

Title	取締役の会社に対する会計帳簿閲覧謄写請求権：東京地判平成23・10・18金判1421号60頁
Sub Title	Does a director have a right to inspect company books and financial records in Japan?
Author	高田, 晴仁(Takada, Haruhito)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2022
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.48 (2022. 3) ,p.159- 180
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	岡野谷知広教授・庄司克宏教授・菅原貴与志教授・増田晋教授・山手正史教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20220331-0159

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

取締役の会社に対する 会計帳簿閲覧謄写請求権

—東京地判平成 23・10・18 金判 1421 号 60 頁—

高 田 晴 仁

1. はじめに
2. 事案と判旨
3. 取締役の会計帳簿閲覧謄写請求権の法的根拠
4. 取締役の責任との関係
5. 業務・財産調査権の抑制論

1. はじめに

取締役には自社の会計帳簿を閲覧謄写する権利はあるか、といういささか奇異に聞こえる問題について、東京地判平成 23 年 10 月 18 日（金融・商事判例 1421 号 60 頁）は、「取締役がその地位に基づき会社に対して会計帳簿の閲覧謄写を求める権利を有するとはいえない」として、これを否定する判断を下した（以下、「本件判決」という）。

登載誌の匿名コメント欄は、「本判決は、東京地方裁判所の商事事件の専門部である民事第 8 部に所属する裁判官の判決である。単独体の判決であるが、本判決の判示する問題の重要性に鑑みると、商事部の全体的な見解ないし意向を反映した判断が示されているのではないかと窺われなくもなく、そうであれば、本判決の示した判断が今後の裁判実務に与える影響は少なくないものがある」と指摘し、この種の文章にしては珍しく高揚した調子で、「今後盛んな議論が期待されるところであって、最終的には、最高裁の判断が待たれる問題であるといって差し支えない」（上掲 62 頁）と述べた。

しかし残念ながら、その後、10年が経過した現在に至るまで、この問題が特段クローズアップされているようには見受けられない。だが、取締役の会計帳簿の閲覧謄写権を、より広く取締役の業務・財産調査権のひとつと捉えるならば、自ら業務執行を決定し、自ら執行する伝統的な取締役会（「マネジメント・ボード」）では、取締役が監視義務を負うことと、取締役の業務・財産調査権がないという考え方は整合するののか、また、特に監督と執行を分離し、取締役会が監督を担う「モニタリング・モデル」では、取締役会のメンバー、とくに独立社外取締役には取締役の業務・財産調査権がないという考え方は、内部統制システム構築義務との関係で妥当なのか¹⁾、と議論が拡がり、現代のコーポレートガバナンス論の基礎に横たわる大きな問題であるといえそうである。

そこで、本稿では、まず本件判決の事案と判旨を一瞥したのち、かかる法的論点が生じた原因を分析し、現在の株式会社のガバナンスをめぐる議論への影響を検討してみたい。

2. 事案と判旨

本件判決の事案は、取締役が自社に対して会計帳簿の閲覧謄写を求めて訴えを提起した比較的珍しい事件である。

株式会社甲田エンタープライズ（被告、以下「Y社」という）は、昭和59年2月1日に設立された不動産の売買、仲介および賃貸等を目的とする株式会社であり、非公開会社かつ非大会社であり、取締役会を設置している（代表取締役は甲田花子であり、以下「A」という）。

取締役の甲田一男（原告、以下「X」という）は、「取締役は、その職務を履行するため、会社に対し、会計帳簿等の閲覧謄写を請求することができる」と主張して、取締役としての地位にもとづいて、平成18年度から直近年度までの会計帳簿（総勘定元帳、手形小切手元帳、現金出納帳、預金出納帳、会計用伝票）

1) 弥永真生「社外取締役と情報収集等」商事法務2028号6頁以下（2014年）、弥永真生「会社の計算に関するいくつかの課題」商事法務2153号15-16頁（2017年）。

またはこれに関する資料の閲覧を求めて訴えを提起した。これに対して Y 社は「取締役が会社に対して会計帳簿等の閲覧謄写を請求できる旨の法令の規定は存在しない」と争った。

X がこのような訴えを提起した理由は、明らかではない。おそらくは同族企業の内紛を契機とする訴訟であろうと推測されるものの（Y 社代表取締役 A、取締役 X の氏は「甲田」であり、Y 社の商号にも「甲田」が含まれる）、A と X との間にはいかなる利害の衝突や紛争があり、いかなる目的で X が会計帳簿の閲覧を求めたのかを具体的に窺いうる材料は、極めて簡潔な判決文にはいっさい示されていない²⁾。さらに、Y 社には監査役（または稀には会計参与）が設置されているはずであるが、本件に関していかなる行動をとったのか（とらなかったのか）についても不明である。

ことに株主であれば会計帳簿の閲覧請求（会 433 条）をなしうるのに、本件では原告 X が株主としてではなく、取締役として会計帳簿の閲覧を求めているのは、X が 433 条の要件を充たさないからなのか、それともほかに事情があったからなのかも判決文からは何もくみ取ることができない（検査役選任請求（会 358 条 1 項）についても同様である）。

判旨は、紛争の実態に踏み込むことなく、ごく抽象的に、取締役が会社に対して「会計帳簿等閲覧請求権」を有するか否かという点のみを取り上げ、つぎのように判示して、X の請求を棄却した。

「(1) 会社法及び関連法令（会社法 330 条により会社と取締役との関係を規律するものとされる委任に関する規定を含む。）上、取締役の会社に対する会計帳簿等閲覧謄写請求権の根拠となる規定は、存在しない。

(2) 本争点に関し、原告は、取締役はその職務を履行するために会計帳簿等の閲覧謄写を請求することができる旨主張する。

確かに、取締役が、その会社に対する義務である善管注意義務及び忠実義務

2) 弥永真生「本件解説」ジュリスト 1450 号 2 頁（2013 年）によれば、本件は X の控訴後、取下げによって確定したという。

を十全に尽くすためには、通常、会社の会計帳簿等を少なくとも閲覧し得ることが必要であるといえることができる。

しかし、取締役からその会社に対する義務の履行に必要な行為であるとして会計帳簿等の閲覧等を求められた会社が、正当な理由なしにこれを拒む場合において、当該不当拒絶により取締役の義務の履行が不能となったときには、その履行が不能となった義務の違反に基づく取締役の責任が会社又は第三者から追及される局面において、当該不当拒絶の事実を取締役のために斟酌し得るものと解すれば足り、取締役の利益が不当に損なわれることがないようにするために、訴えをもって履行を求めることができる権利としての取締役の会計帳簿等閲覧謄写請求権をあえて観念するまでの必要はなく、相当でもない。

そうすると、実質的にみても、原告の上記主張には的確な根拠がないものというべきであって、これを採用することはできない。

(3) 以上によれば、取締役がその地位に基づき会社に対して会計帳簿等の閲覧謄写を求める権利を有するとはいえない。

したがって、原告がその取締役としての地位に基づき被告に対して別紙目録記載の会計帳簿等の閲覧謄写を求める権利を有するとの原告主張も、法的根拠がないことに帰する。」

要するに、本件判決は、結論として、取締役はその地位にもとづいて、会社に対し、「訴えをもって履行を求めることができる権利としての」会計帳簿閲覧請求権を有しないという。

その理由として、第一に、根拠規定が存在しないという形式的な点を挙げ、また、第二に、実質的な理由として、取締役が事後に会社または第三者から責任を追及される局面において、会社から不当に会計帳簿の閲覧を拒絶されたという事情を斟酌しうるものと解すれば足りるのであって、訴えをもって履行を求めることができる権利としての取締役の会計帳簿閲覧謄写請求権をあえて観念する必要性も相当性もない、という点を挙げている。

3. 取締役の会計帳簿閲覧謄写請求権の法的根拠

(1) 監視義務との関係

まず、上記の第一点の根拠規定がないという点に関しては、代表的な体系書のひとつもまた「取締役についても会計帳簿等閲覧等請求権を認めた裁判例があるが（名古屋地決平成7・2・20判タ938号223頁）、法的根拠がなく、現行法のもとでは、取締役はそのような権利を有しないと解すべきである（東京地判平成23・10・18金判1421号60頁）」³⁾として本件判旨を支持している。しかし、いったい根拠規定なくしては、会計帳簿閲覧謄写請求権は認められないものであろうか。

この点、上記の体系書も引用する名古屋地決平成7年2月20日は、「商法上取締役の会計帳簿等の閲覧謄写に関する明文の規定はないが、会社の業務を執行し、経営に参画するという取締役の職務の性質上、職務に必要な限り会社の会計帳簿等の閲覧謄写を求める権限を有すると解すべきである」としてこれを基本的に認めつつも、「しかし、取締役は、一方では会社に対し忠実義務を負うのであるから、取締役が自己又は第三者の利益を図る目的で帳簿等の閲覧謄写を求めた場合には、会社は権利の濫用として、これを拒むことができるというべきである」と判示し、結論的に原告の請求を認めなかった。

権利濫用論の前提として、この裁判例は、明文の規定はなくとも、「会社の業務を執行し、経営に参画するという取締役の職務の性質」から演繹的に取締役の会計帳簿の閲覧謄写権を認めたわけである（抗告後の名古屋高決平成8年2月7日判タ938号223頁も同旨）。

もっとも、昭和25年に取締役会が法定された後は、現在の取締役会設置会社に至るまで、取締役が業務を執行し、経営に参画する権限は、個々の取締役に付与されるものではなく、取締役会の機関権限に由来するものである⁴⁾。取締役の「職務」は、機関としての「権限」を前提とするものであるが、個々の

3) 田中亘『会社法〔第3版〕』（東京大学出版会、2021）475頁。なお、田中亘「改正公益通報者保護法の商法学上の論点」ジュリスト1552号53頁（2020）。

取締役は会社の機関ではないのであるから、正しくいえば、会社の機関である取締役会を通じて業務を執行し、経営に参画することが個々の取締役の職務というべきものである。

取締役の監視義務のリーディング・ケースである最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁（以下では、最判昭和48年という）は、零細企業の平取締役の代表取締役に対する監視義務について、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有する」と判示して、取締役会が、代表取締役の業務執行一般を監督する権限の主体であることを明らかにした。

昭和25年の商法改正により、それ以前には監査役が有していた「業務執行につき監査する地位」が取締役会に移行され、監査役は実質的に廃止のうえ、職業的会計士であることを要しない会計監査役（名称は従前と変わらず「監査役」）が設けられた⁵⁾。したがって、最判昭和48年の当時には、業務執行監査の主体は、監査役ではなく取締役会である⁶⁾。上記の判旨では、現在の会社法

4) 昭和25年改正前商法260条「会社ノ業務執行ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ取締役ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス」は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス」と改正された。改正前の各自執行・各自代表の取締役は、業務執行を過半数の方法で意思決定し、各自が実行すべき機関であったが（会議を招集するほか回り持ちでもよい）、改正後は、取締役全員をもってひとつの「取締役会」という機関を構成し、機関権限は会議体に帰属し、機関決定は、会議体の多数決によるものとされた。大隅健一郎「代表取締役の地位」同『商事法研究（下）』（有斐閣、1993）15頁。

5) 倉澤康一郎「監査機構」同『株式会社監査機構のあり方』（慶應義塾大学出版会、2007）123頁、高田晴仁「日本商法の源流・ロエスレル草案」同『商法の源流と解釈』（日本評論社、2021）334頁。

6) 昭和49年商法改正で監査役の業務監査権が復活したため、それ以後は、業務監査については監査役と取締役会がオーバーラップすることとなった。両者の関係につき、江頭憲治郎『株式会社法〔第8版〕』（有斐閣、2021）555頁注(3)参照。

でいえば、「監督」という文言を用いるところを（会362条2項2号）、「監査」と表現したのは、そのような経緯によるものであった⁷⁾。

最判昭和48年を受けて、昭和56年商法改正では、「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」（260条1項）として取締役会の監督権を明文化し⁸⁾、これを引き継いだ会社法は「取締役の職務の執行の監督」を取締役会の「職務」であるものと定めている（362条1項2号）。会社機関の「職務」は、一定の職務権限の裏づけなくしては、遂行不能であるから、会社法の規定は、取締役会の監督権限を裏から定めたものといってよい⁹⁾。

しかし、そのことから直ちに、業務・財産調査権（会計帳簿の閲覧謄写請求権もこれに含まれる¹⁰⁾。以下、同じ）は「取締役会による監督であるから、個々の取締役にあるのではなく、取締役会にあり、したがって、取締役会を通じてのみ行使できるものと解するべきであろう¹¹⁾」といえるかは問題である。というのも、取締役会設置会社の業務執行権の所在および取締役会設置会社の監

7) 藤田友敬「取締役会の監督機能と取締役の監視義務・内部統制システム構築義務」尾崎安央＝川島いづみ＝若林泰伸編『上村達男先生古稀記念 公開会社法と資本市場の法理』（商事法務、2019年）359頁注(3)、362頁注(11)。

8) 竹内昭夫『改正会社法解説〔新版〕』（有斐閣、1983年）153頁。

9) 権限と職務の関係について付言すると、最判昭和48年5月22日は監視義務違反による平取締役（実質的には従業員である名目的取締役）の第三者責任が問われた事案であり、監視義務違反も法文にいう「取締役ガ其ノ職務ヲ行フニ付……」（平成17年改正前商266条ノ3、会429条）に該当するという文脈で「職務」という文言を使用したまでである。決して監視は「取締役の義務ではあるが取締役に監視する権限はない」という意味ではない。取締役に権限のない事柄を法的に義務づけることなどできないからである（反対に、権限が付与されているならば、それを適切に行行使することは取締役の義務である）。また、会社法上の文言も、取締役会の「職務」（362条2項）が権限を意味していることは362条に付された見出し（条文の一部である）が「取締役会の権限等」とされているところからも明らかである。

10) 江頭・前掲注6) 431頁注(7)。

11) 落合誠一編『会社法コンメンタール8——機関(2)』（商事法務、2009）219頁〔落合誠一〕。なお、本文中で引用した一節に続けて、「もっとも取締役会がその決議をもって個々の取締役のいずれかに取締役会が有する業務・財産調査権の全部または一部の行使を認めることは差し支えない」と付言されている。

督の意義については、昭和25年の取締役会制度の導入時から学説が分かれているからである。

通説は、各取締役が取締役会のメンバーとして業務執行の意思決定に参加するほか、代表取締役として選定された取締役が取締役会の意思決定を[・]実行し、かつ重要な業務執行以外の意思決定と実行を委ねられるものと解している¹²⁾。すなわち、取締役会は、株主総会と同様に会社内部の意思を決定する機関にすぎず、会議体としての性質上自ら執行にはあたりえないことから、執行および代表機関としての代表取締役が必要となり、株式会社の業務執行機関はこの2つに分かれている、という。このような通説の考え方によれば、執行は代表取締役の職務権限であるが、それは取締役会の意思決定に反するものであってはならず、したがって取締役会は、特に代表取締役の解職権（会362条2項3号）をもって、代表取締役の業務執行を監督する。意思決定機関である取締役会が業務執行機関を監督するという形で、いわば並列的な機関による監督ということになる。

これに対して、業務執行の権限とは、いかなる業務をいかに執行するかを決定しかつその決定を執行する権限を包含しているのであって、かかる業務執行権限は取締役会に属するものとする有力な反対説がある¹³⁾。この反対説によ

12) 田中耕太郎『改訂会社法概論 上巻』（岩波書店、1955）117頁、同『下巻』392-292頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣、1994）265-266頁、石井照久『会社法上巻（商法Ⅱ）〔第2版〕』（勁草書房、1972）300-301頁、松田二郎『会社法概論』（岩波書店、1968）214頁、218頁。

13) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論 中巻〔第3版〕』（有斐閣、1992）146-147頁、大隅・前掲注4）12-14頁、津田利治「取締役会の権限を繞る二三の問題」および「業務の決定と業務の実行——取締役会の権限と関連して」同『会社法以前』（慶應義塾大学出版会、2003）392-399頁、483-511頁。もっとも、大隅＝今井・前掲212-213頁は、代表取締役は、業務に関する代表権の規定は、代表取締役が原則として会社の営業に関する一切の行為につき業務執行の権限を有することを前提とするものと解している。業務執行権限の由来は取締役会にあるものの、実際には、常に代表取締役に包括的に委任されていると解するものである。これに対して、津田・前掲396-400頁および502-511頁は、代表取締役の機関権限は会社業務の代表権のみであって、業務執行権を有するという法的根拠に欠けるものと指摘する。

れば、代表取締役の権限は取締役会の権限に由来するものであり、代表取締役はいわば取締役会の派生機関であって、会社の本来の業務執行権限は取締役会にある。通説は、会議室で行われる取締役会の「会議」を念頭に置いて、取締役会は業務の執行には向いていないというが、会議 (meeting) は取締役会 (Board of Directors) の活動形態にすぎず、会議と会社機関としての取締役会とは区別しなければならない。取締役会が有する業務執行権限の行使を下位の機関に委ねる形で行使することは法的には十分可能であり、代表取締役がその下位の機関に相当する、という。この反対説からは、会社の業務執行について一切の権限を有する取締役会がその権限の一部を委譲した代表取締役または業務執行取締役の活動につき監督権を有するのは、一種の復代理人の監督として当然である¹⁴⁾。

右の両者の対立については、平成 14 年の商法改正では、代表取締役および業務執行取締役への業務執行の委任の明文が置かれ (260 条 3 項)、これが会社法に引き継がれたことによって (会 363 条)、有力説がより説得力を増したというべきであろう¹⁵⁾。筆者は現行会社法の理解としてこの立場をとりたい。

もっとも、以上の議論は、昭和 56 年改正によって、取締役会が取締役の職務の執行の「監督」権限を明定して以後は、理論上の説明にすぎず、いずれに解したとしても、明文の根拠のない取締役の会計帳簿等閲覧・謄写請求は認め

14) 大隅=今井・前掲注 13) 188 頁、倉澤康一郎「取締役の監視義務について」同『会社法の論理』(中央経済社、1979) 182 頁。

15) たとえば、通説をとる石井・前掲注 12) 332 頁は、「取締役会が会議体であることに鑑^{ママ}がみ、法は取締役会としては単に業務執行に関する意思決定のみをなして広義の業務執行についての監督作用を担当するという方式を予定するとともに、業務執行行為については特別に規定しないことによって、代表取締役が取締役会で決定された事項の執行機関である趣旨を定めたもの」と解していた(圏点引用者)。会社法 363 条は、代表取締役のみならず、業務執行取締役の業務執行権限が取締役に由来すること、反面からいえば、法によって代表取締役に対してオリジナルに業務執行権が付与されたものではないことを明確にしたものといえ、派生機関説に有利に働くというべきであろう。しかも、このような立法は、大隅・前掲注 4) 21 頁注(1)によって古くから主張されていたものである(大隅論文の初出は 1948 年。大隅=今井・前掲注 13) 212 頁も参照)。

られるか、というここでの問題についての結論には影響がないようにも思える。

しかし、上述の有力説の立場では、「監督」権限は、明文の有無にかかわらず、取締役会が自己から派生した下部機関に対して理論上当然に有すべき機関権限である。

いま再び有力説の立場から比喩的にいえば、取締役会の権限は取締役全員が合有するものであり¹⁶⁾、一種の“取締役団”であるといってもよい¹⁷⁾。取締役会の「監督」権限もまた、各取締役の合有に帰する。

このような一種の“取締役団”としての取締役会は、会議を開催している間だけ存在するのではなく、法的には、常時存在していなければならない。取締役会の活動形態である会議以外の時間も、各取締役は、必要があれば、いつでも招集手続を践むべき義務を負っている（昭和56年改正商法259条2項・3項〔会366条2項・3項〕は、各取締役の取締役会招集権を明定した）。したがって、潜在的には、機関としての取締役会は常にスタンバイ状態にあるといってもよい。各取締役が取締役の職務の執行について疑念を差し挟むべき事情に気づいたときには、招集権者に取締役会を招集することを求め、または自ら招集し、事実関係を聴取するなどの調査のため行動をとることが善管注意義務を尽くすゆえんである。その結果、代表取締役に違法・不当な業務執行が明らかになった場合には、これを中止・是正することを求め¹⁸⁾、それが奏功しない場合には、究極的には代表取締役の解職という手段をとるべきことになる。

もっとも、たまたま偶然に取締役の職務の執行について疑念を差し挟む事情を見聞きしたときに限ってそのような調査に動くのでは、実際上ほぼ無意味である。

そこで、最判昭和48年がいう「代表取締役の業務執行一般につき、これを

16) 大隅・前掲注4) 13頁。

17) 川島いづみ「コーポレートガバナンス・コードとイギリス会社法」鳥山恭一＝中村信男＝高田晴仁編『岸田雅雄先生古稀記念論文集 現代商事法の諸問題』（成文堂、2016）256頁。

18) 龍田節「第三者の直接損害と商法266条の3の適用（判批）」法学論叢66巻3号98頁（1959）。

監視」するには、適切な手段が必要である。代表取締役の業務執行に関する事実の調査・収集——会計帳簿の閲覧謄写請求権はその主要なひとつ¹⁹⁾——が必要なのは当然であって、そうでなければそもそも取締役会を招集する「必要がある」か否かも判然とせず、また、取締役会を開催しても代表取締役がその場で自らの非違行為を否認したときに事実の根拠をもってこれに迫ることもできない。

さらには、日頃から疑念を生じさせる事情を見逃さないために、取締役は、業務に関連する法令や規則の順守状況を含む、会社内部の重要な行動、出来事、状況に関する情報を業務執行取締役および取締役会に伝えるため、会社内部の情報収集および報告システムを確保する義務、すなわち内部統制システム構築義務を負うはずである²⁰⁾。

このような昭和48年最判の理解に対しては、判示中では取締役には代表取締役の職務執行一般を監視する「職務」があるというのみで、取締役に業務・財産調査権限があるとまでは明示しておらず、結局のところ、監督権限を行使する主体は、あくまで取締役会であって、各取締役は取締役会での質疑や決議参加という形でしか監督権限を行使しえないという反論ないし批判も予想しうる。

上述のように、取締役会による監督とされている法文から個々の取締役に業務・財産調査権がないと解する立場が現在の通説と目されており²¹⁾、これによれば、個々の取締役に取締役会の授権がないかぎり、取締役は業務・財

19) 例えば決算取締役会の意思決定にあたり(会436条3項)、なお調査が必要と考えられるにもかかわらず、会社が調査に協力しない場合には、業務執行の決定(会362条2項1号)に際して会計帳簿閲覧謄写請求権を行使すべきものと考えられる。弥永・前掲注1) 商事法務2028号9頁。

20) 伊勢田道仁『内部統制と会社役員の法的責任』(中央経済社、2018)53頁(ケアマーク事件)。

21) 江頭・前掲注6)431頁注(7)。なお、弥永・前掲注1)商事法務2028号8頁は、これとは反対に、各取締役が会計帳簿閲覧請求権を有する学説が「多数説のようである」と評価している。

産調査権を行使できない²²⁾ こととされる。

しかし、そのような議論は、取締役の監視義務を認めた最判昭和48年の当時には、未だ取締役会による取締役の職務執行の「監督」の明文は設けられておらず、その反対に、同判決を受ける形で、昭和56年に「監督」の規定が設けられたという経緯を素通りするものであろう。つまり、監視義務は、取締役会の監督権限を源として根拠規定なくして判例上認められたのであり、監視義務のコロラリーとして、会計帳簿閲覧謄写請求権を含む業務・財産調査権が理論の上で導かれるものと考えらるならば、これもまた明文なくして認められるべきことになるはずである²³⁾。

この点で、先に述べた取締役会と代表取締役の関係について、通説は、取締役会は会議室で行われる会議であり、監視義務といっても、会議の席上、取締役が相互に提出資料や質疑応答を監視しあうというところから出発している。そこで、非上程事項やそもそも会議が長期間にわたって招集されていない場合は、席上の監視では不足ないし無意味であるから、そのような場合には監視義務を会議室の外にまで拡大せざるをえない、という形で最判昭和48年を理解することになりやすく²⁴⁾、会議室の外での各取締役の業務・財産調査権を認めると、取締役の責任を加重することになるから、積極的な明文の根拠が要るものという考え方に結びつきやすいものと考えられる。いずれにせよ、生の形の利益考量が正面に出てこざるをえず、しかも解釈論であるよりは政策的な立法論の問題となる。

22) 落合・前掲注11)は、取締役会決議をもって個々の取締役のいずれかに取締役会が有する業務・財産調査権の全部または一部の行使を認めることは差し支えない、とするが、裏返していえば、この考え方では、取締役会の多数派により、各取締役の調査の範囲がコントロールされることになる。

23) 矢沢惇「違法配当と取締役の責任」鈴木竹雄＝大隅健一郎編『商法演習Ⅰ（会社法(1)）〔改訂版〕』（有斐閣、1966）168頁は、未だ取締役の監督権の規定のない時代に、英米法に依拠して、取締役の業務・財産調査権に言及している。

24) その典型的な例として、塩田親文＝吉川義春『総合判例研究叢書 商法（11）取締役の第三者に対する責任』（有斐閣、1968）66-67頁。

なお、立法論としては、昭和 61 年 5 月 15 日付けで法務省民事局参事官室が公表した「商法・有限会社法改正試案」の二九は、「株式会社、有限会社とも、代表権のない取締役に業務調査権（商法 274 条 2 項参照）を認める」との提案を行っているが、結局のところ実現を見なかった。

その実現を見なかったことの意味については、立法によって付与されなかったのであるから取締役の業務・財産調査権は現行法上認められない、という本件判旨と同様の否定的な見方と、それとは反対に、解釈上認めうるから（または解釈に任される問題であるから）特に立法措置をしなかった、という 2 つの見方がありうる²⁵⁾。立法過程で、いずれの立場が採られたのかは立法資料が公開されていない現状では、残念ながら詳細な検証をすることはできない²⁶⁾。いずれにせよ、この一事をもって、取締役には業務・財産調査権がないと結論づけることはできない。

(2) 選定監査委員・選定監査等委員との関係

本件判旨の考え方に対しては、まさに本件の Y 社のような、閉鎖型の会社については、取締役は大株主または大株主の派遣者である場合が多いので強い監督権限を認めることが望ましいこと（会 592 条参照）、および、取締役会設置会社であっても監査役設置会社（会 2 条 9 号）以外においては監査役による報告徴収・調査がないこと（会 327 条 2 項但書、389 条 1 項）に鑑み、指名委員会等設置会社・監査等委員会設置会社を除いて（会 399 条の 3 第 1 項・405 条 1 項）、取締役会を構成する個々の取締役が単独でその業務・財産調査権を行使できると解すべきであり、調査を拒まれた取締役は会社を被告として帳簿の閲覧等を請求できるものと解する有力説がある²⁷⁾。

25) 山脇千佳「本件判批」法学（東北大学）78 卷 387-388 頁（2014）、張笑男「本件判批」商事法務 2131 号 48-49 頁（2017）参照。

26) 昭和 56 年商法改正に関与した味村治氏は、取締役は会社の業務執行全般に対する監視義務を負うものとして株主総会で選任されていることから、取締役の職務執行を監督・監視するために調査権を肯定する学説が多数説であると認めている。稲葉威雄ほか編『実務相談株式会社法 3〔新訂版〕』（商事法務研究会、1992）130-134 頁。

上記の見解とは異なり、本稿では、公開会社・非公開会社を問わず、また、監査役設置会社であるかを問わず、解釈論として各取締役・業務・財産調査権を認めるべきことを述べてきた。ここではとくに、平成14年および平成26年の立法による指名委員会等設置会社および監査等委員会設置会社の規定ぶりが、会社法が一般的に取締役の業務・財産調査権を否定する態度を示しているものと解釈されるのか、という点を検討したい。というのも、上記の見解が指名委員会等設置会社・監査等委員会設置会社を除外するのは、「選定」された監査委員（会405条1項・2項）・監査等委員（399条の3第1項・2項）のみが、会社およびその子会社の業務・財産調査権を有するという条文の書きぶりによるものだからである²⁸⁾。

取締役会を構成する各取締役に業務・財産調査権があることを原則とする本稿の立場からすると、現行法は、そのような本来の原則を実務上の合理性の観点²⁹⁾から制限し、取締役のうち監査委員会・監査等委員会によって「選定」された監査委員・監査等委員だけに限り、その者が監査委員会・監査等委員会の決議に従うことを条件として（405条4項、399条の3第4項）、業務・財産調査権を付与したというべきことになる。だが、報告の徴収・調査に関する事項については、監査委員会・監査等委員会の決議によるコントロールの下に置かれることから、業務・財産調査権の主体は、突き詰めると監査委員会・監査等委員会であり、立法上、監査役の独任制とは一線が画されている、といえそうである。

しかし、考えてみると、現行法上、「選定」の方法は、監査委員会・監査等委員会の決議（互選）によるものであるが、選定される委員の員数に制限はな

27) 江頭・前掲注6) 431頁注(7)。

28) 江頭・前掲注6) 586頁注(3)。

29) 監査委員・監査等委員が監査役と異なり独任制の形をとらない理由は、監査役のように自身で業務・財産の状況の調査等を行うことは想定されておらず、調査等は、必要があれば内部統制部門に対し指示する形で行われるため、もし「内部統制部門に対し指示が複数の者からなされることになると、組織が混乱するから」である、と説明されている。江頭・前掲注6) 595頁、616頁。

く、この点は会社の自治に任されている。実務上は、監査委員会・監査等委員会の委員長や議長等の代表者を「選定」するのが一般的であろう。だが、法的に監査委員・監査等委員の全員を「選定」してはならないという制限はない。

むしろ、理論的には各取締役に業務・財産調査権があるという原則の方向に戻る意味で、監査委員・監査等委員の全員を「選定」し、各監査委員・各監査等委員に業務・財産調査権を付与することは可能であると解される。監査委員・監査等委員の全員が違法行為の差止請求権をもつことを考えても（407条、399条の4）、それは決して異例な方法ではない³⁰⁾。しかも、そのような方法をとれば、監査役の独任制に接近し、選定委員（委員長や議長等）に対する委員会内部の牽制効果も期待される。

もっとも、少数派の監査委員・監査等委員は、業務・財産調査権の行使について多数派による委員会の決議に従わざるを得ないところに監査役の独任制とは異なる現行法上の限界があると一応はいえる。しかし、調査事項の限定が不合理である場合や、選定されていない監査委員・監査等委員が従業員などから内部告発を受けた場合などには、組織的監査の名の下に、各監査委員・監査等委員の業務・財産調査権の行使に掣肘を加える理由に乏しい³¹⁾。

さらに、現行法の書きぶりから、監査委員・監査等委員以外の取締役には、業務・財産調査権はまったく与えられていないというべきなのであろうか。振り返ってみれば、平成14年商法改正および平成26年会社法改正では、従来の監査役会の機能を監査委員会、監査等委員会に移行したことから、監査委員、監査等委員には（各委員会で選定されることを条件として）業務・財産調査権があり、それ以外の取締役には、業務・財産調査権がない、という形でそれぞれの地位を差違化する意図があったということであろう。

これはちょうど、昭和25年の商法改正で、従来の監査役の業務監査権を取締役会に移行したことと類似している。しかし、昭和25年の商法改正との相

30) 岡田昌浩「委員会等設置会社における監査・監督制度（二）」法学論叢153号5号83頁（2003）。

31) 岡田・前掲注30）82頁。

違は、取締役会全体ではなく、取締役会内部の特定の委員会——監査委員会、監査等委員会——に監査権限を移行したという点にある（会 327 条 4 項）。

そこで、これを細かくみると、昭和 25 年の商法改正とは異なり、(1)取締役会内の一部機関に集中して監査権限を移行したのか、それとも、(2)取締役全体に権限を移行し、これをさらに特定の委員会に権限委譲したのか、という区別が可能である。監査等委員会は、従来の監査役と同じく株主総会の決議によりメンバーが構成されるのであるから（329 条 2 項）、上記の(1)にあたり、他方、監査委員会は取締役会の決議によりメンバーが構成されるのであるから（会 400 条 2 項・401 条 1 項）、上記の(2)にあたるといえるであろう（モニタリング・モデルとの関係は後述する）。

したがって、(1)監査等委員会設置会社では、監査等委員とそれ以外の取締役の関係は、従来の監査役と取締役との関係と同様であり、取締役会の監督権（会 399 条の 13 第 1 項 2 号）を反映して各取締役は、本来、業務・財産調査権を有するものと解される³²⁾。

他方、(2)指名委員会等設置会社では、いわゆる「モニタリング・モデル」をとる。取締役会の権限そのものが、下部機関であり、大幅に業務執行権限を委譲した CEO および執行役の業務執行の監督（会 416 条 1 項 1 号）——業績評

32) 従来の監査役設置会社においても、各取締役の業務・財産調査権が認められると解する立場からすると、監査役が「取締役監査等委員」として取締役会のメンバーになった途端に、他のメンバーの調査権が奪われる（制限される）根拠の説明が難しい。一般に言われるような内部統制に対する指示を一本化して、組織の混乱を避ける必要がある（前掲注 29）のは当然であるが、それはあくまで「平時」の職務はそうに行うのが合理的であるということにとどまるのであって、監査等委員会の内部で意見対立が生じる等により、機能不全となった場合に、他の取締役には業務・財産調査権がなく、傍観しているしかないという解釈はとりづらいのではないか。これは取締役会規程ないしは監査等委員会規程で定めておくべき事柄であろうが、平時ばかりを想定していると、緊急時の対応がかえって混乱することは、われわれの経験が教えるところである。

その意味で、会社の内紛その他の事情により取締役会を通した調査が機能し得ない実態がある「例外的な場合」に限って、個々の取締役の単独の調査を認めるべきとする鳥山恭一「本件解説」法学セミナー 703 号 145 頁は、事実上、広い範囲で調査権を肯定する立場といえようか。

価にもとづく適切な処遇——という上下のタテ型であり、監査委員とそれ以外の取締役の関係は、従来のヨコ型の監査役と取締役との関係とは大きく異なり、全員が執行役の業務執行の監督を職務とするボードの構成員である。しかも、取締役会内部の権限分配（職務分担）によって、CEO および執行役に対する監査権限を監査委員に法的に委譲しなければならない（会 404 条 2 項 1 号）。

だが、指名委員会等設置会社の取締役会と執行役との関係を、従来の取締役会と代表取締役との関係と同様に、取締役会の業務執行権限に由来する執行役への権限委譲をより大きくして、監督と執行をタテに分離したものと捉えれば（会 415 条、418 条参照）³³⁾、ボードによる「執行役の職務の執行の監督」（会 416 条 1 項 2 号）に由来する各取締役の業務・財産調査権は否定されない。

特に監査委員以外の取締役の業務・財産調査権がいっさい奪われている積極的な法的根拠があるわけではなく、業績評価であれ不祥事が疑われる事案であれ、指名委員会および報酬委員会の職務に密接に関連するはずである。各取締役が監査委員会以外のルートで事実関係を調査する必要がある際に、外部専門家の助力を得るなどして、裁判に訴えて調査することは可能であると解すべきであろう³⁴⁾。

なお、いわゆる内部統制システムは、取締役会の監督権限に由来するものであり³⁵⁾、「取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制」（会 362 条 4 項 6 号、会規 100 条 1 項 1 号）がこのシステムの一部に組み込まれている。会計帳簿はまさに「取締役の職務の執行に係る情報」の中核をなすものであり、これを取締役が閲覧できないというのはナンセンスであるから³⁶⁾ 少な

33) 「監督」と「執行」の分離は、取締役会権限が業務執行権の源泉であるとする有力説からは、執行役への業務執行権限（決定および実行（執行）の双方）の大幅な委譲という形で理論的な説明は容易である。これに対して、通説では、「決定」と「実行」すなわち意思決定機関と実行（執行）機関の分離が基本形であるから、意思決定機関である取締役会が意思決定権を、実行（執行）機関である執行役に大幅に委譲する（もともと実行（執行）権限はすでに執行役が有している）と技巧的に説明することになる（森本滋『企業統治と取締役会』（商事法務、2017）118-119 頁）。

34) 岡田・前掲注 30) 95 頁。

くとも大会社については実質的に取締役の業務・財産調査権をある程度認めていくというべきであろう。

4. 取締役の責任との関係

アメリカでは、個々の取締役の業務・財産調査権が認められる根拠として、第一に、取締役がその義務を履行するには会社の業務・状態に関する情報が必要なためであり、第二に、取締役が義務違反を問われたときの防御のために必要であることが挙げられていると指摘される³⁷⁾。これと本件判旨は照応しており、第一の点については（ほぼリップサービスの）結論に影響しない形で言及するにとどめ、かつ、第二の点は、事後的な取締役の責任追及の問題にすぎないと一蹴したものと読める。

まず右の判旨について指摘しなければならないのは、「権利」と「権限」との区別である。株主が会計帳簿閲覧請求（会 433 条）をなしうるのは、株主権の内容として、直接経済的利益を受けるだけでなく（自益権）、経営監視の面でも株主の利益が法的に保護されている（共益権）ことの一環であって、これはまさに株主の「権利」である。これに対して、出資者ではなく、経営の受任者である取締役が、株主の会計帳簿閲覧請求権と同じ意味で、自己の利益を確保するために会計帳簿閲覧権を「権利」として有することは考えられない。それは本来、職務上の権限であって、その職務権限の具体的な発現として、会社（実質的には代表取締役）に対する請求権の形をとるものというべきであろう³⁸⁾。

35) 笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について（一）」法政研究 69 巻 4 号 30 頁（2003）、「同（三）」法政研究 70 巻 2 号 36 頁（2003）、藤田・前掲注 7）378 頁。これに対して、取締役会の監督権限ではなく、取締役の監視義務から内部統制システム構築義務が導かれるとする相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事法務 295）』（2006）121 頁。

36) 弥永・前掲注 1）商事法務 2028 号 8 頁。

37) 岡田昌浩「取締役・監査役の情報収集について（一）」法学論叢 149 巻 2 号 129 頁（2001）。

もちろん、原告である取締役 X は、取締役の「職務を履行するため」に会計帳簿等の閲覧謄写を求めているのであるから、裁判所としても、会計帳簿閲覧が X の単なる個人的利益のための請求と考えているわけではない³⁹⁾。だが、本件判旨が、「取締役が、その会社に対する義務である善管注意義務及び忠実義務を十全に尽くすためには、通常、会社の会計帳簿等を少なくとも閲覧し得ることが必要であるということが出来る」と取締役の会計帳簿閲覧請求権の必要性に言及しつつも、事後的に取締役が会社または第三者から損害賠償請求訴訟を起こされた場合を想定し（会 423 条、429 条）、そのような場合、取締役は、会社が不当に会計帳簿の閲覧を拒絶したと主張して、自己の賠償責任ないし責任額について斟酌を受ければ足り、「取締役の利益が不当に損なわれることがないようにするために」取締役に会計帳簿閲覧請求権なる権利を認める必要はない、と述べているのは、裁判所がこの問題の捉え方として、取締役の権限強化による会社経営の監督よりも、権限強化に伴う取締役の責任が過重となる可能性を重視し、取締役の個人的利益の保障——事後の責任回避というリスクヘッジ——を優先していることを示している。

5. 業務・財産調査権の抑制論

最後に、監視義務のコロラリーとして業務・財産調査権が導かれるものと認めながらも（少なくとも否定しない立場をとりながらも）、個々の取締役に業

38) 本質的に権利ではなく権限と解すべきことについて、山下徹也「平成 25 年度会社法関係重要判例の分析〔上〕」商事法務 2039 号 16 頁（注 36）（2014）。なお、比較法的には、「権利」と表現するのが通例である。アメリカ—— Director's Informational Rights (ALI § 3.03)、イギリス—— right of a director to inspect books and records (*Conway v Petronius Clothing Co Ltd* [1978] 1 WLR 72)、ドイツ—— Informationsrechte des Aufsichtsrats (§ 90 AktG; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, S.364)、フランス—— droit des administrateurs à l'information (Code de Commerce, art.L.225-35, al.3; Germain et Magnier, Les sociétés commerciales, 22^e éd. 2017, p.486)。

39) 実際は X の何らかの個人的利益が絡んでいたであろうと推測されるが、本件は、冒頭でも述べたように、事実関係の詳細は不明である。

務・財産調査権を認めると、取締役の責任が過重となり、また濫用のおそれもあるとして、政策的にこれを抑制ないし否定すべきとする立場⁴⁰⁾について述べてみたい。

本件のような中小企業ではなく、上場企業のように、取締役間に部門別などの職掌がある場合には、社長の業務命令にもとづいて業務監査部門が動き⁴¹⁾、あるいは監査役が動くならばともかく、一般的にいつて縦割り組織において、他部門のことに口を出したり手を出したりすることは、サラリーマン（内部昇進の取締役はその上位者）の感覚からすると「越権行為」であり、まして、たとえば営業部門を管掌する取締役が財務を管掌する取締役と対立し、そのあげく会社に対して会計帳簿を閲覧・謄写させよと裁判に訴えるなどは、あたかも右手と左手が喧嘩をするような異常事態であるというのは、まさに常識論としてはその通りであろう。

しかし、たとえば、経営者が粉飾や不祥事の隠蔽に走っているのではないかと疑われる事実を耳にした取締役が、言を左右にして事実を明らかにしない経営者に業を煮やし、証拠を押さえるため、業務・財産調査権を裁判に訴えて行使した場合、それは職務の遂行として認めるべきでないであろうか⁴²⁾。もしこれを縦割り組織の中での「越権行為」とみるならば、それは、たとえ会社が倒産の危機に瀕するリスクを抱える兆候を見聞きしようとも、監査役（選定監査委員、選定監査等委員）でなければ主体的に法的権限を発動することは出来ないから、監査担当者に報告して対処はそちらに任せるべきである、ということになる⁴³⁾。監査役については、問題の取締役から代表権（業務執行権）を剝

40) 森本滋『取締役の義務と責任』（商事法務、2017年）136頁はこの趣旨か。

41) 松井智予「内部統制の高度化と機関設計」商事法務 2271号 39頁（2021）。

42) 笠原・前掲注35）「同（二）」法政研究 70巻1号 140頁（2003）、野田博「本件判批」私法判例リマックス 49号（2014〈下〉）77頁。

43) 鈴木千佳子「本件判批」法学研究 87巻10号 34頁（2014）41頁、張・前掲注25）50頁（なお、監査役の会計帳簿閲覧謄写請求が裁判上請求できる権利として認められていないというのは、おそらく誤解であろう。広島高裁松江支判令和3年5月31日（令和3年（ネ）第7号）参照）。

奪する取締役会決議に参加することができないという制度的限界があるにもかかわらず、である。

もちろん、取締役が自社を相手に裁判に訴えることは、マスコミに粉飾や不祥事の疑惑をオープンにし、株価に負の影響があることは自明であるし、倒産を早めるだけかもしれない。また、疑惑自体が、単なる思い込みという場合すらありうる。しかしそのようなリスクは、監査役の監査権限の行使にも同様にある⁴⁴⁾。

さまざまなリスクを勘案し、自らに期待されている注意義務に照らして、会計帳簿閲覧・謄写権を裁判上行使するか、あるいはそれを思いとどまってより穏便な他の手段をとる可能性を追求するかは、その取締役の善管注意義務の問題である⁴⁵⁾。業務・財産調査権がないと解釈しておけば、そのような権限行使を怠った責任を問われなくて済むということで片づけてよい問題ではない。他方で、権利濫用への対応も必要になるが、立法措置によって要件を明確化する必要があるとすれば⁴⁶⁾、これはむしろ従来の会社立法が得意とする分野であろう（会 433 条参照）。

また、独立社外取締役の人材確保のための政策的措置の意味でも、非業務執行役員の実任制限契約（会 427 条）という形での立法的措置がすでになされており、さらに責任保険に加入すれば、それで必要かつ十分のはずである。業務・財産調査権がないという権限縮小の方向への解釈を採らなければ、独立社外取締役に酷な責任を負わせることとなり⁴⁷⁾、あるいは、人材確保に差し支

44) 江頭・前掲注 6) 555 頁注(3)参照。

45) 久保大作「本件解説」法学教室 402 号〔別冊附録判例セレクト 2013-2〕18 頁（2014）が指摘するように、「過失」の解釈として捉えるべきであり、それによって責任の範囲を適切に設定する——加重さを緩和する——ことは十分可能であろう。この点、笠原・前掲注 35)「同（二）」法政研究 70 巻 1 号 139-141 頁を参照。

46) 取締役の業務・財産調査権の存在を明らかにし、その範囲を明確化するために、立法措置の必要性に言及されることが多い。岡田・前掲注 30) 80 頁、江頭・前掲注 6) 586 頁注(3)、弥永・前掲注 1) 商事法務 2153 号 16 頁、伊勢田・前掲注 20) 87 頁。

47) 森本・前掲注 40) 136 頁。

えがあるという考慮があるのかもしれない。しかし、独立社外取締役がその地位と報酬を得る一方で、株主の利益を置き去りにして業務執行の監視是正を緩めるかのような解釈に説得力があるのか、独立社外取締役の人材確保のためにその責任を軽くする解釈をとるのは本末転倒であり、独立社外取締役の「お飾り」化を後押しするだけはないかという疑問符が付く。

むしろ比較法的には、主要と目される各国で、取締役個人に業務・財産調査権があることは、すでに知られた事実である⁴⁸⁾。しかも、それは必ずしも立法措置にもとづくものではなく、英米では判例法によって認められてきたものである⁴⁹⁾。わが国の「通説」が説くところは、はたして外国投資家や外国人の独立社外取締役の理解を得られるのだろうかという素朴な疑問もある⁵⁰⁾。

世上には監査役制度を「世界に類例のないガラパゴス」と捉えるむきもあるが、果たして取締役会は、どうなのか⁵¹⁾。

48) 岡田昌浩「取締役・監査役の情報収集について（一）（二・完）」法学論叢 149 巻 2 号 127-148 頁、150 巻 3 号 83-89 頁（2001）、山城将美「アメリカ会社法における取締役の社内情報収集権」同『企業統治の法的課題』（成文堂、2007）34-59 頁。

49) 岡田・前掲注 48) 法学論叢 149 巻 2 号 129 頁、150 巻 3 号 84 頁。

50) 弥永・前掲注 1) 商事法務 2028 号 12 頁。

51) 岡田・前掲注 48) 法学論叢 150 巻 3 号 95 頁は、諸外国では当然に認められている取締役の情報収集権の規定が日本にない原因のひとつとして、「我が国の取締役の大半は従業員出身の内部取締役であり、各自が会社の状況に通じていると見られたため、調査が権利として自覚されることがなかった」と指摘する。