

〈 論 説 〉

定款による株主総会決議事項の拡大とその限界

松井 英樹

1. はじめに

令和元年の司法試験論文式民事系第2問の設問3では、定款の定めにより株主総会決議事項を拡大することの可否、およびその拡大の有効性を前提に、株主総会決議で特定の業務執行について決定がされたものの、その後の事情の変更により、同決議通りに業務を執行すれば、会社に著しい損害が生ずるおそれが生じた場合の取締役の行為規範が問われた。

具体的には、事務用品の製造・販売を事業目的とする上場会社である甲社において、株主が、使われなくなった遊休資産としてのP倉庫の売却益による配当の増額を企図して、「当会社の財産の処分は、株主総会の決議によってもすることができる。」旨等の定款変更議題及び議案を提出し、同議案が可決成立するとともに、P倉庫を売却する旨の株主総会決議が成立した。しかし、その後に発生した大地震により、甲社の別の倉庫が倒壊し、P倉庫を売却すると甲社の業務に支障が生じ、多大な損害が甲社に生ずることが見込まれる事態が生じた。しかし、その後の甲社取締役会において、甲社代表取締役社長が総会決議に従いP倉庫を売却する旨の議案を提案し、当該議案が賛成多数により可決され、甲社代表取締役は、P倉庫を適正価格で売却した結果、甲社では輸入貨物の保管に支障が生じ、多数の顧客を奪われるなどした結果、多大な損害が発生した。設問では、このような事案において、甲社の代表取締役社長の会社法第423条第1項の責任について、本件定款変更決議の効力を検討した上で論じることが求められている⁽¹⁾。

会社法295条2項では、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で定めた事項に限り、決議をすることができる旨が定められている。一般的には、公開会社において、会社の業務執行に制約を設けるような定款の定めを置くニーズは考えにくいものの、新興の上場会社や中小規模の会社においては、例えば、経営の中心から退いた創業者もしくは元オーナー経営者が、会社運営についてコミットできる地位を保持する目的で、会社の業務執行事項につき株主総会の決議事項としての留保を図る余地はあり得る。ここでいう「定款で定めた事項」には、同1項に規定する株式会社の組織、運営、管理その他株式会社に関する一切の事項が含まれるのか、それとも取締役会設置会社においては、所有と経営の分離を背景に、株主総会決議事項について一定の制約が存在すると考えるべきかが、解釈論上の問題となる。

また、このことに関連して、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旨の定款の定めは有効であると解するのが相当であると判示した最高裁決定（最三小決平成29年2月21日民集71巻2号195頁）につき、同決定の守備範囲を超えて、公開会社において同様の定款規定の効力はどうなるのか、また、代表取締役の選解任権限を株主総会に専属させる旨の定款規定の効力についても問題となり得る。

他方、近年、上場会社において機関投資家等の株主から、増配、自己株式の

-
- (1) 同試験の出題の趣旨では、取締役の業務執行権限に属する事項を株主総会の決議事項とすることの可否を論ずることが求められ（<http://www.moj.go.jp/content/001305186.pdf> 11頁）、会社法第295条第2項に関して、取締役会設置会社における株主総会決議事項に一定の制約を認めるべきか否かの検討が要求されている。また、採点実感では、会社法第295条第2項が、定款で株主総会の決議事項として定めることができる事項につき何ら制約していないことに着目して以下のような考え方が示されている。すなわち、取締役会設置会社において株主総会の決議事項が限定されているのは、株主は経営の意思も能力もないから業務執行に介入しないということが株主の通常の意味であるという考え方にに基づくものにすぎず、株主が定款で株主総会の決議として定めることを特に欲する事項があるのであれば、当該事項について株主総会の決議事項とすることが認められ、取締役の業務執行権限に属する事項であっても定款で定めることにより株主総会の決議事項とすることができる。<http://www.moj.go.jp/content/001308862.pdf> 14頁。

取得もしくは買収防衛策の撤廃といった株主への利益還元・株式価値の向上を目指した株主提案権が行使される場合が増えている⁽²⁾。実際は、自己株式の取得、保有自己株式の処分もしくは会社の保有する遊休資産の処分等、会社運営に影響を及ぼし得る業務執行に関する定款変更議案の提案がなされ得る。また、スチュワードシップ・コード⁽³⁾の導入・受入れにより、機関投資家が投資先の上場会社やその事業環境等に関する深い理解に基づく建設的な「目的を持った対話」（＝エンゲージメント）等を通じて、当該企業の企業価値の向上や持続的成長を促すことにより、顧客・受益者の中長期的な投資リターン拡大を図る責任を果たすことが求められている。このような状況の下で、本来は取締役会決議事項であるはずの、株式会社にとって重要な業務執行に関する事項（会社362条4項参照）につき、定款の定めに基づき、株主総会決議事項とすることについて、何らの制限もないことを原則とすることに問題はないのかという意識を基礎に若干の考察を試みたい。

2. 定款自治が認められる範囲

（1）会社法29条による定款の任意的記載事項

会社法29条は、「株式会社の定款には、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及びその他の事項でこの法律の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる。」と規定する。会社法の立案担当者は、同規定にいう「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」とは法律の規定に基づき定款で定めを置く事項を意味し、「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」とは、法律に定めがない

(2) 2018年7月から2019年6月までの期間における上場会社の株主総会での株主提案権行使の詳細については、牧野達也「株主提案権の事例分析—2018年7月総会～2019年6月総会」資料版商事法務426号（2019年）36頁以下、商事法務研究会編『株主総会白書2019年版』商事法務2216号（2019年）20～29頁参照。

(3) 平成29年改訂版スチュワードシップ・コード、すなわち責任ある機関投資家の諸原則については、<https://www.fsa.go.jp/news/29/singi/20170529/01.pdf> 参照。

事項について、法律とは無関係に定款で一定の事項を定めるもの（たとえば、事業年度の定め）を意味するとしている。会社法の下では、これらのもの以外に、法律においては定款に対する言及はないものの、会社法の立案担当者は、法的安定性を確保し、実務上の取扱いとして適切な運用を図るために、明文の規定により定款で別段の定めをすることが許されているものを除き、従来は定数自治が許容されると解されていた事項（例として、少数株主権の要件を緩和する旨の定款の定め）について、定款の定めを置くことは許されないと解している⁽⁴⁾。

すなわち、会社法においては、基本的に、すべての規定を強行規定とした上で、旧商法において任意規定と解されていたものも含め、定款自治が認められるべき規律については、その旨が明らかになるような手当を講じているものと説明されている⁽⁵⁾。このことから、定款自治の認められる任意規定の範囲を明文の根拠規定がある場合に限定することにより定款自治の範囲を明確化するという指針を示しているものと理解されている⁽⁶⁾。

このように定款自治を認める範囲につき、会社法の規定ですべて規律しているとする立場に対しては、条文によって定款自治の範囲を完全に明確化することは不可能ではないかという疑問が提示されている⁽⁷⁾。学説においては、株主間における自由交渉の結果として形成される定款自治を法の明文規定により固定化すべきではなく⁽⁸⁾、各規定についてどの程度定款による逸脱が許されるのかは、あくまでも各規定の趣旨に基づき検討すべきであり⁽⁹⁾、より具体的に

(4) 相澤哲・岩崎友彦「新会社法の解説（2）会社法総則・株式会社の設立」商事法務1738号（2005年）12～13頁。同12頁では、会社法においては、法律に規定されている事項について定款で別段の定めを置くことができる場合については、逐一、法律でこれを規定することとしている（例として会社法297条1項等参照）と言われている。

(5) 相澤哲・郡谷大輔「新会社法の解説（1）会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」商事法務1737号（2005年）16頁。

(6) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務・2008年）336頁〔森淳二郎〕。

(7) 宍戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確化」商事法務1775号（2006年）21頁、神作裕之「会社の機関」商事法務1775号（2006年）41頁。

(8) 酒巻俊雄・龍田節代表編集『逐条解説会社法第1巻』（中央経済社・2008年）283頁〔酒井太郎〕。

は、会社法の規定や定款の定め合理性、定款でそのような定めを置くニーズ、あるいは強行法規がもたらす画一性のメリットなどを考慮した上で、その有効性 (= 「この法律の規定に違反しないもの」) を検討する余地はあると解する立場が有力に展開されている⁽¹⁰⁾。

(2) 取締役会設置会社における株主総会の権限に関する会社法295条2項

a. 会社法295条2項にいう「定款で定めた事項」を無限定に認める立場

このような定款の任意的記載事項の解釈に対して、会社法295条2項の位置づけについて、立案担当者は、旧法下の株式会社について代表取締役の選解任や株式の譲渡承認等、定款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ついて解釈上争いがある事項もあるが、会社法では、それらの事項を含めて「株式会社に関する一切の事項」が株主総会の権限となり得ることを前提とし、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している⁽¹¹⁾。このような立場は、会社法295条2項にいう「定款で定めた事項」については限定がなく、同1項にいう「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」と同様に解するものである。

この考え方を前提にすれば、会社法362条4項所定の重要な業務執行の一部(例えば同1号の「重要な財産の処分及び譲受け」等)につき、定款の定めにより株主総会の決議事項とすることはできることとなるが、このような結論は、前記の会社法29条に関する立案担当者の立場と抵触することにはならないか。会社法は、取締役会設置会社の業務執行の決定については、362条2項1

(9) 森・前掲6) 337頁。

(10) 高橋美加他『会社法第2版』(弘文堂・2018年) 27頁 [笠原武朗]。大杉謙一「ジョイント・ベンチャーの企業形態の選択」中野通明・宍戸善一『ビジネス法務大系Ⅱ M & A ジョイント・ベンチャー』(日本評論社・2006年) 32頁は、「その他の事項でこの法律の規定の趣旨に違反しないもの」と解釈すべきであるとする。

(11) 相澤哲・細川充「新会社法の解説(7) 株主総会等」商事法務1743号19頁。

号において取締役会の職務として定めており、さらに取締役会は、同4項所定の重要な業務執行の決定を取締役に委任することができないとして、同項所定の事項は、取締役会の専決事項と解されているため、同事項は、この法律で規定している事項であり、条文上は、定款で別段の定めを設けることができる旨が示されていないため、定款自治による会社法362条の変更は認められないとも考えられ、上記の295条2項に関する説明と矛盾は生じないのかという疑問が生ずる。

このことは、取締役会設置会社において、株主総会の決議により代表取締役を定めることができる旨の定款規定の有効性についても問題となりうる。立案担当者は、定款で取締役会による代表取締役の選定・解職権限を排除すること（＝「権限専属型」の定め）は、会社法362条2項3号に違反するため、そのような定めは無効であるとする。そこで、定款で代表取締役の選定・解職を株主総会の決議事項とする旨の定めを置いた場合には、株主総会と取締役会は、それぞれ代表取締役を選定・解職する権限をもつことになる。それにより混乱が生ずる場合には、会社は、取締役会を置く旨の定めを廃止し、非取締役会設置会社になることで混乱を回避することができる⁽¹²⁾。

このように、取締役会の権限として法定されている事項につき、定款の定めにより株主総会決議事項としても、それによって取締役会の権限が否定されるわけではないと解し（いわば「権限重複型」の定め⁽¹³⁾）、会社法295条2項により定款の定めにより無制限に株主総会決議事項の拡大が認められていることを根拠に、当該定款規定の効力を認めるとする説明がなされている。

(12) 葉玉匡美編著『新・会社法100問〔第2版〕』（ダイヤモンド社・2006年）273頁、相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔編著『論点解説新・会社法一千問の道標』（商事法務・2006年）262、265頁。

(13) 弥永真生『リーガルマインド会社法第14版』（有斐閣・2015年）119頁注11）では、そもそも取締役会設置会社においては、取締役会の決議事項を株主総会の決議事項とする定款の定めを設けても、それは株主総会の決議により決定できるということにとどまり、取締役会は依然として決定できるという見解が有力であることを指摘し、その根拠として、会社法362条2項には348条1項と異なり、「定款に別段の定めがある場合を除き」という留保が定められていないからであるとされる。

このような説明からは、会社法29条にいう「①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、及び②その他の事項で、③この法律の規定に違反しないもの」について、① or ②、かつ③、すなわち、①+③、及び②+③が認められることを意味し、このうち②については、会社法上、定款に別段の定めを置くことを認める規定が置かれていない場合のすべてを意味し、会社法の規定に違反しない事項につき無制限に定款自治が認められるものと解する余地がある⁽¹⁴⁾。

これに対して、定款の定めにおいて「権限専属型」での定めなのか、それとも「権限重複型」の定めなのかが明らかになっていない場合においては、「権限専属型」の定めと解すべきとする見解が示されている⁽¹⁵⁾。この立場は、会社法295条2項の規定が定款で株主総会の権限を拡大できることとした趣旨は、取締役会設置会社において、株主があえて法令で定められた事項以外の事項についても自ら意思決定をしたいと欲する場合には、それを定款自治として否定はすべきでないという考え方に基づくものである。そうすると、ある事項の意思決定をあえて取締役に委ねずに自ら決しようという株主の通常の意味は、当該事項については、決定権限は株主総会に専属させる意思であると解するのが合理的であるとされる。

b. 会社法295条2項にいう「定款で定めた事項」を制限すべきとする立場

以上のように会社法295条2項の定款の定めによる株主総会決議事項に限定はないとする立場に対して、取締役会設置会社における所有と経営の分離に対する配慮から、何らかの制限を認める立場も有力に主張されている。

第一に、株式会社の本質または強行法規に反しない限り、定款の定めにより

(14) 森・前掲6) 335頁は、立案担当者の立場をもとに、明文の根拠規定がない場合には定款自治を認めないことが定められているのであれば、②「その他の事項で」という包括的な表現を用いるのは不自然であり、むしろ「会社法に定めのない事項で」とすべきである旨を指摘される。

(15) 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」浅木愼一・小林量・中東正文・今井克典編浜田道代先生還暦記念『検証会社法』（信山社・2007年）97頁。

株主総会の決議事項を拡大できるとしても、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いう観点から、業務執行行為すべての決定権限を株主総会のみとするのはできないとの主張がある⁽¹⁶⁾。この点、平成17年改正前商法のもとで、通説が無制限に株主総会決議事項の拡大を是認してきた背景には、小規模で所有と経営が実質的に未分離な状態の会社が多く、これらの会社の実情に応じた取締役会と株主総会の権限配分を考慮せざるを得なかったという事情があったと指摘されている⁽¹⁷⁾。これに対して、現行会社法の下では、そのような小規模閉鎖会社については、非公開会社として、取締役会を設置することは義務づけられておらず、取締役会設置会社を選択しなければ、株主総会の万能機関制（会社法295条1項）を維持することができることとの対比において、総会権限を無制限に認める必要性は乏しいものといえる。

第二に、相互に信頼関係のない多数の株主の存在を予定している株式会社においては、大多数の株主には経営に参加する意思も能力もないのが通例であり、総会に積極的に参加するという割に合わない行動をしないことが合理的であるため、会社経営は取締役等に委ね、株主総会はもはや会社の業務執行には介入せず、会社の組織や運命にとって重大な事項のみを決定することによって会社組織の合理化や経営の効率化を図ることができ、ひいては株主の利益にもつながる。したがって、効率的で合理的な会社経営を図る見地から、定款での権限移譲には抑制的であるべきとする立場が示されている⁽¹⁸⁾。

第三に、公開的な会社の株主総会は、個別の業務執行に関する決定には相応しくない機関であり、取締役は総会決議に拘束されず、自己の責任において業

(16) 弥永・前掲13) 118頁、宮島司『新会社法エッセンス〔第2版〕』（弘文堂・2006年）155頁。

(17) 酒巻俊雄・龍田節代表編集『逐条解説会社法第4巻』（中央経済社・2008年）35頁〔前田雅弘〕。

(18) 神作裕之「株主総会と取締役会の権限分配」法学教室148号（1993年）22～23頁。また、この立場は、総会の形骸化に鑑みると、総会の決議事項を拡大することにより、かえって、総会の決議が経営者の専横を隠ぺいする手段として利用されるおそれについても指摘される。

(19) 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編『新版注釈会社法（5）』（有斐閣・1986年）27頁〔江頭憲治郎〕。

務執行をすることが望ましいとの主張がある⁽¹⁹⁾。この主張は、とくに、業務執行に関する総会決議にも取締役が拘束されるとした場合、自己の意に反した総会決議を遵守して職務を遂行した結果、会社または第三者に損害を与えた取締役の責任について解釈上困難な問題が生じることを指摘する（もし、自己の意に反する総会決議に拘束されて行為をした取締役が、会社法423条1項の責任を負わないとすると、任務懈怠責任を免れるために総会決議を行わせようと策謀する取締役が出現する危険がある）。そこで、公開会社においては、①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事項に制限を加えるか、②業務執行事項について総会における提案権者を限定するか、もしくは③業務執行事項に関する株主総会決議は、単なる勧告的な決議にとどめる等の措置を講ずるべきとされる。

他方、非公開会社においては、業務執行の決定機関として株主総会が不相当とは言えないものの、総会で業務執行事項を決定した場合の取締役および支配株主の少数株主および会社債権者に対する責任の問題を検討する必要がある。この点、特定の業務執行行為等を株主総会の決議事項として決議を経た結果、第三者に損害が及んだ場合には、決議に参加した株主に会社法429条の類推適用に基づく責任を負担させることも考えられる⁽²⁰⁾が、株主総会決議が不適切であった場合には、通常、取締役・株主に対しても損害賠償請求はできないとも言われ⁽²¹⁾、単に取締役会の権限を株主総会に委譲したことのみで法人格否認の法理を適用するのは困難であることを踏まえると、第三者の利益保護が不十分な結果となるおそれは否めない。

第四に、株主総会と取締役会との間の権限の配分については、どのような制度設計が望ましいかを個々の会社が検討し取決めをするには時間的・労力的に大きなコストがかかることから、法が定める標準型の権限配分を採用することで、情報収集コストを省くことができるという経済的合理性の見地からは、標

(20) 弥永真生「一株運動と会社法」ジュリスト1050号（1994年）109頁。

(21) 弥永・前掲13）118～119頁。

準型の権限を強行規定として設定し、定款自治の自由度を制限する方が望ましいという見方もある⁽²²⁾。この立場は、法的権限を強行規定によって定めることの意義は、第三者への情報提供を通して、業務執行に関する法的責任の明確化を図るためとも指摘される。

(3) 小括

定款の定めにより株主総会の決議事項を拡大する要請は、取締役会の設置が義務づけられていた平成17年改正前商法下での小規模閉鎖会社における実情に配慮して主張されたものであり、非公開会社において取締役会の設置が義務づけられていない現行会社法の下では、そのようなニーズは、定款による株式譲渡制限規定を前提に、定款変更により取締役会を廃止することによって簡単に実現することができる。

他方、わが国の中小企業の約75.2%は、定款による株式譲渡制限規定を置く非公開会社であり⁽²³⁾、従業員数の少ないオーナー経営企業を除いて、70%以上の割合で取締役会を設けている⁽²⁴⁾。非公開会社で取締役会設置会社には、平成17年改正前商法の下で設立された取締役会設置会社があり、その後定款を変更して取締役会を廃止することなく現在に至っているものもあれば、昭和の時代に設立されたオーナー経営型の株式会社で、創業者であるオーナー経営者が経営の一線から引退し、後継者への事業承継が進んでいる会社も多い。事業を受け継いだ二代目以降の経営者は、創業者のワンマン経営体制から脱却し、従業員や外部株主等の利害関係者の意見を取り上げながら、取締役会を積極的に機能・活用させていく傾向もみられる。また、外部株主が存在する中小企業が、

(22) 柳川範之「株主総会と取締役会」三輪芳朗・神田秀樹・柳川範之編『会社法の経済学』（東京大学出版会・1998年）51～57頁。

(23) 平成30年中小企業実態基本調査（中小企業庁）によれば、調査対象の中小企業である株式会社795,306社中、その約75.26%にあたる598,528社が定款による株式譲渡制限を定めている非公開会社である。また、取締役会の設置状況については、以下の資料参照。

<https://www.chusho.meti.go.jp/koukai/chousa/kihon/index.htm>

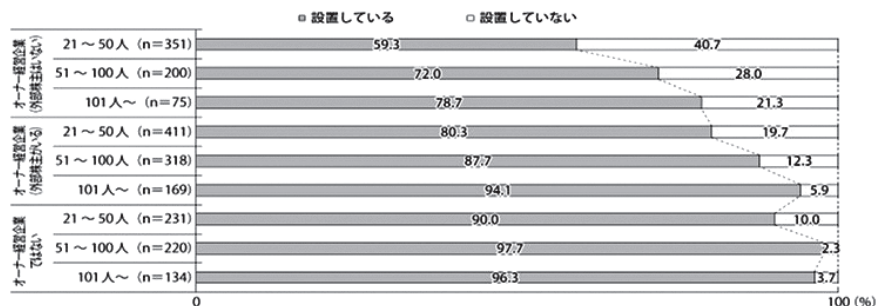
取締役会を置くのは、対外的な信頼を得られやすいという理由からである。

したがって、中小企業の実態からすれば、非公開会社であるにもかかわらず、取締役会を設置する株式会社では、事実上オーナー経営であるが、取引上の信用を確保するために取締役会を設置しているにすぎず、名目的取締役を置き、ほとんど開催の実態がない会社もあるものと推測される。

そもそも株主総会の決議事項を定款で追加することは有用ではなく⁽²⁵⁾、株主総会の決議事項の拡大により、取締役会の権限を制約すると、意思決定手続が煩雑になるし、また善意の第三者に対しては当該権限の制約を対抗できるわけでもないことから、上場会社で行われることが少ないことはもとより、閉鎖型のタイプの会社でも、取締役会の権限の制約は、この方法ではなく、株主間契約によるのが通常である⁽²⁶⁾。

このような現状において、会社運営上のニーズの存在も不明な状況下で、株主総会の権限を拡大することは、とくに株主総会と取締役会との間の権限の重

(24) 取締役会の設置状況（所有形態及び従業員規模別）



資料：アクセンチュア㈱「平成29年度我が国中小企業の構造分析及び構造変化の将来推計に係る委託事業報告書」（2018年3月）

(注) 2016年における企業の従業員規模及びオーナー経営企業であるかについての回答ごとに、「10年以上前から設置している」、「過去10年以内に設置した」と回答した企業を「設置している」とし、取締役会を設置しているかについて回答した企業を集計している。

(25) 江頭憲治郎『株式会社法第7版』（有斐閣・2017年）318頁。

(26) 前田重行「会社の管理運営と株主の自治」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』（商事法務研究会・1994年）139、164頁。

複が生じ、会社運営が混乱に陥るおそれ、会社の業務執行に対する責任の所在が不明確となり、とくに第三者による役員への責任追及が困難となるおそれに鑑みれば、無制限の定款自治を認めるのは妥当ではなく、何らかの制約を課することが妥当なものと思われる。

また、公開会社の場合、株式の譲受け等により将来、会社に入ってくる者が、不知の定款規定に拘束されるおそれがあることを踏まえれば、定款規定の対第三者効という視点⁽²⁷⁾から、会社の業務執行体制について、法定の制度に基づいて運用されていることへの信頼を確保するため、会社の事業遂行に関する重要事項の決定権限を株主総会決議事項とすることに一定の制約を課すべきである。

そこで、取締役会に付与されている決定権限のそれぞれについて、所有と経営の分離を前提に、権限・責任の所在の明確化という観点から、若干の具体的な事項について検討を試みたい。

3. 株主総会決議事項の拡大と限界

(1) 株主総会決議事項の整理

一般的に、株主総会の法定決議事項は、①会社の基礎的変更にあたる事項（＝定款変更、資本減少、解散、会社の継続、合併、会社分割、株式交換、株式移転、事業譲渡等）、②機関等の選解任に関する事項（＝取締役・監査役・会計監査人・会計参与等）、③計算書類の承認・剰余金の配当等株主の重要な利益に係る事項（＝計算書類の承認、剰余金の配当等、一定の自己株式の取得、株式の併合、取締役責任の一部免除、非公開会社における募集株式・新株予約権の発行に関する事項、公開会社における有利発行の場合の募集事項の決定）、④取締役の専横の危険がある事項（＝役員報酬等の決定、事後設立等）

(27) 神田秀樹「株式会社法の強行法規性」法学教室148号（1993年）89頁、大杉謙一「合併企業のガバナンス」澤田壽夫・柏木昇・森下哲朗編『国際的な企業戦略とジョイント・ベンチャー』（商事法務・2005年）162頁。同161～164頁は、定款規定が有効であるための要件として、明確性・周知性・合理性の3点を挙げている。

に大別されている⁽²⁸⁾。

このような分類をもとに、本来的に株主総会の決議事項とされているものの、業務執行の機動性を図る等の観点から、例外的に取締役会に決定権限が与えられているような事項については、原則として定款の定めにより株主総会に決定権限を留保することは認められるものと思われる。

（2）簡易組織再編等を株主総会決議事項とする旨の定款の定め

株式会社の事業の重要な一部の譲渡において、譲渡資産の帳簿価額が総資産額の5分の1を超えない場合には、簡易事業譲渡として株主総会決議による承認は不要である（会社467条1項2号）が、このような要件を充足しているかの判断が難しい場合があり⁽²⁹⁾、また特定の事業財産につき、当該会社における重要性が認識されているため、総資産額に占める割合が5分の1以下であっても、その譲渡等には株主総会決議による承認が必要であると考えられる場合があり得る。同様の事態は、簡易合併（会社796条）等の簡易組織再編行為についても起こり得る。

このような場合、簡易事業譲渡・簡易合併等の手続を選択するか否かは、会社の自由な判断に委ねられている⁽³⁰⁾ことからすれば、本来的に株主総会決議事項として位置づけられるものである以上、会社法の要件を充たす簡易手続の場合にも、株主総会決議による承認を要する旨の定款の定めは有効であると解される。

(28) 岩原紳作編『会社法コメンタール7』（商事法務・2013年）35頁〔松井秀征〕、江頭憲治郎・門口正人編『会社法大系第3巻』（青林書院・2008年）28頁〔揖斐潔〕。

(29) 福島洋尚「株式会社法における株主総会と取締役会の権限分配」黒沼悦郎・藤田友敬編『江頭憲治郎先生古稀記念 企業法の進路』（有斐閣・2017年）171頁。

(30) 江頭・前掲19）887～888頁、武井一浩・郡谷大輔「簡易組織再編における株主総会承認決議」商事法務1842号（2008年）61頁。

（３）募集株式の発行・新株予約権の発行に関する事項

募集株式の発行における募集事項（会社法199条1項）の決定について、会社法は、非公開会社については、株主総会の特別決議事項とされる（同199条2項、309条2項5号）のに対して、公開会社においては、有利発行の場合を除き、授権株式制度を採用し、取締役会に決定権限を付与している（同201条1項）。

そこで、公開会社において、定款の定めにより、募集事項の決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る。募集株式の発行については、会社組織の人的・物的拡大として、株主の重要な利益に係る事項であるが、株式発行を通じた機動的な資金調達を実現するという利益を優先させた結果、取締役会の決議事項とされている。したがって、定款自治において、株主総会に募集事項の決定権限を留保することについて、どの程度のニーズがあるかはわからないものの、既存株主の保有する株式価値の維持という目的等をもとに可能であると考えられる⁽³¹⁾。現に、上場会社等において、敵対的な買収からの企業防衛手段として、株主名簿上の株主に新株予約権の無償割当て等を行う場合に、定款変更手続きにより買収防衛策の設定・発動につき、株主総会の決議事項としたうえで、株主意思を確認するために、株主総会の承認決議を得ることが考えられる⁽³²⁾。

また、授権株式制度が採用される公開会社においても、有利発行（会社199条3項）に該当する場合、または支配株主の異動を伴う発行（会社206条の2第1項）で株主から反対の通知を受けた場合（同4項）には、株主総会の決議を経なければならなくなる。このような場合、「特に有利な金額」の認定が微妙となることに備えて、あらかじめ定款の定めで有利発行の認定につき画一的な基準を定めておくこと、また支配株主の異動についても実質的支配基準等を

(31) 募集株式の発行に関する権限を株主総会に留保するためには、定款の変更により、発行可能株式総数を現時の発行済株式総数まで減少させる（会社113条2項）旨の決議によることが現実的であると思われる。

(32) ブルドックスソース事件＝最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁参照。

設定して、反対株主からの通知を経ることなく直ちに総会による承認を要する旨を定めておくといった実務的な対応も認められるであろう⁽³³⁾。

（４）株式会社の事業目的・経営の基本方針に関わる事項

株式会社の事業目的は、原始定款の絶対的記載事項（会社27条1号）であり、株式会社は法人（会社3条）として、定款で定められた目的の範囲内において権利を有し義務を負う（民34条）。会社の権利能力の範囲を画するための定款所定の事業目的については、当該事業の遂行に必要な行為まで幅広く包含される⁽³⁴⁾が、他方、忠実義務の一環として取締役が負うべき定款規定を遵守する義務（会社355条）については、取引安全への配慮を要しないため、権利能力の範囲よりは狭く解することが許容される。株式会社の事業譲渡等が株主総会の特別決議事項とされている（会社467条1項）のと同様、定款の定めを変更することにより、株式会社の事業目的を追加・変更・削除することは本来的に株主総会の決議事項である（会社466条）。

現在、上場会社において、その実施に関する情報開示が義務づけられている2018年改訂版コーポレートガバナンス・コード⁽³⁵⁾の原則2-1においては、「中長期的な企業価値向上の基礎となる経営理念の策定」として、上場会社は、自らが担う社会的な責任についての考え方を踏まえ、様々なステークホルダーへの価値創造に配慮した経営を行いつつ中長期的な企業価値向上を図るべきであり、こうした活動の基礎となる経営理念を策定すべきとされている。また、同原則2-2は、上場会社は、ステークホルダーとの適切な協働やその利益の尊重、健全な事業活動倫理などについて、会社としての価値観を示しその構成員が従うべき行動準則を定め、実践すべきである。取締役会は、行動準則の策定・改訂の責務を担い、これが国内外の事業活動の第一線にまで広く浸透し、遵守されるようにすべきであるとする。

(33) これらの問題につき、福島・前掲29) 169頁以下参照。

(34) 最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁等参照。

(35) <https://www.jpx.co.jp/news/1020/20180601.html>

このような株式会社の経営理念・行動準則の策定・改訂は、本来的には取締役会での決定事項であるが、株式会社の役員及び使用人にその遵守を求める観点からは、定款に定めを置き、株主総会の定款変更のための特別決議を通して改訂を行うといった対応については、会社法29条の適用においても差し支えないものと考えられる。ただし、会社の経営理念については、社会・環境問題をはじめとするサステナビリティ（持続可能性）を巡る課題についての適切な対応が求められている⁽³⁶⁾ こと等を踏まえれば、実際の取扱いとしては、その時々⁽³⁶⁾の社会情勢の変化に応じて迅速・機動的に改訂することができるようにするため、取締役会の決定事項にとどめておく方が望ましいといえよう。

（５）会社の事業行為および事業のための行為

株式会社の事業としてする行為およびその事業のためにする行為（会社5条）の決定は、会社経営に関する業務執行行為として、取締役会設置会社においては、取締役会の職務として法定されている（会社362条2項1号）。これらの業務執行行為の決定につき、株主総会が専断的に決定するものと定めれば、取締役会の決定権限が奪われることとなる。取締役を退任したオーナー＝実質的支配株主が存在し、その者が総会決議を通して業務執行の決定を担っており、その決定によって第三者が損害を受けた場合には、事実上の取締役としての責任、もしくは法人格否認の法理の適用による責任追及による解決を図る余地があるが、中小企業で外部株主が存在しており、創業者株主の持株比率が圧倒的に高いとは言えないような場合には、総会で賛成した株主に責任を追及することは難しいこととなる。

また、権限重複型の場合であっても、取締役が、総会決議に基づく特定の業務執行行為の決定内容を妥当ではなく、実行すべきでないと考えていた場合、それに代わる代替策を有せず、また総会決議に逆らって執行しなかったときに、即、忠実義務（会社355条）違反として任務懈怠責任が問われてしまうこ

(36) コーポレートガバナンス・コード・前掲35) 原則2-3 参照。

とを危惧して、安易に総会決議に従った業務執行行為を行うおそれがある。この場合の業務執行行為により、会社ひいては第三者に損害が及んだ場合に、当該取締役は「職務を行うにつき悪意または重大な過失」があったとして責任を問い得るか、この場合の重過失の認定が困難となることも想定される。

そこで、少なくとも取締役会設置会社の場合は、会社法が専ら専門的経営者である取締役にその判断を委ねており、裁量事項を定款で制約すると定款遵守義務により最適な判断が妨げられ得るので、取締役の裁量的判断になじむ事項は、会社法355条に抵触する可能性があるものとして定款による株主総会権限の留保は認められないものと解される⁽³⁷⁾。

この点、株主提案権の行使に関する米国の委任状勧誘規則を定める連邦証券取引所法14条(a)項の下でのSEC規則14a—8(i)7は、会社が株主提案を委任状勧誘書類に掲載することを拒絶できる事由として、当該提案が会社の「通常の事業」(the company's ordinary business operations)に関連するものである場合を挙げる⁽³⁸⁾。ここでいう「通常の事業」の解釈に関するSECの判断は一貫していないようであるが、①提案の主題が通常業務と関連しているか否か、②提案が細部にわたる経営に関するものであるか、それとも会社の日常的業務を超えた重要な政策問題を含んでいるかどうかが審査の基準とされる⁽³⁹⁾。大企業における社会政策的な意図に基づく株主提案（環境問題・公衆衛生・原子力発電の是非・企業の社会的責任の追及等）についてどの程度の制限をかけるべきかについては、これまで多分に政策的な配慮から大らかに許容されてきたきらいもあり、ESG投資への対応も含めた企業活動および企業価値の測定に係る判断も含まれている以上は、会社の日常的業務を超える問題として位置

(37) 松井秀征・前掲28) 41頁。

(38) 同規則における「通常の事業」の範囲に関する議論については、田中慎一「米国の株主提案における通常の事業の範囲」徳本穰・徐治文・佐藤誠・田中慎一・笠原武朗編『会社法の到達点と展望—森淳二郎先生退職記念論文集』（法律文化社・2018年）333頁以下、松中学「株主提案権制度の目的—日米比較を踏まえて—」同432頁以下が詳細に検討している。

(39) 田中・前掲38) 340頁・342頁参照。

づけることはできる。これに対して、株主提案がより具体的な会社資産の処分、特定の契約の破棄等を内容とするものであれば、会社経営に関する取締役もしくは取締役会の自由な裁量に基づく判断を阻害することとなる懸念が生じるため、定款変更によって株主総会決議事項とする旨の株主提案を認めるべきではないものと考えられる。

また、このような解釈は、株式保有が分散化している公開会社のみならず、非公開会社においても妥当するものとする。ただし、非公開会社で取締役会を設置するのは、会社経営に対する対外的な信頼を確保するためであり、それは第三者において取締役会による業務執行の監督が機能していることを対外的に示している場合が多く見られる。非公開会社のガバナンスについて、第三者の信用がどこまで現実的なものかの判断は難しいものの、取締役会設置会社であることは登記事項である（会社911条3項15号）のに対して、株式会社の定款は公示されておらず、株主・会社債権者に閲覧請求権等が認められている（会社31条2項）にすぎず、第三者の立場で会社に閲覧請求を行うハードルが高いことに鑑みれば、取締役会による業務執行の決定が正常に行われていることに対する信頼を確保する要請は高い。それに比べれば、会社内部において株主が業務執行に関する一定の直接的な支配・関与を留保したいというニーズがあるのならば、定款を変更して取締役会を廃止し、定款の定めなしに株主総会の万能機関制を採用するべきである。

平成17年改正前商法下において、すべての株式会社に取締役会の設置が義務づけられていたため、定款による株式譲渡制限の定めを置く小規模閉鎖会社では、実質的に全額出資している株主オーナー経営の会社であっても、名目的取締役2人の存在が必要であった。これに対して、現行会社法では、非公開会社においては取締役会の設置が義務づけられておらず（会社327条1項1号参照）、名目的取締役を置くことにより、あえて取締役会の設置を維持する必要はない。改正前商法時代の名目的取締役については、名前を貸しただけで勤務実態もなく、役員報酬も受けていないこと、およびたとえ取締役会を通して業務執行の監督にコミットしたとしても支配株主である代表取締役の業務執行を

止めることが困難であったと予測されること等を理由に、任務懈怠もしくは相当因果関係が欠けていることを理由に対第三者責任を否定する裁判例⁽⁴⁰⁾が散見された。

これに対して、現行会社法の下では、名目的取締役への就任を承諾することは、非公開会社であるが取締役会による監督によるガバナンスを機能させているという虚偽のメッセージに加担することにはかならず、取締役としての任務の放棄については、より厳しい責任を問う余地があり⁽⁴¹⁾、最近の裁判例においても積極的に対第三者責任を肯定する判断が増加している⁽⁴²⁾。

このような状況からは、株主が会社経営にコミットできる立場にあるため、株主総会に会社業務執行に関する権限を留保させる必要性が大きいとは思われず、むしろ定款自治に制限を加え取締役会の権限事項であることを明確にすることによって、その経営判断についての責任の所在を対外的に明確化する要請に重きを置くべきものと解される。

（6）代表取締役の選解任

取締役会設置会社において、株主総会決議により代表取締役を定める旨の定款規定の効力が問題となった最三決平成29年2月21日⁽⁴³⁾は、以下のように説示して定款の定めを有効とした。すなわち、「取締役会を置くことを当然に義務

(40) 東京地判平成2年1月31日金判858号28頁、東京地判平成3年2月27日判時1398号119頁、東京地判平成6年7月25日判時1509号31頁、東京地判平成8年6月19日判タ942号227頁等。名目的取締役の対第三者責任につき、岩原伸作編『会社法コンメンタール9—機関（3）』（商事法務・2014年）394～399頁〔吉原和志〕参照。

(41) 江頭・前掲25）515頁。また、龍田節・前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』（有斐閣・2017年）104頁も、怠慢がひどいほど責任を負わなくて済むというのは、制度のあり方からして疑問である。員数を揃えるとか会社の信用を高めるために名目上の取締役が利用されるようだが、任務を遂行できないなら就任を控えるのが筋であろう、とされる。

(42) 東京地判平成20年12月15日判タ1307号282頁、東京地判平成22年4月19日判タ1335号189頁。裁判例の動向につき、澤口実編『新しい役員責任の実務〔第2版〕』（商事法務・2012年）334～337頁〔近澤諒〕参照。

(43) 民集71巻2号195頁。

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。」と判示した。

本決定の射程については、第一に、取締役会設置会社において、代表取締役の選定につき取締役会が権限を有することを前提に、株主総会にもその権限を与える旨の定款規定の有効性を対象としており、株主総会に代表取締役の選・解任権限を専属させる旨の定款規定の効力については言及されておらず⁽⁴⁴⁾、いわゆる権限重複型の定款規定の有効性を認めたものと理解される⁽⁴⁵⁾。

また第二に、本決定は、非公開会社を対象として判断しているため、その射程は公開会社には及ばないものと位置づけられる⁽⁴⁶⁾。これに対して、本決定の趣旨は、公開会社の場合にも妥当すると解する立場も有力に主張されている⁽⁴⁷⁾。そこで、以下の2点を中心に若干の検討を行う。

(44) 大杉謙一「判批」私法判例リマークス56号（2018年）92頁。

(45) 高橋真弓「判批」判例時報2362号（2018年）164頁（判例評論711号18頁）、若林泰伸「判批」法学教室445号（2017年）47頁、北村雅史「判批」法学教室442号（2017年）126頁、松本展幸「判批」ジュリスト1521号（2018年）106頁、高橋聖子「判批」法律のひろば2017年9月号63頁、三浦治「判批」判例秘書ジャーナル文献番号 HJ100006—6頁。

(46) 大杉・前掲40）92頁、鳥山恭一「株式会社の機関構成にかかわる定款自治の範囲」金商判1516号（2017年）1頁、高橋・前掲45）164頁、若林・前掲45）47頁、北村・前掲45）126頁、松本・前掲45）106頁、三浦・前掲45）6頁。

a. 取締役会設置義務を負う公開会社において、株主総会に代表取締役選解任権限を重複的に与える旨の定款の定め効力

有効説は、①最高裁決定のあげる2つの理由は、公開会社についても妥当すること⁽⁴⁸⁾、②公開会社について本件のような定款規定の有効性を否定することは過剰な規制となること⁽⁴⁹⁾、③少なくとも株主総会にも権限を与える（取締役会の権限を奪わない）にとどまる限り、弊害が生じるとも考えにくく、株主総会と取締役会の意思決定が異なる場合、最終的には株主総会で取締役を交代させることを通じて解決できること⁽⁵⁰⁾、さらに④会社法が、株主総会と取締役会とに決定権限が重複帰属することを認める（会社459条1項・460条1項参照）以上、権限重複により株主総会と取締役会の判断に矛盾が生じ得ることは、当該定款規定の効力を否定する理由にはならないこと⁽⁵¹⁾を論拠とする。

これに対して、無効説は、①上場会社もしくはこれに類する規模の会社においては、閉鎖会社のように株主権の所在が根本にある紛争は通常起こりにくく、代表取締役の選解任を株主総会決議事項とする定款規定を設定するメリットはあまりないと考えられ、株主総会が代表取締役の選定・解職権限を有することによって取締役会の権限が稀釈化されることは非合理的であること⁽⁵²⁾、また、②権限重複型の定款規定は、取締役会の監督機能を弱体化させるだけでなく、取締役会と株主総会とで異なる者を代表取締役として選定した場合に生じ得る混乱を考えれば、定款自治を強調するよりも、法により一義的に会社代表者が決定される仕組みの方が望ましいこと⁽⁵³⁾をその論拠として挙げる。

この点、会社法の下では、取締役会設置会社であっても、その実態は内部的

(47) 松中学「判批」民商法雑誌153巻6号（2018年）162～163頁、中村信男「判批」新・判例解説 Watch21巻（2017年）136頁、弥永真生「判批」ジュリスト1507号（2017年）3頁、渡辺邦広「判批」金融法務事情2070号（2017年）5頁、前田雅弘「判批」ジュリスト1518号（2018年）105頁。

(48) 前田・前掲判47）105頁。

(49) 松中・前掲47）163頁。

(50) 松中・前掲47）163頁。

(51) 中村・前掲47）136頁。

(52) 大杉・前掲44）93頁。

には有限会社に近く、対外的な関係を考慮して法定の「取締役会」を設けたにすぎない場合や、従来そのままに取締役会設置会社となっている場合もあり⁽⁵⁴⁾、会社法上の公開会社と非公開会社とで解釈を区分することに疑問が提示されている⁽⁵⁵⁾。しかしながら、こうした会社以外の公開会社にあつては、非公開会社を選択できる状況にあるのにもかわらず、あえて公開会社を選択している場合には、やはり非公開会社と異なる取扱いがなされて然るべきである⁽⁵⁶⁾。一般に、公開会社においては、株式保有が分散化していることにより、株主総会決議による代表取締役の選任により、取締役会による代表取締役の職務執行に対する監督機能が実質的に弱体化したことにより会社ひいては第三者に損害が及んだ場合の責任の所在を明確化することが困難となる状況を踏まえれば、当該定款の定めは無効と解すべきであろう。

b. 株主総会に代表取締役の選解任権限を専属させる旨の定款の定め効力

この点に関し、有効説は、権限専属型の定款規定につき、取締役会の監督権限が間接的になるという問題はあるものの、株主があえてそれを望むときに定款自治を否定するほどのことはないこと⁽⁵⁷⁾、非公開会社の実情に応じて、代表取締役の選解任について定款自治が認められるべきであり、権限重複型しか認められないと解することは、いささか狭きに失すること⁽⁵⁸⁾を理由として挙げて

(53) 若林・前掲45) 46頁。また、中村・前掲47) は、公開会社の中には、実質的に小規模閉鎖会社の様相を呈するものが多いことを指摘されるが、若林・前掲45) 46頁は、こうした会社以外の公開会社にあつては、非公開会社を選択できる状況にあるのにもかわらず、あえて公開会社を選択している場合には、やはり非公開会社と異なる取扱いがなされて然るべきと指摘される。

(54) 川島いづみ「判批」金融商事判例1531号（2018年）5頁。

(55) 中村信男「株式会社の規制区分と取締役会・株主総会間の権限配分を巡る定款自治の射程」尾崎安央・川島いづみ・若林泰伸編『上村達男先生古稀記念 公開会社法と資本市場の法理』（商事法務・2019年）128頁。

(56) 若林・前掲45) 46頁。

(57) 前田・前掲47) 105頁。弥永・前掲47) 3頁も非公開会社の場合、元来、取締役会を設置することは強制されていないのだから、取締役会を設置したときであっても、可能な限り、定款自治を認めるのが穏当であるとされる。

いる。また、上場会社等を中心とする、株主が比較的多数であって流動的な公開性の株式会社では、コーポレート・ガバナンス体制の規律確保の問題として、会社の業務執行体制に問題があるときには迅速かつ効率的に所要の措置を講じることができる仕組みが用意されている必要があることから、その要請と矛盾する取扱いは、定款を以てしても定めることができないというべきとして、権限専属型規定の効力が認められる射程は、公開性の株式会社にはまでは及ばないとも主張される⁽⁵⁹⁾。

これに対して、無効説は、定款自治の範囲について、単純に言えば、内部関係においては任意であり、外部関係では強行法規制を認めるといえようが、各機関相互の関係、各機関と株主等との関係のいずれをとっても、外部とのつながりがあるので、純粋に内部のものという分野はない。取締役に対する規制についても、同様で、会社の内部関係であるとはいえ、直ちに債権者等の利益にも影響を与える。また、定款自治といえども、株主の多数を代弁するもので、これを無制限に認めれば、会社の利益を損なうことにもなりかねない。これらに加えて、むしろ会社法362条2項を強行法規とみるべきこと⁽⁶⁰⁾、権限専属型の定款規定については、代表取締役に対する全体としての監督力の縮小が懸念される以上、その効力を認めることは妥当でないこと等⁽⁶¹⁾をその根拠とする。

また、具体的には、取締役会設置会社においては、株主総会は取締役会で定めた総会の目的事項についてしか決議をすることができない（会社309条5項）

(58) 川島・前掲54) 5頁。現実的な問題として、取締役会非設置を選択し、当該会社の実態を勘案して定款規定を種々独自に設けることや、種類株式を使いこなすことは、一般的な中小規模の株式会社にとっては、かなりハードルの高いものと指摘される。また、松中・前掲47) 166頁以下は、支配株主が存在する会社、株主が分散し合理的無関心が働くような会社、もしくは支配株主が存在せず、取締役会の提案が株主総会で支持されるか不確実な会社に区分して、詳細な検討をしたうえで、代表取締役の選定・解職権限が株主総会に専属すること自体の影響は小さいため、取締役会による代表取締役の選定・解職権限を奪い、株主総会に専属させる定款規定の効力も、必ずしも否定すべきではないとする。

(59) 中村・前掲55) 130頁。

(60) 門口正人「判批」金融法務事情2080号（2017年）62頁。

(61) 高橋・前掲45) 167頁。

ため、株主総会で代表取締役の解職を行うことが困難な場合が想定されることも指摘されている⁽⁶²⁾。すなわち、非行を働いた代表取締役を解任するための株主総会の招集・議事決定を取締役会決議で行ったとしても、複数の代表取締役が存在しない場合には、当該代表取締役が取締役会決議に従わず、株主総会の招集を行わなければ、当該代表取締役を解職または解任して違法な業務執行を即座に止めることは事実上困難となるためである。代表取締役の解職権の行使について、株主総会の構成や実質的機能を考慮することは勿論のこと、株主総会の多数派を占める株主の会社および第三者に対する監督責任を明確にする必要がある⁽⁶³⁾ことを踏まえれば、当該定款の定め効力は否定されるべきであろう。

4. むすびに代えて

現在、わが国の株式会社の自己資本比率は、上場会社の平均値で52%前後、中小企業では40%前後の状態にある⁽⁶⁴⁾ことからすれば、会社資産の売却、その他の企業経営に関する重要な決定は、従業員や会社債権者等の第三者の利害に関わる事項であり、その決定・実行に係る責任の所在を明確化させる必要が

(62) 大杉・前掲44) 93頁。

(63) 高橋・前掲45) 166頁。代表取締役の解職権は、迅速かつ確実に会社の損害回避を図る直接的な手段であるが、解職動議提出権や差止請求のみでは、株主総会と取締役会が対立していない場合にまで、速やかな対応が難しくなる場合が考えられる。代表取締役の業務執行権の範囲を制限しても、善意の第三者には対抗し得ないため（会社349条5項）、代表取締役を解職し、その旨を登記した場合に比べて、会社の損害の可能性を完全に回避することはできない。また、株主の多数派の支持を受けている代表取締役に対しては、後に取締役解任の訴え（会社854条1項）が提起される可能性はあるものの、相対的に牽制は弱いものとなる可能性が指摘される。

(64) 2020年2月初めの時点における、日本の上場会社3744社の自己資本比率の平均値は、52.70%である。同比率は、金融持株会社では4～6%程度、電力会社では20%前後、鉄道会社では20～30%前後であり、資産のリスクとのバランスで評価できるものである。したがって、安易な資産売却等により、会社債権者をはじめとするステークホルダーの利益に影響を及ぼす懸念も考えられる。他方、平成30年3月29日の中小企業庁「平成29年中小企業実態基本調査速報（平成28年度決算実績）」によれば、標本調査対象会社の「自己資本比率」は40.08%で、前年度より1.30ポイント上昇しているとされる。

<https://www.chusho.meti.go.jp/koukai/chousa/kihon/index.htm>

ある。このような観点からは、所有と経営の分離を前提に、当該事項を重要な業務執行事項として取締役会の決定に委ねるとともに、役員等の第三者に対する責任の規律を通じて、幅広く株式会社の利害関係者間の利益調整を図ることが合理的なものと思われる。

従来、非公開会社においては、株主総会および株主による経営に対するコントロールが重視され⁽⁶⁵⁾、定款自治の拡大による経営に対する監視・監督が期待されてきた。そのような流れからは、会社法295条2項による定款規定に基づく株主総会権限の拡大を図る方向性が見られるものの、他方において、中小企業の事業承継が進む現在の潮流からは、取締役会設置会社においては、取締役会によるガバナンス機能を重視して、支配株主の不透明な経営支配から、外部株主もしくは第三者の利益を確保するという全く別の方向性についても考慮する必要が生じてきているのではないだろうか。非公開会社において定款自治が幅広く認められているものの、必ずしもそれが使いこなせているとは言えない現状からすれば、むしろ会社法が機関設計についての選択肢を整理し、そのあるべき姿を示す法政策を採ることも検討すべきものと考えている。

—まつい ひでき・東洋大学法学部教授—

(65) 神作裕之「会社の機関—選択の自由と強制」商事法務1775号（2006年）38頁。