

法制審議会
会社法（現代化関係）部会
第25回会議 議事録

- 第1 日 時 平成16年6月16日（水） 自 午後1時00分
至 午後5時03分
- 第2 場 所 法曹会館「高砂の間」
- 第3 議 題 会社法制の現代化に関する要綱案（案）たたき台（5）について
代表訴訟に関する見直しについて
外国会社に関する諸問題について
- 第4 議 事 （次のとおり）

議

事

- それでは、まだお見えになっておられない委員・幹事の方がおられますけれども、予定した時刻が参りましたので、第25回会社法（現代化関係）部会を開会することいたします。

本日は御多忙の中を御出席いただきまして、ありがとうございます。

まず、配布資料につきまして事務局から説明をお願いします。

- 事前に部会資料25と26を配布させていただきました。前回配布済みの部会資料23、24とあわせて、本日御審議をお願いいたします。
- 配布資料につきまして御質問ございませんでしょうか。

よろしければ本日の審議に入りたいと存じますが、本日は、まず、前回配布済みの部会資料23から御審議いただきたいと思います。

初めに、事務局から説明をお願いします。

- 部会資料23は、主として株式会社・有限会社関係のうちの機関関係について、取締役の責任の点を中心に、残された論点の幾つかを取り上げさせていただいているものでございます。例によって、星印がついているものについて中心的に御議論をちょうだいできればと思いますので、それらについて説明いたします。

まず、「第4 機関関係」の6の「(3) 代表取締役等の住所」についてですが、意見照会の結果、現状維持を求める意見が多数であったところでございます。理由としては、この部会でも御議論がありましたとおり、主として、代表者の住所というものが裁判実務上重要な役割を果たしているという点を挙げる意見が多かったところでございます。また、法制上、会社の代表者の住所について登記事項から外す、あるいは閲覧等に制限を設けるという方向性については、他の法人の代表者等に係る住所の取扱いとは異なる取扱いをすることについての説明が非常に難しいということもありまして、今回はこの手当てについては見送ることとしてはどうかということをお諮りしたいと思います。

「7 取締役の責任」につきましては、相当時間をとって御議論をいただいておりますが、残された論点は絞られてきておりますけれども、まず、「(1) 任務懈怠責任」につきましては、①の(注)の点ですが、現行の266条2項に代わる規定として、損害との間の何らかの因果関係にかかわる規定を設けたらどうかということにつきまして、事務局においていろいろと吟味させていただきましたけれども、結論におきまして、実務上解釈に紛れが生ずるということは考えられないと思われまますので、今回は規定を設けないということにさせていただいてよろしいのではないかとというふうに整理させていただければと思います。

7の(1)の②の(注2)ですけれども、有限会社的な機関設計を選択した会社―法定の取締役会を置かない会社―において複数の取締役を置いた場合について、責任の一部制限制度、一部免除制度との関係で、社外取締役的なものの存在を認めるという整理をさせていただいてよろしいのではないかとという方向で、従前の御議論を踏まえて、整理させていただこうとするものでございます。このようにさせていただくことであれば、格別御異論はないのではないかとと思われます。

7の(1)の③につきまして、一部免除制度の見直しについて実務上の御要望をいただいていたところですが、この部会の中でも事務局側の考え方を示させていただきましたとおり、議員立法によって、なおかつ与野党間の修正協議の結果としてでき上がっている現行のスキームについては、いろいろな御指摘はあるものの、現段階で政府提案としてその見直しを行うべき事情の変化というものを立証する自信が全くございませんので、今回は見送らせていただくということでございます。

「(2) 違法な剰余金の分配に係る責任」の②の(注5)の点――商法特例法21条の18の規定の取扱い――についてでございますが、今回の作業においては、責任に関する手当てについて、委員会等設置会社とそれ以外の会社における取扱いを統一する、同じにするという方針で臨んでおり、また、これまでの御議論の中で、任務懈怠責任以外の特別な責任につきましては、実行した取締役のほかに、当該実行行為が取締役会の決議に基づく場合には、それに賛成した取締役にも同じような特別の責任を負わせるということで基本的に整理されているということもありまして、剰余金の分配・処分手続が見直されるということになりますと、委員会等設置会社であるかどうかにかかわらず、機関設計のいかんにかかわらず、②のような取扱いをさせていただくということによろしいのではないかとと思われるところです。従前の御議論では、商法特例法21条の18の見直しということも、それはそれで一つあり得るのではないかと御意見が有力であったように思われますので、ここもそうさせていただいてはどうかということをお諮りしたいと思います。

「(4) 利益相反取引に係る責任」についてですが、従前の議論の中で、過失責任化を図るとした場合でもなお一定の範囲の取締役については無過失責任を維持すべきではないか、直接受益をした取締役についてはそのようにすべきではないかという御指摘があったかと思えます。事務局内部で検討させていただきましたところでは、この「受益」という概念は非常に実質的な概念であり、過失責任・無過失責任のメルクマールとしては十分に機能し得ないのではないかと考えるますと、端的に、会社と直接に利益相反取引をした取締役か、それ以外の取締役かということで区分をすることの方がよろしいのではないかと御意見を伺わせていただければというのが、①の(注2)の点でございます。

②についてですが、従前の案から実質的に変えた部分は、「取締役会の同意の有無に関わらず」という表現を入れさせていただいた点です。この案が示している内容は、取締役会の同意を得たか否かにかかわらず、会社と直接利益相反取引をした取締役、間接取引によって利益を得た取締役、それから会社を代表して当該利益相反取引行為を行った取締役について、立証責任を転換した特別の規定を適用するとともに、取締役会決議にかけられた場合には、その決議に賛成した取締役についても特別の規定を適用するというものでございます。取締役会の決議があったか否かによって責任の根拠規定が異なるということ避けつつ、取締役会の決議に賛成した者については会社を代表した取締役と同じように取り扱うという整理をして、規定の平仄を合わせるなどの工夫をしたものでございます。

③の口の(注)についてですが、先ほどの、無過失責任を維持すべき取締役に

については、その責任の一部免除を認めないという整理をさせていただくことになるのではないかという確認をさせていただいております。一部の取締役について無過失責任とすべきかどうか、無過失責任とすべきであるとしてその取締役の範囲のいかんについての御議論が定まれば、この点についても自然と定まるのではないかということでございます。

少し飛びまして、「10 使用人兼務取締役」でございますけれども、従前の案を再度掲げさせていただいております。理念的には、(1)と(2)のどちらについてもこのようにすべきであるという御意見が有力であったと思います。

(1)につきましては、要するに、取締役になっている者で業務執行に携わっているものは委員会等設置会社では使用人ではないという理解をすれば――取締役を兼務している限りは、どのような肩書きであろうと、それは執行役としての業務執行であり、委員会等設置会社とはそういうものであるという説明をすれば――それで済むのではないかというように議論が整理されてきているように思われます。

(2)についてですけれども、報酬委員会の趣旨に照らせば、使用人として受ける給与等も含めて――それを配慮しつつ、ということだと思いますけれども――報酬委員会がそのすべてを決定するという位置づけを確保するということが妥当ではないかという御意見がそれなりに有力であったと思いますので、再度、同じ提案をさせていただいているところでございます。

部会資料23についての説明は、以上でございます。

- それでは、今説明いただきました部会資料23全体につきまして、何か御質問ありませんでしょうか。

もしよろしければ、各事項について、いつものとおり、まず星印がついたものを先に一わたり御審議いただいて、もし星印がついていないものについて御意見がありましたら、その後に何うということにいたしまして、星印のものについて御審議をいただければと思います。

まず最初は、第4部の第4の6の(3)でありますけれども、代表取締役等の住所の取扱いについては現行法どおりということではありますが、これでよろしいでしょうか。

- よろしいでしょうかと言われても、ちょっと一言あるのですが。

まだよく分からないところがあるのですけれども、裁判実務ということでは言われているわけでありまして、例えば、代表取締役が住所を、自分が住んでいるところではなくて、会社が住所であるというふうに登記するというようなことが可能なのかということ。

それから、例えば、代表取締役に対する訴訟について、定款において送達受領の代理人を別途定めた場合にはこの住所の登記は要らないというような制度設計ができるのか。

まず、1番目は可能なのでしょうか。それが可能であると、かなりのことが……、それはだめなんですか。住んでいるところではなくて、会社を住所だということで登記しておく。

- 反対意見の多くは今申し上げましたような理由を挙げているのですけれども、法制的な理由としては、やはり特定という意味が非常に大きいと思われるところでありまして、

住所と氏名とをもって当該個人を全人類の中から特定するということが代表者については多分必須なのではないかと思われます。特に法人が業務執行者となる場合のことを考えますと、法人の商号や名称だけで特定するというにはあり得ませんー商号については同じ商号が山ほどできる可能性がありますので、結局それと本店所在地とを合わせて特定せざるを得ませんーそれは自然人についても多分同様であろうと思われるところです。

会社の訴訟との関係で受送達者を定めるという制度設計は検討に値するのではないかと思いますけれども、多分、それと登記事項として代表者の住所を求めるということの意味合いとは必ずしも一致しないと思われますので、それをもって代替することはできないのではないかと考えられますが、御議論を賜りたいと思います。

- 裁判実務ということではなくて、本人の特定のために必須であるということなのか。
- 少なくとも事務局としては、その要素は欠かせないと思っております。その意味では、住所でなければならぬということではないと思います。裁判実務上、代表者の住所という情報が有用であるということなども相まって、住所が開示されるべきであるという結論が維持されることになると思いますけれども、特定という意味だけでは、例えば住基ネットの番号でも構わないのかもしれないということです。
- いかがでしょう、何かこの点につきまして、ほかの委員・幹事の方、御意見ありますでしょうか。登記関係、裁判関係、いろいろに関係しませけれども。
- 実務界としては非常に強いニーズがあるものですから。自分の身の安全ということにかかわるものですから。伊丹十三氏の事件のような、商業登記簿を見て危害を及ぼすというふうな動きというのはできれば避けたいものですから。本人の特定であれば、生年月日でも登記に書いておけばいいような気もしますし、住所というのは、まだ……。ほかの代案があれば、何とか避ける方向で引き続き検討を実務的にしていただければと、強く申し述べたいと思います。
- 何か、ほかの委員・幹事の方、御意見ありますでしょうか。特になければ、〇〇委員の強い御希望は伺いましたということで、この場としてはもうそれ以上どうしようもないことでありませ……。

それでは、次に進ませてもらってよろしいでしょうか。

次は、7の(1)①の(注)でありますけれども、取締役会決議に賛成したことと会社に生じた損害との間の因果関係を認めるための規定というようなことにつきまして前回御議論があったわけでありませが、それについては特に規定は設けないものとするということではいかがかということでありませが、いかがでしょう。これもいろいろ御意見はあるかと思いますが、何とかこれで御了解いただければと思います。ーよろしいでしょうか。

次に、②の(注2)でありますが、実質的な論点はa, b, c, dのdだと思いますが、取締役会を設置しない会社についても社外取締役的なものを認める、それで責任の上でそういう形をとるとのことです。

- この方向は是非進めていただきたいなというふうに思うわけでありませが、確認のための質問でありますけれども、dの、266条19項的なものを認めるということなの

ですが、要するに従来型の定義における社外取締役に限るのか、そうではなくて、代表取締役でなければ、例えば従業員兼務の取締役にもこれが認められるのか、ここを明らかにしていただきたいということです。

それと、この取締役会を設置しない株式会社について6年・4年、要するに通常の会社における6・4・2ではないというのはなぜなのかということをお伺いしたいのですが。つまり、社外取締役についての事前責任免除といいますか、責任限度額を定める方を認めていただけるのであれば、他の会社と並びで6・4・2というふうにした方が法整備上も非常に簡明だと思われまして、かつ、この手の小さな会社であっても、例えばベンチャーの卵的などころで最初から社外取締役を入れるというようなニーズはあるわけで、かつ、立法者としてはやはり社外取締役を入れることをエンカレッジすべきだというふうに考えますと、ここまでお考えいただいたのであれば、2年という、一般の会社と並びということをお願いできないかということで、質問と若干の意見です。

- まず第1点目の、dの適用範囲がどこまでかという話ですが、一応、原案としては、社外取締役的なものに限定されるべきではないかという意識で書いております。

ただ、現在の有限会社法の規定を見ますと、取締役は原則として業務執行権と代表権を持つということにされた上で、代表権のない取締役というものは認めることができるということになってはいますが、現在の法文上は、業務執行権のない取締役というものは明文では出てきていないというような問題点があります。社外取締役の定義を適用するためには、今の有限会社法より一步進んで、例えば代表権も業務執行権もないような取締役を定款で作ることを認める必要がありますが、そのあたりの法整備をどのようにするかというところがまだはっきりと決まっていないということもありまして、その範囲についてはまだ明らかにしていないということになっております。

2番目の御質問で、6・4・2でないのはなぜなのかということにつきましても、社外取締役のような形できちんと、有限会社タイプー要するに取締役会のないタイプーの会社でも位置づけることができるということであるならば、それも通常の6・4・2の法制になる方が平仄はそろうのかなと。そこら辺を含めて今後検討していく所存でございます。

- よろしゅうございますか。現段階ではそういうことだということでありまして。ほかにいかがでしょうか。
- 特に反対というわけではないのですが、考え方の整理方法を教えていただきたいという趣旨ですが、cについて、これは要するに、現行法上は取締役会で認めるということなのですが、複数設置した場合、つまり取締役会は置かないけれども複数ある場合には、これを認めようと。ところが、取締役会を置くということで、例えば230条ノ10とか、いろいろ連動する規制があるわけですね。そういう意味で、取締役会を置くというのは、観念的に監督と執行がやや分離した形になるけれども、取締役会を置かない場合には、複数の取締役を容認しても、今おっしゃいましたように、基本的にすべての取締役が代表権・執行権を持っているという、ある意味で同質性のある取締役だということ念頭に置くと、このcを当然に認めていいのかなという議論もあり得ると思うのです。ただ、実害がなければいいとは思うのですけれども、なぜ取締役会以外で複数あれば認めるのか。そこら辺、検討の経緯をお教えいただければと思います。

- ○○委員のおっしゃることは我々も当初考えまして、やはり定款に基づく一部免除というのは取締役会がある場合に限られるのではないかというふうにも思ったのですが、ただ、実際に株主総会との関係で言えば、まず定款における授権というものが第1段階として踏まれている。また、取締役が複数いる場合には過半数で決するというその決し方そのものにつきましては、法定の取締役会がある場合と取締役が単に複数いる場合とでそれほど大きな差はない。そうなってくると、この取締役会がないということだけで、定款授権もあって、なおかつ取締役の過半数で決めているのに免除を認めないというほどのことをしなければいけないのかどうか、そこに明確な区別がつけられるかどうかという点に、ちょっと十分な理由づけがないかなど。また、○○委員、また中小企業庁の方からも、取締役会のある・なしという機関設計の問題と実際の法律効果の問題はできる限りそろえていく方がいいというような方向性も示されておりますので、ここは議論していただいた上で、反対の御意見もあるかなとは思いつつも、とりあえず原案としてはこのような提案をさせていただいております。
- ということですが、いかがでしょうか。
- ちょっと質問したいのですけれども、取締役会を設置しない場合は監査役も置かなくていいわけですが、そうすると、二人の取締役がいる場合に、一人の取締役の責任が問題になる場合には、そのたった一人の取締役だけで、これは実際に定款で授権すれば一部免除ができるということになるのですけれども、そのあたりはどういうふうに御検討されたのでしょうか。
- そうような事案も当然問題としてあるなということは認識しつつ、小規模な会社の中でそれはやむを得ないのかなど。実際に、そういうような会社だと、株主総会の権限に仮に移したとしても、恐らく株主総会で免除されてしまうことになって、わざわざこれを禁止して実効性があるのかなというふうに私ども考えまして、そういう会社はそういう会社でしようがないかなど、恐らく一人の免除も株主総会の免除も実質変わらないかなという感覚でございます。
- そういう問題も確かにあると思いますが。
- ちょっと論点はズレるかもしれませんが、前回も申し上げましたように、監査役のない会社でこのような免責を認めるということになるわけですが、現在の266条7項以下は、本来、独立した監査役がそれに同意しているということを非常に重く見た制度だと思いますので、監査役の同意がない一部免除について、例えば、この間も申し上げたのですけれども、本当にいわば大会社と同じような、比較的要件の緩い特別決議だけで一部免除が認められるということがいいのかなという、どうもそこがやや引っ掛かる気がしております。監査役の同意がないような場合については、あるいは一種の特殊決議のような形でやや重い特別決議を要求してもいいのかなという感じは持っております。
- ほかにいかがでしょうか。
- ②で一部免除を一般的に認めるとして、(注2)が複数設置した場合ということですが、複数設置していない場合、つまり一人の場合は、定款授権は認めないけれども株主総会決議では認めると、こういうのがここにインプリケートされているということでもよろしいわけですね。

そして、複数についてはcも認めようという方向で整理されたというわけですね。

- はい、そういうことです。
- それでは、大体方向としては、dは方向としては賛成、cは異論が若干あるという状況だというふうに考えてよろしいでしょうか。

cについては何かほかに御意見ございますか。――それでは、cについてはもうちょっと詰めていただいて。

この②の(注2)につきましては、ほかによろしいでしょうか。

それでは、先に進ませていただきまして、③でありますけれども、この限度額の見直しは行わないということですが、これによろしいでしょうか。

〇〇委員は。

- 長年の主張が通らないことは極めて残念だと申さざるを得ないわけでありましてけれども、今回の改正ではだめだということであれば、また次回ということで、とりあえず今は残念だとしか言えません。
- まあ、改正間もないところということで、今回は見送りということで御了承いただければと思います。

それでは、先に進ませていただきまして、7の(2)の②の(注5)のところ、違法な剰余金分配ですけれども、委員会等設置会社では現在のはたしか計算書類の作成等が執行役の権限だということで、取締役会で賛成した者については挙証責任の転換はなされていないわけですが、それにつきまして、ここにありますように、無過失の立証責任をその決議に賛成した者も負うという方向で整理すると。実質はそういう話だと思いますが、いかがでしょうか。

- 決議に賛成した取締役すべてについて言えますけれども、やはり行為取締役だけに限定していただけないかと前から言っているのですが、この剰余金分配の問題であるとか、利益供与とか、どうしてこういうものについて特別に取締役会の決議に賛成した取締役に過重な義務を課すのかという立法趣旨がまだうなずけなくて。前も申し上げましたように、もっと重要な決断を日々取締役会でやっているわけでありましてけれども、そういうものは普通の過失責任で、これらについては過失責任を転換すると。総会に金を払うようなことだけ転換して、本来のことについてはこの程度でいいのだというのがまだすっきりとこないものですから、委員会等設置会社がそうであれば、全体をそういうふうにする方が筋ではないのかなと。
- 違法な剰余金分配、それから利益相反取引は、理由が同じかどうかはちょっといろいろ議論があるかと思いますが、とにかく、より注意を傾けて取締役会における決定に参加してほしいということのあらわれだという点では共通しているかと思うのですが。

いかがでしょうか、ほかの委員・幹事の方は。

- 私も、〇〇委員がおっしゃったとおり、やはり特に重要であり、ある意味でいえば取締役として特に注意してもらいたいことについて取締役会できちんと慎重に決議してほしいという趣旨の規定であり、それはそれで筋の通った話だと思います。

むしろ、この点について言えば、委員会等設置会社の現在の規定が、利益処分を取締役会で決めることになっているのに、単なる監督責任の一般任務懈怠責任だけにしてい

るということの方が筋としてややおかしいように思っておりますので、その意味では、この改正は妥当な改正ではないかと思えます。

- いかがでしょうか。この問題は相当長時間議論してきたと思えますので、これで御了解いただければと思えます。よろしゅうございますか。

それでは、先に進ませていただきまして、7の(4)の①であります。これは、特に(注2)について前回非常に御議論があったところですが、無過失責任とする者の範囲につきまして、個人的に利益を得た取締役というような点が前回問題とされていたのですが、立法的にはこの(注2)のような表現ではどうかと。実質的な受益ということを書き込むのは非常に難しいということからこういう案が出ているわけですが、いかがでしょうか。

- まず、直接に利益相反取引をした取締役について無過失責任とすること自身には賛成なのですが、例えば間接取引で利益を受けたような取締役についてはこれによってカバーされないということになる点が問題になるわけですね。立法に当たってなかなか難しいのではないかとということでございますが、要件の主張立証が難しいということであれば、それは当人たちがそのハードルを越えれば、過失・無過失とか、そういう主観的要件とはかかわりなくかかっていけるという意味でなお価値があるのではないかとこの気もするのですが、どのあたりの困難ということを具体的に考えられたのか、もう少し教えていただければと思えます。

- この利益相反取引をめぐってはかなり実質的な解釈がされていると思われ。間接取引によって利益を受けたという場合の「利益」も相当広く解される傾向にあり、会社が取引をした相手方について取締役が何らかの関係を持っていた場合には受益があるとされる可能性があるのではないかとと思われ。例えば、相手方である会社の平取締役であり、主要な株主であり、あるいは監査役であるというような場合であっても、場合によっては受益があるという解釈も成り立ち得るわけでありまして、その点、どこで線が引かれるのかが必ずしも明らかではありません。責任の額をどのように解すべきかどうかということは実質概念でよいのですけれども、たとえ当該者が一切事情を知らなくても無過失で責任を負うということになりますと、そこにはそれなりのきちんとしたメルクマールがなければならず、「受益」という概念の範囲を定めておく必要があると思われ。そのあたりが一番難しいのではないかとと思われ。つまり、「受益」というものがかなりの実質概念であるとすると、およそ取締役は無過失責任を負うということにも最終的にはならざるを得ないのではないかとこの感じがいたします。「受益」という概念がはっきりしていればいいのですけれども、解釈上必ずしもそうではなく、論者によっていろいろと違うと思うのですが……。そのあたりの整理がつけばよいのですけれども、間接取引ということになれば、当然、自身が知らなくても受益していることはあり得るわけで、その場合に無過失責任を負わせるということにはそれなりの理由が必要で、そこははっきりしたメルクマールがないとちょっとまずいのではないかとこのこととでございます。

- こういう規定を置いたらどう解釈が出てくるかというのは私もよく予想がつかないところがあります。今までは相当実質的に解釈されてきているという面がありますので、こういう規定を置いて何か実質的な解釈が出てくるのかなという気はするのです

が。

- 質問なのですけれども、この表現をした場合には、兼任取締役の場合、つまり、例えば子会社を代表した取締役なども入るということでしょうか。
 - その点もはっきりしないのですけれどもね。
 - 今の例は当然には入らないという前提ですけれども、ただ、このような規定を設けた場合に当然そのような例にも類推されるかどうかということだろうと思います。
 - 前回の実質的な議論で、受益を問題にしていくと、そういう、相手方会社の代表取締役で取引を代表したというようなものは無過失責任の範囲には入らないと、実質的には大体皆さんお考えだったのではないかと思うのですけれどもね。
 - この（注2）ですけれども、今の〇〇幹事と同じ観点なのですけれども、「直接に自己のために」というような要件を入れていただきたいなど。そうでないと、会社の場合の自己取引というのは会社の代表者としてやるのが非常に多いものですから、第三者のためにするものまで入るということになると、今と実質上、実務上の弊害が変わらないと思うものですから。
 - この点は、文言上ないろいろ工夫する必要がありそうな点ですが。「自己のために」というのを入れるなら、「直接に」というのも要るんですかね。「直接に」を取ってしまうと、〇〇委員がおっしゃったような、間接取引で受益していたのも入るかもしれませんし。
 - 間接取引を除いたのは、先ほど〇〇幹事の方からも申し上げたのですけれども、もう一つ気になったのは、利益相反取引で、今回、取締役会の同意の有無にかかわらずこの規定を適用していこうといった場合に、間接取引の受益を受ける取締役が知らない間にその間接取引が行われるということもあり得るわけですね。例えば、取締役会にかけられずに、その人の債務を会社が保証した、それで利益を受けたんだと。そうしたら、全く自分が知らない間に行われた取引について本当に無過失責任というところまでかけていっていいのだろうか。利益を受けたのだからその立証責任を転換するところぐらいまではまだ許容されたとしても、無過失でとにかく全部払いなさいというところが果たして可能なのかというような問題なども考えまして、そうすると、やはり明確に線引きができるということと、だれが見ても無過失責任を負わされても仕方がないと言われるようなところということで、原案のような、（注2）のようなことをとりあえず提案させていただいたということです。
 - まあ、いろいろなケースがあるのですよね。保証だったら、会社が保証責任を負った場合、それは当然に求償されるでしょうから、どうせあれなんですよ。いずれにせよ、いろいろ文言を検討しなければいけないと思いますので、何かこういう点もあるということがありましたら、おっしゃっていただくと有り難いのですが。――それでは、また御意見がありましたら、メール・文書等でも事務局にアイデアを出していただければと思います。
- 先に進ませていただいてよろしいでしょうか。
- それでは、次は②でありますけれども、「取締役会の同意の有無に関わらず」という文言を入れたという点、それから、立証責任を転換した特別規定を設ける範囲をこのように変えたということにつきまして、いかがでしょうか。

- 「取締役会の同意の有無に関わらず」という文言を入れたことによって大きな差があるようには思わないのですが、やや形式的な議論で恐縮なのですが、取締役会の同意がない場合の立証すべき点と、取締役会の同意があった場合の立証すべき点とが違うのではないかという気もするのですが。それも二つ合わせることが合理的かどうかということが少し気になるのですが。具体的には、取締役会の同意がない場合には法令違反なのですね、法令違反の場合の立証責任の転換と。それから、同意があった場合には、ある意味で経営判断が中立の取締役については妥当するし、そこら辺の立証責任は……。やや、方向性というか内容が違うものを一緒にして混乱を招かないかなという感じがしたのですが。あるいは誤解なのか、ちょっとお教えいただければと思います。
- もちろん、事実が違いますので、裁判の中で主張される事実が違うと思いますが、要件事実の点だけで言いますと、まず請求原因事実としては、利益相反取引をしたことと、それによって損害が生じたことというような形になりますので、取締役会の同意があったかなかったかというのはとりあえずは外される問題になるのではないかと思います。
- そうした上で、反証として、故意・過失があったかというようなことを……。
- 何の過失ですか。
- 利益相反取引によって損害が生じたことについての故意・過失があったかということ
を抗弁として言うときに、いや、取締役会できちんと言われて、そのときにこういう資料を示されてというような、そこで具体的な事実が主張されることになると思いますけれども。まあ、そこでの場面はもちろん違いますが、ただ、構造として、これを二つ合わせたら何か問題が起こるといようなことはちょっと考えていないのですけれども。
- しかし、同意を得ることが取締役の義務なんですね。同意がなければ取引無効なんです。
- ですから、もちろん、同意を得ていなければ、通常は結局反証は不可能だろうといようなことは言えると思いますけれども、取締役会の同意を得ていないという場面は、もちろん全く最初から同意を得ていない場面もあるでしょうし、例えば何らかの手続的なミスによって取締役会そのものが無効であったために取締役会の同意を得ていないといようなことも……。
- 分かりやすく、全く同意を得ていなかった場合と、適法な同意があった場合、二つを例に挙げて議論した方がいいと思うのですけれども、そういう全く両極端の場合に、相当内容が一つつまり、一方は違法行為なのです。そして当該行為は無効 なのです。そういう話と、同意があった場合には原則有効なのです。その場合の経営判断の誤りを議論するときと一緒にしていいのか。実質同じことになると思うから、時間を取る必要はないとは思いますが、きれいな立法かなという気がするということなのです。実害はないとは思いますが。だから、余り議論していただく必要はないのですが、そこら辺もあるいは最後の詰めのところ……。実質は別に私の意見と事務局の意見が違うわけではないと思うのですが、立法に当たってのきれいさということからするとちょっと気になったなということなのです。
- 現行法上も、例のネオ・ダイキョー判決で、一般任務懈怠の責任と266条1項4号

の責任とが併存するという事は認めているわけで、その4号が、取締役会の承認の有無に関係なくというか、なくても……の責任でありますので、その意味ではこれは現行法と変わらなくて、いわば両方の責任は併存するわけですから、正にそういうふうにご案は書かれているわけです。これは主に、さきほど〇〇関係官がおっしゃったように、生じる結果に対する故意・過失を問題にする方の責任であって、取締役会決議がないときは、その決議なしにやることに対する故意・過失ということになるわけで、それはまた別に、両方それぞれ併存した責任として考えればよろしいと思いますので、私はこれで別に問題は起きない、現行法と変わらないのではないかと考えています。

- 確かに故意・過失の内容が多少変わってくる点はあるかと思いますが、実際的な举证責任の点は変わらないのではないかと考えています。
- 少なくとも異論ではありませんので。技術的なことはもう少し考えて、また場合によってはあれですけれども。
- それでは、また御意見がありましたら、次回おっしゃっていただくことにして、一応よろしいでしょうか。

それでは、次が③の口でありますけれども、これも、本文の方は一応前回で御承認いただいたと思いますが、(注)の方が問題かと思いますが、いかがでしょうか。

- 先ほど、①の(注2)で、無過失責任とする範囲を狭めるという御説明をされていて、それは非常に合理的な面があるかと思われるわけですが、〇〇幹事も御指摘のように、この責任の一部免除というケース、この責任の額の問題となれば、直接に利益相反取引をした取締役に限定せずに、実質的に受益した部分というものは吐き出させるということは穏当なのではないか。つまり、今までは連動するように考えていましたけれども、無過失責任とするかどうかということと、吐出しをきちんとやらせるということは、とりあえず分けて考える余地もあるのではないかと考えるのですけれども、いかがでしょうか。
- いかがでしょうか、ほかの委員・幹事の方。
- 〇〇幹事のおっしゃるとおりでもありますとともに、分けて考えないで、どちらも受益した分については忠実義務違反なわけですから、利益の吐出しを求めると。これは無過失責任であると。

これは、今までの日本の条文の書き方にそういうものがなかったので、さて新たに設けるとなるとどうするのかということをお考えなのかと思いますが、もう英米の国のみならず、いろいろな国に、このような忠実義務というものを注意義務違反とは全く別のスキームで考えるということは定着してきていることですから、むしろ、日本がそうしなかった、あえて立法したけれどもそうしなかったということの方が奇異に受けとめられるといいますか、世界に対するメッセージとしてはちょっと不十分なのではないかとさえ思われるという、そういう感覚を持ちます。

- ほかにいかがでしょうか。

それでは、この点も、先ほどの点と同じように、内容、文言をもうちょっと練っていただきたいと思います。

先に進みますと、10の(1)、(2)でありますけれども、この点はいかがでしょう。この点も前から〇〇委員がおっしゃっていたことですが、

- 確認ですけれども、取締役は執行役を兼ねることができる、そして執行役は使用人を兼ねることができるということですから、執行役を兼務している限りにおいては、執行役という立場で使用人を兼ねているというのは認められると、こうおっしゃったわけですね。違うのですか。
- 執行役が使用人を兼ねることができるということは、取締役ではない執行役のことを前提にした御議論ですよ。
- あ、そうですか。
- 監督に専念すべき立場にある取締役については、使用人という立場はあり得ないと、委員会等設置会社は本来そういう立法趣旨ででき上がっているという理解を……。
- 取締役執行役副社長経営改革本部長というのは具体的にはどうなるということでしたっけ。経営改革本部長というのは使用人ではないということでもいいわけですね。
- ええ、そういう理解で……。
- 使用人というのは何なんですか。
- ですから、委員会等設置会社において業務執行を行う立場にある取締役については、使用人たり得ないと言っているだけであります。
- ちょっと理解できないのですけれども。取締役副社長経営改革本部長はいいわけですか。
- ええ、それはもう幾ら業務執行していただいても構いませんけれども、使用人という立場ではないという理解を――委員会等設置会社における限りでは――していただくざるを得ないのではないかと……。これまでもそういう御議論で推移していたように思いますけれども。
- では、監査役設置会社の場合は経営改革本部長は使用人だけれども、委員会等設置会社では使用人ではないと、こういうことですか。
- 肩書の問題ではないと思いますが。
- そのところは、実務家の間でも学者の間でも理解が必ずしも一致していないのではないかと思いますけれども。
- いや、いずれにしてもこれをはっきりしていただかないと、これがあるがゆえに委員会等設置会社に移ることをためらうという実務界の声が大きいものですから。非常に人事が硬直的になって。だから、取締役副社長とはできるけれども、取締役副社長何々本部長ないしは大阪支店長本店長とか、そういうことがつけられなくなる、そういう業務ができなくなるというふうに実務では思っているわけでございますので、そういうことはいいのだということ何か法文上明確にさせていただきたいと思いますが。
- 実質がいけないと言っているわけではないのです。
- この部会の御議論では、そういう実質がいけないという御意見は一言も出ていないと思いますけれども。そういう場合には、とにかく執行役の業務執行としてそれを担っていただいているという理解を、委員会等設置会社ではしていただきたいという趣旨であったと思いますけれども。使ってはいけない肩書があるという議論はなかったと思いますので……。
- 従来の監査役会設置会社だって、副社長兼大阪支店長というものがもしあれば、大阪支店長は使用人だと思っているのかどうかですね。

- 実務は全部そうしているのです。
- ○○委員のおっしゃったことですが、このごろは大阪は地盤沈下で代表取締役が大阪におられることが少ないのですが、かつては、証券、金融機関、あるいは商社で、代表取締役副社長大阪支店長という形で代表取締役が使用人を兼ねるということは通常考えていなかったもので、結局、代表権を持っている取締役として大阪支店を統括するのだけでも、いろいろの慣行上、支店長あるいは支社長という形の肩書をつけておられるので、ですから、そういう代表取締役については使用人分給与ももらっておられなかったはずなのです。

そういう意味で、委員会等設置会社につきましては、執行役で使用人を兼務する場合も報酬委員会が決めますので、報酬の点ではほとんど意味がないですが、少なくとも取締役を兼任する執行役はそれなりの業務執行権限を有すると。そのときに、一部使用人と紛らわしい呼称があったとしても、委員会等設置会社の場合にはこれは執行役として行われているのだと、したがって使用人分給与などは考えられないという、代表取締役で大阪支店長と同じような取扱いをされれば、実務的にはリーズナブルだと思うのです。

ただ、そこをぎりぎりいくと、そもそも監査役設置会社における使用人兼務取締役は何なのだという議論に行くと思うのです。だから、それは余り触れない方がいいだろうということであいまいな形で来ているのが現状だと思うのですが。それは269条にもかかわりますので。

- そういう趣旨であれば、あえてこういう条文を入れる必要は全くないだろうと思うのですけれどね。
- こら辺はいろいろな理解があると思うのですが、要するに、経営政策の基本にかかわる立場の執行役を取締役が兼務することは構わないと。その一部として、そういう普通には使用人的立場の人も行うかもしれないことを、経営政策の基本を行う中の一部としてやることはあり得る。だから、いわば従来の監査役設置会社で言えば業務担当取締役的な、そういう範囲の職務を執行役として行う取締役兼務の人がいることはあり得るということで、○○委員が挙げた例もそういうことだと思います。

ただ、一方で、単に大阪支店長だけをやる人が同時に取締役というのは、これはちょっとまずいのではないかと。いわば経営政策の基本にかかわる立場になくて、単に経営政策の基本にかかわる執行役から命令を受けて使用人的な行為だけをする人が取締役を兼務するという、これは委員会等設置会社の本来の在り方、モニタリングモデルに基づく取締役会の在り方に反することになるのではないですかという趣旨を明らかにするために入れるだけのことであって、さっきの例のようなものは、さっき○○委員が御指摘になったような理解で、私も説明したような形で許されると、そういうことだと理解しています。

- 時間をとって恐縮ですが、じゃあ今の場合、人事を決めるときに、例えば取締役執行役で何とかに関する業務を兼ねて大阪支店長とか、そういうふうに書かないといけないということになるのですか。
- 名称でなくて、実質だと思いますけれども。
- でも、大阪支店長だけというのはあるんですよね。今、大阪支店長だけの職務の場合

はだめだと言われたものだから。

- 大阪支店長の実質にもよると思うのですけれどもね。
- それは、大阪支店の位置づけいかんによっては、経営の根幹にかかわるあれがある場合はあると思いますから。
- ○○品質本部長とか、よくつくだろうと思うのですけれども、それだけを発令すると思うのですね。取締役執行役員品質本部長。
これがいいのであれば……。
- もう、それは、その会社にとって本質的なケースというのはあると思いますね。
- 分かりました。その業務が使用人のたぐいがやる業務なのか、もっと高位の業務なのかというのを判断してやっていけばいいと、こういうことですね。名称には関係ないと。
- 御了解いただければ大変幸いです。
(2)の方はよろしいでしょうか。
- 確認ですけれども、使用人の給与体系を報酬委員会が決めるのだということを意味するものではないということですね。
- はい。
それでは、一応、星印がついたところは一わたり御審議いただきましたので、あとはどの点でも、星印のない点でお気づきの点がありましたら、御指摘いただければと思います。
- 先ほどの、会社と直接利益相反取引をした取締役について無過失責任とするという問題とのかかわりなのですが、その後、一部免除との関係でいろいろ御議論が出たのですが、無過失責任としたことによって、その法的な効果、その賠償額といえますか責任額について、損害賠償責任という前提で現行はできているのですが、それについて特に変えるということはこの資料には書いてありませんでしたので、先ほど○○幹事あるいは○○委員がおっしゃった利益の吐出しですね、これは今回はしないのだという前提で私は読んでいたのですが、そういうわけでもないのですか。あるいは、今回、無過失責任にするということによって、損害賠償以外に、利益がそれを上回ったときはその差額を返還するとか、そういう特別規定も置くという前提での資料というふうに読んでよろしいのでしょうか。
- 利益の吐出しというのは、こういう利益相反取引ですとどういうことになりますかね。損害額との関係等は。
- 私が関与したわけではないのですけれども、見聞した中では、会社の代表取締役が個人で個人会社をつくりまして、会社から原材料を廉価に買い受け、それを市場へ自分の個人会社を通じて売却した、それによって、会社が公開市場で売れば得られる利益よりも上回った利益をその社長の個人会社が得たというケースがあるわけですね。そういう場合には、会社に対する損害賠償という意味では会社の逸失利益ということになるのですけれども、利益の返還ということになると、社長の個人会社が得た利益の差額、それも返せということを請求できることになりますので、ケースによっては、その辺、多少違いが出てくるものですから、それでちょっと確認をさせていただいたのですが。
- どうでしょうか。先ほど、利益の吐出しというような議論がありましたけれども、今のケースですとどういうことになるわけですか。

- 会社に対する損害賠償と、取締役が得た利益の吐出しとは、これは性質が全然違うと思いますので、そういう意味では、今直ちにでなくてもいいのですが、立法に当たってははっきりした方がいいのではないかというふうに思います。
- 分かりました。それはなお検討の必要があるかと思います。
ほかにいかがでしょうか。どの点でも。
- 7(3)の(注3)なのですが、**「現行制度を改めないものとする」**ということで、せっかくのいい提案だったのが、これまた残念だと思っているのですが、前にも申し上げましたように、資産の減損リスクなのですが、火災に遭ってしまったとか、ブラックマンデーが生じたとか、停電してしまったとか、それによって設備がなくなったというような問題についても取締役が無過失を言わなければならないというのがちょっときついなという感じがするものですから、そういう資産の減損については、やはり原告の方が過失責任を立証するというふうな形には持っていけないのでしょうか。前は、例の純資産の2分の1とか、何かそういうお話がございましたけれども、無理ですかね。

すごく経営者としては保守的になっていて、結局、期中の分配というものについて極めて保守的になってしまって、せっかく分配の機会をふやしていただいたり、自由に分配できるシステムにはしていただいているわけですが、これがあるがゆえに、東海地震が起こるリスクをどういうふうに読んでいたんだというときの無過失責任をどう立証していくのかというのが非常に難しいもので、そのときの地震確率とかいうのは原告の方で立証してほしいなと、こう思うのですが、

通常経営については分かるわけですが、資産が**一挙に**なくなってしまったときですけれども。

- そういうので立証ができないんですかね。
- そういう無過失の立証というのは簡単にできるということですか。
- それは、お隣に〇〇委員がおられますから。
- 今の例は非常に極端な例ですから、それで責任を負うというのは、私の直感からいくと、なかなか難しい、それで責任があるとされたらちょっと大変なんだろうなという感じはしますけれども。現実にそういうことが起こるかどうかな。
- 世間一般も、今のは無過失だと思わないかと思うのですが。
- 〇〇委員がいらっしゃいませんけれども、後の期末の評価のところ、繰延資産であろうがあれだろうが減損だということが非常に多いものですから、それで今までやってきた中間配当等を全部吐き出せと言われるようなことを考えると、もう中間配当なんかやめてしまおうということになっていくのではないかな。後で決まることというのが非常に多いものですから、その評価ですね。実際に物がなくなるとことはありますけれども。そういう評価性のもについては原告に立証していただきたいなと思うのですが、
- 恐らく法的責任を問われることはないと思うのですが、実態にどう影響を及ぼすかということですよ、〇〇委員がおっしゃっておられることは。
- 私は裁判官でもないのですが、責任を持ったことは言えませんけれども、会社法の理念からすれば、合理的な経営者がその当時の状況で合理的な調査をし、それを取締役会に提

示し、そして賛成されれば、少なくとも無過失の立証は十分にできると、そういう約束事でこういう制度はできているのだと思うのです。したがって、やはりきちっとしたデータは出してもらおうと。例えば、固有名詞を挙げると、東海地震が非常に危険だと言われているときに地震のことを何も考えなくていいかと言われるとあれだけれども、ある程度のことをすればそれでよろしいので、地震の専門家が経営者になっているわけではないので、そういう形で、リーズナブルな資料をもとに合理的に判断すれば、経営判断原則というものもあるわけですから、それほど無過失の立証は難しくないだろうと。むしろ、原告に要求させることによって、全然資料がないわけですね、どんな取締役会でのような議論がされたのかも。まずは裁判所に行って取締役会の議事録を見にいかなければいけないとか、そういう現行制度を前提にすると、やはり、こういう資本維持の原則にかかわるようなことについては、立証責任を転換するというのはそれなりの合理的な法制度ではないかなと。その枠組みの中で合理的な経営をしておれば大丈夫だという実務慣行を、裁判所と弁護士の方などと協力しながら、経営者がお考えになることではないかという気がするのですが。

- まあ、何とか……。
- 今のようなことを議事録にとどめていただいて、後で……。
- 御了承いただければと思います。

ほかにありますでしょうか。――よろしいですか。

それでは、なお宿題として残ったところはありますけれども、この部会資料23の審議は終了いたしまして、続きまして、部会資料24につきまして事務局から説明をお願いします。

- 部会資料24は、代表訴訟に関する見直しについての項目をまとめたものでございます。

昨年12月と今年1月の部会に集中的に代表訴訟について御議論をちょうだいしたところでございますが、そこでの成果を踏まえまして、今回、この資料を取りまとめさせていただきます。ただ、その時点ではまだ議論として必ずしも熟していなかった論点も含めて取り上げておりますので、いま一度、概要について御説明申し上げます。

まず、第1は、株主が代表訴訟を提起することができない場合というものを許容するかどうかという論点でございます。これは、いわゆる訴訟委員会制度の提案とも密接に関連するところでございますけれども、現行の代表訴訟制度におきましては、一定の株主が会社に対して提訴請求をすることを原則とし、その提訴請求に対して所定の期間内に会社が応じなかった場合には、その応じなかった理由のいかんにかかわらず、とにかく当該株主は代表訴訟を提起することができるわけです。これに対し、会社が提訴請求に応じなかった理由のいかんによっては代表訴訟を提起することができないようにする必要があり、そのようにすべきではないかと、訴訟委員会制度の議論の前提には恐らくそういう思いが――特に実務界においては――あるのではないかというふうに思われます。

そうだといたしますと、条文的には、一定の場合には会社が提訴請求に応じなかったとしても代表訴訟を提起することができないという、一定の場合を設けるかどうか、こういうことに論理を整理することができるわけでございます。仮にそのような一定の場

合を設けることが許容されるといたしますと、代表訴訟制度の趣旨にかんがみて、例えば次のようなものが考えられるのではないかということで、①と②を掲げさせていただいております。

①は、要するに、当該株主に当該代表訴訟を提起・追行させることが適切でないという事情がある場合でございます。一般法理で言えば、訴権の濫用に当たるといような言い方をしてもいいと思えますけれども、とりわけ、代表訴訟という制度においてあらわれ得る訴権の濫用的な行為を表現すればこのような形になるのではないかというのが①でございます。

②は、必ずしも当該原告になろうとする株主にそのような事情がない場合であっても、代表訴訟制度の趣旨に照らして、会社が当該取締役に対する責任追及をしないということについて合理的な理由がある場合があり、そのような合理的な理由がある場合について代表訴訟が制限されてもやむを得ない場合があり得るかどうか、あるとしたらこのような場合かどうかということについての議論の前提として提示させていただくものでございます。本来会社が取締役等に対して責任追及をすることは会社の利益に合致するところ、仲間内であるという事情を背景にその責任追及に係る提訴がされないという事態に対して、株主がその地位をもって代わりに株主全体の利益のために訴訟追行するというのが代表訴訟の主な趣旨であるいたしますと、結果として、その代表訴訟の提起・追行が会社に――「著しい」か「相当な」かは別にして――大きなマイナスを生じさせ、全体としての評価では代表訴訟を提起・追行することが会社にとって非常に不利益であるというような場合があり得るとすると――そのような場合があるという御主張があるわけですが――そのような場合は、会社が提訴をしないという選択に合理的な理由があり、株主にその提起・追行をさせるのは必ずしも適当ではないという整理ができるかどうかということでございます。①に比べますと、②は正に代表訴訟固有の問題ということになるのではないかと思います。つまり、権利者が権利行使をしないという判断にある程度合理性があるという場合に、それを許容し、尊重するかどうか、そのような観点でございます。

(注1)は、その①、②の趣旨を解説するものでございまして、それらの趣旨を踏まえて、①、②の要件の過不足についても御議論いただきたいと思えますし、そもそも②については、このような要件を考えることが適当かどうかということ自体について、多分御意見が分かれるのではないかと思いますので、その点についても十分御議論いただきたいと思えます。

なお、(注3)についてですけれども、訴訟委員会制度の提案というものは、この種の要件――①だけなのか、①、②を含めてなのか、どちらかという②の方に重点があるように思えますけれども――正にこのような要件に該当する場合には代表訴訟は提訴することができず、あるいは却下されるべきであることを前提とし、そのような判断は正に会社における機関が最も適切に行い得るところであって、そのような機関の判断がなければ裁判上は考慮されず、あるいは、そのような機関の判断があれば裁判所はそれを尊重するというような、そういう制度の提案であると整理することができると思えますので、まずは、その前提として、①、②のような要件を追加することの当否について御議論いただければと思います。

なお、事務局限りでは、従前から申し上げておりますように、その要件の当否について御議論いただければ足り、それより更に進んで手続的な要件としての訴訟委員会制度というものは、現行の代表訴訟制度が会社を訴訟当事者とはしないという構造を有している以上、なかなか難しいところであり、また、その議論をしているだけの時間的余裕も非常に乏しいということもあって、今回はその議論自体を見送らせていただくべきではないかと思っているところでございます。

第2は、会社はその提訴請求を拒むという場合について、現行法ではその理由のいかんが一切考慮されないわけですが、どのような理由でそれが拒まれたかということは実際の紛争解決の上ではそれなりに意味を持ってき得るのではないかとと思われるところでございます。特に、第1の①、②のような要件を考えることとすれば、なお一層その点は重要になるわけございまして、会社側が提訴を行わなかったという場合のその行わなかった判断の内容を、第2の本文に掲げているような形で株主や被告となるべき取締役等にきちんと伝えるという仕組みを整えたらどうかというものでございます。そのような仕組みを整えれば、それによって伝えられた結果が、どちらかの手によって裁判所にも書面化された形で提出され得るということになりますので、そういった意味でも代表訴訟の審理の充実に資することになるのではないかとというのが第2の問題でございます。

続きまして、第3でございます。12月、1月の部会でほぼ異論がないところであったと理解しておりますのが本文の部分です。代表訴訟提訴後の原告に関して、株式交換・株式移転という事態が生ずることによって原告適格が失われるということについては、少なくともそのような事態によっては当然には原告適格は失われないという手当てを講ずるとというのが本文でございます。これについては全く御異論がなかったのではないかとと思われるところでございますが、それに関連して（注1）、（注2）を御議論いただきたいと思えます。

（注1）は、現在、必ずしも解釈上明らかではない――法文上は全く明らかではないのですけれども――原告たる株主に係る会社が消滅会社となる合併が行われた場合の当該代表訴訟の帰趨はどうなるのかという点について、例えば本文と同じ趣旨の手当てをするかどうかという問題でございます。

（注2）は、従前の御議論の中で明示的に御意見が分かれていたところですが、原告が株主たる資格を失うこととなる場合――自らの理由によってこれを失うこととなるときは当然除かれるということについては、恐らく認識の一致しているところではないかと思えますけれども――会社側の何らかの行為によって、当該株主の意にかかわらず株主たる地位が失われるという場合のうち、当該株主が会社との利害関係を何ら有しなくなるとき、すなわち、金銭その他の財産を受け取る――あるいは場合によっては全く受け取らないということもあるかもしれませんが――ことによって株主たる地位を失うことになったというときについて、本文のような手当てと同じ手当てをすることとすべきかどうか、この場合には、当該株主は訴訟物たる損害賠償請求権のその後の処分について何ら利害関係を持たない立場に立つわけですが、そのような株主に対しても適切な訴訟追行を期待することができるかと言えるかどうか、これらの点について、いま一度確認的な御議論をちょうだいしたいと思います。

(注3)につきましては、従前の部会の御議論では、将来的に企業結合法制の一環としてきちんとした整理がされるべきであり、当面はこの本文のような形での手当てをするにとどめるということも現段階ではやむを得ないのではないかということであったと思いますので、その方針について、御確認いただきたいと思います。

第4については、記載のとおりでございます。

第5についてですが、担保提供制度自体は、仮に第1において要件の見直しが行われるということになりますと、そのような要件を欠くものは違法な訴訟ということになりますので、それをもって担保提供制度につなげるということも可能になるわけでございます。担保提供制度自体については、その構造的な面について特に見直しをする必要はないのではないかというのが、事務局側の整理でございます。

主として第1、第2、第3について十分な御議論をちょうだいしたいと思います。

- それでは、これにつきましては全部星印みたいなものでありますので、全部御審議いただきたいと思いますが、まず第1の点からお願いしたいと思います。①の方は余り御異論はないのかと思いますが、②の方について御議論いただきたいということですが、いかがでしょうか。
- ②に入る前に、①のことで恐縮なのですが。

この①は、先ほど〇〇幹事がおっしゃったように、権利濫用の一つの類型ということ念頭に置いてお書きになったと思うのですが、従来の下級審判例その他の権利濫用についての立言を見ますと、これよりも少し広いわけですね。そういう意味で、仮にこの①を明文で設けた場合に、一般的な権利濫用の抗弁も当然排斥されるわけではないという前提で理解してよろしいのでしょうか。

例えば、片倉工業事件があるのですが、これを見ますと、訴訟提起は、専ら株主たる地位を離れた不当な個人的利益を獲得する目的に基づくとか、専ら会社ないし取締役に対する嫌がらせのために出たものであるとか、こういう立言をしているのですね。それから、東京都観光汽船事件の控訴審などを見ましても、いたずらに会社ないしその取締役を脅し、あるいは困惑させというようなことなんかも入っておりますし、これはちょっと特殊なあれかもしれませんが、訴訟の対象は軽微でかなり古い過去のものであるというようなことも述べておまして、そういう意味では、この①が権利濫用の内容だという前提に立ちますと、「又は会社に損害」という部分が、「又は会社及び取締役に損害」というのが入ってくるのではないか。それから、「損害を加える目的」というのも、単に損害を加えるというに限らず、嫌がらせとか、高額ということも裁判所は言っていますので、そういう意味では、この①の立言だけですと、権利濫用をすべて包摂したとまではちょっと言い切れないのではないかという気持ちになります。まあ、権利濫用の抗弁ですと、最終的に却下になるのか棄却になるのか、これは裁判所によってちょっと区々になっておりますので、こういう形で明文化しますと、(注3)に書いてあるように、明確に却下ということで、訴訟要件欠缺ということになりますから、そういう効果ははっきりするということは非常にいいという感じがするのですが、仮にこれに当たらない場合に、別途、こういう事由で権利濫用だという抗弁も排斥しないということでないかと、ちょっと柔軟性に欠けるのではないかという気がしたものですから、指摘させていただいたのですが。

- どうでしょうか。文言が全く過不足なく書いてあるのが一番いいのですけれども、こういう条文ができたときにどういうふうに機能するかは、ちょっと私も自信がありませんが。
- 過不足についていろいろ御指摘をいただければと思います。
一般法理が排斥されるという効果があるとは思えないのですけれども、代表訴訟の消極的な提訴要件の一つとして位置づけられるだけですので、これを満たしていれば当然すべての訴えが適法であるという保障がされるものではないことは、多分今と変わらないと思います。
ただ、せっかくですから、きちんと規定することができる場所はきちんとしたいと思いますので、御指摘があれば、是非お伺いしたいと思います。
- 今申し上げたように、「又は会社に」というところに、会社若しくは取締役あるいは監査役というのが入ってくるのかなという気がしますし、「損害を加える目的」というのも、確かに損害を加える目的以外にも――法律の明文で「嫌がらせ」とか「困惑」という表現を使うのもどうかなという感じはいたしますけれども、それに類する目的を加えると、従来の下級審の立言にマッチしてくるかなという気がいたします。
- 「嫌がらせ」とはまさか書けないですから、ある程度の解釈はどうしても必要になると思うのですが、文言の点で御指摘いただければ事務局も大変助かりますので。
それでは、この①につきましては、また文言の点でお気づきの点は事務局に御連絡いただければと思います。
②についてはいかがでしょうか。
これはどう読むのですか。「当該訴訟の追行により会社の正当な利益が害され」、ここまでが一つですね。それで、「又は」以下は全部一つということですか。「又は」以下は最後の「場合」まで全部あれですか。
- 「追行により」の後にコンマが必要ですね。
- そうすると、「その損害又は費用の額が」云々というのは、「会社の正当な利益が害され」をやっぱり受けるわけですね、文言としては。
- そうです。ここのところは、会社側のある意味でのプラスマイナスという考慮だけで代表訴訟の道を閉ざすという機会を設けてよいかどうか、代表訴訟制度の趣旨について、責任追及による利益の確保という単純な意義のみならず、コンプライアンスの手法としての意義を強調するということになりますと、当然にはそうではないだろうという御議論も多分に予想されるのでありまして、そのような点についての御議論をちょうだいしたいところでございます。
- いかがでしょうか。
〇〇委員、いかがでしょうか。
- もちろん、もう言うまでもなく、そこの点を心配しております。
前半の部分ですね、「会社の正当な利益が害され」という方がいかにも漠然としているので、もう少しつけ加えたいという趣旨かなというように思うのですが、しかし、後半の部分がこれだけで独立した要件となるということになりますと、相当大きな影響を与えることが想像されますね。
- 今おっしゃったように、「正当な利益」をもう少しクリアにする必要があると思いま

すが、「又は」以下の、「会社が負担することとなる費用が過大」で、それが損害賠償のリターンと大いにバランスを失するというのですか、この「会社が負担することとなる費用」としてどういうものが想定されているのか。これは、例えば会社も被告側に訴訟参加してとか、いろいろあると思うのですが、この「会社が負担することとなる費用」のメインの項目を少しお教えいただければと思うのですが。何を想定されておられるのか。

- 基本的には弁護士費用です。
- ああ、それだけなんですか。
- 私も同じような懸念は持つのですが、これは却下事由ということですので、まず最低限、この要件の立証が原告側に求められるのではなくて、被告の方で立証しなければいけない、これははっきりさせていただきたいと思います。そうでないと、非常に一般的な条項が多くて立証が非常に難しい。この「利益」についても、最後の「利益」も、ある意味で言えば、コンプライアンスの利益だって広い意味では利益になるわけですので、本当はそういうことを含めて広く裁判所の方に判断していただきたいという気はします。

あと、この「費用」ですが、却下事由ということで――多分これが満たされていないと妨訴抗弁になるのですかね――ということは、訴えを提起した時点で、どれだけの費用がかかるかということが一体どれだけ分かるのか。それこそ、さっきの弁護士費用なんかでしたら、何年も訴訟が長引けば長引くほど膨らんでいくわけでありまして、当然、裁判所が相当な予測を立てて、多分、〇〇委員なんかはきちんとそういう点に配慮の行き届いた決定は下していただけるとは思うのですが、そこら辺が実務的にうまく回っていくのかどうか、そこをよく配慮していただきたい。考え方自身は、さっき申しましたように、利益についても、柔軟に考えていけば、ある程度成り立つ考えかなとは思いますが、うまく実務的に機能していけるかということが一番問題で、特に、この結果、非常に訴訟がやりにくくなるということだとちょっと困るということでもあります。

- この提案と対比で、(注3)で訴訟委員会制度というものは導入しないという形になっている問題との関係で、訴訟委員会制度の中身をどうするかはいろいろ問題があると思いますけれども、訴訟委員会制度は、いわば社外取締役、そういう意味では経営のプロも含めて、会社にとって最善の利益になるのはどうかということを、いろいろな要素を考慮して訴訟追行の会社にとっての最善性というものを判断するというので、いろいろな要素を考慮して結論を出すという、そういう仕組みになると思うのですが、ここで提案されている方は、そういういろいろな要素を考慮してやらないかわりに、当然、要件としてはかなりクリアな形で、なるべく裁判所にいろいろな判断を、つまり経営的な判断も含めて裁判所に判断を求めないという形にしようという工夫なんだと思うのですが、そうしますと、結局、失われるものもやはり、そういうアプローチをとった場合には、出てくると。

その辺の中で、我が国の現時点でどちらかを選択するといったときに、今出されているような案というものが出されているのだろうというふうに思いますが、そうすると、余りいろいろな要素を考慮できないで訴訟を却下させるということになると、ある意味では非常に限定された要件になって、恐らく①に類似したようなものに限定されてくる

ということにならざるを得ないのではないかなと思いますので、そうすると、そういうものを入れるという意味合いが、逆に、今度、いろいろな要素を考慮していく訴訟委員会制度みたいなものは非常に実現が遠のくというような形になるのがあるのかどうか、その辺のところもちょっと悩ましい点があるかなと思います。

確かに、②の中で、「会社の正当な利益が害され」というのはかなり不確定概念なので、例えば、①なんかも解釈のしよによっては「会社の正当な利益が害され」というものの中に含まれるようにも思えますので、①を除外した場合に、「会社の正当な利益を害され」というのは一体いかなる場合が考えられるのかなと。

それから、費用と利益とのバランスというところでも、単純に計数的な、予測された計数だけを比較してというのでは、恐らく……、こういう代表訴訟を打ち切るかどうかという判断はもっといろいろな要素が本来はなされてしかるべきであるということを見ると、裁判所には負担になるかもしれないのですけれども、そういう要素を少し持ち込む方向は考えられないかなと。例えば、これこれこういう場合であって会社の最善の利益に反するとか、裁判所には負担になりますけれども、そういうような判断要素を柔軟に取り入れるような要件の構成にすることとも考えていいのではないかなという、これを拝見した第一印象的な感想ですけれども。

- ○○委員、②の点はいかがですか。実務的な感覚からしまして。
- 私は、これを拝見したときに、前に訴訟委員会制度導入の議論のときに、訴訟委員会を導入するよりは、裁判所の裁量棄却とかそういう方向が考えられればという意見を申し上げたことがあるのですが、あのときに、裁量棄却といっても裁判所にとってはなかなか負担だし、また、形成訴訟でなくて、給付訴訟について妥当なのかという御意見もありましたので、その後いろいろ考えてきたのですけれども、今回、この②の御提案を見て、非常に思い切った御提案だというふうに感じまして、また、これが本当に機能するのであれば、訴訟委員会制度を会社が実務的につくって事件ごとにこの②を立証するための活動をするという一つの手掛かりができることとなりますので、それを通じて訴訟委員会制度というのは実務的にも慣行として成熟すると。まあ、成熟するほど代表訴訟がたくさん起きるといのは経済界としては好ましくないのかもしれませんが、そういう一つの手掛かりになるという意味では、この①、②、これを訴訟要件というふうに法定して、これに該当するときには却下判決ができる、それによって代表訴訟早期終結ということが――まあ限定された機能かもしれませんが――可能だという観点から、非常にいい御提案だというふうには私は感じていたのですけれども。

②の過不足という問題になりますと、先ほど来いろいろ御発言が出ていますけれども、費用が過大になるという場合というのは果たしてどれぐらいが想定できるのか、我々もちょっと……。弁護士費用という問題もそれはありますけれども、原告側より被告側の方がもらいにくいというのが実情でありまして、それはともかくとして、今現在、上場企業の規模の代表訴訟において賠償額の請求と費用の額が比較になるかという感じがちょっとあるのです。これは、実情はいろいろなケースを当たってみないと何とも分かりませんが、ですから、費用の点をここで比較するというのがどうなのかなという観点が一つちょっと残るのですけれども。

- ただいまの○○委員の御意見に賛成であるという立場から、ちょっと確認の質問なの

ですが。

こういうイメージでよろしいのかなということなのですが、最初の「会社の正当な利益が害され」というのは、私がこの文言を読んでまず受け取った印象としては、例えば、代表訴訟を進行していく過程において様々な情報が公にされることによって結果的に競争会社を利することになってしまうというのが、最初の「正当な利益が害され」で、2番目の「会社が負担することとなる費用が過大になり」というのは、いつか〇〇委員がおっしゃられたことだったのではないかと思うのですが、やはり代表訴訟を進行する過程においてあらわれた情報、あるいは敗訴判決といえますか、取締役の敗訴判決が確定したことによって例えばアメリカの監督当局から非常に多額の罰金を会社が受ける可能性が高いというような場合が代表的な例であって、その場合においては、確かに義務違反はあったのかもしれないけれども、全体的な会社の利益からすると追行をここでやめた方がいいという判断を認めるのかどうか。つまり、②の御提案というのは、株主代表訴訟はやはりアメリカ流にというのでしょうか、多数株主というか抽象的な株主の利益の最大化のためにあるのだということを明確にする新しい条文であると、そういうふうに解釈してよろしいのか。

そして、その抽象的な株主の利益の最大化を判断するのは、(注3)にある訴訟委員会的なものを、もちろん、この問題提起は原告側といえますか、まず会社側からされるのだらうと思いますので、実質的に独立取締役で構成された訴訟委員会的なものを設け、このような議論がされましたということを裁判所にアピールすると、そういうイメージでよろしいのかどうか、確認させていただきたいと思います。

- 事務局でこの原案を作成するときに、「正当な利益が害され」ということと、「負担することとなる費用が過大となり」と、二つの要件を、いろいろな御意見を聞きながら積み上げたのですが、今、〇〇幹事がおっしゃったうちで、アメリカで過大な罰金が科せられるというようなのは費用という認識では我々は考えておりませんで、費用の方につきましては、たしかかなり以前にこの議論になったときに、訴額が非常に小さいのに弁護士費用ばかり高くなるというような、そんな代表訴訟があつていいのだらうか、それでは意味がないのではないかというような御議論が出ましたので、それをヒントに、費用と、得ることができる利益というふうに考えたわけです。

ですから、この利益のところでは、現在、処分権主義がございますので、例えば、訴額が1万円というような場合だったら大抵の場合は費用倒れになるとか、訴額が非常に小さい場合だったらほとんどの場合は足りるでしょうし、逆に、訴額がある程度高くなってくるとほとんど判断不能になってくるのかなと。ある意味では、濫用的な、本当に言いがかり的な訴訟を防止するというぐらいの意味しかないのかなと思います。確かに、訴額を100億円にしても訴訟費用は安いので、では100億円にすればいいではないかという議論は当然起こることは前提ですけれども、ただ、100億といっても、やっぱり100億に見合うだけの立証を強いられるわけですから、そこら辺はとりあえず御議論で明らかにしていただきたいなと思いました。

それから、逆に、罰金を免れるためというのが果たして前の方の「正当な利益」に当たるかということにつきましては、事務局としては、罰金を免れたい、犯罪処罰を免れたいということは「正統な利益」とは言えないのではないかなと。ただし、訴訟追行

に当たって訴訟上の防御権というものは当然認められるべきですので、そのような防御権を著しく奪うようなものであるならば、場合によっては「正当な利益」というふうに言われるべき場合があるのかなというふうに考えております。

- 「会社が負担することとなる費用」というのは、一般に費用といえば手続費用を念頭に置くので、事務局の説明のように、外国での損害を払うとか、あるいは、その他国内で生ずる損害をてん補するために何らかの行為が必要で金がかかったというのは、普通は費用とは言わないのだろーと思います。

それはそうだと思うのですが、この場合の「会社が負担することとなる費用」というのは、会社が補助参加をして払う、そういう費用を念頭に置くのですか。それとも、仮に代表訴訟を提起した人が提起する内容の訴訟を会社が提起することとなった場合に会社が負担するであろう費用という、そのどちらなんですか。

- 原告側が勝訴した場合には会社は弁護士費用等のうち相当な額を原告側に支払わなければいけないという義務が商法上課されておりますので、当初はそれだけを考えていたのですけれども、ただ、実際にそれに限られるのかどうか、例えば被告側に補助参加をするというような場面もあるのかもしれませんが、そこら辺を御議論していただきたいくて、余り限定せずに、少し広目に、「費用」というふうに案としては出しているわけです。

- 今の〇〇関係官の御説明ですと、原告株主が勝訴した場合の会社が支払義務を負うことになる弁護士費用もここに含まれているという御説明ですけれども、支払義務を負うのは、さっき〇〇関係官自身も言われたように、「相当な額」に限られるので、それが過大となるということはある得ないのではないかとと思うのですが。

- まあ、「過大」という言葉の意味に尽きているのだと思いますけれども、訴額が非常に低額である場合、例えば極端なのは1万円の場合に、裁判所は1万円を超えては絶対に弁護士費用は認めないのだというようなことが法文上明らかであるならば、それは過大ではないと思うのですけれども、法文上、「相当な」という語の定義として、必ずしも得られた額を超えてはならないというようなところまでの限定がされておられませんので、それは可能性としてはあり得ることをベースに、そうすると、1万円を超えて、では5万円でも、100万円でも、それは過大になってしまうのかなど。要するに、代表訴訟をやっても余り意味がない場合というのには含まれてしまうのかなというふうに考えて、とりあえず、「過大」という言葉を使わせていただいております。

- 費用については、ちょっと私、特別利害関係人みたいな……。

何か弁護士報酬が中心的な議論になっていますが、ただ、今おっしゃったような、訴額が1万円とか5万円とか、それに対して訴訟費用あるいは弁護士費用の相当額、それが過大だというのは幾らでもあるわけでありまして、経済界がいろいろおっしゃっているのは、訴訟委員会制度に代えてでもこういう制度を作るという観点から言うと、全くかけ離れた事例だと思いますので。むしろ、訴訟委員会制度の導入を行わない、けれども訴訟委員会を会社が任意につくって代表訴訟を早期に終わらせる、そういう訴訟妨訴抗弁の要件をどういうふうに提示するかという観点から考えていった方がいいと思うのです。

そういう意味でも、さっき私ちょっと申し上げたように、費用と訴額との比較という

のは果たして機能するだろうかという点に一番疑問を持っております。

それから、「正当な利益」というのも、罰金とか課徴金を免れることが「正当な利益」かという議論は確かにあるということですが、ただ、やはり、会社としては、そういう場合であっても、証拠を日本の代表訴訟で開示することによって海外で何らかの制裁を加えられる、そちらの方が金額的にも多いというのを何とか避けたいというニーズというのが恐らくあるということだと思いますので、「正当な利益」という言葉を使うかどうかはともかく、こういった代表訴訟追行によって会社がこうむる損失あるいは正当な利益と、訴訟によって会社が受ける利益というか代表訴訟の訴額と、単純にそれを比較検討するという定立の仕方、その方がかえって簡明ではないだろうか。

更に言うならば、アメリカのコーポレートガバナンス原則というALIのつくったものなどを見ますと、情報、合理性、根拠、あらゆる主張・抗弁をしんしゃくできるという定め方をしていますので、そうすると今度は裁判所の判断が非常に負担だということになってくると思いますので、その辺をどういう折り合う線で、というと変ですけれども、中庸のところを要件を設定するかという問題ではないのかというふうに思います。

- 最初に〇〇委員の方から、判断できるのではないかとされたのですが、確かに、今、〇〇委員からも御指摘がありましたとおり、仮にこの点が立証されて争点になるとすれば、多分これは訴訟の始まった段階だろうと思うのです。それで見ると、裁判としては最初に非常に重たいことの判断を全部強いられる。極端に言いますと、例えば、ここで言う「費用が過大と」なったかどうかなどということは、一審で終わるのか、二審で終わるのか、最高裁まで行くのか、そういうことを考えると――まあ、だから、「おそれがある場合」ということで要件を書かれたのだらうとは思いますが――かなり重たい立証を最初にしてもらわなければいけないので、裁判所の判断としてはなかなか難しいのかなど。最初のこの気持ちは何となくわかるような気がするのですが、では実際に自分でこれを裁判で判断できるかと言われると、〇〇委員の言うようにそんなにうまくできるか、ちょっと自信はございません。多分、この難しさは、立証するとすれば、間違いなく、これは会社が入ってこないとまずできないだろうと思うのです。現行の制度の中でいくと、少なくとも会社が補助参加してきて、いろいろな資料を出してきて、そして初めて判断が可能になり得るかなど。現実の問題としては、そういう制限が一つあり得るのではなかろうかと。

あとは、裁判官の判断としても、何か裁量棄却的な要素だとなると、よほど明白なもので、だれが見てもこれはおかしいというような訴訟であればはねられるのでしょけれども、そうなってくると、多分それは①の訴権の濫用的なものに入っていくのかなという気もいたします。せっかくこうやって工夫されていますので、すぐどうだというつもりはありませんけれども、もう少し要件の議論を絞っていただければと、これを判断する立場としてはそういう感じがいたします。

あと、これはちょっと別の論点で、①のところでも聞いておこうかなと。

こういう例があったというわけではないのですが、仮にこういう例があったときにどうなるのかという場合なのですが、例えば、弁護士や何かで、自分の名声を博したいということで株主代表訴訟を起こそうということで、新聞記事を見ていたら大きな事件が起こったというときに起こすと。多分これは、名声を博すと言いながら、一方の目的と

しては、ちゃんと社会的におかしな会社のコンプライアンスを糾弾するのだということで、そういういろいろな目的が入った場合には、そういう正当な目的があって、実際にその訴訟の対象となっているものには明らかな違法行為が含まれていて、その執行した取締役も含まれているというようなことになれば、たとえ動機がいろいろあるにせよ、なかなか不当とは言いにくいかなという気が①の場面ではいたします。

ですから、典型的な例を考えれば、当然訴権の濫用になるような例というのはありますので、こういった要件であれば①はあり得るかなという気はいたしますが、先ほど言いましたとおり、②についてはなおもう少し御議論いただければと思います。

- どうも、今まで伺っていたら、費用の点は非常に評判が悪いそうですね。費用に関する言及は落としても構わないのではないかという御意見が多いようですが。
- この②の考え方を御提案いただいたことについて、極めて有り難いのであります。この文言でありますけれども、我々としては、「会社が受けることができる利益を超えるおそれがあると会社が合理的に判断する場合」というふうにしていただいて、あとはもう裁判官はそれにすべて従う、そうすると〇〇委員も全然苦勞されないだろうと。正にアメリカがそうだということですから。日本の取締役・監査役は、やはり、アメリカに比べて、この②の制度が入ったとしても、なおかつ、さっきの2年・4年・6年もそうですけれども、報酬もそれほど多くない中で、極めて過酷な状態に置かれているということは御理解いただきたいと思うのですけれども。とにかく、この②の考え方、あるいは、これがどういうふうに適用されるかというのは、あとはもう裁判官次第でありますし、我々会社の立証次第だということになってくるだろうと思うのですけれども。費用の問題は、これはもう1,000億勝てそうだというときに、弁護士費用が例えば50億だというふうに裁判所が認定する、だけど本人からは5,000万しか取れないことははっきりしているというふうなときの訴訟を本当にやるのですかということなのですけれども。弁護士に払うお金が実際に取れたお金の1%だというのであればまだ考えられるのですけれども、着手金ですから、1,000億勝てそうな訴訟で着手金をまず50億取ったと、それも全部会社がよこせというふうなことでは、とてもではないけれども、何をやっているか分からない、ここで言う無益だということになるものですから、費用、弁護士報酬ということを含めての費用、それから調査費用、訴訟を起こすために世界各国を調査に回るとかそういう費用――会社が後で負担するわけでありましてけれども――そういうのが過大となることが典型的に分かるような事例というのはもう最初から却下していただきたい。だから、費用というのは落としてほしくはない。アメリカにおいても、弁護士報酬との兼ね合いでペイしない場合というのが適用されているところでもありますので、費用概念は入れてほしいと思っております。
- 実際に幾ら取締役から取れるかまで考えて費用が過大かどうかという判断をすると、これはまた難しいですね。
- それがポイントになってくるだろうと思うんですね。
- ぎりぎり詰めていくと、そういうことになってくると思いますね。
- だから、会社としては、その取締役の財産調査を適正に行って、取れるお金は1億であると、一方、弁護士費用は10億であるということを立証したときに、それでもやるのかということです。

- 今の議論について1点確認させていただきたいのですけれども。

この最後に書いてある、「会社が受けることができる利益」というのは、取締役が現実に払える、つまり会社に入ってくるお金のことを――最初に言われたときは、訴額だけを問題にされたかのように聞こえたのですが――実際に返ってくるお金を念頭に置かれているのでしょうか。多分、理論的にはそうなるのが正しいと思うのですが。

仮にそうだとしますと、何かやはり……、先ほどから言われていることと同じなのですが、私、一番引っ掛かる文言は、「額」ということであって、その大小で決めると書いてある以上は、ここで考慮する利益にせよ費用にせよ、また会社に入ってくる現金にせよ、これは全部そういうタイプのものに限定されるようなイメージがあるのですが、そういうことと、さっきの現実に会社に入ってくる財産に限るというふうな二つを合わせますと、非常にまずいケースも論理的・観念的には出てき得るような気がします。

というのは、取締役が非常に悪いことをしている人で、ほかの訴訟などでさんざんたたかれて、もうかなりお金がない、あるいは破産したというふうな非常に悪質なケースで、しかし、そういうのを会社として放置するということは、やっぱり将来のコンプライアンスとかを考えると余りよろしくないというようなことを考えたときに、でも、今の枠組みでいくと全部原告が提訴適格がないことになりかねないといえますか、つまり、もうかるかどうかにはプラスアルファの要素があるという御指摘があったと思うのですが、それは、コンプライアンスの利益などと言うと何か抽象的なようなのですが、仮に、銭勘定だけ言えばひよっとしたら割に合わないかもしれないけれども、放置しない方がいいかもしれないという判断が、この枠組みで表現によっては完全に封鎖される危険もあるのがどことなく引っ掛かる。まあ、幾つか、「利益」とかを広く解釈すればいいと言われたのですが、その場合に一番ネックになりそうなのは、「額」ですとか、「超える」とか、こういう表現かなという気がしています。

あと、この②以外にも一般的な権利濫用がその外にあるのだという前提を置けば、おそれがあれば直ちにと、こういうことになる。このあたりももうちょっと限定して書いた方がいいのかなという気はしないでもないような気がしています。

- 途中ですが、この辺でちょっと、休憩をとりたいと思います。

(休 憩)

- それでは、再開してよろしいでしょうか。

それでは、続きですが、②の御議論をお願いしたいと思います。

一つは、アメリカですと、会社が株主代表訴訟から得られる利益と、それによって受ける損害といったようなもの、これは一種のビジネス・ジャッジメントの適用だと考えるわけですから、そればかり争っているのが代表訴訟だということなのですが、日本の従来の代表訴訟というのは恐らくそういうものではないので。

ここでの目的は、妨訴抗弁と言われましたが、割と単純に濫用的なものを排除することだと思しますので、非常に抽象的な文言を置くというのは、恐らく目的には合致していないのだらうと思います。しかし、非常に具体的にあれしますと、先ほど〇〇幹事が言われたように、何か額の問題に還元されて、株主代表訴訟という制度にそれも

反するのではないかという問題が出てくるというような問題があるのではないかと思います。今までの御議論を聞いていて、ちょっとそういう気がいたしましたが、とにかくなかなか難しい問題であることは確かだと思います。

いかがでしょうか。

- 経済産業省の中でいろいろ議論したのですけれども、この文言をぱっと読むと、普通の感覚で言うと、会社にとってネットマイナスだとやらないとしか書いてないと。それはある種当たり前の感じもするので、それはそういう考え方の規定を設けるということをまず考えていただいて、あと、その「費用」だとか「利益」の考え方について、今までどういう実害があったのかとか、そういう議論でどこまで絞り込むか、どこまで広くするかという議論を尽くしていけばいいのではないかと、こんな感じを持っております。

もともと、パブリックコメントを我々が出したときに訴訟委員会という提案をさせていただいたゆえんも、本件はメリットとデメリットというのがなかなか算定しづらいと。メリットの中では、先ほど幾つかありましたように、コンプライアンス重視というようなメリットを言われる方もおられますし、逆にコストの中では、経営者に対する萎縮効果だとか、あるいは訴訟を迫るために様々な情報を会社が集めざるを得ない、そうしたもろもろの費用だとか、弁護士費用以外のもろもろの費用を言う方もおられて、どこまでをメリットとして勘案して、どこまでをコストとして勘案するのはなかなか難しいので、委員会というプロセス論で切ったらどうかという暫定的な提案をさせていただいたのですけれども、今回の御提案は、その手続論でのプロセスを踏むルールは難しいという御前提ですので、今、〇〇委員がおっしゃったように、考え方としてはこういうことなのだけれども、あと、なるべく手続論を踏まないという前提で、より明確な方向になるようにという詰めになってくるのかなと思います。

そうすると、先ほど〇〇委員がおっしゃったように、明らかに額という形でキャッシュで見たときにある程度予測がつくという議論にだんだんさや寄せされるような気がするのですけれども、それでもなお、ちょっとそういう場合でやるとこういう極端なケースは余りにはじけなくなるのではないかという議論があるならば、それをどういうふうにご議論の中で盛り込んでいくのかという工夫ができるかどうかという議論を進めていくのがいいような気がしております。

基本的には、この②的な考え方を設けることについては、会社全体の利益を考えたときに、我々はサポートしたいと思います。ただ、申し訳ございません、余りいい知恵がないのは事実なのですけれども、考え方については御支持を申し上げたいということでございます。

- いかがでしょうか。
- 結局、この最後の判断が裁判所に回ってくるときに、これを本当に判断できるかということを考えますと、額ということだけだと、今言いましたように、非常に、執行するときまで考えるかというようなところがあって、なかなか難しいのではなからうかと。

非常に分かりやすいのは、例えば、被告の取締役がもう実刑で刑務所に入っている、財産は既に何も残っていないというふうなときに、何十億という株主代表訴訟が起こって、これは確かに、もう取れませんよという意味では取れないですね。そういうような

ときに、では裁判所として審理しなくていいのかというと、違法行為だというのが明確なときなどは、やはり、それを求めてくる側から見れば、取らないからだめというのなかなか無理なのかなという気がいたします。

現実の問題としては、通常、取れない訴訟を会社は起こさないだろうということは分かりますけれども、違法行為の確認は刑事事件でいいではないかという、もしそういう基準でいいのであれば、そのときはもう要らないのだという考えなら、それはそれできちんと法文の上に明定していただければと思いますし、せめて、「正当な利益」というようなところで、具体的な例示とか、何か手掛かりがないと、なかなか……。今の日本の裁判所の判断というのは、非常に正確に、かつ安定したものをしようということなので、裁量ですごい権限があつてというような制度ではないはずですので、そういう意味では、手掛かりが是非欲しいなという感じがいたします。

- 確かに、抽象的な文言だと、これはもう、ずっと訴訟がそれだけで続くということになって、規定の趣旨がどこにあったのか分からなくなってしまうということになりかねないと思いますが、何か具体的ないい考えはありますでしょうか。

さっき〇〇委員が御指摘の、もうこれは取れないという場合に、却下事由か棄却事由か知りませんが、そういう規定を置くかどうかという点はどうでしょうか。

- 現行は、やはり、取締役責任がある以上はその責任を追及できるという建前というか、そういう構成になっていると思うので、そのときに、会社にとってどういう費用がかかるかというようなプラスマイナス、メリット・デメリットというものを衡量して、責任はあるのだけれども、それを棄却する、あるいは却下するとか、そういうことはできないという前提のもとに構成されていると考えられているわけですね。この②の考え方は、明らかに、そういう考え方ではない考え方を導入すると。責任はあるのだけれども、その責任追及が結局会社にとって利益にならない、したがってそういう訴訟をやらせるのはやめようというので、これは、かなり根本的な代表訴訟に関する考え方の変更を含む要素があるのではないかなと。

そうだとすると、この②の背後にある基本的な理念ですね、この理念が現在の②だとよく出ているのかというと、単純にメリット・デメリットを合算して対照してみたら会社の方の支出が多くなるので、訴訟はやめましょうというのは、実はそれは、それだけで訴訟をやめるということは必ずしも適当でない場合があるわけですね。仮に相当お金がかかったとしても、あるいは持ち出しが多くなったとしても、責任を追及する、訴訟を進行しなければいけないという場合があるわけなので、そうすると、単純にプラスマイナスの比較ということに終わらない要素というものをどうしても含まざるを得ないのではないかなと。

それを、今までの代表訴訟の考え方をかなり変えるものを取り入れるのであれば、その取り入れる根拠となるべき考え方というものが明確に示されるような文言がどこかに欲しいなという感じがするのですが、現行の②の案だと、余りそういう、何でこういう場合は責任があるのにもかかわらず追及ができなくなるのかという根拠が、この②を見ている限りでは必ずしもはっきり出てこない。この辺のところで、じゃあその根拠を盛り込むかということ、要件がやや漠たる面が出てくるので困るというようなことで、確かに非常に難しいことは分かりますけれども、かなり大きな流れの変更というものを

とるのであれば、その理念が明確に示されるような文言にするということがないと、これはどういう理由なんだろうかということについてははっきりとした正当化がどうもよく分からないということになりかねないという危ぐがちょっと、私は、現在の②では、そういう感じを受けております。

- どうも違った思想が入っているのではないかということは感じられるのですね。単純に額でいこう、そうでないと簡単に妨訴抗弁みたいなものにはなりませんよという考えが一方ではあり、他方では、しかしそれでは本来の株主代表訴訟の機能というものが失われるのではないか、もうちょっと抽象的な会社の正当な利益というもの、それがこの却下事由であるべきだという考え方があり、しかし、後者の方を推していくと、それは非常に複雑な審理を要するので、果たしてこの規定を置く意味があるのだろうかという、そういう議論になっていく。このところが非常に難しいのだと思うのですけれども。
- まあ、①だけでもよいかというのも一つの割り切りではありますが。ただ、①と②は、(注1)でも書いてありますように、思想的にはかなり違うものであり、正に②は代表訴訟においてのみ議論されるべき問題であると思いますし、②のような考え方を更に詰めるべきであるという御意見も有力であったように思われますので、今日の御議論を踏まえまして、少しまた事務局で整理をして、どうさせていただくのが適切なのかということをもたお諮りしたいと思います。特に②がどうしてもだめだということではなければ、もう少し考えてみてもいいのかなという感じがいたしますので、その事務局の検討に当たって、いろいろ御示唆いただけたところがあれば、期日外で結構ですので、お寄せいただきたいと思います。
- 私も、②の基本理念というのですか、お考えはそれなりに理解できますから、御尽力いただければと思うのですが、ただ、(注1)の説明で、代表訴訟制度は会社の損害を回復するための制度だと断定して、そして何か損害と利益とのプラスマイナスがありますが、また損害と利益の概念になりますが、やはり、訴訟費用が当初8,200円、今は1万何がしかになったらしいですけれども、1万何がしかで1,000億円の損害賠償請求できるのも、損害のてん補だけでない、健全性確保という面もありますので、やはり、最後、いろいろ合意を成立させるためには、会社の損害を回復することとともに、やはり会社の健全性を確保するという面も――これは副次的なものとならざるを得ないのかもわかりませんが――含めて、そういう制度趣旨から有害無益である場合がないわけではない、それについては却下をできるようなきちっとした根拠を与えることは合理的だけれども、単に算数の問題ではないということだけは相当多くの方が言われたのではないかと思いますので、それに御留意いただいて整理をしていただければと思います。
- 私も、この②は①と同様に維持していくということが妥当だというように考えております。

それで、先ほど、費用の点について疑問を提起したような形になりましたけれども、そのときの話の事例がちょっと極端だったものですから。

今の時点で、さっき〇〇委員がおっしゃったように、例えば、1,000万程度の請求において、会社がこの②の要件を立証するためにいろいろな調査を尽くすとか、あるいは専門家から意見書をもらうとか、そういったような費用がそれよりも相当膨大にな

るという場合も想定できないわけではないですから、そういう意味では、この費用の点もここに加えておくということで維持していただいてよろしいのではないかというふうに思います。

それから、さっきの理念の点ですが、今、〇〇委員がおっしゃったように、最終的には損害回復と会社の健全性ということのを両方維持するということなのですが、もう少し言葉を変えて言うと、株主共同の利益を代表訴訟によって害されるというような面も一つの考え方としてあろうかと思しますので、その文言を条文に入れるかどうかという点はさておき、そういったことも念頭に置いていただくといいのではないかというふうに思います。

- 実際の局面を考えますと、第2の「不提訴理由の通知」というのが提案されているわけですが、会社として提訴しないというときに、義務違反が認められないから提訴しないというのもあるでしょうし、先ほどの〇〇委員の例ではないですが、本人は既に監獄に入っている、本人の違法行為は明々白々である、与えた損害が1,000億であることもはっきりしている、しかしながら、今、会社の方からこの損害を回復しようとしても費用倒れになるのははっきりしている、したがって不提訴なのだ、こういう理由書を書きますよね。これを裁判所がしんしゃくするときに、いや、こういうときもやっぱりやるべきだというふうなことはとてもならないのではないかという気がいたします。それで、そのときに、不提訴理由の中には恐らく、本人の退職金も全部払ってないとか、本人は既に首にしているとか、いろいろ書いて、もうこういう罪に服しているのだし、取ろうとしても一銭もないのだ、だから、提訴したいところだけでも費用倒れになるのだと、こういう不提訴理由書があったときには、それが真実のものであれば、恐らく〇〇裁判官は直ちに却下というふうにしていただけるのではないかと、こう思うものですから。あくまで、第1と第2というのは。逆に、本人は1億持っているのだ、だから会社として1億円の部分については提訴いたします、けども1,000億の損害とかそんなのは無理なので、会社としては1億の提訴をいたしますと。これは当然そう思うんですよね。普通の会社であれば。そういうことですから、うまく機能していくのだろうと信じておりますけれども。

- 先ほど〇〇委員のところから出てきた、やっぱり、この規定の根拠は、会社の持っている権利を株主が代わりに損害賠償請求権を行使すると。それで、会社が権利を行使しないことが合理的であればそれを認めてほしいというところなのですが、合理的かどうかの判断というのは、会社の立場の判断だけだと、やはりみんな納得しないと思うんですね。多分、だれが見ても合理的だという判断であれば、それは納得してくれる。

そうすると、先ほど言いましたように、悪いことをして刑務所に入っていたって、やはり一度は損害賠償の判決をもらうべきではないかと考える人ももしいるとすれば…。ただ、裁判所はそこはどちらが正しいという考えは持ちませんので、そのあたりをきちんと立法で明確に決めていただければ、多分判断できるだろうと思うのですが、会社の判断している合理的かどうかというのをもう一度判断しろとなると、これもなかなか難しいですし、だれが見ても合理的だというような基準をうまく明確に書いていただければ、もう少し判断はできるのでしょうか。ただ、先ほど〇〇委員が言われたようなケースというのはかなりの人に説得力があるのだろうと思うので、皆さんがそれでいい

ば、裁判所にある資料を提出しようと思えば、訴訟当事者になるしかない。そのためには補助参加という道があるので、それを超えて、全く当事者でない者が裁判所に何らかの証拠書類を提出したいというのは、手続的には非常に困難ではないかと思えますけれども。

- 今、〇〇委員がおっしゃったように、会社の方からの資料提出権みたいなものを認めるというのは手続的にはなかなか難しいのですが、例えば、これが、不提訴理由書を作成することが義務となれば、裁判所の方からは恐らく何か知りたいというのが基本でしょうから、送付嘱託の申立てを、ほとんどの場合、出なかったら、やるのではないかなと思うのですが、そこら辺はそういう運用でカバーできないかと思うのですけれども。
- もう、〇〇裁判官がそういう実務をとっていただければ……。
- その手続は考えていただいて。多分、こういうものが出てくることは、裁判の進め方からすると有用ではあると思えますので、あとは、その出方をどうしていただけるか。先ほどから〇〇委員が一番強調されている、補助参加ができないということが多分あるのだらうと思うのですね。事案によっては、会社としてもなかなかどちらか一方に旗幟鮮明できないというのもあるのだらうと思えますので、何らかの形でこういう通知が出てくることは有り難いと思えます。手続はちょっとまた工夫をされたらいいのかなという気はいたします。
- この不提訴理由の理由の程度なのですけれども、ここで考えられている、特に〇〇委員が念頭に置いておられるのは、どの程度の詳しさの、仮にそれが裁判所に出されるということになった場合には裁判所にとってかなり重要な判断材料になるようなものをお考えなのか、それとも、木で鼻をくくったような、理由書さえ出せばいいと。今のこの案では、一体どちらの方向の理由書を考えているかということがはっきりしないわけですが、もし、〇〇委員が言われているような、会社として十分検討して、提訴しない理由を詳細に述べる、そしてそれは十分証拠としても耐え得るようなものと考えているとすると、もう少し手続——これは、「遅滞なく」となっていますけれども、期間がどのぐらいとか、いろいろなことが関係してきそうなのですけれども、かなり立派なものを出していこうという方向だとすると、それを確保するような手続というものがここにくっついていないと、三くだり半というのが横行する可能性が他面ありますね。その辺のところ、〇〇委員としてはどの辺のものを念頭に置いておられるのか。
- これは、まず提訴請求を受けた場合で、訴えを提起しなかったときの考慮期間が60日ありますから、通常の会社であれば、60日の間に調査委員会を立ち上げて、社外の弁護士とかにも入っていただいて、当事者からのヒアリングでありますとか、証拠物件の調査でありますとか、もうかんかんがくがくやるだらうと思えますね。恐らく、ページ数にすると相当厚い調査報告書が出てくるのだらうと思うのです。それを全部原告に出すかどうかはともかくとして、恐らくその抜粋になるだらうと思うのですけれども、そのサマリー版とかいうのが出ていくのだらうと思うのですね。

もう一つは、はっきり責任があるのだけれども、会社がやると保険がおりないから、株主にやってもらった方が得なので、会社としてはやらないと。これは損害保険を取るためであるというふうな記述も場合によってはありますね。それはいろいろあるのだらうと思えます。提訴しないというときに、本当に義務違反がないということの説明とい

うのはかなり長い文章になってくるのだらうと思います。事実裏づけられたですね。

- そうすると、そういう対応をしたいという会社が対応できるような期間、「遅滞なく」という言葉の中にばらつきがあるというか、事案に応じて非常に幅があるということになるのでしょうかね、この部分は。
- ある会社のケースですと、その60日間の間に、米国への出張等も含めて法務部員が土日一切休みなく調査をしたのだということを書いていましたけれども、60日の間に――本来は、それがなければ、提訴するかしないか、会社は決められないわけですよ。うるさければ、もうほったらかしておこうというような会社というのは、あるのかもしれませんが、それほどないということからしますと、60日間では大抵そういうものはまとまっているだらうと、こう思いますね。

したがって、「遅滞なく」というのは、それをサマリーにしてどの程度にするかとか、そのあたりだらうと思いますけれどね。
- これも確認みたいなことでお伺いするだけなのですが、株主代表訴訟というのはどうしても三面的な訴訟の要素でございますよね。株主と被告の取締役以外に、やはり会社独自に判断すべきものというのは基本的にあつたかと思うのですが、とりわけ、この第1のようなものを設けてくる、とりわけ、そのうちの②のようなものを設けてくるということになってきますと、取締役の方、被告の方に補助参加するというわけではないけれども、会社としてはやはり独自に何か物を言いたいということはございますよね。しかし、先ほど来の御議論を伺っていますと、やはり独立当事者参加ということは難しいということを経験をされていると、こう理解してよろしいわけでしょうか。
- 独立当事者参加ということはなかなか難しいのかなど。実際にどういう訴えをするかとか、これは現行法の枠組みの中では難しいのかなという前提であるのは否めないところですよ。
- そこまではちょっと手をつける余裕がないということですよ。

第2につきましてはよろしいでしょうか。

それでは、第3の点について御審議いただきたいと思いますが、前回の議論では、本文については余り御異論はなかったと思うのですが、むしろ、(注1)、(注2)、(注3)について御審議いただきたいと思います。

まず、(注1)ですが……。
- 済みません、本文なのですけれども、「株主となる時」という部分がありますけれども、これが端株主になってしまったときにどうなのかということと、それから、100%子会社になったのですけれども、親会社が明くる日に株を売ってしまった、1%でも100%でもいいのですけれども、売ってしまった、だから子会社はもう完全子会社でなくなったというときにどうなるのかというのが、本文の方で記述がない、ないしは(注)にないものですから、そのあたり。
- 正にそういうところを議論していただきたいです。

恐らく、現在のところ異論がないのは、株主となる時は原告適格を喪失しないというところの範囲内では共通認識であると。それが端株主になった場合はどうかということにつきましては、単に株式交換・株式移転だけでなく、例えば株式併合によって端株になった場合とか、そういったような場合も含まれてきますので、そこら辺は御意見

を伺いながら統一的に考えたいというふうに考えております。

- ですから、(注2)の中に今の点は含まれているということだと思います。
- 今回、端株制度の見直しも含まれておりますので、端株がなくなった場合につきましては、結局(注2)に吸収されてしまうことになるということをお補足的に説明させていただきます。
- まず、(注1)は、これは結論としては、皆さん、依然として存続会社の株主なのだから本文と同じではないかと結論的には考えておられるのではないかと思います。いかがでしょうか。規定がなくても当然だと思っておられる方と、合併というのは必ずしも株主までの包括承継ではないと考えておられる方は特に条文にはっきり書くべきだということになるのかもしれませんが、結論は、いずれにせよ本文と同じ扱いでいいのではないかと思います。それでよろしいでしょうか。
条文をつくった方がいいかどうか、その点はいかがでしょう。なくても当然だと考えるか。
- 条文がなくても当然であるという整理はちょっとまずいのではないかと思います。…。
- ああ、そうですか。まあ、実質はそれでよろしいですね。
では、(注2)はいかがでしょう。
この点は両方の御議論が前回あったような気もいたしますが。強制的に金銭になってしまったというようなケースですね。
- 今回、株式交換・株式移転によって明らかになってきた、あっ、これは問題ではないかというように多くの者が思って、手当てをしななければいけなかったその最大の理由は、やはり、自分の意思ではないのに株主である資格を失うことになって、そのために代表訴訟を続けることができなくなったということの問題性だということだと思いますと、せっかく株式交換・株式移転について原告適格の喪失の見直しをしましても、そのほかにいろいろな場合がまだ使えますよと。とりわけ、今、現金を対価とする組織再編を大々的に取り入れようとしているわけですから、そここのところの手当てをしていなければ、結局、問題は場所を変えて続くということになると思いますので、やはりここは、自らの意思ではなく株主たる資格を失う場合一般をカバーすべきではないかというように考えます。
- 前回は、そういう御議論と、何ら会社と利害関係がなくなった者に訴訟を続けさせていいのかという両方の御議論があったと思います。〇〇委員がさっきおっしゃった、親会社が株を売ってしまったというのもその一つの変形だと思いますが。
いかがでしょうか。
前回は、〇〇委員は、金銭になってしまった場合はもう仕方ないのではないかというような意見だったのではないかと。
- 非常にづらいのでして、私どもの株主代表訴訟制度研究会でこの問題に関する立法提案をまとめましたときにも、正にこれは意見が真っ二つに分かれまして、両方の意見がございました。〇〇委員のような御意見の方があるいは多かったかもしれませんが、一方で、株式交換・株式移転によって、親会社を通じての形であれ、実質的な株主としての利益が残っていることが、いわば株主代表訴訟における適切代表との関係でも

やはり必要ではないかという意見もそれに匹敵するぐらい有力で、本当に分かれておりました。これはどちらの考え方もあり得ると思うのですが、私はどちらかというと後者の考えの方に入ってはおりましたけれども、学者の中には本当に完全に二つに分かれております。

あと、別のことでつけ加えさせていただきますと、本当は、この株式交換・株式移転による株主代表訴訟でなくて、これは会社訴訟一般の問題で、決議取消訴訟などを行っている最中に株式交換・株式移転があったときも実は同じ問題で、本当はそれと一緒に立法手当てがなされるのが筋かなとは思っております。

- 最後の点は、これは解釈論……。
- 決議取消しの訴え、それから、そのほかにも、違法行為差止めの訴えなどにつきまして、今回はとりあえず記載していないのですけれども、事務局で議論をしているときに、最大の問題なのは、現行の訴訟承継制度との兼ね合いをどう考えるのかということがまず第1点で、例えば、違法行為差止請求権の訴訟中に相続や株主の譲渡が行われた場合に、これは訴訟承継の対象になり得るのではないかというふうに一般に言われていまして、そうすると、訴訟承継もできるし、当事者適格もずっとあるという部分は一体どういうふうに調整していくのかというところを考えていくと、なかなか明確な結論が出しにくいのかなと。

それから、決議取消しの訴えにつきましては、これも、当事者適格が本当にどうなるのかというところは現行法でなかなか難しいところがございます、例えば、取締役の解任の決議がされた後に――取締役は決議取消しの訴えの提訴権者になっているのですが――その解任された取締役も当事者適格を持っているというような判例もあり、そうすると、本当にすべての場合にその規定の「取締役」と書いてあるのが現在の取締役でなければいけないかというところを考えますと、株主についても同じ問題が本当はないのかどうか、いろいろそこら辺の整理をしていくのは非常に難しいのかなと。

この短時間の間にすべての訴訟類型に対して対応していくというのは、ちょっと力不足で、今のところ詰め切れていないと。また、実際に今、取り立てて、その途中で株式交換・株式移転が起こってまずいというような声も余りないということから考えますと、とりあえず御異論のないところをまずきっちり固めていくことが第一歩かなということで、まずこういう提案をさせていただきます。

- 今の〇〇関係官の御指摘はよく分かりますけれども、ただ、訴訟承継との理論的な問題というのは、実は、株主代表訴訟であれ、決議取消訴訟であれ、同じなんですよ。代表訴訟の場合だって、訴訟承継と両方の可能性があつて、訴訟承継をすべき立場にある完全親会社自身が自ら訴訟をしたいと言ってきたときにどうなるという問題はやっぱりあるわけで、全く同じだと思います。

その場合にどうしたらいいかということは我々の研究会の報告書の中にも書いてありますので、それを参考にいただければよろしいかと思いますが、ただ、立法の手当てが大変だから、とりあえず特に問題が表面化している代表訴訟に限って立法するということが自体は反対ではございません。

- (注2) はかなり議論が分かれていますので、方向を決めていただければと思うのですが、いかがでしょうか。

- 先ほど〇〇委員が言われたことで、親会社が100%子会社にした後、株式を売るといのは、普通想定されないケースだとは思いますが、あり得るケースとしては、子会社をどこかの会社に吸収合併してもらおうというふうに思っているケース、売ってしまおうと思っているときに少数派の株主が代表訴訟を起こしているという状態で、先ほどの（注1）のケースでいけば代表訴訟は継続してしまいますので、そうしますと、まず、いったん親会社の方に株式交換をして100%子会社にした後、他の会社にその100%子会社を吸収合併してもらおうという形にしたときに、かつて代表訴訟を起こしていた株主の訴訟が継続するのかどうかというような事例といのは、実務的には考えられるのではないかと思うのですが、それはどちらなのでしょう。ちょっとケースがまずいでしょうか。Aという会社があって、Bという会社に少数派の株主がいて、それが100%子会社ではなかった、でも今代表訴訟が起こっていると。これをそのまま別のCという会社に吸収合併するという形になれば、先ほどの（注1）の考え方からいけば訴訟は継続すると思うのですけれども、それは、株式交換して親会社の方の株主に収容した後100%子会社の形で吸収合併させるというケースのときに続くのか続かないのかというのを決めていただきたいなというふうに思うのですが。
- そこは解釈論ですよ。さっきのBはよその会社に吸収合併されたのだけれども、その会社の株を恐らくAは持っているという状態ですから。

ちょっといろいろな問題はあるのですけれども、とにかく、典型的にもう現金化されてしまったというケースについてどう考えるかということを決めていただかないと。
- 後者の考え方をとっていくと、正に今、〇〇幹事が挙げられましたように、非常に限界がはっきりしない例がいろいろ出てくるのです。これを全部法律で書き切るのはまず無理だと思います。ですから、一応、基本的な場合だけを書いておいて、あとは解釈に委ねるしかないのかなと。一番問題になるケースを規定した上でですね。多分、その一番問題になるケースというののはっきり分かってくるのは、株式併合や株式消却の場合かなと。そういう場合に対することを書いておいて、あとは理論で解決するということがよろしいのかなと思います。それについては、さっきも申しましたように私自身も迷っているのですけれども、いずれの考え方もあり得るところかなと思っております。
- 難しい話ですが、一応単純に考えた場合、株式移転による原告適格の維持を認めるのは、少なくとも、100%子会社だということの間接的であれ相当密接な利害関係があるということが決定的だと思うのです。もちろん、代表訴訟には、先ほど言いましたように健全性確保機能もあるけれども、やはり主たるものは損害てん補の訴訟なので。そういたしますと、利害関係を何ら有しなくなる場合にはいろいろ問題があるけれども、なくなるというのが原則で、それでは困る理由がある場合にこういうことがあるから、異例だけれども維持しましょうという話で、まずはなくなることを前提に考えるのが素直かなというのが直感的な感覚です。

ただ、これを言い出すとややこしくなるかもわかりませんが、組織再編が行われた場合ですが、その組織再編について、その組織再編の効力自体を争っている場合には代表訴訟についても原告適格があるとか、そういう例外的な場合はあるでしょうけれども、そういうものがなく、少なくとも、その株主も現金を対価とする組織再編が行われたこ

と自体を争っていなかったら、もうこれは仕方がないということにならざるを得ないのかなという気はいたします。

- ○○委員に賛成でございまして、先ほどの資料にありましたように、訴訟担当だということからいたしますと、何ら利害関係のない者に訴訟をやらせるというのは株主のためではないだろうと思っておりますので、利害関係を有しなくなる場合は原告適格を喪失するのはやむを得ないのではないかと思います。

- 私どもも日弁連の委員会で議論したのですが、やはり意見が相当分かれまして。

ただ、今、○○委員がおっしゃったように、現金合併で株主としての地位が親会社の地位としてもなくなるという場合に、そういう者に訴えを継続させる、それは結局、訴訟承継主義のもとで親会社に承継させても熱心にやらないだろうという考え方から、今回、こういう株主の原告適格が継続するというふうにするわけですけれども、親会社の株主としての地位もなくなったということになると、親会社が承継するのと同じように、熱心にやるかという疑問がやはり残りますので、基本的には、○○委員あるいは○○委員がおっしゃったような方向ということで私自身は考えております。

- いかがでしょうか。

前回も数の上では○○委員、○○委員のような御意見の方が多かったような記憶があるのですが、これは両方意見があり得るところだということは分かりますけれども、どこかで決めなければいけませんので、どうも意見は全く、例えば典型的には、現金に変わってしまった場合は原告適格がなくなるということでもよろしいでしょうか。――それでは、御異論もあるかと思っておりますけれども、そういう形で決定させていただきたいと思っております。

(注3)についてはいかがでしょうか。これは前回もどちらかというところという意見が多数だったのではないかと思いますので、よろしゅうございますか。

- 研究会の報告書をまとめた立場から申し上げますと、研究会ではむしろ多段階代表訴訟もやはり認めるべきだという御意見が多かったのですが、研究会の報告書におきましても意見が分かれるところですから、そちらの方の多段階代表訴訟をどうしても立法すべきだという形ではまとめてございません。

ただ、我々の研究会で非常に強く議論されましたのは、こういった株式交換・株式移転などで、完全子会社の株主だった者が完全親会社になって実際にどういう点が問題かということを考えていくと、完全子会社になってしまうことによって完全子会社で行われている違法行為に関するチェックがどうしてもリモートになってしまうということでありまして、これは報告書にも細かく分析しましたように、やはりどうしても実際にチェックしていくことが難しくなる場所がございますので。最近の三菱ふそうですとか、雪印フーズですとか、正にそういうグループ内の子会社での不祥事、違法行為がグループ全体の致命傷になる場合が非常に多いわけですので、やはりそれに対するこういう、株式交換・株式移転なんかでグループ化が行われたときに、株主のチェックが少しでも働くように、コントロールがきくような工夫は是非していただきたい。

そこで、研究会としては、親会社の取締役会に子会社を含めた企業グループとしての法令遵守とリスク管理のための内部統制システムを構築するような義務をできれば課して、その具体的な内容の状況をディスクロージャーするような立法を是非検討していただき

たいということを御提案したわけでありまして、今回の立法でかなわないにしろ、是非、今後、そういったことを検討していただきたいと思う次第です。

- 全く同感で――全くと言うと語弊がありますが、同感でございまして――この多段階代表訴訟の問題も、そもそも親会社の取締役・監査役がその企業結合の中の下の子会社等の経営・運営についてどういう責任を今後持つべきなのかという、企業結合法制全般にかかわる問題、これは恐らくこの現代化の後の大きな課題だろうと思うのですけれども、例の連結配当の是非等も含めて、そのあたりは今後の課題だろうと。この多段階代表訴訟の問題というの、そういう全体の親子会社法制の中で次に議論すべき問題ではないかと。今回見送っていただくことにつきまして、ありがとうございます。

- 私、今回、多段階代表訴訟についての立法上の手当ては行わないものとするのはもうやむを得ないのかなというように思いますが、これは、裁判所においては非常にひどいケースが起きたときにそういう考え方をとり得るといふ余地は残されているというように考えることもまだ自由であるという程度の了解は持っていた方がいいのではないかとというのが私の意見です。

と申しますのも、やはりアメリカにおいても、まず具体的な事例があって、判例上認められてきたものであるということだと思います。それから、何か聞くとところによりますと、最近では韓国においても多重代表訴訟を認めるような判例も出ているというようにも聞いておりますし、やはりそこは公正さを確保するための裁量権というものは裁判官はお持ちなわけですから、決してここの議論がそういう裁判官の判断を縛るものではないというふうに理解したいというふうに思っております。

- それでは、先に進ませていただいてよろしいでしょうか。

「第4 いわゆる「行為時株主原則」」、それから「第5 担保提供制度」ですが、これについては特に見直しはしないということですが、いかがでしょうか。

- 今日はもう降りることばかりでございまして、第4につきまして、私は、筋論ではやっぱり行為時株主原則であるべきだと思いますけれども、皆様が変更されないというのが大勢であれば、従うつもりであります。

- それでは、第4、第5についてはよろしいでしょうか。

それでは、先に進ませていただきまして、部会資料25「外国会社に関する諸問題について」について事務局から説明をしていただきます。

- 部会資料25は、外国会社にかかわる問題の幾つかをピックアップしております。

まず、「1 擬似外国会社」についてでございますけれども、従前の部会でも御説明いたしましたとおり、意見照会の結果を踏まえまして、商法482条は削除するものとするということの確認をさせていただきたいと思っております。

なお、これに関連して、482条の削除ということにとどまらず、擬似外国会社を含めた日本において取引を行う外国会社一般について、法人格が設立準拠法のもとに認められるということ的前提に、内国取引保護等の観点から、会社法として設けるべき規律に不足はないかどうかという点を再度確認していただきたいと思っております。現行の商法の中での外国会社の規定は、正にそのような観点から、外国会社について一律に規制を加えている部分があるわけでございますけれども、その余の規律の要否という点がむしろここでは中心的に議論していただくべき点ではないかと思われま。

2は、「外国会社による社債の発行」に関する論点でございます。新たに提示させていただく論点でございますが、社債の発行をめぐって、特に近時の様々な国内・国外での社債あるいは社債に類似した債券の発行に関して、解釈上疑義が生じている問題があるということは御承知のとおりでございます。我が国の商法が、一定の社債について社債管理会社の設置を強制しているという点、あるいは、社債権者集会については例えばその決議の効力を裁判所の認可にかからしめているというような点について、それらの適用関係いかに—内国会社が外国で社債を発行する場合、あるいは外国会社が我が国内で社債を発行する場合の適用関係いかに—が解釈上問題になっているわけございまして、規定を設けるかどうかということも含めてですけれども、このような整理、すなわち、外国会社の社債であっても国内で発行されるものについては社債管理会社、社債権者集会に係る我が国の商法の規定を適用し、他方、内国会社の社債であっても国外で発行されるものについてはそれらの規定を適用しないという整理をさせていただくことがよろしいのかどうか、確認させていただきたいと思っております。

なお、発行地が国内であるか国外であるかによって規律を区別するということになりますと、発行地というものをいかに定めるかということが問題になるわけでございますが、差し当たり、社債に係る債務の義務履行地をメルクマールとするということかどうかということが、(注2)に記載してあるところでございます。

3は、「外国会社との株式交換」についてです。現行の商法では、我が国の会社が外国会社との間で株式交換ができるかどうかということについて、明示的には触れられておらず、規定上、文理上は、我が国の会社間に限られているように読めるわけでございます。

今般、外国会社の規定について何らかの整理をするに当たり、特に合併の場合とは異なりまして、株式交換は、株式の包括的、一体的な強制移転のような制度ですので、外国会社との間においてこれを理論的に拒む理由を挙げることはなかなか難しいと思われれます。

そうしますと、あとは政策的に、このような行為を組織再編行為としてであれば特別多数決で行えることとし、かつ、その組織再編行為の相手方は内国会社に限るという政策を維持するかどうかということに議論が整理されるのではないかと思いますので、その点、例えば外国会社—ほかの法人も含めますと話は少しややこしくなりますけれども—少なくとも外国の商事会社、外国会社に限れば、内国会社との間と同じような株式交換を認めるということもあり得るのではないかとというのが、この3の問題でございます。

もとより、外国会社側でこの株式交換に類する制度を持たないということであれば実現しないわけでありまして、それはその外国会社の設立準拠法の問題であり、内国会社に係る我が国の会社法においてはこのような整理をするということではいかがかとございまして。

なお、この問題に関連して、3の(注)についてですが、現在、株式交換の無効の訴えの管轄については、完全親会社の本店の所在地の地方裁判所にあるということになっておりますけれども、これについて、完全子会社の本店の所在地の地方裁判所も加えることとしたらどうかということをご提案させていただきたいと思っております。現行法上、会社

分割の場合には、当事会社双方の本店所在地に管轄があるわけですが、株式交換の場合にはそうではないということになっております。特に、外国会社との株式交換を是といたしますと、当然、この（注）のような手当てが必要ではないかと考えられるところではありますけれども、仮に本文のような整理をしないとしたとしても、内国会社同士の株式交換について管轄裁判所が増えるというだけのことですので、同様の取扱いをさせていただいてよろしいのではないかとというのが（注）における論点でございます。

4の「外国子会社による内国親会社株式の取得の禁止」についてですが、子会社による親会社株式の取得の禁止規制について、外国会社が絡んだ場合、どのように規律されるかという問題ですけれども、内国会社である株式会社が親会社であるという場合における子会社による取得禁止規制については、当該子会社が外国会社であろうと、あるいはその他の内国法人であろうとかかわりなく規制が及ぶこととしたらどうかということでございまして、従前このような考え方をお示ししていたわけですが、その確認をさせていただきたいと思っております。

なお、（注2）では、外国会社が親会社である場合の規律の在り方についての整理をさせていただいておりますけれども、こちらの方は、外国会社に係る設立準拠法において子会社による親会社株式の取得禁止がかけられているかどうかということに多分議論はゆだねられることとなりますので、我が国法上は格別の手当てをしないということでもよろしいのではないかとのございまして、この点についても確認をさせていただきたいと思っております。

資料25につきましては、以上です。

- 今説明していただきましたが、全体については何か御質問ありますでしょうか。なければ、順次、1から御審議いただきたいと思います。まず、擬似外国会社であります。
- ○○幹事がいらっしゃらなくなってしまったのですが、以前、この問題を指摘されたのは○○幹事でございまして、商法482条を単に削除するという立法をしまして、正に幾らでも、外国で、株主・債権者の規制の弱い、不正な経営者にとって非常に都合のいいような会社法を選んできて、実質は日本法人であるにもかかわらず、準拠法をそのような国の法律にして、外国会社として設立するということが出てくるわけですので、やはりこれは問題ではないかと。商法482条というのは、私はやっぱりどうしても必要な規定ではないかと考えております。

確かに482条についてはいろいろな問題点が指摘されております。特に、大正時代の古い大審院の判例があつて、法人格を否定する扱いをしたわけで、そういった法人格を否定するようなことまでは幾ら何でも行き過ぎだということは、従来、学説も指摘しているわけですが、それ以外の部分について482条に問題があるという理解は、従来、学説はしてこなかったように思っております。これを、単に法人格が否認されると困るからということで482条を削除してしまうというのは、たらいの水とともに赤子を流すような立法ではないかという感じがしております。確かにエンフォースメントなんか難しい、実効性を担保するのが難しいというのはよく分かりますし、仮に学説に従って法人格が否認されないように設立関係の規定だけを除いて適用されるという

ような立法をしようとするのが難しいのかもしれませんが、本来はそれが望ましいですし、それがどうしても難しいというのであれば、現行法と同じような規定をそのまま残せばいいのではないかと。あとは解釈論の問題であって。もし482条を削除するということになると、正に会社の準拠法のショッピングが可能だということを宣言するようなものでありまして、それはもう本来法律で自由だということで大会社の中にもそういうところが出てくる可能性があるわけでありまして。この482条というのは、宣言的な意味から言っても、大会社は法律で決めればそれをきちんと守っていただけると理解しておりますので、この規定がある意味は非常に大きいのであって、これを削除することには私は反対でございます。

● いかがでしょうか。

どうもこの点につきましては、確かに482条は、判例では設立の規定も満たしていないということになりますので、法人格を認めないというのが判例でありまして、それに対して、学説は、〇〇委員が言われたように、法人格は認めて、そして必要な規定、日本の会社法の規定を擬似外国会社には適用すべきだと言っているのですが、そうなりますと、今度の法律ではきちんとどの条文を適用するかということを書かなければいけないということに――法制局等の関係では――なるようでありまして、それがどうも書き切れないと。学説は、法人格を認めた上で、必要な規定、日本法の規定を適用すべきだと言っているのですが、どの規定を具体的にどうするのかということについては、私の知る限り、具体的に述べているものがないのですね。

ですから、事務局としては、ちょっとこの段階でそれは難しいということのようがあります。それで、もし必要があるとすると、擬似外国会社、それからほかのものも含めて、具体的にこういう規定を適用すべきだという内国取引保護のための新たな規律というものを総合的に考えてくれというのが今日の提案だというふうに私は理解しておりますけれども。

● 試案を取りまとめさせていただく前にも同じ議論をさせていただいたのですけれども、擬似外国会社について設立以外の規定で適用されるべきものが明らかであれば、それを列挙するという事はやぶさかではございません。ただ、それと、擬似外国会社以外の外国会社について日本において適用すべき規律との間に差があるかどうかという点の一つ問題でありまして、そこに差があるという御議論であるとするやや話はややこしいのではないかと感じいたします。ここでの考え方は、いずれにしても、内国取引保護の観点から外国会社にも適用すべき規律があるならば、それは当然明らかにして規定を設けるべきであるということが前提であります。擬似外国会社に限って更に適用すべき規律というものが付加されるかどうか、株式関連規定ですとか、機関関連規定ですとか、日本法を適用するということはなかなか難しいような気がするものですから、そうすると擬似外国会社に限って更に適用されるべき規律として何が残るのかということがよく分からないところでありまして、その点を御示唆いただければ、不可能ではない――法制的に不可能であるとかいうことを申し上げるつもりは毛頭ない――のですけれども、その規律が明らかでない状態で482条の規定をそのまま残すということは、現代化の作業の中では難しいということだけは御理解いただきたいと思います。

● いかがでしょうか。ちょっと〇〇幹事が帰ってしまったので……。

- 私もこの問題は専門外で、余り自信のある意見が言えないのですが、最近、この問題が起きてから、渉外関係の実務をやっている実務家にいろいろと話を聞いてみる機会があったのですが、その実務家の人たちが言うには、規定は482条があるのですけれども、現実にはどの規定が適用になるかが係争になったという事例がほとんどないわけです。具体的に実務でどういう点に直面しているかといいますと、結局、〇〇委員がおっしゃったように、海外のある国の設立準拠法で設立された会社が日本で営業活動をやるとき、日本国内の企業の取引相手方が擬似外国会社であるというときに、その設立準拠法に基づいてどういう機関設計や機関構成をするかということについて、現に適法に設立された会社かどうかということ进行调查するのが非常に大変であるというのが、まず一つ実情としてあるということが言われています。

それから、もう1点は、要綱試案段階のb案の482条の削除なのですが、これに対して賛成の意見が出ているけれども、いろいろなところにそれについて意見を聞いてみると、例えば証券化するときには482条の適用がない方が楽だというような動機から賛成しただけだとか、482条全般の問題を総合的に考えてb案に賛成したのか、その辺の前提理解が、賛成意見を書いた人たちが個々それぞれ違うのではないかというような考え方も出ております。

いずれにしても、渉外実務をやっていると、先ほどの、海外で設立された会社の実体あるいは適法性について一々調査をするということになると、ある会社はタイで設立された、ある会社はヨーロッパだ、ある会社はケイマンだと、それぞれについて一々調査しなければいけないということになると非常に実務が滞るという問題があるということ、ただ、現実にはそれが係争になったケースがないものですから、482条を存続するにしても削除するにしても、先ほど〇〇幹事もおっしゃったように、どの規定が具体的に適用になるのか、それをはっきりしてもらいたいというのが、渉外実務の今現在の一つの希望であるというようなことが出ております。ただ、やはり、現在、482条という、日本法の適用をするという一般的な条項がありますので、実務を行うについてはそれは一つの安心材料ではあるという意見が出ておまして、具体的には、取締役の責任とかそういう問題が今後出てくるのではないかという意見を述べておられる方が複数いたということでございます。

- これはどうしたらいいんですかね。
- 私どもは、482条の削除に賛成という意見を経団連としては出したわけでありませけれども、これを維持することによってどの程度内国取引保護になっているのか。例えば、デパートに行ってルイ・ヴィトンか何かのものを買おうとするときに、その会社の設立準拠法がどうかというのを消費者が確かめたりすることはまずないと思うんですよ。一方、企業であれば、当然、相手の会社の氏素性を調べて、相手の会社に、向こうでの設立準拠法に従ってデューリーにインコーポレイテッドで何とかかんとかというリプレゼンテーション・アンド・ワランティーをとっているということなものですから、国内で取引するのを主たる目的としていようが、内国取引保護のためにここまで、擬似外国会社ということまで維持する実益というのが本当にあるのかどうかというのがよく分からなくて。

言っている意味は、もう向こうの純然たる外国の会社であって、日本で商売をしてい

ようが、相手の会社の人がよく調べればいいのだと、ただそれだけだと。あとは、日本の商法がまずいのであれば、例えばソニーならソニーがアメリカの法人になって、日本には本店を置いて、株主代表訴訟はアメリカの制度、デラウェアの制度でやると、こういうことも自由に選べるようにしようというのが今度の擬似外国会社の廃止の一つの目的にも入っている、正に制度間競争に乗り出そうということでもありますので、非常にいい規定ぶりだろうと思って賛成をしているわけであります。

- 非常に難しい問題だと思うのですけれども、私は、〇〇委員がおっしゃったことに比較的近い感じを持っているのですけれども。

もともと、削除というか、あって困るようなニーズというのが幾つかあることは間違いないと思うのですね。それは証券流動化の分野であったり、それ以外の分野であったり。それで、その話が解決しなければいけないという具体的なニーズがあると思います。したがって、そういう場合にb案に賛成されたのかどうか、ちょっとそこは正確には分かりませんが、その話と、482条が何か法制的な理由で書き出せないから削除しようという話は相当飛躍があって、そこは〇〇委員がおっしゃったとおりのように私も思う面があります。

といいますのは、世界中で活躍している会社はどこかを準拠法にするということではないかと思うのですけれども、専ら日本で営業している会社が全然違う会社法を選びましたというのが自由ですということまで踏み切れるものなのかどうかというのが非常に気になるしまして、そのことによって失い得る損失ということを考えますと、法制局と闘う方の損失の方が少ないというか……。まあ、どういうふうな文言になるのか。例えば、全然違う話ですが、種類株主総会に株主総会の規定を準用するという条文がありますよね。あれも今度書き出さなければ怒られるのかどうか知りませんが、準用するぐらいで済むのであれば、今の書き方と同じで書けるということだと思いますので、そこは、私、強い意見があるわけではありませんけれども、やはりちょっと慎重に、法制上のとか、書き切れないとかいうことではない次元で議論をしていただければと思います。

もし、主として日本でのみビジネスをする会社についても外を選んでいいのだ、それで日本法は適用しないのだということ、〇〇委員がおっしゃったような意味で、そういう判断をされるなら、それも一つの判断だと思いますけれども、世界中で活動している会社はそれでいいと思うのですけれども、どうもそこへ踏み切るとするのは、これまでの議論の主流であり、意見照会の意見のb案支持の方もそういう意見であったというふうには私には思えないものですから、ちょっと一言だけ申し上げます。

- 書き切れないわけではなくて、何を書いたらよいかを御指摘いただければそうさせていただきますということですので、誤解のないようにお願いいたします。
- 規定を残すとしたら、もう判例みたいに、設立から認めないという書き方しかできないのではないかと私は思うのです。何かを、この株主総会のあの規定とか、本当にそういうことで書けますか。学説はそういう意見が多かったのですが、それはちょっと本当にできるのかなという気がするのですが。
- 余り考えていないのですけれども、できないというのは、どうしてできないのでしょうか。
- どういう理念であれしますか。必要なのは何ですかね。専ら日本でビジネスをするた

めに外国法で設立したと。それで、法人格は認めましょうと。そうしたら、あとは……。もう株式制度から、機関制度から、全部日本法を適用すると書くのですか。考え方としては。

- 考え方としては、基本的には、適用というか準用というかはちょっとあれですけども、法人格は外で承認されているわけですから、全くぴったりいかない場合もあり得ると思うのですね。

ですから、二通りだと思うのですが、一つは、〇〇委員がおっしゃったようにというか、判例のように、設立も含めて書く。これは非常にはっきりしていますよね。設立を求めることになりますから、全部適用可能になり。もし、そこを緩めるというか、含めないということであれば、いわば準用という形ですよ。アメリカの州の外国会社についての規定というのは、主として後者タイプですよ。それが参考になるかどうか、ちょっと法制が違いますので、ここで言ってもしょうがないと思いますけれども、条文上はそういう考え方になる。

したがって、かなり解釈の幅が広がると思いますけれども、じゃあやめると踏み切る理由が分からないという感じで、それに対しては、何を書くのですかというふうにおっしゃっているので、ちょっとかみ合っていない面はあると思うのですけれども。

- すべてについて日本法を準用すると書くわけですか。
- 「準用」という言葉がいいかどうかは私もちょっと分かりませんが。
- 今の議論に関連して、例えば設立も含めて及ぼすといった場合に、設立手続をやり直さなければ法人格は認めないという方向に行くわけでしょうね。そうすると、それだけのことを外国会社に要求するだけの合理的理由がないと、いわば参入障壁的な議論というものもあるいは出てくるかもしれないので、やはりこれは、日本の公序的な観点から見ても及ぼさなければいけない部分というのが日本の会社法の中でどこどこの部分かという議論で、やはり具体的に抜き出していかないとなかなか難しいのではないかなど。全部とにかく日本の商法に従っていなければ一定の制裁が加わりますということが外国一般について言えるかどうか。例えば、外国でも、この擬似外国会社でも、株主は全部外国の準拠法の株主であるといったような場合に、日本の株主に関するいろいろな規定を及ぼすというのは、逆に擬似外国会社の株主にとっては迷惑なことかもしれませんね。ですから、擬似外国会社といたって、株主構成、取締役の構成その他いろいろあるわけなので、その辺のところも……。

482条というのは非常に一般的な規定ぶりになっていて、「本店ヲ設ケ又ハ日本ニ於テ營業ヲ為スヲ以テ主タル目的トスル会社」というので、株主、機関、その他のことは何も言っていないのですね。だから、これはある意味では非常に過剰規制に陥りやすい規定、現代から見るとそういう感じもあって、そうすると、合理的な範囲内におさめようというのは適切な議論だと思うのだけれども、それでは合理的な範囲というのは具体的にどの部分なのかという詰めた議論があって、株主保護のために日本の株主に関する規定のこれこれは絶対必要ですというような論証がある程度とられていないと、過剰規制という観点から見ても、なかなかこれは難しい問題がありそうだなというふうには思います。

他面、確かに、本当に全部これをなくなした場合に、日本で設立した、日本法に基づ

いて設立した会社とイコールフットィングでないという部分をどういうふうの評価していくかという問題は残るかと思えますけれども。

- おっしゃるとおり、判例を批判する見解というのは、法的安定性に欠けるということなんですね、おっしゃったように、あいまいな要件で法人格まで全部否定するというのは。だから、学説上有力なのは、本当に必要な規定だけ日本法のを課せと言うのだけれども、それは何ですかと、こういう話になって、もう堂々めぐりなのですからけれども。
- すべて網羅的には思いつかないのですけれども、やはり266条ノ3とか債権者保護手続とか、この辺は……、特に、不法行為債権者にとってみれば債権者保護手続は踏んでもらいたいという気はするのですけれども。更に、266条ノ3が一般不法行為責任とはまた別なメリットを第三者に与えているのだとすれば、やはり、日本に本店があったり、主たる目的として日本で営業をなすような会社にはその程度の規定は適用してもらい必要があるのではないかと思うのですけれども。
- 取締役の第三者に対する責任ですね。
- 先ほど〇〇幹事がおっしゃった問題提起で、外国会社一般と擬似外国会社というのはおよそ違うのでしょうかというのは重要な話だと私は思っています、例えば、個別の規定を考える上でも、今、〇〇幹事が御指摘になったような規定というのは場合によっては外国会社一般にも適用があるべきではないかという問題も議論しなければいけない。ですから、余計話が難しくなっていることは確かだとは思いますが。

ただ、私が最初に思いましたのは、というか、皆様方の御意見を聞いてということですが、擬似外国会社というのは、やっぱり日本で主として――〇〇委員がおっしゃったように、今の文言がいいかどうかはありますけれども――日本で主としてビジネスをやっていて、ほかの国ではやっていない。ですから、アメリカの例で言えば、専らニューヨーク州でビジネスをしているけれども、別の州で設立しているというようなケースですね。それをどう定義するか。それが擬似外国会社であって、それについてどの日本法を適用するのですかと言われたら、それはやっぱり全部というふうに言わざるを得ないのではないのでしょうかね。基本的な考え方としては、それが難しい、適当でないならゼロということでもいいのかどうかという議論だと。擬似外国会社の問題はそうだというふうに思います。外国会社問題になると、やっぱり個別に規定を検討していかなければいけない。それはひょっとすると解釈論でも対応するという事ではないかというふうに思います。

- 参考までに、この問題について事務局で議論していたときの内容を紹介いたしますと、まず、一つの効果として、法人格を否定するという効果を考えましたが、それが果たして擬似外国会社との取引をした者の保護になるのかということ具体的に考えていくと、もし法人格が否定されてしまいますと、権利能力なき社団ということになりまして、訴訟をするときに、今までの擬似外国会社を当事者として相手にしていたものが、権利能力なき社団を相手にしなければいけない。では社員の把握をどうするのかとか、いろいろな問題が生じる。また、権利能力なき社団になって社員に対する個人責任でも追及できればいいのですけれども、実際には、今の民法の解釈では、必ずしも個人責任の追及までできるということにはなっていないということから考えますと、法人格を否定することがイコール内国取引の保護ということにつながるのではなかろうかというよ

うな議論をしておりました。

それから、法人格を認めた上で、ではどの規定を適用するのかということ考えたのが、先ほど〇〇幹事がおっしゃった266条ノ3というのが一つ。それから、もう一つは、例えば表見代表取締役のような取引保護に関する規定はどうかということを考えましたが、266条ノ3につきましては、確かに現在の商法上の整理としては、不法行為責任ではない、法定責任であるという考え方も非常に有力でございますけれども、いざ国際私法という枠の中でいかなる単位法律関係ですかと言われたときには、不法行為に属するものというふうに解釈される余地は十分あるのではないかと。そうすると、これは擬似外国会社についてのみ問題になるのではなくて、不法行為の準拠法と考えて、例えば不法行為地が日本であれば、擬似外国会社であれ、通常の外国会社であれ、適用されるべきなのではなかろうかというようなことで、むしろそれは国際私法の方で規律する方がより適切な処理ができるのではないかと。これは同様の問題が表見代表取締役についてもありまして、これが擬似外国会社だけではなくて、当然、外国会社でも表見代表取締役のような規定が問題になるような場面というのはあると思うのですけれども、これも同じく、代理行為の準拠法若しくは契約準拠法によって日本法が指定されたような場合に、外国会社か擬似外国会社かということに区別せずに、むしろそこで取引保護というのが図られていくのではないかと。

そうやって考えていきますと、いよいよ適用されるべき場面というのが非常に限定されてくるのではないかなというようなことで今のところ考えていますが、今のは単なる議論でございますので、何か、やはりこれはこういうメリットがあるから、明確にこの商法何条は適用すべきであるということがあれば、それは中に含めていくことに特に異存があるわけではございません。

- 今おっしゃったような御意見は、確かに国際私法の一部の学説で、〇〇さんなんかはそうかもしれませんけれども、そういう考え方はあると思うのですけれども、むしろそもそも、さっき〇〇幹事がおっしゃったような債権者保護のための仕組み、あるいはガバナンスの仕組み等を含めて、単にそういう取引関係だけでなく、一般の不法行為、更には株主保護を含めた全体の制度としての会社の運営が、最初から日本で活動する会社なのに、例えばどこかのタックスヘブンのあるような国の会社法に基づいて設立して、実際には全部日本で株主も集め、営業活動もやっているといったようなことが出てきて、それでいいのかということやはり真剣に考える必要があるのではないかと。

さっき〇〇委員がおっしゃいましたように、確かに、国際的な大会社であれば、アメリカのデラウェア等で設立して、それなりにきちんとしたところを選ぶということになると思いますけれども、そういう場合だけではないということやはり考える必要があるわけで、単にそういった取引的な問題だけでなく、一般的に、本当に日本で活動している会社が、株主や債権者保護全体を含め、あるいはガバナンスを含め、全体としてそれなりにきちんとした制度のものであってほしいというのはやはり当然あると思いますので、個別の規定については全部洗っていけばいろいろあると思いますけれども、そもそも発想として、こういうことが可能なのだと、どこかのタックスヘブンの適当なところを探してきてもいいのだということにしてしまっているのか。やはり、これはよほど慎重に考える必要があると思います。

- それでは、いろいろ御意見が出ましたので、この1につきましては、なお事務局で検討してもらいたいと思います。

それから、皆さんの方でも、この規定は是非ということがありましたら、是非出していただきたいと思います。

- やはり設立とそれ以降とを断絶させて規定を考えるのは難しいので、〇〇委員の御指摘を踏まえますと、どちらかという設立の規定も一体として適用すべしということにせざるを得ないのではないかと思うのですけれども、それはそちらの方がベターだということですか。

- 両方の考え方があると思うのですね。

私自身はむしろ、現行法のもとで法人格を否認するという解釈の方が行き過ぎだったと思っておりまして、そういう方向で行くというのも一つあると思います。

確かに、きちんと論理的に詰めていけば、個々の規定を洗い出して、設立以外のところで本当に適用が必要な部分を考えていくという行き方もあるかと思えます。

- 私は、設立のところから日本法に従うべきだという見解については、先ほど〇〇関係官は権利能力なき社団になるのだと言われましたけれども、結局これは、法人でないものの代表者として行為したから、代表者に個人責任がかかってくるのだと、一種の無権代理ですね、という効果が出るというふうに私は理解していたのですが。それは権利能力なき社団になるのかもしれないけれども、その点は権利能力なき社団になってもそうなのではないかと私は思っているのですけれども。それが結論としていい結論かどうかは分かりませんが、法的にはそういうことを考えていたのだと私は理解していますけれども。

〇〇委員が言われたように、そもそも、どうせ企業なんだからそのようなことは分かって取引をするはずですというのも一方で御意見としてはあり得るわけで、なお検討……。今日は、少なくともこの資料25は一わたり御議論いただきたいと思いますので、1はこれぐらいにしたいと思いますけれども、皆さんの方も、やっぱりこの規定は適用すべきだという御意見の方は、詰めてお考えいただきたいと思います。

2についてはいかがでしょうか。

- 2の本文ですけれども、例えば世銀債を国内で発行しようというようなときには、今、社債管理会社及び社債権者集会に係る規定の適用が現実になされた発行がなされているのかどうかというのを、私、知らないものですから、教えていただきたいのですけれども。そうでなければ、国内における社債発行の規制強化になってくるといって、国内市場ではもう発行するのをやめようかということにもなりかねない。今、現実はどうなっているのかということをお教えいただけますでしょうか。

- これを提案させていただく前に、一応、証券会社や社債管理会社等についてヒアリングをしましたが、ちょっと世銀債というのがどうかというところ、具体的にまではあれしていませんが、通常、外国会社が国内で社債を発行する場合には社債管理会社を設置しているというようなことで、こういう規定はむしろ実態に合っているのではないかという御意見をいただいております。ですから、特に問題はないということが、一応、実務に携わっていらっしゃる方の共通の御意見でした。

- 証券界と……。

- 証券界と社債管理会社関係の方。
- 社債管理会社は商売の関係があるから。
- まあ、証券界も含めて、発行側の方も含めてヒアリングしたところ、特に問題がないというようなお話でしたけれども。
- 言ってみれば規制強化にはならない、現状を確認している、現状でもこういう解釈になっているということをおっしゃっているわけですね。
- 実務上はそうなっていると。

ただ、その点、社債管理会社が外国会社に適用があるかどうかというところをめぐってまだ不明確な点があるので、かえって明確にさせていただいた方がいいのではなかろうかというようなことはお話しになっておりました。

- 現状そうなっているというのは、必ずしもそうかどうか……。まあ、私もよく知りませんが、もう一度確認させていただいた方がいいと思います。

非常に細かい質問なのですが、グローバルオファリングというのですか、複数国で同時発行というのは非常によくあることで、これは一つの社債契約に基づいて複数の地で発行されるわけですね。こういうルールを日本がとりますと、日本の部分だけこれらの規定の適用があるということになるという理解なのですか。全体について及ぶという理解なのでしょうか。

- その点が（注2）のところの問題になるところだと思うのですが、現状、1種類の社債について社債管理会社を置くのか置かないのかという規定は、それは統一されるべきであるという考え方に立っております。ですから、その発行地、実際にはユーロ市場と日本市場と同時にやるというようなこともあるということですので、そうすると、発行契約とかいわゆる募集地みたいな概念でいくとはっきり決められないというような問題がございますので、それを一つ解決するために、（注2）のところで、「社債に係る債務についての義務履行地」と、これは、1種類の社債については基本的には一つのはずー内容が違えば当然別種類になるはずですからーというようなことでやってはどうかというようなことを御提案させていただいております。

この点につきましても、一応、実務界にお聞きしたところ、現実非常に合っているので、これは明確な基準でよろしいのではないかなというようなことは御意見としていただいております。

- そんなに反対ではないのですけれども、基準が明確なのは大変結構なのですが、本当に実務界は賛成しているのかと。余り余計な心配をする必要はないと思いますけれども。つまり、グローバルな発行の場合には、例えば日本では全体の10分の1とか、日本では今度は10分の6とか、いろいろな例があるわけですね、そのときのマーケットの情報とか投資家の数とかで。ですから、多分、実務的には、ルールが明確であればそれに従って選べますから、例えば日本のこれらの規定の適用がない方がいいと思えば、違うところをもって（注2）に言う発行地を決めるのでしようというぐらいに思っておられるのかもしれませんが、ちょっと……。基本的なところにはそんなに反対ではないのですけれども、これからますます多国籍発行というのが潮流になることは間違いないと思いますというか、もう既にかなり行われていると思うのですけれども、それをこういう国籍に切った場合に、分割可能ならいいのですけれども、これはもう

〇〇関係官のおっしゃったように、分割し切れないような社債管理会社の規定がありますので、そこだけもう一度確認していただければと思います。

- この（注2）でいかどうかという問題ですね、結局のところは。義務履行地ということで、さっき〇〇委員がおっしゃったようなことについてはこれで賄えているのかどうかというあたりが問題かと思えます。

本文についてはいかがでしょうか。社債管理会社と社債権者集会ですが。従来は、日本で発行して、準拠法は日本法となっても、外国会社だと社債管理会社の規定の適用がないといった実務があったわけですが、その点はこういう規定が置かれると変わってくるということになります。

- これは、いわば外国会社が国内で発行する社債についても日本の商法の社債管理会社、社債権者集会の規定を適用するという根拠、これは一体どこにあるのかなということで、典型的に考えてみると、日本で起債して、ほとんどすべて日本人が社債権者であるといった場合には、確かに日本の商法で規律するのは適当であろう、日本商法が考えているような社債権者保護の在り方というものを及ぼしていこうということになると思うのですけれども、社債権者になる人が必ずしも日本人ばかりとは限らないといったようなときに、外国会社が日本で起債しているのだけれども、ほとんど社債権者は外国人であると、そういうような場合でもなお日本商法の社債権者保護規定を及ぼすのだという理論上の根拠というのは何なのかなということで、これは、日本の商法が規定している社債権者保護システムはユニバーサル的に見ても非常に優れたものなのであって、これを及ぼすのだという論理なのか。私は、必ずしも日本の社債法の規定が世界に冠たるものかどうか、これはいろいろ議論があるのだらうと思うので、そうなってきたときに、一律にこういう形で日本の商法の規定というのを及ぼす根拠、これは一体いかなる根拠として正当化するかというあたりはどういうことになるのでしょうかね。

- 内国取引の保護の範囲をどうやって画するかという、それだけの問題だと思います。
- だから、それだけの問題なんだけれども、ではなぜこういう形で保護するのかという根拠が必要だと思いますけれどね。それは確かに問題設定はそうなんだけれども、こういう回答を選びましたという根拠は何ですかというのが私の問いなんです。
- 私の理解は、確かに〇〇委員がおっしゃるように、日本の東京マーケットがロンドンみたいになればそういう問題が起こってくると思うのですけれども、本当に現状がそうなのかどうかですね。現状はむしろ、日本の投資家が対象なのに、外国会社であるというだけで社債権者集会の規定は適用がない、実際に準拠法も日本法であるのに、というのが現在の日本の状況であって、だから、これは理論的にも、私は、何も規定がなければ、準拠法が日本法ならば社債権者集会は日本法が適用になるのではないかと思っていますけれども、現在の実務はどうもそうではないらしくて、その点を変えるという、その程度の話であると。〇〇委員がおっしゃるような状況になれば、それは、これは適当ではないという考え方も出てくるかと思えます。
- それだと、日本のマーケットはあくまでもこれからもずっとローカルマーケットでい続けますという前提ならばと思うのだけれども、それで本当に実務の方はいいのかなど。証券業界を含めて、今後もそういうマーケットであり続けます、したがって外国会社が国内で起債する場合に、社債管理のシステムは準拠法によって自由に選べるということ

は認められませんと、そういうマーケットなのだという選択をそこですることについて、本当に実務界はイエスと言っているのですかね。ちょっとその辺、疑問がないわけでもない気がしますけれどね。

- すると、社債権者集会には、〇〇委員はどういうお考えですか。どういう立法にするのがいいと。
- 私は、基本的には準拠法の選択によってやって、特に強行的に及ぼさなければいけない部分については及ぼしていくと。だから、最初から、準拠法選択にかかわらず日本商法を強制的に適用しますということには、やはり相当合理的な根拠、必要であるという合理的な根拠がないと思っているわけです。
- 私も、この社債権者集会については両方あり得ると思っていたのですけれども、理論的に言えば〇〇委員のおっしゃるようなことかなと、準拠法によって社債権者集会の規定の適用の有無が決まるということなのかなと思っていたのですが、どうも今の実務はそうではないようなので、その日本の実務を変えるという点ではいいのかなとも思っていたのですが。
- 実務がこれを要望しているというのは先ほど初めて聞いたものですから、それは確認したいと思っているのですけれども、いずれにしても、これは発行者側にとっては規制を強化することになるわけです。今までは、自由に選んでいるか、解釈によってこうなっているか、どちらかだと思うものですから、法律で規制するということになると、やっぱりそれ相応の理屈がなければいけないだろうと。先ほどの御説明だと、これが現状なんだとおっしゃったけれども、そうでもないような気がしますので、現状を変えなければならない理由というのが本当にあるのかという気がするのですね。たまたま外国会社に関する諸問題とした関係で、問題となっている事項をピックアップしていった程度にすぎないのではないかと、悪い言い方をすればそう思うわけでありまして、自治に任せていただいてよろしいのではないかと、ないしは解釈でよろしいのではないかと思っています。

ただ、先ほどの、実務界がこれを要望している、この方が日本の社債市場にとっても、また外国会社にとってもいいのだというふうな説得力のある根拠があるのかもしれないので、それはちょっと聞いておりませんので、それは確認したいと思います。それで、どなたがそれをおっしゃっているのかも後で教えてください。

- それでは、この2の点につきましても、なお検討させていただきます。
3はいかがでしょうか。
- 質問があるのですけれども、先ほど、部会資料24では、株式交換による原告適格の喪失の見直しということをお提唱されたわけですが、外国会社と株式交換をしますと、外国会社の準拠法上は代表訴訟が認められないということになると、実はそこで株主代表訴訟は終わってしまうということになるのですけれども、そのあたりは不都合はないということでしょうか。
- 外国会社が認めていなければ、もしこういうことになりましたと、さっきの点はできなくなるかもしれませんね、確かに。
- それは、そうならないのではないですかね。
- そうなる解釈もあるけれども、ならない解釈もあるような気がして、いずれにしても、

この問題については副次的な議論かなという気がしまして。むしろ、そのことも含めて、こういう需要があればこういう制度を認めてもいいと思うのですが、外国会社といっても、固有名詞は差し障りがあるかもわかりませんが、いろいろな外国会社がありますので、外国会社の株主になるときに、日本の通常の株主の権利というものがその外国会社ではどういうものかということが少なくとも明らかにされなければいけないだろうし、また、割当比率、あるいは現金の場合には相当の対価ですね、この対価の相当性というのも、国内会社同士の株式交換と質的にいろいろと難しい問題もありますので、これを認めるとした場合にどういうふうな合理的な株主の利益保護が必要かということもあわせて整理していただかないと、単に裁判管轄だけをやられたのでは困るなということで、やはりそういう点もやらないと、認めることは非常に難しい。つまり、認める方向で、こういう形で外国会社の株主になっても十分合理的に株主が判断できるような資料をプラスして、つまり、通常の株式交換契約とは別のプラス材料を用意しないといけないのかなと思ったりして、そのうちの一つとして今の訴訟承継もあるのかもわかりませんが、むしろ、例えば買取請求なんか一切ありませんというような会社においてどうなのとか、そこら辺のことも含めて、少し、認めるとしても、何かこれだけでいいのかなと思ったのですが。

- 株式買取請求は日本の会社にするということになるのではないかと思うのですけれどね。
- その後の話として。
- はい。
- この3番目の問題の問題設定そのものについて、ちょっと疑問がありまして、これは、「できるものとする」となっているということは、言いかえますと、現行法上はできないのだと、そういう解釈が前提になっているようですけれども、これはできるのだという解釈も現にあるわけであって、したがって、これは、明文でそういうものを決めようという趣旨として理解すべきだろうと。この部分はですね。

それを前提にして、しかし、内国会社に日本の商法の適用があるのは当然ですが、外国会社には外国の従属法が適用になりますよね。そうすると、日本の方で勝手に株式交換できますよと言ったって、向こうの従属法がそれを認めていない、あるいは株主保護の仕方が異なっているという場合が当然出てきますね。そうすると、これを置いた場合、いわば片思い的な規定に恐らくなるのだろうと。しかも、それがかなり強行的な意味合いを持って定められるということになると、相手方、外国会社の方の準拠法がそれを認めていない、日本と同じでないようなずれがある場合は非常に難しくなってきますね。
- それはもう仕方がないと。
- それは仕方がないのだけれども、強行的な枠組みを決めたがゆえにかえってできなくなってしまうということが逆に出てこないかと。つまり、今だと、日本の会社は日本の従属法によって判断し、外国会社については外国の従属法によって判断する、それで、その違いがあれば、そこは解釈上調整して……。
- これは日本法のことだけを言っているのだと私は理解していますけれども。
- だから、それが障害にならないかと。日本にそういう規定があつて、こういうセット

で株式交換をやらなければいけませんという定めが置かれるわけですね。外国会社とやる場合に。

- 要するに、完全子会社となる会社の側で株式交換をする場合にはどういう手続をとる必要があるかという規定を設け、その相手方が内国会社に限るという規定を置かないという、そういうイメージなのですけれども。
- これは前提が違うのかもしれませんが、現在は、法務省の公定解釈は、日本法上、日本の会社がそういう形で完全子会社になるような形のものはないというように解釈していますので、そののところだけを改めるという趣旨だと私は理解していますが。

ちょっと時間が、今日は5時ぴったりでやめなければいけませんので、途中ではありますがけれどもやめざるを得ませんので、この続きはまた次回にお願いしたいと思います。

本日の審議はこれで終了させていただきますが、事務局から連絡事項がございます。

- 次回は、6月30日、午後1時から、場所は法務省20階の第1会議室で行わせていただきます。資料25の残りと資料26、その後はどうするかはまだ未定ですけれども、まだ詰められていない論点を中心にまた新たな資料をお送りすることになると思いますので、よろしく願いいたします。
- それでは、本日の部会を終了させていただきます。本日は長時間にわたり熱心な御審議を賜りまして、どうもありがとうございました。

—了—