

組織再編行為と株主代表訴訟の原告適格

—二〇一二年「会社法制の見直しに関する要綱」を受けて—

三浦 治

- 一 はじめに
- 二 本条の制定経緯
- 三 本条をめぐる解釈論
 - (一) 本条の適用
 - (二) 本条の類推適用
- 四 要綱に基づく法規制のもとでの解釈論
 - (一) 「問題一」について
 - (二) 「問題二」について
- 五 結びに代えて

一 はじめに

二〇一二年(平成二四年)九月七日、法制審議会総会は、「会社法制の見直しに関する要綱案」を採択した(以下、「要綱」という⁽¹⁾)。それにより、わが国の会社法制に、かねてより議論されていた多重代表訴訟の制度が導入される予定となった。

要綱第二部第一は、この導入予定の多重代表訴訟制度について定める。そして、同2は「株式会社が株式交換等をした場合における株主代表訴訟」として、株式交換・株式移転・新設合併・吸収合併(以下、「株式交換等」という)が行われたことよって株主代表訴訟の原告適格を失うはずである場合でも、特定の者については、株式交換等が行われる前に発生した取締役の責任を追及するために提訴請求をし、代表訴訟を提起することができると旨を定めている。他方、現行会社法八五一条(以下、「本条」という)は、代表訴訟提起後に株式交換等が行われた場合の原告株主の原告適格の帰趨について定める条文である。本稿では、上記1や2が定められることが、本条の解釈にどのような影響を与えるかという問題を考察したい⁽²⁾。まず、これらの関係を整理しておこう。

上記2は、あらたに代表訴訟を提起しうる旨の規定であるから、株式交換・株式移転の場合は、広義の意味での多重代表訴訟(厳格な要件が具体的に定められている導入予定の多重代表訴訟(上記1)ではなく、親会社株主が子会社取締役の責任を追及するために提起できる代表訴訟という一般的な意味)といえそうでもあるし、合併の場合は、比喩的だが、いわば消滅会社の取締役に対する多重代表訴訟(しかし消滅会社は消滅しているからその財産を包括承継した存続会社に対して提訴請求・代表訴訟の提起をすることができるもの)ということもできる。つまり、上記1と2は、あらたに代表訴訟を提起しうる地位について定めている点で共通する。もつとも、

上記2は株式交換等の前に発生した責任に限られるものであるから、広義の意味であつても多重代表訴訟の一種と位置づけるのは不適切であるかもしれない。

そこで、上記2は、現行法に比べて「提訴資格を拡張している」⁽³⁾ともいわれる(以下、上記2の内容を「提訴資格の拡張」という⁽⁴⁾)。株式交換等の前なら提訴請求・代表訴訟の提起をすることができた地位が、現行規制と異なり株式交換等の後でも継続的に認められるようになるという点に着目して、このようにいわれるのであろう。そして、提訴資格があるということは原告適格があることにほかならないから、それは本条の定めを拡張したものと捉えうる⁽⁶⁾。しかし、これからあらたに訴えを提起できるという地位が継続的に認められることと、すでに提起した訴えが却下されずに継続的に訴訟進行できることとは、異なる。後者の場合は、すでに訴訟手続が一定程度進行していることや、訴訟に費やした費用や時間を考慮したとき、代表訴訟の損害填補機能や違法行為抑止機能を発揮させるべき機会を簡単に失わせ、せっかく提起された訴えが簡単に却下されることがないように、より柔軟に解釈されるべきではないか。そのことはまた、これからどうすべきかが問題となる解釈と、すでになされた行為を振り返って法的評価を加える場合の区別ともいえる(行為規範と評価規範の区別⁽⁷⁾)。そこで、本稿では、株式交換等が行われる前に代表訴訟が提起されていた場合には、すでに提起した訴えを原告適格を失うことなく継続的に進行しうるという意味で、「原告たる地位の継続」という語をあてることとしたい。すなわち、本条は「原告たる地位の継続」を定めているところ、上記2によりあらたに「提訴資格の拡張」が認められたものと整理しておく。また、導入予定の多重代表訴訟制度(上記1)を「多重代表訴訟(制度)」と記すこととする(カッコを付さない場合は、広義の意味での多重代表訴訟(制度)である)。

このように、「原告たる地位の継続」と「提訴資格の拡張」は密接な関係にあり、後者が明文で定められることは、

前者の解釈に影響を与えるのではないか。また、その解釈は、「多重代表訴訟」の内容にも影響を受けるのではないか。本条の解釈問題については、もともと評価規範としての側面を重視して解釈されるべき問題と思われるが、あらたな提訴請求・代表訴訟の提起（「多重代表訴訟」「提訴資格の拡張」）が明文で認められる法規制のもとでは、よりいっそう柔軟な解釈も可能となるのではないかと考える。

以下、まず本条の制定経緯を一瞥した後（二）、本条をめぐる解釈論（現行法）を整理し（三）、要綱によって影響を受けると思われる本条の解釈論について、若干の検討を加えたい。具体的には、株式交換等により、原告株主がいったんは完全親会社（株式交換完全親会社・株式移転設立完全親会社・吸収合併存続会社の完全親会社）の株主になったものの、その後、当該完全親会社が完全子会社の株式を譲渡して完全親会社でなくなった場合、原告株主はなお継続して訴訟を進行することが認められるかという問題（以下、「問題一」とする）、原告株主は株式交換・吸収合併によって株式交換完全親会社・吸収合併存続会社やその完全親会社の株主にはならなかったものの、別の株式取得原因によってこれらの会社の株主ではあるという場合はどうかという問題（以下、「問題二」とする）である（四）。

二 本条の制定経緯

本条は、会社法で新設された規定である。株主代表訴訟の係属中に、原告株主・共同参加人たる株主の原告適格を基礎づけていた株主たる地位が失われることとなったとしても、一定の場合には原告適格を喪失することなく、当該訴訟を継続して進行することができる旨を規定する。

代表訴訟制度は昭和二五年商法改正により導入された。その二六七条一項⁸⁾にいう「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主」は、直接には代表訴訟の前提手續である提訴請求をするための要件であったが、提訴請求の後六十日の経過後に自ら訴えを提起することができるとする同条三項所定の「同項ノ請求ヲ為シタル株主」の前提であることから、また、提訴請求をせず、あるいは提訴請求の後六十日を経過しないでも自ら訴えを提起することができる場合を規定する同条四項所定の「第一項ノ株主」にあたることから、代表訴訟における原告適格を定めたものと解されていた。また、被告取締役が就任している（あるいは、就任していた）会社の株主を指すものと解されていた¹⁰⁾。そして通説は、株主たる地位は、原告適格の判断基準時である当該訴訟の口頭弁論終結時まで維持されている必要がある⁹⁾、訴訟係属中にこれを失った場合は訴えは却下されるものと解していた¹¹⁾。

しかしたとえ、代表訴訟提起後に、原告がその株主である会社自体が吸収合併により消滅してしまった場合、原告株主は存続会社の株式の交付を受けるために存続会社の株主にはなるものの、消滅会社の株主たる地位は失ってしまう。他方で、消滅会社の取締役に対する損害賠償請求権は、合併による包括承継により存続会社に帰属する。自らが株主である会社が被告に対する請求権を有しているという状況（利害関係の大きさ）には変化がないという点に着目すると、訴えを提起した時点における会社が消滅したことを理由として原告適格を失い、訴えが却下されるという帰結は、奇異にも感じられる。このことは、取締役が責任追及を免れる理由はないのに、存続会社以外にその責任を追及しうる者がいなくなってしまうということでもあること（提訴懈怠可能性）を考えると、なおさらである。もっとも、こうした問題は長らく顕在化することがなかった。取締役の責任が時効消滅しない限り、存続会社の株主としてあらたに代表訴訟を提起できるとも解しうることもあるかもしれない¹²⁾、何よりも、代表訴訟が提起されることがほとんどない時代が続いたことによるものであろう¹³⁾。

その後、平成五年商法改正により代表訴訟の目的の価額が明確化され、訴訟手数料の面で代表訴訟の提起を阻害していた要因のひとつが取り除かれた。また、平成九年の独占禁止法改正による持株会社解禁を受けて、平成一年に株式交換・株式移転の制度を導入する商法改正が行われた。この平成一年商法改正に際しては、株式交換・株式移転により完全子会社となる会社の株主はその地位を失って完全親会社の株主となるので、完全親会社を通じてしか完全子会社の経営に関与することができなくなってしまうという「株主権の縮減」という事態にどのように対処するかが問題となり、その一環として多重代表訴訟制度の導入も議論された。その結果、一定の改正事項には結実したものの¹⁵⁾、多重代表訴訟制度自体の採用は見送られている。そして、その際には、すでに提起された代表訴訟における原告適格の帰趨の問題は議論されず、この点に立法的な手当てがなされることもなかった。しかし、平成五年改正以降、代表訴訟が利用されるようになっていたことと、株式交換等を利用した企業再編行為も活発に行われるようになったことが相俟って、その後、組織再編行為によって株主たる地位を喪失した場合に代表訴訟の追行がな許されるかという問題が現実のものとなった¹⁶⁾。

株式交換・株式移転が行われた場合にこの問題が争われた下級審判決はいずれも、原告適格は失われたものとして訴えを却下した¹⁷⁾。明文上はもちろん、解釈上も多重代表訴訟は認められないという解釈論を基礎とするものである。しかし、実体法上の利益衡量としては、株主たる地位の喪失について株主側に何らの原因があったわけでもなく、また依然として完全親会社の株主であることで完全子会社との関係がまったく消滅してしまつたというわけでもないのに、完全親子会社の法人格の異別性だけを理由に原告適格を失うという結論は、いかにも不合理である¹⁸⁾。上記下級審判決に対する実体法研究者による評釈等は、ほぼすべてがその結論に反対した¹⁹⁾。しかし、実体法上の利益衡量としてはともかく、改正直後の時期であつたこともあつて民事訴訟法の立場からはその結論

に疑問の余地は少ないものであり、原告適格の帰趨の問題と位置づけられる以上、解釈論で解決するには限界もあつたといえよう。⁽¹⁹⁾

それに対して、合併の場合は、前述したように、株主たる地位とともに取締役に対する損害賠償請求権も設立会社・存続会社に引き継がれるということから、原告適格を失わないという解釈も提唱されていた。⁽²⁰⁾ 要綱はこうした解釈論を前提としているとされるが、少なくとも会社法制定前の時点では、やはり議論の余地は大きかつたものと思われ⁽²¹⁾る。

こうした状況のもと、平成一七年会社法制定により本条が規定された。章をあらためて検討する。

三 本条をめぐる解釈論

(一) 本条の適用

会社法は、多重代表訴訟制度は採用しなかつたもの⁽²²⁾、株主代表訴訟係属中の原告株主が、株式交換等により株主たる地位を失うことになつても、なお原告適格を失わない旨を定めた。しかしその範囲にも限界を画している。会社法では、いわゆる「対価の柔軟化」が採用されたため、株式交換等によつて株主としての地位を失う場合の中にも、完全親会社や存続会社の株主ですらなくなる場合もありうることとなつたからである(また、吸収合併後に存続会社の完全親会社の株主となるという場合もありうることとなつた)。

代表訴訟が法定訴訟担当として構成されていることから、取締役の損害賠償責任(訴訟物)に対して一定の利害関係を有している者に限定して、原告適格が認められることとなる。代表訴訟の損害填補機能という側面

からも、この利害関係の大きさが考慮される。他方で、代表訴訟の違法行為抑止機能という側面からは、責任追及を免れる理由もないのに訴えが却下されるといふ事態は、できるだけ生じないように解されるべきであろう。

本条の制定経緯を踏まえ、また多重代表訴訟制度は採用されていないという前提のもとで、「原告たる地位の継続」が認められる範囲が解釈されなければならない。

本条の適用を受ける株主は、完全子会社・消滅会社の取締役に対して代表訴訟を提起していた原告株主および当該代表訴訟に共同訴訟参加をしていた株主である(以下、単に「原告株主」とまとめる)。本条のいう「完全親会社」は本条および会社法施行規則二一九条一項が定めており、そのために必要な「完全子会社」の定義も同項が定めている。

本条は、原告株主が株式交換完全親会社・株式移転設立完全親会社・新設合併設立会社・吸収合併存続会社やその完全親会社(以下、「完全親会社等」という)の株主となる場合に限定された規定である。そして本条は、たとえば、株式交換・株式移転によって完全親会社の株主になった後、完全子会社の株主であった者が完全子会社の役員等に対して代表訴訟を提起することを認めるものではない。これは多重代表訴訟そのものである。たとえば株式交換・株式移転の前の責任に限定したとしても、あらたな代表訴訟の提起を認めるものではない。本条は「提訴資格の拡張」まで定めた条文ではない。合併の場合も同様である。

また、本条は、株式交換等「により」原告株主が完全親会社等の株主となったことを要件としている。つまり、交換対価や合併対価に完全親会社等の株式が含まれており(株式移転・新設合併の場合は当然に含まれている)、完全親会社等の株主となったことが要件である。たとえば、株式交換によっては完全親会社の株式を取得していないが、別の株式取得原因によってもともと完全親会社の株主でもあったという場合でも(「問題二」、原告適

格は失われる。原告株主と完全子会社との株式所有を通じた利害関係という面では、本条が規定する場合とちがいはないが、この場合に「原告たる地位の継続」を認めることは多重代表訴訟を認めることに接近する。完全子会社の株主としての地位に基づいて認められた原告適格は失われていることを前提とすると、完全親会社の株主としての地位に基づいて訴訟を進行することが認められているとも捉えられるからである。現行会社法が認めていない多重代表訴訟との境界は、「により」という要件で画されているものと解される。株式交換等の後に代表訴訟に参加する者も、株式交換等により完全親会社等の株主になった者に限られるであろう。²⁴⁾

本条が規定された以上、原告株主が株式交換等に賛成したかどうか問われないことに問題はなくなった。²⁵⁾ 代表訴訟の進行については本条が適用されることを前提としたうえで、株式交換等に賛成するかどうかを判断するからである。

完全親会社等が単元株式制度を採用しており、当該完全親会社等に対する提訴請求ができない単元未満株式しか取得できなかった場合（一八九条二項参照）はどうか。本条は完全親会社等に対する提訴請求権を前提としないう制度であるから、原告適格を失うことはないと解される。株式交換等の後、完全親会社等が単元株式制度を採用したり株式の併合がされて単元未満株主になった場合も、同様である。

代表訴訟を妨害する目的で（原告適格を失わせる目的で）株式交換等が行われ、原告株主が本条所定の要件を充たさなくなった場合はどうか。業務財産状況調査検査役の選任請求についての少数株主要件となった最高裁決定²⁶⁾の考え方に倣うとすれば、この場合は原告適格を失うことはないとも解されるが、完全子会社との株式所有を通じた利害関係がなくなった原告株主が、そのまま訴訟を継続して進行しうるのだろうか。株式交換等の無効の訴えの提起との関係が問題となるのではないかと思われる。

株式交換等の後、いったんは完全親会社等の株主になったものの、その後には株主でなくなった場合はどうか。代表訴訟である以上、株主であることは必要であるが、例外的に、本条二項は、株式交換・株式移転が行われた後、株式交換等が行われた場合であっても、その行為によって、原告株主が、完全親会社等の株式を取得する限り、原告適格は失われないことを規定している。新設合併・吸収合併が行われた後、株式交換等が行われた場合も、同様である(本条三項)。しかし、これらの株主でもなくなった場合は、原告適格は失われる。訴訟物に対する利害関係をまったく持たなくなつたとすれば、その者に訴訟の追行を認める必要はないし(また、いったん代表訴訟を提起した者であるということをもって適切に訴訟を追行する者であると期待することもできない)、判決の効力を受けるにふさわしい立場にもいない。²⁷⁾

株式交換・株式移転の後、完全親会社が完全子会社の株式を譲渡し、完全親会社でなくなった場合はどうか(次の合併の場合も含めて「問題一」)。原告適格を失うと解する見解が多数のようにも思われるが、いったん完全親会社の株主になった以上、わずかな株式の譲渡が行われたことをもって原告適格を失うと解する必要はない。²⁸⁾ 法文上も、完全親会社の株主であることを原告適格としているようにも読めるが、当該会社の株主であり続けることは求めているものの、当該会社が完全親会社であり続けることまでは要件としていないとも読める。

株式交換の場合、完全子会社であった会社の株主は、完全親会社の株主になつて株式所有を通じた利害関係を完全子会社に対して持ち続けるか、そうした利害関係をまったく失うかのいずれかである(単なる親会社の株主になるといふことはない)。本条が完全親会社の株主になることを要件としているのは、後者の場合に「原告たる地位の継続」が認められないことを示しているものであり、これが認められるためには完全親会社の株主という地位にあることが必要だということまでを示しているわけではないと解される。もっとも、譲渡株式数(発行

済株式の総数における割合) いかんで原告株主と完全子会社との利害関係は希薄になっていくし、その場合になお「原告たる地位の継続」を認めることは、親会社株主であることを理由として原告たる地位を維持することになるから、多重代表訴訟を認めることに近づいていく。多重代表訴訟が認められていない現行規制のもとでは、本条は、本来ならば原告適格を失ってしまうはずだが例外的に明文化することにより「原告たる地位の継続」を認めたものと位置づけて、解釈すべきであろう。立法政策上、完全親会社の株主であることが基準とされたものと解され、それ以上の判断基準を解釈によって決していくことは困難ではないか。わずかな株式の譲渡が行われたにすぎない場合にまで原告適格を失うと解する必要はないものの、原則としては原告適格は失われるものと解すべきである。²⁰⁾「原告たる地位の継続」が認められる譲渡の程度は事例ごとの判断にかかるといわざるをえないが、その際、譲渡の理由が重視されるべきではなからう。

合併の場合はどうか。合併においても、設立会社・存続会社の株主になる場合のほかは、存続会社の完全親会社の株主になったことが要求されている(その単なる親会社の株主になっただけでは「原告たる地位の継続」は認められない)。ここでは、存続会社の親会社の株主になった場合はどうかという問題と、いったん存続会社の完全親会社の株主になったが、その後完全親会社が完全子会社の株式を譲渡し、完全親会社でなくなった場合はどうかという問題(先の株式交換・株式移転の場合も含めて「問題一」)がある。しかし、合併の場合は、完全親会社の株主であることが要求される(株式交換の場合と同じような意味での)理論上の理由はない。たとえば、その親会社の株主であってもよいとする立法もありうる。しかし、立法政策上の判断として、株式交換・株式移転の場合と平仄を合わせて完全親会社の株主であることを要件としたものと解される。²¹⁾そこで、右に株式交換・株式移転について述べたところが同じように妥当するであろう。すなわち、厳密に完全親会社でなくても、それ

に近い株式所有比率がある親会社の株主になった場合には、本条の適用を受けてよいと解される。また、存続会社の完全親会社が完全親会社でなくなった場合、原則としては原告適格は失われる。もつとも、わずかな株式の譲渡が行われたにすぎない場合にまで原告適格を失うと解する必要はない。

(二) 本条の類推適用

本条は代表訴訟に関する規定だが、他の訴えの係属中に株式交換等によって株主たる地位が失われた場合にも類推適用されてよい。⁽³²⁾ 株主総会決議取消の訴えや新株発行・自己株式の処分が無効の訴えなどであるが、係属中の訴えについての提起権が少数株主権であるときも、完全親会社に対する持株比率にかかわらず原告適格を失わないものと解してよいと思われる。また、株主総会決議無効確認の訴えや不存在確認の訴えにおいて、この理由で確認の利益が失われるということもないであろう。もつとも、合併の場合は、消滅会社は消滅してしまっているから、訴えの利益が失われる場合も多いと解される。

株式交換等以外の行為によって株主たる地位を失った場合はどうか。全部取得条項付種類株式に関する一連の株主総会決議について、当該決議の取消しによって株主たる地位を回復する者は、決議取消の訴えにおける原告適格を失わないとする考え方は定着しつつある。⁽³³⁾ しかしこれは本条の類推適用の問題ではない。⁽³⁴⁾ 要綱でも、別途第二部第二4において、立法により手当てされる予定になっている。全部取得条項付種類株式や取得条項付株式による強制取得により株主たる地位を失った原告株主が提起していた訴え（代表訴訟も含む）については、取得の対価に完全親会社の株式が含まれており、原告が完全親会社の株式を取得するという場合にのみ、本条の類推適用が認められるものであろう。事業の全部譲渡の場合も、完全親会社が完全子会社に譲渡したような場合に限

定されるものと解される。⁽³⁵⁾その他、株主たる地位を喪失したり、少数株主権の要件を欠いたという場合の原告適格の帰趨の問題は、場合ごとに別途検討されるべき問題であるが、本条を類推適用できる場面は限られるのではないか。

それでは、以上で検討した解釈論は、「多重代表訴訟制度」「提訴資格の拡張」が認められることにより、何か影響を受けるだろうか。次章で「問題一」「問題二」を検討する。

四 要綱に基づく法規制のもとでの解釈論

(一)「問題一」について

「提訴資格の拡張」は、株式交換等が行われたことによって株主代表訴訟の原告適格を失うはずである場合でも、特定の者については、株式交換等が行われる前に発生した取締役の責任を追及するために提訴請求をし、代表訴訟を提起することができる旨を定める。特定の者とは、株式交換等の前にも提訴請求・代表訴訟の提起をすることができた者であり、かつ、株式交換・株式移転の場合は、それによって完全親会社の株主となり、提訴請求・提起時点でも株主である者である。⁽³⁷⁾合併の場合は、それによって新設合併設立会社・吸収合併存続会社の完全親会社の株主となり、提訴請求・提起時点でも株主である者および吸収合併存続会社の株主である。⁽³⁸⁾

あらたに代表訴訟を提起しうる場合を定める「提訴資格の拡張」については、その具体的な条文次第だが、前述した本条の解釈論(三)が妥当すると考えられる。すなわち、いったんは完全親会社(株式交換完全親会社・株式移転設立完全親会社・吸収合併存続会社の完全親会社)の株主になったものの、その後、当該完全親会社が

完全子会社の株式を譲渡して完全親会社でなくなった場合、当該株主はなお提訴資格（原告適格）を認められるかという問題についても、提訴資格を失うのが原則であると解される。しかし、本条の解釈（「問題一」）としては、要綱に基づく法規制を前提とした場合には、変容を受けるべきではないか。まず、株式交換・株式移転の場合について検討してみよう。

前述したように（三）、株式交換・株式移転の場合に完全親会社の株主になることが要件とされているのは、完全子会社との株式所有を通じた利害関係をまったく失う場合を除外することを示したにすぎないものと解される。たしかに、完全親会社の株主であることは、利害関係としてはもつとも大きな関係と捉えられるが、代表訴訟を進行する者がそうでなければならぬ理論上の理由は無い。原告株主が訴訟物に対して一定の利害関係を有すると認められる限り、「原告たる地位の継続」は認められてもよいと解される。もつとも、現行規制のもとでは本条が例外的に認められた制度であると位置づけられるところから、解釈論としては、完全親会社であるかそれに近い株式所有比率を有する会社の株主であることが要件と解される。

それに対して、要綱では「提訴資格の拡張」が認められたのであるから、これとの均衡をも考慮して解釈されるべきではないか。完全親会社の株主であり続けることを求めることに理論的な理由があるわけではないし、必ずしも例外的な制度と位置づける必要もなくなった要綱に基づく法規制のもとでは、訴訟を継続して進行することを認められてよい利害関係があるならば「問題一」に肯定的な解答を導くべきであることが、より鮮明になるのではないか。

代表訴訟を提起した原告株主は、その後、完全子会社（となった会社）の事情により完全親会社の株主となり、さらに当該会社の事情により当該会社が完全親会社でなくなったという状況にある。これらの会社の事情がなけ

れば、代表訴訟は当然継続して追行できていたはずである。原告適格の帰趨が問題になる原因が原告株主の側にあるわけではないし、とりわけ完全親会社が完全子会社株式を譲渡する際には、原告株主はその決定に関与できないのが通常である。他方で、被告取締役の側には、責任追及を免れる理由があるわけではない。本条の文言も、完全親会社の株主であり続けることが求められているわけではないとも読める。さらに、すでに訴訟手続が一定程度進行していることや、訴訟に費やした費用や時間を無駄にさせるべきでないということを考慮したとき、代表訴訟の損害填補機能や違法行為抑止機能が発揮されるべき機会を簡単に失わせることは、避けるべきであろう。「提訴資格の拡張」はあらたに訴えを提起する場合の規制であつて行為規範を示す規定であるから、より明確な基準が求められ、それに従つた解釈がされるべきである。しかし本条の解釈は、より柔軟に解されるべきであり、要綱に基づく法規制が実現することで、そのような環境が整つたものと考えられる。⁽⁴⁾「提訴資格の拡張」と「原告たる地位の継続」の要件は異なる解釈が採られてもよい、言い換えれば、本条については、現行規制のもとでの解釈と要綱に基づく法規制のもとでの解釈が異なつてもよいと考える。

それでは、どのような場合に「原告たる地位の継続」が認められると解されるか。その基準は、親会社であることに求められるだろう。現行規制においても、親会社株主が子会社に対して有している利害関係に鑑みて、監督は正のための権利や手段が設けられている。近時、再び、親会社株主の子会社からの保護という視点が重要視されるようになってきており、要綱はこうした視点にも基づくものとされる。⁽⁵⁾また、従来、わが国の多重代表訴訟制度に関する立法論・解釈論は、完全親子会社関係（純粹持株会社）が典型的に想定されているとしても、親子会社関係を念頭に置いて論じられてきた。原告株主が代表訴訟の継続的な追行を認められる程度の利害関係を訴訟物に対して有していることを前提として、代表訴訟の機能を発揮させるために相応な基準は、親子会社関係

であることだと考えられる。すなわち、完全親会社が完全子会社の株式を譲渡したことにより完全親会社でなくなったとしても、親会社であり続ける限り、そして原告株主がその株主である限り、本条の「原告たる地位の継続」は認められるものと解する。

吸収合併における存続会社の完全親会社についても、同様に解すべきである。もつとも、このように解すると、いったん完全親会社の株主になることを求める必要もなく、吸収合併の効力発生時において親会社の株主になった場合においても、「原告たる地位の継続」が認められてよいこととなろう。また、前述したように(三)、吸収合併の場合に完全親会社の株主となることが要件とされているのは、株式交換・株式移転の場合の規制に平仄を合わせたにすぎないものだとすると、上記のように考える限り、いったん完全親会社の株主たる地位を取得することを必要とする理由もない。本条の文言に変更が加えられないとすれば解釈論としては難しいが、今後の立法に際しては、本条一項二号の「完全親会社の株式」という文言は、「親会社の株式」と改められるべきである。

(一)「問題」の結論

原告株主が、株式交換・吸収合併によつては完全親会社・存続会社やその完全親会社の株主にはならなかったものの、別の株式取得原因によつてこれらの会社の株主ではあるという場合、原告株主は代表訴訟を継続して追行できるだろうか(問題二)。たとえば、株式交換の効力発生前に、完全子会社となる会社の株主として代表訴訟を提起していた原告株主が、完全親会社となる会社の株主でもあったところ、株式交換によつては完全親会社の株主たる地位を取得できなかったが、従前どおりの完全親会社の株主たる地位は維持しているというケースである。本条の解釈としては原告適格を失うと解されるが(三)、要綱に基づく法規制のもとではどうか。前述し

たように(四)(一)、原告適格の帰趨が問題になるのは原告株主の側に原因があるわけではないこと、被告取締役に責任追及を免れる理由もないこと、すでに訴訟手続が一定程度進行していることなど、代表訴訟が簡単に却下される事態は回避されるべきであることが、ここでもあてはまる。

まず、吸収合併存続会社の株主であるという場合はどうか。消滅会社が有していた、消滅会社の取締役に對する損害賠償請求権は、存続会社に承継されている。存続会社がこの請求権を行使することはできる。さらに、消滅会社の株主として提訴請求・代表訴訟の提起ができた者に限らず、存続会社の株主一般に、存続会社のためにこの損害賠償請求権を行使することが認められるとされる。消滅会社の取締役は存続会社に対する任務を懈怠したわけではないので、消滅会社とは何ら関係がなかった存続会社の株主もあらたな提訴請求・提起をすることができるということは、一般債務者に対する責任追及を認めることに近くなる。また、代表訴訟における原告株主は、被告となる者が取締役として就任している(あるいは、就任していた)会社の株主を指すものであるとの解釈にも変更を来すことにならう。しかしいづれにせよ、このことを前提とすると、「問題二」について「原告たる地位の継続」が認められるのは当然のこととなる。吸収合併存続会社の株主について本条が改正を受けないとすれば、特別の手続なくこれが認められることを明らかにする趣旨ということにならうか。なお、仮に「提訴資格の拡張」は消滅会社の株主として提訴請求・代表訴訟の提起ができた者に限られるとしても、これが認められる以上、「問題二」については本条の類推適用により「原告たる地位の継続」が認められると解される。原告株主が合併後の存続会社の株主としての地位を有している以上、その地位は合併によって取得したものであるとの理由で訴訟が却下される実質的な理由はない。

次に、株式交換完全親会社の株主または吸収合併存続会社の完全親会社の株主であるという場合はどうか。こ

れらについては完全親会社の株主としての立場を考慮することになるから、「多重代表訴訟」との均衡を考慮しながら検討する必要がある。まず、株式交換の場合はどうか。

仮に、原告株主が株式交換によっては完全親会社の株主にはならなかったとしても、それとは別に「多重代表訴訟」を提起できるとするならば、旧訴を却下したうえで新訴を提起させるといふ必要はないから、「原告たる地位の継続」を認めてよいと考えられる。しかしながら、取締役等の責任原因となった事実が生じた日において最終完全親会社の株主であるという「多重代表訴訟」の要件が(要綱第二部第一一(一)④)、株式交換前の完全子会社(になる会社)の株主について充たされることはない。つまり、いずれにせよ「多重代表訴訟」は提起できるのでから「原告株主たる地位の継続」を認めてよい、というケースは考えられない。しかし「多重代表訴訟」の要件をすべて充たすことはないとしても、「多重代表訴訟」が認められるだけの利害関係があるなら「原告株主たる地位の継続」を認めてよい(「問題二」について肯定的な解答を導くことができる)のではないか。

このような利害関係の大きさに着目するならば、まずは、完全親会社が有する完全子会社の株式の帳簿価額が当該完全親会社の総資産額の五分の一を超えており、原告株主が、当該完全親会社の総株主の議決権の一〇〇分の一以上の議決権または発行済株式の一〇〇分の一以上の数の株式を有する株主である(以下、「一%株主」という)場合なら(要綱第二部第一一(一)④)、本条の「原告たる地位の継続」を認めてよいのではないかとと思われる。しかし、さらに見ると、「五分の一」要件は、「多重代表訴訟」の被告とされる取締役の側の属性に着目して、その範囲を限定しようとするところに主眼があり、必ずしも利害関係の大きさを示す要件ではないのみならず、すでに代表訴訟が提起されていることを前提としている本条では、被告取締役の属性をあらためて問題にする必要がない。だとすると、本条の解釈との関係では、「多重代表訴訟」が認められる利害関係は完全親

会社の一%株主であることと捉えてよいのではないだろうか。すなわち、原告株主が株式交換によっては完全子会社との利害関係を失ったとしても、それとは別に、株式交換の効力発生日に完全親会社の一%株主であるとするれば、「原告たる地位の継続」を認めてよいのではないか。株式交換後に「多重代表訴訟」を提起できるだけの利害関係を訴訟物に対して有している者がすでに提起している訴訟を却下するためには、株式交換によって完全親会社の株主たる地位を取得したのではないという理由は、実質的には説得力に欠けるのではないだろうか。

このことは、吸収合併存続会社の完全親会社の一%株主である場合も、妥当する。

以上のような「問題二」についての解釈は本条の類推適用ということになるだろうが、問題は、原告たる地位は、完全子会社になった会社・消滅会社の株主としての地位に基づいて認められたので、完全親会社の一%株主という地位とは別個の地位であるという点である。しかし、この問題は「原告たる地位の継続」を認めるかという問題であって、別の者があらたに提訴請求・提起をすることではなく、同一人に帰属している二つの地位についての問題である。交換対価や合併対価の種類によってこの問題の結論を別異に解する必要があるだろうか。株式交換・吸収合併後も、相応の利害関係を訴訟物に対して有する地位にあるのであるから、これを認めるのに、株式の取得原因によって区別する理由に乏しいし、認めることによる弊害は想定しにくい。⁴⁶「問題二」のケースは解釈論で決するほかないと思われるが、要綱に基づく法規制のもとでは、上記のように解釈できるのではないかと考える。すなわち、存続会社の株主である場合は当然のこととしても、完全親会社の一%株主である場合も、株式交換等によってその地位を取得したのではなくとも、本条を類推適用して「原告たる地位の継続」は認められるものと解する。

五 結びに代えて

本稿では、要綱に基づく法案が公表されていない段階ではあるものの、会社法にあらたに導入される「多重代表訴訟制度」「提訴資格の拡張」が本条の解釈に与える影響について、検討した。これらの新設によって必ずしも例外的な制度とは位置づけられなくなった本条については、いったん提起された株主代表訴訟が簡単に却下されることは避けられるべきとの要請を、従来よりいっそう重視して解することも可能になったのではないかと考える。

誠に拙いものではあります。本稿が捧げられる梶浦桂司君は、中央大学大学院の院生として六年後輩にあたります。最近、日本私法学会が開催される折りにお会いできることを楽しみにしておりました。とりわけ三年前の同学会は札幌で開催されたこともあり、夜遅くまで(明け方近くまで)、梶浦君と同期のもう一人の後輩を交えて三人で一緒に楽しい時間を過ごすことができました。その翌年もまた、昔話も近況も織り交せて大いに語ることができ、名残惜しくお別れした時のことを鮮明に覚えています。昨年、学会開催の時期を間近に控え、再会を本心に心待ちにしていた矢先の、青天霹靂の知らせでありました。

梶浦桂司君は、まっすぐで、笑顔のさわやかな、そして、またお会いして議論をしいたい後輩です。本稿についても、親子会社規制に強い関心を寄せて業績を積んでこられた梶浦君のご意見をお聴きしたく思っています。心よりご冥福をお祈りいたします。

(二〇一三年一月一五日脱稿)

- (1) 法制審議会会社法制部会が決定した「会社法制の見直しに関する要綱案」および附帯決議が、原案どおり採択された。この要綱案の解説として、岩原紳作「『会社法制の見直し』に関する要綱案」の解説〔I〕～〔VI・完〕旬刊商事法務一九七五号四頁、一九七六号四頁、一九七七号四頁、一九七八号三九頁、一九七九号四頁、一九八〇号四頁（二〇一二年）（後に『会社法制の見直し』に関する要綱の概要」別冊商事法務三七二号一頁以下に収録、以下「岩原解説」として同書の頁数で引用する）。
- (2) 現段階ではこの要綱を受けた法案は公表されておらず、本稿はこうした限界を抱えたものであるが、とりわけ行為規範と評価規範の区別（本文後述）という視点を要綱に基づく法規制に投影して本条の解釈の変容を示しうるとすれば、何らかの意味もあるのではないかと考えている。
- (3) 岩原解説・二七頁。
- (4) もっとも、要綱は、新設合併により設立会社の株主となった場合、吸収合併により存続会社の株主となった場合を、定めていない。消滅会社の株主がこれらの株主になった場合については、当然に「提訴資格」が認められるとの理由に基づく（岩原解説・二七頁）。以下、要綱に直接の定めはないが、現行規制と比較する意味で、この場合も含めて「提訴資格の拡張」という。なお、同じく、本稿の「株式交換等」も、要綱第二部第一②③とは異なる。
- (5) 完全子会社・消滅会社が公開会社であった場合の六か月の株式保有期間要件は、株式交換等の効力発生日の六か月前からとされている（要綱第二部第一②③）。つまり、吸収合併存続会社の株主を除き、株式交換等の前でも提訴請求・提起ができた者であることが要件とされている。
- (6) 岩原解説・二七頁。
- (7) 行為規範・評価規範の区別につき、新堂幸司『新民事訴訟法 第五版』五八頁、五九頁（二〇一一年）など。会社法学におけるこの区別について、拙稿「会社法における行為規範・評価規範の区別の意義」アルテス・リベラレス（岩手大学人文社会科学部紀要）六一号二七頁（一九九七年）など。
- (8) 商法二六七条・二六八条は幾たびかの改正を受けている。実務的にもっとも大きな影響を与えたのは平成五年改正であるが、提訴請求および訴え提起に関しては、平成一三年一二月改正で、提訴請求を受けての監査役の考慮期間が三十日から六十日に伸張された。また、六十日の期間経過後に訴えを提起できる株主が、提訴請求をした株主であることが、文言上、明確にされた。そのほか、平成一三年一二月改正では、提訴請求を電磁的方法によって行うことが認められたため、二六七条二項が挿入される（項番号がずれる）改正が行われた。以下、条文の内容については、会社法制定直前の規制に限定して触れる。

- (9) 平成一七年改正前商法一九六条、二八〇条一項、四三〇条二項、二九四条ノ二第四項、二八〇条ノ一第一二項が同条を、二八〇条ノ三九第四項が二八〇条ノ一を準用しており、発起人、清算人、株主の権利の行使に関して利益の供与を受けた者、取締役と通じて著しく不正な発行価額で株式・新株予約権を引き受けた者に対する代表訴訟を認めていた。以下、取締役が被告である場合を代表させて言及する。
- (10) このことは、たとえば親会社株主が子会社取締役に対して代表訴訟を提起することはできないことを意味するものとして、言及されるようになった。すなわち、本文で後述するところと同じく、この点での「株主」の意義も、平成一一年商法改正以降、意識されるようになった。
- (11) もっとも、立法当初より、原告株主がその持株を全部譲渡した場合がもっぱら想定されていた。たとえば、大隅健一郎「森忠夫『逐条改正会社法解説』二九九頁(一九五一年)、北沢正啓「株主の代表訴訟と差止権」『株式会社法講座 第三卷』一一四頁、一一五頁(一九五六年)など(なお、通説に反対、松田二郎「鈴木忠一『條解株式会社法上』三一四頁(一九五一年)」。要するに、「訴訟係属中に訴訟当事者そのものに死亡、訴訟能力の喪失などの変化が生じた場合の処理」と区別された、「訴訟係属中に、訴訟当事者との間で一定の関係を有することによってその当事者に訴訟適格を与えていた他者(会社など)に変化が生じた結果として当事者の資格に変動がある場合の処理」(関・後掲注(20)一〇八頁)については、議論されてこなかった。なお、前者については、右文献や『新版注釈会社法(6)』三六七頁(北沢正啓)(一九八七年)、山本忠弘「代表訴訟係属中の会社の破産・損害賠償請求権の譲渡等」『会社法の争点』一六〇頁(二〇〇九年)など参照。
- (12) もっとも、被告となるべき者は存続会社(新設合併設立会社も同様)の取締役とは限らないし、その者の責任は存続会社に対する義務違反に基づくものではないから、合併後に、消滅会社の取締役であった者に対する代表訴訟の提起はできないと解されるべきであったと思われる。関・後掲注(20)一一〇頁。
- (13) 柴田和史「株式移転における株主代表訴訟の問題」判タ一一二二号二五頁(二〇〇三年)は、「学説は、代表訴訟がそのまま継続できると考えていた」とされる。
- (14) 親会社の株主に子会社の株主総会議事録・取締役会議事録・株主名簿・計算書類・会計帳簿等の閲覧等請求権を認めて情報開示手段を強化し、また、監査役・会計監査人の子会社調査権や子会社の業務財産状況を調査するための検査役選任請求権を新設し、それに応じて監査報告書の記載事項の改正が行われた。
- (15) 江頭憲治郎「武井一浩」川西隆行「原田晃治」特別座談会「株式交換・株式移転」制度の活用について」ジュリ一一六八号一〇〇頁(一九九九年)。

- (16) 東京地判平成一三年三月二九日判時一七四八号一七一頁、東京地判平成一五年二月六日判時一八二二号一四三頁、名古屋高判平成一五年四月二三日LEX/DB文献番号280082302（一審・名古屋地判平成一四年八月八日判時一八〇〇号一五〇頁）、東京高判平成一五年七月二四日判時一八五八号一五四頁。
- (17) 株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟（1）」旬刊商事法務一六八〇号四頁（二〇〇三年）など。その理由づけは、解釈上は多重代表訴訟が認められるとの立場を基礎にするものと、株式交換等の場合の原告適格の継続を解釈上認めるというものとに、大別して整理されている。株主代表訴訟制度研究会・前注（17）五頁。
- (18) 下級審判決・学説を通じて、実体法上の利益衡量については問題意識を共有していたものと思われるが、この問題は、平成一一年改正で新設されたばかりの株式交換・株式移転という制度自体に大きくかわる問題であり、また、多重代表訴訟制度のあり方とも関連する。万能ではない裁判所が原告たる地位の継続を認める解釈を採ることは、難しかったのではないか。この点は、たとえば、株主たる地位を失ったものの「決議が取り消されれば株主たる地位を回復する者」であればなお株主総会決議取消の訴えを継続して追行しようとした諸判決（東京高判平成二二年七月七日判時二〇九五号一八二頁、東京高判平成二三年四月二八日判例集未登載（福島・後掲注（34）四三四頁に紹介がある））とは、事情が異なると思われる。
- (20) 吉本健一・判評五一六号（判時一七六七号一八二頁）三六頁、一八五頁（二〇〇二年）、関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリ一二三三号一〇七頁、一一〇頁（二〇〇二年）。
- (21) 岩原解説・二七頁。
- (22) 江頭憲治郎「『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説（Ⅲ）」旬刊商事法務一七二三号四頁、九頁（二〇〇五年）（後に収録された『会社法制の現代化の概要』（別冊商事法務二八八号）では二七頁、以下「江頭解説」として同書の頁数で引用する）。
- (23) 会社法制定に際しても、多重代表訴訟の導入が議論されたが、結局採用には至らなかった。江頭解説・二七頁。
- (24) 本条は、株式交換等の後の訴訟参加について定めていないが、参加を認めない趣旨とまで解する必要はない。
- (25) 会社法制定以前は、解釈上「原告たる地位の継続」を認める立場でも、この点については疑義もあった。関・前掲注（20）一一〇頁注（14）。
- (26) 最決平成一八年九月二八日民集六〇巻七号二六三四頁。もともと、この決定には疑問もある。拙稿「株主の当事者適格」企業訴訟法における会社法学の若干の課題」『会社法学の省察』三三二頁（二〇一二年）参照。
- (27) それに対して、原告適格が失われるべきでない」と解する見解もある。『新基本法コンメンタール 会社法3』四一五頁（山田泰弘）（二〇〇九年）など参照。

- (28) たとえば、神田秀樹『会社法 第十四版』二四五頁注(1)(二〇一二年)。
 原告適格を失うと解する見解が、解積の余地もまったくないということまで意味しているかは判然としない。
- (29) なお、本条二項三項が定める場合以外は「原告たる地位の継続」は認められないとの反対解積もできそうだが、株式交換等の後にさらに組織再編行為が行われた場合の規定と解することもできる。また、本条二項三項の「株主でなくなった」ときは「問題一」の解決についての決め手にはならない。
- (30) 項は「問題一」の解決についての決め手にはならない。
- (31) 神田・前掲注(28)二四五頁注(1)参照。
- (32) 江頭解説・二七頁、江頭憲治郎『株式会社法 第4版』四六三頁注(8)(二〇一一年)など。
- (33) 前掲注(19)・東京高判平成二三年七月七日、同・東京高判平成二三年四月二八日。
- (34) 福島洋尚「全部取得条項付種類株式を用いた少数株主の締め出しと株主総会決議の効力を争う訴え」『会社法学の省察』四二四頁、四三六頁(二〇一二年)。
- (35) 吉本・前掲注(20)三六頁。完全親会社の株主が、取締役に対する損害賠償請求権を譲り受けた完全子会社のために、完全親会社の取締役に対する代表訴訟を継続して追行するという変則的な形態となるか。
- (36) なお、事業の一部の譲渡や会社分割の場合は、取締役に対する損害賠償請求権を譲渡の対象としうるかという問題が絡む。この問題について、たとえば山本・前掲注(11)一六一頁、山田・前掲注(27)四一五頁など参照。
- (37) 前掲注(5)参照。
- (38) もっとも、提訴請求がされた責任について、完全親会社が責任免除の決定(四二四条)をした場合は、それが濫用とされない限り、代表訴訟を提起しても却下されることとなる。
- (39) 前掲注(4)参照。
- (40) なお、前掲注(4)のように、新設合併設立会社・吸収合併存続会社については、当然に「提訴資格の拡張」が認められるとされる。規制の基礎となる同じ法律関係について、会社法立法の際には例外的に「原告たる地位の継続」が定められたものが、要綱では当然に「提訴資格の拡張」が認められると位置づけられるという状況の変化も見られる。
- ここにいう「行為規範を示す規定」というのは、この条文が機能する局面は、これからどうすべきかを評価するという側面が強いという意味であって、提訴資格があるから提訴しなければならぬということを示しているという意味でないことはもちろんである。

(41)

いささか屁理屈めくかもしれないが、多重代表訴訟が認められていない法規制のもとでは、多重代表訴訟を認めることに近くなる解釈には謙抑的であるべきだが、「多重代表訴訟」が認められる法規制のもとでは、「多重代表訴訟」に抵触しない限り、代表訴訟の機能を最大限發揮しうる解釈が採られてもよいとも考えられるのではないか。

(42)

岩原解説・二二頁。

(43)

岩原解説・六六頁（注一五三）。

(44)

株式交換によって完全親会社となった会社の株主ではあった、という状況はありうるが、責任発生時には完全親子会社関係はなかつたのであるから、この要件を充たすことはありえない。

(45)

岩原解説・二五頁。子会社取締役であっても「実質的には親会社の事業部門の長である従業員にとどまる場合」には「多重代表訴訟」の利用を認めず、「親会社の取締役等に相当し得る重要な子会社の取締役等に限り」、その利用を許容しようとする趣旨である。

(46)

本文のように解したとしても、さらに政策的には、株式交換の場合、完全親会社となった会社（公開会社）の1%株主たる地位は、株式交換の効力発生日の六か月前から有していなければならないとの要件（要綱第二部第一一（一）③）を必要とすることも考えられる。しかしすでに代表訴訟を提起しているのであるから、その必要性はうすいと考える。