

## 中立的社外者による会社情報の収集と利害調整

上田, 純子  
九州大学大学院法学研究院 : 教授

<https://doi.org/10.15017/25960>

---

出版情報 : 法政研究. 79 (3), pp.85-131, 2012-12-27. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 中立的社外者による会社情報の収集と利害調整

上田 純子

はじめに

一 英国

1 沿革

2 一九八五年会社法

3 二〇〇六年会社法

4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

二 ドイツ

1 株式会社一四二条の特別検査

2 年次決算に関する特別検査

3 支配会社・グループ会社への調査権の拡張

4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

三 フランス

1 受託鑑定制度

2 民事訴訟法典一四五条との関係

3 子会社の調査

4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

結びに代えて

## はじめに

業務執行権限の株主からの移転ないし分配を特徴とする公開株式会社において、社外者の視点を入れることによって会社または株主のモニタリング・コストを削減するという制度設計は、よく知られている。<sup>①</sup>そこには、社外者の視点は、独立・中立であるという前提がある。社外取締役の義務化はまさにわが国の会社法の立法においても、旬の論点である。<sup>②</sup>会社に関する情報の利害関係人に対する提供の局面でも当然このような考慮はありうるであろう。

第一に、前述の社外取締役制度におけると同様に、機関のモニタリング機能に中立性を取り込む考慮がある。たとえば、経営者による不正・違法行為等の隠蔽等の行為の抑止のため、会計情報に会計参与の関与ないし監査役および会計監査人の監査を要求する制度設計にはかかるコストの削減効果を認めることができる（会社法三二七条二項・三項・五項、三二八条、三七四条以下、等）。もともと、独立・中立性の確保のため会社法上さまざまな考慮がなされているものの（会計参与・監査役・会計監査人の株主総会選任手続、兼任禁止、会計参与・会計監査人への国家資格の要求、会計参与・監査役・会計監査人の選任・解任・（不再任）・辞任・報酬に関する意見陳述権、監査役の人事同意権・提案権、等）、会計参与・監査役・会計監査人の原則的な人事提案権は依然として経営者にあり、また、わが国の職業的会計

監査は必ずしも不正・誤謬の発見を目的とするものともいえず、この制度枠組みによるモニタリング・コストの削減には限界がある。

第二に、経営者と利害関係人との間の情報の対称性を保障する考慮がある。株主自らに情報収集の権利を付与する設計（情報の種類・性質は多岐に亘る。後述する会社法三一四条（役員等の株主総会における説明義務）のように株主総会の議決権を有する者に議案等に関する直接の情報収集を認めるもの、会社法三一条（定款）、一二五条（株主名簿）、および会社法三一八条（株主総会議事録）のように株主と債権者、および所定の要件を満たす親会社社員に閲覧謄写請求権を付与するもの、四三三条（会計帳簿）のように所定の要件を満たす株主および親会社社員にのみ同権利を付与するもの、三七一条（取締役会議事録）のように監査役設置会社・委員会設置会社における株主の請求にも裁判所の許可を要し、債権者・親会社社員の請求にはさらに権利行使要件を課すもの等<sup>③</sup>）では、株主自らがモニタリング・コスト（かかる閲覧謄写に要する費用・労力のすべてを含む）を負担する。開示される情報の性質（漏洩の危険の性質・高さ等）に応じて権利行使要件にヴァリエーション<sup>①</sup>があり、裁量的開示請求をなしうる会社の利害関係人の範囲もまた、情報内容・性質に応じて、株主のみならず会社債権者や親会社社員に及ぶ場合がある<sup>⑤</sup>。他方、このような利害関係人自らによるアクセスに代え、会社法は第三者機関が選任する社外者に調査を遂行させる仕組みをも有している。ここでは、人事権そのものが外部化されるため、情報の質的担保に意を注ぐ第一の設計より実効的にコスト削減が図られるようにみえる。このような例として、株主のイニシアティブにより、裁判所が後見的に関与する検査役の調査制度がある（会社法三五八条等）。もともと、株主の自発的権利行使を待たなければならぬ制度枠組みでは、株主はやはりそのコスト負担を強いられる。情報収集前にせよ後にせよ、裁判所の関与は、外部の独立中立者による窮極の利害調整といえるが、手続に要する費用・労力が自らのアクセスによる場合に比べより低廉でなければ、利害関係人にとつての第一次的選択となりえず、単に使われない制度となるだけである。その前提として、まずは、いずれの制度設計にあつても適

切な費用配分が検討されなければならないであろう（会社の負担に帰する枠組みは一見少数株主保護に資するが、当該負担はそれほど高額ではないとしてもひいては全株主に持株比例的に配分され、また、会社財産の目減りという意味では他の利害関係人も決して無関心ではいられないことに照らせば一考の余地がある）。

情報はいったん開示されてしまうと情報主体に有形・無形のさまざまな不利益・損害の連鎖をもたらし、事後的な損害の回復等では真の救済にならないことが多い。すなわち、開示が漏示にならないよう事前規整としての利害関係人への情報開示の許否の基準設定および情報漏示へのセーフガードの措置をいかなる形で行うべきかが真摯に議論されなければならない。本稿は、そのための枠組みを検討するものであるが、上記に第二の枠組みとして提示した利害関係人自らのアクセス権の保障と独立中立的な外部者を通じた間接的な情報収集権の二つを対峙するモデルとして捉えるものではない。他方で、両者は必ずしも相互補完関係に基礎づけられず両立しうるが、しかし両者の両立のなかに利害関係人の情報収集の効率性の最大化が図られるとの前提に立つものでもない。後者に立てば、わが国会社法上の現行制度の維持に帰結するが、むしろ、比較法を通じて、会社情報の収集をめぐる利害関係調整に果たす外部機関の独立中立的役割の意義に鑑み、その制度としてのありかたを改めて問うものである。検討にあたっては、少数株主の請求に基づいて株主とは別の利害対立がない者が情報収集にあたるという制度枠組みを伝統的に保持してきた英国、ドイツおよびフランスの法制度を、当該諸国における当該制度の利害関係人による情報収集の枠組み全体における位置づけにも配慮しつつ、取り上げる。以下、一ないし三においては、各国の法制度を取り上げ、わが国の法制度に対し示唆しうる点を検討することをもって本稿の結びに代えることとする。

なお、本稿では題目以下「情報収集」という語を用いている。これは法的には会社の利害関係人による会社（経営者）に対する直接・間接の情報開示請求権の行使であるが、事実上、その後に予定されている法的手続のための証拠収集・保全の一手段という側面が強い点に鑑みてのことである。

- (1) See eg. M.C. Jensen and W.H. Meckling, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure' (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305-360. 当該モニタリング・コストはエージェンシー関係に伴って生じうる。エージェンシー関係は、会社所有者と雇われ経営者との間、支配所有者と非支配所有者との間、会社自体（すなわち、会社所有者と契約の相手方などの株主以外の者）において生じうる（R. Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law* (2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2009), p.35)。
- (2) 法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」（二〇一二年九月七日）によれば、社外取締役の選任は義務づけられないものの、社外取締役を設置していない監査役会設置会社（公開会社であり、かつ大会社）のうち、金融商品取引法二四一条一項の規定によりその発行する株式について有価証券報告書を提出する株式会社については、「社外取締役を置くことが相当でない理由」を事業報告に記載することとされている。また、新たな機関設計モデルとして導入が検討されている監査・監督委員会設置会社では、社外取締役の選任が必至となる。
- (3) 会社の帳簿・書類等の閲覧謄写請求権は親会社社員にも保障されているが、裁判所の許可が必要とされ、そこで利害調整が図られる制度設計がなされている。なお、閲覧謄写費用について規定されているのは定款のみである。
- (4) 会社の帳簿・書類の閲覧謄写請求を請求に係る資格要件および権利行使要件の観点から類型化を試みるものとして、前田重行「株主の情報開示請求権の行使とその濫用規制について」竹内昭夫編『特別講義商法Ⅰ』有斐閣（一九九五年）七五頁、松嶋隆弘「株主名簿の閲覧」判タ一〇一二号（一九九九年）一八頁、参照。
- (5) 平成一七年商法改正前（以下、同改正前の法律を「旧商法」という）は、定款・株主名簿・新株予約権原簿・端株原簿・社債原簿・株券喪失登録簿を同一条文内に規定していたが（旧商法二六三条二項・三項）、会社法では独立規定として整理されている（会社法三一条、二二五条、二二二条、二五二条、六八四条等）。独立規定化は、もっぱら形式的な理由によるものと思われる。相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務二九五号（二〇〇六年）三二頁は、名簿屋による利用等の弊害（保護すべき利益は株主のプライバシー）に鑑み、拒絶事由を設けたとするのみである。なお、計算書類・附属明細書・監査報告書の備置・閲覧謄写につき、旧商法二八二条二項、参照。

## 一 英国

わが国の商法典の制定に当たり、明治政府の御雇外国人ロエスレル（レースラー・Rohrer）の力添えがあつたことはよく知られている。彼の手になるロエスレル商法草案の理由説明によれば、少数株主のイニシアティブによる検査官吏の選任に関する規定は英国の一八六二年会社法を参考にしたとされる<sup>6</sup>。したがって、他のヨーロッパ諸国の該当制度に目を転ずるに先立ち、英国における少数株主の申立てに基づく検査役選任制度<sup>8</sup>の近年の変容ぶりを概観しておくことが有用であると思われる。

英国の制度の特徴は、公益保護の目的のもとに主務官庁が会社調査局（Companies Investigation Branch）<sup>9</sup>職員を調査官に選任して裁量的に介入しうる制度としてより機能している点である。かかる国家の調査権限は、有限責任制の確立による株主の無機能資本家化への代償として一八五六年会社法において新設された。現在においても、英国における主務大臣の調査権限はこの見地において正当化されているようである<sup>10</sup>。少数株主の効率的情報収集と事後手続の証拠保全の目的でなされる検査役の選任（現行制度として一九八五年会社法四三一条および四三二条）および実質株主の特定に関する調査（四四二条以下）のいずれも、少数株主からの請求に基づく主務大臣の裁量的（株式・社債の保有状況調査にあっては義務的（後述（7）参照））選任に加え、主務大臣の任意の検査役（一九八五年会社法四三一条および四三二条）に基づく場合には主務大臣の委任に基づく会社調査局職員<sup>11</sup>の調査官任用も可）選任権限や主務大臣の強制的証拠収集権ともいふべき権限が規定されているため、立法創世期のわが国が参考にした一九世紀当時の制度とはかなり様相が異なり、会社法および関連諸法上の調査制度の単行法化さえ囁かれるところとなっている<sup>11</sup>。後述のように、少数株主のイニシアティブによる選任はその行使要件・濫用防止策により、また、裁判所命令による場合には選任事由が限定されており、いずれの場合もあまり利用されていないのが実情である<sup>12</sup>。

英国会社法における検査・調査制度の展開に関しては、すでに前稿で詳細に描出した<sup>13</sup>。そこで、本稿では、前稿を補足する程度にその沿革を一瞥しつつも、当時の主務官庁であった通商産業省 (Department of Trade and Industry; DTI) の検査・調査制度が飛躍的に進展した一九八五年会社法以降の展開ならびに現行の二〇〇六年会社法および関連立法における制度を中心にみていくこととする。もともとは、主務官庁が勅撰弁護士 (QC) や上席会計士などの外部民間人を検査役に選任する制度のみであったが、検査役選任の旨の公表により会社は不利益ないし損害を被り、また、検査役選任の決定に先立ち取締役会に対する審問を経る実務慣行が定着したことにより本調査までの間の会社による証拠隠滅・改竄が懸念されることとなった。そこで、一九六七年会社法は、ジェンキンス勧告に従い、主務官庁による帳簿等の提出命令権限を加えた（一九八五年四四七条に承継）。また、主務官庁（主務大臣）の帳簿等の提出命令権限を含め、主務官庁が裁量的に開始する調査は、従来から存在する検査役選任による調査と対比され、会社法上の調査制度の二本軸となっている（前者には investigations、後者には inspections という語が充てられる<sup>14</sup>）。実務的には、前者の件数が圧倒的に多い。

## 1 沿革

商務省 (Board of Trade) が少数株主の請求に基づき検査役を選任し会社業務の調査を行う旨の権限の明文文化は、英国一八五六年会社法四八条ないし五二条に遡る。当時は、会社法上の登記会社において資本金および発行済株式総数の五分の一の株式を有する株主の申立てに基づき、商務省は一名以上の検査役を選任して会社業務を調査させ、報告させるという制度内容であった。少数株主要件は、一八六二年に持株保有割合基準のみとなり、銀行について三分の一、その他の会社について五分の一、株式資本を有しない会社について構成員数の五分の一と改められた<sup>17</sup>。また、株主



は申立てにあたり、調査を要する正当理由の存在および不当動機に基づく申立てでないことの立証を求められ、商務省は検査役選任に先立ち申立株主に対し調査費用の担保提供を求めうることとされたのも、一八六二年会社法においてである。<sup>(18)</sup>ただし、いったん検査役が選任されるとその調査権限は強大であり、調査対象となった会社の役員等は帳簿類の提出を拒否できず、提出された帳簿類は宣誓のもとに吟味された。<sup>(19)</sup>一九二九年会社法では担保金額の上限を一〇〇ポンド（一九八一年改正以降は五〇〇ポンド）とし、刑事事件として関係者が訴追される場合には、申立費用は商務省が負担し、刑事手続が開始されない場合には申立株主が負担することとされた。いずれにせよ、当時の調査は少数株主の請求または株主総会特別決議に基づき会社自らが行う請求によってのみ商務省が介入しうる制度となっていた。

転機は一九四七年改正会社法によってもたらされた。同改正の方向は、商務省の調査権限の拡充と申立てにかかる諸要件の緩和にあつた。すなわち、①申立株主に不当動機がないことの立証の廃止、②少数株主要件の緩和、③商務省の職権による調査制度の新設、④検査役による調査対象者の選定における無制限の調査対象資格の明文化、⑤当該会社の子会社、親会社、または当該親会社の子会社への調査権限の拡張、⑥商務省長官の裁判所に対する当該会社の清算命令の申立権限の導入に加え、会社の実質株主に関する検査役の選任・調査権を初めて定めたのも一九四七年改正会社法であつた（四二条ないし四八条）（一九四八年総括会社法一六四条ないし一七五条）。さらに、一九六七年改正会社法では、主務大臣に、被調査会社に対し、書類・帳簿類の作成および作成された帳簿類の説明を求めめる権限を付与した。この制度は一九八五年会社法四四七条に承継され、現在に至るまで会社に関する調査のうち最も活用されるところとなっている。<sup>(20)</sup>一九八一年改正では、株主総会特別決議に基づく検査役選任制度に代え、株主総会特別決議によらない会社による調査申立て、取締役らの検査役への協力義務、あるいは、所定の場合の取締役個人の預金口座の調査の導入、ならびに、書類等の作成および参考人招致の際の裁判所命令廃止等がなされたが、これらは一九八五年会社法に総括されているので、節を改めて以下に詳述することとする。<sup>(21)</sup>なお、金融サービス・市場法 (Financial Services and Market

Act 2000）には、ユニット・トラスト、集合投資取引などの比較的新しい投資取引やインサイダー取引、相場操縦、あるいは偽計・風説の流布などの市場濫用行為、および、同法による包括業態化に伴い新たに規制対象に加えられた保険会社に関する調査の規定（第十一編 一六五条ないし一七七条）、が見いだされうるが、市場という抽象的客体を通じて不特定多数の者への情報開示の保障を旨とするこれらの枠組みを本稿の模索する制度設計に取り込みうるかについて検討の余地があるため、本稿ではこれらには立ち入らない。

## 2 一九八五年会社法

一九八五年会社法では（Companies Act 1985）第一四編が会社の調査に充てられている。同法では、主務官庁の調査権限は、法人格のない団体にまで拡張された。二〇〇六年会社法では、第三二編により後述の改正がなされたが、基本的には、一九八五年会社法第一四編の規定および後述する二〇〇四年会社（監査・調査・協同企業）法（Companies Audit, Investigations and Community Enterprise Act 2004）における主務大臣による調査に関する改正規定が存置されている。<sup>(22)</sup>これらの規定は、上述のとおり、少数株主・会社（以下、少数株主等という）の申立てに基づくもの、裁判所命令に基づくもの、および主務官庁の裁量によるもの三本柱で構成されている。

### （1）少数株主等の申立てに基づく選任

一九八五年会社法四三一条は、二〇〇人以上または発行済株式資本の一〇分の一以上を有する株主（同条二項 a）、株式不発行会社の場合には、登録構成員の五分の一以上に該る構成員（同 b）、および会社（同 c）の申立てにより、会社の業務を調査させるため、主務大臣は一人または複数の権限ある検査役を選任することができるとしている。会社

の業務 (affaires) は広く解釈されている。<sup>(23)</sup> とはいえ、少数株主要件自体が権利行使への抑止効果を有するほか、さらに、かかる申立てについて主務大臣は申立理由の存在を裏づける証拠の提出を要求することができ(四三二条三項)、かつ、検査役選任前に五〇〇〇ポンドを超えない担保提供を申立人に命ずることができる(同四項)とされているため、これら幾重ものハードルを超えて少数株主が申立てを行うことは容易ではない。さらに、下記(3)の通り、主務大臣は自らの裁量で検査役または調査官を選任することができる(四三二条二項)。(3)で後述する主務大臣の裁量による検査役選任が公益を保護法益としてなされることとの棲み分けを図る趣旨で、本制度を小規模非公開会社の内紛にも適用しうるものとして意義づけることはできようが、実務上ほとんど利用されていない。<sup>(24)</sup>

## (2) 裁判所命令に基づく選任

会社の業務が調査されるべきであると裁判所が命令により宣言する場合、主務大臣は検査役を選任しなければならぬ(四三二条一項)。裁判所命令および次に述べる主務大臣の裁量に基づく調査は清算手続中の会社にも適用される。清算の選択による調査の回避を抑止するためである。<sup>(25)</sup> もつとも、裁判所命令に基づいて検査役が選任されることはきわめて稀である。<sup>(26)</sup>

## (3) 主務大臣の裁量に基づく選任

一九八五年会社法四三二条二項によれば、次の場合には主務大臣は自らの裁量により検査役を選任することができる。

①会社業務が会社またはそれ以外の者の債権者を詐害する意図、または詐害的もしくは不法目的をもって、または、一部の株主(包括承継等自らの意思によらず株式を失った者を含む)を不当に侵害する態様で運営されている場合、②会社(またはその代理人)の作為・不作為(予定を含む)が過度に偏頗であるか、または会社が詐害的または不法な目的

で設立された場合、③会社の設立または会社の運営に関与する者が、当該行為に関連して、会社または当該会社の株主に詐欺、不当行為、またはその他の不正行為で有責とされた場合、および、④当該会社の株主が合理的に期待する会社業務に関する情報の一部または全部を提供されていない場合、である。この場合には、報告書の非公開を条件として検査役を選任することができる（四三二条二A項<sup>27</sup>）。上述のように、主務大臣の裁量的調査権限は清算会社にも及ぶ。主務大臣による検査役選任は、検査役選任が必至な公益侵害を伴う会社設立や経営上の不正行為等が疑われる場合に限られる。<sup>28</sup>著名事例としては、二〇〇五年に破綻したMG Rover Groupへの調査がある。<sup>29</sup>

（4） 調査に関する協力義務

一九八五年会社法四三四条は、検査役の調査に関する被調査会社の役員等の協力義務を定める。同規定には裁判所侮辱罪の制裁が適用されるので、検査役の権限行使に関する協力義務の履行に実効性が伴う（下記（5）参照）。また、一九八九年会社法に際しても同条の部分的改正ないし差替えがなされたが、二〇〇六年会社法においては、さらに同条に七項および八項が新設され、データの形で存在する文書等の提出・提供義務が明確にされた。

（5） 検査役の権限・義務

検査役の調査権は、現在または調査事項に関連する時点の子会社、親会社、当該親会社の被調査会社以外の子会社、および当該子会社の被調査会社以外の親会社にも及ぶ（四三三条）。検査役は、これらのグループ会社に対しても帳簿・書類提出請求権限を行使することができる（以下、これらの会社を「調査対象会社」と総称する）。

検査役の調査の実効性を確保するため、検査役の調査に必要な書類等や情報に関し調査対象会社の役員・代理人の提供義務が定められている（四三四条）。検査役の調査を妨害（書類等の提出・聴取の拒否等）した者には、検査役の証

明により裁判所侮辱罪が成立しうる旨が定められている(四三六条)。検査役は、主務大臣に対し中間報告および最終報告を行い、主務大臣は随時調査による知見の報告を検査役に求めることができる(四三七条一項・一A項)。裁判所命令によって検査役が選任される場合には、主務大臣は検査役の報告書の謄本を裁判所に提供しなければならない(四三七条二項)。検査役の報告書の謄本は、主務大臣の裁量により会社の本店に送付されるほか、報告の対象となった会社・団体の構成員、報告書で行為が取り上げられている者、当該会社・団体の会計監査人、調査の申立人、および、当該会社等の債権者か否かにかかわらず報告内容に財務的利害関係を有すると主務大臣が判断する者に対し、その者の申請と費用により報告書の謄本を供与し(以上四三七条三項b)、報告書を印刷し公開することができる(同C)。

上記(1)および(2)の選任手続による場合には、反証がない限り、検査役の報告書は訴訟手続における証拠としての検査役意見となり、また取締役資格剥奪手続において証拠として採用される(四四一条)。

#### (6) 調査費用の配分

調査にかかる費用は、第一次的には主務大臣の負担に帰するが、主務大臣は、①調査の結果有罪が確定した者(四三九条二項)、②主務大臣自らの裁量によって検査役の選任がなされる場合に該らず、かつ、当該団体の申立てによって検査役の選任がなされ(この場合は③となる)、あるいは主務大臣が別途指示を行う場合を除き、調査報告書で取り上げられている団体(同四項)、または、③四三二条または四四二条三項の申立てにより検査役が選任される場合には当該申立人に対し、それぞれ求償することができる(同五項)。①の者は、②および③の者が主務大臣に対し償還する費用をも支払う義務を負う(同六項)。

(7) 実質株式保有状況調査への適用

上記にかかわらず、主務大臣は、ある会社の現在または過去の実質株式・社債保有状況の調査のためある者から情報を収集することができると思ふことに正当な理由がある場合にはその者に対し情報開示を要求し（四四四条）、当該要求に対し満足な回答が得られない場合には実質株式保有に関する調査を行うため、自ら、または株主の申立てに基づき検査役を選任することができる（四四二条）。少数株主からの選任請求があった場合には選任しなければならぬ。英国においては無記名株式と記名株式の両者の発行が可能であるが、無記名株式が発行されることは実際には稀であり、株式のノミニー保有に対応するため一九四八年会社法において設けられた開示制度である。当該制度は、会社経営者および間接的にはその株主に、誰が会社の支配権取得を目標しているかを知らしめ、株式公開買付けの標的となることを事前に回避させるとどまらず、市場の透明性の向上という公益保護の目的をも具有している<sup>(30)</sup>。このような趣旨から、実質保有開示の部分に関しては、EU市場指令との調和の要請により、次第に会社法から市場法の一部へと組み込まれつつある。たとえば、二〇〇六年会社法は、実質株式保有の開示に関する一九八五年会社法第六編のほとんどの規定を削除し、二〇〇〇年金融サービス・市場法下の透明性義務（transparency obligations）に関する八九Aないし八九G条（一九八五年会社法一九八条以下、二〇〇六年会社法一二六六条）として整備した。会社法上の主務大臣の調査は、実質株式保有者自らの開示義務というよりはむしろ会社経営者に課された実質株主開示義務の履行を確保する制度として機能する。従前の株式取引に関する主務大臣の調査規定（一九八五年会社法四四六条）は金融サービス・市場法八九H条（二〇〇六年会社法一二六七条）に一本化されている。

なお、実質株式保有状況調査に関する時間・費用の低減の要請から、一九八九年改正以降、主務大臣は、株主の濫用の申立てに対しては検査役の選任義務を負わず、検査役選任後も調査の遂行に合理性がないと判じられる事項を調査事項から除外することができることになっている（四四二条三A項）。これは、上述の申立株主に対する担保提供命令と

相俟って実質的に株主の申立てによる検査役選任を排除する効果を有する。また、事実関係の把握が困難な場合には、主務大臣は命令でもって一時的に関連する証券の譲渡および証券上の権利行使に制限を付することができる（七九四条）。

（8）帳簿・書類の押収——非定型調査

前述したように、一九八五年会社法四四七条は、主務大臣またはその選任する職員が会社に対し職権でもって帳簿・書類の提出を裁判所命令によらず命ずることができる権限を付与している。当該権限は強力で、治安判事によって発行される搜索差押許可状を得て強制調査権限を行使することができる（四四八条一項<sup>32)</sup>）。当該帳簿・書類は形式を問わず情報を記録したものでまたはその複本のすべてを含み（四四七条九項）、帳簿・書類の作成に関与するいかなる者に対しても、それらの提出を命ずることができる。帳簿・書類の提出命令に従わない者は正当な理由がない限り主務大臣または調査官の証明をもつて裁判所侮辱罪に処せられ（四五三C条）、不実情報の提供に悪意・重過失ある者（四五一条）、会社業務に関する書類等の不実記載・毀損に関与した被調査会社の役員（四五〇条一項）、欺罔の意図をもつて当該書類等の分割・改竄・削除等を行った被調査会社の役員（四五〇条二項）には罰金または／および懲役刑が科せられる。なお、職務上守秘義務を負う銀行員や弁護士については、会社法上要求される範囲を超えて情報提供が強制されるものではなく、またかかる範囲内での情報提供であれば守秘義務違反の責任を問われることはない（四四八A条、四五二条一A項・一B項）。実務上会社法上の調査のほとんどがこの規定によっており、検査役は通常搜索差押許可状を携えた警察官を伴って抜き打ちで会社の本店等を訪れることにより、証拠隠滅・改竄の危険を可及的に排除しているようである。なお、主務大臣によって授權された調査官が職務遂行に資すると判断する場合には、補助者を携えて、搜索差押許可状なく社屋に立ち入ることができる（四五三A条<sup>35)</sup>）。この場合には、帳簿・書類の押収や情報収集を行うことまでは

できないが、事実上、帳簿類の作成義務を負う者に対し圧力をかける効果はあるとされる。<sup>(36)</sup>

(9) 事後の手續

一九八五年会社法第一四編の調査により犯罪行為が明らかとなった場合には、主務大臣は自らまたは重大不正捜査局 (Serious Fraud Office) との連携により公訴を提起し、また、裁判所に対し、取締役資格剥奪法八条に基づく経営不適合事由による資格剥奪命令、会社法九九五条に基づく被侵害株主の救済命令、あるいは、支払不能法一二四 A 条の公益に基づく清算命令の申立てを行うことができる。<sup>(37)</sup>

3 二〇〇六年会社法

二〇〇六年会社法第三二編（一〇三五条ないし一〇三九条）は、一九八五年会社法および一九八六年会社法取締役資格剥奪法<sup>(38)</sup>に新規定を導入し、また既存規定を改正することによって会社の調査に関する主務大臣の統括権を整理・拡充している。たとえば、一九八五年会社法四四六条に続き主務大臣の調査統括権・検査役選任撤回権・交替前検査役からの情報収集権等を明確化する四四六 A 条ないし四四六 E 条を挿入する一方、公益保護目的のため主務大臣に会社の名において民事訴訟を提起する権限を付与していた一九八五年会社法四三八条を廃止した（二一七六条）。主務大臣の提訴権の廃止については、会社の救済は株主に委ねるべきであり、主務大臣が積極的に関与することにより当該会社の利益を超えて正義が実現される局面を登記の抹消や取締役の資格剥奪のような場合に限定し、株主が直接利害を有する事項との棲み分けを図ったものである。<sup>(39)</sup>



## 4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

二〇〇六年会社法は、次の規定を置いて株主（一部、債権者や公衆）による会社関係書類等の閲覧（謄写請求）権を保障している。すなわち、定款および定款に影響する決議・契約（三二条）、株主名簿（二一六条）、取締役・秘書役名簿（一六二条、二七五条）、取締役の職務提供契約または保証条項（二一九条、一三八条）、会社議事・決議録（三五八条）、自己株式取得契約書またはその覚書（七〇二条）、私会社における資本金を財源とする自己株式償還または取得に関する取締役・会計監査人報告（七二〇条）、社債権者名簿（七四四条）、公開会社における持分保有状況調査報告（八〇七条）、公開会社における持分保有録（八一一条）、および担保設定書・担保登録簿（八七七条、八九二条）につき、その閲覧（謄写請求）権を単独株主権として規定している。<sup>(10)</sup> 会社の会計に関する帳簿・記録等に関しては、会社役員<sup>(11)</sup>の閲覧権（謄写請求）権はない<sup>(12)</sup>のみが明文でもって保障されており（三八八条）、むしろモデル定款は株主の資格に基づく会社の会計またはその他の記録・書類の閲覧権を排除している（Companies (Model Articles) Regulations 2008 (SI 2008/3229)）（私会社につき五〇条、公開会社につき八三条）<sup>(13)</sup>。もっとも、コモン・ロー上株主には組合構成員に類似の契約上の地位に基づく帳簿・書類を特定しない一般的閲覧（謄写請求）権があると解釈されており、上記モデル定款規定を採用しない会社においては主務大臣またはその受任調査官による帳簿等の押収制度と並び効率的な株主の自発的情報収集の術となりうるかもしれない。主務大臣等による帳簿類の押収は取締役等に対する刑事手続を前提とし、株主等は副次的にこの手続によって収集された情報（調査報告書）を自己の民事手続に利用することができることに<sup>(14)</sup>と考えられる。株主総会における議案等に関する株主の質問権は規定されていないが、議決権行使の前提として認めらる<sup>(15)</sup>。

(6) ロエスレル商法草案二七五条。同草案において存在していなかった設立時検査役（設立免許主義が採用されていたためと思わ

れる）および総会検査役は明治三二年商法によって導入された。

- (7) 司法省『ロエスレル商法草案（上巻）（復刻版）新書出版四四三頁以下。
- (8) 立法においては、検査（inspection）と調査（investigation）の語が使い分けられていることから、本稿の用語も当該区分に従う。少数株主の請求に基づくものは「検査」であり、主務官庁が任意・裁量的に行うものは「調査」である。See generally, A. Lidbetter, *Company Investigations and Public Law* (Oxford: Hart, 1999).
- (9) DTIは、二〇〇七年六月二八日付でイノベーション・大学・技能省（Department for Innovation, Universities and Skills）とビジネス・企業・規整改革省（Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform; BERRE）とに解体され、後者が会社に関する主務官庁であったこと、さらに二〇〇九年六月五日付で再び両者が統合し、ビジネス・イノベーション・技能省（Department for Business, Innovation and Skills; BIS）となっている。前述の会社調査局はBIS内の支払不能サービス部内にあるが、調査範囲は企業倒産関連事件に限られなく。
- (10) See J. Birds (ed.), *Annotated Companies Legislation* (2nd ed., Oxford: OUP, 2012), p. 1222.
- (11) *Ibid.*
- (12) 後掲注(24)(26)を参照。
- (13) 上田純子「株式会社における経営の監督と検査役制度（一）（二・完）」民商一一六巻一号（一九九七年）四五頁以下・同二号（一九九七年）二〇三頁以下。
- (14) P.L. Davies and S. Worthington, *Gower & Davies Principles of Modern Company Law* (9th ed., London: Sweet & Maxwell, 2012), p.668.
- (15) *Gmnd.* 1749 (1962), paras. 213-219.
- (16) See Davies and Worthington, *supra* note 14, pp. 667-669.
- (17) Lidbetter, *supra* note 8, p. 7.
- (18) 一八六二年会社法五七条、参照。
- (19) 一八五六年ジョイント・ストック・カンパニー法四九条、一八六二年会社法五八条。
- (20) Davies and Worthington, *supra* note 14, pp. 668, 673. 帳簿・書類の収集で終わることが多く、実際に検査役が選任されることは稀である。
- (21) なお、主務大臣以外の者によって開始される調査として、一九八五年会社法は、企業経営に関し取締役らの犯罪行為の存在が疑われる場合に検察庁長官（Director of Public Prosecutions; DPP）主務大臣、警察本部長（chief officer of police）が裁判所

- に対し会社の帳簿・書類の調査命令を求める申立てを行うことができる旨を定めた(七二一条)。
- (22) 二〇〇六年会社法二条、参照。
- (23) Birds, supra note 10, p. 1222. R v. Board of Trade ex p St Martin's Preservation Co Ltd [1965] 1 QB 603では、会社の収益管理人 (receiver and manager) に就任した者が、子会社(当該会社が九八%の株式を保有)の取締役を自己と二名の名目取締役のみに改選して子会社の子会社株式の実質的にすべてを簿価より低い金額で売却し、さらに孫会社(子会社の完全子会社)への銀行融資契約を解除したにもかかわらず会社が孫会社の融資について供与した担保(当該銀行の社債)は維持したことについて、会社が検査役の選任申立てを行ったが、商務省(当時)は収益管理人の権限濫用がもたらした調査範囲となっている場合には調査対象とすべき会社の業務にあたらずしたが、同省の業務調査権限は及ばないとの解釈に基づき検査役選任を行わなかった。これに対し、会社が裁判所に対し職務執行令状 (mandamus) を求め、裁判所は、収益管理の局面における収益管理人個人の職務についても調査対象とすべき会社業務にあたるとの解釈を展開して職務執行令状を発行した。
- (24) Davies and Worthington, supra note 14, p. 674, n.37によれば、一九九〇年以降まったく選任されていないという。
- (25) Birds, supra note 10, pp.1223-1224.
- (26) 毎年一件程度であると考えられている (ibid., p. 1223)。
- (27) 一九八九年会社法五五条により新設された規定である。
- (28) Davies and Worthington, supra note 14, p. 675. 近年四三二条二項に基づく検査件数は減少しており、背景として調査手続の短縮と費用削減の要請が指摘されている。
- (29) DTI Press Notice, 31 May 2005; MacGregor and Newey, Report on the Affairs of Phoenix Venture Holdings Ltd, MG Rover Group Ltd and 33 other companies, Department of BIS, 11 September 2009; BIS Press Notice 9 May 2011 (取締役の資格剝奪認可)。
- (30) DTI, Disclosure of Interests in Shares (1980), p.2; Davies and Worthington, supra note 14, p. 970.
- (31) Directive 88/627/EEC [1988] OJ L 348/62; Directive 2001/34/EC, Arts. 89-97; Directive 2003/6 [2003] OJ L 96/16 (Market Abuse Directive); Directive 2004/109/EC [2004] OJ L 390/38 (Transparency Directive)。
- (32) 一九八九年会社法改正前は、治安判事は、作成を要求すべき帳簿・書類が存在するものの作成されていないとの宣誓に基づく情報に満足した場合に搜索差押許可状を発給する旨の規定となっており、証拠隠滅・改竄の防止のための制度であるにもかかわらず、いったん主務大臣またはその受任者が現に会社を訪れ当該事実を掴む必要があったため、許可状発給までの間に会社に証拠隠滅・改竄の機会を与えてしまうという問題があった。そこで一九八九年会社法では、不正行為が行われ当該行為に係る書類等が存

在する等の蓋然性があることを示すのみで搜索差押許可状が発給されうることとされた。なお、この点に関連し、二〇〇六年会社法一一三二条は、DPP、主務大臣または警察当局の請求に基づき、高等法院裁判官は、経営者に犯罪行為があると信ずべき正当な理由があり、当該行為の存在を裏づける証拠が帳簿・書類に見いだされうる場合、命令をもって、いかなる者をもして当該帳簿・書類を閲覧しそれらの帳簿・書類を提出させる権限を付与することができる旨を定める。

(33) *Davies and Worthington*, supra note 14, p. 673.

(34) *Ibid.*, p.669, n.10.

(35) 搜索差押許可状を必要としない任意調査は、二〇〇四年の会社(監査・調査・協同企業)法によって導入されたものである。注

(32)に示したように一九八九年改正により、帳簿・書類の提出に実効性が伴うようになったが、それでもなお、治安判事の搜索差押許可状の発給事由に該当しない場合には社屋に立ち入ることができないという問題が指摘された。そこで、さらに上記二〇〇四年の改正により、許可状によらない任意調査権を定めるに至ったものである。

(36) *Davies and Worthington*, supra note 14, p. 672.

(37) 二〇〇九年から二〇一〇年にかけては二五〇件、二〇一〇年から二〇一一年にかけては一八〇件を超える調査後の主務大臣の申立てに基づく清算があり、同様に、二〇一〇年から二〇一一年にかけて五三件の資格剥奪命令があったという (*ibid.*, p.681)。

(38) 取締役の資格剥奪事例は毎年数百件規模にのぼるが、調査の結果取締役の資格剥奪に繋がる事例が非常に少なく(会社法成立直近の二〇〇五年―二〇〇六年では二六件)、会社法改正に関する白書では検査役の最終報告書に記載されていない非公開情報のその後の手続への利用が提言されていた (*White Paper: Company Law Reform*, 2005, Cm. 6456, para. 6.3)。

(39) *Davies and Worthington*, supra note 14, pp. 681-682. DTI, *Company Investigations: Powers for the 21st Century*, July 2001 (Consultation Paper) の勧告に従った改正では (D.A. Barnett, et al., *Palmer's Company Law: Annotated Guide to the Companies Act 2006* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 2009), p.965)。

(40) これらのなかには、閲覧権のみのもの、閲覧権と謄写請求権を認めるもの、および閲覧請求権と謄写請求権を認めるものがあり、謄写は常に会社に対する請求権の行使としてなされ、かつ請求者の費用負担による。

(41) 役員 (officers) には、取締役・支配人 (managers)、および秘書役が含まれる (一一七三条)。当該定義によれば会計監査人 (auditors) は役員に含まれないが、裁判例は会計監査人を役員にあたと解している (*R v Shacter* [1960] 2QB 252 CCA)。仮に会計監査人を役員と解しないとしても、その職務上会計帳簿・記録等にアクセスできることは疑いない。

(42) もっとも、モデル定款を採用しない会社が定款に独自の定めを置き、あるいは定款外の契約(たとえば、ジョイント・ベンチャー契約)によって株主の閲覧権等を認めることは差し支えないと解される (*Birds*, supra note 10, p.476)。

(43) この点に関するわが国における先駆的研究として、和座一清「イギリス法に於ける株主の帳簿・書類の閲覧権」金沢大学法学部論集「法経篇」二号（一九五五年）六六頁。会社の本質は組合であるとの前提のもと、契約思想に基づいて認められる権利であるが、英国コモン・ローにおいては、申立人に利害を有する特定の争いがある場合にかかる争いに必要な範囲の帳簿・書類の閲覧に限って許容されてきた。不当経営や詐欺的行為の疑いがあるというのみでは不十分であり、閲覧について正当かつ特定の理由と正当な目的がなければならぬとされている。各会社の普通定款では、会計帳簿の閲覧権を原則的に認めないのが通例である（山田弘之助「株主の会計帳簿閲覧権と検査役選任請求権」鈴木忠一編集代表『会社と訴訟（上）』有斐閣（一九六八年）五五八頁）。

(44) 二〇〇六年会社法は、一九八五年会社法を概ね承継し、会社と株主との連絡・通信手段に関する一般規定を置いている（二一四三条ないし二一四八条）。当該規定では、書類 (Documents) および情報 (Information) とされているのみで書類または情報の特定はなされていない。その趣旨は、電磁・電子的手段を通じた会社と株主との双方向での円滑な情報交信を可能にすることにある (e.g. K. Walmesley (ed.), *The ICSA Companies Act 2006 Handbook* (London: ICSA, 2007), pp. 60ff)。

## 二 ドイツ

ドイツにおける株主の検査権の嚆矢は、一九世紀に遡る。すなわち、一八六一年に成立した普通ドイツ商法典は、二二四条一項において株主総会の決議による貸借対照表のみを対象とする調査を定めていた。一八八四年の改正商法典二二二a条は、株主総会が否決せず、調査事項に関し不正、法令・会社契約 (Gesellschaftsvertrag) 違反がある旨の疎明がなされる限り、設立、業務執行、および清算につき、少数株主による裁判所への申立てに基づく検査役 (Revisor) の指名による選任 (Ernennung) をはじめて定め、一八九七年五月一〇日に公布され一九〇〇年一月一日を施行期日とした現行商法典は、二六六条において貸借対照表を、二六七条において設立、業務執行および清算をそれ

ぞれ調査事項とする定めを置いた。検査役の選任(指名または選挙)は、株主総会の決議、検査役が株主総会に出席している場合にはその場での任用契約の締結、または、取締役会への選任と任用契約締結の委任のほか、少数株主が直接裁判所に対し選任を申立てることも可能とされた(二六六条一項・二項)。一九三一年の「株式法および銀行監督ならびに租税減免に関する大統領令」と貸借対照表の義務的監査の導入に伴い、貸借対照表とその他の調査が分離され(Revisorに代えPrüferという語が用いられている)、さらに一九三七年に株式法が成立すると、同法一一八条一項によって、株主総会に検査役選任の一般的権限が付与されたのみならず、設立または業務執行に調査を要するときには株主総会が会社の名において検査役を選任しなければならない旨が定められた。

現在の規定は一九六五年株式法によって導入された。一九三七年株式法を承継した同法一四二条は、株主総会における選任については無議決権株主にも決議への参加を認め、他方、裁判所による選任については、資本金の一〇分の一の割合基準に加え、二〇〇万ドイツマルク(ユーロ導入後は一〇〇万ユーロ)の額面金額を保有する株主にも、設立および業務執行の過程に不正や法令定款違反の合理的疑いがあれば、申立てを可能としたのである。もともと、法文が存在するというのみで、長らく休眠状態(Dornröschendasein)にあつたが、<sup>46</sup>エンロン等の国際的企業スキャンダルを機に法改正に向けた議論が重ねられた末、二〇〇五年六月一六日に連邦議会で成立した「企業の誠実性・会社法上の取消権の現代化に関する法律(Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechtes im Aktienrecht: UMAG)」<sup>47</sup>においては、特別検査制度の蘇生にも意が注がれている。後述するように、ドイツの特別検査制度は、少数株主による会社の損害賠償請求権行使の前提としての、ないしは少なくともかかる損害賠償請求権行使との連動性に配慮した、いわば手段的権利となっており、法改正の原動力となつたのは、特別検査の実施および会社の取締役等<sup>48</sup>に対する損害賠償請求権の行使に係る少数株主要件の低減を目指す立案担当者の強い意向であった。UMAGでは、少数株主に対し、会社経営者に対して有する金銭的請求権を多数派株主の利益に抗して行使すべく手続要件を見

直すとともに、かかる前提として、特別検査役の選任を通じた情報収集権行使の実質化が図られた<sup>(49)</sup>。すなわち、少数株主の行使要件が緩和され、行使株主の総計で資本金の一〇分の一または一〇万ユーロの出資という前示の要件は、行使株主の総計で資本金の一〇〇分の一または一〇万ユーロの出資で足りることとなり、この要件を充足する株主には、特別検査役の選任および株式会社機関に対する提訴が可能となり、ドイツもまた、少数株主による情報および証拠収集の標準的手段を具有する多くの他のヨーロッパ諸国に比肩しうることとなった<sup>(50)</sup>。

特別検査制度は、株式法一四二条、二五八条、および三一五条に規定されている。一四二条は、設立、業務執行、増資または減資の過程に関するより包括的な調査を定め、他方、二五八条は年次決算時の調査を、三一五条は支配会社・グループ会社へ調査の拡大が認められる場合を規定している。有限会社については特別検査に関する規定がなく、株式法一四二条二項の類推による選任は認められないとの見解が提示されている<sup>(51)</sup>。

## 1 株式法一四二条の特別検査

株式法一四二条の特別検査制度には明確な不許可事由等は定められておらず、申立事由に該当する限り広く申立てが可能であるが、規定上挙示されていない事項に対する検査役の選任に関する規定の類推適用は認められない<sup>(52)</sup>。選任手続には、①株主総会決議による選任（株式法（以下、断わりがないかぎり株式法の条文を指す）一四二条一項）、②当該手続によって選任された特別検査役の調査に公正性の観点等から問題が認められる場合に少数株主の申立てに基づいて裁判所がなす選任（一四二条四項）、および、③株主総会が特別検査役の選任を否決するも、不正または重大な法令定款違反の事実の存在が疑われるときに少数株主の申立てに基づいて裁判所がなす選任（一四二条二項）があり、その趣旨は少数株主保護にあるから、少数株主保護に資する限り、調査対象となる業務執行等の範囲は広く捉えられるべきで

あろう。<sup>(53)</sup>

一四二条に基づいて選任される特別検査役は、上述のように、設立、業務執行、増資および減資の過程に関する調査にあたり、株主総会の普通決議により選任される（一四二条一項、一一九条一項七号）<sup>(54)</sup>。調査対象事項が一条文に括られ制限列挙されている点<sup>(55)</sup>が特徴的である。調査が、取締役または監査役の解任、または会社と取締役または監査役との間の法的紛争の導入過程にまで及び、当該利害関係取締役または監査役が株主でもある場合、検査役選任にかかる株主総会決議において当該取締役または監査役の単独または共同での議決権行使（一四二条二文）や当該議決権の代理行使（同条同項三文）は認められない。申立株主は、判決時まで継続的に株式保有要件を満たす必要がある、手続中は株券を供託し、また、株主総会会日の三箇月前から株式を継続保有している旨を疎明しなければならない（一四二条二項二文）。裁判所は当該選任に際し、利害関係人、監査役会、および株主総会決議で選任された特別検査役に忌避すべき理由があり特別検査役が再度選任される場合にはすでに選任された特別検査役も含め、審尋を行わなければならない（一四二条五項）。以下では、本稿の関心から、業務執行の過程に関し選任される特別検査制度を中心に、解釈上の論点を交えてみていくこととしたい。

#### （1）業務執行の過程

通説によれば、業務執行の概念は広く、株式会社七七条一項の取締役会の責任のすべてを捕捉するのみならず、取締役会の株式会社に対する事実上または法律上の行為をも含みうる<sup>(57)</sup>。主たる役割か従たる役割かにかかわらずもっぱら従業員のみで完結する行為についてその過程が特別検査役選任事由になるか否かについては争いがある。特別検査の許容性の観点ではなく当該行為における取締役会の独自性および従業員への委任の有無によって解釈すべきとの有力な見解が提示される一方<sup>(58)</sup>、事後的な判断の誤りが取締役会の義務違反行為に必ずしも帰結するわけではなく、また、規定上特別



検査が機関構成員に対する損害賠償請求権行使の前段階において利用されることとなっており、主たるまたは従たる従業員の行為の過程が特別検査開始事由となる理由は明確ではないことから、委任された従業員の選任・監督に過失や義務違反がなかったか否かに関わる限りで特別検査役の選任を認めるべきとの見解がある<sup>(69)</sup>。監査役会の行為については、監査役会の行為は業務執行ではないなどと形式的に割り切られることなく、業務過程の調査に基づく特別検査の対象に含められる<sup>(69)</sup>。

## (2) 株式会社二五八条との関係

株式会社一四二条三項は、二五八条に基づく特別検査に対し一四二条一項・二項が及ばないことを明示する。したがって、両者の棲み分けを図るべく、通説は、年次決算一般に関し、一四二条三項に基づく特別検査は認められないと解している<sup>(61)</sup>。一四二条三項は、二五八条が一四二条の特別検査の定めの特則であることを規定したものであって、二五八条に捕捉される決算期の調査と並走して一四二条の特別検査を認める意義は乏しいものの、同検査時期は年次決算書が呈示された株主総会の会日から一箇月以内と短期間に限定されているため(二五八条二項)、二五八条で捕捉されない期間について一四二条に基づく特別検査を認める意義は大きい。同様に、年次決算特別検査の対象となっていない費目の調査も一四二条によって可能とされる<sup>(62)</sup>。

## (3) 執行すべき業務の不作為等に関する調査

執行すべき取締役の業務または監査役の行為にいずれも不作為がある場合には、同僚に対する監視義務違反と同視しうるゆえ、特別検査の適用の可能性がある。たとえば、有益な投資への不作為が、とりわけ取締役・監査役または大株主への影響に関し将来予測を伴う経営判断を含む取締役会・監査役会の決定に基づく場合には、問題となろう。業務執

行の不作為が、他方で大株主または取締役・監査役の私的利益につながる場合には、少数株主保護目的から特別検査役の選任が認められるべきである。<sup>63</sup> 同様に、特別検査の実務上の成果として不作為の帰趨の解明が期待される場合についても、予防的見地から、また、立法者意思に鑑み、少数株主保護により資する限り、一四二条が適用されてよい。<sup>64</sup>

#### （4）事実上の業務執行

役員を選任行為に瑕疵があり当該選任の効力が否定される場合、当該行為に基づき選任された役員は業務執行もまた無効となると解される。その場合、自らの選任の効力が否定される役員が行った業務執行について特別検査を行うことができるかという問題が生ずる。この点は特別検査の範囲に関する固有の論点というよりは、むしろ責任主体の範囲に関する解釈の問題であるが、瑕疵ある選任行為による機関もまた株式法九三条および一一六条の責任を負うとの判例・裁判例の立場に従う限り、<sup>65</sup>かかる場合にも特別検査は妨げられないと解される。

#### （5）株主総会による特別検査役の選任議案の否決を事由とする選任

株主総会が、設立に関する過程または五年を超えて遡及しない業務執行の過程の検査のための特別検査役の選任を否決する場合も、当該過程に不正または重大な法令・定款違反が生じていることの疑いを正当化する事実があるときは、裁判所は、先述のとおり、総計で資本金の一〇〇分の一または額面総額一〇万ユーロを有する株主の請求に基づき、特別検査役を選任することができる（一四二条二項一文）。株主総会が特別検査役を選任したものの、当該検査役個人に起因する理由、または検査役の検査対象に係る知識、予断、信頼性に疑いがある場合には同様の持株要件を充足する株主の請求に基づき、裁判所は別の者を特別検査役に選任しなければならない。本請求は株主総会会日から二週間以内になされる（一四二条四項）。裁判所の決定に対しては、法律上の争点を除き異議申立てが可能である（同条六項）。

## (6) 費用・報酬

裁判所によって選任された特別検査役は、会社に対し自己の検査費用・報酬に関する請求権を有する。当該検査費用・報酬額は裁判所によって決定される(一四二条六項)。

## (7) 特別検査役の資格・責任

特別検査役は、調査対象がその他の知識を要求しない限り、①簿記に関する十分な知識を有する者、または、②少なくともその法定代表者が簿記に関する十分な知識を有する監査法人(Pflichtungsgeellschaften)でなければならぬ(一四三条一項)。特別検査役の責任については、決算監査人の責任に関する規定(商法典三二三条<sup>67</sup>)が準用される(一四四条)。

## (8) 特別検査役の権限

特別検査役は、調査の目的の達成に必要な情報収集権限を有する。調査対象会社の取締役会は会社の会計ならびに有価証券および商品在庫の調査に協力し(一四五条一項)、他方、特別検査役は、取締役・監査役による説明・証拠の提出を求め(同条二項)、当該権限はコンツェルン企業および従属会社または支配会社に対しても及ぶ(同条三項)。

特別検査役は調査結果を書面により報告しなければならない(同条六項)。当該報告書は、特別検査役の署名が付き、それの遅滞なく調査対象会社の取締役会および会社の本拠地の商業登記官に提出されるほか、株主の請求があれば、株主に対して当該報告書の謄本を交付しなければならない(同条六項)。特別検査報告書への記載により会社の利益が損なわれるおそれがあり、かつ一四二条二項の不正または重大な違反が調査の前提となっていない事実について、取締役会は裁判所に対し特別検査報告書への不記載の許可を求める申立てを行うことができる(同条四項)。

（9） 会社または少数株主による会社の損害賠償請求権行使とのリンキング

株主総会決議による、または、少数株主の請求による特別検査は事後の責任追及と連動しうる制度となっている。すなわち、設立（四六条ないし四八条、五三条）、取締役会・監査役会の善管注意義務違反に基づく責任（九三条、一六条等）、取締役等の故意による会社に対する影響力の行使に基づく責任（一一七条）について、会社に発生した損害賠償請求権は、株主総会普通決議を経て株主総会会日から六箇月以内に行使されるか（一四七条）、または、特別検査選任と同一の持株要件により少数株主にも自己の名でもって会社の損害賠償請求権を裁判所の許可を得て代位行使できる権利が付与されている（一四八条）。会社の取締役・監査役に対する損害賠償請求権行使に係る少数株主要件は、特別検査選任の場合と同様にUMAGにより引き下げられたものである。<sup>68)</sup>

（10） 小括

以上が、株式会社一四二条に基づく列挙事項に関し対象を限定しない特別検査制度の概要である。上述したように、ドイツ株式法上、年次決算と結合企業関係に関する特別検査は、別途定められているが、これらについてもわが国の会社法三五八条に基づく検査役調査の対象となりうる事項であるため、以下に一瞥することとしよう。

## 2 年次決算に関する特別検査

既述のように、株式会社二五八条に基づいて選任される特別検査役は、検査対象・検査役選任請求権者・検査役選任請求事由・検査期間が限定されている。二五八条に基づいて特別検査役の選任請求ができる株主は、一四二条二項の少数株主要件を充足する者に限り、かつ、次の事由が存する場合に限られる。すなわち、①確定した年次決算報告書におい

て、特定の費目が著しく過小評価された（二五六条五項三文参照）こと（二五八条一項一号）、②年次決算報告書の注記に關し、情報の不開示・不完全開示があり、株主総会において記載の不備について質問がなされ、かかる質問の株主総会議事録への記載が要求されたにもかかわらず、取締役会が不備を放置したこと（同条同項二号）であり、株主総会において年次決算報告が呈示されてから一箇月以内に申立てがなされる必要がある（二五八条一項・二項）。申立株主は、申立てに關する決定まで自己が保有する株式を供託または保管機関に預託しなければならない（同条二項四文）<sup>(69)</sup>。

一号の過小評価にかかる検査役の被選資格は、経済検査人（公認会計士：Wirtschaftsprüfer）または経済検査会社（経済監査法人：Wirtschaftsprüfungsgesellschaften）に限られる（同条四項）。一四二条における特別検査役の選任の場合と同様に、選任前の取締役会、監査役会、および会計監査人に対する審尋の手續が規定されている（同条三項）。二五八条に基づいて選任される特別検査役に決算監査人の責任に關する商法三二三条が準用される点も同じである（同条五項）。

年次決算に關する特別検査制度の意義は、少数株主のイニシアティブにより確定決算情報の是正を求めうることにありと考えられる<sup>(70)</sup>。とりわけ、年次決算承認に關する株主総会決議に反対した株主の救済として意義がある一方、上場会社については金融監督庁（Finanzdienstleistungsaufsicht）が裁判所に対する特別検査役選任の申立ておよび裁判所の決定内容の公示を行うこととなっており（二六一 a 条）、市場の信頼保護に向けた投資情報の是正の側面が強くなる<sup>(71)</sup>。

### 3 支配会社・グループ会社への調査権の拡張

最後に、グループ企業関係に關し株式法三一五条は、一四二条の特則を定める<sup>(72)</sup>。そこでは、以下の場合に、株主の申立てに基づき、裁判所は当該会社の業務に關連する事項につき、支配会社または当該会社のグループ企業に対する調査

を実施すべく特別検査役を選任しなければならない旨が定められている。すなわち、①決算監査人が、報告書への確認の注記によって、グループ企業との関係に関する報告を縮小または断念するとき、②グループ企業との関係に関する報告書が完結したとの取締役会の声明に異議申立てすべきとの監査役の声明があったとき、または、③法定の職務または措置を通じて会社が不利益を被り、当該不利益が補填されていない旨を取締役会自らが宣言するとき、である。

取締役会等の義務違反により会社に不利益が存することを正当化する他の事実があれば、三箇月以上にわたり一四二条二項の行使要件を充足する株主は、同条同項に基づく特別検査役の選任の申立てを並行して行うことができる。調査に関する株主総会の手続自体が特別検査の対象となりうる場合には、各株主は一四二条四項に基づいて特別検査役選任の申立てを行うことができる。

上述したように、一四二条に基づく特別検査もコンツェルン企業、支配会社、および子会社に及ぶが（同条三項）、三一五条に基づく特別検査は結合企業関係そのものを調査対象としており、派生的に調査対象がグループ企業等に及ぶ場合とは区別される。調査範囲は、株主または債権者が三一七条または三一八条に基づく責任追及を行う前提として必要な限り広く設定される。<sup>(73)</sup>三一七条は、支配会社が、契約に基づかず、従属会社に不利益を被るおそれのある法律行為をなしたまたは不利益を回避する措置をとらない場合の当該支配会社およびその法定代表者の事業年度末の未填補の損害に対する連帯責任を、さらに三一八条は、三一七条の責任について任務懈怠ある取締役および監査役の連帯責任を定める。

#### 4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

ドイツ株式法は、株主に対し株主総会における質問権（解説請求権：Ankunftrecht）を保障している。当該質問

権は、親会社の取締役会にも及び、親会社の取締役会は、子会社の株主の結合企業関係に関する質問に応じる義務を負う(一三一条一項)。もっとも、取締役会が情報提供義務に違反すれば株主は決議取消しの訴えを提起でき、争いがある決議については商業登記を行うことができないため登記阻止目的で株主が訴権を濫用する例が相次ぎ、解釈および立法の両面から、かかる濫用への対応がなされた。<sup>(74)</sup> すなわち、連邦最高裁判所の解釈に加え、UMAGにより株式法二四三条三項二号および一三一条三項の改正がなされた結果、濫用的または登記等の公示情報に関する株主の質問権に関する取締役会の正当な拒絶が認められることとなった。<sup>(76)</sup> なお、株主総会前の開示を除けば(一七五条二項、一七九 a 条二項)、ドイツ株式法において会社に関する帳簿・書類等に関する株主の閲覧・写権を一般的に定める規定はない。

- (45) Bezenberger in Großkommentar zum AktG, §142, Rn. 1; Obermüller, Der Sonderprüfer im geltenden und neuen Aktienrecht, BB 1962, 545; Ball/Hager, Aktienrechtliche Sonderprüfungen: Rechtliche Grundlagen Prüfungspraxis Haftungsfragen 2007, S.17.
- (46) Ball/Hager, a.a.O.
- (47) UMAG, BGBl. I 2005, S.2802.
- (48) 本稿では取締役会構成員について「取締役」、また、監査役会構成員について「監査役」という用語を充てる。
- (49) Göz/Holzborn, Die Aktienrechtsreform durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts - UMAG, WM 2006, S. 158.
- (50) Ball/Hager, a.a.O., S. 19.
- (51) Fleischer, Die Sonderprüfung im GmbH-Recht, GmbHHR 2001, 45, 53; Ball/Hager, a.a.O., S.141. 立法過程に鑑み、一九七七年の有限会社法の改正では、法案段階では存在した有限会社法五 c 条ないし五 e 条は置き換えずはなく削除され、「有限会社法近代化と不正防止に関する法律」(Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen: MoMiG) の立法過程において連邦政府により準備されていた有限会社法の改正ではかかる特別検査制度は予定されていないこと、有限会社の社員に対し一四二条二項の類推適用は認められないとする。

- (52) Ball/Hager, a.a.O., S. 25.
- (53) Ball/Hager, a.a.O., S. 26. たとえば、取締役から特定の業務執行について委任を受けた従業員の行為にまで調査が及ぶことは言を俟たないであろう。
- (54) Saage, Sonderprüfung der Geschäftsführung 1965, S. 14.
- (55) Kronstein/Zöllner in Köhler Kommentar zum AktG, § 142, Rn. 12. 特別検査の対象は、年次決算を含め株式会社に関する明文で定められた手続に限られ、当該手続は広義で捉えられる。特別検査は、限定的な調査対象には適用されず、かかる場合には一四二条は類推適用されないと解される。
- (56) ドイツ株式法七七条一項は、定款または取締役会の職務規程に別段の定めがある場合を除き、多数決原則に則り、業務執行権限がすべての取締役会構成員によって共同行使される旨を定める。
- (57) Ball/Hager, a.a.O., S. 29.
- (58) Schröder in MünchKorK zum AktG, § 142, Rn. 18.
- (59) Wising/Neumann in Heidel, Aktienrecht, § 142, n. 7.
- (60) Bezenberger, a.a.O., § 142, Rn. 13.
- (61) Fleischer in Küting/Weber, Kommentar zum AktG, § 142, Rn. 26; Bezenberger a.a.O., Rn. 16; Jänic, Die aktienrechtliche Sonderprüfung: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur außerordentlichen Kontrolle der Verwaltung im deutschen, schweizerischen, französischen, englischen und niederländischen Aktienrecht 2004, S.226; Ball/Hager, a.a.O., S. 31.
- (62) Ball/Hager, a.a.O., S.31.
- (63) Ball/Hager, a.a.O., S.32.
- (64) Ball/Hager, a.a.O.
- (65) 会社法九三条は取締役の善管注意義務および同義務違反に基づく責任を定め、同一一六条はその監査役に対する準用規定である。
- (66) BGH, WM 1995, 799, 800; OLG München, AG 1993, 285, 286; OLG München, AG 1997, 575, 576.
- (67) 商法典三二三条は、決算監査人およびその補助者につき、被監査会社の法定代表者と協力して誠実かつ公正な監査を行うとともに守秘義務を負う旨を定め、故意または過失によりかかる義務に違反し被監査会社およびグループ企業に損害を与えた場合に損害賠償責任を負う旨を定める。
- (68) U M A G では、かかる少数株主要件の緩和に伴う訴権濫用への防波堤として、経営判断原則の明文文化（取締役につき九三条、



- 監査役につき一一六条)に加え、提訴許可手続(少数株主による損害賠償請求手続は、本案前の提訴許可手続を経る二段階構成となつている)における不許可に帰する請求を行った株主による手続費用負担(一四八条六項)が手当てされている(Gözl/Holzborn, a.a.O., S. 159)。
- (69) 株式法一四二条の特別検査役に関する規定にはみられない制度である。
- (70) 特別検査役は、報告書において株主の申立てに係る過小評価等がない場合にはその旨、および、それらの瑕疵が存し訂正の必要がある場合にはその旨を記載し、当該報告に従つて訂正がなされた場合には訂正前の決算内容の該当部分は破棄され正当な価額と差し替えられる。かかる訂正がなされない場合には検査結果と訂正がなされていない旨を記載しなければならない。また、検査役の報告は公示されなければならない(二五八条三項、四項、五項、二五九条一項三文、一四五条六項三文)。検査役の報告に対する会社または少数株主の異議申立手続が保障される(二六〇条)。
- (71) Vgl. Gözl/Holzborn, a.a.O. S., 157ff.
- (72) Vgl. Noack, Die Konzernrechtliche Sonderprüfung nach § 315 AktG, Wpg. 1994, 225, 235.
- (73) Ball/Hager, a.a.O., S. 120.
- (74) Heinrich/Theusinger, Anfechtung wegen Informationsmängeln und Freigabeverfahren nach dem UMAG - ein ungeklärtes Verhältnis, BB 2006, S. 449; M. M. Siems, *Convergence in Shareholder Law* (Cambridge: CUP, 2008), p.122.
- (75) BGH, BGHZ 146, 179 (MEZ); BGH, NJW 2001, 1428 (Aqua-Butzke).
- (76) Heinrich/Theusinger, a.a.O., 449ff.は、UMAGにより新設された登記停止解除の規定(二四六a条)につき、株主の総会における質問権の縮減との運動性のうえに發揮しうる機能を評価する。なお、この点に関するUMAGによる改正を踏まえた邦語文献として、高橋英治『ドイツ会社法概説』有斐閣(二〇一二年)二一九頁以下、二四四―二四五頁、参照。

## 三 フランス

ドイツにおける株式法上の特別検査制度の整備にわずかに遅れ、フランスは、一九六六年七月二四日法(二二六条にお

いて受託鑑定 (expertise de gestion) 制度を導入した。当該制度は、L. 二二五—二二二一条として商法典中に組み込まれ、少数株主の請求に基づき裁判上選任される鑑定人に会社業務の調査とその結果の報告をさせるものであった。<sup>(77)</sup> 上述のように、ドイツでは一九六五年の株式法改正により現行の特別検査制度が導入されており、欧州経済共同体発足の用として、ドイツ、ベルギーおよびオランダとフランスとの制度上の近接がフランス国内において指摘されていたところである。<sup>(78)</sup>

経済状況改善のため制定された一九八四年三月一日の法律八四年第一四八号は、受託鑑定制度が適用される会社の種類を有限会社 (SARL) にまで拡張し (L. 二二三—二七条および R. 二二三—三〇条)、かつ、請求権者を少数株主のみならず労使評議会 (comité d'entreprise; 企業運営委員会)、主務大臣、および証券投資委員会 (Commission des Opérations de Bourse; 二〇〇三年以降、他の関連行政機関との統合により Autorité des Marchés Financiers (AMF; 金融市場規制局)) にまで拡大した。請求権者の公的機関への拡大は、企業経営の統制と経済的困難の予防策として企図されたが、一方で英国の影響を受けたものとされる。<sup>(79)</sup> その一〇年後の一九九四年八月八日法律九四年第六七九号は、投資家団体にも受託鑑定人の選任請求資格を付与し、二〇〇一年五月一日法律第四二〇号は、鑑定の対象となる範囲を子会社にまで拡張した。

受託鑑定制度導入のそもそもの目的は、経営に関する情報の補完的収集を少数株主にも可能とすることにあつた。<sup>(80)</sup> 鑑定人の報告書は、会計監査人 (commissaire aux comptes) の報告書への付加情報を提供しうる媒体と位置づけられる。すなわち、受託鑑定人は、会計監査の経営不介入の原則により会計監査人報告書が立ち入ることのできない事項について公益保護の見地も含めより一般的・抽象的レベルで関与し、<sup>(82)</sup> その役割は会計情報を解析し文書を評価するにとどまらず、経営に関する意見および調査に基づく提言等にまで幅広く及ぶ。<sup>(83)</sup> 裁判所が選任した受託鑑定人は、企業の運営に関し介入し、企業の経済的機会、その予測可能性、社会一般の利益との符合性に関し幅広く審査する点で、会計監査

人の役割との明確な棲み分けが意識されてきたのである。<sup>(84)</sup>

受託鑑定制度は、差止仮処分手続 (référé injonction) による申立てに基づき株主が情報の補完的収集を行い、あるいは経営者不在に伴う一時的代行者の選任を要求し帳簿類の情報に関し意見表明することも区別される。普通法裁判所の審理において裁判官は労使評議会に対する尋問や補完情報提供命令により情報の補完を行いその信憑性を確保することができると、労使評議会も会社情報の収集と証拠提示に一定の役割を担っているが、本制度による情報収集とは異なり、また、収集される情報間に直接的な相互補完関係も認められない。いずれにせよ、裁判所の選任に係る独立した制度としての鑑定人申立制度にはその固有の意義がある。<sup>(85)</sup>

## 1 受託鑑定制度

フランス商法典 L. 二二五―二三一条は、L. 二二五―二二〇条の要件を満たす団体<sup>(86)</sup>または資本金の五パーセント以上を保有する単独または複数の株主につき、会社の業務執行状況の一ないし複数に関する質問状を、取締役会議長または会社の業務執行機関、および、所定の場合には、子会社 (L. 二二三―二三三条参照) に対し、提出することができる旨を規定する。子会社に対し質問状が提出される場合には、当該提出はグループの利益に照らしてなされなければならない。当該質問状に対する回答は、当該会社の監査役に対して送付されなければならない。

一箇月以内に回答がなされない場合、または、回答に含まれる情報が不十分な場合には、質問状を提出した株主は、急速審理 (仮処分) 手続 (référé) において、裁判所に対し業務執行に関する調査報告を提出させるべく一名または複数名の専門家 (受託鑑定人) の選任申立てを行うことができる。なお、主務大臣、労使評議会、および公募会社においては、AMFもまた、同様の申立てを行うことができるとされている。かかる申立てを認める場合、裁判所は命令で

もって選任された専門家の権限の範囲を定め、当該専門家は、当該権限の範囲内であつ裁判所の指示に従い、調査を行う。専門家の報告書は、申立人、主務大臣、労使評議会、監査役、および、取締役会（一層制ボードの場合）または業務執行機関（二層制ボードの場合）、ならびに、公募会社の場合にはAMFにも送付される。当該報告書は、次期株主総会の監査報告に添付され、同時に公開されなければならない。専門家の調査費用は、裁判所命令によって決定され、会社が負担する。

株式会社合資会社（SCA）および簡易株式組織会社（SAS）には、一部の例外を除き株式会社に關する規定が準用され、商法典L.二二五―二三一条はかかる除外対象となっていないので（L.二二六―一二条二段、L.二二七―一二条三段）、これらの種類の会社についても、受託鑑定制度に關する規定が及ぶこととなる。

他方、有限会社については別途規定が設けられ<sup>87</sup>、登録資本の一〇分の一以上を代表する一名または複数名の社員について、単独または共同で裁判所に対し一または複数の業務執行状況に關する調査報告書を提出すべき専門家（受託鑑定人）の選任を申し立てることができるとされている（L.二二三―二七条）。同様の選任権限は、主務大臣および労使評議会にも認められる。裁判所による専門家の権限画定・指示、調査費用、および、調査報告の送付と公開について、有限会社の規模や機関構成等に鑑みた調整が図られつつ類似の定めが置かれている。

なお、上記いずれの種類の会社にあつても、法定清算手続の開始により受託鑑定手続が妨げられるものではなく、申立前後に被調査会社が清算手続を開始した場合も、清算手続が結了するまでの間の会社の業務につき調査が及ぶ<sup>88</sup>。

## 2 民事訴訟法典一四五条との関係

民事訴訟法典（Code de procédure civile）一四五条は、手続開始前に、当該紛争の帰趨を左右する事実に関する証

拠を保持し提出する正当な動機がある場合、利害関係人は、急速審理（仮処分）手続により、法的に可能な予審措置命令を求めうる旨を定める。本規定によれば、会社法上の受託鑑定手続の遂行にあたり、将来の民事訴訟手続に前置する調査がありうることになる（*l'expertise in futurum*）。

### 3 子会社の調査

受託鑑定制度は、商法典L.二三三―三条の定義により支配従属関係にあると判断される子会社<sup>(88)</sup>に対しても及ぶ。申立手続の追行は、一般的な民事訴訟手続および受託鑑定制度の申立ての受理の可否に関する特別規定に従って判断され、申立日から一貫して支配従属関係が存することが要求される<sup>(90)</sup>。申立てがなされた後の支配従属関係の隠蔽などの不正を回避し、また、かかる不正等がなくても、調査の必要がないなどの正当理由がなく、申立時にはすべての要件が満たされ申立時に子会社と判断された会社がグループ企業に対する経済的影響力を保持する場合には、調査は続行されるべきである<sup>(91)</sup>。かかる場合、親会社株主が、現在および将来の調査の範囲に利益を有することはいうまでもない。

### 4 利害関係人、とくに株主の情報収集権

フランスにおいては、株主総会における株主の質問権は規定されていない<sup>(92)</sup>が、株主は過去三年間の会社の財産目録、計算書類、事業報告、会計監査報告、役員報酬、および株主名簿の閲覧謄写請求権を有する（*droit de communication permanent*）（L.二二五―一五条、L.二二五―一七条等）。さらに、株主総会における株主およびその議決権行使代理人は、議案に関する調査権および情報収集権を有する（*droit de communication temporaire*）（テクレ<sup>(93)</sup>一三五条、一

- (77) V. Magnier, *Droit des sociétés*, 5<sup>e</sup> édition, 2011, p.341.
- (78) J. Hémar, F. Terré et P. Mahlbat *Sociétés commerciales*, 1974, Tome 2, n° 1064. ドイツ、スイス、フランス、英国、およびオランダとの比較研究をまとめたものとして Janig, op. cit. 同様の制度は、ルンセンブルグ、デンマーク、およびイタリアなどでもみられ(上田・前掲注(13)四九頁、参照)。ヨーロッパ委員会の諮問を受けて二〇〇二年に公表されたヨーロッパにおける会社の現代化規整枠組みに関する高度会社法専門家グループの報告書は、特別調査を効率的かつ全体としてみれば費用がかからなから株主の情報収集手段として積極的に評価し、全ての会社において、株主総会における株主の特別調査請求権または株式資本の五分の一のパーセントを保有する株主の裁判所または行政当局への特別調査申立権を付与すべきとしている(Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November 2002, pp. 57-58)。もっとも、従来から指令または規則において、合併等の組織再編をヨーロッパ会社等の汎ヨーロッパ企業組織の設立等の特定事項について専門家の調査制度がみられるほかは、ヨーロッパ・レベルでの当該勧告に従った特別調査制度は未だ実現していない。なお、株主の株主総会における質問権は、上場会社における株主の権利行使に関する二〇〇七年の指令により、ヨーロッパ・レベルで実現するようになつてゐる(Directive 2007/36/EC of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies, [2007] OJ L 184/17, Art. 9)。
- (79) M.-D. Poisson Schodermeier, 《Le nouveau visage de l'expertise de gestion à la lumière de l'expérience anglaise》, *Revue internationale de droit comparé*, 1987, pp.913, 916.
- (80) M.Germain, 《Les droits des minoritaires》, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, p. 405; R.Vatinet, Fasc. 135-10, *Expertise de Gestion*, Jurisclasseur, 2009, p. 3; F. Lefebvre et al., *Sociétés commerciales*, 43<sup>e</sup> édition, 2011, n° 53000.
- (81) 会社監査人の経営不介入の原則について Du Pontavice, *Le principe de non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits*, *Revue sociétés* 1973, p. 599.
- (82) Vatinet, op. cit., p. 3.
- (83) Schodermeier, op. cit., p. 937.
- (84) Vatinet, op. cit., p. 3.
- (85) F. Manin et E. Jeuland, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, *Revue sociétés* 2004, p.1.

(86) フランス商法典 L. 二二五・一二〇条は、上場会社・公募会社においてその株式保有が一年以上継続登録され、かつ総議決権の五パーセント（当該割合は会社の資本金が七五万ユーロを超える場合には、その資本金規模に応じて低減される）以上を保有する株主に会社の利益代表団体を組織することを認める。当該団体が組織された場合には、その旨を会社および A M F に通知しなければならぬ。

(87) もともと一九六六年七月二四日法により受託鑑定制度が設けられたのは、株式会社（S A）と株式合資会社（S C A）についてのみであった。一九七〇年一月三一日法により民事会社に、さらに一九八四年三月一日法により有限会社にまで同様の制度が規定されるに至った。一九九四年に簡易株式組織会社（S A S）の設立が可能になると、同制度の適用範囲は当然 S A S にも及ぶこととなった。

(88) Lefebvre, op. cit., n° 53002.

(89) L. 二二三・二三条によれば、会社が、①他の会社の議決権の過半数を保持するとき、②他の組合員・株主との契約により、単独で他の会社の過半数の議決権を有し、それが当該他の会社の利益に反しないとき、③他の会社の意思決定を支配するとき、④当該会社が組合員・株主であり、他の会社の経営機関または監査機関の構成員の過半数の選任または解任を行うるとき（四〇パーセントを超える議決権を保有しそれ以上の議決権を保有する構成員が他にいないときには推定される）、に他の会社を支配すると定義される。Lefebvre, op. cit., n° 53003.

(90) Vainet, op. cit., p. 5.

(91) Vainet, op. cit., p. 5.

(92) もともと、株主総会にかかる事前質問制度が規定され（L. 二二五・一〇八条三項）、さらに、登録資本金の五パーセントにあたる株式を保有する株主は、年に二回経営者に対し質問状を送付することができ、経営者がかかる質問に対し応答する義務を負う（L. 二二五・二三二条等）。

(93) Décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

## 結びに代えて

以上、本稿では、利害関係人、とりわけ株主による会社情報の収集にあたり、ヨーロッパにおける裁判所や行政当局によって選任される専門家に委ねる枠組みの細部を、英国、ドイツ、およびフランスを例にとりて参照した。現行のわが国の会社法においては、情報によって請求資格等は異なるものの、裁判所が制度的に利害調整役とされている場合を除き、請求者と会社（経営者または請求株主以外の株主）との利害調整は、閲覧謄写の場合もそれ以外のたとえば株主総会での質問権行使のような場合も、請求者自身による情報開示請求後になされる仕組みになっている。翻って、会社法三五八条の検査役選任請求によれば、独立中立的な臨時的機関に情報収集過程での利害調整を委ねることができ、役員等の責任追及のような次なるステップに向けた実質的な手続の円滑な開始に資する効用があると考えられる。株主の監督是正権として帳簿等閲覧権と検査役選任請求権とが併存するわが国の法制度に関してこれを株主に原則的に閲覧させるのではなく、検査役を介した間接的な閲覧制度へ一本化する提言は古くから見られたところである<sup>(95)</sup>。私見も、調査範囲・対象が会計帳簿等に限定されず、また業務執行の委任を受けた平取締役や使用人の行為はもちろんのこと法律上の根拠を欠く事実上の業務執行（上記二（４）参照）も包含されると解され、さらに結合企業にも調査を行うことができる一方、秘密漏示の危険も少ないので検査役制度を核とした株主の情報収集権を拡充すべきと考える。そこで以下、一ないし三での検討を踏まえ、利害関係人自らに代え独立中立機関による情報収集の原則化に向け、提言を行う。

法制度設計を検討するにあたっては、いくつかの困難な検討課題が横たわっている。まず、本稿では「会社情報」として漠然と議論してきたが、実際には情報ごと、情報漏示から保護される者（経営者が常に請求者と直接の利害対立関係にあるとは限らない）、あるいは情報漏示の危険性の性質・程度等が異なるゆえ、包括的情報収集の形で独立中立機関を活用するのが制度として適切なのかという問題である<sup>(96)</sup>。次に、この点と関連して、仮に独立中立機関とし



て現行の検査役を念頭に置くとする、現行の検査役制度は、株主の監督是正権発動に対応した業務財産状況検査の場面以外にも、設立(三三条)・募集株式の発行等(二〇七条)・募集新株予約権の行使(二八四条)(以下、募集株式の発行等という)や株主総会(三〇六条)に際して規定されている。二でみたように、ドイツでは一条文においてこれらを請求事由として制限列挙する。ことは単に立法形式の問題にとどまらず、特段請求事由を区分せず、検査役を包括的情報収集の担い手と位置づけ、裁判所にその都度調査範囲・対象を特定させる制度設計の是非の検討を含んでいる。これらの規定を具体的にどうするのかという問題である(②)。これら基礎的考察を踏まえたうえで、裁判所または公的機関(おそらくわが国では裁判所)が介入する形となるのか、私的機関あるいは会社(経営者)が情報に直接の利害関係を有しないような場合には私的機関や会社自らも利害調整の任にあたりうるのかという問題が検討されるべきである(③)。さらに、利害関係人の請求に基づかない調査や検査役選任によらない調査の可能性も視野に入れることとした(④)。最後に、調査費用等の配分の問題に言及する(⑤)。以下、これらの問題設定に沿って可能な制度枠組みを模索し本稿の結びに代えることとした。

### ① 情報の類型化と区分の是非

会社の利害関係人が収集すべき情報は多岐にわたっており、会計帳簿・書類等の会社の財産状況の詳細を開示しうる基礎的資料にあつては、その保持されるべき機密性のレベルにおいて他の会社書類等とは明らかに異なるといえる。したがって、会社法における会計帳簿・書類等以外の既存の書類等に関する閲覧謄写請求権は存置しつつ、会計帳簿・書類等に関しては独立中立機関の調査制度への発展的解消を模索すべきと考える。むしろ、株主総会における質問権のような異なる情報収集手段にあつては、別途存置されるべきである。

（1） 会計帳簿・書類等

会計帳簿・書類等に関しては、機密性が高く、情報がひとたび漏示されれば会社、ひいては全株主に不利益が及ぶこととなるから、利害関係人に原則的に閲覧等の権利を付与するのではなく、独立中立的機関に閲覧等による情報・証拠収集を委ねることが望ましい。かかる閲覧等の請求が会社によって拒絶されれば、裁判所がその利害調整にあたることとなるゆえ、原則的に裁判所が関与する制度とすることには合理性があらう。検査役選任請求権を付与すべき利害関係人は株主と親会社社員とし、当該会社の株主には単独株主権としたうえで、株主および親会社社員の請求に担保提供制度を創設し、責任追及の訴え（八四七条以下）と連動させる。ここでは責任追及の訴えについて、親会社社員にも原告適格を認めることが前提となる<sup>97</sup>。担保提供制度は一でみたように英国に例があり、また、責任追及訴権との連動性は二で取り上げたドイツに学ぶものである<sup>98</sup>。検査役選任請求理由として請求者には会社における違法不正行為の存在の蓋然性と責任追及目的であることを示すことを求める<sup>99</sup>。なお上記いずれの法域においても当該会社の株主による検査役選任請求権については単独株主権とはしておらず、単独株主権とすることは是非が問題となる。英国では株主数で二〇〇名または資本金の一〇分の一、ドイツでは資本金の一〇〇分の一または出資金一〇万ユーロ、フランスでは一〇〇分の五（資本金規模が七五万ユーロを超える場合には緩和）としており、二〇〇二年にヨーロッパ委員会から公表された会社法現代化規整枠組みに関する高度会社法専門家グループ報告書<sup>100</sup>では、資本金の五ないし一〇パーセントの少数株主要件とすることが提言されている。ただし、ドイツとフランスは担保提供制度を規定しておらず、また、英国は少数株主要件と担保提供制度とを併有しているため一で上述したように少数株主のイニシアティブに基づく調査は実務上ほとんど利用されていない。したがって、わが国への示唆を検討するうえで少なくとも当該会社の株主の請求に限って単独株主権とする意義はあらう。もつとも、裁判所の選任による専門家による情報収集が最適な制度枠組みを提示しうるかにについてはなお検討の余地がある。この点については、③で検討する。また、利害関係人のイニシアティブによるべきか

についても検討すべきであり、この点は④に委ねる。

(2) その他の書類等

その他の書類等は、前述のとおり、利害関係人のイニシアティブに基づく閲覧等の権利を存置すべきと考えるが、当該書類等を含む情報の内容・性質に応じ、開示されるべき利害関係人の範囲あるいは利害関係人に応じた行使要件の加重の枠組みはなお検討されるべきであろう。また、書類によっては、会社による拒絶事由の明文化が図られているが、拒絶事由を規定する必要があるのかどうかも問題となる。現行の制度が最善であるとは思われないものの、この点については、書類ごとの個別の検討が必要になると思われるので別の機会に譲りたい。

株主名簿等の利害関係人に対する開示については、個人情報保護の観点から、一で取り上げた英国のように、閲覧謄写は請求により（会社が拒否するという含みがある）請求者の費用負担でもってなされ、請求がなされると情報が開示される当事者（たとえば、株主名簿であれば名簿上の株主）に対し会社がその旨の通知義務を負うこととする枠組みは参考にならないであろうか。会社は請求者の氏名・名称を明らかにしたうえで情報が開示される危険がある者に対し通知または公告を行い、自己の情報に関する開示を望まない者はその旨を会社に申し出ることができる規定を創設してはどうかと考える。

以下、独立中立機関による情報収集の文脈での制度枠組みに関しては、もっぱら会計帳簿・書類等の閲覧権等との制度的統合を念頭に置き、前示の枠組みを前提とした検討を行う。

## ② 検査役選任請求事由の個別化

①で述べたことを踏まえると、会社の業務財産状況の調査を次なる株主等利害関係人の監督是正権行使に向けた情報収集として意義づけられる限り、現行の設立・募集株式の発行等、株主総会のような事項に特化した調査とは調査目的・収集される情報は相容れず、各々個別化されるべきであろう。立法形式としては、ドイツのように一括して条文化し、それぞれを請求事由として列挙する方式もありうるが、請求事由は区分して定めておく必要がある。

## ③ 利害関係の調整主体

現行の裁判所を調整主体として裁判所に検査役を選任させる枠組みは、その後の法的手段への展望に鑑みると、収集される情報の信憑性、証拠能力等の観点で効率的かつ合理的な制度枠組みであると考えられる。わが国のみならず、上記いずれの国においても裁判所が選任主体として（ただし、英国においては裁判所は原則的な選任機関ではない）措置されているのは当然のこととして頷ける。もともと、裁判所を選任主体とすることは制度として必然であるか。すなわち、会社自体が選任主体となり、あるいは、株主や親会社社員自らが民間の独立中立機関へ情報収集を直接委託するということもありえよう。すでに設立および募集株式の発行等の場面では、検査役の調査と専門家の鑑定評価との代替制度が確立されており、検査役の役割を専門家に担わせる枠組みはそれほど異質なものではない。

しかしながら、②における検討とも関連するが、責任追及を前提とした情報収集と設立等の際の財産価値の評価とは、検査・調査の目的・趣旨、あるいは、検査役選任の意義や検査役の役割が異なると考えられるため、検査役の選任手続に裁判所を関与させず、株主・親会社社員が直接専門家へコンタクトをとる枠組みの妥当性にはそもそも疑問がある

うえ、費用負担の点を別とすれば、訴訟準備のため弁護士等へ情報収集を依頼するのとそれほど変わらない。会社の費用でもって専門家に情報収集を依頼することを明文で認めることにはそれなりの意義は認められるものの、会社に費用負担を強いることは、ひいては全株主への費用配分を意味するため、なお慎重な検討が必要である。この点については、⑤で顧慮することとする。

会社あるいは独立中立的な私的機関に専門家の選任を委ねる枠組みはどうか。会社は、経営者のみならずさまざまな利害関係人の利益複合体であると観念できるのであれば、形式的には経営者やいかなる利害関係人からも中立的な存在であるはずである。しかし、経営責任の追及の前段階として措定される前示の調査枠組みでは、会社情報の提供にあたりうるのは実際には責任追及の相手方となりうる経営者であって、会社（経営者）は専門家の選任に重大な利害関係を有することとなり、その独立中立性は強く疑われることとなる。会社に代わり文字どおり独立中立的な機関に委ねるとすれば、そのような機関の候補としては、たとえば、民間の商事仲裁機関や専門家の職能団体などが考えられる。しかし、裁判所に代わり、このような私的機関を選任主体として認めることの有用性が詳らかでない現段階では、この枠組みを強く推すことも、また否定することもできない。このような枠組みの有する意義を裁判所を選任主体とする枠組みとの比較において引き続き検討していく必要がある。

#### ④ 調査手続のヴァリエーション

英国の検査・調査制度は一に述べたように一九世紀の制度から著しく変貌を遂げており、近年頃に公法的性格を帯びてきている。少数株主の選任請求に基づく検査役の検査・調査は、株主数二〇〇名以上または発行済株式の一〇パーセント以上と持株等の資格要件が殊に厳しく、かつ、上限金額が設けられているとはいえ、個人株主にとっては決して低

額とはいえない担保提供が主務大臣の判断で命じられる可能性があるうえ、主務大臣自らによる調査開始手続が後発的に可能になったため、株主は面倒な手続によらず主務大臣に通報することで同等の目的を達せられる。当然の帰結として、株主の請求に基づく検査役選任は実務的にはほとんど利用されない制度となった。しかし、それは、制度利用のインセンティブが適切に与えられていないというだけで、制度の意義がないことを必ずしも意味するものではなからう。二〇〇六年会社法による改正で主務大臣による事後的提訴の規定が廃止されたことは、現在においてもなお株主のインシアティブに基づく検査役選任により少数株主保護を図ろうとする当初の制度趣旨が色褪せていないことを窺わせる。もっとも、この点をわが国の制度設計に汲むとすれば、公益侵害を理由とする調査は会社法というより、むしろ上場・公募会社規制である金融商品取引法（以下、金商法という）等の別立法に包摂すべきことである。現行の金商法上の犯則調査（第九章二一〇条ないし二二七条<sup>(10)</sup>）における任意調査および強制調査の各手続を取引行為外へ拡大させることも考えられよう。立法枠組みの大きな変更により公開会社法のような立法が近い将来成立する方向に誘われていくならば、かかる制度を公開会社法のなかに設けることも考えられる。<sup>(10)</sup> いずれにせよ、公益侵害を伴う事案に関する少数株主等のインシアティブによらない調査は、検査役選任による・よらないを問わず、会社法の枠組みから外すべきである。

### ⑤ 調査費用・報酬の配分

一で検討したように、英国の調査は刑事手続を前提としているため、最終的な費用負担は、その後の裁判の結果刑事責任が確定した者に帰せられることとなっている。ドイツおよびフランスでは、二および三でみたように、調査費用・報酬は会社が負担することとなっている。わが国においても同様である（報酬につき、会社法三五八条三項。会社との

関係は準委任と解されるので、調査費用も会社が負担することとなる(民法六五六条・六四九条、六五〇条)。本稿冒頭で述べたとおり、会社への費用等の配分は一見合理的であるが、当該費用は全株主に按分配分されるため、その妥当性については一考の余地がある。

取締役等に違法不正行為が強く疑われ、会社に損害が生じているような場合には、選任請求者に費用等の負担を強いことは妥当でなく、選任請求費用についても会社が第一次的に負担し(選任請求者による会社への求償を認め)、その後選任請求費用・調査費用等をも会社の損害として取締役等に填補を求めうるとするのが合理的である。その前提として、事後の責任追及等を前提とする場合のみを検査役または専門家の選任事由に限定する必要がある。この点は、上記(1)で提示した請求者による請求理由としての違法不正行為の存在の蓋然性と責任追及目的の提出でもって対応することとする。これ以外の事由に基づく情報収集は、利害関係人の費用負担をもって行う私的調査によるべきである。

実証的研究の成果を踏まえていない本稿において提示しうる最適な調査費用の配分の検討には自ずと限界があり、さしあたりの検討結果はここまでである。本稿における新たな制度設計に向けた考察では、利害関係人による会社情報への直接的アクセス権行使に係るコストとの比較検討を含めることができなかつた。本稿冒頭に示したように、制度構築の前提となる基礎的考察であり、本稿が積み残した最大の課題である。この点については、改めて追究の機会を設けたい。

(94) 書類等の閲覧謄写に裁判所の許可を要するとされている場合を指している。

(95) 山田・前掲注(43)五六七―五六八頁。なお、一本化を提言する近年の論考として、木俣由美「適切な経営監視のための株主の情報収集権―会計帳簿閲覧権を中心に―」産法三八巻一号(二〇〇四年)三七頁。

(96) 酒巻俊雄「龍田節編集代表『逐条解説会社法第4巻』中央経済社(二〇〇八年)四四四頁」石山卓磨」。

(97) 法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」(前掲注(2))参照。によれば、最終完全親会社の総議決権または発行済株式の

百分の一以上を有する株主に、責任追及訴えの提起権を付与している（第2部 親子会社に関する規律 第1 親会社株主の保護等 1 多重代表訴訟）。

(98) なお、現行会社法上検査役選任事由は解釈によるが、違法不正の業務執行により会社財産に損害を及ぼしているかどうか、または取締役に責任を生ずるかどうかを検査役が調査する必要があると疑われる場合であることを要するとした決定例がある（東京高決昭和四〇年四月二七日下民一六卷四号七七〇頁）。

(99) 比較的にみると、検査役等による情報収集制度は、次なる法的手段の可能性を踏まえた帳簿・書類等を限定しない包括的な情報収集（証拠収集・保全）であるところに意義があると考えられる。

(100) 前掲注(78)参照。

(101) 神田秀樹・黒沼悦郎・松尾直彦編『金融商品取引法コンメンタール4』商事法務（二〇一一年）六九一頁以下。

(102) 公開会社法に向けた具体的取組みとして、早稲田大学グローバルCOEプログラム『企業法制と法創造』総合研究所「公開会社法要綱案第一一案」（二〇〇九年）（[http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/koukai\\_kaishahou/2010110-Youkouon11.pdf](http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/koukai_kaishahou/2010110-Youkouon11.pdf)）。

(103) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法（9）』有斐閣（一九八八年）一三四頁「森本滋」。