慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	取締役会設置会社における代表取締役の選定・解職の決定に関する定款自治
Sub Title	Articles incorporation autonomy on appointment and dismissal of representative director in corporation with board of directors
Author	鈴木, 千佳子(Suzuki, Chikako)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2022
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.132, (2022. 3) ,p.1- 22
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20220315-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

取締役会設置会社における代表取締役の選定・解職の決定に関する定款自治

鈴木千佳子

問題提起
一　平成一七年改正前商法における権限専属型定款の有効性
二　権限重複型定款の有効性
三　平成一七年会社法と権限専属型定款の効力
結語に代えて

問題提起

最高裁平成二九年二月二一日決定[1]（以下、「平成二九年最高裁決定」という）は、「代表取締役は取締役会決議によって定めるものとするが、必要に応じて株主総会の決議によって定めることができる」旨の定款規定の効力を有効と解した。当該決定は、1非公開会社（公開会社（会社法二条五号）でない会社をいう。以下、会社法の条文を引用する場合は条文のみを引用する）であり、かつ、2定款で取締役会を設置している株式会社に対象を限定しているものではあるが、代表取締役の選定権限を株主総会と取締役会の両方に認める権限重複型[2]の定款の効力について判示したものである。定款規定によって株主総会に代表取締役を定める権限を与えることを認めた裁判例はなかったが[3]、最高裁として初めてこの点に関して判断が下されたものである。

これに対して、平成一七年に制定された会社法以前に会社に関する規制を行っていた商法（以下、これを平成一七年改正前商法という）の下では、昭和二五年商法改正で株式会社すべてに取締役会制度を導入した際に、株主総会と取締役会の権限分配について、株主総会の権限を法定事項および定款で定める事項に限定したが（昭和二五年改正商法二三〇条ノ二、昭和五六年改正商法二三〇条ノ一〇）、定款により株主総会の権限を拡張して、代表取締役選定・解職[4]の権限を株主総会に与えることができるか否かについて、当該定款規定を有効と解するか否かについて解釈上の論争が繰り広げられ、決着をみていなかった。しかし、当時の議論は、代表取締役選定権限を定款で株主総会に移譲すると、取締役会からはその権限は失われるということがその前提であったこと（「権限重複型」に対して、これを「権限専属型」と呼ぶこととする[5]）に留意し、また、さらに現行法において当該問題を考察する際には、平成一七年制定の会社法による法制度の変化を頭に入れておかなければならない。

すなわち、会社法では、その株式会社が公開会社（二条五号）か否か、また、大会社（二条六号）か否かの違いによって、その会社の実体に適した法規制に従わなければならない。そして、その機関の設置に関しても、まず株主総会と取締役を一人以上選任することは最低限必要であるが、定款で定めることによってこれらに加えて取締役会、会計参与、監査役、監査役会、会計監査人、監査等委員会、指名委員会等を置くことができるとするとともに（三二六条）、その会社の実態に応じて一定の機関の設置を強制している（三二七条、三二八条）。例えば、公開会社、監査役会設置会社、監査等委員会設置会社、指名委員会等設置会社では取締役会の設置が強制されているのに対して（三二七条一項）、それ以外の会社では、取締役会の設置は強制されず、定款の規定によって任意に設置することができるに過ぎないが、取締役会を設置すれば、取締役の中から代表取締役を選定しなければならない（三六二条三項）。また、どの機関設計を選択したかが、それぞれの機関の権限にも影響を与える場合がある。会社法は、原則として、株主総会は会社法に規定する事項および株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に関する一切の事項について決議することができるとするが（二九五条一項）、取締役会設置会社では、株主総会の権限は会社法に規定する事項および定款で定めた事項に限定されている（二九五条二項）。二条七号は、取締役会設置会社を「取締役会を置く株式会社又はこの法律の規定により取締役会を置かなければならない株式会社をいう」と定義しているため、取締役会を置いている会社であれば定款で任意に設置したか、あるいは、法によって設置が強制されたかに関わらず、その取扱いには差異がないのが前提であるが、条文およびその定款の解釈においても、これらを同様に扱うことができるかという疑問[6]についても考える必要がある。

本論文においては、意思決定機関である株主総会と取締役会の権限分配問題のうち、代表取締役の選定・解職権限を定款によってどのように規定することができるかということに焦点を絞って検討する。前述の平成二九年最高裁決定については多くの判例評釈が公表され[7]、さらにそれを踏まえて、決定の射程を超えた広い議論が行われている。本

論では、決定以前の問題を含めて整理することにより、代表取締役選定・解職権限を定款によって株主総会のみに与える定款（権限専属型定款）の場合と、取締役会もその権限を留保しながら同時に株主総会も併せて権限を持つ定款（権限重複型定款）の場合の二つに分けて考察する。一では、平成一七年改正前商法下における権限専属型定款における議論を整理し、二では、なぜ権限重複型定款が会社法制定以後問題とされるようになったのか、そして、平成二九年最高裁決定の妥当性とこの定款を認めることにより生ずる可能性がある問題点などを検討し、三では、現行法下において学説が権限専属型定款についてどのように考えているのかをまとめたうえで、最後に、これらに対する私見を示したいと考える。

なお、同様の問題は、監査等委員会設置会社における代表取締役、および、指名委員会等設置会社における代表執行役の選定に関しても生じうるのであるが、これらの会社における取締役会の機能は、一般的な取締役会設置会社のそれとは同じようには考えられない部分もあるために、本論文では監査等委員会設置会社および指名委員会等設置会社を除く取締役会設置会社を前提に検討を進める。

一　平成一七年改正前商法における権限専属型定款の有効性

昭和二五年改正前商法においては、株主総会の権限を規定した明文規定はなかったが、株主総会は会社の最高かつ万能の機関であり、会社に関するあらゆる事柄を決議でき、その決議は取締役、監査役などの機関を拘束し、これらに対して完全な命令監督の機能を有すると解されていた。(8) しかし、昭和二五年改正商法は、取締役会制度を新設するとともに、「総会ハ商法又ハ定款ニ定ムル事項ニ限リ決議ヲ為スコトヲ得」という条文を置き（同法二三〇条ノ二、昭和五六年改正商法二三〇条ノ一〇）、その他の決定を取締役会に委ねたこととで、株主総会の権限は縮小されることに

至った。[9] しかしながら、昭和二五年改正前には総会権限はすべての事柄に及ぶとされていたことを前提にすれば、昭和二五年改正による株主総会権限の縮小は株主の通常の意思によるもので、株主の企業所有権を制約したものではなく、定款で別段の定めをすればどんな事柄についても株主総会で決議し得るというのが通説的見解であった。[10] しかし、その後、定款で規定をすれば、無制限に株主総会の決議事項を拡張することができるのかについては、争いが生じた。通説は、あくまでも原則を貫き、性質上総会の決議事項としてなじまないものを除き、いかなる事項も定款で総会の決議事項とすることができるとし、当該定款を有効としていたが、[11] 代表取締役の選定・解職に関する事項を定款に規定して総会の権限に留保することに関しては、これに反対する有力な見解があった。その理由としては、取締役が代表取締役に対して命令監督権を有することは、代表取締役の解職権を有することにより裏づけられるため、総会が代表取締役を選任するとした場合、取締役会はその解職権を有しない結果、その監督権限は実を上げることができないことが指摘されていた。[12] 登記実務も、この説に従い、代表取締役の選定を株主総会の権限とする旨を定款に規定することはできないとの見解を示していた。[13]

これに対して通説は、代表取締役の選定および解職を総会の決議事項としても取締役会は代表取締役の解職を議題として総会を招集することができるため、取締役会は代表取締役に対して命令・監督権限を失ってしまうわけではないと反論した。[14]

さらにその後、折衷説として、一般的に当該定款の効力を有効と解する必要はなく、閉鎖的会社においてのみ認めればよいのではないかとの見解も主張された。[15]

代表取締役の権限は業務執行の決定と実行についての全権を有する取締役会の権限に由来すると考える派生機関説をとる者は、代表取締役の選定権限が取締役会に専属するのは当然の事理であると主張するため、[16] 有効説と無効説の争いは、派生機関説と並立機関説[17]の争いのように受け取られがちであるが、[18] 取締役会は業務執行全般について権限を

有し、代表取締役は取締役会の委任により代表権限を行使すると解する代表機関説[19]によっても、有効説の結論を導き出すことは可能であり[20]、さらに、権限専属型定款の効力の解釈は、上述の業務執行権に関する学説とは必ずしも結び付けて考える必要はないと考えるべきである[21]。

以上のように、代表取締役選定権限を株主総会に与える旨の定款に関する解釈上の争いは解決には至っていなかったが、平成一七年改正前商法の解釈としては、定款により代表取締役の選定権限を株主総会に与えることにより取締役会は選定権限を失うということ（専属型定款）が自明の理として議論が進んでいたことに注目する必要がある[22]。また、ここで想定される前提としては、代表取締役の選定権と解職権の両方が株主総会あるいは取締役会のどちらかに帰属することを考えており、それらが違う機関に分属することについては全く検討されていなかった[23]。

二　権限重複型定款の有効性

1　権限重複を認める根拠

会社法を制定した立案担当者は、代表取締役の選定・解職権限を取締役会に留保しながらも、定款で株主総会にも決定権限を与える重畳的定款について積極的に認める考えを示した。つまり、これは明文の規定がない限り定款で取締役会の法律上の権限を奪うことはできないため、定款で株主総会の決議事項を拡大した場合、株主総会と取締役会の決議事項の範囲が重複する可能性があるためである[24]。会社法三六二条二項三号は取締役会の職務として代表取締役の選定と解職を規定するため、定款で取締役会の代表取締役選定権限を奪うような定款規定は無効であるため、その結果として、代表取締役の選定・解職を株主総会決議事項とする定めを定款に置いた場合、株主総会と取締役会がそ

れぞれ代表取締役を選定・解職する権限を持つことになるとの解釈が示された。[25] このことは、平成一七年改正の際の定款自治の考え方にも関係している。すなわち、会社法二九条は、「この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項及びその他の事項でこの法律の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる」と規定するが、会社法立案担当者は、会社法制定に際して、定款自治の範囲を拡大することは法的安定性を欠くことになるため、法律に規定されている事項について定款で定めることができる事項について逐一法律でこれを規定するという考えを示している。[26] この考えを貫けば、会社法三六二条二項三号は定款で別段の規定を置くことを明文で認めていないため、およそ権限専属型の定款は認められないと考えられる。[27]

しかし、この点については、定款自治の範囲を明確にするためにそれを条文で明文規定がある場合に限定することは解釈の混迷を解決する方策としては有効な手段であるが、そこまで条文の内容を立法者がコントロールすることは事実上不可能であり、現行法においても、権限重複型定款とともに権限専属型定款の効力についても考察する余地は残されている。

会社法の下でも、定款によって株主総会の決議事項を拡大した場合、当該事項をなお取締役会もそれを決定できるかどうかについても、定款自治に任されており、その分だけ取締役会の権限を縮小することも、あるいは、そのまま留保することも定款で定めることができると考え得るのではないであろうか。[28] しかし、特にいずれかに権限を与えることを定めなかった場合には、ある事項の意思決定をあえて取締役会に委ねずに自ら決定しようという株主の通常の意思は、当該事項についての決定権限を株主総会に専属させる意思であると解するのが合理的であるとの主張[29]に賛成すべきと考える。

2　平成二九年決定に関する評価

平成二九年最高裁決定は、「取締役会を置くことを当然に義務付けられているものではない非公開会社（法三二七条一項一号参照）が、その判断に基づき取締役会を置いた場合、株主総会は、法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議をすることができることとなるが（法二九五条二項）、法において、この定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はない。そして、法は取締役会をもって代表取締役の職務執行を監督する機関と位置付けていると解されるが、取締役会設置会社である非公開会社において、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限（法三六二条二項三号）が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実効性を失わせるとはいえない。以上によれば、取締役会設置会社である非公開会社における、取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができる旨の定款の定めは有効であると解するのが相当である」と判示した。当該決定の事例では定款に「代表取締役は取締役会決議によって定めるものとするが、必要に応じ株主総会の決議によって定めることができる」旨の定めを置いているが、この「必要に応じて」の部分は、周知可能性、明確性ないし特定性、内容の合理性に応じて判断される点で疑問があることの指摘もある。[30]

ここでは、権限重複型定款規定を有する会社が「取締役会を置くことを当然に義務付けられているものではない非公開会社」であることを前提として判示をおこない、公開会社についてはなんら触れていないことに注意しなければならない。[31] 学説では、この前提の下では判決の結論に賛成するものが多数説と考えられるが、[32] これを非公開会社であることを理由として認めるか、権限重複定款の形であれば認められるかについて説がわかれる。前者は、当該決定が、対象会社が「非公開会社」であることを強調している点に強い限定が働くことを示唆していることに注目し、取締役

会設置が義務付けられていない非公開会社では、株主が権限の併存することのメリットを理解して併存を認めるのであればこれを否定するほどのことはないが[33]、取締役会の設置を義務付けられている公開会社では、株主総会が権限を持つことにより取締役会の権限が希釈化する可能性があることを理由とする見解[34]、あるいは、公開会社の中でさらに株式の流動性が高い会社では、一義的に会社代表者が決定される仕組みが望ましいために権限が併存する定款であっても無効であるとする見解[35]などがある。

これらに対して、後者の見解は、当該決定が公開会社については何も言及していないことは認めつつ、判決文中の「取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限（法三六二条二項三号）が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実効性を失わせるとはいえない」という理由付けの部分が妥当するのは非公開会社だけではなく、公開会社においても同様に認められ得ると解する見解[36]は、非公開会社に限定するという立場よりもむしろ有力である。

3　権限重複型定款を認めることによる問題点

平成二九年最高裁決定の事案では、選定権限のみを株主総会と取締役会に重複的に与えることを前提に考察されているが[37]、定款が解職について触れていない場合はあくまで例外的な取り扱いを認めるのは選定権限のみと解釈することができるのであろうか。もしも、定款が解職権限について触れていないということを重要視するならば、取締役会は法定されたとおりの手続で解職権限を行使するという方法で、代表取締役の監督権の一部を保持することができるため、定款の有効性を主張しやすくなるという利点はあるように思われる[38]。しかし、その反面、定款が選定か解職のうちどちらかについてのみ規定した場合に、規定されていないほうの手続が異なることになれば、混乱を招くため好ましくはなく[39]、取締役会により解職された代表取締役を株主総会で再任するようなことも起こりうる[40]。本来であれば、

取締役会の重要な権限に係るものであるから、このような選定と解職の権限分配の取り扱いの不一致は中途半端なものであり、より会社の意思決定方法の定め方の一貫性を求めるのであれば、「選定」「解職」は裏表の関係として、選定に関する定款規定に関する解釈は解職にも及ぶと解するべきであるという考え方になるのではないだろうか。[41] しかし、この結果を認めることによって、この定款が代表取締役の選定・解職権限を株主総会と取締役会の両方に認めることとするならば、会社の意思決定が二つの機関に分かれて混乱を生じかねないのではないのかという更なる懸念が生じうる。

二つの機関に決定権限が分属した場合、株主総会の招集手続を行うのは取締役会であるから、株主から総会招集の請求がなされたとき（二九七条）や、違法行為等の恐れがある場合の招集請求権が行使されたとき（三六七条一項）などを例外として、実際には取締役の了承を得ずに代表取締役を選定することは困難でもあるが、全員出席総会や総会の招集手続の省略によって株主総会が代表取締役を選定・解職する場合には、取締役会による代表取締役の監督の実効性が失われないとも限らないとの指摘がある。[42] さらに、この場合においては、株主総会と取締役は同格の機関として併存することになるため、[43] 株主総会決議で解職された代表取締役が、その直後今度は取締役会により再選定されることもありうる。[44] その場合には、株主総会はその決議を成立させた取締役を解任して、新たな取締役を選任することで対処することも可能である。[45] また、どうしても不便であると会社が判断したのならば、取締役会非設置会社に戻すことで問題を解決する道もある。[46]

すなわち、権限が重複することによってある程度の混乱が生じる可能性もないではないが、このような結果を会社法が認めている限りにおいては、自らそのような定款を選択した会社は、ある程度それを甘受する必要があり、翻って言えば、この点は、権限重複型定款の効力を否定する理由にはならないであろう。[47]

三　平成一七年会社法と権限専属型定款の効力

平成二九年最高裁決定は権限重複型定款について判示したものであり、現行法下においては権限専属型定款は認められないとの見解もあることについては既に二1でも言及した。しかし、これは、そのように限定的に解する必要はなく、権限専属型定款を置くことは必ずしも否定されていないと考える。そこで、原則としては、一で検討した平成一七年改正前の学説上の議論がここでも生かされるべきではあるのだが、会社法制定時の平成一七年に加わった改正が、この前提に変更を加えていないかについても、さらに考えるべきである。

それは以下のような点に見られる。同改正において、会社法は、株式会社の機関設置の選択肢が大幅に拡大されたが、これは、同改正により有限会社が廃止され株式会社に統合されることにより従来の有限会社で採用可能な機関設計の採用を認めながら、かつ、それぞれの株式会社がその実態に応じた運営形態を採用できるように、自由に定款によって機関を選択できる幅を認めることとしたうえで、さらに一定の性質を持つ株式会社（公開会社および大会社）には、法が後見的にある機関の設置を義務づけた[48]。また、この株式会社と有限会社の一体化にあたり、株主総会の権限は、取締役会設置の有無という基準でこれを区分し、取締役会非設置会社の株主総会には、旧有限会社の社員総会の権限と同様、広範な権限を認め（会社法二九五条一項）、定款の定めに関わらず取締役が決定権を有する事柄についても当然に株主総会で決定できるとするのに対して、取締役会設置会社における株主総会の権限については、平成一七年改正前商法の下での株式会社の株主総会にあわせ、会社法または定款で定めた事項に限定されるとした（会社法二九五条二項）[49]。

会社法制定後の取締役会設置会社の株主総会の権限に関する規定は、平成一七年改正前商法の商法二三〇条ノ一〇

と同様の内容を引き継いだことから、権限専属型定款の効力については、改正前の議論をそのまま受け入れて、有効説を全面的に支持するものに加え[50]、基本的に定款自治を広く許容する会社法の下の解釈としては可能と解するのが妥当であるという説明を付け加えることも可能となった[51]。

これらに対して、従来の否定説に加え[52]、平成一七年改正による変化を解釈に取り入れた見解も出てきている。会社法三四九条三項は「株式会社（取締役会設置会社を除く。）は、定款、定款の定めに基づく取締役の互選又は株主総会の決議によって、取締役の中から代表取締役を定めることができる」と規定して、明文で適用範囲を取締役会非設置会社に限定しているという条文上の問題点を指摘するものもみられるが[53]、当該規定はあくまでも取締役会非設置会社の一般原則を規定するものであるため、無効説を肯定するための有力な理由づけとはならないものと考える。

また、改正前と改正後の会社法の規制の考え方が異なってきていることの影響から問題とする説もある。平成一七年改正前商法において通説が総会権限の無制限な拡大を是認してきたのは、当時は小規模で経営と所有が未分離な株式会社が多かったことを背景としており、現行会社法では少なくとも取締役会設置会社では定款規定で株主総会権限の拡大を無制限に認めることはできないとし、さらに、会社法が株主総会を、万能の決定機関である株主総会と権限が法令・定款に定められている事項に制限されている株主総会に分けた趣旨と、代表取締役の選定権限を株主総会の権限とすることにより取締役の監督権限が弱体化することに鑑みると定款による代表取締役選定・解職を株主総会の決議事項とすることについて疑問を呈する見解[54][55]が見られる。さらに、公開会社においては特に取締役会の監督権限の形骸化を懸念する見解[56][57]は、折衷説に連なる考え方と評価できるものと考える。

結語に代えて

一において考察したように、権限専属型定款の効力については、会社法制定以前から見解が分かれ、通説は有効説であったが、これに対して、取締役会による代表取締役の監督を弱めることになることを理由として当該定款を無効と解する無効説、そして、非公開会社では無効説が主張するような問題が生ずる余地はないが、公開会社がこのような定款を利用することに対して懸念を示す折衷説も存在していた。

最高裁が「取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても代表取締役を定めることができることとしても、代表取締役の選定及び解職に関する取締役会の権限（法三六二条二項三号）が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の実行性を失わせるとはいえない。」と判示したことにより、無効説が問題としてきた代表取締役に対する監督の弱体化は回避され、また、当該決定が、いわゆる非公開会社を前提になされたことにより、折衷説の主張とも相反しないものであった。すなわち、この決定はどの学説の観点からも批判されない部分に限って、最高裁の見解を示したものと言える。以上の理由から、同決定に関する評釈をはじめとする学説は、当該決定を好意的に受け入れた。また、権限重複型定款では、選定・解職を決定する機関が同時に二つに分属することによって運用の面では困難が生ずる可能性もあるため、この導入には慎重な判断が必要ではあるが、決定の挙げている理由を敷衍すれば、非公開会社のみならず、公開会社においても権限重複型定款は有効であると考えることができるであろう。

それに対して現行法では、権限専属型定款の効力については、どのように考えるべきであろうか。

会社法は、平成一七年改正によって廃止された有限会社法上の有限会社をも株式会社に取り込んで様々な会社が株式会社を利用できるようにし、また、大会社、大会社ではない会社、公開会社、非公開会社というそれぞれの株式会

社の特質によりその法規制を分けていくという方針を採った。あくまでも概念の上で典型的な株式会社とそれと対比される小規模閉鎖会社を別異に解釈することの可能性を探っていた改正前と比べれば、改正後は、公開会社と非公開会社に対して、それぞれ異なる解釈をとることを肯定する根拠が見出されたため、それによれば、当該問題についても折衷説をさらに受け入れやすくなったとも考えられる。しかし、そもそも「非公開会社」というカテゴリーも、所有と経営が一致しているいわゆる閉鎖会社そのものではなく、定款でその会社が発行する株式のすべての譲渡に会社の承認を要する旨の定款を置いて「非公開会社」を選択した会社に対してその規制の緩和を認めているものであり、この制限を定款に置かない会社は、たとえ閉鎖的要素を帯びる会社であっても、取締役会の設置を強制される一方、非公開会社でも定款で取締役会を設置することを選択することが許される。これらの結果として、法定の取締役会設置会社であろうと任意の取締役会設置会社であろうと、そもそも「取締役会設置会社」に対しては一定の法規制がセットで適用されるというのが現行法の仕組みであるように思われる。[58] このように考えると、定款で取締役会設置会社を選択した会社に対して、法定の取締役会設置会社と法解釈、定款の効力の有無について差異を認めるという折衷説の主張には賛成することはできない。

したがって、結局は、現行法においても、有効説か無効説かの二者択一の問題となる。この点では基本に立ち返り、取締役会の選定・解職権の欠如がどのくらい代表取締役の監督においてダメージを与えるかの詳細な検討が必要であるが、[59] 取締役会には人事権を欠いたとしても、取締役（代表取締役）に対する業務監督権（三六二条二項二号）が与えられているのであるから、極端に不都合が生じる可能性は大きいとは言えないのではなかろうか。むしろ、有効説が主張するように、それぞれの株式会社が定款で株主総会にどのような権限を付与し意思決定を委ねようと、原則としては、当該会社の自由な判断が尊重されるべきではないかと考える。

（1）民集七一巻二号一九五頁、裁時一六七〇号五頁、判時二三三三号一二二頁、判タ一四三六号一〇二頁、金商一五一九号八頁、金法二〇六八号六二頁。当該事案は、非公開会社であり定款で取締役会の設置を規定したY$_1$会社（債務者、相手方）の元取締役兼代表取締役であったX（債権者、抗告人）が、本文に記載した内容の定款規定によりY$_2$（債務者、相手方）を代表取締役に選定した株主総会決議を無効であるとして、Y$_1$Y$_2$に対して、Y$_2$の取締役兼代表取締役の職務執行停止および職務執行者選定の仮処分を求めたものである。調査官解説として、松本展正・ジュリスト一五二一号（二〇一八年）一〇四頁以下、同・曹時七一巻五号（二〇一九年）一三頁以下がある。

（2）中村信男「判批」新判例解説 watch 二一号（二〇一七年）一三四頁において当該規定を「権限重複型」と記して以来、この呼び方が定着している。

（3）判時二三三三号（二〇一七年）一二四頁等（当該決定の「コメント」）参照。

（4）会社法は、取締役を選ぶことを「選任」といい（例えば、三二九条一項）、代表取締役を選ぶことを「選定」といっていたが、会社法制定後は、会社法上一定の地位を有しない者にその地位を付与する場合は「選任」、会社法上一定の地位を有する者にさらに別の地位を付与する場合は「選定」と使い分けることとなった（相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編『論点解説　新・会社法　千問の道標』（商事法務、二〇〇六年）三八頁）。すなわち、株主総会で取締役が選ばれるような場合は「選任」であるが、取締役会設置会社（指名委員会等設置会社以外）における代表取締役、指名委員会設置会社における代表執行役、指名委員会等設置会社および監査等委員会設置会社における委員会の委員を選ぶ場合などには「選定」という用語が用いられる。しかし、それらに関する規制は平成一七年の前後で実質的には変更していないので、本論文では、平成一七年改正前商法の法制度を前提に議論する場合も、「選定」という用語に統一して表記する。会社法制定後は、「選定」に対応する語として「解職」が用いられるようになったので、以上のことは、「解任」と「解職」についても同様に当てはまる。

（5）中村・前掲（注2）一三四頁。

（6）中村信男「株式会社の規制区分と取締役会・株主総会間の権限配分を巡る定款自治の射程」尾崎安央＝川島いづみ＝若林奉伸編『公開会社法と資本市場の法理（上村達男先生古稀記念）』（商事法務、二〇一九年）（以下では「論文」として引用）一一五～一一六頁。

（7）鳥山恭一「判批」金商一五一六号（二〇一七年）一頁、同・「判批」法セミ七四九号（二〇一七年）九五頁、弥永真生

「判批」ジュリスト一五〇七号（二〇一七年）二頁以下、渡辺邦広「判批」金法二〇七〇号（二〇一七年）四頁以下、北村雅史「判批」法教四四二号（二〇一七年）一二六頁、高橋聖子「判批」法律のひろば二〇一七年九月号（二〇一七年）五六頁以下、大塚和成「判批」銀行法務21八一五号（二〇一七年）六八頁、中村・前掲（注2）一三三頁以下、若林泰伸「判批」法教四四五号（二〇一七年）四二頁以下、松井智予・「判批」論究ジュリスト二三号（二〇一七年）一五八頁以下、門口正人「判批」金法二〇八〇号（二〇一七年）六〇頁以下、川島いづみ「判批」金判一五三一号（二〇一八年）二頁以下、来住野究「判批」明治学院大学法学研究一〇四号（二〇一八年）三一五頁以下、大杉健一「判批」私法判例リマークス二〇一八年〈上〉（二〇一八年）九〇頁以下、村上康司「判批」愛知学院大学法学研究六〇巻一＝二号（二〇一八年）一一九頁以下、前田雅弘「判批」平成二九年重要判例解説（ジュリスト臨時増刊一五一八号、二〇一八年）一〇四頁以下、高橋真弓「判批」判評七一一号（二〇一八年）一七頁以下、松中学「判批」民商一五三巻六号（二〇一八年）一五四頁以下、品川仁美「判批」税務事例五〇巻八号九七頁以下、原弘明「判批」関西大学法学論集六八巻三号（二〇一八年）一五六頁以下、梶原貴志「判批」登記情報六八三号（二〇一八年）二八頁以下、長谷川新「判批」関東学院法学二八巻一号（二〇一九年）一五七頁、田中綾「判批」法協一三七巻七号（二〇二〇年）二三一頁以下、三宅新「判批」会社法判例百選（第四版）（別冊ジュリスト二五四号、二〇二一年）八六頁以下。

(8) 鈴木竹雄＝石井照久『改正株式会社法解説』（日本評論社、一九五〇年）一〇四頁、大隅健一郎＝大森忠夫『逐条改正会社法解説』（有斐閣、一九五一年）一九三頁。

(9) 大隅＝大森・前掲（注8）一九三頁以下は、「一般の株主は会社事業の経営には何らの知識も関心も有せず、みずから議決権を行使することは稀であり、総会もまた実際上会社の経営についてまでも決議することは殆んどなく」「会社の経営はあげて取締役の手に委ねられているのが実情であっ」たことを、株式会社の所有と経営の分離の結果生ずる必然の帰結であるとして、同改正を「法の規定を経済の現実に調和せしめ」た規定と評価し、「本条は法律的には総会の権限に重大な制限を加えるものではあるが、実質的には何ら株主の権利の縮小を意味するものではな」い、と解説している。

(10) 鈴木＝石井・前掲（注8）一一三頁、大隅＝大森・前掲（注8）一九六頁。

(11) 石井照久『会社法上巻』（勁草書房、一九七三年）三三〇頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第三版）』（有斐閣、一九九四年）二二六～二二七頁、北沢正啓『会社法（第六版）』（青林書院、二〇〇〇年）二九五頁、上柳克郎他編代『新版注釈会社法（5）』（有斐閣、一九八六年、以下『新注会（5）』）二六頁［江頭憲治郎］。

(12) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中）（第三版）』（有斐閣、一九九二年）二〇九頁、野津務「代表取締役」『株式会社法講座第三巻』（有斐閣、一九五六年）一〇九二頁、河本一郎『現代会社法（新訂第9版）』（商事法務、二〇〇四年）三八八頁、大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法（4）』（有斐閣、一九六八年）二二頁［境一郎］、上柳一郎他編代『新版注釈会社法（6）』（有斐閣、一九八七年、以下『新注会（6）』）一四二頁［山口幸五郎］、服部栄三『会社法通論（第四版）』（同文舘、一九九一年）一一九頁～一二〇頁、小橋一郎『会社法（改訂版）』（成文堂、一九九一年）二一五頁、龍田節『会社法（一〇版）』（有斐閣、二〇〇五年）一六三頁。

(13) 昭和二六年一〇月一二日付民事甲第一九八三号民事局長通達（『登記関係先例集（下）』二四二頁）。これについて、寺田逸郎「代表取締役を株主総会で選任することとする定款の定めの有効性」商事登記先例百選（一九九三年）一一三頁は、昭和二五年商法改正の取締役会制度導入による改正の趣旨を強く受け留めた結果ではないか、とする。会社法施行直前に出された、平成一八年三月三一日付民商第七八二号民事局長通達第二部第三・3・3（1）イ（イ）、4（2）アも、これを踏襲していた。

(14) 鈴木＝竹内・前掲（注11）二二八頁注二、北沢・前掲（注11）三九五頁、田中誠二『三全訂会社法詳論』（勁草書房、一九九三年）四七五頁。

(15) 川浜昇「株主総会と取締役会の権限分配」法教一九四号（一九九六年）三〇頁。当時の議論における「閉鎖会社」は、株式譲渡制限会社を広くとらえており、定款に譲渡制限規定を置く会社および定款規定は置かないが実際に株式の譲渡が頻繁に行われていない会社等も念頭においていたことに注意を要する。また、平成一七年改正前商法の解釈としては通説の考え方に立つべきであるとしながら、立法論としては、公開会社では定款により総会決議をなしうる事項に制限を設けるべきであるとの主張もあった（上柳他編代・前掲（注11）『新注会（5）』二六頁以下［江頭］）。

(16) 上柳一郎他編代・前掲（注12）『新注会（6）』一四二頁［山口］。

(17) 並立機関説は、業務執行権を決定権と実行権に分け、取締役会は業務執行の決定を行い、代表取締役はその執行および代表を担当する機関であり、これらは並立するとする考え方であり、通説であった。この考え方によれば、取締役会の代表取締役に対する監督是正権を理論的に導き出すのにやや困難が生ずるようにも思われたが、判例も学説もこれを肯定していたため、昭和五六年改正は商法二六〇条一項（会社法ではこの内容を三六二条二項二号が引き継いでいると考えられる）で、「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ監督ス」という明文規定を置くことで解決した。

(18) 例えば、鳥山・前掲（注7）法セミ九五頁。
(19) 宮島司『会社法エッセンス（第四版補正版）』（弘文堂、二〇一五年）二一五頁～二一六頁、同・『会社法』（弘文堂、二〇二〇年）一六六頁、山本爲三郎『会社法の考え方（第一一版）』（八千代出版、二〇二〇年）一六三頁、来住野・前掲（注7）三二〇頁。
(20) 宮島・前掲（注19）『会社法エッセンス』一七三頁、同・前掲（注19）『会社法』一三四頁、来住野・前掲（注7）三二〇頁。
(21) 大杉・前掲（注7）九三頁、原・前掲（注7）一六五頁等も同旨。
(22) 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」淺木愼一他編『検証会社法―浜田道代先生還暦記念―』（信山社、二〇〇七年）（以下では「論文」として引用）九六頁、同・前掲（注7）一〇五頁。
(23) 中村・前掲（注6）「論文」一二二頁。
(24) 相澤＝葉玉＝郡谷編・前掲（注4）二六二頁以下。相澤哲＝細川充実「株主総会等」『立案担当者による新・会社法の解説』（別冊商事法務二九五号（二〇〇六年）、以下『立案担当者』）七六頁注3が、取締役会設置会社であっても、その実態が旧有限会社に近く、対外的な関係を考慮して取締役会を設置する会社もあると考えられるため、代表取締役の選解任を主として取締役会が行うのか、株主総会が行うのかを、各会社の実情に合わせて定款で定めることとして差し支えない、とするのは、権限重複型の定款を前提としているものと考えられる。
(25) 葉玉匡美編著『新・会社法一〇〇問［第二版］』（ダイヤモンド社、二〇〇六年）二七二頁～二七三頁。商業登記実務も、「代表取締役の選定権限を株主総会に付与する定款を置いた場合」取締役会の決定権限も失われないとする、当該見解を支持している（松井信憲『商業登記ハンドブック（第三版）』（商事法務、二〇一五年）三九〇頁。
(26) 相澤哲＝岩崎友彦「会社法総則・株式会社の設立」前掲（注24）『立案担当者』二〇頁。
(27) 神作裕之「会社の機関―選択の自由と強制」商事法務一七七五号（二〇〇六年）三八頁、江頭憲治郎＝門口正人編代『会社法大系3』（青林書院、二〇〇八年）三五頁［揖斐潔］、高橋（聖）・前掲（注7）六二頁、若林・前掲（注7）四七頁、伊藤敦司「代表取締役の選任（定）・解任（職）権限の委譲に関する一考察―最三小決平成二九年二月二一日を契機として―」杏林社会科学研究三四巻一号（二〇一八年）」八～九頁。
(28) 前田・前掲（注22）「論文」九八頁～九九頁は、剰余金の配当等を決定する機関の特則として、一定の要件を満たす会社

の場合には取締役会でそれを決定できる（四五九条一項）とする一方で、当該事項を株主総会では定めない旨を特に定款に定めた場合のみ、株主総会からは権限がなくなるとされている（四六〇条一項）という例を挙げ、同一事項の決定権限が二つの機関に重畳的に属する事態をすでに認めていることを、重畳定款を認めることができる理由としている。中村・前掲（注2）一三六頁、同・前掲（注6）「論文」一二八頁もこれに賛成する。しかし、酒巻俊雄＝龍田節編代『逐条解説会社法第4巻』（中央経済社、二〇〇八年）四九一頁～四九二頁［川村正行］は一般論としてはこの見解に賛同しながらも、代表取締役の解職については異なる見解をとる。

(29) 前田・前掲（注22）「論文」九七頁。

(30) 若林・前掲（注7）四四頁。

(31) 松本・前掲（注1）曹時一四一頁も、本決定が直接判示するものではなく、今後の議論に委ねられた問題であり、また、監査役会設置会社である非公開会社で有効か否かについては本決定が直接判示しているものではないとする。

(32) 山本・前掲（注19）一八二頁、江頭憲治郎『株式会社法（第八版）』（有斐閣、二〇二一年）三二一頁注5。田中亘『会社法（第三版）』（有斐閣、二〇二一年）一五八頁、青竹正一『新会社法（第五版）』（信山社、二〇二一年）二二〇頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第一五版）』（有斐閣、二〇二一年）一二二頁、江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系会社法3（第二版）』（第一法規、二〇二一年）二二三頁［尾関幸美］等。なお、これに対して、長谷川・前掲（注7）一七七頁以下、同・「株式会社法の強行法規性と定款自治をめぐる議論から見た『株主総会によっても代表取締役を選定できる』とした定款規定の効力」早稲田法学九四巻三号三五頁以下は、権限重複型定款についても代表取締役に対する監督が弱まることを理由に効力を否定する。

(33) 一般論として、森本滋「株式会社における機関権限分配法理」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点』（ジュリスト増刊、二〇〇九年）九五頁も同様の考え方を示していた。

(34) 大杉・前掲（注7）九三頁。

(35) 若林・前掲（注7）四六頁、川島・前掲（注7）六頁、村上・前掲（注7）一二九頁、梶原・前掲（注7）三四頁、田中・前掲（注7）二四五頁。伊藤・前掲（注27）九頁は、特に上場会社等においては問題があるとする。

(36) 鳥山・前掲（注7）金商一頁、弥永・前掲（注7）三頁（本文の理由を指摘すると同時に、非公開会社ではできる限り定款自治を認めるのが穏当であるとの理由によるのであれば公開会社では異なる解釈が妥当する余地も否定できないとする）、

渡辺・前掲（注7）五頁、大塚・前掲（注7）六八頁、中村・前掲（注2）一三六頁、同・前掲（注6）「論文」一二八頁、来住野・前掲（注7）三二二頁、前田・前掲（注7）一〇五頁、高橋（真）・前掲（注7）一六七頁、松中・前掲（注7）一六四頁、原・前掲（注7）一六六頁。

(37) 当該決定は、この点についても何も判断していない（高橋（真）・前掲（注7）一六五頁）。

(38) これに対して、選定権限と解職の違いに注目し、重複型定款についても、解職権限に関する定款（解職権限のみの規定、選定・解職権限両方の規定）に関しては、代表取締役に対する監督が弱くなることを理由に、その効力を否定する説もある（田中・前掲（注7）二四六頁）。

(39) 若林・前掲（注7）四七頁。

(40) 松井・前掲（注7）一六一頁。

(41) 高橋（聖）・前掲（注7）六四頁、門口・前掲（注7）六三頁、松中・前掲（注7）一六一～一六二頁、原・前掲（注7）一六七頁、三宅・前掲（注7）八七頁。

(42) 松井・前掲（注7）一六二～一六三頁。また、川島・前掲（注7）五頁も、中小規模の会社がこれにより生ずるであろうと考えられる弊害を克服するために、定款にそれを防止するためにさらに規定を置くなどして対策することはハードルが高いことを指摘している。

(43) 来住野・前掲（注7）三二一頁。

(44) 前田・前掲（注22）「論文」九八頁、同・前掲（注7）「判批」一〇五頁。

(45) 高橋（聖）・前掲（注7）六二頁。前田・前掲（注22）「論文」九八頁は、これに続けて、この場合でも取締役の解任要件が定款で引き上げられている場合には、株主総会決議と相反する決議を成立させた取締役を解任できない場合がありうるが、その場合には、不正行為等があれば訴えにより取締役を解任の請求をする（八五四条一項～三項）ことも可能であるとする。

(46) 梶原・前掲（注7）三三頁。

(47) 前田・前掲（注22）「論文」九九頁、同・前掲（注7）「判批」一〇五頁、中村・前掲（注2）一三六頁、同・（注6）「論文」一二八頁、来住野・前掲（注7）三二一頁、大杉・前掲（注7）九二頁、村上・前掲（注7）一三一頁、高橋（真）・前掲（注7）一六五頁・一六七頁。

(48) 相澤哲＝石井裕介「株主総会以外の機関」前掲（注24）『立案担当者』九〇～九一頁。

(49) これについて、相澤＝細川・前掲（注24）七六頁注2では、取締役会設置の有無により株主総会の権限が限定されるという関係は、論理必然的なものではなく、会社区分と規律の区分の関係のわかりやすさからこのような整理がされたと説明する。

(50) 吉本健一『レクチャー会社法』（中央経済社、二〇〇八年）一八七頁、泉田栄一『会社法論』（信山社、二〇〇九年）三四三頁、奥島孝康＝鳥山恭一『演習ノート会社法（第七版）』（法学書院、二〇一六年）九一頁［荒谷裕子］、前田庸『会社法入門（第一三版）』（有斐閣、二〇一八年）三七一頁、江頭・前掲（注32）三二一頁注5、田中・前掲（注32）一五八頁、宮島・前掲（注19）『会社法』一三四頁、青竹・前掲（注32）二二〇頁、弥永・前掲（注32）一二二頁、前田・前掲（注22）［論文］九七頁。

(51) 落合誠一編『会社法コンメンタール8』（商事法務、二〇〇九年）二二〇頁［落合誠一］。

(52) 大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説（第二版）』（有斐閣、二〇一〇年）二一九頁、柴田和史『会社法詳解（第三版）』（商事法務、二〇二一年）二一三頁注42。

(53) 岩原紳作編『会社法コンメンタール7』（商事法務、二〇一三年）四二頁［松井秀征］。

(54) 酒巻＝龍田編代・前掲（注28）三五～三六頁［前田重行］。

(55) 平成二九年最高裁決定を踏まえた検討としては、鳥山・前掲（注7）金商一頁、同・前掲（注7）法セミ九五頁、高橋（真）・前掲（注7）一六七頁、田中・前掲（注7）二四四頁、伊藤・前掲（注25）八頁～九頁。以上のうち、鳥山、高橋（真）以外は、公開会社の場合は権限重複型定款でも無効と解する。

(56) 岩原編・前掲（注53）四二頁［松井］、江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系会社法2（第二版）』（第一法規、二〇二一年）五六四頁［松井秀征］。神田秀樹『会社法（第二三版）』（弘文堂、二〇二一年）一九〇頁注1は、取締役会設置会社においても株主総会の権限を定款で拡大できるのは「中小会社を念頭に置いたものと考えられる」と説明される。

(57) 平成二九年最高裁決定を踏まえた見解としては、中村・前掲（注2）一三五～一三六頁、同・前掲（注6）「論文」一三一頁、川島・前掲（注7）五頁、村上・前掲（注7）一三〇頁。松中・前掲（注7）一六六頁～一六七頁、原・前掲（注7）一六八頁も、会社の実態によっては問題が生じ得ることについて懸念を示す。

(58) 拙稿「譲渡制限会社における機関構造の柔軟化に伴う問題点」山本爲三郎編『新会社法の基本問題』（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）一〇一頁以下は、非公開会社のうち取締役会を設置しない会社に対して規制が緩和される規定の範囲につ

いて検討している。同様の趣旨で、野村修也「機関設計」商事法務二二七一号（二〇二一年）一〇頁も、取締役会設置会社にワンセットで適用される規定について言及している。

(59) 松中・前掲（注7）一六六頁はこの点を指摘する。

〔付記〕 本稿脱稿後に、三浦治「判批」判例秘書ジャーナル文献番号 HJ100006 に接した。

（すずき　ちかこ、慶應義塾大学法学部教授）