

結合企業と代表訴訟（2・完）

山 田 泰 弘

Shareholders Derivative Action under the Business Combination (2)

Yoshihiro YAMADA

- 一、はじめに
- 二、結合企業関係の形成と代表訴訟
- 三、結合企業のガバナンスと代表訴訟
 - 1、問題提起
 - 2、「株主権の縮減」と多重代表訴訟 以上45巻第2号
 - 3、結合企業のガバナンスと多重代表訴訟の要否
 - (一) 結合企業のガバナンス
 - (二) 多重代表訴訟の要否
 - 4、いかなる場合に多重代表訴訟を認めるべきか
 - 5、現行法の下では認められないか
- 四、結合企業の整理・解消と代表訴訟
 - 1、問題提起
 - 2、営業譲渡・資産譲渡と代表訴訟
 - (一) 阪和銀行 事件判決
 - (1) 事件の概要と判決内容
 - (2) 阪和銀行 事件判決よりの示唆
 - (二) 取締役の損害賠償請求権の譲渡
 - (三) 検討
 - 3、会社分割と代表訴訟
 - 4、子会社株式の譲渡と多重代表訴訟
- 五、おわりに 以上本号

3、結合企業のカバナンスと多重代表訴訟の必要性

(一) 結合企業のカバナンス

近時の結合企業においては、完全親子会社関係を利用して企業グループを一体のものとして経営することが多く見られる。とりわけ完全親会社が事業を営まず、純粋持株会社となり、具体的な事業執行は子会社で行われるという形態(持株会社形態)がよく見られる。それでは、なぜ持株会社形態が採用されるのか。その理由としては、つぎの二点が挙げられよう。第一に、合併の代替策として利用されていることが挙げられる⁽⁵⁸⁾。もともと別個の会社であった複数の会社が企業経営の効率性を向上させるなどの理由から連携をする必要がある場合でも、合併では、互いの企業文化の相違により人事、モラルなどの面で問題が生じ、かえって効率性が低下することがありうる。このような企業文化の相違から生じる問題を緩和させるために、持株会社形態が採用される。第二に、「事業と経営の分離」の実現が挙げられる。企業全体・グループ全体の経営戦略上の意思決定機能と事業上の意思決定機能とを分離し、事業上の意思決定を子会社レベルで実施するために、「より市場に近いところでの意思決定」が可能となり、意思決定の迅速性を図ることが持株会社形態を採用する目的であるとされる⁽⁵⁹⁾。とりわけ企業全体の規模が大きくなりすぎた場合に、組織を適正な規模の経営機能集団に分割することによって、事業目的に向かってリーダーシップをとりやすくし、経営機能集団のメンバーの集団成績に対する連帯意識や参画意識を高めることができる点が利点とされる⁽⁶⁰⁾。しかし、この第二の理由だけでは、必ずしも持株会社形態を選択すべきとはいえない。第二の理由が述べる持株会社の効用は、管理会計が発達した現在、事業部門制や社内分社制によっても実現が可能であるし、むしろ事業部門制や社内分社制の方が組織設計に柔軟性がある⁽⁶¹⁾。第二の理由が述べる効用の面では、持株会社形態は事業部門制や社内分社制と連続的なものともいえ⁽⁶²⁾、持株会社形態を採用しなければならないという必然性はない。

それでは、コーポレート・ガバナンスの面において、持株会社形態を採用する意義は何であろうか。

親会社と子会社とが別個の法人であり、親会社は子会社の株主としての地位に存する。よって親会社は、株主の有限責任を享受でき、原則として子会社の事業リスクを遮断できる⁽⁶³⁾。もっともその反面、親会社が企業全体・グループ全体の経営戦略上の意思決定機能を有するとしても、所有と経営の制度的分離がなされている商法の下では、株主が会社の事業につき権限を行使しうる場面は限定されることになる。親会社は、子会社の株主として、法令または定款で定められた事項しか株主総会で決定できず(商法230条ノ10)、取締役会や代表取締役の権限である経営判断事項については直接権限行使はできなくなる。もちろん、親会社には子会社の取締役の人事権を裏打ちとした事実上の支配権を有しているが、それは事実上の支配権にすぎない。子会社の経営者は、たとえ大株主である親会社に命じられたことであっても、子会社の利益に反する行為をなせば、法的責任を問われる立場にある⁽⁶⁴⁾。

持株会社形態を採用する最大の根拠は、親会社が指揮命令によって事後的に子会社の果実を奪わ

ないことを法的に確保し、子会社の事業執行をする子会社取締役の自主的な裁量を法的に保障することに求められる⁽⁶⁵⁾。他方親会社は、一社で全ての事業を実施していたときと比較して、事業や現場に対する知識や情報量は相対的に減少し、かわって投資家的色彩を強めることになる⁽⁶⁶⁾。親会社は子会社の業績や資金収支の状況、事業計画の達成度などを重視して、パフォーマンスを評価するようになり、これにより経営効率が上昇すると考えられている。時には、役に立たない子会社を売却することもありうるし、あるいは、期待に応じて十分に成長した子会社株式の一部を公開することで資金調達を図り、その対価をさらに有利な投資へ振り向けることもできる⁽⁶⁷⁾。

以上のように理論的には、持株会社の果たす役割は、ベンチャー・キャピタルやMBOファンドに近似する面を有している⁽⁶⁸⁾。しかし実際には、親会社が子会社をどのように管理するかは経営判断の問題であるために⁽⁶⁹⁾、持株会社の成立の過程や事業範囲、子会社株式の所有割合に応じてガバナンスの状況は異なり、また、持株会社が事業を営む事業持株会社であるか、事業を営まない純粋持株会社かによっても状況は異なる。

事業持株会社や一つの事業会社が持株会社形態に移行したような特定の事業分野で事業展開する純粋持株会社にあっては、子会社は親会社の事業部門の延長として扱われることが多い。親会社が自身の取締役や従業員を子会社の取締役として送り込んだり、親子会社間で契約を結び、子会社の経営に関して報告を義務づけたり、たとえば子会社の一定規模以上の投資や事業提携などの特定の事項には親会社（取締役会、代表取締役、担当取締役、または、事業部門）の承認を要求したりしている⁽⁷⁰⁾。事業会社が持株会社形態に移行したような場合の親会社の定款の目的には、子会社の事業目的または業種を列挙したうえで、そのような子会社の株式を所有し、当該子会社の事業活動を支配・管理することを記載していることが多い⁽⁷¹⁾。この場合には、親会社取締役は、職務として子会社管理を行うために、事実上のコントロールを果たす仕組みを整備する義務があり、子会社株主権の行使に際しては職務上の注意義務を負い、適切に行わなければならないとも考えられる⁽⁷²⁾。純粋持株会社解禁により親会社が子会社に影響力を行使することが法的にも規制されなくなったことを反映して、親会社の取締役に子会社取締役等の業務執行を監視する義務があることを肯定するものもある⁽⁷³⁾。

他方、コングロマリット型の持株会社は様々な事業分野で事業を展開する子会社を有する。このような持株会社は子会社の事業の細目まで管理する能力を持たない。このような親会社の取締役に、子会社の業績や資金収支の状況、事業計画の達成度などを重視して、パフォーマンスを評価する形でしか子会社を管理することが望めないともいわれる⁽⁷⁴⁾。

なお、別個の会社を統合する際に企業文化の相違から生じうる問題を緩和させる目的で持株会社形態が採用された場合には、むしろ子会社とされた旧事業会社の自主性が強く、持株会社が統治機能を果たしえないのではないかと危惧が述べられてもいる⁽⁷⁵⁾。

(二) 多重代表訴訟の必要性

以上の結合企業のガバナンスの状況、とりわけ、持株会社形態におけるガバナンスの状況を踏まえて、多重代表訴訟を認める必要性があるか検討を加える。第2節で概観したように、多重代表訴訟の必要性を認めない見解は、親会社取締役に対する責任追及ができるので、親会社株主は十分に保護されているとしている。しかし果たしてそうであろうか。

たしかに、三井鉱山事件⁽⁷⁶⁾のように、親会社の取締役が子会社に不当な影響力を行使し、それが親会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反するものと評価される場合には、子会社経営の失敗を通じて完全親会社が被った損害につき完全親会社の取締役は完全親会社に損害賠償の責任を負うことになる⁽⁷⁷⁾。子会社取締役が法令違反等の違法行為を行ったような事例については、親会社取締役の監視義務違反の責任を追及するか、または、当該子会社取締役の違法行為が発覚した時点で親会社（代表取締役）が子会社の株主として当該子会社取締役の責任を追及する代表訴訟を提起していないことが親会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反しているとして、親会社取締役の責任を追及すればよいのかもしれない。実際に、前述の大和銀行代表訴訟事件が和解で終了した後、持株会社である「大和銀ホールディング」の株主が、子会社経営陣の責任を追及することを怠ったとして、「大和銀ホールディング」の取締役ら18名に対し総額3000億円の賠償を請求する代表訴訟を提起している⁽⁷⁸⁾。

しかし、親会社取締役に子会社取締役の業務執行を監視する義務があるとしても、子会社の取締役の業務執行の内容が親会社（代表取締役、担当取締役、取締役会）に報告されるような管理体制を構築すればよく、実際に親会社取締役の責任が問題となるのは、管理体制が適切に整備されていれば、子会社の違法行為がおこり得なかったであろうという場合や、子会社の違法状態を認識し、または容易に知り得べき場合に限られよう⁽⁷⁹⁾。しかしこの場合でも、子会社に対して親会社の指揮権が認められているわけではなく、親会社が子会社取締役に事実上の影響力を行使したとしても、子会社取締役はそれに従う義務があるわけではない⁽⁸⁰⁾。親会社（取締役）は、子会社取締役に対して違法行為差止権を行使するか、あるいは子会社取締役を解任することによって違法行為の継続を阻止するしかない。さらに、子会社に発生した損害は親会社の所有する子会社株式の価値下落という形でしか親会社の損害とならない⁽⁸¹⁾。よって、親会社取締役の監視義務違反が認定されとしても、親会社取締役の監視義務違反と子会社に発生した損害の間の因果関係は希薄であり、子会社に発生した損害の全てを賠償させることはできないであろう。また、子会社取締役の違法行為が日常業務の一環として行われている場合や隠蔽されている場合には、注意義務を尽くしても子会社の違法行為を発見できなかったとして、親会社取締役の監視義務違反は認定されない可能性が高い⁽⁸²⁾。

他方、親会社（代表取締役）が子会社の株主として代表訴訟を提起しない責任を、親会社株主が代表訴訟で追及する場合はどうか。親会社の有する子会社株主権をどのように行使するかは、親会社取締役会または代表取締役の経営判断の問題であるために、原告である親会社株主の立証負担が

重くなることが予測される⁽⁸³⁾。まず、子会社取締役に義務違反がありそれにより子会社に損害が発生したことを立証しなければならない。つぎに「親会社としては代表訴訟提起権を行使しない」という親会社取締役らによる経営判断が不適切であり、善管注意義務・忠実義務に違反することを立証しなければならない。しかしながら、この時の親会社取締役らの判断は、子会社の義務違反の有無、子会社取締役の解任などの他の是正手段行使の利用可能性、子会社取締役に対する代表訴訟の訴訟コスト、勝訴の可能性、および、代表訴訟を提起することによる事業への影響などを考慮した上でなされ、経営判断の原則が適用される。よって、「親会社としては代表訴訟提起権を行使しない」という親会社取締役らによる経営判断が善管注意義務・忠実義務に違反することの立証は困難を極める。さらに、親会社取締役らの「親会社としては代表訴訟提起権を行使しない」という経営判断が善管注意義務・忠実義務に違反することの立証に成功したとしても、さらに、親会社（代表取締役）が代表訴訟を提起せず子会社の損害を回復しないことが、親会社の損害となることを立証しなければならないが、この点も困難である⁽⁸⁴⁾。よって、子会社取締役の子会社に対する責任を直接追及する多重代表訴訟であれば請求が認容されるような場合であっても、親会社（代表取締役）が子会社の株主として代表訴訟を提起しない責任は認められなくなるおそれが生じよう。

以上のように、親会社株主が代表訴訟で子会社取締役の違法行為に関する親会社取締役の責任を追及したとしても、認容される可能性は低い。これでは、親会社取締役は子会社の違法状態を是正することに対して代表訴訟の圧力にさらされず、子会社の違法状態を放置する結果になりかねない⁽⁸⁵⁾。事業執行を実際に行う子会社取締役に対する株主からの責任追及の機会を封じることは、会社の違法性をチェックする能力を劣化させかねない⁽⁸⁶⁾。これらのことを踏まえれば、多重代表訴訟を認める必要性は高く、前節で見たように学説も多重代表訴訟の必要性を肯定している。しかし学説の多くは、現行法規定の下では、多重代表訴訟を認めることは困難であるとしている⁽⁸⁷⁾。すでに前節で概観したように、アメリカにおいては、親子会社が活用される状況では、多重代表訴訟を認めなければ子会社における違法状態が放置され、正義が機能不全となりかねないという点を裁判所が危惧して、判例法上多重代表訴訟を確立してきた。このアメリカでの経験を踏まえれば、現実に問題解決の合理的な必要性があるのであれば、裁判所・法律学は積極的に対応すべきであろう。合理的な問題解決の必要性があるにかかわらず、それを認めないのであれば、相当な合理的理由が必要ではなからうか。

4、いかなる場合に多重代表訴訟を認めるべきか

多重代表訴訟を認めるべきであるとしても、具体的にどのような場合であれば、多重代表訴訟を許容されるのであろうか。この点につき、学説は次のように検討している。

第一に、責任追及がされる可能性がない子会社取締役に対しては多重代表訴訟の提起を認めるべきであるとする見解がある⁽⁸⁸⁾。そもそも通常の代表訴訟も、会社が取締役の責任追及を怠っている場合に、損害回復をなすことを法政策的な理由から株主の監督是正権の行使として認めたもので

あるから、同様の状況である子会社取締役に対しても親会社株主の責任追及が認められるべきであるとする。具体的には、株主権の縮減の問題が顕著に生じる完全親子会社関係の場合に、多重代表訴訟を認めるべきであり、それ以外は認める必要がないとする。なぜなら、完全親子会社関係でなければ、子会社には親会社以外にも株主が存在し、彼（女）らが代表訴訟を提起する可能性が存在するからであるとする⁽⁸⁹⁾。もっとも、子会社株式の持分割合が100%に満たない場合であっても、支配関係にありかつ子会社が実質上親会社の一部と認められる程度に両社が経済的に一体であって財産的一体関係にある場合には、多重代表訴訟の提起を肯定すべきであるとされている⁽⁹⁰⁾。

第二に、子会社取締役が実質として親会社（株主）の受任者（復受任者）と評価されるときには、多重代表訴訟が認められるとする見解がある⁽⁹¹⁾。通常の代表訴訟が認められる根拠として会社が取締役の責任追及訴訟の提起を怠りがちであるという提訴懈怠可能性が存在することがもちろん挙げられるが、会社と委任関係にある者の委任の本旨たる業務の執行に関する善管注意義務・忠実義務違反の責任の追及は、本来取締役会・代表取締役の決定事項ではなく、委任者である会社の実質的な存在である株主が決定しうることもその根拠として挙げられるとする⁽⁹²⁾。この見解は、代表訴訟制度を、会社（監査役）や原告以外の株主に取締役の責任追及訴訟に関与する機会（商法268条2項、3項、4項、268条ノ3）を保障することで、取締役にとって実質的な委任者である株主に委任関係上の義務違反の責任を追及することを認めるものであると解している⁽⁹³⁾。この代表訴訟制度の趣旨を踏まえれば、子会社取締役が復委任の法理から親会社株主の実質的な復受任者と評価されるときには、多重代表訴訟が認められるとする。親会社の重要な子会社の事業は、親会社の株主にとっても重要なものであり、委任の本旨たる事業といってもよく、重要な子会社の取締役の選任に関する親会社の株主権行使の内容は親会社取締役会で決定すべき事柄といえる⁽⁹⁴⁾。このような重要な子会社の取締役らは、親会社株主から見れば、実質として復受任者の地位にあり、彼（女）らに対する多重代表訴訟の提起は認められるとしている⁽⁹⁵⁾。もっとも第二の見解も、株主権の縮減が顕著に問題となる株式交換・株式移転前に生じた旧事業会社（子会社）取締役の責任については、当該旧事業会社が重要な子会社とはいえない場合であっても、旧事業会社の株主であった親会社株主は、多重代表訴訟を提起しうるとしている⁽⁹⁶⁾。

第二の見解では、具体的にどのような子会社の取締役が重要な子会社の取締役として、多重代表訴訟の範囲となるかは不明確である⁽⁹⁷⁾。この点第二の見解の論者は、重要な子会社は、商法上の子会社であればよく、親会社の所有する子会社株式が親会社の主要な資産を形成する場合には、多重代表訴訟の提起を親会社株主に認めるべきとする⁽⁹⁸⁾。

第一、第二の見解は、それぞれ多重代表訴訟を認める根拠や、多重代表訴訟が認められる具体的な範囲には違いがあるが、相い反するものではない。

第一の見解において、多重代表訴訟はまず完全親子会社関係について認められるが、子会社株式の持分割合が100%に満たない場合であっても、支配関係にありかつ子会社が実質上親会社の一部と認められる程度に両社が経済的に一体であって財産的一体関係にある場合にまで、多重代表訴訟

を認める範囲が拡張する余地がある。よって第一の見解であっても、多重代表訴訟の提起を認める範囲は商法上の親子会社関係にまで拡張されうる⁽⁹⁹⁾。

他方、第二の見解においても、親会社（株主）の実質的な復受任者と評価される重要な子会社が何かというのは、一義的に決定するものではない。子会社取締役が親会社（株主）の実質的な復受任者と評価されるかを判断する基準として、親会社の所有する子会社株式が親会社の主要な資産を形成するかという基準ではなく、完全親子会社か否かという基準を採用することも、十分に考えうる。

いずれにせよ、多重代表訴訟を提起しうる範囲は、不明確にならざるを得ない。この点は、判例の集積により明らかにされるであろうが、より早期に多重代表訴訟を提起しうる基準を明確化するためには立法が必要となる⁽¹⁰⁰⁾。

なお、多重代表訴訟の手続は、通常の代表訴訟の手続に準じることになる⁽¹⁰¹⁾。

通常の代表訴訟は、本来の提訴権者である会社が構造的に適正な判断ができないことを理由に会社および他の株主に手続保障をすることで原告株主の担当者適格の取得を許容するものである。多重代表訴訟の場合も、本来の提訴権者である子会社および親会社が構造的に適切な判断ができないという状況を抱えており、通常の代表訴訟の場合と同様に子会社（監査役）親会社（代表取締役・取締役会）および他の親会社株主に訴訟に関与する機会を保障することで、親会社株主は親会社の有する子会社の代表訴訟提起権の利用が可能となると考えられる⁽¹⁰¹⁾。よって、親会社株主は親会社（代表取締役・取締役会）に提訴請求を行い、子会社（監査役）に提訴請求を行うことで、多重代表訴訟を提起しうる（商法267条1項、3項参照）⁽¹⁰²⁾。提訴後には親会社（代表取締役・取締役会）と子会社（監査役）に訴訟告知をすることになる（商法268条3項参照）。訴訟告知を受けた親会社と子会社は、訴訟の公告をしなければならないが（商法268条4項参照）、両社の共同で実施することも許容されよう。この多重代表訴訟には、当然、親会社、他の親会社株主、子会社、親会社以外の子会社株主の訴訟参加が可能であり（商法268条2項参照）判決後は再審請求も可能である（商法268条ノ3参照）。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、通常の代表訴訟が多重代表訴訟に変更されることになり、新たに登場した親会社や、既存の会社の旧株主以外の株主が親会社に存在する可能性があり、彼らへの手続保障の必要性がある。この場合には、親会社に訴訟告知することが必要とされよう⁽¹⁰³⁾。

5、現行法の下では認められないか

親子会社法制の整備を進めた平成11（1999）年商法改正においては多重代表訴訟に関する立法化は見送られ、現時点まで立法はなされていない。現行法の下では、親会社株主の子会社への介入は、商法293条ノ8により子会社の帳簿閲覧権の行使が認められているだけである。しかし、子会社の帳簿閲覧権「だけ」が認められているという事実は、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わけではない⁽¹⁰⁴⁾。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られる。日本ではこれまでややもすれば、個々の規定がなければ、代表訴訟の提起が認められないと解されがちであった⁽¹⁰⁵⁾。しかし、経済実的に一体化した親子会社関係にあって、親会社株主に子会社取締役の責任請求権が原理的に認められるのであれば、その行使を認めるべきであろう。平成11(1999)年商法改正で導入された親会社株主による子会社の帳簿閲覧権も、改正前であっても、解釈論により一般に認められていた⁽¹⁰⁶⁾。しかし改正前においては、どのような場合に親会社株主が子会社の帳簿閲覧権を行使しうるのは曖昧であった⁽¹⁰⁷⁾。平成11年商法改正による子会社帳簿閲覧権の制定は、むしろ原理的に認められるべき権利の存在を確認し、行使の基準を明確化したものと評価できよう。

もちろん、立法がなく、手続や基準が確定していない段階では、どのような範囲で多重代表訴訟を認めるかは困難な問題である。裁判所が問題となる個々の事案を解決する過程で、社会的コンセンサスが得られるものから順々に多重代表訴訟が認めていくことにより、手続や基準が明確化される。株式交換等により形成された株主権の縮減が顕著に問題となる完全親子会社の事例では、株主権の縮減が顕著に問題となるという社会的危惧が存在している。少なくとも現段階においても、このような事例については多重代表訴訟の提起を認めるべきであろう。

それでは、解釈論として、多重代表訴訟を認める手がかりは何か。

商法267条1項、3項は、6月前より引き続き株式を所有し会社に対し提訴請求を行った株主に当該会社の取締役に対して代表訴訟を提起することを認めている。よって解釈論として多重代表訴訟を認める場合には、「株主」の中に親会社株主も含まれると解するか、「会社」に子会社が含まれると解するか、どちらかの方法を採用することになる。

第一に、「株主」の中に親会社株主が含まれると解することが可能か、検討する。

この場合に考えられる障壁としては、代表訴訟提起権の行使が株主名簿上の株主に限定されると一般に解され、被告である取締役が属する会社の株主にしか代表訴訟の原告適格が認められないと理解されていることが挙げられる⁽¹⁰⁸⁾。

前述の興銀事件判決も、「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」あり、その「『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」として、被告の属する会社の株主から株式移転によって持株会社株主となった原告の当事者適格を原則として否定している。この考え方は、従来より学説が商法267条1項の6ヶ月の株式保有の要件は、会社に対する関係で保有していなければならないとして、商法206条1項を根拠に株主名簿上6ヶ月間株式を保有している株主であることを要求していたことに従ったものである⁽¹⁰⁹⁾。

たしかに、会社に対する株主の権利行使は多数の株主によって集団的にかつ株主総会（議決権行使）または利益配当等のたびごとに反復的になされるので、そのたびごとに株券の呈示が必要となるのは、会社および株主にとって煩雑であり、その煩雑さを軽減するために株主名簿の記載を基準として会社に対する権利行使の可否を判断することには合理性がある。商法206条1項は、株主名

簿の記載を基準として株主か否かを判断することを制度的に担保している⁽¹¹⁰⁾。しかし、代表訴訟が提起される場面では、単独株主でも行使が可能であり、集団的に行使されることは予定されていない。さらに、提訴前に会社（監査役）に対し提訴請求がなされ（商法267条１項）、提訴後にも会社に対し訴訟告知がなされる（商法268条３項）ため、代表訴訟を提起しようとする者が株主であるかの判断は容易であり、裁判所において行われる。このことから、代表訴訟提起権を利用する株主が、株主名簿上６ヶ月間株式を保有する者に限る必要は必ずしもない。実質的な株主がその実質的な株式の保有の状態が６ヶ月以上継続していることを自身で立証できた場合には、その者に代表訴訟の提起を認めることも許容されてしかるべきである⁽¹¹¹⁾。

もっともこのように解すると、親会社株主だけでなくたとえば株式を所有する年金財団の受益者、株式で運用される投資信託の購入者も実質的な株主といえないわけではなく、取締役の責任を追及する代表訴訟の提起を認める可能性も生じないではない。どの範囲の者に代表訴訟提起権の行使を認めるかは、投資家と名簿上の株主の間でいかなる取り決めがなされているかを踏まえて、個々の事案で判断するしかなかろう⁽¹¹²⁾。

それでは、第二の「会社」を拡張し、子会社が含まれると解するのはどうか。第一の「株主」を実質的な株主と解する方法を採用した場合に発生する、投資の連鎖により代表訴訟提起権を利用する主体が親会社株主だけでなく、年金財団の受益者や投資信託の購入者にも拡大するという問題は、この場合には生じない。経済的に一体化している親子会社において、子会社取締役が親会社株主の実質的な複受任者であることを根拠に多重代表訴訟を認めるのであれば、「会社」を拡張解釈し、子会社も含まれると解する方が適切ともいえよう。

いずれにせよ、どちらかの解釈により商法267条を手がかりとして、多重代表訴訟を認めうると考えられる。

なお、親会社株主に子会社取締役の責任を追及する多重代表訴訟の提起を認めたとしても、例えば親会社との一体性が強い完全子会社などにおいては、総株主の同意などがあったとして、親会社取締役（会）の判断により子会社取締役の責任が免除される可能性が高くなりうる（商法266条５項、６項）⁽¹¹³⁾。子会社取締役の責任免除がなされた場合には、もはや子会社取締役に対する子会社の損害賠償請求権が消滅するために、多重代表訴訟が提起されたとしても訴えの利益がないとして、棄却されてしまう。

それでは、これらの責任免除・軽減規定を親子会社にあってはどのように理解すればよいか。商法が取締役の責任免除・軽減に関して厳格な手続を用意している意義には、二つの側面がある。第一に手続法的な側面では、それは代表訴訟提起権が単独株主に保証されていることを担保するという意義である⁽¹¹⁴⁾。第二に実体法的側面では、取締役の責任に関する処分の決定権限は、会社の実質である株主にあることを意味している。すでに発生している責任とはいえ取締役の責任免除・軽減を認めると将来の株主にその効力が及ぶことになる。よって、取締役の責任の免除や軽減を認めるとしても厳格に行われるべきであり、免除・軽減した方が会社（全株主）の利益となると考えら

れるなどの特殊な事情がある場合に限定して商法が特別に認めたものであると理解されるからである⁽¹¹⁵⁾。このような趣旨を踏まえれば、重要な子会社については、親会社の代表取締役または取締役会が親会社株主の反対があるにもかかわらず子会社取締役の責任免除・軽減に関する子会社株主権行使の内容を決定できるとすることには問題があり、むしろその判断は、親会社株主の判断によりなされるべきであろう⁽¹¹⁶⁾。

四、結合企業の整理・解消と代表訴訟

1、問題提起

結合企業関係を利用してグループ経営が行われる場合、グループ内の企業が重複する事業を営んでいけば、それを一つに統一することによりグループ経営が効率化する。グループ内企業の事業調整の必要性は、同一の事業分野の会社が事業統合のために株式交換・株式移転で共通の持株会社の子会社となった場合にとりわけ高い⁽¹¹⁷⁾。他方、業績のあがらない事業を営む子会社をグループ外に切り離したり、あるいは、業績のよい子会社を売却して、グループ経営の資金調達を図ることもあるであろう。また、結合企業の形成と解消を一度に行うことも、その合法性に問題があるものの、実務上行われ、ジャパニーズ・スキーズ・アウトと呼ばれているようである⁽¹¹⁸⁾。ジャパニーズ・スキーズ・アウトとは、企業買収において、買収対象会社の総議決権数の3分の2を取得した後、買収対象会社につき株式交換・株式移転を行い、新たに買収対象会社の親会社となった会社から、対象会社の株式を100%譲り受けた後に、親会社を清算してしまう方法をいう。この方法によれば、買収対象会社の株式の総議決権数の3分の2を獲得すれば、残りの3分の1の株主を締め出すことが可能となってしまう。

それでは、これらの結合企業の整理・解消が行われると、親会社株主による代表訴訟や多重代表訴訟の帰趨はどうなるか。本章では、結合企業の整理・解消の方法として挙げられる、営業譲渡・資産譲渡、会社分割、子会社株式の売却の順に以下で考察する。

なお、本章での検討対象は、結合企業の整理・解消前に生じた取締役の義務違反行為による損害賠償責任に関する代表訴訟や多重代表訴訟の帰趨である。結合企業が整理・解消され、子会社またはグループ外の企業に事業が移転した後に子会社またはグループ外企業の取締役の義務違反行為により損害が発生した場合については、次のようになる。当該事業が子会社に移転している場合は多重代表訴訟の対象とされるかが問題となり（前章参照）、グループ外に切り離されている場合には、親会社株主との出資関係は切れているので、当然に代表訴訟の提起はできない。

2、営業譲渡・資産譲渡と代表訴訟

営業譲渡にあっては、「一定の営業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む）」⁽¹¹⁹⁾が譲受会社に移転するが、譲渡財産の内

容は営業譲渡契約で決定される。取締役の義務違反行為に関する会社の損害賠償請求権があったとしても、それは営業目的のために組織化されたものとは評価されず、営業譲渡契約に譲渡財産として明記されることは少なかったものと推測される。譲受会社は、譲り受ける営業において取締役の義務違反行為によって損害が発生している、発覚していればその分を営業譲受の価格に織り込めばよいし、発覚していない場合でも、営業譲渡前の譲渡会社取締役の義務違反行為により第三者に対する損害賠償義務を引き継いでいない場合が多く⁽¹²⁰⁾、自身に損害が発生するわけではない。よって、実務においては多くの場合で、取締役の義務違反行為に関する会社の損害賠償請求権が、営業譲渡契約中に明記されず、譲渡会社に残存するとされていたと思われる。このため、営業譲渡が行われても、営業譲渡前に生じた譲渡会社取締役の義務違反の責任を追及する代表訴訟の帰趨に影響が生じることはまずなかったと考えられる。

しかしながら、たとえば会社が営業の全部を譲渡した後に解散しているなどの場合にあっては、当該営業に関する債務不履行上の請求権や不法行為上の請求権、取締役に対する損害賠償請求権も営業の譲渡に伴って移転する方が合理的ともいえる⁽¹²¹⁾。実際に和歌山地裁平成12(2000)年2月15日 事件判決(阪和銀行 事件判決)⁽¹²²⁾では、会社の取締役に対する損害賠償請求権も含めて資産譲渡がなされた。

それでは、会社の取締役に対する損害賠償請求権を含めて営業譲渡・資産譲渡が行われた場合に、係属する代表訴訟の帰趨はどうか。またこのような場合に、営業譲渡・資産譲渡前に生じた譲渡会社取締役の責任を追及する代表訴訟を、譲渡会社の株主は営業譲渡・資産譲渡後にも提起できるか。

まず、阪和銀行 事件判決を紹介し、検討することにしよう。

(一) 阪和銀行 事件判決

(1) 事件の概要と判決内容

阪和銀行の株主Xらは、阪和銀行の貸付けの一部が、被告取締役Y1～Y4(事件)およびY5～Y8(事件)の関与のもとに行われた違法ないし不当なものであり、当該貸付によって損失237億円の損害が発生したとして、関与した被告Yらの責任を追及する代表訴訟を1997年10月22日に提起した。

しかし阪和銀行は、すでに1996年11月21日に大蔵省より業務停止命令を受け経営破綻していた。大蔵省は、阪和銀行の破綻処理として、新銀行(紀伊預金管理銀行)を設立し、預金業務の全てを譲り受けて預金払戻しなどの精算業務を行い(営業譲渡)、預金保険機構が、阪和銀行が保有する資産のほか、阪和銀行の役員および債務者に対して責任追及する一切の権利を含む、全ての債務不履行、不法行為等に基づく請求権(内容の特定が未了のものを含む)を買い取り(資産譲渡)、資産管理および不良債権の回収に当たるという指針を出した。紀伊預金管理銀行への営業譲渡については、1997年6月10日に営業譲渡契約が締結され、同年6月27日に株主総会の特別決議で承認さ

れた。預金保険機構への資産譲渡については、1998年1月23日に資産譲渡契約が締結された。なお、預金保険機構は、請求権譲渡の後、本件貸付等に関与した取締役に対し損害賠償請求訴訟を提起しているようである。

そこでYらは、1998年1月23日に、Yらに対する損害賠償請求権が預金保険機構に譲渡されたことを主張した。

判決はこの主張を受け入れ、Xらの請求を棄却した。その判決理由は以下の通りである。

「Xらの訴求に係る本件損害賠償請求権が本件〔預金保険機構との資産〕譲渡契約における譲渡の対象とされたことは明らかである。」「株主代表訴訟の提起後も、会社は、自ら当該訴訟に参加することによって、訴訟追行をなし得るのであり（商法268条2項本文）株主代表訴訟の提起により、当該損害賠償請求権に係る訴権の行使方法について制限を受けるものの、その管理処分権の全てを喪失するものとは解し難く、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡も可能である。

「もっとも、...その譲渡の前後の具体的事情 例えば、右譲渡にかかる対価が不当に低廉であるとか、譲受人においてその履行を真摯に求めない等の具体的事情から、右譲渡が架空のものであること或いは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる旨の目的に出たものであることが推認できる場合には、右譲渡を通謀虚偽表示によるものとし、或いは信義則に基づいてその効力を否定すべき場合もありうるものと解される。」「しかしながら...預金保険機構は、預金保険法に基づく特別法人であり、...訴え提起や刑事告発等各種の法的手段を用い、不正融資等によって金融機関を破綻に導いた経営者に係る民事ないし刑事責任の追及や隠匿財産の発見を通じて不良債権の回収を図っており、実際に本件貸付についても損害賠償請求訴訟を提起しているので、「本件損害賠償請求権に係る譲渡の効力を否定すべき具体的事情は到底認められない」。

本件代表訴訟の基礎となる、会社の取締役に対する損害賠償請求権が譲渡されたことにより、なぜ代表訴訟が棄却されるかは、判決理由からは必ずしも明らかではない。しかし、会社の取締役に対する損害賠償請求権の譲渡を権利消滅の抗弁と捉え、X株主らの請求は棄却されたものと考えられる。

(2) 阪和銀行 事件判決よりの示唆

会社の取締役に対する損害賠償請求権を資産譲渡や営業譲渡として第三者に譲渡する場合には、重要な財産の処分（商法260条2項）や営業譲渡（商法245条1項1号）の手続を経る。取締役に対する損害賠償請求権を会社が譲渡することにより、譲渡会社はもはや当該取締役に対する損害賠償請求権を有しておらず、代表訴訟の基礎を失うために訴えの利益がなくなってしまう。会社の一方的な行為により係属する代表訴訟が無に帰する点では、第2章で検討した、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われた場合と同一である。しかし、取締役に対する損害賠償請求権を譲渡した場合は、株式交換・株式移転の事案と異なり、取締役に対する損害賠償請求権が帰属する会社との出資関係を、原告株主は実質的な意味においても有していない。実質的な株主ともいえなくなった

代表訴訟の原告は、もはや、当該紛争を管理する主体としては適切ではなく、阪和銀行 事件判決が、代表訴訟の係属を否定した点は正当であると考えられる⁽¹²³⁾。譲渡会社株主が、取締役に対する損害賠償請求権を含めた資産譲渡・営業譲渡の後に、資産譲渡・営業譲渡前に生じた取締役の義務違反の責任を追及する代表訴訟を提起する場合も、同様に訴えの利益がなく、代表訴訟は却下されよう。

むしろ問題は、結果としてこのように代表訴訟を無にしてしまう、取締役の会社に対する損害賠償請求権の譲渡の可否である。代表訴訟が法定訴訟担当であるために、代表訴訟係属中は本来の請求権者である会社の管理処分権は制限される。それでは、会社は、代表訴訟で問題となる取締役に対する損害賠償請求権の譲渡が可能か。

この点、阪和銀行 事件判決は、「株主代表訴訟の提起後も、会社は、自ら当該訴訟に参加することによって、訴訟追行をなし得るのであり（商法268条2項本文）、…当該損害賠償請求権に係る訴権の行使方法について制限を受けるものの、その管理処分権の全てを喪失するものとは解し難い」として、取締役に対する損害賠償請求権の会社による譲渡が可能であるとしている。もっとも阪和銀行 事件判決は、例外的に、取締役に対する損害賠償請求権を会社が譲渡する前後の具体的事情に応じて、たとえば、「譲渡にかかる対価が不当に低廉であるとか、譲受人においてその履行を真摯に求めない等の具体的事情から、右譲渡が架空のものであること或いは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる旨の目的に出たものであることが推認できる場合には」、譲渡の効力を否定すべき場合があるとしている。

しかし、そもそも被告取締役に対する損害賠償請求権の譲渡を代表訴訟係属中に会社は実行できるのか。会社による譲渡が認められるとした場合には、阪和銀行 事件判決のように、対価が低廉であったり、譲受人の対応に応じて、その効力が否定されるのか。

次にこの点について検討を加えよう。

（二）取締役の損害賠償請求権の譲渡

代表訴訟は、債権者代位訴訟と同様に法定訴訟担当と解されている⁽¹²⁴⁾。債権者代位訴訟係属中は、債務者が、第三債務者に対する債権を処分することは許されないと解されている⁽¹²⁵⁾。代表訴訟も債権者代位訴訟と同様に扱われるのであれば、代表訴訟係属中は会社が処分権限を行使することはできないとも考えられなくもない⁽¹²⁶⁾。たしかに、いったん代表訴訟が提起されると、会社が自ら取締役に対して訴えを提起することはできなくなる。さらに、会社（監査役）が代表訴訟に訴訟参加しても、単独で請求を放棄したり、被告取締役と免責的な和解することはできず、裁判外の免責（和解）もできないと考えられている。しかし、このような会社の処分権行使の制限は、法定訴訟担当であることから当然に導き出せるものではない⁽¹²⁷⁾。むしろ実体法上、和解等の処分行為は、被告取締役の責任免除・責任軽減に該当するために、責任免除・軽減手続に則らなければならず、会社を代表する監査役・代表取締役だけの判断では実行できないと考えられていることが、そ

の根拠とされるべきである⁽¹²⁸⁾。

取締役に対する損害賠償請求権の譲渡であっても、これが責任の免除・軽減と評価される場合には、商法266条5項以下の責任免除・軽減手続に従わなければならない、重要な財産の処分（商法260条2項）や営業譲渡（商法245条1項1号）の手続だけでは実施できない。責任の免除・軽減手続を経ずに、取締役に対する損害賠償請求権を重要な財産の処分や営業譲渡により譲渡したとしても、当該取締役に対する損害賠償請求権の譲渡は無効であると解される。

もちろんこの結論からは、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡が責任の免除・軽減と評価されない場合には、重要な財産の処分や営業譲渡の手続だけで譲渡することが可能である。取締役に対する損害賠償請求権の譲渡価格が、会社の被った損害と等しいのであれば、責任の免除・軽減に該当することなく、当該取締役に対する損害賠償請求権の譲渡は、重要な財産の処分や営業譲渡の手続を経れば、可能となる。会社が損害賠償請求権を対価を得て譲渡し、損害の回復を実現しており、もはや当該会社の株主は代表訴訟提起権を行使し得ないと解される⁽¹²⁹⁾。なお、商法275条ノ4で取締役の会社に対する損害賠償請求権の行使が監査役の権限とされていることから、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡には監査役の同意も必要となるであろう。

阪和銀行 事件判決が被告取締役に対する損害賠償請求権の会社による譲渡を認めながらも、譲渡の対価、譲受人の対応に応じてその効力を否定しようとしている根拠は、その場合の譲渡は責任免除に該当し、原告株主が代表訴訟を提起している段階では責任免除ができないことが挙げられよう。

もっとも実際の場面で、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡が取締役の責任免除・軽減に該当するか否かの判断は難しい。取締役の会社に対する注意義務の程度や義務違反の有無、会社が被った損害の額が社会において一義的に了解されておらず、損害賠償請求権が実在するのか、実在するとしても損害賠償請求額が具体的にいくらなのか不明確である。取締役に対する損害賠償請求権が単体で譲渡されることは考えにくく、営業譲渡の一環としてなされることが想定しうる。しかしその場合には、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡価格を営業譲渡価格から峻別することは困難である。さらに譲受会社は当該取締役の賠償能力を加味して価格を算定していることも想定される。

少なくとも、阪和銀行 事件判決が提示するように、取締役に対する損害賠償請求権の「譲渡にかかる対価が不当に低廉であるとか、譲受人においてその履行を真摯に求めない等の具体的事情から、右譲渡が架空のものであること或いは当該取締役を株主代表訴訟から免れさせる旨の目的に出たものであることが推認できる場合には」、責任免除・軽減に該当し、その手続に服していない場合には、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡は無効であると評価しえよう。

なお、これまでは、代表訴訟の係属中に被告取締役に対する損害賠償請求権の譲渡の可否について検討をしてきたが、代表訴訟が係属していない段階でも、会社が取締役に対する損害賠償請求権を譲渡する際には、責任免除・軽減手続に服することが同様に必要となろう。

（三）検討

以上の検討をもとに、結合企業において取締役に対する損害賠償請求権も含めた営業譲渡が行われた場合に代表訴訟の帰趨がどうなるかを考察しよう。

親会社または子会社がグループ外の企業に対して営業譲渡を行う場合には、もはや親会社株主は代表訴訟・多重代表訴訟を提起できず、係属する代表訴訟・多重代表訴訟も請求が却下される。しかし当該営業譲渡にあつて取締役に対する損害賠償請求権の譲渡価格が不当に廉価であったり、譲受会社が当該被告に対する損害賠償請求権を行使していない場合には、責任免除・軽減に該当する。この場合に親会社にあつて責任免除・軽減手続を経ていない場合には、当該取締役に対する損害賠償請求権の譲渡は無効であり、親会社株主は依然として、代表訴訟を提起しうるし、係属する代表訴訟には影響がないと考えられる。

親会社または子会社がグループ内の別の子会社に営業譲渡を行う場合には、親会社株主の当該事業に対する出資が継続しており、たとえ適正な価格で営業譲渡が行われても、損害が回復されたわけではない。よつて親会社株主は、依然として、代表訴訟または多重代表訴訟を提起しうる⁽¹³⁰⁾。もっとも、営業を譲り受けた子会社が100%子会社でない場合には、親会社株主が損害回復を求めるとして適切かという問題も生じるが、少なくとも代表訴訟係属中であれば、その係属を認めるとかまわないであろう。

3、会社分割と代表訴訟

会社分割は、分割会社が営業の全部または一部を承継会社（新設分割では新たに設立される新設会社であり、吸収分割では既存の他の会社）に包括的に移転し、その代わりに、分割会社または分割会社株主が承継会社の株式を取得する制度である（商法373条以下、374条ノ16以下）。承継会社の株式を分割会社が取得する場合を物的分割といい、分割会社株主が直接取得する場合を人的分割という。会社分割により承継会社に移転する営業の全部または一部の具体的な権利義務は、分割計画書・分割契約書に明記される（商法374条2項5号、374条ノ17第2項5号）。

前節の営業譲渡に関する検討を踏まえれば、会社分割により分割会社取締役に対する取締役の損害賠償請求権の帰属が分割会社のままか、承継会社とされるかによつて、代表訴訟に影響が生じると考えられる。

分割会社取締役に対する損害賠償請求権についても、分割計画書・分割契約書に記載があれば、承継会社に移転し、記載がなければ、分割会社に残存することになる。

実務においては、取締役に対する損害賠償請求権に関して特に分割計画書・分割契約書に明記されることはほとんどない⁽¹³¹⁾。このため、分割会社取締役に対する損害賠償請求権は分割会社に残存するとも考えられなくはない。しかし、会社分割前の義務違反行為により発生した取締役の損害賠償請求権が分割会社にのみ帰属するとすれば、承継会社に移転した債権の債権者を害するおそれがある。承継会社に移転した「営業」において会社分割前の取締役の義務違反により損害が生じて

いたとしても、取締役に対する損害賠償請求権が分割会社に帰属するために、取締役の責任を追及しても、損害賠償は分割会社になされる。これでは、承継会社は損害を回復することができず、承継会社に移転した債権の債権者を害することになりかねない。むしろ取締役に対する損害賠償請求権も、承継会社に移転する「営業」に付随する権利義務として、当然に承継会社に移転していると考えべきである。もっとも、たとえば違法配当や利益相反取引に関する取締役の義務違反行為に関する損害賠償請求権は、「営業」によって分割会社が承継会社のいずれに帰属すべきかを判断するのは困難である。実務上、このような問題が発生しないように、分割計画書・分割契約書への記載には十分に配慮すべきであるが、たとえば、承継会社に移転する資産と分割会社に残存する資産の規模に応じて按分的に帰属させるなどの、立法上の対処も検討されるべきであろう。

それでは、会社分割が行われた場合に、会社分割前の分割会社取締役の責任を追及する代表訴訟にはどのような影響があるか。

第一に、分割会社に取締役に対する損害賠償請求権が帰属する場合はどうか。この場合には、分割会社株主は、依然として分割会社の株主であり、分割会社は取締役に対する損害賠償請求権を有している。このため、会社分割が行われても、代表訴訟が係属中の場合には、原告株主の当事者適格には影響がなく、会社分割後であっても会社分割前に生じた取締役の責任を代表訴訟で追及しうる。

第二に、分割会社取締役に対する損害賠償請求権が承継会社に移転する場合はどうか。

この場合には、分割会社取締役は承継会社の取締役ではなく、商法267条の代表訴訟の対象とされないと考えられなくもない。同様の問題は、合併の消滅会社取締役に対する代表訴訟に関してもあてはまる。合併の場合には、包括承継により消滅会社取締役との関係も存続会社に承継されると解される。そうであれば、終任取締役に対して在任中の責任を追及する代表訴訟の提起が認められることと同様に⁽¹³²⁾、合併後に消滅会社取締役の合併前に生じた責任を追及する代表訴訟を提起することも認められるし、代表訴訟係属中に合併が行われても、係属する代表訴訟には影響がないと考えられる⁽¹³³⁾。

会社分割も、分割会社の営業の一部が包括的に承継会社に移転するのであるから、合併の場合と同様に、承継会社株主は分割会社取締役が会社分割前に行った義務違反行為によって承継会社に生じた損害の賠償を求める代表訴訟の提起が認められると考えられる。

人的分割であれば、分割会社株主は、承継会社の株主として代表訴訟を提起すればよい。代表訴訟係属中に会社分割（人的分割）が行われたとしても、原告株主は、分割会社株主であると同時に承継会社の株主でもあることから、代表訴訟をそのまま係属させても問題がなく、承継会社への訴訟告知を行えば、足りると解される。物的分割であれば、分割会社株主は、多重代表訴訟として分割会社取締役の責任を追及すればよい。代表訴訟係属中に会社分割が行われても、係属する代表訴訟が多重代表訴訟に変更されるだけであるから、承継会社である子会社に訴訟告知をすればそのまま代表訴訟の係属を肯定しうると解される。

もっとも、物的分割型の吸収分割により合併会社を形成する場合等には、分割会社の承継会社に対する持ち株比率が100%でない場合も生じうる。しかしこの場合は、会社分割前に生じた取締役の義務違反の責任を追及する代表訴訟であるのだから、少なくとも係属中の代表訴訟については、原告株主の当事者適格を肯定する余地もあろう⁽¹³⁴⁾。

それでは第三に、分割計画書・分割契約書の記載からは、会社分割前に生じた取締役に対する損害賠償請求権が、分割会社か承継会社かのいずれに帰属するかが不明確な場合はどうか。原告株主が勝訴し損害賠償が会社になされる際には、その会社が分割会社であるのか承継会社であるのか、それとも両社の資産に応じて按分的に賠償されるのかは判断が難しい。しかしいずれにせよ、分割会社株主は、分割会社株主と承継会社株主の資格で両社の代表訴訟（物的分割の場合は承継会社については多重代表訴訟）を併合して提起すればよい。代表訴訟が係属する場合には、承継会社に関する代表訴訟（物的分割の場合は多重代表訴訟）が追加的に併合されることになろうが、原告・被告の当事者に変更はなく、承継会社に訴訟告知をすれば引き続き代表訴訟が係属すると解されよう。

4、子会社株式の譲渡と多重代表訴訟

多重代表訴訟の提起が親会社株主には認められると考えられるが、親会社が子会社株式を株式市場に公開したり、他のグループへ売却したりする場合には、多重代表訴訟はどのような影響を受けるか。

前章での検討を踏まえれば、子会社株式の公開または売却により完全子会社でなくなれば、親会社株主はもはや多重代表訴訟を提起できないとも考えられる。しかし子会社が依然として子会社である場合には、少なくとも係属中の多重代表訴訟については、子会社株式の公開・売却前に生じた取締役の義務違反の責任を追及する代表訴訟であるのだから、原告株主の当事者適格を肯定する余地もあろう。

子会社株式の全部を売却・公開する場合には、もはや親会社株主は子会社に対する投資を継続しているとはいえず、多重代表訴訟は提起できず、係属する多重代表訴訟も却下されざるを得ない。

本章第２節の営業譲渡と代表訴訟との関係に関する考察を踏まえれば、子会社株式全部の売却価格が適正であれば、親会社は子会社取締役の義務違反行為による損害を回復しており、多重代表訴訟が却下されたとしても不都合はない。しかし、子会社株式全部の売却価格が不当に廉価である場合などは、問題が生じかねない。この点は、親会社取締役の義務違反の有無が問題となるであろう。

五、おわりに

本稿では、結合企業の形成段階、結合企業の運営段階、そして結合企業の整理・解消段階におい

て代表訴訟がどのように取り扱われるかを検討した。

株式交換・株式移転によって結合企業を形成する時に、代表訴訟が係属している場合には、原告株主は、株主資格を喪失する。しかし、原告株主が株主資格を喪失したとしても、自らの意思により株主資格を喪失したわけではなく、投資が継続している。よって、株式交換・株式移転が行われたとしても、未だ原告株主は、紛争を管理する主体としては不適切ではなく、当事者適格を維持しようと解すべきであろう。

代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われ、原告株主が株主資格を喪失した場合であっても、原告株主が未だ紛争を管理する主体として適切であり、訴訟法上の解釈により当事者適格が肯定されるのであれば、それに対応する実体法上の対応も必要となろう。

完全親子会社にあつては、親会社株主に子会社取締役の責任追及を認める多重代表訴訟を許容しなければ、子会社で不正な経営が行われても、親会社株主は親会社取締役の責任を追及することでしか、救済が得られない。この場合の親会社取締役の責任は、監視義務違反か、親会社が子会社株主として子会社取締役の責任追及をしないことが親会社に対する善管注意義務・忠実義務に違反することが根拠となる。しかし、いずれの場合も立証が困難であり、親会社取締役に対する代表訴訟が認容される可能性が低い。これでは、親会社取締役は完全子会社の違法状態を是正することに対して代表訴訟の圧力にさらされず、完全子会社の違法状態を放置する結果になりかねない。事業執行を実際に行う完全子会社取締役に対する親会社株主からの責任追及の機会を封じることが、会社の違法性をチェックする能力を劣化させかねない。よって実体法上も多重代表訴訟を認める必要性があろう。また、通常の代表訴訟が、会社と委任関係にある取締役の委任関係上の義務違反の責任追及を委任者である会社の実質的な存在である株主に許容する制度であることから、子会社取締役が親会社（株主）の実質的な復委任者と評価されるときには、多重代表訴訟を認めるべきといえよう。

現行法の下でも、少なくとも株式交換・株式移転によって形成された完全親子会社の事例においては、解釈論によって多重代表訴訟の提起を許容すべきといえる。

結合企業を営業譲渡・会社分割・子会社株式の売却により整理・解消する段階にあつて、代表訴訟は次のように扱われる。

営業譲渡が行われたとしても、営業譲渡前の取締役の義務違反によって生じた損害賠償請求権が譲受会社に移転しなければ、代表訴訟に何ら影響がない。しかし、営業譲渡前の取締役の義務違反によって生じた損害賠償請求権を含めて、譲受会社に営業譲渡された場合には、取締役に対する損害賠償請求権が帰属する会社との出資関係を譲渡会社の株主は実質的な意味においても有しておらず、当該取締役に対する代表訴訟の原告適格を有さなくなる。むしろ問題は、このような結果を引き起こすような、取締役に対する損害賠償請求権を含めた営業譲渡の可否となる。営業譲渡の対価が取締役の義務違反によって生じた損害をも填補する適切なものであれば、取締役に対する損害賠償請求権を含めた営業譲渡は可能であるが、対価が不当に廉価な場合などは取締役の責任軽減・免

除手続に服することが必要となろう。対価が不当に廉価な場合であるのに取締役の責任軽減・免除手続に服していない場合には、取締役の損害賠償請求権の譲受会社への移転は無効であり、譲渡会社株主は、代表訴訟を提起しうるし、営業譲渡前から係属する代表訴訟は引き続き係属すると解される。

会社分割が行われた場合も、営業譲渡と同様に、分割会社の取締役に対する損害賠償請求権が、会社分割により承継会社に移転するかによって、代表訴訟への影響が異なる。しかし、現在の実務においては、取締役に対する損害賠償請求権が分割会社か承継会社のいずれに属するかは不明確であり、何らかの手当てが必要となる。

子会社株式の全部が売却された場合には、親会社株主は多重代表訴訟を提起できず、継続する多重代表訴訟も却下されざるをえない。この場合には、親会社取締役の義務違反の有無が問題となろう。

(やまだ よしひろ・本学経済学部講師)

注

- (58) 武井一浩・前掲注(56)121頁。
- (59) 武井一浩・前掲注(56)121頁。
- (60) 宍戸善一「持株会社と会社分割 - 企業グループのコーポレート・ガバナンスにおける意義 - 」商事法務1412号11頁(1996年)。経済学的な分析としては、伊藤秀史=林田修「企業の境界 - 分社化と権限委譲 - 」『日本の企業システム』[伊藤秀史編]153頁(東京大学出版会、1996年)。
- (61) 武井一浩・前掲注(56)122頁。
- (62) 宍戸善一・前掲注(60)11頁(注21)。
- (63) もっとも実際には、子会社が破綻した場合に親会社が子会社債権者に対して責任を負わなくともよいとはいきれない。この点については、斎藤真紀「子会社の管理と親会社の責任 子会社の債権者保護に関する基礎的考察 (一)(二)(三)(四)(五・完)」法学論叢149巻1号1頁、3号1頁、5号1頁、150巻3号1頁(以上2001年)5号1頁(2002年)などを参照。
- (64) 浜田道代「持株会社規制、大規模会社株式保有総額規制の廃止」ジュリスト1082号123頁(1996年)。
- (65) 伊藤秀史「エージェンシー・コスト・アプローチについての一考察 - 所有と経営の分離、及び親子会社関係への応用を中心に - 」商事法務1401号18頁~19頁(1995年)、川濱昇「企業結合と法」『岩波講座・現代の法7 企業と法』[岩村正彦ほか編]97~99頁(岩波書店、1998年)。
- (66) 武井一浩・前掲注(56)121頁。
- (67) 浜田道代・前掲注(64)124頁。
- (68) 武井一浩・前掲注(56)121頁。
- (69) 江頭憲治郎ほか「持株会社の取締役をめぐる問題5・完」[森本滋発言]取締役の法務80号31頁(2000年)。
- (70) 江頭憲治郎ほか「持株会社の取締役をめぐる問題2」取締役の法務77号31頁[東條和彦発言]32頁[熊谷一雄発言](2000年)。もっとも親会社の承認を経ずに、たとえば新規事業に進出するために多額の融資を子会社が受けたとしても当該融資を無効とすることは原則できない。親子会社間の取り決めを子会社の定款に記載し、たとえば商法260条第2項に相当する事項を株主総会決議事項とすれば、第三者に対抗することも可能である。しかしこのような処理は、子会社から親会社が経営委託を受けたとも評価され、親会社の責任が肯定されかねないとして、実務では採用されていない(江頭憲治郎ほか「持株会社の取締役をめぐる問題1」取締役の法務76号22頁[阿部一正発言]23頁[熊谷一雄発言](2000年))。

- (71) たとえば、大和証券グループ本社(資料版/商事法務181号)、ソフトバンク(資料版/商事法務193号110頁(2000年))、三菱東京フィナンシャル・グループ(資料版/商事法務204号78頁)、U F Jホールディングス(資料版/商事法務204号128頁(2001年))などが挙げられる。2001年10月21日に発足したI N A X・トステム・ホールディングス株式会社については、「国内外の会社の株式または持分を取得、所有することによる当該会社の事業活動の支配、管理」のみを定款の目的として記載している(I N A X・トステム・ホールディングス定款第2条1項)(資料版/商事法務214号63頁(2002年))。
- (72) 江頭憲治郎ほか・前掲注(69)35、36、37頁[稲葉威雄発言]、武井一浩・前掲注(56)123~124頁。
- (73) 江頭憲治郎ほか・前掲注(69)36、39頁[稲葉威雄発言]、43頁[江頭憲治郎発言]、江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』198頁(有斐閣、1995年)も参照。
- (74) 江頭憲治郎ほか・前掲注(69)32頁[森本滋発言]、32~33頁[稲葉威雄発言]。
- (75) 日本経済新聞2002年6月27日朝刊、河本浩「持株会社はワークしているか 内部事情が資本の論理に優先」金融財政事情53巻1号76頁(2002年)。
- (76) 前掲注(54)判例。
- (77) 親会社取締役の不当な影響力により子会社に損害が発生した場合や後述の親会社取締役の子会社の業務に関する監視義務違反の責任が肯定される場合には、親会社取締役は、子会社に対しても責任を負うとも考えられ、親会社取締役は親会社と子会社に二重に損害賠償責任を負わされることになりかねない。この問題を解決するには、子会社に対する責任は、親会社のみが負うとし、親会社取締役が責任を負うのは親会社のみであると解することが必要となろう(このような処理をすることも考えられるとする見解として、川濱昇「持株会社の機関」[資本市場法制研究会編]『持株会社の法的諸問題』77頁(資本市場研究会、1995年))。
- (78) 朝日新聞2002年4月16付朝刊や、<http://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20020416-00000153-mai-soci>《visited.April,16,2002》を参照。
- しかし、現時点では、このHPは削除され見ることができない。このHPで掲載されていた記事は以下の通りである。
- 「<大和銀HD>株主2人が代表訴訟 3200億円の賠償求める
- 金融持ち株会社の『大和銀ホールディングス』(大和銀HD)の株主2人が15日、同社の役員18人を相手取り、約3200億円を同社に支払うよう求める株主代表訴訟を大阪地裁に起こした。昨年12月、大阪高裁で和解した大和銀行ニューヨーク支店の巨額損失事件をめぐる損害賠償に絡み、さらに役員の実任を追究するほか、大和銀HD傘下で経営統合した大和、あさひ両銀行がゼネコンなどに対して行った債権放棄分についても賠償するよう求めている。
- 原告は統合前はあさひ銀の株主だった東京在住の2人。訴状によると、14億5500万ドル(現行レートで約1900億円)の損失が出たニューヨークの事件では大和銀の株主が代表訴訟を起こし、役員が2億5000万円を支払うことで和解した。しかし、2人は和解について『株主が持ち株会社の設立で原告適格を失う可能性が出たため、やむなく応じたもので手ぬるい』と主張。損害から和解金を差し引いた額の賠償を求めた。
- さらに、両行が97年に日本債券信用銀行の救済再建のため取得した同行の株式計55億円 あさひ銀が99年に青木建設に行った債権放棄による損失809億円 大和銀が昨年3月までに長谷工コーポレーションに実施した債権放棄による損失500億円 などを大和銀HDに賠償するよう求めた。大和銀HD広報部は『訴訟の内容などが確認できておらずコメントできない』としている。(毎日新聞)[4月16日1時10分更新]
- なお、和解で終了したのにもかかわらず、再び同一の事件につき代表訴訟が提起できるかという点を疑問に思われるかもしれない。たしかに、平成13年12月の商法改正により代表訴訟の和解の手続が整備されたが(商法268条6項、7項)大和銀行株主代表訴訟の和解は改正法が施行される前の和解であり、代表訴訟の和解が原告と被告の間で成立したとしてもその効力が会社や原告以外の株主に及ぶとは考えられない(山田泰弘・前掲注(6)111頁)。よって、和解で終了後も同一の請求原因につき代表訴訟を提起することは可能である。
- (79) 江頭憲治郎ほか・前掲注(69)36頁[稲葉威雄発言]、36頁[森本滋発言]。
- (80) 川濱昇・前掲注(77)78頁。

結合企業と代表訴訟(2・完)(山田)

- (81) 龍田節「三井鉱山事件の最高裁判決」商事法務1334号37頁(1993年)。
- (82) 山田泰弘・前掲注(6)254頁。
- (83) 山田泰弘・前掲注(6)254~255頁、畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』240頁(法律文化社、2002年[初出1998年])。
- (84) 畠田公明・前掲注(83)240頁、近藤光男「代表訴訟」民商法雑誌108巻4・5号543頁(1993年)、柴田和史「持株会社による企業組織と商法」ジュリスト1123号50~51頁(1997年)、前田雅弘・前掲注(47)26頁。
- (85) もちろん代表訴訟の圧力にさらされなければ、親会社取締役が誠実に業務執行をしないというわけではない。このほかにも、評判、インセンティブ報酬、経営者市場、企業買収市場、および、メインバンク等のモニタリングなどの存在により取締役は誠実な業務執行をするようになる。しかし代表訴訟の圧力は、これらの取締役の行動の適正化手段の性能を高める機能を有すると同時に中心的な役割を担っており、これが機能しなければ、他の取締役の適正化手段の効果も相対的に弱くなる。この点につき、山田泰弘・前掲注(6)175~180頁参照。
- (86) 神田秀樹ほか「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」商事法務1617号32頁[久保利英明発言](2002年)。
- (87) 周剣龍『株主代表訴訟制度論』293頁(信山社、1996年)、川濱昇・前掲注(77)89頁注13、吉本健一・前掲注(21)184頁など。
- (88) 新谷勝・前掲注(20)38頁、新谷勝『株主代表訴訟改正への課題』264頁(中央経済社、2001年[初出1999年])、畠田・前掲注(83)241~242頁。
- (89) 新谷勝・前掲注(20)39頁。
- (90) 畠田公明・前掲注(83)242頁。
- (91) 山田泰弘・前掲注(6)309~313頁。
- (92) 山田泰弘・前掲注(6)56頁。
- (93) 山田泰弘・前掲注(6)65頁。
- (94) 山田泰弘・前掲注(6)312頁、川濱昇・前掲注(77)70頁も参照。
- (95) もっとも、重要な子会社とはいえ、親子会社間に明示的な経営委託(商法245条2項)またはそれに匹敵するような契約が存在する場合には、子会社取締役が、親会社取締役の指揮・命令系統の中に位置づけられるともいえ、このような子会社取締役に対する多重代表訴訟を認めうるかという点は、なお検討すべきであろう。
- (96) 山田泰弘・前掲注(6)342頁。
- (97) 新谷勝・前掲注(20)39頁、新谷勝・前掲注(88)265頁。
- (98) 山田泰弘・前掲注(6)342頁は、具体的に多重代表訴訟を提起しうる「重要な子会社」の判断基準として、商法のほかの規定との整合性を考えるならば、親会社の所有する子会社株式の価値が親会社の資産の20分の1を越えるか否かという基準を採用するのが合理的であるとしている。
法務省民事参事官室による意見照会「親子会社法制等に関する問題点」の第一編第二章1注『親子会社をめぐる株主等の保護における「親子会社」の範囲(参考)』・前掲注(50)20~21頁も、「子会社に関する会社法上の訴え」を認める範囲を「例えば、親会社の総資産の額に対する子会社の株式の価額の割合が一定以上の場合」に限定している。
- (99) 畠田公明・前掲注(83)243頁(注48)は、子会社帳簿閲覧権を認める要件と同一とすることを提案している。
- (100) 立法をする場合には、100%子会社のみか、商法上の子会社の取締役も多重代表訴訟の対象とするかを決定しなければならない。この点大杉謙一「株主代表訴訟の濫用への対処 担保提供・補助参加・訴訟委員会の諸制度について」判例タイムズ1066号63頁(2001年)は、商法上の子会社取締役を多重代表訴訟の対象としながらも、具体的に提訴を認めるかを裁判所に判断させるスキームを提案している。
- (101) より詳細な理論的な考察は、山田泰弘・前掲注(6)318~322頁。
- (102) 親会社、子会社に対して同時に提訴請求することも許容されよう(新谷勝・前掲注(20)39頁、新谷勝・前掲注(88)264頁)。
- (103) 山田泰弘・前掲注(6)332頁。同旨、吉本健一・前掲注(21)184~185頁。なお、共同の株式交

- 換・株式移転ではなく、既存の会社の株主のみが完全親会社の株主であるような場合には、このような手続は省略しうるとも考えられよう。
- (104) 新谷勝・前掲注(20)39頁は、むしろ、親会社株主による子会社の帳簿閲覧の要件である「権利ヲ行使スル為必要アルトキ」には、当然子会社取締役の責任追及訴訟を提起するために情報収集する目的も含まれているとして、親会社株主による子会社帳簿の閲覧権の存在は多重代表訴訟を認める根拠の一つであるとしている。
- (105) この点を指摘し、むしろ代表訴訟提起権で団体の構成員が有する原理的な権利であり、総合的な見直しの必要性を指摘するものとして、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』160～162頁(有斐閣、1983年)。
- (106) 和座一清・前掲注(39)211頁、大隅健一郎=今井宏・前掲注(36)504頁、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法』(第3版、有斐閣、1992年)、田中誠二『三全訂会社法詳論下巻』915頁(勁草書房、1994年)など。
- (107) 和座一清・前掲注(39)211頁は、商法211条ノ2の親子会社の基準によることが合理的であるとしていた。
- (108) この点を根拠として立法がなければ多重代表訴訟を認められないとする見解として、周劍龍・前掲注(87)293頁。
- (109) 従来の学説については北沢正啓・前掲注(40)450頁を参照。
- (110) 前田庸・前掲注(16)225頁。
- (111) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌100周年記念論文集第三巻』174～175頁(有斐閣、1983年)、鈴木竹雄=竹内昭夫・前掲注(104)303頁。
- (112) 欧米での株主積極主義(Shareholder Activism)の影響を受けて、機関投資家・投資顧問会社は議決権等を積極的に行使すべきともいわれるが、議決権等行使の指図権限の所在は、投資家と投資顧問会社との投資一任契約書等の取り決めで、決定されているようである(萩原忠久「投資顧問業者の議決権等株主権行使-議決権等株主権行使研究会報告書等の概要-」商事法務1631号10頁(2002年))。
- (113) 中東正文「企業形態」ジュリスト1155号111頁(1999年)。
- (114) 平成13(2001)年商法改正により取締役の責任軽減規定が制定されるより以前の見解であるが、近藤光男「注釈新版会社法(6)」[上柳克郎ほか編]291～292頁(有斐閣、1987年)、伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟法」『日本の企業と法』[柏木昇編]64頁(有斐閣、1996年)。
- (115) 平成13(2001)年12月商法改正により取締役の責任軽減規定が立法化される以前の見解であるが、神田秀樹「株式会社の強行法規性」『特別講義商法』[竹内昭夫編]11～12頁(有斐閣、1995年)。
- (116) 畠田公明・前掲注(83)2242頁、山田泰弘・前掲注(6)318頁、新谷勝・前掲注(88)260頁。
- (117) 富士銀行、日本興業銀行、および第一勧業銀行は共同の株式移転で設立した「みずほホールディングス株式会社」の子会社となったが、顧客セグメント、機能ごとに再編するため、会社分割、合併により、みずほ銀行とみずほコーポレート銀行となった。この時既存の銀行三社の証券子会社、子会社である信託銀行を持株会社の直接の子会社としている <http://www.mizuho-fg.co.jp/ir/faq/index.html#01> 《visited September, 3, 2002.》。日本航空と日本エアシステムも経営統合を行うが、まず第一段階として、2002年9月に両社の共同持株会社を株式移転で設立し、第二段階として事業分野ごとに子会社を再編するとしている http://www.news.jal.co.jp/JAL_NEWS.ns4/3f0c671aa08aad8492564180033e126/9ac7e7b2d8b0ad1c49256b020022eb55?OpenDocument 《visited September, 3, 2002.》。このほかNKKと川崎製鉄も事業統合を行いJFEグループとなるが、まず2002年9月27日に株式移転により共同の持株会社(JFEホールディングス株式会社)を設立した後に、2003年4月を目処に事業の再編を行うとしている http://www.jfe-hldgs.com/release/2001/1221-1_1.html 《visited September, 3, 2002.》。
- (118) 落合誠一ほか「外国会社との合併・株式交換をめぐる法的規律(下)」[藤縄憲一発言]商事法務1636号31頁(2002年)。
- (119) 最判昭和40年9月22日民集19巻6号1600頁。
- (120) たとえば「持株会社化のための営業譲渡・定款変更事例分析」資料版/商事法務193号107頁(2000年)を参照。債務を移転するには、債権者の同意が必要であるため、譲渡会社の債務は、通常、移転させないようである(中西敏和「営業譲渡契約書」商事法務研究会編『営業譲渡・譲受ハンドブック』209頁(新訂第2版、商事法務研究会、1999年))。

結合企業と代表訴訟(2・完)(山田)

- (121) 片木晴彦「判批(和歌山地判平成12年2月15日)」判例時報1761号204頁(判例評論514号49頁)(2001年)。
- (122) 事件判決判例時報1736号124頁、事件判決判例時報1736号128頁。
- (123) 吉本健一・前掲注(21)185頁。
- (124) 伊藤眞・前掲注(27)147頁など。
- (125) 最判昭和48年4月24日民集27巻3号596頁。
- (126) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』375頁注(3)(第2版、有斐閣、2002年)は、この点を理由に代表訴訟係属中に被告取締役に対する損害賠償請求権を会社が譲渡するのは、禁止されるのが原則であり、阪和銀行事件は、倒産処理の一環として譲渡が認められる、きわめて特殊な例としている。
- (127) 新堂幸司・前掲注(17)253頁など。
- (128) もっとも、平成13(2001)年12月商法改正により、会社(監査役)が代表訴訟に参加している場合は、商法268条5項により、商法266条5項の適用が否定されている。このため、会社(監査役)は原告株主が和解または請求の放棄に同意すれば、免責的な和解を実施することができる。
- (129) 片木晴彦・前掲注(121)204頁。
- (130) 親会社から完全子会社に営業譲渡または会社分割により営業が承継された場合に、取締役が親会社または子会社に対し損害を賠償する義務を負うことになると指摘するものとして、片木晴彦・前掲注(121)204頁。
- (131) たとえば、「会社分割計画承認議案の事例分析」資料版/商事法務210号6頁(2002年)、「会社分割契約書承認議案の事例分析」資料版/商事法務210号55頁(2002年)などを参照。
- (132) 前田庸・前掲注(16)304頁、北沢正啓・前掲注(40)450頁。
- (133) 神田秀樹ほか・前掲注(86)34頁[久保利英明発言]参照。なお、アメリカのデラウェア州では、合併の場合に消滅会社取締役に対する代表訴訟は却下されるが(Lewis v. Anderson, cited supra note(33))、存続会社が消滅会社取締役の責任を追及することがさまたげられるわけではない(近藤光男・前掲注(33)51頁)。このようなデラウェア州判例法の取り扱いは、合併に関する考え方の違いを表すものとも言えるのではないか。
- (134) これに対して、吉本健一・前掲注(21)185頁は、完全親子会社関係がなければ原告適格が肯定されないとして、係属中の代表訴訟についても却下すべきとする。

[本稿は、2002年9月7日に愛知大学で行われた現代企業法研究会、および、2002年10月13日に一橋大学で行われた第66回日本私法学会大会のワークショップでの報告の準備稿である。ご出席の先生方からは多くの有益な示唆をいただいた。また、ワークショップの司会を務めてくださった名古屋大学助教授 中東正文先生は、草稿段階で本稿に目を通してくださり、議論の相手をしてくださった。記して、お礼を申し上げます。本稿の意見はもちろん執筆者のものであり、本稿での誤り等の責任は山田にある。

なお本稿は高崎経済大学特別研究奨励金による研究成果の一部である。]