

【判例研究】

株主総会決議をもって代表取締役 を選定する旨の定款規定の効力

来住野 究

最高裁第三小法廷平成 29 年 2 月 21 日決定

平成 28 年（許）第 24 号職務執行停止，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

民集 71 巻 2 号 195 頁，金判 1514 号 8 頁，判タ 1436 号 102 頁，判時 2333 号 122 頁

〔事 実〕

Y1 株式会社（債務者・相手方）は，取締役会設置会社で非公開会社である。X（債権者・原告人）は，平成 17 年から Y1 会社の取締役であり，平成 21 年 1 月 20 日から取締役兼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，同月 26 日その旨の登記がされた。Y2（債務者・相手方）は，平成 27 年 1 月 14 日に辞任するまで Y1 会社の取締役兼代表取締役であり，同年 8 月 30 日に取締役兼代表取締役に就任した旨の，同年 9 月 30 日に取締役兼代表取締役に重任した旨の登記がされた。

X は，Y1 会社の平成 27 年 8 月 30 日付け臨時株主総会（本件臨時株主総会）及び同年 9 月 30 日付け定時株主総会（本件定時株主総会。本件臨時株主総会と併せて「本件各株主総会」という）においてされた Y2 を Y1 会社の取締役兼代表取締役に選任する旨の各決議はいずれも存在せず，また，定款に定めがないのに

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

株主総会で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などと主張して、職務執行停止・代行者選任仮処分命令の申立てをした。

第1審（千葉地木更津支決平成28年1月13日金判1514号13頁）・抗告審（東京高決平成28年3月10日金判1514号12頁）では、Xは、①本件各株主総会当時、Y1会社の全株式を有する株主はAであるのに、Aに対する招集手続きがとられず、Aは各株主総会に出席していなかった、②Y1会社には、平成25年11月17日付け認証の定款のほか、平成20年12月1日付け認証の定款及びそれが平成27年8月30日の株主総会決議によって変更された定款があり、平成20年認証定款及び平成27年変更定款には、株主総会決議によって代表取締役を選任できる旨の定め（本件定め）があるが、有効な定款は平成25年定款であると主張したのに対して、裁判所は、①本件各株主総会当時の株主はAではない、②本件臨時株主総会当時の有効な定款は平成20年認証定款であり、本件定時株主総会当時の有効な定款は平成27年変更定款であると認定して、Xの申立てを却下した。Xは、定款の本件定めは無効であると主張して許可抗告を行った。

〔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

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

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。」

〔研 究〕

決定要旨に賛成するが、一部疑問がある。

1 本決定は、取締役会設置会社において代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることができるかが問題となった初めての最高裁判例である。従来の登記実務はこれを否定していたが（昭和 26 年 10 月 12 日付民甲第 1983 号民事局長通達）⁽¹⁾、平成 17 年制定の会社法の立案担当者はこれを肯定しており⁽²⁾、登記実務上も株主総会議事録が代表取締役選定登記の添付書面と認められるようになったため⁽³⁾、本決定はかかる実務を追認する意義を有する。

この論点は取締役会と代表取締役の権限関係との関連において議論の蓄積があるが、本決定の射程と当否をめぐって問題となるのは次の 2 点である。第一に、本決定は非公開会社のみを対象とし、その射程は公開会社に及ばないことを示唆しているが、本決定の解釈が非公開会社に限定される理由は何かという点である。第二に、本決定は、代表取締役の選定・解職に関する取締役会の権限が否定されないことを理由としているため、取締役会の決議によるほか株主総会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となるにすぎず、代表取締役の選定を株主総会の専権事項とする旨の定款の定めは許されないことになるが、同一の事項を株主総会と取締役会の権限として併存させることができるか、代表取締役の選定は必ず取締役会にその権限を留保しなければならないのかということについて検討を要する。さらに、いわゆる選定

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

業務執行取締役（会 363 条 1 項 2 号）の選定、監査等委員会設置会社における代表取締役の選定、指名委員会等設置会社における執行役の選任（会 402 条 2 項）についても本決定は妥当するかということも検討に値する。

2 所有と経営の分離の徹底した取締役会設置会社では、株主総会の決議事項は会社法及び定款所定の事項に限定されるが（会 295 条 2 項）、法定決議事項以外の事項につきいかなる事項でも定款で株主総会の決議事項とすることができるかについては問題がある。通説は、会社法 295 条 2 項（平成 17 年改正前商法一以下「旧商」と略す—230 条ノ 10）は合理的経営のために株主総会の権限を縮小したにすぎず、株主総会を通じた株主の支配権能を制限するものではなく、各会社の実情に応じた自治的な権限分配を否定するものではないから、株式会社の本質や強行法規に反しない限り、原則としていかなる事項でも定款をもって株主総会の決議事項とできると解している⁽⁴⁾⁽⁵⁾。そうであれば、株式会社における機関権限分配のあり方に反しない限り、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることもできるが、その可否は、理論的には代表取締役の権限は取締役会の権限に由来するものなのか別個独立したものなのかにかかわり、実質的には取締役会による代表取締役に対する監督機能が害されないかに左右される。

取締役会と代表取締役の権限関係に関する通説である並立機関説は、取締役会の権限は文言上「業務執行の決定」と定められていること（会 362 条 2 項 1 号、旧商 260 条 1 項）や会議体としての取締役会は実行機関としての適格性を欠くことなどを理由として、業務執行を意思決定と執行自体（実行）とに峻別した上で、業務執行の決定権と実行権はそれぞれ取締役会と代表取締役に分属するものと解する。一方、代表は業務執行の対外的な側面にすぎず、代表と業務執行の区別は観点の相違にはかならないから、代表権を有する代表取締役には業務執行の実行権が帰属するが、代表取締役による業務執行の実行は取締役会の決定に拘束される以上、取締役会と代表取締役は実質的な上下関係を維持しつ

つ別個独立して並立的に業務執行機関を構成する。この見解によれば、業務執行の決定権と実行権・代表権は別個独立したものであるから、代表取締役の選定機関は取締役会である必然性はなく、株主総会決議をもって選定できることになる⁽⁶⁾⁽⁷⁾。他方で、代表取締役は自らの権限と責任において業務を執行する以上、本来取締役会は代表取締役を監督するいわれはないから、取締役会の監督権限（会 362 条 2 項 2 号）は法定権限と解されよう。したがって、取締役会は代表取締役の選定・解職権を有さなくても代表取締役の職務執行を監督・是正することは可能であるし、代表取締役の解職（解任）議案を株主総会に提出することもできる。しかし、代表取締役が固有に業務執行の実行権を有し、そこに一定範囲の裁量権を認める以上、代表取締役の独断専行を許す素地があるから、監督の実効性には疑問が残る。

派生機関説によれば、代表取締役の権限は取締役会の権限に由来し、代表取締役は取締役会の派生的機関であると解される。すなわち、業務執行の権限は決定権のみならず実行権も本来取締役会に属するというべきであるが、取締役会の会議体としての性質と近代企業の機能的・能率的経営の要請に鑑み、実際上の便宜を考慮して、その権限は一定の範囲において代表取締役に法定的に委譲されている。その結果、代表取締役には法律・定款・取締役会決議により株主総会または取締役会の専決事項とされたものを除く、業務（営業）に関する一切の行為を自ら決定し実行する権限とそれに必要な代表権が与えられている。要するに、派生機関説は、業務執行の決定権と実行権が不可分一体をなすものであることを前提とした上で、業務執行権はその重要性・経常性の程度に応じて取締役会と代表取締役に分属することを認め、代表権の範囲を定型化する会社法 349 条 4 項（旧商 261 条 3 項・78 条 1 項）は、同時に代表取締役が専決執行できる業務執行権の限界を定めたものであると解する。この見解によれば、代表取締役の権限は取締役会に由来する以上、代表取締役の選定は取締役会の専権に属することになる⁽⁸⁾。したがって、本決定が派生機関説に立っていない

ことは明らかである⁽⁹⁾。

第三の見解（便宜上「二元機関説」と称する）によれば、業務執行権と代表権は次元を異にする別個の権限であって、取締役会は業務執行に関する全権限を排他的に有し、決定権はもとより実行権も取締役会に専属する一方、代表取締役は純粹に代表機関にすぎず、取締役会の委任に基づいて会社を代表して法律行為を行うという地位にとどまると解する。筆者もこの見解を支持する。この見解によれば、代表取締役の代表権は業務執行権とは別個の権限であり、取締役会の権限に由来するものではないから、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることは妨げられない⁽¹⁰⁾。代表取締役に対する取締役会の監督権限の根拠は、会社の一切の業務執行は取締役会の権限と責任においてなされることに求められ、違法・不当な業務執行を行う代表取締役に対しては業務執行の委任を撤回することによって対処しうするため、代表取締役の解職権がなくても取締役会の監督は機能しうるが、代表取締役は固有に代表権を有する以上、株主総会による代表取締役の解職（解任）が実現するまでに代表権を濫用するおそれは残存する。

このように、並立機関説・二元機関説によれば、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることは理論的には可能であるが、代表取締役に対する監督の実効性についてリスクを伴うといえよう⁽¹¹⁾。

しかるに、本決定は、取締役会に代表取締役の選定・解職権を留保することを条件として株主総会の代表取締役選定権を認めている⁽¹²⁾。この場合、株主総会で選定された代表取締役も取締役会で解職することができ、取締役会で選定された代表取締役も株主総会で解職することができることになろう⁽¹³⁾。あるいは、株主総会で選定された代表取締役は株主総会でしか解職できず、取締役会で選定された代表取締役は取締役会でしか解職できないとか、株主総会で選定された代表取締役は下位機関たる取締役会では解職できないが、取締役会で選定された代表取締役は上位機関たる株主総会では解職できるなどと解する余地

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

もないわけではないが、あえて代表取締役の選定権を株主総会に与えるのは株主の意思を可及的に尊重することにあり、その権限を取締役会に留保するのは代表取締役に対する監督の実効性を維持することにあると解されるため、一方の機関で選定された代表取締役は他方の機関でも解職できると解するのが定款規定の合理的な解釈であろう。また、同一の事項を複数の機関の権限とする以上、いずれも会社の意思として優劣をつけることはできないであろう。そうであれば、代表取締役の選定・解職につき取締役会と株主総会が同格の機関として併存することになる⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾。

この場合、上位機関であるはずの株主総会の意思が取締役会によって覆されることになるが、代表取締役の選定・解職は株主の利害に直接影響を及ぼすものではないから、株主の意思を必ずしも尊重する必要はない。代表取締役の選定につき株主総会の意思と取締役会の意思が対立する場合には、株主としては取締役を入れ替えればよい。したがって、代表取締役の選定機関として株主総会と取締役会を優劣なく併存させる旨の定款規定の効力をあえて否定する必要はあるまい⁽¹⁶⁾。

代表取締役の選定は必ず取締役会にその権限を留保しなければならないかということについては、「監査」とは人事権を伴わないものであるのに対して、「監督」とは人事権を伴うものであると解する見解⁽¹⁷⁾によれば、取締役会の「監督」権と代表取締役の選定・解職権は不可分の関係にあるため、取締役会から代表取締役の選定・解職権を剥奪すれば「監督」ではなくなることになる。しかし、「監督」概念が人事権を本質的要素とするという根拠は全くない。

3 次に、非公開会社に限り代表取締役の選定を株主総会の決議事項としうるのはいかなる理由に基づくのか⁽¹⁸⁾。

非公開会社の株主総会は、株式会社の組織・運営等株式会社に関する一切の事項について決議することのできる万能機関であるが（会 295 条 1 項）、取締役会を設置する場合には、その決議事項は会社法及び定款所定の事項に縮減され

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

(同2項)、公開会社における株主総会と取締役会の権限分配と何ら異ならない。そうであれば、株式譲渡の承認など非公開会社に固有の事項を除き、株主総会の決議事項に関する定款自治の許容範囲も公開会社と異なるところはないはずである⁽¹⁹⁾。公開会社では株主総会決議をもって代表取締役を選定することに格別の弊害があるとは思えないため、本決定の射程を非公開会社に限定する合理性はなさそうである⁽²⁰⁾。

本決定は、公開会社の取締役会は業務執行の決定機関よりも監督機関としての色彩が強いと考えているのかもしれない。

この点につき、監査役が設置されない(会327条4項)指名委員会等設置会社では、いわゆるモニタリング・モデルに基づき、取締役会は実質的な経営者である執行役に対する監督機関として想定されている。すなわち、取締役会は、執行役が適法な経営(業務執行)を行っているかを監督するのみならず、企業価値の向上のために効率的に経営を行っているかを評価し、期待される成果をあげていない場合には執行役を交代させる役割を担うことが期待されるため、取締役会が執行役の人事権(会402条2項・403条1項)を掌握することが重要な要素となる。取締役を業務執行に携わらせない(会415条・416条3項・331条4項)のも、取締役会の中心的な機能を経営上の意思決定から業務監督へと移行させることを意味し、2名以上の社外取締役(会2条15号)の選任が要求される(会400条1・3項)のも、客観的で公正な執行役の業績評価が期待されるからにはかならない。したがって、執行役を評価する機関は取締役会こそがふさわしく、執行役の選任・解任は取締役会の専権に属することになろう⁽²¹⁾。監査等委員会設置会社の取締役会は、指名委員会等設置会社ほど監督機関としての色彩は濃厚ではないが、監査等委員たる取締役の選任・解任に関する法規制は監査役に準ずる(会329条2項・344条の2第1項・309条2項7号)という点に着目すれば、実質的には監査役に取締役会における議決権を認めて代表取締役の人事に参加させるに等しい。そうであれば、代表取締役の選定・解職はやは

り取締役会にこそ親しむことになろう。

しかるに、監査役設置会社であっても、公開大会社であって金融商品取引法上有価証券報告書の提出が義務づけられている会社では、社外取締役を置いていない場合には、社外取締役を置くことが相当でない理由を定時株主総会で説明しなければならないところ（会327条の2）、その理由の説明は非常に困難であるため、事実上社外取締役の選任が強制されているに等しい。コーポレートガバナンス・コードも、上場会社に2名以上の独立社外取締役の選任を要求している（原則4-8）。その結果、取締役会の性格は、監査等委員会設置会社・指名委員会設置会社のそれに接近しているといえることができる⁽²²⁾。

しかし、上場会社等の取締役会は監督機関としての色彩が強いとすれば、監査役との関係はどのように説明されるのか。取締役会は、監査役設置会社・監査等委員会設置会社・指名委員会等設置会社に応じて、業務決定機関としての色彩と監督機関としての色彩のいずれが濃厚かという程度の差にすぎないと解されているように思われるが⁽²³⁾、監査役の有無は取締役会の質的な違いに反映するはずである。取締役（経営者）を監督する権限を取締役会と監査役に二重に授与することは不自然であるから、取締役会の監督権は本質的な権限ではなく業務執行（決定）の権限から派生するものである。監査役は、取締役会が業務執行機関であり、個々の取締役こそが経営者であることを前提として、取締役会での報告（会382条）・発言（会383条1項）や違法行為差止請求（会385条）等を通じて、その違法または不当な業務執行を防止・是正するとともに、株主総会に提出する議案・書類の調査とその結果の報告（会384条）や監査報告（会381条1項）等を通じて、株主が取締役の経営者としての適性を判断するための資料を提供するという形で、監査機能を果たすことが想定されているのである⁽²⁴⁾。また、社外取締役は業務を執行しないことを要素とするが（会2条15号イ）、業務執行機関たる取締役会の構成員に業務を執行しない者が存在することは自己矛盾というべきであるから⁽²⁵⁾、監査役設置会社に社外取締役の選任を

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

要求すること自体に問題がある。仮に上場会社の取締役会の現状としては監督機関としてのモニタリング機能が重視されているとしても、公開会社一般に妥当するわけではないし、社外取締役の有無・員数等に応じた監督機関としての色彩の濃淡に応じて、代表取締役の選定を株主総会決議事項とする旨の定款規定の効力を区別することなどできない。

このように、本決定がその射程を非公開会社に限定したことは妥当ではなく、むしろ監査役設置会社（会計監査に限定された監査役の設置された会社を含む）に限定すべきであったと考える。

4 本判決が代表取締役の選定のみを射程とすることは明らかであるが、業務執行取締役は、代表取締役と同様、取締役会決議をもって選定されるため（会社法363条1項2号）、本判決が業務執行取締役の選定にも妥当するかという問題にも若干言及しておこう。この選定業務執行取締役を並立機関説に基づき業務執行の実行機関と解すれば、定款により株主総会にその選定権を与えることはできよう。並立機関説によれば、業務執行の決定機関にすぎない取締役会は選定業務執行取締役に委譲すべき実行権を有しない以上、選定業務執行取締役はその地位に基づく固有の権限として包括的な実行権を有する機関であると解されそうである。他方で、任意に機関を設置するのであれば、定款の定めを要するはずであるが（会社法326条2項参照）、選定業務執行取締役の地位は定款上の根拠を要しない。このように、選定業務執行取締役の機関性（権限の由来）は明らかではなく⁽²⁶⁾、かかる規定を新設した平成14年改正商法260条3項の立法趣旨さえ不明であるため、選定業務執行取締役の位置づけこそ先決問題である。

注

- (1) 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有効性」『商業登記先例判例解説（別冊ジュリスト124）』（1993年・有斐閣）112頁参照。
- (2) 相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説（別冊商事法務295）』（2006年・商事法務）76頁〔相澤哲・細川充執筆〕。

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

- (3) 別冊商事法務編集部編『会社法施行に伴う商業登記関係通達・登記記録例(別冊商事法務297)』(2006年・商事法務)64頁。
- (4) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』(1994年・有斐閣)226～227頁、前田庸『会社法入門〔第12版〕』(2009年・有斐閣)349頁など。新会社法の立案担当者も、取締役会設置会社において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は、特に制限を設けていないとする(相澤編・前掲注(2)76頁)。
- (5) 思うに、株式会社における機関権限の分配は、単に経営の合理化・効率化を図るものではなく、責任の所在を明確にすることでもある。すなわち、取締役会を業務執行機関としたのは、業務執行は取締役会(ひいてはその構成員である取締役)の責任において行うべきものとする趣旨であると解される。取締役会の権限に属する一定の事項を株主総会の決議事項とすると、その事項に関する株主総会の不当な決議に基づき実行されたことにより第三者が損害を被っても、取締役の責任(会429条1項)を追及できないことになってしまう(稲葉威雄「大小会社区分立法に関する諸問題(9)」商事法務989号(1983年)14頁、高橋聖子「本件判批」法律のひろば70巻9号(2017年)63頁)。したがって、会社法により定款をもって株主総会の決議事項とされているもの以外については、原則として業務執行には属さない事項(新株発行など)に限ると解すべきである(公開会社に関する立法論として、上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(5)』(1986年・有斐閣)27頁[江頭憲治郎執筆]、川浜昇「株主総会と取締役会の権限分配」法学教室194号(1996年)28頁参照)。監査役の設置が強制されず、取締役の独任制が採用されている非公開会社では、取締役の権限濫用を抑止し、取締役を株主総会の強力な監督下に置くことも必要であるため、株主総会の決議事項に制限はないのに対して、取締役会設置会社では、その合議制と監査役の設置強制により、慎重かつ適正な業務執行が担保されているから、業務執行に関する権限と責任を取締役に一元化した形態であると評価すべきであり、それは非公開会社が取締役会を設置した場合も異なるところはない。
- (6) 鈴木＝竹内・前掲注(4)286頁・228頁、北沢正啓『会社法〔第6版〕』(2000年・青林書院)394頁・395頁など。
- (7) 並立機関説によれば、業務執行の決定権を生来的に有しない代表取締役は、定款または取締役会決議をもって委任された範囲内において決定できるととどまるが、日常の業務執行に関する決定は代表取締役の選定において代表取締役に委任されていると推定される。株主総会決議をもって代表取締役を選定した場合、業務執行の決定権を有しない株主総会がかかる委任をなしえないから、別途取締役会から委任を受けることが必要となる。
- (8) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』(1987年・有斐閣)142頁[山口幸五郎執筆]、大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』(2010年・有斐閣)

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

206頁・219～220頁。これに対して、多数説である肯定説からは、代表取締役は会社の代表機関であって取締役会の代表機関でないと批判されるが（田中誠二『三全訂会社法評論上巻』（1993年・勁草書房）475頁・610頁、青竹正一『新会社法〔第4版〕』（2015年・信山社）202頁、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』（2015年・有斐閣）119頁など）、それは当然のことであって、否定説もその点まで否定するものではないから、批判になっていない。

- (9) 代表取締役の選定・解職の権限を取締役会から奪えないとしたことをもって、本決定は派生機関説の考え方によると評価する見解があるが（鳥山恭一「本件判批」法学セミナー749号（2017年）95頁）、本決定と派生機関説は調和しないはずである。
- (10) 高鳥正夫『新版会社法』（1991年・慶應通信）133頁・163～164頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第4版補正版〕』（2015年・弘文堂）173頁・214～216頁、山本爲三郎『会社法の考え方〔第10版〕』（2017年・八千代出版）161～163頁・182頁。
- (11) 取締役会の監督機能の弱体化を理由として消極に解するものとして、酒巻俊雄＝龍田節ほか編『逐条解説会社法第4巻』（2008年・中央経済社）35～36頁〔前田重行執筆〕、岩原紳作編『会社法コンメンタール7』（2013年・商事法務）42頁〔松井秀征執筆〕。
- (12) 同旨、江頭憲治郎＝門口正人ほか編『会社法大系3』（2008年・青林書院）34～35頁〔揖斐潔執筆〕。
- (13) 中村信男「本件判批」新・判例解説 Watch 21号（2017年）136頁。
- (14) 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編『論点解説新・会社法』（2006年・商事法務）262頁は、取締役会が決定権限を有することとされている事項については、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が、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とするが（同旨、高橋・前掲注（5）62頁）、その理由は明らかでない。むしろ、機関決定は会社の意思決定となる以上、同一の事項が複数の機関の権限とされているほうが不自然である。また、株主総会決議に違反する取締役会決議を行えば、忠実義務違反等の問題が生じうるとするが（相澤＝葉玉＝郡谷編・前掲265頁）、取締役会の権限行使が制限されるのであれば、もはや固有の権限が留保されているとはいえない。
- (15) 同一の事項につき取締役会と株主総会が同格の機関として併存することが明文で許容されている場合がある。すなわち、一定の会計監査人設置会社（指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社、取締役の任期が1年以内である監査役会設置会社）においては、計算書類の正確性が担保されることを条件として、定款により取締役会決議をもって剰余金の配当等を決定できる旨を定めることができ（会459条1項）、この場合には剰余金の配当等を決定する機関として株主総会と取締役会が

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

併存する（ただし、会 460 条）。しかし、これは株主総会の決議事項を取締役会にも認めたものであり、しかも株主の持分の一部払戻という剰余金配当の性質及び株主たる地位を所有権の団体法的変容と捉える社員権論に鑑みれば、条件付とはいえ剰余金配当権限を株主総会から取締役会に与えることは理論的に問題があるため、必ずしも参考にはならない。

- (16) 同旨、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』（2007 年・信山社）98～99 頁。
- (17) 前田雅弘「監査役会と三委員会と監査・監督委員会」江頭憲治郎編『株式会社法大系』（2013 年・有斐閣）255 頁（ただし、「これらの文言の使い分けに重要な意味があるとは思われない」とするが、「監査」と「監督」の語義の違いとそれに対する立法の沿革的検証を軽視してきたことは重大な問題である）、酒井太郎『会社法を学ぶ』（2016 年・有斐閣）120～121 頁。得津晶「会社法上の監査概念について」法学 80 巻 4 号（2016 年）26～29 頁は、「監査」と「監督」の文言は、業績評価の結果を確保するための法的なエンフォースメント（取締役人事や報酬の決定権）の有無によって使い分けられているにすぎないと解する。
- (18) 相澤編・前掲注（2）76 頁は、「会社法では、株式会社と有限会社との統合がされたことにより、取締役会設置会社であっても、その実態は内部的には現行の有限会社に近く、対外的な関係を考慮して法定の『取締役会』を設けるにすぎないという場合もあると考えられるため、代表取締役に対する内部的な監督機能の一つであるその選解任を、主として取締役会が行うのか、株主総会が行うのかも、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考えられる。」と述べているため、本判決はこの説明の影響を受けているのかもしれないが、代表取締役の選定を株主総会の決議事項とすることにつき従来の有限会社に相当する小規模閉鎖会社のほうが需要が高いというだけであって、その許容性を非公開会社に限定する理由にはならない。
- (19) 弥永真生「本件判批」ジュリスト 1507 号（2017 年）3 頁。
- (20) 大塚和成「本件判解」銀行法務 21・815 号（2017 年）68 頁も、本決定の理由は取締役会の設置が必要な会社（公開会社）にもあてはまるため、本決定の射程は公開会社に及ぶと解する。これに対して、中村・前掲注（13）136 頁は、権限重複型の定款規定は公開会社でも有効であるが、権限専属型の定款規定は非公開会社に限り有効であるとの解釈を示唆し、若林泰伸「本件判批」法学教室 445 号（2017 年）46 頁は、株式の流動性の高い一定の公開会社では権限重複型の定款規定でも無効であると解する。
- (21) 江頭憲治郎ほか編『改正会社法セミナー・企業統治編』（2006 年・有斐閣）245 頁〔岩原紳作発言〕は、株主総会で執行役を選任してよいとするとモニタリング・

株主総会決議をもって代表取締役を選定する旨の定款規定の効力

モデルを崩すおそれがあると主張する。反対、江頭ほか編・前掲書 245 頁〔浜田道代発言・江頭発言〕、江頭憲治郎『株式会社法〔第 6 版〕』（2015 年・有斐閣）315 頁。酒巻俊雄＝龍田節ほか編『逐条解説会社法第 5 巻』（2011 年・中央経済社）238 頁〔河村賢治執筆〕は、取締役会の執行役選解任権を奪う形で株主総会が執行役を選解任する旨を定めることはできないと解する。

- (22) 坂本三郎編『立案担当者による平成 26 年改正会社法の解説（別冊商事法務 393 号）』（2015 年・商事法務）130 頁は、取締役会の「監督」とは、業務執行者の業績を評価し、業務執行の効率性を確保することを主眼とするものであると説明しているが、これは監査役存在意義を熟慮せずに監査役設置会社の取締役会についてまでモニタリング・モデルを盲目的にあてはめた独善的な定義であるといわざるをえない（拙稿「監査役監査と取締役会の監督」岸田雅雄先生古稀記念論文集『現代商事法の諸問題』（2016 年・成文堂）287 頁以下）。
- (23) 監査役設置会社でもモニタリング・モデルを採用することはできる（落合誠一「独立取締役の意義」新堂幸司＝山下友信編『会社法と商事法務』（2008 年・商事法務）244 頁、得津・前掲注（17）7 頁）とか、法はモニタリング・モデルへの移行を妨げるべきではない（大杉謙一「コーポレート・ガバナンスと日本経済」金融研究 32 巻 4 号（2013 年）188 頁、松中学「経営者のモニタリングとボードの役割」法律時報 86 巻 3 号（2014 年）41 頁）と説かれることが少なくない。
- (24) 拙稿「取締役の多様化をめぐる諸問題」法学研究（慶應義塾大学）89 巻 1 号（2016 年）131 頁。
- (25) 拙稿・前掲注（24）124 頁。
- (26) 選定業務執行取締役を機関であると明言する文献も少ない。その選任権を株主総会に与えることができるかに言及する文献もあるが（奥島孝康ほか編『新基本法コメンタール会社法 2〔第 2 版〕』（2016 年・日本評論社）193～194 頁〔柴田和史執筆〕）、選定業務執行取締役の機関性の有無という本質的問題とは無関係に検討されている。選定業務執行取締役の位置づけの問題については、拙稿・前掲注（24）125～126 頁参照。