

Title	取締役選任決議の取消しの訴えといわゆる瑕疵連鎖説
Sub Title	Action seeking revocation of a resolution for election of directors
Author	岡野谷, 知広(Okanoya, Tomohiro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.40 (2018. 2) ,p.61- 87
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	原田國男教授・三上威彦教授・六車明教授退職記念号
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20180222-0061

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.

取締役選任決議の取消しの訴えと いわゆる瑕疵連鎖説

岡野谷 知 広

第1 はじめに

- 1、いわゆる瑕疵連鎖説
- 2、問題のありか—取締役選任決議の取消しの訴えが先行する場合
- 3、本稿の目的

第2 昭45最判の判示内容及び平11最判との関係

- 1、昭45最判の判示内容
- 2、平11最判との関係
- 3、昭45最判の論理

第3 平2最判及び平11最判の「論理」は取締役選任決議の取消しの訴えには妥当しないとする学説

- 1、瑕疵連鎖説（平2最判）の評価
- 2、瑕疵連鎖説は先行選任決議が取り消された場合には妥当しないとする学説の論拠

第4 検討

- 1、株主総会決議取消しの訴えにおける訴えの利益の判断
- 2、瑕疵連鎖説は先行選任決議の取消判決が確定した場合にも妥当するか
- 3、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定することの実質的妥当性
- 4、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定した場合に昭45最判は維持できるか

第1 はじめに

1、いわゆる瑕疵連鎖説

(1) 最判平成2年4月17日民集44巻3号526頁（以下「平2最判」という。）は、「取締役を選任する旨の株主総会決議が不存在である場合とその後の取締役を選任する旨の株主総会決議の効力」につき、以下のとおり判示した。

「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 58 年（オ）第 1567 号同 60 年 12 月 20 日第 2 小法廷判決・民集 39 卷 8 号 1869 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。」

上記見解は、その判示内容に鑑みて、講学上は「瑕疵連鎖説」と称されており、本稿でもこの表現を用いる。

(2) さらに、最判平成 11 年 3 月 25 日民集 53 卷 3 号 580 頁（以下「平 11 最判」という。）は、「取締役等を選任する甲株主総会決議の不存在確認請求に、同決議が存在しないことを理由とする後任取締役等の選任に係る乙株主総会決議の不存在確認請求が併合されている場合における、先の決議の存否確認の利益」に関し、上記の平 2 最判を前提として以下のとおり判示した。

「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、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（最高裁昭和 60 年（オ）第 1529 号平成 2 年 4 月 17 日第 3 小法廷判決・民集 44 卷 3 号 526 頁）。右は、後にされた決議が監査役を選任するものであっても、同様である。

そうすると、右のような事情の下で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決である。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 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、紛争の根源を絶つことができるものと解すべきである。」¹⁾

2、問題のありか—取締役選任決議の取消しの訴えが先行する場合

(1) 平 2 最判は、先行する取締役選任決議（以下「先行選任決議」という。）が不存在である場合のその後の取締役選任決議（以下「後行決議」という。）の効力について判示したものであるが、先行選任決議が取り消された（すなわち、取消判決が確定した）場合にも同様の問題が生じる。また平 11 最判は、先行選

1) 平 11 最判は、先行する取締役選任決議の不存在確認請求に当該決議が存在しないことを理由とする後任取締役の選任に係る後行決議の不存在確認請求が併合されていた事案について判示したものであるが、後行決議が行われたがその不存在確認請求が追加されていない事案についても、同様に先行決議の不存在確認請求の確認の利益が認められるかについては、議論のありうところである。この点については、平 11 最判の調査官がこれを肯定する立場から詳細な検討を加えており（八木一洋「平 11 最判・判解」最判解民事平成 11 年度 308 頁以下）、その結論は首肯できる。もっとも、後行決議が行なわれたことが判明したときは、先行決議の不存在確認請求訴訟の原告は後行決議についてもその不存在確認請求を追加することが通例である——株主総会決議不存在確認の訴えの訴額は算定不能の 160 万円と解されているから、後行決議についての請求を追加することにコスト面からの支障は大きくはない——から、この点が問題になることは実際には少ないと思われる。

任決議の不存在確認請求に同決議が存在しないことを理由とする後行決議の不存在確認請求が併合されている場合の先行選任決議の不存在確認の利益について判示したものであるが、先行選任決議の取消しの訴えの係属中に後行決議が行われた場合（この場合には、先行選任決議に取消事由が存在しても取消判決が確定するまでは先行選任決議は有効と扱われるから、後行決議についての不存在確認請求を併合することは困難である、と思われる）の先行選任決議の取消しの利益についても、同様の問題が存する。

その場合の規律を、実定法（会社法）規範と平2最判及び平11最判の「論理」に基づき「素直に」考えると、以下のとおりになるものと思われる。

第1に、会社法は「会社の組織に関する訴え」（834条柱書）の一部については、その認容判決の効力としていわゆる将来効を定めるものの、株主総会決議の取消しの訴え（834条17号）は将来効の規定対象から除外している（839条第1括弧書）。したがって、先行選任決議の取消判決には（原則どおり）遡及効があるといわざるを得ず、取消判決が確定した場合においては、先行選任決議によって選任された取締役は遡ってその地位を失うから、「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（定）された代表取締役も正当に選任（定）されたものではなく、株主総会の招集権限を有しない」（平2最判）こととなるから、平2最判が説いた瑕疵連鎖（説）は、この場合にも妥当する。

第2に、先行選任決議が取り消された場合にも瑕疵連鎖（説）が妥当する以上、先行決議の取消訴訟の係属中に後行決議が行われた場合であっても、先行選任決議が（将来）取り消されることによって後行決議が不存在となることを原告が主張する限り、「後行決議の存否を決するためには先行決議の存否（筆者注—および効力）が先決問題となり、その判断をすることが不可欠である」（平11最判）から、先行決議の取消しの訴えには、なお訴えの利益が存する。

(2) 実際にも、「会社役員の選任決議を争う訴訟の場合には、当該役員が既に退任し、後任の役員が選任されている場合であっても、その者の選任決議を

行った株主総会が退任した当該役員によって招集されたものであるときには、……退任した役員の選任決議の効力いかによっては、後の決議が招集権者によらない総会で行われた決議だとして法律上不存在となり、その結果、後任の役員がその地位を失い、退任したはずの当該役員がそのまま役員としての権利・義務を有するという事態も起こりうることから、一概に、役員退任後は、決議を取消したり、無効（不存在）を確認する実益がないとはいき切れない²⁾と説く学説が、平2最判以前から存在した³⁾。

また、学習者向けの概説書においても、取消事由のある先行決議によって選任された取締役が退任した後行決議がされた場合であっても、先行選任決議が取り消されれば後行決議の招集決議に瑕疵があるとされる結果、後行決議の効力ひいては現任の取締役の地位に影響が及ぶときは、先行決議の取消しの訴えには訴えの利益が認められる、と明言するものが現れた⁴⁾。

(3) しかしながら、学説の支配的見解は、先行選任決議が不存在である場合に関する平2最判及び平11最判の「論理」（もとより、先行選任決議の不存在確認の訴えについて判示する各最判の「射程」が、先行選任決議の取消しの訴えの場合

2) 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805頁（1989）。

3) 平2最判及び平11最判の後に、両最判を踏まえて同旨を説く見解として、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟Ⅰ〔第3版〕』381頁（判例タイムズ社・2011）（初版（2006）383頁）（先行選任決議の取消し訴訟の係属中に先行決議で選任された役員が任期満了により退任し、その後の株主総会決議によって役員が新たに選任された場合は、「後行の役員選任決議が有効であるとされるような特段の事情があるときは、先行選任決議の取消しの訴えの訴えの利益はなくなるが、そうでなければ先行選任決議の取消しの訴えの訴えの利益は失なわれない」という）、西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について（下）」判時2126号8頁以下（2011）（平11最判の判示するところが決議取消訴訟の場合を含めてこの種の紛争のあるべき解決を示すものである、という）がある。

4) 田中亘『会社法』199頁（東京大学出版会・2016）。また、伊藤靖史ほか『会社法〔第2版〕』158頁〔松井秀征〕（有斐閣・2011）（現在は第3版166頁）は、最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁につき、先行選任決議の取消判決の判決効が遡及し従前の機関決定に瑕疵が連鎖しうると考えると、その判断には議論の余地がある、と指摘していた。

に及ばないことは当然である）は、先行選任決議に取消事由があるにとどまる場合には妥当しないと考えているようである。たとえば、代表的な民事訴訟法学者による最新の教科書は、先行選任決議の取消しの訴えが提起されていた場合に関する最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁（以下「昭45最判」という。）と、不存在確認の訴えが提起されていた場合に関する平2最判（同書には明記されていないが、その論旨からは平11最判をも含むものと理解しうる）とでは、先行決議により選任された取締役が全員退任し後行決議により新たに取締役が選任された場合の先行選任決議の存否・効力を争う訴えの利益につき、矛盾した判断（昭45最判は訴えの利益を欠くに至るといい、平11最判は後行決議の不存在確認の訴えが併合されていれば訴えの利益が存するという）がなされているように見えるものの、「両者の判例は、不存在の事例は閉鎖会社の内部紛争であることから、また、不存在と取消事由という瑕疵の程度の軽重から、整合性は保たれている」⁵⁾と述べる。また、代表的な商法学者による定評ある体系書も、先行選任決議の瑕疵が取消事由にとどまる場合には昭45最判により先行選任決議の取消しの訴えが却下される結果として平2最判の説く瑕疵連鎖説による処理は行われないことを「決議不存在事由と決議取消事由との差異」として挙げ、その差異は、先行選任決議の存否が争われるのは「閉鎖型のタイプの中小会社の内紛処理」の場合であることにより正当化しうることを示唆する⁶⁾。

3、本稿の目的

平2最判及び平11最判によって、先行選任決議が不存在である場合の瑕疵連鎖説、及びそれを前提とする先行選任決議の不存在確認請求の確認の利益についての考え方が明らかとなったが、そこで示された「論理」が、先行選任決議に取消事由が存する場合にあっても同様に妥当するのかをめぐっては、上記のとおり見解が対立している。この見解の対立は、先行選任決議の取消訴訟の係属中にその決議に基づいて選任された取締役がすべて退任し後任取締役の選

5) 高橋宏志『民事訴訟法概論』88頁（有斐閣・2016）。

6) 江頭憲治郎『株式会社法（第7版）』377頁注1（有斐閣・2017）。

任決議が行われた場合に先行選任決議の取消しの訴えは訴えの利益を失うか、という局面で具体的な結論に影響を及ぼす。本稿では、この問題を取り扱うが、その前提として、昭 45 最判の判示内容をどのように理解し、平 11 最判との関係でどのように位置付けるか、を考察し（第 2）、上記の見解の対立がいかなる理由に由来するのかをあらためて確認して（第 3）、筆者なりの見解を明らかにしたい（第 4）。

第 2 昭 45 最判の判示内容及び平 11 最判との関係

1、昭 45 最判の判示内容

昭 45 最判は、「役員選任の総会決議取消の訴が係属中、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、その後の株主総会の決議によって取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなったときは、……特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至る」と判示した。

当該事案では、原審判決（民集 24 卷 4 号 236 頁以下）によれば、取消しの訴えの対象とされた先行選任決議によって選任された役員の全員が後行決議によって重任されていることから、ここにいう「取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなった」というのは、先行選任決議の任期では取締役でなくなったことで足り、後行決議によって全員が重任された場合をも含むものと理解すべきことになる。

2、平 11 最判との関係

平 11 最判は、前記説示部分の冒頭において、「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確認を求める訴えの利益は消滅する」と述べ

る。ここに「後の株主総会決議が適法に行われ（た）」とは、その後に続く判示部分をも併せて読めば、「後行決議の適法性が、先行決議の存否のいかんにかかわらず、肯定される場合」⁷⁾を意味することが明らかである。

この判示部分は、一見すると昭45最判の判示内容に類似しており、その故に、平11最判は昭45最判の「一般論を引用して」⁸⁾いると評され、あるいは「平11判決は、直接引用はしていないが、……昭45最判と同様の考え方を明らかにしている」⁹⁾と評されることがある。しかし、昭45最判は、先行選任決議の取消しを求める訴えが訴えの利益を欠くに至るのは「その決議に基いて選任された取締役ら役員がすべて任期満了によって退任し、その後の株主総会の決議によって取締役ら役員が新たに選任され（た場合）」と判示するのに対し、平11最判は、先行選任決議の不存在確認を求める訴えの利益が消滅するのは「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」と判示しており、後者は後行決議が「適法に行われ（た）」ことを要件に加えていることが異なる（なお平11最判に「その決議に基づいて選任された取締役等がすべて任期満了によって退任し」の説示部分がないのは、先行選任決議が不存在である場合には、先行決議に基づいて選任された取締役等なるものを観念できないことによるものと思われる）。

もっとも、昭45最判が後行決議によって取締役等が「新たに選任され」と判示するのは「新たに適法に選任され」との意味を当然に含むものであると解することもできないわけではない。しかし、昭45最判の事案が後行決議が「適法に行われ」た事案（先行決議の存否・効力のいかんにかかわらず後行決議の適法性が肯定される事案）であるかは、少なくとも判決（原審判決を含めて）からは明らかではない（原審判決には、控訴人（会社）代理人の主張として「その後、任期満了による役員改選のための株主総会において、新たに適法な役員改選が行われたものであり、かつ被控訴人もこの総会に出席して決議に参加しているものであ

7) 八木・前掲注1) 302頁。

8) 伊藤眞＝杉山悦子「昭45最判・判批」民事訴訟法判例百選（第3版）75頁（2003）。

9) 上原敏夫「平11最判・判批」判評491号43頁（1999）。

るから……（先行決議の取消しを求める）訴えの利益がない」との記載があるものの、判決理由中には後行決議が全員出席総会においてなされたなどの事情は認定されていない。

この点、昭 45 最判は「後行決議が適法に行われた場合を前提としており、先行決議の瑕疵が後行決議の瑕疵に影響する事態を想定していなかったと評価すべきである」と述べる見解がある¹⁰⁾。しかし、当該見解は、その根拠として、先行決議は取消判決の確定までは有効と扱われかつ取消判決の遡及効は取締役選任決議については否定すべきであることを挙げていることに鑑みれば、取消判決の遡及効を否定する解釈論を前提としての評価を述べたものと解される。

むしろ、一般的な学説は、平 11 最判と昭 45 最判とは実質的に異なる立場に立つものと理解している、と思われる¹¹⁾。また、平 11 最判の調査官が、前述の平 11 最判の判示部分は昭 45 最判が「示唆していたところである」としながらも、株主総会決議取消しの訴えとその不存在確認の訴えとの間の法律構造の違いを強調し、両訴えを単純に同視して論ずることはできないと述べる¹²⁾のも、同様の理解に基づくものであろう。

3、昭 45 最判の論理

(1) 昭 45 最判は、民事訴訟法学習上の重要判例と位置付けられ、多くの教科書や判例教材に、「形成訴訟の訴えの利益が訴え提起後の事情の変化により（例外的に）失われる場合」の典型例として、引用・掲載されている。その引用に際しては、決議取消しの訴えの制度は会社運営の適法性を確保することを目的として認められたものであるから、原告が決議の違法性を主張する限りは

10) 上原・前掲注 9) 45 頁。

11) たとえば、高橋宏志『重点講義民事訴訟法上』（第 2 版補訂版）395 頁注 48 の 2（有斐閣・2013）は、昭 45 最判は先行選任決議の瑕疵が治癒されるという立場であると理解した上で、瑕疵が継承されたとした平 11 最判との「差異化が問題となる」と指摘している。

12) 八木・前掲注 1) 303 頁。

訴えの利益は失われないとの反対説¹³⁾に言及しつつも、既に退任した役員の選任決議を取り消すことには実益がないとして、昭45最判は概ね肯定的に取り扱われている。

(2) 他方、株主総会決議の取消判決には遡及効があると解されていた¹⁴⁾ことから、「形成判決が遡及効を有する場合には形成の利益はなくなる」として、先行選任決議により選任された取締役が、その取消訴訟の係属中に任期満了で退任したとしても、当該決議に瑕疵があれば任期中に行った行為は違法に選任された取締役の行為としてその効力は覆滅されなければならないから、取締役が退任してもその一事で訴えの利益はなくなるという見解¹⁵⁾が唱えられていた。同様に、「株主総会決議の取消判決は遡及効を有すると解すべきであるから、たんに当該役員が退任したというだけでは、取消判決と同一の法律状態が生じたとは当然にはいえない……むしろ退任によって取消判決と実際上同じ状態が生じたと認められるべき特別の事情（たとえば取締役等に在任中、退任後も会社の内部関係または外部関係において、法律上の効果を持つような行為をまったくしなかったというような事情）が積極的に肯認された場合に、はじめて訴えの利益が欠けるというべきであろう」¹⁶⁾とする見解があった。

13) 谷口安平『口述民事訴訟法』129頁（成文堂・1987）、中島・前掲注2）811頁。

14) 平成17年改正前商法247条2項が同法109条を準用しながら110条を準用していなかったこと等から、「決議取消判決が確定すると、民法121条の原則に従い、決議は遡って無効になるというのが判例・通説」（『新版注釈会社法（5）』348頁〔岩原紳作〕（有斐閣・1986））とされていた。なお、計算書類等承認決議の取消判決に遡及効を認めた判例として最判昭和58年6月7日民集37巻5号517頁がある。

15) 鈴木正裕「訴えの利益」ジュリ500号344頁（1972）。

16) 兼子一ほか『条解民事訴訟法』781頁〔竹下守夫〕（弘文堂・1986）。ただし、『同書第2版』740頁〔竹下守夫〕（2011）では「実際には取消しの対象である総会決議で選任された取締役等が退任してしまえば、なお決議取消訴訟を維持する利益が認められるのは例外的事情のある場合に限られるから、結論としては、判例（筆者注一昭45最判）の立場を支持してよい」と改説された。平2最判及び平11最判の後に至ってこのように改説された経緯は明らかではない。

(3) これに対し、多くの学説が昭 45 最判を肯定するのは以下の（実体法の）解釈を前提とするものと思われる。

すなわち、平 2 最判以前の支配的な商法学説は、株主総会決議の取消判決の遡及効を肯定すると、当該決議を成立または効力発生の要件とする行為（取締役選任など）は決議の取消しにより遡及的に無効とならざるを得ず、そのままでは法的安定を害し、決議がなされた外観的事実を信頼した者の保護に欠ける事態となるとして、様々な解釈により遡及効の及ぶ範囲を限定してきた。そのひとつは、取消判決の遡及効を前提としつつ、取締役の選任決議が取り消されても、その選任登記がなされていた場合には当該取締役が代表取締役として会社を代表して行った行為は、不実登記の信頼保護の規定（現行会社法では 908 条 2 項）その他の善意者保護に関する規定を適用または類推適用することによって不当な結果を回避しようとする見解である。他のひとつは、株主総会決議を、それ自体完了的な意味を有する個別的な事項の決定に関する決議と、当該決議を前提として諸般の社団（法）的または取引（法）的行為が進展するような内容の決議（取締役選任決議はこれに属する）とに分け、前者については遡及効を肯定するも、後者については遡及効を否定する見解である¹⁷⁾。

これらの商法学説を前提とする限り、先行選任決議を取り消したとしても当該取締役が行った個々の行為は無効とはされないから、既に退任した取締役の選任決議を取り消す必要（実益）はない、ということになろう（取消判決のその他の実益として、取締役の責任追及のために、あるいは報酬の返還請求のために、選任決議の取消判決を得る必要性や有益性があるかについても議論されたが、いずれも否定するのが通説である¹⁸⁾）。

(4) 以上の学説を踏まえて、改めて昭 45 最判が立脚する（理論的）立場を確認しておく。昭 45 最判は、その理論的前提として、取消判決の遡及効を否定したものと解すべきか。

17) 前掲注 14)・『新版注釈会社法 (5)』349 頁 [岩原]。

18) 高橋・前掲注 11) 重点講義上 391 頁など。

この点、昭45最判が原則として訴えの利益を欠くに至る（失う）と判示した点に着目すれば、取消判決の遡及効を否定する立場を前提とするものとも解しうが、「特別の事情」が存する場合には例外的に訴えの利益がなお維持されうるとした上で、「株主総会決議取消の訴が当該取締役の在任中の行為について会社の受けた損害を回復することを目的とするものである」ことが、「特別の事情」となることをも判示している（昭45最判が「株主総会決議取消の訴は、単にその訴を提起した者の個人的利益のためのみのものではなく、会社企業自体の利益のためにするものである」ことを前提として「取消の訴が会社のためにすること」を立証しない以上「特別事情」は認められないとしたことについては異論が多いが、「取消の訴が当該取締役の在任中の行為について、会社の受けた損害を回復することを目的とするものである」場合が「特別事情」にあたり、それが立証されたときは訴えの利益は失われぬ旨を判示したものであることは、公式判例集において判示事項二及び判決要旨二として当該判示内容が抽出され要約されていることに鑑みて明らかである）。かかる判示内容に照らせば、昭45最判は「特別の事情」を、単なる例文としてではなく実質的な意味を有する例外事由として付加したものと解すべきことになるが、このことは、昭45最判が取消判決の遡及効を全面的に否定したものではないことを示すものであろう。

この点、昭45最判の調査官も、「（昭45最判は）その理論的前提として取消判決の遡及効を是認する立場をとるもの」と明言し、「個々の具体的法律関係に即し、実体法上の修正を加えつつ、しかも原則において決議取消の判決に遡及効を認める立場からすると、取締役選任決議取消の訴の係属中に、取締役が退任し、新取締役が就任した場合でも、それによって、決議取消の訴えの利益が全く無条件に喪失するとはいえない」とした上で、「事案によっては、取消し得べき決議に基づいて選任された取締役の在任中の行為による法律関係を処理し、右行為によって会社の蒙った損害を回復するためには、なお、取締役選任決議取消の訴えを維持して取消判決を得、その遡及的形成力を利用する必要と利益の存する場合があります」と述べる¹⁹⁾。同様に、有力な学説も、昭45最判は、「役員選任決議取消判決に遡及効が認められるとしても、既に退任し

た役員の地位を遡及的に喪失させることにより生ずる具体的実益を『特別の事情』として証明せよとの判旨である」²⁰⁾と解している²¹⁾。

第3 平2最判及び平11最判の「論理」は取締役選任決議の取消しの訴えには妥当しないとする学説

1、瑕疵連鎖説（平2最判）の評価

取締役選任決議が不存在である場合に瑕疵連鎖説を採用した²²⁾平2最判は、

19) 後藤静思「昭45最判・判解」最判解民事昭和45年度下729頁以下。

20) 江頭・前掲注6) 372頁注6。

21) これに対し、伊藤眞『民事訴訟法第5版』185頁注36（有斐閣、2016）は、「（昭45最判において）訴えの利益が否定される実質的根拠は、形成判決が確定してもその効果が遡及するわけではないので、すでに取締役が行った行為がさかのぼって無効とされることはないこと……などに求められる」というが、その趣旨は、当時の支配的な商法学説が実体法の解釈として、取締役選任決議が取り消された場合であっても（取消判決には一般的には遡及効があることを前提としつつも）法的安定性や決議がなされた外観的事実を信頼した者の保護の要請から、各種の外観保護規定を用いて遡及効の及ぶ範囲を実質的に制限してきたことをいうものと解される。

22) 平2最判の位置付け（射程）をめぐっては、当該事案では後行決議が現実開催されておらず、その判示も当該事案についてのものであるから、瑕疵連鎖説を一般的に採用したものではない、と主張する見解（小島孝「平2最判・判批」ジュリ平2重判95頁（1991）、大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻（第3版）』17頁（有斐閣・1992））があり、また、先行選任決議が不存在であっても、代表取締役として登記されるなど取締役、代表取締役としての外観を有する者が招集し他に手続上・内容上の瑕疵がない場合にまで、最高裁が同様に解するかは「不明」と述べる見解（栗山徳子「平2最判・判批」判タ975号81頁（1998）もある。しかし平2最判がその判断の前提とした「原審が確定した事実関係」には後行決議の存否あるいは（固有の）瑕疵の有無に関する事実は含まれていないとともに、後行決議を不存在と判断するについても、もっぱら先行選任決議の不存在に起因する瑕疵連鎖をその理由としているのであるから、同最判は（後行決議の存否や固有の瑕疵の有無のいかんにかかわらず）一般的に瑕疵連鎖説を採用したものと解するべきであろう（青木浩子「平2最判・判批」法協110巻5号734頁（1993）、本間靖規「平11最判・判批」民商121巻4・5号666頁（2000）、吉本健一「平11最判・判批」阪大法学50巻4号666頁注10（2000）、なお平2最判の公式判例集の判示事項及び判決要旨も参照（民集44巻3号526頁）。

当時の商法学の通説²³⁾に真っ向から反するものであったが、現在では多くの学説の支持を集めているように思われる²⁴⁾。

2、瑕疵連鎖説は先行選任決議が取り消された場合には妥当しないとする学説の論拠

(1) 民事訴訟法学及び商法学の指導的学説は、先行選任決議が不存在である場合に瑕疵連鎖を肯定した平2最判及び平11最判と、先行選任決議に取消事由が存する場合に瑕疵の治癒を認めた昭45最判との間には矛盾はない（整合性は保たれている）と解している。

その理由は、前述のとおり、「不存在の事例は閉鎖会社の内部紛争であること」及び「不存在と取消事由という瑕疵の程度の軽重」という2点の違いによるものと要約されている²⁵⁾ので、それぞれについて学説の説くところを確認しておく。

(2) 瑕疵連鎖説の妥当範囲を、「一定の会社ないし紛争類型」に限定する見解

このような学説として、株主総会決議の不存在が認定されるような会社はその多くが「同族の非上場会社それも零細会社」であるところ、そのような会社にあっては、「法的安定」や「既成事実の尊重」の要請は大きくないから、こ

23) 前掲注14)『新版注釈会社法(5)』38頁〔前田重行〕は、「学説上は……招集行為者の選任手続の瑕疵の効果は、当該総会の効力には影響しないと解する見解が支配的になっている」としていた。

24) 畠田公明「平2最判・判批」判評384号37頁(1991)、鈴木正彦「平2最判・判批」金判863号51頁(1991)、青木・前掲注22)736頁(ただし零細会社に限る)、早川勝「平2最判・判批」会社判例百選(第6版)79頁(1998)(ただし小規模会社の内紛事案に限る)、上原・前掲注9)45頁、本間・前掲注22)168頁、山本為三郎「平2最判・判批」倉沢ほか『判例講義会社法(第2版)』80頁(悠々社・2013)、北沢正啓『会社法(第6版)』354頁(青林書院・2001)、田中亘・前掲注4)200頁。以上に対し平2最判に反対を表明するのは、小島・前掲注22)95頁、大隅＝今井・前掲注22)16頁のほか、小橋一郎「平2最判・判批」リマークス1991下106頁、吉本・前掲注22)661頁。

25) 高橋・前掲注5)概論88頁。

のような会社を対象とする場合には瑕疵連鎖を肯定しうると説く見解²⁶⁾、平 2 最判の事案は「小規模会社の内部紛争に端を発する会社内部の問題」に関するものであるところ、そのような場合には往往にして株主総会が開催されないのに議事録が作成され選任登記がなされることがあるから、虚偽の外観を重ねてきた者を保護する必要はなく瑕疵連鎖を肯定しうるとする見解²⁷⁾、さらには平 2 最判の事案のような「閉鎖型のタイプの中小会社の内紛処理」にあっては取締役の地位の連鎖的否定を絶つて処理が常に望ましいとは限らないから、地位の連鎖的否定の可能性は一応認めつつ平 2 最判のいう特段の事情を柔軟に解することにより、事案に応じた適切な処理を追求すべきであるとする見解²⁸⁾がある。

(3) 先行選任決議が不存在である場合と取消事由があるにすぎない場合との「瑕疵の程度の軽重」と、そのことに基づく「不存在確認の訴えと取消しの訴えとの間の法的構造の違い」を強調する見解

このような学説として、先行選任決議に取消事由が存するにすぎない場合は、取消判決が確定するまでの間は先行選任決議は有効と扱われるから、その後に先行決議が取り消されたとしても既になされた後行決議がそれによりただちに不適法となることは考えにくい、不存在と評価すべき著しい瑕疵がある場合は、その瑕疵によって後行決議が影響を受けることも理論的に考えられる、とする見解²⁹⁾、平 11 最判が瑕疵連鎖を認めたのに対し昭 45 最判が瑕疵連鎖を否定したのは、決議取消事由が比較的に軽微であり、取消しの訴えについてはその提訴期間を制限した趣旨と同一にある、とする見解³⁰⁾、取消事由は比較的に軽微であり、認容判決確定まで決議は有効とされ、提訴期間後は取消しがで

26) 青木・前掲注 22) 735 頁。

27) 早川・前掲注 24) 79 頁。

28) 江頭・前掲注 6) 377 頁注 1。

29) 上原・前掲注 9) 45 頁。

30) 山口和男「平 11 最判・判批」判タ 1036 号 219 頁 (2000)。

きなくなるため、原則として先行決議の瑕疵は後行決議に影響を与えないのに対応し、不存在の場合は、瑕疵が重大であり認容判決確定により決議ははじめから存在しないことになるため、先行選任決議の瑕疵は後行決議に承継されることが多い、とする見解³¹⁾がある。また平11最判の調査官解説が、取消しの訴えにあっては、請求認容判決が確定するまでは係争決議は有効とされ、訴え却下の判決がされた場合にはその確定時点で提訴期間が経過していれば訴え却下判決はその反射的效果として係争決議を有効なものとして確定する結果をもたらすから、このような法律構造をとらない不存在確認の訴えと同視して論ずることはできない³²⁾、と述べるのも同様の趣旨をいうものと理解しうる。

第4 検討

1、株主総会決議取消しの訴えにおける訴えの利益の判断

民事訴訟においては、訴えの利益が訴訟要件とされこれを欠く訴えは不適法な訴えとして却下される。このことは、民事訴訟制度が、国家機関である裁判所によって運営されかつ必然的に被告を訴訟手続に巻き込むものである以上、その健全かつ効率的な運用のために不必要なあるいは無益な訴えを排除する必要があることに基づく。その意味で、訴えの利益とは、本案判決をすることの必要性及び実効性を個々の請求内容に即して吟味するために設けられた要件である。

このことは形成訴訟においても同様であり、株主総会決議取消しの訴えが適法に提起された場合であっても、その後の事情の変化に伴い取消判決により当該決議を無効にする必要性や実効性が失われた場合には、訴えの利益が失われ訴えは却下されることになる。そして民事訴訟が法的な紛争解決手段であることから、本案判決（取消判決）をすることの必要性・実効性の有無の判断は、「単に訴訟法の問題にとどまらず、すぐれて実体法の問題」³³⁾であって、「会

31) 伊藤＝杉山・前掲注8) 75頁。

32) 八木・前掲注1) 303頁。

社法の解釈論を前提にして考えることになる」³⁴⁾。それゆえ、平2最判及び平11最判の「論理」が先行選任決議の取消しの訴えにも妥当するのかを考える上では、実体法（会社法）の解釈として先行選任決議が取り消された場合にも瑕疵連鎖を肯定すべきか、が決定的な意味を持ち、その結論を左右するのは取消判決の遡及効をどこまで貫くべきかの実体的解釈である³⁵⁾。

2、瑕疵連鎖説は先行選任決議の取消判決が確定した場合にも妥当するか

(1) 瑕疵連鎖論の妥当対象を会社の規模や紛争類型によって限定すべきか

まず、瑕疵連鎖説の妥当範囲を「株主総会決議不存在が認定されるような企業である非上場の零細会社」³⁶⁾、あるいは「閉鎖型のタイプの中小会社の内紛処理」³⁷⁾の場合に限定する見解について検討する。

瑕疵連鎖説の妥当対象をこのような会社（紛争）に限定する論者は、その実質的な理由を、「（取締役資格に瑕疵ある者が介在した行為の効力を、一定の要件の下で有効視する）学説の出発点をなす『法的安定』や『既成事実の尊重』等の要請が大きいとは考え難い」³⁸⁾点に求める。確かにそのような要請は、閉鎖型のタイプでない大規模会社と比較すれば、閉鎖型のタイプの零細会社においては相対的に小さいことは事実であろう。

しかし問題の核心は、瑕疵連鎖を否定するときは、瑕疵がある先行選任決議によって選任された取締役で構成される取締役会及び当該取締役会で選定された代表取締役が（主導して）、その後新たな取締役選任決議（同一メンバーの

33) 後藤・前掲注19) 730頁。

34) 高橋・前掲注5) 概論88頁。

35) 高橋・前掲注11) 重点講義上396頁注49は、「（昭45最判の当否は）決議取消判決の効果をどう考えるかに帰着する」といい、伊藤・前掲注21) 185頁注36は、昭45最判が訴えの利益を否定した実質的根拠は取消判決の効果が遡及しないことに求められるが、現行会社法の下では遡及効が認められると解されるので、このような根拠は再検討の必要がある、と述べる。

36) 青木・前掲注22) 735頁。

37) 江頭・前掲注6) 377頁注1。

38) 青木・前掲注22) 735頁。

重任である場合を含む）を行いさえすれば、それ以降は何人も先行選任決議の効力を争えなくなるという帰結をもたらすが、当該帰結の当否をどう考えるか、にあるというべきであろう³⁹⁾。

この点からいえば、会社法は株主の（基本的な）権利として「株主総会における議決権」（105条1項3号）を定め、中でも上場会社など公開型のタイプの会社においては、「株主は業務執行およびその監視を専門的第三者に委ね、業務執行者・監視者の選任権限を通じてその者をコントロールするというのが、現行法の基本的仕組み」⁴⁰⁾である。それゆえ、そのような会社の株主にとっては、取締役等の選任決議における議決権の行使が業務執行者等をコントロールしうる実質的には唯一の法的手段であるから、取締役選任決議が公正な手続で行なわれることに関する株主の権利を軽視し制限するような解釈を「法的安定性」や「既成事実の尊重」の名の下に正当化することは妥当とは思われない。あえて付言すれば、現行会社法が株主総会決議の取消判決の効力として（法的安定に配慮するための）将来効を採用しないことを明文化したこと（839条第1括弧書）は、法的安定よりも上記の株主の権利をより重視するという立法的決断であると評しうる（取締役選任決議がなされた外観を信頼した取引の相手方の保護は、不実登記の信頼保護規定その他の善意者保護規定の適用ないし類推適用によって図りうる）。

また、瑕疵連鎖説を採用した平2最判は、確かに閉鎖タイプの会社における内紛事案について判断したものではあるが、その理由において格別に事案の特性に配慮した判断であることをうかがわせる記述は見当たらない。むしろその理由として判示する内容に照らすと、対象とする会社のタイプや規模あるいは紛争類型のいかんを問わず、先行選任決議が不存在である場合の法的処理に関して、一般的通用性を有する判断を示したものと解しうる（公式判例集の判示事項及び判決要旨の表現においても、いわゆる事例判決とはされていない）。

39) 倉吉敬「平2最判・判解」最判解民事平成2年度154頁が、先行選任決議が不存在である場合の規律に関して述べるところである。

40) 江頭・前掲注6) 309頁。

(2) 株主総会決議の不存在確認の訴えとその取消しの訴えとの法的規制のあり方の違いは、瑕疵連鎖の考え方の違いを正当化しうるか

瑕疵連鎖の考え方につき、平2最判及び平11最判が昭45最判とは異なる立場を採ったことを、先行選任決議の不存在確認の訴えとその取消しの訴えとの間の（瑕疵の程度の軽重に基づく）法的規制のあり方の違いから正当化する見解について検討する。

その前提としてそれぞれの訴えの法的規制の違いをあらためて整理すると、次の3点にまとめられる。

- ① 決議に取消事由が存するにとどまる場合は、取消しの訴えの請求認容判決が確定するまでの間は、係争決議は有効と扱われる。
- ② 取消しの訴えには提訴期間の制限がある。
- ③ ①②の結果として、取消しの訴えにおいて訴え却下判決が確定すると、（その時点で提訴期間が経過していれば）当該判決はその反射的な効果として係争決議を有効なものとして確定するとの結果をもたらす。

瑕疵連鎖を否定する昭45最判（及びそれを支持する学説）は、①を根拠として、先行選任決議に取消原因があっても取消判決の確定までは当該決議は有効と扱われるから、それまでの間に行われた取締役の行為は有効であって、後続の株主総会の招集手続には何らの違法もない（したがって後行決議は適法）と解するものと思われる。もとよりこの説明は、取消判決が確定するまでの間の法的状態をいうものとしては正当である。問題はその後に取り消判決が確定した場合であるが、現行会社法は取消判決が確定した場合の効果を将来効とはしなかった（839条第1括弧書、834条17号）から、先行選任決議は遡って無効となる⁴¹⁾。その結果、後続の株主総会は代表取締役でない者が招集したものとなるから、後行決議は法律上存在しないものと評価され、結局、先行決議が不存在であった場合と同様に瑕疵連鎖が生じることとならざるを得ない。

次に②であるが、先行選任決議に対してはすでに提訴期間内に適法に取消しの訴えが提起されている以上、法的には提訴期間の制限の有無は問題とすべき

ではないと思われる。実質的に考えても、原告から先行選任決議の効力を争うための訴えが提訴期間内に提起された後は、被告会社としても、当該訴えの帰趨の如何によっては、後行決議の効力が（実体法上）先行決議の効力によって左右され、不存在と判断される可能性があることは当然に覚悟すべき事態というべきであるから、提訴期間の制限があることをもって先行選任決議を却下することを正当化することはできない。

さらに③であるが、このことは、昭45最判の判示内容とは逆に、先行選任決議の取消しの訴えの利益はなお維持されるべきことを正当化しうる事情というべきではなかろうか。というのは、先行選任決議が不存在である場合には、何らの判決等を要することなく選任決議が存在しないこと、したがってまた後続の株主総会の招集手続の違法を主張できることから、その限りでは先行選任決議の不存在確認判決を得る必要性は（少）ないとも言うるが、先行選任決議に取消事由が存するにとどまる場合にあっては、後続の株主総会の招集手続の違法を理由に後行決議の効力を争うためには先行選任決議の取消判決を得ることが不可欠の前提となるからである。このような法的状況において、先行選任決議によって選任された取締役が退任し後行決議が行われたことにより先行決議の取消しの訴えの利益が失われたとして訴えを却下することは、（通常はその時点で提訴期間は経過していることから）株主等が先行選任決議の取消しによる遡及的無効に基づき後行決議の効力を争う途を閉ざし、結果として、瑕疵のある選任決議に基づいて取締役の地位に就いた者に手を貸すに等しく、相当とは思われない。

41) 現行会社法の下でも、株主総会決議取消判決に遡及効が認められるか否については「とくに規定がなく、解釈に委ねられている」と解した上で、取締役選任決議の取消判決については遡及効を否定すべきであると主張する見解（前田庸『会社法入門（第12版）』400頁（有斐閣・2009））があるが、会社法839条が「会社の組織に関する訴え」（834条柱書）の一部に限定して特則としての将来効を定めていることからすれば、解釈論としては無理であろう。

3、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定することの実質的妥当性

(1) 先行選任決議に取消事由が存するにとどまる場合は、それが不存在とされる場合と比較すれば、その瑕疵の程度は相対的に軽微であることは事実である（もっとも、「公正な手続は株主の総意を正しく集約する上で欠くことができず、多数決に敗れた者も手続が公正な場合に初めて納得する」⁴²⁾）のであるから、手続的瑕疵であるからといってそれ自体が「軽微」と評しうるものでもない）。そのため実質的な考慮として、そのような「軽微」な瑕疵に基づく瑕疵連鎖を肯定して後行決議を不存在とするのは行き過ぎではないか、という懸念ないし躊躇が生じることは理由がないことではない。そこで次に、先行選任決議の取消判決が確定した場合にも瑕疵連鎖を肯定することの実質的妥当性について検討する。

(2) 先行選任決議が不存在である場合に瑕疵連鎖を肯定した平2最判に対しては、「過去の決議不存在を口実に現実のいたずらな転覆を原告が迫る場合もありえないか」⁴³⁾との懸念が表明されたが、先行決議に取消事由が存するにとどまる場合にまで瑕疵連鎖を肯定することとなると、このような懸念はより現実的なものとなるようにも思われる。

しかし、前提として考慮すべきは、株主総会決議の取消しの訴えについては、会社法上、いわゆる裁量棄却の制度が明文化されており（831条2項）、招集手続や決議方法に法令・定款違反があっても、「その違反する事実が重大ではなく」かつ「決議に影響を及ぼさないものである」ときは、請求が棄却されうる、ということである。したがって、実際に株主総会決議が判決により取り消されるのは、「違反する事実が重大である」（より正確に言えば「重大でないとはいえない」）場合であるか、「決議に影響を及ぼす」（同じく「決議に影響を及ぼさないとはいえない」）場合であるか、あるいはその双方である場合ということになるから、「軽微」な瑕疵によって取消判決が言い渡されることは実際上はありえない。それゆえ、過去の決議の軽微な瑕疵を口実に現状のいたずらな転覆を

42) 龍田節＝前田雅弘『会社法大要（第2版）』206頁（有斐閣・2017）。

43) 青木・前掲注22）737頁。

迫ることがありうる、という懸念は、先行選任決議に取消事由が存するにとどまる場合にあっては必ずしも現実的なものではないと思われる。

(3) 次に、先行選任決議の効力を争う者は、決議不存在確認の訴えを提起するとともに当該取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分（以下「職務執行停止等仮処分」という。）を申し立てることによって対処することが可能であることから、（そのような措置を講じなかった場合には）会社をめぐる法律関係の安定を重視すべきであるとして、瑕疵連鎖説に反対する見解⁴⁴⁾がある。この見解は、先行選任決議の取消しの訴えが提起された場合にも等しくあてはまる。確かに、先行選任決議の効力を争い、取締役・代表取締役として登記され行動している者の地位を争っている者にとって、職務執行停止等仮処分が有効な対抗手段となりうることは事実である。

ただし、職務執行停止等仮処分は、現行法上は民事保全法 23 条 2 項の仮の地位を定める仮処分の一種として位置付けられるから、被保全権利とともに保全の必要性の存在がその要件とされるところ、本案訴訟が会社の組織に関する事柄であることから、仮処分債権者に損害が発生するとしても、会社に損害が発生しない場合には、保全の必要性がなく認められない、と解されている⁴⁵⁾。さらに、先行選任決議に重大な法令違反事実があったとしても、改めて適法に取締役の選任手続を行えば株式の保有割合の関係で同一内容の選任決議が行われることが明らかな場合には、保全の必要性は認められないと解されている⁴⁶⁾。したがって職務執行停止等仮処分は、中小会社の内紛に起因する支配権争いの局面ではともかく、支配権争いの局面にない相当規模の会社とくに上場会社においては実際には機能しないと思われる⁴⁷⁾。

44) 吉本・前掲注 22) 661 頁。

45) 東京高決昭和 52 年 11 月 8 日判時 878 号 100 頁など。

46) 東京地方裁判所商事研究会『類型別会社訴訟Ⅱ（第三版）』881 頁（判例タイムズ社・2011）。

47) 職務執行停止等仮処分は中小の同族会社に関する事件がそのほとんどを占め、親族間あるいは共同経営者間の感情的対立を背景とした申立てが多いことにつき、前掲注 46) 873 頁。

そもそも、ここでの問題の本質は、先行選任決議の取消しの訴えを提起した者が、職務執行停止等仮処分という法的措置を講じなかったことをもって、正当な選任決議を欠く代表取締役によって招集された株主総会においてなされた後行決議の効力を争いえないものとするのが正当化されるか、である。しかるところ、職務執行停止等仮処分の要件を満たしたとしても、その発令に際しては担保を立てることを求められる（民保 14 条 1 項）とともに、職務代行者を選任する場合にはその報酬額の予納が命じられる（民訴費 12 条、民執 14 条）ことから、申立人の支出は相当に高額となる。職務執行停止等仮処分に必要となるこれらのコストをも考慮すると、当該仮処分による対処が法的制度として存在することをもって、その措置を講じなかった場合には瑕疵連鎖を否定すべしとする見解は現実的な配慮に欠けるように思われる⁴⁸⁾。

4、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定した場合に昭 45 最判は維持できるか

(1) 先行選任決議の取消判決が確定した場合にも瑕疵連鎖が生じうることを肯定し、先行決議によって選任された取締役が退任した場合であっても、先行決議の取消しにより後行決議の効力に影響が及ぶ場合には、なお先行決議の取消しの訴えには訴えの利益が認められる、と主張する学説においても、かかる事情は昭 45 最判のいう「特別の事情」のひとつと理解しうるとの見解が示され

48) 付言するに、平 2 最判以前の支配的な商法学説は、先行選任決議により選任された取締役・代表取締役がその決議の取消しにより遡って地位を失うという理由でその者がその間に行った行為の効果が否定されるということになれば、「収拾しがたい混乱に陥る」として、瑕疵連鎖に反対してきた。確かに、閉鎖タイプの中小会社においては全員出席総会により後行決議を行うことによって「収拾」することが可能であるが、公開型のタイプの会社殊に上場会社では、全員出席総会により後行決議を行うことは事実上不可能であろう。しかし、そのような会社にあつては、株主総会が継続的に開催されてこなかったという事態は考えにくく、先行選任決議が取り消され当該決議で選任された取締役がその地位を失ったとしても、取締役権利義務者（会社 346 条 1 項）及び代表取締役権利義務者（会社 351 条 1 項）が株主総会を招集することにより後行決議を「適法に」行うことが可能であるから、必ずしも収拾困難な混乱に陥るわけではないと思われる。

ている⁴⁹⁾。この見解は、昭 45 最判の調査官の見解にも沿うものであるが⁵⁰⁾、これに従えば、先行決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定した場合であっても、昭 45 最判はなお維持できることになる。

他方、前述のとおり、昭 45 最判に対しては、取消判決の遡及効を肯定（し、おそらくは瑕疵連鎖も肯定）する立場から、被告たる会社において訴えの利益が失われる例外的事情を立証したときに、はじめて訴えの利益が失われるとすべきである、との見解⁵¹⁾が唱えられていたが、さらに、昭 45 最判は平 2 最判及び平 11 最判によって実質的に変更されたと主張する見解⁵²⁾も唱えられている。

（2）瑕疵連鎖を肯定した場合の訴えの利益の審理

先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定する立場では、先行選任決議の取消しの訴えの係属中に先行決議によって選任された取締役が退任した場合の、訴えの利益の有無をめぐる審理は次のようなものになると思われる。

まず被告（会社）が、先行決議の取消しを求める実益はなくなったから訴えの利益が失われたとして、訴えの却下を求める。これに対し原告は、係属中の取消しの訴えを維持し取消判決（の確定）を得ることによって、瑕疵連鎖が生じ後行決議は不存在となりうるから、取消判決を得る実益があると主張し、訴えの利益は失わないと反論することになるが、反論に際して何らかの事実を立証する必要はない。これに対し、さらに被告（会社）は、先行選任決議が取り消され遡及的に無効とされたとしても、なお後行選任決議が「適法に」（先行

49) 田中亘・前掲注 4) 199 頁。

50) 後藤・前掲注 19) 726 ～ 730 頁。後藤調査官は、昭 45 最判が「特別事情」として説示する事実関係はそのすべてを包摂して示すものではない（同 727 頁）、とも述べていた。

51) 鈴木正裕・前掲注 15) 345 頁、竹下・前掲注 16)（旧版）781 頁。また東京地方裁判所商事研究会・前掲注 3) 類型別会社訴訟 I（第 3 版）381 頁も、平 2 最判及び平 11 最判を踏まえて同旨を説く。

52) 西・前掲注 3) 9 頁。また、吉本・前掲注 22) 669 頁注 40 は、平 2 最判及び平 11 最判を踏まえて、昭 45 最判は「現在もなお有効であろうか」との疑問を呈する。

選任決議の効力のいかんにかかわらず、その適法性が肯定されることをいう）行われたといえるから、先行選任決議の取消しを求める訴えの利益は失われた、と再反論することになる。ただしこの再反論に際しては、被告はそのような事情として、「（後行決議が）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」を主張・立証する必要がある。

(3) 先行選任決議に基づいて選任された取締役が退任した場合の訴えの利益の審理方法をめぐる昭 45 最判と平 11 最判の考え方の違い

昭 45 最判は、（これを素直に読む限り）先行決議に基づいて選任された取締役がすべて退任した場合は、原則として訴えの利益を欠くに至るが、原告が「特別の事情」を立証すれば、例外的に訴えの利益はなお維持される、という判断枠組みを採用したものと解される⁵³⁾。ここにいう「特別の事情」を少しく具体的にいえば、「取締役選任決議取消の訴を維持して取消判決を得、その遡及的形成力を利用する必要と利益の存する場合（であること）」⁵⁴⁾ということになろう。

他方、平 11 最判は「（先行選任行為の）瑕疵が継続すると主張されている場合」においては（何らかの事実・事情の立証を要することなく）先行決議についても、「当然に確認の利益が存する」としたものである⁵⁵⁾。とともに後行選任決議が（先行選任決議の存否のいかんにかかわらず）「適法に」行われた場合（そのことが「立証」された場合ということになろう）には、特別の事情のない限り、先行決議の不存在確認を求める訴えの利益は消滅するとして、被告（会社）が後行決議が「適法に」行われたこと（具体的には「いわゆる全員出席総会においてなされたなど」の事情をいうものと解される）を立証した場合には、訴えの利

53) この点は調査官も、昭 45 最判は「『訴えの利益を欠くに至る』ものとされた部分とともに『訴えの利益が消滅しない特別事情』の存すべきことが判示され、『原則』と『特別』の論理を以て、『株主総会決議の取消判決の訴』における『訴の利益』の考察、処理が図られ」たものと解説している（後藤・前掲注 19）726 頁）。

54) 後藤・前掲注 19）729 頁。

益が消滅するという判断枠組みを採用したものと解される⁵⁶⁾。

両判決の訴えの利益の有無をめぐる判断枠組みの違いは、平 11 最判が、その判決文からも明らかとなっており、瑕疵連鎖説を前提とするのに対し、昭 45 最判は、当時の商法学説の支配的見解（取消判決の遡及効を前提としつつも、法的安定性を確保するため、株主総会の招集行為者の選任決議の取消しの効果は当該総会の決議の効力には影響しないと解する見解）に従い、瑕疵連鎖説を採用しないことを前提としたことによるものである、と解しうる。

(4) まとめ

上述のところからすれば、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定するのであれば、先行決議に基づき選任された取締役が退任した場合であっても、原告は「先行決議が取り消されることによって、後行決議は不存在となること」を主張すれば、訴えを維持して取消判決を得る必要性・実効性があることになるから、それ以上になんらかの事実を立証する必要はない。そして、この場合には、被告が後行決議が「適法に」行われたことを立証してはじめて訴えは却下されるという平 11 最判が判示した審理構造が瑕疵連鎖説に適合するも

55) 平 11 最判は後行決議の不存在確認請求が併合されていることを前提としての判示であるが、先行選任決議の不存在確認請求の訴えの利益を肯定する上で、後行決議の不存在確認請求の併合は不可欠の要件ではないとする見解も有力である（八木・前掲注 1）308 頁以下、上原・前掲注 9）45 頁）。先行選任決議の取消しの訴えにおいては、その取消判決が確定するまでは先行選任決議は有効と扱われ、したがってまた瑕疵連鎖による後行決議の不存在も主張できないから、この時点で後行決議について何らかの請求を追加することは困難であり、先行選任決議の取消しの訴えの利益を維持するための要件として後行決議についての請求の併合を求めることはできない、と思われる。ただし、西・前掲注 3）9 頁は、先行選任決議の取消しに加えて後行決議の不存在確認訴訟の併合提起が必要であるとする。

56) 公式判例集において、平 11 最判の判決要旨は「取締役等を選任する甲株主総会決議の不存在確認請求に、同決議が存在しないことを理由とする後任取締役等の選任に係る乙株主総会決議の不存在確認請求が併合されている場合には、後の決議がいわゆる全員出席総会において行われたなどの特段の事情のない限り、先の決議についても存否の確認の利益が認められる」と要約されている（民集 53 卷 3 号 580 頁）。

のである。

したがって、昭 45 最判は当時の支配的な商法学説が採用していた瑕疵連鎖を否定する「実体法の解釈」を前提として、原則として先行選任決議の取消しの訴えの利益を否定したものであるが、平 11 最判は平 2 最判による瑕疵連鎖を肯定する「実体法の解釈」を前提に、原告が瑕疵の継続を主張すれば先行選任決議に関する訴えの利益が失われなかったとしたものであるから、先行選任決議の取消しによる瑕疵連鎖を肯定する以上は、昭 45 最判の判断枠組を維持することはできず、平 11 最判によって昭 45 最判も見直されるべきである。

(追記) 三上威彦先生には、塾法学部の石川明研究会に入会を許されて以来 40 年の長きにわたりご指導を賜りました。一実務法曹にすぎない私が縁あって法科大学院教育のお手伝いをする事となり、敬愛する三上先生の学問・教育・学事のすべてに真摯かつ誠実に向き合われる姿勢に同僚教員として接する機会に恵まれたことは望外の幸いというほかありません。これまでのご指導に心より感謝申し上げます。