

裁判例の中の吸収説

東北大学大学院法学研究科教授 得津晶

1. 問題意識：研究の動機
2. 株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えの形成訴訟性
3. 合併無効の訴えによって株主総会決議の瑕疵が問題となった裁判例
 - (1) 仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁：資本増加〔新株発行〕無効の事案
 - (2) 合併の効力が問題となった裁判例
 - a) 東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁：総会決議無効の事案
 - b) 東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁：規範的不存在の事案
 - c) 東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁：物理的不存在の事案
 - d) 東京地判平成元・8・24 判時 1331 号 136 頁：取消事由相当事実が否定された事案
 - e) 千葉地判平成 14・4・12LEX/DB28071951：農協の合併
 - f) 東京高判平成 22・7・7 判時 2095 号 128 頁：キャッシュアウト後の合併
4. 学説としての吸収説・併存説の想定する形成訴訟性
5. 吸収説という結論 or 表現からの離脱
 - (1) 合併無効事由の書換：「吸収説」という表現からの離脱
 - (2) 併存説：バリエーション 1（両訴併合提訴必要説）
 - (3) 併存説：バリエーション 2（原告の自由選択説）
6. 小括

1. 問題意識：研究の動機

本稿は、合併などの組織再編行為において法律上要求されている株主総会決議に瑕疵があった場合に、合併などの組織再編行為の効力をどのように争うかについて、通説と呼ばれる吸収説の立場を今一度再検討するものである。

このようなテーマを選んだのには 2 つの動機がある。まず、1 つは、筆者が、『論点体系会社法〔第 2 版〕』というコンメンタール的な講座ものの 828 条の執筆を担当していることである。筆者は、第 1 版においても、同条の執筆を担当したが、当時はアメリカで在外研究中であったため資料を満足に利用できずに執筆した。そのため、今回の改訂を機に、しっかり書き直したいと考えている。とりわけ、2012 年から現在までの間において、組織再編の差止規定が導入され（会社法 784 の 2①、796 の 2①、805 の 2①）、組織再編行為の承認決議に取消事由がある場合に、差止が認められるか、仮に認められるとすればいかなる法律構成に

よるのか、ということが議論されている¹。そして、無効事由の解釈において、差止規定の創設が影響するか否かが議論されている²。

第2の動機は、吸収説は通説とは言われているものの、その説明が法律学の説明として成功しているか疑問があるということである³。吸収説というのは、①吸収合併等行為の効力発生前は決議の取消しの訴え、効力発生後は吸収合併の無効の訴えを提起すべきであり、②吸収合併等の無効の訴えの提訴期間はその行為の効力が生じた日から一定期間（吸収合併の場合は六箇月）内であるが、決議取消事由を当該会社の組織に関する行為の無効事由として主張する場合には決議の日から三箇月以内に提訴することを要し、③株主総会決議取消の訴えを提起した後には当該行為の効力が生じた場合には、原告は、訴えの変更の手續により当該会社の組織に関する行為の無効の訴えに変更することができる、とするものである⁴。

株主総会決議の欠缺が、当該会社の組織に関する行為の無効事由とされている場合に、株主総会決議取消の訴えが、組織に関する行為無効の訴えの中に吸収されているため、「吸収説」とされている。

しかし、株主総会決議取消の訴えは形成の訴えとされ、請求認容判決確定によってはじめて「取消し」の効果が発生するものである。会社法 831 条 1 項柱書が「訴えをもって当該決議の取消しを請求することができる」と定めるのはその趣旨であるとされる。にもかかわらず、吸収説は、株主総会決議取消の訴えによらずに、会社の組織に関する行為の無効の訴えによって、当該総会決議の効力を否定することを認めるものであり、形成訴訟性と矛盾するのではないか⁵。

本稿は、このような吸収説が抱えるかにみえる株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性との矛盾という理論的課題をどのように克服するのかに着目する。この問

¹ 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」落合誠一先生古稀記念『商事法の新しい礎石』（有斐閣・2014）309頁以下、松中学「子会社株式の譲渡・組織再編の差止」神田秀樹編『論点詳解 平成26年改正会社法』（商事法務・2015）207頁以下。なお、2015年12月12日東北大学商法研究会における吉原和志教授の報告「組織再編差止請求と総会決議取消しの訴え」の内容を参考にした。

² 笠原・前掲注(1)文献311頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣・2017）894頁注1（合併差止制度創設を理由とする無効原因の制限的解釈に反対）。

³ 近時、本稿と同一の問題意識を持つ見解として、吉本健一「株主総会決議取消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——」阪大法学70巻1号（2020）127頁が公表された。本稿の主要な主張は、吉本論文の屋上屋を架すに過ぎないが、併存説に2つのバリエーションがあること（後述5.参照）、および吸収説を含めた3つの理解の差異の原因（後述6.参照）について指摘した点において同論文にない新規性があると考え、公刊するものである。

⁴ このような吸収説の理解は、後述するように裁判例では採用されていないものの、裁判官・実務家からは支持されている模様である。江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系』（青林書院・2008）392頁〔佐々木宗啓〕、東京地方裁判所商事研究会編『類型別会社訴訟II〔第三版〕』（判例タイムズ社・2011）726頁〔佐々木宗啓・野崎治子・金澤秀樹〕。

⁵ 吉本・前掲注(3)文献130頁。

題は、主として訴訟技術上の対立であり⁶、この課題の解決には、形成訴訟性⁷の意味や、株主総会決議取消判決の効力の及ぶ範囲といった基本概念の意味を問い直す作業が必要となりかねない。しかし、それは筆者の能力に余る基本的課題である。そこで、本稿では、根本的・理論的課題を棚上げしながら、さしあたり、裁判所がこの問題にどのように解決してきたのかを検討する。

2. 株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えの形成訴訟性

まず、分析の対象となる裁判例の時的範囲を画するために、会社法・商法の規定に株主総会決議取消の訴えが形成訴訟とされたのはいつからであるのかを確認する。株主総会決議取消の訴えを定める会社法 831 条 1 項は、形成訴訟であることを定めたと理解されている⁸。同条文は、平成 17 年改正前商法 247 条を引き継いだものであり、同条は昭和 13 年改正商法 247 条によって「株主総会決議取消の訴え」として導入された当時から形成の訴えであることが明示されたものと理解されていた⁹。それ以前の明治 44 年改正商法 163 条 1 項は、「総会の招集の手続またはその決議の方法が法令または定款に反するときは株主、取締役、または監査役は訴えを以てのみその決議の無効を主張することを得る」と定めていた。「無効の訴え」としながらも、文言上は形成訴訟であること（ドイツ法上の取消の訴え〔Anfechtungsklage〕を規定したもの）を定めているという理解が通説であったが、判例は、無効を確認する確認訴訟であると捉えているかのような表現が採用されていた（大判大正 10・7・18 民録 27 輯 1346 頁、大決大正 10・10・27 民録 27 輯 1830 頁、大判昭和 6・6・5 民集 10 卷 698 頁）。

よって、本稿の問題関心の株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性の矛盾という観点からすれば、昭和 13 年改正以降の裁判例のみを取り上げれば足りることになる。

他方で、本稿の課題に関しては、株主総会決議取消の訴えのみならず、合併無効の訴えなどの組織再編行為ないし会社の組織上の行為の無効の訴え（会社 828I）

⁶ 新堂幸司「株主総会決議取消の訴え」鈴木竹雄ほか編『新商法演習 1 会社（1）』（有斐閣・1974）260 頁。

⁷ 岩原紳作は、取消訴訟の排他性と表現する（岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（1）」法協 96 卷 6 号〔1979〕692 頁、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（5）』（有斐閣・1986）351 頁〔岩原紳作〕）。

⁸ 江頭・前掲注(2)文献 367 頁、神田秀樹『会社法〔第 22 版〕』（弘文堂・2020）206 頁など。

⁹ 上柳ほか・前掲注(7)文献 313 頁〔岩原〕。

も形成訴訟とされていること¹⁰も重要である。吸収説は、合併無効の訴えを優先することで、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性との矛盾が問題となるというのが本稿の指摘であるが、それでは株主総会決議取消の訴えを優先すれば、今度は、合併無効の訴え等の形成訴訟性との矛盾が問題となる。この点は、後述する江頭説の検討において課題となる点であるのであらかじめ指摘しておく。

吸収説は、組織再編行為のみならず、会社法上形成訴訟とされている組織に関する行為の無効の訴え（会 828I）のうち、株主総会決議の欠缺が無効原因とされている場合において等しく問題となる。すなわち、非公開会社における新株発行（最判平成 24・4・24 民集 66 卷 6 号 2908 頁）¹¹、資本金の額の減少（828I⑤）などにおいても、法定の株主総会決議が欠ける場合は無効原因とされている。本稿では、これらの中から、典型例である組織再編行為の中でも、さらにその典型例である合併無効の訴えを素材にする¹²。差止規定の導入によって、他の行為の無効の訴えとは差異が生じる可能性もあるが、さしあたり、本稿では等しく扱われるものとして議論を進めたい。

合併無効の訴えは、平成 17 年改正前商法 415 条以下を引き継いだものである。同制度は、昭和 13 年商法改正による新設以来、同改正 416 条が合名会社の合併無効（104-111 条）について形成訴訟性を定める同 104 条を準用していることから、形成訴訟として理解されている。すなわち合併無効の訴えについても形成訴訟性が明確になったのは昭和 13 年改正であることから、昭和 13 年改正商法が適用されるようになって以降の事案のみを扱えば本稿の課題の検討には足りるということになる。

3. 合併無効の訴えによって株主総会決議の瑕疵が問題となった裁判例

本稿筆者の調査の結果、判明したのは、吸収説は通説とされながらも、昭和 13 年改正以降、合併無効の訴えの裁判例において、吸収説を採用したことが明言されたことはないということであった¹³。

¹⁰ 江頭・前掲注(2)文献 891 頁など。

¹¹ これに対して公開会社における新株発行においては株主総会の決議の欠缺（有利発行の場合）は無効原因とはされていない（最判昭和 40・10・8 民集 19 卷 7 号 1745 頁、最判昭和 46・7・16 判時 641 号 97 頁。取締役会決議がない場合についても最判 36・3・31 民集 15 卷 3 号 654 頁）。

¹² この点で、新株発行その他を一般に扱う吉本・前掲注(3)文献 136-148 頁とは分析する裁判例・判例が異なる。

¹³ 吉本・前掲注(3)文献 142 頁が、最高裁が吸収説を採用しているとして挙げる最判昭和 49・9・26 民集 28 卷 6 号 1283 頁（井田友吉「判解」最判解民事篇昭和 49 年度 548 頁も同じく吸収説を採用したものとす）は、株式会社ではなく中小企業団体の組織に関する法律の適用される商工組合の事案であり、かつ、株主総会ではなく定款の承認にかかる創立総会決議が問題となり、合併ではなく設立が問題となった点で特殊性があり、ただちに判例・

裁判例の中の吸収説

(1) 仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁：資本増加〔新株発行〕

無効の事案

新版注釈会社法において岩原紳作が引用する仙台地判昭和 36・11・1 判時 290 号 26 頁は、有限会社の資本増加（株式会社における新株発行）無効の訴えの事案ではあるものの、むしろ併存説を採用している。昭和 36 仙台地判は、有限会社が資本増加をする際に、社員総会特別決議が必要であるところ、臨時社員総会において一部の大口社員が決議に参加せず、定足数を満たしていないまま、社員総会決議が成立したとされ、資本増加が実行されたという事案である。原告は、社員総会決議取消の訴えと資本増加無効の訴えとを併合提起したのに対し、被告会社側は、社員総会決議取消の訴えについては資本増加が実現したことによって訴えの利益を喪失しているはずだと抗弁していた。だが、仙台地裁は、定足数にかかる社員総会の成立を決議方法の法令違反と整理して取消事由を認め¹⁴、そのうえで「社員総会の決議は定足数を欠いても判決によって取消されない限り有効であり、従って有効な決議に基づいてなされた増資もまた有効といわなければならないから、増資無効の訴を維持するためにも、増資の決議取消の判決を受ける必要がある」（筆者が現代仮名遣いに修正）として、社員総会決議取消の訴えの形成訴訟性を認めて社員総会決議取消の訴えを認容した。

さらに、社員総会決議が取り消されたことによって資本増加に無効原因が認められることとなり、併合提起していた資本増加無効の訴えについても請求を認容した。この仙台地裁は、総会決議の瑕疵について、総会決議取消の訴えと会社の行為の無効の訴えの併合提起による解決を認めたもので「併合説」とされる理解に近い。

とりわけ、本稿が問題とする株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性について、総会決議取消の訴えが「必要」であることを述べ、明示的に肯定している。これ

裁判例がこの問題について吸収説を採用したとみることはできない。

また、同事件は、「設立無効の訴えに変更しなかった」ことをもって決議取消の訴えの訴えの利益を否定しているが、訴えの変更によるか否かはともかく、設立無効の訴えが提起されていなければ、紛争が実体的に解決しない。取締役選任決議の取消しの訴えについて、当該取締役の任期が満了し新たに選任されれば訴えの利益が消滅するという最判昭和 45・4・2 民集 24 卷 4 号 223 頁の理解からすれば、紛争が実体的に解決しないことから訴えの利益を否定するというスタンスを裁判所がとっていると理解することは可能である。ここでは訴えの変更という手段は必要不可欠ではなく、設立無効の訴えが提起されていないことが問題なのであって、後述する併存説（バリエーション 1）でも説明が可能である。

¹⁴ この点については、定足数を満たしていない以上、有効に社員決議は成立していない物理的不存在の事案とみることもできるのではないかという疑問がある。

は、総会決議取消の訴えによってもかまわないと許容性を述べただけにとどまらない。

さらに、昭和 36 年仙台地判は両訴の提訴期間との関係でも興味深い判断を下している。同事案は昭和 34 年 7 月 23 日の臨時社員総会において、資本増加と定款変更の特別決議がなされ、その後、当該社員総会決議に基づいて増資の登記がなされたのが昭和 34 年 8 月 8 日であった。これに対して、原告が社員総会決議取消の訴えを提起したのが昭和 34 年 8 月 6 日であり、資本増加無効の訴えを求めたのは、当該取消訴訟の手続中の昭和 36 年 7 月 24 日に、請求の趣旨を拡張したことによるものであって、資本増加無効の訴えの提訴期間である登記から 6 カ月（有限会社法 56）を経過した後であった。

この提訴期間徒過の問題に対して、仙台地裁は、「増資決議取消の訴は右決議に基く増資を阻止することを目的として提起せられているのであり、将来増資の登記がなされた場合、当然増資無効の訴が提起せらるべきことは予期せられるところであるから、有限会社法第 56 条所定の増資無効の訴の出訴期間に関しては既に出訴ありたるものと同様に解すべく何時にても訴を拡張して増資決議取消を理由とする増資無効の訴を提起出来るものであり、登記後 6 ヶ月を経過した後に右訴の拡張がなされても適法であると解する」と判断した。すなわち資本増加無効の訴えの提訴期間を徒過していたとしても、同一の目的に基づく総会決議取消の訴えの提起が資本増加無効の訴えの提訴期間内であれば、提訴期間を遵守したものと判断したのである。

このような提訴期間規定の判断に際して、法律構成・訴訟形式の差異よりも「救済の対象の同一性」を基準とする判断は、株主総会決議取消の訴えとの関係で、既に最高裁によっても採用されている。最判昭和 54・11・16 民集 33 卷 7 号 709 頁は、法定の監査役の監査を経ずに株主総会に提出された計算書類を承認する総会決議について、原告株主が当初、決議内容の法令違反を理由とする株主総会決議無効確認の訴えを提起していたところ、総会決議取消訴訟の提訴期間である株主総会決議の 3 カ月経過後に、予備的請求として、株主総会決議取消の訴えを提起した事案において、当初の株主総会決議無効確認の訴えにおいて決議無効原因として主張された瑕疵が、決議取消原因に該当している場合であれば、当初の決議無効確認の訴えが総会決議取消訴訟の原告適格・提訴期間を遵守しているのであれば、提訴期間経過後の請求の追加も適法であると判断した¹⁵。

¹⁵ その理由として最高裁は、「商法が株主総会決議取消の訴と同無効確認の訴とを区別して規定しているのは、右決議の取消原因とされる手続上の瑕疵がその無効原因とされる内容上の瑕疵に比してその程度が比較的軽い点に着目し、会社関係における法的安定要請の見地からこれを主張しうる原告適格を限定するとともに出訴期間を制限したことによるものであつて、もともと、株主総会決議の取消原因と無効原因とでは、その決議の効力を否定すべき原裁判例の中の吸収説

これに対して、最判昭和 51・12・24 民集 30 卷 11 号 1076 頁は、提訴期間内に株主総会決議取消の訴えを提起していた場合であっても、当初主張していた取消事由（議決権代理行使資格制限の定款規定があるにもかかわらず地方公共団体株主の職員・法人株主の従業員による議決権行使を認めていたという決議方法の定款違反）とは異なる新たな取消事由（個人株主の議決権代理行使を認めなかったことが株主平等原則違反という決議方法の法令違反に該当すること）を、総会決議取消の訴えの提訴期間後におこなうことは認められないと判断した。この事実は、法律構成が株主総会の取消事由という同一のものであっても、事実としての救済の対象（瑕疵）が異なると提訴期間規制は「救済の対象の同一性」を基準に個別に課すと判断したものであろう。

ほかにも、新株発行に関して、最判平成 5・12・16 民集 47 卷 10 号 5423 頁は、新株発行差止訴訟を提起していたところ、差止仮処分がなされていたにもかかわらず会社が新株発行をしたという事案において、原告株主が、新株発行無効の訴えに変更する旨の申し立てが、新株発行無効の訴えの提訴期間を経過していた場合であっても、提訴期間を遵守したものとして扱うと判断した。同最判は、訴えの変更も原則として新たな訴えの提起であるので、変更時に提訴期間を遵守している必要があるところ、「変更前後の請求の間に存する関係から、変更後の新請求に係る訴えを当初の訴えの提起時に提起されたものと同視することができる特段の事情があるとき」という基準を満たせば変更前の訴えの提起時点が提訴期間判断の基準時となることを認めたものである。ここでも「救済の対象の同一性」基準が用いられている。

昭和 36 年仙台地裁のように形成訴訟性を強調した解釈をした場合の一番の不都合は、原告が救済手段・訴えの種類を誤り、それが事後的に発覚した場合に提訴期間を徒過しているという場面で、原告の救済方法が認められないのは酷ではないかということであろう。しかし、昭和 36 年仙台地裁を含む裁判例・判例は、提訴期間の基準時を、法律構成・請求に形式にこだわらずに、柔軟に解釈し、救済を広く認めていくという方法で解決している。そして、このことは、吸収説をとるメリットの 1 つである提訴関係の複雑さを解決するものであり、吸収説を採用する必要性を否定する方向に働くものである。

因となる点においてその間に差異があるためではない。このような法の趣旨に照らすと、株主総会決議の無効確認を求める訴えにおいて決議無効原因として主張された瑕疵が決議取消原因に該当しており、しかも、決議取消訴訟の原告適格、出訴期間等の要件をみたしているときは、たとえ決議取消の主張が出訴期間経過後になされたとしても、なお決議無効確認訴訟提起時から提起されていたものと同様に扱うのを相当とし、本件取消訴訟は出訴期間遵守の点において欠けるところはない」と述べた。

裁判例の中の吸収説

(2) 合併の効力が問題となった裁判例

これに対して、合併無効の訴えの中で株主総会決議の欠缺が問題となった事案も存在する。

a) 東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁：総会決議無効の事案

東京地判昭和 30・2・28 判時 46 号 3 頁も吸収説を採用したものと扱われることがある。しかしこの事件は、合併承認株主総会決議について株主総会決議取消ではなく株主総会決議無効確認の訴えを提起したところ、合併無効の訴えによるべきと判示したものである。株主総会決議無効確認の訴え（会 830II）は確認の訴えであり、形成訴訟性は認められておらず、2つの形成訴訟性の相克という本稿の問題は生じていない。この場合に形成訴訟は合併無効の訴えのみである以上、同訴えによるべきというのは当然である。

b) 東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁：規範的不存在の事案

東京地判昭和 38・11・28 判タ 156 号 204 頁は、合併承認・合併報告決議の株主総会において全株主に招集通知を発送しなかったことを合併無効原因に該当するとして、株主総会決議取消の訴えを要せずに、合併無効の訴えを認めた。だが、昭和 38 年東京地判は、この判断の中で、「合併契約書承認及び合併報告総会の決議があつたとするも株主の会合による申合せに止り当該株主総会の決議と云うことはできない」と述べている。つまり、株主全員に招集通知を送らなかつたということは、単なる招集手続の法令違反として決議取消事由となるにとどまらず、そもそも総会決議が存在しないという決議不存在（いわゆる規範的不存在）に該当すると判断しているのである¹⁶。

決議不存在であれば、決議不存在確認の訴えの対象となるが、同訴えは確認の訴えであり、形成訴訟性は問題とならない。よって、合併無効の訴えという別訴の中で事実として主張することも可能である¹⁷。

c) 東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁：物理的不存在の事案

東京地判昭和 40・4・22 判時 408 号 46 頁も、合併承認決議が物理的に不存在

¹⁶ 招集通知漏れが著しい場合には総会決議の不存在に該当するとしたものとして最判昭和 33・10・3 民集 12 卷 14 号 3053 頁（代表取締役が実施 2 名に口頭で招集を通知しただけで、他の 6 名の株主〔議決権の 42% 保有〕には通知しなかつた事案）がある。そして、これら規範的不存在の事案は、決議取消事由との限界が微妙となっていると指摘されている（江頭・前掲注(2)文献 377 頁）。

¹⁷ 江頭・前掲注(2)文献 376 頁など。

の場合に、合併無効の訴えを認容した事案であるが、これも不存在であるのだから、形成訴訟性は問題となっていない。

d) 東京地判平成元・8・24判時1331号136頁：取消事由相当事実が否定された事案

これに対して、吸収説をとった可能性を示唆する裁判例も存在する。例えば、合併比率の不公正は合併無効事由に該当しないと判示したとされる東京高判平成2・1・31資料版商事77号193頁およびその原審東京地判平成元・8・24判時1331号136頁（三井物産合併無効事件）は、原告株主が合併無効事由として主張した①合併承認決議前に閲覧に供された貸借対照表における増資・資産の評価替えの不記載、②合併比率の不公正のそれぞれについて、①違法ではなく決議方法が著しく不公正な方法によってなされたとも言えない、②決議内容は著しく不当とはいえないから、会社の株主が特別利害関係人として議決権を行使したかどうかの点について判断するまでもないと判断して、請求を棄却した¹⁸。これらの判断部分は、株主総会決議取消事由を想起させるものであり、株主総会決議取消事由該当性を否定したものと読める。

同事件の請求は合併無効の訴えのみであり、総会決議取消の訴えは提起されておらず、合併無効の訴えの中の主張レベルで「原告は本件合併には合併無効事由と本件承認決議の取消事由とがあると主張」していると裁判所は整理している。このような整理を否定せずに、取消事由の判断をしたということは、裁判所が吸収説を前提としていると理解することもできる。

だが、同判決は、取消事由がないと判断している。取消事由があれば、合併無効が認められることは明言していない。すなわち、総会決議取消の訴えの形成訴訟性を合併無効の訴えがどのように乗り越えるのかは判断していないのである。

e) 千葉地判平成14・4・12LEX/DB28071951¹⁹：農協の合併

吸収説を明示した裁判例がないわけではない。5つの農業協同組合が合併する旨の臨時総会特別決議がなされた事案において、1つの農協の組合員が、①招集

¹⁸ これに対して、同事件では、合併比率の不公正は株式買取請求権によって救済されることを理由に合併無効原因に該当しないとした判断は、「仮に合併比率が著しく不公正な場合には、それが合併無効事由になるとの控訴人の主張を前提にしても」という留保の下になされた傍論である。

¹⁹ 裁判所ウェブサイト（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail4?id=6218）も参照。

通知漏れ²⁰、②合併決議の採決の違法²¹を理由に総会決議取消の訴え（農業協同組合法 47 条・平成 17 改正前商法 247I）を提起した。同事件では、合併の臨時総会決議は平成 12 年 9 月 30 日、総会決議取消の訴え提起が平成 12 年 12 月 19 日であったところ、当該合併は、平成 12 年 12 月 28 日に合併が千葉県知事によって認可（農協法 65II）を受け、平成 13 年 1 月 4 日、合併の登記（農協法 79 条）がなされた。

千葉地裁は、合併の登記によって合併の効力が発生した後は、合併無効の訴えによるべきであり、合併に係る決議の取消訴訟は訴えの利益を失うと判断した。そして、合併の効力発生から 6 カ月の合併無効の訴えの提訴期間内に合併無効の訴えへと訴えの変更手続きを申し立てる必要がある、それをしなかった以上、決議取消の訴えは訴えの利益喪失を理由に却下されると判断した。まさに、吸収説の見解を採用した裁判例である。

だが、若干の留保が必要となる。まず、確かに、同判決は、合併無効の訴えへの「変更」が必要であると判示した。だが、本件で取消の訴えの訴えの利益が喪失した理由は、合併無効の訴えがなされていないことであって、総会決議取消の訴えそのものを、合併無効の訴えに「変更」することで、消滅させる理由は述べられていない。すなわち、合併の効力についての形成訴訟性が問題となったのであって、総会決議の訴えの利益が消滅したというのはその付随的效果に過ぎない。合併承認決議取消の訴えに加えて、合併無効の訴えが必要であるという意味での「併存説」（の 1 つのバージョン）を否定していないのである。

当該事件には、ほかにもいくつか特殊性がある。顕著な点としては、当該事件は、会社ではなく農協の合併の事案である点が挙げられる。平成 14 年千葉地裁が、合併無効の訴えを必要とした理由は、合併無効の訴えの提訴期間や遡及効の否定において決議取消の訴えとの差異がある点などであるが、それに加えて、「農協法とこれを受けた商法がこのように合併の有効性そのものを対象とする訴えを特別に設けている意義」と述べており、農協法の存在を根拠に挙げている。そし

²⁰ 原告組合員の主張によれば正組合員 2990 名中 720 名に通知漏れがあったとされている（ただし裁判所には認定されていない）。

²¹ 原告組合員の主張によれば、農業協同組合の合併には総組合員の 3 分の 2 の賛成が必要であるところ、被告農業組合は、出席組合員の 3 分の 2 によって合併承認決議が成立したと判断した点が決議方法の法令違反に該当するとしている。だが、このような原告の主張が正しいければそもそも決議は有効に成立していないというべき（不存在の事案）ではないかという疑問があるのみならず、合併の承認要件を定める農業協同組合法 46 条 2 号は「次の事項は、総組合員・・・の半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上が出席し、その議決権の三分の二（これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合）以上の多数による決議を必要とする」と定めており、平成 17 年改正前商法 343 条 1 項（定款変更の株主総会特別決議の要件）と同一の文言を採用しており、同条は、現行会社法 309 条 2 項同様、総株主ではなく出席株主の 3 分の 2 で特別決議は成立するものと理解されていた。

て、「千葉県知事による本件合併の認可がされ」と、県知事による合併認可がなされている点を強調している。

さらに、同判決は、すでに合併無効の訴えの提訴期間である合併の効力発生（合併登記）から6カ月間が経過してからなされており、もはや合併無効の訴えを提起することもできない。これは、従来の最高裁がとってきた提訴期間の柔軟な解釈の背後にある救済を広く認めるというポリシーに反するものにみえる。平成14年千葉地判における法廷内での訴訟指揮がどのようになされていたのかわからず、仮に、裁判所が、取消事由として主張している事実と同一事実を無効原因とする合併無効の訴えへの訴えの変更（ないし請求の追加）であれば、提訴期間経過後であっても認めることを示唆しながら、訴えの変更を求める訴訟指揮をしていたにもかかわらず、原告側が総会決議取消の訴えに固執したがゆえ、訴えの変更・追加がなされなかったのであれば、このような判決がなされてもやむを得ない。だが、訴えの変更・追加も認めない旨の訴訟指揮がなされた上でこのような判決がなされたとすれば、従前の最高裁判例の採用してきたポリシーに反する。そして、このような異なるポリシーを平成14年千葉地判が採用したことが仮に正当化されるとすれば、同事案が、会社ではなく、農協の事案であり、既に知事の認可がなされるなど、公的に合併を認証するかの手続が履行されており、利害関係人の範囲が非常に広範になってしまうという点に違いがあることが挙げられる²²。

f) 東京高判平成22・7・7判時2095号128頁²³：キャッシュアウト後の合併
その後も、併存説を採用したとまでは言えずとも、形成訴訟性を尊重した裁判例が続く。とりわけ、東京高判平成22・7・7判時2095号128頁は、合併無効の訴えの形成訴訟性を強調する。同事件では、A社の株主が、平成20年9月26日に、A社株主総会決議に基づき、全部取得条項付種類株式を用いたキャッシュアウトによってA社株主たる地位を失った。A社は、その後、平成21年1月1日にB社に吸収合併（合併比率は1:6,355.66127株）され、そのB社は平成21年2月1日にC社に吸収合併（現金対価合併）された。

²² 同じく吸収説を採用したと整理されることがある最判昭和49・9・26民集28巻6号1283頁（前掲注(13)参照）も、県知事の設立認可を受けた商工組合の設立が問題となった事案である。

²³ 判例評釈として弥永真生・ジュリスト1407号（2010）106頁、山本爲三郎・金融・商事判例1357号（2011）2頁、藤原俊雄・商事法務1921号（2011）14頁、鳥山恭一・法学セミナー677号（2011）123頁、若林茂雄ほか・商事1910号（2010）61頁、宗小春・ジュリスト1429号（2011）140頁、松井智予・ジュリスト臨時増刊1420号〔平成22年度重判〕（2011）132頁、新谷勝・日本大学法科大学院法務研究8号（2012）83頁、片木晴彦・法学教室387号（2012）128頁、松井秀征・法学教室別冊付録366号〔判例セレクト2010-2〕（2011）17頁、田中勇氣・ジュリスト増刊〔実務に効くM&A・組織再編 判例精選〕（2013）104頁、三原園子・関東学院法学23巻4号（2014）119頁がある。

原審である東京地判平成 21・10・23 金判 1347 号 27 頁は、株主総会決議取消の訴えの原告適格である「株主」であることが必要であり、これを口頭弁論終結時までに満たす必要があるとして、それまでに A 社と B 社の吸収合併および B 社と C 社の吸収合併のそれぞれについて合併無効の訴えを提起し、請求認容判決を確定させる必要があると判断し、合併無効の訴えを提起すらしていない当該事件の原告の原告適格を否定した。これは、合併無効の訴えと総会決議取消の訴えの 2 つを要求するという限りでは併存説的ではあるが、他方で、総会決議取消の訴えの口頭弁論終結時までに、予め、合併無効の訴えの請求認容判決の確定を要求するという点で、2 つの手続の同時進行を認めるものではなく、一方を先にすすめることを要求する点で、吸収説のポリシーに明確に反するだけでなく、併存説の通常理解にも反するものでもあり、原告に対して非常に酷な要求をするものといえる。

これに対して、控訴審である東京高判平成 22・7・7 判時 2095 号 128 頁は、結論は原審と同様、訴え却下を維持したものであるが、その理由付けは大きく異なる。一方では、当該事件の原告が提起していない B 社との合併無効の訴えおよび C 社との合併無効の訴えの原告適格について、キャッシュアウトの株主総会決議への取消の訴えが認容されれば株主たる地位を回復することから、「会社法 828 条 2 項 7 号所定の合併の効力発生日に『吸収合併をする会社の株主であった者』に該当する」と判示する。そして、カッコ書きを続け、その中で、「ただし、決議取消訴訟（本件訴訟）の敗訴判決確定を、原告適格を有することの解除条件とする」と加える²⁴。これは、合併無効の訴えと総会決議取消の訴えとを併合提起することを要求するものである。この事件で総会決議取消の訴えの対象として問題となっている株主総会決議は、吸収合併の承認決議ではなく、その前のキャッシュアウトに関するものであるので、本稿の分析対象としたい課題そのものについての判示ではない。だが、株主総会決議取消の訴えと吸収合併無効の訴えの双方の形成訴訟性を尊重している点で、併存説と非常に親和的である。

他方で、当該事件の解決として、訴え却下を維持した理由は、吸収合併無効の訴えを併合提起していなかった点を挙げる。この点も、併存説（の 1 バージョン）

²⁴ 本文は、A 社から B 社への吸収合併の無効の訴えの原告適格について判示した点である。B 社の C 社への吸収合併の点については、「本件決議に決議取消事由がある場合には、その決議取消訴訟を提起した X 社は、B 社の C 社への吸収合併についても、前記と同様の理由により、会社法 828 条 2 項 7 号の『吸収合併をする会社の株主であった者』に該当するものとして、合併無効の訴えの原告適格を有する（ただし、A 社の B 社への吸収合併について法定の期間内に合併無効の訴えを提起していることが必要であり、かつ、決議取消訴訟（本件訴訟）又は A 社の B 社への吸収合併の無効の訴えの敗訴判決確定を原告適格の解除条件とする。）」と判示する。

に非常に親和的である²⁵。

4. 学説としての吸収説・併存説の想定する形成訴訟性

本稿の準備作業では、「吸収説」を最初に提唱したのは誰なのか、そして「吸収説」という用語がいつから確立したのかまでは明らかにできなかった²⁶。だが、「吸収説」という用語は用いないものの、田中耕太郎は、既に「合併の決議について総会決議の無効または取消の訴（商 252 条 249 条）を提起できるかどうかについては、決議の無効または取消は当然に合併の無効を招来するから、合併の無効の訴によってのみ主張できるものと解する²⁷」としていた。この田中耕太郎の説は、近時、通説とされる吸収説が合併の効力発生前後を総会決議取消と合併無効の訴えとを切り替えるタイミングとしているのに対して、合併承認の株主総会決議時を切り替えのタイミングとしている点で違いがある²⁸。だが、総会決議の取消しの訴えの形成訴訟性²⁹を認めておきながら、合併無効の訴えによって、総会決議取消の訴えの形成訴訟性を飲み込んでいる点では、吸収説と共通する。そして、その根拠として挙げているのが、「決議の無効または取消は当然に合併の無効を招来するから」という点であるものの、理論的な説明になっていない。当然に合併の無効を招来するならば、決議の無効・取り消しの訴えの中で合併無効を争わせるという方法もあってよいはずであるし、合併無効の訴えと決議取消の訴えの双方の形成訴訟性を尊重すれば、併合提起という解決もあるはずである。

このように吸収説は、形成訴訟性を克服する説明に成功していない。これに対する見解として、併存説が存在するわけであるが、形成訴訟性というのに着目した場合、併存説には2つの対局的な地位にある立場が存在することに留意が必要である。

まず、近時、併存説が注目されている一番の理由は江頭憲治郎の体系書が採用しているという点であろう。だが、江頭の説く併存説は、従前の形成訴訟性との矛盾を回避した併存説（の1つのバリエーション）とは大きく異なる。江頭は、

²⁵ 藤原・前掲注(23)文献 20 頁。これに対して同判決を吸収説を前提としても成り立ちうるとするものとして田中・前掲注(23)文献 109 頁、三原・前掲注(23)文献 134 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・2014）334 頁。

²⁶ 上柳ほか・前掲注(7)文献 355 頁〔岩原〕では吸収説の支持者として引用されているのは主に体系書である。

²⁷ 田中耕太郎『改訂会社法概論・下』（岩波書店・1955）561 頁。

²⁸ 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣・1990）244 頁〔小橋一郎〕。

²⁹ 田中・前掲注(27)文献 376 頁。

株主総会決議取消の訴えと吸収合併無効の訴えとの比較において、遡及効の有無に着目する。

吸収合併無効の訴えの請求認容判決の効力は将来効にとどまるところ、平成 17 年会社法によって、組織再編行為でも債権者異議手続がないもの、株券提出手続がないもの（株券発行会社でないもの）、そしてこれらの手続があっても株主総会承認決議よりも先に開始するものなどがあり、総会決議の翌日には組織再編行為の効力が発生しかねない点を強調する。従来の吸収説が想定していた組織再編は、承認総会決議から効力発生までに最低 1 カ月（債権者異議手続・株券提出手続などのため）がかかり、その間に、株主総会決議取消の訴えを本案に組織再編行為差し止めの仮処分が可能であった。しかし、平成 17 年会社法下では、わずか 1 日の間に仮処分を得ることは不可能で、合併無効の訴えで請求認容判決を勝ち得ても、遡及効が存在しない。そこで、総会決議取消の訴えは、吸収合併無効の訴えと異なり、遡及効がある救済である点に着目し、総会決議取消の訴えという方法を別途認めることで遡及効のある救済を認めるべきというのが江頭の併存説である³⁰。

このような江頭の併存説は、株主総会決議取消の訴えによって、合併の無効という効力が発生することを認めるといふものである。この解釈は、合併無効の訴えの形成訴訟性と矛盾するものである。

これに対して、本稿がここまで併存説（の 1 バージョン）として紹介してきた説は、株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起することを要求するものであって、一方のみで救済を認める可能性を広げる江頭の見解とは真逆である。このような形成訴訟性を尊重する方向での併存説は、学説でも小橋一郎によって、近時は吉本健一によって主張されている³¹。

5. 吸収説という結論 or 表現からの離脱

ここまで本稿は、従来の吸収説が形成訴訟性との矛盾があるにもかかわらず、その矛盾を克服する理論的説明が十分になされていないことを指摘した。そして、理論的説明がなされていないのであれば、克服をすることを考えるべきである。本稿は、その克服のバリエーションとして 3 つの可能性を指摘したい。まずは、

³⁰ 江頭・前掲注(2)文献 372 頁注 2。なお、同 779 頁注 4 も参照。

³¹ 上柳ほか・前掲注(28)文献 245 頁〔小橋〕、小野木常＝小橋一郎「合併無効の訴え（1）」商事法務 174 号（1960）25 頁、吉本・前掲注(3)文献 133 頁。そのほか従来の併存説のバリエーションについて高山・前掲注(25)文献 321 頁、新堂・前掲注(6)文献 259 頁参照。

吸収説を断念し、併存説をとることである。そして併存説には、既に紹介したように2つのバリエーションである。そしてもう1つは、従来の吸収説と同じ結論を吸収説という用語を用いずに説明することである。

(1) 合併無効事由の書換：「吸収説」という表現からの離脱

従来の吸収説の問題のメインは、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性と矛盾するのにその説明がないというものであった。他方で、これに伴う実害が指摘されているわけではない。むしろ、後述する併存説のバリエーション1のように、合併無効の訴えと株主総会決議取消の訴えという2本の訴えを強制することのほうが不便であって、一本の訴訟にまとめるほうが当事者（とりわけ原告）にとって便宜である。

合併無効の訴えの中に総会決議取消の訴えが吸収される、という説明をやめ、合併無効事由に、「総会承認決議がないこと」とは別の無効事由として、「総会承認決議に取消事由があること」あるいは「取り消しうる事由を抱えた株主総会承認決議がなされたこと」を挙げればよい³²。合併無効事由は、法文上、規定されておらず、解釈によって合併手続の（著しい）瑕疵とされているだけである³³。それを「合併契約につき法定の要件を満たす承認がない³⁴」として、承認決議が不存在の場合・無効の場合と並べて、取消事由を抱えている場合を同時に説明しようとしたために、吸収説というロジックが必要になっただけであると思われる。

そうであるならば、従来の通説の結論を維持するためには、「総会決議が取消の瑕疵を抱えている場合」は、形成訴訟性が問題とならない総会決議がない場合（物理的不存在・規範的不存在）や無効の場合とは別の「合併手続の瑕疵」と説明してしまえば足りる。

このように実体法上、別の無効事由としてしまうことで、手続法上の議論から解放されるとするのは、従来も認められてきた議論である。例えば、新株発行無効の訴えにおける無効原因において、「新株発行差し止めの仮処分違反した場合」を、元来相対効しかない仮処分の効力で説明するのではなく、実体法上の1つの「無効事由」として考えることで克服してきた（最判平成5・12・16民集47巻10号5423頁）。

³² 吉本・前掲注(3)文献129-130頁が吸収説の第二の方法として掲げている方法である。実際に、吉本・前掲注(3)文献152頁注14に列挙されている文献のほか、資本金の額の減少の無効（会828I⑤）の無効事由について、江頭・前掲注(2)文献700頁は「株主総会決議に無効原因・・・取消原因・・・がある」を挙げている。

³³ 江頭・前掲注(2)文献894頁など。

³⁴ 江頭・前掲注(2)文献894・892頁・893頁注4。

このような説明に対しては、後述する併存説（バリエーション1）の論者からは、株主総会決議の取消事由は総会決議の瑕疵の中でも（無効や不存在と比較して）比較的軽微なものが会社法によってリストアップされているのに対し、解釈により無効事由を重大な瑕疵に限定している組織再編無効の訴えの無効事由とするのはアンバランスであると指摘されている³⁵。また、総会決議取消事由があることが合併無効事由であるならば、総会決議取消の訴えの提訴期間（3箇月）経過によって無効事由となくなるといった性質を説明できないのではないかという疑問も生じる。

だが、前者に対しては、そもそも総会決議取消事由と無効事由とを区分するのは瑕疵の大小ではなく、第三者保護の観点から法律関係を早期に安定化させるべきか否かの問題として、会社外部からも瑕疵の有無を判断できるか否かが基準となっているに過ぎず、提訴期間さえ守れば、要保護性・救済の必要性に差異はないと応答できよう。後者の疑問についても、総会決議取消事由というのは、総会決議取消の訴えの提訴期間によって実体的に治癒すると考えれば、治癒していない総会決議取消事由をもって合併無効事由とすると説明すれば足りる。

(2) 併存説：バリエーション1（両訴併合提訴必要説）

このように通説の吸収説の結論を、説明を変えるだけで維持することは可能である。だが、本稿が裁判例を検討していった中で発見したのは、少なくとも会社（株式会社）の事案においては、吸収説の結論は維持されていないということであった。裁判例が採用するのは、形成訴訟性を尊重するというものであり、学説でいえば、併存説の中でも小橋一郎らの唱える見解と親和的なものであった。これを併存説のバリエーション1としたい。

このような見解に従えば、合併の効力発生後は、株主総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起すべきということになる。総会決議取消の訴えの提訴中に合併の効力が発生した場合には、訴えの追加的変更（民訴143I）を用いる³⁶。このような2つの訴え提起が、従来の吸収説より迂遠であるのは間違いない。だが、それに伴う不都合は極力排除されているのではないか。たとえば、2つの訴訟を要求することに伴い、それぞれの訴訟の異なる提訴期間を看過してしまうという問題は、従来の最高裁判例が採用してきた、2つの訴訟の目的が同一である特段の事情があるときには、いずれか一方の訴訟を提起していれば、相手方に争う意思を伝える機能も十分に果たしていることから、柔軟に提訴期間規制の充足

³⁵ 吉本・前掲注(3)文献131-132頁。

³⁶ 吉本・前掲注(3)文献135頁。

を認めてしまうということである。

そして、このような解釈は平成 26 年会社法改正で導入された組織再編行為の差止事由とも平仄が取れているように感じる。無効原因が全て解釈によって定まる合併無効の訴えと異なり、組織再編行為の差止事由については条文上、「会社の法令違反」(会社 784 の 2①など) という形式が要求されており、いまだ総会決議が取り消されていない段階で、「総会承認決議に取消事由があること」あるいは「取り消しうる事由を抱えた株主総会承認決議がなされたこと」を「会社の法令違反」とすることはできない。そこで、総会決議取消の訴えを提起し、この請求が認められることで、遡って、総会決議がなかったこととなり、当該組織再編行為に会社の法令違反があるという説明が必要になる。そのため、合併無効では吸収説を採用する論者であっても、差止の場面では、差止と総会決議取消の訴えとを併合提起すべきではないかという見解が提唱されている³⁷。

それならば、合併無効の訴えにおいても、同様に併合提起を要求する解釈もあり得てよいではないか。

なお、近時、最高裁は、中小企業等協同組合法上の事業協同組合で理事・監事選任を行う総会決議(先行決議)の取消しを求める訴え(同法 54・会社法 831I)において、その後の総会(後行決議)で、当該理事・監事の任期が満了して退任し後任理事・監事が選任された場合には、先行決議の取消の訴えに、後行決議の効力を争う訴え³⁸が併合されている場合には、特段の事情がない限り、訴えの利益を喪失しないと判示した(最判令和 2・9・3 裁判所ウェブサイト³⁹)。同判決は中小企業当組合法が会社法の条文を引用していることから株式会社にも妥当すると解される。そして、同判決は、取締役選任の株主総会決議に対する総会決議取消の訴えにおいて、当該取締役が任期を満了し後任取締役が選任された場合には、特段の事情がない限り、訴えの利益が消滅したとする従来判例(最判昭和 45・4・2 民集 24 卷 4 号 223 頁)に対して、後行決議の取消の訴えを併合提起することが判例(最判昭和 45・4・2)の「特段の事情」に該当することを示したと理解することができる⁴⁰。最判令和 2・9・3 は、取締役選任決議に対する総会決議取消の訴えに関するものであって、同判決の射程は、本稿の対象とする合併無効の訴え等会社法 828 条 1 項の定める無効の訴え(形成無効の訴え)には、

³⁷ 田中亘『会社法〔第 2 版〕』(東京大学出版会・2018) 654 頁。

³⁸ 同判決は、取消判決の遡及効により初めから理事でなかった者によって召集された後行総会の決議にはいわゆる全員出席総会などの特段の事情がない限り瑕疵があると判示している点、および最判平成 2・4・17 民集 44 卷 3 号 526 頁を引用していることから、株主総会決議が不存在(いわゆる規範的不存在)となることを想定していると解される。

³⁹ https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=89677.

⁴⁰ 同判決以前からこのことを指摘する文献として野田博「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選〔第 3 版〕』(有斐閣・2016) 81 頁、田中・前掲注(37)文献 204 頁など参照。

形式的には、及ばない。しかしながら、同じく形成訴訟である株主総会決議取消の訴えにおいて、訴えの併合という技術を用いることで、形成訴訟性を尊重しつつ、当事者の求める救済を柔軟に認めるという解決策を示したことは、少なからず、合併無効の訴えの場面にも影響があろう。このことは、併存説・バリエーション1を潜在的な裁判所の立場と理解することを後押しする。

(3) 併存説：バリエーション2（原告の自由選択説）

他方で、そもそも、形成訴訟性との矛盾ということ自体、全く問題とすべきではないという整理もありうる。このような見解は、あるべき救済を直接に論じればよく、そして、現在の会社法の組織再編法制では、遡及効のある救済手段が実質的に欠けている点を問題視し、株主総会決議取消の訴えによって、合併など組織再編行為の効力を、遡って否定することを認めるべきと考える。これが江頭説の立場であり、併存説のバリエーション2である。併存というのは、総会決議取消の訴えと組織再編無効の訴えの両方を要求する（バリエーション1）というのではなく、どちらか一方で足りるとするのがこの見解である。

このような見解は、828条1項柱書の明文に反するのではないかという形式論による反論が可能である。そのほか、形式的な反論として、株主総会決議を取り消すとなにゆえ、合併の効力が否定されるのか、という点の説明もなされていない。株主総会が承認するのは合併契約であって、合併契約に基づいて実施される合併そのものではない。にもかかわらず、契約に基づいた履行行為である合併の効力が否定されるというのは必ずしも自明ではない。

しかし、この議論は、従来から実は問題となりえた議論である。たとえば、取締役選任の効力を否定する際に、当該取締役の選任決議の手續に問題があれば、取締役の地位不存在確認の訴えなど提起せずに、株主総会決議取消の訴えを提起し、これが認められれば、それだけで自動的に取締役の地位も否定されてきたはずである。これは、計算書類の承認等でも同じである。

これに対して、たとえば、代表取締役を選定する取締役会決議の手續に瑕疵があれば、代表取締役の地位の不存在確認の訴えや、当該代表取締役によってなされた取引の効力を否定する訴え（確認の訴えのこともあれば不当利得返還請求のようなこともある）を提起するのであって、代表取締役選定の取締役会決議の効力を訴訟物とした訴訟を提起することはない。そもそも株主総会決議取消の訴えというのは、株主総会の決議の効力を争う方法を制限するための制度である。この制度がなければ、すべて株主総会決議無効確認の訴えを提訴していたはずである。しかし、取消の訴え制度による制限のない取締役会決議については取締役

会決議無効確認の訴えを提起するかと言え、そうではない。前述の通り、取締役会の決議に基づいてなされた取引等の効力を直接問題としてきた。

これまで株主総会の決議の効力を否定するということが、決議に基づいてなされた取引等の効力の否定にとって実効的な解決手段とされてきた。しかしその理由は自明ではない。一方では、無効・不存在確認の訴えにおいても、被告適格(834⑩)、管轄(835)、担保提供命令(836)、弁論の必要的併合(837)、そして何よりも請求認容判決の対世効(838)があることから、紛争の実効的解決に資することになり、他方で、このような制度(サブシステム)のない例えば取締役会決議では、当該決議の効力そのものを争っても紛争の実効的解決とはならないからかもしれない。

6. 小括

このように、合併を承認する株主総会決議に取消事由がある場合における合併の効力を争う方法について、合併無効の訴えの中で取消事由を主張するという吸収説が通説であるといわれているものの、かかる見解は総会決議取消の訴えが形成訴訟であるという点を克服できていないことを示した。そして、裁判所も、必ずしも、吸収説は取っておらず、形成訴訟性を重視する理解をとっていることを示した。

かかる裁判例の理解の延長線上に、総会決議取消の訴えと合併無効の訴えとを併合提起すべきとする併存説のバリエーション1があることを示した。そして、近時の事業協同組合の理事選出決議の取消の訴えに関する最高裁判例(最判令和2・9・3)は、この併存説のバリエーション1が最高裁判所の潜在的な立場であることを示唆している。だが、近時、学説で注目されている併存説は、このようなバリエーション1ではなく、むしろ、株主総会決議取消の訴えのみで合併の効力を否定することを認めるバリエーション2である。このバリエーション2は、同じ併存説でありながら、合併無効の訴えの形成訴訟性をも否定するという点で、吸収説よりも、形成訴訟性を軽視しているという特徴がある。つまり、本稿は、「吸収説—併存説・バリエーション1—併存説・バリエーション2」の順で論じていったが、形成訴訟性をどれほど重視しているのかという順で整理すれば「併存説・バリエーション1—吸収説—併存説・バリエーション2」とすべきものであった。同じ「併存説」でも、通説たる吸収説との関係では真逆の方向にある2つの理解が存在することに留意すべきである。

本稿の浅く短い分析では、ここからいずれの見解が望ましいのかを論じること
裁判例の中の吸収説

はできない。そこで、本格的な分析の準備として、以上の3つの見解の差異はどのような点に帰着するのかを検討したい。

まず、併存説・バリエーション1は、提訴手続を誤るだけで救済がなされないという点で当事者（とりわけ原告）にとって酷であるという批判が予想される。しかしながら、この点は裁判実務の前提とする旧訴訟物理論が抱えていた問題の焼き直しである。すなわち、裁判官に適切な釈明権の行使を期待することで解決すべき問題となる。場合によっては裁判官が釈明義務・法的観点指摘義務を負うこともあろう。3(1)で先述したように、提訴期間規制については「救済の対象の同一性」を基準に柔軟に救済がなされている。実務上は致命的な問題ではないというべきである。

併存説・バリエーション2には、他の2説にはない「遡及効ある救済手段」の付与という実質的差異があった。そして、形成訴訟性について、吸収説も併存説・バリエーション2も完全に無視しているわけではない。おそらく吸収説が前提としている理解は、株主総会決議取消の訴えの形成訴訟性は、合併無効の訴えという大きな形成訴訟の中に組み込まれることで、形成訴訟性を満たすと考えているのではなかろうか。これに対して、併存説・バリエーション2は、株主総会決議取消の訴えであろうと、合併無効の訴えであろうとどちらも形成訴訟なのであるから、どちらか一方を選べば、その両方の救済を求めることができる、と理解していることとなろう。これに対して、形成訴訟というのは、当該法律関係の1つ1つの発生を個別の訴訟に委ねていると理解すれば、上記のような理解は取れず、併存説・バリエーション1となろう。実際に、総会決議取消の訴えや合併無効の訴えの認容の確定判決には対世効があるとされ（会838）、かかる対世効の及ぶ範囲は請求レベルにとどまると考えれば、法律関係1つ1つに個別の訴訟を要求すべきという併存説・バリエーション1に親和的である。ここでは、形成訴訟であることの意味が問われている。

さらに、本稿は、形成訴訟性の意味に加え、もう1つの補助線を指摘したい。それは、前述した（5.(3)参照）「株主総会決議を争うこと」の効力が及ぶ範囲である。併存説・バリエーション2は、合併承認の総会決議を争うことは、合併そのものの効力を争うものであることを当然の前提としていた。だが、現在の合併手続をみるに、株主総会決議で行うのは合併契約等の承認（会社法783I、795I、804I）であって、合併契約の締結はまた別の手続であり、仮に当該決議が取り消されても、合併全体の効力を否定するのではなく、承認決議を取り直すだけでよいと理解することも理論上は可能である。この話を取締役選任決議の取消に応用すれば、当該決議が取り消されることで、取締役が地位を失うことを当然の前提としているものの、株主総会承認決議のない取締役として取締役法規違反はあるも

の取締役選任自体は無効とはしないと解釈する可能性も理論上存在するという
ことである。しかし、従来の実務も学説もこのような理解をとってこなかった。
他方で、公開会社における新株発行においては、有利発行等で必要となる株主総
会決議が取り消されても新株発行の効力は否定されないというのが新株発行無効
事由の理解の前提である。そこには、株主総会の決議の効力を争うことで覆滅す
る法律上の効果の範囲がどこまでなのか、という問題が存在していたにもかかわらず、明示的な議論がなされていないということが示されている。この総会決議
の効力を争うことで覆滅する法律上の効果の範囲という隠された論点が、上記の
3つの見解の対立の要因の1つであるように思われる。

以上のように、本稿の問題の背景には、形成訴訟であることの意味と、株主総
会決議の効力を争うということの意味という2つの問題が存在する。これらは、
本稿（筆者）の手に余る課題として、今後の課題とさせていただきたい。

※ 本稿は科学研究費補助金（課題番号：19K01362、18H00808、18H03611）
の成果の一部である。