

論 説

## 韓国における企業支配構造に関する最近の動向\*

梁 東 錫

- I 序 論
- II 財閥と経営・監督構造の実態
- III 株主の権利強化
- IV 取締役・取締役会

### I 序 論

最近、韓国においては、IMF 経済危機を克服し、国際競争力を高めるため企業の構造調整、財閥改革および企業経営の透明性・責任性・効率性に関する議論が盛んに行われており、1995年、1998年、1999年、2001年には商法をはじめ、証券取引法等の関連法規に関する大幅な改正が行われた。このような傾向は、韓国だけではなく、1990年代に入ってから世界の諸国が Corporate Governance に関して活発に議論し、従来の企業支配構造を改善・先進化しようという努力から出発していると思われる。しかし、大規模公開会社を前提として議論されている Corporate Governance という用語は、その背後に経済的理論と政治学的理論が混用されている複合的なものであって、その概念は決して明確なものとは言えない<sup>(1)</sup>。

---

\* この論文は、2001年朝鮮大学校学術研究費の支援により研究されたものである。

(1) 梁東錫「Corporate Governanceと監査役制度」『商事法研究』（商事法学

アメリカと OECD における企業支配構造に関する議論は、株式会社の管理運用に関する全般的な問題を包含しているが、経営および監督構造を主な内容としている。そして、イギリス、ドイツ、日本の場合にはアメリカと OECD より狭義の Corporate Governance を意味し、経営と監督構造を内容としている。すなわち、Governance という用語は、大規模的公開企業がどのような機構を設置し、どのような基準に従って行動することによって、株主および利害関係者の利益を適切に調整し、社会的要求に応じることができるかの問題であり、所有と経営が分離されている状況において制約されないこともありうる経営陣の選任・組織・義務・責任等を主な問題としている<sup>(2)</sup>。このように Corporate Governance をどのように理解しても世界の諸国は大規模・公開株式会社の経営および監督構造を中心概念としているので、韓国における会社支配構造を議論することにおいても経営および監督構造を検討し、会社経営の責任性・透明性・効率性を高めるための方案を講じるのである。韓国における Corporate Governance を論ずることにおいては、アメリカの法律協会 (ALI) の会社支配構造の原則 (Principles of Corporate Governance) と OECD の Principles of Corporate Governance がその基準となっている。従来、韓国の場合では、大株主による専行が深刻であり、企業の政経癒着、脱税、密輸、株価操作、不良工事、産業公害および少数株主の抑圧、労働者や債権者の利害侵害、債権者保護問題等、会社の倒産および不良経営の問題が頻繁に生じたので<sup>(3)</sup>、取締役会制度または監査役制度を改善するため、それに関して多く

---

会、1996年）1～2頁；姜熙甲“韓国株式会社法上支配構造の問題点と改善方向”，「支配構造の法的問題」（韓国上場会社協議会，1999年）99頁，William C. Greenough & Peter Clapmen，“The role of independent directors in corporate governance”，56 Notre Dame Lawyer 917（1980）；石田宣孝“会社内訴訟とコーポレート・ガバナンス”「判例タイムズ」876号（1995）76頁。

（2）龍田節“コーポレート・ガバナンス法”「コーポレート・ガバナンス」（東京；日本証券経済研究所，1994年）68頁，姜熙甲「前掲（注1）」100頁；金ジファン“株式会社の支配構造に関する研究”成均館大学校博士学位論文9～10頁。

議論し、これを根拠として商法等の関連法規の改正が行われてきた。しかし、Corporate Governance という用語を用いて支配構造に関して議論し始めたのは1990年代半ばからである<sup>(4)</sup>。その後、1997年末、経済危機によるIMF管理体制において、その危機を克服するための最大の課題となったのが、株式会社の支配構造を改善することであった。その方案として、1998年、1999年、2001年に商法を改正し、証券取引法も改正した。また、有価証券上場規定を改正して社外取締役および社外監査役制度を導入し、上場会社標準定款、社外取締役の職務遂行基準、監査人選任委員会の運営規定、上場会社標準取締役会規定を設けた。1999年には、財政経済部の主導によって専門経営者、金融界、法律および会計専門家、学界、市民団体等の14名で構成された市民代表が企業支配構造改善委員会を発足し、「企業支配構造模範規準」<sup>(5)</sup>を制定した。

以上のように、株式会社の支配構造を改善することは、従来の株式会社の経営と監督体制に対する改革を意味するのであり、株式会社の支配構造を国際的水準のように高めるためである。問題は、我々自ら支配構造を改善するための努力が生じ、結果があると望ましいが、IMF経済危機を克服する過程において、IMFまたは銀行等の約束<sup>(6)</sup>を実現するために内部的な議論を十分に行わずに株式会社の支配構造に重大なる変化を加えたのである。

---

(3) 梁東錫“企業の社会的責任”朴相教授華甲記念論文集（1998年）193～194頁。

(4) 梁東錫“コーポレート・ガバナンスと監査役制度”「商事法研究」第15輯2号（1996年）135～161頁。

(5) 同規準は、韓国型企業支配構造モデルを開発するため、社外取締役が中心となる取締役会の構成、監査委員会設置の義務化、株主権利の最大限の保障、情報の事前公示、少数株主権の強化等を内容としている。

(6) 崔竣璿“アメリカとイギリスの企業支配構造とその動向”「企業支配構造改善の法的諸問題」（韓国上場会社協議会、1999年）39頁、李基秀“社外取締役をめぐる争点”「商事法研究」第19巻第3号（2001年）63頁、姜熙甲“株主の権利強化のための会社支配構造の改善”「商事法研究」第19巻第3号（2001年）12～13頁。

本論分においては、韓国における経営管理構造、すなわち、経営と監督構造の現況およびその問題点を検討し、1997年の経済危機以後に変化された支配構造を検討したい。このために、IIにおいては財閥と経営・監督構造の実態、IIIにおいては株主の権利強化、IVにおいては取締役会の活性化のために導入された社外取締役制度と取締役会内の各種委員会制度、Vにおいては監査役制度の改善と監査委員会制度、VIにおいては会社の機関以外の者による支配構造の変化を検討する。特に、アメリカや日本における様々な制度および研究を参考し、韓国の会社支配構造が合理的、かつ国際的水準に達するように問題点を探り、その改善方案を提示したい。

## II 財閥と経営・監督構造の実態

### 1 取締役会（意思決定および監督機関）

取締役会は、会社の業務執行に関する意思を決定する権限を有する（韓商第389条）。しかし、韓国における大部分の財閥の系列会社は支配株主が会長、代表取締役、非常勤取締役等の名称を用いて取締役に参加し、会社の重要政策を決定し、最高経営者の立場で経営権を専断的に行使してきた<sup>(7)</sup>。また、支配株主は常務会議、戦略会議等を通じて取締役会等を排除し、恣意に重要政策を決定してきた。このような状況において、取締役会は、法が意図しているような意思決定機関としての機能を遂行することは不可能であった。一方、取締役は従業員から昇進して経營業務を担当しているので、1998年の資料によると、会社の政策を決定するための討論には不適切な多くの数（約20名～50名）で取締役会を構成した事例もあった。

商法上、業務執行に対する監督機関としては取締役会があり、監査機関としては必須機関である監査役と臨時機関である監査人がある。また、会

(7) 鄭光善“韓国型社外取締役制度の定着方案”「韓国型社外取締役制度の定立」  
（韓国上場会社協議会シンポジウム資料、1999年）11～12頁。

計監査機関として外部監査機関があり、株主による業務執行監督も株式会社の支配構造においては重要な意味を有する。したがって、取締役会は業務執行に関する意思決定機関であると同時に、監督機関の性格も有している（韓商第393条第2項）。監査・監督機関として取締役会と監査役との間において権限の衝突が生じうることもあるが、従来には、取締役会に経営の違法性だけではなく、妥当性に対する監査権があるとし、監査役は経営の違法性監査だけが可能であると理解していた<sup>(8)</sup>。しかし、韓国の場合には、取締役と経営陣、監査役、従業員等が一つの会社共同体をなしており、財閥総帥または支配株主が企業経営を専断的に指揮し、意思決定をしてきたので、取締役会が法の理念の通り監督機関としての機能遂行はほとんど不可能であった。

## 2 代表取締役

商法上、代表取締役は取締役会で決定した業務を執行し、会社を代表する。したがって、代表取締役は取締役の資格を有する最高経営者であり、一般取締役は取締役会の構成員として意思決定に参加するだけである。しかし、その実態を伺ってみると、一般取締役が会長、社長、副社長、専務取締役、常務取締役等の名称を持ち、実際的に会社の業務を担当してきた。その以外にも、取締役が部長、室長等の使用人の職位を兼任する場合もあった<sup>(9)</sup>。

このような状況において、取締役は商法の趣旨に従って代表取締役の職務執行を監督することができなくなり、意思決定に関与することも困難で

(8) 李哲松『会社法講義』（博英社、2001年）553～536頁、鄭東潤『会社法』（法文社、1997年）337頁、孫珠瓚『商法（上）』（博英社、1998年）750頁。

(9) 5大財閥および大企業において、登記取締役ではない者に専務取締役、常務取締役、管理取締役、総務取締役、またはこれらに類似した名称（専務、常務、取締役代偶、取締役補等）を与え、役員としての業務を担当するようにしている。全経連では、このような非登記役員を執行役員とし、登記取締役と区別することを勧告している。

ある。また、経営を担当する代表取締役、業務担当取締役、役員は直接に経営を担当するので、会社と関連する情報を知っていてその情報を利用することができるが、株主および業務を担当していない取締役、社外取締役等はそのような情報を知ることができず、結局、経営担当取締役を十分に監視・監督することができない。

### 3 監査役

韓国における監査役は、実効性のない機関に転落し、その結果、会社の放漫な経営と不良化を招いたが、このような弊害を修正するため監査役制度に関する規定のある商法および証券取引法等が改正され<sup>(10)</sup>、監査役の独立性を保障し、実効性を確保するための多くの規定を設けた。

証券取引法は、最近事業年度末資産総額が1千億ウォン以上である上場法人の場合には、必ず1人以上の常勤監査を設置するようにし（韓証取法第191条の2第1項、同法施行令第84条の19第1項）、1998年には有価証券上場規定を改正し、社外監査役の選任を勧告している。上場会社の場合には、社外取締役を置き、また監査委員会を設置することをまで考慮すると、制度的側面からの監督機関は十分に整備されているといえる。しかし、実態面における監査役は支配株主と特殊関係であり、または従来よりその会社の経営者、従業員であった者であれば、監査業務を十分に遂行することができない<sup>(11)</sup>。このような場合、社外監査役が実効的であろうが、現在の制度における社外監査役の設置に関しては勧告事項であって、強制することができない。

以上のように、経営および監督構造の実態をみると、従来、韓国経済の成長期においては効果的な面もあった。すなわち、韓国の大企業（財閥）の経営者は他の国の経営者と比較してみると、自由に会社の政策または経

(10) 梁東錫「前掲（注1）」138～141頁。洪復基「社外監査役制度に関して」『商事法研究』第13輯（1994年）170～171頁。

(11) 姜熙甲「前掲（注6）」196頁。

営意思を決定し、大胆に政策または改革を推進することによって市場占有の優位を占めることが可能であった。少なくとも、監視・監督機能の形骸化によって経営者（支配株主）を中心とした内部的権力集中が可能であったからである。しかし、企業経営の透明性、責任性および効率性を高め、国家競争力を向上し、企業が株主の利益はもちろん、従業員、債権者、消費者等を保護し、社会的責任を履行するための Corporate governance を議論する立場からすると速く克服しなければならない面があまりにも多い。法律および制度上の趣旨の実効性が発揮されるように、実態面で支配株主および財閥を改革し、取締役会と監査役を中心とする経営監督構造も改善されるべきである。また、株主の権利を最大限に保障できるような方案、会社の外部から支配構造に影響を与えるようなあらゆる附随的な制度（例えば、証券市場、金融機関、M&A 市場、機関投資家等）が健全に形成しなければならないという課題を有している<sup>(12)</sup>。

### III 株主の権利強化

#### 1 序

世界の諸国における Corporate governance の議論形態は、株主の利益を極大化するための株主資本主義のモデルと株主以外の従業員、債権者、顧客等の利害関係者（stakeholder）の権利を保護しようとする利害関係者モデルがある。前者の株主資本主義モデルは、少数の株主または大株主のため会社を経営するのではなく、多数の小額株主の利益を重視して会社を経営しなければならないのである<sup>(13)</sup>。アメリカの ALI が1992年に制定し

(12) 姜熙甲「前掲（注6）」196～197頁。

(13) 張デホン“株主重視経営と企業支配構造の改善”「上場協、1999年」春号 42～45頁。姜熙甲“株主の権利強化のための会社支配構造の改善”「商事法研究」19巻3号（2001年）14～15頁。

たコーポレート・ガバナンス原理および1999年のOECDのコーポレート・ガバナンス原理においてもこのような立場から Corporate governance の原則を定立している。

韓国における従来の Corporate governance は、1人または少数の支配株主（またはオーナー）が企業全体を指揮し、任意に会社政策を決定し、専行的経営を遂行したので、一般株主の利益を完全に無視した経営形態を採っていた。したがって、韓国においては、一般株主の利益を保護できるような株主重視の経営を確立する必要がある。そのため、政府はアメリカの法律事務所「Coudert Brothers」と韓国の法務法人「世宗」等で構成された事業団に対し韓国の企業支配構造改善に関する勧告案を準備するようにし、立法のための努力を尽くした<sup>(14)</sup>。以下においては、1995年以後における商法および証券取引法の改正内容を中心として株主権を保護している諸制度を検討したい。

## 2 少数株主による株主総会の招集

株主総会の招集は、取締役会が決定する。しかし、取締役会の専行を牽制し、株主の正当な意思形成を可能にするため、少数株主によっても株主総会を招集することができるとしている（韓商第366条）。特に、支配株主の支持を受ける取締役に對抗する群小株主にその對抗手段を与えるための制度的装置である<sup>(15)</sup>。

発行株式総数の100分の3以上の株式を有する株主は、株主総会を招集することができる（韓商第366条第1項、資本金が1千億ウォン以上である会

---

(14) 本論文は、韓国の企業支配体制を検討・改善し、これに関連して、1997年～1998年にかけて生じた金融危機のような事態の事前防止のための法令改正の勧告事項を主な内容としている。すなわち、上場会社における取締役会の役割と独立性の強化、株主権利強化、グループ内の取引その他の利害関係者の取引に関する社外取締役および利害関係のない株主による監視の強化、集中投票制度の義務的導入等を内容としている。

(15) 李哲松「前掲（注8）」396頁、権奇範『現代会社法論』（三知院、2001年）536頁。

社の場合には1000分の15（韓証取法第191条の13第5項）。この場合の発行株式総数の100分の3には、自己株式および議決権のない株式は算入されない<sup>(16)</sup>。なぜならば、このような株式の議決権は休止状態であるからである。

一方、株券上場法人または協会登録法人における株主総会招集に関しては、6月前から継続して発行株式総数の100分の3以上を所有しないと請求することができないと定めている（韓証取法第191条13第4項）。持株率100分の3は総会終結まで維持されなければならないという見解もあるが、総会招集時まで保有すれば十分であって、招集後に新株発行、株式譲渡等によってその比率が減少しても招集請求権の行使または総会の維持には支障を与えない<sup>(17)</sup>。

少数株主は、会議の目的と招集理由を記載した書面を取締役に提出し、臨時総会の招集を請求することができ（韓商第366条第1項）、少数株主の請求があるとき、取締役会は遅滞なく株主総会招集の手続きをしなければならない（同条第2項）。このような請求があったにもかかわらず、取締役会がその招集の手続きをしないときには、招集を請求した株主は裁判所の強化を得て直接総会を招集することができる（同条第2項）。この場合における招集費用は会社が負担し<sup>(18)</sup>、株券上場法人または協会登録法人の少数株主が勝訴した場合には、会社に対して訴訟費用その他訴訟によるあらゆる費用の支払いを請求することができる（韓証取法第191条の13第5項）。

少数株主による株主総会の招集は、会社の財産状態の悪化に対する対策を講じ、または役員を解任する場合においても有効な制度である<sup>(20)</sup>。従

(16) 林泓根『会社法』（法文社、2000年）352頁、孫珠瓊『商法（上）』（博英社、1998年）757頁、李哲松「前掲（注8）」397頁、李範燦＝任忠熙＝金知煥『韓国会社法』（三英社、2001年）214頁、崔基元『新会社法論』（博英社、2000年）422頁、鄭東潤『会社法』（法文社、1999年）316頁、朴サンジョ『新会社法論』（蜚雪出版社、1997年）441頁。

(17) 李範燦外2人「前掲（注16）」214頁、李哲松「前掲（注8）」397頁。

(18) 孫珠瓊「前掲（注16）」757頁、鄭東潤「前掲（注16）」316頁、李哲松「前掲（注8）」398頁、崔基元「前掲（注16）」424頁。

来よりも株主総会を招集できる比率を低くすることによって少数株主の権利行使を容易にした。

日本の場合には、6ヶ月前から総株主の議決権の100分の3以上を有する株主が会議の目的事項および招集理由を記載した書面を取締役に提出することによって総会招集の請求ができとしている。このような請求があるとき、遅滞なく総会招集の手続きをしないときには、その請求株主は裁判所の許可を得て直接株主総会を招集することができる。また、招集請求があった日から8週間以内の日を会日とする総会招集の通知がされていない場合にも同様である<sup>(21)</sup>。

### 3 株主提案権 (shareholder's proposal)

#### 1) 意義

商法は、議決権のある発行株式総数の100分の3以上の株式を有する株主は、取締役会に一定の事項を株主総会の目的事項とすることの提案ができると規定し（韓商第363条の2第1項）、証券取引法においても同様の提案制度を定めている（韓証取法第191条の14第1項）。本来、株主総会の招集は取締役会の決議事項であるので（韓商第363条第1項）、過去には、株主が議案を発議する機会がなかった。したがって、経営から疎外された一般株主に対して会社の意思決定を主導できる機会を与える目的で、1998年の商法改正で新設した<sup>(22)</sup>。これにより、株主が直接株主総会を招集しなくても、会社が招集する機会を利用して一定事項を会議目的とすることができる。この制度のよって、株主総会に積極的に反映し、株主総会の活性化を図り、会社と株主との間における意思疎通を円滑にし、株主に情報を提供する手段として利用されることが期待されたのである<sup>(23)</sup>。

(20) 鄭東潤「前掲（注16）」316頁。

(21) 日商第237条第1項、第3項。

(22) 李哲松「前掲（注8）」403頁、李範燦外2名「前掲（注16）」221～222頁。

(23) 林ゼヨン『証券取引法』（博英社、2000年）522頁。

商法に株主提案権が導入される以前における証券取引法は、1997年の改正で株券上場法人の株主提案権を新設し、1999年の改正によって協会登録法人に対しても導入したのである。現在には、すべての株式会社に株主提案制度が適用されるが、株主要件と提案範囲に関してのみ異なる。これに対して、日本においては6ヶ月以前から総株主の議決権の100分の1または100分の3以上の議決権を有する少数株主の議題提案権および議案提案権の行使期間を、従来には会日から6週間前であったのを、会日から8週間前にしたのだ<sup>(24)</sup>。

## 2) 要件

株主提案権を行使することができる者は、商法では議決権のある発行株式総数の100分の3以上を所有する株主として規定しているが、証券取引法は議決権ある発行株式総数の1000分の10以上（ただし、最近年度末資本金が1000億円以上である法人である場合には1000分の5以上）に該当する株式を総会日の6ヶ月前から保有していた株主だけであると規定している。株主提案権は、提案者自らが議決権を行使できるときに意味を有するので、議決権のある株式だけを規準としている<sup>(25)</sup>。また、6ヶ月前から継続して株式を保有した者のみ株主提案権を行使できるとしたのは、株主提案権を行使する目的で株式を取得することを防止するためである<sup>(26)</sup>。

## 3) 内容

株主提案権としては、議題提案権と議案提案権がある。前者は取締役会が決定した議題と異なる議題を追加することを要求することであり、後者

---

(24) 日商第232条の2。

(25) 株主提案権を行使するためには、1人の株主が単独でこの要件を充足する必要はなく、①株式所有、②株主権行使に関する委任状取得、③2人以上の株主が株主権を共同で行使する方法でも可能である。

(26) 株主保護のための6ヶ月はあまり長いので、短縮すべきであるという主張もある（林ゼヨン「前掲（注23）」523頁）。

は目的事項に関する議案要領, すなわち, 具体的な決議案を提出することである。

株主提案は, その必要性, または合理性に対する証明, または疎明を必要としないから, 株主提案権が濫用される場合には, 会社法の権限分配論理が無視されることもある。したがって, 商法は株主提案の内容が法令・定款に違反される場合に取締役会はこれを目的事項としないことができる<sup>27)</sup>と規定している(韓商第363条の2第3項)。また, 証券取引法は株主提案の内容になれない事項を規定している(同法施行令第84条の21第3項)。すなわち, 株主総会において否決された内容と同一の議案をその否決された日から3年以内に再び提案する場合, 株主個人の苦情に関する事項, 証券取引法第191条の13において規定する少数株主権に関する事項, 任期中である役員の解任に関する事項, 会社が実現できない事項, 株主総会の議案として上程する実益がなかったり, 不適合であったりする事項, 提案理由が明白に虚偽であり, または特定人の名誉を毀損する事項である場合には, 株主提案権を行使することができない。

#### 4) 手続き

株主提案をしようとする株主は, 株主総会の6週間前まで書面をもって一定の事項を株主総会の目的事項とすることを提案しなければならない。また, 当該株主が提出する議案要領を総会の招集通知と招集公告に記載することを要求することができる。6週間という期間を設けたのは, 総会を準備するための時間が必要であるからである。したがって, 6週間に達しないとき, 取締役は株主提案権を拒否することができる<sup>(27)</sup>。株主提案があるときには, 取締役はこれを取締役に報告し, その提案内容が法令・定款に違反されない限り, 取締役会は株主総会の目的事項として上程しなければならない。また, 提案した株主の要求があるときには, 株主総会にお

(27) 崔基元「前掲(注16)」480～481頁, 李範燦外2名「前掲(注16)」223頁。

いて提案説明をする機会を与えるべきである。株主に提案説明の機会を与えない場合には、正当な事由がない限り、株主総会の決議取消の訴の原因となる。

### 5) 不当な提案の拒絶

会社が、株主提案を無視し、それに反対する議案をもって株主総会を開催した場合、その決議は瑕疵のある決議となり、総会決議の取消事由になる。しかし、株主の提案を正当な事由なしに会議の目的事項としないときには、取締役役に過料を課する（韓商第635条第1項）。株主提案権の実効性を確保するため、1998年の改正法によって導入された。また、取締役による不当な拒絶は法令違反となり、会社に対し、損害賠償責任を負うこともある（韓商第399条）。

## 4 書面投票

### 1) 意義

従来、株式会社は、一般的な決議方法として書面決議または書面投票を用いることができなく、有限会社のみが総社員の同意を得て書面による投票が可能であった。しかし、1999年の改正商法により、株式会社においてもこの制度を用いることが可能となった。書面投票というのは、株主総会に出席しない株主が代理人を通さずに直接書面によって議決権を行使することを意味する（韓商第368条の3第1項）<sup>(28)</sup>。書面投票は、総会に参加しない株主に直接意思を表明する機会を提供し、会社は株主総会の成立を容易にし、株主意思を総会の前日までに確認することができる。代理人または議決権代理行使のような法律関係を生じさせない長所を有する<sup>(29)</sup>。し

(28) 権ジョンホ「書面投票制度は果たして立法上の成果であるのか」「商事法研究」(第19巻2号(2000年)494頁(書面投票による株主総会は総会機能を弱化し、株主総会の形骸化するが、委任状勧誘は代理人参与による討論ができるので、株主総会の実質化を図ることができるとしている)。

(29) 李範燦外2名「前掲(注16)」237頁、鄭東潤「前掲(注16)」342～343頁、

かし、総会が開催される前に賛成、反対、棄権等の意思が表示されるので、総会における修正案等に適切に対応できないという短所もある。

書面投票制度に関する具体的な運営規定は設けられていなし、有用な機能があるにもかかわらず、活性化されない状況である<sup>(30)</sup>。

## 2) 書面投票の要件

書面投票を実施するには定款の規定を前提とするので（韓商第368条の3第1項）、書面投票に関する定款規定がないと書面投票を実施することができないが、規定がある限り必ず書面投票を実施しなければならない<sup>(31)</sup>。一部の株主だけで書面投票を認めることは株主平等の原則に反することとなる。書面投票を実施する場合にも、総会招集を省略することはもちろん、総会の会議も省略することができない<sup>(32)</sup>。会社は株主に対し総会の招集通知をする際に、議決権行使に必要な書面および参考書類を送付しなかったり、または送付しても不実記載または記載された虚偽事実を信じて誤った書面投票をしたり、した場合には株主総会の決議の取消原因となる<sup>(33)</sup>。上場会社の場合に、100分の1以下の少額株主に対しては招集通知に代わって招集公告も可能であるが（韓証取法第191条の10）、書面投票を採用した場合には、上記の書面と参考書類を送付しなければならないので代わることはない<sup>(34)</sup>。

書面をもって議決権を行使しようとする株主は、会社から送付された書面に賛否の意思を表示し、会社に提出しなければならない。その提出方法に関して制限はないが、定款で期間を定めていないときには総会日の前日

---

孫珠瓚「前掲（注16）」774頁、李哲松「前掲（注8）」445頁。

(30) 金在範「書面投票制度を利用した株主総会の運営」『経営法律』第12輯（2001年）174頁。

(31) 李哲松「前掲（注8）」445頁、李範燦外2名「前掲（注16）」237頁。

(32) 李哲松「前掲（注8）」446頁。

(33) 崔基元「前掲（注16）」451頁、李範燦外2名「前掲（注16）」237頁、李哲松「前掲（注8）」446頁。

(34) 李哲松「前掲（注8）」447頁

までに提出しなければならない<sup>(35)</sup>。

### 3) 書面投票の撤回・修正

株主が、議決権を行使するための書面を会社に提出した後、それを撤回し、または内容の変更が可能であるかどうかに関しては明確ではない。これに対して、株主が総会に出席して撤回・変更することは認められると思うが<sup>(36)</sup>、その他の方法によって撤回し、または内容変更をすることは定款に特別な定めがない限り、不可能であると考えられる<sup>(37)</sup>

### 4) 書面投票の効果

会社に提出された書面は総会に出席した株主の数に計算され、その意思表示の内容の通りに賛成または反対の議決権数に加算される。書面投票の対象である議案に対し株主総会において修正同意がある場合、原案に賛成した書面投票は修正提案に反対したとみなし、原案に反対した書面投票は棄権したものであるとみなし<sup>(38)</sup>、また、議長選任、総会の延期・続行、検査人の選任等議事進行に関する同意においては、総会に出席した株主または代理人のみが議決権を行使することができる。

(35) 日本の場合にはこのような明文規定がある（日本、商法特例法第21条の3第3項）。

(36) 金在範「前掲（注30）」188～189頁。

(37) 李哲松「前掲（注8）」447～448頁、金在範「前掲（注30）」189頁。

(38) 崔基元「前掲（注16）」453頁、李範燦外2名「前掲（注16）」238～239頁、権ゼヨル“商法上の書面投票制度の問題点とその解決案”「商事法研究」第19巻1号（2000年）267頁。これに対して、書面投票は修正提案に対し欠席したもので処理すべきであるという見解もある（元木伸“株主総会に関する問題点”「商事法務」第917号20頁、西尾信“書面投票の実質的背景”「商事法の解釈と展望」（有斐閣、1984年）105～106頁）。

## 5 反対株主の株式買収請求権 (the appraisal right of dissenters)

### 1) 意義

反対株主の株式買収請求権というのは、合併・営業譲渡等の株主の利害関係に重大な影響を及ぼす一定事項が株主総会において決議されたとき、その決議に反対した株主が会社に対し自己が所有する株式の買収を請求できる権利である。この制度は、多数株主の横暴から少数株主の權益を保護するためのもので、1995年の改正商法によって導入された（韓商第374条の2）。一方、会社または支配株主の立場から、株式買収請求権の制度は、合併等に反対する株主を排除することができるというメリットがあるので<sup>(39)</sup>、反対株主の株式買収請求権は新たな変化に対応しようとする多数者の権利と、これに手動的にかかわることを拒否する少数株主の権利とが衝突した場合の和解手段となる<sup>(40)</sup>。このような理論的な背景を有しているので、アメリカ<sup>(41)</sup>では会社の合併、事実上の全財産の譲渡、優先配当、または新株引受権の排除、議決権の制限等に関する定款改正のときに利用されている。

### 2) 株式買収請求権の発生原因

商法上、株式買収請求権が認められる場合は次のようである。①営業の全部または重要な一部の譲渡（韓商第374条第1号）、②営業全部の賃貸または経営の委任、損益共同契約その他これに準ずる契約の締結・変更・解約（同条第2号）、③他の会社の営業全部の譲受（同条第3号）、または重要な営業一部の譲受（同条4号）、④合併承認の決議（韓商第522条第1項）、⑤分割合併の承認決議（韓商第522条の3）、⑥株式交換（第360条の5）等

(39) 林ゼヨン「前掲（注23）」492頁。

(40) 李哲松「前掲（注8）」466頁、鄭東潤「前掲（注16）」358頁。

(41) MBCA § 13, 02(a) (4); New York Business Corporation Law § 806(b) (6)。

の特別決議に反対する場合はこれに属する。しかし、解散をした後に営業を譲渡する場合、会社整理法上の整理会社が整理計画の方法として営業譲渡または合併をする場合には株式買収請求権が認められない（韓国会社整理法第250条第2項）。

営業譲渡の決議と同時に会社解散の決議があったとき、株式買収請求権が認められるかに関しては、この場合に、株主が残余財産の分配を受けることによって投資した資本を回収することができ、また株式買収請求権を認めると会社債権者よりも反対株主が優先弁済を受ける結果となり、会社債権者の利益を害する恐れがあるという点等を挙げ、これを否定する見解もある。しかし、多数株主が不当な営業譲渡の決議と同時に会社解散の決議をする場合に、少額株主は公正な株式価額に相応する残余財産の分配を受けることができないので、このような場合にも会社債権者に優先しない株式買収請求を認めることが投資者保護と公正取引秩序の確保という証券取引法の理念から考えると妥当であると思われる<sup>(42)</sup>。

商法第335条は、株式譲渡制限を許容しており、株式の譲渡は定款が定めることより、取締役会の承認を得てできると規定している。

株主が書面をもって株式譲渡の承認の請求をした場合、会社が譲渡承認の拒否通知をすると、株主はその通知を受けた日から20日以内に会社に対し譲渡の相手方の指定またはその株式の買収を請求することができる（韓商第335条の2）。この場合、営業譲渡等の株主総会の決議に反対する株主の株式買収請求権に関する商法第374条の2第2項ないし第4項の規定が準用される（韓商第335条の6）。

### 3) 株式買収請求権の行使

#### ① 買収請求権者

株式買収請求権を行使することができるものは、会社に対し、株主とし

---

(42) 林ゼヨン「前掲（注23）」494頁。

ての権利行使ができるはずである。したがって、名義書換をしていない株式の譲受人はこの権利行使ができない<sup>(43)</sup>。議決権のない株式を有する株主も株式買取請求権を行使することができるかに関して証券取引法はこれを認めているが（韓証券法第191条第1項）、商法は分割合併の場合のみ認めており、それ以外の場合においては明文規定をおいていない。しかし、議決権のない株主に対しても株式買取請求権を認めるべきである<sup>(44)</sup>。

## ② 買取対象

株式買取請求権が認められる株式は、株主総会の決議に反対した少数派株主を保護しようとする制度の趣旨からすると、総会当日の株主名簿上の特定株式である。したがって、承認決議をした後に株式を売却してから再び買取した株式は買取請求権の対象にならない。総会当日における株主名簿上の株式である限り、所有している株式の一部だけでも買取請求が可能である。なぜなら、株主は議決権を不統一に行使して反対する株式だけの買取請求が可能であり、所有している全株式をもって反対したとしても、株式買取請求権の行使をしないことも可能であるからである<sup>(45)</sup>。

## ③ 決議反対意思の事前通知

株式買取請求権を行使しようとする株主は、取締役会において営業譲渡または合併等の決議後、株主総会以前に書面をもって会社にもその決議に反対する意思を通知しなければならない（韓商374条の2第1項、第522条の3）。これは、株式買取請求権の行使を事前に通告することにより、会社としてその対策を講じるようにするためである。反対意思を通知した株主が、実際に総会に参加してその意思を表明する必要はない。しかし、反対

(43) 李範燦外2名「前掲（注16）」251～252頁、崔基元「前掲（注16）」415頁、孫珠瓚「前掲（注16）」1041頁。

(44) 崔基元「前掲（注16）」415頁、李哲松「前掲（注8）」468頁。これに対し、反対している立場としては、全弘烈『証券取引法解説』（1992年）174頁、孫珠瓚「前掲（注16）」784頁等がある。

(45) 李範燦外2名「前掲（注16）」252頁、李哲松「前掲（注8）」470頁、孫珠瓚「前掲（注16）」1042頁、鄭東潤「前掲（注16）」360頁。

意思を通知した株主が、総会に出席して賛成の投票をした場合には、株式買収請求権を行使することはできない<sup>(46)</sup>。

#### ④ 買収請求期間

反対意思を通知した株主は、株主総会の決議日から20日以内に株式の種類と数を記載した書面をもって株式の買収を請求することができる。

#### ⑤ 買収請求の撤回

買収請求権は株主の利益を保護するための制度であるから、買収請求権の行使、不行使に関し会社が反対の理解を有しているとは限らないので、株主は買収請求権を撤回することができる<sup>(47)</sup>。

#### ⑥ 買収請求の失効

株式買収請求権は、反対意思を通知した株主が総会における決議日から20日以内に会社に対し株式の買収を請求しなかった場合、または会社が合併等の決議を撤回し、手続きを中断した場合、および総会において合併等の決議が成立しなかった場合には、失効する。

### 4) 株式買収請求の効果

#### ① 会社の株式買収義務

反対株主による株式買収請求があると、会社はその請求を受けた日から2ヶ月（株券上場法人または協会登録法人は1ヶ月）以内に当該株式を買収しなければならない（韓商第374条の2第2項、証取法第191条第2項）。株式買収請求権は形成権であるから会社の承諾を得ることなく会社との売買契約が成立するので、2ヶ月以内に買収をしなければならない<sup>(48)</sup>。これに対し、2ヶ月以内に買収価額協議・決定しなければならないという意味で

(46) 権奇範“株式買収請求権”『商事法研究』第13輯（1994年）95頁，鄭東潤「前掲（注16）」359頁，李範燦外2名「前掲（注16）」253頁。

(47) 李哲松「前掲（注8）」470頁。

(48) 李範燦外2名「前掲（注16）」251頁，崔基元「前掲（注16）」417頁，鄭東潤「前掲（注16）」360頁，李哲松「前掲（注8）」470頁，孫珠瓊「前掲（注16）」1043頁。

解釈する見解もある<sup>(50)</sup>。

## ② 買収価額の決定

買収価額は会社と株主との協議によって決定される（韓商第374条の2第3項）。協議は、反対株主がグループを形成して行うという意味ではなく、会社が各株主との個別的約定によって決定するという意味である<sup>(51)</sup>。しかし、実際には、会社がその価額を提示し、株主に個別的に受諾如何を決定することとなっている。

株主が会社に対し買収を請求した日から30日以内に価額決定に関する協議が行われない場合には、会社または買収請求の株主は裁判所に対し買収価額の決定を請求することができる（韓商374条の2第4項、2001年改正）。裁判所が買収価額を決定した場合には、会社の財産状態、その他の事情を参酌して公正な価額で算定しなければならない。

アメリカの多くの州会社法（state Corporation law）は、買収価額算定の基本原則として株式の公正な価値（fair value）の決定を挙げている。公正な価値というのは、営業譲渡または合併の実現、またはその予定によって影響を受ける前の状態での価値を基準として評価されるべきものである（MBCA § 13.01(3); Del. Corp. Law § 262(5)）。

株式買収請求において、買収価額の決定は株主保護のために重要な問題であり、買収価額が適切ではないと、結局、少数株主を除外する手段となる<sup>(52)</sup>。

## 5) 買収株式の処分

会社は、反対株主の株式を買収することによって、自己株式を取得することになるから、それを相当の時期に処分しなければならない（韓商第

(50) 李基秀『会社法学』（博英社、1999年）566頁、鄭燦亨『会社法講義』（弘文社、1997年）744頁。

(51) 李哲松「前掲（注8）」470頁。

(52) Cary & Eisenberg, Corporation, Unabridged, 7th ed, The Foundation Press, Inc., (New York, 1995) p1106.

342条)。

## 6) 債権者の保護

株式買収により、それに相当する会社財産が流出されるのは、会社債権者のための責任財産が減少することを意味する。合併の場合には、債権者保護の手続きが別にあるが、その他の場合には債権者保護装置が設けられていない。もちろん、このような場合には、債権者は取締役に対し損害賠償責任を問うことができるが、決して十分な保護手段とはいえない<sup>(53)</sup>。立法的解決が必要なところである。

# IV 取締役・取締役会

## 1 序 論

現代の株式会社制度は、所有と経営の分離原則により、会社運営に関する権限を取締役および取締役会に集中させることによって株主総会と監査役の機能は形骸化し、取締役および支配株主の経営独占が深化された。したがって、現代の会社の機関構造においては、取締役の義務と責任が強調されており、取締役を牽制し、責任を追及するための制度的装置が要求されるようになった<sup>(54)</sup>。

1997年末の経済危機以後、3回にわたり会社支配構造を改善するための商法改正が行われ、証券取引法、独占禁止法、外国人投資促進法等の商法関連法規の改正が行われた。また、会社支配構造の改善のための努力を持続的に展開し、企業経営の透明性、責任制を保障し、効率性を高めるため

(53) 李哲松「前掲（注8）」473頁。

(54) 李哲松「前掲（注8）」535頁、鄭光善「前掲（注7）」1～5頁、韓国上場会社協議会「社外取締役職務遂行基準解説」（2001年）8～11頁（会社支配の現実：取締役会・監査役制度の現実）。

の後続的な立法活動を継続している。その中においても、株式会社における業務執行の監督または監視機能、および経営意思決定機能に関する取締役会の制度改善が最も顕著なことであり、特に、社外取締役制度の導入は注目すべきものであった。

商法上、株式会社の取締役会は、会社の業務執行に関する意思決定と取締役の職務執行監督とをその権限としているが、実際には、社長の指揮下にある専務、常務、その他の平取締役で構成されているので、社長等 CEO の業務執行を監督するよりも、社長の指揮・命令を受ける下部機関として転落されている。その結果、取締役会は会社法が意図する牽制機能を果たすことができず、形骸化しており、さらに他の運営機構である株主総会の無機能化、監査役の無気力化によって経営者の独占、横領・背任、粉飾決算、違法配当、脱税等を深化させ、結局、会社財政の悪化や倒産を引き起こしたのである。したがって、取締役会の機能の充実化ないし活性化を図るために社外取締役制度を導入することとなった。すなわち、従来の社内取締役による取締役会の機能の形骸化を改善し、取締役会が会社の業務執行に関する意思決定権と取締役の職務執行に対する監督権を十分に遂行できるようにするため、アメリカ式の社外取締役制度を導入したのである。社外取締役制度は、取締役会内において活発であり、民主的討論を通じ利害関係者からの多様な意見を聴取することにより経営者に専門的知識と経験を高めるためのものである<sup>(55)</sup>。

ここにおいては、従来、社外取締役制度に関する多くの議論を整理し、現行法上における株式会社機関構造ないし経営管理体制内での社外取締役の位置を定立する。また、社外取締役制度の導入以後の運用状況を検討し、社外取締役制度を活性化させる方案を考察していきたい。

---

(55) 姜熙甲「前掲（注1）106～112頁。

## 2 社外取締役制度の運営現況と活性化方案

### 1) 社外取締役制度

#### ① 社外取締役の意義

社外取締役とは、法典上の用語ではなく、アメリカの株式会社における outside director を翻訳したものであり<sup>(56)</sup>、現在には、その独立性が強調されて Independent director と呼んでいる。

一般的に、社外取締役とは、取締役会が開催されるときのみに関与に参加する取締役として、常時に会社に出勤して内部的業務に従事している「社内取締役」、すなわち、常勤取締役に対応する取締役を意味する。この社外取締役という用語が、韓国の法的用語として公式的に使用され始めたのは、1998年2月に改正された韓国証券取引所の「有価証券上場規定」<sup>(57)</sup>であり、企業支配構造改善委員会の「企業支配構造模範規準」（1999年）においてその採用を勧告することによって<sup>(58)</sup>、社外取締役という用語およびその制度が株式会社の機関構造および支配構造に関する議論のなかで重要な位置を占めるようになった。2001年に改正された証券取引法において、証券会社は株券上場法人の場合には「社外取締役」が正式的な法律概念として規定され、取締役会と監査委員会は一定比率以上の社外取締役をその構成員としなければならなくなった（同法第54条の5、第54条の6、第191条の16、第191条の17）。また、1999年末の改正商法によって採用された監査委員会の委員の中で欠格事由（韓商第415条の2第2項）に該当しない監査委員を社外取締役として理解することに対しては異論がない<sup>(59)</sup>。

(56) 李均成 “株式会社の社外取締役の地位” 「商事法研究」第20巻1号（2001年）235頁、崔ワンジン “社外取締役に関する再検討” 「企業法研究」第5輯（2000年）87頁。

(57) 企業支配構造改善委員会は、韓国の企業の透明性、効率性を高めるとともに企業価値を極大化するため前文と株主、取締役会、監査機構、利害関係者、市場による経営監視等の5つ部分および勧告事項から構成された企業支配構造模範規準を制定し、上場企業に適用するようにした。

(58) 李均成 「前掲（注56）」236頁。

1998年の改正有価証券上場規定第2条第12項では、「社外取締役は常務に従事しなく、代表取締役、専務取締役、常務取締役等執行取締役の業務を監督する役割を遂行することを主な任務とする取締役会の構成員であり、当該法人および他の役員（取締役・監査役または事実上これらと同等の地位にあるものをいう）、取締役以外利害関係がないもの」であるとしている。また、企業支配構造模範規準においては、取締役会には経営陣と支配株主から独立的に機能を遂行できる社外取締役を設置するようにし、その数は取締役会が実質的に独立性の維持が可能な規模であることを要求している<sup>(60)</sup>。

以上のように、社外取締役は、主に、監督・監査機能とこれを遂行するための独立性を有し、取締役会の構成員として会社の業務執行に関する意思決定をその任務とする地位を有している<sup>(61)</sup>。したがって、このような社外取締役は非経営的・非雇用的・時間制的・名誉的・独立的・専門的の性質をその特性としている<sup>(62)</sup>。

## ② 社外取締役の選任義務化

非上場法人の場合には、社外取締役の選任が強制されていないが、1999年の改正商法によると、定款で監査委員会を設置する場合にはその委員の3分の2以上は社外取締役であることとしている（韓商第415条の2第1項本文）。しかし、2000年の改正証券取引法によると、株券上場法人は社外取締役を取締役数の4分の1以上に選任するようにし（韓証取法第191条の16第1項）、大統領令が定める証券会社と株券上場法人の場合には社外取締役が3人以上であり、かつ取締役総数の2分の1以上であるようにしている（韓証取法第54条の5第1項、第191条の16第1項但し書き）。また、社外取締役の辞任、または死亡等の事由によって社外取締役の数が定員に

(59) 崔基元「前掲（注16）」666頁、孫珠瓚「前掲（注16）」880頁。

(60) 企業支配構造模範規準II、4社外取締役。

(61) 李均成「前掲（注56）」237頁。李基秀「前掲（注6）」65頁。

(62) 李範燦“社外取締役制度”「企業構造の再編と商事法」（I）朴吉俊教授華甲記念論文集（1998年）579頁、崔ワンジン「前掲（注56）」313頁。

達しない場合には、その事由が発生した後最初に招集される株主総会において選任しなければならない（韓証取法第54条の5第5項）。

上場法人が社外取締役の選任の義務要件を充足させない場合、その導入1次年度（1998年事業年度）には、社外取締役制度の計画書を遅滞なく取引所に提出し、2部銘柄指定変更および上場廃止基準に該当する憂慮法人に指定される。1部は2部指定変更および上場廃止基準に該当する憂慮法人に指定し、2部は上場廃止基準に該当する憂慮法人指定および1部指定を認めない。また、その導入2年度（1998年事業年度以後）には株券上場廃止基準に該当し、事業報告書の提出締切日の翌日から管理銘柄と指定し、2年間の上場廃止猶予期間を経てから当該事由が解消されない場合にはその上場を廃止する（有価証券上場規定第37条および第48条の5）

社外取締役の選任または解任は間接公示事項（上場法人公示規定第5条第34号）であり、上場会社は事由発生日から1日以内にその事実を証券取引所に公示しなければならない。

### ③ 社外取締役の資格<sup>(63)</sup>

1999年の改正商法は社外取締役としての不適切な者を規定している（韓商第415条の2第2項）。すなわち、会社の業務を担当する取締役および被用者または選任された日から2年以内に業務を担当した取締役および被用者であったもの、最大株主が自然人である場合、本人・配偶者および直系尊卑属、最大株主が法人である場合、その法人の取締役・監査役および被用者、取締役の配偶者および直系尊卑属、会社の親会社または子会社の取締役・監査役および被用者、会社との取引関係等の重要な利害関係にある法人の取締役・監査役および被用者、会社の取締役および被用者が取締役としている他の会社の取締役・監査役および被用者がこれに該当する。

また、証券取引法にも社外取締役としての欠格事項を定めている（韓証取法第191条の16第3項、第54条の5第4項）。すなわち、(1)①未成年者・禁

(63) 韓国上場会社協議会「前掲（注54）」26～28頁（3.1社外取締役の独立性と選任の公正性）。

治産者または準禁治産者等の無能力者，②破産者として復権されていない者，③禁固以上の刑を受けてその執行が修了，または執行されないと確定されてから 2 年が経過していないもの，④この法により，解任され，または免職されてから 2 年が経過していないもの，(2)当該会社の株主として議決権のある発行株式総数を基準として本人およびその特殊関係人が所有する株式の数が多い場合，当該本人（最大株主），(3)最大株主の特殊関係人，(4)当該会社の主要株主，およびその配偶者と直系尊卑属，(5)当該会社または系列会社の役員・職員，または最近 2 年以内に役員・職員であったものの，(6)当該会社の役員の配偶者および直系尊卑属，(7)当該会社と大統領令が定める重要な取引関係があり，または事業上競争関係または協力関係にある法人の役員・職員であり，または最近 2 年以内に役員・職員であったものの，(8)当該会社の役員・職員が非常勤取締役として勤めている会社の役員・職員，(9)その他，社外取締役としての職務を充実に履行することが困難であり，または当該会社の経営に影響を与えられるものとして大統領令が定めるもの，等がこれに属する。

#### ④ 社外取締役の選任方式<sup>(64)</sup>

社外取締役を誰が，どのような方式で選任するかの問題は，取締役会の独立性に影響を与えるので，これは極めて重要なことである。社外取締役を選任する方式としては，企業経営陣または支配株主による選任，社外取締役候補指名委員会による選任，機関投資家による選任等その他の方法がある<sup>(65)</sup>。

第一に，企業経営陣または支配株主が社外取締役の候補を指名し，株主総会において彼を社外取締役として選任する方式である。企業経営陣または支配株主は学縁，地縁，血縁または会社と深い関係のある者を指名することとなるから，この方式は，結局，社外取締役または取締役会の独立性・客観性に問題が生じうる。韓国の企業においては，この方式を採用す

(64) 韓国上場会社協議会「前掲（注54）」26～31頁（IV社外取締役の選任）。

(65) 李範燦「前掲（注62）」584頁，李基秀「前掲（注6）」73頁。

る場合が多く、社外取締役制度の実効性が問題であると指摘されている<sup>(66)</sup>。

第二に、取締役会内の指名委員会において社外取締役会の候補を選定、推薦する方法である。特に、社外取締役候補指名委員会または推薦委員会には社外取締役が多く参加するので、この場合、社外取締役の独立性は十分に確保できると考えられる<sup>(67)</sup>。しかし、最高経営者または支配株主の影響力が候補指名委員会までおよぶ場合もあるので、指名委員会に所属された社外取締役の独立性に関しては問題が生じうる。

第三に、機関投資家による選任方式である。韓国上場会社協議会が実施した設問調査によると、応答者の80.8%が社外取締役候補選定における望ましい方法として機関投資家等の中立的団体による選定を挙げている<sup>(68)</sup>。この結果は、応答者の多くが、大株主または会社経営陣による候補推薦は社外取締役の独立性を毀損するという可能性を念頭に置いていると思われる。機関投資家は、支配株主ではなく、1%未満の株式を有する少額株主でもない。一般的に、株式を1%以上有する株主としての機関（金融機関、法人等の団体）を意味する。

韓国の場合、1998年に外国人株主に対し完全に開放し、投資信託会社および銀行信託勘定に対する議決権制限を廃止して社外取締役選任等の企業支配問題に関する機関投資家の参与を容易にした。また、経営陣と支配株主による取締役選任の独占を防止するために、1998年の改正商法は少数株主権としての集中投票の請求をできるようにした（韓商第382条の2）。その結果として、最近、韓国の機関投資家の一部が企業経営監視委員会を設置し、企業支配の問題に関する関心と参与を強化しているが、まだ、顕著な効果を得ていない。今後、社外取締役の独立性確保は機関投資家の活動

---

(66) 李基秀「前掲（注6）」73頁。

(67) 鄭光善“韓国型社外取締役制度定着方案”韓国上場協会シンポジウム資料（1999年）61頁。

(68) 韓国上場会社協議会「上場」（1998年11月）95頁。

如何にかかっていると考える<sup>(70)</sup>。

第四に、外部株主、勤労者、債権者等の企業利害関係者の経営参加、または監視を促進するため、彼らが直接に取締役の候補を指名し、または特別委員会を構成して取締役の候補を指名する方法も議論されている。しかし、このような方法は、株主の代表機関としての取締役を株主総会に参加する株主の過半数の賛成で選任する株式会社の取締役会の構成原則に違反する<sup>(71)</sup>。

#### ⑤ 社外取締役の任務

社外取締役も株式会社の業務執行機関である取締役会の構成員として職務と権限を有している（韓商第390条、第391条、第393条第1項等）。すなわち、社外取締役の権限は、社外取締役ではない他の取締役（社内取締役）の権限と同様である。したがって、社外取締役は、その任務に関して善管注意義務および充実義務を負う<sup>(72)</sup>。

商法上、取締役会は、会社の業務執行意思の決議以外に、代表取締役の選任・解任、支配人の任免、支店の設置・移転、新株・社債等の発行事項、取締役の競業と自己取引の承認、会社の簡易合併・小規模合併等を決議する。また、各個人の取締役は、設立経過の調査報告義務、設立の経過を調査するための検査人選任請求権、各種の訴権、株主総会・取締役会議事録の記名捺印権等の権利・義務を有する。社外取締役も社内取締役と同様に以上のような権利・義務を果たすことにおいて善管注意義務と充実義務を負うのである<sup>(73)</sup>。

社外取締役は、取締役会の構成員としてまたは各個人の取締役として職務と権限、任務が代表取締役または常勤取締役と同様であるとしても、会

(70) 李基秀「前掲（注6）」74頁。

(71) 梁東錫“社外取締役制度の運用現況と活性化方案”「企業法研究」第8輯（2001年）258頁。

(72) 李哲松「前掲（注8）」572頁。

(73) 韓国上場会社協議会「前掲（注54）」18～19頁（善良な管理者の注意義務、充実義務）。

社に継続的に勤務して常時、会社の業務を遂行することはできない。したがって、社外取締役がその任務を遂行する際に実効性を確保するためには、代表取締役または常勤取締役の業務執行、また会社の業務に関する必要な情報を把握しなければならない。しかし、韓国における商法はこれを配慮する規定を設けていない<sup>(74)</sup>。

企業支配構造模範規準によると<sup>(75)</sup>、企業は経営実態を正確に把握するため、職務執行に必要な情報を適時に提供しなければならないとしている。特に、取締役会が開催されるときには、上程される議案に対して十分な検討ができるように事前に情報を提供しなければならない。また、社外取締役は、職務執行に必要な情報を迅速に提供するように要求することができる。社外取締役は、株主の意見を聴取し、企業内外の多様な情報源から情報が取得できるように努力すべきである。また、必要な場合には、適切な手続きにより、役員・職員または外部の専門人力等の支援を得ることができ、企業は合理的な範囲内で、これに必要な費用を支援すべきである。この情報接近権は社外取締役の権利ではなく、その任務に従う権限であるので、これを適切に行使していないことは取締役としての善管注意義務を違反することとなる<sup>(76)</sup>。

取締役の会社および第3者に対する責任に関しても、社外取締役は代表取締役、社内取締役と異なることはない。しかし、社外取締役は業務執行を担当しないので、業務執行と関連する任務懈怠による責任の場合には、その性質上、社外取締役と社内取締役との間に差があろう。ただし、社外取締役にも監視義務があるから、社内取締役の任務懈怠に対し、その責任を免れることはできない。しかも、社内取締役の任務懈怠が取締役会の決議によるものであるときには、その決議に対し責任を負わなければならな

(74) 李均成「前掲（注56）」239頁

(75) 企業支配構造改善委員会「企業支配構造模範規準」11—14頁。

(76) 李均成「前掲（注56）」239頁，崔竣瑋「改正商法解説」「考試界」第45巻第2号（2000年2月）184～186，羅承成「考試研究」第26巻12号（1999年12月）206～207頁。

い（韓商第399条第2項，第3項，第401条第2項）。社外取締役を含む取締役会は会議体として，専門的知識または独立性の保障を通じて会社の業務執行を決定し，業務執行に対する監督権を行使できる権限を有するが，一方においては責任が強調され，その責任と関連する訴訟に係る可能性も大きくなる。取締役の責任が強化されることは，その長所も多いが，能力のある人材を取締役として選任するにおいて障碍要因となり，取締役が業務執行に望む姿勢を消極的にし，冒険を恐れる姿勢をとる可能性が多くなるという短所もある。会社の経営は，長期的であり，かつ専門家の立場で企業家精神を持たないと著しい成果を上げることが期待できないことが多い。したがって，会社に損害が生じたとしても，取締役の経営が一定の要件を満たして行われると，取締役員の責任（特に，社外取締役員の責任）を緩和する方案が積極的に検討されるはずである<sup>(77)</sup>。これに関して，1986年のアメリカデラウェア州会社法は立法論的モデルになろう<sup>(78)</sup>。

## 2) 社外取締役制度の評価

### (1) 社外取締役制度のメリット

#### ① 経営者の監視・監督

従来の取締役会，または監査役は経営者または支配株主から独立性が保障されなく，形骸化されたが，独立性が保障されている社外取締役によって経営者を監視・監督するのが効率的である<sup>(79)</sup>。社外取締役は，取締役

(77) 梁東錫“経営判断原則の受容可能性”『企業法研究』第7輯（2001年）83頁以下，梁東錫“企業の支配構造改善のための株主代表訴訟”『商事法研究』第19巻第2号（2000年）437～438頁。

(78) Del. Gen. Corp. Law § 102(b) (7); 1986年の改正において，基本定款で取締役の会社に対する忠実義務の違反，不誠実または故意な不正行為あるいは法規違反を随伴する作為，または不作為，および取締役が不適切な利益を得る取引を除き，それによる金銭賠償責任を制限し，または免責できる規定を新設した。

(79) 林ジュンホ“社外取締役制度の定着のための先決課題”『上場』（韓国上場会社協議会，2000年）6～10頁。

会の構成員であるので、取締役会意思決定過程に参加し、事前的監視活動が可能となり、従来の監査役は業務執行の適法性のみを監査できると把握するのが多数説であった。しかし、社外取締役は妥当性も監査できるので、確かに従来の監査制度とは異なる。また、社外取締役の観点は、会社の経営者または支配株主、従業員等とは異なって会社の外部的・客観的であるので、長期的にかつ社会的利益を追求するのに適合であると思われる<sup>(80)</sup>。

## ② 専門的早期警報および助言

社外取締役は教授、弁護士、公認会計士、専門技術人、他の企業の経営者等の専門家から選任される場合が多いので、企業の経営統制装置として、取締役会は経営悪化に対し早期警報および助言を適切にすることができる。例えば、他の会社の最高経営者、または過去の経験のある人は企業経営の複雑性がよく分かっており、豊かな経験と背景からの洞察力を有して必要なとき、有用であり、高度の助言をすることができて各種委員会の委員としての役割が果たせる。

社内取締役は、業務執行責任を負うので、上記のような機能を遂行することができないが、社外取締役は日常的業務の負担がないので、取締役会の懸案問題に関する判断が期待できる。また、社外取締役は、会社の長期事業戦略を建てるにおいて特別な知識、経験、技術を提供したり、潜在的利益衝突が発生しうる問題に関与し偏見していない独立した意見を提示したり、することができる<sup>(81)</sup>。

## (2) 社外取締役制度のデメリット

### ① 経営者の影響力

社外取締役は、経営者または支配株主から独立的でなければその機能を遂行することができない。しかし、多くの公開会社における取締役の選任は、取締役会または指名委員会によって提案された名簿に対し株主の単純

(80) 梁東錫「前掲（注71）」260～261頁。

(81) 崔ワンジン「前掲（注56）」75～76頁。

な投票で行われる。社外取締役が議長である指名委員会の利用が増加しているが、会社の経営者は取締役の指名に対して実質的な影響力を与える。社外取締役は、その任期に関して最高経営者に依存するのが事実であり、役員との一体感を有し、役員および取締役との間においても一種の社会的連帯のようなものが形成されている。明らかに独立的取締役とみえる弁護士、または投資銀行も、事実上、その会社と自己の会社との間に重要な財政上の利害関係を有していることが多い<sup>(82)</sup>。したがって、社外取締役も社内取締役と同様に最高経営者を効果的に評価し、監督することにおいて公開的、かつ批判的に参加しようとし、ない傾向が強く、会社経営陣の政策またはその決定においても積極的な姿勢をとるよりも、受動的な立場で承諾する場合が多くなる<sup>(83)</sup>。

## ② 情報不足

社外取締役が監視・監督機能を円満に遂行し、または業務執行に関する意思を決定するためには、十分な情報を得ることが先決条件となる。しかし、最高経営者が取締役会の議長である場合、会議の案件とそれを支援する情報の量を最高経営者が統制するので、社外取締役は経営陣の意思に従い選択された情報のみを利用することができる。したがって、社外取締役は情報接近が制約されており、このような場合には、社外取締役はその期待される機能を十分に発揮することができない<sup>(84)</sup>。

## ③ 十分な時間的余裕不足

社外取締役が専門性を有しているとしても、その大部分が教授、弁護士、公認会計士、他の企業の経営者等のように自らの専門職業を有しており、また多忙な日程によって経営陣と一緒にとなる時間は取締役会が開かれるわずかの時間だけであるが、熟考して検討しなければならない問題は非

(82) 崔ワンジン「前掲（注56）」78頁。

(83) 金フンス“社外取締役制度小論”『企業構造の再編と商事法』朴吉俊教授華甲記念論文集（図書出版正文，1998年）571頁。

(84) 梁東錫「前掲（注71）」262頁，鄭光善「前掲（注67）」56頁。

常に幅広い。また、社外取締役は尊敬される取締役の職を維持しながら、支配グループと良い関係を維持するために、積極的な監視をしようとしている<sup>(85)</sup>。

#### ④ 監督の専門性不足

社外取締役が十分な関連情報を得たとしても、複雑な会社の意思決定を理解できるような専門性を有していない場合が多い。特に事業の背景がない社外取締役の場合、取締役会の案件として上程される多くの問題に関しては専門的な知識を有しておらず、社外取締役は固定的な取締役会に参加し、委員会に奉仕しその対価として少ない報酬を受ける。この少ない報酬は、社外取締役をして会社の運営または危機防止のための積極的な役割を期待することができない<sup>(86)</sup>。

#### (3) 社外取締役が経営成果に与える影響

社外取締役制度が、昔から利用されているアメリカにおいては、社外取締役と経営成果との関係に関して相反する研究結果が多く提示されている<sup>(87)</sup>。

ロセンスタイン（Rosenstein）とワイアット（Wyatt）は、ニューヨーク証券取引所（NYSE）に上場された会社を対象に、1981年から1985年まで1251回にわたって社外取締役の選任と選任後の株式価額の変動関係を個別的に研究した。すなわち、社外取締役の選任発表後2日間における株式価額の変動（社外取締役選任発表前日の株式価額と選任発表がなされた日の株式価額）に対する研究によって、彼らは両者の間に肯定的な関係があることを発見し、社外取締役選任以前の取締役会が多数の社外取締役によって支配されているときにも両者の間には非常に肯定的な関係にあることを発見した<sup>(88)</sup>。

(85) 崔ワンジン「前掲（注56）」78頁。

(86) 梁東錫「前掲（注71）」263頁。

(87) 李デヒ“社外取締役の役割に対する経験的研究の考察”「商事法研究」第16巻2号（1997年）375～378頁。

(88) Stuart Rosenstein/Jeffrey G. Wyatt, “Outside Directors, Board Indepen-

しかし、Baysinger と Butler は、Forbes に掲載されている266の会社の財政的成果を取締役会の構成を根拠として調査した<sup>(89)</sup>。彼らは、取締役会に独立的な社外取締役が存在することにより、産業界の平均利潤に比べて肯定的効果をもたらすが、ある程度の遅滞 (lagged) 効果ももたらすことを発見した。すなわち、他のあらゆる条件が一定であれば、1970年代初期に、社外取締役を相対的に多く有していた会社が1970年代末になってもっと良い財政的成果を得たのであった。彼らは、独立的社外取締役の比率と財政的成果との相互関係が継続的に存在しないということは、取締役会が単に経営陣の裁量を外れた行為を統制する様々なメカニズムの一つに過ぎないが、最も重要な統制手段の一つであると結論付けた。このような発見に基づいて、彼らは取締役会の50%に該当する独立的社外取締役を選任すると、多くの会社において負の効果を与えると主張した。

以上の2つの研究結果によると、社外取締役の選任が経営成果の向上に大きな影響を与えると結論付けることは難しいものである<sup>(90)</sup>。しかし、導入された制度である以上、社外取締役制度の問題点を持続的に補完し、健全な企業文化の育成と支配構造改善に寄与できるようにしなければならないと思う。

### 3) 社外取締役制度の運用現況

#### (1) 社外取締役の選任現況<sup>(91)</sup>

2001年3月現在、義務的に社外取締役を選任しなければならない上場法人の699社中、証券投資会社1社と会社整理手続きが行われている63社を除き、635社が義務的に社外取締役を選任すべき企業である。その中で、

---

dence, and Shareholder Wealth”, 26 J. Fin. Econ. 184-190 (1990)。

(89) 李デヒ「前掲(注87)」376～377頁；Barry D. Baysinger/Henry N. Butler, “Corporate Governance and the Board of Directors: Performance Effects of Changes in Board Composition” 1 J. L. Econ & Org. 101 (1985)。

(90) 李基秀「前掲(注6)」77頁。

(91) 証券取引所資料，2001年4月16日参照。

ヘテ乳業は最初から社外取締役を選任しなくて、管理種目指定事由が追加され、サンミ特殊鋼は2001年3月に管理種目指定の解除により、会社整理手続き解消後、最初に開く株主総会において社外取締役を選任しなければならなかったため、結局633社の企業が社外取締役を選任したことになった。したがって、選任比率は99.69%となり、社外取締役の総数は1,469名で1社あたり、平均2.32名である。

（単位：社，％）

| 区 分 | 選任会社  | 選任していない会社 | 計      |
|-----|-------|-----------|--------|
| 会社数 | 633   | 2         | 635    |
| 比 率 | 99.69 | 0.31      | 100.00 |

## （2）社外取締役分布現況<sup>(92)</sup>

（単位：社，％）

| 社 外<br>取締役数 | 2000. 3 |        | 2001. 3 |        | 増減  |        |
|-------------|---------|--------|---------|--------|-----|--------|
|             | 会社数     | 比率     | 会社数     | 比率     | 会社数 | 増減率(%) |
| 1 名         | 200     | 31.25  | 197     | 31.12  | －3  | －0.13  |
| 2 名         | 269     | 42.03  | 271     | 42.81  | 2   | 0.78   |
| 3 名         | 107     | 16.72  | 84      | 13.27  | －23 | －3.45  |
| 4 名         | 26      | 4.06   | 34      | 5.37   | 8   | 1.31   |
| 5 名         | 10      | 1.56   | 18      | 2.84   | 8   | 1.28   |
| 6 名         | 8       | 1.25   | 9       | 1.42   | 1   | 0.17   |
| 7 名         | 5       | 0.78   | 8       | 1.26   | 3   | 0.48   |
| 8 名         | 7       | 1.09   | 3       | 0.47   | －4  | －0.62  |
| 9 名         | 4       | 0.63   | 4       | 0.63   | 0   | 0.01   |
| 10名以上       | 4       | 0.63   | 5       | 0.79   | 1   | 0.16   |
| 計           | 640     | 100.00 | 633     | 100.00 | －7  | 0.00   |

社外取締役を選任している企業は、2000年3月に640社であったが、2001年3月には633社となって7社が減少した。社外取締役を3名以下に

(92) 証券取引所資料「前掲（注91）」、社外取締役数分布現況参照。

選任した会社が前年度は576社（90％）であったが、後年には552社（87.2％）となって24社（2.8％）も減少した。しかし、社外取締役数を4～5名とする会社が36社（5.62％）であったのが52社（8.21％）に増加し、現在においても多くの会社が1～3名の社外取締役を選任しているが、全体的にその数を増やしているように見える。

(3) 社外取締役選任比率の現況<sub>(93)</sub>

(単位：社，％)

| 選任<br>比率 | 2000. 3 |       | 2001. 3 |       | 増減  |        |
|----------|---------|-------|---------|-------|-----|--------|
|          | 会社数     | 比率    | 会社数     | 比率    | 会社数 | 増減率(％) |
| 25％      | 262     | 50.8  | 239     | 46.4  | －23 | －4.4   |
| ～30％     | 74      | 14.3  | 74      | 14.4  | 0   | 0.0    |
| ～35％     | 78      | 15.1  | 68      | 13.2  | －10 | －1.9   |
| ～40％     | 36      | 7.0   | 34      | 6.6   | －2  | －0.4   |
| ～50％     | 42      | 8.1   | 73      | 14.2  | 31  | 6.0    |
| ～60％     | 14      | 2.7   | 10      | 1.9   | －4  | －0.8   |
| ～70％     | 4       | 0.8   | 13      | 2.5   | 9   | 1.7    |
| 70％      | 6       | 1.2   | 4       | 0.8   | －2  | －0.4   |
| 計        | 516     | 100.0 | 515     | 100.0 | －1  | 0.0    |

2001年3月現在、調査対象の会社の全体取締役3,458名（1社当たり平均6.71名）中、社外取締役は1,222名（1社当たり2.37名）で、平均35.3％の選任比率を示している。2000年度には社外取締役の選任比率（全体登記取締役中社外取締役の比率）が50.8％（264社）であったが、2001年には46.4％（239社）となって4.4％減少したが、50％以上を選任している会社が2000年度には66社（12.8％）であったが、2001年には100社（19.4％）に増加した。大型企業が社外取締役の選任義務規定を遵守するための数を増員したように見える。

(93) 証券取引所資料「前掲（注91）」、社外取締役選任比率現況（12月決算法人中心）。

## 〔社外取締役数の上位10社〕

| 会社名       | 総登記取締役数 | 社外取締役数 | 社外取締役選任比率(%) |
|-----------|---------|--------|--------------|
| シンハン銀行    | 37      | 33     | 89           |
| 第一銀行      | 16      | 15     | 94           |
| ハナ銀行      | 18      | 12     | 67           |
| 韓国住宅銀行    | 15      | 12     | 80           |
| 国民銀行      | 12      | 10     | 83           |
| ハンファー     | 18      | 9      | 50           |
| 韓国外換銀行    | 15      | 9      | 60           |
| 韓国タバコ人蔘公社 | 13      | 9      | 69           |
| ハンミ銀行     | 13      | 9      | 69           |
| S-Oil     | 16      | 8      | 50           |

## 〔社外取締役選任比率の上位10社〕

| 会社名       | 総登記取締役数 | 社外取締役数 | 社外取締役選任比率(%) |
|-----------|---------|--------|--------------|
| 第一銀行      | 16      | 15     | 94           |
| シンハン銀行    | 37      | 33     | 89           |
| 国民銀行      | 12      | 10     | 83           |
| 韓国住宅銀行    | 15      | 12     | 80           |
| 現代電子産業    | 10      | 7      | 70           |
| 韓国タバコ人蔘公社 | 13      | 9      | 69           |
| ハンミ銀行     | 13      | 9      | 69           |
| ハナ銀行      | 18      | 12     | 67           |
| デク銀合      | 9       | 6      | 67           |
| プサン銀行     | 9       | 6      | 67           |

以上のように、社外取締役の数は、シンハン銀行が33名、第一銀行が15名、ハナ銀行と韓国住宅銀行とが各々12名の順であるが、登記取締役との比率面で見ると第一銀行が94%、シンハン銀行が89%、国民銀行が83%、韓国住宅銀行が80%の順になっている。同資料によると、銀行界が一般企

業に比べて社外取締役を多く選任し、活用しているように見える。その他にも、銀行ではない企業として社外取締役を51%以上選任している企業は韓国電力公社、韓国電気通信公社、韓国ガス公社等であり、50%に達している企業も43社である。また、資産総額が2兆ウォン未満の企業の中で社外取締役を51%以上に選任している企業はゼジュウ銀行（67%）、カプロ（67%）、高麗産業開発（67%）、ジンド（57%）等であり、これ以外に、50%に達している企業も18社で及んでいる。

#### (4) 社外取締役の職業別分布<sup>(94)</sup>

(単位：名，%)

| 職 業      | 2000. 3 |        | 2001. 3 |        | 増減  |        |
|----------|---------|--------|---------|--------|-----|--------|
|          | 人員      | 比率     | 人員      | 比率     | 人員  | 増減率(%) |
| 経営人      | 433     | 29.44  | 478     | 32.54  | 45  | 3.10   |
| 教授および研究員 | 295     | 20.05  | 297     | 20.22  | 2   | 0.16   |
| 銀行員等の金融人 | 270     | 18.35  | 234     | 19.93  | -36 | -2.43  |
| 弁護士      | 146     | 9.93   | 138     | 9.39   | -8  | -0.53  |
| 会計士、税務士  | 134     | 9.11   | 116     | 7.90   | -18 | -1.21  |
| 言論人      | 22      | 1.50   | 20      | 1.36   | -2  | -0.13  |
| 前職公務員    | 108     | 7.34   | 91      | 6.19   | -17 | -1.15  |
| その他      | 63      | 4.28   | 95      | 6.47   | 32  | 2.18   |
| 計        | 1,471   | 100.00 | 1,469   | 100.00 | -2  | 0.00   |

2000年3月には経営人出身の社外取締役が29.44%であったが、2001年3月にはそれより3.1%増加した32.54%を示している。具体的に見ると、銀行員等の金融人が18.35%から15.93%に減少し、弁護士、会計士、税務士、言論人、前職公務員等は少幅であるが、全体的に減少した。全体的には、経営人、教授および研究員、銀行員等の金融人、弁護士、会計士および税務士等の専門職業人が87.34%の高い比率を示しており、専門家である社外取締役が会社の経営に参加できるように選任されている。特に、外

(94) 証券取引所資料「前掲（注91）」、社外取締役職業別分布参照。

部の専門経営人が3.1%増加していることは、専門家が経営できる企業を導入することが可能な契機となり、社外取締役制度が望ましい方向で定着されていることを示している。また、前職公務員等の数が減少したのは、企業支配構造の改善において監督機関の影響力が段々と排除されており、これは企業の自律が伸長されることで望ましい変化であると思われる。

#### (5) 社外取締役任期別現況

(単位；名，%)

| 任期  | 2000. 3 |        | 2001. 3 |        | 増減  |       |
|-----|---------|--------|---------|--------|-----|-------|
|     | 人員      | 比率     | 人員      | 比率     | 人員  | 比率(%) |
| 1 年 | 117     | 7.95   | 132     | 8.99   | 15  | 1.03  |
| 2 年 | 216     | 14.68  | 195     | 13.27  | -21 | -1.41 |
| 3 年 | 1,138   | 77.36  | 1,142   | 77.74  | 4   | 0.38  |
| 計   | 1,471   | 100.00 | 1,469   | 100.00 | -2  | 0.00  |

任期が3年である社外取締役が77.7%の1,142名を示し、社外取締役による経営参加が長期的であり、安定的であることが分かる。しかし、2年未満である取締役が22.26%を示していて、これを誘導していく必要がある。

#### (6) 複数企業に選任されている社外取締役の現況

(単位；名，%)

|       | 2000. 3 |      | 2001. 3 |      | 増減  |        |
|-------|---------|------|---------|------|-----|--------|
|       | 人員      | 比率   | 人員      | 比率   | 人員  | 増減率(%) |
| 2社に選任 | 105     | 7.14 | 85      | 5.79 | -20 | -1.35  |

2社以上の会社に社外取締役として選任されている数が2000年には105名であったが、2001年には85名に減少していることが分かる。証券取引法の改正により、同一人が3社以上の会社を選任されることができないという規定によって減少されたと思われる。

## (7) 外国人社外取締役の現況

(単位；名)

| 会社名      | 社外取締役数 | 外国人社外取締役数 | 比率     |
|----------|--------|-----------|--------|
| 第一銀行     | 15     | 12        | 80.00  |
| ハンミ銀行    | 9      | 6         | 66.67  |
| S-OIL    | 8      | 4         | 50.00  |
| 三星電子     | 7      | 3         | 42.86  |
| シンヨンワーコル | 4      | 3         | 75.00  |
| クンワ製薬    | 2      | 2         | 100.00 |
| ハナ銀行     | 12     | 2         | 16.67  |
| 韓国外換銀行   | 9      | 2         | 22.22  |
| ハントク薬品   | 3      | 2         | 66.67  |
| ハンラコンゾ   | 2      | 2         | 100.00 |
| ハンブル総合金融 | 3      | 2         | 66.67  |
| ホテルシンラ   | 3      | 2         | 66.67  |

外国人社外取締役の数は68名であり、これは全体社外取締役1,469名の4.6%を占めており、少しずつ増加している傾向である。外国人社外取締役の比重が高くなっていくことは、上場企業の外資誘致および外国人持分率の増加によることであると考えられる。上記の表が示しているように外国人社外取締役を2名以上選任している会社が12社であり、社外取締役全体を外国人にしている会社もあることが分かる。

## (8) 主要グループ別社外取締役選任の現況

| グループ       | 全体取締役 | 社外取締役 | 選任比率  |
|------------|-------|-------|-------|
| 三星 (14社)   | 113   | 47    | 41.59 |
| 現代 (10社)   | 66    | 34    | 51.52 |
| LG (11社)   | 71    | 30    | 42.25 |
| SK (9社)    | 67    | 26    | 38.81 |
| 現代自動車 (5社) | 42    | 22    | 52.38 |

|            |     |     |       |
|------------|-----|-----|-------|
| 韓進（7社）     | 55  | 23  | 41.82 |
| 浦港総合製鉄（1社） | 15  | 8   | 53.33 |
| ロッテ（4社）    | 30  | 8   | 26.67 |
| キンホ（3社）    | 28  | 12  | 42.86 |
| ハンワ（4社）    | 43  | 18  | 41.86 |
| 計          | 487 | 210 | 43.12 |

主要グループの中で、現代所属の10社の全体取締役60名の中で社外取締役が34名（51.52%）となっており、現代自動車所属である5社の42名の中で22名（52.38%）となっており、多くの会社が50%以上の社外取締役を選任していることが分かる。その以外に、主要グループにおける社外取締役の選任比率が43.12%で、全上場法人の平均値である33.3%を上回っており、社外取締役制度の運用を充実していることを示している。

(9) 社外取締役の経営参加の現況<sup>(95)</sup>

① 参加社外取締役数の現況

| 区分       | 参加対象数 | 参加取締役数 | 参加比率 |
|----------|-------|--------|------|
| 1999年上半期 | 1,417 | 622    | 43.9 |
| 1999年下半期 | 3,825 | 1,826  | 47.7 |
| 2000年上半期 | 4,265 | 2,281  | 53.5 |
| 全体       | 9,507 | 4,729  | 49.7 |

② 公示類型別参加率

| 公示類型  | 参加対象  | 参加取締役数 | 参加率(%) |
|-------|-------|--------|--------|
| 当日公示  | 1,814 | 1,114  | 61.41  |
| 翌日公示  | 4,763 | 2,510  | 52.70  |
| 最大株主等 | 2,625 | 960    | 36.57  |
| その他   | 305   | 145    | 47.54  |
| 計     | 9,507 | 4,729  | 49.74  |

(95) 証券取引所報道資料（2000年7月7日）、<http://www.kse.co.kr>（社外取締役の経営参加の現況分析）。

## ③ 業種別参加現況

| 区分  | 参加対象  | 参加取締役数 | 比率   |
|-----|-------|--------|------|
| 製造業 | 8,288 | 3,896  | 47.0 |
| 金融  | 1,213 | 831    | 68.5 |

## ④ グループ別参加率

(単位：名，％)

| 区分 | 参加対象 | 参加取締役数 | 参加率  |
|----|------|--------|------|
| 現代 | 407  | 299    | 73.5 |
| 三星 | 469  | 347    | 74.0 |
| LG | 239  | 174    | 72.8 |
| SK | 197  | 110    | 55.8 |

社外取締役の取締役会への参加比率が段々高くなっており、東洋総合金融、ボヘ、三星電気、エレックスコンピューター、現代エリベーター等の会社においては、社外取締役の取締役会への参加比率が100%に達している。業種別に分けてみると、金融分野が製造業に比べて非常に高く、金融圏に大きな変化があったことを示している。金融業種は相対的に専門経営陣が経営する場合が多く、社外取締役の選任比率も高い、また、その社外取締役が経営に積極的に参加している。グループに属している会社の取締役が取締役会への参加比率も非グループの会社に比べて高くなっていて、グループオーナー経営に対する牽制役割を社外取締役が十分に果たしていることが分かる<sup>(96)</sup>。

## 4) 社外取締役制度の活性化方案

## (1) 社外取締役の独立性確保

現在、社外取締役の独立性に関する規定が確立されておらず、大部分の上場会社の場合には、経営者に友好的な者を社外取締役として選任するこ

---

(96) 梁東錫「前掲（注71）」270頁。

とにより、社外取締役の本来の信念のある牽制および監督役割を期待することが難しくなっている<sup>(97)</sup>。最近においては、社外取締役の報酬等の経済的インセンティブ提供の適正性まで考慮しなければならないので、人的独立性はもちろん、経済的意味での独立性も重要である<sup>(98)</sup>。しかし、多くの大株主または会社役員が社外取締役を推薦し<sup>(99)</sup>、一般株主は社外取締役の身元確認が不可能であるから、一般株主の代表者として経営監督に適切な人事の選任が遮断されてしまうなど社外取締役の選任方法に透明性が確保されないという問題点がある。したがって、社外取締役の独立性は、社外取締役の資格を強化する方法だけでは確保されなく、社外取締役の候補選定および選任過程を改善しなければならない。現行の制度においては、社外取締役候補者および推薦者に関する情報の事前公示制度がなかったが、これを導入し社外取締役を選任する株主総会以前に社外取締役候補者のプロフィールおよび推薦者等に関する情報を事前に証券取引所を通じて公示し、または株主総会の議案に記載するようにして株主が社外取締役の選出のとき、合理的な判断ができるように誘導する必要がある<sup>(100)</sup>。

韓国の証券取引法は、独立した社外取締役の選任ができるように、社外取締役の資格要件を規定している。しかし、このような規定にもかかわらず、前職役員・社員、系列社の前職役員・社員、前非常任取締役または地縁・学縁等で連関されている非独立的人事が社外取締役として選任されていてその独立性に疑問が生じる。したがって、社外取締役の資格要件をもっと強化することが必要となり、根本的には取締役候補の選任手続きに関する改善方案が講じられるべきであり、企業経営者の経営マインドの転換

(97) 金フンス「前掲（注83）」572頁。

(98) 李デヒ「前掲（注87）」391頁、林ジュンホ“社外取締役定着のための先決課題”「上場」（2000年）9頁。

(99) 上場会社設問調査結果「社外取締役推薦者分布（1999年，上場資料室）」“上場会社社外取締役制度の効率的運営に関する設問調査結果”「上場」（韓国上場会社協議会，1998年）94～98頁。

(100) 梁東錫「前掲（注71）」271頁。

も必要である<sup>(101)</sup>。

## (2) 社外取締役の機能強化

社外取締役の職務遂行の実績を高めるための社外取締役の取締役会への参席回数、企業経営の重要事案に対する社外取締役の賛否如何等、社外取締役の活動に関する適切な管理方法がない。また、既述したように、社外取締役の大部分が専門職従事者として社外取締役を兼職するとき、社外取締役の業務に十分な時間および努力を投資することができない。設問調査の結果、特に上場会社の場合に53%が兼職限度を縮小しようとする実情であった<sup>(102)</sup>。したがって、選任された社外取締役が社外取締役としての役割を充実に遂行しているかどうかを株主が判断できるように社外取締役の活動結果を公示することにより、社外取締役制度の実効性を高める必要がある<sup>(103)</sup>。

証券取引法施行令第37条の2第3項によると、当該証券会社以外に2ヶ所以上の上場法人の社外取締役を兼職している場合には、社外取締役の欠格事由になると規定している。この規定は、株券上場法人の社外取締役に対して準用される（証券取引法第191条の16第3項）。兼職限度の制限に関してはもっと研究、補完していくべき分野である。また、社外取締役はその機能を効果的に遂行するため、会社の事業計画、経営現況等に対する十分な情報を有しなければならない。したがって、社外取締役が得ようとする情報に関しては、その全部を会社が提供すべきである。

## (3) 社外取締役運用条件の改善

上場会社協議会は、1998年社外取締役の職務遂行基準を制定し、企業支配構造改善委員会は企業支配構造模範規準を制定した。これによって、上場会社の支配構造を改善する基盤が造成されたが、そのためには積極的な

(101) 李基秀「前掲（注6）」84頁、企業支配構造改善委員会「前掲（注75）」13～15（社外取締役）。

(102) 上場会社設問調査結果「前掲（注99）」96～98頁、証券取引所「前掲（注91）」社外取締役職業別分布図参照。

(103) 李基秀「前掲（注6）」85～86頁。

支援が必要である。また、社外取締役の育成および教育を専門とする機関が新たなビジネスとして定着できるように政府および関係機関の積極的支援も要求されるところである。現在、上場会社協議会、KDI、能率協会コンサルティング等が社外取締役の養成および教育課程の開設、社外取締役人材バンクの業務を施行し、または準備中である。しかし、密接な関係のある者だけを選任しようとする最高経営者の固定観念によって、上記のような機関で養成された取締役候補が社外取締役として招聘されたことはほとんどなかったといっても過言ではない<sup>(104)</sup>。しかし、これから社外取締役数が拡大され、選任手続きが改善されると、政府はこのような養成機関をもっと活性化し、人材プールとしての役割を遂行できるよう支援をするべきである<sup>(105)</sup>。

#### (4) 社外取締役の責任制限

社外取締役の責任を制限するための商法第399条、第401条および第401条の2を改正すべきであるという見解もあるが、法令または定款に違反する場合まで社外取締役の責任を緩和することは不可能であり、悪意または重大な過失によって第三者に損害を与える場合にまで社外取締役の責任を制限することもできないと思われる<sup>(106)</sup>。したがって、前述したように取締役の責任保険、経営判断の原則の解釈的受容れ等によって社外取締役の責任を緩和することが要求される。

---

(104) 李基秀「前掲（注6）」87頁、ハンギョレ新聞（1999. 9. 16）：このような状況になってから大韓商議はこの過程を削除してしまった。文化日報（1999. 8. 18）：実際に大韓商議が1998年2月から「社外取締役養成課程」を開設、4回にわたり540名を養成し、上場会社協議会は1998年10月130名を教育したが、このように養成された670名の人事の中で社外取締役として任用された者は20名に過ぎなかった。

(105) 上場資料室“上場会社社外取締役人材バンク登録者現況”「上場」（韓国上場会社協議会2001年）44～46頁。

(106) 韓国上場会社協議会“企業支配構造改革勧告案に対する意見”「上場」（2001年）29頁。

## (5) 一律的な社外取締役制度の止揚

現行の証券取引法は、上場会社の場合、全体の取締役の4分の1以上を社外取締役で選任するようにし、大統領令によって、資産規模が2兆ウォン以上である上場法人と証券会社は全体取締役の2分の1以上、3名以上の社外取締役で選任するようにした。また、社外取締役が2分の1以上である社外取締役候補推薦委員会と社外取締役が3分の2以上である監査委員会とを設置するようにした。政府は、企業支配構造を改善するため、社外取締役の比重と権限を拡大する政策方向を維持しており、このために単純な勧告水準ではなく、商法、証券取引法、外部監査法、公正取引法等の関連法律の追加的改正を通じて義務化するようである<sup>(107)</sup>。

昔から、社外取締役制度を活用してきたアメリカの場合を見ると、社外取締役制度は法的義務事項であるよりも、企業の必要性によって自律的・選択的に発展させてきた慣行であるといえる。すなわち、各州において様々な制度を有しているが、社外取締役制度を法律的に義務化しておらず、ニューヨーク証券取引所(NYSE)の上場規定で2人以上の社外取締役の選任を要求するだけである。この場合にも、上場申請の時に優先的に社外取締役1人を選任し、上場後1年以内に1人を追加的に選任するようにしている。また、社外取締役の機能強化が経営成果にどのような影響を与えるかに対して著しい結果が現れなかった<sup>(108)</sup>。最近、経営成果に影響を及ぼすのは社外取締役の比重または役割ではなく、彼らが経営に積極的に参与する誘因が存在するか否かのことであるという研究結果もある<sup>(109)</sup>。

したがって、韓国においても、法制化を通じて一律的な社外取締役制度を全ての企業に適用するよりも、一定の基準を提供し、会社の経営環境による効率的なシステムを自ら定着していくようにすることが望ましいことと考える。このような意味において、可能であれば、現在の社外取締役制

(107) 現代経済研究院研究資料(2000.7)2頁(<http://www.hrizine.com>)。

(108) 李デヒ「前掲(注87)」387頁。

(109) 現代経済研究院研究資料を参照せよ。

度を維持しながら企業の運用実態と有用性の有無を充分検討し、改善すべきであり、政府による単純な勧告案だけではなく、法律家団体、事業者団体、学界等からの様々な勧告案が提示されることが望しいと思われる<sup>(110)</sup>。

### 3 株主代表訴訟と取締役の責任追及

#### 1) 序 説

世界諸国の企業社会における企業支配構造に関する議論が流行しており、経営者支配が成熟している大企業社会においては健全、透明かつ効率的企業文化を造成するために企業支配構造に関する議論が活発に議論されている。韓国の商法および証券取引法も1998年以來の改正により、事実上取締役の責任強化、社外取締役および監査委員会制度の導入、代表訴訟の活性化等、少数株主権を強化して従来の支配構造を改善するために努力している。企業支配構造に関する問題は、単純に企業の内部だけに限るのではなく、国家経済のあらゆる部門に影響を与えることであり、国際交流と資金移動にも大きな影響を与えることであるといえる<sup>(111)</sup>。したがって、企業の経営透明性、責任性、効率性を有するように支配構造を改善しようとする努力は持続すべきであり、このような意志は政府、証券取引所、上場会社協議会、学者、民間団体等によって顕著に現れている。しかし、企業の支配構造というのは、ある特定の国の形態が最善であり、または模範答案であるとはいえない。それは、各諸国のあらゆる企業は自国の実情と企業文化に適合な支配構造を有し、発展させていくからである。したがって、企業の支配構造の改善に関する議論の発生原因および重点も国家によって異なるが、この議論の現代的意義は、大企業の経営に関して様々な利害関係を有する株主、債権者、従業員、取引先、顧客、地域社会などの利害関係者の利益を調整し<sup>(112)</sup>、企業経営の透明性、責任性、効率性を確保

(110) 梁東錫「前掲（注71）」273～274頁。

(111) 梁東錫“会社の支配構造改善と経営監督機関”『商事法研究』第18巻3号（第25号）86頁。

できるように会社経営管理機構の形態と権限抑止に対して検討することであるといえる<sup>(113)</sup>。

1962年、韓国の商法が制定される際に、アメリカ法、日本法を倣って株主代表訴訟制度を規定したが、IMF 経済危機以前には活用も、濫用もほとんどなかった。しかし、1998年7月24日に宣告された第一銀行事件等が契機となり<sup>(114)</sup>、関係者の関心が高まってきた。

株主代表訴訟は、取締役の会社に対する責任を追及することを株主に認める制度である（韓商第403条第1項、第2項、第3項）。本来、取締役の責任は会社が追及すべきであるが、取締役との間には特殊な人間関係が形成されているので、実際に、会社が取締役の責任を追及することは期待しがたいことである。したがって、株主の期間的な地位を認め、彼らをして会社に代わって取締役の会社に対する責任を追及するようにしたのである<sup>(115)</sup>。これによって、経営の監督是正機能が期待されることもあるが、他方では濫用または不適切な利用の問題が生じる可能性もある。

本研究においては、企業支配構造の改善を念頭に置き、株主代表訴訟の構造、機能、制度の問題点およびその解決法案等を検討していきたい。

---

(112) 梁東錫“取締役会の活性化方案”「企業法研究」第4輯（1999年）108頁，吉川満“アメリカにおけるコーポレート・ガバナンス「ジュリ」1050号（1994年）63頁。

(113) 森本滋“コーポレート・ガバナンスと商法改正”「商法・経済法の諸問題」（商事法務研究会，1994年）112頁。

(114) 1998年7月ハンボ鉄鋼不良貸出しと関連して第一銀行役員に対する4百億ウォンの損害賠償請求（ソウル地法1998.7.24判決，97ガハップ39907），1997年10月某証券会社の前・現職の役員に対する200億ウォン損害賠償請求，1998年10月20日三星電子前・現職取締役11名を相手として行った3千43億ウォンの損害賠償請求権，1999年4月韓国電気通信公社の少額株主が国家を相手として行った4千796億ウォンの損害賠償請求権等。

(115) 崔基元「前掲（注16）」639頁。

## 2) 株主代表訴訟の機能

### (1) 企業経営の健全性確保

不当な企業経営から会社と株主の利益を保護するための方法として、会社内の監視・監督体制の整備、株式市場の反応、株式市場の反応、ストックオプション制度、株主の議決権、行政的規制と監督、経営権乗っ取りの脅威、取引先・消費者等の対応、労働組合の活動等が考えられる。このような制度があるが、株主代表訴訟も不当な企業経営から会社と株主の利益を保護するための方法として<sup>(116)</sup>、企業経営の健全性確保機能を担当している。これだけで経営に対するチェック機能を十分ではなく、一定の限界を有している<sup>(117)</sup>。すなわち、会社内の監視・監督体制には多額の費用がかかるので、非効率的な限界がある。また、株式市場は不当な経営が持続されるときに反映されるので、一回性取引、または取締役の単純な充実義務違反は反映されない限界がある。また、株主の議決権は委任状争奪戦等で多数株主の協力を必要とするので、大衆株主化した現代企業においては、非常に複雑であり、費用のかかることとなってその効率性に疑問がある。

しかし、株主代表訴訟は、企業経営の適切性に対し、裁判所のチェックがあり（これは取締役の行為規範として判例法を形成する）、株主が単独で、または少数株主が会社や全体株主の利益を保護できる効果があり<sup>(118)</sup>、一回性の取締役の不正行為にも対応できるという長所を有している<sup>(119)</sup>。

代表訴訟の限界および問題点としては、①取締役の義務違反となる特定行為を明確にすることができない場合、例えば、経営者が長期間に渡って

(116) 金建植 “株主代表訴訟の活性化と関連するいくつかの問題点「ソウル大法学」第37巻2号（1996年）164頁。

(117) 小林秀之＝近藤光男（篇）『株主代表訴訟』（弘文堂、1996年）9～10頁。

(118) Scott, “Corporation Law and the American Law Institute Corporate Governance Project, 35 Stan. L. Rev. 927, 940 (1980)。

(119) Cox, Compensation, “Deterrence and the Market as Boundaries for Derivative Suit Procedures”, 52 Geo. Wash. L. Rev. 745 (1984)。

経営を怠慢にしたときには有効に作動できないという限界がある<sup>(120)</sup>。②代表訴訟が活発になると経営者は責任追及される恐れによって利益が予想されても、危険のある大きな事業を避けることとなって経営が萎縮される。また、有能な人材が取締役の地位に就任しようとししない現象を招くこともあろう。③株主代表訴訟が、実際に、会社の利益上昇を阻害する場合もある。たとえば、株主代表訴訟において問題となっている取締役の行為が適法である場合、取締役の行為が違法であるが会社に損害がない場合、取締役の行為が違法で、会社にも損害がないが、訴訟を行うことが会社の利益に客観的に反する場合等がこれに該当する<sup>(121)</sup>。特に、会社を混乱させる目的での訴訟 (strike suit) が行われ、結果的に和解され、結局原告側の弁護士だけが利益を得る事態を生じる恐れもある<sup>(122)</sup>。

①の限界に関してはこれからも持続的な研究を要するものであり、②の問題は取締役の経営判断を尊重する判例の発展と役員の賠償責任保険、責任制限・免除制度の成熟によって解決できると考える。また、③の問題は、会社に利益のある訴訟であるかどうかを選別できるような制度を設ける必要がある。アメリカにおいては利害関係のない取締役を主な構成員とする特別訴訟委員会 (Litigation Committee) が取締役に対する責任追及を総合的に考慮し、会社に最善の利益とならない場合には株主による提訴請求の拒絶、または代表訴訟の却下を申請した場合、裁判所は委員会の判断を尊重するという制度がある<sup>(123)</sup>。

## (2) 代理人費用 (agency cost) の節約

アメリカの大企業において、経営者支配 (management control) が定着

(120) 江頭憲次郎「コーポレート・ガバナンスの観点から見た会社法」『東京株式懇談会報』535号 (1996年) 22頁。

(121) 権ビョンミン「株主代表訴訟に関する研究」(全州大学校博士学位論文, 1998年) 23～24頁。

(122) 小林秀之＝近藤光男「前掲 (注117)」10頁。

(123) 小林秀之＝近藤光男「前掲 (注117)」11頁, 権ビョンミン「前掲 (注121)」28頁。

されることにより、少数の持分だけでも会社支配が可能となった。企業の所有と支配の分離は、大規模の資金調達を容易にし、投資危険の分散が可能であり、経営効率を高めることができるので、アメリカだけではなく、世界諸国の現代企業において生じている支配構造の特性である。しかし、このようなメリットもあるが、経営者は株主の利益よりも自分の利益を重視する傾向を表し、その結果、株主と経営者の間に利害相反が生じる。このような問題は、株主と経営者との経営情報の不均衡が深化すればするほど、また、経営者の行動を監視・監督する装置が不十分である場合に生じやすい。経営者を株主の代理人として把握し、株主と経営者との間の問題を解決する費用である代理人費用（agency cost）<sup>(124)</sup> もそれによって増加する<sup>(125)</sup>。

株主代表訴訟制度は、株主によって経営者を監視・監督できる有用な制度である。この制度は透明な会計制度、情報公示制度、ストックオプション制度、企業支配権市場の活性化、取締役会の活性化、少数株主権の活性化とともに代理人費用（経営者を監視・監督することにおける費用）を軽減することができる。

### （3）損害回復と違法行為の抑止

株主代表訴訟は、損害回復機能と違法行為抑止機能を有している。取締役の義務違反行為により、会社に損害が生じたとき、その損害賠償を求めて取締役の責任を追及することが、代表訴訟制度であり、会社の損害を填補して株主全体の利益を回復することにおいてその本来の機能が認められる。しかし、取締役の義務違反行為により、会社が損害を被ったとしても、代表訴訟を通じて填補される額より会社の損失が多い場合には代表訴訟

(124) 李テジョン “株主の代表訴訟に関する研究”（ソウル大学校博士学位論文，1997年）15頁。Jensen & Mechling, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”. 3. J. Fin. Econ. 305 (1970)。

(125) 金ソクヨン “経営者支配と株主代表訴訟の役割” 「韓国法学院報」第80号（1998年）16頁。

訟が行われてはならない<sup>(126)</sup>。この場合においても、社会的に考慮して追及されるべき取締役の違法行為が会社の損益評価によって追及されないという問題がある。代表訴訟の違法行為抑止機能というのは、代表訴訟という制度があるから取締役の経営行為が健全となり、これは株主だけではなく、経済社会全体の利益と関連している。この抑止機能は、取締役の違法行為がある限り、ある程度、原告株主の独善的・濫用的な訴訟提起が認められる<sup>(127)</sup>。

以上のように、株主代表訴訟の損害回復機能と違法行為抑止機能は相互対立する面があって、両者の均衡と調和を図りその適切な運用が要求される。株主による責任追及の訴訟が会社の利益に反する場合に、特別訴訟委員会が株主の提訴請求を拒否し、または裁判所に代表訴訟の却下を申請することができ、この場合に、裁判所が委員会の尊重することは会社および株主全体の利益を回復する機能を重視することになる。しかし、最近、韓国において株主代表訴訟の社会的意味が強調され、取締役の違法行為に対する責任追及は会社の損益計算によって左右されることではないので、違法行為抑止機能にその重点が移動した<sup>(128)</sup>。

損害回復機能と違法行為抑止機能を調和するための一例として、ALIの分析と勧告において、取締役会または特別訴訟委員会が株主代表訴訟の却下を請求する場合には次のように処理することを提言している。①被告人の注意義務違反に請求の重点があり、または被告人の行為が経営判断の原則によって審査されるとき、取締役会または委員会の判断が経営判断の要件を充足できない場合を除き、裁判所は代表訴訟を却下しなければならない。②被告人の行為が公正取引違反または悪意・有責な (Knowing and Culpable) 法に違反するときには、裁判所は却下を申請する取締役会・委

(126) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」10～11頁。

(127) 権ビョンミン「前掲（注121）」26頁、李テジョン「前掲（注124）」15頁。

(128) 金建植「前掲（注116）」167～168頁；その実例として、日本通産産業省産業政策局事業資金課、株主代表訴訟の現象と課題（1995年）等がある。

員会の判断が合理的であるかを実質的に審査してから却下如何を決定する。③却下が被告人に詐欺等による不当な利益を有するようになったときに、裁判所は代表訴訟を却下することができない。すなわち、単純な経営失敗等の経営行為に対しては社会的悪性がない限り、会社の費用と利益を考慮して代表訴訟を却下しようとする取締役会および委員会の判断を尊重し（損害回復機能を重視）、取締役が個人的利益を図るなど非難の程度が高い違反行為に対しては裁判所が慎重にその判断をしなければならない。また、取締役の行為が社会的に強く批判されるべきである場合には、株主代表訴訟の却下はできない（抑止機能重視）<sup>(129)</sup>。

#### （4）企業の社会的利益の確保

現代の経済組織において、株式会社は非常に重要な役割を果たしている。すなわち、従来のような生産活動の展開、利潤追求、生産性向上などの役割以外にも大企業が社会的機関として登場し、社会福祉問題にも積極的に参加する役割を担当するようになった。したがって、現代の株式会社は一種の公共機関であり、このような機能の維持および健全な経営は国家・社会的に大きな関心事である。また、国民各個人の生活領域においても大企業の活動は大きな影響力を発揮し、国民の関心事でもある。しかし、最近、企業の利潤追求、独善的経営および政経癒着という特殊状況は企業を反社会的利潤追求の主体であると認識されている。その結果、企業は脱税、密輸、株価操作、不良工事、産業公害、相互保証の主犯格となっており、少数株主の抑圧、労働者、債権者、消費者を無視する機関であるとされている。韓国におけるこのような状況は、大きな企業型不条理および事件を引き起こし、結局、IMF という経済危機を招くことになった。

企業の健全な発展は、社会発展の基礎的課題であり、企業の経営者は会社内部者に対する私的責任はもちろん、社会一般に対する公益的責任も負うべきである<sup>(130)</sup>。したがって、企業経営者に対する牽制・監視機能は会

(129) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」11～12頁。

(130) 権ビョンミン「前掲（注121）」29～30頁。

社の機関または労働組合等だけに期待することは難しくなり、株主訴訟制度を設けて会社の違法・不当な行為を是正しようとする。少数株主は会社の内部的構成員であり、社会の一員であるという市民的観点から株主代表訴訟制度を利用することは会社だけではなく、健全な国民経済の発展と会社の社会的責任遂行を強制する機能を発揮する。特に、韓国における最近の市民運動型株主代表訴訟はこれを代弁する実例である。

### 3) 株主代表訴訟の課題

株主代表訴訟制度の本質は、会社が取締役の責任を追及しなければならぬにもかかわらず、取締役の間における特殊な関係によって会社が責任追及を怠慢したときに、株主が会社に代わって取締役の責任を追及し、株主の提訴によって取締役の会社に対する損害賠償の責任を実現することである<sup>(131)</sup>。株主代表訴訟制度は株主の機関的地位を認め、会社に代わって取締役に対する責任追及の訴訟を提起する事後的救済方法である。

従来、韓国の商法は、アメリカの制度を導入し、株主代表訴訟に関する規定をおいたが、実際にはほとんど利用されなかった。1997年のIMF経済危機以後、その危機を克服するための努力として、1998年の改正商法において株主代表訴訟制度に関する改正が行われ、1998年の改正証券取引法においては代表訴訟を活性化するための方案が設けられた。従来、韓国における株主代表訴訟制度は、既述したように、形式的規定に過ぎず、実際に株主が活用することもできなくて訴訟の提起が断念された。しかし、韓国においても、経済が発展するに伴って、会社の規模も拡大され、会社支配構造の健全な確立のため、株主は積極的に経営陣を監督し、会社および株主の利益のために代表訴訟を利用する必要性が増大している。

つぎは、韓国において株主代表訴訟がよく利用されなかった問題点を分析・検討し、本制度が活性化される方案および濫用防止の対策を検討した

---

(131) 神田秀「株主代表訴訟に関する理論的傾向」『ジュリ』1038号(1994年)65頁。

い。

### (1) 株主の消極性

現代の企業は、所有と経営が分離され、所有は大衆株主化する傾向が著しくなっている。株主は取締役の経営を監視・監督すべきであるが、少額株主の無力感、経営に対する情報不足、専門性不足、過大な費用の必要性により、取締役の会社経営に対する監視・監督活動は消極的であった。特に、株主は会社に対し有限責任を負い、代表訴訟において勝訴しても、利益は会社に帰属されるので、大規模公開会社の少数株主が得られる利益は非常に少ない<sup>(132)</sup>。また、株主は会社の経営に直接または間接的に参加するよりも、流動性の確保を重要視している。したがって、株主は代表訴訟を提起し、積極的に取締役の責任を追及するよりも自己の株式を売り出して問題を解決しようとする<sup>(133)</sup>。株主は自ら訴訟を遂行するのではなく、他の株主が訴訟を提起して勝訴した場合、損害回復から比例的配分を受けようとする。勝訴の結果は訴訟に参加した株主だけではなく、参加していない株主に対しても持株率によって分配されるからである。これらの理由により、所有と経営が完全に分離されている会社において、取締役が義務を違反して倒産に至った場合にも、少数株主は多くの時間・努力および費用を必要とする積極的な監視・監督をしようとし<sup>(134)</sup>ない。

### (2) 提訴権者

韓国の商法は、代表訴訟の濫用を防止するため、提訴資格を少数株主権にしている。すなわち、発行株式総数の100分の1以上に該当する株式を

(132) 権ジョンミン「前掲（注121）」198頁；（注556）を再引用-1994年 Wood 報告書によると Winkelman N. General Motors Corp 事件での訴訟によって株主が得た利益は8セントに過ぎなかった（Franklin S. Wood Survey and Report Regarding stockholders' Derivative Suit 49-50（1994））。

(133) James E. Heard, Institutional Investors and Corporate Governance: The U. S. Perspective, in International Corporate Governance 245, 251 (Joseph C. F. Lufkin & David Gallagher eds., 1990)。

(134) Henry N. Butler, "Contractual Theory of the Corporation", Geo. Mason. U. L. Rev., Summer, 1989, 107頁。

有する株主だけが提訴できる（韓商第403条第1項）。提訴権者である株主には無議決権株式を有する株主も包含される。また、提訴株主の保有株式が提訴後発行株式総数の100分の1未満に減少した場合でも（1株以上を保有すると）、その提訴の効力に問題はない（同条第5項）。1998年の改正証券取引法には、6ヶ月以前から継続して株券上場法人または協会登録法人の発行株式総数10000分の1以上に該当する株式を大統領令の定めによって保有するものは代表訴訟を提起することができると規定している（韓証券法第191条の13第1項）。株券上場法人または協会登録法人の役員・職員、主要株主がその法人の株券等を買入れてから6ヶ月以内に売渡し、またはその法人の株券等を売渡してから6ヶ月以内に買入れて利益を得た場合には、当該法人はその利益をその法人に提供することを請求することができる（韓証券法第188条第2項）。当該法人の株主または証券先物委員会はその法人に対して前記の規定によって請求することを要求することができるし、当該法人がその要求を受けてから2ヶ月以内にその請求を行なわなかったときには、その株主または委員会は当該法人に代位して請求することができる（同法同条第3項）。

改正以前の韓国の商法は、発行株式総数の100分の5以上に該当する株式を有する株主は代表訴訟を提起することができると規定していた。韓国の上場法人の資本規模・株式の分布等を考えると、発行株式総数の100分の5以上であるという少数株主の基準はあまりも厳しいものであった。また、上場会社における株主の間の横的連結は現実性がない。したがって、上場会社における発行株式総数の100分の5以上という少数株主権は支配株主と経営者との牽制手段として活用される可能性は少ない<sup>(135)</sup>。

これに比べて、アメリカにおける株主代表訴訟提起権は単独株主権である。ただし、アメリカの多くの州における会社法は、問題となる取締役の行為が行われてから継続して株主であること、または行為時に株主であっ

(135) 李泰魯＝李哲松『会社法講義（第5版）』（博英社、1996年）279～280頁。

たものから法の作用（相続等）によって株式を取得することを代表訴訟提起の資格要件としている<sup>(136)</sup>。これは、現在、提訴目的の株式取得を阻止する機能を有している。日本の商法においても、代表訴訟は全株主が提起できるという単独株主権としており、その濫用を防止するために6ヶ月以前から継続して株主であることを要件としている（日商第267条第1項）。

上で記述したように、韓国においては濫用の弊害を防止するために、少数株主権としているが、その導入後、その活用が全無であった。このような点を考慮し、また、最近、会社の健全性、透明性、責任性を確保するため、企業支配構造の改善を重視していることを考えると代表訴訟の提起要件を単独株主権とするのが望ましい。代表訴訟の提起権を少数株主権にすることは代表訴訟制度の活性化を難しくし、代表訴訟による企業経営に対する監督は正機能は期待できない。適切な代表訴訟の増加は、積極的に評価されるべきである<sup>(137)</sup>。ただし、訴訟が濫用されるときには原告の株主に担保を提供するようになるなど個別的であり、具体的な濫用方策を講じるべきでる。

このように韓国では少数株主権の行使が難しくなっており、担保提供等の制限を置くと、代表訴訟の活性化を図ることができない<sup>(138)</sup>。

### (3) 担保提供

少数株主権者が代表訴訟を提起する場合、被告人の取締役は株主が悪意であることを疎明し、株主をして相当の担保の提供を命じるように裁判所に請求することができる（韓商第403条第7項、第176条第3項、第4項）。悪意というのは、原告である株主が被告人である取締役を害する意思を意味し、提供された担保に対する担保権者は会社ではなく、被告人の取締役である<sup>(139)</sup>。株主に対する担保提供の義務付けは濫訴を防止するためである。

(136) Delaware General Corporation Law §327: MBCA §7.40(a); ALI 分析と勧告 §7.02(a) (1) (2)。

(137) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」28頁。

(138) 権ビョンミン「前掲（注121）」208～209頁。

アメリカにおいては、一定の持株数に不足し、または所有株式の時価が一定の金額に達しない株主が原告である場合のみに会社の請求があれば担保提供義務を負うようにしている。すなわち、ニューヨーク事業会社法は、同一種類株式の発行された株式総数の5%未満、または5万ドル未満の株式を有する株主が代表訴訟を提起する場合には、会社の請求によって相当の担保を提供するようにしている<sup>(140)</sup>。この制度は、大衆株主の代表訴訟提起権を阻害するという批判もあるが<sup>(141)</sup>、原告である株主が連邦裁判所の管轄を選択すると、この制度の適用は免除されるので、濫用防止効果は大きくない。担保提供制度を定めている州法においても、原告の持株要件は賦課されないが、当該訴訟が会社・株主に利益を与えないし、被告の取締役が問題となる取引に関与していないことの立証により、裁判所は原告に担保提供の命令を下すことができる<sup>(142)</sup>。

日本においては、最近、原告の株主に担保提供を命じる事件が増加している。被告の取締役が原告の株主による訴訟提起が悪意であることを疎明したとき、裁判所は原告に相当の担保を提供することを命ずることができる（日商第267条第5項、第6項）。この担保提供制度が代表訴訟の濫用事例または濫用的事例に対して有効に対処している<sup>(143)</sup>。この制度が、どの範囲まで適用できるかの問題は、原告株主の悪意をどのように解釈するかによるが、最近における悪意の要件は広い意味で解釈される傾向である<sup>(144)</sup>。

上記のように、アメリカや日本においては、株主代表訴訟の提起を単独株主でも可能であると、その濫用を防止するために原告株主に対して担

(139) 崔基元「前掲（注16）」642頁。

(140) New York Business Corporation Law §627。

(141) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」17頁；判例においてこの制度の合憲性を認めている。Lapchak V. Baker, 298 N. Y. 89, 80 N. E. 2d 752 (1948)。

(142) California General corporation Law §800。

(143) 名古屋地決；1995年7月28日、中部電力事件では、原告が反原電運動の一環として単純な社会的目的の達成を目的としたこと、被告取締役の行為が違法であるという原告の主張はその自体の不当性、立証可能性等を総合的に判断し、担保提供を命じた。

保提供を義務付けている。これに比べて、韓国においては、発行株式総数の100分の1以上の少数株主権だけで訴訟提起が可能であり、その少数株主権の形成が難しい状況であるにもかかわらず、担保提供に関する規定を設けて代表訴訟の提起を制限することは、最近の代表訴訟を活性化して企業の支配構造を改善しようとする努力と一致しない。被告の取締役側では担保提供の申請を代表訴訟の重要な防禦方法として利用し、代表訴訟の提起を抑止しようとする。特に、代表訴訟による請求金額は巨額であるので担保金額も原告株主には負担になる。但し、実務においては、担保提供のために支払い保証委託契約を締結し、書類だけを提出するようにしているので、あまり負担にはならないとしても、時間と費用の浪費は依然として負担になると思われる<sup>(145)</sup>。したがって、代表訴訟制度の活性化を図るためには原告株主の担保提供義務の負担を軽減できる方案を講じる必要がある。

#### （4）情報蒐集と立証責任

株主が専門経営人である取締役の会社に対する責任を追及する代表訴訟を提起するためには、会社経営に対する情報が必要であるが、一般株主は専門的会社経営に関して知識を有しておらず、取締役の責任を追及できるような経営情報を蒐集することも困難である。また、取締役の責任を追及できる訴訟において立証責任の転換に関する規定がないから、原告である少数株主が一般原則に従って取締役の責任および損害を立証しなければならない。しかし、前述したように、経営情報を一般株主が容易に蒐集することは難しいので、その立証も難しい。

代表訴訟を活性化するためには、一般株主の経営情報の蒐集を容易にし、訴訟法上の証明責任の転換に関する研究が要求される。現行の商法上、株主が会社の経営に関する情報を得られる方法としては、発行株式総

---

(144) 名古屋高決，1995. 3. 8（判例時報1531号，134頁），東海銀行事件抗告審決定。

(145) 法院行政処「法院実務諸要一民法」（上）（1996年）469頁。

数の100分の3以上に該当する株式を有する株主が理由付きの書面をもって会計帳簿と書類の閲覧または謄写を請求することを通じてである（韓商第466条第1項）。定期総会の会日の1週間前から財務諸表、営業報告書および監査報告書を本店と支店に備え置くようにしているので、これを通じても情報収集はできる。

しかし、少数株主権の形成さえ困難である現在の状況並びに専門家によって作成、備え置かれている書類だけで取締役の責任を追及できる経営情報の蒐集は不可能である。株主は確実な証拠がなくては代表訴訟を提起することができない。したがって、株主が、取締役の責任が生じる領域、および会社と取締役との間に利益が相反する状況に対して情報を容易に蒐集できるような方案が研究されるべきである。

韓国の商法第466条第1項は、発行株式総数の100分の3以上に該当する株式を有する株主は理由付きの書面をもって会計帳簿と書類の閲覧または謄写を請求することができると規定している。会計帳簿および書類の閲覧権は代表訴訟を提起、遂行することにおいて必要で重要な要素である。したがって、少なくとも、代表訴訟を提起できる少数株主要件である発行株式総数の100分の1に緩和し、または単独株主権にする必要がある<sup>(146)</sup>。少数株主の会計帳簿および書類閲覧請求に関し、会社はその請求が不当であることを証明し、拒絶することができる（韓商第466条第2項）。また、証券取引法によると、6ヶ月以前から継続して株券上場法人または協会登録法人の発行株式総数の1000分の10以上に該当する株式を有する株主は、商法上の規定と同様の少数株主権を行使することができる（韓証取法第191条の13）。

少数株主は、会計帳簿および書類の閲覧だけで代表訴訟の提起または遂行が困難であるときには、検査人の選任を通じ、会社の業務と財産状態を調査することができる。すなわち、商法第467条は、会社の業務執行に関

---

(146) 安井綾「株主の帳簿・書類閲覧権—持ち株要件についての立法論」『法学教室』第190号（1996年）18頁。

して不正行為または法令あるいは定款に違反する重大な事実があると疑われる事由があるとき、発行株式総数の100分3以上に該当する株式を有する株主は会社の業務および財産状態を調査するため裁判所に対し検査人の選任を請求することができると規定している。しかし、検査人の選任請求も代表訴訟を提起するため必要な制度であるので、代表訴訟の提起要件と同様に発行株式総数の100分1に緩和する必要があると思われる<sup>(147)</sup>。

##### (5) 原告および被告適格

商法上、原告となる株主は発行株式総数の100分の1以上に該当する株式を有する株主であり、議決権のない株式を有する株主も提訴をすることができる。提訴後、保有株式が100分の1未満に減少しても、1株さえ保有すると、その提訴効力には影響を及ばない<sup>(148)</sup>。上場法人の場合には、6ヶ月以前から継続して発行株式総数の10000分の1に該当する株式を大統領令の定めによって保有するときには代表訴訟を提起することができる（韓証取法第191条の13第1項）。被告になるのは取締役または在任のときの行為に責任のある退任した取締役であるが、商法は監査、発起人、清算人、業務執行指図人、不公正な価額で株式を引受けた者、会社から利益の供与を受けた者等に対しても代表訴訟を認めている（韓商第415条、第324条、第542条、第401条の2、第424条の2第2項、第467条の2第4項等）。

日本においては、あらゆる株主が代表訴訟を提起できる単独株主権として規定しており、その濫用を防止するために6ヶ月以前から継続して株主であることを要求している（日商第267条第1項）。これに比べて、アメリカにおいては、問題となる取締役の行為があるときから株主であることを要求し（行為時所有原則）、提訴株主は同じ状況にある株主の利益を公正、適切に代表することができることを必要とする（適切代表の要件）。

(147) 1998年の改正商法は、従来の発行株式総数の100分の5から100分の3にして少数株主権の行使要件を緩和したが、急速な大衆株主の成長と代表訴訟の提起要件である100分の1に比べると、現在の100分の3というのは代表訴訟の活性化を図るための方案として不足であると思われる。

(148) 崔基元「前掲（注16）」640頁。

韓国の商法および証券取引法においても、濫用的代表訴訟に対処するため、行為時所有原則や適切代表要件を原告に課する必要がある<sup>(149)</sup>。また、商法第401条の2においては、業務執行指図者等も一定の事由があるとき代表訴訟の被告人になると規定しているが、支配株主または支配会社の専横から会社の損害を防止するためには支配株主の責任を追及できる明文規定を設けるべきである。

#### (6) 原告株主の経済的不利益の防止

代表訴訟を提起、遂行した結果、原告株主が訴訟した場合に、訴訟による利益は会社に帰属され、その利益は他の株主と同一に持株率によって間接的に得られる。しかし、原告株主が敗訴した場合には、訴訟費用および訴訟による費用全額を負担しなければならないので、株主が敗訴の負担を負いながら代表訴訟を提起することは期待しがたい。このような負担以外にも、時間と努力を提供して訴訟した株主と訴訟に関与していない株主とを同一に扱うことは矛盾であると思われる。したがって、会社は勝訴によって得られる利益の一定の比率を原告株主に分配できるようにし<sup>(150)</sup>、株主が代表訴訟を提起できるように勧告することが望ましい。

韓国の訴訟制度においては、敗訴当事者が訴訟費用を負担するので、勝訴した原告株主は敗訴した株主に対して訴訟費用を請求することができる。会社に対し訴訟費用以外に訴訟による実費額の範囲内で相当の金額の支払いを求めることができる（韓商第405条第1項）。これは、勝訴したとしても訴訟によるあらゆる費用を実費で支払われない場合があるという意味で、原告株主の経済的負担を認めることであり、結局株主が代表訴訟を避ける事由となる。したがって、勝訴した株主は訴訟による全費用を請求できるようにし、訴訟費用の以外の訴訟による費用には弁護士費用以外にも原告株主が支出した交通費、事実関係の調査費用、司法書士等に対する書記料、資料蒐集費、原告株主の時間と努力に対する報償も包含去れるべ

(149) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」27～28頁。

(150) 権ジョンミン「前掲（注121）」215頁。

きである。

日本の1993年改正商法は、代表訴訟に関する訴訟費用を一律的に8200円とし、原告が勝訴のために支出した費用中相当額の支払いを会社に請求することができるとしている（日商第267条第4項）。すなわち、訴訟費用は訴訟目的の価額によって算出されるが、財産権上の請求ではない請求と関連する訴訟においては、民事訴訟費用等に関する法律によって8200円とした（日民訴費用第4条第2項）。改正商法は、勝訴株主に弁護士報酬中の相当額を会社に請求できるようにし、勝訴株主が支出した訴訟遂行に必要な費用から訴訟費用ではないものの相当額も会社に請求できるようにした（日商第268条の2）。この改正商法は株主代表訴訟における株主の費用負担を改善したが、それが契機となって代表訴訟が著しく増加し<sup>(151)</sup>、請求金額も高額化した。また、社会的不正の是正や企業の社会的責任を追及するために代表訴訟を利用する市民運動型事件もあった<sup>(152)</sup>。改正商法が企業経営に及ぼした影響として、経営判断にいたる過程において取締役会または常務会での報告の詳細化、議論の活発化、法務担当部門の法的チェックの詳細化、顧問弁護士の活用増加、監査活動の活発化等が一般化され、取締役会の経営判断が慎重になったと報告されている<sup>(153)</sup>。

#### （7）株主代表訴訟の濫用

既述したように、株主代表訴訟の本質は会社が取締役の責任を追及すべきである場合にもかかわらず、役員との間における特殊な関係により会社が責任追及を懈怠したときに、会社に代わって取締役の責任を追及するようにし、株主の提訴によって取締役の会社に対する損害賠償責任を実現するのである。しかし、現行の制度によると、会社が取締役の責任を追及する必要がない場合にも、株主は会社のために提訴することがあり、制度の

(151) 高橋宏志等“株主代表訴訟の手続法上の諸問題”『民訴雑誌』第42号（1996年）148頁。

(152) 小林秀之＝近藤光男「前掲（注117）」23～24頁。

(153) 日本通商産業省産業政策局産業資金課編“株主代表訴訟の現状と課題”『別冊商事法務』第173号（1995年）18頁以下。

本質と趣旨から外れた訴訟が提起されることもある。すなわち、原告株主が不当な個人的目的で代表訴訟を提起する場合と不当な提訴目的はないが、会社としては取締役の責任追及をしないという判断に理由のある場合がある。前者は代表訴訟の濫用であり、後者は不適切な代表訴訟である。これらとは別の観点で市民運動型代表訴訟もある。

### ① 代表訴訟の濫用

代表訴訟が濫用される例としては、会社から金銭詐取等の不当な個人的利益を獲得する意思、または会社あるいは取締役に対し不当な損害を与える目的で代表訴訟を悪用する場合である。また、個人的な主義・主張または政治的・社会的目的を達成しようとする意思、または責任追及の根拠あるいは証拠がないにもかかわらず、提訴する場合である<sup>(154)</sup>。

これに対し、訴権の濫用が認められると、株主代表訴訟であっても訴訟が却下されることは当然である。また、適切な担保提供制度、原告適格による制限は濫訴を抑止する効果を有する。

### ② 不適切な代表訴訟

形式的に取締役の責任が認められるが、実質的にみて損害が軽微であり、取締役による行為の違法性程度が低いので、株主代表訴訟を提起して得られる利益よりも、会社の名誉および信用の失墜または被告取締役の応訴負担、士気低下等が恐れる場合に代表訴訟を提起することである<sup>(155)</sup>。

アメリカにおいては、利害関係のない取締役から構成される取締役会または特別訴訟委員会が株主の請求によって提訴するかどうかの判断をした場合、経営判断の原則としてその判断を裁判所が尊重するので、不適切な訴訟が阻止できる。また、取締役または特別訴訟委員会はすでに提起された代表訴訟の却下を裁判所に申請することができ、これも同じく尊重され

(154) 東京高裁1989. 7. 3 (金判第826号) 3 頁。一方では株主が会社の経理実現を図るとともに、他方では訴訟提起によって自己の名声を上げようとしても、それだけで株主代表訴訟の提起が権利濫用であるとはいえない。

(155) 日本通商産業省産業政策局産業資金課編「前掲 (注153)」9 頁。

る。アメリカにおいては多くの社外取締役が取締役会または特別訴訟委員会において活動するので、このようなことが認められる。しかし、韓国の状況を見ると、取締役に対する責任追及に関し会社からの判断があったとしても、株主の提訴請求後、30日が経過すると株主代表訴訟の提起が可能である。この場合、提起された株主代表訴訟が不適切であると会社が判断をしてもこれを阻止する方法がない。したがって、社外取締役制度の成功的定着とともに会社の判断を尊重する裁判慣行の発展を期待すべきである。従来、代表訴訟によって追及できる責任範囲に関し、商法第399条の会社に対する損害賠償責任と商法第428条の資本充実の責任に限定する見解もあるが<sup>(156)</sup>、会社の利益と関連される限り、あらゆる債務が包含されると思われる<sup>(157)</sup>。不適切な代表訴訟を予防し、濫訴を防止するためには、少数説の見解が妥当であり、比較法的にもイギリスのように代表訴訟の提起できる場合を一定の行為に限定することも考えられる。しかし、韓国の場合には、代表訴訟の濫訴を恐れるほどの状況ではなく、むしろ会社の支配構造の改善と関連して代表訴訟の活性化の方案を講じるべき状況であるので、多数説の立場が妥当であろう。

### ③ 市民運動型代表訴訟

市民運動型代表訴訟は、本来、代表訴訟の趣旨から外れた訴訟で、会社の損害回復または違法行為の抑止を目的とすることではない。これは、社会的不正の是正や企業の社会的責任の追及等のために代表訴訟を手段として利用することである。代表訴訟により、このようなことを是正することは企業経営の健全性確保に寄与することであり、かつ会社や株主の利益と関連されるので、これを制限する必要はないと思われる。

(156) 鄭熙喆＝鄭燦亨『商法原論（上）』（博英社、1997年）769頁、姜胃斗『会社法』（蜚雪出版社、2000年）578頁。

(157) 李範燦＝崔竣璿『商法（上）』（三英社、1999年）676頁、崔基元「前掲（注16）」642頁、孫珠瓚「前掲（注16）」864頁、李哲松「前掲（注8）」628頁、徐ヒョンゼ『会社法』（法文社、2000年）440頁、朴サンジョ『新会社法論』（蜚雪出版社、1997年）634～635頁。

## (8) 取締役の責任軽減

株主代表訴訟の活性化により、企業経営の健全化を図ることができるが、責任追及の恐れによって取締役の候補者を確保することが困難である。会社は優秀な人材を発掘し、取締役として確保すべきであり、その取締役は責任追及の恐れから萎縮されなく、大胆な経営を営むようにすることが会社の利益と社会的利益を増大することになる。その方法としては、アメリカのような経営判断の尊重、または役員賠償責任保険制度<sup>(158)</sup>が考えられる<sup>(159)</sup>。また、アメリカにおける多くの州のように、取締役の責任を事前に制限または免除できる規定を設けるか、イギリスまたはドイツのような一定の制限によって株主総会の普通決議で取締役に対する損害賠償請求権を放棄または和解することも考えられる<sup>(160)</sup>。なお、代表訴訟において勝訴した取締役は義務違反による責任がないと確定されたので、その防禦費用を会社に請求できるようにすべきである。なぜなら、代表訴訟が提起されたので勝訴するため、取締役は精神的・肉体的努力をしたが、防禦費用まで負担すると経営萎縮が予想されるからである<sup>(161)</sup>。

---

(158) アメリカにおいては、あらゆる州の会社法が役員賠償責任保険を認める根拠規定を設けている；北村雅史「取締役責任保険に関する一考察」「保険法の現代的課題」（法律文化社，1993年）61頁以下。

(159) 韓国においては，1999年12月31日，所得税法の改正で会社の取締役賠償責任保険加入に関する根拠規定を設けたが，今後商法および会社の定款に根拠規定を置くべきである。

(160) 北村雅史「諸外国の会社法における取締役の責任と代表訴訟について」「別冊商事法務」第173号（1995年）117頁。

(161) 北村雅史「前掲（注160）」127頁。