

判例研究

〔商法 三九六〕 定款で社員総会を招集すべき取締役が定められて いる有限会社において他の取締役が招集 した社員総会決議の効力

〔判示事項〕

有限会社が定款に社員総会を招集すべき取締役を定めている場合において、定款に招集権者と定められていない取締役が社員総会を招集したときは、招集手続が定款に違反するものとして、社員総会決議取消の訴えの原因となるものと解すべきであるが、かかる定めのある場合であっても、招集権者たる取締役に故障等が生じ、招集権を行使できない事態が生じた場合には、定款に招集権を行使すべき者に関する補充規定が設けられていない限り、有限会社法三五条の原則に戻って、個々の取締役が社員総会の招集権を行

使できる。

〔参照条文〕

有限会社法三五条・三六条の二

〔事実〕

Y会社（被告・被控訴人）は、アパート経営・食堂喫茶の経営を主たる目的として、昭和五八年に設立された資本金九〇〇万円の有限会社である。Y会社は、平成五年一月二六日、取締役A名義で臨時社員総会招集の通知をなし、同年一月二日、臨時社員総会を開催し、取締役X（原告・控訴人）を解任する旨の決議をなした。本件社員総会

（仙台高裁平成七年二月二十四日判決
平成七年（ホ）四八号社員総会決議取消請求控訴事件（上告）
判例時報一五六五号一三五頁、判例タイムズ九〇九号二四二頁）

の開催当時、X が代表取締役であり、A・B・C が取締役であったが、Y 会社の定款では、代表取締役を社長とし、社員総会は社長たる取締役が招集するものと定められており、代表取締役たる社長に故障があつた場合の社員総会の招集権者に関する規定は設けられていなかった。

本件社員総会に至る経緯には次のような事情があつた。

A の経営する D 建設は E 銀行からの Y 会社の借入につき連帯保証をしていたところ、Y 会社が右借入金の返済を遅滞させ、D 建設が保証人としての責任を問われる事態が発生した。そこで、A と D 建設の常務取締役である F は、右借入金の遅滞を解消するため、Y 会社の経営の一切を行つていた X との間で、Y 会社の経営等について話し合う機会を持ったが、返済の遅滞を解消できなかったため、D 建設は保証人としての弁済を余儀なくされるようになった。A らはその後も X との話し合いの機会を持つとしたが、X がその所在を明らかにしない等、話し合いを拒否する態度をとつた。そこで、A は、このままでは D 建設が Y 会社の多額の債務を負担させられる危険があるため、Y 会社の社員総会を開催し、X に取締役を辞めてもらうほかはないと考え、同年一〇月二五日、A の妻 G を介して B・C 宅に連絡し、応対に出た H を通じて、Y 会社の役員変更の社員総会を開

催したので、その招集に同意してくれるように働きかけ、招集に賛成であれば、総会に出席して欲しい旨を告げた。

さらに、X に対し、本件社員総会の招集に関する連絡を取ろうとしたが、連絡が取れず、招集通知も配達されたが不在のため受領されなかった。B・C は、同年一月二日本件社員総会の開催場所に赴き、Y 会社の実情等につき説明を受けた上で、同年一〇月二五日付の本件社員総会開催に関する「取締役決議書」に署名押印した。

X は、①社員総会招集に必要な取締役の決議（有三六条の二）の不存在、②A の招集権限の不存在を理由として、本件社員総会決議の取消を請求した。原審（青森地判平成六年十二月二八日）は請求を棄却したため、X が控訴した。

〔判 旨〕 控訴棄却

一 取締役の決議の不存在について

「Y 会社の取締役である A は、本件社員総会の招集を企図していたものであるから、同人が取締役として右総会の開催に賛成する意思を有していたことは明らかであり、また、取締役であつた B 及び C は、G や H と共に、Y 会社の経営方針や借金の返済方法等について X と話し合いの機会を持つたことがあつたのであるから、長男 H を介し、あるいは少なくとも娘の G から連絡を受け、娘である X が

Y会社を経営することにより、Gの夫であるAの経営するD建設に多大な迷惑をかけており、このような状態を解消するため、XにY会社の取締役を辞めてもらうための会合が開かれるものであることの認識は十分に持っていたものというべきであり、右認識のもとに右社員総会に出席したものであるから、B及びCの右態度は、取締役として右社員総会の招集に同意していたものと評価できるものである。」右によれば、本件社員総会招集に関する取締役の決議は、Y会社の取締役四名中三名の賛成を得ているものというべきであるほか、Aは、Xの右決議に対する賛否を問うため、Fを介して連絡を取ったが、右社員総会の開催日までにその連絡を取ることができなかったといった前記認定にかかる事情を考慮すると、Xから右決議を得られなかったことをもって、右社員総会の招集について、取締役の決議が不存在であると解するのは相当でない。

二 招集権限の不存在について

「有限会社が定款に社員総会を招集すべき取締役を定めている場合には、有限会社法二七条三項の趣旨をも考慮すると、社員総会はその取締役によつて招集されるべきものと解するのが相当であるから、定款に招集権者と定められていない取締役が社員総会を招集したときは、右招集手続

は定款に違反するものとして、社員総会決議取消の訴えの原因となるものと解すべきであるが、有限会社の社員総会の招集権限が原則として各取締役に帰属している（同法三五条）ものであることからすると、定款において、招集権限を代表取締役に帰属させることができるとしても、同取締役に故障等が生じ、右招集権を行使できない事態が生じた場合には、定款に右招集権を行使すべき者に関する補充規定が設けられていない限り、右法の趣旨からも、原則に戻つて個々の取締役が社員総会の招集権を行使できるものと解するのが相当である。」と判示した上で、Aは、招集権者であるXと連絡が取れなくなったこともあって、やむなく自ら本件社員総会を招集したものであることが認められ、招集権者であるXにおいて右社員総会の招集につき故障がある場合に当たると解するのが相当であるから、Aによる右社員総会の招集は、招集権者による招集として適法なものであったというべきであるとした。

〔研究〕

一 本判決は、有限会社法三六条の二が要求する取締役過半数の決議の存否を検討した上で、定款で社員総会を招集すべき取締役が定められている場合には、原則として他の取締役は社員総会の招集権は有しないが、招集権者たる取

締役の故障等により招集権を行使できない場合には、有限会社法三五条の原則に戻って、例外的に他の取締役も社員総会を招集できると判示している。しかし、本件の定款規定が、代表取締役たる社長に総会招集権を専属せしめ、他の取締役の総会招集権を排除する趣旨であれば、たとえ総会招集に関する取締役過半数の決議があつたところで有効な社員総会決議を成立せしめることはできないのであるから、先決問題とされるべきは総会招集権の所在である。したがって、このような判旨の展開が、単にXの主張の順序に対応せしめるものではなく、論理の順序を示すものであれば、招集権の所在に関する判示は招集の決定とは次元ないし段階を異にするものであるから、判旨が招集権なる語をいかなる意味で用いているのかということが問題とならざるをえない。このように、本判決は、社員総会の招集権をいかなる権限と捉え、本件の定款規定が本来の総会招集権の帰属関係にいかなる変更を生ぜしめるのかということが必ずしも明らかではなく、それが判旨の論理を難解なものにしているように思われる。

二 有限会社法三五条は、同法に別段の定めがない限り、社員総会は取締役が招集するものと規定しているが、この規定については、取締役が数人いる場合でも取締役各自が

業務執行機関を構成すると解されることに対応して、各取締役が総会招集権を有するものと解されている(服部榮三¹¹加藤勝郎『有限会社法全訳』一五二頁、戸田修三¹²蓮井良憲¹³元木伸編『注解会社法下巻』一二二九頁(米津稜威雄執筆))。本判決もこれに従っている。

では、本件の定款規定は、有限会社法三五条との関係においていかなる趣旨と解すべきか。すなわち、本件の定款規定は、総会招集権を代表取締役たる社長に専属せしめ、社長は単独で総会を招集しうる趣旨であるか、それとも総会招集権は数人の取締役に留保した上で、単に招集手続の具体的な実行すなわち社員に対する招集通知を代表取締役たる社長になさしめる趣旨にすぎないものであるか。この点につき、多くの株式会社法の定款では、「株主総会は社長が招集し、社長に差し支えあるときは、取締役会が予め定めた順序により、その任に当たる」などと定められている。このような定款規定も一般に有効であると解されているが、商法二二一条に規定する取締役会の総会招集権は、各取締役等に委譲することのできない取締役会の法定的専権事項であり、定款をもつてしてもこれを排除することはできないものと解されているから(『新版注釈会社法』(5)三一頁(前田重行執筆))、このような定款規定は単に招集手続の

具体的な実行をなしうる者を定めたにすぎないものと解される。一方、有限会社における同様の問題については判例・学説上特に取り上げられていないため、現行有限会社法と同様の取締役制度が採用されていた昭和二五年改正前商法における判例・学説が参考になる。まず、定時総会と臨時総会のそれぞれにつき取締役が招集することを要すると規定していたにすぎない昭和一三年改正前商法（一五七条一項・一五九条）の下における判例として、大審院昭和七年一月一七日判決（民集一一卷二二号二三四九頁）は、「株式会社ノ取締役ハ三人以上タルコトヲ要シ其ノ取締役ハ株主總會招集ノ重要ナル権限ト義務トヲ有スル本来ノ機関ナルガ故ニ、会社ノ定款ニ株主總會ハ取締役社長之ヲ招集スル旨ノ規定アル場合ニ他ノ取締役ガ其ノ定款ノ規定ニ反シテ株主總會ヲ招集スルモ、夫ノ本来ノ招集機関ナラザル者ノ為シタル場合ト同ジク其ノ總會ノ決議ハ当然無効（筆者注）現行法の不存在に相当する）トナルニハ非ズシテ、唯商法百六十三条ニ所謂總會招集ノ手續ガ定款ニ反スル場合ニ該当シ株主取締役又ハ監査役ハ同条及次条第一項ノ規定ニ依リ訴ヲ以テノミ其ノ決議ノ無効（筆者注）現行法の取消に相当する）ヲ主張シ得ルモノト解スルヲ相当トス」と判示している（同旨、長野地松本支判昭和四年一二

月二六日法律新聞三〇七八号七頁）。学説上も、その判例評釈において次のように解されている。すなわち、株主總會招集権を有するのは機関としての取締役（Vorstand）であり、これを構成する個々の取締役（Vorstandmitglied）ではないから、たとえ定款をもつて總會招集権を機関たる取締役から奪い特定の取締役に与える旨を定めても、その定款の内容は強行規定に違反するものとして当然に無効である。したがって、「株主總會は取締役社長之を招集す」という定款規定は總會招集の具体的な実行を委ねる趣旨としてのみ意義を有するにすぎず、他の取締役も機関たる取締役の構成員として總會招集権の帶有者であり、取締役としての資格において招集権を行使することは妨げられないが、それは招集手續の定款違反となる（石井照久「判批」『判例民事法昭和七年度』（一八五事件）六四五頁以下、升本重夫「判批」法学新報四三卷五号一〇〇頁以下）。これに対して、竹田省博士は、取締役の単独代表主義との調和に鑑みれば、各取締役は単独で總會招集権を有すると解すべきであるとした上で（竹田省「株主總會の招集」『商法の理論と解釈』八二（八四頁）、定款をもつて特別の招集権者たる取締役に定めた場合は、その取締役の単独招集権を認めて取締役過半数の決議（原文では「取締役

会の決議」となっている)を要しないとしたにすぎず、他の取締役も法定の招集権を失わないが、他の取締役が総会を招集するには本則通り取締役過半数の決議を要することになるから、前掲大審院判決の事案においては、招集手続の定款違反ではなく法令違反となると解している(同八五〜八六頁)。このような定款規定の解釈は、各取締役は単独で総会招集権を有するという前提と整合的であるように思われるが、本判決が本件の定款規定の解釈につき竹田博士の見解を採用していないことは明らかである。

そこで、本判決の論理を分析してみると、本判決は、本件の定款規定の下における総会招集権の所在につき、有限会社法二七条三項の趣旨を援用しているが(『注釈会社法(9)』二〇四頁「境一郎執筆」も、定款または社員総会の決議で招集手続をとるべき取締役またはその順位を指定したときは、その者の名においてのみ招集手続がとられるべき根拠として、二七条三項の趣旨を挙げている)、これはおそらく、代表取締役を特に定めた場合には他の取締役の代表権が剝奪されるのと同様に、定款で総会を招集すべき取締役を定めた場合には他の取締役から総会招集権が剝奪されるということを示したからであろう。しかし、そこでいう総会招集権が決定権を意味するものであるとすれ

ば、各取締役の総会招集権は定款によって排除しうるということになるが、それでは、定款をもってしても法定の総会招集権者から招集権を奪うことはできないとする従来からの通説に反することになるから、本判決はそこまで徹底しているとは思えない。本判決が本件の定款規定の下における招集権の所在に先立って取締役過半数の決議の存否を検討しているのも、本件の定款規定にかかわらず総会招集の決定権は他の取締役に留保されているということを暗黙の前提としているからであろう。したがって、本判決は、総会招集の決定権は定款をもってしても各取締役から奪うことはできないが、その実行権は各取締役から奪うことができるという趣旨であると推測される。業務執行権を決定権と実行権とに峻別し、その分属を認めるという解釈は今日では一般に定着しているため、本判決もこのような解釈を総会招集権に対応せしめ(西本寛一「株主総会の招集機関」愛知学院大学論叢法学研究八巻一三二頁は、「総会招集の意思の決定と、その決定された意思にもとづく実行としての招集行為自体とを区別して考えなければならぬ」とし、前田・前掲三二頁は、「代表取締役は、株主総会の招集手続の執行(権)者であり、具体的な総会の招集行為を行う権限(招集執行権限)を有することになる」とす

る）、本件の定款規定の解釈として、総会招集の実行権のみを代表取締役たる社長に専属せしめたものと思われる。本判決は、他方において、総会を招集すべき取締役が故障等が生じ、招集権を行使できない事態が生じた場合には、有限会社法三五条の原則に戻って各取締役は招集権を行使できると解しているが、これは同条に規定する総会招集権にはその実行権をも含むことを前提とするものである。そうであるとすれば、有限会社法三五条は、定款によって各取締役から奪いえない招集決定権と定款によって奪いうる招集実行権とを一括して規定したということになるが、このような解釈は大胆にすぎるといわざるをえない。かといって、同条は総会招集の実行権のみに関する規定であるとは到底解しえない。なぜなら、有限会社法三六条の二は招集決定の方法に関する規定にすぎないから、有限会社法には招集決定権の所在を定めた規定がないことになってしまいうからである。仮に三六条の二をもって招集決定権の所在を規定したものであるとすれば、各取締役は単独で総会招集権を有するという前提が崩れることになるう。

もっとも、このような総会招集権の所在の不明確さは本判決に限ったことではない。学説上でも、定款または社員総会の決議をもって一人の取締役に招集権を集中すること

は妨げないが、この場合でも社員総会の開催の決定は取締役の過半数の賛成を要すると説明されたり（服部Ⅱ加藤・前掲一五二頁）、定款により複数の取締役のうちの一人に招集権を集中することも可能であるとする一方で、定款規定または総会決議によっても取締役から招集権を剥奪することはできないと説明されている（『基本法コンメンタール会社法3（第六版）』一九五頁（稲垣恒一執筆））。むしろ、本判決はこれらの見解に影響されていると思われる。そして、これらの見解及び本判決は、総会招集権の本体を招集実行権に求める現在の学説の傾向に由来するのではないか（倉沢康一郎『会社判例の基礎』八〇頁参照）。

そもそも、社員総会の招集の意義は学説上必ずしも明らかではない。招集とは国語的には「呼び集める」という意味であるが、会社の機関としての社員総会は常時活動状態にあるものではないから、招集は社員の会合を機関活動としての社員総会たらしめるための法律要件であることは明らかである（倉沢・前掲七九頁）。内池慶四郎教授は、民法上の社団法人につき、総会招集権は、総会に会議体としての活動能力を付与する法律効果を一方的に創造するものとして一種の形成権に類似した機能を持ち、招集（通知）の法的性質は総会を開催するという招集権者の意思表示で

あると解される（内池慶四郎「総会招集通知と意思表示の効力発生時期」法学研究七〇巻一号一九頁）。総会の招集が法律行為であるとすれば、それが相手方のない単独行為なのか、それとも社員に向けられた相手方のある単独行為なのかということが問題となるが、招集は会議体の機関たる社員総会を發動せしめるという効果を法人（会社）に対して生ぜしめる社団的法律行為であるから、相手方のない単独行為と解すべきであろう。このような理解は、株式会社における総会招集権が代表取締役ではなく取締役会にあることも整合する。そうであれば、社員総会の招集は、会議体の機関たる総会を發動せしめるための要素すなわち社員総会の日時・場所（及び会議の目的たる事項＝議題）を法人（会社）の意思として決定すれば足りるから、招集とは決定のみを要素とする法律要件であり、社員に対するその通知は、招集の決定を前提とはするが、招集概念には含まれないことになる。いいかえれば、総会招集権は招集の決定権のみを意味し、その実行権なるものは観念しえないことになる。これに対して、有限会社法三六条（さらに商三二二条一項・民六二条）の文理解釈、及び実際に社員総会を開催するにはその招集を社員に通知することが不可欠であることに鑑みれば、招集の意義を実質的に捉え、

招集概念はその通知をも要素としていると解することもできるから、招集の実行なるものを観念することもできよう。むしろ、後者の解釈が一般的であると思われる。しかし、これを総会招集権という権限の側面から見れば、招集手続の実行としてなされる招集通知は、社員総会の招集について決定された事項を単に社員に伝達するにすぎないから、招集実行権なる権限を認めることは無意味であり、総会招集権は結局はその決定権に収斂されることになる。したがって、機関権限としての総会招集権の本体はその決定権にあると解すべきであり、総会招集権の所在はまさにその決定権の所在にほかならない。この点につき、株式会社において取締役会による株主総会の招集決定は、しばしば会社の内部的意思決定にすぎないとされ、その意義が相対的に軽視されているが（前田・前掲三五頁参照）、株主総会という会社内部の機関の活動を發動せしめるものが会社の内部的意思決定であることはむしろ当然である。

以上の点をふまえた上で本件の定款規定の解釈について検討するに、取締役会に帰属する総会招集権は、社員の会合を機関活動としての社員総会たらしめる機関権限であり、その所在は法定的に確定されているべきものであるから、有限会社法三五条は定款の定めをもってしてもこれを変更

することのできない強行規定であると解すべきであろう。

したがって、本件の定款規定は、代表取締役たる社長に招集通知をなさしめるという趣旨においてのみその効力を有するにすぎないと解すべきである。ただし、ここで注意すべきことは、独立した権限として招集実行権なるものを觀念することは無意味であるから、この定款規定は、總會招集の実行権を代表取締役たる社長に專屬せしめるものではない。え、招集決定の際に特に招集通知者を指定しなかった場合の補充規定にすぎないことである（本件においても、Y会社は「Y会社の定款は、代表取締役たる取締役だけを社員總會の招集権者に限る趣旨ではなく、一般的な場合を示したに過ぎないものと解釈すべきである」と主張している）。したがって、本件の定款規定にかかわらず、定款で定められた者以外の者が招集通知をなすことも妨げられないと解すべきである。判例の中には、「たとえその代表権の行使について定款に社長たる代表取締役との間に順序を定める規定があつて、右總會招集がこれに違反してなされたとしても、その招集は単なる内部の事務分配上の定に反してなされたものに過ぎず、その法律上の効果に影響を及ぼすものとはいえない」と判示するものもある（東京地判昭和二年七月二日下民集五卷七号一〇〇九頁。同

旨、西本・前掲一三七頁）。そうであるとすれば、定款で總會を招集すべき者と定められていない取締役が總會を招集しても、招集手続の定款違反の瑕疵を帯びることにはならないことになる。

三　ところで、社員總會の招集通知は觀念の通知であり、準法律行為の一種であると解されているため（我妻榮『新訂民法総則』二三四頁、四宮和夫『民法総則（第四版）』一四一頁、児玉義史『準法律行為論』四〇二頁、高鳥正夫『株主總會の招集』『会社法の諸問題（増補版）』三〇七頁等）、招集通知は代表取締役しかなしえないことになりそうである（倉沢・前掲八〇頁）。この点につき、株式会社において、取締役会決議による招集決定に基づいて具体的な招集手続をなす者は代表取締役であると説明されている。招集通知には代表権を要するとすれば、本件の定款規定は当然のことを規定したにすぎないことになる。そして、代表権のない取締役が社員總會の招集通知をしても、無権代表として招集通知の効力を生ぜず、招集通知を欠くことになるから、その場合は招集手続の定款違反ではなく法令違反となるはずである。有限会社において代表取締役が招集手続をなすことができない事情がある場合には例外的に他の取締役が招集手続をなしかつという問題は、招集通

知はその性質上代表取締役しかなしえないということを前提として初めて生ずるのであり、そこで問題となるのは、他の取締役の総会招集権の復活ではなく代表権の復活の可否である。

この点につき、株式会社においては定款または取締役会決議をもって代表取締役以外の取締役は総会招集手続をなす権限を授与することができると解する見解が有力に主張されている（佐賀地判昭和三四年二月一九日下民集一〇巻二号三二三頁、大隅健一郎『今井宏』『会社法論中巻』〔第三版〕一五頁、田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』四八六頁、服部榮三『菅原菊志編』『逐条判例会社法全書』九頁〔服部榮三執筆〕、西本・前掲一三四頁）。この見解は、招集通知には代表権を要しないということを前提としなければ成り立ちえないものである。もともと、この見解は、株主に対する招集通知は対外関係ではなく対内関係であるという点を理由とするにすぎず（田中・前掲四八六頁）、招集通知の準法律行為としての性質と代表権との関係において論じられてはいない。むしろ、この議論は、代表取締役は業務執行の実行権の一内容として招集手続の実行権を固有に有するかという視点から論じられているように思われる（田中・前掲四八六頁、西本・前掲一三三頁、前田・前

掲三一〜三三頁参照）。

そこで、準法律行為に関する民法の学説を参照してみると、觀念の通知にも代理制度が拡張され、代理に関する規定が類推適用されると一般に解されているが（我妻・前掲三三〇頁、『注釈民法』（4）一六頁〔於保不二雄執筆〕等）、觀念の通知は「単ニ或事実ヲ他人ニ知ラシムルニ止マリ代理人ノ意思ハ干与スルコトナク通知者ノ媒介者ハ通知ヲ其俣ニ取継クニ過キサル」として、代理の規定の適用を否定する見解もある（石坂音四郎『通知及ヒ通知義務』『民法研究第一巻』三八七頁）。

思うに、觀念の通知としての招集通知の対象となる事実が、招集機関によって招集が決定されたという過去の事実であれ（倉沢・前掲八〇頁）、一定の日時に社員総会を開催するという将来の事実であれ（児玉・前掲四〇五頁）、会社の觀念の通知としての効力を生ずるためには、その事実の認識とその通知は代表機関を通じてなすほかはなからう。もともと、招集通知は招集機関による招集の決定を単に社員に伝達するにすぎないものであるから、通知者は使者にすぎず、そこには代表権を必要としないと考えられないこともない。しかし、使者は本人によって觀念の通知がなされたことを前提としてその伝達を媒介するにすぎない

ものであるから、通知者をもって使者と解するためには招集の決定自体が観念の通知であると解する必要があるが、招集の決定自体は会社の内部的意思決定にとどまり、社員に向けられたものとはいえないから、これをもって観念の通知と解することはできないであろう。社員総会の招集通知が対内関係であるといわれるのは、それは取引の安全なるものが問題とならないことにすぎない。これを株式会社についてみれば、株主総会決議は招集機関たる取締役会による招集の決定がその成立要件とされ、招集通知は招集機関により招集決定がなされたという事実の存在を要件とするから、それを欠けば招集通知は無効を来し（川島武宜『民法総則』一五六頁参照）、代表取締役が独断で招集通知をしても、有効な招集通知にはなりえず（高鳥・前掲三〇七頁対照）、株主がそれを信頼して参集したとしても、株主総会決議は成立しえない。

では、有限会社において代表取締役が代表権を行使できない事態が生じた場合には、例外的に他の取締役代表権が復活すると解することはできるか。この問題は、唯一の代表取締役が退任した場合、他の取締役は当然に代表権を回復するかという問題と関連づけられるが、これを肯定する見解（『新版注釈会社法』14）一九九頁（山口幸五郎執

筆）、平尾賢三郎「判批」金融商事判例六六四号五五頁、石山卓磨「代表取締役の選任と権限」『現代有限会社法の判例と理論』二二二頁、片木晴彦「本件判批」判例評論四五六号五二頁」と否定する見解（東京高決昭和五七年四月二六日金融商事判例六五三号一八頁、野内充「有限会社法に規定する代表取締役について」民事研修七一四三頁、村上惺「有限会社の取締役・代表取締役の資格等について（通達解説）」商事法務研究四一五号一八頁、小宮山宏之「判批」法学研究六二巻一号一一七頁）との対立がある。

この点については、代表取締役選任形態としての互選代表制と特定代表制（有二三条三項）とを区別して考察することが必要である。まず、定款規定に基づく互選代表制が採用された場合、定款により各取締役の代表機関性を否定し、取締役の地位から分化した地位として代表取締役の地位を設定した上で、取締役の中から互選によって代表取締役の地位に就く者を定めるという構造になると考えられる。すなわち、株式会社において取締役会決議により代表取締役を選任するのと同様の構造になる。この場合、代表取締役が死亡その他の事由により退任したとしても、平取締役代表権が当然に復活すると解する余地はなく、新たな代表取締役を取締役の互選によって定めなければならないこと

になる。一方、定款規定または社員総会決議に基づく特定代表制が採用された場合、代表取締役の個性・特定性に鑑みれば、定款または社員総会で指定された代表取締役が退任した場合には、代表取締役が選任されなかった場合の狀態（有二七条二項）に復帰すると解する余地は十分にあるであろう。これに対して、代表取締役が代表権を行使できない事態が生じた場合には、なおその者が代表取締役たる地位にある以上、理論的には他の取締役に代表権が復活すると解することはできないが、特定代表制の下では、他の取締役はその代表取締役を解任したり新たな代表取締役を選任することはできないし、定款の変更または代表取締役の解任と新たな代表取締役の選任を目的とする社員総会を招集しようとしても、招集通知をなす者がいないため、社員総会自体を招集することができず、会社経営は暗礁に乗り上げることになる。したがって、このような場合には、実際上の必要性に鑑みて、他の取締役は少なくとも社員総会の招集通知はなしうと解するほかはあるまい。本件においては、Y 会社が互選代表制と特定代表制のいずれを採用しているのかは不明であるが、もし互選代表制が採用されているのであれば、他の取締役の代表権の復活を認める理論的な根拠がないし、X を代表取締役から解任し、新た

に代表取締役を互選することも可能であったのであるから、他の取締役の代表権の復活を認める実際上の必要性もないことになる。

四 次に、定款で社員総会を招集すべき取締役と定められていない取締役でも総会を招集できる場合があると解したとしても、それは取締役過半数の決議があることを前提とするから、本件においては取締役過半数の決議があったといえるかどうかが問題となる。取締役過半数の決議については、「決議」という文言にかかわらず、必ずしも会議を開催する必要はなく、電話等により口頭で取締役過半数の同意を得ることも差し支えないと解されるが（『新版注釈会社法』14）二九二頁（前田重行執筆）、本判決の事実認定によれば、A によつて招集が企図された本件社員総会につき、B と C はその招集通知以前には明確に同意しておらず、社員総会の招集に対する同意を明示したのは総会当日のようである。確かに、単に取締役過半数の決議があったかどうかという点のみを問題とすれば、これを肯定しなければならぬが、それが招集通知以後であったという点では本件社員総会決議にはなお瑕疵があるように思われる。そのため、有限会社法三六条の二に規定する取締役過半数の決議は招集通知以後の同意をもって足りるか、いいかえれば

招集通知の時点では取締役過半数の決議がなくても、後に同意が取り付けられれば、その瑕疵は治癒されるかという点が問題となりうる。この点については、取締役過半数の決議が、各自招集機関を構成する取締役相互間で招集に関する意思を統一するにすぎないものであるとすれば、すでに招集機関による招集がある以上、取締役過半数の決議は事後承認であっても差し支えないと解することは十分に可能であろう。しかし、当事者が主張していないこともあって、本判決はこの点を問題にしていない。その代わり、本判決は、総会当日の「取締役決議書」の署名押印によって少なくともBとCの事後的な同意は明らかであるにもかかわらず、BとCが本件社員総会の連絡を受け、Xを解任せざるをえない事情を認識していたという事実をもってBとCの同意を認定していることに鑑みれば、すでにBとCには総会招集に対する黙示の同意があったと評価しているように読みとれる（資金敏明「本件解説」判例タイムズ九四五号平成八年度主要判例解説二二二頁は、本判決をもって電話や伝言の方法による黙示の決議を認めたものと評価している）。しかし、取締役過半数の決議は黙示の同意で足りるということ自体が大いに疑問である。

五 以上に述べてきたように、本判決の理論構成には賛成

しない。また、Aの招集手続には勇み足感があり、本件社員総会の招集手続に関する瑕疵の存在を払拭するには不十分であると思われるため、本件決議の有効性に関する結論についても疑問なしとしない。

来住野
究