

株主代表訴訟における原告の株主資格喪失が 訴訟の帰趨に与える影響

山 田 泰 弘*

目 次

- I. はじめに
- II. 原告の株主資格喪失と当事者適格・訴訟承継の関係に関する
議論状況
 - 1. 通説的な理解
 - (1) 債権者代位訴訟原告の担当者適格喪失の場合
 - (2) 株主代表訴訟に関する通説的な理解
 - 2. 会社法851条の制定
 - 3. 株主代表訴訟の性質を踏まえた学説の展開
- III. 検討1：原告以外の株主の受継義務の成否
 - 1. 株主代表訴訟の性質理解からの帰結の差異
 - 2. 会社の組織に関する訴えとの整合性
 - 3. 小 括
- IV. 検討2：原告の株主資格喪失と会社の訴訟承継
 - 1. 会社の訴訟承継判断に関する実体法上の問題
 - 2. 問題への対応可能性
- V. 結びに代えて：令和6年東京地裁判決の「特段の事情」

I. はじめに

株主代表訴訟の係属中に原告が株主資格を喪失する場合、その帰趨はどうなるか。この問題は、平成11（1999）年商法改正で株式交換・株式移転が導入された際に議論された。株式交換・株式移転が行われることで株主

* やまだ・よしひろ 立命館大学法学部教授

代表訴訟の原告が株主資格を喪失する事態が頻発したからである。株主代表訴訟係属中に、被告役員等の会社につき株式交換・株式移転が行われれば、原告は被告役員等の会社の株主からその会社の親会社の株主となる。裁判所は、株主資格の喪失は担当者適格を喪失させると理解し、訴訟の却下を命じていた¹⁾。

株主代表訴訟は、株主である原告が会社の被告取締役に対する権利を代位行使しており²⁾、原告が他人の訴訟物につき訴訟を提起する法定訴訟担当と理解される。代位の基礎には、株主が株主権として適正な運営を求める監督は正権を株式会社に有していることがあると考えられる³⁾。株主代表訴訟にあつて、株式を有していることを原告に要求することは、講学的には、株式継続保有要件⁴⁾と呼ばれ、原告は、提訴請求の時点からその口頭弁論の終結時に至るまで、株主たる地位を継続して有していなければならない。会社法847条1項及び2項所定の「株主」という要件は、かかる訴訟追行権限を行使するための資格要件とされ⁵⁾、担当者適格の有無を決

1) 状況については、山田泰弘「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——」立命館法学 296号 (2004年) 92～95頁を参照。

2) 最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁。

3) 山田泰弘『株主代表訴訟の法理』(信山社、2000年) 61頁。

4) 岩原紳作編『会社法コメンタール19 外国会社・雑則 (1)』(商事法務、2021年) 466頁〔岩原紳作〕。

5) 神戸地判令和元(2019)年9月17日(平成26年(ワ)第1160号) D1-Law.com 判例体系判例 ID28273897。

なお、非訟事件手続にあつても、現実に行使をする段階で株主資格・持分要件の具備が必要と理解されるため、申立て時に株主資格・持分要件を具備しても、審理終結までの間に新株発行により持分要件を具備しなくなった場合には申請人としての適格を失いとして不適法却下される(最決平成18(2006)年9月28日民集60巻7号2634頁。検査役選任請求。個別株主通知など株主資格を証する会社に対する対抗要件の具備は審理終結までにすればよい(最決平成22(2010)年12月7日民集64巻8号2003頁))。

しかし、「行使時」がいつであるかという理解には揺らぎもある。訴訟ではあるが、例えば、帳簿閲覧謄写等請求権の行使は裁判外でも可能であり、裁判となるのは拒絶事由の有無に争いが生じたためである。本来請求時に閲覧謄写等が可能であったことを捉えれば、行使時にこれらの要件を具備すれば足りると理解することも不可能とはいえない。

定づけるものとなる。

訴訟担当では、担当者適格（当事者適格）は、訴訟の当事者ではない訴訟物の権利義務者等に判決効を拡張するための要件であることから、訴訟要件となり、これを欠く場合には訴えを却下すべきとされる⁶⁾。これによれば、株主代表訴訟係属中に、被告役員の会社につき、株式交換・株式移転が行われれば、原告は株主資格を喪失し、担当者適格を失い、その結果として訴えが却下されることになる。しかしながら、原告が株主資格を喪失したとしても、それは自らの意思によるものではなく、原告の訴訟追行の真摯さに影響を与えるものではない。他方で、原告の株主資格の喪失の原因となる会社の行為を主導するのは、会社の取締役であるだけに何らかの意図・思惑があるのではないかという疑いがある。それだけに、形式的に株主資格を喪失したことで訴えが却下されれば、それまでに原告が実施した訴訟活動が無となることの不当性が認識された⁷⁾。この問題への対処は、2005年の会社法制定時に現行会社法851条が整備されたことを待たなければならなかった。

もっとも、整備された会社法851条の整理では、会社の行為により株主資格を喪失する場合の全てで原告の訴訟追行の継続を認めるわけではない。この点の適否を再確認させるものとして、東京高判令和6（2024）年3月6日⁸⁾（以下「令和6年東京高裁判決」とする）及び東京地裁令和6（2024）年3月28日⁹⁾（以下「令和6年東京地裁判決」とする）がある。

これらの事件は、いずれも株式会社東芝（指名委員会等設置会社）におけ

㍷（帳簿閲覧権につき、江頭憲治郎＝弥永真生編『会社法コンメンタール10—計算（1）』（商事法務、2011）136頁〔久保田光昭〕など）。この点を捉え、会社法制定時は、提訴時に原告であれば足りるとするような制度変更の可能性も指摘はされていた（法制審議会会社法（現代化）部会第17回会議（2004年1月14日）。

6) 新堂幸司『新民事訴訟法』（第6版、弘文堂、2019年）305頁、神戸地判・前掲注5）掲載裁判例。

7) 当時の議論状況については山田泰弘・前掲注1）90～91頁、96～97頁。

8) 資料版商事485頁170頁（上告、上告受理申立。のちに却下）。

9) 資料版商事485号170頁（控訴）、金判1700号20頁。

る不正な会計処理に関する役員等の責任を追及する株主代表訴訟である。令和 6 年東京高裁判決は、会社に課された金融庁からの課徴金、東京証券取引所からの上場契約違約金などを損害として、取締役、執行役らの会社法423条責任を追及する訴えに関するものである。令和 6 年東京地裁判決は、不正な会計処理を見逃し、連結計算書類に無限定適正意見を表明した会計監査人の会社法423条責任を追及する訴えに関するものである。いずれの事件も係属中に、東芝の株式に対し公開買付（金融商品取引法27条の2）が行われ、それにより公開買付者（日本産業パートナーズ）が支配株主となり、東芝は支配株主以外の株主の締出しを目的として、株式併合を行った。株式併合の効力の発生により、いずれの事件の原告の有する株式が端数となり、端数処理（会社法235条・234条）により、原告は株主資格を喪失した。

令和 6 年東京高裁判決の事件は、一審において、原告側が一部勝訴し、被告側・原告側双方が控訴した事案であった。同判決は、原判決言渡し後に開催された東芝の臨時株主総会において、株式併合の実施が決定され、効力発生日に効力が発生し、被控訴人・控訴人（以下、「原告等」）の保有する株式が端数となったことから、原告等は「本件訴訟の原告適格を喪失したというべきであるから」、原告等の訴えは「いずれも不適法である」とし、本案につき判断した原判決中、原告勝訴部分は、「相当ではないから、同部分を取消し」、訴えを却下した。

控訴審が続審性であるとしても、「事後審」的な運用がされるという訴訟実務¹⁰⁾を考えれば、株主代表訴訟の一審で原告が勝訴し、控訴審段階で株式併合により原告が株主資格を失う場合に、原告がそれまでに行った訴訟活動が実質的に無に帰することは、「もったいない」。原告側からすれば、被告らの責任がうやむやにされた、という意識が生まれ¹¹⁾、「1 審で旧経

10) 新堂幸司・前掲注 6) 928頁。

11) 読売新聞2023年10月12日全国版大阪夕刊 9 面「東芝買収 揺れる株主訴訟 不適切会計追及の権利失う」。

営陣の賠償責任が認められており、買収した側が訴えを引き継がないと、利害関係者から納得を得られないのではないか」という評価もなされる¹²⁾。

他方、令和6年東京地裁判決は、会社法851条1項各号に該当する以外は、原告及び参加人が口頭弁論終結前に株主の地位を失った場合には、特段の事情のない限り、原告適格を失うものと解するとして、不適法却下している。具体的にどのような場合が該当するかを示すことなく、留保事項として示される「特段の事情」を挙げることは、判断スキームを一般化する際に予期しない何らかの問題が生じうることを想定した安全弁という性質がある。令和6年東京地裁判決が安全弁を設けるべきと評価したことは、会社法851条1項各号に該当しない場合でも、一定の事例では原告の訴訟追行の継続を肯定する余地がないわけではないことを示す。

株主代表訴訟は、担当者のための法定訴訟担当であり、自己の利益又は自分が代表するものの利益のために、訴訟物たる権利義務についての管理処分権能が認められている¹³⁾。原告が、訴訟に関する自己の利益を肯定するための関係性を失ったとしても、原告の訴訟追行の継続（当事者適格の維持）が認められる余地を、令和6年東京地裁判決が肯定するのであれば、その根拠が何か、認めうる範囲がどこまでかを明確にする必要があろう。同時に、令和6年東京高裁判決が条文に沿って問答無用に担当者適格の喪失により訴えを却下したこととの違いは、判断基準の相違によるか、それぞれの事件の事案の相違に依拠するのか、検討が必要である。

以下では、株主代表訴訟原告の株主資格の喪失により、原告の当事者適格が消滅したとされ、直ちに訴訟却下の判断をすべきかにつき、議論状況を確認し、令和6年東京地裁判決がいう原告の訴訟追行の継続が認められる余地について検討しよう。

12) 読売新聞・前掲注11)における松尾健一（大阪大学教授）コメント。

13) 新堂幸司・前掲注6) 292頁。

Ⅱ．原告の株主資格喪失と当事者適格・訴訟承継の 関係に関する議論状況

1．通説的な理解

株主代表訴訟の原告が株主資格を喪失し、担当者適格を維持できない場合には訴訟承継の問題が発生するが、どのように処理されるべきかは実は明らかではない。

訴訟承継は、訴訟外の実体関係の変動により、訴訟当事者が紛争の主体たる地位を失ったことを、訴訟の場面にどう反映させるかという問題である。二当事者間の紛争、例えば、債権者が債務者に対し履行請求を行うために給付の訴えを提起する場合であれば、訴訟外の実体関係の変動として考えられるのは、訴訟当事者の死亡又は合併などにより、当事者が不存在となる（当然承継が対応する）事案や、原告たる債権者が債権の譲渡を行うことにより、債権者でなくなる（特定承継が対応する）事案が考えられる¹⁴⁾。しかしながら、株主代表訴訟は、株主による法定訴訟担当であり、問題となる紛争は会社と被告とのものであり、株主が紛争の主体たる地位を失ったとしても、会社と被告との間の紛争実態に変化があるわけではない。紛争実態に変化がない状況で訴訟当事者が当事者適格を失うという問題は、同じく法定訴訟担当である債権者代位訴訟にも見られる。このため、株主代表訴訟の訴訟承継に関する問題は、債権者代位訴訟と同様の処理がなされると理解された¹⁵⁾。

株主代表訴訟における原告が株主資格を喪失する場合の訴訟の帰趨を議論するに当たり、まず、債権者代位訴訟において代位債権者が債務者の債権者でなくなった場合（債権を譲渡する、弁済を受ける）の処理を確認しよう。

14) 高橋宏志『重点講義民事訴訟法 下』（第2版補訂版、有斐閣、2014年）557頁。

15) 中野貞一郎ほか編『新民事訴訟法講義』（有斐閣、第3版、2018年）176頁。

（1）債権者代位訴訟原告の担当者適格喪失の場合

債権者代位訴訟では、代位債権者は自己の利益のために訴訟担当を行い、債権者たる資格を喪失することは担当者適格を喪失することを意味し、訴訟が却下される。このような場合には、機能不全状態にある債務者や、それまで代位権行使を怠った他の債権者を保護する必要はないとして、当然受継（民事訴訟法124条1項5号）には該当しないとされた¹⁶⁾。もっとも、他の債権者が代位訴訟で形成された訴訟状態を利用したいと思う場合や、第三債務者が代位訴訟で形成された訴訟状態を利用して一挙に決着をつけたいと考える場合には、参加承継（民事訴訟法49条）や引受承継（民事訴訟法50条）は可能であると理解され¹⁷⁾、平成29（2017）年民法改正により、債権者代位訴訟が係属しても債務者の管理処分権が存続することが明記され（民法423条の5）、被担当者たる債務者の訴訟参加の機会を保障するために、債権者が債権者代位訴訟を提起した場合には債務者に対し訴訟告知することが義務づけられた（民法423条の6）。

代位債権者が自己の利益のために訴訟担当を行っていることから、代位債権者の死亡等により包括承継がなされる場合には、民事訴訟法124条1項1号により、相続人等の包括承継人に受継資格があり、その者に受継義務がある。

（2）株主代表訴訟に関する通説的な理解

債権者代位訴訟において、代位債権者が債務者の債権者でなくなった場合と株主代表訴訟の原告が株主資格を喪失する場合とを同様に処理することを前提に、通説的な理解は次の通りとなる。

- ① 株主資格を喪失した場合には、担当者適格を喪失したものとする。
- ② 株式の譲渡により株主資格を喪失する場合には、受継は生じず、株主代表訴訟は訴訟却下される¹⁸⁾。
- ③ 原告株主の死亡等が生じる場合には、

16) 池田辰夫『債権者代位訴訟の構造』（信山社、1995年）188～189頁。

17) 池田辰夫・前掲注16) 199頁。

18) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣、1987年）368頁〔北沢正啓〕、神戸メ

民事訴訟法124条1項1号により、相続人等に受継される¹⁹⁾。④会社や原告以外の株主は訴訟参加が可能であり(会社法849条1項)、株主代表訴訟で形成された訴訟状態を利用したいと思う場合には、参加承継が可能である²⁰⁾。

↘地判・前掲注5)引用判例。

19) 岩原紳作編・前掲注4)468頁[岩原紳作]。

20) 上柳克郎ほか・前掲注18)368頁[北沢正啓]。

なお、株主代表訴訟の提起するためには、①株主であること、②会社への提訴請求を実施していること、③提訴請求時の6ヶ月前から継続して株主であること(公開会社のみ。非公開会社では、提訴請求時から株主であることが要求される)、及び④提訴請求を受けた会社が60日間、提訴請求を受けた事項につき訴訟を提起しないことが要求される。これらは、訴訟提起の際の原告適格(担当者適格)を示す訴訟要件とも考えられると、②・④を満たさない株主は、当事者として訴訟参加し得ず、共同訴訟的補助参加しかできないのではないではないか、とも考えられなくはない。

しかしながら、そもそも、会社の訴訟参加は、責任追及等の訴えにつき原告の訴訟進行が不適切である場合に対処し、その訴訟活動を牽制することを目的としているため、②～④の要件を満たさなくとも①の要件が満たされれば、共同訴訟参加が可能である(会社法849条1項。なお、特定責任追及の訴えについては、最終完全親会社等の株主であれば、訴訟参加が可能であり、持株要件(最終完全親会社等の総株主の議決権の100分の1以上の議決権を有するか、その発行済株式の100分の1以上の株式を有すること。会社法847条の3第1項)も要求されない)。この点から、②～④は、訴訟要件であるが、担当者適格を評価するためのものというよりは、訴訟提起の適法性を確保するための要件と考えられる。

伊藤眞「法定訴訟担当訴訟の構造——株主代表訴訟を材料として」司法研修所論集97号(1997年)402～403頁は、既に代表株主が訴訟進行権を行使している場合には、他の株主が共同訴訟参加人となる限りでの訴訟進行権を認めると説明する。笠井正俊「責任追及等の訴えの提訴前手続と審理手続」神作裕之ほか編『会社裁判における理論の到達点』(商事法務、2014年)309～401頁は、「提訴請求」は他の株主が訴えを提起しても不適法な訴えとなるという意味では原告適格を基礎づけるものとみることができるが、「株主であること」のように審理の終了(口頭弁論の終結)まで必要な原告適格とは異なるものであって、訴えの提起が適法となるために必要な特別の訴訟要件と位置づけられると説明し、原告株主による提訴請求によって会社に意思決定の機会がすでに与えられているので改めての提訴請求は不要であり、濫用的な提訴請求や訴えの防止の観点から定められている6か月前からの株式保有の要件についてもすでに提起されている訴えに共同訴訟参加する際には実質的な意味を持たないとする。

以上からは、②～④が満たされなくても、担当者適格は認められると考えられる。株主代表訴訟の原告が担当者適格を喪失しても、訴訟参加した株主がいれば、当該株主の訴訟参加による参加承継が認められよう(なお、本間靖規「株主側の事情による原告適格の帰趨」神作裕之ほか編『会社裁判における理論の到達点』(商事法務、2014年)314-315頁、

⑤ 債権者代位訴訟のアナロジーからは、被告取締役等は、権利の帰属主体である会社に対し引受承継（民事訴訟法50条）を求めうることになる²¹⁾。

2. 会社法851条の制定

株主代表訴訟係属中に原告の株主資格が会社の行為により喪失する場合、そのような会社の行為を主導するのは、株主代表訴訟被告と近い関係にある会社の取締役であるだけに何らかの意図・思惑があるのではないかという疑いがある。それだけに、形式的に株主資格を喪失したことで訴えが却下されることの問題がクローズアップされた。会社法851条は、株主資格を喪失しても、実質的な投資関係が維持される場合は、担当者適格を肯定するだけの実質的な利害関係は維持していると評価でき、原告の訴訟追行が認められるとした。この会社法851条の立法趣旨を踏まえれば、会社の組織再編行為以外の会社の一方的行為によって株主資格を喪失することになるが、実質的な投資関係が継続する場合（全部取得条項付種類株式の全部取得又は取得条項付株式の取得の対価として、当該会社の親会社の株式が交付

ゝは参加承継する株主に対しても株式保有要件が課されることを前提に、㉔を考慮し、非公開会社のみ参加承継を許容する）。

21) 平成29（2017）年債権法改正前の主張であるが、柳川昌勝「株主の代表訴訟について」法学新報57巻8号（1950年）4頁がこの点を肯定する。もっとも平成29（2017）年民法改正前の通説的な理解である上柳克郎ほか・前掲注18）368頁〔北沢正啓〕は、受継義務とともに引受承継の対象となることも否定し、その必要はないとする。これは、既に形成された訴訟状態を前提とし、旧当事者が訴訟上できなくなった行為は新当事者もすることができないということでは、引受承継が認められては、会社にとって手続保障が十分ではないという価値判断に基づくと思われる。

しかし、訴訟承継全般についても、引受承継の場合には、新当事者の承諾のないまま訴訟に引き込まれるため、参加承継と異なり、一定の手続保障が必要であり、裁判官の合理的な裁量による調整がなされるべきとされ（新堂幸司・前掲注6）858頁）、それを前提に債権者代位訴訟について訴訟告知を要求する民法423条の6が整備された。役員等の責任追及の訴えにあっては、その訴訟に特設当事者としてはいらない限り、不利益な判決の効力を制限するという手当てを取ることができないが、その反面、そもそも、提訴請求、訴訟告知、公告・通知により株主代表訴訟にあっては会社への手続保障は果たされ、訴訟参加しうる環境があることから（会社法849条4項）、権利が帰属する会社に対し引受承継を求めることを否定すべき理由はないと思われる。

される場合など)も、当然に、訴訟追行権能が維持されると解釈すべきである(会社法851条類推)²²⁾。

このように、会社法851条が対処するのは、原告が株主資格を喪失する場合のうち、それでも実質的な投資関係が維持される場合に限られる。このような制度設計がとられたのは、実質的投資関係をも喪失した者に訴訟を追行させることには問題があると判断されたからとされる²³⁾。この制度設計を踏まえれば、株主代表訴訟係属中に、原告が担当者適格を喪失するのは、株主資格を喪失し、かつ、会社との実質的な投資関係をも喪失する場合ということになる。

3. 株主代表訴訟の性質を踏まえた学説の展開

債権者代位訴訟のアナロジーから株主代表訴訟における株主資格の喪失の問題を考察するとしても、債権者代位訴訟と株主代表訴訟は、代位訴訟であるという構造は同一でもその性質が異なるため、必ずしも同一の結論とはならない面もあろう。

株主代表訴訟は、株主が株主権を基礎に会社の請求権を行使する代位訴訟であり²⁴⁾、原告株主は、会社の機関的地位に立ち、会社のために訴訟追行を行うとか(代位訴訟性)、株主全員を代表して会社の実存のために訴訟追行を行うとか(代表訴訟性)、その両者としての性格を有するというように理解される²⁵⁾。いずれにしても、株主代表訴訟が認容されたとしても、損害賠償等は会社になされるため、原告株主は直接に利得することができ

22) 奥島孝康ほか『新基本法コンメンタール 会社法3』(第2版、別冊法学セミナー239号(日本評論社)、2015年)449頁[山田泰弘]。岩原紳作編・前掲注4)609頁[伊藤靖史]は賛成する。

23) 江頭憲治郎『株式会社法』(第9版、有斐閣、2024年)527頁注8、三浦治「組織再編行為と株主代表訴訟の原告適格——2012年「会社法制の見直しに関する要綱」を受けて」札幌法学24巻2号(2013年)10頁。

24) 最判平成12年7月7日・前掲注2)掲載判例。

25) 議論状況については、たとえば奥島孝康ほか・前掲注22)[山田泰弘]408頁などを参照。

ない²⁶⁾。そうであれば、債権者代位訴訟とは異なる事情が存在する。原告が株主権を有することが、会社法が法定訴訟担当として、株主に株主代表訴訟の追行を認める根拠とされ、株主資格の喪失が担当者適格の喪失と理解されるとしても、訴訟承継に関し、必ずしも同じ結論を採るべき根拠とはならない。

学説にあっては、次のように主張される。

第一に、原告株主が自身の利益のために訴訟担当を行うという訳ではなく、会社の機関的地位からの訴訟追行であれば、民事訴訟法124条1項5号に該当する、と主張される²⁷⁾。もっとも、令和6年東京地裁判決は、民事訴訟法124条1項5号にいう「一定の資格を有する者で自己の名で他人のために訴訟の当事者となるもの」は、自己の固有の権利利益に基づかず、一定の資格に結びついて認められるものであり、株主代表訴訟の原告は、株主としての自己の権利に基づく者であり、これにあたらないとする。

第二には、株主代表訴訟原告が総体としての株主の代表として訴訟追行をしていると理解すれば、民事訴訟法124条1項6号に準じて、受継が認められるべきであると主張される²⁸⁾。もっとも、令和6年東京地裁判決は、形式的に、株主代表訴訟の原告は、選定当事者ではないとして、適用を否定し、類推の可否を判断しない。

このほか、原告以外の株主に受継できず、他に承継する者がいないのであれば、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、被告取締役の会社がこれを承継する訴訟法上の義務を負うと解するべきと主張される²⁹⁾。

26) このため、勝訴判決を得ても、原告株主には株主代表訴訟の勝訴判決により執行権限までは認められても、受領権限までは認められず、第三者への給付を求める強制執行となる（東京地方裁判所民事執行センター「サンマエクスプレス第10回」金融法務事情1653号（2002年）55～58頁〔文責 水谷里枝子＝上田正俊＝若林大三〕）。

27) 伊藤眞『民事訴訟法』（第8版、有斐閣、2023年）280頁注46。

28) 鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法（4）』（有斐閣、1997年）570頁〔佐藤鉄男〕。

29) 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」〔河ノ

Ⅲ. 検討 1：原告以外の株主の受継義務の成否

Ⅱでの概観では、株主代表訴訟の構造の理解から、株主代表訴訟係属中に原告が株主資格を喪失した場合において、原告の担当者適格が喪失されるとの理解を前提として、訴訟承継がどのように扱われるかという点に関する現在の理解状況を確認した。

たしかに、そもそも、株主代表訴訟の原告の訴訟活動は、債権者代位訴訟との共通性がある一方で、機関的地位としての活動や、他の株主を代表して実施するという側面があることは否めない。しかし、そういった性格付けの違いにより、訴訟承継に関する取扱いが異なることが生じる。この違いの実質的な差や株主権としての監督是正権の行使として提訴される他の訴訟類型（会社の組織に関する訴え（会社法834条））への波及効果を考慮した検討が必要となろう。

1. 株主代表訴訟の性質理解からの帰結の差異

株主代表訴訟を債権者代位のアナロジーから理解する場合と、株主代表訴訟の担当者適格を一定の資格に基づくものと理解するか、又は、株主の代表と理解するかの場合との差は、株主代表訴訟の原告の死亡の取扱いに生じる。前者であれば、株主代表訴訟を、担当者のための法定訴訟担当と理解することで、民事訴訟法124条1項1号に沿って、その相続人に受継義務が発生する。他方で、後者であれば、同項5号又は6号（類推）として、原告の相続人を含めた株主一般に受継義務が発生する。

この後者の場合には、同一の義務を負う主体（資格喪失した原告と同様の立場にある第三者（＝原告以外の株主））が複数人存在する。原告の相続人以外には、受継義務が発生したことを知らない可能性があり、受継義務発生

ㄴ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』（商事法務、2002年）100頁。

の事実の告知や複数人間で誰が受継を申し立てるかといった意思形成が必要となる。例えば、選定当事者であれば、選定（選定取消・変更）により訴訟外で調整される（民事訴訟法30条）。株主代表訴訟で原告が株主資格を喪失した際を想定した対応が民事訴訟法上存在しないことは、令和6年東京地裁判決が述べるように、類推の基礎がないようにも見えなくはない。しかしながら、同様の問題は、株主代表訴訟が提起される段階にもある。

役員等の会社に対する責任を追及する株主代表訴訟において、訴訟の相手方（被告役員等）の利益を保護しようとすれば、訴訟に直接関与しない、本来の権利帰属主体である会社や、原告と同様の立場にある株主は、訴訟に直接関与しなくとも、たとえそれらの者に不利益となっても判決の効力が及ぶことが望ましい³⁰⁾。現行会社法は、訴訟担当の熱意に加え、会社への提訴請求（60日間の考慮期間の確保を含む。会社法847条1項3項）、訴訟告知（同法849条4項）そして会社による原告以外の株主に対する公告・通知の実施（同条5項・9項）により、原告以外の株主と会社とに訴訟参加（同条1項）の機会を保障することで、原告の十分な訴訟追行を期待しうる体制が整備されている³¹⁾。さらに、事後的に、原被告が共謀して会社の権利を害する目的をもって判決を得た時には再審の訴えの余地も許容する（同法853条）。

株主代表訴訟の提起段階での対処を踏まえれば、原告の株主資格喪失の情報を原告以外の株主や会社に周知³²⁾すれば、原告以外の株主一般に受継

30) 新堂幸司・前掲注 6) 295頁。

31) 新堂幸司・前掲注 6) 295頁。奥島孝康ほか編・前掲注 22) 408～410頁〔山田泰弘〕も参照。

32) 会社法・金商法上の開示制度を利用しての周知により実現すべきとするものとして、山田泰弘・前掲注 3) 234頁、奥島孝康ほか・前掲注 22) 442頁〔山田泰弘〕。もちろん、会社が訴訟告知を受けたのは、取締役を被告とする訴訟に関して、会社を代表する業務監査機関が、株主代表訴訟の推移を見守り、必要があれば訴訟参加するなどの対応をとることを期待するからである。

しかし、会社の代表者が善良なる管理者の注意を尽くして職務を遂行するとは限らない。株主代表訴訟制度は、責任追及等の訴えの対象となる責任の免除につき、総株主のメ

義務を肯定しても、受継の申し立てをする機会を保障することが可能であるし、いずれかの株主による受継が決定した後は、他の株主は訴訟参加することで対応できる。この点では、債権者代位と同様に、原告死亡の場合に、原告の相続人に当然承継されると解しても、民事訴訟法124条1項5号または6号（類推）により当然受継が生じると理解しても、大きな違いはないように思われる。当然承継の原因が発生しても、訴訟を受け継ぐ者が受継の申し立てをするか（民事訴訟法124条1項、民事訴訟規則51条）、相手方による申立て（民事訴訟法126条）がなければ、訴訟の承継はなされない。当事者から受継の申立てがない場合には、真摯な訴訟追行の意思を欠くとも判断され、結局は、訴えを却下すべき場合もあることにはなる³³⁾。それであれば、株主代表訴訟の手續保障の仕組みの下で、原告の株主資格の喪失により担当者適格が喪失したとして、訴えが却下される前に、原告以外の株主が共同訴訟参加し、その者が株主資格を維持しているのであれば、担当者適格がある者の訴訟追行があるため³⁴⁾、訴訟係属が維持されようから、訴訟承継の問題として処理をせず、訴えを却下することを前提として、会社及び原告以外の株主への手續保障を徹底すればよいともいえる。

2. 会社の組織に関する訴えとの整合性

株主代表訴訟のスキームを考えれば、資格に基づく訴訟担当として民事訴訟法124条1項5号または6号（類推）の可能性も肯定できる。その一方で、訴えが却下される前に原告以外の株主が共同訴訟参加をし、その者が株主資格を維持できるのであれば、訴訟承継の問題として処理をしなく

ㄨ 同意が必要とされることから、原告以外の株主に対しても手續保障を行う。この点からは、株主に対しても、原告の株主資格が喪失されたという情報は共有されるべきである。

33) 高田裕成ほか編『注解民事訴訟法 第2巻』（2023年）822頁〔田頭章一〕参照。訴訟承継をしないまま放置することが信義則に反することから、訴えの却下を肯定するものとして、東京高判昭和60（1985）年4月24日東高民36巻4・5号79頁、判時1155号264頁（最判昭和63（1988）年4月14日判タ683号62頁で維持）。

34) 前掲注20)での議論を参照。

ても、訴訟係属が維持されうるのも確かであり、類推を認めても認めなくても結論に差があるわけではない。

しかしながら、会社の組織に関する訴えとの整合性を考慮すれば、自身としての権利行使か、訴訟追行が資格に基づくかには大きな差がある。

廃止された有限会社法に基づく会社解散請求訴訟、社員総会決議取消訴訟及び決議無効確認訴訟につき、最大判昭和45（1970）年7月15日³⁵⁾（以下、昭和45年最高裁判決）は訴訟係属中に原告社員が死亡した場合に、訴訟は終了せず、相続人が訴訟を承継する（当然受継となる）と判示した。この判示事項については、理論的根拠と実質的な考慮が示される。

昭和45年最高裁判決が示す、理論的な根拠は次の点である。会社の組織に関する訴えに関する提起権のような「共益権も、帰するところ、自益権の価値の実現を保障するために認められたものにほかならないのであって、その権利の性質上権利行使の結果が直接会社および社員の利益に影響を及ぼすためその行使につき一定の制約が存することは看過しがたいにしても、本来それが社員自身の利益のために与えられたものであることは否定することができないからである。そして、このような共益権の性質に照らせば、それは自益権と密接不可分の関係において全体として社員の法律上の地位としての持分に包含され、したがって、持分の移転が認められる以上（〔平成17年廃止〕有限会社法19条）、共益権もまたこれによつて移転するものと解するのが相当であり、共益権をもつて社員の一身専属的な権利であるとし、譲渡または相続の対象となりえないと解するいわれはない」。もっとも、「社員が右のような訴を提起したのちその持分を譲渡した場合には、譲受人は会社解散請求権、社員総会決議取消請求権および同無効確認請求権のごときは取得するけれども、譲渡人の訴訟上における原告たる地位までも承継するものとはいえない」、と。このため、相続の場合には当然承継が生じる。譲渡の場合には、譲受人は有限会社社員として訴訟参

35) 民集24巻7号804頁。

加を申し出ることも可能である（提訴期間の徒過があれば当事者適格を具備できず、訴訟参加ができないことになる）。

この最高裁判所の判示事項（多数意見）は、同判決における松田二郎判事の反対意見に対応するものである。松田判事は、株式の譲渡・相続により移転するのは自益権（配当請求権・残余財産請求権）であり、共益権は株式の取得に起因して原始取得されるものと理解する³⁶⁾。このため、共益権は一身専属権であり、譲渡・相続によって移転しないとして、原告が死亡した場合には訴訟が終了すると理解している。このような理解は、共益権である会社の組織に関する訴えの提起権が株主資格によって認められるものと考えているといえる。同様の理解は、住民訴訟（地方自治法242条の2）にもみられる。例えば、東京地判昭和59（1984）年1月31日³⁷⁾は、次のように述べ、訴訟係属中に原告が転出により住民でなくなった場合に原告適格の喪失が生じたとして訴訟が終了するとする。「住民訴訟は、……住民の直接参政の一方式として、法が特に住民に対し右違法な行為又は怠る事実の予防ないし是正を裁判所に請求する公法上の権能を付与したものである。〔地方自治〕法242条の2第1項4号に規定するいわゆる代位請求に係る住民訴訟も、実質的にみれば、権利の帰属主体たる地方公共団体と同一の立場においてではなく、住民として地方自治に直接参加する固有の立場において職員等に対し損害の補填を請求するものである。このような住民訴訟の目的及び性格並びに原告適格が訴訟係属中存続していることが民事訴訟の原則であることを考えると、住民訴訟の原告は、訴訟提起後その訴訟の係属中も当該地方公共団体の住民たる資格を有していることを要し、転出によって当該地方公共団体の住民たる資格を喪失したときは当然に原

36) 松田二郎『株式会社の基本理論』（岩波書店、1942年）18頁も参照。松田二郎は、会社における所有と経営の分離に即して、株式に関する株主権は、会社の社員たる権利（社員権）ではなく、その実質は債権的な自益権（経済的な利益を求める権利。剰余金の配当を受ける権利と残余財産請求権）が本質であり、共益権は自益権の保全を行うものであり、一身専属的な権利と理解する。

37) 行政事件裁判例集35巻1号93頁。

告適格を失ない、その訴えは訴訟要件を欠く不適法なものとして却下を免れないものと解すべきである」と。

株主が監督は正権の行使として訴訟が提起される場合、その訴訟の判決の効果は会社や他の株主をも拘束することを踏まえれば、原告株主の訴訟追行は会社や他の株主の利害を適切に反映させることが望ましく、行使する株主と会社との間に効果が限定される配当請求権などの自益権行使とは必ずしも状況は同一とはいえない。すでに株主代表訴訟について指摘したことと同様に、会社の組織に関する訴えの提起も、株主権に基づく権利行使とも、又は、株主資格に基づく訴訟提起とも理解しうる素地はある。それにもかかわらず、昭和45年最高裁判決がそういった中で、あえて、権利行使であると評価したのは、次の実質的な理由に基づく。

昭和45年最高裁判決は、その実質的な理由として次の点を挙げる。すなわち、当然承継されず「訴訟が終了するものとするならば、……非相続人の死亡の当時すでにその提訴期間を経過しているときは、相続人は新たに訴えを提起することができず、原告たる被相続人の死亡なる偶然の事情により、社員がすでに着手していた社員総会決議のかし〔瑕疵〕の是正の途が閉ざされる」ことの不都合を指摘する。

会社の組織に関する訴えや株主総会決議無効確認訴訟には、株主代表訴訟とは異なり³⁸⁾、会社法上に訴訟参加（当事者適格）に関する特別の定めがない。原告以外の株主が係属する会社の組織に関する訴え等に共同訴訟参加をしようとしても、参加の申立ての時点で原告適格を有していることが要求される。このため、最高裁昭和45年判決が指摘するように、相続時に提訴期間が経過していれば、訴訟参加を申し立てることができずに、株主総会決議取消訴訟を承継することも、また新たに訴訟を提起して争うこともできなくなる。株主総会決議の瑕疵には実質として株主間対立が存在し、その対立は原告の相続人に引き継がれるであろうのに対し、原告が着手し、訴訟追行す

38) 会社法849条1項の機能に関する、前掲注20)での議論を参照。

る中で形成された訴訟活動をその相続人が利用できず、紛争解決の道が閉ざされることは不合理であるとの実質的判断があったといえよう³⁹⁾。

会社の組織に関する訴えを株主の資格に基づく訴訟提起と理解しないとしたことと整合性を保つのであれば、同じく株主権の行使として提起される株主代表訴訟についても、担当者自身のための法定訴訟担当と理解すべきとなる。

3. 小 括

以上の考察からは、会社の組織に関する訴えを株主権の行使と理解することとの整合性からは、通説的な理解のまま、株主代表訴訟を担当者のための法定訴訟担当と理解すべきことになる。これを前提とすれば、訴訟の帰趨は次の点に委ねられる。

第一に、株主代表訴訟係属中に原告が株主資格とともに、会社との実質的な投資関係をも喪失し（会社法851条参照）、担当者適格を喪失した場合には、原告以外の株主又は会社は、共同訴訟参加（会社法849条1項）を行い、訴訟の承継をすることができ、相手方は、会社に対する引受承継を申し立てることが可能である（会社が引受承継する場合でも、訴えの取下げを行い、紛争を終了させることは可能である）。

原告以外の株主又は会社が、訴訟承継をするかの判断時間を確保し、彼らが訴訟承継をしないと判断したことが確認されれば、訴訟の終了（訴えの却下）とならざるを得ない。しかし、確認がなされるまでは、原告が株

39) 制度理解の道筋が二つある場合に、いずれの道筋で理解する方がよいかは、その理解からのコロラリーが当事者にとって制約的でなく、合理的な利害状況を形成しているかで決定されるべきである。制度理解からの結論が不合理な利害状況をもたらす場合には、その制度理解自体を採用すべきではないことが導かれ、最高裁昭和45年判決の立場がまさしくそうであろう。田中亘「法制度設計における価値判断の方法——序説」松井秀征ほか編〔岩原紳作先生＝山下友信先生＝神田秀樹先生古稀記念〕『商法学の再構築』（商事法務、2023年）25頁は、この昭和45年最高裁判決を評価し、そこでの少数意見のように、抽象的な理論を絶対視し、演繹的に結論を導き出す態度を批判する。

主資格を喪失したとしても訴訟係属は認められるべきである⁴⁰⁾。

第二に、原告の死亡や合併により包括承継が発生することは受継原因（民事訴訟法124条1項1号）と考えられ、原告の包括承継人（合併存続会社などや相続人）は、受継義務を負う。しかし、受継をするためには受継の申立てをせねばならず、実質的には、第一の場合と異ならない。株式譲渡は、受継原因とは考えられないが、株式の譲受人も含めて株主は共同訴訟参加（会社法849条1項）を行い、訴訟承継をすることは可能である。

このようにみれば、原告が株主資格を喪失し、会社との間で実質的な投資関係をも喪失した場合、会社又は原告以外の株主が訴訟の承継を希望し、行動をすれば、株主代表訴訟（役員等に対する責任追及訴訟）の係属は維持されることになる。会社と被告との間の紛争は、株主代表訴訟原告の担当者適格の喪失によっても変化せず、会社やその訴訟担当者となり得る株主が、依然として紛争解決を求めているからである。

原告以外の株主は、権利として（株主権行使として）、訴訟の承継をするかを判断する。その判断は私的自治に属し、その者の裁量によって判断をする。会社も同様に、被告役員等が会社による引受承継を望む場合には、それに応じなければならないとしても、基本的にはその権利義務を私的自治の範囲で処分できる。しかしながら、会社として訴訟の承継を判断する機関の構成員（取締役・監査役、執行役）は、職務執行につき善管注意義務・忠実義務を負う（会社法330条、民法644条、会社法355条、419条2項）。彼らの訴訟承継を行うか、訴訟承継をせず訴訟を終了させるかという判断が善管注意義務・忠実義務を尽くして実施される保障がなく、紛争解決の必要性が継続しているのに、訴訟承継をしないと判断しかねない。原告以外の株主はまだしも、会社が訴訟承継に向けて行動しない場合に、訴訟の終了（訴えの却下）となってもよいか、章を改めて検討しよう。

40) 山田泰弘・前掲注 1) 104～105頁。

Ⅳ. 検討 2：原告の株主資格喪失と会社の訴訟承継

学説の中には、原告以外の株主に受継できず、他に承継する者がいないのであれば、訴訟経済や当事者の衡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、被告取締役の会社がこれを承継する訴訟法上の義務を負うと解するべきと主張されていた⁴¹⁾。

しかしながら、債権者代位訴訟において、債権者が原告適格を喪失する場合に、第三債務者は債務者に対して引受承継を申し立てることが可能であり、債務者も承継参加をすることは可能であるが、債務者は受継義務を負わないと考えられる。同様の考慮に基づけば、株主代表訴訟において、原告の株主資格が喪失される場合、訴訟の対象である請求権の帰属主体である会社は、被告役員等が会社による引受承継を望む場合には、それに応じなければならないとしても、その権利義務を私的自治の範囲で処分することから、会社は、訴訟承継をするかの判断については裁量を持ち、自主的に判断されるべきである（引受承継をする場合でも、訴えの取下げを行い、紛争を終了させることは可能である）。もっとも、会社の機関として、訴訟承継の判断を行う取締役らに関しては、実体法上の問題がある。

1. 会社の訴訟承継判断に関する実体法上の問題

被告役員等に対する請求権の帰属主体である会社が責任追及訴訟について判断するときの判断機関は監査役（監査委員会・監査等委員会）・取締役会であり⁴²⁾、その機関を構成する監査役・取締役・執行役は、職務の執行と

41) 三浦洲夫・前掲注 29) 100頁。

42) 取締役・執行役（取締役・執行役であった者）と会社との間の訴訟代表は、監査役設置会社の場合は、監査役（会社386条1項1号）、監査等委員会設置会社の場合は、監査等委員会で選定された監査等委員（会社399条の7第1項2号。当該取締役が監査等委員である場合は株主総会又は取締役会が選定する者（同1号））、指名委員会等設置会社の場合は、監査委員会で選定された監査委員（会社法408条1項2号。当該取締役が監査委員

して実施される訴訟承継を実施するか否かの決定に際しては善管注意義務・忠実義務を負担する。株主代表訴訟の原告が会社の行為により株主資格とともに実質的な投資関係をも喪失する場合（株式併合、対価が現金の全部取得条項付種類株式の全部取得、対価が現金の組織再編）においては、当該会社の行為が、株主代表訴訟被告と馴れ合いの関係が疑われる、会社すなわち取締役会主導で実施され、かつ、訴訟承継を実施するか否かの決定もその取締役会主導で実施される。このため、会社の株主代表訴訟被告に対する損害賠償請求権を巡る紛争の解決のために、訴訟承継をすることが望ましく、取締役らが善管注意義務・忠実義務を尽くして職務執行をすれば訴訟承継されるべき場合にも、訴訟承継されない可能性がある。ひいては、株主代表訴訟原告の株主資格と実質的投資関係を喪失させることになった会社の行為の実施の合理性もが疑われることになる。

もっとも、この合理性の評価には難しい側面もある。株主代表訴訟の原告が会社の行為により株主資格とともに実質的な投資関係をも喪失する場合（株式併合、対価が現金の全部取得条項付種類株式の全部取得、対価が現金の組織再編）には、そもそも、少数株主の締出しが株主総会決議に基づいて実施され（例えば株式併合につき会社法180条2項）、株主代表訴訟原告を含め、締出し時の対価に不満があれば、事前に反対を表明し、株主総会決議で反対をすれば、株式買取請求権を行使することが可能となる（例えば株式併合につき会社法182条の4）。公正価格により株式を買い取られるのであれ

ゝである場合は、株主総会又は取締役会が選定する者（同1号）である。もっとも、これらは訴訟行為を実施する機関を定めるものである。実質的には、訴訟承継をするか否かは、被告取締役に対する請求権の処分にもつながることからは、業務執行上の決定として取締役会・執行役の判断が必要となる（会社法849条の2参照）。このため、監査役・監査委員会・監査等委員会と、取締役会との両方が、訴訟承継をするという決定に至らなければ、実施されないことになろう。

なお、監査役、監査等委員又は監査委員である取締役、会計監査人、会計参与と会社との訴訟における会社代表者は通常の業務執行のスムーズの通りであり、（代表）取締役・代表執行役が会社を代表する。このため、これらの者に対する株主代表訴訟の原告の担当者適格の喪失の場合の訴訟承継は、取締役会・執行役が判断することになる。

ば、それにより、株主代表訴訟で行使される損害賠償請求権をめぐる紛争が実質的には解決されたとも評価できるからである。

たしかに、例えば、閉鎖的な会社において、多数株主と少数株主との間に対立・紛争があり、その一環として株主代表訴訟による責任追及がなされているような場合に、対立・紛争の解決として、適正な対価による少数株主の締め出しがなされているのであれば、そのような指摘は当てはまるかもしれない。締め出しの対価が公正であるかを巡っては価格決定申立てなど裁判所の関与も図られる以上⁴³⁾、多数株主と少数株主との間の紛争は解決

43) 非上場の閉鎖的な株式会社に少数株主の締め出すために株式併合がされることは、一種の部分清算であり、関係解消しか手段がない場合であれば、「会社経営の転換期を迎えた」会社の「意思決定を円滑かつ迅速に進めるために」少数株主を「排除し、安定株主による会社支配権を確立する」ことが目的であっても、少数株主の締め出しを目的とする株式併合は「正当な事業目的ではないとまではいえない」（札幌地判令和3（2021）年6月11日金判1624号24頁）。

例えば、株主間のパワーバランスの変化により、多数株主と少数株主との関係が悪化し、少数株主が現経営者の責任を追及する訴訟提起の準備を始めた事例に関して、京都地判令和3（2021）年1月29日（平成30年（ワ）第156号・平成30年（ワ）第157号）LexDB【文献番号】25569079）は、全部取得条項付種類株式の全部取得による締め出しを決定した株主総会決議につき、著しく不当とはいえないとして、会社法831条1項3号の充当性を否定した。そもそも、少数株主による責任追及の原因となる経営判断が不当とまではいえず、締め出しの実施の検討がそういった少数株主の活動がなされるよりも前であったことから、少数株主が株主代表訴訟を提起する権利の行使を阻害することだけが目的でないとした。また、締め出しの交付価格の算定も直ちに不合理ではなく、価格決定申立てををする機会もあり、実際に少数株主が行使していること、「少数株主を排除するに当たって目的の正当性は法律上の要件とされていないことも併せ考慮すると、会社法831条1項3号の「著しく不当な決議」に当たるとは認められないとした。

なお、この事件では、締め出される株主は、裁判所に対して価格決定申立てを行っている。裁判所は、株主が追及を検討していた取締役の責任が仮に全て賠償されたとした場合の企業価値を基礎に価格決定をしており、対価の公正さの確保により関係解消による紛争解決の正当性を高めようとしている（京都地決令和2（2020）年9月8日（平成29年（ヒ）第34号（株式取得価格決定申立事件））。判例集未掲載）。

もっとも、このような閉鎖的な株式会社にあっては、株式の保有は、単なる予想キャッシュフローの現在価値を享受するというよりは、株主間での会社経営に関する明示的・默示的な合意に基づくものであり、株式保有は、経営者としての参画（取締役としての選任や報酬の享受）を目的とする側面が強く存在する。この点では、関係解消でしか問題解

されたといえ、株主代表訴訟が終了することが望ましい。

しかしながら、支配株主と少数株主との対立の解消としての締出しが行われるような閉鎖会社ではなく、上場会社であって、公開買付後に株式併合によって少数株主が締め出され、上場廃止を目的とする Going Private が実施される場合は状況が異なる。

もちろん、上場会社の場合も、多くの株主が公開買付者の提示する対価に満足しており、締出し時にも反対株主には対価の公正さを争うことができるのであり、同様とも考えられなくはない。株式併合により原告の有する株式が端数となる場合は、多数株主の意向により少数株主が締め出された結果であり、訴訟追行の継続は、会社ひいては株式併合後も株主であり続ける者の行動や意向によらざるを得ないのであり、会社や株式併合後の株主が承継参加をしないのであれば、請求が却下されても仕方がないとも考えられなくはないからである。しかしながら、そもそも Going Private が実施される場合に、考慮される対価の相当性は、株式の客観的価値に株式市場の相場から見て適正なプレミアムを付加した金額であるかが審査されるに過ぎない⁴⁴⁾。上場企業における株主代表訴訟については、役員等の

ゝ決ができないのかは、対価として交付された額の公正さを検討する上では重要であり、少数株主の締出しを目的とする株式併合の有効性を巡っては、慎重に判断すべきである（江頭憲治郎・前掲注 23）163頁）。

なお、令和 6 年東京地裁判決は、株式併合による端数処理に関する価格決定の申立権の行使にあたり、価格決定につき会社の財産を確定させる利益があることを理由として株主代表訴訟原告の当事者適格の維持を認めるべきとの参加人の主張に対し、そのような利害関係は、原告適格の維持を認めるべきようなものではないとする。

44) 東京高決平成20（2008）年9月12日金判1301号28頁は、全部取得条項付種類株式の取得価格（会社法172条1項）は、取得日における公正な価格であるとし、取得日における株式の客観的価値に加えて、強制的取得により失われる今後の株式の上昇に対する期待を評価した価額をも考慮し、かつ、裁判所の合理的な裁量に基づく判断されるとする。最決平成28（2016）年7月1日民集70巻6号1445頁は、多数株主が株式の公開買付を実施し、それが成立した後に、対象会社の株式に全部取得条項を付し、全部取得を行う場合に、公開買付価格の決定の過程が、買収者である多数株主と少数株主との間の利益相反関係の存在により恣意的になることを排除するための措置として特別委員会が設けられるなどして、強圧性を除去するために公開買付価格と全部取得の取得価格とが同額で取得する旨が明示

違法行為の抑止機能や、適正な会社運営のエンフォースの役割⁴⁵⁾がある。役員等に逸脱行為があれば、責任追及されうるという環境を整備し、裁判において役員等の任務懈怠の実態を解明し、役員等の行為規範を明確化することは、社会的な意義が高い。これによって具体化する利益は、株主だけが享受するものでもなく、広く社会全体が享受するものであり、株式に関する公開買付価格・締出し価格に反映されるものではない。上場企業の Going Private では、締出し価格に満足するか否かと、株主代表訴訟での訴訟活動によって実現される利益とは別次元の問題として位置づけるべきであろう。

以上のように考えれば、株主代表訴訟で追及される請求の社会的意義、会社の規模や上場の有無、そして、株主代表訴訟原告が株主資格とともに実質的投資関係をも喪失することになる会社の行為の後の株主構成といった事情により評価が異なるが、訴訟承継をしないという会社の判断が不合理であり、会社ひいては社会にとってマイナスとなる事態が存在する。

しかしながら、訴訟承継をしないという不作為の判断が、善管注意義

ゝされるなど一般に公正と認められる手続により公開買付が実施されているときには、公開買付価格を公正な価格と捉える。このように、決定の内容の審査に踏み込まず、決定の手続が公正であれば、公開買付価格を公正な価格と捉えている。

もともと、市場での株価が1株当たりの純資産額を下回る場合などでは、市場での株価を基礎として客観的な価値が算定されると、割安となる可能性があり、事業の実施状況や事業計画を基礎として DCF 法に基づく理論値を基礎に買収プレミアムを算定すべき面がある。しかし、MBO においてマーケットチェックを公正な手続として必ずしも要求しないという行政・裁判所のスタンスでは、特別委員会を補助する第三者評価機関（銀行・証券会社やその関連会社）が対象会社・買収者と取引関係があり、その意向を付度する傾向があることから、現状の決定手続の公正さとして要求する水準では必ずしも、内容の公正さが担保されるわけではないと強く批判される（江頭憲治郎『「買収プレミアム」と株式買収請求に係る「公正な価格」』日本学士院紀要77巻3号（2023年）162頁（同『統会社法の基本問題』（有斐閣、2023年）242～243頁）。東京地決令和4（2022）年12月8日資料版商事法務470号130頁は、公開買付価格の決定の過程の適正さを審査することで、一定の内容の公正さの確保をしようとしていると考えられる。

45) 山田泰弘「国際的潮流から見た日本の株主代表訴訟制度——特に株主代表訴訟の原告適格を巡って——」立命館法学314号（2007年）105～106頁。

務・忠実義務に反し、会社の株主代表訴訟被告に対する損害賠償請求権を失うという損害を会社に発生させるおそれがあるとしても、会社法上は、事前にその損害発生を予防するために、積極的な作為（訴訟承継の実施）を取締役に強制する制度は存在しない。取締役の違法行為を差止める会社法360条は、訴訟上の行為を対象とできるにせよ⁴⁶⁾、「行為をやめること」という不作为を実現するものであり、積極的な作為を求めることができないとされる⁴⁷⁾。さらに、会社が訴訟承継することが会社ひいては社会にとって望ましいと評価される場合でも、それを実定法上で実現することは難しい。訴訟承継をしないと判断した取締役等の任務懈怠の有無の評価は困難であるとともに、株式併合等の後の株主構成によっては、その責任追及は期待できないからである。

2. 問題への対応可能性

すでに、Ⅲ. 3. で検討したように、原告が株主資格を喪失し、実質的な投資関係をも失う場合でも、実質的に紛争状態は継続し、原告以外の株主や会社又は被告が株主代表訴訟の訴訟活動の利用を望むのであれば、訴訟法上は、原告以外の株主や会社の承継参加や会社の引受承継によって対応しうる。この判断機会を保障するために、原告以外の株主や会社に対して、原告が株主資格及び実質的な投資関係を喪失したとの情報が伝達するような体制が整備されるべきである。原告以外の株主や会社が訴訟承継について判断する考慮期間は、株主代表訴訟の継続を認めざるを得ない。

もっとも、会社の訴訟承継をしないという不作为の判断が、当該判断を実施する取締役らの善管注意義務・忠実義務に反するという状態が生じうるが、実定法上この状態を是正することは、Ⅳ. 1. で見たように難しい。他方で、株主代表訴訟制度の下では、株主代表訴訟原告の訴訟通行は、訴

46) 東京地判平成11（1999）年11月30日資料版商事195号44頁。

47) 落合誠一編『会社法コメンタール8——機関（2）』（商事法務、2009年）142頁〔岩原紳作〕、大阪地決平成12（2000）年6月27日資料版商事198号247頁。

訟担当者である原告の熱意と、訴訟告知、訴訟に関する公告・通知、そして会社及び原告以外の株主の訴訟参加、さらには原告と被告との共謀による詐欺的な判決に関しては再審が認められることで、適正な訴訟追行となることを担保している。会社の行為により株主資格の喪失とともに実質的投資関係も喪失したとしても、株主代表訴訟原告は、一方的な会社の行為により株主資格を喪失したに過ぎず、その訴訟追行の熱情は変わるものではない。そうであれば、株主代表訴訟制度の仕組みの下では、原告が株主資格を喪失し、会社との実質的な投資関係をも失うという事態においても、会社が訴訟参加するまでの間は、原告の訴訟追行を認める対応が考えられる⁴⁸⁾。株主代表訴訟における手続保障制度の存在を考慮すれば、会社として訴訟承継するか否かを判断する取締役等に任務懈怠がありうる場合（又は原告の株主資格喪失の原因となった会社の行為（株式併合など）を株主代表訴訟を不当に免れる目的から実施する場合）には、被告が原告適格の否定を主張することは信義則違反・権利濫用（民法1条2・3項）に該当する可能性すらある⁴⁹⁾。当事者の手続保障の観点を考慮し、会社の行為により、株主

48) 会社法制定前に、山田泰弘・前掲注1) 104～105頁、109頁は、株主代表訴訟提起権が単独株主に認められ、たとえ勝訴しても得られる経済的利益はわずかであることから、もともと担当者適格を肯定するのは、株主の意欲や、個々人の訴訟を進行しようとする正義感などに期待が大きいためであると指摘し、経済的な関係をも喪失したとしても、担当者適格の維持を認めるべきと主張した。

会社法851条が、形式的に株主資格を喪失しても、実質的な投資関係が維持される場合（すなわち訴訟の結果につき経済的な利害関係がある場合）にのみ担当者適格が維持されたとの判断の下で制定されたことから、会社法制定前の山田の主張は現行会社法に整合しない。このため、本文のように、会社の行為により原告が担当者適格を喪失する場合であっても、株主代表訴訟の手続保障のスキームの下では、当事者適格を有する主体が訴訟参加しうることを前提に、原告の訴訟追行を認めるべきという主張に改める。

49) 株主の会計帳簿等の閲覧謄写請求権の行使において、新株発行により持株要件を充足しなくなった場合につき、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ』（第3版、判例タイムズ社、2011年）661頁〔福田千恵子／薬谷恵美。第2版：河原田貴弘。第3版：保木泰治〕。もっとも被告取締役は株式併合等を実施する会社とは別人格であるから、当事者適格を否定する主張を被告がすることは、訴訟上の信義則（民事訴訟法2条）には違反しない（令和6年東京地裁判決参照）。

資格及び実質的投資関係を喪失することにより、原告が当事者適格を喪失する場合に限り、訴訟承継の原則をとりながらも、訴訟承継が行われるまでの間は、例外的に担当者適格を有さない者の訴訟追行権限を肯定する余地はあろう⁵⁰⁾。株主代表訴訟の利害関係者への手続保障制度の存在を踏まえて、訴訟承継主義に当事者恒定主義的な修正を一定の範囲で認めることを提案したい。この提案の下では、会社が、共同訴訟参加あるいは承継参加をしても、原告が訴訟から脱退しなければ（民事訴訟法48条）、当事者として残存する。会社が、原告株主の訴訟追行につき理由がないと判断し、株主代表訴訟原告の訴訟追行の続行が詐害的であると立証することにより、詐害防止参加を申し立てることで対応することになる。

V. 結びに代えて：令和6年東京地裁判決の「特段の事情」

以上の検討を踏まえ、令和6年東京地裁判決が、口頭弁論終結前に株主の地位を失った場合であっても、「特段の事情」がある場合には、原告の担当者適格（＝原告適格）の維持を認める余地を肯定しているように見える点につき考察を行い、結びとしよう。

令和6年東京地裁判決は、具体的にどのような場合が「特段の事情」に該当するかを示していないが、別途、本件のような株式併合の場合に株主たる原告が当事者適格を失うとすれば、会社が株主代表訴訟を免れるためのスクイーズアウトが蔓延することになるという原告の指摘に対し、「会社が株主代表訴訟を不当に免れる目的で株式併合をしたなどの特段の事情が認められる場合には、例外的に個別の救済を図ることが可能であ」と判示する。

50) 兼子一「訴訟承継論」同『民事法研究1』（第6版、酒井書店、1959年〔初出1931年〕）150～151頁。紛争主体の変動を訴訟に反映させるべきという訴訟承継主義は、紛争主体に変動があっても、それが直ちに訴訟に反映されと限らず、その間、主体の変動を知らない相手方が無意味な訴訟追行を強いられかねない。兼子はこの欠点への対処として、当事者恒定主義的な修正・補充を施し、従前の当事者が承継人のために訴訟追行の権能を維持することを提案する。

この「株主代表訴訟を不当に免れる目的で株式併合」をしたことが、原告の訴訟追行の維持を認める「特段の事情」であるかは即座には判別できない。そもそも、株主代表訴訟の訴訟追行が継続しても、原告は実質的な投資関係を有さないために損害回復が得られず、「個別の救済」とはならない⁵¹⁾からである。むしろ、この事案であれば、不法行為(民709条)や金融商品取引24条の4・22条、21条の2による救済⁵²⁾や、反対株主の株式買取請求権(会社法182条の4)を行使する方が損害回復を得るという点では効果的であり、個別の救済は、株主代表訴訟原告の訴訟追行の続行を認める根拠として薄弱である。

そもそも、令和6年東京地裁判決は、株主代表訴訟原告が株主資格を失った原因を特定せず、一般論として、会社法「851条1項各号に該当するときを除き、特段の事情のない限り、原告適格を失う」と判示する。よって「特段の事情」は、会社法851条が規定する事例以外にも、対価を株式とする全部取得条項付種類株式の全部取得のように、株主資格を喪失するが実質的投資関係が継続することとなる事例を想定するとも考えられる。すでに見たように、このような取扱いが解釈論としても指摘され(Ⅱ.2.参照)、適当であるが、実質的投資関係が継続する余地のない株式併合の事案で、このような一般論を展開する必要性がないだけに、その真意がわかりにくい。

そこで、仮に「株主代表訴訟を不当に免れる目的」があることが株主代表訴訟原告の訴訟追行の維持を認める「特段の事情」に該当するとし⁵³⁾、その理論的根拠が何か検討してみよう。

まず、株式併合に不当目的があれば、株式併合自体の効力を否定しうる

51) 金融商事判例1700号(2024年)25頁の無記名コメント。

52) 高松地判令和5(2023)年3月28日(平成28年(ワ)105号/平成28年(ワ)260号)裁判所ウェブサイト掲載判例・D1-Law.com判例体系[28311081]、福岡高判令和6(2024)年2月15日(令和4年(ネ)415号)D1-Law.com判例体系[28320997]、東京地判令和6(2024)年3月22日(平成27年(ワ)34571号/平成28年(ワ)9820号/平成28年(ワ)26415号/平成29年(ワ)7864号/平成29年(ワ)13403号/平成29年(ワ)14557号/平成29年(ワ)30001号)D1-Law.com判例体系[28322353]。

53) 小柿徳武「判批(令和6年東京地裁判決)」法学教室532号(2025年)113頁。

ことを前提とするかもしれない。学説にあっては、株式併合の効力について、民事訴訟法一般の無効確認の訴えにより争いいうともされる⁵⁴⁾。しかし、一般的には、株主総会決議取消訴訟（会社法831条1項3号）で争うとされる⁵⁵⁾。株式併合に関する株主総会決議取消訴訟は、決議の取消しにより株主となる者にも原告適格が認められ（会社法831条1項柱書）、株主総会決議取消訴訟の認容の確定判決には遡及効が認められる（会社法839条）。株主代表訴訟原告も別訴で株主総会決議取消訴訟を提起することは可能であり、その認容判決の効果は株主総会の決議日にさかのぼることから、遡及的に株主資格を回復する。そうであれば、株式併合の効力が発生する旨を株主代表訴訟被告が主張する場合には、別訴での株主総会決議取消訴訟の提起可能性や、提起された場合にはその訴訟進度を考慮して、先行する株主代表訴訟の口頭弁論期日を設定し、それまでの間は株主代表訴訟の訴訟係属の維持を認めるような訴訟指揮が望ましい⁵⁶⁾。別訴で株主総会決議取消訴訟が提起されていれば、その管轄は株主代表訴訟と同一であり（会社法835条1項、848条）、裁判所は、株式併合の効力が争われる可能性を考慮して、口頭弁論の終結時期を決定する訴訟指揮をとることが可能である

54) 伊藤靖史「株式併合の無効（1）（2・完）」民商法雑誌159巻5号（2023年）600頁・6号（2024年）807頁。株主平等原則違反となるような事象は、株主総会決議取消訴訟を経由しなくても主張が認められうる。

55) 笠原武朗「閉鎖会社におけるキャッシュ・アウトの効力の否定——裁判例を手掛かりに」〔岩原紳作先生＝山下友信先生＝神田秀樹先生古稀記念〕松井秀征ほか編『商法学の再構築』（商事法務、2023年）289頁参照。

56) 清水田香「判批（令和6年東京高裁判決）」法学セミナー840号（2025年）115頁は、株主総会決議取消訴訟の認容の確定判決がされるまでは株式併合は有効であるとして、株主代表訴訟の原告適格が喪失されたとして却下判決をしなければならないと想定する。

しかし、株式併合の効力の行方につき結論が出ず、遡及的に株主資格を回復しうる段階で、訴訟判決をすることが適当とは思えない。株式併合が行われたという事実は口頭弁論終結の前に株主代表訴訟被告が裁判で主張しており、このような事態を引き起こすであろうことを予測できる環境にあるからである。むしろ、訴訟判決（却下判決）を含め、株主代表訴訟原告に既判力が及ぶことを前提としつつ、不都合であると思われる状態が生じないように訴訟指揮をすることが裁判所には求められる（もちろん、伊藤靖史・前掲注54）の理解に基づけば、株式併合の効力の確定を待って裁判所が対応することは困難とはなる）。

し、そのように運用されるべきである。令和 6 年東京地裁判決にあって裁判所は、口頭弁論終結の日を 2024 (令和 6) 年 2 月 29 日としている。これは、株主代表訴訟原告の株主資格喪失の原因となった株式併合に関する株主総会決議 (令和 5 (2023) 年 11 月 22 日開催東芝臨時株主総会) から 3 か月以上が経過したときであり、株式併合を承認する株主総会決議の取消訴訟の提訴期間満了を踏まえ、株式併合の効力が確定的となったのちに口頭弁論を終結したといえ、適切な訴訟指揮である。この令和 6 年東京地裁判決の訴訟指揮を前提とすれば、同判決の設定する「特段の事情」は株式併合の効力が否定される余地を考慮したとは評価できない。

次に考えられるのは、株主代表訴訟原告の原告適格の維持を認めたとする理解である。株式併合を離れば、会社の行為により株主代表訴訟原告が株主資格を喪失するが実質的投資関係は維持される場合には会社法 851 条を類推する余地はある。もっとも、令和 6 年東京地裁判決の事案は、株式併合であり、それにより株主資格を喪失する場合は常に原告は会社との実質的な投資関係をも喪失しており、事案に妥当する余地のない一般論の展開を裁判所が実施する必要性は乏しい。

以上のほか、発想の逆転となるが、原告が担当者適格を訴訟係属中に喪失したとしても、原告の訴訟追行の継続を許容する本稿の立場から見れば、令和 6 年東京地裁判決はその範囲を限定しようとするように見える。原告の訴訟追行の継続を認めれば、会社が訴訟参加 (承継参加) をしても、原告が訴訟からの脱退をしない限り、当事者として残存する。このため、合理的には訴訟追行が継続されるべき場合に限定したいと考え、株式併合に不当な目的があることを株主代表訴訟原告が立証できれば、その訴訟追行の継続を認めようとしたことになろう。このような場合に原告の当事者適格の喪失を被告が訴訟で主張することは権利濫用又は信義則に反することも評価できるからである。しかしながら、株式併合に不当な目的があるかは、IV. 1. で見たように、立証は困難であるとともに、評価が難しい。証拠への近接度を考慮しても原告側に負担させることも適当とはいえない

い⁵⁷⁾。そうであれば、これまでに検討したように、原告の訴訟追行の継続を認めつつ、会社が詐害防止参加（会社法47条1項）をし、会社对原告の訴訟追行が詐害的であるとの立証をさせることで対処させることに妥当性がある。

他方、令和6年東京高裁判決の事案は、東芝が元取締役・執行役5名（内1名は死亡しており相続人3名が被告となる）に対し会社法423条責任の追及訴訟を提起し、株主がそれに共同訴訟参加しており、同一の株主は会社が提訴する被告以外の元取締役10名に対し会社法423条責任を追及する株主代表訴訟を提起していた。原審である東京地方裁判所は、両者を併合審理して判決を行い、会社が提訴した被告の内3名につき一部認容し、株主代表訴訟のみの被告10名のうち2名につき請求を一部認容していた⁵⁸⁾。令和6年東京高裁判決は、令和5（2023）年11月22日開催東芝の臨時株主総会で株式併合を承認する決議がなされ、同年12月22日に株式併合の効力が発生した後に、株主代表訴訟部分を分離し、口頭弁論を経ないで、令和6（2024）年3月6日に原告適格を喪失したとして請求を却下するとともに、東芝の提訴する責任追及訴訟への共同訴訟参加申出を却下している。

この経緯を見れば、裁判上も会社が訴訟承継するか否かを十分に考慮する時間（提訴請求に対する考慮時間である60日より長い）や情報を得ていることが判明する。また、裁判所は、株式併合に関する株主総会の決議日から3か月を超えたことを確認し、その有効性が確定した段階に至ってから、訴訟判決をしている。よって、この事件は、株主代表訴訟原告の訴訟活動を引き継ぐ意思が会社にないであろうことと株式併合の効力が確定したであろうことを理解できる事案であった。しかしながら、それだけに、訴訟承継をしないという会社の判断は、善管注意義務・忠実義務を尽くして実施されていないように見える。

株主代表訴訟原告の担当者適格の喪失という事態にあつて、会社が訴訟承継するかを判断する際には、当該判断・決定時に判断者である取締役・

57) 小柿徳武・前掲注53) 113頁は、会社や被告側に立証させるべきかもしれないと指摘する。

58) 東京地判令和5（2023）年3月28日金判1879号2頁、資料版商事473号87頁。

監査役が、合理的に知り得た情報を基礎として、承継参加するか否かの判断・決定権を会社のために最善となるように行使することが求められる⁵⁹⁾。「取締役としては、会社内外の専門家や専門機関の評価ないし判断が著しく不合理といえるような場合でない限り、これに依拠することができ、また、そうすることが相当というべきであり、逆に、会社内外の専門家や専門機関の評価ないし判断があるにもかかわらず、特段の事情もないのに、これと異なる評価ないし判断を行った場合には、その判断の過程、内容は著しく不合理と評価され」うる⁶⁰⁾。第一審の一部認容判決により、被告取締役・執行役に任務懈怠が認められうるという裁判所の判断が示されたことには重みがある。会社が、第一審裁判所の判断に事実の認定や評価が不当であると考えるのであれば、積極的に被告側に補助参加したり、独立当事者参加をして株主代表訴訟原告の訴訟追行を否定する（請求に理由がないとして棄却を求める）べきである。逆に、株主代表訴訟原告の訴訟追行に委ね、関与しないのであれば、株主代表訴訟原告の訴訟追行に期待し、それをある程度容認しているとも評価できる。それにもかかわらず、取締役が会社をして株主代表訴訟原告の訴訟活動を承継せずに、それを有効利用しないことは、任務を怠ったとも評価されうる。この点でも、株主代表訴訟原告の訴訟追行の継続を肯定し、会社の詐害防止参加に訴訟の帰趨を委ねるべきであった⁶¹⁾。

59) 株主からの提訴請求を機関として判断する監査委員の善管注意義務・忠実義務違反を認定する東京高判平成28（2016）年12月7日金判1510号47頁を参照。

60) 東京地判令和4（2022）年7月13日判時2580＝81号5頁（東京電力ホールディングス株式会社株主代表訴訟一審判決）。

61) 令和6年東京高裁判決の事案では、裁判所は、株主代表訴訟原告の請求を分離し、却下するが、分離前には、通常共同訴訟として会社も同一の事件の当事者ではあった。訴訟承継をしないことが任務懈怠となりうる事案であれば、取締役の善管注意義務・忠実義務からは会社として訴訟承継すべきことが義務づけられているとの評価も可能である。そうであれば、請求を分離せずに、会社も同一事件の当事者であることから民事訴訟法129条に準じて、裁判所は会社に対し積極的に株主代表訴訟の請求につき訴訟承継を勧めるような訴訟指揮も考えられた（訴訟承継後に訴えの取下げは判断でき、その是非は会社代表者の任務懈怠の問題とはなる）。