

(判例評釈)

株式会社の株主が改正前商法294条 2 項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の 3 以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の 3 未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

(最一決平成18年 9 月28日、金融商事判例1262号42頁)

高 木 康 衣

1. 事案の概要

本件は、昭和34年 2 月27日に設立され、旅行業及び広告出版業を営むY社¹（発行済み株式総数24万株）の総株主の議決権の100分の 3 以上を有する株主であるX1・X2が、平成17年 7 月29日、Yの業務執行に関し不正経理という不正行為または法令もしくは定款に違反する重要な事実があることを疑うべき事由があるとして、商法294条 1 項に基づき、Yの業務及び財産の状況を調査させるため裁判所に検査役の選任を請求したところ、平成17年 8 月16日、新株引受権付社債を有する者の一部が18000株について新株引受権を行使した結果、Yの発行済株式総数は25万8000株となり、X1・X2両名が総株主の議決権の100分の 3 を欠く株主となり、YからX1らは申請人としての適格性を欠くとして争われた事件である。

原々審（東京地決平成17年 9 月28日、金融商事判例1262号42頁）は、「商法

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

294条1項は「総株主の議決権の100分の3以上を有する株主」に対し、同項に基づく業務及び財産の調査をさせるための検査役（以下単に「検査役」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、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いたった場合を請求者の意思に基づいて株式要件を欠くにいたった場合と区別して解する理由も見出せない。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、検査役の選任の請求権を失う」として、X1らの申請を却下した。

X1らが控訴したところ、原審（東京高決平成18年2月2日、金融商事判例1262号46頁）は、「商法294条1項は、総株主の議決権の100分の3以上を有する株主は、同項所定の事由があるときは、会社の業務及び財産の状況を調査させるため、裁判所に検査役の選任を請求することができる旨規定しているが、上記認定事実によれば抗告人らが本件申請時に相手方の総株主の議決権の100分の3以上を有する株主であったことは明らかであるから、抗告人らは、同項所定の事実がある限り、裁判所に対し、検査役の選任を請求することができる」と判示して原々決定を取り消し、検査役選任の要否につ

き更に審理を尽くすべきとして本件を原々審に差し戻す旨を決定した。

Yが抗告したところ、最高裁は、「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。」として原決定を破棄し、上記特段の事情の有無等について、更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととした。

2. 研究

(1) 商法294条1項（会社法358条1項）の制度趣旨

平成17年改正前商法294条1項は、「会社の業務の執行に関し不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実あることを疑うべき事由あるときは、総株主の議決権の100分の3以上を有する株主は、会社の業務・財産の状況を調査せしむるため、裁判所に検査役の選任を請求することを得」と規定する（以下これを「検査役選任請求権」と呼ぶ）。同規定は株主の直接的監督は正権のうちの「経理検査権」として位置付けられ²、昭和25年の商法改正時において株主権強化の一環として修正³が施され、その後平成5年⁴及び13年⁵にも部分的改正がなされている。

昭和25年の商法改正によってアメリカ法の制度に倣って導入された株主代表訴訟制度（改正前商法267条、会社法847条）や、取締役の行為についての差止請求権（改正前商法272条、会社法370条）、取締役の解任請求権（改正前商法257条3項、会社法854条）等のいわゆる「監督是正権」の実効性を高めるための情報収集権として位置付けられるこの権利は、少数株主権に基づく共益権

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否であって、株主が単に自己の個人的利益のために、これを行行使することは許されない⁶。

ところで、本件で問題となるこの検査役選任請求権同様、監督是正権の実効性を担保する情報収集権として機能するものとして、他に帳簿閲覧請求権（改正前商法293条の6第1項、会社法433条1項）が挙げられる。この権利は、企業経営に関する情報、とりわけ会社の経理についての情報を十分に入手していなければ、代表訴訟などを通じて株主が監督是正権を行行使しようと思っても実際上不可能である⁷ということから、株主の監督是正権行使の実効性を確保するために⁸アメリカ法に倣って導入されたものだといわれている⁹。

帳簿閲覧請求権に基づく調査の対象が会社の会計帳簿・書類に限定されるのに対し、検査役選任請求権を行行使した場合には、より広く会社の業務及び財産状況の調査が可能となる¹⁰。検査役選任請求は持株要件に加えて、会社の業務の執行に関し、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実のあることを疑うべき事由があることを要件とするから、理論上、業務執行の違法が会社財産に直接の影響を及ぼしていない場合も含まれ、その意味で検査役選任請求権は狭義の経理検査権の範疇にとどまるものではなく¹¹、帳簿閲覧請求権の対象に比べてその対象が広くなるのである。

そしてそれだけ強力な効果を持つがゆえに、調査を担当する検査役の選任は裁判所が行わなければならない。これは商法制定当時から存在していた制度であって、類似の制度はフランス法にもみられる¹²。検査役の性質は監査役に近いものの、その権限が計算の正否及び一定手続きまたは業務執行の適法性調査に限定される点で監査役よりやや狭く、かつ臨時的な機関であるという点において、監査役と異なる¹³。裁判所の選任する部外者¹⁴が臨時に選任されることになるため、その手になる調査の独立性や公正性が担保されるという意味でコーポレート・ガバナンスに資する制度であると言えるが、その反面、会社側にしてみれば部外者に会社の内部情報を知られることになること、取締役らの責任追及の訴え（会社法847条）の場合と異なり「法令定款違反の事実」がな

くともその「疑い」があれば検査役選任請求は可能であるため濫用の危険が高いという理由により、極めて批判の多い制度である。

改正前商法294条は、会社法358条に継承されており、その基本的な内容に変更はないものの、改正前商法294条1項における持株要件であった議決権の100分の3という基準については、「これを下回る場合を定款で定め」ることが許容されている。帳簿閲覧謄写請求権に関する規定である433条1項にも同様の文言が含まれている他、こうした定款自治による持株要件の緩和は随所にみられる¹⁵。大規模会社で持株要件の緩和が実施されることは想定し難いが、このことは会社法が株主による経営監督の活性化を（仮に形式上のものであるにせよ）目指したものだと思えることができよう。そうだとすれば、その他の規定においても濫用の危険と経営に関する過度な負担というリスクを排除した上で、株主による経営監督権は強化されなければならない。

(2) 保有要件の充足時期

本件で最も問題となるのは、検査役選任請求権を行使するための株主の持株要件「総株主の議決権の100分の3以上」の充足は、どの時点で判断されるのかという点である。検査役選任請求の申請時点まででよいのか、或いは選任の決定がなされる時点まで保持し続けることが必要なのであろうか。

この点、従来判例は、大正10年5月20日大審院判決以降、検査役選任請求申請時から選任についての裁判確定時まで満たしていることを要件としながら、その理由を明らかにしはしておらず¹⁶、学説もやはり裁判確定時まで満たすことを必要としているものの¹⁷、同様に理由は明らかではない。

なお、学説においては、帳簿閲覧請求権についての議論ではあるが、持株要件は実際に閲覧謄写する時点で満たされていなければならない¹⁸、訴え提起後に持株要件を欠くに至った場合には原告適格を失い、訴えは却下される¹⁹とするものが見うけられる。さらに、持株比率の低下について、その理由が会社の新株発行によるものである場合には、低下の原因は会社にあるので、請求時に持株比率の要件を満たしていれば、原告適格は失われまいとするものがみられ

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

²⁰、判例も、下級審ではあるが高松地裁昭和60年5月31日判決は、「閲覧請求後の増資手続きにより請求者が従前の株式を保有するにもかかわらず、その持株比率が下がって右法定要件を欠くに至った場合には、請求時に法定要件だけを具備していることで、閲覧請求が認められると解すべきである。けだし、かく解さないで、会社が増資手続き利用して閲覧請求権の行使を妨害しうることになるからである。」と判示している。

しかし、この点については、資金調達必要性から適法になされた新株発行の場合にも、少数株主権たる帳簿閲覧請求権の行使を認めることには疑問が残るという見解も主張されている。そして、この立場からは、いずれにせよ持株比率が裁判確定前に低下し、法定要件を欠くこととなった場合には原告適格が認められず、ただ例外的に会社が当該帳簿閲覧請求権の行使を妨害する意図で新株発行を行った場合にのみ、信義則違反ないし権利濫用によって原告適格喪失の抗弁は封じられるということになる²¹。同様の結論が、閲覧請求権者以外の新株予約権者による予約権行使が適法になされた場合にも導かれることになるであろう。

また、検査役選任請求権や帳簿閲覧請求権によって担保される株主の直接的な監督は正権の一つである取締役解任請求権（改正前商法257条、会社法854条1項）についてみれば、訴訟提起中に持株比率が低下し要件を欠くこととなった場合（同権利行使の法定持株要件も検査役選任請求権等の場合と同じである）、それが株主本人による株式譲渡や資金調達の目的でなされた適法な新株発行等であれば当然に原告適格は喪失し、ただ新株発行が株主の持株比率を低下させ、権利行使を妨げる目的でなされた場合に限り、原告適格は喪失しないと解するという見解もみられる²²一方、一律に訴訟提起後の新株発行による影響は受けないとする見解もある²³。

前者の見解に立つ根拠を、取締役解任の訴えは会社運営に対する影響が大きく濫用の危険が高いという点に求めるとすれば、「検査役」という裁判所のコントロールの下に置かれている第三者を介入させることで濫用の危険がすでに

排除されている検査役選任請求権の場合には、こうした形で原告適格の喪失を原則として認める考え方は妥当ではないという結論に至りそうである²⁴。しかし検査役選任請求は濫用的に利用されるおそれが強いのであり²⁵、裁判所の介入する検査役選任請求であるという点を捉えて濫用の危険が排除されていると判断するのは疑問であるという批判も成り立つ。ただこれについては、たとえ実務上株主が検査役選任請求を濫用的に行使して検査役選任請求がなされるにせよ、裁判所によって公正な調査を実行すべき者として選任される検査役が実際にやる調査までもが恣意的で利己的なものというわけではないのであって、徒に検査役の調査を排除しなければならないということにはならない²⁶であり、仮に濫用的な株主が検査役の選任を請求してきたのだとしても、真実会社（経営者）側に不正の行為も法令・定款違反もないのであれば、これを受け入れてもなら問題は無いはずであるという反論も可能である。また、検査役選任の要件であるところの「会社の業務執行に関する不正の行為」とは、会社財産の私消等の故意の会社への加害行為をいう²⁷とされ、会社財産への影響がないものについての選任請求は認められていない²⁸こと、さらに株主側による「(法令・定款違反の重大な事実を)疑うに足る事由」の証明についても裁判所の要求は極めて厳格であって²⁹、検査役選任申請が認められた事例は決して多くない³⁰ことを考慮すれば、その上持株要件について検査役選任申請時点では充足していたものの、その後に株主の意図によらず（すなわち自ら保有株式を譲渡した場合などではなく）会社側の事情によって要件を欠くに至った場合にも、もはや原告適格を有さないと形式的に解釈する必要までであることに疑問を抱かざるを得ない。検査役による調査という最終的な効果の強さを考慮するあまり、結果として株主による選任申請を過剰に排除するのでは、検査役制度はもはや意味を有さないということになる。会社法が同制度を残したのは、検査役制度に対し、適正な経営監督を担保する手段として重要な役割を担うことを期待しているからではないのだろうか。制度そのものに濫用のおそれが高いことを理由として、現実にはほとんど利用不可能なものとして運用される

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

制度を維持し続ける意味が一体どこにあるのであろう。曲りなりにも現行制度を維持する意味があるのだとすれば、同制度が有効に運用される道を模索すべきであって、単なるお飾りの条文だけが存在するというような結論をもたらす解釈は、決して望ましくない³¹。

一方で、取締役の解任請求権については訴訟提起後の持株比率低下はいかなる場合であっても原告適格の喪失を生じさせないとする見解に立つと、解任請求権は会社経営に極めて直接的に左右する強力な監督是正権として特に株主の権利行使可能性を高める必要があるために新株発行の影響による持株比率低下を除外して考える必要があるが、それ以外の株主の権利行使（すなわち本件のような検査役選任申請権や帳簿閲覧請求権）の場合には、訴訟提起後の持株要件比率の低下によって原則として原告適格が失われるとすることに問題はない、ということになる。そうだとすれば、本件の場合においては、原告適格が失われているかどうかは、次に検討する「特段の事情」の有無についての判断にかかることになるであろう。

なお、今日最も頻繁に利用される株主の監督是正権であるところの代表訴訟提起権（改正前商法267条、会社法847条）は、単独株主権であるので持株要件の低下は問題とならないが、代表訴訟提起後に会社が株式交換または株式移転或いは合併などの企業再編行為を行った結果、当該会社の株主ではなくなってしまうという場合には、原告適格が問題となりうる。日本興業銀行の株主が取締役等に対する責任を追及する株主代表訴訟を提訴していたところ、同銀行が株式移転の方法によって完全親会社を設立した結果、原告株主が興銀ではなくその親会社の株主となった事件において、東京地裁は、原告株主は原告適格を喪失したと判示した（平成13年3月29日東京高裁判決、金融商事判例1161号54頁（2001））。これについては事実上株主代表訴訟を骨抜きにする制度であるとして学会から極めて強い反発があったが³²、その後、この判決と同旨の判決が続いた³³。この点につき江頭憲治郎教授は、会社法の立法担当者等との座談会において、「株式交換・株式移転のような手続きで一株も有しなくなった

場合は、完全子会社の取締役に対しすでに提起された株主代表訴訟の原告適格はなくなるのではないか³⁴と述べられており、その後の会社法制定においてはこうした学会からの意見を反映して、会社法851条において、代表訴訟提起後の株式交換等によって株主でなくなったものについても訴訟の追行を可能とする修正を施している³⁵。このことも、その理念において会社法が、適正なコーポレート・ガバナンスを確保するためには、株主からの適度な監督が絶対不可欠であることを認めていることの表れであると言えるであろう。

(3) 例外とされる「特段の事情」についての問題

少数株主による検査役選任申請の可否についての本判決は、新株発行により株主の持株比率低下が生じた場合であって、かつ会社の新株発行に「特段の事情」が認められる場合にのみ原告適格は喪失しないと結論付けている。

この「特段の事情」とは何かという問題につき、最高裁は具体的な判断を行わず、その判断を尽くさせるために原審に差し戻すとした。

原審決定では、株主が主体的に「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」として、本件における株主の持株要件低下は、会社による新株発行によってなされたものであるから、申請当時に持株要件をクリアしていれば足りるとしたので、特段の事情の有無等の判断はなされていなかった。本判決を受けて、東京高裁は改めてこの特段の事情の有無を判断することになるのであるが、果たしてその判断はどのようになされるべきであろうか。

そこで原々審判決を見ると、東京地裁は、「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場合には、その請求権を失う…請求者の意思と関わりなく株式保有要件を欠くにいた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いたった場合と区別して解する理由も見出せない」とした上で、最高裁の言うところの「(会社の恣意的な新株発行であるということが認められる) 特段の事情」の有無については、本件において原告が持株要件を欠

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

くにいたった理由が「予め新株引受権付社債を有していた者が自らその新株引受権を行使した結果にすぎない」のであって、会社側に妨害の意図があるとする特段の事情があるとはいえないと結論付けている。東京地裁は会社による新株発行が、「新株引受権者の権利行使」によるものであるということをごく形式的に捉え、もって会社による原告株主の権利行使への妨害の意図なしとの判断を下しているのであるが、この見解は妥当であろうか。

このことを考えるにあたり、まず原告株主の持株要件が低下して持株要件が充足しなくなる場合としては、①会社が199条以下の募集株式の発行を行った場合、②本件のように238条以下の新株予約権の行使がなされた場合、③株式交換・移転、合併の場合などが考えられる。

そこで①②を全く同様に考えてよいのか、という点について、なお疑問の余地がないわけではないが、現に支配権をめぐり争いが生じている場面において、株主による新株予約権の発行差止請求権の行使が認められるかどうか争われたライブドア対ニッポン放送事件において、東京高裁が、「会社の経営支配権に現に争いが生じている場面において、株式の敵対的買収によって経営支配権を争う特定の株主の持株比率を低下させ、現経営者又はこれを支持し事実上の影響力を及ぼしている特定の株主の経営支配権を維持・確保することを主要な目的として新株予約権の発行がされた場合には、原則として、商法280条ノ39第4項が準用する280条ノ10にいう『著シク不公正ナル方法』による新株予約権の発行に該当するものと解するのが相当である」と判示して³⁶、株主による新株予約権発行差止請求を認めている。これは現に支配権をめぐる争いがある場合における新株予約権発行と募集株式発行の差止請求の許容とを、まったく同じではないにせよパラレルに考えてよいと解することができるのであり、そうだとすれば本判決の射程距離は①の場合にまで及ぶということになりそうである。

とすれば、経営陣としては株主からの訴訟リスクに対する予防手段として、事前に大量の新株予約権を従業員等の自派に属する人間に交付しておき、訴訟

提起がなされた場合にそれを行行使することとすれば、全ての訴訟リスクを排除することができるということにもなるし、募集株式の発行によっても同じ効果を期待することも可能である。

では③のように株式交換等の企業再編行為による原告適格喪失の場合はどうなるのであろうか。会社法847条による株主代表訴訟については、851条において③の場合に株主資格を喪失しても訴訟追行は可能である旨定められている。この規定は847条による代表訴訟に関する限定的な規定であると解釈すれば、その他の会社に関する訴えについて、この規定の準用は考えられず、従って③の場合にも①②同様に、それによって原告適格の要件を欠くことになり、例外的に訴訟の追行を認めるべき「特段の事情がある」かどうかを判断することになるのであろうか。もっとも、①②の場合に比べれば、株主による訴訟を退ける目的で③がなされるということは考えにくい³⁷。いずれの場合もそれは組織法上の行為であって、実施には原則として株主総会決議による承認が必要となる（吸収合併消滅会社につき783条1項、株式交換完全子会社について791条1項、新設合併消滅会社及び株式移転完全子会社につき804条1項、なおその決議は原則として309条2項の特別決議である。）からであり、従ってこれについて考慮することの実質的な意味はそれほど大きくはないようにも思われるので一先ずおくこととする。

次に、原々審のような形式的な判断が②の場合に許容されるとすれば、公開会社であれば取締役会決議で発行可能な新株予約権を用いて、株主の知らぬ間に新株発行をなし、恣意的に申請者の保有要件を欠かせることが可能となるという問題についても考慮しなければならぬ。この場合、株主側はなんらの対抗策も講じ得ないのであって、検査役選任申請権は絵に描いた餅と化すであろう。このことにつき、原告株主らはその抗告理由において「(原々審のように解した場合は) 法定の株式保有要件を満たしているだけでは、少数株主権の行使がいつ不適法となるか分からず、少数株主権を行使できるか否かは、会社の業績、申請後決定がなされるまでの期間等の多分に偶然的な事情に左右される

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

結果、法的安定性や予測可能性を著しく欠き、権利としての実態を損なうことになってしまうが、かかる結果が不当であることはいうまでもない。」と主張している³⁸が、この主張は極めて正当なものと考える。

さらに抗告理由には、本件株式発行が「妨害の意図」でなされたものかの判断が必要とされる以上は、「(ア)本件新株引受権が付与された経緯・目的、(イ)本件新株引受権が行使された時期・行使態様及び行使後の事情等、(ウ)本件新株引受権を行使した者と被申請人との関係、(エ)本件新株引受権行使による影響等の諸事情を仔細に検討するのはもちろんのこと、さらには(オ)株主の権利行使を妨害する意図を認めるに足りる事情が存したのか否か」を検討する必要がある旨の主張がある。この点(ア)・(オ)については会社(取締役)側の主観であって、直接の立証は困難であろう。しかし(イ)・(ウ)・(エ)については単なる客観的な事実である。特に(ウ)について、原告株主の抗告理由によれば、本件において新株引受権を行使した者は、原告株主が検査役選任申請によって追及しようとした不正経理疑惑の中心人物であって、被申請人の代表取締役でもある人物らである。なるほど確かに株式会社が役員に対して経営へのインセンティブを高める目的で、ストックオプションとして新株引受権付社債を付与することは多い³⁹が、今回の事例で新株引受権を交付されたのは、原告株主の検査役選任申請が認められることとの間で利害対立が生じる取締役等である。このような者を対象とする新株引受権付社債の付与を、「単に新株引受権保有者がそれを行使しただけ」と判断するのであれば、もはや客観的に見て「妨害の意図」をもって新株引受権を原告株主以外の第三者に交付したものと認められる事例など皆無となるであろう。

株主による検査役選任請求権の行使要件を満たす「不正の行為があることの疑い」が認められ、検査役の調査を元に収集される情報から、当該取締役に對して責任追及の訴えがなされるなどの恐れがある場合、すなわち株主の検査役選任請求権行使との間で利害対立を生じる取締役に新株引受権の交付がなされている場合には、当該新株引受権の交付・行使は「株主の権利行使に対する妨

害の意図がある場合」に該当すると考えるべきである。

本件では、会社(取締役)と株主との間に支配権をめぐる争いがあるのではなく、株主が検査役選任請求をなすことによって取締役等の不正経理疑惑につき調査がなされる、ということについて、被請求者たる会社(取締役)と請求者たる株主との間に利害対立がある場合である。従って新株発行の差止めを認めるか否かを判断するための主要目的ルールを本件で用いることはできそうにない。しかし、両当事者に支配権をめぐる争いがある場合には、新株発行による副次的な効果としての一方当事者の支配比率低下を防止する必要があるという主要目的ルールの根本的な考え方は、本件のような事例においても通用するのではあるまいか。すなわち、ある事柄をめぐる対立関係に立つ当事者間において、一方当事者が他方当事者の権利行使を妨害する意図で新株予約権行使をした場合には、当該新株予約権の発行(正確にはその後の行使)によって他方当事者に副次的に生じる「権利行使不能」という効果は防止される必要がある、と考えるのである。

すると他方、一方当事者間の権利行使によって両当事者間に利害対立が生じないという場合には、新株予約権の交付が「取締役にインセンティブを与えるため」になされたものであり「かつその行使が交付目的にかなうものである」ならば、当該新株予約権発行によって副次的に生じる株主の権利行使不能やむをえないということになる。しかし検査役選任請求権は、その背後に取締役による重大な不正行為の存在の疑いを有しているのであるから、ここで両当事者間に利害対立がない場合というものは考えられないであろう。

このように解すると、(イ)～(エ)の事実を原告側で主張立証すれば、本件新株引受権付社債の発行が「妨害の意図」をもってなされたものであるとされ、その結果として例えば訴訟係属中に原告株主が原告適格を喪失するにしても、訴訟提起時にその要件を満たしていれば、訴訟を継続することができる「特段の事情があるもの」と結論付けることが可能である。

なお、最高裁は原決定を破棄し、差し戻しを命じているが「特段の事情の有

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

無」について審理を尽くさせる必要があるとしている。このことが、原々審では「特段の事情の有無」が十分になされていないという意味であり、その判断が十分になされれば原々審と異なる結論（すなわち例外的に検査役選任請求を認める）が出る可能性を認めるものであるとすれば、判旨に賛成である。

注

- (1) 1959年に訪日外国人向け都内観光事業を営む株式会社として設立された。現在はインターネットでのホテル予約事業なども営んでおり、資本金は1億6000万円、従業員60名の非上場会社である。
- (2) 鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』282頁（1950）
- (3) 昭和25年改正前には検査役選任申請のためには「三か月前より引き続き持株要件を維持すること」が要求されていたが、この改正により保有期間要件は削除された。
- (4) 平成5年の改正では、持株要件が100分の3にまで引き下げられた。株主の監督は正権を強化する一環として、後述する帳簿閲覧請求権と共に持株要件の緩和が行われたものである。
- (5) 平成13年改正では、持株要件が「発行済み株式総数」から「議決権総数」へ変更された。
- (6) 東京高裁昭和24年10月31日判決（高等裁判所判例集第2巻2号245頁）
- (7) 近藤光男「株主の会計帳簿閲覧・謄写権」商事法務1207号8頁（1990）
- (8) 新山雄三「商事判例の動向」法律のひろば45巻4号76頁（1992）
- (9) この制度はアメリカ法（コモン・ロー及び各州制定法）において認められている株主の帳簿閲覧権（right of inspection of books and records）を倣って導入されたものであるが、アメリカにおけるそれは単独株主権である（デラウェア州など）のに対し（ただし州制定法によって少数株主権とする州もある（松山三和子「帳簿閲覧請求権」崎田直次編『株主の権利－法的地位の総合分析』374頁（中央経済社、初版、1991））、我が国のそれは少数株主権として認められている（小橋一郎「帳簿閲覧請求権」田中耕太郎編『株式会社法講座4巻』（有斐閣、初版、1957））。
- (10) そしてそれだけ強力な権利であるから、濫用防止のために株主に直接の調査権限を与えられているのではなく、裁判所によって選任される検査役による調査という形式を採用するのだと説明される。（松井英樹「株主の直接的監督は正権」戸田修三先生古稀記念『戦後株式会社法改正の動向』132頁（青林書院、初版、1993）
- (11) 西山芳喜「帳簿閲覧請求の要件」会社判例百選第6版156頁（1998）
- (12) 中曾根玲子「フランス会社法における業務鑑定制度の機能－少数株主権の新たな展開－」早稲田法学会誌34巻61頁以下（1984）
- (13) 田中誠二『新版会社法（九全訂版）』256頁（千倉書房、1991）
- (14) 監査役の選任資格同様に、その会社若しくは子会社の取締役・支配人その他の使用人

- またはまたは子会社の会計参与若しくは執行役は検査役になることはできないと解される。(改正前商法についての解説として田中・前掲258頁)
- (15) 例えば306条の総会検査役選任権についても同様である。また、少数株主権ではないが単独株主権である代表訴訟提起権(847条)はその行使に6か月の保有要件を付しており、これについても定款で緩和することを認めている。
- (16) 根本伸一「検査役選任申請後の新株発行により株主が法定の議決権割合を欠くに至った場合における申請の適否」裁判所時報1421号13頁(2007)
- (17) 田中・前掲257頁、根本・前掲14頁
- (18) 和座一清「帳簿閲覧請求権」上柳克郎・鴻常夫『新版注釈会社法(9)』210頁(有斐閣)
- (19) 新谷勝『会社仮処分』134頁、福田・藁谷前掲656頁
- (20) 渡邊千恵子ほか「計算書類・株主名簿・会計帳簿閲覧謄写請求訴訟」判例タイムズ1173号54頁(2005)、黒沼悦郎「新株発行による持株比率の低下と検査役選任の申請適格」金融商事判例1268号15頁(2007)
- (21) 福田千恵子・藁谷恵美「会計帳簿等の閲覧謄写請求権」東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅱ』(判例タイムズ社、初版、2006)
- (22) 福田千恵子・神戸由里子「取締役の解任をめぐる訴訟」東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅰ』(判例タイムズ社、初版、2006)
- (23) 酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』75頁(成文堂、初版、1967)
- (24) 黒沼悦郎・本件判研金融商事判例1268号15頁(2007)はこうした見解に立つものと思われる。
- (25) 東京高裁平成10年8月31日判決(金融商事判例1059号44頁)は、あわせて「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」とする。
- (26) もしも検査役による調査が会社を害するものとなるのだとすれば、検査役制度そのものの、また検査役に選任されるであろう公認会計士・弁護士らの専門家としての信頼そのものを否定しなければならないことになる。確かに検査役による調査は、受ける側の会社にしてみれば時間をとられることをはじめ、極めて望ましくないものであることは言うまでもなく、それゆえ会社法は、会社設立時の検査役の調査についてもこれを不要とする場合(会社法33条)を拡充的に定めているのである。だが現実には検査役の調査という制度を会社法は未だ残しているものであって、「この制度が存在する限りにおいて」、検査役調査を受け入れることによる会社側の困難を理由として、同制度の利用を制限的に解釈するという理由づけには賛成しがたい。
- (27) 江頭・前掲520頁
- (28) 仙台高判昭和54年1月12日判決(判例タイムズ387号139頁)
- (29) たとえば、支配権争奪中の新株発行の公正性についての争いで有名な秀和対いなげや事件において、いなげやの株主であった秀和は、いなげやの取締役等の子会社への貸付や増資資金の払込に関して法令に違反する重大な事実を疑うべき事由があるとして検査役の選任申請をしたが、前掲東京高裁平成10年8月31日判決は、「検査役による調査制度

株式会社の株主が改正前商法294条2項に基づき検査役選任の申請をした時点で総株主の議決権の100分の3以上を有していたが、新株発行により総株主の議決権の100分の3未満しか有さないものとなった場合における上記申請の適否

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、会社また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」と述べ、さらに株主の主張する法令違反についての「重大な事実を疑うべき客観的事由」を要求している（金融商事判例1059号39頁以下）。この東京高裁の判決のいうように検査役選任申請に際して「法令定款違反を疑うべき重大な事実」の有無について、株主側が主張立証しなければならないのだとすれば、検査役の選任申請が認められる事例は極めて限定的になる。

- (30) 岡山地判昭和49年9月7日（判例時報765号100頁）、大阪高判昭和51年4月27日（金融商事判例511号9頁）、大阪高判昭和55年6月9日（金融商事判例614号18頁）など。
- (31) 藤原俊雄「少数株主の会社に対する業務調査のための検査役選任申請が抗告審においても却下された事例—秀和のいなげやに対する検査役選任申請抗告事件—」（金判1080号55頁以下）は、立法論として現行検査役制度に代わる新たな「中立の専門家」による調査を提案している。
- (32) 周剣龍「判批」金融商事判例1127号61頁（2002）、関俊彦「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリスト1233号107頁（2002）
- (33) 株式移転による原告適格喪失の事例として名古屋地裁平成14年8月8日判決（判例時報1800号150頁）、なお株式交換の事例として東京高裁平成15年7月24日判決（判例時報1858号154頁）
- (34) 江頭憲治郎・武井一浩・川西隆行・原田晃二「特別座談会 株式交換・株式移転—制度の活用について」ジュリスト1168号115頁（1999）
- (35) 株主代表訴訟制度研究会「株式交換・株式移転と株主代表訴訟（1）」商事法務1680号4頁（2003）
- (36) 金融商事判例1214号6頁（2005）
- (37) 前掲・江頭他座談会115頁原田発言
- (38) 金融商事判例1262号49頁（2007）
- (39) ストックオプション制度は平成9年に議員立法の形で導入された。将来において予め定められた価額で会社より株式を自己に譲渡すべき旨を請求する権利が与えられる制度であって、会社の業績向上による株価上昇がストック・オプションを与えられた取締役等の経済的利益に直接結び付くことから、取締役等の意欲や士気を高揚する効果が期待され、上場企業の多くがこの制度を導入している。資本金100億円以上の大会社にも導入される事例はあるが、特にジャスダックに上場しているベンチャー企業での採用が多く見られる。