

# 結合企業と代表訴訟（1）

山 田 泰 弘

Shareholders' Derivative Action under the Business Combination (1)

Yoshihiro YAMADA

- 一、はじめに
- 二、結合企業関係の形成と代表訴訟
  - 1、興銀事件判決と大和銀行代表訴訟の和解（問題の発生）
  - 2、議論状況とその分析
    - （一）学説の議論状況
    - （二）分析
      - （1）原告適格の喪失と会社による訴訟の受継は妥当か
      - （2）株式交換・株式移転により原告適格は喪失するか
- 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 以上本号
- 四、結合企業関係の整理・解消と代表訴訟
- 五、おわりに

## 一、はじめに

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、独占禁止法とする）が平成9（1997）年に改正され、それまで原則として禁止していた純粋持株会社を解禁した（独占禁止法9条）。禁止される持株会社の設立・転化は、「事業支配力が過度に集中する場合に限られることとなった（同条1項）。平成11（1999）年商法改正により株式交換・株式移転制度が導入され、平成12（2000）年商法改正には会社分割制度が導入された。この一連の改正により、完全親子会社関係を形成することが容易となった。実際に持株会社（完全親子会社関係）を利用してより本格的なグループ経営に乗り出す企業が増加している<sup>(1)</sup>。

これにあわせ、証券取引法上の企業の情報開示は、平成12(2000)年3月期決算より、単体の企業の個別情報を中心としていたものから連結情報中心としたものに移行し<sup>(2)</sup>、平成14(2002)年商法改正により、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律(以下、商法特例法)上の大会社にあっては、商法上も連結計算書類の作成と株主総会での報告が義務づけられるようになった(商法特例法19条の2、21条の32)<sup>(3)</sup>。2002年6月26日には法人税法等の一部を改正する法律案が成立し(2002年8月1日施行)、100%子会社と親会社の企業損益を合算して法人税を課す連結納税制度が導入され、本年4月に遡って適用されることとなった<sup>(4)</sup>。

このように、企業グループを一体のものと捉える結合企業観が日本において急速に浸透している。これに対応するために、平成11(2001)年商法改正により若干の手当てがなされた<sup>(5)</sup>。しかし未だ商法は、多くの部分で親子会社単位での企業体を想定しておらず、親子会社に関する規制は法的には空白の部分となっている。本稿が検討の対象とする、結合企業と代表訴訟の関係についても、何ら手当てがなされていない。もっとも持株会社形態によるグループ経営が本格化している現在、結合企業において代表訴訟がどのように扱われるかが、実際に問題となり、理論的および実務的な対応の検討が必要となっている。

ここでは、結合企業と代表訴訟の関係が実際に問題とされた判例を素材にして、結合企業関係の形成から解消までの各段階において代表訴訟がどのように扱われるべきか、検討を加える<sup>(6)</sup>。

具体的にはまず、単独の事業会社が株式交換・株式移転によって持株会社形態に移行する場合に、株式交換・株式移転前に生じた旧事業会社取締役の責任を追及する代表訴訟を旧事業会社株主である親会社株主は提起できるかという点を考察する。この問題は次の二つの問題に分化される。

第一に、すでに株式交換・株式移転前から代表訴訟が係属している場合に、当該代表訴訟の帰趨はどうかという訴訟法上の問題である。第二に、株式交換・株式移転の効果が発生し、事業会社株主であった者が親会社株主となった場合にも、その者が旧事業会社取締役の責任を追及できるかという問題である。第一の問題については、東京地判平成13(2001)年3月29日が判断を下している。本稿は、この判決を分析することで第一の問題を検討する(第二章)。第二の問題は、株式交換・株式移転によって親会社株主となった旧事業会社株主だけではなく、親会社株主に一般に子会社取締役に対する代表訴訟を提起しうるかという結合企業の状態における代表訴訟の問題に包括されよう。よって第二の問題は、親会社株主は子会社取締役の責任を追及しうるかという問題として検討を加える(第三章)。

つぎに、結合企業において事業の再編が行われる場合に、代表訴訟の帰趨がどうなるかという問題を考察する(第四章)。企業が事業再編を行う場合には、会社分割等により事業の一部が子会社化されたり、事業の一部がグループ外に切り離されたりする。すでに事業が子会社で行われている場合には、人的分割型の会社分割によりある完全子会社の事業を他の完全子会社に承継させたり、親会社が所有する子会社株式を売却したりすることでグループ外に切り離すことも可能である。それでは、代表訴訟が係属している時にこれらの事業再編が行われた場合には、その代表訴訟に何ら

かの影響があるのか。また、事業再編後の既存会社の株主は、移転した事業においてなされた取締役の義務違反行為の責任を追及する代表訴訟を提起できるのか。とりわけ、既存会社の取締役に対する損害賠償請求権が会社分割や営業譲渡による移転の対象に含めている場合には、困難な問題が発生しよう。この点については、和歌山地判平成12(2000)年2月15日判決( 事件)が判断を下しており、本稿はこの判決を素材として考察する。

最後に以上のまとめを行うことにする(第五章)。

なお平成14(2002)年商法改正により、商法特例法上の大会社および見なし大会社にあっては、現行の会社か、監査役を置かずに社外取締役からなる各種委員会を設置し業務執行は取締役ではなく執行役が行うという委員会等設置会社かを、選択することが認められた(商法特例法1条の2第3項、21条の5以下)。本稿では議論の単純化を図るために、特に断りがない限り、現行の会社での取締役に対する代表訴訟をモデルとして議論を進める。また、本稿においては、独占禁止法上の持株会社の定義(独占禁止法9条2項)にかかわらず、グループ経営で子会社群を管理し、事業展開を行うものを持株会社と呼ぶことにする。

## 二、結合企業関係の形成と代表訴訟

### 1、興銀事件判決と大和銀行代表訴訟の和解(問題の発生)

事業会社であるA社の取締役に対する代表訴訟が係属している時にA社につき株式交換・株式移転が行われた場合、当該代表訴訟の帰趨はどうなるか。この点につき、東京地判平成13(2001)年3月29日(以下では興銀事件判決)<sup>(7)</sup>は、初めて正面から判断をした。

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、彼らに対する代表訴訟を提起した。この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、代表訴訟を却下した。

この興銀事件判決の問題点を浮き彫りにしたのは、大和銀行代表訴訟をめぐる一連の事件である。

大和銀行ニューヨーク支店での現地採用社員は、ほぼ10年間にわたり簿外取引や不法な財産処分を繰り返し11億ドルもの損害を銀行に発生させていた。さらに、現地採用社員が会社に損害を発生させたことを取締役らに報告したにもかかわらず、米国当局への報告が遅れ、しかも報告した際に損害がでたことの記載が漏れていた。このため、大和銀行は司法省に3億4000万ドルの罰金を支払わなければならなくなった。大和銀行株主代表訴訟は、銀行の管理体制の不備と発覚後の米国当局への報告が遅れたことに関する取締役ら49名の責任を追及し14億5000万ドルの損害の会社に対する賠償を求めるものであった。第一審の大阪地裁平成12(2000)年9月20日判決は、監視体制を構築する義務が取締役にあると判断し、被告取締役らのうち11名に対し、総額7億7500万ドルの会社に対する損害賠償を命じた<sup>(8)</sup>。大阪地裁判決は、事実の認定には疑問が述べられるものの、取締役らに監視体制を構築する義務を肯定した点で画期的な判断として脚光を浴び<sup>(9)</sup>、命ぜられた賠償額の大きさからも経済界に大きな衝撃を与えた<sup>(10)</sup>。この判決に対し原告被告とも大阪高等裁判所に控訴していたが、大和銀行は、近畿大阪銀行、奈良銀行と共同して株式移転により、持株会社大和銀ホールディングス(2002年10月1日より「りそなホールディングス」と社名変更)を設立することになった。このため、興銀事件判決に従うと、原告株主の当事者適格が喪失したとして訴訟が却下される危険が発生した<sup>(11)</sup>。

裁判官は、これだけ脚光を浴び一審で責任が認められた事件を、当事者適格がないとしていわば門前払いすることに躊躇していた<sup>(12)</sup>。原告側としてもこの株式移転により和解に応じなければならぬ事情が生じた。原告株主は、勝訴した場合には弁護士報酬を含めた訴訟進行上必要と認められる費用相当額について会社に償還請求できるが(商法268条ノ2第1項)、却下判決で敗訴した場合には、会社に一切の償還請求することができなくなってしまい、訴訟遂行に費やした費用さえも回収できなくなってしまう。これらの事情から、裁判官主導による和解が進められ、持株会社が登記によって成立する2001年12月12日の直前である、12月10日に和解が成立した<sup>(13)</sup>。この和解により、一審で認容された賠償金総額7億7500万ドルと比較すれば格段に安い2億5000万円を被告取締役らが会社に支払うことで大和銀行株主代表訴訟は終了した。

興銀事件判決に従えば、請求に理由があると思われる代表訴訟までもが、単に株式交換・株式移転により持株会社形態に移行するだけで却下されてしまう。大和銀行代表訴訟の和解を契機として興銀事件判決のスキームに対しては、社会一般からも「常識ではにわかには信じがたい」と批判され<sup>(14)</sup>、持株会社化は代表訴訟逃れの陰謀ではないかとまでいわれている<sup>(15)</sup>。

それでは、株式交換・株式移転が行われた場合に代表訴訟の帰趨がどうなるべきであろうか。以下では、この問題に関する現時点での議論状況を整理し、解答を探ることとする。

## 2、議論状況とその分析

### (一) 学説の議論状況

商法267条1項は、代表訴訟の提訴要件として6ヶ月の株式保有が提訴株主には要求されている

(=以下では「6ヶ月株式保有要件」とする)。このため、原告株主は、訴訟係属中においても株式を保有することが要求され、所有株式を譲渡した場合には原告株主は当事者適格を喪失し、当該代表訴訟は却下されると解されている<sup>(16)</sup>(=以下では「継続所有要件」とする)。なぜなら民事訴訟法のもとでは、代表訴訟は自己の権利に基づく法定訴訟担当であると伝統的に扱われ、原告株主が当事者適格を喪失しても、訴訟は中断せず、終了すると理解されていたからである<sup>(17)</sup>。もっとも、他の株主や会社が訴訟参加をしていれば(商法268条2項)その者に訴訟を続行させることは可能である<sup>(18)</sup>。

株式移転は、A社が新たに完全親会社H社を設立するために、A社株主の有するA社株式全部をH社に移転し、A社株主はH社が設立に際して発行するH社株式の割当てを受けて、H社株主となる制度である。株式交換は、A社の株式を既存のH社の株式と交換することをA社とH社との契約で定め、A社の株主を強制的にH社の株主にする制度である。

株式交換または株式移転がなされると、A社株主はA社の完全親会社であるH社の株主となる。「継続所有要件」に関する従来からの理解が貫かれるならば、代表訴訟が係属しているときに株式交換・株式移転が行われると、原告株主はもはやA社株主ではなくH社の株主となり、「継続所有要件」を満たすことはできない。よって、原告株主は当事者適格を失い、訴訟は却下されることになる<sup>(19)</sup>。興銀事件判決は、この考え方に基づいている。学説の中には、この考え方にに基づき株式交換・株式移転により原告株主の当事者適格を喪失させるのであれば、訴訟を中断させ、株式移転・株式交換によって子会社となった既存会社への訴訟承継を強制させることを検討すべきと指摘するものもある<sup>(20)</sup>。

しかし多くの学説は、株式交換・株式移転によって原告株主が当事者適格を喪失するという考え方を、形式的すぎると強く批判し、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われ原告が株主資格を失ったとしても、むしろ「原告株主の当事者適格の維持を認めると解すべき特段の理由」があり、例外的に代表訴訟の係属を認めるべきであった、と主張されている<sup>(21)</sup>。その理由としては、次の四点が挙げられている。第一に、原告は任意に株主資格を放棄したわけではないからである<sup>(22)</sup>。第二に、株式交換・株式移転の実質は会社の組織変更にすぎず、提訴株主の投資は代表訴訟提起後一貫として継続しており、提訴株主は完全親会社の株主として、当該会社に関する利害を継続して有しているからである<sup>(23)</sup>。第三に、子会社となった事業会社の株主は、持株会社であるが、持株会社の客観的な判断に基づいた代表訴訟の提起は期待できないからである。第四に、株式交換・株式移転に際して、事業会社の株主であった原告には株式買取請求権が付与されるが(商法355条、371条2項)、株式買取請求権の行使では、救済が不十分であるからである<sup>(24)</sup>。

## (二) 分 析

### (1) 原告適格の喪失と会社による訴訟の受継は妥当か

民事訴訟法学においては、前述のように従来、代表訴訟は債権者代位訴訟と同種のもので解されているために、訴訟担当者である原告株主が当事者適格を失ったとしても、訴訟は中断せず、訴訟

が終了するとされていた。しかしこのような理解は妥当であろうか。株式交換・株式移転によって原告株主の当事者適格が喪失するならば、訴訟を中断し、当該子会社に訴訟の受継をすべきとする考え方は、この点に対して再検討することから生まれている。

そもそも、代表訴訟の性質は、株主が共益権に基づいて会社の権利を代位行使（臨時的機関として代理行使）するものと従来より理解されている<sup>(25)</sup>。さらに、代表訴訟は、会社の権利を会社のために行使するという面ではまさに代位訴訟であるが、株主が団体（会社）構成員として原形的に有する団体（会社）に対し健全な運営を求める権利を全株主を代表して行使するというクラス・アクションの性質を有しているとも分析されている<sup>(26)</sup>。

代表訴訟が株主の共益権に基づく訴訟であることから、自己の権利に基づく場合とするよりは、むしろ資格に基づく訴訟担当と同様の処理が必要であるともいえる<sup>(27)</sup>。代表訴訟の原告株主の当事者適格の喪失は訴訟の中断事由に該当し（民事訴訟法124条1項5号または6号）、訴訟の受継の問題が発生する。他の株主も代表訴訟提起権を有するから、自ら進んで訴訟の受継をすることは妨げられないであろうし、訴訟の受継の申立てがない場合には、裁判所は、被告である取締役の申立てにより（民事訴訟法126条）または職権をもって（民事訴訟法129条）、代表訴訟の実際上の当事者である会社（監査役）に対して訴えの受継を命じるべきともいえよう<sup>(28)</sup>。

なおこのように解したとしても、会社の代表訴訟を受継すべき義務が訴訟法上の義務であるために、会社（監査役）はいったんはこれを引き継がなくてはならないが、受継した訴訟を進行する義務までを負うものではない<sup>(29)</sup>。会社（監査役）が、原告株主による提訴を不相当と考えるときには、いつでも被告の同意を得て訴えを取り下げることができよう。

以上のような見解に基づくのであれば、原告株主が株式交換・株式移転によって当事者適格を失うとしても、代表訴訟が中断し、新たに親会社となった完全親会社は訴訟の受継を申し立てうる。また、子会社となった事業会社（監査役）も訴訟を受継しうるし、また受継すべき義務を有するともいえなくはない。

たしかに、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に近似することは肯定しうる。訴訟を承継すべきであるのに、会社を代表する監査役が訴訟の承継を決定しない場合には、監査役の義務違反による責任の問題が発生することにもなる。とりわけ、原告株主が自らの意思により所有する株式の全部を譲渡した場合や死亡した場合にこのような対処をすることは妥当であろう。代表訴訟係属中に原告が当事者適格を失った場合に、訴えの却下判決がなされたとしても、訴訟物をめぐる紛争は未解決のままとなり、他の株主によって別訴が提起される可能性が残されることになる。この場合に紛争解決が後訴に委ねられることになれば、訴訟経済に反するのはもちろん、原告株主の訴訟追行によって形成された訴訟状態は無に帰することになり、後訴原告と被告との公平が損なわれるおそれが生じるからである<sup>(30)</sup>。

しかし、このようなスキームに則って、子会社が訴訟法上の受継義務に基づいて訴訟を受継しても、子会社を代表する子会社監査役の訴訟追行が適切になされるとは限らない。子会社監査役の訴

訟追行の適正さは、不適切な訴訟追行を行った場合には子会社に対する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態と、株主の訴訟参加(商法268条2項)によって担保されている<sup>(31)</sup>。しかし、完全親子会社関係にあっては子会社の株主である親会社が適切に行動するとは限らない。請求に理由のある代表訴訟を子会社が受継しても、子会社を代表する子会社監査役は、被告取締役との関係を重視して、訴えを取り下げるかもしれない。その場合、親会社は子会社株主として訴訟参加することもなく、そのような子会社監査役の責任追及もしないかもしれない。これでは、子会社に代表訴訟が受継されても適切な処理が保障されない。そもそも後述するように、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われたとしても、原告株主が当事者適格を失うと解すべきではない。よって、原告株主の当事者適格を喪失させた上で子会社(監査役)に訴訟を受継させるというスキームでの処理を採用すべきではないと考える。

## (2) 株式交換・株式移転により原告適格は喪失するか

たしかに、代表訴訟の原告株主が自らの意思に基づいて自発的に株式を譲渡したり、競売や公売という個別移転原因に基づいて株式を喪失した場合に、当事者適格を喪失するとされても仕方がない。しかし、株式交換・株式移転という組織法上の行為により株主たる地位を喪失する場合には、自らの意思に基づいて株主たる地位を喪失したわけではなく、通常の株式譲渡や競売・公売の場合と同列に考えるべきではない。民事訴訟による紛争解決の必要性を肯定できるのであれば、原告株主の当事者適格は維持されると解釈すべきであろう<sup>(32)</sup>。この点は、興銀事件判決に対する学説の批判に大いに共感ができる。

親子会社関係の利用が先行するアメリカにおいても、代表訴訟の提訴権者は取締役の違法行為の発生時または発覚時から株式を所有し続ける株主に限定されているため(同時所有要件)、事情は異なるが、代表訴訟係属中に自らの意思に基づかずに原告適格を喪失したとしても、すでに係属する代表訴訟を終了させるべきではないと考えられている。アメリカ法律協会の『コーポレートガバナンスの原理：分析と勧告』7.02条(a)(2)は、代表訴訟の原告は判決の時点まで株式を所有し続けなければならないとしながらも(継続所有要件)、株式を継続的に所有し得なかったことが、原告株主が同意しなかった会社の行為の結果であって、かつ代表訴訟が原告株主の株主たる地位を終了させる会社の行為に先立って提起された場合には、例外的に原告適格を肯定している<sup>(33)</sup>。このアメリカでの経験をふまえれば、株式交換・株式移転が行われたとしても、代表訴訟の原告株主の当事者適格は維持されると考えるべきといえよう。

他方、日本においても、訴訟係属中に提訴株主が、自らの意思に基づかないで商法上の提訴資格を喪失するという事は、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転の場合だけに生じるわけではない。それらの場合に提訴株主の当事者適格を肯定するのであれば、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われた場合にも、原告株主の当事者適格を肯定すべきといえよう<sup>(34)</sup>。

たとえば、減資決議取消訴訟(商法380条)を提起した株主は、当該減資に伴って行われる株式

消却や株式併合による端株処理によって、株主資格を失うことがあるかもしれない。また、株主が、少数株主権の行使、たとえば検査役の選任請求（商法294条）や帳簿閲覧権の行使を訴訟によって請求したり（商法293条16、293条17）、取締役の解任請求訴訟（商法257条3項）を提起している際に、新株発行が行われ、当該提訴株主の所有株式数が持分要件所定の持分割合を維持できなくなり、提訴株主の資格を喪失するかもしれない。

減資決議取消訴訟の事例については、大正期の地裁判決で原告適格を失うと判断するものはあるが<sup>(35)</sup>、多くの学説は、端株処理によって原告株主が株主資格を失ったとしても、当該決議取消により回復されるべき潜在的株主資格を有しているとして当事者適格を失わないと解する<sup>(36)</sup>。

検査役の選任請求訴訟については、新株発行により持分要件を満たさなくなった場合は、当事者適格を喪失すると解するものも少なくはない<sup>(37)</sup>。しかし、請求時に持株要件を備えれば原告株主は実体法上検査役選任請求権を有しているとして、原告適格が維持され訴訟に影響がないと解するものも有力である<sup>(38)</sup>。

帳簿閲覧権を裁判上行使している際に新株発行がなされ、原告株主が持分要件を維持できなくなる場合については、原告株主は当事者適格を失わないと考えられている<sup>(39)</sup>。

取締役の解任請求訴訟係属中に新株発行がなされ、原告株主の所有株式が持分要件所定割合を維持できなくなった場合にも、当該訴訟の係属には何ら影響がないと考えられている<sup>(40)</sup>。

以上のように、訴訟係属中に原告株主が任意に株主資格（または提訴資格）を放棄したわけではない場合には、従来より、原告株主の当事者適格が維持されると解されている。よって、株式交換・株式移転が代表訴訟係属中に行われたとしても、原告株主の当事者適格が維持されると考える方がむしろ当然といえよう<sup>(41)</sup>。

もっとも、従来議論されていた提訴中に原告適格を喪失する事例では、持分要件を満たさなくなったとはいえず当該会社の株主であったり、訴訟によって株主資格を回復しうる者であった。これに対し、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、もはや原告株主は事業会社の株主ではなく、事業会社の親会社の株主である。原告株主は、親会社を通して投資を継続しているのみで、別訴で当該株式交換・株式移転の効力を争わないのであれば、事業会社の株主として復活する可能性もない。それにもかかわらず、代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われた場合に代表訴訟の係属を認めるべきという判断が当然であるならば、むしろ、子会社に対し実質的な投資を行っている親会社株主は、子会社である事業会社の取締役の責任を追及する代表訴訟を提起する実体法上の権利を有していると考えべきではなからうか<sup>(42)</sup>。

### 三、結合企業のガバナンスと代表訴訟

#### 1、問題提起

前章までで検討したように、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、原告株

主の当事者適格は維持されるとして、代表訴訟の係属を認めるべきである。そうであるならば、次の問題に解答する必要性が生じよう。

それは、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、訴訟法上の解釈で原告株主の当事者適格を肯定するとしても、それに対応するような実体法上の解釈が必要でないかという問題である。例えば、実際に次のような形で問題が発生しうる。

現行商法では、提訴請求した株主は、監査役に提訴請求をした後に60日が経過しなければ、代表訴訟を提起できない(商法267条3項)。他方、株式移転・株式交換については、株式移転計画書または株式交換計画書を決定する取締役会を招集するために原則として1週間(商法260条2項、259条ノ2)<sup>(43)</sup>、さらに株式移転・株式交換の承認を決定する株主総会の招集に原則として2週間(商法365条3項、353条3項)<sup>(44)</sup>、株券の提供を受ける期間として、株式交換の場合は1ヶ月(359条)、株式移転の場合は1ヶ月以上が必要である(368条)。よって、監査役が株主より提訴請求を受けた段階で取締役が株式移転・株式交換の計画を立てたととしても、提訴請求をした株主が代表訴訟を提起する前に株式移転・株式交換の効力を発生させることも可能となる。提訴請求をした株主は、代表訴訟を提起していないために、訴訟法上の取り扱いにより当事者適格を肯定することができない。この場合にまで提訴請求株主は当事者適格を喪失しているとして代表訴訟を提起できないのであろうか<sup>(45)</sup>。

このような病理的な現象に限らず、株式交換・株式移転前に提起された代表訴訟のみ係属を許容するという処理では、株式交換・株式移転後に発覚した古くて重大な取締役の義務違反の追及ができなくなる可能性も生じる。なぜなら、株式交換・株式移転によって全ての株式を取得した親会社(取締役会)が子会社株主権である代表訴訟提起権を行使して子会社取締役の責任を追及することは、実際には、期待できないからである<sup>(46)</sup>。

それでは、投資が係属する親会社株主に、子会社取締役の責任を追及する代表訴訟の提起は、実体法上認められるか。

## 2、「株主権の縮減」と多重代表訴訟

事業会社であるA社の旧株主を含め持株会社のH社株主は、H社の株主であるために、H社自体について管理・監督を行い調査することはできる。しかし、実質的な事業活動を行い、H社株主の出資が実質的に危険にさらされ、配当の対象である利益の源泉となる子会社であるA社については、管理・監督も調査も行えなくなる<sup>(47)</sup>。すなわち持株会社形態(完全親子会社関係)が採用されると、今まで実体のある会社の株主であった者が、実体のある会社を子会社とする空っぽの会社の株主になってしまう<sup>(48)</sup>。持株会社株主は、株主権を行使したとしても、実質的には会社の経営に関して何も調査することができず、持株会社形態を採用していない場合に比較して、株主権が縮減することになる。興銀事件判決のように、単に持株会社形態に移行したことで、子会社となった事業会社の取締役の責任追及を認めないとすれば、まさしく「株主権の縮減」の問題が顕在化して

しまう。

それでは、縮減した株主権を復元するための手段として、親会社株主に子会社取締役の責任追及を認めるべきであろうか。これに対しては、賛否両論考えられる。

「持株会社形態において子会社取締役の責任追及をどうするのか」という問題は、純粹持株会社が解禁された平成9（1997）年独占禁止法改正を契機に議論され、持株会社株主に子会社取締役の責任追及をすること（多重代表訴訟の提起）を認めるべきであると啓蒙的に主張されていた<sup>(49)</sup>。1998年7月8日付で法務省民事参事官室が行った意見照会「親子会社法制等に関する問題点」<sup>(50)</sup>でも、多重代表訴訟の可否について意見が求められ、学者を中心として立法に積極的な意見が多数を占めていた<sup>(51)</sup>。

持株会社形態の利用が先行するアメリカにおいても「株主権の縮減」の問題は正面から捉えられ、20世紀初頭という早い時期から、多重代表訴訟が判例法によって確立している<sup>(52)</sup>。持株会社形態では、子会社に損害が発生すれば持株会社株主にも損害を与えることになる。持株会社株主に子会社取締役の責任追及を認めなければ、救済手段が存在しなくなり、子会社の違法状態を是正できないまま放置することになり、正義が完全に機能不全となってしまふ。このことを考えれば、多重代表訴訟がなぜ認められないのかということに答える方が難しいともいわれている<sup>(53)</sup>。

他方、多重代表訴訟に関する法整備に消極的な意見も存在する。消極的な意見は、親会社株主は親会社取締役の責任を追及する代表訴訟を提起できれば、親会社株主は十分に保護されるとしている。たとえば、三井鉱山事件<sup>(54)</sup>のように、完全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。この場合には完全親会社の株主は、完全親会社の取締役に対する代表訴訟を提起すれば、十分であるといえなくもない。さらにこのような場合以外については、次のような指摘がある。1998年に公開された通商産業省〔現経済産業省〕商法研究会の意見「親子会社法制等に関する問題点」では、「親会社の株主は、子会社の管理・監督を含めた親会社の事業全体について親会社の取締役に委任しているものであり、仮に取締役がその任務を懈怠して、子会社に関する会社法上の訴えを提起しない場合には、それ自体が善管注意義務違反を構成するものとして、当該〔親会社〕取締役の責任を追及すれば足り」、したがって多重代表訴訟を認める必要はないとする<sup>(55)</sup>。多重代表訴訟に関する法整備に反対する同様の主張は、とりわけ経済界において強い<sup>(56)</sup>。

以上のように、多重代表訴訟に関する法整備の要否に対して賛否両論が存在するために、親子会社法制を整備した平成11（1999）年商法改正では、多重代表訴訟の立法化は見送られてしまった。平成13（2001）年商法改正でも立法化されていないが、衆議院法務委員会での法案審議においても多重代表訴訟に関する整備が必要であると指摘されている<sup>(57)</sup>。

そもそも多重代表訴訟に関して何らかの法整備が必要か。これは今後の会社法整備を考える上で重要な問題である。しかし、そのためにも、いかなる事象において多重代表訴訟が必要とされるか、

現行法によってそれが認められないかという問題について、まず検討されなければならない。仮に現行法においてそれが認められるとしても、多重代表訴訟の手續等の明確化のために立法による解決の必要性は直生じるかもしれない。他方、必要性があるにもかかわらず現行法制上認められないのであれば、立法による早急な対応が必要となろう。次に、結合企業のガバナンスを概観し、多重代表訴訟の必要性について検証することにしたい。

(やまだ よしひろ・本学経済学部講師)

注

- (1) 「大再編 再生へ足掛かり」日経新聞2001年1月6日付朝刊、朝日新聞2002年1月15日付朝刊。持株会社設立の主な動きとしては、ダイエーグループ、大和証券グループ、NTTグループ、ソフトバンクグループ、みずほフィナンシャルグループ、UFJグループ、三菱東京フィナンシャル・グループ、大和銀行グループ(2002年10月1日より「りそなグループ」に変更)、日興コーディアルグループ、野村證券グループ、INAXシステム・ホールディング、セイコー、宝ホールディングなどが挙げられる。
- (2) 具体的な内容については、たとえば兼田克幸「連結財務諸表規則等の改正について」JICPAジャーナル514号13頁(1998年)を参照。
- (3) なお当分の間は、証券取引法上の有価証券報告書の提出義務が課されていない会社にあつては、連結計算書類の作成義務は免除されている(商法特例法附則9条)。
- (4) 朝日新聞2002年6月27日付朝刊。
- (5) 親会社監査役による子会社調査権が拡充され(商法274条ノ2)、親会社株主には子会社の各種書類の閲覧権が認められた(商法244条4項、260条ノ4第4項5項、263条4項、282条3項、293条ノ8、商法特例法15条)。さらに親会社株主の請求により選任された検査役は、職務を行うために必要な場合には、子会社の業務及び財産状況をも調査する権限をも有することになった(商法294条2項)。
- (6) この論点についてはすでに、親子会社一般につき親会社株主に子会社取締役の責任追及訴訟を認めるべきであるという立場から検討を加えたことがある。山田泰弘「親子会社・株式交換と多重的代表訴訟 - アメリカ法における運用と正統化理論を参考にして - (一)(二・完)」名古屋大学法政論集177号321頁、178号273頁(1999年)[同『株主代表訴訟の法理 - 生成と展開 - 』(信山社、2000年)所収245頁以下]。以下では、『株主代表訴訟の法理 生成と展開』の頁数で引用する。
- (7) 判例時報1748号171頁、金融商事判例1120号53頁。
- (8) 商事法務1573号4頁。
- (9) 岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件判決と代表訴訟制度改正問題(上)」商事法務1576号12頁(2000年)など。
- (10) たとえば朝日新聞2000年9月21日付朝刊、読売新聞同日付朝刊、日本経済新聞同日付朝刊などを参照。
- (11) 大和銀行代表訴訟が和解で終了するまでの経緯については、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94号5頁(2002年)、西村一郎「大和銀行頭取との我が闘争 - 八百三十億円賠償からなぜ私は和解に応じたか」文芸春秋80巻6号318頁(2002年)、寺田一彦『実録大和銀行株主代表訴訟の闘い』(中経出版、2002年)が詳しい。
- (12) <http://headlines.yahoo.co.jp/hl?a=20011117-000082182-mai-soci>《visited Nov. 26, 2001》。しかし、2002年7月3日現在このHPは削除され、見るができない。そこで紹介されていた記事は、次の通りである。  
大和銀行巨額損失事件 『原告適格』争点に浮上 大阪高裁控訴審 大和銀行の巨額損失事件をめぐる株主代表訴訟の控訴審第5回口頭弁論が16日、大阪高裁であった。動向が今月6日、来月の純粋持ち株会社設立を決めたため、株主側が原告適格を失うか否かが新たな争点として浮上。岡部崇明裁判長は「頭を痛めている」としながら、次回の来月1月29日に一定の見解を表明する考えを示した(毎日新聞)[11月17日0時41分更新]
- (13) 商事法務1618号44頁。
- (14) 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 AERA14巻56号20頁(2002年)。

- (15) 朝日新聞2002年1月15日朝刊 [ 上村達男発言 ]
- (16) 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』[ 上柳克郎ほか編 ] 367頁 ( 有斐閣、1987年 ) 前田庸『会社法入門』305頁 ( 第8版、有斐閣、2002年 ) など。
- (17) 新堂幸司『新民事訴訟法』353～354頁 ( 第2版、弘文堂、2001年 ) 。
- (18) 北沢正啓・前掲注 ( 16 ) 367頁。
- (19) 江頭憲治郎ほか「株式交換・株式移転・制度の活用について」[ 原田晃治発言 ] ジュリスト1168号115頁 ( 1999年 ) 。
- (20) 現行法の下でも、当該子会社に訴訟の受継義務があると解するものとして、三浦州夫「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 ] 『会社法・金融取引法の理論と実務』[ 河合伸一判事退官・古稀記念 ] 100頁 ( 商事法務、2002年 ) 。
- また、立法論として当該・子会社への強制受継を肯定する見解として、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33頁 ( 2002年 ) 。
- (21) 鳥山恭一「最新判例演習室 株式移転と株主代表訴訟の原告適格」法学セミナー561号114頁 ( 2001年 ) 。
- 周劍龍「判批 ( 東京地判平成13年3月29日 ) 」金融商事判例1127号66頁 ( 2001年 ) 。
- 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』592頁 ( 有斐閣、2001年 ) 。
- 吉本健一「判批 ( 東京地判平成13年3月29日 ) 」判例時報1767号184頁 ( 判例評論516号38頁 ) ( 2002年 ) 。
- (22) 江頭憲治郎・前掲注 ( 21 ) 592頁、鳥山恭一・前掲注 ( 21 ) 114頁。
- (23) 江頭憲治郎・前掲注 ( 21 ) 592頁。
- (24) 吉本健一・前掲注 ( 21 ) 184頁。
- (25) 鈴木竹雄 = 石井照久『改正株式会社法解説』181頁 ( 日本評論社、1951年 ) 。
- 伊沢孝平『註解新会社法』452～454頁 ( 法文社、1950年 ) 。
- 大隅健一郎 = 大森忠夫『逐条改正会社法解説』296頁 ( 有斐閣、1951年 ) 。
- 北沢正啓「代表訴訟と差止権」『株式会社法研究』291頁 ( 有斐閣、1976年 [ 初出1956年 ] ) 。
- (26) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会100周年記念論文集第3巻』171頁 ( 1983年 ) 。
- (27) 伊藤眞『民事訴訟法』212頁注46 ( 補訂第2版、有斐閣、2002年 ) 。
- (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 ) は、代表訴訟制度が導入された時点ですでにこのように指摘している。なお、松田二郎 = 鈴木忠一『条解株式会社法(上)』314頁 ( 弘文堂、1951年 ) は、代表訴訟提起権を自益権と解し、原告株主が株式全部を譲渡したときは、最後の株式譲受人が訴訟を受継すべきと主張している。このような考え方に基けば、株式移転・株式交換の場合には、親会社が訴訟を受継すべき義務を負うことになるが、そもそも代表訴訟提起権を自益権と解することは不当であり、このような立論は採用できない。
- (29) 三浦州夫・前掲注 ( 20 ) 100頁。もっとも従来、会社が取締役の責任を追及するかは商法上、監査役の判断で決定すべきとされていることから ( 商法275条ノ14 ) 、会社の受継義務を肯定するのは困難であるとされた ( 北沢正啓・前掲注 ( 25 ) 301頁注4 ) 。
- しかし本文のように処理されるのであれば、監査役の権限と抵触することなく、会社の受継義務を肯定しうると考えられる。なお同じ訴えの取下げでも、本案において終局判決がなされた後に行われた場合には、同一の訴えの提起は禁止されてしまう ( 民事訴訟法262条2項 ) 。
- よって終局判決がなされた後の訴えの取下げは、実質として請求の放棄に近く、この場合には、責任免除手続 ( 商法266条5項6項 ) にも服する必要がある ( 山田泰弘・前掲注 ( 6 ) 101頁 ) 。
- (30) 三浦州夫・前掲注 ( 20 ) 95頁。
- (31) 山田泰弘・前掲注 ( 6 ) 187頁、211～212頁。
- (32) 新堂幸司・前掲注 ( 17 ) 246頁以下。
- (33) 2 ALI, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations, at 34(1994). 邦訳として証券取引法研究会国際部会『コーポレート・ガバナンス アメリカ法律協会「コーポレート・ガバナンスの原理 : 分析と勧告」の研究』38頁 ( 日本証券経済研究所、1996年 ) 。
- もっとも判例では、Gaillard v. Natomas Co., 173 Cal. App. 3d 413, 219 Cal. Rptr. 74 ( Cal. App. 1 Dist. 1985 ) のように原告株主の当事者適格が維持されると判断するものあれば、Fischer v. CF & Steel Corp., 599 F Supp. 340 ( S.D.N.Y. 1984 ) や Lewis v. Anderson, DeL Supr., 477 A.2d1040 ( 1984 ) のように原告適格を維持できないとするものもある ( 判例の詳細は、山田泰弘・前掲注 ( 6 ) 278～279頁・近藤光男「会社の合併・株式交換と株主代表訴訟」商事法務1637号48頁 ( 2002年 ) を参照 ) 。
- 判例の判断に実質的な基準は、三角合併や株式交換によって新

## 結合企業と代表訴訟(1)(山田)

- たに親会社となった会社に、代表訴訟による取締役の責任追及に関与する機会が実質的に保障されているかという点であったと考えられる(山田泰弘・前掲注(6)279頁)。
- (34) 同様の観点から分析するものとして、佐合美佳「判批(東京地判平成13年3月29日)」名古屋大学法政論集191号252頁(2002年)。
- (35) 東京地判大正11年3月28日法律新聞1995号19頁。
- (36) 大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻』559頁(第3版、有斐閣、1992年) 谷川久『注釈会社法(4)』[大森忠夫=矢沢淳編]193頁(有斐閣、1968年)、岩原紳作『新版注釈会社法(5)』[上柳克郎ほか編]328頁(有斐閣、1986年)。
- (37) 東京控決昭和10年2月19日法律新聞3838号16頁、森本滋『新版注釈会社法(9)』[上柳克郎ほか編]229頁(有斐閣、1988年)。
- (38) 松田二郎=鈴木忠一『条解株式会社法(下)』458頁(弘文堂、1952年) 中馬義直『注釈会社法(6)』[大森忠夫=矢沢淳編]400頁(有斐閣、1970年)。
- (39) 松田二郎=鈴木忠一・前掲注(38)458頁、和座一清『新版注釈会社法(9)』[上柳克郎ほか編]208頁(有斐閣、1988年)。
- (40) 酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』75頁(成文堂、1967年) 今井潔『新版注釈会社法(6)』[上柳克郎ほか編]76頁(有斐閣、1987年) 大隅健一郎=今井宏・前掲注(36)178頁、北沢正啓『会社法』370頁(第6版、青林書院、2001年)など。
- (41) このほか、代表訴訟係属中に会社が株式併合(商法214条)や株式の消却(商法213条)を行い、原告株主が端株主となった場合にも同様の処理が必要であろう(江頭憲治郎ほか・前掲注(19)115頁[江頭憲治郎発言] 佐合美佳・前掲注(34)252頁、新谷勝・前掲注(20)34頁)。
- (42) 鳥山恭一・前掲注(21)114頁。
- (43) 取締役全員の同意があれば、招集手続を省略できる(商法259条ノ3)。
- (44) 平成14(2002)年商法改正により、株主全員の同意があれば、招集手続を省略できることとなった(平成14年改正商法236条)。なお、閉鎖会社にあつては、定款で招集通知の発送を会日の1週間前に短縮することもできるようになった(平成14年改正商法232条1項但書)。
- (45) もっとも親会社株主となった旧事業会社株主の当事者適格が実体法上基礎付けられなくとも、株式交換計画書承認決議または株式移転承認決議に瑕疵があるとして、株式交換・株式移転無効の訴え(商法363条1項、372条1項)を提起すれば、提訴株主は潜在的には既存の会社の株主となるから、代表訴訟の提起も可能となる。
- (46) 前田雅弘「親子会社をめぐる株主等の保護とその問題点 親会社株主保護の問題を中心に」法律のひろば51巻11号20頁(1988年) 新谷勝・前掲注(20)38頁。
- (47) 前田雅弘「持株会社」商事法務1466号25頁(1997年)。
- (48) 江頭憲治郎ほか「『親子会社法制等に関する問題点』をめぐって」商事法務1500号28頁[江頭憲治郎発言](1998年)。
- (49) 浜田道代「持株会社と株主の地位」[資本市場法制研究会編]『持株会社の法的諸問題』57頁(資本市場研究会、1995年) 森本滋「純粹持株会社と会社法」法曹時報47巻12号20頁(1995年)など。
- (50) 商事法務1466号25頁(1997年)。
- (51) 原田晃治=関一穂=范揚恭=市原義孝「『親子会社法制等に関する問題点』に対する各界意見の分析」商事法務1506号16~17頁(1998年)。
- (52) アメリカ判例法における多重代表訴訟の確立に関しては、山田泰弘・前掲注(6)259頁以下を参照。
- (53) Holmes v. Camp, 180 App. Div. 409, 167 NYS 840(1917)。
- (54) 最判平成5(1995)年9月9日民集47巻7号4814頁、東京高判平成1(1991)年7月3日金融商事判例826号3頁、東京地判昭和61(1986)年5月29日判時1194号33頁。
- (55) 商事法務1499号51頁[ニュース欄](1998年)。
- (56) このような指摘をするものとして、武井一浩「持株会社とコーポレート・ガバナンスの法律実務的検討」企業会計53巻7号125頁(2001年)。
- (57) 第153回国会衆議院法務委員会会議録第14号(平成13年11月28日)[岩原紳作参考人発言]  
[http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index\\_kaigiroku.htm](http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kaigiroku.htm) 《visited july 2, 2002.》