

# 商法教授方法に関する研究手帖 (10)

浅 木 慎 一

## 第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 卷 1号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 卷 2号)
- 第5章 株式の概念

## 第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 卷 1号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 卷 2号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

## 第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 卷 1 ~ 4号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 卷 1号)
- 第3章 会社の機関 総説
- 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視
  - 1. 株主総会の意義と権限
  - 2. 株主総会の招集 (以上、名城法学 61 卷 2号)
  - 3. 議決権
  - 4. 総会の議事 (以上、名城法学 61 卷 3号)
  - 5. 決議
    - 5 - 1. 決議方法

## 研究ノート

- 5 - 2 . 決議要件
  - 5 - 2 - 1 . 普通決議
  - 5 - 2 - 2 . 特別決議
  - 5 - 2 - 3 . 特殊な決議
    - 5 - 2 - 3 - 1 . 会社法 309 条 3 項
    - 5 - 2 - 3 - 2 . 会社法 309 条 4 項
  - 5 - 2 - 4 . 総株主の同意
- 5 - 3 . 総会における決議等の省略
- 5 - 4 . 種類株主総会の決議
  - 5 - 4 - 1 . 普通決議
  - 5 - 4 - 2 . 特別決議
  - 5 - 4 - 3 . 特殊な決議
- 5 - 5 . 決議の瑕疵
  - 5 - 5 - 1 . 緒言
  - 5 - 5 - 2 . 決議取消しの訴え
    - 5 - 5 - 2 - 1 . 決議取消しの原因
    - 5 - 5 - 2 - 2 . 取消しの訴訟
  - 5 - 5 - 3 . 決議の無効確認の訴え
  - 5 - 5 - 4 . 決議不存在確認の訴え
  - 5 - 5 - 5 . 取締役選任決議の不存在とその後の取締役選任決議の効力
- 6 . 株主による会社業務の監督および是正
  - 6 - 1 . 緒言
  - 6 - 2 . 株主代表訴訟制度
    - 6 - 2 - 1 . 意義
    - 6 - 2 - 2 . 追及しうる責任の範囲
    - 6 - 2 - 3 . 倒産手続と代表訴訟との関係
    - 6 - 2 - 4 . 訴えの提起
      - 6 - 2 - 4 - 1 . 提訴権者
      - 6 - 2 - 4 - 2 . 提訴前の手続
      - 6 - 2 - 4 - 3 . 不提訴理由通知
      - 6 - 2 - 4 - 4 . 企業再編行為と原告適格の継続
      - 6 - 2 - 4 - 5 . 濫訴の防止措置
      - 6 - 2 - 4 - 6 . 管轄

- 6 - 2 - 5 . 訴訟参加
  - 6 - 2 - 5 - 1 . 共同訴訟参加
  - 6 - 2 - 5 - 2 . 補助参加
- 6 - 2 - 6 . 和解
- 6 - 2 - 7 . 判決の効力
- 6 - 2 - 8 . 再審の訴え
- 6 - 3 . 株主による違法行為差止請求
  - 6 - 3 - 1 . 意義
  - 6 - 3 - 2 . 差止請求権の対象
  - 6 - 3 - 3 . 差止権行使の方法
  - 6 - 3 - 4 . 差止権行使の効果
- 6 - 4 . 役員解任訴権
- 6 - 5 . 情報収集権

[本号における脚注について]

本章の脚注 (5) 江頭憲治郎『株式会社法 (第3版)』(有斐閣・2009年)は、その第4版が2011年12月に刊行された。本章(第4章)は、本号をもって完結するので、本号の脚注も、前号までの掲載分に合わせて、第3版に依拠することとする。なお、後日、本稿を加筆・訂正のうえ『商法学通論』として取り纏める際に、第4版に依拠した脚注に改める予定である。

## 第4章 株主総会および株主による会社運営の監視（承前）

### 5. 決議

#### 5-1. 決議方法

株主総会における採決の方法に関しては、商法会社編の時代から今日まで、会社法中に特段の規定はない。定款でその方法を定めれば、これによることになる。

最高裁昭和42年（1967年）7月25日判決民集21巻6号1669頁は、「株主総会における議事の方式については、法律に別段の規定がないから、定款に別段の定めをしていないかぎり、総会の討議の過程を通じて、その最終段階にいたって、議案に対する各株主の確定的な賛否の態度がおのずから明らかとなつて、その議案に対する賛成の議決権数とその総会の決議に必要な議決権数に達したことが明白になった以上、その時において表決が成立したものと解するのが相当であり、したがって、議長が改めてその議案について株主に対し挙手・起立・投票など採決のしるしをとらなかつたとしても、その総会の決議が成立しないということはいえない」と判示している<sup>223</sup>。このように必ずしも採決のしるしを要しない。

定足数を要する決議（会341、309）の場合に、その審議のはじめにおいて定足数を欠いても、決議の時に定足数を満たしており、株主が異議なく決議を行えば、決議は有効に成立する<sup>224</sup>。

#### 5-2. 決議要件

株主はその数が多く個性も薄いから、総会の決議は、原則として多数決

---

223 ただし、この判例は、総会出席数10名の閉鎖会社に関する事案であることに注意すべきであるとの吉本健一の指摘がある（吉本・注（130）前掲153頁脚注（6）参照）。

224 北澤・注（1）前掲322頁。

(資本多数決) によって行われるが、決議する事項の重要性に応じて、その要件が異なる。すなわち、普通決議、特別決議、特殊な決議の3種に分けられる。

#### 5-2-1. 普通決議

会社法が特別な要件を定めておらない限り、総会の決議は「普通決議」と呼ばれる要件の下で成立する。「通常決議」と称されることもある。

すなわち、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し(定足数)、出席した当該株主の過半数の賛成をもって成立する(会309)。よって、可否同数は否決である。

会社は、定款に別段の定めを設けることにより、定足数または決議に必要な多数を加重することも定足数を緩和することもできる。普通決議の決議要件を過半数を割るよう定めすることはできないと解すべきであろう。そのような議決行動は、「決議」と呼ぶに相応しくないとと思われるからである。實際上、大多数の会社は、定款で定足数の要件を排除している。

役員(取締役・会計参与・監査役)の選解任に係る決議は、普通決議事項に分類されるが、事柄の重要性から、定款をもってしても、定足数を議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1未満に下すことをえない(会341)。会計監査人の選解任の決議については、かかる定足数要件は課されない。基本的に、昭和25年(1950年)改正後商法256条ノ2の政策を承継するものである。定款をもって普通決議の定足数を加重または軽減しているときは、役員を選解任の決議も原則としてその定めによるべきであるが、定足数が議決権を行使することができる株主の議決権の3分の1未満に下されているときは、役員を選解任に関する限り、定足数を法定の最低限まで軽減したのものとしてその効力を認むべきである<sup>225</sup>。会社

---

225 大隅：今井・注(19)前掲151頁参照。

法 341 条は強行規定だからである。

表決の結果、可否同数のときは議長の決するところによる旨を定款に定めることは、議長が株主であるときは 1 株 1 議決権の原則（株主平等の原則）（本章 3 - 1 - 1）に反し、株主でないときは株主でない者の決議参加となるから、認められない<sup>226</sup>。議長といえど、株主であれば、株主たる資格において議決権を行使できること、当然である。

定款により、株主総会の決議事項を追加し、その事項の決議要件につき別段の定めをしないときは、その事項は普通決議事項となる<sup>227</sup>。

### 5 - 2 - 2. 特別決議

「特別決議」と呼ばれる決議は、以下の要件の下で成立する。

すなわち、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し（定足数）、出席した当該株主の 3 分の 2 以上に当たる賛成をもって成立するのが原則である（会 309 柱書前段）。会社法は、この原則を定款をもって修正することを認めている。まず、定足数については、議決権を有する株主の 3 分の 1 を下限として引き下げることが許される（会 309 柱書前段第 1 かつこ書）。また、3 分の 2 以上に当たる賛成という要件は、これを上回る割合を定款で定めることができる（会 309 柱書前段第 2 かつこ書）。さらに、以上の要件に加えて、一定の数以上の株主の賛成を要するといった頭数要件を定める等、その他の加重要件を定款に定めることも許されている（会 309 柱書後段）。

商法会社編時代にあっては、特別決議は、定款の変更のための決議として、平成 17 年（2005 年）改正前商法 343 条に規定され、多くの重要な事項について同条を準用するという形式をもって運用されていたが、会社法は、その 309 条 2 項各号にこれらを整序する形式をもって規定したのであ

---

226 北澤・注 (1) 前掲 324 - 325 頁参照。

227 同前 325 頁。

る。

特別決議の決議要件を定めた会社法 309 条 2 項は強行規定であり、対象事項の重要性に鑑み、普通決議によって定めることのできる事項よりも、より慎重な手続を要求したものであるから、定款の定めによって、上述の要件を逸脱してこれを緩和することはできない<sup>228</sup>。商法会社編の時代においては、商法旧 343 条につき、定款の定めによって特別決議の要件を加重できるか否かについて争いがあった<sup>229</sup>。会社法は、要件の加重を明文をもって認めている。これは本来、旧有限会社の社員総会において社員数要件を認めていたこと（旧有 48 ）を特別決議の規定中に導入した結果、特別決議要件の加重を認めることになったものと思われるが、さらに、決議要件の加重が、閉鎖型の会社の少数派株主の保護に資することになることを勘案した結果であろうか（要件を加重すれば、将来の株主が定款を変更することが困難となるが、他面、少数派株主はあたかも拒否権が確保されたかのごとく、その保護が厚くなる）。条文を素直に読めば、特定の事項について総株主の一致を要求することも原則として可能である<sup>230</sup>。

決議要件の加重を認める以上、加重された要件を法の許容する限度で軽減するには、加重された決議要件による定款の変更が必要である<sup>231</sup>。

会社法 309 条 2 項各号において整序された特別決議事項は以下のとおりである。すでに言及したものも含めて、改めて掲げておこう。 議決権制限株式の会社による買取決定および買受人の指定（会 140 ・ ）、特

228 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編『新版注釈会社法（12）』（有斐閣・1990年）28頁 [実方謙二]。

229 学説の鳥瞰については、同前 28 - 29 頁 [実方謙二] 参照。

230 普通決議事項を含め、必ずしも総株主の一致を要求することがすべて有効であるわけではない（江頭・注（5）前掲 335 頁脚注（1）参照）。また、青竹正一も、全員一致を要求すると、事実上決議の成立を不可能とし、会社の経営が行き詰まってしまうというおそれを指摘しているが、加重を認める以上、その範囲を画するのは困難であるから、全員一致も肯定されると解している（青竹・注（20）前掲 216 - 217 頁）。

231 北澤・注（1）前掲 326 頁。

定の株主からの自己株式取得の決定（会 156 、160 ）、 全部取得条項付種類株式の取得の決定（会 171 ）および一般承継人に対する株式売渡請求の決定（会 175 ）、 株式の併合の決定（会 180 ）、 非公開会社における募集株式の募集事項および公開会社における有利発行等に係る決定（会 199 、200 、202 、204 ）、 非公開会社における新株予約権の募集事項の決定および公開会社における有利発行等に係る決定（会 238 、239 、241 、243 ）、 累積投票により選任された取締役・監査役を解任する決議（会 339 ）、 役員等の責任の一部免除の決定（会 425 ）、 資本金の減少の決定（ただし、定時総会で決議し、かつ、欠損の填補に充てる場合を除く）（会 447 ）、 現物配当決議（株主に対して金銭分配請求権を与えないこととする場合に限る）（会 454 ）、 定款の変更・事業譲渡等・解散・会社の継続に係る決議（会 2 編 6 章～ 8 章）、 組織変更・合併・会社分割・株式交換・株式移転に係る決議（会 5 編）、である。上記 ないし および は、株主平等の原則上、株主の利害に関わる事項であり、 および は、募集株式・新株予約権の発行等に関わる重要事項、 および は、会社支配に関わる重要事項、 および は、会社の基礎の変更に関わる重要事項であると位置づけられよう<sup>232</sup>。

なお、以上のほか、会社法の定める普通決議事項を定款で特別決議事項とすることもできるし、定款で総会の決議事項を追加し（会 295 ）、それを特別決議事項とすることもできる<sup>233</sup>。

### 5 - 2 - 3. 特殊な決議

#### 5 - 2 - 3 - 1. 会社法 309 条 3 項

この決議は、当該株主総会において議決権を行使できる株主の半数（頭数）以上（定款による加重が認められる）であって、当該株主の議決権の

---

232 江頭・注 (5) 前掲 336 - 337 頁脚注 (2) 参照。

233 北澤・注 (1) 前掲 326 頁。

3分の2（定款による加重が認められる）以上にあたる多数の賛成をもって成立するものである。以下の場合に要求される。すなわち、その発行する全部の株式の内容として譲渡制限株式とする旨の規定を新たに定款に設ける場合（会 309）、組織再編行為により、公開会社の株主が再編後の会社の譲渡制限株式等を対価として交付される場合における組織再編承認決議をする場合（会 309）、である。会社の性格およびそれにとまなう株主の地位に大きな変更をもたらすからである。

#### 5-2-3-2. 会社法 309 条 4 項

この決議は、総株主の半数（頭数）以上（定款による加重が認められる）であって、総株主の議決権の4分の3（定款による加重が認められる）以上にあたる多数の賛成をもって成立するものである。非公開会社において、剰余金の配当・残余財産の分配・株主総会の議決権につき、株主ごとに異なる取扱いを行う旨の規定を新たに定款に設ける場合に要求される。当該規定を廃止する定款の変更の場合には、通常の定款変更決議で足りる。

#### 5-2-4. 総株主の同意

会社法が、総株主の同意を法律上要求しているのは、以下の場合である。すなわち、定款を変更して、その発行する全部の株式の内容として、取得条項付株式とする旨の規定を新たに設ける場合（会 110）、役員等の会社に対する損害賠償責任を免除する場合（会 424）、財源規制に違反して分配行為が行われた場合の業務執行者・株主総会議案提案取締役・取締役会議案提案取締役の会社への支払義務の、分配可能額を限度とする支払義務の免除（会 462 ただし書）、自己株式の取得・剰余金の配当を行った事業年度に係る計算書類の確定時に分配可能額が事後的にマイナスになった場合における業務執行者の欠損填補義務の免除（会 465）、吸収型組織再編行為に際し、吸収合併消滅会社・株式交換完全子会社の株主に対し、対価として持分が交付される場合における再編行為の承認（会 804）、新設型組織再編行為に際し、新設合併設立会社（会 753）が持分会社である場合における新設合併契約についての新設合併消滅株式会

社の株主による承認（会 804 ）、である。これらの場合には、必ずしも株主総会を開催する必要はない<sup>234</sup>。総株主の個別的な同意をもって総会の決議に代えることができる。

### 5 - 3. 総会における決議等の省略

ここまで述べてきたところは、すべて「株主総会が実際に開催されることを前提としての」話である。よって、すでに述べた書面・電磁的方法による議決権の行使（本章 3 - 2）もまた、現実で開催された株主総会において、当該総会に出席しない株主に議決権の行使を認める制度であること、当然である。

以上に対して、物理的に株主総会を開催しないで、書面または電磁的方法による投票のみで総会決議があったのと同様の効力を認める制度が認められている。すなわち、総会の目的たる事項につき、取締役または株主から提案があった場合において、当該事項につき議決権を行使することができる株主の全員が書面または電磁的方法によって当該提案に同意したときは、当該提案を可決する旨の株主総会の決議があったものとみなされる（会 319 ）。

旧有限会社法 42 条は、昭和 13 年（1938 年）の制定当初から、総社員が総会の決議事項につき書面決議をなすことに同意したときは、書面決議をなすことができるとするとともに（同条 1 項）、決議事項自体について総社員が書面で同意したときは、書面決議があったものとみなしていたが（同条 2 項）、このうち後者は、書面による総社員の個別的な同意をもって総会の決議に代えることを認めたものであった。平成 13 年（2001 年）法律第 128 号改正は、前者の書面決議に電磁的方法による決議を追加し、後者の書面による同意に電磁的方法による同意を追加した。そして、平成 14 年（2002 年）改正により、商法 253 条を追加し、従来、旧有限会社法 42

---

234 江頭・注 (5) 前掲 337 頁。

条2項で認められていた書面・電磁的方法による総社員の同意に基づくみなし決議を、株主総会の決議において認める規定として設け、これを同年改正後旧有限会社法41条において旧有限会社に準用するという形式に改めたのである。したがって、現在の会社法319条は、形式的には平成14年(2002年)改正後商法253条の後継規定であるが、実質的には、昭和13年(1938年)の旧有限会社法42条2項のみなし総会決議を受け継いだものである。ゆえに、かかるみなし決議は、総株主の同意が可能である閉鎖的な会社において、手続の簡素化に資するものであるといえよう。なお、会社法は、旧有限会社法42条1項の制度は受け継がなかった。すなわち、株主全員が、総会を開催せずに書面投票・電子投票による決議を行うことに同意しても、その内容に関して、多数決によって決議を成立させることを認めていない。

上のようなみなし決議を許容するからには、その結果を明確ならしめる必要がある。それゆえ、会社は、総会の決議があったものとみなされた日から10年間、同意の書面または電磁的記録をその本店に備え置かなければならない(会319)。そして、株主および会社債権者は、営業時間内はいつでも、かかる書面・電磁的記録の閲覧・謄写等の請求ができる(会319)。平成17年(2005年)会社法319条3項は、会社債権者が閲覧・謄写等の請求が可能である旨を明定していなかったが、この規定の先駆規定たる平成17年(2005年)改正前商法253条2項は、会社債権者にこれらを認めていたので、平成18年(2006年)に、会社法319条3項中に、会社債権者を閲覧・謄写等の請求主体として追加した。立法時の単純な誤りを是正したものである。

株式会社の親会社社員も、みなし決議の利害に係わる場面があるので、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、同意の書面・電磁的記録の閲覧・謄写等の請求をすることができる(会319)。

上のようなみなし決議は、定時株主総会における議案についても認められるから、会社法319条1項の要件を満たせば、定時株主総会自体の開催を要しないことになる。ところが一方で、取締役・会計参与・監査役・会

計監査人の任期は、定時株主総会の終結時点で区切られており（会 332 ・ 334 ・ 336 ・ 338 ）、執行役の任期も、定時株主総会の終結後最初に招集される取締役会の終結時点までである（会 402 ）。また、計算書類の公告についても「定時株主総会の終結後遅滞なく」公告すべき旨等が定められている（会 440 ・ ）。それゆえ、これらの規定の適用関係を明確にするため<sup>235</sup>、定時株主総会をみなし決議で済ませた場合には、その時に定時株主総会もまた終結したものとみなされている（会 319 ）。

なお、会社法には法務省令に委任する明示的規定はないが、みなし決議についても議事録の作成が義務づけられている（会施規 72 ）。議事録であるからには、この議事録にも、会社法 318 条の適用が肯定されよう。

会社法の制定にあたり、総会報告の省略もまた認められた。すなわち、総会に報告すべき事項を、取締役が株主の全員に対して通知し、株主の全員が当該事項を総会で報告することを要しない旨を書面・電磁的記録により同意する意思表示をしたときは、当該事項の総会への報告があったものとみなされる（会 320）。

上のみなし報告は、株主の議決権の有無を問わない規律となっている。

報告事項のうち、取締役が報告すべき事項（たとえば会 438 ・ 439）については、取締役がみなし報告のための手続を主導することに何ら支障はない。一方、監査役が報告すべき事項については、取締役が監査役からの委託を受けて株主の全員に通知すればよいが、監査役がそれをよしとしなければ、みなし報告で済ませることはできないと解されよう<sup>236</sup>。

みなし報告の場合もまた議事録の作成が義務づけられる（会施規 72 ）。

---

235 酒巻：龍田編・注（4）前掲 185 頁 [浜田道代] 参照。

236 同前 187 頁 [浜田道代] 参照。

## 5 - 4. 種類株主総会の決議

### 5 - 4 - 1. 普通決議

定款に別段の定めがない限り、その種類の株式の総株主の議決権の過半数を有する株主が出席し（定足数）、出席した当該株主の議決権の過半数の賛成をもって成立する決議である（会 324 ）。定款により、株主総会決議と同様に（本章 5 - 2 - 1）、要件を緩和することも加重することも可能である。

普通決議事項は以下のとおりである。すなわち、拒否権付株式の決議対象事項（会 108 ）、種類株主総会による取締役・監査役の選任（会 108 ）、種類株主総会による取締役の解任（会 108 ）、347 ）、である。会社法 321 条の趣旨を江頭憲治郎のように解するなら、これに定款で定めた事項、が加わる（本章 1 - 3 - 3 参照）。なお、上記および の場合には、会社法 347 条 1 項によって同 341 条を読み替えることとされているので、定足数を 3 分の 1 未満とすることはできない。

### 5 - 4 - 2. 特別決議

種類株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（定款により 3 分の 1 を下限として引下げが認められる）を有する株主が出席し（定足数）、出席した当該株主の議決権の 3 分の 2（定款による引上げが認められる）以上に当たる賛成をもって成立する決議である（会 324 柱書前段）。頭数要件を加える等、定款で法定要件を加重することも許される（会 324 柱書後段）。

会社法 324 条 2 項各号に掲げられた特別決議事項は以下のとおりである。すなわち、種類株式に全部取得条項（会 108 ）を付加する定款の変更（会 111 ）、譲渡制限株式の募集事項の決定、当該決定の取締役・取締役会への委任の決定（会 199 ）、譲渡制限株式を目的とする新株予約権の募集事項の決定、当該決定の取締役・取締役会への委任の決定（会 238 ）、ある種類の種類株主に損害を及ぼすおそれがある場合における会社の行為の承認（会 322 ）、種類株主総会により

選任された監査役の解任（会 347 ）、組織再編行為に際し、存続株式会社等が譲渡制限株式を割り当てる場合における組織再編行為の承認（会 795 ）、である。

### 5 - 4 - 3. 特殊な決議

種類株主総会において議決権を行使することができる株主の半数（頭数）以上（定款による引上げが認められる）であって、議決権を行使することができる株主の議決権の 3 分の 2（定款による引上げが認められる）以上の賛成をもって成立する決議である（会 324 柱書）。会社法 324 条 3 項各号に掲げられた以下の場合にこの決議が要求される。すなわち、ある種類の種類株式を譲渡制限株式とする定款の変更（会 108 、 111 ）、

合併・株式交換・株式移転に際し、吸収合併消滅株式会社・株式交換完全子会社・新設合併消滅株式会社・株式移転完全子会社の従来譲渡が自由であった種類株式の株主が新たに譲渡制限株式等を割り当てられる場合の当該組織再編行為の承認（会 783 、 804 ）、である。

当該種類の株式を有する株主全員の同意を要する事項もある（会 111 、 783 ）。これらの場合には、必ずしも種類株主総会を開催する必要はなく、当該種類株主の個別的な同意を全員から得ることで足りる。

## 5 - 5. 決議の瑕疵

### 5 - 5 - 1. 緒言

法律上、株主総会の決議と認められるがごとき決議が成立したように見える場合であっても、その手続または内容に瑕疵があれば、当該決議の効力を問題とせざるをえないこと、いうを待たない。しかしながら、これを一般原則による処理に委ねることは、株式会社における法律関係の画一的確定および瑕疵の主張の可及的制限の必要から観て妥当でない<sup>237</sup>。総会の

---

237 鈴木：竹内・注（17）前掲 255 頁。

決議は、それを基礎として各種の社团的または取引法的法律関係が発展し、株主・会社債権者など広汎な関係者の利害に影響を及ぼすところが少なくないため、その瑕疵の主張や効果などについて法的安定を図る必要があるからである<sup>238</sup>。

さらには、法律上、株主総会自体の決議そのものが存在しないにもかかわらず、これを基に各種の行為が行われることもありえ、このような事態に対してもまた、上と同様の対処が必要となる。

それゆえ会社法は、決議取消しの訴え、決議無効確認の訴えおよび決議不存在確認の訴えの制度を認めている。なお、以下にそれぞれの訴えに関して説明するところは、創立総会および種類株主総会の決議についても、ほぼ同様である。

## 5 - 5 - 2. 決議取消しの訴え

### 5 - 5 - 2 - 1. 決議取消しの原因

会社法はまず、会社の組織に関する形成の訴えのひとつとして、決議取消しの訴えの制度を設け、決議の瑕疵の中でも比較的軽微な瑕疵について、直ちに無効とするのではなく、取消しの訴えによる判決を待って無効とする法政策を採用している<sup>239</sup>。

会社法は、招集の手續または決議の方法が法令もしくは定款に違反し、または著しく不公正であるとき、決議の内容が定款に違反するとき、決議につき特別の利害関係を有する者が議決権を行使したことによって、著しく不当な決議がなされたとき、に決議が取消しの対象となるものとしている（会 831 ~ ）。会社法に規定された上の 3 つの事由は、昭和 56 年（1981 年）改正により商法 247 条 1 項に整序された事由とまったく同様であり、これを承継したものである。

---

238 大隅：今井・注（19）前掲 112 頁。

239 青竹・注（20）前掲 220 頁。

(ア) 招集の手續または決議の方法が法令もしくは定款に違反しまたは著しく不公正であるとき(会 831 )

上記 の取消事由のうち、招集の手續が法令・定款に違反するものとして、最高裁が認めた例に以下のようなものがある。すなわち、[取締役会設置会社において] 代表取締役が取締役会の有効な決議(判決時・平成 17 年(2005 年)改正前商 231、現在の会 298 )に基づかないで総会を招集した場合(最判昭和 46 年(1971 年)3 月 18 日民集 25 卷 2 号 183 頁)、一部の株主に招集の通知(判決時・平成 2 年(1990 年)改正前商 232 、現在の会 299 )漏れがあった場合(最判昭和 42 年(1967 年)9 月 28 日民集 21 卷 7 号 1970 頁)、招集通知の期間(判決時・平成 2 年(1990 年)改正前商 232 、現在の会 299 )が足りなかった場合(最判昭和 44 年(1969 年)12 月 18 日裁判集民 97 号 799 頁、前掲最判昭和 46 年(1971 年)3 月 18 日)、招集の通知に必要な会議の目的たる事項または議案の要領の記載(判決時・平成 2 年(1990 年)改正前商 232 、平成 13 年(2001 年)(法 79)改正前商 232 ノ 2、平成 2 年(1990 年)改正前商 342 、平成 13 年(2001 年)(法 128)改正前商 245 )。現行会社法下では、広く一般的に、招集通知・株主総会参考書類の記載・記録(会 299、301)を射程に含むと評価できる)がないかまたは不備であった場合(最判昭和 31 年(1956 年)11 月 15 日民集 10 卷 11 号 1423 頁、前掲最判昭和 44 年(1969 年)12 月 18 日、最判平成 7 年(1995 年)3 月 9 日判時 1529 号 153 頁)、招集地に関する法令(判決時・平成 17 年(2005 年)改正前商 233。現在にあっては、これに比定しうるものとして会施規 63 )または定款の規定に違反して総会が招集された場合(最判平成 5 年(1993 年)9 月 9 日判時 1474 号 140 頁)などがある。

同じく、 の取消事由のうち、決議の方法が法令・定款に違反するときとして、裁判所が認めた例を挙げると、説明義務(判決時・平成 13 年(2001 年)(法 128)改正前商 237 ノ 3、現在の会 314)に違反する場合(東京地判昭和 63 年(1988 年)1 月 28 日判時 1263 号 3 頁、奈良地判平成 12 年(2000 年)3 月 29 日判夕 1029 号 299 頁)、定足数(判決時・旧有 38

ノ2、現在の会 309) に不足して決議がなされた場合 (最判昭和 35 年 (1960 年) 3 月 15 日判時 218 号 28 頁)、[取締役会設置会社において] 招集通知に記載のない事項 (判決時・平成 2 年 (1990 年) 改正前商 232 参照、現在の会 309 本文参照) を決議した場合 (前掲最判昭和 31 年 (1956 年) 11 月 15 日)、議決権の行使を妨害した場合 (東京高判平成 4 年 (1992 年) 11 月 16 日金法 1386 号 76 頁) などがある。

さらに、の取消事由のうち、招集の手続または決議の方法が著しく不公正なときとして、裁判所が認めた例を挙げると、株主の出席が実際上困難な時刻・場所に総会を招集した場合 (大阪高判昭和 30 年 (1955 年) 2 月 24 日下民 6 巻 2 号 333 頁)、修正動議を無視して決議をした場合 (大阪高判昭和 54 年 (1979 年) 9 月 27 日判時 945 号 23 頁) などがある。

(イ) 決議の内容が定款に違反するとき (会 831 )

上記の例としては、定款所定の人数を超える取締役を選任した場合などが考えられる<sup>240</sup>。

昭和 56 年 (1981 年) 改正前の商法は、決議の手続上の瑕疵を決議取消しの原因、その内容上の瑕疵を決議無効の原因としていたので、決議の内容の定款違反は、決議の内容上の瑕疵として、決議の内容の法令違反とともに決議無効の原因とされていた (昭和 56 年 (1981 年) 改正前商 252)。しかし、内容が定款に違反する決議は、定款変更の手続を省略した決議と観ることができるし、また、社団の根本規則に対する違反として、その瑕疵の主張を社団関係者にとどめる (すなわち、その瑕疵を取消原因とする) のが理論的であるとする説が有力であったため、同年改正法は、この見解を採って、決議の内容の定款違反を決議無効の原因から決議取消しの原因に移したのである<sup>241</sup>。

(ウ) 決議につき特別の利害関係を有する者が議決権を行使することによって著しく不当な決議がなされたとき (会 831 )

---

240 同前 221 頁、江頭・注 (5) 前掲 343 頁。

241 以上、北澤・注 (1) 前掲 338 頁。

昭和 56 年 (1981 年) 改正前商法 239 条 5 項は、「總會ノ決議ニ付特別ノ利害關係ヲ有スル者ハ議決權ヲ行使スルコトヲ得ズ」と規定し<sup>242</sup>、同年改正前商法 240 条 2 項が、「總會ノ決議ニ付テハ第二百三十九条第五項ノ規定ニ依リテ行使スルコトヲ得ザル議決權ノ数ハ出席シタル株主ノ議決權ノ数ニ之ヲ算入セズ」としていた。これらの規定を前提に、同年改正前商法 253 条 1 項は、「株主ガ第二百三十九条第五項ノ規定ニ依リ議決權ヲ行使スルコトヲ得ザリシ場合ニ於テ決議ガ著シク不当ニシテ其ノ株主ガ議決權ヲ行使シタルトキハ之ヲ阻止スルコトヲ得ベカリシモノナルニ於テハ其ノ株主ハ訴ヲ以テ決議ノ取消又ハ変更ヲ請求スルコトヲ得」と規定していた。この訴えを「不当決議の取消または変更の訴え」と称し、昭和 13 年 (1938 年) 改正時に新設されたものであった。これら一連の規定のうち、その中核に据えられるのは、もちろん商法旧 239 条 5 項である。

昭和 56 年 (1981 年) 改正前商法 239 条 5 項の趣旨は、およそ以下のよう  
に説明されていた。すなわち、株主が總會の決議について株主たる資格  
と関係のない純個人的利益を有する場合には、当該株主は、他の株主の株  
主としての利益を侵害して、自己の株主としてでない利益のために議決權  
を行使することが予想されるが (この場合、当該株主は自己の株主として  
の利益は犠牲にしても別になおそれ以上に利益があり、結果として利得す  
ることになるから)、もしその株主の意図に従った決議が成立すれば、そ  
の株主の利得分は他の株主の株主としての利益の犠牲において得られたも  
のといえるのであって、かかる株主が決議に加わることは本来  
總會の決議が株主の株主としての利益判断に従ってなされる議決權行使  
によって成立し、その結果が各株主に平等に帰属すべきものとするに反  
することになるから、これを阻止する趣旨である<sup>243</sup>。要は、特別利害關係

---

242 この規定の法構造は、明治 32 年 (1899 年) 商法 161 条 4 項以来、この時点  
まで基本的に変わっていなかった。

243 西原寛一：大隅健一郎：鈴木竹雄：石井照久監修『注釈会社法 (4) [増補版]』  
(有斐閣・1980 年) 79 頁 [菱田政宏]。

人が、他の株主とともに、全株主の利益を考えて議決権を公正に行使することは期待できないとの思想に根差すものであった。ところが、理念は高くとも、同条同項にいう「特別ノ利害関係」の意味については、この規定の表現が一般的・抽象的なことから種々の解釈がなされ、議論が錯綜していたのである<sup>244</sup>。さらに、基本的には、株主は本来自己の利益のために議決権を行使しようというのが本則なのであるから、同年改正法は、特別利害関係人も議決権を行使しようものとし、上に述べた規定を削除したのであった。

このように、昭和 56 年 (1981 年) の改正は、特別利害関係人の議決権の行使を禁ずることによって総会決議が不当に歪められることを事前に阻止しようという政策を棄て、総会決議における特別利害関係人の事前排除を廃止したものであった。他方で、特別の利害関係を有する株主が議決権を行使した場合の事後的救済の規定を設け、その株主が議決権を行使したことによって著しく不当な決議がなされたときは、決議は取消しの対象となるものとしたのである (同年改正後商 247 )。同じ「特別ノ利害関係」という表現に関しても、事前排除を規定していた改正前の商法よりも、事後的救済を規定する改正商法の場合において、より広く解釈できるであろうことが期待されていた<sup>245</sup>。現行会社法は、この法政策を承継したものである。

の例としては、取締役の報酬を決定する際に株主たる取締役が決議に参加した結果、著しく不当に多額の報酬が定められた場合、事業譲渡や合

---

244 同前 80 頁 [菱田政宏] 以下参照。北澤正啓も、若干の問題について最高裁の判例があった (最判昭和 42 年 (1967 年) 3 月 14 日民集 21 卷 2 号 378 頁、最判昭和 42 年 (1967 年) 7 月 25 日民集 21 卷 6 号 1669 頁等) もの、特別利害関係人に該当するか否かの解釈は混沌としていた、と述べている (北澤・注 (1) 前掲 338 頁)。また、このような法政策の下では、株主としての正当な利益を有する者が決議から排除されることがないよう、必然的に、その範囲は制限的に解釈される傾向にあったことは否めない (青竹・注 (20) 前掲 221 頁参照)。

245 以上、北澤・注 (1) 前掲 239 頁参照。

併の相手方当事会社またはその関係者が、持株の多数を頼みに著しく不当な対価や合併条件を可決した場合、大株主が理由もなく不当に有利な払込価額で第三者割当てを受ける場合などが考えられる<sup>246</sup>。

上記 を取消事由に掲げたことにつき、龍田節は、多数決濫用を、決議内容の瑕疵ではあるが具体的法条の明確な違反と区別し、取消しの方法によってのみ攻撃を認めようとするものであると評価している<sup>247</sup>。吉本健一もまた、会社法は で成立した決議の内容の不当性を問題にしており、具体的にはいわゆる多数決の濫用の場合の多くがこれに該当すると解されると述べている<sup>248</sup>。

#### 5 - 5 - 2 - 2. 取消しの訴訟

決議取消原因となる瑕疵は、「訴えの方法によってのみ」最終的に無効とすることができる。換言すれば、決議取消しの訴えという形成判決によらない限り、決議の無効を主張できないのである。この点をまず銘肝しておく必要がある。決議の効力を一般原則に委ねることが適当でないのは、先に述べたとおりである（本章 5 - 5 - 1）。

会社法 831 条 1 項各号に列挙された瑕疵の事由は、その性質が比較的軽微であるばかりでなく、時が経つとその判定が困難になることも多い。そこで会社法は、上述の瑕疵のある総会の決議を当然に無効とせず、取消しを待って初めて無効になるべきものとし、かつ決議を取り消しうる者、期間および方法を厳重に制限して、徒らに決議が取り消されることを防止している<sup>249</sup>。

#### (ア) 訴訟当事者

決議取消しの訴えを提起できる者は、「株主等」であるが（会 831 柱書前段）、ここに「株主等」とは、会社法 828 条 2 項 1 号の定義に従うの

---

246 龍田・注 (10) 前掲 190 頁。

247 同前。

248 吉本・注 (130) 前掲 158 頁。

249 北澤・注 (1) 前掲 339 頁。

で<sup>250</sup>、株主、取締役または清算人（監査役設置会社にあつては監査役、委員会設置会社にあつては執行役を含む）ということになり、瑕疵ある決議が創立総会または種類創立総会のそれである場合には、株主等、設立時株主、設立時取締役、設立時監査役である。瑕疵ある決議の取消しにより、取締役、監査役または清算人（当該決議が株主総会または種類株主総会決議である場合にあっては、会社法 346 条 1 項（同 479 条 4 項が準用する場合を含む）による取締役、監査役または清算人としての権利義務者を含み、当該決議が創立総会または種類創立総会の決議である場合には、設立時取締役または設立時監査役を含む）となる者も同様である（会 831 柱書後段）。したがって、総会決議により解任された取締役等や後任者を選任する総会決議により取締役等の権利義務の資格を失った者も、提訴資格がある<sup>251</sup>。

この訴えを提起する株主は、その決議の当時株主であった必要はなく、決議後に株式を譲り受けた株主でもよい。また、株主は、自己に対する招集手続に瑕疵がある場合にその瑕疵を争うことができるのは当然のこと、通説・判例によれば、株主は、他の株主に対する招集手続の瑕疵（自己には法定の招集手続が正しくなされたが、他の株主に招集通知漏れがあったような場合）を理由として総会決議取消しの訴えを提起することができる<sup>252</sup>と解されている（最判昭和 42 年（1967 年）9 月 28 日民集 21 卷 7 号 1970 頁）。このことから、関俊彦は、株主もまた取締役や監査役と並んで総会決議が公正になされるために決議の瑕疵を是正すべき任務を負う機関であると解されると述べている<sup>252</sup>。

株主による決議取消訴権は、議決権を前提とする共益権であるから、完全無議決権株式の株主は、この訴えを提起できないであろうし、そうであるとすれば、議決権制限種類株式の株主も、議決権を制限された事項に関

---

250 龍田・注 (10) 前掲 190 頁脚注 9 参照。

251 吉本・注 (130) 前掲 158 頁。

252 関・注 (58) 前掲 235 頁。

しては、この訴えを提起できないということになりそうである。単元未満株主も同様である。これに対し、種類株主総会については、当該種類株主総会の決議取消しの訴えを他の種類株式の株主が提起することは可能であると解される。種類株主総会の決議がなければ効力が生じない行為等があり、当該決議が当該種類の株主以外の株主全員の利害に係わりうることを考慮しなければならないからである<sup>253</sup>。このことは、関が上に述べた株主の決議は正機関権限の顕現という側面からも説明できよう。

株主による決議取消訴権が、株主が機関として法令・定款を遵守した会社運営を求める権限を有することに根差すという関俊彦の見解は、当該訴権の商法上の改正経緯からも裏づけることができる。明治44年(1911年)改正後商法163条2項は、「株主ハ総会ニ於テ決議ニ対シ異議ヲ述ヘタルトキ又ハ正当ノ理由ナクシテ総会ニ出席スルコトヲ拒マレタルトキニ限り又ハ株主力総会ニ出席セサル場合ニ於テハ自己ニ対スル総会招集ノ手續カ法令又ハ定款ニ反スルコトヲ理由トスルトキニ限り前項ノ訴(当時は、決議無効の訴えであった)ヲ提起スルコトヲ得」と規定していた。この法政策は、明らかに株主たる個人の利益を保護することに主眼を置くものであったこと、条文から明らかであろう。総会に出席しない株主は、自分にとっての手続的瑕疵しか問題にできなかったのである。おそらく、株主による濫訴防止を重視したものであろう。しかし、昭和13年(1938年)の改正商法は、裁判所の裁量棄却権を規定し(同年改正後商251)、これによって濫訴を抑えることができるものとして、株主の訴えの提起に関する従来の制限を廃止し、同年改正後商法247条1項は、条文上何らの制限を課すことなく株主を取締役・監査役と同等の決議取消訴権者として規定したのであった。大きな改変である。これ以降、同年改正後商法247条1項を素直に文理解釈すれば、株主は、総会で決議に対して異議を述べたかどうか

---

253 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』(商事法務・2006年)216頁。

を問わず、全株主のために、この訴権を保障されたと観てよいのではないかと思われるのである。前掲の、最高裁昭和42年(1967年)判決は、かかる評価・観察の延長線上にあるものと考えられよう。

なお、株主の提起した訴えの原告たる地位は、相続人に承継され、相続人がその訴訟手続を受け継ぐことになるが、株式を譲渡した場合は、譲受人は譲渡人の原告たる地位を承継しないとするのが判例である(最判昭和45年(1970年)7月15日民集24巻7号804頁)。

決議取消しの訴えの被告となりうるのは、訴えの性質上、会社に限られる(会834)。会社以外の者は被告たりえないので、たとえ取締役選任決議取消しの訴えといえど、取締役が会社の共同訴訟人として訴訟に参加することはできない(最判昭和36年(1961年)11月24日民集15巻10号2583頁)。共同訴訟的補助参加ができるのみである(最判昭和45年(1970年)1月22日民集24巻1号1頁)。

#### (イ) 提訴期間

決議取消しの訴えは、決議の日から3ヵ月以内に提起しなければならない(会831 柱書前段)。この期間を経過すれば、決議取消しの原因たる瑕疵は治癒され、もはや、それを理由としては、その決議の効力を争うことができなくなる<sup>254</sup>。

3ヵ月以内に特定の事由に基づいて決議取消しの訴えを提起し、3ヵ月を経過した後に、当該訴訟において新たな取消事由を追加することができるか。この点は、商法会社編の時代から、提訴期間の制限は、能う限り早く総会の決議の効力につき明瞭性・法的安定性を与えることを目的とするものと解し、3ヵ月後における新しい事由の追加を認めないのが多数説であった<sup>255</sup>。最高裁昭和51年(1976年)12月24日判決民集30巻11号1076頁も「株主総会決議取消しの訴えを提起した後、商法248条1項

---

254 北澤・注(1)前掲341頁。

255 同前。

(現在の会 831 ) 所定の期間経過後に新たな取消事由を追加主張することは許されないと解するのが相当である。けだし、取消しを求められた決議は、たとえ瑕疵があるとしても、取り消されるまでは一応有効のものとして取り扱われ、会社の業務は右決議を基礎に執行されるのであって、その意味で、右規定は、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるためその取消しの訴えを提起することができる期間を決議の日から三ヶ月と制限するものであり、また、新たな取消事由の追加主張を時機に遅れない限り無制限に許すとすれば、会社は当該決議が取り消されるのか否かについて予測を立てることが困難となり、決議の執行が不安定になるといわざるを得ないのであって、そのため、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるという右規定の趣旨は没却されてしまうことを考えると、右所定の期間は、決議の瑕疵の主張を制限したものと解すべきであるからである」と判示し、多数説の立場を容れている。

なお、決議無効確認の訴えにおいて、決議の無効原因として主張された瑕疵（具体的には、監査役の監査を受けない計算書類の承認であった）が決議取消事由に該当するものであり、かつその訴えが決議取消しの訴えの原告適格、提訴期間などの要件を満たしているときは、たとえ決議取消しの主張が提訴期間後になされても、決議取消しの訴えが無効確認の訴えの時にされていたのと同様に扱うのが相当であるとした判例がある（最判昭和 54 年（1979 年）11 月 16 日民集 33 卷 7 号 709 頁）。この判例に関し、青竹正一は、決議無効確認の訴えと決議取消しの訴えは別個のものであり、無効の訴えが取消しの訴えに変わるものではないから、取消しの訴えが提訴期間内に提起されたものと扱うには、取消しの訴えを予備的請求として追加主張しているか、提訴期間内に訴えの変更（民訴 143）により取消しの訴えに変更することが必要であると解すべきであるとしている<sup>256</sup>。この主張を背景にする方が、前掲の最高裁昭和 51 年（1976 年）判決の趣旨が

---

256 青竹・注 (20) 前掲 222 頁。

明瞭になるように思われる。

#### (ウ) 管轄等

決議取消しの訴えは、会社の本店所在地の地方裁判所の管轄に属する(会 835)。数個の訴えが同時に係属する場合、弁論・裁判は併合してなされる(会 837)。取締役・監査役・執行役・清算人でない原告株主が決議取消しの訴えを提起した場合、会社が当該訴えの提起は悪意によるものであると疎明して請求したときは、裁判所は、相当の担保提供を原告株主に命ずることができる(会 836)。原告敗訴の場合に、敗訴原告に悪意・重過失がある場合には、原告は、被告たる会社に対し、損害賠償責任を負う(会 846)。

の本店は、商法総則上の事業活動の実質的統括地としての本店ではなく、定款所定の形式上の本店を指すこと、当然である(第2帖第5章2-5-1)。裁判所による判断を統一せしめる必要があるからである。の趣旨も、裁判所の判断が区々になることを避ける意味がある。なお、平成17年(2005年)改正前商法248条2項は、決議取消しの訴えの口頭弁論は、提訴期間を経過した後でなければ開始できないものとしていたが、迅速な裁判を阻害するとの理由から、この規制は廃止された<sup>257</sup>。にいう、原告の「悪意」とは、会社荒しなどの不当な目的をいう<sup>258</sup>。もまた、と併せて濫訴防止の趣旨がある。

#### (エ) 訴えの利益

繰り返し述べるように、決議取消しの訴えは形成訴訟である。したがって、取消原因がある限り、訴えの利益も認められるというのが原則である。しかし、その後の事情の変化により訴えの利益を欠くに至り、決議取消しの訴えが却下されることがある。判例に現われた具体例として、以下のよ

---

257 江頭・注(5)前掲342頁脚注(3)参照。

258 北澤・注(1)前掲343頁参照。原告株主の悪意の事例として、東京地決昭和62年(1987年)11月27日判時1268号137頁、東京地決平成5年(1993年)3月24日判時1473号135頁などがある。

うなものがある。

株主以外の者に新株引受権を与えるために必要であった特別決議（昭和41年（1966年）改正前商280ノ2、現在の会309 参照）の取消しの訴えの係属中に、その決議に基づいて新株の発行が行われてしまった場合がある（最判昭和37年（1962年）1月19日民集16巻1号76頁）。たとえ決議取消判決が確定しても当該新株発行が無効になるものでもないし、また、違法な株式の発行の責任追及（会212、423）の前提として決議の取消しが必要というわけでもないからである<sup>259</sup>。

役員選任決議の取消しの訴えの係属中に、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、その後の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、取消しの訴えの対象たる選任決議に基づく取締役ら役員が現存しなくなった場合がある（最判昭和45年（1970年）4月2日民集24巻4号223頁）。また、退任役員との退職慰労金支給決議の取消しの訴えの係属中に、同一内容を持ち、当該決議の取消判決が確定したときは遡って効力を生じるとする有効な再決議がなされた場合がある（最判平成4年（1992年）10月29日民集46巻7号2580頁）。いずれの場合も、瑕疵ある決議を取り消す実益に乏しく、訴えの利益を欠くといつてよい<sup>260</sup>。もっとも、中島弘雅（1954～ ）のように、会社の決議訴訟の意義を、元来株主が会社の実質的所有者たる地位に基づき会社に対して有する「法律および定款に従った業務運営を求める権利」を行使するものであるという点に求め<sup>261</sup>、この訴訟の持つ本来の機能というのは、会社の経営が適法に行われるよう管理ないし確保することにあると解せば<sup>262</sup>、上のような場合にも必ずしも訴えの利益が消滅するわけではないと解する余地もある。しかし、役員等の責任を追及するために、決議

---

259 江頭・注（5）前掲347頁脚注（6）参照。

260 青竹・注（20）前掲224頁。

261 中島弘雅「株主総会決議訴訟の機能と訴えの利益（3）」民商法雑誌99巻6号（1989年）802頁。

262 同前801頁。

の取消しが必要というわけではないことは、先に述べたとおりである。役員選任決議の取消しの訴えの係属中に、後行の瑕疵のない選任決議によって新たな役員等が選出されれば、後行の選任決議の反射的效果によって、従前の役員に対する株主総会の解任権が行使されたも同様の事態が生じるようにも思われる。結局、青竹正一が説くように、上のような場合においては、手続・方法に瑕疵があることを確認するだけの宣言的效果しかない判決を求める利益はないといわざるをえない<sup>263</sup>、というところに落ち着くのではなかろうか。

なお、計算書類の承認決議に関し、総会における修正動議の無視および株主の入場制限があったことを理由に決議の取消しが求められた事案において、最高裁は、これを前提とする当該期以降の決算期の計算書類等の承認がなされたときであっても、承認の再決議がなされるなどの特段の事情がない限り、訴えの利益は失われまいとしている（最判昭和 58 年（1983 年）6 月 7 日民集 37 卷 5 号 517 頁）。

#### （オ）判決の効力

決議取消しの訴えで原告が勝訴し、取消しの判決が確定した場合には、その判決は、訴訟当事者に対して効力を有するのみならず、第三者に対しても効力を有し（対世的効力）、何人もこれを争うことができなくなる（会 838）。これは、会社、株主、取締役など多数の者の利害に関係する総会の決議の効力を画一的に確定する要請に基づくものである<sup>264</sup>。取消しが確定した決議事項に関し登記がなされていた場合には、裁判所書記官は、職権で、遅滞なく、本店の所在地を管轄する登記所に決議取消しがあった旨の登記を囑託し、これに基づいて登記が抹消される（会 937 ト、商登 15）。判決が対世的効力を有する旨の規定は、明治 44 年（1911 年）改正に際して追加されたものである（同年改正後商 163 99 ノ 4 参照）。

263 青竹・注 (20) 前掲 224 頁。

264 北澤・注 (1) 前掲 343 頁。

決議取消しの訴えが確定したときは、それまで有効であった決議が、決議時に遡って無効となる。決議取消判決については、商法会社編の時代から、遡及効を否定する規定が存在しないからである（会 839 第 1 かっこ書参照）。総会決議がそれ自体で完了の意味を有する個別の事項に関する取消判決の場合はそれでよい。しかし、総会決議を前提に諸般の行為がなされるような決議事項に関する取消判決の場合には、法的安定が害され、わけても決議がなされた外観的事実に信頼した第三者が不測の損害を被りかねない。したがって、かかる場合には、すでになされた行為が総会決議取消しの判決の遡及効によって事後的に無効にならないように、解釈上の工夫を加えることも要請される<sup>265</sup>。

典型的には、取締役選任決議が取り消され、その決議の効力が初めから否定されるような場合、取締役の地位を前提に代表取締役に選定された者がした取引の効力も影響を受けるとすると、取引の安全が害されることになる。そこで、表見法理（会 354、民 109 以下）または事実上の取締役理論（東京地判平成 2 年（1990 年）9 月 3 日判時 1376 号 110 頁、京都地判平成 4 年（1992 年）2 月 5 日判時 1436 号 115 頁参照）を用いて、善意の第三者を保護する努力がなされている<sup>266</sup>。不実登記の規定（会 908 ）も活用されよう。吉本健一も、たとえば、事業譲渡決議（会 467 ）や事後設立決議（会 467 ）などの個別の取引行為については、総会決議が法定の有効要件であるから、相手方に決議の有無に関する調査義務があるが、後になって総会決議が取り消された場合には、越権代理の規定（民 110）による相手方の保護が考えられるとの例を挙げている<sup>267</sup>。

上のような努力と並行して、前田庸のように、決議の成立を前提として諸般の社会的または取引的行為が進展するような決議事項に関しては、立法論としても取消判決の効力についてその遡及効を否定する規定を設ける

---

265 関・注（58）前掲 238 頁。

266 青竹・注（20）前掲 227 頁参照。

267 吉本・注（130）前掲 160 頁。

ことが望ましいが、端的に、解釈論としてもそのように解すべきであると、より踏み込んだ主張を展開する立場もある<sup>268</sup>。この立場は、すでに進展した法律関係を遡及的に否定すれば会社関係における法的確実の要請に著しく反するし、他方、その効力を将来に向かって否定しさえすれば、その決議の効力を否定することの目的を意義あらしめることができるとして、会社法 839 条による立法的解決をみていない場合についても、決議の取消しの遡求効を否定しようというものである。さらに、北澤正啓は、上のように決議事項だけを基準として決議取消しの遡及効の有無を一律に決めるのではなく、ひとつの決議の取消しについても、ある問題との関係では遡及効を肯定し、他の問題との関係ではこれを否定するという方向で考えるべきであるとする見解を強く支持していた<sup>269</sup>。

決議取消しの請求が棄却され、原告が敗訴した場合には、判決の効力は、一般原則に従って当事者間に生じるにすぎない（民訴 115 ）。

#### (カ) 裁量棄却

会社法 831 条 2 項は、決議取消しの訴えがあった場合において、招集の手續または決議の方法が法令または定款に違反するときであっても、裁判所が、当該違反する事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及ぼさないものであると認めるときは、請求を棄却することができると定めている。すなわち、決議の手續・方法に法令・定款違反があるにもかかわらず、裁判所は、一定の範囲で裁量棄却をなしうる旨が定められているのである。昭和 56 年（1981 年）改正後商法 251 条を承継したものである。

昭和 13 年（1938 年）改正の際に新設された商法 251 条は、「決議取消ノ訴アリタル場合ニ於テ決議ノ内容、会社ノ現況其ノ他一切ノ事情ヲ斟酌シテ其ノ取消ヲ不適ト認ムルトキハ裁判所ハ請求ヲ棄却スルコトヲ得」と定めた。この規定の趣旨は当然に濫訴の防止にあったが、当時の通説・

268 前田・注 (9) 前掲 399 - 400 頁参照。

269 北澤・注 (1) 前掲 345 頁。

判例（大判昭和16年（1941年）4月5日民集20巻411頁）とも、この規定について、裁判所が職権をもって決議の取消しを不相当とする事情の有無を審査し、このような事情のあるときは、請求を棄却することを要するものであると解していた。なお、同様の規定は、決議取消しの訴えの他、設立無効、資本（金）増加無効、資本（金）減少無効および合併無効の訴えについても設けられた<sup>270</sup>（昭和25年（1950年）改正前商428、136、372、380、416、107）。

昭和25年（1950年）改正の主眼のひとつは、繰り返し述べるように、株主の地位の強化にあった。上の商法251条は、裁判所の裁量権をあまりに自由かつ広範に認めるおそれがあるとして、同年改正により、いったん削除された<sup>271</sup>。これによって、削除前と同様の裁量棄却は認められなくなり、最高裁昭和31年（1956年）11月15日判決民集10巻11号1423頁は、「改正前の商法251条が削除された現在においても、削除前と同様な裁量権が条理上当然裁判所にあるという所論の見解は是認することができない。この種の裁量権は、……右規定の削除によって許されざるにいたったと解すべきである」と判示し、裁判所による政策的裁量権を否定したのであった。もっとも、昭和30年代の最高裁判決には、若干の揺らぎが見受けられ、最高裁昭和30年（1955年）10月20日判決民集9巻11号1657頁は、削除前の商法251条は裁判所にいっさいの事情の斟酌を許し、したがってその裁量権をあまりに広汎に認めすぎることと解されるおそれがあったため削除されたものであって、裁判所が合理的な判断のもとに決議取消しの請求を許容するか否かを決しうることまで否定する趣旨ではないと述べていたし、最高裁昭和37年（1962年）8月30日判決判時311号27頁は、上の昭和30年（1955年）判決を引用しつつ、商法251条が削除された現行法の下でも、決議成立手続の違法が決議の結果に影響を及ぼさないこと

---

270 以上・同前346頁参照。

271 同前、江頭・注（5）前掲349頁脚注（8）、青竹・注（20）前掲224頁。

が明らかであることを理由として決議取消しの請求を棄却することができる」と述べていた。一方、当時の学説の趨勢は、「瑕疵が決議に影響のなかったことが明確な場合には、決議取消しの理由がないものとして請求を棄却することができるし、決議に影響がなかったことの明確な証明ができない場合でも、軽微な瑕疵をとらえてただ会社荒しやいやがらせのためにのみ訴えを提起しているような場合には、権利の濫用として請求を棄却することができる。しかしこのような理由によらないで、単に決議の取消しが会社の現況からみて適当か否かの判断にのみもとづいて請求を棄却することは、かりにも決議取消しの原因と認められるべき瑕疵があるかぎり許されない<sup>272</sup>」という今井宏の記述に集約されている。この考え方の下では、裁判所に調停的・形成的権限をもって、裁量権を行使させることは許されないことになる。

昭和40年代に至り、最高裁昭和46年(1971年)3月18日判決民集25巻2号183頁は、総会の招集が取締役会決議に基づくものでなかったことおよび招集通知期間に2日の不足があったことを理由とする決議取消しの訴えを認容した事件において、「株主総会招集の手続またはその決議の方法に性質、程度等から見て重大な瑕疵がある場合には、その瑕疵が決議の結果に影響を及ぼさないと認められるようなときでも、裁判所は、決議取消の請求を認容すべきであって、これを棄却することは許されないと解するのが相当である。ただし、株主総会招集の手続またはその決議の方法に重大な瑕疵がある場合にまで、単にその瑕疵が決議の結果に影響を及ぼさないとの理由のみをもって、決議取消の請求を棄却し、その決議をなお有効なものとして存続せしめることは、株主総会招集の手続またはその決議の方法を厳格に規制して株主総会の適正な運営を確保し、もって、株主および会社の利益を保護しようとしている商法の規定の趣旨を没却することになるからである」と判示した。この判旨は注意深く読む必要がある。北

---

272 西原：大隅：鈴木：石井監修・注(243)前掲222頁[今井宏]。

澤正啓によれば、この判決は、招集の手續および決議の方法の双方について、瑕疵の軽重が決定的な基準であり、瑕疵が重大な場合には、瑕疵が決議の結果に影響を及ぼすか否かを問わず、決議取消しの請求を認容すべきであるとしたが、同時に、瑕疵が軽微な場合には、瑕疵が決議の結果に影響を及ぼさない限り、決議取消しの請求を棄却することを示していたとされる<sup>273</sup>。昭和 56 年（1981 年）改正後商法 251 条は、この立場を容れて立法化されたものである。これが、現在の会社法 831 条 2 項に承継されたわけである。江頭憲治郎が、同条同項の請求棄却事由が「裁量棄却」と通称されているが、昭和 25 年（1950 年）改正前のような裁判所の政策的裁量を認めるものでないと<sup>274</sup>述べている理由は、上のような変遷を背景として初めて理解することができるのである。昭和 56 年（1981 年）改正後商法 251 条は、昭和 25 年（1950 年）の同条の復活ではなく、まったく別物である。

会社法 831 条 2 項によれば、裁量棄却の対象となるのは、本章 5 - 5 - 2 - 1 で述べた決議取消事由のうち、招集通知または決議方法が法令・定款に違反することを理由とするものに限られる。そのうえで、裁判所は、違反する事実が重大でなく、かつ、決議に影響を及ぼさない、と認めるときにのみ、取消しの請求を棄却することができる。

わけでも閉鎖型のタイプの会社の場合には、多数派の意思は確定しており、手続的瑕疵は決議に影響を及ぼさないと認められるケースが多いけれども、総会の適正な手続的運営の確保も重要であるから、の要件、すなわち瑕疵の軽微・重大性の要件も認めない限り訴えが棄却されてはならない<sup>275</sup>との江頭憲治郎の指摘は留意されるべきである。

主要な判例に次のようなものがある。定款に別段の定めがないにもかかわらず本店の所在地またはこれに隣接する地でない地に総会を招集して開

---

273 北澤・注 (1) 前掲 347 頁。

274 江頭・注 (5) 前掲 349 頁。

275 同前。

催した場合に（平成 17 年（2005 年）改正前商 233 違反。先に述べたように（本章 2 - 4 - 2）、現行法では削除されている）、発行済株式総数の約 63.6%の株式を有する出席株主全員の賛成をもって決議が成立し、かつ、過去 10 年以上にわたり違法な地（東京都内）で総会が開催されており、そのことにつき株主から異議が出たことがなかったときであっても、裁量棄却を認めた原判決を、上記の と の双方の要件を満たさなかったとして、破棄したものがある（最判平成 5 年（1993 年）9 月 9 日判時 1477 号 140 頁）。営業の重要な一部の譲渡を決議すべき総会において、総会の招集通知にこれに関する議案の要領の記載がなかった場合（平成 13 年（2001 年）（法 128）改正前商 248 違反。現行法では会 299 により、同 298 に基づき会施規 63 ホによって定めた概要の記載・記録が要求される）には、招集通知や添付された営業報告書の記載によって譲渡予定対象資産の概略を理解することができ、発行済株式総数 71,000 株、株主 38 人中、67,611 株を有する株主 29 人が出席のうえ、50,300 株を有する 27 人の賛成により決議がなされたことなどから裁量棄却を認めた原判決を、  
の要件を満たさなかったとして、破棄したものがある（最判平成 7 年（1995 年）3 月 9 日判時 1529 号 153 頁）。

### 5 - 5 - 3. 決議の無効確認の訴え

総会の決議の内容が法令に違反するときには、決議は無効となる（会 830 ）。株主平等原則に違反する決議（会 109 ）、欠格事由該当者を取締役・監査役に選任する決議（会 331 、335 ）、違法な内容の計算書類の承認決議（会 438 ）などがこれにあたる。

昭和 56 年（1981 年）改正にあたり、決議内容の定款違反が無効原因から取消原因に移された（同年改正後商 247 、252）ことは、すでに述べたとおりである（本章 5 - 2 - 2 - 1（イ））。

総会決議の内容の法令違反は、その重大性に鑑みれば、当然に無効である。通説によれば、この無効は、何時でも、誰でも、どのような方法によっても（抗弁としても 別訴における攻撃防禦方法としても）、主張でき

る<sup>276</sup>。すなわち、一般原則に従った無効の主張を許される。

このうち、主張方法として訴訟が選ばれた場合に備え、会社法は、決議無効確認の訴えに関する規定を設けている。確認の利益（訴えの利益）がある限り、会社を被告として決議無効確認の訴えを提起することができる（会 830、834）。この訴えについては、提訴期間や提訴権者の制限はない。訴えの利益がある限り、株主等でない第三者も原告たりうる。訴えの性質が確認訴訟たること、当然である<sup>277</sup>。

この訴えの手続等に関しては、本章 5-5-2-2（ウ）において述べたところが妥当する。

決議無効確認の訴えにおいて原告が勝訴し、判決が確定すると、決議取消判決の場合と同様、その判決には対世的効力が認められる（会 838）。登記についても、本章 5-5-2-2（オ）において述べたところと同様である。

#### 5-5-4. 決議不存在確認の訴え

外形的に総会の決議と認められるべきものが存在しないときには、決議は不存在となる。典型的には、総会を開催した事実がないか、または決議をした事実がまったくないのに、決議があったかのごとく議事録に記載・記録されたり、これに基づく登記がなされたような場合である（最判昭和 38 年（1963 年）8 月 8 日民集 17 卷 6 号 823 頁、最判昭和 45 年（1970 年）7 月 9 日民集 24 卷 7 号 755 頁参照）。

決議の不存在としてとくに問題とされるのが、すでに述べたように（本章 2-6-1）、招集通知漏れである。わけでも、決議の不存在と決議取消しとの限界をどこに求めるかという点が問題となる。大隅健一郎・今井宏

---

276 龍田・注（10）前掲 193 頁。

277 過去の事実については確認の利益がないのが原則である。すでになされた総会決議は過去の事実には違いないが、それを基に現在の法律関係ができあがっているから、決議の無効を確認してもらふ利益はその点にある（龍田・同前）。

が、通知漏れの程度が著しいか否かの指標を定める場合には、招集通知を受けなかった株主の数と持株数との双方を考慮すべきであると主張していた旨はすでに述べた。龍田節もまた、株主の数および持株の両方で、株主のほぼ全員に通知があったといえる場合以外は、決議不存在と観るべきであるとしている<sup>278</sup>。先に述べたように(本章2-6-1)、不佞はこれらの考え方を妥当と考えるが、青竹正一は、不存在というためには、総株主の議決権数および総株主の半数以上に通知漏れがあることが必要であると述べている<sup>279</sup>。青竹説によれば、決議取消事由に組み込まれる例が、やや多くなるものと思われる。一部の株主に通知漏れがあったにすぎない場合は、決議取消の原因となるにとどまるから、決議が不存在である場合と決議に取消原因がある場合の限界は、招集通知漏れという手続上の瑕疵を例に観察してみると、そして改めて有力な研究者の説くところを観ると、相当に微妙であるということができよう。いずれにせよ、手続的瑕疵が著しく、決議と認められるものが外形的にも存在しないと評価しえる場合が、決議の不存在ということになる。一般的には、こう記する他ない。

なお、判例は、[取締役会設置会社において]平取締役が取締役会の決議に基づかないで総会を招集した場合を決議不存在としているが(最判昭和45年(1970年)8月20日判時607号79頁)、これは決議取消事由にとどまると解すべきであろう<sup>280</sup>。

決議の不存在も、何時でも、誰でも、どのような方法によっても主張できる。

主張方法として、訴訟が選ばれた場合に備えて整備されているのが決議不存在確認の訴えである。確認の利益があれば、会社を被告とする決議不存在確認の訴えを提起することができる(会830、834)。原告が勝訴して判決が確定すると、当該判決に対世的効力が認められることをはじめ

278 龍田・同前194頁。

279 青竹・注(20)前掲228頁。

280 北澤・注(1)前掲350-351頁。

(会 838)、判決の手續・効力は、決議無効確認の訴えと同様である。登記の処理もまた同様である。

#### 5 - 5 - 5. 取締役選任決議の不存在とその後の取締役選任決議の効力

決議不存在確認の訴え（決議無効確認の訴えも）、その判決の性質が、確認判決にとどまるからには、たとえそれを前提として社团的取引行為が進展する事項の決議に関するものであっても（典型的には、取締役選任決議がそうである）、決議取消判決と異なり、あらゆる面で、遡及効を認めざるをえない。確認判決とは、決議が始めから不存在または無効であることを前提として、そのことを確認するにすぎないものだからである<sup>281</sup>。

最高裁平成 2 年（1990 年）4 月 17 日判決民集 44 卷 3 号 526 頁は、「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 日第二小法廷判決・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」と判示している。

現実には、ほぼすべてが閉鎖的な会社の内紛によって惹起される問題であろうが、理論的には、上記最高裁判決の論旨は肯定されざるをえない。すなわち、たとえ何年を経ようが、いったん取締役選任決議に不存在事由があれば、その後、連鎖的に取締役の地位は否定され続けることになる。

---

281 前田・注 (9) 前掲 401 頁。

以後の総会決議もまた一貫して不存在となるからである。決議取消しの訴えの場合には、先に述べたように、当該訴えの係属中に当該取締役の任期が満了し、新たな取締役が選任されれば訴えの利益が消滅するのであるから（本章 5-5-2-2（工）参照）、これと比較すると、取締役選任決議不存在の場合は、当該決議に基づいて形成された以後の法律関係わけても取引行為は、長期にわたり、相当な混乱を来たすことになる。

このような会社がなした対取引の相手方の保護は、不実登記の信頼者の保護規定（会 908）、その他の善意者保護規定（会 354、民 109～112等）に依拠する他なかろう<sup>282</sup>。ただ、取引の相手方が、当該会社の杜撰さに気付いてしまえば、この者は、善意者保護規定をもってしては、保護されないという皮肉な結果を招くことになる。さすれば、会社の業務執行を正常化すべく、取締役の地位の連鎖的否定を絶つという根本的処置を施すより他ないということになろう<sup>283</sup>。

正攻法は、正規の手續において新たに取締役が選任されるまでは、取締役としての権利義務を有するのは退任取締役であるから（会 346）、取締役会設置会社であれば、この者が取締役会を開催のうえ、株主総会を招集するというものである。悠長であり過ぎる嫌いがある。場合によっては、石もて追われ、当該会社と絶縁状態にある過去の取締役が、非協力的態度に出ることもあろう。復権を目論む過去の取締役もそれが困難とわかれば非協力的態度に出るであろう。株主が総会を招集するという方法（会 297）も使えないであろう。この前提たる総会招集請求（会 297）の受け手が正式な取締役でないからである。そうであるとすれば、株主等が全員出席総会を呼び掛けるという方法が考えられるが、閉鎖的な会社が内紛状

282 同前 401 - 402 頁参照。

283 江頭憲治郎は、ことからは閉鎖的タイプの中小会社の内紛処理であるから、取締役の地位の連鎖的否定を断つ処理が常に望ましいとは限らないと説くが（江頭・注（5）前掲 352 頁脚注（1）参照）、会社の内紛によって、会社と取引関係に立つ相手方が長期に不安定な地位に置かれていることもまた事実であって、会社の内部処理のみに軸足を置くべきではないと考える。

態にあれば、これも難しかろう。最も迅速に事を收拾するには、会社法 346 条 2 項、同 351 条 2 項を活用すればよいのではないか。もちろん、選任決議不存在の場合には、正確な意味で取締役等の欠員が生じているわけではなく、形式的には同 346 条 1 項が生きている。しかし、長期にわたり、当該会社を宰領しているのは擬似機関であって、過去の取締役等は現実に職務を担当していないのであるから、欠員が生じたも同然の状態にあるとみなしうる（なお、第 5 章 2 - 7 参照）。よって、利害関係人（取引の相手方たる会社債権者も含まれるという点でより便宜である）の申立てにより、裁判所が、一時取締役・代表取締役の職務を行うべき者を選任し、この者達の手で株主総会招集手続を執り、当該株主総会において、正規の取締役を選任して、会社機関を復元してはどうか。こうして復元された取締役会・代表取締役は、信義則上、過去の会社の表見機関がなした対外的取引行為を追認しなければならないと解する。当該会社は、自らが招いた内部紛争によって、虚偽の外観を重ねてきたのであるから、対外取引という側面においては保護に値せず、よって信義則を理由に（取引の相手方を法律的に長期に不安定なまま放置したことは、信義則上許されることではない）、復元された会社機関は、いわば内紛の戦後処理として、過去の取引行為を一律に追認しなければならないと解するわけである。正常化した会社が、選任決議不存在の瑕疵の連鎖を引き継いだ擬似取締役等に対し、この間、彼等の業務執行が会社に損害を与えておれば、損害賠償請求をなすことも否定されないであろう。

## 6. 株主による会社業務の監督および是正

### 6 - 1. 緒言

最初に、株主総会中心主義が廃棄された昭和 25 年（1950 年）改正によって、株主に与えられた新たな共益権およびその法政策に対し、北澤正啓が着目した文脈を再読しなければならない（第 3 章 3 - 2 - 3）。彼は、同年改正が、取締役に対する株主監督権限を強化したことは、会社内部における自治的監督方法として注目すべきことであると述べていたはずである。

この自治的監督方法は、近代的な企業経営の在り方から観れば、法の理念通りに運用される限りにおいて、それ自体すぐれた合理的な方法であると評価しえることも、先に述べたとおりである（第3章3-2-4）。一方で、所有と経営の分離、所有と支配の分離が進むと、一般の株主は複雑化・専門化（国際化も含まれよう）するばかりの経営を理解できず、もっぱら利回りや株価に関心を持つようになり（投資株主・投機株主の増大）、中にはよからぬ目的に株主の権利を振り翳す者すら出現する。それゆえ、企業コントロールの役割を株主に担わせるのは無責任ではないかとの批判が生じることになる。これにも一理はある。しかし、ここで龍田節は「ちょっと待たれたい<sup>284</sup>」と注意を喚起するのである。

龍田節がこういうからには、商法学徒であるならば、歌舞伎『御存知鈴ヶ森』において幡随<sup>ばんずい</sup>長兵衛<sup>ちやうべえ</sup>に呼び止められた白井権八のごとく、「待てとお止めなされしは拙者の事でござるかな」と立ち止まって考究しなければならない（わけても、若い学徒はそうである。長兵衛は、「お若えの、お待ちなせえやし」と呼び掛けたのであるから）。間違っても、田舎芝居の九郎判官のように、義太夫の言葉に従って、「あたりをちょっと見まわし給い、さしたる用もなかりせば一間のうちにぞ入り給う」といった態度は許されない。

私有財産の保障を前提とした自由経済体制の下では、株主は危険資本（risk capital）の担い手であり、企業の実質的な所有者であるがゆえに、企業コントロールの役割は、終局的には株主が担うというのが、わが国民の考え方の基本的な方向であると龍田節は述べている<sup>285</sup>。私有財産制を維持しつつ、株主よりも従業員の声を経営に反映させるべきであるという方法についても、日本国民のコンセンサス（consensus）はこの方向にはないと評価している<sup>286</sup>。

284 龍田・注(10)前掲155頁。

285 同前155-156頁。

286 同前。

上記のことは、コーポレート・ガバナンスの名で論じられる点に留意が必要である。

以下では、すでに述べた株主総会における議決権や提案権を除く、株主が会社経営に関与するために保障された権利を概観する。本章においては、会社の経営に対する株主の監督・是正権が中心になる。

## 6 - 2. 株主代表訴訟制度

### 6 - 2 - 1. 意義

取締役等が会社に対して責任を負う場合においては、会社自らがその責任を追及するのが本則である。しかし、会社のみこれを任せておけば、その実現を期するに困難であることが少なくない。すなわち、会社といってもそれは実質的には取締役会ないし代表取締役、代表執行役等に宰領されており、これらの者が会社の機関としてせよ、会社に対して責任を負っている取締役（退任取締役でも同様である）等の責任を追及することは、あるいは心理的に、あるいはこれらの者との親密な関係等から、容易に行われない可能性があるからである<sup>287</sup>。当該取締役等の責任追及がなされなければ、会社ひいては株主の利益が害される可能性があること、当然である。そこで昭和 25 年（1950 年）の商法改正により、取締役の権限の拡大にともなう責任の厳格化と株主の地位の強化の一環として、アメリカ会社法における株主の代表訴訟（representative suit）の制度に倣って、株主が会社に代わって取締役等の責任を追及する途をひらいたのである<sup>288</sup>。同年改正後商法 267 条ないし 268 条ノ 3 がこれであった。これは、株主が会社の権利を会社に代わって裁判上行使することを認めるものであって、1 種の訴訟代位制度であり、その訴訟は「代位訴訟」ともいうべきものである<sup>289</sup>。もっとも、株主は、この訴訟において、実質上、会社の代表機能的

---

287 前田・注 (9) 前掲 438 頁参照、大隅：今井・注 (19) 前掲 270 頁参照。

288 大隅：今井・同前 270 - 271 頁参照、北澤・注 (1) 前掲 445 - 446 頁参照。

289 大隅：今井・同前 271 頁。

地位に立つため、これは通常、「代表訴訟」と称されるが、会社の有する権利に基づく訴訟であることから、「派生訴訟」とか「伝来訴訟」とも称される<sup>290</sup>。今日では、会社法 847 条ないし 853 条中に承継されている。

株主の代表訴訟は、上述のように、実質的には株主が代表機関的地位において追行するものであるが、訴訟の形式上は、株主は、会社の代表者として訴訟を追行するのではなく、他人たる会社の利益のために原告となり、取締役等を被告として訴訟を追行し判決を受ける資格を認められているのであり、いわゆる第三者の訴訟担当（民訴 115 、民執 23 ）の 1 事例である<sup>291</sup>。したがって、原告株主の受ける判決は、本来の適格者たる利益主体としての会社に対し、会社自らがこれを受けるのと同一の効力を及ぼす。

昭和 25 年（1950 年）改正前にあつては、同年改正前商法 267 条 1 項が、株主総会が取締役に対して訴えを提起することを決議したときは、会社が決議の日から 1 ヶ月内に訴えを提起すべきことを、同条 2 項が、その訴えについては、総会の決議によらなければ、取下げ、和解または請求の放棄ができない旨を規定していた。さらに、同年改正前 268 条 1 項 2 項は、総会が取締役に対して訴えを提起することを否決した場合に、会日の 3 ヶ月前から継続して資本（金）の 10 分の 1 以上に当たる株式を有する株主が総会終結の日から 3 ヶ月内に訴えの提起を監査役に請求したときは、会社は請求日から 1 ヶ月内に訴えを提起しなければならない旨を規定し、会社が取締役を不当にかばう場合の措置を一応は用意していた。かかる少数株主の提訴請求権は、大陸法型の制度を継受したものであった<sup>292</sup>。立法当初の明治 32 年（1899 年）商法 178 条に、すでにかかる少数株主の提訴請求権の規定が設けられていた。しかし、繰り返し述べるように、昭和 25 年（1950 年）改正は、この制度に代えて、単独株主権としての代表訴訟制度

290 北澤・注 (1) 前掲 446 頁。

291 同前、江頭・注 (5) 前掲 452 頁、青竹・注 (30) 前掲 348 - 349 頁。

292 江頭・注 (5) 前掲 452 頁脚注 (1) 参照。

を導入したのである。

単独株主権としての代表訴訟制度が優れている点は、もちろん少数株主権と異なって株主にとって使い易い<sup>293</sup>制度であるという点にもあるが、出資割合の低い株主が行使しうるため、取締役等が違法な行為をすれば、代表訴訟によって責任を追及されることを取締役等に認識させるという、予防的な抑止効果をも有するという点にある<sup>294</sup>。

上のような利点があったにもかかわらず、代表訴訟の制度は、平成5年(1993年)改正前までは、ほとんど利用されていなかった。これは、株主が代表訴訟を提起するための情報に接近するのが困難であること、訴えを提起するにあたりその手数料を請求額によって定める(民訴費3 参照。訴訟の目的の価額が大きければ手数料が多額になる)裁判実務が行われていたこと、それにもかかわらず、提起しても株主個人にとってはあまり利益にならないこと等がその原因として考えられていた<sup>295</sup>。

平成5年(1993年)改正後商法267条4項は、株主代表訴訟の目的の価額の算定については、「財産上ノ請求ニ非ザル請求ニ係ル訴ト看故ス」と規定し(平成13年(2001年)(法128)改正により同条5項に移動)、これが現在の会社法847条6項に承継されている。結果、現在この訴訟を提起したときは、請求額の如何にかかわらず、その手数料は、13,000円でよい(民訴費4、同別表第1)。この改正以降、代表訴訟は増加している。

個々の株主に認められている代表訴訟提起権の性質について、かねてより、通説は、株主が会社の正規の体制による運営を監督是正するために認められている権利として、これを共益権と解している<sup>296</sup>。

この制度に関しては、すでに大隅健一郎・今井宏によって、この制度に

---

293 近藤・注(112)前掲320頁。

294 青竹・注(20)前掲349頁参照。

295 近藤・注(112)前掲320頁。

296 北澤・注(1)前掲447頁。

より取締役等の会社に対する責任の追及が確保され、株主の保護に寄与することは否定できないにしても、各株主がかかるといえる訴えを提起しうる結果は会社荒し的手段として濫用される危険の多いことも疑いをいれないので、立法論としてはなお工夫の余地があるものといわなければならないと指摘されていた<sup>297</sup>。今日にあっても、近藤光男が以下のように指摘しており、留意されるべきである。「株主代表訴訟は、コーポレート・ガバナンスにおいて株主による経営監督の機能を発揮する有用な制度であるが、その反面、1人の判断で会社全体を巻き込む結果をもたらすことから、その濫用的な提起には十分な配慮が必要となる。ほとんどの株主が、取締役等に任務懈怠はないとか、あるいは任務懈怠があってもわざわざ責任を問うまでもない軽微なものと考えられる場合でも、1人の株主が会社を代表して訴えを起こせるからである<sup>298</sup>」。今日のわが国では、市民運動的性格の強い代表訴訟あるいは株主と取締役との対立から提起される代表訴訟が少なくないといわれている<sup>299</sup>。つまり、消費者運動や社会運動など、会社法の意図する目的以外のアピール効果を得ようとして利用されることもありうるのである<sup>300</sup>。

なお、この制度は、 発起人、設立時取締役もしくは設立時監査役 (会 52、53) または役員等 (会 423 ) もしくは清算人 (会 486) の責任を追及する訴え、 違法な利益配当を受けた者への利益返還を受ける訴え (会 120 )、 不公正な価額で株式または新株引受権を引き受けた出資者への公正な価額との差額支払いを求める訴え (会 212 、285 )、 についても認められる (会 847 本文)。

---

297 大隅：今井・注 (19) 前掲 271 頁。

298 近藤・注 (112) 前掲 320 頁。

299 青竹・注 (20) 前掲 349 頁参照。

300 関・注 (58) 前掲 333 頁。

## 6 - 2 - 2. 追及しうる責任の範囲

株主が代表訴訟によって追及できる取締役の責任の範囲に関しては、取締役が会社に対して負担する一切の債務が、ここにいわゆる取締役の責任であると解するのが、かねてよりの通説であったと思われる。商法会社編時代のいくつかの主張を概観すれば、鈴木竹雄・竹内昭夫は、「株主の代表訴訟によって追及される取締役の「責任」は、取締役が会社に対して負担する一切の債務を包含し、したがって取引上の債務履行の請求についても代表訴訟が認められると解する。役員間の特殊関係に基づく訴え提起の懈怠の可能性は、どちらも同じことである<sup>301</sup>」と説いていた。大隅健一郎・今井宏は、「取締役が会社に対して負担する取引上の債務を履行することもその忠実義務に基づく責任であるといえるのであるから、取締役が会社に対して負担する取引上の債務についても代表訴訟を排除する理由はないものとする。取締役の会社に対する土地所有権移転登記の義務のごときについても、同様である<sup>302</sup>」と述べていた。現行会社法の下にあっても、前田庸は、「責任の範囲を限定する規定上の根拠がなく、しかも本制度が認められた趣旨、すなわち取締役同士の親密な関係等から取締役の責任追及がなされない可能性があるという趣旨は取締役の責任の種類にかかわらず妥当するから [取引上の債務を含めて一切の責任が含まれると解する] 立場が妥当であるとする<sup>303</sup>」としており、関俊彦もまた、責任の範囲を限定すべき条文上の根拠が必ずしも明らかでないこと、取締役の債務が債務不履行になり損害賠償請求権に代わったときは代表訴訟を提起できること、を理由に、取締役が会社に対して負担する一切の債務を包含する立場に賛成している<sup>304</sup>。

以上、論者によって表現は多少異なるものの、上述の考え方は、畢竟、服部栄三が明快に纏めたように、その主たる理由は、取締役に対する訴え

---

301 鈴木：竹内・注 (17) 前掲 300 頁。

302 大隅：今井・注 (19) 前掲 272 頁。

303 前田・注 (9) 前掲 439 頁。

304 関・注 (58) 前掲 335 - 336 頁参照。

の提起を会社が怠りがちであること（提訴懈怠の可能性）に代表訴訟の存在意義を認め、かかる提訴懈怠の可能性は取締役の負担するすべての債務ないし責任について存しうる、という点にある<sup>305</sup>。

以上に対し、代表訴訟によって追及できる取締役の責任の範囲を、総株主の同意によってのみ免責が認められる責任または会社法上の責任に限定する見解が有力に主張されている。わが商法學史上、代表訴訟研究の泰斗のひとりであると評して差し支えない北澤正啓は、商法会社編の時代から、以下のように主張していた。「アメリカ法におけると異なり、会社にみずから提訴するかどうかの裁量権を認めず、会社が提訴しない限り、提訴しないことが不正・不当であると否とにかかわらず、株主の代表訴訟を認める商法（平成 17 年（2005 年）改正前商 267 参照、現在の会 847 参照）のもとでは、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任に、取締役が会社に対して負担する一切の債務を含ませることは、株主の代表訴訟を広く認めすぎで不都合である。株主の代表訴訟が認められるか否かは、提訴懈怠の可能性があるか否かでなく、会社に対する債務の発生原因のいかんにかかっているものであり、商法は、その発生原因において特に重要な、したがって免除の困難な責任（商法 266 条など 当時の北澤の論稿では、平成 13 年（2001 年）（法 79）改正前商法 266 条 [取締役の会社に対する責任] を指す）または免除の不可能な責任（平成 17 年（2005 年）改正前商法 192 条 [発起人の引受け・払込担保責任] ・同 192 条ノ 2 [発起人の財産価額填補責任] ・同 280 条ノ 13 [取締役の引受担保責任] ・同 280 条ノ 13 ノ 2 [取締役の財産価額填補責任]）について、代表訴訟を認め、その確実な実現を期したと解すべきである<sup>306</sup>。」商法会社編の時代にあつては、服部栄三もこの見解を支持していた<sup>307</sup>。現在、上の北澤説をほぼそのまま踏襲

---

305 服部栄三「代表訴訟」鈴木竹雄：大隅健一郎：上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編『新商法演習 2』(有斐閣・1974 年) 43 頁。

306 北澤・注 (1) 前掲 448 頁。

307 服部・注 (305) 前掲 43 頁。

するのが江頭憲治郎であり、「訴えの不提起が会社の裁量権の範囲内か否かを裁判所が判断して代表訴訟を許すアメリカと異なり、会社の裁量権を認めない点で柔軟性を欠くわが国の制度の下では、会社の経営上の判断の余地を制約しすぎる（たとえば、取引上の債務の履行を猶予することが適当な場合にもそれができない）。したがって、代表訴訟の範囲は、総株主の同意によってのみ免責が認められる会社法上の取締役の責任の追及のためにのみ提起できると解すべきであり……取引相手方たる取締役に対し代表訴訟を提起できる範囲もそれ（会 423、428）に限ると解すべきである<sup>308</sup>」と述べている。

以下に2例を挙げてみよう。

【例1】いま消費者金融業を営む取締役会設置会社たる甲社取締役Bが、他の顧客と同一基準で甲社による査定を受け、顧客に対する当該査定基準に従い、かつ、甲社所定の約款に従って、甲社から貸付けを受けたと仮定しよう。当該貸付けは甲社代表取締役Aの業務執行行為としてなされる。この結果、Bは、甲社に対する取引上の債務を負担することになる。この取引は、形式的には、取締役・会社間の直接取引であるが、Bの債務は、「取締役としての固有の地位に基づく」甲社に対する債務ではなく、「顧客たる第三者的地位に基づく」債務である。したがって、かかる取引には、会社法365条1項によって読み替えられる同356条1項2号に基づく取締役会の承認は不要であろう。Bは、甲社に対して、当然に当該取引上の債務を履行しなければならないが、Bが貸付金を返還しない場合、Bの責任は、民法上の債務者たる地位に基づくそれであって、あくまでも民法上の債務不履行責任であるから、純粋に民法上の損害賠償責任である。この責任は、会社法（下に述べるように、同428条を含む）上の法令違反による損害賠償責任とは区別されるべきものであって、Bに対する代表訴訟が提起できないこと、当然であり、加えて、貸付行為をしたAもまた任務懈怠

---

308 江頭・注(5)前掲453-454頁脚注(2)。

責任を負わない (なぜならば、甲社は、消費者金融会社として、顧客の債務不履行の可能性、不良債権発生危険等に関し、統計学等を勘案して、会社の事業行為が全体として収支相償い、かつ収益をもたらすように査定基準を制定しているはずであり、かかる基準に従って貸付行為をしたことはA (その他の取締役会構成員も含めて) の任務懈怠責任を構成しないからである)。よって、この例においては、Aの責任もまた代表訴訟の対象たりえないこと、当然であろう。

[例2] 以上に対し、Bが他の一般顧客とは別の有利な条件で甲社から貸付けを受けた場合、かかる取引は、甲社取締役会の承認を要すべき取引といえよう。このとき、Bは、取締役会の承認があろうとなかろうと、甲社に対し、取引上の債務を負担し、これを履行しなければならない。さらに、Bは、当該貸付債務と競合して、取締役会の承認を受けない場合はもちろん、承認を受けた場合であっても、対価の不当などのために (たとえば、本来、人的・物的担保を要求すべきところ、そのような手当てもせず甲社の貸付けが実行された場合など) 会社が損害を被ったときは、会社に対して損害賠償責任を負わなければならないであろう。上記の債務は、[例1]と同じく、第1義的には民法上の債務者としてのそれであるが、の債務は、Bの取締役としての固有の地位に基づく責任であると評価できよう (会 423 )。の債務が存在することは、の責任が競合的に発生することを妨げるものではなく、また、の債務が時効や免除によって消滅しても、の責任は影響を受けない。そして、代表訴訟によって追及しうる取締役の責任は、本来的には、の損害賠償責任である<sup>309</sup>。商法会社編の時代にあっては、の債務は、代表訴訟の対象外であったと考えられる。しかしながら、現行会社法は、その428条1項に、貸付けを受けた取締役も利益相反取引の責任を負うとの特則を設けたため、これによって、[例2]におけるの債務もまた、取締役としての会社法上のBの特

---

309 北澤・注 (1) 前掲 449 頁。

別責任に取り込まれるがゆえに、代表訴訟の対象たりえようが、[例1]に挙げたような、Bが顧客と同一の審査基準に従い、甲社所定の約款に従って貸付を受けたような場合には、同428条をBに適用するのは行き過ぎではなからうか(むしろ、適用がないというべきである)。この結論に納得できないのであれば、[例1]において、Bが甲社の無人店舗のATM(automated teller machine)を介して貸付けを受けた場合を想定するがよい。文字通り、情実の入る余地なく「機械的に」受けた貸付けである。かかる取引行為から生じたBの債務不履行の後始末に会社法の規定(違法行為を放置しないガバナンス体制)を持ち出すのは、午刀をもって鶏を割くに等しいものである。

上のように解すれば、今日なお、代表訴訟を提起できる責任の範囲を画することは無意味である<sup>310</sup>とまではいえまい。北澤説に代表される従来からの説を維持したとしても、取締役の会社に対する債務不履行につき会社の損害の発生(会423)を広く認めれば、大きな弊害は生じないであろう<sup>311</sup>。よって、代表訴訟が濫用されるおそれも勘案して、現行会社法上、代表訴訟が認められるのは、総株主の同意がなければ免除できない責任ないし一部免除しか認められない責任(会53、120、423、428、462、464、465)、または免除できないもしくは総株主の同意がなければ免除できない資本充実責任(会52、213、286)に限定されるべきことになる<sup>312</sup>。

なお、最高裁平成21年(2009年)3月10日判決民集63巻3号361頁は、代表訴訟の対象となる責任は、取締役の地位に基づく責任の他、取締役の会社に対する取引債務(取締役が会社と取引を行うことによって負担することになった債務)についての責任も含まれると解するのが相当であるとした。その理由として、会社が取締役の責任追及を懈怠するおそれ

---

310 前田・注(9)前掲439頁。

311 江頭・注(5)前掲454頁脚注(2)。

312 青竹・注(20)前掲350頁参照。

があるのは、取締役たる地位に基づく責任が追及される場合に限られるものではない、取締役の地位に基づく責任に限られるとすると、他の取締役に対する金銭貸付けの責任（平成 17 年（2005 年）改正前商法 266 条 1 項 3 号 当時は、他の取締役に対し金銭の貸付けをしたときは、その行為をした取締役は、会社に対し連帯して、弁済がない額を弁済または賠償しなければならないと規定されていた。この規定は、昭和 25 年（1950 年）改正後商法 266 条 1 項 2 号として初めて設けられたものであった）について、会社を代表した取締役の責任は代表訴訟の対象となるのに、代表した取締役の責任よりも重いというべき貸付けを受けた取締役の取引上の債務についての責任は代表訴訟の対象とならないことになり、均衡を欠く、というものであった。上記の理由は、商法会社編時代に、大隅健一郎・今井宏が展開していた主張<sup>313</sup>を勘案したものであったのかもしれない。しかし、上で言及したように、現行会社法は、金銭貸付けの責任についてとくに規定を設けず、貸付けを受けた取締役も利益相反取引の責任を負うものとしているから（会 423 ・ 、428 ）、の理由は会社法の下ではもはや妥当しない<sup>314</sup>。この判例は、あまりに過大評価すべきでなからう。

大隅健一郎・今井宏は代表訴訟の対象となる責任は、取締役等になった以上、その就任前に負担した債務についても認められると解する<sup>315</sup>。提訴懈怠の可能性を主たる理由として代表訴訟の意義を捉える限りにおいて、その可能性はどの債務についても同じことだからである<sup>316</sup>。そうであるとすれば、取締役等が相続または債務引受けによって承継的に負担した債務についても、代表訴訟を認めるべきこととなる<sup>317</sup>。この点から観ても、提訴可能の懈怠性のみを代表訴訟制度の意義の中心に据えるアプローチに問題があると断じざるをえない。これでは、対象責任が過大に拡大すること

---

313 大隅：今井・注 (19) 前掲 272 頁。

314 青竹・注 (20) 前掲 350 頁。

315 大隅：今井・注 (19) 前掲 272 頁。

316 北澤・注 (1) 前掲 449 頁。

317 同前。

になる。現在の趨勢は、代表訴訟の対象たる取締役等の責任は、その在任中に負担することになった責任に限られるが、在任中に生じた責任である限り、退任後もその追及を免れることができないというものである<sup>318</sup>。

### 6-2-3. 倒産手続と代表訴訟との関係

会社に対し破産手続開始の決定がなされた後は、破産財団の管理・処分権は管財人に専属し（破78）、会社自らの取締役等の責任を追及する訴えの提起権が失われるから、株主も代表訴訟を提起することはできなくなり、すでに提起された代表訴訟も中断する<sup>319</sup>（東京地判平成7年（1995年）11月30日判タ914号249頁）。会社更生手続開始の決定があった場合または民事再生手続において管財人が選任された場合も、会社財産の管理・処分権は管財人に専属するから（会更72、民再66）、同様である<sup>320</sup>（東京高判昭和43年（1968年）6月19日東高民時報19巻6号132頁、大阪高判平成元年（1989年）10月26日判タ711号253頁）。

ただし、これらの手続が終結した後は、会社自らが取締役等の責任を追及することができる地位を回復するから、これにともない、株主の代表訴訟も認められることはいうまでもない<sup>321</sup>。

### 6-2-4. 訴えの提起

#### 6-2-4-1. 提訴権者

代表訴訟の手続に着手しうる者は、6ヵ月前（定款による短縮が認められる）から引き続いて株式を有する株主である（会847本文）。非公開会社にあつては、6ヵ月の保有期間を課されることはない（会847）。株主であれば、取締役等の責任発生の当時においてすでに株主であった必要

---

318 江頭・注(5)前掲454頁脚注(2)、前田・注(9)前掲439頁、青竹・注(20)前掲350頁、関・注(58)前掲336頁。

319 江頭・同前454頁脚注(3)。

320 同前、大隅：今井・注(19)前掲273頁。

321 大隅：今井・同前。

もなければ、1株しか所有しない株主でもよく、完全無議決権株式を含む議決権制限株式の株主でもよい<sup>322</sup>。しかし、会社法 189 条 2 項に依拠して、定款でこの権利を行使できないと定められた単元未満株主は除かれる（会 847 本文第 2 かっこ書）。株式保有期間の要件は、株主が代表訴訟に着手する時、すなわち会社に対して訴えの提起を請求する時（会 847 本文）または、もしこの請求をしないで直ちに訴えを提起しうる場合（会 847 本文）には訴えの提起の時から、訴訟中を通じて満たしていることを要するのが原則である<sup>323</sup>。代表訴訟を提起した株主が、「自らの意思で」株式を処分して株主としての資格を失った場合には、訴えは却下されるべきである。

#### 6-2-4-2. 提訴前の手続

株主が代表訴訟を提起するには、原則として、まず、会社に対し、書面その他の法務省令で定める方法をもって、取締役等の責任を追及する訴え（責任追及等の訴え）の提起を請求しなければならない（会 847 本文）。会社法施行規則 217 条によれば、書面の提出の方法に加え、電磁的方法による提供の方法も認められており、同条によれば、被告となるべき者、請求の趣旨および請求を特定するのに必要な事実、を記載・記録のうえ、この請求をなすべきことになる。

会社がこの請求を受ける場合、監査役設置会社にあつては監査役が会社を代表し（会 386 、取締役の責任を追及する訴えに係るものに限る）、委員会設置会社にあつては、監査委員が会社を代表する（会 408 、執行役または取締役の責任を追及する訴えの提起の請求に限り、当該監査委員が当該訴えに係る訴訟の相手方となる場合を除く）。そして、会社が、上の請求の日から 60 日以内に訴えを提起しないときに、請求株主は、自ら責任追及等の訴えを提起することができるのである（会 847 ）。平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正前商法 267 条 3 項は、株主による提訴

322 北澤・注 (1) 前掲 450 - 451 頁参照。

323 同前 451 頁参照、前田・注 (9) 前掲 439 頁参照。

猶予期間を 30 日以内としていたが、この改正以降、60 日以内に伸張された。

上の手続を要するのは、もちろん、会社に訴訟を提起するか否かの判断の機会を与える趣旨であること、当然であるが、以下のような訴訟法上の意義と実体法上の意義があるとされている。訴訟法上の意義は、株主が責任追及訴訟を提起すると、会社が当該訴訟物に対する当事者適格を失うために（二重提訴の禁止、民訴 142）、会社に提訴機会を保障することにある。実体法上の意義は、内部調査を実施し、義務違反等の有無を確認するとともに、訴訟以外の方法による損害回復を行う機会や、対象者の解雇・降格といった内部的制裁を含めた自浄行動をとる機会を会社に与えることにある<sup>324</sup>。後者の意義に重きを置くべきであろう。

たとえ株主が提訴請求すべき機関を誤ったとしても（会社法が要求する機関と異なる機関に提訴請求をしたとき）、提訴請求を受けるべき機関が請求に係る記載・記録の内容を正確に認識したうえで責任追及等の訴えを提起すべきか否かを自ら判断する機会があったといえるときには、提訴請求書の送付（電磁的記録による提供を含む）を受けたのと異なる状態に置かれたものと評価しるので、請求に係る瑕疵は治癒される（最判平成 21 年（2009 年）3 月 31 日裁判所時報 1481 号 1 頁参照）。また、株主の提訴請求に瑕疵があるまま、代表訴訟が開始されたとしても、会社が共同訴訟参加（会 849 ）または取締役側への補助参加（会 849 ）をしているのであれば、事前の提訴請求を受ける権利を放棄しているものであり<sup>325</sup>、会社自らが責任を追及するまたは追及しない意思を表明しているも同然なので<sup>326</sup>、もはや手続上の瑕疵を理由に訴えを不適法として却下できないと解すべきである（なお、東京地判昭和 39 年（1964 年）10 月 12 日下民 15 巻 10 号 2432 頁、大阪地判平成 12 年（2000 年）6 月 21 日判時 1742 号 146

---

324 奥島：落合：浜田編・注（174）前掲 398 頁 [山田泰弘]。

325 同前 399 頁 [山田泰弘] 参照。

326 青竹・注（20）前掲 351 頁参照。

頁)。他方、会社が訴訟手続に関与しておらなければ、事前の提訴請求を実施後 60 日が経過することが株主代表訴訟の原告適格の条件とされる以上（会 847）、代表訴訟を提起した後に会社に対し提訴請求をし 60 日が経過しても、事前の請求に治癒できない瑕疵がある限り、代表訴訟は適法なものとなりえないため、その却下は免れないと解すべきであろう<sup>327</sup>。

上の原則に対し、会社法は例外を設けている。すなわち、提訴請求の後、60 日を待っていたのでは、会社に回復することができない損害が生ずるおそれがある場合には、株主は、直ちにあるいは請求後 60 日を待たずして、責任追及等の訴えを提起できる（会 847）。上のような手続をとっていたのでは、会社の債権が時効にかかってしまうとか、被告たるべき取締役が財産を隠匿するおそれがあるとき等がその場合に該当する<sup>328</sup>。

#### 6 - 2 - 4 - 3. 不提訴理由通知

会社は、株主の請求の日から 60 日以内に訴えを提起しない場合において、当該請求をした株主または被告となるべき者から請求を受けたときは、当該請求者に対し、遅滞なく、責任追及等の訴えを提起しない理由を書面その他の法務省令で定める方法により通知しなければならない（会 847）。会社法施行規則 218 条は、この通知に電磁的方法による提供を加えるとともに、以下の事項の記載・記録を求めている。すなわち、会社が行った調査の内容、請求対象者の責任または義務の有無についての判断およびその理由、請求対象者に責任または義務があると判断したにもかかわらず、会社において提訴しないときはその理由、である。

不提訴理由の通知制度は、会社法制定にあたり設けられたものである。この制度は、役員間の馴合いにより提訴がなされないというような事態が生じることを牽制するとともに、株主等が代表訴訟を遂行するうえで必要な訴訟資料を収集することを容易ならしめるに資するものであろう<sup>329</sup>。ま

---

327 奥島：落合：浜田編・注（174）前掲 399 頁 [山田泰弘]。

328 前田・注（9）前掲 440 頁。

329 相澤哲：葉玉匡美：湯川毅「雑則（下）」商事法務 1755 号（2006 年）5 頁参照。

た、通知が代表訴訟の原告・被告のいずれかから裁判所に提出され、通知に記載・記録された不提訴理由に現れた会社の対処ぶりが裁判所の必証形成に影響する可能性があるので、この制度は、会社が充実した調査をすることに寄与しよう<sup>330</sup>。なお、不提訴理由の通知を被告となるべき者の側にも認めているのは、その内容が被告となるべき者にとって有利な場合が多いからである<sup>331</sup>。

#### 6-2-4-4. 企業再編行為と原告適格の継続

かつて、商法会社編の時代に、乙社の株主Aが代表訴訟を提起し、その訴訟の係属中に、株式移転または株式交換が行われることにより、Aが乙社の完全親会社たる甲社の株主となり、乙社株主たる地位を喪失した場合には、Aは当該代表訴訟の原告適格を失うとして訴えを却下する下級審裁判例が相次いだ（東京地判平成13年（2001年）3月29日判時1748号171頁、名古屋地判平成14年（2002年）8月8日判時1800号150頁、東京地判平成15年（2003年）2月6日判時1812号143頁、東京地判平成15年（2003年）7月24日判時1858号154頁）。この問題について、学説の多くは、裁判所の判断に反対するものが多かった。本来、Aは、正当な原告適格者として代表訴訟を提起し、当該訴訟の係属中に株式移転・株式交換という会社の行為により乙社の株主たる地位を失ったのであり、自己の意思で株式を他に譲渡したのではないこと、甲社の株主となったAは甲社完全子会社である乙社に対する利害関係をなお継続していることから、Aはなお原告適格を失わないと認めるべき特殊事情に当たると解すべきであるといった主張が代表的なものであった<sup>332</sup>。

現行会社法は、かつての裁判所の考え方を棄て、学説の趨勢に従って、

---

330 江頭・注(5)前掲457頁脚注(6)。

331 青竹・注(20)前掲351頁。

332 田邊光政『会社法要説(第8版)』(税務経理協会・2003年)240-241頁参照。なお、河本一郎『現代会社法(新訂第9版)』(商事法務・2004年)516-517頁脚注(1)、江頭憲治郎『株式会社・有限会社法(第4版)』(有斐閣・2005年)739頁脚注(2)など。

上の問題に立法的対処を行った。すなわち、代表訴訟を提起した株主またはそれに共同訴訟参加した株主は、その訴訟の係属中に株主でなくなるとしても、その者が当該株式会社の株式交換または株式移転により当該株式会社の完全親会社（他の株式会社の発行済株式の全部を有する株式会社その他これと同等のものとして法務省令（会施規 219）で定める株式会社）の株式を取得したとき、その者が当該株式会社が合併により消滅する会社となる合併により、合併により設立する株式会社または合併後存続する株式会社もしくはその完全親会社の株式を取得したとき、には、訴訟を進行することができる（会 851）。原告株主・共同訴訟参加株主がおよびの株式交換・株式移転や合併によって完全親会社または合併後存続会社の株主となった後、その完全親会社または合併後存続会社がさらにおよびの株式交換・株式移転や合併をしてこれらの会社の株主でなくなった場合も、さらに訴訟を進行できる（会 851・）。

なお、会社法は、親会社の株主が子会社の取締役等の責任を追及するために一般的に代表訴訟の提起を認める、いわゆる二重代表訴訟の制度は認めていない。

#### 6-2-4-5. 濫訴の防止措置

##### (ア) 権利の濫用

代表訴訟は、1株を有している株主であっても提起できるから、会社に損害を与える目的で、あるいは取締役等への嫌がらせの目的で提起するなど、これが濫用されるおそれがある<sup>333</sup>。そこで、会社法 847 条 1 項ただし書は、責任追及等の訴えが、当該株主もしくは第三者の不正な利益を図り、または、当該会社に損害を加えることを目的とする場合、に、株主が提訴請求できないと釘をさしているのである。

典型的には、会社から金銭等を喝取するなど不当な個人的利得を獲得する意図でこの訴えが提起されてはならない（東京高判平成元年（1989年）

---

333 青竹・注 (20) 前掲 353 頁。

7月3日金商 826号3頁参照)。当該訴訟の経過報告と称して被告代表取締役を誹謗中傷し、会社の信用を失墜させ、当該訴訟の係属を会社から個人的な利得を得るための取引材料とした場合に、権利濫用に該当するとして、訴えを却下した裁判例がある（長崎地判平成3年（1991年）2月19日判時 1393号138頁）。このような事例であれば、会社法 847条1項ただし書にいう上述 および の要件のいずれをも満たすといえる<sup>334</sup>。

山田泰弘（1972～ ）は、会社法 847条1項ただし書の構造上は、上記 または のいずれかを満たせばよいとするが、実際の（権利濫用の）認定にあたっては、 および を重疊的に要求すべきであると説く。彼によれば、一方で、当該会社に損害を加えない形で の要件を満たすことは通常考え難いとされる。すなわち、原告株主は会社への賠償を求め、直接自身への賠償を得ることができないという代表訴訟の性質上、純粋に会社の利益のみのためにこの訴訟が提起されることは實際上考え難いことなのであるから（会社の権利の実現と共に、何らかの個人的動機・意図があるのが普通であるから、という謂であろう）、提訴株主が売名目的を有していたとしても、それだけでは直ちに権利濫用にならず（前掲東京高判平成元年（1989年）7月3日）、会社との紛争における対抗手段として代表訴訟を提起しても、請求に法的小および事実的根拠が全くないといえないのであれば権利濫用とはならない（京都地判平成16年（2004年）12月27日判例集未登載 [平11（ワ）1040号]）と指摘されている<sup>335</sup>。他方、 の要件のみを充足する場合に却下判決をすることも考え難いとされる。彼によれば、「きわめて軽微な違法行為についての嫌がらせのみを目的とする提訴<sup>336</sup>」や、「会社に過大な費用を負担させることを通じて損害を加える目的を原告株主が有している場合<sup>337</sup>」が の要件に該当するという従来から

---

334 奥島：落合：浜田編・注（174）前掲 395頁 [山田泰弘]。

335 同前 396頁 [山田泰弘] 参照。

336 江頭・注（5）前掲 456頁脚注（5）。

337 黒沼悦郎「株式会社の業務執行機関」ジュリスト 1295号（2005年）73頁。

の学説に対し、ここでも何が「嫌がらせ」であり、何が「会社の損害」と評価されるのかは判断が難しいとの、指摘もなされている<sup>338</sup>。権利の濫用による責任追及等の訴えが会社に損害を発生させるとの客観的指標の定立の困難さを指摘しているのであろうと思われる。実際に権利濫用を認定するにあたり、およびを重畳的に要求すべきであるとする彼の主張は、傾聴に値する。

いずれにせよ、会社法 847 条 1 項ただし書の要件に該当する場合は、株主の提訴請求は無効であり、したがって代表訴訟を提起することができず、提起した場合には、不適法な訴えとして却下されるべきこととなる。

#### (イ) 担保の提供

株主が代表訴訟を提起した場合に、被告取締役等が、当該代表訴訟の提起が原告株主の悪意によるものであることを疎明して申立てをすれば、裁判所は、この申立てにより、相当の担保を立てるべきことを当該株主に命ずることができる(会 847 ・ )

この担保は、代表訴訟の提起が被告取締役等に対する不法行為に該当する場合を想定して、後の不法行為に基づく損害賠償請求権の実行を担保するものである(民訴 81 参照)と解されており<sup>339</sup>、この制度によって、株主の濫用的な代表訴訟の提起を防止する趣旨を有するとされている(東京地判平成 10 年(1998 年)5 月 25 日判時 1660 号 80 頁参照)。なお、最高裁昭和 63 年(1988 年)1 月 26 日判決民集 42 卷 1 号 1 頁によれば、一般に、訴訟の提起が不法行為となるのは、提訴者が訴訟において主張した権利または法律関係が事実・法律的根拠を欠き、かつそのことを知りまたは容易に知りえたのにあえて提訴するなど、裁判制度の趣旨に照らし著しく相当性を欠く場合に限るとされている。

担保制度の上のような趣旨から、ここに「悪意」とは、原告の請求に理由がなく、原告がそのことを知って訴えを提起した場合(不当訴訟要件)、

---

338 奥島：落合：浜田編・注(174)前掲 396 頁 [山田泰弘] 参照。

339 吉本・注(130)前掲 255 頁。

または、原告が制度の趣旨を逸脱して不法不当な利益を得る目的がある場合（不法不当目的要件）、のいずれかを満たせばよく、<sup>340</sup> に関しては、（a）請求原因が主張自体失当であること、（b）立証の可能性がないこと、（c）被告の抗弁成立の蓋然性が高いことをいう、との判断基準が示されている<sup>340</sup>（東京高決平成6年（1994年）2月20日判タ895号252頁、名古屋高決平成7年（1995年）3月8日判時1531号134頁、大阪高決平成9年（1997年）11月18日判時1628号133頁）。近藤光男は、ここに掲げた平成6年の東京高裁決定と同9年の大阪高裁決定とを比較し、共に上記の（a）（b）（c）の判断基準を採用しつつ、後者決定が、「本案訴訟における審理、判断の先取りとなること、担保提供を命ずることによって株主の権利を不当に制限する結果とならないように配慮すべき必要があること、担保提供命令申立事件の審理が疎明によって判断されるものであることなどを考慮し、慎重に判断すべきである」と判示した点を捉えて、やや担保提供命令を制限しようとしたものであると評している<sup>341</sup>。

担保の額は裁判所の裁量に委ねられる。

#### 6-2-4-6. 管轄

責任追及等の訴えは、会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する（会848）。責任追及等の訴えについて、このような専属管轄を定めた目的は、会社または株主の提起するかかる訴えに、原告以外の者、すなわち、会社の提起する訴えであれば株主、株主の提起する代表訴訟であれば会社または他の株主が共同訴訟人として参加すること（会849）を容易ならしめるにある<sup>342</sup>。よって、役員等の責任を追及する訴えであっても、役員等の第三者に対する責任（会429）を追及する訴訟に、会社法848条は適用されない（大阪高決昭和54年（1979年）1月16日判タ381号154頁）。

---

340 同前、江頭・注(5)前掲457頁脚注(7)、青竹・注(20)前掲355頁。

341 近藤・注(112)前掲324頁。

342 北澤・注(1)前掲456頁参照。

## 6 - 2 - 5. 訴訟参加

### 6 - 2 - 5 - 1. 共同訴訟参加

株主または会社は、共同訴訟人として、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加することができる(会 849 本文)。すなわち、株主が代表訴訟を提起したときは会社または他の株主が、また、会社自らが責任追及等の訴えを提起したときは株主が、それぞれ、係属中の訴訟に参加しうるのである。公開会社における株主が参加する場合、その株主は、6 ヶ月前から引き続いて株式を有する株主であることを要しない(会 847 ~ 対照)。すでに提起された訴えへの参加であるから、代表訴訟を提起する場合と異なり、会社荒しの危険が、あまりないからである<sup>343</sup>。しかし、参加は、株主がなすと会社がなすとを問わず、それが不当に訴訟手続を遅延させることとなるとき、または裁判所に対し過大な事務負担を及ぼすこととなるときは、許されない(会 849 ただし書)。なお、最高裁平成 14 年(2002 年)1 月 22 日判決判時 1777 号 151 頁は、原審の第 1 回口頭弁論期日後になされた訴訟参加につき、参加の申出が原告の不適切な訴訟追行を是正するためにされたから遅きに失したとはいえないこと、相当期間にわたる審理が必要になることはないこと、原告の不適切な訴訟行為により原告以外の株主に不利益が及ぶことを理由に、不当に訴訟手続を遅延させることになるから参加は許されないとした原判決を破棄差戻しとした。

このような訴訟参加を認めているのは、馴合訴訟を防止する趣旨である。たとえば、株主が被告たる取締役を相手に代表訴訟を馴合いで形ばかり行った結果、株主が敗訴となった場合(株主が勝訴しても、取締役の賠償額がきわめて少額であるといった場合)には、判決の効力が会社に及び、他の株主は重ねて訴えを提起できなくなるので、かかる事態が生じるのを防止する趣旨である。これに加え、平成 13 年(2001 年)法律第 149 号改正により、訴訟上の和解が認められることになったから(同年(法 149)改正

---

343 同前 456 - 457 頁参照。

後商 267 )、訴訟参加は、取締役等が不当に有利な和解をすることを防止するためにも意義を有する<sup>344</sup>。

上述の意義に鑑みて、通説は、かねてより、責任追及等の訴えに対する参加の性質を、共同訴訟的補助参加ではなく、共同訴訟的当事者参加（民訴 52 ）であると解してきた。後者であれば、参加人が本訴による請求の範囲を拡大することができ、また、原告が訴えを取り下げた場合に参加人が訴訟を進行することができて、参加人の訴訟進行権能がとくに強いものに対し、前者であれば、参加人はこれらのことをなしえない。したがって、この参加を後者であると解して、参加人に上のような強い訴訟進行権を認めることが、馴合訴訟の弊害防止の趣旨に合致するとされてきたのである<sup>345</sup>。

このような訴訟参加を容易ならしめるため、また、参加の機会を確保せしめるため、株主が代表訴訟を提起したときは、遅滞なく、会社に対して訴訟告知（民訴 53）をしなければならないものとされている（会 849）。とくに会社は、判決の効果を直接に受けるわけであるから、参加の機会が保障されることが重要である。訴訟告知を受ける場合、監査役設置会社にあつては、監査役が会社を代表し（会 386）、取締役の責任を追及する訴えに係るものに限る）、委員会設置会社にあつては、監査委員が会社を代表する（会 408）、執行役または取締役の責任を追及する訴えに係るものに限り、当該監査委員がこれらの訴えに係る訴訟の当事者である場合を除く）。次いで、会社自らが責任追及等の訴えを提起したとき、または訴訟告知を受けたときは、遅滞なく、その旨を公告し、または株主に通知しなければならない（会 849）。この、会社法 849 条 4 項の規定は、平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正後商法 268 条 4 項の後継規定である。この改正の時までは、主として、会社の信用を維持するためとして、取締

---

344 青竹・注 (20) 前掲 356 頁。

345 北澤・注 (1) 前掲 457 頁参照。

役等の責任を追及する訴えの提起があったことは公告されなかった<sup>346</sup>。それゆえ、株主がこの訴えの提起を知って、これに参加する機会は必ずしも保障されていなかったのである。同年改正により、株主はこの機会を確実に保障されるに至ったのである。なお、非公開会社にあつては、公告は要求されないが、株主への通知はなす必要がある(会 849)。

#### 6-2-5-2. 補助参加

上述の参加は、主として、原告側への参加を想定した制度であると評価できる。これに対し、過去において、会社が代表訴訟の原告側ではなく、被告側に補助参加しうるかについて、争いがあった。要は、取締役等に責任がないと考える会社が取締役等の側の味方として訴訟に補助参加できるか否かという問題であった。下審裁の決定も、肯定するもの(東京地決平成7年(1995年)11月30日判時1556号137頁(信用組合に関するもの)、東京高決平成9年(1997年)9月2日判時1633号140頁、東京地決平成12年(2000年)4月25日判時1709号3頁)と、否定するもの(名古屋地決平成8年(1996年)3月29日判時1588号148頁、名古屋高決平成8年(1996年)7月11日判時1588号145頁、名古屋高決平成12年(2000年)4月4日金商1100号34頁)とに分かれていた<sup>347</sup>。本来会社のために提起している代表訴訟で会社が被告側に補助参加することは矛盾であるともいえるが、他方で、濫用的な代表訴訟に対して会社が対処する必要もあったのである<sup>348</sup>。このような中、最高裁平成13年(2001年)1月30日決定民集55巻1号30頁は、「取締役会の意思決定が違法であるとして取締役に対し提起された株主代表訴訟において、株式会社は、特段の事情がない限り、取締役を補助するため訴訟に参加することが許されると解するのが相当である」と判示して、会社の被告側への補助参加を認めたのであった。そして、平成13年(2001年)法律第149号改正は、商法268条8項を設

---

346 同前参照。

347 同前458頁参照。

348 近藤・注(112)前掲325頁。

けて、会社が被告側に補助参加する余地を認め、この問題を立法的に解決したのである。

現行会社法にあっては、株主または会社は、当事者の一方を補助するために、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加できるものとされている（会 849 本文）。株主が、原告側に共同訴訟人として参加することなく、あえて補助参加する途を選択することを禁じる理由はないから、これに依拠して、原告側に補助参加をなすことは妨げられない。しかしながら、この規定は、会社が被告側に補助参加するために主たる意義がある。とはいえ、会社が被告側に補助参加することを歯止めなく認めるならば、被告取締役等に不当に有利になるおそれがある。それゆえ、会社が、取締役（監査委員を除く）、執行役、清算人およびこれらの者であった者を補助するため、責任追及等の訴えに係る訴訟に参加するにあたっては、監査役設置会社においては監査役（監査役が 2 人以上ある場合にあっては、各監査役）の、委員会設置会社においては各監査委員の同意を得なければならないとされている（会 849 ）。この法構造は、平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正後商法 268 条 8 項のそれを踏襲するものである。

民事訴訟法 42 条によれば、訴訟に補助参加できる第三者は、訴訟の結果について利害関係を有する者に限られるとされているが、会社法 849 条 1 項本文の規定は、民訴法同条に規定する利害関係を有するか否かに関わらず、裁判の迅速性や訴訟経済の観点をも加味して、会社が代表訴訟に補助参加できる旨を定めたものであると解されている<sup>349</sup>。

#### 6 - 2 - 6. 和解

20 世紀当時のわが国においては、代表訴訟の裁判実務上、和解の例は少なからず存在した（たとえば、東京地判平成 8 年（1996 年）6 月 20 日判時 1572 号 27 頁、大阪地判平成 12 年（2000 年）9 月 20 日判時 1721 号 3

---

349 相澤：葉玉：湯川・注（329）前掲 5 - 6 頁。

頁)。しかし、学説上は、和解が可能か否かに関し、わけても平成 13 年 (2001 年) 法律第 149 号改正前商法 266 条 5 項 (取締役の責任は総株主の同意がないと免除できない) との関連で議論があった<sup>350</sup>。現在も、責任免除に総株主の同意を要するとの規定は会社法上存在する (会 55、120、424、486、462 (同条ただし書に規定する分配可能額を超えない部分について負う義務に係る部分に限る)、464、465)。

20 世紀当時においては、大隅健一郎・今井宏が説いたように、以下のような見解が成り立つ余地があった。すなわち、「代位訴訟を提起した株主がその訴えの取下げをするについては、別段の制限はない。訴えが取り下げられても、他の株主がさらに代位訴訟を提起することを妨げず、またその訴訟に共同訴訟人として参加している者があれば、訴訟はその者により続行される。これに反して、代位訴訟の原告たる株主は請求の放棄または和解をなすことはできないものと解しなければならない。代位訴訟にあっては、株主は会社の権利につき会社のために訴えを提起するのであるから、その株主が請求の放棄または和解をなしうるならば、その株主の一存で会社の権利の全部または一部を処分することを認める結果となるからである。或いは、会社または他の株主は訴訟参加により不当な請求の放棄または和解を阻止することができ、判決が確定した場合にも再審の訴えが認められることを理由に、これに反対する見解もあるが、かかる救済手段にまつまでもなく、直截に株主が会社の権利の処分となるような請求の放棄または和解をなしえないと解するのが合理的であり、結果的にも妥当といわざるをえないと思う<sup>351</sup>。」確かに、一理はある。ただ、現時点で論評しても詮なきことであるが、彼らは、代表訴訟で追及することをうべき取締役等の責任につき、会社に対して負担する取引上の債務をも含むとの見解を採っていたはずである (本章 6 - 2 - 2)。そうであるとすれば、あらゆる責任

---

350 河本・注 (332) 515 頁、20 世紀の裁判実務上行われてきた和解の実態については、同 516 頁に掲げられた文献に詳しい。

351 大隅・今井・注 (19) 前掲 277 頁。

につき、原告と被告との歩み寄りを排除する見解を採ることは、和解に適する責任についてその効用を排除する結果となり、上の主張は、その文脈を追う限りにおいて、首尾一貫しないものであったのではなからうか。上の主張は、当時の免除が困難な責任についてのみ代表訴訟を認めるとの見解を採って初めて一貫したものとなるはずのものであったと評価しえたのではなからうか。さて、彼らが、「これに反対する見解」として言及した、和解を認める見解を主張していた代表格のひとりが北澤正啓である。およそ、以下のように述べていた。商法は、株主に共同訴訟の当事者参加を認めているから、訴訟参加をすることによって、和解または放棄をなそうとしても、共同訴訟人として参加した株主も一致してこれをなさなければ、効力を生じない。したがって、訴訟追行を信用できない株主は、このような参加をすべきである。現行法上は、そうしない限り、責任追及等の訴えを提起した原告は、会社であると原告株主であるとを問わず、その訴えの取下げ、和解または請求の放棄について、別段の制限を受けないのである。原告株主の和解や請求の放棄も、会社の権利の一部について請求をなしこれを確定させるのと同様に、本来、原告株主の有効になしうべきことであり、これらの行為から生じる弊害は、会社もしくは他の株主の訴訟参加または再審の訴えによって防止または排除すべきである。また、原告株主の和解や請求の放棄によって会社に損害が生じるときは、その損害は、会社の原告株主に対する損害賠償請求（平成 17 年（2005 年）改正前商 268 ノ 2 参照、現在の会 852 ）によって処理されるべきものである<sup>352</sup>。

これらの対立は、平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正により、商法中に和解をすることができることを前提とする規定が設けられたことによって、解決を見た。同年法律第 149 号改正後商法 268 条 5 項ないし 7 項がこれであった。

現行会社法は、基本的には、上の規定を承継している。民事訴訟法 267

---

352 以上、上柳：鴻：竹内編・注（171）前掲 378 - 379 頁 [北澤正啓] 参照。

条は、和解を調書に記載したときは、その記載が確定判決と同一の効力を有する旨を規定しているが、会社法 850 条 1 項本文によれば、代表訴訟につき和解をする場合に、会社がその当事者でないとき、たとえば、原告株主と被告取締役とが和解をするときは、その訴訟の目的について、民訴法同条の規定の適用がないものとされている。しかし、会社法 850 条 1 項ただし書は、会社の承認がある場合にはこの限りでないとしている。すなわち、当該会社の承認があれば、確定判決と同一の和解の効力が認められるのである。会社の承認を得るには、裁判所が、会社に対して和解の内容を通知し、和解に異議があれば 2 週間以内に異議を述べるべき旨を催告しなければならない (会 850 )。この通知・催告を受ける場合、監査役設置会社にあつては監査役が (取締役の責任を追及する訴えに係る訴訟における和解に関するものに限る)、委員会設置会社にあつては監査委員が (執行役または取締役の責任を追及する訴えに係る訴訟における和解に関するもの限り、当該委員がこれらの訴えに係る訴訟の当事者である場合を除く)、それぞれ会社を代表する (会 386 、 408 )。会社が上記の期間内に異議を述べなかつたときは、通知された内容で株主が和解をなすことを承認したものとみなされる (会 850 )。さらに、この訴訟につき会社が和解をする場合には、取締役の責任につき総株主の同意がなければ免除できないという規定 (会 55、120 、 424、462 、 464 、 465 、 486 ) は適用されない旨が明定された (会 850 )。和解をすることと総株主の同意がなければ責任を免除することができないことは両立しないという指摘がなされていたことに対応する規定である<sup>353</sup>。

会社が異議を述べたときは、会社または他の株主との関係で、当該和解につき、再訴禁止の効力は生じないから、会社または他の株主は、別訴を提起することができる (会 850 本文)。

不当な和解をした代表取締役および不当な和解に異議を述べなかつた監

---

353 前田・注 (9) 前掲 445 頁。

査役・監査委員は、会社に対し損害賠償責任を負う（会 423）と解すべきである<sup>354</sup>。会社に対する異議の催告がなされることにより、当該和解につき、会社の利益は保護されようが、原告株主以外に和解の内容を周知させる手続がないので、異議を述べるか否かに関する取締役・監査役の善管注意義務が重大となるからである<sup>355</sup>。青竹正一は、会社が当事者となる和解であると否とを問わず、和解内容を原告以外の株主に通知し、異議を述べる機会を保障する規定を設けるべきであると主張している<sup>356</sup>。

### 6-2-7. 判決の効力

代表訴訟は、繰り返し述べるように、第三者による訴訟担当の1類型に属するから、判決の効果は、勝訴たと敗訴たとを問わず、会社に及ぶ（民訴 115）。そこから、反射的に株主全員に効力が及ぶ。

株主が勝訴した場合、会社の他、原告株主も執行名義を獲得するが（民執 23）、株主の申立てに係る強制執行の売得金は会社に交付すべきものとするというのが<sup>357</sup>、商法研究者の趨勢であろう。

代表訴訟で原告株主が勝訴した場合においては、当該訴訟に関し、必要な費用（訴訟費用を除く）を支出したとき、または、弁護士もしくは弁護士法人に報酬を支払うべきときは、会社に対し、その範囲内で相当額の支払いを請求することができる（会 852）。代表訴訟は、株主が会社のために提起するものであり、株主が訴訟参加するのも会社のためであるから、原告株主が勝訴して、その利益が会社に帰属したときは、これら原告株主が負担した費用は、合理的な範囲で会社が負担するのが当然であるからである<sup>358</sup>。訴訟費用は、当然に敗訴した被告側の負担となる（民訴 61）。原告株主が負担した費用には、たとえば、証拠収集の費用、弁護士と打合せ

---

354 青竹・注(20)前掲359頁。

355 江頭・注(5)前掲460頁脚注(10)参照。

356 青竹・注(20)前掲359頁。

357 同前360頁、江頭・注(5)前掲460頁脚注(11)参照。

358 前田・注(9)前掲445頁。

をするために要した交通費などが含まれる<sup>359</sup>。平成5年(1993年)商法改正前には、原告株主は、自己の負担した弁護士報酬の範囲内でしか会社に求償できないとされていたものを、代表訴訟の提起を容易にするために、同年改正により、必要費用の会社に対する請求権が商法中に明定された。同年改正後商法268条ノ2第1項がこれである。会社法は、これを承継している。

原告株主が勝訴した場合とは、勝訴判決が確定した場合であるが、請求金額の全部について勝訴した場合ばかりでなく、その一部について勝訴した場合も含まれるし、また被告側が請求を認諾したことによって、訴訟手続が終了した場合(民訴267参照)も含まれる<sup>360</sup>。株主と取締役との間に和解が成立し、取締役が損害賠償を約束した場合も、これに含まれるとする下級審裁判例がある(東京高判平成12年(2000年)4月27日金商1095号21頁)。ただし、原告株主が勝訴しても、故意に少額の請求をなして勝訴したような場合は除かれる<sup>361</sup>。

原告株主が敗訴した場合には、悪意があったときに限って、会社に対し、損害賠償責任を負う(会852)。昭和25年(1950年)改正後商法268条ノ2第2項にこの旨が定められて以来、変わりはない。ここに「悪意」とは、不適當な訴訟追行により敗訴し会社の権利を失わせる認識、および、謂れない訴訟を提起することにより会社の信用失墜等の損害を与える意図の双方を含むと解されている<sup>362</sup>。上に述べたように、株主が敗訴した場合にも、その判決の効力は会社に及ぶ(民訴115)から、会社はもはや訴えを提起することができなくなる。したがって、取締役等に責任があると認められるのに、原告株主の訴訟の追行が不適當であったために敗訴して、会社の権利を失わしめたような場合には、敗訴株主は、会社に損害を

---

359 鈴木：竹内・注(17)前掲301頁。

360 北澤・注(1)前掲460頁。

361 同前、前田・注(9)前掲445頁参照、青竹・注(20)前掲360頁参照。

362 江頭・注(5)前掲461頁脚注(12)。

与えることになる。それにもかかわらず、敗訴株主に悪意があった場合に限り、会社に対し損害賠償の責任を負わせるのは、代表訴訟の制度を認める以上、過失の場合にまで責任を負わせるのは株主に酷であるし、訴訟進行の不適当による敗訴については、会社自らも、共同訴訟人として参加する（会 849 本文）ことによって、これを防止しうる立場にあるからである<sup>363</sup>。

なお、被告取締役等が勝訴した場合には、委任事務の処理費用として、訴訟に要した弁護士費用等の償還を、会社に対し請求することができると解される（民 650 ）。和解の場合にも、同様に解してよいであろう<sup>364</sup>。

#### 6 - 2 - 8. 再審の訴え

株主が提起したると、会社が提起したるとを問わず、責任追及等の訴えが提起された場合において、原告および被告が共謀して、当該訴えに係る訴訟の目的である会社の権利を害する目的をもって判決をさせたときは、会社または株主は、確定した終局判決に対し、再審の訴えをもって不服を申し立てることができる（会 853 ）。昭和 25 年（1950 年）改正後商法 268 条ノ 3 として設けられて以来、不変の制度である。株主が代表訴訟を提起したときは会社または他の株主が、また、会社自らが取締役等の責任を追及する訴えを提起したときは株主が、それぞれ再審の訴えを提起しうる。公開会社の株主が再審の訴えを提起する場合には、代表訴訟を提起する場合と異なって、当該株主に株式保有期間の要件は課されないし、また、一般に株主がこの訴えを提起する場合には、一定の手續を踏む必要もない（会 847 対照）。不服を申し立てられる判決の確定の当時に株主であったことも必要でない<sup>365</sup>。

この制度が、馴合訴訟の弊害に対処する制度であることはいうを待たな

---

363 以上、北澤・注 (1) 前掲 461 頁。

364 吉本・注 (130) 前掲 256 頁脚注 (79)。

365 北澤・注 (1) 前掲 458 頁。

いが、訴訟参加の制度に加えて再審の訴えをも認めたのは、株主に訴訟参加を認めても、原告の訴訟追行に信頼し、または原告の訴えの提起を知らないで、参加しないこともあるし、また、たとえ参加しても、訴訟が妥当に追行されるとは限らないので、判決がいったん確定した以上絶対にそれを争いえないものとするのは、適当でないからである<sup>366</sup>。いわば、訴訟参加が馴合訴訟による会社の損失の事前の防止策であるのに対し、再審の訴えの制度は馴合訴訟による損失を事後的に填補しようとするものということができる<sup>367</sup>。

この訴えが認められるのは、たとえば故意に敗訴したり、故意に少額の請求をして勝訴したような場合が典型である。

代表訴訟における再審の訴えは、民事訴訟法上のそれとは、その事由および申立権者の点で異なるが（民訴 338 参照）、その他の点では、民事訴訟法の一般原則の適用がある<sup>368</sup>。

勝訴株主の費用支払請求権および悪意ある敗訴株主の損害賠償責任に関する規定（会 852）は、再審の訴えにも準用される（会 853）。

## 6 - 3. 株主による違法行為差止請求

### 6 - 3 - 1. 意義

取締役または執行役が、会社の目的の範囲外の行為その他法令もしくは定款に反する行為をし、または、これらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって会社に「著しい損害」を生ずるおそれがあるときは、監査役設置会社または委員会設置会社にあつては、会社に「回復することができない損害」を生ずるおそれがあるときは、6 ヶ月前（定款による短縮が認められる）から引き続き株式を保有する株主は、会社のために、当該取締役または執行役に対し、その行為をやめることを請求するこ

---

366 同前 459 頁参照。

367 前田・注 (9) 前掲 447 頁。

368 同前 447 - 448 頁参照。

とができる（会 360 ・ 、422 ）。非公開会社の株主には、6 ヶ月という保有期間の要件が課されず、単に株主であれば、この請求が可能である（会 360 、422 ）。この株主の権能を「株主の違法行為差止権」という。

株主の違法行為差止権は、株主の代表訴訟と同じく、昭和 25 年（1950 年）の商法改正により、株主の地位の強化の一環として、アメリカ法の差止命令（injunction）の制度に倣って採用されたものである。同年改正後商法 272 条がこれであった。取締役が違法な行為をなそうとするときは、個々の株主が会社のために取締役に対してその行為の差止めを請求することをうるものとしたわけである。

取締役・執行役の違法行為は、本来、会社が自ら差し止めるべきものであり、監査役設置会社にあつては監査役が取締役にこの請求をなし（会 385 ）、委員会設置会社にあつては監査委員が取締役・執行役にこの請求をなすべきものであるが（会 407 ）、会社が差止めを怠っている場合（やはり、役員相互の密接な関係や仲間意識から、会社が現実に差止請求を積極的に行うとは限らない）に、株主がこの権利を発動することになるのである。このように、株主の差止請求権は、本来、会社に属する権利を株主が会社に代わって行使するものであって、代表訴訟を提起する権利と同一の構想に出たものであるといえる<sup>369</sup>。両者の相違は、株主の代表訴訟が、いわば、事後における積極的給付を目的とする制度であるのに対し、株主の違法行為差止権は、違法行為がなされる前における事前の消極的な防止措置である点にある<sup>370</sup>。この権利は、代表訴訟提起権と同様に、株主が会社の正規の体制による運営を監督是正するために認められた権利として、共益権に属する<sup>371</sup>。

なお、募集株式の発行等が法令もしくは定款に違反し、または、著しく不正な方法によって行われる場合にも、株主の違法行為差止権が認めら

---

369 大隅：今井・注（19）前掲 246 頁参照。

370 北澤・注（1）前掲 463 頁。

371 同前参照、大隅：今井・注（19）前掲 246 頁参照。

れるが、これについては、別途、かかる発行等によって不利益を受けるおそれがある株主に、募集株式発行差止請求権を行使することが認められている (会 210)。

### 6-3-2. 差止請求権の対象

違法行為差止請求権の対象となるのは、取締役・執行役の法令または定款に違反する個々の行為であるが、法令または定款の具体的な規定、たとえば株主総会・取締役会の承認を得ずに会社・取締役間の取引が行われようとする場合 (会 356、365) のみならず、取締役の善管注意義務 (会 330、民 644) や忠実義務 (会 355) を定める一般的な規定に違反する行為を含む<sup>372</sup>。したがって、取締役・執行役がその任務を怠る行為は、すべて法令に違反する行為となる。法令には、会社法・会社法施行規則・会社計算規則・商法のみならず、これら以外の法令も含まれる<sup>373</sup>。さらに、代表取締役・代表執行役の権限濫用行為も、差止めの対象となる<sup>374</sup>。法令・定款に違反する行為は、それがなされたときに有効な行為であると、無効な行為であるとを問わない。有効な行為の場合には、当該行為自体を差し止めることに意味があるが、いったん行為が行われてしまえば、第三者との間にすでに生じてしまった法律関係が害されてしまうので、その履行行為を差し止めることはできない。他方、無効な行為の場合には、行為自体を差し止めることに意味はないとしても、それに基づく履行行為を差し止めることには意味がある<sup>375</sup>。

なお、会社法は「株式会社の目的の範囲外の行為」をとくに明定しているが、これは定款違反の行為の例のひとつにすぎない。会社の目的は定款の絶対的記載・記録事項だからである (会 27)。しかし、すでに述べた

---

372 北澤・同前、大隅：今井・同前。

373 大隅：今井・同前 247 頁。

374 前田・注 (9) 前掲 449 頁。

375 以上、北澤、注 (1) 前掲 463 - 464 頁参照。

ように（第1帖第4章3-2）、当該行為違反は、会社の権利能力の範囲の問題とは、別異の配慮を要する。差止めは、取引の安全とは関係のない会社および株主保護の制度であるから、定款所定の目的の遂行に必要であるかどうかを客観的・抽象的に決定する必要はない。これを厳格に解して、目的を逸脱する行為も差止めの対象となると考えるべきである<sup>376</sup>。

違法行為差止請求権の対象となるのは、代表取締役・業務執行取締役・執行役の違法行為に限られ、取締役会の決議そのものを差止めることはできない<sup>377</sup>。

差止請求が認められるのは、代表取締役・業務執行取締役・執行役の上述の行為であるが、株主が差止権を行使しうるのは、これらの行為によって、会社に「著しい損害」（会360 参照）または「回復することができない損害」（会360、422 参照）を生ずるおそれがある場合に限られる。平成17年（2005年）改正前商法272条（旧有31ノ2も含む）は、「会社二回復スベカラザル損害」を生ずるおそれがある場合に限って株主（社員）の差止請求を認めていたので、現行会社法は、2重の異なる基準により、差止権を規整しているかのように観察できる。しかし、吉本健一が指摘しているように<sup>378</sup>、会社法360条1項が適用されるのは、同条2項との対比で、公開会社であって、かつ、同条3項との対比で、監査役設置会社または委員会設置会社でない会社ということになるが、そのような会社は存在しない（第2帖第3章2-5、2-6参照）。よって、實際上、差止要件としての「著しい損害」規準の適用を受けるのは、非公開会社であって、監査役設置会社または委員会設置会社でない会社（非公開・非大会社の一部が該当する）ということになる。監査役設置会社・委員会設置会社の差止要件に「回復することができない損害」という表現を用いているのは、これらの会社では、著しい損害を生ずるおそれがあるときは、監査役・監査委

---

376 近藤・注(112)前掲333頁。

377 青竹・注(20)前掲362頁。

378 吉本・注(130)前掲脚注(74)。

員が差止めを請求できる（会 385、407 参照）という、これらの機関との権限の関係を勘案した結果であると解されている<sup>379</sup>。これら損害発生のおそれが差止要件とされたのは、法令・定款違反の行為か否かは客観的に判断することが必ずしも容易でないことに加え、業務執行機関の権限を株主が不当に干渉することのないよう、その差止権限の濫用を防止するためである。「著しい損害」とか「回復できない損害」といった概念の解釈は、そのような趣旨からなされるべきである<sup>380</sup>。前田庸は、両者を損害の程度で区別し、「回復することができない損害」は「著しい損害」よりも損害の程度が大きい場合であると述べている<sup>381</sup>。

「回復することができない損害」を生ずるおそれがある場合とは、たとえば、代表取締役によって処分された財産を取り戻すことができず、しかも、その取締役の賠償責任によってその損害が償われぬような場合が典型例であるが、損害が絶対に回復できないような場合でなくても、費用や手数などの点から観て、回復が相当に困難であるようなときは、回復することができない損害を生ずるおそれがあるとして、株主は差止権を行使しうるであろう<sup>382</sup>。

上述の平成 17 年（2005 年）改正前商法 272 条の下で、電力会社の株主が、その代表取締役らを相手に、原子力発電所（東京電力福島第 2 原発）の原子炉の運転を命ずる業務執行行為が、商法上の善管注意義務・忠実義務に違反すること等を理由に、その業務執行の差止めを請求し、これを本案として差止めの仮処分を申請するという事案があった。裁判所は、代表取締役でない取締役については業務執行権を有しないことを理由に、代表取締役については資源エネルギー庁（Agency for Natural Resources and Energy）および原子力安全委員会（Nuclear Safety Commission NSC）

379 青竹・注 (20) 前掲 362 頁参照。

380 落合誠一編『会社法コンメンタール 8』（商事法務・2009 年）136 - 137 頁 [岩原紳作] 参照。

381 前田・注 (9) 前掲 448 頁参照。

382 北澤・注 (1) 前掲 465 頁参照。

の検討結果に信頼を置いて原子炉の継続運転を命ずることは、特段の事情のない限り、善管注意義務・忠実義務に違反するものではないことを理由に、仮処分の申請を却下している（東京地決平成2年（1990年）12月27日判時1377号30頁）。この事件について、関俊彦は、株主は投資者としての経済的利益を求めたのではなく、会社の公共的責任を追究したものと推測されると述べたうえで、「会社法は株主の私的利益の追求を基本的骨格として形成されており、直接的な公共的利益の確保は会社法外の法律で規制される。しかし、株主の私的利益を追求する行為が自己の会社法上の利益を守るだけでなく、結果的にはそれが同時に消費者の利益や取引市場の公正性の確保など公共的な利益を確保する方向に機能することがないわけではない<sup>383</sup>」としている。会社の行為が、長期的な視点で捉えた場合に、その会社の社会的な信頼・信用を損なう結果を招くおそれがあり、いずれは株主の利益を害することになるという流れで、この制度が利用されることを否定するものではないとする趣旨であろうか。そうであるとすれば、この制度は、従来の会社法の枠組みを超え、企業エゴを環境法的見地から抑制する機能を有するものとして見直される可能性を秘めている（第1帖第1章2-5参照）。なお、上の事件の本案判決は、会社内の専門的知見を有する者や会社外の信頼すべき公的機関の評価・判断・見解に依拠して業務執行に当たる場合は、特段の事情がない限り、代表取締役としての善管注意義務・忠実義務に違反するものではないとして、請求を棄却している（東京高判平成11年（1999年）3月25日判時1686号33頁）。

### 6-3-3. 差止権行使の方法

差止請求権は、実体法上の権利であるから、その行使は、必ずしも訴えによる必要はなく、裁判外でもなしうる。裁判外の請求によって、取締役・執行役がその行為を中止すれば問題はないが、中止しなければ、株主は、

---

383 関・注(58) 前掲343-344頁脚注(3)。

取締役・執行役を被告として差止めの訴えを提起することができるし、差止めの訴えを本案とする仮処分を求めることもできる。仮処分は、仮の地位を定める仮処分（民保 23 ）であり、本案訴訟において勝訴したときと同じ地位が与えられるので、いわゆる満足的仮処分である<sup>384</sup>。いずれにせよ、株主は、代表訴訟の原則的な場合（会 847 ・ ）と異なり、まず会社に対して差し止めるべきことを請求する必要はなく、自ら、直ちに差し止めることができる。違法行為の差止めは、事前の措置として、すみやかに行う必要があり、まず会社に請求しなければならないとすれば、差止めの目的を達することができなくなるからである<sup>385</sup>。

差止めの訴えは会社のためにされるから（会 360）、判決の効力は当然会社にも及ぶ（民訴 115 ）。訴訟の目的物は積極的な給付ではなく、消極的な差止めであるが、会社が取締役・執行役に対して有する差止請求権を会社のために行使するものであって、その本質は代表訴訟と同じである<sup>386</sup>。したがって、かねてより今日まで、とくに規定はないが、担保提供、訴訟参加・訴訟告知、株主でなくなった者の訴訟追行、勝訴株主の費用等の会社負担・敗訴株主の責任等については、代表訴訟の規定（会 847 ・ 、849、851、852）を類推適用すべきであるというのが趨勢である<sup>387</sup>。しかし、管轄の点に関しては、専属管轄を明文の規定なしに認めることは困難であろうとの見解が有力である<sup>388</sup>。北澤正啓によれば、この差止めの訴えは、社団から役員に対する訴え（民訴 5 口）に準ずるものといいうるから、これを会社の本店の所在地の裁判所に提起することができるとされている<sup>389</sup>。

---

384 青竹・注 (20) 前掲 363 頁。なお、江頭・注 (5) 前掲 463 頁参照。

385 北澤・注 (1) 前掲 466 頁。

386 鈴木：竹内・注 (9) 前掲 305 頁。

387 同前参照、北澤・注 (1) 前掲 466 頁参照、江頭・注 (5) 前掲 463 頁参照、前田・注 (9) 前掲 449 頁参照、大隅：今井・注 (19) 前掲 250 頁参照、青竹・注 (20) 前掲 363 頁参照。

388 北沢・同前、大隅：今井・同前

389 北澤・同前 466 - 467 頁参照。

#### 6-3-4. 差止権行使の効果

株主から差止めの請求があった場合においても、取締役・執行役は当然にはその行為を中止することを要しない。これを中止するか否かは、その善良な管理者の注意をもって決すべきである。取締役・執行役がその行為を行った場合に、後に当該行為が法令・定款に違反することが確定すれば、その取締役・執行役は会社に対し任務懈怠による損害賠償責任を免れえないが、この責任は、差止めの請求の有無にかかわらず認められるものであるから、差止めの効果とは無関係である<sup>390</sup>。

株主から理由のある差止めがあったにもかかわらず、取締役・執行役がその行為をしたときは、募集株式や社債の発行のように画一的に効果を決すべき行為については有効と解すべきであるが、相手方が取締役・執行役の法令・定款違反につき悪意であったときは、会社はその行為の無効を主張しようと解する考え方が有力である<sup>391</sup>。あるいは誤解があるかも知れぬが、この考え方の深層にあるものを、不佞は以下のように理解している。すなわち、通常取引行為につき、この場合に、定款違反につき悪意である相手方を保護する必要がないとする思考は、たとえば、取引の安全に関する会社法 349 条 5 項、一般法人法 77 条 5 項、同 197 条等と同根の利益衡量が働いたものと評価しえようし、法令違反につき悪意である相手方を保護する必要がないとする思考は、たとえば民法 110 条を類推適用される相手方に善意無過失という主観的要件を要求するのと同根の利益衡量が働いたものと評価しえるのではないか。この考え方に従えば、第三者が、差止請求があったこと（ましてや差止判決や差止めの仮処分があったこと）を知っていれば、当該行為が法令・定款に違反していることを知りうる可能性が高いこと、すなわち、第三者が法令・定款違反につき悪意者となって会社に無効を対抗される可能性が高まることを意味することになる<sup>392</sup>、

---

390 大隅：今井・注 (19) 前掲 249 頁参照。

391 同前、北澤・注 (1) 前掲 467 頁、近藤・注 (112) 前掲 333 頁。

392 落合編・注 (380) 前掲 143 - 144 頁 [岩原紳作]。

ということまでは認めてよいと思われる。そうであるとはいえ、この効果も、その実質は相手方において当該行為が法令・定款に違反することについて悪意であったことの効果にすぎず、これまた差止権行使の効果ではない<sup>393</sup>。

以上によれば、株主の違法行為差止請求権の行使が、それを無視した行為の効力に影響を及ぼすことはないといわざるをえない<sup>394</sup>。その違反に対しては、取締役・執行役の責任ないし解任等により対処する他ないと解される<sup>395</sup>。

#### 6 - 4. 役員解任訴権

取締役（会計参与および監査役も同様）の職務の執行に関し、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があったにもかかわらず、株主総会において、当該取締役を解任する旨の議案が否決されたときは、総株主の議決権の100分の3（定款による引下げが認められる）以上の議決権または発行済株式の100分の3（定款による引下げが認められる）以上の株式を6ヵ月（定款による短縮が認められる）前から引き続き保有する株主は、総会の日から30日以内に、訴えをもって、当該取締役の解任を請求することができる（会854）。取締役の解任は総会の決議のため（会339）、非行のある取締役が、自派の持株が多いのを頼みに居座りを図る場合に備えた規定である<sup>396</sup>。

昭和25年（1950年）改正に際し、商法257条2項は、取締役の解任決議を特別決議としたが、これにともない、非行のある取締役を解任しえないという不都合が生じないように<sup>397</sup>、同条3項において、少数株主に取締役解任請求権を認めたのが、この訴権の嚆矢である。同年改正後商法280

---

393 北澤・注(1)前掲467頁参照。

394 同前467 - 468頁。

395 前田・注(9)前掲450頁。

396 龍田・注(10)前掲167頁参照。

397 北澤・注(1)前掲368 - 369頁。

条（昭和 56 年（1981 年）改正後は同条 1 項）により、監査役にも、この規定が準用されていた。また、平成 14 年（2002 年）改正後商法 257 条ノ 3 第 4 項が種類株主総会において解任を否決された取締役の解任訴権を規定していた。会社法 854 条は、これらを整序する形で規定されたものである。なお、取締役の解任は、会社法制定にあたって、普通決議事項となったが（会 341）、解任訴権は、基本構造を違えることなく会社法に承継された。

取締役等の「不正の行為」とは、取締役等がその義務に違反して会社に損害を生ぜしめる故意の行為をいう<sup>398</sup>。たとえば、会社財産の私消等の故意の加害行為<sup>399</sup>の他、競業避止義務（会 356）違反のごときも含まれる<sup>400</sup>。「法令または定款に違反する重大な事実」とは、過失による場合も含むが、その違反が重大でなければならず、たとえば、会社の設立後 2、3 年の間に 1 度も総会を招集しなかった場合のごときである<sup>401</sup>。職務執行に関する不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実は、当該取締役等の解任議案の否決以前に生じた行為または事実でなければならないが、必ずしも当該解任議案を審議する総会の招集前または開催前に生じた行為・事実である必要はない<sup>402</sup>（高松高決平成 18 年（2006 年）11 月 27 日金商 1265 号 14 頁）。

上のような行為または事実があったにもかかわらず、総会において当該取締役等の解任を否決して初めて少数株主権としての役員解任訴権の発動が可能となる。解任を否決するとは、取締役会設置会社にあつては、解任を議題として招集された総会において解任の決議が成立しなかった場合を

---

398 同前 369 頁、青竹・注（20）前掲 236 頁。

399 江頭・注（5）前掲 368 頁。

400 大隅：今井・注（19）前掲 177 頁。

401 同前、北澤・注（1）前掲 369 頁。解任事由をこのように違法性が高い場合に限ったのは、私的自治への国家介入を抑制するためである（龍田・注（10）前掲 167 頁）。これにより、たとえば取締役の経営判断が一定の範囲で尊重されることになる（近藤・注（112）前掲 231 頁）。

402 江頭・注（5）前掲 370 頁脚注（9）。

指すから、通常は、少数株主が総会招集権（会 297）または提案権（会 303）を行使し（現任の取締役会が自らかかる総会の招集を決定するとは考え難い）、総会において当該取締役等の解任が否決される（定足数に達する株主の出席がなく流会となる場合を含む）という手順が踏まれる<sup>403</sup>。取締役会非設置会社では、総会の場で、役員解任議案に係る提案権が行使され、これが否決されるというのが通常の手順となるであろう。

解任の訴えを提起する株主には、原則として、6 ヶ月前からの株式継続保有の要件が課せられるが（会 854 ）、非公開会社にあつては、継続保有要件は課せられない（会 854 ）。公開会社に課せられる継続保有要件たる保有期間は、訴えの提起の時を基準に決せられ<sup>404</sup>、この期間中継続して、上述の少数株主権を行使しうる議決権数・発行済株式数を会社に対する関係で保有していなければならない。少数株主たる要件につき、保有議決権数による場合は、解任につき議決権を行使することができない株主および請求に係る取締役等である株主は総株主に算入されず、訴えを提起することができない（会 854 ）。同じく、保有株式数による場合は、当該会社および請求に係る取締役等である株主の保有する株式は、発行済株式に算入されず、これらの株主は訴えを提起できない（会 854 ）。商法旧 257 条 3 項の下では、議決権のない株式（平成 13 年（2001 年）（法 128）改正前商 242 本文）を有する株主に、この訴権は認められなかったが、会社法の下では、保有株式数による場合には、解任につき議決権を行使することができない株主も訴えを提起できる<sup>405</sup>。なお、解任の訴えを

403 北澤・注 (1) 前掲 369 頁参照、大隅：今井・注 (19) 前掲 177 頁。

404 各同前。

405 青竹・注 (20) 前掲 236 頁。これに対し、前田庸は、この訴えは総会における多数決による結果の修正を求めるものであるから、議決権を有しない株主には、この権利は認められないと解する（前田・注 (9) 前掲 410 頁）。しかし、会社法 854 条の文言からは、このように解することは無理があるし、そうでないとしても、保有株式数による場合には、一定の割合の株式を保有する株主は、それだけの危険資本を担っているのであるから、いわば緊急時の伝家の宝刀として、この権利を認めて差し支えないのではなかろうか。

提起しうる株主は、有資格者であれば、総会における解任決議に賛成したと否とを問わず、招集権・提案権を行使しなかった株主であっても差し支えない。解任の訴えを提起した株主は、所定の割合の議決権数・株式数を訴訟中を通じて保有すべきであるが、訴訟提起後における新株の発行によって所定の割合を割るに至った場合はこの限りではない<sup>406</sup>。

この訴えの性質に関し、最高裁判平成10年（1998年）3月27日判決民集52巻2号661頁は、「取締役解任の訴えは、会社と取締役との間の会社法上の法律関係の解消を目的とする形成の訴えであるから、当該法律関係の当事者である会社と取締役の双方を被告とすべきものと解される」と判示した。会社法は、判例の見解を採って、会社・取締役等の双方を被告とすべき旨を明定している（会855）。この訴えは、当該会社の本店の所在地を管轄する地方裁判所の管轄に専属する（会856）。

取締役解任の訴えの係属中に当該取締役が任期満了により退任し、株主総会で再任されたときは、改めて株主の信任を得たので、特段の事情のない限り、訴えの利益を欠くに至るとした下級審裁判例がある（神戸地判昭和51年（1976年）6月18日下民27巻5-8号378頁）。青竹正一は、正当な解任事由があるにもかかわらず、しかも原告株主が反対しているのに、これを多数派が押し切って再任したような場合には、特段の事情を認めるべき旨、主張している<sup>407</sup>。

繰り返し述べるように、解任判決は形成判決であるから、その確定によって当該取締役等は自動的にその地位を失う。

取締役または監査役の選任に関する種類株式（会108）が発行されている場合に、取締役等に不正の行為または法令・定款に違反する重大な事実があったにもかかわらず、取締役等を解任する旨の議案が種類株主総会で否決された場合、あるいは、総会で取締役等の役員解任決議が可

---

406 北澤・注(1)前掲369-370頁。

407 青竹・注(20)前掲236頁。

決されたものの、役員解任決議に係る拒否権付株式（会 108 ）の種類株主による種類株主総会での承認が得られないため解任の効力が生じない場合にも、株主総会で否決された場合と同じ要件を満たす少数株主は、訴えをもって解任を請求できる（会 854 ～ ）。

#### 6 - 5. 情報収集権

株主に与えられた会社業務に係る監督は正権を画餅に終わらせないために、株主が会社情報に接する機会が保障されなければならない。まずは、登記・公告その他、会社に課せられた開示義務を通じて、株主は会社情報に接することが可能であるが、これと相俟って、あるいは、これと関連して、会社法は、株主に対し、会社あるいはその子会社に関する情報収集のいくつかの手段を与えている。

すでに述べたように（第 2 帖第 3 章 4 - 1 - 2 - 6）、会社には、定款の備置義務があり（会 31 ）、株主にはその閲覧・謄写等の請求権が認められている（会 31 ）。親会社社員にこれが認められることもある（会 31 ）。

これもすでに述べたように（第 2 章 1 - 3）、会社には、株主名簿の作成・備置義務があり（会 125 ）、株主にはその閲覧・謄写等の請求権が認められている（会 125 ）。親会社社員にこれが認められることもある（会 125 ）。

また、本章で述べたように（本章 4 - 3 - 6）、会社には、株主総会議事録の作成・備置義務があり（会 318 ・ ）、株主にはその閲覧・謄写等の請求権がある（会 318 ）。親会社社員にこれが認められることもある（会 318 ）。

この他、新株予約権原簿・株券喪失登録簿および社債原簿についても、株主にはその閲覧・謄写等の請求権があり（会 252 、 231 、 684 、 会施規 167）、新株予約権原簿は親会社社員にこれが認められることがあり（会 252 ）、株券喪失登録簿は理由を明らかにすれば誰にもこれが認められ（会 231 ）、社債原簿も親会社社員にこれが認められることがある（会 684 ）。これらは必要な箇所であらためて言及する。

事業上の重要事項が記載・記録されている取締役会の議事録ですら、一定の要件の下に、株主に閲覧・謄写等の請求権が認められることがある(会 371・ )。親会社社員もそうである(会 371 )。これについては、次章以下で述べる。

計算書類および事業報告ならびにこれらの附属明細書についても、所定の備置義務が会社に課せられるが(会 442・ )、株主にはその閲覧・謄写等の請求権があり(会 442 )、親会社社員にこれが認められることもある(会 442 )。これについても、必要な箇所であらためて言及する。

総株主の議決権の 100 分の 3 (定款による引下げが認められる) 以上の議決権を有する株主または発行済株式の 100 分の 3 (定款による引下げが認められる) 以上の数の株式を有する株主には、会計帳簿の閲覧・謄写等の請求権が与えられる(会 433 )。親会社社員にもこれが認められることがある(会 433 )。これまた必要な箇所であらためて言及することとする。

総株主の議決権の 100 分の 3 (定款による引下げが認められる) 以上の議決権を有する株主または発行済株式の 100 分の 3 (定款による引下げが認められる) 以上の数の株式を有する株主に、いわゆる業務執行検査役の選任申立権が与えられている(会 358 )。場合によっては、この検査役は、その子会社の調査権限も与えられる(会 358 )。これについては、次章で述べる予定である。

[拙著『商法学通論・』追記・補訂]

- (1) 引用文献中、版が改まったものとして、江頭憲治郎『株式会社法(第4版)』(有斐閣・2011年)がある。

これを受けて、本書の脚注を以下のように変更する(ページ変更を要しない脚注は省略)。

- ・ 78 頁脚注 (12) 江頭憲治郎『株式会社法(第4版)』(有斐閣・2011年) 210 頁
- ・ 124 頁脚注 (33) 江頭憲治郎『株式会社法(第4版)』(有斐閣・2011年) 44 頁

- ・ 124 頁脚注 (34) 同前。
  - ・ 154 頁脚注 (22) 江頭憲治郎『株式会社法 (第 4 版)』(有斐閣・2011 年) 123 頁脚注 (4) 参照。
  - ・ 156 頁脚注 (30) (江頭・注 (22) 前掲 274 頁脚注 (3) 参照)。
  - ・ 159 頁脚注 (31) 江頭・注 (22) 前掲 279 頁、
  - ・ 161 頁脚注 (36) 江頭・注 (22) 前掲 280 頁脚注 (1)。
  - ・ 204 頁脚注 (163) 江頭・注 (22) 前掲 727 頁脚注 (6) 参照。
  - ・ 217 頁脚注 (188) 江頭・注 (22) 前掲 141 - 142 頁。
  - ・ 224 頁脚注 (199) 江頭・注 (22) 前掲 157 頁参照。
  - ・ 225 頁脚注 (200) 同前 158 頁。
  - ・ 287 頁脚注 (5) 江頭憲治郎『株式会社法 (第 4 版)』(有斐閣・2011 年) 63 頁脚注 (2)、
  - ・ 298 頁脚注 (33) 江頭・注 (5) 前掲 73 頁 (第 3 版も 73 頁の誤り)。
  - ・ 302 頁脚注 (41) 江頭・注 (5) 前掲 76 - 77 頁脚注 (3) 参照。
  - ・ 351 頁脚注 (139) 江頭・注 (5) 前掲 107 - 108 頁脚注 (1) 参照 (本書の注 (2) 前掲も注 (5) 前掲の誤り)。
  - ・ 353 頁脚注 (142) 江頭・注 (5) 前掲 110 頁 (本書の注 (2) 前掲も注 (5) 前掲の誤り)。
  - ・ 354 頁脚注 (146) 江頭・注 (5) 前掲 111 頁脚注 (1) (本書の注 (2) 前掲も注 (5) 前掲の誤り)。
- (2) 単純な誤植・遺漏等
- ・ 266 頁第 2 段落 2 行目  
(誤) 領布 (正) 頒布
  - ・ 277 頁 3 - 6 上から 5 行目  
(誤) 要当 (正) 妥当
- (1) 引用文献中、版が改まったものとして、江頭憲治郎『株式会社法 (第 4 版)』(有斐閣・2011 年) がある。  
これを受けて、本書の脚注を以下のように変更する (ページ変更を要しない脚注は省略)。
- ・ 163 頁脚注 (3) 江頭憲治郎『株式会社法 (第 4 版)』(有斐閣・2011 年) 196 - 197 頁脚注 (3) 参照。
  - ・ 167 頁脚注 (14) 江頭・注 (3) 前掲 204 頁脚注 (12)。

## 研究ノート

- ・ 172 頁脚注 (26) 江頭・注 (3) 前掲 210 頁。
- ・ 173 頁脚注 (31) (江頭・注 (3) 前掲 221 頁)。
- ・ 177 頁脚注 (37) 江頭・注 (3) 前掲 222 頁、
- ・ 177 頁脚注 (39) 江頭・注 (3) 前掲 222 - 223 頁脚注 (3) 参照。
- ・ 178 頁脚注 (40) 同前 195 頁。
- ・ 179 頁脚注 (44) 江頭・注 (3) 前掲 199 頁。
- ・ 179 頁脚注 (45) 以上、江頭・同前 200 頁脚注 (6)。
- ・ 181 頁脚注 (47) 江頭・注 (3) 前掲 201 頁。
- ・ 182 頁脚注 (50) 江頭・注 (3) 前掲 202 頁脚注 (10)。
- ・ 182 頁脚注 (51) 同前 197 - 198 頁。
- ・ 184 頁脚注 (59) 江頭・注 (3) 前掲 200 頁脚注 (6)、
- ・ 185 頁脚注 (64) 江頭・注 (3) 前掲 206 - 207 頁脚注 (15)、
- ・ 189 頁脚注 (75) 江頭・注 (3) 前掲 205 頁脚注 (14) 参照。
- ・ 200 頁脚注 (105) 以上、江頭・注 (3) 前掲 214 頁。...同 214 - 216 頁参照。
- ・ 201 頁脚注 (106) 江頭・同前 192 頁脚注 (4)、
- ・ 203 頁脚注 (108) 同前 225 - 226 頁脚注 (3) 参照。
- ・ 214 頁脚注 (129) 江頭・注 (3) 前掲 234、
- ・ 215 頁脚注 (131) 江頭・注 (3) 前掲 234 頁、
- ・ 215 頁脚注 (132) 江頭・同前 235 頁脚注 (1) 参照。
- ・ 216 頁脚注 (138) 江頭・注 (3) 前掲 236 頁脚注 (5) 参照。
- ・ 224 頁脚注 (156) 江頭・注 (3) 前掲 219 頁脚注 (6) 参照。
- ・ 232 頁脚注 (175) 江頭・注 (3) 前掲 247 - 248 頁脚注 (7) 参照。
- ・ 236 頁脚注 (183) 江頭・注 (3) 前掲 248 頁脚注 (8)。
- ・ 238 頁脚注 (191) 江頭・注 (3) 前掲 243 頁。
- ・ 240 頁脚注 (198) 江頭・注 (3) 前掲 515 - 516 頁脚注 (1) 参照。
- ・ 253 頁脚注 (218) 江頭・注 (3) 前掲 256 頁。
- ・ 255 頁脚注 (224) 江頭・注 (3) 前掲 249 頁、
- ・ 257 頁脚注 (232) 江頭・注 (3) 前掲 251 頁脚注 (11)、
- ・ 257 頁脚注 (233) 江頭・同前 250 - 251 頁脚注 (11)。
- ・ 260 頁脚注 (244) 江頭・注 (3) 前掲 251 頁脚注 (11)。
- ・ 260 頁脚注 (246) 江頭・注 (3) 前掲 443 頁。
- ・ 261 頁脚注 (248) 江頭・注 (3) 前掲 629 頁脚注 (9)。
- ・ 261 頁脚注 (251) 江頭・注 (3) 前掲 629 頁脚注 (9)。

- ・ 262 頁脚注 (254) 江頭・注 (3) 前掲 257 頁、
  - ・ 262 頁脚注 (256) 江頭・注 (3) 前掲 257 頁脚注 (1)。
  - ・ 264 頁脚注 (262) 江頭・注 (3) 前掲 259 頁。
  - ・ 265 頁脚注 (264) 江頭・注 (3) 前掲 259 頁。
  - ・ 265 頁脚注 (265) 江頭・同前 260 頁脚注 (2) 参照。
  - ・ 265 頁脚注 (266) 同前 261 頁。
  - ・ 267 頁脚注 (270) 江頭・注 (3) 前掲 263 頁。
  - ・ 269 頁脚注 (276) 江頭・注 (3) 前掲 265 頁。
  - ・ 269 頁脚注 (278) 江頭・注 (3) 前掲 266 頁、
  - ・ 270 頁脚注 (280) 江頭・注 (3) 前掲 266 頁、
  - ・ 271 頁脚注 (284) 江頭・注 (3) 前掲 266 頁。
  - ・ 272 頁脚注 (287) 江頭・注 (3) 前掲 269 頁。
  - ・ 273 頁脚注 (289) 江頭・注 (3) 前掲 269 頁。
  - ・ 273 頁脚注 (291) 江頭・注 (3) 前掲 270 頁脚注 (2)、
  - ・ 273 頁脚注 (292) 江頭・同前 270 頁。
  - ・ 281 頁脚注 (305) 江頭・注 (3) 前掲 278 頁脚注 (6)。
  - ・ 282 頁脚注 (307) 江頭・注 (3) 前掲 270 頁脚注 (3)。
  - ・ 282 頁脚注 (308) 同前 270 - 271 頁脚注 (4)。
  - ・ 282 頁脚注 (309) 同前 271 頁脚注 (4)。
  - ・ 283 頁脚注 (310) 同前 270 頁脚注 (2)。
  - ・ 284 頁脚注 (314) 江頭・注 (3) 前掲 278 頁。
  - ・ 292 頁脚注 (332) 江頭・注 (3) 前掲 164 頁参照。
- (2) 単純な誤植・遺漏等
- ・ 25 頁上から 13 行目  
(誤) 営業上・事実上           (正) 営業上・事業上
  - ・ 148 頁脚注 (110)  
(誤) 名同前           (正) 各同前