

商法の平成における改正とその論点

桜井博行

1. はじめに

わが国現商法は、明治32年（1899年）に公布・施行されて以来、他法にはない頻度をもって改正されている。平成に入りこの動向はそれまで以上に活発化した。平成14年の改正をもって一段落したとされる。

その内容は、自己株式取得の規制緩和、株式交換、会社分割等の事業再編手段の整備、さらには金庫株（所得・保有する自己株式）の解禁、新株予約権制度の創設、種類株式の拡充、そして監査役機能の強化等、株主価値の向上に繋がる企業経営の促進、そして新型コーポレートガバナンス（企業統治）の導入、等である。

これら一連の商法改正の背景として日本企業の国際競争力の弱体化が挙げられる。すなわち、日本企業は経営効率性の面で、欧米企業との差が大きくなり、ひいてはこれがわが国の国際競争力の低下となっていることが根底にある。

わが国企業の国際競争力が低いことは、例えば上場企業の株主資本利益率（ROE）の比較から見てとることができる。わが国の上場企業平均が約2%であるのに対し、アメリカの上場企業の平均は約20%である。

この日本企業がかかえる経営効率の問題は、従来、政府も含め日本企業全体が容認する社会構造（いわゆる護送船団方式に象徴される社会構造を想定）が作り出してきた。だが、ここにきて不況が長期化し雇用不安が広がり、経済の活性化が緊急の政治課題となった。そして、企業・経済環境はITの進展に伴う対応も早急に必要とした。

これを受けた商法改正が平成13・14年改正であり、その眼目は①コーポレート・ガバナンスの実効性の向上、②IT化への対応、③資金調達手段の改善・整備、④企業活動の国際化ないしグローバル化への対応、であり、新しい改正であるほか、平成における一連の商法改正の区切りとされる点、さらには政府が目指す経済構造改革の「基盤整備」の一環と位置付けられる点で注目される。

かかる中、株主代表訴訟は平成5年の改正後、訴訟数が著しく増えたことに加え、これにおいて認められる賠償が高額化し、会社経営者の間に、株主代表訴訟の濫用（濫訴）に対する過大な不安をもたらし、濫用に対する商法上の十分な手当がなされていないのではないかという主張も聞かれる状況にある。

本稿は、コーポレート・ガバナンスの実効性に寄与する株主代表訴訟のあり方を探る一助とするため、平成における商法改正の概観を通じ当該訴訟の問題点の見直しをする。

2. 平成の商法改正の概要

(1) 平成2年改正

平成2年の改正の理由、すなわち立法理由は「株式会社の発起人及び有限会社の社員の員数についての規制を緩和し、株式会社の設立における現物出資及び財産引受けについての検査役の調査の一部を省略すること等により小規模会社にも適合する会社法制度を整備するとともに、株式会社に最低資本金制度を新設し、株式会社及び有限会社における利益準備金の積立基準を拡充すること等により会社債権者の保護を図り、併せて優先株式等の制度を改善し、社債の発行限度に関する規則を緩和すること等により会社の資金調達の方法を合理化する等の必要がある」からとされ、これに基づき、①小規模閉鎖会社に適用する法規制の整備、②会社債権者の保護、③資金調達方法の合理化、について改正がなされた。

①小規模閉鎖会社に適用する法規制の整備に関連した改正の概要としては、会社設立時の発起人の員数につき、その下限を廃止し一人会社の設立を許容（第165条）、株式譲渡制限会社における株主の新株引受権を保証、同様に転換社債債引受権、新株引受権付社債の引受権を保証、設立手続を合理化・簡素化、現物出資および財産引受けにつき検査役の調査を一部省略できるように、したこと、それに株式会社と有限会社間での組織変更の容易化、が図られたことである。なお、改正法第165条は、発起人の員数の定めは無く、「株式会社ヲ設立スルニハ発起人定款ヲ作ルコトヲ要ス」とだけ規定されている。ただ、法制審議会の審議の過程では、7人以上の発起人を要する旨の規定の削除によって、一人会社の設立の許容は明らかであるとされている。

②会社債権者の保護についての改正としては、最低資本金制度の導入である。株式会社は典型的物的会社とされ、株主は間接有限責任を負うのみで、会社債権者に対して直接の責任を負わない。したがって、会社債権者の保護のためには会社財産の最小限度の確保が必要であり、商法は資本の金額を会社財産確保の最低限の基準とする。しかし、平成2年改正前商法は、株式会社について最低資本金の制度がなく、きわめて少額の資本金の会社が大多数を占める状況にあった。そこで株式会社の財産基盤を強化するため、最低資本金制度が導入された。具体的な最低資本金額は、1千万円である（第168条ノ4）。

そのほか、利益準備金の積立基準の改正（第288条）、資本充実責任の強化（第192条、第192条の2）などがなされた。ここで第288条は、平成2年改正前の株主に対する配当額だけでなく、役員賞与などの利益処分によってその金銭が、社外に流出する場合は、その金額の10分の1以上を、利益準備金として積み立てなければならないこととなった。また、第192条は、改正前においても発起人は、会社の成立した後、引受けがなくまたは申込みが取り消された株式の引受担保責任、払込のない株式

の払込担保責任が認められていた。改正ではこれに加え、現物出資の給付の未済な株式がある場合にも現物出資給付担保責任を負わなければならないこととなり、会社成立時の取締役にも発起人と同様の責任を認めることとした（第192条1項、2項）。

これを受け、払込・給付担保責任に任じた発起人ないし取締役に、株式引受人に対する株式の売渡請求権を認め（同条3項）、発起人および会社成立時の取締役に對し、現物出資および財産引受に関する価格填補責任が新設された（第192条の2）。

③資金調達の方法の合理化に関する改正としては、配当優先株等の発行手続の合理化、議決権のない株式の発行限度等の緩和、社債の発行限度の緩和、がなされた。さらに、株式配当の制度を利益の資本組入れと株式分割に分離して利益の資本組入れのみを行うことができるように、定款の定めにより端株券を発行しないことができることに、および、譲渡制限株式の譲渡手続に関し、改正がなされた。

(2) 平成5年改正

平成5年の改正の理由、すなわち立法理由は「会社をめぐる最近の社会経済情勢等にかんがみ、株主による会社の業務執行に対する監督是正機能をより強固にし、また、株式会社の監査役制度の実効性を高めるために、所要の措置を講ずるとともに、株式会社の資金調達の方法を合理化し、及び社債権者の保護を強化するために、社債に関する制度を整備することを目的とする」とされる。

これに基づき、①株主による会社の業務執行に対する監督是正機能の強化、②監査役の監査機能の強化、③社債制度の改善、について改正がなされた。

①株主による会社の業務執行に対する監督是正機能の強化としては、株主代表訴訟による訴えは、訴訟目的の価格の算定については、財産権

上の請求でない請求に係る訴えとみなされることとなり（第267条4項）、その結果、民事訴訟費用等に関する法律4条2項によりこの訴えの訴額は95万円とされ、訴えの手数料は8千2百円である。

これに関連し、株主代表訴訟に勝訴した株主は、会社に対し勝訴のために支出した費用の支払いを請求できることとなった（第268条の2）。

また、株主の帳簿・書類閲覧権の持株要件を緩和し、発行済株式の10%以上の株式保有を3%以上とした（第293条の6）。

②監査役の監査機能の強化として、任期を2年から3年に延長させた（第273条）。また、監査特例法上の大会社については、監査役の員数を2人以上から3人以上とし、社外監査役を置くことが義務づけられ、監査役会制度が新設された（監査特例法18条、18条の2、18条の3）。なお、監査特例法の適用を受ける大会社とは、資本金5億円以上又は負債200億円以上の株式会社をいう。

③社債制度の改善としては、社債発行限度の廃止、社債管理会社（銀行、信託会社等）の設置を原則義務化、社債管理会社の権限と義務を明定、社債権者集会の議決方式の合理化、担保附社債信託の改正が挙げられるが、これらは商法典本法より社債法の改正に比重が置かれているので、これ以上の言及はしない。

(3) 平成6年改正

平成6年の改正前は、自己株式の取得は資本充実の原則、会社支配権の維持、株主平等原則、株価操作・インサイダー取引規制等の観点から原則禁止されていた。

しかし、アメリカを中心にこれを認める立法例が多くなり、わが国経済界も法規制の国際的整合性の観点から規制緩和が要請されていた。したがって平成6年改正は、これを受けたものである。

具体的には、改正前法が株式消却、合併または営業全部の譲受、権利

実行にあたり必要なとき、株式買取請求に応じるとき、にのみ認めていた自己株式の取得（210条各号）を、正当理由（従業員持株会への譲渡等）があるときに使用人に対する譲渡（210条の2）、定時株主総会による株式の利益償却（212条の2）、閉鎖会社における先買権の行使（210条5号）、閉鎖会社における株主の相続人からの取得（210条の3）の場合にも認めることとした。有限会社の自己持分取得についてもほぼ同様の改正がなされている。

(4) 平成9年改正

平成9年改正はいわゆるストック・オプション制度の導入を企図したもので、導入の立法理由は「ストック・オプション制度を整備することにより、株式会社の取締役及び使用人の意欲や士気を高め、かつ、優秀な人材確保の有効な手段として、企業の業績向上や国際競争力の増大に資するため」とされる。ここでストック・オプション制度とは、会社がその取締役または使用人に対し、予め定めた価格をもって会社よりその株式を自己に譲渡すべき旨を請求する権利を付与する制度である。現行商法上、自己株式方式と新株引受権（いわゆるワラント）2つの方式が想定されている。

同年の改正ではほかに、株式消去特例法が成立し、従来、資本減少の規定による株式消去、定款規定による利益消去、定時総会の決議による株式消去、の場合の厳格手続きに基づく必要があった株式消去を、公開会社は、定款の定めに基づき、特に必要があるときは取締役会決議により、発行済株式総数の10分の1を限度して一定の条件の下で株式消却ができることになった。

さらに、いわゆる総会屋対策として罰則の強化が図られ、合併手続の簡易化が図られたが、詳細への言及は機会をあらためたい。

(5) 平成11年改正

平成11年改正は、平成9年に合併等の企業結合の規制緩和および純粹持株会社の解禁を企図した独占禁止法の改正と、同年の「銀行持株会社の創設のための合併手続きの特例等に関する法律」成立を受け、完全な親子会社の創設を容易かつ円滑に行うための制度として株式交換および株式移転（352条、364条）の制度が創設された。また、一般の親子会社につき、親会社の株主保護の観点から、親会社の株主の子会社の業務内容等の開示充実が図られた。

(6) 平成12年改正

平成12年改正は、主として会社分割法制の整備を企図してなされた。同時に、子会社の計算による利益供与および要求等を行うことを禁止する規定が盛りこまれた。

改正法が想定する分割は新設分割と吸収分割の2である。

前者は、会社分割により新しく会社を設立し、これを分割する会社の営業の全部または一部を承継させる形態の分割である（373条）。一方、後者は、分割された会社の営業の全部または一部を既存の他の会社（承継会社）に承継させる形態の分割である（374条の16）。

関連して、分割の手續、簡易な分割手續についての規定も新設されているが、詳細についての説明は省略する。

平成11年改正前においては、分割する部門の営業を現物出資して、新会社を設立する（168条2項5号）、新会社を設立した後に、分割する部門営業を現物出資する（280条の2）、新会社が財産引受形で分割する部門の営業譲渡を受ける（168条1項6号）、新会社が事後設立の形で、分割する部門の営業譲渡を受ける（246条）、形態に拠っていた。これらは、検査役の調査、あるいは譲渡資産について対抗要件、が必要であること等が難点とされ、11年改正の理由の一になった。ただ、上記改正前の形

態に拠る分割は、会社分割法制が採用された今日も存続しており、これによる分割も適法である。

3. 平成13・14年改正

(1) 平成13年改正

平成13年改正の概要は、①自己株式の取得及び保有規制の見直し、②株式の大きさに関する規制の見直し、③新株発行規制の緩和、④種類株式制度の弾力化、⑤新株予約権制度の創設、⑥会社関係書類の電子化等、⑦監査役の機能強化、⑧取締役等の会社に対する責任の軽減、⑨株主代表訴訟制度の合理化、である。

①改正前においては、自己株の取得は原則として認められず、取得には一定の要件を満たす必要があった（改正前商210条）。また、要件を満たして取得しても、相当の時期に処分する必要があった（同商211条）。13年改正では、取得した自己株を消却せずに保有し続けることができることとした（目的・数量規制の撤廃等については説明省略）。

②会社設立時の株式発行価格に関する制限（改正前商166条2項：5万円以上）、一株（又は一単位）当りの純資産に額の制限（株式の併合について改正前商214条、分割について改正前商218条：5万円以上）、単位株制度（原則として券面額の合計が5万円に当たる数の株式をもって一単位し、完全な権利行使はこの単位数の株式を有する株主についてのみ認めるとする制度）、の廃止と単位株式に替え単元株式制度を導入した（商221条）。⁽¹⁾

③改正前は、株主以外の者に対する株式の有利発行に関する株主総会における特別決議の有効期間は6ヵ月（改正前商280条の2第4項）であったが、改正法ではこれを1年（商280条の2第5項）とした。

④利益配当優先株以外の株式についても議決権のない株式とすることができることとなり、議決権のない株式のみならず、決議事項の一部に

ついでのみ議決権を与える株式も認められ、議決権行使に制限のある種類株式の発行総数を発行済株式総数の2分1（改正前は3分の1）に緩和された（商222条）。

⑤改正前においては、あらかじめ定めた発行価格で新株の発行を請求できる権利（株式のコールオプション）は、ストック・オプション⁽²⁾として付与する場合（改正前商280条の19）、新株引受権付社債（同341条の8以下）または転換社債（同341条の2以下）に限られていた。これを新株予約権とし、新株予約権者が会社に対してこれを行使したときに会社から新株の発行を受け、またはこれにかえて会社の有する自己株式の移転を受けることができる権利（商280条の19）という内容に整備した。

⑥従来、会社関係書類（例えば会計帳簿、貸借対照表）は、紙面であることを前提に規定されていた（商33条）。ITの伸展に対応すべく会社は作成すべき会社関係書類を電磁的方法で作成できることとした（商33条の2第1項）。これに伴い、作成すべき書面等に署名が必要な場合は電子署名を執ることとされた（同2項）。かかる電子化対応の規定は会社又は株主等から行う通知・請求（例えば株主総会の通知）、議決権行使等に準用されている。

⑦監査役機能強化としては、監査役取締役会への出席義務及び意見陳述義務の明文化（商260条の3）、大会社⁽³⁾において改正前には一人以上となっていた社外監査役の員数を監査役総数の半数以上とした。また、従来就任前5年間に於いてその会社または子会社の取締役や従業員でなかった者となっていたが、5年の猶予期間が外されたので、いわゆる横すべりは認められないこととなった（改正商法特例法18条1項）。監査役任期も改正され、改正前3年だったのが4年になった（商273条）。

⑧株主代表訴訟が濫用と思料される状況にあること、賠償額が高額化

し経営の停滞・萎縮が懸念される状況にあること、を受け改正前は株主全員の同意が必要であったものを、株主総会における特別決議⁽⁴⁾による軽減、定款の定めに基づく取締役会決議による軽減、定款の定めに基づく社外取締役のみを対象とした責任限定契約による軽減、を可能とした(商266条7～19項)。

⑨改正前法下、株主代表訴訟は、株主が会社に対し取締役の責任追及の訴えの提起を求めたにもかかわらず一定期間(改正前においては30日)内に訴えを提起しない場合に起こし得る訴訟であるところ(商267条)、改正前における30日では、判断期間として短いとの指摘に比べ60日とした(同条3項)。これに関連して、提起された株主代表訴訟において被告になる取締役に会社が補助参加する場合には、全監査役の同意が必要(商268条8項で266条9項を準用)となった。会社が株主の請求を受け入れ提訴した場合、請求を受け60日の判断期間が経過し株主が提訴に踏み切った旨の告知を受けた場合、会社は公告又は株主への通知をしなければならないこととなった(商268条3・4項)。なお、株主代表訴訟についての平成13年改正では、訴訟上の和解が明文をもって認められ、会社が当事者でない株主代表訴訟において和解をなさんとするとき、裁判所は会社に対しその内容を通知し異議ある場合はこれを述べるべき旨の催告(商268条6項)をしなければならない。

(2) 平成14年改正

平成14年改正の概要は、①株式制度の整備、②株主総会の運営の弾力化、③大会社における運営機構の選択、計算関係規定の整備、④①～③以外の内容にかかる改正、である。

①の内容は、種類株主の取締役等の選解任権(商222条1項6号、257条の2～6)⁽⁵⁾、株券失効制度の創設(商230条、同条の2、同条の6、同条の4等)⁽⁶⁾、所在不明株主の株式売却制度の創設(商224条の2、同

条の4、同条の5等)⁽⁷⁾、端株等の買増制度(商220条の7、221条の2)⁽⁸⁾、よりなる。

②の内容は、株主の議題提案権行使時期および少数株主による株主総会招集請求に対して取締役が招集すべき株主総会の会日の伸張(商232条の2、237条3項)、特別決議の定足数を定款で緩和することを許容(商343条)、議決権を有するすべての株主の同意を条件に招集手続きの省略を許容(商236条)、いわゆる閉鎖会社について定款で招集通知発出から総会期日までの期間を1週間まで短縮することの許容(商232条ただし書)、よりなる⁽⁹⁾。

③の内容としては、重要財産委員会制度の導入⁽¹⁰⁾、委員会等設置会社制度(大会社についてアメリカ型のコーポレート・ガバナンスの制度が選択できることを企図)⁽¹¹⁾の導入、がある。なお、計算関係規定の整備の内容は、大会社のうち有価証券報告書を提出すべき会社について、商法特例法上も、連結計算書類の作成と定時株主総会での株主への報告を義務付けたこと、および計算関係規定は省令委任によって定めること、である。

④①～③以外の内容にかかる改正としては、現物出資等財産価格の証明制度⁽¹²⁾、外国会社の営業所設置義務の撤廃⁽¹³⁾、がある。

4. 商法平成期主要改正の論点

既述改正経過からわかるように、商法の平成期における改正は短スパンかつ大規模であるので、論点とされる事項も広範かつ多大であり絞込みに窮するが、ここではコーポレート・ガバナンスの視点から株主代表訴訟についての論点を探ることとする。なぜなら、これについての改正が平成5年と13年の2回にわたり、それぞれの改正の趣旨が対照的と思料されるからである。

(1) 株主代表訴訟の概要

株主代表訴訟（以下、代表訴訟という。）とは、個々の株主が自ら会社のために取締役の会社に対する責任を追及する訴えである（商267条）。取締役の会社に対する責任追及は、本来会社がそれをなすべきはずのものである。だが、結果的にこれがなされない場合、会社は損害を負い、ひいては株主の利益が害されることになる。代表訴訟はかかる事態を防止するための制度である。

代表訴訟は、19世紀のはじめからイギリスとアメリカで衡平法裁判所の判例によって認められるようになり、アメリカで発展を遂げた。

形成期においては株主が自己と同じ立場にある株主全員を代表して取締役を訴える形式の訴訟⁽¹⁴⁾であったが、変遷の途上で株主が会社の権利に基づいて会社のために訴訟を起こし、判決の効果が会社に帰属する形式の訴訟⁽¹⁵⁾が認められるようになった。わが国商法への導入は昭和25年改正においてであり、その際範とされたのはアメリカ法⁽¹⁶⁾である。

代表訴訟によって責任追及できる範囲についての解釈は一義的でない⁽¹⁷⁾が、限定説をもって妥当とすべきではなかろうか⁽¹⁸⁾。

代表訴訟を行使できる株主は、会社に対して取締役の責任を追及する訴えの提起を請求する6月前より引続き株主であった者である（商267条1項）。したがって必ずしも、同一株を引続き保有すること、取締役の責任発生当時に株主であったこと、は要件にならず、株主でありさえればよいのであるから、議決権なき株式の保有者でも上記要件を満たす限り提訴権者⁽¹⁹⁾足り得る。

代表訴訟が提起され判決に至った場合、当該判決の効力は当然に会社に及び、取締役は会社に対し責任の履行をしなければならない。

(2) 代表訴訟の機能

商法が代表訴訟を認めるのは、企業経営の適切性・健全性を期待する

からに他ならない。代表訴訟と同様の効果は、企業内のモニタリング、株式市場の動向、ストックオプション等の業績連動型報酬、株主総会（株主の議決権）等にも求めることができ、これらが相互に機能し企業経営の適切性・健全性に寄与している。

この中において代表訴訟特有の長所として、企業経営の適切性について客観的法律（裁判所）判断がなされること、株主総会の議決のように他の株主の同意等を必要としないこと、偶発的・単発的な不正行為への対応が機動的におこなえること、を挙げることができる⁽²⁰⁾。

ただ、濫訴をはじめ種々の問題があることも認めなければならない。これについては可能な限りまとめて後述する。

(3) 代表訴訟に関する平成5年改正の契機となった事件・論点

すでに述べたように代表訴訟については、平成5年と13年に改正がなされた。5年改正前においては代表訴訟の訴訟費用について解釈に争いがあった。

すなわち、訴額に応じるのか、（訴額は）非財産権上の請求⁽²¹⁾に拠るのかについての争いである。これに関して話題になった事件があるので紹介しておく。

事件の概要は、「三井鉱山がグループ内の会社との合併を進めようとしたところ、株の買占めで知られる株主の反対で進行が妨げられた。そこで、その株主と交渉し市場価格よりはるかに高い価格で引き取ることとし、三井鉱山はその完全子会社に買い取らせ、それをグループ内の各社に安く売却する手法により実施した（当時、自己株式の取得は禁止されていた）。これによって、合併はできたが他の株主から商法210条の自己株式取得禁止違反で、三井鉱山に35億円以上の損害が生じたとして、その当時の取締役6名を相手に1億円の損害賠償を求める代表訴訟が提起された」ものである。裁判所はかかる完全子会社（親会社が全株を保

有する子会社) 名義の取得であったとしても親会社の計算において当該株式を評価したものといえるとして原告(訴えた株主)の請求を認めている⁽²²⁾。

ここで注目してほしいのは、35億円以上の損害のうち1億円の損害賠償しか求めなかった点である。訴額が1億円なら手数料は51万円余りなのに、訴額が35億円では1千800万円ほどかかることになる。訴額に応じて訴訟費用が判断される場合を想定し、原告において負担可能訴額の請求をしたと思料される。

かかる問題が代表訴訟制度の活用を阻害しているとの指摘に応え、平成5年改正で非財産上の請求とみなすことし、結果として訴額にかかわらず一律8万2千円⁽²³⁾で代表訴訟の提起ができるとした。

関連して、従来代表訴訟において株主が勝訴判決を得た場合、弁護士に支払うべき報酬額の範囲内において相当額を株主は会社に請求することができることとされていたが、平成5年改正ではその訴訟を行うのに必要と認めるべき費用にして訴訟費用に非ざる支出⁽²⁴⁾についても認めることとした(商268条の2第1項)。

かかる改正が代表訴訟提起を容易ならしめたことは巻末の表の示すところである。

(4) 代表訴訟に関する平成13年改正の契機となった事件・論点

代表訴訟についての平成13年改正点は、本訴訟における役員の責任の軽減である。かかる改正の契機になったとされるのが大和銀行事件における大阪地裁判決である。若干事案が複雑である(2つの事件として裁判所に係属)が事件の概要を紹介しておこう。

第1事件:「大和銀行ニューヨーク支店で行員Aが、1984年から11年間にわたり、同行支店保有の米国債(米国財務省証券)を簿外取引し、最終的に約11億ドルの損失を同行に与えた。Aはこの損失を隠匿するため

に、大和銀行が保管する米国債を無断で売却し、大和銀行に約11億の損害を与えた。大和銀行の株主であるXほかは、大和銀行の代表取締役（頭取）外関係する取締役および監査役を被告として、大和銀行が被った約11億ドルの損害賠償を求める代表訴訟を起こした」ものである。

第2事件：「第1事件の後、大和銀行は、上記の約11億ドルの損害発生を米国当局に隠匿したとして、刑事訴追を受け、罰金3億4000万ドルを支払った。X他は、代表取締役他は、適切な監視等を怠ったためAの行為を防止できなかった。さらに無断売買等の事実を知った後、直ちに米国の銀行規制当局に報告せず、損失を隠匿するために虚偽の報告を行ったため、罰金額相当の損害が大和銀行に発生したとして、罰金3億4000万ドルおよび同刑事事件の弁護士報酬1000万ドルの合計3億5000万ドルについて、代表取締役等を被告として損害賠償を求める代表訴訟を起こした」ものである。

第1と第2両事件を併せた判決の概要は、株主側の訴えを一部認め、当時ニューヨーク支店長だった元副頭取に単独で5億3000万ドル（約567億円）、また、ニューヨーク支店長を含む現・元役員ら11人に計約2億4500万ドル（約262億円）、と株主代表訴訟では、前例のない巨額の損害賠償を命じるものであった（第1・2共に大阪地判平成12年9月20日である）⁽²⁵⁾。

本判決は、取締役らに監視体制を構築する義務を肯定した点で画期的な判断として脚光を浴びる一方、命じた賠償額の大きさが経済界に大きな衝撃を与え、賠償義務の限度額設定論議に決定的な影響を与えた。

この後本件は控訴されたが、控訴審における和解で決着している⁽²⁶⁾。この背景・理由も代表訴訟の論点とされる事項である。

この時点で、大和銀行は他行と株式移転方式で持株会社設立の準備中であり、実現すれば当該訴訟は原告当事者適格喪失により却下の可能性が生じ⁽²⁷⁾、裁判所としては一審で責任が認められ、かつ世間で注目さ

れた事件を却下（棄却ではない）、すなわち門前払いすることにためらいがあった。また、被告としては、却下、すなわち敗訴となれば、勝訴した場合には弁護士報酬を含めた訴訟追行上必要と認められる費用相当額について会社への償還請求（商法268条の2第1項）の可能性が全くなくなるとともに、自らが訴訟遂行に費やした費用さえも回収できなくなってしまう可能性に直面していた。かかる背景が本件をして和解で決着させた理由と史料される。

5. まとめにかえて

筆者において代表訴訟の問題点なり検討課題と史料する事項を挙げまとめとしたい。なお、重複する内容がある点をご容赦願う。

代表訴訟と類似の目的、すなわち、取締役の会社に損害を生じさせる行為を株主が会社のために差し止める請求権も商法には存する（商272条）。代表訴訟が会社の損害の事後的救済であるのに対し差止請求権は事前の損害阻止にあり、別立ての制度・権利であるが、会社のために単独株主において行為できるものである点で共通する。

違法行為の差止請求権は、通常仮処分により行使され、係る仮処分は取締役に会社に対する不作為義務を課すにとどまるから行為の効力には影響しないと解される⁽²⁸⁾。ただ、逆に解する見解もあり、現行の民事保全法上、仮処分の効力範囲・内容の検討が必要とされよう。

大和銀行事件等が契機となり、平成13年改正では賠償責任に限度額が設定された。具体的には、代表取締役についてはその年収の6年分、他の社内取締役は4年分、社外取締役は2年分、である。

これと引き替えとも言えるのが監査役の機能強化である。取締役の賠償責任を軽減するだけでは企業統治（コーポレート・ガバナンス）の目的は達成できないからである。既述のように、資本の額が5億円以上又は負債の額が200億円以上の株式会社（大会社）では、監査役の半数以

上を社外から起用することとし、社内・社外を問わず監査役の任期を4年に延長する改正である。また監査役の選任については監査役会の同意を必要とし、監査役が取締役会へ出席・意見表明することは現行法では監査役の「権利」とされているが、大会社についてはこれを「義務」として、取締役会に対する監視の強化もなされている。ただ、今改正後であっても、従来以上に監査役を取締役会監視を期待するのは困難であると思料する。誤解を恐れず言うなら、監査役に就任する者の多くは取締役ポストの代替として発令されることが多く、この者にそもそも取締役会監視を期待することできるはずがない。社外監査役を増強する等によって多少事情は改善されようが抜本的に変わるとは考えにくい。

であるとすれば、コーポレート・ガバナンスが眼目の一とされる平成13・14年改正、代表訴訟に関する改正に限っていえば、経営者保護に傾斜したものになったと言わざるを得ない。

資料：株主代表訴訟の地裁・高裁の審理状況（最高裁判所事務総局調べ）

	地方裁判所	高等裁判所	合計
1950（昭和25）年 ～1989（平成元）年受理件数	10件		10件
1990（平成2）年受理件数	4件		4件
1991（平成3）年受理件数	5件		5件
1992（平成4）年12月末現在	31件		31件
1993（平成5）年12月末現在	74件	10件	84件
1994（平成6）年12月末現在	133件	12件	145件
1995（平成7）年12月末現在	158件	16件	174件
1996（平成8）年12月末現在	174件	14件	188件
1997（平成9）年12月末現在	203件	16件	219件
1998（平成10）年12月末現在	222件	18件	240件

- (1) 改正前法下の単位株式制度は、経過的に改正付則に規定されていた。単元株制度の創設により会社は1000株及び発行済株式総数の200分の1を超えない範囲で1単元の株式数を自由に定めることができるようになった。
- (2) ストック・オプションについては平成9年改正の記述を参照
- (3) 平成5年改正の記述を参照（監査特例法の適用を受ける大会社と同じ）
- (4) 普通決議に対応する決議であり、発行済株式総数の過半数に当たる株式を有する株主が出席し（定足数）、議決権の3分の2以上をもってなすべき決議をいう（商343条）。
- (5) 種類株主の取締役等の選解任権の内容は、新たな種類株式として、種類株主総会における取締役または監査役の選任、および解任について、一定の制約はあるが内容の異なる株式の発行を可能とするものである（商222条1項6号）。合弁企業の設立や、ベンチャー・キャピタルからの投資をしやすくし、もって新規事業の資金調達容易化を図るため、一定の数の役員を確実に選任または解任できることを意図するものである。なお、この新たな種類株式を発行することができるのは、譲渡制限会社に限られる（商222条1項本文、204条1項）。
- (6) これまで、株券を喪失した者は除権判決（公示催告手続を経てなす）を得て、それ以降の善意取得を阻止し、株券の再発行を受け株式の譲渡および権利行使をすることとされていた。改正ではこれにかえて株券失効制度を設け、株券を公示催告手続の対象から外した（商230条の9の2）。公示催告手続に要する費用・時間を考慮したものである。
- (7) 所在不明の株主に対し改正前は、通知および催告が継続して5年間到達しないときは、株主に対する通知および催告はしなくてよいとの規定（商224条の2）で対応していた。しかし、これだけでは株主としての管理が免除されるわけではなく管理コストを要していた。また、所在不明株主の株式数の議決定足数への影響も考慮する必要があった。そこで、本売却制度を新設し売却代金の保管または供託で足ることとした。
- (8) 平成13年改正（①自己株式の取得及び保有規制の見直しの記述を参照）により、いわゆる金庫株等が解禁され、自己株式の処分を新株発行と同様の方法によって行わなければならないとなり、これより単元未満株や端株の売渡しできなくなることへの対応として本制度を設けた。
- (9) 株主総会決議事項につき、議決権を有するすべての株主が書面または電磁的記録（eメール等）によって同意したときは、その時点で総会決議があったものとみなすこととなった。結果的に実際の株主総会開催の省略を認める

(商253条)改正もなれている。

- (10)大会社(商法特例法上の大会社)で取締役が10人以上(1人以上は社外取締役であることが要件)である会社は、260条2項1・2号所定(重要な財産の処分・譲渡、多額の借財)事項につき、取締役会が3人以上の取締役をメンバーとする重要財産委員会に対し、取締役会決議に基づきこれらの事項の決定権限を委譲できることを認める制度である。
- (11)大会社について、新株や社債の発行の決定も含めた取締役会専決事項を執行役に委譲することを可能にし、かつ執行役に対する監督を可能ならしめる制度(委員会等設置会社)である。定款によりこれを選択できることとされ、構成員の過半数が社外取締役構成される指名委員会、監査委員会、報酬委員会の3委員会と業務執行を担当する執行役とが置かれ、監査役は置かれない。
- (12)現物出資、財産引受、事後設立の目的たる財産については、原則として裁判所の選任する検査役による調査が求められていた(商173条1項、181条1項、280条の8第1項、246条第2項)。しかし、これでは時間・費用の面で非効率的であるとされていた。そこで、平成14年改正をもって弁護士等の専門家の証明・鑑定評価で検査役の調査に代えることを認めた(商168条1項5・6号、173条2項3号)。
- (13)改正前商法において外国会社(日本の法律以外の法律を準拠法として設立された会社)は、日本で継続して取引するには日本における代表者を定め、営業所を設けなければならないとされていた。だが、営業所設置の義務は現状との乖離が大きく(インターネットによる取引等、現実の店舗を介しない取引の増大を想定)、これを存置することは妥当でない状況にあった。そこで改正法ではこれを撤廃した。ただ、わが国における取引先の保護を図るべく外国会社に計算書類の公告義務を課し、日本から撤退する場合の債権者保護手続(商483条の3)等を義務づけた。
- (14)representative action また class action と呼ばれる。
- (15)derivative suit と呼ばれる。なお、これが語源ゆえに株主代表訴訟は「代位訴訟性」と「代表訴訟性」が問題となる。
- (16)この時のアメリカ法の内容は、「株主は代表訴訟により取締役の責任のみならず、第三者に対して会社が有する請求権についても会社を代表して行使できる、および訴訟提起については取締役会の判断が優先され、株主は取締役会が正当に訴えを提起しないと判断したときはそれに反して代表訴訟を提起することはできない」とするものであった。
- (17)取締役の会社に対する責任一般であるとする説(多数説：本稿では一般説と

呼ぶ)、266条1項の責任と資本充実責任(商192条、192条の2、280条の13、280条の13の2)に限られ、取引上の債務不履行責任などは含まれないとする説(本稿では「限定説」と呼ぶ)、等がある。

- (18)わが国代表訴訟は、アメリカ法の提訴裁量権を認めておらず、会社が提訴しなければ、その妥当性を問題にせずに代表訴訟を認める法制(商267条2項)をとる。かかる法制の下で代表訴訟で追及できる責任の範囲を限定的に解しないとすれば代表訴訟の範囲が広範になりすぎ濫訴につながると思われるからである(参考:北沢正啓「会社法」448頁)。
- (19)条文の文言に則した表現をするなら「会社に対して取締役の責任を追及する訴えの提起を請求することができる者足り得る」となろう。
- (20)北村雅史「コーポレート・ガバナンスと株主代表訴訟」小林・近藤編株主代表訴訟大系:弘文堂2002年
- (21)民事訴訟訴訟費用等に関する法律第4条2項(95万円とみなされる)
- (22)最判平成5年9月9日判決民集47巻7号4814頁
- (23)平成5年改正で267条4項を追加し代表訴訟の目的の価額の算定は非財産権上の請求とすることを定めた。したがって、民事訴訟費用等に関する法律4条2項が適用され、訴訟の目的の価額は95万円となり、同条別表一下欄により、訴訟の目的の価額30万円までの部分につきその価額5万円までごとに500円(500円に30万円を5万円で除した数を乗じた価額、すなわち500円×(30万円÷5万円)=3千円)、30万円を超え百万円までの部分につきその価額5万円ごとに400円(400円に95万円から30万円を引いた価額を5万円で除した数を乗じた価額、すなわち500円×(95万円-30万円)÷5万円=5千200円)であるので3千円プラス5千200円で訴額は8千200円となる。
- (24)その訴訟を行うのに必要と認めるべき費用にして訴訟費用に非ざる支出とは、事実関係の調査費用、旅費等をいう(宮島司「商法概説」286頁 弘文堂 2002年)。
- (25)第1事件では、内部管理体制(リスク管理)の構築に関する任務が論点となり、取締役はリスク管理体制(行員による不正行為を防止すると共に損失の拡大を最小限にとどめるための管理体制)を構築すべき義務を負い、監査役は取締役がリスク管理体制の整備を行っているかどうか監査すべき義務を負う、旨が判示されている。また、第2事件では、米国法令違反に関する任務懈怠行為を認めることが出来るのが論点となり、「法令遵守は会社経営の基本である」として商法266条1項5号の「法令」には、商法その他の法令中の会社を名宛人とし、会社が業務を行うに際して遵守すべき全ての規定、

つまり、外国法令も含まれる旨を判示している。なお、両事件の詳細は、判例時報1721号3頁、判例タイムス1047号86頁、を参照。

- (26) 被告側の旧経営陣49人が総額約2億5000万円を同行に返還することなどを条件に、大阪高裁（岡部崇明裁判長）で和解した。和解条項によると、原告、被告らは「金融システムの基盤強化が緊急課題とされる状況下で、大局的見地から大和銀行と株主の利益に合致するとの認識から和解を成立させた」と報じられている（2001年12月12日朝刊39面）。
- (27) 持株会社化に伴う代表訴訟における原告適格喪失については、東京地判平成13年3月29日判時1748号171頁参照（旧興銀に関する事例）。株式交換・株式移転の効果は、株式交換の日に、完全子会社となる会社（B）の株主の有する株式は完全親会社となる会社（A）に移転し、Bの株主はAの株主となる（商252条2項）。なお、江頭憲治郎「株式会社法・有限会社法」有斐閣592頁は、原告は、株式を売却した場合と異なり、任意にBの株主資格を放棄したわけではないし、完全親会社の株主として、Bに関する利害を継続しているから、株式交換（株式移転）により原告がBの株主でなくなったことを原告適格の喪失解することは妥当でないとする。
- (28) 江頭憲治郎「株式会社・有限会社法」340頁 有斐閣 2002年

（さくらい ひろゆき 職業能力開発総合大学校）