

## 株主総会の決議の瑕疵と取締役

濱田, 一男  
九州大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1349>

---

出版情報 : 法政研究. 25 (2/4), pp.225-240, 1959-03-05. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

# 株主総会の決議の瑕疵と取締役

濱 田 一 男

## 目 次

- 第一章 決議瑕疵の主張と株主
- 第二章 決議瑕疵の主張と取締役
- 第三章 取締役の決議審査義務
- 第四章 決議瑕疵の主張と取締役会

## 第一章 決議瑕疵の主張と株主

商法第二四七条によれば、株主総会招集の手續又はその決議の方法が法令もしくは定款に違反し又は著しく不公正なるときは株主又は取締役は訴をもって決議の取消を請求することができるのであるが、この場合かかる決議瑕疵の主張が何人の利益のために為されるのかということについては問題がある。株主が総会決議の取消を訴える権利は、いわゆる株主権としての共益権の一種たるものであるが、株主の共益権については、株主が株主たる資格において有する権利ではなくして、株主が会社の機関たる資格において有する権利にすぎないのであって、専ら団体自体の利益のために行使せられねばならないとして、その社員権たる性質を否認する見解があり、また共益権の権利性は承認するが、これは公権に比すべき人格権的なものであって、株主の一身専属的なものであり、団体自体の利益のために行使

せらるべきであるとする立場がある。<sup>(三)</sup>しかるに、これに反し、株式会社においては会社事業は法律的形式的には法人たる会社の所有するところであるが、経済的実質的には株主の全体に属するものであり、株主は会社事業につき有する觀念的な分け前に応じて或いは利益の分配にあづかり或いは会社事業の支配に關与する権利を有するものであって、経済的利益の享受と企業支配の可能性とが相伴うところに株式の本質がある。従って共益権も株主自身の利益のためにみとめられた権利であつて、それは自益権の価値の実現を保障するためのものである。ただ共益権を行使するとその結果が社団全体に及び他の株主の利益をも処分する結果になるので、他の株主ないし社団全体の利益を不当に無視しえないという社団的拘束が強くはたらくことは否定しえないと論ずる立場がある。<sup>(三)</sup>

共益権をもって株主自身の利益のためにみとめられたものとする見解に従えば、株主が株主總會決議の瑕疵を主張するのは株主自らの利益を確保するためにほかならないことになる。<sup>(四)</sup>

(一) 田中耕太郎博士・「改訂会社法概論」上卷七一頁以下。

(二) 松田二郎博士・「株式会社の基本理論」四五頁以下、同じく「新会社法概論」三六頁以下。

(三) この立場の学説としては大隅博士・「全訂会社法論」上卷二四五頁・二四六頁、大森博士・「改訂会社法講義」二七頁、鈴木教授・「会社法」(法律学講座)七三頁等がある。

(四) この点については伊国商法学説としても見解の分れているところであつて、株主總會決議の瑕疵を主張する訴の提起は、会社自体の利益のため、すなわち法令及び定款を遵守して会社の一般的経済的利益を確保するために為さるべきものとする立場(伊国旧商法第一六三条の解釈としては、この立場が支配的であつて、この趣旨の見解を示すものとしては Antonio Scialoja,

L'opposizione del socio alle deliberazioni delle assemblee nelle società anonime, Riv. dir. comm., 1903, I, p. 211 e segg.; Cesare Vivante, Trattato di diritto commerciale, II, 1935, p. 256; Enrico Soprano, Trattato teorico-pratico delle società commerciale, I, 1934, p. 605; Alfredo De Gregorio, Delle società e delle associ-

azioni commerciali, 1938, p. 484 e segg. がある)と、これに反し各株主は自己の株主としての固有の利益を確保するためには総会決議瑕疵主張の権利をみとめられるのであって、たとえ会社自体の利益がこれにより確保せられることにはなっても、それは結果的のものにすぎず、かかる決議瑕疵主張が直接に会社自体の利益の確保を目的として社団的利益のために行使せらるることを要しないとする立場（伊国旧商法第一六三条の解釈として、この立場を採るものとしては Minervini, Sulla Legittimazione degli amministratori all'impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 20, nota 2 以下、Genovese, L'opposizione del socio ex art. 163 cod. comm., Dir. prat. comm., 1940, I, p. 145 e segg. がそれである）とが対立している。

この点に関し Minervini 氏の主張するところによれば（Gustavo Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 208）右の前者の立場を採れば、総ての株主は当然に総会決議瑕疵主張の訴を提起しうることになるが、後者の立場にたつときは、総会に欠席した株主又は決議に反対した株主にのみ瑕疵主張の権利がみとめらるべきことになる。また、かかる瑕疵主張権を株主のみならず取締役及び監査役にもみとむべきものとする見解は前説を採る場合においてのみ承認せらるべきであり、後説に従う立場は、かかる決議瑕疵主張の適法性を取締役及び監査役にまで及ぼすことを理論上否認すべきものである。

わが商法第二四七条によれば、提訴権者たる株主については単に株主とあり、昭和一三年商法改正前の規定又は独逸株式法第一九八条第一項におけるように、株主の濫訴防止の趣旨から「株主が決議取消の訴を提起するには、総会に出席した株主については総会において決議に対し異議を述べたときに限り、総会に出席しなかつた株主については、正当の理由なくして出席することを拒否せられたとき又は当該株主に対する招集手続が法令又は定款に違反せる場合に限定して」いなのであるから、現行法の解釈としては、総会に出席して議決権を行使し決議に賛成した株主といえども決議取消の訴提起を否認せらるべきでないのである。<sup>(五)</sup> このような商法の立場から考えると第二四七条の規定は、株主がこの訴の原告たる場合においても、その株主は、いわば会社の機関たる地位において会社自体の利益の

ために決議の取消を求めるものと見るべきではないかとの疑問が生ずるであろう。<sup>(六)</sup>

(五) 松田博士—鈴木氏・「条解株式会社法」上巻二四五頁・二四六頁、石井教授・「株主総会の研究」二二三頁、並木氏・「精説会社法」二九一頁。

(六) この点に關し、伊国民法第二三七七条第一項及び第二項によれば「株主総会の決議は、法令及び定款を遵守して為されたときは、その総会に欠席したると又は決議に反対したるとを問わず、総ての株主を拘束する。しかし総会の決議が法令又は定款に違反するときは、取締役・監査役及び総会に欠席又は決議に反対したる株主は決議の瑕疵を主張しうる」旨を規定している。

そこで伊国商法学説として、伊民法の立場は、總會決議瑕疵主張の適法性は株主自らの利益のためにみとめらるべきものとする見解と会社自体の社団的利益のために承認せらるべきものとする見解とを包摂統合したものであって、前者の見解を採ることによって總會に欠席又は決議に反対した株主（決議に賛成した株主を除外する）にのみ瑕疵主張の訴権をみとめ、また後者の見解に従うことによって取締役及び監査役についてもこの訴権を承認したのであるとの解釈を生ずるに至っている（Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 209）。

おもうに、總會に出席して議決権を行使し決議に賛成した株主は、このような決議瑕疵主張の訴の提起につき正当な利益を有しないものとして請求を棄却せらるる場合のありうべきは必ずしも否定しえないにしても、しかし、このことを理由として、かかる訴は会社自体の利益のためにのみ提起せらるべきものと解することをえない。株主の共益権の行使は、その行使の結果が直ちに会社自体の利益について現われ、自益権の場合よりも、その行使につき社団的拘束を受くることの強い性質を内包しているといふもの。株式会社が本来、利益を取得してこれを株主に分配することを会社の存在目的とするものであることを否定しえない限り、決議瑕疵主張の訴権が株主としての固有の利益を離れて専ら会社自体の社団的利益のためにのみ行使すべきものとする制約を受けるとは考え難いのである。<sup>(七)(八)(九)</sup>

(七) 大隅博士・「株式会社法変遷論」一七〇頁以下。

(八) 伊国商法学説においても、總會決議瑕疵主張の適法性について、伊国民法第二三七七条第一項及び第二項の全趣旨についてこれを矛盾なく統一的に説明しうるような理論を求めて努力が試みられていることは否定しえないところである。例えば、瑕疵主張の訴権は会社の社団的利益のために与えられたものだど解しながら、しかも株主は決議に賛成して議決権を行使することにより、決議瑕疵主張の訴権を抛棄したものであると論ずる (Genovese, *Questioni pratiche in tema di impugnativa delle deliberazioni dell'assemblea*, *Dir. prat. comm.*, 1941, I, p. 142 e segg. .... *Minervini*, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 210 nota 9 による)。けだし決議瑕疵主張が会社の社団的利益のために為さるべきものとするならば、伊国法において、決議に賛成したる株主が何故に瑕疵主張の訴を提起しえないかを説明し難いからである。更に、この場合、伊国判例によれば、悪意の抗弁なる觀念をみとめ、これにより決議に賛成したる株主の訴提起を否認しようとする見解がある (*Minervini*, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 210, nota 13 によれば一九二七年四月八日 *Milano* 裁判所判決、一九三一年六月八日破毀院判決、一九三四年四月六日 *Bologna* 控訴院判決がそれである)。しかし、いわゆる悪意の抗弁によって決議瑕疵主張の適法性を否定せられるのは、決議が法令又は定款に違反する不適法なものであることを認識しつつ、なお決議に賛成した株主に限らるべきものであって、伊国旧商法第一六三条の解釈として一九三〇年五月二四日 *Milano* 控訴院判決はこの趣旨を示してゐる (*Minervini*, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 211, nota 14 による)。しかるに伊国民法第二三七七条第二項は、この点について何等の制限を設けていないのであって、決議に賛成した当時、当該決議の瑕疵につき善意であったことを証明するも、訴の提起はみとめられないのである。従つて伊国民法の解釈としても、株主に対してみとめられている決議瑕疵主張の権利は、株主が株主として有する固有の利益を確保するために与えられたものと見るのが正当であろう。「決議に賛成した株主は、議決権を行使することにより議案に賛成したのであって、かくすることににより決議について有する株主の利益を實現しようとするものであるから、かかる決議瑕疵主張の適法性はみとめられない」と論ずる *Minervini* 氏の見解 (*Minervini*,

Riv. dir. comm., 1955, I, p. 211) は、伊国民法の解釈としては、誤りとはいえないと考える。

(九) この点に関して Frè 氏の主張するところによれば「総会の決議が法令又は定款に違反し、会社の利益を害し、その結果、株主の利益を害するような場合に瑕疵主張の訴の提起がみとめらるべきである」と論ずる (Giancarlo Frè, Società per azioni, in Commentario del codice civile, 1954, p. 313)。Frè 氏のいわゆる「会社の利益を害し、その結果、株主の利益が害せらるる場合」というのは必ずしも明確ではないが、Frè 氏が同時に、決議瑕疵主張においては、株主は会社の利益のために又は会社の機関として行為するものと見るべきでないといっている (Frè, p. 312) ところから見れば、結局において、Frè 氏の見解も、決議瑕疵の主張は株主自らの利益のためにその適法性がみとめられたものと解する立場にあるものといえるであろう。

## 第二章 決議瑕疵主張と取締役

株主総会決議取消の提訴権者として取締役がみとめられているが、この場合、取締役は会社の機関として会社の利益のために決議取消の主張を為すものと見なければならぬ。ところで問題は、決議の取消主張につき取締役は取締役としての立場から個人的な固有の利益を有するものではないかということである。例えば、株主から決議取消の訴が提起せらるる虞れがあり、しかも取消の提訴について商法の規定する期間の経過前に、これに基く業務を執行することを要する趣旨の総会決議が存する場合に、取締役は、かかる業務執行を如何に処理すべきや判断に苦しむ場合がありうる。けだし株主より決議の取消が主張せられた場合のことを考慮して取締役がかかる決議の趣旨に基く業務を執行せず、しかも当該決議について取消の訴を提起するものがないため結局決議の有効が確定したときには、その結果会社に損害を生ぜしめ、取締役は任務懈怠の責を免れない場合がないとはいえないであろう。また取締役が総会決議に基いて業務を執行したところ、株主が決議取消の訴を提起して取消判決が確定したときは、原則として当該

決議は始めに遡って無効となるから、取締役は無効な決議に基いて業務を執行したことになり、そのため会社に損害を及ぼし、かかる結果について責任を負わねばならない場合がありうるであろう。かかる場合、取締役は委任の本旨に従い善良な管理者の注意を以て、その決議の趣旨に従い業務を執行すべきや否やを決すればたるといふように抽象的一般的にはいふことはできても、具体的個別の場合に如何に処理すべきや判断に苦しむことなしとしないであろう。従って取締役は、このような場合に、決議取消の訴を提起して判決を以て決議の効力を確定することにより、自らの負担することあるべき右に見たような責任を免れうるものであって、この点において、取締役は決議瑕疵主張の訴の提起につき取締役として自ら固有の利益を有するものではないかとの疑問を生ずるのである。<sup>(10)(11)(12)</sup>

(10) このような見地から、Minervini氏は、伊国法の解釈として、総会決議瑕疵主張の適法性は、取締役が取締役として有する個人的な固有の利益に基いて、そのためにみとめられたものと主張する (Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 217)。Minervini氏によれば、総会決議は業務執行につき取締役に対する命令又は委託たる性質を有するものであり、取消の訴を提起する者がないためその有効が確定した決議の趣旨に基く業務の執行をしなかった取締役は、総会の命令又は委託ともいふべき決議によって具体化した会社に対する義務の履行を怠ったことになる。また取消判決の確定により遡及して無効になった決議に基いて取締役がすでに業務を執行している場合には、伊国民法第一七一条第一項により、委任の範囲を踰越する行為として受任者たる取締役は、その結果につき責に任ぜねばならないことになる。従って取締役の為したる業務執行行為が、取消判決の確定により決議が遡及して無効となったにも拘らず、会社のために効力を生ずる場合 (伊国民法第二三七七条第三項第二文) には、取締役は会社の受けた損害を賠償しなければならぬ。ここに決議取消の訴につき、取締役の有する自らのための固有の利益が存在する。これが Minervini氏の所論である。

(11) 伊国商法学説は、一般に、瑕疵ある決議の趣旨に基く業務の執行により会社の利益を害し会社に損害を及ぼす虞れある場合においては、かかる決議瑕疵の主張は、単に取締役が会社の機関として有する権限たるに止らず、伊国民法第二三九二条第



二項により、取締役の義務たるものと解する (Aurelio Candian, Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni, 1942, p. 144 e segg. ; Giuseppe Romano-Pavoni, Le deliberazioni delle assemblee delle società, 1951, p. 362 ; Giovanni Brunetti, Trattato del diritto delle società, II, 1948, p. 351 ; III, 1950, p. 183 ; Lorenzo Mossa, Trattato del nuovo diritto commerciale, III, 1953, p. 378)。伊国民法は、第二三七九条により、その内容が不能又は不法なる決議はこれを当然に無効とするほかは、法令又は定款に反する決議を必ずしも常に当然に無効とせず、それが会社の利益に反する場合には、取締役及び監査役に決議の瑕疵を主張する義務を負担せしむるといふ必ずしも本来的とはいえない方法を選んだのである。

(一一) 独逸法においても、決議取消の権限は会社機関としての取締役にみとめ、この権限を会社の社団的利益のために行為すべき取締役の義務に結合せしめている。すなわち取締役は、決議取消の主張が会社の利益の要求するところとみとめらるる場合には、その限りにおいて独逸株式法第八四条及び第一九八条第一項第四号に基いて、決議取消権を行使して決議の執行を停止すべき義務を負うのである。けだし、独逸法の解釈として、右に見たように決議に瑕疵があり取消しうべき場合においては、たとえかかる瑕疵が決議の取消を訴える者のないことよって治癒せられた場合といえども、会社の利益のために行為しなかつたことにより、取締役の責任を生ずることを否定しえないからである (Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 1950, Anm. 5. zu § 198, S. 838 ff. ; S. 365 ; Faumbach-Hueck, Aktiengesetz, 1949, Anm. 3 zu § 198, S. 419 ; Schlegelberger, Quassowski, Aktiengesetz, 1937, S. 373 ; Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, 1950, S. 187)。

右に見たような立場は、独逸法の解釈としては、その窮極においては「取締役は自己の責任において、営業及びその営業に依存する者の福祉並に国民及び国家の共同の利益の要求するところに従って会社を運営しなければならぬ」と定むる独逸株式法第七〇条第一項の趣旨に基くといわねばならない。このような立場は、いわゆる社団の制度論的理論に基くものであって、独逸法における企業自体 *Unternehmen an sich* の思想に通ずるものであり、伊国法の解釈としても承認せられべき

性格を強く持つことをみとめる立場もある（例えば De Gregorio, p. 336 e segg.）とともに、Minervini 氏における如く、独逸法のもとに見られるような「企業自体 *impresa in se*」の利益という如き社団的利益の觀念に依存することを避けようとする立場もある（Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 214）。

右に見たような見地から、伊国商法学説としては、決議取消の訴の提起は、専ら各取締役の取締役として有する固有の利益のために為さるるものとみる見解もあるが、正当とは考えられない。<sup>(一三)(一四)(一五)(一六)</sup>もちろん具体的場合に即して、その判断に苦しむことのあるのは否定し難いにしても、法令又は定款に違反し取消原因ある総会決議が為された場合において、取締役が、委任の本旨に従い善良な管理者の注意を以て、その決議の趣旨に従う業務の執行を為すべきや否やを決し、これに基いて行為したる限り、たとえ其の結果会社に損害を生じたとしても、かかる取締役は任務懈怠の責任を負うものでない。従って、ここに問題となるのは、かかる総会決議に対する取締役の審査義務についてである。

(一三) 右に見た Minervini 氏の見解につき、その根拠として同氏の示すところには更に次の如きものがある。伊国法の解釈として、その内容が不能又は不法なるにより無効な決議は始めから絶対に無効であって（伊国民法第二三七九条）もとより、取締役は、これを実行すべき義務を負うものではなく、かかる決議の執行はこれを拒否せねばならない（この点は伊国商法学説の一般にみとめるところである。Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, p. 186）。しかし、伊国民法第二三七七条により取消しうべき決議については、同第二三七八条第四項に基き、決議に反対した株主のみが、かかる瑕疵ある決議の執行停止（執行差止）を請求するのであって、取締役には、このような執行停止の請求はみとめられないのである。従って取締役は、決議の執行を一時停止して、これを後日に延期しようとするれば決議取消の訴を提起するのではないことなるであろう。これが Minervini 氏の見解の一つの根拠である（Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 218）。この点に関し Ferrara 氏は、取締役が決議取消の訴を提起しようとするときは、かかる瑕疵ある決議の実行を延期しようとしているが（Francesco Ferrara j., *Gli imprenditori e le società*, 1952, p. 310）、事柄の順序は、むしろ

反対である。

(一四) 右に見たような Minervini 氏の見解と同趣旨のものとしては、一九五五年一月二二日破毀院判決があるが (Riv. dir. comm., 1956, II, p. 412) これは、恐らくは Minervini 氏の見解を探ったものと思われる。しかし、この Minervini 氏の見解に対しては、多くの批判が為されているが、そのうち最も適切にこれを論評したものは Oppo 氏の見解である (Giorgio Oppo, Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide, Riv. dir. comm., 1957, I, p. 225 e segg.)。

Oppo 氏は、先ず Minervini 氏の見解が Salandra 氏の学説 (Vittorio Salandra, Manuale di diritto commerciale, I, 1949, p. 308) を発展せしめたものであり、また Salandra 氏の学説は、これを詳細に觀察するときは、すでに Vivante 氏の見解 (Cesare Vivante, Trattato di diritto commerciale, II, 1935, pp. 256-257) にその先例を求めうるものであることを指摘した後、Minervini 氏の見解を批判して次のように言っている。決議瑕疵の主張が、株主については、株主としての個人的固有の利益のためにみとめられるとしても、このような利益の觀念の上に安住して了って理論を進めるべきではない。株主の個人的利益を正当化して、決議瑕疵を主張することについての社団的利益の適法化にまで高めることが望ましいことはいうまでもない。客觀的に考察せられた株主個人の利益より超越した会社のための利益を確保するための場合、換言すれば、これにより会社にも同じく利益確保の結果が伴う場合でなければ、決議の瑕疵主張をみとむべきでなく、従って株主の決議瑕疵主張について有する利益に關しても、右に見たような限度において、その適法性が承認せらるべきである。この見地よりすれば、決議の瑕疵を主張する取締役及び監査役は、客觀的に全株主のための利益而してこの意義において会社の利益のために行為するものというべきである。このように取締役の決議瑕疵主張の適法性が会社の社団的利益の確保にありとするならば、株主も亦この場合、会社の社団的利益のために行為することを適法としてみとめられねばならない。ただ各株主は、理論としては、このような社団的立場からする会社の利益確保のための發議権 (potere di iniziativa) を持つもので

ないというだけのことである (Oppo, Riv. dir. comm., 1957, I, p. 227 e segg.)。また Minervini 氏の所論のように、決議瑕疵主張の適法性の根拠が、専ら取締役自らの利益において認識せられるとすれば、このような瑕疵主張は、取締役の負担として為さるるにすぎず、その義務として為さるるものでないといわねばならない。従って、この見地よりすれば、取締役がかかる瑕疵主張の訴権を行使しないことは、固有の意義において取締役の責任を生ぜしむるものでないと言わねばならない。しかるに伊国法の解釈として、取締役には総会の決議を審査し無効な決議の執行に反対すべき義務があるのであって、この義務は、必然的に、かかる決議を執行すべきでないという要素とその決議の瑕疵を主張すべきであるという要素との兩者を含むものである (Oppo, p. 232)。

(一五) Frè 氏の見解によれば、伊国法の解釈として、この場合、取締役は、主として会社の利益のために行為するものではあるが、しかし取締役が或いは不適法な決議を執行することにより、また或いは適法な決議を執行しなかったことにより負担することあるべき責任に顧みて、取締役が決議の瑕疵主張につき自己固有の利益を有することあるを否定しえないと論じている (Giancarlo Frè, Società per azioni, pp. 311-312)。

(一六) 独逸株式法第一九八条第一項第四号は、機関たる取締役に決議取消の権限をみとめるほか、決議の実行により刑罰に処せらるるか又は賠償義務を負う虞ある場合に取締役員及び監査役員に取消の権限をみとめている。このことは決議取消権の附与につき会社の社団的利益と取締役員又は監査役員との個人的利益とを区別せるものというべく、機関たる取締役の有する決議取消の権限は、一般に会社の社団的利益のためにみとめられたものといわねばならない (Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, S. 838 ff., Teichmann-Koehler, Aktiengesetz, S. 437; Gadow, Heinichen, Aktiengesetz, 1939, S. 865)。

右に見たように、伊国法の解釈とし Minervini 氏の見解は、決議瑕疵主張の権限は取締役個人の利益のためにみとめられたものと主張するのであるが、この立場は正当とは考え難い。殊に Minervini 氏は、その説の一つの根拠として、取締役に、取消原因ある決議の執行停止を求むる権限のないことを示しているが、この点は、伊国法の解釈

としては、争のあるところであつて、必ずしも正当とは考えられないのである。<sup>(一七)</sup>

(一七) この点について *Oppo* 氏は次のように主張している。取消原因たる瑕疵ある決議の執行停止が会社の社団的利益の確保のために必要だとするならば、このような停止の請求は株主のみならず取締役についてもみとめられねばならない。例えば、或る取締役が、代表取締役の決議の実行を排除して、決議が実行せられないことを確保しようとする場合のことを考えるならば、この点は明かであろう。また伊国民法第二三七八条第四項が、明文上、決議執行停止の請求を単に決議に反対の株主にいつてのみとめてゐるからといって、これを以て取締役にかかる請求の権限を否定する決定的な理由とはなりえない。けだし伊民法は最も通常起りうる反対株主の請求の場合のことを考えて規定したものであつて、取締役については、いわば、停止請求を受くべき相手方として見てゐるからである。更に又、取締役について、かかる執行停止請求の権限を否定する見解といへども、監査役については、このような停止請求の権限を否定することに関し、大いなる疑問を示している (*Minervini, Riv. dir. comm.*, 1935, I, p. 218) ことは、かかる請求を為すべき者を反対株主のみに限定すべきでないことを雄弁に示すものである (*Oppo, Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 248)。

### 第三章 取締役の決議審査義務

取締役は会社から法律行為或いはその他の事務を委託せられたものであるから、会社と取締役との間の関係は委任及び準委任である。従つて、これには民法の委任に関する規定が適用せられ、取締役は委任の本旨に従い善良なる管理者の注意を以て職務を遂行しなければならない。取締役は株主総会の決議を遵守して職務を遂行すべき義務を負つてゐるから、その株主総会の決議を成立せしめたこと又はその決議の執行を為すことについて取締役に過失のあつた場合を除き、一般的には、総会の決議の趣旨に従つて業務を執行したにも拘らず会社に損害が生じたときといへども、取締役は責任を負わしめられるものではない。しかし当該決議の内容が法令又は定款に違反するため無効なる場合に

においては、取締役はかかる決議に従う義務を負うものでないことはもちろんであって、却って、故意又は過失によりかかる無効な総会の決議を執行するときは、取締役は会社に対し任務懈怠の責を負うことになる。また総会決議に取消原因たる瑕疵が存するときは、株主又は取締役は決議の取消を請求することができるのであって、取消判決が確立するときは、原則として当該決議は最初に遡って無効となるから、このような瑕疵ある決議が為された場合にも、取締役は善良な管理者の注意を以て当該決議を審査し、かかる決議の趣旨に従う業務執行を為すべきや否やを決定せねばならない。これが、ここにいわゆる取締役の決議審査義務である。<sup>(二八)</sup>

従って、このような決議審査義務は、取締役が受任者として決議の執行に際して負う善良なる管理者の注意義務の一つの具体的な顕現と見るべきものであって、その審査の目的は、決議が法令又は定款に反せざるや否やを判断し以てこれに基く業務の執行を為すべきや否やを決するにある。<sup>(二九)</sup>

取締役が総会の決議を審査した結果その決議に取消原因となる瑕疵の存することを認識した場合に、会社の利益のためにその必要ありと見らるるときは、取締役は決議の瑕疵を主張して取消の権限を行使することを要するものといわねばならない。<sup>(三〇)(三一)</sup> げだし会社の利益のために瑕疵ある当該決議の効力を存続せしむべきでないことを認識しながら、なお決議の取消を求めないのは取締役の任務を懈怠するものといわねばならないからである。<sup>(三二)</sup>

(二八) 伊国民法の解釈としても、かかる審査義務の存在がみとめられることは、すでに見た通りである (Oppo, Riv. dir. comm., 1957, I, p. 230)。また伊国旧商法第一六三条の解釈としても、取締役は、必ずしも瑕疵ある決議を執行すべき義務を負うものでなく、もしこのような決議を執行することにより損害を生ぜしめたときは、これを賠償する責を負うのであって、かかる関係において取締役が決議の審査義務を負担することは、一般にみとめられていたところである (Tullio Ascarelli, Appunto di diritto commerciale, Società e associazioni commerciali, 1936, p. 277; Alfredo De-Gregorio, Delle società e delle associazioni commerciali, 1938, pp. 335-336)。

(一九) *Oppo* 氏によれば、抽象的に取締役の利益に最もよく適する解決としては、いやしくも総会の決議が存する限り、取締役に對して、すべてこれについての審査義務を排除し、これに伴う責任を免除して、單純に決議を執行すべき義務を負担せしむることであろうが、かかる立場は不合理なものであって到底これを採りえないと論じている (*Oppo*, *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 231)。

(二〇) 取締役は無効な決議を執行すべき義務を負うものでなく、会社の利益が要求するときは、決議の瑕疵を主張すべき義務を負い、そのために決議の審査が為されるのであるから、決議の審査は、いわば、決議瑕疵主張のための手段にすぎず、審査自体に特別な意義があるわけではない。このことは、わが商法第五二六条に規定せらるる買主の目的物検査と瑕疵通知義務の場合において、ここに定めらるる買主の権利の保全のために必要なのは瑕疵の通知であって目的物の検査ではなく、目的物の検査は瑕疵を知るための手段にすぎないのと同様である。

(二一) 取消原因たる瑕疵を有する決議につき、その瑕疵を主張することをうべき株主が、悉く、その権利を放棄した場合といえども、取締役は会社の利益のために決議の瑕疵を主張しうるものと考える。右の点について、伊国商法学説は見解の対立を見ている。*Minervini* 氏によれば、このような場合には、取締役は決議の瑕疵を主張することを許されないものであって、決議の効力確定についての取締役の利益はすでに実現せられたのであって、取締役はかかる決議を審査することを要しないと云つらる (*Minervini*, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 220)。このことは、決議瑕疵主張の適法性を以て取締役自らの個人的利益のためにみとめられたものと見る *Minervini* 説の当然の帰結といふべきものであって、従つてこの立場よりすれば、伊国法の解釈として、総会決議が総株主の同意を以て為された場合についても、取締役は決議の瑕疵を主張することをえないものといわねばならないであろう。この *Minervini* 説に對して反対の見解を主張するものは *Trimarchi* 氏であつて、かかる場合においても取締役が決議瑕疵を主張することの適法性をみとめるのである (*P. Trimarchi*, *Titolarità del diritto di impugnare le deliberazioni annullabili*, *Riv. società*, p. 94 e segg. .... *Oppo*, *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 240 以下)。Trimarchi 説によれば、伊国法の解釈として、取締役の総会決議瑕疵主張の適法性がみとめられたのは、瑕疵ある決議に賛成した株主・決議の瑕疵の存在を認識しない株主・瑕疵を主張する能力を持たない株主・瑕疵の主張を怠る株主の社団構成員としての不適性を社団的利益の見地から排除するためのものであつて、総株主が瑕疵主張の権利を放棄するも、取締役の瑕疵主張の適法性はこれによつて否定せられるものでない。*Oppo* 氏も亦、*Minervini* 説のような考え方は取

締役の決議瑕疵主張の適法性について法令に存せざる制限を加えるものであって正当でないと論じている (Oppo, Riv. dir. comm., 1957, I. 240)。

(二二) 次に問題となるのは、取締役におけるこれが実行又はこれに基く業務の執行を必要としない性質の總會決議の場合についてである。この場合、伊国法の解釈としては、かかる性質の決議は、取締役に対する總會の命令又は委託として為されたものではなく、従って取締役に何等の作為義務を負わしむるものでないのであって、取締役は、かかる決議については審査義務を負わないと見る学説が支配的である (Minervini, Riv. dir. comm., 1955, I, p. 220; Oppo, Riv. dir. comm., 1957, I, p. 241)。しかし、わが商法の解釈として、筆者の見るところによれば、これは取締役の決議瑕疵主張の権限に法令のみとめざる制限を設けるものであって正当ではない。ただ、この場合かかる決議は取締役の執行行為を必要とするものではないから、取締役はかかる権限を有するも、これを行使することを要する場合は極めて稀であろう。

#### 第四章 決議瑕疵主張と取締役会

次に考察すべきことは、決議取消の権限がみとめられる取締役は代表取締役のみに限られるか、また代表取締役の取消主張には取締役会の決議を経ることを要するかという問題である。この点に関し、取締役が決議瑕疵を主張し取消の訴を提起するのは会社機関として為すものであるから、業務の執行に関するものと解して代表取締役のみがこの権限を有するものであり、代表取締役による訴の提起には取締役会の決議を経なければならぬとする見解がある。<sup>(二三)</sup>しかし通説の立場は、提訴権者としての取締役は必ずしも代表取締役なることを要せず各取締役をいうと解している<sup>(二四)</sup>のであって、また各取締役が取消の提訴を為すについても取締役会の決議によることを要しないのである。<sup>(二五)</sup>

(二三) 松田博士・鈴木氏・「条解株式会社法」上巻二四六頁。

(二四) 石井教授・「株主總會の研究」二二七頁、並木氏・「精説会社法」二九一頁。

(二五) 石井教授「株主總會の研究」二二七頁、野津博士・「新会社法」上巻一七八頁。

石井教授の主張せらるるところによれば、業務執行は会社本来の生理現象であるのに対し、決議取消権の行使は会社におけ



る病理現象に関する権限であり、これを会社本来の生理現象としての業務執行と同じに見る必要はなく、またドイツ株式法第一九八条における如く機関としての取締役を取消権者と明確に規定されていないからである。結局わが商法は取締役会の構成員として各自独自に決議の瑕疵を主張することにつき利益を有するものとしたものと解すべきであると論じられている。

筆者の見るところによれば、取締役の總會決議瑕疵の主張は、これにより瑕疵ある決議に基く業務の執行を排除しようとするものであって、通常の意義における業務執行そのものではない。従って決議の瑕疵を主張するについて必ずしも取締役会の決議を経ることを要しないのであって、提訴権者を代表取締役に限定する必要もないと考える。ただ問題は、各取締役が取消の訴を提起する場合に、会社の利益のために為すべきことはもちろんであるが、このような取締役は会社の機関的地位においてその訴権を有するの<sup>(二六)</sup>か又は機関構成者たる取締役員として有するの<sup>(二七)</sup>かという点である。もし後者なりとすれば、取締役は形式的には自己の名において有する<sup>(二六)(二七)</sup>権利を会社のために行使することになり、害質的には会社のためにかかる権利を有するものと見ざるをえないであろう。

(二六) 大隅博士・「会社法の諸問題」一〇三頁。

(二七) 伊国法においても見解のわかれているところであるが、決議瑕疵主張の適法性は取締役会に属し、訴権行使は取締役会の決議によるべきものとする見解が有力に行われている(この立場にたつものとしては Francesco Ferrara j, *Gli imprenditori e le società*, p. 309 ; Giancarlo Frè, *Società per azioni*, in *Commentario del codice civile*, p. 312 があり、伊国判例としては Minervini, *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 218, nota 40. の示すところによれば一九五四年三月二三日 Milano 控訴院判決、一九五三年五月六日 Firenze 控訴院判決が同趣旨であり(もともとこの判決は、直接には、監査役員に関するものであるが) Oppo, *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 242, nota 57 によれば一九五五年一〇月二二日破毀院判決が同趣旨である。これに反し各個の取締役について決議瑕疵主張の適法性がみとめられるとする見解は、伊国商法学説としては、比較的少数であるが、有力なる学者であつてこの立場を採る人がある。Salandra, *Manuale di diritto commerciale*, I, p. 308 ; Mossa, *Società per azioni*, p. 394 ; Alessandro Graziani, *Le società per azioni* (lezioni raccolte da G. Minervini), 1952, p. 248 ; Romano-Pavoni, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, p. 361 e segg. がそれである。