The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	代表取締役の権限
Author(s)	金田, 充広
Citation	阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 365-387
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/60180
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

代表取締役の権限

金田充広

一　はじめに
二　取締役会及び代表取締役
三　会社の行為
四　おわりに

一　はじめに

取締役会設置会社は取締役の中から代表取締役の選定が必要であり（会社法三六二条三項）、非取締役会設置会社は取締役がそれぞれ会社を代表する（同三四九条一項）。いずれの場合も代表取締役とは株式会社を代表する取締役である（同四七条一項）。旧有限会社法が代表取締役を規定せず、「取締役ハ会社ヲ代表ス」（同二七条一項）と規定していたから、それと同じ考え方をすると非取締役会設置会社の取締役は代表取締役ではなく、会社を代表する取締役であるということになる。会社法では、この点に関して、会社を代表する取締役をすべて代表取締役として簡単に同じルールを適用することができることとした。[1] すなわち株式会社と有限会社とが統合され、両概念を

統一して整理する必要があったため、取締役会設置の有無にかかわらず、株式会社の代表権を有する取締役をすべて代表取締役と整理した。[2]

代表取締役は、会社の代表者でありその行為が会社の行為であり会社にその効果が帰属する重要な機関である。会社の法律関係における重要事項であるから、その旨を登記しなければならない（会社法九一一条三項一四号、[3]商登法四六条以下）。会社法三四九条一項は、取締役は株式会社を代表すると規定しているから非取締役会設置会社では、取締役は、代表取締役としての選任がなくても会社の代表権がある代表取締役である。同条項ただし書きにあるように、他に代表取締役その他株式会社を代表する者を定めた場合はこの限りでない。取締役会設置会社に関しては、代表取締役として選定されていなければ会社を代表する権限はない（会社法三六二条三項）。代表取締役でない取締役に副社長、専務、常務などの名称を付した場合には、表見代表取締役に関する規定の適用がある（同三五四条）。複数の代表取締役がある場合に関して、会社法制定前の商法[4]は共同代表の制度について規定していた[5]が、会社法ではこれを廃止した。[6]

株式会社の代表に関しては、代表取締役がその権限を有する。会社を代表する取締役が代表取締役であるから、代表取締役以外に会社の対外的業務執行をする場合には、原則として代理行為ということになるであろう。また株主総会が万能の機関である（会社法二九五条一項）のに対して、取締役会設置会社の場合には、株主総会の権限が法令・定款の範囲に限定される（同条二項）。その結果、取締役の権限事項が拡大し機関構成において監査役の役割が重要になる。取締役会設置会社の場合には、代表取締役の代表権行使は、株主総会・取締役会の決定に基づきこれを行うことになる。また委員会設置会社の場合には代表取締役は規定されていない。会社を代表するのは、取締役会によって選定された代表執行役である（会社法四二〇条一項）。代表執行役の会社代表に関しては、代表取

締役の権限に関する規定が準用される（同四二〇条三項・三四九条四項五項）。したがってその権限は、会社の一切の裁判上又は裁判外の行為に及ぶことについて代表取締役と異ならない。

本稿では、取締役会設置会社の代表取締役の権限に関して、会社の目的及び取締役会との権限関係を中心に概観した上で、権限の制限につき少し触れておきたいと思う。

（1）葉玉匡美「代表取締役の意義」http://blog.livedoor.jp/masami_hadama/archives/5005518.html#（二〇〇五年一一月二二日）。

（2）相澤哲編著「立案担当者による 新・会社法の解説」別冊商事法務二九五号一〇二頁（二〇〇六年）。

（3）会社法九一一条三項一四号は、委員会設置会社を除外している。

（4）平成一七年法律八七号（平成一七年七月二六日）により「会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」（以下「整備法」という。）が成立し商法の一部改正が行われ（整備法六四条）、会社に関する規定が削除された。

（5）平成一七年改正前商法二六一条二項。共同代表執行役（旧商法特例法二一条の一五第二項）、共同支配人（平成一七年改正前商法三九条）についても同様である。

（6）会社代表において共同してすることを要求することは慎重な業務執行を期待することができる反面、機動性に欠けかつ対外的に代表権の行使につき複数人を要求することで個々の代表取締役に対する信用の問題がないではなかった。

二　取締役会及び代表取締役

1　所有と経営の分離

会社法では株式会社に取締役会を置くか否かは原則として任意であり、取締役会設置会社と非取締役会設置会社とがある。法律上、取締役会を設置しなければならない場合が規定されている（会社法三二七条一項）。いずれにしても株式会社であれば、株主全員からなる株主総会以外に取締役を置かなければならない。取締役は会社の経営

にあたる。所有と経営の分離が進み、商法が制定された当初において、取締役は株主の中から選任すべきものであったが、かならずしも株主の中から選任しなくてもよいことになった[7]（同三三一条二項）。すなわち会社経営の専門性や広く人材を求めることができるように商法が改正された。株式会社は法人であるから、自らの意思表示及びその他行為は、個人または会議体が行わなければならない。これが機関である。取締役は、機関である取締役会の構成員であり、あるいは非取締役会設置会社の場合は機関そのものである。

平成一四年に旧商法特例法が改正され委員会等設置会社の制度が導入された。過半数の社外取締役から構成される指名委員会、監査委員会、報酬委員会を設置することとし、取締役会が業務執行の決定権限につき執行役に委任できる範囲を拡大することにより、取締役会の監督権限の強化と円滑な業務執行決定を確保している。会社法にも委員会設置会社が規定されているが、いずれにおいても代表取締役は必要常設の機関ではない。委員会設置会社では代表執行役が会社を代表する（旧商法特例法二一条の一五第一項、会社法四二〇条・三四九条四項五項）。委員会設置会社の取締役は、取締役としては原則的に業務執行権限もないし代表権もない（同四一五条）。執行役だけが業務執行権を有する（同四一八条二号）。ただし執行役と取締役は兼任することができる（同四〇二条六項）。

2　株式会社の機関

株式会社の業務執行は、会社が法人であることから自然人の行為を必要とする。機関の行為を必要とするわけであるが、会社法は機関構成の選択肢が豊富であり、どのような機関構成で会社経営を行うかなどに関して、平成一七年改正前商法と比較すると相当柔軟に対応できる。平成一七年改正前商法は、株式会社については、株主総会、取締役会、代表取締役及び監査役を必要機関としており他の選択肢がなかったのであるが、旧商法特例法や旧有限会社法という特別法による会社法規制があり、これらとともにある程度選択の余地があった。

旧商法特例法では、会計監査人と監査役全員からなる監査役会とが規定されていた（旧商特法二条以下、一八条ノ二）。公認会計士が会計監査人として会社の外部から計算書類の監査を行うことから、会計監査人は会社の機関ではないとする考え方も成り立ちうるが、会社法では会計監査人を機関としている（会社法三二六条二項）。また旧商法特例法により導入された委員会等設置会社の制度が、委員会設置会社として踏襲されている。会社法では、旧商法特例法の機関構成も規定に織り込み、旧有限会社は整備法により特例有限会社として存続している。法的な取り扱いは株式会社である。取締役とともに会社の計算書類の作成にあたる会計参与という機関も新設された（同三三三条以下）。

基本的には、出資者である株主全体からなる株主総会が、会社経営に関する一切の事項を決定する権限を有する（会社法二九五条一項）。会社の経営は株主総会で選任された取締役に委任されている（同三三〇条）。会社経営にさいしては、専門性、知識・経験が重要であるから、株主以外からも広く取締役を選任できるのでなければならない。取締役会は、昭和二五年の商法改正により導入された制度である。同年改正により代表取締役の制度も新設された（平成一七年改正前商法二六一条）。取締役会は、平成一七年改正前商法において必要常設の機関であったが、会社法では原則として任意機関である（会社法三二六条二項）。取締役会は、法律の規定・定款の定める株主総会の決議すべき事項を除き重要な業務執行を決定する（同二九五条二項三項・三六二条二項四項）。取締役会は、取締役全員からなる会議体であるから、取締役会において決議されたことを実行する機関が必要になる。代表取締役[8]は、業務執行自体を行い、それとともに経常的に反復継続して行われる会社の営業に関する行為に関して専決執行する重要な機関である。

3　取締役会及び代表取締役の制度設置の意義

昭和五六年改正商法は、取締役会の専決事項を規定し（同年改正商法二六〇条二項）、会社法三六二条四項はこれら規定と部分的に同じ趣旨の規定を置くとともに、内部統制システムの構築に関する権限その他を追加し取締役会の専決事項としている。取締役会制度は、昭和二五年の商法改正によって、商法制定当初の取締役の各自代表の原則が放棄され、そのかわり代表取締役の制度とともに導入された。取締役の専門性に基づく会社の経営能力が、機動力とともにその権限拡大という形で十分に発揮できるようにしたものである。その反面、株主総会の権限が、法令定款に定められた事項に限定されたわけである。代表取締役については、日常の業務を専決執行権限事項とし機動的な対応を可能としている（同三四九条四項）。

取締役会は、会議体としてより慎重な業務執行の決定を実現し、その構成員から選任した代表取締役及びその他取締役を監督する。ここに株式会社の業務執行機関が、管理の機関としての取締役会と指揮の機関としての代表取締役が分化し発達した形態を見ることができる。実際上の問題としても、会社経営における重要事項を代表取締役が単独で決定し執行するということがあり、他の取締役がこれらに関知しないため会社の不当な行為を阻止することができないという弊害を回避する制度として有効であるということができる。[9] もっとも取締役会による業務執行の監督権限に関しては、限界があることが指摘されている。すなわち代表取締役を除き取締役会の構成員は、いずれも代表取締役の部下である場合が一般的である。その結果、現実問題として、その監督機能が必ずしも十分に機能しないのではないかということである。[10] 昭和二五年改正商法により導入された取締役会制度に課された業務執行に関する監督機能に対する疑義である。会社経営に関する取締役の業務執行に関する監督権限は、もともと監査役の職務である。そこで昭和二五年商法改正により会計監査に縮小された監査役の権限が、昭和四九年の商法特例法

の制定による小会社の特例を除き、再び拡大され業務執行の監査権限も有することになった。

会社法では、取締役会の有無が機関構成の選択肢になっていることから、株主総会と取締役会との権限分配が平成一七年改正前商法のように画一的ではない。取締役会の設置義務のある会社については、定款で取締役会を設置する旨の定めを置かなければならない。[11] 取締役会設置会社は、代表取締役の選定が義務付けられ（会社法三六二条二項三号三項）、原則として監査役を設置しなければならない（同三二七条二項）。

4　取締役会及び代表取締役の権限

取締役会とは取締役全員から構成される株式会社の機関である。代表取締役は会社を代表する機関である。会社代表とは対外的な業務執行であり、その前段階として業務執行の決定がある。株主総会の権限は会社法及び定款によって明確になっており、取締役会及び代表取締役の権限はそれに及ばない。非取締役会設置会社では、株主総会の権限とされていた事項についても、取締役会設置会社では取締役会がこれを決定し代表取締役が執行する事項がある。代表取締役には、日常の業務に関して専決執行権がある。これを取締役会から委任された権限と解すべきか固有の権限と解すべきかなど、取締役会と代表取締役との権限関係[12]については、その理解の仕方に見解の相違がある。

（ア）　並立機関説

取締役会は会社の業務執行を決定する機関であり、代表取締役及び代表取締役以外の業務執行取締役はこれを執行する機関であるから、これら両方の機関が並立して会社の業務執行機関になると解する。[13] 取締役会と代表取締役には、意思決定の権限と執行自体の権限とがそれぞれ専属すると解する。代表取締役は、単なる羈束的な執行自体を担当する機関ということになる。代表取締役は取締役会の下部組織にすぎないから、その命令・監督に服するこ

とになるわけである。昭和五六年改正商法は、その趣旨を明文化し二六〇条一項に「取締役会ハ会社ノ業務執行ヲ決シ取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と規定した。

会社法制定以前の見解として次のような見解がある。代表取締役は、株主総会の決議又は取締役会の決定をそのまま執行するほか、取締役会の委任した範囲において、根本的な業務執行以外の事項につき自ら決定し執行することができるとする。[14] あるいは、代表取締役の業務執行の決定権限は取締役会の委任に基づくものであるが、法定事項及び定款により取締役会の権限とされている事項以外の事項に関して、特に日常の業務（会社事業の通常の経過から生ずる事項）の決定は、代表取締役の専決執行権限が代表取締役に当然委任されたものと推定するという見解等が主張されている。[15][16] 平成一七年改正前商法二六〇条二項は、取締役会の決議事項を規定しており代表取締役その他の取締役に委任できない範囲を明らかにした規定である。昭和五六年の商法改正で新設された規定である。会社法三六二条四項と同趣旨の規定であり、取締役会と代表取締役その他取締役との決定権限の所在を画する。

会社法制定以前の前掲前者の見解は、昭和二五年改正商法に関する研究に基づくものである。同年改正商法二六〇条は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス支配人ノ選任及解任亦同ジ」と規定していた。その後、昭和三七年に若干の改正後昭和五六年改正により、二六〇条二項柱書きに「重要なる業務執行」、同項各号に具体的事項を規定しその決定を取締役に委任できないことを規定した。[17] 会社法三六二条がこれを踏襲し、平成一七年改正前商法二六〇条二項各号に五号六号七号の事項を追加して「取締役に委任することができない」とした。

特に昭和五六年改正は、取締役会は業務執行の決定権限を有する機関であるが、すべてを決定できないので部分的に取締役に委任することができて委任された取締役が業務執行の決定をすることができるという解釈を前提に、必ず取締役会が決定しなければならない事項いわゆる専決事項を明文化した。それまでは取締役会の専決事項が規

定されていなかった。そこで何が取締役会の専決事項かということに関しては、同年改正以前は解釈上の問題であり広狭両方の見解があった。これを狭く解する見解は、商法が取締役会の権限としていた事項、たとえば新株発行事項の決定は取締役会の専決事項であり他に委任できない（同年改正前二八〇条ノ二第一項柱書）[18]とする。これに対して広く解する見解は、商法に明文で規定のない場合においても、重要な業務執行はこれを委任することができないとしている。同年改正法は、この問題に関して広く解する立場により、取締役会が委任できない事項を同年改正商法のもとで考えられていたより多く明文で列挙する形で立法化した[19]。

取締役会が決定すべき業務執行とこれらを取締役に委任できない事項とが会社法上も明らかであるから、代表取締役及び代表取締役以外の業務執行取締役は、このような権限分配を前提に、株主総会及び取締役会の権限以外の事項につき専決執行することができる。この場合には、委任関係が必要になると考えなければならないとする。そして日常の業務執行に関する意思決定の権限については、代表取締役に当然委任されたものと推定すべきであると主張する[20]。

（イ）派生機関説

代表取締役の権限は取締役会の権限に由来するものであり、代表取締役はいわば取締役会の派生的機関であって、会社の業務執行権限は取締役会にあると解する[21]。

会社経営の現実においては、業務執行の決定を取締役全員からなる取締役会で決定することとしても、昭和二五年改正前商法二六一条一項のように、その執行自体までも個々の取締役により行うとするより、特定の取締役に委ねるとするのが適当である。そこで同年改正商法は、取締役会の決議をもって代表取締役を選任すべきものとした。すでに昭和一三年改正前商法一七〇条は、「定款又ハ株主総会ノ決議ヲ以テ取締役中会社ヲ代表スヘキ者ヲ定メス

又ハ数人ノ取締役カ共同シ若クハ取締役カ支配人ト共同シテ会社ヲ代表スヘキコトヲ定メサルトキは取締役ハ各自会社ヲ代表ス」と規定し、取締役がそれぞれ外部に対し会社を代表するとするよりも、会社代表者の定めを置くことの方が意思の統一と事務の進捗とを計る上において得策であるという考え方[22]によっていた。会社経営の実際においては多くの場合、社長、副社長、専務等の会社代表者を定め上下統率の関係あるいは業務の分担を定め統一的な会社運営が行われるのが現実的である。それとともに会社経営の実際においては、旧有限会社のような個人的色彩[23]の会社代表ないし機関構成の要請があることも事実であり、会社法は法律上これを原則としている。

派生機関説は、次のように代表取締役の権限は本来取締役会の権限から由来したものであるとする[24]。取締役会は業務執行の決定をなすことはもとより、その決定したところを実行する権限も有すると解する。まず会社の業務執行の権限が全体としての取締役に属すると考える。すなわち昭和二五年改正商法は、授権資本制度を導入するなど取締役の権限を著しく拡大し、取締役会により機動的な資金調達を可能とし[25]、会社経営において利益獲得の機会を逃すことなく営業活動を展開できる趣旨に出たものである。それは業務執行の権限が全体としての取締役に帰属するという論理を前提とする。そして取締役会には決定した事項を実行する権限もあると考える。その反面会議体による慎重な決議を要求する。このように会議体としての取締役会は会社の業務執行機関を構成することになる。業務執行の決定ばかりではなくその実行もできるということは一見矛盾するようであるが、業務執行の権限が全体としての取締役に合有的に属する結果、実行についても取締役全員の共同によるべきことになるとする。

以上のような見解とともに、制度発達の歴史的視点から、代表取締役は、権限の由来及び名称とその資格要件からみて取締役会の派生機関性を完全に脱却していないとしつつ、法律上、会社の営業に関する一切の裁判上及び裁判外の行為をなす権限を認められており、取締役会とは別個に法律上固有の権限を付与された独立の機関としての

地位を有するという見解[26]がある。

（ウ）　若干の検討

会社法は、取締役会設置会社に関して、業務執行の決定は取締役会の決議によることを規定している（会社法三六二条二項一号）。業務執行の決定に基づき代表取締役が会社代表行為を行う。ところで業務執行の決定に関して、昭和二五年改正前商法二六〇条が、会社の業務執行は取締役の過半数により決定するとしていたところ、改正により同条は、「会社ノ業務執行ハ取締役会之ヲ決ス…」と規定された。派生機関説[27]によると、このように同年改正以前において、取締役の互選により代表取締役になったとしても、代表取締役の業務執行及び会社の代表権限は取締役が固有するものであり、代表取締役は取締役会から派生したものであると主張される。そしてさらに、昭和二五年改正前商法のたて前としては、取締役は各自業務執行機関を構成するのに、他方において会社の業務執行は取締役の過半数で決すべきという矛盾に対して、並立機関説によって、業務執行の決定は取締役の過半数の決議により、その執行自体は取締役各自がこれをなすという解釈が広く行われておりこれが踏襲されているとする。取締役会制度が新しく定められたことについては、時代背景とともに会社経営の合理性を基本として、資金調達など決定過程の簡略化、機動性や迅速性などの問題に対処するとともに慎重に業務執行を決定するために行われたと考えられるが、並立機関説からは、そのような立法経緯により説明することが困難であるということになる。制度創設の理由からは取締役会と代表取締役との権限関係を説明できないということである。しかし同年改正以前においても、特に代表取締役を定めて会社代表行為をさせることができたし（昭和二五年改正前商法二六一条二項）、会社経営の実際として定款の規定により取締役会を置き意思決定をなし、社長、専務取締役、常務取締役を定めて業務の分担をさせることは普通に行われていた[28]。そうであるならば並立機関説の説くところは従前から実際に即した妥当なも

のということができる。理論的にも、個人的小規模の会社運営において取締役の各自代表の原則が妥当する会社から、会社の管理と指揮の権限が分化し発展したのが取締役会及び代表取締役の制度であると解するならば、そのことによって会社における統一的な会社運営を達成することができる制度といえる。

(7) 昭和二五年の商法改正（昭和二五年法律一六七号）により、商法二五四条に二項が追加され、「会社ハ定款ヲ以テスルモ取締役ガ株主タルコトヲ要スベキ旨ヲ定ムルコトヲ得ズ」という明文の規定が置かれた。しかしそれ以前の昭和一三年改正の段階において、すでにこの点は明らかになっていた。すなわち昭和一三年改正前商法一六四条一項が、「取締役ハ株主総会ニ於テ株主中ヨリ之ヲ選任ス」と規定していたところ、同年改正により「株主中より」という文言を除いたので、このことが明らかになった。

会社法は、公開会社でない会社はこの限りでないとして、株主に限定することを許容している（会社法三三一条二項ただし書き）。所有と経営が一致しているような場合には認めてよいであろう。

(8) 山口幸五郎・新版注釈会社法(6)株式会社の機関(2)二六一条（一三一頁以下）（一九八七年）など参照。

(9) 田中誠二「改正会社法の法理上の新問題点」商事法務九二四号六頁（一九八一年）。

(10) 落合誠一・会社法コンメンタール8機関[2]三六二条（二一二頁）（二〇一一年）参照。

(11) 相澤・前掲註(2)九三頁。

(12) 山口・前掲註(8)二六一条（一三七頁以下）、酒巻俊雄「業務執行機関の権限」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座3』二七三頁以下（二〇一〇年）など参照。

(13) 鈴木竹雄＝石井照久・改正株式会社法解説一五四頁、一五七頁（一九五一年）、落合・前掲註(10)三六二条（二一八頁）、江頭憲治郎・株式会社法〔第2版〕三五一頁以下註(4)①（二〇〇九年）、神田秀樹・会社法〔第一三版〕二〇三頁（二〇一一年）など参照。

(14) 鈴木＝石井・前掲註(13)一五七頁。

(15) 鈴木竹雄＝竹内昭夫・会社法〔第三版〕二七六頁、二八六頁註(三)（一九九四年）。

(16) 田中誠二・再全訂会社法詳論（上巻）五七九頁以下（一九八二年）、加美和照『会社取締役法制度研究』八五頁以下

（二〇〇〇年）。

(17) 同年改正商法二六〇条に二項三項が新設され、同二項は次のように規定した。

取締役会ハ左ノ事項其ノ他ノ重要ナル業務執行ニ付テハ取締役ニ決セシムルコトヲ得ズ

一　重要ナル財産ノ処分及譲受

二　多額ノ借財

三　支配人其ノ他ノ重要ナル使用人ノ選任及解任

四　支店其ノ他ノ重要ナル組織ノ設置、変更及廃止

(18) 平成一七年改正前商法二八〇条ノ二第一項は、新株発行事項の決定を取締役会の権限とし、定款により株主総会の権限とすることができるとしていた。会社法は、新株発行に関して、自己株式処分の手続きとともに募集株式の発行等として規定し、また募集事項の決定については株主総会の決議によるべきこととしている。公開会社の場合は取締役会の決議による（会社法二〇〇条一項）。会社法は、公開会社でない会社を基本に規定しており、募集事項に関する決議は原則として株主総会決議により行われることとし、募集事項を取締役（取締役会設置会社の場合は取締役会）に委任することができるとした。相澤編著・前掲註(2)五一頁以下参照。

(19) 元木伸・改正商法逐条解説一一三頁（一九八一年）。

(20) 鈴木＝竹内・前掲註(15)二七六頁。

(21) 大隅健一郎＝今井宏・会社法論　上巻（第三版）一四七頁（一九九二年）。

(22) 梶康郎・註釈商法要覧一七〇条（二六〇頁以下）（一九二六年）。

(23) 山口幸五郎・新版注釈会社法(14)有限会社二七条（一九七頁以下）（一九九〇年）。

(24) 大隅健一郎『会社法の諸問題』（新版）三二五頁以下（一九八三年）。この点において、昭和二五年改正前商法二六一条一項における会社代表の権限は、自己が本来取締役として有する固有の権限であって、決して他の取締役から由来したものではないことを指摘している。

(25) 会社成立後における新株発行につき、定款変更による株主総会の権限としていたが、取締役会の決議により行うことができるようにした（昭和二五年改正商法二八〇条ノ二第一項）。

(26) 山口・前掲註(8)二六一条（一三九頁）、同・会社法概論一七四頁以下（一九八八年）、同・会社取締役制度の史的展望二六〇頁以下（一九八九年）。
(27) 大隅・前掲註(24)三二九頁以下。
(28) 田中耕太郎・改正会社法概論五七三頁（一九四一年）、鈴木＝石井・前掲註(13)一四一頁。

三　会社の行為

1　総説

会社法は、「代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。」と規定し（会社法三四九条四項）、「代表取締役とは株式会社を代表する取締役である」と規定する（同四七条一項）。会社は、設立登記により法人として成立し権利義務の主体となる（同四九条一項）。その行為は、代表機関である代表取締役の行為により実現されるから、その代表行為をなしうる範囲は会社の権利能力の範囲に限定される。[29]

会社は、法人であるから自ら行為することはできない。会社を代表して機関のする行為の効果が会社に帰属する。会社の意思表示は、代表取締役のする代表行為として行われる場合だけではなく、業務執行取締役（会社法二条一五号）のする対外的な業務執行の場合もある。業務執行取締役とは、代表取締役以外に、取締役会の決議により会社の業務を執行する取締役として選定された業務執行取締役（同三六三条一項二号）及び会社の業務を執行したその他の取締役である。基本的には、代表取締役が会社を代表して行為するところ、委任等に基づき会社の業務を執行し、会社の業務執行の統一性確保の観点から、代表取締役の指揮のもとに権限行使されるのが普通である。[30] 業務執行は、会社関係において対外的なものと対内的なものに分類できるが、対外的なものが代表行為である。

2　代表行為と会社の目的との関係

会社は法人であるから、自ら行為することができない。したがって会社は、機関によって行為するという仕組みを有し、その行為が会社の行為であり行為の効果が会社に帰属する。会社の成立（会社法四九条）によって、会社は法律関係における権利義務の主体たりうる。機関である代表取締役のした行為の効果が会社に帰属する。すなわち会社はその成立により権利能力を有し、それゆえその範囲で行為能力を有すると解すべきである。[31] 自然人に特有の属性である性別、年齢その他親族相続上の法律関係に基づく権利義務関係は発生しない。また会社法では、会社が法人であることから、自然人に関して民法の規定する行為能力の制限に関する規定は存在しない。それとともに個々具体的ケースにおいて、行為能力の有無を判断しなければならない。たとえば著名な会社の政治献金に関する判例において、裁判所は会社は政治献金をすることができると判示している。[32]

およそ法人である場合には、社団法人であれ財団法人であれ、法人は目的を有する（会社法二七条一号・五六七条一項一号、一般社団・財団法人法[33]一一条一項一号・一五三条一項一号）。社団法人であれば、一定の目的のもとに人の集合体があり、財団法人であれば、一定の目的のもとに拠出された財産が管理運営されることになる。株式会社は、営利社団法人である。平成一七年改正前商法は会社が社団であることを規定していたが（同五二条二項）、会社法は会社が社団であることを規定しない。会社は、株主が一定の目的の下に出資した財産を基礎として、営業活動を展開し獲得した利益を分配する機構を有する。目的が定められているからには、会社の行為はこの範囲内において行われるべきものである。会社の権利能力・行為能力に関して、平成一八年改正前民法四三条（同年改正の現民法三四条と同趣旨）の規定が会社に類推適用されるか否かにつき争いがあった。[34] 最大判昭和四五年は、会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有すると判示している。この問題に関しては、商法に、民法三

四条を準用する旨の規定がないので、明文の規定がない以上目的による制限はないと解する説[35]もある。現行法のもとでは、民法三四条が会社に直接適用され、会社の権利能力は目的の範囲に限られる[36]。このように会社の権利能力の及ぶ範囲において代表取締役は代表行為をすることができる。

3　会社代表権の行使

会社法三四九条四項が、株式会社の代表に関して、「代表取締役は、株式会社の業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する。」と規定している。「業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為」が「会社の権利能力の及ぶ範囲の行為」と同じか異なるかということが若干問題である。代表取締役の業務に関する行為は、当然他の機関の業務執行に関する決定権は含まれない。同義でないとすると、会社の権利能力の及ぶ範囲からすると会社が当然できる行為が、代表取締役としてはできないことになるからである[37]。ここでの問題は、代表取締役の行為を業務執行の対外的な行為としての代表行為と業務執行権限に分けて考えることが適切である[38]。

業務執行とは、会社の代表機関が行う会社の経営その他の事務処理である[39]。代表取締役は、会社の代表者であり、会社経営に関して、株主総会決議、取締役会決議、又は自ら決定したことを実行する。これは業務執行の決定に対して執行自体である。執行自体も、これを会社関係において対内的なものと対外的なものに分類することができる。代表行為は、会社の代表者がする業務執行のうち対外的関係において行われる行為である。それに対応して内部的な業務執行が存在する。したがって代表取締役の代表権は、「業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為」が「会社の権利能力の及ぶ範囲の行為」と同義であると解した上で、一切の対外的業務執行に及ぶものと考えなければならない。代表取締役の行為は、会社代表機関の行為であり、その行為の効果は会社に及ぶ。そのさい会社法では、事業となっており、代表権の範囲は営業に限定されない[40]。

4　会社の業務に関する一切の行為

（1）　代表取締役の専決事項

会社法三四九条四項が、代表取締役の権限として規定している「業務に関する一切の裁判上又は裁判外の行為」の意味内容を見ていこう。裁判上の行為とは、代表取締役が裁判において会社の代表者名義で訴訟手続きを行うことである。代表取締役は、民事訴訟法上、法定代理人に準じて取り扱われる（民訴法三七条・五四条一項）。裁判外の行為とは、その他の適法行為である。

会社の業務に関する行為とは、会社の営業に関する一切の行為であるが、各機関の権限分配の観点から、次のように限定的である。まず第一に、会社の組織又は営業に関する基礎的行為は含まれない。募集株式等の発行等、新株予約権の発行、事後設立、定款変更、社債の発行、各種組織変更などは株主総会の権限とされている事項である。たとえば定款変更は、純粋に会社内部の事項でありもともと対外的業務執行を伴わない業務である。また営業譲渡等も、個々の取引上の行為ではあるが、会社組織に関する基礎的行為であり株主総会決議を要する業務である。これに対して募集株式の発行などは、対内的にも対外的にも業務執行が必要である。あるいは会社法三六二条四項に規定されている重要な財産の処分・譲受け、多額の借財などの重要な業務執行の決定も同様に取締役会の専決事項であり、代表取締役がすることができる株式会社の業務に関する行為には含まれない。

（2）　株主総会・取締役会の決議事項

特に株主総会の決議事項とされている事項については、株主総会以外の機関が決定することができるとする定款の定めは効力を有しない（同二九五条三項）。当然、個々の取締役に委任することもできない。これに対して取締役会の専決事項とされている事項に関しては、その上位機関である株主総会が決定すべきものとする定款の定めは、

性質上特にこれを妨げる事由がない限り認めて差し支えないと考えられる。[41] 会社法上、たとえば公開会社における募集株式の発行事項の決定に関する決定権限のように、基本は株主総会の権限としながら、公開会社の場合には取締役会の権限とすることにつき明文規定を置いている（会社法一九九条二項・二〇一条一項）。そのような規定がある場合においても、株主は会社所有者として本来会社経営に関する万能の権限を有する機関であるから、株主総会の権限とすることができると解する。[42] 会社法三六二条四項に規定されている事項その他の法定事項に関しても同様である。

（3） 法律上の制限

（ア） 総説

業務執行の決定権限は、株主総会・取締役会又は専決的に代表取締役自身にあり、それに基づき対外的に行われる業務執行が会社の代表行為である。代表取締役の会社代表権が、会社の権利能力が及ぶ一切の行為に及ぶことはすでに述べたとおりである。代表取締役の行為は機関としての行為であり、それが会社の行為となるから、会社と第三者との関係において利害関係を生ずることになる。[43] このような代表取締役の包括的な代表権は、これを制限しても善意の第三者に対抗することはできない不可制限的なものである（会社法三四九条五項）。

法律又は定款により株主総会・取締役会の決議が必要であるのにこれを欠き又は有効な決議がなかったり、取締役規則等会社の内部規則に違反する会社代表行為が一般的に問題になることがある。この場合において、取引安全の観点から会社の内部関係にのみ関する事項については、第三者保護を考慮する必要がないのであるから当然無効と考えてよいであろう。[44] ここではそのような制限の踰越に関して、特に法律上の制限を踰越する会社代表の効力をどのように解するかという問題につき募集株式の発行の場合を概観してみよう。

（イ）　取締役会決議を欠く募集株式の発行

公開会社の場合の募集株式発行につき募集事項の決定は取締役会が決定する（会社法二〇一条一項）。代表取締役の権限が法律上制限されていることになるが、代表取締役が取締役会の決議を経ずに募集株式の発行を行った場合の効果はどのようになるのかという問題がある。[45] まず第一にこれを無効と解する見解がある。募集株式の発行は会社の基礎に関する組織法上の行為であるから、これに関する取締役会決議は、昭和二五年改正前商法に規定されていた資本増加に関する株主総会の決議事項であり（同二四八条・二四三条）、取締役会決議は募集株式発行の有効要件であるとする見解がある。[46] たしかに募集株式の発行は、資金調達により会社の物的基礎を拡大することになるし、買収防衛対策として取引銀行その他会社に友好的な者に対する第三者割当てとして行われる会社組織の基本に関する重要な行為である。

最判昭和三六年は、[47] この問題に関してむしろこれを会社の業務執行に準ずるものとして取り扱っているものと解するのが相当であると判示し、対外的に会社を代表する権限のある取締役が新株を発行した以上、たとえ右新株の発行について有効な取締役会の決議がなくとも、右新株の発行は有効なものと解すべきであるとした原判決を肯定している。公開会社の場合には、募集株式の発行は授権株式制度のもとで機動的な資金調達を実現する取締役会による業務執行に準ずるものと考えられる。また公開会社の場合には、既存株主は株主割当てを受ける権利を有しない。

これに対して、非公開会社の場合には、株主には持株比率維持に関する重大な関心と利害があると考えてよいことから、株主の持株比率維持に関する権利が、株主割当て以外の方法により募集株式を発行するためには株主総会の特別決議により募集事項を決定する必要があるとすることで保護されている（会社法一九九条一項二項・三〇九

条二項五号）。株主の意思に反して株式発行が効力を生じた場合に、既存株主の利益を保護するため株式発行無効の訴えを規定している（同八二八条一項二号）。さらに会社法では、募集株式の発行等の無効の訴えの提訴期間に関して、公開会社の場合は六箇月であるのに対して、非公開会社の場合に関してはこれを六箇月から一年にした（平成一七年改正前商法二八〇条ノ一五第一項参照）。既存株主の意思に反する株式発行を株主の意思にかからしめ、あるいは効力が発生したときにこれを無効にできることに配慮したものということができる。[48] これらのことから株主総会の決議を欠く募集株式の発行は無効である。[49]

(29) 山口・前掲註(8)二六一条（一六〇頁以下）。

(30) 江頭・前掲註(13)三五二頁。

(31) 拙稿「会社の定款所定の目的」社会科学雑誌第一巻二〇頁以下参照（二〇〇八年）。

(32) 最大判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六二五頁。以下、「最大判昭和四五年」という。

(33) 「一般社団法人及び一般財団法人に関する法律」（平成一八年法律四八号）。

(34) 私見によれば、類推適用ではなく適用であると解している（平成一八年改正前民法三三条・四三条）。拙稿・前掲註(31)二四頁他参照。

(35) 浜田道代「定款所定の目的と会社の権利能力」浜田道代・岩原伸作編『会社法の争点』一三頁（二〇〇九年）、拙稿・前掲註(31)二七頁註(9)で引用の文献など。

(36) 神田秀樹・会社法〔第一三版〕五頁（二〇一一年）、北村雅史「判批」会社法判例百選（第2版）七頁（二〇一一年）、拙稿・前掲註(31)二四頁他。

(37) 服部栄三「商法・躓きの石XII代表取締役の会社代表権」法学セミナー一二〇号七一頁（一九六六年）。

(38) 山口・前掲註(8)二六一条（一六〇頁以下）、落合・前掲註(10)三四九条（一四頁）参照。

(39) 落合・前掲註(10)三四九条（一四頁）参照。

(40) 稲葉威雄・逐条解説会社法第4巻〔機関1〕三四九条（三八七頁）（二〇〇九年）。平成一七年改正前商法七八条一項

（同二六一条三項及び旧有限会社法三二条により代表取締役・取締役に準用）は、「営業」に関する行為としていた。

(41) 鈴木＝石井・前掲註(13)一五五頁参照。江頭・前掲註(13)二八九頁・三七八頁は、法令定款で定められた事項以外につき株主総会で決議がなされても無効であるが、取締役会の法定権限事項を定款により株主総会の決議事項にすることができるとする。

(42) 平成一七年改正前商法二八〇条ノ二第一項は、定款により株主総会の決議事項とすることができることを規定していた。

(43) 鈴木＝竹内・前掲註(15)二八四頁、落合・前掲註(10)三四九条（一七頁）参照。

(44) 山口・前掲註(8)二六一条（一六四頁）。

(45) 拙稿「新株発行の無効原因」『現代裁判法体系⑰〔会社法〕』三八三頁以下（一九九九年）参照。

(46) 大隅健一郎＝今井宏・会社法論 中巻〔第三版〕六六四頁以下（一九九二年）。

(47) 最判昭和三六年三月三一日民集一五巻三号六四五頁。最判平成六年七月一四日判例時報一五一二号一七八頁は、会社を代表する権限のある取締役によって行われた新株発行は、有効な取締役会の決議がなくとも有効であり、それが著しく不公正な方法によるものであっても有効であるとする。

(48) 江頭・前掲註(13)六九七頁註(4)参照。

(49) 最判平成二四年四月二四日金融・商事判例一三九二号一六頁。稲葉・前掲註(40)三四九条（三八七頁以下）参照。

四 おわりに

会社法は、取締役の単独代表制を原則とし、取締役会は原則として任意機関であり、取締役会設置会社は取締役の中から代表取締役の選定が必要である。取締役会を設置した場合には、株主総会は、法令又は定款の定めのある事項についてのみ決議することができる。そのために代表取締役の代表権限の範囲が限定的になることはなく、代表取締役は会社の権利能力の及ぶ範囲において代表権がある。取締役会設置会社の場合は、株主総会と取締役会に

決定権限が分配され、日常の業務については、代表取締役に専決執行権が帰属する。

代表取締役の権限に関しては、昭和二十五年の商法改正により、取締役会及び代表取締役の制度が導入されて以来、取締役会の権限と代表取締役の権限との関係をどのように説明するかということに関して、並立機関説と派生機関説がある。しかしいずれの説によるかによって代表取締役の権限の範囲や内容に具体的差異が生じるわけではない。株式会社の取締役は、明治三二年に商法典が公布された当初において、各自単独に代表権を有するものとして規定されていた（制定当初の商法一七〇条）。派生機関説は、代表取締役の権限が取締役会の権限に由来するものであり、代表取締役の業務執行・会社代表の権限が取締役として固有の権限であると解する。この点において委任を受けて行うとする並立機関説との相違がある。私見は、一般に管理と指揮の分化を理念とし、代表取締役は、法律上、会社の業務に関する一切の裁判上及び裁判外の行為をなす権限を有し（会社法三四九条四項）、取締役会とは別個に法律上固有の権限を付与された独立の機関であると解する。

代表取締役の代表行為は、法令・定款により株主総会・取締役会に分配されている業務執行の決定を前提とし、これらにより制限されているということができる。代表取締役がこのような制限に反して代表行為をする場合の効力等に関しては、法律上の制限を踰越する場合と内部的制限に違反する場合とに分けて考えるのが適当である。法律上の制限に関して、公開会社が募集株式の発行にさいして、代表取締役が募集事項の決定に関する取締役会決議なしに株式を発行した場合、また公開会社が募集事項の決定を定款で株主総会の権限とした場合において、決議を欠く募集株式の発行を無効とすべきか否か、あるいは公開会社が譲渡制限株式を発行している場合に、代表取締役が専断的に譲渡制限株式を発行した場合などの問題がある。一般的には、募集株式の発行等の無効の訴えの提訴期間に関する会社法の基準を考慮するならば、公開会社の募集株式発行に右のような違反があっても無効事由と解す

べきではなく、発行等の差止事由（会社法二一〇条）にとどまると解すべきであろう。しかしながらこれらの問題に関しては、実質的な観点からなお議論の余地がある。