

Title	有限会社の定款とその変更
Author(s)	吉本, 健一
Citation	阪大法学. 53(3,4) P.91-P.103
Issue Date	2003-11-30
Text Version	publisher
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54752">https://doi.org/10.18910/54752</a>
DOI	10.18910/54752
rights	
Note	

***Osaka University Knowledge Archive : OUKA***

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/repo/ouka/all/>

# 有限会社の定款とその変更

吉 本 健 一

- 一 は じ め に
- 二 定款記載事項の分類と意義
- 三 定款における社員に関する記載
- 四 お わ り に

## 一 は じ め に

有限会社法六条は、定款の絶対的記載または記録事項として、①目的(一号)、②商号(二号)、③資本の総額(三号)、④出資一口の金額(四号)、⑤社員の氏名および住所(五号)、⑥各社員の出資の口数(六号)、⑦本店の所在地(七号)を掲げ、また同法七条は相対的記載事項として、①現物出資(二号)、②財産引受(三号)、③設立費用(四号)のいわゆる変態設立事項を定めている。さらに、同法一条によれば、定款をもって最初の取締役を定めることもでき、この場合には原始定款に当該取締役の氏名が記載されることになる(監査役を置いたときは、最初の監査役についても同様である。有三三条二項)。

本稿では、有限会社の定款記載事項のうち、社員の氏名および住所ならびに各社員の出資口数、さらに最初の取締役の記載について、その効力と変更の要否を株式会社の場合と比較しながら検討する。

## 二 定款記載事項の分類と意義

一 会社の定款は、その会社の基本的事項を定めるもので、会社の組織・運営は会社法および定款の規定に従って決定される。別の観点からいえば、定款の記載内容は、会社のいわば自治規範として、現在および将来のすべての社員および会社機関を拘束する。会社法はこのような定款の重要性を考慮して、一定の規制を置いている。

ところで、定款に記載される事項は、その効力によって①絶対的記載事項、②相対的記載事項および③任意的記載事項に分けられる<sup>(2)</sup>。絶対的記載事項は、会社法によりその記載が要求されている事項で、これを欠くと当該記載事項の効力が認められないだけでなく、定款全体が無効となり、会社の設立無効原因となる事項である。有限会社については、有限会社法六条がこれを定める。これに対して相対的記載事項は、その記載を欠いても定款自体の効力には影響がないが、その反面定款上にその記載がないかぎり、当該事項の効力が認められない事項で、前述の変態設立事項（有七条）、累積投票の定め（有二五条ノ二）、業務執行の決定に関する別段の定め（有二六条）、取締役の互選による代表取締役の定め（有二七条三項後段）、監査役の定め（有三三条）、社員総会の招集通知期間の短縮（有三六条）、少数社員による総会招集に関する別段の定め（有三七条二項）、総会決議の方法（有三八条ノ二）、社員の議決権の数に関する別段の定め（有三九条）、利益配当に関する別段の定め（有四四条）、各社員の帳簿閲覧権（有四四条ノ二第二項）、会社の解散事由（有六九条一項一号）および残余財産の分配に関する別段の定め（有七三条）などがある。絶対的および相対的記載事項以外の事項は、その対外的効力に制約があるとはいえ、会社法および定款に反しない範囲で自由に定めることができる<sup>(3)</sup>ところ、そのような事項を定款で定めることも許され、定款で定めた場合には定款記載事項としての効力が認められる（任意的記載事項<sup>(3)</sup>）。

二 つぎに、定款記載事項としては、その記載が会社設立時においてのみ問題となる事項、会社設立時のみならず成立後においても意味を有する事項ならびに会社成立後においてのみ意味がある事項がある。会社設立時においてのみ問題となる事項としては、変態設立事項（有七条）があり、会社設立時のみならず成立後も意味を有する事項としては、会社の目的（有六条一号）および商号（同条二号）など、多くの絶対的記載事項がこれに当たる。また、会社成立後においてのみ意味がある事項には、ほとんどの相対的記載事項が該当する。会社設立時のみならず成立後も意味を有する事項ならびに会社成立後においてのみ意味がある事項については、会社成立後においてその変更が問題となりえ、このため定款の変更が必要となる（有四七条）<sup>(4)</sup>。

三 また、定款記載事項には、法的拘束力がある事項と単なる事実の記載に過ぎない事項がある。たとえば、相対的記載事項はすべて法的拘束力があるのに対し、絶対的記載事項のうち会社の目的、商号、資本の総額および出資一口の金額は法的効力を有するが、社員の住所は単なる事実の記載であり、したがって社員は定款上の住所と異なる地への移転（住所変更）に、定款変更の手續を要するものではない<sup>(5)</sup>。

四 ところで、ある事項を定款に記載することの意義は、どのような点にあるのだろうか。任意的記載事項は、その効力を生ずるために必ずしも定款に記載する必要はないから、定款に記載することの意味が直接問題となる。これに対して、絶対的記載事項や相対的記載事項は、会社法によりその記載が要求されているから（相対的記載事項も、当該事項の効力を生じさせるには、定款に記載する必要があることは、絶対的記載事項と変わらない）、このようなことを議論する意味は、あまりないともいえそうである。しかし、絶対的記載事項や相対的記載事項についても、その範囲を立法政策上の問題として議論する場合には、定款記載事項一般について、その意義がまず問われることになる。

まず第一に、定款に記載することは、これにより社員および債権者など会社の利害関係者にこれを知らしめて(有  
二八条参照)、これにより拘束ないし影響を受けるべき者を保護するという機能がある(情報開示機能)。これと関  
連して、現在および将来の社員を拘束するためには、必ず定款規定によらなければならないかという問題がある(拘  
束機能)。これを肯定するならば、<sup>(6)</sup>定款に記載することの意味はまずもってこの点に求められる。

第二に、定款に記載することは、その内容変更定款変更手続を要することとなり(有四七、四八条)、これに  
よらないかぎり当該事項の変更が認められないという効果が与えられる(硬定機能)。

第三に、定款に記載することは、その違反は定款違反となり、その行為の効力やその行為者の責任についても、  
重大な結果をもたらすことがある。すなわちたとえば、定款違反の総会決議は決議取消事由となり(有四一条、商  
二四七条)、また取締役は定款規定を遵守しなければならない(有三二条、商二五四条ノ三)、これに違反して会社に  
損害を与えたときはその損害を賠償しなければならない(有三〇条ノ二第一項三号)。したがって、定款に記載す  
ることは、その違反に対して重大な効果を付与することにより、その遵守をより強く確保する機能があるといえる  
(違反防止・違反是正機能)。

### 三 定款における社員に関する記載

一 さて、そのような定款記載事項の中で、社員の氏名・住所(有六条五号)およびその出資口数(同条六号)  
は、どのような意義および性質を有するであろうか。

この問題に答えるには、社員の氏名・住所およびその出資口数が定款の絶対的記載事項となっている趣旨を検討  
しなければならない。第一に、社員の氏名・住所および出資口数の定款における記載が、持分移転の對抗要件とな

るわけではない。ほんらい社員の氏名・住所およびその出資口数は社員名簿の記載事項であり（有二八条二項）、持分の移転はこれを社員名簿に記載しなければ、会社その他の第三者に対抗しえないからである（有二〇条）。しかし第二に、有限会社の設立には株式会社におけるような発起人は存在せず、社員全員が会社設立者として発起人と同様の地位にあると解される。原始定款に各社員が署名することが要求されているのも（有六条二項）、この趣旨を表わしている。<sup>(8)</sup> そうすると、原始定款で社員の氏名および住所の記載が要求されているのは、株式会社の場合に発起人の氏名および住所の記載が要求されているのと同じ理由、すなわち会社の設立行為をなす者を特定するためであると考えられる。

このことは、会社設立時の社員が取締役とならんで、現物出資および財産引受の価格填補責任（有一四条）および未済出資の払込・価額支払責任（有一五条）を負担することによっても裏付けられる。<sup>(9)</sup> すなわち、有限会社の設立においては、その社員が会社設立者として設立行為を行い、またこれに基づく責任を負担するのであって、そのような設立行為者を特定するために定款の絶対的記載事項とし、かつその者の意思を表示するために定款上に署名が要求されていると解すべきである。<sup>(10)</sup>

これに対して、社員の出資口数が定款の記載事項とされている趣旨は、あまり明らかではない。合名会社および合資会社においては、原始社員の出資は定款上の記載によって確定されるが（商六三条一項五号、一四八条）、株式会社の場合には、発起人による出資の確定すなわち株式の引受が定款においてなされることは要求されていない<sup>(11)</sup>（商一六九条）。この相違は、会社の社員の公開性・閉鎖性の相違によるのではないかと推測される。すなわち、合名会社および合資会社では社員の頻繁な変動が予定されていないのに対し、株式会社では会社成立後は発起人が引き受けた部分を含めて株式が流通するから、（とくに株式分割払込制のもとでは）<sup>(12)</sup> 定款上の記載をもって払込義

務者を確定することは適当でなかったからである。有限会社も、社員の変動があまり予定されず閉鎖性を有する点では、合名会社および合資会社と同様であると考えられる。<sup>(13)(14)</sup>

社員の氏名および住所が定款の絶対的記載事項とされている趣旨を以上のように考えることができるならば、ここで記載が要求される社員の氏名および住所は原始社員のそれであり、その後会社の社員となった者は含まれない。また、その出資口数も会社設立時に引き受けた出資口数のことであり、その後の増減は含まれずそれは社員名簿の記載によることになる。有限会社が成立後に資本増加をした場合に、その出資口数の全部または一部を引き受けて新たに社員となった者について規定はないが、定款における記載ではなく、社員名簿における記載により、自己が社員であることを他の社員および第三者に対抗できると解すべきであろう。<sup>(15)</sup>したがって、原始社員の氏名および住所ならびにその会社設立時における出資口数のみが定款の絶対的記載事項であり、その後の変動は法が定款における記載を要求している事項ではないと解される。社員およびその出資口数の変動は、社員名簿の記載のみが對抗の基準となり、定款変更の問題を生じないのみならず、定款記載事項を更正する必要もない。<sup>(16)(17)</sup>むしろ、定款の原始社員に関する記載を変更することはできないというべきである。もし、会社成立後の社員の変動もここにいう定款の絶対的記載事項の変更であると解するならば、原始社員は株式会社の発起人と同様の資本充実責任を負担するにもかかわらず、原始社員の同一性がその後の社員の変動にともなう定款の変更により失われてしまい、その特定ができない危険がある。

二 以上に対しては、次のような最高裁の判例がある。

最高裁（二小）昭和五九年三月二三日判決（金判六九四号三頁、判時一一一一号一三九頁、判夕五二四号一九七号、金法一〇七二号三三三頁）

Xら（原告、控訴人兼被控訴人、上告人）は、Y有限会社（被告、被控訴人兼控訴人、被上告人）の社員として、昭和四五年一月一〇日および同年一二月一五日開催のY会社の臨時社員総会における①社員の持分譲渡承認決議、②取締役および監査役選任決議ならびに③これらの事項に関する定款変更決議の不存在確認を訴求したところ、原審は、有限会社の社員の氏名、住所、持分の口数の変動は定款そのものの変更ではなく、また、定款に設立当初の取締役、監査役を定めた場合であっても、その解任、選任は定款の変更を要せず、社員総会の普通決議をもって足りると解するのが相当であり、右各事項の定款変更決議には法的に格別の意味があるわけではないから、社員総会における社員の持分譲渡承認決議および取締役、監査役の選任決議の存否の確認を求めているときに、重ねて右各事項に関連する定款変更決議の不存在の確認を求めるとし、右定款変更決議の不存在の確認を求めるとし、重ねて右各請求部分の訴えを不適法として却下した。Xらからの上告に対し、最高裁は次のように述べてXらの主張を認めた（しかし、最高裁は、本件事実関係によれば本件定款変更決議は有効になされたと認められ、Xらの定款変更決議不存在の確認を求める請求部分は棄却を免れないが、その結論は原判決よりもXらにとって不利益であるところ、旧民訴法三九六条および三八五条により、Xらの上告にかかる本件において、原判決よりもXらに不利益な結論となる判決をすることは許されないから、原判決を維持するほかないとして上告を棄却した）。

「Xらの本訴における前記請求部分は、Y会社においては社員総会が開催されたことも定款変更決議が行なわれたこともないのにかかわらず、定款変更決議が行われた旨総会議事録等に記載され、それが外見上会社その他の関係人に対し適法に拘束力を持つかのように取り扱われ勝ちであるから、これが失当であることを判決により明確に確定するよう求めるものであると解されるところ、その定款変更決議がその決議の内容となっている事項の変更そのものについて格別の法的効力を有しないものであっても、定款変更そのものの決議に疑義が存するときは、その



決議を推測させる記載のある定款が存在することにより右決議の効力ないしそれから派生する法律関係について種々の紛争が生ずるおそれがあり、かかる紛争を抜本的に解決するためには、その基本となる定款変更決議自体の存否を確定することが必要であり、かつ、適切な手段といふべきであるから、Y会社の定款変更決議の不在の確認を求める請求部分の訴えは、適法なものとして許容されるものと解するのが相当である。」

この最高裁判決に関する解説や批評も、この点につき賛成しているものが多い。<sup>(18)</sup>

三 しかしながら、さきに検討したところによれば、この最高裁判決の説示は疑問がある。

前述したように、原始定款において社員の氏名および住所が絶対的記載事項として要求されている趣旨は、有限会社では原始社員が株式会社発起人のように会社設立行為をなし、かつそれに伴う責任を負担するので、原始社員の一性を確定するためである。したがって、それは原始社員にのみ関わる事項であり、その後の社員の変動は定款変更事項ではなく、社員名簿上の記載が対抗要件である。その意味では、原審判決のいうように、社員の変動に関する定款変更決議は法的に格別の意味はない。のみならず当該決議は、そもそも定款記載事項でなくそれゆえ定款変更の対象となりにえない事項に関する定款変更決議である、という意味において無効でありかつ無益な決議である。ほんらい総会決議の不存在確認請求は、決議内容が総会決議の対象となしうる事項であることが前提であるとする、本件のように総会決議が内容的に無効である場合は、むしろ無効確認請求の対象となると考えられる。<sup>(19)</sup>

おそらく最高裁判決は、社員持分の譲渡それ自体は当事者間の合意（および社員総会の譲渡承認決議）によって足りるとしても、これに基づく社員の変動に関する定款変更決議もまったく無意味無益なものではなく、当該決議自体としてなんらかの効力があることを認めているものと推測される。なぜならば、定款変更決議がその決議の内容となつている事項の変更そのものについて格別の法的効力を有しないものであつても、「定款変更そのものの決

議に疑義が存するときは、その決議を推測させる記載のある定款が存在することにより右決議の効力ないしそれから派生する法律関係について種々の紛争が生ずるおそれがある」と述べているからである。このような判断は、定款変更決議の内容が定款記載事項でないために、定款変更のための総会決議の対象となしえないという意味で無効である場合には生ずる余地がなく、したがって少なくとも定款変更決議の内容が定款記載事項としてならんかの効力を持ちうることを前提としていえると考えられる。

しかし、定款変更決議の内容が定款記載事項でないため総会決議の対象とならないという意味で無効である場合には、当該決議が行われた旨総会議事録に記載されても、「それが外見上会社その他の関係人に対し適法に拘束力を持つかのように取り扱われ勝ちである」(判旨)とはいえない。また決議に基づいて定款上の記載を変更しても、変更後の記載は無効であるといわざるをえず(法的には依然として変更前の記載が定款内容となる)、法的には紛争が生ずる余地もないといわべきであろう。事実上の紛争の可能性はありうるとしても、それは真実の定款内容と書面上の記載内容との不一致なわち定款記載の更正の問題として処理すれば足りると思われる。逆に、無効な定款変更決議の存否について判決をもって確定しても、事実上生じうる紛争の解決にはならないのではないだろうか。最高裁は、決議が法的効力を有しない場合について、決議対象とならない無効と不存在による無効とを区別していないが、同じく無効な決議ではあっても、その存否について確定することが紛争の解決に必要でありかつ適切な手段であるとされるのは、決議内容が総会の適法な決議の対象となりうる事項である場合に限られるのではないかと考える。<sup>(20)</sup>

そして、定款における社員の住所および氏名が原始社員に関する事項であると解する以上、その社員の出資口数も会社設立時のそれであり、爾後の変更は含まれないことは当然である。

問題となるのは、社員の氏名・住所および出資口数に関する記載を、いわゆる定款の任意的記載事項とみることでできないかである。仮にその趣旨が、持分の移転に関しては定款変更を効力要件とする趣旨であるならば、それは持分の譲渡（有一九条一項、二項）に対する不当な制限として、無効であると解される。株式会社の場合と同様に社員が有限責任を負担する有限会社では、退社による出資の払戻が原則的に禁止され（有二四条一項、商二二三条一項参照）、持分の譲渡による出資の回収を保障することが基本原則となるからである。また、定款の記載を会社その他の第三者に対する持分移転の対抗要件とする場合には、有限会社法二〇条（強行規定）に違反する無効な定款規定といふべきであろう。そうではなくて、社員名簿の記載を基準としつつ単にその確認として定款に記載する趣旨であるならば、そのような記載としてこれを積極的に否定する理由は乏しい。しかし、それは法的には意味のないいわば無益的な記載であり、観点を換えれば形式的には書面としての定款に記載されていても、法的意味での定款の記載事項に含まれないことに変わりはないであろう。

四 取締役（および監査役）に関する定款上の記載についても、右に検討したことが妥当する。すなわち、最初の取締役（および監査役）の記載はあくまで会社設立時の取締役および監査役の同一性を確定する趣旨であり、これらの者の解任や爾後の取締役（および監査役）の選任は総会の解任ないし選任決議によって決まるのであって、定款の記載事項ではない。したがって、これに関する定款変更決議は、定款の記載事項でない事項すなわち定款変更決議の対象となしえない事項に関する決議という意味で無効である。またそれゆえ、このような決議については決議不存在確認の利益もないといわなければならない。これとは別に、取締役および監査役の氏名を任意的記載事項として定款に記載することができるかについても、社員の氏名・住所について述べたことが妥当する。<sup>(21)</sup>

#### 四 おわりに

本稿では、有限会社の定款記載事項のうち、社員の氏名・住所（有六条五号）および出資口数（同条六号）ならびに取締役の氏名（有一一条一項）について、その効力と変更の要否を検討した。これらの事項はいずれも会社設立時における原始定款の記載事項であり、その後の変更は定款の記載事項でなく、したがって定款変更にも当たらないというのが、本稿の結論である。それゆえ、記載事項に関する総会決議とは別に定款変更決議をしても、総会決議の対象となしえない事項に関する決議として無効であり、定款変更決議の不存在確認請求の利益はないが、無効確認請求の利益は認められると考える。

- (1) 定款を電磁的記録により作成する場合である（有六条三項参照）。以下では、電磁的記録により定款を作成する場合については、省略する。
- (2) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法<sup>(2)</sup>』六九頁（中西正明）（有斐閣、一九八五）参照。
- (3) 有限会社法が定める任意的記載事項として、最初の取締役または監査役を定款で指定すること（有一一条一項、三三条二項）および定款による代表取締役の指定または共同代表の定め（有二七条三項前、中段）がある。
- (4) 会社成立後においてのみ意味がある事項であっても、会社設立時の原始定款に記載しうることは当然である。
- (5) 服部榮三「会社の定款について」『同志社法学』二二四九頁以下（一九五二）、五〇頁。これに対して、会社の本店を定款記載の所在地以外へ移転するには、定款変更が必要である。上柳克郎ほか編『新版注釈会社法<sup>(12)</sup>』一一頁（実方謙二）（有斐閣、一九九〇）参照。
- (6) 石井照久編『注解株式会社法第一巻設立』一七五頁（勁草書房、一九五三）。
- (7) 鴻常夫『有限会社法の研究』二九頁（文久書林、一九六五）、服部榮三加藤勝郎『有限会社法全訳』二八頁（日

本評論社、一九九二。

(8) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法』四〇頁(中西正明)(有斐閣、一九九〇)。

(9) 田中耕太郎『改正商法及有限会社法解説』三〇九頁(有斐閣、一九三九)。

(10) 山口幸五郎『会社法概論』五一頁(法律文化社、一九八八)、上柳ほか編・前掲注(8)三七五頁(実方謙二)。

(11) 定款上の記載によって確定することも許される。石井編・前掲注(6)二二二頁。

(12) 商法一六九条は昭和一三年商法改正による新設規定である。奥野健一ほか『株式会社法釈義』二三一五頁(厳松堂書店、一九三九) 参照。

(13) 田中誠二『再全訂会社法詳論』下巻一二五六頁(勁草書房、一九八二) 参照。これに対して、昭和二三年改正商法により株式分割払込制が廃止された後は、社員の出資義務の履行時期の相違をもつて理由づけることも考えられるが、その場合は有限会社についての説明が困難である。なお、最近株式会社についても、別の観点から、発起人による株式引受を定款の絶対的記載事項とすべきであるという興味深い議論がある。稲葉威雄ほか『会社の総則・設立(条解・会社法の研究1)』一一二頁(大谷楨男発言)(商事法務研究会、一九九〇) 参照。

(14) 有限会社の原始社員の法的地位が合名会社および合資会社の社員に類似することは、有限会社に設立取消の訴えが認められていることにも表れている(有七五条一項、商一四〇条ないし一四二条)。有限会社の設立無効の訴えについては、株式会社に関する規定が準用されているが(有七五条一項、四二八条)、以上の考慮からすると、設立無効原因には、合名会社のように、社員の個別の出資行為の無効も含まれると解すべきであろう。江頭憲治郎『株式会社・有限会社法』一〇二頁(第二版、有斐閣、二〇〇二年)。

(15) これに対して、会社に対しては、資本増加の効力が生じた後は(有五三条ノ二)、出資の履行をもつて社員たる地位を対抗しうると解すべきである。

(16) 山口・前掲注(10)三八頁、江頭・前掲注(14)六八頁。

(17) 上柳ほか編・前掲注(8)三七五頁(実方謙二)。

(18) 塩崎勤・ジュリ八一七号四八頁(一九八四)、同・季刊実務民事法八号一五八頁(一九八五)、中曾根玲子・早法六〇巻三号一五六頁(一九八五)、田辺誠・民商九二巻三号一〇七頁(一九八五)、久留島隆・法セミ三六三号一五六頁(一

九八五)、志村治美・ジュリ八三八頁一一八頁(一九八五)、柿崎榮治・ひろば三八卷七号六七頁(一九八五)、田邊光政・会社判例百選(第五版)二〇八頁(一九九二)参照。その他、有限会社の社員の氏名・住所、出資口数、取締役および代表取締役に関する定款記載の変更決議の不存在確認請求が許されることが前提となっているとみられる判例として、最判昭和五三年四月一四日(民集三三卷三号六〇一頁)および最判昭和五三年七月一〇日(民集三三卷五号八八八頁)参照。

(19) この場合の決議の無効原因は、通常の意味で決議の内容が法令に違反する(有四一条、商二五二条)というよりも、決議が総会決議の対象となしえない事項(いわば能力外)であることによる。

(20) 仮に最高裁のいうように、社員持分譲渡に関する社員総会決議とは別に、その定款変更決議につき不存在確認請求が許されるとすれば、それぞれの総会決議の存否につき別訴が提起され、異なる判断がなされる可能性があるが、このことはかえって法律関係を錯綜させ紛争を生じさせるおそれがないだろうか。

(21) もっとも、原始定款で定めた最初の取締役を解任するには、社員総会の普通決議(有三八条ノ二)ではなく、定款変更決議(有四八条一項)を要するという立場をとれば(中曾根・前掲注(18)一六四頁、上柳ほか編・前掲注(8)二六〇頁(山口幸五郎)、爾後の取締役についても定款の任意的記載事項として記載することができるかと解する余地がある。なお、定款による代表取締役の指定は、任意的記載事項と解される(有二七条三項前段)。