



# なぜ日本の株式会社における業務財産検査役は あまり利用されなくなっているのか？

—— 制度の変遷と制度趣旨・位置づけの見えざる変化 ——

千 手 崇 史

**概要** 日本の「業務財産検査役」の制度は、株主の請求に基づいて弁護士等の専門家が裁判所の決定によって公正中立の立場で取締役の不正の調査に当たる制度である。本制度は、会社情報漏洩の危険が少ないという非常に大きなメリットがあるにも関わらず現在はあまり利用されていない。その根本的な原因を探るため、本稿は業務財産検査役の制度が創設された明治23年商法まで遡り、法制度の変遷と裁判例、学説を詳しく検討するものである。その過程で、明文規定や判例の背後に隠れて見えない制度趣旨や位置づけの変化を掘り取り、明らかにすることを心掛けた。研究の結果本稿は、検査役が利用されなくなった原因は主にその性質と他の関連する法制度の改正によるものであるとの結論に至った。

**キーワード** 業務財産検査役（業務執行検査役）、弁護士・公認会計士、株主総会、監査役、裁判所

**原稿受理日** 2023年9月12日

**Abstract** Japanese Companies Act has the system of inspector of execution of operation, who investigates misconducts of directors based on petitions of shareholders. On this system, experts (such as lawyers) in charge of inspectors by the court order, investigate companies fairly and neutrally. This system has a merit, which risk of corporate secret information leakage is very little, but this system is less and less used. In order to demonstrate the fundamental causes of the matter, the author surveys all amendments of Commercial Code and Companies Act, all important case laws and theories after 1890 (Meiji 23), when system of inspector had created. Among these processes, this paper also surveys the purposes and positioning of this system, which are “invisible” behind the express legal provisions/sentences of judgements. Based on the above consideration, the author reached the conclusion that main causes of the sluggish usage of inspector, are natures itself and amendment of other relevant legal systems.

## I はじめに

株式会社の取締役による不祥事・不正を予防・防止する仕組みは会社法上何重にも設けられている。監査役など監査機関による監査や、取締役の相互監視、内部統制システム、社外取締役・社外監査役などを筆頭に、枚挙にいとまがない。これらが機能している以上は株主が監督是正権などの各種権利を積極的に行使する必要性は低い。もっとも、会社役員の間で内紛が起きていて経営がスムーズに行われていないとか、不祥事が存在するのに意図的に覆い隠されている等の特殊な状況下では、上記不祥事予防・防止の仕組みが十分に機能しないために株主の監督是正権がものをいう場面も十分に想定でき、それに関する議論が重要性を帯びる。かかる監督是正権の行使には根拠となる情報が必要である。しかし、株式会社が「所有と経営の分離」を採用したことに付随して、会社経営に関する情報が取締役側に偏在し、株主の側から分かりにくくなるという弊害も一部生んでいる。株主は常時詳細な企業情報に触れる必要はないが、不祥事が疑われる場合などに、その証拠・資料などを収集するための「情報開示請求権」を適切に行使し、それを監督是正権の行使などにつなげてゆくことが重要となる。我が国の会社法制においては、計算書類等(会社法(令和元年法律第70号による改正後のもの。以下、条数のみ引用する)442条)およびその前提となる会計帳簿等(433条)につき株主は開示請求権を持つこととされ、かかる「直接型」制度が現在日本では主に機能している。これら制度は便利である反面、企業秘密情報が株主から第三者へと漏洩するリスクがあり、株主が負う守秘義務もあくまで契約上のものであるため脆弱である。

これに対して、裁判所の選任する中立の第三者に会社調査をさせる「間接型」の仕組みである業務財産検査役<sup>(1)</sup>(358条)制度も既に我が国の会社法は有している。検査役には専門性が高い弁護士・公認会計士が就任するため、株主が直接見ただけでは見落としてしまうことにも気づく可能性がある。また、調査の過程で公開できない企業の秘密情報等に触れることもあるが、弁護士・公認会計士は法律上守秘義務を負っているため、情報漏洩の危険性が極めて少ないという大きな利点を持つ。それにも関わらず、検査役制度はあまり利用されていない。本制度がもっと利用しやすくなれば、会社の情報漏洩防止と株主の権

(1) 特に平成17年会社法以降、本制度を「業務執行検査役」と呼ぶこともあるが、本稿は表記上「業務財産検査役」という用語で統一する。なお、会社法制定後でも「業務財産調査のための・・検査役」という用語を立案担当者が編纂する書籍で用いる例もある(相澤・後掲注(278)『一問一答』61頁)。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

利行使のために情報収集を両立することができ、企業不祥事の予防にも役立つように思える。

筆者は業務財産検査役について、現在二つの方向から研究している。第一に、本制度はイギリス法を参考にして日本法に盛り込まれたものであるので、イギリスでその利用を促進する仕組みや考え方がないか。この点については、イギリスの検査役・非公式調査の制度について総論的な検討の後に、守秘義務が強固である点<sup>(2)</sup>、また、背後に公権力（イギリスの場合行政権）がついており検査役・調査者自体も強力な権限を発動できる点<sup>(3)</sup>を確認している。イギリス法と日本法には根本的な違いがあるものの、日本の制度構築・解釈の参考にならないかと、引き続き研究を続けている。第二に、日本の業務財産検査役は現在では殆ど利用されない制度となってしまっているが、その利用を妨げる要因は何か。本稿はこの第二の問題に関連する。検査役が利用されにくい原因として、濫用防止のための要件が極めて厳格だから、裁判所の決定を経るために費用と時間がかかるから<sup>(4)</sup>、というような理由がさしあたり考えられるが、果たしてそれだけが理由なのだろうか。制度のさらに根本に利用を妨げる要因が隠れているのではないか。本稿は日本法の「法改正を丹念に追う」また、可能な限り、「その背後にある制度趣旨の変化・学説の議論の変化も丁寧にフォローする」という方法で、業務財産検査役の利用を妨げる要因が根本的に何であるのかという問題にアプローチしてみたい。以下、規定の態様と時代背景、規定の制度趣旨に関する議論、その他学説における解釈論と裁判例の生成・発展を中心に、法改正の時期ごとに詳細に見ていくこととする<sup>(5)</sup>。業務財産検査役に関する優れた先行研究は多く存在するが、戦前（昭和25年改正前）の状況をまとめたものが非常に少ないため、本稿は戦前の状況は特に詳しく丁寧に描写することを心がける。

なお、業務財産検査役制度を主に規律する法律として、平成17年改正前商法・会社法以

---

(2) 拙稿「業務財産検査役による会社の調査と守秘義務—イギリス法との比較を通して」法政研究 82巻 2・3号合併号877頁以下（2015）参照。

(3) 拙稿『イギリス会社法上の会社調査制度の概要と検査役の法的性質—「私法的色彩」を帯びた「公法上の調査権」—』商経学叢（近畿大学経営学部）69巻 2号191頁以下（2022）。

(4) 例えば、西尾・後掲注(194)148頁（「不経済」という表現）。なお、申立手数料は現在は1,000～5,000円であり、高額ではない（民事訴訟費用等に関する法律第3条1項、別表第1第16項の「非訟事件手続法の規定により裁判を求める申立て」に該当；中村直人・後掲注(313)98頁〔角田執筆〕。最終的に検査役報酬や費用は会社が負担するが、実務では申請人に費用・報酬を前納させ、そこから費用を支弁し、申請人から会社に求償させるということも行われている（東京地裁商事部・後掲注(177)41頁）。予め申立株主が予納しなければ裁判所は検査役の選任決定をしない（中村・同99頁）。

(5) 脚注で文献を用いる際は、どの時期に出された文献かということにこだわっている。これは、学説における議論の生成と発展、また論争の決着をより鮮明に描く工夫である。それとの関係上、本稿では「前掲注」「後掲注」が入り乱れ、一部読みにくくなる事態が生ずるが、どうかご容赦いただきたい。

外に非訟事件手続法がある。確かに平成17年改正前商法・会社法自体も手続規定でもあるという状態において厳格な峻別は難しくはあるものの、本稿は主に商法・会社法のほうに重点を置いて研究を進める。

## II 業務財産検査役制度に関する沿革・法改正

以下、業務財産検査役に関する規定の改正ごとに時期を分け、その当時の規定やその解釈、学説での議論を中心に整理し、変遷を概観したい。なお、重要な論点に関する判例は後で節を分けて再度詳細に検討することとしたい。

### 1. 明治23年商法典

#### (1) 時代背景・制定の経緯

我々が知るもっとも古い商法典は明治23（1890）年のものである。それまでも商慣習による規律は存在した<sup>(6)</sup>ものの、いわゆる「開国」後、外国商人に利益が独占されることを防ぐために民間資本を合同してこれに当たる必要があり、すべての業種に通ずる商法典<sup>(7)</sup>が必要とされ<sup>(8)</sup>、これが商法典制定へのおおきなうねりとなった。明治14年にドイツ人のヘルマン・ロェスレル<sup>(9)</sup>に商法草案の起草を命じたものの、外国法を模倣しすぎている、民法典と調和がとれていない、経済へ混乱を与えるなど様々な理由で商法典の施行は延期された<sup>(10)</sup>。しかし、その動きの中、銀行の急速な設置・増加に後押しされ、会社制度も急速に普及する動きもあり、全ての会社を商慣習で規律することに限界が訪れ、そこに明治23年の恐慌と企業の倒産が重なるなどして<sup>(11)</sup>、会社を規律する一般的法律である「商法典」の施行の必要性の方が上回ったようである。結局、明治26年に日本で初めての統一的「商

(6) 菅原菊志『企業法発展論〔商法研究Ⅱ〕』7-9頁（信山社、1993）から、前史（主に江戸時代）の様子をうかがえる。

(7) それ以前に、「国立銀行条例（1872年）」、「株式取引所条例（1874年）」など、重要な業種に関する個別の法規は制定されていた（菅原・前掲注(6)10-11頁）。

(8) 菅原・前掲注(6)10頁。

(9) 原典には「レースラー」と表記され（菅原・前掲注(6)11頁）、そのように記載する文献も多いが、本稿では、後掲注(16)の文献にならう。なお、脚注等で文献を用いるにあたり、本稿では、このように「原著」があり「復刻」がなされている場合は基本的に利用可能な「復刻版」の情報を記載する。原著の出版年等の情報が分かる場合は、それも分かる範囲で併記することとする。

(10) 菅原・前掲注(6)11-12頁。

(11) 菅原・前掲注(6)12-13頁参照。いわゆる「不平等条約」の是正などの狙いがあったことも指摘されている（秋坂朝則『商法改正の変遷とその要点一新訂版』11頁（一橋出版、2006））。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

法典<sup>(12)</sup>は、まず会社・手形・破産の部分から施行されるに至った<sup>(13)</sup>。なお、当時はどちらかという日本経済の開発と外国との競争のため、半ば強制的に奨励して会社を創設させた側面があったようで、会社の大部分は政府の付与する特権によって保護され、「一種の準官庁の業務であるかのような感覚」であったと評されている<sup>(14)</sup>。

本稿が論ずる業務財産検査役制度の前身となるロessler草案（以下、「草案」という）の第275条の段階では「聴株金ノ五分ノ一ニ當ル株主ノ至當ナル申立ニ依リ會社設置の地方ノ裁判所ハ官吏一名又ハ數名ノヲ派遣シテ會社ノ業務及ヒ財産ノ現況ノ検査セシムルヲアルヘシ<sup>(15)</sup>」と規定し、申立人の「至當なる請求」という実体要件を要求している<sup>(16)</sup>。また、草案276条は「前條ノ検査官吏ハ會社ノ帳簿及ヒ一切ノ書類ヲ檢閲シ、取締役其他ノ役員ヲシテ誓ヲ爲シテ供述セシムルノ權アル者<sup>(ママ)</sup>トセ<sup>(18)</sup>」、草案277条は「検査官吏ハ検査ノ次第及ヒ役員ノ供述ヲ筆記書ト爲シ其検査ヲ命シタル裁判所ニ差出シ且其寫ヲ會社ニ下付スヘシ株主又ハ其他ノ人ニテモ望ノ者ニハ之ヲ下付スル事ヲ得ヘシ」、草案278条は「官許ヲ得テ設立シタル會社ナル時ハ何時ニテモ主務ノ省ハ其職權ヲ以テ第二百七十六條第二百七十七條ニ記載シタル検査ヲ爲ス事ヲ得ヘシ」としていた。なお、ロessler草案には、イギリス1862年会社法第56条、60条が参照された旨明記されており<sup>(19)</sup>、内容を見ても、公権力（ただし、日本法は司法権）による調査権によって不正を予防・発見しようとするイギリス法の影響を強く受けていることがわかる。特に、草案の段階から、「裁判所の選任する検査役・検査官吏の調査」と「行政庁の職権による検査官吏の調査」を併有する制度が想定されていたことは興味深い<sup>(20)</sup>。

(12) 明治26年に施行されているものの、文献上は「明治23年商法」という呼称が多く用いられるため、本稿もそれに従う。

(13) 結果的に「商事に関する紛争」についての規定を除き、殆どロessler草案が最初の商法典となった（秋坂・前掲注(1)12頁）。

(14) 菅原・前掲注(6)18-19頁。

(15) 会社條例編纂員會「商法第一讀會筆記」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書17』253頁（商事法務、1985）。明治18年2月6日の第48回読解にて、これが議題にあがっている。

(16) 司法省『ロessler氏起稿 商法草案 上卷〔復刻版〕』443-444頁（新青出版、1995）。

(17) 会社條例編纂員會・前掲注(5)253頁。

(18) 法案段階で費用のことが議論されている。登記手数料をもらっている裁判所が検査費用を負担するという意見（渡邊委員）と、275条の費用は株主から徴収するのに対して276条は裁判所負担というのはバランスが悪いのではないかと（本尾委員）との意見が出されている（会社條例編纂員會・前掲注(5)253頁）。

(19) 司法省・前掲注(6)『ロessler』444頁。なお、梅・後掲注(27)677頁、岡野・後掲注(76)『會社法』453頁も参照（なお、岡野も梅も法典調査会委員として明治32年商法改正に関与している）。

(20) 278条について「主務省が検査をなし、なお裁判所に請求して裁判官吏で検査をさせる趣旨であるか（長森委員）」という質問がなされ、「裁判所を経ず職権で為すことができ、この場合は行政処分である（本尾委員）」という返答がなされている（会社條例編纂員會・前掲注(5)253頁）。

## (2) 業務財産検査役の規定の概要

前提として、そもそも明治23年商法典に業務財産検査役の規定が存在したかという点に少し言及したい。現代でも参照される主要文献の記載<sup>(21)</sup>は明治32年商法で初めて業務財産検査役の規定が設けられたかのような書き方に読めなくもないが、そのような記載は、初めて施行された「統一的商法典」が明治32年のものだからであろうと筆者は推察する（後述する通り明治23年の商法典は部分的に、しかもわずかな期間しか施行されていない）。以下多くの文献を脚注に示しながら紹介する通り、業務財産検査役に関する規定は明治23年商法典の中に明らかに存在している<sup>(22)</sup>。明治23年商法の業務財産検査役の規定は224条から227条である<sup>(23)</sup>。明治23年商法224条には「聰株金ノ少ナク共五分ノ一ニ當ル株主ノ申立ニ因リ會社榮業所ノ地方裁判所<sup>(24)</sup>ハ一人又ハ数人ノ官吏ニ會社ノ業務ノ實況及ヒ財産ノ現況ノ検査ヲ命スル事ヲ得」と規定されており、要件が厳格であった<sup>(25)</sup>。ただし、草案と異なり実要件は消滅している。

## (3) 制度趣旨と解釈

当時の文献で上記明治23年商法224条の趣旨として書かれていることは「株主の権利保護に関して株主総会と監査役の監視だけでは不十分（取締役と監査役が通謀して隠ぺいする可能性がある<sup>(26)</sup>）なので、公権力を借りて会社情報を検査する<sup>(27)</sup>」と要約できる。つまり、

(21) 上柳ほか編・後掲注(240)226頁〔森本執筆〕（新版注釈会社法）、落合編・後掲注(287)108頁〔久保田執筆〕（会社法コンメンタール）など。

(22) 現代では明治23年商法224条にも言及する文献は現代ではほとんど見られない（わずかに、大塚龍児・後掲注(277)リマークス36号95頁を見つけることができただけである）。

(23) 条文につき、我妻栄編『旧法令集』242頁（有斐閣，1968）。草案につき、司法省『商法草案』35-36頁（<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367696>（国立国会図書館デジタルコレクション）（最終アクセス2023年9月11日）。その他、西川・丸山・後掲注(70)294頁参照。

(24) 書籍によって文言にぶれがある。例えば、長谷川・岸本・後掲注(31)545頁に書かれた224条の条文には「地方裁判所」ではなく「裁判所」とだけ書かれていて、注釈で「これは地方裁判所のことを指す（同・546頁）」と書かれている。いずれにせよ、明治32年の商法改正後は「裁判所」という用語に改まっている（詳細は脚注で後述；栗本・後掲注(70)373頁）。

(25) 司法省・前掲注(23)『商法草案』36頁（最終アクセス2023年9月11日）。なお、本尾敬三郎・木下周一・石尾一郎助『商法講義 上』231頁（信山社（日本立法資料全集 別巻 706），2012（原著1890））。なお、筆者が調べたこれら文献のうち、司法省発刊のもの以外は、各々「はしがき」等に書かれている通り、いずれも資料として一部が散逸していたり、刊行時期や発行所が不明であったりし、出典が現在では確認できない。条数も内容も法案段階の224条と符合しているので、法案をもとにテキストや書籍・講義録が作られたのではないかと推察し、その前提で引用・参照する。

(26) 本尾敬三郎・木下周一『商法註解 自第一冊至第四冊』375頁（信山社（日本立法資料全集 別巻 705），2012（原著1891））には、加えて、監査役の検査権に制限を挙げており、不正を検出して株主総会の決議によって初めて処分ができるという当時の法状況が説明されている（当時は違法行為差止請求権がまだない）。なお、「殊ニ監査役ノ訊問ハ検査官吏ノ訊問ノ如ク麗正ナル能ハザルノ事情ナシトセス（同・375頁引用）」とも表現されていて、監査役が機能不全に陥っていた状況が見て取れる。

(27) 本尾・木下・石尾・前掲注(25)232頁、梅謙次郎『日本商法〔明治23年〕講義』677頁（信山社（日ノ

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

制度発足当時は「株主保護」という根本的な目的があり、その手段として「監査役機能を補う<sup>(28)</sup>」ことが本制度の制度趣旨、特に「必要性」とされていた。この時点で、検査役は、監査機関としての性質を帯びていたこととなる。なお、公権力が介入する必要性を「私的団体である株式会社に完全の信頼を置けない」という点から理由付けするものもある<sup>(29)</sup>。一方、特に会社の計算などは複雑であるが、裁判所は十分にその知識と経験を持っている点も理由として挙げられており<sup>(30)</sup>、これが制度の「許容性」である。なお、この制度そのものについては、公権力によって最も重要な商業の機密を侵害することを理由に、「懸念<sup>(31)</sup>」も表明されていた。

この224条の「官吏」が何を指すか、現存する文献からは殆ど分からない。筆者が調査した中で「検事において検査に取り掛かることが常である、ただし、裁判所は受命判事の一人若しくは書記に検査させても商法の明文に抵触しない<sup>(32)</sup>」という記載や「裁判所の官吏の中にも全員が同一の知識経験を持っているわけではないので、その中の最も適当な一人又は数人に検査をさせる<sup>(33)</sup>」旨の記載などが見つかったのみである。なお、弁護士の制度のもととなる代言人の制度はすでに明治5年に始まり、明治13年に代言人規則が制定され

---

↘ 本立法資料全集 別巻 360), 2005), 本尾・木下・前掲注(26) 373頁。

(28) 梅・前掲注(27) 674頁にも明確にそのことが記載されている。なお、これに対して、長谷川・岸本・後掲注(31) 542頁（なお、これは法案224条だけではなく、224条から227条全体に対する制度趣旨として述べられている）を要約すると、「単に帳簿・監査役の報告書を閲覧するのみでは正確・詳細な業務・財産状況を知悉することができないため、官庁による監視が必要である」という趣旨のことが書かれており、興味深い。

(29) 磯部四郎『大日本商法 商法〔明治26年〕釋義』312頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻 8〕, 1996（原著1893））。なお、磯部の『商法〔明治23年〕釋義』684頁以下（信山社〔日本立法資料全集 別巻11〕, 1996（原著1890））も同旨であるが、本稿は基本的に、後に発刊された『大日本商法 商法〔明治26年〕釋義』を脚注では用いる。

(30) 長谷川・岸本・後掲注(31) 547頁、磯部・前掲注(29) 312頁。

(31) 長谷川喬・岸本辰雄 著述『商法〔明治23年〕正義 第一巻』543頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻48〕, 1995）。なお同・543-544頁を要約すると次の通りである。「既に会社法は多くの厳しい規制を会社に課して営業の自由を制限している。これは、会社の進歩の大勢に背いている疑いがある。公権力を用いて会社の最も重要な機密を侵害し、人が最も嫌厭する財産の検査をするというのは、過度の干渉である。」もっとも、続きの文章である同・544-545頁を同様に要約すると「人々が十分に進歩していない段階では公権力の干渉も仕方ない点、英仏も同様の制度をとっている点、これは第三者保護に重要であるのみならず会社そのものの利益にもなっている点などからこのような公権力による干渉も仕方なく、読者は上記のような点も意図した上でこれらの規定を熟視すべきである」旨書かれている。これは検査役に対する反対論とまではいえず、「この規定は過干渉だが仕方ない」とする意見だと読むことができたので、本文では「懸念」と表現した。なお、同・548頁にも、当時のフランス法のように公権力が主体的に調査するのではなく、あくまで株主の請求に基づいてなすのであり、公安・検事・警察官とは違うのだということが確認されている。

(32) 高根義人・水野練太郎『商法總則及第一編第一章及至第四章 完 會社法 完 破産法 完』364-365頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻702〕, 2012（原著1893））。なお本書は復刻版の注記にあるように、明治23年商法が施行された明治26年段階で発刊された東京専門学校の講義録である。

(33) 磯部・前掲注(29) 313頁。

ることで代言人も増加し、司法試験の前身となる弁護士試験制度が明治26年に始まって<sup>(34)</sup> 代言人の質も徐々に向上していったと推察されるが、検査役は「官吏」が担当するという実務がしばらく続いたようである。

ところで、イギリス法上は行政権が検査役を通して会社を調査する制度となっているにも関わらず、日本ではなぜ司法権が検査役を任命する制度とされたのだろうか。これについて、法律に詳しく人の権利義務について熟知しているという「専門性」、また、行政権では行政の便宜を図り公平を失う弊害がある一方、司法権であれば公平な検査を期待できるという「公平性」から説明されている<sup>(35)</sup>。ロェスレル草案では、行政権の過度の介入が危惧されたこと、そのまま訴訟へ移行する便宜上裁判所が機関として適していることが理由として挙げられていた<sup>(36)</sup> ことから、これが採用されたと考えられる。なお、この点自体は現代において日本の検査役の利用を抑制する要因にはつながっていないと解する。司法権の関与があることで濫用防止が抑制され、制度自体に高度の信頼性がおける点を評価すべきであろう。

#### (4) 検査官吏による調査権

明治23年商法225条は「検査官吏ハ會社ノ金匣、財産現在高、帳簿及ヒ總テノ書類ヲ検査シ取締役及ヒ其他ノ役員ニ説明ヲ求ムル権利アリ<sup>(37)</sup>」と規定するが、これは、検査役に十分な調査をさせる観点から監査役に対して付与されたものと同等の権利であり<sup>(38)</sup>、直後に述べる司法権による調査、行政権による調査の両方に適用される<sup>(39)</sup>。なお、監査役も同等の権利を持つが、監査役が行うのは「尋問」で単に事実を開陳させる行為であるのに対して、検査役のなす「説明」請求とは、それに加えて弁解をなさしめる意味も含む<sup>(40)</sup>。明治23年商法226条は「検査官吏ハ検査ノ顛末及ヒ其面前ニ於テ爲シタル供述ヲ調書ニ記載シ之ヲ授命ノ裁判所ニ差出スコトヲ要ス 調書ノ謄本ハ裁判所ヨリ之ヲ會社ニ付與シ又株

(34) 高中正彦『弁護士法概説 第5版』1頁、4頁、56頁（三省堂、2020）。

(35) 本尾・木下・石尾・前掲注(25) 232頁。

(36) 「此事タル本案ニ於テ遵守スル全組織ニ適スル者ニシテ且私権利義務ノ關係上ニ行政廳ノ立入ルヲ成ル可ク避ルヲハ最も政略上貴重スヘキ者ナレハナリ」「出訴ニ就テノ豫審ノ爲メニスル亦鮮シトセス故ニ裁判所ノ手ニ委スルハ實際上最も便宜ニ適スル者ナリ」と記載されている（司法省・前掲注(16)『ロェスレル』444頁）。

(37) 司法省・前掲注(23)『商法草案』36頁。

(38) 本尾・木下・石尾・前掲注(25) 233頁。

(39) なお、草案段階では官許の必要となる会社のみ行政権の調査が及ぶという規定であったようだが、途中で株式会社全体に適用される規定とされた（梅・前掲注(27) 679頁）。

(40) 長谷川・岸本・前掲注(31) 552頁（ただし、事実上は殆ど同じ意味に帰する旨記載されている）。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

主及ヒ其他ノ者ヨリ手数料ヲ納ムルトキハ其求ニ應シテ之ヲ付與ス<sup>(41)</sup>』となっている。これは司法権に基づく調査専用の規定であり<sup>(42)</sup>、裁判所の官吏が直接会社を検査するものである<sup>(43)</sup>。226条の「官吏」について、「判事又は書記」が担当可能であるが、実際は書記が担当する<sup>(44)</sup>という独自の制度となっている。調査の結果についてこの「官吏」に裁判官のような事の「曲直」を判別したり、検査結果についての処分をしたりする権限はなく、処分はあくまで裁判所、株主総会、監査役、申立を為した株主<sup>(45)</sup>により行われる<sup>(46)</sup>。調査の結果、会社の営業が風俗・公安を害する可能性が認められた場合は、裁判所による会社解散命令が下される<sup>(47)</sup>。その他、明文規定はないが、会社その他の者の利益に配慮し、調査の顛末・供述等の調書は謄本が会社に送られ、株主その他の者も請求をして手数料を納めれば付与される設計となっていた<sup>(48)</sup>。手数料には報酬の一部<sup>(49)</sup>という意味と濫用防止の二つの側面がある<sup>(50)</sup>。続けて、227条は「主務省ハ何時ニテモ其職權ヲ以テ地方長官又ハ其他ノ官吏ニ命シテ第二百二四條ニ掲ケタル検査ヲ爲サシムルコトヲ得<sup>(51)</sup>」とし、行政権も検査官吏の制度を職権で用いることのできる規定となっている。あくまで検査役の選任は株主の申立てをもって行うのが基本であるが、当時から会社は行政権の許可を得て設立する制度となっており、本条はその行政の監督権の一環として<sup>(52)</sup>株主の申立ての有無を問わず<sup>(53)</sup>行うことが可能とされていた。検査役とは異なり、この調査権は純然たる公益目的のものとなる<sup>(54)</sup>。なお、この227条の行政権による調査にも「官吏」等という単語が使われているが、これも定義が一致しない。ある文献は、「主務省」は農商務省だけでなく広く中央行政官庁を指し、本条の「官吏」とは、主務省長官の直接の命令を受ける者、すなわ

(41) 司法省・前掲注(16)『商法草案』36頁。

(42) 梅・前掲注(27) 679頁。

(43) 本尾・木下・石尾・前掲注(25) 234頁。

(44) 梅・前掲注(27) 678頁、長谷川・岸本・前掲注(31) 546頁。

(45) 本尾・木下・前掲注(26) 375頁に記載があるが、株主が株主総会を通じて処分を決定するという趣旨であろう。

(46) 長谷川・岸本・前掲注(31) 554頁。本尾・木下・前掲注(26) 375頁、磯部・前掲注(29) 314頁。

(47) 長谷川・岸本・前掲注(31) 554頁。

(48) 本尾・木下・石尾・前掲注(25) 234頁。

(49) なお、謄本を会社に送付する手数料や検査官吏の旅費日当など、制度運用上本質的な部分はまだ不明確であったようである（長谷川・岸本・前掲注(31) 555-558頁）。

(50) 長谷川・岸本・前掲注(31) 554-555頁。

(51) 司法省・前掲注(23)『商法草案』36頁。実際の執行者は属官が行う（梅・前掲注(27) 678頁）。

(52) 銀行会社は大蔵省、鉄道会社は内務省、その他のものは農商務省が監督官庁である（本尾・木下・石尾・前掲注(25) 234頁）。監督官庁による保護の代償としてこの検査を受けなければならない（磯部・前掲注(29) 316頁）。

(53) 井上操『日本商法〔明治23年〕講義』153頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻236, 2002（原著1890）〕、本尾・木下・前掲注(26) 377頁）。

(54) 長谷川・岸本・前掲注(31) 559頁、井上・前掲注(53) 153頁。

ち、府県知事、警察官を主に指し、裁判官は含まず、郡長市町村長に命ずることはないとする<sup>(55)</sup>。別の文献は、「官吏」は府県知事・書記・郡区長等が担当するとして<sup>(56)</sup>「郡区長」まで含める。さらに別の文献は「官吏」とは収税長又は郡区長を指すとする<sup>(57)</sup>。日本で初めての商法がスタートしたばかりで実務が確立していなかった混乱状態が垣間見える。いずれにせよ、「官吏」ひいては行政権が会社を調査するのはイギリス検査役が古くから有する特徴であり<sup>(58)</sup>、この段階で日本商法が同様の制度を有していたのは興味深い。

なお、同258条、259条には、会社の検査を妨げた場合の罰金、また、調査に対して故意に不実の申立てをした場合の罰金、重禁錮刑による制裁<sup>(59)</sup>、説明を拒絶した場合の過料<sup>(60)</sup>などが定められていた。手続に関しては、訴訟ではなく非訟事件にあたるという記述はあるが、詳細は文献からはあまり分からない<sup>(61)</sup>。

## (5) 小 括

以上の通り、明治23年商法典に業務財産検査役の規定は存在していたが、商法典そのものが部分的にしか施行されていなかった点に注意が必要である。日本の商法では司法権が検査役に調査を命ずる制度と、司法権・行政権そのものが検査官吏に直接調査をさせる制度を（極めて短期間であるが）両方有していた。そして、業務財産検査役の制度趣旨は「監査役の機能を補う」点にあり、監査機関としての性質を帯びていた。条文上は形式要件のみで実体要件が課されていなかった。

## 2. 明治32年改正

### (1) 時代背景・改正の経緯

さて、商法典全体に話を戻そう。民法典との多数の重複<sup>(62)</sup>など、明治23年商法典は早く

(55) 長谷川・岸本・前掲注(31) 559-560頁。

(56) 井上・前掲注(53) 153頁。

(57) 高根・水野・前掲注(32) 366頁。

(58) 上田純子「株式会社における経営の監督と検査役制度（一）—イギリスにおける展開を機縁として—」民商116巻1号 51頁以下、70頁以下（1997）、田邊真敏「イギリス会社法における検査役による会社調査制度とその運用状況」現代法学40号4頁（2021）、拙稿・前掲注(3)商経学叢69巻2号192頁以下、212頁以下参照。

(59) 梅・前掲注(27) 680-681頁。

(60) 高根・水野・前掲注(32) 356頁。

(61) 磯部・前掲注(29) 314頁。なお、磯部四郎『商法〔明治23年〕釋義』688頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻11〕、1996〔原著1890〕）の段階では、「訴訟事件ではなく無訴訟事件」という表記になっており、非訟という単語すら定着していなかった可能性もある。

(62) 旧商法の方が民法典より早く施行される事情をロエスレルが考慮したものである（菅原・前掲注(6) 13-14頁）。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

も問題点を露呈し始めたが、既に政府は明治26年の段階で商法典修正の名目で実質的な新商法典（本節でいう明治32年施行の商法典を指す）編纂計画を立てていた<sup>(63)</sup>。一方で、予定していた明治29年末までに明治23年商法の法典編纂作業が終わらず、明治23年商法の残部の施行が明治31年まで延期されている<sup>(64)</sup>。その直後である明治32（1899）年に新商法典が議会を通過し施行され、同時に旧商法典は「破産」の箇所を除いて廃止されている<sup>(65)</sup>。明治23年商法で既に施行されていた部分（会社の部分を含む）、そうでない部分いずれにとっても急激な変化であったことは想像に難くないが、商法典が全て揃って施行されたのはこの明治32年であるため、「我が国の近代商法」「日本商法学の歴史」がこの時から始まったとする見方もある<sup>(66)</sup>。なお、高等教育を受けた、ある程度きちんとした「会社経営者」が出現したのは明治30年代以降くらいであり、また、同様にこの時期から会社の重役が資本家を兼ねるようになり、いわば「個人型企業家」主体から「会社型企業家」が時代を支配するようになったといわれている<sup>(67)</sup>。明治32年の商法改正は、以前免許主義だった会社の設立を準則主義とし、株主総会中心主義をとる等大規模な改正であったが、取締役の対会社責任が計算書類承認により免除されるなど、現在の会社法からはかけ離れた内容の規定もみられる<sup>(68)</sup>。

## （2）業務財産検査役の規定

業務財産検査役については、重ねられた議論の末、明治32年商法の198条<sup>(69)</sup>において、第1項に「裁判所<sup>(70)</sup>ハ資本ノ10分ノ1以上ニ当タル株主ノ請求ニ因リ会社ノ業務及ヒ会社

---

(63) 明治26年（1893年）に設けられた法典調査会は、梅謙次郎、岡野敬次郎、田部芳の3名の委員からなり、補助として志田鉦太郎、加藤正治が補助に当たった（菅原・前掲注(6)14頁）。なお、志田・加藤も「（日本商法の）開拓時代を代表する商法学者」と称されている（菅原・同17頁）。

(64) 菅原・前掲注(6)16頁注11。

(65) 菅原・前掲注(6)14頁。

(66) 菅原・前掲注(6)14頁。ただし、明治23年、32年の商法典は不平等条約の撤廃、関税自主権の回復という政治目的が先だったものであるとも評されている（菅原・同118頁）。なお、明治23年、32年頃の文献の説明は極めて簡素なものが多く、今日で当たり前になっている記載も多いが、当時は白紙の状態から「まず理解し知らせる」ことに主眼があり、それだけでも大変な苦労があったと思われる（菅原・同18頁）。

(67) 菅原・前掲注(6)19頁。

(68) 秋坂・前掲注(1)18-19頁参照。

(69) 原田眞義『商法対照〔明治26年商法 明治30年修正案〕』105-106頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻392〕、2006（原著1888））には新検査役の規定が187条と記載されている。明治30年の法案で検査役の条文は187条に移される予定だったのが、法律では198条となったものと思われる。

(70) 明治23年商法224条で「会社の営業所の裁判所」とされていたが、明治32年改正では手続的な事項を手続法に譲ることとして、商法では単に「裁判所」と改めた（栗本勇之助『帝國商法釋義〔第一分冊〕』373頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻1286〕、2020（原著1899））、西川一男・丸山長渡『改正商法〔明治32年〕要義 上巻』294頁（信山社〔日本立法資料全集 別巻358〕、2005（原著1899））。

財産ノ状況ヲ調査セシムル爲メ検査役ヲ選任スルコトヲ得」と規定されるに至る<sup>(71)</sup>。また、同2項は「検査役ハ其調査ノ結果ヲ裁判所ニ報告スルコトヲ要ス此場合ニ於テ裁判所ハ必要アリト認ムルトキハ監査役ヲシテ株主總會ヲ招集セシムルコトヲ得」と規定していた<sup>(72)</sup>。「会社に不正が疑われる」等の実体要件もなく<sup>(73)</sup>、少数株主要件も資本の10分の1に緩和され、それまでの商法での「検査官吏」に関する規定も消滅している。

### (3) 制度趣旨と解釈・判例

この時期は制度趣旨に関する議論も以前より活発化し、判例も少し出始めている。まず、制度趣旨に関して、文献上は大きく二つに分岐を見せはじめる。一つは、明治23年商法同様、監査役の補助としてこの検査役を位置づける記載である<sup>(74)</sup>。もう一つは、「会社の事業会計の整合は株主の利害にかかわるが、株主に直接の調査をすることは期待できない。株主總會の招集も常には期待できないので、本条においてその方法を設けた」という解釈である<sup>(75)</sup>。「株主が会社情報を知る手段」という、現在の制度趣旨に通ずるようなことが書かれているのは興味深い。その性質につき、法典調査会の岡野は、「株主總會で選任する検査役は会社と契約関係にたち会社の機関と称することができる反面、裁判所において選任する検査役は半分公の資格において職務を行う<sup>(76)</sup>」旨述べている。1項の形式要件が株主権の濫用防止を企図したものであることは、現代と同じである<sup>(77)</sup>。明治23年商法224条では

(71) 落合編・後掲注(287) 106頁以下 [久保田執筆] 参照。

(72) 落合編・後掲注(287) 108頁 [久保田執筆]。

(73) 実体要件がないため、当時は株主が資本の10分の1を満たしていれば、「裁判所はその実体に立ち入り請求を拒否する権限はない」とする判例が存在した(大判録1339頁、塚崎・後掲注(112) 78頁掲載)。なお、この判例の日付等については記載がないが、本文で紹介する大審院明治39年10月25日決定ではないかと思われる。

(74) 樋山廣業『改正日本商法講義』203-204頁(信山社(日本立法資料全集 別巻1288), 2021(原著1899))。監査役機能が十分ではなく、監査役が十分調査せず報告する事態、取締役と通謀して「云々に附し去る」事態、調査が行き届かない事態などが想定され、そのために検査役の制度がある旨記載されている。秋山源藏・井上八重吉・中島行藏『商法實論 附 破産法 商法施行法 供託法 競賣法 完』124頁(信山社(日本立法資料全集 別巻1241), 2019(原著1902))。

(75) 清浦ほか・後掲注(7) 268頁、堀田正忠・柿崎欽吾・山田正賢 合著『商法講義 上巻』554頁(信山社(日本立法資料全集 別巻197), 2001(原著1899))。

(76) 故 法学先生 岡野敬次郎『會社法』452頁(信山社(日本立法資料全集 別巻549), 2009(原著1929))。本書はこのように1929(昭和4)年に出版されているが、著者名に「故」という文字がついており、1929年版は復刻版であると思われる(その復刻版をさらに信山社が2009年に復刻したという関係にある)。本書では、検査役は198条に記載されているので明治32年商法の内容を盛り込んでいるが、本文で述べる通り明治44年に198条の第2項は改正され、160条の2が新たに設けられており、本書にはその内容が盛り込まれていない。また、そもそも岡野は明治32年商法改正に向けて選任された法典調査会委員であった。このことから、本書のオリジナルは明治32年から44年の間に出版されたものと推定できる。なお、菅原は岡野のことを「日本商法学の創始者」と称する(菅原・前掲注(6)17頁)。

(77) 「一人の株主の請求により、全ての株主の反対を押し切って会社の面目を汚し、株主の不利益を招く」ことを防止する趣旨と書かれている(清浦奎吾・波多野敬直・梅謙次郎・古川五郎『改正商法實用 完 附 商業登記申請手續(第一分冊 總則・會社)』268頁(信山社(日本立法資料全集

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

「株金の5分の1」という少数株主要件が課されていたのが<sup>(78)</sup>、明治32年には「資本の10分の1」と緩和されているが、これは、株主の利益の伸長の必要性、また、請求を認めるか否かにつき裁判所が判断する過程で濫用を防止できることが理由である<sup>(79)</sup>。

検査役の権限に関する明治23年商法225条は消滅しているが、明治32年商法198条においては、会社の財産・帳簿、その他の書類の調査に止まらず、取締役ら役員への説明請求など、会社の業務・財産状況の調査をするための一切の行為を行えると解されている<sup>(80)</sup>。かかる調査権の範囲に関して、「検査役は現在のことだけではなく、必要があれば既往に遡って調査させることができる」（大審院明治33年7月2日決定民録6輯7巻4頁<sup>(81)</sup>）、「解散した会社に対する検査役調査ができない」（大審院明治43年2月22日決定民録16輯109頁<sup>(82)</sup>）など判示する大審院決定が出され、調査権の範囲も徐々に明確化していったものと思われる。検査役は単なる調査者ではなく、それにより取締役の不正等が明らかになれば「監査役」が株主総会を招集するという仕組み（2項）になっているが<sup>(83)</sup>、これは株主・債権者保護が目的<sup>(84)</sup>であり、手段として（取締役らの自主的招集を待たずに）株主総会にて取締役らに反省を求め善後策を施させる<sup>(85)</sup>、自浄作用を狙ったものであるといえよう。

なお、明治32年商法198条第1項につき、株主の申立てによって裁判所は義務的に検査役を選任せねばならないという説<sup>(86)</sup>も存在し、判例もそのように解していた（大審院明治

---

集 別巻1227）、2019（原著1899）。

(78) 本尾・木下・石尾・前掲注(25) 232頁。

(79) 堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 555頁、栗本・前掲注(70) 374頁、樋山・前掲注(74) 204頁。なお、栗本・同374頁には「裁判所の負担（のおそれ）軽減」という趣旨も書かれている。

(80) 堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 555頁。調査権の範囲は、明治23年 商法225条に列挙された全てのもの（帳簿書類の調査、取締役・監査役への説明請求・・・）を含み、それより広いため、例示列挙は不要となった（栗本・前掲注(70) 375-376頁）。

(81) 塚崎・後掲注(112) 78頁、大隅ほか・後掲注(243)『判例コンメ』925頁、菅原・前掲注(6) 80-81頁。決定は、現在のことだけではなく、既往のことに遡って調査させることが株主の保護という制度趣旨に沿うという趣旨の理由付けをしている。

(82) 大審院は、①検査役の規定は解散前の会社を前提にしている、②非訟事件手続法（当時）で必要な取締役・監査役の陳述を聴く手続が解散後はできない、③解散後の会社は調査すべき「業務」が観念できない、などの理由を挙げている。大阪控訴院明治43年5月18日決定新聞648号11頁も同様の理由から同じ結論をとる。

(83) 清浦ほか・前掲注(77) 268-269頁。なお、同・269頁では、会社の私事に公権が介入する点に懸念が表明されつつも、会社の事業が経済社会＝公益に関わるので正当化される旨記載がある。監査役が総会招集をしない場合には、制裁も用意されている（同・269頁）。

(84) 西川・丸山・前掲注(70) 296頁。

(85) 西川・丸山・前掲注(70) 295頁、栗本・前掲注(70) 375頁、樋山・前掲注(74) 204頁。なお、栗本・同377頁には、少数株主による総会招集を規定した160条だけでは不十分であるという理由も掲げられている。その他、付随的に、程度がはなはだしい場合は公益に関係があるという点も理由とされている（堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 557頁）。

(86) 長谷川・岸本・前掲注(31) 549頁に紹介されているが、その出典は明らかではない。その他、栗本・前掲注(70) 376頁はこの見解を採る。なお、松本・後掲注(116)『日本会社法論 再版』346頁も同様の見解をとるが、検査権の濫用に当たる場合にはこの限りではないと述べる。

39年10月25日決定民録12輯1339頁およびそれを踏襲した大審院大正7年6月28日決定民録24輯1151頁（原審決定である東京控訴院大正7年5月28日決定新聞1468号22頁同旨）、東京控訴院大正8年9月30日決定評論全集8巻536頁<sup>(87)</sup>、東京控訴院昭和8年3月17日決定新聞3559号17頁）が、通説は検査役を選任するか否かの裁量権を持つと解釈した<sup>(88)</sup>。当時の198条1項は形式要件（今日でいう少数株主要件）のみで、一定の資本を保有していれば検査役選任請求ができたので、このような議論が存在していたものと思われる。

その他、検査役の人数には制限はなく<sup>(89)</sup>、その資格に関しては官吏に限らず「才能知識」がある人を広く登用できるとある<sup>(90)</sup>。また、よく見てみると明治23年商法224条で「官吏」という単語が使われていたのが、この明治32年商法198条1項で「検査役」に置き換わっている。当時の実務状況について、現時点でこれ以上の明確な情報はつかめなかったが、早くもこの時期から「検査役」を弁護士・公認会計士が担うという実務が始まっていた可能性もある。取締役が調査を妨げた場合の制裁も用意されていた<sup>(91)</sup>。なお、調査される会社は事件の当事者ではないので、申請書には記載不要であるとする判例（大審院明治39年5月8日決定民録12輯691頁）や、途中での取下げは自由に行えるとする判例（大審院明治35年11月29日決定民録8輯10巻212頁<sup>(92)</sup>）など手続的な事項についての判示も出されている。

#### (4) 検査官吏による調査権の消滅

さて、最も大きな変更は、明治23年商法の225条から227条にあった「検査官吏」に関する規定が消滅している点である（調査権の範囲に関する明治23年商法225条は検査役に引き継がれている点は前述した）。書物には、「会社の業務財産の状況を調査するには特別の才能知識を要するが、官吏が必ずしも適任だとは限らない」「公権をもって調査する職権を与

(87) 明治39年大決は、規定文言に形式要件以外書かれていないことを理由とする。大正7年大決は、会社の財産が危殆であるか否かは要件とはならない旨述べ、大正8年大決は「検査を必要としない」ことは調査を却下する理由とはならない旨述べる。

(88) 長谷川・岸本・前掲注(31) 549-550頁には、①「得」は「申立二因リテ」と相関している、②検査役選任の可否は裁判所の随意とするのがもっともふつうの解釈に近い、③理論的に見ても、必ずしも株主の請求が正当とは限らない場合がある、④もし選任義務があるとする、裁判所が株主のために恰も使役されているようだ、等の理由が挙げられている。西川・丸山・前掲注(70) 295頁、2005（原著1899）にも裁判所に取捨の権限があると明記している。

(89) 清浦ほか・前掲注(77) 270頁。

(90) 樋山・前掲注(74) 204頁。なお、1929（大正10）年の文献ではあるが、「資格と員数に制限はなく、株主ではない者もなれる」旨記載するものがある（片山・後掲注（116）534頁）。

(91) 清浦ほか・前掲注(77) 270頁、堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 555頁。

(92) 複数人が一つの申請書で共同申請した事案であるが、一人が取り下げる場合に他の共同申請者に諮らずとも取下げ可能であると判示する。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

えるのは、官吏に限る必要はなく、官吏でない者でも調査できるようにすることが相当である」「公益上の監督要請があっても、裁判所の命によって行う本条をもって足り、別に行政官庁の検査は必要ない」という趣旨のことが書かれている<sup>(93)</sup>。要するに、株主の申立てによって発動する会社調査権を検査役に一本化し、資格の要件を緩和するのが「検査官吏」規定削除の目的であったといえよう<sup>(94)</sup>。イギリス法を見本とした「検査官吏」の規定はこのように短い期間で消滅し、日本法は（制度発足当時から行政権ではなく司法権に検査役選任をさせている点も加味すると）早い段階で相当なアレンジを加えていたことが分かる。

#### (5) 株主総会による検査役の選任

明治32年改正は検査役に関する新たな条項を設けている。これについては、本稿の目標からは少し外れるが、以後款を分けて並行して説明する。明治32年商法158条1項は「定時總會ハ取締役カ提出シタル書類及ヒ監査役ノ報告書ヲ調査シ且利益又ハ利息ノ配當ヲ決議ス」と規定し、2項において「前項ニ掲ケタル書類ノ當否ヲ調査セシムル爲總會ハ特ニ検査役ヲ選任スルコトヲ得」として、取締役提出書類・監査役提出書類の調査者として検査役が利用されている<sup>(95)</sup>。当時は1項の書類を調査した上で配當が出せるという仕組みであり<sup>(96)</sup>、その担当者として総会で選任する検査役が妥当であると考えられたものである<sup>(97)</sup>。なお、取締役と監査役が「全ク此二人ハ一穴ノ同狐タルコト多ケレハ時ニ疑ナシトモ限ラス<sup>(98)</sup>」等として、検査役による監視機能をより積極的に重視するものもある<sup>(99)</sup>。また、当時の商法182条は監査役による臨時株主総会招集に関する規定である<sup>(100)</sup>が、会社の業務財産状況調査が必要であれば検査役の選任が可能とされている。取締役・監査役の意見対立がある場合などに、是非を判別する前提として調査が必要な場合のための規定である<sup>(101)</sup>。

(93) 堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 556-557頁、栗本・前掲注(70) 374頁、西川・丸山・前掲注(70) 295頁。

(94) 西川・丸山・前掲注(70) 295頁。なお、付随的に「行政官庁の権限濫用のおそれ」「会社事業への無用の干渉防止」（以上、堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 557頁）、「免許主義の廃止により、調査の根拠も失われた」（栗本・前掲注(70) 376頁）などの理由も挙げられている。

(95) 堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 486頁、秋山ほか・前掲注(74) 96頁。

(96) 栗本・前掲注(70) 312頁、岡野・後掲注(116)『会社法講義案』451頁。

(97) 岩原編・後掲注(314) 279頁 [松井執筆]。なお、清浦ほか・前掲注(77) 215-216頁、西川・丸山・前掲注(70) 238頁、樋山・前掲注(74) 171頁等には、取締役・監査役らの作成する書類が専門的で出席株主が当否を判断することが難しいので、専門家である検査役による正確な調査をさせるといことが書かれている。

(98) 日本法律學校内法政學會編・後掲注(101) 145頁。

(99) 清浦ほか・前掲注(77) 216頁。

(100) 監査役は明治32年改正商法181条で取締役にいつでも営業の報告等を求めることができるが、それによって不正が発覚した場合に処分をする権限がなかったため、本条で株主総会を招集して相当の処分を促すという規定となっていた（清浦ほか・前掲注(77) 244頁、堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 524頁）。

(101) 日本法律學校内法政學會編『改正商法釋義 完』164-165頁（信山社（日本立法資料全集 別巻Ⅱ

## (6) 小 括

以上の通り、明治32年の商法では、行政権による「検査官吏」の規定が消滅した。イギリスをモデルにした商法典は、明治23年とこの32年改正によって早々に大幅なアレンジを加えられた。また、裁判所が検査役調査の結果を受け監査役に株主総会の招集をさせるという事後の処理が明文規定され、裁判例も少し現れることで本制度の細部が少しずつ明確化している。形式要件は明治23年より緩和されたが、実体要件はまだ規定されていない。その制度趣旨は、「監査役補助」に重点を置くものと「株主の情報収集手段」に重点を置くものに分岐し始める。

## 3. 明治44年改正

## (1) 時代背景・改正の経緯

次に、検査役制度が改正されたのは明治44（1911）年商法である<sup>(102)</sup>。当時、日露戦争後に始まった企業熱により泡沫会社<sup>(103)</sup>が多く出現し、それにより当時の会社法の欠陥が多く露呈し<sup>(104)</sup>、商法が改正されることにつながった<sup>(105)</sup>。合併・組織再編規定と罰則規定の改正が主たる論点とされていた<sup>(106)</sup>ほか、取締役の連帯責任や社債規定の整備など、ここでの改正事項も多岐にわたる<sup>(107)</sup>。もっとも、これも商法を全面的・根本的に見直すものではなく、特に必要性の高いものに限った「応急的な」改正であり<sup>(108)</sup>、未だ商法は立法当初より続く混乱の中にあつたと考えられる。

## (2) 業務財産検査役の規定

↘ 1214), 2019 (原著 1899)), 清浦ほか・前掲注(77) 244頁, 堀田・柿崎・山田・前掲注(75) 526頁。

(102) 本文で述べたような明治32年商法の欠陥を補うための改正である。岡野敬次郎に加えて、富谷銈太郎、斎藤十一郎の二人が明治40年に法律委員会の委員に就任、鈴木英太郎、横田五郎、入江良之がこれを補助した(菅原・前掲注(6) 20頁)。なお、先述の政治的な目的から規定が作られた明治23年、32年とは異なり、この明治44年から昭和13年改正にかけては、経済の需要にそって商法典を我が国流に修正するプロセスであった(菅原・前掲注(6) 118頁)。

(103) 著名人などを発起人にして会社を設立するなどして株価を高騰させ、株式引受人の地位(権利株)を売り逃げして一般株主を食い物にするなど、悪徳の「会社屋」が横行したという記載もある(菅原・前掲注(6) 19頁)。

(104) 秋坂・前掲注(11) 20頁。奥島・後掲注(127) 23頁も参照。

(105) 商法全体の改正の理由として、斎藤(法律委員会の委員の一人)は、①商法の規定が時勢に合わず、不都合を感じるものが年々増加している、②実施後11年という経験によっても条文の意義が確定しないものがある、③条文の解釈がわかれ、裁判例もこれを標準とできる程的確なものとして定まっているものが多くないが、裁判例が確定するのを待つことはできないなどの理由を挙げている(法律新聞社・後掲注(109) 1-2頁)。

(106) 高倉・後掲注(151)「昭和25年商法改正」94頁。

(107) 秋坂・前掲注(11) 20-21頁, 長谷川・岸本・前掲注(31) 553頁。

(108) 法律新聞社・後掲注(109) 2頁, 奥島・後掲注(127) 23-24頁。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

商法198条の検査役の規定の第2項につき、明治32年改正商法で「監査役ヲシテ株主總會ヲ招集セシムルコトヲ得」と規定されていたのに続けて明治44年改正で「此總會ニ於テハ前項ノ調査ヲ爲サシムル為メ特ニ検査役ヲ選任スルコトヲ得」と文言が追加された<sup>(109)</sup>。株主總會による検査役選任を全ての場合においてできるように拡大したものである、というのが改正の趣旨であるが<sup>(110)</sup>、説明が必要であろう。明治44年商法160条<sup>(111)</sup>は、資本の10分の1以上の株主が取締役に臨時株主總會の招集を請求する規定である。明治44年に隣に新設された160条の2は、株主總會が取締役の提出書類・監査役の報告書を検査役に検査させることができるという規定であり、以前は定時株主總會で認められていたものを（臨時總會含め）全ての株主總會に拡大したものである<sup>(112)</sup>。これに伴い、「全ての株主總會」に含まれる明治44年改正商法198条の場合にも検査役選任が可能である旨規定されるに至った<sup>(113)</sup>。

なお、現行法にも存在する「總會検査役」が一瞬頭をよぎるが、違うものであり、本制度は正確には「業務財産検査役」が「株主總會を通して」会社の業務財産や各種書類の検査を行うものである。規定文言だけを見ると、①少数株主が検査役を選任請求、②不正等の疑いが見つければ監査役が裁判所へ報告の上總會招集、③その總會で「さらなる不正の調査」のために検査役を選任するという流れを経る<sup>(114)</sup>。

### (3) 制度趣旨と解釈・判例

制度趣旨に関する論争に特に変化は見られないものの、取締役・監査役の専横を防止し株主の利益を守るために会社の実情を調査する権利を与えるとするものが有力化している<sup>(115)</sup>。なお、「検査役は会社の臨時的機関である」という表現がこの時期からみられるよう

(109) 法律新聞社『改正商法〔明治44年〕理由 増補四版』202頁（信山社（日本立法資料全集 別巻292）2004（原著1912））。

(110) 法律新聞社・前掲注(109)202頁。

(111) なお、明治23年商法では「招集の理由を記載した書面」だけ必要だったが、明治32年改正で160条は「会議の目的たる事項」も示さなければならぬように改正した。

(112) 法律新聞社・前掲注(109)162頁。「何時デモドノ總會デモ検査役ヲ選任スルコトガ出來ルト云フ趣意」である（同・163頁）。塚崎直義『判例要旨定義 學說試験問題 準條適條對照 改正商法及理由 第二版』62頁（信山社（日本立法資料全集 別巻1242），2019（原著1911）），横田・柳川・後掲注(115)245頁，吾孫子・矢部・後掲注(115)191頁も参照。

(113) 法律新聞社・前掲注(109)202頁。

(114) 松本・後掲注(116)『日本會社法論』347頁には、既になしたのと「同様の調査」と書かれている。

(115) 横田國臣・柳川勝二『改正商法〔明治44年〕正解 第四版』288頁（信山社（日本立法資料全集 別巻226），2002（原著1916）），吾孫子勝・矢部克己『改正商法通義』234頁（信山社（日本立法資料全集 別巻680）・2011（原著1911））。なお、横田・柳川・同288頁に「衆愚ハ一賢ニ若カサルコトアル」と書かれているのは面白い表現である。

になり<sup>(116)</sup>、コーポレート・ガバナンス上の位置づけを獲得している。また、会社との契約の性質<sup>(117)</sup>なども明記されるようになってきた。

判例の方も数が増えてくる。例えば、「資本の10分の1」の形式要件は請求時から確定裁判があるまで存続する必要があるとするもの（大審院大正10年5月20日決定民録27輯947頁<sup>(118)</sup>（株式譲渡により要件を満たさなくなった）、長崎控訴院昭和5年12月23日決定新聞3217号11頁（一部失権により要件を満たさなくなった）、東京控訴院昭和9年9月3日決定評論全集23巻397頁（払込未了による失権により要件を満たさなくなった））が現れている。また、同要件との関係で、合計30名の株主（持株を合計すれば要件を満たす）の中から3名（この3名の合計では要件を満たさない）を申請人として申請した場合には、この3名が形式要件を満たしておく必要があるとするものが出されている（東京控訴院昭和9年8月20日決定評論全集23巻397頁）。その他、費用・報酬は会社が負担する旨判示するもの（東京控訴院昭和8年3月29日決定新聞3560号9頁、東京控訴院昭和10年3月4日決定法律新報400号9頁<sup>(119)</sup>）などがある。会社調査権を持つ監査役であっても検査役選任の申請ができるか否かはこの時期から問題とされており、裁判例（東京控訴院大正10年5月19日決定評論全集10巻174頁）はこれを肯定する。なお、検査役調査の過程で、当初予定しなかった事項をさらに調査しなければならない事態が生ずることも十分に想定できるが、この問題につき大審院は、一度検査役選任申請に基づき検査を完了した後で、同一人がまた申請をした場合であっても、調査の必要があればさらに検査役の選任をすることが可能であると判示している（大審院昭和4年7月6日決定評論全集18巻540頁<sup>(120)</sup>）。その他、大審院の事例ではないが、検査役選任が会社を拘束する趣旨について、会社が当事者だからではなく選任が国家の処分行為であり、何人に対しても効力を生ずるものであると判示するものがある（東京控決大正7年3月12日決定新聞1396号19頁<sup>(121)</sup>）。調査権の範囲について、清算中の会社でも検査役調査が可能であるとする大審院の決定（大審院大正13年7月28日

(116) 岡野敬次郎『會社法講義案』176-177頁（信山社（日本立法資料全集 別巻550）、2009（原著1920））、片山義勝『會社法原論 第七版』533頁（中央大学、1921）、松本潔治『日本會社法論』314頁（巖松堂、1929）。

(117) 片山・前掲注(116)535頁は「準委任の原則によって解釈」とする。松本・前掲注(116)『日本會社法論』315頁はより直截に委任契約に関する民法644条を引き、善管注意義務を負う旨述べる。

(118) 評釈として、松岡誠之助「判批」我妻栄ほか編『会社判例百選（新版）』58頁（有斐閣、1970）中村一彦「判批」鴻常夫ほか編『会社判例百選〔第四版〕』80頁（有斐閣、1983）。大隅ほか・前掲注(243)『判例コメン』922頁も参照。

(119) 後に非訟事件手続法129条の3、129条の4として立法された。

(120) 大森ほか編・後掲注(159)398頁〔中馬執筆〕。

(121) 戸田ほか編・後掲注(236)659頁参照。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

決定大民集3巻381頁<sup>(122)</sup>も出されている。調査の実行については、補助者を使用することが可能であると判示するもの（大審院大正4年1月29日決定法律新聞1003号28頁）が出ており、弁護士が検査役に選任され公認会計士を補助者として伴うという実務<sup>(123)</sup>の根拠につながっていると思われる。

#### (4) 株主総会による検査役の選任

明治32年商法158条2項で登場した検査役の規定（取締役・監査役の提出書類調査権）は、一旦明治44年改正で消滅し<sup>(124)</sup>、上述の通り明治44年商法160条ノ2として規定しなおされたものである。内容についても上述の通り、（定時だけでなく臨時も含めた）全ての株主総会で検査役選任をして、これら書類を調査できるようになった。後の文献の記載であるが、出席株主でこれら書類の調査が困難であるから検査役を選任する、というのが制度趣旨である<sup>(125)</sup>。一方、明治32年商法182条（監査役による臨時総会招集と検査役選任）の規定はその位置も内容も変化していない<sup>(126)</sup>。

#### (5) 小括

以上の通り、明治44年改正により検査役を活用できる場面が広がり、さらに裁判例が増えることで、制度の細かい部分が一層明確になった。商法典制定から少し時間がたち、本制度の利用も活発化したことがうかがえる。制度趣旨の議論に特に大きな変化は確認できなかった。

### 4. 昭和13年改正

#### (1) 時代背景・改正の経緯

次に検査役制度が変わるのは、昭和13（1938）年商法改正<sup>(127)</sup>のときである。大正3

---

<sup>(122)</sup> この事案の会社の解散は大正11年なので、昭和13年改正前商法適用事例である。大審院は、解散登記をした会社の検査役調査はできないが（前掲大審院明治43年2月22日決定）、手続上の瑕疵がない限り裁判所は請求を拒否することができず（前掲大審院明治39年10月25日決定）、性質上許す限り遡って調査することを許容すべき（前掲大審院明治33年7月2日決定）であると理由を述べている。同じ結論をとる裁判例として、東京控決大正13年9月8日決定新聞2317号16頁。なお、大森ほか編・後掲注(159)398頁〔中馬執筆〕も同じ見解である。

<sup>(123)</sup> 落合編・後掲注(287)122頁〔久保田執筆〕。

<sup>(124)</sup> 明治32年158条2項が、明治44年160条の2に「場所がうつった」のではなく、一旦削除して新たに作り直したことになっているようである（我妻・前掲注(23)319-320頁、岩原編・後掲注(314)279頁〔松井執筆〕参照。

<sup>(125)</sup> 松本・後掲注(146)『注釋 株式會社法』117頁。

<sup>(126)</sup> 塚崎・前掲注(112)72頁参照。

<sup>(127)</sup> 本文で述べたような事情から、昭和7年に司法省内に「商法総則会社法改正委員会」が設置さ

(1914)年に第一次世界大戦が勃発するが、日本は参戦しつつ戦闘には参加しないという状況があったので、産業を皮切りに、貿易、銀行などの業界を中心として経済が大きく発展するとともに、巨大資本の集中と蓄積が生じた<sup>(128)</sup>。一方で、その後我が国は大戦中の過剰蓄積などを原因として恐慌・慢性的不況へと突入する<sup>(129)</sup>。この好況と不況の合間に財閥が形成されるなどしたことも相まって、商法も新たな問題に対処すべき段階へと至っていたようである<sup>(130)</sup>。そして、昭和13年当時は第二次世界大戦の前の時期であるが、第一次大戦後の世界的な会社法改正ブームの中、第一次大戦後長く続いた恐慌により商法の規定の不備がさらに多く露見した結果<sup>(131)</sup>、また、同大戦による企業組織・経済構造の急激な変化に対応する必要が生じたこと<sup>(132)</sup>等が改正の理由であった。旧財閥を中心とする大規模企業の経営に適合的な現代型(独占資本型<sup>(133)</sup>)株式会社制度とともに中小企業向けの有限会社制度(昭和13年)が創設され、企業の取引手段たる手形法・小切手法(昭和8年)が整備されるなどし、「現代の企業法制はひとまず自己完結的な法体系の整備を終えた<sup>(134)</sup>」とも評価されている。この時点での改正事項も極めて多岐にわたり<sup>(135)</sup>全部は紹介できないが、ガバナンス部分を大枠で捉えると「株主総会の権限拡大」と「取締役に対する規制の強化」に集約できる。例えば、前者の内容として、特別決議事項の増加(昭和13年改正商法245条)、役員の大会社責任免除(同197条)などが挙げられる<sup>(136)</sup>。後者の内容として、取締役を株主総会で選任し、必ずしも株主でなくともよくなった点(昭和13年改正商法254条1項)や、取締役の互選による代表取締役の選任(同261条)、競業禁止義務の強化(同264条)<sup>(137)</sup>が挙げられ、また、決算が承認されたら取締役の責任が免除されるとしていた規

れ、原嘉道、松本丞治、岩田宙造、池田寅二郎、大森洪太、田中耕太郎が中心メンバーとなった(奥島孝康「昭和一三年商法改正」倉沢康一郎・奥島孝康編『昭和商法学史』16頁(日本評論社、1996)) (※著者の氏名の「沢」の字は奥付に従った)。

(128) 菅原・前掲注(6)21-22頁。

(129) 菅原・前掲注(6)22頁。

(130) 菅原・前掲注(6)22頁。

(131) 秋坂・前掲注(11)22-23頁、奥島・前掲注(127)13頁。特に金融恐慌が大きなきっかけとなって、民間から動きが始まったことが、奥島・同15-16頁に書かれている。

(132) 奥島・前掲注(127)15頁。

(133) 奥島は、この時点で我が国の商法に関して「近代型・産業資本型」から「現代型・独占資本型」への転換ないし転換の萌芽が見られるとする(奥島・前掲注(127)17頁、25頁)。なお、奥島によれば、準則主義、有限責任制度、株式の自由譲渡性、民主的経営機構、法人格などの要素が近代型の特徴であるが、現代型はそれに加えて株式会社企業の巨大化・企業集中の高度化を特徴とする(奥島・同22頁)。

(134) 奥島・前掲注(127)14頁。

(135) 秋坂・前掲注(11)24頁に一覧表が掲載されている。

(136) 奥島・前掲注(127)17頁。もっとも同時に、決議取消しの訴えの裁量棄却(同251条)などの改正もなされており、株主総会の権限拡大が必ずしも「株主の権限拡大」にはつなげていないと奥島は評する(奥島・同17-18頁)。

(137) 奥島・前掲注(127)18頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

定（昭和13年改正前商法284条）が改められ、さらに、取締役の責任の免除が総会特別決議事項とされ（昭和13年改正商法245条1項4号）、責任追及方法を拡大する（同268条；総会が取締役に対する責任追及の訴えを否決しても、少数株主はなお訴えの提起を監査役に請求できる）などの変更も加わっている<sup>(138)</sup>。

## (2) 業務財産検査役の規定

この改正により、業務財産検査役の規定は商法294条に移され、第1項に「会社ノ業務ノ執行ニ關シ不正ノ行爲又ハ法令若ハ定款ニ違反スル重大ナル事實アルコトヲ疑フベキ事由アルトキハ三月前ヨリ引續キ資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株式ヲ有スル株主ハ会社ノ業務及財産ノ状況ヲ調査セシムル爲裁判所ニ検査役ノ選任ヲ請求スルコトヲ得<sup>(139)</sup>」、第2項に「検査役ハ其ノ調査ノ結果ヲ裁判所ニ報告スルコトヲ要ス」、第3項として「前項ノ場合ニ於テ必要アリト認ムルトキハ裁判所ハ監査役ヲシテ株主總會ヲ招集セシムルコトヲ得此場合ニ於テハ第百八十一條第二項及第百八十四條第二項ノ規定ヲ準用ス<sup>(140)</sup>」と規定された。上記の通り、実体要件と株式（資本）保有期間の要件が新たに加わっているが<sup>(141)</sup>、これは当時この権利の濫用防止が特に意識されたためである<sup>(142)</sup>。

## (3) 制度趣旨と解釈・判例

現存の文献からはなかなか当時の状況は正確には分からないが、要件の厳格化については、松本蒸治が次のような面白い表現で記載をしている。

「検査役は大體やかましい辨護士とか計理士とかいふ人なるので、どんな疊でも叩け

(138) 岩原紳作編『会社法コンメンタール19 外国会社・雑則 [1]』438頁 [岩原紳作執筆]（商事法務、2021）、奥島・前掲注(127)18頁も参照。

(139) 司法省民事局編『商法中改正法律案理由書：総則会社』161頁 (<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1151479>（国立国会図書館デジタルコレクション））（最終アクセス2023年9月11日）（清水書店、1937）、山一証券株式会社『改正商法（第二編 会社ノ中 第四章 株式会社）逐条解説：附・有限会社について商法中改正法律施行法』89-90頁 (<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1269439>（国立国会図書館デジタルコレクション））（最終アクセス2023年9月11日）（山一証券、1939）、猪俣淇清『新会社法講義 増訂版』254頁（信山社（日本立法資料全集 別巻1281）、2020（原著1943））。

(140) ここで準用されている規定は、設立時の検査役による調査の規定である（現代法制資料編纂会編『戦後占領下法令集』350頁（国書刊行会、1984））。

(141) 落合編・後掲注(287)108頁 [久保田執筆]、美濃部俊明『改正会社法釋義』167頁（信山社（日本立法資料全集 別巻1213）、2019（原著1936））。

(142) 「検査役ノ選任ヲ請求スルコトヲ得ベキ事由ヲ限定シ且此ノ権利ノ行使スベキ株主ノ資格ニ制限ヲ加ヘテ此ノ権利ノ濫用ヲ防止セムコトヲ圖リタリ」とある（司法省・前掲注(139)『商法中改正法律案理由書』161頁、山一証券・前掲注(139)90頁参照）。なお、181条2項は設立時の変態設立事項に関して検査役の報告書を創立総会に提出すべき旨定め、また、184条2項は、181条2項の報告書を取締役・監査役が調査し創立総会に意見を報告することを義務付ける規定である（山一証券・同99-100頁）。

ば埃が出るのは当たり前でありますから、検査をされてはどんな会社でも困ってしまう譯でありまして、検査の請求を濫用されてはたまらないのであります<sup>(143)</sup>。』

株式会社制度も検査役もある程度定着してきたからか、不祥事を隠している企業も、また、真面目にやっている会社に粗探的な請求をする株主も増えてきたことが伺える。なお、松本の上記記載から、遅くともこの時点で弁護士とか計理士（公認会計士）が検査役を担当するという実務が定着してきたことも分かる。

この時期の文献で制度趣旨に関する議論に大きな変化は見られないが、監査役との関連性を意識しているように読めるものはこの時期でもある<sup>(144)</sup>。ところで、「検査役の調査権の範囲」について、学説で後に議論が盛り上がる時期が訪れる。会社の経理・財産に限って調査できる（本稿では経理限定説という）のか、それに限られず会社の業務財産全般の調査ができるのか（本稿では経理非限定説という）である。おそらく、経理限定説のオリジナルはこの時期の前後かそれ以前に、岡野敬次郎や松本丞治によって唱えられたものと思われる<sup>(145)</sup>。なお、この款で特に紹介すべき裁判例は見当たらない。

#### (4) 株主総会による検査役の選任

明治44年商法で160条ノ2として規定されていた検査役（取締役・監査役の提出書類調査権）の規定は、昭和13年商法238条に移ったが、規定の内容は全く変わっていない<sup>(146)</sup>。また、明治32年商法から存置されていた、監査役による臨時総会招集と検査役選任に関する明治32年商法182条の規定は、明治44年商法で235条2項へと場所が移ったが、内容は変わっていない<sup>(147)</sup>。趣旨について、監査役が総会を招集するのは取締役に不正又は不当の行為があると疑われる場合が多いので、検査役による調査ができるようにしたと書かれている<sup>(148)</sup>。

#### (5) 手続規定の整備

(143) 松本丞治『株式会社法の要點』145頁（巖松堂，1940）。

(144) 野津務『改訂 新商法大要』146-147頁（有斐閣，1941）などは、「監査役及び検査役」という形で項を立てており、監査役は取締役を監督する常設機関、検査役は業務財産状況を調査する臨時の機関、という形で対比しているように見える。

(145) 例えば、岡野・前掲注(116)『會社法講義案』176頁、松本・前掲注(116)『日本會社法論』313頁、美濃部・前掲注(141)153頁には「会社計算の成否を調査する会社の臨時の機関」という表現が使われており、それが198条にも適用されるような書きぶりに見える（特に松本・同314頁は明示的に198条の業務財産検査役を含む書き方をしている）。

(146) 猪俣・前掲注(139)254頁、松本丞治『増補 注釋 株式會社法』117頁（1949）。

(147) 猪俣・前掲注(139)250頁。

(148) 松本・前掲注(146)『注釋 株式會社法』115頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

その他、取締役・監査役の陳述を聞く（非訟事件手続法（当時）129条の2<sup>(149)</sup>）、裁判所は検査役から受けた報告につき検査役を審問する（同128条）、また監査役に総会招集をさせるときは一定の期間を定める（同130条）、検査役の報酬は取締役・監査役の意見を聞いて定める（同129条の3）等という手続規定も整備されている<sup>(150)</sup>。明治44年以降この時期からいまでの間に「手続的なことは手続法に」という住み分けが特に意識されたようである。

## （6）小 括

以上の通り、昭和13年において業務財産検査役は、濫用防止のために新たに実体要件と株式保有期間の要件が追加されているが、この点も検査役制度の利用がこの時期に活発であったことを示している。制度趣旨の議論に特段の変化はない。弁護士・公認会計士が検査役を担当するという明確な記載が文献上見られたのはこの時期以降である。

## 5. 昭和25年改正

### （1）時代背景・改正の経緯

次に業務財産検査役に変更が加わったのは昭和25（1950）年改正<sup>(151)</sup>である。終戦後、GHQからは「会社構造の民主化」「外国からの投資を容易にする」という二つの目的<sup>(152)</sup>に基づいて、商法の改正が提案された。また、GHQの指示に基づいて当時財閥に一極集中していた株式が分散され、一般株主が多く出現することとなったことなどから、「株主権の強化」ということが重要なテーマの一つとなった<sup>(153)</sup>。また、それまでの会社法に質量ともに根本的な改正を加え、「株主総会の権限縮小と取締役会の権限拡大<sup>(154)</sup>」による取締役会

(149) なお、取締役・監査役全員ではなく各一名の陳述でよいとする裁判例がある（東京控訴院昭和10年2月19日決定新聞3838号16頁）。

(150) 猪俣・前掲注(139)254頁。

(151) 昭和25年改正の詳細な資料については、中東正文『商法改正〔昭和25年・26年〕GHQ/SCAP文書 日本立法資料全集本巻91』（信山社出版株式会社、2003）参照（特に解38頁以下）。また、昭和25年改正の意義については、高倉史人「昭和25年（1950）商法改正の意義と位置づけに関する一考察—株主の権利・地位の強化を中心に—」国際公共政策研究6巻1号83頁（2001）でGHQと日本政府の審議の過程、背景となる経済情勢などが詳細に分析されている。

(152) 中東・前掲注(151)『商法改正』解18頁。

(153) 財閥解体からの流れの中での、小株主の利益保護と会社経営者の恣意の制限という動きは、財閥調査団エドワーズ委員長の主張でもあった（高倉・前掲注(151)「昭和25年商法改正」85-86頁）。GHQ全体としても、日本の株主の地位が弱いという認識があったようである（高倉・同87頁参照）。それ以外にも、本部で後掲する通り授権資本制度など取締役の権限強化とのバランスで株主権の地位の向上が図られたという側面もあるようである（秋坂・前掲注(11)29頁、江頭憲治郎・弥永真生編『会社法コンメンタル10—計算等(1)』132頁〔久保田光昭執筆〕（商事法務、2011））。もっとも、当時の法務省や経済界、司法界や学会には、かかる動きが会社荒らしにつながるかという懸念もあった（高倉・同88頁、92-93頁）。

(154) 取締役会制度創設との関係で、それまで最高・万能の機関であった株主総会の権限を法律・定款に定めたものに限定したのがこのときである（倉沢康一郎「昭和二五年商法改正—監査制度」

中心主義への移行などを実現し、また、資本調達機構の一新による「公開会社」に相応しい内容を持つ大改正であったと評される<sup>(155)</sup>。さて、この改正がGHQと日本政府との間で協議された過程で、6つの要求事項（いわゆるシックス・ポイント）がGHQ側から出されている<sup>(156)</sup>。

ここで、本稿の題材との関係で、その一つである「株主の書類閲覧権（現・会計帳簿等閲覧謄写請求権（本稿では会計帳簿閲覧権という）」に言及せねばならない<sup>(157)</sup>。「会計帳簿閲覧権」がGHQの要求を受け入れる形で日本商法に初めて登場したのがこの時である。具体的に、発行済株式総数の10分の1以上に当たる株主は、理由を付した書面によって請求をすることで（昭和25年改正商法293条ノ6第2項）、会社の会計帳簿・書類の閲覧と謄写を求める。（同293条ノ6第1項）。計算書類・附属明細書（同282条、293条ノ5）は「見せる」前提で作られるので、その背後にある「見せる前提ではない」会計帳簿等に直接のアクセスを可能にすることで不正に対処しようということである。GHQはシックス・ポイントのうちこれを最も重要なものとしていた。その背景には、本改正前に業務財産検査役について言われていたのと同様に、実質的に監査役が取締役の手先であって有名無実に見える、監査役が多数派株主に反対してまで少数株主を保護することが期待できない<sup>(158)</sup>等、監査役機能不全という弊害があった。

文献には興味深いことが書かれている。昭和24年12月6日の要綱修正案までは、業務財産検査役の要件を緩和し、「著しい失態」の場合にも行使可能にするとともに、その結果を株主にも報告するという案が出されていたようだが、同年12月15日の法制審議会において、この案に代えて上記会計帳簿閲覧権が要綱に入ったということである<sup>(159)</sup>。

を中心として」倉沢康一郎・奥島孝康編『昭和商法学史』32頁以下（日本評論社、1996）。なお、代表取締役制度も設けられた（倉沢・同39頁）一方、監査役は機能不全の状態が続いていたので、その権限は逆に会計に関するものに限定された（倉沢・同37頁に詳細な記載がある）。

(155) 江頭ほか編・前掲注(153)132頁〔久保田執筆〕、奥島・前掲注(127)24頁、倉沢・前掲注(154)「昭和二五年改正商法」31頁。なお、通常は明治23年の商法で「ドイツ法を継受」、昭和25年の商法で「アメリカ法を継受」したものが日本の商法であり、両方とも「外圧」に基づくものだと評価されることが多いが、倉沢は「モデルを換骨奪胎し、特殊・日本的なものとして設定」した、つまり日本流にアレンジしたものと捉えている（倉沢・同32頁）。

(156) ①株主の書類閲覧権、②株式の譲渡性、③議決権、④資本増加一新株引受権、⑤少数株主の権利及び救済、⑥外国会社である（中東・前掲注(151)『商法改正』解20-22頁参照）。

(157) 昭和25年改正における会計帳簿等閲覧謄写請求権の創設に関して、本文で紹介できなかった詳細について、拙稿『株式会社における株主の会計帳簿閲覧謄写請求権—法改正の変遷と制度趣旨・機能の不一致—』商経学叢（近畿大学経営学部）67巻3号259（607）頁以下（2021）参照。

(158) 中東・前掲注(151)『商法改正』解39頁。

(159) 大森忠夫・矢沢惇編『注釈会社法(6)株式会社の計算』398頁〔中馬義直執筆〕（有斐閣、1970）、伊澤孝平『註解 新会社法』528頁（法文社、1956）。また、中東正文「株主による会社の書類への直接的アクセス」金判1509号1頁（2017）も参照。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

## (2) 業務財産検査役の規定

本稿の主題である業務財産検査役はどうなったか。第一に、会社の業務執行に関する不正や法令定款違反を疑うべき事由があるとき、「発行済株式ノ總數ノ十分ノ一以上」にあたる株式を有する株主が検査役選任請求権を有する旨規定され、それ以前「資本」の10分の1以上という要件であったものが変化している（昭和25年改正商法294条第1項）が、これは授權資本・無額面株式を法が採用した結果である<sup>(160)</sup>。この要件を複数の株主で満たすことも可能だと明記されることが多くなるのもこの時期である<sup>(161)</sup>。また、従前の「3か月前から」という株式保有期間の要件が消滅しているが、これは上記会計帳簿閲覧権と相俟って、会社の業務・経理に関する株主の監督権を強化する趣旨に出たものである<sup>(162)</sup>。議決権のない株主もこれを有する<sup>(163)</sup>（株主の会社の業務・経理に対する監督権を強化する趣旨であるとも説明される<sup>(164)</sup>）。この持株比率要件は、選任請求時から確定裁判があるまで維持する必要がある（同一株式でなくともよい；通説）<sup>(165)</sup>が、申請後の新株発行で持株比率要件を下回った場合には検査役の選任が可能であると解されていた<sup>(166)</sup>。文言の解釈として、「業務ノ執行」とは会社の機関たる取締役の行為だけでなく支配人・使用人の行為も含み、「不正の行為」とは会社の利益を害する悪意の行為をいい、「法令違反」における「法令」とは株式会社法だけでなくその他の法令に違反することも含むとされていた<sup>(167)</sup>。これら実体要件の立証責任は請求者側が負うとするのが通説であり<sup>(168)</sup>、疎明では足りない<sup>(169)</sup>。

<sup>(160)</sup> 大隅健一郎・大森忠夫編『逐條改正會社法解説 増補三版』472頁（有斐閣，1952）。会社経営者に資金プールを与えるというのが授權資本制度の、アメリカのように広く一般投資大衆を集めるとというのが無額面株式の、それぞれ制度趣旨であった（高倉・前掲注<sup>(151)</sup>「昭和25年商法改正」87頁参照）。

<sup>(161)</sup> 大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>400頁〔中馬執筆〕、松田・鈴木・後掲注<sup>(176)</sup>『逐條 下』464頁。

<sup>(162)</sup> 大隅・大森・前掲注<sup>(160)</sup>473頁。

<sup>(163)</sup> 大隅・大森・前掲注<sup>(160)</sup>473頁。なお、大隅ほか・後掲注<sup>(243)</sup>『判例コンメ』921頁、大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>400頁〔中馬執筆〕には自己株式は除外される旨記載がある。

<sup>(164)</sup> 大隅・大森・前掲注<sup>(160)</sup>473頁。なお、保有期間の要件がなくとも、100分の10を要求しているため極めて厳格であると評価されている（同・473頁）。

<sup>(165)</sup> 大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>400頁〔中馬執筆〕、田中誠二『新版 会社法（四全訂版）』205頁（千倉書房，1963）、大隅・今井・後掲注<sup>(201)</sup>513頁。なお、山田弘之助・後掲注<sup>(209)</sup>374頁は、「同一株式について継続して存在することが必要」で、一方において株式を失うと同時に別の株式を取得して持株比率を維持するのでは足りないと解する。

その他、松田・後掲注<sup>(176)</sup>（1951版）214頁は、この権利が人格権であるので、申請者たる株主が資格を失った場合当然消滅すると記載するが、この理解も社員権否認論に立脚した考え方である。

<sup>(166)</sup> 大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>400頁〔中馬執筆〕、服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール 商法Ⅱ 会社法（別冊法セミ1）』310頁以下〔菅原菊志執筆〕（日本評論社，1970）。

<sup>(167)</sup> 大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>399頁〔中馬執筆〕。

<sup>(168)</sup> 大森ほか編・前掲注<sup>(159)</sup>399頁〔中馬執筆〕、服部・星川編・前掲注<sup>(166)</sup>311頁〔菅原執筆〕。

<sup>(169)</sup> 松田二郎『会社法概論』235頁（岩波書店，1968）（※後掲注<sup>(176)</sup>に同一著者・同一書名の書籍があるが、本書とは出版年が異なり、別のものであるため、本書を（1968版）という）。

立法当初から存在する、検査役が調査結果を裁判所に報告する義務については、昭和25年改正商法294条第2項に移ったが、内容は変わっていない。同3項において、必要ありと認められる場合に裁判所は「代表取締役」をして株主総会を招集させることができるとしている。昭和25年改正前は「監査役」にこれをさせていたが、昭和25年改正商法が監査役の権限を会計監査に限定したこととの関係で代表取締役に変わった<sup>(170)</sup>。この総会で検査役調査の結果を報告させ、適切な善後措置（代表訴訟の提起など）を行わせる狙いであるという点も以前と変わらない<sup>(171)</sup>。代表取締役が裁判所の決定をもって命じた期間内に株主総会の招集をなさない場合は過料に処せられる<sup>(172)</sup>（昭和25年改正商法498条1項17号）。なお、資格制限はないが、この検査役を弁護士・公認会計士を選任する実務もこの時期には確立しているようである<sup>(173)</sup>。

### (3) 制度趣旨と解釈・判例

さて、業務財産検査役そのものの制度は上記のように変容したが、ここで制度趣旨の変化に注目したい。既述の通り、昭和25年改正以前の業務財産検査役制度の趣旨として、「監査役補助」という点を挙げる文献もまだあり、この時期以降も「性質は監査役に近く」「監査役欠点を補うために検査役の制度を設けた」という明確な記載をするものもある<sup>(174)</sup>。しかし、趣旨を監査役補助と解する説はこの時期以降急速に勢いをなくし、「株主の監督是正権を有効適切に行行使するための会社の業務財産状況についての調査権」と解するものが主流化する<sup>(175)</sup>。昭和25年改正で検査役の条文自体が「会社の計算」の箇所に

(170) 大森ほか編・前掲注(159)404頁〔中馬執筆〕、大隅・大森・前掲注(160)473頁。

(171) 大森ほか編・前掲注(159)404頁〔中馬執筆〕。なお、社員権否認論に対して批判的な同文献も、この箇所松田・鈴木・後掲注(176)467頁を引いているので、この点では争いはないということであろう。もっとも、松田・鈴木・同467頁には、この総会について「何らの決議をも為しえない」もので「株主に報告する点において意味がある」という明確な記述がみられる。

(172) ここで、代表取締役に不正・違法の嫌疑がかけられているケースがあることは想像に難くないが、その場合代表取締役に代わって誰が総会招集をするかについて規定がないのは立法のミスであり、検査役選任の請求をした株主に総会の招集権を与えるべきであったと厳しく非難されている（大森ほか編・前掲注(159)404頁〔中馬執筆〕、松田・鈴木・前掲注(176)468頁）。昭和56年改正でもこの規定は変わっていないが、昭和62年の文献では、加えて監査役にも招集権限を認めることも検討に値する旨記載がある（上柳ほか編・後掲注(240)235頁〔森本執筆〕；なお、昭和49年改正により監査役の業務監査権が復活している時期である）。

(173) 山田弘之助・後掲注(209)371頁。なお、後の文献である崎田・後掲注(242)398頁〔中元執筆〕は検査役として選任される者が「株主であっても差し支えない」とするが、公正中立な立場ではなく、会社の秘密漏えいの観点で問題があるので、疑問がある。

(174) 田中誠二・前掲注(165)『四全訂版』203-204頁。なお、石山・後掲注(205)62頁は、本制度の主な目的としては多数説（株主の監督是正権行使のための調査）を挙げながら、副次的に「監査役制度では完全を期し得ない監督の実効をあげる使命をになっている」とも述べる（同・63頁）。

(175) 例えば、服部＝星川編・前掲注(166)310-311頁〔菅原執筆〕など（なお、基本法コンメンタール会社法2のこの箇所は1998年刊の第6版まで菅原が執筆を担当しており、そのような制度趣旨の記載は一貫している）。このような制度趣旨は現在でも通用している。なお、有限会社法45条

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

移ったことも理由としては考えられるが、根本的には、①より直接的な手段である「会計帳簿閲覧権」の創設によりそちらに注目が集まり、「玉突き」のごとく業務財産検査役制度の制度趣旨や位置づけが変容した、②監査役の特権が限定されることで、業務財産検査役制度は「監査役補助」としての役割をほぼ完全に喪失し、株主の権利としての側面のみが残った、というのが理由ではないかと推察する。

議論が本格的に盛り上がり始め、裁判例も多くなるのがこの時期である。第一に、この権利を会社・株主全体の利益のために行使せねばならないか否かにつき特に議論が盛んであったのでこれを詳しく紹介しよう。検査役選任請求権は共益権に属し、会社の利益のために行使せねばならないとする少数説（本稿で共益権限定説という）があったが<sup>(176)</sup>、通説は、この立場を極端な立場であると非難し、①共益権も根本において株主の利益のために行使される権利であること、②ただ行使の効果が会社全体に及ぶことに付随する制約が存するに過ぎないこと、などを理由に、会社の利益のためでなくても行使が可能であるとする（本稿で共益権非限定説という）<sup>(177)</sup>。

この論争の背後には、いわゆる「社員権論争」が横たわっており、共益権限定説は「社員権否認論」の立場から唱えられたものであるもので、ここでごく簡単に紹介しておこう。当時の通説は、「存在目的によって制約を受ける」という株式会社の本質論から出発し、株主の権利を所有権と対比しつつ、企業から生ずる利益を分配する権利（収益権能の変形物＝自益権）、企業を支配する権利（支配権能の変形＝共益権）とに分類し、両者を包含する社員権・株主権を観念する<sup>(178)</sup>。これに対するアンチテーゼとして唱えられたのが「社員権否認論」である。その主唱者である田中耕太郎、松田二郎の見解を、以下筆者なりに

---

にも業務財産検査役の規定があり、同様の制度趣旨で理解されている（服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール 商法 I（別冊法セミ 5）』297頁以下〔渋谷光子執筆〕（日本評論社、1971））。

(176) 松田二郎・鈴木忠一著『逐條 株式會社法 下』464頁（弘文堂、1952）、松田二郎『會社法概論』214頁（岩波書店、1951）（※前掲注(169)に同一著者・同一書名の書籍があるが、本書とは出版年が異なり、別のものであるため、本書を（1951版）という）、田中耕太郎・後掲注(179)「機關ノ觀念」927頁。なお、具体的な条文上の要件からこのような解釈が出てくるのではなく、「社員権論争」から解釈が発生しているようである。

(177) 大森ほか編・前掲注(159)399頁〔中馬執筆〕、服部＝星川編・前掲注(166)311頁〔菅原執筆〕、崎田・後掲注(242)389頁〔中元執筆〕。その他、田中誠二『再全訂 会社法詳論（上巻）』698頁（勁草書房、1982）（※昭和56年改正後の版であるが、立場に変更はない）。なお、あくまで「自益権行使の目的でも認める」と言っているだけであって、株主の地位をはなれた個人的利益追求目的や、会社をもっぱら困惑させる目的での業務財産検査役の選任請求がなされる場合には通説の立場からも（権利濫用などを理由として）却下される（なお、昭和56年改正後の文献ではあるが、実務も同じ立場である（東京地裁商事部研究会「商事保全及び非訟事件の実務研究 業務検査役選任申請事件」判時1314号39頁（1989）））。

(178) 大隅健一郎「いわゆる株主の共益権について」『新版 会社法の諸問題』148-149頁以下（有信堂高文社、1983）。

要約する。まず、田中耕太郎は、共益権を会社の機関たる資格において有する権利であるとし、社員の個人的利益ではなく団体自体の利益のために行使される公的性質のものであると説き、その結果社員の権利とは自益権のみを指すという帰結をとる<sup>(179)</sup>。当然、検査役選任請求権もこの発想から社員自身の利益のためには用いられないということとなる<sup>(180)</sup>。次に、松田二郎の社員権否認論<sup>(181)</sup>、自益権を個人的な財産的権利、共益権は参政権のような団体的権利であり両者は別である<sup>(182)</sup>ととらえ、共益権に一身専属性・人格的性質があることを認める点に特徴がある<sup>(183)</sup>。社員権否認論は全体として、国家・個人の関係と株式会社・構成員(社員)との関係とを単純に対比することはできない点<sup>(184)</sup>などから批判され、通説化するには至らなかった。また、社員権否認論は、共益権の譲渡・処分等を否定する点において現代企業社会の実態に合わないため、筆者は社員権否認論を支持するものではないが、次に見る裁判例の結論の背景となった考え方を見るには有益であると思い紹介した。

検査役のかかる論争に関連する裁判例は昭和56年改正の前後に特に多い。以下、一部昭和25年改正前や昭和56年改正後の事例も含むが、かかる商法の改正内容に関係なく論じられる問題であるのでここでまとめて紹介する。まず、業務財産検査役請求権自体を「共益権」と性質決定し、「会社の利益のためこれを行することを要し、株主の個人的利益のために行使してはならない」と判示するものとして、東京高裁昭和24年10月31日決定高民集2巻2号245頁<sup>(185)</sup>がある。次に、東京高裁昭和40年4月27日決定下民集16巻4号770頁<sup>(186)</sup>

(179) 田中耕太郎「機関ノ觀念」杉山直治郎編『富井先生還暦祝賀 法律論文集』887頁以下(特に921-927頁)(有斐閣書房, 1918)。なお、田中は共益権として「社員の業務執行権」「会社代表の権」を挙げる(田中・「機関ノ觀念」923頁)。共益権が公的性質を持つという発想の背景には、国家を一つの団体と捉え、大臣や官吏をその機関と考える公法的な発想が横たわっている(田中・「機関ノ觀念」924頁)。機関の構成員であるがゆえに、個人としての権利と機関としての権利を区別せねばならないと考えるのである(田中・「機関ノ觀念」925頁)。なお、田中はその後の著書において、「社員権」をとる通説に対して、かなり詳細に反論をしている(田中耕太郎「我が國に於ける社員権理論」『商法研究 第二巻』155頁以下(岩波書店, 1935))。

(180) 田中耕太郎・前掲注(179)「機関ノ觀念」927頁。

(181) 松田・前掲注(176)(1951版)31頁以下。

(182) 松田・前掲注(176)(1951版)36頁以下。

(183) 松田・前掲注(176)(1951版)33-34頁。

(184) 大隅・前掲注(178)146頁。

(185) 評釈として、八木弘「判批」民商27巻1号68頁(1952)。取締役の選解任や利益処分等に関して県知事の承認が必要とする定款(戦時中の統制会社令に基づく定款が戦後にも存続したもの)が株式会社の本質に反するものとして無効とされた決定である。付随的に、軽微な定款違反等を多く主張した株主の請求が却下されている、理由として、請求者が競業関係にある事業主であり、その利益のために検査役を請求した点が認定されている。

(186) 評釈として、西山忠範「判批」ジュリ396号113頁(1968)。Y社が取締役会をもって事実上株主総会に代えていたという扱いの違法性を主張して、Y社株主であるXらが検査役による調査を請求した事案である。その背後には、即席ラーメンの製造販売に関する特許を巡って、共同創業者であったXらとY社の残りの取締役らの対立があった。この請求に先立ち、XらはY社をやめ、競業関係に立つ訴外D社の取締役に就任してY社従業員を引き抜いたり、Y社の株

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

は、同様の理由に続けて、「その行使が少数株主の利益追及のみの手段として、または、会社の業務担当者を困惑させることのみを目的としてなされる場合には、なおその要件事実の有無に立ち入らず、権利の濫用として、これを排斥し得るものと解する。けだし、かかる共益権の行使は、これを認めた趣意に反するだけでなく、その要件事実が備わる場合には、他の少数株主の正当な権利行使を期待し得るからである。」と判示している。さらに、昭和56年改正後の事例ではあるが、東京高裁昭和59年3月23日決定判タ528号252頁<sup>(187)</sup>は、共益権という単語に言及はしないものの、検査役選任の請求権が「本来会社全体の利益保護のために認められた」と判示し、同じ流れに位置付けられる<sup>(188)</sup>。このように、共益権限定説と同じ結論を採る三つの決定がある一方で、大阪高裁昭和55年6月9日決定判タ427号178頁<sup>(189)</sup>は、私的な医療費の会社資金からの支出行為や、株主総会の不開催と計算書類の不承認という違法行為が取締役によって行われていた事例で法令定款違反の重大事実を認め、検査役選任請求を認めた数少ない認容例の一つである。

さて、共益権限定説を採る前三つの決定は、この権利を会社（全体）の利益のために行使すべきことを明示する。ここで、上記昭和24年東京高決は、社員権否認論の松田二郎が裁判官としてした決定であり、その理論が色濃く表れている。そして、類似先例の少ない当時の状況下、昭和40年の東京高決がこれを引き継いだものと推察される。昭和40年東京高決の評釈では、単にこの制度の濫用的な行使を排斥する理屈として「会社の利益のために行使することを要し」と述べ「共益権」と性質決定したと評価されているが<sup>(190)</sup>、安易に共益権と性質決定し、権利濫用の議論をするのではなく、実体要件の要件事実で判断されるべきであったとも批判されている<sup>(191)</sup>。そして、昭和59年東京高決も、同様に権利濫用

---

↘主名簿を持ち出すなどしていた。

(187) 原審は東京地決昭和57年1月11日で昭和56年改正の直後である。これは、申請者であるXが相手方会社であるYと「泥沼的紛争」に陥っていた事案であり、申請者は相手方経営陣を困惑に陥れて、保有株式を「肩代り」させる意図等が認定された。そして、本文で引用した「会社全体の利益保護」の域を超えており、権利濫用とされたものである。評釈として、蔡勝錫「判批」ジュリ929号108頁（1989）、中曽根玲子「判批」税経通信39巻11号245頁（1984）、岩瀬正通「株の買い占めと検査役選任申請の権利濫用—『ニュービス・ホンコン対片倉工業』事件」慶應義塾大学法学研究会362頁以下『下級審商事判例評釈（昭和五五年一五九年）』（慶應義塾大学商法研究会、1995）。なお、そもそも持株比率要件を満たさない申請だが、相手方が争わなかったために権利濫用が争点となっている（中曽根・同246頁）

(188) 中曽根・前掲注(187)249頁。

(189) その他、代表取締役が任期満了後もその地位にとどまっている、この者が個人で負担すべき治療費を会社資金から支出している、赤字であるにも関わらず多額の役員報酬を支出しているなど、違法行為が幾重にも重なった事案であるといえる。評釈として、荒達也「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選 [第4版]』224頁（有斐閣、2021）、末永敏和「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選 [第2版]』124頁（有斐閣、2011）。

(190) 西山・前掲注(186)114頁。

(191) 八木・前掲注(185)73頁、西山・前掲注(186)114頁。

を安易に論ずべきでなかった<sup>(192)</sup>とか、会社の利益のみを目的としてこの権利が行使されるわけではない<sup>(193)</sup>とも批判される<sup>(194)</sup>。そのようなこともあってか、このような理由付け・性質決定は後の裁判例には積極的には継承されていない。これら3つの決定のうち、「個人的利益に基づく請求は許されない」という点だけ現在でも事例判断として参照しうるか<sup>(195)</sup>、当時は実体要件が規定されたばかりであり、社員権論争の影響も強く受けている点、理論面を参考にする場合に注意が必要である。

第二に、不正・法令定款違反等に違反する重大事実の疑いについては、当時この規定が「会社ノ計算」の箇所に置かれていたこともあり、「会社の財産に影響を及ぼす」「会社に財産的損害を与える」ものである必要があるか否かについて論争されていた。当時の裁判例では、会社の経理財産に直接関係のない事項については検査役選任請求がでないという結論を採るものが散見される。例えば、東京地裁八王子支部昭和35年1月30日決定判時218号31頁は、「株主総会の不開催」「株主総会決議の強行」その他の理由で検査役選任申請がなされた事案であるが、前者については、その後の株主総会で瑕疵が治癒されたとの理由、後者については、会社の経理に直接影響を及ぼすものではないとの理由で、それぞれ申請が却下された。仙台高裁秋田支部昭和54年1月12日決定判タ387号139頁<sup>(196)</sup>は、7つもの理由で検査役選任申請をしている事案であるが、本稿との関係では「株主総会不開催・議事録の偽造」という理由が経理財産と関係のない理由だとして却下された点が重要であり、具体的に「株主総会を開催しないこと及び不開催にも拘らず株主総会議事録を作成して法務局に届出をしていることは、それ自体では必ずしも商法第二九四条に基づく検査役選任の事由となるものではないと解するのを相当とする。けだし、少数株主の検査役選任請求権は、違法不正な業務執行によつて会社財産に損害が及ぶことを防止する趣旨から認

(192) 中曾根・前掲注(187)249頁は、裁判官の個別具体的判断に委ねられる権利濫用法理では、検査役選任請求権の実効性が弱まることを危惧する。また、同稿はこの事実関係から権利濫用以外の理由付けがあり得たと主張する。岩瀬・前掲注(187)383頁は、この昭和59年東京高決も、『公益権性』を振りかざす必要はなく、「正当目的のない単なる道具として申請を利用している」点を判断すれば足りたとして決定を批判する。

(193) 蔡・前掲注(187)109頁。

(194) なお、昭和56年改正後の論稿であるが、西尾幸夫「業務検査役の選任請求と「権利の濫用」」龍谷法学24巻3・4号138頁以下(特に149頁)(1992)は、業務財産検査役との関係では権利濫用そのものを持ち出すべきではないと説く。実体要件が設けられた点、また業務財産検査役が手段的な権利である点が主な理由である。

(195) なお、蔡・前掲注(187)109頁は、検査役を選任した効果が他の株主にも及ぶことから、申請人の主観的意図に関わりなく検査役の選任を認めるべきであると主張する。しかし、たとえ他の要件を満たしているように見えたとしても、濫用的な請求・申請は却下されなければ会社の業務妨害につながり、また、それを許容すること自体が長期的には株主の共同利益を侵害するとも考えられるので、株主の主観的意図を考慮した上での権利濫用性の判断は必要である。

(196) 評釈として、別府三郎「判批」ひろば34巻1号76頁(1981)、島原宏明「判批」法学研究(慶應義塾大学)58巻8号110頁(1985)。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

められているものであるから、会社の経理財産に直接に関係のない事項については行使することができないものと解するのを相当とする」と決定文は述べている。裁判例同様に、会社の財産・経理に関する調査に限って認める立場も存した（本稿では経理限定説という）<sup>(197)</sup>。もっとも、そのように限定する根拠はないとして通説は広く（例えば違法な有利発行や株主平等原則違反の疑われる場合も）業務財産状況の調査が可能であると解していた（本稿では経理非限定説という）<sup>(198)</sup>。なお、株主が会社を調査する場合にまず会計帳簿閲覧権を用いるが、会計の範囲に限ってしか調査できないため、さらに進んで直接に会社の業務財産状況の調査をするための制度が業務財産検査役制度である旨文献には記載があり<sup>(199)</sup>、両者が選択的な手段というより段階的に経るべき調査手段であると理解されていたようにも読める。なお、会計帳簿閲覧権と業務財産検査役の規定が同じ「計算」の箇所に並んだこともあり、両者を包含する上位概念として「経理検査権」の概念が提唱されたのはこの時期である。一見、検査役の調査範囲につき経理限定説に立つ見解がこの概念を提唱している<sup>(200)</sup> ようにも思えるが、必ずしも論理必然ではない。経理検査権の概念を用いても、検査役の調査範囲は経理に限定されないとする立場もある<sup>(201)</sup>。この論争は次に紹介する昭和56年改正以降もしばらく続く。

第三に、「定款違反」に関して三つの裁判例が出されている。まず、東京高裁昭和48年8月15日決定金判388号2頁を紹介する。これは、港湾運送業・倉庫業を営む会社が、県の計画している貯木場・木工団地などの建設に対して寄付金を支出したことが、検査役選任請求事由の「定款」違反に当たるか否かが争われた事案であるが、昭和48年東京高決

(197) 学説として、服部栄三『三訂 会社法原理』146頁（ミネルヴァ書房、1967）、山田弘之助「会社の会計帳簿閲覧権と検査役選任請求権」鈴木忠一編『松田判時在籍四十年記念 会社と訴訟(上)』565頁（有斐閣、1968）、大山・後掲注(262)51頁など。なお、松田・前掲注(176)（1951版）213頁は、検査役の権限は「主として計算の正否および取締役の處置の適法性に限定される」旨記載しており、限定する立場のようにも読める（ただし、引用文の通り「主として」という語が付されており、また上記引用文の直後に、選任される各個の場合につき権限の範囲に差がある旨も述べられているので明確にはわからない）。後の1968年に出された松田による同名の書籍においては、「各個の場合につき権限の範囲に差がある」旨の記載は削除されている（松田・前掲注(169) 235頁（1968版））。

(198) 大森ほか編・前掲注(159)399-400頁〔中馬執筆〕、西原寛一『会社法（商法講義Ⅱ）』261頁（岩波書店、1957）、服部・星川編・前掲注(166)311頁〔菅原執筆〕、田中誠二・後掲注(241)『三全訂（1993）』734頁、崎田・後掲注(242)393頁〔中元執筆〕、島原・前掲注(196)115頁、別府・前掲注(196)80頁。なお、会社法下でも同様の見解をとるものとして、大江・後掲注(302)381頁。

(199) 大森ほか編・前掲注(159)398頁〔中馬執筆〕。西原・前掲注(198)259頁も「簡単な検査から詳細な検査へ、自治的な検査から後見的な検査の発動へと順次進展し得る構成」と表現する。その他、鈴木・竹内・後掲注(242)355頁（初版である1981年版と記載に変更なし）。

(200) 服部・前掲注(197)『会社法原理』144頁〔菅原執筆〕など。

(201) 大隅健一郎・今井宏『会社法論 中巻〔第三版〕』500頁、511頁以下（有斐閣、1992）。他に、少し後の文献であるが、鈴木・竹内・後掲注(242)359頁（初版である1981年版の記載も同じ）、上柳ほか編・後掲注(240)226頁〔森本執筆〕、別府・前掲注(196)76頁以下参照。

は、目的遂行のために必要・有用であることから定款違反に当たらないと判示した。その発想の背後には最高裁昭和45年6月24日判決民集24巻6号625頁<sup>(202)</sup>（いわゆる八幡製鉄事件最高裁判決）があるのは明らか<sup>(203)</sup>であって、検査役選任においても同様の解釈が通用することを示す一例である。そして、残り二つの事例は対照的である。まず、定款に「麻糸、麻布、麻袋その他繊維工業品の製造加工販売」その他「附帯する事業」等と書かれていた会社が、娯楽施設であるボーリング場を建設したことが定款の目的外か否かが争われた事案で、裁判例（大阪高裁昭和51年4月27日決定判タ340号193頁<sup>(204)</sup>）は定款違反を疑う重大事実を認めた。一方、定款に石炭採掘、電気機器、造船、印刷建材の販売、土地建物の賃貸売買など多くの事項が書き込まれた会社が台湾の会社への建設機械等の輸出によって多額の貸倒れ損失を被った事案において、裁判例（東京高裁昭和60年5月21日決定判時1157号153頁<sup>(205)</sup>）は定款に記載された事項から多角経営・事業拡大の意図を認定し、当該輸出は定款所定の目的の範囲内であると判示した。このような裁判例は、事例判断であり、同種の事例は多くはない。八幡製鉄事件最高裁判決のような解釈を前提としても、定款所定の目的は株主が出資をする目的ともなりうる点は否定できず、あまりにも定款所定の目的とかけ離れた事業を行った場合は（たとえそれが会社の利益になるものであっても）検査役の選任事由となるものと解される。

その他、この時期には、検査役選任時の決定において、検査事項の範囲を裁判所が制限することを認める裁判例（大阪高裁昭和36年7月10日決定下民集12巻7号1640頁<sup>(206)</sup>）も出されている。また、本来会社の内情を知ることのできる役員が検査役を利用できるかについて、会社の全株式を保有する代表取締役による検査役選任請求を却下した裁判例（千葉

<sup>(202)</sup> 八幡製鉄事件最高裁判決の結論は学説に受け入れられている。例えば、当時までの判例およびこの最高裁判決、イギリス・アメリカとの比較を通じて当時の現状を肯定するものとして、北沢正啓「会社の能力一定款所定の目的による制限について」ジュリ500号232頁以下（1972）。

<sup>(203)</sup> 昭和48年東京高決の決定文では言及がないが、調査官解説（調査官解説・金判388号2頁）には八幡製鉄事件最高裁判決との関係性が明示されている。

<sup>(204)</sup> 評釈等として、田中誠二「判批」金判517号2頁（1979）、降矢順子「判批」上智法学論集 21巻2・3号249頁（1978）、阪埜光男「判批」法学研究（慶應義塾大学）54巻11号114頁（1981）。なお、相手方会社は一旦「娯楽場・・・の経営」という定款変更をしようとして否決されたにも関わらず、ボーリング場の建設を行っている。一方で、申請株主（会社）と調査対象会社との間に抗争もあったなど、若干特殊な事例である。

<sup>(205)</sup> 評釈等として、久保田光昭「判批」ジュリ916号109頁（1988）、石山卓磨「判批」ひろば 39巻8号61頁（1986）、加藤修「判批」法学研究（慶應義塾大学）64巻7号140頁（1991）。なお、相手方会社の定款に貿易や建設機械という文言が追加されたのは台湾の会社との取引の後であったが、裁判所はそれより前の定款から既に本文で述べたような意図を認定した。

<sup>(206)</sup> 検査役選任申請の目的が自己株式取得による会社の損害の調査にあるという事例である。その他、本文で挙げた大阪高裁昭和51年4月27日決定判タ340号193頁でも検査事項の限定が認められている。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

地方裁判所佐倉支部昭和49年3月11日決定判時743号100頁<sup>(207)</sup>、有限会社の監査役が検査役申請をしたことをもって直ちに失当とすべきではないとした裁判例（広島高裁岡山支部昭和49年10月11日決定判タ319号145頁）などが出ている。

なお、前述の昭和13年改正くらいから濫用防止という点が一層意識されてきたのであるが、学説サイドでは昭和25年改正より後の時期に特に「検査役選任理由がないことが判明した場合、少数株主が損害賠償責任を負うべきか」という点も争われており、「悪意・重過失による請求」の場合には合併無効の訴え等で敗訴した場合の責任<sup>(208)</sup>を、また軽過失がある場合には不法行為による責任を負うべきであるとの立場もある<sup>(209)</sup>。

#### (4) 株主総会による検査役を選任

昭和13年改正商法238条に規定されていた、取締役・監査役提出書類の検査役による調査の規定に関しては、そのままであり特段の議論の変化はない<sup>(210)</sup>。制度趣旨として、株主総会の出席株主がそれら書類を調査するのは不適當だから<sup>(211)</sup>、また、会社内部の機関である監査役だけでは十分に目的を達することができない場合があるから<sup>(212)</sup>、とされており、これも変化はない。本条の検査役は、次に見る237条3項の検査役とは異なり、あくまで一定の書類しか検査できない<sup>(213)</sup>。複数選任されても各自権限行使をする<sup>(214)</sup>。

一方、昭和25年改正において、株主総会において別に検査役選任が可能となった。上記238条および294条（少数株主による請求）とは別に、以前は160条に規定されていた少数株主の臨時株主総会招集請求の規定<sup>(215)</sup>が、昭和25年改正で237条<sup>(216)</sup>に移され、新たに3項で「前二項ノ規定ニ依ル總會ニ於テハ會社ノ業務及財産ノ狀況ヲ調査セシムル爲テニ検査

(207) 評釈として、森淳二郎「判批」商事794号203頁（1978）。なお、権利濫用についての事例判断でもある（傍論）。

(208) 当時は、合併無効や株主総会決議取消・無効確認の訴え等において、原告が敗訴した場合に悪意・重過失があった場合は会社に対して連帯責任を負うという規定があった（当時の商法109条2項、380条3項、247条2項、252条など）（大森ほか編・前掲注(159)404頁〔中馬執筆〕）。

(209) 松田・鈴木・前掲注(176)468頁、大森ほか編・前掲注(159)405頁〔中馬執筆〕、山田弘之助「会社検査役について」上智法學論集1巻1号378頁（1957）。

(210) 大隅・大森・前掲注(160)『逐条』206頁。

(211) 田中誠二・後掲注(241)『三全訂（1993）』612頁。

(212) 大森忠夫・矢沢惇編『注釈会社法(4) 株式会社の機関』59頁〔河本一郎執筆〕（有斐閣、1968）。

(213) 大森・矢沢・前掲注(212)『注釈会社法(4)』60頁〔河本執筆〕。業務財産について検査する権限はおろか、会計帳簿等を閲覧する権限すら持たない（同・61頁）。

(214) 大森・矢沢編・前掲注(212)『注釈会社法(4)』60頁、61頁〔河本執筆〕。

(215) 法律新聞社・前掲注(109)162頁参照。

(216) 第1項は、6か月目より発行済み株式の100分の3以上に当たる株式を保有する株主が、招集の理由を記載した書面を取締役に提出し総会招集を請求できると規定する。第2項は、第1項の請求から二週間以内に招集通知が発せられない場合に、請求した株主が裁判所の許可を得て総会招集ができると規定する（我妻・前掲注(23)319頁）。

役ヲ選任スルコトヲ得」と規定され、当該臨時株主総会においても会社の「業務財産状況」を調査させるための検査役の選任が可能になった<sup>(217)</sup>。昭和25年改正は監査役の権限縮小に伴って監査役の総会招集権をも消滅させたが、それにより、以前は監査役にあった権限（昭和25年改正前商法253条2項）が株主の方に移ったものである<sup>(218)</sup>。趣旨に関して、「会社の経営に不審の点がある場合、株主の自營的手段として総会の招集請求が行われることが多いだろうから、この総会で検査役を選任できるようにすることが便利である<sup>(219)</sup>」と記載されている。なお、238条、237条3項の検査役ともに、招集通知に記載がなくても選任が可能である<sup>(220)</sup>。

### (5) 小 括

以上の通り、昭和25年改正では逆に「株主権の強化」が考慮されたことから、業務財産検査役の株式保有期間の要件が削除された。その他の点は以前の規定をほぼ引き継いでおり、マイナーチェンジに留まる。また、制度趣旨の議論はこの時期から明らかに「株主の情報収集手段」とするものが多くなる。この時期以降「監査役の補助」を主張するものは極めて少数にとどまるが、そのような変化の理由は「会計帳簿閲覧権の創設によりそちらに注目が集まった」点と「昭和25年改正で監査役の役割が後退した点」にあると推察する。本制度は共益権のために使われるべきか（自益権目的でもよいか）、会社の経理・財産に影響を及ぼすことしか調査できないか（その他株主に損害を与えることを含めて取締役の業務執行全般について調査できるか）という点を筆頭に、業務財産検査役に関する解釈論が活発に展開するのはこの時期以降であり、裁判例もとても多く出されていることから、利用がさらに活発化していたことがうかがえる。

## 6. 昭和56年改正

### (1) 時代背景・改正の経緯

前提として昭和49（1974）年改正に言及する必要がある。先述の通り、昭和25年改正で監査役の権限は会計監査に限定されてしまったが、昭和40年代に入ってから特に大企業の不祥事、大規模倒産が相次いでいた<sup>(221)</sup>。また、田中角栄内閣（昭和47年から49年）の高度

<sup>(217)</sup> 伊澤・前掲注(159)387頁、服部＝星川編・前掲注(166)179頁〔三東三司執筆〕。

<sup>(218)</sup> 田中誠二・後掲注(241)『三全訂(1993)』610頁、大隅・大森・前掲注(160)205頁。

<sup>(219)</sup> 伊澤・前掲注(159)389頁。

<sup>(220)</sup> 大森・矢沢編・前掲注(212)『注釈会社法(4)』58頁、59頁〔河本執筆〕。

<sup>(221)</sup> 菅原・前掲注(6)57頁以下参照。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

経済成長促進策により企業には実体を超えるほどの大きな資金（過剰流動性）が生じ、これが土地の買い占め、株価操作やヤミカルテルなど企業の反社会的行動へと結びついていった<sup>(222)</sup>。その後、いわゆる石油ショックが起こったが、企業が便乗値上げを行うなどし、特に石油業界や商社を中心に世論による批判は高まる一方であった<sup>(223)</sup>。そのような中「企業の社会的責任」ということが経済界・世論の両方から主張されるようになった<sup>(224)</sup>。かかる社会的背景から昭和49年の商法改正が行われたが、本稿との関係で重要なのは、監査役の業務監査権が再び復活したことであろう<sup>(225)</sup>。なお、立法に関心の低かった商法学者が、一連の会社法改正に学問的観点から批判的な検討を加えるようになったのも、このころであると評されている<sup>(226)</sup>。もっとも、監査制度を見直すだけで十分ではないことは、上述のような当時の社会状況を見れば明らかである。会社法の全面改正の必要性が痛感されるに至り、昭和49年に法制審議会商法部会の会合が開かれ、全面改正作業に着手している<sup>(227)</sup>。なお、昭和56年改正に至る過程で企業の反社会的行動に対する批判はまだあったものの、不況にもかかわらず著しい物価上昇が続く（スタグフレーション）の状況にあり、「企業の社会的責任」どころではない状況を日本社会は一時経験している<sup>(228)</sup>。

このような中なされた昭和56（1981）年の改正は、後ろ向きの理由と前向きの理由が混在した結果の改正であったといえる。第一に、当初予定でこの改正は7つの柱に基づく会社法の全面改正の予定であった<sup>(229)</sup>が、当時もなお続いていた大企業の不祥事（ロッキード社など）に対応するために会社の自主的監督機能強化の緊急の必要性があった<sup>(230)</sup>。これはコーポレート・ガバナンスにかかわる制度の改正に主に結びつく。第二に、昭和53年（福

(222) 企業による土地の買い占めによる土地価格の上昇や、米の買い占めなど国民生活に重大な影響を与えることも横行していたとある（三枝一雄「昭和五六年商法改正過程の研究(上)」法時53巻10号9頁（1981）参照）。

(223) 三枝・前掲注(222)(上)9頁。

(224) 三枝・前掲注(222)(上)9頁。

(225) 菅原・前掲注(6)57頁以下参照。

(226) 藤田・後掲注(229)71頁。なお、昭和56年改正でも同様に学者の活躍は重要であったと評されている（三枝・後掲注(230)(下)99頁）。

(227) 三枝・前掲注(222)(上)12頁。

(228) 当時はむしろ「企業の社会的責任」の行き過ぎを戒める声が官民の双方から出されていたということである（三枝・前掲注(222)(上)13頁）。

(229) 7つとは、①企業の社会的責任、②株主総会、③取締役（会）、④株式制度、⑤株式会社の計算・公開、⑥企業結合・合併・分割、⑦最低資本金制度および大小会社区分、である（藤田勝利「昭和五六年商法改正」倉沢康一郎・奥島孝康編『昭和商法学史』67頁、71頁（日本評論社、1996））。なお、北沢正啓「第12章 会社法根本改正の計画とその一部実現—昭和56年改正—」浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開 北沢正啓先生古稀祝賀論文集』426頁以下（商事法務研究会、1999）にも詳しく掲載されている。

(230) 藤田・前掲注(229)68頁。その他、企業結合等法制や大小会社区分などに時間がかかることが挙げられている（同・68頁）。三枝一雄「昭和五六年商法改正過程の研究(下)」法時53巻11号91頁（1981）も参照。

田内閣)以降の景気刺激策が功を奏したことで国内経済に活力が戻り、物価は安定、経済と個人消費は拡大傾向をみせ、企業も民間設備投資を拡大していた<sup>(231)</sup>。これは株式・ファイナンスにかかわる制度に主に結びつく。本稿との関係で特に重要だと思われる改正内容を以下簡単に紹介する<sup>(232)</sup>が、ガバナンスの側面では、「株主総会の活性化」「監査制度の改善」という二つの趣旨に基づいてなされた大改正であったことは確かである<sup>(233)</sup>。株主総会に関わるものとしては、「株主提案権」「取締役の説明義務」「利益供与の禁止」「特別利害関係人の議決権行使許容<sup>(234)</sup>」など、今日では当たり前になったものも多い<sup>(235)</sup>。なお、株主総会に関連していわゆる「総会検査役(昭和56年改正商法237条ノ2)」の制度が設けられたのもこの改正のときであるが<sup>(236)</sup>、本稿はさしあたり「業務財産検査役」の検討に集中し、今回は総会検査役については割愛する。

監査制度に関わるものとして、監査役の独立性確保(報酬や費用の規定の創設)やその権限強化(使用人に対する報告請求)、また大会社については、複数監査役制度・常勤監査役制度<sup>(237)</sup>など、極めて重要なものが多い<sup>(238)</sup>。その他、「単位株制度・端株制度の創設」「取締役会権限の明確化(重要財産の処分・譲受、多額の借財等が取締役会決議事項)」など多岐にわたる改正がなされており<sup>(239)</sup>、現代の「会社法」にずいぶん近づいてきている。

## (2) 業務財産検査役の規定

上記のように、昭和56年改正も大改正であるが、業務財産検査役に関する規定は基本的に変っていない<sup>(240)</sup>。前述した通り、昭和49年とこの56年改正は監査役の制度に大きな変

(231) 三枝・前掲注(230)(下)92頁。

(232) 詳細な内容については、三枝・前掲注(230)(下)100頁参照。

(233) 菅原・前掲注(6)119-120頁は、「最も実効性のある合理的な規制の在り方を求めて行われた」戦後初の本格的改正であると評している。

(234) 北沢・前掲注(229)443頁、446頁。

(235) 菅原・前掲注(6)84-85頁。藤田・前掲注(229)77頁以下、北沢・前掲注(229)459頁、440頁以下。その他、大会社の場合に限り株主総会参考書類の直送、書面投票制度の導入(いずれも株主数が1000人以上という条件付き)などもこの時点で導入されている(菅原・同86-87頁)。

(236) 総会の招集手続・決議方法を監視せしめ、決議の成否を巡る紛争を予防する、という制度趣旨は今日でも変わっていない(菅原・前掲注(6)84頁、北沢・前掲注(229)442頁、田中誠二・山村忠平『五全訂 コメントール会社法』647頁以下(勁草書房、1994)、戸田修三ほか編『注解 会社法〔上巻〕』361頁以下〔吉田清見執筆〕(青林書院、1986)。

(237) その後も、社外監査役制度の導入(平成5年改正)がなされるなど、監査役の役割は見直され続けている(拙稿「社外監査役の社内情報収集と責任」砂田太士ほか編『企業法の改正課題』294頁以下(法律文化社、2021))。

(238) 菅原・前掲注(6)89-91頁。

(239) 藤田・前掲注(229)73頁、81頁、北沢・前掲注(229)430頁以下。

(240) 元木伸『改正商法逐条解説〔改訂増補版〕』216頁(商事法務研究会、1981)、居林次雄『改正会社法詳解』244頁以下(税務研究会出版局、1981)、上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法(9)株式会社の計算(2)』225頁〔森本滋執筆〕(有斐閣、1988)。なお、厳密にいうと、調査結果の裁判所への報告と裁判所による株主総会招集命令に関して、総会検査役の規定を準用する形となっている(昭

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

容をもたらしたものであるが、既に昭和25年改正によって制度趣旨上は検査役と監査役の関係が切断されてしまったからか、検査役を改正する動きにはつながっていない。

### (3) 制度趣旨と解釈・判例

昭和25年改正で監査役の権限が限定されたこと等に伴い検査役は「監査役補助」という趣旨をとりにくくなっていた。この時期にもなお検査役を「監査役機能を補う臨時的機関」として位置づける見解は見られるものの、少数派にとどまる<sup>(241)</sup>。制度趣旨の議論に変化はなく、「株主の監督是正権行使のための情報収集」手段とするものが主流を占めている<sup>(242)</sup>。監査役の強化を狙った昭和49年と56年改正は、制度趣旨のレベルでも業務財産検査役に再度影響を及ぼすことはなかったようである。

ところで、検査役選任請求を「会社・株主全体の利益のために行わせねばならないか否か」という論争について、共益権に限らず自益権目的でも可能であるとする共益権非限定説が通説化している<sup>(243)</sup>。筆者も株主の地位をはなれた個人的利益に基づく請求は許されないと考えるものの、共益権に限定する必要はないとする通説（共益権非限定説）を支持する。その後この論争はあまりなされなくなってゆくのであるが、現代では株主はその権利を自分のために行使できるとする点<sup>(244)</sup>は既に共通認識となっていると思われ、少なくとも業務財産検査役との関係で自益権と共益権を厳格に区別する必要性に乏しい。この論争は終結したと考えてよいであろう。

次に、業務財産検査役は会社の経理・財産に影響を及ぼすものでなくとも調査可能であると解されている（通説；経理非限定説）<sup>(245)</sup>。なお、実体要件の立証責任は請求者側が負

---

、昭和56年改正商法237条ノ2第2項第3項、294条2項）が、内容に変化はない。

(241) 並木俊守著『平成二年改正 現代株式会社法（全訂版）』424頁（中央経済社、1990）、田中誠二『三全訂 会社法詳論（上巻）』732頁（勁草書房、1993）、大山・後掲注(262)51頁。田中誠二は一貫してこの立場を採用しているようである。

(242) 服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール会社法2〔第七版〕（別冊法セミ171号）』177頁〔菅原菊志執筆〕（日本評論社、2001）、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法〔新版〕』355頁（有斐閣、1987）、上柳ほか編・前掲注(240)226頁〔森本執筆〕、崎田直次『株主の権利—法的地位の総合分析』387頁〔中元啓司執筆〕（中央経済社、1991）、戸田修三ほか編『注解 会社法（上巻）』657頁〔連井良憲執筆〕（青林書院、1986）。なお、島原・前掲注(196)114頁も同じ立場をとるが、一人の株主が他の株主にも情報を知らしめ、また、他の株主と共同で監督是正権を行使する（あるいは他の株主に行使させる）という点に重点を置く。

(243) 大隅健一郎ほか編『判例コンメンタール11下（会社(2)）増補版』918頁〔上田明信執筆〕（三省堂、1983）、服部榮三・星川長七編『基本法コンメンタール 新版 会社法2（別冊法セミ51号）』89頁〔菅原菊志執筆〕（日本評論社、1982）（なお、基本法コンメンタール会社法2は、次の平成11年改正までに3版から6版が出版されているが、業務財産検査役に関する記述は殆ど変わっていない。本稿では昭和56年改正直後の新版を脚注で用いる）、戸田ほか編・前掲注(236)658頁〔連井執筆〕。

(244) 田中亘『会社法〔第4版〕』70頁（東京大学出版会、2023）参照。

(245) 大隅ほか・前掲注(243)『判例コンメ』921頁、服部・星川編・前掲注(243)新版88頁。

い<sup>(246)</sup>、疎明ではなく証明が必要であるとされる<sup>(247)</sup>。後述する通り、この論争はだんだんとなされなくなり、会社法の制定によって立法的にも論争に終止符が打たれた。

一方、この時期から論争が起こった・活発化した論点もあるので、重要なものに触れる。

第一に、本制度の要件が厳格すぎるという点<sup>(248)</sup>が特に1990年代から学会で特に意識され始めたらしく、本制度の利用を促進するために様々な解釈が唱えられている<sup>(249)</sup>。例えば、①裁判所が検査役選任をするので濫用の危険が低いことを理由として、「持株要件を緩和する代わりに、法定款違反を厳格に解釈する」又は「持株比率要件を100分の10のままにして、法定款違反の解釈を広げる」という立場<sup>(250)</sup>や、②持株要件の割合の引き下げ・実数要件の付加によって行使要件を弾力化した上で、「申請株主側に権利濫用と認められる特段の事情を除き、裁判所は株主の請求を認める」べきであるとする立場<sup>(251)</sup>、③検査役制度に代わり、実体要件がない場合でも取締役が適正・妥当な業務執行をしているかの確認が必要な場合に調査をする（裁判所の選任しない）中立的機関を設けるべきであるとする立場<sup>(252)</sup>、④業務財産検査役は弁護士が選任され濫用の可能性が低いことから単独株主権化すべきとする立場<sup>(253)</sup>などがある<sup>(254)</sup>。なお、上記①②の見解は、株主の申請が却下された場合で、株主側の悪意・重過失がある場合に損害賠償責任を負うという明文規定を設けるべきであると主張し<sup>(255)</sup>、濫用防止に配慮する<sup>(256)</sup>。これらのうち、次に見る平成11年改正で持株比率要件の緩和のみ実現している。なお、検査役の調査範囲を制限する必要がある場合はあり、裁判所はそれを行うことが可能であるが、「検査役は調査の必要があれば独自の判断で、あるいは裁判所の許可を得て制限された範囲を超えて調査できると解することで、より効果的な調査を行うことができるのではなかろうか<sup>(257)</sup>」と、別の側面からも検査

(246) 大隅ほか・前掲注(243)『判例コンメ』921頁、服部・星川編・前掲注(243)新版88頁。

(247) 戸田ほか編・前掲注(236)659頁〔連井執筆〕。

(248) 本文で紹介した通り、昭和13年から平成11年までの間は（途中株式保有期間の要件は削除されたものの）形式要件も実体要件も最も厳格な状態であったといえよう。

(249) 当時の論争について、吉村信明「業務財産状況検査役に関する一考察」志學館法学1巻1号73頁以下（2000）参照。

(250) 近藤光男「株主代表訴訟と少数株主権」商事1440号5頁（1996）。

(251) 上田純子「株式会社における経営の監督と検査役制度（二・完）—イギリスにおける展開を機縁として—」民商116巻2号218-219頁（1997）。

(252) 藤原・後掲注(261)58頁。

(253) 中東正文「企業形態」ジュリ1555号111頁（1999）。

(254) 久留島隆「業務検査役制度に関する問題点」横浜国際経済法学第8巻1号10頁（1999）は、要件の解釈の問題であるとして、本文で述べたような立法論に反対する。

(255) 上田・前掲注(251)民商116巻2号219頁。

(256) 久留島・前掲注(254)10頁は、損害額の証明の困難さも相まって、損害賠償規定の機能がまず問題であるとして反対する。

(257) 吉村信明「業務財産検査役」森淳二郎編『企業監査とリスク管理の法構造—連井良憲先生 今井宏先生 古稀記念—』275頁（法律文化社、1994）。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

役の利用を促進する解釈が唱えられている。

第二に、会計帳簿閲覧権とこの検査役制度を統一すべきであるとする議論はこの時期に特に盛んである<sup>(258)</sup>。これに対して、両制度の要件や機能の違いから、併存させることが望ましいという見解<sup>(259)</sup>も唱えられていた。なお、会計帳簿閲覧権を「株主が出資財産の管理状況を知る手段」、検査役を「会社の非常時により詳細な情報を得る手段」と位置づけ、両者を併存させるべきであると説きつつ、統一するのであれば、会計事項に限定せず、不正行為・法令定款違反の重大な事実を疑うべき事由がない場合でも会社の業務・財産状況を調査できる中立的・公平的機関を立法により創設すべきであるとする見解もあり<sup>(260)</sup>、興味深い。現行法において統一どころか、業務財産検査役があまり利用されない状況となっている。

第三に、実体要件について、取締役に経営判断原則が適用されて責任を負わなくなる可能性がある場合であっても、業務財産検査役の制度を用いた調査が可能かという点につき、東京高裁平成10年8月31日決定金判1059号39頁<sup>(261)</sup>は、この事案で取締役に経営判断原則が適用されうることを前提に、請求を却下した。これに関する論争については後述する。

その他、取締役による検査役選任が可能だと判示した大阪高裁平成元年12月15日決定判時1362号119頁<sup>(262)</sup>が出ているが、これについては後述する。また、東京地裁昭和59年9月7日決定判時1148号147頁は清算中の会社への検査役規定の適用を前提とし、その財産の処分方法に違法はないとした事例判断である<sup>(263)</sup>。さらに、従業員持株制度で共済会の理事

(258) 山田弘之助・前掲注(197)568頁。上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法 第2補巻 平成5年改正』132頁〔岩原紳作執筆〕(有斐閣、1996)や中東・前掲注(253)ジュリ1155号111-112頁は、単独株主権にした上で検査役選任請求権への統一を主張する。また、酒巻・後掲注(301)28頁〔尾崎発言〕は、このような請求自体は常に裁判所の監督下でなし、①より一層非訟事件的な処理にする、②中立的監査役という者に閲覧させる、という制度を提唱する。なお、GHQの要求する会計帳簿閲覧権に代えて、業務財産検査役のほうの要件を緩和するという案が昭和25年改正の直前まで検討されていたことは前述した(大森ほか編・前掲注(159)398頁〔中馬執筆〕、伊澤・前掲注(159)528頁)。

(259) 吉村・前掲注(249)志學館法学1巻1号88頁。

(260) 藤原俊雄「帳簿閲覧権の考察」静岡大学法経研究43巻3号22-24頁(1994)。

(261) 評釈として、山下友信「判批」ジュリ1163号148頁(1999)、藤原俊雄「判批」金判1080号55頁(1999)。原審決定(東京地裁平成8年6月4日決定資料版商事147号34頁)も同様の結論を採る。原審に対する論稿として近藤光男「経営判断と少数株主による検査役の選任」商事1430号2頁以下(1996)。

(262) 評釈として、生田治郎「判批」判タ762号228頁(1991)、森淳二郎「判批」法セミ433号126頁(1991)、大塚龍司「判批」リマークス2号117頁(1991)、近藤弘二「判批」判時1379号198頁(1991)、大山俊彦「判批」金判845号50頁(1991)、受川環大「判批」税経通信45巻14号154頁(1990)、久保田光昭「判批」ジュリ1027号127頁(1993)。

(263) 評釈として、吉本健一「判批」商事1145号71頁(1988)。経営危機にある会社による工場等資産処分方法については高度の経営判断の問題であると述べて、決定は一部申請を却下している。経営環境が厳しい時こそ慎重な判断をすべきであるとして決定要旨の理由付けに反対の立場も

と従業員株主のどちらに検査役選任請求権があるかが問題とされた若干特殊な事例として、大阪高裁昭和58年10月27日決定判タ515号155頁<sup>(264)</sup>がある。これは、「共済会」が株式名義人となる従業員持株制度のもとで、従業員が株式取得に当たり、議決権は理事が行使するという内容の株式信託契約を締結せねばならないという事案において、株主が検査役選任請求をした事例である。大阪高裁は、この信託契約の内容等が共益権の自由な行使を阻止し委託者の利益保護に欠ける点、共益権のみの信託が許されない点などから本件株式信託契約自体が無効であると判示し、結果的に株主による検査役選任請求を認めた。従業員持株制度における共益権の行使主体についての判断であり、検査役に特有の論点ではないが、事例として念のために紹介する<sup>(265)</sup>。

#### (4) 株主総会による検査役選任

少数株主請求による臨時株主総会での検査役選任（昭和56年改正前商法237条3項<sup>(266)</sup>）、株主総会へ提出された取締役の書類・監査役の報告書の検査役検査（昭和56年前商法238条<sup>(267)</sup>）いずれも、昭和56年改正において規定文言は変わっていない。昭和56年の「株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律（商法特例法；以下「商特」と表記する）」の改正で、会計監査人の監査報告書（昭和56年改正商特15条）、またその後平成5年の改正で監査役（監査）の監査報告書（平成5年改正商特19条1項）が、昭和56年改正商法238条の調査対象に新たに入っている<sup>(268)</sup>。また、昭和56年改正商法237条3項は、その後の平成13年の商法改正で237条4項に移動している<sup>(269)</sup>。

ゝある（吉本・同74頁）。

<sup>(264)</sup> 評釈等として、岩田合同法律事務所「判例紹介」商事1006号（1984）、鈴木隆元「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選 [第2版]』74頁（有斐閣、2011）、今井潔「判批」鴻常夫ほか編『会社判例百選 [第6版]』58頁以下（有斐閣、1998）、松本明敏「判批」加藤新太郎編『契約の無効・取消一判例 check』396頁以下（新日本法規、2000）、出口正義「判批」ジュリ857号119頁（1986）、川口富男「判批」季刊実務民事法7号178頁（1984）、久留島隆「判批」法學研究（慶應義塾大学）62巻6号119頁（1989）（判批はほぼすべて信託契約の効力等について論じており、検査役特有の論点は取り扱っていない）。また、久留島隆「業務検査役選任請求権行使者としての株主と従業員持株制度」奥島隆康教授還暦記念論文集編集委員会編『近代企業法の形成と展開 奥島孝康教授還暦記念 第二巻』235頁以下（成文堂、1999）がこの問題について詳しく取り扱う。

<sup>(265)</sup> なお、本文で紹介した以外に、「・疑うべき事由」を否定した事例として、大阪高裁昭和61年8月15日決定金判761号31頁がこの時期に出されているが、有限会社の事例であり、さらに株主が税理士を通じて被申請人の経理全般につき常時その内容を熟知していたという特殊事例であるので、本稿では扱わない。評釈として、佐賀義史「判批」判タ臨増677号238頁（1988）、松山三和子「判批」金判772号48頁（1987）。

<sup>(266)</sup> 上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法(5) 株式会社の機関(1)』119頁以下〔河本一郎執筆〕（有斐閣、1986）。

<sup>(267)</sup> 上柳ほか編・前掲注<sup>(266)</sup>『新版注釈会社法(5)』172頁以下〔河本執筆〕。従前と同じ「監査役を補強する」という趣旨である（同・173頁、戸田ほか編・前掲注<sup>(266)</sup>365頁〔島袋鉄男執筆〕）。

<sup>(268)</sup> 岩原編・後掲注(314)280頁〔松井執筆〕参照。

<sup>(269)</sup> 岩原編・後掲注(314)281頁〔松井執筆〕。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

## (5) 小 括

以上、昭和56年の改正で多くの規定に変更が加えられているが、検査役の規定は変わっていない。この時期に、検査役の制度趣旨は「株主の情報収集手段」と解されるのが主流となっている。また、昭和25年改正後に巻き起こった論争の一部が終結に向かう一方、検査役制度の利用促進策や、会計帳簿閲覧権と業務財産検査役を統一すべきかどうかという本制度の根本にかかわる論争が盛り上がりを見せた。

## 7. 平成11年改正

### (1) 業務財産検査役の規定

その後、検査役制度に変更が加わったのは平成11（1999）年商法改正の時点であるが、制度自体の本質は変わっていないので、簡単に紹介するにとどめよう。平成11年の商法改正の最も大きなテーマは「株式交換・株式移転制度の創設」であった<sup>(270)</sup>。そこで、会社に直接議決権を行使できた株主が、株式交換・移転が行われた結果、親会社を通じて間接的にしか会社の経営に参加できないという事態が生じる点が問題とされ、「子会社情報の開示の充実」という点が同時に改正のテーマとされたのである<sup>(271)</sup>。そこで大きな三つの柱とされたのが、①親会社株主による子会社の帳簿・書類閲覧等請求権<sup>(272)</sup>、②監査役の子会社調査権の拡充<sup>(273)</sup>と、本稿が論ずる③検査役に関する改正であった。③に関しては、持株比率要件が「発行済株式の総数の100分の3以上」に引き下げられ<sup>(274)</sup>、また、親会社の株主の子会社に対する経営監視権の強化という観点から、（親会社株主の選任した検査役に）子会社の業務財産調査権が付与された（平成11年改正商法294条第2項<sup>(275)</sup>）。株主権を強化す

(270) 原田晃治ほか編『一問一答 平成11年改正商法—株式交換・時価評価—』4頁（商事法務研究会、1999）。

(271) 第一東京弁護士会 総合法律研究所 会社法研究会編『新旧対照表付 Q&A 平成11年 改正商法 株式交換・株式移転制度の創設など』177頁〔山宮道代執筆〕（新日本法規出版株式会社、1999）、岸田雅雄『平成11年 改正商法解説』96頁（税務経理協会、1999）。

(272) 子会社の株主総会・取締役会の議事録、株主名簿、会計帳簿、計算書類など（平成11年改正商法244条第4項、260条ノ4第4項、263条第4項、282条第3項、293条ノ8第1項）が対象であり、裁判所の許可が要件とされている（第一東京弁護士会・前掲注(271)180-181頁〔山宮執筆〕、岸田・前掲注(271)97頁以下参照）。会計帳簿の閲覧につき、江頭ほか編・前掲注(153)133頁〔久保田〕、原田・前掲注(270)100頁。

(273) 平成11年改正前は、親会社監査役が子会社に営業報告を求めた場合に、子会社が遅滞なく報告をしない場合・審議を確かめるのに必要な場合など一定の条件がついていたのを、平成11年改正（平成11年改正商法274条ノ3、280条ノ3第1項11号）で撤廃したものである（第一東京弁護士会・前掲注(271)182-183頁〔山宮執筆〕、岸田・前掲注(271)102頁参照）。

(274) これに先立って平成5年改正において、会計帳簿等閲覧謄写請求権の持株比率が100分の3に下げられた（拙稿・前掲注(157)商経学叢67巻3号265(613)頁以下）。本文で述べた、検査役の改正はこれの影響を受けたものである。なお、10分の1という要件が厳格すぎる点には以前から批判があった（例えば、近藤・前掲注(261)商事1430号5頁）。

(275) 原田・前掲注(270)111頁。これに伴い、裁判所への報告・裁判所の総会招集命令の規定は平成

るとともに、親子会社関係における親会社株主を保護し、子会社の調査を充実させる趣旨である<sup>(276)</sup>。

## (2) 判例

裁判例はこの時期に至ると大幅に数が減ってしまっているが、近年業務財産検査役について最も議論を集めた最高裁平成18年9月28日決定民集60巻7号2634頁<sup>(277)</sup>が出されている(平成17年改正前商法294条適用事件である)。株主が業務財産検査役を選任請求した時には持株比率要件を満たしていたが、その後新株引受権の行使がなされることで発行済み株式数が増加し、相対的にこの株主の持株比率が下がってしまい、要件を満たさなくなったという事例につき最高裁は、このような場合でも、会社が申請を妨害する目的で新株を発行したなどの特段事情がない限り申請は却下されるとした。この決定については、関連判例と比較しつつ後で詳しく論じる。

## 8. 平成17年会社法制定後

### (1) 時代背景・立法の経緯

それまでの旧商法「第二編 会社」という部分の改正が積み重なっていたが、これを「会社法」という一つの法典にするとともに根本的に見直すという全面的な改正(立法)作業が行われ、その成果が現在の「会社法」のもととなっている。平成14年2月に、法務大臣

↘ 11年改正商法294条3項に移った。

<sup>(276)</sup> 原田・前掲注<sup>(270)</sup>111頁, 第一東京弁護士会・前掲注<sup>(271)</sup>184-185頁 [山宮執筆], 岸田・前掲注<sup>(271)</sup>103頁参照。

<sup>(277)</sup> 最高裁決定に賛同する(条件付きで賛同する)評釈として, 中村康江「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選〔第4版〕』118頁(有斐閣, 2021), 来住野究「判批」信州大学法学論集9号331頁(2007), 絹川泰毅「判例解説」最高裁判所判例解説 民事篇(平成18年)996頁(2007), 菊池雄介「判批」受験新報673号20頁(2007), 山脇千佳「判批」東北法学第32号391頁(2008)(一般論として賛成だが特段の事情ありとして最決の結論に反対)。その他, 最決に反対を表明していないものとして, 大塚和成「判批」銀行法務21第670号47頁(2008), 島田邦雄ほか「判例紹介」商事1789号47頁(2007), 升田純「判批」Lexis判例速報14号40頁(2006)。

一方, 最高裁決定に反対する(強い疑問を呈する)評釈として, 古川朋子「判批」酒巻俊雄ほか編『会社法重要判例〔第3版〕』138頁(成文堂, 2019), 永井和之ほか編『会社法新判例の分析』26頁以下[根本伸一執筆](中央経済グループパブリッシング, 2017), 片木晴彦「判批」法教375号135頁(2011), 山田尚武「株主権行使のための株式保有要件充足の時期」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』851頁(有斐閣, 2009), 楠元純一郎「検査役選任請求と株式の希釈化と原告適格」東洋法学52巻1号93頁(2008), 大塚龍児「判批」リマックス36号94頁(2008), 小出篤「判批」判時1974号(判評584号)207頁(2008), 高木康衣「判批」法学論集(九州国際大学)14巻3号166頁(2008), 鳥山恭一「判批」法セミ627号118頁(2007), 周劍龍「判批」金判1265号51頁(2007), 尾崎安央「判批」民商136巻6号685頁(2007), 松嶋隆弘「判批」判夕別冊(平19主判解)22号190頁(2007), 中村信男「判批」商事法研究45号13頁(2007), 黒沼悦郎「判批」金判1268号15頁(2007)。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

より法制審議会へ諮問がなされ、江頭憲治郎を部会長とする会社法制部会が設置され、本格的な議論が開始された<sup>(278)</sup>。平成17（2005）年会社法制定の理由は多数あるが、①以前はカタカナの文語体であったのを、ひらがなの口語体にしてわかりやすくするという形式的な理由、②それまで短期間に多数回改正されてきた結果、重要な規定が散在しており、それらの全体的な整合性を図り、現代社会に適合するように体系的に全面的見直しを行う<sup>(279)</sup>という実質的理由に特に集約されよう。旧商法の規定・解釈を実質的に維持している会社法の規定も多くあるものの、「全面的見直し」というに相応しい内容であることに間違いはない。コーポレート・ガバナンスの側面では、「株主総会と取締役のみからなる最も基本的な形の会社を出発点として、その成長に応じて、取締役会、会計参与、監査役、会計監査人など、必要とされる機関を選択しながらステップ・アップ<sup>(280)</sup>」するように、会社組織形態が柔軟化されその選択肢が増えたことが重要であるが<sup>(281)</sup>、監査役が必要常置の機関ではなくなった（327条2項参照）点も見逃せない<sup>(282)</sup>。その他、ガバナンスの側面では、一定の大会社における内部統制システムの義務化（平成17年会社法348条3項4号、362条4項6号）や会計参与制度の創設等が新しい<sup>(283)</sup>。次に、会社形態と設立に関しては、有限会社が廃止され、合同会社が新たに創設された点や、最低資本金が廃止された点が重要であろう<sup>(284)</sup>。株式・資金調達法制では、新株発行と自己株式の処分を「募集株式の発行等」としてまとめ、規定の調整を行ったほか、種類株式のバリエーションが増え、柔軟な資金調達が可能となった<sup>(285)</sup>。合併組織再編分野においても、合併対価の柔軟化と略式組織再編制度の創設など重要な変化が起こった<sup>(286)</sup>。これ以外にも多数の変更・新設規定があり、枚挙にいとまがない。

## (2) 業務財産検査役の規定

では、検査役の規定はどうか。以前は「計算」のところに入っていた業務財産検

---

(278) 相澤哲『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』3頁（商事法務、2009）。

(279) 相澤・前掲注(278)『一問一答』2頁参照。

(280) 相澤・前掲注(278)『一問一答』12頁引用。

(281) 相澤・前掲注(278)『一問一答』16-17頁参照。

(282) 327条の通り、非公開会社では業務監査権を有する監査機関を設けない選択が可能となっているが、会社法は、株主による取締役の違法行為差止請求権の要件を緩和（360条）するなど株主の直接監督権限の強化によって対処している（相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事295号）』9頁（商事法務、2006））。

(283) 相澤・前掲注(278)『一問一答』2頁参照。

(284) 相澤・前掲注(278)『一問一答』2頁、12頁参照、相澤・前掲注(282)『解説』14頁以下。

(285) 相澤・前掲注(282)『解説』22頁以下、34頁以下。

(286) 相澤・前掲注(278)『一問一答』3頁、13頁、相澤・前掲注(282)『解説』180頁以下。

査役の規定は再び「機関」の部分に戻され、会社法358条に規定される<sup>(287)</sup>。第1項は「株式会社の業務の執行に関し、不正の行為又は法令若しくは定款に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、次に掲げる株主は、当該株式会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができる。」とし、第1号に「総株主（株主総会において決議をすることができる事項の全部につき議決権を行使することができない株主を除く。）の議決権の百分の三（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の議決権を有する株主」、第2号に「発行済株式（自己株式を除く。）の百分の三（これを下回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の数の株式を有する株主」と規定した。1項の2号（株式数の基準）は旧商法下に存在しなかった要件だが、議決権の有無に関わらず検査役選任を可能とするために設けられた要件である<sup>(288)</sup>。この持株等要件については、旧商法同様、申立て時から選任についての確定裁判があるときまで維持する必要がある、少数株主要件の断絶を生じない限り、同じ株式を保有し続ける必要はないとされ<sup>(289)</sup>、その点は変わっていない。実体要件のない時代に「会社財産の状況が危殆ならざること」をもっても検査役選任を拒否できないとする一連の裁判所の判断があったが<sup>(290)</sup>、会社法358条第2項は「前項の申立てがあった場合には、裁判所は、これを不適法として却下する場合を除き、検査役を選任しなければならぬ。」と確認的に規定した<sup>(291)</sup>。なお、子会社の調査権については4項に規定された。

その他、報酬額は裁判所の決定によって定まる（358条3項<sup>(292)</sup>）。調査結果の報告は358条第5項に規定された<sup>(293)</sup>が、これに関して、旧商法では取締役に対し株主総会を招集させ

(287) 落合誠一編『会社法コンメンタール8—機関(2)』106頁〔久保田光昭執筆〕（商事法務，2009）、江頭憲治郎・中村直人編『論点体系 会社法3〈第2版〉』175頁以下〔西本強執筆〕（第一法規，2021）（2012年の初版（会社法2 株式会社Ⅱ）もあるが、記載内容がほぼ同じなので本稿は2版を用いる）、奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタール会社法2【第2版】』168頁以下〔丸山秀平執筆〕（日本評論社，2016）（2010年版の初版もあるが、記載内容がほぼ同じなので本稿は第2版を用いる）、江頭憲治郎・門口正人『会社法大系 組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算』503頁以下〔高山崇彦執筆〕（青林書院，2008）、酒巻俊雄・龍田節編『逐条解説会社法 第4巻 機関・1』440頁以下〔石山卓磨執筆〕（中央経済社，2010）。

(288) 相澤・前掲注(278)『一問一答』61頁。

(289) 落合編・前掲注(287)111頁〔久保田執筆〕。なお、同一株式を保有し続けるべきだという見解は、社員権否認論の立場からの帰結である（根本伸一「少数株主要件の持続について—検査役選任請求権を中心に—」明治大学法科大学院論集2巻149頁（2007）；※この論文の筆者は社員権否認論の立場ではない）。

(290) 本文で紹介した、大審院明治39年10月25日決定民録12輯1339頁、大審院大正7年6月28日決定民録24輯1151頁、東京控訴院大正8年9月30日決定評論全集8巻536頁など。

(291) 落合編・前掲注(287)120-121頁〔久保田執筆〕。

(292) 報酬を受ける検査役は意見を陳述する機会がある（会社法870条第二号）。落合編・前掲注(287)123頁〔久保田執筆〕。

(293) 内容を明瞭にしたり資料提示を求めたりするための再報告要求は358条6項、株主への書面のノ

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

ることができる」と規定していた（商法（平成17年会社法制定前）237条ノ2・会社法359条1項1号<sup>(294)</sup>）に加え、会社法では検査役の調査結果を総株主に通知することも命じられるようになった（359条1項2号）。総会招集命令だけでは上場会社などでは費用・時間がかかることから新設された規定であるが<sup>(295)</sup>、これにより株主総会に参加しない株主でも調査結果を知ることができるようになる。なお、取締役が裁判所の命令に反して株主総会の招集をしなかったときや、同総会で検査役の調査結果に関する報告内容を開示しなかった場合、調査結果通知命令に違反した場合などには過料に処せられうる<sup>(296)</sup>（976条2号・3号・18号）。その他、検査役の規定が清算会社に適用されるかどうかについては、会社法491条が358条の準用を認めることで、立法的に許容された<sup>(297)</sup>。

### （3）制度趣旨と解釈

念のため確認すると、1項の「業務の執行」とは広く会社の経営（348条1項、362条）を意味し<sup>(298)</sup>、「不正の行為」とは故意に会社を害する行為や業務執行者が自己・第三者の利益を図って会社を害する行為を指し<sup>(299)</sup>、「法令」違反は会社法だけでなくその他の法令一般、一般的な善管注意義務・忠実義務（330条、402条3項、355条、419条2項、民法644条）への違反が含まれる<sup>(300)</sup>。不正・法令定款違反の重大事実の存在ではなくあくまで「疑うべき事由」につき立証があれば足りるが、その事実は具体的に特定されている必要がある<sup>(301)</sup>。調査が会社の業務運営・信用に影響を与えることから厳格な証明が実務では要求さ

---

↘ 写し等の交付は358条7項に規定されている。写し等の交付は、平成17年改正前商法下の実務を明文化したものである（落合編・前掲注(287)124頁〔久保田執筆〕）。なお、当時の商法下の実務は、調査報告書の写し2通を裁判所に提出し、裁判所から1通を申請人、1通を会社の代表取締役へ交付するというものであった（山口和男ほか編『商事非訟・保全事件の実務』514頁（判例時報社、1991））。

(294) この場合、取締役は358条5項の報告内容を株主総会においても開示する（会社法359条2項）。また、取締役・監査役は358条5項の報告内容を調査し、その内容を359条1項1号の株主総会で報告しなければならない（359条3項）。

(295) 相澤・前掲注(278)『一問一答』92頁、大江・後掲注(302)386頁。

(296) 落合編・前掲注(287)120-121頁〔久保田執筆〕。なお、総会招集権者が誰かについての規定がない点が立法ミスである点が昭和25年改正商法より後に継続的に主張されていたが（大森ほか編・前掲注(159)404頁〔中馬執筆〕、上柳ほか編・後掲注(240)235頁〔森本執筆〕）、その点は平成17年会社法でも変わっていない。株主総会が招集されない場合は、検査役選任を請求した株主が自ら招集請求をするほかない（297条）。

(297) 落合編・前掲注(287)107頁〔久保田執筆〕参照。

(298) 江頭・門口編・前掲注(287)503頁、落合編・前掲注(287)115頁〔久保田執筆〕。

(299) 奥島ほか編・前掲注(287)169頁〔丸山執筆〕、落合編・前掲注(287)115頁〔久保田執筆〕。

(300) 奥島ほか編・前掲注(287)169頁〔丸山執筆〕、落合編・前掲注(287)115頁〔久保田執筆〕。

(301) 江頭・門口編・前掲注(287)503頁。平成17年改正前商法下の座談会であるが、酒巻俊雄ほか「株主の経営監督機能」26頁〔尾崎安史発言〕判タ872号26頁（1995）は、具体性を強く要求することに懸念する。

れている<sup>(302)</sup>。重大性の判断は、取締役の解任や損害賠償請求の措置をとるほどのものかというものが基準となる<sup>(303)</sup>。以上、議論や解釈は変化していない。かかる実体要件について、証明が必要であり疎明では足りない<sup>(304)</sup>。もっとも、少なくとも平成17年改正前商法下では相当厳格な立証を要求しており、ほとんど不正行為、法令・定款違反そのものの立証が求められているとも評価しうると説明されていた<sup>(305)</sup>。株主の情報収集権の保障という観点から、厳格な証明を要求せずある程度容易に検査役選任を認めた上で、調査事項を限る方法で柔軟に対処すべきであるとする説もある<sup>(306)</sup>。検査役の資格は依然として法定されていないが、弁護士が選任され、公認会計士が補助者として付される<sup>(307)</sup>という実務が定着している。また、検査役選任時に調査目的に照らして相当な範囲に調査事項を限定するのが実務である<sup>(308)</sup>。

制度趣旨に関しては、株主の監督是正権（360条，422条，847条，854条など）の観点から説明されている。すなわち、この権利を有効適切に行使するために会社の業務・財産の状況に関する正確な情報が必要であるが、計算書類等の閲覧謄写（442条）、会計帳簿等の閲覧謄写（433条）だけでは会計の範囲で帳簿・資料等の調査しかできないため、さらに進んで株主が会社の業務・財産状況を調査するために、この業務財産検査役の制度があるというのである<sup>(309)</sup>。「監査役の補助をする」という制度趣旨は、以後は見られなくなっている。

また、「検査役は会社の経理・財産に影響を及ぼすものでなくとも調査可能であるか」という論点につき、会社法358条が計算ではなく取締役の節に含まれていることから、会社財産に直接影響を及ぼさなくてもよいと解されることとなり、経理限定説は根拠を失った<sup>(310)</sup>。合併条件の不公正，平等原則違反の配当，新株・新株予約権の株主以外への有利発行など会社に損害がなくても株主には損害が生じうる場合に申し立てを認めるべきという

(302) 大江忠『要件事実会社法(2)』383頁（商事法務，2011）。

(303) 江頭・門口・前掲注(287)508頁〔高山執筆〕，落合編・前掲注(287)116頁〔久保田執筆〕。

(304) 落合編・前掲注(287)117頁〔久保田執筆〕。なお，会社法869条は許可を申し立てる場合の規定である。

(305) 江頭・中村直人・前掲注(287)176頁〔西本執筆〕。

(306) 江頭憲治郎『株式会社法 第8版』620頁注1（有斐閣，2021）。

(307) 江頭・前掲注(306)『株式会社法』621頁，落合編・前掲注(287)121頁〔久保田執筆〕。なお，文献には，公平性確保のため申立人による推薦は認めないという記載がある（松田亨・山下友樹編『実務ガイド 新・会社非訟 会社非訟事件の実務と展望【増補改訂版】』209頁（きんざい，2016））。

(308) 江頭・前掲注(306)『株式会社法』621頁，落合編・前掲注(287)122頁〔久保田執筆〕。

(309) 落合編・前掲注(287)107頁〔久保田執筆〕，奥島ほか編・前掲注(287)169頁〔丸山執筆〕参照，酒巻・龍田・前掲注(287)441頁〔石山執筆〕。

(310) 奥島ほか編・前掲注(287)169頁〔丸山執筆〕，末永敏和「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選【第2版】』125頁（有斐閣，2011）（なお，末永はこの説のオリジナルの一つである田中誠二の見解に依拠している），落合編・前掲注(287)116頁〔久保田執筆〕。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

実質的な理由<sup>(311)</sup> などからも、本条は会社の経理・財産に影響を及ぼさない事態でも調査ができる<sup>(312)</sup> としてほぼ争いは決着していると思われる。筆者も同様の理由から経理非限定説を支持する。「会社・株主全体の利益のために行わせねばならないか否か」という論争もあったので念のため確認してみたが、会社法制定後は文献上その論争自体があまり紹介されなくなっている。なお、会社法制定後、業務財産検査役の選任に関して重要な裁判例は（筆者が調査した範囲では）出されていない<sup>(313)</sup>。

#### (4) 株主総会による「調査者」選任

株主総会へ提出された取締役の書類・監査役の報告書の検査役検査（平成17年改正前商法238条）の規定は会社法でも316条1項として、また、少数株主請求による臨時株主総会での検査役選任（平成17年改正前商法237条4項）の規定は同2項として、いずれも残存した<sup>(314)</sup>。平成17年改正前商法ではこれらも検査役の一つであったが、会社法ではその名称は用いられず、「調査者」と呼ばれており<sup>(315)</sup>、これまでの議論から特段の変化は見られない。ただ、現行法では株主総会が提出書類等の調査を行う規定がないことから、316条1項の存在意義には疑問が提起されている<sup>(316)</sup>。また、第2項についても、少数派株主が総会を招集する場合に多数派・少数派の争いがあることが多く、その総会で調査者を選任することが考えにくいと指摘されている<sup>(317)</sup>。

#### (5) 小 括

以上、会社法制定に伴い、検査役の条文の位置が変わり、持株数基準が加わる等マイナーチェンジしているが、実質的に内容は変更されていないため、平成17年改正前商法の

<sup>(311)</sup> 江頭・前掲注(306)『株式会社法』620頁・620頁注1、奥島ほか編・前掲注(287)169頁〔丸山執筆〕、落合編・前掲注(287)115頁〔久保田執筆〕、松田・山下編・前掲注(307)218頁。

<sup>(312)</sup> 奥島ほか編・前掲注(287)170頁〔丸山執筆〕、江頭・中村直人・前掲注(287)177頁〔西本執筆〕、酒巻・龍田・前掲注(287)442頁〔石山執筆〕、落合編・前掲注(287)116頁〔久保田執筆〕。

<sup>(313)</sup> 中村直人編著『会社訴訟ハンドブック』81頁〔角田大憲執筆〕参照（商事法務、2017）には、イースタジアグループによるNow Loadingに対する業務財産検査役申立てが平成21年6月25日に東京地裁によって却下された事例が掲載されている。

<sup>(314)</sup> 岩原紳作編『会社法コンメンタール7—機関(1)』278頁以下〔松井秀征執筆〕（商事法務、2013）、奥島ほか編・前掲注(287)52頁〔久保田光昭執筆〕、江頭憲治郎・中村直人『論点体系 会社法2〈第2版〉』694頁以下〔角田大憲執筆〕（第一法規、2021）（2012年の初版（会社法2 株式会社II）もあるが、記載内容がほぼ同じなので本稿は2版を用いる）。

<sup>(315)</sup> 岩原編・前掲注(314)279頁〔松井執筆〕、奥島ほか編・前掲注(287)52頁〔丸山執筆〕。裁判所から選任される者のみを検査役と呼ぶという趣旨である（酒巻・龍田・前掲注(287)175頁〔浜田道代執筆〕）。

<sup>(316)</sup> 立法論として、316条1項を廃止し、総会検査役（306条）に統合する案が提示されている（岩原編・前掲注(314)280頁〔松井執筆〕）。

<sup>(317)</sup> 立法論として、316条2項を廃止して、358条1項に統合することが提案されている（岩原編・前掲注(314)281頁〔松井執筆〕）。

議論を基本的に引き継いでいると考えられる。制度趣旨は、「株主の情報収集手段」にほぼ統一されている。この時期以降は、論争も以前ほど盛んではなく、判例等も少なく議論の進展が他の制度に比べ、あまり見られない。

#### 9. 平成26年改正会社法・令和元年度改正会社法

次の大きな改正である平成26（2014）年改正は、日本企業の収益力の強化、株価の上昇のために取締役に対する監査・監督機能を強化すること、当時不十分であった親子会社に関する法規制を強化することを目的としていた<sup>(318)</sup>。具体的に、コーポレート・ガバナンスの側面では、監査等委員会設置会社の創設（399条の2以下）、また、社外取締役の要件を厳格化（2条15号）した上で、社外取締役を置かない場合の理由説明を一定の上場会社に課した（令和元年度改正前会社法327条の2）<sup>(319)</sup>。親子会社法制としては、いわゆる多重代表訴訟制度の創設（847条の3）、企業集団内部統制の法制化（362条4項6号）のほか、合併組織再編への差止請求の創設（784条の2等）、いわゆる許害の会社分割・事業譲渡の場面での債権者保護（759条4項等）などの改正が重要である<sup>(320)</sup>。

その次の大きな改正は令和元（2019）年度のものである。上記の通り「理由説明」させることとされた社外取締役について、平成26年改正法施行後2年を経過した段階で再度検討を加え、義務付けるなど所要の措置を講ずるものとされていたが、上場企業で相当普及している等の理由からこれが義務化された（327条の2）<sup>(321)</sup>。その他、新たな課題に対処するため、主にガバナンスの側面で多数の重要な改正がなされた。具体的に、株主総会に関しては、株主総会資料の電子提供制度（325条の2以下）と株主提案権の濫用の制限措置の制度（305条4項等）が新たに導入された<sup>(322)</sup>。取締役（会）については、役員（取締役）に適切なインセンティブを付与することがテーマとされ、361条の改正により決定手続の透明性を高め（事業報告での開示など；361条、会社法施行規則121条第4号等）、株式報酬・ストックオプション等の業績連動報酬等業績連動報酬を付与しやすくした（202条の2第1項など）<sup>(323)</sup>。また同様の観点から、役員の責任追及訴訟を想定し、いわゆる会社補償を可能とし（430条の2）、役員等賠償責任保険（D&O保険）の根拠規定を置いた（430条の

<sup>(318)</sup> 坂本三郎『一問一答・平成26年改正会社法〔第2版〕』2頁（商事法務、2015）。

<sup>(319)</sup> 坂本・前掲注<sup>(318)</sup>16頁以下、84頁以下、101頁以下。

<sup>(320)</sup> 坂本・前掲注<sup>(318)</sup>174頁以下、235頁以下、337頁以下、344頁以下。

<sup>(321)</sup> 竹林俊憲『一問一答 令和元年 改正会社法』1頁、156頁（商事法務、2020）。

<sup>(322)</sup> 竹林・前掲注<sup>(321)</sup>10頁以下、49頁以下。

<sup>(323)</sup> 竹林・前掲注<sup>(321)</sup>1頁、73頁以下。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

3)<sup>(324)</sup>。合併組織再編に関する改正としては、完全親子会社創設の手段である株式交換に加えて、新たに（100%ではない）親子会社を作るための株式交付制度（816条の2以下）が新設された<sup>(325)</sup>。ただ、この二つの改正のいずれにおいても、業務財産検査役の規定に変更は加えられていない。また、筆者が調査した範囲では、紹介すべき新たな裁判例はこの時期には出されていない。

### Ⅲ 検査役の性質と利用されなくなった根本的原因

#### 1. 「柔軟さ」「不明確さ」とその発生根拠

以上、業務財産検査役の制度が改正された時点ごとに区分して、法改正の趣旨や内容、そこで起こった議論の詳細、裁判例の検討などを通して、業務財産検査役制度の変遷を紹介してきた。これまでの調査検討の結果、業務財産検査役の一つの性質が明らかとなる。それは「柔軟さ」「不明確さ」である。制定から現在までの間に形式要件が緩和され、実体要件が規定されるなどして多少形を変えてはいるものの、業務財産検査役制度そのものは立法当初からその基本的な形を保ち続けている。一方で、業務財産検査役がどの位置に置かれていたかを見てみると、まず戦前は、明治23年商法で「取締役及ヒ監査役」に置かれ<sup>(326)</sup>、それが明治32年商法<sup>(327)</sup>・明治44年商法<sup>(328)</sup>、昭和13年商法<sup>(329)</sup>では「会社ノ計算」の箇所に移っている。次に戦後、昭和25年商法から平成17年会社法制定までの長い間<sup>(330)</sup>は引き続き「会社ノ計算」の箇所に置かれた後、平成17年会社法から現行法では「会社の機関（第四節 取締役）」の箇所へ移っている。全く同じ制度であるのにこのように規定の位置が大きく変更される点は、業務財産検査役制度そのものが何とでも結びつきうる「柔軟性」、その反面、どこに規定してよいかわからないような「不明確さ」を有していることを表している。本稿で紹介してきた通り、本制度自体は頻繁に改正を繰り返しているわけではなく、（監査役や会計帳簿閲覧権など）他の制度の創設・改正によって影響を受け続けるという運命を辿ってきたのだが、それはこの業務財産検査役の性質が影響しているように思える。

---

<sup>(324)</sup> 竹林・前掲注<sup>(321)</sup> 1頁, 102頁以下, 131頁以下。

<sup>(325)</sup> 竹林・前掲注<sup>(321)</sup> 1頁, 185頁以下。

<sup>(326)</sup> 本尾・木下・石尾・前掲注<sup>(25)</sup> 188頁以下。

<sup>(327)</sup> 栗本・前掲注<sup>(70)</sup> 358頁以下。

<sup>(328)</sup> 横田・柳川・前掲注<sup>(115)</sup> 276頁以下。

<sup>(329)</sup> 山一証券・前掲注<sup>(139)</sup> 89頁以下。

<sup>(330)</sup> 上柳ほか編・前掲注<sup>(266)</sup>『新版注釈会社法(5)』172頁以下 [河本執筆]。

なぜそのような性質を備えたかという点は、現代から入手可能な限られた情報をもとに推察することしかできないが、さしあたり以下のように筆者は考えた。公権力が検査役を用いて会社を調査するというイギリス型検査役のモデルの「公権力」の部分明治23年の立法時に「司法権」に変更した段階ではまだ本制度はなお「公権力に基づく調査機関」という制度としてしっかりとした輪郭を持ち、「固定」されていたと考えられる。しかし、直後の明治32年に関連制度である検査官吏の調査権を消滅させるという大幅なアレンジを加えたことが公権力性が薄れるきっかけを作り<sup>(331)</sup>、本体である業務財産検査役自体にも流動性が生まれた結果、いかようにも解釈できる「柔軟さ」、どこに位置づけてよいかかわらないような「不明確さ」へとつながったのではないかと推察する<sup>(332)</sup>。

## 2. 業務財産検査役が利用されない根本的原因とは

業務財産検査役は、株主に直接帳簿書類を閲覧させない「間接型」の制度で、既に法律上守秘義務を負った弁護士・公認会計士（弁護士法23条、公認会計士法27条）が担当するため情報漏洩の危険が少ないという大きなメリットを持つ<sup>(333)</sup>。それにも関わらず、業務財産検査役は、今日ではあまり使われていないと言われる。平成17年会社法制定後、裁判例も筆者が調べる限り見当たらない。なぜ検査役は利用されなくなったのだろうか。本稿の検討の結果、その根本的な原因は以下の点ではないかと筆者は考える。

第一に、制度趣旨の変化が挙げられる。明治23年の商法典制定当初、業務財産検査役は、「監査役機能を補う」という、いわばコーポレート・ガバナンスの中心部分における監査機関の1つとしての位置づけを与えられていた。これが特に明治32年改正後、本制度が既述の性質を獲得した結果制度趣旨の理解に流動性が生じ、「（公権力が関与する調査で）監査役機能を補う」点に重点を置くか、「株主の情報収集手段」に重点を置くかという論争が盛んになる。明治32年商法の当時は、「半分公の資格において職務を行う<sup>(334)</sup>」という記述にもあるように、公権力性がいまだ一部残っていたことがうかがえるが、本稿

(331) 既述の通り、明治23年商法では「検事または受命裁判官（高根・水野・前掲注(32)364-365）」や「適当な裁判所の官吏（磯部・前掲注(29)313頁）」が担当していた。いつから弁護士・公認会計士を選任する実務へと変化したかが明らかになれば「公権力性の薄れ」や「制度趣旨の変化」についてもう少し理解が進むものと思われる。もっとも、本稿は、遅くとも昭和13年の段階で「弁護士・計理士（松本・前掲注(143)『要點』145頁）」が担当していたことだけは文献上特定できたものの、明確にどの時点で弁護士・公認会計士を選任する実務が定着したかという情報は今回の調査では得られなかった。

(332) その証拠に、既に本文で示した通り「制度趣旨」についての解釈が分岐し始めるのも明治32年改正後からなのである。

(333) 西尾・前掲注(194)152頁、吉村・前掲注(249)志學館法学1巻1号89頁。

(334) 岡野・前掲注(76)『會社法』452頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

が検討した通り、その後徐々に「監査役機能を補う」という趣旨が弱体化し、「株主の情報収集手段」という趣旨が多数説化する。前述の通り、昭和25年までは業務監査権を持っていた監査役が、昭和25年改正で業務監査権を失った。このような流れの背景にあったのは「監査役機能不全」である。つまり、「監査役補助」という制度趣旨を取りにくくなる状況が、検査役自体ではなく、監査役制度のほうにあったといえる。その後、企業不祥事が相次ぎ監査役の重要性が再認識され、昭和49年改正で監査役は再び業務監査権を獲得するが、その時点で既に検査役と監査役との関係は「切断」されていたと解される。そして、会社法制定後は業務財産検査役を「監査役補助」と理解する立場は皆無である。

ここで、監査役機能も株主権も両方重要であり、筆者はそれ自体の優劣を論じたい訳ではない。ただ、検査役を「株主権」の枠組みでとらえた場合にはそこに優劣が生じる。つまり、株主の「(役員)の任務懈怠責任の追及など」監督是正権の行使」という主目的があって、それを補う株主の「情報収集手段」として検査役が位置づけられることとなり、その枠組みの中で検査役は「従」たる位置づけとなる。やはり、根本的な制度趣旨がこのように変化してしまうのも、本制度の「柔軟さ」「不明確さ」の影響ではないだろうか。

第二に、昭和25年改正での会計帳簿閲覧権の創設が大きな理由として挙げられる。上記の通り昭和25年改正で監査役権限が限定される代わりに「株主の監督権を強化する」ということが行われているが<sup>(335)</sup>、その中でも大きな論点とされていたのが会計帳簿閲覧権である<sup>(336)</sup>。本文で紹介した通り業務財産検査役を活用するという案<sup>(337)</sup>も出されていたが、日本が敗戦した状況下でアメリカ・GHQから要求された会計帳簿閲覧権を盛り込むことは必至であったと思われる。情報収集手段としてみた場合に、業務財産検査役の制度は裁判所が関与し第三者に調査させるというプロセスを経る点において迂遠であり、会計帳簿閲覧権も有する法制度において、株主にとってメリットが大きく見えるのは、直接帳簿書類を入手できる会計帳簿閲覧権の方であろう。なお、本稿は時期ごとに業務財産検査役の裁判例をできる限り多く紹介したが、明治44年改正後その数が急激に増え、その後一旦減っている（次に増えるのは昭和40年～50年代）。いわば、「株主権」の中で「従」たる地位を占める株主の情報収集手段として並べてみた場合にも、会計帳簿閲覧権のほうに注目が集まったのであろう。一方の業務財産検査役は（誤解を恐れずにあえて単純化するならば）「だんだんと隅の方に追いやられ、忘れ去られた」のであろうが、周辺の他の法制度によっ

(335) 江頭ほか編・前掲注(153)132頁〔久保田〕。

(336) 中東・前掲注(151)『商法改正』解20-22頁参照。

(337) 大森ほか編・前掲注(159)398頁〔中馬執筆〕。

て影響を受けやすい「柔軟さ」「不明確さ」がやはり影響したのであろう。

ここで、確かに、株主の側から見ても、検査役には会計帳簿や資料に限定されず広い範囲の調査が可能だという、会計帳簿閲覧権にはないメリットがあり、しかも請求時点から遡った事実の調査もできる<sup>(338)</sup>。しかし、実体要件は「疑うべき事由」で足りるものの具体的に特定されている必要があり<sup>(339)</sup>、裁判例によれば、調査そのものも疑われている不祥事や不正に関連する事項に限定されるため<sup>(340)</sup>、あまりにも抽象的な請求をした場合には却下されるか、調査事項を（株主の意図したのとは違う方向で）限定される可能性が高くなる。さらに、会社の不祥事に対する調査を想定した場合に、1回目の調査を行って証拠や不祥事の兆候を見出し、それをもとにさらなる証拠・情報を得るため2回目以降のさらに詳細な調査をする必要が生じる場合も考えられる。判例によれば、一度検査役選任申請に基づき調査を完了した後で、要件さえ満たされれば再度の検査役選任請求が可能である<sup>(341)</sup>ものの、その都度検査役の選任請求をする必要が生ずるということになり、この制度自体が間接的な仕組みであることも加味すると株主にとっては極めて煩雑な制度であるように理解されている可能性がある。もちろん、その都度裁判所が介在することで濫用防止に役立つという側面はあるが、何度も申請することなく、一回の請求で徹底的に調査してほしいというのが株主の意図であることも多いであろう。やはり、会計帳簿閲覧権を併有する現行法上、株主が不祥事の情報を得ようとした場合、会計帳簿閲覧権の方に注目が集まるのであろう。

### 3. 制度趣旨に関する私見

以上、まず業務財産検査役制度の総論的な部分についての分析を試みた。ここで、本制度の趣旨に関する現時点での私見も併記しておく。まず、筆者も基本的に「株主の監督は正権行使のための情報収集手段」として本制度を捉える点には異論はない。確かに、検査役は会社の一時的機関であり、不祥事を調査する点で監査役（以下、本款では監査委員や監査等委員も同様）と似た機能を営む点は否定しようがない。しかし、監査役は株主総会の多数決によって選ばれるのに対し、業務財産検査役は少数株主によって選ばれる点、監査役は継続的に業務監査・会計監査を行うのに対し、業務財産検査役は一時的に選任され

<sup>(338)</sup> 前掲大審院明治33年7月2日決定民録6輯7巻4頁。会計帳簿の場合にも遡った情報開示請求は可能だが、帳簿等の10年の保存期間という制限がある（432条2項）。

<sup>(339)</sup> 江頭・門口編・前掲注(287)503頁。

<sup>(340)</sup> 前掲大阪高裁昭和36年7月10日決定下民集12巻7号1640頁参照。

<sup>(341)</sup> 前掲大審院昭和4年7月6日決定評論全集18巻540頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

裁判所から指示された事項を調査する点など、少なくとも現代の会社法を見る限り両者には隔たりがある。また、何より検査役は裁判所によって選ばれる「中立の」機関であり、これ自体が取締役を懐疑的に監査するわけでも、株主の味方をするわけでもない。「監査役の補助」という制度趣旨は現代の業務財産検査役ではとることができないであろう。

もっとも、請求した株主だけが情報を取得する会計帳簿閲覧権とは異なり、業務財産検査役は場合によって調査した情報が株主全体に共有され（359条）、株主総会を通じて取締役に対して事実関係を明らかにさせる、善後策を講じさせるなど「株主が取締役に働きかけ、行動を変容させる」という機能も持っているのではないだろうか。また、検査役そのものは公正中立の立場で事実を調査するだけであるが、これが株主によって適切かつ活発に利用されうる事態そのものが普段から取締役らに良い意味で緊張感を与え、不祥事を予防する効果も持つ可能性も一概には否定できないのではないだろうか<sup>④2</sup>。これ自体が「株主が取締役を監督する<sup>④3</sup>」一手段となりうるという意味で、業務財産検査役制度はコーポレート・ガバナンス上の重要な位置をなお占めているのではないかと筆者は考える。「株主権行使のための情報収集手段」という手段的な権利としての主たる位置づけに加えて、これ自体を株主の取締役に対する監督手段とする見方もそこには成立する余地があるのではないだろうか。

## IV 重要な論争の詳細と私見

### 1. 現在でも論争すべき問題は何か

さて、本稿では業務財産検査役に関して生ずる様々な論点とそれに関する裁判例・学説の議論等に関して、法改正のプロセスに対応させる形で紹介してきた。その中には、例えば「業務財産検査役は共益権行使を目的とした調査しかできないのか」という争点、「調査権を経理に関するものに限定させるべきか」という争点などを筆頭に、論争自体が時代性を帯びており、法改正によって論争する重要性が薄れるなどして、今日あまり議論する

④2 株主の請求が増えれば、一般論として、濫用的な請求も増える可能性があり、会社はそれに対応しなければならないという無駄が生じる。そのような懸念が生じることは十分に理解できるが、それ自体検査役の利用を抑制するための根拠にはならない。濫用には厳正に対処せねばならないが、それは要件の作り方や実務での運用の問題として別に議論すべきである。

④3 酒巻・前掲注(301)23-24頁〔尾崎発言〕は、監査役が期待できない場面があるからこそ株主の監督は正権が重要であり、いわゆるモニタリング・コストや「屋上屋を重ねる」という批判、株主にそもそも可能なかといった疑問もありうるものの、究極のリスク負担者である株主が経営チェックに乗り出すことを禁ずるべきではないとする。筆者も同様の発想に立つ。なお、尾崎発言は当時の法状況下においてではあるが、新たな第三者機関を構想しこれに監督をさせるという具体的方策を示唆する。

必要のないものも存在した。本章では多様な争点のうち、今日でも重要性が変わらず議論が必要だと思われる争点を取り上げて紹介し、その中で本稿においてさしあたりの結論が出せるものに関して私見を提示したい。

## 2. 少数株主要件の問題

### (1) 争点と判例の紹介

本稿が検討してきた通り、立法当初から業務財産検査役には形式要件・持株比率要件があり、申請時に満たしていたが検査役選任決定時までには様々な事情でこれを満たさなくなる例がある。資本の要件・持株比率の要件は明治32年と平成11年に緩和されてはいるものの、要件としては一貫して存在しており、議論が続いていた。最も議論が盛り上がったのは前掲最高裁平成18年9月28日決定民集60巻7号2634頁の前後であるが、古くから裁判例は存在し、業務財産検査役における根本的な争点の一つであると思われる。以下の三つの事例を取り上げたくて、本稿においても丁寧に検討してみたい。

#### ① 大審院大正10年5月20日決定民録27輯947頁

これは、株式譲渡により要件を満たさなくなった事案である。具体的に、Y会社の株主Xら合計16名が、昭和13年改正前商法198条に基づきY社の業務財産状況の調査のために検査役の選任を裁判所に申請し、裁判所が選任決定をし、その時点では少数株主要件を具備していた。しかし、Y社が抗告した後にXらのうち一部の者が株式を譲渡して要件を欠くに至ったため、抗告審（大阪控訴院大正10年4月8日決定）は、Xらが有していた資格を失った旨判示して却下した。これに対して、Xらが再抗告をした。大審院は「商法第九十八条ニ依リ検査役ノ選任ヲ請求スル株主ノ持分カ資本ノ十分ノ一以上ニ当ルコトハ株主カ此請求権ヲ有スル要件ナレハ此要件ハ選任ニ付キ確定裁判ノアル迄存続スルコトヲ要ス是故ニ検査役選任ノ請求ヲ受ケタル裁判所カ選任ノ決定ヲ為シタルマテハ右ノ要件存シタルモ其決定ニ対シテ抗告カ提起セラレタル場合ニ於テハ抗告裁判所カ裁判ヲ為スマテニ選任ヲ請求シタル株主中ニ其株式ノ全部又ハ一部ヲ他ニ譲渡シタル者アリテ株主ノ総持株資本ノ十分ノ一ニ達セルニ至リタルトキハ株主ハ選任ノ請求権ヲ失ウヘキヲ以テ抗告裁判所ハ此理由ニ基キテ其請求ヲ却下スヘキナリ」と判示し、申請を却下すべきものとした<sup>(344)</sup>。

<sup>(344)</sup> なお、自ら株式を譲渡した場合に検査役の請求が却下される根拠について、社員権論からは「具体的に行使されている権利は譲渡の対象とならない」、社員権否認論からは「そもそも共益権は譲渡できない」という形で違いが生ずる点が紹介されている（松岡・前掲注(118)58頁）。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

② 長崎控訴院昭和5年12月23日決定新聞3217号11頁

総資本金額100万円で2万株を発行（1株50円の記名式株式）のY社の株主Xら7名が、Y社の調査をすべく、裁判所に対して昭和13年改正前商法198条に基づいて業務財産検査役の選任請求をした。請求の当時、Xらは2053株を有して要件を満たしており、原審（鹿児島地裁昭和11年7日決定）は検査役選任の決定をしたが、Y社が抗告した。その抗告が確定するまでの間に、Xらのうち2名が株金の払い込みをしなかったことにより失権（合計1名は60株、1名が15株）したことで、本件申請が却下されるべきかが問題とされた。決定は「商法第百九十八条ニ依リ検査役ノ選任ヲ請求スル株主ノ持分カ資本ノ十分ノ一以上ニ該当スルコトハ株主カ此ノ請求権ヲ有スル要件ナレハ此ノ要件ハ選任ニ付確定裁判ノアル迄存続スルコトヲ要ス是故ニ検査役選任ノ請求ヲ受ケタル裁判所カ選任ノ決定ヲ為シタル当時ハ右ノ要件存続シタルモ其ノ決定ニ対シテ抗告カ提起セラレタル場合ニ於テ抗告裁判所カ裁判ヲ為ス迄ニ選任ヲ請求シタル株主ニ其ノ株式ノ一部失権シタルニ依リ株主ノ総持株カ資本ノ十分ノ一ニ達セサルニ至リタルトキハ株主ハ検査役選任ノ請求権ヲ失フヘキモノトス」として、申請が却下される旨判示した。

③ 東京控訴院昭和9年9月3日決定評論全集23巻587頁

これも、株主の払込未了により形式要件を満たさなくなった事案である。Y社の株主であるXは、昭和13年改正前商法198条に基づいてY社の業務財産を調査すべく検査役の選任申請をし、原審（東京地裁昭和9年5月23日決定）は、検査役を選任する決定をした。しかし、Y社が昭和9年3月28日に株主に株金の第2回目の払い込みについて<sup>(345)</sup>催告をしたにもかかわらず、Xはこの払い込みをしなかった。そこで、Y社は期日を延期した上で、その期日までに払い込まれない場合には失権する旨を伝えて再度催告したが、やはりXは払い込まず失権するに至った。そこで、要件を満たす株主ではない者の申請により検査役が選任された等とY社は主張して、原決定の取消しを求めた。昭和9年東京控訴院は「商法第百九十八条ニヨル検査役選任ノ申請ハ株主ニシテ初メテ之ヲ為シ得ルトコロナルコト勿論ナルヲ以テ申請人カ株主ナルコトハ検査役選任ニ付テノ裁判確定ニ至ル迄存続スルコトヲ要スル条件ナリト謂ハサルヘカラス從テ裁判所カ検査役選任ノ決定ヲ為シタル当時ニ於テハ申請人ハ株主タリシモ爾後裁判確定前ニ株主権ヲ喪失スルニ至リタルトキハ右申請人ノ申請ハ理由ナキニ至ルモノトス」と判示し、申請を却下した。

<sup>(345)</sup> 昭和23年改正前商法においては、株式の分割払込制が認められていた（奥島孝康ほか編『新基本法コメンタール 会社法1【第2版】』425頁〔山田純子執筆〕（日本評論社，2016））参照。

## ④ 最高裁平成18年9月28日決定民集60巻7号2634頁

これは、新株予約権者が新株予約権を行使したことで発行済株式数が増加し、結果的に請求をした株主の持株比率が要件を満たさなくなった事例である。Y社は旅行業等を営む会社であり、本件申請当時Y社の発行済株式総数は24万株であった。一方、いずれもY社の株主であるX1(3100株保有)・X2(4570株保有)は合計して7670株を保有し、申請(平成17年7月)当時は形式要件を満たしており(平成17年改正前商法294条(100分の3以上が要件);この時点で7200株以上であれば満たす)、Y社の不正経理の疑いなどを理由として裁判所に業務財産検査役の選任申請をした。

先立つ平成12年の段階で、Y社は株主総会において新株引受権付社債を発行していたが、それを保有する者の一部が平成17年8月に合計1万8000株分について新株引受権を行使し、払込金がきちんと支払われたことから、1万8000株の新株が発行された。これによりY社の発行済株式が25万8000株となった結果、X1・X2が持株数を合計しても2.97%しか有さないこととなり、要件を満たさなくなってしまった(この時点で3%を満たすには7740株必要)。以上の事案につき、第一審決定(東京地裁平成17年9月28日決定民集60巻7号2640頁)は、平成17年改正前商法294条1項「の「総株主ノ議決権ノ百分ノ三以上ヲ有スル」との要件(以下「株式保有要件」という。)は、裁判所に対する検査役選任の請求権を有するための要件であるから、検査役選任の請求時点のみならず、検査役選任の決定をする時点においても満たされている必要があると考えられる。そのため、検査役選任を裁判所に請求した者は、請求時点において株式保有要件を満たしている場合であっても、検査役選任の決定をする前に、株式保有要件を欠くに至ったときは、その請求権を失うというべきである。しかも、請求者が裁判所に請求した後に株式保有要件を欠くに至った場合には、当該請求者が自ら株式を譲渡した場合その他の請求者の意思に基づいて株式保有要件を欠くに至った場合のみならず、会社が新株を発行した場合その他の請求者の意思と関わりなく株式保有要件を欠くに至った場合も想定することができる。ところが、会社が株主の権利行使を殊更妨害する意図で新株を発行したような場合ならともかく、そうでない限り、請求者の意思と関わりなく株式保有要件を欠くに至った場合を請求者の意思に基づいて株式保有要件を欠くに至った場合と区別して解する理由も見い出せない。したがって、検査役選任を裁判所に請求した者が、請求時点において株式保有要件を満たしている場合であっても、その後会社が新株を発行したことにより、株式保有要件を欠くに至った場合には、特段の事情がない限り、検査役選任の請求権を失うと考えられる。」と判示し、予め新株予約権を有していた者がその権利を行使したに過ぎずY社側に申請を殊更妨害する



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

意図で新株発行したという特段事情が見当たらない点などを理由として、却下した。抗告審（東京高裁平成18年2月2日決定民集60巻7号2643頁）は、「抗告人らは本件申請時において法定の割合の議決権を有する株主であり、上記規定に基づき、検査役選任の請求権を有していたのであるから、その後に新株の発行がされたことにより、その有する議決権が法定の割合を満たさないことになっても、上記請求権は消滅しないものと解するのが相当である。けだし、抗告人らが本件申請時に有していた上記請求権の帰すうが、その後の新株の発行といった抗告人らが何ら関与しない事情によって左右されるのは不合理であり、いわゆる少数株主権を認めた法の趣旨に沿わないと考えられるからである。なお、株主が上記規定に基づいて検査役の選任を請求する場合、当該株主は、その選任まで法定の割合の議決権を保有する必要があるが、株式を譲渡するなどしたことにより上記割合の議決権を有しなくなったときには、検査役選任の請求権を失うことになるのは当然であるが、本件は、そのような場合には当たらない。」と判示し、東京地裁の決定を取消し、差し戻した。これに対して、Y社側が最高裁に許可抗告を申し立てたのが本件である。本件最高裁決定は、「株式会社の株主が商法294条1項に基づき裁判所に当該会社の検査役選任の申請をした時点で、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3以上を有していたとしても、その後、当該会社が新株を発行したことにより、当該株主が当該会社の総株主の議決権の100分の3未満しか有しないものとなった場合には、当該会社が当該株主の上記申請を妨害する目的で新株を発行したなどの特段の事情のない限り、上記申請は、申請人の適格を欠くものとして不適法であり却下を免れないと解するのが相当である。」と判示して東京高裁決定を取消した上で、「特段の事情」について更に審理を尽くさせるため、事件を差し戻した。

## (2) 検 討

以上をまとめると、形式要件を満たさなくなった原因が株主の意思による株式譲渡（①事件）、払込未了による失権（②事件、③事件）の場合に裁判所は業務財産検査役の選任請求を却下する判断をしている。

前提として、これら①から③の事例は実体要件が規定される昭和13年改正より前の事案であり、当時は濫用的な申請が株主からなされても形式要件のみで判断せざるを得なかったという事情があったため、実質的に権利濫用の主張を形式要件で却下している可能性もある旨指摘されており<sup>(346)</sup>、先例として依拠できない可能性もある。実質的に株主の権利濫

<sup>(346)</sup> 根本伸一「判批」法セミ増刊（速報判例解説）1号151頁（2008）。

用に当たる事例を他の要件で却下する実務があったかどうかという点は、当事者の主張立証にも依存し文献に残りにくい情報であるので、決め手に欠ける。もっとも、昭和13年改正後の事例ではあるが、権利を濫用した株主が裁判の途中で形式要件も満たさなくなった事例について、東京高裁昭和59年3月23日決定（本文で前述）は、主に権利濫用を理由として請求を却下し、形式要件に関する判示は傍論にとどまっている。その他、広島高裁岡山支部昭和49年10月11日決定、東京地裁昭和57年1月11日決定なども権利濫用を争点としている<sup>(347)</sup>。これら決定の一部は、安易に権利濫用に言及した点を学説から批判されているものの<sup>(348)</sup>、これらの「反例」がある以上、株主が権利を濫用している事例を、裁判所が形式要件など別の要件で却下していたという実務慣行が一貫して一般的に存在したとは、確証をもっていうことはできない。そして、権利濫用を理由とする却下は昭和13年以前もできたはずであるし、裁判所も決定文でそのように言及するであろうと推察する。再度①～③事件の決定文の文言を見る限り、やはり形式要件に関する判断事例と読んで差し支えないと考え、本稿では①～③事件の決定は実体要件が設けられる前の事例だという一事をもって先例として参照できないと解する立場は採らない。

新株予約権社による新株予約権の行使・払込みという株主側に原因のない<sup>(349)</sup>事例（④事件）は特に問題なく現行法でも参照できる判断である上に、その判断内容が分かっている。④事件の地決と最決はこの場合も、会社が株主の権利行使を殊更妨害する意図を持っていたなど特段の事情がない限り申請が却下される旨判示している<sup>(350)</sup>。一方、④事件の高決だけは、株式譲渡などの場合と明確な区別をした上で、この事例のような場合にも業務財産検査役の選任請求は却下されず維持されると判示し、その理由として、株主が何ら関与しない事情によってその権利が左右されるのは不合理で制度趣旨に沿わないという点を述べる。

かねてから学会では議論のあったところであるが、特に④事件の最高裁決定が学会にも

<sup>(347)</sup> その他、1989年（平成元年）の文献である東京地裁商事部・前掲注(177)39頁も「権利の濫用を認定することに対し特に厳格な態度をとっているということとはできない」と明記する。

<sup>(348)</sup> 中曾根・前掲注(187)249頁。

<sup>(349)</sup> 現行法上新株発行は特に公開会社の場合には取締役会限りで一定限度行える（199条、201条）のに対し、新株予約権の行使は主に新株予約権者の事情により行われるものであるから必要に応じて区別するが、基本的に本稿では「業務財産検査役の選任請求をした株主側の事情によらない場合」という形で分類する。なお、調査官解説・後掲注(350)120頁などは「新株発行」と特に説明なく一括している。高木・前掲注(277)157頁は詳細な検討をして、④の平成18年最決の射程が新株発行に及びうる旨論ずる。なお、株式分割・併合や自己株式の取得、金銭を対価とする合併・株式交換・株式移転なども持株要件の持続に支障をきたす場合に当たるが、さしあたり本稿では除外して考える（これらについても検討したものとして、根本・前掲注(289)151頁以下）。

<sup>(350)</sup> なお、会計帳簿閲覧権において既に同じ立場を表明するものがあり（渡邊千恵子・藁谷恵美「類型別会社訴訟シリーズ 計算書類・株主名簿・会計帳簿等閲覧等請求権」判タ1173号41頁（2005））それを最高裁が採用したものである（調査官解説・判タ1223号120頁）。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

再度大きな議論を巻き起こした。まず、一般論として、少数株主要件は権利行使の初めから終わりまで継続して維持されねばならない点において学説・実務は共通し、株式譲渡や払込未了の失権など（①～③事件参照）、形式要件を満たさなくなった原因が株主にある場合には申請が却下される点おおむね一致する（筆者もこの点に異論はない）<sup>(351)</sup>。争点とされているのは、やはり④のような、新株発行や新株予約権の行使など株主が関与しない事由により持株比率を満たさなくなってしまった場合の考え方である。学説では、④事件の最決のような考え方（本稿では裁判時説という）を支持する見解は少数にとどまり、通説は、④事件の最決を批判し、高決のほうを支持する考え方を採る（本稿では申請時説という）。

では、まず少数派である裁判時説<sup>(352)</sup>の論拠を整理してみたい。④の平成18年最決そのものはほとんど理由を示していないのであるが、調査官解説<sup>(353)</sup>によれば、(A)（平成17年改正前）商法294条の文理上、株式保有要件については、裁判時に満たされていることを要する申請人適格と解される、(B) 通説の考え方によれば、申請時に検査役選任の実体上の権利を有するはずの株主が、自ら株式を譲渡した場合になぜ申請が却下されるのが容易に説明しづらい、(C) 新株発行は会社の財務行為として予定されており、これにより持株割合が変動することは株主において予期すべき事情であり、新株発行によって株式保有要件を欠くに至る株主が発生するとしても、そのことが当然に権利の濫用や信義則違反に当たるなどとは評価しがたい、(D) 少数株主権が没却されるような信義・公平の原則に反するような特段の事情が認められる場合に限って、例外的に救済する方策を執れば足りる、という4つの論拠が挙げられている。

一方、④の平成18年最決に反対する通説（申請時説）の論拠は極めて多数存在し、本稿でそのすべてを紹介することはできないが、さしあたり、主要な論拠を以下のように整理した（なお、裁判時説の大文字アルファベットに対する反論は小文字アルファベットで記載し、できる限り対応させている）。(a) 株式保有要件は申請時に備えていれば足りると

<sup>(351)</sup> 例えば、松岡・前掲注(118)57頁、大隅・今井・前掲注(201)513頁。

<sup>(352)</sup> 来住野・前掲注(277)331頁以下、絹川・前掲注(277)996頁以下、菊池・前掲注(277)20頁以下、阿多博文「会社側の事情による原告適格等の帰趨」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』262頁以下（商事法務、2014）が明示的に④事件の最決に大筋賛成の立場をとる。中村康江・前掲注(277)119頁は明示してはいないものの、この立場ではないかと推察される。山脇・前掲注(277)391頁以下は、規範について④事件の最決に賛成するものの、「特段の事情があった」として結論には反対する。上田・前掲注(25)民商116巻2号210頁もこれに分類されている（調査官解説・前掲注(350)120頁）。なお、実務書の多く（例えば、森・濱田松本法律事務所、弁護士法人淀屋橋・山上合同 編『書式 会社非訟の実務〔全訂版〕』74頁（民事法研究会、2019）、中村直人・前掲注(313)『ハンドブック』91頁〔角田執筆〕など）はこの立場に立つ。

<sup>(353)</sup> 調査官解説・前掲注(350)120頁。

読むことも可能である<sup>(354)</sup>。(b) 自ら株式を譲渡した株主は権利を放棄したと構成すれば足り<sup>(355)</sup>、新株発行等と区別されるべきである<sup>(356)</sup>。(c) 会社側の新株発行等がいつどの程度行われるかの予測は困難であり株主に不意打ちになってしまう<sup>(357)</sup>。また、公開会社で新株発行等によって一定の範囲で低下を被る権利として想定されているのはあくまで議決権であり、監督是正権はこの限りではない<sup>(358)</sup>。(d) 平成18年最決のいう「特段の事情」の内容が不明確であり<sup>(359)</sup>、立証が困難である<sup>(360)</sup>。なお、これら4つの論拠の背後には、新株発行・新株予約権行使という株主の責めに帰すべからざる事由により業務財産検査役の選任請求が却下される事態は、制度趣旨に反し制度の実効性が失われるので避けるべきだという価値判断がある<sup>(361)</sup>。以上の通り、議論はかなり複雑化しているが、可能な限り整理してみたい。

第一に、検査役の選任を請求した株主が「自ら株式を譲渡した場合」(裁判時説論拠(B))については、申請時説の主張する通り、「権利を放棄した」と解することも可能である(論拠(b))ので、決め手にならない。

第二に、「持株比率の低下は予期すべきである」という点(裁判時説論拠(C))についてであるが、この論拠が何を前提にしたものかが一見しただけでは分からない。まず、文章だけを見ると持株比率の低下そのものを株主が予期・甘受すべきか否かという「幹の部分」を問題としているように読めるが、ここで問題なのは、持株比率が低下して要件を満たない状態が生じた場合に業務財産検査役の請求をどうするか、その請求権がなくなることまで株主は予期・甘受すべきか否かという「枝葉の部分」なのではないかと思われる。また、新株発行が「当然に権利の濫用や信義則違反に当たるなどとは評価しがたい」と裁判時説の論拠(C)にはあるが、新株発行が権利濫用・信義則違反に当たる場合、同説は「特段の事情」(論拠(D))の問題として考え、その事由の広狭と立証の問題に帰着するのでは

<sup>(354)</sup> 松嶋・前掲注(277)191頁など。なお、尾崎・前掲注(277)691頁は、裁判時説の論拠(A)のように考えると、④平成18年最決の事案で、形式的な法定要件を具備していない、つまり「請求権自体がない」株主になぜ「特段の事情」があるときに権利行使を認めることになるのかの説明がつかなくなるとして裁判時説を批判する。

<sup>(355)</sup> 松嶋・前掲注(277)191頁、尾崎・前掲注(277)692頁など。なお、楠元・前掲注(277)101-102は、申請時説に立ちつつ、株式譲渡により株主でなくなった者の申請のほうを権利濫用・信義則違反として会社側の抗弁事由とする立場をとる。

<sup>(356)</sup> 片木・前掲注(277)137頁など。なお、小出・前掲注(277)211頁は、自らの意思による株式譲渡の場合にも申請時説を推し進める考え方を提示する。

<sup>(357)</sup> 中村信男・前掲注(277)18頁など。

<sup>(358)</sup> 小出・前掲注(277)210頁、永井編・前掲注(277)31頁〔根本執筆〕など。

<sup>(359)</sup> 近藤光男「会社法における株主の権利行使と持株要件」布井千博ほか編『会社法・金融法の新展開—川村正幸先生退職記念論文集』145頁以下(中央経済社、2009)。

<sup>(360)</sup> 周・前掲注(277)55頁、中村信男・前掲注(277)18頁、楠元・前掲注(277)101頁など。

<sup>(361)</sup> 大隅・今井・前掲注(201)511頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

ないかと思われる。とすると、この論拠（C）が主に想定している場面とは、「適法な新株発行が行われた結果、検査役選任請求をした株主が形式要件を満たさなくなった」場合に、その請求をそのまま認めるか却下するかという点に絞られるのではないかと推察する。さしあたり、そのような視点に立って議論を再度眺めなおすと、新株発行の場面で主に想定されていたのは議決権の低下であって、監督是正権のことがあまり念頭に置かれていなかったのは事実であると思われ、その限りにおいて申請時説の論拠（c）はもっともである。適法な新株発行・新株予約権行使を念頭に置き、裁判時説を取ることで、株主は「株式を買い増す」という方法でしか請求を維持する方法がない。ここで、④の平成18年最決の事案で問題となったのは新株予約権の行使であるが、行使そのものを既存株主が知る手段が殆どない<sup>(362)</sup>ため、適法な新株予約権行使に対抗して株主が株を買い増すことは事実上かなり難しい<sup>(363)</sup>。④の事案では株主にとって不意打ちになったという申請時説の主張はもっともである<sup>(364)</sup>。一方、新株発行の場合は、非公開会社においては株主総会の特別決議によって（199条1項2項、309条2項5号）、また、公開会社においては通知等によって（201条3項4項）、既存株主は持株比率の低下の可能性を知ることができる。もっとも、大量に第三者割当てがなされる場面などでは、少数株主が市場で株を買い増しても形式要件を維持することが難しい場面が想定はでき、裁判時説の論拠（C）のように「持株比率の低下は予期すべきである」と切り捨ててしまうことは若干厳しすぎるのではないかと考えられる。

第三に、裁判時説の論拠（A）である「株式保有要件については、裁判時に満たされていることを要する申請人適格と解される」という点について考えてみたい。申請時説の論拠（a）と対比して規定文言のレベルで比較しても、「裁判時まで満たす必要の有無」については書かれておらず、決め手に欠ける状態であるが、この論争の最も重要な部分がこれであるので、もう少し掘り下げてみよう。この点は、少数株主要件の制度趣旨との関連で論争されている<sup>(365)</sup>。裁判時説は、この要件を、ふさわしい利害関係を有する株主に権利行使を認めるための要件だと考えてその論拠にする場合が多い<sup>(366)</sup>。それに対して、申請時説

(362) なお、新株予約権の行使により発行済株式数変動するため、事後の変更登記（商業登記法57条）は必要となる。

(363) 黒沼・前掲注(277)16頁。

(364) 調査官解説・前掲注(350)120頁は、「新株発行」とひとくくりになっているが、学説のように一応区別して論ずるべきであろう。

(365) 中村康江・前掲注(277)119頁にわかりやすく整理されている。

(366) 例えば、米住野・前掲注(277)338頁。なお、米住野・同337頁は「原告適格は原告のその後の地位が継続して訴訟進行するにふさわしいものであるかという実質的評価の問題であり、原告適格が他者の行為により奪われることはないという原則は認めがたい」と論ずる。訴訟経済に反するとか法的安定性を害するという批判に対して、同・337頁は立法政策の問題であると再反論す

は、少数株主要件の趣旨を株主の権利濫用の防止にあると考え、会社の新株発行等により株主の請求が濫用的なものに変化するとは考えられない<sup>(367)</sup>という論拠をあげて批判する。確かにいずれの立場も説得力があるし、制度趣旨はいずれの解釈も可能であろう。もっとも、持株比率が申立人適格か、提訴適格かという結論に直ちに結びつけることはできず<sup>(368)</sup>、別の側面からの検討も必要である。業務財産検査役に関する事件は「非訟事件<sup>(369)</sup>」として整理されている。会社法は時期々々政策的な理由から訴訟・非訟を分類しているとのことであるが<sup>(370)</sup>、業務財産検査役の場合には、企業不祥事の疑いをこれから調査する場面であるので、その過程を原則として非公開化<sup>(371)</sup>（非訟事件手続法（令和5年法律第五十三号）による改正後のもの。以下「非訟」という）30条参照）することに狙いがあると思われる。もっとも、非訟事件であることをもって直ちに現在議論している問題の結論が出るものでもない<sup>(372)</sup>。まず、「入口」のほうを確認すると、申立人が申立の時点で特定されているものの<sup>(373)</sup>（非訟43条参照）、その定義自体は非訟事件手続法や会社法868条以下（会社法第7編 雑則 第3章 非訟）には書かれていないので、それぞれの非訟事件ごとに個別の規定を見る必要がある。業務財産検査役の根拠規定は、やはり会社法の358条1項となる<sup>(374)</sup>。重要なのは次の「出口」の方である。裁判所は「裁判をするのに熟したとき」に終局決定をし（非訟55条1項）その終局決定には却下の決定も含まれる<sup>(375)</sup>。この判断のために、業務財産検査役の場合にも申立人適格である形式要件は、審理を終結する日（会社法870条の2第5項6項等）まで維持している必要があり、それまでに形式要件を満たさなくなった場合は却下の終局決定をなさざるを得ないように読める<sup>(376)</sup>。申請時説に立つと、株主で

↘ る。その他、近藤・前掲注(359)『会社法・金融法の新展開』158頁参照。

<sup>(367)</sup> 黒沼・前掲注(277)16頁。なお、小出・前掲注(277)210頁は、本制度そのものに濫用の危険性が少ない点を挙げる。

<sup>(368)</sup> 阿多・前掲注(352)290頁。

<sup>(369)</sup> 本来は非訟事件手続法自体の改正と業務財産検査役への影響も見なければならないが、紙幅や時間との関係で本稿で詳しく扱うことはできない。さしあたり、本稿のこの款では、問題とされている論拠や論争を現行法上どのように考えるべきかに限って論ずる。

<sup>(370)</sup> 阿多・前掲注(352)273頁。

<sup>(371)</sup> これは「当事者以外の第三者が傍聴できない」という意味での非公開であって、特別の規定がない限り公開してはならないと解されている（金子修『逐条解説 非訟事件手続法』111-112頁（商事法務，2015））。もし業務財産検査役の選任過程を公開してしまうと、不祥事を本当に起こしている会社に証拠隠滅の機会を与えてしまうであろうし、不必要な風評被害を会社に与えてしまう弊害も考えられる。なお、現行法でも変わっていない。

<sup>(372)</sup> 阿多・前掲注(352)273頁。

<sup>(373)</sup> なお、規定文言は「当事者」とされているが、非訟事件には相手方のない事件もあるので、「相手方のある事件については申立人のほか、「相手方」を記載しなければならない」という趣旨でこの文言が用いられている（金子・前掲注(371)166頁）。

<sup>(374)</sup> 松田・山下編・前掲注(307)204頁参照。

<sup>(375)</sup> 金子・前掲注(371)209頁。

<sup>(376)</sup> 阿多・前掲注(352)274頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

なくなった者を株主として扱い、権利行使を認めることにつながる<sup>(377)</sup>という裁判時説からの指摘は説得力を持つ。この点に申請時説の多くは十分に対応できていないが、果たしてこの問題に解釈で対応できるだろうか。これについては、裁判時説に再反論する形で、「株主であること」を申立人適格、法定された持株要件とは別の濫用防止のための申立て資格であると考え、④のような事例で却下を免れることを矛盾なく説明できるとする解釈が申請時説から提示されている（以下、小出説という）が、論者自身も恣意的・技巧的であるとの批判が想定される旨述べている<sup>(378)</sup>。少数株主要件は濫用防止目的である点を特に強調し、株主は本来あらゆる監督是正権を行使可能である<sup>(379)</sup>という発想が背後にある。「申立人適格の法定は、法定された以外の申立人適格を認めないという趣旨なのだろうか」という同説の指摘にも説得力が感じられた<sup>(380)</sup>。しかし、手続に関してそのような例外的取り扱いを認める前提として、あらかじめ条文上の詳細な根拠・解釈や限界をきちんと画しておかなければ、裁判所間や事件間での不平等を招くなどして混乱や裁判所の信頼の失墜を招く可能性があり、手続的側面からさらに慎重な検討が必要ではないかと思われる。解釈で対応することが難しければ、（裁判時説が示唆する通り）法改正の必要性が視野に入ってくる<sup>(381)</sup>。非訟事件手続法など手続法の関連規定とその趣旨との関連、また後述の通り④の事例で「特段の事情」がある場合に手続的にどのような処理となるのかという点、小出説やその他の株主を保護する解釈の可能性についてはさらなる詳細な調査検討の機会を設けたいと考えている。

最後に、裁判時説の論拠（D）である「特段の事情」の議論について考えたい。この内容については、④平成18年最決が「申請を妨害する目的で新株を発行したなどの特段事情」と決定文の中で例示したものだけが手がかりである。④事件で問題となったのは厳密には新株予約権の行使による新株の発行である点に少し注意が必要である<sup>(382)</sup>。なお、主要な裁判時説の論拠によれば、「特段の事情」は申立人である株主が立証することとなる<sup>(383)</sup>。この論拠に対しては、前掲の通り申請時説が（一部、裁判時説も）内容の不明確さや立証の困

(377) 阿多・前掲注(352)290頁。

(378) 小出篤「少数株主における少数株主要件・持株要件・議決権要件を充たすべき時期について」飯田秀総ほか編『商事法の新しい礎石―落合誠一先生古希記念』141頁（有斐閣、2014）。

(379) 小出・前掲注(378)『落合古稀』132頁。

(380) 小出・前掲注(378)『落合古稀』142頁。同論文にも書かれている通り、これがまさに「特段の事情」の問題とも関連するのであるが、裁判所による判断や手続の詳細が示されていない。

(381) 阿多・前掲注(352)292頁、来住野・前掲注(277)337頁。

(382) ④の原々審（平成17年東京地決）が、新株予約権行使に応じた新株発行であったので「特段の事情」が窺われない点に言及している。

(383) 大江・前掲注(302)382頁。中村康江・前掲注(277)119頁はこれに反対し、会社の側が新株発行等の合理性を主張立証できない限り「特段の事情あり」とする立場を示唆する。

難性を理由に批判している（論拠（d））。ここでは、場合を分けて検討する。第一に、新株発行の場合は、違法性や著しい不公正性がある場合は、株主総会の決議（非公開会社の場合；199条1項2項，309条2項5号）や通知等（公開会社の場合；199条1項2項，201条1項，3項，4項）によりそれを知る機会は一応ある。もっとも、一般的に「申請妨害目的」という会社の主観的な目的や動機、会社の資金調達必要性・合理性がないことの立証は容易ではない<sup>(384)</sup>。第二に、④の事案のように新株予約権の事案で「申請を妨害する目的」という場合には上記新株発行の箇所ですべて述べたことに加えて、「会社役員らと新株予約権者の一体性・通謀」を立証すべき場合が生じ<sup>(385)</sup> この立証は特に困難を極めるであろう。そもそも業務財産検査役を選任を請求している段階で株主は何らかの事情で取締役らの不正を疑い、これから弁護士等にその調査をしてもらおうとしている段階であるが、その時点で役員と新株予約権者の通謀という極めて秘密性の高い情報を株主が立証できるレベルで保有しているとは考えにくいからである。

この問題については、「特段の事情」の内容を緩和する解釈が申請時説・裁判時説の双方から提示されている。具体的に、申請時説からは、新株予約権の行使を念頭に置いた上で、役員と新株予約権者の通謀を要件とせず、単に申請株主と対立する会社役員が新株予約権者として妨害目的で新株予約権行使をしていれば足りるとする立場が唱えられている<sup>(386)</sup>。また、裁判時説からも会社の主観的な目的や動機、会社の資金調達必要性・合理性がないことの立証は難しいので、新株予約権行使の態様に着目して「特段の事情」を認めるべきであるとする指摘がなされている<sup>(387)</sup>。

以上の議論についてはさらに、より根本的に、申請時説から次のような鋭い批判がなされているのに注目したい。新株発行の有効性を前提とするのであれば、形式的な法定要件を具備していない株主がなぜ「特段の事情」がある場合にその行使を認められるのか（請求権自体がない者になぜ行使が認められるのか）という問題に答えなければならないはずである<sup>(388)</sup>（のに、答えていない）というのである。上記の通り④事件の平成18年最決はこ

<sup>(384)</sup> 山脇・前掲注(277)401頁。なお、主要目的のルールが一瞬頭をよぎるが、資金調達の必要性があれば「特段の事情」が認められないとすると株主にとって大きなハードルとなる（山脇・同402頁）と指摘されており、筆者も同意見である。

<sup>(385)</sup> この点は、申請時説（黒沼・前掲注(277)17頁）、裁判時説（山脇・前掲注(277)401頁）の両方から指摘されている。

<sup>(386)</sup> 黒沼・前掲注(277)17頁。

<sup>(387)</sup> 山脇・前掲注(277)401頁。同説は、④の平成18年最決の結論について、新株予約権（当時は新株引受権）の行使が申請直後であり、株価が払込金額を下回る時期であり、検査役の調査の結果新株引受権者が責任追及を受ける可能性がある、申請株主と利害対立のある役員であったことなどから、「特段の事情」があると認定すべきであったと説く。

<sup>(388)</sup> 尾崎・前掲注(277)691頁。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

それを判断させるため事件を高裁に差戻ししたのであるが、差戻審での判断がなされておらず、何が「特段の事情」に該当するか、該当した場合手続はどうかという点について裁判所は公式にはまだ見解を表明していない状態だと考えられる。裁判時説も明確にこの点に答えられていない。新株発行等は画一的処理が要請され、瑕疵のある新株発行も差止・無効が判決・決定等によって確定するまでは有効と扱われるはずであるが<sup>(389)</sup>、この点を裁判所や裁判時説はどう考えるのであろうか。ここで、裁判時説からも「特段の事情」がある場合に、検査役を申請した株主との関係だけ持株比率を満たしたものと解する方法も考えられるが、申請時説からの上記指摘の通り、それは「特段の事情」がある場合にだけ株主ではない者を株主として扱うこととなり、上で検討した非訟事件手続法や会社法の手続規定との関係で説明がつかず<sup>(390)</sup>、大きな自己矛盾が生じてしまうように思える。そこをどのように説明するのだろうか。

以上、裁判時説と申請時説の論拠を比較し、また追加でさらなる議論を紹介するなどして両説の妥当性をそれぞれ検討してきた。筆者も検討の過程でこの問題の難しさを改めて実感し、筆を進めつつもまだ迷いが残っている状態であるが、本稿の時点での筆者の考えをさしあたり簡単にまとめておく。まず、全体を通して総合的に考えた場合、申請時説に相当の説得力があるとは感じられた。理由は多くの先行研究により主張されている通りだが、特に、適法な新株発行等により株主の持株比率が低下する事態に対して、株主は少ない情報を頼りに株を買い増すという方法でしか対抗できないのが若干酷であると筆者には感じられた点を強調しておく。申請時説はそこをカバーでき、少数株主権の保護、検査役の機能の発揮に資する。もっとも、会社法・非訟事件手続法など現行法の構造を簡単にはあるが調べてみた結果、持株比率要件を申請時から審理最終時まで満たしておかなければならないという原則そのものを動かしたり、例外を設けたりすることには慎重でなければならぬと感じられた。途中で要件を欠いた株主に検査役選任の終局決定をすることは果たして妥当なのであろうか。これについて、裁判時説は法改正の必要性も示唆する。とはいえ、裁判時説も「特段の事情」があるときに要件を満たさない株主の申請に基づいて検査役が選任されるのは何故かという疑問点に十分答えられていない。この点について、「特段の事情」についての裁判例の展開を注意深く見守りつつ、主に手続的側面から再度

<sup>(389)</sup> 株や新株予約権の効力発生後であれば訴えによらなければその効力を否定できない(828条1項2号、2項2号(新株予約権の場合は各項4号))。効力発生前の差止請求(210条)は訴えによらずとも可能だが、会社が裁判外の請求に応じることは期待できず、事実上訴訟の提起と仮処分の申立てをするのが通常である(奥島ほか編・前掲注(345)435頁[山田純子執筆])。

<sup>(390)</sup> その時点で裁判時説の論拠(A)が崩れてしまう。

詳しく検討する機会を設けたいと考えている。

最後に、④の平成18年最決の射程について少し述べておきたい。④の平成18年最決の射程が「新株発行」にも及ぶことは先述の通りである。議論されているのは、他の監督是正権との関係である。ここで、会計帳簿閲覧権をはじめとする株主の他の監督是正権（少数株主権）全般に及びうることに主として裁判時説の方から示唆されている<sup>(391)</sup>。しかし監督是正権もその制度趣旨や機能がそれぞれ異なるので、たとえ④が最高裁の決定だからといって他の監督是正権も同じように解釈すべきだとする議論には賛同できない。④の平成18年最決の規範そのものはさしあたり業務財産検査役には及ぶと考えるが、他の監督是正権についてこの議論が及ぶのか否か、及ぶとすればその理由は何かなど、それぞれの権利の趣旨や機能について慎重な比較検討をした上で個別具体的に考えるべきである<sup>(392)</sup>とする立場を支持する。

### 3. 取締役・監査役に検査役選任の請求を認めるべきかという問題

#### (1) 争点と判例の紹介

取締役ら業務執行者は、そもそも計算書類や会計帳簿とそれに関する資料、事業報告等（432条、435条など）、また、取締役会の議事録（371条）を作成する義務を負っており、その内容は知ろうと思えば知れるはずである。また、自身の職務執行については当然に把握しているはずであるし、取締役会（362条）、監視義務（362条2項2号）、内部統制システム（362条4項6号）などを通して他の取締役の職務執行についても知ろうと思えば知れるはずである。その他、会社の内部情報に対して、取締役は自身の業務執行権の一環として法的には調査・アクセスが可能であると解される<sup>(393)</sup>。

監査役も、その監査・監査報告の作成（381条）という職務を遂行するために、取締役等に報告を求め、会社の業務財産状況を調査し（381条2項）、また、取締役会への出席（383条）を通して社内情報を収集する手段を与えられており、これを適切に行きすることで社内情報にアクセスすることが可能である<sup>(394)</sup>。

このような役員が自社の株式を保有し要件を満たす場合に、自身の調査権に加えてこの

<sup>(391)</sup> 調査官解説・前掲注(350)120頁、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ〔第三版〕』8頁（判例タイムズ社、2011）。

<sup>(392)</sup> 小出・前掲注(378)『落合古稀』128頁、永井編・前掲注(277)31頁〔根本執筆〕、中村康江・前掲注(277)119頁、近藤・前掲注(359)『会社法・金融法の新展開』148頁、上田純子「会計帳簿閲覧権と業務執行検査役選任請求権」石山卓磨監修『検証 判例会社法』491頁（財経詳報社、2017）など。

<sup>(393)</sup> 大隅・今井・前掲注(201)503頁。

<sup>(394)</sup> 大隅・今井・前掲注(201)503頁。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

業務財産検査役の選任請求を認めるべきか。この点も裁判例の判断が分かれており、現時点でも論争は決着していないと思われる。なお、この論点は法律の要件と関係がなく「そもそも可能であるか」が論じられるため、本稿が紹介した法改正の影響を全く受けない。

① 東京控訴院大正10年5月19日決定評論全集10巻174頁

本件は、複数人が1つの請求で検査役の選任を求め、うち1名が監査役であった事案である。仮にこの監査役の持株数をひくと、形式要件を満たさない状況であった。原決定が「株式會社ノ監査役ハ自ラ其會社ノ業務及財産状態ヲ検査スル權利義務ヲ有スルモノナルハ其資格ニ於テ何時ニテモ其検査ヲ爲シ得ルカ故ニ縦令株主タル資格ヲ有スルモ商法第一九八條ニヨリ検査役選任ノ申請ヲナサシ得サルモノナリ」としたのを修正し、本決定は「商法第一九八條ニハ單ニ「資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株主ノ請求ニ因リ」ト規定シアリテ監査役タル株主ヲ除外スルノ趣旨ヲ認メ得サルノミナラス同法ナカ右趣旨ノ如キ規定ナキヲ以テ會社ノ監査役タル株主ト雖トモ同法條ニヨリ其會社ノ検査役選任ヲ爲シ得ルモノト解スルヲ妥當トシ又會社ノ業務及會社財産ノ狀況ニ付事實上疑懼スヘキ點アリヤ否ヤハ右申請ノ當否ヲ決スルノ要件ニアラサルヲ以テ本件抗告ノ論旨ハ孰レモ其理由ナシ」と判示して監査役による検査役選任請求を認めた。

② 千葉地方裁判所佐倉支部昭和49年3月11日決定判時743号100頁

本件は、代表取締役による検査役選任請求が問題となった事案である。被申請人であるY社はゴルフ場運営等を目的とする、発行済株式1万株、資本金500万円の会社である。Y社の設立当初はXほか4名が取締役、Aが代表取締役であったが、昭和36年にXが代表取締役に就任し、その後XとAが共同して会社を代表するようになった。しかし、Aが適当な使用目的をつけて仮払形式でY社資金を持ち出し、私的な目的で着服・費消していること、Aが取締役会の承認なしに自己の報酬を独断で遡及的に大幅増額したことなどを疑い、昭和56年改正前商法294条に基づいてY社に対して業務財産検査役の選任請求をした。本決定は「いわゆる少数株主権による検査役選任請求については「株主が会社の実情を積極的に調査する方法としては、まず、株主の帳簿閲覧権による調査があるが、これは会計の範囲に限られ、しかも帳簿および書類による調査に止まる。現実には、さらに進んで直接に会社の業務および財産の状況をも調査することを要する場合がある。この要求に即応するものが、本条による株主の検査権である」（注釈会社法）と解されている。したがって、その制度の趣旨は会社の業務の執行に関与しない株主の保護を図るためのものであって、株主の会社経営に対する監督、是正を図るための手段の一つであるとみることができるとする。そうすると、被申請人の代表取締役であって、かつ、その主張に従えば被申

請人の株式の全部を所有しているという申請人にこの検査役選任請求権を認めるのは相当でない。それはその選任請求権を認める必要性がないというよりは、むしろその選任請求権を取得しえないというべきであろう。」と判示して、代表取締役による検査役選任請求を否定した。

③ 広島高裁岡山支部昭和49年10月11日決定判タ319号145頁

本件は有限会社の監査役による検査役選任請求に関する事案である。有限会社であるY社はホテル業を営んでおり、XはY社の社員（出資口数10分の1）であり監査役<sup>(395)</sup>でもあるが、Y社の利益配当の未済、県税・町税の未納付などの調査を理由として、有限会社法45条2項に基づき検査役の選任請求をした事案である。なお、当時の有限会社法45条1項が業務財産検査役の規定で、業務執行に関し不正の行為・法令定款違反の重大な事実があることを疑うべき事由あるときに、総社員の議決権の10分の1以上を有する社員が検査役選任請求をすることができると規定していた。原審決定である岡山地裁昭和49年9月7日決定判時765号100頁は、Xが主張した事由のうちの一つ（計算書類の虚偽記載）「会社は第一五期ないし第一七期営業年度において、日々の取引その他財産に影響を及ぼすべき一切の事項を記載すべき帳簿（商法三二条一項）について、逐一これを指摘することが不可能なくらい全般的にわたり、整然かつ明瞭な記載を欠いていた」ことを認定したものの、XがY社から解雇通告を受けたことによりY社との紛争が<sup>マ</sup>爆発したことが原因で本件申請に及んだことを述べ、Xが第16期以降の計算書類を承認している事実から、この期にかかる申請のみ権利濫用に当たると判示して却下した（その余は認容）。これに対して、広島高裁は「有限会社法における検査役の選任請求権は少数社員に与えられたいわゆる共益権であるから、少数社員の個人的利益追求あるいは会社の業務担当者を困惑させることを目的としてなされるときなどは権利の濫用にわたるものとしてその行使が許されないことは明らかである。」としつつも、Y社の第15期以降の業務執行に法令に違反する重大事実があるのであり、Xが第16期に計算書類等を承認したことをもって権利濫用にあたるとにわかに断定しがたく<sup>(396)</sup>、同年度の検査を除外する理由とはならない旨判示して、権利濫用に関する原審の決定を修正し、Xの申請を全部認容した。

④ 大阪高裁平成元年12月15日決定判時1362号119頁

本件は非公開会社における取締役による検査役選任請求の事案である。具体的に、被申

<sup>(395)</sup> なお、有限会社法上監査役は会計監査の権限しか持っていない（有限会社法33条ノ2、34条；上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法(14)有限会社』269頁 [平出慶道執筆] (有斐閣, 1990)）。

<sup>(396)</sup> 調査官解説・判タ319号146頁は、権利濫用に当たらないとする追加の理由として、この種の申請の多くが社内派閥の対立を契機としてなされていることを挙げる。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

請人 Y 社は資本金800万円、発行済株式800株の会社であり、創業者の X と A が400株ずつ保有していたが、株式を譲渡したことで請求当時 X と A の持株数は350株ずつとなっている（形式要件を満たしている）。X と A は創業当初から代表取締役、取締役、監査役など様々な形で会社経営に関与してきたが、請求当時は両方とも取締役である。昭和62年以降の業務執行について調査するために、X より Y 社に対して平成11年改正前商法294条に基づいて検査役の選任請求がなされた。その理由は、代表取締役 B（A の子で、株主でもある）が昭和62年の就任以来一度も取締役会、株主総会を招集・開催していない、取締役会の決議などなしに重要な職務執行を独断で行っており会社に著しい損害を与えているなどの諸点である。なお、X は会計帳簿等の閲覧謄写も申し入れているが、B はこれに応じなかったため、平成元年に取締役会が招集され B は代表取締役から解任されている。もっとも、そこで代表取締役が賛否同数で選任されなかったなどし、B も X に対して取締役解任の訴えを提起しようとしている。原審（和歌山地裁田辺支部決定平成元年10月2日金判840号19頁）は、「商法二九四条は、業務財産状況を直接調査する手段を有しない株主を保護するための条項であると解されるのであって、取締役会の構成員として取締役会における取締役の職務執行の監督に関与し、これに必要な範囲において業務財産の状況を調査しうる申請人に、この検査役選任請求権を認める必要はないものと考えられる。」として却下した。これに対して、抗告審である本件平成元年大阪高決は原決定を覆し、次のように判示する。「商法二九四条所定の検査役選任請求権を有する株主の範囲を右のように制限的に解さなければならない合理的な理由はこれを見出しがたく、取締役である株主においても、株主として右検査役選任請求権を有するものと解するのが相当である。ただし、なるほど一般的あるいは理論的には、原決定説示のように、取締役である株主は、取締役の職務執行の監督権限を有する取締役会の構成員としての立場から、必要な範囲において会社の業務財産の状況を調査することができるものとしても、實際上、ことに小規模で閉鎖的な会社（…（中略）…）においては、取締役の地位にある者であっても会社の業務財産の状況を調査しこれを把握することができない事態を生ずることがあることはこれを否定しがたいところであり、そのような場合において、同条所定の検査役選任請求の客観的要件に該当する事実が認められるときであってもなお、株主が取締役でもあることのゆえをもって、当然にそのような株主は検査役選任請求適格を有しないと解さなければならない合理的な理由を見出すことは到底できないからである。」

## (2) 検討

以上、この問題に関する過去の主要裁判例を挙げた。このうち、まず③の昭和49年広島高決は、監査役の権限が会計監査に限定されている有限会社の事例であるし、主たる争点は監査役による請求を認めるか否かではなく権利濫用の有無にあるので、現在この問題を論ずるにあたって参照できない。残りの事例を見てみると、まず、①の大正10年東京控決は監査役（現在と同様に業務監査権を持つ）による請求の事案である。当時はまだ検査役の実体要件が規定されていない時期で現行法と異なるが、当時の198条の条文の要件上監査役を特に除外していないことを理由としているので、現代でも肯定例として一応参照可能である。次に、②の昭和49年千葉地決は、業務財産検査役の制度趣旨を「会社の業務の執行に関与しない」株主の保護と解釈した事例であるが、法改正の内容にかかわる判断ではないので代表取締役による請求を認めなかった先例として現代でも参照可能である。また、④の平成元年大阪高決も、現在の法律において問題なく参照できる。原審の平成元年和歌山地決は、②の決定同様制度趣旨を「業務財産状況を直接調査する手段を有しない」株主を保護することにあると解釈して請求を却下したのに対して、平成元年大阪高決は小規模閉鎖会社において取締役であっても会社の業務財産状況を把握できない事態に対処する必要性から、これを認めた。学説を見てみると、消極説は、取締役についてはその職務権限において必要な会社の業務財産状態の調査が可能であるし、監査役も法律上その権限を持つので重ねて検査役選任請求権を行使させる必要はないとする<sup>(397)</sup>。一方、積極説は、閉鎖会社において取締役・株主間に抗争がある場合や一部の支配株主が法律を無視して会社運営をしている場合に取締役・監査役としての調査が容易でない点、検査役の調査結果が裁判所に報告され、株主総会が招集されうるなど取締役・監査役による調査とは違った意味がある点などを理由とする<sup>(398)</sup>。本款の掲げた判例の評釈はほぼすべて積極説をとっている<sup>(399)</sup>。この問題については、既に筆者も積極説を支持する旨明らかにしているが<sup>(400)</sup>、以下詳しくその理由を述べたい。

<sup>(397)</sup> 大隅健一郎・今井宏『会社法論 中巻Ⅱ〔初版〕』500頁注1（有斐閣，1983）（なお、当時の商法特例法22条により小会社の監査役は業務監査権限を持たないとされていたので、その監査役に限って検査役を利用できるとする）。ただし、その後本書が改訂されたときに、大隅・今井は業務財産検査役に限っては肯定説に転換している（大隅・今井・前掲注(201)512頁。）。その他、崎田・前掲注(242)391頁〔中元執筆〕。

<sup>(398)</sup> 大隅・今井・前掲注(201)512頁。最近の論稿の中では、阿多博文「検査役の選任」ひろば76巻4号86頁（2023）がこの立場をとる。

<sup>(399)</sup> 前掲注(207)、前掲注(262)の文献参照。その他、大隅・今井・前掲注(201)500頁、511頁以下。なお、実務の文献として東京地裁商事部・前掲注(177)40頁にも同旨の記載があるが、東京地裁が明確にこの立場をとっているかどうかまでは記載からはわからない。

<sup>(400)</sup> 上田純子・植松勉・松嶋隆弘編著『少数株主権等の理論と実務』74-77頁〔千手崇史執筆〕（勁草書房，2019）。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

確かに、上記②の決定や、④の原審決定（平成元年和歌山地決）のように、業務財産検査役の制度趣旨について「株主は平素会社の状況・情報を入手しにくい状況であるので、特に株主にこの情報収集手段を与えた」という点を強調すれば、消極説のように会社情報を入手しうる「地位」にあり権限をすでに持つ取締役・監査役に重ねて業務財産検査役の選任請求を与える必要はないと解することもできなくはない。しかし、取締役・監査役がわざわざ株主としての立場（検査役）を利用して会社を調査したい「状況」というのは、取締役間や取締役・監査役間に内紛があり、自身の「地位」に基づいて権限を行使しようとしても事実上行使できない、会社の情報を自身にだけ知らされないというような状況である場合が多い<sup>(401)</sup>（上記事例①，②，④がそれに当たる）。違法行為等が明らかになった場合、基本的に検査役の請求をした役員自身も任務懈怠責任（423条，429条，430条）を負う可能性があるため、不正行為や損害発生の可能性が大きくなる前に、素早く詳細な情報をつかんで権限行使へとつなげる緊急性が高い場合も多いとも推察される。条文の文言としても少数株主要件を満たす「株主」が利用可能な制度として業務財産検査役が用意されているのであり、取締役・監査役をあえて除外する必要はないと解し<sup>(402)</sup>、私見も積極説を支持する。

ここで、積極説に対しては、取締役・監査役が弁護士を伴って会社を調査すれば結果は同じであるので、あえて358条の請求を認める必要はないという、消極説からの再反論も考える。では、本当に取締役・監査役が弁護士を伴って調査を要求した場合と業務財産検査役とは全く同じであろうか。第一に、業務財産検査役には「裁判所が株主総会の招集を取締役に命ずる（359条）」という規定があり、積極説の論拠の一つとなっている<sup>(403)</sup>。私見も既述の通り、この点に業務財産検査役に「株主の情報収集手段」を超えた業務財産検査役特有の意味づけを見出している。ここで、消極説から類似のことが全くできないかどうかを考えてみると、次のような手段は一応可能である。まず、取締役・監査役が弁護士等を私選して調査に向かい、その結果不正の兆候等が明らかになった場合に臨時株主総会の招集を請求し<sup>(404)</sup>、株主提案権の行使などによって株主に情報共有するという方法である。もっとも、そのような方法は迂遠で煩雑であり、直接に「取締役・監査役でも 358・

(401) 生田・前掲注(262)227頁参照。

(402) 生田・前掲注(262)227頁は、たとえ法の趣旨が直接調査手段を有しない株主を保護することであっても、そのことから取締役・監査役を兼任する株主を除外するのは説得力がないと批判する。

(403) 例えば、久保田・前掲注(262)ジュリ1027号129頁など。

(404) 調査後の株主総会は調査報告を受けた役員株主本人が出席等してもよいかもしれない。なお、神戸地裁尼崎支部判決平成12年3月28日判タ1022号288頁のほか、事案に若干特殊性があるが、札幌高裁令和元年7月12日判決金判1598号30頁は株主ではない弁護士を代理出席させることを認めるので、調査に当たった弁護士を出席させ株主提案権を行使させる方法なども考慮しうる。

359条を使うことができる」とした方が簡明である。加えて、裁判所が検査役を選任するというに付随する中立公正さ・臨機応変な対応、調査を妨げた場合の過料の制裁(978条5号)、過去に遡った調査<sup>(405)</sup>など<sup>(406)</sup>、業務財産検査役に特有の点は、取締役・監査役がただ弁護士を伴って調査をする場合には実現できない。第二に、費用の問題がある。積極説であれば、最終的に会社が負担(358条3項)するのに対し、消極説の場合は、弁護士に依頼した役員がさしあたり自主的に報酬を支出することとなる。もちろん、消極説においてもその報酬額を最終的に損害賠償請求などの形で請求し負担を免れるという途が残されているが、やはり迂遠であろう。取締役・監査役による業務財産検査役選任請求をあえて封ずる必要はない。

ここで、④の平成元年大阪高決が「小規模閉鎖会社」に限った判示をしているため、大規模公開会社の場合にも積極説をとれるか否かが一応問題とされている。多数説はその場合にも積極説を維持する<sup>(407)</sup>。役員間の対立などにより社内情報が明らかにされない事態は小規模閉鎖会社に限らず起こりうるし、358条そのものにも会社形態による区別は規定されていないので、私見も多数説と同様の立場に立つ。

#### 4. 経営判断原則と業務財産検査役を選任請求との関係

##### (1) 争点と判例の紹介

取締役に何らかの不祥事が疑われ、会社に対する任務懈怠責任(損害賠償責任)を負わせようとする場合であっても、「経営判断原則」によって任務懈怠と評価されなくなる場合がある。経営判断には常にリスクが伴い、その結果生じた損害につき取締役に賠償をさせるとすると取締役の経営判断を委縮させ、結果的に商機を逃すなど株主の利益に反する事態となる<sup>(408)</sup>。そこで、善管注意義務(330条、民法644条)違反・任務懈怠要件(423条1項)の判断枠組みにおいて経営判断原則を適用することで裁判官による後知恵的な判断を控え、取締役に判断の裁量を持たせるのである<sup>(409)</sup>。経営判断原則の内容は論者によっても、裁判例・判例によって微妙に異なるが「必要な情報を収集して、会社の利益になると信じて行った経営上の判断については、その判断が同じ立場にある者からみて著しく不合

<sup>(405)</sup> 前掲大決明治33年7月2日民録6輯7巻4頁。

<sup>(406)</sup> 生田・前掲注(262)227頁、森・前掲注(262)法セミ433号126頁、久保田・前掲注(262)ジュリ1027号129頁、大塚・前掲注(262)119頁、受川・前掲注(262)159頁など。

<sup>(407)</sup> 生田・前掲注(262)227頁、久保田・前掲注(262)ジュリ1027号129頁、受川・前掲注(262)158頁など。なお、大塚・前掲注(262)118頁は、④平成元年大阪高決が小規模閉鎖会社に限った理由付けをした点を特に批判する。

<sup>(408)</sup> 奥島ほか編・前掲注(287)370頁参照 [山下真弘執筆]。

<sup>(409)</sup> 奥島ほか編・前掲注(287)370頁参照 [山下真弘執筆]。



なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

理なものでない限り・善管注意義務の違反はないと判断される<sup>(410)</sup>」とか、「その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではない<sup>(411)</sup>」などと言われる。業務財産検査役との関係では、取締役が経営判断原則により責任を負わなくなる可能性がある場面で検査役の選任請求ができるかという形で問題となる。これに関する事例は筆者が確認した限り以下の1件（決定は2件）しかなく、他の問題ほど議論が活発ではないが、議論の必要があると考えるため簡単に検討する。なお、事例は平成11年改正前商法下のものであるが、現行法では検査役の持株比率の要件が変わっただけで、経営判断原則も判例法理であるので、現在でも議論として通用しうる。

#### ① 東京高裁平成10年8月31日決定金判1059号39頁

Y社は食料品の販売等を業とする会社であり、XはY社の発行済株式26%超を有する筆頭株主である（形式要件を満たす）。Y社は、その経営戦略の一環として、昭和62年にY社が全額出資して完全子会社であるA社（有限会社）を設立し、平成2年には山梨県に、平成3年には埼玉県にそれぞれA社の店舗を開設するなどした。しかし、いわゆるバブル経済の崩壊の影響もあり経営環境が悪化し、これら店舗でも予定していた収益を上げることができず、A社は債務超過に陥る。これを打開すべく、その後もA社・これら店舗につき、平成3年ごろ（大型家電や高級腕時計をやめ、購入頻度の高い日常生活雑貨等の比率を高める業態変更）、平成5年ごろ（価格競争に巻き込まれにくい商品構成への転換）、平成6年ごろ（収益の期待できる専門性の高い商品を提供するDIY型ホームセンターへの転換）に経営戦略や取扱商品の変更を伴う大幅な経営改革を実施した。その結果、平成7年には営業損失が計画通りほぼ半減し、黒字化する店舗も現れるなど効果が見られた。その過程で、平成4年にY社が策定した計画をもとに、A社の金融機関からの借入れを減らす目的でY社からA社に貸し付けたり、A社にY社が出資するなどの方法で資金を融通していた（その結果グループ全体での金利軽減は実現している）。XはY社に対して、少なくとも平成4年3月の時点でA社の経営が破綻していたにもかかわらず、Y社取締役は適切な経営判断をせず漫然と貸し付け、A社の再建策を検討せず増資額を払い込むなどしてY社に経済的損失を与えた疑いがあるとして、業務財産検査役の選任を請求した。他にも争点があるが、本稿では省略する。原審（東京地裁平成8年6月4日決定資料版商事147号34頁）は次のように判示した。

「本件において選択されたように、将来にかけて積極策を採り、投資を拡大すれば、そ

(410) 奥島ほか編・前掲注(287)370頁引用 [山下眞弘執筆]。

(411) 最高裁平成22年7月15日判決判タ1332号50頁の判決文一部引用。

の分リスクも増大する。撤退を決断して手を引いてしまえば、損失拡大の危険はなくなるが、既に生じた損失は確定し、損失を回復するチャンスも失われるし、企業としての信用失墜等、事業の挫折による種々の悪影響を直ちに心配しなければならない。積極策か消極策か、こうした企業行動の決定は、流動的かつ不確実な市場の動向の予測、複雑な要素が絡む事業の将来性の判定の上に立って行われるものであるから、経営者の総合的・専門的な判断力が最大限に発揮されるべき場面であって、その広範な裁量を認めざるを得ない性質のものである。もともと、株式会社の取締役は、法令及び定款の定め並びに株主総会の決議に違反せず、会社に対する忠実義務に背かない限り（商法254条の3）、広い経営上の裁量を有しているが、右のような最も困難な種類の経営判断が要請される場面においては、とくにそのことが妥当するというべきである（・・（中略）・・）。したがって、右のような判断において、その前提となった事案の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程・内容が企業経営者としてとくに不合理・不適切なものといえない限り、当該取締役の行為は、取締役としての善管注意義務ないしは忠実義務に違反するものではないといえよう。

商法294条に則していえば、経営判断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こと、又は、意思決定の過程・内容が企業経営者としてとくに不合理・不適切なものであること、をそれぞれ疑うに足りる事由がある場合には検査役を選任すべきであると解される。もとより「疑フヘキ」とは、単なる可能性をいうものではなく、右事実を合理的に推認し得ることを意味する。」

以上の規範をもとに、東京地裁は本件A社の事業継続の決定や店舗の営業継続についての経営判断は善管注意義務違反を疑わせる事情が認められないことを詳細に認定し、Xの申立てを却下した。

抗告審である平成10年東京高決も「検査役による調査は、それ自体は直接取締役等の責任追及を目的としたものではなく、株主としての会社の業務・財産の情報を得るための制度であり、いわゆるコーポレート・ガバナンスの観点から重視されるべき制度であるが、同時に、裁判所の選任にかかる第三者機関である検査役が会社の業務及び財産の状態を調査し、前記のような法的な手続の前段階となるところの強力な制度でもあるため（濫用による会社運営の阻害のおそれも否定できないし、検査役の選任自体が及ぼす事実上の社会的影響も否定できない。）、その要件としては、単なる経営の悪化や不当な経営判断等の疑いの存在ではなく、不正行為又は法令・定款違反の重大な事実を疑わせる事由があることを要求したものと解される。すなわち、直接責任を追及するための制度ではなく調査のた

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

めの制度であるから、不正行為等の存在そのものは要求せず、これを疑わせる事由があれば足りるとし（もっとも、主観的な疑いでは足りず、客観的にこれを疑わせる事由が存在することを要すると解される。）、他方、法令・定款違反については重大性を要求したものと解される。また、検査役による調査制度は、会社及び株主保護のための制度であるから、右の重大な法令・定款違反も、形式的な違反では足りず、会社又は株主の利益を害する事実であることを要するものと解される。」

以上をもとに、Xの主張のいずれに対しても、取締役の経営判断について事実認識の重要かつ不注意な誤りや判断の過程・内容の特段の不適切な重大事実があったことを疑うべき客観的事由があったとは認めがたいことを認定し、「重大な事実を疑わせる事由」の実体要件を満たさないことから検査役の選任を認めなかった。

## (2) 検 討

再度確認してみても、①の事件の原審・抗告審決定いずれも、検査役の実体要件の判断の中で経営判断原則をほぼ適用してY社取締役の損害賠償責任そのものを否定するような判断をし、それを理由として検査役が選任されない旨述べているように読めてしまう。これに関して、経営判断の場面において取締役の一定の裁量を認めざるを得ず、子会社の債務超過など株主から分かりにくい事態において検査役利用が困難になることはやむを得ないとして平成10年東京高決に大筋賛成する見解もある<sup>(412)</sup>。もっとも、①のこれら決定には反対する見解が多い。第一に、取締役の責任を判定する場面と検査役を選任請求する場面は異なるという理由で学説は一致している<sup>(413)</sup>。ここで、確かに本件Xは検査役選任請求の趣旨<sup>(414)</sup>の中でY社に「回収不能の損害を与えた」など「損害」という単語を何回か使っており、これは調査結果をもとに損害賠償請求をする見込みがあることを強く推認させる。しかし、当時の商法294条も会社法358条もその要件は「法令定款違反の重大なる事実があることを疑うに足る（疑うべき）事由」であり「会社に損害が及ぶ（おそれ）」は要件にはされていない。その後株主総会（平成11年改正前商法294条3項、会社法359条）を招集させてその結果を報告（会社法では総株主にも通知）し、当該総会において取締役を解

(412) 山下友信・前掲注(261)150頁（なお、このような場面で調査ができないのは制度の限界であり、公開法廷での情報開示で事態が明らかになってゆくことを指摘する）、松田・山下編・前掲注(307)218頁。

(413) 近藤・前掲注(261)商事1430号7頁、藤原・前掲注(261)58頁、落合編・前掲注(287)117頁[久保田執筆]。なお、筆者も既に実務書において簡単にではあるが、平成10年東京地決に対する懸念を表明している（上田・松嶋編・前掲注(400)82頁[千手執筆]）。

(414) 原審である東京地裁平成8年6月4日決定資料版商事147号34頁の決定文参照。

任する等、損害賠償請求以外の手段にも検査役は利用できる<sup>(415)</sup>。経営判断原則によって損害賠償請求が否定される見込みがあっても、それは業務財産検査役における実体要件を否定する直接の理由とはならない<sup>(416)</sup>。第二に、そもそも業務財産検査役を利用する場面とは、取締役責任があるかどうかの情報を得ようとしている場面なのであって、その時点で「経営判断原則に照らして責任が認められる見通しが立っている場合にしか検査役が選任されない」ということであれば、本制度の制度趣旨（主に株主の情報収集手段）に反し、その利用が不当に制限されてしまう。第三に、①の決定に反対する理由の中には、たとえ取締役の責任が経営判断原則により否定されるような場面であっても検査役選任申請を当然には否定されないとするものもある<sup>(417)</sup>が、筆者は別の側面からこの見解を支持したい。検査役に単なる情報収集手段を超えた「株主が取締役を監督する」手段としての意味を見出す私見から、（①の事件を離れた一般論として、また、さしあたり濫用的請求を除外して考えると）たとえ株主の懸念が杞憂にすぎず、法的な任務懈怠責任が経営判断原則により結果的に否定される場面でも、検査役選任請求や検査そのものが行われうる状況が存在することで取締役らが自身の行動や、社内全体・内部統制システムを見直すきっかけとなるなど、良い意味での牽制になる可能性もあるのでないだろうか。以上のような理由から、①事例の二つの決定に反対する立場を支持したい。今後同種の事件が起きた場合に裁判所がどのような判断をするかにも注目したい。

## V まとめと残された課題

本稿の主題へと戻ろう。業務財産検査役は株主が会社の不祥事等を疑う場合にその事実を調査するための制度であり、守秘義務を負った弁護士や公認会計士が裁判所の関与のもと担当するため、企業秘密等の情報漏洩が起こりにくい点等のメリットを持つ。それにも関わらずあまり利用されていないのだが、その真の理由を探ることが本稿の主題であった。その方法として、立法時から現在までのこれに関する法律（主に商法・会社法）の改正・変遷と裁判例や学説の議論をできるだけ丁寧に紹介・検討してきた。特に「目に見えない」制度趣旨や議論の変化を追うために、過去の文献を可能な限り「定量的に」分析す

(415) 近藤・前掲注(261)商事1430号7頁，藤原・前掲注(261)58頁。

(416) 近藤・前掲注(261)商事1430号7頁，藤原・前掲注(261)58頁，上田・前掲注(251)民商116巻2号211頁。

(417) 藤原・前掲注(261)58頁。なお、近藤・前掲注(261)商事1430号7頁は調査対象ではない他の取締役の監視義務違反に基づく任務懈怠（損害賠償）責任の可能性にも言及する。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

ることを心掛けた。

検討の結果、まず、業務財産検査役が利用されなくなった根本原因はその性質、具体的には、何とでも結びつきうる「柔軟さ」、どこに規定してよいかわからない「不明確さ」にあると結論付けた。その証拠に、本制度自体は頻繁に変更されていないはずであるのに、他の制度の改正の影響を常に大きく受け続けるという運命を辿ってきたのである。特に重要な点は、第一に、監査役機能不全を原因として、昭和25年改正で監査役の業務監査権が失われたことで、本制度が当初とっていた「監査役機能の補う」という制度趣旨がとりにくくなった点である。その後昭和49年にふたたび監査役が業務監査権を取り戻した時点では（監査役補助という説もあったものの）既に検査役は「株主の監督是正権行使のための情報収集」手段として理解されていた。第二に、同じ昭和25年改正で会計帳簿等閲覧請求権が登場した点である。裁判所が弁護士を介在させて会社を調査する点は信頼性や守秘義務という点でメリットでもあるが、速さ・手軽さにおいて優れており、はっきりとした位置づけを持つ会計帳簿閲覧権のほうに注目が集まってゆき、その反面業務財産検査役はあまり注目されなくなっていったのかもしれない。かかる制度趣旨の議論に関しては、現行法上「株主の監督是正権行使のための情報収集手段」と解する点に筆者も基本的に賛同するが、情報が株主総会で共有され、取締役らに善後策を講じさせられる点などに特に注目すると、「株主が取締役を監督する」一手段としての位置づけも改めて重要性を持つのではないかと考えた。検査役が活発に利用される事態そのものが平時から取締役に対して強い牽制の一つになる可能性もある。以上が、本稿の主題に対する筆者の検討結果である。

次に、業務財産検査役をそのようなものとして捉えるのであれば、活発にこれが利用される状況を作るためにできる限りの解釈をまず試みるべきであるという観点から、本稿が詳しく紹介した法改正それぞれの過程で生じた数多くの論点の中から、現代でも問題となると思われる三つをピックアップして詳しく紹介・整理の上、可能である部分には解釈論を展開した。

第一に論じたのは、「申請時に形式要件を満たしていた株主が途中で満たさなくなった場合」の問題である。株式譲渡や払込未了による失権など株主側に原因がある場合にこれが却下される点は異論がないが、問題となるのは新株発行・新株予約権の行使など株主側に原因がないのに持株比率が低下した場合である。過去の裁判例・判例と学説を比較しながら検討した結果、妥当性という観点からは申請時説の主張に説得力を感じたが、裁判時（審理終結時）まで形式要件を満たしておく必要があるという原則と抵触が生じてしまい、

裁判時説が示唆するように法改正による解決が必要である可能性もある。また、裁判時説や平成18年最決が言及する「特段の事情」が何を指すのか、これが認められた場合に手続が具体的にどのようなになるのか等未解明の点もまだ多い。本稿が明らかにできたのはかかる問題点の整理のみで、この論点については裁判例の展開を待ちつつ検討を続けることとしたい。第二に論じたのは「本来会社調査が可能な取締役・監査役が（株主でもあり）業務財産検査役を請求した場合」の問題であるが、同様に裁判例と学説を詳細に検討した結果、取締役・監査役による業務財産検査役の選任請求は可能であるとの結論に至った。取締役・監査役がこれを利用する場面とは役員間や役員・株主間に内紛がある場合が殆どで、単に取締役・監査役が弁護士等を伴って会社を調査しようとする場合以上の意義が業務財産検査役に認められると考えたからである。第三に論じたのは、「経営判断原則により取締役の責任が否定される可能性が高い場合にも業務財産検査役の選任請求は可能か」という点である。筆者は、責任を判断する場面と検査役によって事実を調査する場面は別であるということを強調し、このような場合にも検査役の選任を一律に否定すべきではないという見解に立った。

これに対して、本稿で指摘のみにとどめて検討できなかった問題も複数存在する。主なものとして、第一に、「業務財産検査役の要件」に関する議論がある。上記の通り、昭和56年改正から平成11年改正の間（主に平成2年（1990）くらいから平成12年（2000）くらい）にこの議論が特になされている。本稿ですでに紹介した通り、要件の緩和（ただし形式要件については平成11年改正で一部実現している）、検査役選任の原則化（株主側に権利濫用がない限り選任）、業務財産検査役に代わる中立的調査機関を新たに設ける等の説が提示されていた。業務財産検査役の持つメリットを最大限社会に対して発揮するためには要件に関する議論が欠かせないが、いずれも本稿だけで論ずるには大きすぎるように感じた。母法であるイギリス法のその後のさらなる展開を中心に、検査役やそれに類似する制度との間でこれまで以上に詳細な比較を通した上で、業務財産検査役の濫用を適切に防止しつつ<sup>(418)</sup>その利点を発揮できるようにするには、どのような要件・制度にするのが良いのか、今後とも慎重に検討を続けたい。なお、これに付随して、検査役調査によって判明した事実の「追加調査」が必要な場合に、現行法上再度申請が必要となるという点も利用を妨げる原因になっていないかという点を途中何回か指摘した。これに対しては、先述の

(418) 西原寛一「株主権の濫用とその対策」浅井清信編『末川先生選暦記念 民事法の諸問題』255頁以下（有斐閣，1958）は、権利濫用防止のための要件を当時の諸外国の法制度との比較も通して整理・分類したものとして参考になる。同・275頁以下には、監督是正権の濫用防止策を4パターン（罰則も含めると5パターン）に分類し、それぞれの背後にある考え方を解説している。

なぜ日本の株式会社における業務財産検査役はあまり利用されなくなっているのか？（千手）

通り、必要があれば検査役独自の判断または裁判所の許可を得て、制限された範囲を超えて調査できるようにするべきとの見解<sup>(419)</sup>が示されている。この点も同様、日本法全体の仕組み（特に手続法）上可能かどうかの検討や、イギリスをはじめとした諸外国の法制度との間で検査役の機能に関するさらなる比較が必要であると解され、今後の検討課題としたい。

第二に、会計帳簿閲覧権と業務財産検査役の制度統一の是非という議論である。これも同じ時期（特に1990年代）に議論が活発化しており、併存させるべきとする立場と、検査役に統一すべきだとする立場が特にみられた。現在は会計帳簿閲覧権が主流となっているため、仮に業務財産検査役に統一するとする場合には検査役制度の利用促進策をかなり大胆に講じなければならないはずである。また、併存させるとしても、会計帳簿閲覧権と業務財産検査役それぞれの機能やどのような場面でどちらが使いやすいという点をもっと明確化し、使い分けができるようにしたほうがよいように思える。逆に、会計帳簿閲覧権の方に統一すべきだとする立場も想定しうが、その場合は情報漏洩防止策をさらに強固にしなければならないであろうし、裁判所の関与、株主総会での調査結果の報告等（359条）など検査役に特有の性質を消滅させてよいのかどうか、特に慎重に議論が必要であろう。アメリカ型の会計帳簿閲覧権、イギリス型の業務財産検査役の両方をもった日本法に特有の議論ではあるが、これも諸外国それぞれの法環境などを考慮に入れ、日本法にとって何が最適かという観点から慎重な議論が必要であり、同様に引き続き検討課題としたい。

業務財産検査役に関する論争は現代でほとんどなされなくなってしまった。その原因は、その後の会社法制定・改正やそれに付随するより重要な議論のためにリソースが割かれた結果に過ぎず、決してこれら論争の重要性が薄れたわけではないと筆者は考えている。もっとも、いずれも他の監督は正権など株主の諸権利と個別的対比、また、諸外国の法制度との詳細な比較検討を通してさらなる知見を得た上で慎重に議論すべき問題であると考え、筆者も引き続き研究・執筆を続ける。その他、非訟事件手続法の方に重点を置いた検討を今回はできなかったが、本制度が利用されなくなった原因や、本制度のメリットをさらに発揮する考え方がさらに手続の側面にないかという観点も含め、別に検討の機会を設けたいと考えている。

業務財産検査役は「柔軟さ」「不明確さ」ゆえに他の法制度の影響を常に受け続け、その過程でこの制度そのものの形は変わらなくとも、だんだんと使われなくなってゆく運命を辿ったと考えられる。もっとも、再度この仕組みを拾い上げて検討してみると、その性質

(419) 吉村・前掲注(257)『蓮井選暦』275頁。

ゆえに「何とでも結びつきうる」という特徴も持つという点が大きなメリットにも思えてくるのである。例えば、「専門家」と結びつくことでその調査力の利用と強固な情報漏洩防止を実現し<sup>(420)</sup>、「裁判所」と結びつくことで調査に関する人選の合理性や濫用防止に対する信頼性を帯び、「株主総会（例えば、359条）」と結びつくことで株主が情報を共有して一体として取締役に関与する機会を与えるなどの点はいずれも、業務財産検査役特有のメリットである。このような業務財産検査役のメリットに再び目が向けられ、その利用と議論が活発化することを願い、本稿を終えたいと思う。

#### 謝 辞

本研究は JSPS 科研費 JP22K01243 の助成を受けたものです。

#### 参 考 文 献

すべて脚注に示した。

---

<sup>(420)</sup> 主に弁護士を念頭に置いて記載したが、公認会計士が併せて選任される場合は、会社の計算書類・会計帳簿等に対して、株主・弁護士にはできない詳細な検査が加えて可能になる。