

【判例研究】

解職対象者に対する招集通知を欠く 代表取締役解職決議の効力

—ミシヤジャパン取締役会決議不存在確認等請求事件—

来住野 究

東京地裁平成 23 年 1 月 7 日判決
平成 21 年（ワ）17851 号取締役会決議不存在確認等請求事件
資料版商事法務 323 号 67 頁

〔事 実〕

Y 会社（被告）は、平成 18 年 1 月 20 日に設立され、オフライン・オンライン上での化粧品・化粧品関連のグッズ・雑貨の販売等を目的とする株式会社であり、取締役会設置会社かつ監査役設置会社である。

Y 会社の定款 22 条には、「取締役会は、社長がこれを招集し、その議長となる。社長に事故あるときは、あらかじめ取締役会の定める順序により、他の取締役がこれに代わる。取締役会の招集通知は、各取締役に対して会日の 3 日前に発するものとする。ただし、緊急の必要があるときには、この期間を短縮することができる。」との規定がある。

平成 20 年 11 月 14 日、当時の Y 会社の取締役であった A 及び B が、代表取締役社長であった X（原告）に対し、それぞれ書面により、会社法 366 条 2 項に基づいて、Y 会社の取締役会の招集請求を行った（本件招集請求）。本件招集

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

請求において、取締役会の日時は平成20年11月19日午後2時、取締役会の目的である事項(議題)は「代表取締役の解任及び新任代表取締役選任について」とされた。同月17日、Xは、本件招集請求に応じて、当時のY会社の従業員であったCを通じて、A及びBに対し、同月20日午後2時に取締役会を開催する旨の招集通知を行った(本件17日招集)。

同月19日ころ、Aらは、本件17日招集に係る取締役会に出席するため、韓国を発って日本に向かった。同日午後8時55分ころ、Xは、Aらに宛てて、上記取締役会を「中止」とする旨の電子メールを発信した(本件中止通知)。同月20日、Aらが来日し、Y会社の本社に到着したが、Xは、Aらに対し、改めて本件17日招集に係る取締役会を中止とした旨を告げた。

Aは、これに抗議し、その後、XとAとの間で口論が生じた(本件口論)。

同月20日ころ、Cは、同日午後2時にY会社の本店会議室において取締役会(本件20日取締役会)が開催され、Xを代表取締役から解職する旨の決議が行われたという内容の、同日付け取締役会議事録(本件20日議事録)を作成した。同議事録にはAら及び当時のY会社の監査役であったDの各名義の記名押印がされた。本件20日議事録において、出席取締役数は2名(Aら)、出席監査役数は1名(D)、議長はAとされ、Xは「本議案には特別の利害関係を有するので、決議には参加しなかった」とされた。同日、Cは、Xに対し、本件20日議事録を提示した。

平成20年11月22日午前0時45分ころ、Cは、Xに宛てて、「下記の通り、取締役会の開催を2008年11月22日(土曜日)11時行いますので通知いたします。案件：代表取締役選任及び監査役選任件」という文面の電子メールを発信したが、Xは、同日にはY会社の本社に行っていない。同月22日から同月26日までの間に、Cは、同月22日午前11時に「大韓民国ソウル市グムチョン区ガサン洞345番6号 SK TWIN TECH TOWER 3階」において取締役会が開催され、本件各取締役会決議が行われたという内容の、同日付け取締役会

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

議事録（本件取締役会議事録）を作成した。同議事録にはAら及びDの各名義の記名押印がされた。本件取締役会議事録においても、出席取締役数は2名（Aら）、出席監査役数は1名（D）、議長はAとされ、Xは「本議案には特別の利害関係を有するので、決議には参加しなかった」とされた。

同月26日、Y会社の商業登記簿において、本件取締役会議事録に基づいて、同月22日付けでXがY会社の代表取締役から解任された旨の登記及び同日付けでAがY会社の代表取締役に就任した旨の登記がされた。

Aは、平成21年3月6日付けで、Y会社の代表取締役として、Xを含む取締役に對し、同月12日に取締役会を開催する旨の招集通知を行った。同月12日、Y会社において取締役会が開催された。上記取締役会にはXは出席しなかったが、Aらによって、同月29日開催の臨時株主総会を招集する旨の決議、同月30日開催の定時株主総会を招集する旨の決議等が行われた。Aは、同月14日付けで、Y会社の代表取締役として、Xを含む株主に対し、同月29日午後5時にY会社本社の会議室において臨時株主総会を開催する旨の招集通知及び同月30日午後5時に同所において定時株主総会を開催する旨の招集通知を行った。同月29日の株主総会では、Cを監査役に選任する旨の決議が行われ、同月30日の株主総会では、第3期（平成20年1月1日から同年12月31日まで）の計算書類を承認する旨の決議等が行われた。

そこで、Xは、平成20年11月22日付けの取締役会におけるXを代表取締役から解職する旨の決議及びAを代表取締役に選定する旨の決議、平成21年3月29日付けの株主総会におけるCを監査役に選任する旨の決議、平成21年3月30日付けの株主総会決議の不存在確認を求めて訴えを提起した。Y会社の株主である投資事業組合Zも共同訴訟参加をして、Xと同一の判決を求めた。

本件20日取締役会が招集権者によって招集されたといえるかという争点について、Y会社は、①いったん招集権者によって取締役会が招集された場合には、招集を受けた他の取締役は取締役会出席に向けて準備や日程確保を行うの

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

であり、招集権者といえども、他の取締役の同意なく自由に撤回することは認められないこと、取締役会の招集の撤回は、招集手続のいわば裏返しの手続であるから、招集手続と同様に開催日の3日前までに通知しなければならない(定款22条)と解されるところ、Xによる上記撤回はこの要件を満たさないこと、本件中止通知による取締役会の撤回は、Xの自己保身等を目的とするものによらず、正当な理由に基づくものではないことなどに鑑みれば、Xによる本件17日招集の撤回は無効であり、本件20日取締役会はXによって招集されたものである。②仮に本件17日招集が撤回されたとすれば、本件招集請求があった日(平成20年11月14日)から5日以内に取締役会の招集通知が発せられなかったこととなるから、その時点でAらが、会社法366条3項に基づく招集権限を取得し、平成20年11月20日の本件口論の際、取締役会を開催しないというXに対し、Aが予定通り取締役会を開催する旨を宣言し、Bはこれに賛成したから、Aらによって本件20日取締役会が招集されたというべきであるなどと主張した。これに対して、Xは、①本件17日招集に係る取締役会開催の重要性・緊急性はなく、むしろ、Xが本件17日招集を撤回したのは、平成20年11月末にはY会社の三井住友銀行からの3か月の手形融資に関して借換えをする等の対応が求められていたことを理由とするものであり、Y会社及びY会社の総株主の利益並びに債権者との関係を真摯に考えたことによるものであって、自己保身に過ぎないなどというY会社の主張は失当である、②本件口論の際、Aが予定通り取締役会を開催する旨を述べたことはなく、その他、Aらが取締役会を招集する旨の言動をしたことはないし、会社法366条3項は「招集の通知が発せられない場合」と定めているところ、本件においては、本件招集請求の日から5日以内に本件17日招集の通知が行われているのであるから、Aらは招集権限を取得しないなどと主張した。

本件20日取締役会について、Xに対する適法な招集通知又はこれを欠いてもなお決議を有効とすべき事情があったかという争点については、Y会社は、

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

①Aらは、平成20年11月20日の本件口論の際、Xに対して、その場で取締役会を開催するよう求めており、Xはこれを聞いているから、Xに対する本件20日取締役会の招集通知は行われている、②Y会社の定款22条が取締役会の招集通知について会日の3日前までに発しなければならないと規定している趣旨は、取締役の出席を確保し、議事に対しての準備期間を設ける点にあるところ、Aらによって招集された本件20日取締役会は、Xによる本件17日招集において既に定められていた日時及び場所で開催されたものであるから、Xに対して改めて上記の3日前の招集通知を行う必要はない、③仮に本件20日取締役会についてのXに対する招集通知に瑕疵があったとしても、招集通知自体がなかった事案に比して瑕疵は小さいし、Xは「特別の利害関係を有する取締役」（会社法369条2項）に当たり、議決権はもとより意見陳述権もなく、Aらは、代表取締役の解職及び選定を目的として本件招集請求をしており、本件20日取締役会においてXの解職及びAの選定を一致して決めており、Xとの間では翻意の可能性は全くなかったから、最高裁昭和44年12月2日判決（民集23巻12号2396頁）にいう「その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情」があるものとして、有効と解すべきであると主張した。これに対して、Xは、①仮にXに対する招集通知があったとしても、会日の3日前までに発せられたものではなく、Y会社の定款22条所定の「緊急の必要があるとき」にも当たらないから、本件20日取締役会に関して法令・定款に定める招集手続が履踐されていない、②本件20日取締役会に関しては、そもそも招集者の招集権や招集行為が存在しないから、Y会社の引用する最高裁判決を適用する前提を欠くほか、XがAらに対し、Y会社の資金繰りの状況やY会社及び総株主の利益の観点から取締役としての善管注意義務を尽くすべきことについて説得する機会を得た場合を想定すると、「その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情」があるとはいえないし、多数派の意思が固まっており計数的に決議の結果に影響を及ぼさないというだ

けでは「その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がない」とまではいえないなどと主張した。

〔判 旨〕 請求一部認容・一部却下

本判決は、以下の(1)(2)のように判示して、Xを代表取締役から解職する20日の取締役会決議（本件20日解職決議）は有効であるから、その後にXを代表取締役から解職する22日の取締役会決議の不存在確認の訴えには確認の利益を欠くとしたほか、Aを代表取締役に選定する20日の取締役会決議（本件20日選定決議）も22日の決議（本件選定決議）も不存在であり、3月29日・30日の株主総会（本件各株主総会）の決議も、(3)のように判示して不存在であるとした。

(1) 招集権者による招集の有無について

「取締役会の招集権者が、取締役会を招集した後、当該取締役会が開催される前に当該招集を撤回することについて、他の取締役の同意を要するとか、招集手続と同様の時期制限に服するなど解すべき法令上の根拠は見出せない。他の取締役が当該取締役会に向けて準備等を行っていたとしても、それだけでは当該招集の撤回が信義則違反、権利濫用等に当たるということはできない。……Xによる上記撤回の目的等に関して、権利濫用等を基礎づける事情は認められない。

取締役会の招集が会社法366条2項所定の招集請求に応じて行われたものである場合においては、同条3項の期間制限の趣旨に照らし、同項所定の5日間の経過後は当該招集の撤回が許されない（効力を生じない）と解する余地もあるものの、本件においては、本件中止通知は、本件招集請求があった日（平成20年11月14日）から5日（初日不算入（民法140条本文））以内に発せられ、かつAらに到達しており、この点においても撤回の効力を否定すべき事情はうかがわ

れない。

以上によれば、本件 17 日招集は有効に撤回されたものと解するのが相当である。」

「ただ、X が平成 20 年 11 月 19 日経過時までに新たに取締役会の招集を行った事実がかわれないから、A らは、同日が経過した時点で、会社法 366 条 3 項に基づく取締役会の招集権限を取得していたと解するのが相当である。」

「取締役会の招集権限を有する A らによって本件 20 日取締役会が招集され、そこで本件 20 日解職決議が行われたものと認めるのが相当である。」

(2) X に対する適法な招集通知の有無等について

「取締役たる X に対して、A らの招集に係る本件 20 日取締役会についての招集通知が行われた事実を認めることはできない。

また、仮に X に対して上記招集通知が行われたとみる余地があるとしても、その招集通知は会日の 3 日前までに行われていない（定款 22 条）。Y 会社の主張内容を踏まえても、『緊急の必要があるとき』（定款 22 条ただし書）に当たるといふべき事情は見当たらない。当該取締役会が本件 17 日招集において既に定められていた日時及び場所で開催されたというだけでは、定款 22 条所定の上記要件を満たす必要がないということとはできない。本件口論の際に X に対する上記招集通知があったとしても、それは取締役会開催の直前に行われたということになり、その瑕疵が軽微であるとはいえない。

そうすると、いずれにせよ、本件 20 日取締役会の招集手続には法令・定款違反の瑕疵があるといわざるを得ず、同取締役会において行われた本件 20 日解職決議は原則として無効となる。」

「しかしながら、取締役会の開催にあたり、取締役の一部の者に対する招集通知を欠くことにより、その招集手続に瑕疵がある場合においても、その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情があると

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

きは、当該瑕疵は決議の効力に影響がないものとして、決議は有効になると解するのが相当である（最高裁昭和44年12月2日判決・民集23巻12号2396頁参照）。

本件20日解職決議に関しては、その解職対象者であるXは、『特別の利害関係を有する取締役』（会社法369条2項）に該当するものと解される（最高裁昭和44年3月28日判決・民集23巻3号645頁参照）。

ある取締役会決議に関して『特別の利害関係を有する取締役』は、議決に加わることができず（会社法369条2項）、定足数にも算入されない（同条1項）。そして、そのように会議の定足数からも除外されていること、審議と採決とを明確に区分することは通常困難であることなどを考慮すれば、特別利害関係人たる取締役は、当該決議に関しては、議決に加わることができないだけでなく、取締役会の構成員として審議に参加して意見を述べる権限も有しておらず、退席を求められたときは直ちにそれに従わなければならないものと解するのが相当である。……本件において、少なくともCは、当初から、Xを代表取締役から解職する旨の決議に関してはXは特別利害関係人に当たり議決権を有しないということを認識しており、そのことをAらのために活用する意思を有していたと認められる。

その他、……本件20日解職決議に関して、上記のような法令上の制約にもかかわらずXが取締役会に出席することによって決議の結果に影響を及ぼし得たものとみるべき事情はうかがわれない。

以上によれば、本件20日解職決議については、前記……の瑕疵があるものの、上記『その取締役が出席してもなお決議の結果に影響がないと認めるべき特段の事情』があるものとして、有効と解するのが相当である。」

(3) 本件各株主総会の決議の存否について

「本件各株主総会も、本件各株主総会を招集する旨の決議が行われた取締役会も、AがY会社の代表取締役社長として招集したものである。

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

しかしながら、……本件 20 日選定決議は不存在であり（仮に存在したとしても……無効と解される。）、……本件選定決議も不存在であり（仮に存在したとしても無効と解される。）、その他、A が Y 会社の代表取締役社長として有効に選定されたというべき事情は見当たらないから、A は、上記取締役会の招集時においても本件各株主総会の招集時においても、Y 会社の代表取締役社長に就任していなかったものと解するほかない。

そうすると、本件各株主総会に関しては、取締役会における有効な招集決議があったとは認められず、招集権者である代表取締役によって招集されたとも認められず、その招集手続には著しい瑕疵があるところ、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当たるなどの特段の事情は認められないから、結局、本件各株主総会決議は法律上存在しないものと評価せざるを得ない（最高裁昭和 60 年 12 月 20 日判決・民集 39 卷 8 号 1869 頁、最高裁平成 2 年 4 月 17 日判決・民集 44 卷 3 号 526 頁参照。）」

〔研究〕

判旨の理由づけに反対する。

1 本件において不存在確認が求められているのは 11 月 22 日の取締役会決議であるが、Y 会社は、すでに 20 日に 22 日の取締役会決議と同内容の決議が行われていると主張し、確認の利益があるかが問題となったため、20 日の取締役会決議の効力が争点となっている⁽¹⁾。そして、その具体的な争点は、①招集権のない取締役の請求に基づきなされた取締役会の招集を撤回することができるか、②その撤回により、招集請求した取締役が自ら、撤回されたのと同じ日の取締役会を当日に招集した場合、招集手続に瑕疵があるといえるか、③解職対象の代表取締役に対する招集通知を欠いた取締役会の代表取締役解職決議は有効かである。本件は事実の認定・評価がかなり微妙な事案のように思われ

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

るが、本判決は、①については、撤回の効力を否定すべき事情はないとし、②については、招集請求した取締役による取締役会の招集の事実は認めつつ、解職対象の代表取締役に対する適法な招集通知はないとした上で、③に関する解釈論として、招集通知を欠いた取締役が解職決議に参加できない特別利害関係人にあたることを理由として、招集通知漏れという招集手続の瑕疵の治癒を認め、決議の有効性を肯定した。代表取締役の解職を目的とする取締役会決議において解職対象の代表取締役が特別利害関係人にあたるとする解釈及び一部の取締役に対する招集通知漏れがあっても特段の事情があれば決議の効力は否定されないという解釈は、従来の判例理論を踏襲するにすぎないが、招集手続に瑕疵がある取締役会決議の効力が争われた事例に一例を加えるものである。

2 取締役会招集の撤回の可否については、招集の法的性質との関連において検討を要する。

取締役会の招集権者は、原則として各取締役であるが、定款または取締役会決議をもって取締役会を招集すべき取締役を定めることができる（会366条1項）。取締役会を招集するには、原則として会日の1週間前に各取締役及び各監査役に対して招集通知を発しなければならないが（会368条1項）、この期間は定款をもって短縮することができる。本件でも、Y会社は定款により招集権者を社長とし、招集通知期間を3日に短縮していた。招集権者による招集は、会社の機関意思決定としての取締役会決議の成立要件であり、取締役会決議という社団法的な法律行為を構成する法律事実であると解される。したがって、会議としての取締役会が開催されて決議が成立するまでは、招集それ自体が法律効果を生ぜしめるものではないから、招集の撤回は可能である。株主総会についても、招集と同様の手続に基づき、会日前に各株主に対して招集撤回の通知が到達すれば、適法に撤回することができる⁽²⁾と解されている。しかも、取締役会は必要に応じて随時開催されるものであることに鑑みれば、招集後の事情により取締役会を開催する必要がなくなったり、開催することができなくな

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

たりすることもありうるため、臨機応変な対応を認める必要がある。契約の申込の場合は、契約成立に対する相手方の期待を保護するために、その撤回を制限しているが（民524条）、取締役会の開催・決議は取締役の職務であってそこに取締役固有の信頼利益はないというべきであるから、それに対する取締役の期待を保護する必要はない。取締役会の招集が取締役の出席義務という法律効果を生ぜしめるとしても、招集の撤回はその義務を免除するにすぎない。したがって、株主総会の場合には別異に解する余地があるとしても、少なくとも取締役会については、招集の撤回に一般的な制限を設ける必要はなく、招集権者が自己に不都合な決議の成立を回避するために正当な理由もなく撤回するような場合に限り、撤回権の濫用として撤回の効力を否定すれば足りるであろう。

もっとも、定款により取締役会を招集すべき取締役が定められた場合であっても、招集権者以外の取締役も招集権者に対して招集を請求できるため（会366条2項）、取締役会の招集がこの招集請求に応じて行われた場合には、迅速な取締役会の開催を実現し、取締役会の開催に対する取締役の期待を保護するため、撤回を制限する余地がある。本判決も、招集請求の日から5日以内に、請求日から2週間以内を会日とする取締役会の招集通知が発せられない場合には、招集請求をした取締役は自ら取締役会を招集できる（同3項）ことに鑑み、招集請求から5日経過後の撤回を否定する可能性を示唆する。しかし、招集請求から5日経過後に取締役会の開催が不能または不要になることもありうる以上、撤回に時期的制限を設けることは妥当ではなかろう。撤回権濫用を緩やかに認定して撤回の効力を否定するのが限度であろう。

また、撤回権の濫用といえる場合であっても、中止の通知を信頼して欠席した取締役がいれば、撤回の効力を否定することはできない。したがって、撤回の効力の有無が争われるのは、取締役・監査役全員が予定の日時・場所に参集し、何らかの決定をした場合に限られることになるが、中止を通知した招集権者が異議なく取締役会に参加すれば、取締役・監査役全員の同意により招集手

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

続を省略して取締役会を開催したと評価すればよい（会 368 条 2 項）。しかし、撤回権を濫用してまで取締役会の開催を阻止したい招集権者と開催したい他の取締役が対立している以上、取締役会が開催されたと評価することは容易ではなからう。

本件では、招集の撤回に正当な理由があったのか明らかではないが、少なくとも撤回権の濫用といえるような事情の存在を否定しているため、これ以上立ち入ることはできない。また、仮に招集権の濫用といえるとしても、中止を通知した招集権者たる代表取締役が議長として取締役会の開催を宣言するはずはないから、事実としての取締役会の開催を客観的に認定することは難しい。したがって、招集請求をした他の取締役の主導による取締役会の開催のほうに認定しやすいであろう。

3 招集の撤回が認められるとすれば、それにより招集自体が初めからなかったものと法的に評価することができるから、招集請求から 5 日の経過をもって、請求した取締役は自ら取締役会を招集できることになる。本判決は、招集請求者による取締役会の招集を認定しながら、X に対する招集通知の事実を否定しているが、仮に招集通知があったとしても、3 日という定款上の招集通知期間が確保されていない点に瑕疵があるとしている。招集通知期間の趣旨は取締役・監査役に出席と準備の機会を与えることにあるが、X も主張しているように、当初招集されたのと同じの日時・場所・議題での取締役会が再招集され、しかも取締役・監査役がその日時・場所に集合している本件の場合には、招集通知期間の趣旨は達成されているといえることができる。本判決は、かかる主張に対する反論が示されていないため、説得力を欠く。

4 X に対する招集通知がなかったとすれば、それが取締役会決議の効力を左右するかが問題となる。

一部の取締役に対する招集通知漏れがあった場合につき、判例（最判昭和 44 年 12 月 2 日民集 23 卷 12 号 2396 頁）は、原則として取締役会決議は無効と解す

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

べきであるが、当該取締役が名目的取締役であった場合のように、その取締役が出席してもなお決議に影響がないと認められる特段の事情がある場合には、招集通知漏れは決議の効力に影響を及ぼさないとしており、本判決もこの判断枠組みに準拠している。その後の下級審判例は比較的緩やかに特段の事情を認める傾向にあり、特段の事情を認めた事案も少なくない⁽³⁾、しかし、取締役はその個性が重視され、取締役会では取締役の慎重かつ公正な協議が要求されていることに鑑みれば、取締役会に出席してもしなくてもよい取締役の存在を認めること自体に問題がある。したがって、招集通知漏れの程度・態様に応じて決議の効力を判断することには疑問が残る。招集通知漏れのあった取締役会決議を一律に無効とすべきかはともかく、少なくとも特段の事情の認定には慎重であるべきである⁽⁴⁾。

ところで、取締役会決議につき特別利害関係を有する取締役は議決権を行使できない(会369条2項)。特別利害関係とは、会社の利益と衝突する取締役の個人的な利害関係をいう。取締役は忠実義務を負い(会355条)、受任者として会社の利益のために議決権を行使しなければならないが、特別利害関係のある取締役は必ずしも会社の利益を優先して議決権を行使することは期待できないことに鑑み、決議の公正を期するため、特別利害関係のある取締役の議決権を事前に排除したのである。

取締役会では当初の議題以外の事項についても決議できるから、特別利害関係人に対しても招集通知を発しなければならないと説明される⁽⁵⁾。本判決もこれを前提としていると思われる。確かに、取締役会で決議できる事項は、株主総会決議とは異なり、招集の際に定められた議題に限られないから、当初の議題以外の事項が決議される可能性に鑑みれば、行為規範としては特別利害関係人にも招集通知を発すべきことになる。しかし、特別利害関係人に対する招集通知を欠いたまま他の事項が決議された場合に限り、それを決議の瑕疵とすればよく、当初の議題に関する決議についてまで瑕疵があると評価する必要は

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

ない。特別利害関係人は、定数算定の基礎となる取締役総数にも算入されない以上、招集通知を発しなくても違法ではない。したがって、本判決のように、特別利害関係人に対する招集通知漏れをもって、決議の瑕疵としつつ、同時にこれを特段の事情として修正するという迂遠な理論を用いるべきではない（しかも、本判決では、特段の事情の有無に関するCの認識に関する説示は、何を意味するのか不明である）。

ともあれ、代表取締役解職決議において当該代表取締役は特別利害関係人にあたり解する限り、当該代表取締役に招集通知を発しなくても解職決議は有効となるが、そもそも特別利害関係人にあたるかということ自体が検討を要する。この問題について判例・学説上争いがあるのは周知の通りである。平成17年改正前商法下の判例（最判昭和44年3月28日民集23巻3号645頁）は、「代表取締役は、会社の業務を執行・主宰し、かつ会社を代表する権限を有するものであって（商法261条3項・78条）、会社の経営、支配に大きな権限と影響力を有し、したがって、本人の意志に反してこれを代表取締役の地位から排除することの当否が論ぜられる場合においては、当該代表取締役に対し、一切の私心を去って、会社に対して負担する忠実義務（商法254条2項・254条ノ2参照）に従い公正に議決権を行使することは必ずしも期待しがたく、かえって、自己個人の利益を図って行動することすらあり得るのである。それゆえ、かかる忠実義務違反を予防し、取締役会の決議の公正を担保するため、個人として重大な利害関係を有する者として、当該取締役の議決権の行使を禁止するのが相当」であると判示し、その後の下級審判例もこれに追随している⁽⁶⁾。多数説もこれを支持する⁽⁷⁾。これに対して、特別利害関係人にあたらないと解する見解も有力に主張されており⁽⁸⁾、形勢は逆転しつつある。否定説は、⑦解職対象の代表取締役は、自己の代表取締役としての適・不適を客観的に判断できないといわれるが、自分が最適任者であるとの自負なくして優れた経営をすることは望めないから、客観的当否と主観的判断とを截然と区別することはできないこと⁽⁹⁾、

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

①代表取締役のポストの争奪は会社支配権争奪の一環でもあり、取締役及びその背後にある株主の勢力関係を反映せざるをえないという意味で、ある人が代表取締役として適任かどうかの判断は忠実義務違反以前の問題であること⁽¹⁰⁾、
②代表取締役の解職は、他の取締役が代表取締役となる可能性という利害を伴い、全取締役に共通ないし同質の利害が存在するから⁽¹¹⁾、取締役間の利害対立はあっても、会社と取締役の間に利害対立はないこと⁽¹²⁾、③閉鎖的な会社では代表取締役の解職は取締役会の監督権限の行使というより業務執行(経営方針等)をめぐる二派の争いであることが多いこと⁽¹³⁾などを理由とする。さらに、代表取締役の解職が業務執行の一環としてなされる場合と監督権の一環としてなされる場合とに区別し、前者の場合は、自らがその業務執行の最適任者として解任を否定する投票を行うことは、会社の業務執行に対する忠実義務そのものの履行であるから、特別利害関係人にはあたらないのに対して、後者の場合は、違法行為または非妥当な行為に対する責任追及であるから、当該代表取締役が解任を否定する投票をすることは、自己の責任を回避し、自己の地位を擁護するものであって、それは個人的利益の追求として、特別利害関係人にあたると解する折衷説もあるが⁽¹⁴⁾、限界事例が多く区別は困難であると批判される⁽¹⁵⁾。

思うに、代表取締役の解職は代表権の剥奪にほかならないが、代表権は「権限」にすぎない。「権利」を有する者とは異なり、「権限」を有する者に固有の利益はない。したがって、代表権の剥奪につき代表取締役には個人的な利害関係はないし、仮にあるとしても、会社の利益と対立するものではない。もっとも、代表取締役の解職は実質的には降格を意味し、その者の報酬・名声・信用等に影響するから、代表取締役は解職につき個人的な利害を有しているかのように思われるが、会社法上代表取締役は平取締役に優越した地位にあるわけではない。もし代表権の有無が取締役の個人的な利害関係となるのであれば、少なくとも候補者の特定されている代表取締役選定決議においてその候補者は特別利害関係人にあたることになるが、そのように解する見解は皆無に近い⁽¹⁶⁾。

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

また、競業取引や利益相反取引をする取締役といった典型的な利害関係人は可決させることにインセンティブが働くため、その議決権行使を認めれば、安易かつ不公正な決議となるおそれがあるのに対して、解職対象の代表取締役は解職を否決したいのであるから、その議決権行使を認めれば、可決するためにはより多くの賛成票を集める必要があり、むしろ慎重かつ公正な決議に寄与する。

折衷説は取締役会の業務執行の決定権と監督権が全く別個の権限であることを前提としているのであろうが、かかる理解に問題がある。取締役会は決定権と実行権を不可分一体とする業務執行権を有し、その権限の一部を包括的または個別具体的に取締役에게委譲するからこそ、その取締役の職務執行を監督するのであって、業務執行機関内部における自己監督にほかならないから、業務執行権と監督権は表裏一体をなす⁽¹⁷⁾。取締役会の権限をこのように理解すれば、代表取締役の解職は、その者の違法または不当な行為を理由とするか否かを問わず、業務執行を委任するにふさわしい者であるかの判断であることに変わりはない。

したがって、代表取締役解職決議において当該代表取締役は特別利害関係人にはあらず、議決権を行使することができるかと解すべきであり、これに反する本判決には賛成できない。

5 本判決が本件各株主総会の決議を不存在と判示した点にも疑問がある。

確かに、Aが代表取締役社長に選定されていないとすれば、取締役会の招集権はないが、Xが代表取締役から解任されている以上、定款22条に定める「社長に事故あるとき」と同様であるから、Aが次順位の招集権者となっていれば、取締役会を適法に招集できるはずである。そうであれば、取締役会において本件各株主総会の招集は適法に行われたことになる。株主総会の招集権とは、株主の会合における決定を株式会社の機関意思決定としての株主総会決議たらしめる権限であり、招集決定をもって招集権の行使と解すべきであるから、その権限は取締役会にあり（会298条4項）、代表取締役はその代表権に基づき単に

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

取締役会で決定された事項を株主に通知するにすぎない。本判決は、代表取締役が「招集権者」であるとしているが、招集通知をもって招集権の本体と解していると推測されるため、招集権自体の理解に問題があるといわざるをえない⁽¹⁸⁾。本件では、招集通知を発送したのが代表取締役でない者であったという点で招集手続に瑕疵があり株主総会決議取消原因となるとしても（会831条1項1号）、この瑕疵は決議に影響を及ぼすことのない軽微な瑕疵であるから、裁量棄却の対象になり（同2項）、決議不存在原因にはなりえない。

注

- (1) Xは代表取締役たる地位の確認を求めているわけでもないので、裁判所に何を期待していたのか明らかではない。これは、本件が本人訴訟であるからかもしれない。
- (2) 岩原紳作編『会社法コンメンタール7』（2013年・商事法務）88頁〔青竹正一執筆〕。
- (3) 東京高判昭和48年7月6日判時713号122頁、東京高判昭和49年9月30日金判436号2頁、高松地判昭和55年4月24日判タ414号53頁、東京地判昭和56年9月22日判タ462号164頁、大阪地判昭和58年2月23日判時1082号128頁、東京高判昭和60年10月30日判時1173号140頁。
- (4) 河本一郎『現代会社法〔新訂第9版〕』（2004年・商事法務）447頁、小林俊明「会社法における取締役会の運営（2）」専修法学論集105号（2009年）8～9頁。判例の傾向にも批判的な見方が少なくない（前田雅弘「判批」商事法務1184号（1989年）44頁、山田純子「判批」『会社法判例百選〔第2版〕』（2011年・有斐閣）137頁等）。
- (5) 東京地判昭和63年8月23日金判816号18頁、丸山秀平「取締役会決議における特別利害関係」中央ロー・ジャーナル4巻2号（2007年）32頁、落合誠一編『会社法コンメンタール8』（2009年・商事法務）274頁〔森本滋執筆〕。
- (6) 東京地判昭和45年3月14日金法597号32頁、東京地判平成2年4月20日判時1350号138頁、福岡地判平成5年9月30日判時1503号142頁、名古屋地判平成9年6月18日金判1027号21頁。
- (7) 高鳥正夫「判批」金融商事判例177号（1969年）4頁、並木俊守「判批」『会社判例百選〔第4版〕』（1983年・有斐閣）87頁、阪埜光男「判批」『会社判例百選〔第5版〕』（1992年・有斐閣）93頁、竹内昭夫＝弥永真生補訂『株式会社法講義』（2001年・有斐閣）538頁、黒田清彦「取締役会における代表取締役の解任」平出慶道先生・高窪利一先生古稀記念論文集『現代企業・金融法の課題（上）』（2001年・信山社）

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

- 268頁、酒巻俊之「取締役会における特別利害関係人」中村一彦先生古稀記念『現代企業法の理論と課題』（2002年・信山社）517頁、落合編・前掲注（5）222頁〔落合執筆〕、前田庸『会社法入門〔第12版〕』（2009年・有斐閣）460頁、伊藤壽英「判批」『会社法判例百選〔第2版〕』（139頁、浅木慎一『商法学通論Ⅲ』（2012年・信山社）224頁、青竹正一『新会社法〔第4版〕』（2015年・信山社）270頁等。
- (8) 龍田節「判批」民商法雑誌62巻1号（1970年）127～128頁、同『会社法大要』（2007年・有斐閣）116頁、菱田政宏「判批」『会社判例百選〔新版〕』（1970年・有斐閣）142頁、吉本健一「代表取締役解任の取締役会決議と特別利害関係人」和歌山大学経済学部『新しい時代の企業像』（1980年）226頁以下、正亀慶介「取締役会における特別利害関係人の範囲と取扱い」北沢正啓＝浜田道代編『商法の争点Ⅰ』（1993年・有斐閣）141頁、名島利喜「代表取締役解任の取締役会決議について」保住昭一先生古稀記念『企業社会と商事法』（1999年・北樹出版）273～274頁、北沢正啓『会社法〔第6版〕』（2000年・青林書院）390頁、丸山・前掲注（5）35頁、小林俊明「会社法における取締役会の運営（1）」専修法学論集104号（2008年）35頁、落合編・前掲注（5）295頁〔森本執筆〕、関俊彦『会社法概論〔全訂第2版〕』（2009年・商事法務）269頁、米山毅一郎「本件判批」金融商事判例1416号（2013年）6頁、江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』（2015年・有斐閣）417頁等。
- (9) 龍田・前掲注（8）判批127頁。
- (10) 龍田・前掲注（8）判批127頁。同旨を強調するものとして、北沢・前掲注（8）390頁、丸山・前掲注（5）36～37頁。
- (11) 吉本・前掲注（8）228～229頁。
- (12) 龍田・前掲注（8）判批128頁。
- (13) 江頭・前掲注（8）417頁。
- (14) 稲田俊信「取締役会の解任権とその手続」法律のひろば36巻3号（1983年）48頁、市川兼三「代表取締役解職の取締役会決議と特別利害関係人」香川法学25巻1＝2号（2005年）7～12頁。なお、出口正義「取締役の議決権排除」『株主権法理の展開』（1991年・文眞堂）310～311頁は、後者の場合の根拠について、当該代表取締役は、会社に対してもはや自己の従前の地位の保持を要求できず、議決権を行使しないことが取締役としての忠実義務に従うことにはほかならないという点に求める。
- (15) 落合編・前掲注（5）221頁〔落合執筆〕、江頭・前掲注（8）417頁。
- (16) わずかに、代表取締役選定決議において候補者たる取締役は特別利害関係人にあたりと解する余地を示唆するものとして、黒田・前掲注（7）268頁。
- (17) 拙稿「株式会社機関権限の序論的考察」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集35号（1994年）11頁。

解職対象者に対する招集通知を欠く代表取締役解職決議の効力

- (18) 株主総会の招集権の法的性質については、拙稿「判批」法学研究（慶應義塾大学）72巻10号（1999年）143～144頁参照。