

企業再編対価の柔軟化と株主代表訴訟

外国会社株式または現金を対価とする企業再編
が株主代表訴訟の原告適格に与える影響

山 田 泰 弘

- ・はじめに 問題の提示
- ・株式交換・株式移転と株主代表訴訟
- 1. 判例の展開
- 2. 学説の展開
- 3. 検討 株主代表訴訟の原告適格に関する基本的な考え方
 - (1) 株主代表訴訟の原告適格が維持されると解すべき必要性
 - (2) 株主代表訴訟の原告適格が維持されると解する許容性
- ・「企業再編対価の柔軟化」
- 1. 「企業再編対価の柔軟化」が求められる背景とその利用例
- 2. 検討 企業再編対価が柔軟化された場合の株主代表訴訟の帰趨
- ・むすびに代えて
 - 「会社法制の現代化に関する要綱案（第2次案）」を受けて

・はじめに 問題の提示

事業会社であるA社の取締役に対する株主代表訴訟が係属しているときに、A社につき株式交換または株式移転が行われ、完全親会社B社の完全子会社となった場合、当該株主代表訴訟の帰趨はどうか。

この問題に関して下級審では、原告が被告取締役の会社であるA社の完全親会社B社の株主となることから、当事者適格を喪失するとして、当該株主代表訴訟を却下するものが、相次いでいる¹⁾。

このような下級審判決に対しては、一般メディアからも多くの批判がよせられた²⁾。原告株主は、自らがそれほど利益を得ることにはならないのに、会社に対して提訴請求を行い、株主代表訴訟を提起する。審理が進んで裁判所の心証が形成され、判決の実体が形成されるまで、彼（女）は訴

訟を進行しなければならない。それに対して、会社の主導的立場にあるという地位を利用して、被告取締役が会社に株式交換や株式移転を行わせて、原告株主の一連の訴訟活動を無にすることができるとすれば、会社法制度・司法制度に対する国民の信頼を損ないかねない。この点が、とりわけ問題である。

もっとも、下級審判決自体も、必ずしも自身の判断が正当であるとは考えていないようである。たとえば名古屋地判平成14年8月8日（東海銀行事件）は、次のように述べる。「仮に当該子会社〔株式移転により完全子会社となった事業会社（筆者注）〕の取締役の責任が明白であるにもかかわらず、なお完全親会社がその責任追及を行わないような場合には、完全親会社の株主は、完全親会社の取締役に対して株主代表訴訟を提起し、その任務懈怠責任を追及することによって対処すべきものであって、仮にこのような間接的な態様での当該子会社の取締役の責任追及が不十分なものに止まるものとしても、それは、…（中略）…立法上の裁量判断の結果にほかならない³⁾。救済されるべき者が救済されないという状況を発生させたのは、立法段階に問題があるからだとする⁴⁾。

以上のような状況を受けて、平成17年に商法から会社編を分離し、単行法化することを目的とする「会社法制の現代化に関する要綱試案」の第4部第4-8注 では、次のような立法提案がなされている⁵⁾。その提案は、「判例上、株式交換・株式移転による持株会社の創設によって原告適格を喪失するとされていることについて、原告適格が喪失しないとの立法上の手当てを行う」というものである。

しかし、この立法提案の是非を検討する際に新たな問題が加味された。それは、「会社法制の現代化に関する要綱試案」が同時に提案する「企業再編対価の柔軟化」との整合性をどう図るかという問題である。

「会社法制の現代化に関する要綱試案」が提案する「企業再編対価の柔軟化」は、次のようなものである。「吸収合併、吸収分割及び株式交換の場合において、消滅会社等の株主に対して、存続会社の株式を交付せず、

金銭その他の財産を交付すること(いわゆる「合併対価の柔軟化」)を認めるものとする」(試案第四部第7-1)。従来、合併対価に代表される企業再編の対価は原則として存続会社の株式と理解されていたが⁶⁾、これを存続会社の株式に限定せず、他社の株式(存続会社の親会社株式などで、外国会社株式の場合もある)、社債、現金などをも許容するという。

企業再編対価が柔軟化した場合には、企業再編により、株主代表訴訟の原告株主が被告取締役の会社の完全親会社(内国法人)の株主になる場合だけでなく、完全親会社となる外国法人の株主となったり、社債権者となることもあれば、現金対価のみが支払われ、被告取締役の会社との実質関係が切断される場合も生じうる。株主代表訴訟において、株式移転・株式交換が行われた場合に原告適格を喪失させないとしても、これら全ての事例で原告適格の維持を認めうるか⁷⁾。

本稿は、企業再編対価を柔軟化するという提案が受け入れられた場合に、株主代表訴訟の係属中に企業再編が行われることが、原告株主の当事者適格にどのような影響を与えるか、という問題を考察する。

具体的には、第一に、企業再編対価が株式に限定される現行法の下で、株主代表訴訟係属中に企業再編が行われた場合に、原告株主の当事者適格がどう扱われるかにつき、下級審判決、学説の状況を概観し、検討する。第二に、企業再編対価の柔軟化が求められる背景や、先行して例外的に企業組織再編対価の柔軟化を認める産業活力再生特別措置法(以下、産業再生法、とする)の下での運用例を見ることで、実際に想定される事例を抽出する。第三に、第二で抽出した事例の下で、株主代表訴訟の帰趨がどうなるかを検討する。最後に以上のまとめを行うことにしよう。

・株式交換・株式移転と株主代表訴訟

1. 判例の展開

この問題に関する最初の下級審判決は、東京地判平成13年3月29日(以

下では興銀事件判決）であった⁸⁾。

この事件の概要は次の通りである。日本興業銀行（以下興銀）の株主Xは、1999年4月19日に、興銀の取締役であるYらに対し、日本債券信用銀行の再建救援のために増資に応じたことなどの注意義務違反行為により興銀に損害が発生したとして、彼らに対する株主代表訴訟を提起した。この株主代表訴訟が提起された後の2000年9月29日に、興銀、富士銀行および第一勧業銀行の持株会社として「みずほホールディングス」が共同の株式移転により設立された。この株式移転により、Xらは「みずほホールディングス」の株主となり、興銀の株主ではなくなった。Yらは、これによりXらが本件訴訟の原告適格を喪失したとして、請求の却下を求めた。

東京地方裁判所は、これに対して次のように判示している。「商法267条1項が株主代表訴訟を提起しうる者として『六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主』と規定しているのは、株主代表訴訟の原告適格を定めたものであり、右『株主』とは、文理上は被告である取締役が属する会社の株主であると解されるところ、この点につき株式移転によって原告が株主たる資格を喪失した場合に株主代表訴訟の当事者適格が維持される旨を定めた特別の規定はなく、また、法律の文理に反して原告の当事者適格の維持を認めると解釈すべき特段の理由もない」として、株主代表訴訟を却下した。

この後は、興銀事件判決に沿って、原告株主の当事者適格を否定する下級審判決が相次いだ。これらの判決では、原告株主の当事者適格を否定する理由が、もう少し具体的に示される。

株主代表訴訟係属中に株式交換が行われた事例につき、東京地判平成15年2月6日（三井不動産販売事件）⁹⁾は、原告株主の当事者適格を否定したが、その理由を次のように述べる。「株主代表訴訟は、法が株主らをはじめとする株式会社をめぐる種々の経済主体の利益状況をも勘案の上、一つの政策判断として、一定の要件の下に株主に対して単独株主権として会社の有する権利について訴訟担当する権能を付与したものであると解される。従って、その原告適格について定める商法267条1項の解釈において

も、法の文理に従った解釈がなされるべきであり、安易な拡張解釈は差し控えるべきものである。『商法上『親会社』と『子会社』の用語は明確に区別して用いられている』ことによれば、『商法267条1項にいう『株主』とは、被告である取締役が属する会社の株主に限られ、親会社の株主が、親会社の取締役に對して、子会社の取締役の責任追及を怠ったとして株主代表訴訟を提起できることは格別、直接子会社の取締役に對して株主代表訴訟を提起し追行することを法は許容していないというべきである。そして以上の理は、株主代表訴訟の提起後に原告が株式交換により被告たる取締役が属する会社の株主の地位を失い、その親会社の株主の地位を取得するに至った場合も同様であり、株式交換による株主たる地位の変更については株式交換の手続の中で保護が図られる仕組みになっている（商法353条、354条、355条等）一方、株式交換により法が原告に当事者適格を付与する前提とした会社をめぐる利益状況は、親会社の既存株主等を含めた新たな利益状況に転化することとなるから、このような場合に於て法の趣旨を拡張して原告適格が維持されるとの解釈をとることは相当ではないというべきである。とすると、原告は、本件訴えの原告適格を喪失したものとわざるを得ない』。もっとも、興銀事件判決の枠組みと同様、個別救済を計るべき特段の事情があれば、原告適格が維持される余地を残してもいる。

株主代表訴訟係属中に共同の株式移転が行われた事例において、名古屋地判平成14年8月8日¹⁰⁾、名古屋高判平成15年4月23日¹¹⁾（東海銀行事件）も、次のように述べ、原告株主の当事者適格は喪失すると判断している。「二重代表訴訟の採用がなされなかったことは明らかである。」「株式移転による完全親子会社設立前にすでに提起されている株主代表訴訟の帰趨も問題となるが、これについても商法の改正に際し何らの規定がおかれなかった。二重代表訴訟を否定したのに、すでに提起されている株主代表訴訟の帰趨に関し何らの規定が置かれなかったのは、法は上記訴訟の存続を認めない、少なくとも、上記訴訟の存続を積極的に認めるものではない

との立場に解される。したがって、上記訴訟を存続させなければならない特段の必要が認められない限り、上記訴訟の存続は許されないと解釈すべきである。したがって、当裁判所は、上記問題について解釈の余地がないとまではいうものではなく、現行法の文理を無視しても上記訴訟の存続を認めなければならない特段の事情があるとは認められないので、…(中略) …原告適格を喪失すると解釈したものである。」

それでは、具体的にいかなる事情があれば、原告適格が維持されるとなるか。この点につき、東海銀行事件高裁判決は、地裁判決を引用しながら、次のように判断する。

株式移転に反対する株式買取請求権については、「承認ノ決議ナカリセバ其ノ有セベカリシ公正ナル価格」に株主代表訴訟によって回復されるべき賠償額を反映させることが困難であることは否定できないが、「株式移転が株主代表訴訟の回避を目的として行われたようなごく例外的な場合においては、そのような株式移転は無効となり、株式移転無効確認の訴えを提起することによって是正する途が残されている」として、株式移転無効の訴えが提起されている場合には、原告適格は維持される余地を肯定している。それ以外については、特段の事情に該当しないとしている。「係属中の株主代表訴訟を認めても、被告にとって予期せぬ応訴負担や不利益が発生したり、濫訴の増加が懸念されることがないとしても、このような事情は特段の事情とならない。」「株主の地位を喪失したことが意思に基づかないことは、原告適格の存否を判断する重要な要素ではない。」「完全親会社の取締役が、Yらの善管注意義務違反を追及しようとした場合、消滅時効を援用される自体はあり得るであろうが、商法が適切な立法的措置を講じていないための例外的な事柄であり、このことを理由として、上記訴訟の原告適格は喪失しないとするのは相当ではない。」

この他、株主代表訴訟係属中に株式交換が行われた事案につき、ほぼ同様の判断から、原告適格が喪失すると判断するものとして、東京高判平成15年7月24日（横浜松坂屋事件）¹²⁾がある。

2. 学説の展開

学説においては、立法論はともかくとして、現行法の解釈としては下級審判決の取り扱いを肯定するもの¹³⁾もないわけではない。しかし、大多数の学説は、下級審判決の取り扱いを否定し、主として次の九点を論拠に、株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われた場合には原告適格の維持を認めるべき特段の事情が存在するとする。原告が訴訟中に株主の地位を失ったのが、その意思に基づくものではなく、会社の一方的な行為による場合は、商法267条1項にいう「株主」であり続けると解すべきである¹⁴⁾。株式交換・株式移転によって株主資格を失うといっても、株式交換・株式移転の実質は組織変更に過ぎず、原告株主は、完全親会社の株主になることによって、実質的な株主としての利益を当該会社について持ち続けているので、当事者適格の維持を認めるべきである¹⁵⁾。完全親会社または子会社となった当該会社が責任追及することは期待できない¹⁶⁾。株式交換・株式移転では株式買取請求権だけでは、救済として不十分である¹⁷⁾。原告適格の維持を認めなければ、被告取締役らの責任回避を可能とする¹⁸⁾。これは、責任免除手続と比較して、株式交換・株式移転の手続は、決議要件・情報開示の点で緩やかである点を問題としている¹⁹⁾。株主代表訴訟以外の株主の共益権を訴訟で行使する場合であっても、それらの訴訟係属中に、会社側の一方的な行為により提訴資格を奪われないと解釈するものがおおく、それとの整合性からも認められるべきである²⁰⁾。二重代表訴訟を肯定することから当然に認めるべきである²¹⁾。株式交換・株式移転を法人格が維持されたままの合併ととらえれば、当然に原告適格が維持される²²⁾。～のまとめ的な見解であるが、

株主代表訴訟などの会社訴訟は、単に株主の個人的な利益追求のための訴訟ではなく、株主全体の利益のための共益権行使という側面がある。よって、原告株主が適切に会社訴訟を遂行する利害関係を会社に対して有しており、また現に適切な訴訟追行の意思と能力があると見られる場合には、原告株主に訴訟活動を認める方が、利害関係者の保護、訴訟経済、司

法制度に対する信頼の確保，会社法のエンフォースメントの確保といった観点からは望ましい，とする²³⁾。

3．検 討 株主代表訴訟の原告適格に関する基本的な考え方

(1) 株主代表訴訟の原告適格が維持されると解すべき必要性

株主代表訴訟の係属中に，原告株主が当事者適格を喪失しそうになった場合に，どのような対処が考えられるであろうか。

日本の民事訴訟法の下では，訴訟物の譲渡等，紛争主体の変動があった場合には，それを訴訟に反映させるために，新たに紛争の主体となった者を当事者として訴訟に加入させ，前主（訴訟当事者）の訴訟上の地位を承継させる訴訟承継主義が採用される（民事訴訟法49条～51条²⁴⁾。また，民事訴訟法学においては，債権者代位訴訟のアナロジーから，株主代表訴訟は，第三者（株主）が自己の権利に基づき，第三者自身（株主）の利益保護のために他人（会社）の権利関係に関する訴訟追行権の行使を第三者（株主）に認めた法定訴訟担当，いわゆる担当者のための法定訴訟担当と伝統的に考えられている²⁵⁾。このため，訴訟承継主義の下では，株主が自らのために訴訟追行する株主代表訴訟にあっては，原告株主が株主資格を失うと株主代表訴訟の当事者適格を失うとの結論が導き出せる。この点からは，下級審判決が株式交換・株式移転が行われた場合に，原告株主が当事者適格を失うとして代表訴訟の継続を否定することも，理解できないわけではない²⁶⁾。

原告株主が当事者適格を喪失するとした場合に，当該株主代表訴訟の帰趨はどのように処理することが可能か。

第一に，訴訟法的には，株式の承継人である完全親会社が訴訟参加の申出をすれば，株主代表訴訟は，完全親会社による株主代表訴訟として係属する（民事訴訟法47条，49条）。訴訟の当事者の申立により，裁判所は決定で，株式の承継人に訴訟を引き受けさせることができるとも考えられようが（民事訴訟法51条，50条），この点の妥当性はまだ考慮が必要となる²⁷⁾。

第二に、会社法的には、完全子会社となる会社（被告取締役の会社）は、株主代表訴訟に訴訟参加することができるから（商法268条2項）、完全子会社となる会社（監査役）が訴訟参加することで、会社による責任追及訴訟として係属することが考えられる。この点、株主代表訴訟の原告株主の当事者適格が喪失する場合には、訴訟承継をするために、訴訟参加する義務が監査役にあるとも主張される²⁸⁾。

それでは、完全親会社および完全子会社となる会社（監査役）のいずれもが訴訟承継を申し立てない場合は、どうか。この場合、民事訴訟法では、訴訟の中断、受継の問題として処理される。民事訴訟法の通説的な理解では、株主代表訴訟は、原告株主は「他人のために訴訟の当事者となるもの」ではないために、資格を喪失したとしても、訴訟は中断せず、訴訟が終了するとされる²⁹⁾。

もっとも、株主代表訴訟の性質が株主が共益権に基づいて会社の権利を代位行使（臨時的機関として行使）するものと従来より理解され、代表訴訟性（株主のクラスアクション）としての性質も有するとされる。会社の臨時的機関として会社と被告取締役との間の関係における訴訟追行が認められる点を強調すれば、むしろ「資格に基づく訴訟担当」として「他人のために訴訟の当事者となるもの」と理解すべきことになる³⁰⁾。このような理解に基づけば、「同一の資格を有する者」すなわち完全親会社が訴訟を受継することになる（民事訴訟法124条1項5号）。他方、全株主のためのクラスアクションという点を強調すれば、選定当事者訴訟に近く、選定当事者の資格喪失の場合と同様に、完全子会社の株主すなわち完全親会社が訴訟を受継することになる³¹⁾。

たしかに、株主代表訴訟が株主の共益権に基づく訴訟であることから、資格に基づく訴訟担当や選定当事者訴訟に近似することは肯定しうる。しかし、ここで問題とする株式交換・株式移転といった事例以外にあって、同様のスキームを採用することは妥当とはいえない。なぜなら、株式譲渡の実態を考慮すれば、株式を譲り受けるだけで、株主代表訴訟の訴訟追行

をも引き受ける意思があるとは考えにくく、訴訟の承継の申立てがない場合に、裁判所が職権で株主代表訴訟の受継を決定しようにも、「同一の資格を有する者」（原告以外の株主）の誰にそれを引き受けさせるか（引受を強制させるか）を決定することは困難となるからである³²⁾。このため、株式交換・株式移転といった事案でのみ訴訟の受継を完全親会社に義務づけることになるとすれば、それを正当化することは困難とはならないか。

この点を重視して、他に承継する者がいない以上、訴訟経済や当事者の公平維持の観点からは、訴訟物たる実体法上の権利の最終的な帰属主体である、被告取締役の会社（完全子会社）がこれを承継する訴訟法上の義務を負うと解する見解も提唱されている³³⁾。

以上のように、株主代表訴訟の原告株主の当事者適格が喪失するとした場合には、完全親会社の訴訟の承継または受継、完全子会社となる会社の訴訟の承継または受継といった手段による対応が考えられる。しかし、いずれの場合にも、完全親会社または完全子会社となる会社が、真摯に被告取締役に対する責任追及訴訟を進行するとは考えにくい³⁴⁾。完全親会社を代表する代表取締役、完全子会社となる会社を代表する監査役の訴訟進行の適正さは、終局的には、不適切な訴訟進行を行った場合には、善管注意義務違反となりその責任が追及されるかもしれないという状況と、株主がそのような場合には被告取締役に対する責任追及訴訟に訴訟参加する（商法268条2項）ことによって担保される。しかし、完全親会社は、完全子会社となる会社の株主として代表訴訟提起権を行使することになるが、その株主権の行使は、基本的には経営者（取締役会・代表取締役）の経営判断の問題として、彼らの裁量によって判断されることになる。このため、完全子会社となった会社の被告取締役に対する責任追及訴訟（完全子会社となった会社の株主代表訴訟）の進行が不適切であるとして、完全親会社の代表取締役の責任を追及する株主代表訴訟（完全親会社の株主代表訴訟）を提起した場合には、原告である親会社株主の立証負担は重くなってしまう。完全子会社が株主代表訴訟を承継した場合には、より深刻である。

他に株主代表訴訟を承継する者がなければ、会社にその受継が訴訟法上義務づけられるとしても、会社が取締役の責任を追及するかは監査役が職務として判断すべきである(商法275条ノ4)。会社を代表する監査役は、必ずしも訴訟を継続する会社法上の義務までを負うものではない³⁵⁾。原告株主の請求に理由がない時には、訴えの放棄や取下げを行うことは、合理的である。しかし、二重代表訴訟(親会社株主による子会社取締役・監査役の責任追及訴訟)が認められないとなれば、完全子会社となった会社の監査役は責任追及されるかもしれないという圧力に曝されず、適切に職務を執行するとは限らない。このため、不適切な場合(請求に理由がある場合など)にも訴えの放棄や取下げが行われる可能性がある。

よって、訴訟経済や当事者間の公平維持の観点から、既に係属する株主代表訴訟で形成された諸効果を維持する方が合理的であるとすれば、その追行主体としては、すでに訴訟追行し、適切に訴訟を追行するだけの意思と能力を有すると考えられる原告株主が最もふさわしいといえよう。なぜなら、株主代表訴訟の原告株主が、自らの意思ではなく、株式交換・株式移転といった会社の行為により、株主資格を喪失したとしても、訴訟追行の意思と能力が欠如することとはならないからである。したがって、多くの学説が指摘するように、原告株主が自らの意思によらずに、株式交換・株式移転といった会社の行為により株主資格を喪失する場合は、特段の事情があるとして株主代表訴訟を係属させるべきである。

なお、東海銀行事件判決は、「株式移転が株主代表訴訟の回避を目的として行われたようなごく例外的な場合においては、そのような株式移転は無効となり、株式移転無効確認の訴えを提起することによって是正する途が残されている」として、このよう場合に限定して、原告株主の当事者適格の維持を認める余地を示唆する。しかし、東海銀行事件判決の原告適格を認める範囲は狭きに失するといえる。なぜなら現行法上、株式移転・株式交換の無効原因は、手続上の瑕疵であり、目的の不当性は無効原因とはなりにくいからである³⁶⁾。もちろん、特別利害関係人の議決権行使による

著しく不当な株主総会決議は取り消される（商247条1項3号）。よって、株式移転・株式交換の承認決議に瑕疵があるとされる場合に無効となる可能性はないわけではない。もっとも、公開会社の場合などは特別利害関係人の議決権行使と評価できない場合も多い。たとえば、特別利害関係人の議決権行使と評価できても、何をもって株主代表訴訟の回避を目的とする株式交換・株式移転と判断するかは、難しいと考えられる。東海銀行事件判決を見れば、株主代表訴訟が係属している場合に株式移転・株式交換が行われることだけでは、株主代表訴訟の回避を目的とするとは判断されないであろう。たとえば株主代表訴訟の被告取締役らの主導の下、正当な事業目的もなく株式交換・株式移転が実行されれば、株主代表訴訟を回避する目的を有するといえるのかもしれない。しかし、株式交換・株式移転を実行することが企業戦略上適切である一方、被告取締役に対する責任追及にも根拠がある（またはありうる）ような場合は、どうか³⁷⁾。この場合には、正当な事業目的も有するであろうが、株主代表訴訟を回避する目的もないわけではなからう。このように、被告取締役に対する責任追及訴訟（株主代表訴訟）の維持を認めるべきか否かという判断と株式移転・株式交換の無効の判断とを、同一の基準で行うことは難しい。株式移転・株式交換を無効とする範囲に、株主代表訴訟の原告の当事者適格の維持を認める範囲を合わせるのであれば、株主代表訴訟の原告の当事者適格が認められる範囲が過度に狭くなる。逆に、被告取締役に対する責任追及訴訟を維持すべきであると考えられる範囲に、株式交換・株式移転を無効とする範囲に合わせるのであれば、過度に株式交換・株式移転を無効とする範囲が広がり、経営に対する過度の制限となりかねない。両者の判断を連動させることは適切ではなからう³⁸⁾。

(2) 株主代表訴訟の原告株主の当事者適格が維持されると解する許容性
既に見たように、株式交換・株式移転により、株主代表訴訟の原告株主が株主資格を喪失したとしても、当事者適格までも喪失すると解するべき

ではない。しかし、下級審判決にあっては、かたくなまでに、原告株主の当事者適格が喪失されるとする。その理由は何か。

この点を考察するための手がかりを与えてくれるものとして、すでに紹介した、東京地判平成15年2月6日(三井不動産販売事件判決)がある。この判決は次のように述べる。「株主代表訴訟は、法が株主らをはじめとする株式会社をめぐる種々の経済主体の利益状況をも勘案の上、一つの政策判断として、一定の要件の下に株主に対して単独株主権として会社の有する権利について訴訟担当する権能を付与したものであると解される。従って、その原告適格について定める商法267条1項の解釈においても、法の文理に従った解釈がなされるべきであり、安易な拡張解釈は差し控えるべきものである」³⁹⁾。

三井不動産販売事件判決は、株主代表訴訟が法定訴訟担当である以上、「法定」の者にしか当事者適格(担当者適格)を認めることができない、と指摘している。たしかに訴訟担当は、実体法上の利益帰属主体(本人)以外の第三者が自己の名で本人の権利を訴訟上行使するものであり、法定訴訟担当は、法の規定により担当者として当事者適格を肯定する。よって、法定訴訟担当であることを正面から捉えるのであれば、下級審判決が述べるように、法の規定がない以上株主資格を失った原告が当事者適格を維持できないと考えられなくもない。

しかし、法定訴訟担当は、法の規定によって第三者に訴訟追行権を認めるとしても、その理由は様々である。そもそも第三者の訴訟担当には、本来の権利義務を有する主体(本人)の意思により担当者としての当事者適格が与えられた任意的訴訟担当と、法が担当者を定めて当事者適格を付与する法定訴訟担当がある。近時は、この両者の訴訟担当を横断的に捉えて、本来の権利義務者(本人)より訴訟担当者が「授權」を受けていることが本来の権利義務者(本人)に判決効が拡張される根拠として挙げる見解が有力である⁴⁰⁾。

株主代表訴訟は、本来の権利義務者である会社(監査役)に提訴請求を

行い（商法267条1項）、60日が経過した後に提訴請求株主が実際に株主代表訴訟を提起する場合に、本来の権利義務者である会社（監査役）に訴訟告知することを要求している（商法268条3項）。訴訟告知を受けた会社（本来の権利義務者）は、訴訟の公告または株主への通知を行う（商法268条4項）。この株主代表訴訟に対しては、会社および原告以外の株主は訴訟参加することが認められる（商法268条2項）。このような株主代表訴訟のメカニズムは、本来の権利義務者（会社）および訴訟追行をなし得る立場にいる者（原告以外の株主）に手続保障をすることで、原告株主が訴訟追行権を獲得する（「授権」を受ける）ための仕組みといえよう⁴¹⁾。原告株主が適切に会社ひいては総株主の利益を代表しているかを判断することは、訴訟が係属した初期の段階では難しい。この点を考慮して、株主代表訴訟の仕組みは、会社や原告以外の株主に訴訟に関与する機会を保障することで、原告株主の訴訟追行の健全さを担保している⁴²⁾。

このような仕組みにより、会社より訴訟追行権を獲得することが株主に認められるのは、株主が会社の構成員であり、共益権を有しているからであり⁴³⁾、株主が会社の受任者（取締役）に対する実質的な委任者の地位にあるからであるといえよう⁴⁴⁾。この点を重視すれば、原告株主が株主資格を喪失すれば、このような仕組みを機能させる余地がないとも考えられなくはない。しかし、会社および原告以外の株主は訴訟参加する機会が保障されており、いったん株主により代表訴訟が適切に提起されたのであるから⁴⁵⁾、原告株主が自己の意思によらず会社の行為（たとえば合併・株式交換・株式移転）により被告取締役の会社の株主たる資格を失った場合において、当事者適格までを否定しなくともよく、完全子会社となった当該会社の通常の株主代表訴訟が株式交換・株式移転後も依然として係属すると考えられるのではないか。なぜなら、そもそも株主代表訴訟においては、原告株主の訴訟追行者としての妥当性に問題があれば、原告以外の株主（株式交換・株式移転がなされた事案では完全親会社）や被告取締役の会社（株式交換・株式移転がなされた事案では完全子会社）が訴訟参加する

ことで、是正されることが予定されているからである。より手続保障を徹底するのであれば、株式交換・株式移転によって完全親会社となった会社に訴訟告知することを要求することも検討されるべきであるが⁴⁶⁾、この点は会社の内部的な連絡で十分足りると思われる。また、被告取締役の責任を追及すべきかという判断と合併等に賛成または反対するという判断とは質的に異なることから、「自己の意思によらず」という点は緩やかに判断してもよいと考えられよう。

よって、株主代表訴訟係属中に、会社の行為により、原告株主が一方的に株主資格を喪失したのであれば、会社の行為の後も、原告と被告取締役の会社との間に実質的に投資関係が継続している場合（原告が実質的な意味で被告取締役の会社の株主であるといえる場合）に限らず、原告株主の当事者適格を肯定する特段の事情があるとして、株主代表訴訟の係属を認めてもよいであろう⁴⁷⁾。

このように考えれば、たとえば、株式移転が行われた後、新たに設立された完全親会社が保有する完全子会社株式を他社に譲渡するような場合（ジャパニーズ・スキーズアウト）であっても、株式移転前から当該事業会社の取締役に対する株主代表訴訟が係属している場合には、原告株主の訴訟追行を許容することになる⁴⁸⁾。同様に自らの意思によらない、株式併合、強制消却が株主代表訴訟係属中に行われ、原告株主が完全に株式を失った場合や端株主となった場合にも⁴⁹⁾、株主代表訴訟の係属は肯定されよう。

このように解したとしても、株式交換・株式移転が行われた場合に引き続き係属が認められる株主代表訴訟は、あくまで、完全子会社に関する株主代表訴訟であり、法定訴訟担当の枠を広げたことには必ずしもならないと考えられる。もっとも、訴訟法的には、もはや被告取締役の会社と実質的な意味においても利害関係を有さなくなった株主に当事者適格（担当者適格）を肯定することに疑問を感じるかもしれない。しかし、投資関係が継続している場合や株主である場合であっても、株主代表訴訟の原告は、

勝訴することにより獲得する経済的利益はわずかであり、商法268条ノ2第1項により相当な費用は会社から償還されるにしろ、それだけでは株主代表訴訟を維持するために負担した、時間や努力、費用に見合うものとはならない。むしろ法は、個々人の訴訟を進行しようとする正義感などに期待し、それほどの経済的利得を得るとはいえない株主に「法の実現（違法状態の是正）」の手段を提供したといえよう。そうであれば、訴訟追行者としてふさわしいか否かは、「法の実現（違法状態の是正）」をしようとし、実際に適正に訴訟追行しているかという点で判断されるべきである。適切に訴訟追行を行う者が、自らの意思によらずに株主資格を喪失したとしても、それだけで利害関係を失うとまでは考えなくともよからう⁵⁰⁾。少なくとも、真摯に訴訟追行する主体が現れるまでは、彼（女）に訴訟追行をまかせてもよい。

以上のように、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われても原告株主の当事者適格は維持されると現行法の枠の中でも考えられる。しかし、必ずしも理解が統一されておらず、下級審判例において、原告適格の維持が認められていない現在の状況では、この点を明示する立法は必要であると考えられる。

たとえば、商法267条に新たに、「第3項または第4項の訴えを提起したる株主が、株式交換、株式移転、合併などの会社の一方的行為により株主たる資格を喪失した場合といえども、第3項、第4項の訴えについては、なお株主と見なす」という趣旨の条項を設け⁵¹⁾、その他会社の一方的な行為により株主資格を喪失する場合には、これを類推して対処することが妥当であろう。

なお、株主が訴訟において株主権行使を行う他の類型（総会決議訴訟、合併・新株発行等の無効訴訟、取締役の解任訴権、帳簿閲覧権、検査役の選任請求など）については、株主代表訴訟のような手続保障を前提としていない。たとえば、総会決議訴訟等については、平成16年商法改正により「訴訟の公告」が要求されなくなっている（平成16年改正前商法105条4項

は削除された)。よって、株主代表訴訟の対処と考慮が異なる可能性があり、原告適格の維持が認められるとしても、その理由付けは異なるであろう。訴訟における少数株主権行使につき訴訟係属中に持分要件が維持できなくなる場合に、原告株主の当事者適格を肯定するか否かは、なぜ持分要件を要求するのかという政策論的な問題であり、提訴時に条件を満たせば足りるとも解釈できよう⁵²⁾。総会決議訴訟に関しては、特に形成訴訟であるものは、形成権の行使時(訴訟提起時)に原告適格があれば足りるとも考えられ、むしろ訴訟の係属が認められるかは、訴えの利益が認められるかという点で判断されよう⁵³⁾。

・「企業再編対価の柔軟化」

1. 「企業再編対価の柔軟化」が求められる背景とその利用例

「会社法制の現代化に関する要綱試案」が提案する「企業再編対価の柔軟化」は、平成15年改正産業活力再生特別措置法(産業再生法)ですでに前倒して実現している(産業再生法12条の9第1項)。もちろん、産業再生法の適用を受けるためには、当該認定事業者の事業再構築・共同事業再構築・経営資源再活用を行うために「企業再編対価」を存続会社の株式以外とすることが必要かつ適切であることについて主務大臣の認定が必要とされる⁵⁴⁾。

それでは、「企業再編対価の柔軟化」がなぜ求められたか。この問題を本格的に検討したのは、内閣総理大臣を議長として国務大臣をメンバーとする2003年3月27日の対日投資会議⁵⁵⁾である。ここでは、対日直接投資を増加させることが、日本の産業の空洞化、国際競争力の確保をする有効な手段、すなわち日本再生の鍵として認識された⁵⁶⁾。対日直接投資を増加させるための環境整備を図ることの一つとして国境を越えた合併・買収(M&A)が容易に行えるように、国内制度を改善することが、課題とされた⁵⁷⁾。この政策の実現が各省庁を横断する課題として認識された。法務省

は、「会社法制の現代化の作業において、外国会社を含む親会社株式や現金を対価として合併、吸収分割または株式交換を可能とする『合併対価の柔軟化』について恒久的な措置化の実現を行う」ことを政策課題として、会社法制の現代化の作業に盛り込み、平成16年度の国会に法案提出することを目標とした。経済産業省は、平成15年の産業再生法の改正により、平成15年度から「合併対価の柔軟化」を利用できるようにすることが政策課題とされた⁵⁸⁾。

以上のことから、「企業再編対価の柔軟化」の主たる目的は、国際的企業結合の実現であるが、それはどのように利用されるか。

外国法人と内国法人との合併や株式交換・株式移転を直接に行おうとする場合には、それらの企業結合がどこの法律に基づけばよいか、という抵触法上の問題が大きく、実現は難しい⁵⁹⁾。よって、外国法人が内国法人を買収する場合（アウト・イン型）には、次のような三角合併という間接的な方法が採用される⁶⁰⁾。外国法人（A社）は、自身を完全親会社とする内国子会社（S社）を設立し、当該内国子会社に自身の株式を取得させる⁶¹⁾。次にこの内国子会社を存続会社として、対象となる内国法人（T社）を吸収合併させ、T社株主にA社株式を対価として取得させる方法である。

三角合併であれば、抵触法上の問題を回避して国際的な企業結合を実施することが可能である。内国法人を買収する外国法人としても、自社の株式を企業買収の対価として利用できるのであれば、現金を用意しなくとも高額な買収が可能となり、実際に利用されることが予想される⁶²⁾。

他方これに対して、存続会社やその親会社が株主構成を変更したくないと考えているような場合には、存続会社の株式や親会社の株式ではなく、現金が利用される。平成15年改正産業再生法の下での「企業再編対価の柔軟化」は、全てその形で行われている⁶³⁾。いずれの実施例も上場企業を公開買付により買収し（それぞれ、オーナーが大株主として存在）、大多数の株式（90%超）を取得した時点で少数株主に対する現金対価の企業再編を実施している。

以上のように、企業再編対価の柔軟化により、実際に対価として利用されるであろうものは、外国法人の株式か現金である。それでは、株主代表訴訟係属中に外国法人の株式か現金を対価とする企業再編がなされた場合には、当該株主代表訴訟の帰趨はどうか。次に検討する。

2. 検 討 企業再編対価が柔軟化された場合の株主代表訴訟の帰趨

(1) まず、企業再編対価として、外国法人の株式が利用される場合(三角合併が行われた場合)を検討する。想定するのは次のような事案である。内国法人T社(消滅会社)とS社(存続会社)の合併につき、S社の完全親会社である外国法人(A社)の株式がT社株主に対する合併対価とされた(三角合併が行われた)。T社株主は、A社の株主となり、T社が吸収合併されたS社はA社の完全子会社となる。この三角合併が行われる際に、T社の取締役に対する株主代表訴訟が係属している場合はどうか。

通常の合併であれば、消滅会社の取締役に対し株主代表訴訟が提起されていた場合であっても、株主代表訴訟の原告の当事者適格の維持は認められる。なぜなら、消滅会社が株主代表訴訟の被告に対して有する損害賠償請求権は、包括承継により存続会社に引き継がれ、原告株主も依然として存続会社の株主であるからである。たしかに、被告取締役は消滅会社の取締役であり、必ずしも存続会社の取締役になるとは限らない。しかし、退任取締役に対する株主代表訴訟が肯定される以上、消滅会社取締役に対する株主代表訴訟も同様に認められよう⁶⁴⁾。

三角合併では、消滅会社株主は、存続会社の完全親会社の株式を付与され、存続会社株主とはならない。この点は、株主代表訴訟の係属中に株式交換が実施された事例に似る。しかし、ここで扱う国際的な企業再編としての三角合併では、被告取締役に対して損害賠償請求権を有するS社は内国法人であるが、原告が株主であるA社は外国法人である。既に係属する株主代表訴訟が維持されるかという問題であるから、法廷地は日本として考察する。

既に検討したように、現行法の解釈として、さらには立法がされた場合には明文の規定により、会社の一方的な行為により原告株主が株主資格を失ったとしても当事者適格は維持される。このような考え方を貫けば、三角合併が行われた場合であっても、原告株主の意思に反してそれが行われている場合には、当該株主代表訴訟の原告はS社の株主と見なされるので、抵触法上の問題は生じず、自身の権利行使として（S社の通常の株主代表訴訟として）、当該株主代表訴訟を係属させることが可能となるのではなかろうか⁶⁵⁾。

（2）次に、株主代表訴訟が係属している際に現金対価の合併や株式交換等が行われた場合はどうか。問題は、合併における消滅会社または株式交換における完全子会社となる会社の株主が、存続会社または完全親会社となる会社の株式ではなく現金を対価として受け取る事例で、当該現金を対価として受け取る株主が、株主代表訴訟の原告である場合である。

既に検討したように、原告株主の当事者適格の維持を認めるかを判断する基準としては、「株主代表訴訟係属中に、原告株主が自らの意思にかかわらず、会社の行為により一方的に株主資格を喪失したか」という点で十分であって、会社の行為の後も、原告と被告取締役の会社の間に実質的に投資関係が継続している（原告が実質的な意味で被告取締役の会社の株主であるといえる）ことまでを判断基準として要求する必要はない。よって、たとえ現金対価の合併等により原告株主が株主資格を失う場合であったとしても、当事者適格の維持を認めるべきであろう。問題があれば、被告取締役の会社またはその会社の株主が訴訟参加を行い、原告の訴訟追行を牽制すればよい。

なおこのように解したとしても、現金対価の合併等が行われた後に、現金を対価として受け取った株主が、自身が株主であった会社の取締役に對する株主代表訴訟を新たに提起することは、もちろん認められない。

・むすびに代えて

「会社法制の現代化に関する要綱案(第2次案)」を受けて

本稿は、株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転といった会社の行為により、原告が株主資格を喪失する場合に、原告の当事者適格が維持されるかという問題を検討した。

原告の当事者適格の維持を認めるかを判断する基準としては、「株主代表訴訟係属中に、原告株主が自らの意思にかかわらず、会社の行為により一方的に株主資格を喪失したか」という点で十分である。そもそも、株主代表訴訟の制度設計は、原告株主の訴訟追行に問題があれば、会社および原告以外の株主が訴訟参加し、牽制することで、訴訟追行の適切性を担保しようとしている。よって、「会社の行為の後も、原告と被告取締役の会社の間にも実質的に投資関係が継続している(原告が実質的な意味で被告取締役の会社の株主である)」ことまでを、原告株主の当事者適格の維持を認めるための判断基準として要求する必要性は少ないと考える。

この判断基準に従えば、「企業再編対価の柔軟化」が実現し、株主代表訴訟係属中に、完全親会社となる外国法人の株式または現金を原告株主が対価として受け取る企業再編が行われる場合においても、株主代表訴訟の係属が維持されよう。

現時点では、「会社法制の現代化」の最終的な結論が示されていないが、2004年7月28日の法制審議会会社法(現代化関係)部会第28回会議では、それまでの議論・検討を踏まえて、「会社法制の現代化に関する要綱案(第2次案)」が事務局により提案されている。そこでは、本稿の扱う、株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転といった会社の行為により原告が株主資格を喪失する場合に原告の当事者適格が維持されるかという問題については、次のような提案がなされている⁶⁶⁾。

「イ 完全子会社となる会社につき係属中の株主代表訴訟の原告が、株式交換・株式移転により完全子会社となる会社の株主たる地位を喪

失する場合であっても、当該株主交換・株式移転により完全子会社となる会社の株主たる地位を喪失する場合であっても、当該株式交換・株式移転により完全親会社となる会社の株主となるときは、当該原告は、当該株主代表訴訟の原告適格を喪失しないものとする。

□ 合併の消滅会社につき係属中の株主代表訴訟の原告が、合併により消滅会社の株主たる地位を喪失する場合であっても、当該合併により存続会社の株主となるときは、当該原告は、当該株主代表訴訟の原告適格を喪失しないものとする。」

この提案では、本稿での検討と異なり、原告の当事者適格が維持されるか、という判断基準として、「会社の行為の後も、原告と被告取締役の会社の間にも実質的に投資関係が継続している（原告が実質的な意味で被告取締役の会社の株主である）」ことをも要求している。しかし、前述のように、これを条件とする必要性は少なく、再考すべきである。実際面においても、「企業再編対価の柔軟化」が実現するのであれば、完全親会社となる外国法人の株式を対価として取得する場合には対処ができるかもしれないが、対価として現金が利用される場合には対処できない。すでに検討したように、これらの場合には、合併・株式交換等の無効や株式買取請求権の利用といった他の手段による救済が難しいだけに、この点は不当ではないか。

なお、「会社法制の現代化に関する要綱案（第2次案）」は、株主代表訴訟の提訴要件として、いわゆる「適切代表」の要件も併せて立法としている⁶⁷⁾。現行商法267条6項の担保提供制度の運用を参考にするのであれば、適切代表の要件に該当しないことが明白な場合には早期に終了することになるが、適切代表か否かの判断は、本案審理の内容と重なることも多く、訴訟全体で判断されることになるから⁶⁸⁾、本稿での検討を変更する必要はないと考える。

最終的な結論では、妥当な解決がなされることを期待する。

- 1) 名古屋高判平成15年4月23日(東海銀行事件高裁判決)「下級審主要判決情報」《<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf/webview/90E4755BA8EE1D8649256D6700264D27?OpenDocument>》visited at 10/06/2004, 名古屋地判平成14年8月8日(同地裁判決)判例時報1800号150頁,判例タイムズ1145号226頁。東京地判平成15年2月6日(三井不動産販売事件)判例時報1812号143頁。東京高判平成15年7月24日金融商事判例1181号29頁(横浜松坂屋事件)。東京地判平成13年3月29日(興銀事件)判例時報1748号171頁。
- 2) 「大和銀行頭取の悪だくみ 代表訴訟逃れに『あさひ銀』統合」選択320号(2001年),川戸和史「大和銀行訴訟『一転和解』株主代表訴訟が危ない」朝日新聞 Weekly AERA 14巻56号20頁(2002年)など。
- 3) 判例時報1800号150頁・155頁。
- 4) 同様に立法裁量の問題であるとするものとして,小林秀之=近藤光男「株式会社代表訴訟の新たな展開」[小林秀之=近藤光男編]『新版・株主代表訴訟大系』9頁(弘文堂,2002年)。もっとも株式交換・株式移転制度が導入された際に,株主代表訴訟逃れの株式交換・株式移転が行われる危険性を懸念するものとして,山田泰弘「親子会社・株式交換と多重的代表訴訟(一) アメリカ法における運用と正統化理論を参考にして」名古屋大学法制論集177号329頁(1999年[同『株主代表訴訟の法理 生成と展開』(信山社,2000年)に再録。以下ではこちらの頁数で引用する])。江頭憲治郎ほか「株式交換・株式移転 制度の活用について」ジュリスト1168号115頁[川西隆行発言](1999年)。この問題につき,立法裁量に委ねられる性質ではないとする見解として,鳥山恭一「判批」法学セミナー577号118頁(2003年)。
- 5) 商事法務1678号21頁。
- 6) 合併契約書等に記載すべき対価として受け入れ会社の株式が現金のみが絶対的記載事項とされていることから,それ以外の種類の財産を対価とすることは,困難である(中東正文「企業組織再編法制の整備」商事法務1671号22頁(2003年))。また,伝統的な通説は,合併交付金は,合併比率の調整または「配当代わり金」として消滅会社株主に交付されるものであり,対価の全部を現金で支払うことを認めていない,と解されている(竹田省「現金の交付を伴ふ会社合併」『商法の理論と解釈』265~267頁(有斐閣,1959年)など)。
- 7) 法務省法制審議会会社法(現代化関係)部会第17回会議(平成16年1月16日開催)議事録。議事録は,法務省のホームページの審議会情報より取得することができる。ここでは,本件の扱う問題について,次の3つの対処方法に関して議論されている。原告株主に代わって完全親会社が訴訟を承継する。多重代表訴訟を認める。原告適格の維持を図るべく手当をする。という方策である。会社法(現代化)部会では, の方策による対処は選択されず, の方策による対処に議論が収束している。しかし,本稿が問題とするように,「企業再編対価の柔軟化」または株式の消却・併合の場面のようにより,会社と実質的な投資関係がなくなるような場合にも当事者適格の維持を認めるか否かが,議論されている。
- 8) 前掲注1)判例・判例時報1748号171頁。
- 9) 前掲注1)判例・判例時報1812号143頁。
- 10) 前掲注1)判例・判例時報1800号150頁,判例タイムズ1145号226頁。

- 11) 前掲注1)判例・下級審主要判決情報。
- 12) 前掲注1)判例・金融商事判例1181号29頁。一審の横浜地判平成14年12月20日は、被告取締役に善管注意義務違反はなかったとして請求を棄却している（判例集未登載）。
- 13) 原強「株主代表訴訟に関する判例と理論（20）」月刊監査役463号50頁（2002年）、小林秀之＝近藤光男・前掲注4）9頁、坪川弘「株式移転と株主代表訴訟の原告適格」民事法情報208号66頁（2004年）。なお、大山浩世「判研」法学研究75巻10号111頁（2002年）も現行法の解釈として、判旨に賛成する。
- 14) 江頭憲治郎ほか・前掲注4）115頁〔江頭憲治郎発言〕江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』700頁（第3版、有斐閣、2004年）。
- 15) 江頭憲治郎・前掲注14）684頁、新谷勝「持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格 大和銀行株主代表訴訟の和解が残した問題点」判例タイムズ1085号34頁（2002年）。
- 16) 吉本健一「判批」判例評論516号184頁（2002年）、山田泰弘「結合企業と代表訴訟（1）」高崎経済大学論集45巻2号71頁（2002年）。
- 17) 吉本健一・前掲注16）184頁。
- 18) 南隅基秀「判批」札幌学院法学18巻2号126頁（2002年）、新谷勝・前掲注15）35頁。
- 19) 江頭憲治郎「判批」ジュリスト1255号148頁（2003年）、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）原告適格の継続」商事法務1680号8頁注21（2004年）。
- 20) 佐合美佳「判批」名古屋大学法政論集191号252頁（2002年）、山田泰弘・前掲注16）74頁。
- 21) 鳥山恭一「判批」法学セミナー561号114頁（2001年）、周劍龍「判批」金融商事判例1127号66頁（2001年）、南隅基秀・前掲注18）127頁、新谷勝・前掲注15）37頁、山田泰弘・前掲注4）331頁、浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1671号44頁（2003年）、山本忠弘「判批」『私法判例リマックス2002（下）』97頁（法律時報別冊25号、2002年）など。
- 22) 関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリスト1233号110～111頁（2002年）、古川朋子「判批」早稲田法学79巻2号239頁（2004年）。
- 23) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注19）12頁。
- 24) 新堂幸司『新民事訴訟法』780頁（第3版、弘文堂、2004年）。
- 25) 新堂幸司・前掲注24）266～267頁。
- 26) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注19）9頁、松井秀征「コーポレート・ガバナンス」企業会計56巻2号195頁（2004年）。
- 27) 被承継者たる原告株主はそのような申立てができるか。中野貞一郎『民事訴訟法の論点』171頁（判例タイムズ社、1996年）は、旧民事訴訟法下の議論であるが、被承継人たる原告株主が親会社（承継人）に請求を定立しなければならず、そのような請求の定立が困難であることから、否定する。しかし、新民事訴訟法では、請求の定立は必要ではなくなったことから、被承継人たる原告株主が完全親会社に対して引受承継の申し立てをすることは可能かもしれない。しかしそもそも、通常の株式譲渡が行われた場合を想定すれば、

承継人となる株式の譲受人は、代表訴訟をも承継する意思を有するとは考えにくく、株式の譲受人に対する引受承継を認めることは、必ずしも妥当であるとはいえない。

- 28) 柳川昌勝「株主の代表訴訟について」法学新報57巻8号1472頁(1950年)。
- 29) 新堂幸司・前掲注24) 370頁。
- 30) 伊藤眞『民事訴訟法』216頁注46(有斐閣,第3版,2004年)。
- 31) 佐藤鉄男『注釈民事訴訟法(4)』[鈴木正裕=青山善充編]570頁(有斐閣,1997年)。
- 32) この点,有限会社の社員総会決議取消訴訟の係属中に原告の株主が死亡した場合に,相続人の訴訟承継を肯定した最判昭和45年7月15日民集24巻7号804頁が,相続などの包括承継の場合に限定して訴訟承継を肯定し,持分(株式)譲渡の場合には,訴訟承継できないとすることは理解できる。
- 33) 三浦洲夫「株主代表訴訟における原告の株主資格の喪失と訴訟の承継について」[河本一郎ほか編]河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』100頁(商事法務,2002年)。立法論として,新谷勝・前掲注15) 33頁。
- 34) 山田泰弘・前掲注16) 73頁
- 35) 山田泰弘・前掲注16) 72頁。
- 36) 江頭憲治郎・前掲注14) 704頁,680頁。
- 37) 株式移転が行われた際に株主代表訴訟の帰趨がどうなるかが,大きく問題となった大和銀行株主代表訴訟の大阪高等裁判所での和解は,まさしくこの類型であるといえよう。大和銀行株主代表訴訟では,第一審判決が被告取締役の責任を肯定している(大阪地判平成12年9月20日商事法務1573号4頁)。このため控訴審係属中に行われた株式移転は,被告取締役の責任逃れと,メディアで報道された(前掲注2)掲載記事などを参照)。しかし,規模を追及する金融機関の再編が企業戦略上不必要であるとはいえなからう。
- 38) 現在,「企業再編対価の柔軟化」により,閉鎖会社において少数株主を締め出すような企業再編において少数株主を保護するために,たとえば株主総会決議の取消原因として,「正当な営業上の目的を欠く決議であること」などを追加してはどうかと議論がされる(たとえば,このような主張をするものとして,柴田和史「現金交付合併と正当な営業上の目的の法理に関する一試論」[柴田和史=野田博編]『会社法の現代的課題』14頁(法政大学出版会,2004年)など。このような立法の必要性に懐疑的なものとして,藤田友敬「企業再編対価の柔軟化・子会社の定義」ジュリスト1267号109頁(2004年))。そのような立法がなされる場合には,株式移転・株式交換の無効の判断が,当事者適格の維持するかを判断することに連動させられなくはない。しかし,不当な少数株主の締め出しに対処することを目的とするために,締め出される少数株主に支払われる対価が適正でない場合であれば,そのような企業再編は無効にされようが,対価が適正な場合に「営業上の目的を欠く」として無効とする具体的な類型の提示は難しいと指摘される(藤田友敬・前掲論文109頁)。このため,「正当な営業上の目的」を有するかという判断要素が加えられるとしても,株主代表訴訟の回避が目的であるかという点は,必ずしも主要な判断要素とはなりにくいと考えられる。
- 39) 前掲注1) 判例・判例時報1812号143頁・144頁。
- 40) 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』116頁(信山社,1995年)。

- 41) 山田泰弘・前掲注4) 50頁。
- 42) 山田泰弘・前掲注4) 50頁。
- 43) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌100周年記念論文集第3巻』208頁（有斐閣、1983年）。
- 44) 山田泰弘・前掲注4) 60頁。
- 45) 会社および原告以外の株主に対して手続保障がなされるのは、訴訟の公告または株主への通知が行われた時点であるから、少なくとも提訴時には株主であることが要求されると考える。同様に提訴時に原告が株主であることを強調する見解として土田亮「多重代表訴訟の法構造についての一考察」名城法学53巻1号71頁（2004年）。反対、柴田和史「株式移転における株主代表訴訟の問題」判例タイムズ1122号31頁（2003年）（提訴請求時に株主であればよいとする）。

このように解したとしても、提訴請求株主が株式交換・株式移転により被告取締役の会社の株主でなくなることで、会社が損害を回復する機会を逸することになるというのであれば、60日を待たずに株主代表訴訟の提起が可能となるので（商法267条4項）、問題は生じない。また、本論の記述は、完全子会社となる事業会社に関する通常の株主代表訴訟としての係属の可否に関する検討である。親会社株主が子会社取締役の責任を追及すること（二重代表訴訟）を肯定するという立場からは、提訴請求株主だけでなく、提訴請求を行っていない株主でも、株式移転・株式交換により完全親会社株主とされたのであれば、二重代表訴訟として被告取締役に対する責任追及訴訟を提起すればよく、やはり問題は生じない。

- 46) 山田泰弘・前掲注4) 332頁、南隅基秀・前掲注18) 133頁など。
- 47) 山田泰弘・前掲注16) 74頁は、会社の行為の後に原告と被告取締役の会社との間に実質的に投資が継続している場合に限定して、株主代表訴訟の係属を許容すると主張していた。会社および全株主の「適切代表」であることを原告株主の株主代表訴訟を提訴する条件（提訴要件）として要求する立場からも同様の主張がなされる（たとえば、株主代表訴訟制度研究会・前掲注19) 14頁）。しかし、株主代表訴訟の仕組みからは、この条件は必須の条件ではないと考えられたので、本文のように見解を改める。
- 48) 同旨、浜田道代・前掲注21) 47頁（注52）。この点も山田泰弘「結合企業と代表訴訟（2・完）」高崎経済大学論集第45巻3号89頁（2002年）では、株主代表訴訟の係属を否定していたが、見解を改める。このような事例にあって、完全子会社株式の売却価格に当該被告取締役に対する損害賠償請求権の価格が織り込まれている場合には、当該代表訴訟は訴えの利益がないとして棄却される場合もあり得ないであろう。しかし、完全子会社株式の売却は、責任免除と同様の効果が生じている。よって、本文のような解釈をすれば、「完全子会社における株主代表訴訟」が依然として係属しているのであるから、完全子会社株式の売却は認められないという結論が導き出せるのではないか。もっともこのような解釈は、企業再編に関する経営陣の裁量を過度に制限するとも考えられ、企業再編の決定手続と責任免除規定との調和を図ることが必要となろう。この点につき、浜田道代・前掲注21) 42頁は、立法論として、責任減免に関する交渉促進・同意擬制型の制度設計を提案している。

- 49) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注19)15頁(注51)は、原始定款や株主の全員一致による定款変更により、株式の強制消却が決定された場合には、「自らの意思によらない」という条件に必ずしも該当するとは限らないと指摘する。しかし、被告取締役が義務違反行為があるか、その者に責任追及すべきかという判断と株式の強制消却を行うという判断の間には、時間的な差もあれば、質的な違いもある。あまり厳格にその点を強調する必要はないであろう。
- 50) 柴田和史・前掲注45)29頁。
- なお、「適切に訴訟進行される」の内容として、訴訟進行を行う原告以外には訴訟進行の可能性がないこと、すなわち、他の株主による代表訴訟の提訴可能性がないことまでを要求するのであれば、他の株主による訴訟進行が実施される可能性が高い、株式消却、株式併合の場面には、当事者適格を肯定する必要がないとも考えられなくはない。しかし、実際に訴訟参加する原告以外の株主等がいればよいが、実際にまだ参加がない状態では、原告株主の訴訟進行の適切性を問題とするべきではない。いずれにせよ、原告の訴訟進行の適正さを担保するために、手続保障が認められていることから、この点を考慮する必要はない。
- 51) 条文の文言については、株主代表訴訟制度研究会・前掲注19)14頁を参考にした。
- 52) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注19)14頁。帳簿閲覧権の訴訟上での行使につき、松田二郎=鈴木忠一『条解株式会社(下)』458頁(弘文堂、1952年)、和座一清『新版注釈会社法(9)』[上柳克郎ほか編]229頁(有斐閣、1988年)。
- 53) 法制審議会会社法(現代化)部会・前掲注7)議事録。
- 54) もっとも、認定基準は、1.生産性を相当程度向上させるとの目標が明確であること、2.計画の実施が円滑かつ確実に実施されると見込まれるものであること、3.経営資源の有効活用が図られるものであること、4.内外の市場の状況に照らして、当該事業分野における生産性向上を妨げるものでないこと、5.国際経済環境との調和を妨げるものでないこと、6.従業員の地位を不当に害するものでないこと、7.当該事業分野の適正な競争が確保され、かつ、一般消費者及び関連事業者の利益を不当に害するものでないこと(二以上の者による申請の場合)であり(産業再生法3条6項)、「企業再編対価」が柔軟化することにより株主が弊害を蒙るかという点は、審査の対象とされていない。
- 55) 対外経済改革要綱(平成6(1994)年3月29日閣議決定)に基づき、1994年7月15日に設置された。
- 56) 平成15年3月27日対日投資会議決定「対日直接投資促進策の推進について」
《<http://www5.cao.go.jp/keizai1/2003/0327tainichi-kettei.pdf>》 visited at 10/10/2004。
- 57) 対日投資会議専門部会報告「日本を世界の企業にとって魅力のある国に」4.今後実施すべき政策(2)企業の事業環境の整備
《<http://www5.cao.go.jp/keizai1/2003/0327tainichi-houkoku.pdf>》 visited at 10/10/2004。
- 58) このほか、財務省は、「合併対価の柔軟化」にかかる特別措置のあり方に関する慎重な検討が政策課題とされている(対日投資会議専門部会・前掲注57)報告 対日投資促進プログラム(2)企業の事業環境の整備 国境を越えた合併・買収が容易に行えるように、国内整備を改善する)。

- 59) たとえば、内国会社（消滅会社）と外国会社（存続会社）の合併であっても、合併という法律行為につき、準拠法をどのように決定するか、日本の商法が準拠法とされる場合には、その実質法が果たして国際的な合併を許容しているか、は必ずしも明らかではない。この点につき詳細は、中東正文「企業組織の国際的再編」商事法務1706号26頁（2004年）。
- 60) 内国法人と外国法人との直接的な再編（合併・会社分割）では、法廷地いかによって、結果として、包括承継の効果が得られるか不明確な観点があり、わざわざ海外法の調査等をしてまで国際合併等を選択することの合理性は少なく、合併対価の柔軟化の下での三角合併であれば、十分に目的が達成できると指摘するものに、武井一浩「国際会社法をめぐる実務上の問題」商事法務1706号14～15頁（2004年）。

なお、三角合併については、中東正文「アメリカ法上の三角合併と株式交換」中京法学28巻2号1頁（1994年）を参照。

- 61) 現行商法211条ノ2は、子会社が親会社株式を禁止するため、三角合併は実施できない。この点に対処するために、産業再生法12条の9第2項3項は、子会社の親会社株式取得を例外的に許容することで産業再生法の下で三角合併の実施を可能としている。また、「会社法制の現代化」要綱試案においても、同様の措置を実施することが提案されている（第四部「株式会社・有限会社関係」第三「株式・持分関係」4「子会社による親会社株式の取得」・前掲注7）10頁）。
- 62) たとえば、「特集 巨大企業買収が日本をおそう」東洋経済5906号26頁（2004年）、「特集 あなたの会社が狙われる）大買収時代へのカウントダウン」日経ビジネス1247号39～40頁（2004年）。
- 63) 認定事業再構築計画として行われるものとして次の二つがある。

株式会社フジカラーホールディングスを株式交換によりフジカラーイメージサービスの完全子会社とする際にフジカラーホールディングスの少数株主に対して対価として現金を交付する《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-1-07.pdf》 visited at10/10/2004。チノン株式会社を株式交換により、米国コダック社の100%子会社であるコダック株式会社（内国法人）の100%子会社であるコダックジャパンデジタルプロダクトディベロップメント株式会社の完全子会社とする際に、チノン株式会社の少数株主の対価を現金とする。《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-1-20.pdf》《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-1-20b.pdf》 visited at10/10/2004。

認定経営資源再活用計画として、再生ファンドが参加して行われるものとして、次の二つがある。

カーライル・ジャパン・ホールディングス・スリー株式会社が株式会社キトーの株式の公開買付を行った後、残存するキトー株主に対して現金交付合併を行う。《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-3-02.pdf》《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-3-02b.pdf》《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-3-02c.pdf》 visited at10/10/2004。株式会社東芝の関連会社である東芝タンガロイ株式会社（東芝が37%の株式を所有）に対しNPF（野村プリンシプル・ファイナンス株式会社）の全額出資の特別目的会社、NPF ティーツー・インベストメント株式会

社が公開買付を実施し、その後残存株主に現金を対価とする合併を行う。《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-3-07.pdf》《http://www.meti.go.jp/policy/business_infra/downloadfiles/5-3-07b.pdf》 visited at10/10/2004。

- 64) 山田泰弘・前掲注48) 88頁。
- 65) これに対し、三角合併が行われた後に、旧T社株主であるA社株主が完全子会社であるS社の取締役の責任追及訴訟を新たに提起できるか、という問題は、抵触法上の問題が発生する(藤田友敬「国際的な結合企業関係」商事法務1706号36頁(2004年))。親会社の株主が子会社取締役の責任を追及する訴訟がどのような理論構成によって認められるかは議論があるが、アメリカ法上の到達点である、親会社株主が、親会社の有する子会社株主権を利用して、子会社取締役に対する代表訴訟を提起するという構成で理解すれば、親会社(A社)の有する権利を行使するものは、誰か、行使するための手続は何か、子会社(S社)の取締役に対する責任追及を認められるのは、子会社(S社)とどのような関係のある人間なのかという二点が問題となる。藤田友敬・前掲論文36頁は、この点は、親会社(A社)の従属法で、この点は子会社(S社)の従属法で判断される問題であり、親会社従属法が親会社株主に親会社の有する子会社株主権の行使を許容し、子会社従属法が親会社株主に責任追及を許容する場合にしか、A社株主(旧T社株主を含む)は、S社取締役の責任追及を肯定できないとする。日本法においては、株主代表訴訟は法定訴訟担当であり、会社に判決効が及び、株主にはその反射効が及び。このため、原告の勝訴敗訴にかかわらず、会社、株主に判決の効力が及ぶため、画一的な取り扱いをしなければならない点を考慮すれば、藤田説のような理解となろう。
- 66) 法制審議会会社法(現代化関係)部会第28回会議配付資料30「会社法制の現代化に関する要綱案(第2次案)」第2部第3機関関係3取締役・取締役会(10)株主代表訴訟(株式交換・株式移転による原告適格の喪失の見直し等)。この配付資料30は、公表されていないが、複数のルートで広く流布している。
- 67) 法制審議会会社法(現代化関係)部会第28回会議・前掲注66)配付資料第2部第3機関関係3取締役・取締役会(10)株主代表訴訟(株主代表訴訟を提起することができない場合)
- 68) 小林久起「東京地裁における商業事件の概況(上)」商事法務1580号7頁(2000年)、松山恒昭=長井秀典「大阪地裁における商事・倒産事件の概況」商事法務1453号4頁(1997年)

【追記】本稿は、財団法人全国銀行学術研究振興財団2002年度助成研究「M&A法制の現代化の課題」(研究代表者:中東正文名古屋大学大学院法学研究科助教授)による研究成果の一部である。

なおその後、法務省法制審議会会社法(現代化関係)部会では議論が進み、「会社法制の現代化に関する要綱案」の第3次案、第4次案がまとめられた。しかし、現金対価の合併等がなされた場合の株主代表訴訟について原告適格が喪失されてしまうとの提案には変更がない。