

# 会社役員選解任決議の定足数要件と定款による変更：定款自治は、どこまで許されるか

BAN, Aken / 潘, 阿憲

---

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

119

(号 / Number)

3

(開始ページ / Start Page)

1

(終了ページ / End Page)

43

(発行年 / Year)

2021-12-06

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00030115>

# 会社役員選解任決議の定足数要件と定款による変更

——定款自治は、どこまで許されるか

潘 阿 憲

## 一 はじめに

会社法上、株主総会の決議は、決議事項の内容およびその重要性に応じて、普通決議、特別決議および特殊の決議の三種類に区分されている。このうち、普通決議については、会社法三〇九条一項は、「株主総会の決議は、定款に別段の定めがある場合を除き、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う」と定め、成立要件として、①議決権を行使することができる株主の議決権の過半数を有する株主が出席すること（定足数要件）、および、②出席した当該株主の議決権の過半数が賛成すること（決議要件）を規定している。

この法定の定足数要件および決議要件は、「定款に別段の定めがある場合を除き」適用されるものであるから、定款の定めによって、これらの要件を加重することも軽減することも可能である。実際に、法定の定足数要件を外して、

単に出席した株主の議決権の過半数で決議が成立する旨を定款上定めている例が多いと言われる。<sup>(1)</sup>

しかし、役員<sup>(2)</sup>の選任および解任の決議（本稿では、これを「役員選解任決議」という）については、会社法三四一条は、「第三〇九第一項の規定にかかわらず、役員を選任し、又は解任する株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（三分の一以上の割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数（これを上回る割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）をもって行わなければならない」と規定している。これは、普通決議に関する会社法三〇九条一項の特則を定めたものであり、役員選解任決議の定足数は、定款の定めによつても、議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一未満とすることが許されない。

平成一七年法律第八六号による改正前商法（以下、「平成一七年改正前商法」という）においても、「取締役ノ選任決議ニ付テハ総会ニ出席ヲ要スル株主ノ有スベキ議決権ハ定款ノ定ニ依ルモ之ヲ総株主ノ議決権ノ三分ノ一未満ニ下スコトヲ得ズ」と定めて、取締役の選任決議については、定款の定めをもって定足数を総株主の議決権の三分の一未満とすることができないという制限が設けられていた（同法二五六条ノ二）。その趣旨は、取締役の選任は、本来普通決議の方法によるが、株主は直接会社企業の経営に参加することができず、取締役にその経営を任せるほかないため、その選任は株主の利害に大きく関わることから、なるべく多くの株主の意思を反映させようとするためである。<sup>(3)</sup>ただ、取締役の解任については、平成一七年改正前商法は、取締役の地位の安定を重視する立場から、株主総会の特別決議を要求していたが（同法二五七条二項・三四三条）、会社法では、取締役に對する株主のコントロールを重視する立場から、累積投票によつて選任された取締役の解任の場合（会社三四二条六項・三〇九条二項七号）を除いて、普通決議で足りるものとされた。<sup>(4)</sup>このため、取締役を含む役員の解任決議および選任決議は、同一の規律（会社三四一条）を受け

ることになったが、決議の定足数の排除は認められず、これを軽減する場合でも、総議決権数の三分の一未満に引き下げるできないとされている趣旨は、平成一七年改正前商法の場合と同様に解されている<sup>(5)</sup>。

このように、役員選解任決議に関する会社法三四一条は、普通決議に関する会社法三〇九条一項の特則として、定足数の排除を認めず、その軽減についても総議決権数の三分の一までという下限を設けているが、定款の定めをもって、法定の定足数要件を総議決権数の三分の一未満に軽減したり、または完全にこれを排除したりする場合に、当該定款規定は果たして全く効力が認められないのか、つまり無効とされるべきかが問題となる。また、これとは逆に、法定の定足数要件における議決権割合を加重すること、例えば、総議決権数の三分の二以上を有する株主の出席を要件とすることは、規定の文言からして、当然認められるが、要件加重の方法の一つとして、例えば、定款の定めをもって、議決権数を基準とした法定の定足数要件に加え、株主数を基準とする要件、すなわち頭数要件を設けることができるかが問題となる。

これらの問題は、いずれも、会社法の下で、定款自治がどこまで許されているか、また許されるべきであるのかという重要な問題に関わるものである。そこで、本稿は、定款の記載事項に関する会社法二九条の規定を手がかりに、会社法の下での定款自治の範囲の問題について検討したうえで、定款による役員選解任決議の定足数要件の変更の可否という問題について考察を加えてみることにする。

## 二 定款の記載事項と定款自治の範囲

### 1 定款の記載事項に関する会社法二九条とその解釈

会社法二九条は、株式会社の定款の記載事項に関して、「第二十七条各号及び前条各号に掲げる事項のほか、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」と定め、定款に記載することができる事項、すなわち定款自治の範囲を規定している。

一般に、会社の定款の記載事項としては、絶対的記載事項（定款に記載（定款が電磁的記録をもって作成された場合（会社法二六条二項）の記録を含む。以下同）しなければ定款自体の効力が否定される事項）、相対的記載事項（定款に記載してもよいがこれを記載しなければ当該事項の効力が認められないもの）および任意的記載事項（定款に記載せず他の方法で定めても有効性が認められる事項を会社の意思で記載するもの）の三種類があるが、会社法二九条の規定によれば、会社の定款には、会社法二七条の絶対的記載事項および相対的記載事項のうち二八条が定める変態設立事項のほか、「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」および「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」を記載することができる。

この規定にいう「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、会社法に規定されている事項について定款で別段の定めができる旨の規定がある場合、すなわち会社法の規定と異なる内容の定めを定

款に記載することができる事項のことであるが、会社法において、定款で別段の定めを置くことができるという明文の規定がある場合には、それは会社法の規定と異なる定めをするとき、必ず定款に定めなければならない趣旨を含んでいると解されるから、「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」が、すべて相対的記載事項を意味するものであることは、明らかである。<sup>(9)</sup>

ただ、「その他の事項」とは、具体的にどのようなものを指すかが問題となる。二九条の規定の文言から解釈すれば、「その他の事項」は、 $\alpha$ 「第二十七条各号及び前条（二八条）各号に掲げる事項」、および、 $\beta$ 「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」を除いたすべての事項、すなわち、会社法で定款に記載しなければならぬ旨の定めのある事項（すなわち $\alpha$ ）および定款に記載することができる旨の定めのある事項（すなわち $\beta$ ）を除いたすべての事項であり、これには、①会社法に定めのある事項で、前記 $\alpha$ と $\beta$ を除いた事項（相対的記載事項で明文の規定がないもの、すなわち解釈上の相対的記載事項）と、②会社法に定めのない事項の2種類のものが含まれることになる<sup>(10)</sup>と考えられる。

一般に、株式会社における定款自治の範囲に関する議論は、具体的には、a.法令に具体的な規定がある場合における当該規定と異なる内容の定款の定め<sup>(11)</sup>の有効性に関わるものと、b.法令に具体的な規定がない事項に関する定款の定めに対する制約に関わるものがあるが、会社法二九条により定款に記載することができる「その他の事項」としての前記①および②の事項は、定款自治の範囲に関する議論の対象である $\alpha$ および $\beta$ に相当するものであり、①の事項であっても、②の事項であっても、「この法律の規定に違反しないもの」である限り、すべて定款に記載することができると解されることになるので、会社法の下では、定款自治が広く認められているといえることができる。

## 2 定款自治の範囲に関する立案担当者の説明とそれに対する批判

以上のように、会社法二九条の規定の解釈として、株式会社の定款においては、絶対的記載事項以外に、会社法の規定に違反しない事項をすべて記載することができるので、広範な定款自治が認められる。ところが、会社法の立案担当者は、会社法における定款自治の範囲に関して、次のような説明をしている。

すなわち、会社法の制定に際し、法律で定められた要件とは異なる要件を定款で定めることができることとする場合には、逐一、その旨の規定を設けるという基本的な方針の下に規定の整備を行ったのであり、その主たる目的は、会社法制をめぐる強行規定・任意規定に関する議論に一定の方向づけを行おうとするためである。従来、会社法制に関しては、その規律を大きく外部関係と内部関係とに分けた上で、内部関係に関する規律については、これを任意規定と考え、定款自治が許容されるという議論がなされてきたが、会社法においては、定款自治の拡大を図り、当事者間の合意によって処分可能な規律に関しては広く定款自治を認める一方、どの規定について定款自治が認められるかという点をもっぱら解釈に委ねると、利用者にとってわかりやすい法制とはいいたいこと、つまり、任意規定かどうかの解釈が分かれていれば、利用者は結局のところ強行規定として取り扱うほかないという状況に置かれることになることから、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、会社法制定前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てを講じた、という<sup>(12)</sup>。

要するに、立案担当者の説明によれば、会社法の規定は、基本的にすべて強行規定であり、平成一七年改正前商法の下で任意規定と解されていたものも含めて、会社法で定められた要件と異なる要件を定款で定めることができるか

否か、すなわち定款自治が認められるか否かについては、すべて明確に規定されているのである。そこで、この立場によると、会社法一九条の「その他の事項」に含まれる前記①の事項（すなわち会社法に定めのある事項で前記 $\alpha$ と $\beta$ を除いた事項）を定款に記載することができるとすれば、それは、会社法に定めがある事項について、定款で別段の定めを置くことができるという明文の根拠規定がないにもかかわらず、会社法の規定と異なる内容の定めを定款に置くことになるので、強行法規である会社法の規定に違反することになる。したがって、「この法律の規定に違反しないもの」という要件を満たさないため、前記①の事項は、これを定款に記載することが許されないということになり、結局、「その他の事項」に含まれる前記②の事項（すなわち会社法に定めのない事項）で、「この法律の規定に違反しないもの」だけが、定款に記載されることができるという帰結となる。<sup>(13)</sup> 定款自治の範囲に関しては、平成一七年改正前商法の下では、一般に、個別の規定について定款に別段の定めを置くことができる旨の明文の定めがない場合には、当該規定の立法趣旨や沿革、利害構造などを勘案したうえで、定款自治が許されるか、どの範囲で許されるかが判断されてきたが、会社法の立案担当者の説明によると、会社法の下では、そのような解釈による定款自治は、もはや一切許されないというのである。<sup>(15)</sup>

しかし、定款自治が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立案担当者が説明したところの立法指針に対しては、次のような批判が加えられている。

まず、第一に、そもそも、会社法の各規定が立案担当者の主張するほど厳密に作られているかは、甚だ疑わしい。<sup>(16)</sup> この点について、江頭教授は、法務省令が会社法の委任の範囲を超えた事項を規定した例を挙げている。すなわち、会社法上、株主総会の決議によって準備金（資本準備金および利益準備金、四四五条四項）の額を減少して、当該額の全部または一部を資本金とすることにより資本金の額を増加すること認められており（四四八条一項二号）、資本金の増

加に使用できる準備金については、制限が設けられていない。しかし、会社法の制定直後に制定された法務省令である会社計算規則では、準備金の額を減少して資本金の額を増加する場合の準備金を「資本準備金に限る」とし、資本準備金に制限したのである（平成二十一年法務令七号による改正前会社計算規則四八条一項一号）。この点について、江頭教授は、「会社法の立法担当官は、一方では、同法の規定は細心の注意を払って作られており、したがって、会社法に定めがある事項につき定款で別段の定めができるケースはすべて明文で規定されており、明文の定めがない限り定款により法律の定めを変更することは認められない（原則としての強行法規性）と主張している」が、「強行法規か否かについてそれほどの厳密さで規定が作られておきながら、他方、法務省令で規定できるか否かについては、会社法の文言は厳密に作られておらず、上記のような法務省令を制定することも許されると主張するのは、法務省当局のご都合主義以外の何ものでもなからう」と厳しく指摘しているところである。<sup>(17)</sup>

また、会社法の各規定が立案担当者の主張するほど厳密に作られていない例として、議決権の代理行使に関する平成一七年改正前商法二三九条三項・会社法三一〇条の規定を挙げることもできる。同規定は、株主に対し代理人による議決権行使を強行法的に保障するものであり、強行法規であると解されてきた。<sup>(18)</sup>しかし、実際には、従前から多くの会社において、定款の定めによって代理人の資格を株主に制限することが行われてきたのであり、当該定款規定の効力が争われた事例において、最高裁は、「同条項は、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の規定により、相当と認められる程度の制限を加えることまでも禁止したものとは解されず」、この定款規定は、「株主総会が、株主以外の第三者によって攪乱されることを防止し、会社の利益を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限いうことができるから、右商法二三九条三項に反することなく、有効であると解するのが相当である」と判示した。<sup>(20)</sup>つまり、最高裁によれば、議決権の代理行使に関する平成一

七年改正前商法二三九条三項（会社法三一〇条）の規定は強行規定ではあるものの、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の定めをもって、相当と認められる程度の制限を加えることまでは禁止されておらず、当該定款規定の有効性が肯定されるのである。この判例法理は、会社法の下でも維持されてきており、また、学説においても、このような代理人の資格制限に関する定款の定めは、解釈上の相対的記載事項としてその有効性が肯定されている。<sup>(22)</sup>

このように、長年にわたり実務上用いられてきた定款規定について、判例・学説上その有効性が肯定されてきたにもかかわらず、会社法の下でその効力が否定されなければならない理由はないので、立案担当者の指摘するような立法指針が採用されていたとすれば、本来、会社法三一〇条の規定において、代理人の資格につき定款で別段の定めを置くことができる旨の定めを置くべきではなからうか。しかし、実際には、会社法の制定過程において、会社法三一〇条につき定款による変更の可否およびその範囲について検討が行われた形跡は窺われない。<sup>(24)</sup>

第二に、立案担当者は、「利用者にとってわかりやすい法制」にするために、任意規定の範囲を明文の規定がある場合に限定したというが、「任意規定性の限定」という手法によって本当に範囲が明確になったのか、明文の根拠規定がどこまで定款自治を認めているかについて解釈が分かれている現状からみても、疑わしいといわざるを得ない。<sup>(25)</sup>

第三に、会社法が特に定款自治を認めていない限り、およそ定款自治は一切認められず、当事者が望んだ他の選択肢もすべて許されないという立法政策を正当化できるような事由があるとは思われない。例えば、会社法においては、会社の営利性に関する規定（平成一七年改正前商法五二条二項に規定されていた「営利ヲ目的トスル社團」の概念）が承継されず、少なくとも営利目的と併せて非営利目的を追求することができるようになったことにより、多様な目的を効果的に実現するために会社が望ましいと考える機関構成も多様になり得るので、法定されていない任意の機関（例えば、

取締役会設置会社において買収防衛策の発動に關し一定の事項についての最終的な決定権限を付与する独立委員会など）の創設を認める必要性があり、これを一概に否定する理由はない。<sup>(26)</sup> また、例えば、任意種類株主總會を一定の期間のみ存続するものと定款に定めることができるか、また、議決権拘束契約を定款に規定することができるか、さらに、普通株式のみが発行されている場合に、配当可能利益の一定割合を利益配当すると定款に規定することができるかについては、明文の規定がないため、立案担当者の考え方で行くと、定款自治が認められないことになるが、一概にそれらの定款規定の効力が否定されるべきものではなく、解釈の余地が残る。<sup>(27)</sup>

第四に、定款自治が明文の規定によって認められていても、それがどこまで認められるかという限界に關しては解釈の余地がある場合がほとんどであり、定款自治の範圍を完全に明確化することはそもそも不可能である。<sup>(28)</sup> 例えば、種類株主總會の決議事項として定款で具体的な契約等に言及することの可否（会社三二一条）、また、利益配當に關する種類株式の配當額の算定基準の具体性の程度（会社一〇八条二項一号）、さらに参加型配當優先株式に対する分配割合を普通株式の何倍と定めることの可否などは明確ではなく、解釈に委ねざるを得ない。<sup>(29)</sup> このほか、株主總會の普通決議の成立要件を定める会社法三〇九条一項の規定についても、後述の通り、定款による決議要件の変更の上限（全員一致等）についての規定はなく、解釈に委ねられている部分が残っているところである。

以上のように、会社法上の任意規定の範圍がすべて明文の規定がある場合に限定されているという立案担当者の説明は、甚だ疑わしいものであり、立法政策としても正当化しうるものではなく、会社法上、明文で定款自治が認められている規定以外の規定についても、それが強行規定か任意規定か、また任意規定である場合の定款自治の範圍については、依然として解釈に委ねられているというのが、現在の会社法学説における通説的見解と言つてよい。<sup>(30)</sup> したがって、会社法の下では、議決権行使の代理人の資格を株主に制限する定款の定めのほか、剰余金配當請求権の除斥期

間を支払開始日から一定期間（二年または三年）とする定款の定め（大判昭和二・八・三民集六卷四八四頁）といった解釈上の相対的記載事項も、依然として有効であると解される。<sup>(31)</sup>

また、会社法上、取締役会設置会社（会社二条七号）の株主総会は、会社法で定められた事項のほか定款に定められた事項について決議することができるが（会社二九五条二項）、代表取締役の選定および解職は、会社法三六二条二項三号により取締役会の決議事項と規定されており、同規定においては、定款による別段の定めを許容するような定めは置かれていないものの、定款の定めをもって代表取締役の選定および解職を株主総会の決議事項とすることも、定款自治の範囲内のものとして許されると解され、判例（最決平成二九・二・二二民集七一巻二号一九五頁）も、取締役会設置会社である非公開会社において、定款上、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めが置かれている事案について、当該定款の定めを肯定している。<sup>(32)</sup>

もっとも、この点に関して、会社法の立案担当者は、会社法上明文の規定がない限り、定款で取締役会の法定権限を奪うことはできず、定款で取締役会の代表取締役選定・解職権限を排除することは、会社法三六二条二項三号に反するため、そのような定めは無効であり、取締役会が選定・解職の権限を有することに加えて株主総会の選定・解職権限を認めるタイプの定款の定めのみが有効である、との見解を示している。<sup>(34)</sup> しかし、ここでも、立案担当者は、会社法のもとで解釈による相対的記載事項の効力は認められないという立場を維持しているが、そのような立場が採り得ないことは、既述の通りである。たしかに、定款の定めをもって取締役会から代表取締役選定・解職権限を取り上げてしまうと、代表取締役に対する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して、当該定款の定めを無効としなければならない理由はないので、代表取締役の選定・解職権限を株主総会にのみ付与する定款の効力も肯定されるべきである。<sup>(35)</sup>

### 三 役員選解任決議の定足数と頭数要件の設定

#### 1 普通決議の定足数要件とその変更

前記二で検討したように、会社法二九条の規定の解釈として、株式会社の定款においては、絶対的記載事項以外に、会社法の規定に違反しない事項は、すべてこれを記載することができ、広範な定款自治が認められる。

それでは、会社法三四一条が定めている役員選解任決議の定足数要件に関して、頭数要件を設けることができるのだろうか。公開会社（会社二条五号）でない会社（以下、「非公開会社」という）であるX株式会社の定款において、以下のような定めが置かれているとする（以下、「本件定款規定」という）。

〔設例1〕 X株式会社定款第××条

「役員を選任し、又は解任する株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の二分の一以上が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う。」

本件定款規定の前段部分は、X会社における役員選解任決議の定足数要件として、議決権を行使することができる株主の二分の一以上の出席といういわゆる頭数要件を設けたものである。このような頭数要件の設定は、定款自治の範囲内のものとして、その効力が認められるかが問題となるが、この問題を考察する前に、まず、会社法三〇九条一項が定めている株主総会の普通決議の定足数要件とその変更について検討しておく。

株主総会の普通決議に関する会社法三〇九条一項の規定およびその特則である役員選解任決議に関する会社法三四

一条の規定では、いずれも、議決権数を基準とした定足数の要件が定められているが、三〇九条一項の規定では、「定款に別段の定めがある場合を除き」と定められており、明文で定款自治が認められているので、定款による定数要件の変更または排除は、もちろん許される。実際に、学説においては、会社法三〇九条一項の法定定足数要件について、株主数を基準として一定割合の株主が出席することを要件とすること、すなわち頭数要件を設けることも可能であると解されている<sup>(36)</sup>。

この場合、頭数要件を設定する方法としては、次の二種類のものが考えられる。一つは、定款の定めにより、議決権数を基準とした法定の定足数要件を外して、単に一定割合の株主、例えば、議決権を有する株主の二分の一以上の出席を要件とする定足数を設けることであり、もう一つは、定款の定めにより、議決権数を基準とした法定の定足数要件に加え、またはこれを緩和したうえで（例えば、総議決権数の三分の一以上を有する株主の出席）、一定割合の株主（例えば、議決権を有する株主の二分の一以上）の出席を要件とする定足数を設けることである。前者が単純な株主数（頭数）を基準とした定足数要件であるのに対し、後者は議決権数を基準とした定足数要件に頭数要件を加えたものとなっているが、株主総会決議により多くの株主の意思を反映させることができることから、いずれも、定款自治の範囲内のものとしてその効力が認められてしかるべきだと考えられる。

ただ、会社法三〇九条一項には、同条二項柱書後段のような頭数要件の設定を許容するような規定はないので、果たして頭数要件を設定することができるか、疑問があり得るかもしれない。しかし、同条二項柱書後段の規定は、旧有限会社法四八条一項の特別決議に関する規定と平成一七年改正前商法の特別決議に関する規定を一本化する際に、旧有限会社法四八条一項で規定されていた頭数要件（総社員ノ半数以上ニシテ総社員ノ議決権ノ四分ノ三以上ヲ有スル者ノ同意）が特別決議の成立要件として採用されなかったため、別途定款により頭数要件を設けることが可能であるこ

とを確認的に規定したものであり、当然、これにより、会社法三〇九条一項の普通決議の定足数要件について頭数要件を設定するうえでの障害となるものではない。<sup>(37)</sup>

## 2 役員選解任決議の定足数における頭数要件の設定

会社法三〇九条一項の場合とは異なり、会社法三四一条の役員選解任決議の定足数については、頭数要件を設けることができないとの見解がある。これは、会社法の立案担当者によって主張されたもので、それによれば、「会社法三〇九条においては、決議要件として頭数要件を設けることが認められているが、会社法三四一条においては、このような要件の加重は認められていない」のであり、その理由は、①「ある決議事項に関する頭数要件の設定は、主として少数株主保護のための制度であるところ、取締役の選任および解任については、累積投票制度や種類株主による取締役の選任など少数株主の意向を反映させるための制度が別途設けられているためである」こと、<sup>(38)</sup>また、②「頭数要件の付加によってデッドロックに陥ることをできるだけ防止するためである」<sup>(39)</sup>と説明されている。

このように、立案担当者の見解によれば、会社法三四一条の役員選解任決議の定足数要件および決議要件のいずれについても、定款で頭数要件を設けることはできないので、前記「設例1」にあるX会社の本件定款規定は、その効力が認められないという結論になりそうである。しかし、以下のような理由から、この解釈を支持することはできず、会社法三四一条が定めている役員選解任決議の定足数要件および決議要件のいずれについても、定款で頭数要件を設けることができると解すべきである。

- (1) まず、普通決議としての役員選解任決議の性質から頭数要件の設定が可能であると解することができる。

既述のとおり、普通決議に関する会社法三〇九条一項の規定は、もっぱら議決権数のみを基準に定足数要件および

決議要件を規定しているが、定足数要件については、議決権数を基準とした法定の定足数要件を外して、頭数要件のみを設けることも、議決権数を基準とした定足数要件に加え、頭数要件を設けることもできると解される。また、決議要件についても、出席株主の議決権の過半数という法定の議決権割合を引き上げることも、この法定の議決権割合に加えて頭数要件（一定割合の株主（例えば、議決権一〇％以上を有する株主全員）の同意）を設けることも可能であると解される。<sup>(40)</sup> ただ、会社の意思の決定という株主総会決議の性質上、法定の決議要件を緩和すること、すなわち出席株主の議決権の過半数を下回することはできないと解される。そうでなければ、内容が相反する複数の決議が成立しうるからである。<sup>(41)</sup> これに対し、株主全員の同意を決議成立要件とすることも、原則として有効であり、ただ、定時株主総会において必ず決議すべき事項（計算書類の確定等）について株主全員の同意が要求されると、非公開会社においても決議が成立しないおそれが生ずるため、その場合は例外的に、当該定款は無効であると解されている。<sup>(42)</sup>

このように、会社法三〇九条一項の規定は、議決権数のみを基準とした定足数要件および決議要件を規定しているが、解釈論上、いずれの要件についても頭数要件を設定することができるという点については、ほぼ異論はない。

そして、取締役を含む役員の選任決議および解任決議（役員選解任決議）<sup>(43)</sup> は、株主総会の普通決議事項であるので、本来、会社法三〇九条一項の普通決議の成立要件が適用されるはずであるが、役員の地位の重要性に鑑み、その選任または解任になるべく多くの株主の意思を反映させようとするために、会社法三四一条は、会社法三〇九条一項の特則として、定款の定めをもって役員選解任決議の定足数を排除することを認めず、それを軽減する場合であっても、総議決権数の三分の一までという下限を設けたのである。つまり、会社法三四一条は、役員選解任決議に関して、普通決議とは異なる一種の特別の決議類型を創設したものではなく、会社法三〇九条一項が定めている普通決議の成立要件のうち、主として定足数要件の軽減または排除に関する特則を定めた規定であり、<sup>(44)</sup> 「特則普通決議」と<sup>(45)</sup> 呼ばれる

ゆえんである。

もっとも、学説の中には、会社法三四一条は、単に定足数の特則を定めていたにすぎない平成一七年改正前商法二五六条ノ二と異なり、役員の選任または解任について会社法三〇九条一項とは異なる規律が適用されることを明示したものであるとする見解がある。<sup>(46)</sup> この見解の趣旨は、必ずしも明確ではないが、もし、会社法三四一条の規定の位置づけを、会社法三〇九条一項の普通決議とは異なる一種の特別の決議を定めたものとして捉えているとすれば、それは適切とはいえないように思われる。まず、会社法三四一条は、一種の特別の決議類型を定めたものではなく、基本的に平成一七年改正前商法二五六条ノ二を承継したものであり、普通決議の成立要件を定める会社法三〇九条一項に対する特則として位置づけられるというのが通説的な理解である。<sup>(47)</sup> また、会社法三四一条は、文言上、「第三〇九条第一項の規定にかかわらず」となっており、この「かかわらず」という法令用語は、「問題とされている事項について適用される一般原則的な規定を排除して、これに対する特例を定めようとする場合に、この両者の関係を明示するために用いられる語である」<sup>(48)</sup> が、会社法三四一条は、普通決議に関する一般原則的な規定である会社法三〇九条一項を全面的に排除しているわけではなく、会社法三〇九条一項が定めている定足数要件について、定款の別段の定めによる排除を認めず、これを軽減する場合でも、議決権数の一定割合未満（総議決権数の三分の一未満）<sup>(49)</sup> への引き下げを制限するとともに、決議要件については、議決権の過半数未満への引き下げを制限したにすぎず、定款の別段の定めによる定足数要件の加重および頭数要件の設定については、何ら制限が加えられていないから、定足数要件の加重および頭数要件の設定については、普通決議の本則である会社法三〇九条一項の規定が適用されることを前提としているのは、明らかである。

このように、会社法三四一条は、普通決議の成立要件を定めた会社法三〇九条一項に対する特則として、役員選解

任決議の定足数に関し、定款の定めによる普通決議の法定定足数要件の排除を認めず、その軽減についても総議決権数の三分の一未満に引き下げることができないという制限を課しているが、それによって、役員選解任決議が、株主総会の普通決議の決議事項という法的性質が失われるものではなく、「特則普通決議」として、依然として普通決議としての性格を有しているものであり、会社法三四一条によって制限されていない定足数要件の加重および頭数要件の設定については、普通決議の本則である会社法三〇九条一項の規定が適用されることになり、普通決議の定足数要件の加重および頭数要件の設定に関する従来の解釈論がそのまま当てはまることになる。

したがって、前述のとおり、定款の定めにより、議決権数を基準とした定足数要件（例えば、会社法三四一条が定めている定足数引下げの下限である総議決権数の三分の一以上を有する株主の出席）に加え、頭数要件として、例えば、議決権を有する株主の二分の一以上を設けることができると解され、また、決議要件についても、法定の議決権割合を引き上げるほか、頭数要件を設けることも可能であって、さらに、頭数要件の極限と言える株主全員の同意を決議成立要件とすることも有効であると解すべきである。たしかに、役員選解任決議について、株主全員の同意を決議成立要件として設定する場合には、決議が成立しないおそれがあるが、前記〔設例1〕にあるX会社のような非公開会社にとっては、そのような株主全員の同意を要求する定款の規定は極めて有用であり、かつ、たとえ総会決議が成立できない場合<sup>(30)</sup>でも、その代替的手段が会社法上用意されているため（役員権利義務者および仮役員に関する会社法三四六条の規定や、役員解任の訴えに関する会社法八五四条の規定）、そのような定款規定の効力を否定すべき理由はないからである。なお、近時の下級審裁判例においては、普通決議の定足数を排除し、出席した株主の全員の同意を要求した定款の規定（「株主総会の決議は法令に別段の定ある場合を除くほか出席株主全員の同意を要する」旨の定款規定）について、定款の定めにより決議要件を加重することは可能であり、原則として有効と解すべきであるが、計算書類の承認等、定時株主総会

において必ず決議すべき事項についてまで出席株主全員の同意が要求されると、決議が成立せず会社運営に支障を来すおそれがあるから、当該定款はこれらの特定の決議事項に適用される限度において例外的に無効であると判示した<sup>(51)</sup>ものがある。

役員選解任決議の定足数について頭数要件を設けることができないと解する立案担当者の立場は、会社法三四一条は強行規定であり、定款でこれと異なる定めを置くことは許されないという認識に基づいたものかもしれない。すなわち、既述の通り、立案担当者は、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、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てを講じたため、会社法に定めのある事項で、法律上言及がないが定款で別段の定めができる事項は存在しないという立場を示しており、この立場で行くと、普通決議に関する会社法三〇九条一項については、明文をもって定款の別段の定めによる変更が許容されているから、任意規定であるが、会社法三四一条の役員選解任決議については、そのような明文の規定はないので、定款自治が認められないということである。

しかし、既に検討したように、会社法上の任意規定の範囲がすべて明文の規定がある場合に限定されているという立案担当者の説明は、甚だ疑わしいものであり、立法政策としても正当化しうるものではなく、会社法上、明文で定款自治が認められている規定以外の規定についても、それが強行規定か任意規定か、また任意規定である場合の定款自治の範囲については、依然として解釈に委ねられているというべきである。普通決議に関する会社法三〇九条一項は、明文をもって定款の別段の定めによる変更を認めているので、任意規定ではあるものの、定款による決議要件変更の上限（例えば、議決権を有する株主の全員の同意など）等についての規定はなく、もちろん解釈に委ねられている。

そして、会社法三四一条の規定のうち、役員選解任決議の定足数要件に関し、定款の定めによる普通決議の法定定足

数要件の排除を認めず、その軽減についても総議決権数の三分の一未満に引き下げることができないという制限を課している部分は、強行法規であると言うことができるものの、定款の定めにより定足数要件における議決権割合を総議決権の過半数から三分の一まで引き下げること、および決議要件を加重する（議決権割合を引上げること）は、規定上明文をもって許容されているので、その範囲においては、定款自治が認められていることは、明らかである。また、定足数要件における議決権割合を総議決権の過半数から引き上げること（定足数要件の加重）、および頭数要件を設定することは、会社法三四一条の規定上、何ら制限が加えられておらず、この規定のうちの前記強行法的な部分の趣旨に反するものでもなく、むしろその趣旨に沿うものであるから、定足数要件の加重および頭数要件の設定に関する限りにおいては、役員選解任決議が普通決議の決議事項としての性質を有しているため、会社法三〇九条一項の規定が適用され、定款自治が認められてしかるべきであろう。会社法学説の多くも、定款の定めによる会社法三四一条の定足数要件の加重（定足数の引上げ）を認めており、<sup>(52)</sup>また、前記のとおり、役員の選任または解任について株主全員の同意を要求する定款の定めについても、その効力を肯定するのが、会社法学説における通説的見解である。したがって、役員選解任決議の定足数につき頭数要件を設けることに反対する立案担当者の立場が、会社法三四一条全体が強行規定で、およそ定款自治が認められないという認識に基づいているとすれば、それは適切ではないというべきである。

さらに、仮に、立案担当者のように、会社法において定款に対する言及がない場合に、定款で別段の定めを置くことが許されないという立場を採ったとしても、前述のとおり、会社法三四一条は、そもそも、会社法三〇九条一項の特則として、定款の定めによる議決権割合の引下げの下限を総議決権の三分の一までとしたにすぎず、役員選解任決議につき議決権割合を引き上げることまたは頭数要件を設けることについては、何ら制限を加えていないため、議決権割合の引上げおよび頭数要件の設定に関する限りにおいては、会社法三〇九条一項の規定が適用されるから、定款

による別段の定めが許されると解すべきであろう。

(2) 会社法三四一条の立法趣旨からも頭数要件の設定が可能であると解することができる。すなわち、会社法三〇九条一項およびその特則である会社法三四一条は、いずれも、議決権数を基準に総会決議の定足数要件および議決権数要件を定めているが、議決権については、株式一株につき一個、すなわち一株一議決権が原則であるので（会社法三〇八条一項前段）、会社法三〇九条一項が規定している「議決権の過半数を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う」という普通決議は、資本多数決の原則を現したものである。

資本多数決の原則のもとでは、少数の大株主が株主総会の決議を支配することができるのに対し、多数の小株主の株主総会における議決権行使は、なんら決議に影響を及ぼさないものとなるが、資本多数決の原則は、資本の集中を可能とするために、すべての株主に議決権行使を認めつつ、なお大資本の所有者の意思を通すことを目的として政策的に認められた原則である、というのが今日の共通した理解と言える。<sup>(53)</sup>しかし、一株一議決権という資本的平等は、多数決原則を介して、少数の大株主の独裁的支配に転化すべき契機を内包しており、<sup>(54)</sup>あらゆる場面において資本多数決原則をそのまま是認し適用することは、ときに少数派株主の利益が適切に保障され得ない結果を招来する危険性がある。<sup>(55)</sup>このため、本来、資本の集中を可能にするために政策的に認められた資本多数決の原則は、大規模の事業を営むために多額の資本を必要とする公開会社（特に上場会社）には適したものであるとしても、株式会社の大多数を占める同族会社を中心とする非公開会社には、必ずしも適切な意思決定方法とは言い難い。そこで、多数決の濫用を抑制し、少数株主の利益を確保する観点から、資本多数決の原則に対する修正が求められ、会社法上、多くの利害調整の手段が用いられてきているが（例えば、同意原則（固有権理論）、議決権排除制度（平成五六年法七四号による改正前商法二三九条五項）、株主平等原則（会社法一〇九条一項）、資本多数決濫用理論、株式買取請求権制度（会社法一一六条、一八二条の四、

四六九条等<sup>(56)</sup>、株主総会決議の成立要件である定足数および決議可決のための多数要件も、その一つとして位置づけられている<sup>(57)</sup>。

会社法三四一条の立法趣旨については、前述のごとく、取締役を含む役員の選任決議および解任決議は、株主総会の普通決議事項であるので、本来、会社法三〇九条一項が定めている普通決議の成立要件がそのまま適用されるはずであるが、取締役の地位の重要性に鑑み、その選任および解任になるべく多くの株主の意思を反映させるために、会社法三〇九条一項の特則として、定款の定めをもって役員選解任決議の定足数を排除することを認めず、それを軽減する場合であっても、総議決権数の三分の一までという制限を課したのである。役員選解任決議の定足数要件を加重することや頭数要件を設けることについては、何ら制限はないから、定款の定めにより、議決権数を基準とした定足数要件に加え、頭数要件を設けることは、より多くの株主の意思を役員の選任または解任の決議に反映させることができるから、まさに、会社法三四一条の立法趣旨に沿うものであることは明らかである。さらに、前記〔設例1〕にあるX会社のような非公開会社においては、全株主の意思を反映させるという意味で、頭数要件の極限である株主全員の同意を決議成立要件とすることも、決議不成立の場合の代替的手段が会社法上用意されているので、許されるべきであろう。

(3) 頭数要件否定説の論拠は、いずれも説得的なものではなく、頭数要件の設定を否定する根拠にはなり得ない。すなわち、会社法の立案担当者は、会社法三四一条の決議成立要件について頭数要件を設定することができない理由として、①頭数要件の設定は主として少数株主保護のための制度であるところ、取締役の選任および解任については、累積投票制度や種類株主による取締役の選任など少数株主の意向を反映させるための制度が別途設けられていること、②頭数要件の付加によってデッドロックに陥ることをできるだけ防止するためであること、の二点を挙げてい

る。

まず、①の理由であるが、前述のとおり、株主総会決議の成立要件である定足数および決議可決のための多数要件は、資本多数決原則を修正し、株主間の利害調整を行うものであり、とりわけ決議成立要件について頭数要件を設定した場合には、ごく少数の議決権しか有しない株主（少数株主）も、総会決議にその意思を反映させることができるため、それらの少数株主の利益保護が図られることになるのは、明らかである。この点は、例えば、会社法制定時のパブリックコメントにおいても、小規模閉鎖会社においては総会決議の成立要件に頭数要件を設けたほうが紛争の発生予防に有用であるとの意見があったところである。<sup>(68)</sup>そして、少数株主の意向を総会決議に反映させることができる制度としては、このほか、累積投票による取締役選任制度（会社三四一条）や、種類株主による取締役選任制度（会社一〇八条二項九号）などが存在しているのも、たしかである。

しかし、既に少数株主の意向を株主総会決議に反映させる制度が会社法上存在しているからといって、それと同様の効果を有する別の制度はもはや必要がないとして、これを排除する政策的な根拠は果たしてあるのか、甚だ疑問である。実際に、多数派株主による取締役ポストの独占を防ぎ、少数派株主に自派の取締役の選出を可能にする累積投票制度があるからといって、種類株主による取締役選任制度の必要性が否定されることにはならない。また、会社法上の制度があるからといって、資本多数決原則を排除するための特定の総会決議事項に関する株主間契約、例えば取締役選任に関する株主間の議決権拘束契約の原則的有効性が否定されることにもならない。<sup>(69)</sup>さらに累積投票制度は、定款の別段の定めによりこれを排除することが可能となっており（会社三四二条一項）、実際に定款上排除されている会社においては、種類株主による取締役選任制度を選択することになろうが、種類株主による取締役選任制度も、定款の定めがあって初めて用いられることができるので（会社一〇八条二項九号）、少数株主が一方的に望んだとしても、

自由に当該制度の利用が可能となるわけではない。

そもそも、私法としての会社法については、強行法規性が強調されていたものの、企業経営のグローバル化や競争激化などを背景に、規制緩和（例えば、原則禁止だった自己株式取得規制の緩和（会社法一五五条）など）ないし柔軟化（例えば、会社の機関構成の柔軟化（会社法三二六条）など）が押し進められ、私的自治ないし定款自治の原則が強調される中で、任意法規化の流れが進んでおり、定款自治による少数派株主の利益の救済も強く主張されてきているところである。<sup>(61)</sup>なるべく多くのデフォルト・ルールを設けたうえで、株主に最善の選択肢を提供することが、今日の会社法の役割であるし、具体的な規定についての解釈論も、そのような会社法の効率的な利用に役立つ方向に展開すべきものである。既に少数株主の意向を株主総会決議に反映させる制度が会社法上存在していることを理由に、それと同様の効果を有する制度はもはや必要がないとしてこれを排除するような立案担当者の考え方は、会社法の柔軟化ないし任意法規化および定款自治による株主の利益救済の方向性に反するもので、適切とはいえない。

次に、立案担当者は、前記②のデッドロックの可能性という理由を挙げているが、そもそも、株主全員の同意を経る決議の成立要件とする場合はともかく、総会決議の定足数について頭数要件を設ける場合に、デッドロックが発生する可能性がどの程度生ずるかは、株主間の持株比率によって変わるものであり、必然的にデッドロックの結果を生じさせるとは限らない。つまり、立案担当者の指摘したデッドロックの可能性は、ごく抽象的なレベルのものに留まっており、それがどの程度現実的なものとなるかは、不明というほかない。そして、そのような抽象的なレベルの可能性は、例えば、特別決議に関する会社法三〇九条二項柱書後段が明文で許容している「一定の数以上の株主の賛成を要する旨」（すなわち頭数要件）の定款の定めが置かれている場合においても存在するのであり、頭数要件の付加によってデッドロックに陥ることを防ぐ必要があるというのであれば、特別決議事項についても頭数要件の設定が認め

られるべきではなかったということになるのであろうか。

そして、実際に、デッドロックを生じさせる可能性が高いと予測され得る場合であっても、その合理性および有用性から、会社法上採用されている制度は存在しているのである。その典型は、いわゆる拒否権付種類株式という制度である。拒否権付種類株式（会社一〇八条一項八号・二項八号）は、種類株式による取締役・監査役選任制度（会社一〇八条一項九号・二項九号）とともに、資本数決原則を修正し、会社支配権の分配を柔軟に設定することに對する需要に應えるために導入されたものであり、合併会社やベンチャー企業などにおいて広く使われており、株主総会および取締役会の決議事項であれば、ほぼすべて拒否権の対象とすることができ<sup>(62)</sup>るから、取締役の選任または解任に関する事項も、定款の定めにより種類株主の拒否権の対象とすることが認められている。この種類株式を発行した場合においては、取締役の選任についての株主総会の決議があつても、当該種類株主が、当該取締役の選任につき拒否権を行使したときは、株主総会における取締役の選任決議は効力を生じないので（会社三三三条）、まさにデッドロックの状態に陥つてしまうわけである。前記立案担当者のような見解でいくと、そのようなデッドロックの発生を許容するような制度は、およそこれを採用すべきではないということになるが、会社法の立法政策に合致した見解とは言い違ひのであろう。

前述のとおり、非公開会社においては、株主全員の同意を総会決議の成立要件とすることも認められるべきであり、また、仮に、総会決議の定足数に頭数要件を設けたことにより、デッドロックが生じ、総会決議が成立できない場合でも、会社法上、その代替的手段として、役員権利義務者および仮役員の選任（会社三四六条）のほか、役員解任の訴え（会社八五四条）といった制度が用意されているので、会社運営に大きな支障を来すことはない。ただ、この点に関しては、デッドロック状態に陥つた場合には、そもそも株主総会の開催も困難であるから、解任議案の否決とい

う解任の訴えの要件（会社八五四条一項柱書）が満たされないため、役員解任の訴えという手段は利用できないのではないかという疑問があり得るかもしれない。しかし、解任議案の否決という要件は、多数派株主の欠席により定足数が不足する場合や、定足数を充たしているにもかかわらず議長が一方的に閉会を宣言するなどして流会となった場合をも含む、と解するのが通説<sup>(63)</sup>および判例<sup>(64)</sup>の立場であり、解任の訴えの提起には、障害とはならない。したがって、前記②の理由も、適切とは言い難い。

以上のように、立案担当者の挙げた前記各理由は、いずれも説得力を欠くものであり、資本多数決の原則を修正し、少数株主の意向を役員選解任制度に反映させるための制度として、会社法三四一条の定足数要件について頭数要件を設定することは、定款自治の範囲内のものとして許されると解すべきである。

## 四 役員選解任決議の定足数要件を軽減または排除する定款の効力

### 1 定足数要件の軽減または排除

会社法三四一条は、役員選解任決議の定足数に関し、「議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（三分の一以上の割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上）を有する株主が出席」することと定めて、会社法三〇九条一項の普通決議の法定定足数要件（総議決権の過半数を有する株主の出席）を役員選解任決議の定足数要件としたうえで、定款の定めによりこの法定定足数要件における議決権割合（総議決権の過半数）を引き下げることができるものの、その下限は総議決権の三分の一までという制限（以下、この制限を「法定限度」という）を設けている。

そこで、定款の定めにより、この役員選解任決議の法定定足数要件を法定限度未満に軽減したり、または完全に排除した場合の当該定款規定の効力が問題となる。

また、これに関連する問題として、例えば、非公開会社であるX'株式会社の定款には、株主総会の普通決議について、次のような定めが置かれているが（以下、「本件定款規定」という）、役員を選任または解任の決議については、特段の定めが置かれていない場合に、X'会社における役員選解任決議の定足数要件は、また、どのように考えるべきかが問題となる。

〔設例2〕 X'株式会社定款第××条

「株主総会の決議は、議決権を行使することができる株主の二分の一以上が出席し、出席した当該株主の議決権の過半数をもって行う。」

2 定款の類型とその効力

(1) 定款の定めにより、役員選解任決議の法定定足数要件を軽減（法定限度未満に軽減）し、または排除する類型としては、大きく分けて、次の二類型のものが考えられる。

第Ⅰ類型は、定款で、株主総会の普通決議に関する規定を置いたうえで、特則としての役員選解任決議に関する規定を置き、この役員選解任決議の定足数を法定限度未満に軽減し、または完全にこれを排除するというタイプであり、第Ⅱ類型は、定款で、役員選解任決議に関する定めを置かず、株主総会の普通決議に関する規定のみを置いたうえで、会社法三〇九条一項の法定定足数要件を変更して、議決権割合を引上げまたは引下げたり、頭数要件を設けたり、または完全に排除するというタイプである。前記〔設例2〕にあるX'会社の定款規定は、後者の第Ⅱ類型に属するもの

である。

これら二類型の定款規定の効力であるが、まず、第Ⅰ類型に関しては、学説においては、当該定款の規定は無効であるとする少数説がある。<sup>(65)</sup>その理由は、明確に述べられていないが、おそらく、役員選任決議の定足数に関する平成一七年改正前商法二五六条ノ二が強行法規であるため、これに反する定款の定めは効力を有しないという理解に基づいたものと思われる。

しかし、定款をもって役員選任決議の定足数を平成一七年改正前商法二五六条ノ二・会社法三四一条の法定限度未満に軽減しているときは、その法定限度まで軽減したものとしてその定款の効力を認めるべきであり、また、選任決議について定足数を全く排除しているときも同様であると解するのが多数説である。<sup>(66)</sup>役員選任決議の定足数に関する会社法の規定が強行法規であるとしても、それに反する定款規定の効力を直ちに否定するのではなく、定款自治を求める株主の意思を尊重し、会社法の規定する法定限度内においてのみその効力を認めるという考え方に基づいたものであり、極めて合理的な解釈だということができる。したがって、会社法のもとでは、定款の定めにより、役員選任決議の定足数要件を法定限度未満に軽減したり、または完全に排除した場合においても、強行規定違反であるとして、当該定款規定の効力を全面的に否定すべきではなく、役員選任決議の定足数を会社法三四一条所定の法定限度（総議決権の三分の一）まで軽減したものであるとして、その効力を肯定したほうが妥当である。

(2) 次に、第Ⅱ類型に関しては、定款をもって、普通決議の定足数要件を加重または軽減しているときは、役員選任決議も原則としてその定めによるべきであって、特に役員の選任についても同旨の定款の規定があることを要しないが、普通決議の定足数が法定限度（総議決権の三分の一）未満に引き下げられているとき、または普通決議の定足数が完全に排除されているときは、役員選任決議に関する限り、定足数を法定限度まで軽減したものであるとしてその効力を

認めるべきであると解するのが、平成一七年改正前商法時代からの通説的見解である。<sup>(67)</sup>つまり、役員選任決議の定足数を引き下げる旨の定めが定款上置かれていなくても、普通決議の定足数を排除する旨の定款の定めが役員選任決議に適用されることは、当然の前提となるわけである。<sup>(68)</sup>

平成一七年改正前商法下の下級審裁判例においても、会社の定款で、株主総会の普通決議について、「総会の決議は、法令に別段の定めがある場合のほかは出席株主の議決権の過半数の賛否をもって決する」と規定され、定足数が全く排除されているが、役員選任決議については定款に規定がない事例について、役員選任については前記定款規定という「法令に別段の定め」がある場合に該当するものの、「その定足数については、定款に規定がない以上、商法二五六条ノ二の規定が要求する限度まで緩和しているものと解するのが相当である」と判示して、通説と同様の立場を採用したものである。<sup>(69)</sup>

そこで、第Ⅱ類型である前記「設例2」にあるX'会社の本件定款規定について見てみると、同規定は、議決権数を基準とした会社法三〇九条一項の法定定足数要件の代わりに、「議決権を行使することができる株主の二分の一以上」という株主数要件（頭数要件）を設定したものであるが、既に検討したとおり、会社法三〇九条一項が定めている法定定足数要件については、これを排除することができるし、また、株主数を基準として一定割合の株主が出席することを要件とすること、すなわち頭数要件を設けることもできると解されているので、X'会社の本件定款規定が定めている定足数要件が有効であることは、言うまでもない。

そして、役員選解任決議に関しては、X'会社の定款には特則規定が置かれていないが、役員選解任決議は、前述のとおり、株主総会の普通決議の決議事項であるから、定款で特則規定を設けなければならないというものではなく、特則規定がない場合には、当然、普通決議に関する定款規定が適用されることになる。したがって、X'会社における

役員を選任または解任についても、頭数を基準とする定足数を定めた本件定款規定が適用され、「議決権を行使することができる株主の二分の一以上」の出席が必要となると解される。

しかし他方、会社法三四一条は、役員選解任決議の定足数について、総議決権の過半数または定款で定めた総議決権の三分の一以上という議決権数を基準とした定足数要件を要求しているが、X'会社の本件定款規定は、役員選解任決議についても、この議決権数を基準とした定足数要件を排除していることになる。その意味においては、X'会社の本件定款規定は、役員選解任決議に関する限りにおいて、前記第Ⅰ類型と同様のものとして捉えることも可能である。そして、X'会社の本件定款規定が定めている「議決権を行使することができる株主の二分の一以上」という頭数を要件とした定足数は、実際に総会に出席した株主の持株比率によっては、会社法三四一条が定めている議決権数を要件とした定足数の法定限度（総議決権の三分の一）を下回る可能性が生じ得る。その場合には、会社法三四一条の規定に抵触することになるが、それを理由に役員選解任決議への本件定款規定の適用を排除すべき必要もない。X'会社の定款において役員選解任決議についての特則規定が置かれていないのは、役員選解任決議への本件定款規定の適用を株主が望んだからであり、本件定款規定の定める定足数要件が会社法三四一条の規定に抵触するからといって、その適用自体を否定すべき理由がない。そこで、会社法三四一条の議決権数を要件とした定足数を排除したX'会社の本件定款規定については、前記通説の立場に従い、役員選解任決議に関する限り、同時に、定足数要件を法定限度（総議決権の三分の一）まで軽減したものとして捉え、本件定款規定の効力を認めたほうが妥当である。

つまり、X'会社の本件定款規定は、役員選解任決議に関する限り、議決権を行使することができる株主の二分の一以上で、かつ、総議決権の三分の一以上を有する株主の出席を定足数要件として定めたものと解することができる。そして、このように、一定の数以上の株主の出席と同時に一定割合以上の議決権を有する株主の出席を総会決議の定

足数の要件とすること、すなわち、議決権数を基準とした定足数に頭数要件を付加する併用型は、既に特別決議に関する会社法三〇九条二項の規定によって許容されているところであり、X'会社のような非公開会社においては、役員の地位の重要性に鑑み、その選任または解任の決議になるべく多くの株主の意思を反映させるという趣旨から、役員選解任決議の定足数についてそのような併用型を採用することは、極めて有用であり、かつ合理的であって、定款自治の原則からその効力が肯定されるべきであると考えられる。

(3) ところが、近時の下級審裁判例の中には、前記第Ⅰ類型および第Ⅱ類型の折衷型とも言えるような約款規定について、従来の通説とは異なる解釈を示したものがある。

すなわち、京都地判平成二〇・九・二四判時二〇二〇号一五五頁（以下、「平成二〇年京都地判」という）は、平成一七年改正前商法のもとで作成されたY会社の定款一八条が、「総会の決議は、法令又は定款に別段の定めある場合を除き出席株主の議決権の過半数を以て決する」と規定する一方、同定款二二条が、「取締役の選任については、発行済株式総数の三分の一以上に当る株式を有する株主が出席し、その議決権の過半数を以て決する」と規定するものの、取締役の解任については特に規定が置かれていなかった事例について、「取締役解任決議について、旧商法は定足数を総株主の議決権の過半数又は定款で定めた議決権数（三分の一未満とすることはできない）を有する株主の出席とし、決議は出席株主の議決権の三分の二以上の多数としていた（特別決議事項（旧商法二五七条、三四三条）から、かかる旧商法の規定は定款一八条の法令に別段の定めがある場合に該当し、旧商法下では取締役解任決議について定款一八条が適用されることはなかった」が、「（会社）法は取締役解任決議の可決要件として出席株主の議決権の過半数と定めて普通決議と同要件とした」こと、「しかし、定足数は議決権を行使できる株主の議決権の過半数（定款で三分の一以上の割合を定めた場合はその割合）と規定し、法三〇九条の普通決議とは定足数の緩和の下限で異なる規定をし

た」こと、「また、旧商法では取締役解任決議に定款一八条が適用されなかったことからすると、改正後は、取締役解任決議の定足数を定款により法定の定足数（過半数）から法の規定に従って引き下げる意思を有する場合には、その旨を定款に明確に記載すべきである」ものの、「本件全証拠による上記改正時及びそれ以後に本件定款の規定を改正したとは認められず、また、本件定款一八条に取締役解任決議につき定足数要件を過半数から緩和する旨を明記していないことからすると、本件定款一八条から取締役解任決議の定足数を過半数から引き下げるものと読み取ることはでき」ず、「そうすると、取締役解任決議について規定した法三四一条は本件定款一八条の法令に別段の定めある場合に該当するというべきであ」り、「定款二二条は、取締役選任について定足数を三分の一として決議要件を緩和しているにすぎないから本件定款一八条の『定款に別段の定めある場合』には該当せず、Yの取締役解任決議の定足数は、法三四一条により議決権の過半数となることは明らかである」と判示したうえで、この定足数要件を満たさずに行われたY会社の株主総会における取締役解任決議の取消を認めた。

この平成二〇年京都地判は、要するに、会社法のもとでは、取締役解任決議の定足数を会社法三四一条で定められている法定定足数（議決権の過半数）から引き下げるためには、定款でこれを明確に定めるべきであり、その定めがない場合には、会社法三〇九条一項の普通決議の法定定足数要件を排除した定款の定めから定足数引下げの効果を認めることはできず、その結果、取締役解任決議には会社法三四一条が適用されることにより、同条所定の法定定足数（議決権の過半数）を満たさなければならない、という立場である。

学説においても、平成二〇年京都地判を引用する形で、株主総会の普通決議の定足数要件を外す定款条項は、取締役解任決議の定足数を会社法三四一条所定の株主の議決権の三分の一に引き下げる趣旨と解することはできないとする見解があり、また、単に定足数の特則を定めていたにすぎない平成一七年改正前商法二五六条ノ二と異なり、会社

法三四一条は役員の選任または解任について三〇九条一項とは異なる規律が適用されることを明示しているから、役員の選任または解任の定足数を明示的に下げる定款の定めがない限り、定足数引き下げの効果を認めないという解釈は、条文の文言と整合的ともいえ、また、株主の取締役に対するコントロールの強化という趣旨からは、役員の選任または解任の定足数を引き下げることが株主に明示されたうえで、定款変更が承認されることが望ましいという見解もある。<sup>(73)</sup>

しかし、まず、平成二〇年京都地判は、本件取締役解任決議には、会社法三〇九条一項の普通決議の法定定足数要件を排除したY会社の定款一八条が適用されないと解しており、その理由として、会社法三四一条が三〇九条一項とは定足数緩和の下限で異なる規定であることを挙げているが、これは、会社法三四一条を三〇九条一項の特則規定ではなく、一種の特別の決議類型を定めたものとして捉えたことになる。しかし、既述のとおり、会社法三四一条は、平成一七年改正前商法二五六条ノ二と同じく定足数の軽減に関する特則として設けられたものであり、特別の決議類型を定めたものではない。平成二〇年京都地判の立場によると、仮に本件定款二二条が定められていなかった場合には、Y会社の取締役選任決議は、平成一七年改正前には定足数が議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一で足りたのに対し、同改正後は定足数が議決権を行使することができる株主の議決権の過半数となることになるが、会社法三四一条による整理がこのような変化を意図して行われたとは考え難い。<sup>(74)</sup>

また、平成二〇年京都地判は、取締役解任決議を会社法三〇九条一項の普通決議とは別個の決議類型として把握しているため、会社法制定後は新たに取締役解任決議の定足数を引き下げる定款規定を置くべきだという立場を採りながら、取締役選任決議については、これを普通決議として捉えているようであるが、同じく会社法三四一条で規定されているのに、両者を区別する理由は、取締役解任決議の決議要件が会社法の制定によりそれまでの特別決議から普

通決議に変更されたためとされている。しかし、仮に、ある事項を決議するのに株主総会の特別決議を要することが法定されていたが、後に法改正によって当該事項を決議するのに普通決議で足りるようになった場合を考えると、法改正後の当該事項の決議は、それにつき定足数を排除する定めを新たに定款に置くまでもなく、法改正前から存在する定款の普通決議一般の定足数解除規定の適用を当然に受けることになるから、平成二〇年京都地判の論理は逆転しているとの批判を免れない<sup>(76)</sup>。したがって、Y会社の定款規定から、取締役選任決議の定足数は総議決権数の三分の一以上で足りるのに対し、取締役解任決議は総議決権の過半数でなければならないという結論を導いた平成二〇年京都地判の立場は、甚だ疑問である。一般に、取締役選任決議は、取締役の任期満了時に必ずこれを行わなければならないことから、定款でこれに関する定めを置く必要性が認められるのに対し、取締役の解任決議（会社三三九条一項）は、いわば例外的な場合にしか行われなければならない性質のものであることから、あえて定款でそれについての定めを置く必要性はないと考えられるので、定款において解任決議についての定めが置かれていない場合には、普通決議に関する定款規定が適用され、当該規定が会社法三〇九条一項の法定定足数要件を排除したときは、取締役解任決議の定足数を法定下限（総議決権数の三分の一）まで軽減したと解釈したほうが妥当であろう。

平成二〇年京都地判の立場を支持する学説は、その理由として、①単に定足数の特則を定めていたにすぎない平成一七年改正前商法の規定（同法二五六条ノ二）と異なり、会社法三四一条は役員を選任または解任について三〇九条一項とは異なる規律が適用されることを明示していること、②株主の取締役に對するコントロールの強化という趣旨に合致することを挙げているが、①の理由付けについては、繰り返しになるが、会社法三四一条は会社法三〇九条一項の普通決議とは異なる特別の決議類型を定めたものではないので、適切とは言い難い。また、株式の譲渡制限がなく、所有と経営が分離している公開会社においては、株主の取締役に對するコントロールの強化という趣旨から、役員の

選任または解任の定足数を引き下げることが株主に明示したうえで、定款変更の承認を受けたほうが望ましいといえるとしても、特に非公開会社においては、株式の譲渡は極めて稀で、所有と経営も一致しているので、わざわざ株主に役員選解任決議の定足数の引下げを明示したうえで定款変更決議を行う必要性が果たしてあるのか疑問である。

以上を要するに、前記第Ⅰ類型および第Ⅱ類型の折衷型とも言えるような定款規定についての平成二〇年京都地判の解釈は、適切とはいえない。前記「設例２」にあるX会社の本件定款規定については、役員選解任決議に関する限り、議決権を行使することができる株主の二分の一以上で、かつ、総議決権の三分の一以上を有する株主の出席を定足数要件として規定しているものと解したほうが妥当である。本件規定規定は、議決権数を基準とした会社法三〇九条一項の法定定足数要件の代わりに、「議決権を行使することができる株主の二分の一以上」という頭数要件を設定しているが、それは、同時に、特別規定である会社法三四一条の議決権数を基準とした法定定足数要件も排除しているものであるから、通説の立場からすれば、それは、会社法三四一条の法定定足数要件を法定限度（総議決権数の三分の一）まで軽減したものととしてその効力が認められてよいと考えられる。

## 五 終わりに

従前、株式会社に関する法規定のうち、対外関係に関する規定、例えば会社の代表権に関する規定は、第三者との取引の安全に関わるものであり、また、配当規制等の資本の充実・維持に係る制度は、不法行為の債権者も含めた会社債権者に対する弁済能力の保障を図るための制度であることから、原則として強行法規であり、株主による定款自治は認められないのみならず、対内関係に関する規定も、例えば、会社の機関の権限や責任、意思決定手続等に関する

る規定も、経営者の専横や背任行為ないし多数派による少数派の圧迫など権限・権利の濫用を防ぐためのものであるから、原則として強行法規であるべきであり、法令に別段の定めがある場合を除き定款自治は認められないとして、株式会社法の強行法規性が強調されていたが、一九九〇年代以降、会社を株主等の利害関係者間の契約と捉え、会社法を利害関係者間の利害を調整するルールとして位置づけ、原則として任意法規であるべきであるとする米国の「法と経済学」の考え方が、我が国にも浸透するようになり、株式会社法の任意法規化と定款自治の拡大を主張する見解が強まるようになった。<sup>(79)</sup>平成一七年に制定された会社法も、そのような時代背景を反映して、定款自治の範囲の拡大が図られたのは、周知の通りである。<sup>(80)</sup>

ところが、会社法の立案担当者は、会社法において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てを講じており、会社法に定めのある事項で、法律上言及がないが定款で別段の定めができる事項は存在しないとの立場に立ち、会社法上の任意規定の範囲がすべて明文の規定がある場合に限定されているとして、定款自治の範囲を極めて制限的に捉えているが、前述の通り、立案担当者の説明は甚だ疑わしいものであり、立法政策としても正当化しうるものではなく、会社法上、明文で定款自治が認められている規定以外の規定についても、それが強行規定か任意規定か、また任意規定である場合の定款自治の範囲については、依然として解釈に委ねられているというべきである。

したがって、本稿が検討の対象としている役員選解任決議については、定款の定めをもって、法定定足数要件を法定限度未満に軽減したり、または完全にこれを排除したりする場合においても、強行規定違反という理由のみで、当該定款規定を否定すべきではなく、また、これとは逆に、法定定足数要件を加重して、定款の定めをもって、議決権数を基準とした法定定足数要件に加え、株主数を基準とする要件、すなわち頭数要件を設けることも認められると解

すべきである。

【注】

- (1) 江頭憲治郎『株式会社法（第八版）』（有斐閣、二〇二一年）三七二頁。
- (2) 会社法上、役員とは、取締役、会計参与および監査役をいうが（会社法三二九条一項括弧書き）、本稿では主として取締役を対象に検討していく。
- (3) 大隅健一郎『大森忠夫「逐条改正会社法解説」（有斐閣、一九五一年）二三八頁、大隅健一郎『今井宏「会社法論中巻」（第三版）』（有斐閣、一九九二年）一五〇頁、上柳克郎『鴻常夫ほか編「新版注釈会社法（六）」』（有斐閣、一九八七年）四三頁（今井潔、竹内昭夫著）弥永真生補訂『株式会社法講義』（有斐閣、二〇〇一年）五一二頁、鈴木竹雄『竹内昭夫「会社法（第三版）」』（有斐閣、一九九四年）二六八頁。
- (4) 黒沼悦郎『株式会社の業務執行機関』ジュリ二九五号六五頁（二〇〇五年）、山下真弘「会社役員解任と組合役員の解任」『阪大法学』五五巻三・四号六七〇頁（二〇〇五年）、芝園子「取締役の選任と解任」『浜田道代先生還暦記念「検証会社法」』（信山社、二〇〇七年）二一九頁。
- (5) 酒巻俊雄『龍田節編集代表「逐条解説会社法第四巻」（中央経済社、二〇〇八年）三三六頁（奥島孝康、龍田節・前田雅弘『会社法大要（第二版）』（有斐閣、二〇一七年）七六頁、前田庸『会社法入門（第一三版）』（有斐閣、二〇一八年）三九八頁、岩原紳作編『会社法コンメンタール七』（商事法務、二〇一三年）五四七頁（加藤貴仁、田中亘『会社法（第三版）』（東大出版会、二〇二一年）二二八頁。
- (6) 会社法三〇九条一項で規定されている定足数要件を緩和する場合、および会社法三四一条で規定されている定足数要件を緩和したり、決議要件を加重したりする場合には、定款でこれを定めなければその効力が認められないという意味で、いずれも後述の相対的記載事項に該当する。江頭憲治郎編『会社法コンメンタール（一）』（商事法務、二〇〇八年）三三〇頁以下（森淳二朗）参照。
- (7) 江頭・前掲注（1）七〇頁以下、江頭編・前掲注（6）二七六頁（森）。
- (8) 「この法律」とは、会社法および法務省令（会社法施行規則、会社計算規則、電子公告規則）を意味すると解される。江頭編・前掲注（6）三三〇頁（森）。
- (9) 江頭編・前掲注（6）三三九頁（森）、酒巻俊雄『龍田節編集代表「逐条解説会社法第一巻」（中央経済社、二〇〇八年）二七六頁

〔酒井太郎〕、奥島孝康『落合誠一ほか編『新基本法コンメンタール会社法1（第2版）』（日本評論社、二〇一六年）八八頁（山本為三郎）、江頭憲治郎『中村直人編著『論点体系会社法1』（第一法規、二〇一二年）一一頁（岩崎友彦）。

（10）江頭編・前掲注（6）三三四頁（森）、奥島『落合ほか編・前掲注（9）八九頁（山本）。

（11）江頭・前掲注（1）五六頁。

（12）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）六頁、二〇頁（二〇〇六年）。

（13）江頭編・前掲注（6）三三四頁（森）参照。

（14）江頭編・前掲注（6）三三八頁（森）。例えば、松本丞治博士は、株式会社制度が当事者の創意に基づく定款規定によって法律の予想を超えた発展をしたため、それに伴う弊害も生じたことから、立法者により制限ないし統制の法規が設けられるようになり、現在のような法制度に至っているが、株式会社制度の根底には定款規定の自由があることには変わりはないとして、定款自治の原則を提唱し、強行法規で定めのある事項についてそれと内容と異なる定款の定め、公序良俗に反する定め、株式会社の本質に反する定めのみがその効力が否定されとの主張を展開していた。松本丞治『株式会社に於ける定款自由の原則と其例外』『商法解釈の諸問題』（有斐閣、一九五五年）二二三頁。

（15）既述の通り、会社法二九条の「その他の事項でこの法律の規定に違反しないもの」には、相対的記載事項で明文の規定がないもの、すなわち解釈上の相対的記載事項（例えば代理人資格を株主に限定する定款の定め）、および任意的記載事項の2種類のものが含まれると解されるが、立案担当者は、会社法に定めがない事項について会社法とは無関係に定款で定める例として、「事業年度の定め」を挙げており、会社法においては定款に対する言及はないが、定款で別段の定めをすることができると解されていた事項（例えば、少数株主権の要件を緩和する旨の定款の定め）については、会社法の下では、もはや許されないとしており、解釈上の相対的記載事項は認められないとの立場を示している。相澤編著・前掲注（12）二〇頁、江頭『中村編著・前掲注（9）一一頁（岩崎）。

（16）江頭憲治郎『会社法の趣旨』江頭憲治郎『門口正人編集代表『会社法体系1』（第一法規、二〇〇八年）一三頁。

（17）江頭・前掲注（15）八頁。なお、このような有力な批判を受けて、平成二一年法務令七号による改正により会社計算規則四八条一項一号が改正され、同制限が撤廃された（同改正後会社計算規則三五条一号参照）。

（18）大隅『今井・前掲注（3）五九頁。

（19）例えば、全国株懇連合会『定款モデル』（平成一五年八月二二日全国株懇連合会理事会決定）一七条二項参照。https://www.kabukon.tokyo/data/data/laws/laws\_1-1-1.pdf。

（20）最判昭和四三・一一・一民集二二巻二二四二頁、最判昭和五一・一二・二四民集三〇巻一一号一〇七六頁。

(21) 札幌高判令和元・七・一二金商一五九八号三〇頁、東京地判平成二七・一〇・一九ウエストロー・ジャパン文献番号二〇一五W LJPCA一〇一九八〇〇三、東京高判平成二二・一一・二四資料版商事法務三二二号一八〇頁など。

(22) 江頭・前掲注(1)七三頁、七四頁注(八)、江頭編・前掲注(6)三三五頁(森)、奥島Ⅱ落合ほか編・前掲注(9)八九頁(山本)。

(23) もちろん、当該定款規定の効力を全面的に否定する学説(無効説)も従前からあるが(田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』(勁草書房、一九九三年)五一四頁、加美和照『新訂会社法(第一〇版)』(勁草書房、二〇一一年)二五八頁など)、その理由は、代理人を株主に限定すると、棄権や白紙委任状が多くなること、その結果、取締役は自己の支配に有利に白紙委任状を利用して、いわゆる経営者支配を助長させるおそれがあること、また、公開会社では、株主の中に信頼できる適当な代理人を見いだせない場合、閉鎖会社では唯一の少数派株主にとって敵対派から代理人を見出せない場合には、株主が事実上代理行使の機会を奪われること、議決権の固有権性と矛盾することなどであり、もっぱら強行規定性を理由に当該定款規定の効力を否定する学説はほとんど存在しない。

(24) 法制審議会会社法(現代化関係)部会における計32回の会議議事録の内容([https://www.moj.go.jp/shingiji/shingi\\_kaishahou\\_gendai\\_index.html](https://www.moj.go.jp/shingiji/shingi_kaishahou_gendai_index.html)参照)を調べても、議決権行使の代理人の資格に関する議論は見当たらなかった。なお、立案担当者の一人は、代理人の資格制限の問題に関して、「あれは、代理で行使できるということだけが規定されていますから、あとは代理人の資格を制限できるかどうかというのは、従来から解釈問題でなし、定款で置いても効力がないという規定はないわけですね。ですから、あとは定款でそういうのを置いた時に、その効力が認められるかどうかというのは、解釈でしょう」との説明をしているが(稲葉威雄Ⅱ郡谷大輔「会社法の主要論点をめぐって」企業会計五八巻六号(二〇〇六年)一六九頁(郡谷大輔)、会社法上「定款で置いても効力がない」という規定はない)から、あとは定款で置いた場合の解釈問題だというのは、全く説明になっていない。代理人の資格を制限すると、株主の議決権行使に重大な制約を加えるため、それを定款に定めなければ効力が認められないという意味で、まさにそれは相対的記載事項であるから、立案担当者の説明したような立法指針が採用されたといえれば、会社法三一〇条において定款による別段の定めを許容するような定めがない以上、そもそも定款に代理人の資格を制限するような定めを置くこと自体が許されないという結論になるわけで、定款に置く自体は問題ないが、置いた場合の効力は解釈によるという次元の問題ではなからう。つじつまの合わない説明としか言いようがない。

(25) 江頭編・前掲注(6)三三八頁(森)。

(26) 神作裕之「会社の機関―選択の自由と強制」商事法務一七七五号四一頁(二〇〇六年)、江頭・前掲注(16)二三頁。

(27) 六戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確―株主の選択」商事法務一七七五号二三頁(二〇〇六年)。

- (28) 六戸・前掲注(27) 二一頁、江頭・前掲注(16) 一三頁、川村正幸「会社法の強行法規性と定款自治」浜田道代Ⅱ岩原紳作編『会社法の争点』(有斐閣、二〇〇九年) 一七頁、田邊真敏『株主間契約と定款自治の法理』(九州大学出版会、二〇一〇年) 三四頁以下。
- (29) 六戸・前掲注(27) 二三頁。
- (30) 江頭・前掲注(1) 五六頁、七三頁、川村・前掲注(28) 一七頁、奥島Ⅱ落合はか編・前掲注(9) 八九頁(山本)、前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」淺木慎一Ⅱ小林量はか編『浜田道代先生還暦記念・検証会社法』(信山社、二〇〇七年) 八一頁、川島いづみ「判批」金判一五三二号五頁(二〇一八年)。なお、江頭教授は、結論として、「裁判所や学説は、立法担当官の主張に拘束されるべきではなく、『立法担当官は、そうした意気込みで、規定の明確化のため努力したようだ』という程度に認識すればよいだろう」と指摘しておられる。前掲注(16) 一三頁。
- (31) 江頭・前掲注(1) 七四頁注(八)、酒巻Ⅱ龍田編集代表・前掲注(9) 二七六頁(酒井)。
- (32) 通説。その理由は、代表取締役の選定・解職権限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(業務執行権の範囲の決定等)が失われるわけではない、取締役会は代表取締役の解職を議題とする株主総会を招集することもできからである。江頭・前掲注(1) 三二一頁注(五)、前田(庸)・前掲注(5) 五一〇頁、落合誠一編『会社法コンメンタール8』(商事法務、二〇〇九年) 二二〇頁、青竹正一『新会社法(第五版)』(信山社、二〇二一年) 二二〇頁、森本滋「株式会社における機関権限分配法理」浜田Ⅱ岩原編・前掲注(28) 九五頁。ただし、これに反対する少数説もある(酒巻Ⅱ龍田編集代表・前掲注(5) 三五頁(前田重行)、岩原編・前掲注(5) 四二頁(松井秀征))。
- (33) 本判決については、松井智代・論究ジュリスト二三号一五八頁(二〇一七年)、若林泰伸・法教四四五号四二頁(二〇一七年)、川島・前掲注(30) 二頁、前田雅弘「判批」平成二九年度重要判例解説(ジュリ一五一八号) 一〇四頁(二〇一八年)、松永学・民商法雑誌 五三巻六号一〇〇二頁(二〇一八年)、長谷川新・早稲田法学九四巻三号二頁(二〇一九年) など参照。
- (34) 相澤哲Ⅱ葉玉匡美ほか編著『論点解説 新・会社法』(商事法務、二〇〇六年) 二六二頁。
- (35) 前田(雅)・前掲注(30) 九七頁、同・前掲注(33) 一〇五頁、川島・前掲注(30) 五頁、松永・前掲注(33) 一〇一五頁。
- (36) 岩原編・前掲注(5) 一五六頁(松尾健一)。
- (37) 相澤編著・前掲注(12) 八四頁。
- (38) 相澤編著・前掲注(12) 九八頁、相澤Ⅱ葉玉ほか・前掲注(34) 二九九頁。
- (39) 相澤Ⅱ葉玉ほか・前掲注(34) 二九九頁。
- (40) 江頭・前掲注(1) 三七一頁注(二)、岩原編・前掲注(5) 一五七頁(松尾)、奥島孝康Ⅱ落合誠一ほか編『新基本法コンメンタ

ール会社法2〔第二版〕(日本評論社、二〇一六年) 四一頁〔高橋英治〕。

(41) 上柳克郎『鴻常夫ほか編『新版注釈会社法(五)』(有斐閣、一九八六年) 一八一頁〔菱田政宏、前田(庸)・前掲注(5) 三九八頁。]

(42) 江頭・前掲注(1) 書三七一頁注(一)、岩原編・前掲注(5) 一五七頁〔松尾〕、酒巻・龍田編・前掲注(5) 一二六頁〔森田章〕、奥島・落合ほか編・前掲注(40) 四一頁〔高橋〕。

(43) 北沢正啓『会社法〔第六版〕』(青林書院、二〇〇〇年) 三六〇頁、江頭・前掲注(1) 四〇七頁、岩原編・前掲注(5) 四二〇頁〔浜田道代〕。

(44) 山本為三郎「通常決議の定足数を排除する定款規定が取締役解任決議には適用されないとされた事例」法学研究(慶応義塾大) 三巻六号九四頁(二〇一〇年)、高橋美加・笠原武朗ほか『会社法〔第三版〕』(有斐閣、二〇一〇年) 一七三頁。

(45) 高橋・笠原ほか・前掲注(44) 一七三頁。

(46) 岩原編・前掲注(5) 五五一頁〔加藤〕。

(47) 酒巻・龍田編・前掲注(5) 三三六頁〔奥島〕、岩原編・前掲注(5) 四一〇頁〔浜田〕、山本・前掲注(44) 九四頁、江頭憲治郎・中村直人編著『論点体系会社法三』(第一法規、二〇一二年) 四五頁〔徳本讓〕、高橋・笠原ほか・前掲注(44) 一七二頁。

(48) 高橋和之・伊藤眞ほか編集代表『法律学小辞典〔第五版〕』(有斐閣、二〇一六年) 一三七五頁。

(49) なお、決議要件については、既述のとおり、従前から、会社の意思の決定という総会決議の性質上、出席株主の議決権の過半数を下回ることができないと解されてきたが、会社法三四一条の特則規定により役員選解任決議について明文化されたといえる。奥島・落合ほか編・前掲注(5) 一二〇頁〔潘阿憲〕。

(50) 江頭・前掲注(1) 三七一頁注(一)、岩原編・前掲注(5) 五五四頁〔加藤〕、岩原編・前掲注(5) 一五七頁〔松尾〕、酒巻・龍田編・前掲注(5) 一二六頁〔森田〕、奥島・落合ほか編・前掲注(40) 四一頁〔高橋〕。

(51) 東京地判令和二・八・一九七一判例秘書登載。

(52) 伊藤靖史・大杉謙一ほか『会社法〔第五版〕』(有斐閣、二〇二一年) 一七四頁、岩原編・前掲注(5) 五五二頁〔加藤〕、岩原編・前掲注(5) 四一〇頁〔浜田〕。

(53) 龍田節「資本多数決の濫用とフランス法」法学論叢六六巻一号三一頁(一九五九年)、奥島孝康「現代株式会社における株主総会のあり方」法学教室第二期七号 五七頁(一九七五年)、鳥山恭一「フランス株式会社法における資本多数決原則の形成と展開——一株一議決権原則の再検討——」早稲田法学五九巻一〜三合併号八三頁以下(一九八四)。

- (54) 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』(有斐閣、一九八七年) 一五〇頁、奥島・前掲注(53) 五七頁。
- (55) 近藤光男『田村詩子ほか「定款自治による株主の救済(上)」商事法務一六九八号五頁以下(二〇〇四年)。
- (56) 神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整(一)」法学協会雑誌九八巻六号七六五頁以下(一九八一年)、近藤田村ほか・前掲注(55) 六頁以下参照。
- (57) 神田・前掲注(56) 七六六頁。
- (58) 相澤哲編『会社法性の現代化に関する要綱試案に対する各界意見の分析』(別冊商事法務二七三号)(二〇〇四年) 二九頁。
- (59) 森田果「株主間契約(一)」法学協会雑誌一一八巻三号四一〇頁(二〇〇一年)、江頭・前掲注(1) 三五二頁、東京高判平成一二・五・三〇判時一七五〇号一九九頁、東京高判令和二・一・二三金判一九九二号八頁。
- (60) 前田雅弘「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、一九九四年) 一三九頁、神作裕之「コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性」ジュリ一〇五〇号一三〇頁(一九九四年)、黒沼悦郎「会社法ルールの任意法規化と競争」森本滋編著『比較会社法研究——二世紀の会社法制を模索して』(商事法務、二〇〇三年) 三六〇頁、近藤田村ほか・前掲注(55) 九頁以下、近藤光男『田村詩子ほか「定款自治による株主の救済(下)」商事法務一六九九号一六頁以下(二〇〇四年)、江頭門口編・前掲注(16) 一一頁(江頭)。
- (61) 近藤田村ほか・前掲注(55) 九頁以下、同・前掲注(60) 一六頁以下。
- (62) 江頭・前掲注(1) 一六六頁、加藤貴仁「拒否権付種類株式、種類株主による取締役・監査役選任」浜田岩原編・前掲注(28) 四四頁。
- (63) 大森忠夫『矢沢惇編『注釈会社法(四)』(有斐閣、一九六八年) 三二四頁(浜田一男、大隅今井・前掲注(3) 一七七頁、上柳鴻ほか編・前掲注(41) 七五(今井潔、前田庸)・前掲注(5) 四三五頁、江頭・前掲注(1) 四二三頁、龍田前田(雅)・前掲注(5) 一八四頁注五九、潘阿憲「役員解任の訴えに関する一考察」法学志林二七巻二号九頁以下(二〇二〇年)。
- (64) 高松高決平成一八・一一・二七金判二二六五号一四頁。
- (65) 今井宏『神崎克郎ほか『注釈株式会社法上巻』(有斐閣、一九八四年) 二六四頁(田村諄之輔)。
- (66) 大隅今井・前掲注(3) 一五一頁、上柳鴻ほか編・前掲注(3) 四三頁(今井、戸田修三・蓮井良憲ほか編『注釈会社法上巻』(青林書院、一九八六年) 四一五頁(中村一彦、酒巻龍田編・前掲注(5) 三三七頁(奥島)。
- (67) 鈴木竹雄『石井照久『改正株式会社法解説』(日本評論社、一九五〇年) 一四五頁、大隅今井・前掲書注(3) 二三九頁、松田二郎『鈴木忠一『条解株式会社法上』(弘文堂、一九五一年) 二六三頁、石井照久『会社法上巻(商法Ⅱ)』(勁草書房、一九六七年)

三〇六頁、大隅Ⅱ今井・前掲注(3) 一五一頁、上柳Ⅱ鴻ほか編・前掲注(3)〔今井〕、竹内昭夫著Ⅱ弥永真生補訂『株式会社法講義』(有斐閣、二〇〇一年) 五二二頁、戸田Ⅱ蓮井ほか・前掲注(66) 四一五頁〔中村〕、酒巻Ⅱ龍田編・前掲注(5) 三三七頁〔奥島〕、山本・前掲注(44) 九四頁。

(68) 山本・前掲注(44) 九三頁。

(69) 大阪地判昭和六〇・九・一一金判七五三三三五頁。

(70) いうまでもないが、頭数要件の極限である株主全員の同意を要件とした場合には、同規定に抵触するような問題は生じえない。

(71) 江頭・前掲注(1) 四一四頁注八。

(72) 岩原編・前掲注(5) 五五一頁〔加藤〕。

(73) 前掲注(47) および本文参照。

(74) 山本・前掲注(44) 九四頁。

(75) 平成二〇年京都地判によれば、Y会社の定款二三条は定款一八条にいう「定款に別段の定めある場合」に該当しないため、取締役選任決議には定款一八条が適用され、その結果、取締役選任決議の定足数は、会社法三九一条および定款一八条によって、議決権を行使することができる株主の議決権の三分の一となり、定款二二条本文は単なる注意的・確認的規定となる。この理解によると、取締役選任決議は通常決議(普通決議)、取締役解任決議は通常決議(普通決議)ではない決議ということになる。山本・前掲注(44) 九四頁〜九五頁。

(76) 山本・前掲注(44) 九五頁〜九六頁。

(77) 実際に、全国株懇連合会の『定款モデル』においても、取締役の選任決議についての規定は置かれているものの(同定款モデル一九条)、取締役の解任決議についての規定は置かれていない。

(78) 鈴木Ⅱ竹内・前掲注(3) 三四頁。田中耕太郎博士は、商法を営利活動自体を規整する行為法と、そのための組織ないし設備を規整する組織法とに分け、前者は任意法規が支配するのに対し、後者は強行法規が支配するとし、その強行法的性質の基礎を営利活動の確保に求めていたが(田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」『田中耕太郎著作集(7) 商法学一般理論』(春秋社、一九五四年) 二四二頁以下)、鈴木竹雄博士は、この理論は株式会社の対外関係に関する法規については当てはまるものの、対外関係に関する法規には必ずしも妥当せず、内部関係においても、経営者の専横や背任行為ないし多数派の少数派圧迫を防止するという法の後見的作用を果たすために強行法規でなければならないと主張する。鈴木竹雄「商法における組織と行為」『商法研究Ⅰ』(有斐閣、一九八一年) 一五一頁以下、鈴木Ⅱ竹内・前掲三四頁。

(79) Easterbrook & Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press 1991). その要旨は、契約の自由こそが会社をめぐる利害関係者の富の最大化をもたらすものであり、法的ルールを強制すると効率性が損なわれるため、会社法は原則として任意法規であるべきで、その存在意義は、関係当事者に一種の標準契約書式を提供し、当事者間の取引コストを削減するところに求められる、というものである。神作裕之「論文紹介」アメリカ法一九九一—二〇〇六頁、藤田友敬「契約的企業観と会社法」ジュリー一二六号一三三頁（一九九八年）参照。

(80) 神田秀樹「株式会社法の強行法規性」法教一四八号八六頁（一九九三年）（竹内昭夫編『特別講義商法Ⅰ』（有斐閣、一九九五年）所収）、神作・前掲注（60）一三〇頁、宍戸善一「株式会社法の強行法規性と株主による会社組織設計の可能性」商事法務一四〇二号三〇頁（一九九五年）、黒沼悦郎「会社法の強行法規性」法教一九四号一〇頁（一九九六年）、神田秀樹・藤田友敬「株式会社法の特質、多様性、変化」三輪芳明・神田秀樹ほか編『会社法の経済学』（東大出版会、一九九八年）四五三頁、野田博「会社法規定の類型化における『enabling 規定』の位置とその役割」一橋論叢一二二巻一号一頁（一九九九年）、一二三巻一号一九〇頁（二〇〇〇年）。