



Title	株主総会決議取消しの訴えと会社の組織に関する行為の無効の訴えの関係：いわゆる吸収説の再検討
Author(s)	吉本, 健一
Citation	阪大法学. 2020, 70(1), p. 127-159
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87284
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

株主総会決議取消しの訴えと会社の組織に関する 行為の無効の訴えの關係*

—— いわゆる吸収説の再検討 ——

吉 本 健 一

- I はじめに
- II 吸収説の問題点
- III 両者の訴えの關係
- IV 判例の立場
- V おわりに

I はじめに

本稿では、長年筆者の頭を悩ませてきた一つの会社訴訟法上の重要問題に対する私見を提示してみたい。それは、株式会社において会社法八二八条一項所定の行為（以下、「会社の組織に関する行為」という）が株主総会決議に

基づいてなされる場合に、当該株主総会決議取消しの訴えと当該会社の組織に関する行為の無効の訴え（同条二項柱書参照）との関係をどのように理解すべきかという問題である。

この問題は、主として募集株式の発行、資本減少および合併について議論されてきたが、現在ではいわゆる吸収説と呼ばれる見解が通説的地位を占めるに至っている。⁽²⁾ 吸収説とは、会社の組織に関する行為に関する株主総会決議に取消事由に該当する瑕疵があるときは、株主等は決議の日から三か月以内に総会決議取消しの訴えを提起することができる（会八三一条一項）が、当該訴訟係属中に会社の組織に関する行為の効力が生じた後は、当該訴訟は訴えの利益を失い却下されることになる。原告は当該訴えを会社の組織に関する行為の無効の訴えの提訴期間内に同訴えに変更（民訴一四三条一項。交換的変更⁽³⁾）し、株主総会決議に取消事由に該当する瑕疵があることを当該行為の無効の訴えにおいて無効事由として主張することができるという見解である。⁽⁵⁾ この説のコロラリーとして、総会決議の日から三か月以内に会社の組織に関する行為の効力が生じたときは、もはや総会決議取消しの訴えを提起することはできず、株主等は総会決議に取消事由に相当する瑕疵があることを原因とする会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起することができるが、当該訴えは総会決議の日から三か月以内に提起しなければならな⁽⁶⁾⁽⁷⁾いとされる。逆に総会決議の日から三か月経過後に会社の組織に関する行為の効力が発生するときは、当該期間内に総会決議取消しの訴えを提起しておかなければ、当該行為の効力発生後は、会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起して総会決議の取消事由に該当する瑕疵を無効事由として主張することはできない⁽⁸⁾。

筆者も、吸収説の考えに漫然と従ってきたが、現在では根本的な点に疑問を持っている。

II 吸収説の問題点

吸収説の論拠としては、一般的に会社の組織に関する行為に関する総会決議は当該行為の手続の一要素にすぎず、会社の組織に関する行為の無効につき特別に当該行為の無効の訴えを予定している会社法の建前としては、会社の組織に関する行為の効力発生後は、総会決議取消しの訴えは当該行為の無効の訴えに吸収され独立しては提起し得ないことにしていると解すべきである、という点が挙げられている^⑨。しかし、会社の組織に関する行為に関する総会決議が当該行為の手続の一要素であることおよび会社の組織に関する行為の無効について特別に当該行為の無効訴訟制度が設けられていることはその通りであるが、そのことから直ちに会社の組織に関する行為の効力が生じた後は総会決議取消しの訴えは当該行為の無効の訴えに吸収されてその利益が失われるという結論が導かれるかは疑問がある。会社の組織に関する行為に瑕疵がある場合の救済は、まず当該行為の無効の訴えによるべきであるとしても（訴訟法上の観点）、それが総会決議取消事由に該当する瑕疵であるときは、当該瑕疵が会社の組織に関する行為の無効事由に該当することは自明であるとはいえないからである（実体法上の観点）。そして、吸収説では、会社の組織に関する行為の効力が生じた後に、総会決議取消事由に該当する瑕疵がどのような意味において当該行為の無効事由に該当すると評価されるのかが明らかでないと思われる。

この実体法上の論点については、あまり明示的な議論がなされていないが、二つの解釈が考えられる。第一は、会社の組織に関する行為の無効の訴えにおいて、総会決議取消事由があるという裁判所の判断により総会決議取消しの効果が生じ、その結果有効な総会決議を欠くことが当該行為の無効事由となるという解釈である。第二は、総会決議取消事由（会八三一条一項各号）の存在が、直接に——総会決議の取消しという行為を介在することなしに

——会社の組織に関する行為の無効事由に該当するという解釈である。

第一の解釈から検討する。⁽¹⁰⁾この立場は、総会決議に取消事由があるときは当該決議の取消しにより総会決議の効力が否定され、有効な総会決議を欠くことが会社の組織に関する行為の無効事由に該当するというロジックになる。⁽¹¹⁾したがって、総会決議取消事由という相対的に軽微な瑕疵が会社の組織に関する行為の無効事由に該当するという後述する第二の解釈の難点はなく、有効な総会決議を欠くという重大な瑕疵をもって当該行為の無効事由と解する点では無理がない。

しかしながら、総会決議取消事由については、当該決議の効力を否定するために、訴えをもってその取消しを請求することができる（会八三一条一項柱書）、取消事由があっても取消判決が確定するまでは有効であり、決議の効力は否定されないのが原則である。その意味で、総会決議取消しの訴えは形成訴訟であり、総会決議の効力否定のためには、取消訴訟の判決において裁判所により決議の取消しが宣言されなければならない。この点、この立場は、会社の組織に関する行為の無効の訴えにおいて、どのような根拠で取消判決なしに総会決議の効力を否定することができるのか不明である。⁽¹²⁾裁判所は、会社の組織に関する行為の無効の訴えの審理において総会決議に取消事由がある（総会決議を取り消すに値するだけの瑕疵がある）と判断することはできるであろうが、取消事由があっても取消判決が確定するまでは有効であるという原則からすると、そのような（理由中の）判断だけで取り消したことはないはずである（原告も総会決議に取消事由があるという事実主張できても、取消しによる総会決議の効力否定を攻撃方法として主張することはできない）。

あるいはこの立場は、裁判所が、会社の組織に関する行為の無効の訴えの判決主文において、総会決議の取消しを宣言することができると考えているのかも知れないが、訴状において原告が求めている内容を判決することは

できないし（民訴二四六条）、総会決議の取消しが請求の趣旨に含まれていると解するのであれば、それはとりもなおさず総会決議取消しの訴えと会社の組織に関する行為の無効の訴えとが併合されていると解することになろう。以上から、この解釈は成り立ち得ないであろう。

次に、第二の解釈について検討する。⁽¹⁴⁾この立場は、総会決議取消事由をもって直接会社の組織に関する行為の無効事由に該当すると解釈するから、当該行為の効力が生じた後は、総会決議取消しの訴えの利益が失われるという結論と整合的である。そして、会社の組織に関する行為の無効事由について会社法には規定がなく、総会決議の効力を否定する種々の瑕疵の分類（総会決議の取消事由、無効事由および不存在事由）と、会社の組織に関する行為の効力を否定すべきと評価される瑕疵の範囲とは、別個の議論であるといえるかも知れない。

しかしながら、一般に会社の組織に関する行為は、複数の手続が段階的に積み重なって効力を生じるものであるから、その効力を否定する無効事由については、当該行為により利益を害された者の救済の必要性と当該行為の成立に関する各種の利害関係人をめぐる法的安定性とのバランスを考慮しなければならず、当該行為の効力を否定するに足る重大な瑕疵に限られると解されている。⁽¹⁵⁾これに対して、総会決議取消事由は、総会決議の効力を否定する他の瑕疵（無効事由および不存在事由）と比較して相対的に軽微な瑕疵とされ、時間の経過によりその存否が不明確になることもあるという点を考慮し、当該瑕疵の存在だけで総会決議の効力が否定されるとはせずに、決議の日から三か月以内に限り、会社内部者だけに決議の効力を否定するための訴えの提起を認めている。⁽¹⁷⁾そして、この訴えに基づき裁判所が取消事由の存在を認定した上で、決議の取消しを判決主文において宣言することにより取消しの効果が生ずることとして、決議の効力をめぐる法的安定性を迅速に確保しようとしているのである。⁽¹⁸⁾したがって、そのような意味で軽微な瑕疵が、会社の組織に関する行為の効力発生後はいきなり当該行為の無効という重大な結

果を招来する瑕疵に該当することになるという解釈は、会社法が総会決議の瑕疵を三種に分類し、とくに取消事由につき総会決議の効力を否定するための特別の訴訟制度を設けている趣旨に適合しないと思われる。⁽¹⁹⁾ 会社の組織に関する行為の一要素である総会決議自体は取り消されることなく有効なままであるのに、それに関する取消事由の存在によって当該行為の効力が否定されてしまうことには、違和感が拭えない。むしろ、取消事由という軽微な瑕疵は、取消判決という裁判手続の確定を経ることによって、有効な総会決議を欠くという重大な瑕疵に変化するものと捉えるべきではないだろうか。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾⁽²²⁾

確かに、瑕疵の軽重という基準は相対的なもので、問題となる各場面によって異なり得るから、総会決議の効力否定との関係において軽微な瑕疵であっても、それが会社の組織に関する行為の無効を招来する重大な瑕疵に該当し得るという解釈をまったく否定することはできないかも知れない。しかし、仮に総会決議取消事由には直接会社の組織に関する行為の無効事由に該当すると評価される瑕疵が含まれることがあるとしても、あらゆる総会決議取消事由が当該行為の無効を招来するような重大な瑕疵であるといえないことは明らかであろう。

そうすると、この立場は、すべての取消事由が会社の組織に関する行為の無効事由に該当すると解するのではなく、そのうちの重大な瑕疵のみを当該行為の無効事由と考えている可能性が出てくる。しかし、そうであるとするれば、総会決議の取消事由のうち会社の組織に関する行為の無効事由に該当しない軽微な瑕疵については、当該行為の効力発生後も総会決議取消しの訴えの利益が失われなければ、原告は総会決議の取消判決を得てこれにより会社の組織に関する行為の無効の訴えにおいて無効判決を得ることができたはずのところ、総会決議取消しの訴えの利益が否定されたために、そのような救済を奪われたことになってしまふ。⁽²³⁾ 会社の組織に関する行為の効力発生後に総会決議取消しの訴えの利益が失われるとするのは、当該取消事由に該当する瑕疵は当該行為の無効の訴えにおい

て無効事由として主張することができることからすると、この立場でも、無効事由に該当しない瑕疵については総会決議取消しの訴えの利益は失われないと解することになるのではなからうか。したがって、結局第二の解釈も支持できないと考える。

以上の検討からすれば、総会決議に取消事由があるとしても、それを理由に会社の組織に関する行為の無効を主張するためには、当該行為の無効の訴えにおいて取消事由があることを主張するだけでは足りず、総会決議の取消判決による効力否定が必要であるというべきである。⁽²⁴⁾ そうすると、総会決議取消しの訴えの係属中に会社の組織に関する行為の効力が生じたとしても、総会決議取消しの訴えの利益が当然に失われると解することはできないことになる。なるほど会社の組織に関する行為の無効は訴えをもつてのみ主張することができから（会八二八条一項柱書）、そのためには当該行為の無効の訴えによらなければならない、総会決議の取消判決を得たとしても、それだけでは会社の組織に関する行為の無効は生じない。しかしながら、総会決議の取消しは取消判決の確定によらなければならないとすれば、会社の組織に関する行為の効力を否定するために、総会決議取消判決を求める実益があるというべきであろう。

Ⅲ 両者の訴えの関係

以上から、総会決議取消しの訴えは、会社の組織に関する行為の効力発生後も、その訴えの利益を失うことはないと解すべきである。もともと、会社の組織に関する行為の効力を否定するために総会決議取消しの訴えの実益があるとしても、そのような関係（総会決議の取消しによる効力否定が会社の組織に関する行為の無効事由となる関係）があるだけでは、総会決議の取消しの訴えの利益を肯定するには十分でないと思われる（総会決議の取消しに

よる効力否定が会社の組織に関する行為の無効事由となることは、総会決議取消しの訴えの利益を肯定するため、必要条件であるが、十分条件ではない⁽²⁶⁾。なぜならば、総会決議取消しの訴えの実益が会社の組織に関する行為の無効に結びつく点にあるとすれば、総会決議の取消しが当該行為の無効を招来する法的な関係性が必要であると思われるからである。

すなわち、総会決議の取消しが会社の組織に関する行為の無効を招来する関係にあるとしても、取消判決が確定したことが直接当該行為の無効を招来するわけではない⁽²⁶⁾。会社の組織に関する行為の無効は訴えをもつてのみ主張することができ(会八二八条一項)、そのためには当該行為の無効の訴えを提起して無効判決を得る必要がある。

そうすると、単に会社の組織に関する行為の無効を招来する可能性があるというだけで、当該行為の効力発生後における総会決議取消訴訟の継続を認めても、取消判決の確定時点で会社の組織に関する行為の無効の訴えの提訴期間が経過していればもはや当該無効の訴えを提起することはできず、結局総会決議取消判決の実益はないことに帰着するといわざるを得ない。したがって、総会決議取消しの訴えは、会社の組織に関する行為の効力発生後も訴えの利益を失うことはないが、当該行為の無効の訴えが法定の提訴期間内に提起されなければ、訴えの利益を失うと解すべきである(総会決議取消しの訴えの利益は、会社の組織に関する行為の効力発生後は、当該行為の無効の訴えが提訴期間内に提起されないことを解除条件として認められる。民一二七条二項)。また、会社の組織に関する行為の効力が総会決議の日から三か月以内に生じた場合でも、株主等は当該期間内に総会決議取消しの訴えを提起しなければならぬ。その上で、会社の組織に関する行為の無効の訴えをその提訴期間内に提起することで、総会決議取消しの訴えの利益を維持することができると解すべきである(以下、「両訴必要説」という⁽²⁷⁾)。

そこで、この立場では、会社の組織に関する行為の効力発生後は、総会決議取消しの訴えと会社の組織に関する

行為の無効の訴えの二つの訴えが併存することが想定されるが、両者の関係はどのようなようになるであろうか。⁽²⁸⁾ 総会決議取消しの訴えの原告は、会社の組織に関する行為の効力発生後は、総会決議取消しの訴えに加えてさらに会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起することができる。しかし、当該原告は、会社の組織に関する行為の無効の訴えを別訴として提起するまでもなく、訴えの追加的変更（民訴一四三条一項）として提起することができる⁽²⁹⁾と解すべきであろう。これによって、両者の訴えは一体的に審理され、両者の訴えにつき統一的な判決が下されることを確保することができる。これに対して、総会決議取消しの訴えの原告は、会社の組織に関する行為の効力発生後に当該行為の無効の訴えを別訴として提起することもできるであろうが、その場合には両者の訴えにおける裁判所の判断内容が矛盾するリスクがある。のみならず、総会決議取消判決が確定しない限り会社の組織に関する行為の無効の訴えは常に棄却を免れないから、これを避けるために両訴を併合して審理するか、それが不可能である場合は、総会決議取消しの訴えの判決が確定するまで当該行為の無効の訴えの進行を待たなければならないという指摘がなされている。⁽³⁰⁾

さて、吸収説と両訴必要説では、具体的にどのような相違が生じるであろうか。総会決議から三か月以内に総会決議取消しの訴えが提起されそれが係属中に会社の組織に関する行為の効力が生じたときは、吸収説では当該取消訴訟は訴えの利益を欠くに至るが、原告は会社の組織に関する行為の無効の訴えの提訴期間内に前者の訴えを後者の訴えに交換的に変更することができる。これに対して、両訴必要説では、総会決議取消しの訴えは会社の組織に関する行為の効力発生後もその訴えの利益を失うことなく継続することができるが、会社の組織に関する行為の効力発生後当該行為の無効の訴えをその提訴期間内に提起（訴えの追加的変更）しなければ、総会決議取消しの訴えもその利益を欠くことになる。両者の違いは、通常のケースを想定すると、会社の組織に関する行為の効力発生後

に必要な手続が訴えの交換的変更か追加的変更かという点にある。

これに對して、会社の組織に関する行為の効力が総会決議の日から三か月以内に生じたときは、吸収説によれば総会決議取消しの訴えを提起することはできず、直接当該期間内に会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起して総会決議の瑕疵を主張しなければならない。この結果は、総会決議取消しの訴え提起後に会社の組織に関する行為の効力が生じた場合に比して差が大きく、それゆえ会社の組織に関する行為の無効の訴えの提訴期間が法定の期間よりも事実上大幅に短縮され、当該提訴期間を法定した意義が損なわれかねないという指摘がある⁽³¹⁾。また、会社の組織に関する行為の効力発生が株主等に明らかでない場合には、当該行為の効力発生後で総会決議の日から三か月以内に当該効力発生を知らない株主等が総会決議取消しの訴えを提起し、その係属中に三か月を経過してしまう事態も想定され得る⁽³²⁾。このような場合には、吸収説では総会決議取消しの訴えの利益は否定されるにもかかわらず、もはや会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起して総会決議の瑕疵を主張することはできず、その結果救済手段がないことになるおそれがある。これに對して、両訴必要説では、会社の組織に関する行為の効力発生後であっても、総会決議の日から三か月以内であれば総会決議取消しの訴えを提起することができ、また会社の組織に関する行為の無効の訴えをその提訴期間内に提起することで、総会決議取消しの訴えについても訴えの利益を維持し、両訴を進行することができる⁽³³⁾。

IV 判例の立場

この問題に対する判例の立場はどうであろうか。以下では三つの最高裁判例と一つの興味深い下級審裁判例を採り上げる。

(1) 最判昭和三十七年一月一九日民集一六卷一号七六頁

本件は、会社訴訟法の分野において、形成訴訟提起後の事情の変化により当該訴訟の訴えの利益が失われることを認めた最初の最高裁判決であると思われる。株主以外の者に新株引受権を付与して行う新株発行につき、一定の事項に関する株主総会の特別決議を必要としていた昭和四一年改正前商法二八〇条ノ二第二項の下で、当該第三者割当てに関する株主総会決議取消しの訴えの利益の有無が問題となった。

〔事案の概要〕

Y会社（被告・被控訴人・被上告人）では、昭和三十二年三月一九日の臨時株主総会において役員および従業員に新株引受権を与える旨の総会決議を行ったところ、株主X（原告・控訴人・上告人）が当該決議の決議方法が法令に違反し（説明義務違反）決議内容が著しく不公正（発行価額の不公正）であるとして、当該総会決議取消しの訴えを提起した。第一審（東京地判昭和三十二年一月一日）および原審（東京高判昭和三十三年九月一三日）は、すでに本件決議に基づく新株が発行済みであることを理由として、本件総会決議取消しの訴えの利益を認めることができないと判断したので、Xが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「形成の訴は、法律に規定のある場合に限って許される訴であるから、法律の規定する要件を充たす場合には訴の利益の存するのが通常であるけれども、その後の事情の変化により右利益を欠くに至る場合がないわけではない（当裁判所昭和二十七年（オ）第一一五〇号、同二十八年二月二三日大法廷判決、民事判例集七卷一三号一五一六頁参照）。株主以外の者に新株引受権を与えるための株主総会特別決議につき決議取消の訴が係属する間に、右決議に基づき新株の発行が行われてしまった本件の如きもまたこの場合にあたると解すべきである。そして、原判決が本

件株主総会の決議取消の請求につき訴の利益を欠くものとして説示するところは、すべて是認できる。」

本判決は、第三者割当てに関する株主総会決議取消しの訴えの利益が新株発行後は失われると判示し、その理由として原判決が説示するところはすべて是認できるとしている。そこで、原判決が理由とするところを見ると、①株主総会決議が取り消されても新株発行は無効とならないこと、②取締役または新株引受人に対する責任追及において総会決議取消判決は前提要件ではないこと、が挙げられている。このうち、とくに①の理由が総会決議取消しの訴えの利益が失われるとする主たる理由であるが、これは、第三者割当てに関する総会決議を取り消す意味は、それが新株発行の無効を招来する点にあるところ、有効な総会決議を欠くことは新株発行の無効事由とならない以上、⁽³⁴⁾総会決議を取り消す実益はないという実体法上の論点に関する。⁽³⁵⁾そうすると本判決は、有効な総会決議の欠缺が会社の組織に関する行為の無効の訴えにおける無効事由となる場合について触れるものではなく、その場合は当該行為の効力発生後も総会決議取消しの訴えの利益は失われないと解する余地もあり、吸収説の立場を採っているとはいえないことになる。⁽³⁶⁾なぜなら、吸収説は総会決議の取消しが会社の組織に関する行為の無効事由となる場合において、当該行為の効力発生後は、総会決議取消しの訴えの利益は失われると解するからである。

(2) 最判昭和四〇年六月二九日民集一九卷四号一〇四五頁

本件は、前掲最判昭和三七年一月一九日と異なり、新株の第三者割当発行に関する株主総会決議無効確認の訴えの利益の有無が問題となった事案である。

〔事案の概要〕

Y会社（被告・被控訴人・被告告人）は、昭和三五年九月二二日の臨時株主総会において、昭和四一年改正前商

法二八〇条ノ二第二項に基づき、株主以外の者に新株引受権を付与するための総会決議を行ったところ、株主X（原告・控訴人・上告人）が、当該決議が前記条項に違反し無効であると主張して、総会決議無効確認の訴えを提起した。第一審（東京地判昭和三十七年九月一三日）および控訴審（東京高判昭和三十八年六月二〇日）とも本件無効確認の訴えの利益を否定したため、Xが上告した。

〔判旨〕上告棄却。

「緒論は、本件第二決議が商法二八〇条ノ二第二項の規定に違背し無効であることを論じて原判決の誤りというが、本件第二決議に基づく新株がすでに発行済である事実を確定した上で、新株がすでに発行された後は、新株発行無効の訴を提起しないかぎり当該新株の発行を無効とするに由なく、新株発行に関する決議無効確認の訴はもはや確認の利益を欠き提起できないと解すべきである旨判示して、この点に関する上告人の請求を棄却すべきものとした原判決（第一審判決理由引用）の判断は正当であり、決議の無効を云々する所論は、ひつきよう、判決に影響を及ぼさないことをいうに帰し採用の限りでない。」

本判決は、本件総会決議無効確認の訴えは、新株発行後は訴えの利益を欠き不適法であるとし、その理由として新株発行後は新株発行無効の訴えを提起しない限り当該新株発行を無効とすることができない点を挙げている。そして、この点に関する原判決の判断は正当である旨を指摘しているが、実は、原判決はこの点につき第一審判決をそのまま引用しているのみである。そこで、第一審判決を見ると、当該判決において本件総会決議無効確認の訴えの利益を欠くとされた理由は、①新株発行に関する総会決議無効確認の訴えは、新株発行後はこれを無効としても別に新株発行無効の訴えを提起しない限り当該新株発行は無効とできないこと、②新株発行前に総会決議無効確認の訴えが提起された場合は、新株発行後は当該訴えが当然に新株発行無効の訴えに移行すると認めるべきかという

問題があるものの、新株引受権に関する総会決議の瑕疵は、新株発行の効力に影響を与えないこと、が挙げられている。②の点は、前掲最判昭和三十七年一月一九日が示した理由（原判決の判断を是認）とほぼ同じであるが、本件での最高裁は、この点は取り上げずに①の理由のみを取り上げており、②の理由は適切でないと判断した可能性がある⁽³⁹⁾。

いずれにせよ①の理由は、新株発行後は新株発行無効の訴えを提起しない限り新株発行を無効にできないから総会決議無効確認の訴えは訴えの利益を欠くとする点で、総会決議無効確認の訴えと新株発行無効の訴えの関係を問題とする訴訟法上の論点に関する⁽⁴⁰⁾。そして、新株発行後は新株発行無効の訴えのみを提起することができるとして、総会決議の無効が新株発行の無効事由となるかについては触れていないことを考えると、本判決は、総会決議に取消事由がある場合をも含めて、判決による総会決議の効力否定が会社の組織に関する行為の無効事由となる場合でも、当該行為の効力発生後は総会決議の瑕疵を攻撃する訴えはその利益を失い、当該行為の無効の訴えのみが可能であるという吸収説の立場を採用したと解する余地がある⁽⁴¹⁾。

しかしながら、ここで注意を要するのは、本件で問題となっているのは総会決議取消しの訴えではなく、総会決議無効確認の訴えであるという点である。かつては学説上議論があったものの、判例は、総会決議無効確認の訴えの法的性質につき、総会決議取消しの訴えと異なり、確認訴訟であると解することで一貫している⁽⁴²⁾。したがって、総会決議に無効事由があれば、総会決議は実体法上無効であり、総会決議取消しの場合と異なり、総会決議無効判決なくして他の訴訟における攻撃防禦方法として主張が可能である。そこで、会社の組織に関する行為の効力発生後は当該行為の無効の訴えを提起すれば、その審理において総会決議が無効であることを当該行為の無効事由として主張することができるから、当該行為の効力発生後は総会決議無効確認の訴えを維持する実益がないという判断

が十分に成り立つ。これは、両訴必要説の立場でも同様である。そうすると、本判決が総会決議取消しの訴えについて吸収説を採用したとは断言できないことになる。⁽⁴³⁾

(3) 最判昭和四十九年九月二十六日民集二八巻六号一二八三頁

本件は、株式会社の事案ではなく、中小企業団体の組織に関する法律（以下、「中小企業組織法」という）に基づく商工組合の設立総会における定款の承認議決取消しの訴えの利益の有無が問題となったケースである。

〔事案の概要〕

Y商業組合（被告・被控訴人兼附帯控訴人・被上告人）は、昭和三十八年五月一日創立総会を開催し、定款の承認、事業計画の設定および収支予算決定に関する議決ならびに役員の選挙を行ったところ、組合員X（原告・控訴人兼附帯被控訴人・上告人）が、当該創立総会招集の公告手続ならびに当該議決・選挙に定足数および最低表決数を欠く違法があること等を理由に、中小企業組織法四七条一項、中小企業等協同組合法二七条六項、商法二四七条に基づき、各議決および選挙の取消しの訴えを提起した。その後、Y商業組合は県知事の設立認可を受けた上で、昭和三十九年一月一日設立登記を完了したが、第一審（富山地判昭和四十四年三月二十九日）は、上記選挙の取消請求を認容し、それ以外の請求を棄却した。これに対し、原審（名古屋高金沢支判昭和四十六年三月一二日）は、第一審判決を取消し、Xの訴えを却下したので、Xが上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「中小企業団体の組織に関する法律（以下「中小企業組織法」と略称する。）四七条一項、中小企業等協同組合法（以下「中小企業組合法」と略称する。）二七条六項によって準用される商法二四七条による中小企業組織法に基

づく商工組合の創立総会における定款の承認議決の取消の訴の継続中に、右商工組合の設立が許可されたうえ、その設立登記がされたときは、特別の事情がないかぎり、右議決取消の訴は利益を失うに至るものと解するのが相当である。

叙上の見地に立つて本件を見るに、原審の認定したところによれば、XがY商業組合の創立総会における定款の承認議決の取消を求める本訴を提起したのち、Y商業組合は、昭和三八年一月二八日付で富山県知事の設立認可をうけたうえ、同三九年一月一日その設立の登記を完了したが、Xは、右設立登記の日から二年以内に、右の訴を中小企業組織法四七条一項、中小企業組合法三二条、商法四二八条によるY商業組合の設立無効の訴に変更しなかったというのであるから、Xの右定款の承認議決取消の訴は、現在ではその実益がなく、訴の利益を欠くに至ったものと認めるほかになく、したがって、これと同旨の原審の判断は正当として是認することができ⁽⁴⁵⁾る。」

本件は、株式会社ではなく、中小企業組織法に基づく商工組合の創立総会における定款の承認議決が問題となっている。しかし、このような商工組合の内部組織については商法が大幅に準用されているから、これに関する議論は株式会社にも同様に妥当すると考えられ、その意味で本判決の射程は株式会社にも及ぶと解される。

本判決は、商工組合の定款承認議決取消しの訴えの利益は、当該商工組合の設立登記後は、特別の事情がない限り失われるが、設立登記から二年以内に設立無効の訴えに変更することができる旨を判示する。設立登記後は議決取消しの訴えの利益は失われるとするから、ここにいう訴えの変更は交換的変更を意味することになり、ここに至⁽⁴⁶⁾って最高裁は、吸収説を採用することを初めて明らかにしたということができる。

(4) 東京地判平成二三年二月一四日 (2011WLJPCA02148003' LEX/DB 25470639)

本件は、非公開会社における募集新株予約権の発行に際して募集事項の決定を取締役会に委任する株主総会の特別決議（会二三九条一項）の取消しの訴えと当該新株予約権の行使により発行された新株の発行無効の訴えの関係が問題となった事案である。⁽⁴⁷⁾

〔事案の概要〕

Y会社（被告）は、取締役会設置の非公開会社であるが、平成二〇年一〇月三十一日の株主総会で、本件募集新株予約権の募集事項の決定を取締役会に委任する総会決議を行い、同年一月一〇日に本件新株予約権をAに対して発行した。平成二一年七月三十一日、Y会社は、Aの本件新株予約権行使に基づき本件新株発行を行った。株主であるXら（原告）は、平成二一年一月三〇日、本件株主総会において大株主として議決権を行使したBはY会社の株主ではないと主張して、本件株主総会決議不存在確認（主位的請求）および取消し（予備的請求）の訴えを提起した（第一事件）。第二事件の継続中である平成二二年一月二二日に、Xらは、本件新株発行無効の訴えを提起した（第二事件）。第一事件と第二事件は併合された。

〔判旨〕決議不存在確認および取消しの訴えにつき却下⁽⁴⁸⁾、新株発行無効の訴えにつき請求認容。

判旨は、まず本件総会決議において議決権を行使したBはY会社の株主とは認められないから、本件決議は不存在であるとは認められないものの決議の方法が法令・定款に違反するとしうえて、本件新株予約権発行および新株発行の効力につき、以下のように判示した。

「(1) 会社法が、公開会社でない株式会社において新株予約権を発行する場合には、常に株主総会の特別決議を経る必要がある旨を定めていること（会社法二三八条二項、二三九条一項）に照らせば、公開会社でない株式会社に

においては、募集事項を決定する決議又はその決定を取締役に委任する決議に瑕疵があり、これが取り消されるべき場合には、当該新株予約権の発行は無効となると解すべきである。そうすると、本件新株予約権は、本件決議力による委任に基づき発行されたものであるから、無効である。

(2) 無効な新株予約権が行使されて新株が発行された場合には、当該新株発行も無効であって、株主は、新株発行無効の訴えにおいて、新株予約権発行が無効であることを理由にその効力を争うことができると解すべきである。もっとも、新株発行の無効原因として、新株予約権発行が無効であることを主張する場合には、当該主張は、原則として新株予約権発行無効の訴えの出訴期間内に行う必要があるものと解されるところ、Xらが第二事件を提起したのは、本件新株予約権発行の無効の訴えの出訴期間が経過した後のことであるから、Xらが本件新株予約権発行の無効を主張することができるとかが問題となる。しかしながら、Xらは、本件決議力についてその出訴期間内に決議取消しの訴え（第一事件）を提起し、同訴訟の継続中に本件新株発行について新株発行無効の訴え（第二事件）を提起し、両訴訟が併合されたものであるところ、本件新株予約権発行の無効原因も、本件新株発行の無効原因も、いずれも最終的には本件決議力の取消事由に帰着するものである。そして、本件決議力の取消しを求める訴えも、同決議の委任に基づき発行される新株予約権及びその行使により発行される新株の効力を否定することを究極の目的とするものである。そうすると、本件決議力についての決議取消しの訴えが適法に提起されている本件においては、同訴訟と併合された新株発行無効の訴えにおいて、本件決議力の取消事由が本件新株予約権発行の無効原因となることを理由に本件新株発行の無効を主張することは、許されると解すべきである。」

本判決は、以上のように判示して、本件新株発行無効の訴えにつき請求を認容したが、本件総会決議取消しの訴えについては、取消事由が存在するとしながら、当該決議が決議の日から一年間に限って効力を有するものであ

て（会二三九条三項）、現時点では効力を失っているから、その取消しを求める訴えの利益は消滅しているといふべきであるとして、訴えを却下している。⁽⁴⁹⁾

さて、本件では、二つの訴訟法上の問題が重疊的に関係している。第一は、募集新株予約権の募集事項の決定を取締役会に委任する総会決議取消しの訴えと新株予約権発行無効の訴えの関係であり、第二は、新株予約権発行無効の訴えと新株発行無効の訴えの関係である。また事実として興味深いのは、総会決議取消しの訴えの提訴期間内（かつ当該訴えの提起前）に新株予約権発行の効力が生じ⁽⁵⁰⁾、さらに新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内（結果的に当該訴えは提起されなかった）に当該新株予約権の行使による新株発行の効力が生じていることである。新株予約権発行無効の訴えが提訴期間内に提起されていないことから、本件判旨は、総会決議取消事由と新株発行無効の訴えの関係を中心に検討を行っている。しかし、募集新株予約権発行に関する総会決議、新株予約権の発行ならびに新株発行という手続は、それぞれ別個の手続であり段階を踏んで行われるから、総会決議の取消事由に該当する瑕疵が爾後の手続に与える影響（瑕疵の連続性）およびそれを攻撃する訴訟の相互関係は、段階ごとに順次検討する必要がある。

そこで、まず募集新株予約権発行に関する総会決議に取消事由がある場合に、新株予約権発行の効力発生前は、当該総会決議取消しの訴えを提起することができる。ところが本件では、原告は当該訴えを提訴期間内に提起したもの、それは本件新株予約権が発行された後であった。そこで、第一段階の問題として、総会決議取消しの訴えと新株予約権発行無効の訴えの関係が問題となる。吸収説の立場では、総会決議の日から三か月以内に新株予約権発行の効力が生じたときは、総会決議取消しの訴えの利益は失われて同訴えを提起することはできず、直接新株予約権発行無効の訴えを当該決議の日から三か月以内に提起しなければならないであろう。

本判決は、総会決議取消しの訴えの利益が消滅したと判示しているものの、その理由は決議の効力の有効期間が経過したという点にあり、新株予約権発行の効力が生じたという理由によるものではない。この点では、本判決は吸収説の立場と整合的ではない。吸収説では、新株予約権発行の効力発生後の総会決議取消しの訴えは認められな⁽⁵¹⁾いはずであるが、本判決は当該訴えの提起自体は適法であるとしているからである。しかし他方では、総会決議取消しの訴えを却下しつつ、当該決議に取消事由があることが新株予約権発行の無効事由となり、さらに新株発行の無効事由となることを認めているから、本稿のような両訴必要説を採っていないことも明らかである。むしろこの点では、吸収説に親和的であるように思われる。

次に、総会決議に取消事由があることが新株予約権発行の無効事由となるとしても、新株予約権発行の無効は、訴えをもつてのみ主張できるとされていること（会八二八条一項四号）との関係が問題となる。この点は、第二段階の新株予約権発行無効の訴えと新株発行無効の訴えの関係に関する。本件事案では、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に当該新株予約権の行使による新株発行の効力が生じていることから、本判決は、新株予約権発行が無効であることを新株発行の無効事由として主張するには、原則として新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に行う必要があると判示する。これは、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に当該新株予約権の行使による新株発行の効力が生じたときは、新株予約権発行無効の訴えを提起することはできず、当該提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起して新株予約権発行の無効事由を新株発行の無効事由として主張することができるという吸収説と親和的な立場を採っていると解し得る。

ところが、本件では、原告が新株発行無効の訴えを提起し（新株予約権発行の無効事由を主張し）たのは新株予約権発行無効の訴えの提訴期間経過後であった。そこで、判旨は、①本件新株予約権発行の無効原因も、本件新株

発行の無効原因も、最終的には本件総会決議の取消事由に帰着すること、②本件総会決議の取消しを求める訴えも、同決議に基づき発行される新株予約権およびその行使により発行される新株の効力を否定することを究極の目的とするものであること、を挙げて、原告が新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起しなくとも、総会決議の取消事由が新株予約権発行の無効原因となることを理由に本件新株発行の無効を主張することは許されるとしている。

しかし、三つの事象がそのような関係にあることのみで、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起し新株予約権発行の無効事由を主張すべきであるという原則の例外を認めることは、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間を限定した趣旨からは疑問がある。非公開会社における新株予約権発行に関する総会決議に取消事由がある場合には、これに基づく新株予約権の発行や当該新株予約権の行使による新株発行には瑕疵の連続性が認められるのが通常であるとすると、そのような関係があることによる取扱いはいむしろ通例的であるともいえるからである。もともと、原告株主が提訴期間内に新株予約権の発行やその行使による新株発行を知ることができなかった事情がある場合（新株予約権発行および株式発行の登記（会九一一一条三項九号一二号、九一五条一項）がなされなかったような場合など）には、株主の利益保護の観点から、例外的にこのような取扱いも許されると解する余地はあろう。⁽⁵³⁾

ところで、この第二段階の両訴の関係については、本稿は別の観点から吸収説と同様に、新株予約権発行無効の訴えの係属中に当該新株予約権が行使されて新株発行の効力が生じたときは、新株予約権発行無効の訴えの利益は失われると解する。というのは、新株予約権発行無効の訴えが提訴期間内に提起されても、その係属中に当該新株予約権の行使による新株発行の効力が生じたときは、当該新株予約権は行使により消滅してもはや存在せず、また

新株予約権発行の無効判決には遡及効がないから（会八三九条）、無効判決を求める実益がないからである。⁽⁵⁴⁾ この結論は、吸収説に類似するが、吸収説のように新株発行後は新株予約権発行無効の訴えが新株発行無効の訴えに吸収されると解するわけではなく、新株予約権発行の無効判決が遡及効を有しない点に、新株予約権発行無効の訴えの実益がないと解する根拠がある。そして、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に当該新株予約権が行使されて新株発行の効力が生じたときは、もはや新株予約権発行無効の訴えを提起することはできず、当該提訴期間内に新株発行無効の訴えを提起して新株予約権発行の無効事由を新株発行の無効事由として主張することができると解される。

本件に即していえば、まず原告は総会決議の日から三か月以内に総会決議取消しの訴えを提起するが、その時点ですでに新株予約権発行の効力が生じていても当該訴えを提起することができる。そして、総会決議取消の訴えの利益を維持するために、新株予約権発行無効の訴えをその提訴期間内に訴えの変更により追加しなければならない（両訴必要説）。しかし、新株予約権発行無効の訴えの提訴期間内に当該新株予約権の行使による新株発行が行われたときは、もはや新株予約権発行無効の訴えを提起することはできないが、直接当該期間内に新株発行無効の訴えを提起し（追加的変更）、新株予約権発行の無効事由を新株発行の無効事由として主張することができる。こうして最終的には、総会決議取消しの訴えと新株発行無効の訴えが併合された訴訟審理がなされ、総会決議に取消事由があることではなく、総会決議取消判決が確定すれば非公開会社において有効な総会決議を欠くに至ることが新株予約権発行の無効事由となることを、⁽⁵⁵⁾新株発行の無効事由として主張することができる と解される。

V おわりに

以上の検討から、本稿は、会社の組織に関する行為に関する総会決議に取消事由がある場合に、当該行為の無効判決を求めるためには、総会決議の取消事由だけでなく取消判決の確定を必要とするから、総会決議取消しの訴えの利益は当該行為の効力発生後も失われることはなく、総会決議取消しの訴えの原告は、当該訴えにおいて会社の組織に関する行為の無効の訴えを追加する（訴えの追加的変更。民訴一四三条一項）ことができるという両訴必要説を支持する。この説は、吸収説のような難点（とくに総会決議取消事由が取消判決なしで会社の組織に関する行為の無効事由となるという点）がなく、理論的には特段の問題点がないと考えられる⁵⁶。また、実務上の問題としても、その理論上の相違にも関わらず、通常のケースでは吸収説と両訴必要説の相違はほとんどなく、会社の組織に関する行為の効力発生後に必要な手続が訴えの交換的変更か追加的変更かの違いにすぎないから、訴訟当事者の負担も増えることはない。そうすると、この問題に関しては、両訴必要説の立場が最も妥当ではないかと考える。

*久保田安彦慶応義塾大学教授には、本稿の草稿に目を通して頂き、多くの貴重な助言を賜った。記して、謝意を表する。すべての文責は、筆者にある。

- (1) 会社法と民事訴訟法が交錯する分野という意味である。
- (2) かつては吸収説以外にも学説上種々の見解が主張されていたが、現時点においてこれらの諸見解がなお維持されているかは疑わしい。したがって、これらの諸見解については、松下寿夫判事（当時）の詳細かつ緻密な分析に譲り、本稿ではもっぱら吸収説を検討の対象とする。松下寿夫「合併契約書承認の株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとの関係」宮川種一

郎＝中野貞一郎編『民事法の諸問題Ⅴ』（判例タイムズ社、一九七二年）二二六頁以下（初出は一九六九年）。本稿も、松下氏の論稿を大いに参考にさせて頂いた。

(3) この点はあまり明示的に述べられていないが（これを明示されるのは、松下・前掲注（2）二三二頁、高山崇彦「複数の訴訟が関連する場合の取扱い」神作裕之ほか編『会社裁判にかかる理論の到達点』（商事法務、二〇一四年）三三六頁）、吸収説では、会社の組織に関する行為の効力発生後は総会決議取消しの訴えの利益は失われ、取消事由に該当する瑕疵の主張は会社の組織に関する行為の無効の訴え一本に絞られるから、交換的変更にならざるを得ない。

(4) なお、総会決議に会社法八三一条一項各号所定の取消事由があっても、総会の招集手続または決議方法が法令・定款に違反する場合については、その違反事実が重大でなくかつ決議に影響を与えないときは、裁判所により裁量棄却され、決議の取消しは認められない（会八三一条二項）。以下では、総会決議に取消事由があるという表現は、このような裁量棄却される場合を除いた意味で用いる。

(5) これは、総会決議が取り消されたこと（総会決議の無効や不存在の場合も同様）は、会社の組織に関する行為の無効事由に該当するという法命題を前提にしているが、有効な総会決議を欠くことが当該行為の無効事由に該当するかは一つの解釈問題である。とくに現行会社法では事前の救済手段として差止請求権が大幅に認められているから、これとの関係で有効な総会決議の欠缺が当然に会社の組織に関する行為の無効事由に該当するとはいえなくなっていることに注意しなければならない。この点については、笠原武朗「組織再編行為の無効原因——差止規定の新設を踏まえて」飯田秀総ほか編『商事法の新しい礎石（落合誠一先生古稀記念）』（有斐閣、二〇一四年）三〇九頁以下参照。本稿は、有効な総会決議を欠くことが会社の組織に関する行為の無効事由に該当する場面を前提とする。

(6) すなわち、会社の組織に関する行為の効力発生後は、総会決議の瑕疵を攻撃する主張はすべて当該行為の無効の訴えに吸収されて一本化することから、吸収説というネーミングとなった（ただし、松下氏の論稿では「合併後吸収説」と呼ばれている）。

(7) しかし、会社の組織に関する行為の無効の訴えはそれぞれ提訴期間が法定されているから（会八二八条一項各号）、正確にはそれぞれの提訴期間内の提訴は適法であるが、総会決議に取消事由があることは決議の日から三か月経過後は主張できないことになる。相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔『論点解説新・会社法 千問の道標』（商事法務、二〇〇六年）七二一

頁、久保田安彦『企業金融と会社法・資本市場規制』（有斐閣、二〇一五年）一一九頁。したがって、三か月経過後の訴え提起は訴え却下ではなく、請求棄却になる。三か月の期間制限を否定する見解として、江頭憲治郎・門口正人編『会社法大系4』（青林書院、二〇〇八年）三九三頁（佐々木宗敬）参照。

(8) 吉本健一『会社法』（第二版、中央経済社、二〇一五年）三〇三頁注(10)、四〇九頁参照。

(9) 主として合併に関し、石井照久「株主総会決議の瑕疵」田中耕太郎編『株式会社法講座(三)』（有斐閣、一九五六年）九六四頁、松下・前掲注(2)二二八頁、鮫島真男『会社訴訟の理論と実際』（財政経済弘報社、一九六九年）一四五頁、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法』（第三版、有斐閣、一九九四年）二六四頁注(14)、弥永真生『リーガルマインド会社法』（第四版、二〇一五年）三八七頁注(31)、受川環大『組織再編の法理と立法——利害関係者の保護と救済』（中央経済社、二〇一七年）三二七頁など参照。

(10) 明示的にこの立場を採る見解は見当たらなかった。小橋一郎氏は、合併の場合につき、吸収説に対して「少なくとも合併決議に取消原因があるときは、決議は決議取消判決によつてはじめて取り消され、それまでは有効であるのに、合併無効の訴えに吸収された場合にどのようにして取消の効果が発生するのが問題となりうる。」と疑問を呈されており、吸収説をこのような立場と理解されている。上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法¹³⁾』（有斐閣、一九九〇年）二四五頁（小橋一郎）。また、小野木常・小橋一郎「合併無効の訴」商事一七五号（一九六〇年）二四一―二五頁も参照。

(11) このロジックによれば、総会決議に無効事由ないし不存在事由があるときも、当該瑕疵自体が会社の組織に関する行為の無効事由に該当するのではなく、それが総会決議の効力否定に結びつくことにより、有効な総会決議を欠くことが当該行為の無効事由に該当すると理解することになろう。なお、会社の組織に関する行為の無効の訴えのような無効を主張するための特別の訴訟制度がない全部取得条項付種類株式の取得（会二七一条一項）、株式併合（会一八〇条二項）および事業の全部または重要な一部譲渡（会四六七条一項一号二号）でも、総会決議に取消事由がある場合は、それだけでは当該行為は無効とならず、総会決議取消しの訴えにより取消判決が確定して初めて当該行為が無効となると解されている。事業譲渡につき、落合誠一編『会社法コンメンタール¹²⁾』（商事法務、二〇〇九年）六〇頁以下（齊藤真紀）参照。

(12) 小橋・前掲注(10)二四五頁。これに対して、大森忠夫氏は——併存説の立場からではあるが——、総会決議の瑕疵を理由にしてその取消しを求める趣旨をも実質上含めて直接減資無効の訴えを起こすことは差し支えないとされる。西原寛一

ほか『株主総会（ジュリスト選書）』（有斐閣、一九五八年）二三〇頁（大森忠夫発言）。この見解は——明瞭ではないものの——、会社の組織に関する行為の無効の訴えには総会決議取消しを求める趣旨が実質的に含まれており、会社の組織に関する行為の無効判決には、総会決議取消しの効果が実質的に含まれていると解しているようにも読める。しかし、実質上の考慮としては理解できないもの、それによって総会決議取消判決が確定しない限り取消しの効果は生じないという原則を乗り越えることはできないと思われる。

(13) 総会決議の日から三か月以内に総会決議取消しの訴えが提起されている以上、会社の組織に関する行為の効力が生じたからといって、決議の瑕疵が治癒されたとは評価できないであろう。

(14) 吸収説の説明として、総会決議取消事由が会社の組織に関する行為の無効事由となると述べる見解は少なくない。松下・前掲注(2) 二六三頁、大隅健一郎編『株主総会』（商事法務研究会、一九六九年）五七八頁（今井宏）、鮫島・前掲注(9) 一三九頁、奥島孝康「判批」判タ三三二二号（一九七五年）一〇三頁、北沢正啓『会社法』（第六版、青林書院、二〇〇一年）六八三頁、相澤葉玉『郡谷・前掲注(7) 七二〇頁、佐々木・前掲注(7) 三八四頁、泉田栄一『会社法論』（信山社、二〇〇九年）三八八頁、江頭憲治郎『中村直人編著『論点体系会社法6』（第一法規、二〇一二年）一二八頁（得津晶）、弥永・前掲注(9) 三八七頁、久保田・前掲注(7) 一二〇頁、三浦治『基本テキスト会社法』（中央経済社、二〇一六年）二九一頁、受川・前掲注(9) 三三六頁、黒沼悦郎『会社法』（商事法務、二〇一七年）三二〇頁、田中亘『会社法』（第二版、東京大学出版会、二〇一八年）六七〇頁、高橋美加ほか『会社法』（第二版、二〇一八年）四九九頁（筭原武朗）など。また、谷口安平「判批」民商七三卷三号（一九七五年）三三四頁も参照。

(15) 合併につき、黒沼・前掲注(14) 三三〇頁、田中・前掲注(14) 六七〇頁、筭原・前掲注(14) 四九八頁、玉井裕子編集代表『合併ハンドブック』（第四版、商事法務、二〇一九年）二六一頁参照。

(16) 上柳克郎『鴻常夫』竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(5)』（有斐閣、一九八六年）三二七頁（岩原紳作）、松井秀征「決議取消事由、決議不存在事由、決議無効事由とその効果の違い」浜田道代『岩原紳作編『ジュリスト増刊 会社法の争点』（有斐閣、二〇〇九年）一一〇頁参照。

(17) 菱田政宏「決議取消の訴と合併・新株発行無効の訴との関係」別冊ジュリ法学教室（第一期）七号（一九六三年）七〇頁、大森忠夫『矢沢惇編集代表『注釈会社法(4)』（有斐閣、一九六八年）一八三頁（谷川久）参照。

(18) 北沢正啓「会社訴訟」『経営法学全集19 経営訴訟』（ダイヤモンド社、一九六六年）二四二―二四三頁、谷口・前掲注(14) 三二四頁参照。

(19) これに対して、上柳克郎氏は、合併決議に手続上の瑕疵がある場合に、合併無効の訴えのみによって、決議をその一部分とする合併手続全体の効力を争うことを認めても、法が決議取消しの訴えという制度を定めた趣旨と矛盾しないとされる。上柳克郎「合併」『経営法学全集2 企業形態』（ダイヤモンド社、一九六六年）三〇九頁。同旨、鮫島・前掲注(9) 一四五頁参照。

(20) 松下氏は、合併の場合について、合併無効の訴えは総会決議取消しの訴えと同じく形成訴訟であるから、合併決議に取消事由がある場合に、これを直接——合併決議取消しの訴えによる決議の取消しを待つまでもなく——合併無効の訴えの理由として主張し得ると解しても、何ら理論上の不整合を生じることとはないとされている。松下・前掲注(2) 二六三頁。鮫島・前掲注(9) 一四五頁も参照。これは、両訴の法的性質が同じであることから訴訟法上の観点における問題がないことを指摘されたものであるが、本文に述べたような総会決議取消事由がストレートに会社の組織に関する行為の無効事由に該当するかという実体法上の観点からの検討はなされていない。

(21) また、この立場では、会社の組織に関する行為の効力発生前に総会決議取消判決が確定しても、会社の組織に関する行為の無効の訴えにおいて当該取消判決は必ずしも重要な意味を有しないことになろう。会社の組織に関する行為の効力が総会決議の日から三か月経過後に生じる場合には、三か月以内に総会決議取消しの訴えを提起しておかないと、当該行為の無効の訴えにおいて決議取消事由を当該行為の無効事由として主張し得なくなるため、これを阻止するために総会決議取消しの訴えを提起することに意味があることになる。奥島・前掲注(14) 一〇二頁参照。

(22) さらに、この立場では、総会決議の無効事由や不存在事由の場合も、当該瑕疵が直接——総会決議の無効や不存在による効力否定とは無関係に——会社の組織に関する行為の無効事由に該当すると考える余地があるが、一般的にはこれらの瑕疵は総会決議の効力否定を通じて当該行為の無効事由に該当すると考えられているのではなかろうか。谷口・前掲注(14) 三二五頁。最判平成二四年四月二四日民集六六卷六号二九〇八頁は、「非公開会社において、株主総会の特別決議を経ないまま株主割当て以外の方法による募集株式の発行がされた場合、その発行手続には重大な瑕疵があり、この瑕疵は上記株式発行の無効原因になると解するのが相当である」としており、有効な総会決議を欠くこと自体を無効事由と解しているように

も思われる。

(23) あるいは、この立場では、そのような軽微な取消事由については、たとえ総会決議取消判決があっても会社の組織に関する行為の無効の訴えによる救済は否定されるという可能性も考えられないではないが、総会決議が取り消されたことは会社の組織に関する行為の無効事由に該当するというのが一般的理解であろう。

(24) 小野木・小橋・前掲注(10) 二五頁、谷口・前掲注(14) 三三四頁。

(25) 判例・学説は、一般に総会決議の成立に関与した取締役等の責任を追及するためには、総会決議を取り消す必要はないと解している。中野貞一郎「総会決議取消の訴と『訴の利益』」商事一〇四号(一九五八年)四頁、松下・前掲注(2) 二五七―二五八頁、矢沢惇「判解」『会社判例百選』(新版、有斐閣、一九七〇年)一七六頁、新堂幸司「株主総会決議の取消の訴え」鈴木竹雄ほか編『新商法演習1会社法(1)』(有斐閣、一九七四年)二六一頁。この点は、吸収説では重要な意味を有する(取締役等の責任追及に総会決議取消が必要であれば、総会決議取消訴訟の実益は失われないことになる)ところ、その結果総会決議の瑕疵に相当する事実の存在自体は総会決議の日から三か月経過後も主張し得ることとなるが、他方で会社の組織に関する行為の効力が総会決議の日から三か月以内に生じたときは、当該行為の無効の訴えを当該期間内に提起して当該事実を主張しなければならないという命題との関係が問題となるようにも思われる。なお、募集株式や募集新株予約権の有利発行決議に取消事由があるケースでは、取締役等の責任追及のために総会決議を取消す実益はないということとはできないのではないかと疑問があるが、本稿では採り上げない。

(26) かつてはそのような見解が主張されていたことにつき、松下・前掲注(2) 二二五頁参照。

(27) 小野木・小橋・前掲注(10) 二四―二五頁、谷口・前掲注(14) 三三五頁。この見解は、半世紀以上前に、小野木・小橋両氏により主張されている。この見解は少数説として認識はされていたが、その説明が簡単なためか、谷口・前掲注(14)を除き、ほとんど支持が広がらなかったようである。藤原俊雄「全部取得条項付株式と株主総会決議取消訴訟の原告適格」商事一九二二号(二〇一一年)二〇頁は、結論のみであるが、両訴必要説の立場と解する余地がある。

(28) 会社の組織に関する行為の効力発生後に、両訴のいずれの係属も認める近時の見解(いわゆる併存説)として、関俊彦『会社法概論』(全訂第二版、二〇〇九年)五二頁、江頭憲治郎『会社法』(第七版、有斐閣、二〇一七年)三七二―三七四頁注(7)、龍田節・前田雅弘『会社法大要』(第二版、有斐閣、二〇一七年)五〇一頁などがある。このうち、江頭氏は、

現行会社法の下では、組織再編行為の効力がその承認総会決議の翌日に発生し、総会決議取消しの訴えを本案訴訟とする当該承認決議の執行停止の仮処分が不可能な事例が生じており、しかも会社分割および株式交換・株式移転のように効力発生により会社が複数できる場合に、吸収説により遡及効を欠く救済しか認められないと、違法決議を主導した者が無効判決確定前に株主等を排除した側の会社（たとえば株式移転の完全子会社）で何を行っても、株主等は何ら打つ手がないことを指摘し、解釈論として、このような場合には、組織再編行為の効力発生後も、決議取消しの訴え等決議の瑕疵を攻撃する遡及効のある訴えは無効の訴えに吸収されずに存続すると解すべきである（ただし、併存する訴えによる遡及効のある組織再編行為の無効を認める場合でも、決議の瑕疵につき善意の者の権利を害することはできない）とされる。これは、遡及効のない組織再編行為の無効判決による救済の限界を鋭く指摘したものであるが、総会決議取消しの訴えの併存を認めることにより、遡及効のある組織再編行為の無効という救済が可能であるか疑問がある。高山・前掲注（3）三三四頁も参照。これに対して、得津・前掲注（14）一二九―一三〇頁は、東京高判平成二年七月七日判時二〇九五号一八八頁（日本高速物流事件）が、全部取得条項付種類株式に関する定款変更決議、当該取得および対価としての株式発行につき、募集株式発行等の無効の訴えを経ずに総会決議取消しが可能と判断している点につき、この併存説の指摘に沿った判決とも評価できるとされる。

〔29〕 谷口・前掲注（14）三二六頁。小野木・前掲注（10）二五頁は、訴えの変更（交換の変更）は疑問であるとされるが、追加的変更を認められるかは不明である。

〔30〕 松下・前掲注（2）二二七―二二八頁注（18）。松下氏は、合併の場合について、吸収説の立場でも、訴えの変更が可能である期間内に会社の組織に関する行為の無効の訴えが別訴として提起された場合には、同様の問題が生じるとされているが（松下・前掲注（2）二八〇―二八一頁注（83）参照）、吸収説では、会社の組織に関する行為の無効の訴えが（別訴とはいえ）提起された以上、総会決議取消しの訴えの利益は失われることになるのではなかろうか。

〔31〕 公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という）における募集株式の発行に関し、穴戸善一「会社支配権と私的財産権…第三者割当増資再論」黒沼悦郎・藤田友敬編『企業法の理論（江頭憲治郎先生還暦記念）』上巻（商事法務、二〇〇七年）三八九頁、久保田・前掲注（7）一一九頁。

〔32〕 たとえば、非公開会社における募集株式や募集新株予約権の募集事項の決定を取締役ないし取締役会に委任する総会決

議がなされた場合（会二〇〇条一項、二三九条一項）には、総会決議の日から三か月以内に当該決議に基づく募集株式や募集新株予約権の発行がなされても、これに関する公示がなされるわけではないので（会二〇一条三項四項、二四〇条二項三項対照）、株主等が募集株式や募集新株予約権の発行に気がつかないまま三か月が経過してしまうという事態も想定され得る（しかも、委任の範囲内であれば複数回の発行も可能である）。総会の委任決議に基づく募集株式や募集新株予約権の発行につき、公示義務を課すべきとする立法論として、神田秀樹編『会社法コンメンタール(5)』（商事法務、二〇一三年）二六頁（吉本健一）および江頭憲治郎編『会社法コンメンタール(6)』（商事法務、二〇〇九年）六二頁（吉本健一）参照。

(33) なお、両訴必要説では、総会決議取消しの訴えの利益とは別に、原告適格の有無も問題となり得る。すなわち、会社の組織に関する行為には、株式以外を対価とする合併や株式交換等のように、その行為の結果として原告株主が当該会社の株主資格を喪失する場合も含まれ、このような場合には株主でなくなった者に総会決議取消しの訴えの原告適格が認められるかが問題となるからである。このようなケースでは、総会決議取消しの訴えとともに会社の組織に関する行為の無効の訴えを提起することで、会社法八三一条二文を類推し、原告適格を肯定することができると解される。

(34) 昭和四一年改正前商法の下で、新株の第三者割当発行に必要な総会決議を欠くことは新株発行無効事由とならないとするのが判例の立場であった。最判昭和四〇年一〇月八日民集一九卷七号一七四五頁、最判昭和四〇年一〇月八日判時四二五号四一頁参照。これは、当時公募の一形態であると実務で認識されていた買取引受が、証券会社に対する新株引受権の付与に当たり株主総会の特別決議を要するのではないかという疑問があり、最高裁がこの判断を避けつつ新株の効力を維持するために採用した解釈であった。浜田道代編『日本会社立法の歴史的展開（北澤正啓先生古稀祝賀論文集）』（商事法務、一九九九年）三三三頁（戸川成弘）参照。

(35) 松下・前掲注（2）二四一頁。すなわち、新株発行無効の訴えを提起したとしても、請求棄却となる。前掲最判昭和四〇年一〇月八日（注（34））、富山康吉「第三者の新株引受権」法七九号（一九六二年）六一頁参照。

(36) 矢沢・前掲注（25）一七六頁は、本判決が吸収説と併存説のいずれの立場が必ずしも明らかでないといわれる。これに対して、本判決が吸収説を採っているとみる見解として、西迪男「判批」上智法学論集一〇巻二号（一九六六年）一三〇頁、大森忠夫「矢沢惇編集代表『注釈会社法(5)』（有斐閣、一九六八年）二三九頁（山崎悠基）、井田友吉「判解」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和四十九年度）』（法曹会、一九七七年）五五四頁（注九）、高山・前掲注（3）三三三頁がある。

(37) もつとも、第一審判決は、訴えの利益を否定しつつ本件請求を棄却しているが、これは前掲最判昭和三十七年一月一日の第一審判決（東京地判昭和三十二年一月一日）と全く同一の事案に関する東京地判昭和三十二年一月二日（判時三八号二六頁）に対する中野・前掲注（25）三頁による鋭い批判（総会決議の取消しの訴えを新株発行無効の訴えと解するのであれば、訴え却下ではなく、請求棄却となるはずである）を考慮した結果かも知れない。

(38) なお、原判決が引用する第一審判決は、新株がすでに発行された後は、新株発行に関する決議無効確認の訴えは提起することを得ないものと解すべきであると判示しており、本件総会決議無効確認の訴えは、本件新株発行後に提起されたものである。

(39) これは、前掲最判昭和三十七年一月一日に対する西原寛一「判批」民商四七巻二号（一九六二年）三二一頁の批判（判決が新株発行後における総会決議取消しの訴えが新株発行無効の訴えに吸収されるとする立場を採るのであれば、決議取消しの訴えを新株発行無効の訴えに変更しないで後者の提訴期間を徒過した点に請求排斥の根拠を求めるべきであり、会社が新株を発行してしまったから取引の安全上許されないとするのは、法的判断として焦点を離れたうらみがある）を受けた結果の反映とみることもできる。これに対して、本判決を前掲最判昭和三十七年一月一日と同じ判断とみる見解として、安部正三「本件解説」『最高裁判所判例解説民事篇（昭和四〇年度）』（法曹会、一九六六年）二二八頁、並木俊守「本件判批」判評八六号（一九六五年）一三三頁がある。

(40) 松下・前掲注（2）二四七頁注（42）参照。

(41) 本判決が吸収説を採っているとする見解として、山崎・前掲注（36）二三九頁、今井・前掲注（14）五七八頁、竹内昭夫「判批」『判例商法Ⅰ』（弘文堂、一九七六年）二二七頁、井田・前掲注（36）五五四頁（注九）、上柳克郎『鴻常夫』竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法7』（有斐閣、一九八七年）三六一頁（近藤弘二）、泉田・前掲注（9）三八八頁、高山・前掲注（3）三三二頁がある。

(42) 大判昭和十五年一〇月九日評論全集三〇卷商法一一三頁など。

(43) もつとも、本稿が直接の対象としていない総会決議無効確認の訴えと会社の組織に関する行為の無効の訴えの関係に限定すれば、当該行為の効力発生後は総会決議無効確認の訴えの利益は失われ、当該行為の無効の訴えのみが可能であるという意味で、本判決が吸収説を採用していると解することは可能であろう。

(44) 当時の中小企業組織法四七条一項は、商工組合の設立につき、中小企業等協同組合の創立総会について当時の商法二四七条から二五〇条を準用する中小企業等協同組合法二七条六項を準用していた。

(45) なお、本判決は、創立総会における役員選挙ならびに事業計画の設定および収支予算決定の議決の取消しを求める訴えについても、別の理由で訴えの利益を失うに至ったと判断している。

(46) 三原園子「株主総会決議取消訴訟提起後の合併と訴えの利益」関東学院法学二三巻四号（二〇一四年）一三四頁参照。
最近の下級審裁判例も、吸収説に立っている。千葉地判平成一四年四月二二日2002WJLJPCA04129003³、千葉地判平成一四年五月二九日LLJ/DB L05750663³、東京地判平成一六年一〇月一八日LLJ/DB L05934132³、東京高判平成三〇年二月七日2018WJLJPCA02076007参照。

(47) 笠原武朗「株主総会決議と募集株式の発行等の無効原因」岩原紳作・山下友信・神田秀樹編『会社・金融・法』上巻（商事法務、二〇一三年）四九三頁以下に簡単な紹介がある。

(48) 本判決は、後述のように本件総会決議は不存在とまではいえないから総会決議不存在確認請求を棄却すべきであるとしながら、決議取消請求と同様の理由（本件総会決議の有効期間が経過していること）で、訴えを却下している。

(49) しかし、この点については疑問がある。総会決議の効力が一年間に限定されていることと当該決議の取消しを求める利益とは関係がない。総会決議の取消判決には遡及効があるから（会八三九条対照）、決議の日に遡って効力が否定されることになり、それは決議の効力の有効期間が定められていても変わりがないはずである。

(50) 募集新株予約権はその割当日に効力が生じるところ（会二四五条一項）、本判決では割当日の認定はない。しかし、本件募集新株予約権の発行日とされる平成二〇年一月一〇日がその割当日であったと推測される。

(51) 本判決の理解によれば、本件総会決議取消しの訴えは適法であったが、総会決議の日から一年経過したことにより訴えの利益を失ったことになる。

(52) なお、本判決は、新株予約権発行に関する総会決議が取り消されるべき場合には、当該新株予約権の発行は無効となり、さらに無効な新株予約権が行使された新株発行も無効であるとするが、新株予約権発行の無効も新株発行の無効も無効判決を要するから、正確には本文記述のようになろう。

(53) 最判平成五年一二月一六日民集四七巻一〇号四二三頁（新株発行差止請求訴訟の係属中に新株発行がなされた場合に、

新株発行無効の訴えの提訴期間經過後の新株発行無効の訴えへの予備的変更が認められた事例）参照。なお、中島弘雅「訴えの変更と出訴期間遵守の効力——行政訴訟・会社訴訟判例の分析——」加藤勝郎・柿崎榮治・新山雄三編『商法学における論争と省察（服部榮三先生古稀記念）』（商事法務研究会、一九九〇年）六四九頁以下も参照。

(54) 吉本健一「新株予約権の行使による新株発行等の差止めおよび無効」『現代企業法学の理論と動態（奥島孝康先生古稀記念論文集）』第一巻上巻（成文堂、二〇一一年）一三八頁。久保田・前掲注（7）一八五頁も参照。仮に新株予約権発行の無効判決が確定しても、会社が発行時に払い込まれた金銭を返還すべき新株予約権者（会八四二条一項）は存在せず、新株予約権の行使に基づく株式の株主は存在するが、新株を無効とするためには新株発行の無効判決が必要である（会八二八条一項二号）。

(55) 新株予約権発行の無効は訴えをもってのみ主張することができるが（会八二八条一項四号）、ここでは無効自体を主張するのではなく、無効事由に該当する瑕疵があること、すなわち総会決議が取り消されたときは非公開会社において有効な総会決議を欠くに至ること、を主張することになる。

(56) 両訴必要説に対する批判としては、総会決議取消事由は会社の組織に関する行為の無効の訴えにおいて無効事由として主張することができるから、さらに総会決議取消しの訴えを認める必要がない（松下・前掲注（2）二六二―二六三頁。同旨、鮫島・前掲注（9）一四五頁、相澤・葉玉・郡谷・前掲注（7）七二〇頁参照）とか、そこまで厳格かつ形式的に考える必要はない（服部育生「合併等無効の訴え」愛知学院大学法学研究四七巻二号（二〇〇六年）三〇頁）という指摘がある。しかし、必要がないという以上に理論上の問題点（たとえば会社の組織に関する行為の効力発生後において、総会決議取消しの訴えの継続を認めるべきでない積極的な理由）が指摘されているわけではない。