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

| Title | 〔商法 三一六〕 一部の取締役に対する招集通知を欠く取締役会決議を有効とする特段の事情の存在が認められた事例 |
|---|---|
| Sub Title | |
| Author | 並木, 和夫(Namiki, Kazuo)<br>商法研究会(Shoho kenkyukai) |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 1991 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.64, No.8 (1991. 8) ,p.105- 113 |
| 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=AN00224504-19910828-0105 |

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 三一六〕 一部の取締役に対する招集通知を欠く取締役会決議を有効とする特段の事情の存在が認められた事例

（東京高判昭和六〇年一〇月三〇日判決
昭和五九年(ネ)第一七七五号株主総会決議取消請求控訴事件
原審東京地判昭和五七年(ワ)第一一四八三号
判時一一七三－一四〇金判七三四－二六）

〔判示事項〕

一、役員選任の株主総会決議取消の訴の継続中に当該役員が退任した場合と訴の利益

二、招集通知漏のある取締役会決議に基づいて招集された株主総会の決議の効力

〔参照条文〕

商法第二四七条・第二五九条ノ二・第二六〇条ノ二

〔事　実〕

Y会社（株式会社八重州口会館、被告・控訴人）は、静岡県熱海市において旅館業を営むことを目的として訴外Aが設立した株式会社であって、Aのワンマン会社であり、Aの妻訴外Bは共同代表取締役、息子訴外C、息子訴外D、娘、原告・控訴人$X_2$は取締役、$X_2$の婿養子、原告・控訴人$X_1$は監査役の地位にそれぞれあったが、昭和五二年頃からCが実権を握るようになり、昭和五四年八月三一日に共同代表取締役に就任してからは、Aに代って名実ともにその営業を切り廻していたが、Aが入院し、余命いくばくもない状態になった昭和五六年四月半ば、同年二月二三日付で自己の代表権が解かれ、$X_1$が取締役に就任した旨、登記がなされていることを聞知し、これを$X_1$らの画策によるものと思い、不快としていたが、Aの死亡を契機として、Cと$X_1$らとの関係は悪化し、Cは前記役員人事の変更登記が正規の手続によらないでなされていたのを正すために、同年八月二一日に取締役会、翌二二日に第二一回定時総会を開催し、右役員人事を審議しようとしたところ、$X_1$らとの間に意見の対立が激しく、調整できなかったばかりでなく、右総会では$X_1$側が同道したJら（株主でない弁護士ほか一名）の議案には直接無関係な、長期にわたる発言により、議事が混乱し流会寸前に立至るという有様であった。Cは、翌昭和五七年七月に至り、同年七月二八

日に開催すべき第二二回定時株主総会（以下、「本件総会」と呼ぶ）の招集を決定すべき取締役会（以下「本件取締役会」と呼ぶ）の招集については、議事が混乱して収拾のつかなくなる虞があるとして、故意に$X_1$らに対して招集通知を発せず、意向を同じくするその余の取締役三名（B、C、D）が出席した取締役会で本件総会の招集を決議し、右総会においては、B、C、D、E、FおよびGを取締役に、またHおよびIを監査役に、それぞれ選任する旨の決議をした。

そこで、$X_1$らは、本件総会の招集手続には、①これの招集を決定した本件取締役会の開催に当り、$X_1$らに対する招集通知は故意に発せられておらず、一部の取締役に対する招集通知を欠いた取締役会決議は、特段の事情がないかぎり無効であるから、本件総会決議は、有効でない取締役会決議に基づいて招集されたものであること、および②本件総会の開催に当っても、$X_1$らに対する招集通知は故意に発せられなかったこと、の二点の瑕疵が存在するとして、総会決議取消の訴を提起した（なお、原審は、本件総会の開催に当って、$X_1$らに対する招集通知は故意に発せられなかったものと認定したが、本判決は、$X_1$らに対する招集通知は発せられたものと認定している）。

これに対して、Y会社は、一部の取締役らに対する招集通知を欠いた場合は、特段の事情がない限り、取締役会の決議は無効であるが、$X_1$らは名目的な役員にすぎず、また$X_1$らは昭和五六年八月二二日開催の第二一回定時総会において、Jらを同伴し議事の進行を妨害したため、本件取締役会を招集すれば、再び右のような行為に出て、正常な議事の進行を困難とすることが確定とみられ、更に、$X_1$らが出席しても、その余の三名の取締役の賛成によって本件取締役会の所定の議案が可決されることは明白であったなど、特段の事情があったため、本件取締役会決議は有効であるとし、また$X_1$らに対して、本件株主総会招集通知は発せられたのであって、$X_1$らが株主総会に出席して議決権を行使することは可能であったとし、本件取締役会の開催にあたり招集通知を発しなかったことは、総会の招集手続に重大な瑕疵がある場合に該当しないので、棄却されるべきである、と抗弁した。

原審は、一部の取締役に対して招集通知もれがあった場合に、その取締役が欠席しても、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とは、その取締役が取締役会において占める地位、実質的影響力、決議の内容との関連において、その取締役について予想される意見・立場を考慮して、同人の意見が決議の結果を動かさないであろうことが確実に認められるような事情を指し、本件では右の特段の事情に該当せず、本件総会の取締役会の有効な決議に基づかない招集、および$X_1$らに対する招集通知もれは重大な瑕疵で、裁量棄却することを許さない、として本件総会決議を取消した。

そこで、Y会社が控訴し、本件総会決議によって選任された役員全員は死亡または任期満了により退任し、原審判決後の昭

和五九年九月一〇日に開催された第二四回定時総会で改めて役員が選任され就任・登記されているから、本件訴は訴の利益を欠く、という追加主張をなした。

〔判　旨〕

原審取消・請求棄却

一、本件総会の決議に基づいて選任された取締役ら役員が原判決の言渡後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新たな取締役ら役員が選任され就任するに至っていることが当事者間に争いがないところであるけれども、$X_1$らは、Y会社の株主たる地位に基づき、会社自体の利益のために、右退任取締役らの在任中における法令ないし定款に違反した行為の責任を追及するための行為の一環として、本件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って会社に与えた損害の回復、就中具体的には、それらの者が役員として得た報酬を、違法な役員選任手続を敢えてすることによって役員たる地位に就き報酬を得た不法行為による損害賠償として、ないしは役員たる地位を遡って否定された者の不当利得の返還として、Y会社に支払わせることを所期しているものと認められるから、本件においては、未だ訴の利益が失われないものとすべき特別事情があると解するのが相当である。……本訴が会社の運営に対する相続人間の主導権争いの一面を有し、或いはそれがむしろ重要な動機となっているように窺えなくもないけれども、少くとも本件取締役会への招集通知を欠いた点においては、未だXらが右私情、私欲のみから因縁をつけて本訴を提起しているものとまでは断じえず、動機はともあれ、前叙のとおり、株主として会社の利益のために法令に違反する決議の瑕疵を問うものと見うる面も有するといわざるを得ない。

二、株式会社の取締役会は、会社の業務執行を決し、取締役の職務の執行を監督する制度であり、少数の会議体として全取締役による意見の交換と討議を通じて会議体としての意思を決定する点に制度の本旨がある。しかしながら、前示認定事実のとおり、Cらと相続人同志で、Y会社の運営につき深刻な主導権争いを続けている$X_1$らが取締役会に参加したところで、会議の紛糾を招くことはあっても、対立関係の明確な各取締役の立場（Bについても、Xらとの直接対応時の態度はともあれ、結局は実男子であるCら側に同調するものであったことは、弁論の全趣旨に徴し明らかである。現に記録によると、BはCと住所を共通にしている。）を討議を通じて修正しつつ会議体としての意思を平和裡に形成することは到底期待しうべくもなかったと認められる本件のような場合（まして、本件取締役会の議案は定時株主総会を招集する件である。）は、一部の取締役に対して招集通知もれがあったとしても、その取締役が出席しても、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当る、と解するのが相当である。

〔研　究〕

判旨に反対である。

一、本件事案は、同族会社の創立者の死亡後に生じた、相続人間の主導権争いに起因するものである。創立者たる父親が死亡した後、当該会社の主導権を巡って、取締役たる長女$X_1$と取締役たるその夫$X_2$が原告となって、他の取締役らの会社に対する不法行為責任および不当利得責任追及の前提として、それら取締役が選任された株主総会決議の取消を求めたものである。

二、判旨の前段について

株主総会決議取消の訴は、形成訴訟であるが、形成訴訟は、必要に応じて個別的に法律の規定によって認められるのであるから、その要件の存在を主張する者には、原則として、訴えの利益があるものと認められる（三ケ月「権利保護の資格と権利」民訴講座一・一四七）。しかし、紛争の公権的解決のための民事訴訟制度を利用するには、それだけの実益がなければならないことは、むしろ当然であって、形成訴訟といえどもその例外であるはずはなく、ただ形成訴訟においては訴の利益がないとされる場合は、極めて例外的な場合を考えうるにすぎないだけである（鴻「役員選任決議の取消」会社法判例百選（新版）一一二）。そこで、法定の要件を備えた形成訴訟も、訴訟の継続中の事情の変更によって、形成判決をする実益がなくなる場合があり、この場合、訴は却下される（中野・総会決議取消の訴と「訴の利益」・商事法務一〇四・三）。最判昭和三七年一月一九日（民集一六・一・七六）は、株主以外の者に対する新株引受権の付与のための株主総会の特別決議（昭和四一年改正前商法第二八〇条ノ第二項）の取消の訴が係属する間に新株の発行が行われた事案において、訴の利益が失われるとしており、さらに、最判昭和四五年四月二日（民集二四・四・二二三）は、取締役の選任決議について決議取消の訴が提起され、その継続中に、当該決議に基づいて選任された取締役すべてが任期満了によって退任し、新たな取締役が選任された場合に、「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ものと解するを相当とする。……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が、（原告は）……本件取消の訴が会社のためにすることについて何等の立証をしない以上、本件について特別事情を認めるに由なく、結局本件の訴は、訴の利益を欠くに至ったものと認める外はない。」と判示した。かくして、昭和四五年判決は、昭和三七年判決を踏襲した上で、事情変更の一事例を加えるとともに、「訴の利益が消滅しない特別事情」が存在すべきことを明らかにしたのであるが、昭和四五年判決の判旨は、「本件取消の訴が会社のためにすることについて何等の立証をしない以上、本件について特別事情を認めるに由なく、結局本件の訴は、訴の利益を欠くに至ったものと認める外はない。」として、訴の利益の有無を「特別の事情」の判断にかからしめ、訴が「会社のために」するものであることを立証したならば、

特別事情があるとしている。取消の訴が「会社のために」提起されたものでなければならない、とした点については、総会決議取消の訴は、株主の利益のために認められた権利であるとするのが学説の多数（大隅「会社法の諸問題」〈増補版〉一二〇頁など）であり、ただ株主がその権利を行使するにあたっては、会社利益の侵害のもとに株主たることと関係のない自己の純個人的な利益を追及することは許されないにすぎない、として批判されており、「特別事情」の立証を請求者の側の責任としたかの如き表現をした点についても、学説上、議論が存在する。更に、役員選任決議取消のように遡及効を有する形成訴訟では、役員が途中で退任するというように、その形成の対象が訴訟の途中で消滅してもなおその訴を維持するについて実益があるとして、この実益を当該訴訟で明示する必要があるか否かについて、四五年判決は、特別事情の立証という形でこれを要求しているが、これに対しては、決議取消の訴の利益を基礎づけるのは、「個別的、具体的な利益ではなく、会社構成員、特に株主が株主として有するところの会社運営の適法性を確保するための支配介入権といったものである。……この訴は、株主等の個人的利益を守ることを直接の目的とするのではなく、会社の内部関係が適性・適法に運営されるべきことについて株主等が有する一般的利益を守ることを目的とする。決議取消を求める権利が株主の共益権として把握されるゆえんである。……判例が決議を争う訴について具体的実益を強調するのは、一つには、いわゆる会社荒しの濫訴を禁ずる意図があるかも知れないが、それならば、はっきりと、その理由によって訴の利益を否定すればよいのであり、実益の点で、訴の利益を否定するのは会社解散後の設立無効の訴の如き将来の問題のない場合に限るべきではないか。」（谷口安、判批・新株の発行があった場合と新株発行に関する株主総会決議無効の訴の利益、民商法五四・二・一・九五・二〇一、同旨西原、判批・株主総会特別決議取消の訴の継続中訴の利益、民商法四七・二・二九四・三〇七）と批判されている。

民事訴訟法学者によれば、形成の訴につき訴の利益を欠く場合としては、二つの類型があると指摘される。すなわち、「その一つは、形成判決をしてみても実益がないという場合である。たとえば、会社が解散して清算に入った場合には、いまさら設立無効の判決をしてみても、同じく清算をするだけであるから、取締役解任の訴の提起後に会社が解散した場合には、解散の結果、取締役は当然に終任するから訴の利益がなくなる。……これとやや趣を異にするが、第二の場合として、形成の訴が不正な目的のために濫用される場合にも訴の利益を否定すべきであろう。（中野・前掲三）」と。

その後の判決において「特別の事情」がどのように解されているかを見てみると、東高判昭和七五年一〇月一四日（判タ四八七—一五九）は、本件と同様な事案において、「特別の事情」があるというためには、当該役員らの会社（ひいては株主）が損害を蒙り、しかもその損害を回復するためには、株主として、

役員を選任した株主総会決議を取消し、役員としての地位を否定する以外に方途がないという場合であることを要す、として訴の利益を否定しており、また東高判昭和五八年一二月二二日（判時一一〇二—一三六）も、「決議が取消うべき瑕疵があるにとどまり、判決により、右決議が取消されない限り、その決議のないことを前提とするような主張をすることができないような場合であれば格別……本訴において本件各決議の無効確認判決を得なくとも、本件各決議の無効をその前提問題として主張することが可能であるから、……本件訴の利益があるということはできない。」とした。これら下級審判決をどのように把握すべきかという問題が生ずるが、これらは、昭和四五年判決が示す「特別の事情」の立場に形式上従う形を採りながら、実は昭和四五年判決に対する批判を受け容れて、「地位を否定する以外に方途がない」とか「無効確認判決を得なくとも前提問題として主張することが可能である」と述べることによって、第一類型の訴の利益が否定される場合と第二類型の訴の利益が否定される場合とを峻別し、「本来の訴の利益の問題」、すなわち第一類型の訴の利益が否定される場合への回帰を図ったものではなかろうか。そこで、本件判決も、昭和四五年判決にしたがって、「特別の事情」を明らかにして、結論を導いたわけであるが、本件判旨が、「地位を否定する以外に方途がない」とか「無効確認判決を得なくとも」と述べることなく、単に「役員たる地位に就き報酬を得た不法行為による損害賠償として、ないしは役員たる地位を遡って否定された者の不当利得の返還として、Y会社に支払わせることを所期しているものと認められるから、本件においては、未だ訴の利益が失われないものとすべき特別事情がある。」と判示したのは、昭和四五年判決が示す「特別の事情」に形式上従う形を採りながら、基本的には、昭和五七年判決および昭和五八年判決と同様な理解に立ち、「訴の利益」の更なる純化を図ろうとしたものではないか、と理解されるが、判旨がこれをもって、訴の利益が失われない特別事情の存在を認めたことには、疑問がある。それは、総会決議が取消され、これに基づいて行われた法律行為の効力が遡及的に無効となるとしても、B ら七名が会社に対してあたえたサーヴィスという事実は、遡って無効となる由もないから、本件総会で役員に選任されたB ら七名は、役員として会社に与えたサーヴィスについて、不当利得の返還請求ができるはずであり、そのサーヴィスの対価は、定款または株主総会が定めた役員報酬（商法第二六九条）と同額とみるべきであるから、Y会社に損害が発生する由もなく、またBらには不当利得が発生するものでもないからである（同旨、竹内、判例商法Ⅰ。判批・会社役員の選任決議取消の訴—訴訟継続中に役員が退任した場合における訴の利益、一七九・一八九）。

三、判旨の後段について

判旨は、本件においては、特段の事由が認められるとして、一部取締役に対する招集通知もれが存する取締役会決議も有効

であるとした。

学説上、取締役会の招集通知もれと取締役会決議の効力の問題については、絶対無効説、限定有効説、の二つの立場が存在し、Ⅰ．絶対無効説は、①たとえ名目上の取締役であっても、法的には取締役としての権限と義務があり、取締役会は討議により結論を出す合議体であるから、その者が出席しても決議の結果に影響がないと断ずる事はできないこと（鈴木＝竹内、会社法、二〇九、堀口、判批・取締役会の招集につき一部の取締役に対する通知もれがあった場合と取締役会の決議の効力、民商法六三・五・七四三・七四九）、②取締役会は少数者の会議で一人の説得力ある発言が他の取締役の議決権行使に影響を与えることがあること（田中誠、再全会社法詳論上、五五八・星川、判批・取締役会の招集手続に瑕疵があったが商法二六五条の商人決議が有効になされたと認められた事例、金判七一・二・三）、③招集通知を受けなかった取締役が会議に出席した場合には決議の結果に影響を及ぼさなかったと断定することはできないし、また、たとえその取締役が会議に出席しても決議の結果に影響を及ぼさないことが事実上推定されるにすぎない場合にまで決議が有効とされるときは、取締役会制度によって会社の執行の合理化をはかろうとする法の趣旨が没却されることになること（神崎、「会社法詳説」二一八）を挙げ、招集の通知を受けなかった取締役が取締役会に出席したとしても、決議の結果に影響を及ぼさなかったと認めるべき事情があっても、これにより直ちに招集手続の瑕疵が決議の結果に影響しないものとすることはできないとする手続の瑕疵は、英米法上の「無害の過失（harmless error）」として決議の効力は影響は受けないとしたり（大浜、取締役会と取締役会、講座三・一〇五八）、②会社はかかる手続きの瑕疵を理由に決議を無効とする利益を有しないために無効の主張が許されず、したがって決議が有効視される（吉井、前掲一九）として、当該取締役が出席しても決議の結果に何ら影響がないことが証明された場合は、決議は有効とされるとし（大浜、前掲・服部、判批・一、中小企業等協同組合法に基づく協同組合と株式会社間の取引においてその組合の代表理事が右会社の代表取締役を兼ねていたときと同法三八条の準用、二、中小企業等協同組合法に基づく協同組合の理事会の招集につき、一部の理事に対する通知もれと理事会決議の効力、民商五二・四・五七八・五八四、河本「現代会社法第二版」三五八［なお、教授は、特段の事情を厳しく解釈することを前提としている。］・西山、判批・取締役と会社間の取引について、その取引をなした相手方である取締役を除外してなした取締役会の承認決議の効力・ジュリスト二三一・八六・八七）、決議の結果に影響を及ぼさない場合として、①その取締役と他の取締役の関係で、取締役会において占める実質的影響力、その取締役について予想される意見・立場と決議内容との関係などから判断して、同人の意見が決議の結果を動かさないであろうことが確実に認められるとき（吉井、前掲一九）、②通知のもれた取締役が取締役会の決議の趣旨と同一のことを常に発言していたとき

（奈良、最高裁判例解説・法曹時報一六・一一・一二一）、③取締役会の瑕疵ある決議を株主全員が承認する場合（並木俊、正規の取締役会に基づかない業務の執行、法学紀要一七・七九）、④取締役会決議終了後、同決議に賛成する旨を表明するとき（坂田、判批・取締役会の招集通知もれと取締役会決議の効力・金判四〇一・六）、⑤議案に対して積極的な態度を表明することが期待されないとき（久保、取締役会、商法の判例第三七八）、などを挙げる。

裁判例を見てみると、最判昭和三九年八月二八日（民集一八・七・一三六六）は、中小企業等協同組合法に基づく協同組合の理事会において、一部の理事に対する招集通知もれがあった事案において、「原則として右理事会の決議も無効となると解すべきであり、ただ、その理事が出席しても理事会の決議の結果になんら影響がないことが証明されたときにかぎり、右理事会の決議の効力に影響がないと解するのが相当である。」として、限定有効説の立場を採り、招集手続の瑕疵が常に無効とはならないものとし、最判昭和四四年一二月二日（民集二三・一二・二三九六）は、六名の取締役のうち二名に招集がなかった事案において、昭和三九年判決を引用して、「取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵があるときは、特段の事情のないかぎり、右瑕疵のある招集手続に基づいて開かれた取締役会の決議は無効になると解すべきであるが、……その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である。」と判示して、限定有効説の立場を採った上で、特段の事情があるときは決議が有効となるものとしたが、「特段の事情」の内容については明らかにしていない。四四年判決以後の下級審判決においては、①東高判昭和四八年七月六日（金判三九一・一一）は、特段の事情として、当該取締役が名目的で会社の業務に関与せず、会社の運営を他の取締役に任せていた場合がこれに当たるとし、②東高判昭和四九年九月三〇日（金判四三六・六）は、当該取締役が既に辞表を提出して、取締役としての職務を採っていなかった等の事情がこれに当たるとし、③高松地判昭和五五年四月二九日（判タ四一四・五三）は、取締役会における力関係が明らかで少数派の取締役の一部に対して通知もれがあったとしても、その取締役の影響力は小さかったことをもって、これに当たるとした。

本件判旨は、四五年判決にしたがって、「$X_1$らが、取締役会に参加したところで、会議の紛糾を招くことはあっても、対立関係の明確な各取締役の立場……を討議を通じて修正しつつ会議体としての意思を平和裡に形成することは到底期待しうべくもなかったと認められる本件のような場合……は、一部の取締役に対して招集通知もれがあったにしても、その取締役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当ると解するのが相当である。」とし、「各取締役の立場を討議を通じて修正しつつ会議体としての意思を平

和裡に形成することは到底期待し」得ない状況が存在し、かつBもCおよびDに同調する可能性が大きく、結局二対三となって計数上$X_1$らが負けることが明らかな状況が存在することが、「特段の事情」に当たるものとし、「特段の事情」の一例を加えたものであり、これは高松地判の立場に近い。しかし、この立場を採ると、このような状況が存在しかつ決議の帰趨が計数上明らかであるならば、会議を開く必要は、事実上、常になくなることになってしまう。それで構わないのであろうか。また翻って考えてみると、四四年判決は、「その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があるときは、右瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である。」として、「取締役会決議が有効に成立したとされるための特段の事情」を問題とするのに反して、本件判旨が指摘する「特段の事情」は、むしろ逆に「取締役会が流会してその決議が成立しないとされるための特段の事情」なのではなかろうかという疑問が湧く、さらに判旨が、取締役会決議というものは平和裡に形成されなければならないものであるとの前提の下に、特別事情を認めたことにも、疑問が残る。判旨が「平和裡に」という表現で、何を意図したのかは明確ではないが、少なくとも、会議とは、激烈な議論を戦わせて、左右に揺れつつ、結論に逢着するのが本来の姿であって、判旨が会議とは「平和裡に」結論を形成すべきものであるという前提の下に、特段の事情を判断したことは正当ではなく、判旨の構成には反対である。

それにしても、判旨は、原審と異なり、本件株主総会においては$X_1$らに対して招集通知が発せられたことを認定しているのであるから、どうせ控訴請求を容れて$X_1$らの請求を斥けるのなら、相続人間の主導権争いを動機に、招集手続の瑕疵を理由として総会決議取消の訴を提起している$X_1$らが、本件株主総会に出席する機会が十分に与えられていたのにも拘らず、敢えて株主総会に出席しなかったことを認定して（おそらく出席はないであろう）、裁量棄却すればよかったのではなかろうか。

本件については発表時順に、坂田、金判七四七・四五、根田、税通四一・一〇、大塚、判時一二二一・二一三、山野、早法六二・三・一六があるが、坂田教授以外は、すべて本件判旨後段の結論に反対である。

並木和夫（一九九一年五月記）