

| | |
|--------------|---|
| Title | 多重代表訴訟における子会社役員の実質的考察 |
| Author(s) | 柳, 伸之介 |
| Citation | 阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 599-625 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/60183 |
| rights | |
| Note | |

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

多重代表訴訟における

子会社役員の実質的考察

柳 伸之介

— はじめに

今日の大企業は単体ではなく多くの子会社群を構成する企業グループとして事業活動を営んでいる。本稿は、企業グループにおける子会社の役員の実質的責任論をテーマとして我が国企業の実態に応じた考察に基づき合理的かつ妥当な法解釈を試みるものである。⁽¹⁾

企業グループを視点とした企業結合法は伝統的研究課題の一つであり、特に一九九七年に成立した独占禁止法の純粹持株会社の解禁を巡る課題形成が契機となり議論が活性化され、その過程で子会社役員の実質的責任論に關して多重代表訴訟を主題とする論文も多く公表されている。⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾

純粹持株会社の解禁以降、企業結合法制に關しては、一九九八年に法務省民事局参事官室「親子会社法制等に關する問題点」が公表され、一九九九年に株式交換・株式移転制度の創設や親会社株主権の強化等に關する平成一一年商法改正、二〇〇〇年に会社分割制度の創設等に關する平成一二年商法改正、二〇〇二年に連結計算書類制度等

に関する平成一四年商法改正がなされてきた。二〇〇五年の会社法立法はそれまでの法改正内容を引き継ぐものであるが、企業結合法制に関しては、代表訴訟継続中に原告株主が株式交換・株式移転により完全親会社の株式を取得した場合に原告適格を維持する規定が設けられたが、本稿のテーマである子会社取締役の責任論に関連する争点を提供する内容の改正である。この会社法制定においても、企業結合の問題については殆ど新たな規定を設けることはできず、衆参の法務委員会において企業結合法制の検討を求める附帯決議がなされた。これらの商法改正・会社法制定を経て、会社分割等の活用により企業グループの形成が促進され、企業結合の法的問題に関する課題解決の必要性は更に高まった。幾多の議論の積み重ねを経過して、二〇一一年二月の法制審議会会社法制部会による「企業結合を主要な課題として多重代表訴訟の導入を盛り込んだ」「会社法制の見直しに関する中間試案」(以下「中間試案」という)に繋がり、更に大きな議論を惹起した。二〇一二年七月に要綱案原案が提示され、同年八月に「会社法制の見直しに関する要綱案」(以下「要綱案」という)が整理されて、本稿が公表される頃には国会提出の段階に進んでいるであろうが、⁽⁵⁾中間試案に提示された考え方や要綱案に至るまでの議論は、従来の考え方の集積でもあり、今後の課題検討の主軸となるものと思われる。⁽⁶⁾法改正議論の最中であって、再度多重代表訴訟の理論の根本に立ち返り、我が国企業グループの実態における子会社役員の状態に応じた責任に関する実質的な解釈論を検討・整理した小論をまとめることは一定の意義を有するものと考ええる。

(1) 本稿における「役員」は会社法上の責任追及の対象となる取締役と執行役の両者を指す。

(2) 大隅健一郎「株式会社會社法變遷論」一七五—一九六頁(有斐閣・一九五三)は、子会社群編成に基づく「証券代位」による株主権の縮減や親会社取締役の権限拡大と無責任化について論じたものであり、現在の諸課題に通じる慧眼である(改訂版として、「新版株式会社法變遷論」一七四—一九五頁参照(有斐閣・一九八七))。伝統的な課題でありながら、

純粹持株会社の解禁までは余り研究が進んでいなかった。その理由の一つとして法学と経済学の学際分野であり敬遠されていたという見方がある（下谷政弘「持株会社と日本経済」はじめにⅧ頁（岩波書店・二〇〇九））。

(3) 江頭憲治郎「結合企業法の立法と解釈」（有斐閣・一九九五）、森本滋「純粹持株会社と会社法」法曹時報四七卷二二頁三〇二九頁（一九九五）、資本市場法制研究会編「持株会社の法的諸問題」（資本市場研究会・一九九五）、前田雅弘「持株会社」商事法務一四六六号二三頁（一九九七）、川浜昇「企業結合と法」落合誠一他「現代の法7企業と法」八七頁（岩波書店・一九九八）

(4) 春田博「アメリカにおける重層代表訴訟の展開」酒巻俊雄・奥島孝康「現代英米会社法の諸相」一九一頁（成文堂・一九九六）、柴田和史「二段階代表訴訟」岩原新作・神田秀樹編「商事法の展望」四八七頁（商事法務研究会・一九九八）、畠田公明「純粹持株会社と株主代表訴訟」ジュリスト一四〇号一六頁（一九九八）、周劍龍「持株会社と二重代表訴訟」私法六一号二四九頁（一九九九）、山田泰弘「株主代表訴訟の法理——生成と展開——」二四七―三四二頁（信山社・二〇〇〇）

(5) 背景等につき、法制審議会会社法制部会第一回會議資料「親子会社に関する規律についての主な指摘」（二〇一〇）、岩原紳作「総論——会社法制見直しの経緯と意義」ジュリスト一四三九号二一―三三頁（二〇一二）、座談会「会社法制の見直しへ向けた課題と展望」商事法務一九五六号五―八頁（岩原紳作）（二〇一二）。

(6) 日本経済新聞平成二四年七月一九日朝刊一面、同紙平成二四年八月二日朝刊二面

二 我が国企業グループ及びグループ役員の実態と特徴

(1) 企業グループの実態と特徴

我が国の企業グループの成立経緯や特徴については、第一に事業部門の分社化による展開、第二に子会社数数の圧倒的な多さ、第三に企業グループ形成の戦略的利用の三点に要約される^①。第一については企業グループの編成過程が外部からのM&Aではなくグループ内部の組織再編によるものが中心であり、更にその再編対象は独立した事業

として成立する事業部のような組織単位だけではなく、製造・販売・メンテナンス等のグループの事業運営の一機能を担う非自律的事业単位も多数含まれていることである。第二は、その結果、グループを構成する子会社の数が諸外国と比較しても非常に多く、このことは実証研究や統計資料からも確認できる⁽⁸⁾。第三は、事業運営の責任単位を小さくすることにより意思決定を迅速化し経営責任の所在を明確化し、企業の成長に伴う組織肥大化による弊害を分権化により回避してきたものである。更に、我が国の分社化は、分権化推進と同時に「企業グループ」という枠内に集権化させるといふ、分権と集権の均衡上に成り立つものであった⁽⁹⁾。この点は、純粹持株会社が従前より自由に設立できた米国において子会社が戦略的に利用されることがなかったことと比較して際立つ特徴である。米国の主要な事業会社では子会社群ではなく事業部制が採用されている場合が多い⁽¹⁰⁾。多くの法学者や経済学者も事業部と子会社間には実質的な差異はないという立場をとっているようである⁽¹¹⁾。我が国の企業グループにおける課題の検討においては、以上の特徴を有するが故に、単体としての企業ではなく、企業グループ総体を考察の対象として理論を整理する必要がある⁽¹²⁾。

(2) 役員の実態と特徴

平成一四年商法改正により、監督機関としての取締役会と執行機関としての執行役員及び更に効果的な監督機能を目指して社外取締役を中心とした委員会の設置が定められた。現行会社法はその制度を踏襲しているが、更に、要綱案第一部第1の1において「監査・監督委員会設置会社制度」が提案されており、我が国の会社法上の機関は諸外国と比較しても著しく多様で複雑となっている。また、一九九七年にソニーが導入して以来、グループを有する多くの大企業では、「執行役員」という会社法には規定のない機関の上級使用人が設置されており、同じく会社法に規定のない「常務会」や「経営会議」という名称の上級役員で構成される機関も設置されている。役員の手書き

や名称も千差万別であり、「専務取締役」「取締役総務部長」「常務執行役」「執行役法務室長」「専務執行役員営業担当」等、当該会社における地位が一見して分かり難い場合も多々ある。⁽¹⁴⁾米国の役員 (Officer) は定款 (bylaws) に明確に位置付けられ、CEO (chief executive officer)・COO (chief operating officer) 等、名称もほぼ統一されており、責任や権限も比較的明瞭に解説されているが、⁽¹⁵⁾その対比においても、我が国の「役員」の位置付けは、極めて相対的で不明瞭なものである。

我が国の企業経営の特色として指摘されてきたものとして「分散シェアリング」がある。「情報」・「付加価値」・「意思決定」の三つの要素が従業員の間で分担され、階層下部に多く権限委譲されているものである。⁽¹⁶⁾そのような我が国の経営体制における役員は一般的にはほぼ連続的な管理職制の一つであり、従業員との差異は機能的区分に過ぎない場合が多い。⁽¹⁷⁾

(3) 子会社役員の実態的位置づけと法的責任検討の基軸

我が国の企業グループでは、子会社役員や重要な使用人等の基幹的従業員は親会社からの出向で構成される場合が多い。⁽¹⁸⁾子会社プロパー従業員の一般的な人事管理は子会社に委譲されるが、子会社社長等の人事は内部組織と同様に親会社が集権的に管理しているという実証研究もある。⁽¹⁹⁾子会社役員も多くは親会社から派遣されたミドルクラス以上の従業員である場合が多く、役員候補の効果的人材育成方法の一つとされる場合もあれば、⁽²⁰⁾親会社でラインから外れた場合の代替ポストとして利用される場合もある。⁽²¹⁾

従業員との間で連続的階層をなす我が国役員の実態を検討する上で比較対象とすべき労働法の研究においても、同様に純粹持株会社が解禁された一九九七年頃から積極的に議論されるようになってきている。基幹的な従業員の人事異動が単体企業から企業グループ単位に拡大して、その中で人材育成や雇用調整が図られる人事体系が増加し

ていることは労働法の観点からも注目されてきており、企業グループにおいては、持株会社が使用者概念に含まれるかどうかという議論が研究者や国の審議会によりなされてきている。⁽²³⁾ 我が国の従業者の約半数が何らかの企業グループに属しているという最近の総務省の調査結果もあり、労働契約の議論においても企業グループの問題は重要な課題である。

以上のように、一体としての企業グループの中で、従業員との連続性と階層性の中に多分に曖昧な位置付けに置かれている子会社役員の法的責任の検討においては、子会社役員の実質的なポジションや役割期待に応じた責任論を考察することが必要であろう。また、会社法上の機関である取締役や執行役の責任のみが制度上の追及の対象となることの問題についても検討する必要があるであろう。実際に、多様な機関構成が可能である会社法の下で子会社の取締役会を廃止する企業グループも現れているが、⁽²⁵⁾ 取締役会が設置されなければ会社法二九五条一項・二項により組織・運営・管理の総ての権限を有する株主総会を通じて、親会社が経営上の指揮権を掌握することになる。従属会社の会社法上の機関の意義について考えさせられるが、⁽²⁶⁾ 取締役や執行役の責任追及だけを認めれば、健全な企業統治の実現に効果があるのか、殆どの大企業が採用する執行役員の地位や役割はどのように考えるべきなのか、子会社役員への責任追及を制度化する場合の形式主義の弊害にも留意する必要があると考える。

(7) 下谷政弘「持株会社の時代——日本の企業結合」第6章（有斐閣・二〇〇六）及び下谷・前掲注（2）、二七一―二六頁を参考とした。

(8) 宮島英昭編「日本の企業統治」二五六―二五八頁（東洋経済新報社・二〇一一）。「東証上場会社コーポレート・ガバナンス白書811」（東京証券取引所・二〇一一）の二一頁図表一三によると、連結子会社数が一〇〇社以上三〇〇社未満の会社が六九社、三〇〇社以上の会社は二四社となっている。

(9) 宮島・前掲注（8）、二七二頁「子会社への分権化が進んだという明確な証拠は発見できなかった」、下谷・前掲注

- (7)、二七三頁「集権と分権の微妙なバランスを追い求めてきたという特殊性」、稲上毅「企業グループ経営と出向転籍慣行」二四一頁「分権化と集権化のデリケートな並行現象」(東京大学出版会・二〇〇三)。
- (10) 下谷・前掲注(2)、一〇七頁・一一五頁
- (11) 宮島・前掲注(8)、二六一頁
- (12) 下谷・前掲注(7)、二九頁は、企業研究は企業グループの総体を考察の対象とすべきと説く。
- (13) 商事法務一九四九号一〇二頁・図表一一二によると、資本金五〇〇億円以上の二九九社のうち八〇%以上の二四七社が執行役員制度導入済みである。東京証券取引所・前掲注(8)・五一頁・図表六三によると、売上高一兆円以上の会社の七七・六%が執行役員制度導入済みである。
- (14) 我が国の株式会社の黎明期であった明治期の株主支配から経営者支配への移行の過程で、一部富裕層の大株主による非常勤取締役の立場が、雇用者による専属経営者としての常勤取締役に取って代わられた経緯を痕跡として、「専務」や「常務」は「非常勤ではない」ことを殊更に明示するための名称であった(宮本又郎「日本型コーポレート・ガバナンス」宮本又郎他「日本型資本主義」一八〇―一八二頁(有斐閣・二〇〇三))。現在でも取締役間の序列や尊称以上の意味は余りない。
- (15) R. W. Hamilton and R. D. Freer, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 6th ed. 139-141 (2011, WEST), FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF PRIVATE CORPORATIONS 2006 rev. vol. 2 § 269 (Thomson West, 2006)
- (16) 伊丹敬之「デジタル人本主義への道」一一五―一九頁(日本経済新聞出版社・二〇〇九)。稲上毅「会社共同体のゆくえ」大原社会問題研究所雑誌No.五九九・六〇〇、三一―三五頁(二〇〇八)及び宮島英昭「人本主義」日本労働研究雑誌No.六〇九、五八―六一頁(二〇一一)等、日本の経営の特徴に関する理論は根強いものがある。
- (17) 拙稿「英米の制度及び理論に鑑みた『使用人兼務取締役』の責任論」民商法雑誌一二四巻三号三九九頁(二〇〇一)
- (18) 東京証券取引所・前掲注(8)・二六頁図表三三によると、上場大会社の社外取締役の五九・三%が親会社出身であり、六九・二%が親会社又は兄弟会社から報酬を受けている。非公開の完全子会社の場合は推して知るべしといえよう。
- (19) 宮島・前掲注(8)、二六七頁
- (20) 日本経済団体連合会「企業における経営幹部養成の今後の方向性」によると役員候補者の効果的育成方法として「関

連会社出向」があげられている（労政時報三五四八号七八―七九頁・表八・表九（二〇〇二））。伊丹敬之「トップ・マネジメントと企業の適応力」伊丹敬之・藤本隆宏・岡崎哲二・伊藤秀史・沼上幹編『日本の企業システム第Ⅱ期第2巻企業とガバナンス』三七九―三八〇頁（有斐閣・二〇〇五）も同旨である。

(21) この点に関する企業経営者からの批判もある（佐伯弘文・柴田昌治『親会社の天下り人事が子会社をダメにする』（日本経済新聞出版社・二〇〇八））。

(22) 安西愈「企業グループと人事異動」ジュリスト一〇四号一〇六一―一〇七一頁（一九九七）、菅野和夫「新・雇用社会の法（補訂版）」一四三―一四四頁（有斐閣・二〇〇四）

(23) 安西・前掲注(22)・一―一頁、中窪裕也・野田進・和田肇『労働法の世界（第9版）』二二―二三頁（有斐閣・二〇一〇）、高橋英治『会社法概説』一三―一三頁（中央経済社・二〇一〇）

(24) 平成二一年経済センサス――基礎調査――親会社と子会社の名寄せによる集計（我が国の企業グループの状況）（二〇一〇）

(25) JVC・ケンウッド・ホールディング株式会社、平成二二年九月二四日プレスリリース。子会社における不適切な会計処理の問題を受けてのグループ組織改革である。子会社の役員の実質的意義について考えさせられる実例である。

(26) 例えば、会計監査人の設置は大会社基準である資本金又は負債額で決定されるが、いずれの基準も親会社の資本政策により自在に操作できる。実質的意義について考えさせられる（大会社基準の変更の必要性を説く意見もある（稲葉威雄『会社法の解明』一九七頁（中央経済社・二〇一〇）））。

三 子会社役員 の 責任論

(1) 英米における株主代表訴訟に関する理論概要

子会社役員 の 責任論 の 考察 に あたり、まず第一に我が国の株主代表訴訟の母法である米国法における理論の展開を概観する。英米法において取締役 (director) は伝統的に株主に対して信託 (trust) 上の受託者であるとされて

きた。一九世紀半ばまで英国の会社は殆ど法人化されておらず、会社財産を受託者 (trustee) に委ねる継承的財産設定証書 (deed of settlement) を根拠として取締役自身が受託者であることも多かったため、エクイティ裁判所は明瞭に取締役を受託者と認識できたからである。⁽²⁷⁾ 受託者が受益者に対して負う義務は信託義務 (fiduciary duties) と呼ばれ、信託義務の当事者を信託関係というが、裁判所は、受託者 (trustee) と受益者 (beneficiary) の関係を他の新しい信託関係に拡大適用してきた。⁽²⁸⁾ 米国においても、一九世紀前半に、取締役と株主との関係を信託による信託関係と判断した株主代表訴訟の起源とされる判決がなされている。⁽²⁹⁾ このような関係における株主代表訴訟の性格は、株主が自己の権利に基づいて取締役の義務を履行させるクラス・アクション (class action) の性格を有するものであった。

ところが、会社の法人化が進み組織や取引関係が複雑になると、財産は受託者ではなく独立した法人である会社によって所有され、多くの場合に取締役を受託者と認識することが正確ではなくなった。現在では、取締役が信託義務を負うのは株主ではなく会社に対してであるという考え方が通説となっている。⁽³⁰⁾ その中で、株主代表訴訟は、一九世紀半ば以降には会社の権利を会社に代わって行使する代位訴訟 (derivative action) の性格に移り、会社外の第三者も被告として訴えることができるようになり、⁽³¹⁾ 現在の体系に承継されている。また、株主代表訴訟による救済は、金銭賠償だけでなく、差止め、契約解除及び特定履行等の広範囲に及ぶ。⁽³²⁾ それ故、米国の株主代表訴訟では、株主の提訴要件を厳格に定める州が多く、問題の行為が行われた時に株主であったこと (Contemporaneous Ownership)、事前に取締役会に対して適正な是正措置を要請しなければならぬこと、⁽³³⁾ 及び会社の利益を適切に代表し得るかどうを示す適切代表 (Adequacy of Representation) の要件がある。

以上の米国法を継受した我が国の株主代表訴訟では会社法上の役員のみが株主代表訴訟の対象となる。我が国役

員は従業員と連続的位置付けにありながら、株主代表訴訟のリスクの有無という点では従業員と決定的に異なる。第三者も株主代表訴訟の対象となり、会社に対して信託義務を負う者の概念を實質的に判断する米国⁽³⁴⁾における制度とは似て非なるものといえよう。

(2) 米国における多重代表訴訟の理論概要

米国では伝統的に親会社株主が子会社役員を追及する多重代表訴訟が認められてきた⁽³⁵⁾。現在では親会社が子会社を實質的に支配している場合に認められている⁽³⁶⁾。その判例及び理論は従来我が国の論文でも紹介・分析されてきた⁽³⁷⁾が、概要は次の通りである。①子会社の法人格を否認して親子会社を一体 (one entity) として扱う。②親会社と子会社が同一の者に支配されており (common control)、親会社による是正が期待できないことを根拠とする。③株主と親会社及び親会社と子会社のいずれも、前者が受益者 (beneficiary) 後者が受託者 (fiduciary) である信託関係であり、株主は、子会社の親会社に対する義務に基づく権利を実現するために訴訟を提起する。一種の資産 (asset) である親会社の株主代表訴訟提起権の意図的な不行使は資産の浪費及び株主に対する信託義務違反であると説明する。④子会社が親会社の代理人 (agent) 又は道具 (instrumentality) であると構成する。法人格否認と比べ証明負担が軽く、多重代表訴訟を広範に支持し得ると評価されながらも、なお事実関係の証明が難しく、この理論を適用する判例は少ない。⑤親会社は子会社への不正行為を正す訴訟を提起する義務を株主に負っており、株主は多重代表訴訟の提起により、この義務の特定履行 (specific performance) を強制すると説くが、判例の支持は見当たらない。⑥親会社が持株会社 (holding company) である場合に限定して多重代表訴訟を認めるとするもの。

以上の理論は一長一短で相互に重複する部分もあるが、米国の裁判所は、株主代表訴訟の損失補填機能と違法行

為抑止機能を重視して、多重代表訴訟はそれらの機能を更に補完するものとして、理論に拘泥することなく、多重代表訴訟を認めることに積極的である。⁽³⁹⁾

(3) 我が国における多重代表訴訟の法解釈と子会社役員の実質的責任論

(1) 株主代表訴訟の基礎的理論

昭和二五年商法改正における株主代表訴訟制度の米国からの導入は、株主及び会社と取締役との関係を委任者と受任者との関係とする契約的理論を主とする伝統的な英米法理論に基づくものであるという評価がなされると同時に、会社の団体的機構化の趣旨や利点との均衡上は契約的理論に偏重したものであり、我が国の伝統や実態と照らして弊害が大きいという批判が改正当時より存在した。⁽⁴⁰⁾ このような導入経緯から、我が国の株主代表訴訟の基本的性格についてはクラス・アクション性を重視すべきという説もある。⁽⁴¹⁾ しかし、基本的なクラス・アクション制度のない我が国において、株主代表訴訟だけに適用して理論構成するのは無理であろう。上述の英米法におけるクラス・アクションから代位訴訟への変容は、⁽⁴²⁾ それを導入した制度にも基調として存在するはずであり、我が国の株主代表訴訟は class action (代表訴訟) と derivative action (代位訴訟) の二面の性格を有すると解すべきである。原告に代表者としての適切性を要求する「適切代表」の定めがないことは、「代表訴訟」としての性格を見逃すものという批判は⁽⁴³⁾ 妥当であろう。いずれにせよ、このような基本的性格に関する議論がなされるほど、我が国では株主代表訴訟に関する理論的基礎が充実しているとはいえず、米国の「実生」の制度を「接木」したものと揶揄される⁽⁴⁴⁾ 所以である。多重代表訴訟に関する判例の蓄積はなく、議論も未だ熟していないと思われる。このような理論的背景において、比較法的にも制度上明文化されることが稀な⁽⁴⁵⁾ 多重代表訴訟制度が会社法上明文化されようとしている。いわば接木の制度に接木を重ねることになり実務と理論に与える影響が危惧される。それ故に、子会社役員

責任とその追及に関する基礎的理論の整理が一層必要になると考えるものである。

(ii) 我が国における多重代表訴訟の基礎的理論の考察

現行制度においては、多重代表訴訟は認められないという認識が従来一般的であるが、いくつかの学説上は以下の通り多重代表訴訟を解釈上認めている。⁴⁷⁾ ①親会社株主は子会社に対して実質的な所有権の利益を有することを理由とする(上記(2)米国の理論①と親和的)。②親会社役員と株主は会社を介して実質的な委任関係にあり、親会社役員は子会社を介して子会社役員に復委任しており、委任者(親会社株主)と復受任者(子会社役員)の関係に基づくことを理由とする(「復委任説」、上記(2)米国の理論③④と親和的)。③会社の損害回復のための株主による監督是正権という株主代表訴訟の法政策的意義に鑑みて親会社と子会社役員との間で責任追及の提訴が懈怠されるおそれがあることを理由とする(上記(2)米国における損失補填と違法行為抑止を重視する裁判所の立場と親和的)。④会社法八四七条一項により子会社の計算で利益供与を受けた者に対する返還訴訟の提起を親会社株主が認められることの類推解釈。

以上の四説に関しては、我が国の企業グループ内の子会社役員の実質的地位に応じた責任を検討する上では、子会社役員と会社及び株主との要素的關係(英米法的「信認義務・信認関係」の程度といってもよい)を個別具体的に積上げて判断するための理論的基礎を提供する②の復委任説が妥当であろう。⁴⁸⁾ 上記(2)④代理理論と親和的であるが、米国では代理理論は法人格否認の一類型に過ぎないと批判される。⁴⁹⁾ しかし我が国の場合、この批判は代理人と履行補助者を混同するものである。⁵⁰⁾ 委任のうち委任者の名で法律行為をすることが許されているときは代理人も認めるべきであり、⁵¹⁾ 委任と代理は密接な関係にある。英米の信認義務の主役である忠実義務は我が国の代理人にも解釈上認められており、⁵²⁾ 委任は対人的信頼関係の絶対性において雇用・請負とは質的に異なるとされる。⁵³⁾ このよ

うな性格を有する委任を英米法の信認関係に準じて法解釈の統一的視座とすべきという主張もある⁽⁵⁴⁾。形式的な個々の規定に拠らずに、団体構成員の本来の権利として代表訴訟の見直しを主張する有力説にも適う⁽⁵⁵⁾。経営学上の複雑化した組織内での事業部門や子会社のコントロールの問題における、投資家と経営者間と並ぶ経営者と事業トップ間の二層のエンジェンシー問題⁽⁵⁶⁾にも法的理論の支持を与え得る。

民法解釈上の復委任の可否については、比較法的には復委任を認める立法例もあることなどから、民法一〇七条二項を類推して復受任者は委任の代理人の復委任権の規定に準じて一定の範囲で認めるべきであり、民法一〇七条二項を類推して復受任者は委任者に対して直接権利義務を負うという説が有力である⁽⁵⁷⁾。事業が高度化する中、役割分化した事業部や子会社群を抱え二層のエンジェンシー問題が議論される実態に鑑みれば、グループ内の重要な役職者、即ち親会社の執行役員等の重要な使用人や重要な子会社の取締役などは復委任の関係に立つものと考えられよう⁽⁵⁸⁾。会社や株主に對して英米法的高度の信認義務を負う者という考え方と並行して捉えてもよい⁽⁵⁹⁾。それ以外の従業員は復委任ではなく、受任者の履行補助者と考えるべきであろう。

なお、親会社取締役の子会社への責任について会社法四二九条の拡張解釈により子会社を第三者とみなして責任認定しようという解釈論において、親会社取締役の責任は基本的に子会社に対する不法行為責任を構成することに對して、子会社取締役の責任は善管注意義務違反の債務不履行責任を構成するものであり、法的位置付けの異なる両者を共同の債務不履行責任とすることは困難であるという説がある⁽⁶⁰⁾。復委任に基づけば、受任事務における債務不履行責任を連帯して負うことを問題なく構成できるであろう。

復委任に對しては、役員は会社と委任関係にあり、株主と役員との間にある会社の法人性を親会社と子会社ともに二重に捨象するのは余りに技巧的であり、我が国の民法解釈としては無理があるという批判がある⁽⁶¹⁾。しかし

(1)で述べた通り、英米法の歴史において役員は株主に対して義務を負うという考え方も過去に存在した⁽⁶²⁾。前述二(2)で述べた分散シェアリングのような我が国経営の特徴に鑑みた場合は、子会社役員の実質的な責任論を検討する局面においては許容範囲の技巧と考えられる。また「委任」とみなせるのは支配的影響力のない場合であり、一般的に支配従属関係にある企業グループにおける親子会社の関係においては「委任」は考え難いという反論もある⁽⁶³⁾が、委任・雇用・請負の各典型契約が境界線の曖昧な関係にあるという従来の説を考慮しないものである。「支配従属関係」を前提としても、複雑・専門化した企業活動において、例えば財務の専門家の経理部長と代表取締役の関係について雇用であり委任とは言えないと断じて解釈論を停止することは不合理である⁽⁶⁵⁾。専門分化の態様が分社という形で、その事業を任されている子会社役員と親会社及び親会社役員との関係も同様に考えるべきであろう。

以上のような解釈論に基づき多重代表訴訟を司法が認定していく道はなかったであろうか。役員のみが株主代表訴訟の対象となり、それ以外の重要な使用人等は如何に重要な役割を果たしているかが蚊帳の外となる我が国の制度に関する懐疑的主張も見られる⁽⁶⁷⁾。企業が本格導入し始めた二〇〇〇年前後に議論された「執行役員」に関する株主代表訴訟の被告適格の問題も含めた法的性格についても、最近では議論の対象とはならない⁽⁶⁹⁾。親会社執行役員と子会社役員の企業グループ内の相対的地位の差異を比較すると、後者のみ株主代表訴訟の対象として立法化することは公平を失するという点で違和感がある。

会社法上の執行役(会社法四〇二条)についてはどうか。執行役は、会社法上は機関や役員に含まれないが(会社法三二六条・三二九条一項)、理論上は会社の機関と考えられる⁽⁷⁰⁾。会社との関係は委任の規定に従い(会社法四〇二条三項)、株主代表訴訟の対象となる(会社法八四七条―八五三条)。ところが執行役は実業界では殆ど導入さ

れていない⁽⁷¹⁾。株主代表訴訟の対象となる執行役でなくとも、法定外の執行役員により同様の目的は達成できるからであろうか。このような立法と実務の乖離を無くすためにも、企業グループ内の親子会社役員だけではなく、執行役員、使用人兼務取締役及び重要な使用人も含めた構成員に対する、英米法の信認関係に類比し得る委任を基礎とした責任認定の体系の解釈論を確立する必要がある⁽⁷²⁾。

(三) 子会社役員の実質的な責任論

重要な子会社の役員に対する多重代表訴訟は解釈論により認めるべきであるが、その責任の程度即ち責任額の認定については親会社及び子会社の役員及び重要な使用人も含めて、慎重に行うことが重要である⁽⁷³⁾。筆者は、役員の実質認定に関して、割合的因果関係の理論として、企業における実質的地位に鑑みた「包括的寄与度」の考案による寄与度理論の展開及び過失相殺の理論により妥当な責任認定を導き出すことを別稿において提案している⁽⁷⁴⁾。その考え方に基づき子会社役員の実質認定に関する理論を本稿で展開することは、紙幅の関係で無理であるが、企業グループを一体として考えたうえで親会社の指図や一般に規定されている「子会社管理規程」等による承認基準を吟味しながら、我が国企業グループの特徴である分社化と集権化の微妙な関係を考慮して、子会社役員の実質的地位に鑑みた責任認定をする必要がある⁽⁷⁵⁾。この考え方に基づき妥当な責任額を認定すれば、株主代表訴訟に関して指摘される経営の萎縮効果の発生を十分に抑制することができるはずである⁽⁷⁶⁾。

親会社の指図に従った子会社役員の問題のある業務執行について会社法四二四条の総株主による免除と解して責任を否定する意見がある⁽⁷⁷⁾。しかし、唯々諾々と指図に従った場合と、自分の計画や意思を介在させた場合とでは状況は異なり、一律免除は具体的妥当性を欠く⁽⁷⁸⁾。このような場合も、企業グループ内の実質的地位(包括的寄与度)や当該業務執行における実質的権限に応じた寄与度を算定して、親会社役員と子会社役員双方に相応の責任を認

定すればよい。完全子会社の場合は、子会社の損失が親会社の損失と等しくなるので、親会社役員への寄与度に応じて親会社に損害賠償させれば、企業グループの損害は総て補填される。その上で、子会社の債権者のために子会社の損失を回復するためには、支配株主の誠実義務などの理論に基づき、⁽²⁹⁾親子間の内部求償の問題として解決することも考えられる。しかし、完全子会社ではない場合、子会社の損失は親会社の損失と等しくならない。親子会社各々の役員の寄与度に応じて各々損害賠償させれば、グループの蒙った損失の総てが回復されない場合がある。親会社が蒙った損失の考え方について整理する必要がある。⁽³⁰⁾

(29) Paul L. Davies, Gower and Davies' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW 8th ed. 495-496 (2008, Sweet & Maxwell)。取締役が信託に基づいて責任追及された初期の事例は、法人に関するものが多く、L. S. Sealy, *The Director as Trustee*, Cambridge L. J. April 1967 at 84 (1967)。取締役の義務は会社の法人化の有無にかかわらず同じであったため、エイクイテリ裁判所は信託関係にある者は誰でも受託者と認める傾向にあったようである (Davies, at 496)。

(30) T. Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal L. Rev. 795, 804 (1983)。受託者と受益者との関係は古典的な信託関係である (J. E. Penner, *THE LAW OF TRUSTS* 7th ed., 19 (2010, Oxford))。

(31) Robinson v. Smith, 3 Paige Ch 222 (N. Y. 1832) (Bert S. Prunty Jr., *The Shareholders' Derivative Suit: Notes on its derivation*, 32 N. Y. U. L. Rev. 980, 986 (1957))

(32) Davies, supra note 27 at 480, Hamilton and Freer, supra note 15 at 155-156。過去には株主に對しては信託義務を負うべき者の方を見受けられぬ (E. Merrick Dodd Jr., *For Whom are Corporate Managers Trustees?*, 45 Harv. L. Rev. 1145, 1147 (1932))。

(33) Prunty, supra note 29 at 994。田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人の役割」三三―三七頁 (東京大学出版会・一九八七)、池田辰夫「株主の代表訴訟の法構造」阪大法学一四九・一五〇号、二七―二五八頁 (一九八九)

(34) FLETCHER supra note 15 (2004 rev. vol. 13) § 6029

(35) 同時保有要件と適切代表は殆どの州法が制定しており、適切代表の一環として裁判所は訴訟係属中の株式の継続保有

- を要求する。取締役会への訴訟提起の要請を要件とする州法は二〇〇四年以降は消滅し、要請が無益 (fruitless) と判断される場合は是正要請の要件を免除する手続きを採用する州法は減少傾向で、免除手続きを置かず、九〇日間の待機後或いは取締役会による是正要請拒否又は緊急性がある場合に即時提起できると定める州法が増加している。原告株主の担保提供制度を採用する州法は殆どない。(Hamilton and Freer, *supra* note 15 at 356-363)
- (34) 裁量権を持ち高給を得る従業員には役員と同じ信託義務が課せられる (FLETCHER CYCLOPEDIA OF THE LAW OF CORPORATIONS 2010 rev. vol. vol. 3 § 846 (WEST, 2010))。管理及び業務執行の機能を裁量として委ねられている者が Officer ではなく (A. Gilchrist Sparks, III and Lawrence A. Hamemesh, *Common Law Duties of Non-Director Corporate Officers*, 48 Bus. Law. 215, 216 (1992))。役職名称の如何ではなく、より重要な職務を負う者が Officer ではなく (Harry G. Henn & R. Alexander John, *LAW OF CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES* 3rd ed., 587 (1983, West Group))。
- (35) Henn & Alexander *supra* note 34 at 1056, FLETCHER *supra* note 32 § 5977
- (36) FLETCHER *supra* note 35, American Law Institute, PRINCIPLES OF CORPORATE GOVERNANCE: ANALYSIS and RECOMMENDATIONS, Vol. 2 § 7. 02, at 41 (1994, ALI Press)
- (37) 前掲注(4)の各論文参照
- (38) 次の二論文を参照。W. H. Painter, *Double Derivative Suits and Other Remedies With Regard to Damaged Subsidiaries* 36 IND. L. J. 143, 146-155 (1961), D. W. Locascio, *The Dilemma of the Double Derivative Suit*, 83 NW. U. L. Rev. 729, 743-753 (1989)
- (39) Locascio, *supra* note 38 at 753-759
- (40) 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』六九―七二頁 (法曹會・一九四九)、鈴木竹雄「株式会社法改正の法理」私法第二号二九―四二頁 (一九五〇)
- (41) 小林秀之「株主代表訴訟の沿革と手続法的構造」小林秀之・近藤光男『新版・株主代表訴訟体系』一九〇―一九八頁 (弘文堂・二〇〇二)。同一九六頁では、平成五年商法改正により訴額が財産権上の請求でない請求に係る訴えと同様に扱うとされたことも、代位訴訟性が弱いことを立法的に確認したものと述べるが、これは株主代表訴訟制度の積極的活用

を因らせる政策的なものであり、制度の本質を左右するものとは思えない。

- (42) ただし現代でも、米国の代表訴訟は代位訴訟であると同時に代表訴訟であることに立脚しており、それ故に適切代表 (fair and adequate representation) の要件が定められている (American Law Institute, *supra* note 36 at 39)。
- (43) 竹内昭夫「会社法の理論Ⅲ総論・株式・機関・合併」二四四頁 (有斐閣・一九九〇)
- (44) 竹内・前掲注(43)、二二八頁
- (45) 多重代表訴訟について、英米仏は相当する制度はあるが制定法上の根拠はなく、独は制度自体存在しない (法務省「企業結合法制に関する調査研究報告書」(執筆者・加藤貴仁) 一頁 (二〇一〇))。
- (46) 川浜昇「持株会社の機関」資本市場法制研究会・前掲注(3)、七三―七四頁 (一九九五)、春田・前掲注(4)、二一〇頁・注(7)、土田亮「多重株主代表訴訟の法構造についての考察」名城法字五三卷一―九頁 (二〇〇三)、高橋英治「株式移転と株主代表訴訟の原告適格」商事法務一七一九号二二頁 (二〇〇五)
- (47) 学説の整理について以下を参照。土田・前掲注(46)、五三―五九頁、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(2) 企業結合と株主代表訴訟」商事法務一六八二号四―五頁 (二〇〇三)、古川朋雄「米国における二重代表訴訟制度の日本法への導入について」六甲台論集五四卷三―六頁 (二〇〇九)、船津浩司「グループ経営」の義務と責任」四一六―四一八頁 (商事法務・二〇一〇)
- (48) 浜田道代「サービス提供取引の法体系に関する一試論」浜田道代「原秀六」小林量「坂上真美」中東正編「現代企業取引法」一六―一八頁 (税務経理協会・一九九八)、山田・前掲注(4)、三〇九―三一三頁、浜田道代「役員の義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務一六七一号四三―四四頁 (二〇〇三)
- (49) Locascio, *supra* note 38 at 752
- (50) 米国では、信頼を旨とする「信託」と打算を旨とする「契約」には根本的相違があるが、我が国の典型契約である「委任」には信頼の要素が含まれており事情が異なる (フランケル「樋口範雄」信託モデルと契約モデル——アメリカ法と日本法」法学協会雑誌一一五卷二―号一七〇頁 (一九九八))。
- (51) 明石三郎「前注(86-63-65)「委任」幾代通」広中俊雄編「新版注釈民法(16)」二〇九頁 (有斐閣・一九八九)
- (52) 四宮和夫「民法総則・第四版補正版」二二六頁 (弘文堂・一九九六)

- (53) 中川高男『§643』幾代＝広中・前掲注(51)、二二〇頁
- (54) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』一六八―一六九頁(有斐閣・一九九六)、浜田(一九九八)・前掲注(48)、一一頁
- (55) 竹内・前掲注(43)、二二七頁
- (56) 宮島・前掲注(8)、二八二―二八四頁
- (57) 明石・前掲注(51)、二一〇頁
- (58) 浜田道代「持株会社と株主の地位」資本市場研究会・前掲注(3)、四八頁では、同一会社内の事業部長について、経営者との間で「復代理人的立場に立つ」と述べる。
- (59) 子会社が重要か否かで多重代表訴訟の対象の可否を区別することは疑問という見解(土田・前掲注(46)、五六頁)についても、信託関係の程度に相応する委任関係か否かによって決定されていると考えれば疑問ではない。
- (60) 大隅健一郎『商事法研究(下)』二一八―一九九頁(有斐閣・一九九三)
- (61) 土田・前掲注(46)、五六頁、高橋・前掲注(46)、一三三頁
- (62) 池田・前掲注(31)、二四六―二四七頁では、過去の英米法の判例解釈につき、信託法理の適用では、法人こそ受託者ではあるが、受益者＝株主、受託者＝取締役と考える方が分かり易いと述べる。
- (63) 船津・前掲注(47)、四三三頁
- (64) 広中俊雄「債権各論講義」二四九頁(有斐閣・一九七九)、浜田(一九九八)・前掲注(48)、八頁
- (65) 注意義務・忠実義務の内容は委任関係から一義的に決まるのではなく、職務との関係から考えるべきとする見解(近藤光男・牛丸與志夫・田村詩子・川口恭弘・黒沼悦郎・行澤一人)「執行役員制度に関する法的検討(下)」商事法務一五四三号一八頁(一九九九)が妥当である。経理部長の判断を信用して業務を執行した取締役に關する「信託の原則・抗弁」の成否につき、拙稿「我が国における取締役責任論の実質的解釈に関する一考察(二・完)」阪大法学五五巻五号八二―八三頁(二〇〇六)参照。
- (66) 多重代表訴訟を司法が解釈で認めるべきことを主張するものとして、浜田(二〇〇三)・前掲注(48)、四四頁、山田泰弘「結合企業と代表訴訟(2・完)」高崎経済大学論集四五巻三〇八頁(二〇〇二)。
- (67) 株主代表訴訟制度研究会・前掲注(47)、一二頁・注三〇、法制審議会会社法制部会第6回会議議事録(二〇一〇年一

○月二〇日) 一三三頁〔神作裕之〕

(68) 株主代表訴訟の対象とはならないとする説(大賀祥充「会社業務執行役員制」考) 法学研究七三卷二号二七四頁(二〇〇〇)、事実上の取締役として株主代表訴訟の対象となり得るが非常に稀であるとする説(近藤光男他・前掲注(65)、二四頁)、会社と委任契約関係にある執行役員の場合は株主代表訴訟の対象となるとする説(山田・前掲注(4)、五七―五八頁)がある。

(69) 最近では執行役員制度の導入が経営効率の向上には結びついてないという分析や実証研究等が多い(浜辺陽一郎「執行役員制度・第四版」五七六頁(東洋経済新報社・二〇〇八)、久保克行「日本の経営者と取締役改革」久本憲夫編「労使コミュニケーション」一〇七頁(ミネルヴァ書房・二〇〇九)、秋吉史夫・柳川範之「コーポレート・ガバナンスに関する法律制度改革の進展」寺西重郎編「構造問題と規制緩和」二五二頁(慶應義塾大学出版会・二〇一〇)。(執行役員制度導入の持つ企業の法的リスクマネジメントの一環としての側面を考慮すれば不思議なことではなからう。

(70) 江頭憲治郎「株式会社法・第4版」五三〇頁(有斐閣・二〇一一)

(71) 日本取締役協会の調査によると、ここ数年間の二三〇〇社前後の上場会社総数の内、執行役を置くべき委員会設置会社の数は六〇―七〇社で推移しており、僅か三%弱の導入率となっている。

(72) 商法上の商業使用人と会社との関係についても、雇用契約だけでなく委任契約によるものもあるという説が有力である(鴻常夫「商法総則・新訂第5版」一六三頁(弘文堂・一九九九)。

(73) 親会社の意向に従わざるを得ない場合でも子会社役員員の責任を認めることの公平上の問題はよく指摘されるところである(落合誠一「会社法要説」二二七頁(有斐閣・二〇一〇)。

(74) 拙稿・前掲注(65)、六一―七四頁

(75) 親会社役員員の責任論と親会社株主権の拡充論を二項対立でとらえる意見があるが(船津・前掲注(47)、一一―一四頁)、両者は融合して考えるべきであろう。

(76) 復委任説に対する批判(古川・前掲注(47)、六八頁)への答えともなる。経営萎縮への対策のための「訴訟委員会制度」の活用案(志村直子「二段階(多段階)代表訴訟」落合誠一・大田洋編「会社法見直しの論点」一六七頁(商事法務・二〇一一))を参考にして、訴訟委員会において包括的寄与度を算定すべき制度の検討も考えられる。

(77) 大隅・前掲注(60)、一〇三頁・一一六頁、川浜・前掲注(46)、七三頁

(78) 要綱案では、完全子会社の場合には、制度趣旨に鑑みて、子会社役員の実質的責任免除に親会社の総株主の同意を求めている。

(79) 森本滋「会社法・商行為法・手形法講義(第2版)」二七七頁(成文堂・二〇一一)

(80) 川浜・前掲注(46)、七七頁、宮島司「完全子会社による親会社株式取得と親会社取締役の責任」昭和六一年度重要判例解説九四頁(一九八七)では、持株比率に関わらず子会社の損失が親会社の損失と等しくなる考え方もあり得ることを述べる。

四 立法論の検討——中間試案及び要綱案の問題点

多重代表訴訟を制度上明記することが比較法的に稀であるにもかかわらず、⁽⁸¹⁾ あえて明文化することによる混乱や弊害を危惧する主張がある。⁽⁸²⁾ 本稿の基本的立場は、多重代表訴訟を解釈論上認めるところにあるが、議論が熟しておらず、判例の積重ねもない状況で立法化することの問題意識には同感である。ただし、二(一)で述べた通り、我が国の企業グループは、事業部門の分社化による展開や子会社数数の圧倒的な多さに特徴があり、子会社役員の実質的責任追及に関する法的理論の整理の必要性は諸外国よりも大きいといえる。従って、復委任説に基づき解釈論上認めべき多重代表訴訟を会社法上規定することは、確認的規定という趣旨で、解釈論の停滞を招かないようにするという前提で認められるべきではなからうか。

多重代表訴訟に反対する立場は、親会社の部課長レベルにある子会社役員を訴訟の対象とする不合理を指摘する⁽⁸³⁾。しかし、我が国企業の構成員の連続的階層性に照らせば、この相対的な区別論では多重代表訴訟の必要性を覆す理由とはなり得ない。企業グループ内の役員や重要な使用人については、解釈論においても、委任関係を基礎とした信頼関係や裁量の程度に応じた責任が認められるべきだからである。

また、多重代表訴訟を適用すべき子会社を親会社の総資産の五分の一超の株式帳簿価格の規模のものとする案（要綱案第2部第1. 1④）についても、企業グループ内において、親会社役員との間で履行補助者ではなく高度な信頼関係に基づく復委任の關係にある者に限定するという趣旨に解すれば妥当である。ただし、資産のみを基準とするのではなく、連結財務諸表規則上の連結子会社の確定基準に「資産・売上高・損益・利益剰余金・キャッシュフロー」が掲げられているように、もう少し多面的に検討すべきである。子会社役員の対象範囲は、企業グループ内における裁量の幅等によって、より実質的に判断すべきであろう。

中間試案及び要綱案では多重代表訴訟の対象は完全子会社に限定される。少数株主が存在する場合は子会社役員に対する責任追及の懈怠のおそれが小さいこと、また完全子会社に限定しない場合における民事訴訟法上の手当て等の課題が増加することが主な理由である。⁽⁸⁴⁾しかし、親会社の役員だけが少数株主である場合には責任追及の懈怠可能性という点では完全子会社と同じである。意図的に株式を持ち合うという事態も想定できる。このように簡単に制度を潜脱できるルールでは、多重代表訴訟を明文化する意義が問われるという意見がある。⁽⁸⁵⁾九九%の持株比率の子会社役員は多重代表訴訟の対象とならないことは不合理であり、米国のように親子会社の実質支配關係を基準とすべきであろう。⁽⁸⁶⁾その場合には解決すべき課題は増加する。例えば上場会社と非上場会社が合弁会社を設立する場合に、非上場会社から派遣される役員が上場会社株主から代表訴訟を提起される事態を想定する。第一に判決の効果を双方の合弁会社やその株主のどこまでに及ぼすのかという民事訴訟法上の問題がある。⁽⁸⁷⁾二(三)(三)で述べた完全子会社でない場合の親会社の蒙った損失についても検討が必要である。また多重代表訴訟の存在が出資を萎縮させ企業間の協力關係を阻害させないように、非上場会社から派遣されている役員については、その実質的な地位に応じた寄与度の考え方を適用する必要もあろう。しかし、課題が多いことを理由として拙速に完全子会社のみを

対象とすることは、制度趣旨を没却するおそれがあると思われる。このことは、現行の会社法八五一条の完全親会社株主の原告適格を巡って既に議論されている。当初は完全親会社であったが、その後そうではなくなった場合に原告適格を維持できるかどうかの問題であり、維持されないという説⁽⁸⁸⁾と維持されるという説に分かれる⁽⁹⁰⁾。維持される説の根拠は立法趣旨からの判断、原告株主の意思と無関係な事情により原告適格を失うことの不合理及び濫用的な株式の売却を証明することは困難であることなどをあげるが、これらの問題意識は基本的に多重代表訴訟の問題にも適合するものであろう。

中間試案では、親会社の取締役会が子会社役員職務の執行を監督する義務があることを明記することが提案されている。多重代表訴訟に対する経済界の反対が強いことから代替案として提示されたものであるが、両者は二者択一ではなく両立し得るものという考えが根底にはあったようである。⁽⁹⁴⁾ 復委任説に基づけばグループ内の上位者（受任者）が下位者（復受任者）の監督をすべきことは当然である。代理人が復代理人の選任及び監督について本人に対して責任を負うと規定する民法一〇五条からも類推できる。このように解釈上当然に認められる義務を会社法上明記することは、確認的規定の意義を超えた特別な意味があるという憶測を惹起して混乱を招くという意見があるが、⁽⁹⁵⁾ 妥当な意見であろう。この点に関しては、多重代表訴訟の対象とならない子会社の管理にのみ親会社役員義務と責任が拡充されるべきという意見がある。⁽⁹⁶⁾ 多重代表訴訟の対象は、復委任の関係にある重要な子会社に限定されると解するが、そうではない子会社の役員は委任関係ではないので、親会社役員との直接の責任追及はできないものの、履行補助者としての関係において親会社役員職務の監督に服すべき存在である。従って、解釈論上、実質的支配関係にある子会社役員については、その重要性の如何にかかわらず親会社役員には監督義務があるのであるから、多重代表訴訟の対象の成否で区別する意見は合理的とはいえない。要綱案では、この代替案は削除され、会社

法三六二条第四項第六号に定める「業務の適正を確保するための体制」に、現行では省令に定める「企業集団における業務の適正を確保するための体制」を追記して会社法上明確化することとされている。

(81) 前掲注(45)参照。

(82) 座談会「親子会社の運営と会社法」上「商事法務一九二〇号一四頁」北村雅史(二〇一〇)、葉玉匠美(研究主幹)「多重代表訴訟についての研究報告——米・仏の実地調査を踏まえて——」七〇—七三頁(21世紀政策研究所・二〇一〇)

(83) 松井秀征「企業結合法制・企業集団法制の方向性」ビジネス法務二〇一〇年六月号二〇頁、加藤貴仁「企業グループのコーポレート・ガバナンスにおける多重代表訴訟の意義」落合誠一・太田洋・柴田寛子編「会社法見直しの視点」七九頁(商事法務・二〇一〇)

(84) 加藤・前掲注(83)、九四—九五頁、志村・前掲注(76)、一六四—一六五頁

(85) 座談会「会社法制の見直しに関する中間試案をめぐって」下「商事法務一九五五号八頁」弥永真生(二〇一〇)

(86) 前掲注(36)及び関連の本文参照。

(87) 座談会・前掲注(82)、二五頁「加藤貴仁」北村雅史

(88) 株式交換等によって訴訟継続中に完全親会社の株主となった者の原告適格の問題である。要綱案では「訴訟継続中の要件がなくなっている。

(89) 神田秀樹「会社法」第14版「二四六頁」弘文堂・二〇一〇

(90) シンポジウム「会社法の制定と民事手続法上の問題点」民事訴訟雑誌五五号一四三頁「笠井正俊」(二〇〇九)

(91) 周劍龍「株主代表訴訟」ジュリスト増刊「会社法施行5年 理論と実務の現状と課題」三二頁(二〇一〇)

(92) 経団連の意見では中間試案の中で最も反対する部分が多重代表訴訟であったようである(シンポジウム「会社法制の見直しに関する中間試案について」商事法務一九六二号二三頁「阿部泰久」(二〇一〇))。

(93) 岩原伸作「総論——会社法制見直しの経緯と意義」ジュリスト一四三九号二〇頁(二〇一〇)

(94) 座談会「会社法制の見直しへ向けた課題と展望」商事法務一九五六号一四頁「岩原伸作」(二〇一〇)

(95) 法制審議会会社法制部会第17回会議議事録(二〇一二年二月三日) 一五頁「前田雅弘」
(96) 加藤・前掲注(83)、九七頁

五 おわりに

明治期の法学者の穂積陳重は、立法者が商業活動の雛型を作るのではなく、商法は商業の後追いででき、商法が商業には先立たない旨を説く⁽⁹⁷⁾。企業グループの役員を会社法上硬直的に規定することは、まさに商業に先立ち経営の枠組みを決めるかのようなものである。

立法上の解決に縋てを期待すべきではない⁽⁹⁸⁾。我が国の株主代表訴訟は元来「接木」の要素があり、更に接木を重ねた法律⁽⁹⁹⁾の解釈論に法律家の労力が割かれる状況は、本質的議論が欠けていると思われる⁽¹⁰⁾。殊に、母国の米国においても「問題児⁽¹⁰⁾」として難問視されてきた株主代表訴訟については、法解釈や理論の蓄積に乏しい立法は、新たな混乱を助長することが危惧される。米国デラウェア州最高裁判官の *Veasey* は「裁判所は、取締役会を監視することや論争を解決するために自ら手を差し延べない。故に裁判所は何らかの行動がそこに持ちこまれるのを待つ貝のようなものである。思うに、裁判所は、取締役が責任にさらされることを最小限にする予防的に有益な最善の会社実務を奨励するための積極的発言により、その任務を果すことができるし、またそうすべきである。」と述べ、司法の役割の重要性を示唆する。我が国に株主代表訴訟が導入された時期に、判例の蓄積により妥当性が保障される米国とは異なり我が国の裁判所には同様のことは期待できないという学界の声があった⁽¹⁰³⁾。法体系の相違や判例の蓄積の点で困難な事情は理解できるが、現在の我が国の状況には、もう少し理論や司法の活躍に期待したいところである⁽¹⁰⁴⁾。特に我が国企業グループにおける役員が多様性に鑑みれば、その実態に応じて、適切かつ柔軟な法

解釈で対応できる規定や制度が必要と思われる。⁽¹⁰⁵⁾ 細部まで立法化して、理論はその解釈に追われ、企業は制度に合わせて企業法務上対応し易い実務体系を考案するという攻防は社会経済的にも非効率である。⁽¹⁰⁶⁾ 企業グループの実態に応じた責任認定のできる柔軟な立法上の制度が望まれる。

経営の本質ではない小手先の法務的リスクマネジメントが必要となるような事態は企業経営を巡る法環境として決して好ましいものとは言えない。公器たる企業グループの役員の実態に照らした実質的な法解釈や理論を形成して、司法においても認定することが必要であろう。そうすることが、我が国の企業グループの経営におけるより実効性の高いコーポレート・ガバナンスの構築への近道であろう。

企業グループ内の子会社役員の実態について、紙幅の関係で、解釈論の方向性を示すだけで寄与度等について詳述することはできなかったが、多大なるご指導を賜ってきた吉本健一先生の大阪大学ご退職に際して、まことに拙い論稿ながらこれを捧げさせていただく次第である。

(97) 福島正夫「日本資本主義の発達と私法」一一〇頁（東京大学出版会・一九八八）

(98) 欧州における日本研究において、様々な立法上の制度改革にもかかわらず、日本型のコーポレート・ガバナンスの本質は何ら変化していないと結論付ける調査資料もある（J. Buchanan and S. Deakin, *Japan's Paradoxical Response to the New 'Global Standard' in Corporate Governance*, European Corporate Governance Institute, Law Working Paper No. 87 (2007)）。

(99) 中間試案に対する「妥協的・弥縫的」という印象の意見もあるが（落合誠一「会社法制の見直しに関する中間試案」の基本的論点）商事法務一九六五号三六頁（二〇一一）、同旨の意見と思われる。

(100) 松津浩司「グループ利益の追求と『親会社責任』規定」商事法務一九五九号九頁は、中間試案第2部第2の親会社等の責任A案につき、会社法一二〇条の利益供与規制の解釈転換を示唆するが、両者は趣旨が異なり必要な議論とも思えない。

- (101) Dyson, *The Director's Liability for Negligence*, 40 *Ind. L. J.* 341, 347 (1965)
- (102) E. Norman Veasey, *Should Corporation Law Inform Aspirations for Good Corporate Governance Practices—or Vice Versa?*, 149 *U. Pa. L. Rev.* 2179, 2181 (2001)
- (103) 鈴木・前掲注(40)、四三頁
- (104) 加藤・前掲注(83)、一〇三頁に「多重代表訴訟の導入は、実態と法制度の不一致を、実態を法制度に合わせる形で修正する効果を持つ」とあるが、法解釈による解決にも期待したい。上村教授は、親会社役員の責任論の不在に関して、「支配あるところに責任あり」という法格言からしても既に理論が確立しているべきであり、立法に頼らざるを得ないのは、法律家の責任である旨述べている(ビジネス法務二〇一二年三月号七一頁)。
- (105) 裁判所が自主的な対応に一定の意味を付与することで法が創造されるという感覚が日本にも求められているという意見がある(上村達男『会社法改革』二九二頁(岩波書店・二〇〇二))。法律や株主側から上が決める一方的議論ではなくもつと会社側からの実態に応じた積極的な議論をなすべきという意見もある(シンポジウム・前掲注(92)、一一頁(柳川範之))。
- (106) 執行役ではなく執行役員を多くの会社が採用することも一事例であろう。経済効率を追求して成り立ってきたグループ経営に対して会社法制が不当な妨げとなることは避けなければならない旨述べる意見もある(落合・前掲注(99)、三二頁)。

(二〇一二年八月三日 脱稿)