慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔商法一二二〕 取締役会決議を経ずに代表取締役以外の取締役が招集した総会決議の効力 (広島高裁昭和四三年十二月十七日第三部判決)
Sub Title	
Author	衣笠, 邦彦(Kinugasa , Kunihiko) 商法研究会(Shōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1973
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.46, No.5 (1973. 5) ,p.73- 79
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19730515-0073

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.

判例研究

〔商法　一二二〕　取締役会決議を経ずに代表取締役以外の取締役が招集した総会決議の効力

（広島高裁昭和四三年一二月一七日第三部判決昭和四三年(ネ)第八号株主総会決議不存在確認事件、判例時報五五二号七六頁）

〔判旨事項〕

取締役会決議を経ずに代表取締役以外の取締役が招集した株主総会の決議も取消事由あるに止まる。

〔参照条文〕　商法二四七条　二五二条

〔事実〕

当事者間に争いないところによれば、控訴人X会社は、代表取締役C死亡の後昭和三四年三月一五日招集した臨時株主総会において、X_1、被控訴人Y、Aを取締役に、Bを監査役に選任する旨の決議がなされたとして、同月二四日その旨の登記手続をなし、右総会議事録には当日代表取締役Cが出席し議長として議事を進行せしめ、右決議がなされたと記載されていた。

Yは、右総会を招集した事実なく、従つて右決議の存在しないことは明らかであるから、その無効確認を求めると主張した。これに対しXは次のように主張した。すなわち、X会社は亡Cの親族縁者が発起人となつて設立したいわゆる同族会社である。右臨時総会は取締役X_1が同Dと協議の上口頭または電話で当時の亡Cを除いた株主九名、A（総株式数三〇〇〇株のうち―以下同じ―六〇〇株）、E（六〇〇株）、F（三〇〇株）、G（六〇株）、H（六〇株）、亡Cの妻Y（六〇株）、X_1（六〇株）、B（三〇〇株）、J（六〇〇株）を招集し、亡Cの居宅において開催されたものである。その議題がC死亡による欠員取締役および代表取締役の選任決定であることは株主全員知悉していることであり、出席株主全員なんら異議なく取締役X_1を再任し、AとYを取締役に、Bを監査役に選任した。そうであるから、右総会は事実上存在し、その席上なされた右決議はなんら無効ではない。またYは右決議によつて取締役に選任されたことを承認し、現在に至るまでその職務を行つているから、かりに決議に瑕疵があつたとしても期間の経過により治癒された。

〔判旨〕

本訴の趣旨は、昭和三四年三月一五日の臨時株主総会は、開催された事実がないにもかかわらず、右総会において、取締役らの選任決議がなされ、その旨の登記がなされているから、右総会決議は存在しないという意味において、該決議の無効確認を求めるというにある。

そこで、本件の場合について検討するに、控訴会社は親類縁者一〇名をもつて昭和二七年三月設立されたいわゆる同族会社であるが、代表取締役Cが昭和三四年三月三日死亡したので、取締役であつたX_1（当時の取締役は以上二名の外、Dがいた）が急拠その後任人事を決定するため、同月一五日、電話または口頭をもつてGを除く株主らを召集し、その結果A（六〇〇株）、B（三〇〇株）、F（三〇〇株）、X_1（六〇株）、Y（六〇株）の外、亡C（九〇〇株）の相続人の資格において、Y、X_1外二名（但し相続人外一名欠席）が出席し、その席上、取締役としてX_1、A、Y、監査役としてBがそれぞれ選任決議された事実を認めることができる。他に叙上の認定に反する証拠はない。そうだとすると、昭和三四年三月一五日臨時株主総会が招集され、その席上、前記の決議がなされた—即ち決議は存在する—というべきである。尤も、前記認定の事実からも明らかなように、本件決議は、招集権者により、法定の手続を経て招集された株主総会において、法定数をもつて適法に議決されたものといえないとしても、これらの手続上の瑕疵は、それぞれ決議取消の事由になるに止まり、決議が不存在であるとする程の瑕疵には当らないと解すべきである。以下省略。

〔評釈〕

本件は日頃株主総会や取締役会を適法に招集することなく、随時株主や取締役が会合して相談したことを決議があつたものとして、議事録の作成等の形式をととのえるだけで会社を運営して来たところ、経営権争いや株主間の内紛が生じたために、反対派を排除するために日頃の違法を攻撃するという、同族会社に現れる株主総会決議不存在確認事件の一典型事例である。本件の問題点は、判旨の認定した代表権なき取締役が取締役会決議を経ようとしても法定最小員数の取締役がいないためにその欠員補充の目的で単独で総会を招集したこと、招集通知の法定期間不遵守、その形式違反という三つの総会招集手続上の瑕疵、法定多数を欠く議決という決議成立手続上の瑕疵が決議取消事由となるか、それとも不存在事由となるのか、更に省略した判旨の部分で述べられているように、以上の手続上の瑕疵がそれぞれ取消事由だとしても、重畳すれば決議は不存在となるのか、かりに不存在となるとしても、その確認を求めることは、権利濫用となつて許されないか、という点にある。このうち平取締役が単独で招集すれば不存在事由となり、その他の手続上の瑕疵は全て取消事由であるが、既に本件決議が不存在である以上、現に適法に選任されなかつた代表取締役と取締役会が職務を執行するという違法状態が継続するから、被控訴人は株主としてかかる違法状態を排除し、とりわけ代表取締役の登記抹消を可能ならしめるために、不存在確認の訴を提起する訴の利益を有し、従つてこれが権利濫用となることはない。[1] 学説判例の一般的見解はほぼ右のようで

あろう。最大の論点は平取締役による招集が取消事由か不存在事由かである。次に学説判例の一般的見解に沿つて、既に掲げた判旨の部分に焦点を合わせて検討しよう。

㈠法律上完全に有効な総会決議、従つて適法に形成された会社意思が存在すると認められるためには、決議の内容が法令または定款に違反しないばかりでなく、決議の適法性と正当性を保障する法令または定款の定める決議成立手続が遵守される必要がある。しかもその前提として、総会の活動形式である会議が成立しなければならない。そのための招集は、欠席者も決議に服することが客観的に見て正当であるように、全株主に会議の開催と議題が報告され、総会への出席と準備の機会が確保されうる担保を提供できるものたる必要がある。従つて、招集は法令または定款に従い、権限ある者が相当の期間内に適当な場所と時間にしかも正当な形式においてこれを行わねばならない。[2] 以上いずれかの点についてでも法令または定款違反の瑕疵があれば、適法な決議の存在を認めえないのが原則である。しかし、かかる場合に決議の存在を認めるか否か、認めたとしてもその効力、主張方法、主張期間、瑕疵の治癒とその条件等をどのように取扱うかは、適法かつ適正妥当な総会決議成立の要請と利害関係人の法的安定の要請をいかに調整するかという立法政策に依存する。けだし、決議と目すべき事実が生じれば、必ずや利害関係人の法的安定が要請されるからである。現行商法は瑕疵ある総会決議の効力について、商法二四七条と二五二条とによつて、手続上の瑕疵ある決議を取消しうるとし、内容上の瑕疵ある決議を当然無効として、取消と無効の限界を明瞭にするいわゆる形式主義の立場を採用する。瑕疵ある決議が取消の訴に服することは、判決確定までは決議が有効であることと出訴権者・出訴期間等の制限を意味し、従つて、かかる効力と制限を認めて法的安定を図ることを相当とする程度の瑕疵、いいかえれば、商法二五二条との対比でいえば決議の内容それ自体からは瑕疵の存在が一般株主、とりわけ第三者にとつて明らかでない（このことは不存在事由となる手続上の瑕疵についても同じである）こともあつて、時が経てばその判定も困難になるという意味で軽微な手続上の瑕疵ある場合であることを示す。そこで、かかる効力と制限を認めることを相当としない「甚しくかつ明白な」手続上の瑕疵ある場合は、株主の会合が開かれ総会活動たることを認識して株主が多数決定をなしたために決議と目すべき事実が生じた場合でも、適法な決議の存在しないことを何人も、いつでも、いかなる方法によつても主張しうることを認める必要がある。[3]（更に手続上も内容上もなんら法令または定款違反がなくても、たとえば架空人を取締役に選任する決議のように、決議内容そのものが全く意味をなさない場合も同様であろう。もつとも、かかる場合に紛争の生ずることは稀である）。商法二五二条は法文上無効事由を内容の法令または定款違反に限定していると理解すれば、かかる場合は決議と目すべき事実が存在するにかかわらず、同条から排除される（とするのがなお多数と見るべきか）。この理解は、決議の有効・取消可能・無効という効力の程度の中の三段階は決議の法律上の存在を前提し、従つてかかる場合を法律上決議は不存在と構成するに至らしめる。かかる場合は本来決

議の効力は問題にならない筈である。しかし、その結果が商業登記簿に登記されている場合は勿論、登記されていなくてもたとえば利益配当決議と目すべき事実があれば、その有効な存在を前提として根拠なき諸関係が会社内外に形成堆積されて行く可能性がある。かかる場合には、決議が有効に存在したならば生ずべき個々の権利義務ないし法律関係の存否を問題にするよりも、端的に決議の不存在を対世的に確定し、紛争の直接的な解決と防止を図る必要は、訴訟経済の面からもあるというべきである。しかし過去の決議という法律事実ないし要件の存否を対世的に確認することは、現行民訴法上容易には認められない（なお遺言無効確認の訴、民訴二二五条参照）。そこで、決議が不存在であることは、もし決議が存在すれば生ずべき効力がない意味で無効（いわゆる「不存在無効」）であるから、法律的には決議としての存在を認めえない「決議と目すべき事実」を再び表見的決議という範疇の中に取入れることにより、この表見的決議の無効確認の訴とその確定確認判決に対世効を認めるために、決議の無効確認の訴とその確定認容判決に対世効を明文で認めた商法二五二条が援用される。更に決議と目すべき事実が全く存在しないが、決議の結果が登記されている場合も、当該登記の抹消請求を可能ならしめるために、右と同様に取扱うことが妥当とされる。本件のように登記と決議と目すべき事実の二つが重なつて、有効な決議の存在する外観がより強く認められるときも、同様である。決議不存在の場合は結果的に商法二五二条の無効確認の訴とほぼ同じ取扱いを受ける。

㈢問題は、本件の招集は平取締役による単独招集でありいわゆる無権限者による招集であるが、この瑕疵がなにゆえに「甚しくかつ明白な」手続上の瑕疵であり決議不存在事由とされるかである。この点は限界を接する瑕疵と比較すれば、かなり微妙であるが、学説判例の一般的見解を結論的にいえば次のようであろう。(4) すなわち、(イ)代表取締役が取締役会決議を経ずに招集通知を発した場合、(ロ)代表取締役職務代行者が裁判所の許可を受けずに臨時総会招集の通知を発した場合、あるいは(ハ)取締役会決議を経ずに定時総会招集の通知を発した場合(5)は、外部からその有無を容易に知りえない取締役会決議または裁判所の許可があれば、招集手続をなしうる資格を既に有する者が招集通知を発したのであるから、適法な招集手続の外観を信頼する一般株主を保護し、利害関係人の法的安定を図るために決議を維持し、取消事由になるとする。㈡取締役が定款または取締役会決議に基づいて招集通知を発した場合は、その旨が招集通知に明示されていれば、定款または取締役会決議によつて招集通知を発する資格（招集通知が観念通知であることを強調すれば、代表取締役の代表権をこの点で制限ないし排除せず、一定の条件のもとで認められる代表権であることになろう。他方、招集決定権はその実行権を包含すると解すれば、取締役会が招集実行の方法として手続をとることを取締役会構成員に委任したと解することになろうか。この立場でも招集通知が観念通知であることを否定しえないから、前者と同じになろう。このように考えれば裁判所の決定によつて創設される少数株主の招集権は会社の機関的地位であるというべきであろうが、この点は用語の問題といえなくもない。）が与えられているか

ら、適法な招集手続が名実ともにあるから決議は有効、その旨が明示されないなら一般株主の信頼をえられる適法な招集手続の外観が認められないこともあるから、取消事由になる。裁判所の許可をえて少数株主が招集する場合も同様である。この論法を推せば、(ホ)取締役職務代行者が裁判所の許可を受けずに取締役会決議を経て臨時総会招集の通知を発した場合、あるいは(ヘ)定時総会招集の通知を発した場合、(ト)株主・支配人・会社使用人その他第三者が取締役会決議を経て招集通知を発した場合は、もし招集通知を発する資格が代表権ないし機関的地位であれば、その付与は取締役会が任意に付与しうることと取締役資格、または裁判所の決定を前提するから、たとえ取締役会決議がありその旨が通知で明示されても、無権限者によつて招集通知が発せられたことになろう（もつとも（ヘ）の場合は招集が対内的なものであることを強調する立場では（ニ）と同じ結果になろうか。必ずしも明らかでない。）。(チ)無権限者が招集通知を発した場合については、取締役会決議の有無を問わず、「社団の機関たる総会は社団の構成員全員の会議たるを本質とするから、構成員の全員が出席の機会を与えらるべきこと条理上の当然であり、従つて、社団の構成員の集会が総会と認められるためには、招集権限ある者によつて社団の構成員全員に対して総会を開く旨告知する処置がとられ、これによつて集まつたものであることが、最小限の要件である」（東京高判二五・四・一二下級民集一・五八〇）という理解を根拠に解答する。この立場では、もし招集通知を発した者の権限の有無を問わず全株主に総会への出席と準備の機会が与られたか否かが総会の成否を決するとすれば、その判定が区々になり（特に(ホ)(ヘ)(ト)の場合、ならびに本件の場合がまさにそうである）決議の存否に対する明確な基準がないことになるから、かかる場合は全員出席総会が成立しない限り、法律的には招集なく従つて総会は成立せず、決議は不存在であると評価し、その最終的な根拠を条理ないし社会通念に求めるようである。以上のように限界を接する場合には、一般的な見解は決議が有効たるために、(A)なんらかの形で招集通知を発しうる資格を既に有していること、あるいは(B)取締役会決議または裁判所の決定によつてその資格が付与されていること、によつて裏付けられる(C)適法な招集手続の外観が存在することを要求する。そして(A)の要件があれば取締役会決議がなくても取消事由となり、(C)の要件だけなら取締役会決議の有無や招集通知の内容あるいは名義いかんにかかわらず、無権限者による招集であるから不存在事由になるとする。(A)の要件があれば取締役会決議が度外視されるのは、次の理由に基づくのであろう。すなわち、形式的に考えれば取締役会決議を欠くことは招集手続の根本を欠くことであるから、適法な総会の成立ないし決議の存在を認めえない。しかし、この瑕疵の実質的意味は、総会招集を取締役会の慎重な決定にのみ委ねることによつて、招集時期と議題の決定につき会社経営上の専門的見地からする合理性ないし妥当性を確保するための手続的保障を欠くために、かかる合理性ないし妥当性を反映しない決議が成立する可能性があるということである。かかる可能性それ自体は商法二五二条の決議無効事由にも商法二五三条の不当決議変更または取消事由にもならず、決議の内容そのも

のにそれ程重大な瑕疵を与えるものではない。従つて一度決議が成立すれば、取締役会決議の欠缺はこの面から軽微な手続違反とされるからである。いずれにしても、一般的な見解はかなり微妙で、瑕疵の実質的意味をも考慮しながら、巧妙なバランス論を展開しているようでもある。

㈢本件判旨は注目すべき一つの立場を示すが、理由づけがはつきりしない。しかし成立しうる考え方であろう。すなわち、㈠無効が法律事実ないし要件の存在を前提するなら、これに該当しない表見的決議の無効という構成は実体法的にはできるだけ妥当領域を狭ばめ、訴訟法的に必要止むをえない場合すなわち決議の結果が登記されているのみの場合に限定することが望ましい。西独株式法二四一条一号は無権限者による招集をも含めて取締役会決議の欠缺または無効の場合を一律に決議の当然無効事由とするから、形式論的にはかかる場合に決議の法的な存在を認めるといつてよい。(7) 実質主義の立場を採用する西独株式法の規定を参照することが適当でないとすれば、一般的な見解が取締役会決議を欠いても取消事由になるとする場合に行う実質的考慮についても同様であろう。のみならず、その実質的考慮は果して招集手続上の瑕疵一般について妥当しないであろうか。西独株式法は三九年法一九五条ないし二〇一条において初めて総会決議の無効事由を規制し、六五年法も二四一条以下においてほぼこれを承継したが、既にその以前にレーマンは、招集または開催が法規に合致しない総会決議を直ちに無効と考えることはできないと主張した（「なんとなれば違反された法規はしばしば強制的性格を有するに拘らず、なおそれは社員の利益においてのみ定められた中立的な規則を強要するからである。このゆえにたとえば延会における如く招集の個々の形式を社員は任意に放棄しうるのであるから、彼等はその他の秩序違反の異議を差控えることができる。ゆえに正当ならざる招集に応じて異議なく賛成の意味で議決に参加した社員は後になつて正当ならざる招集を理由に総会開催の違法を告発することはできない。以上のことは総会が無権限者によつて招集される場合のみならず、招集の内容が不十分あるいは定款違反の場合にも関連するであろう。なんとなれば形式に従つた招集を総会の本質的要素の意味において理解すること、すなわち招集がなければ総会決議は全く問題にならないとすることは不当だからである。むしろ総会の概念にとつては予め株主の全体に向けられそして相当の配慮をすれば各人によつて認識しうる招請（Aufforderung）が一定の時に一定の場所に行われることをもつて足るというべく、他方個々の社員の集合は偶然の出合いたることに基づきあるいは単に彼等に向けられた私的な招請なるがゆえに総会たる意味を持たないであろう。」と）。(8) 他方、既に述べたように形式的厳正を貫けば、招集手続に法令または定款違反の瑕疵があればいかなる瑕疵であろうとも、法的に有効な総会の成立ないし決議の存在を認めえないであろう。現行商法も決議の存否に対する明確な基準を定めないとしても、条理ないし社会通念を援用することは理由づけとして十分であるとはいい切れない。一般的な立場でも、無権限者による招集の場合に例外的ではあるが、全員出席総会の成立ないし決議の存在を法的に認めている。もしそうであれば、無権限者による招集であつても、全株主に総会への出席と準備の機会が与えられたと認められる

限りにおいて、総会の成立を認め、決議と目すべき事実が生じたならば法的に決議の存在を肯定し、かかる場合を商法二四七条の決議取消の訴に服せしめる余地なしとしないのではあるまいか。かつて書面によらざる招集通知は決議不存在事由とする判例[9]があつたが、現在では、書面によらしめたのは通知内容の確実化のためのみであるとして、取消事由と解するのが一般の理解である。評釈者はこの考え方に傾いているが、取締役会の総会招集決議の理論的検討が残されているため、まだ断定はしない。このような考え方に対し、今一つ可能な構成を想定しうる。すなわち(ニ)利害関係人の法的安定を図るために決議を維持すべきか否かは、具体的事件において必ずしも同一とはいえない。そこで、会社訴訟の非訟事件化[10]と職権主義の導入を強調することによつて、手続上の瑕疵が法的安定を無視してよい程度の「甚しくかつ明白な」ものか否かの判定を、裁判所の認定に委ね、場合によつては招集の動機などの点をも考慮してよいとし、具体的妥当性を図ることである。本件判旨は権利濫用を問題にしているところから見ると、あるいはこのような考え方を採用したのかも知れない。しかし判決の予測が立てにくいという重大な欠点がある。

(1) 今井「株主総会決議の不存在と無効確認の訴の適否」民商法雑誌六四巻四号五二頁

(2) Vgl. Karl Wieland, Handelsrecht. Bd II (1931) SS. 99-100

(3) 前田「いわゆる決議不存在確認の訴」実務民訴講座五巻二九～三〇頁参照、その他の文献については久留島「株主総会決議の不存在とその無効確認の訴の適否」法学研究四四巻一〇号一二〇頁以下に詳しい。

(4) 以下については高鳥「株主総会の招集」(上)(中)(下)財政経済弘報一四八〇～一四八二号に詳細である。

(5) この場合は(イ)と同じ場合である。

(6) Vgl. Wieland, a. a. O., S. 103.

(7) Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, 13 Aufl (1968), S. 720. 但し Vgl. Wieland, a. a. O., SS. 103-104. Anm. 43.

(8) Karl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften Bd. II, Neudruck der Ausgabe Berlin 1904 (1964), SS. 214, 215.

(9) 東京地判大一五・一二・二〇、大一五ワ七・評論一六巻商五七・九、新報一〇一号二五

(10) 三ケ月「訴訟事件の非訟事件化とその限界」実務民訴講座七巻三頁以下、なお今井・前掲参照のこと。

衣笠邦彦