



Title	株主総会決議取消訴訟の訴の利益と再決議 - 最高裁平成四年十月二九日判決を素材として -
Author(s)	伊東, 尚美
Citation	北大法学論集, 47(4), 53-72
Issue Date	1996-11-22
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/15683">http://hdl.handle.net/2115/15683</a>
Type	bulletin (article)
File Information	47(4)_p53-72.pdf



[Instructions for use](#)

## 株主総会決議取消訴訟の訴の利益と再決議

— 最高裁平成四年一〇月二九日判決を素材として —

伊 東 尚 美

## 一、はじめに

株主総会決議取消の訴（商法二四七条）の提起を受けた場合に、会社は判決の結果をまたずに、直ちに総会を開いてその決議を廃棄（撤回）し、決議をやり直すことが少なくない。これは、決議が取消されるおそれのあるときは、決議およびそれを前提とする会社の行為が長期にわたって不確定な状態におかれるため、それを除去し、決議の効力を速やかに確定させようと

する目的でなされるとされている。<sup>(1)</sup>

ところで、株主総会決議取消の訴は形成の訴である。後述するように、形成の訴においては訴の利益が通常存在するが、その後の事情の変更により訴の利益を欠くに至る場合があることは判例・通説によって認められている。したがって、株主総会決議に対して取消の訴が提起されている場合に、後に当該決議と同一内容の適法に成立した決議がなされると、その訴は訴の利益を欠くのか否かが問題となる。この点については、従来よ

り、決議の性質、すなわち第二の決議は第一の決議の取消を条件とする予備的・条件付決議であるとか、あるいは第二の決議は第一の決議を追認する決議であるといった決議の形式の観点から議論されてきたところである。

近時、最高裁は平成四年一〇月二九日判決民集四六卷七号二五八〇頁において、初めてこの問題を扱い、決議取消の訴が訴の利益を失うという判断を下した。これまでの最高裁の判決としては、再決議がされたなどの特別の事情があれば訴の利益が失われる可能性のあることを傍論において示唆する昭和五八年六月七日判決民集三七卷五号五一七頁があるにすぎない。

訴の利益を否定した平成四年判決の結論は妥当であるが、その理論構成には検討すべき点があるように思われる。本稿では、平成四年判決を素材として、株主総会決議取消訴訟の係属中に当該決議と同一の内容をもつ決議が有効に成立し、第二の決議について取消訴訟等の提起のないまま提訴期間を過ぎ、取消されることのないことが確定した場合に、当該決議取消の訴は訴の利益を失うか否かについて検討する。

## 二、最判平成四年一〇月二九日

事案は以下のようなものであった。

昭和六二年三月三〇日、Yは定時株主総会において、利益処分案承認、取締役選任、監査役選任、退任取締役および退任監査役に対する退職慰労金贈呈について決議を行い、この決議に基づき、同年三月三一日に退職慰労金を支給した。

退職慰労金贈呈については、Y所定の基準に従い相当の範囲内で贈呈することとし、金額、時期、方法等は、退任取締役に 대해서는 取締役に、退任監査役については 監査役の協議に、それぞれ一任する旨の決議がなされた。また、株主の一人が慰労金の額について説明を求めたが、議長は取締役や監査役に説明するよう指示しないばかりでなく、自らが取締役に代わって一切の説明を拒否した。

Yの株主Xらは、本件株主総会には招集手続違反（商法二二二条ノ二）があること、さらに、退職慰労金贈呈決議には取締役および監査役の説明義務違反（商法二二七条ノ三）があり、また決議の方法が著しく不公正であると主張して株主総会決議の取消を求めて本件訴訟を提起した。

一番は、招集手続には法令違反がないとしたが、取締役および

び監査役の説明義務違反に関しては、商法二三七条ノ三第一項違反があったとして、決議を取消した。

Yは控訴する一方、控訴審係属中の昭和六三年三月三〇日、定時株主総会において同一の議案を上程し、決議を行った。ただし、前回とは異なり贈呈すべき退職金の総金額を明示し、贈呈の時期を昭和六二年三月三二日とし、「第二の決議は、第一の決議の取消しが万一確定した場合に、遡って効力を生じるものとす」としていた。第二の決議はこれに対する取消訴訟等の提起のないまま、提訴期間を経過したため、取消されることはなくなった。

Yは、仮に第一の決議の取消が確定しても、第二の決議に基づき同一金額の退職慰労金が同一時期に贈呈された結果となり、第一の決議が取消されるか否かはYの利益ないし株主等の利害に全く影響を及ぼさず、第二の決議が成立した以上、第一の決議の取消を求める本件訴は訴の利益を欠くと主張した。

二番<sup>(3)</sup>は一番の判決を取消し、本件訴を却下した。第二の決議が有効に成立している以上、仮に第一の決議を取消してみたとしても、Yの現在の法律関係ないし財産状態には何らの変動をも生ぜしめるものではなく、Xらを含むYの株主等の利害にも何らの影響を及ぼすものでないから、もはやYにとつても、X

らにとつても、第一の決議の効力を争うことは無用、無益に終わったものというべきであるとし、Xらによる本件訴の利益は消滅するに至つたと判示した。

そこでXらが上告したが、最高裁は以下のように判示して上告を棄却した。「本件においては、仮に第一の決議に取消事由があるとしてこれを取り消したとしても、その判決の確定により、第二の決議が第一の決議に代わつてその効力を生ずることになるのであるから、第一の決議の取消しを求める実益はなく、記録を検討しても、他に本件訴えにつき訴えの利益を肯定すべき特別の事情があるものとは認められない」。

### 三、株主総会決議取消の訴と訴の利益

株主総会決議取消の訴は形成の訴である。「形成の訴は、法律に規定のある場合に限って許される訴であるから、法律の規定する要件を充たす場合には訴の利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により右利益を欠くに至る場合がないわけではない」<sup>(4)</sup>ことは、判例・通説の認めるところであつて異論がない。<sup>(5)</sup>

株主総会決議取消の訴に関して、最高裁が訴の利益を欠くと

したものに以下のようなものがある。

〔1〕最判昭和三十七年一月一九日民集一六卷一七号七六頁

昭和四一年改正前の商法二八〇条ノ第二項に關し、株主以外者に新株引受権を与えるための株主總會特別決議についての決議取消の訴の係属中に、その決議に基づき、新株発行が行なわれた。

〔2〕最判昭和四五年四月二日民集一四卷四号二三三頁

役員選任の株主總會決議取消の訴の係属中に、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任した。

〔3〕最判昭和四九年九月二六日民集一八卷六号二二八三頁

商工組合の創立總會における定款承認議決の取消の訴（中小企業組織法四七条一項、中小企業組合法二七条六項、商法二四七条）係属中に、その商工組合の設立が許可されたうえ設立登記がされた。

なお、前掲最判昭和五八年六月七日は、計算書類等承認の株主總會決議取消の訴の係属中にその後の決算期の計算書類等の承認がされた場合に関し、その計算書類につき承認の再決議がされたなどの特別の事情がない限り、訴の利益は失われなうとしたものである。

〔1〕においては、既に新株が発行済であり、株主總會の決議を取消してみても、新株の効力には何らの影響がないから、訴の利益を認めることができないとした原判決を、最高裁は是認している。〔2〕においては、選任された役員がすべて退任し、その後の株主總會の決議によって役員が新たに選任され、取消を求める選任決議に基づく役員がもはや現存しなくなつたときは、特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益がなく訴の利益を欠くとした。また、〔3〕においても、商工組合の設立が許可され、その設立登記がされた場合には、特別の事情のない限り、議決取消の訴は訴の利益を失うに至ると解されるところ、上告人が設立登記完了後二年以内に被上告商業組合設立無効の訴（中小企業組織法四七条一項、中小企業組合法三二条、商法四二八条）に変更しなかつたため、現在ではその実益がなく、訴の利益を欠くに至つたとしている。

判例においては、取消の実益の有無、すなわち取消することによって法律関係に変動を来すか否かという点から判断しているものとみることができ<sup>(7)</sup>る。

平成四年判決においても、第一の決議を取消しても、その判決の確定により第二の決議が第一の決議に代わつてその効力を生ずることになるから、第一の決議の取消を求める実益はなく、

他に訴の利益を肯定すべき特別の事情があるものとは認められないと判示されている。この判決も取消の実益があるかないか、第一の決議を取消することによって法律関係に変動を来すか否かによって、訴の利益の存否を判断するものであるといえる。<sup>(8)</sup>

学説においては、判例・通説のように、株主総会決議取消訴訟の訴の利益の存否を実益の有無から判断するのではなく、その利益を株主個人の財産権的な利益を超えた、会社経営の適法性確保についての利益と理解する立場がある。そのような立場からすると、「1」「2」「3」いずれの事例においても、決議の違法性が除去されていない以上、訴の利益は基本的にはなくならないことになる。

ただし、平成四年判決に関しては、このような立場からも、後に遡及効ある第二の決議が有効・適法に成立した以上、それにより第一の決議に付着していた違法性が除去されるとの解釈も成り立つ余地があり、違法性が除去された以上訴の利益がなくなるとの指摘がされている<sup>(10)</sup>。なお、第二の決議に遡及効があるとする点には問題があり、後にふれることにする。

決議取消訴訟も私人間の争いであり、訴訟制度を利用する以上は、単なる宣言的効果だけではなく、何らかの具体的な紛争解決の効果も期待される場合でなければならぬし、宣言的効

果しかなければ決議取消判決がなされれば取消訴訟の目的が達成できたということ必ずしも意味するものではない、との指摘があり、私見も判例・通説に賛成する。<sup>(11)</sup>

また、平成四年判決において上告人は上告理由として、第一の決議の際の取締役の説明義務違反に関し、商法四九八条一項一七ノ二に基づき過料の制裁を申立てる予定であったことから、取締役、監査役らの説明義務違反の事実を公権的に確定しておく法律上の利益があると主張した。この点について最高裁は「取締役等に対する過料の制裁を求める上で……第一の決議の取消しは法律上必要でなく、単なる立証上の便宜を図る必要性をもつて訴の利益があるものとすることはできない」と判示した。最高裁も判示するように、過料の制裁を求めるためには決議を取消す必要はなく、また、瑕疵ある第一の決議の成立を導いたため再度決議を行ったことに対する取締役の責任追及のためにも決議を取消す必要はないから、単なる立証上の便宜をはかる必要性があることを理由に訴の利益があることはできないであろう。<sup>(14)</sup>

四、再決議に関する下級審裁判例と学説

次に、株主総会決議取消の訴の係属中に当該決議と同一事項について決議を再度行い、後の決議が適法に成立した場合に、前決議取消の訴の利益が失われるか否かについて検討する。同一事項に関する再決議の方法には、第一に旧決議を撤回して新決議を行う、第二に旧決議を追認する決議を行う、第三に單純に旧決議と同一内容の決議を再度繰り返す、が考えられる。<sup>(15)</sup>このうち追認決議に関しては、後述するようにそもそもこれを認める説と認めない説が対立している。

再決議に関する下級審裁判例としては以下のようなものがある。

I 前の決議を取消す決議とさらに同一内容の決議を行ったもの

[1] 盛岡地裁一関支部判大正一四年一月一六日新聞二四八  
一号四頁（定款変更決議）

[2] 盛岡地裁一関支部判大正一四年二月七日評論一五卷商  
法一七九頁（定款変更決議）

[3] 金沢地判昭和九年五月一八日新聞三七三二二号一八頁（清  
算人解任決議）

[4] 東京高判昭和二十七年二月二三日高民五卷九号三六〇頁（取  
締役解任決議）

[5] 東京地判昭和二十七年三月二八日下民三卷三号四二〇頁（取  
締役解任決議）

ただし、「[4]」「[5]」は訴の利益について述べるものではない。  
なお、前の決議を廃棄する決議のみをなしたものに、

[6] 東京高判昭和四十七年八月三日判時六八〇号八三頁（取締  
役選任、定款変更決議。後掲「[10]」の控訴審判決）がある。

II 追認と明示してなした決議の事例は存在しないようであ  
る。

III 同一内容の決議を行ったもの<sup>(17)</sup>

[7] 台湾高院上判昭和七年二月二七日評論二二卷商法一一二四  
頁（計算書類承認決議）

[8] 大阪地判昭和二十七年七月一日下民三卷七号九〇九頁（商  
号変更、本店移転、取締役解任、取締役選任決議）

[9] 名古屋高判昭和四十二年一月二〇日高民二〇卷六号五三  
二頁（借地権返還、解散決議）

[10] 東京地判昭和四十六年六月一四日判夕二六九号三〇四頁（決  
議事項不明）

[11] 東京地判昭和四十六年八月一六日判時六四九号八二頁（取

締役選任決議

〔12〕 大阪地判昭和五二年二月二日金判五三九号五四頁（取締役解任、取締役監査役選任、計算書類承認決議）

〔13〕 大阪地判昭和五三年三月二九日金判五五七号二五頁（計算書類承認決議）

平成四年判決もこの範疇に含まれる。

後に同一の決議をなしたことによって、前決議取消の訴の利益が失われるか否かを検討する前に、そもそも前の決議を後の決議によって消滅させることが可能であるか否かを考えてみる。

一般に、決議に基づきすでに具体的な法律関係が発生・変更もしくは消滅せしめられていない間に限り、株主総会決議を同じ株主総会の決議をもって撤回することが可能であると解されている。<sup>18)</sup>

初期の裁判例「[1][2][3]」においては、決議の取消は訴によつてのみなすことが可能であるか、あるいは株主総会によつても取消することが可能であるかという点が問題となった。これらの判決は昭和二五年改正前の事件である。当時は現行の商法二三〇条ノ一〇のような株主総会の権限を規定した条文は存在せず、解釈上、株主総会は会社の最高かつ万能の機関であつて、あらゆる事項にわたつて決議しうるとされていた。<sup>19)</sup>

「[1][2]」は、総会招集の手続またはその決議の方法が法令または定款に反する株主総会決議の無効は訴によつてのみこれを主張しうべきものであつて、その無効は裁判によつてのみ決せられるべきものであるとし、前の決議の消滅を認めない。一方、「[3]」は前の決議が後の決議によって存在しなくなつたとするが、その理由として、株主総会は会社の最高の意思機関であり、法令または定款の規定に反せず、かつ株式会社の本質に矛盾しない以上、いかなる決議をもなし得るのであり、先になした決議を取消し、更に決議をなすこともできることをあげている。

商法二三〇条ノ一〇新設後の事件である「[4]」は、後の決議の性質に着目する。すなわち、商法二四七条一項は第三者が株主総会決議の効力を遡及的に消滅させようとする場合の規定であつて、後の株主総会が先の株主総会の決議を将来に向かつて消滅させる決議をすることを禁止する趣旨をも包含しないとす。そして先の株主総会の決議を取消して同一事項について重ねて同一の決議をしたときは、後の決議は前の決議取消の宣言を受けることがあるのを予想して、その場合に善処するために予備的になされたものと解することができ、前の決議が取消された場合には、後の決議はその決議のあつたときから将来に向



かつてその効力を生ずるとする〔4〕。したがって、後の決議によって前の決議を取消することを認めない。また、〔5〕においては、取締役解任決議は当該取締役に対する告知によって、解任の効果を生ずるから、その後において株主総会の決議をもって取消ないし撤回することは認められず、結局取締役の解任という同一事項について重ねて決議したことに帰するとされている。

したがって、〔3〕と特に理由を述べない〔6〕以外は後に行った決議により前の決議を取消することを認めなかった。しかしながら、初期の判決である〔1〕〔2〕〔3〕は昭和二五年改正前の事件であったために、他の判決と異なる判示のしかたとなつたということがいえる。

以上みてきたように、学説も、判例も、後の決議によって前の決議を取消すことは認めないが、法律関係に変動を生じない場合には決議によって前の決議を撤回できると解しているようである。しかしながら、決議自体を撤回できると解するのは妥当ではない。決議は、単に、株主総会において会社が意思決定を行ったというだけのことである。それは、取締役に対して何らかの行為について権限を与えたとか、あるいは何らかの意思表示を行ったということにすぎない。決議の効力については、

法律がそれらの決議に結びつける効果を考えなければならぬ。後の決議が前の決議に影響を与えうるか否かについては、後の決議がどのような法的効果を持つかを考える必要がある。決議そのものを後の決議によって取消せる、或いは撤回できると考えることはできない。決議の効果を具体的にどう考えるべきかについては五において検討することにする。

次に再決議が行われた場合の訴の利益について検討する。

〔3〕〔6〕〔9〕、平成四年判決以外の判決は、訴の利益について争われたものではない〔4〕〔5〕を除き、前の決議を取消す訴の利益が失われたとはいえないとする。

訴の利益を否定しなかつたそれらの判決においては、第二の決議を第一の決議が取消された場合に効力を生ずる予備的あるいは条件付決議と解するものが多い〔7〕〔10〕〔13〕。また、〔4〕〔5〕も同様に解している。そして、第二の決議がなされても第一の決議の効力が消滅するものではないとし〔12〕、また、第二の決議は第一の決議が取消された場合に、第一の決議の効力に遡って効力を生ずるのではなく、将来に向かつてのみ効力を有するとし〔4〕〔7〕〔12〕、第一の決議の効力を争う訴の利益は失われるものではないとする。〔1〕〔2〕においては、前の決議を取消し、それと同一の内容を持つ決議をなした場合に、

その取消は既往に遡ってその効力を生ずるものではなく、前の決議は消滅していないとするが、これは後の決議は将来に向かつてのみ効力を生ずるとする前述の判決と同旨であるといえる。訴の利益を否定しなかった判決が扱っているものは、取締役の選任、解任決議、計算書類の承認決議が多い。これらは、第一の決議を取消し、決議の効力が第二の決議の時から生じるとした場合には、第一の決議から第二の決議の間の取締役の地位、利益処分などが問題となりうるような種類の決議であるといえる。<sup>21)</sup>

訴の利益を否定したものに「9」があるが、特に第二の決議の性質については述べていない。第一の決議とは同一内容の<sup>22)</sup>第二の決議がなされ、商法二四八条所定の期間内に決議取消の訴の提起がなかったので、すでに第二の決議を取消す方法がなくなり、したがって第一の決議を取消すことはその利益がないとするのみである。しかしながら、「9」の場合には、昭和四〇年一月二七日の株主総会において、昭和四一年六月三〇日限りで借地権を返還する旨の決議と、昭和四一年六月三〇日に会社を解散する旨の決議をなしているが、昭和四一年六月二一日に再度同一内容の決議を行っている。したがって、かりに第一の決議を取消し、第二の決議の時から決議の効力が発生する

としても、第一の決議の時から効力が発生した場合と結果は異ならない。いずれの場合にも、昭和四一年六月三〇日に借地権返還、会社解散の効果が生ずることになる。これらの事実を考えば、訴の利益を否定してよい事件であったといえる。

平成四年判決は退職慰労金贈呈に関する決議であって、第一の決議の時から効力を生じるとしても、第一の決議を取消して第二の決議の時から効力を生じるとしても、同時期に同額の退職慰労金を同じ取締役、監査役に対して贈呈することとなる。

しかも、第一の決議を取消し、第二の決議の時から効力を生ずるとしても第一の決議と第二の決議の間の期間の法律関係が問題になることはないような性質の決議である。この事件の場合には、第一の決議を取消しても特に法律関係に変動をきたすことのないまれな事例であったといえる。

したがって、「9」、平成四年判決は例外的な事件であったといえることができる。

これまでみてきたように、下級審裁判例においても最高裁の場合と同様、法律関係に変動を来すか否かが訴の利益の有無を判断する基準となっている。平成四年判決は「訴の利益を肯定すべき特別の事情」のありうることを述べるが、これは取締役解任、選任決議、計算書類の承認決議の場合には認められる可

能性があるものと思われ<sup>(24)</sup>る。

学説の多くもやはり、第二の決議は原則として第一の決議が取消されなければ効力を生じないが、取消されればそれに代わって効力を生ずるといふ趣旨の一種の条件付あるいは予備的決議である<sup>(25)</sup>と解する。

このような立場からは、訴の利益を肯定するものが多い。もつとも、決議はなお違法に存在している、その取消と同時に全く同一内容の決議が新たに適法に効力を生じうるとするならば、もはやこれを違法として取消す実益は乏しいといふ見方も成り立ち得ることが指摘<sup>(26)</sup>されている。

一方、取消しうべき決議があつた場合に、会社（株主総会）が適法な決議をもう一度行うことによつて、瑕疵ある前の決議は後の決議によつて追認され、取消原因は遡及的に消滅すると考へる見解がある。すなわち、後の決議は前の決議自体を追認するものであるのである。この見解においては、追認することを明示せずに単に同一内容の決議を行った場合にも、このような決議は追認決議であるとするものと、特に追認決議であることを明示して行ったような場合に限るものがある<sup>(27)</sup>。これらの見解に関しては、そもそも追認決議は認められるかということが問題となる<sup>(29)</sup>。

株主総会が後の瑕疵のない決議によつて前の決議を追認できると解する見解は、取消しうべき決議の追認を認めているドイツ株式法二四四条<sup>(30)</sup>、von Caemmererによる論文<sup>(31)</sup>、さらには、瑕疵ある決議が瑕疵のない新たな決議によつてやり直されたときは無効の訴及び取消の訴に必要な法律上の保護の必要性がなくなる<sup>(32)</sup>とする西ドイツ連邦最高裁判所の判例を基礎として、わが国においても追認決議が認められると解するものである<sup>(33)</sup>。

しかしながら、決議自体を追認できるとの見解は妥当でない。前述のように、決議自体がどのような法律効果を持つかは、法律がその決議にどのような効果を与えているかによる。したがつて、決議自体の効力が遡及するとか、決議自体が将来に向かつてのみ効力を有すると考へることはできない<sup>(34)</sup>。以下では、具体的な処理について考へてみることにする。

## 五、同一内容の決議をなした場合の処理

平成四年判決のように、取締役、監査役等に退職慰労金を贈呈する旨の決議がなされる場合、その決議は退職慰労金を贈呈することに付き、取締役が権限を与える行為であると考へられる。取締役が瑕疵ある決議に基づいて退職慰労金を支給した場

合には、取消判決が確定すれば、無権代理となる。本人の追認があればさかのぼって本人に効果が帰属する（民法一六六条）から、第一の決議が取消され、取締役による退職慰労金贈呈が無権代理行為となるとしても、第二の決議によって追認されることとなる。<sup>(35)</sup> もっとも、平成四年判決のような場合にはまだ第一の決議の取消が確定してないので、厳密には無権代理行為の追認ではないが、追認類似の行為であるといえる。取締役に権限を与えるのはその行為の前でも後でもよいと考えられ、平成四年判決の場合には第二の決議によって権限を与えたわけであるから、第二の決議によって取締役のなした行為は適法なものととなり、第一の決議が取消されたところで、法律関係に変動を来すことはない。したがって、第一の決議取消の訴の利益は否定されるべきである。

取締役選任の場合には、総会の選任決議の他に、被選任者の承諾を必要とすることについて現在ではほぼ争いが<sup>(36)</sup>ない。しかしながら、選任決議の性質及び選任の効果の発生については議論が分かれている。決議自体が直接契約申込の効力を有し、代表機関による意思表示を要しないとする説<sup>(37)</sup>、あるいは取締役の選任行為は被選任者の承諾を条件とする単独行為であり、総会の選任決議と被選任者の承諾とによって効力を生ずるとする説

もあるが、<sup>(38)</sup> 選任決議は被選任者を会社の機関構成者たる取締役に<sup>(39)</sup>とする旨の会社内部の決定にすぎず、被選任者が取締役の地位につくためには、選任決議に基づき代表機関が被選任者に就任申込の意思表示をなすことを要するのが多数説である。

多数説に従えば、選任決議がなされた後で再度選任決議がなされても、それは被選任者を取締役とする旨の決定が再度なされたにすぎない。第一の決議によって選任が決定されたことになっても、第一の決議を取消して、第二の決議の時に選任が決定されたこととなっても、何ら法律関係に変動はない。したがって、再度決議がなされた場合には基本的には取消す実益はなくなるものと思われる。また、取締役の選任行為が被選任者の承諾を条件とする単独行為であるとの説によっても同様の結果となる。代表機関による意思表示を不要とする説に立てば、選任決議があればそれだけで選任の効果が生じるが、再度選任決議を行っても、選任の決定と意思表示を繰り返したにすぎない。どの説によっても、再度選任決議を行っている場合に、第一の決議を取消しても、取消さなくても、現在の法律関係に変動を来すことがない。

ただし、前の決議を取消すべき事情のある場合もありうる。たとえば、第一の決議と第二の決議の間に支払われた取締役の

報酬があげられる。一般に、取締役役に支払われた報酬を不当利得として返還させうるか否かについては、在任中に取締役として会社に与えたサービスについて、取締役は会社に対して不当利得の返還請求ができるはずであり、このサービスの対価が定款・株主総会の定める報酬だとするならば、不当利得は成立しないことが指摘されている。<sup>(40)</sup>しかしながら、何ら職務の執行をせずに報酬を得ている役員については、その報酬は役員選任決議が取消されると不当利得になると考えられる。<sup>(41)</sup>そうであれば、第一の決議と第二の決議の間のその報酬は不当利得となり得るため、第一の決議を取消す訴の利益は肯定されることになるであらう。

なお、創立総会における取締役選任決議の場合の効力発生について述べたものは非常に少ないが、これは創立総会の場合であっても、株主総会の場合と同様に解するものが多いからである。したがって、創立総会における選任決議に基づき設立中の会社の代表機関である発起人が被選人者に対し申込をなし、被選人者の承諾によってその効力が発生すると解するのが多数であるということができよう。<sup>(42)</sup>これに対し、株主総会における選任決議に関して代表機関による意思表示を不要としていた立場から、創立総会の選任決議を設立中の会社の側からする申込

の意思表示であると解する説もある。<sup>(43)</sup>この場合にも株主総会の場合と同様に考えられる。<sup>(44)</sup>

また、取締役の解任決議の場合には、解任の効果は総会の解任決議によって直ちに生ずるとする考え方もあるが、<sup>(45)</sup>通説は解任決議のみでなく、当該取締役に対して解任の告知をなすことによってはじめて生ずると解している。<sup>(46)</sup>

通説によると、解任決議をし、その後告知をすることにより、解任の効果を生ずるため、告知をせずに第二の決議をなした場合には、第一の決議の時に解任の決定があつたということになつても、あるいは、第一の決議を取消し、第二の決議の時に解任の決定があつたことになつても、法律関係に変動はないといえる。ただし、前の決議によって解任された取締役は、その決議が取消されれば前の決議の時に遡って取締役たる地位を有することになるのであるから、第一の決議を取消すか否かによって法律関係の変動が問題となりうる。そのような事情があれば、前の決議を取消す訴の利益はなくなると考えるべきである。<sup>(47)</sup>

このことは前者の見解をとつても同様である。最後に、前掲最判昭和五八年六月七日が扱っていた計算書類承認決議の場合における訴の利益について検討する。株主総会による計算書類の承認決議には、「貸借対照表」、「損益計算書」、

「利益の処分又は損失の処理に関する議案」の三種類の書類の承認が必要である（商法二八三条一項、二八一条一項<sup>48</sup>）。

貸借対照表、損益計算書に関する株主総会の承認は、これらの書類の記載内容が正確である、会計的処理の上で間違いがないという「事実」を事実として株主総会が「確認」することであつて、その本質はいわゆる「観念表示」であり、意思表示ではないとの指摘がある<sup>(49)</sup>。また、「利益の処分又は損失の処理に関する議案」の承認は性格を異にし、準備金の積立または取崩しあるいは配当金支払の義務が会社に発生する効果の発生を目的とする意思表示であると指摘されている<sup>(50)</sup>。

再決議が行われた場合には、再度その期の貸借対照表、損益計算書を承認し、利益処分等をなすことを決定することになる。そうであれば、第二の決議によつて、貸借対照表、損益計算書は承認され、利益処分案、損失処理案の承認に基づいてなされた、利益処分、損失処理は適法なものとなるから、第一の決議を取消す実益はなくなるものと思われる。

## 六、おわりに

平成四年判決の場合には、退職慰労金を贈呈する権限を取締

役に授与する第一の決議に瑕疵があるかどうか争われ、取締役の退職慰労金贈呈行為が決議に基づく有効な行為か否かが不確定なまま、第二の決議によつて退職慰労金を贈呈する権限が改めて授与されたことになった。この第二の決議は有効に成立しており、すでになされていた退職慰労金贈呈行為はこの第二の決議によつて権限に基づく有効な行為となつた。したがつて、第一の決議を取消したところで、すでに第二の決議によつて取締役の退職慰労金贈呈行為は適法な行為となつているから、法律関係に変動を来すことはなく、第一の決議を取消す訴の利益は否定されると考えられる。

すなわち、決議の文言上、第一の決議の取消確定により第二の決議が第一の決議にかわつて効力を生ずることになるから、取消を求める実益はないと最高裁が判示したのは、適切ではなかつたように思われる。第二の決議が第一の決議にかわつて効力を生ずるとするのではなく、第二の決議に法律がどのような効果を結びつけているのかを検討すべきであつた。

後に同一内容の決議を行った場合の取消の訴の利益の有無に關してはこれまで、決議の性質という観点から議論がされてきた。しかし、決議に關しては、その効果が遡及効をもつと考えたり、決議自体を撤回できると解したりするのはおかしい。決

議に法律が結びつけた効果を検討してみる必要がある。そのような効果を検討した上で、第一の決議を取消し、第二の決議のときから効力が発生した場合と、第一の決議を取消すことなく第一の決議のときから効力が発生した場合とを比較し、第一の決議が取消されることにより法律関係が変動しうるような場合には決議を取消す実益があるが、そうでない場合には取消す実益がなくなるものといわねばならない。

## 注

- (1) 今井宏『株主総会の理論』二二五頁(有斐閣、昭和六二年)。
- (2) 東京地判昭和六三年一月二八日判時二二六三号三頁。
- (3) 東京高判昭和六三年二月一四日判時二二九七号二六頁。
- (4) 最判昭和三七年一月一九日民集一六卷一号七六頁(七頁)。
- (5) 学説につき、兼子一『新修民事訴訟法体系』一五八頁(酒井書店、昭和三二年)、三ヶ月章『権利保護の資格と利益』民事訴訟法学会編『民事訴訟法講座第一卷』一四七頁(有斐閣、昭和二九年)、新堂幸司『民事訴訟法』一八七頁(弘文堂、第二版補正版、平成二年)。
- (6) なお、原判決は、取締役あるいは新株引受人に対する責任追及の前提としてもその法律上の利益を認めることはできないから、この点からも訴の利益あるものとなすことができないとしている。
- (7) 判例・通説が、株主総会決議取消訴訟の訴の利益の存否につき、取消の実益の有無の観点から判断していることを指摘するものとして、中島弘雅「株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益(三・完)」民商九九卷六号七九三頁(平成元年)。学説において訴の利益の有無を取消の実益から判断するものに、中野貞一郎「総会決議取消の訴と」訴の利益」商事一〇四号三頁(昭和三十三年)、大隅健一郎「今井宏『会社法論中巻』」二二八頁(有斐閣、第三版、平成四年)、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法』(5)「三三六頁以下(岩原紳作)」(有斐閣、昭和六一年)などがある。
- (8) 大内俊身「判解」曹時四六卷九号一四四頁(平成六年)は、平成四年判決において、第一の決議と同一の内容を有する第二の決議が有効に成立し、確定しているということが重要であり、そのいずれの効力を認めるかによって、決議に基づく法律関係ないし第三者の権利関係に及ぼす影響に差異を生ずるか否かが、決議を取消す実益の有無を検討する際に中心となることを指摘する。
- (9) 西原寛一「判批」民商四七卷二号三〇七頁(昭和三七年)、

谷口安平「判批」民商五四卷二号二〇一頁（昭和四一年）、中島・前掲注（7）八一―一頁など。

(10) 中島弘雅「判批」商事一一八〇号七頁（平成元年）。ただし、決議取消の訴の利益を会社経営の適法性確保の利益ととらえる立場から、第二の決議が有効に成立したというだけでは第一の決議における説明義務違反という違法性が除去されたとはいえないとの主張もある。末永敏和「株主総会の法理論」一八五頁（日本評論社、平成三年）。

(11) 上柳ほか編・前掲注（7）〔岩原紳作〕三三七頁。

(12) 内山衛次「判批」民商一〇八卷六号九〇八頁（平成五年）、大内・前掲注（8）一四〇頁。

(13) 「1」判決も同旨を判示する原判決につき、その説示をすべて是認できるとしている。同旨龍田節「判批」商事一一七〇頁五頁（平成元年）、青竹正一「判批」法教一〇三号九七頁（平成元年）、大杉謙一「判批」ジュリ九七六号一一二頁（平成三年）など。

(14) なお、新堂幸司「株主総会決議の取消の訴え」上柳克郎ほか編『会社法演習Ⅱ』八八頁（有斐閣、昭和五八年）は、決議取消の訴の手續がかなり進行しているときなどは、その決議取消の訴を却下することによって、これまでの瑕疵の有無に関する審理の成果をすべて無駄にしてしまうのは、訴訟経済上感心しないし、瑕疵の有無についてこれまで攻防をつくしてきた当事者の期待を裏切ること

にもなり、手續の瑕疵について結論を出しておく意味はまったくないとはいえないと指摘する。

(15) 大塚龍児「判批」商判研昭和四二年度一八四頁（有斐閣、昭和六二年）。

(16) ただし、選任された取締役はすでに死亡もしくは退任しており、定款変更の決議につき再決議を行ったというものである。

(17) 前の決議を確認する旨の決議〔10〕、前の決議が有効であることを確認する決議〔11〕を含む。

(18) 大隅Ⅱ今井・前掲注（7）二二九頁、今井・前掲注（1）二二七頁。資本減少の決議については大審院の判例がある。資本減少の決議は手續の完了を待って初めて効力が生ずるから、手續が完了するまで、すなわち減資の決議が効力を生ずるまではいつでも撤回できるとされている。大判昭和五年七月一七日民集九卷一一号八六八頁。この点に関して、学説においても判例と同様に資本減少が効力を発生するまでは決議を撤回できるとするのが多数説である。大隅Ⅱ今井・前掲注（7）五四五頁、石井照久「会社法下巻」二六九頁（勁草書房、昭和四二年）、松田二郎『新会社法概論』三〇一頁（岩波書店、昭和三年）、高田源清「資本の減少」田中耕太郎編『株式会社法講座第四卷』一四四二頁（有斐閣、昭和三年）、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（12）』八三頁（神崎克郎）（有斐閣、



- 平成二年)。しかし、決議後減資の実行に着手して減資手続が進展した後は撤回が許されないとするものがある。大隅健一郎『全訂会社法論中巻』二八〇頁(有斐閣、昭和三四年)、今井・前掲注(一)二二八頁。また、減資決議をなした以上、各株主はその実現につき利益を有するから、後になって撤回することは許されず、増資手続をとる他はないとするものもある。鈴木竹雄「判批」判民昭和五年度三〇三頁(有斐閣、昭和七年)。最後に述べた立場以外は、具体的法律関係の発生を減資手続進展のどの時点で認めるかに差異があるが、具体的法律関係が発生した後は撤回ができないと解する点では同じである。
- (19) 上柳ほか編・前掲注(7)一九頁(江頭憲治郎)。
- (20) 取締役の解任の効果発生の時期に関しては五参照。
- (21) なお「7」は、前後二回に亘って同一の決議をなしても、第三者の権利又は株主の債権者の権利に影響を及ぼすいわれはないとする。
- (22) 二つの議案のうち、第二号議案につき「会社を解散することを内定する」としていたのを「解散する」としたくらいの違いではない。
- (23) ただし、前者の決議に関しては、そもそもそのような決議は会社の業務執行にあたり、株主総会の権限外の決議ではないかとの問題が指摘されている。原井竜一郎「判批」民商六二巻四号七二九頁(昭和四五年)など。
- (24) なお、再決議がなされた場合に関するものではないが、役員選任決議に関し、訴の利益を肯定すべき特別の事情ありとしたものに、東京高判昭和六〇年一〇月三〇日判時一一七三号一四〇頁がある。役員選任の株主総会決議取消の訴の係属中に当該役員が任期満了により退任した場合に、会社の利益のために退任取締役らの在任中における法令・定款違反行為の責任追及の一環として、総会決議に取消されるべき違法のあることを明らかにすることにより、役員たりうべからざる者が役員として行為したことにより会社に与えた損害の回復を所期していることを特別な事情としてあげている。このような見解については、議論のあるところである。同様の事案において特別の事情の存在を認めなかったものとして、東京高判昭和五七年一〇月一四日判タ四八七号一五九頁がある。昭和六〇年判決については、根田正樹「判批」税経通信四一巻一〇号二四九頁(昭和六一年)、大塚龍児「判批」判時一二二二号一三頁(昭和六二年)、中島弘雅「判批」ジュリ九二〇号九七頁(昭和六三年)、前田雅弘「判批」商事一一八四号四一頁(平成元年)、並木和夫「判批」法研六四巻八号一〇五頁(平成三年)等の評釈を参照。
- (25) 大隅II今井・前掲注(7)二二九頁、今井・前掲注(1)二三五頁など。
- (26) 今井・前掲注(1)二三六頁。

- (27) 別府三郎「取消しうべき株主総会決議の追認に関する若干の考察」商学討究一八巻三号一八一頁（昭和四三年）、米津昭子「取消しうべき株主総会決議の追認について」法研五六巻一—号二六頁（昭和五八年）、米津昭子「株主総会再決議の意義」商事一一四八号六頁（昭和六三年）。
- (28) 今井・前掲注（1）二四二頁以下。
- (29) 解釈論として追認決議をなすことを認めない見解として、大野直治「株主総会による取消しうべき決議の追認について」法研三八巻一—号一七六頁（昭和四〇年）。
- (30) ドイツ株式法二四四条は以下のとおり定める。「総会が取消し得べき決議を新たな決議により追認しかつこの新たな決議が取消期間内に取消されなかつたとき、または取消が既判力をもって棄却されたときには、取消は最早主張され得ない。取消し得べき決議が追認決議までの期間のために無効と宣言される法律上の利益を原告が持つときは、原告はこの時間のために、取消し得べき決議を無効と宣言する目的をもって、引続き取消を主張することができ」。
- 慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』三八九頁（慶應義塾大学法学研究会、再版、昭和五年）。
- (31) Ernst von Caemmerer. Die Bestätigung Anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse. Festschrift für Alfred Hueck. (C. H. Beck, 1959). S. 281 f.
- (32) BGH vom 27. 9. 1956, JZ 1957 S. 179 f.
- (33) 米津・前掲注（27）法研一六頁、米津・前掲注（27）商事二頁。
- (34) なお、決議自体を追認できるとの見解については以下のような批判もなされている。森淳二郎「判批」法セ四一四号一〇六頁（平成元年）は、瑕疵がなければ別の内容の決議が成立する可能性があり、瑕疵ある決議と同一内容の第二の決議を行ったからといって、会議体としての同一性が失われていれば、追認決議であるとはいえないのではないかと指摘する。しかし、龍田・前掲注（13）七頁は、法律関係に変化をもたらさない場合に追認による瑕疵の治癒を認め、株主に変動があつても追認決議は追認時の株主とするほかになく、そのときに適正な手続で決議が成立すれば、追認の意思決定が適法になされたとみるべきであるとす。なお、武藤春光「判批」ひろば四六巻六号六六頁（平成五年）は、決議の瑕疵の種類が取締役らの説明義務違反である場合には、追認行為の内容は取締役らが説明することであるが、これらの事実は時間的に決議の前に存在しなければならず、決議の行われた後になって、説明が行われても全く無意味であるとし、瑕疵の種類にもよるが、ほとんどの株主総会の決議の瑕疵は民法におけると同様の意味での追認によって治癒されることはあり得ないとする。
- (35) 西尾幸夫「判批」龍谷二六巻一—号三九頁（平成五年）。

原井・前掲注(23)七三〇頁も同旨。決議内容の執行行為につき民法一一三条の追認の効果が生じ、右執行行為によって形成された法律関係は遡って適法性を取得するとする。

(36) かつては取締役は会社の法定代理人であって、この者と会社との間には契約の存する余地はないとし、その選任は単独行為であって、被選任者の承諾は必要ないと考える説が存在した。梅謙次郎『最近判例批評』六二九頁以下(新青出版、明治四二年「復刻版平成七年」)。しかし、昭和一三年の改正により取締役を株主中から選任することを要しないとされたことにより、被選任者の承諾を不要とする見解はみられなくなった。上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』一七頁以下(今井潔)(有斐閣、昭和六二年)参照。

(37) 田中耕太郎『改訂会社法概論下巻』三八三頁(岩波書店、昭和三〇年)。

(38) 鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法』二七〇頁(有斐閣、第三版、平成六年)。

(39) 大隅・今井・前掲注(7)一四九頁、北沢正啓『会社法』三五六頁(青林書院、第四版、平成六年)、田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』五七六頁(勁草書房、平成五年)、神崎克郎『商法Ⅱ(会社法)』二七二頁(青林書院、第三版、平成三年)、大濱信泉「取締役と取締役会」田中耕太

郎編『株式会社法講座第三卷』一〇三六頁(有斐閣、昭和三一年)、西原寛一『会社法』一九四頁(岩波書店、第二版、昭和四四年)。

(40) 竹内昭夫「判批」法協八八巻九一一〇号九〇二頁(昭和四六年)。

(41) 大塚・前掲注(24)二二六頁。反対、前田・前掲注(24)四三頁。

(42) このような見解が通説であることを指摘するものに、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(2)』二五四頁(長浜洋一)(有斐閣、昭和六〇年)がある。

(43) 田中耕太郎『改訂会社法概論上巻』二七六頁(岩波書店、昭和三〇年)。

(44) 取締役の選任行為を単独行為と解する立場から、創立総会における取締役選任については、発起人が全株を引き受けた場合と株主を募集した場合とを問わず、いわゆる代表者なる者がおらず、被選任者たる株主が議場にいる場合には直ちにその決議を了知し得るけれども、そうでない場合には誰がその申込をなすことができるのか、議長が通知したとしても、議長は法人の代表者ではなく、法人と被選任者との間には契約は成立するのかわかるといった批判がされていた。梅・前掲注(36)六三二頁。もつとも、これは株主総会における選任行為と創立総会における選任行為とを区別すべきであるとの趣旨ではない。この批

判は、現行法にも妥当するし、現行法のように、被選任者が株主中から選任されないのであれば、被選任者が創立総会に出席していないという場合も多いと思われるのでかえって説得力をもつ。

(45) 代表取締役の解任の効果は取締役会の解任決議によって生じ、当該代表取締役であった者に対する告知があつてはじめて生ずるものではないとする最高裁の判決がある。最判昭和四一年二月二〇日民集二〇卷一〇号二一六〇頁。安倍正三「判解」曹時一九卷三号一六六頁（昭和四二年）、矢沢惇「判批」法協八四卷二二号一七四二頁（昭和四二年）は判決の立場に立てば、取締役の解任についても同様であると指摘する。

(46) 大隅健一郎、山口幸五郎『総合判例研究叢書商法（4）』七四頁（有斐閣、昭和三三年）、大隅、今井・前掲注（7）一七六頁、田中誠二・前掲注（39）五八六頁、北沢・前掲注（39）三六〇頁、神崎・前掲注（39）二七五頁、前掲四「5」判決。

(47) 大内・前掲注（8）一四三頁。  
 (48) 最判昭和五八年六月七日は、昭和五六年商法改正前の事件であるが、当時は営業報告書の承認も必要であり、また、「利益の処分又は損失の処理に関する議案」については「準備金および利益または利息の配当に関する議案」との表現になっていた（昭和五六年改正前商法二八三条

一項）。後掲清水論文注（49）も昭和四八年のもので営業報告書に関する記述があり、また「準備金および利益または利息の配当に関する議案」の表現が用いられている。「利益の処分又は損失の処理に関する議案」に表現が改められたのは、規定内容の変更ではなく、実際にあわせて規定文言の適正化にすぎないとされている。上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（8）』二九頁（酒巻俊雄）（有斐閣、昭和六二年）。なお、現在では昭和五六年、平成五年の改正を経て、大会社では、一定の要件を充たせば、貸借対照表、損益計算書についても報告をすることと足ることとなった（監査特例法一六条一項）。

(49) 清水新「計算書類承認決議取消の遡及効」企業法研究二一九輯一四頁（昭和四八年）。  
 (50) 清水・前掲注（49）一四頁。

なお、昭和五六年改正前には商法二八四条が取締役、監査役の責任解除について定めていた。その法的性質については、責任解除は計算書類承認の付随的な法定効果であるというのが多数説であった。田中耕太郎・前掲注（37）四一二頁、田中誠二『全訂会社法詳論下巻』七六九頁（勁草書房、昭和五〇年）、松田・前掲注（18）二二九頁など。この見解にたてば、責任解除が付随的な効果であるとはいえず、計算書類承認決議は、承認決議後二年内に別段の決議がなければ、取締役、監査役の責任を解

除するとの意思表示までをも含むものであったと考えられるであろう。これに対して、昭和一三年改正によって、承認後二年内に別段の決議のないときは取締役、監査役に対して責任を解除したものとみなすとされたことから、昭和一三年改正後は、責任解除は二年間の除斥期間の効果であって、決議はその期間の起算点にすぎないとの見解も有力であった。大隅・前掲注(18)一八六頁など。あるいは二年の時効期間の効果であるとの見解も存在した。保任昭一「取締役の責任解除」法論三九卷一―二―三三―三七頁(昭和四〇年)など。これらのような見解をとれば、計算書類承認決議が責任を解除するとの意思表示をも含むとはいえないであろう。