

速報重要判例解説

【No.2004-009】

商法275条ノ4の解釈

【文献番号】	28090323
【文献種別】	判決 / 最高裁第三小法廷
【判決年月日】	平成15年12月18日
【事件番号】	平成14年(オ)第545号 平成14年(受)第546号
【事件名】	損害賠償請求事件
【裁判結果】	棄却
【裁判官】	藤田宙靖、金谷利広、浜田邦夫、上田豊三
【参照法令】	商法275条ノ4

《本件判決についての解説》

1. 事実の概要

Y(被告・控訴人・上诉人)は昭和56年12月16日から平成5年4月25日までの間、A農業協同組合の専務理事の地位にあった。平成元年9月20日から平成2年2月15日にかけてA農協は、Yの注文により株式投資信託を購入したが、A農協の定款では投資信託の取得は認められていなかった。本件の投資信託は平成10年9月8日から平成11年4月13日にかけて売却され、多額の損失発生に帰着した。経営の悪化したA農協は周辺農協との合併計画を進めたが、欠損を合併後の組合に持ち込まないことが前提条件とされたため、合併を延期せざるを得なかった。解散・清算の危機に瀕するに至り、社会不安抑制・信用秩序維持のため農協中央会は、A農協が役員の責任追及等徹底した損失補填の自助努力を行うことを前提に、A農協の欠損補填に充当するための支援措置を講じた。そして自助努力を尽くすべくA農協は役員の責任を追及し、Yを除く他の役員は責任負担に応じた。けれどもYは応じなかったため、善管注意義務違反または忠実義務違反を理由に、Yに対して損害賠償を請求する本訴を提起した。提訴後第一審継続中にA農協は他の農協と合併し、X農協(原告・被控訴人・被上诉人)が本訴を承継した。

X農協勝訴の原判決【1】に対してYは、本訴におけるX農協の代表者が権限を欠くと主張して上告した。理事を退任したYを被告として提起された本訴において、A農協およびX農協を代表する権限を有するのは監事であり、代表理事による本訴の提起・追行は訴訟行為に必要な授權を欠いているとの主張である。この主張は農業協同組合法39条2項を理由とする。同条項は農業協同組合の監事について商法275条ノ4の規定を準用し、また275条ノ4の「取締役」を「理事若ハ経営管理委員」と読み替えて準用する。それゆえ理事または経営管理委員と農協間の訴訟において、農協の代表者は監事であるとYは解釈したのである。最高裁は275条ノ4の解釈について判断を示すこととなった。以下のように判示して上告を棄却する。

2. 判決の要旨

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)。(275条ノ4：筆者加筆)前段の規定は、その特則規定として、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、これを防止することにあるものと解される（最高裁平成元年（オ）第1006号同5年3月30日第三小法廷判決・民集47巻4号3439頁、最高裁平成9年（オ）第1218号同年12月16日第三小法廷判決・裁判集民事186号625頁参照）。

そして、過去において会社の取締役であったが、訴え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、これを実質的にみても、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、いわゆるな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ぬことに鑑みると、前段の規定にいう取締役とは、訴え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則規定ではないから、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、そ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ないことは、前段の規定に関して前記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、上記のとおり、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ものではないと解すべきである。

3. 本件判決についてのコメント

（1）本判決はYの上告を棄却した。在任中の定款違反行為に基づく損害賠償責任を認める本判決の結論自体には異論がなかろう。検討されるべきは本件で準用される商法275条ノ4の解釈である。同条が定める取締役と会社間の訴訟における会社の代表者については、従来から判例が蓄積され、学説も検討を重ねてきた。現在では議論が相当程度に錯綜するに至っている。議論の状況をはじめに概観しておこう。その際、275条ノ4の基本的理解については、本判決の参照する2件の先例【2】が示すように、同条の趣旨・目的がなれ合い訴訟の防止にあるとの理解を、考察の一応の出発点としておく【3】。

錯綜を招いた要因はいくつか考えられる。すぐに思い浮かぶ5点を記しておこう。 現行

275条ノ4および小会社に関する商法特例法24条が昭和49年改正で制定されるまでの法制度自体の変遷は、錯綜の直接的な要因であろう。取締役と会社間の訴訟における会社の代表者について定めた条文は、昭和25年および49年の2度にわたって改正された【4】。法制度の解釈に影響を及ぼしたのは言うまでもない。のみならず2度の改正では、株式会社の機関構成や監査役の権限にも改正が加えられた【5】ため、各機関の権限に関する議論が、275条ノ4および商特24条の解釈にも影響を及ぼした。訴訟の相手方たる取締役が現任か退任かの相違も、本判決が示すように、なれ合いの状況にあるか否かを判断する際には考慮されるべき事項の1つである。現任か退任かで会社の代表者が異なるとの理解は、表面上はもっともなように見える。けれども、例えば退職取締役を支給される退職慰労金が商法269条の規制に服すべきか否かを判断する際、退職後か否かは重要でないとする見解が多い【6】。多数説的見解を基礎とした場合、重要なのはなれ合いに起因する利害対立が会社代表者と会社間に存するか否かであり、現任か退任かをメルクマールとすることには検討の余地が残されているとも考えられよう。本件のような損害賠償請求の事案とは異なり、例えば小規模閉鎖会社の内部対立に起因する取締役の選任・解任を争う事案では、なれ合いの状況にあるか否かの検討に止まらない。取締役、代表取締役、および監査役の3者がいずれもなれ合いの状況にある場合や、反対にいずれも対立的な状況にある場合には、誰を代表者とすべきかの考慮も求められよう。こうした実質的な検討の裏返しとして、条文の形式的な関係も問われよう。代表取締役の代表権の範囲に関する商法261条3項・同78条1項と、275条ノ4および商特24条の関係である。両者は原則と特則の関係にあると考えられよう。けれども前述のように取締役・代表取締役・監査役の3者がいずれもなれあいの（または対立的な）状況にある場合には、会社の代表者を誰とすべきか、形式的には原則と特則のいずれを根拠条文とすべきかが問われよう。いずれもなれ合いの状況では、民事訴訟法37条・同35条に基づいて特別代理人の選任を申立てる方途もあろう【7】。しかしながらいずれも対立的な状況ではどうだろうか。代表取締役および監査役の両者に代表権が帰属することになるのだろうか。こうした結論を不適切と解するのであれば、原則と特則の関係を所与とする場合でも、両者の存在意義と適用範囲の明確化が求められよう。例えば商法247条の総会決議取消訴訟は取締役に原告適格を認める。取締役と会社間の訴訟の1つに数えられよう。商法252条の決議無効・不存在も同様である。これらの訴訟では、例えば取締役解任決議に基づく被解任者に原告適格を認めるか否かが問われるのみならず、247・252条、275条ノ4・商特24条、および261条3項・78条1項の3者の関係も問題となろう【8】。

(2) これらの要因により錯綜を呈する議論に、本判決は一石を投じた。275条ノ4の前段と後段を区別した解釈を最高裁が示したのである。前段については、取締役と会社間のなれ合い訴訟防止を目的とした261条3項・78条1項の特則規定であり、退任取締役を相手方とする場合には275条ノ4の適用はないと解する。なれ合い訴訟防止を目的とするとの理解は、参照した2件の先例と異ならない。本件の原審判決も同旨である。特則規定との理解も、前述の問題点が残るものの、なれ合い訴訟防止を解釈論の出発点とする限り、基本的理解としては適切であろう。

ただし、退任取締役について275条ノ4の適用がないとする判示には、疑問の余地が残るのではなかろうか。最高裁はこの判示を2点で理由付ける。275条ノ4の文理解釈、および本件における会社代表者たる代表取締役と会社間の実質的な利害対立の不存在である。けれども文理解釈については、275条ノ4後段に関して本判決が文理解釈を試みていない点からうかがわれるように、それほど説得力を備える訳ではない。文理解釈が説得力を持たないとすれば、説得的な理由付けを求めようとする場合、利害対立の不存在を説かなければなるまい【9】。しかしながら判示は、「な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」と説くに過ぎない。本件の事例では利害対立が不存在なのだろうが、前述で述べたように、利害対立の生ずる事案もあり得よう。具体的には、不相当に多額の退職慰労金を受領した退任取締役に対し、内規で算定される金額を超える部分の返還を求めて提訴するような場合である。この場合に代表取締役を代表者とするならば、なれ合い訴訟

によるお手盛りの可能性が生ずるのではなかろうか。一方で2件の先例を参照してなれ合い訴訟の防止が275条ノ4前段の趣旨・目的であると説きつつ、他方でなれ合い訴訟を許容しかねない以上、退任取締役だから前段は適用されないとの判断には疑問の余地が残るのではなかろうか。そして疑問を招いた原因は、なれ合いの存否と現任と退任の差異を厳格に区別しなかった点に求められるのではなかろうか。本件の解決としては、現任と退任の相違に言及することなく、なれ合いの不存在を指摘して275条ノ4の適用なしと判示するだけでも足りたはずであろう。

なれ合いの存否を275条ノ4の適用の有無を判断する基準ととらえる理解に対しては、基準が不明確との批判も予想されよう【10】。しかしながらなれ合いの存否が問われるべき理由は、会社代表者と会社間の利害対立により会社の利益が害される可能性が存するからに他ならない。そして利害対立の有無は、具体的な事実関係に基づいて総合的に判断されるべきものであろう。その意味で、本来問われるべきは会社代表者と会社間の利害対立の有無であり、利害対立の有無を判断する要素の一つとしてなれ合いの存否が問われることとなろう。なれ合いの存否という言葉に明確な一義的基準を無理に要求するのは、かえって解釈論の硬直を招くようにも思われる。現任か退任かの区別は、基準としては明確だが、その区別は会社代表者と会社間の利害対立の有無を判断する要素の1つに過ぎない

(3) 275条ノ4後段について最高裁は、退任取締役を相手方とする代表訴訟においても適用され、監査役を会社の代表者と解する。前段と後段の区別自体、興味深い判断である【11】が、実は後段に関する判示は本件の解決に必要な。本件は代表訴訟でないからである。それでは、最高裁はなぜ不要な判断をわざわざ示したのか。前段について退任取締役ならば275条ノ4の適用なしと判断したために、代表訴訟については退任取締役も同条の適用がある旨を明確にすべく、前段と後段を区別したのだろうか。仮にそうならば、退任取締役には275条ノ4の適用なしとする前段の判示が代表訴訟には当てはまらない旨を示すためだったと認識されよう。

ただし、「なれ合いがなければ275条ノ4の適用なし」と判示するだけでは、後段の代表訴訟についても、なれ合いの存否が同条を解釈する際の重要な枠組みとなりかねない。会社代表者と会社間に利害対立がなければ、代表訴訟においても会社代表者は代表取締役との結論に帰着しかねず、こうした結論を不適切と考えたために、最高裁は前段と後段を区別したとも考えられよう。それでは不適切と考えた理由、前段と後段が区別されるべき理由は何か。最高裁が示したのは、監査役による監査、および前段に基づく監査役の代表権、の2点である。もっとも について、前段に関する最高裁の理解は、すでにみたようになれ合い訴訟の防止であり、退任取締役ならば275条ノ4の適用なしとの判示である。この判示では、退任取締役にも275条ノ4後段の適用ありと解釈すべき十分な理由付けとはなるまい。前段の適用なしとの説示に言及したところで、必ずしも後段の適用があるべき理由付けの論拠とはならないからである。そうだとすれば、前段と後段が区別されるべき実質的理由として最高裁が重視したのは と認識されよう。

275条ノ4後段が監査役を会社代表者と定める理由について、最高裁は監査役監査に求める。単なるなれ合い訴訟の防止ではない。この点は本判決が参照した2件の先例とは異なる【12】。本件の原審判決とも異なる。監査役監査へ寄せる最高裁の期待がうかがわれよう。最高裁は監査役の監査権限を定める274条1項に言及した上で、『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、そ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」と説く。現任か退任かにかかわらず、取締役の職務執行に対する監査役監査への信頼が裏付けとなっている。

しかしながらこうした信頼は、仮にそれが正当であるとすれば、代表訴訟か否かにかかわらず監査役に寄せられるべき期待となるのではなからうか。最高裁は、監査役の代表訴訟における「代表権限の根拠は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」と述べて、前段と後段を慎重に区別する。しかしながら後段の趣旨として最高裁が示したのは、取締役の職務執行に対する監査役監査への信頼であり、かかる信頼は代表訴訟であろうとなかろうと寄せるに値するものではなからうか。「なれ合いの可能性があるから監査役が代表者とされるに過ぎず、可能性がなければ代表者は原則通りに代表取締役」との理解は、いわば消極的に監査役に代表権を認めるに過ぎない。これに対し、「在職中の行為に関する責任の有無および損害賠償を求める提訴の要否を判断するのに、監査役がまさに適切だから」と解するのであれば、監査役の代表権はいわば積極的に肯定されるべきものとなろう。そして監査役が果たす機能に着目した後段の解釈を推し進めるならば、前段についても、なれ合い訴訟の防止に止まらない趣旨および目的を積極的に認めることとなろう。

(4) その意味で275条ノ4後段に関する本件の判示は、前段に関する判示を覆すポテンシャルを秘めており、前段・後段を通して同条に関する判例法の新展開に向かう出発点と位置づけることも可能であろう。少なくとも前段と後段がいずれもなれ合い訴訟防止の一語で片づく訳ではない旨を明確に示す点、そして前段と後段の解釈が相違する旨を示す点で、本件最高裁判決はエポック・メイキングといえよう【13】。もとより本判決の後段に関する判示の基礎となっている監査役監査が、真に信頼に値するか否かの検証は欠かせまい。また新展開への出発点と把握するとしても、取締役と会社間の訴訟すべてに監査役監査への信頼を基礎とした理解が及ぶか否かは、今後の検討課題といわざるを得まい。小規模閉鎖会社の支配権争いの事例では、相手方たる取締役と監査役がいずれも経営の第一線から退けられた者同士となり、監査役の権限および責任とは無関係に両者が結託するような状況もあり得よう。

こうした状況を思い描くならば、監査役監査への信頼を所与とした立論には、法制度上はともかく、立論の具体的・現実的な妥当性について慎重かつ十分な検討が不可欠であろう。仮に具体的・現実的には妥当せず、その原因が監査役としての善管注意義務および忠実義務の誠実な履行を期待し得ない点に存するのであれば、取締役と会社間の訴訟における会社代表権は誰に帰属すべきか。訴訟における両当事者の対立的関係を原理的な前提と認識する限り、会社に対する善管注意義務・忠実義務を最も適切に履行し得る者に帰属すべきこととなろう。そして、その者が具体的に誰なのかを推論する際には、会社との利害対立がなく、相手方となれ合いの余地のないことを考慮することとなろう。こうした考慮が従来の275条ノ4の解釈に他ならないとすれば、本件で最高裁が、新展開への出発点を示しつつも従来の立論を放棄しなかったのは見識のように思われる。

【脚注】

【1】 東京高判平成13年12月26日判例時報1783号145頁。

【2】 2件の先例について、平成5年判決は、小規模閉鎖会社における取締役の地位自体が争われ、株主総会決議不存在等の確認を請求した事案である。これに対し平成9年判決は、判決文から事実関係は明らかでないが、貸付管理に落ち度があつたこと等を理由に損害賠償を請求した事案のようである。判例タイムズ961号117頁の《解説》参照。

【3】 学説では、龍田節『会社法[第九版]』127頁(平成15年、有斐閣)や田邊光政『会社法要説 第七版』278頁(平成14年、税務経理協会)等がなれ合い訴訟防止の旨を説く。江頭憲治郎『株式会社・有限会社法[第3版]』409頁(注4)(平成16年、有斐閣)も、本判決が参照する平成5年最高裁判決を紹介しつつなれ合い訴訟に言及する。利益相反的状况に立つことを防ぐ旨を述べる神田秀樹『会社法 第四版補正版』147頁(平成15年、弘文堂)および近藤光男『最新会社法<第2版>』214頁(平成13年、中央経済社)も同旨であろう。これに対し、前田庸『会社法入門[第9版]』394頁(平成15年、有斐閣)は、「適切な訴訟追行がなされないおそれがあるので、取締役会ないし代表

取締役からの独立性が保障されている監査役が会社を代表する」と説く。読み方次第では、なれ合い訴訟防止以上の趣旨・目的を説いていることとなろうか。また商特24条についてであるが、森まどか「判批」名古屋大学法政論集169号342頁（平成9年）参照。同条の適用除外を認めるべき理由として、取締役会の開催が事実上困難な点や第2の紛争を惹起する懸念を指摘して、なれ合い訴訟のない場合にまで同条を適用するのが無意味のみならず不合理である旨を指摘する。

【4】 明治23年の旧商法制定から昭和25年商法改正までは、監査役を代表者とするとともに、株主総会が代表者を選任できる旨を規定していた。旧商法228条、昭和13年改正前商法185条1項、昭和25年改正前商法277条参照。その後昭和25年改正により、取締役会が代表者を定めるとともに、株主総会による代表者選任もできると改められた。昭和49年改正前商法261条ノ2参照。そして昭和49年商法改正により、現行の制度となった。275条ノ4により監査役が代表者とされるとともに、小会社については商法特例法24条により49年改正前と同じ制度が維持された。これらの各条文については、いずれもなれ合い訴訟による会社の不利益排除の考慮に基づくと解されている。山口幸五郎・注会（4）261条ノ2注釈（昭和43年、有斐閣） 鴻常夫・新注会（6）275条ノ4注釈（昭和62年、有斐閣） 山口幸五郎・新注会（6）商特24条注釈（昭和62年、有斐閣）等参照。

【5】 周知のように昭和25年改正では取締役会制度が採用され、昭和49年改正では商法特例法の制定をはじめとする監査制度の充実が図られた。

【6】 この点については、鴻常夫「取締役の報酬」上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『会社法演習 株式会社（機関）』120頁（昭和58年、有斐閣）参照。

【7】 この点について、片木晴彦「判批」法学教室155号117頁（平成5年）参照。取締役と会社間の訴訟で、取締役が裁判所に対して特別代理人の選任を求めることについて、不便さは否めないと指摘し、常に監査役が会社を代表すべき旨を説く。藤原雄三「判批」判例時報1506号206頁（平成6年）も同旨か。余分な手数料を費やす必要がある点では不便だろうが、その不便さは特別代理人選任の方途を断念するほどまでに著しいのだろうか。選任申立の際には、申立人は、法定代理人の不存在などにもとづく遅滞によって損害を受けるおそれがあることを疎明する必要はある。しかしながら疎明で足りる。しかも被選任者が弁護士ならば、正当な理由のない限り就任を拒絶できない。弁護士法24条参照。疎明で足り就任拒絶不可とされている点に鑑みれば、不便さの程度次第ではあるが、法定代理人選任の方途もあながち断念されるべきものではないように思われる。以上については、伊藤眞『民事訴訟法〔第3版〕』108頁（平成16年、有斐閣）参照。

【8】 この点に関連して、岩原紳作・新注会（5）247条注釈51（昭和61年、有斐閣）参照。取締役解任決議の被解任者に247条の原告適格が認められるかについて、充実した訴訟追行を理由にするのであれば、解任された取締役を必要的被告にするなり、裁判所の職権により訴訟参加させる方が徹底していると説く、そして、その場合の会社代表者については、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旨を述べる。

【9】 この点に関連して、倉吉敬「判批」法曹時報47巻11号2945頁（平成7年）参照。そこでは類型的ななれ合い訴訟として同僚関係が想定されている。しかしながら利害対立の有無は同僚関係の有無次第で決せられるものではなからう。

【10】 こうした問題点を指摘するものとして、今井潔「判批」ジュリスト1046号109頁（平成6年）参照。

【11】 この点に関し、竹内昭夫著・弥永真生補訂『株式会社法講義』619頁（平成13年、有斐閣）参照。275条ノ4の前段と後段の関係について次のように述べる。すなわち、代表訴訟における会社への提訴請求「の場合、その請求に応じて会社が取締役に対して訴えを提起する場合には、275条ノ4前段により監査役が会社を代表して訴えを起こすので、訴えを起こせという株主からの請求もまた監査役がこれを受ける（275条ノ4後段）ということである」。この理解によれば前段と後段の区別は不要となろうか。「代表訴訟は監査役の訴訟代表権の場合と同様の利益状況に注目した」と述べる弥永真生「判批」判例時報1643号244頁も、区別不要に帰着しようか。

【12】 なお本判決が参照する先例のうち平成9年判決では、「監事は、（中略）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はなく、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も有していた」との判示がある。読み方次第では、訴訟提起の判断権を監査役の監査権に関連づけているとも解されよう。

【13】 学説ではすでにいくつかの文献で、275条ノ4で監査役に会社代表権が帰属すべき理由を、なれ合い訴訟防止以外の積極的な論拠に求めようとする見解が示されていた。例えば今井宏「判批」私法判例リマックス1999<上>118頁は次のように述べる。「取締役・会社間の訴訟につき監査役が会社を代表することには、訴訟の公正確保ということと同時に、監査役の業務監査権の延長ないし補完としての意味があるといえることができる。すなわち、監査役は事前の監査により取締役の違法または不当な行為を差し止めることができなければ、事後において会社のために取締役の責任を追及すべきであり、また、そのような事後における責任追及の訴訟提起の権限を持つことで事前の監査の実効性が保障されることにもなる」。この見解によれば、取締役の違法・不当な行為に対し、事前の差止に対応する事後的手段として275条ノ4が捉えられることになろう。また、近藤光男「判批」判例タイムズ975号161頁（平成10年）は、代表取締役や取締役会、株主総会のいずれもが監査役の訴訟提起に関する判断権を剥奪できない点について、以下のように説く。「元来監査役の監査権限を実行（ママ）あらしめるためにこのような権限が与えられるのであり、取締役の責任追及訴訟の提起に関する判断は、取締役会等による経営判断事項ではない」。これらの理解を推し進めるならば、なれ合い訴訟の余地がないから会社代表権は代表取締役に帰属するとの理解からは決別することとなろうか。そして275条ノ4・商特24条と261条3項・78条1項の関係を特別法と一般法と理解する場合でも、特別法の特別法たる所以は、なれ合いの有無ではなく監査役監査への期待に求めることとなろう。ただしこれらの見解は275条ノ4の前段と後段の両者を区別して解釈する訳ではない。この点を捉えれば、その適否は別として、両者を区別した本判決の特徴が認められよう。

（平成16年3月20日）

著者：立命館大学法学部教授 品谷篤哉