

# 組織再編行為無効の訴えにおける 株主の原告適格

土田 亮

---

|     |                    |    |
|-----|--------------------|----|
| I   | はじめに.....          | 36 |
| II  | 原告適格に関する規程と学説..... | 38 |
| III | 検討.....            | 43 |
| IV  | おわりに.....          | 51 |

---

## I はじめに

組織再編行為の手続、内容に瑕疵がある場合には、株主および、取締役、監査役等は、組織再編行為の無効を求める訴えを提起することができる(会社法828条)。合併において消滅会社株主が存続会社に収容される場合のように、組織再編行為の当事会社の株主の地位が変動したときに、当該株主がどのような資格で組織再編行為の効力を争う訴えの原告適格を有するののかという点については従来から学説の対立が存在していた。しかし、現行会社法の制定以前においては、組織再編行為によって地位の変動を受ける株主のほとんどは、相手方当事会社(合併であれば存続会社・新設会社、株式交換・株式移転であれば完全親会社)に収容されることから、各学説の結論における実質的差異はそれほど大きくはなく、その対立はどちらかといえば純理論的なものであったといえることができる。

新会社法は、いわゆる対価の柔軟化を行うとともに、組織再編無効の訴えの原告適格に関する規定の整備を行い、組織再編行為に際して株式買取請求権を行使したり、金銭、社債等の対価を受領したりして株主の地位を離れた者にも明文で原告適格を認めた(会社法828条2項7号8号)。

株主がいわゆる監督是正権を行使するについては、行使される権限に応じて株主要件が定められている。この株主要件については行使の時点でこれを満たしていることが必要とされるだけでなく、明文の規定はないものの、訴訟の場面においては口頭弁論終結時もしくは判決確定時まで株主要件が維持されなければならないと一般に解されている<sup>(1)</sup>。会社法828条は、組織再編行為の効力発生日の時点で株主であった者については、その地位を離れてもなお原告適格が維持されることを規定しており、従来の株主の監督是正権の規定には見られなかった規定となっている。また、この会社法828条の規定については、立案担当者から、効力発生日現在の当事会社株主については、爾後に任意に第三者に株式を譲渡したような場合であっても原告適格は失われないとの見解が示されている。株主が監督是正権を行使するにあたって、新株発行や組織再編行為などもつばら会社側の事情によって株主要件が満たされない状態に至った場合に、なお原告適格を維持すべきかどうかについては議論があり、会社法制定前には株主代表訴訟の係属中になされた株式交換・株式移転によって株主が原告適格を失うかどうか<sup>(2)</sup>が争われたり<sup>(2)</sup>、検査役選任請求(商法294条)後に新株予約権の行使によって持株比率が低下した場合の請求の帰趨が争われたりしている<sup>(3)</sup>。しかし、株主が任意に株式を譲渡した場合にも原告適格が維持されとの見解は、株主の監督是正権について従来示されたことの無いものである。

会社法828条7号ないし12号が商法の規定をそのまま引き継がずにこのような規定となった理由が、対価柔軟化にともない組織再編行為の対価として金銭等の交付を受けて会社から離脱した元株主に原告適格を認める点にあることは疑いがなく、この点からは妥当な改正であるといえることができる。しかし他方で、同条の規定は組織再編行為の効力を争うことについて正当な利害関係を有する株主・元株主を、必ずしも適切にカバーしていないように思える。すなわちこの規定は、組織再編行為無効の訴えを起こすことについて、利害関係をすでに喪失した者に原告適格を与える一方で、無効の主張をすることについて利害関係を有する者すべてに原告適格を与えてはいないのではないかとと思われるのである。

新会社法においては、組織再編行為と株主の監督是正権に関してもうひとつ規定が置かれることとなった。合併および株式交換・株式移転によって株主が存続会社、完全親会社に移転したとしても、係属中の株主代表訴訟についての原告適格は失われないと規定する会社法851条である。この点については会社法制定前に、判例が相次いで株主が原告適格を喪失したとして訴えを却下したのに対し、原告適格は失われないと解すべきであるとの学説が圧倒的多数を占めていた。本条の新設は、商法下の判例の結論とは異なる取扱いを明文化したものと考えることができ、学説上異論はほとんどないものと思われる。ただし、本条の適用範囲が株主代表訴訟に限られるのか、それとも株主による他の監督是正権の行使場面にも類推適用が可能なのか——本稿との関係でいえば、たとえば株主による合併無効の訴えの係属中に存続会社が株式移転を行って当該株主が完全親会社に収容された場合に、係属中の合併無効の訴えの原告適格が維持されるのかどうか——という点についてはいまだ確たる議論はなされていない。

本稿では、以上のような問題意識に基づき、会社法828条2項7号以下の組織再編行為無効の訴えの原告適格を定める規定の検討を通じて、組織再編無効の訴えの原告適格をどのような株主(元株主)に与え、原告適格を維持するためにはどの時点までその地位にある必要があるのかについての検討を行う。

なお以下では、会社法制定前(平成17年改正前)の商法については単に改正前商法と記載するとともに、組織再編に関係する株主について、組織再編行為の当事会社の株主であった者(会社法828条2項にいう効力発生日に株主であった者)を「当事会社株主」、組織再編行為後に新たに株主の地位に就いた者を「新株主」と呼称する。また、本稿で論じる問題の性質上、組織再編行為のうち、主として株主の移転が生じうる合併および株式交換・株式移転を取り上げること<sup>(4)</sup>、株式会社間の組織再編行為を念頭に置いた検討であることをお断りしておく。

## II 原告適格に関する規程と学説

### 1 規定の変遷

(1) 改正前商法は、長い間、組織再編行為については合併の規定を持つのみであったが、平成11年改正で株式交換・株式移転制度が、平成12年改正で会社分割制度が導入された。

これらの組織再編行為の無効を求める訴えについては、改正前商法104条以下に合名会社に関する合併無効の訴えの規定が置かれ、株式会社の組織再編行為については、個別の規定を設けるほか、共通する手続等に関する部分は商法105条以下を準用することとしていた。原告適格については、合併無効につき改正前商法415条2項が「各会社ノ株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人又ハ合併ヲ承認セザル債権者」と定めたほか、新設分割につき改正前商法374条ノ12が「各会社ノ株主、取締役、監査役、清算人、破産管財人又ハ分割ヲ承認セザル債権者」と規定し(同377条ノ28第3項で吸収分割に準用)、株式交換につき改正前商法363条2項が「各会社ノ株主、取締役、監査役又ハ清算人」と規定していた(同372条2項で株式移転に準用)。

(2) 会社法は、組織再編無効の訴えの原告適格について、従来の規定を改め、以下のような規定(会社法828条2項7号~12号)を置くこととした。

- ① 吸収合併 効力発生日に各当事会社の株主等<sup>5)</sup>であった者、  
存続会社の株主等、破産管財人、合併を承認しなかった債権者。
- ② 新設合併 効力発生日に各当事会社の株主等であった者、  
新設会社の株主等、破産管財人、合併を承認しなかった債権者。
- ③ 吸収分割 効力発生日に当事会社の株主等であった者、  
当事会社の株主等、破産管財人、分割を承認しなかった債権者。
- ④ 新設分割 効力発生日に分割会社の株主等であった者、  
分割会社・新設会社の株主等、破産管財人、  
分割を承認しなかった債権者。
- ⑤ 株式交換 効力発生日に当事会社の株主等であった者、  
当事会社の株主等、破産管財人、株式交換を承認しなかった債権者。
- ⑥ 株式移転 効力発生日に株式移転会社の株主等だった者、  
新設会社の株主等。

それぞれの規定から明らかなように、基本的には組織再編行為の効力発生日の時点で組織再編行為の当事会社の株主等であった者、および効力発生後の会社の株主等で

ある者に原告適格が付与されている。

会社法がこのような明確な形で原告適格を規定した理由は、対価が柔軟化された点にある。後述するように、改正前商法下においては組織再編行為を機に株主が会社から離脱する場面はきわめて例外的であり、前記各学説のいずれによったとしても、結論に大きな差は生じなかった<sup>(6)</sup>。しかし、会社法の下では、組織再編の対価は存続会社、完全親会社に限定されず、結果として株主が組織再編の当事会社から完全に離脱することが想定されている。これらの当事会社株主は、組織再編行為について「株主総会の承認決議等の… 手続に関与」したものであり、また「自己の保有株式について… 権利関係の変動を直接に受けた者である」ことから、組織再編行為で株主の地位を失ったか否かにかかわらず、「自己の固有の利益として」組織再編無効の訴えの原告適格が与えられるべきことになり<sup>(7)</sup>、会社法328条2項はこのことを明文で定めたものである。

## 2 学説

(1) 改正前商法下においては、組織再編に際して交付される対価は株式が原則であり(改正前商法409条2号、410条2号、374条2項2号、374条の17第2項2号、353条2項2号、365条2号)、組織再編行為の結果として株主が組織再編行為後の存続会社・新設会社の株主の地位から離脱することは例外的な者であり、株主が株式買取請求権行使した場合、または組織再編比率(株式の交換比率)の関係で持株が1株未満となる場合に限られていた。そのため、組織再編無効の訴えについても、組織再編前の株主が組織再編行為によって原告適格を有しなくなるという事態は例外的であった。そのこともあり、組織再編無効の訴えの原告適格についての議論は、もっぱら「各会社ノ」という文言の解釈をめぐるものであった。

合併無効の訴えに関する議論において、商法104条および415条の「各会社ノ」という文言の意義については、以下の3つの見解が示されていた。

(イ) 合併当事会社であるとする説 この見解は、合併の主体が各当事会社であるとするならば合併無効も当事会社のみが主張しうるものであり、法が与えた提訴権についても合併以前の株主としての資格であると解する<sup>(8)</sup>。この見解によれば、合併期日の時点で合併当事会社の株主であったことが株主要件になり合併後の会社の株主であるかどうかは問われない。逆に、合併後に新たに株式を取得した株主は合併の効力を争うことはできない。取締役についても同様に解することになる。本稿では当事会社説と呼称する。

(ロ) 合併後の存続会社・新設会社であるとする説 合併無効の訴えの被告適格は合

併後の存続会社または新設会社にあること<sup>(9)</sup>、また合併無効判決には遡及効がないことから、消滅会社株主に原告適格を与えることは適切でないとする。また、合併の無効は一面では存続会社の増資または新設会社の設立を争う者であるから、当該存続会社・新設会社の株主に原告適格が与えられているとも説明される<sup>(10)</sup>。この説によれば、合併無効の訴え提起時点で合併後の会社の株主である者のみが原告適格を有することになる。また、当該株主は訴訟終結まで株主要件を満たしていることが必要となる<sup>(11)</sup>。本稿では存続会社説と呼ぶ。

(ⅳ) 合併当事会社と合併後の会社のすべてを含むとする説 (ⅱ)の存続会社説と同様に合併後の会社の株主に原告適格を与えるほか、(ⅴ)と同じく合併当事会社株主にも原告適格を与える。その理由としては、「各会社」には合併当事会社も含む(合併後の会社は当然含まれる)と解しないと、合併当事会社の株主、取締役等、会社債権者で、合併後の会社の株主、取締役等、債権者とならなかった者の救済が図れないこと<sup>(12)</sup>、合併を承認しない債権者についてはこのように解しないと実益がないこと、商法104条2項の文理解釈、等をあげる<sup>(13)</sup>。現在の会社法828条2項はこの見解に基づいた規定であると考えることができる。本稿では包含説と呼ぶ。

(2) 以上の学説を比較検討してみると、改正前商法下の学説としては包含説の立場が妥当であるように思われる。すなわち、改正前商法下においても、例外的とはいえ株式買取請求権を行使した株主や、合併比率の関係で持株数が1を割った株主等が存在しうるのであり、存続会社説に立つとこれら株主の救済手段が確保されないことになる。他方、当事会社説に立つと、合併後に株式を取得した株主については合併の無効を主張し得ないという不都合が生じる。合併後に株主の地位に就いた者については合併の効力を争わせる必要はないとの立場もあり得ようが、仮に株主についてはそのような立場が正当であるとしても、改正前商法415条2項の規定構造から、原告適格を合併当事会社の関係者に限定すると、合併後に就任した取締役、監査役についても合併無効の訴えの原告適格が付与されないことになるのであり、これは妥当であるとはいえないであろう。

(3) 上記の議論は、いつの時点の株主に原告適格を与えるかという、いわば原告適格を基礎づける地位の始期に関する議論であった。他方、合併無効の訴え提起後いつの時点まで株主の地位についている必要があるか、すなわち地位の終期に関する議論はどのようであったかを整理をしてみる。上記の議論に比してこちらの点に関する議論は概して低調である。

当事会社説はかならずしもこの点を明確にしないが、同説は当事会社の株主だったことのみを要件としていることから、理論的帰結としては、訴えの提起・追行の時点でどのような地位にあるかは問われないことになるはずである。よって、組織再編によって存続会社・新設会社に収容された株主が、その後さらに株式併合、合併、株式交換等がなされて当該会社の株主の地位を失ったとしても、最初の組織再編行為に関する無効の訴えの原告適格は失われないことになる。他方、組織再編後に同人が任意で株式を譲渡した場合であっても、(すでに株主としての地位を失ったにもかかわらず)組織再編無効の訴えの原告適格が維持され、株式の譲受人は株主であっても組織再編無効の訴えを起こすことはできないことになるように思われる。

存続会社説では、合併後の存続会社・新設会社の株主であることが要求されるから、訴え提起の時点はもちろんのこと、その後の訴訟追行の場面でも常に株主要件を満たしていることが必要となる。株主が任意に株式を譲渡した場合には当然に原告適格は失われる。爾後の株式併合、合併、株式交換等などの株主の事情に基づかない株主の地位からの離脱に関しては特段の議論はなされていない。おそらく株主代表訴訟と同様の解決を模索することになるのであろう。

包含説の見解によると、当事会社株主であってかつ合併後にいおいても存続会社・新設会社株主の地位にある者は、合併前の当事会社株主と合併後の会社の株主という二つの地位を兼ねることになるが、この見解の趣旨が、合併に際して離脱した株主や、合併によって退任した取締役等の訴権を確保する点にあることからすれば<sup>14)</sup>、合併後の会社において引き続き株主、取締役等の地位にある者は、合併後の会社の株主、取締役等の地位に基づいて訴えを起こすことしかできないと解するのが自然であろう。すなわち、包含説の見解に立つ場合、合併によって会社から離脱した者については当事会社説、それ以外の者については存続会社説と結論を同じくすることになるものと思われる。

### 3 会社法下の議論

(1) 組織再編の効力を争う訴えの原告適格の維持するために、いつの時点まで株主要件を満たしておく必要があるかという点については、会社法の制定に際して明文の規定は置かれず、改正前商法と同様に依然として解釈にゆだねられていると解される。この点については、会社法制の現代化に関する要綱試案、会社法制の現代化に関する要綱案のいずれの段階においても特段の言及はなされていなかったが、要綱案段階の解説において、「組織再編行為後も原告株主の会社に対する利害関係が継続し、かつ組

組織再編行為によって当該訴訟の訴えの利益が消滅することがない限り、当該株主は原告適格を喪失しないと解すべきである」との見解が示されていた<sup>(15)</sup>。

(2) 他方、会社法成立後になされた立案担当者の解説では、従来の学説とは大きく異なった解釈が提示された。すなわち、株主が持株要件を満たさない状態になった場合、当該株主が当事会社株主であるか、組織再編行為後の株主であるかによって取扱いを分け、前者については持株要件を満たさなくなってもなお原告適格が維持される一方、後者については原告適格が失われるとする。

(i) 当事会社株主 立案担当者によれば、当事会社株主は、「その株主が訴訟係属中に当該会社の株主でなくなったとしても、原告適格を失わ」ず、「訴訟継続前に株主でなくなった」場合であっても、組織再編行為の「無効を主張し、株主である地位を回復するために、原告適格が認められる」。このように解すべき理由として立案担当者は、前述のように、当事会社株主は合併手続に関与し、かつ、自己の保有株式について、合併による権利関係の変動の影響を直接に受けた者であるから、その後、株主としての地位を失ったかどうかにかかわらず、自己の固有の利益として、合併の瑕疵を主張する利益を有する、との点をあげる<sup>(16)</sup>。この立案担当者の見解によれば、当事会社株主は、①組織再編行為時に、存続会社・新設会社、または完全親会社株式以外の対価を交付されて当事会社から離脱した場合、②組織再編において存続会社・新設会社、または完全親会社株式を交付されたが、その後さらに組織再編行為等が行われて、非自発的に最初の組織再編における存続会社・新設会社、または完全親会社の株主の地位を失った場合、③組織再編において存続会社・新設会社、または完全親会社株式を交付されたがその後株式を自発的に譲渡して株主の地位を離れた場合、のいずれであっても原告適格が維持されることになる。

このような立案担当者の見解は、会社法828条7号以下の文言に忠実な解釈であるといえるが、従来の商法学説にはない考え方であるのはもちろん<sup>(17)</sup>、要綱案段階で検討の俎上に上っていた気配もない。よって、立案担当者がこのような見解を持つに至った理由については推測するほかないが、その根底には対価の柔軟化があるものと考えられる。すなわち、会社法の下では組織再編の対価は相手方会社の株式に限られず、相手方会社の新株予約権・社債はもちろんのこと、金銭や無関係の会社の株式等の財産でもかまわないこととなった。当事会社株主が組織再編に際して金銭を交付された場合を例にとると、株主が交付された金銭を費消したからといって当該株主の組織再編無効の訴えの原告適格が失われるわけではない。相手方会社株式は、会社法下で認

められているさまざまな対価のなかのひとつなのであって、金銭やその他の対価と区別して取り扱う必要性はないから、たとえば当該株主が株式を売却した場合であっても原告適格が失われることはない。このように考えているのではないか。

(ロ)新株主 組織再編後に株主となった者の原告適格については、株主の地位を離れば原告適格は失われる。その理由は、組織再編後の株主に組織再編無効の訴えが認められているのは、「株主による経営監督機能が期待」されたものであるからとされている。この見解によれば、組織再編後の株主は、①再度の組織再編等がなされて非自発的に株主の地位を失った場合、②株主が自発的に株式を譲渡した場合、のいずれにおいても組織再編無効の訴えの原告適格を喪失することになる。

後述するように、会社側の事情によって非自発的に株主でなくなった者の原告適格の帰趨については、他の株主の監督是正権行使の場面で多く問題になっているが、少なくとも株主が自発的に株式を譲渡した場合に原告適格が失われる点については従来の商法学説と異なるところはない。ただしその理由付けは従来の学説とは異なったものであるように思われる。改正前商法下では、当事会社株主、組織再編後の株主のいずれについても、もっぱら組織再編の効力を争う実質的利益の有無が問題とされており、経営監督機能という視点から組織再編の効力を争う権限を跡づけてはいなかったからである。

### III 検討

#### 1 当事会社株主の原告適格

(1) 上述のように立案担当者によれば、当事会社株主は、理由の如何を問わず、株主としての地位を離れてもなお組織再編無効の訴えの原告適格を維持することになる。このような解釈は、従来の商法学説からしても、改正の過程の議論からしても唐突なものに思えるが、それ以上にその内容においても問題のあるものであるように思われる。当事会社株主が組織再編後に任意に株式を譲渡したような場合には、立案担当者がいうように株主の地位を離れてもなお原告適格が維持できるとの考え方には疑問があり、むしろこのような場合には原告適格が失われると解すべきなのではないだろうか<sup>18)</sup>。

(2) 当事会社株主が組織再編に際して金銭などの対価を交付されて離脱した場合、もしくは株式買取請求権を行使して会社から離脱した場合、これらの者は組織再編無効の訴えを提起する時点ですでに消滅会社、存続会社いずれの株主でもないことになるが、これらの者に組織再編の効力を争わせることについては問題はない。立案担当

者が述べるように、これらの者は組織再編による権利の変動を直接に受けた者であるし、仮に組織再編行為に瑕疵がある場合には、これを無効にすることによってこれらの者は組織再編前の当事会社株主の地位に復帰することになるからである。なおこの場合、これらの者が交付された対価を費消したかどうかは原告適格を与えるべきであるかどうかには直接は関連しないと考えるべきであろう<sup>(19)</sup>。

他方、当事会社株主が存続会社等の株式を対価として交付された場合には、当事会社株主が対価として交付された株式を保有している場合に原告適格が維持されることは疑いが無いが、当該株式を第三者に譲渡したような場合に、株主の地位を離れた後にもなお原告適格が維持されるとの結論は妥当であるとは思われない。仮に、組織再編行為が無効とされた場合であっても判決には遡及効がなく(会社法839条)、株式譲渡の効力には影響しないから、組織再編前の各当事会社の株主の地位に就くのは、組織再編後に当該株式を譲り受けた者であって、株式を譲渡した当事会社株主ではないのだから、このような者に組織再編の効力を争わせる意味はない。当事会社株主が一般的に、立案担当者のいう「自己の保有株式について…権利関係の変動の影響を直接に受けた者」に該当するとしても、株式を第三者に譲渡した以上、当該株式についての「権利関係の変動の影響」は譲受人に承継されるのであって、譲渡の時点で当事会社株主は、「影響を直接に受けた者」ではなくなるというべきである。

このことは会社分割の場面ではさらに顕著になる。いわゆる分社型分割が行われた後に分割会社株主が株式を第三者に譲渡した場合を考えると、当該株主は分割の「効力発生日に株主であった者」であるから、株式譲渡後もなお会社分割無効の訴えを提起できることになるが、はたしてこのような解釈が妥当だと言えるであろうか。分割無効判決が確定すると分割は将来に向かって無効になり、分割会社は交付された株式を承継会社に返還し、承継会社からは分割された事業が分割会社に返還されることになるが、これは原告には何らの法的、経済的な変動を生じさせるものではない。にもかかわらず効力発生日に株主だったことのみをもって分割無効の訴えの提起・追行を認めるとの解釈は明らかに妥当ではない。このような場合には、株式を譲渡した時点で分割無効の訴えについての原告適格は失われると解するべきである。

結局、株式を第三者に譲渡した当事会社株主にはもはや組織再編行為の効力を争うべき利益は存在しないのであるから、当事会社株主が対価として存続会社等の株式を交付された場合には、当該株主は組織再編後に株式を取得した新株主と同様に扱う方が妥当であるということになる。

ただし、たとえば当事会社株主が第三者に株式を譲渡した後に組織再編行為の瑕疵

を知り、株式譲渡について錯誤無効を主張するような場合には、例外的に当該当事会社株主に組織再編無効の訴えの原告適格を認めるべきである。組織再編の無効は訴えによって主張することが必要であるから(会社法828条)、錯誤を理由として株式譲渡の無効を主張する訴訟の中で組織再編の効力を争うことはできず、あらかじめ別訴で組織再編行為の無効判決を得なければならないからである。この場合には、仮に組織再編行為が無効とされれば株式譲渡も錯誤で無効となる可能性があり、譲渡人である当事会社株主が株主の地位に復帰することとなるから、このような者が組織再編の効力を争うことは認めるべきであろう。

(3) 以上の議論から、会社法828条7号ないし12号の「効力発生日に株主であった者」という要件は、原告適格が認められるための必要条件に過ぎず、十分条件ではないことがわかる。当事会社株主が株主としての地位を離れた後に組織再編の効力を争うためには、効力発生日に株主であったことに加え、組織再編無効の結果が自らに帰属すること、換言すれば組織再編が無効とされた結果として自らが組織再編行為前の当事会社の株主の地位に復帰しうることが必要とされると解すべきことになる<sup>(20)</sup>。

## 2 組織再編後の新株主の原告適格

(1) 新株主の組織再編無効の訴えの原告適格については、前述のように立案担当者の解説によれば、組織再編後に存続会社・新設会社または完全親会社株式を取得して株主となったものは、株主の地位を離れると組織再編無効の訴えの原告適格を失うと説明されている。よって当事会社株主の場合のように、株式譲渡後もなお原告適格が維持されるかどうかという問題は生じない。しかし一方では、本来は組織再編の効力を争わせるべきではないかとの疑問が生ずるシチュエーションも考えられる。たとえば、組織再編後の新株主の提起した組織再編無効の訴えの係属中にさらに合併、株式交換・株式移転が行われた場合、当該株主は係争中の会社の「株主」ではなくなるが、このような場合に原告適格が失われて組織再編無効の訴えが却下されることが妥当かどうかは疑問である。

ここで問題になるのは、株主が監督是正権を行使するに際して、主として会社側の事情で株主要件を満たすことができなくなった場合に、なお当該人物が監督是正権を行使することができるかどうかという問題であり、組織再編無効の訴えに限ったものではなく、さまざまな監督是正権の場面で従来から議論されてきた問題である。改正前商法下を含め、権利行使と株主要件の維持に関する主要な議論を列挙すると以下のようになる。

(イ)総会招集請求権(会社法297条) 株主要件は議決権の100分の3(公開会社は6ヶ月間保有要件)。株主要件の維持については、当該総会の終結までとする学説と、裁判上行使する場合には裁判確定のときまでとする学説がある<sup>(21)</sup>。

(ロ)株主提案権(会社法303条、305条) 持株要件は議決権の100分の1以上または300議決権以上(公開会社は6ヶ月間保有要件)。株主要件の維持については、基準日までとする見解、取締役会が招集通知の記載内容たる議事日程を決定するまで、総会終結時点まで、提案内容によって基準日あるいは総会終結時まで、とする見解がある<sup>(22)</sup>。

(ハ)検査役選任請求(会社法358条) 株主要件は総議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上。株主要件は裁判確定時まで維持されなければならない。請求後に会社側の事情によって持株比率が低下した場合については、学説には請求は適法なまま維持されとする見解があるが、判例は反対の見解を示す<sup>(23)</sup>。

(ニ)帳簿閲覧権(会社法433条) 持株要件は議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上。株主要件は閲覧・謄写のときまで維持されていなければならない<sup>(24)</sup>。

(ホ)組織に関する行為の無効の訴え(会社法828条) 設立無効、募集株式発行無効、新株予約権発行無効、減資無効、組織変更・組織再編無効の訴えである。株主要件は単独株主権であり、判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。

(ヘ)株主総会決議取消訴訟(会社法831条) 単独株主権。判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。

(ト)株主代表訴訟(会社法847条) 持株要件は単独株主権(公開会社は6か月保有)で、判決確定時または口頭弁論終結時まで維持されなければならない。ただし、会社法851条によって、訴訟提起後に会社が合併、株式交換・株式移転を行って原告株主が存続会社または完全親会社に収容された場合には原告適格は失われない。

(チ)取締役解任の訴え(会社法854条) 株主要件は議決権の100分の3以上または発行済株式総数の100分の3以上(公開会社は6か月保有要件)。株主要件の維持については判決確定時まで必要とされるが、新株発行によって所定の割合を割った場合には影響を受けないとの見解が有力である<sup>(25)</sup>。

(2) これらの監督是正権のうち近時問題となったのは、(ト)の株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われて株主が親会社に収容された場合、および(ハ)の検査役選任請求の訴訟係属中に新株予約権の行使がなされて持株比率が低下した場合である。

前者については、改正前商法下において株式交換・株式移転制度が導入された後に頭

在化した問題であり、株主代表訴訟係属中に株式交換・株式移転が行われて原告株主が親会社株主となった場合に、係属中の株主代表訴訟について従前の株主がそのまま訴訟を追行できるかどうかの問題となったが、判例はいずれもこのような場合には従前の原告株主は原告適格を失い、訴訟は不適法なものとして却下されるべきであると判示した<sup>(26)</sup>。これに対して学説は判例の結論を強く批判し、原告適格は維持されるべきであると主張した<sup>(27)</sup>。結果的にこの問題は会社法に明文の規定を設けることにより解決したが(会社法851条)、会社側の事情によって株主要件が満たされなくなった場合における、株主の監督是正権の行使について、判例と学説の考え方の違いが明らかになった。

後者は、原々審が裁判確定時まで持株比率を維持する必要があると判示したのに対して原告が、株主が何ら関与しない事情によって検査役選任請求権の帰趨が左右されるのは不合理であり、少数株主権を認めた法の趣旨に沿わないとして原告適格を認めたところ、最高裁は原審の判断を覆し、持株比率の変動原因が会社にあるかどうかを問わず、「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何度の特段の事情がない限り、上記申請は、申請人の適格を欠くものとして不適法」と判示し、特段の事情の有無を判断させるために原審に差し戻した<sup>(28)</sup>。学説は本件決定についても批判的なものが多い<sup>(29)</sup>。

後者の最高裁決定については、事由の如何を問わずに形式的に持株比率が要件を割り込めば原告適格失われる理由が示されていないこと、特段の事情の範囲が明らかでないことなど疑問点も多いが、詳細な検討については別の機会に譲ることにしたい。仮に本件決定が正当なものであるとしても、その射程は少数株主権(単独株主権を含む)として行使される監督是正権一般をカバーするものではなく、一部の少数株主権に限定され则认为るからである。

(3) 上記(2)で列举した株主の監督是正権についてみると、ほぼすべてにおいて、裁判外の行使の場合は実際に権限行使が実現した時点(たとえば株主による総会招集請求の場合、請求時点ではなく実際に総会が開かれて終結した時点)、訴訟の場合には判決確定時または口頭弁論終結時まで株主要件が維持されていることが要求されている。ただし、募集株式の発行や組織再編行為などの会社側の事情によって株主要件を満たさなくなった場合のことが、必ずしも各論として意識されているわけではない。これは、株主要件の維持の要求の理由が必ずしもひとつではなく、各権利の行使の効果との関連で<sup>(30)</sup>複合的に考察すべきものであることを示すのではないかと考えられる。上に列举した監督是正権を、行使の効果という観点から整理することを試みてみると、

ラフな分類ではあるが、以下のような整理が可能ではないだろうか。

(イ) 会社に義務のない作為を求めるもの 株主総会招集請求、株主提案権、検査役選任請求、帳簿閲覧権等が該当する。これらの監督是正権は、会社が本来義務を負わない行為について、少数株主に、会社に対する作為請求を認めるものである。本来であれば、これらの行為を行うかどうかは会社経営陣の裁量に任されているが、少数株主の請求によって経営陣の判断にかかわらず請求された業務執行を行う義務が会社に生じることになる。

(ロ) 会社の違法状態を直接に是正するもの 会社法828条1項各号に規定される組織に関する無効の訴え、株主総会決議取消の訴え(会社法831条)が該当する。これらの監督是正権は、会社意思決定、業務執行が手続的、内容的に違法・不当である場合に、株主が裁判を通じてその是正を図るものである。これらに規定されている瑕疵ある会社の行為は強行法規違反として無効な行為であり、本来は利害関係のあるものは誰でもその無効を主張することが許されるはずであるが<sup>31)</sup>、法律関係の安定、濫用的な訴訟の防止等の目的から、訴えによってのみ主張することができることとし、提訴権者、提訴期間等を定めて、無効、取消の主張を制限しているものである<sup>32)</sup>。

(ハ) 不当な多数決の結果を修正するもの 取締役解任訴訟および株主代表訴訟が該当する。前者は株主総会における解任議案否決という意思決定を少数株主によって覆すことを認めるものであり、後者は役員等に対する責任追及(損害賠償請求)を行わないという経営陣の意思決定を覆すものである。いずれの制度も、本来は多数決原理にしたがって決定されるべき意思決定について、取締役の責任追及における特殊性、すなわち取締役解任の場面では多数派に選任された取締役を多数派が庇う、株主代表訴訟の場面では同僚である経営陣が責任追及を懈怠するという構造的な危険性に対応する制度である<sup>33)</sup>。

**(4) (i)** このように株主の監督是正権を分類してみると、検査役選任請求についての原告適格を否定した前掲最高裁決定は、少なくとも一般論としては必ずしも不当であるとはいえないように思われる。すなわち、上記(イ)の類型における株主要件の最大の意義が株主による濫用的な請求を抑制するとの点にあること疑いないが、検査役の選任などの場面では、それ以外にも、誰に結果を帰属させるのが妥当であるのかという別途の考慮が働くのではないが<sup>34)</sup>。たとえば帳簿閲覧権についてみれば、会計帳簿という企業の内部情報を閲覧できるのは一定以上の利害関係を会社に対して有する株主に制限することが妥当であり、請求の時点ではなく、実際に会計帳簿を閲覧する時点で

100分の3の株主要件を満たしていることが必要と解するのが正当であって、たとえ会社側の事情で持株比率が低下したとしても、そのことを理由に持株比率を割り込んだ株主に会計帳簿の閲覧を認めることは原則として(会社側が会計帳簿の閲覧を妨害するために持株比率を低下させたというような事情のない限り)許すべきではないことになる<sup>(35)</sup>。株主総会招集請求、株主提案権についても、総会が招集され、自分の提案が審議されることの利益はもっぱら請求株主に帰属するものであるから、これについても請求の時点ではなく、実際に利益が現実化する株主総会の時点まで株主要件を維持することを強く求めることも肯定されよう。このような視点からすると、検査役選任請求について学説に異論が多いのは、検査役選任という行為によってもたらされる利益が、請求した株主のみならず広く一般の株主にも帰属しうるものであることに起因するのではないと思われる。すなわち、検査役選任請求に際しては「会社の業務執行に関する不正の行為」の存在が要求されていることから(会社法358条1項)、仮に裁判所が請求を認めるべきであると判断すべき事情があるとすれば、それは会社に是正されるべき違法が存在する蓋然性のあることを示すのであり、検査役が事態を明らかにすることによって、結果的に会社に存在する違法が是正される道が開かれることになる。そうすると検査役選任請求に理由がある場合には、選任請求は上記(ロ)の各監督是正権もしくは取締役解任訴訟と類似の性質を有することになるから、必ずしも検査役選任請求という利益が生じる時点まで厳格に株主要件の維持を求める必要はなく、単に請求の時点で株主要件を課すことで濫用を防げば足りるということも可能であろう。

(ii) 一方、上記(ロ)の類型については、株主要件は法的関係の安定、利害関係人の保護のために主張権者を制限する意味しか持たないものであるから、基本的には、訴えの提起時に株主要件を満たしていれば、株主要件を定めた目的は達成されることになる。その後については、株主が任意に株式を第三者に譲渡したような場合については、株主要件の潜脱であるからこれを許す必要はないが、主に会社側の事情で株主要件を満たさなくなった場合についても、利害関係が継続している限りは、帳簿閲覧権の場合のように原告適格を否定すべきであるという結論には直ちには至らないということになる。

(iii) (ハ)であるが、これは上記(イ)と(ロ)の中間に位置する監督是正権と位置づけることができる。取締役解任訴訟および株主代表訴訟が提起される場面では、多数は株主と少数派株主の意向が対立する状態にある。解任訴訟についていえば、多数派は取締役には解任すべき事由は存在しないと考えて総会で解任提案を否決するが、少数派は解任すべき重大な理由があると考えている。この場合に一定の要件の下で多数決原理

を修正して少数派株主の意思を優先させる制度が取締役解任訴訟の制度だと考えられる。解任という効果が生じた場合にその利益はもっぱら原告株主に帰属するから、上記(イ)の類型に近いともいえる。しかし会社法854条所定の事由が存在し、当該取締役は職を解かれるべきであるにもかかわらず総会で解任決議が否決されるというのは、多数決が濫用された結果、是正すべき違法な状態が会社に生じていると考えることもでき、そのような場合には当該決議は修正されてしかるべきであり、株主による解任訴訟は違法な状態の是正を求める監督是正権の発動と考えることもできる。学説が解任訴訟に総会決議の修正という性質を見いだしたうえで会社側の事情による持株比率の低下が原告適格に影響しないと解しているのは、そもそも解任を否決した総会決議は修正されてしかるべきであるとの考えが背後にあるのではなかろうか。

株主代表訴訟については、解任訴訟における取締役の行為の違法性といったような要件は定められておらず、会社に対する提訴請求後60日が経過すれば訴訟を提起することができる。そのため解任訴訟に比べると違法状態の是正という色彩は薄いということもできる。前述の、株式交換による原告適格の帰趨に関する各判例<sup>(36)</sup>は形式的に株主資格を失ったことで原告適格を喪失するとしたことから、株主要件を満たさなくなった者に訴訟追行を継続させることが妥当であるかどうかということについての実質的な判断は裁判の場ではなされず、最終的には会社法851条によって立法的解決が図られることになった<sup>(37)</sup>。同条は、株主代表訴訟という場面において、会社側の事情によって株主要件が満たされなくなった場合に、実質的な利害の継続があればなお係属中の訴訟についての原告適格が維持されることを規定する。本条があることによって、株主代表訴訟については、少なくとも組織再編によって生じる株主要件喪失の場面では、検査役選任請求に関する前掲最高裁決定のような結論は導かれないことになる。株主の監督是正権としての株主代表訴訟制度の位置づけが、義務のない作為を求める監督是正権と、違法状態を是正し本来あるべき状態への復帰を求める監督是正権の中間にあるという本稿の立場からみると、会社法851条は、検査役選任請求に関する前掲最高裁決定の射程の限界を画する働きをするということができよう。すなわち、会社法851条が存在する以上、少なくとも上記(ロ)に分類される監督是正権については、結果が確定するまで理由の如何を問わず株主要件を維持すべきであるとの結論はおおよそ導かれることはなく、同条の趣旨により、会社側の事情で株主要件を満たすことができなくなった場合であっても、原告株主に訴訟を継続することについての利益が存在する限り原告適格は失われないと解すべきことになる。

会社法851条のカバーする範囲については、株主代表訴訟に限定されとの見解が

示される一方<sup>38)</sup>、同条は株主代表訴訟の他に、株主であることが原告としての要件である他の訴訟に類推適用されるとの見解も主張されている<sup>39)</sup>。本稿の立場からすれば後者が正当であることになる。加えて、同条は合併および株式交換・株式移転の結果として株主要件を満たさなくなった場合の規程であるが、それにとどまらず、株式併合によって持株数が1を割り、その結果として株主要件を満たさなくなった場合についても、同条を類推適用して原告適格の維持を認めるべきであると考ええる。

(5) 以上の検討から、組織再編無効の訴えの係属中に会社側の事情によって株主要件を満たさなくなった場合については、会社法851条を類推適用して原告適格はなお維持されると解するべきである。ただし株主代表訴訟における場合と同じく、原告株主が訴訟を継続することについての利益を失ったような場合には原告適格は失われることになる<sup>40)</sup>。

#### IV おわりに

組織再編の効力を争う訴えの原告適格に関する規程は、改正前商法の「各会社ノ株主」という漠然とした規程から、当事会社株主と新株主それぞれについて別個に規程を設けるというかたちで一新された。しかしながら、改正の検討過程においても、改正後においても、規程のそのものについても、規程の解釈について十分な検討がなされてきたとはいえないように思われる。少なくとも立案担当者のいう、当事会社株主であって組織再編後に引き続き存続会社等の株主の地位にある者について、たとえ任意に株式を第三者に譲渡したとしても依然として組織再編の行為を争うことが可能であるとの解釈については妥当性を欠くものであるといわざるを得ない。立案担当者の考え方にしたがえば、たとえば合併に際して消滅会社株主に存続会社株式を交付する場合には、合併前の消滅会社株主の地位と合併後の存続会社株主との地位には継続性があるのであって、合併を争う際に、合併前の消滅会社株主としての資格と合併後の存続会社株主としての資格と2つの株主資格を有することになり、株主が株式を譲渡した場合には、2つの資格が譲渡人と譲受人に分属することになるが、このような構成が本当に妥当なのかどうかは疑問である。

むしろ、本稿で検討したように当事会社株主であることに基づいて組織再編の効力を争えるのは、組織再編が無効となった場合に当事会社株主の地位に復帰できる者であると単純に考える方が結論としてはより妥当である。この基準によれば、訴え提起の時点で株主の地位にない者が原告適格を認められるのは、組織再編に際して株式以外の対価を交付されたり株式買取請求権を行使した者に限られ、ごくごく例外的に、

組織再編無効を原因として株式譲渡の無効を主張するような場合にのみ対価として株式を交付された後に任意に株主の地位を離れた者の原告適格が認められることになる。

本来であれば、組織再編行為の効力を争う訴えについては、株主のほかに取締役、監査役等の原告適格についても検討すべきであるし、合併の存続会社、分割における各会社、株式交換における完全親会社の株主についてもさらに深い考察をすべきであるが、残念ながらこれらの点については十分な検討をすることができなかった。これらの点については他日を期したい。

---

【註】(1) 口頭弁論終結時とするものとして、上柳克郎ほか『新版注釈会社法(1)』(有斐閣、昭和60年)437頁〔小橋一郎〕、江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系4』(青林書院、平成20年)270頁〔山口和宏〕。判決確定時とするものとして、上柳克郎ほか『新版注釈会社法(5)』(有斐閣、昭和61年)328頁〔岩原紳作〕(株主総会決議取消訴訟)等。

(2) 東京地判平成13年3月29日判例時報1748号171頁ほか。

(3) 最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁。

(4) 会社分割の場合、株式買取請求権を行使する場合を除けば、当事会社株主が金銭等の対価を受領して株主の地位を離脱することはない。

(5) 株主等とは、株主、取締役、監査役、執行役、清算人を指す(会社法828条2項1号)。

(6) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(13)』〔小橋一郎〕(有斐閣、平成2年)247頁。

(7) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』〔別冊商事法務295号〕(商事法務、平成18年)214頁。

(8) 田中耕太郎『改訂会社法概論 下巻』(岩波書店、昭和30年)560頁。

(9) この点については、合併においては自明のことであるが(消滅会社は合併無効の訴えの場面では存在しない)、株式交換・株式移転や会社分割の場合にも同様に解してよいと直ちにいうことができたかどうかは疑問が残るところである。ただし、新会社法は被告適格を明文で規定しており、この問題は立法的に解決済みである(会社法834条7号~12号)。

(10) 小野木常＝小橋一郎「合併無効の訴え」商事法務174号26頁。設立無効の訴えにおいては、設立後の株式取得者に原告適格があり、設立時株主であっても設立後にその地位を離れた者には原告適格が与えられないことを示し、合併無効も同様の性格を持つとする。なお、同じ見解に立つものとして、石井照久「株主総会決議の瑕疵」田中耕太郎編『株式会社法講座III』(東京大学出版会、昭和31年)965頁以下、早川登「株式会社法上の訴(1)」名城法学8巻3号20頁。

(11) 上柳ほか・前掲注(1)『新版注釈会社法(1)』〔小橋〕437頁。

(12) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣、平成6年)521頁、竹内昭夫編(弥永真生補訂)『株式会社法講義』(有斐閣、平成13年)723頁、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第3版〕』(有斐閣、平成16年)682頁等。

(13) 上柳ほか・前掲注(1)『新版註釈会社法(1)』〔小橋〕437頁。

(14) 鈴木＝竹内・前掲注(12)521頁。

(15) 江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説〔III〕』商事法務1723号9頁。株主代表訴訟における会社法851条は、この見解にそった条文であるといえることができる。なお江頭教授は同条につき、同様の状況にある場合に広く類推適用するべきであるとされる(江頭憲治郎『株式会社法(第2版)』(有斐閣、平成20年)452頁)。

(16) 相澤哲編『一問一答 新会社法』(商事法務、平成17年)248頁。

(17) 前述のように、当事会社株主に原告適格を認める学説も、当事会社株主が存続会社・新設会社に収容されたのちに、自発的に株式を譲渡したような場合にまで原告適格の維持を認めてきたとは解されない。

(18) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅱ〔第2版〕』(判例タイムズ社、平成20年)708頁は、このような場合にも原告適格を与えるべきかどうかは検討の余地があると述べる。

(19) ただし、当事会社株主が金銭でない対価を交付されてこれを費消した後に組織再編が無効となった場合に、当該当事会社株主が株主の地位に復帰できるかどうかについては別途の検討が必要になろう。たとえば当事会社株主が相手方会社の社債を交付されこれを売却した場合に、組織再編無効の結果、当事会社株式を再度交付されるにあたり、交付された社債を返却しなければ株式を交付されないのか、それとも相当額を支払うことによって株式の交付を受けることができるのか、現状では明らかではないのではないのか。

(20) 要件としては効力発生日に株主であったことで足り、株式の譲渡等の事情がある場合には訴えの利益がないとして当事会社株主の請求を排斥すれば足りるとの考え方もあり得るかもしれないが、①当事会社株主が存続会社・新設会社または完全親会社株式を対価として受領した後に株主の地位を離れた場合には原則として組織再編の効力を争わせるべきではないから、原告適格を認めた上で訴えの利益を問題にするよりは原告適格を認めない方が自然であること、②形成の訴えについては法の規定に基づいて訴えを提起すれば原則として訴えの利益は認められ、訴訟係属中の訴訟外の事実の変動によって権利関係が過去のものとなった場合に訴えの利益が失われると解されていることからすれば(伊藤眞『民事訴訟法 第3版3訂版』(有斐閣、平成20年)152頁)、訴訟提起前に株式を譲渡したような場合にはそもそも法の規定としてそのような者に形成の訴えを起こさせるべきではないこと、などからすれば原告適格として組織再編無効という結果の帰属を要求する方が妥当である。なお、たとえば株主総会決議取消訴訟に関して、総会決議によって解任された(元)取締役は会社法831条の規定にかかわらず決議取消訴訟の原告適格を有すると考えられているが、この場合も元取締役一般に原告適格を認めるのではなくて、解任という、決議の結果の影響を直接被る場合にのみ特に原告適格を認めている。江頭・前掲注(15)340頁。

- (21) 上柳ほか・前掲注(1)『新版注釈会社法(5)』〔河本一郎〕110頁。  
 (22) 上柳ほか・前掲注(1)『新版註釈会社法(5)』〔前田庸〕79頁。  
 (23) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(9)』〔森本滋〕(有斐閣、昭和63年)229頁。  
 (24) 上柳ほか・前掲注(23)〔和座一清〕208頁。  
 (25) 上柳克郎ほか『新版注釈会社法(6)』〔今井宏〕(有斐閣、昭和60年)75頁。  
 (26) ①東京地判平成13年3月29日判例時報1748号171頁、②名古屋地判平成14年8月8日判例時報1800号150頁、③東京地判平成15年2月6日判例時報1812号143頁、④東京高判平成15年7月24日判例時報1858号154頁(①事件の控訴審)。

(27) 上記各判決に批判的な論稿は非常に数が多い。①判例に関するものとして、鳥山恭一「判批」法学セミナー561号114頁、周劍龍「判批」金融・商事判例1127号61頁、吉本健一「判批」判例評論516号〔判例時報1767号〕182頁、南隅基秀「判批」札幌学院法学18巻2号121頁、佐合美佳「判批」名古屋大学法政論集191号245頁、山本忠弘「判批」私法判例リマークス25号〈2002年〔下〕〉94頁、村上裕「判批」法学〔東北大学〕66巻4号95頁、高橋英治「判批」商事法務1719号131、②判例について、鳥山恭一「判批」法学セミナー577号118頁、古川朋子「判批」早稲田法学79巻2号233頁、田邊宏康「判批」会社法制の現代化構想の再検討〔判例タイムズ臨時増刊1158号〕174頁、③判決につき、坂倉充信「判批」平成15年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊1154号〕196頁、南隅基秀「判批」法学研究〔慶應義塾大学〕78巻8号55頁、④判決につき、西本強「判批」銀行法務21第48巻10号54頁、荒谷裕子「判批」判例評論555号〔判例時報1885号〕213頁。またこれらの裁判についての評釈以外にも株式交換・株式移転によって株主代表訴訟の原告適格は失われないことを述べるものが多かった(拙稿「多重株主代表訴訟の法構造についての一考察」名城法学53巻1号73頁注(64)記載の文献参照)。逆に原告適格は失われると解するものとして、大山浩世「判批」法学研究〔慶應義塾大学〕75巻10号111頁、藤井正夫「判批」平成13年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊1096号〕134頁、(①判例の評釈)、小原将照「判批」法学研究(慶應義塾大学法学研究会)77巻11号119頁(④判決の評釈)があるほか、立案担当者からも同様の見解が示されていた。江頭憲治郎=武井一浩=川西 行=原田晃治〔座談会〕「株式交換・株式移転—制度の活用について」ジュリスト1168号115頁〔原田晃治発言〕。

(28) 最決平成18年9月28日民集60巻7号2634頁。

(29) 大塚和成「判批」銀行法務21第51巻2号47頁、鳥山恭一「判批」法学セミナー627号118頁、周劍龍「判批」金融・商事判例1265号51頁、絹川泰毅「判批」ジュリスト1336号108頁、黒沼悦郎「判批」金融・商事判例1268号14頁、高木康衣「判批」法学論集(九州国際大学法学会)14巻3号166頁、根本伸一「判批」明治大学法科大学院論集2号131頁、小出篤「判批」判例評論584号〔判例時報〕1974号207頁。決定を妥当とするものとして、来住野究「判批」信州大学法学論集9号331頁。

(30) 黒沼・前掲注(29)17頁。

(31) 取締役会決議の瑕疵については特段の規程がないことから事由の如何を問わず無効であり、主張権者、主張期間、主張方法には制限がないと一般に解されている。上柳ほか・前掲注(25)『新版注釈会社法(6)』〔堀口亘〕116頁。また、決議無効・不存在確認の訴え、新株発行不存在確認の訴えについても主張権者、主張期間、主張方法の制限はない。

(32) 江頭・前掲注(15) 111頁(設立無効の訴え)。

(33) 解任訴訟が総会決議の修正としての性格をもつことにつき、上柳ほか・前掲注(25)『新版注釈会社法(6)』〔今井宏〕76頁、株主代表訴訟の本質が責任追及をしないという意味決定を覆す点にあるとする見解につき、拙稿「株主権としての株主代表訴訟(二・完)」上智法学論集41巻3号229頁以下参照。

(34) 来住野・前掲注(29) 338頁も同様の趣旨か。

(35) 上柳ほか・前掲注(23)〔和座〕208頁。ただし請求から相当の後に会社が閲覧を許容した場合には、その間の新株発行等会社側の事情で株主要件を満たさなくなった場合であっても閲覧・謄写を認めるべきであるとされる。会社は株主から閲覧・謄写請求があった場合には拒絶理由がない限り遅滞なく閲覧・謄写をさせなければならないはずで、当該株主は持株比率が低下する前に閲覧できたはずであるとの理由による。また閲覧請求が裁判で争われる場合も同様の考慮から判決確定時に株主要件を満たしていれば足りるとされる。

(36) 前掲注(26)参照。

(37) 前掲注(26)の各判示は株主でなくなったことから機械的に原告適格を否定する。また来住野・前掲注(29) 337頁も、当事者適格は本案判決を求めることができる資格であり、法定の持株要件を下回った場合に明文の規定なくして原告適格の継続を認めることはできないとする。しかしながら、株主代表訴訟提起権も、裁判所に対する検査役選任請求権も、訴権であると同時に実体法上の株主権を構成するものでもある。会社法上の解釈として、条文中に明示されていない者にも監督は正権の行使を認めるべきであるとの結論が得られるのであれば、明文の規定がないことを理由に原告適格を否定することは妥当ではないように思われる。たとえば株主総会決議で解任された取締役は、取締役としての地位を失ってもなお当該決議の取消訴訟の原告適格を有すると解されているが(東京地判昭和31年12月28日下民集7巻12号3095頁等)、これは決議取消訴訟を形成訴訟であると構成することによって生じる不都合を回避するために、解釈によって解任後の取締役を取締役に含めるとの解釈の結果である。

(38) 平成20年度日本民事訴訟法学会シンポジウムにおいて笠井正俊教授がこのような趣旨の報告をされている。

(39) 江頭・前掲注(15) 452頁。

(40) 江頭・前掲注(15) 452頁。同頁では、株主代表訴訟係属中に株式交換があり原告株主が親会社社債を交付された場合には、利害が継続しなくなるため原告適格が失われるとされる。株主代表訴訟の場面ではこのように解することが妥当であるが、組織再編無効訴訟については別途の考慮が必要な場面もあるように思われる。たとえば、合併無効の訴えの係属中に株式交換が行われて原告株主が完全親会社の社債を交付された場合、原告株主としては無効な合併を前提として行われた株式交換にも瑕疵があると考えるはずであり、前提となる合併の無効を瑕疵として株式交換無効の訴えを提起する

ことはあり得ると考えるべきである。その場合には、株式交換無効の訴えのなかで先行の合併の無効を主張することはできないから、この者にはなお原告適格があると解すべきではないか。