

論説

株主代表訴訟における訴訟法上の諸問題

東京大学名誉教授・早稲田大学客員教授

伊藤眞

I. はじめに

1 株主代表訴訟の特質

II. 被告取締役等側への会社の補助参加

III. 株主代表訴訟における訴訟上の和解

IV. 代表株主勝訴判決にもとづく強制執行

V. おわりに

I. はじめに

本日は、韓国民事訴訟法学会における報告の機会を与えていただき、心より光栄に感じております。

さて、日本、韓国の両国にとりまして、企業の活動は経済の中核をなすものであり、創造性にあふれた企業の活動なくしては、経済の発展は望めないといつてよいでしょう。そして、企業の経営方針や事業活動の内容に関する実質的な決定権は、取締役、取締役会あるいは代表取締役（韓国商法では、それぞれ理事、理事会あるいは代表理事）に委ねられているのが通常です¹⁾。取締役や理事（以下、取締役等と呼ぶ。）は、会社に対して忠実にその職務を行うべきことが義務づけられており（日本会社法 355 条、韓国商法 382 条の 3。以下、それぞれ日会社法、韓商法と略称する。）、また、法令を遵守して職務執行をしなければならないことは当然ですが、場合によっては、取締役等が忠実義務に違反したり、また法令遵守を怠ったりして、会社に対して損害を与える可能性があります。日本の会社法や韓国の商法は、このような事態の発生を未然に防ぐために、いわゆるコーポレート・ガバナンス（企業統治）のための機構として、様々な制度を設けていますが、それにも

*本論文は、2006 年 5 月 27 日、韓国光州にて開催された、韓国民事訴訟法学会における報告を内容とするものである。

1) 2006 年 5 月 1 日から施行された日本の会社法は、従来より多様な機関を設けているが、取締役や代表取締役が機関の中心であることに変わりはない。神田秀樹『会社法【第八版】』（弘文堂、2006）146 頁参照。

かかわらず取締役等が義務違反や違法行為をすることによって会社に損害を与える可能性を完全に排除することはできません。

取締役等の行為によって会社に損害が発生した場合、法律上の構成からすれば、会社が取締役等に対して損害賠償請求権を取得することになりますから、その主体である会社が取締役等に対して適切に請求権を行使すれば、会社の損害は回復されるはずですが、しかし、その権利行使をするかどうか、会社の業務に関するものとして、取締役等の判断に委ねられることから、適切な損害賠償請求権の行使がなされないおそれがあります。そこで、このようなおそれに対処するために、法は、一定の資格を持つ株主が、会社に代わって、この請求権を会社のために行使することを認めています。これが株主代表訴訟の制度です²⁾。現実にも、日本においても、また韓国においても、取締役等に対して巨額の賠償を支払うことを命じる判決が言い渡されており³⁾、株主代表訴訟は、コーポレート・ガバナンスの手段として大きな役割を果たしているというべきです。しかし、その社会経済的機能が大きければ大きいほど、株主代表訴訟については、その適正な運用が求められるというべきでしょう。本日は、訴訟法上の問題に限定して、株主代表訴訟の適正な運用を実現するためには、どのような考え方をとるべきかを申し上げたいと存じます。

1 株主代表訴訟の特質

株主代表訴訟制度には、訴訟法の視点から見ると、以下のような特質があることに注意しな

ければなりません。日本における従来の議論では、ともすればその特質を十分認識しないままに個別の問題についての解釈論を展開したりする傾向が見られましたので、この特質については、特に強調したいと存じます。

第1は、代表株主が、自らの利益のためではなく、会社の利益を実現するために訴訟追行をすることです。日本においても、また韓国においても、原告株主の地位を会社の代表機関とする考え方が有力ですが⁴⁾、これは、株主による代表訴訟の追行は、会社自身が訴訟当事者となり、代表取締役がその法定代理人として訴訟を追行する場合（日本民事訴訟法37条、韓国民事訴訟法64条。以下、それぞれ日民訴法、韓民訴法と略称する。）と実質的に異ならないという考え方を表現したものと思われま。代表株主が勝訴した場合には、被告取締役等から償還を求められる訴訟費用以外の費用を会社に対して償還請求できるという規定（日会社法852条1項、韓商法405条1項）は、代表株主の代表機関性を端的に示すものです。

第2は、それにもかかわらず、日本会社法や韓国商法は、代表株主を会社の代表機関とはせず、取締役等に対する損害賠償請求権という権利の帰属主体である会社に代わって訴訟追行権を行使する第三者として位置づけています（日会社法847条3項・5項本文、韓商法403条3項・4項）。これが、代表株主を法定訴訟担当者とする構成であり、民事訴訟法の規定（日民訴法115条1項2号、韓民訴法218条3項）を介在させて、判決の効力を会社に及ぼすという構成をとっています⁵⁾。なぜ、立法者はこのような法律構成をとったのでしょうか⁶⁾。この

2) 日会社法847条以下、韓商法403条以下。なお、日本会社法における正式の名称は、「責任追及等の訴え」であるが、従来の株主代表訴訟と本質的違いはないので、ここでは講学上の用語として、株主代表訴訟を用いる。

3) 日本においては、大和銀行株主代表訴訟第1審判決（大阪地判平成12年9月20日判タ1047号86頁、判時1721号3頁）において、7億7500万ドル（当時の1ドル120円換算率で、930億円）の支払いが命じられており、最近でも、106億円の支払いを命じた大阪地裁判決がある（大阪地判平成17年2月9日判タ1174号292頁）。韓国においては、サムソン電子株主代表訴訟第1審判決において、200億ウォンの支払いが命じられており、大法院判決を経て確定している。

4) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（6）』358頁〔北沢正啓〕（有斐閣、1987）、崔基元『新会社法論〔第12大訂版〕』（博英社、2005）参照。

5) 崔・前掲注4)691頁、李時潤『新民事訴訟法【第3版】』（博英社、2006）136頁、伊藤眞『民事訴訟法【第3版再訂版】』（有斐閣、2006）156頁参照。

点を考えることが株主代表訴訟に関する訴訟法上の問題を検討するための鍵になると思われます。それは、被告となる取締役等が義務違反や違法行為を犯したかどうかについて、提訴の時点において、会社自身の判断と代表株主の判断が食い違うことが前提となっているからです。法律の規定に則していえば、このことは、代表株主の当事者適格が、株主の会社に対する提訴請求およびそれに対する会社の不提訴などの事実によって基礎づけられることに示されています(日会社法 847 条 1 項・3 項, 韓商法 403 条 1 項・3 項)⁷⁾。取締役等の行為の違法性についての判断が会社と代表株主との間で食い違う以上、当該株主を会社の代表機関として訴訟追行させることは適切ではありません。それにもかかわらず、日韓の立法者は、コーポレート・ガバナンスの視点から、代表株主に訴訟担当者としての地位を付与することを通じて、会社の損害賠償請求権を実現する機会を与えているものと思われます。

ただし、ここで注意しなければならないことは、取締役等に違法行為があるという代表株主の判断が正しいのか、それとも、違法行為が存在しないという会社の判断が正しいのかは、株主代表訴訟における判決によって決定されるべき問題であり、判決の確定まではそのいずれの可能性も存在するということです。したがって、株主代表訴訟が係属中に、会社に対しては、提訴当時の判断を変更して、代表株主と共同して、取締役等に対する損害賠償を訴求するか、それとも、当初の判断を維持し、逆に被告取締役等側に参加して、自らの判断の正当性を主張する

機会が保障されなければなりません。Ⅱ. で扱う、会社の被告取締役等側への補助参加がこの点に関連する問題です。

また、代表株主には、訴訟担当者としての適格が与えられるといっても、株主代表訴訟の訴訟物である会社の取締役等に対する損害賠償請求権について全面的な管理処分権が認められるわけではなく、その訴訟上の確定に必要な限度で自らの名において訴訟行為をなす権能が与えられるに過ぎません。この点が、同じく訴訟担当者であっても、破産管財人などとは異なる点です。そのことは、株主代表訴訟における請求の趣旨およびそれに対応する請求認容判決の主文が、「被告はA会社に対して金〇〇円(ウォン)を支払え。」という形になることにも現れています。このように、訴訟物に関する代表株主の管理処分権が制限されているにもかかわらず、訴訟係属中に裁判所が代表株主に対して和解の勧誘や勧告をすることはできるのでしょうか。また、原告たる代表株主と被告とは、訴訟物について、たとえば一部免除の上、分割弁済を行うなどの合意を内容とする和解をすることはできるのでしょうか。和解については、日会社法 850 条および韓商法 403 条 6 項がそれぞれ規定を設けていますが、その趣旨等についてⅢ. で検討したいと存じます。

さらに、株主代表訴訟における原告勝訴判決によって会社の被告取締役等に対する損害賠償請求権の存在が確定したと仮定しましょう⁸⁾。確定判決は、それを債務名義として(日本民事執行法 22 条 1 号, 韓民執法 24 条。以下、それぞれ日民執法, 韓民執法と略称する。)被告

6) この法律構成の矛盾の一つは、提訴手数料算定の基礎となる訴額についての定めに現れている。日本会社法 847 条 6 項は、株主代表訴訟の訴額の算定については、これを非財産権上の請求権とみなしている。したがって、民事訴訟費用法 4 条 2 項および同法別表第一 (一) によれば、たとえ損害賠償請求権額が 100 億円の場合であっても、訴額は、160 万円とみなされ、提訴手数料は、13000 円に過ぎない。これは訴えによって得られる利益が代表株主個人に帰属するものではないという点から考えると妥当な立法であるが、同じ請求を会社自身が行った場合には、訴額は 100 億円であり、それに対応する提訴手数料額も相当額に達することと比較すれば、やや均衡を失う感がないではない。しかし、訴訟担当の法律構成をとり、かつ、担当者の適格を株主の共益権に求めたために、このような結果を生じることとなった。

7) もっとも、代表株主が直ちに訴えを提起できる場合(日会社法 847 条 5 項, 韓商法 403 条 4 項)には、このようにいうことはできないが、それはあくまで例外的な場合に過ぎない。

8) 未確定判決に仮執行宣言が付されることによって執行力が発生する場合も考えられるが(日民訴法 259 条, 韓民訴法 213 条)、ここでは、説明を簡略化するために、確定判決のみを前提とする。

取締役等に対する強制執行を行うことができませんが、強制執行を申し立てることができるのは、代表株主でしょうか、損害賠償請求権の主体である会社でしょうか、それともその両者でしょうか。理論的な検討は、IV.で行いたいと思いますが、以下のような問題はないでしょうか。すなわち、会社としては、損害賠償請求権の存在および内容が確定された以上、その実現を求めることは当然といえます。しかし、どのような時期に、何を対象として強制執行を行うか、また強制執行によるまでもなく、取締役等との交渉によって任意の弁済を受ける可能性がないか、その場合に、分割弁済を認める必要があるかなどの判断は、代表株主が行うべきなのでしょう。それとも、損害賠償請求権の主体である会社が行うべきなのでしょう。「債務名義に表示された当事者」（日民執法 23 条 1 項 1 号、韓民執法 25 条 1 項）という点からみると、当然に代表株主が強制執行を申し立てる資格、すなわち執行債権者の地位を認められ、会社は、被担当者として二次的な執行債権者の地位（日民執法 23 条 1 項 2 号、韓民執法 25 条 1 項）を有するに過ぎないと考えられてきましたが、私は、むしろ会社にのみ執行債権者の地位を認めるべきであると考えています。この点の詳細は、IV. で述べることに致します。

II. 被告取締役等側への会社の補助参加

代表株主が会社の取締役等に対する損害賠償請求権を訴訟物として訴えを提起した場合、会社は、その結果について二つの違った方向から関心を持たざるを得ません。一つは、会社自らが損害賠償請求権の存在を主張し、訴訟による確定を求めようとする場合です。先に述べたように、株主代表訴訟が提起されるのは、会社自

身が取締役等の違法行為の存在を否定し、訴えを提起しようとしがない場合が通例ですが、会社の判断が変わることもあり得ますので、このような場合も想定すべきでしょう。このときに、会社としては、自らも訴訟に参加しようとするれば、原告である代表株主の側に補助参加（日民訴法 42 条、韓民訴法 71 条）または共同訴訟参加（日民訴法 52 条、韓民訴法 83 条）をすることになります。しかし、会社は訴訟物である損害賠償請求権について、その主体として当事者適格を認められますし、また判決の効力は会社に対して及ぶところから、通常は、共同訴訟参加の手段がとられるでしょう⁹⁾。

しかし、多くの場合には、代表株主の提訴請求に対して会社はそれを拒絶しているわけですから、その判断が変わらないとすれば、会社が原告である代表株主の側に参加することは考えられず、むしろ被告の側に参加することを求めるでしょう。この場合に考えられる参加の形態は、補助参加になります。しかし、かつての日本の通説的見解は、補助参加の利益を否定していました。その理由は、補助参加の利益は、判決主文中の判断、すなわち訴訟物たる損害賠償請求権について考えるべきものであり、会社が取締役等に違法行為がないことを主張するのは、自らの損害賠償請求権の存在を否定することに他ならず、それは補助参加の要件である「法律上の利害関係」に当たらないというものです。

しかし、このような考え方は、二つの理由で誤っています。一つは、補助参加の利益は、訴訟物のみならず、訴訟物についての判断の前提となる判決理由中の事項についても認められることです。補助参加が認められる代表例である、保証債務履行請求訴訟に主債務者が補助参加する場合を考えていただければ、このことが理解されるでしょう¹⁰⁾。もう一つは、会社が被告取締役等側に補助参加を求めるのは、被告取締

9) 日会社法 849 条 1 項本文は、共同訴訟参加の可能性を明定する。また、韓商法 404 条 1 項にいう会社の参加についても、大法院判例（大判 2002. 3. 15, 2000 다 9086）は、判決効の拡張などを理由として、その性質が共同訴訟参加であるとする。

10) 主債務履行請求訴訟において主債務の発生原因事実が争いになった場合、先行する保証債務履行請求訴訟の判決理由中の判断において主債務の存在が認められていることが、主債務者に対して不利に影響するために、主債務者には、

役等が関与した会社の意思決定が適法であることを主張するためであり、そのような主張は、正当な法的利益に関するものと思われることです。つまり、かつての通説が、「会社が自らの損害賠償請求権を否定するために被告取締役等側に参加することは背理である。」¹¹⁾といていたのは、会社が被告取締役側に補助参加することを求めるのは、自らの意思決定の正当性を主張するためであり、意思決定の正当性は、補助参加の基礎となる法律上の利益であることに気がつかなかったためなのです。私は、このような理由から通説に反対し、被告取締役等が参加した意思決定の正当性を主張する場合には、会社は被告側に補助参加できると考えました¹²⁾。この考え方は、まず下級審の裁判例に採用され、その後最高裁の判例でも認められました¹³⁾。

このような経緯を経て、平成13年商法改正によって商法旧268条8項が追加され、会社の取締役等への補助参加を認めることが規定されました。現行会社法849条2項もこれを引き継いだものですが、会社の取締役等への補助参加を慎重に判断させるために、監査役などの同意を得なければならない旨を規定しています。いずれにしても、このような学説、判例および立法の発展は、株主代表訴訟制度の特質を正しく認識した結果だと思います。

Ⅲ. 株主代表訴訟における訴訟上の和解

訴えが提起された場合でも、合意による解決が望ましいと考えられる事件が存在します。訴訟上の和解制度が存在するのはそのためです

し、株主代表訴訟においてもそのことに変わりはありません。韓商法403条6項が、当事者は法院の許可なくしては、和解等を行うことができないと規定しているのも、株主代表訴訟における和解による解決可能性を前提としているものと思われます。それでは、法院は、どのような場合に和解を許可すべきでしょうか。許可の要件としては、和解内容が適切かどうかという、実体的要件と和解の手続が適切かどうかという手続的要件の二つが区別されますが、ここでは、手続的要件、特に和解の当事者について考えてみましょう。

和解は、訴訟物についての互譲が本質的要素です（日民法695条、韓民法731条参照）。典型的には、訴訟物たる10億ウォンの請求の内、5億ウォンを免除し、残額5億ウォンを毎月末1億ウォンずつ5回に分割して支払うという例が考えられます。冒頭にお話ししたように、訴訟物たる損害賠償請求権について完全な管理処分権を持たない代表株主が、このような内容の和解の当事者になることができるでしょうか。別の表現をすれば、裁判所がこのような内容の和解を代表株主に対して勧誘したり（日民訴法89条、韓民訴法145条・225条）、代表株主と被告取締役等との間にこのような内容の和解が成立したときに、裁判所は、それを調書に記載するように書記官に命じることが許されるでしょうか（日民訴267条、韓民訴220条参照）。

この問題を一般化すれば、原告が訴訟担当者である場合に、訴訟物に関する和解をすることができるか、そのための条件は何かということになりますが、私は、そのような一般化は、か

補助参加の利益が認められる。

11) 伊藤眞「補助参加の利益再考」民事訴訟雑誌41号1頁（1995）、伊藤・前掲注5)602頁参照。

12) 東京地決平成7年11月30日判時1556号137頁、最決平成13年1月30日民集55巻1号30頁。最高裁決定においては、「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である。けだし、取締役の個人的な権限逸脱行為ではなく、取締役会の意思決定の違法を原因とする、株式会社の取締役に対する損害賠償請求が認められれば、その取締役会の意思決定を前提として形成された株式会社の私法上又は公法上の法的地位又は法的利益に影響を及ぼすおそれがあるというべきであり、株式会社は取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有することができるからである。」と判示されている。

えって問題の本質を見誤らせる原因になると思います。たとえば、破産管財人は、訴訟担当者的一种ですが、破産者が帰属主体になっている破産財団所属の財産に関する訴訟において、訴訟上の和解をする権能を持つことに疑いはありません¹³⁾。これは、破産財団所属の財産については、破産管財人が排他的な管理処分権を認められるためです（日破産法 78 条 1 項，韓倒産法 384 条）。しかし、代表株主が会社の損害賠償請求権について持つ権能は、これとは異なります。代表株主は、損害賠償請求権について訴訟追行権を認められ、請求棄却判決が確定したときには、その既判力が会社にも及びますから、その限度では、管理処分権が与えられているといっても差し支えないでしょう。しかし、それはまさにその限度の管理処分権でしかありません。代表株主が、その意思にもとづいて損害賠償請求権について免除や期限の猶予を与える権能は存在しないのです。

訴訟上の和解の構造については、日本でも、韓国でも、裁判所による和解勧誘または勧告を契機として、当事者間に訴訟物に関する合意が成立し、その合意内容を裁判所が調書に記載させることによって既判力や執行力が生じると理解されます¹⁴⁾。その本質的部分は、訴訟物に関する当事者間の合意といってよいでしょう。それでは、管理処分権を持たない代表株主が主体となっている合意を基礎として、裁判所は、訴訟上の和解を成立させることが許されるのでしょうか。一つの考え方は、このような合意も私法上は無効ということとはできない¹⁵⁾、したがって、権利帰属主体たる会社がそれを承認するかどうかは別として、訴訟上の和解として成立を認めること自体は差し支えないというも

のです。韓国商法の規定に則していえば、このような場合にも裁判所は、訴訟上の和解について許可を与えることができるとの結論になります。

しかし、私は、このような考え方は正しくないと思います。訴訟上の和解とは、判決に代わる紛争解決手段であり、その故に私法上の和解とは異なって、既判力や執行力という訴訟法上の効力が認められています。損害賠償請求権について完全な管理処分権を有しない代表株主と被告取締役等との間で訴訟上の和解を成立させたとしても、その効力は会社には及ばず、会社は、和解内容である債務免除や期限の猶予に拘束されません。つまり、このような和解は、損害賠償請求権をめぐる紛争の解決につながらないわけですから、したがって、紛争の解決をその責務とする裁判所としては、たとえ代表株主と被告取締役等との間で合意が成立したとしても、それを許可したり、また調書に記載させたりすることは適当でないと考えます。

それではどうしたらよいのでしょうか。紛争の抜本的解決につながる訴訟上の和解を成立させるためには、損害賠償請求権の主体である会社を和解に参加させるか、少なくとも会社が和解内容について異議がないことを確認するべきでしょう。日本でも、会社法制定前は、この問題が解釈論や運用論として議論されていましたが¹⁶⁾、会社法は、上に述べたような考え方を踏まえて、次のような規定を設けています（日会社法 850 条）。第 1 に、会社が和解の当事者として参加し、または和解内容について承認を与えている場合以外には、訴訟上の和解の成立が認められない（同条 1 項）¹⁷⁾、第 2 に、そのための措置として裁判所は、会社に対して和解

13) ただし、裁判所の許可を要するが（日破産法 78 条 2 項 11 号，韓倒産法 492 条 11 号），これは手続的要件であり，破産管財人の管理処分権の性質によるものではない。

14) 日民訴法 265 条にもとづく裁判所が定める和解条項，および韓民訴法 225 条が定める和解勧告決定はここでは扱わない。

15) 民法上では，他人物の売買も有効とされること（日本民法 560 条，韓国民法 569 条）などがその根拠となっている。

16) 実務では，会社の参加のないままに和解の成立が認められた例がある。

17) 条文の文言では，会社が和解の当事者でない場合および会社の承認がない場合には，「民事訴訟法 267 条の規定は，一中略一適用しない。」と規定されている。

の内容を通知し、会社に対して異議の有無を催告する（同条2項）、第3に、会社が異議を述べなかったときは、会社が和解内容を承認したものとみなす（同条3項）、第4に、取締役の責任免除について総株主の同意を要する旨の規定（424条等）は、この場合の和解には適用しないというものです。

第4の点についてのみ、説明を補充したいと存じます。違法行為にもとづく取締役等の責任免除については、会社法制定前から商法は、総株主の同意という厳格な要件を設けていました。この考え方自体は、現行会社法においても維持されていますが、それを訴訟上の和解に適用すると、実際には、損害賠償請求権の一部免除を内容とする和解の成立は不可能になります。そこで、従来は解釈論として、裁判所の関与の下になされる訴訟上の和解については、その内容の適切さが担保されているから、総株主の同意という厳格な要件は不要であるとの議論がなされていました¹⁸⁾。その後、平成13年の商法改正によって、会社が当事者となり、または承認する和解には、総株主の同意という厳格な要件が適用されず、3分の2以上の賛成による特別決議をもって足りることとされ、この考え方は、会社法850条4項に引き継がれています¹⁹⁾。立法者がこのような決断をした背後には、訴訟上の和解内容については、裁判所の関与によってその適正さが担保されていることと、株主代表訴訟は、株主の個別的利益を保護するための制度ではなく、会社全体の利益実現のための制度であるから、取締役の責任免除については、特別決議という慎重な意思決定の方式をとる必要こそ認められるものの、総株主の同意を得る必要はないという考え方があるものと思います。韓商法400条は、日会社法424条と同様に、理事の責任免除について総株主の

同意を要件としています。株主代表訴訟においてこの要件がどのように適用されるのか、皆様から御教示いただければと存じます。

Ⅳ. 代表株主勝訴判決にもとづく強制執行

最後に、代表株主の請求を認容する判決が確定した場合、執行債権者として強制執行の申立てをすることができるのは誰か、すなわち執行債権者適格の問題について考えてみましょう。

Ⅱ. で取り扱った補助参加の問題、およびⅢ. で取り扱った和解の問題について、日本では、すでに立法による解決がなされているのに対して、強制執行における執行債権者適格につきましては、未だ考え方が対立しているところです。

考え方は、代表株主に執行債権者適格を認めるか、それとも認めないかで、二つに大別されます。これを認める考え方（肯定説と呼びます。）は、学説では多数説と思われます²⁰⁾。その理由として、執行債権は、会社の取締役等に対する金銭債権であるが、債務名義である確定判決に表示された当事者（日民執法23条1項1号、韓民執法25条1項）である代表株主を執行債権者とすることが、執行手続の基本的考え方に合致すること、会社には、被担当者としての執行債権者適格（日民執法23条1項2号、韓民執法25条1項）を認めれば足りること、代表株主に執行債権者適格を認めないと、株主代表訴訟の制度趣旨が実現できないことなどの点があげられます。これに対して少数説（否定説と呼びます。）は、私自身の考えでもありますが²¹⁾、次のような理由を挙げます。すなわち、債務名義に表示された執行債権の主体は、会社であるから、債務名義に表示された当事者も、それを基準として考えるべきこと、代表株主を

18) 伊藤眞「法定訴訟担当訴訟の構造」司法研修所論集—創立50周年記念特集号第1巻410頁（1997）など参照。この考え方を採用した下級審裁判例として、大阪地判平成15年9月24日金商1177号31頁がある。

19) ただし、責任免除について総株主の同意を要するとの原則自体は維持されている（日本会社法424条）。また、免除の限度などについては、会社法425条以下の規定が存在するが、本報告では割愛する。

20) 代表的なものとして、中野貞一郎「代表訴訟勝訴株主の地位」判例タイムズ944号41頁（1997）がある。

21) 伊藤眞「株主代表訴訟の原告株主と執行債権者適格（上）（下）」金融法務事情1414号6頁、1415号13頁（1995）。

執行債権者としても、配当受領資格は認められず、他面、会社に配当受領資格を認める可能性がないこと、勝訴判決を放置すれば、新たに取締役等の責任が生じるから、代表株主に執行債権者適格を認めなくとも、株主代表訴訟制度の実効性が損なわれるおそれはないことなどがその理由です。また、実務では、代表株主に執行債権者適格を認めることが望ましいとしつつも、会社に配当受領資格を認める手段がないなどの理由から、否定説が採用されています²²⁾。

本日は、時間の制約もありますから、私自身の考え方を詳しく御説明することは避け、2点のみを申し上げます。一つは、第三者のためにする契約（日本民法 537 条、韓国民法 539 条）との対比です。この契約の下では、第三者が諾約者に対して義務の履行を請求できるだけでなく、要約者が諾約者に対して第三者に対する義務を履行するように請求できます。その義務の内容が金銭給付であれば、被告取締役等が会社に対して損害金を支払うよう原告代表株主が求める関係に類似しています。肯定説の論者は、要約者が諾約者に対して強制執行を申し立て、競売の売却代金などを第三者に受領させ、または第三者のために供託させられるのであれば（日民執法 91 条 2 項・141 条 2 項、韓民執法 160 条 2 項・222 条 2 項）、株主代表訴訟の場合も同様に、代表株主が執行債権者となって、取締役等の財産に対する強制執行の結果としての売却代金などを会社に受領させ、または会社のために供託させることができるとしています。

しかし、この議論は、二つの意味で、誤っています。第 1 は、会社は執行手続外の第三者であり、配当受領資格もなく、したがって、執行

機関は、会社のために執行供託をすることも不可能であることです。実務が肯定説を採用しないのは、この理由によるものです。第 2 は、第三者のための契約の場合には、要約者は諾約者に対して第三者に対する給付をなすように求める実体法上の請求権を有しています。したがって、債務名義上に表示されている執行債権は、正確に言えば、この請求権であり、要約者は、その主体たる当事者として執行債権者適格が認められるのです²³⁾。これと比較してみれば明らかですが、代表株主の場合には、自らは、会社に対しても、また被告取締役等に対しても何らの請求権を持っていないのです。したがって、いかなる意味でも執行債権の主体になり得ませんし、執行債権の実現を求めて強制執行を申し立てる適格も存在しないはずです。

このようにいうと、皆さんは、日民執法 23 条 1 項 1 号および 2 号、韓民執法 25 条 1 項において、担当者および被担当者に執行債権者適格が認められているにもかかわらず、担当者である代表株主の執行債権者適格を否定することは、条文の文言に反するのではないかと感じられることでしょう。しかし、同じく法定訴訟担当者である代位債権者（日本民法 423 条、韓国民法 404 条）が第三者に勝訴した判決を考えると、執行債権は、債務者の第三者に対する債権ですが、代位債権者は、それについて管理処分権を認められ、自らへの給付を求めることができます。また債務者も、代位債権者がその管理処分権を行使しない場合には、執行債権の主体として、自らへの給付を求めることができます。いわば執行債権の主体が代位債権者と債務者とに分属しているといってもよいで

22) 常盤紀之「株主代表訴訟における株主による強制執行の可否」判例タイムズ 1140 号 21 頁（2004）、新谷祐子「株主代表訴訟—その現状と課題」判例タイムズ 1150 号 26 頁（2004）参照。新谷論文では、「原告株主による強制執行を認めないと株主代表訴訟の実効性を失わせるという肯定説の指摘はもっともであるが、現在の執行制度を前提にした場合、株主が強制執行を申し立てることはできるとしても、株主には法律上訴訟追行権（267 条 1 項）と弁護士費用請求権（268 条の 2）が認められているのみであることからすると、株主の配当受領権を認めるのは困難であり、他方、会社に配当受領権を認める明文上の規定を欠くことから」と説明している。

23) 厳密に言えば、この執行債権は金銭債権ではない作為請求権であるから、間接強制（日民執法 172 条）によって実現すべきことになる。しかし、その方法が迂遠であるために、大審院判例（大判昭和 4 年 9 月 26 日民集 8 巻 750 頁）は、金銭執行に準じて要約者が諾約者に対して強制執行を行い、その売却代金を第三者に交付する可能性を認めている。

しょう。このような場合には、担当者も執行債権者としての適格を持ちますし、同時に、被担当者も執行債権者適格を有することになります。民事執行法の規定は、このような場合を想定したものと考えられます。それに対して、同じく担当者であっても、代表株主のように、執行債権に対して管理処分権を行使しえない者は、「債務名義に表示された当事者」として扱うべきではないというのが私の考えです。

実務が代表株主を執行債権者として扱う可能性自体は肯定しつつも、会社に配当受領資格を認め得ないことをもって、結局、代表株主を執行債権者とすることを否定していることは、すでに申し上げた通りです。それを前提として、実務家の論文では、民事執行法を改正して、会社に配当受領資格が与えられるようにすべきであるとの主張がみられます²⁴⁾。しかし、そのような改正は、果たして望ましいものでしょうか。

私は、望ましいものとは思いません。その理由は以下のようなところにあります。確かに代表株主には、訴訟を迫行し、その結果たる判決の効力を会社に及ぼすことができるという意味で、訴訟物に関する管理権は与えられています。しかし、強制執行を実施するための管理処分権は、それを超えるものです。そもそも被告取締役等に対して強制執行を実施するか、それとも任意弁済を促すか、また任意弁済を促す場合には、履行期などについてどのように合意するか、強制執行を実施する場合には、執行対象財産として不動産を選ぶか、それとも預金などの債権を選ぶか、これらはすべて執行債権者の判断に委ねられている事項であり、いいかえれば、執行債権者が執行債権に関する管理処分権の行使として判断すべき事柄といえます。これらは、法が代表株主に認めている管理権の範囲を超えるものといわざるを得ません。代表株主の管理権の範囲は、損害賠償請求権を会社のために訴訟上行使して、会社に対して勝訴判決を与える

ことに尽きているからです。Ⅲ．において訴訟上の和解に関してお話ししたことからも、このことがお分かり頂けると存じます。したがって、仮に立法論をするのであれば、勝訴判決を得た代表株主は、その判決正本を速やかに会社に引き渡し、会社は、その勝訴判決の内容が実現されるよう適切な注意を払わなければならないという趣旨の立法がなされるべきであると思います。

このように考えることは、株主代表訴訟制度の実効性を危うくするものでしょうか。私はそうは思いません。報告の冒頭に申し上げたように、株主代表訴訟制度は、訴訟迫行の場面に限定して、取締役等に対する会社の損害賠償請求権の確定と給付命令の取得について代表株主に対して、会社の機関としての地位を付与し、その目的を実現するための法技術として訴訟担当を用いているものです。そこで用いられている訴訟担当という法技術に引きずられるあまり、代表株主の管理権の範囲を超えて、給付命令の実現の場面まで代表株主の権限とすることは、かえって株主代表訴訟制度の本旨に反すると思います。代表株主が勝訴判決を得たにもかかわらず、会社が、正当な理由なく、その内容の実現を怠るときは、取締役等は、直ちに第二の株主代表訴訟に直面せざるをえませんから、私のように考えても、コーポレート・ガバナンスの手段としての株主代表訴訟の機能が弱体化することはないと考える次第です。

V. おわりに

本日は、会社の被告取締役側への補助参加、訴訟上の和解、および勝訴判決にもとづく強制執行という三つの問題について検討いたしました。特に、最後の強制執行の問題については、日本でも考え方が分かれているところで、私の考えは少数説であろうかと思います。幸い、会社法、商法、民事訴訟法、民事執行法など、関

24) 代表株主を執行債権者とする強制執行において、会社に対する配当や供託を可能にするための規定を設けるべきであるとする。常盤・前掲注 22) 26 頁参照。

連する法令の内容については、日本と韓国との間に共通する部分が多いように感じます。皆様方からの御意見をいただき、私自身もさらに研究を続けたいと存じます。長時間、御傾聴有り難うございました。

（いとう・まこと）