

親子会社・株式交換と多重的代表訴訟（二・完）

——アメリカ法における運用と正統化理論を参考にして——

山田 泰弘

一 はじめに

二 多重的代表訴訟の必要性

三 アメリカ判例法における多重的代表訴訟の運用状況とその正統化理論

（以上177号）

四 日本法における多重的代表訴訟の解釈可能性と立法提言

1 多重的代表訴訟の要件と手続

(一) アメリカ判例法よりの示唆

(二) アメリカと日本における結合企業観の変容

(1) アメリカにおける結合企業観の変容

(2) 日本における結合企業観の変容

(三) 多重的代表訴訟を認める実質的根拠

(1) 株主に通常の代表訴訟の提起が認められる根拠

- (2) 子会社取締役と親会社株主の関係
 - (四) 法人格の相違によって生じる問題
 - (1) 親会社による子会社株主権の行使と親会社株主
 - (2) 多重的代表訴訟の適正性担保とその手続
 - (五) 多重的代表訴訟に関する立法の必要性と解釈論の可能性
 - (1) あるべき多重的代表訴訟の制度像
 - (2) 解釈論による多重的代表訴訟の提起可能性
 - 2 株式交換と代表訴訟
 - (一) アメリカ判例法よりの示唆
 - (二) 日本法における問題
- 五 　　むすび

四 日本法における多重的代表訴訟の解釈可能性と立法提言

現行商法二六七条ないし二六八条ノ三に規定されている株主による取締役の責任追及制度、すなわち代表訴訟制度は、親子会社関係において適用されることを予定していない。もつとも現行商法は、これに限らず多くの部分で、

親子会社単位での企業体を想定していない。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。⁽¹⁾ 代表訴訟制度のみが特殊に親子会社を想定しなかったわけではないとすれば、現行商法が多重的代表訴訟を予定していないという事実によって、多重的代表訴訟が認められるか否かという問題に一義的に解答することはできない。

以下では、この多重的代表訴訟の問題を、親子会社一般において多重的代表訴訟を認める場合の手續と要件とは何かという問題と、株式交換と代表訴訟との関係についての問題とに分けて考察することにする。

1 多重的代表訴訟に要求される要件と手續

ここでは、まず前章までで確認したアメリカ判例法および学説の展開が日本法に対して示唆しているところを明確化した上で、アメリカと日本における結合企業観の変容を概観し、多重的代表訴訟を日本法において認めるべき素地があることを確認する。つぎに、日本法において多重的代表訴訟がなを実質的根拠として認められるべきかを明らかにする。最後に、多重的代表訴訟の提起にいかなる手續が必要となるかという点を考察し、立法の必要性と現行法における解釈論としての多重的代表訴訟の提起可能性とを、検討することにした。

(一) アメリカ判例法よりの示唆

アメリカ判例法における多重的代表訴訟を正統化する根拠と手續は、次のようにまとめることができよう。⁽²⁾

多重的代表訴訟を正統化する根拠は、実質的な側面と理論的な側面とに分けられる。実質的な側面は、親会社株

主が間接的とはいえ子会社に関して利害関係を有し、親会社株主に提訴を認めなければ正義が完全に機能不全となる場合がありうるということである。すなわち通常の代表訴訟と同様、損害の補填と違法行為の抑止が根拠とされている。他方、理論的な側面は、親会社が有する子会社株主権としての代表訴訟提起権を、親会社（取締役（会））の信認義務違反を根拠に、親会社株主が派生的に利用するということである。初期の段階では、これらのうちの實質的側面のみが強調されていたが、多重的代表訴訟の手続が確定される段階では、むしろ理論的側面が強調されるようになる。

この正統化根拠の實質的側面を反映して、株式を保有する会社の株主が損害の補填を求めて代表訴訟を提起するためには、損害の発生した会社とその株式を所有する会社との間に支配関係が存在すること（親子会社であること）が要件とされている。また、正統化根拠の理論的側面を反映して、親会社株主は親会社および子会社に対して提訴請求を行うことが手続として要求され、それぞれが不当に拒絶されたことにより、親会社株主は多重的代表訴訟の提起が可能となるとされている。多重的代表訴訟の適正性は、親会社および子会社に対する提訴請求を親会社株主に義務づけ、両社がその提訴請求を拒絶したことの当不当を裁判所が判断することで、担保される。

以上のアメリカ判例法における多重的代表訴訟の理論構成と手続とを参考にすれば、日本法において多重的代表訴訟を認める場合にも、次の二点について考慮すべきであろう。

①正当化根拠の理論的側面を強調すればするほど、多重的代表訴訟の提起を親子会社である場合に限定する必然性はなくなる。実際に学説の中には、株式を保有する会社と損害の発生した会社との間に支配関係が存在することを要件としないものもみられる。しかしアメリカの判例法は、株式を保有する会社と損害の発生した会社との間に支配関係があること、すなわち親子会社であることを、今なお要件としている。それでは、多重的代表訴訟の提起

を親子会社の事例に限定する根拠は何か。同様の取り扱いには日本法においても必要か。

②日本法の下で、仮に多重的代表訴訟の提起を認めるとすれば、その適正性はどのような形で担保されるべきか。

以下では、①の点を明らかにするために、アメリカと日本における結合企業観の変容を分析し、日本法において多重的代表訴訟を認めるべき実質的根拠について明らかにする。その後、②について検討する。

（二）アメリカと日本における結合企業観の変容

（1）アメリカにおける結合企業観の変容

アメリカにおいて多重的代表訴訟が生成した二〇世紀初頭にあつては、持株会社形態は、合併と並ぶ企業結合の一手段として認識され、会計処理についても合併と同様の取り扱いをするものと理解されるようになっていた。⁽³⁾ 持株会社形態は、そのプロセスが合併よりも簡単であり、費用もかからず、企業の暖簾や商品名等を維持することができる、個々の州に個別企業を設立することによって当該州の法的規制に適合することができるなどの利点を有し、合併を代替するものと理解されていた。⁽⁴⁾ 実際にもこの頃の親子会社においては、子会社株式のすべてを親会社が所有するのが一般的であった。⁽⁵⁾ このため、一八八〇年代から二〇世紀初頭にかけて、一〇〇%子会社を連結範囲とする連結会計が生成した。⁽⁶⁾ この時期にあつては、親会社の配当可能利益として連結利益が認識されるといふ状況があり、実際にも株主宛になされた多くの営業報告書において、連結会計上の利益を処分する形で配当計算がなされていた。⁽⁷⁾ この段階においては、持株会社によって作成された連結財務諸表は、企業合併を行つていれば成立していた

であろう企業の経営状態を表すものであり、持株会社と子会社を一体的に捉えた準法的実体の個別的財務諸表として位置づけられていた。⁽⁹⁾

多重的代表訴訟は、この時期に認められるようになった。アメリカの判例法は、親子会社が一体化して一つの企業となっていることを根拠に両社の法人格が別個であることを否認して、親会社株主による多重的代表訴訟の提起を許容するようになった。このような判例法の態度は、この時期の結合企業観から自然に導かれるものであったとみることができよう。

この後一九三三年証券法および一九三四年証券取引所法によって、連結財務諸表を含む報告書の形式および内容を規定する権限がSEC（証券取引委員会）に付与され、連結財務諸表制度の法制化が行われ、連結会計が一般化した。⁽⁹⁾ もっともアメリカにおいてはこの頃、結合企業のあり方について大きな変化が見られる。すなわち、経営効率の確保という観点が重視され、過半数の株式所有関係しかない親子会社が登場し、さらには過半数の株式さえ所有しない会社が事実上、企業集団を支配することもみられるようになった。⁽¹⁰⁾ このためSECは、一九四〇年に財務諸表に関する規則を定めたRegulation S-Xを公表し、連結財務諸表につきそのRuleで規定した折りに、投資会社が過半数以上の株式を所有している会社（子会社）を連結範囲とした。⁽¹¹⁾ もっともこれによっても、企業集団を形成する非連結会社の営業成績は連結財務諸表に表れず、連結財務諸表は経済的実体である企業集団全体の経営成績を表すことができなかつた。この点に対処するために一九五九年の会計研究公報第五一号では、連結財務諸表を作成する際に、親会社が所有する連結子会社以外の子会社および関連会社の株式につき持分法を採用することが推奨され、一九七一年の会計審議会意見書第一〇号では、連結財務諸表だけではなく、親会社の個別財務諸表についても持分法の導入が義務づけられた。⁽¹²⁾ 一九六〇年代以降には、企業集団の事業状況を伝えるセグメント情報の充実も求

められるようになった⁴³⁾。しかしながら、親会社の配当政策の決定の場面においては、連結会計上の利益が配当可能利益として認識されるわけではない。明示的に連結会計上の利益からの配当を認める一九七五年カリフォルニア会社法においても、連結会計上の利益は親会社の配当可能限度額を示すにすぎず、親会社の配当原資である利益剰余金の額が配当可能利益とされている。たしかに親会社は、子会社においてまだ処分していない利益であっても、子会社に対する支配力を背景に事実上は、意のままに吸い上げることができる。しかし、子会社において配当宣言が行われない限り、親会社へ子会社利益を移転することはできない。子会社の債権者および子会社の少数株主の利害を無視して、親会社が利益を支配することは妥当ではない⁴⁴⁾。このため、連結会計上の利益からの配当可能性は限定的なものとならざるをえない。

このような会計処理の態度は、企業集団が経済実態においては一つの企業体であることを反映しているとともに、企業集団を形成する個々の企業が別個の法人格を有しそれぞれが独立して運営され、独自の利害関係人を有する組織であることをも反映している。この頃は、多重的代表訴訟の理論的側面が強調された手続確定期に当たる。アメリカの判例法は、親会社および子会社の法人格の相違を意識して、親会社の有する子会社の代表訴訟提起権を親会社株主が派生的に利用するものとして多重的代表訴訟を構成し、親会社と子会社とに対する提訴請求を親会社株主に義務づけた。このような判例法の態度は、この当時の結合企業観を反映しているものと捉えることができるであろう。

したがって、アメリカの判例法において確立した多重的代表訴訟は、親会社が経済実態において一つの企業体を形成するということを根拠に求めながらも、親会社と子会社とが別個の法人格を有していることから、法形式上は親会社の有する子会社の代表訴訟提起権を親会社株主が派生的に利用するものとして構成されたと考えられる。

(2) 日本における結合企業観の変容

日本において連結財務諸表は、昭和五〇年（一九七五年）に企業会計審議会が公表した「連結財務諸表の制度化に関する意見書」に基づき、証券取引法上の有価証券報告書の添付書類として、昭和五二年（一九七七年）四月以降開始する事業年度から導入された。⁽¹⁶⁾その後平成二年（一九九〇年）には、連結財務諸表は有価証券報告書の本体に組み入れられることになった。⁽¹⁷⁾連結財務諸表の主要な目的は、個々の企業の法人格が別個であることを利用して行われる支配・従属関係にある会社の間での利益操作（いわゆる「押し込み販売」）や粉飾決算を排除することであるといわれてきた。⁽¹⁸⁾このため、連結財務諸表は投資判断をする際の重要な資料であるというよりもむしろ、個々の会社の個別情報に対する副次的なものとして位置づけられるにすぎなかった。⁽¹⁹⁾しかし、多角化・国際化した企業に対する投資判断を的確に行う上で、企業集団の状況等に関する情報がいっそう重視されるようになってきている。支配会社の資産の多くが従属会社で運用される場合には、投資先の会社の貸借対照表をも参照しなければ、具体的な資産状況を把握できず、投資先の損益計算書をも参照しなければパフォーマンスの評価もできなくなる。この問題に対応するために、企業会計審議会は、一九九七年六月六日に「連結財務諸表制度の見直しに関する意見書」を公表し、個別情報を中心とした従来の情報開示制度を連結情報を中心とした情報開示制度へ転換する旨を提言した。⁽²⁰⁾この提言にしたがって同審議会は、一九九八年一月二五日に、「有価証券報告書等の記載内容の見直しに係る具体的取り扱い（案）」を公表した。⁽²¹⁾この「具体的取り扱い（案）」において同審議会は、有価証券報告書において連結情報を主、個別情報を従とした記載内容に改め、証券取引法に基づく関係大蔵省令の改正を行うべきであるとした。一九九九年二月一九日には企業会計審議会は、「有価証券報告書等の記載内容の見直しに係る具体的な取

り扱い」をとりまとめ、記載様式・内容の改訂につき考え方を整理している。⁶²⁾

このように連結情報の重要度が高まり、支配・従属関係のある企業集団は、一つの経済主体として認識されるようになってきている。もともと配当規制については、現段階では連結会計上の利益を親会社株主への配当とする⁶³⁾ことには消極的な見解が支配的である。一九七九年に法務省民事参事官室の公開した「株式会社⁶⁴⁾の計算・公開に関する改正試案」は四として、連結開示制度を商法上の大会社に導入することを提案していた。この提案は、商法の計算規定が配当可能金額の算定を主目的としており連結計算書類上の利益の数値がその目的に沿わないことなどの理由により、導入されなかった。⁶⁵⁾しかしこの点についても、近時純粋持株会社の登場により、その導入の必要性を説く見解も有力となっている。⁶⁶⁾

以上のように従来は企業会計上も、企業集団を形成する個々の会社について個別的な取り扱いがなされていた。しかし、今後より一層、経済実態をふまえて企業集団を一体のもの⁶⁷⁾と捉える必要性が認識されるようになってきている。しかも、連結する範囲についても実質的支配基準が導入され、より企業集団自体の経営状況が企業会計上に現れるようになってきている。

したがって日本においても、親会社と子会社は法人格は異なるが経済実態において一つの企業体を形成しているとする結合企業観が、急速に浸透してきている。このことにより、多重的代表訴訟を認めるべき素地が日本においても固められてきたといえよう。

(三) 多重的代表訴訟を認める実質的根拠

親会社の支配力を機軸に経済実態において親子会社が一つの企業体を形成し、親会社株主が当該企業体の最終的な利益の享受者であり損失の負担者であるとしても、それだけでは親会社株主が子会社取締役の責任を追及する根拠たりえない。個々の会社においても、株主は、最終的な会社の利益の享受者であり損失の負担者であるが、現行商法の下では会社に発生した損失の全てについて、その回復を訴訟で求めることはできない。

商法二六七条は株主に、取締役の責任を追及することのみを認めている。商法はその他、発起人（二九六条）、監査役（二八〇条）、清算人（四三〇条）、取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株を引き受けた者（二八〇条ノ一一）、および利益供与を受けた株主（二九四条ノ二）といった特定の者について、同条を準用することによって株主による責任追及を認めている。すなわち現行商法は、会社に損害を発生させた者のうち特定の者に対する責任追及を株主に認めている。

では現行商法は、何を根拠に株主に責任追及を認めているか。

(1) 株主に通常の代表訴訟の提起が認められる根拠

通説は、取締役の責任追及（代表訴訟の提起）を株主に認める根拠として、会社が当該取締役の責任を追及する際に、他の取締役および監査役と当該取締役との間にある勢力関係や友好関係から、取締役会または監査役が責任追及を決定しにくくなる可能性が高いこと（提訴懈怠可能性）を挙げている。

このような通説の考え方にたてば、取締役会または監査役の提訴懈怠可能性が高いと判断される場合には、株主による責任追及が認められるべきことになるであろう。しかしこのような理由づけからは、取締役会または監査役が提訴するか否かを適切に判断した場合には当該判断を尊重すべきであるという要請もまた高まるであろう。²⁹⁾ すなわち、提訴するか否かという判断は、会社の経営事項であって、取締役（会）の判断事項に含まれるという主張が導かれやすくなる。このため、アメリカ法におけるように、裁判所は、株主が会社（取締役（会））に行う提訴請求に対する取締役（会）の判断を、それが不当でない限り、尊重すべきことが求められるようになる。よって通説の立場からは、取締役会の提訴拒絶が不当でないかを裁判所が判断すべきことが要請されるであろう。この場合には、代表訴訟が提起された初期の段階で多くのことを裁判所は判断しなければならないことになる。会社の判断が責任を追及されている取締役の同僚によってなされることを考慮すれば、裁判所の判断は困難を極め、訴訟の長期化などを招くことが予想され、取締役の責任を追及するコストが増加する。

これに対して少数説は、提訴懈怠可能性があるかどうかという点だけではなく、取締役としての固有の地位に基づく責任についてのみ、株主による責任追及が認められると理解する。³⁰⁾

取締役は会社と委任関係にあり、委任の本旨である会社の業務執行について裁量を有している。他方、会社（実質的には株主）は成果が上がらないかもしれないというリスクを負担する。現行法は、取締役に裁量が確保されていることと、会社（実質的には株主）がリスクを負担することとのバランスを考慮して、取締役が、株主の利害の共通点にある会社に対し、委任の本旨たる業務の執行につき善良なる管理者の注意義務を負い（商法二五四条三項、民法六四四条）、かつ代表訴訟制度によって株主の一人一人にその義務違反の責任を追及することを認めたと考えられる。³¹⁾ すなわち、少数説の立場からは、株主に取締役の責任を追及を認める前提として、会社（実質的には株主）

と取締役との間に委任関係が存在し、取締役が裁量が確保されていることが挙げられる。⁸³ その一方で、会社の経営に関わる事項につき個々の株主の関与は認められないことから、経営事項として会社の業務執行の一環としてなされる訴訟提起を行うか否かは、取締役会・代表取締役の経営判断の問題であり、代表訴訟の対象とはならない。⁸⁴ 少数説は、日本の代表訴訟制度を、取締役会と経営権限を共有させることなく、受任者である取締役の責任に限って株主にその追及を認めるものと理解している。⁸⁴ この見解に従えば、株主の提訴請求に対して会社が行った提訴拒絶の不当を裁判所が判断する必要はなく、裁判所は、代表訴訟の請求内容に関して判断すればよいことになる。

現行の代表訴訟制度においては、株主は会社(監査役)に対し提訴請求をした後に三〇日が経過すれば、会社(監査役)の判断に左右されることなく、代表訴訟を提起することが可能である。訴訟の初期の段階で裁判所が会社(監査役)の提訴拒絶の不当を判断することが予定されていないことをも考慮すると、取締役(会)の権限を侵害するような代表訴訟の提起を、現行法は認めていないと解するべきであろう。よって代表訴訟が認められる根拠としては、会社(監査役)に提訴懈怠可能性が存在することのみでなく、その対象となる者が会社(実質的には株主)と委任関係にあり会社の業務につき裁量を有する地位についていたことも挙げられるべきであり、現行商法の理解としては少数説を正当とすべきであろう。商法が取締役、監査役、清算人、および発起人の会社に対する責任を追及することを認めたのは、いずれにおいてもこの委任関係が存在することから、当然といえる。このような考え方をおしすすめれば、会社と準委任の関係にある検査役や会計監査人も、⁸⁵ 解釈論上代表訴訟の対象とすべきこととなる。取締役と通謀して著しく不公正な価額で新株を引き受けた者および利益供与を受けた株主については、会社の内部関係上の責任を有し、かつ取締役(会) または監査役に提訴懈怠可能性があることを根拠に、法が特別に代表訴訟の対象者と認めたと理解できる。

以上より、代表訴訟の対象とすべきか否かの判断は、原則として、会社（実質的には株主）と委任関係にあると評価できるか否かと、事業の執行等に裁量を有するか否かという二点によってなされるべきである、と考える。

なお、近時取締役会改革により多くの会社で導入された執行役員制度の下で、執行役員は代表訴訟の対象となるかという点についても、この論理的枠組みによって判断することができる⁶⁶と考える。一般的には執行役員は、「取締役会により選任され、代表取締役の指揮の下で会社の業務執行を分担して行う責任者」とされる⁶⁷。しかし執行役員といつても一義的にその性質が明らかとなるわけではない。執行役員の性質については、つぎの二つに分かれると考えられる。第一に、会社との関係が雇傭関係であり代表取締役の指揮命令系統の一部に組み込まれ、執行役員自体は業務の執行になんら裁量を有さないという事例が考えられる⁶⁸。このような事例では、執行役員は代表取締役の業務執行を補助する使用人にすぎず、執行役員に対し責任追及等の制裁を課すかどうかの判断は業務執行に属し、代表取締役（取締役会）がその判断を行うことになる。よって、株主は当該判断を下した代表取締役・取締役の責任を追及するにとどまる。第二に、取締役会が執行役員を選任し、会社の業務の一部につき自身の裁量で業務執行をなすことを認められる支配人にあたるような事例（商法二六〇条二項三号および三八条参照）も考えられる⁶⁹。執行役員が裁量をもって会社の業務の一部を執行し、会社との関係が委任関係であるような第二の事例においては、当該執行役員は解釈論上代表訴訟の対象となるべきであろう。もともとこの場合、当該執行役員と会社との契約が委任の類型に該当するか雇傭の類型に該当するかを判別するのは困難な問題となる⁶⁹。この点は、執行役員が代表取締役の指揮命令系統に組み込まれていたか否かという点と、執行役員が業務執行につき裁量を有していたか否かという点とから実質的に判断されるべきである。執行役員が第二の類型に該当することを原告株主が立証したのであれば、代表訴訟により当該執行役員の責任を追及することは認められるべきである⁷⁰と考える。

(2) 子会社取締役と親会社株主の関係

経済的実態として一つの企業体を形成していると捉えられる親子会社関係において、この代表訴訟の法理はどのように理解されるべきか。言い換えるならば、子会社取締役は、親会社株主に対していかなる位置づけとなるか。この問題について近時、会社という組織を法人格を媒介とした株主と取締役との実質的な委任関係により構成されるものと捉える立場から、次のように述べられている。親会社が株主となり子会社および孫会社を有し親会社がそれらの経営陣を選任・監督する場合には、親会社株主から見れば、子会社や孫会社は復任者に相当し、かつ法人格が抽象的人工的存在にすぎないことから、より実質的には親会社取締役や子会社取締役が親会社株主にとって復任者の地位にある。⁴³⁾ よってこの見解は、民法一〇七条二項の類推により、親会社株主（本人）と子会社または孫会社の取締役（復任者）との間には、親会社株主（本人）と親会社取締役（受任者）との間と同一の権利義務関係が存在することになり、親会社株主による子会社または孫会社の取締役の責任追及が可能となると結論づけている。⁴⁴⁾

しかしながら、この見解に従ったとしても、全ての子会社取締役が一律に復任者たる地位に該当するといえるかは、検討を要する。そこで復任に関する民法上の議論を参考にしながら、子会社取締役と親会社株主との法律関係について検討する。

民法学上復任は以下のように考えられている。復任は、民法に規定されているわけではなく、代理と委任とが同一の場面を規律することを根拠に、民法一〇四条ないし一〇七条の復代理の規定が原則的に類推されると理解されている。⁴⁵⁾ 委任が委任者と受任者との信頼関係に基づいていることから、委任の本旨にあたる事項を受任者が第三

者に代行させることは、原則として禁止され、受任者は自ら事務処理を行わなければならない（自己執行義務⁴⁴）。しかし、受任者は、委任事務を処理する上で、他人に仕事を手伝わせたり補助的な仕事について代行させるために補助者を用いることは可能である⁴⁵。この時、履行補助者の行為によって委任者に損害が発生した場合、委任者に対しては受任者が委任契約上の善管注意義務違反の責任を負うことになる⁴⁶。他方、委任者は、受任者の履行補助者の責任を追及することはできない。では、受任者が委任の本旨たる事務を自身の代わりとして第三者に委任する場合はどうか。委任者の許諾がある場合またはやむことを得ざる事由がある場合には民法一〇四条二項が類推され、受任者の選任した第三者は復受任者となり、委任者との間に直接委任関係が成立すると解される（民法一〇七条二項類推⁴⁷）。この時の委任者の承諾は黙示でもよいと解されている⁴⁸。よって、委任者は、復受任者の行為により損害が発生した場合には、直接復受任者に対して委任関係上の義務違反の責任追及が可能となる。このとき受任者は、復受任者の選任監督責任のみを負うことになる（民法一〇五条一項類推）。

以上の復委任の法理からは、受任者たる親会社取締役の指揮・命令系統の中に子会社取締役が位置づけられ、子会社取締役（会）の独立性が確保されていない場合（たとえば、経営委託契約を親会社と結んでいる場合）や、親会社株主にとって子会社の事業が委任の本旨とまではいえない場合には、子会社取締役と親会社株主との間に復委任の關係が成立せず、親会社株主は親会社取締役の責任しか追及できないと考えられる。平成九年（一九九七年）独占禁止法改正前においては、子会社は、あくまでも親会社の事業の補助的または副次的なものにすぎず、親会社株主から見れば子会社の事業は委任の本旨たる事業ではありえなかった。また、親会社を中心とする企業集団では、子会社取締役は親会社（取締役）の指揮命令系統に組み込まれていた場合も少なくない。よって、平成九年（一九九七年）独占禁止法改正前には、子会社取締役を親会社株主の復受任者たる地位にあるという認識は、一般化しう

るものではなかったのかもしれない。

しかし平成九年（一九九七年）独占禁止法改正により、親会社の所有する子会社の株式が親会社の主要な資産を形成することもありうるようになった。この親会社の主要な資産を形成する子会社（以下重要な子会社とする）の事業は、親会社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同視すべき場合が生じてくると思われる。さらに現在の取締役会改革の動きをふまえれば、部門制をとる会社を持株会社形態に切り換える意義は、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、子会社の事業を執行する取締役の自主的な裁量を保障することに求められている。よって、明示的な経営委託（商法二四五条一項二号）が存在すればいざ知らず、そうでない場合には、子会社取締役は親会社取締役の指揮・命令系統の中に位置づけられているとはいえない。したがって、復委任の法理によれば、少なくとも重要な子会社の取締役は、親会社株主から見れば復委任者たる地位にあり、親会社取締役と同一の権利義務を有することになる。そうであれば前述の代表訴訟の法理からは、復委任者たる地位にある重要な子会社の取締役は、親会社株主による責任追及の対象とされるべきである。

以上の検討から、親会社が経済実態上一つの企業体として捉えられようとしている現在の状況の下では、代表訴訟の法理と復委任の法理により、親会社株主が重要な子会社の取締役の責任を追及することが実質的に正当化されると考える。

もつとも、親会社が経済実態上一つの企業体を構成しているとはいえず、親会社と子会社とは法人格を異にし、法形式的には子会社の株主は親会社であり親会社株主ではない。このため、親会社株主が子会社の取締役の責任を追及する場面では、両社の法人格が異なることをふまえた理論構成を考える必要があるが、多重的代表訴訟を提起するため必要とされる手続は、その理論構成をふまえて考察されなければならない。そこで次にこの点について検

討する。

（四）法人格の相違によって生じる問題

親会社が経済実態的に一つの企業体を形成していると捉える結合企業観の下では、親会社株主による子会社取締役の責任追及は、前述のように実質的には正当化される。しかしながら、法形式的には、親会社と子会社は法人格を異にしており、子会社の株主は親会社であり、親会社株主ではない。アメリカ判例法は、多重的代表訴訟を親会社株主が親会社の有する子会社の代表訴訟提起権を派生的に利用する訴訟と構成し、親会社および子会社に提訴請求を義務づけることにより、この法人格の相違という問題を解決している。

それでは日本法においても多重的代表訴訟は認められうると考えたとして、法人格の相違という問題にどのように対処すべきか。すなわち、法形式の側面において、親会社株主が親会社の有する子会社の代表訴訟提起権を派生的に利用すると構成した場合に、日本法においていかなる手続きを経れば親会社株主は子会社代表訴訟提起権の派生利用が可能となるか。

この問題は、次の二つの点について検討することによって考えることができる。

①親会社の有する子会社株主権の内容は多岐に及ぶ。それでは、それぞれの権利行使の決定は、会社のいかなる機関によってなされるべきか。特に子会社の代表訴訟提起権を親会社が行使する際、会社のどの機関が会社を代表すべきか。

②親会社株主が子会社の代表訴訟提起権を派生的に利用する場合には、他の親会社株主と提訴した親会社株主と

の利害対立のみではなく、親会社取締役（会）と提訴した親会社株主との利害対立・意見対立もまた生じる可能性がある。これらの利害対立や意見対立はどのように処理されるか。

以下順に検討する。

(1) 親会社による子会社株主権の行使と親会社株主（多重的代表訴訟提起の許容性）

親会社関係において、子会社の株主は親会社である。親会社株主は子会社の株主たる資格を有さないので、子会社の株主権を直接に行使することはできない。しかしそもそも、親会社が子会社の株主として株主権を行使する場合には、その行使の態様や内容につき、親会社のどの機関が決定するか。

従来は、親会社株主が子会社株主権を直接に行使しえないことの反映として、親会社の有する子会社株主権は、実質的に親会社取締役会による決定に基づいて行使される、と理解されていた。⁵⁹さらに、子会社の管理が親会社の業務となされるために、子会社の株主権の行使は重要な業務執行に該当し、取締役会の決定事項になるとも理解されている。⁶⁰

たしかに親会社株主は、子会社株主ではないために、子会社の株主権を直接行使することはできない。しかし、そのことは、親会社の有する子会社株主権が必ず親会社取締役会の判断に基づいて行使されなければならないという理由づけにはならない。さらに、親会社の業務として子会社の管理がなされるとしても、子会社株主権の全てが取締役会の判断によらなければ行使されえないとはいえない。

子会社株主権のうち、子会社の日常的な運営や事業執行といった事項に関するものは、親会社取締役会の判断で

行使するのが適切であると考えられる。子会社の配当額の決定や、子会社取締役の選任・解任および報酬などに関する株主権の行使は、親子会社全体の資金運用政策や人事政策にかかわるところから、親会社の業務の根幹を担うものであり、株主権の行使の内容や態様は親会社取締役会の決定事項とされるべきであらう。

他方、子会社の存立にかかわるような重要事項の決定に関する株主権行使は、親会社株主の利益にとつてきわめて重要で、かつ非日常的事項に関するものであるため、その行使の決定をめぐっては困難な問題が生じる。たとえば、親会社株主に重要な影響を与えるような子会社の営業譲渡の承認について、子会社株主総会における親会社の議決権行使の内容は、いずれの機関で決定されるべきか。

この種の問題は、親会社株主による株主権行使のパス・スルーの問題として議論されている⁶³。法務省の意見照会「親子会社法制等に関する問題点」においても、①「親会社が子会社の株主総会において一定の決議事項につき議決権を行使するに当たっては、親会社の株主総会の決議を要することとする」方策（第一編第二章2(1)）と、②「親会社の株主は、子会社の株主総会において、一定の決議事項につき議決権を行使すること」とする方策（第一編第二章2(1)注3）とが提示された⁶⁴。親会社と子会社の法人格が別異であることを尊重すれば、①のような方法で親会社の株主総会の意思決定に基づいて子会社株主権を行使することが正当であるともいえない⁶⁴。また、商法上株主に議決権の不統一行使が認められていることから（商法二三九条ノ二）、②のような方法にも正当性がないとはいえない。他方、子会社の組織変更、営業譲渡等といった子会社の存立に関する事項の決定は親会社の業務執行という側面もあり、経営効率の観点からは取締役会に判断を任せる方が適切であるとの見解もありうるであらう⁶⁵。いずれにせよこの問題につき、親会社の株主（総会）か親会社の取締役（会）かのいずれがそのような判断に適するかは、一概にいえず、それに解答するためにはさらなる検討を必要とする。今期の通常国会で予定されてい

る親子会社法制に関する商法の改正でも、この点に関する立法化は見送られている。⁵⁶

このように、子会社の運営に関わるような株主権の行使の内容や態様を親会社の誰が決定するかについては、様々な問題が生じるのに対し、子会社株主権のうち監督是正に関するものについては、深刻な問題は生じない。株主総会における議決権と違って、監督是正権の行使は、その内容や態様について親会社内で意思を統一する必要はあまりない。⁵⁷むしろ、子会社に不適切な状態が存在することを親会社のいずれの機関が発見した場合には、当該機関は機動的に株主権を行使しそのような状態を是正するべきであって、監督是正権の行使に関して機関間の意思統一を強制することは、望ましくもないといえよう。そのような監督是正権の行使の不当は、最終的には裁判所において判断されることになる。よって、親会社の個々の株主あるいは少数株主に監督是正権の行使を認める余地があると考ええる。

子会社取締役の責任を追及する代表訴訟提起権は、この監督是正権の中核をなすものであり、親子会社において本来の委任者である親会社株主がそれを利用することも許容されると考えられる。

もともと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を認めた場合には、たと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、総株主の同意によつて、子会社取締役の責任が免除される可能性が高くなるであろうこととの関係が問題となる（商法二六六条五項、なお六項参照）。完全子会社の場合には、親会社株主が多重的代表訴訟を提起する以前に、親会社（取締役会）の決定により子会社取締役の責任追及ができなくなると考えられなくもない。⁵⁸しかしながらこの場合にも、親子会社が経済実態的に一体化している状況をふまえれば、子会社の取締役の責任免除ということの意義をふまえて、親会社の誰がその内容や態様を決定するかが、判断されるべきであると考ええる。

商法二六六条五項が取締役の責任免除に総株主の同意を必要とした意義には二つの側面がある。第一に手続法的側面では、それは代表訴訟提起権が単独株主に保障されていることを担保するという意義である。⁶⁹第二に実体法的側面では、それは取締役の責任に関する処分決定権限が総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、責任の免除は認めるとしても厳格に行われるべきであり、免除した方が全株主の利益となると考えられる等の特殊の事情がある場合に限定して商法が特別に認めたものと理解されるからである。⁶⁰このような商法二六六条五項の趣旨をふまえれば、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を免除できると解釈することには問題があり、むしろ免除には親会社の総株主の同意をも必要とすべきであろう。⁶¹よって、このような場合にも、親会社株主が代表訴訟提起権を利用することは可能となると解される。

なお、親会社株主から親会社取締役の業務執行の監査を委ねられた親会社監査役が、監督是正権である子会社の代表訴訟提起権までを利用できるか、という点についても検討の余地がある。⁶²

(2) 多重的代表訴訟の適正性担保とその手続

経済実態的に一体化した企業体と捉えられる親子会社においては、親会社株主と重要な子会社の取締役との間に復委任関係があることを根拠に、親会社株主に当該子会社取締役の責任追及が認められると考えられる。この場合法形式的には、親会社株主は親会社の有する子会社株主権としての代表訴訟提起権を利用することになる。

では親会社株主は、親会社の有する代表訴訟提起権を、どのようにすれば利用できるか。

多重的代表訴訟においては、子会社の代表訴訟提起権は親会社に帰属し、親会社株主がそれを利用して訴訟を提起する。この場面は、手続法的には第三者の訴訟担当の場面となる。第三者の訴訟担当には、法律が担当者適格を付与して訴訟追行を認める法定訴訟担当（通常の代表訴訟および債権者代位訴訟、差押債権者の取立訴訟など）と、本来の権利義務を有する主体の意思により担当者適格を得た任意的訴訟担当とが存在する。この両者の訴訟担当を横断的に捉えた場合には、訴訟担当者の得た判決の効力が拡張される根拠として、訴訟担当者が本来の権利義務を有する主体から授権を受けていることが挙げられる。⁶³ もっとも、訴訟追行をなしうる立場に複数の者がいる場合（管理権限が分属する場合）には、彼らに対する手続保障も必要となる。⁶⁴

よって、親会社株主が親会社に代わって子会社の代表訴訟提起権を行使する場合には、原則として、親会社の授権が必要となるといえそうである。この場合に授権を決定する機関としては、株主総会、取締役会・代表取締役、および監査役が考えられる。しかしながら、株主総会では機動性に欠ける。⁶⁵ さらに代表訴訟提起権を行使するか否かという判断は、前提として取締役のいかなる行為が会社に対する義務違反となるかという判断と、当該義務違反によって生じる責任の程度はどれぐらいかという判断とを伴っている。両者の判断基準が一義的に社会で了解されない状況では、株主総会における多数決はこれらの判断には向いていない。では、取締役会・代表取締役または監査役は授権について判断できるか。親会社の取締役および監査役と子会社取締役との間には勢力関係や友好関係が存在するため、親会社の取締役会・代表取締役および監査役は、構造的に適正な判断をすることはできない。⁶⁶ さらに、取締役のいかなる行為が会社に対する義務違反となるかという点とそれによって生じる責任がどの程度かという点に関する判断基準が社会において一義的に了解されえない状況では、親会社の取締役や監査役がそれらを判断するとしても、その判断が適正であることは保証されない。最終的には裁判所がその判断をなすべきである。

したがって、親会社株主が子会社の代表訴訟を利用しようとする際に必要となる授權は、親会社のいずれの機関も適正にはなしえない。このような状況は、通常の代表訴訟の場面で生じている状況に等しい。通常の代表訴訟も法形式的には代位訴訟（派生訴訟）であり、会社が取締役に對して有する損害賠償請求権を株主が代位行使しているという側面が存在する。さらに、本来授權をすべき会社が適切な判断ができないとされる点も同様である。そうであるならば、この通常の代表訴訟の予定するスキームを多重的代表訴訟にも応用できるのではないか。

通常の代表訴訟におけるスキームは以下のようなものである。⁶⁷通常の代表訴訟においては、本来の提訴権者である会社（監査役）は、取締役の責任を追及することに対して構造的に適正な判断をすることができない。そこで現行商法は、提訴しようとする株主に對する提訴権限の授權について判断する機会を会社（監査役）から奪った（二六七条二項）。この機会の代替として、商法は、会社に訴訟参加する機会を保障した。さらに、代表訴訟の判決の効力を絶対のものとするのではなく、原告株主および被告取締役が共謀して会社の権利を詐害する目的で訴訟を終了させたことを会社または原告以外の株主が立証すれば、再審請求が認められる性格のものに限定している（商法二六八条ノ三第一項）。被告取締役に對する責任の追及（当該代表訴訟の追行）に關して会社内で意見や利害の対立があつたとしても、現行商法は、その利害対立を会社内で解決することを予定していない。原告以外の株主および会社（監査役）の意見は、各自訴訟参加して当該代表訴訟において主張立証すればよいこととなる。よつて、現行商法において、代表訴訟の適正さは、会社および原告以外の株主に保障された手続が発動されうるといふ制度により確保されることとなる。もつともこれだけでは、不適切な代表訴訟（言いがかり訴訟等）を排除することができなくなるおそれもある。この点について現状では、昭和二六年に組み込まれた担保提供制度が十分な選別機能を發揮して、制度を補完している。⁶⁸

この通常の代表訴訟の意見・利害調整スキームを多重的代表訴訟の場面に応用すると、親会社と親会社のほかの株主に手続保障を行い、彼らに再審請求を許容することで、親会社株主は子会社株主権としての代表訴訟提起権を利用することができる。よって現行法の下では、親会社株主は、親会社（代表取締役・取締役会）に対し提訴請求を行い、親会社に訴訟告知すれば、親会社の有する代表訴訟提起権の利用が可能となる（商法二六七条一項および二六八条三項参照⁶⁹）。あとは子会社株主が通常の代表訴訟を提起するのと同様に、子会社監査役に提訴請求することで、多重的代表訴訟の提起が可能となる。多重的代表訴訟の適正さは、親会社（代表取締役・取締役会）およびほかの親会社株主、さらには子会社（監査役）や親会社以外の子会社株主に当該多重的代表訴訟に訴訟参加する機会を保障することで、担保される。さらに不適切な多重的代表訴訟の選別については、担保提供制度が補完的に機能する。

以上より通常の代表訴訟のスキームを採用すれば、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、多重的代表訴訟を提起しうる。現行商法との整合性を考えれば提訴後、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。もつとも通常の代表訴訟においてもこの訴訟告知は株主に対してなされるべきであり、立法論的には訴訟が提起された旨の公告をなすものとすべきであろう⁷⁰。

(五) 多重的代表訴訟に関する立法の必要性と解釈論の可能性

現行商法は個別の会社における問題を前提にしており、親子会社における問題はほとんど想定されていない。こ

のため、多重的代表訴訟に関する問題も法の空白地帯に存在し、その提起が認められるか否かについては、現行法に規定がないという事実だけからは一義的に解答することができない。しかし親子会社を経済実態として一つの企業体と捉える結合企業観の下では、親会社の資産の主要な部分を形成する重要な子会社の取締役は、実質的に、親会社株主の復受任者と位置づけられる。よって会社（実質的には株主）と委任関係にある者の責任の追及を株主に認める代表訴訟の法理からは、復受任者たる子会社取締役の責任を追及するために代表訴訟（多重的代表訴訟）の提起を親会社株主に認めるべきであろう。

法務省の意見照会「親子会社法制等に関する問題点」は、監督是正権のうち子会社の情報開示請求権について親会社株主に認めることを提言し（第一編第二章2(2)⁷⁰⁾、今国会で予定されている親子会社法制に関する商法改正にもこのような改正が盛り込まれている⁷¹⁾。親会社株主に一定の子会社の監督是正権の行使を認めるのは望ましいことである。しかしそれにとどまらず、監督是正権の中核的な存在である代表訴訟提起権についても、立法により親会社株主に明示的に認める必要性が高いと考える。

この点について学説は、多重的代表訴訟の必要性を肯定しながらも、現行法規定の下では、多重的代表訴訟を認めることは困難であるとする⁷²⁾。もつとも中には、株主権の縮減という問題が著しい純粋持株会社と一〇〇%子会社のような事例に限定して認められるべきであるとか⁷³⁾、法の空白地帯を放置することをさけるために緊急避難的に認めるべきであるとするものもある⁷⁴⁾。

本節ではこの問題につき、アメリカ判例法からの示唆と現行法の法理を手がかりとして、通常の親子会社関係におけるあるべき多重的代表訴訟の制度像を考察してきた。以下では、まずこのあるべき多重的代表訴訟の制度像をまとめ、立法によって解決されるべき問題が何かという点を明確化する。次に立法がなされるまでの間に、親子会

社において多重的代表訴訟を認めるべきような事例が生じた場合に、解釈論として、何らかの対応ができないかという点について検討を進める。

(1) あるべき多重的代表訴訟の制度像

これまでの検討より導き出されたあるべき多重的代表訴訟の制度像は、次のようになる。

経済実態において一つの企業体を形成していると捉える結合企業観の下では、親会社の資産の主要な部分を形成する重要な子会社の取締役は、実質的に親会社株主の復任者と位置づけられ、会社（実質的には株主）と委任関係にあり、業務の執行に裁量を有する者の責任の追及を株主に認める代表訴訟の法理からは、親会社株主は子会社取締役の責任を追及する代表訴訟（多重的代表訴訟）の提起が認められる。もつとも法形式的には、子会社の株主は親会社であつて、親会社株主ではない。しかし、親会社が子会社株主権を行使する際に、親会社の誰がその行使の内容や態様を決定するかは、一義的に決まるものではない。特に監督是正権は、親会社内でその行使につき意思を統一する必要性はなく、子会社に問題が生じたことを発見した者が、機動的に監督是正権を行使し、そのような状態を是正すべきであつて、親会社内で意思統一を強制することは、望ましくないとはいえよう。

よつて親会社株主が代表訴訟を提起することは許容され、その場合には親会社株主は親会社が株主権として有する子会社の代表訴訟提起権を親会社に代わつて行使することになる。親会社株主が提訴する際に、親会社（代表取締役・取締役会）が適正に判断できないおそれがあるのは、通常の代表訴訟と同様であることから、通常の代表訴訟の処理スキームと同様に、親会社（代表取締役・取締役会）とそのほかの親会社株主に訴訟に関与し異議を表明

する機会を保障することにより、親会社株主は提訴権限を獲得し、子会社株主権としての代表訴訟提起権の派生的利用が可能となる。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、さらに子会社（監査役）に提訴請求を行うことで、多重的代表訴訟を提起できる。提訴した親会社株主の訴訟追行の適正さは、親会社（代表取締役・取締役会）およびそのほかの親会社株主の訴訟参加と、子会社（監査役）および親会社以外の子会社株主の訴訟参加が行われうることに、制度的に担保される。さらに不適切な多重的代表訴訟の選別については担保提供制度が補完的に機能する。多重的代表訴訟によって得た判決に対しては、原告である親会社株主と被告である子会社取締役が共謀して会社の権利を詐害する目的を有していることが立証できれば、再審請求が認められる。

このあるべき多重的代表訴訟制度においては、以下の二点につき基準が確定していない。①重要な子会社とは何か。②法形式的に親会社株主は、子会社株主権としての代表訴訟提起権を利用するが、その際親会社株主が一株しか親会社株式を所有していない場合には親会社株主の子会社に対する投資は一株分以下ともなりうる。このような場合にも多重的代表訴訟は認められるか。

立法によって多重的代表訴訟制度を認める際には、この二点を明確化すべきである。

①の点については、商法のほかの規定との整合性を考えるならば、重要な部分を形成するか否かを判定する基準は、親会社の所有する子会社株式の価値が親会社の資産の二〇分の一を超えるか否かという基準を採用するのが合理的であろう。⁷⁹⁾

②の点については、端株主に代表訴訟の提起を認めないこととの対比から（商法二三〇条ノ六）、厳格に判断すべきと考える。

(2) 解釈論による多重的代表訴訟の提起可能性

前章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という実態に対応して、親子会社関係において生じる問題を解決するために、判例法は多重的代表訴訟を生成し確立した。このアメリカにおける経験をふまえば、立法がなされないからといって問題を放置することは許されず、多重的代表訴訟を解釈により認めることでもって対処するのが妥当である。

多重的代表訴訟を解釈論によって認めようとする場合に、一つ障壁となりうるかもしれないと考えられる点は、通説が代表訴訟提起権の行使を、名簿上の株主に限定していることである。⁷⁴

二六七条一項において要求される六ヶ月の株式保有の要件について、従来学説は会社に対する関係で株式を保有することが必要であるとして、商法二〇六条一項を根拠に、株主名簿上六ヶ月間株式を保有している株主であることを代表訴訟を提起するための要件としていた。⁷⁵ 株主の権利行使が、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権利行使の可否が判断される。商法二〇六条一項の存在意義は、株主名簿の記載の基準を制度的に担保することであると説明される。⁷⁶ たしかに、株主権が多数の株主によって集団的に行使される際、または反復的に行使される際には、誰が株主であるかを確定する要請が高く、その確定基準として株主名簿に記載されているか否かという基準は明確かつ合理的である。しかし、代表訴訟提起権を行使するための要件として、それは合理性を有しているのであろうか。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（商法二六七条一項）、提訴後にも会社に対し訴訟告知がなされる（商法二六八条三項）。よって、必ずしも代表訴訟提起権を利用する株主が、株主名簿上六ヶ月間株式を保有する株主であることまでは必要とされないのではない⁸³⁾。代表訴訟における六ヶ月間の株式保有の要件の根拠が、単に会社荒らしによる利用を防止するためだけであるならば、実質的な株主がその実質的な株式の保有の状態が六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。

このように解すれば、親会社株主も子会社の実質的な株主に違いないため、多重的代表訴訟を解釈論上も認めることができる⁸⁴⁾と考える。

2 株式交換と代表訴訟

株式交換は、A社の株式を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。株式交換は株主に大きな影響を与えるために、A社とH社とが契約を締結する際には株主総会決議が必要となると説明される⁸⁵⁾。

一九九九年一月二七日に法務大臣の諮問機関である法制審議会商法部会が公開した「商法等の改正に関する要綱案」ではこの株式交換制度の導入が盛り込まれており、A社とH社とが株式交換契約を締結する際には、株主総会の特別決議での承認が必要であるとされている⁸⁶⁾。この「商法等の改正に関する要綱案」は、同年二月一六日に法制審議会の承認を経て「要綱」となり、法務大臣に答申された⁸⁷⁾。これを受けて法務省事務当局は「商法等の一部を改

正する法律案」をとりまとめる作業に入り、今期の通常国会に提出され、立法される運びである。⁸⁵ この株式交換制度の創設により、事業会社を簡便に完全子会社化することが可能となる。⁸⁶

株式交換制度が導入されると、既存の事業会社の完全子会社化により、事業会社の株主であった者が自己の意思に基づくことなく、所有する事業会社株式を持株会社に移転し、そのかわりに持株会社の株式を譲り受けるという状況が生じうる。この状況の下では、代表訴訟に関しても次の問題が新たに検討されなければならない。①旧事業会社株主であった者は株式交換前に生じた事業会社の取締役の責任を追及することができるか。また②株式交換が行われる前に代表訴訟が提起されている場合には、当該代表訴訟はいかなる推移をたどるか。

ここでも、前章で見たアメリカ判例法の対処を手がかりに、検討することにした。

(一) アメリカ判例法の対処に対する分析

株式交換により株主が新たに設立される親会社の株主となる場合には、当該株式交換が提訴前または提訴後に行われたかで、アメリカ判例法はその扱いを異にしている。

提訴前に株式交換が行われた場合には、親会社と子会社とが法人格が別異であることを否認することか、あるいは、旧事業会社株主であった親会社株主が株式交換後も実質的には事業会社株主であり続けることを根拠として、親会社株主による子会社取締役の責任追及が認められる。この場合、法形式的には事業会社の株式は移転しているために、アメリカ法において代表訴訟を提起するための要件とされている「同時所有要件」の観点からは問題が生じる。アメリカ判例法は、株式交換を合併と同様の効果を有する組織変更の一形態と判断して、旧事業会社株主の

事業会社に対する投資が継続していることを根拠に、旧事業会社株主であった親会社株主は実質的な株主として「同時所有要件」を満たすとした。もつともこのときも法形式的には多重的代表訴訟となることから、親会社と子会社に提訴請求することが必要とされている。

提訴後に株式交換が行われた場合には、アメリカ判例法は、親会社と子会社の取締役会が共通である時には、新たに設立された親会社（取締役会）の当該代表訴訟に関する手続保障が満たされており、当該株主が会社の利益を適切に代表していると評価し、当該代表訴訟の係属を許容している。しかしそうでないときには、新たに設立された親会社（取締役会）に当該代表訴訟に関与する機会が保障されず、原告株主が会社の利益を適切に代表しているといえないために、当該代表訴訟は却下されることになる。

以上のようなアメリカ判例法については、つぎのように分析できる。

①株式交換が行われた後であっても、旧事業会社株主であった親会社の株主は、投資が継続する実質的な事業会社株主として、事業会社の取締役（退任取締役を含む）の株式交換前に生じた責任の追及が可能となる。他方、旧事業会社株主であった親会社株主は同時所有要件を満たすが、それ以外の親会社株主は同時所有要件を満たさない。親会社自身も事業会社株式を取得したのは株式交換時であり、同時所有要件を満たさず、事業会社の株主として代表訴訟を提起できない。このため、通常の多重的代表訴訟のように、親会社の有する代表訴訟提起権を親会社株主が派生的に利用するという構成よりも、法人格が別異であることを否認し親会社株主を子会社の実質的な株主であると捉える構成に力点が置かれることになると考えられる。

②株式交換が行われる前に代表訴訟が提起されていた場合には実質的に投資が継続することになるため、親会社株主となった旧事業会社株主は「継続所有要件」を満たしうる。しかしながらこのとき、通常の代表訴訟は、①で

述べたような親会社と子会社の法人格が別異であることの否認に基づく実質的な株主による代表訴訟に変更される必要性が生じる。このような変更は、親会社という新たな利害関係者を登場させ、さらに株式交換が複数の会社間で行われている場合には、持株会社には旧事業会社株主以外の株主の利害も存在することになる。よってこのような事例においては、提訴した旧事業会社株主である持株会社株主による訴訟追行の適切性が担保されえないことも生じうる。アメリカ判例法はこの点を考慮して、当該訴訟が係属すべきか否かを判断していると考えられる。

もつとも、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」七・〇二条 a 項二号は、継続所有要件の例外として「継続的に持分証券を所有する者の地位を終了させる会社の行為が行われる前に代表訴訟の結果として生じ、かつ、(A)持分証券を所有する者の地位を終了させる会社の行為が行われる前に代表訴訟(derivative action)が提起されているかまたは(B)裁判所が訴訟を提起しうるほかの者よりも当該所持人が株主の利益をより適切に代表しうると判断する場合」を挙げている⁶⁷⁾。この規定は、同時所有要件との関係からほかの親会社株主が提訴することが認められないような場合等にまで、すでに係属している代表訴訟を終了させることは不当であるとして、提案されている⁶⁸⁾。

(二) 日本法における問題

事業会社と持株会社の間で株式交換がなされる前に生じた事業会社取締役の責任について、旧事業会社株主であった持株会社株主は、いかに対処すればよいか。株式交換が行われた場合には、顕著に「株主権の縮減」の問題が生じている。旧事業会社株主であった持株会社株主は、株式交換が行われなければ、事業会社の株主として代表訴

訟の提起が可能であった。それだけに、旧事業会社株主であった持株会社株主が、事業会社の株主たる地位を失ったことだけを根拠に、株式交換前に生じた事業会社取締役の責任を追及する機会を失うのは不当である。

株式交換制度が導入されるのであれば、旧事業会社株主であった持株会社株主に、事業会社の取締役の株式交換前に生じた責任を追及する代表訴訟の提起を許容する道を確保すべきである。

では日本法において、株式交換と代表訴訟との関係はどのように理解されるか。その場合には、どのような点が問題となりうるであろうか。

現行日本法においては「同時所有要件」が導入されていないために、アメリカ法と同様の問題は生じない。しかし、以下のような考慮が必要となるであろう。

①のように株式交換が行われた後に代表訴訟が提起された場合には、事業会社株主であった持株会社株主だけでなく、全ての持株会社株主が多重的代表訴訟を提起しうる。事業会社株主であった持株会社株主については、当該事業会社に対する投資が継続していることから、持株会社が所有する当該事業会社株式が、持株会社にとって重要な資産となっていないことも多重的代表訴訟の提起を認めるべきであろう。

株式交換が行われると事業会社の株式と持株会社の株式が交換されるため、形式的には旧事業会社株主は株式交換から六ヶ月が経過しないと、六ヶ月保有要件を満たせないことになるともいえない。しかし、旧事業会社株主であった持株会社株主については、投資が継続していることから、事業会社株式を所有していた期間とそれと交換した持株会社株式を所有している期間とを合算して六ヶ月以上であれば、多重的代表訴訟の提起は当然に可能となると解される。

なお、自由民主党の法務委員会商法部会の改正案においては、「同時所有の要件」の導入が検討されている。⁸⁹ 一

九九九年三月五日に自由民主党より公開された「コーポレート・ガバナンス」のあり方に関する商法改正案では、「役員が問題行為を起こした時点から、ずっと株式を所有する」場合か「役員が問題行為を起こしたことを知らず」に株式をもった場合」に提訴株主を限定する旨が述べられている。もしもこのような改正がなされれば、アメリカの判例法と同様の考慮が必要となる。

②のように株式交換が行われる前に代表訴訟が提起された場合には、提訴株主が強制的に自身の株式を移転させられ、その代わりに持株会社の株式を取得する。よって、提訴株主は代表訴訟係属中において株式を継続的に所有しなくてはならないという「継続所有の要件」が形式的には維持できなくなる。しかし株式交換は形式的には株式の譲渡・譲受であるとしても、実質的には組織変更にすぎない。提訴後一貫して投資は継続しており、提訴株主は株式交換後も子会社の実質的な株主であるといえる。よって「継続所有の要件」は十分に満たしている。もっとも、代表訴訟は多重的代表訴訟に変更されるため、持株会社という新たな利害関係人が登場し、持株会社に旧事業会社株主以外の株主がいる可能性もあり、彼らの利害を考慮する必要性があるともいえない。しかし前述のように、日本法における代表訴訟は、訴訟の初期の段階で原告株主の訴訟追行の適切性を判断するのではなく、会社およびほかの株主に手続保障をすることで担保しようとしている。よって代表訴訟から多重的代表訴訟に変更する際には、現行法と整合的に理解するならば、新たに登場した持株会社（代表取締役・取締役会）に訴訟告知をするところで訴訟の係属を認めても、問題はないと解される。

以上のような検討からは、たとえ立法による手当が遅れようとも、解釈論によって、旧事業会社株主であった持株会社株主に、事業会社取締役の株式交換前に生じた責任を追及する代表訴訟を許容する道は確保される。もっともこのような解釈論を採用する場合には、親会社株主による代表訴訟の提起は、旧事業会社株主に株式交換前に生

じた事業会社取締役の責任の追及を認める事例だけに限定されるいわれはない。親子会社一般について多重的代表訴訟を解釈論によって認めるべきという結論が、このことより導き出されるべきであろう。

注

- (1) このような指摘をするものとしてたとえば、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〕九六頁（岩波書店、一九九八年）。
- (2) 本稿第三章第2節を参照。
- (3) 高須教夫『アメリカ連結会計論』八～九頁（森山書店、一九九二年）。
- (4) 高須教夫・前掲注(3)八～九頁。
- (5) 高須教夫・前掲注(3)二四～二五頁。
- (6) 小栗崇資「アメリカにおける連結会計の生成に関する史的考察」明治大学大学院紀要二二集(一)（商学篇）一八六～一八八頁（一九八三年）。
- (7) 醍醐聡編著『連結会計―体系と実態―』二二頁「小栗崇資執筆部分」（同文館、一九九五年）。
- (8) 中野常男Ⅱ高須教夫Ⅱ山地秀俊『アメリカ現代会計成立史論』二〇九頁（神戸大学経済経営研究所、一九九三年）。
- (9) 高須教夫・前掲注(3)三九頁。
- (10) 高須教夫・前掲注(3)四〇頁。
- (11) 高須教夫・前掲注(3)四〇頁。
- (12) 高須教夫・前掲注(3)四四～四五頁。

- (13) 高須教夫・前掲注(3)四五頁。
- (14) 醍醐聡編・前掲注(7)三二～三四頁「小栗崇資執筆部分」、伊藤邦雄「連結財務諸表と配当可能利益」会計一二一卷四号七六頁（一九八二年）参照。
- (15) 醍醐聡編・前掲注(7)三六頁「小栗崇資執筆部分」。
- (16) 大迫勝ほか「連結決算対策の手引き」（別冊商事法務三五号、一九七七年）などを参照。
- (17) 森田哲彌「連結財務諸表制度の変遷」企業会計五一巻一号四六頁（一九九九年）。
- (18) 伊藤邦雄Ⅱ上村達男編著「金融ビックバン会計と法—会計・商法・証券取引法・税制等の方向性」『平松一夫執筆部分』五九～六〇頁（中央経済社、一九九八年）。
- (19) 企業会計審議会「連結財務諸表制度の見直しに関する意見書」JICPAジャーナル五〇五号八七頁（一九九七年）。
- (20) 企業会計審議会・前掲注(19)八七頁以下。
- (21) 「ニュース欄」商事法務一五一四号一一六～一一七頁（一九九九年）。
- (22) 「ニュース欄」商事法務一五一九号五〇頁（一九九九年）、企業会計五一巻四号一六一頁（一九九九年）。
- (23) たとえば、醍醐聡「連結財務諸表による配当規制の限界と不合理性」会計一三〇巻五号五九頁（一九八七年）など。
- (24) 法務省民事参事官室「株式会社計算・公開に関する改正試案」商事法務八五八号九頁（一九七九年）。
- (25) 弥永真生「企業会計と法」一一九頁（新世社、一九九五年）。
- (26) 弥永真生・前掲注(25)一一九～一二三頁、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—」法律のひろば五一巻一一号一九頁（一九九八年）など。
- (27) 企業会計審議会は一九九八年九月一四日に「連結財務諸表制度における子会社及び関連会社の範囲の見直しに係る具体的な基準（案）」を公表し（商事法務一五〇四号三九頁「ニュース欄」（一九九八年）、「支配力基準」の内容を明確化し、一〇月

三〇日には「連結財務諸表制度における子会社及び関連会社の範囲の見直しに係る具体的な取扱い」を公開した。これにより「支配力基準」は一九九九年四月一日以降開始する事業年度より適用されることになった（商事法務一五〇八号四一頁（一九九八年））。詳しい認定方法は、「監査委員会報告六〇号」・「連結財務諸表における子会社及び関連会社の範囲の決定に関する監査上の取扱い」商事法務一五二五号四一頁（一九九九年）を参照。

(28) 鈴木竹雄「竹内昭夫『会社法』三〇〇頁（第三版、有斐閣、一九九四年）、前田庸『会社法入門』三五〇～三五二頁（第五版、有斐閣、一九九七年）、神崎克郎『商法Ⅱ（会社法）』二二三～二四頁（第三版、青林書院、一九九一年）、田邊光政『会社法要説』二二九～二三〇頁（第五版、税務経理協会、一九九八年）、吉原和志「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」『商法の争点Ⅰ』〔北沢正啓「浜田道代編」一五七頁（第三版、ジュリスト増刊、一九九三年）など。

(29) たとえば、小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続的構造」『株主代表訴訟大系』〔小林秀之「近藤光男編」一五二頁（弘文堂、一九九六年）は、アメリカで見られる取締役会の訴訟委員会による判断を尊重する形で裁判所が代表訴訟の却下を決定するような制度設計を提案している。

(30) 北沢正啓・前掲第二章注(6)三六一頁、佐伯直秀「代表訴訟によって追及しうる取締役の責任の範囲」『商法の争点』〔北沢正啓編〕一四二～一四三頁（第二版、ジュリスト増刊、一九八三年）、大塚龍児「株主権の強化・株主代表訴訟」鴻常夫先生古稀記念『現代企業立法の軌跡と展望』〔落合誠一ほか編〕五八頁（一九九五年）。

(31) 鈴木竹雄「株式会社法改正の法理」私法二号三五～三八頁（一九五〇年）、石井照久「取締役制度改正の方向」『株式会社法改正の諸問題』七〇頁（法曹会、一九四九年）、北沢正啓・前掲第二章注(6)三五五頁。浜田道代『商法』八二頁（岩波書店（岩波テキストブックス）、一九九九年）も参照。

(32) 浜田道代「サービズ提供取引の法体系に関する一試論——委任・雇傭・請負および代理・取次・匿名組合・信託・会社について——」田邊光政先生還暦記念『現代企業取引法』〔浜田道代ほか編〕一七頁（税務経理協会、一九九八年）。

- (33) 近藤光男「代表訴訟に関する一考察」同『会社支配と株主の権利』一〇三〜一〇五頁（有斐閣、一九九三年）、同「株主代表訴訟をめぐる解釈論と立法論（上）」取締役の責任の実状をふまえて」月刊取締役の法務五一号二〇〜二二頁（一九九八年）。
- (34) 近藤光男・前掲注(33)「代表訴訟に関する一考察」一〇五頁。
- (35) 松田二郎『会社法概論』一四七頁（岩波書店、一九六八年）。これに対し条文上代表訴訟が認められていないことを根拠に否定する見解として、北沢正啓・前掲第二章注(6)三六四頁。
- (36) 否定する見解として、龍田節『会社法』一三五頁（第六版、有斐閣、一九九八年）。もっとも、龍田節「会計監査人の選任と責任」会計ジャーナル六巻六号一四八頁（一九七四年）は、会計監査人に対する代表訴訟の提起を認める立法措置の必要性を説いている。
- (37) 澤口実「執行役員制度上の問題点」商事法務一四九四号四頁（一九九八年）。
- (38) 執行役員制度を、使用人兼務取締役というもともと取締役として機能しえない人から「取締役」という肩書きをとるための制度と理解するものとして、岩原紳作ほか「経営環境の変化と企業の取締役改革」商事法務一五〇五号三五頁（山下友信発言）、〔前田雅弘発言〕（一九九八年）。
- (39) 岩原紳作ほか・前掲注(38)四四〜四五頁〔岩原紳作発言〕、畠田公明「執行役員の法的地位と責任」商事法務一五〇五号五七頁（一九九八年）。なお、現在ソニー等で行われている執行役員制度を、取締役会改革による取締役員数の削減に伴い、従来の取締役が単なる使用人に格下げとなることは不適切であり、新たに使用人の最高位としての階層を設けたものと理解する見解として、澤口実・前掲注(37)六〜七頁。
- (40) 執行役員と会社との関係の評価の困難性を指摘し、業務執行につき一定の裁量を有する執行役員と会社との関係に委任的側面が存在することを指摘するものとして、澤口実・前掲注(37)七頁、元木伸「商法から見た執行役員（上）」取締役の法務五一

- 号三八〜四〇頁（一九九八年）、畠田公明・前掲注(39)五七〜五八頁。
- (41) 浜田道代・前掲注(32)一六〜一七頁。
- (42) 浜田道代・前掲注(32)三二頁。
- (43) 三宅正男『契約法（各論）下巻』九三九〜九四〇頁（青林書院、一九八八年）。
- (44) 三宅正男・前掲注(43)九五三〜九五四頁、明石三郎『新版注釈民法(16)』〔幾代通Ⅱ広中俊雄編〕二二〇頁（有斐閣、一九八九年）。
- (45) 復代理に関する説明であるが、内田貴『民法Ⅰ総則・物権総論』一三六〜一三七頁（第二版、東京大学出版会、一九九九年）。
- (46) 最判昭和三五年六月二一日民集一四卷八号一四八七頁、中川高男『新版注釈民法(16)』〔幾代通Ⅱ広中俊雄編〕二二七〜二二八頁（有斐閣、一九八九年）。
- (47) 学説においては、顕名主義を前提とする復代理と違い、復委任においては委任者と復委任者とが直接の関係にないことから、委任者と復委任者の間に委任関係を成立させることを否定する見解も多い。しかし、これを認める見解として我妻栄『債権各論中巻二』六七四頁（岩波書店、一九六二年）、中川高男・前掲注(46)二二九頁。
- (48) 明石三郎・前掲注(44)二一〇頁。
- (49) 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、および親子会社関係への応用を中心に——」商事法務一四〇一号一八〜一九頁（一九九五年）、川濱昇・前掲注(1)九七〜九九頁。
- (50) 大隅健一郎・前掲第三章注(1)一八三頁。
- (51) 川濱昇・前掲第二章注(2)七〇頁。
- (52) 森本滋・前掲第一章注(4)一九頁、前田雅弘・前掲第一章注(5)二八〜二九頁など。なお、パス・スルーの問題と多重的代表訴訟の問題とを連関して理解するものとして、西尾幸夫「子会社運営に関する親会社株主の権限」ジュリスト一一四〇号一四頁

- (一九九八年)、同「議決権のパス・スルーと親子会社規制」〔阪大法学九九巻五九頁以下（一九七六年）、特に六四～六五頁。法務省民事参事官室・前掲第一章注(7)二二頁。
- (53) 前田雅弘・前掲第一章注(5)二八～二九頁。
- (54) 穴戸善一「持株会社と会社分割」商事法務一四二二号一～一四頁（一九九六年）。
- (55) 法制審議会商法部会決定「商法等の一部を改正する法律案要綱案」商事法務一五一六号八頁以下（一九九九年）、商事法務編集部「商法等の一部を改正する法律案要綱案の概要」商事法務一五一六号六頁（一九九九年）。
- (56) 浜田道代・前掲注(3)八〇～八二頁を参照。
- (57) 中東正文「企業形態」ジュリスト一一五五号一一一頁（一九九九年）。また、大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」同「商事法研究（下）」一一六頁（有斐閣、一九九三年）は、親会社の指示によって子会社の取締役が業務執行を行った場合には、総株主の同意による免除があるものと解しうるとしている。
- (58) 近藤光男「新版注釈会社法(6)」〔上柳克郎ほか編〕二九一～二九二頁（有斐閣、一九八七年）。ほかにたとえば、伊藤眞「代表訴訟と民事訴訟」〔日本の企業と法〕〔柏木昇編〕六四頁（有斐閣、一九九六年）など。
- (59) 神田秀樹「株式会社法の強行法規性」〔特別講義商法I〕〔竹内昭夫編〕一一～一二頁（有斐閣、一九九五年）。
- (60) 完全子会社の事例においてそのような解釈の必要性を説くものとして、畠田公明・前掲第三章注(9)一九頁。
- (61) 親会社の監査役には、すでに商法二七四条ノ三により、子会社調査権が認められている。この監査役の子会社調査権は、昭和四九年（一九七四年）商法改正により監査役の業務監査権が定められると同時に導入された。これは、その当時多発した粉飾決算の事例（サンウェーブ事件、および日本熱学事件など）のように、親会社ないしその取締役が子会社に対する支配関係を利用して違法行為をするおそれが高いことを考慮してなされた（谷川久「新版注釈会社法(6)」〔上柳克郎ほか編〕四五五頁（有斐閣、一九八七年））。すなわち、親会社監査役は、あくまで親会社取締役の職務執行に対する監査の一環として子会社調

査権を有し、行使する（商法二七四条参照）。よって、子会社取締役の職務執行を監査することは、親会社監査役の職務内容にはなく、子会社取締役に対する違法行為の差止請求などまでは、現行法上権限とされていないと考えられる。しかし、経済実態的に一つの企業体を形成するようになったと捉えられる現在の親子会社においては、ますます企業集団全体としての監査が重要とされるようになるであろう（川濱昇・前掲第二章注(2)七二頁、森本滋・前掲第一章注(4)一七頁、浜田道代・前掲注(3)一一七頁）。この点をふまえれば、子会社に問題があることを発見し、かつ、機動的な処理が必要と考えられる場合までに、親会社監査役が株主権としての監督是正権を行使することを認めないとする根拠はないのではないかと。よって、子会社取締役に対する違法行為の差止請求や代表訴訟の提起を親会社監査役の権限に含めるのが望ましいといえよう。

(63) 池田辰夫「債権者代位訴訟の構造」一一六頁（信山社、一九九五年）。訴訟担当論に関する学説の展開については、高橋宏志「重点講義民事訴訟法」一一八頁以下（有斐閣、一九九七年）を参照。

(64) 池田辰夫・前掲注(63)一一七～一一八頁。

(65) 通常の代表訴訟に関する検討であるが、近藤光男「株主代表訴訟制度の会社法上の問題点」同・前掲注(63)「会社支配と株主の権利」一四四頁。

(66) 前田雅弘・前掲注(26)二〇頁。

(67) 山田泰弘・前掲第三章注(6)二二二～二三八頁は、イギリス法およびアメリカ法と日本法とを比較し、日本法における代表訴訟制度の導入の経緯をふまえて、この調整スキームについて考察している。

(68) 株主代表訴訟制度における担保提供制度の運用実態については、山田泰弘「株主代表訴訟の担保提供制度における『悪意』の意義」名古屋大学法政論集一六五号四四三頁（一九九六年）を参照。

(69) もっとも、これだけでは親会社株主に対する手続保障に欠けるともいえる。しかしこの点は通常の代表訴訟でも同じであり、現行法の不備といえ、原告以外の株主に対しても訴訟告知（訴訟の公告）をすべきであるといえよう（谷口安平「株主の代表

- 訴訟」〔実務民事訴訟法講座(5)〕〔鈴木忠一〕三ヶ月章監修〕一〇五―一〇九頁(日本評論社、一九六九年)。
- (70) 立法過程においては当初、訴訟の公告(Public notice)が必要であると認識されていた。しかし代表訴訟が提起されたことを広く知らせるのは会社の不利益となるとして、現行法は訴訟の公告を会社に対する訴訟告知に置き換えた。これにつき詳しくは徳田和幸「株主代表訴訟と会社の訴訟参加」法曹時報四八巻八号一―一二頁(一九九六年)を参照。
- (71) 法務省民事参事官室・前掲第一章注(7)二二頁。
- (72) 法制審議会商法部会決定・前掲注(5)一四頁。
- (73) たとえば、川濱昇・前掲注(1)一一頁、川濱昇・前掲第二章注(2)七四頁および八九頁(注13)。
- (74) 畠田公明・前掲第三章注(9)一九頁。
- (75) 柴田和史・前掲第一章注(4)二八頁。
- (76) 西尾幸夫・前掲注(2)ジュリスト一三頁。商法四一三条ノ三第一項は、簡易合併において、存続会社の株主の利害に重要な影響を及ぼさない消滅会社の規模の判定基準として、消滅会社の株主に割り当てる株式の総数の存続会社の発行済株式総数に対する割合が二〇分の一以下であることという基準を提示している(前田庸・前掲注(2)六五二―六五三頁参照)。よって同項は、ちょうどこの重要な子会社の認定基準の対偶命題となる。なお二四六条一項も参照。
- 「親子会社法制等に関する問題点」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)』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(前掲第一章注(7)二〇―二二頁)。
- (77) 春田博・前掲第三章注(9)二一〇頁も、多重的代表訴訟を解釈論として認めるか否かは、「損害の帰属主体から提訴株主に至る出資の階層を、代表訴訟の階層として現行法下でもとり込めるか」という点にあると指摘している。
- (78) 北沢正啓・前掲第二章注(6)三六六頁。

- (79) 前田庸・前掲注(28)二四八～二四九頁。
- (80) 竹内昭夫「株主の代表訴訟」『法学協会雑誌一〇〇周年記念論文集第三卷』一七四～一七五頁（有斐閣、一九八三年）は、アメリカ法において、株主名簿上の株主だけでなく「実質上の株主」にも株主代表訴訟提起権の行使が認められている点を紹介し、株主名簿の記載にいかなる意味を認めるべきかという観点から一般的に考察すべきであると指摘している。
- (81) 北沢正啓・前掲第二章注(6)三六六頁。
- (82) 中東正文・前掲第二章注(5)中京法学三四～三九頁。
- (83) 法制審議会商法部会決定・前掲注(6)八頁以下。
- (84) 「ニュース欄」商事法務一五一八号四三頁（一九九九年）。
- (85) 立法スケジュールについては「ニュース欄」商事法務一五一六号四七頁（一九九九年）を参照。
- (86) 導入が検討されている株式交換制度の概要については、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱（案）の解説（上）（中）」商事法務一五一七号四頁、一五一八号四頁（一九九九年）を参照。
- (87) ALI, *op. cit.* chap. 3 note(13), 34.
- (88) *Id.* at 39.
- (89) 自由民主党法務部会商法に関する小委員会が一九九七年九月八日に公表した「コーポレート・ガバナンスに関する商法改正試案骨子」ではII株主代表訴訟の見直し〔具体的な改正項目〕(1)で「同時所有要件」の導入が挙げられている（商事法務一四六八号二九頁）。さらにそれを修正した形で、一九九八年六月一日に公表された「企業統治に関する商法等の改正案骨子」においても「同時所有要件」の導入が挙げられている（月刊取締役の法務五一号九六頁（一九九八年））。
- (90) 読売新聞一九九九年三月六日付朝刊。

五 むすび

本稿は、日本法において多重的代表訴訟を認める必要性があるか、ある場合にはいかなる制度となるか、という問題に対して検討を加えた。平成九年（一九九七年）独占禁止法改正により、親会社の所有する子会社株式が重要な資産となる場合も生じうようになる。さらに株式交換制度が導入されれば、株主が自己の意思に基づかないで株式を移転しその代わりに他社の株式を譲り受けるという現象も生じることになる。この二点の状況の変化より、今日では多重的代表訴訟を認めるべき必要性が生じていると結論付けた。

本稿は、まずアメリカ判例法の多重的代表訴訟の経験と学説の展開を概観することで、多重的代表訴訟の制度像を明確化しようと試みた。アメリカ判例法の取り扱いの背景には、親会社を経済実態上一つの企業体と捉える結合企業観があり、近時の連結財務諸表の位置づけの変容から、日本においても多重的代表訴訟を認めるべきとする結合企業観が存在することを指摘した。このことをふまえ、復委任の法理と代表訴訟の法理から重要な子会社の取締役に対する多重的代表訴訟が認められるべきことを明らかにした。

多重的代表訴訟は親会社株主が親会社の代表訴訟提起権を派生的に利用するという法形式を有し、親会社（代表取締役・取締役会）が親会社株主の提訴に対し適正な判断ができないおそれがあるという通常の代表訴訟と同様の事情が存在するために、通常の代表訴訟と同様の状況が生じる。よって多重的代表訴訟の手続については、通常の代表訴訟の手続を応用することで対処すべきといえる。したが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、さらに子会社（監査役）に提訴請求を行うことで多重的代表訴訟の提起が可能となる。提訴後は親会社（代表取締役）と子会社（監査役）に訴訟告知することになるが、それぞれの株主の手続保障の観点から

は訴訟の公告をすべきである。

株式交換制度の導入によって生じる問題に対しても、「同時所有要件」を採用していない現行法の下では、多重的代表訴訟を認めることで対処できる。子会社の旧株主である親会社株主は、株式交換前の子会社取締役の責任については、当該子会社が重要な子会社でない場合にも多重的代表訴訟の提起しうるとすべきである。株式交換前に代表訴訟が提起されていた場合には、提訴株主の投資が継続していることから、当該代表訴訟の係属は許容されるべきである。この時、当該代表訴訟は多重的代表訴訟に変更されることから、親会社（代表取締役）に訴訟告知をし、手続保障をすべきである。

以上のように本稿は、あるべき多重的代表訴訟の制度像を明らかにした。特に株式交換制度の導入によって生じる問題に関しては、「株主権の縮減」が顕著に生じている。このような場面においては解釈論によって現行法の下でも、子会社の旧株主である親会社株主に子会社取締役の責任を追及することを認めるべきである。この点をおしすすめれば、親会社一般についても多重的代表訴訟を解釈論によっても認めるべきであろう。

【追記】一九九九年四月一五日に自由民主党法務部会は、商法改正の要綱案をまとめた。この改正要綱案においては、株主代表訴訟制度における「六ヶ月保有要件」を「同時所有要件」に変更することが提案されている（朝日新聞一九九九年四月一五日付夕刊）。改正要綱案の詳しい内容については、商事法務一五二四号三七頁以下を参照。