商法予備令７－２６　肢オ

第１．肢の結論

正しい

第２．株主代表訴訟が提起された際，取締役に会社が補助参加するときの手続

１．問題の所在

監査役設置会社において，株主が取締役の責任（４２３条）を追及するため株主代表訴訟（８４７条１項・３項）を提起した。会社は，取締役を補助するため，訴訟に補助参加したい。この場合，どのような手続でできるか問題となる。

２．結論および理由

（１）結論

監査役（監査役が２人以上ある場合にあたっては，各監査役）の同意が必要である（８４９条３項１号)。したがって，肢は，正しい。

（２）理由

確かに，一般的に，訴訟の結果に利害関係を有する第三者は，訴訟参加（民事訴訟法４２条）することができる。

取締役の損害賠償請求が認められれば，会社は損害を回収できる。一方で，信頼関係に支障が出る恐れもある（３３０条)。したがって，会社も訴訟の結果に利害関係を有するものである。そのため，自由に，取締役を補助するための補助参加が認められるようにも思える。しかし，不都合である。

株主代表訴訟は，本来，会社が原告として取締役の責任を追及すべきものである。それを被告である取締役に補助参加するというのは，本来の目的とは，ずれてしまう。

不当請求を認めないという会社の立場も考慮すべきではあるが，当然に参加を認めるのも問題である。そこで，本来の形と齟齬が生じないよう，参加できる場面を調整する必要がある。その点を考慮して，法８４９条は，監査役（監査役が２人以上ある場合にあたっては，各監査役）の同意をした。これは，取締役の責任を会社が追及する場合，会社として代表して訴訟活動を行うのは，監査役である（３８６条１項１号)。なれ合い訴訟を防止する趣旨である。会社が取締役に補助参加をすることは，なれ合い訴訟を防止する，本規定の目的と抵触してしまう。それを受けて，８４９条が規定されたと考える。

なお，各監査役の同意を要するのは，監査役が独任制の機関のため，個々の権能に配慮した規定と考える。

以上