

監査役のための株主代表訴訟読本

〔 同志社大学監査制度研究会と
日本監査役協会関西支部監査実務研究会と の共同研究報告書 〕

平成15年10月

(社)日本監査役協会関西支部

. はじめに

. 代表訴訟の概要

1 . はじめに

2 . 株主代表訴訟制度の沿革と趣旨

3 . 株主代表訴訟の提起までの手続

(1) 手続の概要

(2) 提訴請求と監査役

(3) 日米の代表訴訟の相違と「取締役の責任」の範囲

4 . 株主代表訴訟の提訴後の手続

(1) 被告取締役への支援

(2) 馴れ合い訴訟と濫用的訴訟

(3) 和解

(4) 判決以後

5 . その他の問題

(1) 株主代表訴訟と役員賠償責任保険

(2) 株主代表訴訟と株式交換・株式移転

6 . 平成 13 年、14 年改正と残された課題

. 代表訴訟に対する会社の対応

1 . 代表訴訟に対する会社の日頃の備え

2 . 代表訴訟提訴請求の予兆

3 . 株主の提訴請求準備

4 . 取締役の責任を追及する代表訴訟

(1) 提訴請求書の受領と監査役の初期対応

他の監査役への第一報

社長、被提訴請求取締役のほか、広報、総務、法務、経理、内部

監査等の担当取締役への速報

顧問弁護士等の意見聴取

記録、調査、事務処理等の担当係設置

(2) 提訴請求書の形式審査

提訴請求株主の資格

請求書面の宛先

請求書面の記載事項

(3) 監査役会の開催(1回目)

(4) 提訴請求内容の事実調査

<調査事項例>

当該事案に関する監査役監査の実施状況

新聞報道の整理

当該事案の事実確認

当該取締役の当該事案への関与状況

会社が受けた損害額の算定

当該取締役の関与状況の本人確認

当該取締役の関与と会社が受けた損害額との相当因果関係

当該取締役の部下に対する管理監督責任

当該取締役の責任に帰すべき損害額

提訴請求に対する当該取締役の受け止め方の再確認と提訴前の

損害賠償についての意向打診

提訴請求株主(代理人を含む。)のプロフィール

(5) 主任の弁護士をまじえての事実調査総合調書(法的評価を含む。)の作成

(6) 監査役会の開催(2回目)

(7) 監査役会結果の社長および当該取締役への通知

(8) 取締役会への報告

(9) 監査役会結果の提訴請求株主への通知

(10) 株主からの提訴請求書受領後60日(熟慮期間)内の監査役のタイムスケジュール

(11) 株主の提訴と会社の対応

(12) 被告取締役の対応

弁護士の選任

会社の支援

担保提供の申立て

D&O保険の請求

(13) 会社の被告取締役側への補助参加

(14) 和解

(15) 判決

(16) 費用の会社負担

(17) 上訴

(18) 再審の訴え

5. 監査役の責任を追及する代表訴訟

. 代表訴訟への理解を深めるために

1 . 代表訴訟の日米比較

米国の代表訴訟終了制度を中心に

- (1) はじめに
- (2) 代表訴訟終了制度の概要
 - 提訴請求の意義
 - 訴訟委員会制度の起源と発展
- (3) 訴訟委員会による調査と裁判手続
 - 内部調査と弁護士補助
 - 裁判手続と証拠開示
- (4) 訴訟委員会の構成員と構造的偏向
 - 訴訟委員会の構成員
 - 構造的偏向
- (5) 訴訟委員会と会社の最善の利益
 - 訴訟委員会制度の意義
 - 会社の最善の利益
- (6) おわりに

2 . エンロン破綻を契機とするアメリカ企業法改革からの示唆

監査制度に関する規制を中心に

- (1) はじめに
 - 日米の経営および監査制度などの相違
 - 経営・監督機構
 - 会計監査
 - 定期的情報開示
- (2) エンロン破綻の要因
 - 事実の概要
 - 要因の分析
 - 四つの利益相反
 - (a) C E O および C F O を中心とするマネージメント
 - (b) 社外取締役 (監査委員会委員)
 - (c) 監査人
 - (d) 社内弁護士などその他専門家
 - その他
- (3) 企業法改革の概要 (サーベンス・オクスリー法を中心に)
 - C E O および C F O などに関する規制
 - 刑事罰の強化

民事責任の強化
ボーナス・特別利益等の返還義務
その他の利益相反規制の強化
監査委員会に関する規制
独立性・権限強化
専門家要件の設定
監査人に関する規制
独立性確保など
監督機関の新設
情報開示制度に関する規制
その他

(4) 日本への影響と示唆

・ 代表訴訟を提起されないための予防策

- 1．代表訴訟提起の予防策としての法令遵守体制
- 2．内部統制システムと法令遵守体制
- 3．法令遵守体制の整備を促した要因
- 4．法令遵守体制と監査役の役割

・ 代表訴訟から社外役員による監督の強化へ

- 1．はじめに
- 2．株主代表訴訟制度の限界
 - 大和銀行判決を例にとって -
- 3．AL Iの提言 - 社外取締役の役割
- 4．効率経営上の意思決定過程における社外取締役の機能
 - (1) 社外者の有用性
 - (2) 内部者の有用性
 - (3) 合意形成のための内部情報の共有
- 5．取締役の独立性とエージェンシー・コスト
 - (1) エージェンシー・コストを削減させる取締役会
 - (2) コスト抑制の実証的研究
 - (3) 独立取締役の限界
- 6．監視機能上の取締役会における内部者の役割

・ おわりに

・はじめに

株主代表訴訟（以下代表訴訟という。）は、平成5年の商法改正でその訴えを「訴訟の目的の価額の算定に付ては財産権上の請求に非ざる請求に係る訴と看做す」（267）と規定されて以降急増している。社会の価値観の変化、不況からくる社会のいらだち、閉塞感のただよう会社に対する不満、これに伴う内部告発の増加などがあいまって、いまやどの企業においてもいつ代表訴訟が提起されるかわからない状況にあるといってもよいだろう。代表訴訟は株主が会社に対し書面をもって取締役または監査役の責任を追及する訴えの提起を請求すること（267、280）から始まるが、会社の行為は代表取締役が行う（261）ことから、取締役が責任を追及されるのが通常である。会社・取締役間の訴訟は監査役が会社を代表し（275ノ4）従って株主の取締役に対する提訴請求も監査役が受けることになっている。こうした中であって代表訴訟という制度がもう一つ理解できなく、わかったようでわからないという不安を感じている監査役もおられるのではなかろうかということから、平成14年度下期からの日本監査役協会関西支部監査実務研究会の研究テーマを株主代表訴訟にすることにした。テーマは法律的問題であること、これまでの監査実務研究会の経験から監査役のみでの研究には行きづまりを感じていたことなどから何かよい研究方法はないものかと模索していたところ、同志社大学法学部の森田教授が監査役と共同研究することに前向きな考えをお持ちであることを耳にした。そこで早速同志社大学監査制度研究会との共同研究を申し出て、その了承を得たことから今回の共同研究は始まった。

森田教授に最初にお目にかかったとき、「なぜ代表訴訟を研究テーマに選ぶのか。」と質問された。「代表訴訟がよくわかりませんので」と申し上げると、「何がわからないのか。」と追及され、答えにつまったことを思い出す。内心は何がわからないのかわからないから困っているのだと思ったが、これを口にするのがはばかれて何とも情けない気持ちであった。その後、何冊か代表訴訟に関する本を読んでみたが、それでも代表訴訟とは何なのかもやもやしており、2ヵ月程苦しんだ。そしてはたと思い至ったのが、代表訴訟はいわゆる会社人間にはわからないということであった。株主から提訴請求文書を受け取った場合、監査役としてどう対処すべきか、会社をどう守る

べきかなどということばかりが先に立ち、必要あらば監査役自ら進んで取締役を訴えなければならないなどとはついぞ考えたことのないような監査役では、第三者である株主が当事者適格をもち、その判決の効力が権利主体である会社に及ぶという代表訴訟制度がどういうことなのか分からないのは当然である。いまから思えば、監査役がそこまで会社人間なのかをご存じない先生にとって、あのとき代表訴訟がよくわからないという監査役は理解しがたい存在だったのだろうといま思い出すと首がすくむ。

その後代表訴訟がわからないのには、もう一つ別の理由があることがわかってきた。気がつけば当り前のことだが、監査役は株主から提訴請求を受けてどう対応するかではなくて、監査役は日頃から取締役の善管注意義務違反、忠実義務違反に眼を光らせ、疑わしきは代表訴訟の提起請求があろうとなかろうと事実調査を開始し、それによって会社にどれほどの損害が発生し、取締役にどの程度責任を問うべきかを考えていなければならないということである。そして取締役に責任があるときは当該取締役に損害を補填させるようにし、また会社として処分するようにしなければならない。これを会社がしないとき、またはそれが充分でないとき、監査役としては当該取締役に損害賠償請求し、さらに賠償請求訴訟を提起することも考えなければならない。場合によっては社長の責任も問わなければならない。こういう場合に会社情報の乏しい株主が新聞報道、内部告発等から取締役の義務違反により会社が損害を受けたことを知ったとき、しかも会社の態度があいまいで適切な対応をしないとき、株主が監査役に提訴請求したくなるのはいわば当然である。株主の提訴請求にあわてるだけで、これに的確に対応できない監査役がいるとすれば、その監査役が任務懈怠で代表訴訟の提訴請求を受けることになっても仕方がない。

いろいろ理由はあるが不祥事の情報が入ってこない監査役、あるいは現場監査が不得手で調査権を発動しても不祥事を発見できず、株主から提訴請求を受けて初めて取締役の義務違反事実気づくような監査役もいるであろう。監査役は、取締役の法令定款違反行為により会社に著しい損害が生じる恐れがある場合はその行為の差し止めが請求できるし(275ノ2)、会社に損害がすでに生じているならば監査役は取締役に損害賠償請求し、取締役がこれに応じなければ監査役は自ら進んで取締役を提訴することを考えるべきであり、監査役がこの損害賠償請求をしないときに株主が提訴する

というのが代表訴訟であるということを最初によく理解しておくべきである。そして訴訟資料を得やすい監査役が取締役の責任を追及する一番手であるということがわかったうえで、株主から役員への責任を追及する提訴請求があった場合に監査役はどのように対応するのがよいかについて考えるのが本研究の目的である。代表訴訟の提訴請求があった場合の具体的な対応方については訴訟テクニックの専門家である弁護士に早い段階から相談することが肝要であるが、その対応は監査役が行うのが本則であるから、弁護士にまかせっきりにすることなく、弁護士と意見交換し、弁護士の意見形成に必要な資料を積極的に提出していくことが望ましい。

本研究は、理論編を同志社大学監査制度研究会にお願いし、協会の監査実務研究会は実務編を担当するという基本的組み立てであるが、監査実務研究会が共同研究会におけるディスカッションなどを通して監査制度研究会から学び、あるいは監査実務研究会からお願いして監査制度研究会の先生方に論文をお寄せいただいたお陰で、この共同研究報告書をまとめることができた。

なお、本報告書を「監査役のための株主代表訴訟読本」としたのは、代表訴訟について監査役が抱く疑問になるべく平易に答え、読み易くして代表訴訟に対する監査役の不安を手取り早く解消したいという監査実務研究会の姿勢から出たものである。意を尽くさないところもあるが、監査役協会の会員からご意見、ご叱責を頂戴して、監査実務研究会の研究を一層進展させることができれば幸いである。

監査実務研究会 幹事

筑間 啓巨

．代表訴訟の概要

同志社大学法学部助教授 伊藤 靖 史

1．はじめに

本章では、取締役に対して株主代表訴訟が提起される場面を念頭に置いて、株主代表訴訟制度の概要と、そこでの監査役の役割について概観する。株主代表訴訟制度や監査役制度については、議員立法による平成13年12月の商法改正（平成13年法律第149号）でいくつか改正がなされている。以下では、本章の主題に関係する限りで、この改正の概要にも触れる。なお、株主代表訴訟制度はアメリカ法に淵源を持つが、わが国の制度とアメリカの制度にはいくつか相違が存在する。以下では、ごく簡単にアメリカの制度にも触れることとする（より詳しくは、本報告書 1 参照）。

2．株主代表訴訟制度の沿革と趣旨

株主代表訴訟（以下では単に代表訴訟という。）とは、個々の株主が会社のために取締役の会社に対する責任を追及する訴訟である。株主代表訴訟制度は、昭和25年改正によってわが国の商法に導入された。この改正は、株主代表訴訟制度の他にも、授權資本制度や取締役会制度等、アメリカの制度をわが国に大幅に取り入れるものであった。

代表訴訟が認められる理由は、一般に、次のように説明される。取締役が会社に対して責任（この意義については後述する。）を負っているとき、本来であれば会社自身がそれを追及し、必要であれば訴訟を提起すべきである。実際、商法には、そのような場合を前提とした規定が存在する。すなわち、会社が取締役に対して訴えを提起する場合には、監査役が会社を代表する（商法275条ノ4前段。ただし小会社では取締役・株主総会で定める者。商特24条1項、2項）。規定の文言上は単に訴えを「提起」する場合の「代表」となっているが、その前提として取締役に対して訴えを提起するか否かを決定すること、さらには、提起した訴えについての訴訟進行・和解・取下げ等の決定も、監査役の権限といわれる。以上のような規定は存在するが、監査役も取締役と「役員仲間」であり、このような訴えの提起は現実には期待しにくい。このことから、商法は、一定の要件の下で、株主が原告となって会社のために取締役の責任を追及する訴えを提起できるようにしているのである。

株主代表訴訟制度は、平成5年改正以前には、ほとんど利用されていなかった。その原因の1つとして、改正前には訴訟提起の手数料を請求額にスライドさせる裁判実務が一般的であったことが指摘される。平成5年改正で代表訴訟の手数料が一律に8200円とされ（商法267条5項、民訴費4条2項・別表第一）、これにバブル崩壊の後始末が重なり、改正後は代表訴訟が増加している。株主代表訴訟の係属件数は、最高裁判所の調査によれば、次のように推移している（資料版商事法務194号19

3頁(2000)[平成11年まで] 商事法務1590号41頁(2001)[平成12年] 商事法務1627号65頁(2002)[平成13年] 商事法務1666号41頁(2003)[平成14年]

	地裁件数	高裁件数	合計
平成 5年12月末現在	76	10	86
平成 6年12月末現在	129	10	139
平成 7年12月末現在	148	14	162
平成 8年12月末現在	150	13	163
平成 9年12月末現在	172	15	187
平成10年12月末現在	186	14	200
平成11年12月末現在	202	18	220
平成12年12月末現在	187	19	206
平成13年12月末現在	166	23	189
平成14年12月末現在	135		

現在では、代表訴訟が提起されすぎているという声が経営者サイドから上がっており、代表訴訟の提起を制限し、あるいは、代表訴訟の終了を容易にする改正、さらに、取締役の責任の軽減についての改正が求められている。その一部が、平成13年12月の商法改正で実現したわけである。

3. 株主代表訴訟の提起までの手続

(1) 手続の概要

代表訴訟の提起に向けた手続を開始できるのは、6か月以上前から引き続き株式を有する株主である。株主は、代表訴訟を提起しようと思えば、まず、会社に対して、取締役の責任を追及する訴訟を提起するよう請求しなければならない(提訴請求。商法267条1項)。この制度は、取締役の責任についての権利主体である会社に対して、訴訟を提起するか否かを判断する機会を与えるためのものである。提訴請求は書面をもって行わなければならないが、会社の承諾があれば電磁的方法を用いることもできる(267条2項 204条ノ2第2項3項)。電磁的方法による提訴請求は、株式制度の見直しおよび会社運営の電子化のための平成13年11月の商法改正(平成13年法律第128号)によって定められた。電磁的方法による提訴請求について会社を代表して承諾をなすのも、監査役である(商法275条ノ4後段)。

提訴請求には、請求原因事実が漏らさず記載されている必要はなく、当該事案の内容・会社が認識している事実等を考慮し、いかなる事実・事項について責任の追及が求められているのかを会社が判断できる程度に特定されていれば足りる(東京地判平成8・6・20判時1572号27頁)。会社を代表してこの請求を受けるのは、監査役である(商法275条ノ4後段。ただし小会社では代表取締役。商特25条)。監査役は、提訴請求を受ければ、請求内容について調査する義務を負う。代表取締役

に対してなされた提訴請求には効力がなく、訴訟係属中に監査役に対して提訴請求がされても瑕疵は治癒されないとする裁判例もあるが（東京地判平成4・2・13判例時報1427号137頁）会社宛・代表取締役宛の提訴請求であっても、受領した上で監査役に回付することが望ましいだろう。

提訴請求の日から60日以内に会社が訴えを提起しないときは、その株主は、代表訴訟を提起することができる（商法267条3項）。ただし、60日待っていたのでは会社に回復できない損害を生じるおそれがあるときは、提訴請求をせずにただちに代表訴訟を提起することができる。たとえば、取締役の責任の消滅時効期間が満了してしまうといった事由がこれにあたるといわれている。60日という期間は平成13年12月改正で定められたものであり、改正前は30日とされていた。会社をめぐる法律関係は複雑化しており、会社が取締役の責任を追及する訴えを提起するか否かを調査し検討するための考慮期間が30日では短すぎるというのが、改正の理由である。

（2）提訴請求と監査役

提訴請求と監査役との関係について、さらに、3つの点を検討しておく。第1に、監査役が複数いる場合（大会社ではこれが法律上要求されている。商法特例法18条1項）についての問題である。この場合、提訴請求を受けるのはどの監査役でもよく、請求を受けた監査役が他の監査役に伝達することになる。また、提訴請求を受けた後で、実際に取締役の責任を追及する訴えを提起すべきかどうかを判断し、訴えを提起する際に会社を代表する権限（商法275条ノ4前段）は、法律上は各監査役にある。これについて監査役会で監査役全員が慎重に協議し、意見の摺り合わせをすることは可能であるし望ましいが、最終的な判断は各監査役が行わなければならない。

第2に、ここで監査役が有しているのは権利ではなく権限であり、取締役の責任を追及する訴えを提起すべき場合に提起しなければ、監査役の任務懈怠となる。これについて、監査役にいかなる範囲で裁量が認められるのかが問題となる。アメリカでは、訴訟委員会による訴訟終了の判断に経営判断原則が適用されるのかが議論されるが、それと類似した問題ともいえる。これについては、一方で、ここで監査役に許されるのは取締役の義務違反の有無についての判断だけだとする見解がある。これによれば、取締役の義務違反が明確である場合に、会社の評判や会社の経済的損失を考慮して提訴の有無を決めることは許されない。これに対して、監査役は、取締役が無資力であったり賠償額が少なすぎるため、訴訟が会社に利益をもたらさないときには、提訴しなくとも任務懈怠にならないとする見解がある。さらに、法律上は取締役に責任があると判断しても、会社に対する信用への影響を考慮して提訴しないことをも認めるように読める見解もある。

この問題について考える際には、この問題が、「監査役が任務懈怠の責任を問われることなく、どこまでの判断をすることが許されるのか」という問題であることに注意しなければならない。この見解は、監査役が会社の信用等の全体的な利益を考えて

提訴をしなかったが、株主が代表訴訟を提起して勝訴した場合に、提訴しないという判断をした監査役が任務懈怠の責任を負うと考えているようである。しかし、必ずしもそう考える必要はない。「経営判断原則」と呼ぶかどうかはともかく、監査役が合理的な情報を収集した上で誠実に「提訴しない」という判断を下したのであれば、後で提起された代表訴訟で株主が勝訴したとしても、原則として監査役は任務懈怠を問われないと考えるべきであろう。たとえそのような場合に監査役に任務懈怠があったと考えたところで、そこで会社に生じた「損害」とは何か。また、その「損害」と監査役の任務懈怠との因果関係を、どのように考えればよいのだろうか。

第3に、監査役は提訴請求をした株主へ何らかの連絡をしなければいけないかが問題となる。たとえば、提訴請求の記載が不十分である場合、とりわけ、取締役の責任の発生原因が明示されていない場合はどうか。提訴請求株主にその旨を連絡する義務は法的にはないが、提訴請求の内容が悪意にもとづくものであることが明確な場合を除いて、誠意をもって対応すべきであるといわれる。また、監査役が提訴請求を受けて判断した結果を提訴請求株主に通知する法的義務はないが、実務慣行としてそのような通知を行うことが望ましいといわれる。

(3) 日米の代表訴訟の相違と「取締役の責任」の範囲

アメリカでは、提訴請求があったにもかかわらず会社が不正・不当に訴えを提起しない場合に限り代表訴訟の提起が認められる。これは、会社が訴えを提起しないことが会社の裁量権の範囲内かどうかを裁判所が判断し、裁量権を逸脱すると認めるときにだけ、代表訴訟を許すというシステムである。これに対して、わが国では、提訴請求から60日経過しても会社が訴えを提起していなければ、その理由を問わず、株主は代表訴訟を提起することができる。すなわち、訴えを提起しないことについて、会社の裁量権は認められていない。また、アメリカでは、取締役の責任の原因となった行為を知らずに株式を取得し、以後継続して株式を保有している者のみが代表訴訟を提起することができる(行為時株主要件)。さらに、代表訴訟の原告株主は、株主の利益を公正かつ十分に代表しうる者でなければならない(適切代表の要件)。このような代表訴訟の要件をわが国にも導入しようとする議論も存在する。平成13年12月の商法改正の国会提出時の法案では、行為時株主要件を新設するものとされていたが、その後の法案修正によってこの点についての改正は行われなかった。

代表訴訟の対象となる「取締役の責任」の範囲について、裁判例・学説において争いがある。通説は、「取締役の責任」には、商法266条にもとづく損害賠償責任や、資本充実責任のほか、取締役が会社との取引にもとづいて負う債務や不法行為にもとづく債務もここに含まれると解している(全債務説)。会社自身が訴えの提起を怠る可能性は、取締役が会社に対して負担するすべての債務についてある、ということがその根拠とされる。これに対して、「取締役の責任」には、免責が禁止されているか総株主の同意によってのみ免責が認められる会社法上の取締役の責任だけが含まれる

とする見解も有力である（限定説）。訴えを提起しないことについての会社の裁量権を認めないわが国のシステムを前提に全債務説をとると、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎる、ということがその根拠とされる。アメリカでは、代表訴訟は、取締役の責任追及に限らず、あらゆる会社の訴権について認められている。他方で、すでに述べたように、会社が訴えを提起しないことが会社の裁量権の範囲内かどうかを裁判所が判断するというシステムをとっているのである。裁判例には、限定説に依拠しつつ、取締役就任前の行為による会社に対する損害賠償責任は代表訴訟の対象とならないとするもの（東京地判平成10・12・7判時1701号161頁）、逆に、取締役就任前の行為による損害賠償責任も代表訴訟の対象となるとするものがある（大阪地判平成11・9・22判時1719号142頁）。

4. 株主代表訴訟の提訴後の手続

(1) 被告取締役への支援

代表訴訟が提起された後、会社が被告取締役をどこまで支援することができるだろうか。少なくとも被告取締役が勝訴したときは、事後的に、弁護士費用等のうち相当の額を被告取締役が会社に請求できると解するべきであろう（民法650条3項）。弁護士費用の事前の立替払い、会社の顧問弁護士に被告取締役の弁護を委任すること、あるいは、会社（法務部）が種々の調査を行い、被告取締役に責任がないと判断したときに、その資料を裁判所に提出することについても、問題はないといわれる。また、顧問弁護士に被告取締役の弁護を委任することが、顧問弁護士にとって利益相反行為とならないかも問題となるが、必ずそうなるとはいえない。

平成13年改正前には、会社が被告取締役側に立って代表訴訟に補助参加できるかどうかについて、それは認められないとする見解が有力に存在した。平成13年12月改正では、これについて、会社が被告取締役側に補助参加できることを前提として、会社が参加の申し出をするには監査役の同意を要する旨の規定が置かれた（監査役が数人の場合には各監査役の同意、大会社の場合は全員一致による監査役会の同意。商法268条8項、266条9項、商特19条1項、18条の3第1項）。監査役の同意を要求することによって、被告取締役側への補助参加の公平性を担保するものとされる。補助参加が認められるためには、民事訴訟法上、補助参加の利益が必要とされる（民事訴訟法42条）。そのためには、事実上の利害関係では足りず、法律上の利害関係を要する。判例は、取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対して提起された代表訴訟においては、特段の事情のない限り、会社は補助参加ができる（補助参加の利益がある。）とする（最判平成13・1・30民集55巻1号30頁）。なお、平成13年改正では会社が被告取締役側に補助参加するために監査役の「同意」が必要であると定められたことから、逆に、補助参加の際に会社を代表するのは代表取締役であることが明確になったと思われる。

(2) 馴れ合い訴訟と濫用的訴訟

代表訴訟が正常な目的で提起・追行されない場合として、馴れ合い訴訟と濫用的訴訟と呼ばれるものがある。商法には、このような場合に対処するための規定がいくつか置かれている。

馴れ合い訴訟とは、原告株主が被告取締役と馴れ合いで訴訟を追行し、わざと敗訴するような場合をいう。このような馴れ合い訴訟に対処するため、次に述べるような制度がある。第1に、原告以外の株主や会社は、係属中の代表訴訟の原告側に参加することができる(商法268条2項。なお、このような訴訟参加は、会社自身が取締役の責任を追及する訴訟についても認められる。)。会社がこの訴訟参加をする際に会社を代表するのは、監査役だといわれている。このような訴訟参加を実際に可能にするために、原告以外の株主や会社に代表訴訟の提起を知らせるための手続が用意されている。まず、代表訴訟を提起した株主は、提起後遅滞なく、会社に対してその旨を告知しなければならない(商法268条3項)。告知を受けた会社は、遅滞なく、告知を受けた旨を公告または株主に通知しなければならない(商法268条4項。会社自らが取締役の責任を追及する訴訟を提起した場合には、同様にその旨を公告・通知しなければならない)。平成13年改正前には公告・株主への通知の制度はなく、原告以外の株主は報道以外に代表訴訟について知るすべがなかった。改正によって、原告以外の株主にも訴訟参加の機会が確保されることになった。第2に、原告株主と被告取締役が共謀して訴訟の目的である会社の権利を詐害する目的で裁判所に判決をさせた場合には、共謀の当事者でなかった株主や会社は、判決確定後でも、再審の訴えをもって不服を申し立てることができる(商法268条ノ3)。

株主代表訴訟は、1株でも株式を保有していれば提起できるものであり(単独株主権) 取締役や会社への嫌がらせの目的で代表訴訟を提起するなど、濫用的訴訟のおそれ大きい。また、嫌がらせとまではいかなくとも、大多数の株主が提起を支持しないような代表訴訟が提起される可能性もある。平成13年12月改正によって株主総会の特別決議にもとづく事後的な責任制限など、3種類の責任軽減手続が設けられたが(商法266条7項以下)、完全な責任免除のためには総株主の同意が必要である(商法266条5項。商法266条1項4号の責任については総株主の議決権の3分の2以上の同意)。濫用的訴訟への対処策としては、たとえば、そのような訴訟が株主権の濫用であるという理由で訴えの却下を裁判所に求めることができる。また、株主が代表訴訟に敗訴した場合、その株主に悪意があれば、会社はその者に損害賠償請求ができる(商法268条ノ2第2項)。ここでいう悪意には、いわれのない訴訟を提起することによって会社の信用失墜等の損害を与える意図を有していたことのほか、不適当な訴訟追行によって敗訴して会社の権利を失わせる認識を有していたことも含まれる。さらに、代表訴訟に勝訴した被告取締役は、原告株主に対して不法行為にもとづく損賠償請求をすることも考えられる。代表訴訟に限らず一般的に、訴訟を提起した者

が、訴訟において主張した権利または法律関係が事実的・法律的根拠を欠くものであるうえ、同人がそれを知りながら、または、通常人であれば容易にそのことを知りえたのにあえて提訴した場合には、訴訟の提起は不法行為になるとされている（最判昭和63・1・26民集42巻1号1頁）。

ここまで述べたもの以上に、濫用的訴訟の防止のために威力を発揮してきた制度が、担保提供制度である。これは、被告取締役が、代表訴訟の提起が悪意にもとづくものであることを疎明して請求すれば、裁判所が相当の担保を提供するよう原告株主に命じることができるというものである（商法267条6項7項 106条2項）。ここでいう「悪意」には、請求に理由がないものであることを認識しながらあえて訴えを提起する場合（不当訴訟）と、代表訴訟を不法不当な利益を得る目的で提起する場合（不当目的訴訟）とが含まれるとされている（東京高決平成7・2・20判タ895号252頁）。不当訴訟については、過失による不当訴訟もこれに含まれるとする裁判例も存在する（東京地決平成6・7・22判時1504号121頁）。なお、大阪高決平成9・8・26判時1631号140頁（ミドリ十字事件）、大阪高決平成9・12・8資料版商事法務166号145頁（大和銀行事件）以降、担保提供請求が認められにくくなっているといわれる。

（3）和解

訴訟は、終局判決に至らなくとも、和解によって終了することがありうる。しかし、取締役の責任を追及する訴訟については、そもそも和解が許されるかどうか自体、かつては明らかでなかった。商法266条5項は、取締役の責任の免除には総株主の同意を要すると定めており、和解についても同様に総株主の同意を要するという見解も存在したからである。また、取締役の責任を追及する訴訟の中でも、代表訴訟については、和解が株主と取締役との間でなされることから、和解内容の適切性をどのように確保するかがとりわけ問題となる。

以上の点について、平成13年12月改正によって、次のような対処がなされた。第1に、会社が取締役の責任を追及する訴訟について訴訟上の和解（民事訴訟法267条）をする場合には、総株主の同意を要しない旨が明定された（商法268条5項）。第2に、代表訴訟について訴訟上の和解をするためには、次の手続を踏まなければならないものとされた。まず、代表訴訟について会社が当事者でない訴訟上の和解をする場合に、裁判所は会社に対してその内容を通知し、異議があれば2週間以内に述べるべき旨を催告しなければならない（商法268条6項）。会社を代表してこの通知・催告を受けるのは、監査役である（商法275条ノ4後段）。期間内に会社が書面をもって異議を述べなければ、会社が和解を承認したものとみなされる（商法268条7項）。なお、代表訴訟の和解のためのこの手続には、原告以外の株主に和解内容を周知させる手続が存在しないという問題点がある。

(4) 判決以後

代表訴訟の判決の効果は、勝訴・敗訴いずれであっても会社に及ぶ（民事訴訟法115条1項2号）。代表訴訟は、取締役の会社に対する責任を追及する（逆から見れば、会社の取締役に対する請求権を会社に代わって行使する。）訴訟であるから、株主代表訴訟で株主が勝訴した場合、請求額の支払いを受けるのは会社であって株主ではない。このことから、原告株主には、代表訴訟を提起する経済的インセンティブが乏しい。そのため、アメリカでは、公開会社で現実に代表訴訟が提起される原動力となるのは、高額な弁護士報酬を狙う弁護士である。他方、わが国では、弁護士報酬がそれほど高額でないため、市民運動的な性格の代表訴訟が多いといわれている。

原告株主が勝訴した場合、一定の費用の支払を会社に請求することができる。これには、弁護士報酬の範囲内で相当額と、調査費用などの訴訟に必要な費用が含まれる（商法268条ノ2第1項）。他方、被告取締役が勝訴した場合、被告取締役・会社による原告株主への損害賠償請求が可能ながある（前述（2）参照）。

なお、原告が代表訴訟に勝訴した場合については、会社が強制執行の申し立てをしなければどうすればよいか問題となる。これについて、原告株主が執行申立をできるかどうか議論されている。

5. その他の問題

(1) 株主代表訴訟と役員賠償責任保険

役員賠償責任保険は、会社役員に対して損害賠償請求がなされることによって同役員が被る損害を填補する責任保険であり、代表訴訟の増加に伴って実用化が進んでいる。この保険は基本契約部分と特約条項に分かれる。前者は、役員が第三者に対する責任について損害賠償請求をなされた場合の損害賠償額・争訟費用と、会社に対する責任について損害賠償請求（代表訴訟を含む。）をされ勝訴した場合の争訟費用とを填補するものである。これに対して後者は、役員が会社に対する責任について損害賠償請求（代表訴訟を含む。）をされ敗訴した場合の損害賠償額・争訟費用を填補するものである。このうち特約条項についての保険料は、それを会社が負担することは実質的には取締役報酬の支払ではないか、あるいは、実質的には取締役の責任免除ではないかが問題となるため、役員個人が負担する取扱いがなされている。以上を表にすれば次のようになる。

賠償請求形態	第三者に対する責任についての賠償請求		会社に対する責任についての賠償請求	
	勝訴	敗訴	勝訴	敗訴
填補される 役員の損害	争訟費用	争訟費用 損害賠償額	争訟費用	争訟費用 損害賠償額
保険料負担者	基本契約部分 = 会社負担			特約条項 = 役員負担

なお、役員賠償責任保険では、取締役が私的利益を得たことに起因する賠償責任や、犯罪行為に起因する賠償責任等は填補されないし、実際に填補される額は、(填補される損害額 - 免責金額) × 縮小填補割合と計算される。

(2) 株主代表訴訟と株式交換・株式移転

代表訴訟について近年重要になってきている問題として、代表訴訟提起後に会社が株式交換・株式移転をした場合、原告株主の原告適格が失われるかという問題がある。たとえば、A社の株主Sが取締役の責任を追及する代表訴訟を提起した後で、A社をB社の完全子会社とする株式交換または株式移転が行われた場合を考える。株式交換・株式移転の後もA社は存続する一方、SはB社の株主となり、A社の株主はB社となる。このような場合について、SはA社の株主ではなくなったのだから、代表訴訟の原告適格を失うとした判決が登場し、話題を呼んだ(東京地判平成13・3・29判時1748号171頁)。この判決は、大和銀行事件の控訴審中に和解が行われた原因ともなったといわれている。この判決の結論について、学説は一般に批判的である。

6. 平成13年・14年改正と残された課題

2で、株主代表訴訟制度の概要と、平成13年12月改正について見てきた。その後も会社法の改正は続いており、平成14年にも、会社の経営機構、株式制度、計算など、非常に多岐にわたって改正が行われた(平成14年法律第44号)。平成14年改正の最重要改正点の1つに、委員会等設置会社についての規定の新設がある。委員会等設置会社とは、従来の経営機構に代えて、アメリカ型の経営機構を定款によって採用する大会社(みなし大会社も含む。)である。このような会社においては、取締役会は、業務執行の意思決定権限を業務執行機関である執行役に大幅に移譲することができる(商特21条の7第3項)。取締役会の監督機能を強化するため、指名委員会・監査委員会・報酬委員会が設置される(商特21条の5第1項)。他方で、委員会等設置会社では監査役を置くことができず(商特21条の5第2項)、従来型の株式会社であれば監査役の権限事項であったものは、監査委員会の権限に含まれる(商特21条の8第2項・21条の10参照)。取締役・監査役の責任を追及する訴訟(代表訴訟を含む。)に関していえば、会社が取締役・執行役に訴えを提起する場合には、監査委員会が指名する監査委員が会社を代表する(商特21条の10第6項)ただし、監査委員が責任を追及されている場合には、取締役会または株主総会が定める者が会社を代表する。代表訴訟の提訴請求や代表訴訟の和解の通知・催告を受けるのも、監査委員(被告である者を除く。)である(商特21条の10第7項)。

すでに述べたように、平成13年12月改正では、代表訴訟に関連して、監査役の考慮期間の延長、会社による代表訴訟が提起された旨の公告・通知、代表訴訟の和解、および、会社の被告取締役側への参加について改正がなされた。これらの改正は、い

ずれも、株主代表訴訟制度を合理化するためのものといわれる。しかし、代表訴訟に関する商法の改正は、これで完了したとはいえない状況である。アメリカの訴訟委員会による訴訟終了制度を導入すべきかが、まずは議論の対象となるだろう。平成13年12月改正では見送られた代表訴訟の原告適格の制限（行為時株主原則、さらには、適切代表の要件。）についても、再び議論されることになるのかもしれない。

・代表訴訟に対する会社の対応

日本監査役協会関西支部監査実務研究会担当

1. 代表訴訟に対する会社の日頃の備え

代表訴訟に対する日頃の備えとして、会社として特に何をしなければならないということはない。取締役が善管注意義務をもって職務を執行し、その職務に忠実であれば、取締役が監査役に提訴されることも、株主から代表訴訟の提訴請求がされることもない。会社がコンプライアンス遵守規程を作成し、その遵守キャンペーンを実施しており、万一不祥事が起きたとしても何ら隠すところがなく、透明で対応が公正であるならば、株主から代表訴訟を提起されても役員は恐れることはないし、訴訟に堂々と立ち向かったらよい。

監査役としては、取締役の職務の執行を監査することはもとより、会社に対する世間の風評、インターネットに寄せられる会社への意見、社会の変化など広い視野から会社に起きる各種の事象をセンシティブにチェックし、必要に応じ会社に警鐘をならし、会社姿勢の是正を提言する。監査役は立場上それができし、それをしこそ監査役の真価が発揮されるということが出来る。それであるならば、株主から取締役の責任を追及する提訴請求があったときは、すでに会社としての対応が進んでおり、監査役は会社の状況をその株主に説明することだけで足りる筈である。それでも代表訴訟が提訴されるのならば、その株主に他に目的があるのだろうし、株主が悪意に出たものであることを疎明し担保の提供を請求したらよい(267)。すべて以上であれば、代表訴訟の研究もあまり必要でないということになるが、どこから水が漏れないとも分からない。監査役として代表訴訟に対する理解を深め、これに対する用意だけは怠らないようにしたいものである。

株主から提訴請求があった場合、あるいは訴訟提起があった場合に、どの弁護士に相談するか、主任の弁護士をどの法律事務所にお問い合わせするかなどについて弁護士情報を収集し、そのときどのように動くべきかを日頃から法務担当取締役を交えて検討しておくことが望ましい。代表訴訟を扱える弁護士は多くないといわれるから、なおのことである。

2. 代表訴訟提訴請求の予兆

代表訴訟の手続は、株主からの文書による提訴請求が会社にあってから始まる（267）が、会社にとって突然提訴請求してくるようなことはなく、株主としては提訴請求書を作成する関係上、あるいは口頭弁論での攻撃方法確立のため、会社にあらかじめ探りを入れ接触を求めてくるなど、何らかの予兆がみられるのが通常と思われる。

一般に公開会社の株主が会社の情報を入手するのは、新聞報道、週刊誌、内部告発のほか投資家向け公開情報、商法上の権利に基づく情報[過去3年間の計算書類の閲覧・謄写（282）]、株主の権利を行使するため裁判所の許可を得て請求できる取締役会議事録の閲覧・謄写（260ノ4）]、会社の業務の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があることを疑うべき事由があるとき総株主の議決権の100分の3以上を有する株主による業務検査役の選任申請（294）]、文書の提出命令（民訴223など）などである。

最近株主が広く公序良俗に目を付けて取締役の行為の無効を主張するケース、役員善管注意義務違反を厳しく問うてくる例、例えば社内報告体制・社員教育体制の確立義務違反、十分な内部統制システムを構築していないという不作為の義務違反にまで言及する場合も見られ、取締役としては形式的に法令定款に違反しないのはもとより、実質的にも法令定款違反となることがないように細心の注意を払って職務を執行することが求められる。

金儲け偏重あるいは独善的な企業論理は社会からの遊離を招き、これに対する不満が内部告発の種になる時代である。取締役、監査役ともども充分心して日頃から公正に対処することが肝要である。

3. 株主の提訴請求準備

株主が代表訴訟を提起するには、その前に自らが6ヵ月前より引き続き1株以上の株式を株主名簿または実質株主名簿上保有することを確かめたうえで、書面をもって会社に対し役員責任を追及する訴えを提起するよう請求しなければならない（267）。

株主は、取締役の職務遂行に関し会社に損害が生じた場合その責任を追及する訴えを提起するよう監査役に請求し、また監査役が任務懈怠から取締役の法令違反行為を見過ごし会社に損害が生じた場合にその責任を追及する訴えを提起するよう取締役に請求し、これらの請求後60日経っても会社が提訴しなければ、株主自らが取締役または監査役を提訴しようということであるから、提訴請求するときはすでに相当の準備をしているものと思われる。しかも株主が提訴して訴訟に負ければ、訴訟費用（印紙代8,200円・平成16年4月1日から13,000円に改正）や調査費用などを負担しなければならないという危険を覚悟で行動せねばならない。従って株主としても事前に弁護士とも充分相談したうえで提訴請求してくるだろう。さらに、これからの時代は弁護士の方から株主に「敗訴したときは自ら負担する、株主さんにはご迷惑をかけないから提訴させてくれ。」とってくるアメリカで見られるようなことが日本でも見られるようになる恐れがあることに注意すべきだろう。提訴請求書を例示すれば、次のとおりである。

提訴請求書

株式会社

監査役 ××殿

私は貴社 株式会社の株式 株を6ヵ月前から保有しておりますが、貴社に対し、下記の事由に基づき貴社取締役 の責任を追及する訴訟を提起されたく本書面をもって請求いたします。

記

貴社取締役 は、平成 年 月にレジャー開発会社A社の増資新株式 株を引き受け 億円払込んだが、A社の開発計画は中止に追い込まれ、平成 年 月 日債務超過で倒産した。A社の財政状態ならびに同社の開発計画の成否を充分調査せずに増資に応じたことは取締役としての善管注意義務および忠実義務に違反いたします。

つきましては、本書面到達後遅滞なく取締役 に対し上記義務違反によって貴社が被った 億円の損害につき、その責任を追及する訴訟を提起されたく、請求いたします。

平成 年 月 日

住所

株主氏名

4. 取締役の責任を追及する代表訴訟

(1) 提訴請求書受領と監査役の初期対応

取締役の責任を追及するための提訴請求書は監査役が受け取るが、その監査役はまず提訴請求書に目を通し、提訴請求は何のことをいっているのか、監査役がすでに知っていることかなどを考えながら初期対応と、これに続く形式審査、監査役会の開催、事実調査などに頭をめぐらせる。

「代表訴訟において株主が訴訟を提起する前に原則として会社の監査役に対して訴えの提起を書面で請求することが要求されている趣旨は、取締役等の責任を追及する訴訟を提起する権能は、本来は会社にあることから、訴訟を提起するかどうか判断する機会を会社に与えるためである。……一般の株主にとっては、取締役等の違法行為の具体的な内容、損害の範囲を正確に知り得ない場合も多いから、請求原因事実を漏らさず記載されていることを要求するのは相当でない。……会社においていかなる事実、事項について責任の追及が求められているかが判断できる程度に特定されていれば足りると解すべきである。」という判例（日本航空電子工業事件 東京地裁平成8年）があることを頭に置きながら、大体次の順で初期対応に入る。

他の監査役への第一報

取締役の責任を追及するための提訴請求書を受け取った監査役は、他の常勤の監査役に速報を入れ、その際提訴請求書についての主幹の監査役を誰にするか、調査の進め方などについて常勤の監査役間で大筋の意見交換をする。監査役会規程によって監査役会の協議により代表訴訟について予め請求の受理権限を与えられている監査役がいるときはその監査役、いないときは取りあえず監査役会の議長たる監査役を中心にこれを行う。そして非常勤の監査役に速報を入れるときは今後どのように対応を進めるかについて、その意向を打診しておく。

社長、被提訴請求取締役のほか、広報、総務、法務、経理、内部監査等の担当取締役への速報

社長には、提訴請求の主旨とこれまでのいきさつ、監査役としての対応の

大筋の考え方を説明し、社長に何か考えがあれば、それを聞いておく。責任を追及されている取締役には意見があればゆっくりそれを聞いておく。このほか、広報、総務、法務、経理、内部監査等の担当取締役へも速報を入れる。法務担当取締役には会社が提訴する場合の弁護士、被提訴取締役が依頼する弁護士、会社が訴訟参加する場合の弁護士の人選について意見を聞く。これらは、主幹の監査役が今後の対応の仕方を決めるに当たり多くの手掛かりを与えるだろう。

顧問弁護士等の意見聴取

法務担当取締役に特に異論がなければ、監査役として対応の仕方についての法的アドバイザーとして顧問弁護士から1人を選び、その弁護士に提訴請求書を見せ、これまでの経緯の概要を説明し、提訴請求書の受理、審査、調査項目、対処方について意見を聴取する。代表訴訟の提訴請求があったとき相談すべき弁護士または法律事務所をどうするかについて法務担当取締役とあらかじめ検討が進んでおれば、これによる。

記録、調査、事務処理等の担当係設置

主幹の監査役は、後日に備えるため提訴請求書受領のときからできるだけ詳細な日誌、記録をつける。収集資料、関係先との協議内容をファイルする。記録、調査、各種の事務処理、関係者への連絡ができる監査役付きの係員を置く。

請求書面到着後60日を経過したかを明確にするため、その書面が配達証明付き内容証明郵便であるときはその配達日、普通郵便のときは郵便の到着日、文書を持参したときはその受領日をまず記録しなければならない。60日の熟慮期間は提訴請求書到達日の翌日から計算される(民140)。

(2) 提訴請求書の形式審査

初期対応が済んだら提訴請求書の形式審査に入る。形式審査事項、審査における注意事項は次のとおりである。

提訴請求株主の資格

提訴請求の6月前から引き続き1株以上の株式を株主名簿または実質株主名簿上に有する株主は、会社に対し書面をもって取締役の責任を追及する訴の

提起を請求することができる(267)。取締役の法令違反行為を知った後に株式を取得した場合でも、その後6ヵ月を経過すれば代表訴訟の提訴請求ができる。この資格は、口頭弁論終結のときまで継続している必要がある。保有株式は単元未満株式であってもよいが、端株には提訴請求権がない。

請求書面の宛先

取締役に対する責任追及の訴えの請求は監査役になされる必要がある。監査役に提訴請求すべきところ、誤って代表取締役に請求した場合、事前の提訴請求がなかった場合と同様に有効な提訴請求があったことにならないという判例(野村証券事件 東京地裁平成4年)がある。

退任後の取締役に対し責任追及の訴えを提起する場合も、監査役が会社を代表すべきものと解され、この提訴請求書も監査役に提出しなければならない。

監査役が複数いるときは、そのうちの1人に請求すればよい。送付先は宛先が監査役ならば、その住所は会社でも監査役の自宅でもよい。

取締役と監査役双方の責任を問う提訴請求書は監査役と代表取締役双方に提出される必要がある。

請求書面の記載事項

請求書面には次の3つが記載されている必要がある。この記載が漏れていると適法な請求とならず、提訴しても却下される。

a 訴訟提起の請求文言

訴訟提起の請求文言がないと書面が何のためのものかわからないから、この文言が必要である。

b 提訴すべしとする取締役の氏名

どの取締役を提訴するかは株主が決める。取締役は就任前の事案について直接取締役としての責任を問われることはない。取締役在任中に発生した事案については、退任後も責任を問われる。死亡後も責任を問われるが、損害賠償責任は相続人が負う。相続人がこの責任を逃れるには、限定相続するしか方法はない。

c 提訴請求理由(責任の発生原因、損害額)

責任発生原因は、訴訟を提起するに当たってその請求を特定できる程度に事実が記載されている必要がある。次に会社の受けた損害額、取締役の責任額が記載されているか確認する。この額について記載のない請求書面は不備であり、監査役は請求書面として取り扱うことができない。

(3) 監査役会の開催（１回目）

提訴請求は監査役にあったのであるから、その形式審査を終えた段階で、監査役会を開催し、主幹の監査役から形式審査の結果を報告するとともに今後の事実調査の進め方（調査事項、方法、日程）などを説明して、非常勤の監査役も含め各監査役が共通の認識に立つようにし、社内調査委員会の設置、監査役が提訴する場合の主任の弁護士を誰にするかなど必要な事項を協議する。

(4) 提訴請求内容の事実調査

事実調査は、監査役が当該取締役に損害賠償請求するか、損害賠償を求めて提訴するか、責任なしとするか、あるいは監査役としては提訴無用と考えるが株主が提訴するならばそれはやむを得ないなどの結論を監査役が出すために必要なものである。

提訴請求を形式審査した結果、提訴請求書に不備があると考えたとしても株主が修正してくることがあるので、監査役としては請求内容の事実調査を行うのが適切である。この事実調査には調査の見通しが見つからないものもあるであろうし、調査に時間を要するものもあるので、調査計画をたてて、これを効率的に行う必要がある。監査役が提訴する場合に主任となる弁護士を定めているときはその弁護士と協議しながら、定めていないときは顧問弁護士の意見を聞きながら調査を進める。事案の大小にもよるが、代表訴訟になる場合のことも考えながら調査を進める必要があるので、この段階で主任の弁護士を決めるのが望ましい。法廷闘争のテクニックのこともあるので、早い内に経験豊富な主任の弁護士を決定しておくのに越したことはない。取締役が株主から責任を問われるのは、会社として一大事である。会社内部で責任問題を明らかにし、株主が提訴する前に問題解決に至れば、これが最良の方策だろう。

以下、調査事項例を述べるが、これは監査役が取締役の会社に対する責任問題

を考えるとときに調査すべき事項例であり、提訴請求があったときにだけ特有のことではない。監査役は調査事項について明確な調書を作成し、提訴請求に対する会社の態度を決定するための2回目の監査役会資料とする。

調査事項例

当該事案に関する監査役監査の実施状況

株主から提訴請求を受けるような事案ならば、監査役はすでに日常監査の対象としているのが普通だろう。いつ、どこで、どの監査役が、どのように監査し、どのような監査結果を出しているか、監査調書があるならばこれをもって明らかにする。その後は是正措置をとっているならば、これについても調書に記載する。これは、監査役の善管注意義務を果たしていることの証明になる。

新聞報道の整理

社会の当該事案の受け止め方、会社に対する社会の見方、報道の仕方などを知っておくのは、会社すなわち監査役が最善、適切な対応方法を見出すために必要なことである。監査役としては日頃から新聞切り抜き等を整理しておくべきである。

当該事案の事実確認

事案の発生場所、発生日時、事案の規模、当時の会社の組織図、関係者、損害額ならびにこれらに関する証拠資料をできるだけ詳細に確認する。取締役会議事録とその説明資料および会議メモ、常務会資料と議事録および会議メモ、稟議書、供覧書、各種会議資料、関係場所の現地見分資料、関係者ヒアリング資料、担当部署の調査資料、損害額を算定できる伝票・帳簿・帳票、関係業務のシステム図などをリストアップして、できるだけ多くの資料を収集し、同時に資料の突合を行い、正確な事実の把握に努める。広汎な資料を効率的に収集、分析するためには、社内各部署の協力を得る必要がある。主幹の監査役のリーダーシップのもと、社内調査委員会を設置することが欠かせないだろう。主任の弁護士との密接な連絡のもとに行うことも大切だろう。

当該取締役の当該事案への関与状況

当該取締役は当該事案にどのような行為をして関与したか、あるいは関与しなかったか。その行為は善管注意義務や忠実義務に違反していないか。当該取締役の決定、行為、判断に過失はなかったか。その決定に当たり十分に情報を収集して慎重に検討・審議が尽くされたか。判断に合理的な根拠があったか。会社の最良の利益のために経営専門家としてどこまで誠実であったか。いわゆる経営判断の原則が適用されうるか。当該取締役の行為が抵触する法令条項は何か。これらの調査には主任の弁護士に必要に応じて直接参加してもらう。損害賠償請求権の消滅時効は10年（民167）であるから、会社が損害を被ってから10年を経過していないか、また当該事案に関与した取締役はほかにいないか、その関与の度合いはどうかも調査する。

会社が受けた損害額の算定

収集資料から会社が提訴請求理由が基で受けた損害額を算定する。必要に応じて公認会計士、顧問税理士の協力を得る。

当該取締役の関与状況の本人確認

収集資料や関係部署に対するヒアリングから当該取締役の事案への関与状況を確認するだけでなく、当該取締役へのヒアリングによってこれを直接本人に確認する。

当該取締役の関与と会社が受けた損害額との相当因果関係

会社が受けた損害を当該取締役の責任に帰すには、両者の間に因果関係がなければならない。取締役に損害賠償という法的責任を負わずには、社会通念上因果関係があるとみるのが相当であるか否かで判定する。取締役が善管注意義務、忠実義務を果たしておれば否と判定されようし、重大事故による損害であれば善管注意義務のレベルが上がり、判定は微妙となってくる。また、関与している取締役が他にもいる場合や部下に職務権限が委譲されている場合その他微妙な場合もあろう。これについては主任の弁護士と充分協議するのは当然として、2回目の監査役会で

充分協議されるべき事項である。監査役は独任制であるから、その意見が他の監査役に支配されることはないし、監査役会で多数決で結論を出すものでもない。

当該取締役の部下に対する管理監督責任

部下がその権限に基づいて行った行為であっても、これを担当職務範囲としている取締役は管理監督責任を免れない。取締役が責任を免れるためには、まず善管注意義務をもって部下に対して日頃から注意を怠っていないことを証明しなければならない。具体的案件において現場の故意・過失が明確で、現場サイドで処理され、当該取締役が全く知らなかった場合には責任を問うのは酷であろう。これらの点は裁判所の最終判断いかにかかっている。それはそうとしても、事案発覚後会社が再発防止に向けてどんな対策を検討・実施したかは取締役の善管注意義務に対する姿勢をうかがわせる。この点も調査項目から外せない。

当該取締役の責任に帰すべき損害額

その事案が取締役会決議によるときは、議事録に異議申述の記載がない限り取締役が連帯責任を負うことになり、その分だけ当該取締役の責任に帰すべき損害額分担額は減ることになる。因果関係その他これまで述べてきたことを監査役会で総合的に判断して当該取締役に帰される損害額を算定する。調査の結果、同事案の責任を負うべき取締役が他にいることが判明したときは、この取締役に帰される損害額も算定する。

この場合当該取締役の責任に帰される損害額はその分縮小する。

提訴請求に対する当該取締役の受け止め方の再確認と提訴前の損害賠償についての意向打診

当該取締役に以上の調査内容について説明し、提訴請求に対する受け止め方を再確認し、事前に損害賠償に応じる意向があるかを打診する。当該事案について他にも関係取締役がいるとき、その関係取締役の責任についてどう考えるかを聞いておく。これについて監査役としてどのように対応すべきかは2回目の監査役会において検討する。

提訴請求株主（代理人を含む。）のプロフィール

提訴請求の株主の真意をできるだけ知っておくことは有用であるし、代理人の存在とそのプロフィールを知っておくことも、株主が提訴した場合の対応を考える参考になる。株主の売名行為か、嫌がらせか、株主権の濫用ないし訴権の濫用に当たらないかなどは、被告取締役が担保提供を請求（267）をするときの悪意の疎明（106）に役立つ。

(5) 主任の弁護士をまじえての事実調査総合調書（法的評価を含む。）の作成

上記 から までの事実調査を評価しながら、主任の弁護士をまじえて、社内調査委員会で提訴請求の取扱いの結論が出しやすいよう整理し、各事項について法的評価を加えながら総合調書を作成する。

(6) 監査役会の開催（2回目）

当該事案についての2回目の監査役会を開催し、主幹の監査役から前項の総合調書を説明し、提訴請求の取扱い、すなわち当該取締役に責任なしとするか、当該取締役に責任があるとしても提訴請求額が多額で失当であるとして監査役は提訴しないとするか、監査役から当該取締役に損害賠償を請求するか、監査役から当該取締役に損害賠償請求の訴えを提起するか（この場合は、裁判所に納付する貼用印紙の額は請求額に応じた金額となり、株主が提訴する代表訴訟の場合の貼用印紙額よりはるかに高い金額となる。）当該取締役から自発的弁済の申し出がある場合にこれを受け入れるかなどを検討する。提訴請求への監査役の対応は監査役の専権事項であって、監査役会において調査の結果判明した事実、当該取締役に帰すべき損害額と損害賠償請求額との比較、訴訟費用、D & O保険の適用、代表訴訟となった場合の訴訟期間、勝敗等の見通し、これが会社の社会的信用や営業に及ぼす影響、損害額の当該取締役からの事前回収などを総合的に判断し、各監査役の意見が一致をみれば、主幹の監査役は一致した意見に沿って対応する。意見の一致をみないとき、監査役は独任制であるから異論のある監査役がその旨を表明し別行動をとることは自由である。具体的にどのような行動に出るかは監査役会に事前説明すべきである。この場合、他の監査役の協力を得られるかどうかは別問題である。

この監査役会で問題となるのは、被提訴請求取締役以外に責任を負うべき取締役がいることが判明している場合である。この場合に被提訴請求取締役だけが責任を問われることになると、その取締役が黙っていないだろうし、そうなったら会社に悪い事態を招きかねない。判決によって被提訴請求取締役の損害賠償責任ありとされた場合は、監査役会としてはこれとは別にその責任がある他取締役に対し損害賠償請求することを考えなければ公平を欠くことになる。

また、被提訴請求取締役から事前に損害額の弁済提供を受け入れて解決に至ることもある。それが望ましいことでもあるが、それには熟慮期間内にそのめどをつける必要がある。このため2回目の監査役会は熟慮期間終了の10日位前までに開催せねばならないことに注意すべきである。

(7) 監査役会結果の社長および当該取締役への通知

監査役会における検討結果については、主幹の監査役から社長および当該取締役へ通知する。とくに社長には監査役は提訴しない場合はその理由、株主が提訴した場合の訴訟の見通しなどを説明する。当該取締役には株主が提訴した場合できるだけ早く弁護士を選任すること、担保提供を申立てるのならはその準備をすることを促す。被告取締役が選任する弁護士はこれまでに登場した主任の弁護士や会社の顧問弁護士は避けるべきである。これは、会社が訴訟参加するときの主任の弁護士を確保しておくためにもなる。ただ、当該取締役による弁護士の選任は、D & O保険はあるものの、その取締役の負担のもとに行わなければならない。

(8) 取締役会への報告

提訴請求書面の形式審査、請求内容の事実調査とその対応は監査役が独自の判断で行ったらよいが、事案は会社にとって重要なことであるから、監査役が行動を起こす前に取締役会に主幹の監査役から、検討過程と結論、今後の見通しなどを説明するのが適切である。その前に事実調査に当り、社内調査委員会等が関係取締役、関係部署から協力を得たことに謝意を述べることを忘れてはなるまい。訴訟の進展次第で裁判所の文書提出命令、証人呼出しなどに協力を得なければならないこともあるからである。

(9) 監査役会結論の提訴請求株主への通知

提訴請求株主には、提訴請求から60日以内に会社として提訴する、あるいは訴を提起しないという監査役会の結論を通知するのがよいと思われる。会社として提訴しないということであれば、監査役が提訴しないことにした理由、例えば調査の結果当該取締役の責任に帰すべき事実や損害がないことが判明したこと、当該取締役が責任を認めて相当の賠償をしたことなどを説明する。会社の姿勢が公正であれば、判断の問題が残ることがあるとはいえ、株主に会社としては提訴しないことを説明すれば充分であるし、株主と論争するようなことはない。それでも株主が訴訟に出るのならば、会社としてはかえって公正な裁判を受けられて好都合であるし、被告となるべき取締役からの担保提供申立ての示唆、会社の取締役への訴訟参加などにより当該取締役を支援する理由も成り立つというものである。そして株主の訴訟提起までに必要に応じてこれらを公表する。会社の姿勢を社会に理解してもらうチャンスであり、信用回復にもなる。

(10) 株主からの提訴請求書受領後60日(熟慮期間)内の監査役のタイムスケジュール

提訴請求があったときの監査役の対応をタイムスケジュールにまとめれば次のとおりである。

提訴請求書受取日からの経過日数	監査役の対応	留意事項
即日	他の監査役への第一報	主幹の監査役を誰にするかについての意向打診
	社長、被提訴請求取締役等への速報	
3日以内	関係役員への連絡	提訴請求書の受理、審査、調査項目、主任弁護士の人選について
	顧問弁護士等の意見聴取	
	記録、調査、事務処理等の担当係の設置	
	提訴請求書の形式審査 提訴請求株主の資格 請求書面の宛先 請求書面の記載事項 (訴訟提起の請求文言の有無 提訴すべしとする取締役の氏名 提訴請求理由、損害額)	
1週間以内	監査役会の開催(1回目)	主幹の監査役から形式審査結果、今後の事実調査の進め方等を説明し、社内調査委員会の設置、監査役が提訴する場合の主任弁護士の人選などを協議
6週間以内	事実調査 調査事項例 当該事項に関する監査役監査の実施状況 新聞報道の整理 当該事実の事実確認 当該取締役の当該事案への関与状況 会社が受けた損害額の算定 当該取締役の関与状況の本人確認 当該取締役の関与と会社が受けた損害額との相当因果関係 当該取締役の部下に対する管理監督責任 当該取締役の責任に帰すべき損害額 提訴請求に対する当該取締役の受け止め方の再確認と提訴前の損害賠償についての意向打診 提訴請求株主(代理人を含む。)のプロフィール	
7週間以内	主任の弁護士をまじえての事実調査総合調書(法的評価を含む。)の作成	当該取締役に責任なしとするか、監査役として当該取締役に損害賠償請求するか、監査役から損害賠償の訴えを提起するか、当該取締役からの損害賠償の申し出を受けるか、株主が提訴した場合に被告取締役は負けるか、会社の信用・営業等に及ぼす影響等を総合的に判断する。
	監査役会の開催(2回目)	
	監査役会結果の社長および当該取締役への通知	
8週間以内	取締役会への報告	
60日以内	監査役会結論の提訴請求株主への通知	

(11) 株主の提訴と会社の対応

株主は、会社が株主の提訴請求から60日以内に当該取締役を提訴しないときは取締役を被告として、会社のため取締役の責任を追及する訴えを会社の本店所在地の地方裁判所に提起することができる。株主は熟慮期間内であっても、その期間の経過を待っていては会社に回復すべからざる損害が生ずる恐れがある場合は訴えを提起することができることに注意すべきである(267)。いずれにしろ、株主は提訴後遅滞なく会社に対しその旨を告知しなければならない(268)。そして会社は株主が訴訟を提起した旨を公告し、または他の株主に通知しなければならない(268)。この告知は、馴合訴訟の防止や、取締役に不当に有利な内容で訴訟上の和解や訴えの取下げが行われることを防止するためのものである。これにより会社が提起した取締役の責任を追及する訴えには株主が、株主が提起した訴えには会社または他の株主が、原告側に参加することができる(268)。

株主の提訴は会社のために行うのであるから、監査役はできる限り法廷を傍聴し口頭弁論の経過を検討していくべきであり、必要に応じて原告・被告どちらの側に訴訟参加したらよいか、その他どう対応していったらよいかについて主任の弁護士と協議する。

(12) 被告取締役の対応

弁護士の選任

提訴された取締役が最初にすべきことは、弁護人の選定および依頼である。被告取締役は弁護士情報に乏しいのが普通であるから、弁護士の選定に当たっては法務部長に意見を聞くのが適当であろう。被告取締役が複数人であるときは、弁護士は各別に選任するのが望ましい。

会社の支援

被告取締役に金銭上の支援は行えないが、会社が所持している役員に有利な証拠を開示し、貸与することはできる。裁判所の文書提出命令には従わなければならない。従わないときは、決定で20万円以下の過料に処せられる(民訴225)。

担保提供の申立て

株主の訴訟提起が悪意に出たことが疎明されたときは、裁判所は被告取締役の請求により、原告株主に対し相当の担保を提供するよう命ずることができる。この場合、悪意とは提訴株主の請求に理由がなく、かつその株主がそのことを知りながら訴えを提起した場合をいう。この場合に請求に理由がないとは、請求原因の主張が失当であること、立証の見込みが低いこと、被告取締役の抗弁成立の蓋然性が高いことなどをいうと解されている。相当の担保には被告取締役の弁護士費用、精神的苦痛に対する慰謝料が含まれ、実際には被告1人につき300万円から1000万円程度の金額例が多いといわれる。

D & O 保険の請求

被告取締役が弁護士を依頼するには着手金が必要であるし、調査費用も必要になってくる。保険会社へ保険事故として株主の提訴を通知しておけば、弁護士着手金等の前払いについてD & O 保険請求することができる。D & O 保険には保険会社の免責金額が設定されているので、代表訴訟にかかわる全費用が補填される訳ではない。また、役員が違法に私的な利益を得た場合、犯罪行為や意図的な法令違反によって会社に損害を生じさせた場合、お手盛報酬、インサイダー取引、賄賂などによる損害は保険金支払いの対象から除外される。

(13) 会社の被告取締役側への補助参加

株主が訴えを提起した場合に、取締役に責任がないと考える会社が取締役側に補助参加（民訴 42）することは、会社にその補助参加の利益が認められれば行うことができる。ただし、会社の判断の適正を確保するため、会社が当該参加の申し出を裁判所に申し出るには、監査役的全員一致による同意を必要とする（268）。補助参加について会社を代表するのは代表取締役である。

(14) 和解

取締役の会社に対する責任を追及する訴訟につき和解(再訴禁止の効力がある訴訟上の和解)をする場合、総株主の同意を要しない。ただ、この和解が不当に取締役に有利な内容でなされる弊害を防止するため、訴訟提起の公告または株主への通知(268)、会社が和解の当事者でない場合に和解内容の会社への通知かつ和解に異議があれば2週間内にこれを述ぶべき旨の催告を要し、会社が書面で異議を述べないときはその内容で和解することを承認したものとみなす(268 、)という制度が設けられている。原告と被告取締役との共謀により訴訟の目的たる会社の権利を詐害する目的で訴訟上の和解が行われたとき、これは再審事由に当たり、和解の無効原因となる。代表訴訟が会社に対し不利な和解が行われる危険のある訴訟であることに対する手当てである。

和解がなされる場合で、会社が和解の当事者(利害関係人として加入する場合を含む。)でないときは、裁判所は会社に対し和解の内容を通知し、かつ和解に異議があれば2週間内に異議を申し述べる旨を催告しなければならない(268)。会社がその期間内に書面をもって異議を述べないときは、その通知の内容で株主が和解をなすことを会社が承認したものとみなされる(268)。

会社が異議を述べたときは、原告株主と被告取締役がその内容で和解しても会社または他の株主の関係について再訴禁止の効力が生じない(268)。

(15) 判決

代表訴訟の判決の効果は、会社に及ぶ(民訴115 (2))。取締役が敗訴した場合の代表訴訟の判決主文は、次のような形である。

被告 は訴外 株式会社に対し金 円およびこれに対する平成 年 月 日から支払済まで年5%の割合による金員を支払え 訴訟費用は被告の負担とする

敗訴した株主は悪意があった場合にのみ会社に対し損害賠償責任を負う(268 /2)。ここにいう悪意とは、不適當な訴訟進行により敗訴し会社の権利を失わせる認識およびいわれない訴訟提起により会社の信用失墜等の損害を与える意

図の双方を含む。

(16) 費用の会社負担

代表訴訟において株主が勝訴した場合(訴訟上の和解により取締役が損害賠償を約束した場合を含む。)その株主は弁護士に支払う報酬額の範囲内で相当の額および訴訟費用以外の支出(事実関係の調査費用、弁護士との打合せに要した旅費・通信費等)の範囲内で相当の額の支払を会社に対し請求することができる(268ノ2)。

被告取締役が勝訴した場合、弁護士報酬額、調査費用を含め防御のため要した相当の額は受任者が委任事務を処理するために受けた損害として会社に請求できる(民650)。

(17) 上訴

判決に不服のある当事者は、上訴して争うことができる。一審判決に対する控訴は、判決書が送達されてから2週間の不変期間内に一審の地方裁判所に控訴状を提出して行う(民訴285、286)。二審判決に対する上告は、二審の判決書が送達されてから2週間の不変期間内に高等裁判所に上告状を提出して行う(民訴314)。

(18) 再審の訴え

裁判の手續や内容に重大な瑕疵がある場合は民事訴訟法上再審制度が認められているが、さらに商法では取締役の責任を追及する訴えについていわゆる詐欺再審の制度が設けられている(268ノ3)。この制度が認められるのは原告および被告の共謀により訴訟の目的たる会社の権利を詐害する目的(原告株主が故意に敗訴したり、少額の請求をもって勝訴するなど。)をもって判決をなさしめた場合である(268ノ3)。この取締役の責任を追及する訴えには、代表訴訟に限らず、会社が取締役の責任を追及する訴えも含むと解されている。

5. 監査役の責任を追及する代表訴訟

監査役が取締役との連帯責任を問われることはよくあるが、監査役が単独で責任を追及される代表訴訟は平成9年の日本電気事件がある程度である。同事件は日本

電気が100%子会社エヌイーシー総研に対し業務委託契約により供与してきた資金が、税務上使途不明金として認定され、その税負担と会社の粉飾決算を見抜けなかった監査役の業務監査に善管注意義務違反ありとして3,438万円の損害賠償請求があったものである。この訴訟は後に取締役の責任も追加されたが、結局東京地裁は請求を棄却した。

今後は監査役の責任のみを追及する代表訴訟も起きると思われる。監査役は執行部と違うから単独で提訴されることはないと思っていたら間違いだろう。取締役の責任を追及する提訴請求に監査役がその必要なしという結論を出したときなどは要注意だろう。

監査役が任務を怠ったときは、会社に対し連帯して損害賠償責任を負い(277)、この場合取締役もその責に任ずべきときは監査役と取締役は連帯して責任を負う(278)。監査役の実行、不作為が監査役会の決議に基づきなされたときは、議事録に異議をとどめなかった監査役もその行為をしたものとみなされて責任を負う(商特18の4)。もっとも監査役には取締役のような無過失責任の定めがないので、当該決議時の個々の監査役の任務懈怠の有無が問題となる。

監査役に対しても代表訴訟が認められる(280)が、会社が監査役の責任を追及する訴えを提起する場合には、会社を代表する権限を有する取締役が会社を代表する(261)。

取締役が提訴される場合に監査役も提訴されるケースはよくあることだが、この提訴はもともと提訴の理由が異なる別の提訴であるから、被告取締役が立てる弁護士と被告監査役が立てる弁護士は別人とするのがよい。

(注) 民事訴訟法は民訴、民法は民、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律は商特と表記している。その他、法律名のないのは全て商法である。

・代表訴訟への理解を深めるために

1．代表訴訟の日米比較 米国の代表訴訟終了制度を中心に

神戸商科大学商経学部専任講師 釜田薫子

(1) はじめに

わが国の株主代表訴訟制度は、米国法を母法として導入されたものであるが、わが国と米国の制度では決定的な違いが存在する。それが株主代表訴訟終了制度である。代表訴訟終了制度そのものは1882年にその起源を遡るが、米国において訴訟終了の問題が最も注目を浴びるようになったのは、訴訟委員会が発展してきた1970年代からであるといえよう。訴訟委員会制度に関しては近年のわが国においても導入を検討する動きがあり、この制度についての基本的な知識を整理することは有益な作業であると思われる。本稿の目的は、米国における株主代表訴訟終了制度について概観し、その制度において中心的役割を果たすと思われる訴訟委員会をめぐる問題についての検討を試みることである。

なお、検討にあたって参照する『コーポレート・ガバナンスの原理』は、アメリカ法律協会(ALI)がコーポレート・ガバナンスの中心問題について現在の法規範を分析し、整理すると共に法および会社実務のあるべき姿を示すために作成した文書である。この文書は法的拘束力を持つものではないが、実務家や法律学教授から構成される権威ある団体であるALIによって完成されたものであるだけに、裁判所によっても無視されることはないとの指摘がある。

(2) 代表訴訟終了制度の概要

提訴請求の意義

米国の株主が株主代表訴訟を提起するには、まず取締役会に対して提訴請求(demand)をすることが必要とされる。これは、連邦の裁判手続を定める連邦民事訴訟規則や各州法が要求しているものである。提訴請求の書類には、請求原因や代表訴訟の被告の名前、会社に生じた損害額、原告が要求する救済などが記載される。提訴請求をされることで取締役会は、会社内に生じている問題点を検討し、顧問弁護士などと相談しながら会社にとって最善の選択をする機会を得ることになる。これは、会社内の問題が裁判所に持ち込まれるには、その前にまず、会社内部で採り得る全ての救済手段が検討し尽くされていなくてはならない、ということの意味する。取締役会は、様々な選択肢 会社自身で訴訟追行すること、株主に訴訟追行させること、和解を進めることなど を有している。提訴請求自体はわが国の制度にもみられるものであり、一見すると米国のそれとよく似ているように思われる。しかし、米国の代表訴訟終了制度の特色が最もよく表われてくるのは、検討を行った取締役会が、株主の請求を拒絶すること(提訴請求拒絶)を選んだ場合においてである。

わが国の代表訴訟においては、提訴請求拒絶は当然に不当性を帯びるため原告株主は直接裁判所に提訴することができ、本案訴訟の進められた結果、取締役の責任の有無が判断されるという流れになる。これに対し米国においては、提訴請求拒絶という取締役会の判断は当然に不当性を帯びるものではない。すなわち、一定の要件を満たすことで取締役会の判断は裁判所によって尊重され、訴訟は却下または棄却によって終了されるのである。これは、被告取締役に対する損害賠償請求権を有しているのは会社自身であり、その請求権を行使するかどうかは会社の経営判断に委ねられる性質のものと考えられているからである。もちろん、経営判断が裁判所に尊重されるためには、判断を行う取締役が不正行為に関与してはならないし、請求原因の検討にあたって判断者は十分な情報を収集しなくてはならないことは言うまでもない。提訴請求を拒絶された場合に原告株主は、取締役会は被告や不正行為と利害関係があるから公正な判断ができないという主張をすることになる。不正行為と利害関係がなく独立の取締役たちが十分な情報を得て誠実に行った判断と認められれば、経営判断原則の適用によってその判断は裁判所に尊重され、訴訟は終了される。また原告株主は、取締役たちは公正な判断ができない者なのだから提訴請求は無意味である（提訴請求無益）と主張して、はじめから提訴請求を行わずに直接裁判所に訴状を提出することがある。この場合に、取締役会が公正な判断ができることが裁判所に認められれば、原告は改めて提訴請求を行わねばならない。いずれの場合であっても原告側の主張が認められれば、訴訟は追行され、取締役の責任の有無が判断されることになる。しかし 1970 年代に入ると、このような構造に変化が現れる。この変化を生み出したのが、以下で紹介する訴訟委員会制度である。

訴訟委員会制度の起源と発展

訴訟委員会とは、取締役によって構成される委員会の一つであり、取締役会から権限を委譲されるものである。これは常設の委員会ではなく、訴訟の度ごとに新たに設置される機関である。

訴訟委員会が認められたことによって、取締役会自体は公正な判断ができないとされた場合でも、会社はなお訴訟委員会を設置することで、さらなる訴訟却下申立てをすることが可能となった。つまり、取締役会は公正な判断ができないことを理由に、いったんは訴訟が裁判所に係属しても、訴訟委員会がもう一度訴訟について検討し、訴訟が会社の最善の利益に反すると判断すれば、裁判所に対して訴訟却下の申立てを行うことができるのである。これは、裁判所が会社機関の意見を検討する機会は二度あるということの意味する。もっとも、実務においては初めから訴訟委員会が検討を行うこともあるようである。

訴訟委員会の判断が裁判所に尊重されるためには、取締役会自体が判断する場合と同様に、訴訟委員会の判断は経営判断原則の要件を満たさなくてはならない。す

なわち訴訟委員会の構成員たちは、被告や不正行為と利害関係がなく、十分な情報を得て、誠実に判断を下すことが求められるのである。

訴訟委員会が生み出されたのは、1970年代の証券取引委員会（SEC）の調査においてであった。SECは、外国公務員への不正支出の疑いのある企業に対して、訴訟委員会を設置して会社内部の調査をするよう命じた。これが訴訟委員会の始まりであるが、この当時の役割は、取締役や役員に対する会社の損害賠償請求権について調査をするだけに限られていた。その後、訴訟委員会は会社が取べき方法についてSECに報告を行うなど少しずつ大きな権限を与えられるようになった。このように、初期の訴訟委員会はSECという公の機関の調査の手助けをするという役割を与えられていたに過ぎなかったものの、内部の問題の解決に関して会社自身が自主性を発揮する一つのきっかけになったことは否定できない。

訴訟委員会が初めて今日のように代表訴訟における大きな役割を担うのは、1963年に下されたニューヨーク州判決であるゴール判決（Gall v. Exxon Corp., 418 F.Supp.508(S.D.N.Y.1976)）においてである。ゴール判決は、会社の取締役たちが外国公務員に対して不正支出をしたことが請求原因となった事件である。裁判所は、訴訟について判断する権限を取締役会が訴訟委員会に委譲することを認め、「訴訟を続ければ多額の費用がかかり、会社経営を妨害し、会社の士気を下げため会社の最善の利益に反する」という訴訟委員会の判断を尊重して訴訟を却下した。ゴール判決以後、訴訟委員会は訴訟について判断する権限を認められるようになっていった。そして今日では多くの判例においてその権限が認められている。

（3）訴訟委員会による調査と裁判手続

内部調査と弁護士の補助

訴訟委員会は判断に際して十分な情報を得ていなくてはならないので、委員会自らが選んだ弁護士の補佐を受けながら、会社内部の調査をする必要がある。このような弁護士の補佐があれば、後に裁判所が委員会の判断を審査する場合に、誠実な判断であると認められる可能性が高くなる。判例によっては、弁護士の補佐を受けなかった委員会の判断は誠実なものとは認められないとしたものがある。委員会を補佐する弁護士が被告の弁護士であってはならないのは言うまでもないが、会社の顧問弁護士も避けるべきである。これは特に、会社の上級執行役員が被告となっている場合に注意すべき点である。委員会は、請求原因と関連すると思われる全ての文書を検討し、社内の関係者にインタビューを行うという方法で調査を進める。

弁護士は委員会の補佐の一環として、委員会に対して報告書を提出する。その内容としては次のようなものが挙げられる。すなわち、提訴請求についての検討・原告側弁護士との提訴請求に関するやり取りなど報告書を作成するまでの状況、調査過程、調査への委員会の実質的参加の有無、被告の行為に関連する法的な基準・提訴請求の法的有効性・株主の原告適格・取締役の信認義務の基準・裁判所が訴訟委

員会の判断に対して適用する基準などの法律的観点からの報告、判断を行う取締役たちの独立性についてなどである。さらに報告書においては、取締役会または訴訟委員会が会社の最善の選択肢を判断する際に参考にできるように、調査結果に関する検討が記載されていなければならない。

裁判手続と証拠開示

原告の主張（提訴請求拒絶が不当、あるいは提訴請求無益）が認められ、訴訟が裁判所に係属した場合には、原告は訴訟委員会の調査内容について証拠開示請求を行う権利を得ることになる。証拠開示とは、訴訟の両当事者が有している全ての情報や証拠を相手方と共有しなければならないという手続である。米国においてこの手続は、真実の発見に大きな役割を果たすと考えられている。ただし、訴訟委員会の調査が終了して申立てが行われるまでは証拠開示手続は停止すべきとされるため、調査の途中で証拠開示を求めることはできない。証拠開示請求は、原告側と被告側が互いに行うものである。米国の株主代表訴訟において会社は形式上被告側に属しているため、原告株主が会社の資料の開示を請求する場合は、被告への証拠開示請求という形をとる。

この証拠開示手続において、訴訟委員会の調査が不誠実なものであると判断される場合がある。それは、開示免除特権との関係においてである。原告からの証拠開示請求があった場合に、会社は資料を開示しなくてはならないが、弁護士が調査の過程で社内の者に行ったインタビューの記録内容や、弁護士が訴訟のために作成したメモなどは開示しなくてよい。このように証拠開示を免れる権利を開示免除特権と呼ぶ。これらの権利は、会社にとっては会社の内部情報を守る有効な手段である一方で、原告株主にとっては情報取得の障害となるものである。会社側の戦略として、前述のような証拠開示の場面を想定し、できるだけ多くの情報の開示を免れることを目的に、訴訟委員会の調査の大部分を弁護士に任せることが考えられる。そこで裁判所はこのような会社の戦略を考慮して、訴訟委員会がインタビューなどの調査を弁護士に任せきりにした場合には、訴訟委員会の手続は不誠実なものであるから、その判断は尊重できないとすることがある。

では、弁護士に調査を任せきりにするとは具体的にはどのようなことであろうか。弁護士は法律の専門家であるから、法律問題についての弁護士の意見を委員会が実質的に取り入れることは認められている。しかし、調査の指揮や方針を決めるなどの全体的なことを弁護士に任せ切りにした場合は、職務放棄にあたるとされる。インタビューは調査の重要要素であるので、委員会の構成員自身がインタビューに参加せず、弁護士の作成した記録を読むだけで結論を下した場合などは、調査は不誠実なものであったとされる可能性が高い。これに対して、委員会自身が調査方法を決定し、ある部分については専門知識を有する弁護士に任せるといった具合に、調査の全体を把握している場合は、誠実な手続と認められる。訴訟委員会の却下申立

てが裁判所に認められずに訴訟が進行される場合は本案審理に入り、取締役の責任の有無が検討されることとなる。

(4) 訴訟委員会の構成員と構造的偏向

訴訟委員会の構成員

訴訟委員会の構成員は、被告や不正行為と利害関係がなくそれらから独立でなくてはならないが、それは具体的にはどのようなことを指すのであろうか。判例やアメリカ法律協会（ALI）の『コーポレート・ガバナンスの原理』においては、主に、訴訟委員会の構成員と不正行為の関係、構成員と会社との関係、構成員と被告との関係、構成員の人数といった観点からの検討がなされるようである。

訴訟委員会の構成員は訴訟の被告でないことが望ましいことはいうまでもない。しかし原告株主は、取締役会は公正な判断ができないことを示すために、訴訟戦略として取締役会の構成員全員を被告として訴えることが多い。このようなことから、形式上「被告」というだけで、訴訟委員会の構成員の資格を否定されることはない。ただし構成員が一名の場合は、形式的責任しか問われていなくても構成員とはなれない。被告として追及されている責任が、不正行為に実質的に参加したり、それを承認したりした責任であれば、構成員とは認められない。

会社や被告との事業上の関係、寄付金を受けたといった関係、会社との法律顧問関係、被告との友人関係、隣人関係などがあれば構成員になることを否定する要因として考慮される。構成員が一名の場合は、これらの要素の一つでもあれば公正とは認められないが、複数名の場合はいくつかの要素が組み合わさっているか、あるいは構成員の中の何名が形式的に利害関係を有しているかということが検討される。ALI はさらに構成員の親類などの「関係者」が利害関係がないかという点も考慮している。

構造的偏向

前述したように、訴訟委員会の構成員が独立で利害関係がないかどうかの検討は、様々な要素を考慮して行われる。しかし、独立で利害関係がないという要件を満たしたとしても、なお訴訟委員会は公正な判断はできないのではないかとする考え方が存在する。これが「構造的偏向（structural bias）」の考え方である。構造的偏向とは、取締役会の構成および性質に起因する代表訴訟に対する固有の偏見とか、独立していると考えられる訴訟委員会の構成員が彼らを任命する取締役の及ぼす個人的・財政的または道徳的影響を免れないということなどを意味するとされる。このような考え方を突き詰めれば、訴訟委員会の設置自体も認められないことになる。しかし、構造的偏向を理由に訴訟委員会の判断を認めないという判例は少数に過ぎず、米国判例の大多数は、たとえ構成員が被告取締役によって任命され、被告と同じ取締役会にいたという共通の経験を有するとしても、株主代表訴訟について偏りのない公正な判断をすることが可能であると考えられているようである。

(5) 訴訟委員会と会社の最善の利益

訴訟委員会制度の意義

訴訟委員会制度は、会社の最善の利益に反する訴訟追行を防ぐことにその意義がある。提訴請求された取締役会の提訴請求拒絶が公正なものと認められれば、それによっても、会社の利益に反する訴訟は止められるであろうが、なお会社の利益に反する訴訟が追行されてしまう恐れがある。それは次のような理由によるものである。取締役会による提訴請求拒絶が不当かどうかを判断するに際して、裁判所が主に検討するのは、手続的な問題 取締役会が出した提訴請求拒絶の文書に不備があるかどうかや、取締役会が被告や不正行為と利害関係があるかどうか についてである。しかしこのような手続的な問題に重点を置いた検討では、会社の利益に反する訴訟が追行される可能性がある。なぜなら、原告側の申立てが非常に技術的に優れた (especially skillful) ものであったり、取締役会に手続的な能力が欠けているために不十分な提訴請求拒絶を行ってしまった場合には、請求原因の具体的な内容とは関係なく訴訟提起が認められうるからである。これに対して、訴訟委員会の判断に対する裁判所の検討は、訴訟が会社の最善の利益に合致するかどうか重点を置いて行われるため、会社の利益が守られる可能性が高くなるということである。

会社の最善の利益

訴訟委員会が「当該訴訟は会社の最善の利益に合致しない」という理由で訴訟却下の申立てをした場合、裁判所は「会社の最善の利益」を検討するにあたってどのような要素を考慮するのであろうか。判例は、訴訟を続けることで会社員の時間を浪費したり、従業員の士気が落ちたり、会社の評判に傷がつくといった点を、会社の利益のために訴訟を終了すべき理由として挙げている。ALI は設例において次のようないくつかの具体的状況を示している。

検討すべき要素の一つとして ALI が挙げるものに、「原告勝訴の確率」と「回復見込みのある損害賠償金額」がある。設例は、市場価格を上回る価格で自分の持ち船を会社に借りさせたことを理由に、最高執行役員に対して提起された代表訴訟に関して次のように述べている。この訴訟の検討の結果訴訟委員会は、訴訟却下申立てを行った。損害賠償請求額は 300 万ドルで、本案審理における原告勝訴の確率は 50% であるから、実際に会社に回復する見込み額は 150 万ドルである。これは会社が訴訟において支出することになるであろう 50 万ドルを明らかに上回るものであるから、たとえ他の要素から考えれば訴訟の却下が適切であるとしても、訴訟は追行されるべきである。

しかし、原告勝訴によって会社に回復する見込み額が費用を明らかに上回っていたとしても、訴訟却下が許される場合がある。訴訟却下が許される場合として、設例は次のような状況を紹介している。ある会社が外国公務員に不正支出を行った。その後、会社は SEC との同意判決 (consent degree) を受け入れた。同意判決とは、

SEC が裁判所に請求した措置 設例では、会社のさらなる支出の差し止め命令に会社が同意するというを確認する形の判決である。同時期に取締役会は、新しく改定された会計内部コントロールシステムおよび監査委員会手続を採用した。さらに、前述の支出を指揮した副社長を解任した。その後、この副社長に対する株主代表訴訟が提起された。訴訟委員会はすでに是正措置が採られていることを理由に訴訟却下を申し立てた。会社に回復するであろう損害賠償額が費用を明らかに上回っていたとしても、内部コントロールシステムが事件の再発を防ぐようなものと評価できるのであれば、裁判所は訴訟を却下することができる。

前述したものの他、裁判所が考慮すると思われる会社内部の措置として、設例は次のようなものを挙げている。ある会社の社外取締役は、会社の事業の機会を奪い、その結果会社に 50 万ドルほどの損害を生じさせた。このような行為を理由として、この社外取締役に対する株主代表訴訟が提起された。訴訟委員会は、訴訟は会社役員の時間を浪費し、従業員を困惑させ、会社の評判を落とすので却下されるべきであるという一般的で断定的な判断を行い、訴訟却下を申し立てた。裁判所は、信頼できる十分な裏づけのない一般的な理由によって訴訟を却下するべきではない。しかし、次のような場合には訴訟却下は会社の最善の利益に合致するという訴訟委員会の判断を尊重して、裁判所は訴訟却下してもよい。それは、会社の機会を奪った社外取締役が、以前から交渉中であった取引（会社と自分の会社との取引）に関して、次のような申し出を行った場合である。それは、代表訴訟を終了することを条件として、取引における販売価格を大幅に値下げする（以前に 2500 万ドルで申し出たものを 2000 万ドルにする。）ことで会社に利益をもたらすことを提案している場合である。

このように会社にとって有益な何らかの内部措置は、訴訟却下を許す重要な要素となる。しかし、訴訟終了によって被告やその関係者に利益が残るような場合は、訴訟終了は許されない。このような場合の内部措置には、被告から会社への利益返還も含まれるべきことに留意すべきである。この点については次のような設例が記されている。

ある会社社長が会社財産を横領し、株主がこれを理由に取締役会に対して提訴請求をした。その後代表訴訟提起がなされる前に、取締役会は新しい監査手続を導入したが、会社財産を横領した社長については、社長が会社にとって必要な人材であるという理由から何の処分もしなかった。裁判所はこの代表訴訟を却下してはならない。ただし、この社長が会社財産を会社に返還した場合には、他の基準を満たせば却下をしても差し支えない。

(6) おわりに

本稿では、米国の株主代表訴訟終了制度の中で中心的役割を果たす訴訟委員会をめぐる問題について、判例や ALI の『コーポレート・ガバナンスの原理』を参考に

検討してきた。その結果、次のようなことがいえるように思われる。第一に、株主代表訴訟終了制度は安易に訴訟終了をさせるものではなく、委員会構成員の独立性や利害関係、弁護士との関係など様々な要件を満たして初めて機能するものということである。第二に、訴訟を却下すべきかどうかを検討するにあたって考慮されるものとして、訴訟の終了によって被告に不当な利益が残るかどうかという点、そして、内部コントロールシステムの導入や違反者の処分といった会社内部の是正措置がなされたかどうかという点の二つが挙げられるということである。これは、訴訟終了の限界は「被告が不当な利益を手に行っているかどうか」であることを意味する。その理由について ALI は、仮に被告に不当な利益があるにも関わらず訴訟を終了すれば、株主代表訴訟の抑止力という価値と、会社制度の高潔性への信頼が揺らぐからと説明している。

仮にわが国において代表訴訟終了制度を参考にした制度を導入するとして、訴訟終了の限界については現在の米国の考え方をそのまま導入すべきかどうかについては疑問を感じる。なぜなら、被告が利益を得ていなければ、贈賄などの違法行為でさえも訴訟終了が可能ということになるからである。現在の日本においてこのような考え方をとることが適切であろうか。訴訟を終了することで取締役の責任が追及されない場合に、違法行為が起こった会社内部の状況が十分に改善されると言い切れるだろうか。このような懸念に対しては、次のような考え方に目を向けることで、解決の糸口が見出せると思われる。ALI は『コーポレート・ガバナンスの原理』を完成するまでにいくつかの試案を発表したが、その初期の試案によれば、訴訟終了の限界については現在よりも厳しい基準を設定している。つまり被告が利益を得ていない場合であっても、違法な政治献金行為を理由とする訴訟の終了は許されないとしていたのである。ただし、是正措置を講じていた場合には訴訟終了は裁判所の判断によって可能であるとされていた。本稿で検討したように、内部是正措置については『コーポレート・ガバナンスの原理』の完成版も訴訟終了の要件として考慮しており、試案の段階から現在まで ALI は是正措置を重視しているといえよう。

訴訟終了の限界を決めるにあたっては様々な角度からの検討が必要であろうが、訴訟終了が許される要素の一つとして内部是正措置の存在を重視することは、今後のわが国の会社の自主性を高めるという観点から有益な選択であり、参考にすべき考え方ではないかと思われる。

2. エンロン破綻を契機とするアメリカ企業法改革からの示唆 —— 監査制度に関する規制を中心に ——

大阪市立大学法学部助教授 小柿徳武

(1)はじめに

今回の報告にあたり、当初与えられたテーマは、「米国における会計監査人制度と会計監査人の責任」であり、副題としてエンロン事件等を題材にという方向性が示されていた。

本研究会の趣旨は、実務に携わる監査役メンバーと商法を中心に研究する研究者メンバーとの意見交換によって、監査役の方々の株主代表訴訟制度に対する理解を深めるとともに、万が一訴訟を起こされる事態となった場合の対処、さらには、訴訟を防止する日頃の注意点について、一定の指針を提供することにあるといえよう。

そうした趣旨から、エンロン事件を契機とする最近のアメリカにおける企業法改革の動きを紹介し、その中から、日本における大規模公開会社の監査制度への示唆を得ることが意義あるものと考えた。

以下では、まず、エンロン事件について、その概要と原因分析を、主として「四つの利益相反」という観点から紹介する。次に、これらの事件を契機として、2002年7月に成立した企業会計改革法(以下では「サーベンス・オクスリー法」とする。)を紹介する。最後に、日本の監査役監査への示唆について考察する。

日米の経営および監査制度などの相違

下記の議論の前提として、日本とアメリカにおける経営および監査制度の枠組みについて簡単に確認することが有益であると思われる。

経営・監督機構

日本法のもとでは(委員会等設置会社以外は)、取締役会が業務執行を決定し、代表取締役および業務担当取締役が、業務を執行する(260条1項、新3項)。取締役会が(業務執行を行う)取締役の職務の執行を監督し、監査役がこれを監査する(260条1項、274条1項)。

アメリカの大規模公開会社において、取締役は、その多くがいわゆる社外取締役であり(従って通常は監督業務のみ)、実際の経営は、上級役員(executive officer)を中心としたマネージメント(management)が担う。その中心は、CEO(chief executive officer)であるが、通常、COO(chief operating officer)やCFO(chief financial officer)がおかれる。この他の上級役員として、CAO(chief accounting officer)やCRO(chief risk officer)などがある。

NYSE(ニューヨーク証券取引所)などの上場規則などにより、取締役会の下部機関として監査委員会(audit committee)の設置が強制されており、その構成員には一定の独立性が要求されている。監査委員会は、大まかにいって内部監査人(internal auditor)および後述の外部監査人の監査をふまえて、会計問題を中心とした審査(review)を行い、取締役会の監督機能を補充する。

会計監査

会計監査について、日本の商法特例法上の「大会社」は、計算書類等について、会計監査人による会計監査を受けなければならない(商特2条、商法監査)。これとは別に、いわゆる「公開会社」(証券取引法24条第1項、なお施行令35条参照)が提出する財務諸表は、証券取引法上、公認会計士または監査法人の監査証明を受けなければならない(証取193条の2第1項)。制定法上、この公認会計士および監査法人を指す用語はないが、「証取法上の監査人」または単に「監査人」と呼ばれているようである。大会社でかつ公開会社である株式会社については、商法監査と証取法監査のいわゆる「二重の監査」が課されているが、実際には、「会計監査人」と同じ監査法人が証取法上の監査を行うことが多い。意見表明時期やその方法において若干の差異はあるが、「会計監査人」と「監査人」を区別して論じる実益はあまり多くないともいえる。

アメリカの株式会社は州法のもとで設立されるが、ごく少数の例外を除き、州法上、会計監査の義務は課されていない。連邦証券諸法のもとで、会社が提出する財務諸表は、独立した公的会計士による監査証明を付すことが義務づけられる。この独立した公的会計士のことを、一般に、(内部監査と区別する意味で)「外部監査人」または単に「監査人」と呼んでいる。

アメリカの「監査人」は、日本法における「証取法上の監査人」に相当し、商法監査(設立の準拠法に基づく監査)の担い手である「会計監査人」は(ごく一部の州を除き)存在しない。以下では、アメリカの制度から示唆を得ることを目的とするため、ひとまず、公開会社を念頭におき、日本の証取法上の監査人と、アメリカの監査人を総称する用語として「監査人」を用いることにする。

定期的情報開示

日本法の証券取引法のもとでの、継続開示として、有価証券報告書(24条1項)、半期報告書(24条の5第1項)および臨時報告書(同第4項)が規定されている。具体的な開示事項については、企業内容等の開示に関する内閣府令がその内容を定めている。

アメリカにおける「証券諸法(securities laws)」の中心は、証券法(Securities Act of 1933)と証券取引所法(Securities Exchange Act of 1934、以下では「取引所法」とする)である。前者は主として発行市場を対象とし、後者は主として流通市場を対象とする規制である。取引所法4条により設置されるSEC(証券取引委員会)は、証券諸法を執行するための規則制定権限および一定の執行権限を有している。

開示制度として、取引所法12条により証券を登録した発行者および証券法6条の登録をした発行者は、フォーム10-Kによる年次報告書(annual report)、フォーム10-Qによる四半期報告書(quarterly report)およびフォーム8-Kによる臨時報告書(current report)をSECに提出しなければならない。具体的な開示事項は、株主宛年次報告書(取引所法規則14a-3)も含めて、会計事項に関するレギュレーションS-Xおよび非会計事項に関するレギュレーションS-Kのもとで統一的に規制されている。

(2)エンロン破綻の要因

事実の概要

エネルギー関連総合商社であるエンロン社は、1985年にオレゴン州で設立され、電力デリバティブなど複雑かつ高度なビジネスモデルを軸として、急速に発展をとげた会社である。設立当初から、ケネス・レイ氏がCEOを務めている。2000年8月には、フォーチュン誌において全米7位にランクされた(年商約1000億ドル、資産約650億ドル、従業員約2万人)。

1999年に当時CFOのファストウ氏は、エンロンが関与した二つのプライベートの有限投資パートナーシップ(LJM1およびLJM2)のマネージング・メンバーに就任している。エンロンは、資本調達やリスクヘッジの目的で、このパートナーシップおよび特別目的企業体(SPE)を巧みに利用していた(エンロンの株価が上昇することを前提とした仕組み。)

2001年2月に、会社興隆の立て役者である、ナンバー2のスキリング氏がCEOに昇格した(レイ氏は取締役会議長職にとどまる)。その後、4月には株価が大幅に下落し、8月14日にはスキリング氏が下落の責任と個人的理由からCEOを辞任し、前CEOのレイ氏が再びCEOに就いている。

この頃から内部的に不正経理の疑いが指摘されていたが、10月15日には、エンロン社の顧問を務めるVinson & Elikns法律事務所(以下「V & E法律事務所とする。」)が、間違った行為はなかったとする報告書を提出した。

10月16日に、エンロン社は、7~9月期の決算が6億3800万ドルの大幅欠損となり、総額10億ドルの資産減少となることを発表した。10月24日にCFOのファストウ氏を解雇している(この間、10月23日には、アンダーセンの幹部がエンロンに関連する監査資料の意図的な破棄を命じたとされている)。

11月8日にエンロンはこれらの修正を説明する臨時報告書(フォーム8-K)を提出している。そこでは、連結対象外であった特別目的企業体を1997年にさかのぼって連結すべきであったとして、過去3年間にわたる総額5億6900万ドルの利益の減額修正および(LJM2に関連して発行された)株式勘定の12億ドルの減額修正を行うとともに、取締役会に特別調査委員会を設定することが表明されている。

その後、ライバル会社であるダイナジー社による買収交渉が頓挫したこともあり、12月2日、ついに、エンロンは、日本法の会社更生法にあたる連邦破産法チャプター11を申請した。CFOのファストウ氏が、通信詐欺(wire fraud)、マネーロンダリングおよび司法妨害等容疑で2002年10月に起訴されたのに続いて、レイ氏ほか4名の前経営陣が証券詐欺およびインサイダー取引容疑で2003年5月に起訴されている。

要員の分析

四つの利益相反

エンロン社においては、創業者であり政界トップとの強いパイプを有するレイ氏、新規事業を立ち上げ、急成長の立て役者であったスキリング氏、および複雑な金融関連取引を担当したファストウ氏の権限が突出しており、他のチェック機関が正常に機能していなかった点が、破綻の最大の原因であるとされている。以下では、四つの利益相反という観点から分析する。

(a)CEOおよびCFOを中心とするマネージメント

最大の問題は、CFOのファストウ氏が、LJM1およびLJM2という有限投資パートナー

シップを代表する地位についた点である。さらに、CEOのレイ氏は、2000年度に1億4000万ドルの巨額の報酬を受け取っており、他の役員も、特別ボーナスを含め巨額の報酬を受け取っていた。また(株価の下落が予想される局面でさえ)ストックオプション制度により利益を得ていた。マネージメントと会社との間に、通例でない利益相反関係があったといえよう。

(b) 社外取締役(監査委員会委員)

エンロン社の取締役会は、1~2名の社内取締役と15名前後の社外取締役から構成されていた。監査委員会のメンバーは、大学教授、エコノミスト、ビジネスマンなど約6名であった。取締役の報酬は、一人あたり一年間の報酬支払額が約35万ドルと、全米平均の3倍近い額であった。また、メンバーの関与する組織(大学、公益団体、政治団体)などに、エンロン社は多額の寄付を行っていたが(例えば、大学には数十万ドル単位)、その一部しか開示がなされていなかった。こうした点から、監査委員会および社外取締役の独立性に問題があったのではないかと指摘されている。

(c) 監査人

エンロンの監査を担当するアーサーアンダーセンは、監査費用として、年間約2500万ドルを受け取っていた。もっとも、それ以外のコンサルタント料として、監査費用を上回る、約2700万ドルを受け取っていた。この点から、監査人の独立性が失われたのではないかと批判されている(総額5200万ドルはアンダーセンの年間収入の1%にあたる)。

(d) 社内弁護士などその他専門家

エンロン社の顧問を長年務めた法律事務所は、V&E法律事務所である(600人以上の弁護士を擁する全米24位の事務所)。同事務所は、エンロン社から年額総収入約4億5500万ドルの約10%にあたる顧問料を受け取っていた。また、エンロン社の社内弁護士のほとんどは、従前V&E法律事務所に勤務した者であり、ゼネラルカウンスルも、同事務所の出身であった。

その他

この他、例えば、臨時報告書(フォーム8-K)の提出期限、および年次報告書などに含まれる情報内容の充実が課題とされた。また、民間団体であるFASB(財務会計基準審議会)が作成する会計基準は、細則主義またはルールベースといわれる方式をとるが、国際会計基準(IAS)のような原則主義ないしプリンシプルベースの基準の方が、適切に対処できたのではないかと指摘されている。

(3) 企業法改革の概要(サーベンス・オクスリー法を中心に)

エンロンおよびワールドコム破綻を受け、アメリカでは、証券市場の信頼性を確保するための動きが活発化した。その中心は、2002年7月に成立したサーベンス・オクスリー法である。同法は、60を超える条文を含む大規模なもので、1930年代の証券諸法以来のインパクトを与えるものともいわれている。

異例のスピードで成立した同法であるが、その内容は、監査委員会のメンバーや監査人の独立性確保など、従来から議論の蓄積があった点を、まとめて立法化したという側面も強い。個別の条文の施行時期は様々であり、その詳細についてSECによる規則がほぼ成立しつつある。

ガバナンスの問題については、NYSEも、内部監査部門の設置の強制、報酬委員会や指名委員会の強制など、一定の改正提案を行っているが、本報告では、サーベンス・オクスリー法およびそれに基づく規則について、先のエンロン事件で分析した視点に基づいて概観する。

CEOおよびCFOなどに関する規制

刑事罰の強化

既存の連邦刑事犯罪の罰則の強化として、年次報告書などの虚偽記載など取引所法およびそれに基づく規制違反の罪について、従来は、100万ドル以下の罰金もしくは10年以下の禁固刑に処されるかまたはその併科とされていたが、500万ドル以下の罰金もしくは20年以下の禁固刑に処されるかまたはその併科とされることになった(サーベンス・オクスリー法1106条(以下条文のみの引用はサーベンス・オクスリー法を指す))。

また、郵便詐欺罪および通信詐欺罪について、禁固刑が5年以下から20年以下へ強化された(903条)。これらの詐欺罪は証券諸法違反に比べて犯罪の成立要件が単純であるため、便法としてよく利用されている。

新設された犯罪として、まず、財務諸表の認証義務違反がある。CEOおよびCFOは、取引所法に基づきSECへの提出義務が課されている報告書(財務諸表を含むもの)を、認証(certify)しなければならない(906条)。認証に際しては、報告書が取引所法の規定に完全に従っていること、および、記載された情報が財務状態等をあらゆる重要な点において「公正に示している(fairly present)」ことの認証が要求される。この違反について、本条に従っていないことを知って(knowing)認証した者は、100万ドル以下の罰金もしくは10年以下の禁固刑に処されるかまたはその併科とされる。さらに、これを意図的(willfully)に行った者は500万ドル以下の罰金もしくは20年以下の禁固刑に処されるかまたはその併科とされる。

次に、証券に関して、他人を詐搾するか(defraud)または詐欺・詐欺的表示等により、証券の購入もしくは売却に関して利得を得た者は、25万ドル以下の罰金もしくは25年以下の禁固刑に処されるかまたはその併科とされる(807条)。

この他に、内部告発者に関する報復措置についての罪(1107条)や、記録等の改竄・毀損に関する罪(802条、1102条)が追加され、さらにこれらの犯罪の未遂および教唆罪が追加された(902条)。

これらは、エンロンにみられるようなマネージメントの上層部の責任を厳格化したものと評価することができる。もっとも、財務諸表の認証についての刑事罰については、違法性の認識が要求されていることから実際の適用は難しく、その効果は心理的なものにとどまるとの評価もある。

民事責任の強化

証券諸法のもとで、詐欺などに基づく私的訴権追及の期限が、従前は、事実発見後1年以内または違反後3年以内の早い方とされていたが、事実の発見後2年以内または違反後5年以内のいずれか早い方に延長された(804条)。

また、証券諸法等の違反によって負担した一定の個人債務について、破産手続における免責の対象外とされた(803条)。

ボーナス・特別利益等の返還義務

不正行為(misconduct)の結果、財務報告に関する規制の重大な違反による会計事項の修正を余儀なくされた場合、CEOおよびCFOは、過去12ヶ月分のボーナスその他のインセンティブ報酬および自社証券の売却による利益を、会社に返還しなければならないとされた(304条)。

その他の利益相反規制の強化

会社が直接または間接に、取締役および上級役員に対して個人的貸付を行うことが違法とされた(402条)。また、相場操縦など一定の証券諸法に違反した者の取締役等への就任を裁判所が(SECの申立により)排除・制限できるための要件を緩和し(305条)、さらに、SECにも権限が付与されることになった(1105条)。

以上見てきたように、様々な規制を強化することにより、CEOおよびCFOを中心として個人責任を強化することにより、会社不正に対処しようとする強い姿勢を見ることができるといえる。その中でも、CFOをCEOとほぼ同等に重視して規制することが注目される。

監査委員会に関する規制

独立性・権限強化

監査委員会に関して、まず、以下の5つの要件を満たさない会社の上場が禁じられる(301条)。SECによる規則が2003年4月9日に制定され、4月25日から発効している。

第一に、監査委員会の権限について、監査人の選任、報酬および監視(マネジメントと監査人との不一致の解決を含め)に対して、監査委員会が直接的に責任を負っていること(監査人は直接監査委員会に報告しなければならない、取引所法10A条(m)(2))。第二に、監査委員会の構成員が、独立していること(独立性の基準は後述)。第三に、いわゆる内部告発制度として、監査委員会が、会計、内部会計統制または監査事項に関する告発(complaint)の受取や取扱いに関する手続、および、会計または監査事項に関して従業員から秘密裏に情報提供を受ける手続を構築すること(同(4))。第四に、監査委員会が、必要に応じて独立の弁護士等と契約する権限を有していること、(同(5))。第五に、会社は、監査人および監査委員会に雇用された弁護士等に、適切な資金を提供すること(同(6))。

監査委員会の構成員(監査委員会がない場合には取締役全員)の独立性について、規則は、取引所法規則10A-3を新設する。具体的な独立性の要件として、会社から、直接または間接に、いかなるコンサルティング、アドバイスその他の代償としての報酬(fee)を受け取ってはならず(10A-3(b)(1)(A))、会社や子会社の関係者(affiliated person)であってはならない(同(B))とする。

「間接に」の内容を定める定義規定などを総合すると、会計事務所や法律事務所に対して何らかの報酬が支払われている場合には、その構成員やパートナーは独立性の要件を満たさない。その配偶者、未成年ないし構成員と生計を一にする子等が会社から何らかの報酬を受け取っている者も独立性の要件が欠ける。また、「関係者」とは、株式所有などを通じて直接または間接に会社を支配する者および会社の取締役、上級役員などを指す。セーフハーバー規定として、10%以下の株式所有は原則として支配にはあたらないとされる。

専門家要件の設定

また、監査委員会の構成員に一人以上の「財務専門家」が含まれているか否か(いない場合にはその理由)の開示が要求される(407条)。これに関しても、SECによる規則が2003年1月23日に制定されている。そこでは、要件として、財務諸表およびGAAP(一般に認められた会計原則)の理解、GAAPの一般的な適用を評価する能力、当該会社の財務諸表と同レベルの会計問題を有する、財務諸表の作成、監査、分析または評価経験(そうした業務の積極的な監督経験を含む)、財務報告のための内部統制・手続の理解および監査委員会の機能の理解をあげ、5つすべての属性を有している者が「監査委員会財務専門家」とされる。

なお、そうした属性は、CFO、CAO、コントローラー、公的会計士または監査人といった地位を経験したこと、それらの者を積極的に監督した経験を有する者、またはその他の関連する経験によって得られるとする。

監査委員会のメンバーについて、独立性を強化し、また、専門性をその要件とした。さらに、内部告発制度の設置を監査委員会の権限とすること、マネジメントとの利益相反を考慮して、独自の専門家(弁護士)を雇用する権限のあることが注目される。

監査人に関する規制

独立性確保など

監査人が、被監査企業に対して、一定の非監査業務を行うことを禁じるなど、監査人の独立性を確保する規定がおかれる(取引所法10A条の改正、201条および208条)。2003年1月28日にSECによる規則が採択された。

まず、監査人が被監査企業への提供を禁じられる業務として、会計記録または財務諸表に関する簿記その他の業務、財務情報システムの設計・実施、鑑定業務、保険数理サービス(actuarial service)、内部監査のアウトソーシング、経営または人事業務、ブローカー・ディーラー、投資顧問、投資銀行業務、法務およびその他の専門業務が挙げられている(201条)。規則は、～ について当該業務の結果が監査の遂行において手続に服しないと合理的に結論付けられる場合は例外とする。

これ以外の非監査業務については、税務業務を含めて行うことができるが、すべての業務について、事前に監査委員会の承認を得なければならない(総報酬の5%未満など少額免除規定があり、監査委員会の一部のメンバーに権限委譲することもできる)。監査委員会は事前承認の方針と手続を定める。また、年次報告書に監査報酬、監査関連業務、税務業務およびその他の業務に区別して、監査人に支払われた報酬を(事前承認の方針と手続、少額免除規定によって支払われた割合も含めて)開示しなければならない(202条)。

次に、監査担当者の交替について、従来から、公開会社の監査を担当する監査人については、同一企業の監査を7年間担当した場合、2年間の待機期間が(自主規制として)義務づけられていた。新しい規則のもとでは、筆頭の監査パートナーは、同一企業の監査を5年間担当した場合、その後5年間の待機期間が義務づけられる(203条、小規模会計事務所の免除規定あり、但しPCAOB審査に服する)。また、監査チームの中で重要な地位を占めるパートナーも、7年間担当した後は、2年間の待機期間が義務

づけられる。さらに、被監査企業のCFOなど一定の地位の者が、監査開始前1年以内に監査人の筆頭パートナーなどであった場合には、当該監査人は監査を担当できない(206条)。

また、監査人と監査委員会との情報伝達を促進するため、監査人は、重要な(critical)会計方針および実務、マネージメントと討議したすべての重要なGAAP内での財務情報についての代替的会計措置およびその他のマネージメントとの間の文書による情報伝達について、SECへの監査報告書の届出の前に監査委員会に適宜、伝達しなければならない(204条)。

監督機関の新設

監査人の監督については、従来は、AICPA(アメリカ公認会計士協会)内部での自主規制およびPOBによる監督が中心であった。これに対して、公開会社の監査を担当する監査人を監督する公開会社会計監視審議会(Public Company Accounting Oversight Board、以下では「PCAOB」とする。)という組織が新たに設置される(101条、民間の非営利団体、委員は会計士2名、その他3名)。

公開会社の監査を担当する監査人は、必ずPCAOBに登録しなければならない(「登録公的会計事務所」と呼ばれる、102条)。PCAOBは、SECの承認のもとで、監査基準、品質保証基準および独立性に関する規則を発行または採択する(103条)。また、登録公的会計事務所に対して定期的に検査を行い、その結果は一定の秘密事項を除外した上で、公表される(104条)。さらにPCAOBは、一定の調査権限を有し、法令違反等に対して一定の手続に従った懲戒権限も有している(105条)。なお、その活動資金は、公開会社からの手数料と監査人からの登録料でまかなわれることになっている(109条、会計基準の設定機関であるFASBについても同様の資金運営となる(108条))。

情報開示制度に関する規制

まず、前述の刑事罰の対象となる906条の認証に加えて、会社のCEOおよびCFOは、会社の四半期および年次報告書における一定の情報を認証しなければならない(302条(a))。そこでは、CEOおよびCFOが報告書のレビューを行ったこと、知る限りにおいて重要事実の虚偽記載等がないこと、知る限りにおいて財務諸表が財務状態等を公正に示していること、開示統制・手続が機能していること、および監査委員会および監査人に内部統制の重大な欠陥などの事実が伝達されていることが認証の対象とされる。なお、この項目は、CEOらの責任の強化として取り上げられることが多いが、むしろ、情報開示の充実をはかる側面に重点がおかれていると考えられよう。

次に、SECへの報告期日の迅速化として、取締役、上級役員および主要株主による株式等所有数量の変更報告の迅速化(403条)、および、臨時報告書によるリアルタイムディスクロージャーの迅速化がはかられている(409条)。

さらに、報告内容を以下の通り充実させる。財務諸表を含む報告書は監査人からの指摘事項を反映した正確なものでなければならないこと(401条(a))、オフバランスシート取引の開示を求めること(401条(a))、プロフォーマ事項の適正化(401条(b))をはかること、内部統制報告書の開示を求めること(404条)、および、CFO等を対象とした倫理規程の採用の有無に関する開示を求めることである(406条)。

について、年次報告書は、内部統制報告書(internal control report)を含まなければならないとする。その内容は、財務報告のための適切な内部統制機構および手続を構築しかつ維持することについてマネジメントに責任があることの確認、および、その有効性の評価である。さらに、マネジメントの評価について、監査人が証明(atest)しなければならない。

について、倫理規程は、CEO、CFO、CAOおよびコントローラーなどについて、不正を抑止するために必要な基準を定めたものであり、ならびに(i)それらの者についての利益相反の取扱を含めた誠実かつ倫理的な行動、(ii)完全、公正、正確、適時、かつ、理解しやすい開示、(iii)適用可能な行政法規(governmental laws, rules and regulations)の遵守、(iv)規程違反の迅速な内部報告および(v)規定の遵守の説明責任を促進するため必要な基準を定めたものと定義づける。倫理規程といっても、精神的なものというよりは、むしろ、利益相反の防止を念頭においた、法律違反とまではいえない周辺のグレーゾーンへの対応という印象を受ける。会社は、倫理規程の全部またはその一部を公的に公表する(利用可能にする)必要がある。

その他

その他の改正事項として、弁護士や証券アナリストに関する規制がある。弁護士(社内弁護士に限らずSECに関連して業務を行う者すべて)は、証券諸法や受認義務の重大な違反について、法務部門長(chief legal counsel)またはCEOに報告しなければならない(307条)。また、証券アナリストの利益相反に対処するための規則の制定も求められている(501条)。

さらに、これら一連の改正の影響等をGAO(会計検査院)を始めとして、監督機関等が継続的に調査し、必要な改正について提言すべきことを定めている(監査人の交替制について207条、会計事務所の再編の影響について701条など)。

(4)日本への影響と示唆

以上のように、エンロン破綻を契機とするアメリカの企業法改革においては、(利害関係者の)利益相反への対処と、情報開示の充実が柱となっているといえよう。以下では、いささか迂遠ではあるが、日本法の監査役会への示唆に限って対処法を検討することにする。

第一に、監査人の独立性について、監査役会はどのように対処すべきか。商法上の会計監査人の選任は株主総会でなされ、選任議案を提出するには、監査役会の同意を得ることが要求される(商特3条1項2項)。平成15年5月30日に成立した新公認会計士法のもとでは、監査証明業務と非監査照明業務の同時提供の禁止(新24条の2)および監査関与社員のローテーション制度(新法24条の3)が新設された。具体的な内容については、内閣府令の確定を待たなければならないが、これらの遵守状況について監査役会が積極的にチェックする必要がある(同時提供が禁止される非監査業務については、前述のサーベンス・オクスリー法に基づく規則が参考とされるようである)。また、ローテーション制度については、当初は、継続監査できる期間を七会計期間とし、その後の監査禁止期間を二会計期間と定める方向で検討中のようである)。また、監査人の報酬について、アメリカの監査委員会の例にならひ、具体的な報酬

額の決定について、監査役会が積極的にかかわることも検討の余地があろう。さらに、開示については、平成15年度から義務づけられた商法施行規則105条による開示に留意する必要がある。

第二に、取締役の利益相反について、監査役会はどのように対処すべきか。商法265条は、利益相反取引について、取締役会の事前承認を求めている。日本法のもとでは、取締役（および代表取締役）の利益相反については、取締役会によるチェックに服する。

もっとも、265条の適用に関する取締役会決議を必要とする範囲について、一般的には、形式的な基準で判断されている。しかしながら、形式基準によってチェックを経ないまま行われる利益相反的な取引が実質的にみて会社の利益を害することは十分あり得る。監査役がこれらの行為をチェックする必要がないとはいえないであろう。監査役会が、当該会社の実情にあった規程等を作成することにより、法解釈的に取締役会の決議を必要としない場合について、事前のチェックを取締役に求めることも考慮に値しよう。また、何らかの形で事後的に利益相反のおそれが生じる取引のチェックを行うシステムを設けることも検討されよう。

第三に、社外監査役(場合によっては社外取締役)および会社の顧問弁護士の独立性の要件についても、各会社の実情に応じて、利益相反を予防し、実質的な独立性を確保するための基準作成が望まれる。その作成について、監査役会が何らかの形で関与すべきであろう。さらに、監査役としては、顧問弁護士以外の弁護士に相談できる体制を(代表訴訟などの場合に備えて)通常から準備することも必要となるかも知れない。

さらにこうした各社独自の規程や基準については、積極的に開示されることが検討されてよいのではないかと考える。情報開示の点で先進的な企業とみなされることは、訴訟リスクを低くする。

第四に、アメリカで要求されているような監査委員会の専門性要件を、監査役会構成員に要求すべきかという問題がある(なお前述のサーベンス・オクスリー法301条に関しては、当初、日本の監査役制度への影響が懸念されたが、制定された規則は、外国企業について取締役会からの独立性確保、会計監査人選任などへの関与など、一定の条件のもとに、適用除外を定めており、日本の監査役制度はこの適用除外の要件を満たすものと解されている)。この点については、とりわけ会計分野に関する専門性などを中心に、監査役協会の自主規制などを通じて、継続的なスキルアップ制度が構築されることが望ましいであろう。

・代表訴訟を提起されないための予防策

同志社大学法学部教授 川口恭弘

1. 代表訴訟提起の予防策としての法令遵守体制

取締役が違法行為があった場合、会社に対して金銭的な損害を与える危険性が高い。さらに、法令を無視した会社経営は、会社の信用を失墜させることにも留意が必要である。法令を遵守できない会社は生き残れない時代になっているといっても過言ではない。

取締役が違法行為を行い、会社に損害を与えた場合、会社は、その損害の賠償を求めて訴訟を提起することができる。取締役の会社に対する責任を追及する訴訟を提起するのは監査役である（商法 275 条ノ 4）。監査役が訴えを提起しない場合、会社に代わって、株主に取締役の責任を追及する権限が付与されている（商法 267 条）。このように、代表訴訟は、本来、会社の損害を回復するためのものである。しかし、多くの場合、取締役の賠償能力には限界があり、会社の全損害を回復することは不可能である。加えて、違法行為があったとの原告の主張が会社に与えるダメージは計り知れない。以上のことから、会社経営者は、会社が代表訴訟の提起を受けないように、細心の注意をもって予防策を講じる必要がある。

代表訴訟の提起を回避する最も効果的な方策の一つは、取締役の違法行為自体の発生を防止することである。監査役は、会社の機関として、取締役の業務執行を監査する権限が与えられており（商法 274 条）、これにより、取締役の違法行為を防止することが期待されている。商法は、かかる機能を十分に発揮するために、監査役に強力な権限を与えている。しかし、大規模会社にあっては、監査役が、取締役の違法行為のすべてを防止することは難しい。さらに、会社にあっては、代表取締役や業務執行取締役の指揮命令の下、従業員が業務を行うことが通常である。後述するように、従業員の行為についても、注意義務違反として、取締役の責任が発生する場合がある。かかる末端の従業員の違法行為について、その防止機能を監査役に期待することは酷である。これらのことから、会社の経営システムとして、取締役や従業員の違法行為を防止するための体制の整備が必要となる。かかる法令遵守体制が、一般的に、ロー・コンプライアンス・システムと呼ばれるものである。

2. 内部統制システムと法令遵守体制

さて、内部統制システムの構築を行う会社が増加している。内部統制システムという言葉がわが国で使用されるようになったのは比較的最近のことである。これについての法律上の定義は存在しない。内部統制システムは、Internal Control System の邦訳である。Internal Control System については、「業務の有効性および効率性の維持、財務報告の信頼性の確保、関連法規の遵守という目的を達成するために構築されるプロセス」と定義するのが一般的である（トレッドウェイ委員会組織委員会 (Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission(COSO))による報告書(1992年9月)参照)。この定義によると、リスクの評価やそのコントロールを適正に行う手続きの実施体制も内部統制システムの一部となる。内部統制システムという用語は、企業の目的を達成するために、企業内で構築される経営の総合的管理の仕組み全体を表す意味で使われている。

巨額の損害賠償の支払いを取締役に命じたことで、経済界に衝撃を与えた大和銀行事件の判決では、「不正行為を未然に防止し、またその損害の拡大を最小限にとどめるには、証券ディーリング業務担当者の行った取引を常時監視する体制を整えることが必要不可欠である。・・・右のような内部統制システムの構築および実施は、証券取引業務を行う銀行の業務執行取締役にとって、その基本的な組織運営のあり方にかかわる重要な任務であるといえる」と述べた。大和銀行事件で述べられ内部統制システムは、法令遵守（ロー・コンプライアンス）を確保するためのシステムである。したがって、それは、狭義の内部統制システムであり、広義の内部統制システムの一部を構成するものといえる。

3. 法令遵守体制の整備を促した要因

アメリカでは、1991年に、法令遵守体制を整備している会社について、罰金額を大幅に軽減する「団体被告に対する連邦量刑ガイドライン」（以下、「量刑ガイドライン」という）が策定された。このガイドラインが、企業に法令遵守体制の構築とその実施を促す大きな要因となったことは良く知られている。

さらに、1998年にバーゼル銀行監督委員会が公表した「銀行組織における内部管理体制のフレームワーク」では、金融不祥事の発生を防止するための原則が提示された。銀行の監督手法として、銀行に法令遵守体制を構築させ、その有効性を監視しようと

するものである。わが国では、1999年に、金融庁により金融検査マニュアルが公表され、検査官による評価の基準となるべき項目が明らかにされている。かかる金融検査マニュアルの公表により、金融機関の法令遵守体制の構築が促進された。

これに加えて、わが国の一般企業において、法令遵守体制の重要性が盛んに論じられるようになったのは、それが取締役の義務と認識されることになったことが大きい。

アメリカでは、かつて、取締役は、従業員による違法行為を発見するためのシステムを構築する法律上の義務を負わないとする判例が出された時期もあった。もっとも、この点については、批判が強く、既述の「量刑ガイドライン」の採用以降、法令遵守体制を構築し、それを維持することが、会社の取締役の注意義務の内容であるというのが一般的理解となっている。わが国においても、大和銀行事件で、この点が明らかにされ、学説も、ある程度以上の規模の会社では、業務執行の一環として、会社の損害を予防する体制を整備する義務が存在すると解している。

ところで、大規模会社において、従業員等が行ったすべての行為を取締役が監督することは事実上不可能である。大和銀行事件判決は、その職務の一部を他の取締役等に委ねることが許され、各業務担当者の業務内容について疑念を差し挟むべき特段の事情がない限り、監督義務懈怠の責任を負うことはないと述べた。このような考えは、「信託の法理」、「信託の権利」とよばれるもので、一般原則として異論のないところである。しかし、このことは、取締役が業務執行等に対する一般的な監督義務を負わないことを意味しない。機械的に担当者を信託することは許されず、信託の法理が認められるためには、法令遵守体制を構築し、担当者等を信託してもよい体制の整備が大前提となる。

法令遵守体制の構築とその実施は会社の業務執行として行われる。重要な業務執行の決定は取締役会の権限である（商法 260 条 1 項）。そのため、取締役会は、少なくとも法令遵守体制の大綱を決定する必要がある。その上で、具体的な内容は、代表取締役や業務担当取締役に委ねることができるものと考えられる。有効な法令遵守体制の整備を怠る場合、取締役は善管注意義務違反（商法 254 条 3 項、民法 644 条、商法 265 条 1 項 5 号）に問われることとなる。

4. 法令遵守体制と監査役の役割

平成 14 年の商法改正で、委員会等設置会社の取締役会は、「監査委員会の職務の遂

行のために必要なものとして法務省令で定める事項」を決定することが義務づけられた（商法特例法 21 条の 7 第 2 号）。法務省令である商法施行規則では、監査委員会の職務を補助すべき使用人に関する事項、の使用人の執行役からの独立性の確保に関する事項、執行役および使用人が監査委員会に報告すべき事項その他監査委員会に対する報告に関する事項、執行役の職務の執行にかかる情報の保存および管理に関する事項、損失の危険の管理に関する規程その他の体制に関する事項、執行役の職務の執行が法令および定款に適合し、かつ、効率的に行われることを確保するための体制に関するその他の事項を定めている（商法施行規則 193 条）。これらの内容が、商法上、委員会等設置会社に要求される内部統制システムとなる。の前半部分によって、法令遵守体制の整備が義務づけられている。

以上の規定は、委員会等設置会社についてのものであることから、当然に、その他の会社に類推適用されるものではない。しかし、先に述べたように、法令遵守体制の構築の義務が取締役にあるという理解が一般化するなか、その他の会社においても、これらの内容を十分に斟酌した制度の構築が要請されていくものと考えられる。監査役設置会社においても、委員会等設置会社における法令遵守体制の整備の進展には目が離させない。

監査役は、取締役の職務の執行を監査する権限があることから（商法 274 条）、法令遵守体制の構築とその実施が取締役の法令上の義務に高められている状況下では、監査役は違法性監査の一環として、これに関する監査を行い、その上で、法令遵守体制が不十分であるときは、監査役は、それを是正する責務を負う。具体的には、取締役会への出席権等を行って、その構築や修正を提言する義務がある。大和銀行事件判決は、「ニューヨーク支店における証券取引業務に関するチェック体制ないし内部統制システムの構築および実施に関する事項は、監査役にとって、金融機関である大和銀行の基本的な組織運営のあり方にかかわる問題として、常に関心を払い、監視の対象とすべきことがらであるといえる」と述べている点に注意が必要である。代表訴訟は、取締役の会社に対する責任のみならず、監査役の会社に対する責任の追及にも利用されることを忘れてはならない（商法 280 条 1 項、267 条）。

なお、内部監査部門を設ける会社も少なくない。内部監査部門は経営機構の一つであり、主たる目的は経営者のサポートにある。そのため、経営者から独立した監査役の監査の必要性は否定できない。法令遵守について、内部監査部門には内部からの監

査、監査役には外部からの監査が期待されている。もっとも、両者の間に、監査の内容に重複が存在する。従来から、会社の規模に比して、十分な監査スタッフを擁しないことが、監査役監査の問題の一つであると言われてきた。より実効性のある監査を行うために、監査役と内部監査部門との協力体制の整備が今後の課題といえる。

・代表訴訟から社外役員による監督の強化へ

同志社大学法学部教授 森田 章

1. はじめに

株主代表訴訟は、会社経営者が会社に対して民事責任を負うのにそれを履行していないとして、株主が会社に成り代わって当該経営者に対する責任追及のための訴訟を行う制度である。原告株主には直接的な利益はなく、会社の損害が回復されることによって間接的に利益を受けることができるだけであり、株主がどんどんこの制度を利用するというのは考えにくかった。しかし、平成5年の商法改正により(267条4項)、原告株主に要求される訴訟費用の印紙代が訴額が巨額であっても8200円でよいこととなり、またバブル経済の崩壊によって経営者の責任追及の動きが生じたことが重なって、株主訴訟がかなり増大したのである。

株主代表訴訟を提起されても、自らに何もやましいことがなければ、株主代表訴訟制度もおそれるに足りず、といて落ち着いていることができればいいのであるが、実際にはそうはいきにくいのである。まず、訴えられると、被告にされてしまったのであるから裁判でこれに対して闘わなければならないことになる。さもないと不戦勝で原告勝訴となるからである。そうすると弁護士に頼むしかないが、日頃会社とつきあっている顧問弁護士は有能そうであるがちょっと頼みにくい。さらにいえば、弁護士費用というのは、たとえ自分が勝訴しても自分がその費用を持たなければならない性質のものである。たしかに勝訴した場合は会社に対して補償してもらえるとの説が有力であるが、さしあたって着手金を支払わなければならなくなる。しかも、その着手金の算定については訴額が基準となると思われるから、巨額の訴訟を提起されるとそれだけで経済的にかかなりの打撃を受けることになる。さらにいえば、日本の裁判官は、アメリカの裁判官のようにビジネス判断に伴うリスク内包の問題について寛容ではなく、自ら進んで注意義務を法的に論じて押しつけてくるおそれが大きいので、経営者として自らが正しいと確信して行った経営判断であっても、裁判官がそのとおりに判断してくれるかどうか危ういのである。それゆえ、できるだけ有能な弁護士に頼まなければならないし、勝訴に向けて自らの理論武装に努めるなど精神的にも強くないと耐えられないのが実情であろう。

そこでアメリカはどうなっているかということ、きわめて意外ではあるが、株主代表訴訟で会社経営者の責任を追及することは実際にはあまり行われていないのである。第一に、たとえ経営者の注意義務違反を主張しても、経営判断の原則で裁判所は後知恵による判断で責任追及をすることを回避するからである。第二に、たとえ会社経営者の違法行為が明らかになった場合でも今となってその責任を訴訟までして追及すべきかどうかは、本来は会社の経営判断の問題であり、社外取締役からなる訴訟委員会が責任追及の訴訟をするべきでない判断すれば、裁判所はその判断を尊重するの

である（釜田薫子論文参照）。会社経営者の不当経営に対する処分等は会社自治の問題として株主総会で選出された社外役員こそが判断すべきであるといえよう。

さらにいえば、会社経営のガバナンスにおいて不当な会社経営が行われぬように工夫しておくことが重要であり、そのための社外役員による監督ないし監査が重視されなければならない。

2. 株主代表訴訟制度の限界—大和銀行判決を例にとって

大和銀行事件では、大阪地方裁判所は、11人の役員であった被告に対して7億7,500万ドルの損害賠償をを命じたが（平成12年9月20日商事1573号4頁）その巨額であることに世間は驚いたといえよう。なぜこのような結果が出るのかを考えると、その原因は株主代表訴訟制度の欠陥にあることがわかるのである。

さて、株主代表訴訟の提起を請求された場合、商法266条の責任は事実上免除できないことから（商266条5項）株主の提起する株主代表訴訟に対して監査役ないし取締役がこれを経営判断によって終了させるような権限は剥奪されているのである。銀行の取締役会は、貸付先に対する債権を放棄するというような経営判断はできても、自社の取締役等の会社に対する民事責任を追及するという業務執行については、会社の取締役ないし監査役に経営判断の裁量の余地はないこととなっているわけである。それゆえ、例えば、被告取締役が支払えないような巨額の損害賠償を求める訴訟を提起して勝訴判決を得ても、その勝訴判決によって強制執行しても意味がないわけであるから、このような場合の業務執行を担当する取締役の経営判断としては、その訴訟費用が会社の損害を増大させるだけとなり、訴訟はしないということとなる。しかるに、株主代表訴訟では、そのような場合でも訴訟費用は8200円だけで可能となり、きわめて巨額の民事責任追及訴訟が簡単に提起されることになっている。

他方、株主代表訴訟を審理する裁判所は、被告取締役の民事責任を法的に認められるか否かの判断をすることだけになりがちである。しかしながら、会社が取締役の責任を追及するというのは業務執行上の経営判断事項であるという性質を無視してしまうことは妥当でない。会社が取締役に対して民事責任を追及する場合、取締役に責任があっても、それまでの功績を考慮したり、他の取締役の士気に与える影響等の会社の長期的利益を考慮して、一定の免責を与える方が適切と判断される場合もある。また、被告取締役が支払われないようなあまりに巨額の損害賠償を裁判で責任追及しても会社の最善の利益とならないことが考えられる（岩原紳作「大和銀行代表訴訟1審判決と代表訴訟制度改正問題掲〔下〕」商事法務1577号13頁）からである。

たしかに、現在の株主代表訴訟の法制では、裁判所は、取締役の民事責任が法的に認められるかどうかは判断しても、取締役の民事責任をどの程度追及することが妥当かという判断をする仕組みにはなっていないといえよう。裁判所が後者の判断をできるようにするために民事責任の限度額をもうけるということも考えられないわけではないが、裁判所に経営判断させるよりは、株主の選んだ独立の取締役等に経営判断

させることの方が妥当である。取締役等に対して損害賠償請求権を行使するかしないかは、貸付債権の放棄をどうかと同じ性質の株主の私有財産の処分の一事例でしかないからである。それゆえ、裁判所は、会社に独立の訴訟委員会等があれば、そのような経営判断をこれに求めるという姿勢を持つべきであると思われる。

この点につきアメリカにおいては、株主代表訴訟の多くは、独立した取締役からなる特別訴訟委員会が、代表訴訟の提起が会社の最善の利益となるかどうかについて経営判断を行い、裁判所もこの判断を尊重するという仕組みになっている（American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations（1994）。これは、二巻本であるが条文形式の部分の翻訳と解説が纏められた『コーポレート・ガバナンス』（日本証券経済研究所 1994）が便利である。同書 7.05 条参照）。つまり、過去において会社に損害を与えた取締役の当該経営判断の妥当性を裁判所が審査するより前に、取締役会が株主代表訴訟の提起に対してこれを終了させるという現在の時点での経営判断をするのである。わが国でいえば請求訴訟の提起を求められた監査役が、訴えることは会社の最善の利益とならないと判断すれば、それで株主代表訴訟は終結してしまうと考えても良いような結果となるわけである（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）－（三・完）」民商法雑誌 121 完 1-3 号参照）。

大和銀行判決は、わが国の株主代表訴訟制度が制度的欠陥を明らかにしており、早急にアメリカ型の訴訟処理を可能にさせる会社法改正の必要性を示している。そのような改正がなされるまでは、裁判所は株主代表訴訟の審理において、被告取締役が会社に対して生じさせた損害額を確定するのではなく、被告取締役等に対してどの程度の損害賠償をさせることが会社にとって最善の利益になるかについて裁判所が判断をしなければならないといえよう。株主代表訴訟のそのような性質のゆえに、訴訟の目的の価額の算定は、財産権権上の請求にあらずとみなされている（商法 267 条 4 項）のではなからうか。

さしあたっては、株主代表訴訟について裁判所が賠償額を命じる場合、「責任を肯定した上、要賠償額の量定を妥当なものとする方法」として、損益相殺や過失相殺の規定を適用ないし類推適用すべきであるといえよう（最高裁判所の河合裁判官の補足意見（最判平 12.7.7 金商 1096 号 3 頁、8 頁）参照）。

そして、平成 13 年臨時国会においては、議員立法により、監査役の機能強化・取締役等の会社に対する責任の軽減・株主代表訴訟制度の合理化の改正がなされた。これらの改正も、取締役に対して損害賠償請求権を行使することの本質が経営判断事項であることからすると、会社の自治の尊重という観点から不十分である。さらにいえば、コーポレート・ガバナンスにおける監査制度の強化によってこそ経営者の監督が図られるべきであり、経営判断の行使ができないはずの株主のイニシアチブによって、取締役に対して会社への損害賠償をさせるという法の実現方法は、必ずしもコスト・

エフェクティブだとはいえないように思われる。いずれにせよ株主代表訴訟が起こる前に社外役員による内部コントロールなどの強化を図ることがより重要であるといえよう。

アメリカにおいては、会社経営者に対する監督について、社外取締役の役割がきわめて重要視されてきたが、そのアメリカにおいて、投資家の信頼は揺らぎつつある。それは、エンロン事件など、再三にわたる会計スキャンダルによるものである。エンロン事件は、取締役会の独立がほとんど万能薬ではないことを教えている。すなわち、社外取締役が、会社の内部関係者による高度な不正行為を発見することを期待できないことである。エンロンの監査委員会の委員長であるロバート・ジェディキは、スタンフォード大学の会計学の教授である。しかし、彼はほとんど職務のための権限を与えられることはなかったのである。このことに対しては、サーベンス・オクスリー法が制定され、ニューヨーク証券取引所の上場要件によってガバナンス機能の強化がはかられている。そこでもなお社外取締役の役割に大きな期待がかけられているようである。社外取締役にどの程度の期待をかけるのか、米国の議論を中心に社外取締役による監督のありかたを探ってみたい。

3 . ALI の提言 - 社外取締役の役割

そもそも社外取締役の強調の進展は、アメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンスに関する 1982 年の最初の試案においてによってなされた提案である。現在では「コーポレート・ガバナンス原則：リステイトメント及び勧告」として知られているものの原初の試案において、取締役会とは何か、特に取締役会の社外取締役はコーポレート・ガバナンスにおいてなにをすべきかが大きな議論となった。

この第一次試案の第 3 部において、起草者は新たな「モニタリング・モデル」を採用して、大公開会社を経営する機能と経営者をモニタリングする機能とを明白に切り離すこととした。企業の執行役は、経営する責任を負い、取締役会は監督機能を委ねられる。経営者の責任を明確にするために、独立の取締役の効用に大きな重点がおかれたのである。

この最初の試案は、社外取締役が大公開会社の取締役会の過半数を構成することを要求していた（第一次試案 3.03 条(a)項）。そして、主として社外取締役からなる 3 つの監督委員会に重点を置き、大公開会社については監査委員会（同試案 3.05 条）および指名委員会（同試案 3.06 条）の設置を命令し、報酬委員会の設置は勧告するとしていた（同試案 3.07 条）。

最初の試案が受けた厳しい批判に対応して、多くの点で修正がなされたが、ALI は、会社は主要な上級役員によって経営され、そのような役員の選任と監視は、取締役会の基本的な機能であるという考え方を維持している。おそらく、もっとも大きな変化は、最初の試案が大公開会社の取締役会は会社の日常的な経営を禁じようとしていたが（3 . 02 b - (4)）、最終の ALI 原則では、取締役会の伝統的な権力である

経営の権限を復活させたことである（3.02条（b）項（6）号）。第一次試案は、社外取締役が大公開会社の取締役会の過半数を占めることを命令していたが、最終版は、会社実務の問題として、そのような構成を勧告するだけとした（3A.01条）。

もっとも、最近にいたり、米国では後述のようにサーベンス・オクスリー法によって、社外取締役を取締役会の過半数にしようとの動きがあり、このことについてさらに言及する。最近の米国の議論の紹介は、ステファン・ベインブリッジの論稿によっていることをお断りしておきたい（Stephan Bainbridge, A Critique of the NYSE'S Director Independence Listing Standards 30 Sec R L J 370,382（2002））。

しかして、わが国の委員会等設置会社は、取締役会の伝統的な経営権（業務執行権）を奪うものとなっていることに留意すべきである。いわばアメリカでも多くの反対にあってできなかったような理念論の追求が、十分な議論を経ることもなく、なされてしまったのである。

4. 効率経営上の意思決定過程における社外取締役の機能

（1）社外者の有用性

ベインブリッジによると、取締役会に社外取締役を導入すると、多様な潜在的な戦略上のパートナーとの関係を創出することになる。このことは取締役会の情報源収集機能だけでなく、監督および執行機能にとっても重要な意味をもつ。複雑なビジネスにおける判断には、会計、財務、経営、そして法律といった分野の知識が要求される。そのような知識へのアクセスを提供するというのが、取締役会の情報源収集機能の一部となっている。社外取締役は彼ら自身がそのような専門的知識を有しているか、あるいは、そのための信頼できる外部機関へのアクセスを有している。ただし、社外の専門家に依拠するのは、限られた合理性の範囲の合理的対応である。特定分野の専門家は、自己の専門領域の範疇において処理される情報に集中して理解する。これを会社に当てはめると、より多様な強力な社外者を取締役会に代表させると、それだけ多くの専門家を含むこととなって専門性からの便益を受けることになる、という。

（2）内部者の有用性

しかしながら、以上のように言っても、常勤の幹部従業員は、会社に対して少しの時間と労力しか捧げない社外取締役と比較すると、情報に関して優っている。少なくとも、取締役会における社外取締役の参加は、意思決定の過程が長くなることから、コストを増大させる。さらに重要なことは、長年勤めてきた従業員たちは、企業特有の人的資本に多大の投資をしていることである。重役レベルに昇進する社員は必然的に、能率的に仕事を行う術を習得するのに相当な時間と労力を投じている。このような知識の多くは彼が働く企業に特有のものである。具体的には、他の企業が競合する事業を行っていない場合、または独特の企業文化を

有している場合である。いずれの場合にせよ、その企業で長く働けば働くほど、人的資本はよりその企業特有のものとなる。そのような従業員は、社外者と同一レベルの情報を持つときに社外者よりも企業にとって良い決定を下すことになる。内部者は企業に対する関係やつながりを全体的にみること、決定をより広い状況の下に位置付けることができる、という。

(3) 合意形成のための内部情報の共有

ベインブリッジによると、情報への内部的なアクセスは、巨大会社内における意思決定という性質ゆえに特に重要である。ノーベル賞受賞者の経済学者 Kenneth Arrow は二つの基礎的な意思決定の構造を説明した。すなわち、“合意”と“権威”である。合意は、組織の各メンバーが同様の情報や利害関係を有する場合に利用される。そして、それゆえに（各メンバーは）他の全てのメンバーが望む一連の行動を選択するであろう。対照的に、権威に基づく意思決定の構造は、組織のメンバー達が異なった利害関係や情報量を有する場合に生じる。

取締役会は、合意に基づく意思決定を利用することにより、平等な権限を共有する組織体として理解されている。組織のメンバー達が等しい情報と同等の利害関係を有する場面で合意が最も機能するから、内部者がより多くの非公式の情報を有するとすれば、合意による意思決定は、内部者が支配的な取締役会において最も機能するといえる。効率の良い意思決定がコーポレート・ガバナンスのゴールである限りにおいては、独立性は望ましいとはいえない、という（ベインブリッジ上掲 384 頁）。

以上のことからすると、取締役会の経営決定過程において社外取締役の果たしうる機能は限られたものであるというべきこととなる。

5. 取締役の独立性とエージェンシー・コスト

取締役の独立性についての伝統的な正当化は、上述したように効率的経営の意思決定上のものではなく、経済学者がエージェンシー・コストと呼ぶものに求められるという立場がある。上述の ALI の試案などに見られる考え方であるといえよう。エージェンシー・コストは、代理人による利益相反行為や善管注意義務の不履行等を防止するために監視等を行う費用の総額であると定義される。以下の記述は、上掲ステファンの論文による。

(1) エージェンシー・コストを削減させる取締役会

いかなるチーム組織においても、最終的な監督者をもたなくてはならない。それは、彼自身が監督されることなしに、会社の生産性を保証する十分なインセンティブを持つ者である。さもなければ最終的には、より低いレベルの監督者を監督するという終わりなき監督者の連続ということになる。Alchian と Demsetz はこのジレンマを、最終的な監督者と残余請求権者の役割を整理統合することによって解決した。Alchian と Demsetz によると、もし会社の残余の収益について権限

のある構成員が、最終的な監督権限を与えられたら、彼は、他の会社の生産要素による怠慢を見破り、罰するインセンティブをもつ。その者の報酬はまさに、彼自身の監督者としての成功によって変化するからである。

不運なことに、この明快な理論は、それが最も有益となる場合においてまさに破綻する。なぜなら、Alchian と Demsetz のモデルは、所有と支配の分離という特質をもつ現代の公開会社について述べていないからである。会社の残余請求権者たる株主が会社の最終的な監督者として行動すべきであるが、法律は株主にいくつかの強制力や選任権を与えはしているが、それらはかなり非通例的な状況のためのものでしかない。一般的に言えば、公開会社の株主は、会社の代理人に対して意味のある監督に必要な一種のコントロールを行うために、法律上の権利や実際の能力もなく、またそのような意欲も持ち合わせていない（ペインブリッジ上掲 386 頁）。

会社法は、エージェンシー・コストを抑制することを企図した一連の代替的な責任のメカニズムを提供している。その中で主たるものが取締役会、とりわけ社外取締役である。たしかに、社外者は、会社の日常的な経営の細部に関与するのに必要な時間および情報をもっていない。社外者ができることは、幹部経営者を監督し、標準以下の業績しかあげない経営者を交替させることである、という。

(2) コスト抑制の実証的研究

しかしながら、もし、独立取締役が有効にエージェンシー・コストを抑制するのであれば、そこには取締役会における外部者の存在と会社の業績との間に証明しうる相互関係があるはずである。しかし、この問題に関する実証的なデータはかなり混乱している。初期のいくつかの研究は、そのような相互関係を発見していた。たとえば、Rosenstein と Wyatt は、独立取締役が経営者によって任命されるとき、株主価値が上昇することを発見した。他方、Weinbach は CEO を解任する取締役会決議について研究し、以下のことを発見した。すなわち、内部者に支配された取締役会より、主として独立取締役からなる取締役会のほうが、より業績不振を根拠に解任決議をしたり、業績が平均以下の CEO を解任するようである、と。彼はまた、外部者に支配された取締役会による CEO の解任が会社の価値を向上させるのに対して、内部者に支配された取締役会による CEO の解任が会社の価値を向上させないことも発見した。Baysinger と Butler は、会社の財務業績は、(ある程度は)独立取締役の割合の増加につれて向上する傾向にあることを発見した。Cotter は外部者によって支配された取締役会が、株式公開買付から株主に対してより高い利益をもたらすことを発見した。

しかしながら、例えば MacAvoy 氏の研究は、取締役会の構成は収益性に全く影響を及ぼさないことを明らかにしている。Klein 氏も、同様に、企業業績と取締役会の構成の間における一般的関連についての証拠がほとんどないこと、およ

び取締役会における財務・投資委員会に内部者を参加させることと企業業績との間に積極的な相関関係はないことを明らかにしている。それは伝統的な通念に反する結果となっている。Rosenstein 氏や Wyatt 氏は以下のことを指摘している。すなわち、株式市場は、5%を超える株式を保有する内部者が取締役に選任されたという公表に対して、非常に積極的な値動きをすることである。また、この分野の大多数の研究は、独立取締役が過半数を占める会社が他社よりも業績優秀であること、および“適切な数”の内部者がより高い業績と相関することのいずれについても説得的な証拠がないことである。最近の別な研究は、取締役会の構成が財務上の業績に影響するという証拠はないことを明らかにしている。また最近のある調査は、取締役会の構成との相関があった 63 の事例を分析すると、概して、取締役会における外部者の増員がさらなる高い企業業績と積極的に関連すること、他方では取締役会における内部者の増員が同様の積極的な関連を有することを発見した。すなわち、これまでの伝統的な通念とは違って、取締役会の純粋性の増大が高い企業業績と積極的に関連することを明らかにした、という（ペインブリッジ上掲 388 頁）。

（3）独立取締役の限界

もし、独立取締役が上級執行役員の効果的な監督者でないのならば、それはなぜか。1 つの明白な答えは、責任回避という問題である。会社の役員や従業員の活動を監督することは、労力を要し、時間を浪費する仕事である。さらに、大部分の社外取締役が別の場所においてフルタイムの雇用関係を有し、そこで独立取締役の注意力の大部分を使い、かつ、金銭及び精神的収入の大部分を得ている。独立取締役は、それゆえ、経営者を監督するよりも休養もしくは本来の職務に着手することを優先するかもしれない。・・・

独立取締役が経営者を監督することを阻害する他の要因は、たとえ独立取締役が経営者の監督を希望しても、取締役会会議は数が少ないし、短時間であることである。ある調査によると、大手製造会社の取締役は、平均して年間計 14 回の取締役会会議および委員会会議を開催する。そして、平均的な取締役会会議は 3 時間にすぎない。さらに、社外取締役は一般的に情報を経営者に依拠している。

最後に、名目上独立した取締役が実際に内部関係者に対してバイアスをかけられない場合でも、彼らはしばしば少なくとも内部関係者をかばうように仕向けられる。構造上のバイアスとして知られているこの現象のほとんどは、役員または取締役に対して株主派生訴訟を終わらせるために特別な訴訟委員会を使うことから導き出されたものである。社外取締役は、内部者と同じ見解と価値観を共有する会社役員または退職者であることが多い。したがって、「神様がいなければ自分もそうになっていただろう」という感覚が仲間の取締役に対する訴訟への反応となりやすい、という（ペインブリッジ上掲 389 頁）。

以上のことからすると、社外取締役は、経営者の監督という機能上の役割を期待されるが、取締役会における内部者の存在も重要であることが論じられているといえよう。

6. 監視機能上の取締役会における内部者の役割

ステファンは、さらに次のようにいう。すなわち、論理的極地に達した通念は次のことを示唆する。それは取締役会はほとんど社外取締役で構成されるべきだということであり、その社外取締役による役員への監視は反対者（仲間としてではない）としての立場であるべきだということである。しかし経営の監督は取締役会の一つの機能であるが、幾つかの機能の内の一にすぎない。経済学者の Oliver Williamson は次のように述べている。取締役会の機能の一つは積極的に「会社とその経営の契約的関係を保護することである」と。会社の損害の多くは経営者のコントロールの範囲を超えている。しかし取締役会の権限が経営の監視に限られていれば、そして特に業務を客観的に評価するだけに制限されているのであれば、取締役会はその損害が神、不運、無能力、私的な取引のどれによるものなのか区別できないだろう。内部者のより多くの知識とその会社固有の人的資本がそのような区別を容易にするだろう。そのような（前者の）状況のもとではさまざまな損害が起り得る。例えば、リスクを嫌う経営者はより高額な見返りを要求するかもしれない。または、経営者は、分散できない雇用リスクを減少させるために会社固有の人的資本への投資の範囲を狭めるかもしれない。この分析は取締役会と経営陣との間のより敵対心の少ない関係への支持を示唆している。分析はまた、内部者が取締役会に参加する正当性を示唆している。内部者が参加する取締役会は、内部者と外部者との間に信用の構築を促し、それが取締役会に信頼できる情報源を与えることになる。そしてその情報源は経営能力の正確な主観的評価に必要である。しかしさらに、それは会社と経営陣の上層部との間の結束を固めることにも役立つ。社内取締役はおそらく自己利益と同僚の利益を注意して見張るだろう。それゆえ取締役会に参加することは、監督の範囲を超える損害による経営陣の解任に対する保護を与えるものとなる。そのような考慮は Klein の所見を立証してくれるだろう。その所見とは取締役会における内部者の存在と会社の業績に明確な関連があるということである。これはまた Wagner の所見をも立証する。それは取締役会の内部者の数を増やすことは会社の業績と明確に関係しているということである。

たしかに、NYSE の新しい上場要件は、取締役会の過半数が独立取締役であることを要求するなどしているが、取締役会から内部者を排除するわけではない（ペインブリッジ上掲 375 頁参照）。しかし、全体的に、新しい上場基準は社内取締役の参加を制限し、取締役会と経営陣との間のより敵対的関係を促す傾向にある。内部者は取締役会での少数派となっている。これは、内部者が過半数を占める取締役会は外部者が大多数を占める取締役会と同様に投資家に利益をもたらさだろうという

Wagner の研究による証拠にも関わらず、内部者は主要な委員会から排除されている。これはそのような委員会における彼らの存在は業績の向上につながるという Klein の研究による証拠にも関わらず、社外取締役は定期的に社内取締役を含まない幹部会 (caucus) を開かなければならない。そのような幹部会は集団や集団思考内の対立につながるという証拠が指摘されているのである (ベインブリッジ上掲 393 頁)。

以上のことからすると、社外役員と内部者は敵対的関係になるよりも、協力して監督機能を果たすべきではないかということになる。わが国では、トヨタ自動車にみられるように、内部者に重点を置いた監視ということを強調するトップカンパニーも表れている。また、月刊監査役 477 号において、社外監査役の役割を考える場合、社内の常勤監査役の役割があつてこそ機能することが説かれているが (家近正直「社外監査役の役割」)、これに賛成すべきであると思われる。現場に密着した監査が必要である。このことがなされうるがゆえに、監査制度は、いわば社外の一株主による株主代表訴訟の果たす法の実現という機能よりも、遙かに実効性ある機能を営むものとなる。

． おわりに

昨年9月に同志社大学監査制度研究会（森田章同志社大学教授ほか4名）と日本監査役協会関西支部監査実務研究会（監査役6名と協会支部2名）との共同研究会が発足して以来、監査制度研究会の先生方には研究計画に沿ってご報告いただく一方、2カ月に1回程度の割合で催した両研究会メンバーによるミーティングにもご参加いただいた。この間先生方からはいろいろご意見を頂戴したし、不遜にも先生方に失礼なことも申し上げたと思うが、相互に共同研究への意欲が強く、本年6月には研究報告書の形が見えてきた。理論編についての研究は各論文（随所に付してあった注は、監査役読本としての性格上勝手ながら幹事において省略し、小見出しの符号は再整理しているが、その他は原文のままである。）ごとにご執筆いただいた先生方のお名前を記載しているが、そのご労力は大変だったと思う。お蔭で10月に報告書の完成を見、監査役のための株主代表訴訟読本とした共同研究の目的をほぼ予定どおり達成できたことはひとえに先生方のご尽力の賜物であり、ここに厚く御礼申し上げる次第である。特に森田先生には監査実務研究会担当の実務編（ ．代表訴訟に対する会社の対応）についてお目通しをいただいた。

はじめのうちよたよたしていた監査実務研究会メンバーも終わりに近づくにつれて腰をちゃんと立てて歩けるようになった気がする。会社における監査役の役割の重要性を身にしみて学ぶことができた。株主から代表訴訟請求を受けたり、監査役自ら取締役の損害賠償請求する前に、監査役が日常監査によってそのような事態に至ることを防止することの方がもっと大切であると痛感した。この間幾度かメンバーで意見交換し、ときにきつい質問が飛んだことも懐かしいが、各メンバーには分担事項についてきついノルマがかかったにもかかわらず期限を重視してご協力くださったことに深く感謝いたしたい。

今後のことは監査実務研究会に新メンバーのご参加を得て引き継がれることになる。研究は苦しいこともあるが、終わってみると参加してよかったという一種の爽快感が味わえる。関西支部の会員監査役には関西支部まで奮って参加の申し出をされるようお願いいたしたい。

最後に、この研究会が関西支部の和田、西両氏に陰で支えていただいたこと、関西

支部幹事各位には期中に親切なご助言を頂戴したこと、会員監査役から何度か叱咤激励を受けたことをここにご報告し、その御礼に代えさせていただきたい。

(以 上)

備考

(1) 共同研究参加者

同志社大学監査制度研究会

同志社大学	法学部教授	森田 章
同	法学部教授	川口 恭弘
同	法学部助教授	伊藤 靖史
大阪市立大学	法学部助教授	小柿 徳武
神戸商科大学	商経学部専任講師	釜田 薫子

日本監査役協会関西支部監査実務研究会

近畿日本鉄道(株)	監査役	筑間 啓亘(幹事)
(株)オーガス総研	監査役	安場 耕一郎
国際試薬(株)	常勤監査役	植益 純隆
(株)豊田自動織機	常勤監査役	御友 重孝
阪神電気鉄道(株)	常勤監査役	今里 政彦
ヤマハ(株)	監査役	鈴木 重文
日本監査役協会関西支部	所長	和田 成泰
同	所員	西 功

(2) 監査実務研究会が参考にした文献

取締役の責任(久保利英明・中村直人・菊池伸共著、商事法務研究会)

株式会社・有限会社法(江頭憲治郎著、有斐閣)

新株主代表訴訟対応マニュアル(経営法友会マニュアル等作成委員会編、商事法務研究会)

訴える側の株主代表訴訟(日興証券株主代表訴訟弁護団編著、民事法研究会)

実録大和銀行株主代表訴訟の闘い(寺田一彦著、中経出版)

新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)(有斐閣コンメンタール)