

## 株主総会決議の取消しの訴え

### 取締役会による有効な 招集決議のない場合

大阪地方裁判所平成三〇年九月二十五日判決金融・商事  
判例一五五三号五九頁

近藤 光男

#### （事実の概要）

Y会社の株主であるXが、Y会社において平成二九年九月二十九日に開催された定時株主総会（本件株主総会）の継続に瑕疵があったとして、本件株主総会における取締役選任決議の取消しを請求した事案である。

Y会社は、不動産の賃貸並びに管理運営などを目的とする株式会社であり、取締役会設置会社であるが、同社の定

株主総会決議の取消しの訴え

款には、取締役会の定足数や決議要件についての定めはなかった。

本件株主総会開催当時、Y会社の登記上には、取締役として、G、F及びEの三名が記載されていた。しかし、Eはすでに死亡していたため、当時のY会社の取締役はG及びFの二名であった。Xは、Aの配偶者であった。XとAとの間には長男B及び長女Cがいる。Aの父D及び母Eとの間には、Aのほか、長女F及び二男であるY会社代表者Gがいる。Gの配偶者はHである。

Gは、平成二九年九月一日、自ら及び監査役のHを出席者とするY会社の取締役会（本件取締役会）を開催し、同会において本件株主総会を開催する旨の決議（本件取締役会決議）をした。

Y会社では、平成二九年九月二十九日本件株主総会が開催された。本件株主総会の時点で、B及びCは、その議決権を行使する権限の一切をXに委任する旨の委任状をY会社に提出した。本件株主総会には、G及びXが出席した。本件株主総会において、G及びHをY会社の取締役に重任又は再任（ママ）する議案（第二号議案及び第三号議案）について、Gは賛成した一方、Xは反対の意思を表明した結果、本件株主総会において、G及びHをY会社の取締役に

五九

選任する旨の決議（本件決議）がされた。

本件株主総会に係る基準日は平成二九年七月三十一日であり、同日時点でのY会社の発行済株式総数は二〇〇株であり、そのうち、Gが一〇株、Xが三〇株、Bが二五株及びCが二五株をそれぞれ保有していた。

なお、X代理人は、Y会社に対し、平成二九年七月三十一日頃、会社法三〇三条に基づき、X及びCをY会社の取締役を選任する旨の議案を提案した。Gは本件取締役会において、Xの提案した上記議案について、第五号議案として本件株主総会に付議する旨の決議をした。また、X代理人は、平成二九年一〇月一日には、Y会社に対し、本件株主総会招集のための取締役会が適法に開かれたか否かを確認する目的で、本件取締役会の議事録開示請求をした。

本件の主要な争点は、（争点一）本件株主総会の招集手続に瑕疵があるか、（争点二）仮に（争点一）で瑕疵があるとしても、本件決議が株主全員による決議であることにより（争点一）の瑕疵が治癒されるといえるか、（争点三）本件決議の取消請求について裁量により棄却すべきか、である。

なお、Xは、本件決議の瑕疵として、ほかに、Gが本件株主総会を招集した本件取締役会にFが出席しなかったこ

とを、本件株主総会でXに対し説明しなかった点について、説明義務違反がある旨主張している。

### （判旨）

#### 一 争点一について

「本件取締役会決議の時点で、Y会社の取締役はG及びFの二名であったにもかかわらず、同決議は、取締役にいてG一名のみが出席してされたものである。本件取締役会決議は、出席者及び議案への賛成者の数が、いずれも取締役会の法定の最低員数である三名（会社法三二一条五項）の過半数（同法三六九条一項）である二名に満たないものだったといえる。よって、本件取締役会決議は、その定足数を満たしておらず、軽微でない瑕疵があるから無効というべきである。」

「Fが、招集通知の内容について反対していなかったことを認めるに足りる証拠はなく、——、本件取締役会決議は、定足数不足により無効であって、本件株主総会の招集手続には、Gが取締役会の決議に基づかず招集した瑕疵が認められ、法令違反（会社法八三一条一項一号）があるといえる。」

## 二 争点二について

「確かに、本件株主総会では、Xを含む全株主が、出席し又はXに対して委任してそれぞれその議決権を行使し、X及びCをY会社の取締役を選任する旨のXの株主提案が付議されるなど、Xらの意見にも一応配慮して議事が進行されていたといえる。

しかし、Xは、Gが提出した本件決議に係る議案について反対し、かつ、本件株主総会の約二週間後には、代理人を通じてその招集のための本件取締役会の議事録開示請求をしており、これらの事実を照らすと、Xが、本件株主総会の当時、本件取締役会に瑕疵があることを認識しつつ本件株主総会の開催に同意していたと認めすることはできない。また、――、B及びCは、Y会社に対して委任状を提出した際、本件取締役会に瑕疵があることを認識しつつ本件株主総会の開催に同意していたと認めすることはできない。そうすると、たとえXが本件株主総会に出席し、またB及びCがY会社に対して委任状を提出していたとしても、本件株主総会が全員出席総会であるとして招集手続の瑕疵が治癒されるということとはできないというべきである。

Y会社は、全員出席総会で、株主全員が株主総会の議題について検討し熟考する機会を不要と判断した場合は、同

株主総会決議の取消しの訴え

株主総会の招集手続の瑕疵が治癒される旨の主張をするが、そもそも本件でXらが本件株主総会の議題の検討・熟考の機会を不要と判断したものと認めすることはできないのであって、Y会社の上記主張を採用することができない。」

## 三 争点三について

「本件株主総会で問題となっている瑕疵は、その招集を決定した本件取締役会決議に定足数不足の瑕疵があり、よって、代表取締役であるGが、取締役会の決議に基づかずに本件株主総会を招集した、というものである。そして、会社法が、取締役会設置会社において取締役会に株主総会の目的たる事項などを定める招集決定の権限を与える（会社法二九八条一項各号、四項）趣旨は、取締役会設置会社において当該会社の業務執行の決定権限が取締役会に与えられ（会社法三六二条二項二号）、これにより、取締役会が代表取締役の業務の執行を監督することが予定されていることに照らし、当該株式会社の重要な意思決定機関である株主総会に提出される議案などの目的たる事項の決定についても、取締役会の意思に係らしめるといえるものである。

また、本件株主総会では、Fも出席した上で本件取締役会が開かれていれば、GとFとの議論によって取締役会にお

いて定める「株主総会の目的である事項」(会社法二九八条一項二号)が、本件株主総会と異なるものとなった可能性も否定することができない。そうすると、Gが取締役会決議に基づかず本件株主総会を招集したという招集手続の瑕疵は、重大でないということができず、また、決議に影響を及ぼさないということもできない。

したがって、本件請求について、会社法八三一条一項を適用して裁量により棄却することはできず、Y会社の主張には理由がない。」

### (評釈)

#### 一 本件の争点

本件は、代表取締役であるGによって、適法な取締役会決議を経ることなく株主総会が招集されており、招集手続きに法令違反があったことを理由に総会決議の取り消しを求められた事案である。

Y会社は取締役会設置会社であり、総会を招集するのは代表取締役であるが、招集するに当たっては、取締役会の決議が必要となる(二九八条四項)。取締役会の決議がなければ総会決議取消の事由のうち総会の招集手続きの法令違反(八三一条一項一号)となる。

そもそも二九八条四項の趣旨は、取締役会設置会社においては、会社の重要な意思決定機関である株主総会に提出される議題や議案などの事項の決定について、業務執行決定・監督機関である取締役会の意思に係らしめることにあると思われる。本件判旨も、「取締役会が代表取締役の業務の執行を監督することが予定されていることに照らし、当該株式会社の重要な意思決定機関である株主総会に提出される議案などの目的たる事項の決定についても、取締役会の意思に係らしめる」としているが、これと同じ趣旨と思われる。<sup>①</sup>いずれにしても、業務執行の決定・監督機関である取締役会が招集を決定し、業務執行機関である代表取締役が招集するということが法の建前になっている。

古くは取締役会決議が会社の内部意思決定に過ぎないことを理由に、それを欠くという瑕疵は取消原因にはならないとの裁判例もあつたが、<sup>②</sup>通説・判例は招集についての決議は、招集手続きを行う上での基本的前提であり、その欠缺は取消原因となると解されてきた。<sup>③</sup>ただし、本件のように代表取締役が招集する限り、取締役会決議がなくても、総会決議は不存在とはならないと解されてきた。例えば、佐賀地判昭和三四年二月一九日下民集一〇卷二二三三三頁では、「株主総会を招集する旨の取締役会の決議は株式会

社の内部的の意思決定に過ぎないので、しかも右決議の有無は外部からは容易に知り得ないのであつて後記認定の通り取消原因の判断の対象となり得るが取締役会の決議がないことを以て株主総会の決議が不存在であると解することは出来ない」と判示する。<sup>(4)</sup> 会社を代表する者によつて招集される以上、株主や第三者の信頼が生じるのであり、原則として総会の存在を認めるべきであるからである。<sup>(5)</sup> 一方、最高裁判決には、取締役会決議を経ることなくかつ代表取締役でない者により招集された総会決議が不存在とされたものがある。<sup>(6)</sup>

いずれにしても、総会決議を有効に行うには、招集について取締役会決議が適法になされていなければならない。取締役会の決議は、取締役が欠員がある場合でも法定の最低員数である三名を基準に定足数が決まる。<sup>(7)</sup> したがつて、Y会社のように現員二名のときも定足数は二名となる。これを満たしていなければ取締役会決議は無効となる。本件では取締役であるG及びFのうち、G一名で総会招集を決めていたのであり、当該取締役会決議は無効である。<sup>(8)</sup>

これに対して、会社法は例外として、株主全員が同意すれば総会の招集の手続きなしで有効に総会を開催できる旨を規定する(三〇〇条)。招集通知は、会議の目的を株主

株主総会決議の取消しの訴え

に知らせて、出席の準備と機会を確保することを目的とすることから、株主が利益を放棄することは可能である。しかし、本件ではそのような同意があつたとも認定されていない。さらに、三〇〇条は、「前条の規定にかかわらず」としており、株主全員の同意がある場合に、二九九条のみの排除を規定しているのであり、二九八条を排除するものではない。この点については、平成一七年改正前の商法二三六条は、「招集の手続きを経ずして」総会を開くことができる」と規定していたのをあえて変更していることを重視すべきであろう。つまり、仮に三〇〇条に言う株主全員の同意があつても、取締役会の決定を不要とすることはできないのであり、本件はやはり瑕疵のある総会決議となる。<sup>(9)</sup>

それでは、本件決議が株主全員出席による決議であることにより、招集手続きの瑕疵が治癒されないのであろうか。従来、たとえば招集通知がなくても、全員出席総会であれば、総会決議は有効と解されてきた。家族的な株式会社にあつては、形式的な招集通知がなくても、すべての株主が決議事項を知つて集合することもありうべく、かつ招集に関する瑕疵も、すべての株主が異議をとめない限り、これを問題とする必要がないからであるとされた。<sup>(10)</sup> しかし、そうであれば、株主総会の手続きに様々な瑕疵があつても

六三三

(例えば代表取締役による招集行為がないとき、招集を決定する取締役会決議がないとき、招集通知がないとき)、全員出席によってそれが治癒されるのが問題となる。本件では、委任状提出株主を含めれば全員出席総会といえる。そこで、たとえ総会の招集を決定する取締役会決議に瑕疵があつても、総会決議は有効となるのが争点となる。確かに小規模会社においては、必ずしも会社法通りの手続きや決議を行われないことも珍しくなく、その場合でも結果の妥当性に配慮して裁判所によって柔軟な解決がはかれることは多い。全員出席総会もそのような場面で使われることが少なくない。

## 二 従来の全員出席総会に関する裁判例

ここで、全員出席総会について言及している裁判例を概観してみよう。全員出席総会に言及する裁判例は、昭和七年以降少なくないが、具体的に要件・効果について述べているもの、あるいは興味深いものを中心に挙げてみたい。<sup>(1)</sup>

大判昭和七年二月二日民集一一卷二〇七頁

「株主ノ会合ハ取締役、監査役其ノ他ノ招集権限アル者ノ招集ニ因リタル会合ニ非サルコト明ナリ然ラハ該会合ハ

縱令株主ノ全部之ニ出席スルモ単純ナル株主ノ会合ニ止リ株主總會タルコトヲ得サルヲ以テ該会合ニ於テモシタル決議ハ株式会社ノ機関タル株主總會ノ決議タルコトヲ得サルモノニシテ法律上当然無効ナリト做ササルヘラカス」  
\* 招集権限のない者の招集に基づく株主の会合は、仮に株主の全員が出席しても株主総会ということではできないとしている。ただし、ここに招集権者が同席していたならば結論は異なるとも考えられる。

東京地判昭和三十一年二月二日商事六四号七頁

「商法が株主總會の招集について前記のような通知書を各株主に發送すべきものとしたのは主として株主の利益を保護せんとする趣旨に出たものであつて、全株主がこの利益を放棄し總會で異議なく決議を行った場合に、これを無効若しくは取り消し得べきものとする理由はないからである。」

\* 全員出席総会においては、株主が出席することで招集通知の利益を放棄したものと理解して、決議を有効と考えられている。

大阪地判昭和三十九年六月一九日判時三七九号四三頁

「原告らは右株主総会は招集手続を欠くから不存在であると主張し、右招集のための取締役会が開かれておらず、株主に対する招集通知もなかつたことは被告及び補助参加人らも認めるところであり、これに反する証拠はない。

——いわゆる全員出席総会が許されるかどうかについては争いのあるところであるが、株主総会に招集の手続を要するとした法の趣旨は、全株主に株主総会の議事及び議決に参加するための準備をした上で、これに出席する機会を与え、もつて株主の利益を保護しようとするところにあるから、その開催の日時場所とか方法が異常なものでない限り、全株主が準備の機会を放棄する意味で開催に同意して現に出席した上株主総会を開き、決議が行われた場合にまで、右決議を無効あるいは取消しうべきものとする理由はなく、そのような決議も有効であると解する。」

\* 招集通知も欠けているし、招集の取締役会決議もなされていない総会決議について、全株主が準備の機会を放棄する意味で開催に同意して出席したことから有効と解した。

大分地判昭和四七年三月三〇日判時六六五号九〇頁

「兄弟親らがY社の株主であるかには拘りなく集まったものであること、この集まりでは主としてA、BがXを責

株主総会決議の取消しの訴え

問、説得し、XがY社より退く条件が話合われたが合意が成立するには至らなかったこと、AはY社の株主ではないこと、この集まりでは通常株主総会でなされる決算書類の承認はなされず、また議長も存しなかったこと、取締役選任についての討議もなされなかったこと、少なくともXは株主総会としての討議がなされることに同意していなかったことが認められ、これらの事実によると右の集まりは単なる親族の集まりであると推認され、本件全証拠によるものが株主総会として開催されたものとは認められない。」

\* この判決では、たとえ全株主が参加していても、有効な決議とならない場合を示している。裁判所が株主総会として認めない理由として、種々の点を挙げているが、株主以外の者が参加していることを挙げている点が興味深い。

最判昭和六〇年一月二〇日民集三九卷八号一八六九頁

「商法が、二二一条以下の規定により、株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによって、これに対する出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与える

六五



ことを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集の手續を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議をしたときには、右決議は有効に成立するものといふべきであり（最高裁判昭和四三年（オ）第八二六号同四六年六月二四日第一小法廷判決・民集二五卷四号五九六頁参照）、また、株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することにより株主全員が出席したこととなる右総会において決議がされたときには、右株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が右会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、右決議は、有効に成立するものと解すべきである。」

\*この事件では、全員出席総会といつても一部の株主が代理人を通じて出席していた。判旨は、議題を知った上で委任状作成を求める。たしかに議題も知らずに委任状を提出した場合には、全員出席総会で株主は出席の機会は確保されても、準備の機会あるいは議題の検討の機会は確保されないと考えられる。すなわち最高裁判決からは、白紙委任では、全員出席総会は成立しないことになる。もっとも、会社法では取締役会設置会社でなければ通知による議

題の制約がない（三〇九条五項）こととの関連が問題になる。

最判平成二年四月一七日民集四四卷三号五二六頁

「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。」

\*先行する総会決議が不存在であると、その結果適法な取締役会を構成することができなくなり、瑕疵が連鎖し後行の総会決議も瑕疵を帯びる。しかし、後行の総会決議が全員出席総会によってなされるのであれば、たとえ正当な取締役会による招集決定がなくても、あるいは正当な代表取締役による招集がなくても有効となると、この最高裁判決は解することができそうである。



大阪地判平成五年一〇月二七日労働経済判例速報一五一  
五号二〇頁

「出席者が右会議を株主総会であると認識して出席したものであるとは認められないこと、被告は、株主総会を開催した場合には議事録を作成していたのに（書証略）、右会議については議事録を作成していないこと、右会議では、出席者の中で株主として議決権を有する者とそれ以外の者とを区別することなく議事が進められ、出席者全員が株主であるか否かを区別されることなく会議の決定に参加しており、右会議が株主総会としてその議事が運営されたものとは認められないこと及び被告代表者尋問の結果に照らせば、右会議は、被告会社の機関としての株主総会として開催されたものとは認められずその出席者は、右会議が株主総会であると認識し株主総会として開催されることに同意して出席したものと認められないのであるから、仮に、その出席者の中に被告の株主全員が含まれていたと認められるとしても、その決議が株主総会の決議としての効力を有するものではないというべきである。」

\* 株主が全員出席していたが、株主総会の開催とは認められなかった。株主が株主総会として認識して参加していなければ有効な決議はできないものと考えられる。

株主総会決議の取消しの訴え

広島地判平成六年十一月二十九日判タ八八四号二三〇頁  
「株主総会の招集は、原則として、取締役会の決議に基づき、代表取締役がこれをなす必要がある（商法三三二条）

ところ、これらの要件をともに欠く株主総会は法律上の株主総会ということとはできず、そこで決議がなされても法律上の決議として存在したものとすることはできない。もっとも、右のような招集に関する要件を欠く場合でも、株主全員が出席して開催に同意すれば、法律上の株主総会として成立するものと解すべきである。また、代理人による出席の場合でも、会議の目的となる事項を了知して委任したものであり、決議が右事項の範囲内である限り、右の意味での全員出席総会に該当するものと解すべきである。

本件の場合、問題となった二回の株主総会のいずれについても、これらの招集を決定する取締役会の決議が有効に存在したと認めるに足る確な証拠はなく――、また、平成二年六月七日開催の株主総会が当時の代表取締役である原告の招集によるものでないことは明らかである――。しかしながら、前記のとおり、二回とも株主の全員が出席して総会が開催されており、しかも、代理人に委任した株主にも会議の目的は了知されており、その範囲内で決議がなされているものと認められるから、前記のような招集手続

六七

についての要件を欠いていても、それらは法律上の株主総会として存在するものというべきである。」

\*株主全員が出席して開催に同意すれば、取締役会による招集決議に基づくものではないこと、代表取締役が招集していないこと、という手続きの瑕疵は治癒されるとする。もちろん、株主総会として認識して同意する必要があるのであろう。

東京地判平成二五年一〇月二五日 D1-14w.com 判例体系  
二九〇三〇三二〇

「取締役会設置会社の株主総会の招集にあたっては、株主総会の目的である事項を書面に記載して通知しなければならず（会社法二九九条四項、二項二号、一項、二九八条一項二号）、株主総会において予め株主に通知がなかった事項を決議したことは、決議方法の法令違反（同法八三一条一項一号）として、決議取消事由に当たる。

ただし、全員出席総会において、株主がその瑕疵の治癒を認めた場合には取消事由には当たらないものと解される。

——本件株主総会には、総議決権数の全てが出席したものの、委任状による出席が含まれているところ、その場合には、株主が会議の目的である事項を了知して委任状を作成

したものであり、かつ、当該決議が会議の目的である事項の範囲内のものである場合に限って、全員出席総会といえるものであるから——本件各決議に係る議題が招集通知に記載されておらず株主が会議の目的である事項を了知し得なかつた本件においては、全員出席総会によって瑕疵が治癒されたものともいえない。」

\*招集通知のなされていない場合でも全員出席総会であれば有効な決議となるとする。しかし、株主の委任状による出席があるときには、議題の了知が前提となるのであり、招集通知に議題の一部が記載されていない場合については、有効な決議とならないことを判示する。

### 三 全員出席総会の要件と効果（治癒の対象）

（一）このように従来の裁判例は、大審院判決をはじめいくつかの判決を除くと、全員出席総会であれば招集手続きの瑕疵の治癒を認める立場をとっている。さらに、昭和六〇年の最判では、株主が直接出席した場合だけでなく、会議の目的たる事項を了知して委任状を提出した場合にも、全員出席総会として認めている。最高裁によれば、そもそも総会の招集手続きは「出席の機会を与えるとともにその議事及び議決に参加するための準備の機会を与えることを

目的」とすると判示している。

それでは、瑕疵の治癒のための要件として、株主全員が出席したということだけでよいのであろうか。たしかに、株主が全員出席していれば、株主総会出席の機会を与える招集通知についての利益を放棄したと捉えることが可能かもしれない。株主が通知の利益を放棄しているのだから、後から通知の瑕疵を理由に決議の効力を争うのは適切ではない。しかし、このことは招集通知には当てはまっても、本件のような取締役会決議の瑕疵にも当てはまるのであろうか疑問になる。

招集手続きは株主の利益のためにあるのだから、株主自らその利益を放棄することは差し支えないとも言える。会社法の定める招集手続きの実質的な意味は、株主に総会出席の機会を与え、議事や議決に参加する準備の機会を与える点にあると理解することもできる。<sup>13</sup>そこで、全員出席總會を認めることを、株主の利益放棄によって根拠づけるのであれば（あるいは小規模会社の内紛の柔軟な解決と、株主の瑕疵追及権の放棄と考えることもできるが）、全員出席總會によって取締役会決議のないという瑕疵は治癒されると解することはできる。招集権者による招集がなくても、あるいは招集決定権者の決定に基づく招集手続がなくても、

株主総会決議の取消しの訴え

株主全員が開催に同意して出席した全員出席總會の決議は有効に成立すると解すべきことになる。<sup>14</sup>

ただし、開催に同意している場合でも、株主が取締役会決議に瑕疵があることを知らなかったときに治癒されるのが問題となる。たとえば全員出席總會により、出席株主に知られていると合理的に推認でき、また招集手続の省略に同意していると合理的に推認できる瑕疵が治癒されるという考え方が<sup>15</sup>ある。本件では株主X、C、Dはともに取締役会決議に瑕疵があることを認識していなかったようである。本件判旨は、総会決議が有効となるためには、株主が招集手続きの瑕疵を認識した上で總會招集を明示的または黙示的に認めている必要があるとする。これは、招集手続きに瑕疵あるときも全員出席による總會決議として有効と認められるためには、招集手続きに関する利益を株主が瑕疵を認識して放棄していることが要件となると考えるからと理解することができる。この点は従来の裁判例に明示的に述べたものはあまり見られない。たしかに出席して決議することによって招集通知についての利益を放棄していたとは言いがすが、それは認識していない瑕疵については当てはまらないのであり、認識していない取締役会による招集決定の瑕疵についてまでも、出席したことで当然に

六九

利益を放棄したとは認めにくい。本件で取締役会決議のな  
いことを知っていたれば、Xは総会の出席を拒否したのでは  
ないかと考えられなくもない。この点について全員出席総  
会による治癒を認めるには、各株主が総会招集手続きの瑕  
疵（非代表取締役による招集や取締役会決議なしという瑕  
疵）について認識していたことが必要であると考えること  
ができる。本件は全員出席総会に瑕疵の認識という要件を  
加重したようにみえる<sup>16</sup>という評価もあるが、本来、全員出  
席したことで、認識していかなかった瑕疵までも治癒さ  
れるとは解せないのであって、本件判旨は従来の判例が前  
提としていたことを明らかにしたに過ぎないとも考えられ  
る。そうであれば取締役会決議がなくても、それを知りつ  
つ株主全員が出席すれば有効な決議となる。

もつとも、全員出席総会が問題になる事例の多くは株主  
が瑕疵の認識がないとの指摘があり、株主全員が出席して  
決議している以上、株主に招集手続きに係る瑕疵の認識を  
必ずしも求める必要はないといえるかもしれない。たしか  
に全員出席総会が問題となるのは小規模閉鎖会社であるこ  
とを考えると、株主全員が出席して決議している以上、株  
主に招集手続きに係る瑕疵の認識を必ずしも求める必要は  
ないとする意見もありうる<sup>18</sup>。しかし、取締役会設置会社を

選択した以上、株主が全員取締役ではない限り、二九八条  
の手続きを骨抜きにすべきではない（株主総会の法規制に  
おいて、会社法では取締役会設置会社か否かで大きく区別  
していることを重視すべきである）。

（二）しかし、そもそも、株主があらかじめ受けるべき  
招集手続きの利益を放棄することから全員出席総会を認め  
ることは正当であろうか。個々の株主の代理人とはいえな  
い取締役、監査役にも決議取消しの訴権を与えていること  
（本件ではFが提訴する場合も考えられる）、および、株主  
は他の株主への招集手続き違反を理由に決議取消しの訴え  
を提起できること<sup>19</sup>、招集の手続または決議の方法が法令、  
定款に違反しているが決議に影響を及ぼさなかったときで  
も、その違反する事実が重大であるときはいわゆる裁量棄  
却は許されないとされていること等は、招集権者、招集手  
続の法定が株主の利益保護に尽きるものではないことを示  
しているともいえる。そこで、会社の機関運営が適法、公  
正になされるべしという、より抽象的な利益も保護の対象  
となっているのであり、したがって、全員出席総会におけ  
る決議は、株主がその利益を放棄したと解することによつ  
て、あるいは、それを株主の瑕疵追及権の放棄と構成する  
ことによつて、完全に有効な決議とするというわけにはい

かないとの見解が見られる。<sup>(20)</sup>この見解に立てば、直接株主に出席の準備と機会を与えることを目的とする招集通知の瑕疵はともかく、取締役会決議のないという瑕疵は、全員出席総会によっては治癒されないことにならないであろうか。同様に、取締役や監査役が全く関与していない場合であっても、株主が全員出席すれば、適法な総会決議ができるのか問題となる。<sup>(21)</sup>総会招集の手続きは株主による総会での審議準備の機会確保だけの問題ではなく、業務執行決定機関による関与や正統化の問題でもある。

全員出席総会によって、招集通知の瑕疵（総会の日程や議題をあらかじめ知ること）は、三〇〇条との関係から見ても治癒を認めることは理解できるとしても、取締役会設置会社の場合、代表取締役による招集がないことや取締役会決議による招集決定がないことまでも治癒されるのであろうか。三四八条三項三号で総会招集決定は取締役会の専決事項となっている。全員出席総会は、株主に出席と準備の機会を与えるとの要求は満たすが、（厳格な二九七条の要件に基づき少数株主が招集する場合を別として）、総会は取締役（株主が兼ねていない場合）によって招集されるとの要件は満たしていないこととなる。この立場からすれば、（平成六年の広島地裁の判決は疑問であり）取締役

による招集ない場合や取締役会決議のない場合の総会決議は取消原因があることになる。その場合、本件で仮に取締役会決議のないことを知りながら株主全員が出席していたとしても、瑕疵は治癒されないことになる。<sup>(22)</sup>

代表取締役も関与していないし、取締役会決議もないときでも、株主全員が出席すれば総会として認められるのであろうか。株主全員の同意を要件とする三〇〇条は二九九条の省略を認めるが、二九八条の省略を認めていない（全員同意していても取締役会決議は必要）。出席を同意と理解し、全員出席総会は三〇〇条の事前の株主全員の同意に同視しうる場合のみ許容されると解することもできる。三〇〇条の趣旨としては、株主全員が同意しても、機関構成上、株主総会の開催には原則として業務執行の決定・監督機関の関与を不可欠と考えているのではないかとも思える。そうであれば、全員出席総会でも取締役会決議は必要であるということになる。<sup>(24)</sup>株主全員が同意していても、三〇〇条は二九九条のみを免除しているに過ぎない。もちろん全員出席総会は事前の同意の有無の点で三〇〇条とは異なるものだが、招集通知のない瑕疵は治癒されるが、取締役会決議や代表取締役の招集の瑕疵は治癒されないと考えられる。その場合たとえ株主がそのことを認識していても、取

消しの訴えは起こせると解する余地もある。

実際に取締役会設置会社でありながら閉鎖的な株式会社も少なくなく、そのような会社では実質的な意思決定は株主の間でなされ、取締役会は形式のみであるという指摘もある。<sup>(25)</sup>しかし、会社法の下では、公開会社や大規模会社であることを前提とすることなく、取締役会を設置した会社はすべて取締役会設置会社とされてしまう(二条七号)。

そうであれば、あえて取締役会設置会社を選択した以上(しかも株主ではない取締役を選任した以上)、小規模会社の内紛の事例とはいえず、その機関構成(二九五条二項、三〇三条二項、三〇九条五項、三六五条一項等から見て、取締役会設置会社においては株主総会の権限が制約されている)を前提にすべきであつて、法定の手續きに従うのが原則であり、取締役会設置会社における株主が全員出席したと言ふことでどこまで手續きの治癒が認められるのが問題となる。都合のよいときだけ取締役会設置会社であることを主張し、都合の悪いときは取締役会を軽視するのは許されない。本件では、FによつてXらの利益が代弁される期待もあつたのではないであらうか。

取締役会設置会社を選択した以上、二九八条の手續きを骨抜きにすることには賛成できない。少なくとも会社法下

の取締役会設置会社に関しては、全員出席総会により、総会招集についての取締役会決議がないという瑕疵の治癒を認めるのに慎重であるべきであろう。あるいは少なくとも、取締役会決議がないことを認識せずに出席した全員出席総会に、瑕疵の治癒を認めるのは適切ではない。いずれにしても、決議の取消しを認めた本件の結論は支持したい。

#### 四 裁量棄却

本件裁判所は取締役会決議のないことは重大な瑕疵であることから、裁量棄却は認められないと判示する。しかも、判旨は、決議の影響にも言及しており、本件では、適法な取締役会が開催されれば、議題や議案が変わつた可能性があるとす。取締役会決議のないことは重大な瑕疵であり、その上、Fも出席した上で取締役会が開かれていれば、本件株主総会の決議の内容も変わつていたのであろうと考えられることから、いずれにしても八三一条二項の要件を満たさず、裁量棄却を認めないとした判旨は正当であらう。

(1) あるいは、ここで取締役会決議を求めるのは、株主が二派に分かれ別々に総会を招集したときに、どの会合が正規な株主総会であるか明らかにさせる意味があるとの指摘も見られる。竹内昭



夫(弥永真生補訂)・株式会社法講義三八二頁(有斐閣、二〇〇一年)。

(2) たとえば、東京地判昭和二十九年七月二日下民集五卷七号一〇九頁、同昭和三〇年六月一三日下民集六卷六号一一〇五頁。

(3) 新版注釈会社法第五卷三五頁、三六頁(前田重行)(有斐閣、一九八六年)。

(4) なお、宮島司・新会社法エッセンス(第四版補正板)一七五頁(弘文堂、二〇一五年)によれば、取締役会の招集決定は内部的手続きとして要求されるものに過ぎず、招集権限自体は代表取締役にあると考える立場では、決議は存在し取消原因があることになるが、招集権限が取締役会にあり、代表取締役は対外的に招集通知を発するだけと言う立場では、取締役会決議がなければ決議不存在になるとする。

(5) 大阪高判平成三年九月二〇日判時一四一〇号一〇頁参照

(6) 最判昭和四五年八月二〇日判時六〇七号七九頁

(7) 最判昭和四一年八月二六日民集二〇卷六号一八八九頁

(8) もっともFが、総会招集通知の内容について同意していた場合はどうであろうか。名古屋地判昭和五〇年六月一〇日下民集二六卷五ノ八号四七九頁は、会社代表者が株主総会招集通知書を持参した際、他の取締役は株主総会招集につき、何らの異議も述べなかつた事案について、取締役会の決議は現実に取り締役が出席してなされることを要し、たとえ事後に取り締役がこれを承認したとしても取締役会の決議があった、あるいは瑕疵が治癒されたものということはできないとしている。本件では事前にも事後にもFが同意していたとは認定されておらず、いずれにしても本件株主総会の招集には瑕疵がある。

(9) 相澤編著・新会社法の解説(別冊商事法務二九五号)七九頁

## 株主総会決議の取消しの訴え

(二〇〇六年)では、従来の商法では株主全員の同意により省略することができる招集手続の範囲が必ずしも明らかでなかったが、その範囲が招集通知(二九九条)および計算書類(四三七条)に限定されることを明らかにしているとする。

(10) 石井照久・会社法上巻二九頁(勁草書房、一九六七年)、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法第三版二二八頁(有斐閣、一九九四年)。

(11) このほか、有限会社の代表訴訟の事案であるが、東京地判平成一五年五月二二日金・商判一一七二号三九頁では、原告が、本件株主総会は取締役会が開催を決議したのではなく、かつ、本件株主総会開催通知を各株主に発していないことからして、本件株主総会の決議には取消・無効事由が存在するにもかかわらず、あえて違法な株主総会を開催したのであるから、会社解散につき善管注意義務違反ないし忠実義務違反の責任を負うと主張したのに対して、「本件株主総会は、株主であるA社及びB社が出席して開催されたいわゆる全員出席総会であり、その決議の内容も株主が一致して賛成したというものであって、原告の主張する取消ないし無効事由は存在しない」として、決議に全員賛成していることにもふれている。

(12) 大隅健一郎・今井宏・小林量・新会社法概説一四六頁(第二版)(有斐閣、二〇一〇年)。

(13) 伊藤靖史・大杉謙一・田中亘・松井秀征・リーガルクエスト会社法(第四版)一四一頁(有斐閣、二〇一八年)。

(14) 上柳ほか編・新版注釈会社法第五卷三五頁(前田重行)(有斐閣、一九八六年)、岩原編・会社法コンメンタール第七巻七一頁(青竹正一)(商事法務、二〇一三年)。

(15) 鳥山恭一・判批・法学セミナー七七一号一三二頁(二〇一九



- 年)。
- (16) 弥永真生・判批・ジュリスト一六二九号三頁(二〇一九年)。
- (17) 大塚龍児「株主全員出席総会の効力」竹内追悼「商法の展望」二〇二頁(商事法務、一九九八年)。
- (18) 林孝宗・判批新判例解説「商法」二一九・四頁。
- (19) 最判昭和四二年九月二八日民集二一卷七号一九七〇頁。
- (20) 大塚・前掲(17)一九五頁、一九六頁。
- (21) 江頭憲治郎・株式会社法(第七版)三三九頁(有斐閣、二〇一七年)は、取締役や監査役を排除した総会決議に瑕疵を認める。
- (22) 鳥山・前掲(15)一七一頁は招集決定の瑕疵は全員出席でも治療されないと論じる。
- (23) 昭和六〇年の最判では、招集権限のある者が招集していないで、株主全員が出席した事案のようではあるが、招集権者も株主として出席し、監査役権利義務者も出席した事案であった。大塚・前掲(17)一九二頁は、その意味で大審院判例とは両立するという。
- (24) これに対して、黒沼悦郎・会社法六七頁(商事法務、二〇一七年)は全員出席総会では、取締役会決議を欠くなどの手続きの瑕疵も治療するとする。
- (25) 江頭・前掲(21)三八一頁。