慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法四五五〕 株主代表訴訟の係属中に、株式交換により被告取締役の属する会社の株主の地位を喪失した場合、原告適格を欠くとして訴えが却下された事例 (東京地裁平成一五年二月六日判決)
Sub Title	
Author	南隅, 基秀(Nangu, Motohide) 商法研究会(Shoho kenkyukai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2005
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.78, No.8 (2005. 8) ,p.55- 71
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20050828-0055

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

判例研究

株主代表訴訟の係属中に、株式交換により被告取締役の属する会社の株主の地位を喪失した場合、原告適格を欠くとして訴えが却下された事例

〔商法四五五〕

（東京地裁平成一五年二月六日民事第八部判決、却下（確定）
判例時報一八一二号一四三頁、判例タイムズ一一三八号二五〇頁）

〔判示事項〕

株式交換によって株主たる地位を喪失した場合に、株主代表訴訟の原告適格が維持されるか（否定）。

〔参照条文〕

商法二六七条、三五二条

〔事　実〕

訴外A株式会社の株主であったXは、A株式会社の代表取締役であるYに対して、取締役の善管注意義務に違反し、賃借不動産を、その賃料を下回る賃料で第三者に転貸し、A株式会社に損害を与えたとして、損害賠償を求めて株主代表訴訟を提起した。その後、A株式会社において、B株式会社の完全子会社となる株式交換が行われ、XはA株式会社の株主たる地位を喪失し、親会社であるB株式会社の株主となった。そこで、Yは、Xが本件訴訟の原告適格を失ったとして、訴えの却下を求めた。

〔判　旨〕

訴え却下（確定）

「……株主代表訴訟は、法が株主らをはじめとする株式会社を巡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、一定の要件のもと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。したがって、その原告適格について定める商法二六七条一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と思われる。」

「かかる観点にたって検討するに、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（商法二一一条ノ二、二四四条六項等）ところ、商法二六七条一項は単に「会社」と規定するのみであり、親子会社の場合を想定した定め方をしていない。親会社の株主が子会社の取締役の業務執行について利害関係を有することはもちろんであるが、商法上、親会社と子会社は法人格を異にするものとして扱われ、子会社の取締役の業務執行に対する監督は、子会社の監査役（商法特例法上の子会社を除く）及び子会社の株主たる親会社の取締役会により行われる建前となっており、親会社の株主が子会社に対して直接株主権に基づき権利を行使し得る場合は、各種議事録等の閲覧等請求権（商法二四四条六項、二六三条六項、二八二条三項）及び会計帳簿等の閲覧等請求権（商法二九三条ノ八）のように、特に明文で規定した場合に限られている。以上によれば、商法二六七条一項にいう「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、親会社の取締役に対して、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対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たる地位を失い、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（商法三五三条、三五四条、三五五条等）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巡る利益状況は、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、このような場合にあえ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。」

〔研　究〕

判旨に反対する。

一　本判決の意義

本判決は、株主代表訴訟の係属中に、株式交換によって原告が株主の地位を喪失した場合において、原告適格の維持を否定した初めての判決である。

わが国では、平成九年に独占禁止法が改正され、純粋持株会社が解禁された。そして、純粋持株会社の設立を容易にするために株式交換（商法三五二条以下）と株式移転（商法三六四条以下）の制度が、平成一一年に新設された。この株式交換によって、従来の会社の株主は、法律の規定により既存の会社を完全親会社として、その完全親会社の株主となり、その完全親会社が従来の会社の唯一の株主となる。本件では、A株式会社の株主であった原告が、同社の代表取締役を被告として株主代表訴訟を提起していたが、訴訟係属中に株式交換によって同社の株主の地位を喪失し、完全親会社となったB株式会社の株主になった。本判決は、株式交換を原因として、代表訴訟を提起していた株主の原告適格を否定するものである。

類似の判例には、株式移転を原因として、株主代表訴訟を提起していた株主の原告適格を否定したものとして、興銀事件（東京地判平成一三年三月二九日、判例時報一七四八号一七一頁）、東海銀行事件一審（名古屋地判平成一四年八月八日、判例時報一八〇〇号一五〇頁）、同二審（名古屋高判平成一五年四月二三日、判例集未登載。名古屋高裁ウェブサイト参照）がある。また、一審判決で総額七億七千五百万ドル（当時の為替レートでは約九七五億円）という巨額の賠償を命じた大和銀行株主代表訴訟事件（大阪地判平成一二年九月二〇日、判例時報一七二一号三頁）の控訴審において、平成一三年一二月一〇日に被告の現・元役員四九人が二億五千万円を支払うことで和解が成立したが（日本経済新聞平成一三年一二月一一日付夕刊）、これは、大和銀行が近畿大阪銀行・奈良銀行と共同して株式移転により大和銀ホールディングス（のちに、りそなホールディングズに改名）という持株会社を平成一三年一二月一二日に設立することが決定していたため、興銀事件と同様に原告適格を却下されることを原告が恐れたからである。この和解について、原告株主は「やむなく和解に応じた一番の理由は、原告適格の問題。持株会社にならなければ徹底的に闘った」と、苦渋の選択をした胸中を明かしている（日本経済新聞平成一三年一二月一一日付夕刊）。また、被告代理人からの報告として、河本一郎「大和銀行株主代表訴訟の和解を語る」（取締役の法務二〇〇二年一月二五日号四頁）がある。この和解では、一審の賠償額約九七五億円に対して、被告側の提示した二億五千万円の支払いで決

着し、しかも、和解条項も被告側の法的責任に一切触れないという、いわば、被告側の勝訴的和解になった。

しかし、もし、類似の状況にある訴訟の却下判決が続けば「企業統治（コーポレートガバナンス）という観点から放置できない問題になる」との懸念の声があがっている（日本経済新聞平成一三年一〇月二一日付朝刊）。バブル経済崩壊後の長引く不況下、企業の再編・統廃合が活発化している現在、同様の事態がこれからも起こる可能性は小さいものではあるまい。また、このような一連の判決以前においても、株式交換や移転の制度が株主代表訴訟を逃れるために濫用されないかとの懸念が表明されていた（江頭憲治郎ほか「〔特別座談会〕株式交換・株式移転――制度の活用について」（川西隆行発言）ジュリスト一一六八号一一五頁（一九九九））。

私は、前記興銀事件の判例評釈において、株式移転を原因としては、株主代表訴訟を提起していた株主の原告適格は失われずに維持されるとする見解を披瀝したことがある（拙稿「株式移転による株主の地位の喪失と株主代表訴訟の原告適格」札幌学院法学一八巻二号一二一頁（二〇〇二））。株式交換の場合も同様であると考えるが、まず、近時の学説の展開を踏まえつつ、私見を再度明らかにしたうえで、本判決のあげる理由に合理性が認められるのかを検討していきたい。

二　原告適格を維持すべき必要性

株主代表訴訟の原告適格について、商法は二六七条一項が「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主」と規定するのみである。この六ヵ月の保有要件は、会社荒らしの防止のために、衆議院の修正により昭和二五年に成立した条文に加えられた要件である。この株式を六ヵ月間保有するというのは、実質的に保有しているだけでなく、会社に対する関係でも保有することを要し、株主名簿上、六ヵ月間引き続いて株主であることを要するものとされている（商法二〇六条一項）（北沢正啓『新版注釈会社法(6)』三六六頁（有斐閣、一九八七））。また、この保有要件は株主が代表訴訟に着手する時、すなわち会社に対して訴えの提起を請求する時（商法二六七条一項）、または、直ちに訴えを提起し得る場合（同条三項）には訴え提起の時から、訴訟中を通じて満たしていることを要し（北沢・前掲三六七頁）、訴訟終了時まで継続して満たしていることを要する（前田庸『会社法入門〔第一〇版〕』四〇九頁（二〇〇五））。したがって、訴訟の途中で原告株主が株式全部を譲渡して株主た

る資格を失った場合には、当事者適格の喪失となり、訴えは不適法として却下されざるを得ない（石井照久『会社法上 第二版』三六〇頁（勁草書房、一九七二）、北沢・前掲三六七頁）。

しかし、本件の場合は、従来、原告適格を失うとされる株式全部の任意譲渡とは異なり、株式交換・移転という法律の規定に従って株主の地位を失った場合である。このように、原告の意思によらずに株主資格を喪失した場合には、既に提起された株主代表訴訟の原告適格は失われないと解すべき必要性がある（江頭ほか・前掲〔特別座談会〕一一五頁（江頭発言）は、意思によらずに株主資格を喪失した場合に原告適格の維持を認める。同様の見解として、他に、鳥山恭一「判批」法学セミナー五六一号一一四頁（二〇〇一）、周劍龍「判批」金融・商事判例一一二七号六六頁（二〇〇一）、新谷勝『株主代表訴訟 改正への課題』二五九頁（中央経済社、二〇〇一）、関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリスト一二三三号一〇七頁（二〇〇二）、吉本健一「判批」判例評論五一六号三六頁（二〇〇二）、加藤勝郎「判批」取締役の法務一〇四号七九頁（二〇〇二）、村上裕「判批」法学六六巻四号九五頁（二〇〇二）、佐合美佳「判批」法政論集一九一号二四五頁（二〇〇二）、浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務一六七一号四三頁（二〇〇三）、高橋英治「判批」商事法務一七一九号一三一頁（二〇〇五）がある）。

第一に、株式全部の任意譲渡の場合には、自らの意思で株主の地位を放棄したと評価できるので、原告適格を失っても止むを得ないが、株式交換や株式移転のように法律の規定に従って株主の地位を失った場合には、同様に解せない。既に適法に提起した訴訟を自らの意思に関係なく強制的に終了させられることになるには、十分な合理的理由が必要であるが、そのような理由は見出し難い。株式交換により強制的に株主たる地位を失う場合に、原告適格もこれと同時に失われるか否かは、そもそも株主代表訴訟制度が予定しない問題である（高橋・前掲一三二頁）。

第二に、原告適格を喪失して訴えが却下されるとすると、提起された株主代表訴訟から逃れるために、被告取締役側が株式交換や株式移転の制度を悪用して持株会社をつくる恐れがないとは言えない。持株会社は一社でも設立できるのである。そのような制度の悪用の場合には、株式交換・移転無効の訴え（商法三六三条、三七二条）の利用が考えられるが、何ら手続違反もなく、実際に企業再編の必要性

が認められる限り、株主代表訴訟から逃れる目的があったとしても、株式交換・移転無効の訴えの無効原因を肯定することは困難であろう（村上・前掲一〇二頁、元木伸『株式交換・移転制度の逐条解説』二五頁（中央経済社、二〇〇〇））。権利濫用等の一般条項を使った法的対処があるいは可能かもしれないが、そもそもそのような悪用を許さず、一般条項も使う必要がないような法解釈がなされるべきである。

第三に、原告適格を喪失して訴えが却下されるとすると、取締役に対する責任追及によって会社の損害回復や取締役の行為を監督し是正するという株主代表訴訟の機能が骨抜きになる恐れがある。この場合には、子会社取締役の責任追及は、子会社の唯一の株主である親会社が行うことが期待されるが、実際には親会社の取締役と子会社の取締役との間には支配関係があることが多く、このような関係性から子会社取締役の責任追及がなされない可能性がある。既に提起されていた株主代表訴訟の承継を親会社に義務付けることも、法律上の根拠を見出し難く無理である。訴訟手続の中断・受継を定める民事訴訟法一二四条一項二号の類推が考えられなくはないが、株式交換・移転の機能は経営統合であり、合併と類似する機能を持つものの、合併が包括承継の場合であるのに対して、株式交換・移転はそうではなく、受継を親会社に義務付けるのは困難であろう。また、子会社取締役の責任を追及しないことが親会社取締役の善管注意義務違反であるとして、親会社株主が株主代表訴訟を提起することは考えられるが、親会社の損害と子会社の損害は等しいとは言えず（新谷・前掲二五七―二五八頁）、これによっても子会社の損害回復や子会社取締役の行為を監督し是正することはできない。

しかし、原告適格が失われないと解する必要性が、以上のように認められるとしても、原告適格の維持を認めると親会社株主による子会社取締役に対する株主代表訴訟が係属する状態を認めることになり、それはアメリカの判例によって認められているような二重代表訴訟を認めることにほかならない（鳥山・前掲一一四頁）。果たして、そのような訴訟をわが国の現行商法でも許容することが可能であろうか。

三　二重代表訴訟

まず、二重代表訴訟を認める必要性については、以下のように肯定すべきである。

第一に、親子会社においては、親会社の取締役と子会社

の取締役が支配関係にある（同一の場合もある）ことが多く、この両者の関係性から、子会社の株主である親会社によっては子会社取締役の責任の追及がなされない可能性がある。そうすると、子会社自身や子会社の他の株主による責任追及がなされない場合には、子会社の損害が回復されず、二重代表訴訟が認められなければ親会社の株主も損害を被ることになる。

第二に、純粋持株会社においては、第一に述べたことが先鋭化して現われる。純粋持株会社は子会社の唯一の株主であり、純粋持株会社が子会社取締役の責任の追及をしない場合には、二重代表訴訟が認められない限り、子会社取締役の責任を追及する者はいなくなる。株式交換・移転によって純粋持株会社が設立されると、純粋持株会社は子会社の事業活動による収益からの利益配当に依存することになるのに、子会社から株式交換・移転によって純粋持株会社の株主となった者は、子会社の事業活動に直接関与できない。このような持株会社における株主権の縮減ないし株主の地位の脆弱化の問題は以前から指摘されてきたが（森本滋「純粋持株会社と会社法」法曹時報四七巻一二号三〇四六頁（一九九五）、神作裕之「純粋持株会社における株主保護〔上〕」商事法務一四二九号二頁（一九九六）、酒巻俊雄「純粋持株会社と会社法上の問題」ジュリスト一一〇四号二五―二六頁（一九九七）、前田雅弘「持株会社」商事法務一四六六号二五―二六頁（一九九七）等）、これに対処するために平成一一年商法改正によって、親会社株主に一定の範囲の子会社の業務内容等の開示請求権を認めた。すなわち、親会社の株主は、子会社の①株主総会議事録、②取締役会議事録、③定款・株主名簿等、④計算書類等、⑤会計帳簿・書類の閲覧・謄写請求権が認められ（商法二四四条六項、二六〇条ノ四第六項、二六三条七項、二八二条三項、二九三条ノ八）、これらの権利行使の結果、会社の業務執行に関して不正行為・法令違反等の重大な事実があることを疑うべき事由を発見した場合には、会社の業務・財産状況を調査せしめるために裁判所に検査役の選任を請求でき、その検査役に子会社の業務・財産状況を調査する権利を与えた（商法二九四条二項）。しかし、これだけでは不十分である。これらの開示請求権によって、子会社取締役の違法ないし不当な行為が発見できたとしても、二重代表訴訟が認められなければ子会社取締役の責任を追及することまではできず、子会社の利益、親会社の利益、ひいては親会社株主の利益を守れない可能性がある。

第三に、二重代表訴訟を認めなくとも、親会社株主は子

会社取締役の責任を追及しない親会社取締役の責任を株主代表訴訟によって追及できるから、これで親会社の損害は回復され、親会社の株主の保護として十分であるとも考えられるが、親会社の損害は子会社取締役の行為に因って生じた子会社の損害を経由する間接的な損害にすぎない。親会社の損害は、子会社取締役の行為との因果関係の立証や損害額の立証を経て初めて明らかになるが、その立証はいずれも容易ではない。それよりも、二重代表訴訟を認めて子会社に対する損害を塡補させる方が妥当である（畠田公明「純粋持株会社と株主代表訴訟」ジュリスト一一四〇号一八頁（一九九八））。また、本来、第一次的に子会社に損害が帰属しているのであるから、二重代表訴訟を認めて子会社の損害がまず回復されるべきであり、それによって親会社の損害が回復されるべきである。子会社の損害が回復されると親会社の損害も回復されるが、親会社の損害が回復しても子会社の損害は回復されず、子会社の債権者や他の株主は保護されないのである（畠田・前掲一八頁）。

次に、二重代表訴訟をわが国の商法上認める許容性について検討する（二重代表訴訟を解釈論として肯定するものとして、畠田・前掲一九頁、山田泰弘「親子会社・株式交換と多重的代表訴訟（二）――アメリカ法における運用と正統化理論を参考にして――」法政論集一七八号二九八―三〇一頁（一九九九）、新谷・前掲二六一―二六五頁。また、柴田和史「純粋持株会社を前提とした商法上の問題」月刊資本市場一二七号二八頁（一九九六）は、「将来の立法的手当てがなされるまでの過渡的かつ緊急避難的な必要性に答える解釈論として、現在の二六七条を根拠として多重代表訴訟を可能としてよい」と言われる）。

第一に、商法二六七条一項の「株主」に当該会社の株主だけでなく、当該会社の親会社の株主を含める解釈をすることが可能であろうか。

まず、株主代表訴訟の提起が株主に認められる根拠を考えるに、それは、株主の団体構成員（会社の実質的所有者）たる地位にある。すなわち、「団体の構成員は団体に対しその健全な運営を求める権利を有し、その一環として、理事者の団体に対する責任のように、理事者が行使を怠りがちな団体の権利については、団体にその行使を求めることができ、団体が行使しないときは、団体のために自らその権利を行使することができる。このような団体構成員に共通の権利を株式会社の特殊性に即して具体化し、その要件を明定したのが株主代表訴訟の制度である（竹内昭夫「株主の代表訴訟」『会社法の理論Ⅲ』二三一―二三九頁

（初出は法学協会百周年記念論文集第三巻一五三頁（一九八三））。」この株主代表訴訟制度は、会社の完全独立人格を強調する法人観とはなじみにくい、極めて現実的な制度であると言える（谷口安平「株主の代表訴訟」『実務民事訴訟法講座5』九五頁（一九六九））。つまり、会社が取締役間の関係性から取締役に対する権利の行使を怠るために、所有と経営を分離して業務執行については取締役に委ねるという正規的・原則的な運営に任せたのでは、会社、ひいては、会社の実質的所有者である株主の利益が害される恐れがある場合に、その現実に対処するために、会社の所有者としての実質を監督是正権の行使という形で発揮させ、会社という法人の権利を株主に行使させるのが株主代表訴訟の制度である。

そうだとすると、商法二六七条一項の「株主」とは、会社の実質的所有者たる地位に本質があると解することができるが、親会社の株主も、子会社の株主である親会社を通して間接的ではあるが、子会社の実質的所有者であると言えなくはないので、本条項の「株主」に親会社の株主も含まれると（拡大）解釈することができると考える。

さらに、株主代表訴訟が認められる根拠を会社の実質的所有者たる地位に本質があると解する以上、理論的には持株割合の如何を問わず、およそ当該会社の株式を保有する他の会社の株主であり、かつ、当該会社に対する投資が一株分以上と評価できる株主でありさえすれば（端株主には株主代表訴訟の提起が認められない（商法二二〇条ノ三）からである）、親会社の株主でなくとも二重代表訴訟の提起が認められることになりそうである。しかし、そのような株主にまで二重代表訴訟の提起を認めるとなると、株主代表訴訟が乱発する恐れや濫訴の恐れを否定できない。さらに、前述したように、親子関係にある会社の取締役間の関係性から、二重代表訴訟を認める必要性があると考えられる以上、親会社の株主に限るべきである。そこで、親会社の定義も問題になるが、基準の明確さから、当該会社の総株主の議決権の過半数を有する会社（商法二一一条ノ二）が親会社であると解する（これに対して、新谷・前掲二六五頁は、完全親子会社関係が必要であるとし、畠田・前掲一九頁は、子会社に対する支配割合が一〇〇％未満であっても、支配関係にあり、かつ子会社が実質上の親会社の一部と認められる程度に両者が経済的一体関係にあることを要求し、山田・前掲二九八―二九九頁は、親会社の資産の主要な部分を形成する重要な子会社である関係を要求する。浜田・前掲四四頁は、基準の簡明さと、他の会社法

規定も採用しているという整合性ゆえに、過半数持株支配関係基準を支持される）。

そして、親会社の株主が「株主」に含まれる場合、商法二六七条一項の「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル」とは、子会社株式と親会社株式の保有期間を合わせて六ヵ月あればよいと考える（新谷・前掲二六四頁）。

第二に、子会社の株主名簿上、六ヶ月間引き続いて株主であることを要するであろうか。

商法二六七条一項の「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主」は、前述したように、実質的に株式を保有するだけでなく、会社との関係でも保有することを要するので、株主名簿上、六ヵ月間引き続いて株主であることを要する（商法二〇六条一項）とされている。そうすると、親会社の株主は、子会社の実質的所有者でもあるとして子会社における同条項の「株主」に含まれると解釈することができたとしても、子会社の株主名簿に掲載されていない以上、やはり、二重代表訴訟の提起は許されないとも思われる。しかし、商法二〇六条一項の趣旨は、株主権が多数の頻繁に変動する株主によって、集団的、反復的に行使されるため、株主名簿の記載を基準にすることによって、誰が株主であるかを確定し、会社の事務処理を円滑に行うことができるようにすることにある。そうすると、確かに株主は頻繁に変動するものであるが、株主代表訴訟の提起は、集団的、反復的に行われるものではなく、また、二重代表訴訟の提起に際しては、親会社と子会社の双方に提訴請求をし、かつ、提訴後の訴訟告知も親会社と子会社の双方に行えば（商法二六七条一項の提訴請求を行う「会社」と二六八条三項の訴訟告知を行う「会社」を親会社・子会社の双方と解釈する）、会社が不意打ちによって事務処理が混乱することもない。したがって、株主代表訴訟の提起については、当該株主が実質的に六ヵ月間株式の保有者であったことを会社に対して証明することを条件に、株主名簿上の株主である必要はないと解する（山田・前掲三〇〇―三〇一頁に同旨）。

第三に、商法二六六条五項の免除に同意を要する「総株主」をどのように解釈するか。

商法二六六条五項は、取締役の責任免除に総株主の同意を要求している。そうすると、子会社の株主、すなわち、親会社と他の株主が全員で子会社取締役の責任免除に同意すると、親会社の株主は二重代表訴訟を提起できなくなる。それが純粋持株会社になると、一人株主である親会社が単独で子会社取締役の責任を免除できることになり、免除さ

れると二重代表訴訟は不可能となる。しかし、親会社取締役と子会社取締役との関係性を考えると、親会社による子会社取締役の責任免除の判断は、通常の株主代表訴訟において、同じ経営陣にいる監査役や取締役が（取締役に対する）提訴の是非につき公正な判断ができるかに疑問がある（岩原紳作「株主代表訴訟の構造と会社の被告側への訴訟参加」『特別講義商法Ⅰ』二三二頁（有斐閣、一九九五））のと同様に、信頼できるものではない。そのような信頼の欠如を前提にして、株主代表訴訟の制度があることを考えれば、二重代表訴訟が不可能になることは妥当ではあるまい。

思うに、親会社の判断は親会社の株主全員の利害に関わるものであるにもかかわらず、親会社による子会社取締役の責任免除の判断に信頼を置くことができない以上、親会社は親会社の総株主の同意がなければ子会社取締役の責任免除に同意することは許されないと解すべきである（同様に、子会社の取締役の責任免除に親会社の総株主の同意を要求する見解には、山田・前掲二九三頁がある。また、完全親会社ないし純粋持株会社の場合にその親会社の総株主の同意を要求する見解として、新谷・前掲二六〇頁、畠田・前掲二〇頁、前田雅弘「持株会社」商事法務一四六六号二八頁（一九九七）、周劍龍「持株会社と二重株主代表訴訟」私法六一号二五五頁（一九九九）がある）。すなわち、商法二六七条一項の「株主」に子会社の実質的所有者と解することのできる親会社の株主を含めたのと同様に、商法二六六条五項の総「株主」には親会社の株主も含まれると解すべきである。

以上から、結論として、わが国においても二重代表訴訟を認めるべき必要性が認められ、また、商法上、解釈論としてこれを許容することも可能であると解する。

二重代表訴訟を提起するには、まず、原告は子会社株式と親会社株式の実質的保有期間が合わせて六ヵ月以上であることを証明できる親会社（商法二一一条ノ二の定義に従う）の株主である必要がある。そして、親会社に対する子会社取締役を被告とする株主代表訴訟の提起要求と六〇日の経過、および、子会社に対する子会社取締役を被告とする提訴要求と六〇日の経過が必要である（商法二六七条一項、二項）。もっとも、同時に両社に対して提訴請求をして六〇日以内に両社が提訴しない場合でもよい（新谷・前掲二六四頁）。そのうえで初めて親会社株主は、二重代表訴訟を提起できるが、提起後も遅滞なく親会社・子会社双方に訴訟告知が必要である（商法二六八条三項）。子会社

の株主（親会社）が子会社取締役の責任を免除するには、親会社の総株主の同意が必要である（商法二六六条五項）。

四　本判決の検討

本件は、株式交換という法律の規定に従って、原告が株主の地位を失った場合である。このように、原告の意思によらずに株主資格を喪失した場合には、既に提起された株主代表訴訟の原告適格は失われないと解すべき必要性があることは前述した。一方で、わが国でも二重代表訴訟を現行商法の解釈論として認めることが可能であると解する（二重代表訴訟を肯定する立場から、株式移転・交換があっても提起された株主代表訴訟の原告適格を維持する見解として、山田泰弘『株主代表訴訟の法理――生成と展開』三三〇頁以下（信山社、二〇〇〇）、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―」判例タイムズ一〇八五号三九頁（二〇〇二）、山本忠弘「判批」私法判例リマークス2002〈下〉九七頁、鳥山恭一「判批」法学セミナー五七七号一一八頁（二〇〇三）、古川朋子「判批」早稲田法学七九巻二号二三三頁（二〇〇四）がある）。そうすると、本件でも、原告適格の維持を認めて、親会社であるB株式会社の株主となったXによる子会社（A株式会社）の取締役に対する株主代表訴訟の係属、すなわち、二重代表訴訟が係属する状態を認めても、何ら支障がないということになる。通常の株主代表訴訟が二重代表訴訟に変更されただけである。本件は、原告適格を否定して、訴えを却下するべきではなく、原告の請求に理由があるか否かを判断するべきであった。

Xが、商法二六七条一項の六ヵ月の実質的株式保有の要件を満たしていることは明らかであり、その証明も株式交換という法律の規定によって親会社の株式を保有することになったのであるから容易である。そして、既に株主代表訴訟を提起した後の株式交換であるため、親会社・子会社への提訴請求は不要であるが、親会社たるB株式会社の訴訟参加の機会を保障するため、B株式会社への訴訟告知は必要である（子会社たるA株式会社への訴訟告知は既に履践済と思われる）。

判旨をさらに具体的に検討する。

まず、第一に、「株主代表訴訟が、一つの政策判断として、株主に対して会社の有する権利について訴訟担当する権利を付与したもの」としている点について、これは、本来、取締役に対する損害賠償請求権は会社だけが行使でき

るところを、政策的に株式会社をめぐる種々の経済主体の利益状況を勘案して、いわば、例外的に、株主が代わって行使することを認めて、代表訴訟提起権が株主に与えられたに過ぎないとする考えに基づくものと解される。そうであれば、たしかに、二六七条一項の解釈においても、厳格に解するべきであって、安易な拡張解釈は差し控えるべきであろう。

しかし、そもそも代表訴訟提起権自体、立法が特に政策的に認めたものと解すべきではない。それは、株主の団体構成員（会社の実質的所有者）たる地位に基づいて認められる当然の本質的権利である。つまり、前述したように、会社が取締役間の関係性から取締役に対する権利の行使を怠るために、所有と経営を分離して業務執行については取締役に委ねるという正規的・原則的な運営に任せたのでは、会社、ひいては、会社の実質的所有者である株主の利益が害される恐れがある場合に、その現実に対処するために、会社の所有者としての実質を監督是正権の行使という形で発揮させ、会社という法人の権利を株主に行使させるのが株主代表訴訟の制度である。代表訴訟提起権が株主の実質的所有者であることから導き出される当然の本質的権利であることに鑑みれば、それに適合するように、二六七条一項を拡張解釈することも許されるというべきである。したがって、二六七条一項の「会社」も親子会社の場合を含む、あるいは、「株主」も親会社の株主も含むと解釈する許容性が認められ、また、そう解釈する必要性も前述のように認められるのである（浜田・前掲四四頁も、「そもそも、代表訴訟の提起権自体、立法が特に政策的に認めたものと解すべきでない。むしろ、法人構成員・業務執行者間の法律関係から当然に導かれるべき、社団構成員に普遍的な権利と解すべきである。代表訴訟の会社法規定は、そのような普遍的な権利を行使するための要件を、株式会社の特殊性に即して具体的に明らかにしているに過ぎない。このような見方に立脚するならば、例えば親子会社関係は、委任関係の連鎖を一段階増やすだけであるから、親会社株主による子会社役員の責任追及を遮断する、と解する方が困難である。」と言われる）。判旨のいうような「会社」「株主」の解釈こそ、形式的で硬直に過ぎる。

第二に、「子会社の取締役の業務執行に対する監督は、子会社の監査役及び子会社の株主たる親会社の取締役会により行なわれる建前になって」いるとする点について、これも、一応はその通りであるということができるものの、現実的とはいえない。親子会社においては、親会社の取締

役と子会社の取締役が支配関係にある（同一の場合もある）ことが多く、この両者の関係性から、子会社の株主である親会社の取締役会による監督機能には期待することができない。また、子会社取締役の責任を追及しないことが親会社取締役の善管注意義務違反であるとして、親会社株主が株主代表訴訟を提起することは考えられるが、親会社の損害と子会社の損害は等しいとは言えず、これによっても子会社の損害回復や子会社取締役の行為を監督し是正することはできない。

第三に、「親会社の株主が子会社に対して直接株主権に基づき権利を行使し得る場合は、各種議事録等の閲覧請求権及び会計帳簿等の閲覧請求権のように特に明文で規定した場合に限られている」とする点について、これらの開示請求権が規定されていることから、親会社株主に子会社に関してそれ以外の株主権行使を認めないということを意味すると解すべきではない。親子会社に関する法制度は、多くの部分で空白のまま残されていると考えるべきである。たとえば、平成一一年商法改正によって導入された親会社株主による子会社の帳簿閲覧権は改正前であっても解釈論によって認められていたが、改正前においては、どのような場合に帳簿閲覧権が行使し得るかは曖昧であった。平成一一年の帳簿閲覧権の制定は、原理的に認められるべき権利の存在を確認し、行使の基準を明確にしたと評価できる。したがって、判旨が結論づけるように、明文規定がないことから、親会社株主に「直接子会社の取締役に対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」というべきではない。

第四に、「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」とする点について、本件で問題になるのは、子会社取締役の行為によって子会社に損害が出ていた場合の損害回復と子会社取締役の行為の監督是正であって、これは、株式交換の手続の中で保護を図ることができない。

第五に、「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巡る利益状況は、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になるから、……あえ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」とする点について、株式交換によって転化する新たな利益状況とは何か、が問題である。二重代表訴訟を認めるべき必要性として前述したように、子会社の取締役に対する責任追及が懈怠される可能性が増大するのである。つまり、親会社の取締役と子会社

の取締役の両者の関係性から、子会社の株主である親会社によっては子会社取締役の責任の追及がなされない可能性がある。そうすると、子会社自身や子会社の他の株主による責任追及がなされない場合には、子会社の損害が回復されず、二重代表訴訟が認められなければ親会社の株主も損害を被ることになる。純粋持株会社においては、このことが先鋭化して現われる。純粋持株会社は子会社の唯一の株主であり、純粋持株会社が子会社取締役の責任の追及をしない場合には、二重代表訴訟が認められない限り、子会社取締役の責任を追及する者はいなくなる。また、株主権の縮減ないし株主の地位の脆弱化が生じるが、前述のように、これに対処するために平成一一年商法改正によって親会社株主に認められた子会社の業務内容等の開示請求権だけでは不十分である。まさしく、これらの新たな利益状況に転化することによって、「あえ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」が必要になるのである。

最後に、判旨が傍論部分において述べていることだが、株式交換を承認する株主総会決議が本件訴訟に関する監査役への提訴請求がなされる以前に行われたものであることから、本件株式交換が子会社取締役の責任追及を回避するためになされたものではないとする点は首肯し得る。しかし、判旨が、原告がこの株主総会において株式交換に反対していないことがうかがわれることを理由の一つにして、個別救済を図るべき特段の事情は見出し難いとする点は賛成できない。たとえ、株式交換には賛成していたとしても、それは、株式交換によって企業を再編し効率的な経営を図ることについて賛成したのであって、提起する株主代表訴訟が株式交換の効力発生によって子会社の株主の地位を失い、原告適格を喪失することについてまで賛成したとはいえないからである。

五　総　括

本件においては、原告適格の維持を肯定するべきであった。本稿で示したように、株主代表訴訟の係属中に株式交換が行われた場合であっても、解釈によって当事者適格の維持を認めることは可能である。しかし、解釈である以上、見解が分かれる可能性は勿論否定できない。

冒頭においても述べたように、類似の状況にある訴訟の却下判決が続けば企業統治の観点から放置できない問題になるとの懸念があり、また、株式交換や移転の制度が株主代表訴訟を逃れるために濫用される恐れもある。

本件のような問題は、株式交換・株式移転の制度と株主代表訴訟の制度という二つの制度の間隙に生じた法の欠缺が原因である。早急に、株主代表訴訟の係属後に株式交換・株式移転が行われた場合の株主代表訴訟の原告適格の維持の立法化が望まれる。さらに、二重代表訴訟の制度について、平成一〇年七月八日に法務省民事局参事官室の公表した「親子会社法制等に関する問題点」には、親会社の株主が提起することができる子会社に関する会社法上の訴えの一つとして、株主代表訴訟が挙げられていたが（第二章2(3)注）（ジュリスト一一四〇号三七頁（一九九八））、このような親会社株主の権利の拡充には、経済界の反対が強く、結局、二重代表訴訟は立法化に至らなかった経緯があるが、こちらも立法化が望まれるところである。

【付　記】

本稿は、平成一六年一二月一八日に開催された慶應義塾大学判例研究会における筆者の報告を基に書かれたものであるが、周知のとおり、平成一六年一二月八日に「会社法制の現代化に関する要綱案」が決定され（商事法務一七一七号四頁（二〇〇四））、平成一七年二月九日には法制審議会において「会社法制の現代化に関する要綱」として、法務大臣に答申された。その後、三月一八日の閣議決定を経て、同月二二日に「会社法案」として、第一六二回国会に提出され、平成一七年六月二九日に「会社法」が可決成立した。

新しく成立した会社法八五一条一項一号においては、責任追及等の訴え（株主代表訴訟）を提起した株主が、当該株式会社の株式交換又は移転により当該株式会社の完全親会社の株式を取得したときは、訴訟を追行することができる、とされる。

これにより、株主代表訴訟の係属後に株式交換・株式移転が行われた場合の株主代表訴訟の原告適格の維持の立法化が実現した。しかしながら、第一に、いわゆる組織再編行為における対価の柔軟化も同時に図られたために、原告株主が完全親会社の株式以外の金銭等を対価として与えられ（会社法七六八条一項、七七三条一項）、完全親会社の株主にならない場合には、以後、いかなる利害から訴訟を追行するかという問題が生じることから、原告適格を喪失するとされ、第二に、二重代表訴訟については、提訴要件の絞り方が難しい、会社の組織形態選択の制約になる（子会社形態をとると株主代表訴訟の被告となる可能性が出るので躊躇する等）の反対意見があり、採用に至らなかった

（江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説〔Ⅲ〕）商事法務一七二三号九頁（二〇〇五）。

第一の点については、会社にとって好ましくない原告株主を排除して株主代表訴訟を却下する手段に濫用される恐れが指摘できる。この点については、後の検討課題にしたい。さらに、第二の点については、本稿で述べたように、提訴要件を絞ることも可能であること、また、株主代表訴訟の被告となる可能性が出るので子会社になるという組織形態を躊躇するという弊害よりも、会社の損害が回復されず、株主の利益を損ない、ひいては、会社のガバナンスが害される弊害の方こそを懸念するべきであって、二重代表訴訟を認める立法が依然として望まれる。

南隅　基秀