

**取締役会設置会社の代表取締役を株主総会でも選定し得る旨の定款規定の効力**

【文献種別】 決定／最高裁判所第三小法廷

【裁判年月日】 平成29年2月21日

【事件番号】 平成28年(許)第24号

【事件名】 職務執行停止、代行者選任仮処分命令申立て却下決定に対する抗告棄却決定に対する許可抗告事件

【裁判結果】 抗告棄却

【参照法令】 会社法327条1項1号・295条2項・362条2項3号

【掲載誌】 裁時1670号5頁、金判1514号8頁・1519号8頁、金法2068号62頁

LEX/DB 文献番号 25448471

**事実の概要**

株式会社Y<sub>1</sub>(債務者・相手方)は、公開会社でない会社(以下、「非公開会社」という。)で、定款の定めにより取締役会を設置している。Y<sub>1</sub>の代表取締役であったX(債権者・原告人)は、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Y<sub>1</sub>の臨時株主総会決議により取締役を解任された。Y<sub>2</sub>(債務者・相手方)は、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Y<sub>1</sub>の代表取締役であった。

Y<sub>1</sub>には、平成20年12月1日付けの平成20年定款、平成25年11月17日付けの平成25年定款および平成27年8月30日の臨時株主総会(以下、「本件臨時総会」という。)の決議により取締役の任期等につき変更された平成27年変更定款が存在し、平成20年定款と平成27年変更定款には、「代表取締役は、これを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も定めることができる」旨の本件定めがある。平成25年定款にその種の規定は存在しなかったが、本件臨時総会では本件定めに基づきY<sub>2</sub>が取締役兼代表取締役に選任された。Y<sub>2</sub>の任期は、平成27年9月30日の定時株主総会(以下、「本件定時総会」といい、本件臨時総会と合わせて「本件各総会」という。)の終結時までであり、同定時総会でY<sub>2</sub>は本件定めに基づき取締役兼代表取締役に再度選任された。本件各総会にはA会社がY<sub>1</sub>の唯一の株主として出席し、その旨の議

事録の記載もある。しかし、Xは、本件各総会当時Y<sub>1</sub>の全株式を有する株主が、Y<sub>1</sub>に対する貸金債権を被担保債権とする質権を実行しY<sub>1</sub>の株券の交付を受けたB会社であるところ、①本件各総会の招集通知がB会社に対し発せられず、B会社が本件各総会に出席しなかったから、本件各総会の決議は不存在である、②本件各総会当時のY<sub>1</sub>の有効な定款は平成25年定款であるから、Y<sub>2</sub>を代表取締役に選任した本件各総会の決議は無効である、と主張し、Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub>に対し、Y<sub>2</sub>の取締役兼代表取締役の職務執行停止と職務代行者選任の仮処分を申し立てた。

第一審の千葉地木更津支決平28・1・13(金判1514号12頁)は、本件各総会当時のY<sub>1</sub>の株主がA会社であり、本件各総会当時のY<sub>1</sub>の有効な定款が平成20年定款および平成27年変更定款であると認定して、Xの上記申立てを却下した。Xは即時抗告したが、抗告審の東京高決平28・3・10(金判1514号12頁)がこれを棄却した。そこで、Xが、本件定めは代表取締役に対する取締役会の監督権限を弱めるため無効である以上、本件定めに基づきY<sub>2</sub>をY<sub>1</sub>の代表取締役に定める本件各総会の決議は無効であると主張し、抗告棄却決定に対する許可抗告を行った。

**決定の要旨**

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。」

## 判例の解説

### 一 本決定の意義と問題点

代表取締役の選定・解職権限を定款の定めにより株主総会に留保することの可否は、周知の通り、株主総会の権限を法令・定款所定事項に限る旨を定めていた平成 17 年改正前商法（以下、「旧商法」という。）230 条ノ 10 の解釈問題として学説上議論されてきた。会社法下でも、株主総会が非万能機関とされている取締役会設置会社（会社法 295 条 2 項）に同様の問題が当てはまるが、これまでこの問題を扱った裁判例は見当たらない。また、会社法上の非公開会社の機関設計の基本型（会社法 326 条 1 項）は旧有限会社法上の有限会社と同様であるが（同法 25 条）、有限会社法上は任意機関としてあれ取締役会の制度は存在しなかったため、本件の争点は旧有限会社法の下では生じなかった。そのため、本件の Y<sub>1</sub> のように取締役会を設置する非公開会社の定款に代表取締役の選任を株主総会で（も）行う旨の定めを置くことが法的に許容されるかどうかは、会社法の制定・施行後に生じた問題である<sup>1)</sup>。それだけに、本決定は、この問題を初めて判示し、代表取締役の選定・

解職権限の株主総会への留保を一定の範囲で認めた公表裁判例として理論的に重要である<sup>2)</sup>。

他方で、本決定の意義・射程を探る上で、本決定が、① Y<sub>1</sub> が取締役会を定款の定めにより任意に設置する非公開会社であることを説示する点、および、② 本件定めが、代表取締役を取締役会の決議によるほか株主総会の決議によっても定めることができる旨の権限重複型であることに言及する点に注意する必要がある<sup>3)</sup>。①との関係で、本決定は公開会社に関しては判断を異にするのかどうか問題となる。②との関係で、本決定は、代表取締役の選定・解職権限を株主総会に専属させ取締役会の当該権限を奪う権限専属型の定款規定の効力を非公開会社に関しても否定する趣旨か、また、①とも関連するが、権限重複型の定款規定であれば公開会社でもその効力を認める趣旨であるのかも、検討を要する点である。さらに、本決定に関しては、③定款の記載事項の外延を絶対的記載事項・相対的記載事項のほか「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」と定める会社法 29 条との整合性をどのように説明するかも理論上問題となる。

### 二 学説の状況

#### 1 立案担当者の見解

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に留保する定款規定の効力について、会社法の立案担当者は、取締役会を設置しない非公開会社（以下、「取締役会非設置会社」という。）と取締役会設置会社における株主総会の権限の差異（会社法 295 条 1 項・2 項）が絶対的なものでないこと、会社法は株式会社に関する一切の事項が株主総会の権限となり得ること（同条 1 項参照）を前提に取締役会設置会社の定款で株主総会の権限として留保できる事項に特に制限を設けていないこと、取締役会設置会社でもその実態が従来の有限会社に近いものがあると考えられることから、各会社の実情に合わせて、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<sup>4)</sup>。これによれば、公開会社か非公開会社かを問わず、定款の定めを以て、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に留保できると解することになるが、立案担当者は、権限重複型の定款規定の有効性を

認めるものの、取締役会の法定権限を奪うこととなる権限専属型の定款規定の効力を否定するようである<sup>5)</sup>。

しかし、この立案担当者の見解に対しては、学説から、会社法 295 条 2 項の「定款で定めた事項」に限定があるかどうかは、同条 1 項により当然には明らかにされていないし、代表取締役の選定・解職を株主総会の権限とし得るかの問題は会社法でも明文で解決されていないことから、旧商法下と同様の解釈問題が残されているとの鋭い批判が加えられている<sup>6)</sup>。また、会社法が取締役会設置会社の株主総会の権限を法令・定款所定事項に限定するとともに（同法 295 条 1 項）、取締役会の決議により代表取締役を選定するものと定め（同法 362 条 3 項）、代表取締役の選定・解職を取締役会の職務として法定すること（同条 2 項 3 号）から、取締役会設置会社の共通の規律として、代表取締役の選定・解職権限を、取締役会の監督機能を具体化した取締役会の固有権限として法定したものと解される。そのため、学説上は依然、定款の定めにより代表取締役の選定・解職権限を株主総会に留保することを認めない否定説とこれを認める肯定説の対立が見られる。

## 2 否定説と肯定説

否定説は、旧商法下の同学説<sup>7)</sup>と同様、当該定款規定が取締役会の代表取締役に対する監督権限の裏付けを失わせ形骸化することを主たる論拠とする<sup>8)</sup>が、そこでは主として公開性の高い株式会社を念頭に置くようである<sup>9)</sup>。また、会社法上は株主総会で代表取締役を定めることのできる会社が取締役会非設置会社に限定されていること（会社法 349 条 3 項）も否定説の論拠に挙げられている<sup>10)</sup>。

一方、肯定説は、旧商法下での同見解<sup>11)</sup>と同様、代表取締役の選定・解職権が株主総会に帰属しても、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こと、取締役会は代表取締役等の解職を議題とする株主総会の招集を決定することもできることを論拠として、当該定款の規定を無効と解する必要はないとする<sup>12)</sup>。また、否定説の理論的根拠に、代表取締役が取締役会の派生機関であり、その論理的帰結として代表取締役の選定・

解職が取締役会の固有権限として帰属する以上、これを定款によっても株主総会に留保できないとすることが挙げられていたこと<sup>13)</sup>を意識してか、肯定説は、代表取締役が会社の代表機関であって取締役会の代表機関でないから（並立機関）、代表取締役の選定を株主総会で行うことに理論上の問題は無いことも指摘する<sup>14)</sup>。

## 三 本決定の検討と課題

以上を踏まえて本決定を見ると、第 1 に、Y<sub>1</sub>の定款の本件定めは依然として取締役会に代表取締役の解職権限を維持するため、否定説からもその有効性を認める余地は残されている。また、会社法 29 条との抵触の有無についても、「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」かどうかがまさしく解釈問題であり、本件定めは、取締役会の権限を維持しつつ株主総会にも代表取締役の選定（解職）権限を留保する点で会社法の関連規律の違反を回避する巧妙な定め方であるため、会社法 29 条との抵触も生じないと解し得る。本決定が権限重複型の本件定め有効性を認める旨を判示し得たのは、そのためであろう。

第 2 に、本決定が取締役会の代表取締役に対する監督権限に言及することから、権限専属型の定款規定の効力は認めない趣旨であるとの指摘<sup>15)</sup>がある。本決定の評価として注目されるが、非公開会社では往々にして所有と経営の一致も見られることを勘案すれば、非公開会社に関する限り、権限専属型の定めは会社法の定めるところ（会社法 362 条 2 項 3 号・3 項）に実質的には違反しないと解すべきであって、当該定款規定の有効性は認められてよいと解される。その意味で、本決定が非公開会社に関しても権限専属型の定款規定の効力を否定する趣旨であるとすれば、定款自治の範囲を狭く捉えすぎるとの肯定説からの批判を免れないであろう。

しかし、公開会社に関しては、旧商法下での肯定説から、取締役会の監督機能の形骸化を招きかねない権限専属型の定款規定の有効性を認めることに強い疑義が呈されていたこと<sup>16)</sup>に留意する必要がある。会社法が公開会社と非公開会社とで株式会社に係る規律を区分することを踏まえると、会社法の下では、肯定説に立つ場合でも、権限専属型の定款規定の有効性を公開会社と非公開

会社に分けて考える必要があろう。ただ、定款に株式譲渡制限の定めを置いていない非上場の同族会社が公開会社となる会社法上の公開会社と非公開会社の区別が解釈区分の基準として適切かは一つの問題であるが、取締役会の監督機能の実効性確保が要請される株式会社に関する限り、否定説の主張や肯定説の上記指摘は的を射たものといえる。それだけに、権限専属型の定款規定の効力は非公開会社に限り認められるとする解釈区分は一考に値しよう。

第3に、本決定は、権限重複型の定款規定の有効性を認めるに当たり、Y<sub>1</sub>が非公開会社であることに着目することから、非公開会社に限り肯定説の立場を採用したものであり、公開会社に関しては当該定款規定の効力の有無につき判断を示していないとの指摘がある<sup>17)</sup>。もっとも、肯定説の前記指摘を踏まえても、権限重複型の定款規定の有効性は公開会社に関しても認めてもよいと考えられるだけに、本決定は、権限重複型の定款規定の有効性を公開会社でも認める余地を残すものとも評し得るであろう。

なお、第4に、従来の議論は、定款で代表取締役の選定(選任)が株主総会に留保された場合は、当然に解職(解任)権限も株主総会に帰属するものとの前提で行われてきた経緯がある。そのため、問題は、これを前提とした場合、本件定めは代表取締役の選定・解職権限を取締役会と株主総会の双方に重複帰属させるものと理解されることになりそうであるが、そのような理解でよいか、という点である。本決定はこの問題につき判断を示していないし、本件定めが株主総会に代表取締役の解職権限まで留保する趣旨の規定であるかは判然としない。いずれにせよ、本件定めが株主総会に代表取締役の解職権限も留保するものとの理解に立つと、取締役会で選定した代表取締役を株主総会で解職することも、反対に株主総会で選定した代表取締役を取締役会で解職することも起こり得るし、株主総会によって解職された代表取締役がその後の取締役会の決議で代表取締役に再選定されるという事態も生じ得る<sup>18)</sup>。そのため、2つの意思決定機関の判断が矛盾する場合に混乱を生じさせる憾みがあるが、会社法が、株主総会と取締役会とに決定権限が重複帰属することを認める(会社法459条1項・460条1項参照)以上、権

限重複により株主総会と取締役会の判断に矛盾が生じ得ることは、当該定款規定の効力を否定する理由にはなり得ないであろう<sup>19)</sup>。

●—注

- 1) 「本件コメント」金判1514号(2017年)11頁右欄。
- 2) 本件コメント・前掲注1)11頁左欄。
- 3) 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」金判1516号(2017年)1頁(以下、鳥山①と引用)、鳥山恭一「本件判批」法セ749号(2017年)95頁(以下、鳥山②と引用)。
- 4) 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法』(商事法務、2006年)76頁[相澤哲・細川充]、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』(商事法務、2006年)262頁。
- 5) 相澤ほか・前掲注4)書262頁。神作裕之「会社の機関——選択の自由と強制」商事1775号(2006年)38頁もおそらく同旨。
- 6) 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」浅木慎一ほか編『検証会社法』(信山社、2007年)95~96頁。
- 7) 大森忠夫=矢沢惇編『注釈会社法(4)』(有斐閣、1968年)22頁[境一郎]・360頁[山口幸五郎]、大隅健一郎=今井宏『会社法論中巻(第3版)』(有斐閣、1992年)209頁。
- 8) 酒巻俊雄=龍田節編集代表『逐条解説会社法第4巻』(中央経済社、2008年)35~36頁[前田重行]、江頭憲治郎=中村直人編『論点体系会社法2』(第一法規、2012年)405~406頁[松井秀征]。
- 9) 江頭=中村・前掲注8)書406頁[松井秀征]。
- 10) 岩原紳作編『会社法コメンタール7』(商事法務、2013年)41~42頁[松井秀征]。
- 11) 石井照久『会社法上巻(商法Ⅱ)』(勁草書房、1967年)330頁、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(5)』(有斐閣、1986年)25~26頁[江頭憲治郎]、鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法(第3版)』(有斐閣、1994年)228頁注2。
- 12) 江頭憲治郎『株式会社法(第6版)』(有斐閣、2015年)316頁注5、落合誠一編『会社法コメンタール8』(商事法務、2009年)220頁[落合誠一]、弥永真生『リーガルマインド会社法(第14版)』(有斐閣、2015年)119頁。結論同旨、前田・前掲注6)論文96頁。
- 13) 大森=矢沢・前掲注7)書357~358頁[山口幸五郎]。
- 14) 石井・前掲注11)書330頁、弥永・前掲注12)書119頁。
- 15) 鳥山①・前掲注3)1頁、鳥山②・前掲注3)95頁、北村雅史「本件判批」法教442号(2017年)126頁。
- 16) 上柳ほか・前掲注11)書26~27頁[江頭憲治郎]。
- 17) 鳥山①・前掲注3)1頁、鳥山②・前掲注3)95頁。
- 18) 前田・前掲注6)論文98頁。
- 19) 前田・前掲注6)論文99頁。

早稲田大学教授 中村信男