

業務執行権限なき監査機関の是正機能

——取締役に対する会社の債権を執行する機関はどれか？——

山 田 泰 弘*

目 次

はじめに

I. 企業不祥事発覚後の力学

1. 会社による経営陣の責任追及の実施へと駆り立てる力
2. 会社による責任追及時における取締役会と業務監査機関との関係
3. 昭和ゴム（昭和ホールディングス）事件
4. 事例からの示唆——本稿の問題意識

II. 民事執行法上の考慮

1. 民事執行法上の取扱い
2. 民事執行法の取扱いからの示唆

III. 会社と取締役との間の訴訟代表規定の意義

1. 条文の変遷
2. 学説・裁判例における理解
3. 小 括——業務監査機関の訴訟代表権の範囲

IV. 検 討——取締役・執行役に対する会社の債権の民事執行に関する会社代表者

はじめに

株式会社と取締役・執行役との訴訟につき、会社が勝訴し、確定判決を得た場合、会社のいずれの機関がその確定判決により執行しうるか。

株式会社の裁判上裁判外の一切の行為の代表権は、代表取締役（代表執行役）に帰属する（会社法349条4項、420条3項）。しかし、会社と取締役との訴訟については、代表取締役（代表執行役）の代表権が法律上制限され

* やまだ・よしひろ 立命館大学法学部教授

る。執行の場面でもこれと同様の配慮がなされるべきかが判断の決め手となろう。

① 非取締役会設置会社にあつては、株主総会の決議により訴訟代表者を定めることができる（会社法353条）。② 業務監査機関のない取締役会設置会社¹⁾にあつては、株主総会の決議により訴訟代表者を定めることができ、株主総会が定めない場合には取締役会が定めることができる（会社法364条）。

他方、業務監査機関のある取締役会設置会社では、次のように扱われる。③ 監査役（会）設置会社では、会社と取締役との訴訟については、監査役が訴訟代表をするとされる（会社法386条1項）。④ 監査等委員会設置会社では、監査等委員以外の取締役と会社との訴訟については、監査等委員会が選定する監査等委員が訴訟代表者となる。監査等委員が相手方となる場合には、株主総会・取締役会が定める者が訴訟代表者となる（会社法399条の7第1項各号）。もっとも、取締役（監査等委員を含む）が会社を相手に訴訟を提起する場合には、当該訴えを提起する者を除く監査等委員を代表者として訴状を送達すれば、その効力が認められる（会社法399条の7第2項）。⑤ 指名委員会等設置会社では、監査委員以外の取締役と会社との訴訟については、監査委員会が選定する監査委員が訴訟代表者となる。監査委員が相手方となる場合には、株主総会・取締役会が定める者が訴訟代表者となる（会社法408条1項各号）。もっとも、取締役（監査委員を含む）が会社を相手に訴訟を提起する場合には、当該訴えを提起する者を除く監査委員を代表者として訴状を送達すれば、その効力が認められる（会社法400条2項）。

訴訟提起や執行段階にあつて、訴訟代表者と取締役会との間で意見対立

1) 公開会社でない取締役会設置会社で監査役を設置するが、監査役の監査範囲が定款で限定される場合（会社法389条）と、公開会社でない取締役会設置会社（監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社を除く）で会計参与のみを設置する場合は該当する。平成26年会社法改正により監査役の監査範囲が定款で限定されるかは、登記事項とされ（会社法911条3項17号イ）、登記情報を見れば、どのような会社であるかは判明する。

がなければ、会社代表者が誰かという問題は書面上の記載の違いに過ぎない。しかし、訴訟提起・訴訟追行・執行段階にあって、監査役、選定された監査等委員または選定された監査委員と取締役会とが対峙する場合には、誰がイニシアティブを握るかにより実効性確保の度合いが大きく異なりうる。

以下では、訴訟追行・執行の面でどのような力学が働いているかを現実の事例から分析し、問題意識を明確化した上で、民事執行法における取り扱いと業務監査機関の訴訟代表権の意義とを踏まえ、考察しよう。

I. 企業不祥事発覚後の力学

1. 会社による経営陣の責任追及の実施へと駆り立てる力

企業不祥事が発覚した場合、会社が独自に弁護士や公認会計士に依頼し、彼らによって組織される、独立した第三者委員会を設置することが増加した。その第三者委員会は事実の調査をし、会社の対応や是正策の評価、そして、不祥事の原因に関する意見をまとめ、報告書を提出している。取締役が企業不祥事の原因行為に荷担している場合、第三者委員会の報告書にあって役員等の責任につき要件充当性を指摘することもしばしば見られる²⁾。

金融機関にあって公的資金を受け入れた場合には、公的資金の受入の原因を作出した経営陣の責任の存否を明確にするという要請が存在する³⁾。

2) もっとも、日本弁護士連合会「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」(2010年7月15日 改訂同年12月17日)は、関係者の法的責任の認定や特定をしないことを要求すべきであるとする。これは、法的責任の認定が目的となれば、要件該当性からの評価となり、結局、不祥事発生原因の究明に資さないことが挙げられる(日本弁護士連合会弁護士業務改革委員会編『『企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン』の解説』(商事法務, 2011) 31~32頁)。

3) 金融機能の早期健全化のための緊急措置に関する法律6条6号ロ、金融機能の再生のための緊急措置に関する法律3条3号、預金保険法83条・105条4項3号ロ。多くの事例では、金融機関が破綻し、整理回収機構等に役員等に対する損害賠償請求権が譲渡され、整理回収機構等が責任追及訴訟を提起し、判例が集積している。

第三者委員会の報告書を受けて、業務監査機関が会社を代表して取締役の責任追及訴訟をすることが見られる⁴⁾。

金融機関以外の事業会社であっても、会社が役員等の責任を追及することが求められる場合がある。東京証券取引所では、企業行動規範（東京証券取引所「有価証券上場規程」432～452条）に違反する場合や、適時情報開示に関する違反がある場合には、当該違反を行った上場会社に改善報告書の提出を求め、また6ヶ月以内に改善の実施状況報告書の提出を求める（同規程502・503条）。改善報告書が提出されない場合や改善がなされない場合には、上場廃止等の処分がある（有価証券上場規程601条1項12号、同施行規則601条10項1号・2号）。証券取引所の規範は、事業会社であっても、会社が役員等の責任を追及しようとする事への後押しとなる⁵⁾。このほか、

4) 東和銀行事件（前橋地判平成23年7月20日資料版商事334号86頁、東京高判平成23年12月15日資料版商事334号55頁【確定】）など。

5) 東証マザーズに上場する株式会社京王ズホールディングスは、粉飾決算の疑いがあるとの第三者調査委員会の報告を受けて、経営陣の刷新と関係者の責任の追及を検討するとした（株式会社京王ズホールディングス「第三者調査委員会による最終報告書の公表について」(2011年11月17日)<http://www.keiozu.co.jp/2011/PDF/saisyuuhoukokusyokouhyou111117.pdf> (visited on 2015/02/12)）。同社は、粉飾決算の訂正を行い、それにつき、2012年3月19日に金融庁から課徴金納付命令が出され、2012年1月18日に東京証券取引所により特設市場注意銘柄に指定された（指定の日から3年以内に内部管理体制の問題を解消または改善する見込みがないと認められる場合には上場廃止となる）。このような中、粉飾決算に関する調査から発覚した前代表取締役Aらとの不正取引および不正経理につき、株主からの提訴請求もあったことから、2012年10月31日に同社はAを含む旧役員らに対し責任追及訴訟を提訴した（株式会社京王ズホールディングス「第20回定時株主総会招集後通知」(2012年12月28日)31頁（監査役会の監査報告書謄本）http://www/keiozu.co.jp/old_2013/02/26/upload/20期_招集通知.pdf (visited on 2015/02/12)）。もっともAが保有割合で第1位の株主であり、創業者であったことから、会社から同人に対しての利益の供与が継続していた（同33頁）。

これもあって、京王ズホールディングスの保有割合第2位の株主で、事業のパートナーである光通信と当時の経営陣との確執が強まり、京王ズホールディングスは、事業パートナーの変更を企図して、家電量販店ノジマに、発行済み株式総数561万4600株を上回る610万4700株の第三者割当増資を取締役会決議により行おうとした。光通信は、募集株式発行差止の仮処分を申し立てたが、却下された（仙台地決平成26年3月26日金判1441号57頁）。しかし、ノジマ側が募集株式の引受を撤回し、2014年4月8日には、光通信が京王ズ

上場企業にあっては、会計監査を行う監査法人（公認会計士）は、法令違反等の事実を発見したときは、監査役といった業務監査機関に金融商品取引法193条の3に基づき、是正その他の措置をとるよう通知し、それでも適切な対応を会社が実行しない場合には金融庁への報告をしなければならない。たしかに、金商法上の公認会計士監査を行う監査法人（公認会計士）は会社法上の会計監査人を務めることが多く⁶⁾、金商法上の規制がなくとも、会計監査人は会社法上も監査役に取締役の違法行為の報告義務（会社法397条）がある。しかし、金商法上の義務に関しては、公認会計士法を所轄する金融庁が関与するだけに、公認会計士はその履行のインセンティブを有し、金商法上の法令違反等事実への対応の要請は、役員の法的責任追及や違法行為の差止権の行使といった会社の自浄行為を実行させる圧力となりうる⁷⁾。

↘ ホールディングス株式に対し公開買い付けを実施し、発行済株式総数の79.8%を有する株主となった（「株式会社光通信による当社株式に対する公開買い付けの結果並びに親会社及びその他の関係会社、主要株主の異動に関するお知らせ」<http://www.keiozu.co.jp/2014/PDF/2014-05-23-1.pdf>（visited on 2015/02/12））。これを受けて、京王ズホールディングスの経営陣は一新され、Aに対する利益供与の実態を調査する社内委員会（社外監査役らによる）が設置され、調査、報告がなされた（株式会社京王ズホールディングス「社内調査委員会からの調査報告書（最終報告書）の受領に関するお知らせ」（2015年1月13日）<http://www.keiozu.co.jp/2015/PDF/2015-01-13.pdf>（visited on 2015/02/12））。

6) 東京証券取引所の上場審査基準では、東証一部二部につき、純資産額が10億円以上の基準があるものの（東京証券取引所・有価証券上場規程205条5号）、資本金額は上場基準とはならず、東証マザーズについてはそもそも純資産額が上場審査の対象とはされていない（東京証券取引所・有価証券上場規程212条と205条を対象）。よって、上場会社であっても、資本金額や負債総額をメルクマールとする会社法上の大会社（会社法2条6号）には該当しないこともある。もっとも、上場審査にあたっては、コーポレートガバナンスおよび内部管理体制が、企業の規模や成熟度に応じて整備され、適切に機能しているかが審査されている（東京証券取引所・有価証券上場規程214条1項3号）。

7) 山口利昭「監査役の特権」『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題（ジュリスト増刊）』（2011）39頁。

なお、山口利昭『法の世界から見た「会計監査」——弁護士と会計士のわかり合えないミゾを考える』（同文館出版、2013）101頁～105頁では、公認会計士が申出をしたがらない状況とその理由を分析している。

2. 会社による責任追及時における取締役会と業務監査機関との関係

企業不祥事に関して実際に会社が責任追及訴訟を提起するのは、役員が交代しているような事例が多い。会社の不祥事により筆頭株主等の多数派株主から当時の経営陣が見限られ、退任に追い込まれたり⁸⁾、不祥事の規模が大きく、そのダメージから立ち直るために新たな出資を必要とし、支配株主が交替したりしているからである⁹⁾。これらの事例では、企業不祥事が広く報道され、株主代表訴訟が提起される可能性が高い。株主からの提訴請求を受けたことを契機として、旧経営陣の責任追及に関するイニシアティブを会社側が確保するために提訴されることもある¹⁰⁾。被告とされる元取締役の現経営者への影響は弱く、新たな経営陣としての取締役会と業務監査機関との意見対立は見られないと思われる。

これに対して、責任追及の対象である旧経営陣が大株主である場合には、新経営陣に影響力を行使しうするため、訴訟係属中に大株主の意向を受ける取締役会と業務監査機関との間に緊張関係が発生することは十分に考えられる。取締役に対する責任追及が、取締役会や株主相互間の主導権争いの道具となったり¹¹⁾、監査役の倫理観から現取締役の意向を離れ、訴訟係属されたりもした。日本監査役協会「最近の企業不祥事について」（2011年12月9日）¹²⁾は、「経営陣に対する監査が監査役の職務であり、健全な懐疑心を持ちながら、時に経営者と対峙するだけの覚悟を持ち職務を

8) 2009年7月28日日本経済新聞朝刊43面「フタバ産業、旧経営陣を賠償提訴へ、関連会社に不正融資、17億円回収不能」。

9) たとえば、埼玉地判平成22年3月26日金判1344号47頁。

10) オリnbパスの飛ばしによる粉飾事件（2012年1月10日日本経済新聞夕刊1面「賠償請求、19人に36億円、オリンパス、歴代経営陣に現職6人含む」）や、日興コーディアルグループの不正会計問題（2007年2月25日日本経済新聞朝刊3面「日興、前社長らに賠償請求へ——米シティ提携にらむ、30億円規模、信頼回復急ぐ」）が挙げられよう。

11) 株式会社ユーシン損害賠償請求・謝罪広告等請求事件（東京地判平成23年11月24日判時2153号109頁）など。

12) <http://www.kansa.or.jp/news/information/post-211.html> (visited on 2015/02/12).

全うすることが監査役に課せられた使命であります。……いかなる状況下にあっても公正不偏にして毅然とした態度でその職務を果たさなければなりません」と宣言する。業務監査機関である監査役^がの職務が、取締役の適法性監査という点から出発して、総株主（一般株主）の利益保護の観点から取締役会の判断を認証することも求められるようになったこと¹³⁾が監査役^の職務意識の変化を誘発し、実際に、監査役が現取締役と対峙して訴訟提起に至ることは、監査役制度が会社の自浄機能としてワークしうることを示す¹⁴⁾。

監査役^の職務意識から現経営陣と対峙して訴訟が提起されたものとして、昭和ゴム（昭和ホールディングス）事件が挙げられる。「これまでの監査役は異常事態に直面しても座視するか、責任回避するため辞任するケースが一般的であった」監査役^の意識変化が見られる事例として注目され

13) この点がとりわけ強調されたのは、まず、取締役の責任を緩和させるための手段として認識されたことによる。取締役の責任軽減・責任限定や株主代表訴訟における被告側への補助参加を会社が実行することの適切性は、業務監査機関の同意によって担保される（会社法425条3項、426条2項、427条3項、849条4項）。

次に、会社法による規制ではないが、株主が保有する株式の希釈化リスクが問題となる第三者割当て増資を時価発行として実行する取締役会の判断についても、その適切を監査役に判断させる体制が整備されている。2009（平成21）年8月24日の東京証券取引所有価証券上場規程等の一部改正により、第三者割当ての募集株式の発行をする際に、取引所が必要と認める場合には、払込金額が割当てを受ける者に特に有利でないことに係る適法性に関する監査役（監査委員会）の意見等の開示が必要とされた。これを受ける形で、2009（平成21）年12月11日に企業内容等の開示に関する内閣府令（開示府令）が改正され（開示府令8条1項1号、第2号様式記載上の注意23-5）、有価証券届出書の記載事項のうち、第三者割当ての特記事項の記載として、① 発行価格の算定根拠、発行条件の合理性に関する考え方、② 有利発行該当性の記述、③ 有利発行の該当性の判断、④ その判断の理由、判断の過程とともに、⑤ 当該発行の適法性に関して監査役が表明する意見、または当該判断の参考にした第三者の意見があれば、その内容を記載させることにした。金商法上の開示規制を通して、監査役が一般株主の利益保護の視点から取締役（会）の判断を認証することが求められている。

14) 浜辺陽一郎「監査役のアイデンティティの再検証(上)」商事法務1967号（2012）27頁はこの点が監査役制度の利点であると指摘する。

た¹⁵⁾。

3. 昭和ゴム（昭和ホールディングス）事件

東証一部上場企業で工業用ゴムメーカーの昭和ゴム株式会社（2009年6月に委員会設置会社〔指名委員会等設置会社〕に移行し、新設分割により持株会社となり、昭和ホールディングス株式会社に商号変更）の第107回定時株主総会（2006年6月29日開催）の監査報告書に、当時の社外監査役Aにより当時の現職取締役らの任務懈怠の存在が記載された。

これに対し、2008年6月14日に昭和ゴム株式会社代表取締役は、Aの監査意見に相当の誤りがある旨を指摘した¹⁶⁾。しかし、同月18日には、社外監査役Aは、昭和ゴム株式会社を代表して、責任追及訴訟を千葉地方裁判所松戸支部に提起した。

社外監査役Aは任期満了により2008年6月29日に退任をしたが、Aより訴訟活動を引き継いだ社外監査役B（弁護士）は、Aの訴訟提起の目的および手続について調査し、訴訟の取下げも含めて検討するため、裁判所に上記訴訟の口頭弁論期日の延期を申請した。しかし、検討の結果、訴訟提起の目的は不当なものであった疑いがあるものの、訴訟提起の手続に必ずしも明確な違法はなかったものと判断し、訴訟は継続することとした¹⁷⁾。2009年6月30日、昭和ゴム株式会社が委員会設置会社（指名委員会等設置会社）に移行したことから、監査委員会が選定した監査委員（Bがそのまま監査委員に就任し、選定された）に訴訟代表者が変更された。

2011年4月29日には、会社による被告らへの責任追及訴訟も審理が進ん

15) 日本経済新聞2009年4月20日朝刊14面「取締役の法的責任追及など、監査役、相次ぐ権限行使（法務インサイド）」（編集委員 渋谷高弘）。

16) 昭和ゴム株式会社「当社第107回定時株主総会の報告書の監査報告書における監査役意見についてのお知らせ」（2008年6月14日）<http://www.showa-holdings.co.jp/ir/irfile/sg20080614.pdf>（visited on 2015/02/12）。

17) 昭和ゴム株式会社「当社による当社取締役に対する訴訟提起に関するお知らせ」（2009年2月23日）<http://www.showa-holdings.co.jp/ir/irfile/sg20090223.pdf>（visited on 2015/02/12）。

だことを受けて、筆頭株主である投資ファンドは株主提案による責任軽減議案を株主総会に提出した¹⁸⁾。当該議案は、被告とされる元取締役・現取締役・現執行役の責任額（会社の訴訟により追及される訴額）から会社法 425 条 1 項の最低責任限度額を控除した残額の全てを免除するとの内容であった。さらに執行方法について「関係役員的生活が成立する合理的な範囲内であることを条件に、関係役員との交渉及び支払条件についての決定を取締役に委任する。」と記載した。

2011年5月13日千葉地裁松戸支部判決は、この責任追及訴訟につき被告らに、11億7236万2174円の支払い命令を言い渡した¹⁹⁾。責任追及訴訟は、控訴され、東京高等裁判所に係属した。他方、2011年6月29日の株主総会では、株主提案による取締役の責任減免の提案は可決した。

2013年5月13日に、責任追及訴訟につき東京高裁において訴訟上の和解が成立した²⁰⁾。和解内容は不明であるが、株主総会で責任一部減免の決議が成立したこと、訴訟活動が長期に及んだことを踏まえ、株主総会決議に沿って和解が成立したとされている。

4. 事例からの示唆——本稿の問題意識

企業不祥事を契機として会社の経営陣や株主層が一新されれば、取締役の責任追及を行う業務監査機関と取締役会との対立は生じにくい。他方、株主層に変化がなく、経営陣が一新されない場合、取締役の責任追及を行う業務監査機関と取締役会とで緊張状況が生じる。昭和ゴム事件では、筆

18) 昭和ホールディングス株式会社「株主提案権行使に関する書面の受領について」(2011年5月6日) <http://www.showa-holdings.co.jp/ir/irfile/sh20110506.pdf> (visited on 2015/02/12)。

19) 昭和ホールディングス株式会社「当社取締役に対する責任追及訴訟の判決に関するお知らせ」(2011年5月23日) http://www.showa-holdings.co.jp/ir/irfile/sh20110513_2.pdf (visited on 2015/02/12)。

20) 昭和ホールディングス株式会社「当社取締役に対する責任追及訴訟の完全終結に関するお知らせ」(2013年5月30日) http://www.showa-holdings.co.jp/news/doc/news20130530_1.pdf (visited on 2015/02/12)。

頭株主が株主提案により、責任追及対象である取締役らの責任の一部免除議案を株主総会に提出した。会社が責任の一部免除議案を提出する際には、監査役・監査等委員・監査委員の同意が必要である（会社法425条3項）が、株主提案には要求されない。会社提案により責任一部免除事案を株主総会に提出できる状況であるのに、筆頭株主による株主提案が採用されたのは、責任追及を巡って業務監査機関と取締役会との間で、緊張関係があったことを推測させる。そもそも責任追及対象の取締役らが善意無重過失であったかの判断は難しく、株主総会において責任一部免除決議が成立したとしても、それが有効であるかは一義的に判断できるわけではない。昭和ゴム事件も訴訟上の和解によって終了したが、責任の一部免除に関する株主総会決議がなされてから現実に終了するまで時間を要することになったと考えられる。このような状況の下で、株主総会における責任一部免除決議は、会社の取締役に対する損害賠償請求権の執行の判断や行使を、「関係役員の生活が成立する合理的な範囲内であることを条件に」被告取締役らの影響が強くある取締役会に委任した。しかし、被告取締役によって構成される取締役会に執行権限を専属させるとなれば、監査役の訴訟追行により債務名義を獲得しても、執行が懈怠され、これまでの訴訟が無に帰する可能性すらある。

以下では、まず、執行段階にあって業務監査機関と取締役とに緊張状態が生じうることに法が対処しているか、すなわち、訴訟提起・訴訟追行段階における会社法上の配慮の意義を確認し、次に、そのような配慮が執行段階においても必要であるかを検討することにしよう。

Ⅱ. 民事執行法上の考慮

1. 民事執行法上の取扱い

強制執行を行うためには、まず執行文の付与を求めることになる。執行債権者は、執行文の付与を確定判決の事件記録を存する裁判所の裁判所書

記官に申し立て（民事執行法26条1項）、執行文は、債務名義（確定判決）の正本の末尾に付記される（同条2項）。執行文の付された債務名義の正本（執行正本）を会社は確保すれば、会社はそれにより、強制執行を行う（民事執行法25条）。たとえば、不動産に対する強制執行であれば、その所在地を管轄する地方裁判所（民事執行法44条1項）に対し、不動産に対する強制競売または強制管理の申立てを行う（同法45条、93条）。債権執行であれば、債務者が有する債権の債務者（第三債務者）の普通裁判籍の所在地にある地方裁判所（民事執行法144条2項）に差押命令の申立てを行う。

執行文付与の申立ては書面で行うが、添付書類に債務名義たる確定判決の正本が要求されるのみである（民事執行規則21条）。他方、執行正本をもって強制執行を申し立てる場合、当事者に法人が含まれる場合には、その法人である当事者につき代表権の存在を証明する書面の提出が必要とされる（民事執行規則15条の2、民事訴訟規則18条、15条）。実務にあつては、申立日から1か月前以内に発行された商業登記事項証明書を提出することが求められている（法人が申立債権者である場合には代表者事項証明書でもよいとされる）²¹⁾。

すでに、確定判決を得たということは、訴訟提起の段階で、会社を代表する者の代表権につき証明がなされ、裁判所が、当事者適格を認め、会社として訴訟活動を行った代表者が真に代表権を有すると判断したことを示す。それでも執行段階で再度、会社として執行を行う代表者につき審査が行われるのは、強制執行が、債務名義形成の手続とは別個独立の手続であるから、債務名義が確定判決、その他既判力を伴うものであっても、独自に執行当事者の能力を審査する必要があると説明される²²⁾。執行当事者の当事者能力は、執行機関が職権で審査を行う。もっとも、債務名義が存

21) 大阪地方裁判所・大阪家庭裁判所・大阪府内の簡易裁判所「不動産執行申立てに必要な書類等」http://www.courts.go.jp/osaka/saiban/tetuzuki/sikkou_fudousan/index.html (visited on 2015/02/12)。

22) 梅善夫「判決機関と執行機関の職務分担について」民事訴訟雑誌24号（1978）134頁。

在する時点で、執行債権の存否については当事者間では決着しており、執行当事者のうち執行債務者は、執行を消極的に受忍するだけであるから、形式的な審査に留まるとされる²³⁾。

2. 民事執行法の取扱いからの示唆

民事執行法上は、先行する訴訟とその確定判決に基づく執行が別個の訴訟法上の手続であることが強調され、債務名義を形成する訴訟の段階と、債務名義に基づく執行正本を獲得し、強制執行を行う段階との連続性が否定される。これは、債務名義の形成が訴訟のみによって実行されるわけではないことや、債務名義が確定判決の場合であっても、訴訟当事者間においては、債務名義が確定すれば、法律関係につきもはや紛争が解決していることを捉えれば、十分に合理的な取り扱いである。

訴訟段階と執行段階とが別異に扱われることから、会社と取締役・執行役との間の訴訟に関する会社代表の取扱いに沿って一義的に決定できるというよりは、執行段階における会社代表権は、実体法（会社法）上の権限分配規定に基づいて判断されることを示す。

Ⅲ. 会社と取締役との間の訴訟代表規定の意義

1. 条文の変遷

会社法制の変遷を見た場合、昭和25年商法改正と昭和49年商法改正とが大きな変換点となっている。

(1) 昭和25年商法改正前

日本の会社法制の整備は、明治32年商法制定に始まるが、明治23年制定の旧商法の原型であるレスラー商法草案にまで遡ることができる。レス

23) 中野貞一郎『民事執行法』（増補新訂第6版，青林書院，2010）130頁。

ラー商法草案279条²⁴⁾にあっては、「総会ハ取締役〔現行制度でいうところの監査役〕又ハ特ニ選挙シタル代理人ヲ以テ頭取〔現行制度でいうところの取締役〕又ハ取締役〔監査役〕ニ対シテ訴訟ヲ起スコトヲ得ベシ」とされた。レスラー商法草案では、監査役は、業務執行の決定機関ではなく、取締役たちの業務執行を法律および定款、または、株主および債権者の利益の観点から監視すべきものと理解され、会社と取締役との関係における利益相反などの危険の検出は、当然に監査役の権限とされ、会社と取締役との関係においては、会社（総株主）の常設の代理人と位置づける発想がある。

明治23年商法228条もこのような発想を維持し、「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」と規定する。この規定は、取締役が権限を濫用し会社の定款・総会決議に反するかその他、自己の職務を尽くさずして会社に損害を与えた場合に、訴訟で責任追及できる方法を定めたものである。会社の外部関係において会社の「代人」は取締役であるが、会社の内部にあって総株主（総会）の通常の代人は監査役であることから、監査役が総会（会社）の代人として訴訟を提起することを意味すると説明される²⁵⁾。監査役が総株主の代人として訴訟提起することからは、監査役が会社の代人となるべきではないと思われれば、総会が特別に代人を選任する（総会が判断する）ことは当然となろう。

明治32年商法は、会社と取締役との利害が衝突する場面、として、利益相反取引の締結と会社取締役間の訴訟代表とにつき、規制を整備した。会社と取締役との契約（利益相反取引）の締結について、明治32年商法176条

24) ヘルマン・リョースレル『ロエスレル氏起稿商法草案. 上』（司法省, 1884）447頁。

25) 本尾敬三郎＝木下周一『商法註解』（博聞社, 1890）377～380頁（本尾敬三郎＝木下周一『商法註解 自第一冊至第四冊 日本立法資料全集 別冊705』（信山社, 2012）に収録）、岸本辰雄『商法正義 第2巻』（新法注釈会出版, 1890）560～562頁〔長谷川喬＝岸本辰雄『商法〔明治23年〕正義 第1巻・第2巻 日本立法資料全集別巻48』（信山社, 1995）に収録〕。

は、監査役の承認を要求した。会社と取締役との間の契約を会社が締結できるかは議論される問題であり、原則禁止から、制限を付して許容する、許容する方法として裁判所の選任した特別代理人に会社を代表させるといった手続規制など様々な立法可能性がある。しかし、民法上の法人であれば特別代理人を選任させるのは、妥当であろうが、会社にとっては、煩雑であり、監査役の承認をもって、取引を実行できることとすると説明された²⁶⁾。会社と取締役の間の訴訟の代表者についても、明治32年商法185条1項は、「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總會ハ他人ヲシテ之ヲ代表セシムルコトヲ得」とし、總會招集権のある「資本ノ十分ノ一以上ニ当タル株主」に、取締役に対して訴訟提起を請求することを認め、その際に会社代表者を指定することができることとした（同条2項）。ここにも、監査役は、株式会社の監査機関として会社の業務執行の任に当たる取締役が会社の利益を害することを防ぐことを職務とすることから、取締役に対して訴えを提起する場合には当然に会社の代表者となるが、株主總會が万能の機関であることから、總會の判断が優先するという設計思想²⁷⁾が見て取れる²⁸⁾。

(2) 昭和25年商法改正

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。監査役は、株主總會への情報（会計情報）を提供する会計検査機関と位置づけられた。

26) 堀田正忠＝柿崎欽吾＝山田正賢『商法講義』（非売品 1899）511～512頁〔堀田正忠＝柿崎欽吾＝山田正賢『商法講義 上巻 日本立法資料全集別巻197』（信山社、2001）に収録〕。

27) 丸山長渡（西川一男参助）『改正商法要義』（同文館＝済美館、1899）274～275頁〔丸山長渡『改正商法〔明治32年〕要義 上巻 日本立法資料全集別巻358』（信山社、2005）に収録〕。

28) この後、昭和13年商法改正により、条文番号が変更され、民法108条との関係が整理されたが、基本的な枠組みは同一である（昭和13年改正商法265条、268条、277条）。

このため、業務執行者である取締役と会社との利益相反の場面における会社としての承認機関を取締役会とした（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、取締役会が訴訟代表者を決定するものとした（昭和25年改正商法261条ノ2第1項²⁹⁾）。もっとも、会社（総株主）と会社との利益衝突の解消という点では、取締役会の判断では十分にバイアスが解消されたとはいえない。この点を補完するものとして、株主総会において訴訟代表者を定めた場合には、その判断が優先するとされた（同条2項）。さらに、昭和25年改正が導入した株主代表訴訟制度は、単独株主であっても、会社に提訴請求をし、会社が提訴しない場合には、会社のために取締役の責任を追及する訴訟を直接提起することを認めた（同法267条）。

29) 会社の訴訟代表者を常に取締役会が定めなければならないとする制度設計を採用する場合、会社が原告の場合には問題はないが、会社を被告として取締役（取締役の地位の確認を求める者を含む）が訴訟提起する場面では、訴訟提起前に会社（取締役会）に訴訟代表者を定めてもらわなければ、被告の代表者を確定できないこととなり、取締役会が訴訟代表者を決定しないことにより、訴訟提起を妨害することが可能となる。解任された取締役が、株主総会の解任決議を争う株主総会決議取消訴訟では、提訴期間が短いため、この訴訟提起の妨害の弊害は大きくなる。

昭和25年改正商法の設計思想は、昭和49年商法改正後は、資本金1億円以下の小会社の規制として採用され続けた（平成17年廃止「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律」（商法特例法）25条、22条1項、24条1・2項）。このため、訴訟提起妨害の問題は依然として発生していた。最判平成5年3月30日民集47巻4号3439頁は、会社（取締役会）による訴訟提起妨害の機会を封鎖するため、商法特例法の扱いをなれ合いの予防と捉え、会社が被告となる場合でかつ会社が原告取締役の地位について争いがある場合には、なれ合いの危険がないことから、商法特例法の適用はなく、原則通り、代表取締役が訴訟代表をすとした。

平成17年に制定された会社法では、業務監査機関のない会社に対する訴訟は、訴訟提起段階では、（代表）取締役を訴訟代表者として被告を表示させ、会社（取締役会・株主総会）が代表取締役の訴訟追行で問題があると判断すれば、訴訟代表者を変更するという枠組みが採用されている（会社法353条、364条）。このため、訴訟提起妨害の問題は発生しなくなった。

(3) 昭和49年商法改正とその後

昭和49年商法改正は、財務情報の真実性の確保と業務監査の強化を目的とし、監査役は、昭和25年商法改正前と同様に経営監督機関となり、大会社について、会計監査人の設置が強制された。もっとも、昭和25年に導入された取締役会は、そのまま維持された。昭和49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。

それでは、取締役と会社との訴訟について、会社を代表する機関はどのように設定されたか。昭和49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年改正商法275条ノ4）。もっとも、昭和25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³⁰⁾。

しかしながら、会社と取締役との利益相反取引については、取締役会の承認を必要とするという昭和25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³¹⁾。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

30) 味村治「商法の一部を改正する法律の解説(五)」法曹時報27巻2号(1975)116~117頁。

31) 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(1974)25頁。

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。

業務監査機関（監査役・監査等委員会・監査委員会）の設置された会社にあつては、会社法制定そして平成26年改正後³²⁾も、冒頭に示したように、昭和49年改正商法と同様に、業務監査機関による違法行為の是正の手段として、取締役・執行役と会社との訴訟に関する会社の代表権が捉えられている。

2. 学説・裁判例における理解

条文の変遷からは、昭和49年商法改正にあつては、会社と取締役との間の訴訟に関する会社の訴訟代表権が、監査役の業務監査活動における違法行為の是正の側面が強調された。指名委員会等設置会社における選定された監査委員の訴訟代表権、監査等委員会設置会社における選定された監査等委員の訴訟代表権も同様の側面が存在する。しかし、会社と取締役・執行役との間の債権債務関係が発生するのは、取締役・執行役の職務上の違法行為を原因とするもの（会社法上の責任）だけではなく、会社と取締役との間の契約（利益相反行為等）を原因とする取引債務（またはその変形物）が存在する。昭和49年商法改正においては、利益相反取引の承認機関を取締役会とし、この点は監査役設置会社、監査等委員会設置会社そして指名委員会等設置会社でも維持されている。このため、取引債務については、

32) 監査等委員会設置会社にあつては、通常取締役会の承認に加え、監査等委員会の承認を得た場合に、423条3項の適用除外が認められる（同条4項）。指名委員会等設置会社にあつて、執行役と会社との利益相反取引に関する取締役会の承認決議に賛成した取締役については423条3項の推定規定が及ばないが、それは、執行役から取締役会が独立していることに由来する。他方、監査等委員会設置会社においては、利益相反取引の会社の相手方となる取締役や会社を代表して取引をする取締役についても任務懈怠の推定を認めないが、監査等委員会の独立性からのみではこの点を合理的に説明することは難しい。政策的観点（岩原紳作「『会社法改正の見直しに関する要綱案』の解説（1）」商事法務1975号（2012）13頁）からの正当化しかできないかもしれない。

取締役会権限と業務監査機関の権限が重複する事態が生じた。

以下では、議論の単純化のため、監査役設置会社を想定して議論状況を確認しよう。

（1）学説の状況

学説の中には、取締役会が会社の利害状況を判断するのにふさわしいとして監査役の訴訟代表権を制約的に解釈しようとするものもある。この見解は、監査役にとっては、いきなり訴訟を提起することが想定されているかもしれないが、通常の民事紛争では、履行請求が功を奏しない場合に訴訟提起するという実態を重視している³³⁾。監査役には、取締役の違法行為の差止めは認められるが、取締役の不作为の違法状態につき是正する権限はない。よって、取締役に会社に対する債務不履行があった場合、監査役は当該取締役に対して債務の履行を請求するよう〔代表取締役・取締役会に〕勧告する権限を有していても、これを請求する権限を有していない。とりわけ、取締役が会社に対して取引関係がある場合には、解除・取消・催告等を行ってからでなければ、訴訟を提起できないとして、監査役はいきなり訴訟を提起することはできないはずであると指摘する。

他方、訴訟代表の規定があることから、利益相反取引の取締役会の承認がない場合は、監査役が不当利得の返還請求訴訟を提起でき、承認がある場合でも取引内容が不当であると判断すれば、損害賠償を求めうるとする見解がある。この見解は、監査役が取締役会への常時出席すること³⁴⁾を考慮すれば、監査役が最終的に取締役と会社との利害衝突につき、是正・調整する機関であると判断している³⁵⁾。会社と取締役との間の訴訟

33) 大住達雄「新監査役心得帳〔17〕会社・取締役間の訴訟代表」商事法務711号（1975）37頁。

34) 昭和49年改正当時は、監査役は取締役会に出席しうるとされていたが、平成13年12月改正以降は、出席義務とされている（平成13年12月改正商法260条ノ3第1項。会社法383条1項）。

35) 田代有嗣「商法改正と取締役の自己取引（2）」商事法務685号（1974）13～15頁。

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、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³⁶⁾、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³⁷⁾。「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」とも主張されている。

以上の見解の対立に対し、監査役の訴訟代表権が訴訟提起の前段階において事前の催告等についても、監査役の訴訟代表権の範疇とされれば、利益相反取引の承認権限との抵触が懸念されることを考慮して、会社法上の責任の内容を具体化する交渉であれば、訴訟提起前であっても、監査役が会社を代表して交渉に当たるべきであり、監査役が専断的に判断するが、利益相反取引といった取引関係上の債務の履行請求に関しては、取締役会・代表取締役と監査役との代表権との調整が必要であるとするものもある³⁸⁾。具体的には、取引上の債務の履行請求については、例えば、期限の定めのない債務について会社が取締役に対して履行の催告をし、債務者たる取締役を遅滞に付することや、取締役の債務不履行に対してどのように対処するかということは、取締役会の裁量に委ねられるべき経営事務の問題であり、監査役はそれに介入する必要はなく、その権限はない。取締役会の承認を得ないでなされた違法な利益相反取引についても、無効を主張するか、追認し履行を請求するかの選択をする場合も同様である。しかし、取締役の債務不履行により会社に確定的な損害が発生している場合や

36) たとえば、矢沢淳「株式会社監査役制度改正を巡る諸問題(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（1969）5頁など。

37) 田邊明＝加藤一昶＝黒木学『商法改正三法の逐条解説』（別冊商事法務24号、1975）14頁。

38) 今井宏「会社訴訟と監査役」同『株主総会の理論』（有斐閣、1987）264～266頁、山下友信「取締役の責任・代表訴訟と監査役」商事法務1336号（1993）12頁。

履行強制が確定している場合には、監査役が訴訟代表権を行使しても差し支えない。その一方で、利益相反取引に関する問題であり、会社の業務執行に属することに変わりはなく、代表取締役もこれらの請求をなし得ることから、両機関の権限が重複すると理解すべきである（もっとも監査役の権限行使を妨げることはできない³⁹⁾）、とする。

なお、会社と取締役との間の訴訟に関する訴えに関する和解や調停の実施は、取締役の責任の免除という側面が存在する。このため、平成13年12月商法改正以前は、取締役の責任免除には総株主の同意が必要であり、監査役が訴訟代表権があるとしても、監査役が会社代表者として和解・調停を実施することは制限されるとも理解されていた⁴⁰⁾。この点、平成13年12月商法改正により、監査役が会社代表者として取締役等に対し提起する責任追及等の訴えについては、訴訟提起の公告または株主への通知がなされ、訴訟参加の機会が保障されていることを前提として、責任免除に関する総株主同意規定の適用除外がなされることになった（平成13年12月改正商法268条5項、会社法850条4項）。これにより、訴訟提起後の処分権限の行使は監査役に属することが明らかとなった。

(2) 裁判例の状況

裁判例にあっては、直接、監査役の訴訟代表権の内容について議論するものはない。しかし、北海道拓殖銀行の破綻処理の過程にあって、北海道拓殖銀行が退任取締役に対する会社法上の損害賠償請求権を含めた資産の全部を整理回収銀行に譲渡した後に、整理回収銀行（後に住宅金融債権管理機構が吸収合併し、整理回収機構となる）が当該退任取締役に対して会社法上の損害賠償請求訴訟を提起した事案にあって、監査役の訴訟代表権の範囲が問題となった。破綻処理として北海道拓殖銀行の資産が譲渡される際に、監査役が関与せず、取締役会決議により資産譲渡が決定されたため、

39) 河本一郎＝今井宏『鑑定意見 会社法・証券取引法』（商事法務、2005）112頁。

40) 味村治＝岩城謙二「取締役会と代表取締役の権限(2)」商事法務739号（1976）13頁。

監査役の訴訟代表権の範囲として、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ことになれば、権限外行為として会社の取締役に対する債権の譲渡が無効となるからである。

札幌地判平成14年9月3日⁴¹⁾は、平成17年改正前「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……、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、代表取締役には本件債権譲渡をする権限が認められる、とした。

41) 判時1801号119頁。札幌地判平成15年9月16日判時1842号130頁および札幌地判平成16年3月26日判タ1158号196頁もほぼ同様の判断をしている。なお、現行会社法と異なり、平成17年改正前商法は、退任取締役と会社との訴訟に関する会社の訴訟代表権が監査役に帰属するという明文の規定がないことから、現職の取締役と会社との訴訟については監査役が専属的に訴訟提起等を判断すべきでも、退任取締役と会社との訴訟については、代表取締役と監査役の権限が重複するとの理解も可能であった（最判平成15年12月16日民集57巻11号2265頁）。

3. 小 括——業務監査機関の訴訟代表権の範囲

昭和49（1974）年改正以降は、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は、単に訴訟の公正さを確保するという側面だけでなく、監査役の業務監査活動の補完・発露という側面をも有する。しかし、昭和25年改正以前にあって、会社と取締役との利害衝突を調整する代人として監査役が機能していたのに対し、利益相反取引の承認権限は取締役会に属する。このため、業務執行機関たる代表取締役・取締役会と業務監査機関たる監査役との権限の抵触が生じる。学説の一部や前述の札幌地裁判決のように、会社法上の責任の内容の具体化等の訴訟提起前の被告取締役との交渉については、訴えの提起の論理的前提となる行為や密接に関連する行為を除き、取締役会の判断事項であるとする理解も可能である。しかし、業務監査機関による違法行為の是正機能を重視すれば、取締役・執行役の会社法上の責任について訴訟提起前の活動を取締役会に委ねては、業務監査機関の監査活動を阻害しかねず、むしろその具体化に向けて取締役・執行役と交渉する権限は、業務監査機関に属するとした方が据わりがよい。必要があれば、立法的にそう明示すべきである⁴²⁾。

他方、取引債務の履行請求につき同様に考えることはできないのは、学説の指摘するとおりである。利益相反取引に起因する会社の取締役・執行役に対する請求権の内容の確定は、業務執行行為として代表取締役（代表執行役）の権限とされるべきであろう（利益相反取引規制の適用は受ける）。それでは請求権の内容が確定した場合はどうか。具体化した請求権を行使することも事実上であれば、代表取締役（代表執行役）の業務執行行為の一部であろう。そうであれば、代表取締役・代表執行役が訴訟によって行使することも妨げるべきではなからう。もちろん、訴訟によって会社と取締役・執行役との間の訴訟における会社の代表権が業務監査機関にある以上、業務監査機関が訴訟代表権を有することは否定できない。しかし、取

42) 浜田道代「役員義務と責任・責任軽減・代表訴訟・和解」商事法務1671号（2003）42頁。

引債務の履行請求の場面で、確定した請求権を行使することには、業務監査活動としての意義はなく、訴訟の公正さを確保する（なれ合いを防止する）という意義しかない。そうであれば、代表取締役・代表執行役が行使せず、確定した請求権が放置されているような場合でなければ、業務監査機関の訴訟代表権限の行使を正当化できない可能性が高い。なぜなら、内容が確定した請求権を代表取締役等が請求をするのであれば、なれ合いの危険性は発生していないからである⁴³⁾。取引債務に起因する訴訟に関しては、代表取締役・代表執行役と業務監査機関との訴訟代表権が重複するというよりは、代表取締役・代表執行役が当該請求権を放置するような事案に限って、補充的に業務監査機関が権限行使すべきものとされるべきではなからうか。

IV. 検 討

——取締役・執行役に対する会社の債権の民事執行に関する会社代表者

債務名義を作成する訴訟と執行段階とは、別異の手續とされる。訴訟提起やその追行にあっては、処分権主義・弁論主義を採用する民事訴訟法体系のもとでは、会社の代表者である自然人の訴訟行為により結果が大きく左右される。訴訟を提起するという決定に留まらず、訴訟活動を全般に対して、取締役と会社の代表者との間で馴れ合いの危険性がある。これに対して、執行の段階にあっては、執行債権の存否については既に決着がついている。強制執行により執行債権の満足を得るという点では、処分権主義の要請が強いとしても、弁論主義の要請は低い。「執行する」との判断がなされるのであれば、取締役と会社との間の法的関係は確定しており、なれ合いの危険性はない（利益相反取引規制を課す必要もない）。このような違いを捉えれば、通常の会社の業務執行と同様に取り扱えばよく、代表取締

43) 確定した債権の履行請求には、会社に損害を与える危険は客観的抽象的にも存在せず、利益相反取引規制の適用もないとされる（大判昭和13年9月28日民集17巻12号1664頁）。

役・代表執行役が執行段階にあっては会社の代表者となろう。とりわけ、債務名義の形成過程は、裁判とは限らず（公証人など）、訴訟を経由しなくとも、執行は可能である。利益相反取引によって成立した会社の取締役に対する債権につき、公正証書が作成された場合にそれを債務名義として執行を行うことを考慮すれば、訴訟を経由せず、監査役・監査委員会の職務への関連性が薄い。執行の場面では、代表取締役・代表執行役が執行段階での代表者となるとの結論が説得力を増す。

しかしながら、業務監査機関である監査役・選定された監査等委員（監査等委員会）・選定された監査委員（監査委員会）が取締役に対する債権の執行につき代表権限を有さないとは即断できない。執行段階にあって、「執行する」ことが決定されている場合には、確かに「なれ合い」はないと評価できるが、「執行しない」と判断している場合には、「なれ合い」の危険性が高く、会社による取締役・執行役に対する債権の実現において公正さを確保する要請が依然として存在するからである。そもそも監査役・監査等委員会・監査委員会の監査は、取締役の逸脱行為の調査（それを通しての予防）と逸脱行為を発見した場合の是正という活動によって構成される。会社＝取締役（執行役）間の訴訟につき、監査役・選定された監査等委員・選定された監査員（以下、「監査役ら」）に代表権限が認められるのは、まさしく、訴訟によって事後的に、被告取締役（執行役）がもたらした会社の違法状態の是正の職務が監査の範疇に属するからである。訴訟提起に際して、保全命令を求め、保全執行を行う必要性もあるであろうし、第1審につき会社（監査役ら）が勝訴した場合に、仮執行宣言が付与されることは、当然にある。訴訟が係属する段階であるため、会社と被告取締役間との利害対立の状況は続くことから、民事保全法上の仮処分や仮執行宣言付判決に基づく仮執行を求める場合には、監査役らが会社を代表すると考えることが素直である。会社として保全を行うことは、監査活動による是正が、単に正常な経営活動への復帰を意味するだけでなく、違法状態によってもたらされた損害発生状況からの治癒の機会の確保を範疇

とすべきと考えるからである。この観点からは、債務名義の作成段階である訴訟と、請求権の存在を前提としてその満足を国家権力の利用により実現するという執行とが、別個独立の行為であるとしても、会社の代表機関の決定という面では訴訟と執行との連続性が肯定されうるのではないだろうか⁴⁴⁾。被告取締役・執行役（執行債務者）から請求異議の訴え（民事執行法35条2項）が提起された場合には、監査役らが会社を代表するとも考えられる。強制執行の申立てのみを別異に解する必要もなからう。

訴訟を経由せず、債務名義が確定している場合であっても、執行されずに放置されているときには、会社と取締役・執行役との間の訴訟についての会社代表権限を監査役らに認めている趣旨からは、監査役らが自ら執行できるとする方が適当であろう。

以上からは、監査役らによる監査活動における違法状態の是正には、損害の実質的回復も範疇に組み込むべきであり、会社が訴訟により満足を図ろうとした取締役・執行役に対する請求権については、執行という段階においても、監査役の会社代表権限が完全に否定されるべきではない。もっとも、代表取締役・代表執行役が業務執行権限としての行使することも否定されるわけでもない。代表取締役・代表執行役の方が、執行対象の取締役の財産状況（報酬の振り込まれる銀行口座などの情報）に詳しく、すでに取締役・執行役と会社との間の法的関係は確定している。これらを考慮すれば、取締役・執行役の会社に対する債務の執行の場面では、むしろ代表取締役・代表執行役の権限が優先し、彼（女）らに任せては十分な満

44) 長井秀典「株主代表訴訟と保全処分」門口正人編『新・裁判実務大系11巻 会社訴訟・商事仮処分・商事非訟』（青林書院、2001）272頁は、保全命令と保全執行とを分断することはできず、執行適格と保全適格とに連動性があることを指摘し、迅速性・密行性が要求される民事保全手続を考慮すれば、原告株主の保全適格を否定することは望ましくなく、逆に執行適格を肯定すべきとする。

当事者論となる訴訟担当・執行担当・保全担当に関する議論である株主代表訴訟の原告株主の権限に関する議論と、訴訟代理である会社の代表を実体法上決定することでは、議論の次元が異なり、そのまま議論内容を、会社による執行に関する代表権の所在に当てはめることはできないが、考慮される内容は近似するのではないか。

足・是正がなされないと考えられるときに、監査活動の一環（仕上げ）として、監査役らの執行権限が肯定されるべきではないか。

会社と取締役・執行役との間の訴訟において会社が勝訴した場合、判決正本は当事者に送付される（民事訴訟法255条，民事訴訟規則159条）。判決にあって当事者としての会社の代表者は監査役らであり，判決正本は，監査役らに送付され则认为られる。それにより監査役らは，執行文付与の申立てを行うことができよう。代表取締役・代表執行役が執行をする場合には，監査役らに送付された判決正本を監査役らより得て執行文の付与を受けるか，監査役らが獲得した執行正本を得て，不動産強制競売や債権差押え命令の申立てを行うことになる。本稿の検討からは，監査役らが判決正本・執行正本を代表取締役・代表執行役に渡す際に，彼（女）らが執行を怠らないかを判断することが肝要となる。監査役らが判決正本・執行正本を代表取締役・代表執行役に渡したが，それらの者が執行をしない場合には，監査役らは独自に執行をできると考えるべきであろう（民事執行法28条参照）。