

# 退任取締役に対する責任追及訴訟に おける会社の代表者

山 田 泰 弘

- 一．はじめに
- 二．平成17（2005）年商法改正までの法制度の変遷と判例・学説の展開
  - 1．法制度の変遷
    - （一）法改正の推移
    - （二）法制度の変遷の含意
  - 2．判例の展開
    - （一）個人の立場で会社との訴訟関係にある場合
    - （二）取締役の立場で会社との訴訟関係にある場合（会社が被告の場合）
    - （三）取締役の立場で会社との訴訟関係にある場合（会社が原告の場合）
    - （四）退任取締役と会社との訴訟
      - （1）下級審裁判例の展開
      - （2）最高裁判例の展開
    - （五）判例の展開の特徴
  - 3．学説の変遷
- 三．新会社法の取り扱いと平成17（2005）年改正前商法までの展開・議論からの示唆
  - 1．平成17（2005）年改正前商法までの展開・議論の検討
  - 2．新会社法の取り扱いとそれに対する示唆
    - （一）新会社法の取り扱い
    - （二）業務監査機関の設置される会社の場合（最高裁2003年判決と新会社法）
    - （三）業務監査機関の設置されない会社の場合
- 四．おわりに

## 一．はじめに

株式会社が退任取締役に対して在任中の義務違反の責任を訴訟で追及することは、大規模株式会社では従来それほどなかった。しかし、大規模株式会社の企業不祥事発覚後や経営破綻後に、不祥事の再発防止策や企業の

再建計画において当時の経営者の経営責任を問うことが条件とされるなど、株式会社が退任取締役に対して責任追及訴訟を提起することは増加傾向にある<sup>1)</sup>。この場合に株式会社は、当該退任取締役の責任を追及するか、その場合の追及手段として訴訟を利用するか、さらには、訴訟追行をどのように実施するか、を判断する。これらの判断は、株式会社のどの機関が実施するか。

平成17(2005)年改正前商法275条ノ4は、取締役と会社との間に訴訟が係属する場合には、監査役が会社を代表することとする。しかし、退任取締役と会社との訴訟につきどのように扱われるかは、法律上には明文の規定がなかった。最高裁第3小法廷平成15(2003)年12月16日判決<sup>2)</sup>[以下では、最高裁2003年判決とする]は、利益衝突のおそれのない退任取締役に対する責任追及について、代表取締役が会社を代表して責任追及訴訟を提起する権限を有するとした。もっとも、平成17(2005)年改正前商法では、株主が退任取締役の在任中の義務違反の責任を追及する訴訟の提起が可能であり、その責任追及訴訟(株主代表訴訟)を提起するために要求される会社に対する事前の提訴請求の宛先が監査役とされている(平成17〔2005〕年改正前商法275条ノ4後段)。このことから最高裁2003年判決は、監査役が会社を代表して退任取締役の責任追及訴訟を提起しうるとも判断した。すなわち、最高裁2003年判決は、退任取締役に対する責任追及に関して、代表取締役と監査役とが会社を代表して訴訟追行する権限を重複的に有すると理解している<sup>3)</sup>。

これに対して、2005年に制定された会社法386条1項かっこ書は、取締役であった者と監査役設置会社との間に提起された訴訟については、監査役が監査役設置会社を代表するとした。会社法の下では、退任取締役に対する責任追及訴訟については、監査役が監査役設置会社を代表することになる。会社法386条1項は、同法349条4項、353条、および364条の特例であるため、代表取締役等が会社を代表することはできないとも考えられる。そうであれば会社法は、最高裁2003年判決の取り扱いを否定し、監査役に

責任追及訴訟の訴訟代表権限を専属させていることになる<sup>4)</sup>。代表取締役と監査役とが訴訟代表権限を重複的に有するとしていた最高裁2003年判決の取り扱いは、ルール変更をしなければならないほどの不都合があったのであろうか。もちろん最高裁2003年判決が監査役と代表取締役が重複的に責任追及権限を有すると判断した際には、何らかの事情を考慮したと考えられる。そうであれば、会社法の下でも、その事情について何らかの配慮をする必要が生じるかもしれない。

本稿はこの点を考察する。具体的には以下のように議論を進めよう。

まず、平成17（2005）年改正前商法に至るまで、会社と取締役との間に訴訟が係属する場合の会社の代表者について、法がどのような取り扱いをしてきたかという点を確認し、最高裁2003年判決に至までの判例と学説の展開を概観する。これにより、法制度と裁判所、そして学説がそれぞれ、この問題の取り扱いをどのように理解し、いかなる点を考慮していたかを検討する。つぎに、会社法のスキームを確認し、平成17（2005）年改正前商法下での取り扱いを変更する意義が何か、さらにその変更がどのような実務的な対応の変化を要求するかを考察し、最後に、そのまとめを行う。

なお、会社法では、会社の機関設計にバリエーションがあり、それぞれにおいて退任取締役に対する責任追及訴訟につき会社を代表する機関が異なる。委員会設置会社では監査委員会が選定する監査委員が会社を代表する（会社法408条1項2号。退任執行役に対する責任追及訴訟についても同様）。監査役設置会社および委員会設置会社以外の会社では株主総会で会社を代表する者を決定しうる（会社法353条）。もっとも、それらが取締役会設置会社であれば、株主総会で訴訟代表者が決定される場合を除き、取締役会で会社を代表する者を決定しうるとする（会社法364条）。

本稿は、議論を単純化するために、特に断りがない限り、監査役設置会社（会社法2条9号）における退任取締役の責任追及をモデルに検討することにする<sup>5)</sup>。

## 二．平成17(2005)年商法改正までの法制度の変遷と判例・学説の展開

### 1．法制度の変遷

#### (一) 法改正の推移

平成17(2005)年改正前商法にいたるまで、退任取締役と会社との間の訴訟について誰が会社を代表すべきか、条文上は明らかでない。そもそも、取締役と会社との訴訟につき会社のどの機関が会社を代表するか、という点も法制度は固定的ではない。ここでは、取締役と会社との訴訟につき会社のどの機関が会社を代表するかという点に関する法制度の変遷を見よう。

1890(明治23)年の旧商法ですでに「総会ハ監査役又ハ特ニ選定シタル代人ヲ以テ取締役又ハ監査役ニ対シテ訴訟ヲ為スコトヲ得」(明治23(1890)年旧商法228条)と規定していた。1899(明治32)年に施行された商法は「会社カ取締役ニ対シ又ハ取締役カ会社ニ対シ訴ヲ提起スル場合ニ於テハ其訴ニ付テハ監査役会社ヲ代表ス但株主総会ハ他人ヲシテ之ヲ代表セシムルコトヲ得」と規定した(昭和13(1938)年改正前商法185条、昭和13(1938)年改正後商法277条)。

会社と取締役の間では利益相反の危険があり、取引関係にあっては自己取引(双方代理)となり、民法108条に反し無効となる可能性がある。このため明治32(1899)年商法は、民法108条の例外を認める趣旨で<sup>6)</sup>、通常取引については監査役の承認を要求し、その承認が得られれば取締役が会社を代表することもできるとした(昭和13(1938)年改正前商法176条、昭和13(1938)年改正後商法265条)。これに対して、訴訟の場面では、通常取引関係よりも複雑な状況となり、訴訟追行自体も利益相反の危険がある。よって、通常業務執行と異なり、監査役を会社の代表機関とし、会社と取締役との間の訴訟について、会社が実質的な相手方代理とならないような配慮が示された<sup>7)</sup>。なお、合名・合資会社については、当初株式

会社と同程度の配慮は必要ないと考えられたのが、会社と業務執行社員の間の利害関係を調整する規制はなかった。会社と業務執行社員との間の利害関係を調整する規制が置かれたのは、昭和13（1938）年商法改正であった（社員と会社との取引関係につき昭和13（1938）年改正商法75条、社員と会社との訴訟につき昭和13（1938）年改正商法79条）<sup>8)</sup>。

それでは、なぜ監査役が自己取引（双方代理）の承認機関とされ、取締役の責任追及に関する会社の代表機関に位置づけられたか。明治23（1890）年の旧商法228条の原案は、レスラー商法草案279条であり、その理由を「会社は、最も信頼の置ける者に対して訴訟代理を委ねることができる」点に求めた<sup>9)</sup>。そもそも、株主総会は常置の機関ではなく、株主が多数であるため監督作用には適さない。監査役は、株主の代表者として経営担当者の活動を監督し、株主総会での意思決定をするために必要な情報・参考意見を株主に提供することを機能として期待されていた<sup>10)</sup>。監査役が株主の代表者として行動するものと理解されていたために、会社の受任者たる取締役に對する本人たる地位を示す会社として判断をする役割が、監査役に委ねられると考えられたのであろう。もちろん、監査役が取締役の責任追及に関して会社の代表機関とされていても、会社の実質的な存在である株主の実際の判断・決定が優先する。株主は、株主総会を通じて責任追及するか否かを決定し、必要があると考える場合には、監査役ではない第三者を訴訟進行機関とするという決定も可能であった（明治23（1890）年旧商法228条、昭和13（1938）年改正前商法185条但書、昭和13（1938）年改正後商法277条但書）。

昭和25（1950）年商法改正で、取締役会制度の導入に伴い、経営担当者の活動の監督は、取締役会の機能とされた。経営担当者の活動を監督する立場にある者は、取締役であり、経営担当者とともに取締役会の構成メンバーとされた。監査役は、株主総会への情報（会計情報）を提供する会計検査機関と位置づけられた。このため、昭和25（1950）年改正商法は、それまで監査役に任せられていた、経営担当者である取締役との利害衝突

の回避の役割を、取締役会に期待した。通常の取引関係については、取締役会を承認機関とした(昭和25[1950]年改正商法265条)。取締役の責任追及訴訟に関しては、訴訟追行に複雑な利害対立が発生するおそれが高いことから、昭和25(1950)年商法改正前からの配慮を引き継ぎ、単に取締役会が承認するだけでなく、訴訟追行自体に関しても、取締役会の関与が必要となると考えた<sup>11)</sup>。このため、責任追及訴訟を提起する場合の代表者を取締役会が決定するとし、株主総会でも会社の代表者を決定できるとした(昭和25[1950]年改正商法261条ノ2第1項2項)。もちろん、取締役会が経営担当者を中心とした取締役により構成されていることから、会社が取締役に対して訴えを提起することを躊躇することが考えられる。このような弊害は昭和25(1950)年商法改正で導入された株主による責任追及制度(株主代表訴訟制度)で対処することが予定されていた<sup>12)</sup>。

その後、昭和39(1964)年半ばから、日本経済が不況に見舞われ、日本特殊鋼、サンウェーブ工業、山陽特殊製鋼といった東証一部上場会社の倒産が相次いだ。とりわけ、山陽特殊製鋼の倒産に際して、同社が昭和33(1958)年3月期から昭和39(1964)年9月期迄の7年間にわたり、92億円余りの粉飾決算を行っていたことが発覚した。それを契機に大蔵省(現金融庁)の有価証券報告書の重点審査が行われ、その結果上場会社において粉飾決算が横行していたことが発覚し、社会問題として認識された<sup>13)</sup>。同時にこの頃、高度経済成長のひずみが認識され、大企業による、公害の発生・自然破壊、オイルショック時の売り惜しみ、森永ヒ素ミルク事件やカネミ油症事件にみられる製造物責任の問題等が深刻化し、大企業に対する不信感が社会に蔓延していた<sup>14)</sup>。このような状況は、監査役による経理監査、および、経営担当者を主体とする合議体の取締役会による経営監督が機能していないことを示し、会社における会計監査・経営監督機能を拡充すべきであると、強く主張された<sup>15)</sup>。

このため、昭和29(1941)年に法務大臣より商法を改正する必要があるとすればその要綱を示すように諮問を受けていた法制審議会(商法部会)

は、1962年11月2日に監査制度のあり方について審議を開始した。法制審議会商法部会は、基本方針の作成に当たって、ドイツ式の監査役会制度（取締役の選解任機関としての監査役会）の導入や、監査役制度の廃止も検討した。最終的には、監査役に業務監査権限を付し、その独立性を確保する改正の基本方針が立てられ、それに基づき要綱が作成され、昭和49（1974）年商法改正が行われた。これにより会計監査人制度が導入され、会計監査は会計監査人が担当することとなり、監査役は、昭和25（1950）年商法改正前と同様に経営監督機関となった。もっとも、昭和25（1950）年に導入された取締役会は、そのまま維持された。昭和49（1974）年商法改正により、日本の会社制度は経営監督機関として取締役会と監査役とを有する二元制度となった<sup>16)</sup>。

それでは、取締役と会社との訴訟について、会社を代表する者は誰とされたか。昭和49（1974）年改正商法は、監査役が業務監査を行うこととしたので、昭和25（1950）年改正前商法と同様に、会社と取締役との訴訟について、取締役から独立した監査役が会社を代表するのが適当であるとした（昭和49〔1950〕年改正商法275条ノ4）。もっとも、昭和25（1950）年改正前商法と異なり、この種の訴訟について株主総会が会社を代表する者を定めることができる旨の規定はない。これは、監査役が取締役から独立していること、株主総会決議によってこの種の訴訟について会社を代表する者を定めることができるとすると、かえって、取締役の意に沿う者が選任されるおそれがあることを考慮したと説明されている<sup>17)</sup>。なお昭和49（1974）年商法改正では、会社の規模によって監査制度の枠組みを変えるという観点から、商法特例法が制定された。商法特例法上の小会社（資本金が1億円以下の会社）については、監査役の権限は会計監査に限定されたままとされたことから、昭和25（1950）年改正商法の取り扱いがそのまま適用されることとなった（平成17〔2005〕年廃止商法特例法24条。同法25条により昭和49〔1974〕年改正商法275条ノ4は適用除外<sup>18)</sup>）。

もっとも、会社と取締役との利益相反の危険のある取引関係（自己取引、

双方代理)については、取締役会の承認を必要とするという昭和25(1950)年改正商法の立場が貫かれた。法案作成の中間段階にあって公表された法務省民事参事官室試案では、取締役と会社との取引についても監査役が承認することが提案されていた。しかし、要綱試案をまとめる段階で変更され、取締役会が承認機関となった。変更の理由としては次の二点が挙げられている<sup>19)</sup>。第一に、取締役の自己取引を承認するか否かは合目的な裁量の働く余地が大きく、監査役による監査になじまない点が挙げられた。第二に、取締役会の承認を要するとした方が、承認決議に賛成した取締役も、自己取引を行ったことで会社に損害が発生した場合には会社に対して損害賠償責任を負うことになるので、取締役会を承認機関とした方が会社の保護のため優れている点が挙げられた。

昭和49(1974)年商法改正は、会社における監査体制を強化する目的を有する。このためか、会社と取締役との間の訴訟に関する代表者が監査役とされることも監査体制との関係で位置づけられ、それまでとは異なる理解が示される。昭和49(1974)年改正後は、会社と取締役との間の訴訟について監査役が会社を代表することは、監査役の業務監査権限の行使の発露であるという点が強く強調された<sup>20)</sup>。会社と取締役との間の訴訟も会社が取締役に対して義務違反の責任(平成17〔2005〕年改正前商法266条1項各号)を追及する場合を主たる事例と理解し<sup>21)</sup>、訴訟追行権限が監査役に専属する権限であることも強調される<sup>22)</sup>。昭和49(1974)年改正商法275条ノ4前段の「監査役の権限は、訴えの提起から訴訟の終了に至るまで、全ての訴訟手続に関する会社の意思決定および会社の代表に及ぶ。したがって会社と取締役との間の訴訟については、代表取締役の会社代表権ばかりでなく、取締役会の業務執行の意思決定権も及ばない」とされた<sup>23)</sup>。株主総会によっても、監査役の訴訟追行権限を奪うことはできないとする点に、監査役の訴訟追行権限の専属性が現れていよう。

昭和49(1974)年商法改正以降、監査役制度に関する改正が相次いでなされた。いずれの改正も、監査役に認められた監査権限を監査役が行使し



うる状況を確保する目的で、経営陣である取締役からの独立性を強化しようとするものである<sup>24)</sup>。

## （二）法制度の変遷の含意

取締役と会社との訴訟につき会社のどの機関が会社を代表するかという点を巡る法制度の変遷からは、昭和49（1974）年商法改正の前後で、この法制度に定められた意義が変容されていると考えられる<sup>25)</sup>。

昭和49（1974）年改正前までにおいて、会社と取締役との訴訟に関する特別な取り決めを必要とする趣旨は次の通りである。その趣旨は、受任者たる取締役の自己取引（双方代理）について本人の同意を必要とするのと同様の対処を会社と取締役との訴訟についても実施しなければならないが、訴訟という場面では関係が複雑化する<sup>26)</sup>。会社が受任者たる取締役に対して訴訟を提起するのに、その会社の代表者が、通常の業務執行秩序に従って、被告とされる取締役またはその同僚とされてしまっただけでは適切な訴訟進行がなされないおそれがある。よって株主代表といえる監査役が会社を代表し、窮極的には、委任者である会社の実質的存在である株主が会社と取締役との間の訴訟について判断しようとされた（株主総会の決定が優先する。昭和13（1938）年改正前商法185条但書，昭和13（1938）年改正後商法277条但書，昭和25（1950）年改正商法261条ノ2第1項2項）。会社と取締役との間に利益相反が起こるおそれがある両者の間の訴訟という場面では、受任者たる取締役に対する委任者（会社）の実質的存在である株主が窮極的にはイニシアティブを握る。しかし、株主総会は常設的な機関でないため、常設的な他の機関（監査役〔昭和25（1950）年商法改正後は取締役会〕）にそれが委ねられていた、と理解されていたのであろう。

これに対し、昭和49（1974）年商法改正は、会社と取締役との間の訴訟につき会社の代表者を誰とするかという問題を、単に、会社と取締役との間に利益相反が起こるおそれがあるための処理という以上の意味を持たせようとした。昭和49（1974）年商法改正は、粉飾決算および会社の反社会

的行動を抑止する観点から、会社の経営監督機能の強化という目的を有する。監査役設置会社につき、会社と取締役との間の訴訟についての会社の代表者を監査役とした(昭和49〔1974〕年改正商法275条ノ4)のは、新たに、取締役の違法行為の差止権(昭和49〔1974〕年改正商法275条ノ2)を監査役に認めたこととともに、業務執行全般についての監査を実行あらしめることが目的であった<sup>27)</sup>。いわば株主に認められた取締役の違法行為の差止権と代表訴訟提起権とを監査役に認める機能を有するとされた。株主代表訴訟が取締役の責任(平成17〔2005〕年改正前商法266条)を追及するために認められたものであり、その提起が限定的になることに対して、監査役の訴訟代表権は取引上の債務不履行の責任についても提起が可能となる点が強調された<sup>28)</sup>。もちろん、株主代表訴訟の場合と異なり、監査役は、職務として訴訟提起・訴訟追行を行い、提訴すべきなのに取締役に對して訴えを提起しないと、任務懈怠責任を問われかねない。昭和49(1974)年商法改正ではこれらの点による経営監督機能の強化が期待された。このほか昭和49(1974)年商法改正は、取締役と会社との訴訟において、株主総会が監査役以外の者を会社代表者として選任することをできなくした。これは、監査役が取締役から独立していること、株主総会決議によってこの種の訴訟について会社を代表する者を定めることができるとすると、かえって、取締役の意に沿う者が選任されおそれがあることを考慮したと説明されている<sup>29)</sup>。この変更により、たとえ会社の実質的存在である株主が、会社と取締役との間の訴訟について監査役と別の方針や判断をしていたとしても、監査役の判断が優先する。会社の実質的存在である株主と被告とされる当該取締役との間で利害対立がなくとも、会社の経営監督、経営の適正化の観点から監査役が会社を代表して訴訟追行することを認める制度設計となっている。これは、昭和49(1974)年商法改正の背景に、大企業に対する社会の不信感があったことが影響していたのではないかと考えられる。昭和49(1974)年商法改正が、会社と取締役との間の訴訟についての会社の代表者を監査役としたのは、会社と取締役との間の

利害対立の調整よりも適正な経営を実現させるところに、重点を置いていたといえよう。

他方、平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社については、昭和25（1950）年商法までと同様のスキームが採用され、会社と取締役との間に係属する訴訟については会社の実質的存在である株主が窮極的に判断する（平成17〔2005〕年廃止商法特例法24条2項）。これからは、小会社では大会社・中会社ほど適正な経営の実施が社会的に要請されていないとも考えられなくはない。もっとも昭和49（2005）年商法改正当時は、小会社について昭和25（1950）年商法の取扱いが維持されることに合理性はなく、単に政治的な妥協の結果に過ぎないと考えられていた<sup>30)</sup>。小会社の監査体制は、近い将来抜本的に行われるであろう会社規模ごとに適合する会社法制を組む区分立法において<sup>31)</sup>、全面的に洗い直されるまでの暫定的な取り扱いと考えられていた<sup>32)</sup>。いずれにしても、法制度上は、平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社における取締役と会社との訴訟の訴訟代表者の取り扱いは、会社と取締役の利益相反関係（実質的な相手方訴訟代理）の防止という意義以上の意味は込められていないと考えられる。

## 2. 判例の展開

そもそも、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は、会社と取締役との間に訴訟が係属する場合一般についての会社の代表者を監査役とする。このため、退任取締役に対する責任追及訴訟の取り扱いは、会社と取締役との間の他の訴訟類型での取り扱いと整合的に運用されることが予測できる。他の訴訟類型についての考慮が退任取締役に対する会社の責任追及訴訟の取り扱いについても反映されると考えられる。

そこで以下では、会社が取締役の責任を追及する場面以外についても、会社と取締役との間で訴訟が係属する場面に関する判例法の取り扱いを確認し、会社が退職取締役に対して責任追及訴訟を提起した場合の判例の取り扱いを概観しよう。

会社と取締役との間に係属する訴訟の類型は、次のように分類ができる。まず、取締役がどのような立場で会社との訴訟関係にあるかという点で分類ができる。第一に、取締役が個人の立場で会社と訴訟関係にある場合(A類型)と、第二に、取締役が取締役の立場で会社と訴訟関係にある場合とに別れる(B類型)。つぎに、会社が原告となるか被告となるかによって、会社と訴訟当事者となる取締役との対立関係が大きく異なるであろうと予測される。A類型で会社が被告となる場合は、たとえば、取締役の会社に対する貸金の返還請求訴訟や会社の取締役に対する貸金返還請求訴訟となる。B類型で会社が被告となる場合は、訴訟当事者となる取締役が、会社に対して地位確認または地位の不存在確認を訴訟で求めたり、株主総会決議取消または無効確認訴訟を提起する場合が挙げられる。A類型で会社が原告となる場合は、たとえば会社が取締役に対して貸金債権を請求するような場合であるが、これは単純なる債権債務関係ではなく、取締役の義務違反が問題となる場合も想定でき<sup>33)</sup>、B類型と分類されよう。B類型で会社が原告となる場合は、訴訟当事者となる取締役の義務違反に基づく責任を追及する訴訟となる。もっとも会社が、現職の取締役の責任追及を行うとは考えにくく(通常そのような状態となれば、当該取締役は辞任しているのであろう)、実際に裁判例も1件しか発見できなかった。

退職取締役と会社との間で係属する訴訟については、つぎの類型が考えられる。会社が被告となる場合としては、退職慰労金や未払い報酬の支払い請求訴訟であり、会社が原告となる場合は本稿が検討の対象とする、在任中の取締役の義務違反の責任を追及する訴訟である。

ここでは、類型ごとに判例の展開を概観しよう。

#### (一) 個人の立場で会社との訴訟関係にある場合

ここに該当する裁判例は、1件発見できた。

大阪高判平成8(1996)年7月10日<sup>34)</sup>においては、Y会社の商業登記簿上取締役として登記されるX(ただし任期終了後に後任者が選任されて

いない状態）が、Y 会社（代表取締役 A が代表。資本金900万円）に対し賃料・貸金等の請求訴訟を提起したものである。一審の大阪地判平成7（1995）年4月28日（判例集未掲載）は、請求を一部認容し、Y 会社が控訴した。Y 会社は控訴審で初めて、本件が、平成17（2005）年廃止前商法特例法24条が適用されるにかかわらず、同法により会社を代表すべき者を定めなくて X が提訴したとして、本件訴えは不適法であると主張している。これに対して X は、自らはもはや取締役でなく、X と Y 会社の間で馴れ合い訴訟のおそれなく、同法の適用がないと争った。

これに対して大阪高等裁判所は、Y 会社は、代表権のない代表取締役 A が代表者として訴訟進行しているために、本件訴訟手続は不適法であり、その瑕疵を補正するため、本件訴訟を第1審に差し戻すと判断した。

まず、大阪高等裁判所は、Y 会社において平成1（1989）年3月26日時点で X を含む4名が取締役として重任され、登記されていたが、そのうちの1名が死亡し、全員が任期満了となって法定の取締役の員数を欠くに至ったが、後任者が選任されないままとされているため、X は本件提訴時に取締役としての権利義務を有する者と認定した。

つぎに、平成17（2005）年廃止商法特例法24条の趣旨については、以下のように判断している。同条が「会社と取締役間の訴訟について会社の代表取締役の代表権を否定したのは、馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものであることは確かである。したがって、会社を代表する取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めていないような場合には、右の意味における馴れ合いのおそれがないことが明らかであると見て、当該訴訟の相手方を同条にいう取締役にあたらないとして同条の適用を否定することができるとしても、これとは逆に、会社を代表する取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めているような場合は、馴れ合いのおそれが明らかであると見て、当該訴訟の相手方を同条にいう取締役に当たるとして同条の適用を否定することはできないと解するのが相当である。」「実際問題として、Y 会社の代

表取締役である A と X とが対立関係にあつて馴れ合いのおそれがないかどうかにかかわらず、X を同条にいう取締役に当たる者として同条の適用を否定することはできないものと解するのが相当である。」この手続上の瑕疵は民事訴訟法56条の特別代理人を選任するなどの方法により補正することのできる瑕疵であるとして、原判決を取り消し、第1審に差し戻した。この判決は後述の最高裁1993年判決の基準で判断したといえよう。

(二) 取締役の立場で会社との訴訟関係にある場合(会社が被告の場合)

当該取締役が、取締役の立場で、会社に対して訴訟提起すること(会社が被告とされる場合)はいくつか見られ、とりわけ問題とされたのは、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用の有無である。平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用がある場合には、本来であれば原告取締役は、予め取締役会または株主総会により当該訴訟について会社の代表者を定めて訴訟提起をしなければならない。しかし原告取締役と被告会社の主導権を握る者との間で対立が生じているために、被告会社の代表者が円滑に選任されない場合が多い。そのため被告会社の代表者をとりあえず代表取締役としてなした原告取締役の訴訟行為は、補正命令(民事訴訟法137条1項)か被告会社の真に代表権のある者による追認がない限り、無効となる(民事訴訟法312条2項4号、338条1項3号)。これでは、被告会社の法令の不遵守により、原告取締役の訴訟行為が無駄となつてしまいかねない。さらに、特別代理人の選任を求める手続(民事訴訟法37条、35条)自体が不便である<sup>35)</sup>。

この点を考慮して平成17(2005)年廃止商法特例法上の小会社において、取締役が自身の選任決議や解任決議を争う場合に、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用があるかが、争われた<sup>36)</sup>。下級審判例の初期の段階では、形式上取締役の地位にあるか否かを判断基準としていた<sup>37)</sup>。これに対し、後の下級審裁判例にあつては、会社と取締役との間の訴訟であると認定した場合であっても、個人的関係により馴れ合いのおそれがなく、株

主総会の解任決議無効確認訴訟といった紛争が解決しない限り会社代表者を選任すべき取締役会の構成も定まらないことを理由に、例外的に平成17（2005）年廃止商法特例法24条の適用がないとするものも見られた<sup>38)</sup>。

しかし、取締役と会社との間に係属する訴訟につき明文で通常の業務執行と異なる取り扱いを要求しているにもかかわらず、馴れ合いのおそれがないとの理由で本条の適用を排除するのは解釈論として行き過ぎではないか、といった批判がなされた<sup>39)</sup>。そこで、最高裁平成5（1993）年3月30日判決<sup>40)</sup> [以下では最高裁1993年判決とする]は、下級審判例の展開の流れを受けながら、条文上無理のない理由付けを提示しようとした。

最高裁1993年判決の事件は、次の通りである。資本金1000万円のY会社は、訴外Aが代表取締役として就任し、Aが全株20000株を保有している、閉鎖会社であった。訴外Aは、取締役会の譲渡承認を受けることなく、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>にあわせて15000株を無償譲渡し、A、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>の全株主が出席する株主総会で、A、X<sub>1</sub>、X<sub>3</sub>を取締役とする決議をした（株主総会）。しかし、Aは、この取締役の変更登記がなされる前に、Aが行った株式譲渡は、取締役会の承認を受けていないため無効であり、いぜんAのみが株主であるとの前提の下、一人で株主総会を開き（株主総会）、A、B、C、Dを取締役として選任したとして役員変更登記を行った。これに対して、X<sub>3</sub>およびX<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>は、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、Aに対して株主総会の招集通知を送付し、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>の出席する株主総会で株主総会で選任したAを解任し、あらたにX<sub>2</sub>を取締役として選任した。同時にX<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>、X<sub>3</sub>は自己のY会社取締役としての地位確認訴訟と株主総会の決議不存在確認訴訟を提起した。第1審・原審ともXらの請求を認容した。これに対してY会社が、本件訴訟がY会社と取締役との間の訴訟であるのに、平成17（2005）年廃止商法特例法24条に基づいた代表者の選任がなされておらず、本件訴訟手続は無効となる、といった上告理由などを示し、上告した。

最高裁判所は、上告を棄却したが、本件が平成17（2005）年廃止商法特例法24条に違反するかを、つぎのように判示した。「商法特例法24条1項

が会社と取締役との間の訴訟について会社の代表取締役の代表権を否定したのは、代表取締役は、本来会社の利益を図るために会社を代表して訴訟を進行すべきところ、訴訟の相手方が同僚の取締役である場合には、会社の利益を優先させ、いわゆる馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものと解される。そうすると、会社を代表する代表取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めていないときは、右の意味におけるなれ合いのおそれはないことが明らかであるから、会社を代表する代表取締役において取締役と認めていない者は、同項にいう取締役に当たらないと解するのが相当である。よって本件においては、「 $X_1$ 、 $X_2$ 、 $X_3$  は同項にいう取締役に当たらず、右三名が提起した訴えについては同項は適用されないといわなければならない。」

最高裁1993年判決は、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の「取締役」を「会社を代表する代表取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めているか」否かという基準で判断する。實際上、原告取締役が被告会社に対して事前に取締役会で会社代表者の選任を求めることが困難であるのは、株主総会において解任された取締役が自身の解任決議の無効を確認する訴訟や、取締役としての地位確認訴訟などである。最高裁1993年判決は、これらの訴訟類型について、平成17(2005)年廃止商法特例法24条1項の適用を否定することに成功した。

これに対して監査役設置会社において、取締役が株主総会の解任決議や選任決議の無効・不存在の確認訴訟を提起する場合に、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の適用の有無を争う判例は発見できなかった。監査役が複数存在しても独任性のため、どの監査役を被告会社の代表者としても、訴訟要件を満たす。よってこれらでは、平成17(2005)年廃止商法特例法24条のような問題が発生しないことが大きな理由であろう<sup>41)</sup>。

- (三) 取締役の立場で会社との訴訟関係にある場合(会社が原告の場合)  
会社が原告となって現職の取締役に対し訴訟を提起することは、すでに



述べたように余り考えられない。この点について直接扱う判例は、1件発見できた。それは、大阪高判平成2（1990）年7月18日判決<sup>42)</sup>である。

この事件の事案は次の通りである。A（持株比率48%）、B（持株比率5%）およびY（持株比率47%）の三名が株主であるX会社（平成17年廃止商法特例法上の小会社）は、代表取締役としてAとYとが経営に当たっていた。Yは、X会社の支配をするために、自身を支持する従業員らに対し新株発行をするために、取締役会議事録、株主総会議事録を偽造し、発行済み株式総数を36万株から144万株に変更する登記をした。このため、AとBが刑事告訴し、Yを代表取締役から解任した。しかし、Yを支持する労働組合との間で激しい対立があり、それを収拾するためにYとABとの示談が成立し、Yが代表取締役に復帰し、Aを監査役、BおよびA派のCを取締役とした。しかし、YはX会社をワンマン経営し、ABCに対しては役員報酬も支払わなかった。このためABCはX会社に対して報酬請求訴訟を提起している。他方、X会社の競合会社D社の販売代理店E社よりD社との紛争によりD社から商品購入できなくなったことからE社よりX会社に注文が、Fを仲介して来た。Yは、競業関係にあることから直接販売できないとして、YがFともに出資してG会社を設立してそこを窓口として取引を開始した。その後X会社の従業員をG社に出向させたり、機械設備を譲渡したり、X会社社員に業務を行わせる等の援助を行った。X会社取締役BCは、平成17（2005）年廃止商法特例法24条の規定に従い、YのG会社に対する援助が忠実義務に違反するとして、Yに対する責任追及訴訟を提起するための代表者を選任するための取締役会の招集をYに請求し、Yが開催しない場合には、BCが開催することを通告した。Yが取締役会を開催しなかったため、BCが取締役会を開催し、監査役Aを代表者に選任して、提起されたのが本件である。

これに対して、Yは、AとX会社の間に報酬請求訴訟等が係属していること、BCがAの利益代弁者であることから、Aを代表者とする取締

役会の決定は、平成17年改正前商法260条ノ2に違反するか、公序良俗に反するとして、争った。

大阪高等裁判所は、当該Aを代表者とする取締役会決議には瑕疵がないとして、監査役AがX会社の代表者として訴訟追行することを認め、本案においても原審判決を取消し、X会社の請求を認容した。

#### (四) 退任取締役と会社との訴訟

会社が被告となる場合としては、退任取締役が会社に対して在任中の報酬を求めるものや、退職慰労金を求める訴訟群が近時数多く提起されている。これらの事件では、当該訴訟について平成17(2005)年改正前商法275条ノ4や平成17年廃止商法特例法24条の適用があるかは、争点とされず、問題となっていない。しかし、その事案は次のように別れる。退任取締役が在任中の報酬の請求を求める事件では、被告会社を監査役が代表しているものがあつた<sup>43)</sup>。他方、退任取締役が退職慰労金を請求する訴訟については、被告会社は代表取締役が代表していた<sup>44)</sup>。

これに対して、会社が原告となる場合、本稿が問題とする、退任取締役に対する責任追及訴訟についてもいくつかの裁判例が存在し、中には、当該訴訟について誰が会社を代表すべきかという点を争点としているものもある。以下では、退任取締役に対する責任追及訴訟について、下級審裁判例と最高裁判例とに分けて概観しよう。

##### (1) 下級審裁判例の展開

会社が原告となり、退任取締役の責任を追及する訴訟はいくつか存在する。もっとも、会社のどの機関が会社を代表するかという点を争点としない訴訟がほとんどである。しかし、下級審裁判例においては、代表取締役が会社を代表するものと監査役が会社を代表するものとに別れている。

筆者が発見した裁判例のうち、代表取締役が会社を代表しているものは9件であつた。内訳は、平成17(2005)年廃止商法特例法24条が適用され

る同法上の小会社（資本金1億円以下）の事件が1件、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4が適用される事件が4件（うち控訴審があるものが2件）で、資本金が不明のものが4件であった。後に詳述するが、このうちの1件は、原告会社を代表取締役が代表しているのは平成17（2005）年改正前商法275条ノ4に反し不適法であるとして原告会社の請求を却下している。もちろん平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社については、平成17（2005）年廃止商法特例法24条に基づいて取締役会で選任された会社の代表者が、代表取締役であることも考えられなくはなく、争点となっていないだけでは、平成17（2005）年廃止商法特例法24条に沿った処理がされているかは不明である。他方、監査役が会社を代表しているものは3件であった。

まず、これらの事件のうち会社の代表者が誰かが争点となっていない事件を概観し、その特色を確認する。

(a) 代表取締役が会社を代表して退任取締役の責任追及をする訴訟については、次のような特色を挙げることができる。

代表取締役が会社を代表して退任取締役の責任追及をする訴訟のうち、被告が退任取締役だけのものは、4件であった<sup>45)</sup>。

他方、代表取締役が退任取締役に対する責任追及を行ったものの残りの5件は、退任取締役以外の者も被告とされていた。

第一に会社に対して訴訟を提起した原告に対する別訴を提起する際に、退任取締役を被告とするものがある。これに該当するものとして、大阪地判平成8（1996）年12月25日とその控訴審である大阪高判平成10（1998）年5月29日<sup>46)</sup>が挙げられる。

この事件の概要は次の通りである。国際会議、学会等の企画運営を目的とするY<sub>1</sub>会社（資本金2億1000万円。甲事件被告）の関西支社長兼代表取締役副社長Y<sub>2</sub>（乙事件被告）は、Y<sub>1</sub>会社代表取締役訴外Aらと経営を巡り対立し、代表取締役副社長の辞任を申し出てその結果、Y<sub>2</sub>は取締

役兼関西支社長に降格された。このとき、関西支社では幹部従業員 X<sub>1</sub> を中心として Y<sub>1</sub> 会社からの独立を企画し、X<sub>2</sub>~X<sub>5</sub> とともに、Y<sub>3</sub> 会社(乙事件被告)を設立し、関西支社を中心に Y<sub>2</sub> および X<sub>1</sub> を中心に B 会社への転職の勧誘に当たった。平成 2(1990)年 6 月 11 日に X<sub>1</sub>~X<sub>5</sub> は Y<sub>1</sub> 会社に対し退職の意思表示を行った(退職指定日は平成 2(1990)年 7 月 15 日)が、平成 2(1990)年 7 月 13 日に Y<sub>1</sub> 会社は、競合する会社の設立に参画し、会社の業務を著しく阻害したとして懲戒解雇にし、退職金を不支給とした。なお、Y<sub>2</sub> は Y<sub>1</sub> 会社の取締役としての任期を満了して退任し、Y<sub>3</sub> 会社の代表取締役に就任した。X<sub>1</sub>~X<sub>5</sub> は、Y<sub>1</sub> 会社に対し、不払い退職金の請求を行った(甲事件)。これに対し Y<sub>1</sub> 会社(代表取締役 A)は、従業員の引き抜きと Y<sub>3</sub> 会社の設立は、取締役の忠実義務に違反するとして Y<sub>2</sub> に対して、義務違反に基づく損害賠償を求め、X<sub>1</sub> に対しては、雇用契約上の誠実義務に違反するとして、損害賠償を求め、Y<sub>3</sub> 会社に対しては不法行為に基づく責任を追及する別訴を提起した(乙事件)。(第 1 審: X<sub>2</sub>~X<sub>5</sub> の請求認容。Y<sub>1</sub> 会社の請求棄却。第 2 審: X<sub>1</sub>~X<sub>5</sub> の請求認容。Y<sub>1</sub> 会社の請求認容。)

第二に、代表取締役に代表される会社が退任取締役とともに複数の者を被告とするものが 4 件挙げられる。これらの事件では、取締役が在任中に従業員を引き抜き、競業禁止義務に違反して競業する会社を設立している。このとき、退職した取締役の忠実義務違反(競業禁止義務違反)の責任を追及するとともに、その者が設立した競業会社、移籍した従業員のうち積極的な勧誘を行った者に対して不法行為責任を追及している<sup>47)</sup>。

(b) 次に、監査役が会社を代表して、退任取締役の責任追及訴訟を提起しているものとして、3 件の判例を発見した。

第一に、東京地判昭和 56(1981)年 3 月 26 日<sup>48)</sup>が挙げられる。この事件の概要は次の通りである。X 会社(山崎製パン。資本金 15 億円)の創業者で代表取締役であった Y は、新たに千葉と大阪に進出することにした。

千葉については既存の A 会社を X 会社の資金で買収し、X 会社と Y とを株主とする会社とした。大阪については、新規に進出する土地を購入し、そこで工場を営業する別法人である B 会社を設立した。B 会社の設立にあたって、出資額の支払い・工場用地の取得交渉を X 会社に行かせたのに、設立した B 会社の株式を Y、妻子、および、Y が妻子とともに行う C 会社の所有とし、さらに B 会社は、X 会社の人的物的資源を利用して営業を行った。X 会社（代表者：監査役）は、Y のこれらの行為が取締役としての競業禁止義務に違反するとして、介入権を行使して A 会社および B 会社の株式の X 会社への返還を請求し、併せて損害賠償請求を行った（請求認容）。

第二に、福岡地判平成 8（1996）年 1 月 30 日<sup>49)</sup>が挙げられる。この事件では、X 会社（資本金 1 億 7600 万円。代表者：監査役）は、元代表取締役であった Y が、在任中に取締役会の設定した資金運用限度額を超える無謀な株式投資を行い、X 会社に損害を発生させたとして、当該株式投資の実施が善管注意義務に違反するとして 15 億円あまりの損害賠償を求めた（認容）。

第三に、東京地判平成 14（2002）年 7 月 18 日<sup>50)</sup>が挙げられる。この事件は、X 銀行（長期信用銀行。代表者：監査役）が、訴外 A 会社（株式会社イ・アイ・インターナショナル）に対する融資に関する善管注意義務違反の責任を追及する訴訟を旧経営陣である退任代表取締役の X らに対して提起したものである（後に、株式会社整理回収機構に損害賠償請求権を譲渡し、整理回収機構が訴訟引受〔請求棄却〕）。

(c) 最後に、会社が退任取締役の責任追及訴訟を提起するにあたって、会社のどの機関が会社の代表者を務めるべきか、が争われたものとして、東京地判平成 15（2003）年 3 月 3 日<sup>51)</sup>が挙げられる。

この事件の概要は、次の通りである。X<sub>1</sub> 会社と Y<sub>1</sub> 会社との間で経営管理委託契約が締結されたのに、Y<sub>1</sub> 会社は経営管理委託契約に違反する

行為をした結果  $X_1$  会社に損害が発生したとして、 $Y_1$  会社とその子会社  $Y_2$  会社、 $Y_1$  会社および  $Y_2$  会社の経営陣らと、 $Y_1$  会社および  $Y_2$  会社を退社した後  $X_1$  会社の代表取締役を務めた  $Y_3$  と取締役管理部長を務めた  $Y_4$  に対し、 $X_1$  会社（代表取締役  $X_2$  が会社を代表）とその代表取締役  $X_2$  が損害賠償請求訴訟を提起した。

これに対し東京地方裁判所は、次のように判示し、 $Y_3$  と  $Y_4$  に対する請求を棄却した。平成17（2005）年改正前「商法275条ノ4によれば、 $X_1$  会社の監査役が  $X_1$  会社を代表して同社の取締役に對し訴え提起しなければならないとされている。そして、商法275条ノ4にいうところの取締役には退任取締役を含むと解するのが相当である（同旨鴻常夫ほか『新版注釈会社法（6）』473頁ほか）。これを本件についてみるに、 $X_1$  会社は代表取締役である  $X_2$  が同社を代表して同社の取締役であった  $Y_3$ 、 $Y_4$  に対して本件訴えを提起しており、そうだとすると、かかる訴えは不適法というほかない。このほかそもそも経営管理委託契約が成立しているか疑わしいとして、 $Y_1$  会社、 $Y_2$  会社に対する請求も棄却している。

なお、会社が退任取締役に対する責任追及訴訟を提起するものではないが、会社から退任取締役に対する損害賠償請求権を含めた資産一切の譲渡を受けた者が、当該退任取締役に対する責任追及訴訟を提起した事件で、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4の趣旨が争われた。争われた事件とは、札幌地判平成14（2002）年9月3日（拓銀ミヤシタ事件）<sup>52)</sup>である。

この事件は、経営破綻した訴外 A 銀行（北海道拓殖銀行）から、取締役に對する損害賠償請求権を含み一切の資産譲渡を受けた X（整理回収銀行。後に合併し整理回収機構となった）が、債権回収のために、歴代表取締役の地位にあった  $Y_1 \sim Y_7$  が A 銀行に対して負っていた義務違反に基づく損害賠償責任を追及した事件である。この資産譲渡は、1998年6月の株主総会の特別決議で A 銀行が1999年3月で解散することが決定されてから、1998年9月の取締役会で決定され、1998年11月11日に A 銀行代表取締役が X との間で資産買取契約を締結し、実行された。その後1999

年2月8日にA銀行の監査役がA銀行代表取締役が締結・実行した本件資産譲渡を追認している。

これに対してYらは、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は、監査役が取締役に対する訴えを提起するかどうかを判断する権限を有する以上、会社の取締役に対する債権の処分権限もまた監査役が有すると解すべきであり、本件ではA銀行監査役がXに債権譲渡した事実はなく、XはYらに対する債権を取得しておらず、原告適格を有しないと争った。

札幌地方裁判所は、この点につき次のように判断し、Xの原告適格を肯定した。平成17（2005）年改正前商法は、「代表取締役について、会社の営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をなす権限を有するものと定め（261条3項、78条1項）、広範な権限を規定している。商法275条の4の規定は、代表取締役のその広範な権限を制限する法律上の例外規定であるが、同条は、会社と取締役との間の訴訟等については、同じく会社の機関である監査役に会社を代表する権限を委ねることとしており、内部的ななれ合い防止という観点からすれば、それほど徹底した方策をとるものでなく（ただし、取締役の責任免除については法律上の制限がある。商法266条5項6項参照。）、また、その適用場面を『訴えを提起する場合に於いては』と明示的に規定している。さらに会社と取締役間の債権債務関係に関する会社の業務も、債権債務関係の発生から調査、審査、交渉を経て、請求、提訴、債権回収のほか、これに関しての告訴告発等に至るさまざまな場面において、多岐にわたることが想定される一方、代表取締役が権限を有するそれ以外の会社の業務との境界も、時として一義的には定まり難い場面も予想されるところである。こうした商法の規定の内容及び文言のほか、会社業務の多面性を考慮すると、法は、会社と取締役間の債権債務関係についてなれ合いが生じうることを考慮して、その防止のために、訴訟という典型的な紛争場面における行為（訴え提起の論理的な前提となる訴え提起の内部的な決定や訴提起に通常随伴する事前の催告等の訴え提起に密接に関連する行為を含む。）に限って代表取締役の一般的権限を制限

すべきであるとの選択をしたものと解するのが相当である。したがって、A銀行の代表取締役には本件債権譲渡をする権限がないというYらの主張は採用することができない。」これによりXの原告適格を肯定し、本案においても取締役の義務違反を認め、Xの請求を一部認容した。

ほぼ同様の問題状況であった札幌地判平成15(2003)年9月16日(拓銀エスコリース事件)<sup>53)</sup>、札幌地判平成16(2004)年3月26日(拓銀ソフィア事件)<sup>54)</sup>なども同様の理由を示し、会社から退任取締役に対する損害賠償請求権を含めた資産一切の譲渡を受けた者が、退任取締役の責任追及訴訟を提起することを認めている。

## (2) 最高裁判例の展開

以上で概観したように、下級審裁判例にあっては、退任取締役の責任追及訴訟を会社が提起する場合の会社の代表者を代表取締役とするものと、それを監査役とするものが存在していた。それでは、この点について最高裁判所はどのように判断しているか。この点に関して最高裁判所が判断をした事件として、農業協同組合に関する二つの事件が挙げられる。農業協同組合は、多数の組合員が共同して事業を営むものであり、株式会社におけるのと同様の利害状況が存在する。農業協同組合では、理事、監事に期待される機能は株式会社の取締役、監査役に期待されるものと類似している<sup>55)</sup>。

(a) まず、次の二点を判示する最判平成9(1997)年12月16日<sup>56)</sup>[以下では、最高裁1997年判決とする]が挙げられる。この最高裁判例は、株式会社の監査役に相当する監事が、株式会社の取締役に相当する理事に対する訴訟提起に関する決定権限を有するとしても、それを定款で制限することが可能かという点、および、監事が組合を代表して訴訟進行している最中に、被告理事が理事の地位を失った場合に監事の訴訟代表権(訴訟追行権)はどうなるかという点を判断している。もちろん、この最高裁判例は、



会社が退任取締役に対する責任追及訴訟を提起する場合を判断するものではないが、大きな影響を与えたと考えられる。

最高裁1997年判決の事案は次の通りである<sup>57)</sup>。

1977年3月にYはX農業協同組合の組合長に就任した。組合長は、組合定款上の地位であり、各理事の単独代表権を制限すると同時に組合長のみ代表権を認めるとしていた。X農業協同組合では、担保権の放棄、10万円以上の債権の償却、および1件につき101万円以上の貸し付け等については理事会の決議を要する旨の規約（規約19条10号）が存在した。この規約は定款を補充するものであり、平成4（1992）年改正前農業協同組合法29条に根拠を有するものであった。しかし、Yは理事会の決議を経ることなく、訴外Aらに対する利息等債権について担保権の行使や連帯保証人に対する請求、および強制執行など適切に行わず、免除した。訴外Bらに対しては、X農業協同組合に対しすでに多額の債務を負担し、返済が延滞気味であり、回収不能となることが予測されたにもかかわらず、Yは理事会の決議を経ることなく新規に550万円を貸し付けた。さらに、訴外C所有の不動産に付き競売申し立てをしていたが、特に事情が変化しておらず取り下げの必要性がないにもかかわらず、競売申立を取り下げたりした。X農業協同組合の監事Dは、Yも構成員であった理事会の決議を経ることなく、これら一連の貸付管理に関するYの任務懈怠責任を追及する訴訟を平成4（1992）年2月28日に提起した。その後平成4（1992）年3月16日にYはX農業協同組合の理事を退任した。しかし、監事Dは依然としてX農業協同組合の代表者として訴訟進行した。

第一審である高知地判平成8（1996）年8月22日は、「本件は農業協同組合が理事を相手になす訴訟であり、農業協同組合法によればこの場合、農業協同組合を代表して提訴を決定し、訴訟を遂行するのは監事であるから、監事によって提起された本件訴が適法であることは明らかである」とし、X農業協同組合の請求を一部認容した。Yがこれに対して控訴を申し立てた。

原審である高松高判平成9(1997)年3月28日は、つぎのように述べ、Yの控訴を棄却した。「組合と理事との訴訟については、理事と組合の利益の衝突を防止するため、監事が組合を代表するのが適当であるとして、監事に組合を代表する権限を付与したが、その立法趣旨に照らすと、監事が組合を代表して訴えを提起するに付き、監事が訴え提起の決定権をも有すると解するのが相当である。そうすると農業協同組合法29条に基づく下位の規約で、法律上の監事の権限に大きな制約を加えるのは相当ではなく、したがって、X組合の規約19条10号は監事の提起した本件訴えには適用されないと解される。なお、Yはすでに理事を退任しているが、組合の理事に対する訴えは、理事が退任しても監事がその訴訟を進行すべきである(理事が退任しても訴の性質自体は変わるものではないし、理事が退任、再任を繰り返すたびに訴訟追行者が変更するのは相当ではない。)と解するのが相当であるから、X組合を代表するものは、現在の代表監事のFとなる。」

これに対し、Yは、平成4(1992)年改正前農業協同組合法33条(「組合が理事と契約するときは、監事が組合を代表する。組合と理事との訴訟についても、また同様とする。」)という規定は、訴訟進行について監事の代表権を認めているが、訴訟提起の決定権限は監事に属さず、理事会の権限に属すると述べて、上告をした。

最高裁判所はつぎのように判示し、Yの上告を棄却した。平成4(1992)年改正前農業協同組合法33条(以下旧法33条)後段の趣旨は、「組合と理事との間の訴訟について、他の理事に組合を代表させたのでは、組合の利益よりも同僚である訴訟の相手方の理事の利益を優先させ、いわゆるなれ合い訴訟により組合の利益を優先させ、いわゆるなれ合い訴訟により組合の利益を害するおそれがあったものと解される(最高裁...平成5年3月30日第三小法廷判決・民集47巻4号3439頁参照)。右の趣旨に照らすと、監事は、旧法33条により、単に組合と理事との間の訴訟において訴訟行為を行う権限を有するだけでなく、組合の利益の実現のため、組合を代

表して理事に対する訴訟を提起するか否かにつき決定する権限を有していたものと解すべきである。」X組合の規約19条10号は、X組合が訴訟を提起するにあたっては理事会の決議を要する旨を定めているところ、仮に右が監事においてX組合を代表して理事に対する訴訟を提起する場合にも適用されるものとする、前記の法の解釈に抵触し、右規約の規定は右の限りで無効といわざるを得なくなるが、このような結果を招くことは、規約の制定にあたり意図されていたものとは考え難い。してみると、X組合が理事に対して訴訟を提起する場合は、右規約の規定の適用の対象から除外されていたものと解するのが相当である。また、平成4（1992）年改正農業組合法39条は、組合と理事との間の訴訟について平成17（2005）年改正前商法275条ノ4前段を準用するが、「その趣旨とするところも、旧法33条後段についてすでに述べたところと同一と解される。そして、商法275条ノ4前段は、会社と取締役との間の訴訟に関し『其ノ訴ニ付イテハ』監査役が会社を代表すべきもとしていること、また、いわゆるなれ合い訴訟を防止するとの前記の法の趣旨が容易に潜脱される組合と理事との間の訴訟において、訴訟係属中に相手方である理事がその地位を失ったとしても、監事は、その後の訴訟行為について、なお組合を代表する権限を有するものと解するのが相当である。」

(b) つぎに、農業協同組合の理事が、当該農業組合を代表して、退任理事の責任を追及する訴訟を提起したが、退任理事の責任を追及する訴訟につき、理事に農業協同組合の訴訟代表権が存在するかが、判示された。最高裁2003年判決、最判平成15（2003）年12月26日<sup>58)</sup>がこの点を判示する。

最高裁2003年判決の事案は、次の通りである。YがX<sub>1</sub>農業協同組合（以下ではX<sub>1</sub>農協とする）の専務理事であった期間内に、X<sub>1</sub>農協では、余裕資金の運用として株式投資信託（本件投資信託とする）の購入が行われた。しかし、危険性の高い有価証券を農業協同組合が取得することは、農林水産省令である農業協同組合財務処理基準令（昭和25年11月16日政令

第377号)で禁止され、 $X_1$  農協の定款上も認められていなかった。 $X_1$  農協の組合長訴外 A は非常勤組合長であり、Y が財産管理を含む  $X_1$  農協の日常業務を統括しており、本件投資信託の購入も Y により実行された。本件投資信託については、2億3290万円の元本割れを起こした。 $X_1$  農協では、本件投資信託を含む複数の投資信託を購入しており、それぞれが元本割れを起こしたため、経営が悪化し、自主再建が困難な状況となった。このため近隣の農協との合併を検討したが、欠損を合併後の組合に持ち込まないことが条件となっていたため、合併計画が進まなかった。そこで、 $X_1$  農協が所属する B 農協中央会および監督機関である C 県知事は、 $X_1$  農協が役員の責任の追及等を徹底するなど損失補填のための自助努力を行うことを条件に欠損の補填のための支援措置を講じることになった。これを受けて、 $X_1$  農協は Y に対して、本件投資信託の購入が定款に違反するものであり、Y には善管注意義務違反があるとして、本件投資信託の購入売却により確定した損失2億3290万円を損害とし、その内金として2000万円の賠償を求めた(他の役員は、任意に1000万円から2000万円を  $X_1$  農協の損失補填のため供出していた)。その後  $X_1$  農協は近隣の農協と合併し  $X_2$  農協となり、本件損害賠償請求権が  $X_2$  農協に承継され、それに伴い訴訟当事者の地位も  $X_1$  農協から  $X_2$  農協に承継された。

Y は、本案前の請求として以下のように述べ、本件訴訟が訴訟要件を満たしていないとして、訴訟の却下を申し立てた。すなわち、 $X_1$  農協が提訴した時点で当時の代表理事が  $X_1$  農協を代表者としていたが、農業協同組合法39条が準用する商法275条ノ4の規定からは、本件訴訟において  $X_1$  農協を代表する権限を有していたのは、理事ではなく監事であり、代表権を欠く者が選任した訴訟代理人のした訴訟行為は無効である。本件にあっては既に  $X_1$  農協が解散されており、 $X_1$  農協の監事も退任しているため、上記欠缺の補正は不可能である。よって本件訴えは却下されるべきである。

第1審(前橋地方裁判所高崎支部判平成13年6月28日)は  $X_2$  の請求を

認容している（理由省略のため詳細は不明）。これに対して Y が控訴した。原審（東京高判平成13年12月26日）は、本案請求前の請求に対しては次のように述べ、本件訴訟は訴訟要件を満たし、本案についても理由があるとして Y の控訴を棄却した。すなわち、農業協同組合法39条2項が準用する商法275条ノ4の規定の趣旨は、「訴訟の相手方が同僚の取締役である場合には、会社の利益よりもその取締役の利益を優先させ、いわゆるなれ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものであり、農業協同組合法39条2項の規定も同様の趣旨と解される（最高裁第三小法廷平成5年3月30日判決・民集47巻4号3439頁，同小法廷平成9年12月16日判決・裁判集民事186号625頁，判例時報1627号144頁参照）。そして商法275条の4の規定にいう「取締役」とは、訴えの提起時において現に取締役の地位にある者をいうものであって、過去に取締役であった者は含まれないと解するのが相当である。けだし、同条の「取締役」に過去取締役であった者が含まれると解するのは文理上も無理があり、実質的に見ても、現に取締役の地位にある者と会社との間の訴訟においては、いわゆるなれ合い訴訟により会社の利益が害されるおそれが典型的に大きいと考えられるのに対して、会社の訴訟の相手方が過去当該会社の取締役の地位にあったというだけでは、典型的に見てそのおそれが大きいとはいえないのであって、同条の「取締役」の文言を拡張して、過去に取締役であった者を含むものと解釈すべき理由もない。」「X<sub>1</sub> 農協が本件訴訟を提起した平成11年7月28日当時、Y は既に X<sub>1</sub> 農協を退任していたから、本件訴訟において、同農協を代表する者は同農協の代表理事である。本件訴訟は、同農協代表理事を代表者として提起され、同人から委任された訴訟代理人によって追考された者であり、控訴審においても合併により同農協の地位を承継した Y<sub>2</sub> 農協の代表理事から委任された訴訟代理人によって追行されていることは記録上明らかであるから、本件訴訟の提起および追行は適法である。」

Y はこれに対して、X<sub>1</sub>・X<sub>2</sub> 組合の代表者は監事とされるべきであると

して、民事訴訟法312条2項4号違反などを理由として上告および上告受理を申し立てた。

最高裁判所はつぎのように判示し、農業組合の理事が退任理事の責任追及訴訟に関する訴訟代表権を有するとした。農業組合法39条2項が準用する「商法275条ノ4の規定の趣旨等についてみるに、会社の代表取締役は特別の法律の定めがない限り、その営業に関する一切の裁判上の行為をする権限を有し、会社が当事者となる訴訟において会社を代表する権限を有するものである（商法261条3項、78条1項）。前段の規定は、その特別規定として、会社と取締役との間の訴訟についての会社の代表取締役の代表権を否定し、監査役が会社を代表する旨を定めているが、その趣旨、目的は、訴訟の相手方が同僚の取締役である場合には、会社の利益よりもその取締役の利益を優先させ、いわゆる馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止することにあるものと解される。」  
「過去において会社の取締役であったが、訴えの提起時においてその地位にない者（以下退任取締役という。）が前段の規定中の『取締役』に含まれると解するのは文理上困難であること、これを実質的に見ても、訴訟の相手方が退任取締役である場合には、その相手方が同僚の取締役である場合と同様の、いわゆる馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあるとは一概にいえないことにかんがみると、前段の規定にいう取締役とは、訴えの提起時において取締役の地位にある者をいうものであって、退任取締役はこれに含まれないと解するのが相当である。そうすると、前段の規定は、会社と退任取締役との間の訴訟についての会社の代表取締役の代表権を否定する特別規定ではないから、会社の代表取締役は、会社が退任取締役に対して提起する訴えについて会社を代表する権限を有するものと解すべきである。もっとも後段の規定は、商法267条1項の規定により株主が同項所定の『取締役ノ責任ヲ追及スル訴』の提起を会社に請求する場合におけるその請求を受けること等について監査役が会社を代表する旨を定めている。その趣旨は、監査役が取締役の職務の執行を監査する権限を

有し（商法274条1項）、前段の規定により会社と取締役との間の訴訟については監査役が会社を代表する旨定められたことから、上記『取締役ノ責任ヲ追及スル訴』の提訴請求を会社が受けること等についても、上記監査の権限を有する監査役において会社を代表することとされたものである。そして、後段の規定の趣旨及び上記『取締役ノ責任ヲ追及スル訴』には退任取締役に対するその在職中の行為についての責任を追及する訴訟も含まれ、その提訴請求等についても監査役が会社を代表して受けることとされていることにかんがみると、後段の規定は、監査役においてこのような退任取締役に対する責任追及訴訟を提起するかどうかを決定し、訴の提起等について会社を代表する権限を有することを前提とするものであり、その権限の存在を推知させる規定とみるべきである。そうすると、監査役は、後段の規定の趣旨等により、退任取締役に対するその在職中の行為についての責任を追及する訴訟について会社を代表する権限を有するものと解するのが相当である。

上記のように解する場合には、代表取締役の上記訴訟における代表権限が否定されることになるのが問題となるが、退任取締役に対する上記訴訟における監査役の代表権限が前段の規定を直接的な根拠とするものではないことは、前段規定に関して説示したところから明らかである。監査役の上記代表権限の根拠は、上記の通り、後段の規定の趣旨等によるものであり、前段の規定のような会社の代表取締役の代表権を否定する特則規定としては定められていないことからすると、監査役が退任取締役に対する上記訴訟について会社を代表する権限を有することは、会社と取締役との間の訴訟についての会社の代表取締役の代表権を否定しうるものではないと解すべきである。」「そうすると、組合の代表理事は、組合が退任した理事に対して提起する訴えについて組合を代表する権限を有するものと解するのが相当である。」よって、 $X_1 \cdot X_2$  組合の訴訟行為には違法とすべき点は認められないとして、 $Y$  の上告を棄却した。

#### (五) 判例の展開の特徴

判例の展開には、つぎの三点の特徴があると考えられる。

第一に、裁判所は、平成17(2005)年廃止商法特例法24条が会社が被告とされる場合に適用をされる範囲を狭く解しようとしていることが挙げられる。たとえば、株主総会における取締役の解任決議の取消を求める訴訟を、当該解任の対象とされた取締役が提起する場合には、そもそも原告取締役が提訴前に被告会社に代表者の選任を要求しても実行させることは難しい。この点を考慮すればこそ、裁判所は、平成17(2005)年廃止商法特例法24条が、会社が被告とされる場合に適用をされる範囲を狭く解しようとしたのである。最高裁1993年判決は、平成17(2005)年廃止「商法特例法24条1項が会社と取締役との間の訴訟について会社の代表取締役の代表権を否定したのは、代表取締役は、本来会社の利益を図るために会社を代表して訴訟を進行すべきところ、訴訟の相手方が同僚の取締役である場合には、会社の利益を優先させ、いわゆる馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものと解される」としたその上で、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の「取締役」を「会社を代表する代表取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めているか」否かという基準で判断する。これにより、實際上、株主総会において解任された取締役が自身の解任決議の無効を確認する訴訟や、取締役としての地位確認訴訟など、原告取締役が被告会社に対して事前に取締役会で会社代表者の選任を求めることが困難な訴訟類型について、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用を否定することに成功した。

第二に、最高裁1997年判決は、平成17(2005)年廃止商法特例法上の小会社に適用される同法24条と、それ以外の会社に適用される平成17(2005)年改正前商法275条ノ4との趣旨を同一のものと判断している。

第三に、退任取締役に対する責任追及訴訟を会社が提起する場合に会社を代表するものは誰か、という問題について、下級審では、代表取締役が代表するものと監査役が代表するものとが併存していた。退任取締役が在



任中の報酬の請求訴訟を提起する場合と退職慰労金の支払いを請求する訴訟でも誰が会社を代表するかという点の取り扱いが異なる。もっとも、退職慰労金も報酬の後払いとしての性格を有することは、判例学説上、共通する理解であるため、退職後に在任中の報酬の支払い請求をすることと退職慰労金を請求することは法的には差がなく、この違いは取り扱いを異にする理由とは考えにくい。むしろ、平成17（2005）年廃止商法特例法24条および平成17（2005）年改正前商法275条ノ4が適用され、通常の業務執行と異なる取り扱いとされる場面の範囲について、退任取締役が取締役としての地位に基づいて訴訟の相手方となる場合を含むとするか、それとも会社の訴訟の相手方の現在の地位で形式的に判断するかの違いであろう。同種の理解の違いは、退任取締役の責任追及訴訟についても見られる。最高裁2003年判決は、そのように考え方が異なることを容認し、下級審裁判例の状態を追認するものといえよう。

### 3．学説の変遷

すでに、法制度の変遷の分析（二 1 (二)）で明らかにしたように、昭和49（1974）年商法改正を境に、会社と取締役との間に係属する訴訟における会社代表者について通常の業務執行秩序と異なる処理を行うことの趣旨に変化が見られた。これを反映して、本稿が議論の対象とする、会社が退任取締役に対する責任追及訴訟を提起する場合に誰が会社を代表すべきかという点についても、昭和49（1974）年商法改正の前後で学説上の理解が異なる。

昭和49（1974）年商法改正前には、会社と取締役との間に係属する訴訟について、自己取引類似の利益相反が発生する場合は、会社の実存である株主の意向で窮極的には訴訟追行が判断されるべきである点が強調されたためか、会社と取締役との間の訴訟についての特別な取り扱いは、あくまで現職の取締役と会社との間の訴訟についてのみ要求されていると理解された。このため、たとえ退職取締役が在任中の責任を会社により追及され

るような場合についても、特別な取り扱いの必要はなく、通常の業務執行秩序の通り、代表取締役が会社を代表して訴訟進行し、取締役会の判断は必要ではないと主張された<sup>59)</sup>。昭和49(1974)年商法改正後も、それまでと同様の規制が小会社について維持され(平成17(2005)年廃止商法特例法24条)、小会社における取り扱いについては、この主張が維持されている<sup>60)</sup>。

昭和49(1974)年商法改正後は、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4に基づいて会社が取締役の責任を追及することは、監査役が監督は正権を行使する一場面であると理解する見解が優勢となった。このため、退任取締役であっても、取締役在任中の義務違反の責任の追及については、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4が適用され、監査役が会社を代表して訴訟進行すると主張するものが多くみられた<sup>61)</sup>。さらに、最高裁1997年判決がなされ、それに賛成する立場から、退任取締役に対する責任追及訴訟に平成17(2005)年改正前商法275条ノ4が適用される理由付けが付加された。株主代表訴訟(株主による責任追及訴訟)が制度設計上認められる根拠は提訴懈怠可能性(自身またはその同僚では会社を代表して取締役の責任追及することを怠りがちとなること)にある。これと同様の利益状況に着目すれば、退任取締役に対する株主代表訴訟が許容されるのであれば、退任取締役に対する会社の訴訟に関しても平成17(2005)年改正前商法275条ノ4が適用されるとしている<sup>62)</sup>。

しかし、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4および平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用範囲は、訴訟一般に及び、会社が被告とされる場合にも及び。すでに判例の展開で概観したように、会社関係訴訟、とりわけ取締役の解任決議の取消訴訟において、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用があると取締役会で代表者を決定しなければならず、提訴段階で被告会社を代表する者が決定されないことも考えられ、訴訟実務で混乱を引き起こすことがある。このため、平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用範囲を狭く解しようとする見解が主張されるようになった。

説（総会決議訴訟不適用説）は、株主総会決議や会社の行為の瑕疵をあらそう訴訟（株主総会決議取消訴訟，株主総会決議無効・無存在確認訴訟，合併無効訴訟など）には適用がないとする。この見解は、昭和49年改正前から主張されていた<sup>63)</sup>。この見解は取締役が決議取消訴訟等を提起するのは、会社の機関として提起しているのであって、会社に対する訴えの形式を採用させるのは対立当事者を作り出す一つのテクニックであるに過ぎず、訴訟進行上の会社の利益は、他の適格者の出訴の可能性と併合の保障や裁判所の裁量で担保すべきとする。同様の理由から、解任取締役が、取締役たる地位に基づいて解任決議の無効または取消の訴えを提起する場合も、その決議の客観的瑕疵を攻撃するものであり、解任取締役と現代表取締役との間になれ合い訴訟が行われ会社の利益を害する余地はないとして、この場合にも同条の制限を受けないと主張する見解もある<sup>64)</sup>。もっとも 説は、会社と取締役との間に訴訟が継続する場合に会社の代表者を取締役会で決定することは混乱を引き起こすとするが、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は、むしろ会社の独立性・中立性を高めるとして広く適用があると考えた方が良いと判断している<sup>65)</sup>。このため 説は、会社（監査役設置会社）が退任取締役に対して責任追及訴訟を提起する場合に、会社を誰が代表するか、という点について判断基準を提示しているわけではない。しかし 説は、その主張の根拠を、昭和49年改正前商法261条ノ2・平成17（2005）年廃止前商法特例法24条の趣旨を、取締役個人と会社間における実質的な相手方代理を取締役会の決議により牽制することに限定する。この根拠からは、退任取締役に対する会社の責任追及機関がどこか、という問題の解決についても、二つの方向性が考え得る。「相手方代理」となるかという点を敷衍すれば、監査役設置会社についても、取締役個人と会社との間の訴訟について会社の相手方代理を防止するという点から取締役が現職でなければ問題が発生しないともいえるであろう（以下「相手方代理強調説」）。他方、「実質的な」相手方代理を牽制するという観点からは、退任取締役と会社との間になれ合いのおそれがある

場合には画一的に、通常の業務執行秩序ではない取り扱いが要求されるとも考えられなくない( -2「画一的判断説」)。両者の違いは、実質的に「相手方代理」となる場合として、「相手方代理」となる場合以外にどの程度まで規制をかけるか、なれ合い訴訟のおそれがどれだけ存在すれば「相手方代理」と実質的に等しいと考えるかの差となろう<sup>66)</sup>。

この後、最高裁1997年判決は平成17(2005)年廃止前商法特例法24条の趣旨と平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の趣旨とが同一であると判示した。この最高裁1997年判決の趣旨を生かす形で、退任取締役に対する責任追及訴訟に関する取り扱いを判示する最高裁2003年判決が出された。

この最高裁2003年判決を巡っては、賛成説と反対説に分かれた。反対説も平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の適用範囲を限定しようとしているが、その取り扱いを最高裁2003年判決とは異にしている。

説(実質的判断説)は、実質的にみた場合、監査役が自身の有する監督是正権を発動させる場合は、会社と取締役との間に利益相反関係がある場合(なれ合い訴訟となる場合)であり、むしろ、訴訟当事者とされる取締役(退任取締役を含む)と会社との間に実質的に利害衝突(利益相反関係)があるか否か(なれ合い訴訟であるか否か)を、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の適用に関する判断基準にした方がよいとする<sup>67)</sup>。説が提示する判断枠組みによれば、会社と取締役との訴訟についても、実質的なれ合い訴訟であるか否かで監査役に訴訟追行権限が専属するか、代表取締役に訴訟追行権限が専属するかが決定されることになる。最高裁2003年判決の事案にあっては、会社(農業組合)と退任取締役(退任理事)との間の訴訟は実質的なれ合い訴訟でないとして、代表取締役が専属して会社の代表権を有すると判断し、結論において最高裁2003年判決と同様になるとしている。

このほか、最高裁2003年判決の提示したスキームを支持する見解説(訴訟追行権限重複存在説)もある。説は、退任取締役と会社との訴訟については、原則として代表取締役が会社を代表するが、在任中の責任追

及訴訟については、例外的に監査役にも会社の代表権が認められるとする<sup>68)</sup>。つまり、会社を代表して退任取締役に對して訴訟で責任追及を行うという訴訟追行権限は、監査役と取締役とに重複的に存在することになる。

### 三．新会社法の取り扱いと平成17（2005）年 改正前商法までの展開・議論からの示唆

#### 1．平成17（2005）年改正前商法までの展開・議論の検討

(a) すでに法制度の変遷で確認したように、昭和49（1974）年商法改正が大きな転換点となったと考えられる。平成17(2005)年廃止商法特例法上の小会社をのぞく全ての会社において取締役と会社との間の訴訟につき会社の代表者を監査役とすることは、監査役の業務監査権限の発露と考えられた。それまでと異なり、単に、訴訟における実質的な相手方代理を防止すること以上の意味を平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は有していた。他方、平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社は、昭和49（1974）年前の取り扱いが維持されたが、それは政治的な妥協の結果であり、立法当初は、暫定的な取り扱いと考えられていた。このような立法時の状況や、制度趣旨を考慮すれば、平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社での取り扱いと、それ以外の会社での取り扱いを必ずしも整合的に運用する必要はなかったはずである。もちろん、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4に、訴訟において実質的な相手方代理の発生を防止しようとする趣旨がないわけではない。よって、最高裁1997年判決は、この点で制度趣旨に合致していないとはいえない。しかし平成17（2005）年改正前商法275条ノ4の下では、監査役が業務監査機関として、会社の実質的な存在である株主の意向と異なっても訴訟追行しうる立場にあり、実質的な相手方代理の発生を単に防止しようとする平成17（2005）年廃止商法特例法24条の取り扱いとの差は大きい。

このような制度設計の差を考えれば、平成17（2005）年廃止商法特例法

上の小会社とそれ以外において取り扱いを変える方がむしろ自然であった。平成17(2005)年廃止商法特例法24条の適用については「相手方代理」となるかという基準で判断する方がよく(相手方代理適用説)、退任取締役と会社との訴訟についての訴訟代表権は、原則通り、代表取締役に専属すると判断してよい。他方、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4については、監査役の業務監査権限を重視して、退任取締役と会社との訴訟についての訴訟代表権は監査役に専属すると判断するべきであったであろう(画一的判断説)。

しかし、最高裁2003年判決は、そのような理解をせず、文言解釈により、代表取締役と監査役とが、退任取締役と会社との間の訴訟につき訴訟代表権を重複的に有するとした。制度趣旨と齟齬があるにもかかわらず、最高裁2003年判決はこのような結論をだしたのか。

この背景としては、つぎの四点のような考慮がなされたのではないかと考えられる。

第一に、訴訟実務上の配慮が考えられる。一般民事訴訟事件の実務においては、株式会社の提起する訴えの相手方が過去に当該会社の取締役であったかどうかを調査するようなことは通常行われておらず、その訴訟が責任追及訴訟であるといえるかどうかについて特段検討することもしていない。退任取締役に対する会社の責任追及訴訟の訴訟代表権が監査役に専属することになれば、会社がある者に対して訴えを提起する場合一般について、相手方がかつて取締役であったかどうかを調査する必要が生じる。しかし、その実践は事実上相当に困難であるといわれた<sup>69)</sup>。裁判所の負担が増加し、訴訟遅延を引き起こせば、国民生活上も不利益が生じる。裁判所とはいえ、自身の負担増加を招くような基準の設定を選択するとは考えにくい。

第二に、訴訟としての複雑化の問題も生じる。会社が退任取締役のみを被告とすれば単純である。しかし判例の展開からも明らかのように、会社が同時に退任取締役以外の者に対しても訴訟提起をする場合や、会社が退

任取締役以外の者から訴訟提起された場合に、その反撃として、別訴や反訴を提起し、その被告に退任取締役を加えることも考えられる。このような場合に、退任取締役については、監査役が会社を代表し、それ以外については、代表取締役が会社を代表するということでは、訴訟が複雑化するかもしれない。

第三に、拓銀ミヤシタ事件などが示すように、代表取締役が会社の包括的な代表権を有する一方で、取締役と会社との訴訟追行だけが監査役の特権とされていることの難しさが考えられる。監査役の特権を保障するためには、本来的には、取締役に対する損害賠償請求権の処分権限も監査役に存在すると考えるべきであるが、会社の業務の多岐性を考えれば難しく、処分権限は代表取締役が有するとすべきかもしれない。処分権限が代表取締役が有するのであれば、そもそも、監査役の特権の範囲は限定的に考えられる。監査役の業務監査権限を考えて、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は明文で、訴訟追行権限のみに限定して代表取締役の一般的な代表権限を制限したのであり、明文の規定がなければ、監査役の業務監査権限を考慮しても、代表取締役の代表権限をも否定することはできないと考えたのであろう。

第四に、判例の展開からも明らかなように、退任取締役に対する責任追及は、監査役の業務監査権限の発露という面であると同時に、経営判断としての面もかなり大きく存在する。たとえば山崎製パン事件では、取締役が競争義務違反を行い、競争会社の株主となっていた。この場合に、損害賠償請求をするか、それとも、介入権を行使して当該取締役の有する競争会社の株式の引渡を求めるかは、経営判断としての側面も有する。山崎製パン事件では監査役が会社を代表していたが、代表取締役をはじめとする取締役会と密接に連携して責任追及の方針を検討する必要性は高かったであろうし、時には取締役会・代表取締役の判断の方が優先されることもあったのかもしれない。山崎製パン事件のような特殊な状況でなくとも、会社内の意思決定としては監査役ではなく取締役会が最終的な意思決定を

行っているとみられる事件がいくつかある。拓銀ミヤシタ事件では、退任取締役に対する損害賠償請求の決定は取締役会でなされ、監査役がその決定に関与したのは、退任取締役に対する損害賠償請求権が第三者に譲渡され、その第三者が提訴した後であった<sup>70)</sup>。長銀イ・アイ・インターナショナル事件についても、訴訟追行を行う訴訟代表者は監査役であったが、社内の最終的な意思決定は、取締役会であったようである<sup>71)</sup>。三菱自動車株式会社のトラックのハブ欠陥に関して、三菱自動車株式会社が当時の代表取締役らに対して損害賠償請求訴訟を提起した。そこに至る社内の意思決定は、社内外の専門家(それぞれ7名ずつ)によるリコール問題特別審議会が原案を作り、社内の企業倫理委員会を経て、取締役会で最終的な意思決定を行ったようである<sup>72)</sup>。

このような状況をふまれば、監査役が訴訟追行権限を専属的に有するとするのは現実的ではなく、代表取締役とともに重複的に訴訟追行権限を有するとするのが実態に合致すると考えられたのであろう<sup>73)</sup>。

以上のような理由から、最高裁2003年判決は、退任取締役と会社との間の訴訟につき、訴訟追行権限を代表取締役または監査役のどちらかの専属権限とすることなく、両者の重複的権限としたと考えられる。下級審裁判例の取り扱いを追認し、実態に適応するような取り扱いを優先したといえよう。

(b) しかし、最高裁2003年判決の取り扱いは、その理論的根拠に問題があると同時に、運用に際して深刻な問題を発生させる危険性が高いと考える。

第一に、その理論的根拠について検討しよう。

最高裁2003年判決は、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の文言解釈により、退任取締役と会社との間の訴訟についての訴訟追行権限を代表取締役と監査役とに重複的に存在させている。すなわち、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の前段の「取締役」はあくまで取締役であり、現



任の者を想定し、退任取締役をその文言に含めることは困難であり、通常の業務執行秩序の通り代表取締役が、退任取締役と会社との訴訟について会社の訴訟代表者となる。他方、同条後段は「会社が第二百六十七条第一項ノ請求ヲ受ケ」る場合も同様であるとされるが、平成17（2005）年改正前商法267条は「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」に関する規定であり、この取締役の責任を追及する訴えには、退任取締役に対してその在職中の責任を追及する訴訟も含むと解されている。よってその訴訟に関する提訴請求を受ける機関が監査役とされることから、監査役に退任取締役に対する責任追及訴訟に関する会社代表権限の存在を推知させるが、同訴訟についての代表取締役の代表権を否定する特則規定といえない。これにより、代表取締役と監査役の訴訟追行権限が重複するとしている。

しかし、平成17（2005）年改正前商法267条1項の会社に対する提訴請求は、提訴の原因となる事実を会社に伝え、訴訟以外の是正手段を尽くさせると同時に提訴する機会を保障するために行われる<sup>74)</sup>。このため、会社内で訴訟以外の是正手段を検討し、提訴するか否かを判断するのにふさわしく、権限を有する機関に対して、提訴請求を行わなければならない。このため、形式的な要件に該当するだけでは足りず、実質的に当該訴訟から独立していなければならないとする裁判例もある（大阪地判平成12年9月20日判決〔大和銀行株主代表訴訟判決〕<sup>75)</sup>）。すなわち、株主から提訴請求を受ける機関の決定は、会社内で退任取締役に対する訴訟代表権限がどの機関に存在するかということによって決定される。提訴請求を受ける機関が決定されることにより訴訟代表権限の所在が決定するのでは、本末転倒である。会社の退任取締役に対する責任追及訴訟の訴訟代表権限が代表取締役に存在するのであれば、株主が責任追及訴訟を提起するために事前に要求される会社への提訴請求の名宛人が代表取締役となるだけである<sup>76)</sup>。監査役は業務監査権限の発露として、退任取締役に対する責任追及訴訟についても監査役に訴訟追行権限を認めたいのであれば、正面から監査役に訴訟追行権限がある（専属する）としなければならないであろう。

第二に、運用上の問題について考察しよう。その問題とは、訴訟の提起・訴訟追行において代表取締役と監査役との判断が衝突する場合に、どのような調整が可能かという問題である。最高裁2003年判決の下では、退任取締役に対するその在職中の義務違反行為の責任を追及する訴訟について代表取締役と監査役とが会社の訴訟代表権限を有する。それぞれが権限を有する者として、訴訟の提起・訴訟追行の意思決定をする。両者が一致していれば問題はないが、代表取締役と監査役との判断が衝突する場合は、その意見衝突はどのように解決されるのか。

この点につき、会社の提起する訴えについて複数の者が代表権を有することは、代表取締役が複数存在する場合や監査役が複数存在する場合などまれではなく、問題ではないとする見解がある<sup>77)</sup>。しかし、同じ職責の場合と違い、異なる職責を有する者間で訴訟追行権限が重複的に存在する場合には、法的状況が異なり、会社の機関構造上の問題と訴訟追行上の混乱が生じかねない<sup>78)</sup>。

代表取締役が複数存在する場合は、代表取締役相互間を序列化したり担当分野や権限を内規化することである程度問題解決が可能である。他方、監査役は独任制を採用している<sup>79)</sup>。むしろ法は、監査役の誰か一人でも訴訟提起をしようと思えば、訴訟提起がされるという状況を保障しようとしている。

これに対し、最高裁2003年判決のように、退任取締役に対する責任追及訴訟について代表取締役と監査役とが会社の訴訟代表権を有するとすれば、つぎようになる。

代表取締役が会社を代表して退任取締役に対する責任追及訴訟を提起している場合を想定してみよう。このとき監査役が、代表取締役と意見を異にし、代表取締役の訴訟追行を牽制したいとすればどのような方策が取り得るか。この点につき、平成17(2005)年改正前商法268条2項を参照して、なれ合い訴訟化のおそれがある場合には、例外的に会社の固有の利益が顕在化し、それに基づく権利侵害防止のための独立当事者参加(民事訴

訟法47条1項前段）の提起が可能となると指摘する見解がある<sup>80)</sup>。

しかし、監査役が会社を代表して当該訴訟に訴訟参加することになれば、当該訴訟においては、代表取締役が代表する会社と監査役が代表する会社とが分裂して存在することになる。このようなことが許容できるかは疑問である。このほかに考えうる手段としては、監査役が自身に認められた違法行為差止権（平成17（2005）年改正前商法275条ノ2，会社法385条1項）を行使して、代表取締役の訴訟追行の差止めを請求することである。この場合には当該訴訟に、監査役自身が当該訴訟に権利侵害防止のための独立当事者参加（民事訴訟法47条1項前段）をすることも可能となるかもしれない。もっとも、監査役の違法行為差止権は、当該取締役が目的外の行為が法令定款に違反するおそれのある行為をしており、かつそれにより「会社に著しい損害が生ずるおそれある」場合にしか行使できない。さらに通常は、事前の差止めであれば可能だが、取締役の行為が実行されている場合には差し止めることができないと理解されており<sup>81)</sup>、代表取締役が会社を代表して実行する訴訟行為に対して違法行為差止権の行使が認められるかも定かではない。このため会社と退任取締役との間で訴訟が係属する場合に、会社を代表する代表取締役の訴訟追行を監査役が牽制することは困難となるう。

他方、監査役が会社を代表して、退任取締役に対する責任追及訴訟を提起している場合を想定してみる。この場合は、監査役の訴訟追行を牽制するために代表取締役が訴訟上で行動することは困難である。事実的な圧力をかけることも想定できるが、監査役による訴訟追行権限の行使が監査役の業務監査権限の発露という側面を考慮すれば、望ましいことではない<sup>82)</sup>。監査役の判断が優先することになるのであれば、または、優先すべきであると判断するのであれば、会社が退任取締役に対する責任追及訴訟を提起する場合における訴訟代表権限を監査役に専属するとした方がむしろ望ましいのではないであろうか。

(c) 以上の検討からは、最高裁2003年判決の取り扱いは、現状の取り扱いを追認し、訴訟代表者の決定が実態と一致している点で優れているが、かえって深刻な問題を提示する、との結論を得た。この問題を解決することの困難性を考えれば、会社の機関構造上は職責の違う機関の間で訴訟代表権限が重複的に存在するとすべきではない。訴訟代表権限はいずれかの機関に専属させるべきである。退任取締役に対する責任追及訴訟の提起が監査役の業務監査権限行使の発露という面があることから、退任取締役に対する責任追及訴訟における訴訟代表権は監査役に専属すると判断すべきであろう(画一的判断説)。

なお、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の適用があるか否かは、学説の実質的判断説に従っても一義的に決定し、会社の訴訟代表権限は、代表取締役か監査役かのどちらかに専属する。実質的判断説は、会社と被告取締役との間の訴訟が実際になれ合い訴訟であるか否かで決定すべきであるとするからである。しかし、実際になれ合い訴訟であるか否かは、訴訟追行がなされる過程で明らかとなる。他方、会社が訴訟代表権のある者に代表されているか否かは、訴訟要件である。この見解に基づけば、本案審理の進行に合わせて、訴訟要件が満たされたり、充たされなかったりするような事態が発生するが、これは法的安定性に乏しい状態であり、実際の運用が困難となることが予測される。この他、実際に責任追及訴訟が提起されていれば提訴については訴訟の公正さが担保されたとして、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4の適用がないとすることも考えられないではない<sup>83)</sup>。しかし、これでは訴訟追行の適正さまでを担保することができない。これらのことから実質的判断説を採用することはできないと考える。

## 2. 新会社法の取り扱いとそれに対する示唆

### (一) 新会社法の取り扱い

平成17(2005)年改正前商法では、退任取締役と会社との間に訴訟が係属する場合の会社の訴訟代表者に関する規定がなかった。

これに対し新会社法では、退任取締役と会社との間に訴訟が係属する場合の会社の訴訟代表者に関する規定が設けられた。

新会社法では、会社の機関設計にバリエーションがあり、それぞれにおいて退任取締役に対する責任追及訴訟につき会社を代表する機関が異なる。

監査役設置会社では、取締役であった者（退任取締役）と監査役設置会社との間に提起された訴訟については、監査役が監査役設置会社を代表するとした（会社法386条1項かっこ書）。委員会設置会社では監査委員会が選定する監査委員が会社を代表する（会社法408条1項2号。退任執行役に対する責任追及訴訟についても同様）。

これに対して、業務監査機関のない会社については、株主総会で会社を代表する者を決定しうるとする（会社法353条かっこ書）。もっとも、

その会社が取締役会設置会社である場合は、株主総会で訴訟代表者が決定される場合を除き、取締役会で会社を代表する者を決定しうるとする（会社法364条かっこ書）。の会社はもっともシンプルな株主総会と取締役からなる会社（会計監査に限定された監査役または会計参与が設置される場合を含む）である。は、取締役会設置会社で委員会または業務監査を行う監査役を設けていない会社の場合の処理である。この会社は平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社の機関設計を引き継ぐものである。

以上の規程は平成17（2005）年改正前商法および平成17（2005）年廃止商法特例法の取り扱いと次の二点で異なる。

第一に、既に指摘したように、業務監査機関のある会社では退任取締役と会社との訴訟について、明文で業務監査機関（監査役または監査委員）に訴訟代表権限が存在するとした。

第二に、業務監査機関の設置されていない会社について、株主総会または取締役会が、訴訟代表者を定めることができると規定した。他方新会社法の制定前では、業務監査機関の設置されていない会社は、平成17（2005）年廃止商法特例法上の小会社であり、平成17（2005）年廃止商法特例法24条は、「取締役会が定める者が会社を代表する」と規定していた。

平成17(2005)年廃止商法特例法24条の下では、取締役会が定める者が会社を代表しなければ、訴訟要件を満たすことができない。これに対して、新会社法の規定の下では、株主総会または取締役会が訴訟代表者を定めることができると規定している。現職の(代表)取締役と会社との訴訟について、当該(代表)取締役が相手方である会社の代表者となることは相手方代理禁止の原則により認められない<sup>84)</sup>。しかし相手方以外に代表権を有する(代表)取締役が存在すれば、原則的には、通常の業務執行秩序の通りにその者が会社を代表することになる。株主総会または取締役会が訴訟代表者を決定すれば、それに従うということになる。

以下では、第一と第二の点に分けて、新会社法の意義を検討しよう。

## (二) 業務監査機関の設置される会社の場合(最高裁2003年判決と新会社法)

最高裁2003年判決は、監査役設置会社が退任取締役に対して責任追及訴訟を提起する場合には、代表取締役と監査役とが訴訟追行権限(訴訟代表権限)を重複的に有すると判断した。しかし、職責の異なる者の間で訴訟追行権限が重複的に存在する場合には、会社の機関構造上、両者が意見衝突した場合に意見を調整するスキームを作ることは困難である。この点と、退任取締役に対する責任追及訴訟の提起が監査役の業務監査権限の発露である点を踏まえれば、監査役に当該訴訟についての訴訟代表権限が専属すると正面から認めた方がよい、という結論に達していた。まさに、新会社法の規定は、通常の業務執行に関する(代表)取締役の代表権の例外として、明文で退任取締役と会社との訴訟が係属する場合の監査役設置会社の訴訟代表者を監査役としている。このため、監査役設置会社が退任取締役に対して責任追及訴訟を提起する場合には、代表取締役が訴訟代表権限を有すると解する余地がなくなり、当該訴訟についての訴訟代表権限は監査役に専属することになる。これまでの検討からは、退任取締役に対する責任追及訴訟について会社の訴訟代表権限を監査役に専属させることの方

向性は正しく、根拠条文を設けた点は評価できよう。

それでは、最高裁2003年判決が代表取締役と監査役との訴訟追行権限が重複すると判断した際に考慮したであろう四点は、新会社法の下ではどのように対処されるべきであろうか。

第一の考慮点は、一般民事訴訟事件の実務においては、株式会社の提起する訴えの相手方が過去に当該会社の取締役であったかどうかを調査するようなことは通常行われておらず、その訴訟が責任追及訴訟であるといえるかどうかについて特段検討することもしていない点である。退任取締役に対する会社の責任追及訴訟の訴訟代表権が監査役に専属することになれば、会社がある者に対して訴えを提起する場合一般について、相手方がかつて取締役であったかどうかを調査する必要性が生じてしまう。これが裁判所に対して負担となるのではないか、という問題である。

しかし、退任取締役であるか否かを調査することは裁判所にとってそれほど困難であろうか。訴訟で会社が訴訟の原告となるか被告となる場合には、会社の訴訟代表者とされる者が訴訟代表権限を有することを示す書面の提出が求められる（民事訴訟規則18条、15条）。商業登記簿抄本の提出を必要とする見解もあるが<sup>85)</sup>、訴訟実務では、商業登記簿謄本か登記事項証明書を訴状に添付することが求められるようである<sup>86)</sup>。商業登記簿には登記事項の抹消情報も掲載されているから、過去に取締役であった者が誰かもそれにより判明する。よって商業登記簿謄本をみれば、訴訟における会社の相手方が当該会社の退任取締役であるか否か容易に判明する。そうであれば、実際には裁判所はそれほど負担なく調査することができるといえよう。この点では、現在の登記事項しか掲載されない商業登記簿抄本では、足りないことになるろう。

なお従来、登記事項証明書は、登記簿をデジタル情報として保管しているコンピューター化した法務局についてのみ、商業登記簿謄本・抄本に代えて交付されていた。平成17（2005）年改正商業登記法の下では、商業登記簿謄本・抄本の交付請求はできなくなり（平成17（2005）年改正前商業

登記法11条は廃止)、登記情報の謄写の請求は、登記事項証明書の交付請求に一本化されている(平成17(2005)年改正商業登記法10条)。平成17(2005)年改正商業登記法の下では、登記事項証明書のうち、商業登記簿謄本に相当する履歴事項証明書(商業登記規則30条2号)を訴状に添付するよう原告に求めることになろう。

第二の考慮点は訴訟としての複雑化の問題が生じることである。会社が同時に退任取締役以外の者に対しても訴訟提起をする場合や、会社が退任取締役以外の者から訴訟提起された場合に、同一の事実上の原因に基づくとして、その原告に対する別訴や反訴とともに退任取締役を加えることも考えられる。このような場合に、退任取締役について監査役が会社を代表し、それ以外については、代表取締役が会社を代表するとなれば、訴訟は複雑化するかもしれない。

しかし、訴訟代表権限の所在が分裂していることは、内部的に見れば、訴訟提起に関する最終的な意思決定機関が異なることしか意味しない。代表取締役が第三者に対して訴訟提起すると決定し、あわせて退任取締役の責任を追及する訴訟を提起すべきであるとの方向性を持っていても、その方向性を監査役が承認しなければ実行できなくなるだけである。さらに、実際の訴訟の場面では、監査役に代表される会社が退任取締役に対して提起する訴訟と、代表取締役に代表される会社が退任取締役以外の第三者に対して提起する訴訟とを、同一の事実上の原因を有するものとして共同訴訟とし、訴訟代理人を同一にしておけば、問題が生じない。

第三の考慮点は、代表取締役が会社の包括的な代表権を有する一方で、取締役と会社との訴訟追行だけが監査役の権限とされていることの難しさである。監査役の訴訟追行権限を保障するためには、本来的には、取締役に対する損害賠償請求権の処分権限も監査役に存在すると考えるべきであるが、会社の業務の多岐性を考えれば難しく、処分権限は代表取締役が有するとすべきかもしれない。処分権限が代表取締役が有するのであれば、そもそも、監査役の訴訟追行権限の範囲は限定的に考えられる。監査役の



業務監査権限を考えて、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4は明文で、訴訟追行権限のみに限定して代表取締役の一般的な代表権限を制限したのであり、明文の規定がなければ、監査役の業務監査権限を考慮しても、代表取締役の代表権限をも否定することはできないと考えたのかもしれない。

しかしそもそも、会社の取締役に対する損害賠償請求権の処分権限は、代表取締役に属するものではない。会社法424条（平成17〔2005〕年改正前商法266条5項）は、取締役の責任免除について、原則として総株主の同意を必要とする。この点からは、会社が取締役に対する損害賠償請求権を処分することが、責任免除または一部免除となりうる場合には、総株主の同意が必要となる<sup>87)</sup>。もっとも実際の場面で、取締役に対する損害賠償請求権の譲渡などの処分行為が当該取締役の責任免除・軽減に該当するか否かの判断は難しい。取締役の会社に対する注意義務の程度や義務違反の有無・会社が被った損害の額が社会において一義的に了解されておらず、そもそも本当に損害賠償請求権が実在するのか、実在するにしてもその損害賠償額がいくらなのかも判別ができない。さらに、たとえ損害賠償請求権があったとしても、当該取締役の資産状況によって実際に得られる金額も異なるし、追及するためのコストを考慮する必要も生じるかもしれない。このように取締役に対する損害賠償請求権が一義的に了解されていないからこそ、訴訟の場面でそれを確定していくことが重要となる。むしろ、会社法424条（平成17〔2005〕年改正前商法266条5項）は、総株主の同意を要求することで、会社が取締役に対する損害賠償請求権を訴訟外で処分することを禁止し、訴訟による責任追及という手段によってしか実現できなくしたとも考えられよう<sup>88)</sup>。訴訟により責任追及がなされる場合には、会社が提起するにせよ、株主が提起するにせよ、訴訟の公告・通知がなされ、広く株主に訴訟の係属が知らされると同時に、訴訟参加の機会が保障される。このような状況で裁判所の面前で訴訟が追行されることを前提として、責任免除に関する総株主の同意がなくとも、当事者は株主や会社を拘束する和解を実施できる（会社法850条4項）。

以上のように、そもそも取締役の義務違反に基づく損害賠償請求権の行使には、通常の業務執行と異なる取り扱いがされ、代表取締役であっても、処分権限を有さず、総株主が処分を判断している。監査役の訴訟追行権限は、代表取締役の包括的業務執行権限が及ぶうちの一部だけを切り取って認められたものではなく、総株主が判断するものの一部を任されていると解するべきであろう。そう考えれば、退任取締役の在職中の義務違反に基づく損害賠償請求権についても、処分権限は総株主に属する。この場合の訴訟追行権限をどの機関に任せるかは、新たに判断されるべきものであり、代表取締役が訴訟追行権限を有することが所与の前提となるわけではない。よって、第三の考慮は不要のものと解される。

第四の考慮点は次のようなものである。退任取締役に対する責任追及は、経営判断としての面もかなり大きく存在する。さらに、会社内の意思決定としては監査役ではなく取締役会が最終的な意思決定を行っていると思われた。このことから、監査役が訴訟追行権限を専属的に有するとするのは現実的ではなく、代表取締役とともに重複的に訴訟追行権限を有するとするのが実態に合致するのではないか、ということである。

たしかに、退任取締役に対する責任追及に、経営判断の面が存在することは否定されない。しかしだからといって、取締役会に最終的な決定権限が存在する必要はない。第三の考慮点に関する検討でも述べたように、退任取締役の責任を追及すべきと最終的に判断するのは監査役であり、彼(女)の判断が優先する。代表取締役が経営判断と連関してそう判断したのであれば、その旨を監査役に報告して、監査役が責任追及訴訟の提起の判断をするよう促せばよい。監査役が同意すれば、退任取締役に対する責任追及訴訟が提起される。機動的な面で問題が生じるとの懸念もあるが、監査役は取締役会に出席しており(会社法383条1項)、情報の共有は可能である。彼(女)らが独自で判断する機会を保障するのであれば、当該取締役会決議であわせて監査役の同意を得るべきではないが、それでも機動性は失われないであろう。

もっとも、これに対しては、制度上の取り扱いは理想論であり、実態と乖離しているのではないかと、監査役が取締役の責任追及に関して会社内の最終的な決定を担うことに無理があるのではないかと、という批判も考えられなくはない。たしかに、監査役が取締役に対して監査権限を独立に行使することを、ともすれば企業経営に対する第三者の横車と感ずる風潮が実業界に存在することも否めない<sup>89)</sup>。最高裁2003年判決は、この実態を受けて判断しているともいえる。しかし、新会社法は、そのような状態であっても、退任取締役に対する請求追及訴訟の訴訟代表権が監査役に専属していることを明文で示す。これにより、監査役が、代表取締役・取締役に対して独立して監査権限を行使する主体であり、そうあるべきであるというメッセージを実業界に発信している。そもそも、新会社法は、公開会社または会計監査人設置会社を除き、監査役などの業務監査機関の設置を任意としている（会社法327条1～3項、326条）。監査役（会）設置会社または委員会設置会社の形態を採用するということは、会社が任意で設置する業務監査機関をわざわざ設置し、業務監査権限が行使される状況を選択したといえる。そうであるからこそ、監査役は、業務監査権限を独自に行使する機関として自覚を持ち、実際上も機能する機関として活動すべきであろう。この点については、昭和49（1974）年商法改正以来、社団法人日本監査役協会が会社横断的に活動し、監査技術の共有化を図り、「監査役監査基準」を公開するなど、業務監査機関としての質を高める啓蒙的な活動をしている<sup>90)</sup>。この活動が継続的に実施され、広く浸透することを期待する。

これまでの検討からは、退任取締役の責任追及訴訟の訴訟代表権限が監査役に専属することが望ましく、新会社法はこの点につき条文上の根拠を示したとして、高く評価できよう。

### （三）業務監査機関の設置されない会社の場合

そもそも昭和49（1974）年商法改正が、平成17（2005）年廃止商法特例

法上の小会社とそれ以外の会社について扱いを変えた。平成17(2005)年廃止商法特例法24条2項は、株主総会が訴訟代表者を決定した場合は、その決定が優先するとした。これに対して、それ以外の会社に適用される平成17(2005)年改正前商法275条ノ4は、監査役に権限を専属させ、たとえ株主総会であっても、その権限を奪うことを認めていない。これは、当時の大規模会社に対する社会の不信感から、業務監査機関の監査権限の行使に社会的な意味を込め、適正な経営確保をするという要請を強く、監査役の訴訟代表権に求めた結果である(二 1 (2))。このため、平成17(2005)年廃止商法特例法24条が、単に、実施的な訴訟の相手方代理を防止するという要請のみを考慮していることとは大きく異なる。

新会社法の取り扱いは、この両者の差を徹底した。単に、訴訟における実質的な相手方代理を防止するという観点からは、通常の業務執行における代表者が訴訟代表することが不合理であると、取締役会または会社の実質的存在である株主(株主総会)が判断する場合にのみ、訴訟代表者を変更すればよい。新会社法の取り扱いは、まさにこれを実現するものである。

新会社法の下では、次のような取り扱いとなると考えられる。取締役と会社との訴訟について、会社が原告となる場合、代表取締役が会社を代表して訴えていれば、取締役会または株主総会が権限を行使しなかったとして、訴訟要件を満たす。他方、取締役が会社に対して訴訟を提起する場面では、当該取締役と会社を実質的に支配する者の間で利害や意見の衝突があるような場合や、取締役が地位確認訴訟を求めているような場合のように、取締役会の構成すら訴訟が終了しなければ確定しないこともある。この場合は、原則通りに原告以外の(代表)取締役を会社の代表者として訴訟を提起することができると考えられる。問題があれば後に会社の側で会社法353条または364条を根拠に訴訟代表者の変更を求めるという手続になるのであろう。退任取締役と会社との訴訟における代表者も同様となると考えられる。

最高裁1993年判決は、解釈論により、平成17(2005)年廃止商法特例法

24条が適用される取締役と会社との訴訟を、「会社を代表する代表取締役が取締役と認めている」者と会社との訴訟に限定し、解任決議取消・無効訴訟や取締役の地位確認訴訟をその適用範囲から除外していた。これは、この種の訴訟においては、事前に取締役会で訴訟代表者を選任させることが難しいことから考えられた対応策であった。しかしすでに述べたように、新会社法の下では、原則的には訴訟の相手方ではない（代表）取締役が会社を代表すればよいので、この種の問題が発生しなくなった。新会社法は、この問題を会社内部の権限の再分配で解決したといえよう。

もっとも、新会社法の下でも訴訟実務上は新たに二つの問題が生じると考えられる。

第一の問題は、通常の業務執行秩序の通り、会社と（退任）取締役との間の訴訟について（代表）取締役が会社を代表し、問題があれば、会社（株主総会または取締役会）が訴訟代表者の変更をできるとしても、どの時点まで変更しうるか、という問題である。条文の規定ぶりを見る限りでは、訴訟終了までの間であれば、いつでも変更できるとも考えられる。これは、実質的な訴訟の相手方代理を防止するという観点ではよいが、濫用の危険も生じかねない。

第二に、会社（取締役会または株主総会）が訴訟代表者を変更した場合に、変更前の訴訟代表者が実施した会社の訴訟行為は有効とされるままか、それとも効力を維持するためには変更後の訴訟代表者の承認等を必要するかも、大きな問題となろう。実質的な相手方代理を防止するという観点からは、変更前の訴訟代表者の訴訟行為は、なれ合いの危険があることから、変更後の訴訟代表者が承認をした訴訟行為のみの効力を維持するとした方がよい。しかしこれは、会社の相手方である（退任）取締役にとって今まで積み上げてきた訴訟の行為がご破算になることを意味する。会社の相手方である（退任）取締役の訴訟行為を無駄にしないと考えると、口頭弁論の開始時までしか訴訟代表者の変更は認められないとする方がよいかもしれない。

いずれにせよ、会社が訴訟係属中に訴訟代表者を変更することは、訴訟の長期化を引き起こす。この点は、会社(株主総会、取締役会)による訴訟代表者の変更が濫用に当たるかどうかで判断され、濫用に当たるとなれば変更が認められないこととなる。

#### 四. おわりに

本稿では、退任取締役に対する責任追及訴訟を会社が提起する場合の訴訟代表権限が、会社のいずれの機関に属するか、という問題を考察した。

最高裁2003年判決は、監査役設置会社につき代表取締役と監査役とが重複的に訴訟進行権限を有すると判断した。最高裁2003年判決は次の四点を考慮して、そのような判断をしたと考えられる。第一に、訴訟実務において、監査役設置会社が当事者となる全ての訴訟で、会社の相手方が退任取締役であるかを調査するのは困難である。第二に、共同訴訟の場合に会社の訴訟の相手方が退任取締役とそれ以外の者である場合に、会社の代表者が別れるのは、訴訟の複雑化を引き起こす。第三に、代表取締役が包括的な代表権限を有し、平成17(2005)年改正前商法275条ノ4はその一部を制限するにすぎず、明文の規定がなければ、代表取締役の包括的代表権を制限することができない。第四に、退任取締役の責任追及訴訟の提起は、経営判断の側面があり、監査役が業務監査権限しか有していないことから、退任取締役の責任追及訴訟に関する訴訟代表権限を監査役に専属することは実態にそぐわない。

しかし、最高裁2003年判決のような処理をすれば、職責の異なる並列的な機関で権限が重複することになり、両者の意見が分かれる場合に、それを調整することは困難を極める。この問題の深刻さからは、業務監査権限を有する監査役に、退任取締役の責任追及訴訟に関する訴訟代表権限を専属させる方が望ましい。最高裁2003年判決の考慮点は、いずれも他の手段で対応することができるか、むしろ、そのような考慮をすることが不当で

あると考えられる。

2005年に制定された会社法の386条1項、408条1項1号は、業務監査機関を設置する監査役設置会社、委員会設置会社において、退任取締役と会社との訴訟に関する訴訟代表権限を業務監査機関である監査役・監査委員に専属させ、最高裁2003年判決の取り扱いを否定した。この点は適正な立法と評価される。

他方会社法は、業務監査機関の設置されない会社にあつては、原則として、訴訟の相手方となる取締役以外の（代表）取締役が会社を代表するとして、例外的に、株主総会または取締役会が訴訟代表者を定めることができるとした（会社法353条、364条）。これは、取締役地位確認訴訟などにおいて、原告取締役が事前に会社に取り締役会で訴訟代表者を決定することが困難であるという問題に対処する最高裁1993年判決の取り扱いを、会社内の権限の再分配で解決しようとするものと評価できる。会社法の下では、最高裁1993年判決が問題としたようなことは発生せず、抜本的な解決がされたといえよう。しかし、訴訟実務において新たな問題が生じかねない点には留意が必要である。

このように会社法の取り扱いは、業務監査機関が設置されているか、設置されていないかによって、会社と取締役との訴訟の訴訟代表権の所在を分けて規定するものである。この会社法の取り扱いは、昭和49（1974）年商法改正の際に意図されたことを徹底するものと評価できよう。

- 1) たとえば、三菱自動車株式会社は、リコール問題に関して3人の社長経験者を含む元取締役に対し13億円の損害賠償を求める訴訟を2005年7月29日に提起した <http://media.mitsubishi-motors.com/pressrelease/j/corporate/detail1308.html> 《visited. at 2005/09/21》（日本経済新聞2005年3月31日朝刊11面も参照）。経営破綻し一次国有化された足利銀行も、元頭取を含む元取締役ら13名に対し、粉飾決算による違法配当に関する責任として46億円の損害賠償を求める訴訟を提起した（日本経済新聞2005年2月5日朝刊35面）。産業再生機構支援下のカネボウも旧経営陣に対して提起されている株主代表訴訟に共同訴訟参加し、旧経営陣に対する責任を追及している（日経産業新聞2005年6月28日21面）。このほか、経営破綻した銀行の旧経営陣の責任を追及する訴訟が提起されている。たとえば、一時国有化された長期信用銀行も、株式会社イ・アイ・インターナショナルに対する融資に関す

る善管注意義務違反の責任を追及する訴訟を旧経営陣に対して起こした(後に、株式会社整理回収機構に損害賠償請求権を譲渡し、整理回収機構が訴訟引受。東京地判平成14年7月18日判例時報1794号131頁(請求棄却))。

- 2) 民集57卷11号2265頁。
- 3) 最高裁判所調査官の解説である、太田晃詳「判批」ジュリスト1270号185頁(2004年)は、本文のように指摘している。
- 4) 相澤哲=石井裕介「新会社法の解説(8)株主総会以外の機関(上)」商事法務1744号101頁(2005年)は、新会社法は最高裁2003年判決を変更する趣旨であると解説する。
- 5) これに対して、監督機関である、監査役および会計監査人、業務執行機関と監督機関の両方の側面を有する会計参与については、通常の業務執行秩序に従い、代表取締役(代表執行役)が会社を代表することになる(取締役と会社との間の訴えの場合のような特則がないからである。なお、委員会設置会社における監査委員の責任追及は取締役会が定めた者が会社を代表する〔新会社法408条1項1号〕)。これは、退任後に在任中の責任を追及する場合も同様と考えられる。それでは、取締役については通常の業務執行とは異なる配慮がなされているのに、監査役、会計参与、会見監査人には、なぜそのような配慮がないか。

まず、取締役(執行役)と会社との訴訟について会社の訴訟代表者の規定は、通常の業務執行の例外とされているだけであるから、監査役、会計参与、会計監査人の責任追及に関しては、通常の業務執行と同様の取り扱いに復したのであるという説明が考えられる(監査役に関するものであるが、前田庸『会社法入門』472頁(第10版、有斐閣、2005年)などを参照)。

しかし、監査役、会計監査人は、取締役・執行役の業務執行の監督者であり、代表取締役(代表執行役)が会社を代表して責任追及訴訟を提起するとすれば、監督される者が監督する者を監督することになり、奇異である。よって、監査役に対する責任追及につき、代表取締役が会社を代表して訴訟追行することの意義は次のように説明されるべきである。監査役責任追及は、本来的には、その実質的な委任者が主導して行すべきであるが、株主が複数存在することからは、責任追及訴訟が二重に係属しかねない。この点を防止するため、提訴をしようとする株主は会社に提訴請求を行い、当該監査役に対する責任追及訴訟の係属の有無を確認することになる。この場合の名宛人が便宜的に代表取締役(代表執行役)が代表する会社とされているために、代表取締役(代表執行役)にその限りにおいて訴訟追行権限が肯定されていると、理解すべきであろう(山田泰弘『株主代表訴訟の法理生成と展開』218頁注(11)(信山社、2000年)を参照)。監督される者が監督する者の責任追及をする奇異を除去する観点からは、会計監査人、会計参与の義務違反の責任を追及する際に、代表取締役(代表執行役)が会社を代表するとすることも望ましくない。会計監査人の選任について監査役(監査委員)が関与し、監査役(監査委員)が会計監査人の会計監査を監督する立場であることから、監査役(監査委員)が会計監査人に対する責任追及に関して決定する機関とされるべきである。会計参与も、その職務内容が計算書類を取締役として共同して作るという側面(会計担当取締役的立場)と計算書類を備置開示し、職務の執行に必要な費用を会社に請求できるという側面(第三者的、監査役的立



退任取締役に対する責任追及訴訟における会社の代表者（山田）

場）を有する。会計参与の活動も監査役の監査の対象となることから、むしろ会計参与の義務違反の責任追及についても、監査役が会社を代表するとすべきであろう（監査役設置会社でない場合には、株主総会で責任追及の要否を検討し、会社が訴訟進行の際の代表者を決定すべきとなろう）。

- 6) 明治44（1911）年商法改正で民法108条を適用しない旨が規定され、現在に至っている（平成17年改正前商法265条2項、新会社法356条2項）。
- 7) 昭和25（1950）年商法改正に関する解説であるが、鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』167頁（日本評論社、1950年）は、昭和25（1950）年改正前商法と同様に昭和25（1950）年改正商法も「訴訟は通常の取引と違って複雑かつ発展的な関係であるから会社と取締役間の訴訟につき……取引に関する措置によることは妥当ではない」としている。
- 8) 同条について、退社社員が会社に対して提起する持分払戻請求訴訟に適用があるかを争ったものとして、最高裁昭和58（1983）年4月7日金融商事判例674号10頁がある。この判決は、持分払戻請求権は退社してはじめて発生する権利であり、被告会社の社員たる地位を去った者がはじめて取得する権利であることから、持分払戻請求訴訟は、社員が会社に対し訴えを提起する場合に当たらないと判断している。
- 9) 今井宏「会社訴訟と監査役」同『株主総会の理論』249頁（有斐閣、1987年〔初出1978年〕）などを参照。
- 10) 田中耕太郎『会社法概論』374～375頁（改訂版、岩波書店、1927年）、倉沢康一郎「監査機構」〔竹内昭夫＝龍田節編〕『現代企業法講座第3巻企業運営』328頁（東京大学出版会、1985年）。経営監督権が強大であることを示すものとして、取締役の職務遂行に関し不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実を発見した場合には、その取締役を解任させるために株主総会を招集することを請求しうるとされていた。

なお、当初、監査役・取締役の資格として株主であることが要求されていた。しかし、広く人材を確保するという観点から、昭和13（1938）年商法改正により株主資格は撤廃された。もっとも昭和13（1938）年改正商法は、定款で取締役・監査役に株主資格を付すことは否定していない（田中耕太郎『改正商法及有限会社法概説』47、189、193頁（第6版、有斐閣、1943年）。その後の昭和25（1950）年商法改正は、取締役を大株主のみに限定する弊害が生じることを徹底的に防止するために、昭和25年改正商法254条2項で株主資格を付すことを禁止した（鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（7）144頁）。他方、有限会社は出資者の信頼関係が経営上重視される観点から、定款で取締役の資格として株主資格を付すことは許容している（平成17（2005）年廃止有限会社法32条は平成17（2005）年改正前商法254条2項を準用せず）。会社法では、有限会社と株式会社を一つの枠組みで規律するという観点から編纂され、非公開会社については取締役・監査役の資格として株主資格を定款で付すことを許容している（会社法331条2項、335条1項）。
- 11) このような配慮の存在を述べるものとして、鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（7）167頁。
- 12) 鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（7）167頁。
- 13) どのような粉飾決算が行われていたかについては、奥村光夫「商法改正までの経緯と背景（1）改正を促した粉飾決算の頻発とその実態」『経理情報』1号35頁（1973年）を参照。
- 14) このような状況について、居林次雄ほか「企業の社会的責任と法的責任」ジュリスト

578号87頁〔竹内昭夫発言〕(1975年)は、「日本の高度経済成長を支えたヒーローとしての企業から、最近では一言でいうと、諸悪の根源は全て企業にあるというような風潮も相当強くなってきた」と表現している。この風潮から、大企業に対し利潤追及だけでなく、社会の構成員として「社会的責任」を果たすことが求められ、昭和49(1974)年商法改正法には、衆議院法務委員会付帯決議(1973年7月3日)「会社の社会的責任……について所用の改正を行うこと」、および参議院法務委員会付帯決議(1974年3月19日)「現下の株式会社の実態に鑑み、……併せて会社の社会的責任を全うすることができるよう、株主総会及び取締役会制定の改革を行うため、政府は速やかに所用の法律案を準備して国会に提出すること」が付された。

- 15) 大企業の「社会的責任」の立法化もその後検討されていた。しかし、立法作業に携わる者の間では、「社会的責任」の立法化は、会社の経済効率性を害し、社会の富を減少させないか、結局は、経営者に大きな裁量権を与え事実上無監視の状態に置くことにならないかという点が危惧され、具体的行動については、消費者保護法、公害対策法、独占禁止法、労働法、業法などで、対処し、商法としては、監督体制(監査体制)の強化で対処すべきであると理解されていた(竹内昭夫「企業の社会的責任に関する一般規定の是非」『会社法の理論』127頁〔有斐閣、1984年〕)。その理論的背景として、鈴木竹雄「歴史は繰り返す」ジュリスト578号10頁〔1975年〕等も参照。
- 16) 立法過程については、立法過程に関与した内閣法制局第二部長の解説である味村治「商法の一部を改正する法律の解説(一)」法曹時報26巻10号1頁(1974年)、および同「商法の一部を改正する法律の解説(五)」法曹時報27巻2号90頁(1975年)を参照。
- 17) 試案の段階では、昭和25年改正前商法と同様に、株主総会が会社の代表者を定めることを可能としていた(味村治・前掲注(16)「(一)」30頁。これが改正要綱をとりまとめる段階で、本文で述べた「おそれ」を考慮して変更されている(味村治・前掲注(16)「五」116~117頁)。
- 18) 田邊明=加藤一昶=黒木学『商法改正三法の逐条解説』56頁(別冊商事法務24号、1975年)。
- 19) 味村治・前掲注(16)「(一)」25頁。
- 20) 味村治「株式会社監査制度改正要綱案の解説」商事法務研究492号6頁(1969年)は、監査役が業務監査をもちうるとすると、むしろ監査役に会社を代表させることとするのが相当であるとする。これは会社の業務執行の適正を期すためである。同様の考慮から、このほか、少数株主と同様の監査役に解任訴権を認めることなどが立法提案されたが、要綱をとりまとめる段階で削除された。
- 21) たとえば矢沢惇「監査役制度改正をめぐる諸問題(上) 要綱案・商法改正試案・会計原則修正案について」商事法務研究502号5頁(1969年)、竹内昭夫「監査役制度の改正について」商事法務643号6頁(1973年)、矢沢惇「監査役職務権限の諸問題(上)」商事法務695号9頁(1975年)は、昭和49(1974)年改正商法275条ノ4の趣旨を監査役に一種の代表訴訟提起権を認めたものと解説する。
- 22) 田邊明=加藤一昶=黒木学・前掲注(18)14頁。
- 23) 味村治・前掲注(16)「五」117頁。

退任取締役に対する責任追及訴訟における会社の代表者（山田）

- 24) この点の方向性が明確に示されたのは、平成5（1993）年商法改正であり（吉戒修「平成五年商法改正法の解説（3）」商事法務1327号14頁〔1993年〕）、その完成型が平成13（2001）年12月商法改正であった。もっとも平成13（2001）年商法改正は、取締役の責任軽減や株主代表訴訟制度の利用制限と抱き合わせて監査役の独立性が強化されている点や、平成14（2002）年商法改正において、取締役に監督・監査権限を一元化する委員会等設置会社を選択的に導入することが予定されており（当時は上場企業について全て移行することも検討されていた）、その方向性と衝突する点が、批判された（例えば、株主代表訴訟制度研究会「株主代表訴訟及び監査役制度に関する商法等改正法案に対する意見（上）」商事法務1605号41～42頁〔2001年〕）。
- 25) 今井宏・前掲注（9）250頁も、昭和49（1974）年商法改正は、訴訟の公正さの確保という趣旨に加えて監査役の業務監査の補完という趣旨が盛り込まれたとする。これに対し、昭和49（1974）年商法改正の前後の連続性を強調する見解もないわけではない（太田晃詳・前掲（3）184頁）。
- 26) 鈴木竹雄＝石井照久・前掲注（7）167頁。
- 27) 竹内昭夫・前掲注（21）6頁。
- 28) 竹内昭夫・前掲注（21）6頁。もっとも、株主による取締役の責任追及訴訟に関して、取締役の責任に限定されるかは争いがある。この点についてはたとえば、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」〔北沢正啓＝浜田道代編〕『商法の争点』156頁（第3版、ジュリスト増刊、1993年）などを参照。従来は取締役の責任に限定しないとの見解が優勢であったが、現在は、取締役の責任に限定されるとする見解の方が有力となりつつある。
- 29) 味村治・前掲注（16）「五」116～117頁。
- 30) 竹内昭夫・前掲注（21）4頁。
- 31) 前掲注（14）で指摘した昭和49（1974）年商法改正の際の衆議院法務委員会付帯決議、参議院法務委員会付帯決議を受けて、この後会社法の抜本的改正が計画され、作業が進んだ。しかし、途中で方針を変更し、社会的要求度の高さ、経済情勢の変化の激しさの緊急性の高いものから順次立法されることになった。その経緯については浜田道代編〔北沢正啓先生古稀祝賀〕『日本会社立法の歴史的展開』426～477頁〔北沢正啓執筆部分〕（商事法務、1999年）を参照。
- 32) 竹内昭夫・前掲注（21）10頁。
- 33) 平成17（2005）年改正前商法266条1項3号の責任であるが、会社法では利益相反取引の一場面として整理されている（会社法356条1項2号。428条1項も参照）。
- 34) 判例タイムズ937号242頁。
- 35) この点を考慮して、訴訟実務は次のように対応する（渡邊千恵子＝神戸由里子「東京地方裁判所商事研究会 類型別会社訴訟シリーズ1 取締役の解任をめぐる訴訟」判例タイムズ1156号41頁〔2004年〕）。平成17（2005）年廃止前商法特例法24条に従わずに訴訟提起がされている場合は、訴状の送達に先立って、訴状の副本の写しに平成17（2005）年廃止前商法特例法24条に従った代表者の選任を求める「注意書」を添付して送付し、被告会社に代表者の選任を促す。「注意書」を送付しても会社代表者が選任されない場合に

は、「催告書」を送付する。 被告会社が当該訴訟の代表を定め、取締役会または株主総会の議事録が提出されて初めて、正式に訴状副本の送達を行い、適法に訴訟が係属することになる。

- 36) 判例の展開を紹介するものとして、森まどか「判批(最高裁1993年判決)」名古屋大学法政論集169号342頁以下(1997年)など参照。
- 37) たとえば、株主総会の取締役選任決議の無効確認訴訟を提起する者(訴訟提起前に解任決議により解任されていた)につき、昭和25(1950)年改正前商法277条の適用を受けるとして訴えを却下した京都地判昭和26(1951)年1月25日下級審民事2巻1号72頁は、つぎのように述べる。「いやしくも株主総会の決議があった以上仮令その総会の決議が定款の規定に違反して無効を主張することが出来る場合であっても、その株主総会において取締役に選任せられたるものは形式上決議とともに取締役に資格を取得したものとすることが出来る。そして係る取締役といえども会社に対して訴えを提起する場合は原則としてその訴えに付いては監査役が会社を代表すべきことは商法第277条の規定するところである。」もともと控訴審の大阪高判昭和27(1952)年4月10日下級審民事3巻4号490頁も、形式的に昭和25(1950)年改正前商法277条を適用して、原判決を破棄し、差し戻した。Y会社を相手として取締役が提起する本訴においては、原則としては監査役が被告会社を代表すべきものであることは……昭和25年改正前の商法277条の規定により明らかである。しかし、「Xらは、昭和25年9月30日解任せられ、同年10月17日(原判決前)その旨登記もなされているのであるから、これが為既にXらからY会社を相手とする訴えについては取締役がY会社を代表し得べき通常の状態に復したものであること明らかであって、左すれば当初本訴提起に当たって監査役をY会社の代表者として表示しなかった違法は之によって治癒せられ本訴は適法となったものというべきである。」
- 38) 昭和49(1974)年改正前商法261条ノ2に関する裁判例であるが、横浜地判昭和40(1965)年10月25日下民16巻10号1588頁(株主総会の現任の取締役の選任決議不存在確認訴訟)、大阪地判昭和47(1972)年6月28日判タ286号391頁(自己を解任するという株主総会の取締役解任決議の無効確認訴訟)など。
- 39) 服部栄三「判批」判例時報316号(判例評論55号18頁)(1963年)、大隅健一郎=今井宏『会社法論 中巻』(第3版、有斐閣、1992年)など。
- 40) 民集47巻4号3439頁。
- 41) 片木晴彦「判批(最高裁1993年判決)」法学教室155号117頁(1993年)、藤原雄三「判批(最高裁1993年判決)」判例時報1506号208頁(判例評論)430号46頁(1993年)は、画一的に処理できる平成17(2005)年改正前商法275条ノ4適用場面では、最高裁平成5(1997)年3月30日判決のスキームで処理すべきではないと、指摘する。
- 42) 判例時報1378号113頁。一審判決の神戸地判昭和60年6月19日は判例集未掲載である。
- 43) 名古屋地判平成9年11月21日判例タイムズ980号257頁、同控訴審名古屋高判平成10年6月12日資料版商事法務178号96頁、同上告審最判平成10年11月24日資料版商事法務178号85頁。
- 44) 東京地判平成9(1997)年8月26日判例タイムズ968号239頁、東京地判平成10(1998)年2月10日判例タイムズ1008号242頁、東京地判平成11(1999)年9月9日金融商事判例

退任取締役に対する責任追及訴訟における会社の代表者（山田）

1094号49頁，名古屋地判平成14（2002）年1月17日金融商事判例1151号45頁，東京地判平成14（2002）年3月29日金融商事判例1167号40頁，同控訴審東京高判平成15（2003）年2月24日金融商事判例1167号33頁など。

- 45) 前橋地判平成7（1995）年3月14日判時1532号135頁。この事案は次の通りである。警備業務を行う X 会社（資本金不明）の取締役 Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub> は、退任取締役であるにもかかわらず X 会社の運営に干渉しすぎる訴外 A に対し不満を抱き、X 会社の営業を乗っ取る計画を立て、訴外 B 会社を設立し、X 会社の従業員を一齐に引き抜き、X 会社が警備業務を行うことに支障を出させ、警備業務等の継続受注を不可能にさせた。さらに Y<sub>1</sub> は、警備業務の所管である群馬県公安委員会に X 会社の廃業届をだし、さらに業界団体である群馬県警備業協会に対して X 会社が B 会社に社名変更したと届け出た。その後、Y<sub>1</sub> は X 会社取締役を退任し、B 会社の取締役に就任した。X 会社は、Y らに対し、取締役としての忠実義務、競争油脂義務違反の責任を追及する訴訟を提起した（請求認容）。

新潟地裁長岡支部判平成8（1996）年12月4日判時1593号105頁。

X 会社（資本金15億円）の元代表取締役 Y は、X 会社の所有する訴外 A 会社の株式（A 会社発行済み株式数の19.9%）を訴外 B 会社に廉価で売却した。その後、廉価で売却した A 会社株式の一部は X 会社が買い戻し、一部は Y が取得した。しかし、X 会社の A 会社株式の売却を決定した取締役会には招集手続に瑕疵があった。そこで、X 会社（代表取締役）は、当該 A 会社株式の売却は無効であり、Y が保有する B 会社株式の返還請求を求め、Y に対して当該 A 社株式の売却によって X 会社に生じた損害の賠償を求め訴訟を提起した（株式返還請求却下。損害賠償請求認容）。

東京地判平成9（1997）年12月19日判例時報1959号117頁（東京佐川事件）。

訴外 A 会社（資本金額は不明だが、商法特例法上の大会社と推定される）の代表取締役 Y は、親会社である X 会社会長の依頼等により、政治家に対する献金およびパーティー券の購入、右翼団体や歌手が行う事業に対する資金援助を実施していた。Y はそのための裏金を捻出する目的で訴外 A 会社の資金提供のもと株式投資を行う B 会社と C 会社を設立した。しかし、両者は仕手株、不動産取引に失敗し損失株式投資、その支出に充てる資金の一部については訴外 A 会社が貸付を行うと同時に、金融機関より訴外 B 会社および C 会社が借入れを行う際に連帯保証契約を締結していた。この他、暴力団の関連会社である D 会社の金融機関よりの借入れについても訴外 A 会社が連帯保証契約を締結していた。A 会社を吸収合併した X 会社（代表取締役が代表）は、訴外 BCD 会社の経営が悪化し返済能力がないにもかかわらず、A 会社取締役会等に図らず貸付および連帯保証契約を締結したことは、取締役の善管注意義務に違反するとして、その責任追及訴訟を提起した（認容）。

東京地判平成11（1999）年2月22日判時1685号121頁。

教育図書の販売等を目的とする A 会社は、昭和60年頃、訴外 B 会社より Y および A 会社の Y の部下らを引き抜き、Y を自身の100%子会社である英語教材の販売、英語塾の運営を目的とする X 会社の代表取締役としてその運営に当たられた。しかし平成4年秋には、A 会社と Y との間で意見が衝突し、Y は退職を決意し、X 会社で管理職に就く者をはじめとして従業員とともに集団で、B 会社に転職することを計画し、平成5年3月20

日に自身が退職すると同時に、X会社の管理職・営業職の従業員の多くもB会社に転職した。X会社は、YがX会社従業員を勧誘して集団退職を敢行させたことは、取締役の忠実義務に違反するとして、Yに対して損害賠償を求めた(請求認容)。

46) 大阪地判平成8(1996)年12月25日判例時報1696号132頁,大阪高判平成10(1998)年5月29日判時1696号117頁。

47) 東京地判昭和63(1988)年3月30日判時1272号23頁,同控訴審東京高判平成1(1989)年10月26日金商商事判例835号23頁。

コンピューターソフト・ハードの製造販売をするX会社の取締役であったY<sub>1</sub>が、在任中に、経営方針を巡ってX社代表取締役Aらと対立し、独立を考え、部下であった従業員らの引き抜きを画策し、実際に5名の従業員を引き抜きY<sub>2</sub>会社を設立した。X会社(代表取締役)はY<sub>1</sub>に対して取締役の忠実義務に違反するとし、Y<sub>2</sub>会社および元従業員でY<sub>2</sub>会社の取締役を務めるY<sub>3</sub>に対しては不法行為を根拠として、従業員の一斉退社によって生じた損害などの賠償を求めた(請求認容)。

高知地判平成2(1990)年1月23日金商844号22頁。

水産食品等の加工・販売を業とするX会社(資本金500万円)の営業担当取締役Y<sub>1</sub>および従業員Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>は、X会社代表取締役訴外Aらの思いやりのない言動や誹謗中傷に嫌悪の念を抱き、X会社からの退職を決意した。Y<sub>1</sub>は、昭和59年1月8日に25日付で退職したい旨をX会社に申し出て、25日に退職した。Y<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>も退職を申し出ては1月14日付けで退職した。Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>は、昭和59年1月20日にX会社と競業する訴外B会社を設立し、Y<sub>1</sub>の退職を待って1月26日よりX会社の一つにおいて隣で営業を開始した。しかしX会社では後任の取締役を選任せず、Y<sub>1</sub>からの再三の催促にもかかわらず、登記簿上のY<sub>1</sub>の取締役としての記載が抹消されずにいた。その後昭和59年7月23日に後任の取締役が選任され、後任取締役の就任登記がなされ、Y<sub>1</sub>の取締役登記が抹消されたX会社(代表取締役A)は、後任取締役が選任登記されるまでは、退任取締役であっても取締役としての権利義務を有するとして、X<sub>1</sub>会社の顧客等を取り込んでB会社の営業を開始し、さらにX会社より従業員等を引き抜いたことが競業禁止義務に違反するとしてY<sub>1</sub>に対し損害賠償請求訴訟を提起し、あわせてY<sub>2</sub>Y<sub>3</sub>に対して同様の行為が不法行為を構成するとして損害賠償請求訴訟を提起した(請求棄却)。

東京地判平成3(1991)年8月30日判時1426号125頁。

テレビゲームのソフト・ハードの開発を業とするX会社(資本金5億5500万円)において、業務用ゲーム業界が不況となったがファミリー・コンピューター用ソフトへの転換が遅れたことから、業績が悪化し、多角化により乗り切ろうとする代表取締役訴外Aらと意見の対立した、Yが退職し、X会社を退職した従業員3名を誘い、競業するゲームソフト開発会社の営業を開始した。X会社(代表者代表取締役)はYがX会社を退職に際しX会社の従業員の引き抜きをはかったことは忠実義務に違反するとして、損害賠償を求める訴訟を提起した(請求棄却)。

48) 判例タイムズ441号73頁,判例時報1015号27頁。

49) 判例タイムズ944号247頁。

50) 前掲注(1)掲載判例・判例時報1794号131頁。

退任取締役に対する責任追及訴訟における会社の代表者（山田）

- 51) 判例タイムズ1147号232頁。
- 52) 判例タイムズ1133号194頁。
- 53) 判例時報1842号130頁。
- 54) 判例タイムズ1158号196頁。
- 55) 弥永真生「判批（最高裁1997年判決）」判例時報1643号243頁（判例評論475号49頁）（1998年）。もちろん、農業協同組合については、都道府県と全国段階に農業協同組合中央会が設立され、各農業協同組合の事業・経営等の指導・監査等を行うという、会社法とは異なるガバナンス手法も存在するし、監督官庁による監督もある。しかし、農業協同組合単体の機関構造については、株式会社と異なるわけではない。農業協同組合中央会監査の由来や沿革、分析については、多木誠一郎『協同組合における外部監査の研究』（全国共同出版、2005年）を参照。
- 56) 金融商事判例1041号14頁、判例時報1627号144頁。
- 57) この事件に関して、第一審高知地判平成8（1996）年8月22日、原審高松高判平成9（1997）年3月28日は、判例集に未掲載である。このため、事案の詳細が判明しないが、事案の概略と第一審、原審の判断内容については、金融商事判例1041号14～16頁のコメント、弥永真生・前掲注（55）241～242頁を参照した。
- 58) 前掲注（2）掲載判例・民集57巻11号2265頁。
- 59) 山口幸五郎『注釈会社法（4）』[大森忠夫ほか編]382頁（有斐閣、1968年）。
- 60) 山口幸五郎『新判注釈会社法（6）』[上柳克郎ほか編]660頁（有斐閣、1987年）。
- 61) 鴻常夫『新判注釈会社法（6）』[上柳克郎ほか編]473頁（有斐閣、1987年）、大隅健一郎＝今井宏前掲注（39）318頁、加美和照「監査役と会社の代表」商事法務1118号37頁（1998年）など。
- 62) 弥永真生・前掲注（55）244頁。
- 63) 霜島甲一「判批」ジュリスト224号95頁（1961年）。
- 64) 石井照久『商法（二）』449頁（勤草書房、1964年）、高田桂一「判批（山形地判昭和38年3月18日下民14巻3号407頁）」ジュリスト345号116頁（1966年）。
- 65) 霜島甲一・前掲注（63）95頁も、平成17（2005）年改正前商法275条ノ4と同趣旨の規定を持つ昭和13（1938）年改正後商法277条については考慮が異なることを指摘する。岩原紳作『新版注釈会社法（5）』[上柳克郎ほか編]343頁（有斐閣、1986年）も、株主總會取消訴訟において取締役が原告となる場合は、監査役のように会社自身の利益・一般株主の利益を代表する独立的な機関である方が望ましいとする。
- 66) 伊藤靖史「判批（最高裁2003年判決）」法学教室286号107頁（2004年）は、この点の判断が学説対立の根拠であるとする。
- 67) 畠田公明「判批（最高裁2003年判決）」判例時報1867号195頁（判例評論549号33頁）（2004年）、白鳥公子「判批（最高裁2003年判決）」ジュリスト1257号124頁（2004年）。品谷篤哉「判批（最高裁2003年判決）」LEX/DB インターネット速報重要判例解説【No. 2004-009】[http://www.tkclcx.ne.jp/commentary/pdf\\_data/2004-009.pdf](http://www.tkclcx.ne.jp/commentary/pdf_data/2004-009.pdf)【visited at 2005/11/07】4頁（2004年）も同様の提言をし、なれ合い訴訟のおそれ、監査役が退任取締役等が務めることが多いこと（いわゆる横滑り監査役）からは相手方たる退任取締役とは

同僚であり、両者が結託しうることから、退任取締役について監査役が会社を代表しても、なれ合い訴訟は防止できない場合があるとして、民事訴訟法37条、35条に定める特別代理人の選任を視野に入れて対処すべきとする。なお、今井宏・前掲注(9)260頁補注(1)も同旨か。

- 68) 小柿徳武「判批(最高裁2003年判決)」民商法雑誌131巻1号62頁(2004年)。
- 69) 太田晃詳・前掲注(3)184頁。
- 70) 前掲注(52)引用判例197頁。
- 71) 日本経済新聞1999年12月9日朝刊39頁。
- 72) リコール問題特別審議会の最終報告については、日経産業新聞2005年3月31日30面を参照。取締役会での最終的な判断については、三菱自動車プレスリリース・前掲注(1)引用HPを参照。
- 73) このような点から、品谷篤哉・前掲注(67)5頁は、実質的になれ合い訴訟であるか否かで判断した方がよいとしながらも、最高裁2003年判決の立論に一定の理解を示している。
- 74) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』419頁注(4)(第4版、有斐閣、2005年)は、権利主体である会社に対し訴訟を提起するか否かの判断の機会を与えるためのものと説明する。
- 75) 判例タイムズ1047号86頁。この事件では、訴外A銀行の株主Xは、取締役退任後に監査役に就任したYに対して、その取締役在職中の責任を追及する株主代表訴訟を提起したが、提訴前の会社に対する提訴請求をYが代表するA銀行に行った。  
大阪地方裁判所は、このような提訴請求には手続上の瑕疵があるとして、Yに対する請求を却下している。すなわち、「取締役の責任を追及する訴えについて監査役に対して事前の提訴請求を行っており、形式的には前記法上の要件を具備しているけれども、実質的にはYに対する提訴の要否及び当否をY自身に判断させることとなり、商法が会社に対する事前の提訴請求を要求する趣旨に照らし、Xらが事前の提訴請求を行ったものと評価することはできない」と判断した。
- 76) 鳥山恭一「判批(最高裁2003年判決)」法学セミナー597号114頁(2004年)。
- 77) 太田晃詳・前掲注(3)185頁。
- 78) 小柿徳武・前掲注(68)64頁、畠田公明・前掲注(67)195頁。
- 79) 江頭憲治郎・前掲注(74)442頁。
- 80) 川嶋四郎「判批(最高裁2003年判決)」法学セミナー598号119頁(2004年)。
- 81) 鴻常夫『新版注釈会社法(6)』[上柳克郎ほか編]464頁(有斐閣、1987年)。
- 82) 同様に、代表取締役と監査役との判断が異なった場合に、監査役の判断が優先すべきと判断する見解として、小柿徳武・前掲注(68)64頁。
- 83) 今井宏・前掲注(9)260頁補注(1)。
- 84) 相澤哲=石井裕介・前掲注(4)101頁(注三五)は、会社の代表者と訴訟の当事者である取締役が完全に同一人物である場合には民事訴訟法35条により処理をすると述べる。鳥飼重和ほか『非公開会社のための新会社法』50頁[高田剛担当部分](商事法務、2005年)も参照。
- 85) 伊藤眞『民事訴訟法』113頁(第3版、有斐閣、2004年)。



退任取締役に対する責任追及訴訟における会社の代表者（山田）

- 86) たとえば、裁判所の書式例集のなかの売買代金請求訴訟の訴状は、原告または被告が会社である場合に、その商業登記簿謄本が登記事項証明書の添付を必要としている。最高裁判所「裁判書の書式例集」記載例「訴状売買代金請求事件」[http://courtdomino2.courts.go.jp/T\\_shoshiki.nsf/86d52339a2ce27af49256b6c006098fc/flb434fbc2231dbb49256b6505746?OpenDocument](http://courtdomino2.courts.go.jp/T_shoshiki.nsf/86d52339a2ce27af49256b6c006098fc/flb434fbc2231dbb49256b6505746?OpenDocument)《visited at 2005/11/07》。同記載例「金銭支払（一般請求）」[http://courtdomino2.courts.go.jp/T\\_shoshiki.nsf/86d52339a2ce27af49256b6c006098fc/d1847b4b7322578a49256b650050576c?OpenDocument](http://courtdomino2.courts.go.jp/T_shoshiki.nsf/86d52339a2ce27af49256b6c006098fc/d1847b4b7322578a49256b650050576c?OpenDocument)《visited at 2005/11/07》。
- 87) 山田泰弘「結合企業と代表訴訟（2・完）」高崎経済大学論集45巻3号86頁（2002年）。
- 88) もちろん、取締役の損害賠償責任の内容の具体化や請求に向けての交渉は裁判外でもなし得るとする方が現実的である。このことから、立法論として、取締役の責任追及に関する裁判上または裁判外の交渉権が監査役にあると明示した方がよい（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42頁〔2003年〕）。この見解は、裁判外の交渉がまとまり和解が成立するだけでは、株主代表訴訟などによる責任追及を封じることではできず、それを封じたいのであれば、和解案の内容を株主へ通知／公告し、たとえば通知公告後60日が経過すれば、共謀による詐害目的が主張立証されたときのみ、和解への不服を申し立てようとする。
- このような立法論的手当がなされていない段階では、本文のように、処分権限の行使手段は、訴訟による責任追及のみに限定されていると解する方が良いであろう。
- 89) 倉沢康一郎・前掲注（10）350頁。
- 90) 社団法人日本監査役協会の活動状況については、同協会ホームページ <http://www.kansa.or.jp/index.html>《visited at 2005/11/10》を参照。

[2005年11月12日に名古屋大学大学院法学研究科で開催された金融法研究会（今井克典名古屋大学助教授主催）で本稿を報告させていただいた。報告に際してご出席の先生方からは有益なご指摘をいただいた。ここに記して感謝したい。

なお本稿は、平成16（2004）年度科学研究費補助金（若手研究B）研究課題「会社規模ごとの経営者責任追及制度の役割と態様」の研究成果の一部でもあ  
る。]