

株式会社における代表取締役の法的地位
—会社法学説と商業登記実務の取扱いに見る代表取締役の法的地位—

江 見 務*

**Legal position of representative director in
Japan Stock Corporation**

Tsutomu Emi*

序 章

会社をめぐる諸問題の多くは当然会社法の枠内で議論されるが、しかし細部については議論が尽くされておらず不明確な部分も少なくない。それは特に旧有限会社をめぐる解釈に顕著であるように思われる。しかし会社の登記はそのような部分も含めて日々事務処理を行っていかねばならず、実は商業登記実務の分野が会社法の細部の解釈の間隙を埋めて来たと思われる部分も少なくない。それは法務省官僚による会社法解釈といつてよいが、本稿はその一例を紹介し、それに対する私の疑問を提示するものである。

周知のとおり、新会社法（平成17.7.26法86）の改正に伴い、有限会社は廃止され（会社法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律（以下「整備法」という）1条）、有限会社は株式会社に統合されることになった。その結果現行株式会社はその中にいわば有限会社型株式会社を包含することとなり、代表機関に関してそれは取締役会設置会社＝旧商法下の株式会社、取締役会非設置会社＝有限会社にほぼ対応する。旧有限会社におけるこの点の解釈は新会社法下では取締役会非設置会社に承継されることになった訳である。そこで本稿は、旧商法下の株式会社、有限会社、現行会社法下での取扱いという順で代表取締役の法的地位がどのように捉えられ、登記実務上処理されて来たのかを検討し、最後に私の疑問と私論を示すことにしたい。^{注1)}

I 代表取締役の意義、資格・員数

1. 代表取締役の意義

「代表取締役」とは、対外的には会社を代表し、対内的には業務を執行する会社の機関という（委員会設置会社を除く）。平成17年の会社法改正前は、株式会社における必要的機関とされていたが、新会社法下では、有限会社の廃止に伴い、従来の有限会社も株式会

*えみ つとむ：大阪国際大学現代社会学部非常勤講師（2008.11.20受理）

社形態を採らざるを得なくなったために、代表取締役は必要的機関とはされなくなった(会349)。旧有限会社は取締役は1名で足り、その場合はその者が会社を代表するとされていたからである(有限27)。その内容は会社法349条の規定と同様であり、ここに会社法が有限会社を株式会社の中に取り込んだ一片を見ることができる。

旧商法下における株式会社の取締役は業務執行の意思決定機関である取締役会の構成員であって、代表権はなく、代表取締役のみが会社を代表した。この構造は会社法下では取締役会設置会社に引き継がれる(会362—Ⅲ)。

それに対して旧有限会社においては、取締役は当然に代表権まで有し、取締役が数人居る場合には各自が代表権を有し(各自単独代表)、例外的に特に代表取締役を定めたときはその者のみが会社を代表した(有限27)。この構造は会社法下では取締役会非設置会社に引き継がれている(会349—Ⅰ～Ⅲ)。すなわち取締役会非設置会社は、いわば有限会社型株式会社ということができる。

2. 代表取締役の資格と員数

(1) 代表取締役の資格

代表取締役は、代表権を有する取締役の意であるから、取締役の中から選任されなければならない。従って、取締役以外の者を代表取締役に選任しようとする場合には、通常一旦株主総会でその者を取締役に選任し、その後取締役会で代表取締役に選任するという手順を経ることになる。^{註2)}

取締役としての法的地位があれば、取締役としての権利義務を有する者(会346—Ⅰ)でも、同条Ⅱ項の規定による裁判所が選任した一時取締役の職務を行うべき者でも、また会社法352条による取締役の職務代行者を代表取締役に選任してもよいとするのが登記実務の取扱いである(昭39.10.3民甲3198号回答)。登記実務では更に、「代表取締役のうち少なくとも1名は、日本に住所を有するものでなければならない」とされる(昭60.3.11民四1480号民事局第四課長回答)。会社法の施行に伴う商業登記事務の取扱いについての平成18.3.31民商782号通達はこの点につき触れていないが同じ扱いが維持されるものと考えられる。もっとも、外国人が代表取締役になる例は多いが、在日外国人がほとんどでありこの点が実務上問題になることはあまりない。

(2) 代表取締役の員数

代表取締役を設置する場合の員数については特に規定がないので制限はない。法律上は1名で足りるが、代表取締役を選任しないこともできる(会349—Ⅰ)。現実には会社の定款で人数を定める例が多い。例えば「取締役会の決議をもって取締役の中から社長を1名選出する。社長は当会社を代表し、会社の業務を統括する」などと定める(鈴木智旦・株式会社の変更登記と実務4訂版258頁)。

人数に制約がないところから、取締役全員を代表取締役に選任することが許されるか。学説上は、取締役会に業務監査権を認めた趣旨に反するから、同時選任の場合は全部無効、順次選任の場合は最後の選任決議が無効とする説が有力である(田中誠・全訂コンメンタール会社法802頁、新版注釈会社法(6)141頁)。しかし登記実務はこれを肯定し(制度

の趣旨からは問題であるが、かといって違法ではない（昭26.10.10民事局長回答）、登記簿の記載については、代表取締役全員を記載すべきであるとする（登記研究174号78頁）。旧商法下においては取締役会において、新会社法下においても取締役会設置会社においては取締役会において代表取締役を選任し、解任する（旧商法261—Ⅰ、会362—Ⅱ—③、Ⅲ）。この選任・解任権を通じて取締役会は代表取締役の職務執行を監督することができる。すなわち取締役会は代表取締役の監督機関であるのに、監督するものが全員被監督者の地位も兼ねたのでは十分な監督ができないということ、また取締役全員が代表取締役を兼任したのでは、業務執行機関をその意思決定機関と執行機関というように更に権限を分化して権限濫用を防止しようとした取締役会制度の趣旨を没却するというのが学説の立場であり、理論的には正しいと思われる。しかし登記実務が取締役全員を代表取締役とする就任登記の受否につき「受理せざるをえない」（名古屋法務局編・登記情報16号55頁）とするのは、法文に忠実に、格別禁止規定がない以上受理せざるをえないという処理によるものであろう。

Ⅱ 代表取締役の選任

1. 旧商法下における株式会社の代表取締役の選任

旧商法下では、会社法と異なり、機関構成は自由ではなく、画一的な機関構成を採ることが法律によって強制されていた。どれだけ小規模で閉鎖的な株式会社でも、取締役は3名以上（旧商法255）で取締役会を構成し、うち1名以上の代表取締役を必ず選任し（旧商法261—Ⅰ）、また監査役1名以上の設置も強制されていた。その結果、多くの会社は名目的な取締役と監査役を人数分だけ選任し、法の趣旨が全く形骸化しているという批判があったものの、しかし株式会社形態をとっているというだけで会社の組織内容を把握できるというメリットがあった。現行会社法では株式会社というだけではどのような組織構成の会社なのかを掴むことができず、それを知るためには定款を閲覧するか（しかし誰でもが閲覧できる訳ではない—会31）、登記簿を調査するしかない（株式会社の登記事項については会911—Ⅲ—各号）という問題を含むことになった。^{注3)}

この制度下で代表取締役の選任は会社法における取締役会設置会社の場合と同様、取締役会の決議によって行われ（旧商法261—Ⅰ、会363—Ⅱ—③、Ⅲ）、これにより業務執行の意思決定機関である取締役会とその執行機関である代表取締役との連携が保たれ、また取締役会の選任・解任権を通じて代表取締役を監督できるシステムができあがっていたことになる。

ところで、定款をもって、代表取締役の選任を株主総会の権限とすることができるかについては旧商法下でも争いがあった。

かつてはこの問題も、取締役と代表取締役との関係をどのように捉えるかという機関構造論との関係で論理的に結論を導く傾向があった。すなわち、代表取締役は取締役会の派生的機関であるとする派生機関説（大隅健一郎・全訂会社法論中147頁）からは否定説、両者は上下関係をもって並立的に会社の業務執行機関を構成しているとする並立機関説からは肯定説が導かれるとされていた。しかしそのように論理必然的に結論を導き出すやり

方ではなく実質的な根拠を探る方が説得的である。

肯定説は、取締役会より上位の機関である株主総会が選任することは背理でないことや、代表取締役は法律上会社の代表機関であり、取締役会の代表機関ではないことからこれを認め（田中誠・全訂コンメンタル会社法803頁）、否定説はより上位の機関による選任を認めると取締役会が代表取締役を解任することができなくなり、それでは取締役会による代表取締役の監督ができなくなることを理由にこれを認めない（前掲大隅・113頁）。この点登記実務は代表取締役の就任登記の申請に取締役会議事録の添付を要求し、株主総会議事録では受理できないとすることによって否定説の立場に立っていた（昭6.10.12民甲1983号通達）。

2. 有限会社の代表取締役の選任

有限会社ではその小規模閉鎖性から、機関構成は簡素化されており、取締役は一人でもよく、従って（一人で取締役会は構成できないから）取締役会も任意機関であった。取締役が一人の場合はその者が会社を代表したから（有限27—Ⅰ、Ⅱ）、代表取締役も任意機関とされた。つまり株式会社と異なり取締役と代表取締役の分化がなく取締役は、いわば株式会社の取締役会と代表取締役とを合わせたような地位を占めていた（新版注釈会社法（14）195頁）。また監査役の設置も任意であった（有限33）。

一方社員自らの経営参加が容易なように、社員総会の権限は株式会社と異なり、法令又は定款で定めた事項に限らず、法令又は定款に違反しない限り何でも議決できる万能の機関とされていた。

新会社法は有限会社を廃止し、これを株式会社として株式会社の枠内に取り込んでしまったが、従来有限会社において特に代表取締役を選任する場合は次の方法によった（有限27—Ⅲ）。そのうち、定款又は社員総会の決議で会社を代表すべき者を定めた場合を「特定代表」、取締役の互選で定めた場合を「互選代表」と呼ぶ（新版注釈会社法（14）198頁、法学セミナーコンメンタル会社法3（5版）186～187頁）。^{注4）}

（1）定款で選任する方法。設立当初の代表取締役については原始定款の附則で代表取締役の氏名を記載する方法が実務では一般的であった（定款の相対的記載事項）。鈴木智旦・有限会社の登記の手続95頁。

（2）定款の定めに基づく取締役の互選により選任する方法。定款に例えば「当会社に代表取締役1名を置き、取締役の互選によって定めるものとする」という規定を置き、この規定に基づいて取締役の過半数の一致で代表取締役を定めるやり方である。実務ではこの定めがある場合には、定款を変更しない限り、社員総会で代表取締役を選任することはできないとされていた（登記研究244号70頁）。

（3）社員総会の決議で選任する方法。株式会社の場合と異なり、有限会社では、社員総会の決議をもって、数人の取締役のうちから特に会社を代表すべき取締役を定めることができる^{注4）}とされていた（有限27—Ⅲ）。

3. 会社法下における株式会社の代表取締役の選任

取締役会非設置会社では取締役は1人でもよく、取締役が原則として会社を代表し、取締役が2人以上ある場合は取締役が各自会社を代表する（会349—Ⅰ、Ⅱ）。しかし、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、取締役の中から代表取締役を定めることができ（同条—Ⅲ）、その場合はその者が会社を代表し、他の者は代表権を有しない（同条—Ⅰ—ただし書）。これは従来の有限会社と同様であり、有限会社の設立は新会社法下では認められないので、そのような簡素化された機関構成をとる物的会社形態を選びたい者は、取締役会非設置株式会社形態を採用すればよいことになる。

取締役会設置会社（委員会設置会社を除く）では取締役会で取締役の中から代表取締役を選任する（会362—Ⅱ—③、Ⅲ）。すなわち旧商法下による株式会社と同様である。

それでは、新会社法下における取締役会設置会社において、定款をもって代表取締役の選任を株主総会の権限とすることができるであろうか。旧商法下における実務の扱いが否定説であることは前述したが、この扱いは会社法下においても維持されるべきであろうか。

取締役会設置会社であっても、会社法295条Ⅱ項の規定により、定款に株主総会で代表取締役を選任することができる旨の定めを設けた場合は、当該定めに従って代表取締役を選任することができるというのが、立法担当者の見解である（小川＝相澤編・会社法と商業登記174頁）。なおこの場合においても、取締役会で代表取締役を選定することも妨げられない。取締役会の職務として法定されていることから、その職務を定款によって停止することはできないと解されるからだという（同書174頁）。そして取締役会による監督は、株主総会への代表取締役解任の提案によってすることができるとしてこれに賛成する説もある（前田・会社法入門11版補訂版478頁）。

しかし実務通達は「取締役会設置会社における取締役及び代表取締役の就任による変更の登記の登記すべき事項及び添付書面は、改正前の株式会社と同様であり」としているところから、おそらく従来どおり否定説の立場を維持するものと解されなくもない（平成18.3.31民商782号民事局長通達・第二部第三・4（2）ア）。^{注5）}

Ⅲ 代表取締役の就任

1. 旧商法下における株式会社の代表取締役の就任

代表取締役の代表権は、会社との間の代表権授与契約に基づくと解され、取締役会で代表取締役に選任されてもそれだけでは就任とならず、それに基づく本人の承諾があって初めて就任する（大隅・全訂会社法論中113頁）。従って代表取締役の就任日は取締役会による選任決議の日ではなく、就任承諾の日である（法学セミナー・基本法コンメンタール2（5版）21頁）。登記実務もこの考え方を前提に、代表取締役の就任登記の申請には被選任者の就任承諾書の添付を要求してきた（旧商業登記法81—Ⅰ）。

2. 有限会社における代表取締役の就任

ところが、有限会社の代表取締役については、株式会社の場合と異なり、代表取締役の

就任承諾が必要な場合と不要な場合があるとされ（味村治・詳解商業登記下44頁）、実務もこの見解に従ってきた。それによると、定款又は社員総会の決議により選任された代表取締役については就任承諾は不要であり、定款の規定により、取締役の互選で選任された代表取締役については株式会社の場合と同様就任承諾が必要（従って就任承諾書の添付が必要）だとされる。

このように区別する理由として、前者の場合は、会社の一方的意思表示により会社を代表すべき者が定められ、他の取締役については代表権の制限が行われるので、代表取締役と取締役の地位は分化しておらず、就任承諾は不要だが、後者の場合は取締役の選任機関と代表取締役の選任機関とが異なり、取締役と代表取締役の地位は分化しているので就任承諾が必要であるという。このような理解は、有限会社では取締役は各自代表が原則とされ、会社は定款や社員総会で一部の取締役の代表権を制限することが認められている（その結果、制限をうけない取締役のみが「会社を代表すべき取締役」となる）という考え方に基づく。「特定代表の場合には定款又は総会決議をもって特定の代表取締役以外の代表権は剥奪される」という商事法務415号18頁も同じ理解によるものであり、商業登記実務はこの理解に基づく処理がなされてきた。

3. 会社法下における代表取締役の就任

以上の理解を前提にすると、有限会社を統合した新会社法下における株式会社については同様に、次のように扱われるべきことになる。

1、取締役会設置会社の場合は取締役会により選定された取締役は、その就任を承諾することにより代表取締役に就任する。すなわち旧商法下による株式会社と同様である。

2、取締役会非設置会社の場合は次のように区別して考えることになる。

(1) 定款又は株主総会により選任された代表取締役については、取締役としての就任を承諾した以上、別途代表取締役としての就任承諾は要しない（松井信憲・商業登記ハンドブック378頁、小川＝相澤・会社法と商業登記180頁）。「この方法により選任される代表取締役については、旧有限会社法27条と会社法349条の規定振りの類似性から、旧有限会社法に関する解釈と同様に、代表取締役の地位と取締役の地位とが一体（未分化）であり、いわば会社の一方的意思表示により会社を代表すべき取締役として決定される（言い換えれば、他の取締役は代表権が剥奪された取締役として選任されるが、代表取締役は取締役会を置かない会社の本来的な形態である「代表権のある取締役」として選任される）ものと解して差し支えない」（前掲松井・378頁）。このような理解は法務省関係者に共通するものであって、神崎満治郎・新商業登記法302頁も、この方法「により定められた代表取締役については、取締役の地位と代表取締役の地位が分化していないので、代表取締役としての就任の承諾を証する書面は不要である」という。

(2) 定款の定めに基づく取締役の互選により選任された代表取締役については、旧有限会社法に関する解釈と同様に、代表取締役の地位と取締役の地位とが分離していることを根拠に取締役としての就任承諾の他に別途代表取締役としての就任承諾も要し、これによって代表取締役に就任する（前掲松井・379頁、登記研究646号119頁）。すなわち、取締役

会設置会社の場合と同様である。^{注6)}

(3) 以上の取扱いは、取締役会設置会社における代表取締役の就任による変更登記の添付書面は改正前の株式会社と同様であり、取締役会設置会社以外の会社における代表取締役の就任による変更登記の添付書面は改正前の有限会社の代表取締役の就任による変更登記と同様であるとする法務省通達によっても追認される（平成18.3.31民商782号通達）。

(4) それでは、取締役会非設置会社において特に代表取締役を選任しない場合、すなわち各取締役が会社を代表する場合の取扱いはどのように考えるべきであろうか。取締役であることによって法律上当然に代表権まで有し、取締役たる地位と、代表取締役としての地位が一体であって未分離という理解に立つ以上、取締役への就任承諾をもって当然代表者の地位にも就くことについての承諾があるものと解され、別途代表取締役としての就任承諾は問題にならないと解すべきことになろう（同旨—小川＝相澤・会社法と商業登記180頁）。すなわち旧有限会社の場合と同様である。

Ⅳ 代表取締役の退任

1. 旧商法下における株式会社の代表取締役の退任

旧商法下の株式会社では、代表取締役は取締役会で選任されていたため、代表取締役の退任事由としては次のものがあつた。

(1) 取締役の地位の喪失。代表取締役は取締役としての地位を前提とするからである。もっとも取締役としての権利義務を有する場合には退任しない。その他「死亡」によっても退任する。

(2) 辞任。もっとも、辞任の結果代表取締役を欠くこととなる場合又は定款で定めた代表取締役の員数を欠くこととなる場合には、後任者が就任するまでなお代表取締役としての権利義務を有するので辞任できない（旧商法261—Ⅲ、258）。この点は現行会社法でも同様である（会351—Ⅰ）。

(3) 解任。取締役会はいつでも代表取締役を解任することができる。選任権者には解任権もあるのが原則だからである。もっとも登記実務では代表取締役の権利義務者を解任することはできないとされる（平1.9.5民四3520号民事局長回答）。必要だから法律により残存させられている者であり、またその者を解任したければ後任者を選任すれば済むことだからである（後任者が就任すればその者は退任する）。会社法下におけるこの取扱いも同様である。なお代表取締役は自己の解任決議については特別利害関係人に当たり、取締役会において議決権の行使ができないとするのが判例（最昭44.3.28民集23巻3号645頁）・通説であり、登記実務も同じ扱いである（昭26.10.3民甲1940号民事局長回答）。登記実務では添付書面である取締役会議事録の定足数との関係でこれが問題となる。

この解任決議につき、取締役は会社に対し忠実義務を負い（会355）、その履行として自己を適任者と認めて反対票を投ずることも許されるとする見解もあるが（龍田節・会社法10版113頁、北沢正啓・会社法6版390頁など）、やはり公平な議決権行使は期待できないものとして特別利害関係人に当ると解すべきであろう。更に取締役会における議決権の行使はできないにしても、取締役会に出席・意見陳述権も無いのかについても議論される

(無いとする否定説—前掲北沢・391頁、前田・461頁など。あるとする肯定説—永井和之・会社法3版175頁など)。

2. 有限会社法下における代表取締役の退任

有限会社が特に代表者を定めた場合、退任事由としては次のものがあつた。

(1) 取締役の地位の喪失。

(2) 解任。定款の定め又は社員総会の決議により代表取締役とされた者は、定款の変更又は社員総会の決議によって代表取締役を解任し、会社を代表しない取締役とすることができ、定款の定めに基づき取締役の互選で選任した代表取締役は、取締役の過半数の一致で代表取締役たる地位を解任することができた。

(3) 辞任。登記実務の見解によれば、定款の定め又は社員総会の決議によって選任された代表取締役は、代表取締役の地位のみを辞任することはできない。取締役と代表取締役の地位は分化していないと考えるためである。有限会社では本来取締役は代表権まで有しているが、この場合は他の取締役の代表権が制限され、制限されていない取締役が代表権のある取締役として残ったという理解の下、代表取締役を独自の地位と見ないことによるものである。かくしてこの場合には、定款変更又は社員総会の決議によって代表権を剥奪することが必要である(前掲味村下・45頁)。

これに対し、定款の規定に基づいて取締役の互選で選任された代表取締役は、その一方的意思表示で代表取締役の地位のみを辞任することができる(名古屋法務局編・全訂商業登記実務の手引326頁)。代表取締役と取締役の地位は分化しており、代表取締役の地位のみを辞することが可能と見るものであつて、株式会社の場合と同様である。

3. 会社法下における株式会社の代表取締役の退任

会社法下における代表取締役の退任事由も、旧商法下における株式会社同様次の場合がある。

1、取締役の地位の喪失。

2、辞任。以上のべた実務の取扱いを前提とすれば、代表取締役の地位のみの辞任は、取締役会設置会社と取締役会非設置会社とで取扱いを異にすることになる。

(1) 取締役会設置会社については、代表取締役の地位のみを辞任することができる。旧商法下における株式会社と同様である。代表取締役は辞任の意思表示が会社に到達した日に退任する(昭4.12.8民四6104号回答)。一方的意思表示によるものであり、意思表示の一般原則である到達主義に従う(民法97—I)。

(2) 取締役会非設置会社については、旧有限会社の場合の取扱いと同様、定款又は株主総会の決議により選任された代表取締役は、代表取締役の地位のみを辞任することはできない(登記研究646号120頁)。それは新商業登記法立法担当者によれば「取締役たる地位と代表取締役たる地位が一体となって定款又は株主総会の決議により定められるため」であり、この者が代表取締役のみを辞するためには定款の変更又は株主総会の承認決議を要するという(前掲松井・378、396頁、小川=相澤・会社法と商業登記182頁)。この考え方

からすれば、取締役の中から特に代表取締役を定めない「各自代表」の場合には、代表取締役のみを辞するという事はあり得ないことになる。両者の地位が一体である以上、辞任すべき独自の地位というものが無いからである（前掲小川＝相澤・182頁）。

それに対し、定款の定めに基づく取締役の互選により選任された代表取締役については、代表取締役の地位のみを辞することができる（前掲松井・396頁、神崎・298頁）。

3、解職。

(1) 取締役会設置会社では、取締役会でいつでも代表取締役を解任することができ（会362—Ⅱ—③）、取締役会非設置会社では、定款で定めた代表取締役については、当該定款の定め廃止、株主総会で選任した代表取締役については株主総会の決議、取締役の互選で選任した代表取締役については取締役の過半数の一致でそれぞれ解任することができる（会349—Ⅲ）。解任の効果は、被選任者に対する告知（意思表示の到達）によって生ずるのか解任決議によって直ちに生ずるのか。通説は告知により生ずるとするが（前掲大隅中・176頁、北沢・368頁など）、判例は解任決議によって効力が生ずるとする（最昭41.12.20民集20巻10号2160頁）。その理由として同判決調査官解説は、会社・取締役間の委任関係は取締役が会社の機関としての地位を有することを前提とするものであるから、この地位が解任決議により奪われれば、地位喪失の効果として委任関係も当然に終了するからであるとする。学説は委任関係終了のためにも解約告知が必要であるとしてこれに反対である。なお登記実務は解任決議のあった日を退任の日とすべきだとするから、判例に従う（前掲松井・398頁）。

(2) 取締役の中から特に代表取締役を定めない「各自代表」の場合には、代表取締役の地位のみの解職ということは考えられない。

(3) その他代表取締役の「任期満了による退任」も考えられる。もとより代表取締役の地位は取締役の地位を前提とするから取締役の任期のみを法定すれば足り（会331）、代表取締役の任期は法定されないが、特に定款又は選任決議により任期を定めることも禁じられないと解されており（新版注釈会社法（6）141頁）、その場合にあり得ることになる。

V 代表取締役の法的地位に対する疑問

1. 学説・実務の取扱いに対する疑問

以上見たように、代表取締役の法的地位をめぐる解釈の独自性は有限会社及びそれを取り込んだ形の会社法下の取締役会非設置会社に顕著に現われる。これらの会社において定款や株主総会（社員総会）で選任した代表取締役（特定代表）は特定の取締役に代表権を付与したのではなく、他の取締役が本来有すべき代表権を排除した結果、特定の取締役の代表権が残ったものだと解する限り、取締役と代表取締役の地位は未分化であり、取締役の就任承諾の他に重ねて代表取締役としての就任承諾が必要だと解する必要はない。また代表取締役のみの辞任ということもありえないことになろう。両者の地位はまさに一体だからである。しかし取締役会で選任した代表取締役については、それが取締役会設置会社の場合であれ、取締役会非設置会社の互選代表であれ、取締役と代表取締役とは別個の選任機関による別個の選任手続によるものであるから、両者の地位は分化されるという（商

事法務415号18頁)。従って代表取締役の就任承諾が必要とされ、また代表取締役の地位のみの辞任も可能である。

しかしこのような学説や登記実務の理解が論理必然的なものとは思われない。異なるのは単に「選定の方法」が異なるだけである。法文の規定上も特定代表の場合は、他の取締役の代表権を制限した結果特定代表の代表権のみが残ったと技巧的な読み方をしなければならぬ理由はないように思われる。本人申請を原則とする我国登記法の下においてことさらな区別を設け、添付書面の要否や辞任の可否につき異なった取扱いをすることはいたずらに申請人の混乱を招き望ましいことではない。すべてに一貫した使い易い取扱いをすべきである。

2. 私 論

前掲商事法務415号18頁は、「有限会社でも、互選代表制の場合には、代表取締役の地位と取締役の地位とが分化され、株式会社と同一ないし類似の機関構成を生ずる」という。有限会社は互選代表の場合でも取締役に本来代表権がある。とすれば選任方法が異なってもこれと同じ解釈は可能な筈である。どの選定方法による場合であれ、代表取締役に取締役とは別個の法的地位を認め、いずれも就任承諾は必要、代表取締役の地位のみの辞任も可能というように統一した取扱いをすることが簡明でありそれで実務上も何ら問題がない。

学説・実務の考えによれば、特定代表の場合、代表権を制限したのか剥奪したのかが疑問となり、特定代表が死亡した場合、他の取締役の代表権が復活するのか（代表権復活説—金融商事事情664号51, 53頁）剥奪されているので復活しないとするのか（味村下・948頁）が更に議論される。しかしこの問題についても私のように両者の地位を別個のものと考えれば取締役会設置会社や非設置会社における互選代表の場合と同様、代表者が欠けても他の取締役が当然に会社を代表することにはならず、それぞれの選定方法に従い新たな代表取締役を選任することになるというように統一した処理が可能となろう。

「ドイツ法に倣って有限会社をあたかも「簡易組織の株式会社」と把握する立場は、これを更に徹底し、数人の取締役に付き（特定代表、互選代表）を採用したときは、あたかも株式会社の代表取締役と同様、代表者たる資格が取締役資格から完全に分化するものと解する立場（東京高決昭57.4.26）が現われている」という指摘がある（新版注釈会社法（14）200頁）。私見と同じ問題意識を持つ方がいたことを感じさせる。

以 上

注1) 整備法の施行日（会社法の施行日と同じ）の際現存する有限会社は、会社法の規定による株式会社として存続するものとされた（整備法2—Ⅰ）。しかしこの株式会社の商号は引き続き「有限会社」という文字を用いなければならないことになっているから（整備法3—Ⅰ）、ここに「有限会社という名の株式会社」という妙な現象が出現することになった。これが「特例有限会社」である（整備法3—Ⅱ）。ちなみに、旧商法下における株式会社も整備法施行日以後は会社法の規定による株式会社として存続する（整備法66—Ⅰ）。

株式会社における代表取締役の法的地位

- 注2) 我国では慣行的に、その名称を会長、社長、副社長などと称しているが、もとよりこれら会社内部における名称と法律上の代表取締役とは必ずしも一致するものではなく、これら名称を付していても、代表取締役に選任されていない限り法律上は代表取締役ではない（なお、表見代表取締役の問題がある一會356）。
- 注3) 同様な批判として、「田辺光政・会社法要説161頁」がある。
- 注4) 有限会社を廃止し、株式会社に統合した理由は必ずしも明らかではない。立法担当者の説明によれば「株主総会と取締役のみからなる最も基本的な形の会社を出発点として、その成長に応じて、取締役会、会計参与、監査役、会計監査人など、必要とされる機関を選択しながらステップ・アップしたいという中小企業のニーズも出てきており、株式会社と有限会社の統合等の会社類型の見直しは、これらの事情に応えるための改正である。具体的には、有限会社法を改正したうえで、取締役の人数規制や取締役会・監査役の設置義務のない株式会社を認めることとしたとする（相澤哲・一問一答新会社法13頁）。結局、株式会社の機関構成の選択肢が大幅に増え、従来の有限会社と同様の機関構成を選択できるようになったことから、株式会社と有限会社という二つの制度を存続させる必要性がなくなったということであろう（伊藤靖史・法学セミナー613号13頁）。なお従来からつとに言われてきた有限会社というネーミングに人気がないという理由（別冊商事法務288号3頁）は説得力がない。我国の会社の数は「平成16年の時点で清算中の会社を除く現存会社数が約314万社、その内訳は株式会社約114万社、有限会社約189万社」となっており（商事法務1754号42頁）、有限会社の数が株式会社の数を上回ることからすれば、ネーミングの人気はともかく、むしろ有限会社が我国で広く受け入れられていることを示しているからである。
- 注5) 会社法は旧有限会社を株式会社に取り込んだことに関連して、株主総会を「株式会社に関する一切の事項について決議をすることができる」万能の機関とし（会295—I）、取締役会設置会社においては、「株主総会は、この法律に規定する事項及び定款に定めた事項に限り、決議をすることができる」とした（同条—II）。そし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のだから、定款で代表取締役の選任・解任を株主総会の権限とすることも各会社の実情に合わせて差し支えない（相澤・商事法務1743号19頁）。
- 注6) この説明の仕方も、法務省関係者に共通である（例えば、神崎満治郎・商業登記法）。しかし同じ法務省関係者でも「この場合は互選をもって代表取締役の任用契約の申し込みと位置づけることができ、被選任者の就任の承諾によって契約が成立し、代表取締役に就任する」という説明をするものもあり（小川＝相澤・会社法と商業登記180頁）、株式会社と役員との関係が委任とされている以上（会330）、この方が理解しやすい。

参 考 文 献

1 会社法関係のものとして

相澤 哲	一問一答新会社法	商事法務	平17年
相澤＝葉玉＝郡谷	新会社法（千問の道標）	商事法務	平18年
江頭憲治郎	株式会社法	有斐閣	平18年
大隅健一郎＝今井宏	会社法論上、中、下	有斐閣	平3～4年
北沢正啓	会社法第6版	青林書院	平13年

国際研究論叢

鈴木竹雄 = 竹内昭夫	会社法第3版	有斐閣	平6年
龍田 節	会社法第10版	有斐閣	平17年
田辺光政	会社法要説	税務経理協会	平18年
永井和之	会社法第3版	有斐閣	平13年
前田 庸	会社法入門第11版補訂版	有斐閣	平20年
2 コメントールとして			
上柳 = 鴻 = 竹内	新版注釈会社法	有斐閣	昭60~平12年
田中誠二	五全訂コメントール会社法	勁草書房	平6年
別冊法学セミナー基本法コメントール5版2. 3		日本評論社	平6年
3 商業登記法関連のものとして			
小川秀樹 = 相澤哲	会社法と商業登記	きんざい	平20年
神崎満治郎	図説新商業登記法	週間住宅新聞社	平19年
鈴木智旦	有限会社の登記の手続4訂版	日本法令	平11年
鈴木智旦	株式会社の変更登記と実務4訂版	日本法令	平11年
名古屋法務局編	全訂商業登記実務の手引	六法出版社	平5年
松井信憲	商業登記ハンドブック	商事法務	平19年
4 雑誌（号数と頁のみを指摘するに止めた）			
商事法務		商事法務	
登記研究		テイハン	
法学セミナー		日本評論社	
金融商事法務		金融財政事情研究会	