

研究ノート

株主総会決議の不存在確認請求における諸問題

内 海 淳 一

- I. はじめに
- II. 不存在確認請求の意義
- III. 取締役選任決議に関する判例の検討
- IV. 取消請求との関係
- V. 今後の課題

I. は じ め に

株式会社，とりわけ小規模閉鎖会社においては，支配権争奪など人的関係に基づく内紛が法律上の紛争として裁判所で争われることが少なくない。具体的には，株主総会等の決議に対する瑕疵として商法上表面化することとなるが，こうした場合，原告の意図は違法な決議を是正することよりも私的紛争の手段として決議訴訟を利用していると見受けられ，単に個別具体的な法律関係を処理するだけでは必ずしも根本的な解決には至らないことから，小規模会社の特殊事情を考慮しながらも，ある意味画一的で網羅的な処理が求められる。

そこで本稿では，とくに取締役選任に関する株主総会決議の不存在が争われている場合，その後の選任決議との関係について問題点を整理してみたい。

II. 不存在確認請求の意義

株主総会決議の不存在とは，総会決議が法律上成立していなかったと評価さ

れることをいう。具体的には、総会開催の事実がなく、または開催されていても決議がなされた事実がないにもかかわらず、議事録や登記簿に決議が存在したかのごとき虚偽記載や不実登記がある場合はいうまでもなく、総会招集の手続きまたは決議方法、すなわち決議の成立過程に著しい瑕疵があって法律上株主総会自体の存在を認めることができない場合である¹⁾ (決議成立過程の瑕疵が著しくない場合は、決議取消請求の対象となる)。

そこで、株主総会決議の不存在を確認するという訴え自体については、過去の事実関係または法律関係の存否を確定するものであり、本来、現在の権利義務または法律関係の存否確定を目的とした民事訴訟の一般原則からすると、訴えの提起はできないこととなる。しかしながら、過去の事実関係ないしは法律関係が現状に影響を与える場合が考えられることからその適法性が論じられ(証書真否確認の訴えについて、民訴134条参照)、判例において認められていた株主総会決議の不存在確認請求が昭和56年の商法改正により明文化(252条)されるに至った²⁾。この立法によって過去の事実それ自体が確認対象となったと解されている³⁾が、この確認訴訟には確認の利益が要求されていることから、判例は従来よりこの点について、学校法人の理事会等の決議が無効であることの確認を求めた事案において、「およそ確認の訴におけるいわゆる確認の利益は、判決をもって法律関係の存否を確定することが、その法律関係に関する法律上の紛争を解決し、当事者の法律上の地位の不安、危険を除去するために必要かつ適切である場合に認められる」と判示していた⁴⁾。これは、過去の法律関係であっても、その性質上事実として確認訴訟に親しむ場合があることを意味している⁵⁾。また現在では、小規模閉鎖会社における内部紛争の場合、本案審理の先決問題として株主総会決議の不存在確認を求めることも十分に考えられ、このような状況においては、あたかも民事訴訟手続上の中間確認の訴え(民訴145条1項)に似た位置づけと捉えることで、その訴えの利益が認められるとされている⁶⁾。

ところで、民事訴訟法上、確認の訴えとは、権利・法律関係について既判力

をもって確定することにより権利の侵害状態発生の予防をその主たる目的とする、とされている⁷⁾。さらに、株主総会決議不存在確認の訴えの場合は、請求認容判決の効力として対世効を有する(109条)形成訴訟的側面があることから、訴訟類型に対する見解が分かれているが、通説は通常の確認訴訟と解している⁸⁾。また、決議不存在の場合と同様に、決議無効確認の訴えの訴訟類型についても見解が分かれているが、通説は同じく確認訴訟と解している⁹⁾。

Ⅲ. 取締役選任決議に関する判例の検討

まず、取締役選任決議の不存在確認請求における近時の判例を概観してみよう¹⁰⁾。

【1】最高裁平成2年4月17日判決(民集44巻3号526頁,判時1354号151頁)

〈事実〉 Y会社の取締役(X・A・B・C)がその任期中に、「Xが取締役及び代表取締役を辞任し、その後任取締役にDが就任し、代表取締役にAが就任した」旨の登記がされた。しかし、実際は、Xが辞任した事実も、Dを取締役に選任する旨の決議を行ったとされる株主総会およびAを代表取締役に選任した取締役会の開催された事実もなかった。そこで、XはY会社に対してXが取締役および代表取締役の地位にあることの確認、Aが代表取締役の地位にないことの確認、各決議の不存在確認等を求めて訴えを提起した。第一審は、Xの請求をすべて認容し、Y会社は控訴した。

AおよびBは、原審においてXの主張が認められた場合に備えて、Xに対し取締役会の招集を請求し、X・A・Bが参集して開催された取締役会において、Xを代表取締役から解任し、Aを代表取締役に選任する旨の決議がなされた。したがって、原審においてY会社は、XがY会社の代表取締役の地位にないことの確認を求める請求には理由がないと主張したが、原審判決では、「当時の取締役は、商業登記簿に記載されたA、B、Dであり、代表取締役はAであるから、Xの辞任の登記がされる前の構成による取締役

会を招集してみたところで、このような会議は、Y会社の取締役会とはいえない」として、控訴を棄却した。Y会社は、Xが代表取締役の地位にあることの確認請求を認容しながら、他方でA（代表取締役）、B、Dが取締役であるというのは矛盾であるとして、上告した。

〈判旨〉「取締役を選任する旨の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、当該取締役によって構成される取締役会は正当な取締役会とはいえず、かつ、その取締役会で選任された代表取締役も正当に選任されたものではなく（……）、株主総会の招集権限を有しないから、このような取締役会の招集決定に基づき、このような代表取締役が招集した株主総会において新たに取締役を選任する旨の決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなど特段の事情がない限り（最高裁昭和五八年（オ）第一五六七号同六〇年一二月二〇日第二小法廷判決・民集三九卷八号一八六九頁参照）、法律上存在しないものといわざるを得ない。したがって、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないものと解される」

「当時、被上告人（筆者注-X）、A、B及びCの四名は、商法二五八条一項に基づき、上告人（筆者注-Y会社）の取締役としての権利義務を有していたものであり、このうちX、A及びBの三名によって…開催された取締役会における、XをY会社の代表取締役から解任し、Aを代表取締役に選任する旨の…決議は、招集通知を欠いたCが出席してもなお決議の結果に影響を及ぼさないと認めるべき特段の事情がある場合には有効と解すべきものである（最高裁昭和四三年（オ）第一一四四号同四四年一二月二日第三小法廷判決・民集二三卷一二号二三九六頁参照）から、……Xは、Y会社の取締役としての権利義務は依然として有するものの、代表取締役としての権利義務は消滅し、Aが代表取締役たる地位を取得したものとわなければならない」

【2】最高裁平成11年3月25日判決（民集53巻3号580頁，判時1672号136頁）

〈事実〉 被告会社Yの筆頭株主かつ同社取締役であるXは、取締役の任期満了に基づき、昭和59年5月2日に開催された株主総会の取締役選任決議（第一決議）において重任されなかった。しかし、その招集手続として取締役会決議はなされていない。その後、昭和60年5月11日開催の株主総会において、昭和59年度の計算書類の承認決議（第二決議）が行われた。そこで、Xは、昭和60年8月7日、第一決議には手続上著しい瑕疵があり、第二決議にも手続的に瑕疵があるとして、第一決議の不存在確認および第二決議の取消しを求めて訴えを提起した（のちに、第二決議についての請求に関し、第一決議が不存在であるので、第二決議は無権限者の招集した株主総会としてやはり不存在となる旨の確認請求に変更されている）。

提訴後、昭和60年10月19日開催の臨時株主総会では、昭和59年度の計算書類について、改めて承認（第三決議）を行った（第二決議について、Xから招集通知期間の瑕疵が指摘されたために再確認したもの）。昭和61年5月10日（第四決議）および昭和63年5月15日（第五決議）開催の株主総会においては、役員を選任決議がなされた（全員重任）。平成元年5月28日に開催された株主総会（登記上は、平成2年5月31日）では、取締役1名を除いた残りの役員は重任（第六決議）となり、平成3年5月31日に開催された株主総会（登記上は、平成4年5月30日）では、役員全員が重任（第七決議）となった。平成6年5月29日開催の株主総会では、前年に一部改選された役員全員が重任（第八決議）となり、平成8年6月23日開催の株主総会では、1名を除いた残りの取締役の重任（第九決議）が決議された（第九決議は第一審口頭弁論終結後になされたので、第一審では不存在確認請求の対象となっていない）。

したがって、第一決議が不存在である以上、第三決議から第九決議は無権限者の招集による株主総会で行われたものとして、いずれも不存在である旨

の確認を求める請求を当初の請求に追加した。

原審は、基本的には第一審を支持して、第一、第二、第四ないし第八決議については確認の利益を欠くとしてこれらの請求を却下し、第三および第九決議については請求を棄却した。そこで、Xは上告した。

〈判旨〉「取締役及び監査役を選任する株主総会決議が存在しないことの確認を求める訴訟の係属中に、後の株主総会決議が適法に行われ、新たに取締役等が選任されたときは、特別の事情のない限り、先の株主総会決議の不存在を確認を求める訴えの利益は消滅すると解される。

しかし、取締役を選任する先の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、その総会で選任されたと称する取締役によって構成される取締役会の招集決定に基づき右取締役会で選任された代表取締役が招集した後の株主総会において新たに取締役を選任する決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、法律上存在しないものといわざるを得ず、その瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないこととなる（最高裁昭和六〇年（オ）第一五二九号平成二年四月一七日第三小法廷判決・民集四四巻三号五二六頁）」

「瑕疵が継続すると主張されている場合においては、後行決議の存否を決するためには先行決議の存否が先決問題となり、その判断をすることが不可欠である。先行決議と後行決議がこのような関係にある場合において、先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているときは、後者について確認の利益があることはもとより、前者についても、民訴法一四五条一項の法意に照らし、当然に確認の利益が存するものとして、決議の存否の判断に既判力を及ぼし、紛争の根源を絶つことができるものと解すべきである」

「原審は、第九決議の不存在確認請求について判断するに当たり、先行の第一、第四、第五及び第八決議の存否について十分な実体審理を遂げている

ことが記録上明らかであり、右先行決議の不存在確認請求について、更に原審において格別の審理判断を経なければならない実質上の必要はない。このような場合には、当裁判所において、原審のした認定に基づいて、各請求の当否について直ちに判断することが許されるものと解される。……第一、第四、第五及び第八決議の不存在確認請求については、これを棄却すべきものであるが、この結論は原判決よりも上告人に不利益になるので、上告を棄却するにとどめることとする」

「第六及び第七決議の不存在確認をを求める訴えについては、同決議は第八及び第九決議の存否を確定するについての先決関係に立つものではなく、記録によれば、商業登記簿中、第六及び第七決議があることを前提として記載された役員欄の用紙は既に閉鎖されていることが明らかであり、右決議の不存在確認をを求める訴えの利益について、他に特段の主張立証はないから、原判決中、右訴えを却下した部分は正当であり、論旨は理由がない」

【3】最高裁平成13年7月10日判決（金法1638号40頁）

〈事実〉 被告Y会社の株主Xが、平成元年5月29日に開催されたY会社の臨時株主総会におけるXらを取締役に選任する旨の決議（第一決議）、さらに平成2年6月8日開催の同社定時株主総会におけるXらを取締役に重任する旨の決議（第二決議）等の不存在確認を請求した事案である。

もともと、Y会社は、設立以降、株主総会および取締役会を実際に開催したことがなく、本件に関しても第一決議は平成元年6月5日、第二決議も平成2年6月13日にそれぞれ登記がなされているが、総会の開催および決議はされていない。

原審は、第二決議の不存在確認請求を認容したが、第一決議の不存在確認請求については、訴えの利益を欠くものとして却下した。そこで、Xは上告した。

〈判旨〉 「第二決議が不存在である以上、特段の事情が認められない本件に

においては、先行する第一決議の不存在の確認を求める訴えの利益が欠けるものではないと解される。したがって、その利益を否定し、第一決議に関する訴えを却下した原審の…判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、上記違法は原判決の結論に影響を及ぼすことが明らかである」

以上、これらの判例を検討してみると、【3】判決の原審は、第二決議に対する不存在確認請求を認めながらも、第一決議について、それが現在の法律関係に直接係わる事情を認めるに足りないから、訴えの利益を欠くとされたが、最高裁では、「特段の事情」が認められない限り、第一決議の不存在確認を求める訴えの利益があると認めた。「特段の事情」について、【1】判決は、「いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、法律上存在しないものといわざるを得ず、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないこととなる」と述べている。つまり、先行決議が不存在となれば、ドミノ式に現在まで影響を及ぼす場合に確認の利益が認められることとなる（瑕疵連鎖説）。この判示部分では、【2】判決においても引用されている。ただ、【1】判決に関しては、決議の瑕疵が連鎖する事案ではなく（不存在確認の対象となっている決議以降の選任決議については、不存在確認請求がなされていない）、当該取締役選任決議の不存在確認により商法258条1項に基づく従前取締役の権利義務が争われたことから、前述の判示内容は、あくまで結論に至る前提としての判断であった¹¹⁾したがって、先行決議の訴えの利益に関する最高裁の判断としては、【2】判決において瑕疵連鎖説が明確となり、【3】判決において確定したものと考えられる。学説上も、瑕疵連鎖説を支持する見解が多く見受けられる¹²⁾ 瑕疵連鎖説は、訴訟後の会社紛争の抜本的解決を迫るための毅然とした立場と考えられ、また紛争の火種を抱えている会社にとっては予防的な意味が込められているともいえるであろう。

ここで重要な問題となるのは、先行決議の不存在確認請求が却下された場

合、当該株主総会決議の存否が未確定のまま放置状態にされてしまうことである。そうなると、またいつでも紛争が再発するおそれがある。これは、出訴期間が限定されている株主総会決議の取消訴訟と大きく異なる点である。訴訟代理人である弁護士の技量あるいは裁判官次第では、裁判所の判断が分かれる可能性も考えられる。学説的には、従来から会社をめぐる法律関係が長期間にわたって取捨しがたい混乱を生ずるおそれがあることから、瑕疵の連鎖を否定して、その治癒を認める見解が主流であった。この理由づけとしては、ある取締役を選任した決議が不存在とみられる場合（無効または取消しを含む）であっても、当該取締役が代表取締役として登記されてその外観を備えている限り、当該取締役によって株主総会が招集され、他に手続上・内容上の瑕疵がないときは、その総会でなされた決議の効力に影響はなく、その決議は有効とする説¹³⁾や正規の招集権者である代表取締役が存在するのに無権限者が勝手に株主総会を招集したときとは事情が異なり、このような事態のもとに、招集権以外の点では適法に総会が招集されて決議がなされた以上、その決議の効力を認めるのが会社関係者の多数の利益に適合するとして、事実上の取締役の法理をその根拠とする説¹⁴⁾などがみられる。したがって、【2】判決により瑕疵連鎖説が認められたときも、その射程範囲を限定する見解が示された¹⁵⁾。しかしながら、株主総会決議の存在が法的に認められないものを原則的に認めようとする考え方としては、現在のところ効果的な解釈論となっていない。また、瑕疵連鎖説の立場においても、会社の対外的な法律関係（取引法）の安定を図るために、例外として表見法理や外観法理による第三者保護を肯定している¹⁶⁾。いずれにしても、立法論¹⁷⁾を含め早急に会社の法律関係を安定させる必要がある。

また、取締役の選任につき株主総会の決議不存在確認請求が先行決議として存在し、後行決議に計算書類の承認が含まれていた場合には、後行決議以降に対する影響は非常に大きいと思われる¹⁸⁾。前述のとおり、先行決議が取締役等の選任であれば、その不存在を求める場合、その後適法に後行決議を成立させ

ることは非常に困難であることから、ほとんどの場合訴えの利益は失われることはないと考えられる¹⁹⁾。後行決議が適法になされるには、最高裁が認めている全員出席総会のほかに、仮処分として選任された職務代行者（271条・70条の2）や従前取締役（258条1項）、仮取締役（258条2項・261条3項）または裁判所の許可を受けた株主（237条3項）による総会招集が考えられる。【2】判決の原審では、取締役の選任に関する第一決議の不存在に基づき第二決議の計算書類の承認についての不存在確認に対し、第一決議についてはその手続きに瑕疵があったものの、不存在とはいえないと判断され、そうすると第二決議については、「本件第三決議は、本件第二決議のなされた株主総会について原告から招集通知期間の瑕疵を指摘されたため、改めて臨時株主総会を開いて本件第二決議の内容を再確認したものであることが認められるから、本件第三決議とは別に本件第二決議の不存在確認を求める訴えの利益はない」として、これを却下したのであった。瑕疵連鎖説は対外的問題について第三者保護を図るものの、先行の取締役選任決議の不存在が後行決議の計算書類承認に及ぼす影響については、対内的問題（組織法）に対する法的安定性が害されるとの指摘がなされている²⁰⁾が、この点は事実上の取締役理論による解決が可能との見解もある²¹⁾。

つぎに、後行決議の不存在確認請求が併合されずに先行決議の不存在確認請求のみ提起された場合に確認の利益が認められるか否かという問題がある。取締役等の選任に関する株主総会決議の不存在確認請求訴訟を提起してその審理中に、任期満了により後任の選任決議が行われた場合、後行決議を併合しないのであれば、先行決議自体が現状の法律関係に影響を及ぼさない限り、確認の利益が否定されるようにも思われる。しかし、現実問題としては、通常、後行決議についても【2】判決のように不存在確認請求が追加・併合されることが予想されると思う。論理的にみても、先行決議の存否の判断により必然的に後行決議の存否が確定されることから、現状の法律関係に影響するものとして確認の利益がある。ただ、下級審の裁判例として、後行決議の不存在確認請求が

併合されずに先行決議についての不存在確認請求に対し確認の利益を肯定したものが²²⁾ 仮に先行決議のみ不存在確認請求が提起されて確認の利益が否定された場合は、別訴で後行決議の不存在確認請求を提起せざるを得なくなるが、この審理過程において先行決議の存否が判断されることとなるであろう。少なくとも、後行決議の併合は強制すべきではなく、先行決議のみでもって確認の利益を肯定すべきと思われる²³⁾ 先行決議の不存在確認の審理中に後行決議が成立した場合、その成立時期によっては、これまでの先行決議の審理が無駄となったり、被告側の訴訟遅延行為に利用されるなど、訴訟経済上も好ましくないからである²⁴⁾ ただ、先行決議のみの不存在確認請求が認められた場合においても、その不存在を前提に後行決議の修正がなされなかったときは、結局、後行決議についても不存在確認請求を提起することになるが、先行決議に対する不存在確認判決に基づいて速やかに後行決議の判断がなされるであろう。併合の問題は、一般論ではなく裁判所が具体的な事案に対し確認の利益を有するか否かにより個別的に判断すべきものと思われる²⁵⁾

IV. 取消請求との関係

ところで、取締役選任に関する株主総会決議不存在確認請求を含め総会決議の効力を否定する訴え²⁶⁾ について、とくに出訴期間内における取消請求との関係を若干検討してみたい。取消請求に関しては、出訴期間（248条：当該決議の日から3ヵ月以内）が定められているので、この期間を経過すれば、株主総会の決議内容は確定される点で不存在確認請求と大きく異なる。この点について、取消請求と不存在確認とは制度趣旨が異なるとして簡単に割り切って考えることも可能ではあるが、双方とも会社の存続を前提として会社経営の適法性の確保をめざしているものと考えられ、そうすると、とくに閉鎖会社において内紛処理の手段による違い（取消か不存在確認か）でもって判断されても、結局紛争の根本的解決に至らないと意味がないように思われる。たとえば、経営方針をめぐる争いがある中で社長である取締役を選任した決議取消請求の係

属中に当該取締役が任期満了により退任して、事実上支配下にある部下を後任取締役を選任する総会決議を行った場合、最高裁昭和45年4月2日判決によれば、取消請求が認められる前であることから後任取締役の選任決議が有効に成立しているとされ、特別の事情のない限り決議取消訴訟は、訴えの利益を欠くとされている²⁷⁾したがって、さらなる紛争の火種になることも考えられる。しかしながら、決議取消請求ではなく不存在確認請求の係属中の場合であれば、後任取締役の選任決議がなされても確定されず、のちに不存在確認が認められた段階でその後の決議も不存在となり、そうなれば、取締役の欠員に関する規定(258条1項)により従前の取締役の地位にあった者がなお権利義務を有することとなり、会社経営の適正化の機会確保が期待されるものと思われる。この場合、既述したように、通常は後任取締役の選任決議についても不存在確認請求が追加・併合されると思われる、仮に併合されなくても訴えの利益(確認の利益)があると考えられる。このように、会社内部の紛争解決の仕方として、それぞれ別個の問題と捉えることが果たして妥当かどうかについて検討する余地があるように思われる。株主総会の不存在確認と取消しに関しては、そもそも決議につき法律上の不存在と取消原因との違いは程度の差に過ぎず、訴訟手続上も同様に扱われる点が多いことから、双方を決議効力否認の訴えとして一元的に取り扱う基礎があるといわれている²⁸⁾たとえば、株主総会の決議取消原因たる事実を不存在確認の訴えにより主張した場合は、決議取消の訴えとしての原告要件を満たしている限り、当該取消原因の主張が出訴期間を経過していても当初から取消請求として扱い、取消判決をすることができると思われ、逆に決議取消の訴えにおいて不存在事由を主張した場合、取消請求としては不合法であっても不存在確認の訴えとしての取扱いを認めるべきであるとされている²⁹⁾したがって、判例における訴えの利益(確認の利益)の判断基準となっている現状の法律関係に影響を及ぼすことについて、別のアプローチを模索することも重要な検討課題と考えられる³⁰⁾が、これまでの判例の流れ³¹⁾を前提とするのであれば、取消請求における「特別の事情」および不存

在確認請求における「特段の事情」に対し、各紛争解決の仕方が、同じように会社経営の適性化に繋がるような決議のリセット方法となることに期待したい。少なくとも、決議が不存在となる手続上の瑕疵とは、取消事由よりも重大であり、かつ3ヶ月の期間経過により決議が確定してしまうことが不当と思われる事柄である³²⁾。決議不存在の場合は、取消しの場合とは違ってそもそも決議が存在していないので、その確定まで当該決議の有効性が担保されないが、登記などにより決議の存在に匹敵するような社会現象がみられることから、この状態は原則的に容認することができない（瑕疵の治癒を認めない）ものとして、その意義は大きい。その上で、それぞれの法的効果が組織法（対内的）または取引法（対外的）に与える影響を検証することが必要となるであろう³³⁾。

V. 今後の課題

いずれにしても、株主総会の決議不存在確認請求においては、できるだけ速やかに瑕疵の連鎖状態を断ち切る必要がある。そうでないと、瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において通常の手続きにより取締役を選任することができないことはもちろんのこと、事後処理の問題が増大していくこととなるからである。決議不存在状態の中では、取締役と称する者が対外的な取引行為を行うことから、これを表見法理（14条）や事実上の取締役の法理により別途第三者（14条では善意がその要件とされるため、株主が会社外の第三者とはならない可能性がある）保護をはかることは可能と思われるが、不存在という瑕疵の重大さに鑑みれば、単に救済措置を講ずるだけでは不十分であるので、会社における様々な紛争に応じて違法状態の是正を図る本筋として不存在確認請求が利用されるべきではないだろうか。その意味では、決議成立要件の緩和についても今後視野に入れて考えるべきであろう³⁴⁾。

注

- 1) 判例・学説は、取締役会の決議を経ることなく代表取締役以外の取締役によって招集さ

- れた株主総会の決議について、これを不存在としている（最判昭45・8・20判時607-79）が、取締役会決議を経ずに代表取締役によって株主総会が招集・決議された場合については、決議取消事由に止まるとしている（最判昭46・3・18民集25-2-183）。
- 2) 昭和56年の立法化以前の判例として、最高裁昭和33年10月3日判決（民集12巻14号3053頁）は、招集通知に著しい欠缺があったとして、初めて総会決議不存在確認請求を認めた。その後、最高裁昭和38年8月8日判決（民集17巻6号823頁）および最高裁昭和45年7月9日判決（民集24巻7号755頁）においては、取締役選任決議がなされた事実がまったくないにもかかわらず、選任登記がされていた事案につき、不存在確認請求が認められた。
 - 3) 大隅＝今井『会社法論 中巻〔第三版〕』（1992年、有斐閣）143頁。
 - 4) 最判昭47年11月9日民集26巻9号1513頁、金商344号2頁。学説として、大隅健一郎『会社法の諸問題〔新版〕』（1983年、有信堂）292頁。
 - 5) 大隅・前掲書注4）292頁。
 - 6) 最高裁平成11年3月25日判決（**本稿Ⅲ【2】**判決）では、「先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているときは、後者について確認の利益があることはもとより、前者についても、民訴法145条1項の法意に照らし、当然に確認の利益が存するものとして、決議の存否の判断に既判力を及ぼし、紛争の根源を断つことができる」と述べている。
 - 7) 上田徹一郎『民事訴訟法〔第四版〕』（2004年、法学書院）215頁。
 - 8) 確認訴訟とみる学説として、大隅・前掲書注4）297頁、鈴木＝竹内『会社法〔第三版〕』（1994年、有斐閣）257頁、田中誠二『三全訂会社法詳論 上巻』（1993年、頸草書房）565頁、前田庸『会社法入門〔第9版〕』（2003年、有斐閣）295頁。形成訴訟とみる学説として、西原寛一『商事法研究 第二巻』（1963年、有斐閣）192頁、松田二郎『会社法概論』（1968年、岩波書店）205頁、最高裁昭和45年7月9日判決（民集24巻7号755頁）における松田裁判官の少数意見。
 - 9) 上柳ほか編『新版注釈会社法⁽⁵⁾』（1986年、有斐閣）385頁〔小島孝〕。
 - 10) 下級審の裁判例については、栗山徳子「取締役選任決議の不存在と確認の利益」『近代企業法の形成と展開 奥島孝康教授還暦記念 第二巻』（1999年、成文堂）308頁以下参照。
 - 11) 松嶋隆弘「役員選任決議の繰り返しと先行決議の訴えの利益 — 瑕疵連鎖説を中心に —」『現代企業法の理論と課題 中村一彦先生古稀記念』（2002年、信山社）329頁。
 - 12) 畠田公明・判評384号（1991年）199-200頁、鈴木正彦「判研」金判863号（1991年）51頁、倉吉敬『最高裁判所判例解説民事篇 平成二年度』（1992年、法曹会）154頁、青木浩子「判批」法協110巻5号（1993年）735-36頁、早川勝『会社判例百選〔第六版〕』（有斐閣、1998年）79頁、本間靖規「判批」民商121巻4＝5号（2000年）666頁、松嶋・前掲注11）333-34頁、竹濱修「先後関係にある取締役選任決議の不存在確認の訴え

- の利益』『現代ビジネス判例』（2003年，法律文化社）58頁，川口恭弘「判研」商事1660号（2003年）62頁など。
- 13) 上柳・前掲書注9）403頁〔小島孝〕，大隅＝今井・前掲書注3）16頁，小橋一郎『私法判例リマークス no.3 1991（下）』106頁。
- 14) 石山卓磨『事実上の取締役理論とその展開』（1984年，成文堂）166頁以下，今井宏・判評314号（1985年）211頁。
- 15) 小島孝『平成二年度重要判例解説』95頁，大隅＝今井・前掲注3）16頁注(2)。
- 16) 畠田・前掲注12）37頁，倉吉・前掲注12）157-58頁，早川・前掲注12）79頁，本間・前掲注12）666頁，松嶋・前掲注12）334頁。
- 17) たとえば，設立無効（428条3項・138条）や合併無効（415条3項・110条）の場合と同様，不存在確認判決の遡及効を否定する旨の規定など。
- 18) 単に計算書類の承認のみにつき2つの決議が存在する場合の先行決議に対する訴えの利益の問題として，役員退職慰労金の株主総会決議取消訴訟の事例（ブリヂストン事件）があるが，この事案は，退任役員10名に対する退職慰労金贈呈議案につき株主総会において，議案には「当社所定の基準に従い相当の範囲内で退職慰労金を贈呈いたしたいと存じます。尚贈呈の金額，時期，方法等は退任取締役については取締役会に，退任監査役については監査役の協議にそれぞれご一任願いたいと存じます」とのみ記載されているに過ぎなかったため，原告の一人が金額の明示を求めたところ，議長はそのような慣例がないとの理由で質問を打ち切ったことから，第一審で説明義務違反が認められたが，会社は，第一審判決後に開催した定時株主総会において，当該退職慰労金贈呈案を再度上程・可決させ取消訴訟等の提起もなく確定し，第二審では会社側の第一決議は第二決議の成立により訴えの利益を失ったとの申立てが認められたものである。再度上程されたときの議案には，「退任取締役および退任監査役に対しそれぞれ総額三億五九五〇万円および三九七八万円を昭和六二年三月三十一日をもって贈呈いたしたいと存じます」と記載され，さらに「なお，本議案に関する決議は第六八回定時株主総会でなされた第四号議案……の決議の取消しが万一確定した場合遡って効力を生じるものといたします」との記載もされていた。そして，このように再決議がなされた場合の訴えの利益についての初の最高裁判決（平4・10・29金判911-3）として，「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っ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」と判断した（チッソ事件〔最判昭58・6・7金商675-3〕においては，計算書類承認の決議取消の訴えの係争中に，その後の決算期の計算書類の承認決議があっても当該計算書類の決議取消を求める訴えの利益は失われないとされたが，傍論として「再決議がされたなどの特段の事情がない限り，…決議取消を求める訴えの利益が失われることはない」とブリヂストン事件と同様の判断を示した）。ただ，ブリヂストン事件は，先行決議が人事案ではなかったため，手続的に株主総会を招集することが可能であり，そこで適法に後行決議がなされれば，先

行決議に対する訴えの利益が失われても差し支えないと思われる。

- 19) 大杉謙一「判研」ジュリ 976号 (1991年) 112頁。
- 20) 吉本健一「判研」阪法 50巻 4号 (2000年) 661頁。
- 21) 松嶋・前掲注 12) 340頁注④, 竹濱・前掲注 12) 57-58頁。
- 22) 大阪高判昭 61年 8月 7日金商 753号 30頁, 判タ 637号 192頁。
- 23) 上原敏夫・判評 491号 (2000年) 208頁, 八木一洋「判解」曹時 52巻 8号 (2000年) 245-46頁, 松嶋・前掲注 12) 335頁。反対, 倉吉・前掲注 12) 156頁, 吉本・前掲注 20) 622-63頁, 本間・前掲注 12) 667-68頁。
- 24) 上原・前掲注 23) 207-08頁, 八木・前掲注 23) 250-51頁, 松嶋・前掲注 12) 335頁。
- 25) 山口和男『平成 11年度主要民事判例解説』219頁, 竹濱・前掲注 12) 60頁。
- 26) ちなみに, 無効確認請求に関しては, 取締役の選任決議無効確認訴訟の係属中に, 別件で当該選任決議の前の取締役選任決議無効確認請求がなされた事案について, 「本件総会の存否及び効力を確定しなければ, ……係争の株主総会の議決を無効とする判決が確定した場合には, 本件総会における取締役選任の効果がいまだ消滅せざることとなり, ……再び原, 被告間で被告会社の正当な取締役が誰であるかについて, 本件総会の効力をめぐり紛争が起る可能性が充分であるから, 現在本件総会の議決の存否及び効力を確定することが必要且つ適切である」として同一の訴訟でなくても訴えの利益が認められている (大分地判昭 40・1・29判時 403-43)。また, 民法上の社団法人の役員選任決議無効確認の訴訟係属中に当該役員の任期満了による改選決議がなされた事案について, 無効確認訴訟の帰すういかんによっては不合法なものとなりうるとして, 不存在確認請求と同様の見解の裁判例 (東京地判昭 57・3・30判タ 475-185) がある。
- 27) 民集 24巻 4号 223頁。
- 28) 酒井芳雄『裁判手形法 (再増補)』(1988年, 一粒社) 541頁以下, 今井・前掲注 14) 210頁。
- 29) 大隅=今井・前掲注 3) 145頁。同様に, 決議無効確認の訴えが提起され, その主張が取消原因にも当たる場合として, 最判昭 54年 11月 16日民集 33巻 7号 709頁参照。
- 30) 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 99巻 6号 (1989年) 801頁以下では, 株主総会決議不存在確認の訴えを含めた決議訴訟の機能について, 株主の共益権を基礎とする会社経営の適法性確保と把握し, 決議の違法性が問題とされる限りは存否確認の利益があるとしている。
- 31) 取消請求に関する最高裁昭和 45年判決と不存在確認請求に関する最高裁平成 2年以降の判決との関係について, まず不存在についての一連の最高裁判決は, 昭和 45年判決の延長線上にあるとする考え方があつた。これは, 結局のところ, 両者の違いは瑕疵の程度問題にすぎず, 訴えの利益に関し特別に区別する必要はないとの理由からである。これに対して, 取消請求の場合は, 先行決議が取消されるまでは後行決議は有効なものとして取り扱われ, もし先行決議が取消されたときは, 後行決議の取扱い (不存在となるのか, また

は取消事由が生ずるのか)が明確ではないとの指摘〔竹濱・前掲注12)54頁,小林登『会社判例百選〔第6版〕』(1998年,有斐閣)73頁〕から,瑕疵連鎖説の立場か否かが不明であるとも考えられる。少なくとも,先行決議が取消された時点において後行決議取消請求の出訴期間を経過していれば,後行決議に対し取消事由が生ずるとされても意味がないであろう。

- 32) 谷口安平「株主総会決議の不存在」『新商法演習1 会社(1)』(1974年,有斐閣)266頁。
- 33) 不存在確認の訴えは,本稿では取り扱っていないが,たとえば新株発行についてその出訴期間を制限すべきか否かという取引法の分野においても存在する(最判平成15・3・27民集57-3-312参照)。
- 34) 酒井・前掲注28)560頁。

〔付記〕 本稿は,第557回九州大学産業法研究会における報告原稿に基づき加筆・修正を行ったものである。