

株主代表訴訟への対応指針

－監査役実務の視点から－

平成 27 年 3 月 5 日
公益社団法人日本監査役協会
株主代表訴訟制度問題研究会

【共通編】

序章 本対応指針の目的と構成	5
第1章 提訴請求書受領の連絡	7
1 提訴請求書の受領と他の監査役に対する連絡	7
2 取締役・取締役会に対する報告	8
第2章 提訴請求書受領後の対応	10
1 提訴請求書の到達日の確認	10
2 形式要件の審査において実施する事項	11
3 形式要件を充たしていなかった場合の対応	15
4 提訴請求書等関連書類の保管	15
5 対外的な開示	15
第3章 事実関係の調査、法的検討の進め方	17
1 監査役の独任制と監査役間の役割分担	17
2 取締役の責任の有無の調査	18
3 調査・検討過程の記録・保管	22
第4章 提訴するか否かの判断	23
1 勘案すべき要素	23
2 責任が認められる場合の裁判外の解決の検討	24
3 費用の検討	25
4 監査役の見解が分かれた場合の対応	26
5 提訴判断に関する監査役会議事録作成上の留意点	26
第5章 取締役会・監査役会の議事録の閲覧・謄写請求への対応	28
1 会社に対する閲覧・謄写請求への対応	28
2 裁判所に対する閲覧・謄写の許可の申立てがなされた場合の対応	29
第6章 提訴しないと決定した場合の対応	31
1 提訴しないと決定した場合の不提訴理由通知書の内容	31
2 提訴請求株主以外の関係者への報告・開示等	34
3 株主代表訴訟が提起された場合の被告取締役への補助参加への同意にあたっての判断	34

4	株主代表訴訟が提起された場合の裁判上の和解の際の留意点	36
第7章	提訴すると決定した場合の対応	38
1	代理人弁護士を選定	38
2	会社を代表する監査役の決定	38
3	提訴対象取締役への通知	39
4	仮差押えの検討	39
5	提訴請求株主への対応	40
6	広報対応との連携	40
7	公告がなされたことの確認	40
8	和解にあたっての留意点	40
【応用編】		
ケース1	全ての取締役に関与していると判断できる事例	43
ケース2	一部の取締役に責任が認められる可能性があるとして判断できる事例	46
ケース3	監査役も責任を問われる可能性があるとして判断できる事例	47
ケース4	取締役の法令違反、監視・監督義務違反、内部統制システム構築・運用義務違反が問題とされる事例	50
ケース5	多重代表訴訟での対応が求められる事例	55
ケース6	旧株主による責任追及の訴えでの対応が求められる事例	64
補足	監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社の場合	68

凡例

法：会社法

施行規則：会社法施行規則

金商法：金融商品取引法

金判：金融商事判例

【共通編】

序章 本対応指針の目的と構成

本対応指針は、株主代表訴訟¹において、監査役が何をすべきかを整理したものである。

株主代表訴訟は、株主による提訴請求から始まり、実際に訴訟が提起された場合には、訴訟における判決又は和解によって事件が終了するまで続くことになる。この間、監査役がやるべきことを、下記の【提訴請求対応スケジュール】の流れに沿って、「共通編」としてまとめている。ここでは、監査役が提訴するかしないかにかかわらず、また、取締役の任務懈怠の有無・態様にかかわらず、共通に必要な事項について記載している。

次いで、「応用編」では、取締役の経営判断の適否が問われる事例を、全ての取締役に責任がないと判断できる事例（ケース1）、一部の取締役に責任が認められる可能性があるとして判断できる事例（ケース2）、監査役も責任を問われる可能性があるとして判断できる事例（ケース3）に分けて、それぞれの場合において監査役がいかなる点に留意すべきかを記載している。

さらに、取締役の法令違反、監視・監督義務違反、内部統制システム構築・運用義務違反が問題となる事例での留意点（ケース4）の整理や、平成26年の改正によって新設された多重代表訴訟（ケース5）、旧株主による責任追及訴訟（ケース6）において監査役の対応が求められる事項を整理している。

共通編、応用編を通じて、特に断りのない限り、監査役の職務の範囲を会計監査に限定していない監査役（会）設置会社を念頭において記載している²。指名委員会等設置会社の監査委員、監査等委員会設置会社の監査等委員においても基本的には監査役の場合と同じであるが、異なる考慮が必要な点については、補足（68頁）にまとめて記載することとした。

¹ 「株主代表訴訟」とは「責任追及等の訴え」（法第847条）のうち株主が提起する訴えの通称である。本対応指針では、株主が原告となる場合には「株主代表訴訟」という用語を用い、原告となる会社を監査役が代表する場合には「責任追及等の訴え」という用語を用いる。

² 監査役の職務の範囲を会計監査に限定している株式会社は、監査役設置会社に該当せず（法第2条第9号）、このような株式会社では、監査役ではなく、代表取締役が提訴請求を受けることになる（法第349条第4項）。

【提訴請求対応スケジュール】

スケジュール目安 ³	対応内容	参照項目
1日～5日以内	<ul style="list-style-type: none"> ・ 監査役間での情報共有及び取締役・取締役会への連絡 ・ 提訴請求書の形式要件の審査 ・ 形式要件を充たしていなかった場合の対応の検討 ・ 対外的な開示の要否の検討 ・ 調査体制の決定及び事実関係の調査の着手 	第1章 第2章 第3章1
30日～45日以内	<ul style="list-style-type: none"> ・ 事実関係の調査及び分析 ・ 調査結果の法的検討 	第3章2
	<ul style="list-style-type: none"> ・ 提訴するか否かの判断 	第4章1、3、4
	<ul style="list-style-type: none"> ・ 裁判外の解決の検討 	第4章2
60日以内	提訴する場合 <ul style="list-style-type: none"> ・ 仮差押の検討 ・ 対外的な開示の要否の検討 ・ 訴状等の作成 ・ 提訴⁴ 	第7章
	提訴しない場合 ⁵ <ul style="list-style-type: none"> ・ 不提訴理由の通知 	第6章
随時	<ul style="list-style-type: none"> ・ 取締役会、監査役会の議事録の閲覧・謄写請求への対応 	第5章

³ スケジュールはあくまで目安であり、事案の複雑性、関係者の数等によって、変更が必要となる点に留意されたい。スケジュールを立てる際は、提訴する場合には、代理人弁護士との打ち合わせや訴状の準備が必要となるため、提訴しない場合よりもスケジュールがタイトになる。そのため、提訴の可能性が高い事案では、余裕を持ったスケジュールを立てる必要がある。

⁴ 公開会社が責任追及等の訴えを提起したときは、遅滞なくその旨を公告しなければならない(法第849条第4項)(第7章参照)。

⁵ 株主が株主代表訴訟を提起した場合における、監査役その後の対応については、第6章を参照。

第1章 提訴請求書受領の連絡

- | |
|------------------------|
| 1 提訴請求書の受領と他の監査役に対する連絡 |
| 2 取締役・取締役会に対する報告 |

株主が会社に対して取締役の責任を追及する訴え（責任追及等の訴え）を提起するように請求する場合、提訴請求書の宛先は監査役となる（株主の提訴請求は書面又は電磁的方法でなされる（施行規則第217条）が、以下、電磁的方法によるものも含めて「提訴請求書」という。）。監査役が株主から提訴請求を受領した場合、まずは、その対応のため、速やかに他の監査役らと情報を共有して以降の対応を協議したり、適宜、業務執行部門に報告する必要がある。

1 提訴請求書の受領と他の監査役に対する連絡

株主は、原則として⁶、直ちに株主代表訴訟を提起できるものではなく、まずは、会社に対し、取締役や監査役を被告として責任追及等の訴えを提起するよう、書面又は電磁的方法により提訴請求をすることになる（法第847条第1項、施行規則第217条）。監査役（会）設置会社においては、取締役（取締役であった者を含む。）の責任追及等の訴えについての株主からの提訴請求は、監査役に対してなされる（法第386条第2項第1号）。

このような提訴請求の趣旨は、取締役に対して責任追及の請求権を有する主体は会社であるため、まず、監査役に対し、会社を代表して取締役に対して責任追及等の訴えを提起する（法第386条第1項第1号）か否かの判断の機会を与えるところにある。そして、提訴請求の日（提訴請求書が到達した日）から60日以内に監査役が会社を代表して提訴対象取締役に対して責任追及等の訴えを提起しない場合には、提訴請求をした株主は、株主代表訴訟を提起することができることになる（法第847条第3項）。そのため、監査役は、60日の考慮期間中に、会社を代表して責任追及等の訴えを提起するか否かを決定するための事実関係の調査、法的検討、訴訟になった場合の見通しの検討等を行い、提訴すると決定した場合には、この期間内に訴えを提起することになる^{7,8}。監査役がこの任務を怠ると、会社に対する善

⁶ 提訴請求の日から60日の考慮期間の経過により会社に回復することができない損害が生ずるおそれがある場合には、株主は、直ちに株主代表訴訟を提起できる（法第847条第5項本文）。

⁷ 訴えの提起は、原告又は原告の訴訟代理人が裁判所に訴状を提出して行う（民事訴訟法第133条第1項）。なお、監査役が提訴対象取締役に対して訴えを提起する場合、その訴えは、会社の本店所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する（法第848条）。

⁸ 監査役の提訴の準備が60日以内に完了せず、訴えを提起できなかつたとしても、提訴対象取締役を提訴すべきと判断される事案であれば、60日の考慮期間経過後であっても訴えを提起すべきである。もともと、60日を経過したため、株主が株主代表訴訟を提起した場合、監査役が会社を代表して提訴対象取締役に対し重複して訴えを提起しても、重複訴訟として却下を免れないため（民事訴訟法第142条）、株主代表訴訟におい

管注意義務（法第330条、民法第644条）違反の責任を問われ得るから、監査役は、株主から提訴請求を受領した場合、速やかに対応を開始しなければならない。

株主は、監査役の1人に対して提訴請求をすれば足りるから⁹、提訴請求が全監査役に対してなされるとは限らない。したがって、提訴請求を受領した監査役は、他の監査役に対し、提訴請求がされた日及び提訴請求の内容を速やかに連絡する必要がある。そして、常勤監査役であるか否かを問わず、また、社外監査役であるか否かを問わず、以後の対応について全監査役で協議をすることになる。

監査役は60日の考慮期間中に提訴するか否かの判断をしなければならないので、そのために必要となる事実調査・証拠収集・法的検討のスケジュールを早期に立てる必要がある。また、発生する具体的作業を想定のうえ、業務執行部門とも連携して適宜作業の分担を進める必要がある。

2 取締役・取締役会に対する報告

監査役は、業務執行部門から独立した機関として、会社を代表して提訴対象取締役に対して責任追及等の訴えを提起するか否かを判断することになるが、提訴請求があったことについて取締役・取締役会に報告すること自体は通常は問題がない。実際、監査役が提訴請求の日から60日という限られた時間の中で提訴対象取締役の責任の有無を判断するためには、業務執行部門において資料の収集や関係者からの事情聴取に協力してもらう必要がある。また、提訴請求をした株主の株主資格等の形式要件の確認について総務部等に協力を求める必要がある。そのため、株主から提訴請求を受領した監査役は、代表取締役や関連部門の担当取締役に対し、速やかに提訴請求の日や提訴請求の内容を報告することになろう。

株主から監査役に対して提訴請求がなされた事実は、業務執行部門にとっても重要な事実であるから、これとあわせて、必要に応じて、取締役会においても、監査役や監査役から報告を受けた取締役から報告がなされることになろう。当該報告に緊急性があるときは、臨時の取締役会の招集を求めることも考えられる。なお、会社によっては、経営会議や常務会等の取締役会以外の会議体が設けられている場合があり、監査役としても、取締役会よりもこれらの会議体において業務執行部門との情報の共有を図る方が、機動性等の観点から適切な場合もあると思われ、それはそれで差し支えない。監査役から報告を受けた業務執行部門は、独自に事実関係を調査したり、提訴対象取締役の会社役員賠償責任保険（D&O保険）の加入状況等を確認するなどの必要な対応をとることになろう。

提訴対象取締役に対する連絡も業務執行部門への報告と同じタイミングで行えば

て原告側に補助参加することが考えられる（法第849条第1項）。

⁹ 今井宏=伊藤智文「株主代表訴訟と監査役」月刊監査役320号（1993）16頁

よいが、提訴対象取締役に対して連絡することで、関係者が証拠を隠滅する等して監査役の調査を妨害したり、財産を隠匿したりする等の具体的な危険がある場合には、連絡時期を慎重に決する必要がある。

第2章 提訴請求書受領後の対応

- 1 提訴請求書の到達日の確認
- 2 形式要件の審査において実施する事項
- 3 形式要件を充たしていなかった場合の対応
- 4 提訴請求書等関係書類の保管
- 5 対外的な開示

提訴請求書を受領した場合、監査役は、提訴請求書の到達日を確認するとともに形式要件の具備を確認する必要がある。

1 提訴請求書の到達日の確認

提訴請求株主は、会社が提訴請求の日から60日以内に責任追及等の訴えを提起しない場合に株主代表訴訟を提起することができる（法第847条第3項）、この60日の考慮期間は、提訴請求書到達日の翌日から起算される（翌日を1日目として計算する。民法第140条）。そのため、監査役は、提訴請求書を受領した場合、総務部等との連携のうえ、この到達日を正確に把握することが必要である。

提訴請求書の到達日は、（1）配達証明付き内容証明郵便で送られてきた場合には、配達証明により証明された配達日、（2）普通郵便で送られてきた場合には、書面が実際に会社に到達した日、（3）手渡しなど郵便を介さない方法で渡された場合には、実際に会社が書面を受領した日、（4）電磁的方法により送られてきた場合には、当該電子メールの受信日が、それぞれ「到達日」となる¹⁰。

また、会社は、定款の定めに基づき、株式取扱規程により、株主権の行使方法について書面によることを要する旨定めることが可能である¹¹。当該定めを置いた場合には、電磁的方法による提訴請求は適式な請求とはならないものの¹²、会社として有効な請求と取り扱うか、提訴請求株主に対して指摘し、提訴請求書を改めて送付してもらうか、いずれかの対応を検討するのが、後の混乱や株主との無用な紛争を回避する意味では無難である。

¹⁰ 経営法友会マニュアル等作成委員会『新株主代表訴訟対応マニュアル（改訂版）』（商事法務、2005）83頁。なお、配達証明付き内容証明郵便で送られてきた場合には、日付が記載される配達証明は差出人である提訴請求株主に交付され、会社は配達証明を受領できないため、監査役は総務部等に会社への正確な到達日を確認することになる。

¹¹ 全国株懇連会『全株懇モデル〔新訂3版〕一定款・株式取扱規程・招集通知・事業報告など』（商事法務、2011）92頁、別冊商事法務編集部『株券電子化に対応した全株懇モデル・事務取扱指針』別冊商事法務331号（商事法務、2009）59頁、66頁

¹² 相澤哲ほか『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006）127頁

2 形式要件の審査において実施する事項

(1) 提訴請求株主の本人確認

提訴請求株主が株主本人であるかを確認する必要があるところ、当該確認に際しては、監査役は総務部等に確認を依頼することになろう。総務部等は、提訴請求書に記載されている者が株主として存在するかを調査したうえで、提訴請求を行った者に対し本人確認書類として運転免許証・健康保険証等の写しの提出を求めるなどして、確認を行う。なお、このような本人確認方法を含む株主権行使の際の手続方法は、会社の株式取扱規程により定めている場合が多く、全国株懇連合会作成のモデル規程では、株主が請求をする場合には当該請求書に本人が行ったことを証するものを添付し又は提供するものとされている¹³。ここでいう「本人が行ったことを証するもの」としては、例えば、請求書への押印と当該印鑑にかかる印鑑証明書、運転免許証、健康保険証等が考えられる。なお、代理人による提訴請求の場合には、委任状等から、委任関係の有無を確認する。

(2) 提訴請求株主の持株要件

公開会社の場合、提訴請求株主は、提訴請求の時点において、6か月前（定款による短縮が可能である。）から継続して株主である必要がある（法第847条第1項）。ここでいう株主であるというためには、単に株式を実質的に保有しているというだけでは足りず、振替口座簿や株主名簿に記載された株主である必要がある。

非公開会社の場合には、6か月の保有期間の要件は適用されず、提訴請求の時点において、株主でありさえすればよい（法第847条第2項）。

持株数については、株主代表訴訟を提起する権利が単独株主権であることから、株主が責任追及等の訴えの提訴請求をなすためには、1株以上の株式を保有していれば足りる。ただし、単元未満株主（法第189条第1項）について定款に提訴請求権を有しない旨の定めがある場合には、単元未満株主は、提訴請求権及び株主代表訴訟の原告適格を有しない（法第189条第2項柱書、第847条第1項本文かつこ書）。

ア 株券電子化制度の対象ではない場合

監査役は、総務部等に照会し、株主名簿上に、提訴請求株主が、提訴請求の6か月前から株主として記載されているかを確認する。

イ 株券電子化制度の対象である場合

¹³ 全国株懇連合会『全株懇モデル〔新訂3版〕一定款・株式取扱規程・招集通知・事業報告など』（商事法務、2011）90頁参照

監査役は、総務部等に照会し、提訴請求時に振替機関から会社へ送付される個別株主通知をもって、6か月間の持株要件を確認する¹⁴。また、株主は個別株主通知がされた後4週間が経過する日までの間に権利を行使しなければならないとされているため¹⁵、監査役は、提訴請求の日が個別株主通知後4週間を経過していないかを確認する。

(3) 提訴請求の要件

ア 提訴請求の宛先

提訴請求の宛先は、会社法上、提訴請求の受領権限を有する者である必要があるため、提訴請求において被告となるべき者が取締役とされている場合には、監査役が宛先となっている必要がある(法第386条第2項第1号)。監査役が複数いるときは、その内の一人に対して請求すればよい。また、宛先が監査役であれば、実際に提訴請求書を送付される住所は会社でも監査役の自宅でもよい。

監査役に対する責任追及等の訴えの提訴権限は代表取締役にあるから、取締役・監査役の双方を提訴する場合、提訴請求書は、監査役と代表取締役の双方に提出される必要がある。この場合、宛先を監査役と代表取締役の連名とした1通の提訴請求書を送付する方法と、宛先を監査役とした提訴請求書(対取締役)と宛先を代表取締役とした提訴請求書(対監査役)の2通を送付する方法のいずれもが許容される。

宛先が誤って記載されていた場合に、有効な提訴請求があったと認めるか否かについては議論があるものの、判例は、原則として提訴請求を無効としつつも、本来宛先とされるべき者が訴訟提起すべきか否かを自ら判断する機会があった場合には例外的に有効とすべきであるとしている¹⁶。また、実務上の運用も、受領し会社の責

¹⁴ 個別株主通知では、株主が有する株式の種類・数、その増加・減少の経過(数・記載がされた日)等が通知される(社債、株式等の振替に関する法律第154条第3項第1号)。

¹⁵ 社債、株式等の振替に関する法律第154条第2項、同施行令第40条

¹⁶ 最判平成21年3月31日民集63巻3号472頁は、「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」による改正前の農業協同組合法39条2項が準用する平成17年改正前の商法267条第1項(会社法847条第1項本文の前身)による提訴請求について、農業協同組合の代表者として監事ではなく代表理事を記載した提訴請求書を、代表訴訟を提起しようとする組合員が、農業協同組合に対して送付した場合であっても、「監事において、上記請求書の記載内容を正確に認識したうえで当該理事に対する訴訟を提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときは、監事は、農業協同組合の代表者として監事が記載された提訴請求書の交付を受けたのと異なる状態に置かれたものといえる」として、「上記組合員が提訴した代表訴訟については、代表者として監事が記載された適式な提訴請求書があらかじめ農業協同組合に送付されていたのと同視することができ、これを不適法として却下することはできない」と判示している。この判例について、最高裁の調査官解説は、「農業協同組合法は、多くの会社法(旧商法)の条文を準用しているため、本件の各判決要旨は、いずれも会社にもその射程が及び得るもの」であるとしている(「判解」最判解民事篇平成21年度(上)(2012)271頁(網川泰毅執筆部分))。すなわち、農業協同組合を株式会社、組合員を株主、理事を取締役、監事を監査役とそれぞれ読み替えることにより株主代表訴訟にも妥当すると考えられる。また、その他提訴請求を欠く責任追及の訴えを適法としたものとして、東京地判平成25年12月26日金判1451号17頁及び同控訴審東京高判平成26年4月24日金判1451号8頁等がある。

任において本来宛先とされるべき者へ回すという運用、受け取らないという運用、宛先の不備を株主に通知する運用など様々なようである¹⁷。

そのため、実際の場面では、弁護士とも相談のうえ取扱いを検討するのが無難であろう。

イ 請求の特定（提訴請求書の必要的記載事項）

提訴請求書には、①被告となるべき者、②請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実が記載されている必要がある（法第847条第1項、施行規則第217条第1号・第2号）。

（ア）提訴請求対象取締役の確認

提訴請求書に記載されている提訴対象取締役が、現在又は過去取締役に就任していたかを確認する¹⁸。

（イ）訴訟提起の請求内容の確認

提訴請求書が、単なる意見具申や中傷ではなく、明らかに会社に対して訴訟提起を促すものであるかを確認する。

（ウ）提訴請求理由の記載の確認（責任原因・損害額）

提訴請求書において、責任原因事実及び損害額が特定されて記載されているかを確認する。

まず、提訴請求の原因となる責任が特定されているかを確認する。なお、株主代表訴訟の対象となり得る責任の範囲については、判例は、取締役が会社に対して負担する取引上の債務も含まれるが¹⁹、取締役が職務遂行とは関係なく会社に対して行った不法行為に基づく債務²⁰や、取引と無関係な会社の所有権に基づく請求²¹等は含まれないと解している。

¹⁷ 注16の最判平成21年3月31日民集63巻3号472頁以前の文献であるが、阿部一正ほか『取締役（6）条解・会社法の研究11』（商事法務研究会、2002）58～61頁（稲葉威雄、熊谷一雄・阿部一正・成毛文之、金築誠志・東條和彦発言部分）。

¹⁸ 取締役の氏名が記載されていないものの他の記載内容から提訴対象取締役の特定が可能である場合に、これを適法な提訴請求として取り扱うかは、弁護士と協議して検討する。

¹⁹ 最判平成21年3月10日民集63巻3号361頁。これに対し、判例の立場では、取引上の債務の履行を猶予することが適当な場合にも代表訴訟を提起できることになる等、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎるとして、代表訴訟は総株主の同意によってのみ免責が認められる会社法上の取締役の任務懈怠責任の追及のためにのみ提起できると解すべきとする立場もある（江頭憲治郎『株式会社法 第5版』（有斐閣、2014）484頁）。

²⁰ 注19の最判平成21年3月10日民集63巻3号361頁についての「判解」最判解民事篇平成21年度（上）（2012）194頁、196頁（高橋謙執筆部分）

²¹ 注19の最判平成21年3月10日民集63巻3号361頁は、会社の所有権に基づき移転登記手続を求める主位的請求につき請求を却下した原審の判断を是認している。

また、提訴請求書に、被告となるべき対象取締役と、責任原因事実が具体的に記載されているかを確認する。提訴請求書は、会社に対して具体的な訴えの提起を求めるものであるから、単に訴えの提起を請求する旨の記載があるだけでは不十分だからである。ただし、提訴請求書には、訴状に請求原因として記載すべき責任原因事実が漏らさず記載されている必要はなく、いかなる事実・事項について責任の追及が求められているのかが判断できる程度まで特定されていれば足りる²²。

さらに、提訴対象取締役の行為によって、会社が被った又は被る可能性のある損害額が具体的に記載されているかを確認する。

また、監査役は、提訴請求書に記載された責任原因事実について、消滅時効が完成していないかも確認する（例えば、責任原因事実が任務懈怠責任の場合には、消滅時効は10年である（法第423条第1項、民法第167条第1項を参照。）²³。

（エ）不正な利益を図る目的等の有無の確認

責任追及等の訴えの提訴請求が、提訴請求株主若しくは第三者の不正な利益を図り又は当該会社に損害を加えることを目的とするものである場合には、株主は提訴請求をすることはできず（法第847条第1項但書）、提訴請求をしたとしても当該請求は無効²⁴となる。そして、この場合には、後に提訴請求株主が株主代表訴訟を提起しても、その訴訟は却下されることになる。例えば、会社に対する嫌がらせを目的とする訴訟や実質的に同じ提訴請求を何度も繰り返す場合などは上記の場合にあたりと考えられる。

提訴請求の目的という株主の主観面を監査役が判断することは困難であるが、株主の濫訴の意思が客観的に明らかな場合には、不適法であることを理由に提訴請求に応じないということも考えられる。もっとも、監査役が提訴対象取締役の責任の有無を調査する中で、当該株主が指摘した責任原因事実が確認され、提訴対象取締役の責任が認められると判断される場合には、提訴請求株主の主観的事情にかかわらず、監査役として会社に生じた損害を回復すべく適切な対応をとる必要がある。例えば、提訴請求に応じず株主代表訴訟の提起を待つよりも、監査役が会社を代表して訴えを提起する方が監査役として適切な判断である場合もあろう。そこで、監査役としては、共通編23頁に記載する考慮要素を検討しつつ提訴するか否かを判断する必要がある。

²² 東京地判平成8年6月20日判時1572号27頁

²³ 最判平成20年1月28日民集62巻1号128頁は、法第423条第1項の責任は法によってその内容が加重された特殊な債務不履行責任であって、商事消滅時効（5年間）は適用ないし類推適用されないとした。なお、時効の起算点については、消滅時効は権利を行使することができる時から進行するため（民法第166条第1項）、任務懈怠行為が行われ損害が発生した時から時効が進行すると考えるのが適当であるとされている（東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）150頁以下（小川雅敏＝飯畑勝之執筆部分）、札幌地判平成15年9月16日判時1842号130頁参照。

²⁴ 相澤哲『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009）245頁

ウ 審査に際しての注意

提訴請求書の形式要件の具備の審査は、株主代表訴訟の入り口とも言える部分で重要であり、かつ、法的判断を伴うので、弁護士の確認を得る。

3 形式要件を充たしていなかった場合の対応

(1) 他の監査役との協議及び関係部署に対する報告

形式審査を担当した監査役は審査を終えた段階で他の監査役と協議し、その結果、提訴請求を受け付けられないこととなった場合には、監査役は、その内容を取締役、取締役会及び関係部署に報告する。

(2) 株主に対する応答

提訴請求書が形式要件を充たしていない場合、会社は、提訴請求株主に応答する義務はないが、応答をするか否かは、監査役の協議によって決定するのが通常であろう。

(3) 事実関係の調査の要否の判断

提訴請求書が形式要件を充たしていない場合でも、株主が形式要件を整えて再請求してくる可能性がある以上、後日の請求に備えることが必要である。また、当該書面の記載内容から提訴対象取締役の違法行為・不正行為が疑われれば、監査役は株主代表訴訟とは関係なく、監査役の職務として調査確認をする必要があるため、提訴請求書が不適法である場合にも事実関係の調査の要否を監査役間にて協議する必要がある。

4 提訴請求書等関連書類の保管

株主が提訴請求を前提として株主代表訴訟を提起した場合、提訴請求書の形式要件の充足が争われることも考えられることから、提訴請求書とともに形式要件を具備しているか否かの判断に至るまでの資料を証拠として保管する。

5 対外的な開示

特に上場企業については、提訴請求されたことの開示も検討すべき点である。提訴請求がされただけでは、通常は、上場規則上の適時開示事項にあたらないが、任意に開示する例はある。開示内容としては、提訴請求に係る案件の簡単な説明と具体的な請求金額を開示したうえ、「監査役が提訴請求内容を調査し、対応を検討している」旨が述べられる場合が多い。

対外的に開示することは、広報部等の職務範囲であるが、会社を代表して提訴す

るか否かを検討する立場にある監査役としても、開示の要否及び開示の内容について意見を述べることを望ましい。

第3章 事実関係の調査、法的検討の進め方

- | |
|---------------------|
| 1 監査役の独任制と監査役間の役割分担 |
| 2 取締役の責任の有無の調査 |
| 3 調査・検討過程の記録・保管 |

監査役は、提訴対象取締役に対して責任追及等の訴えを提起するか否かを判断するため、必要に応じて監査役間で役割を分担し、また、業務執行部門や弁護士等の専門家の協力を得ながら、事実関係の調査と法的検討を行うことになる。

1 監査役の独任制と監査役間の役割分担

監査役は独自に会社の代表権を行使できるから（法第386条第1項第1号）、提訴対象取締役に対して提訴するか否かの判断は各監査役によってなされることになる。監査役会設置会社においても、取締役に対して提訴するか否かは監査役会の必要的決議事項ではないため、監査役会に諮り、監査役会の決議をもって訴えを提起するか否かを決定することは法律上要求されていない。

もともと、監査役が組織的・効率的に提訴請求に対応するためには、監査役間での役割分担を決める必要があり、例えば、監査役会で「監査役の職務の執行に関する事項の決定」（監査役の職務分担の決定。法第390条第2項第3号）を行い、提訴対象取締役の責任の有無の調査を中心となって行う監査役を決定することは考えられる。調査の中心となるのは、通常、常勤監査役であろう。他方、取締役だけではなく監査役に対する提訴請求が代表取締役に対してなされている場合には、提訴対象となっていない監査役が中心となって調査を行う方が利害関係の有無という観点からは望ましく、その方が最終的に提訴対象取締役に対して提訴しないという判断がされた場合でも判断の信頼性は高まる²⁵。

また、監査役間で役割分担を決めるのであれば、情報はできる限り監査役間で共有されなければならない。事案によっては、調査に相当の時間を要することも考えられるので、調査の過程においても、適宜、監査役間で情報共有すべきである。

最終的な提訴判断は各監査役によってなされるとしても、監査役間で意見のすり合わせを行うことは許される。むしろ各監査役が善管注意義務を尽くして提訴判断をするためには、監査役間で慎重に協議することが望ましい。

²⁵ 中村直人「株主代表訴訟制度の概要と監査役としての留意点」月刊監査役596号（2012）7頁

2 取締役の責任の有無の調査

(1) 事実調査・証拠収集・法的検討と監査役の権限

監査役は、提訴するか否かの判断にあたり、提訴対象取締役のほか関係部署から事実関係について報告を求め、必要に応じて意見を徴するとともに、関係資料を収集し、事案によっては、弁護士や公認会計士等の外部専門家から意見を徴する等、必要な調査を実施する。

監査役は、業務執行部門の使用人に対して調査について協力を求めることになるが、必要に応じ、監査役の報告請求権・業務財産調査権（法第381条第2項）を行使して、調査を実施する。

(2) 調査と監査役の独立性

監査役は、業務執行部門から独立した立場で、提訴の判断を行うのであるから、監査役を補助する者として使用人や外部の専門家を起用する場合には、この点に留意する必要がある。

ア 監査役の補助者又は法務部・内部監査部との関係

監査役の業務執行部門からの独立性からすれば、同じ使用人であっても、監査役の補助者たる使用人（施行規則第100条第3項第1号）と法務部門や内部監査部門といった業務執行部門の使用人とでは、調査への協力の方法・程度に自ずと違いが出る。

監査役の補助者であれば、監査役が指揮命令して調査に協力させることができる。このことは、内部監査部門等の使用人が監査役の補助者を兼務している場合や、社内規程によって特定の職務について監査役の補助者として監査役の指揮命令に服する旨が定められている場合も同様である。

しかし、監査役の補助者がいない場合はもちろん、いる場合でも、その人数によってはその陣容のみで調査を遂行することは困難である。そのような場合、法務部門や内部監査部門等の業務執行部門の使用人に調査の補助を求めることも考えられるが、監査役は業務執行部門には属さないから、業務執行部門の使用人に対して直接指揮命令することには限界がある²⁶。また、業務執行部門に委ねた調査の結果についても、提訴対象取締役の責任を調査する場面では、これらの部門の調査結果を鵜呑みにせず、監査役独自の視点から検証し、必要があれば自ら追加調査しなければならない。

²⁶ 監査役は、提訴請求に対応するため、法務部等・総務部等・経理部等に対し、会社代表権を有する者として指揮命令することができると思える見解もある（平田政和「法務部門の機能強化と監査役（下）—法務部門との有効な連携」月刊監査役572号（2010）157頁）。

イ 専門家の関与と弁護士起用の際の留意点

さらに、提訴対象取締役の責任を調査する際には、法律上の論点や会計上の論点が生じることがあるので、そのような場合、弁護士、公認会計士等の専門家にも協力を求める必要があるが、弁護士に相談する際には、監査役の独立性という観点から留意すべき点がある。

すなわち、社外監査役の中に弁護士がいて、かつ、株主代表訴訟対応について当該弁護士が精通している場合には、当該弁護士に留意事項を確認しつつ調査を進めるのが実践的であり、また、弁護士を社外監査役として選任した目的にも合致する。

これに対して、会社の顧問弁護士は、会社の業務内容や業界の事情、過去の経緯等に理解があると思われる一方で、業務執行部門と緊密な関係があり、独立性には限界があるとも考えられる。また、提訴請求の対象となっている案件に業務執行部門からの依頼で過去に関与したことがある場合には、当該案件について顧問弁護士は利害関係を有するので、監査役はその見解を鵜呑みにできない場合もあろう。

このようなことから、監査役が提訴請求への対応のために独自に弁護士を起用することも考えられ、その際の弁護士費用は、会社の負担となる（法第388条）。最終的に提訴対象取締役を提訴する可能性が高い事案であれば、監査役が独自に起用した弁護士に訴訟代理人の職務を委任することになる可能性もあるから、株主からの提訴請求への対応の段階から適切な弁護士を選定して、相談しつつ対応すべきである。

これに対して、最終的に提訴対象取締役を提訴する可能性が低いと当初から見込まれ、仮に株主代表訴訟が提起されても、会社が監査役の同意の下（法第849条第3項第1号）で被告取締役の側に補助参加（法第849条第1項、民事訴訟法第42条）することが予想される等、業務執行部門と監査役の間の利害対立は小さいと考えられる場合であれば、監査役も顧問弁護士に相談しつつ対応することも考えられる。

（3）要件事実を踏まえた事実調査の必要性

監査役としては、取締役の責任を発生させる要件事実が証拠に照らして立証可能か否かを判断する必要があるが、資料を収集したり関係者に事情を聴取する際にはこの点に留意すべきである。例えば、提訴対象取締役の任務懈怠責任（法第423条第1項）が認められるのは、責任原因の類型ごとに以下の要件事実が認められる場合である²⁷。

²⁷ 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）203頁以下（小川雅敏＝飯畑勝之執筆部分）及び大江忠『要件事実会社法（2）』（商事法務、2011）353頁以下を参考にした。

ア 経営判断に係る任務懈怠責任

提訴対象取締役は、経営判断に係る任務懈怠責任が認められるのは、以下の全ての事実が認められる場合である。

- ①：提訴対象取締役が取締役として一定の事項につき判断決定をしたこと
- ②：①につき裁量を逸脱したことを特定ないし基礎付ける具体的事実（法令違反があったこと、経営判断の前提となる事実認識の過程（情報収集とその分析・検討）における不注意な誤りに起因する不合理さの有無、事実認識に基づく意思決定の推論過程及び内容の著しい不合理さの存否等）²⁸
- ③：会社に発生した損害及びその金額
- ④：①（判断決定）と③（会社の損害）の間の因果関係

イ 取締役・従業員に対する監視・監督義務に係る任務懈怠責任

提訴対象取締役は、取締役・従業員に対する監視・監督義務（法第362条第2項第2号参照）違反²⁹に関する任務懈怠責任が認められるのは、以下の全ての事実が認められる場合である。

- ①：取締役・従業員による違法行為・不正行為（取締役の善管注意義務違反を含む）
- ②：提訴対象取締役が、取締役として、①（取締役・従業員による違法行為・不正行為）について監視・監督義務に違反したことを特定ないし基礎付ける具体的事実（①の取締役等の違法行為・不正行為を知り又は知ることが可能であるなどの特段の事情があるのに、これを看過したこと等）³⁰
- ③：会社に発生した損害及びその金額
- ④：②（監視・監督義務違反）と③（会社の損害）の間の因果関係

ウ 内部統制システム構築・運用義務³¹に係る任務懈怠責任

²⁸ 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）204頁（小川雅敏＝飯畑勝之執筆部分）。会社法（自己株式の取得、利益供与）、独占禁止法、刑法（贈賄）等の具体的法令に違反した場合には、取締役には法令に違反する裁量が認められない以上、通常は、その裁量を逸脱したと解される（ただし、法令の内容によっては、過失が否定され、責任が否定されることはある。）。他方、このような具体的な法令違反のない経営上の判断については、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役の裁量の範囲内と解される（最判平成22年7月15日集民234号225頁）。

²⁹ 監視義務とは、取締役において他の取締役の適正な業務執行を確保すべく行動すべき義務をいい、監督義務とは、使用人等の従業員の適正な業務執行を確保すべく行動すべき義務をいうと区別して用いられることもあるが（東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）204頁（小川雅敏＝飯畑勝之執筆部分））、両者を総称して監視・監督義務ということもあり、本対応指針も特段区別せず用いている。

³⁰ 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）250頁（小川雅敏＝飯畑勝之執筆部分）参照。なお、内部統制システムの構築・運用と監視・監督義務の関係については、応用編ケース4を参照されたい。

³¹ 裁判例においては、大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁をはじめ「整備」や「構築」といっ

提訴対象取締役は、内部統制システム構築・運用義務に係る任務懈怠責任が認められるのは、以下の全ての事実が認められる場合である。

- ①：取締役・従業員による違法行為・不正行為（取締役の善管注意義務違反を含む）
- ②：内部統制システムについての具体的な不備
- ③：①の当時、提訴対象取締役が本来構築・運用すべき体制の具体的な内容
- ④：③を構築・運用することによる①の結果回避可能性
- ⑤：会社に発生した損害及びその金額
- ⑥：①（取締役・従業員による違法行為・不正行為）と⑤（会社の損害）の間の因果関係

（４）業務執行側の調査（第三者委員会による調査等）が先行・並行する場合

監査役が提訴判断のための調査を開始するに先立って、又はこれと並行して、業務執行部門が、第三者委員会を設置して事実調査や原因究明を行う場合がある。監査役にとっても、このような調査の結果は参考になる場合が多いと思われるが、監査役はこの結果に拘束されるものではない。また、第三者委員会の調査が60日間の考慮期間内に終了するとは限らないから、監査役は独自に調査・検討を進める必要がある。

調査の目的という観点からも、日本弁護士連合会の発表した「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」（以下、「日弁連ガイドライン」という。）によれば、「第三者委員会は、不祥事が発生した場合において、調査を実施し、事実認定を行い、これを評価して原因を分析する」ことを目的とする事実認定のための委員会であり³²、役職員の法的責任を判定することは目的としていない。また、第三者委員会の調査対象は、不祥事を構成する事実関係に止まらず、不祥事に至る経緯、動機、背景、類似行為の存否等にまで及び³³、事実認定についても、法律上の証明による厳格な事実認定に止まらず、疑いの程度を明示した灰色認定や疫学的認定を行うことができる³⁴とされている。これらの点で、第三者委員会の調査は、提訴対象取締役の法的責任を認めるのに必要な事実が訴訟上立証可能か否かという観点から行われる監査役の調査と相違する。したがって、監査役が第三者委員会の報告結果を参照する場合には、この相違に留意する必要がある。

もともと、監査役の調査と第三者委員会の調査が並行して行われる場合には、監

た文言のみが使用されることが多いが、当協会は、内部統制システムの整備は「構築」と「運用」からなるものと整理しているため（内部統制システムに係る監査の実施基準第6条参照）、本対応指針もこのような用語の整理に従っている。

³² 日弁連ガイドライン基本原則第1. 1

³³ 日弁連ガイドライン基本原則第1. 1（1）

³⁴ 日弁連ガイドライン指針第1. 1.（2）②

査役の調査の対象と第三者委員会の調査の対象が一部重複することも多いので、第三者委員会の調査のために業務執行部門が収集する資料を監査役の調査においても活用する等、効率的な調査方法を検討することは考えられる。

3 調査・検討過程の記録・保管

監査役は、提訴判断のために行った調査及び検討の過程と結果について、記録を作成し保管する必要がある。提訴することとした場合は、訴訟において証拠となるものであるし、また、提訴しないと決定した場合においても、監査役が善管注意義務を尽くしながら提訴請求への対応を行ったことを明らかにしておくためである。

具体的には、認定した事実関係の詳細、事実認定の根拠となった資料、認定した事実関係に基づき照会した提訴対象取締役の責任の有無に係る専門家の意見等が記録・保管対象となり得る。

なお、これらの文書は、株主代表訴訟が提起された場合、民事訴訟上の文書提出命令（民事訴訟法第220条第4号）の対象になることもあり得る。

第4章 提訴するか否かの判断

- | |
|--------------------------|
| 1 勘案すべき要素 |
| 2 責任が認められる場合の裁判外での解決の検討 |
| 3 費用の検討 |
| 4 監査役の見解が分かれた場合の対応 |
| 5 提訴判断に関する監査役会議事録作成上の留意点 |

株主から責任追及等の訴えの提訴請求がなされた場合、監査役は事実関係の調査に基づいて、取締役の法的責任の有無を検討し、提訴するか否かを決定することになる。最終的に提訴するか否かの判断においては、以下に述べるとおり、勝訴の可能性、提訴の必要性、会社が被った損害の程度、提訴対象取締役からの回収可能性、会社の人的・時間的・金銭的負担等を総合的に考慮することになる。

なお、提訴したことが会社の信用に対して与える悪影響を考慮して提訴を見合わせるものの可否については見解の分かれるところである。

1 勘案すべき要素

(1) 勝訴の可能性

監査役が会社を代表して提訴し、結果として敗訴した場合には、監査役の提訴の判断の適切性が問われることになり、その判断に合理的根拠がなかったとすれば、訴訟追行により生じた会社の費用負担について監査役が任務懈怠の責任を追及される可能性がある。したがって、監査役としては事実調査や法的検討を行う際に、立証に十分な証拠が存在するかも検討し、提訴するか否かを決定すべきである。

(2) 提訴の必要性

提訴対象取締役に責任が認められ、当該取締役からの損害の回復が相当と考えられる事案であっても、監査役は直ちに提訴を選択するのではなく、まずは当該取締役が任意の支払いに応じる可能性について検討すべきである。なお、提訴対象取締役と任意の支払いについて交渉する権限は、業務執行部門にあると解されるが、監査役もこの権限を有するとの見解も有力である（下記2(2)「提訴前の和解の可否」参照）。

(3) 損害の程度

損害が軽微であれば提訴は費用倒れになりかねず、そのような場合にまで提訴する必要があるとは限らないため、会社が被った損害の金額を考慮する。

（４）損害の回収可能性

提訴対象取締役が資力がないのであれば、たとえ勝訴しても損害賠償を得られず、結局損害を回収できない。そのため、提訴対象取締役の資力の有無を調査したうえで、損害の回収可能性を考慮して提訴の可否を判断することも許される³⁵。

（５）会社の人的・時間的・金銭的負担

提訴に踏み切れば、会社は訴訟対応のための人的・時間的負担や、弁護士費用・印紙代等の金銭的負担（下記３参照）を避けることはできない。提訴の判断にあたっては、これらの負担の大きさと損害の回収可能性を比較することも一要素となる。

（６）会社の信用に対する影響

会社が取締役に対して提訴するとなれば、会社の信用低下による株価下落や取引への悪影響が懸念されることもあり得るため、そのような悪影響についても検討することになるが、この点については、特に重大な義務違反の場合は、考慮すべきではないという見解も有力である³⁶。

２ 責任が認められる場合の裁判外の解決の検討

（１）任意の賠償

取締役が責任を認め、任意に全額の賠償をする場合には、その賠償により会社は損害を回復できるため、提訴の必要はなくなる。監査役としては、まず取締役が任意に支払う可能性につき検討することとなる。

（２）提訴前の和解の可否

会社（監査役が会社を代表する。）と提訴された取締役との間で、提訴後に訴訟上の和解をする場合には、総株主の同意がなくとも和解をすることができる（法第 850 条第 4 項、第 424 条）。

他方、会社（代表取締役が会社を代表する³⁷。）と提訴対象取締役との間で提訴前に和解をする場合には、原則どおり、会社法上の手続を経る必要がある。したがっ

³⁵ 損害の回収可能性を考慮してはならないとする見解も存在する（近藤光男「監査役 of 義務と責任」商事法務 1383 号（1995）7 頁）。

³⁶ 会社の信用に対する悪影響を考慮すべきか否かについては、肯定する見解（今井宏『株主総会の理論』（有斐閣、1987）274 頁、江頭憲治郎『株式会社法 第 5 版』（有斐閣、2014）525 頁）と、否定的な見解（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、近藤光男「監査役 of 義務と責任」商事法務 1383 号（1995）7 頁）が存在する。否定的な見解を唱える山下教授は、上記論文において、少なくとも「取締役の責任がはっきりしており、それが重大なものである場合には、訴訟の提起をすることが監査役 of 義務になる」としている。

³⁷ 代表取締役のみならず、監査役にも提訴前に会社を代表して和解をなす権限が認められるとする見解もある（小林秀之ほか『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）297 頁（池田辰夫執筆部分））。

て、提訴前の和解が損害賠償責任の減免を含む場合には³⁸、原則として、総株主の同意が必要となる（法第424条）。株主総会決議によって提訴対象取締役の損害賠償責任を減免すること（法第425条第1項）や、取締役の責任を取締役会決議で減免できる旨の定款の定めがある場合（法第426条第1項）にその規定を活用することも考えられるが、上場会社においては、現実には活用は困難な場合が多いであろう。

なお、取締役が会社との間で責任限定契約を締結している場合には、当該取締役が職務を行うにつき善意でかつ重大な過失がないときは、その責任の範囲は報酬の2年分等に限定され、それを超える損害については責任を負わない（法第427条第1項、第425条第1項第1号ハ）³⁹。したがって、このような契約を根拠に、責任の範囲を報酬の2年分等と限定して当該取締役との間で和解することも考えられるが、当該取締役に悪意・重過失があったとして株主が代表訴訟を提起してきた場合には、裁判所で善意・無重過失か否かをめぐって訴訟が係属することになるので、終局的な解決にはならない可能性がある。

（3）提訴前の和解の留意点

会社が提訴対象取締役との間で、損害賠償債務のうち一定額が支払われた場合には残額については請求しない旨の提訴前の和解をした場合、株主が代表訴訟を提起しなければ、事実上、当該係争は終了する（会社法が定める上記（2）記載の責任減免手続を経していない限り、株主が代表訴訟を提起してきた場合は、和解金の額を超える部分について、取締役に支払いが命じられる可能性はある。）。

しかし、当該支払額が提訴対象取締役の支払能力に比して過小であれば、そのような和解をなした代表取締役はもちろん、当該和解を理由に提訴を見送った監査役も善管注意義務違反の責任を問われることがあり得る。

3 費用の検討

（1）印紙代

株主が取締役に対して代表訴訟を提起する場合、当該訴えは訴訟の目的の価額の

³⁸ 訴訟を未然に防止するために会社と代表訴訟を提起されそうな取締役との間でなされる和解は、取締役の責任の免除に該当し得る（小林秀之ほか『新版・株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）297頁）。なお、分割払いについては、弁済の猶予に該当するものの、金利を免除するものでなければ、そもそも取締役の責任の免除にならないといえるため（渡邊顯ほか『現代企業法務の課題と対策 ①商事法務編』（新日本法規、1998）113頁（高田亨執筆部分））、分割支払いの合意をした方が会社にとって有利である場合には、会社と取締役との間で分割払いの合意が成立したことを理由に提訴を見送った監査役の対応も善管注意義務違反とはならない。

³⁹ なお、平成26年の会社法改正により、責任限定契約を締結可能な役員の範囲が変更され、取締役については業務執行取締役等でない取締役、監査役については全ての監査役につき、責任限定契約を締結することが可能になった。

算定については、財産権上の請求でない請求に係る訴えとみなされる（法第847条の4第1項）。なぜなら、請求が認容されても株主に直接損害賠償金が支払われるわけではないからである。したがって、訴え提起時に手数料として訴状に貼付する必要がある印紙の額は、取締役に対し賠償を請求する額にかかわらず、1万3000円となる（民事訴訟費用等に関する法律第4条第2項、第3条第1項）。

他方、監査役が会社を代表して責任追及等の訴えを提起する場合には、上記の規定は適用されず、原則どおり、訴額に応じた印紙代が必要となる（同法第4条第1項、別表第一第1項）。よって、会社の損害が多額であり、訴額が大きくなる場合には、貼用印紙代も多額に及ぶことになる。

（２）弁護士費用

監査役が会社を代表して提訴をする場合、訴訟代理人として起用する弁護士の費用が生じる⁴⁰。弁護士費用については、①着手金及び報酬金という二段階に分けて算定する方法、②時間制（タイムチャージ）により算定する方法、③定額制により算定する方法等があり得る。①又は③の場合には、経済的利益の大きさに応じて報酬を算定するのが一般的であり、取締役に対する賠償請求額により弁護士費用も変動し得る。上記1（5）記載のとおり、提訴の判断においては、弁護士に見積もりを依頼し、損害額及び回収可能性との兼ね合いで費用倒れにならないかを見極める必要がある。

4 監査役の見解が分かれた場合の対応

監査役は独任制の機関であり、複数の監査役が存在する場合であっても、各監査役は単独でその権限を行使することができる。したがって、監査役の見解が分かれた場合であっても、各監査役は単独で会社を代表し取締役に対する責任追及等の訴えを提起し得る⁴¹。もっとも、監査のために業務財産調査権等の権限を行使する場合とは異なり、会社の代表権については、監査役ごとに矛盾する権限行使がなされる事態は避けるのが望ましいことから、提訴するか否かの判断について、監査役間で合意形成に向けた十分な意見交換がなされることが望ましい。

5 提訴判断に関する監査役会議事録作成上の留意点

提訴についての協議を監査役会において行った場合は、その概要や結論を監査役

⁴⁰ 監査役が提訴せず、株主が代表訴訟を提起し勝訴した場合、株主は会社に対し、生じた弁護士費用の範囲内で相当と認められる額の支払を請求することができる（法第852条第1項）。「相当と認められる額」とは、具体的には、当該訴訟における事案の難易、弁護士が要した労力の程度及び時間、認容された額、判決の結果会社が回収した額、訴えの性格その他諸般の事情を総合的に勘案して定められるべきものとされている（大阪地判平成22年7月14日判時2093号138頁）。

⁴¹ 落合誠一『会社法コンメンタール8－機関（2）』（商事法務、2009）424頁（吉本健一執筆部分）

会の議事録に記載することになる。なお、監査役会議事録は、株主、債権者及び親会社社員による閲覧・謄写請求の対象となり得る(法第394条第2項・第3項)。また、監査役会議事録は会社が法令上作成義務を負う文書であるから、株主代表訴訟においては、文書提出命令により会社が提出を命じられる可能性もある(民事訴訟法第220条第4号)。

第5章 取締役会・監査役会の議事録の閲覧・謄写請求への対応

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">1 会社に対する閲覧・謄写請求への対応2 裁判所に対する閲覧・謄写の許可の申立てがなされた場合の対応 |
|---|

責任追及等の訴えの提訴請求をする株主は、提訴請求に先立ち、又は提訴請求と並行して、提訴請求に係る事案が決議又は報告された取締役会議事録及び監査役会議事録（以下、あわせて「議事録」という。）の閲覧・謄写を請求することがある。閲覧・謄写請求への対応は、業務執行部門の職務範囲に入り、監査役の職務範囲ではないが、提訴請求に対する監査役の対応とも無関係ではないので、制度の概要を以下説明する。

1 会社に対する閲覧・謄写請求への対応

（1）議事録の閲覧・謄写制度

監査役（会）設置会社の株主は、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、議事録の閲覧・謄写の請求をすることができる（法第371条第2項・第3項、第394条第2項）。

（2）会社に対する閲覧・謄写の請求がなされた段階での留意点

株主が会社に対して議事録の閲覧・謄写に応じるよう求めた場合⁴²、裁判所の許可がなくとも、会社が任意に閲覧・謄写に応じることは可能である⁴³。しかし、閲覧・謄写を認めると重大な企業秘密が漏えいしてしまうため、裁判所の許可が得られないであろう場合にまで、任意に閲覧・謄写をさせたときは、取締役は善管注意義務違反の責任を問われ得る⁴⁴。そして、いかなる場合に裁判所の許可が得られないかの判断は困難であるため、実務上は、裁判所の許可なしに閲覧・謄写に応じることは避ける方が無難である。

会社が閲覧・謄写に応じない場合、株主は、裁判所に対し、許可の申立てを行うことが予想される。そのため、会社としては、裁判外の閲覧・謄写請求があった時点で、弁護士に相談し、許可の裁判の審理において十分な主張・立証活動ができるよう準備することが肝要である。

⁴² 株主による議事録の閲覧・謄写の請求は少数株主権等の行使にあたるため、株券電子化の対象である会社においては、個別株主通知が必要である（社債、株式等の振替に関する法律第154条第3項）。

⁴³ 元木伸『改正商法逐条解説〔改訂増補版〕』（商事法務研究会、1983）132頁

⁴⁴ 酒巻俊雄ほか『逐条解説会社法 第4巻 機関・1』（中央経済社、2008）593頁

なお、株主の会社に対する閲覧・謄写の請求書において記載された理由自体が取締役の善管注意義務違反を疑う端緒となり得る。そのため、監査役としては、株主から議事録の閲覧・謄写の請求がされたことを知った場合、その時点ではまだ提訴請求がされていなくとも、監査役の職務の一環として、閲覧・謄写の請求書において指摘されている取締役の職務執行状況について調査する必要が生じ得ることに留意する必要がある。

2 裁判所に対する閲覧・謄写の許可の申立てがなされた場合の対応

(1) 裁判手続

裁判所に対し、議事録の閲覧・謄写の許可の申立てがなされた場合、裁判所は、審問の期日を開き、申立人及び閲覧・謄写を請求された会社の陳述を聴かなければならない（法第870条第2項第1号）。会社が、閲覧・謄写を拒絶したい場合には、裁判所における審問の機会において、下記（2）のとおり主張・立証活動を行うことになる。通常は、弁護士に委任し、代理人弁護士が審問期日に出頭して、会社側の主張・立証を行う。審問期日が指定されると、裁判所書記官から、期日呼出状、申立書の写し及び書証（添付資料）が送付されるため、会社としては送付を受けた段階で直ちに弁護士と対応を協議する必要がある。

(2) 会社側の主張・立証活動

裁判所の許可の要件は、権利を行使するため閲覧・謄写の必要があることと、会社に著しい損害が生ずるおそれがないことである（法第371条第2項から第6項）。

そのため、裁判所に対して許可の申立てがなされた場合、会社としては、次のような主張・立証活動をしていくことが考えられる。

① 権利行使のため閲覧・謄写をする必要がないこと

会社は、株主が株主権の行使以外の目的（例えば、労働契約上の権利行使の目的、他の訴訟の証拠を収集する目的等）で閲覧・謄写を請求しているなど、株主権行使のための閲覧・謄写の必要性が存しない場合には、そのことを主張・立証して、申立ての却下を求めることが考えられる。

② 会社に著しい損害が生じるおそれがあること

会社は、株主にとって閲覧・謄写の必要性が低い一方で、それにより企業秘密が漏えいするなどして会社に著しい損害が生じるおそれがある場合には、そのことを主張・立証して許可申立ての却下を求めることになる。

③ 許可の範囲を限定すべきこと

閲覧・謄写の請求がなされた議事録のうち、一部については閲覧・謄写の必要性を欠くか又は開示により会社に著しい損害が発生するおそれが存するといふ場合には、会社は、閲覧・謄写が認められるべきでない範囲を明示して、その部分については閲覧・謄写を許可しないよう主張・立証を行うことも考えられる。閲覧・謄写が認められるべき範囲が特定されるときは、裁判所はその範囲に限って閲覧・謄写を許可することができる⁴⁵。

(3) 裁判によらない解決

従来は、議事録の閲覧・謄写許可申立事件のような非訟事件について、当該非訟事件の手続において和解することができる法令上の根拠がなかったため、株主と会社が和解する場合も、例えば、議事録の一部について利用目的を株主代表訴訟での使用等に限定する旨の誓約書を株主から徴求したうえで会社が任意に写しを交付し、株主が申立てを取り下げるといった運用により解決がなされることがあった。

この点、平成25年1月1日施行の非訟事件手続法において和解制度が導入されたため（非訟事件手続法第65条第1項）、会社が議事録の全部又は一部について閲覧・謄写に応じる旨の和解をすることにより解決することも可能になっている⁴⁶。

(4) 許可の決定に対する対応

裁判所が許可の決定をした場合、会社は、2週間の即時抗告期間の経過前に、即時抗告をするか否かを決定しなければならない（法第872条第5号、非訟事件手続法第67条第1項）。許可の決定に対して即時抗告をした場合、即時抗告が棄却されて原決定が確定するまでは閲覧・謄写の請求に応じなくてよい（執行停止の効力。法第873条）。他方、裁判所の許可の決定が確定したときは、会社は拒否することができず、閲覧・謄写への不当な拒絶に対しては、100万円以下の過料の制裁に処せられることがある（法第976条第4号）。

⁴⁵ 大隅健一郎ほか『会社法論 中巻〔第三版〕』（有斐閣、1992）198頁

⁴⁶ 大阪地方裁判所商事研究会『実務ガイド 新・会社非訟 会社非訟事件の実務と展望』（金融財政事情研究会、2014）279頁

第6章 提訴しないと決定した場合の対応

- 1 不提訴理由通知書の内容
- 2 提訴請求株主以外への報告・開示等
- 3 株主代表訴訟が提起された場合の被告取締役への補助参加の同意にあたっての判断
- 4 株主代表訴訟が提起された場合の裁判上の和解の際の留意点

監査役が提訴しないと決定した場合には、株主等に対してその旨を通知することになるが、これに納得しない提訴請求株主から、その後、代表訴訟が提起される可能性がある。その場合においても、訴訟手続において監査役が対応を検討すべき場面がある。

1 提訴しないと決定した場合の不提訴理由通知書の内容

(1) 不提訴理由通知書⁴⁷

ア 制度の概要

監査役が株主から責任追及等の訴えの提訴請求を受けたが、訴えを提起しないと判断した場合において、株主又は提訴対象取締役からの請求があったときは、監査役⁴⁸は、遅滞なく提訴しない理由を、書面又は電磁的方法により通知しなければならない（法第847条第4項、施行規則第218条（以下、電磁的方法によるものも含めて「不提訴理由通知書」という。））。

この通知を怠ったとき又は不正の通知をしたときは、監査役は100万円以下の過料の制裁に処せられることがある（法第976条第2号）。ただし、提訴請求自体が不適法である場合には、不提訴理由を通知する必要はない⁴⁹。もっとも、提訴請求が不適法である旨を監査役の側で任意に通知することは差し支えない⁵⁰。

イ 監査役会との関係

提訴請求を受けた監査役は、それぞれ会社を代表して請求者に対して各別に不提訴理由の通知を行うことも可能である。もっとも、特に監査役相互間で意見の相違がない場合には、1通の書面をもって全ての監査役連名による不提訴

⁴⁷ 不提訴理由通知書のサンプルについて、応用編43頁参照。

⁴⁸ 不提訴理由通知書は、請求対象者に対する責任追及等の訴えを提起する権限を有する者が作成するためである（相澤哲ほか『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006）352頁）。

⁴⁹ 相澤哲ほか『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006）351頁

⁵⁰ 相澤哲ほか『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号（商事法務、2006）42頁（相澤哲、石井裕介執筆部分）

理由の通知を行うことが可能であり⁵¹、これが適切であろう⁵²。

(2) 通知書に何を記載すべきか

不提訴理由通知書には、以下の事項を記載しなければならない（施行規則第218条第1号から第3号）。

ア 株式会社が行った調査の内容（提訴請求対象者の責任又は義務の有無についての判断の基礎とした資料を含む）

提訴請求に掲げられた事実関係についての調査の結果及びその証拠関係を指す。

すなわち、調査の内容とは、調査の時期、調査を行った者、判断の基礎とした資料の項目、調査の方法（書類上の調査か、聞き取りをしたか等）、調査によって判明した事実等を指す⁵³。また、資料については、会社が調査した資料の全てを記載する必要はなく、提訴請求対象取締役の責任の有無についての判断の基礎とされなかった資料は除かれる⁵⁴。また、資料とは標目を指し、資料の内容そのものではない⁵⁵。

イ 提訴請求対象者の責任又は義務の有無についての判断及びその理由

調査により判明した事実を前提とする提訴請求対象取締役の損害賠償責任の有無についての判断及びその理由を指す。

ウ 提訴請求対象者に責任又は義務があると判断した場合において、責任追及等の訴えを提起しないときは、その理由

提訴請求対象取締役の損害賠償責任があるにもかかわらず、監査役が責任追及等の訴えを提起しない場合の理由を指す。

理由の例として、損害額が僅少であるため、訴えによって損害回復を図ることによりかえってコストがかかって損害を拡大することになることが挙げられる⁵⁶。

⁵¹ 相澤哲ほか『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006）352頁

⁵² 当協会の監査役監査基準においても、監査役は、監査役会における審議を経て、不提訴理由通知書の内容を検討するとされており（監査役監査基準第49条第4項柱書）、監査役間の協議による意見の集約を経た不提訴理由通知の作成が想定されている。

⁵³ 相澤哲ほか『論点解説新・会社法』（商事法務、2006）351頁

⁵⁴ 相澤哲「省令の概要と株式・機関関係」企業会計第58巻第4号（2006）24頁

⁵⁵ 相澤哲『立案担当者による新会社法関係法務省令の解説』別冊商事法務300号（商事法務、2006）41頁

⁵⁶ 相澤哲ほか『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006）351頁

(3) 不提訴理由通知書にどの程度記載すべきか

監査役として、不提訴理由通知書をどこまで詳細に作成すべきか、その程度を決するに際しては、以下の点に留意する必要がある。

ア 作成者たる監査役の善管注意義務との関係

不提訴理由通知書においては、監査役は、株主の提訴請求に対しいかなる調査を行い、なぜ不提訴の結論に至ったのかを開示することが要求される。

監査役が提訴を見送った結果、株主代表訴訟が提起され、原告株主が勝訴しても、監査役が合理的な情報を収集し、誠実に判断したうえで提訴しないと判断したのであれば監査役の任務懈怠責任は問われないが、調査の実態と内容によっては、不提訴の判断をした監査役の責任が問われる余地がある⁵⁷。その際、不提訴理由通知書の記載内容は、監査役の任務懈怠の有無を判断する際にも参考とされる可能性がある。

イ 株主代表訴訟との関係

(ア) 不適切な訴訟を回避できる可能性

会社側が提訴をしない理由を明確に株主に伝えることにより、株主が、充実した調査結果に納得したうえで株主代表訴訟の提起を断念し、その結果、取締役や会社としても本訴において無益な追行を行うことを回避できることとなる場合がある。

(イ) 記載された調査内容が証拠資料になる可能性

当該提訴請求にかかる株主代表訴訟が提起された場合、当事者は、会社から入手した不提訴理由通知書を書証として裁判所に提出することができる。

また、不提訴理由通知書に記載された判断の基礎とした資料は、原告株主からの文書提出命令の申立てや裁判所から任意の提出を求められる対象になる可能性がある。

(ウ) 担保提供命令制度との関係

訴えに理由がないことを十分に説明されながら、あえて株主が代表訴訟の提起に及ぶ場合には、不提訴理由通知書は、担保提供の申立て（法第847条の4第2項）に必要とされる「訴えの提起が悪意によるものであること（法第847条の4第3項）」を疎明する資料となり得る。

⁵⁷ 小林秀之ほか『株主代表訴訟とコーポレート・ガバナンス』（日本評論社、2008）52頁、100頁

2 提訴請求株主以外の関係者への報告・開示等

監査役が責任追及等の訴えを提起しないと判断した場合、不提訴理由の通知以外には、以下の対応が必要となる。

(1) 代表取締役・取締役会への報告

提訴対象取締役から不提訴理由通知書を請求された場合でなくとも、関係者において今後の対応の準備をする必要もあるので、代表取締役及び提訴対象取締役に対し、監査役としての不提訴の判断内容を通知する。また、代表取締役、法務部等を担当する取締役に対しては、監査役が提訴しない理由及び株主代表訴訟が提起された場合の訴訟の見通し等を説明することが多いであろう。

監査役が提訴しないと判断した場合であっても、株主から提訴請求がなされた事実そのもの及び提訴請求の対象となった事案は会社にとって重要な事項である。そこで、取締役会において、監査役から、検討過程と結論、今後の見通し、その他派生すると考えられる問題点等を報告・説明することが考えられる。この報告・説明は、結論に至った場合はもとより、調査の途中で、途中経過として適切な時期に行われるべきである。

(2) 資料の保存

不提訴の判断に至るまでの検討・調査に用いた一連の資料については、後に代表訴訟を提起された場合の証拠にもなり得るので必要に応じて保存する。

(3) 広報との連携

提訴請求を受領したこと及び不提訴を決定したことは、上場企業であっても、通常は、金商法上又は証券取引所規則上開示が必要となる事項にあたるものではない。したがってこの事実を、任意に報道機関を含めて社内外のどの範囲の関係者に対してどのように開示するかは、監査役、法務部門、広報部門等で協議して決定する必要がある⁵⁸。

3 株主代表訴訟が提起された場合の被告取締役への補助参加への同意にあたっての判断

(1) 原告側に対する会社の訴訟参加

株主代表訴訟が提起された後、会社が被告取締役の責任を追及することが必

⁵⁸ なお、上場会社において、監査役が提訴しないこととしたことが、インサイダー取引規制上の重要事実とならないかに留意する必要があるが、これらにあたりとされる可能性は一般的には低いと思われる。

要であると考えた場合には、会社は、原告株主側に訴訟参加をすることができる⁵⁹。

もつとも、監査役が訴訟により当該被告取締役の責任を追及することが必要であると判断したのであれば、株主からの提訴請求がなされた時点で、自ら責任追及等の訴えを提起して居るべきであるから、このような事態は現実には考えにくい。

(2) 被告側に対する訴訟参加

ア 制度の概要

株主代表訴訟の提起後、会社は、被告取締役側に補助参加をすることができる（法第849条第1項本文参照）。

補助参加とは、訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、当事者の一方を補助するために、補助参加人という従たる立場で訴訟に参加するものである（民事訴訟法第42条）。補助参加人は、自己の利益を守るために訴訟に関与するので、原則として一切の訴訟行為ができる。しかし、被参加人（ここでは、被告取締役）ができない訴訟行為、被参加人の行為と抵触する訴訟行為及び被参加人に不利益な訴訟行為をすることはできない（民事訴訟法第45条第1項但書・第2項）。

イ 補助参加の可否及び当否

通常、補助参加をする場合には民事訴訟法第42条に規定される要件（補助参加の利益）を充たす必要がある。しかし、会社法下の株主代表訴訟については、立案担当者の説明では、会社が、被告取締役側に補助参加するに際し、補助参加の利益は不要であり、当然に被告側に補助参加できるとされている⁶⁰。

これに対し、法第849条第1項の規定からは、民事訴訟一般に要件となる補助参加の利益を不要とする規律は読みとれないとして、立案担当者の見解に反対する見解もある⁶¹。

⁵⁹ 株式会社が取締役の責任を追及するためにする参加としては、法第849条第1項により、①原告として係属中の株主代表訴訟に共同訴訟参加（民事訴訟法第52条）をすることや、②株主側への補助参加（民事訴訟法第42条）をすることが考えられる（神作裕之ほか『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務、2014）411頁（笠井正俊執筆部分））。なお、共同訴訟参加とは、第三者が当該訴えの原告の請求と同じ訴えを提起するか（原告側への共同訴訟参加）、又は原告の訴えに対し請求棄却又は訴え却下の申立てをする（被告側への共同訴訟参加）ことによって、第三者が原告又は被告の共同訴訟人として参加するものをいう。

⁶⁰ 相澤哲『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009）251頁

⁶¹ 笠井正俊「株主代表訴訟における訴訟要件・不提訴通知・訴訟参加をめぐる問題」民事訴訟雑誌55号（2009）147頁

ウ 会社を代表する者及び監査役の同意

補助参加において、参加する会社を代表する者は、監査役ではなく、本来の会社代表者（代表取締役）である（法第349条第4項）⁶²。会社が補助参加をする場合には、監査役の同意が必要である（法第849条第3項第1号）。監査役が複数いる場合には、各監査役の同意が必要である（法第849条第3項第1号かつこ書）。

補助参加することが会社の利益とならないにもかかわらず、監査役が補助参加に同意した場合、それが監査役の善管注意義務違反を構成することがあり得る⁶³。株主代表訴訟においては会社と被告取締役は形式的には対立しており、また、補助参加のためには会社の費用の支出が必要であることなど⁶⁴に鑑みても、監査役は、弁護士に照会する等した上、慎重に同意の可否を決すべきである。

エ 補助参加した場合の訴訟代理

会社が補助参加するときは、被告取締役が依頼した弁護士とは別の弁護士に依頼する必要がある。

もともと、会社が被告取締役に補助参加を行うということは、会社と当該被告取締役の利害関係が一致しており、訴訟の追行において、会社と被告取締役の主張が重なり合うことも多いことを意味するから、訴訟代理人弁護士は別の弁護士とするものの、答弁書や準備書面において一方が他方の主張を援用するなど、訴訟準備や訴訟活動は協力して行われることになろう。

4 株主代表訴訟が提起された場合の裁判上の和解の際の留意点

（1）株主による訴訟上の和解の可否

株主代表訴訟を提起した場合には、株主は、会社の承認がない限り、被告取締役との間で訴訟上の和解をすることができない（法第850条第1項参照）⁶⁵。

株主が被告取締役との間で訴訟上の和解をしようとする場合には、裁判所か

⁶² 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』（判例タイムズ社、2011）298頁（小濱浩庸執筆部分）

⁶³ 判例は、会社が被告取締役側に補助参加することが許される場合として、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り、取締役の敗訴を防ぐことに法律上の利害関係を有する場合を挙げている（旧商法下の判例ではあるが、最決平成13年1月30日民集55巻1号30頁）。

⁶⁴ なお、補助参加した場合、会社が、被告取締役にとって有利・不利を問わず、当事者としての文書提出義務を負う点を考慮すべきあるとの指摘もある（新谷勝『株主代表訴訟改正への課題』（中央経済社、2001）175頁）。

⁶⁵ 厳密には、会社が異議を述べた場合には、株主が被告取締役との間で、訴訟上の和解をしても、会社又は他の株主との関係において再訴禁止の効力が発生せず（会社法第850条第1項）、被告取締役としては、会社の承認がないと、株主と和解をしても最終的な解決とならない可能性があるため、通常、株主との和解に応じることはできないということである。

ら会社に対し、和解の内容が通知され、かつ、和解に異議があるときは2週間以内に異議を述べるべき旨が催告され（法第850条第2項）、監査役は、会社を代表して当該通知および催告を受ける（法第386条第2項第2号）。会社が書面により異議を述べなかった場合には、当該通知の内容で和解をすることを承認したものとみなされる（法第850条第3項）。

（２）株主による訴訟上の和解に異議を述べるか否かを検討する際の留意点

会社が株主による訴訟上の和解に異議を述べるか否かについては、各監査役が判断することとなり、監査役のうち一人でも異議を述べた場合には、会社は和解をすることができない（法第386条第2項第2号参照）⁶⁶。株主が、本来認められるべき被告取締役の損害賠償責任額に比して過小な額で和解をするなど会社にとって不利な内容で和解をしようとする場合において、監査役が漫然と当該訴訟上の和解に異議を述べることを怠った場合には、監査役は善管注意義務違反の責任を問われる可能性がある。よって、監査役は、株主の勝訴の可能性、会社の損害の程度及び当該取締役からの損害の回収可能性等について検討し、和解に異議を述べるか否かを慎重に検討する必要がある。

なお、会社が異議を述べられる期間は、裁判所の通知から2週間以内であり、非常に短期間であることから、監査役は、株主代表訴訟において和解の可能性が生じた段階からは、上記考慮要素を踏まえた検討を開始する必要がある。

⁶⁶ 落合誠一『会社法コンメンタール8－機関（2）』（商事法務、2009）424頁（吉本健一執筆部分）参照

第7章 提訴すると決定した場合の対応

- 1 代理人弁護士を選定
- 2 会社を代表する監査役の決定
- 3 提訴対象取締役への通知
- 4 仮差押えの検討
- 5 提訴請求株主への対応
- 6 広報対応との連携
- 7 公告がなされたことの確認
- 8 和解にあたっての留意点

監査役が提訴対象取締役に対し責任追及等の訴えを提起すると決定した場合には、監査役は、代理人弁護士を選定をはじめとする必要な対応をとることになる。

1 代理人弁護士を選定

監査役が会社を代表して提訴対象取締役を提訴する場合、通常、監査役が提訴請求への対応を相談していた弁護士に訴訟追行を委任することが多いであろう。もっとも、監査役が独自に弁護士を選任することなく顧問弁護士に相談しながら提訴請求に対応していた場合、顧問弁護士に訴訟追行を委任すべきか否かについては慎重に判断する必要がある。顧問弁護士は、共通編19頁でも述べたとおり、会社の業務内容や業界の事情、過去の経緯等に関して知識があるため、十分な理解のもと訴訟追行を行うことが期待できる場合も多いであろうし、会社との信頼関係もあろう。他方で、顧問弁護士は、業務執行部門から継続的に相談を受ける立場にあり、提訴対象となった事案について法的助言をしていることや、提訴対象取締役と面識があることも考えられる。顧問弁護士に訴訟追行を委任すべきか否かは、このような利害関係の有無を確認したうえで、また、当該弁護士の受任意思も確認したうえで、判断する必要がある。

2 会社を代表する監査役の決定

監査役は独任制の機関であり、監査役は独自に会社の代表権を行使できるから（法第386条第1項第1号）、提訴に反対する監査役は、賛成者とともに提訴することを強制されない。そのため、会社を代表する監査役を提訴に賛成する監査役から選定することは当然である。

訴状における当事者の記載（民事訴訟法第133条第2項第1号）について

は、賛成者全員を連名で訴状に会社代表者として記載する方法も考えられるが、監査役間で会社を代表する者を決定し、この者のみを訴状に会社代表者として記載する方法をとるのが通常である⁶⁷。会社を代表する監査役は、通常、訴状に代表者として記載されるのみならず、弁護士や社内の各部署と連携しながら訴訟準備を行うことになるから、いずれの方法によるにせよ、提訴に賛成している限り、訴訟準備に時間や労力を割きやすい常勤監査役を会社代表者に選定するのが現実的である。

もつとも、提訴請求の対象となっている事実に関してある監査役が代表取締役から訴えを提起されているような場合は、実質的に会社と当該監査役の間に利益相反があるため、当該監査役を会社代表者に選定するのは望ましくないと見える。

また、元取締役の監査役がいる場合、提訴請求の対象となっている事実がこの者の取締役当時の職務執行に関係していることがあり得るが、提訴対象取締役の責任が認められると当該監査役の取締役当時の職務執行について善管注意義務違反が認められる事態に発展する可能性があるような場合は、実質的に会社と当該監査役の間に利益相反があるため、当該監査役を会社代表者に選定するのは望ましくないと見える。

3 提訴対象取締役への通知

監査役が取締役を提訴することを決定した事実は業務執行部門にとっても重要な事実であるから、監査役が提訴対象取締役を提訴することを決定した時点で、通常、取締役会においてその旨報告され、提訴対象取締役にも通知されることになる。もつとも、提訴対象取締役が財産を隠匿するおそれがある場合等には、次に述べるとおり、弁護士と協議のうえ、仮差押えを先行させることを検討すべきである。

4 仮差押えの検討

提訴対象取締役が財産を隠匿するおそれがある場合には、会社の損害賠償請求権を保全するため、監査役は、弁護士とも協議のうえ、仮差押えをすべきか否かを検討することになる。典型的な仮差押えの目的物としては、提訴対象取締役の自宅不動産や預金が考えられる。仮差押えをするためには「保全の必要性」を疎明する必要があるが（民事保全法第13条）、この点は、損害賠償責任に対する提訴対象取締役の態度や同人が当該目的物を処分するおそれ、同人の財産状況、仮差押命令の発令により同人が被る損害の程度等を勘案のうえ判断

⁶⁷ 今井宏＝伊藤智文「株主代表訴訟と監査役」月刊監査役320号（1993）20頁

されることになる。

5 提訴請求株主への対応

会社は、責任追及等の訴えを提起したときは、遅滞なくその旨を公告し、又は株主に通知しなければならない（法第849条第5項）。公告・通知義務があるにもかかわらずこれを怠った場合には、過料の制裁があるため（法第976条第2号）、監査役は、法務部等が当該公告・通知を適時に為したか否かを確認するのが望ましい。

なお、非公開会社は公告ではなく通知をする義務がある（法第849条第9項）。

6 広報対応との連携

会社が原告となって訴訟提起する場合には、金商法上又は証券取引所規則上の開示事由には通常該当しないと解されるが、上場会社の場合、監査役の訴訟提起について、会社として、任意開示として証券取引所に開示するか否か、報道機関に対して任意に公表するか否かを検討することになることが多いであろう。監査役は、訴訟提起を決定した者として、この点について、法務部等に対して意見を述べることになる。一般的には、会社法上の公告義務もあることから、任意開示として、開示している事例が多い。

7 公告がなされたことの確認

上記のとおり、公開会社は、責任追及等の訴えを提起したときは、総株主に対して通知をする場合を除き、遅滞なくその旨を公告しなければならず⁶⁸（法第849条第5項）、上場会社の場合、株主数が多いことから、通知ではなく公告を選択することになるろう。

会社は、定款に定める公告方法により、責任追及等の訴えを提起した旨を公告することになるため、監査役は、法務部等が適時に公告をなし得るよう協力する。公告する内容は責任追及等の訴えを提起した旨であり、当該訴訟を特定できる内容（訴訟が提起された裁判所、事件番号）を記載すれば足りる。

8 和解にあたっての留意点

監査役が会社を代表して責任追及等の訴えを提起した場合、会社は、被告取締役との間で訴訟上の和解をすることができ、その際には、当該和解が責任の

⁶⁸ 公告をする義務があるにもかかわらず、公告を怠った場合には、代表取締役等に過料の制裁がある（法第976条第2号）。

免除を含むものである場合においても総株主の同意は不要である（法第850条第4項）。

なお、和解金額が被告取締役の支払能力に比して過小であれば、会社を代表して当該和解をなした監査役が善管注意義務違反の責任を問われることがあり得る点に留意する必要がある⁶⁹。

⁶⁹ なお、会社と被告取締役とが共謀して訴訟の目的である会社の権利を害する目的の訴訟上の和解を行ったときは、再審事由にあたる瑕疵（法第853条第1項）として、訴訟上の和解の無効原因となる（江頭憲治郎『株式会社法 第5版』（有斐閣、2014）481頁。なお、訴訟上の和解の無効原因について伊藤眞『民事訴訟法（第4版補訂版）』（有斐閣、2014）474頁を参照）。

【応用編】

【ケース1】全ての取締役責任がないと判断できる事例

当社では、当時の取締役会の決定に基づきA社をB社から買収し、子会社としたが、赤字の事業年度が続き、5年後に遂にA社を売却して、当該事業から撤退した。これにより、50億円を超える損失が確定した。買収時には、デュー・ディリジェンスも実施し、取締役会での十分な検討を経ており、50億円の損失も、事業環境が好転しなかった場合には起こり得る事態として想定した範囲内のものである。

この案件について、株主Xから監査役に対して、「本買収当時の取締役全員（提訴請求書に当時の取締役全員の氏名が記載されている。）に対して損害賠償請求訴訟を提起されたい。」旨の提訴請求書が送付されてきたが、株主Xが本買収事案について、事実関係を誤解している部分が多々あることがうかがわれるものであった。

監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

本事例では、調査の結果、提訴請求株主に事実関係の誤解があることが明らかになり、監査役が、実際の事実関係を前提とすれば提訴対象取締役には善管注意義務の違反が認められないとして、責任追及等の訴えを提起しないと判断した場合を想定している。このような場合に監査役が取るべき対応については以下を参照されたい。

第1 不提訴理由の通知

監査役は、Xに対し、不提訴理由を通知する（共通編31頁参照）。

[不提訴理由通知書（サンプル）]

平成27年●月●日

東京都●●区●番●号●

X様

東京都××区×番×号×

●●●● 株式会社

監査役 C ㊞

監査役 D ㊞

監査役 E ㊞

不提訴理由通知書⁷⁰

冠省、当職らは、当社株主であるX様からの平成27年●月●日付責任追及の訴え提起請求書（以下「本提訴請求書」といいます。）に対し、会社法第847条第4項に基づき、以下のとおり通知致します。

1 会社が行った調査の内容

当職らは、本提訴請求書に記載された当社取締役の責任を追及する訴えの提起を求める請求（以下「本提訴請求」といいます。）について、以下に述べるような調査を行いました。

すなわち、平成27年●月●日以降、提訴請求を受けた監査役C、D、Eにおいて、・・・等の各文書を調査いたしました。さらに、本提訴請求の対象となっている取締役及び本件に関係する従業員に対して、事実を確認するためのヒアリングを実施いたしました。

2 提訴請求対象者の責任についての判断

当職らは、以下に述べるとおり、対象取締役について、A社の買収に関する経営判断等に関し、善管注意義務違反があったと認めることはできないと判断しました。

(1) 検討

本提訴請求書には、当社がA社をB社から買収したこと（以下「本買収」といいます。）が対象取締役らの善管注意義務に違反するとし、これにより当社は、A社の売却及び事業撤退を強いられ、結果として50億円の損害を被ったとして、当社に対象取締役らに対する損害賠償の請求をするよう記載されております。

本買収は、当社における・・・事業（以下「本事業」といいます。）が伸び悩んでいる中、A社を買収し主導的に経営にあたれば当社の本事業分野も、A社の事業との相乗効果により、大幅な経営改善の見込みがあるとの認識判断の下になされたものです。このような取締役の判断は、専門性と将来予測を伴う総合的な判断であることからすると、取締役の広範な裁量が認められるべきであり、このような場面において取締役の責任を問うためには、その裁量の範囲を超えた善管注意義務違反が認められることが要件となります。

しかるに、本買収に際しては、法律事務所や会計事務所の協力の下綿密なデュー・ディリジェンスを行い、A社の経営状態、特にその財務状況については

⁷⁰ 不提訴理由通知書の記載の詳細度については、共通編33頁を参照されたい。

対象取締役らは正確かつ十分に理解しておりました。本事業に関する需給状況や市場動向についても、様々な角度から情報の収集や分析を行いました。したがって、対象取締役の本買収に係る意思決定の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあったとはいえません。

本買収の代金は約50億円ですが、事業環境が好転した場合には、●年後に利益を計上し、同年度から●年後には借入金の返済を終えることが見込まれておりました。また、●●に照らせば、事業環境が好転することも十分に見込まれており、A社の事業との相乗効果により、当社が本事業分野において利益を伸ばすことも見込まれていました。

他方、対象取締役らは、事業環境が好転しなかった場合に損失が発生することは、買収決定時当初より想定しており、本件の50億円の損失は事業環境が好転しなかった場合には起こり得る事態として買収時から想定された範囲内のものです。本買収に際しては、海外事業コンサルタント等、海外M&Aの専門家の助言も受けており、社内においても時間をかけて十分な検討を行っております。損失発生リスクをとりつつも、積極策を採って本買収を行うことは、対象取締役において不合理な判断であったとはいえません。

(2) 結論

以上により、当職らとしては、X様からの本提訴請求書による提訴の請求に対しては、対象とされた取締役の全員について任務懈怠があるとは認められないことから、提訴しないことといたしましたので、本書によりご通知申し上げます。

草々

第2 提訴請求株主以外の関係者への報告・開示等（共通編34頁参照）。

第3 Xにより株主代表訴訟が提訴された後の対応

・株主代表訴訟が提起された場合の被告取締役への補助参加の同意にあたっての判断（共通編34頁参照）。

・株主代表訴訟が提起された場合の裁判上の和解の際の留意点（共通編36頁参照）。

【ケース2】一部の取締役に責任が認められる可能性がある判断できる事例

当社では、取締役会の決定に基づきA社を買収し、子会社としたが、買収1年後になり、A社が買収前から粉飾決算を続けており、事実上経営破綻していたことが判明した。これにより、当社はA社を清算することを余儀なくされ、50億円を超える損失が確定した。

この案件について、株主Xから監査役に対して、「本買収当時の担当取締役Bに対して損害賠償請求訴訟を提起されたい。」旨の提訴請求書が送付されてきた。そこには、「買収時には、デュー・ディリジェンスも実施し、取締役会での検討を経たものと思われるが、そもそもデュー・ディリジェンスが杜撰であり、担当取締役Bはそのことを十分に認識しつつ、A社の財務状態について取締役会に虚偽ともいえる報告をし、取締役会を欺いたものである。」との記載がなされていた。株主Xは、当時、当社の買収担当部署に所属していた元従業員であり、提訴請求書の記載内容は具体性に富むものであった。

監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

本事例では、調査の結果、監査役が、提訴対象取締役に責任が認められ、会社として取締役に対し提訴すると判断した場合を想定している。このような場合に監査役の取るべき対応については以下を参照されたい。

- 第1 代理人弁護士を選定（共通編38頁参照）。
- 第2 会社を代表する監査役の決定（共通編38頁参照）。
- 第3 提訴対象取締役への通知（共通編39頁参照）。
- 第4 仮差押えの検討（共通編39頁参照）。
- 第5 提訴請求株主への対応（共通編40頁参照）。
- 第6 広報対応との連携（共通編40頁参照）。
- 第7 公告がなされたことの確認（共通編40頁参照）。
- 第8 和解にあたっての留意点（共通編40頁参照）。

【ケース3】監査役も責任を問われる可能性がある判断できる事例

当社では、取締役会の決定に基づきA社を買収し、子会社とした。もともと、A社を買収するに値する会社か否か、当社社内でも疑問が呈されており、多くの取締役が内心では反対していた。しかし、社長が推進派であり、表立って反対しづらい雰囲気の中、取締役会が開催され、必ずしも説得的な資料もなく、また、十分な審議・検討がなされたともいえない状況で買収が決議された。取締役会に出席した監査役としても疑問を抱き、その旨各監査役が述べたが、聞き入れられず、取締役会決議後直ちに買収の契約が締結されてしまった。案の定、買収後のA社の経営状態は悪化の一途をたどり、3年後には事業を廃止することとなり、これにより、50億円を超える損失が確定した。

この案件について、株主Xから監査役に対して、「本買収当時の取締役全員（提訴請求書に当時の取締役全員の氏名が記載されている。）に対して損害賠償請求訴訟を提起されたい。」旨の提訴請求書が送付されてきた。この場合、監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

また、あわせて、当社の代表取締役に対して、「本買収を決議した取締役会に参加した監査役全員（提訴請求書に当時の監査役全員の氏名が記載されている。）に対して、損害賠償請求訴訟を提起されたい。」旨の提訴請求書が送付されてきた。この場合、監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

本事例では、監査役も出席した取締役会決議においてなされた取締役の意思決定の当否が問題となる事案を題材に、監査役が、取締役に責任があると判断すると監査役自らにも責任があったと判断されかねないという利益相反状況に陥った場合、どのように判断すべきかを検討する。

1 利益相反状況における監査役の対応の留意点

(1) 利益相反の状況

本事例は、監査役も出席した取締役会決議においてなされた取締役の意思決定の当否が問題となる場合であり、かつ、取締役の意思決定に善管注意義務違反が認められる可能性がある事案である。

このような事案において、取締役会における取締役の経営判断に善管注意義務違反があると監査役が判断すると、その判断の場に立ち会い、これを阻止できなかった監査役にも善管注意義務違反があるとの判断につながりかねない⁷¹。

⁷¹ 監査役は、取締役が法令若しくは定款に違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合

その意味で、提訴請求を受けた監査役は、一種の利益相反状態にあるといえる。このような利益相反状況は、理屈上は、監査役が出席した取締役会で意思決定がなされた案件について、株主から取締役を相手方とする提訴請求がなされたすべての事案についてあてはまることである。

もっとも、本事例と異なり、取締役の経営判断に善管注意義務違反がないと判断される可能性が高い事案であれば、取締役の善管注意義務違反は認められず、その結果、監査役にも善管注意義務違反は認められないという判断をすることになるため、このような利益相反状況は先鋭化しない。

(2) 利益相反状態にあることを踏まえた監査役の対応

監査役が上記の利益相反状態にある場合であっても、監査役が、提訴対象取締役の善管注意義務違反の有無及び提訴の要否を監査役としての立場において公正に判断すべきことに変わりはない。

また、その公正さの客観性を担保する意味で、社外の弁護士の見解を踏まえつつ調査を進める等の工夫を検討することも考えられる。

株主が取締役と監査役の双方を提訴対象として提訴請求をした場合、取締役に対する責任追及等の訴えの提訴請求の場合には監査役が、監査役に対する責任追及等の訴えの提訴請求の場合には代表取締役が、それぞれ提訴するか否かを判断することになり（共通編12頁参照）、提訴をするか否かの両者の結論も異なる場合がある。また、双方を提訴しないとの判断となったとしても、当該判断に至る理由づけとしての事実認定や法的判断が異なるのであれば、例えば不提訴理由通知書を別個に作成するなどの対応が必要となる。

資料収集・関係者からの事情聴取といった、事実の確認については、監査役・代表取締役間で連携し、一定の範囲では協力して調査を進めることもあり得る。もっとも、代表取締役と監査役との間では、互いの立場の違いから、調査意欲

において、この行為により会社に著しい損害が生じるおそれがあるときは、当該行為の差止めを請求することができる（法第385条第1項）。なお、差止請求の方法に制限はなく、口頭によると書面によると、取締役会の席上においてなされると、訴訟や仮処分の方法によると、いずれも問わない。また、監査役はこれらの行為に加え、取締役が不正の行為をし、又はそのおそれがあるときは、取締役会に報告しなければならない（法第382条）。

監査役が善良なる管理者の注意をもってこれらの違法行為の是正に向けた職務を遂行したにもかかわらず取締役の違法行為及び会社に損害の生ずることを防止できなかった場合には、監査役は責任を負わないと考えられる。しかし、取締役の任務懈怠を認識しながら適切な措置をとらなかった場合には、監査役の責任が生じる場合がある（大阪高判平成18年6月9日判時1979号115頁等）。

監査役の善管注意義務の範囲は、個々の会社の業種や規模に応じ、監査役として一般的に行うべき監査を行っていたかを社会通念に照らして判断することにより決せられる。本事例のように、取締役会決議後、即座に契約が締結され、判決や仮処分による差止めを求めても実効性がない場合であっても、会社の業種、規模、買収の契約の締結経緯等によっては、単に取締役会の席上において監査役として疑問である旨の意見を述べるのみでは足りず、取締役会の席上における口頭での差止請求、内容証明郵便等の書面による差止請求等を行ってはじめて、監査役が違法行為是正義務を果たしたとされる場合もあろう。

に温度差があることもあるので、監査役としては、代表取締役側の調査に依拠しすぎることをないよう、留意する必要がある。

2 監査役の実務に関する検討と監査役の実務上の留意点

監査役に対する提訴又は不提訴の決定は、提訴請求書の受領者である代表取締役が行うことになる。

監査役が、取締役が善管注意義務違反があると考え、監査役には善管注意義務違反がないと考えるのであれば、本買収について社内で検討が始まり、最終的に取締役会で決定がなされて実行されるまでのプロセスにおいて、監査役としてなし得る限りの情報収集や分析検討、業務執行部門に対する指摘を行ったこと及び取締役会の席上においても適切に意見を述べたことを説明し、代表取締役の理解を得る必要がある。

【ケース4】取締役の法令違反、監視・監督義務違反、内部統制システム構築・運用義務違反が問題とされる事例（監査役も責任を問われかねない場合も含む。）

当社では、〇〇部門において架空売上げの計上が数年間にわたって行われてきたことが判明し、第三者委員会を設置して、事実関係の調査を行い、その結果を公表した。第三者委員会の報告書においては、〇〇部門の担当の常務取締役Aと取締役Bが主導して、架空売上げの計上が行われてきたことが指摘された。この件に関して、当社は金融庁より、金融商品取引法違反（有価証券報告書の虚偽記載）を理由として、5億円の課徴金の納付を命じられ、これを納付した。

そうしたところ、株主Xから、当社の監査役に対して、「①金融商品取引法違反に中心的に関与した常務取締役Aと取締役Bに対しては、法令違反を理由として、②その他の取締役（提訴請求書に当時の取締役全員の氏名が記載されている。）に対しては、取締役としての監視・監督義務違反ないし内部統制システム構築・運用義務違反を理由として、当社に対して連帯して5億円を支払うよう損害賠償請求訴訟を提起されたい。」旨の提訴請求書が送付されてきた。

監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

本事例では、株主から、有価証券報告書の虚偽記載に係る取締役の任務懈怠責任に関連して提訴請求書が送られてきたという事案を題材に、第三者委員会の調査との関係をどのように考えるか、取締役の監視・監督義務及び内部統制システム構築・運用義務に係る懈怠をどのように判断するかという点を検討する。なお、第三者委員会の調査との関係については共通編21頁、監視・監督義務及び内部統制システム構築・運用義務に係る懈怠については共通編20頁も参照されたい。

1 事実調査上の留意点

（1）提訴請求受領以前の調査・検討を踏まえた事実調査

不祥事が発覚した企業では、内部調査を実施したり、あるいは第三者委員会が設置されて事実解明が行われ、その結果を踏まえて何らかの対応がとられていることも多い。本事例は、〇〇部門において数年間にわたって行われた架空売上げの計上について、有価証券報告書に虚偽の記載があったと証券取引等監視委員会、金融庁において判断された事案であるが、第三者委員会の報告書においても、〇〇部門の担当の常務取締役Aと取締役Bが主導して架空売上げが計上されてきたことが認定されている。当社は、事実及び課徴金の額を認め、審判手続で争わずに課徴金を納付しているのであるから、その段階において、

大筋において報告書の内容を認めたとうえで、金商法違反についても検討し、これを認めたとうえで課徴金を納付したものと思われる。監査役も、課徴金納付を決定する取締役会等に出席することが多いであろう。

監査役の調査は、このような先行する手続を踏まえて行われることになる。具体的には、第三者委員会の報告書において主導的立場を果たしたと認定された常務取締役Aと取締役Bについては、報告書記載の事実関係が正しいか否かを、関係者からの事情聴取や関連書類の調査により確認することになる。その結果、事実関係が確認でき、両名の行為が違法と判断されるようであれば、両名の責任追及（任意の損害賠償の履行請求）を代表取締役に促し、これがなされなければ、監査役として両名を提訴することを検討することになる。

（２）財務・会計について知見を有する者と協力する必要性

有価証券報告書等の（連結）財務諸表の虚偽記載が問題となる事案においては、会計基準の解釈について異なる見解があり得、その場合、いずれの見解に立っても会計処理が適法と解される余地があったり、仮に会計処理が違法と判断された場合でも、直ちに取締役に過失があることにはならない場合もある。現に、有価証券報告書等の虚偽記載を理由として課徴金納付を命じられ納付した事案について、株主代表訴訟では、取締役の責任が否定された裁判例も存在する⁷²。監査役は、当該会計処理が違法か否かを含め、取締役の責任の有無を判断するにあたっては、当社の会計監査人を務める監査法人とも意見交換をするとともに、監査役の中で財務・会計について知見を有する者がいる場合は当該監査役の意見を、また、必要に応じて外部の会計専門家等の意見も参考にすべきである。

（３）第三者委員会の報告書に依拠できる範囲

共通編 2 1 頁に記載のとおり、第三者委員会の報告書は、そもそも、監査役の実事認定を拘束する性格のものではないうえ、必ずしも関係した取締役の法的責任の有無を判断することを主眼とはしていない。また、第三者委員会の報告書には各取締役の法的責任の有無について直接的な結論が記載されていない場合もある。そのため、事実認定においては参考とするところは多いと思われるものの、各取締役の法的責任の有無それ自体については監査役が判断すべき事項となる。

⁷² 東京高判平成26年4月24日金判1451号8頁、大阪地判平成24年9月28日判時2169号104頁

2 取締役の監視・監督義務と内部統制システム構築・運用義務

監査役の事実調査の結果、第三者委員会の調査結果のとおり、〇〇部門の担当の常務取締役Aと取締役Bが架空売上げの計上を主導していたとすれば、A及びBに善管注意義務違反を認めることは容易であり、本事例で問題となるのは、その他の取締役の責任である。監査役としては、有価証券報告書の虚偽記載についてA・B以外の取締役に監視・監督義務違反がないか、また、内部統制システム構築・運用義務違反がないかという見地から検討することになる。

(1) 監視・監督義務違反

取締役に監視・監督義務違反が認められるのは、その取締役について、他の取締役・従業員の違法行為・不正行為を知り又は知ることが可能であるなどの特段の事情があるのに、これを看過した場合である⁷³（共通編20頁参照）。

有価証券報告書に記載される（連結）財務諸表は、会社法上の（連結）計算書類として取締役会の承認を受けているはずであるから（法第436条第3項、第444条第5項）、本事例でも、A・B以外の取締役も取締役会に出席し、財務諸表（計算書類）等の承認決議に参加しているはずである。しかしながら、取締役会での配布・説明資料を見ただけでは、（連結）財務諸表（計算書類）等に虚偽記載があることを発見することは容易ではない。過去の取締役会に付議された他の議題の中に、虚偽記載をうかがわせるものがなかったか、また、A・B以外の取締役の管掌する部門において、虚偽記載に気づくべき事情はなかったかという観点から、関係する書類や、社内の風評、従前の報道記事等をも調査・検討のうえ、提訴対象取締役ごとに監視・監督義務違反の有無を判断することとなる。

(2) 内部統制システム構築・運用義務違反

ア 内部統制システムに係る不備の有無

大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁⁷⁴以降、内部統制システム

⁷³ A・B以外の取締役にとって、他の取締役・従業員のすべての業務執行を監視・監督することは事実上不可能である。そのため、仮に当社において、相応の内部統制システムが財務報告に関して構築・運用され、それを通じてA・Bを含む個々の取締役の職務執行に対する監視・監督が行われていた場合には、その他の取締役は、A・Bの職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情がない限り、その職務執行が適法に行われていると信頼することに正当性が認められ、監視・監督義務違反に問われることはないと考えられる。

⁷⁴ 同判決は、「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、例えば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社の営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。」「会社経営の根幹に係わるリ

構築・運用義務に係る裁判例が徐々に蓄積されつつある。

内部統制システム構築・運用義務に係る役割分担としては、取締役会が内部統制システムの基本方針（大綱）を決定し（法第362条第4項第6号）、これに沿って、各事業部門において、代表取締役や担当取締役（法第363条第1項第2号）が具体的な内部統制システムの構築・運用義務を負う。その他の取締役は当該義務の不履行の有無を取締役会の構成員として監視・監督する義務を負う⁷⁵。このように、各部門における具体的な内部統制システムの構築・運用の段階では、取締役の担当業務により、責任の所在やあり方が変わってくる。

構築・運用すべき内部統制システムの具体的内容は、会社の規模、事業の内容等に鑑み会社ごとに判断されるべきものであるが、基本的には経営判断の問題であり、取締役に一定の裁量を与えられているとの見解が裁判例においては有力である⁷⁶。そして、その判断の適否については、取締役に對し後付けの結果責任を負わせるのは妥当でないから、現在の水準によるのではなく、その当時の水準に基づき検討される。また、通常想定される不正行為を防止し得る程度の水準の内部統制システムを構築・運用すれば足り、通常容易に想定し難い方法による不正があったとしても、当該不正行為の発生を予見すべきであったという特別な事情のない限り、内部統制システム構築・運用義務違反とならないと解される⁷⁷。

本事例では、監査役は、当時いかなる内部統制システムが構築・運用されていたか、具体的に構築・運用されていた内部統制システムは当時の水準に基づき相応なものであったか、また、架空売上げの計上がどのように行われ、なぜこれを防止できなかったのか等について、関係者のヒアリングや関係書類の精査を実施し、必要に応じて同業他社等の当時の内部統制システム整備の動向との比較を行いながら検討する。また、問題の架空売上げの計上が通常想定される不正行為であったかや、仮に通常容易に想定し難かったとしてもその発生を予見すべき特段の事情がなかったかについても検討する。そのうえで、監査役としては、各取締役の担当業務をも踏まえ、内部統制システムの構築・運用に係る責任が認められないかを、取締役ごとに検討することになる。

スク管理体制の大綱については、取締役会で決定することを要し、業務執行を担当する代表取締役及び業務担当取締役は、大綱を踏まえ、担当する部門におけるリスク管理体制を具体的に決定すべき職務を負う。」とした。

⁷⁵ 大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁

⁷⁶ 大阪高判平成18年6月9日判時1979号115頁、東京高判平成20年5月21日判タ1281号274頁等

⁷⁷ 最判平成21年7月9日判時2055号147頁

イ 金商法上の財務報告に係る内部統制との関係

本事例のような財務報告に係る内部統制については、金商法上、財務報告に係る内部統制報告書（同法第24条の4の4第1項）とその監査報告書（同法第193条の2第2項）の制度が設けられている。同制度の下で、代表取締役自ら内部統制システムの有効性を評価する作業を行って内部統制報告書を作成し、それについて監査人による監査で適正意見を受けたとすれば、代表取締役らが内部統制システムを構築・運用するに際し、善管注意義務を尽くしたことの有力な判断材料となる。

ただし、内部統制報告書において開示すべき重要な不備はないと記載され、内部統制監査報告書において無限定適正意見が付されていたとしても、そのことをもって、当然に内部統制システムの構築・運用義務違反がないと判断することはできない。

【ケース5】多重代表訴訟での対応が求められる事例

B社は持株会社である完全親会社A社の完全子会社である。B社は、A社の所管部署とも相談しつつ検討した結果、B社の取締役会の決定に基づきC社を買収し、子会社とした。B社の取締役会としては当初は反対の姿勢であったが、最終的には、A社の所管部署が主導し、B社の取締役会でも承認されて、やむなく買収に至ったものである。A社においては、この買収は、A社の決裁権限規程に従い、所管部署（担当取締役D）が決裁し、A社の取締役会に事後報告された。

この買収の3年後、C社の経営は破綻し、50億円を超える損失が確定した。

この事態を受けて、A社の株主Xから、B社の現在の監査役（なお、買収当時の監査役はすでに全員が退任している）に対して、「この買収に賛成したB社の取締役（提訴請求書に当時の取締役全員の氏名が記載されている。）に対して損害賠償請求訴訟を提起すべき」旨を記載した提訴請求書が送付されてきた。B社の監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

また、同じ株主Xから、あわせて、A社の監査役に対しても、「C社の買収を承認したA社の取締役に対して損害賠償請求訴訟を提起すべき」旨を記載した提訴請求書が送付されてきた場合は、A社の監査役およびB社の監査役はいかなる点に留意して対応すべきか。

本事例は多重代表訴訟に関するものである。多重代表訴訟（特定責任追及の訴え⁷⁸）とは、企業グループの頂点に位置する株式会社（最終完全親会社等（この意味については、下記56頁参照。））の株主が、その子会社（孫会社を含む。）の発起人等（発起人、設立時取締役、設立時監査役、取締役、会計参与、監査役、執行役、会計監査人（以下、便宜上「取締役等」という。））の責任について、代表訴訟を提起できる制度をいう（法第847条の3）。多重代表訴訟が提起される場合には、子会社の役員の実責任を追及するとあわせて、当該事案について、親会社の役員の実責任も追及されることがある。そのため、子会社の監査役のみならず、親会社の監査役として留意すべき点も多い。

1 子会社であるB社の監査役としての留意点

子会社の監査役は、取締役に対する特定責任追及の訴えについて最終完全親会社等の株主から提訴請求を受ける場面において、通常の実責任追及等の訴えについての提訴請求の場面と同様、子会社を代表することになる（法第386条

⁷⁸ 「多重代表訴訟」とは「特定責任追及の訴え」（法第847条の3第1項柱書）のうち最終完全親会社等の株主が提起する訴えの通称である。本対応指針では、株主が原告となる場合には「多重代表訴訟」という用語を用い、原告となる会社を監査役が代表する場合には「特定責任追及の訴え」という用語を用いる。

第2項第1号)。

株主は、特定責任追及の訴えについての提訴請求に際して、①被告となるべき者、②請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実、③最終完全親会社等の名称及び住所並びに当該最終完全親会社等の株主である旨を記載した書面を提出(又は当該事項の電磁的方法による提供)する(施行規則第218条の5)。監査役は、このような提訴請求について、以下(1)ないし(4)の要件を充足しているかの形式的な要件を判断し、(5)の調査等を経て、(6)提訴をするか否かを決定することになる。

(1)「特定責任」か否かの確認

特定責任追及の訴えにおいては、重要な完全子会社(特定子会社)である株式会社の取締役等の責任(特定責任)のみが対象となる。すなわち、責任の原因である事実が生じた日において、最終完全親会社等が直接又は間接的に有する子会社の株式の帳簿価額が当該親会社の総資産の5分の1を超えている場合における当該子会社の取締役等の責任のみが、特定責任追及の訴えの対象になる(法第847条の3第4項)。この算定の方法は、施行規則第218条の6が定める。なお、責任原因事実発生時にこの要件を充たしていたか否かが問題であり、その後要件を充たさなくなった場合でも、最終完全親会社等の株主は特定責任追及の訴えについての提訴請求が可能である。

本事例に即していえば、B社の監査役としては、B社がC社を買収した当時、A社の総資産のうちB社の株式の帳簿価額が5分の1を超えていたか否かを確認する必要がある。その確認は、最終完全親会社に貸借対照表や会計帳簿等の確認を依頼することによって行うこととなる。なお、最終完全親会社等A社が有するB社の株式の帳簿価額が当該親会社の総資産の5分の1を超えている場合、このような子会社は特定子会社としてその名称及び住所が事業報告の記載事項となるため、調査の参考になる(施行規則第118条第4号イ)。

(2)「最終完全親会社等」の要件の充足の確認

多重代表訴訟の原告となり得る者、すなわち特定責任追及の訴えにかかる提訴請求ができる者は、「最終完全親会社等」の株主である。

「最終完全親会社等」とは、当該株式会社の完全親会社等であって、その完全親会社等がないものと定義されており(法第847条の3第1項)、「完全親会社等」とは、①完全親会社(法第847条の2第1項参照)である株式会社、又は、②株式会社の発行済株式の全部を他の株式会社及びその完全子会社等又は他の株式会社の完全子会社等が有する場合における当該他の株式会社(完全親会社を除く。)と定められている(法第847条の3第2項)。したがって、「最

「最終完全親会社等」とは、子会社の株式全部を直接又は間接に保有している株式会社であって、かつ、自社の上位に自社の株式全部を直接又は間接に保有している株式会社が存在しない株式会社、すなわち完全親子会社関係の頂点に立つ株式会社である。

本事例に即していえば、提訴請求を受けた子会社B社の監査役は、A社とB社の間にそのような完全親子会社関係があるかを確認する。

このような完全親子会社関係は、子会社の株主名簿を確認すれば可能であるが、すでに親会社若しくは子会社の事業報告（施行規則第120条第1項第7号、第122条第1号参照）又は親会社の有価証券報告書等で開示済みであるため、子会社の監査役としても既知の事項であろう。

なお、最終完全親会社等の株主が多重代表訴訟を提起し追行するためには、完全親子会社関係は、責任の原因である事実の発生時、提訴請求時、提訴時、口頭弁論終結時のいずれの時点においても必要である。

（3）持株要件の確認

ア 特定責任追及の訴えの持株要件

単独株主権とされている責任追及等の訴えの提訴請求権と異なり、特定責任追及の訴えの提訴請求権は少数株主権であり、行使するためには、①最終完全親会社等の総株主の議決権の100分の1以上の議決権、又は、②最終完全親会社等の発行済み株式の100分の1以上の数の株式を有することを要する（法第847条の3第1項柱書）。なお、この100分の1という割合は、定款でこれを下回る割合を定めることができる。

また、責任追及等の訴えと同様、特定責任追及の訴えにおいても、提訴請求株主は、公開会社の場合には6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にはその期間）前から引き続き、上記①又は②の要件を満たしている必要がある（法第847条の3第1項・第6項）。

イ 確認方法

子会社の監査役は、最終完全親会社等の株主から提訴請求を受けた場合、当該株主の提訴請求資格である持株要件を調査する必要がある。

最終完全親会社等が株券電子化制度の対象ではない場合、子会社の監査役としては、株主の持株要件の確認手段として、最終完全親会社等に対し、株主名簿の確認を依頼する。本事例に即していえば、B社監査役は、B社の法務部を通じる等して、A社に対し、株主名簿の確認を依頼することになる。

他方、最終完全親会社等が株券電子化制度の対象である場合の調査方法が問題となる。責任追及等の訴えの場合は、株主は提訴請求に当たり個別株主通知

（共通編 1 2 頁参照）を行う必要があるが、特定責任追及の訴えの提訴請求の場合、提訴請求株主は、個別株主通知を行う必要はないとされている⁷⁹。そのため、提訴請求を受けた子会社の監査役が提訴請求者の持株要件の充足の有無を確認する方法としては、①最終完全親会社等に情報提供請求（社債、株式等の振替に関する法律第 2 7 7 条）をしてもらい、その情報を最終完全親会社等から確認すること⁸⁰や、②提訴請求株主に、当該株主が保有する最終完全親会社等の株式数や増減等の履歴を子会社に提供するよう依頼することが考えられる。

本事例に即していえば、B 社監査役は、A 社に情報提供請求を行うよう依頼したり、X に対し持株要件を充足することを示す書面を提供するよう依頼したりすることになる。

（４）最終完全親会社等の損害

最終完全親会社等に損害が生じていないときは、最終完全親会社等の株主は、特定責任追及の訴えの提訴請求をすることができない（法第 8 4 7 条の 3 第 1 項第 2 号）。

そのため、提訴請求を受けた子会社の監査役としては、当該子会社から最終完全親会社等又はその完全子会社に利益が移転するなどして、最終完全親会社等に損害が発生しておらず、提訴請求ができない場合でないかを確認する必要がある。

本事例の提訴請求は、C 社の買収失敗により B 社の株式価値が減少する結果、B 社株式を保有する A 社に損害が生じるような責任原因事実が記載されているため、最終完全親会社等に損害が生じていないとして提訴請求が不適法となる場合にはあたらない。

（５）親会社の関係者に対する調査

最終完全親会社等に対して事前に報告されたり、最終完全親会社等において決裁された子会社取締役の職務執行が問題となる案件に関する場合、提訴請求を受けた子会社の監査役は、提訴対象取締役の責任については特定責任追及の訴えの提起の是非を判断するために、最終完全親会社等の役職員からの事情聴取や資料提供を必要とする場合が生じ得る。

⁷⁹ 多重代表訴訟の提訴請求は最終完全親会社等の株主がその完全子会社に対してするものであって、完全子会社の株主の地位に基づき完全子会社に対してするものでも、最終完全親会社等の株主の地位に基づき最終完全親会社等に対してするものでもないため、当該提訴請求は個別株主通知が必要な少数株主権等に該当しないからである（坂本三郎編『一問一答・平成 2 6 年改正会社法』（商事法務、2 0 1 4）1 6 6 頁）。

⁸⁰ 岩原紳作ほか「改正会社法の意義と今後の課題（下）」商事法務 2 0 4 2 号（2 0 1 4）1 2 頁（斎藤誠・仁科秀隆・坂本三郎発言部分）

監査役の子会社調査権は会社法上認められているものの（法第381条第3項・第4項）、親会社に対する子会社監査役の調査権は認められていない。そのため、本件において、子会社の監査役は、最終完全親会社等の関係者に対して、調査への任意の協力を依頼することになる。調査に対して十分な協力が得られない場合は、最終完全親会社等の監査役と連携して調査を進めることも検討すべきである。

本事例では、A社監査役は最終完全親会社等の取締役の責任の有無という観点から調査を行うことになるため、調査の焦点は異なるものの、C社買収に至る事実の認定においてA社監査役の認定とB社監査役の認定に齟齬があるのは望ましいことではない。そのため、A社監査役とB社監査役は、適宜、連携のうえ、事実の認定を行う必要がある。

（6）B社としてB社取締役の責任を追及するか否かの判断

本事例において、B社監査役が調査を行った結果、B社取締役に責任が認められると判断した場合には、A社株主Xによる多重代表訴訟の提起を待つまでもなく、B社として、B社取締役に對して損害賠償を求めるための対応を検討することになる。この場合におけるB社監査役の対応（B社を代表してB社取締役を提訴するか否か等）については、通常責任追及等の訴えにおける提訴請求時の対応と同様である。

なお、株式会社に最終完全親会社等がある場合において、その免除につき当該株式会社の総株主の同意を要することとされている取締役の責任のうち特定責任に該当するものを免除する場合には、当該株式会社の総株主の同意に加えて、当該株式会社の最終完全親会社等の総株主の同意も必要である（法第847条の3第10項）。

2 A社監査役としての留意点

（1）B社の関係者に対する調査

子会社の業務執行に対する承認について最終完全親会社等の取締役の責任が問われる場合においても、通常責任追及等の訴えの場合と同様に、最終完全親会社等の監査役が形式要件を審査し、事実関係を調査したうえで最終完全親会社等の取締役の責任の有無について法的判断を行い、提訴するか否かを決定するというプロセスが妥当する。もっとも、提訴請求の対象となっている最終完全親会社等の取締役の責任が子会社における業務執行に関連する場合には、最終完全親会社等における調査にとどまらず、子会社における意思決定過程につき事実関係の調査が必要となる。

そこで、最終完全親会社等の監査役としては、まずは子会社の関係者に対し、

事実上協力を求める形で調査を行っていくことになる。子会社の関係者の協力が十分に得られない場合には、最終完全親会社等の監査役は、最終完全親会社等の取締役の責任の調査という監査役職務を行うため必要があるとして、子会社に対する報告請求権ないし業務財産調査権を行使して調査を行うこともできる（法第381条第3項）。

本事例に即していえば、A社監査役としては、まずA社内部における決裁過程に関する事実調査を行うが、それにとどまらず、B社においてC社買収の取締役会決議に至った事実関係の調査を行う必要がある、B社の取締役、監査役その他の関係者に対して、取締役会議事録や付議資料、稟議書等の提出や、B社における担当取締役、所管部署の担当者の説明を求めることになる。

本事例では、B社監査役はB社取締役の責任の有無という観点から調査を行うことになるが、A社監査役の事実認定とB社監査役の事実認定に齟齬があるのは望ましくないため、適宜連携のうえ、事実の認定を慎重に進める必要がある。

（２）A社としてA社取締役の責任を追及するか否かの判断

本事例において、A社監査役がA社取締役に責任が認められると判断した場合には、A社監査役としては、株主代表訴訟の提起を待たず、A社取締役に對する責任追及を検討することになる。もっとも、これは通常責任追及等の訴えにおける提訴請求時の対応と同様である。

（３）A社としてB社取締役の責任を追及するか否かの判断

本事例において、A社はB社の100%株主であるから、A社監査役又はB社監査役の立場から調査を行った結果、B社取締役に責任が認められるとの結論に至った場合には、A社株主Xからの多重代表訴訟の提起を待つまでもなく、A社として、責任が認められるB社取締役に損害賠償を求めるための対応も検討すべき場合もあり得る。

A社としてB社取締役に對する任意の賠償請求や解任等の責任追及を怠ることが、A社取締役の善管注意義務違反となり、ひいては、それに異を唱えなかったA社監査役の善管注意義務違反となることもあり得るので、A社監査役としても、A社取締役のこの点の対応に留意すべきである。

なお、最終完全親会社等が子会社の取締役に對して特定責任追及の訴えを提起する場合は、代表取締役ではなく、監査役が最終完全親会社等を代表することとされているので（法第386条第1項第3号）、A社がB社取締役に對して特定責任追及の訴えを提起する場合は、A社監査役がA社を代表することになる。

3 A社監査役とB社監査役の連携上の留意点

最終完全親会社等及び子会社の監査役は、それぞれの会社の取締役の責任の有無に関する事実調査を行うことになるが、同一の責任原因に関する事実関係を調査する以上、連携して調査を行うことで効率的な事実調査が可能になる。

もともと、最終完全親会社等と子会社の監査役は利害状況が異なり得る。本事例に即していえば、仮に、B社の当時の監査役のうち現在も監査役を務めている者がいる場合、B社取締役は取締役会においてC社買収について承認している以上、善管注意義務違反の責任を問われる可能性があり、そうだとすれば、当該取締役会に出席した当時のB社監査役も善管注意義務違反の責任を問われる可能性がある。他方、A社においては、決裁権限規程に基づいて決裁をした担当取締役Dが責任を問われる可能性はあるとしても、取締役会には事後報告がなされたにすぎない以上、A社監査役が責任を問われる可能性は一般的には低い。

また、B社取締役は当初反対していたにもかかわらず、A社の主導でC社買収がなされたのであるから、心情的にも、A社とB社との間には軋轢がある場合もあろう。

A社監査役とB社監査役が連携するにあたっては、このような利害状況の違いも踏まえて、それぞれの立場で最終的な判断をする必要がある点に留意すべきである。

4 多重代表訴訟が提起された場合

(1) 訴訟告知を受けるに当たっての代表

多重代表訴訟が提起された場合、これを提起した最終完全親会社等の原告株主は、対象の子会社に対し、訴訟告知をする必要がある(法第849条第4項)。この訴訟告知を受ける際には、子会社の監査役が会社を代表するため(法第386条第2項第2号)、本事例ではB社監査役がB社を代表して訴訟告知を受ける。

多重代表訴訟の場面において、子会社が原告株主からこの訴訟告知を受けた場合には、子会社は、遅滞なく訴訟告知を受けた旨を公告し又は株主に通知する(法第849条第5項)のみならず、最終完全親会社等に対し、遅滞なく訴訟告知を受けた旨を通知しなければならない(法第849条第7項)。そのため、本事例に即していえば、B社監査役は、B社の法務部等が、訴訟告知を受けた旨を適時にA社に通知したかについて注意を払う必要がある。なお、最終完全親会社等がこの通知を受ける際には、最終完全親会社等の監査役が会社を代表するため(法第386条第2項第4号)、A社監査役はA社を代表してB社から

の通知を受ける。

さらに、この通知を受けた最終完全親会社等は、遅滞なく通知を受けた旨を公告し又は株主に対し通知する必要がある（法第849条第10項第2号）。そのため、本事例に即していえば、A社監査役は、A社の法務部等が適時にこのような公告又は通知をしたかについて注意を払う必要がある。

（２）訴訟参加

ア B社による訴訟参加

多重代表訴訟においても、会社は、株主代表訴訟の場合と同様、①係属中の訴訟に共同訴訟参加をすることができ、また、②原告株主側への補助参加や、③被告取締役側への補助参加をすることができる（法第849条第1項本文）。

本事例に即していえば、B社は、被告取締役の責任を追及するために原告たるXの側に共同訴訟参加をすることや、原告たるX又は被告取締役側に補助参加をすることができる。株主代表訴訟と同様、会社が被告取締役側に補助参加をする場合には監査役の同意が必要であり（法第849条第3項第1号）、B社の各監査役は、この訴訟参加の当否を検討し、同意をするか否かを決定する。

イ A社による訴訟参加

多重代表訴訟においても、子会社の株主は、①係属中の訴訟に共同訴訟参加をすることができ、また、②原告株主側への補助参加や、③被告取締役側への補助参加をすることができる（法第849条第1項本文）。

本事例に即していえば、B社の完全親会社であるA社は、B社の株主として、被告取締役の責任を追及するために原告たるXの側に共同訴訟参加をすることや、原告たるX又は被告取締役側に補助参加をすることができる。会社が被告取締役側に補助参加をする場合には監査役の同意が必要であり（法第849条第3項第1号）、A社の各監査役は、この訴訟参加の当否を検討し、同意をするか否かを決定する。

本事例では、A社はB社の株を直接保有しているが、本件と異なりA社がB社の株式を直接保有しておらずその完全子会社等を通じて間接的に保有している場合には、A社はB社の「株主」には該当しない。しかし、会社法は、株式会社の「株主」でない場合であっても「最終完全親会社等」である場合には、等しく補助参加を認めている（法第849条第2項第2号）。

ウ X以外のA社株主による訴訟参加

なお、多重代表訴訟においては、最終完全親会社等の株主も同様に訴訟参加をすることができるため（法第849条第1項）、X以外のA社株主も、多重代

表訴訟に訴訟参加をすることが可能である。

（３）提訴株主と被告取締役との間の訴訟上の和解

多重代表訴訟における提訴株主と被告取締役との間の訴訟上の和解の手続は、通常の株主代表訴訟における訴訟上の和解の場合と同様である（共通編 36 頁参照）。

本事例に即していえば、A社株主Xは、B社の承認がない限り、被告取締役との間で訴訟上の和解をすることができない（法第850条第1項）。Xが訴訟上の和解を試みる場合には、裁判所からB社に対して和解内容が通知され、B社が和解内容につき2週間以内に異議を述べない場合には、B社は当該和解内容にてXが和解をすることを承認したものとみなされる（法第850条第2項・第3項）。この場合、B社が異議を述べるか否かはB社の各監査役が判断することとなるから（法第386条第2項第2号参照）、B社監査役は、多重代表訴訟が提起された後も、かかる異議を述べるか否かの判断を迫られる場合があることに留意する必要がある。

【ケース6】旧株主による責任追及の訴えでの対応が求められる事例

B社は、取締役会の決定に基づきC社を買収し、子会社としたが、B社によるC社の買収の3年後、C社の経営は破綻し、50億円を超える損失が確定した。

その後、B社は、A社との間で、A社を完全親会社、B社を完全子会社とする株式交換を行った。この株式交換では、B社の株主に対してB社の株式に代わる対価としてA社の株式が割り当てられることになり、B社の株主であったXは、この株式交換後、A社の株式を取得し、その後もA社の株式を保有している。

X（もともとはB社の株主で、上記の株式交換により、現在はA社の株主）から、B社の現在の監査役（なお、買収当時の監査役はすでに全員が退任している。）に対して、「B社によるC社の買収に賛成したB社の取締役（提訴請求書に当時の取締役全員の氏名が記載されている。）に対して損害賠償請求訴訟を提起すべき」旨を記載した提訴請求書が送付されてきた。B社の監査役としては、いかなる点に留意して対応すべきか。

本事例は、平成26年の会社法改正で認められることになった旧株主による責任追及等の訴え⁸¹（法第847条の2）に関するものであり、旧株主から提訴請求がなされた場合における子会社（株式交換等完全子会社）の監査役の対応について検討する。この旧株主による責任追及等の訴えは、完全親会社の株主が子会社の取締役の責任を追及する点では多重代表訴訟に構造的に似た部分がある一方、株式交換等が行われなければ一定の要件の下で株主が株主代表訴訟を提起し得た場合について、なお責任追及等の訴えを提起し得ることとするという趣旨からして株主代表訴訟に似た部分もある点に特徴がある。

1 形式要件の審査

（1）提訴請求資格の確認

提訴請求を受けた株式交換等完全子会社たるB社の監査役としては、提訴請求者であるXに以下の提訴請求資格があるかを確認する必要がある。

⁸¹ 株主でない者は株主代表訴訟の原告適格を有しないのが原則であるが、例外的に、平成26年の会社法改正前から、株式会社の株主が株式交換等（株式交換、株式移転又は吸収合併）により当該株式会社の株主でなくなった場合は、自らの意思で株主の地位を失ったわけではないので、株主が代表訴訟を提起した後、その係属中に株式交換等が行われた結果株式を失った場合でも、当該株主は原告適格を失わず、その訴訟を進行できるとされていた（法第851条）。他方、株主が代表訴訟を提起する前に株式交換等が行われた結果株式を失い、代表訴訟を提起しえなくなった場合については定めがなかったが、平成26年の会社法改正により旧株主による責任追及等の訴えが創設され、株主（本事例ではX）が、株式交換等によって株式会社の完全親会社（本事例ではA社）の株式を取得したときは、もともと株式を有していた株式会社（株式交換等完全子会社（会社法第847条の2第1項柱書）、本事例ではB社）の取締役等に対し、株式交換等の効力が生ずる前に発生していた責任を追及する訴えを提起することが認められるに至った。

ア 旧株主が株式交換等により完全親会社の株式を取得・保有していること

責任追及等の訴えの提訴請求を旧株主が行う場合の提訴請求資格については、株式会社の株主であった者（旧株主）が、①株式交換もしくは株式移転により当該株式会社の完全親会社の株式を取得して、引き続き当該株式を保有していること（法第847条の2第1項第1号）、又は、②当該株式会社が吸収合併消滅会社となる吸収合併により、吸収合併存続会社の完全親会社の株式を取得し、引き続き当該株式を保有していること（同項第2号）が必要となる⁸² ⁸³。

提訴請求を受けたB社の監査役としては、A社が株券電子化制度の対象でなければA社に対して株主名簿の確認を依頼し、Xの提訴請求資格の有無を確認することとなる。

他方、A社が株券電子化制度の対象であれば、①A社に情報提供請求（社債、株式等の振替に関する法律第277条）をしてもらい、その情報をA社から確認することや、②X自身に対して、Xが保有する株式数や増減等の履歴を提供するよう依頼することが考えられる。なお、責任追及等の訴えを旧株主が行う場合の提訴請求についても、特定責任追及の訴えの提訴請求の場合と同様、個別株主通知がなされるものではないため（下記ウ参照）、B社の監査役が個別株主通知の内容からXの提訴請求資格を確認することはできない。

イ 株式の継続保有の要件

また、旧株主（本事例ではX）が株式を有していた会社（本事例ではB社）が公開会社の場合には、株式交換等の効力が生じた時点で6か月（これを下回る期間を定款で定めた場合にはその期間）前から引き続き当該株式会社（本事例ではB社）の株主であった必要があるが（法第847条の2第1項）、非公開会社の場合には6か月の継続保有の要件は適用されず、株式交換等の効力が生じた日において株主でありさえすればよい（法第847条の2第2項）。

持株数については、1株以上の株式を保有していれば足りる。ただし、旧株主が株式を有していた会社（本事例ではB社）において単元未満株主（法第189条第1項）は提訴請求権を有しない旨の定款の定めがあり、旧株主（本事例ではX）が単元未満株主に該当していた場合には、提訴請求権及び旧株主に

⁸² ここでいう「完全親会社」とは、特定の株式会社の発行済株式の全部を有する株式会社及び施行規則第218条の3で定める株式会社を指す（法第847条の2第1項柱書）。

⁸³ なお、株式交換等により完全親会社となった株式会社等が、さらに株式交換等を行うことで、旧株主が、当該完全親会社の株主でもなくなった場合であっても、当該株式交換等により当該完全親会社の完全親会社等の株式を取得し、引き続き当該株式を有するときは、旧株主は、本事例でいえばB社に対し、責任追及等の訴えの提起を請求することができる（法第847条の2第3項）。また、その後さらに株式交換等が繰り返し行われた場合においても同様である（同条第4項・第5項）。

よる責任追及等の訴えの原告適格を有しない（法第189条第2項柱書、第847条の2第1項本文かつこ書）。

ウ 個別株主通知の要否

なお、旧株主による提訴請求も、特定責任追及の訴えの提訴請求と同様、株式交換等完全親会社の株主がその完全子会社にするものであって、株主の地位に基づき発行会社に対してするものではないため、提訴請求は「少数株主権等」（社債、株式等の振替に関する法律第147条第4項）に該当しない。そのため、旧株主は、個別株主通知を行う必要はない。

（２）提訴請求書の記載内容の確認

旧株主は、責任追及等の訴えに係る提訴請求に際して、①被告となるべき者、②請求の趣旨及び請求を特定するのに必要な事実、③株式交換等完全親会社の名称及び住所並びに当該株式交換等完全親会社の株主である旨を記載した書面を提出（又は当該事項の電磁的方法による提供）する必要がある（法第847の2第1項、施行規則第218条の2）。B社の監査役は、提訴請求書の記載内容を確認し、提訴請求の適法性を検討する。

（３）対象となる責任又は義務

旧株主による責任追及等の訴えによって追及できる責任又は義務は、株式交換等の効力が生じた時点までにその原因となった事実が生じた責任又は義務に限られる（法第847条の2第1項）。

本事例でいえば、B社が取締役会の決定に基づきC社を買収したのは、B社とA社の株式交換の効力が生じた時点までの事実であるから、B社によるC社の買収に係る取締役の責任は、旧株主による責任追及等の訴えによって追及できる責任に当たる。

２ B社としてB社取締役の責任を追及するか否かの判断

本事例において、B社監査役は、B社によるC社の買収に賛成したB社の取締役に責任が認められるか否かの事実認定及び法的判断を行い、B社を代表してこれら取締役に対して損害賠償請求訴訟を提起すべきか否かを検討することになるが、この点は株主代表訴訟における提訴請求時の対応と同様である。

３ 旧株主による責任追及等の訴えが提起された場合

（１）B社による訴訟参加

旧株主による責任追及等の訴えにおいても、会社は、株主代表訴訟の場合と

同様、①係属中の訴訟に共同訴訟参加をすることができ、また、②原告株主側への補助参加や、③被告取締役側への補助参加をすることができる（法第849条第1項本文）。

本事例に即していえば、B社は、被告取締役の責任を追及するために原告たるXの側に共同訴訟参加をすることや、原告たるX又は被告取締役側に補助参加をすることができる。会社が被告取締役側に訴訟参加をする場合には監査役の同意が必要であることも（法第849条第3項第1号）、株主代表訴訟の場合と同様であり、B社の各監査役は、この訴訟参加の当否を検討し、同意をするか否かを決定する。

（２）提訴株主と被告取締役との間の訴訟上の和解

旧株主による責任追及等の訴えにおける提訴株主と被告取締役との間の訴訟上の和解の手続は、通常の株主代表訴訟における訴訟上の和解の場合と同様である（共通編36頁参照）。

本事例に即していえば、Xは、B社の承認がない限り、被告取締役との間で訴訟上の和解をすることができず（法第850条第1項参照）、訴訟上の和解を試みる場合には、裁判所からB社に対して和解内容が通知され、かつ、当該和解に異議があるときは2週間以内に異議を述べるべき旨を催告される（同条第2項）。この場合、B社が当該和解内容に異議を述べるか否かは、B社の各監査役が判断することとなる（法第386条第2項第2号参照）。B社が和解内容につき2週間以内に異議を述べない場合には、B社は当該和解内容にてXが和解をすることを承認したものとみなされる（法第850条第2項・第3項）。

補足 監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社の場合

- | |
|-----------|
| 1 共通編について |
| 2 応用編について |

共通編・応用編ともに、監査役（会）設置会社の場合を念頭に記載しているが、ここでは、監査等委員会設置会社における監査等委員又は指名委員会等設置会社における監査委員の場合において、異なる考慮が必要な点についてまとめて記載する（以下、監査等委員及び監査委員をあわせて「監査（等）委員」と、監査等委員会及び監査委員会をあわせて「監査（等）委員会」と総称する。）。なお、監査等委員会設置会社と指名委員会等設置会社は、構造的に類似する部分が多いが、執行役について言及している箇所については、指名委員会等設置会社のみ妥当することに留意されたい。

1 共通編について

（1）提訴請求書の受領等（共通編第1章、第2章）

監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社が、取締役又は執行役に対する責任追及等の訴えの提訴請求を受ける場合、会社を代表するのは監査（等）委員であって（法第399条の7第5項第1号、第408条第5項第1号）、提訴請求書の宛先も監査（等）委員となる。この代表権限を有するのは、個々の監査（等）委員であるから、提訴請求は監査（等）委員の誰に対しても行うことができる。このような取扱いが認められるのは、提訴請求を受けるべき者が社内において決定されていないことがあり、また仮にそのような者が決定されていたとしても株主がこれを知ることが容易とはいえないからである。

ただし、取締役又は執行役に対する責任追及等の訴えの提訴請求であっても、当該訴えの被告となる監査（等）委員は、これを受ける権限を有しない。「『当該』監査（等）委員が当該訴えに係る訴訟の相手方となる場合」との文言から（法第399条の7第5項第1号かつこ書、第408条第5項第1号かつこ書）、他に当該訴えに係る訴訟の相手方となっていない監査（等）委員がいる場合には、その者は提訴請求を受ける権限を有する。そのような監査（等）委員がいなければ、原則に戻り、代表取締役又は代表執行役が同権限を有する（法第349条第4項、第420条第3項）。

提訴請求を受けて、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社として当該訴えを提起すべきか否かを実質的に判断するのは、組織としての監査（等）委員会である（下記（3）参照）。したがって、提訴請求を受けた監査（等）委

員は、速やかに監査（等）委員会を招集し、監査（等）委員会において、対応を検討する必要がある。

（２）調査体制（共通編第３章）

監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社においても、取締役又は執行役を提訴するか否かの判断をするために適切な事実調査・法的検討を行うことは、監査役（会）設置会社の場合と同様である。

この点、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社においては、監査役（会）設置会社において個々の監査役が報告請求権・業務財産調査権（法第381条第2項）を行使できるのとは異なり、当然に個々の監査（等）委員がこれらの権限を行使できるのではなく、監査（等）委員会が選定する監査（等）委員が行使することになる（法第399条の3第1項、第405条第1項）。また、監査（等）委員は、報告の徴収又は調査に関する事項について監査（等）委員会の決議があるときは、これに従わなければならない（法第399条の3第4項、第405条第4項）⁸⁴。そのため、監査（等）委員会を開催し⁸⁵、監査（等）委員の間の役割分担や調査方針等を検討のうえ、報告請求権・業務財産調査権を行使すべき監査（等）委員を選定する決議を行ったり、必要に応じて報告の徴収又は調査に関する事項について決議を行う。具体的には、常勤の監査（等）委員がいれば、提訴請求を受ける前からこの者を継続的に報告請求権・業務財産調査権を行使すべき者に選定していることも多いと思われるが⁸⁶、そうであるとしても、他の監査（等）委員を報告請求権・業務財産調査権を行使すべき者に選定する必要がないか等を検討する必要がある⁸⁷。他方、常勤の監査（等）委員がない場合には、調査の中心となる監査（等）委員を誰とするか等といった調査体制を検討することになる。

（３）提訴するか否かの判断及びその後の対応（共通編第４章、第６章、第７章）

監査役（会）設置会社の場合、各監査役が単独で会社を代表し取締役に対する責任追及等の訴えを提起し得るから、取締役を提訴するか否かの判断も各監

⁸⁴ 監査役会設置会社において、監査役会が「監査役会設置会社の業務及び財産の状況の調査の方法その他の監査役の職務の執行に関する事項の決定」（法第390条第2項第3号）を行っても、個々の監査役の権限の行使を妨げることができない（同条第2項柱書但書）ことと対照的である。

⁸⁵ 各監査（等）委員が監査（等）委員会の招集権限を有する（法第399条の8、法第410条）。

⁸⁶ 指名委員会等設置会社について、江頭憲治郎ほか編著『改正会社法セミナー【企業統治編】』（有斐閣、2006年）296頁

⁸⁷ 報告請求権・業務財産調査権を行使すべき者は複数選定でき、監査（等）委員の全員をそのような監査（等）委員として選定することもできると解される（指名委員会等設置会社について、岩原紳作『会社法コンメンタール9－機関（3）』（商事法務、2014年）111頁（伊藤靖史執筆部分））。

査役が行う。これに対し、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社においては、監査（等）委員会が選定する監査（等）委員が会社を代表し取締役又は執行役に対する責任追及等の訴えを提起する権限を有する（法第399条の7第1項第2号、第408条第1項第2号）。もともと、監査（等）委員会は組織として監査その他の役割を果たす機関とされていることから、提訴するか否かの意思決定権限自体は、選定された監査（等）委員ではなく、監査（等）委員会が有すると解される⁸⁸。そのため、監査役（会）設置会社の場合と異なり、監査（等）委員の間で提訴するか否かの判断が分かれるという事態は生じ得ない。

監査（等）委員が当該訴えに係る訴訟の被告となる場合には、取締役会が定める者（株主総会が当該訴えについて監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社を代表する者を定めた場合はその者）が会社を代表する（法第399条の7第1項第1号、第408条第1項第1号）。

監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社が取締役を提訴しないと判断した場合、不提訴理由通知書を作成するのも、監査（等）委員ではなく、監査（等）委員会と解することになる⁸⁹。

また、株主が代表訴訟を提起した場合において、株主による訴訟上の和解に関する通知及び催告を受ける場合、監査（等）委員が会社を代表する（法第399条の7第5項第2号、第408条第5項第2号）。もともと、異議を述べるか否かについての意思決定権限は、提訴するか否かの判断の場合（上記（3）参照）と同様、監査（等）委員会が有すると解される⁹⁰。

2 応用編について

（1）利益相反状況（応用編ケース3、ケース4）

監査役（会）設置会社において、監査役も出席していた取締役会における意思決定について取締役の善管注意義務違反が問題とされている場合、当該意思決定を阻止できなかった監査役も善管注意義務違反の責任を問われ得ることから、提訴請求を受けた監査役は利益相反状態に置かれる（ケース3及びケース4）。他方、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社においては、監査（等）委員はいずれも取締役であり、取締役会における議決権を有しているから（法第399条の2第2項、第400条第2項）、取締役会における意思決定

⁸⁸ 指名委員会等設置会社について、岩原紳作『会社法コンメンタール9－機関（3）』（商事法務、2014年）135頁（伊藤靖史執筆部分）

⁸⁹ 指名委員会等設置会社について、岩原紳作『会社法コンメンタール9－機関（3）』（商事法務、2014年）135頁（伊藤靖史執筆部分）

⁹⁰ 指名委員会等設置会社について、岩原紳作『会社法コンメンタール9－機関（3）』（商事法務、2014年）141頁（伊藤靖史執筆部分）

についての取締役の善管注意義務違反が問題とされる場合、当該意思決定において賛成した監査（等）委員については、監査役の場合よりも利益相反状況が先鋭化する⁹¹。したがって、監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社においては、善管注意義務違反の有無及び提訴の要否の判断が公正になされるよう十分に留意する必要がある。もっとも、取締役又は執行役に委任されているため取締役会に付議されていない業務執行の決定（法第399条の13第5項、第416条第4項）については、意思決定に賛成したという意味で利益相反状況が先鋭化することはない。

（２）多重代表訴訟・旧株主による責任追及訴訟（応用編ケース５、ケース６）

ア 監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社が、多重代表訴訟にいう子会社又は旧株主による責任追及等の訴えにいう子会社（株式交換等完全子会社）である場合

監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社が、取締役又は執行役に対する、特定責任追及の訴え（法第847条の3）又は旧株主による責任追及等の訴え（法第847条の2）の提訴請求を受ける場面において、それぞれの会社を代表するのは、株主代表訴訟にかかる責任追及等の訴えの提訴請求の場面と同様、監査（等）委員である（法第399条の7第5項第1号、第408条第5項第1号）。

イ 監査等委員会設置会社又は指名委員会等設置会社が、多重代表訴訟にいう最終完全親会社等又は旧株主による責任追及等の訴えにいう株式交換等完全親会社である場合

多重代表訴訟又は旧株主による責任追及等の訴えが提起された場合、これを提起した原告株主は子会社に対し訴訟告知をする必要がある（法第849条第4項）、この訴訟告知を受けた子会社は遅滞なく訴訟告知を受けた旨を最終完全親会社等又は株式交換等完全親会社に通知する必要があるが（法第849条第6項・第7項）、この通知を受けるのは、監査（等）委員である（法第399条の7第5項第3号・第4号、第408条第5項第3号・第4号）。

以上

⁹¹ なお、取締役会の決議に参加した取締役であって取締役会議事録に異議をとどめないものは、その決議に賛成したものと推定される（法第369条第5項）。

株主代表訴訟制度問題研究会 委員

(敬称略)

専門委員	松井秀樹	森・濱田松本法律事務所	弁護士
委員	檜井正剛	アステラス製薬(株)	前常勤監査役
委員	窪谷治	日本生命保険(相)	常任監査役
委員	百武直樹	キリンホールディングス(株)	前常勤監査役
委員	矢是宏基	(株)三井住友銀行	常任監査役
委員	宮本照雄	(公社)日本監査役協会	前専務理事
委員	永田雅仁	(公社)日本監査役協会	専務理事
専門委員補佐	金村公樹	森・濱田松本法律事務所	弁護士
専門委員補佐	草原敦夫	森・濱田松本法律事務所	弁護士
専門委員補佐	吉田瑞穂	森・濱田松本法律事務所	弁護士
事務局	佐藤秀和	(公社)日本監査役協会	
事務局	小西真理	(公社)日本監査役協会	

公益社団法人 日本監査役協会
Japan Audit & Supervisory Board Members Association
<http://www.kansa.or.jp>

本 部 〒100-0005 東京都千代田区丸の内 1-9-1
丸の内中央ビル 13 階
電話 03 (5219) 6100 (代)

関西支部 〒530-0004 大阪市北区堂島浜 1-4-16
アクア堂島西館 15 階
電話 06 (6345) 1631 (代)

中部支部 〒460-0008 名古屋市中区榮 2-1-1
日土地名古屋ビル 9 階
電話 052 (204) 2131 (代)

九州支部 〒812-0013 福岡市博多区博多駅東 2-1-23
サニックス博多ビル 4 階
電話 092 (433) 3627 (代)