

判例研究

取締役会設置会社において株主総会の決議により
代表取締役を定めることができる旨の定款の定め
——最決平成29年2月21日民集71巻2号195頁、判時2333号122頁——

村 上 康 司

【事実概要】

X（債権者・原告人）：平成17年よりY1の取締役、平成21年1月20日からは代表取締役であったが、平成27年9月30日に代表取締役を退任し、同年10月24日の臨時株主総会において取締役を解任された。同月26日にその旨の登記が完了している。

Y1（債務者・相手方）：昭和46年に設立された会社法2条5号所定の公開会社でない株式会社（以下「非公開会社」という）であるが、定款の定めにより取締役会を設置している株式会社である。

Y2（債務者・相手方）：平成26年8月8日から平成27年1月14日に辞任するまで、Y1の代表取締役であり、同年8月30日に代表取締役に就任した旨の、同年9月30日に代表取締役に重任した旨の登記がなされている。

Y1の元には、平成20年12月1日付け認証の平成20年認証定款、平成25年11月17日付け認証の平成25年認証定款および平成27年8月30日開催の臨時株主総会の決議により取締役の任期等につき変更された平成27年変更定款が存在する。このうち、平成20年認証定款および平成27年変更定款には、「代表取締役は取締役会の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（以下「本件定め」という）が存在していたが、他方、平成25年認証定款には本件定めは存在していなかった。

平成27年8月30日開催の臨時株主総会において、本件定めに基づきY2が代表取締役に選任されたが、その任期は同年9月30日の定時株主総会の終結時までであった。そのため、同定時総会において、Y2は、本件定めに基づきY1の代表取締役に重任された。上記各株主総会には、A社（事実認定はされていないが、Xは、Y2はA社の実質的支配者であると主張している）が、唯一の株主として出席しており、その旨の議事録も作成されている。

これに対しXは、①本件臨時株主総会および定時株主総会（以下、両株主総

会を併せて「本件各株主総会」という)当時において、Y1の全株式を保有する株主は、Y1に対する貸金債権を被担保債権とする質権を実行しY1の株券の交付を受けたB社であるにもかかわらず、B社への上記各総会への招集通知がなされず、B社の出席もなかったことから、本件各株主総会はいずれも不存在であること、②本件各株主総会当時のY1の有効な定款は平成25年認証定款であるから、定款に定めがないにもかかわらずY2を代表取締役を選任したとする本件各株主総会決議には、法令違反があり、無効である旨を主張し、Y2の代表取締役としての職務の執行停止と職務執行代行者の選任の仮処分を裁判所に申し立てた。

第一審(千葉地木更津支決平成28年1月13日金融・商事判例1514号13頁以下)は、①については、本件各株主総会当時のY1の株主はA社であること、②については、本件各株主総会当時のY1の有効な定款は平成20年認証定款であり、これを引き継ぐ平成27年変更定款も有効な定款であることが認定された。Xは即時抗告したものの、原審(東京高決平成28年3月10日金融・商事判例1514号12頁)は、抗告を棄却した。その理由は、①については、第一審の判断に倣い、②については、Xが「平成27年変更定款22条ただし書は、取締役会設置会社である相手方会社につき、本来取締役会に帰属すべき代表取締役の選任・解任権限を制限し、株主総会に留保することを内容とするところ、このような定めは取締役会の代表取締役に対する監督機能を弱体化することから無効であると主張」するが、「代表取締役の選任・解任権限を株主総会に認めたからといって、取締役会の監督機能が失われるわけではないから、上記定款の定めが無効であるとはいいがた」というものであった。Xは、本件定めは無効である点につき、許可抗告を申し立て許可された。

【決定要旨】

抗告棄却

「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327条1項1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295条2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362条2項3号)が否定されるものではなく、取締役会の監督権限の効

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。」

【研究】

1. はじめに

本決定は、非公開会社であるが、定款で取締役会を設置している株式会社において、上記本件定め（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）が、有効であることを判示した最高裁決定である。

旧商法下より続く、取締役会設置会社において代表取締役の選定・解職権を定款の規定により株主総会の権限とすることができるかという論点につき、平成17年に成立した会社法の下で、後述の通り、「非公開会社における」との限定が付されており、その点の評価が一様ではないものの、代表取締役の選定・解職を定款の定めによって株主総会の権限事項とすることができるかどうかを初めて判断したものとして重要性が認識される。

取締役会を設置しない会社においては、取締役は各自、株式会社を代表する（会349条2項）が、株式会社を代表する代表取締役を定款、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、取締役の中から定めることも可能とされている（同条3項）。したがって、定款の定めにより代表取締役を株主総会の決議によって定めることも可能と解される。

これに対し、取締役会設置会社の場合、会社を代表する代表取締役の選定・解職は、そもそも取締役会の職務とされ（会362条2項3号）、株主総会が代表取締役の選定・解職を行う旨の定款規定の有効性については、必ずしも明らかにはされてこなかった。

このような問題は、中小企業が大部分を占めるわが国の現状に配慮して、企業実態に合わせて、法律の枠組みのなかでそれぞれの会社に適した定款の規定を許容する、いわゆる定款自治の文脈において議論が重ねられてきた。すなわち、平成17年制定会社法は、非公開会社のみならず公開会社においても、定款自治を相当に拡大することとした。もっとも、ひと口に定款自治といっても、どこまでの範囲で何が認められるのかについては一義的ではない。具体的には、株式会社の意思決定機関である株主総会と取締役会の権限分配について、定款によってどの

程度権限を定めることができるのか明確にされてこなかった。

株主総会は、明治32年商法制定時には、最高機関であり万能機関であると位置づけられていた。その後、一つの転機となったのが、昭和25年の商法改正において、アメリカ型の取締役会制度導入であった。この改正により、株主総会の権限は、これまでに比べ、取締役会に移譲されることとなった。ここに、今日に至る株主総会と取締役会の権限分配をめぐる問題の発端を見出せる。

2. 株主総会と取締役会の権限分配

2.1 株式会社における株主総会の権限

会社法では、取締役会の設置の有無によって、株主総会の権限について異なる定めを置いている。取締役会を設置しない株式会社においては、「株主総会は、この法律に規定する事項及び株式会社の組織、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をすることができる」（会295条1項）と規定するが、取締役会を設置する会社においては、「株主総会は、この法律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」（同条2項）としており、その決議権限について縮減がみられる。会社法では、株式会社につき取締役会を設置しないことが許容されることになったため、旧商法に基づく株式会社と有限会社法に基づく有限会社を株式会社と一本化するにあたり、取締役会の設置の有無という基準で株式会社を区分することとした。すなわち、取締役会を設置していない株式会社は有限会社に相当し、取締役会設置会社は旧商法に基づく株式会社に相当するものと考えられた。この両者をどのような形で一体化するのかという帰結が、会社法では、株式会社の株主総会の権限について取締役会設置の有無によって異なる規定を置いているゆえんである。

平成17年改正前商法（以下、「旧商法」とする）においては、株式会社の株主総会の権限は、「総会ハ本法又ハ定款ニ定ムル事項ニ限り決議ヲ為スコトヲ得」と規定されていた。取締役会の設置が強制されていた旧商法下の株式会社においては、株主総会は、会社の万能機関ではなく、その権限は法律または定款で定められた事項に限定されるものとされていた。他方で、有限会社法に基づく有限会社（機関としての取締役会の設置は法定されていなかった）の社員総会は、その権限に関する規定は存在せず、決議ができる事項については、特に制限がないものと解釈されていた⁽¹⁾。会社法では、このような差異を、上記の株式会社の区分と

(1) 相澤哲＝細川充「新会社法の解説（7）株主総会等」商事法務1743号（2005年）18-19頁。

ともに株主総会の権限として整理した。

同条1項で株主総会を万能の意思決定機関と位置付けたのは、上述の通り、取締役会を設置しない会社の株主総会は、従来の有限会社における社員総会を原型としたものと整理されたため、そのような所有と経営が未分離である小規模な閉鎖的株式会社においては、会社運営に株主が積極的に関与することがむしろ期待されるべきであると考えられたからである。その上で、会社法は、取締役会設置会社の株主総会の権限は、法定事項以外にも定款に定めることによって、これを拡大することができるものとされている。他方、同条3項は、法定の株主総会の権限とされた事項を、株主総会以外の機関が決定することができることとする内容の定款の定めは無効とする。すなわち、会社法は、株主総会の権限を拡大する方向における定款自治は認めるが、反対に、株主総会の権限を縮小する方向における定款自治は認めないとの姿勢であることが確認される。

2.2 株主総会の権限の拡大

取締役会設置会社の株主総会は、定款に定めることにより、その権限とする（決議事項とする）ことができることから、いかなる事項を定款に定めることができるかと解されるのかについて議論がなされてきた。より具体的には、代表取締役の選定・解職は取締役会の権限事項とされているところ、定款により、その選定・解職権限を株主総会の決議事項とすることができるのかという点において、肯定説・否定説の双方からの見解がみられる。

以下では、旧商法下における議論状況と、会社法下における議論とを概観することとする。

2.2.1 旧商法下（会社法施行前）における解釈

ア) 代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする旨の定款の定め無効説

旧商法下で、代表取締役の選定・解職については定款をもってしてもこれを株主総会の決議事項となしえないとする見解は、次のようなことを理由とする。すなわち、取締役会は代表取締役に対して命令・監督の権限を有し、この権限は取締役会が代表取締役を選任するものとするならば、取締役会はその解職権を有しない結果、代表取締役に対する監督権限の裏付けを失いその実をあげることができなくなると説く⁽³⁾。また、昭和26年10月12日付民事甲第1983号民事局長通達も、

(2) 酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法4 機関・1』（中央経済社、2008年）33頁〔前田重行〕。

「定款に取締役会の決議による旨を明示してある場合は勿論、何ら定めのない場合でも、総会の決議をもって代表取締役を選任することはできず、定款をもってしてもその旨を定めえない」として、代表取締役の選定登記に、取締役会の議事録の添付を要求していたため、実務上はこの問題について否定的な運用がなされていたといえる。⁽⁴⁾

イ) 代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする旨の定款の定め有効説

これに対して、代表取締役の選定・解職については定款に規定することで、株主総会の決議事項とすることを認める通説的見解は、代表取締役は取締役会の代表ではなく会社の代表であるから、定款に株主総会で選定するように定めることは差し支えなく、取締役会に解職権がないことは代表取締役に対する命令・監督権を否定するものではない⁽⁵⁾、仮に取締役会が代表取締役の解職権を有しなくても、取締役会はその解任を議題として株主総会を招集することもできる以上、代表取締役に対する命令・監督の権限を全く喪失するわけではない⁽⁶⁾として、上記無効説に反論する。

2.2.2 会社法下における解釈

ア) 立案担当者の見解

旧商法下の議論は、代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする定款の定め有効性を議論するにあたっては、必ずしも明確ではないが、その表現から、基本的に取締役会の代表取締役の選定・解職権限を剥奪する形で、株主総会の決議事項にすることができるかという視点で展開されてきたものと思われる。⁽⁷⁾しかしながら、会社法の立案担当者が、会社法では、取締役会の設置の有無

(3) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中）〔第3版〕』（有斐閣、1992年）209頁。大森忠夫＝矢沢惇『注釈会社法（4）』（有斐閣、1968年）21-22頁〔境一郎〕・360頁〔山口幸五郎〕。

(4) 上柳克郎ほか編集代表『新版注釈会社法（5）』（有斐閣、1986年）25頁〔江頭憲治郎〕参照。当該運用は、平成18年3月31日付民商第782号民事局長通達によっても維持されていた。

(5) 石井照久『会社法上巻（商法Ⅱ）』（勁草書房、1967年）330頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣、1994年）228頁注2。

(6) 江頭・前掲注（4）25頁。

(7) 江頭憲治郎＝門口正人『会社法大系（3）』（青林書院、2008年）34頁〔揖斐潔〕。

は会社の事情によりさまざまであり、代表取締役に對する内部的な監督機能の一つである選定・解職権を、主として取締役会が行うのか、株主総会が行うのかも、各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の立場を表明し、株主総会の権限との関係について、次のような説明を加えている。すなわち、⁽⁸⁾取締役会設置会社の代表取締役の選定・解職権限を株主総会の権限事項とする定款規定の効力について、①非取締役会設置会社の株主総会については、決議事項について一切の制限が設けられていない（会295条1項）。そのため、非取締役会設置会社では、定款の定めの有無に関わらず、取締役が決定権を有する事項についても、当然に、株主総会において決定することができる。②取締役会設置会社の株主総会の権限は、会社法または定款で定められた事項に限定されるが（会295条2項）、定款の内容については特に制限はないから、取締役会が決定権限を有することとされている事項（業務執行の決定、株式引受人の募集等）については、どのような事項であれ、定款の定めにより株主総会の決議事項とすることができる。③もっとも、明文の規定がない限り、定款で取締役会等の法律上の権限を奪うことはできないから、定款で株主総会の決議事項を拡大した場合、非取締役会設置会社の場合と同様、株主総会と取締役会の決議事項の範囲が重なることとなる場合もあることを明らかにする。⁽⁹⁾株主総会と取締役会の双方が代表取締役の選定・解職権を有する定款規定は有効であるが、取締役に法律上認められた代表取締役の選定・解職権を奪う形（株主総会のみが代表取締役の選定・解職権を有するとする旨の定款の定め）は、認められないとの解釈を示したわけである。しかし、以下に見るように、会社法下においても、なお見解の対立がみられる。

イ) 代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする旨の定款の定め有効説

立案担当者が上記のような定款の定めを有効なものとする解釈を提示したことも受けて、会社法施行後の学説は、旧商法下の通説と同様に、代表取締役の選定・解職権を株主総会の権限とすることを肯定するものが有力であるが、その理論構成は若干異なるものが見受けられる。一つ目が、代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする定款の定めによって、取締役会の権限を株主総会に移譲することになるとする見解である。代表的な見解としては、「解職権が株主

(8) 相澤＝細川・前掲注(1)19頁注3。

(9) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編著『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006年）262、265頁。

総会に属しても、それにより取締役会の監督命令権（代表取締役等の業務執行権の範囲の決定等）が失われるわけではないし、取締役会は代表取締役等の解職を議題とする株主総会を招集⁽¹⁰⁾することもできるから、当該定款の規定を無効と解する必要はない」とする見解である。二つ目の見解が、立案担当者が示すように、「取締役会等の法律上の権限を剥奪することになるような定款の定めは認められず、取締役（会）と権限を重畳させる限りにおいて可能⁽¹¹⁾とするものである。必ずしもはっきりとは判別しないが「少なくとも、取締役会とともに株主総会が選定解職権限を有する旨の定款の定めを否定する理由はなからう。株主総会の専決事項とする定款の定め合理性には疑問もあるが、取締役会を設置する非公開会社の存在にも配慮するとき、あえて無効とする必要があるだろうか」との見解もこれと同旨と思われる⁽¹²⁾。また、「定款によって株主総会決議事項を拡大しつつ、当該事項をなお取締役会決議⁽¹³⁾でも決定できるようにすることも、定款自治として認められている」とするものもある。

さらに、会社法施行後の商業登記の担当者が、取締役会設置会社において、定款に代表取締役を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たときには、取締役会又は株主総会の決議によって、代表取締役を選定できる旨を説明しており、登記実務は、旧商法下のそれとは異なり、有効説にのっとって処理⁽¹⁴⁾をしているようである。

ウ) 代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする旨の定款の定め無効説

会社法の立法担当者の解釈を受け、会社法下では有効説が通説の見解と考えられるが、無効説も依然として主張されている。例えば、「現行会社法が株主総会につき万能の決定機関であると総会と権限が法令・定款に定められている事項に制限されている総会とに分けた趣旨および代表取締役等の選定・解職を株主総会の権限とした場合に取締役会の監督機能が弱体化することは否定できないことを

(10) 江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）318-319頁。

(11) 神作裕之「会社の機関—選択の自由と強制」商事法務1775号（2006年）38頁。
江頭憲治郎＝門口正人編集代表・前掲注（11）34-35頁〔揖斐潔〕。

(12) 森本滋「株式会社における機関権限分配秩序」浜田道代＝岩原紳作編『会社法の争点（ジュリスト増刊）』（有斐閣、2009年）95頁。

(13) 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」浜田道代先生還暦記念『検証会社法』（信山社、2007年）99頁。

(14) 松井信憲『商業登記ハンドブック〔第3版〕』（商事法務、2015年）389頁。

考えると、現行会社法において代表取締役の選定・解職を総会の決議事項とすることについては疑問なしとし⁽¹⁵⁾ない」と、従来より有効説に対して指摘されてきた取締役会の監督権限の弱体化の可能性に懸念が示されている。また、「取締役会は代表取締役に対する命令監督権限を有するところ、当該権限を基礎づけるのはまさに代表取締役の解職権限であるから、当該権限を株主総会に留保することはできない」こと、「現行法でも、定款の規定に基づき株主総会が取締役の中から代表取締役を選定することを認めているが、これは取締役会を設置しない会社に限られている（会349条3項）。さらに、実質的観点からしても、公開性の高い会社を念頭に置いた場合、株主総会に代表取締役の解職権限を留保することは、取締役会の監督機能を形骸化する可能性もある」ので、「会社法の下でも取締役会設置会社において代表取締役の選定・解職権限を株主総会に留保することには疑問がある⁽¹⁶⁾」とする。

2.3 本件定款規定の有効性——定款により株主総会の決議事項とすることができる事項の範囲

上述の通り、取締役会を設置する株式会社の株主総会の権限は、旧商法230条ノ10の流れを汲み「法令および定款で定めた事項」しか決議することはできない（会295条2項）。そこで、旧法下より定款により定めることができる事項の範囲について争いがある。定款の定めにより株主総会の決議事項の範囲を拡張することを認める理由として、昭和25年の商法改正が株主総会の権限を縮小したのは、株主は経営の意思も能力もない場合が多くそれゆえ専門的な知識・経験を有する経営者にその経営を委ねることが株主の通常の意味であると考えたのであるが、株主が特に望んで定款に規定する場合であれば株主総会の権限を拡張することを認めるべきであるとの考えが示されて⁽¹⁷⁾いた。それゆえ、性質上、株主総会の決議事項としてなじまないもの（株主総会の招集の決定、会社と株主の争いにつき株主総会が仲裁人となること等）でない限り、いかなる事項も定款で株主総会の決議事項となることを妨げないとするのが通説であ⁽¹⁸⁾った。

会社法においても、この点につき、特段の規定は用意されていない。すでにみたように会社法の立案担当者はその理由を、取締役会設置会社であっても、その

(15) 酒巻俊雄＝龍田節編・前掲注（2）35-36頁〔前田重行〕。

(16) 岩原紳作編『会社法コンメンタール第7巻』（商事法務、2013年）41-42頁〔松井秀征〕。

(17) 江頭・前掲注（4）25頁。

(18) 江頭・前掲注（4）25頁。

実態は内部的には従前の有限会社に近いものもあり、定款で株主総会の決議事項とすることができる事項について、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ものと説く。⁽¹⁹⁾ 学説も、強行法規、公序良俗、株式会社の本質に反しない限り、株主総会の権限を定款規定により拡張することができる⁽²⁰⁾と解している。ただし、意思決定手続きが煩瑣になることや善意の第三者に対して当該権限の制約を対抗できないことから、流動性の高い株式市場を有する公開性の株式会社で規定されることは少なく、閉鎖会社においては仮に制約を設ける場合であっても株主間契約によるのが通常であると指摘されている。⁽²¹⁾

2.4 本件決定の射程

旧商法以来、代表取締役の選定・解職権を株主総会の決議事項とする旨の定款の定めを無効と考える説は、取締役会の代表取締役に対する監督機能が形骸化・弱体化する可能性があることを、その根拠としてきた。確かに、株主総会に代表取締役の選定・解職権を認める旨の定款規定が、取締役会の当該監督権限を剥奪するような内容であればその指摘があたる部分も大きい。他方で、本件定めのように、代表取締役の選定・解職権限を株主総会と取締役会の双方が有しているとすれば、通説が述べるように、依然として取締役会の監督機能は失われていないといえるのであって、本件決定もこのような理解を前提としていられると思われ、立案担当者の解釈をはじめとする前記有効説の立場と親和的である。

無効説の主張は、代表取締役の選定・解職権限は取締役会に専属的に帰属するべきであるところ、これを株主総会の決議事項とすれば、取締役会の代表取締役に対する監督機能が期待できない点にあった。とすれば、その監督機能が実効的なものとして確保されるのであれば、無効説の立場からも、そのような内容の定款の定め⁽²²⁾の効果は排除されないはずである。

2.5 本決定の射程は非公開会社に限られるか

もっとも、本件は、「非公開会社における」という制約が付されている点をどのように理解すべきであるかが問題となる。

本件は、取締役会設置会社であることと非公開会社であることのいずれを重視するかによって結論が異なりうる。取締役会を設置している会社であることを重

(19) 相澤＝細川・前掲注(1)19頁。

(20) 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』(有斐閣、2015年)118頁。

(21) 若林泰伸「本件判批」法学教室445号(2017年)44頁。

(22) 若林・前掲注(21)46頁。

視するならば、取締役会に代表取締役の監督機能が確保されている以上、公開会社に対しても同様に解してよいと思われる。⁽²³⁾しかし、本件決定は、「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327条1項1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295条2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」と述べることから、非公開会社であることを主とした論旨であると考えられる。とすると、特に株式の流動性の高いような公開会社にあつては、所有と経営の分離が図られている場合が多く、専門的な経営者として適切に権限を行使することが期待されている取締役会による権限行使を法は前提としていると考えるのが適切であるように思われる。したがって、株主総会と取締役会の双方に（重複的に）代表取締役の選定にかかる決議権限を認める結論は採用しがたい。⁽²⁴⁾その上で、本来、株主総会によって一切の事項を決することができる非公開会社という枠組みを前提に、本件のように、あえて取締役会を設置しているというような場合には、例外的取り扱いとして、非公開会社の枠組みとは異なる取り扱いがなされることになっても許されよう。

3. 取締役会の権限を剥奪して株主総会 のみの決議事項とすることができるか

さらに、取締役会と株主総会との権限重複を認める場合とは異なり、株主総会のみ決議権限を認めることが許されるとすると、それは同時に、同権限を取締役会から剥奪することを意味するのかという問題がある。

この問題については、会社法制定前から存在していたものの、実際のところ

(23) 鳥山恭一「株式会社の機関構成にかかわる定款自治の範囲」金融・商事判例1516号（2017年）1頁、鳥山恭一「本件判批」法学セミナー749号（2017年）95頁、弥永真生「本件判批」ジュリスト1507号（2017年）3頁、渡辺邦広「本件判批」金融法務事情2070号（2017年）5頁、大塚和成「本件判批」銀行法務21第815号（2017年）68頁、中村信男「本件判批」新・判例解説 Watch21号（2017年）136頁、来住野究「本件判批」明治学院大学『法学研究』104号（2018年）322頁、前田雅弘「本件判批」ジュリスト1518号（2018年）105頁など。

(24) 若林・前掲注（21）46頁も、一定の公開会社については、権限重複型の定款規定であっても無効と考えるべきとする。松井智予「本件判批」論究ジュリスト23号（2017年）161頁、川島いづみ「本件判批」金融・商事判例1531号（2018年）6頁、大杉謙一「本件判批」私法判例リマークス56号（2018年）93頁。

は、これまで積極的に論じられてきたわけではなかった。ただし、旧商法下においても、代表取締役の選定・解職を定款で株主総会の権限としうるかという問題が論じられた際には、代表取締役の選定・解職を定款で株主総会の権限と定めた場合には、もはや取締役会が代表取締役を選定・解職することはできなくなるとの理解が前提とされていたようである。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

公開会社については、そもそも取締役会にのみその権限が認められるべきと考えられるので、そのような定款の定めは許されない⁽²⁷⁾。本件のように、非公開会社であるが、取締役会を設置している会社の場合についても、本件決定も指摘するように、本来的な取締役会の法定権限を剥奪することまではできないと考えられる。所有と経営の一致が多くみられるような非公開会社であって、取締役会を設置している会社においては、株主総会の権限を限定したのは、会社の経営についてその意思も能力も持たない株主にとっては、専門的知識を有する取締役に経営を委ねる方がかえって株主の利益にもなると考えられたためであるから、当該会社の株主が、自ら経営について関心を有し関与しようというのであれば、多少は迅速な意思決定という点で後退するものの、その意思を尊重しようとするものである。それぞれの会社の事情に応じて、会社の機関の権限の分配につき、定款をもって調整をすることができることとした⁽²⁸⁾のであるから、株主総会決議による旨の定款の定めは許容されるが、あくまで取締役会の当該監督機能の行使が妨げられていない場合に限られる。

なお、代表取締役の選定権限が取締役会と株主総会のいずれか一方に専属的に帰属するのか、重複的に帰属するのかは、当該会社が取締役会の設置が強制される公開会社であるか、非公開会社であるか、または本件のように非公開会社であるが任意に取締役会を設置している会社であるかといった分類と併せて、複数の組み合わせが考慮可能である。本件は、あくまでそのうちの 1 類型を取り扱ったものに過ぎない。⁽²⁹⁾

(25) 前田・前掲注 (13) 96頁。高橋聖子「本件判批」法律のひろば70巻9号 (2017年) 62頁。

(26) なお、株主総会に代表取締役の選定権限のみならず解職権限まで認める旨の定款の定めが可能かについては、本件では直截な問題となっていない。しかし、本決定の指摘する理由は、代表取締役の選定についてだけに限定されておらず、解職についても同様の対処が可能であると考えられる。松井・前掲注 (24) 161頁、松中学「本件判批」民商法雑誌153巻6号 (2018年) 162頁。

(27) 鳥山・前掲注 (23) 法学セミナー95頁、大杉・前掲注 (24) 92頁。

(28) 揖斐・前掲注 (11) 34-35頁、江頭・前掲注 (10) 319頁注5、中村・前掲注 (23) 135-136頁、前田・前掲注 (23) 105頁。

4. 決議の矛盾

上記のとおり、非公開会社で取締役会を設置する会社においては、株主総会と取締役会の双方の権限が認められる余地があると考えられる。その場合に、株主総会と取締役会という2つの意思決定機関の判断が相反する場合は考えられる。そのこと自体は、本件規定の効力を否定することにはならない⁽³⁰⁾。その場合には、会社の意思決定が停滞することはある種やむを得ないものと考えられる。

(29) 本件の担当調査官による解説につき、松本展幸「本件判解」ジュリスト1521号（2018年）106頁。

(30) 前田・前掲注（13）99頁。