

判例評釈

〔民事手続法判例研究〕

早稲田大学民事手続判例研究会

役員選任選挙取消の訴えの係属中、当該役員が退任し、新たな役員が選任された場合における当該訴えの利益の有無

(最判令和2年9月3日民集74巻6号1557頁)

加藤 甲斐斗

第1 事案

Yは中小企業等協同組合法（以下、「法」という。）に基づき設立された事業協同組合であり、XはYの組合員である。

平成28年5月16日に開催されたYの通常総会において、理事を選出する選挙（以下「本件選挙1」という。）及び監事を選出する選挙（以下「本件選挙2」という。）が行われた。

平成28年8月12日、Xは、Yを被告として、法54条において準用する会社法831条1項1号に基づき、本件選挙1及び2の各取消しを求める訴えを提起した（以下、この訴えに係る請求を「本件各取消請求」という。）。

本件選挙1で選出された理事によって構成される理事会がした招集決定に基づき、同理事会で選出された代表理事である理事長が招集して、平成30年5月28日、Yにおいて通常総会が開催された。当該総会においては、本件選挙1及び2で選出された理事及び監事全員が任期の満了により退任したとして、理事を選出する選挙（以下、「本件選挙3」という。）及び監事を選出する選挙（以下、「本件選挙4」という。）が行われた。

そこで、Xは、上記選挙中の理事の選出に関する部分を取り消す旨の判決の確定を条件に、平成30年7月26日、本件選挙1が取り消されるべきものであることを理由とする本件選挙3及び4の各不存在確認請求（以下「本件各不存在確認請求」という。）を追加した。

原審は、本件各取消請求に係る訴えの係属中に、本件選挙1及び2で選出され

た理事及び監事全員が任期の満了により退任し、その後に行われた本件選挙 3 及び 4 で理事及び監事が新たに選出されたのであるから、本件各取消請求に係る訴えの利益は消滅すること、また、本件各不存在確認請求に係る訴えは、過去の法律関係の不存在について停止条件付きで確認を求める訴えであって、不適法である等指摘して、X の訴えを却下した。

第 2 判旨

1 先行選挙を取り消す旨の判決の確定が後行選挙の瑕疵を生じせしめるか

「事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えの係属中に、後行の選挙が行われ、新たに理事又は監事が選出された場合であっても、理事を選出する先行の選挙を取り消す旨の判決が確定したときは、先行の選挙は初めから無効であったものとみなされるのであるから、その選挙で選出された理事によって構成される理事会がした招集決定に基づき同理事会で選出された代表理事が招集した総会において行われた新たに理事又は監事を選出する後行の選挙は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、瑕疵があるものといわざるを得ない（最高裁昭和60年（オ）第1529号平成2年4月17日第三小法廷判決・民集44卷3号526頁、最高裁平成10年（オ）第1183号同11年3月25日第一小法廷判決・民集53卷3号580頁参照）。」

2 先行選挙の取消しを求める訴えの利益の帰趨

「…形成の訴えは、訴え提起後の事情の変化により取消しを求める実益がなくなって訴えの利益が消滅する場合があるものの、上記の取消しを求める訴えと併合された訴えにおいて、後行の選挙について上記の瑕疵が主張されている場合には、理事を選出する先行の選挙が取り消されるべきものであるか否かが後行の選挙の効力の先決問題となり、その判断をすることが不可欠であって、先行の選挙の取消しを求める実益があるというべきである。

そうすると、事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えに、同選挙が取り消されるべきものであることを理由として後任理事又は監事を選出する後行の選挙の効力を争う訴えが併合されている場合には、上記特段の事情がない限り、先行の選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しないものと解するのが相当である。」

3 選挙 1、選挙 2 の取り消しを求める訴えの利益の帰趨

「本件選挙 1 の取消しを求める訴えに、本件選挙 1 が取り消されるべきもので

あることを理由とする本件各不存在確認請求に係る訴えが併合されており、上記特段の事情はうかがわれない。また、このように併合されている本件各不存在確認請求に係る訴えが、本件選挙1を取り消す旨の判決の確定を条件としているからといって不適法であるとはいえない。以上によれば、本件選挙1の取消しを求める訴えの利益が消滅したとはいえない。

そして、本件選挙1を取り消す旨の判決が確定し、本件選挙4に瑕疵があることになれば、本件選挙2で選出された監事が現在も監事としての権利義務を有することになり得るため（中小企業等協同組合法36条の2）、依然として本件選挙2の取消しを求める実益があるのであるから、本件選挙4の瑕疵の有無が判断されていない現時点で本件選挙2の取消しを求める訴えの利益が消滅したとはいえない。」

第3 研究

1 はじめに

最判平成2年4月17日民集44巻3号526頁（以下、「最判平2年」という）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・・・法律上存在しないものといわざるを得ない」旨判示し、いわゆる瑕疵の連鎖を肯定した。

もともと、先行決議の効力を争う訴えが決議不存在確認の訴えではなく、決議取消しの訴えである場合、先行決議の取り消しを認める旨の判決の確定が先行決議によって選任された役員が招集した後行決議に瑕疵を生じさせるか否かは明らかではなかった。最判令和2年9月3日民集74巻6号1557頁（以下、「最判令2年」という。）⁽¹⁾は、最高裁としてはじめて、先行する訴えが選挙不存在確認の訴えでなく、選挙取消しの訴えの場合においても、最判平2年の射程は及ぶ、すなわ

(1) 最判令2年の評釈として、例えば、福島洋尚「判批」金商1609号1頁（2021）、原弘明「判批」金商1610号2頁以下（2021）、松井秀征「判批」令和2年重判解78頁、中島弘雅「判批」金商1616号2頁（2021）、川嶋隆憲「判批」法セ増28号193頁以下（2021）等、小林俊明「判批」法教487号66頁（2021）、越山和広「判批」法教485号160頁（2021）、岡田陽介「判批」法セ792号108頁等（2021）が挙げられる。

ち、先行する選挙を取り消す旨の判決の確定によって、当該先行する選挙において選出された理事によって構成される理事会がした招集決定に基づき同理事会で選出された代表理事が招集した総会において選任された役員が招集した後行する選挙には瑕疵が生ずることを明らかにしたものである。

また、最判令 2 年は、後行決議に瑕疵が生ずることを前提として、先行決議によって選任された役員が退任し、かつ新たな役員が選任された場合においてもいわずに瑕疵の連鎖を肯定することができる場合には、先行決議の効力を争う訴えの利益が存続する可能性があることを肯定している。もっとも、最判令 2 年は、「事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えに、同選挙が取り消されるべきものであることを理由として後任理事又は監事を選出する後行の選挙の効力を争う訴えが併合されている場合には、・・・先行の選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しないものと解するのが相当である（下線部、筆者注）」旨判示しており、先行決議の効力を争う訴えの利益を維持するための要件として、後行決議の効力を争う訴えの提起や併合を必要としているか否かは明らかではない⁽³⁾。そこで、本稿では、後行決議の効力を争う訴えの提起の要否や併合の要否、という問題を中心に最判令 2 年の分析、検討を行うこととする。

2 瑕疵連鎖肯定説と瑕疵連鎖否定説

先に述べた通り、取締役等の役員を選任する決議（以下、「先行決議」という。）が当初から不存在である場合には、その役員らは決議の招集決定権限や招集権限を有していない以上、当該役員らによって招集された株主総会における決議（以下、「後行決議」という。）もまた不存在である、と理解されてきたところである。

しかしながら、先行決議が当初から不存在ではないが、これを取り消す旨の判決によって遡及的に無効となった場合、後行決議に瑕疵が生ずるか否か、すなわち、この場合においても瑕疵の連鎖を肯定するか否かに関しては争いがあった。

瑕疵の連鎖を肯定する見解（以下、「瑕疵連鎖肯定説」という。）は、先行決議が不存在ではなく、これを取り消す旨の判決の確定によって決議が遡及的に無効となった場合においても当初から決議が不存在であった場合と同様に考えることが

(2) 斗谷匡志「判解」ジュリ1559号99頁（2021）は、最判令 2 年の射程につき、事業協同組合の理事選挙の取消しの訴えに係る事案であるが、取締役選任の株主総会決議の取消しの訴えの場合でも異ならない、とする。本稿でも差し当たり最判令 2 年の射程は、取締役選任の株主総会決議の取消しの訴えの場合にも及ぶことを前提とすることとする。

(3) 斗谷・前掲注（2）99頁は、先行選挙の取消しの訴えの利益が肯定されるために後行選挙の効力を争う訴えが併合されていることを要するかについて、本判決は特に触れていない、とする。

できる、とする⁽⁴⁾。他方、瑕疵の連鎖を否定する見解（以下、「瑕疵連鎖否定説」という。）は、取消判決の遡及効の制限をする、会社法908条2項を類推適用することによって取り消された決議において選任された役員による招集手続は適法であると理解する、取消事由が不存在事由よりも軽微な瑕疵であることを重視する等⁽⁶⁾により、この場合においては瑕疵の連鎖を肯定することはできない、と主張してきた⁽⁷⁾。

かかる瑕疵連鎖否定説に対して最判令2年は、最高裁としてはじめて、先行する訴えが先行決議取消訴訟の場合においても瑕疵連鎖肯定説に立つことを明らかとした。その根拠は明らかではないが、瑕疵連鎖否定説が主張する取消判決の遡及効の制限や会社法908条2項の類推といった理論構成を採用することが困難である以上、先行決議を取り消す旨の判決の確定によって当該決議が遡及的無効となる場合も先行決議が当初から不存在であった場合と区別する合理的な根拠はない、ということであろう⁽⁸⁾。

また、瑕疵連鎖否定説は、結論の妥当性の観点からも疑問がある。例えば、ある役員を選任する株主総会決議の瑕疵が客観的には不存在事由を構成するにもかかわらず、原告が株主総会決議取消しの訴えを提起し⁽⁹⁾、これを認容する判決が確定した場合、瑕疵の連鎖は否定されるのであろうか。この局面において、瑕疵の連鎖を否定する場合、決議の瑕疵を争う者がいかなる訴訟形態を選択したか否かによって、瑕疵の連鎖についての結論が異なることは不当であるし、瑕疵の連鎖を肯定すると、後行決議において先行決議の瑕疵が不存在事由を構成するか否かを改めて争うことが許されることとなり、会社運営の法的安定性を図ることができないように思われる。

係る結論の妥当性の観点も考慮して、私見としては、最高裁の結論、瑕疵連鎖肯定説が妥当である、と考える。

(4) 東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟1〔第3版〕』380-381頁（判例タイムズ社、2011）〔西村英樹ほか〕、垣内正編『裁判実務シリーズ6 会社訴訟の基礎』142-143頁（商事法務、2013）〔鈴木謙也〕等。また、瑕疵連鎖肯定説に依拠する裁判例として、東京高判平30年9月12日金判1553号17頁等。

(5) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）』38頁（有斐閣、1986）〔前田重行〕。

(6) 松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法（上）』185頁（有斐閣、1951）。

(7) 伊藤眞＝杉山悦子「株主総会決議取消しの訴え」伊藤眞ほか『民事訴訟法判例百選〔第3版〕』74-75頁（有斐閣、2003）。他に瑕疵連鎖否定説に立つものとして、例えば、高橋宏志『重点講義 民事訴訟法〔第2版補訂版〕』395頁（有斐閣、2013）等。

(8) 斗谷・前掲注（2）98頁。

(9) 最判昭和54年11月16日民集33巻7号709頁等。

3 後行決議の存在と先行決議の取消しの実益の有無

株主総会決議取消しの訴えをはじめとする形成の訴えは、法律の規定する要件を満たす限り、訴えの利益が認められる。しかしながら、形成の訴えの提起後、事実の経過等により、形成の訴えによって実現しようとした権利、法律関係の変動が生じた場合には、当該形成の訴えは事後的に訴えの利益を喪失するものと解される⁽¹⁰⁾。

最判令 2 年も、本件各取消請求の係属中、本件選挙 1、本件選挙 2 によって選任された理事及び監事が任期満了により退任し、そして、新たな理事及び監事が選任されるに至っているため、各取消請求の目的が時間の経過により成就した事案である。他方、本件選挙 3 は、本件選挙 1 によって選任された理事らが招集した通常総会において開催されたものである。この場合、瑕疵連鎖肯定説に依拠する限り、本件選挙 3 に瑕疵を生じさせるべく、選挙 1 を取り消す「実益」があると理解することとなるのであろうか。

(1) 瑕疵連鎖肯定説からの帰結？

先に述べた通り、瑕疵連鎖肯定説に依拠する場合には、先行決議を取り消す旨の判決の確定によって、実体法上、当該先行決議によって選任された役員らが招集した後行決議には瑕疵が生ずる。この場合、先行決議を取り消す旨の判決の確定が後攻決議に瑕疵を生じさせることをもって、先行決議を取消す「実益」がある（＝かかる瑕疵の発生もまた先行決議を取り消す旨の形成判決を求めるに足りる権利変動の 1 つである）と理解するのであれば、先行決議の取消しの訴えの係属中、当該決議において選任された役員が退任した場合でも、原告は、当該役員らが招集した後行決議の存在を主張すれば、特段の事情のない限り、先行決議の取消しの実益は消滅しない、という帰結がもたらされそうである⁽¹¹⁾。

しかしながら、最判令 2 年は、「事業協同組合の理事を選出する選挙の取消しを求める訴えに、同選挙が取り消されるべきものであることを理由として後任理事又は監事を選出する後行の選挙の効力を争う訴えが併合されている場合には、・・・先行の選挙の取消しを求める訴えの利益は消滅しないものと解するのが相当である」旨判示しており、後行決議の効力を争う訴えとの（訴えの追加的

(10) 新堂幸司『民事訴訟法〔第 6 版〕』281 頁（弘文堂、2019）、高橋・前掲注（7）390 頁等。

(11) 堤龍弥「訴訟要件（を基礎づける事実）の証明責任の分配」松本博之先生古稀記念論文集『民事手続法制の展開と手続原則』389 頁（弘文堂、2016）は、最判昭 45 年に関して、原告が総会決議取消しの訴えを提起した場合、被告会社がその後の事情変動により、その利益を欠くに至った事情を立証すれば、原告はそれにもかかわらず、形成の訴えの利益が消滅しない「特段の事情」について証明責任を負う、と分析する。

変更による）併合を必要の要件としている、と解する余地があるようにも思える。

そこで、以下、ある役員を選任した決議の効力を争う訴えの提起後、当該役員が退任し、かつ、新たな役員が選任された局面において、当該訴えの利益が消滅するか否か、関連する判例及び議論を参照しつつ、最判令2年の分析、検討を進めていくこととする。

（2）過去の先例の確認

1）最判昭45年

まず、役員選任の株主総会決議取消しの訴えの係属中に、当該役員がすべて退任し、かつ新たな役員が選任された場合における当該訴えの利益の帰趨を示したものと、最判昭和45年4月2日民集24巻4号223頁（以下、「最判昭45年」という。）がある。事案及び判旨は以下のとおりである。

【事案】

被告会社の株主たる原告が提起した、被告会社開催の株主総会における役員選任決議の取消しを求める訴えの係属中、当該決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によって新たな役員が選任された事案である。

【判旨】

「形成の訴は、法律の規定する要件を充たすかぎり、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、その利益を欠くに至る場合がある（当裁判所昭和三三年（オ）第一〇九七号同三十七年一月一九日第二小法廷判決、民集一六巻一号七六頁参照）。しかして、株主総会決議取消の訴は形成の訴であるが、役員選任の総会決議取消の訴が係属中、その決議に基づいて選任された取締役ら役員がすべて任期満了により退任し、その後の株主総会の決議によつて取締役ら役員が新たに選任され、その結果、取消を求める選任決議に基づく取締役ら役員がもはや現存しなくなつたときは、右の場合に該当するものとして、特別の事情のないかぎり、決議取消の訴は実益なきに帰し、訴の利益を欠くに至るものと解するを相当とする。」

最判昭45年は、当該事案において、原告が決議取消しの訴えが会社のためであることを何ら立証をしない以上、「特別の事情」を認めることはできないとした。

後述する最判平11年の事案との関係では、先行する訴えが株主総会決議取消しの訴えであった、という点が異なっており、他方、最判令2年の事案とは、後行する決議を争う訴えを併合提起していなかったという点で差異がある。⁽¹²⁾

(12) なお、後述する通り、最判令2年は、最判昭45年を引用していないが、斗谷・前掲注(2)99頁は、最判昭45年は、後行決議を併合提起して「瑕疵の連鎖」を主張しなかったがゆえに「特段の事情」を肯定することができなかった事案であると解説する。かかる解説に

2) 最判平11年

その後、最判平成11年3月25日民集53巻3号580頁（以下、「最判平11年」という。）は、先行決議不存在確認の訴えの係属中、当該役員がすべて退任し、かつ新たな役員が選任された場合において、当該訴えの利益（確認の利益）は喪失しない余地があることを明らかにした。事案及び判旨は以下の通りである。

〔事案〕

原告は、被告会社の株主であり、かつ昭和59年当時、同会社の取締役でもあった。しかしながら、原告は、同年59年5月12日に行われた取締役及び監査役の任期満了に伴う後任者を選任する株主総会決議（以下、「第一決議」という。）において後任者として選任されなかった。そこで、原告は、第一決議につき著しい手続上の瑕疵があるとして決議不存在確認の訴え提起した。その後も取締役や監査役の任期満了時あるいはその中途において、その選任のため、順次決議が行われたが、第二決議ないし第七決議はいずれも第一次決議が不存在であることから、第一次決議で選任された取締役は無権限者であり、その者により招集された株主総会における決議であるから不存在であるとして、いずれについても決議不存在確認の訴えを追加提起して第一次決議不存在確認の訴えに併合された。

〔判旨〕

「取締役及び監査役を選任する株主総会決議が存在しないことの確認を求める訴訟の係属中に、後の株主総会決議が適法に行われ、新たに取締役等が選任されたときは、特別の事情のない限り、先の株主総会決議の不存在確認を求める訴えの利益は消滅すると解される。

しかし、取締役を選任する先の株主総会の決議が存在するものとはいえない場合においては、その総会で選任されたと称する取締役によって構成される取締役会の招集決定に基づき右取締役会で選任された代表取締役が招集した後の株主総会において新たに取締役を選任する決議がされたとしても、その決議は、いわゆる全員出席総会においてされたなどの特段の事情がない限り、法律上存在しないものといわざるを得ず、この瑕疵が継続する限り、以後の株主総会において新たに取締役を選任することはできないこととなる（最高裁昭和六〇年（オ）第一五二九号平成二年四月一七日第三小法廷判決・民集四四巻三号五二六頁）。右は、後にされた決議が監査役を選任するものであっても、同様である。

そうすると、右のような事情の下で瑕疵が継続すると主張されている場合においては、後行決議の存否を決するためには先行決議の存否が先決問題となり、その判断をすることが不可欠である。先行決議と後行決議がこのような関係にある

よれば、最判令2年はまさに最判昭45年が指摘する「特段の事情」を満たす事案ということとなる。

場合において、先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているときは、後者について確認の利益があることはもとより、前者についても、民訴法一四五条一項の法意に照らし、当然に確認の利益が存するものとして、決議の存否の判断に既判力を及ぼし、紛争の根源を絶つことができるものと解すべきである。」

最判平11年は、結論として先行決議不存在確認の訴えの利益が維持されることを肯定したものであるが、「先行決議の不存在確認を求める訴えに後行決議の不存在確認を求める訴えが併合されているとき」との文言から、後行決議の効力を争う訴えとの併合を必要条件としている、とも分析することが可能である。すなわち、併合によって先行決議不存在確認を求める訴えが中間確認の訴えとして機能する結果、訴えの利益が喪失しない、というロジックを採用している、と分析することも可能であるため、後行決議不存在確認の訴えの提起の要否、併合の要否に関しては残された問題として議論されることとなった。

（3）学説の議論状況

1）広島高判平30年⁽¹³⁾以前の議論

最判令2年の原審である広島高判平30年⁽¹³⁾が現れる以前の議論としては、先行する決議の効力を争う訴え（特に先行決議不存在確認の訴え）の利益を維持するためには、後行決議の効力を争う訴えの併合提起が必要であるとする見解（以下、「併合必要説」とこれを不要とする見解（以下、「併合不要説」という。）とが主張されてきた。

（i）併合必要説⁽¹⁴⁾

併合必要説とは、先行決議の効力を争う訴え（特に先行決議不存在確認の訴え）の訴えの利益を維持するためには、後行決議不存在確認の訴え等の後行決議の効力を争う訴えを併合提起することが必要であるとする見解である。

係る見解には、訴えの利益の有無を判断する場合における基準の明確性を重視するもの⁽¹⁵⁾や最判平11年の事案に照らして、先行決議不存在確認の訴えは後行決議不存在確認の訴えと併合しなければ効果的な事案の解決を図ることはできなかったことを指摘するものが存在する。

（ii）併合不要説⁽¹⁶⁾

これに対して、併合不要説は、先行決議の効力を争う訴え（特に先行決議不存

(13) 広島高判平成30年12月11日74巻6号1584頁。以下、「広島高判平30年」という。

(14) 本間靖規「平成11年判批」民商121巻4＝5号667-668頁（2000）、西理「民事訴訟法上のいくつかの論点について（下）」判時2126号8-9頁（2011）が存在する。また、最判平2年の調査官も併合提起の必要性に関して言及している。

(15) 西・前掲注（14）8-9頁。

を確認の訴え)の訴えの利益を維持するためには、後行決議不存在確認の訴え等後行決議の効力を争う訴えを併合提起する必要はないとする見解である。

係る見解は、先行決議の効力を争う訴えを提起した原告の負担を重視する。すなわち、被告会社が訴訟戦略として審理を長期化させる可能性等に照らして、併合を要件とする⁽¹⁶⁾ことは原告の処分権主義⁽¹⁷⁾に対する制約となる、とする。

2) 広島高判平30年以降の議論

広島高判平30年が現れて以降、後行決議の効力を争う訴えの併合の可否に係る議論に関しては、先に述べた併合不要説、併合必要説のほか、併合は不要であるが、後行決議の効力を争う訴えの提起自体は必要であるとする見解(以下、「訴えの提起必要説」という。)も主張されるに至っている。以下、簡単に紹介する。

(i) 併合必要説

先に述べた通り、先行決議の効力を争う訴えにおいても基準の明確性を根拠として、後行決議の効力を争う訴えの併合提起を要求する。

(ii) 併合不要説

原告の処分権主義に対する制約、併合が事実上不可能な局面がありうること等を考慮して、後行決議の効力を争う訴えの併合提起を否定する。

(iii) 訴えの提起必要説

以上の見解に対して、先行決議の効力を争う訴えの利益を存続させるために、後行決議の効力を争う訴えの併合提起までは必要はないが、後行決議の効力を争う訴えの提起は必要であると解する見解である。

係る見解には、先行決議取消の訴えの実益がなお認められるのは、後行決議によって選任された現任役員を排除することにあるという理解を前提として、瑕疵が連鎖しているとしても、現実には裁判により解決すべき役員の地位に関する紛争が生じている必要があるとする見解⁽¹⁸⁾、最判令2年が先行決議の取り消す旨の判決の確定が先決問題である、とする判示を重視する見解⁽¹⁹⁾、先行決議を取り消しても後行決議は取消事由を帯びるに過ぎない場合には、提訴期間内に取消訴訟を提起しなければ、後行決議は確定的に有効になる結果、先行決議を取り消しても現在の取締役の地位に影響が生ずることはない⁽²⁰⁾と指摘する見解がある⁽²¹⁾。

(16) 八木一洋「平成11年判解」最高裁判所判例解説民事篇平成11年310-311頁。

(17) 八木・前掲注(16)310-311頁。

(18) 西・前掲注(14)8-9頁。

(19) 八木・前掲注(16)310-311頁、原・前掲注(1)6頁、川島・前掲注(1)196頁、田澤・前掲注(1)129頁等。

(20) 吉本健一「本件原審判批」金商1577号5頁(2019)。

(21) 小林・前掲注(1)66頁。

(22) 田中亘「金沢地判平31年判批」ジュリ1551号105頁(2020)。

いずれも先行決議の効力を争う訴えの利益が後行決議の存在に依存することから、後行決議の効力を争う訴えの提起を必要とするが、他方で原告の負担や併合が事実上不可能である場合がありうることを指摘して、併合までは不要とする。

（４）最判令2年の分析—後行決議を争う訴えの提起、併合の要否

以上の議論を概観すると、後行決議の瑕疵を争う訴えの提起、併合の要否は、先行決議の取り消しの「実益」を維持させるために、後行決議の効力を争う原告の意思の表明としてどの程度の訴訟行為が必要であるのか（後行決議の存在及び瑕疵の連鎖の主張のみで足りるのか、後行決議の効力を争う訴えの提起が必要となるのか）という観点、そして、後行決議の効力を争う訴えの提起ないし併合提起を要求する場合に原告側に生ずる不都合の観点から分析、検討されていると評価することができる。

そして、原告の意思の表明としていかなる訴訟行為が必要であるのかという問題について検討するにあたっては、先行決議を取り消す「実益」の内実を分析することが有益であると考えられる。上述した各見解は、大別して、①後行決議の瑕疵を生じさせる点に先行決議取消しの訴えの「実益」があると理解する、②後行決議において主張しうる攻撃方法を創設する点に先行決議取消しの訴えの「実益」があると理解する、③後行決議の効力を争う訴えにおける一種の中間確認の訴えとして機能する点に先行選挙取消しの訴えの「実益」を見出す、という3類型に分類できるように思われる。以上を前提として、後行決議の効力を争う訴えの提起の要否の問題につき、まずは検討することとする。

1) 後行決議の効力を争う訴えの提起の要否

確かに瑕疵連鎖肯定説に依拠する限り、先行決議を取り消す旨の判決が確定した場合には、実体法上、後行決議に瑕疵が生ずることとなる。しかしながら、先行決議を取り消す旨の判決はそれ単体で後行決議の有効性に係る紛争を決着させることができるわけではない。とりわけ先行決議を取り消す旨の判決が確定したとしても、後行決議に取消事由としての瑕疵を生じさせるにすぎない場合には、出訴期間3カ月以内に後行決議を取り消す訴えを提起しなければ、当該後行決議の瑕疵は事実上治癒されてしまうのであるから、先行決議に係る取消判決は無意味なものとなってしまうこととなる。先行決議を取り消す旨の判決は、後行決議

(23) 先行決議を取り消す旨の判決の確定によって、後行決議の不存在事由としての瑕疵が生ずる場合には、後行決議の効力が消滅することをもって先行決議を取り消す「実益」があると分析する余地もあろう。田中・前掲注(22)105頁は、先行決議の取消しが後行決議の取消事由を構成する場合には、後行決議取消訴訟の提起を必要とする反面、不存在事由を構成する場合には、不存在決議は確定判決を経なくとも当然に不存在であること等を根拠として、この場合、後行決議不存在確認訴訟を提起する必要はない、と指摘する。

の効力を争う訴えを提起した段階ではじめてその有意義性が認められる、と解するのが相当である。したがって、後行決議の瑕疵を生じさせる点に先行決議取消しの訴えの「実益」があると理解することは困難であろう。

むしろ、先行決議を取り消す実益は、後行決議を争う訴訟を提起した際、その訴訟において提出しうる攻撃方法（瑕疵）を作出する、という訴訟法的な側面にこそある、と考えられよう。かかる訴訟法的な側面において取消しの「実益」を肯定するのであれば、後行決議の有効性如何につき既判力あるいは形成力ある判断を求める申立てがあってはじめて、先行決議の遡及的無効を後行決議の効力を否定するための攻撃方法として利用する原告の意思が顕在化すると評価できる。したがって、少なくとも後行決議を争う訴訟を提起することなくして後攻決議の瑕疵を争う意思が表明されたと評価することはできないであろう。

これに対して、後行決議の効力を争う訴えの提起を先行決議の効力を争う訴えの利益を維持するための要件として理解することは、原告の処分権主義に対する制約であり、また、後行決議を単独で提起したとしても、先行決議を取り消す旨の判決が確定しない限り、後行決議は請求棄却となる以上、原告に負け戦をし得ることとなる、との批判がありうる⁽²⁴⁾。かかる批判に関しては、以下の併合の要否において検討することとする。

2) 後行決議の効力を争う訴えの併合の要否

それでは、後行決議を提起する際、当該後行決議を争う訴えを先行決議と併合する必要はあるのであろうか。すなわち、当該後行決議を争う場合、訴えの追加的変更という手続を採る必要があるのか否か、以下、①先行決議を取り消す旨の判決が空振りとなる可能性、②後行決議の効力を争う訴えが重複起訴に該当する可能性、③後行決議の効力を争う訴えの併合強制を認めることによる弊害の観点から分析、検討することとする。

(i) 先行決議を取り消す旨の判決が空振りとなる可能性

先行する決議が取り消されたことが後行決議の先決的要件として機能するためには、後行決議の効力を争う訴えについて決着がつく「前」に先行決議を取り消す旨の判決が確定しなければならない。なぜなら、先行決議を取り消す旨の判決が確定しない限り、後行決議の効力を争う訴えにおいて、後行決議の効力の1つとして、後行決議を招集した役員を選任する先行決議が（遡及的に）無効である

なお、少なくとも本判決は、「瑕疵」と表現するにとどまるため、本報告でも「瑕疵を生じさせる点」と表現することとする。なお、本判決が表現する「瑕疵」が不存在事由に当たるか否かは不明であることを指摘するものとして、高橋美香ほか『会社法【第3版】』157頁（弘文堂、2020）。

(24) 田中・前掲注(22)105頁。

ことを主張することは不可能であるからである⁽²⁵⁾。

しかしながら、先行決議の効力を争う訴えと後行決議の効力を争う訴えを別々に提起する場合、先行決議を取り消す旨の判決が確定した後に、すなわち、先行決議が適法的に無効となった後に、後行決議の効力を争う訴えにおいてその無効を前提として後行決議の効力を争う、という順序となるとは限らない。基本的には、既に係属している先行決議の効力を争う訴えが先に決着し、その既判力ある判断や形成力が事後的に提起された後行決議の効力を争う訴えの先決的前提となると考えられるが、前者が後者よりも先に決着する、という前後関係は論理必然的に導かれるものではない。そうであるとすれば、理論的には後行決議の効力を争う訴えが先行決議の効力を争う訴えよりも先に決着し、結果として、先行決議の取り消す旨の判決が空振りとなる可能性を否定することはできない、ということとなる。

(ii) 後行決議の効力を争う訴えが重複起訴に該当する可能性

また、後行決議の効力を争う訴えを単体で提起する場合、当該訴えの重複起訴該当性が問題となりうる、と思われる⁽²⁶⁾。なぜなら、最判令2年が指摘する通り、「理事を選出する先行の選挙が取り消されるべきものであるか否かが後行の選挙の効力の先決問題」となるからである。したがって、先行決議の効力を争う訴えの係属中、別途後行決議の効力を争う訴えを提起した場合、判決の矛盾抵触の可能性が生じうる。例えば、先行決議取消し訴えの係属中、後行決議取消しの訴えが提起されたところ、後行決議取消しの訴えに関して取消事由はないものとして原告の請求を棄却する判決が確定し、その後、先行決議取消の訴えにつき原告の請求を認容する判決が確定してしまった場合、矛盾する判決が出現していることとなる。

係る重複起訴該当性に関して、前訴と後訴が先決後決関係にあるに過ぎない場合には、民事訴訟法142条は適用されない、との指摘がある⁽²⁷⁾。係る先決関係が既判力ある判断の矛盾抵触として問題となる論理的前提としては、前訴の判決が後訴の判決よりも先に確定することが必要である以上、双方の訴えが係属している段階ではかかる前提を充足することができるか否か明らかではないからであると考えられる。

(25) 東京高判平30年9月12日金判1553号17頁参照。

(26) 吉本・前掲注(20)5頁は、先行決議の効力を争う訴えと後行決議の効力を争う訴えとが別個の審理される場合には、それぞれの判決の内容が矛盾するおそれがあることを指摘する。

(27) 新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法5』233頁（有斐閣、1998）、菊井維大＝村松俊夫『全訂民事訴訟法Ⅱ』152頁（日本評論社、1989）。

しかしながら、株主総会決議取消しの訴えにおいては、これを認容する判決は形成力を有し、かつその既判力も当事者のみならず、第三者に対してもその効力が生ずる以上、上記指摘の場合と同様に考えることはできない。例えば、上記の例においては、原告たる株主と被告会社との間においては、後行決議の取消事由の不存在が既判力をもって確定されているにもかかわらず、当事者以外の第三者との関係では、先行決議を取り消す旨の判決が確定している結果、後行決議も不存在ないし少なくとも取消事由が存在することとなり、会社関係訴訟における手続の安定性が著しく害されることとなる。

(iii) 後行決議の効力を争う訴えの併合強制を認めることによる弊害

他方、後行決議の効力を争う訴えの併合強制を認める弊害も少なくない。すなわち、併合提起を要件とすると、被告会社に対して、原告の負担で訴訟の簡潔を引き延ばし「消耗戦」に持ち込む手段を与えてしまいかねない。また、そもそも、先行決議の効力を争う訴えが控訴審に係属している、あるいは第1審に係属していても弁論終結に近い場合には、先行決議の効力を争う訴えと後行決議の効力を争う訴えとを併合することはできないのではないかと、との指摘もある⁽²⁸⁾。

もっとも、先行決議の効力を争う訴えが控訴審に係属していたとしても、原告は、訴えの追加的変更⁽³⁰⁾を利用することによって後行決議の効力を争う訴えを併合提起することは可能である。他方で、係る制度を利用することによって併合提起すること自体は可能であるとしても、原告としては、第一審において後行決議の効力を争う訴えに係る請求の当否を審理、判断を求めることができない、すなわち、審級の利益を喪失する、という不都合を抱えてしまう。特に、原告が後行決議の効力を争う訴えとして、不存在確認の訴えを併合提起した場合において、これを棄却する判決が確定してしまうと、原告は、先行決議の取消事由の他、後行決議固有の攻撃方法（不存在事由を肯定する瑕疵）までも確定判決によって遮断される結果となりかねない。

また、訴えの追加的変更は、著しく訴訟手続を遅滞させる場合には利用することができない（民訴143条1項）。したがって、後行決議の効力を争う訴えを提起する時期や当該訴えにおいて更に主張しようとする攻撃方法（瑕疵の主張）如何

(28) 八木・前掲注(16) 310-311頁。

(29) 吉本・前掲注(20) 9頁、田中・前掲注(22) 105頁。

(30) ただし、法律審である上告審における訴えの変更は原則として許されない。他方、上告審において訴えの変更を認めるものとして、最判昭61年4月11日民集40巻3号558頁（債権者に対して債権の履行を求める給付訴訟の係属中、債務者が破産した結果、当該訴訟を破産管財人が受継したため、債権者が当該訴訟を破産債権確定訴訟に変更を求めた事案）が存在する。

によっては「著しく訴訟手続を遅滞させる」と認定される可能性も否定することはできない。

4 結論

以上の分析、検討によれば、原告の後行決議の効力を争う訴えを提起することが先行決議取消しの訴えの利益の維持のために必要であると考えられる限り、原則として、後行決議の効力を争う訴えの併合提起は必要であると考えられるべきであろう。なぜなら、先行決議を取り消す旨の判決の確定が後行決議の効力を争う訴えに係る判決の確定よりも先決する、という論理的前提が保証されなければ、先行決議を取り消す旨の判決は無意味となるばかりでなく、判決の矛盾といった弊害すら生じさせる可能性があるからである。

上記弊害に関しては、後行決議の効力を争う訴えを後行決議不存在確認の訴えではなく、後行決議取消しの訴えとして提起すれば回避することが可能であるように思われる。すなわち、この場合、仮に請求棄却判決が言い渡されたとしても、当該取消事由の不存在に関するのみ既判力が生ずるに過ぎないから、他の取消事由に関しても主張することが可能となるからである。

なお、被告会社が訴訟戦略として後行決議の開催を遅滞させる等した結果、原告による後行決議の効力を争う訴えの追加的併合が不可能となった場合には、最判昭45年が指摘する「特段の事情」が存在するものとして、後行決議の効力を争う訴えを併合提起せずとも、瑕疵の連鎖を主張するだけで訴えの利益を維持することができる、というべきである。すなわち、最判昭45年は、先行決議の効力を争う訴え単体で訴えの利益が喪失しない余地を肯定した判例であり、他方、最判令2年は、後行決議の効力を争う訴えを併合提起した場合、原則として、先行決議取消しの訴えの利益が喪失しないことを示した判例であると位置づけることができよう。

したがって、瑕疵の連鎖が認められる局面において、原告は、後行決議の効力を争う訴え（後行決議取消しの訴え）を併合提起するか、あるいは、「特段の事情」（併合提起することができない事情）を証明することによって、先行決議の効力を争う訴えの利益を維持することができることとなる。後行決議の効力を争う訴えを提起する場合には、先行決議の効力を争う訴えと後行決議の効力を争う訴え、それぞれの判決の順序を保証することができるよう、最判令2年の事案と同様、先行決議が「取り消されるべきものであること」を理由（条件）とする後行決議の効力を争う訴えを提起することとなる⁽³¹⁾。

(31) かかる条件付きの後行決議が併合された場合、裁判所は、先行決議の効力を争う訴えと後行決議の効力を争う訴えの弁論を分離することはできなくなるというべきである。かかる

第 4 本稿の結論及び残された課題

1 本稿の結論

本稿は、後行決議を争う訴えの提起の要否及び併合の要否を中心として最判令 2 年に関して一定の分析、考察を行った。本稿は、先行決議の効力を争う訴えの係属中、当該決議によって選任された役員が退任し、かつ後行決議において新たな役員が選任された場合、原則として、先行決議の効力を争う訴えに訴えの追加的変更によって後行決議の効力を争う訴えを併合提起しなければ、先行決議の効力を争う訴えの利益は事後的に喪失する、と結論付けた。以下、その根拠を簡単に確認しておくこととする。

まず、後行決議を争う訴えを提起しなければならないと解する根拠は、先行決議を争う訴えの「実益」の内容にある。すなわち、先行決議の効力を争う訴えの係属中、当該決議によって選任された役員が退任し、かつ後行決議において新たな役員が選任された場合、先行決議を取り消す実益は、後行決議の効力を争う訴えにおいて原告が提出しうる攻撃方法を作成することにある。そのため、原告としては、先行決議の効力を争う訴えの利益を維持するためには、後行決議の存在や瑕疵の連鎖を主張するだけでは足りず、後行決議の効力如何に関して既判力ないし形成力ある判断を求める申立て、すなわち、後行決議の効力を争う訴えの提起が必要となる。

また、後行決議の効力を争う訴えを併合提起しなければならないと解する根拠は以下の 2 つである。1 つ目の根拠は、先行決議を取り消す旨の判決が無意味となる可能性を考慮することによる。すなわち、先行する決議が取り消されたことが後行決議の先決的要件として問題となりうるためには、後行決議の効力を争う訴えについて決着がつく前に先行決議を取り消す旨の判決が確定しなければならないが、後行決議の効力を争う訴えを併合提起せず、単体で訴えを提起した場合、この順序が保障されないため、先行決議を取り消す旨の判決が無意味となる可能性を否定することはできないからである。2 つ目の根拠は、後行決議の効力を争う訴えを単体で提起した場合、先行決議の効力を争う訴えに係る判決と後行決議の効力を争う訴えに係る判決とが矛盾する可能性があることによる。

もっとも、いかなる場合においても先行決議の効力を争う訴えを併合提起しなければならないわけではない。すなわち、事実上併合が不可能である場合（例え

弁論分離の禁止によって、各判決の論理的順序の問題と重複起訴の問題が解消されることとなる。なお、かかる「条件」によって弁論分離の禁止を実現するものとして、例えば、最判令平成18年4月14日60巻4号1497頁。

ば、民事訴訟法143条1項）には、「特段の事情」が存在するものとして、先行決議の効力を争う訴えの利益は否定されないと解すべきである。最判昭45年は、先行決議の効力を争う訴え単体でも、すなわち、後行決議の効力を争う訴えを併合提起せずとも、先行決議の効力を争う訴えの利益が否定されない局面がありうるケースがあることを示した判例であるということとなる。

2 残された問題

以上、本稿においては、先行決議の効力を争う訴えの係属中、当該決議によって選任された役員が退任し、かつ後行決議において新たな役員が選任された場合、瑕疵の連鎖を肯定することができるとしても、原則として、原告は、訴えの追加的変更によって後行決議の効力を争う訴えを併合しなければならないことを明らかにした。

しかしながら、本稿においては、先行決議の効力を争う訴えの係属中、先行決議によって選任された役員が退任した局面において、当該役員が既に受け取った報酬の返還を求める訴えを原告が併合提起した場合、先行決議の効力を争う訴えの利益は消滅するか否か、という問題に関しては検討することができていない⁽³²⁾。

また、本稿は、最判昭45年が示す通り、「特段の事情」が存在する場合には、後行決議の効力を争う訴えを併合提起することなくして、先行決議の効力を争う訴えの利益が否定されない余地も認めるものの、いかなる場合に、「特段の事情」が肯定されるのか、その内容を十分に詰め切ることができていない。

以上2つの点に関しては、今後の検討課題として引き続き分析、検討を続けていくこととしたい。

(32) この局面においては、先行決議が取り消されたか否かは、報酬の返還を求める後訴の論理的な先決関係にあるわけではない。なぜなら、報酬の返還を求める際に先行決議を取り消す必要性は必ずしも存在しないからである。