

# 株主による検査役選任申請後の新株発行 により議決権保有比率が低下した場合、 申請人適格を失うか

来住野 究

最一小決平成18年9月28日

平成18年（許）第12号検査役選任決定申請却下決定に対する抗告審の  
取消決定に対する許可抗告事件

民集60巻7号2634頁，判タ1223号119頁，判時1950号163頁，金判1262  
号42頁

## 【事 実】

本件は、Y株式会社（抗告人）の株主であるX（相手方）らが、Y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べき事由があるとして、平成17年改正前商法294条1項に基づきY会社の検査役選任の申請をした事案である。

Xらが原々審にY会社の検査役選任の申請をした平成17年7月29日の時点では、Xらは合計してY会社の総株主の議決権の約3.2%を有していたが、平成12年にY会社が発行した新株引受権付社債を有していた者の新株引受権の行使を受けて、Y会社が新株を発行したことにより、平成17年8月17日以降は、Xらは合計してもY会社の総株主の議決権の約2.97%しか有しないものとなった。

上記事実関係の下において、原々審（東京地決平成17年9月28日金判1262号51頁）は、商法294条1項の株式保有要件は「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、

株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合、申請人適格を失うか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」とした上で、「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」と判示して、申請を却下した。これに対して、原審（東京高決平成18年2月2日金判1262号46頁）は、「X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X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」から、Xらの検査役選任請求権は消滅しないと判示して原々決定を取り消し、検査役選任の要否等につき更に審理を尽くさせるために、本件を原々審に差し戻す旨の決定をした。そこで、Y会社は、原決定の判断は大審院判例（後掲大決大正10年5月20日）に反するとして抗告した。本決定は、次のように判示して、原決定を破棄して本件を原審に差し戻した。

### 【決定要旨】

「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合法であり却下を免れないと解するのが相当である。」

## 【研究】

決定要旨に賛成する。

1 少数株主権の行使において株主はいつまで所定の議決権保有比率または持株比率（以下、両者を含めて「持株比率」と称することとする）を維持していなければならないかについては、少数株主権の行使としてなされる訴えにおいて、原告株主は訴訟提起時に所定の持株比率を満たしているだけでなく、訴訟終了時まで持株比率を維持していなければならないと解されるため、訴訟提起後に株式譲渡により持株比率が低下した場合、原告適格を失うことになる（大決大正10年5月20日民録27輯947頁、竹田省「判批」法学論叢10巻4号112頁、松岡誠之助「判批」会社判例百選〔新版〕57頁、中村一彦「判批」会社判例百選〔第4版〕145頁。ただし、服部栄三『株式の本質と会社の能力』19頁・同「株式の本質」田中耕太郎編『株式会社法講座第二巻』386頁は、「上告審まで行って始めて判決が確定するというようなときには時間的にあまりに酷なものではなかるうか。第一審の第一回口頭弁論の時期までとか、或いは訴提起の時に要件を充せばよいと考える余地があるのではないかと思う」とする）。これに対して、株主自らの意思によらずに（株主に帰責性のない事由によって）持株比率が低下した場合、原告適格を失うかが問題となる。

この問題につき、従来は、新株発行のように持株比率の低下の原因が会社側にある場合には、原告適格を失わないと解されてきた（取締役解任の訴えにつき、酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』75頁、西本寛一「取締役の解任」愛知学院大学論叢法学研究10巻1号33頁、今井潔『新版注釈会社法(6)』76頁、北沢正啓『会社法〔第6版〕』370頁、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』178頁等。検査役選任請求につき、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法下』458頁、中馬義直『注釈会社法(6)』400頁。少数株主権一般につき、関俊彦『会社法概論〔新訂版〕』76頁、同「株主代表訴訟の原告適格と株式移転」ジュリスト1233号112頁）。判例でも、高松地判昭和60年5月31日金判863号28頁は、商法（平成17年改正前）293条ノ6（会433条）所定

株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合、申請人適格を失うか

の会計帳簿閲覧請求につき、「閲覧請求後の増資手続により、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、かく解さないと会社が増資手続を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。また、後掲名古屋高判平成15年4月23日は、代表訴訟の原告株主が株式移転により原告適格を失うかについて検討する上での傍論ではあるが、「少数株主権の行使を求める訴訟を提起された後に、会社が新株を発行したことにより、少数株主権の行使基準を満たさなくなったとしても、原告適格を失わないと解される」としている。これに対して、持株比率の要件を満たさなくなった以上、原則として原告適格は失われると解すべきであり、例外的に会社が原告適格を失わせる目的で新株発行を行ったなどの事情が認められる場合には、原告適格喪失の抗弁を信義則違反ないし権利濫用により封殺すれば足りると解する可能性を示唆する見解もあった（東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ』8頁〔福田千恵子・神戸由里子執筆〕、『同Ⅱ』657頁〔福田千恵子・藁谷恵美執筆〕）。本決定は、会社の業務及び財産の状況を調査するための検査役選任請求（商294条1項・会358条1項）につき、後者の見解に立つことを最高裁が初めて明らかにした判例である。本決定の考え方が他の少数株主権についても同様にあてはまるか否かは、各権利行使の効果との関連において検討する必要があるが（黒沼悦郎「本件判批」金融商事判例1268号17頁参照）、他の少数株主権にも波及する可能性が高いため、その先例的意義は大きい。

2 会社法上の訴えを提起した株主が会社側の行為によって原告適格を失うかが問題となった判例はいくつかあるため、本決定の評価はこれらの判例との関連において検討することが有益である。まず、株主代表訴訟係属中に株式交換または株式移転により原告株主が完全親会社の株主となった場合につき、判例は一貫して原告株主の原告適格を否定している（東京地判平成13年3月29日判時1748号171頁：興銀事件、名古屋地判平成14年8月8日判時

1800号150頁とその控訴審判決たる名古屋高判平成15年4月23日判例集未登載：東海銀行事件，東京地判平成15年2月6日判時1812号143頁，東京高判平成15年7月24日判時1858号154頁）。これらの判例において指摘されている根拠は，主に形式的な文理解釈であるが，親会社株主が子会社取締役の子会社に対する責任を追及する二重代表訴訟の可否に言及したものもある（前掲東京地判平成15年2月6日，前掲名古屋高判平成15年4月23日，前掲東京高判平成15年7月24日）。また，株主代表訴訟・株主総会決議取消訴訟・新株発行無効訴訟の係属中に，会社の民事再生手続に伴う100%減資により原告株主が株主たる地位を失った場合についても，原告適格が否定されている（東京地判平成16年5月13日判時1861号126頁・東京地判平成16年10月14日判タ1221号294頁：ジャパン石油開発事件）。したがって，本決定もこれらの判例と整合的であると評価しうる。

一方，株式交換・株式移転によって代表訴訟の原告株主の原告適格が否定された判例については，学説は挙ってこれに反対しており（わずかに判例を支持するものとして，大山浩世「判批」法学研究75巻10号117頁以下，小原将照「判批」法学研究77巻11号125頁以下），解釈論として積極的に二重代表訴訟を容認する見解によれば，なおさら原告適格の維持が認められるべきことになる（鳥山恭一「判批」法学セミナー577号118頁，南隅基秀「判批」札幌学院法学18巻2号126頁以下等）。一般論として二重代表訴訟が認められるかどうかはともかくとしても，判例に反対する理由としては主に以下の点が指摘されている（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7頁参照）。①株式交換・株式移転の場合，株式を売却した場合と異なり，株主が自らの意思で株主たる地位を失ったわけではない（江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第4版〕』739頁，加藤勝郎「判批」取締役の法務104号81頁，吉本健一「判批」判例時報1767号183頁，周劍龍「判批」金融商事判例1127号66頁，荒谷裕子「判批」判例時報1885号215頁等）。②株式交換・株式移転の制度が株主代表訴訟を逃れるために濫用されるおそれがある（加藤・前掲81頁，周・前掲67頁，南隅・前掲125頁，荒

株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合、申請人適格を失うか

谷・前掲217頁，佐合美佳「判批」名古屋大学法政論集191号250頁等）。③株主は，完全親会社の株主として，間接的にはあるが，子会社に対する出資を継続しているため，子会社に対して依然として利害関係を有している（江頭・前掲739頁，吉本・前掲183頁，新谷勝「持株会社の創設と株主代表訴訟の原告適格」判例タイムズ1085号34頁等。この点につき，前掲東京地判平成16年5月13日は，「被告らが自らに対する責任追及を免れる目的で，本件再生手続を申し立てて，100パーセント減資の手続により原告の株主たる地位を失わせ」るなど「原告の当事者適格について個別救済を図るべき特段の事情」があれば，原告適格の維持が認められることを示唆しているが，減資自体が無効とされない限り，原告株主が株主としての利害関係を失った以上，例外的に原告適格を維持させるべき理由はないはずである）。④完全親会社が株主代表訴訟により子会社の取締役の責任を追及することはあまり期待できないため，代表訴訟の機能が減殺される（吉本・前掲184頁，南隅・前掲126頁，荒谷・前掲217頁等）。

株主代表訴訟係属中の株式交換・株式移転によって原告株主が原告適格を失うかという問題は，本件の論点と平行に論じられることがあり（株主代表訴訟制度研究会・前掲7頁・13頁），むしろ少数株主権行使として訴えを提起した株主は会社側の行為によって原告適格を失わないという解釈が，株主代表訴訟係属中の株式交換・株式移転によっても原告株主は原告適格を失わないことの根拠として指摘されることもある（佐合・前掲252頁，山田泰弘「結合企業と代表訴訟(1)」高崎経済大学論集45巻2号74頁）。そこで，上記①から④の理由を本件の論点にも援用できるかを検討してみよう。まず，①の理由は本件にもそのままあてはまるものであり，本決定に対する主要な批判として指摘されうる（鳥山恭一「本件判批」法学セミナー627号118頁）。②については，本決定が特段の事情として考慮しているように，会社が意図的に原告株主の原告適格を失わせるために会社法上の制度を濫用するおそれがあり，そのようなことが許されないことはいうまでもないが，だからといって一般的に原告適格の継続を認めるべき根拠にはならない。③について

は、株式交換・株式移転の場合に固有の問題とみることもできるが、これを原告株主の利害関係の程度の変動に関するものと評価すれば、持株比率の低下により少数株主権を行使する株主は会社に対する利害関係が量的に減少したにすぎないから、依然として原告適格を失わないと解する根拠となりうる。④は株式交換・株式移転に固有の問題であり、本件の参考にはならない。

そもそも、当事者適格とは、訴訟物たる特定の権利または法律関係について当事者として訴訟を進行し、本案判決を求めることができる資格であり、訴訟進行権とも称されるように、訴訟提起の要件のみならず訴訟進行の要件でもある。少数株主権の行使としてなされる訴訟についていえば、訴訟提起のみならずその後の訴訟進行もまた権利行使の一環をなす（菊地雄介「本件判批」受験新報673号21頁）。したがって、訴訟係属中に少数株主権行使の要件たる持株比率を下回ったときには、その原因の如何を問わず、原則として訴訟進行権としての原告適格は失うというべきである。株主は自らの意思で持株比率を低下させたわけではないという点については、いったん取得した原告適格はその性質上他者の行為によって奪われることはないという原則が論証される必要があるが、原告適格を維持できるかは、原告株主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な評価による以上、かかる原則は認めがたい。せっかく裁判所で審理してもそれが無駄になってしまうということは訴訟経済上も好ましくはないし、法的安定性に対する配慮も考えられるが、それをどの程度救済するかは立法政策の問題といわざるをえないから、明文の規定なくして原告適格の継続を認めることはできない。したがって、近時の判例の一貫した立場は一般論としては支持されてよい。例外的に原告適格の継続を認めるためには強力な実質的根拠が必要となるが、原告適格継続の是非の判断基準は、喪失した株主の地位とその後地位の実質的な同一性に求められるべきであろう。

株主代表訴訟係属中の株式交換・株式移転は原告適格に影響を及ぼさないと解すべき決定的な根拠は親子会社関係の特殊性に求められ、代表訴訟を進行するための資格（利害関係）において株式交換・株式移転の前後を通じて

株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合、申請人適格を失うか実質的に異なることはないと解される。一方、持株比率の低下は会社に関する利害関係の程度の減少を意味するにすぎず、利害関係そのものを失うわけではないが、商法（会社法）が少数株主権の内容に応じて持株要件を定めているのは、単に権利の濫用を防止するだけではなく（黒沼・前掲16頁参照）、その権利行使の重要性や影響力に応じてそれにふさわしい程度の大きさの利害関係を株主が有していることを要求しているものと解される。そして、その基準は総株主の議決権または発行済株式総数を分母とする割合という相対的なものであり、しかもその分母が授權資本制度や新株予約権制度により株主の知らないところで増加することが予定される以上、株主は原則として持株比率の低下による不利益は甘受せざるをえない。本決定に対しては、株主が新株発行に対抗して株式を買い増すとしても、持株要件を継続的に維持できるとは限らないし（黒沼・前掲16頁）、新株発行を装った検査役選任申請潰しは会社の経営者にとって比較的簡単に実行可能であるが、それを立証することは株主にとって甚だ困難であるから、株主によるコーポレート・ガバナンスの実効性を確保すべきであるという批判もある（周劍龍「本件判批」金融商事判例1265号55頁）。しかし、常に持株比率低下の危険にさらされることは現代会社法における公開会社株主の宿命であり、持株比率の維持に関する株主の利益が原則として保護されない以上、少数株主権への影響もやむをえない。それを問題視するのであれば、持株比率の維持に関する株主保護のあり方自体から根本的に再検討するほかはない。本件の場合、申請人は3%をわずかに下回ったにすぎないため、心情的には申請人の適格を認めたくもなるが、法定の持株比率を大幅に下回れば、それだけ法の要求する利害関係の程度から遠ざかるのであるから、それが株主自らの意思によらないものであっても、申請人の資格を存続させることには躊躇せざるをえない。

したがって、本決定要旨は妥当であり、原告適格が維持されるのは持株比率の低下に会社の恣意が介在しているなど例外的な場合に限られると解すべきである（新株発行が原告株主の持株比率の低下を意図したものであり、会社の権利濫用と評価される場合、持株要件との関係においては新株発行によ



る分母の増加は無視されるという構成により、原告適格の維持が説明されることになる。

3 もっとも、本決定が新会社法の下でもなお維持されるかについては、さらに検討を要する。

新会社法は、判例に対する学説上の批判を受けて、株主代表訴訟係属中に原告株主が株式交換・株式移転により完全親会社の株主となった場合には原告適格を失わない旨の明文規定を置いたため（会851条1項1号）、その趣旨を、少数株主権行使後に持株比率が新株発行により低下した場合にも及ぼせば、原告適格を失わないと解する余地がある。従来の子会社の株主から完全親会社の株主へとその地位が質的に変動した場合にさえ原告適格の継続が認められる以上、持株比率の低下という量的な変動の場合にはなおさら原告適格の継続が認められるようにも思われる。

この点につき、会社法851条1項は、各号所定の場合を除き、株主代表訴訟係属中に株主が株主でなくなった場合には原則として原告適格を失うことを明確にするものであるが（相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務295号）218頁〔相澤哲・葉玉匡美・湯川毅執筆〕）、株主代表訴訟以外の会社法上の訴えについても、組織再編行為後も原告株主の会社に対する利害関係が継続し、かつ組織再編行為により当該訴訟の訴えの利益が消滅しない限り、当該株主は原告適格を失わないと説明されている（江頭憲治郎『『会社法制の現代化に関する要綱案』の解説〔Ⅲ〕』商事法務1723号9頁）。とすれば、会社法851条1項は、組織再編行為の効果の特殊性、特に株式交換・株式移転・三角合併による完全親子会社創設に伴う親会社株主の株主権の縮減に対応した規定であるから、二重代表訴訟容認の解釈論的根拠または立法論的布石にはなりえても、会社の行為により株主の持株比率が減少した場合にまで類推適用できるようなものではないことになる。