

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29年2月21日を契機として ——

伊 藤 敦 司

1. はじめに

取締役会はその監督権限の一環として、代表取締役の選定・解職権限を有しており(362条2項3号)、不適切な代表取締役の再任を拒み、場合によっては任期途中の解職を迫ることができる。これまで、代表取締役の意に反して、この選定・解職権限が発動されることはほとんどなかった¹⁾。しかしながら、上場会社等では、社外出身の独立取締役がその地位を確立し、主導的な立場で選定・解職権を実践するケースがみられ²⁾、また、今後増加することが想定される。他方で、後述のように2018年6月1日に、東京証券取引所からコーポレートガバナンス・コードの改訂版が、金融庁から「投資家と企業の対話ガイドライン」がそれぞれ公表され、最高経営責任者(CEO)等の選解任や育成等に関する取締役会の機能発揮に向けられた多くの指摘がなされており、取締役会が積極的な役割を発揮することが期待されている。

このようななか、取締役会を設置す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旨の定款の定めは有効であると判断した最高裁決定が示された。非公開会社に関する事例ではあるが、この事例を出発点に、代表取締役及び指名委員会等設置会社の代表執行役の選任(定)及び解任(職)権限を株主総会に認めるこ

と³⁾の可否および妥当性を考察する。

2. 株主総会の決議による代表取締役の選任(定)・解任(職)に関する事例

最三小決平成29年2月21日⁴⁾は、取締役会を設置する会社において、代表取締役の選定・解職権限を定款の定めをもって株主総会の権限とすることができるかどうかに関し、最高裁が初めて判断を示したケースとして重要である。

(1) 事案及び原審判断

Y₁社は非公開会社であり、取締役会を設置する旨の定款の定めを有する取締役会設置会社である。Y₁社の定款には、「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」旨が定められていた(以下、「本件定め」という。)。XはY₁社の代表取締役であったものであり、Y₂は平成27年9月30日に開催されたY₁社の株主総会(以下、「本件株主総会」という。)において取締役に選任する旨の決議および代表取締役に定める旨の決議がされたものである。Xはこれらの決議が法令に違反し無効であると主張し、Y₂の取締役兼代表取締役の職務執行停止および職務代行者選任の仮処分命令の申立てを行った⁵⁾。

原決定⁶⁾は、Xは本件定めについて、「取締役会設置会社である相手方につき、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、取締役会の監督権限が失われるわけではない」として、本件定めは無効とはいえ、Xの申立てを却下すべきものとした。Xからの許可抗告の申し立てがあったところ、原審はこれを許可した。

(2) 最高裁の判断

最高裁は、以下の理由から、本件抗告を棄却した。すなわち、「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。」

(3) 小括

本決定は、取締役会を設置する会社において、代表取締役の選定・解職権限を定款の定めをもって株主総会の権限とすることができるという点を、最高裁が初めて明示的に判断したものとして注目される。しかし、以下のような本件の特殊性や、その点を前提とした判断という点から、この問題点について解決を見たとは評価できない。

第一に、「取締役会設置会社である非公開会社における、…定款の定めは有効であると解する」という点で、非公開会社に関する判断であるという点である。後述のように、特に上場会社等の公開会社における取締役会の機能という点に鑑みた場合には、最高裁が同様の判断をするかは不透明である。

第二に、本件では、「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」として、取締役会による代表取締役の選定・解職権限を否定する形で、当該権限を株主総会に認めるものではなかった点である。本問題点に関する従来の議論においては、代表取締役の選定・解職権限を取締役会から株主総会に委譲するという点で、取締役会が当該権限を失うことを前提としていた。その意味では、このような場合の可否についての判断は明確ではない。むしろ、取締役会の「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」との指摘が注目され、「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」場合には、このような定めを設けることは許されないと解するのが自然であろう。

3. 株主総会権限の拡張と代表取締役の選任(定)・解任(職)権限の委譲

(1) 会社法による株主総会権限

株主総会は議決権を有する総株主によって構成される株式会社の必要的機関であり、会社法は株主総会の権限を以下のように規定する。すなわち、取締役会を設置しない会社においては、「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」について決議することができ、取締役会設置会社においては「この法律に規定する事項及び定款で定めた事項」について決議できるものとする（295条1項2項）。そのうえで、「この法律の規定により株主総会の決議を必要とする事項」については他の機関に委譲することを禁止する（295条3項）。このように、株主総会は他の機関に委譲できない法定の重要事項をその権限とする株式会社の最高機関であるとされる。ただし、取締役会を設置しない非公開会社においては最高機関であるとともにいかなる事項も決定できる万能機関としての性質を維持しているが、公開会社においては、その決議事項は縮小されてきてい

る⁷⁾。株主総会を構成する株主が会社の実質的な「所有者」である点から、株主総会の最高機関性が導かれ、さらには、本来、いかなる事項も決定できる万能機関であるはずという点が導かれる⁸⁾。この点、中小・零細企業たる非公開会社については実態としてもあてはまる場合が多いが、公開会社については実態と大きく乖離している点は一般に指摘されるとおりである。すなわち、株式会社の巨大化に伴い、一方では、会社経営の専門化・複雑化により高度な経営能力が要求されるようになり、他方では、株主は分散化し、しかも証券化された株式が市場で売買されることにより、その分散化が促進され、会社経営に関心を持たない投機株主や投資株主が増加することになる(所有と経営の分離)⁹⁾。このような所有と経営の分離の高度な進展は、会社の機関構造、とりわけ株主総会のあり方に変革をもたらすことは必然である¹⁰⁾。

平成17年改正前商法において、230条の10のもと株主総会権限の拡張を広く認めた背景には、小規模な閉鎖的な株式会社が多いという実態が背景にあった。これに対し、会社法は、株主総会の権限に関し、取締役会の設置の有無により区別し、取締役会を設置しない会社では旧有限会社の社員総会¹¹⁾と同様の権限を認め、「一切の事項」を決議することができるのに対し、取締役会を設置する会社では旧株式会社の株主総会と同様の権限を認め、「この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り」決議することができることとした。もちろん、「定款に定めた事項」として、株主総会の権限に法定事項以外の事項を加えることが可能であるが、その点についての限界が問題となる。従来から、定款による株主総会権限の拡張の限界に関し、本稿がとりあげる代表取締役の選任・解任のほか、定款で株式の譲渡を制限する場合の承認¹²⁾について、その趣旨から議論が存した。

取締役会設置会社における定款による株主総会権限の拡張について、会社法のもとでも平成17年改正前商法の規定が維持されているが、その解釈にあたって、会社法の理念である定款自治の拡張という趣旨のもとでの解釈が展開されるべきことになる。この点、立案担当者は、取締役会設置会社であっても、その実態として有限会社と同様の公開性の低い会社もあることか

ら、各会社の実情に応じて取締役会と株主総会との権限分配を認めるという趣旨から、会社法定前と同様に、定款により株主総会の権限として留保できる事項に関し、何らの制約を示していないとして¹³⁾、広く株主総会権限を認める。これに対し、上記のように会社法が株主総会の権限に関し、取締役会設置の有無により規制を分け、取締役会を設置しない場合にのみ株主の会社運営への関与を認めるために株主総会の権限を無制限に認めたことを重視するならば、取締役会を設置する会社における定款による拡張は無制限ではなく、取締役会の存在を無意味にしてしまうような権限の拡大は許されないとする指摘¹⁴⁾は説得的である。

(2) 代表取締役の選任(定)・解任(職)権限の委譲

代表取締役の選任(定)・解任(職)権限を定款の定めをもって株主総会の権限とすることができるかという点に関し、従来から肯定説と否定説の対立がみられた¹⁵⁾。

肯定説は、株主総会権限の定款の拡張に関し、定款自治を強調し、性質上、株主総会の決議事項としてなじまないもの(株主総会の招集を決定すること等)を除き、いかなる事項も定款で株主総会決議事項とすることを妨げないとし¹⁶⁾代表取締役の選任(定)・解任(職)についても同様とする。また、取締役会と代表取締役の関係に関し、いわゆる並立機関説¹⁷⁾に依拠し、代表取締役は会社の代表機関であって、取締役会のそれではないとする。

これに対し否定説は、代表取締役の選任(定)・解任(職)権限をは定款をもってしても株主総会の権限とすることは許されないとする¹⁸⁾。そこでは、現代株式会社法の所有と経営の分離の建前からそのように解すべきであり、また、株主総会が選任権を持つことは代表取締役を監督すべき取締役会の任務からその裏付けを奪うことになるとする。さらに取締役会と代表取締役の関係に関し、いわゆる派生機関説の立場¹⁹⁾からは当然のこととされた。

会社法のもとでも、同様の対立がみられる。肯定説からは、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との主張²⁰⁾ や、それにより取締役会の監督権が失われるわけでもなく、また基本的に定款自治を広く許容する会社法のもとでの解釈としては可能と解するのが妥当であるとの主張²¹⁾ 等、多数を構成する。これに対し、否定説も有力である。すなわち、株主総会の権限に関し、取締役会の設置の有無により区別した趣旨や、取締役会の監督機能の弱体化から、代表取締役の選定・解職を株主総会決議事項とすることは疑問であるとの主張²²⁾ や、公開性の高い会社を念頭に置いた場合、株主総会に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り、このような実質的な観点からも代表取締役の解職権限を株主総会に留保することには疑問があるとの主張²³⁾ である。

なお、会社法制定前の登記実務では、定款をもってしても代表取締役の選任権限を株主総会に留保することができないとする運用がなされていたが²⁴⁾、会社法制定後、その運用は変更された²⁵⁾。

(3) 考察

代表取締役の選任(定)・解任(職)権限を株主総会に認めるにあたり、取締役会の当該権限を①存置する場合と②そうではない場合か分けて考察する必要がある²⁶⁾。また、取締役会の設置が義務付けられる公開会社(327条1項1号)と、任意に設置した非公開会社を分けて考察する必要もある²⁷⁾。

最高裁で問題となった、非公開会社²⁸⁾における①のケースについては、最高裁の判断は基本的に是認できるであろう。しかし、非公開会社において、あえて合議体の機関である取締役会を設置した目的に照らした場合²⁹⁾には若干の疑問も残る。すなわち、合議体の機関である取締役会での討議を通じた決定のシステムを採用するという点や、少なくとも解任に関しては、株主総会による取締役の解任と区別し、代表権のみのはく奪だけという点に大きな意味を見出しえない。さらに、両機関ともに権限を有することによる混乱

という点も懸念されるが、株主総会が最終的な支配権（取締役の選解任権）を有する点から、容易に解決できよう。何よりも、特に定款自治が強調される非公開会社である点が重要なポイントとなろう。非公開会社における②のケースについてはどうであろうか。上述のように、最高裁の立場については、その理由付けに鑑みた場合には、このような定めは認められないと解するのが自然であろう。上述の①で指摘した取締役会をあえて設置した点からすれば認められないと解すべきであろう。たしかに非公開会社の定款自治は広く認められるべきではあるが、採用した機関設計のもとでの運用という点を逸脱することまでは許容されるべきではなく、②を認めることは362条2項3号さらには2号の権限を骨抜きにすることになり、その自治の範囲を超えることになろう。

公開会社についてはどうか。

まず、指名委員会等設置会社における（代表）執行役の選任（定）・解任（職）権限の委譲について確認する。指名委員会等設置会社における業務執行機関である執行役及び代表機関である代表執行役の選任（定）・解任（職）権限は取締役会に属する³⁰⁾（402条2項、403条1項、420条1項2項）。この選任（定）・解任（職）権限を株主総会に認めることが可能か問題となる。代表取締役の場合と同様の理由によりこれを肯定する見解³¹⁾が存する一方、指名委員会等設置会社の制度趣旨から、これを否定する見解³²⁾も有力である。指名委員会等設置会社においては、業務執行と監督の分離を図るために、取締役資格を前提としない執行役³³⁾を業務執行機関として位置付け（408条2号）、取締役会には、社外取締役が過半数を占める指名・監査・報酬委員会を置き（2条12号、400条）、その監督機能の強化を図った³⁴⁾。この背景には、従来の経営機構における問題点である、そもそも、代表「取締役」の業務執行を「取締役」会が監督するという点で自己監督の問題を制度上抱えているとともに、取締役の候補者やその報酬の案の決定を代表取締役が行っており、各取締役が代表取締役を監視する環境になく、取締役会による監督が形骸化していた点にある。このような問題点を克服するための指名委員会等

設置会社であり、特に、社外取締役が過半数を占める指名委員会が取締役の候補者を決定することにより、それまで最高権力者である代表取締役が握っていた実質的な人事権をはく奪することで、各取締役の監視の環境が確保され、取締役会の監督機能の実効性が確保されるための体制としたという点が重要である。このように取締役会の監督機能が強化されたことにより、執行役への大幅な決定権限の委譲が可能となり、機動的な経営が図られることとなった。このような趣旨に鑑みた場合、②の取締役会による(代表)執行役の選任(定)・解任(職)権限を否定する形での株主総会への委譲が許されないことはもちろん、①の取締役会の権限を維持しつつ株主総会権限として認めることも疑問に思われる。取締役会の選任(定)・解任(職)権限の無力化を招きかねず、また、無用な混乱の原因ともなりかねない。しかも、指名委員会等設置会社を採用するのは大規模な上場会社に限られ、後述のコーポレートガバナンス・コード改訂等の趣旨に鑑みると、取締役会こそがその権限を有するにふさわしいものと評価できるからである。

監査役(会)設置会社においてはどうか³⁵⁾。まず、②のケースは許されないと解すべきである。非公開会社において指摘した理由がここでも当てはまるであろうし、特に社外取締役の設置が実質的に強制される上場会社等においては、その社外取締役設置の趣旨に鑑みた場合になおさらであろう。また、公開会社における株主総会は、その適格性を有さない場合がほとんどであろう。次に、①のケースはどうか。取締役会の選任(定)・解任(職)権限が留保されている限り、定款自治の問題と解することができる。その意味では違法と断ずることはできないであろう。しかしながら、特に上場会社等においては、妥当性という点からは、問題が残るであろう。すなわち、後述のコーポレートガバナンス・コード改訂等でも指摘されるように、代表取締役の選任(定)・解任(職)は、企業の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上を実現していくうえで最も重要な戦略的意思決定であり、株主総会ではなく、取締役会こそがその権限を有するにふさわしいといえるからである。

4. 改訂CGコードと対話ガイドラインをふまえて —むすびにかえて

2018年6月1日、東京証券取引所はコーポレートガバナンス・コード³⁶⁾を改訂し（以下、「改訂コード」という。）、また、金融庁は「投資家と企業の対話ガイドライン」（以下、「対話ガイドライン」という。）を公表した^{37) 38)}。

「ステewardシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議」において、特にCEOの選解任は、企業の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上を実現していくうえで最も重要な戦略的意思決定であるとして、その手続きの客観性・適時性・透明性を求めるとともに、後継者候補の育成に十分な時間と資源をかけて取り組むことが求められた³⁹⁾。そこで、改訂コードには、客観性・適時性・透明性ある手続による選任を明確にするために4-3②⁴⁰⁾が新設され、また、CEOがその機能を十分に発揮していないと認められる場合における客観性・適時性・透明性ある手続による解任を明確にするために4-3③⁴¹⁾が新設された。さらには、改訂コードは、原則3-1を改訂し、主体的な情報発信を行うべき事項として、取締役会が経営幹部の「選任」にあたっての方針と手続だけではなく、解任も含め「選解任」にあたっての手続と方針とした（3-1 (iv)⁴²⁾。

対話ガイドラインの「3. CEOの選解任・取締役会の機能発揮等」における【CEOの選解任・育成等】において、CEOの選解任に関し、以下のように述べられている⁴³⁾。すなわち、「CEOに求められる資質について、確立した考え方」を求め（3-1）、「客観性・適時性・透明性ある手続により、十分な時間と資源をかけて、資質を備えたCEOが選任」され、その実効性を確保するための「独立した指名委員会」の活用を求める（3-2）。また、「CEOがその機能を十分に発揮していないと認められる場合」の「解任するための客観性・適時性・透明性ある手続」の確立を求める（3-4）。さらに、「CEOの後継者計画」を策定し、十分な時間と資源をかけて「後継者候補の育成」を計画的に行うことを求める（3-3）。

以上のように、CEOの選任および解任ならびに後継者計画及びその育成に関し、取締役会に期待される機能は極めて重大なものといえる。もちろん、その役割を取締役に限定するものではないが、実質的にその適格性を有するのは取締役会といえよう。独立性を有する社外取締役を含む、しかも多様性を確保した取締役会が、その知識・経験・能力を合議体の機関として発揮し、対応していくべきであろう。その意味では、取締役会に権限を留保する形であったとしても、株主総会に代表取締役の選任(定)・解任(職)権限を認めることは基本的には許されないものと解すべきであろう。このように解したとしても、取締役としての適格性すら欠くと判断される場合には、株主総会決議による解任や解任の訴えを利用することは可能である。

〔注〕

- 1) 古くは三越やフジサンケイグループの社長解任が大きな話題となった。
- 2) 辞任という形式をとり、明確な解任ではない場合を含む。近時においては、セコム、セブンアイホールディングスや三越・伊勢丹の事例が注目される。
- 3) 以下で指摘するように、当該権限を株主総会権限とすることと、そのことにより取締役会がその権限を失うことになるか否かは分けて考える必要がある。
- 4) 民集71巻2号195頁、判時2333号122頁、判タ1436号102頁、金判1514号8頁。本決定評釈として、弥永真生・ジュリ1507号2頁、松井智予・論及ジュリ23号158頁、北村雅史・法教442号126頁、若林泰伸・法教445号42頁、前田雅弘平成29年重要判例解説104頁、松本展幸・ジュリ1521号104頁等。
- 5) 本件では、本件定め有効性のほかに、その前提として、Y₁社の発行済株式の帰属および、複数回の変更のあった定款規定のうち、いずれの定款が本件各株主総会の定款として有効な定款であったのかについての争いがあったが、ここでは本稿に關係する本件定め有効性についてのみとりあげることにする。
- 6) 東京高決平成28年3月10日金判1514号12頁。なお、第1審である千葉地木更津支決平成28年1月13日については金判1514号13頁参照。
- 7) 拙稿「株主総会権限および株主権に関する一考察(1)」杏林社会科学硏究28巻3号1頁以下、「同(2)」同29巻2号1頁以下参照。
- 8) 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』147-150頁、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法〔第3版〕』218-220頁参照。
- 9) 大隈・前掲注(8)153-174頁、河本一郎『現代会社法〈新訂第九版〉』7-12頁、

森田章『上場会社法入門〔第2版〕』125-136頁。

- 10) 大隈・前掲注(8) 198-220頁。
- 11) 旧有限会社法において、会社法295条1項のような万能機関性を明示する規定はなかったが、当時の商法230条の10のような権限を限定する一般的な規定はなく、強行法規または有限会社の本質に反しない限り、どのような事項でも決議することができる万能な意思決定機関と解されていた(上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(14)』280-282頁(前田重行執筆))。
- 12) 株主総会決議事項とすることを認める立場(北沢正啓『新版会社法』195頁、上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(5)』26頁(江頭憲治郎執筆)等)に対し、譲渡承認は株主構成に関する事項であり業務執行の決定機関である取締役会が行うことが適切であり、また株主総会の決定を要求することにより株主の投下資本回収の保障の実効性が損なわれるとして否定する立場(大隈健一郎・今井宏『新版会社法論上』354頁、田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』342頁他、多数説)が主張された。会社法は、譲渡承認機関として、原則として取締役会が設置されている会社においては取締役会、それ以外の会社では株主総会としたうえで、定款の定めにより他の機関とすることができるものとした(会社法139条1項)。このため、取締役会が設置されている会社において株主総会を承認機関とすることができることとされた(相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』26頁(相澤哲・岩崎友彦執筆))。
- 13) 相澤・前掲注(12) 76頁(相澤哲・細川充執筆)
- 14) 酒巻俊雄・龍田節『逐条解説会社法第4巻』34頁(前田重行執筆)。もっとも、この取締役会の存在を無意味にしてしまうような権限の拡大は許されないと指摘自体について異論はなく、たとえば、すべての業務執行の決定権限を株主総会権限とすることは、業務執行の決定機関としての取締役会の存在を無意味にしてしまうとして許されないと解されている(たとえば弥永真生『リーガルマインド会社法第11版』124頁)。そのような点からすれば、後述のように、監督権限を無意味にしてしまうような拡張も許されないこととなろう。
- 15) 上柳他・前掲注(12) 24頁以下(江頭憲治郎執筆)
- 16) 田中・前掲注(12) 570頁、鈴木・竹内・前掲注(8) 207、258頁。
- 17) いわゆる並立機関説は、以下のように理解する(上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(6)』137頁以下(山口幸五郎執筆))。すなわち、業務執行について、これを意思決定と執行自体とに分け、意思決定の権限は取締役会に執行自体は代表取締役それぞれ専属する。取締役会が業務執行の意思決定を担当する機関であるのに対し、代表取締役は単なる羈束的行為に過ぎない執行自体と代表(対外的執行自体)を担当する機関であると解し、この両機関が上下関係をもって並立的に株式会社の業務執行機関を構成している。業務執行に関する意思決定権限がすべて取締役会に専属しているとするこの説からは、以下の点が導

代表取締役の選任(定)・解任(職)権限の委譲に関する一考察

かれる。すなわち、

- ①取締役会が決定すれば代表取締役を拘束する。
 - ②本来、業務執行の決定権限を有しない代表取締役は、定款または取締役会の決議をもって取締役会から委任された範囲内でのみ決定権限を有するにとどまる。
 - ③日常の業務執行の意思決定の権限については、代表取締役の選任のうちに当然その委任を包含しているものと推定される。
- 18) 大隅健一郎・今井宏『会社法論中 I』190頁、河本・前掲注(9)306頁他。
- 19) いわゆる派生機関説は、以下のように理解する(上柳ほか・前掲注(17)137頁以下(山口幸五郎執筆))。すなわち、代表取締役の権限が取締役会(全体としての取締役)による業務執行権限の委譲に由来するものであること、代表取締役の地位がその名称にも表れているように取締役会の構成員たる取締役の資格を前提とすることなどを根拠として、代表取締役が取締役会の派生機関であるものと構成する(大隅・今井・前掲注(18)130頁)。この説からは、以下の点が導かれる。すなわち、
- ①取締役会は随時その決議をもって代表取締役の権限に制限を加え、あるいはその権限に委ねた事項につき自ら決定をなすことができ、この決議は代表取締役を拘束する。
 - ②代表取締役に対する取締役会の監督権限をも根拠づけることができる。
 - ③取締役会に対する代表取締役の報告義務も当然のこととして説明される。
 - ④代表取締役の選任・解任が定款をもってしても奪うことを得ない取締役会の権限に専属すべきことをも論理的に帰結することができる。
- 20) 江頭憲治郎『株式会社法第7版』318-319頁。
- 21) 落合誠一編『会社法コンメンタール8』220頁(落合誠一執筆)。
- 22) 酒巻・龍田・前掲注(14)34-36頁(前田重行執筆)。
- 23) 江頭憲治郎・中村直人編著『論点体系会社法2』405-406頁(松井秀征執筆)、岩原紳作編『会社法コンメンタール7』41-42頁(松井秀征執筆)。さらに松井教授は、このような解釈が制約になるというのであれば、取締役会を置かない会社にする、あるいは特定の株主に拒否権付種類株式(108条1項8号)を発行する等、別の方法を模索すべきであろうと指摘される(前掲コンメンタール42頁)。
- 24) 昭和36年10月12日付民事甲第1983号民事局長通達(松井信憲『商業登記ハンドブック第2版』69頁)、鴻常夫ほか編『商業登記先例判例百選』112頁(寺田逸郎執筆)。
- 25) 登記実務に関し、松井・前掲注(24)389頁、寛康生・神崎満治郎・立花宣男編集代表『[全訂] 詳解商業登記【上巻】』690頁は、会社法のもとでは、取締役会による選定権限を奪わない限りは、定款により、代表取締役を株主総会の決議によって選定することが可能であるとする。
- 26) 理論的には、取締役会の選定・解任権限を残しつつ、株主総会に選任(定)・解任

(職) 権限のいずれかを認めることも考えられるが、現実的ではなからう。

- 27) 従来の並立機関説と派生機関説の対立を背景とした理論的な分析も問題となり得るが、この点は今後の課題とする。会社法のもとでは、並立機関説の立場が自然な理解と思われ、ここでは監督の実効性を中心に分析することとする。なお、江頭・前掲注(20) 382頁参照。
- 28) 後述の公開会社における考察の指名委員会等設置会社はここでも問題となり得るが、非公開会社において採用されることは想定されないため、考察しないこととする。
- 29) 相澤・前掲注(12) 76頁(相澤哲・細川充執筆)は、「対外的な関係を考慮して法定の『取締役会』を設けるに過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」と指摘する。
- 30) 設立時執行役及び設立時代表執行役の選任及び解任は設立時取締役による(48条1項2号3号2項)。
- 31) 江頭・前掲注(20) 318頁、岩原紳作編『会社法コンメンタール9』66頁(伊藤靖史執筆)。
- 32) 酒巻俊雄・龍田節編集代表『逐条解説会社法第5巻』238頁(河村賢治執筆)。河村教授は、選解任権限が企業統治の根幹に関わる問題であるとし、会社法はさまざまな配慮のもとにその所在に関する規定を設けていることから、この点に関する定款自治を認めることには慎重であるべきとする。
- 33) ただし、取締役との兼任が可能(402条6項)とされた点で、この分離は不十分なものとどまっている。
- 34) 制度の目的等については、岩原・前掲注(31) 43-45頁(野村修也執筆)、拙稿「平成26年会社法改正に関する一考察(1)」杏林社会科学 研究30巻2号11-12頁。
- 35) 平成26年改正によって導入された監査等委員会設置会社における代表取締役の選任(定)・解任(職)権限に関し、指名委員会等設置会社と同様に、従来とは異なった視点からの考察が必要か問題となる。たしかに、監査等委員である取締役の過半数を社外取締役とする(331条6項)等により、取締役会の監督機能を強化する点からすれば異なった視点を要するとも思われるが、取締役地位とは区別された執行役が業務執行を担当する指名委員会等設置会社の場合とは異なり、監査等委員会設置会社においては、取締役の地位を前提とする代表取締役等が担当する点からすれば、従来とは異なった視点からの考察は要しないであろう。坂本三郎・高木弘明・宮崎雅之・内田修平・塚本英臣・辰巳郁・渡辺邦広「平成26年改正会社法の解説〔Ⅱ〕」商事法務2042号21頁によれば、指名委員会等設置会社のような指名委員会および報酬委員会を欠く監査等委員会設置会社における業務執行者は、株主総会決議で選任されることを通じて株主による監督を受ける取締役であることを要するとされる。

代表取締役の選任(定)・解任(職)権限の委譲に関する一考察

- 36) コーポレートガバナンス・コードに関しては、拙稿・前掲注(34)4-5頁参照。
- 37) 田原泰雄・渡邊浩司・染谷浩史・安井桂大「コーポレートガバナンス・コードの改訂と『投資家と企業の対話ガイドライン』の解説」商事法務2171号4頁以下、渡辺邦広「コーポレートガバナンス・コードの改訂とCEO・取締役会」商事法務2173号18頁以下参照。なお、富山和彦「CEO選解任こそガバナンス改革の1丁目1番地」企業会計70巻8号26頁以下、森川正之「取締役会の多様性・独立性と経営成果」同43頁以下、濱口耕輔・小宮慶久「CEO選解任手続と後継者計画の策定・運用」ビジネス法務18巻8号24頁以下参照。
- 38) スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コード策定後の現状に対する問題意識から、金融庁・東京証券取引所に「スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議」(座長・池田和人立正大学教授)が設置され、2017年10月以降コーポレートガバナンス改革の進捗状況の検証が行われ、2018年3月26日「コーポレートガバナンス・コードの改訂と投資家と企業の対話ガイドラインの策定について」と題する提言が公表された。これを受け、コーポレートガバナンス・コードが改訂され、また、「投資家と企業の対話ガイドライン」が公表された。このガイドラインは、その前文で示されるように、「両コードの附属文書として位置付けられるもの」であり、企業がコーポレートガバナンス・コードの各原則を実施する場合や、実施しない理由の説明を行う場合には、「本ガイドラインの趣旨を踏まえることが期待される」と指摘されている。
- 39) 「会社の持続的成長と中長期的な企業価値の向上に向けた取締役会のあり方『スチュワードシップ・コード及びコーポレートガバナンス・コードのフォローアップ会議』意見書(2)」(平成28年2月18日公表)。
- 40) 4-3②「取締役会は、CEOの選解任は、会社における最も重要な戦略的意思決定であることを踏まえ、客観性・適時性・透明性ある手続に従い、十分な時間と資源をかけて、資質を備えたCEOを選任すべきである。」
- 41) 4-3③「取締役会は、会社の業績等の適切な評価を踏まえ、CEOがその機能を十分に発揮していないと認められる場合に、CEOを解任するための客観性・適時性・透明性ある手続を確立すべきである。」
- 42) さらに、ここの「選任・指名」の説明だけでなく、「選任・解任・指名」についての説明が求められることとなった(3-1(v))。
- 43) この実効性を確保するために、【取締役会の機能発揮】において、「3-6取締役会が持続的な成長と中長期的な企業価値の向上に向けて、適切な知識・経験・能力を全体として備え、ジェンダーや国際性の面を含む多様性を十分に確保した形で構成されているか。その際、取締役として女性が選任されているか。3-7取締役会が求められる役割・責務を果たしているかなど、取締役会の実効性評価が適切に行われ、評価を通じて認識された課題を含めその結果が分かりやすく開示・説明されているか。」が求められている。