

# 株主代表訴訟の「監督是正」機能

—会社の被告側補助参加の理論的検討・アメリカ法—その一

柳 明 昌

## 一 序論

### 1. 問題の所在

### 2. 本稿の課題と構成

## 二 株主代表訴訟をめぐる株主と取締役の権限分配

### 1. 株主代表訴訟の構造と是正・提訴要請 (demand requirement)

### 2. 取締役会の訴訟終了権限—取締役会の提訴拒否と特別訴訟委員会の却下判断—

## 三 会社の訴訟終了活動を基礎づける利益—二つの「積極的抗弁 (affirmative defense)」

### 1. *Otis & Co. v. Pennsylvania R.R.*

### 2. 「会社の最善の利益」(best interest of the corporation)—特別訴訟委員会による却下判断

## 四 結語

株主代表訴訟の「監督是正」機能—会社の被告側補助参加の理論的検討・アメリカ法—その一

## 一 序論

### 1. 問題の所在

(1) 取締役が会社に対して負う損害賠償責任を会社が追及しないため、株主が代表訴訟を提起した場合に、会社は被告取締役側に補助参加することが認められるか。これは会社の被告取締役側への補助参加の可否の問題として論じられる問題であるが、これまでこの問題に対する判例および学説におけるアプローチには大きく二つのものがある。

(a) 一つは商法からのアプローチである。従来<sup>(1)</sup>の議論では、理論的にみて大きく二つの観点からの主張がなされ、結論的には会社の補助参加が否定的に解されている。第一に、権利の帰属者である会社が自らの権利がないというような主張のもとに被告側に立つことは論理矛盾であるとの主張<sup>(2)</sup>である。第二に、現行商法は監査役や取締役が提訴の是非につき公正な判断ができるかに懐疑的であり、その者の政策的配慮は代表訴訟の障碍事由とはしないとの立場をとっている（商法二六七条二項参照）との主張<sup>(3)</sup>である。これらの見解に従えば、訴えの提起から判決までどの段階においても会社が代表訴訟に自らの声を反映させることは認められないことになろう。

しかしいずれの議論にもなお検討すべき問題が含まれている。第一の点について。論理矛盾となるか否かは、会社が訴訟で如何なる態度をとり、また何を主張するかによるのではないか。確かに自己の権利の存在を主張すると同時に、権利の不存在を主張するなら論理矛盾といえるが、会社は権利がないと考える場合にまで、株主が会社のために提訴し、同時に会社は不存

在を主張することが論理矛盾であると考えるのは妥当か。少なくとも会社の主観的意思の次元では矛盾していない。また、会社は会社の権利の存在を争うのではなく、それとは異なる独立の主張をするのだとしたら、少なくとも形式的には論理矛盾とはいえないのではないか。要するに、論理矛盾となるかどうかは、会社の置かれた立場および主張内容如何によるのではないかと思われる。したがって、代表訴訟の構造および代表訴訟における会社の法的地位の考察が必要不可欠となる。そして会社の置かれた法的地位を考察する中で、会社がいかなる内容を主張する権限を有するのかが明らかになる。

第二の点について。会社に訴え提起の是非の判断を認めないことと、会社の名において請求に理由がないことを裁判所で主張・立証する機会がないこととは厳密には同一ではないとの指摘がある。<sup>(5)</sup>この指摘は、訴え提起段階での会社の提訴判断と訴訟係属後の会社の訴訟継続の可否の判断とは厳密に同一ではなく、したがって係属後には会社が訴訟に自身の声を反映させる余地を認める趣旨の主張として注目される。会社の補助参加を認めることは、訴訟係属後に会社がその声を訴訟に反映させることを認めることであり、<sup>(6)</sup>この意味において、商法二六七条二項の解釈論について、提訴要請の趣旨および本条の射程を再検討する意義が認められる。さらに、代表訴訟に「会社の声」を反映させる、すなわち一定の主張が認められるとした場合、会社の主張をどのように法律構成すべきかを考える必要がある。

(b) 二つは民事訴訟法からのアプローチである。補助参加が認められるためには、参加者が「訴訟の結果について利害関係を有する」(民事訴訟法四二条)ことが必要であるが、代表訴訟において自己の実体法上の権利が追及されているはずの会社が被告取締役側に補助参加が認められるための利益とは何かが論議されてきた。つまり、訴訟法上の論議の対象は参加が認められるための利益探しにあったといえる。これまで、参加人が訴訟の結果に事実上の利益を有するだけでは足りず、法的な利

益が必要であること、具体的には、刑事上・行政上の処分を受けるか、受ける蓋然性がある場合には法的利益が認められるとされてきた。<sup>(7)</sup>最近ではさらに一般的に、「会社の意思決定の適法性」が問題となる場合に補助参加の利益が認められることが有力に主張されるようになり、<sup>(8)</sup>実務的にもこの考え方の影響を受けたとみられる決定が出された。<sup>(9)</sup>

しかしこの議論にはなお検討されるべき問題が含まれると考えられる。第一に、会社の意思決定の違法性が認定されると会社が所定の処分を受けるといふ関係があるなら、確かに訴訟の結果によつて法的な不利益を受けるといふ論理関係を認めることができ、この意味で参加の利益を認めうるかもしれないが、訴訟法および会社法の観点からみて、果たしてこのような場合に会社の補助参加を認め、結果的に違法性があると認定されるかもしれない判断を擁護する方向での訴訟活動を認めてよいのである。確かに代表訴訟の対象となる判断の違法性が明らかではなく、解釈の余地がある場合が考えられ、この場合には判決が確定して最終的に違法性の認定がなされるのであり、まさにその認定を阻止することに会社が利害関係を有するとも考えられる。しかしながら、そのような訴訟参加を認めることが訴訟における当事者の公平性を害する結果とならないかどうか、さらに会社法上そのような権限が認められるのかどうかを問題とする余地がある。この懐疑的立場からは、最終的な判断が出るまで会社は中立的立場を維持すべきとの見解も検討に値しよう。

第二に、「会社の意思決定の適法性」が問題となるとき、適法性が問題となる限り会社のすべての意思決定が参加の利益を認められる基礎となるのである。会社の意思決定の適法性が問題となるといふとき、明らかに違法な場合、違法かどうか解釈の余地がある場合、明らかに適法な場合を区別することができる。明らかに適法と考えられる場合に参加を認めることに抵抗は少ないが、明らかに違法といえる場合にも判決で意思決定の違法性が確定されないことに会社が利益をもつというのが

有力説の考え方であるとする、あまりに広すぎるのではないか。包括的な内容を絞り込む必要があるとする、具体的にいかなる場合に会社の意思決定の適法性を主張する法的利益があると考えるべきか。

訴訟法からのアプローチで問題となるのは、参加が認められるための法的利益として、訴訟の結果に法的利益があるという論理関係があるといえる場合でも、判決が出ないうちに一方への加担を前提とする参加を認めることに問題はないか、さらに、いかなる場合に意思決定の適法性を理由とする参加が認められるべきか、ということである。要するに、いかなる場合に、いかなる利益を基礎として参加が認められるのかである。

(2) 最近では、商法からのアプローチとして、アメリカにおける特別訴訟委員会による代表訴訟の却下制度が注目されている。<sup>(10)</sup>しかしながら、これまでの考察は、委員会による却下がどのような制度であるかの制度的考察が主であり、それ以上に、それが補助参加の議論とどのように結びつくのか、なぜ会社が補助参加できるのか、については必ずしも十分に説明されていないと思われる。とりわけ、取締役会やそれに権限を委ねられた訴訟委員会が、実体法的にみて勝訴可能性のある訴えについて却下の申し立てをすることができるのはなぜなのだろうか。訴訟委員会がどのような過程を経て代表訴訟を終了させるかという制度的考察に加えて、このような理論的問題を解明する必要があるといえよう。

また訴訟法学の立場から、会社の補助参加が認められないのは手続保障の観点から問題であるとし、会社の補助参加を「一種の経営判断」と法律構成する見解が唱え<sup>(11)</sup>られる。この見解は、会社の補助参加を「経営判断」であると理解する点で、補助参加の法的性質を会社法の枠組みで説明する点で注目に値するが、ただ、会社の補助参加が経営判断と同じであるか否か、違いがあるとすればどのような点であるかがお問われるべきであろう。

(3) 最近の議論を含むこれまでの議論には、レベルの異なる二つの問題が含まれると考えられる。その二つの問題は商法のアプローチと訴訟法のアプローチの違いに対応している。商法上の課題は、会社はいかなる法的地位にあり、いかなる権限をもつか、会社は何を主張できるか、それはどのような法的根拠に基づくのかということである。いわば「代表訴訟をめぐる株主と取締役（監査役）」との間の権限分配」であり、さらに訴訟法上の問題の前提となる問題である。訴訟法上の課題は、会社がいかなる場合に、どのような参加の利益を認められるかということである。このように会社の補助参加の可否の問題とは、代表訴訟をめぐる「株主と取締役（監査役）」との権限分配」（より一般的には会社の管理権限の分配）の問題と、代表訴訟で追及される取締役の判断がどのような性質の判断であるときに会社の参加が認められるのかという「会社の利益」の確定に関わる問題との二つを意味する。両者の課題を一言で表現すると、問題とされた判断がどのようなものであれば代表訴訟に会社の声を反映させることが認められるのかということである。

このような意味での「会社の被告側補助参加」の理論的検討は、従来の議論では必ずしも十分には行われてこなかったように思われる。そのことに、訴訟法と商法とで結論を異にしたまま、十分な対話が成り立たないことの一つの原因があると思われる。本稿は右に述べたような問題意識に基づいて、「会社の被告側補助参加の可否」<sup>(12)</sup><sup>(13)</sup>の理論的検討を試みることを目的とする。

## 2. 本稿の課題と構成

右の課題を遂行するための基礎的作業の一環として、本稿ではアメリカ法における判例および学説を検討する。

本稿ではまず、代表訴訟の構造と関係づけながら、プリーディングでの是正・提訴要請および特別訴訟委員会による訴訟終了制度について、代表訴訟をめぐる権限分配の観点から分析・検討する（二一・二）。次に、会社の利益について検討する。最初にプリーディングでの積極的抗弁（affirmative defense）が問題となった判決を分析・検討する（三一）。次いで特別訴訟委員会による却下で主要な争点となる「会社の最善の利益」（best interest of the corporation）を中心に分析・検討したうえで、「代表訴訟の目的論」を検討する（三二）。最後にアメリカ法の考察結果をまとめる（四）。

（一） 会社の被告側補助参加の可否の問題を検討する場合、実践的観点からは、代表訴訟における紛争の実態、会社組織における実情など実態論を踏まえた議論が必要不可欠であることは認識しているが、本稿では会社の補助参加が認められるか、認められるとすればなぜかという理論的検討を中心とする。

（二） 山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務二二三三六号一五頁（一九九三）、新谷勝「株主代表訴訟と取締役の責任」二一七頁（中央経済社、一九九四）、同「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』六三三―六三三頁（民法法研究会、一九九五）。なお最高裁第一小法廷平成一三年一月三〇日決定（判例時報一七四〇号三頁、判例タイムズ一〇五四号一〇六頁、金融法務事情一六〇九号四五頁）において、町田裁判官が反対意見としてこの点を述べておられる。

（三） 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』二三三―二三三頁（有斐閣、一九九五）、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九二頁（一九九六）、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』二三四頁（弘文堂、一九九六）、高田裕成「株主代表訴訟における原告株主の地位」民訴雑誌四二号一六一頁（一九九六）参照。

- (4) 会社の補助参加の問題について、会社の法的地位との関係に焦点を当てたアプローチをとるものとして、徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加—法曹時報四八巻八号一六六七頁以下（一九九六）、同「株主代表訴訟における会社の地位」民訴雑誌四二巻一六九頁以下（一九九六）、同「株主代表訴訟における会社の地位」民商法雑誌一一五巻四号八八頁以下（一九九七）参照。
- (5) 黒沼悦郎「判批」判例評論四六二号三七頁（判例時報一六〇三号一九九頁）（一九九七）。また結果の具体的妥当性の観点からこの点を主張するものとして、畠田公明「株主代表訴訟の終了と裁判所の関与」福岡大学法学論叢四二巻一号一二四—一二五頁（一九九七）参照。
- (6) この点について、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六九一七〇頁（一九九四）、同「株主代表訴訟の理論的基礎」柏木昇編「日本の企業と法」三五頁（有斐閣、一九九六）参照。
- (7) 高橋宏志「補助参加について（三）」法学教室一九六号七八頁（一九九七）、高田裕成「信用組合の理事に対する代表訴訟における信用組合の被告側への補助参加の可否」私法判例リマックス一九九七（上）一二八頁、黒沼・前掲注(5)三七頁等参照。この見解に対して、中島・前掲注(3)『大系』二二六頁は、監督官庁は独自の立場から会社を処分することができるから、会社が敗訴判決によって受ける不利益は事実上のものにすぎないと主張される。
- (8) 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二頁（一九九四）、同「補助参加の利益再考—判決の証明効に対する疑問—」民訴雑誌四二巻一頁以下（一九九五）、新堂幸司「株主代表訴訟の被告役員への会社の補助参加」自由と正義四七巻二二号二〇—二二頁（一九九六）、同「新民事訴訟法」六九二—六九三頁（一九九八）、小林秀之「原強」株主代表訴訟「二五八頁、三一〇頁（日本評論社、一九九六）、井上治典「補助参加の利益・半世紀の軌跡」判例タイムズ一〇四七号四頁、一〇頁（二〇〇一）参照。
- (9) 最高裁平成一三年一月三〇日決定・注(2)。ほかに東京地裁平成七年一月三日決定・判例時報一五五六号一三七頁（東商銀決定）、東京地裁平成一二年四月二五日決定・判例時報一七〇九号三頁（興銀決定）参照。
- (10) この点に関する詳細な比較法的研究として、近藤光男「アメリカにおける経営判断原則の法則の適用限界」神戸法学雑誌三二巻四号七七頁（一九八三）、畠田公明「株主代表訴訟の終了—アメリカの特別訴訟委員会を中心に—」福岡大学法学論叢四二巻三・四号五〇五頁以下および注(8)引用の各文献（一九九七）、釜田薫子「米国における株主代表訴訟の終了と特別訴訟委員会

の役割(一)(二)(三・完) 民商法雑誌二二二巻一号三七頁以下、二二二巻二号七三頁以下、二二二巻三号五七頁以下(以上、一九九九)等参照。

(11) 新堂・前掲注(8)二二二頁、座談会「株主代表訴訟の手続法上の問題点」民商法雑誌一一五巻六号四四頁(福永有利教授発言(一九九七))。また、興銀決定(注(9)参照)、および最高裁決定(注(2)参照)が、いずれも会社の補助参加の判断は「経営判断」である旨を述べる。

(12) 本稿は会社の被告側「補助参加」の可否という問題設定のもとに考察を加えていくが、これは考察の手掛かりを現在の議論状況に求めて設定した問いであって、本稿で得られた理論的な成果を具体的にどのように訴訟形態にのせて実現するかを考えていくと、補助参加以外の訴訟参加形態が望ましいということとは十分に考えうる。その意味で「補助参加」の可否の問題に限定されないより広範な射程をもつ議論と考えている。ただ本稿はその点までを検討の対象とするものではない。

(13) 本稿は、二〇〇〇年三月の九州大学民事手続法研究会および二〇〇一年三月の東北大学商法研究会における報告をもとにして、いる。参加者の方から有益な御意見を頂戴したことに感謝申し上げます。

## 二 株主代表訴訟をめぐる株主と取締役の権限分配

ここでは訴えの提起段階における「株主代表訴訟の基礎づけ」のコンテキストに注目し、株主の訴権がいかに基礎づけられるのか、監督是正の対象が何であるのか、会社は法的にどのように位置づけられるのかについて、代表訴訟をめぐる株主と取締役の権限分配の観点から分析・検討する。

## 1. 株主代表訴訟の構造と是正・提訴要請

### (1) 代表訴訟の構造―二面性 (dual nature of the action) ―

(a) 代表訴訟は、義務違反によって全体としての会社に対して加えられた損害を、自己利益のためまたは怠慢により会社が回復しない場合に株主が回復することを認めたもので、エクイティ裁判所によって考案された<sup>(1)</sup>。代表訴訟の提起が認められるためには、①被告取締役に対する請求権が存在することの他に、②あらかじめ会社に対して是正・提訴要請 (demand requirement) (以下、提訴要請) がなされ、取締役会の合理的な裁量の行使によって正当化されない不当な拒否 (wrongful refusal) がなされた<sup>(2)</sup>ことが必要とされる。

このうち「権限分配」の問題との関係では、②に関する次の二点が注目される。第一に、会社の提訴を取締役会が単に拒否しただけでは、それに異議のある株主が代表訴訟を維持することは認められない。株主が訴えを維持するためには、提訴拒否が合理的な裁量権の行使によって正当化されないことが必要である。これは訴訟を提起する権限は、裁判所や株主による不当な介入を受けずに経営を管理する取締役会の権限に属し、取締役会の義務の重要な部分を占めるからである。<sup>(3)</sup>要するに、会社のために提訴するか否かの判断は、通常の経営判断の行使の場合と同様、信託義務の違反に匹敵する場合や利益相反のために公正な判断ができない場合でない限り、通常、取締役会の裁量の範囲内にあるというわけである。このように、提訴判断は本来的に取締役会の権限に属する事項であるから、株主の側で取締役会の提訴拒否が裁量の範囲内でないことを示さなければならぬ。

第二に、取締役会による不当な提訴拒否に対して代表訴訟が認められることは、代表訴訟による監督是正の対象となる行為

が、直接には過去に行った責任追及の対象となる行為ではなく、提訴拒否の判断を行った取締役会の判断であることを示している。株主による監督是正とは、請求原因事実とされる過去になされた経営判断の誤りを是正するという法形式をとりながら、実際には判断の誤りを追及しないとの提訴拒否判断の不当性を是正するものといえることができる。

(b) 代表訴訟が認められるために必要とされる①②の要件を、代表訴訟の構造と結びつけて考えると、代表訴訟には二つの請求原因 (two causes of action) があり、それが一つの訴訟で実現されるものであると理解できる。<sup>(4)</sup>二つの請求原因とは、第一に、株主が提訴を請したにもかかわらずそれを拒否した会社自身に対する訴えを強いるための訴訟であり、第二に、会社との間で責任の存否を争う当事者 (取締役等) に対する会社のための訴訟 (損害賠償請求) である。そしてこの二つが一つの連続に結合されたものが代表訴訟である。ただ株主代表訴訟によって実現される権利は実際には会社の権利であり、訴訟の成果は全て会社に帰属するのであり、この意味において会社は利害関係のうえでは現実的当事者 (real party) といえる。それゆえ会社は一般的に必要な当事者 (necessary or indispensable party) とされる。<sup>(5)</sup>このことは、あるいは同一の請求原因に基づく会社自身による第二の訴訟から被告取締役を保護するため、あるいは代表訴訟が本質的に二面的であるというフィクションを保つためと説明される。こうして会社は訴訟上必要的当事者とされるが、原告として当事者となることを拒否しているため訴訟においては被告となることが要求される。ただ、もともと原告の訴えは会社のためのものであり、その意味で会社は名目的被告 (nominal defendant) であるにすぎない。会社は代表訴訟という三当事者の関係する手続において、紛争の最終的な利害関係に着目すると現実的原告であるといえるが、法的には、名目的被告であるという独特の地位にある。

## (2) 取締役会に対する提訴要請

代表訴訟が認められるためには、株主が訴えを提起するに先立ち取締役会に提訴要請がなされ、それが不当に拒否されたことが必要である。なぜ株主は提訴要請することを求められるのか。この問いが代表訴訟をめぐる株主と取締役との権限分配を考える上で意味をもつ。

この提訴要請を夙に明確に定式化し、文献上頻繁に引用される判決が、*Hawes v Oakland*<sup>(6)</sup> である。判決において Miller 判事は、「代表訴訟ではまず会社自身が正当な原告である必要があり、訴えの基礎として救済の対象となる紛争の種類 (grievances) が存在しなくてはならない。それに加えて同様に重要なのは、会社に帰属する訴訟を株主が提起し維持することが認められるためには、原告株主は会社それ自身の内部で紛争の種を除去するための手段を尽くしたことを裁判所が納得できるように示すべきである。株主は会社の経営陣とともに、経営陣の側で救済行為を行わせるよう真摯に努力しなければならぬ」(460-461)と述べる。この考え方の基礎にある裁判所の精神は、会社にとっての害悪を訴訟の対象とするか、それともそれを阻止するための策を講じるかを決定するのは、違法行為、強圧的行為、詐欺的行為がない限り、会社であるということである (id.457)。

提訴要請の趣旨・目的について、*Hawes* 以後の判例や学説は次のように分析する。第一に、主張された問題点を是正する機会を取締役に与えることによって、裁判所が会社内部の問題について判断することを避けることができ、訴訟によらずに問題が内部的に解決されるなら司法経済にも資する。<sup>(7)</sup>

第二に、取締役会の裁量の範囲内にあることが明らかでない問題について訴訟による嫌がらせから、また会社のためというより

株主の個人的な利益を動機として始められた嫌がらせ訴訟から取締役を保護する。<sup>(8)</sup>

このように一般的には、不必要ないし正当性のない訴えを排除することが意図されているが、権限分配の問題との関係で、理論的に注目し値するのは次の点である。

すなわち第三に、会社の他の経営政策に関する問題と同じように、提訴するか否か、どの範囲で訴訟するかは、通常、取締役会の裁量的な判断およびコントロールに委ねられるということである。<sup>(9)</sup> このことは次の二つの内容を含むと考えられる。一つは、提訴要請によって会社が自ら訴訟を引き受ける機会が与えられること、<sup>(10)</sup> もう一つ—これが最も実際的には重要であるとされる—が、提訴要請によって会社が要請のあった訴訟を拒否するか、または訴えが提起されるならば早期に却下を求める機会が与えられること<sup>(11)</sup> である。つまり、会社が提訴する権限をもつということとは、提訴する機会を与えられることだけではなく、提訴を拒否する機会、または却下を求める機会が与えられることも意味する。もし提訴要請がなされないと、会社運営に責任をもつ者の権限を容易に侵害することになりかねない。<sup>(12)</sup>

つまり、提訴するか否かの判断を会社が行うのは、提訴拒否の判断を含む提訴判断が、ほかの会社の経営政策に関する判断と同じように、取締役会の権限に属する問題であるからである。一般に、取締役会の判断裁量に属する問題がある場合、裁判所や株主はその判断に介入することは認められないのであり、株主が訴えを維持するには、取締役会の裁量の範囲を逸脱する判断であることが必要となる。これを提訴要請のコンテキストでいうと、取締役会の提訴拒否が不当であることを株主が示さなければならぬということである。

### (3) 提訴要請免除型または提訴要請拒否型

(a) 取締役会への提訴要請の趣旨に照らすと、株主が提訴する場合には例外なく提訴要請すべきであるとの結論になりそうであるが、一般に、取締役への提訴要請が無意味であると考えられる場合には、要請は免除されうるとされ、典型的には、不正行為を行った者が取締役会の過半数を構成しないしは過半数の取締役を支配する場合には、提訴要請は無意味であると考(13)えられてきた。しかし最近はその特殊性を問題とせず一律に提訴要請すべきとの考え方が有力になりつつある。いかなる場合に提訴が要請され、または免除されるかについて、大きく二つのアプローチがある。(14)

(b) まず、デラウェア州裁判所が採用するルールである。Aronson v. Lewis<sup>(15)</sup>は、原告が、第一に、取締役会が利害関係をもたず、かつ独立していること、第二に、非難された取引が妥当な経営判断の行使の産物であること、を合理的に疑わせる個別の事実を示す場合には、提訴要請は無意味であるとして免除されるというものである (Aronson-test)。第二の実質審査では、注意深く手続きに従い十分に情報を収集したかを問う手続的注意義務と判断が合理的か否かという実体的注意義務の二つが審査される。デラウェア州では、双方の重過失による違反を示せば経営判断原則は適用されず、要請は無意味であることになる。要するに、取締役会の行動が経営判断原則の保護を受けるかどうか(16)が要請が免除されるかどうかの焦点となる。

この基準に対しては、次のような批判がなされる。すなわち第一に、いかなる場合に要請が無意味となるかを判断するうえで非常に恣意的かつ主観的な基準であり、同じような事実であるのに法適用の結果に大きな違いを生じさせることになる。(17) 逆に、六人が利害関係をもたず、七人が利害関係をもたず、六人が利害関係をもつとき提訴要請は要求されることになり、逆に、六人が利害関係をもたず、七人が利害関係をもつとき提訴要請が免除されることになるが、このような違いは重要ではない。(18)

第二に、このルールでは、提訴要請が無意味であるかどうかを個別の事案ごとに判断するため、訴訟の本質とは直接関わり

のない、提訴要請が免除される事案なのかどうかに関する訴訟の増加を招くことになる。<sup>(19)</sup>

(c) 右に述べたような問題は、ABA、ALIや幾つかの州法のように、ユニバーサル・デマンド・ルール (universal-demand) を採用すれば回避できる。このルールは、事件の特殊性を問題とせず、一律に是正要請することを求める。ただし、ABAのルールでもALIのルールでも、提訴要請をしていたのでは回復しがたい損害が生ずる場合が例外とされる。<sup>(20)</sup>

このルールは次のような理由から正当化される。第一に、Aronson-testでは不可避といえる付随的訴訟を回避できる。訴訟の実体的理由とは直接関係のない訴訟をしなければならず、本来の問題についての訴訟の進行を遅延させ、かつ株主が余計なコストを負担しなければならなくなる。<sup>(21)</sup>

第二に、提訴要請を義務化することにより、取締役会の提訴拒否や訴え却下の判断という訴えの核心部分に審理を集中することが可能になる。すなわち代表訴訟の提訴要請に対する取締役会の「反応そのものが裁判所の審査の焦点となり、その意味で手続的・付随的な問題から本質的・実体的問題へと司法審査の重点を移行させ、訴訟についての取締役会の役割をレトリック上のものではなく、現実的なものとすることができ<sup>(22)</sup>る。

第三に、提訴要請を義務化しても、大したコストのかかる手続きではない。原告に過大な負担を課すものではないので許される。<sup>(23)</sup>むしろ逆に、提訴要請がなされることにより取締役会が問題を検討したり、問題の早期解決を可能とするような是正策を講じるかもしれない。こうなると、会社の費用を節約し、訴訟に代わる「代替的紛争解決のフォーラム (a forum of ADR)」が提供されることになる。<sup>(24)</sup>

最後に、取締役会の多数派が問題の取引に利害関係をもつと主張される場合、提訴要請は無意味であり免除されてきたが、

この考え方は、取締役会に依然として開かれた可能性を顧慮するなら議論の射程が狭すぎるとの批判がなされる。<sup>(25)</sup> つまり、そのような場合でも、全体としての取締役会は、なお利害関係をもたない少数の取締役を訴訟委員として選任することを通して訴えを却下へと導くことができるのである。全員が利害関係をもつという極端な場合でさえ、取締役会は新たに取締役を選任し、委員に選任することができるのである。また、取締役会の多数派が被告とされる場合でも、その理由が単なる判断の誤りに基づくとき、義務（つまり提訴判断）を果たすように求められた取締役が妥当な経営判断を行使できないということにはならないであろう。というのは、もし判断の誤りがあつただけで妥当な経営判断の行使ができないということになると、多くの場合に取締役が被告とされることになり、現実には提訴要請の趣旨が無意味になるからである。<sup>(26)</sup>

以上にみたように、個別の事件ごとに要請が免除される場合を判断するか、それとも一律に要請を求めるかに違いはある。ただその表面的な違いはともかく、基礎にある考え方は共通する。要請に提訴判断が取締役会の権限に属する問題であり、したがって経営判断であることが前提とされている。そのうえで、公正な判断が期待できる状況にあるか、経営判断の原則によつて保護される判断かという限界が問われていると考えられる。

#### (4) 小括

取締役会への提訴要請および不当な提訴拒否の問題の基礎にあるのは、代表訴訟の対象は会社の権利であり、そうであるなら会社管理権を有する取締役会の権限に属するというあたりまえの理屈である。提訴段階での権限分配の問題は、通常の会社運営に妥当する理論、すなわち取締役会の判断裁量にある場合に株主や裁判所の経営への介入は認められず、それを超える場合に初めて認められるという理論の簡単な応用問題と考えられる。

- (1) 代表訴訟に対しては、肯定的な見方と否定的な見方との双方があるが、株主の救済のための実効的かつ最終的な手段であることが活かしつつ、実益のないないし濫用的な訴えを阻止するようバランスする必要があることが重要な課題であると考えることは異論はなご。
- (2) See 19 Am Jur 2d, Corporations §81502, 2286(1986); Ferrell, A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the All Ap proaches to Shareholder Derivative Litigation, 60 Ohio St.L.J.241, 264(1999). See also Aronson v Lewis, 473 A.2d 805, 813(Del.1984); Abranowitz v. Posner, 672 F.2d.1025, 1030(2d Cir.1982); Zapata Co v. Maldonado, 430 A. 2d.779, 784(Del. 1981))
- (3) 19 Am Jur 2d, Corporations §1502.
- (4) e.g., Hawes v Oakland, 104 U.S. 450, 452-453, 26 L.Ed.827(1881); Koster v Lumbermen's Mut. Cas. Co., 330 U.S.518, 522-523, 91 L.Ed 1067, 1072-1073, 67 S. Ct. 828(1947); Ross v Bernhard, 396 U.S. 531, 534-535, 24 L.Ed 2d 729, 90 S. Ct 733, 734(1970); Abranson v. Blakerly, 202 N. Y. S2d 586, 591(1980); Aronson v. Lewis, 473 A.2d. 805, 811(Del. 1984); Spiegel v. Buntrock, 571 A. 2d 767, 773(Del. 1990). See also 13 W. Fletcher, Cyc Cor §5941.10 (Rev. 1991); Note, Defence of Directors by Corporation against Suit brought in its Behalf, 43 Yale.L. J. 661, 662(1934)
- (5) 19 Am Jur 2d, Corporations §2402(1986) & n61-63; Note, 43 Yale. L. J. supra note 4, at 662; Note, Necessity of Joinder of Corporation in Representative Suit against the Directors, 44 Yale.L.J.1091(1935).
- (6) 104 U. S. 450, 26 L.Ed. 827(1881)
- (7) See Ferrell, supra note 2, at 248 & n 25, 26 citing many cases.
- (8) e.g., Marx v Akers, 88 N.Y2d 189, 644 N. Y. S. 2d 121, 666 N. E. 2d 1034(1996); Barr v Wackman, 36 N.Y.2d 371, 368 N. Y. S. 2d 497, 329 N. E. 2d 180.
- (9) ハウズビドゴビツ校案ゴゴウホノナゴ程ノ文献ヲモテ。See generally 19 Am Jur 2d, Corporations, §§2286, 2287(1986); 13 Fletcher Cyc Cor §85951, 5953, 5954(Rev. 1991); Deborah A.Demott, Shareholder Derivative Actions: Law and Practice 2.01(1994).
- (10) See Elfenbein v. Gulf & W.Indus., 590 F.2d 445, 450(2d Cir. 1978);Swanson,Juggling Shareholder Rights and Strike Suits in

- Derivative Litigation: The ALI Drops the Ball, 77 Minn.L. Rev. 1339, 1350(1993).
- (11) See Spiegel v. Buntrock, 571 A. 2d 767, 773(Del.1990); 2 ALI Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations [hereinafter cited 2 ALI, Principles], Comment c to §7. 03(1994).
- (12) See Landy v Federal Deposit Insurance Company, 486 F.2d 139(3d Cir.1973), cert. denied, 416 U.S.960, 94 S.Ct.1979, 40 L.Ed2d 312(1974). Marx v Akers, 88 N.Y.2d 189, 644, N. Y. S. 2d. 121, 666 N. E. 2d 1034(1996) ㊦ 株主代表訴訟はその性格上、取締役会の経営裁量を侵害するものではないと述べる。
- (13) R. Clark, Corporate Law 641-642(1986).
- (14) 厳密には、ニューヨーク州裁判所の採用するアプローチを含めて、大きく三つとするのが正確であるかもしれない。もっとも、ニューヨーク州裁判所の採用するアプローチは、デラウェア州裁判所のとるアプローチの一変種であると考えられる。というのは、Barr v. Wackman, supra note 8㊦は、要請が無意味とされる場合を選別する基準を洗練させており、その意味で提訴要請が無意味である場合を事件ごとくに検討する方法をとるからである。ちなみに、Barr v. Wackmanは、第一に、取締役が問題の取引に自己利益を有しているか、または取引に直接の利益を有しない取締役が自己利益を有する取締役によってコントロールされているため、独立性を欠く場合、第二に、取締役会が問題の取引について当該状況の下で合理的に相当といえる程度に十分な情報を得ていなかった事実が特定された場合、第三に、問題の取引が明らかにひどいものであり、取締役会の妥当な経営判断の産物とはいえない場合、に提訴要請は無意味であるとして免除されるとの基準を示した。提訴段階での議論の内容を詳細に検討するのが本稿の目的ではないことから、デラウェア州裁判所のアプローチで代替できると考える。
- (15) 473 A.2d 805(Del. 1984)
- (16) See Coffee, New Myth and Old Realities:The American Law Institutes Faces the Derivative Action, 48 Bus. Law. 1407, 1412(1993).
- (17) See Starrels v. First Natl. Bank, 870 F.2d.1168, 1175(7th. Cir|Easterbrook, J., concurring); 2 ALI, Principles, Comment d to §7.03(1992).
- (18) Coffee, supra note 16, at 1416; 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03.
- (19) Coffee, supra note 16, at 1414-1415; Ferrell, supra note 2, at 272-273; 2 ALI, Principles, Comment e to 7.03.

- (20) Model Business Corporation act §7.42(2) (1995 Supp) and 2 ALI, Principles, §7.03(b).
- (21) Coffee, supra note 16, at 1415; Ferrell, supra note 2, at 272-273; 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03.
- (22) Coffee, supra note 16, at 1415; Ferrell, supra note 2, at 273; 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03.
- (23) Clark, supra note 13, at 645; 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03.
- (24) 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03. See also Ferrell, supra note 2, n 25 citing many cases.
- (25) 2 ALI, Principles, Comment e to §7.03.
- (26) See *In re Kaufman Mutual Fund Actions*, 479 F.2d.257, 265 (1st Cir.), cert denied, 414U. S. 857 (1973).

## 2. 取締役会の訴訟終了権限—取締役会の提訴拒否と特別訴訟委員会の却下判断—

提訴要請がなされたが取締役会が提訴を拒絶した場合はどうなるのか、裁判所はどのような基準で審査するのか。また一九七〇年中頃から、取締役会が訴訟を終了させる方法として特別訴訟委員会が積極的に利用されるようになったが、この形態は取締役会の提訴拒否の延長線上の問題と位置づけることができる。ここでは代表訴訟をめぐる株主と取締役との権限分配の観点、具体的には、取締役会が会社の請求権を追及しないと判断を下したときに、その判断が裁判所によって最終的なものとして扱われるかどうかを検討する。

### (1) 取締役会による提訴拒否

- (a) 株主が取締役会に提訴要請したにもかかわらず、取締役会が提訴を拒否するときどうなるか。まずはこういう形で問題

となった。ところが、一九七〇年代に入ってから特別訴訟委員会が利用されはじめる。特別訴訟委員会による却下制度は、いわば取締役会による提訴拒否では訴訟を終了させることが難しい事案、すなわち提訴要請が免除される場合への会社の対応策として理解される。したがってそのような経緯に鑑みるならば、取締役会による提訴拒否の場合の裁判所の審査について検討し、次に特別訴訟委員会による却下の問題へと進むのが考察の順序として適当であろう。

- (b) 一九七〇年代以前の取締役会の提訴拒否が問題とされた判決を事案<sup>(1)</sup>にみてる。
- (i) 第三者を被告とする訴訟

○ *United Copper Securities Company v. Amalgamated Copper Company* <sup>(1)</sup>

株主は自己が株式を有する持株会社（被告）に対して、被告会社の競争者がシャーマン法違反によって被告会社が被った損害を回復する訴え（エクイティ上の訴えではない）を提起することを取締役会に求めたが、取締役会はこれを拒否した。Brandeis判事は、本件での問題は、「シャーマン法違反に基づく損害賠償請求権を有する会社の株主は、会社自身が訴えを提起することを拒否した場合に、会社の権利に基づく損害賠償を回復する権利を有するかどうか」であるとしたうえで、この点について次のように述べる。「会社が損害賠償請求権を追及すべきか否かは、他の経営に関する問題と同様、通常経営の内部的事項に属し、株主により指示がない限り、取締役会の裁量に委ねられる。裁判所は、取締役会の行動が、信託義務の違反に相当するような不正行為にあたる場合や、公正な判断の行使を妨げる二重の地位にある場合を除いて、そのような裁量をコントロールするために介入することは減多にな<sup>(2)</sup>い」(263-264)。

○ *Ash v. International Business Machines(BM), Inc* <sup>(2)</sup>

被告B社がある会社の資産全部を取得することによって競争上の地位を脅かされることになる三つの会社の株式をそれぞれ有する少数株主が、その取得を差し止める訴えを提起することを取締役会に求めたが、各会社とも提訴を拒否した。Hastie判事は、「取締役会の提訴拒否が、会社の最善の利益のために行使された健全とはいえない経営判断よりもひどい、詐欺的あるいは馴れ合いによるものであることが示されない限り、少数株主は訴えを維持する資格を欠く。反トラスト法違反その他の会社の経営問題に関する争いのある訴え提起の拒絶であれ、訴えが維持されるのは会社の取締役会が会社のための公正な経営判断の行使を損なわれるような非行に関与するなしいは利害関係をもつか、または提訴拒否が不誠実や信託違反にあたることを原告株主が主張・立証した場合に限る」と述べる(493)。

(ii) 取締役を被告とする訴訟

○*Swanson v. Traer*<sup>(3)</sup>

鉄道会社(被告)の三人の取締役(被告)(取締役は全員で九名、うち三名が利害関係をもつ取締役、うち二名は計画について悪意)が会社に損害を与える一方、自己利益を得る計画をたてそれを実行した。原告株主はその計画は会社に対する受認者義務の違反にあたるとして取締役会に対して訴えを提起するよう要請したが拒否された。

*Schnackenberg*判事は、まず一般論として、提訴判断は他の経営判断と同様、通常内部問題であり、取締役会の裁量に委ねられるとし、裁量の範囲内にある事項に関する取締役会の判断はいかなる株主によっても容易に攻撃されたり、裁判所の判断が取って代わることがあつてはならないと述べられる(856-857)。そして株主によって選任され、会社をコントロールする権限をもつ取締役が不誠実である強い証拠がある場合でない限り、株主の判断が優位することは認められないという

(858)。そのうえで、多数派が誠実でかつ不正行為に関与していない者からなる取締役会による提訴拒否について、それ自体で当然に会社のために提起する株主の訴えを排除するものではないが、株主が訴えを維持できるのは、提訴拒否の判断をする取締役会が、不誠実、信託違反、詐欺を働いたか、不正行為者のコントロールに服している場合だけであると述べる(858-859)。

(c) 右にみたように、一九七〇年代以前の事案は、第三者を被告とする訴訟であり、被告が訴訟に直接の利害関係をもたない場合であるか、あるいは全体として提訴拒否の判断をする取締役会が利害関係のない独立した取締役(利害関係をもたない残りの取締役)からなるとみられる場合であり、いずれの場合にも、取締役会のなした提訴拒否の判断が最終的なものとされている。そこでとられる判断枠組みは、取締役会の提訴判断が経営判断に属することを前提として、個別の状況において提訴拒否が経営判断の範囲内にあるか否かを問うというものであり、その範囲外にある場合にだけ取締役会の提訴拒否にもかかわらず訴えは維持されることになる。単なる不提訴だけで株主の訴えが基礎づけられるのではないことはここでも妥当する。

ただ仮に多数派が利害関係を有しているため提訴要請が免除される場合でも、取締役会はなお代表訴訟の進行を止めるための選択肢をもつ。特別訴訟委員会を選任することを通じて訴訟を終了させる途である。これを次にみていこう。

## (2) 特別訴訟委員会による却下申立

### (a) 序説

一九七〇年代中頃から利用されるようになった特別訴訟委員会による却下制度は、取締役会による提訴拒否では対応できな

い場合における新たな会社側の防衛手段としての役割を果たしている。提訴要請が免除される場合でも、なお訴訟の維持を阻止するために会社が考案した対応策である。<sup>(4)</sup> 訴訟委員会は訴訟が会社に与える影響を総合的に検討した結果、訴えの維持・継続が「会社の最善の利益」にならないことを理由として却下を勧奨する。したがって委員会はたとえ実体的に理由のある訴えであつても、会社の最善の利益に照らして却下を相当と判断した場合には却下を勧奨する。この点で、訴訟委員会による却下判断および取締役会による提訴拒否の判断は、提訴段階における実益のない訴訟を排除するという、原告の「プリーディングの妥当性」の判断とは異なる。前者は後者の妥当性を前提として「却下判断の正当性」を審査するものだからである。<sup>(5)</sup>

ところで、訴訟委員会による訴え却下の権限は法的にいかに基づけられるのか、その権限の限界はどこにあるのか。これらの問題を裁判所の審査基準を通して説明する必要がある。というのは、代表訴訟に対して会社がいかなる立場で、何を主張できるのかを、裁判所の審査基準を通して検討することが、代表訴訟をめぐる株主と取締役との権限分配を考えることであり、会社の補助参加の問題を考えるときの参考となるからである。

(b) 特別訴訟委員会の利用と裁判所による審査

訴訟委員会の利用については、第一に、利害関係を有する取締役会の多数派によって選任された訴訟委員会が代表訴訟を終了させることができるのかどうか、第二に、裁判所は訴訟委員会の判断にいかなる審査基準を適用するのが問題となる。

(i) まず第一の点であるが、たとえ取締役会の多数派が利害関係を有する取締役であり、提訴要請が免除されるか、提訴拒否の判断が裁判所によって認められない場合であつても、多数の州が訴訟委員会の利用を認める。しかしながら、一般的にはすべての会社の営業および業務は取締役会によりまたはその指示のもとに経営されなければならない。そこで取締役会による

訴訟委員会への権限の委譲を既存のルールからの回避 (opting-out) の問題と位置づけ、そのうえで制定法の基礎にある諸政策について判断する裁判所の裁量権の範囲が現実的な問題であると分析する論者もいる。<sup>(6)</sup>

判例には取締役会による訴訟委員会の利用を否定したものがある。Miller v Registrar & Tribune Syndicate, Inc<sup>(7)</sup> は、取締役会の多数派が被告とされている場合に、構造的バイアス (structural bias) への懸念を理由として予防的ルールを採用し委員会の利用をそもそも認めない立場をとった。このような構造的バイアスへの懸念は事実無根というわけではなく、独立しているとされる取締役が他の取締役にいて判断するときに内在するバイアスが存在する可能性は多くの論者が指摘するところである。<sup>(8)</sup> 確かに、少なくとも取締役会の多数派が被告とされている場合には、提訴要請に対する提訴拒否の判断のみならず、訴訟委員会による却下判断についても、公正な判断は期待できないから株主の訴えは維持されると考えることも不合理ではない。しかしたとえ取締役会の多数派が被告とされても、訴訟委員会や利害関係のない取締役から構成される取締役会が公正な判断ができないということにはならないし、そのような場合に訴訟委員会の利用を禁止する一般的ルールを採用する必要はないと考えられる。<sup>(9)</sup> また、単に判断の誤りがあるにすぎない取締役が被告となる場合に、この取締役が提訴について妥当な判断ができないと考えると、原告はすべての取締役を被告とすることになり、結果的に提訴要請は無意味になってしまうともいわれる。<sup>(10)</sup>

このような見解の対立は、むしろ構造的バイアスに対する事実認識の相違によるものなのかもしれない。そうであるなら結論の多くを実証研究に委ねざるを得ない面があるが、委員会の利用自体は認めながら、その判断を司法審査に服させる多数の州のとするアプローチが理論的には妥当である。なぜなら、訴えの継続を認めるべきかについての利害関係をもたない訴訟委員会の判断は、経営判断としての性質を帯びると考えられるが、そうだとするとこの権限は会社の経営問題および資産を管理す

る取締役会の義務から生ずるのであって、代表訴訟における訴訟委員会の利用はこのような会社運営に関する一般理論の適用の結果と考えられるからである。<sup>(11)</sup>

(ii) 委員会の利用が認められると、次に、委員会が公正にかつ原理に基づく判断に到達することを確保するのに必要な司法審査の程度が問題となる。法域ごとに異なるが、少なくとも次の五つのアプローチがある。すなわち、伝統的な経営判断原則を適用するアプローチ（①判決）、提訴要請が要求される場合と免除される場合とを分け、前者については経営判断原則を適用し、後者については二段階の基準（裁判所独自の経営判断を代置）で審査するアプローチ（②判決）、あらゆる場合に裁判所の高度な司法審査を行うアプローチ（③判決）、高度の司法審査を行うが、完全には裁判所の判断を代置しないアプローチ（④判決）、請求原因ごとに司法審査の基準を分けるアプローチ（AII）である。

<sup>(12)</sup>  
① *Auerbach v. Bennett*

外国での違法な贈賄行為による責任を追及する訴えを提起するよう要請がなされたが、取締役会は特別訴訟委員会による却下の勧奨に基づいて却下を申し立てた。裁判所は、「委員による判断の独立性、利害関係の有無、誠実性、調査および思慮の十分さ」だけを審査すると結論づけた。その理由は、代表訴訟による請求権は会社自体に帰属するのであり、他の会社政策や経営問題と同様、請求権を実現するかどうか、どの範囲で実現するかは取締役会の判断およびコントロールに委ねられるということである。「経営判断原則適用型」のアプローチである。

このアプローチに対して次のような批判がなされる。第一に、この判決の基礎には裁判所と取締役のそれぞれについての適格性の判断があると考えられるが、少なくとも手続の選択に關してなされる判断は経営判断や会社の利益に關する微妙な判断、

特異な認識を必要としないのであり、司法審査は排除され<sup>(13)</sup>ない。第二に、裁判所は委員会の判断が重過失のごまかし策でないことを確保するために結論についての司法審査は必要不可欠である。委員会の判断は経営判断原則によって責任から保護され、取締役会の行為が重過失であるにもかかわらず委員会の判断の実体審査は妨げられるというように攻撃的に利用することは適<sup>(14)</sup>当ではない。第三に、特別訴訟委員会の判断に伴う構造的バイアスの危険に何らの配慮も示さないのは現実的ではない<sup>(15)</sup>。第四に、訴訟委員会の判断に経営判断原則の考え方を適用するが、経営判断原則と取締役会の提訴拒否判断ないしは訴訟委員会の却下判断とは性質が異なる。したがって経営判断原則が少なくともそのまま適用されるべきではない。

最後の第四の点については後に詳しく検討するが、それ以外の批判の要点は—あるいは経営判断原則の内容をどう理解するかの違いなのかもしれないが—特別訴訟委員会の却下判断に対する司法審査が訴訟委員会の判断の公正さや独立性という環境面だけにとどまるのは、構造的バイアスの面から適当ではないということであろう。

② *Zapata Corp. v. Maldonado*<sup>(16)</sup>

取締役会がストック・オプションの権利行使日を早めることにより自己利益を得、反面会社が得られるはずの税務上の利益を失ったという自己取引に基づく責任を追及する訴えを株主は提起したが（自己取引の事案であり提訴要請は免除）、特別訴訟委員会は却下勧奨を行い、取締役会は却下の申立を行った。Quillen判事は、提訴要請が要求される場合と免除される場合とを区別し、前者には経営判断原則を適用するが、後者については、「独立性、誠実性、判断の基礎」という手続的な審査をするだけではなく、同僚に対する判断に内在するリスク、すなわち構造的バイアスへの懸念から、第二段階では「裁判所自身の独立の経営判断」を適用して審査するとした。ここでは法や公序の問題も考慮することができる。第二段階での審査は「公

社が訴訟を終了するにはまだ早すぎる場合とか、もう少し会社の利益に照らして検討に値するような場合に対処すること」を意図したものである。このアプローチは、手続的審査に加えて、実体審査を行うことを要求しており、この点で「ハイブリッド型」とよばれる。このアプローチは構造的バイアスへの問題を適切に認識し、実体審査を排除しない点では評価されるが、次のような批判を免れない。

裁判所は適当な用語を使用せず、商業的な判断を行う能力があるかのように誤解させる「独自の経営判断」という用語を使用する。独自の経営判断を行うとなると、裁判所は経営判断をする立場に追い込まれるが、会社の最善の利益について様々な要因を考慮する能力は、本来的には訴訟委員会が有しており、裁判所の通常の経験を超えた問題である。<sup>(17)</sup> また、独自の「経営判断」を適用することは請求原因が注意義務違反の場合には適当であるが、忠実義務違反の場合には適当ではない、なぜなら専門性を発揮できるのは取締役会ではなく裁判所であるから。<sup>(18)</sup> 裁判所が独自の経営判断を行使することは経営問題に関する二五〇年の司法の発展と矛盾し、自己取引に関する監督義務の放棄は五〇〇年の司法の発展に反する。<sup>(19)</sup> さらに、第二段階での審査に関して、提起された訴訟を「実体法的」に検討することなしに、訴えの却下が会社に及ぼす影響について判断することは困難であるとの指摘がある。<sup>(20)</sup>

要するに本判決は、第二段階において実体審査を行う点では評価されたが、その審査基準が「独自の経営判断」であったため、経営判断原則適用型のアプローチからは裁判所にそのような適格性はないとの批判を受け、また基礎にある事案が自己取引であることも手伝って厳格な司法審査を適用するアプローチからは不十分であるとの批判を受けることになったわけである。

<sup>(17)</sup> *Alford v. Shaw*

被告会社と提携関係にある会社との間の一連の取引について、詐欺、自己取引、およびその黙認により、被告取締役自身の利益になるように会社財産の不正取得が行われた責任を追及する訴えを株主が提起したが、訴訟委員会は却下・和解を取締役に勧奨した。

Martin判事は、提訴要請型か提訴免除型かを区別することなく、訴訟委員会の判断に内在する欠点、つまり構造的バイアスへの懸念からAuerbachのような訴訟委員会の判断を大いに尊重するルールは採用せず(Auerbachルールの修正)、しかも経営判断原則に隸従することなく制定法を注意深く解釈しなければならない(Napatalルールの修正)との考え方を示した。そのうえで制定法は裁判所が会社の利益について最終的な判定者となることを要求しているが、ただその場合、却下が会社に与える影響を判断するには、提起された訴訟を実体法的に評価する必要があるという。そのうえで、原告に勝訴の見込みがあるが、回復額が会社にとつての損害を回復するのに十分でない場合には裁判所は却下を認めうるとする。

このアプローチは、構造的バイアスへの懸念から訴訟委員会の利用を認めないという予防的ルールを採用することは避け、同時に訴訟委員会の判断に大きな裁量を与えないという点で評価される。また、本判決は、会社の利益になるか否かの判断にあたり実体的な請求原因についての検討が必要であるとする点、およびコスト・ベネフィット計算を行ってコストが上回る場合には実体的に理由のある訴えでも却下される余地があることを認める点で注目される。

(27)  
④ *Hovle v. Lou*

原告株主である眼科医が被告取締役である眼科医等と設立した会社の取引機会を被告取締役らが奪ったことの責任を追及するよう提訴を要請した。被告らは取締役会のメンバーのうち、被告とはされていない下位にある外科医一人を特別訴訟委員会

のメンバーとして選任した。その委員は経験の豊富な弁護士に相談のうえ、却下が相当であるとの報告を行った。

Notari判事は、多数派が利害関係を有する取締役会が訴訟委員会を利用できるかは選任された委員の独立性ないしは公正性に係るとしたうえで、「多数派が被告とされた場合に、一般的に訴訟委員会の利用を禁止する必要はない。提訴判断には実体的理由以外の要素を含むことは認識されており、それは経営政策の問題である。そして経営政策の問題については判断の分かれることもしばしばあり、権利を主張することが常に会社にとって最善とは限らない。・・・要請免除型であることによつて何が会社の最善の利益であるかの判断が経営政策の問題であるという実体法上の原理を変更するものではない」(821)と述べる。そのうえで裁判所の適用する審査基準について、「会社の最善の利益になる行動をとらせるように十分な司法審査が必要であるが、訴訟委員会が経営判断を行使する価値を損なつてはならない。最低限、訴訟委員会は独立、公正、かつ誠実に行動しなければならぬ。・・・(仮に独立性が示せたとして)会社と被告個人の利益とが相反するとき、積極的に審査することが要求されてきた。・・・裁判所は委員会が合理的かつ原理に基づいた判断に到達したかを審査しなければならない。・・・審査の際に考慮すべき要素は、原告の勝訴可能性、支出される費用に対して回復される額、会社が是正措置をとるか否か、無視し得ない不当な個人的利益を得たかどうかである」と述べる(825)。

判旨は経営判断原則を適用することを前提として委員会の判断の実体審査を行うが、裁判所自身の判断を取締役会のそれに代置しない点で独立のアプローチと考えることができよう。このアプローチは①から③までのアプローチの中間的なものであり、各アプローチに対する評価がそのまま当てはまる。

⑤ALI, Principles of Corporate Governance, §7.10(1994)

ALIは代表訴訟の主要な機能が忠実義務違反に対する責任追及を確保することにあるとの基本的立場から、請求原因ごとに適用する審査基準を分ける。請求原因が注意義務違反に基づくものである場合、経営判断原則の基準 (2 ALI Principles § 4.01(c)) が適用され、公正取引にかかわる場合には、当該状況の下で十分に情報を得たうえで、裁判所が信頼するに足る理由に基づいて、訴訟委員会が却下が会社の最善の利益に適うと合理的に判断したと認められる場合に却下が認められるとする (§7.10(a))。

さらに、会社が不当な個人的利益を得た場合で、被告が会社を支配しているとき (§7.10(b)(1))、故意の虚偽表示や詐欺的行為のとき (b)(2)(A))、必要とされる承認や追認のないとき (b)(2)(B)) には却下すべきではないとするが、但し訴訟の継続から生ずる会社への損害が訴えの却下によって生ずる公益への不利な影響を上回る場合には却下は否定されていない (b)。また裁判所は、問題となっている行為後の事情を考慮することもできるとする (c)。

ALIのアプローチの特徴としてまず請求原因ごとに基準を分ける点を指摘できるが、これについては次の(c)において検討する。また、コスト・ベネフィット計算を認める点および行為後の事情を考慮する点にも特徴がある。この点は「会社の最善の利益」を考えるうえで興味深い問題を含んでおり、三・二・において検討する。

### (c) 争点の抽出と理論的検討

右にみた判決をもう一度整理しよう。Auerbach判決は、提訴判断が経営判断にあたることを根拠に経営判断原則を適用する。Zapata判決は、経営判断との類似性を認識ながらも、第一に要請免除型であること、第二に実体的理由以外の部分に争いがあること、第三に同僚へのシンパシーの存在を無視できないことから、一般理論を超えた注意を必要とするリスクを認識

し、独自の経営判断を適用する。Afordは委員会の判断に内在する欠点を認識し高度の司法審査を行う。Houleもこの点実体審査に踏みこむが、裁判所自身の判断を代置しない点で中間的である。

以上から争点は、まず裁判所が委員会の判断の内容審査に踏み込むかどうか（踏み込まないのがAuerbach）、この点で踏み込む場合、実体的理由まで踏み込むか踏み込まないかで分かれ（踏み込むとAford）、最後に踏み込まない場合に、裁判所自身の判断を代置するかどうかで分かれる（代置するとZapata、代置しないとHoule）。

ところでこの対立の基礎にある問題は何か。訴訟委員会の判断に内在する構造的バイアスについてそれをどの程度のものであるかについて事実認識の相違があることは疑い得ない。経営判断原則をそのまま適用するか、修正して適用すべきと考えるかはこの認識の違いに大きく影響されよう。ただ理論的にみると、通常の「経営判断」であるならば経営判断原則が適用されるところ、ここでは訴訟委員会が行う「提訴判断」の司法審査が問題であり、経営判断原則は適用されないということかもしれない。審査の対象となる判断の性質の違いが司法審査のあり方に影響を与えているのではないか。そうであるならば、まず検討すべき理論的問題は、通常の経営判断と提訴拒否ないし却下判断との関係についてである。

(i) 伝統的な経営判断と提訴拒否の判断ないし訴訟委員会による却下判断との関係<sup>23)</sup>

通常の経営判断と提訴拒否ないし却下の判断（以下、提訴拒否の判断）とは同質であり、区別して考える必要はないというのが同質説の主張であり、否、異質であり区別して考えるべきというのが異質説の主張である。次の五つの点について両説を検討する。<sup>24)</sup>

① 異質説は、通常の経営判断は時間的制約および不確実性のもとなされるが、提訴拒否の判断は一般的には調査のために

多くの時間をかけられるし、将来の知り得ない事実ではなく、歴史的に存在する事実に依拠するので不確実性も小さいと主張する。これに対し同質説は、提訴拒否の判断がいつも時間的制約のもとでなされるわけではないということは、ほかの多様な経営判断と区別する説得的な理由ではないと批判する。

ここでの対立のうち、時間的制約があるかないかの点は同質説の批判するように説得的とは思えない。問題は判断に不確実性が伴うかどうかの点であろう。この点異質説の考え方は提訴拒否の判断には過去の事実しか含まれないことを前提とする主旨にもとれるが、果たして提訴拒否の判断というのはそのように限定された内容がすべてなのか疑問である。確かに提訴判断には過去の歴史的な事実も含まれるが、過去、現在、そして将来への時間的な流れの中で連続的に評価するのが妥当な判断も含まれるのではないか。訴訟をすることが会社にどういう影響を与えるかを判断するには、やはり経済的な諸要因をあわせ考えなければならず、不確実性が伴うのは不可避であろう。

②異質説は、経営判断原則は取締役を責任から保護する防衛的ルールであるのに対し、提訴拒否の判断は責任リスクにさらされておらず、提訴拒否の判断自体を防衛するルールとして攻撃的に作用すると機能の違いを指摘し、また提訴拒否の判断には重い責任が課されないのだから経営判断への過度の介入とはなるおそれはないとする。この主張に対して同質説は、経営判断原則の基本的前提は、裁判所および株主が経営判断をなしえないということにあり、責任リスクに直面するかどうかは重要ではないと批判する。

まず異質説の主張についてであるが、確かに責任が課されなければ経営者の経営の萎縮を防止する面があることは確かであろう。だが常に会社経営への介入とならないと言い切れるであろうか。会社が様々な利益を衡量して下した判断が裁判所に否

定された場合に本当に支障が生じないといえるだろうか。一方、同質説に対しては、経営判断原則の正当化根拠が能力問題だけとは言い切れず、責任リスクからの解放も政策的根拠となりうるとの批判を免れないし、また実際に裁判所が提訴拒否の判断について十分に審査する能力がないのかどうかは議論の余地があるう。

③ 異質説は、通常の経営判断は司法審査になじみにくいけれども、提訴拒否の判断は裁判所の審査可能な記録が豊富にあり、将来の予測的な判断ではなく過去指向の判断であるから、裁判所に欠けるとされる経営に関する洞察は通常の判断ほどには要求されないと主張する。これに対し同質説は、たとえ審査可能な記録があってもそれだけではなぜ裁判所の後知恵的判断が認められることになるのかの理由が示されていないと批判する。

④ 異質説は、却下判断が実体的理由に関する限りでは裁判所の視野および経験は取締役会にまさるし、訴えの却下判断はまさに「法的判断」であると一般に十分に認識されていると主張する。しかしながら、このような主張は法形式にとらわれすぎしており、却下判断に純粹な経営判断の要素を含む限りでは妥当ではないとの批判を免れない。

この対立点の評価は提訴判断の内容をどう理解するかにかかるといえる。つまり、提訴判断が「過去指向の判断」で「理由に関するもの」であり、そこに将来に関する予測や経営に関する洞察を含まないと理解する限りで異質説の主張が正当であるが、純粹な経営判断であると理解するならば同質説の主張が妥当である。

⑤ 異質説は、取締役会に構造的バイアスの危険が存在し、判断が客観的といえない面があるから、誠実かつ廉潔さ (integrity) を確保するため一定の司法審査が必要であると主張する。これに対し同質説からは、すべての経営者がお互いにモニターするインセンティブをもつことを無視しているとの批判がある。もつとも同質説の主張の基礎が経営者の責任リスクにあ

るとすると、提訴拒否の判断では責任の恐怖から解放されているのであり、その限りではインセンティブを期待できないであろう。

以上の議論を総合的にみると、両説の対立点は提訴判断のどの側面を捉えて論じるかに起因するものと考えられ、その意味では「提訴拒否の判断」だからというだけでは議論の解決を見出しがたい。むしろ提訴拒否の判断の性質を経営判断と理解するか、法的な判断と理解するかが鍵となろう。そうだとすると提訴判断の内容に含まれる要素を腑分けすることが有益かもしれない。この点、「実体的理由」に関するものと、「会社の最善の利益」についての経済的・経営的判断」に関するものがあると考えられる。前者は裁判所に、後者は取締役会に適格がある点では両説とも異論はないといえよう。しかし現実の提訴判断にはこの二つの要素が密接不可分に結びついており、観念的なレベルでの腑分けはそのままでは使えそうにない。思うに、特別訴訟委員会による却下判断がなされる時点では実体的理由のなくはない訴えについて、それでも「会社の最善の利益」に照らして却下が相当であるかどうかが問われていると理解すると、経営判断類似の判断と理解するのが訴訟委員会の利用の趣旨に合致するのではないか。そうだとすると、会社の最善の利益について判断する最終的な判定者が誰であるべきかという問題に帰着する。裁判所が一定の審査を留保すべきか、または取締役会の判断を尊重すべきかである。この点は最終的には「会社の最善の利益」の内容および代表訴訟の目的論に大きく依拠すると考えられる（この点について「三・二．会社の最善の利益」参照）。

(ii) 請求原因と提訴拒否ないし却下判断との法的関係

*Auerbach* 判決のように提訴拒否ないし却下判断それだけが独立に審査されるべきであり、したがって請求原因事実は提訴

判断の審査に影響を及ぼさないと考えに對しては、少なくとも次のような疑問が生ずる。第一に、請求原因事実が公序に反する行為や違法行為の場合にも提訴拒否や却下判断を行う取締役会や訴訟委員会の判断だけを審査対象とするだけでよいのか。第二に、経営判断原則は違法行為や利益相反取引に基づく責任には適用されないとされるが、このような場合に提訴を拒否することはこの行為の「追認」にあたり、認められないのではないかと疑問である。果たして裁判所が取締役会や訴訟委員会の判断を審査するとき、請求原因事実を考慮すべきか、それとも請求原因事実とは独立に審査すべきか。これがここでの問題である。

請求原因事実と切り離して独立に提訴拒否の判断を審査すべきとの主張(以下、独立説)の根拠は次のようなものである。<sup>(25)</sup> 第一は、二つの経営判断、すなわち過去の経営判断と提訴拒否の判断とを混同してはならないことである。<sup>(26)</sup> 経営判断原則の照準は、今問題となつている提訴拒否の判断そのものにあるのであり、それ以外の時・人ではあり得ない。このことから提訴が妥当であるかどうかの判断は「追認」の問題とは全く異なる<sup>(27)</sup>との帰結が導かれる。違法と主張される過去になされた行為の責任を追及する訴えについての提訴拒否の判断はそれ自身違法ではなく、主張された違法行為という結果の継続とはならない。すなわち、現象的にみて二つの判断は時間的・組織的にも異なる時・人によつてなされたのだから異なる判断であり、そうであるならば、過去の請求原因事実が何であるかは提訴拒否の判断を審査する際に問題とはならない。第二に、訴訟委員会の判断を審査する際の関心事は、訴訟委員会が被告を公正に判断できているかということであり、訴訟委員会が会社の利益を正当に代弁できているかを判断するための手続および基準を定立することにある。<sup>(28)</sup>

まず第一の点であるが、確かに現象的に観察すればその通りであり、形式論としては正当であると言わざるを得ないが、実

質論としてはそのように割り切つて考えることにはなお疑問が残るかもしれない。特に請求原因事実が違法行為の場合や不正取引の場合にはなおさらであろう。そしてまさにその点こそ、両方の判断を結びつけて判断すべきと批判する立場の主張するところである。ただ一方で、第二の点に鑑みるなら、そもそもここでは「会社の最善の利益」を理由とする却下の正当性が問題となる局面であるから、訴訟委員会の判断を最大限尊重すべきであると割り切つて考えてよいとも思える。どう考えるべきか。従来、主として請求原因事実が違法行為の場合(イ)、および利益相反取引の場合(ロ)をめぐつて議論された。そこで以下ではこの二つに分けて検討していく。

(イ) 違法行為

もともと株主総会は（詐欺的行為）、違法行為、（能力外の行為）について追認することはできないのだから、株主から信任を受けた取締役会も提訴拒否により追認できない（取締役会の提訴拒否が違法行為の追認にあたることを前提とする）と解すべきであるとの主張がある。<sup>(29)</sup>

確かに、違法行為に基づく責任追及の訴えを拒否することは訴訟によつては不正行為が救済されないことを意味し、実質的には追認にあたるとの考え方も<sup>(30)</sup>理解できなくはない。また少数派の権利を著しく害する効果をもつことも事実であろう。しかし提訴拒否がそのまま違法行為の追認にあたるか疑問であるし、少なくとも提訴拒否の判断が経営判断であると考へればこの権限は取締役会に委ねられているのであり、提訴拒否の判断を尊重することも理由のないことではない。このような理解からは、提訴拒否の判断に経営判断原則を適用すること自体は認められることにならう。ただそのように考えたとしても、違法行為が問題となるあらゆる場合に妥当すると考へるのは早計である。この点に関して次の二つの判決が注目される。

*Miller v. AT & T Co.* <sup>(31)</sup> は、被告AT&T社が民主党全国委員会に対してもつ料金債権を回収しないことが会社に対する注意

義務に違反し、また民主党全国委員会に対する政治献金となり会社による政治献金を禁止する連邦法に反するとの主張がなされた。裁判所は、「原告の主張が会社がその有する請求権を行使しなかったということならば経営判断の原則が適用され、株主は取締役会の判断を攻撃できないが、債権を回収しないという判断がそれ自体違法行為にあたる」と主張する場合には経営判断原則は責任を排除するようには適用されない」(762)と述べる。また、*Rogers v. American Can Co.* <sup>(32)</sup> では、連邦の反トラスト法違反に基づく会社の損失を回復する代表訴訟において、裁判所は、不正行為は提訴まで続いていたしおそらくこれから続いたであろうこと、その意味で不正行為が会社の継続的な政策の形で存在することを認定したうえで、「請求原因事実が反トラスト法違反によるものならば・・・明らかに違法である。違法行為を追認することは法的には不可能である。・・・将来そのような違法行為をもくろむことは無効であり、そのような将来における共謀を阻止すべく介入し、過去の損害回復を求める」と述べる。

つまり、請求原因事実が違法行為であっても、提訴拒否の判断には経営判断原則が適用されるが、ただ提訴拒否が違法行為の追認となるような場合、具体的には「違法行為の継続」ありと評価できる状況にある場合——この意味で過去の一回的な行為については提訴拒否が違法行為の追認とは評価されない——には、経営判断原則は違法行為に基づく責任から保護しないとの一般理論が妥当すると考えるべきであろう。違法行為の継続性の認定は、具体的状況ごとになされざるをえないが、例えば違法行為に基づく責任を追及する訴えの提起を拒否した総会が同時に現役員を再任した場合や取締役会決議によって違法とされる政策が承認されたような場合がこれにあたるであろう。

以上にみたように、一般論としては、提訴拒否の判断には請求原因事実とは独立に―その意味で違法行為である場合でも―経営判断原則が適用される。ただ被告の会社支配が継続している場合や、違法行為の継続ありと評価される場合には、この限りにおいて基礎にある請求原因事実の影響を受けることになり、経営判断原則を適用することにより訴えを終了すべきではないと解すべきであろう。これまでの考察結果と同様、取締役会の経営判断の尊重とその限界が問われていることに変わりはない。

#### (ロ) 利益相反取引

請求原因事実が利益相反取引であるとき、訴訟委員会の勧奨に基づき自己取引を請求原因事実を含む訴えを却下することは州法の利益相反取引規整と矛盾するとの批判がなされた。<sup>34</sup> 利益相反取引規整は、取引を行うにつき取締役会の承認がある場合に、取引の不正さの立証責任を原告に転換することである。しかしながら、取引が行われた後には、裁判所だけが自己取引を承認することができるはずであるのに、訴訟委員会の勧奨に基づく却下が認められると、取締役会が追認することを認めることになってしまう。

この点、多くの州法は自己取引の追認を認めるが、少数の州が事前の承認だけを認める。少数の州は「取締役会は事前取引を承認できる」とだけ規定しており、この文言は、訴訟委員会の追認を認めない趣旨にも読める。しかしこの読み方は適切ではないとされる。<sup>35</sup>

これまでの改正経緯をみるかぎり、当事者が制定法の定める手続にしたがってさえいれば、自己利益が絡むことだけを理由に取引は無効とはならないという考え方が制定法の基礎にあるといえる。また、利益相反取引に接続して生じた受任者義務の

違反などの濫用についてまで利益相反取引規整の対象とはならない。訴訟委員会の判断は、基礎にある利益相反取引とは異なる判断であるから、利益相反取引規整に服するものではない。さらに独立取締役会の承認には立証責任を原告に転換する法的効果が認められるが、訴訟委員会の却下勧奨に基づく却下申立には取引が妥当であるとの推定は及ばず、取締役会がなお立証責任を負う。つまり、利益相反取引についての取締役会の承認に付与される法的効果と同じではない。したがって、訴訟委員会の判断は基礎にある利益相反取引とは別のものであり、利益相反取引と同様の効果を認めるものではないから、利益相反取引規整とは矛盾しないというわけである。

右のように利益相反取引規整と矛盾しないと考えると、請求原因事実と切り離して独立に提訴拒否ないし却下判断を審査すべきものかどうかが論点となろう。基礎にある行為が利益相反取引であるから、訴訟委員会の却下判断を最終的なものとせず、利益相反取引規整に基づく裁判所の審査に服すべきと考えるか、訴訟委員会に期待される経営判断を行使するという役割を重視し、却下判断を独立に考えるかである。どう考えればよいか。

両者を結びつけるべき理由として、利益相反取引については「この場合にこそ代表訴訟の果たすべき役割がある」という主張がなされる。<sup>(36)</sup>この主張に従えば、請求原因事実が利益相反取引の場合には、訴訟委員会の却下判断には注意義務違反の場合に適用される経営判断原則は適用されず、より厳格な基準が適用されることになり、この限りにおいて、請求原因事実が提訴拒否の判断に影響を及ぼすことになる。なぜ利益相反取引についてはそのように考えるべきなのか。政策的正当化根拠として次のことがいわれる。第一に、裁判所の適格性である。<sup>(37)</sup>取締役会の経験が裁判所よりも大きくなる場合、裁判所は取締役会の行動の審査をひかえるべきであり、これは伝統的な経営判断原則に示されている。注意義務違反の訴訟では、経営判断として

のリスク・リターンの評価が求められるが、このような場合、不運であったのか注意義務の違反に基づくものなのかの判断を誤る危険性がある。これに対して忠実義務違反が問題となる場合には裁判所の経験は豊富であり、ビジネスリスクの評価も要求されないから本質的に裁判所の任務と考えられる。

第二に、注意義務については代表訴訟による規律の他に市場の規律など外部的規律を期待でき、この限りにおいて自己規制的 (self-policing) であるのに対し、自己取引については外部的な責任確保のメカニズムが働きにくく、それ自身永続的な性質をもつ。そこでシステムの信頼を維持するためにも自己取引については発見および抑止のために司法審査が必要である。<sup>(38)</sup>

第三に、忠実義務違反に基づく訴えは取締役の得た利益の返還であるから業務への介入も少なくともすむし、また事実が明らかになることによって会社が不利益を受けたり、経営陣が開示することの不便を被るかもしれないが、業務を停止させるようなことは<sup>(39)</sup>ない。したがって経営判断原則の正当化根拠は忠実義務違反の訴えにはあたらぬ。

しかしながら、以上にみた三点はすべて注意義務違反と忠実義務違反の審査基準が異なるものであるべきとの主張を支える根拠となりえても、なぜ提訴拒否の判断にまでその基準をそのまま適用すべきかを根拠づけるものではない。なぜ請求原因事実が忠実義務違反のときには結びつけて考えるべきなのかには答えていない。

最終的には、提訴拒否ないし却下の判断の法的性質を、却下の判断だからそれはまさに法的判断であり、それゆえ請求原因事実を含めて司法審査に服すべきと考えるか、会社の最善の利益の判断だからそれはまさに経営判断であり、経営判断原則が適用されるべきであると考えられるかの選択を迫られることになる。ここでも違法行為の問題で考えたことと同様、提訴(拒否)判断の性質をどう考えるかが決め手となろう。

(d) 小括

理論的にみると、訴訟委員会の権限は取締役会の権限および義務から導かれる。訴訟委員会は「会社の最善の利益」に照らして却下が相当であるかを判断する。ここで訴訟委員会の行う却下判断の法的性質をどう考えるかが鍵となる。その判断内容を実質的にみて経営判断であると考えば経営判断原則が適用されることになるし、法形式に鑑みて法的な判断であると考えれば、最善の利益に関する裁判所の内容的な審査が要求されることになる。提訴判断の法的性質が明らかになっても、さらに請求原因事実と提訴判断の関係をどう理解するかが問題となる。この点、訴訟委員会の判断に経営判断原則を適用することを前提としたうえでその限界を探るというアプローチが正当であろう。ただなお未解決の問題が残る。それは、訴訟委員会が却下が相当であると考えるとき、なぜ実体的に理由のある訴えであっても却下を申立てることができるのかという問題である。この点は、訴訟委員会が却下の理由として主張する「会社の最善の利益」の内容および法的意味について検討する必要性を生じさせる。ただこの点は三二で検討することにして、ここでは委員会の判断を請求原因とは独立に判断すべきか否かの問題も実際にはこの点に関する問題であることを指摘しておく。

- (1) 244 U.S.261, 37 S. Ct. 509, 61 L. Ed. 2d 1119(1917).
- (2) 353 F. 2d. 491(3d Cir. 1965)
- (3) 249 F. 2d 854(CA7 Ill. 1958)
- (4) Cox教授は、代表訴訟における救済策の大きな歴史の流れに特別訴訟委員会による却下制度を位置づけて、これまでの代表訴

- 訟に対する会社側の防衛策が不十分であったことが新たな会社側の対応を生じさせる一因であると分析する。 See Cox, Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project, 1982 Duke. L. J. 959, 963-965.
- (5) 2 ALI, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations hereinafter cited as 2 ALI, Principles], Comment c to § 7. 10; Ferrell, A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and the ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation, 60 Ohio St. L.J. 241, 274 & n 141 (1999).
- (6) See Coffee, The Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role, 89 Colum.L.Rev. 1618, 1632-1633 (1989).
- (7) 336 N. W. 2d 709 (Iowa, 1983)
- (8) e.g., Coffee & Schwartz, The Survival of the Derivative Suit, 81 Colum.L.Rev. 261, 283 (1981); Cox & Munningsfer, Bias in the Boardroom: Psychological Foundations and Legal Implications of Corporate Cohension, 48 Bus Law & Contemp Prob. 83, 84-85 (1985); Murdock, Corporate Governance—The Role of Special Litigation Committees, 68 Wash. L.Rev. 79, 102-116 (1993).
- (9) See also Solomon & Sons Trust, Inc., v. New England Theatres, 93 N.E. 2d 241, 249 (1950); Ash v IBM, 353 F. 2d. 491 (3d Cir. 1965); In re Kauffman Mutual Fund Actions, 479 F. 2d. 257, 266 (1st. Cir.), cert denied, 414 U. S. 857 (1973); Galef v. Alexander, 615 F. 2d. 51, 59-60 (2d. Cir. 1980); Houle v. Low, 407 Mass. 810, 821, 556 N. E. 2d 51 (Mass. 1990)
- (10) See In re Kauffman, supra note 9, at 265.
- (11) See 2 ALI, Principles, § 7.05(b) & Comment d to § 7.05; Ferrell, supra note 5, at 250, citing Finkelstein et al., Derivative Suit Litigation, in The 26th Annual Institute on Securities Regulation 543, 588 (PLI Corp. Law & Practice Course Handbook Series No. B-866, 1994).
- (12) 47 N. Y. 2d 619, 393 N. E. 2d. 994 (N. Y 1979)
- (13) e.g., Murdock, supra note 8, at 93.
- (14) e.g., Murdock, supra note 8, at 95-96.
- (15) See Elfin, An Evaluation of a New Trend in Corporate Law: Dismissal of Derivative Suits by Minority Board Committees, 20

- Ann. Bus. L. J. 179, 195(1982).
- (16) 430 A. 2d. 779(Del 1981).
- (17) See Cox, supra note 4, at 985-986; Note, Zapata v. Maldonado: Delaware's Judicial Business Judgment Rule—A Ship Without a Rudder?, 19 Cal. W. L. Rev. 189, 209-210(1982).
- (18) See Murdock, supra note 8, at 93, 94; 2 ALI, Principles, Comment c to §7.10 (代表訴訟の役割は本来的に不正取引の規制にあり、しかも裁判所はよく審査すべきである)。
- (19) Murdock, supra note 8, at 98 & n 102, 103.
- (20) See Alford v. Shaw, 320 N. C. 465, 358 S. E. 2d 323(1987).
- (21) Alford, supra note 20(N. C 1987)
- (22) 407 Mass. 810, 556 N. E. 2d. 51(1990).
- (23) この点について、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四号七八八頁以下(一九八三)参照。近藤教授はCoffee=Schwartz論文を素材としてこの問題を検討され、「取締役の経営という原則」よりも「取締役に義務を守らせるという原則」をより重視するとの見解を表明される。確かに本案につき理由のある訴えの却下を認めると、取締役に義務を守らせるといふ原則に反することにはなる。しかし訴訟委員会の却下勧奨の理由が、本案につき理由のある訴えであることを認めながらも、なお訴えの継続が利益とならないと主張する場合に、過去の義務違反の責任を追及する訴えを会社に強いることの意味を再考する必要があるのではないか。アメリカにおける訴訟委員会による訴訟終了制度が参考となるのは、まさにこの点について考えるための素材を提供するからである。
- (24) コffeeの論点整理は、主としてCoffee教授とFische教授の議論に依拠している。Coffee & Schwartz, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform, 81 Colum. L. Rev. 261, 280-284(1981) and Fische, The "Race to the Bottom" Revised: Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law, 76 Nw. U. L. Rev. 913, 938 & n 150(1982). See also Maldonado v. Flynn, 413 A. 2d. 1251, 1256-1257(Del. 1980); 2 ALI, Principles, Comment d to §7.10; Dent, The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit?, 75 NW. U. L. Rev. 96, 128, 135-

- 136(1980); Cox, *Heroes in the Law: Alford v. Shaw*, 66 N. C. L. Rev. 565, 567-568(1988).
- (25) 「このほか、提訴拒否の判断は「手続」の問題であるのに対して、追認は「実体」の問題であるとして法的性質の違いを主張するものがある。See Solomon & Sons Trust, Inc. v. New England Theatres, 93 N. E 2d 241, 247(1950).
- (26) See e.g., *Finley v. Third Laguna Hills Mutual*, 80 Cal. App. 4th 1152, 1161-1162(2000).
- (27) See *Gall v. Exxon*, 418 F. Supp. 508, 517, 518 & n 18(1976); *Abbey v. Control Data Corporation*, 603 F. 2d 724, 730(1979); *Finley*, supra note 26, at 1152, 1162. 「この問題に明示的の発言及しなことが、結論的にも提訴拒否が追認でもあるならなことを考へるが、*Swanson v. United Copper Sec. Corp.*, supra note 1; *Swanson*, supra note 3; *Asht*, supra note 2; *In re Kaufmann*, supra note 9; *Cramer v. General Tel. & Electronica Corp.*, 582 F. 2d 259(3d Cir. 1978) 等がある。
- (28) See *Cox*, supra note 4, at 1006-1007. cf *Lewis v. Curtis*, 671 F. 2d 779, 785(3d Cir), cert denied, 103 S. Ct. 176(1982).
- (29) *Dent*, supra note 24, at 130 n 167.
- (30) 2 ALL, Principles, Comment d to §7.10. See also *Dent*, supra note 24, at 130.
- (31) 507 F. 2d 759(3d Cir. 1974).
- (32) 305 F. 2d 297(3d Cir. 1962).
- (33) See Note, Corporations—Stockholder's Refusal to Sue is No Bar to Derivative Suit for Continuing Violation of Federal Antitrust Laws, 109 U. Pa. L.Rev. 1179, 1180-1181(1961); *Blake*, The Shareholder's Role in Antitrust Enforcement, 110 U. Pa. L. Rev. 143, 151-152(1961).
- (34) 最初この点や指摘したのが *Buxbaum* 論文である。See *Buxbaum*, Conflict-of-Interests Statutes and the Need for a Demand on Directors in Derivative Actions, 68 Calif. L. Rev. 1122(1980). See also ALL, Principles(Draft No1), Comment d to §7. 03(1982).
- (35) See *Cox*, supra note 4, at 1003-1005.
- (36) See 2 ALL, Principles, §7.10 and Introductory Note to Part VII.
- (37) See *Coffee*, New Myths and Old Realities: The American law Institute Faces the derivative Action, 48 Bus. Law 1407, 1426-1427(1993); *Murdock*, supra note 8, at 98-101; *Ferrell*, supra note 5, at 276-279.

(38) See Coffee, supra note 37, at 1427-1428; Murdock, supra note 8, at 101; Ferrel, supra note 5, at 279-280.

(39) e.g., Murdock, supra note 8, at 101-102.

### 三 会社の訴訟終了活動を基礎づける利益—二つの「積極的抗弁(affirmative defenses)」

会社の被告取締役側への補助参加の問題を考える際の課題の一つが、会社が代表訴訟に何らかの声を反映させる「法的利益」をもつのか、これを肯定するならどのような場合か、どのような要素が利益に含まれるのかにあることは、既に問題の所在において指摘した通りである。この問題を考えるために、最初にフリーディング段階で問題となる積極的抗弁を検討する。検討の素材として *Otis & Co. v. Pennsylvania R. R.* を取り上げる。次に特別訴訟委員会が却下判断をする際の基礎となる「会社の最善の利益」について検討する。

#### 1. *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*<sup>(1)</sup>

##### (1) 序説

本事件では、代表訴訟のフリーディングにおいて会社が積極的抗弁 (affirmative defense) を提出することができるかが争点となった。積極的抗弁は、「請求原因事実の真实性を争うのではなく、訴訟を提起する原告の権利そのものを攻撃する、原

告の請求に対する応答<sup>(2)</sup>とか、「原告の請求原因がすべて真実であることを認めながら、原告の訴えを退けるための被告による新しい（付加的な）事実および議論の主張<sup>(3)</sup>」と定義される。積極的抗弁を会社が提出することは、訴えを終了させるための答弁を行うことであるが、このような抗弁の提出が認められるのが問題となったのが本件である。会社は代表訴訟においていかなる法的地位にあるのか、このような抗弁を提出することが認められるのか、いかなる場合に会社はこの抗弁を提出することが認められるのが問題となる。この間に対する答えこそ、会社が代表訴訟において被告取締役側に補助参加することが認められるのはいかなる場合か、そこではいかなる法的利益を認めうるか、という間に対する手掛かりを提供すると考えられる。次に事実の概要と判旨をみていこう。

## (2) 事実の概要および判旨

〔事実の概要〕ペンシルヴァニア鉄道会社（被告、Pennsylvania Railroad Company, 以下P. R. R.）の少数株主である投資銀行のOtis社（原告、Otis & Co.）が、P. R. R.およびP. R. R.が100%所有する会社（被告、Pennsylvania, Ohio & Detroit Railroad Company, 以下P. O. & D.）の取締役および役員を相手に代表訴訟を提起した。被告取締役らの間で、P. O. & D.が訴外Kuhn, Loeb & Co.に対して新発債を割り当てる合意がなされた。同時に社債の発行条件等について州際通商委員会（ICC）の承認を得ることを条件として社債の平価発行をなす旨の契約がP. O. & D.とKuhnの間で締結された。原告Otis社は割当が純然たる私募でなされ、社債発行が競争的になされなかったため、会社にとって最適な価格が得られず、そのことが会社の損害にあたるとして代表訴訟を提起した。P. R. R.が訴えの却下を求める「積極的抗弁」を提出したのに対し、原告は、会社は技術的な理由から被告とされるが実質的には現実の原告であるとして、そのような抗弁の提出は認められないとして会社の抗弁を打ち破るための申立

を行った。

〔判旨〕申立却下。

「・・・代表訴訟は会社自身の訴訟であり、自らの権利を打ち破る権利を与えられるものではないと否定した判例は、結論的には正当であるが、理論としては厳格にすぎるため、会社が直接に影響を受ける場合を捉えきれない。・・・代表訴訟は会社の利益になるので、少数株主は会社が提起する抗弁を指図する権利をもたないとして肯定した判例は、詐欺や会社財産の流用の場合に好ましくない。・・・比較的少ない判例を分析するに、裁判所は肯定か否定かいずれか一方を選択しているが、その理由は事件の性質にある。すべての問題は、原告の主張内容および会社の利益にある。主張内容が詐欺の場合には、会社の利益の本質は請求原因事実についての真実の発見および奪われた資産の回復にある。極めて例外的な場合を除き会社が積極的抗弁を提出する理由はない。同様に、請求原因が会社の利益を促進するよりも危険にさらすとき、積極的抗弁を提出する答弁は適当である」。

「本件についてみるに、詐欺や横領は主張されていない。・・・請求の主旨は社債発行が私募によってなされたこと、他の購入者を見つけようとしなかったことにある。しかしながら、この発行方法は鉄道業界で古くから行われていた方法であり、会社の政策の問題である。・・・州際通商委員会の意見聴取も行われており、通商委員会における私募および競合する買付の妥当性等について十分な検討を経た発行方法であった。会社の政策は、通商委員会によって承認され、鉄道業界の慣行と通商委員会規則に従ったものであった」。

「州際通商委員会によって認知・承認された、長期にわたり確立された会社政策への非難がなされていること（①―筆者注）、

会社管理の誠実さがみてとれること(②)、会社の暖簾に影響を及ぼすこと(③)から原告の申立に対する答弁を認められるべきと思われる。・・・会社は主張内容に確固たる利益を有する。というのは、しばしば大規模な借入が行われる業界に属する会社にとって暖簾は非常に重要である。・・・会社の政策および暖簾は会社にとって重要な経済的利益であり、会社に防禦の機会が与えられるべきである」。

(3) 評釈

(a) 本判決の意義

本判決は、会社が代表訴訟において積極的抗弁を提出することができるのかという問題について、限定的ではあるが肯定説を採ることを明らかにした。積極的抗弁の代表的なものは制定法上明文化されているが、<sup>(4)</sup>「会社の最善の利益」は明文化されておらず、代表訴訟において会社がこのような抗弁を提出できるかは、最終的には会社法の趣旨に照らして判断される解釈問題である。<sup>(5)</sup> プリーディングにおける積極的抗弁についての考察は少なくとも次の二点において意味をもつ。

第一に、会社が提出する内容は積極的抗弁、すなわち請求原因事実とは独立した新たな事実・議論の主張であり、この意味で否認ではないことを明らかにする。会社は請求原因事実と両立する新しい事実・議論を主張することによって原告の訴えを退けようというのであって、取締役の責任がない、すなわち会社の請求権がないと主張するわけではない。したがって会社が代表訴訟を終了させる訴訟活動を行っても、この意味での積極的抗弁の主張であれば、訴えを退けること自体が論理矛盾であると考えられる<sup>(6)</sup>。直ちに論理矛盾とはいえないと思われる。

第二は、特別訴訟委員会による却下制度のもつ法的意味を解明するのに有益である。特別訴訟委員会が会社の最善の利益に

反することを理由に申し立てる却下は、法的性質としては積極的抗弁と理解できるが、その抗弁は、本判決が示すように、訴訟委員会の利用以前から存在しているのであって、このことは、特別訴訟委員会制度の利用以前から存在する問題こそ基本問題であることを示しているといえよう。<sup>(8)</sup>

(b) 本判決の位置づけ

本件では、代表訴訟において会社が積極的抗弁を提出することができ争われたが、先例の流れの中に位置づけると、この問題はより一般的な問題、すなわち、代表訴訟は最終的には会社の利益のためのものであるが、そのような立場にある会社が代表訴訟において防禦活動することが認められるかという問題の一環をなすものである。<sup>(9)</sup> この点は会社の代表訴訟における法的地位および権限との関係で問題となる。

ところで、代表訴訟が認められるための要件を代表訴訟の構造と結びつけて考えると、代表訴訟には二つの請求原因（第一に、会社自身に対する訴え、第二に、会社の取締役に対する損害賠償請求）があり、それが一つの訴訟で実現される手続であると理解できること、そして会社は第一の訴えについては現実的被告、第二の訴えでは名目的被告であることは既に考察した通りである（二・1(2)）。このように代表訴訟の構造および会社の法的地位を理解する場合、会社は代表訴訟に対してどういう態度をとるべきであろうか。会社は提訴を決定し自ら原告となるのでない場合には被告当事者とされるが、会社は当事者としていかなる防禦活動を行えるのか。この点について、会社が提出できる抗弁との関係で議論される。

まず第一の請求原因については、会社は現実的被告であると考えられ、会社は原告株主の訴えに対して現実的被告の立場で抗弁を提出することが認められる。例えば、訴えの提起に先立ちて取締役会への提訴要請がなされなかったとの抗弁は、それ

が会社利益の保護を意図するものである限り、会社だけが提出すべき性質のものである。<sup>(10)</sup>これは、抗弁の一般理論、すなわち抗弁を提出できるのはそれを主張することによって利益を保護される者であるとする理論から導かれる帰結である。<sup>(11)</sup>これに対し、第二の請求原因（本案）については会社は名目的当事者であるにすぎず、しかも抗弁を提出することにより会社の利益が保護されるといふ関係にないため、訴訟を退けるための抗弁を提出することは認められないのが原則である。

このように請求原因（事実）（本案）との関係では、会社は名目的被告であるにすぎず、請求原因（事実）<sup>(12)</sup>を打ち破るような防禦活動をすることは認められず、原則として「中立性」を維持すべきと一般に考えられてきた。すなわち、取締役が経営責任を追及される場合、原告株主側にも被告取締役側にも立たず、全面的に中立的立場をとり、それを維持することが要求されてきたのである。

会社が中立的であるべき理由として二つ考えられる。第一に、会社は名目的被告であり、また現実的原告であるという形式論である。会社は原告として訴えを提起することを拒否しておりこれにより被告となるが、ただそれは手続上の理由によるのであるし、代表訴訟は会社の権利を会社のために実現するものであるから、会社は利益の点では原告といえる。したがって会社は名目的地位にすぎない。

第二に、取締役<sup>(13)</sup>に自前で訴訟させるのと、会社が被告取締役を支援しながら訴訟をするのでは大きな違いが生ずるといふ、いわば訴訟上の「フェアプレイ」を理由とする実質論である。会社は訴訟の結果が出るまで中立的立場を保ち、原告株主と被告取締役<sup>(14)</sup>に自前で訴訟をさせるのが公平であるというわけである。ただこのような理由づけに対しては、それでは訴訟参加制度そのものを否定することになるのではないかとの疑問が直ちに生ずるかもしれないが、この点は訴訟参加のような形態を一

般的に否定する趣旨ではなく、会社訴訟の特質、すなわち株主および取締役と比較した場合の会社の資金力の大きさおよび会社と取締役の間の関係を顧慮した結果であると理解すべきである。

右にみたように、原則として会社は中立的立場をとるべきとされるが、ただ会社が名目的被告を超える何ものかになる場合には、必ずしも中立的立場をとらなくてもよいことが判例法上認められた。代表訴訟が会社の利益を促進するよりもむしろ危険にさらすような場合には会社の防禦が認められてきた。<sup>(14)</sup> そうでないとき、会社の政策や経営判断が全面的に少数派によって支配されることになってしまし、会社自身の繁栄が問題となる場合には中立的態度は会社がとるべき適当な態度ではないからである。<sup>(15)</sup> 会社への攻撃がある場合に会社が自分の利益を守るのは当然の権利であるともいわれる。<sup>(16)</sup>

判例にみられる具体的な例として、イ 契約の履行を差し止める訴え、ロ 財産管理人の選任の訴え、ハ 会社更生手続にある会社の経営への介入、ニ 詐欺・不誠実がない場合の経営への介入を挙げることができる。最後のニ（〇<sub>1916</sub>）判決はここに位置づけられる。<sup>(17)</sup> 以外は本来すべて直接訴訟で争われる事案である。ただその中には実際には代表訴訟の形式で争われたものが含まれており、訴訟類型の区別に拘泥する必要はない。また仮に直接訴訟の事案であり直接の参考にはならないとしても次のような判示は理論的に注目に値する。すなわち代表訴訟によつて会社の利益が害されるおそれがある場合に会社の防禦活動が認められる、具体的にはイロハのような訴えにおいて会社は自分の利益を守るための防禦活動を認められ、その場合、会社が弁護士を雇つて報酬を支払う方法をとることができるとする点である。<sup>(18)</sup>

同様の状況が代表訴訟の場合にも考えられるであろう。〇<sub>1916</sub>判決では積極的抗弁を提出できるかが問題となつたが、過去の裁判例の中に位置づけてみた場合、その問題は「会社の防禦活動」が認められるかというより一般的な問題の一環をなすもの

といえる。会社の防禦活動が認められるなら、その当然のコロラリーとして防禦活動のために弁護士を雇う権利が認められることになる。したがっていかなる場合に会社の防禦活動が認められるかが重要な問題であることが理解できる。

(c) 判旨の内在的理解

(i) *Otis*判決は積極的抗弁が認められるかどうかについて、請求原因事実ごとに「会社の利益」を検討すべきであるとしたうえで、詐欺や横領が主張されるとき（会社財産の回復が会社の利益になるという）および会社の利益を危険にさらすとき、会社による抗弁の提出が適当であるとす。 「会社の利益」が本質的に重要な基準であり、請求原因事実の区別は何が会社の利益となるかの判断要素としての意味をもつと解される。

(ii) (i)のような一般論を前提とした場合、「会社の利益」に照らして、具体的にはいかなる場合に抗弁の提出が認められるのか。本件において裁判所は、「長期にわたり確立された会社の政策」への非難があること、かつ、当該企業の「暖簾」にとって重要な政策が非難されていること、その意味で問題とされた政策と暖簾との結びつきが認められることを認定している。さらに②会社管理の誠実さを認めることができる点で、経営判断原則による保護を受けうる判断であることも認定されている。すなわち本件の事案の特殊性は、第一に、過去、現在、将来へと連続的・継続的にとられることが予想される政策が非難されている点、第二に、非難された政策が、「暖簾を構成する」会社の業務といえる性質のものである点、第三に、非難された会社の政策が経営判断原則による保護の対象となる政策である点に求めることができよう。

このうち第一の点についてさらに述べると、会社は単に過去に行った意思決定の適法性だけを抗弁として主張しているのでなく、「継続的な会社運営」や「暖簾」に及ぼす影響を問題としている。この意味において、実質的には「継続的な会社運

営への支障」が問題とされていると解される。過去においても、訴訟時点でも、さらに将来においても、会社はそのような業務を行うことを前提とする場合で、これが確立された政策と評価できる場合には、この政策が株主によって非難されると会社に重大な影響を及ぼすことになる。このように〇〇判決の認める積極的抗弁は、確立された会社政策への非難がなされる場合に会社の過去に行なった政策を防禦するにとどまらず、会社の将来の運営に重大な影響を及ぼす訴えから会社を防禦するものであり、この意味で将来指向といえよう。

(iii) (ii)のような「会社の利益」についての判決の考え方は理論的にはどのように正当化されるのか。この点につき、少なくとも次の二つの理解が可能であるように思われる。<sup>(19)</sup>

第一に、「費用便益分析 (cost-benefit analysis)」の観点から理解する立場である。つまり、本判決は代表訴訟を通じて会社の経営方針の変更が求められたときに、会社が実体面について防禦することを認めるが、このことは訴訟のコストが会社にもたらす利益を上回ることが明らかであることを防禦を認めるための要件とすることであると理解するわけである。<sup>(20)</sup> 本件では、会社の政策が誠実であることが認定されており、その意味で取締役会の政策判断は「経営判断原則」によって保護されるものであり、そうであるならばこのような判断を非難することは法的には理由のないことであり、敗訴は明らかというべきであるから、訴訟をすることは会社にとってコストを生じさせるだけであると説明することができるかもしれない。

第二に、会社が「現実的被告となるか否か」の観点から理解する立場である。抗弁を提出することによって利益を受ける者がその利益を守るために抗弁を提出できるといふ一般理論に照らすと、代表訴訟において会社が現実的被告になると評価できるなら抗弁の提出が認められることになる。この点本件では、主要な争点が「会社の意思決定」にあるのであり、会社が名目

的被告を超えて「現実的被告」となっていると法律構成できるかもしれない。

(d) 判旨の検討および射程

(i) O<sub>2</sub>判決のいう「長期にわたり確立された政策」を過去・現在・将来へと変わることなく同じ方法で行われる経営政策であると理解すると、一回的な政策で、その都度、判断がなされた当時の諸条件に照らして妥当な経営判断であるかどうかを審査されるべき性質の政策である場合、さらには会社の設立後間もない会社の場合にO<sub>2</sub>判決の射程が及ぶのかが疑問となる。もしこの場合に会社の防禦を許すと、会社の意思決定が代表訴訟の対象となるほとんどすべての場合に会社の防禦を認めることになり、あまりに広すぎるのではないかとの疑問が生ずるからである。この問題を解くための鍵は、判示のいう「③会社の暖簾に影響を及ぼす」という部分にあると考えられる。つまり「暖簾」の問題が重要であると考えられる。以下に敷衍して説明しよう。

(ii) 判示③は非難された政策が暖簾を構成することを要求する趣旨と読むのが適切であるとすると、非難された政策が暖簾を構成しない場合には、たとえ長期的にわたり確立された政策への非難がなされても、会社の防禦は認められないことになる。例えば、配当性向を低く抑さえ、成長を重視する方針をとってきた会社の配当政策が原告によって問題とされたとして<sup>(21)</sup>、配当政策は当該会社の経営政策の問題であると考えることができるので、違法配当であるとの主張がなされない限り、原告株主による介入は認められない。では配当政策は暖簾を構成するといえるかが問題となるが、配当政策が暖簾を構成するとは考えにくいであろう。<sup>(22)</sup>したがって、もし非難された政策が会社の暖簾に影響を与えうる場合にだけ会社は防禦してよいと考えたと、設例のような場合には会社の防禦を否定する結果となるう。

ではこの結果は不当であるか。答えは否であろう。そもそも非難された政策が暖簾を構成することを要求するのは、暖簾を構成する政策が非難されるとそれだけ「会社の利益」に影響を及ぼすからであろう。逆に非難された政策が暖簾を構成しないなら、たとえ確立された長期的な政策が訴訟で問題とされようとも、会社に重大な損失を与えるとはいえない。Otsu判決はこの意味でその両方の結びつきを必要とするものと理解すべきであろう。

以上の考察からOtsu判決の論旨は次のように理解される。非難された政策が暖簾を構成すると認められる場合に、会社に暖簾の価値減少に伴う損害が生ずることを根拠として会社の防禦を認める立場である。したがって結論的には、会社の防禦を認めるときの会社の利益は経済的利益で足りることになる。このような理解は判旨が一般論部分において述べる、「会社の利益」に照らして積極的抗弁の提出を認めるか否かを判断する枠組みとも符合する。

このような理解に従うなら、会社の一回的な政策や設立後間もない会社で暖簾を觀念しにくい会社の政策が非難されたような場合には、Otsu判決の射程は及ばず、会社の防禦活動、具体的には積極的抗弁を提出することは認められない。なぜなら、暖簾価値の棄損があるとはいえず、したがって訴えが会社利益にマイナスに作用するとは考えられないからである。

(iii) 最後に「②会社管理の誠実さがみてとれること」が判旨の文脈でどのような意味をもつのが問題となる。文言を素直に読めば、会社の政策判断が経営判断原則によって保護されるものであることを必要とする趣旨に読める。たとえ長期にわたり確立された会社政策が存する場合でも、実際に経営判断を行使する時点で、会社の現状に照らしてその政策を採用することが適当かどうかを問題とする余地がある。したがって長期にわたり確立された政策であり、それが暖簾を構成するものであるとしても、常にそのような政策を採用することが無条件に認められるわけではなく、特別の状況がある場合にはその政策を採

用すべきでない」と評価できる場合があることを示唆するものと読める。この理解にしたがうなら、②の事実とは①③の事実とは独立の要素として評価されるべきものと考えられる。もつとも、このような理解に対しては、会社が抗弁を提出できるかの判断にあたり取締役の判断が妥当であるかについての実体判断を先取りしているとの批判がなされるかもしれない。この批判は全く正当であり、したがって②の事実をあまり強調すべきではないのかもしれないが、この事実をはずすと、長期に確立された政策で暖簾を構成してさえいれば会社の抗弁を認めることになってしまふ。しかしそれは妥当ではないので、判断が誠実であるという要件は、独立の事実として意味をもつと考えるべきであろう。

#### (4) まとめ

代表訴訟が提起された場合、会社が訴えに対する防禦活動を認められるのは、訴えによつて会社の利益が危険にさらされるときである。このとき、会社はプリーディングにおいて訴えの却下を求める積極的抗弁を提出することもできるし、弁護士を雇いその報酬を支払うことも認められる。しかし被告個人のために、被告の会社に対する義務違反がなかったと陳述することは認められない。あくまでも会社の利益を守るためであり、被告取締役の利益を守ることが目的ではないからである。果たしていかなる場合に会社の利益が危険にさらされるといえるのか。O.S.判決の代表訴訟の事案では、経営への介入が問題となる例である。ただO.S.判決の事案との関係で限定された①②③の内容を超えて、いかなる場合に会社の利益が肯定されることになるのかは明確ではない。つまり、暖簾に影響を与えるような、確立された会社政策への攻撃があり、それが経営判断原則によつて保護されるという場合以外で、訴えが会社の利益にならないことを理由とする却下がどのような場合に認められるのかについてはさらに判例の集積を待つほかない。もしO.S.判決の事案以外にも会社の利益を理由とする却下が認められるとすれ

は、いかなる要素が斟酌されることになるのか。このように会社の防禦できる範囲を拡げていくと特別訴訟委員会による判断の問題との接点がみえてくる。次にこの問題をみていこう。

- (1) 57 F. Supp. 680(E. D. Pa 1944), *aff'd*, 155 F. 2d 522(3d Cir. 1946)
- (2) Black's Law Dictionary, 60(6th ed. 1990).
- (3) Black's Law Dictionary, 430(7th ed. 1999); See also Yeazell, Civil Procedure 20(4th ed. 1996); M K Kane, Civil Procedure in a Nutshell, 97-98(4th. 1996).
- (4) See Federal Rules of Civil Procedure, Rule 8(c). 具体的には、assumption of risk, contributory negligence, estoppel, fraud, laches, payment, res judicata, waiver等が列挙されている。
- (5) 各制定法において具体的に積極的抗弁として列挙されていない場合に、何が積極的抗弁として認められるのかは、法がその抗弁を認める趣旨からかを分析して決定される。 e.g., Wilhelm, Comment: Allocating the Burden of Pleading Successor Corporation Status in Texas Products Liability Cases, 48 Baylor L. Rev. 529 (1996) [製造物責任訴訟における資産譲受会社の責任]; Reger, Comment: A Uniform Approach for Determining Arranger Liability Under CERCLA, 1998 B. Y. U. L. Rev. 1241 (1998) [CERCLA上の責任]; A G. Chan, A Proposed Defense to Patent Infringement, 1999 Comp. L. Rev. & Tech. L. 79 (1999) [特許権侵害の責任]。この問題をわが国の問題に引きつけて考えると、いわゆる「妨害抗弁」に最も近いと考えられる。もともと、会社の最善の利益に反することを理由とする、取締役会による訴えの却下申し立ては本論の弁論に入ることまでを拒絶する権利まで認めたものではないから、厳密にはこれにはあたらない。確かにこのような抗弁がわが国で認められるかは明らかではないが、会社法および訴訟法の解釈により認める余地があるのではなからうか。
- (6) 論理矛盾であるとの主張に対しては、さらに次のような批判がなされるかもしれない。すなわち、会社の請求権があるかどうかは判決が出るまで確定しないのだから、会社が補助参加することは会社の請求権を否定することにはならず、その意味で論理

矛盾ではないと。この指摘によると、訴訟で白黒がつくまでは責任が確定しない—会社の権利は確定していない—のだから、会社が訴訟を終了させる活動にしても、取締役の責任免除にはならないし、会社は自己の権利を否定することにもならない。この理屈はたとえ公序に反する行為であるとの非難がなされる場合にも妥当し、判決が出るまでは確定しないのだから、会社は公序に反しないことを主張する利益を有すると考えることにならう。この考え方によると、判決によって取締役の責任が確定するまでは、会社がいかなる攻撃防禦方法をとらうとも論理矛盾とはいえないことになる。しかしながら、当然のことであるが、そのことは会社が防禦活動を行うことを認めることを意味しない。訴訟当事者間の公平の観点を顧慮すべきだからである。

- (7) 特別訴訟委員会の却下勧奨に基づく取締役会の却下申し立てが積極的抗弁であることを明示的に述べる判決として、*Finley v. Third Laguna Hills Mutual*, 80 Cal. App. 4th 1152, 1155-1157(2000).
- (8) コックス教授が訴訟委員会制度の利用にまつてそれまづ会社に課されていた権限に対する制約の問題が容易に克服された点にも看取すべきである。See *Cox*, Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project, 1982 Duke. L.J. 959, 967(1982).
- (9) See generally 19 Am. Jur. 2d, Corporations § 2258 & n 56(1986); 13 Fletcher Cyc Cor § 5997 (Rev.1991); 2 ALI, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, Comment c to § 7.05(1994).
- (10) See Note, Defenses in Shareholders' Derivative Suits, 66 Harv. L. Rev. 342, 346(1952).
- (11) See id at 343.
- (12) e.g., *Meyer v. Smith*, 190 Minn. 157, 251 N.W. 20, 21(1933); *Solimine v. Hollander*, 129 N. J. Eq. 264, 19 A. 2d.344, 346(CH. 1941); *Swanson v. Traer*, 230 F.2d. 228, 233-234(1956).
- (13) See *Solimine*, supra note 12, at 266-268.
- (14) See e.g., *Kannenberg v. Evangelical Creed Congregation*, 146 Wis.610,614-615,131 N.W. 353,354(1911); *Godley v. Grandall & Godley Company and others*, 181 A. D. 75, 78, 168 N. Y.S. 251, 254(1917); *Blish v. Thompson Automatic Arms Corp*, 64 A.2d 581,607-608(1948).
- (15) See *National Bankers Life Insurance Company v. Adler*, 324 S.W. 2d. 35, 37(1959).

- (16) See *Kannenberg*, supra note 14, 614-615.
- (17) See 2 ALI, *Principles*, Comment c to § 7. 01.
- (18) See e.g., *Godley*, supra note 14, at 78; *Corey v. Independent Ice Co.*, 226 Mass. 391, 395, 115 N. E. 488, 490(1917); *Eposito v. Riverside Sand & Gravel Co.*, 287 Mass. 185, 187-188, 191 N. E. 363(1934); *Kirby v. Schenck*, 25 N. Y. S. 2d, 431, 432(1941).
- (19) 本件はこの両方による説明が可能な事案であったといえる。ただ究極的には両方の理解がどういう関係にあるかが問題となる。費用便益分析によれば抗弁の提出が可能であると考えられる場合でも、それが同時に、会社が現実的被告となることを保証するわけではないかもしれない。逆に、会社が現実的被告となると考えられる場合でも、費用便益分析によると抗弁の提出は認められないことになるかもしれない。
- (20) See *Cox*, supra note 8, at 979 & n. 78.
- (21) この設例は *Oshrin v. Celanese Corp. of America*, 37 N. Y. S. 2d, 548, 550(1942)を参考にしたものである。本判決は、詐欺・不誠実が示されないときの経営への介入が問題となった事案である。
- (22) 暖簾とは「多年にわたる一定の店舗での営業によって商人が得る無形の経済的利益」で、得意先関係・仕入先関係・営業の名声・営業上の秘訣などがその内容をなすもの(藤木 金子 新堂編『法律学小事典』七五七頁(一九八七)、味村治「経理処理」石井 有泉 金沢編『経理・税務(経営法学全集)』一七四頁(一九六八)等)、主に対外的な営業活動に注目した概念であり、配当政策がこれにあたるとは考えにくい。また、暖簾とは財産的価値のある事実関係であるが、企業財務論の教えによれば、一定の単純な仮定の下で、配当政策は企業価値に影響を及ぼさないとされており(この点について、小宮隆太郎 岩田規久男『企業金融の理論』二〇九頁以下(日本経済新聞社、一九七三)等参照)、そうであるならば配当政策そのものに独自の価値を認めることはできない。これに対してはアナウンスメント効果を指摘して現実には配当政策に意味があることを主張する論者がいるかもしれない。しかし企業価値の測定に決定的なのは企業の将来のキャッシュ・フローであると考えるべきであろう。

## 2. 「会社の最善の利益 (the best interest of the corporation)」―特別訴訟委員会による却下判断―

### (1) 序説

取締役会ないし訴訟委員会による公正かつ十分な調査により、会社の最善の利益に照らして代表訴訟を終了させるのが適当であるとの判断がなされたとき、裁判所がどのような基準を適用して審査すべきであるかについては<sup>2</sup>、において考察した。ここでは最終的には提訴拒否ないし訴えの却下判断の法的性質をどう考えるかが問題となることが明らかになった。そこでまず、「会社の最善の利益」として会社がどのような内容の主張をするのかをみたくうえで、裁判所の審査のあり方について検討する。

「会社の最善の利益」の内容を考察した後、次に訴訟委員会が実体的に理由のある訴えを終了させることができるのはなぜか、という理論的な問題について考える。この点はこれまで全くといっていいほど問題とされてこなかったように思われる。しかしそのことはこの問題が理論的に重要でないことを意味しない。わが国の代表訴訟は、既に発生した取締役の責任を追及する訴えを提起するものとされており（商法二六七条一項参照）、実体的に理由のある訴えであれば勝訴できると考えるのが筋である。訴訟委員会は一方でそのことを認めながらも、他方では訴えの維持が会社の最善の利益に反することを理由に訴えの却下を勧奨する。この場合に取締役会による却下の申し立てが認められることになる、本来責任を負うべきはずの取締役が、少なくとも代表訴訟を通じた責任追及を免れることになる。この結果は代表訴訟の正当化根拠が填補または抑止、または両方にあるのかの議論、すなわち「代表訴訟の目的論」<sup>①</sup>を復活させることになる。<sup>②</sup>

(2) 「会社の最善の利益」の判断要素

特別訴訟委員会による却下勧奨の理由である、訴えの維持が「会社の最善の利益」に反するというときの「会社の最善の利益」として具体的にどのような事情が考慮されるのかを明らかにしたうえで、その妥当性について検討する。

(a) 裁判例

訴訟委員会の却下判断を支える基礎となる事情のうち、<sup>(3)</sup> 主要な事情は次の四つといえる。この四つはどの訴訟委員会も共通して考慮する事情である。

- (i) 訴訟の成功（勝訴）の著しく低い見込み。
  - (ii) 訴訟の過程および結果から生ずる多額のコスト。被告が敗訴すれば会社は自身の費用を負担するばかりか、被告個人の費用についても補償するなど付随的な費用を負担することになる。
  - (iii) 会社の業務への支障、従業員の士気の低下、会社と取引先および顧客との関係に及ぼす不利な影響。上級経営陣の時間および資源の浪費であるとか、経営陣の注意が散漫になるとされる。
  - (iv) 事実が公衆に明らかになることによつて生ずる会社の損害（不利な開示効果）。
- このほかに、取締役の誰も個人的利益を得ていないこと、違反が繰り返される見込みはわずかであることが考慮される場合もある。

訴訟委員会は会社の最善の利益を判断する際に、(ii)のように定量化できるものと、(iii) (iv)のような定量化しにくいコストの双方を考慮している。

(b) 検討

右にみたような(i)～(iv)のような事情を考慮することについては、それが当然に代表訴訟を終了させる基礎となると考えてよいが、検討すべき点がなくはない。

(i) 勝訴の見込みが少ないとの点 訴えを拒否する説得的な理由となりうるけれども、原告株主が訴訟費用と不利な判断を受けるリスクを甘受するならば代表訴訟に対する異議とはなりえないとの批判がある。<sup>(4)</sup> また成功の見込みが少ないとの主張は請求原因に関するものであり、抗弁の一般理論に照らせば本来被告取締役だけが主張できる内容である。もし会社が主張できるとするならば、それは、成功の見込みのない訴訟では、訴訟費用や弁護士費用の補償コストだけで何の得もないという主張であり、この意味であれば次の(ii)の内容と重なることになろう。

(ii) 訴訟にコストがかかるとの点 ①会社にとつての訴訟コストは担保提供が認められる範囲では重要ではない、②原告が勝訴した場合で、しかも会社に利益をもたらさないとき、裁判所が原告の弁護士費用の請求を否定した判例があり、そうなることとえ会社にとつて有害な訴えであっても、実体法的に理由のある訴えを提起するインセンティブを原告はもつかもしれない、③金銭的評価になじまない抑止効果を過小評価すべきではない。費用便益分析は単独ではなく、一つの要因として考えるべきであるとの批判がある。<sup>(5)</sup>

①の批判については、担保提供の規定では会社の防禦策として不十分であるから訴訟委員会による却下制度が利用されるようになったとの指摘<sup>(6)</sup>があり、その指摘によればやはり担保提供では不十分であることになる。②の批判については、弁護士費用について認めるとしても、その他のコストを考慮するとやはり却下が相当であるとの判断を否定する理由としては不十分

であろう。③の批判については、金銭的評価になじまない抑止の利益と同様に、金銭的評価になじまない訴訟による損失があることを指摘するにとどめ、その余は「代表訴訟の目的論」で検討することにする。

(iii) 経営への支障や士気の低下などの点 ①訴訟は関係当事者の領域に介入し、責任リスクに直面する人の士気を低下させるものであるから、取締役会は、経営への介入と士気の低下が通常の訴訟への関わりと比較して著しく大きく、会社を害するに十分なものであることを示すべきである。大規模公開会社は常に訴訟に巻き込まれる可能性をもっており、大抵の場合訴訟にかかわるコストは会社の資産規模に比較して大きくない、②会社が利害関係をもつ取引を攻撃する訴えは、裁判所によってそれが無効とされるか否かが不確実になるため会社のプランニングをかき乱すおそれがあるが、大抵の代表訴訟は過去の行為に対する損害賠償責任を追及するものであり、それゆえ会社のプランニングを妨げない、③代表訴訟の便益・不利は、金銭的評価・定量分析になじまない面がある。士気の低下は確かに考慮に値するが、それは主として非難される者に影響を与えるのであり、その者が有責であれば訴えは必要であるし、有責でないならば訴訟に対する防禦が成功するか、訴訟費用の補償が認められるとの批判がある。

①の批判については次の二つの反批判が可能である。第一に、確かに訴訟には指摘のような性質が本来的に備わっていることは認めうるが、しかし会社訴訟と個人訴訟との性質の違いを考慮すべきではないか。ある株主が責任を追及すべきと考えても他の多数の株主がやめるべきだと考えたらどうか。会社訴訟には個人訴訟とは同一に考えられない面があるろう。第二に、少なくとも最近の事例（例えば大和銀行事件等）では、訴訟のコストが会社の資産や規模に比べて重要でないとはもはや言い得ないのではないか。

②の批判については、確かに代表訴訟による責任追及の対象が過去の一回的な行為であれば妥当するが、O'Neil判決の事案のように継続的な会社業務への攻撃がなされる場合には、やはり会社の業務への支障が生ずると考えられるとの反批判が可能である。

③の批判については、同じく金銭的評価・定量化になじまない不利益を考慮すべきではないかとの反批判が考えられる。しかしこの反批判にはさらに、士気の低下のような不利益と、抑止から生ずる利益とは性格が異なるとの批判がなされるかもしれない。つまり、後者の場合、会社から支出した額を取り戻すことが抑止から生ずる直接の利益と考えうるが、前者の場合には、どこにも客観的な算定の基礎となる額を見いだせず、その点で不明確であると。

(iv) 会社にとっての不利な開示となる点 訴訟の被告が取締役会の多数派であるか少数派であるかによって影響は異なるのであって、少数派である取締役が被告である場合には会社に与えるマイナス影響を重要視すべきではないとの批判がなされる。しかしこの批判はその内容自体の正当性はともかく、(iv)に対する批判として正当であるかは疑問である。(iv)の事情もそのような事案の違いを否定する趣旨ではないと考えられるし、むしろ(iv)を考慮する際の指針を具体化する趣旨の批判と理解することもできるからである。

以上にみたように、(i)ないし(iv)の事情を考慮することに対する批判は決定的なものではないと思われる。したがってそのような事情を考慮すること自体を否定する必要はないであろう。そこでこれらの事情が考慮されることを前提とした場合に、実際の判決では会社の最善の利益に関する事情がどう扱われ、処理されているのかをみてみることにする。

(c) 裁判所の審査基準

訴訟委員会の判断に経営判断原則を適用する判決が多いため、内容的な判断、すなわち会社の最善の利益まで踏み込んだ判断は少ないが、注目すべき判決として *Joy v. North* <sup>(9)</sup> がある。裁判所は、特別訴訟委員会の判断を審査するのに困難があることを認めながらも、重要人物の離職、デイスカバリのコスト、補償のコストなどの判断は裁判所になじみのない問題ではないと述べる (838-839)。そのうえで、訴訟委員会の判断に対する司法審査の基準についての指針を提示する (891-893)。裁判所を示した判断枠組みは次の通りである。大きく二段階に分けて審査が行われる。まず、会社が回復できると見込まれる回復(損害)額(Ⅱ期待値)が訴訟を行うことによって生ずるコストを下回るか否かの判断が行われる。ここで回復額とは「会社にとって直接の経済的な損害」となるものをいい、結果として株主の投資価値を減少させるものに限られる。要するに、会社にとって金銭的支出を伴う意味で損害となり、ひいては株主の投資価値の損失となるものである。したがって、勝訴しても損害の回復につながる形で会社の利益にならないもの、例えば権限外の行為に基づく主張にはこの基準は適用されない。一方、コストとは、弁護士費用その他の会社財産から支出される訴訟に関連する費用、訴訟の準備・関与にかかる時間、さらに強制的な補償(責任額に確率を掛けた期待値)をいう。このように第一段階では、定量化になじむ金銭的な利益とコストの差を求める計算が行われる。

次に第二段階であるが、以上の差し引き計算の結果、会社にとつての正味回復額が株主資本と比べて著しく大きくないと判断される場合に初めて、さらに二つのコストを考慮することが認められる。すなわち、一つは、訴訟が継続することによって会社の主要な人物の注意が散漫になることである。訴訟が意思決定過程に支障を生じさせ、予期しないコストを生じさせるかもしれない。二つは、訴訟の事実が明らかになることから生ずる逸失利益である。会社の取引が公衆を相手とするもので、会

社の製品・役員に対する公衆の認知・受容に依存するものであるとき、逸失利益を考慮してよい。正味回復額と株主資本とを比べるのは、業務に与える影響と判断の誤りの程度との結びつきを判断するためである。回復額が株主資本と比べて大きくない場合、判断の誤りが業務に影響を与えるという結びつきが弱くなるからである。このように訴訟委員会が審査するのは、訴訟から得られる潜在的な利益と訴訟によって会社が被る直接のコストの比較であり、それ以外のより直接的ではないコスト、例えば士気に与えるマイナス影響や会社のイメージダウンも想定しうるが、これらは考慮すべきではないとされる。

(d) ALI 次はALIの考える「会社の最善の利益」について、設例 (Illustrations) を素材として考察してみよう。ALIの「会社の最善の利益」についての考え方を知らうえで、設例 7・9・10・11・12が有益であろう。

(i) 設例

〔設例 7〕

Jonesが会社機会を流用したことを原因とする代表訴訟が提起された。訴訟委員会は調査の結果、訴えには実体的に理由があり、会社は五〇万ドル以下の損害を被ったかもしれないとの結論を出した。同時に次のことも認定された。会社は当初 Jonesが過半数の株式を所有する会社を有利な取引先として取得することを検討していた。Jonesは当初、二五〇〇万ドルで納入することを考えていたが、訴えを終了するならば二〇〇〇万ドルで納入することに今や好意的である。このような事情のもと、委員会は訴えの却下が会社の最善の利益になると結論づけ、却下を勧奨した。訴えは実体法的に理由があるといえるけれども、裁判所は委員会の申し立てを認めてよい。

〔設例 9〕

設例7のような交渉中の取引がない場合に、訴訟委員会は、訴えが実体的に理由があるとしても、それは職務執行を妨げ、会社関係者を困惑させ、会社の評判を落とすだろうとの一般的かつ独断的な事実を認定した。これらは信頼するに足りる基礎とはなり得ず、裁判所は却下の基礎として受け入れるべきではない。

#### 〔設例10〕

最高執行役員役員およびその家族が所有する船舶を市場価格（一〇〇〇万ドル）を上回る価格で会社に賃貸した。この取引は利害関係のない取締役からなる委員会で承認されたが、原告は次のように主張する。市場価格の三〇パーセントを上回る価格で賃貸しており、委員会は取引が会社にとって公正であると合理的に信じていたとはいえないと。却下を勧奨する報告書が提出された後、裁判所は次のように結論づけた。回復額は三〇〇万ドルでそれを勝訴可能性五〇パーセントで割り引くと一五〇万ドルの期待値となるが、それは会社のコストを五〇万ドル上回っており、他に経営上の正当化理由がない限り訴えは継続すべきである。

#### 〔設例11〕

取締役会が外国のエージェントに賄賂の支払を行ったが、その後、SECとの間で、今後は支払わない旨の裁判上の和解が行われた。同時に取締役会は自発的に新しい内部的会計統制および監査委員手続を採用し、販売担当の副社長が辞任を要求された。その後、副社長が賄賂の支払を発見または防止できなかったことの責任を問う代表訴訟が提起された。利害関係のない取締役からなる訴訟委員会は、是正措置およびその他の理由に基づいて訴えの却下を勧奨した。裁判所は次のように結論づけた。会社のとった対内的是正手段が再発を防止するのに十分であると考えられるならば、たとえ回復の期待値が期待されるコスト

を上回る場合でも却下してよい。

〔設例12〕

映画会社の社長が会社財産を横領した。株主が提訴要請を行った。取締役会は訴訟前に新しい監査手続の導入を行ったが、会社は社長の有益な役務を失うことはできないことを理由に提訴を拒否している。この訴えには被告が個人的利益を得た場合に関するルールが適用され、被告の役務提供を失うことから生ずる会社の損失に基づいて訴えが却下されてはならない。

(ii) 分析 ALIは訴えの維持が会社の最善の利益となるか否かを判断するにあたり、具体的に数量化・定量化できる便益と費用のすべての差に重要な意味をもたせている（費用便益分析）（〔設例7・10〕）。たとえ期待値であっても、具体的に計算したうえで却下判断であるならば、独断的な判断であるとして排除されないことになろう。これに対し、取締役の職務執行の妨げとなるか、会社の評判を落とすなど具体的事実による裏付けのない主張では、却下の相当性の判断の基礎として認められない（〔設例9〕）。

ただ会社の最善の利益についてのALIのアプローチがすべて「費用便益分析」といえるかは検討の余地がある。第一に、会社の内部で再発を防止するための是正策がとられたときには、訴えによって得られる期待値が期待コストを上回る場合でも訴えの却下を認める点である（〔設例11〕）。これは却下の判断について「費用便益分析」を最終的な基準としないことを示している。この点のもつ意味については、後に代表訴訟の目的論との関係で議論する。

第二に、被告が個人的利益を得ている場合には、被告の役務提供を失うことから生ずる会社の損失に基づいて訴えを却下してはならないとされる点である（〔設例12〕）。これによりALIは被告が個人的利益を得ている場合には費用便益分析を採用し

ないことを表明しているのは明らかであるが、被告が個人的利益を得ていない場合に「被告の役務提供を失うことから生ずる会社の損失」を費用に含める趣旨なのかが判然としない。職務執行の妨げになるとか、会社の評判を落とすということは却下判断の基礎とは認められない（「設例9」）から、被告の役務提供を失うことから生ずる利益も同じように基礎として認められないことになるのか、それとも被告の役務提供を失うことから生ずる会社の損失は、被告の他の会社あるいは事業での利得の機会のうち得られる最高額（いわゆる「機会費用」<sup>(1)</sup>）を基礎とできるから却下の基礎となりうるのか。機会費用を割り出すことができるなら、それは一般的・独断的な事実の主張とはいえないから、却下の基礎として認めると考えるのが、費用便益分析を基本とするALIの立場に適合的であると思われる。

(e) *Jog*判決とALIの比較

*Jog*判決は、会社の最善の利益を判断する際の一つの枠組みを示したものとして評価できる。基本的には具体的な数字として測定可能な直接的利益と直接的コストを比較し、その結果次第でより直接的でない利益とコストを考慮するというものである。したがって従業員への士気に及ぼす悪影響や会社のイメージダウンとなることそれ自体が却下の基礎とはならないと考える点はALIと共通する。しかしその他の点では微妙に異なるようにもみえる。

まずALIは訴えの維持によつて職務執行が妨げられることは却下の基礎とはなり得ないが、被告の役務提供を失うことから生ずる損失は考慮できると考えるのに対し、*Jog*判決は被告の注意が散漫になることをコストとして考慮することを認める。またALI判決は被告の役務提供を失う場合には当然にコストとして考慮することを認める趣旨であろう。とすると、被告取締役の役務提供が失われることについてはALIも*Jog*判決も共通にコストと考えるのであって、両者の違いは、職務執行が妨げられ

ることを却下の基礎として認めるかどうかにあるとも考えられる。ただこの基礎にある考え方が、一般的かつ独断的な主張がなされるだけではコストとして認めない趣旨と理解するなら、裁判所が信頼するに足りる具体的な事情とそこから生ずるコストの主張がなされる場合にそれを排除する趣旨ではないであろう。

さらに、*Joy*判決もALIも、会社のイメーჯダウンとなることをコストとして考慮することを認めないけれども、*Joy*判決は訴訟の事実が明らかになることから生ずる逸失利益をコストとして考慮することは認める。両者の見解は、基本的な前提を共有しながら、一見すると結論において異なる立場をとるようにもみえる。しかし*Joy*判決もALIも会社のイメーჯダウンという一般的かつ独断的な主張ではコストとして認めない趣旨であると理解するなら、*Joy*判決は会社のイメーჯダウンとなる状況を具体的に明らかにしている点が異なるにすぎないと解される。一見異なるようにみえる両者の見解も、実のところ、一般的かつ独断的な主張を認めないという点で共通する。このことをALI判決はより積極的に「直接的利益とコストの比較」と表現していると考えられる。このようにALIも*Joy*判決も、裁判所の審査可能な範囲を具体的な計算が可能な範囲に限定する趣旨と考えられる。

#### (f) 理論的検討

「会社の最善の利益」を却下判断の一つの基準とするとき、その基礎には、訴えの維持が必ず利益を保証するものではないという認識があるといえる。これまでは訴えが提起・維持され、その結果として取締役の責任を追及することが会社ひいては株主の利益になるといわば自明のごとく考えられてきたが、訴訟には現実には様々なコストがかかり、しかもそのコストはひとたび支出されると回収することができない埋没費用 (sunk cost)<sup>12)</sup>となる。訴訟による実現の過程および結果までを全体的に

観察した場合に、訴訟による責任追及が常に会社のためになるとは言い切れない。場合によっては実体的に理由のある訴えでも終了させる方が望ましい場合もありうる。会社の損失を取り戻そうとしてますます深みにはまることは避けるべきである。したがって代表訴訟が常に会社のためになると考えるのは「過度の擬制」というべきであろう。

右のような考え方は、代表訴訟による責任追及を法的責任の面からだけみると違和感があるかもしれない。だが最終的に代表訴訟の目的がどこにあるかという目的論からみるならば奇怪なことではない。会社の利益にならない訴えに対する会社の防禦を否定する理由こそ見出しがたい。むしろ防禦することが経営陣の義務といえるかもしれない。

あるいは次のように理解すべきかもしれない。代表訴訟は単に過去に生じた損害についての責任を追及する訴えということどまらず、現在の経営者にとっては「訴えの提起」ないし「訴えの却下」という新たな経営判断を迫られているのであり、過去の損害を回復することはその判断要素の一つにすぎない。経営者が過去の損害を回復する訴えを提起すべきかは、経営者のいわば将来予測に基づく費用 $\parallel$ 便益計算を基礎とするのであり、経営陣の提訴の是非についての意思決定 $\parallel$ 選択は、過去と将来の間の切断を意味すると考えられる。少なくとも過去の損害を回復することだけを経営者の選択として押しつけるべきではないのではないか。

訴えの維持が会社の最善の利益に反することを理由とする却下の申し立てについてこのように理解するなら、それは却下の相当性について「費用便益分析」の観点から判断することを意味し、代表訴訟の目的について「填補」を正当化根拠とする理解になじむといえるかもしれない。ただこの点は、判例および $\Delta$ の考え方の分析および検討でみたように、代表訴訟の目的論との関係でさらに検討する必要がある。これが本稿の最終的な検討課題である。

### (3) 代表訴訟の目的論—理論的検討

#### (a) 代表訴訟の二つの機能

代表訴訟の基礎には、抑止機能または填補機能、または両方があると一般に理解される。抑止機能とは、会社役員に受任者義務の履行を促し、その違反については制裁を課すことであり、填補機能とは会社に生じた損害（損失）を回復することである。判例の傾向を分析すると、一般には、抑止機能よりも損害の填補機能が支配的正当化として基礎にあると考えられてきたようである。<sup>(14)</sup> 填補機能を基礎に考えると、期待される回復額が弁護士費用を含めた会社の負担する訴訟にかかる費用を上回れば訴訟が維持されるべきという結論になる。一方、抑止機能を基礎に考えると、たとえばどんなにコストがかかり正味回復額がマイナスになろうとも、公序が害されるとの証明によつて訴えは維持されるべきという結論になる。<sup>(15)</sup> ただ抑止機能と填補機能は常にこのように矛盾対立する概念であるわけではなく、会社役員の責任追及を通して損害が填補され、結果として抑止機能が発揮されるということは考えられる。もつともそのような場合ではなく、代表訴訟における解決の困難な実問題—抑止機能と填補機能が競合しあう状況—に眼を向けねばならない。すなわち、訴訟のコストが期待される回復額を上回ることが明らかなる場合に、それ以外の点では理由のある訴えを裁判所は却下すべきかどうか。被告は犯罪が引き合うとの抗弁、すなわち会社のためになされる違法行為による利益が結果的に会社の負担するコストを上回るという抗弁を主張することが認められるべきか、という問題である。<sup>(16)</sup> 先の論法に従えば、填補からは肯定的に、抑止からは否定的に解されよう。前者の立場では、道徳的な歩み寄りを迫られ、違法行為は引き合うことを認めることになるし、後者の立場では、期待される回復額をこえるコストを会社に負担させることは、十分な抑止を生み出すのに必要なコストとして正当化されることになる。<sup>(17)</sup>

(b) 期待コスト√期待回復額(18)のとき

請求原因事実が違法行為や公序違反の取引である場合に、期待されるコストが回復額を上回る、すなわち正味損失となるときでも、抑止を根拠に訴えを維持すべきか。

確かに、実体法の原理に照らすと、勝訴可能性がある以上訴えを維持すべきとも考えられる。しかし回復のコストが回復額を上回るときまで、つまり会社に正味損失が生ずるときまで、なぜ会社に回復を強制すべきなのかは自明ではない。填補を重視する論者は、会社財産を回復することが当然に公の利益になるとするのは裏付けのない推定であるばかりか、このようなきに訴えを強制すると、会社に正味経済損失となるリスクを負わせる危険があり、公の利益を擁護するために会社を「徴用」することになると批判する。

もつともこのような批判に対しては、抑止を重視する立場からさらに反批判がなされるかもしれない。第一に、(19)会社の支出が会社の目的と無関係だけではなく、違法なものであるとき、厳格な責任に服させ、浪費された会社財産の取り戻しが強制されないことになると、公衆道徳を腐敗させる目的のために会社財産を浪費することを暗黙裡に奨励することになってしまう。(20)第二に、確かに、抑止による正当化は不知かつ知り得ない変数に依拠するため定量化するのは難しいが、これを控えめにも難しい。代表訴訟が提起されている会社の株主としては正味損失となるかもしれないが、分散投資を考慮すると正味利益となるかもしれない（代表訴訟の外部効果）。重要なのは、純粹に金銭的な会社財産の回復ではなく、私的制裁の抑止効果を実効的にする方法であつて、それはコストを被告に負担させることを通して違反者に制裁を加えることである。抑止の観点からは、非難されるべき被告の制裁がないままであることこそ問題である。

しかしこの反批判のうち、第二の点についてはさらに次のような批判が向けられる。まず、分散投資を考慮すると正味利益となるかもしれないとの主張に対しては、訴えから直接得られる利益を超える超過コストを当事会社に負担させることの正当化としては適当ではないとの批判がある<sup>(21)</sup>。また、抑止の観点を重視する主張は、代表訴訟がないと抑止が弱まることを前提とする理論であるが、それは証拠の点および理由付けの点で説得力を欠いている。つまり、抑止というとき、責任額、発見の確率、不正行為の発生頻度がセットで考えられており、損害額が抑止の一要素を構成することは確かであるが、代表訴訟が発見の確率や不正行為の頻度に影響を与えるかどうかは疑わしいし、公序や違法行為が意味をもつのは比較的少額の損害の場合であると考えられるが、そうであるなら抑止効果は疑わしい<sup>(22)</sup>。最後に、抑止を重視する立場の論者は、費用便益分析を行って訴えを却下することは不適切なシステムの維持を許すことになり、確立された公序に反すると批判するが、訴えの却下そのものは、不正行為の再発を防止するための予防・是正措置をとることを妨げていないから、それは却下の重要性を強調しすぎている<sup>(23)</sup>。

右の議論から争点は次の点に絞られるといえよう。抑止の観点からは、反批判の第一の点、すなわち「公衆道徳を腐敗させるための支出を奨励することになるのではないか」「被告に制裁がないままでよいか」、填補の観点からは「公の利益のために会社のコスト負担を強制できるか」という、それぞれの立場から提起された反語的な問いである。

これらの間については、現段階では次のように考えたい。まず、公衆道徳を腐敗させる支出を奨励することになるのではないかという指摘については、仮に填補の観点から訴えが却下されることになっても、それは代表訴訟では責任が追及されないことを意味するだけであり、不正行為の是正策および再発防止策を会社内部で講じることを否定するわけではないから、このよ

うな内部的対応策が講じられる限りでは、指摘のような支出を奨励することにはならない。次に、被告に制裁がないままでよいかという指摘については、被告に制裁がないのは民事法の原理に照らした場合の帰結にすぎないのであって、刑事上・行政上の制裁まで射程に入れば、被告に制裁がないままとはいえない。そのような制裁の可能性を顧慮するならば、むしろ正味損失がない場合、損害賠償請求は認められないという民事上の原理原則にしたがうべきではないか。こう考えると、公の利益のために会社のコスト負担を強制すべきでないという填補の観点からの指摘がより説得力をもつように思われる。

ただこの結果は、代表訴訟の目的が抑止にあるのか、填補にあるのか、と問われたときの答えであって、さらに突き詰める、これまで主張されていない代表訴訟の目的を新たにもう一つ考えるべきではないかと思われる。それは「企業統治の健全性確保」<sup>(24)</sup>である。この点、いみじくもA11は「会社のとつた対内的是正手段が再発を防止するのに十分であると考えられるならば、たとえ回復の期待値が期待されるコストを上回る場合でも却下してよい『設例11』とする。このことは、取締役の責任を追及することにより将来の不正行為を間接的に回避しようというのではないし（抑止ではない）、また損害があるのにそれを回復するものでもない（填補ではない）から、代表訴訟の究極目的を抑止にも填補にも求めていないといえよう。それでは何に求めているのが問題となるが、会社の正常な機能の回復にあることを示すものと考えられる。

さらに代表訴訟の目的を会社の正常な機能の回復と考えることは、抑止の観点および填補の観点からも整合的に説明できる。つまり、抑止の観点も最終的に将来の不正行為を防ぐことに主眼があるのであり、そうであるなら、会社内の是正措置・再発防止策がとられたならまさにその目的は果たされたといえるし、回復のコストが期待回復額を上回る場合には、会社の正常な機能が回復されたと評価できるなら、むしろ訴えは却下されるべきといえよう。さもないと、会社の損失を取り戻そうとして

ますます深みにはまってしまうからである。

ただこの第三の正当化—会社の正常な機能の回復—が代表訴訟の排他的な正当化であると考えるべきではない。というのは、回復にかかるコストと期待回復額を比べて、その差が大きくないときには第三の正当化で問題はないと思われるが、回復に伴う正味利益が大きいときにまで、正常な機能が回復されたことを理由に訴えの却下が認められるべきではないからである。この場合には、填補の観点が優位すると思われるべきであろう。したがって費用便益分析を基礎に据えながら、その結果、差（正味利益）が大きいときは填補の観点が優位し、それ以外のときは、正常な機能の回復が優位することになると理解すべきではないか。

- (1) この点、わが国では代表訴訟の「機能」について議論がなされるが（北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系』一〇—一三頁（弘文堂、一九九六）、畠田公明「株主代表訴訟の終了と裁判所の関与」福岡大学法学論叢四二巻一号一—一七頁以下（一九九七）、機能論というのは現実の制度を現象的に観察し、そのあり方を説明するためのものであると考えられるので、ここでは、制度そのものの正当化根拠を探るための議論という意味で目的論という用語を使用する。河本一郎他座談会「株主代表訴訟」民商法雑誌一一〇巻二号一九九頁「森本滋教授発言」（一九九六）「以下、座談会「株主代表訴訟」として引用」において森本教授は、理論的には損害填補機能が中心となり、それを通じて監督是正機能として機能するとの理解を示された。債務不履行に基づく損害賠償責任と考えれば、損害を回復する訴えであると理解することになるであろう。この理解に従うと、代表訴訟の目的は損害の填補にあり、ただそれが同時に抑止として機能することになると説明することができよう。なお中島弘雅「株主代表訴訟の制度趣旨と現状」民訴雑誌四二巻一四七—一四九頁（一九九六）参照。

- (2) 会社の被告側補助参加の可否の問題は、究極的には「代表訴訟の目的論」の論議に大きく依拠するものと考えられる。会社の

被告側補助参加の問題は、会社が代表訴訟において防禦活動を認められるかという問題の一つの現れであるが、この問題は会社が代表訴訟を終了させることができるとは異なる場合かを問うことであり、言い換えると、代表訴訟は異なる場合に維持されるべきか、あるいは終結せられるべきかを問うことであり、まさにこれは代表訴訟の目的論であると考えられる。

- (c) See e. g., *Lasker v. Burks*, 404 F. Supp. 1172, 1176-1177(S. D. NY 1975); *Gall v. Exxon Corp.*, 418 F. Supp. 508, 510-514(1976); *Auerbach v. Benett*, 47 N. Y. 2d 619, 393 N. W. 2d. 994(1979); *Maldonado v. Flynn*, 485 F. Supp. 274, 284 n. 35(S. D NY 1980); *Zapata v. Maldonado*, 430 A. 2d. 779(1980).
- (4) See Dent, *The Power of Directors to Terminate Shareholder Litigation: The Death of the Derivative Suit ?*, 75 NW. U.L. Rev. 96, 129(1980).
- (5) See Dent, *supra* note 4, at 129, 143 & n 236, 144.
- (6) See Cox, *Searching for the Corporation's Voice in Derivative Suit Litigation: A Critique of Zapata and the ALI Project*, 1982 Duke. L. J. 959, 964-965.
- (7) See Dent, *supra* note 4, at 129, 137 & n 202, 144.
- (8) See Dent, *supra* note 4, at 123.
- (9) 692 F. 2d. 880(2d Cir. 1982).
- (10) See 2 ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Illustrations to §7.10*(1994).
- (11) 例えは、新開陽―新飯田宏―根岸隆『近代経済学(新版)』一三三頁(有斐閣、1987)参照。
- (12) e.g., *Brealey & Myers, Principles of Corporate Finance*, 115(5th 1996); *Ross, Westerfield & Jaffe, Corporate Finance*, 167(4th 1996).
- (13) 経済学における費用、とりわけ機会費用の概念についての基礎的考察として有益なものとして、J.M.ブキャナン(山田太門訳)『選択のコスト―経済学的探究―』第三章(春秋社、一九八八)参照。
- (14) *Coffee, The Survival of the Derivative Suit: An Evaluation and a Proposal for Legislative Reform*, 261, 302 & n 232, 233(1981).
- (15) *Cox, supra* note 6, at 990-991.

- (16) Coffee, supra note 14, at 307-308.
- (17) Coffee, supra note 14, at 308.
- (18) この議論と密接に関連するが、区別されるべきものに、そもそも会社に損害（正味損失）がないと考えられる場合に、抑止を根拠に訴えが認められるべきかという問題がある。具体的には、違法行為による責任追及がなされたが、会社は違法行為から利益を得ており、その利益が会社財産の支出額を上回るような場合である。
- (19) See Roth v. Robertson, 64 Misc. 343, 346, 118 N. Y. S. 351 (Sup. Ct. 1909).
- (20) See Coffee, New Myths and Old Realities : The American Law Institute Faces the Derivative Action, 48 Bus. Law 1407, 1428 (1993); Coffee, supra note 14, at 303 n 236, 305, 308.
- (21) See Cox, Compensation, Deterrence, and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures, 52 Geo. Wash. L. Re. 745, 781-782 (1984).
- (22) See Cox, supra note 21, at 782.
- (23) See Cox, supra note 6, at 999.
- (24) わが国においてこの点を指摘するものに、座談会「株主代表訴訟」注(1)二五〇頁[森本滋教授発言]がある。森本教授は立法論として、純粹な損害の填補ではない代表訴訟の監督是正機能のあり方を示唆されるが、ALIはまさにそのあり方を具体化した一つのモデルと考えられる。

## 四 結語

会社の被告側補助参加が認められるかの問題について、わが国における現在までの議論状況に鑑み、代表訴訟をめぐる株主と取締役との間の権限分配の観点、および会社の参加を基礎づける利益の観点から考察を加えてきた。

権限分配の点については、提訴権限が取締役会の経営判断に属する事項であること、そして提訴拒否ないし却下判断もその権限に属すること、したがって経営判断原則が適用されることを前提としながら、その判断の限界を探るというアプローチがとられることをみた。個別の状況のもとでの程度取締役会ないし訴訟委員会の判断を尊重するかは一樣ではないが、このようなアプローチは、代表訴訟をめぐる権限分配のあり方についてのわが国でのそれと対照的であり、会社の参加の問題を考えるうえで示唆に富む。なぜなら、会社の補助参加が認められるべきかは、最終的には権限をもつ会社機関の提訴拒否判断に法的意味を付与するかを問うことであり、要するに代表訴訟をめぐる権限の分配の問題だからである。アメリカの議論からいえるのは、会社法の原理原則に忠実であれば、会社機関の権限を基礎づけることは容易であるということである。

補助参加を基礎づける利益の問題については、会社は積極的抗弁を提出できるかという点、および訴訟委員会の却下判断の基礎となる「会社の最善の利益」が何であるかという二つの問題を取り上げた。このうち、わが国の議論に直接に参考となるのは「会社の提出できる積極的抗弁」の議論であろう。わが国の最近の議論では、会社の意思決定の適法性が争われるときに補助参加を認める考え方が有力であるが、*Otis*判決を参考にすると、会社の意思決定の適法性が問題となる場合のうち、一定の条件を満たした場合に限定すべきではないかと思われる。結論的には、会社の暖簾を構成する会社の意思決定が問題とされる場合であつて、しかもその判断自体が経営判断原則によつて保護される場合に限定すべきではないだろうか。

ただこのような限定的な解釈は、アメリカではもはやそれほど重要ではないかもしれない。なぜなら、訴訟委員会は「会社の最善の利益」を基準として訴えを終了させることができるからである。会社の最善の利益として何を、どのような条件の下に基礎とすることが問題となるが、ある程度具体的に算出できる要素、その意味で費用便益分析になじむ要素を基本に考えるよ

うである。しかしなぜ実体的に理由のある訴えを却下することが認められるのか。この点について、代表訴訟の目的論との関係で検討した。私法の理論としては填補機能を中心に考えざるを得ないが、ただ抑止や填補ではない第三の考え方、すなわちガバナンスの健全性の確保を代表訴訟の正当化根拠と考えるべき場合もあると思われる。

本稿での考察をもとにわが国における議論を批判的に検討すること、これが―その二―の課題である。