

# 「株式併合と株主代表訴訟の原告適格等の帰趨」

——東京地判令和6・3・28金判1700号20頁——

桜 沢 隆 哉

## I. 事実の概要

本件は、株式会社 A（以下「A 社」という）の株主であった X（原告）が、A 社において平成 20 年度から平成 26 年度第 3 四半期までの間に行われた会計処理に関し、A 社の会計監査人の地位にあった Y（被告）が相当の注意を怠り、A 社の連結損益計算書に対して無限定適正意見を表明し、重大な虚偽のある財務書類を重大な虚偽のないものとして証明したことによって、A 社が過年度決算修正に関する費用、上場契約違約金及び課徴金等の損害を被ったと主張して、会社法 847 条 3 項に基づき、Y に対し、同法 423 条 1 項に基づく A 社に対する損害賠償をすることを求めて訴えを提起し、これに A 社の株主であった Z<sub>1</sub> および Z<sub>2</sub>（いずれも X の共同訴訟参加人。以下「参加人 Z<sub>1</sub>」または「参加人 Z<sub>2</sub>」もしくは「参加人ら」とする）が訴訟参加した事案である。

A 社は、平成 27 年 2 月 12 日、証券取引等監視委員会から、同社が受注したインフラストラクチャー関連のプロジェクト等に関して金融商品取引法 26 条に基づく報告命令及び開示検査を受け、自己調査の過程において、一部の案件に係る会計処理について更なる調査を必要とする事項の存在が判明した。

A 社は、平成 27 年 9 月 7 日、平成 20 年度から平成 26 年度までの連結会

計年度において総額 2248 億円の税引前損益の過年度決算の修正を発表した。東証及び名証は、平成 27 年 9 月 14 日、上場契約違約金に関する規定に基づき、A 社に対し、上場契約違約金の支払（東証につき 9120 万円、名証につき 1740 万円）を求めた。A 社は、東証及び名証に対し、上記上場契約違約金を支払った。

金融庁長官は、平成 27 年 12 月 24 日、A 社について、重要な事項につき虚偽の記載がある有価証券報告書を提出したこと等を理由として、合計 73 億 7350 万円の課徴金を国庫に納付することを命ずる旨の決定をした。A 社は、上記決定に従い、上記課徴金を国庫に納付した。

他方、金融庁は、Y に対し、平成 27 年 12 月 22 日、重大な虚偽のある財務書類を重大な虚偽のないものとして証明したとして、契約の新規の締結に関する業務の停止 3 月及び業務管理体制の改善を命ずる旨の処分を行い、平成 28 年 1 月 22 日、21 億 1100 万円の課徴金を国庫に納付することを命ずる旨の決定をした。被告は、上記の課徴金の納付を命ずる旨の決定に従い、上記課徴金を国庫に納付した。

X は、平成 28 年 7 月 20 日、A 社の代表執行役らに対し、同社における平成 20 年度から平成 26 年度第 3 四半期までの間の会計処理について、会計監査人である Y の責任を追及する訴えを提起するよう請求したところ、A の代表執行役らが訴えを提起しなかったことから、X は、同年 9 月 21 日、本件訴えを提起した。なお、Z<sub>1</sub> は、同年 10 月 14 日に、Z<sub>2</sub> は令和 3 年 4 月 9 日に、共同訴訟人として、本件訴訟に参加した。

その後、A 社は、令和 5 年 11 月 22 日開催の臨時株主総会において、同年 12 月 22 日を効力発生日とする、同社普通株式 9300 万株を 1 株に併合する株式併合（以下「本件株式併合」という）を決議し（以下「本件決議」という）、同年 12 月 22 日に、X、Z<sub>1</sub> および Z<sub>2</sub> が保有する普通株式はいずれも一株に満たない端数となり、いずれも株主としての資格を失ったことにより、本件訴訟における原告適格を失った。

## Ⅱ. 判決要旨 却下(控訴)

(1) 「(1) 会社法 847 条 1 項、3 項は、株主代表訴訟を提起することができる者として、6 か月前から引き続き株式を有する株主と規定しているところ、これは株主代表訴訟の原告適格を定めたものと解される。また、同法 851 条 1 項は、株主代表訴訟を提起した株主又は同法 849 条 1 項の規定により共同訴訟人として当該株主代表訴訟に参加した株主が当該訴訟の係属中に株主でなくなった場合であっても、同法 851 条 1 項各号に該当するとき(すなわち、①原告又は参加人が当該株式会社の株式交換又は株式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、②原告又は参加人が当該株式会社が合併により消滅する会社となる合併により、合併により設立する株式会社又は合併後存続する株式会社若しくはその完全親会社の株式を取得したとき)は、その者が訴訟を進行することができると規定しているところ、株主代表訴訟の係属中に当該株式会社の株主でなくなった原告及び参加人は、同項各号に該当するとき以外は原告適格を失うと解するのが同項の文理上自然である。

(2) 以上によれば、株主代表訴訟の原告及び参加人たる株主は当該訴訟の口頭弁論終結時まで株主の地位を保有していることが必要であり、原告及び参加人が口頭弁論終結前に株主の地位を失った場合には、同法 851 条 1 項各号に該当するときを除き、特段の事情のない限り、原告適格を失うものと解するのが相当である。

・・・原告及び参加人らは、原告につき 1000 株、参加人  $Z_1$  につき 1000 株、参加人  $Z_2$  につき 100 株、A 社の普通株式を保有していたところ、令和 5 年 12 月 22 日、A 社の普通株式 9300 万株を 1 株とする本件株式併合が効力を生じたことにより、原告及び参加人らが保有していた A 社の普通株式はいずれも 1 株に満たない端数となり、原告及び参加人らは株主の地位を失ったことが認められる。

そうすると、原告及び参加人らは、口頭弁論終結前にA社の株式併合により株主の地位を失っており、原告適格を失ったものというべきであるから、本件訴え及び本件各共同訴訟参加申出は、不適法であり却下を免れない。」

(2)「ア 原告は、株式併合によるいわゆるスクイーズアウトによって株主たる地位を失わされるに至った場合には、株主たる原告は当事者適格を失わないと主張し、その理由として、①会社法847条1項の規定からすると、会社の行為によって株主たる地位を喪失した場合には当事者適格は存続するという解釈を行うことは十分に可能であること、②本件のような株式併合の場合に株主たる原告が当事者適格を失うとすれば、会社が株主代表訴訟を免れるためのスクイーズアウトが蔓延することになること、③取締役解任請求訴訟や会計帳簿閲覧請求訴訟については、提訴時に法定の株式保有の要件を充足していればよいとされていることを挙げる。

しかし、<sup>(3)</sup>①については、前記(1)で説示したとおり、原告及び参加人が口頭弁論終結前に株主の地位を失った場合には、同法851条1項各号に該当するときを除き、特段の事情がない限り、原告適格を失うものと解するのが相当であり、会社法の規律としては、会社の行為によって株主たる地位を喪失した場合について別の取扱いをすることが想定されているとは解されないこと、②については、会社が株主代表訴訟を不当に免れる目的で株式併合をしたなどの特段の事情が認められる場合には、例外的に個別の救済を図ることが可能であり、本件のような株式併合の場合にも原告適格を失うものと解するとしても、原告が指摘するような状況となるとは解されないこと、③については、取締役解任請求訴訟や会計帳簿閲覧請求訴訟においても、原則として、口頭弁論終結時に法定の株式保有の要件を充足することが必要と解するのが相当であることから、原告の上記主張は採用することができない。

イ また、原告は、仮に原告が当事者適格を失うとしても、一定期間本件訴訟を中断すべきであると主張し、その理由として、原告が、①民事訴訟法124条1項5号にいう「一定の資格を有する者で自己の名で他人のために訴

訟の当事者となるもの」に該当し、あるいは、②同項6号の「選定当事者」に近いといえることを挙げる。

しかし、<sup>(4)</sup> ①については、民事訴訟法124条1項5号にいう「一定の資格を有する者で自己の名で他人のために訴訟の当事者となるもの」は、その当事者適格が自己固有の権利利益に基づかず、一定の資格に結び付いて認められるものをいうと解すべきところ、株主代表訴訟の原告適格は、株主としての自己の権利に基づくものと解されるから、これに当たるとはいえず、②については、株主代表訴訟の原告は選定当事者ではなく、同項6号を類推適用すべき基礎があるともいえないから、原告の上記主張は採用することができない。」

\*筆者注：下線部の番号は筆者が任意に付したものである。

### Ⅲ. 研究

#### 1. はじめに

本件は、A社の株主であるXが、同社の会計監査人の地位にあったY有限責任監査法人が、A社が会計処理に関して任務懈怠があったことにより損害を被った主張して、Yに対して、株主代表訴訟を提起したところ、代表訴訟提起後に、A社において株式併合が行われ、1株に満たない端数となったものである（なお、本件代表訴訟の訴え提起後に、Z<sub>1</sub>およびZ<sub>2</sub>が共同訴訟参加人として本件訴訟に参加している）。このように、本件事案では、株主代表訴訟が係属しているときに、株式併合が行われ、1株に満たない端数となった場合、当該株主代表訴訟の帰趨はどうなるか（原告適格は継続するのか、それとも喪失するのか）が問題となっている<sup>(1)</sup>。

以上の事案について、本判決は、「株主代表訴訟を提起した株主又は同法849条1項の規定により共同訴訟人として当該株主代表訴訟に参加した株主

(1) 本判決の評釈等として、小柿徳武・法学教室532号（2024年）113頁がある。

が当該訴訟の係属中に株主でなくなった場合であっても、同法 851 条 1 項各号に該当するとき……は、その者が訴訟を進行することができる」と規定しているところ、株主代表訴訟の係属中に当該株式会社の株主でなくなった原告及び参加人は、同項各号に該当するとき以外は原告適格を失うと解するのが同項の文理上自然であり、「株主代表訴訟の原告及び参加人たる株主は当該訴訟の口頭弁論終結時まで株主の地位を保有していることが必要であり、原告及び参加人が口頭弁論終結前に株主の地位を失った場合には、同法 851 条 1 項各号に該当するときを除き、特段の事情のない限り、原告適格を失うものと解するのが相当である」と判示する。なお、本判決では、「特段の事情」が認められる場合には、例外的に個別の救済を図ることが可能であると判示する。ここで「特段の事情」とは、会社が株主代表訴訟を不当に免れる目的で株式併合をしたことなどが例示されているが、どのような理論構成で「特段の事情」により原告適格が認められるのかは明らかではなく、また株主または親会社の株主としての地位を有しないのであれば、原告株主は株主代表訴訟における勝訴判決によって経済的利益を得られないのではないとも考えられる。

なお、平成 17 年改正前商法の下で、裁判例や学説が主として議論してきたのは、株主代表訴訟の係属中に、株式移転・株式交換が行われた場合において、親会社株主に代表訴訟の原告適格が認められるか否かであった。それ以外の場合については、これまで裁判例は見当たらず、学説でもとりあげられてきていない。もっとも、原告株主は、株式を売却した場合とは異なり、任意に被告会社の株主資格を放棄したわけではなく、完全親会社の株主として、完全子会社となった会社に関する利害は継続していると考えられる。このことは、株式併合等の会社の行為により自らの意思によらずに、原告株主が株主ではなくなった場合（端株主となった場合）については、会社法に規定はなく、解釈に委ねられている<sup>(2)</sup>。本件は、株式交換・株式移転以外の会

(2) 株式併合等会社の行為により原告株主が端株主となった場合についても同様に考え



社の行為(株式併合)によって株主でなくなった場合にも、会社法 851 条 1 項各号に当たらないときは、特段の事情が認められない限り、株主代表訴訟の原告適格を失うとしている点で意義を有する裁判例である。

そこで、本研究では、従来の裁判例および学説においてとりあげられてきた株式交換・株式移転に関する議論を整理し、平成 17 年会社法の制定後の議論に示唆を得ることによって、株式交換・株式移転以外の会社の行為によって株主資格を失う場合である。本判決の妥当性を探りたいと思う。

## 2. 改正前商法の下での裁判例

改正前商法下では、平成 11 年商法改正により株式交換・株式移転の制度が導入されて以降、株主代表訴訟の係属中に株式交換・株式移転により原告株主が完全親会社の株主となり、完全子会社の株主としての地位を失った場合には、完全子会社の役員等に対する代表訴訟の原告適格を失うとするのが下級審判例である。

まず【1】東京地裁平成 13 年 3 月 29 日判決<sup>(3)</sup>は、A 銀行の株主である X らが、平成 11 年 4 月 19 日に、A 銀行の取締役である Y らに対して、B 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、株主代表訴訟を提起したところ、この代表訴訟が提起された後の平成 12 年 9 月 29 日に、A 銀行を含む 3 銀行の持株会社として、M ホールディングスが共同株式移転により設立され、これにより X

---

ることができる」とされていた。江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第 4 版〕』(有斐閣、2005 年) 739 頁の注(2)参照。

- (3) 金判 1120 号 53 頁。同判決の評釈等として、藤井正夫・判タ臨増 1096 号(2002 年) 134 頁(平成 13 年主要民事判例解説)、高橋英治・商事法務 1719 号(2005 年) 131 頁、吉本健一・判評 516 号(2002 年) 36 頁(判時 1767 号 182 頁)、周劍龍・金商 1127 号(2001 年) 61 頁、加藤勝郎・取締役の法務 104 号(2002 年) 79 頁、佐合美佳・法政論集(名古屋大学) 191 号(2002 年) 245 頁、村上裕・法学(東北大学) 66 巻 4 号(2002 年) 95 頁、鳥山恭一・法セ 561 号(2001 年) 114 頁、大山浩世・法学研究(慶応義塾大学) 75 巻 10 号(2002 年) 111 頁、南隅基秀・札幌学院法学 18 巻 2 号(2001 年) 121 頁、山本忠弘・リマークス 25 号(2002 年) 94 頁参照。

らはMホールディングスの株主となり、A銀行の株主ではなくなった。そのため、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事案である。

上記の事案に関し、東京地方裁判所は次のように判示している。すなわち、「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。……したがって、原告らは、もはや「六月前ヨリ引続キ（興銀の）株式ヲ有スル株主」ではなく、本件株主代表訴訟の原告適格を喪失したと解される。」として、株主代表訴訟を却下した。

次に、【2】東京地裁平成15年2月6日判決<sup>(4)</sup>は、B会社の代表取締役であるYの責任を追及する株主代表訴訟提起後にB会社がA会社の完全子会社となる株式交換が行われたことから、Yが、A会社の株主であるXは本件訴訟の原告適格を失ったとして、その子会社の取締役Yに対し株主代表訴訟を提起し、追行することはできないとして、訴えの却下を求めている事案である。

上記の事案に関し、東京地方裁判所は次のように判示している。すなわち、「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267条1項の解釈においても、法の文理に従った解釈がな

(4) 判時1812号143頁。同判決の評釈等として、坂倉充信・判タ臨増1154号（2003年）196頁（平成15年主要民事判例解説）、南隅基秀・法学研究（慶應義塾大学）78巻8号（2005年）55頁参照。



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 211 条ノ 2、244 条 6 項等）ところ、商法 267 条 1 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 244 条 6 項、263 条 6 項、282 条 3 項）及び会計帳簿等の閲覧等請求権（商法 293 条ノ 8）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 267 条 1 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ものというべきである。……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の地位を失い、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 353 条、354 条、355 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っ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。……とすると、原告は、本件訴えの原告適格を喪失したものとわざるを得ない。」と判示して、上記【1】判決の枠組みと同様に、個別救

済を図るべき特段の事情があれば、原告適格が維持される余地を残している。

さらに【3】名古屋地裁平成14年8月8日判決<sup>(5)</sup>は次のような事案である。M証券（原告。同社はYらに対して訴えの提起を請求した平成11年10月8日の6ヶ月前から継続して）は、T銀行が昭和63年頃から平成3年頃にかけて、顧客に対して実質的に利益保証をして、仮装の有価証券取引に引き込み、その投資資金名目のもとに、融資を繰り返す方法の取引を行った結果、巨額の融資が返済不能になったとして、平成11年7月にT銀行の監査役らに対して、同銀行の取締役Yらに対する責任追及訴訟を提起するよう請求した。この書面は、翌10月8日にT銀行に到達したが、監査役らは、この日より30日以内に上記訴訟を提起しなかったため、M証券は、当該取締役に対して、株主代表訴訟を提起した。ところが、T銀行、S銀行、TS銀行はその翌年の平成12年12月20日および21日に開催された種類株主総会および臨時株主総会において商法364条に基づき、Uホールディングスを設立することを決議した。そしてさらにその翌年の平成13年4月1日に、T銀行、S銀行およびTS銀行の各株主の株式は、Uホールディングスに移転され、翌日Uホールディングスが設立されたという事案である。このように、株主代表訴訟の係属中に株式移転により、既存の会社の原告が株主の地位の喪失した場合に、原告適格が維持されるか否かが問題となる。同判決は次のように判示する。すなわち、「商法267条1項、2項は、株主代表訴訟を提起しうる株主の資格として、「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主」であることを要するものと規定しているところ、その趣旨は、当該会社の取締役の責任を追及することに利益を有するのは当該会社の実質的所有者である株主であることに基づくものであるから、この株式の保有は、訴訟提起の要件であるにとどまらず、訴訟の追行要件でもあり、したがって、当該訴訟の口頭弁論終結時まで継続して満たしている必要があると解される。・・・・・・そ

(5) 判時1800号150頁。同判決の評釈等として、田邊宏康・判タ1158号（2004年）174頁、古川朋子・早稲田法学79巻2号（2004年）233頁、鳥山恭一・法セミ577号（2003年）118頁参照。

うすると、係属中の株主代表訴訟の途中で株式の譲渡等により株主たる地位を喪失した者は、もはや当該会社の取締役の責任を追及することにつき利益を有せず、株主代表訴訟の原告適格を喪失することとなる。」として判断している、

また、その控訴審である【4】名古屋高裁平成15年4月23日判決<sup>(6)</sup>は、「株式移転による完全親子会社の設立の制度を取り入れた場合、当然、完全親会社株主の完全子会社取締役に対する株主代表訴訟提起の可否が問題となるが、商法の改正に際し何らの規定を置かなかった。このことから、上記のような株主代表訴訟の提起は許されない、すなわち二重代表訴訟の採用されなかったことは明らかである。……次に、株式移転による完全親子会社設立前に既に提起されている株主代表訴訟の帰趨も問題となるが、これについても商法の改正に際し何らの規定が置かれなかった。二重代表訴訟を否定したのに、既に提起されている株主代表訴訟の帰趨に関し何らの規定を置かなかったのは、法は上記訴訟の存続を認めない、少なくとも、上記訴訟の存続を積極的に認めるものでないとの立場にあると解される。したがって、上記訴訟を存続させなければならない特段の必要が認められない限り、上記訴訟の存続は許されないと解釈すべきである。……したがって、当裁判所は、上記の問題について解釈の余地がないとまでいうものではなく、現行法の文理を無視しても上記訴訟の存続を認めなければならない特段の事情があるとは認められないので、株式移転によって完全親会社の株主は完全子会社の取締役に対し株主代表訴訟を提起する原告適格を喪失すると解釈したものである。」と判示し、株主代表訴訟係属中に共同株式移転が行われた場合において、原告株主は当事者適格を喪失するとしている。

なお、【4】は、以上の判断に加え、個別救済を図るべき特段の事情について、具体的にどのような事情があれば、原告適格が維持されるのかについて、

(6) 平成14年(ネ)第826号損害賠償請求控訴事件。同判決の評釈等として、森江由美子・法と政治(関西学院大学)55巻3号(2004年)233頁参照。

原審判断である【3】を引用しながら次のように言及している。すなわち、「商法は、株式移転に反対する株主の保護のために、株式買取請求権（371条2項、355条）を認め、株主が株式移転によって経済的損失を被ることに對する手当を用意しており、その場合の、『承認ノ決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格』について、株主代表訴訟によって会社に回復されるべき賠償額を反映させることが困難であることは否定できないが、株式移転が株主代表訴訟の回避を目的として行われたようなごく例外的な場合においては、そのような株式移転は無効となり、株式移転無効確認の訴え（商法372条）を提起することによって是正する途が残されているのである。」として、株式移転無効の訴えが提起されている場合には、原告適格は維持されることを肯定しており、それ以外の場合については、特段の事情はないとする。それについて、「Xは、完全親会社の株主に対して係属中の完全子会社の取締役に対する株主代表訴訟について原告適格の維持を認めても、適法に提起された株主代表訴訟が続行されるだけで、被告取締役にとって予期せぬ応訴負担や不利益が発生したり、濫訴の増加が懸念されることはないと主張する。しかし、Xの主張が事実であるとしても、このような事情は原告適格の維持を根拠づける特段の事情とはいえず、また「Xは、株式移転により子会社の株主でなくなった場合は株主の意思に基づかないで株主の地位を喪失した場合であるから、原告適格を喪失しないと主張する。確かに、株主の意思に基づかずに株主の地位を喪失したことは特段の考慮を要することではあるが、それは上記訴訟を提起できる制度がある場合について妥当する。しかし、二重代表訴訟を認めない制度のもとでは、株式移転により完全親子会社が設立した後は、完全親会社の株主となった者は子会社の取締役に対し株主代表訴訟を提起できないのであるから、株主の地位を喪失したことが意思に基づかないことは、原告適格の存否を判断する場合の重要な要素ではない。」として、「本件において完全親会社のUホールディングスの取締役が、Yらの善管注意義務違反を追及しようとした場合、消滅時効を援用される事態はあ

り得ると主張する。確かに、Xの主張するような事態の生ずることはあり得るであろう。しかし、これは、商法が適切な立法的措置を講じていないための例外的な事柄であり、このことを理由として、上記訴訟の原告適格は喪失しないとするのは相当でない。」

このほかにも株主代表訴訟係属中に株式交換が行われた事案として、【5】東京高判平成15年7月24日判決<sup>(7)</sup>がある。Z社(被控訴人補助参加人)の株主であったX(控訴人)が、Z社の代表取締役であったY(被控訴人)に対して、Z社が設営する百貨店の建物を不動産管理会社Aに賃貸し、A社がこの建物を改修した上で、これをJRAに転貸し、JRAが上記建物に場外勝馬投票施設を開設するという事業を推進するにあたり、Yが①Z社の取締役会に列席した取締役に対し、Z社とA社との間の賃貸借契約の内容及び取引経過等について虚偽の報告をし、かつ、重要な事実を報告しなかったため、上記取締役会において、賃貸借契約の解除を承認するという誤った決議に至らしめ、また②取締役会が上記解除承認決議において付した前提条件が成就していないにもかかわらず、不当に上記賃貸借契約を解除して上記事業を頓挫させ、その結果、補助参加人に対し、上記賃貸借契約により得られたはずの賃料に相当する損害を与えたものであり、上記各行為は取締役としての善管注意義務(商法254条3項〔現会社法330条：筆者注〕、民法644条)に違反すると主張して、商法266条1項(現会社法423条1項：筆者注)、267条〔現会社法847条：筆者注〕に基づき、損害賠償責任を求めた事案(株主代表訴訟)である。原審は、Yに取締役としての善管注意義務に違反する事実は認められないとしてXの請求を棄却したため、Xがこれを不服として控訴したものであるが、控訴提起後、YおよびZ社は、Z社が株式交換により株式会社Bの完全子会社になったことにより、XがZ社の株主の地位

(7) 金判1181号29頁。同判決の評釈等として、荒谷裕子・判評555号(2005年)43頁(判時1885号213頁)、小原将照・法学研究(慶應義塾大学)77巻11号(2004年)119頁、西本強・銀行法務636号(2004年)54頁、西本強・銀行法務644号(2005年)97頁参照。

を喪失して当事者適格を喪失したと主張して、訴え却下を求め、これに対し、Xは、Z社が株式会社Bの完全子会社になったとしても、Xが当事者適格を喪失することはないと主張して、これを争ったものである。

同判決は次のように判示する。すなわち、「株主代表訴訟制度の趣旨、同制度に関する商法267条の規定文言と同法のその他の規定の文言との解釈の整合性の要請、株式交換制度等が導入された際の同法改正の内容等を総合して判断すると、同条は、6か月前から引き続き株式を有する株主に対して、その株式を発行している会社の取締役に対してのみ株主代表訴訟を提起することを認めるものであって、株式交換により完全子会社となった会社の株主が、当該会社の株主の地位を喪失し、完全親会社の株主となった場合であっても、当該株主に完全子会社の取締役に対する株主代表訴訟の提起を認めるものではないと解するのが相当である。そして、この理は、株主代表訴訟の係属中に、これを提起した株主が、上記のような株式交換により、完全親会社の株主となり、当該訴訟の相手方がその取締役であった会社（完全子会社）の株主の地位を喪失した場合であっても同様であり、これにより、当該株主は、当該訴訟の当事者適格を喪失するものというべきである」と判示し、株主代表訴訟係属中に株式交換が行われた場合において、原告株主は当事者適格を喪失するとしている。

以上のように、平成17年改正前商法のもとで、下級審裁判例は、株主代表訴訟の係属中に株式交換・株式移転により、原告株主が完全親会社の株主とされ、完全子会社の株主としての地位を失った場合には、完全子会社の役員等に対する株主代表訴訟の原告適格を失うとする。なお、【3】・【4】のように、その場合でも、「特段の事情」があれば、原告適格は維持されるとする。

### 3. 従来の学説

従来の学説の中でも改正前商法の解釈としては、株式交換・株式移転に関



する上記の下級審判例の取り扱いを肯定するもの<sup>(8)</sup>がみられる。株式交換・株式移転により株主構成が変化し、それにより子会社取締役の責任追及をめぐる利害関係が変化したにもかかわらず、依然として親会社の一株主による訴訟係属を認めることが適切か否かということを理由とする。

それに対して、学説の多数は、このような下級審裁判例における取扱いを否定し、株主代表訴訟の係属中に、株式交換・株式移転が行われた場合には、原告適格の維持を認めるべき「特段の事情」が存在するものとしてきた。その理由とするところは、概ね次のように整理することができる。

第一に、原告が株式を売却した場合等と異なり、任意に株主資格を放棄したわけではない。したがって、訴訟中に株主の地位を失ったのが、その意思に基づくものではなく、会社の一方的な行為による場合には、「株主」であり続けるべきとするものである<sup>(9)</sup>。従来、株式を保有しなくなると原告を失うとされてきたのは、任意に株式を売却したように、提訴資格を自ら放棄した場合であって、株式交換・株式移転といった会社の行為によって一方的に株主の地位を失われた場合には、自ら提訴資格を放棄したとはいえず、同じように原告適格を失うとすべきではないという。

第二に、株式交換・株式移転によって株主資格を失うとはいっても、株式交換・株式移転の実質は組織変更にすぎず、原告株主は、完全親会社の株主になることによって実質的な株主としての利害を当該会社について持ち続けているため、当事者適格の維持を認めるべきであるとするものである<sup>(10)</sup>。そのように、完全親会社の株主となった原告は、株主代表訴訟における原告の

(8) 原強「株主代表訴訟に関する判例と理論(20)」月刊監査役463号(2002年)50頁、小林秀之=近藤光男「株主代表訴訟の新たな展開」小林=近藤編『新版株主代表訴訟大系』(弘文堂、2002年)9頁、坪川弘「株式移転と株主代表訴訟の原告適格」民法法情報208号(2004年)66頁、大山・前掲注(2)111頁参照。

(9) 江頭憲治郎ほか「株式交換・株式移転—制度の活用について」ジュリスト1168号(1999年)115頁[江頭発言]、江頭・前掲注(2)740頁参照。

(10) 江頭・前掲注(2)740頁、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」判タ1085号(2002年)34頁参照。

利益を適切に代表するインセンティブがあるためである。

第三に、完全親会社または完全子会社となった当該会社が責任追及することとは期待できないとする<sup>(11)</sup>。たとえば大和銀行事件にみるように、株式交換・株式移転により、原告株主に代わって株主となる完全親会社は、その経営者が株主代表訴訟の被告であるか、その影響下にある者であるからである。

第四に、株式交換・株式移転では株式買取請求権だけでは救済として不十分であるとする<sup>(12)</sup>。これは、被告取締役等の行為によって対象会社が被った損害が公正な買取価格に反映されない可能性が高いこと、買取請求権による救済では、代表訴訟が目的とする違法行為に対する抑止的効果が期待できないためである。

第五に、原告適格の維持を認めなければ、被告取締役らの責任回避を可能とする<sup>(13)</sup>。このような見解の前提には、原告株主は、完全親会社の株主となって引き続き株主代表訴訟の結果につき間接的に影響を受けるにもかかわらず、それまでの訴訟活動が水泡に帰す結果となることは妥当ではないということがある<sup>(14)</sup>。すなわち、違法行為により会社に損害を与えた取締役等に株式交換・株式移転をしさえすれば、その責任を免れることを可能にし、法令遵守や注意義務を果たすインセンティブを失わせしめることになる。

第六に、原告株主が原告適格を失うとすると、親会社株主により子会社の役員に対する提訴を拒絶した親会社取締役の責任を追及する新たな提訴がなされ、訴訟の繰り返しにより長期化し、問題が複雑化するおそれがある<sup>(15)</sup>。

第七に、株主代表訴訟以外でも株主が共益権の行使をして会社訴訟提訴中に、会社側の一方的行為により提訴資格を奪われることがあるが、そのような場合にも当事者適格を失わないと解釈するものが多く、それとの整合性が

(11) 吉本・前掲注(3)判時 1767 号 184 頁参照。

(12) 吉本・前掲注(3)判時 1767 号 184 頁参照。

(13) 南隅・前掲注(4) 126 頁、新谷・前掲注(10) 35 頁参照。

(14) 株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟 (1)」商事法務 1680 号 (2003 年) 4 頁参照。

(15) 新谷・前掲注(10) 35 頁参照。

らも代表訴訟の原告適格の維持は認めるべきであるとする<sup>(16)</sup>。これは、たとえば、取締役解任訴訟の係属中に新株発行がされ、原告が充たすべき議決権保有要件を割り込んでしまったような場合も、当該訴訟の係属には影響がないと解されている<sup>(17)</sup>。また、帳簿等閲覧請求権を行使したり<sup>(18)</sup>、検査役選任請求権を行使して、訴訟係属中に会社が新株発行によって原告株主の議決権保有要件を割り込んでしまった場合<sup>(19)</sup>も同様であるとされる。もっとも、検査役選任請求権についてはそのような場合に原告適格を喪失するとする見解<sup>(20)</sup>もみられる。

第八に、株式交換・株式移転を法人格が維持されたままの新設合併ととらえれば、合併と同様に考えて、原告適格が維持されることとなる<sup>(21)</sup>。

## 4. 会社法の規定と株主でなくなった者の訴訟追行

### (1) 原告株主資格の喪失と代表訴訟

会社法は、責任追及の訴えを提起した株主または当該責任追及の訴えに共同訴訟人として参加した株主が、当該訴訟の係属中に株主でなくなった場合に、その者による訴訟追行について定めている（会社法 851 条）。すなわち、その者が、当該株式会社の株式交換または株式移転により、当該株式会社の完全親会社の株式を取得したときに、その者による訴訟追行を認めている。

そもそも、代表訴訟係属中に原告が株主資格を失う理由はさまざま考えら

(16) 佐合・前掲注(3)法政論集 191 号 252 頁、山田泰弘「結合企業と代表訴訟 (1)」高崎経済大学論集 45 巻 2 号 (2002 年) 71 頁、74 頁参照。

(17) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法 (6)』(有斐閣、1987 年) 76 頁〔今井潔〕、北沢正啓『会社法〔第 6 版〕』(青林書院、2001 年) 370 頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第 3 版〕』(有斐閣、1992 年) 178 頁参照。

(18) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法 (9)』(有斐閣、1988 年) 178 頁〔和座一清〕、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法〔下〕』(弘文堂、1952 年) 458 頁参照。

(19) 松田＝鈴木・前掲注(18) 458 頁、465 頁参照。

(20) 上柳＝鴻＝竹内編・前掲注(18) 229 頁〔森本滋〕参照。

(21) 関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリ 1223 号 (2002 年) 110-111 頁、古川朋子・前掲注(5) 239 頁参照。

れる。会社法制定以前には、次のような議論がみられた。①訴訟の途中で原告株主が株式全部を譲渡して株主資格を失った場合には、当事者適格を失い、訴えは不適法として却下される（ただし、会社または他の株主が共同訴訟人として参加しているときは、当該訴訟はその参加人によって続行される）。②原告株主が死亡し、または合併により消滅した場合には、訴訟手続は中断し、包括承継人が原告の地位を承継し、代表訴訟を受け継ぐこととなる（民事訴訟法 124 条 1 項 1 号 2 号）。

他方、③代表訴訟係属中に会社が組織再編をすることによって原告が株主資格を失う場合については、平成 11 年商法改正によって株式交換・株式移転制度が創設され、代表訴訟係属中に会社が株式交換・株式移転をした結果、原告が株主資格を失い、代表訴訟が却下されるとの裁判例が相次いだことは前述の通りである。学説は、代表訴訟の被告取締役がその地位を利用して株式交換・株式移転をすることで、当該代表訴訟におけるそれまでの訴訟活動を無にしてしまうことを可能にするものであり、実質的に妥当ではない<sup>(22)</sup>。そこで、学説では、このような場合への対処のために、解釈論として多重代表訴訟を認めるべきであるということや、代表訴訟係属中に会社が株式交換・株式移転をした場合には原告株主は当事者適格を失わないとしてきた<sup>(23)</sup>。

会社法 851 条は、上記のうち後者の考え方に基づいて、代表訴訟係属中に会社が株式交換・株式移転をした場合、合併をした場合には、一定の要件の下で、原告株主による訴訟追行を認めている<sup>(24)</sup>。ここで一定の要件とは、原告株主が当該株式会社の完全親会社の株式を取得したときであり、株式交換等の対価が完全親会社以外の会社の株式や金銭であるとき、株式移転の対価が社債等であるときには、これに含まれない。その理由は、代表訴訟の判決は、会社に既判力を及ぼし、原告以外の株主にも影響を与えるため、代表訴

(22) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14) 45 頁参照。

(23) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14) 5 頁参照。

(24) 岩原紳作編『会社法コンメンタール (19)』（商事法務、2021 年）603 頁〔伊藤靖史〕参照。

訟の原告適格は、代表訴訟を真摯に遂行することを期待することができる資格を有する者に限って認められるべきであり、組織再編によって原告が当該株式会社の株主でなくなったとしても、当該株式会社の完全親会社の株主としての地位を有するのであれば、当該代表訴訟の結果によって原告が組織再編後の株式の価値も左右されることになる<sup>(25)</sup>。そのため、原告が完全親会社の株式を取得する場合には原告適格は失われないとする<sup>(26)</sup>。

## (2) その他の理由により株主資格を喪失した者の訴訟追行

株主代表訴訟の原告株主がその意思によらずに会社の行為によって株主資格を失う場合として、会社が株式交換等をする場合のほか、株式併合や株式強制消却をする場合、単元株制度について議論<sup>(27)</sup>がみられる。会社法制定により、会社法 851 条 1 項が定めているように、代表訴訟の原告株主（責任追及等の訴訟に参加した株主）が当該訴訟の係属中に株主でなくなった場合には、原則として、原告適格を失うが、例外として、株式交換等の後も原告が実質的に株主としての利害関係を有している場合には、原告適格を失わないとする。

なお、株主であることが原告適格の要件とされる訴訟は代表訴訟に限られず（たとえば会社法 828 条、831 条 1 項）、代表訴訟以外の会社訴訟については、会社法 851 条に相当する規定は置かれていない<sup>(28)</sup>。この点につき、会社法 851 条の規定は、当然の事理を定めたものであり、株主であることが原

(25) 岩原編・前掲注(24) 605 頁〔伊藤〕参照。

(26) なお、山田泰弘「企業再編対価の柔軟化と株主代表訴訟」立命館法学 296 号（2004 年）90 頁以下、103-104 頁では、会社法制定前から原告株主がその意思によらずに、会社の行為によって株主資格を失うことだけで原告適格の維持要件としては十分であるとされている。

(27) 岩原編・前掲注(24) 609 頁〔伊藤〕、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 1671 号（2003 年）36 頁以下、43 頁、株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14) 13 頁参照。

(28) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14) 13 頁-15 頁では、代表訴訟以外の会社訴訟も含めて、こうした問題を検討している。

告適格の要件である他の訴訟にも類推適用されるとする見解がある<sup>(29)</sup>。そのため、この見解によれば、株式併合や取得条項付株式・全部取得条項付種類株式の取得によって原告株主が株主資格を失う場合には、実質的な利害関係を有しなくなるため、原告適格を失うこととなるが<sup>(30)</sup>、他方で、取得条項付株式・全部取得条項付種類株式の取得対価に完全親会社の株式が含まれる場合には、原告適格は失わない<sup>(31)</sup>。

### (3) 訴訟法的な観点

民事訴訟法理論では、株主代表訴訟は、第三者（株主）の利益保護のために第三者に他人（会社）の権利関係について訴訟追行権の行使を認めた、いわゆる狭義の法定訴訟担当であるとされている<sup>(32)</sup>。そのため、株主であることが、法定訴訟担当の担当者としての資格であり、かつ原告適格の要件となり、その受けた判決の効果が被担当者たる会社にもおよぶための要件となっている（民事訴訟法115条1項2号）。そして、民事訴訟法は、訴訟承継主義をとっていることから、株主代表訴訟の提訴中に原告が株主資格を失うと、株主代表訴訟の原告適格も失うものとされている<sup>(33)</sup>。

民事訴訟法49条ないし51条は、訴訟物の譲渡等の紛争主体の変動があった場合に、それを訴訟に反映させて、承継人を当事者として、訴訟に加入さ

(29) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表＝上村達男＝川村正幸＝神田秀樹＝永井和之＝前田雅弘＝森田章編『逐条解説会社法・第9巻』（中央経済社、2016年）314頁〔三浦治〕、江頭憲治郎『株式会社法〔第9版〕』（有斐閣、2024年）528頁の注(8)参照。

(30) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14)14頁参照。なお、東京地判平成16・5・13判時1861号126頁は、民事再生に伴う100%減資により代表訴訟の口頭弁論終結時までに原告株主が株主の地位を失った場合には、減資の前提となる新株発行についての株主総会決議の取消訴訟を提起しても、決議取消判決が確定するまでは、決議は有効であるため、原告適格を失うとして、株主代表訴訟を不適法却下した。

(31) 奥島孝康＝落合誠一＝浜田道代編『新基本コンメンタール・会社法3』（日本評論社、2009年）449頁〔山田泰弘〕、酒巻＝龍田編集代表・前掲注(29)314頁〔三浦〕参照。

(32) 伊藤真『民事訴訟法〔第8版〕』（有斐閣、2023年）202頁、瀬木比呂志『民事訴訟法〔第2版〕』（日本評論社、2022年）178頁、新堂幸司『民事訴訟法〔第6版〕』（弘文堂、2019年）292頁など参照。

(33) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14)9頁参照。



せ、前主の訴訟上の地位を承継させるという考えをとっている。この点、株主代表訴訟と同様に狭義の法定訴訟担当とされる債権者代位訴訟において、原告債権者が債権者の地位を失った場合にも、訴訟承継主義を理由として、当事者適格を失うとしている<sup>34)</sup>。株主代表訴訟係属中の原告適格の喪失の場合も、同様の考えを前提としている。

こうした訴訟承継主義の下では、原告株主が会社の行為によって株主ではなくなり、原告適格を失った後に、それに代わって、会社が訴訟参加の申出をすれば株主代表訴訟は継続される(民事訴訟法 49 条、51 条)。それに加えて、被承継人たる従来の原告株主も、訴訟当事者として会社に対し訴訟引受けの申立てを行うことができる(民事訴訟法 50 条、51 条)<sup>35)</sup>。

民事訴訟法 124 条 1 項 5 号に関する多数説によれば、株主代表訴訟の原告株主は、「他人のために訴訟当事者」となる者ではなく、自己の権利に基づいて訴訟当事者となる場合であるとして、会社の行為による株主代表訴訟の原告適格の喪失は、民事訴訟法 124 条 1 項 5 号の「一定の資格を有する者で自己の名で他人のために訴訟当事者となるものの死亡その他の事由による資格の喪失」に該当しないとする<sup>36)</sup>。この見解によれば、原告株主が訴訟引受けの申立てを行って会社に株主代表訴訟を承継させることとなる。

他方、少数説によれば、株主代表訴訟は株主の共益権に基づく訴訟担当であることを理由として、民事訴訟法 124 条 1 項 5 号の適用を受け、訴訟手続が中断されて、「同一の資格を有する者」が受継しなければならないとする<sup>37)</sup>。この場合、民事訴訟法 124 条 1 項 5 号の「同一の資格を有する者」として、受継するのは、会社の行為により、当該会社の株主となった者一株式交換・株式移転であれば、当該会社の唯一の株主となった完全親会社一である。

34) 大阪地判昭和 45・5・28 下民集 21 巻 5 = 6 号 720 頁。

35) 最判昭和 52・3・18 金融法務事情 837 号 34 頁。

36) 兼子一＝松浦馨＝新堂幸司＝竹下守夫『条解民事訴訟法』(弘文堂、1986 年) 738 頁、瀬木・前掲注32) 234 頁、新堂・前掲注32) 442 頁参照。

37) 伊藤・前掲注32) 280 頁の注(6)、鈴木正裕＝青山善充編『注釈民事訴訟法(4)』(有斐閣、1997 年) 73 頁〔佐藤鉄男〕参照。

## 5. 本判決の検討

以上の整理をもとに、本判決を検討したい。

第一に、原告株主が自らの意思で株式全部譲渡した場合には、原告株主は原告適格を失うこととなるが、原告株主が自らの意思に基づかずに会社の行為により株主の地位を失った場合にも原告適格は失うこととなるのかが問題となる。この点、判旨(1)が述べているように、株式交換・株式移転により完全親会社の株式を取得する場合または合併により新設会社または存続会社の株式を取得するといった会社法851条1項各号に該当するときは、実質的に株主としての利害を有しており、原告適格は失われえないとする。これらについては、前出「2」の裁判例により、原告適格が失われるとする裁判例が出てきたことから、立法的な対処がなされたものである<sup>(38)</sup>。それ以外の場合(株式併合、全部取得条項付種類株式の取得などの場合)については、そのような規定がおかれていないことから、解釈に委ねられている。学説は、851条各号に該当するとき以外は、原告適格は失われるとしている<sup>(39)</sup>。これに対して、株主代表訴訟の有する抑止機能を重視して、原告適格がなお存続するものとすべきとの見解もみられる<sup>(40)</sup>。

第二に、判旨(2)は、株主代表訴訟において、株主である資格は、会社に対して訴えの提起の請求をする時から(その請求を要しないでただちに訴えを提起しうる場合には訴えの提起時から)、訴訟の終了に至るまで継続して有していなければならないとされている<sup>(41)</sup>。本件で、Xは、平成28年7月20日にA社代表執行役らに対して会計監査人Yの責任を追及する訴えを提起するよう請求(提訴請求)をしているが、A社代表執行役らが60日以内に訴えを提起しなかったことから、同年9月20日に本件株主代表訴訟を提起している。ところが、その後、A社は令和5年11月22日に臨時株

(38) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(14)参照。

(39) 岩原編・前掲注(24)609頁〔伊藤〕、江頭・前掲注(29)521頁参照。

(40) 山田・前掲注(26)104頁、109頁参照。

(41) 大隅＝今井・前掲注(17)273頁参照。

主総会を開催し、同年12月22日を効力発生日とする株式併合を決議したことから、原告および参加人の保有していたA社株式は、いずれも1株に満たない端数となり株主の地位を失った。参加人らの口頭弁論終結時点は令和5年11月13日との主張に対して、本判決は、令和6年2月29日と解しており、その時点まで原告らは株主としての地位を有していなかったこととなる<sup>(42)</sup>。

第三に、判旨(3)は、株式併合によるスクイーズアウトによって株主たる地位を失わせるに至った場合には、原告株主は、原告適格を失わないとの主張に対する判断である。すなわち、会社法851条1項各号に該当するときを除き、「特段の事情」がない限り、原告適格を失うものとし、「特段の事情」としては、会社が株主代表訴訟を不当に免れる目的で株式併合をした場合などがあげられている。これは前出「2」の裁判例のうち【3】および【4】にあるように「株主代表訴訟の回避を目的として行われたようなごく例外的な場合」を「特段の事情」と解している<sup>(43)</sup>。もっとも、不当な目的の立証は原告株主側にあることから、その立証には困難が伴うこととなる。なお、判旨(3)の③は、取締役解任請求訴訟や会計帳簿閲覧請求訴訟について、提訴時に法定の株式保有要件を充足していればよいとの原告の主張に対する判断であるが、訴訟要件は、訴訟成立の要件ではなく、本案判決がなされるための要件であることから、訴訟要件は口頭弁論終結時において具備される必要が

(42) この点は、参加人Z<sub>2</sub>の主張に対する裁判所の判断の中で明らかにされている。すなわち、「参加人Z<sub>2</sub>は、本件訴訟における実質的な口頭弁論終結時点は令和5年11月13日であるから、口頭弁論終結時点を同日より後の時点として、訴え却下の判決をすることは許されないと主張する。……しかし、本件訴訟で令和5年11月13日に口頭弁論期日は開かれておらず、令和6年2月29日の口頭弁論期日において口頭弁論が終結されているのであって(顕著な事実)、令和5年11月13日を口頭弁論終結日と解することはできないから、参加人Z<sub>2</sub>の上記主張は採用することができない。」

(43) 検査役選任請求権に関する事例であるが、少数株主権要件を当初は満たしていたものの、その後の新株発行によってそれがみだされなくなったという事案である。最決平成18・9・28民集60巻7号2634頁は、「当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的で新株を発行したなど」を特段の事情と解している。小柿・前掲注(1)113頁参照。

ある<sup>(44)</sup>。したがって、この部分に関する判旨も当然の判断を示したことになる。

第四に、判旨(4)については、多数説の立場からは、株主代表訴訟は自己の権利に基づいて訴訟当事者となるものであることから、民事訴訟法124条1項5号には該当しないと解される<sup>(45)</sup>。また、選定当事者とは、権利関係の主体である多数人が存在し、かつそれらの者の間に共同の利益が認められる場合、それらの者の中から全員のための訴訟追行をすべき者として選定されたものである<sup>(46)</sup>。したがって、本判決の述べるように、民事訴訟法124条1項5号の「同一の資格を有する者」にも選定当事者にも該当しないことになる。

以上のように解すると、会社法851条1項各号以外の場合(株式併合、全部取得条項付種類株式の取得などの場合)については、会社法に規定がされていないことから、解釈に委ねられているが、そのような立法がなされていない以上、本判決の結論に疑問はなくはないが、文理上も自然な解釈を示したものと考えられる。もっとも、会社法851条が定める以外の会社の行為については、今後も解釈に委ねられることになるから、議論が深められることが必要となろう<sup>(47)</sup>。

---

(44) 伊藤・前掲注(32)180頁参照。

(45) なお、少数説によれば、株主の共益権に基づく訴訟であることを理由に、資格に基づく訴訟担当として、同号の適用を受けることとなり、したがって訴訟手続が中断され、同一の資格を有するものが受継する。そのため、この見解によれば、株主代表訴訟が中断し、会社に受継させることとなるが、当該会社が真摯に代表訴訟を進行するとも限らず、十分な解決とはならないと思われる。

(46) 伊藤・前掲注(32)207頁参照。

(47) 小柿・前掲注(1)113頁参照。