査役が会社を代表して補助参加すると解することもできるし、取締役会の決定に基づき代表取締役が会社を代表して補助参加することを前提とし、監査役（会）の全員一致による同意は何らかの確認の同意にすぎないと解することもできないわけではない。前者であるとすれば、すでに述べたように現行法上の株主代表訴訟の制度趣旨に適合しない。

そもそも、会社が被告取締役側に補助参加すべき具体的な必要性としては、取締役の萎縮や会社業務への支障の回避、賠償金として会社が得る利益を超えて原告株主に対して弁護士費用等を会社が補償すること（商二六八条の二第一項）<sup>(42)</sup>の回避、会社のイメージ・ダウンや従業員の士気の低下の回避、会社に対する行政処分<sup>(43)</sup>の回避等が考えられる。これらは株主代表訴訟が棄却されることによってもたらされる会社の積極的な利益であるから、その有無の判断は経営判断に属するものといえよう。そうであれば、補助参加の決定と代表はそれぞれ取締役会と代表取締役の権限に属するものであって、監査役（会）の権限には親しまない。しかし、取締役の責任追及<sup>(44)</sup>と是非を監査役の判断に委ねる一方で、会社の補助参加の是非については取締役会と代表取締役の判断に委ねることとは、やはり会社法上整合性を欠くものといわざるをえない。現行法の下では、取締役会の決定に基づき代表取締役が会社を代表して被告取締役側に補助参加し、他方で監査役が会社を代表して原告株主側に参加することにより、同一の会社が同時に原告側と被告側に立つことは明らかかな矛盾であるという主張は、まさにこれを裏付けているから、監査役が会社を代表して原告株主側に参加することはありえないことになるはずである。そうで

あれば、監査役（会）の全員一致による同意が取締役に対する責任追及を放棄する旨の会社としての機関意思の決定であることを認めざるをえない。なぜなら、商法特例法上の大会社における監査役会の同意はまさに会社の機関としての意思決定にほかならないし、中会社における個々の監査役の同意が単に個人的な意見表明にすぎないものとすれば、監査役が会社を代表して原告株主側に参加することは妨げられないからである。したがって、取締役の責任追及に関する監査役の不提訴の決定に法的拘束力を認めていない現行法体系と矛盾することになる。

このように、会社の被告取締役側への補助参加の可能性を、現行の株主代表訴訟法体系の中に見出すことは困難である。また、いいがかり的な株主代表訴訟に対しては担保提供命令（商二六七条五項）が有効に機能している現状に鑑みれば、不当訴訟に対する対抗手段として会社の被告取締役側への補助参加を認める必要もない。

百歩譲って、会社の被告取締役側への補助参加の合理性を裏付ける余地があり、また、これにつき立法化する必要があるとしても、会社法上明確にされるべきは、補助参加の決定権・代表権の所在と敗訴した場合の関与者の無過失責任である。本提案は、すでに述べたように前者については明らかではなく、後者については全く配慮されていない。もし会社が被告取締役側に補助参加したが敗訴した場合、補助参加に関与した者は会社が補助参加に要した費用等の損害につき会社に賠償すべき責任を負うことになるが、その責任を追及する株主代表訴訟において会社が再び補助参加できるとすると、補助参加が際限なく繰り返され、訴訟がいたずらに紛糾するおそれがあるから、このような事態に歯止めをかけるためにも、敗訴した場合における関与者の無過失責任を規定することは不可欠である。会社の被告取締役側への補助参加においては会社と被告取締役は利益相反関係に立つから、この場合における関与者の責任は商法二六六条一項四号に準ずべきものである。<sup>44</sup>

そして、今なぜ会社の補助参加を早急に立法化する必要があるのかということについてあえて付言しておきた

い。本提案の趣旨は、この問題につき判例が分かれていることをその理由の一つに挙げているが、判例が分かれているのは学説上も議論が紛糾しているからにはほかならない。しかも、会社の被告取締役側への補助参加の可否に関する議論は緒についたばかりであり、未だ議論が尽くされたとはいいがたい。肯定説は次第に支持者を拡大しつつあるが、否定説が根強く主張されている以上、肯定説に従った立法はきわめて慎重でなければならぬはずである。また、近時多発した会社不祥事やバブル崩壊に伴う金融機関の破綻は、経営者が「会社のために」行った行為が必ずしも会社の利益になっていないことを露呈することとなり、経営者の姿勢や経営意識が強い批判にさらされるようになった。株主は、経営者が会社の利益になると信じた行為が会社ひいては株主の利益にならないと考えるからこそ、株主代表訴訟においてそれを争うのである。<sup>(45)</sup> すなわち、今まさに「会社の利益」とは何かということが問われているのである。このような現状において、株主代表訴訟において会社が取締役ないし監査役の判断に基づき「会社の利益」を標榜して原告株主と対立し、被告取締役を支援できることを明文化することは、大企業の経営感覚に対して不信を抱く国民感情を逆撫でしかねない。いずれにせよ、拙速な立法化は厳に慎まなければならない。

なお、取締役に對する不当または無益な株主代表訴訟を防止するための機能を監査役（会）に委ねるのであれば、アメリカ法において取締役会または訴訟委員会が提訴を不適当と判断した場合には株主代表訴訟の提起が制限されるように、監査役（会）の不提訴の決定に法的拘束力をもたせるほうが合理的である。この場合、株主代表訴訟による取締役の責任追及の途は閉ざされることになるが、監査役が提訴を懈怠するおそれがあるため、株主代表訴訟による監査役に対する責任追及は保障されなければならない。そうすれば、監査役は自己に対する責任追及を恐れて、取締役に對して責任を追及することも期待できるかもしれない。しかし、従来監査役が取締役

に対する責任追及訴訟を提起することがほとんどなかったことに鑑みれば、監査役（会）が不提訴を決定する可能性は低くないであろうから、株主代表訴訟の対象が取締役から監査役にすりかわるだけであるように思われる。しかも、この場合株主が監査役の責任を追及するためには、取締役任に任務懈怠があり、さらに監査役にもその責任追及を怠った任務懈怠があったことを二重に立証しなければならず、株主の負担は増大することになるから、責任追及の実効性にも疑問が残る。また、監査役が取締役の責任を追及し、株主は監査役の責任を追及できずにすぎないという構造は、ドイツ法のように、株主総会は監査役会の構成員である監査役を選任し、監査役会が取締役会の構成員である取締役を選任するという構造の下で初めて妥当性をもつと考えられるが、我が国では取締役と監査役はいずれも株主総会で選任され、両者は対等な関係にあるから、株主は監査役に対してしか責任追及できないとするのは機関構造上困難であるし、取締役と監査役が連帯責任を負うこともあるという点とも整合性を欠くことになる。

#### 第 8 株主代表訴訟を提起できる者

取締役又は監査役の会社に対する責任の原因となる行為があることを知って株式を取得した株主（知らなかったことについて過失がある場合を含む）は、株主代表訴訟を提起することができるものとする。

改正試案骨子及び改正案骨子においては、「株主代表訴訟を提起できる者は、訴訟の原因となった行為があつ

た時の株主とする」と提案されていた。これは、アメリカ法における行為時株主の原則を導入しようとするものである。行為時株主の原則はアメリカ連邦裁判所の判例によって確立され、大多数の州会社法によって採用されているものであるが、この原則の趣旨は、株主が事件を連邦裁判所の管轄とするために他州居住者に株式を譲渡するという慣行の防止、株主代表訴訟の提起を目的とした株式取得の防止、取締役の任務懈怠により株価が下落したことを利用して株式を安く買った者が、代表訴訟によって会社の損害を回復させ、不当に利得することの防止など、専ら濫訴の防止にある。しかし、仮に株式取得時点をもって提訴資格を制限するとしても、取締役の有責行為時点と損害発生時点と発覚時点はそれぞれ異なりうる<sup>(46)</sup>のであるから、そのうちのいつの時点を基準とするかによって提訴の妥当性も異なりうる。すなわち、取締役の有責行為の時点と損害発生時点との間(例えば、回収見込みの乏しい貸付と回収不能の確定の間)に株式を取得した場合や、株式取得後に取締役の違法行為が発覚したため、それによる会社の損害が取得時の株価に反映されていなかった場合には、その株主による代表訴訟の提起が否定されるいわれはないし、取締役の違法行為が株主の株式取得時点の前後を通じて長期間にわたって継続していた場合(例えば、株主の権利行使に関する反復継続的な利益供与)には、責任追及の対象が限定されることになり、不合理である。また、不作為の任務懈怠の場合(監視義務違反等)のように行為時を特定することが困難な場合もありうる。そのため、改正試案骨子に対する批判の中には、行為時よりも発覚時を基準とするほうが適切であるという意見もあった<sup>(47)</sup>。また、アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理」七・〇二条においても、取締役の任務懈怠を知らずに株式を取得した者は代表訴訟を提起できるとされている。そこで、本提案はこれらの意見にならって修正したものと思われる。

ところで、株主代表訴権は株主権の一内容であるから、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを知

って株式を取得した者であっても、代表訴権を有することは当然であり、商法二六七条に規定する要件の下でこれを行使できるはずである。したがって、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを知って株式を取得した者の代表訴訟の提訴資格を否定する根拠は、訴権の濫用に求めるほかはない。そのため、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを知って株式を取得した者が代表訴訟を提起することをもって訴権の濫用とみなす理由は何かを検討されなければならない。

そもそも権利の濫用といえるか否かは、権利行使当時における行使者の主観的事情や権利行使の態様等によって決せられるべきものであるが、現行法上株主代表訴訟を提起するためには六ヶ月前から引き続き株式を有していることが必要であるから（商二六七条一項）、代表訴訟の提起時の具体的事情を一切問題とすることなく、訴権濫用の判断基準を六ヶ月以上前の株式取得時における主観的事情に求めることは乱暴である。さらに、代表訴権に株式保有期間の要件を設けたのは、代表訴訟の提起を目的として株式を取得した者が直ちに提訴することがありうることに対処し、会社荒らしによる濫訴を防止することにあつたはずである。すなわち、株式保有期間の要件は、本提案と同様の趣旨に基づく。したがって、同一の趣旨を達成するために二重の要件を要求することは、不当に要件を厳格にすることになるから、到底是認できない。本提案を導入するためには、株式保有期間の要件を削除することが前提とならなければならない。そのため、株式保有期間の要件の代わりに採用するのであれば、反対しないという意見もある<sup>(48)</sup>。

しかし、訴権の濫用といえるか否かは、具体的な事情を総合的に勘案して実質的に判断されるべきものであつて、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを知って株式を取得したということは濫訴の一徴表となるにすぎないから、その一事をもって直ちに濫訴と結びつけることはできない<sup>(49)</sup>。したがって、原告株主の株式取得

時における主観的事情は担保提供命令を判断する際の一要素として扱えば十分である。<sup>(50)</sup> まして、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを過失により知らずに株式を取得した者は、代表訴訟の提起を目的として株式を取得したとは到底いえないから、その者の代表訴訟提起を訴権の濫用とみなして排斥するなどということは乱暴にすぎない。<sup>(51)</sup> また、株主の他の監督は正権も濫用のおそれがある以上、なぜ代表訴権についてのみその行使の可否が株式取得時の主観的事情に左右されなければならないのかということが問題とならざるをえない。

そこで、取締役・監査役の責任原因となる行為を知って株式を取得した者が代表訴訟を提起することに内在する固有の弊害として唯一考えられることは、取締役・監査役の任務懈怠による損害がすでに株価に反映され、株価が下落したことを利用して株式を安く買った者が、代表訴訟によって損害を回復せしめ、それによって間接的に利得することの不当性であろう。しかし、いくら安く株式を買ったとはいえ、その株式が、会社に損害賠償されれば有するであろう価値を下回っている以上、代表訴訟の提起により株式の本来の価値を回復しようとするとは何ら非難されるべきことではなく、新参の株主が指をくわえて低い株価を甘受しなければならぬ理由はない。また、株主代表訴訟の勝訴による間接的な利益はすべての株主に及ぶのであるから、どの株主が提訴するかは問題ではない。従来の株主が代表訴訟を提起して勝訴した場合、取締役・監査役の責任原因となる行為があることを知って株式を取得した者がその利益を享受できない理由などない。<sup>(52)</sup>

取締役の責任追及のあり方としては、取締役の具体的な法令違反や明白な任務懈怠があった場合には、本来監査役がその責任を追及しなければならぬものであって、株主代表訴訟の健全な機能は任務懈怠の有無が微妙な場合にそれを争うことにあるといえよう。したがって、監査役が取締役の責任追及において十分な機能を果たせば、それだけ株主代表訴訟の需要は低下するのであるから、株主代表訴訟が濫訴となる可能性も増大するのである



う。しかし、取締役の責任追及訴訟の現状を見ると、三井鉱山事件・日本航空電子工業事件・ハザマ事件・高島屋利益供与事件等のように、取締役に具体的な法令違反がある場合にまで株主代表訴訟が提起されるケースも少なくない。すなわち、ここでは取締役の責任追及において監査役が本来の機能を果たしていない。したがって、このような現状においては、伝家の宝刀というべき株主代表訴訟の機能に期待するほかはないから、濫訴の防止を口実として株主代表訴訟の要件を厳格化し、その機能を低下させることはできない。

## 第9 監査役の考慮期間

株主代表訴訟に関し、監査役の考慮期間は、六〇日とする。

取締役の責任を追及する訴訟は、本来監査役が会社を代表して提起すべきものであって（商二七五条）、監査役の提訴懈怠可能性を前提とする株主代表訴訟によることは決して望ましいことではない。監査役の考慮期間は提訴・不提訴の確定までに一般的にどのくらいの期間が必要かつ十分であるかという実際の観点から定められるべきものであるから、現行の三〇日間が責任の有無の調査・提訴の合理性の検討・訴訟の準備等のための期間としては十分でないとするれば、その期間を伸長することは可能である。また、商法二六七条三項が維持される限り、監査役の考慮期間を伸長しても、取締役の責任追及が阻害されるおそれはない。

しかし、監査役の考慮期間を伸長すべき必要性があるといえるかは大いに疑わしい。本提案の趣旨にもその必要性は明らかにされていない。思うに、監査役の考慮期間を伸長すべき法的な必要性は、取締役の責任を追及す

る訴訟は監査役が提起すべきであるという本来のあり方に立ち返り、監査役の提訴懈怠に基づく病理現象といふべき株主代表訴訟を回避するとともに、株主に代表訴訟の提起という余計な負担をかけないようにすることとに求められるべきである。したがって、監査役の考慮期間を六〇日に伸長することによって、監査役による提訴が増加し、それに伴って株主代表訴訟が減少するということが実証されなければならない。しかし、株主からの提訴請求後三〇日から六〇日以内に、監査役が自ら提訴しまたは株主代表訴訟において原告側に参加したという例が多いとは到底いえない。また、監査役は株主に比べて取締役の責任の有無に関する情報収集能力があり、株主からの提訴請求以前から取締役の責任追及の是非を検討しうる立場にある以上、三〇日間の考慮期間は決して短いとは思えないし、監査役が不提訴を決定したとしても、それには法的拘束力はなく、株主代表訴訟の提起が妨げられるわけではないから、提訴・不提訴の慎重な決定を期するために考慮期間を伸長すべき理由もない。したがって、実益の乏しい改正は行うべきではない。

### 三 結 語

以上に検討してきたように、本要綱における監査役の地位に関する改正事項は実効性に乏しい上、取締役の監査役（会）に対する業務執行状況の説明・社外監査役の資格の厳格化と増員・監査役（会）による監査役人事権の掌握は、現行法の下でも各会社の自発的な努力によって実現可能であるため、あえて性急に立法化するまでもない。また、自民党は改正試案骨子の原則1において株主主権を大原則として標榜しているにもかかわらず、本要綱の具体的改正事項は株主総会の機能を期待していないことを前提としたものが少なくない。さらに、改正試

案骨子は、「株式会社は、株主の利益を最大にするように統治されなければならない」(原則1)、「株主代表訴訟がコーポレート・ガバナンスの重要な手段であることに鑑み、その機能を減殺させないことを大前提とする」と謳い上げながら、具体的改正事項はそれに逆行するものであるとさえいえる。そこには、近時の企業不祥事の多発やバブル経済の後遺症に対する反省が生かされていないといわざるをえない。結局のところ、自民党の一連の提案は羊頭狗肉であるといわざるをえず、本要綱に基づく立法化には賛成できない。

- (1) 商事法務一五二四号(平成十一年)三七頁。
- (2) 商事法務一四六八号(平成九年)二七頁。
- (3) 商事法務一四九四号(平成一〇年)五四頁参照。
- (4) 商事法務一四六八号(平成九年)三〇頁。
- (5) 宮島司『会社法概説(補正版)』(平成一〇年・弘文堂)一六九頁参照。
- (6) 宮島・前掲注(5)一〇二頁。
- (7) 倉沢康一郎『商法の基礎(三訂版)』(平成五年・税務経理協会)一一二頁参照。
- (8) 新山雄三「コーポレート・ガヴァナンスと商事立法の課題」法律時報七〇巻四号(平成一〇年)七頁参照。
- (9) 上村達男「株主代表訴訟・古めかしい変更案」週刊東洋経済五四四七号(平成九年)五八頁。
- (10) 倉沢康一郎「監査役制度改正の必要性」商事法務一三一一号(平成五年)五頁。
- (11) 浜田道代「企業倫理の確立と監査役・代表訴訟制度」ジュリスト一一二三号(平成九年)一一八頁、関俊彦「監査役制度の改正」ジュリスト一一五六号(平成十一年)八八頁。
- (12) 同旨、浜田道代「企業統治と監査役制度・代表訴訟・役員責任軽減」商事法務一五二八号(平成十二年)七頁。
- (13) 監査役会の同意を欠く会計監査人の選任決議の効力につき、龍田節『新版注釈会社法(6)』(昭和六十二年・有斐閣)五二八頁、大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻(第三版)』(平成四年・有斐閣)三二八頁。
- (14) なお、商法特例法上の大会社における会計監査人は株主総会で選任されるが(商特三一条一項)、会計監査人の選

任に関する議案を株主総会に提出するには、監査役会の同意を得なければならぬものとされている(同二項)。これとの対比で考えれば、監査役の選任議案の提出につき監査役会の同意を要することとも不自然ではなからう。商法特例法三条二項の趣旨は、会計監査人の独立性を実質的に確保するとともに、監査役と会計監査人の連携協力を円滑にすることにあると説明されているが(龍田・前掲注(13)五二三頁)、会計監査人は会社の機関ではないと解するのが多数説であるため(大隅Ⅱ今井・前掲注(13)三二五頁、鈴木竹雄Ⅱ竹内昭夫『会社法(第三版)』(平成六年・有斐閣)三一九頁等)、会計監査人の権限が監査役(会)から派生するものであれば、監査役会の同意が会計監査人の選任の要件とされる根拠をそこに求めることもできよう。すなわち、商法特例法三条二項における監査役会の同意の意味については、監査役(会)と会計監査人との関係を無視できない。したがって、商法特例法三条二項を安易に援用することはできない。

(15) 奥島孝康「監査制度と会社立法の国際化」法律時報六五巻七号(平成五年)五九頁、新山雄三『株式会社法の立法と解釈』(平成五年・日本評論社)二九三頁、城戸善和「監査役人事」蓮井良憲先生・今井宏先生古稀記念『企業監査とリスク管理の法構造』(平成六年・法律文化社)一二九頁、江頭憲治郎「自民党の商法等改正試案骨子と監査役・監査役会」商事法務一四七〇号(平成九年)二二頁、黒沼悦郎Ⅱ近藤光男Ⅱ志谷匡志Ⅱ正井章箒Ⅱ行澤一人「コーポレート・ガバナンスに関する商法等改正試案骨子の検討」商事法務一四七七号(平成九年)一七頁、市川兼三「コーポレート・ガバナンス」民商法雜誌一一七巻四〇五号(平成一〇年)三一頁、正井章箒「監査役制度の改革」法律時報七〇巻四号(平成一〇年)二九頁、末永敏和「コーポレート・ガバナンス」ジュリスト一一五五号(平成一年)一二六頁、同「企業統治に関する商法等の改正案要綱について」商事法務一五二八号(平成一年)二三頁。なお、浜田・前掲注(11)一一六頁参照。

(16) 同旨、田中誠二「平成五年商法改正法管見」商事法務一三三六号(平成五年)六頁。

(17) ただし、取締役の責任が免除されても、一定の少数株主は取締役に対する訴えを監査役に請求できるものとされていた(昭和二五年改正前商二四五条二項・二六八条)。

(18) 石井照久『会社法上巻』(昭和四二年・勁草書房)三四九頁。

- (19) なお、商法二六六条六項は、取締役の利益相反取引による損害賠償責任（同一項四号）につき、発行済株式総数の三分の二以上の多数によって免除できるものとしているが、これは一項四号の厳格な結果責任に対応して責任免除の要件を緩和したものであつて、過失責任の場合とは別異に解すべきである。
- (20) 責任免除に反対する株主が存するにもかかわらず免除の効力が生ずるとすれば、一株の株主でも代表訴訟により取締役の責任を追及できるとしたと相容れない（大隅 11 今井・前掲注（13）二六〇頁）。
- (21) 株主代表訴訟制度研究会「自民党の『企業統治に関する商法等の改正案要綱』に対する意見」商事法務一五二六号（平成十一年）一三頁参照。
- (22) 遠藤直哉「取締役の賠償責任の分割軽減化中」商事法務一四一三三号（平成八年）二四頁。
- (23) 取締役相互間の負担部分については、原則として平等であるが、関与の程度等によって異なりうると解されている（近藤光男『新版注釈会社法（6）』二九一頁）。
- (24) 遠藤・前掲注（22）二四頁は、各取締役の負担の軽減と合理的な賠償額による迅速な損害賠償の実現のため、連帯責任を負う複数の取締役に、連帯の免除により分割債務化し、各取締役の固有の責任を明確化すべきであると主張するが、本提案のように、責任の大幅な軽減により各取締役の負担部分を下回る分割債務化にまでは妥当しない。まして、取締役の報酬額がその負担部分の基準とはなりえない。
- (25) 株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟に関する自民党の商法等改正試案骨子に対する意見」商事法務一四七一号（平成九年）七頁以下。
- (26) 同旨、末永・前掲注（15）商事法務一五二八号二四頁。
- (27) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注（21）一四頁。これに対して、浜田・前掲注（12）一一頁は、招集通知の記載事項に損害額を加えるべきかという問題につき、損害額の算定は容易ではないから、それは現実には難しいのではないかとの疑問を呈する。しかし、株主に開示されるべき損害額は正確な額でなくてもよいはずであり、損害額の概算もできないような状態で株主に責任軽減の是非を判断させることはできないといふべきである。
- (28) 以上の趣旨を充足する立法措置としては、株主総会の決議要件に応じた割合だけ責任を免除することを可能にする

る方法が妥当ではないかと考える（なお、この部分は来住野の試論である）。例えば、株主総会の特別決議によって取締役・監査役の責任を軽減する場合、発行済株式総数の過半数にあたる株主が出席してその議決権の三分の二以上の賛成を必要とするが（商三四三条）、責任の軽減は総株主の利害にかかわることであるから、総株主が出席すると措置して、損害賠償額の三分の二を限度として責任を免除できることにする。ただし、責任軽減の経済的效果はすべての株主に及ぶから、この株主総会の特別決議においては、議決権のない株主にも議決権行使を認めなければならない。この場合、最低でも損害額の三分の一は会社に賠償されることになるから、責任軽減に反対する株主はその限りで利益を保障されることになるし、数人の取締役・監査役の連帯債務性も維持されることになる。これは、責任軽減の必要性と反対株主の保護との妥協の産物であり、いわば三方一両損的な解決方法である。

(29) 浜田・前掲注(12) 一一頁参照。

(30) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(21) 一二頁。

(31) 神田秀樹「株主代表訴訟に関する理論的側面」ジュリスト一〇三八号（平成六年）七〇頁、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」竹内昭夫編『特別講義商法Ⅰ』（平成七年・有斐閣）一三二頁以下、新谷勝「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」今中利昭先生還暦記念論文集『現代倒産法・会社法をめぐる諸問題』（平成七年・民事法研究会）六一五頁以下、同「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『企業の社会的役割と商法』（平成七年・経済法令研究会）二九七頁以下、中島弘雅「株主代表訴訟における会社の補助参加」ジュリスト一〇九七号（平成八年）九二頁以下、同「株主代表訴訟における訴訟参加」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系』（平成八年・弘文堂）一三三頁以下、山田泰弘「株主代表訴訟の構造と会社および原告株主の地位」名古屋大学法政論集一七一号（平成九年）二四六頁、荒谷裕子「株主代表訴訟における会社の被告取締役側への補助参加の可否」菅原菊志先生古稀記念論集『現代企業法の理論』（平成一〇年・信山社）八五頁以下等。

(32) 中祖博司「株主代表訴訟判例の整理と若干の考察」判例タイムズ八三四号（平成六年）三四頁、吉野正三郎「株主代表訴訟における会社の訴訟参加下」商事法務一三五八号（平成六年）二六頁以下、伊藤眞「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（平成六年）一九頁以下、佐藤鉄男「株主代表訴訟における訴訟参加とその

形態」ジュリスト一〇六二号(平成七年)六三頁、新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」自由と正義四七卷二二号(平成八年)一一九頁以下、黒沼悦郎「判批」判例評論四六二号(平成九年)三五頁以下、南隅基秀「株主代表訴訟における会社の訴訟参加」法学政治学論究三七号(平成一〇年)一〇三頁以下、田邊光政「判批」私法判例リマックス一九号(平成一一年)一一〇頁等。

(33) 否定した判例として、最二小決平成九年一月二〇日資料版商事法務一五五号一四〇頁。肯定した判例として、東京地決平成七年一月三〇日判時一五五六号一三七頁、東京高決平成九年九月二日判時一六三三号一四〇頁。

(34) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』(平成二年・有斐閣)二三一頁、中島・前掲注(31)株主代表訴訟大系二〇三頁。

(35) 岩原・前掲注(31)二二九頁。

(36) 伊藤・前掲注(32)二〇頁。

(37) 伊藤・前掲注(32)二二頁。

(38) 高田裕成「判批」私法判例リマックス一四号(平成九年)一二八頁は、「代表訴訟では、一般にその主要な争点は、あくまで、取締役の会社に対する義務(善管注意義務・忠実義務)違反の有無であって、必ずしも、会社の機関連定(の適法性)自体が直接の争点となるわけではない」とし、新谷勝「判批」金融商事判例九九九号(平成八年)四一頁は、「会社の意思決定というが、その多くは被告らに加わり決めた意思決定にすぎず、そして、この意思決定に関わった被告の責任を追及するのである。そこで、代表訴訟との関係で、意思決定が違法とされないことに会社独自の利益というものを考えることができるかは疑問である。むしろ、このような利益をもつのは被告であるといわなければならない。原告は被告の行為が取締役会等の決定にもとづいているときは、被告の責任を追及する過程で、その前提として被告らの意思決定の違法性を問題にするのであり、基本的には会社自身による被告に対する責任追及の場合と異ならない。そこで、同一の請求原因でありながら、会社の意思決定の適法性をもちだし、意思決定が適法であることに利害関係を有するとして、被告に補助参加することは理論的な矛盾を避けられない」と主張する。

(39) 岩原・前掲注(31)二二三頁以下。

- (40) 新堂・前掲注(32) 一一〇頁・一一二頁。
- (41) 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(平成五年)一五頁は、「監査役の任務は、取締役の職務の執行の監査にすぎないから、監査役として、被告取締役の援助活動をなすべき立場にはないというべきである」とする。
- (42) 岩原・前掲注(31) 二三〇頁参照。
- (43) 豊泉貫太郎「判批」判例タイムズ九四八号(平成九年)一四二頁。
- (44) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(25) 四頁・一二頁。
- (45) 荒谷・前掲注(31) 九二頁・九七頁参照。
- (46) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(24) 一〇頁。
- (47) 浜田・前掲注(11) 一二四頁、黒沼〓近藤〓志谷〓正井〓行澤・前掲注(15) 一九頁。
- (48) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(21) 六頁・一九頁。
- (49) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(25) 一〇頁。
- (50) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(21) 六頁・一九頁。
- (51) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(21) 一九頁。
- (52) ほぼ同旨、小林秀之〓原強『株主代表訴訟』(平成八年・日本評論社) 二八頁。