

〔判例研究〕

非公開会社である取締役会設置会社において、 代表取締役を株主総会においても選ぶことが できる旨の定款の定めが有効とされた例

最決平成29年2月21日民集71巻2号195頁

原 弘 明

【事実の概要】

- 1 本件は、相手方株式会社Y₁の代表取締役であった申立人Xが、平成27年9月30日に開催されたY₁の株主総会における相手方Y₂をY₁の取締役に選任する旨の決議及び代表取締役に定める旨の決議は無効であるなどと主張して、Yらに対し、Y₁の取締役兼代表取締役の職務執行停止及び職務代行者選任の仮処分命令の申立てをした事案である。Y₁は、取締役会設置会社で、会社法2条5号所定の公開会社でない株式会社（非公開会社）である。Y₁の定款には、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（本件定め）があり、これが有効か否かが争われている。
- 2 原々決定（千葉地木更津支決平成28年1月13日民集71巻2号199頁）は、本件定めが存在する平成20年定款の有効性を認定し、存在しない平成25年定款は無効でないとした上で申立てを却下。原決定（東京高決平成28年3月10日民集71巻2号217頁）も抗告を棄却した。Xから許可抗告申立て。

【決定要旨】 抗告棄却。

「取締役会を置くことを当然に義務づ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

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例があるが、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。」

【評釈】 判旨賛成。

1 はじめに

本決定は、非公開会社であるものの任意に取締役会を設置している株式会社で、その定款で株主総会における代表取締役の選任・選定条項が規定されている事案である。平成17年改正前商法においては株式会社はいずれも取締役会設置会社であったが、現在の会社法は旧有限会社を含んで株式会社概念を整理しているため、このような会社の機関設計が生まれている。

本決定は重要な先例的意義を有するとともに、取締役会から代表取締役選定機能を剥奪することの有効性や、公開会社に本決定の射程が及ぶかといった観点から、既に多くの議論を巻き起こしている¹⁾。本稿では、有効な定款規定についての事実認定は最高裁（が依拠する原決定）を前提とし²⁾、主として法律論を検討することとする。まず、平成17年改正前商法下の議論を簡単に整理した上で（2）、会社法立案担当者の立場と本決定以前の学説を概観し（3）、本決定の検討を行う（4）。最後に、先行評釈でも議論が分

1) 本決定の先行評釈として、鳥山恭一・金判1516号1頁、同・法セ749号95頁、弥永真生・ジュリ1507号2頁、北村雅史・法教442号126頁、三浦治・判例秘書ジャーナル HJ100006、若林泰伸・法教445号42頁、高橋聖子・ひろば70巻9号56頁、中村信男・Watch 21号133頁、松井智予・論究ジュリスト23号158頁、渡辺邦広・金法2070号4頁、門口正人・金法2080号60頁、大塚和成・銀法815号68頁、川島いづみ・金判1531号2頁、来住野究・明治学院大学法学研究104号315頁、松中学・民商153巻6号154頁、大杉謙一・リマークス56号90頁、山本憲光＝大野憲太郎・公益法人2018年3月号32頁、前田雅弘・平成29年度重判解104頁、高橋真弓・判時2362号163頁（判評711号17頁）、調査官によるものとして、松本展幸・ジュリ1521号104頁がある。

2) 定款の有効性に関する議論は、松井・前掲注1)163～4頁に詳しい。

かれる、本決定の射程について論じる (5)。

2 平成17年改正前商法下の議論

(1) 昭和25年商法改正により取締役会制度が導入されたことで、代表取締役の選任・解任(当時の用語法)は取締役会の権限に分配された。平成17年改正前商法下の議論は、恐らくとりわけ上場会社を念頭において、当該取締役会の選任・解任権限を剥奪して株主総会に付与するような定款規定の有効性をめぐって展開されてきた³⁾。

(2) 当時通説とされた有効説の代表的見解⁴⁾は、取締役会は代表取締役の選任を総会の権限に留保することで命令監督の権限を失ってしまうわけではないし、代表取締役の選任および解任が総会の決議事項とされても取締役会はその解任を議題として総会を招集することができるのであるから、定款の定めによって総会の権限を拡張することができるという原則はこの問題についても適用されると解してよい、とする。

(3) 他方無効説は、本決定も触れる、取締役会による代表取締役の監督機能が低下することを主たる理由としていた。例えば、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の解任権を有することにより裏づけられるが、もし総会が代表取締役を選任するものとするならば、取締役会はその解任権を有しない結果、右の監督の権限は裏づけを失いその実をあげることができなくなる、といった見解⁵⁾である。登記実務もこの前提に立って運用されていた。

(4) また、代表取締役が取締役会の派生機関であるか、取締役会との並立機関であるかという点から、演繹的に帰結を考察する見解も散見された⁶⁾。派生機関性を強調する立場からは、取締役会のみが代表取締役の選任機関であるという結論が、並立機関性か

3) 本決定のように、取締役会の代表取締役選定権限を存置した上で、さらに株主総会に権限を付与することを想定していた訳ではないことに注意が必要である。川島・前掲注1) 3頁は、有効説は実質的な理由として、このような定款規定が中小会社においては合理性があることを指摘していたが、否定説が問題にしていた取締役会の監督権限の実効性は、必ずしも中小会社についてではなかったようにも思われる、とする。

4) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』(有斐閣、1994年) 228頁注(二)。なお、閉鎖会社にのみ認めれば足りるとするものとして、川浜昇「株主総会と取締役会の権限分配」法教194号27頁、30頁。

5) 大隅健一郎＝今井宏『会社法論中巻〔第3版〕』(有斐閣、1992年) 209頁。

6) 並立機関説として、鈴木＝竹内・前掲注4) 265頁以下、派生機関説として、大隅＝今井・前掲注5) 146頁以下。

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例らは、必ずしもそうとは限らないという結論が導かれていた。

3 会社法下における議論

(1) 会社法においては、旧有限会社を取り込んで株主総会の権限として295条が定められた。1項では非取締役会設置会社における株主総会の万能機関性を規定し、2項では取締役会設置会社においては法令・定款に定められた事項のみ決議できることを定める。もっとも、他の機関で決定する事項を定款変更によって株主総会に委譲することは可能と解されている（同条3項参照）。この意味で、株主総会は取締役会設置会社においても潜在的に万能機関であり得ることになる。

会社法立案担当者は、同条の解釈として、取締役会設置会社でも公開性の低い会社もあるから、取締役会・株主総会間の権限分配は柔軟にしてよいと考えており、結果として重疊的に決定権限を付与することも問題ないと考えていたようである⁷⁾。そのため、本決定のように、他の機関と株主総会とで権限が重複する場合の解釈問題が新たに発生することとなった。なお、立案担当者見解を前提として、登記実務は定款規定を有効とするものに改められている⁸⁾。

(2) ア もっとも、会社法下における学説も、モデルとして想定しているケースに差がある（と思われる）ことに起因し、様々に分岐している。

イ 有効説の代表的見解は、解職権が株主総会に属しても、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⁹⁾とする。この理由付けは改正前商法下とほぼ同様のものである。他方、より広く定款自治を認めようとする、積極的ともいえる有効説も散見される。代表取締役の選定権限が株主総会・取締役会で重疊的に認められることを剰余金配当の決定権限（450条2項）を参照して正当化し、株主総会で選定された代表取締役を取締役会が解職した場合、当該取締役を株主総会が解任できることを根拠とするもの¹⁰⁾や、江頭説の理由付けに加えて、基本的に定款自治を広く許容する会社法

7) 相澤哲＝細川充「株主総会等」商事1743号（2005年）18頁、19頁、相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』（商事法務、2006年）262頁。

8) 松井信憲『商業登記ハンドブック〔第3版〕』（商事法務、2015年）380頁。

9) 江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）319頁注5。

10) 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・浜田道代還暦記念『検証会社法』（信山社、2007年）79頁、特に98～99頁。

の下での解釈としては可能と述べるものもある¹¹⁾。

ウ 無効説は、改正前商法下同様、代表取締役解職権限を株主総会・取締役会に二重に付与することができないことを前提としているもの¹²⁾、取締役会の監督機能が弱体化することは否定できないとするもの¹³⁾のほか、公開性の高い会社を念頭に置いた場合と明示した上で、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と説明するもの¹⁴⁾もある。

(3) 以上を比喩的にまとめれば、会社法において代表取締役選定権限の重量化が可能となったことで、株主総会・取締役会に択一的に選任権限を与えることを前提とした改正前商法下の議論には微妙な変化が見られる。その結果として、取締役会の代表取締役監督権限の内実が、より厳密に捉えられる傾向にあるといえるだろう。

4 本決定の検討

(1) 本決定の結論に至る理由付けは、① 非公開会社が取締役会を置いた場合、株主総会で決議できる法令・定款事項のうち、定款で定める事項の内容を制限する明文の規定がないこと、② 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こと、の2点である。もっとも、いずれも他の解釈の余地がないほど自明のことともいえないため、それぞれ検討する。

(2) ア まず①についてであるが、株式会社の原始定款における記載・記録事項に関する規定(27条～29条)において、株式会社の機関内の権限分配について手がかりになる規定は存在しない。29条は相対的記載・記録事項について定めるが、「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」は明確であっても、「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」が何かは必ずしも明確ではない¹⁵⁾。

11) 落合誠一編『会社法コンメンタール8 機関(2)』(商事法務、2009年)220頁〔落合〕。

12) 例えば、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』(有斐閣、2010年)219～220頁。

13) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法4 機関・1』(中央経済社、2008年)35頁〔前田重行〕。

14) 岩原紳作編『会社法コンメンタール7 機関(1)』(商事法務、2013年)41～42頁〔松井秀征〕。

15) 三浦・前掲注1)8頁。

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例

イ 先行評釈においては、349条3項と362条2項3号・3項を比較することでヒントを得ようとするものもある。349条3項は非取締役会設置会社において、「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」代表取締役の選定が可能とする一方、362条2項3号・3項は取締役会決議のみを規定しているため、(たとえ任意設置であっても)取締役会設置会社においては株主総会決議を認める定款規定が、295条2項の内在的制約に反して無効と考える余地を指摘するものである。①は「定款で定める事項の内容を制限する明文の規定はない」と断じるから、(362条2項3号・3項と比較して読む)349条3項は「明文の規定」に当たらないということになる¹⁶⁾。もっとも、362条2項3号・3項は、取締役会が有する権限のデフォルト規定にすぎないとすれば、それを定款変更して株主総会に(も)授権することを当然に排除しているものとも考えにくい(およそその種の規定にはすべて仮定的に定款規定の字句を加えなければならなくなってしまう)。349条3項との文言の違いはあるものの、同項が限定列举と解されていることも考えれば、362条2項3号・3項が定款変更による株主総会への授権を排除していると考えるのは狭きに失する解釈であろう¹⁷⁾。

(3) ア 次に②についてであるが、取締役会による代表取締役の監督機能の弱体化の可能性は、平成17年改正前商法下における否定説が論拠として主張してきたものである。②は「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」いことが、監督権限の実効性を失わせないことの根拠であると説明している。

イ もっとも、従来の否定説(少なくとも会社法下のそれ)は、取締役会に形式的に代表取締役の選定・解職権限が確保されていれば、取締役会の監督権限が十分であるとまでは考えてこなかったと思われる。上場会社・非上場公開会社・非公開会社によって状況はもちろん異なりうると思われるが、仮にその違いを捨象したとしても、取締役会と株主総会に同じ権限が二重に付与されていることの問題は、たしかに存在する¹⁸⁾。実際

16) 松井・前掲注1)161頁。

17) 結論同旨、弥永・前掲注1)3頁、高橋(真)・前掲注1)166頁。

18) 厳密には取締役・株主総会の権限分配にかかる論点であるが、募集社債発行の意思決定権限が二重に存在することをテーマに本稿筆者が論じたものとして、拙稿「取締役会非設置会社の募集社債発行意思決定機関」近畿大学法科大学院論集11号(2015年)193頁。同様に、取締役会と株主総会で権限が重複するのは、非取締役会設置会社と変わらないものとして、葉玉匡美編著『新・会社法100問〔第2版〕』(2006年)270頁、江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法大系第3巻 ⅸ

に問題となるケースとしては、取締役会が解職した代表取締役を株主総会が再度代表取締役に選定して堂々巡りになる場合と、反対に株主総会が代表取締役から解職した代表取締役を取締役会が再度選定する場合が考えられる。特に前者の場合には、取締役会の監督機能が十分に機能しないといえることができるだろう。

ウ しかし、本決定の射程に関する議論とも関係するが、公開会社であるか、非公開会社であるかによって、株主構成にも相当の違いが存在するはずである。先行評釈の一部はこのことを意識して、実際にどのような場合に取締役会の監督機能が十分に働かないのかを、より緻密に検討している¹⁹⁾。本稿筆者なりに、問題点を整理してみる。

①	非公開会社	所有・経営一致型（支配株主＝代表取締役 or 取締役会多数派）
②	非公開会社	内紛型（支配株主≠取締役会多数派）
③	公開会社	実質的に非公開会社と変わらない場合
④	公開会社	株式保有分散型

本事案のような非公開会社の場合、支配株主と代表取締役は一致していることが多いため①、仮に取締役会の多数派が代表取締役を解職しても、株主総会で再度の選定が十分に考えられる。しかしそもそも、取締役会の多数派が代表取締役解職に動くような場合、当該取締役は次期の株主総会で選任されるとは考えにくく、あるいはその時点で支配株主が招集する株主総会において解任されるであろう。そのことを織り込んで取締役は行動するだろうから、上記のような取締役会の代表取締役解職のシナリオは、現実には起こりにくそうである。このことは、非公開会社における取締役会の監督機能の実効性が乏しいことの証左であるともいえるが、所有と経営が一致している株式会社においてはそれが常態だろう。そもそもこのような会社が株式会社・取締役会設置会社を選択することにはあまり合理性はなく、それでも本決定のような定款規定を置いている場合には、会社法立法の経緯に照らし、当該定款自治は尊重せざるを得ないように思われる。少なくとも本決定は、このように堂々巡りが事実上起こりにくい場合においては、取締役会の監督権限の実効性は否定されていないと考えているようである。

非公開会社において、相続をめぐる争いが生じている場合や、これまで育成してきた部下が翻意した場合など、支配株主が代表取締役ではなく、あるいは代表権のない取締

「機関・計算等」(青林書院、2008年) 32頁 [揖斐潔]。

19) 松中・前掲注1)162～7頁。より簡潔には高橋(聖)・前掲注1)59～64頁、大杉・前掲注1)92頁。

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例役にいながら取締役会の多数派を占められていない場合（②）には、特に取締役会と株主総会の見解が一致しない可能性が高い。このようなケースはそもそも事実認定に問題がある場合も否定できないようにも思われるが²⁰⁾、仮に認定事実が実際の株主構成を正しく反映している場合には²¹⁾、究極的には株主総会による取締役の選解任を通じて、ねじれの解消が図られるべきものだろう。この場合にも特に本決定の射程を外す理由はない。

他方、公開会社であって実際に株式保有が分散している場合には（④）、株主の合理的無関心・集合行為問題のため、取締役会が代表取締役を解職した場合、株主総会がさらに当該者を代表取締役に選定することも、反対のことも容易ではない。また、定款規定上は公開会社であっても、実態は非公開会社と変わらない場合も存在するだろう（③）。先行評釈が本決定の文理を超えて、公開会社への本決定の射程を検討することには相応の理由がある。

エ ただし、（少なくとも会社法下の）先行研究が、それぞれ解職・解任権限に裏付けられた取締役会・株主総会の代表取締役監督権限の区別に意識を払っていなかった感も拭えない。立案担当者の権限重畳型規定の許容によって、取締役会の代表取締役監督機能は、株主総会によって相当程度減縮される可能性が高まった。その場合でもなお取締役に存在する代表取締役監督機能の意義は、迅速・機動的な代表取締役の代表権・職務執行権限の剥奪に求められる。株主総会で代表取締役を解職・解任可能であるとしても、株主総会は上述のような問題点から、スピーディーに解職・解任に至ることができない可能性が高い。この場合には、当該代表取締役がさらなる問題行為を行う前に、取締役会が解職権限を行使することが重要である。この限りにおいて、権限重複型の定款規定においても取締役会の代表取締役監督機能として必要最小限度は確保されている

20) 最近の例として、東京地決平成29年9月26日金判1529号60頁がある。支配株主が内容に疑問のある契約でその地位を少数株主に明け渡したあげく、当該もと支配株主が取締役から解任される旨の株主総会議案の決定において、取締役会決議から特別利害関係人として排除された。その一般論は先行評釈でも支持されているが（北村雅史・法教450号140頁、弥永真生・ジュリ1516号2頁）、そもそも株式譲渡契約の内容の合理性が疑わしく、より緻密な事実認定で解決されるべきものであったように思われる（平成30年3月8日の早稲田大学商法研究会における、木下崇神奈川大教授の同裁判例の研究において、岩原紳作早稲田大教授が指摘されていた）。

21) 本決定の事案においても、本件定め存否自体、原審までにおいて争いがあった。松井・前掲注1)163～4頁は、原審まででより丁寧な事実認定の必要があった旨論じる。

ともいえる。かかる理解からは、権限重複型の定款規定の有効性は、一般に肯定し得るといえるように思われる²²⁾。

オ また、以上のような内容を検討する際には、具体的にどのような株主総会が想定されるかも考慮すべきであろう。取締役会設置会社においては株主総会は議題に掲げられた事項のみ決議することができるから（298条1項2号・309条5項）、非公開会社であっても、支配株主と取締役会の多数派がねじれている場合、取締役会決議事項を覆す株主総会を開催するためには少数株主の株主総会招集請求（297条1項）によるか、全員出席総会によることになる。支配株主（またはそれに至らない多数株主）の持株比率によっては少数株主の株主総会招集請求は可能であるが、会社（取締役会）側がそれを認識することは避けられない。これに対し、一人会社やごく少数の株主から構成される会社の場合、全員出席総会によって取締役会決議が覆される可能性は十分にある。当該定款規定を有する会社のみならず、その取引の相手方にも法的不安定性が波及しかねないともいえる²³⁾。

カ なお、取締役の忠実義務（355条）を重視すれば、取締役は株主総会決議を遵守する義務があるから、取締役で構成される取締役会も株主総会で選定された代表取締役を解職することは許されないようにも思われる²⁴⁾。もっとも、前述の多くの学説は忠実義務について特段の言及をしていない。取締役の株主に対する責任論の問題に過ぎないと考えているのか、善管注意義務（330条・民644条）との同質説を表明した判例を前提に、355条の文言を特段重視していないのか、あるいは株主総会決議と逆行する代表取締役の選定・解職も、場合によっては「株式会社のため忠実にその職務を行」うことに該当しうるので、一律に否定されないと考えているのかは定かではない。

(4) また、先行評釈の一部は、改正前商法下の派生機関説・並立機関説と本決定との関係について論じている²⁵⁾。具体的には、派生機関説が本決定とよりよくなじむとす

22) 該当本文部分については、伊藤吉洋本学法学部准教授の示唆に基づく。ただし、理解の誤りその他文責はすべて本稿筆者に帰する。

23) 松井・前掲注1)162～3頁はこの点につき詳論する。

24) 高橋(真)・前掲注1)165頁は、取締役会が代表取締役を解職した後株主総会が再選する場合には、忠実義務を根拠に、むしろ株主総会決議に従うべきと明記する。また、拙稿・前掲注17)の構想報告を関西商事法研究会で行った際に、阿多博文弁護士から、355条の存在は実務ではそれなりに重視されているとの意見をいただいた。

25) 来住野・前掲注1)318～321頁は二元機関説も含めて各説からの帰結を詳論する。

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例²⁶⁾と、他方、そのような問題の立て方自体が一つのポリシーの表れであり、問題解決の手法として適切でないとの批判も見られる²⁷⁾。本稿筆者も、取締役会設置会社における取締役の代表取締役監督権限のあるべき姿あるいはその最低限を論じれば足りると考えるので、特に派生機関説・並立機関説に依拠する必要性は感じないところである。

5 本決定の射程と派生問題

(1) ア 本決定は非公開会社に関する事案にかかるものであるが、公開会社にもその判旨の射程が及ぶのか。取締役会の代表取締役選定（・解職）権限を剥奪して株主総会に専属させることについては異論が多いため別途取り扱うこととし、まず重畳的に権限が認められる場合を検討する。先行評釈では、及ぶとするもの（及ぶと解すべきとするもの²⁸⁾、射程自体は及ばない（あるいはわからない）が同様の結論となる可能性が残されるとするもの²⁹⁾、及ばないとするもの³⁰⁾、本決定からはわからないとするもの³¹⁾にわかれている³²⁾。

イ 本決定の文言からすれば、この射程が直ちに公開会社に及ぶと判断することは困難である。もっとも、及ぶ（と解すべき）とするもの、同様の結論となる可能性が残されるとするものの差は大きいものとはいえない。要は本決定の理由付けがそのまま公開会社に該当しうるものであれば、公開会社も同様の理由付け・結論となる蓋然性が高くなるのだから、理由付けの分析が重要となる。むしろここでは、公開会社・非公開会社以外の区分を本決定が予定しているかの分析が重要となるはずである。

ウ 会社法下において（会社の状況に応じ）広い定款自治が認められたとする立案担

26) 鳥山・前掲注1)法セ95頁。

27) 大杉・前掲注1)93頁。なお、若林・前掲注1)47頁も参照。

28) 松中・前掲注1)166～7頁、前田・前掲注1)105頁、大塚・前掲注1)68頁、三浦・前掲注1)11頁。

29) 弥永・前掲注1)3頁、大杉・前掲注1)92頁、中村・前掲注1)136頁、渡辺・前掲注1)5頁。

30) 鳥山・前掲注1)金判1頁、同・前掲注1)法セ95頁、門口・前掲注1)63頁、川島・前掲注1)6頁（非公開会社の場合に限定する趣旨が滲み出ているようにも見受けられる）。

31) 高橋(聖)・前掲注1)62～3頁、高橋(真)・前掲注1)167頁、松本・前掲注1)106頁。

32) 来住野・前掲注1)324頁は、非公開会社に限定されていると解した上で、監査役設置会社に限定すべきであったと批判する。

当事者見解に鑑みると、一律に公開会社に本決定の一般論が及ばないとするのは難しいように思われる。たしかに、取締役会が形式的に代表取締役の選定・解職権限を有することのみから直ちに、監督機能の実効性を認めるという考え方に疑問はある³³⁾。しかし少なくとも本決定の字句を前提とした理解からすれば³⁴⁾、取締役会・株主総会に代表取締役の選定・解職（選任・解任）権が重複していれば、公開会社でも定款規定としての有効性は認められる、と理解するのが素直のように思われる³⁵⁾。

エ 先行評釈の一部はさらに進んで、① 大規模上場会社、② 中小規模の公開会社、③ 大規模な非公開会社、④ 中小規模の非公開会社に4分し、公開・非公開ではなく、会社規模によって解釈を分ける方向性を模索する³⁶⁾。当該評釈は支配株主の存在・不存在（分散保有）も考慮に入れており、その内容に傾聴すべき点もあるが、現在の会社法の制度にはうまくマッチしない解釈であるようにも思われる。また、②③のようなカテゴリはむしろ当該会社の資本政策の問題であるようにも思われ、本決定の論点のようなコーポレート・ガバナンスの法解釈に直結させる必然性もないようにも思われる。本稿で先述したように、あくまでも公開・非公開と、支配株主の存否を中心に検討するのが望ましい姿勢ではないか。

(2) 本決定は代表取締役選定についてのみ判示し、解職権限については特に触れていない。多くの先行評釈は明示的³⁷⁾または黙示的に、株主総会が選任・選定した代表取締役を取締役会が解職することは可能と解しているようである³⁸⁾。また、株主総会に代表取締役の解職権限を与える定款の有効性も同様に解釈しているとみられるが、解職権限を定めた定款規定の有効性については見解を留保する先行評釈も散見される³⁹⁾。

33) 松井・前掲注1)163頁も、株主構成は様々なのにすべてひっくるめて監督権限の実効性があると評価しているとすると、やや荒っぽい感じを免れないとする。

34) 門口・前掲注1)のいう「理論判例」の問題点といえるだろうか（特に63頁参照）。

35) 松中・前掲注1)163～4頁は、「非公開会社である取締役会設置会社」という本決定の字句が射程限定の意であるかを検討し、制度趣旨や平成17年改正前後における公開・非公開の整理の違いを念頭に、公開会社にも射程が及びうると結論づける。

36) 高橋(聖)・前掲注1)60～1頁。

37) 高橋(聖)・前掲注1)62頁、来住野・前掲注1)320頁、高橋(真)・前掲注1)164頁。

38) 異なる解釈を示唆するものとして、門口・前掲注1)63頁は、選定が株主総会にゆだねられた場合の代表取締役の解職については、判例解釈によって株主総会にゆだねられることになるのであろう、とする。

39) 中村・前掲注1)136頁は、株主総会に代表取締役解職を認めることが、定款規定の効力を否定する理由にはならない、という論旨においてであるが、この点につ

非公開会社である取締役会設置会社において、代表取締役を株主総会においても選ぶことができる旨の定款の定めが有効とされた例

もっとも、これは本事案の定款規定の文言に依拠したまでのことであって、選定・解職をことさらに区別すべきではないように思われる。仮に解職については本決定の射程は及ばないとするのならば、最高裁は選定権限または解職権限のみが株主総会・取締役会に分属したり重複したりする実務を、積極的に認めていることになる。定款自治を徹底するならば論理的に排除される解釈ではないが、取締役会の監督権限の存在・有効性をめぐってさらに議論・実務が混迷することになる。本決定の射程は、解職についても同様にあてはまると解すべきである。正確に言えば、本決定は暗黙の前提として、株主総会は代表取締役を解職できることも想定していると思われる。そうでないとしても、取締役から解任すれば同様の効果を（やや過大ではあるが）もたらすことができるからである。

(3) 本決定のような重畳の規定ではなく、取締役会から代表取締役選定（・解職）権限を剥奪する定款規定の有効性はどうか。本決定の文言からすれば、剥奪規定についての判示は特に存在せず、今後の解釈に委ねられていると考えられる⁴⁰⁾。先行評釈は、有効説、無効説⁴¹⁾、消極的に解する説⁴²⁾に分かれる。有効説には端的に有効と解するもの⁴³⁾のほか若干のバリエーションがあり、公開会社・非公開会社2分論が多く見られる。非公開会社の方が有効性が高まるとする説⁴⁴⁾、非公開会社に限り専属型定款の有効性を認める方向性を志向する説⁴⁵⁾などがある。

特に上場会社において株主総会による代表取締役解職（解任）の意見集約が困難と思われる事案において、取締役会が解職権限を有しない場合の機能不全の問題は大きい⁴⁶⁾。定款自治のアレンジメントの自由と株主総会の判断の不合理性のいずれを重視

ゝいては判然としないと述べる。

40) 門口・前掲注1)63頁、川島・前掲注1)6頁、松本・前掲注1)106頁。

41) 鳥山・前掲注1)金判1頁、同・前掲注1)法セ95頁、大杉・前掲注1)92頁。

42) 高橋(聖)・前掲注1)64頁(慎重に解すべき)、渡辺・前掲注1)5頁(無効と解することが合理的)、北村・前掲注1)126頁(最高裁はその有効性を否定した可能性がある)、高橋(真)・前掲注1)166~7頁(完全親子会社関係などの例外を除き、一般的に規定を有効と解することには躊躇を覚える)。

43) 三浦・前掲注1)11頁、前田・前掲注1)105頁。

44) 松中・前掲注1)165~7頁。

45) 中村・前掲注1)135~6頁。

46) 松井・前掲注1)42頁、大杉・前掲注1)93頁は、取締役会が代表取締役を解職した、東京地判平成2年4月20日判時1350号138頁(いわゆる三越事件)、名古屋高判平成12年1月19日金判1087号18頁を参照して本文の問題を指摘する。

するかの問題に帰着するようにも思われ、上述の2裁判例の事案もたしかに重いものがある。解釈としては文理上直ちに無効と解することは困難であるが、公開会社で有効性が認められる蓋然性は非公開会社に比して低くなると解しておいてよいと考える⁴⁷⁾。上記2裁判例のような代表取締役等の専横をいかに食い止めるかは難題であるものの、要は株式会社の当初の機関設計時点においては相応に合理性のあるプランニングが重要であり、また不合理なプランニングをした会社は当初株主を中心に閉鎖的な経営を行うべきものである。この点で、株式譲渡の自由が確保されている公開会社においては、取締役会から権限を剥奪する定款規定は、新たに株主になろうとする者の保護が弱いため合理性が低く、相対的に無効と判断されやすくなると考える。

* 本稿は、JSPS 科研費課題番号17K03408および18K12690による成果の一部である。

47) 上記の見解の中では、松中説が最も近いと思われる。