

商法教授方法に関する研究手帖 (8)

浅 木 慎 一

第1帖「商」の概念

- 第1章 商法の意義
- 第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1号)
- 第3章 商人の概念
- 第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2号)
- 第5章 株式の概念

第2帖「商」への参入

- 第1章 企業形態の選択
- 第2章 企業の立上げ - 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1号)
- 第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2号)
- 第4章 持分会社の設立
- 第5章 企業施設の整備
- 第6章 企業情報の公示

第3帖「商」の管理・運営

- 第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1 ~ 4号)
- 第2章 株式会社による株式・株主の管理 (以上、名城法学 61 巻 1号)
- 第3章 会社の機関 - 総説
 - 1. 緒言
 - 2. 会社の機関の意義と構成
 - 2 - 1. 機関の意義
 - 2 - 2. 機関の構成
 - 3. 株式会社における機関の分化とその進展
 - 3 - 1. 機関の分化
 - 3 - 2. 機関の分化の進展

研究ノート

- 3 - 2 - 1. 明治 32 年 (1899 年) 商法
- 3 - 2 - 2. 明治 44 年 (1911 年) および昭和 13 年 (1938 年) 改正
- 3 - 2 - 3. 昭和 25 年 (1950 年) 改正
- 3 - 2 - 4. 昭和 49 年 (1974 年) 改正
- 3 - 2 - 5. 昭和 56 年 (1981 年) 改正
- 3 - 2 - 6. 平成 5 年 (1993 年) 改正
- 3 - 2 - 7. 平成 13 年 (2001 年) 法律第 149 号改正
- 3 - 2 - 8. 平成 14 年 (2002 年) 改正
- 3 - 2 - 9. 平成 17 年 (2005 年) 会社法

4. 企業の所有と経営・支配の分離

4 - 1. 所有と経営の合一と分離

4 - 2. 所有と経営の分離の進展および所有と支配の分離

第 4 章 株主総会および株主による会社運営の監視

1. 株主総会の意義と権限

1 - 1. 株主総会の意義

1 - 2. 株主総会の権限

1 - 2 - 1. 取締役会非設置会社の場合

1 - 2 - 1 - 1. 会社法 295 条 1 項

1 - 2 - 1 - 2. 会社法が定める決議事項

1 - 2 - 1 - 3. その他の決議事項

1 - 2 - 2. 取締役会設置会社の場合

1 - 2 - 2 - 1. 会社法 295 条 2 項

1 - 2 - 2 - 2. 会社法が定める決議事項

1 - 2 - 2 - 3. 定款に定める決議事項

1 - 3. 種類株主総会の意義と権限

1 - 3 - 1. 種類株主総会の意義

1 - 3 - 2. 法定決議事項

1 - 3 - 3. 定款の定めによる決議事項

2. 株主総会の招集

2 - 1. 緒言

2 - 2. 招集権者

2 - 2 - 1. 通常の場合

2 - 2 - 2. 少数株主による招集

- 2 - 2 - 3. 裁判所の命令による場合
- 2 - 3. 株主提案権
 - 2 - 3 - 1. 意義
 - 2 - 3 - 2. 内容
 - 2 - 3 - 2 - 1. 議題提案権
 - 2 - 3 - 2 - 2. 議案提案権・議案要領通知請求権
- 2 - 4. 招集の時期と場所
 - 2 - 4 - 1. 招集の時期
 - 2 - 4 - 2. 招集の場所
 - 2 - 4 - 3. 定時株主総会の会日の集中
- 2 - 5. 招集の通知
 - 2 - 5 - 1. 通知の時期と方法
 - 2 - 5 - 2. 招集通知の添付資料等
 - 2 - 5 - 3. 通知後の変更
- 2 - 6. 招集手続を欠く総会
 - 2 - 6 - 1. 通常の場合
 - 2 - 6 - 2. 全員出席総会
 - 2 - 6 - 3. 招集手続の省略
- 2 - 7. 種類株主総会の招集

第3章 会社の機関 総説

1. 緒言

会社の機関、わけても株式会社のそれに関しては、株式会社の設立法制において、必要最小限の記述をしたにとどまる（第2帖第3章2-1）。また、機関設計に関しても、ただ機関の名称を羅列したにすぎない（第2帖第3章2-2）。

機関を対象とする考察は、会社の事業の管理・運営の中核をなす分野であり、きわめて重要な主題を数多く含む分野である。本章においては、機関の意義や構成、その分化などを中心に概観する。

2. 会社の機関の意義と構成

2-1. 機関の意義

会社は、通常、複数の社員から成るが、法人として（会3）1個の独立した存在であって、それ自体の意思と活動とを有する。しかし、その意思と活動は、会社の組織上の一定の地位にある自然人または一定の自然人によって構成される会議体によって実現される。すなわち、会社の「機関」とは、会社の組織において、会社の意思および活動を実現するものとして定められた人をいう¹。換言すれば、会社組織における上のような地位が機関である。そして、機関の有する力を「権限」という。たとえば、株式会社の代表取締役または代表執行役についてみると、代表取締役・代表執行役という地位にある者の行為は、法律上、株式会社の行為と認められるが、この場合、代表取締役・代表執行役という会社の組織上の地位が機関であり、その行為の効果を直接会社に帰属させる、代表取締役・代表執行役の力が代表取締役・代表執行役の権限（代表権限）であるということに

1 大隅健一郎：今井宏『会社法論中巻 [第3版]』（有斐閣・1992年）1頁。

なる²。

会社のみならず、あらゆる法人には機関が存在する。法人自体の意思とは、自然人と異なり、いわば擬制された法人たる自己の意思であるから³、機関による内部的意思決定手続を要し、そこで決定された意思に従って、これを実現すべく対外的行為（法律行為たると事実行為たるとを問わない）をする機関をも必要とする。

2 - 2. 機関の構成

会社における社員と機関とはまったく異なる観念であるが、社員が同時にその会社の機関構成者となり、社員資格と機関資格とが同一人に帰することは何ら差し支えない⁴。持分会社にあっては、定款に別段の定めがない限り、その業務は社員の過半数をもって決定し（会 590 ）、同じく定款に別段の定めがない限り、各社員が会社の業務執行権を有する（会 590 ）。また、持分会社の常務は、原則として、各社員が単独で行うことができる（会 590 本文）。このように、原初的な持分会社にあっては、機関はまだ分化していない。すなわち、原初的な持分会社にあっては、機関資格が社員資格に覆われて、機関の観念そのものが明瞭に現われていない⁵。

以上に対し、株式会社にあっては、社員資格と機関資格とが法律上も明確に分離され、機関もまた分化し、しかも、その分化は経済の発展と共に進展してきている。以下では、株式会社における機関の分化とその進展、およびその基礎をなす企業の所有と経営・支配との分離について、概観しておこう。

2 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）280頁参照。

3 関俊彦『会社法概論（全訂第2版）』（商事法務・2009年）201頁参照。

4 大隅：今井・注（1）前掲1頁。

5 同前2頁参照。

3. 株式会社における機関の分化とその進展

3 - 1. 機関の分化

平成 14 年 (2002 年) 改正によって、旧商法特例法中に委員会等設置会社 (現在の委員会設置会社) が設けられるまで、基本的に、わが株式会社の機関構成は、およそ以下のようなものであった。すなわち、社員たる株主は、株主総会において議決権を行使し基本的事項について多数決で会社の意思を決定するが、会社の業務執行は、総会で取締役を選任してこれに委ね、他方、総会で監査役を選任して取締役の職務の執行の監査に当たらせる、という構造であった。このように、株式会社の機関は、株主総会・取締役・監査役に分化しているという基本構造を維持してきたが、このような 3 機関の^{ていつ}鼎立は、近代国家における立法・行政・司法の 3 権分立の民主政治思想を反映したものであった⁶。

3 - 2. 機関の分化の進展

3 - 2 - 1. 明治 32 年 (1899 年) 商法

成立当初のわが商法は、いわゆる株主総会中心主義と称される体制をもって立法された。株主総会は、最高かつ万能の機関と位置づけられ、商法または定款に定める事項はもちろん、その他のいかなる事項についても決議する権限を有していた。取締役・監査役の選任・解任 (昭和 13 年 (1938 年) 改正前商 164、167、189)、決算の承認 (同年改正前商 192) などの他、資本 (金) の増加 (同年改正前商 120、208I、209)、社債の発行 (同年改正前商 199) なども、総会の決議事項であり、さらに、総会は、業務執行についても決議をして取締役を拘束することができたのである⁷。

取締役は、上のように業務執行についても総会の決定に服したが、その解任も総会の普通決議事項とされており (昭和 13 年 (1938 年) 改正前商

6 北澤・注 (2) 前掲 281 頁参照。

7 同前。

167)、取締役の地位は、法律上必ずしも安定していなかった。また、取締役の会社代表について、取締役が各自会社を代表するという各自代表のみが規定されており(明治44年(1911年)改正前商170)、取締役内部における機関の分化も、まだ法によって認められるに至っていなかった⁸。

商法制定前の典型的な会社経営組織は、「社長 取締役」という短絡的なものであった。社長を除く取締役の多くは単なる株主の代表にすぎず、業務知識もなければ経営能力もなかったし、通常は非常勤であった⁹。ところが、商法制定後には、同法が取締役に明確な権限と責任を付与した結果、単に出資者たる資格においてのみ取締役になろうとする傾向の低下を招き、かつ、取締役たることに識見才能および責任意識などが必要になったので、常勤の専門的経営者が求められることになった¹⁰。このために設けられたのが、専門的経営者たる性格の強い専務取締役という地位である。「社長 専務取締役 取締役」という、取締役の階層組織の誕生である。この階層組織は、商法と離れて、実務上、発達したものであった。

ちなみに、法律用語としての「取締役」の語源は、調べた限りでは、判然としない。一方、法律用語とならなかった「頭取」の語源については、容易にこれを提示することが可能である。頭取という用語は、江戸時代の芝居の座において、開演にあたり、その冒頭で口上を述べる者の役職に由来するものであること、ほぼ確実である。文字通り、「頭を取る」ことを任せられた役職名である。今日と異なり、頭取の職階は、座長などに比べて、相当に低いものであった。役者より低い職階であつたらしい。そうであつたとすれば、商法制定前の「社長 取締役」という初期における短絡的なわが会社の経営組織にあつて、法律用語となる前の「取締役」という職階は、座における「座長 頭取」の関係から推して、今日ほど高いもの

8 同前 281 282 頁。

9 野田信夫『日本近代経営史 その史的分析』(産業能率大学出版部・1988年) 635 頁。

10 由井常彦「明治時代における重役組織の形成」経営史学 34 卷 1 号 (1979 年) 17 頁。

ではなかったのではないかとの推測も可能である。「社長」が文字通り「会社の長」であるのに対し、「取締役」は、せいぜい株主代表の名譽職のようなものであったのかも知れない。商法制定前の取締役という用語から、今日の社外取締役を連想するのも、あるいは誤解を招くおそれもあると思われる。ところが、商法制定にあたり、「取締役」という用語が、会社の業務執行機関を指す用語として採用され、商法上、その地位に相応しい権限と責任とが付与されることにより、その元来の慣行上の地位に変容を来したのではないと思われるのである。いずれにせよ、本段落の記述は推論の域を出ない。ただ、本段落においては、作家・小松左京（本名・小松実、1931～2011）が、その著名な小説『日本沈没』（光文社・1973年）の中で、科学者に必要なのは直感とイマジネーション（imagination）であるとの趣旨を記述していたことに触発され、あえて資料的裏付けのない「推理」を披瀝したにとどまるものである。

本論に復帰する。立法当初の監査役は、会社の会計ばかりでなく業務をも監査する機関とされ（昭和13年（1938年）改正前商181～183、176など）、この面からの業務執行に対する牽制が予定されていた¹¹。しかしながら、会社法^{ひれき}の精神が、岸本辰雄（1851～1912）の述べたように「監査役ノ責任八固ヨリ重大ニシテ取締役ノ業務執行ニ付キキタ監視査閲スルヲ要シ取締役トハ利害反対ノ位置ニ在リ寧口互ニ反目スルモ決シテ親狎スベカラズ¹²」べきものでありながら、明治末葉の実際においては、「今ノ監査役ヲ見ルニ報酬少ク地位卑キノミナラズ取締役タル者ハ自家^{あゆ}ニ阿諛シ付従スベキ者ヲ挙テ監査役ノ選ニ充テントシ甚シキハ自家ノ朋友親戚ヲ推シテ憚ラズ¹³」、「今日ノ實際ニ於テハ監査役タル者概ネ無能力且無責任ヲ極メ平生ニ於テ監査ノ職務ヲ曠廢スルノミナラズ多クハ總會前僅々數日間監査ノ事ニ從ヒ専ラ取締役ノ説明ヲ聞キテ捺印シ其ノ甚シキハ初ヨリ所謂盲印ヲ捺

11 北澤・注（2）前掲282頁。

12 岸本辰雄「会社改良論」明治法学23号（1901年）14 - 15頁。

13 同前15頁。

スルノミ¹⁴」という状況であった。立法当初の企業会計学の未成熟あるいは会計やマネージメント (management) に精通した専門家の人材育成不足といった事情を勘案しなければならぬが、出発点における監査役に期待された立法精神の蹉跌は、わが会社法制にとっては、痛恨事であったといえようか。

文芸作品を鑑賞していると、時として、瞠目すべき文章に出会うことがある。作家・芹沢光治良 (1896 ~ 1993) が昭和 51 年 (1976 年) に、^{よわい} 79 歳にして、新潮社より刊行した書下しの文芸作品『狭き門より』の中に、以下のような 1 節がある。「或る理想をもって、社会の習慣や秩序を改革しようとして、制定されたもので、法律は立派であるが、国民の意識がその法律の理想とするところまで高められない場合には、多くの混乱が起きる (昭和 55 年 (1980 年) 刊行の『新潮現代文学 6・芹沢光治良』を底本とした)」。この文章自体は第 2 次大戦後の家族法に関する記述であるが、明治会社法の監査役制度にも妥当する記述であろう。このような、法の専門家でない作家の文章を読むと、内心^{じくじ} 忸怩たるものがある。研究者といえど、専門書だけを読んで事足りるとするのは、大きな誤りであると気付かされる。

なお、当時は、取締役・監査役とも、株主中から選任すべきものとされており (昭和 13 年 (1938 年) 改正前商 164、189)、これらについて、まだ機関資格と株主資格とが分離していなかった。以上に観たように、明治 32 年 (1899 年) の商法では、株式会社の機関の分化といっても、それは株主総会中心主義の下に、必ずしも徹底したものではなかったのである¹⁵。

3 - 2 - 2. 明治 44 年 (1911 年) および昭和 13 年 (1938 年) 改正

取締役の会社代表について、当初は各自代表であったものを、明治 44

14 同前。

15 北澤・注 (2) 前掲 282 頁。

年（1911年）改正は、定款または総会の決議をもって、代表取締役を定めることを認め、これを定めないときにのみ、各自代表とすると改めた（同年改正後商 170）。同時に同条同項によって、共同代表の定めを設けることも許容した）。この改正を、改正案の段階から、高く評価したのが松本丞治である。すなわち、多数の外国法においては、取締役という機関とこれを組織する役員とを区別し、取締役各自は会社を代表することなく、共同して取締役という機関を構成しており、これら外国の主義が正当であると思われるが、現行法改正の経過規定を設けるのは困難であるし、急激な変更が妥当でないとすれば、このような改正でとりあえず満足せざるをえないとの趣旨の意見を表明している¹⁶。その上で、「取締役中ニ会社ヲ代表スル権限ヲ有スル者ト之ヲ有セサル者トヲ認ムルノ制度ハ……我邦ノ実例上所謂専務取締役又ハ常務取締役以外ノ取締役ハ其員ニ備ルノミニシテ会社ヲ代表シテ行為ヲ為スコトナキモノタリ故ニ此改正ハ寧ろ實際ニ適合セルモノトシテ歓迎スヘキナリ¹⁷」と述べている。松本の言を待つまでもなく、専務取締役の地位は、明治末期から大正初期にかけて動かし難いものとなっていた。また彼らは、専務取締役とまったく同じ地位という意味で、かつ常勤という意味で、しばしば常務取締役とも称されたのであった¹⁸。

昭和 13 年（1938 年）の改正においては、上に加えて、定款の規定に基づき取締役の互選によって代表取締役を定めることも妨げないとした（同年改正後商 261）。このように、商法は、取締役内部における機関を分化する方向へ着実に歩を進めたのであった。

なお、明治 44 年（1911 年）改正法案においては、取締役・監査役を株主中から選任することを要しないものとして（同年改正案中商 164、189）、これらについて機関資格と株主資格とを分離することをとりあげて

16 松本丞治『商法改正案評論』（巖松堂書店・1911年）72 - 73 頁参照。

17 同前 73 - 74 頁。

18 由井・注（10）前掲 23 頁。

いた。この改正は、同年の改正では実現されなかったが、昭和 13 年 (1938 年) 改正によって実現されることとなった (同年改正後商 254 、 280)。

しかし、昭和 13 年の改正は、基本的に、従来の株主総会中心主義を維持したばかりでなく、さらに、総会の権限を拡大して (同年改正後商 196、245、375、246)、取締役に対する総会の監督を強化する方向を採ったものであった¹⁹。同年改正がこの方向であったことを裏付けるのが、大隅健一郎による以下の分析である。株式会社の内部構造がどう進化すべきかにつき、大隅は以下のように考究した。すなわち、資本主義の発展にともなう株式会社の大企業化と企業集中により、株式会社の内部構造は、自由株主の共同管理権ことに議決権の限縮ないし喪失と取締役の企業支配権の拡大強化という過程を辿る。加えて、これをもたらした経済的発展は、他面、従来の株主中心的な株式会社観に対し、新たな企業中心的な株式会社本質観を展開せしめる。そこから、株式会社に結合する各個の株主の利益またはその単なる集計を越えた、より高次元の企業の利益という概念を認めることになる。そして、このような企業の利益の昂揚は、企業経営の安定と企業の継続的な維持発展を最高の指標とするから、会社の経営を株主総会の変動的多数と株式投機の陰謀から解放することを要求し、また多数者株主の横暴に対してのみならず、少数者ないし個々の株主の放恣に対しても取締役等の立場を弁明する根拠を与えることになる。この流れの帰結するところは、取締役がもはや株主総会の下位に立つ機関ではなく、自己の権限と責任で会社の業務執行を指導的に指揮する立場に立つこと、株主総会が主として会社の法律のおよび経済的基礎に関してのみ決議をなしえ、業務執行に関してはもはや大きな権限を有さないこと、かかる取締役の権限強化と関連して、その責任もまた強化されること、監査役の監督機関としての職分が明確化されること等である²⁰。およそ、以上のように考究した

19 北澤・注 (2) 前掲 282 頁。

20 大隅健一郎「株式会社の構造変革と株式会社法理論の変遷 (2)」法学論叢 44

うえで、大隅は、昭和13年(1938年)改正にあたっては、上述の「近代における株式会社の内部構造の変革に対し格別の考慮が払われたと認むべき跡を見出しえない。それは依然として従来の民主主義思想に胚胎する機関構造を維持するのみならず、株主総会の権限を拡張することによって、むしろこれを強化する態度に出ているかさえに見える²¹⁾」と結んでいる。昭和16年(1941年)の時点における分析であるが、まさに、株主総会中心主義の限界と終焉を予言した形になっている。

今日の株式会社の機関との関連で付言すれば、昭和13年(1938年)の旧有限会社法の制定は、きわめて重要な意味を持つ。繰り返し述べるように、簡易株式会社たる性格を持つ旧有限会社にあつては、社員総会と1人以上の取締役を必要の機関(旧有25、35以下)、監査役を任意機関(旧有33)とする簡素化された機関構造を有していた。

3-2-3. 昭和25年(1950年)改正

すでに述べたように(第1帖第1章1-4-2)、この改正は、当時のアメリカの占領政策の下で始められたものであったから、英米法に由来する制度を大幅に導入するものとなった。しかし、英米法由来の制度の導入は、すでに昭和13年(1938年)改正時から始まっていたものであり、仮に第2次大戦とその敗北を経験しなかったとしても、上述した大隅健一郎の指摘のとおり、株主総会中心主義が限界を迎えていたわが国にとって、この流れは、必然であったといえるかも知れない。

この改正により、従来の株主総会中心主義は捨てられ、その権限が著しく縮小されることになった。同年改正後商法230条ノ2は、「総会八本法又八定款ニ定ムル事項ニ限り決議ヲ為スコトヲ得」と規定され(同条は、昭和56年(1981年)改正にあたり、同230条ノ10に移され、会社法制定に至るまでそのままの文言で存在した)、株主総会は、最高の機関では

巻2号(1941年)77-89頁参照。

21 同前89-90頁。

あっても、もはや万能の機関ではなくなった。商法または定款に定める事項に限って決議をなしうるものにすぎない機関となったのである。しかも、法定の権限事項も相当に縮小された。取締役の選任・解任（昭和 25 年（1950 年）改正後商 254、257、280）、計算書類の承認（同年改正後商 283）、定款の変更（同年改正後商 342）、会社の解散（同年改正後商 404）、会社の合併（同年改正後商 408）などは依然として総会の権限事項であるが、新株の発行（同年改正後商 280ノ2）や社債の発行（同年改正後商 296）のような重要な事項が、資金調達の便宜化のための授權資本制度（第 2 帖第 3 章 4-1-2-3）の採用により、またはそれにもなって、総会から取締役に移された²²。総会は、もはや、従前のように会社の業務執行に関する事項などを随時決議して取締役に拘束することが認められなくなったのである²³。もっとも、かかる総会の権限の縮小は、一般の場合には経営の意思も能力もない株主が経営に介入せず、専門的知識を有する取締役に経営を委ねることがかえって株主の利益となると考えたためであるから²⁴、上に掲げた同年改正後商法 230 条ノ 2 は、各会社の事情に合わせて、法定以外の事項でも、株主がとくに欲して定款に定めれば、総会の権限に属させることができるという柔構造を採っていた。

上のように、総会の権限を縮小してその万能性を排除したことと相俟って、業務執行に関する権限は挙げて取締役に集中することとなった。ことに、新株の発行と社債の発行の権限が総会から取締役に移されたことは重要である。そして、このような取締役の権限の拡大に照応して、取締役の地位の強化が図られ、その解任は、総会の特別決議事項とされた（昭和 25 年（1950 年）改正後商 257・）。その代わり、取締役に對する信任を新たにする機会を多くするため、任期が従来の最長 3 年から 2 年に短縮さ

22 北澤・注 (2) 前掲 283 頁。

23 同前参照、酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 4 巻』（中央経済社・2008 年）5 頁 [酒巻俊雄] 参照。

24 北澤・同前。

れた²⁵（同年改正後商 256）。さらに、取締役の権限を拡大することにより、各取締役に強大な権限を付与することから生じる弊害を考慮して²⁶、取締役内部における機関を分化することとした。すなわち、取締役は、その全員をもって取締役会なる会議体を構成するものとされ、取締役会をもって、業務執行に関する会社の意思決定をなす機関と位置づけた（同年改正後商 260 前段）。業務執行自体と会社の代表は、取締役会が選任する代表取締役が行うこととした（同年改正後商 261）。取締役会は、代表取締役の選解任権を通じて、代表取締役の業務執行を監督する機能を有するものとされた。なお、昭和 25 年（1950 年）改正は、取締役資格に関し、定款をもってしても、これが株主たることを要すべき旨を定めえないとし（同年改正後商 254）、機関資格と株主資格の分離が徹底されることとなった。

従来、監査役は、取締役の業務執行の監督（業務監査）と会計の監督（会計監査）の権限を有し、かつその任務の中心は前者にあるものとされていたが²⁷、この改正によって取締役会が代表取締役等の具体的な職務の執行を監督する機能をも有するものとされたため、これと抵触する監査役の一般的な業務監査権を奪って、監査役は会計監査のみを担当する機関とされた²⁸（同年改正後商 274、275 等）。これによって、法律上は、取締役の業務執行に対する監査役の直接の牽制が排除されることとなった。他方、監査役の任務を会計監査に限定しながら、商法は、監査役たる資格に何ら会計に関する専門知識を要求しなかった。監査役の解任もまた総会の特別決議事項とされ（同年改正後商 280 257）、その任期は最長 2 年から 1 年へと短縮された（同年改正後商 273）。監査役についても、機関資格と株主資格の分離が徹底された（同年改正後商 280 254）。

25 以上、同前。

26 酒巻：龍田編・注（23）前掲 5 頁 [酒巻俊雄]。

27 大隅：今井・注（1）前掲 3 頁。

28 酒巻：龍田編・注（23）前掲 5 頁 [酒巻俊雄]。

昭和 25 年 (1950 年) 改正における 3 機関の力関係の変更 (株主総会および監査役の権限の縮小と、取締役の権限の拡大および地位の強化) は、会社の業務執行に対する監督について、株主総会中心主義の下に取締役の業務執行を総会と監査役に服せしめた従来とは異なる方式を必要ならしめた。北澤正啓は、この観点から、同年改正に関してなお、以下の新たな業務執行監督方式に言及している。すなわち、同年改正が、さらに、取締役の責任を著しく厳格化する (同年改正後商 266) とともに、株主に、取締役の責任を追及するための代表訴訟提起権 (同年改正後商 267)、取締役の違法行為差止権 (同年改正後商 272)、帳簿閲覧権 (同年改正後商 293ノ6)、取締役解任請求権 (同年改正後商 257) などの新たな共益権を認めて、取締役に對する株主の監督権限を強化したことは、会社内部における自治的監督方法として注目すべきことである²⁹。

3 - 2 - 4. 昭和 49 年 (1974 年) 改正

上の昭和 25 年 (1950 年) 改正法の下で確立された株式会社の運営機構 (新たな自治的監督方法を含めて) は、近代的な企業経営の在り方から観れば、法の理念通りに運用される限りにおいて、それ自体すぐれた合理的な方法であったと評価できよう³⁰。しかし、株主総会における議決権さえ行使しない一般株主に、上述の、北澤正啓が注目すべきとして列挙した共益権の行使を期待することは困難であって、かえっていわゆる会社荒しに格好の武器を提供する結果となるおそれがあるという事態すら招きかねなかった。加えて、取締役会による代表取締役の業務執行の監督についても、代表取締役以外の取締役の大部分が實際上代表取締役の指揮下にある従業員あがりの社内取締役から成る当時のわが国の株式会社の実情の下では、法の所期するような効果があがらないことが明らかとなった³¹。事実、昭

29 北澤・注 (2) 前掲 285 頁。

30 酒巻：龍田編・注 (23) 前掲 6 頁 [酒巻俊雄] 参照。

31 以上、大隅：今井・注 (1) 前掲 4 頁参照。

和 40 年（1965 年）前後に発生した上場大企業をも含む粉飾決算や経理不正、業務運営上の不正事件が以後も続出したことから（第 1 帖第 1 章 2 - 4 - 5 - 4）、従来から有名無実と指摘されていた株式会社の監査制度の不備が露呈された³²。そこで、監査制度を中心とする昭和 49 年（1974 年）改正が実現されることとなったのである。

この改正の特徴は、商法会社編の条文自体の改正と共に、旧商法特例法を制定し、監査制度に関して、資本金規模に基づき、会社を大会社・中会社・小会社に区分したうえで、それぞれ別異の対応を採ったことにある。

昭和 49 年（1974 年）の商法改正は、昭和 25 年（1950 年）改正以来、会計のみを監査する機関であった監査役の権限を、資本金の額が 1 億円以下の旧商法特例法上の小会社（昭和 49 年制定後旧商特 22 ）以外の会社について拡大し、監査役を、再び、取締役の職務の執行を業務および会計の両面にわたって監査する機関へと復帰せしめ、かかる一般的業務監査権を実効あらしめるうえで必要な基本的調査権や事前および事後監査の手段としての各種権限を付与した³³（同年改正後商 274、275、275 ノ 2 など）。なお、小会社の監査役の職務・権限に関しては、同年制定後旧商特 22、25）。また、会社の規模の如何を問わず、その任期を原則として就任後 2 年内の最終の決算期に関する定時総会の終結の時までとし（同年改正後商 273 ）、その地位を強化した。兼任禁止の拡大の措置も講じられた（同年改正後商 276）。監査期間も十分に与えられ（同年改正後商 281 ノ 2 など参照）、監査報告書の記載事項も法定された（同年改正後商 281 ノ 3）。さらに、資本金額が 5 億円以上の旧商法特例法上の大会社には、監査役の監査に加えて、会計監査人による監査を義務づけた（同年制定後旧商特 2）。会計監査人資格は、公認会計士または監査法人でなければならないとされた（同年制定後旧商特 4 ）。

機関権限の再配分と大会社への公認会計士による監査の導入を主眼とす

32 酒巻：龍田編・注（23）前掲 6 頁 [酒巻俊雄]。

33 同前 [酒巻俊雄] 参照。

る同年改正に関し、酒巻俊雄 (1931 ~) は、以下のように小括している。すなわち、「同年改正法の主眼は監査制度の改革におかれていたが、公認会計士監査を商法に導入することになれば、当然監査役の会社機関内部における位置付けに変更をもたらすことになり、また監査役に一般的な業務監査権が付与されると取締役会との関係をどのように調整するか、取締役会の業務監査機能をどのように位置付けるかという機関権限の配分の問題にまで遡る検討を経ざるをえなかったという点で、それ以後の昭和56年 (1981年) の改正に比しても、より本質的な問題提起がなされたといえよう³⁴。」

3 - 2 - 5. 昭和56年 (1981年) 改正

昭和25年 (1950年) の改正は、株主総会について、その無機能化の現実を追認するにとどまり、積極的にそれを改善するものではなかった。そのため株主総会の形骸化の傾向はその後改まることなく、ことにいわゆる総会屋ないし会社荒しの弊害はいよいよ顕著になってきた³⁵。そこで、株主総会の形骸化を是正し、その運営を実質化すべく、取締役および監査役の説明義務 (昭和56年 (1981年) 改正後商237ノ3)、株主提案権 (同年改正後商232ノ2) などの制度が導入された。また、大会社における会計監査人の選解任権限を取締役会から株主総会へ移すこととした (同年改正後旧商特3、6)。

昭和49年 (1974年) の改正により、上に述べたように、会社の監査機構について重要な変更が加えられたが、その後の運用を通じて、なお改善を要する余地の少なくないことが明らかとなった³⁶。わけても、昭和51年 (1976年) のロッキード事件が、これに関する商法の不備を露呈させ、改正を急がせる契機となったことは、先に述べたとおりである (第1帖第1

34 同前6 - 7頁 [酒巻俊雄]。

35 大隅：今井・注 (1) 前掲4頁。

36 同前。

章 2 - 4 - 5 - 4)。

旧商法特例法の改正により、会計監査人による会計監査を強制される大会社の範囲に関し、従来の資本金 5 億円以上という資本金基準に加え、負債総額 200 億円以上という負債金額基準をも採用して、これを拡大した(昭和 56 年 (1981 年) 改正後旧商特 2)。そして、大会社について、貸借対照表・損益計算書の内容につき、会計監査人および監査役の全員がこれらを相当であると認めたときは、計算書類の承認を取締役会限りでなしえるものとした(同年改正後旧商特 16)。先に述べたように、会計監査人の選解任権を取締役会から株主総会へ移したのは、上の措置と一体であること、明らかであろう。

取締役会の法定決議事項が拡大された。たとえば、取締役の競業の承認権が株主総会から取締役会へ移された(同年改正後商 264)。また、取締役会につき、取締役会が取締役の職務の執行を監督する旨を明文で定め(同年改正後商 260)、一定の重要な業務執行事項の決定は、これを取締役会自体で決定しなければならない(すなわち、代表取締役等に委ねることができない)旨をも定め(同年改正後商 260)、その専管決議事項を明確化した。取締役会の監督権の実効性を担保すべく、業務を執行する取締役に報告義務を課し(同年改正後商 260)、かつ、各取締役の取締役会招集権を保障した(同年改正後商 259)。これらの改正は、代表取締役に実権が集中することによって、株主総会と同様に形骸化の事実が指摘されてきた取締役会について、意思決定と監督の両面から機能の強化を図り、代表取締役等による専断的な会社運営を抑制することを企図したものと見える³⁷。

同年の改正は、監査役についても、旧商法特例法上の小会社を除き、取締役の法令・定款違反の行為を報告するため取締役会を招集しうる権限を与え(同年改正後商 260ノ3、旧商特 25)、取締役・支配人・その

37 酒巻：龍田編・注(23)前掲8-9頁[酒巻俊雄]。

他の使用人に対する営業報告請求権、会社の業務・財産の状況に関する調査権をも与えて (同年改正後商 274 、旧商特 25)、その権限を拡大した。また、すべての会社につき、監査役の報酬を取締役の報酬と区別して定めるべきものとし (同年改正後商 279)、職務の執行に係る費用の会社に対する請求を容易にして (同年改正後商 279 ノ 2)、その地位を強化した。さらに、旧商法特例法において、大会社に対し、監査役の複数制と常勤監査役を強制して (同年改正後旧商特 18)、監査役の体制を強化するとともに、取締役が会計監査人の選解任に係る議案を株主総会に提出するに際し、監査役の同意を経ることを要するものとした (同年改正後旧商特 3 、 6 3)。なお、昭和 37 年 (1962 年)、同 49 年 (1974 年) に続き、同 56 年 (1981 年) 改正においても、計算規定 (昭和 56 年改正後商 281 以下) を改善したことは、取締役の業務執行に対する監督の面でもその意義が少なくない³⁸。

3 - 2 - 6. 平成 5 年 (1993 年) 改正

すでに言及したように (第 1 帖第 1 章 2 - 4 - 5 - 4)、この改正は、日米構造問題協議の強い影響下でなされたものである。この協議関連の「株主の地位の強化」(監査役制度の改善を含む)という主題が、機関の権限に係る改正に少なからぬ影響を与えている。

取締役に対する監督の強化という側面からいえば、株主の地位の強化の一環で、その代表訴訟を容易化し (平成 5 年 (1993 年) 改正後商 267 、 268 ノ 2)、株主の帳簿閲覧権を強化した (同年改正後商 293 ノ 6)。監査役の任期を、すべての株式会社について 2 年から 3 年に延長して (同年改正後商 273)、その地位を強化し、旧商法特例法の改正により、大会社について、監査役の員数を 3 人以上とし、そのうち 1 人以上は、その就任前の 5 年間、当該会社またはその子会社の取締役または支配人その他の

38 北澤・注 (2) 前掲 287 頁参照。

使用人でなかった者でなければならないとする社外監査役制を強制し（同年改正後旧商特 18）、監査役の全員をもって構成する監査役会を法定して（同年改正後旧商特 18 の 2 以下）、監査役の体制のいっそうの強化を図ったのである。すなわち、機関としての監査役会は、その決議をもって、監査の方針、会社の業務および財産の状況の調査の方法、その他の監査役の職務の執行に関する事項を定めることができる他、会計監査人の監査報告書を受領し、監査役会の監査報告書を作成する権限等を有するが、監査・監督のための各種権限は単独機関としての個々の監査役が行使するという体制が採られた³⁹。

3 - 2 - 7. 平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正

この年には、3 回にわたる質量ともに相当に大規模な改正が行われたが、就中、機関に係る重要な改正と位置づけられるのが、この年の最後の改正となった法律第 149 号改正であった。

この改正は、正真正銘の議員立法であった。平成 9 年（1997 年）に商法（会社法）改正史上初めて議員立法によってストック・オプションの導入に成功した議員達は⁴⁰、その直後から、監査役機能強化、取締役等の責任軽減、代表訴訟問題等に狙いを定め、その改正を画策した。早期実現を目指したものの、今回は慎重に審議される結果となり、平成 13 年（2001 年）に至ってようやく実現した。その改正内容は、浜田道代によれば、「ずっしりと重く、会社法制の大幅な見直しをあたかも分担したかの

39 酒巻：龍田編・注（23）前掲 9 頁 [酒巻俊雄]。

40 平成 9 年（1997 年）法律第 56 号改正である（同改正後商 175 4ノ3、210ノ2、211、212ノ2、280ノ19、280ノ20、280ノ21、290ノ22、414、498ノ参照）。この改正は、結果的に、多方面からの発言を封じる形で短期間を実現することになったため、同年 5 月 12 日、多くの商法研究者による「開かれた商法改正手続を求める商法学者声明」が発表された（この全文は、資料として、商事法務 1457 号（1997 年）76 頁以下に収録されている。将来において、商法改正史上に占める資料的価値は高まるものと予想される）。

ようであった⁴¹⁾と評されている。

ここでは、監査役の機能強化の部分についてのみ概観しておこう。

まず、あらゆる株式会社について、監査役の地位の安定を図るべく、その任期を3年から4年へと伸張した(平成13年(2001年)(法149)改正後商273)。また、辞任監査役に関し、株主総会に出席のうえ、意見を陳述する権利を保障した(同年(法149)改正後商275ノ3ノ2)。次いで、小会社の監査役を除き、その取締役会への出席義務および取締役会における意見陳述権を明定し(同年(法149)改正後商260ノ3、旧商特25)、取締役の責任の減免措置に関する改正(同年(法149)改正後商266以下)に関連して、この措置に対する監査役の同意権を追加した(同年(法149)改正後商266・・、旧商特25)。大会社の監査役会に、監査役候補者の同意権・提案権を付与した(同年(法149)改正後旧商特18ノ3・)。さらに、大会社の監査役の半数以上を社外監査役とするとともに、社外監査役の定義から、いわゆる5年条項を外し、これを厳格化した(同年(法149)改正後旧商特18)。ただし、その施行には4年間の猶予が付されていた)。

3-2-8. 平成14年(2002年)改正

株主総会関連の改正について、まず、株式譲渡制限会社は、種類株主の取締役または監査役の選解任権を定款で定めることができるものとした(同年改正後商222、257ノ2、257ノ3、257ノ4)。株主提案権の行使期限の繰上げ(同年改正後商232ノ2)、株主総会の特別決議の定足数の緩和(同年改正後商343)を図った。

取締役会の権限に関する商法260条を改正・整序し、同条3項において、代表取締役、および、代表取締役以外の取締役であって、取締役会の決議によって会社の業務を執行する取締役に指名され、その指名を受託し

41 浜田道代「会社立法の歴史の変遷」中央経済社編『新「会社法」詳解』(中央経済社・2005年)24頁。

た者が会社の業務を執行するものとした（同年改正後商 260 ）。
の取締役を「業務執行取締役」と称する。代表取締役および業務執行取締役は、業務執行状況を監督機関たる取締役会に定期的に報告する義務を負った（同年改正後商 260 ）。この整序によって、平成 13 年（2001 年）法律第 149 号改正の際に明定され、平成 14 年（2002 年）改正でその定義を一部修正された社外取締役（同年改正後商 188 ノ 2 ノ ）の権限との対比が明瞭になった。代表取締役、業務執行取締役以外の取締役が会社の業務を執行すれば、その者は、社外取締役ではなく業務執行取締役とみなされたので（同年改正後商 260 ）、代表取締役・業務執行取締役が会社の業務執行を司り、一方で、社外取締役は、業務執行に従事することなく、取締役会の意思決定への参加と監督に専念することに特化した取締役と位置づけられたこと、明らかである。なお、すでに昭和 56 年（1981 年）改正後に、大隅健一郎・今井宏は、実際には、会社の定款をもって専務取締役・常務取締役等の名称の下に、代表取締役以外の取締役に一定の業務執行の権限を認めることが少なくなく、これらは業務担当取締役というべきものであって、定款による会社の機関と解されるが、商法に何らの規定がないから、その性質・権限・責任等については不明の点が多い旨を今後の課題として指摘していた⁴²。この指摘は、平成 14 年（2002 年）改正で実質的には是正を見たといえようが、「専務取締役」「常務取締役」という名称は、遂に、会社法上の正式な名称として採用されないままに終わった（これらの名称は、昭和 13 年（1938 年）改正後商法 262 条において、表見代表取締役たることを示す名称の例示として掲げられたにとどまり、現行会社法 354 条では、その例示からも削られている）。

平成 14 年（2002 年）改正にあっては、旧商法特例法の改正に重要なものが多い。

まず、旧商法特例法 2 条 2 項に、「みなし大会社」の規定を設け、中会

42 大隅：今井・注（1）前掲 5 頁参照。

社にも会計監査人による監査の途を開いた。

大会社またはみなし大会社であって、取締役の数が10人以上であること、および、取締役のうち1人以上が社外取締役であること、という要件を満たす会社に「重要財産委員会」という取締役会の内部機関を置くことを認めた(同年改正後旧商持1の3)。この委員会は、取締役会の決議に基づき、その決議により委任を受けた事項の決定を行う取締役会の内部機関であり(同年改正後旧商持1の3)、取締役会の決議によって定める3人以上の取締役をもって構成されるものである(同年改正後旧商持1の3・)。重要財産委員会は、取締役会決議に基づき、その委任を受けて、重要な財産の処分および譲受け、多額の借財、に係る会社の意思決定を行うことができた(同年改正後旧商持1の3・)。

以上は、従来型の株式会社の機関に係る改正であるが、平成14年(2002年)改正で特筆すべきは、何と云っても、旧商法特例法上の大会社・みなし大会社に、定款で定めれば、アメリカ型のモニタリング・モデル(monitoring model)に倣った「委員会等設置会社」制度を選択することが可能になった点であろう。法制審議会会社法部会が、平成13年(2001年)4月18日にとり纏めた「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」によれば、従来型株式会社の取締役会制度に関し、理想的には、業務執行を監督すべき者が同時に業務の執行を行っていることに問題があること、現象面では、取締役の人数が増えすぎて機動性を欠くこと、従業員兼取締役が大半となったため、取締役会が代表取締役の実質的な支配下に置かれていること、等の指摘をふまえて、委員会等設置会社の採用を定款による選択的なものとし、会社経営機構の選択の幅を拡大する旨が謳われていた(中間試案第17項目参照)。この基本的な考え方は、当時の斯界から概ね肯定的な評価を集め⁴³、平成14年(2002年)改正において、このような経営機構の選択の途が実現したものである。

43 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(3)」商事法務1623号(2002年)15頁参照。

委員会等設置会社における業務執行権限・代表権限は、取締役会において選任される執行役・代表執行役に与えられる（同年改正後旧商特 21 の 12 、 21 の 13 、 21 の 15）。取締役は、原則として、取締役たる資格において業務執行権を有しない（同年改正後旧商特 21 の 6 ）。取締役会は、経営の基本方針などを含む会社の業務の大綱を決定し、取締役および執行役の職務の執行を監督することが主たる使命となる（同年改正後旧商特 21 の 7 ）。しかも、取締役会は、法定の一定の事項を除き、会社の業務の決定をも執行役に委任することができ（同年改正後旧商特 21 の 7 ）、このときは、執行役が委任を受けた事項の決定権限を有する（同年改正後旧商特 21 の 12 ）。この機関構造の下では、端的に、業務執行権限と業務執行監督権限とが、執行役と取締役会とに分離することになる。この会社の取締役は、その 3 人以上（うち過半数が社外取締役）からなる指名委員会・監査委員会・報酬委員会という機関を構成し（同年改正後旧商特 21 の 5 ～ ）、この 3 委員会を通じて、執行役に対する精緻な監督を行い、監督機関としての取締役会の実を上げるような役割を与えられている。よって、この会社では、監査役が置かれない（同年改正後旧商特 21 の 5 ）。

3 - 2 - 9. 平成 17 年（2005 年）会社法

現行会社法は、基本的には上記平成 13 年（2001 年）および平成 14 年（2002 年）改正によって実現された体制を受け継いでいるが、他方では、従来型の機関構造を前提とする株式会社の場合でも、非公開会社（全株譲渡制限会社）であれば大会社にも取締役会非設置会社の機関設計を認め（第 2 帖第 3 章 2 - 4 ）、株主総会中心の経営体制を採ることが許容された⁴⁴。従来の小会社という概念を消し去り、大会社と非大会社という基準（会 2 ）および、公開会社と非公開会社という基準（会 2 ）を法定し、

44 酒巻：龍田編・注（23）前掲 10 - 11 頁 [酒巻俊雄] 参照。

それらの組み合わせで企業の実態と必要に応じた定款の定めをもって株式会社を区分し⁴⁵、わけても、非大会社たる全株式譲渡制限会社については、機関構成の大幅な自由化を認める結果となった(第2帖第3章2-3 ~)。その機関設計には、旧有限会社と同様の機関構成も含まれている)。また、主として小規模会社の計算の適正化を目的として、取締役による計算書類の作成につき会計専門家が共同作成者として関与する「会計参与」という新たな機関が創設された⁴⁶(会374以下)。

4. 企業の所有と経営・支配の分離

4-1. 所有と経営の合一と分離

個人企業の場合には、企業の所有者が単独で企業を経営し、それから生じる利益を一身に享受するから、企業の所有と経営(業務執行)は完全に合一している⁴⁷。共同企業の場合でも、商事組合(第2帖第1章2-2-1)や有限責任事業組合(第2帖第1章2-2-2)にあつては、企業の所有と経営の分離が観られないと評価してよからう。

会社企業はどうであろうか。たとえば典型的な人的会社である合名会社にあつては、社員は社員たる資格をもって法律上当然に会社の業務執行機関を構成するのを原則とする(会590、599)。経済的に観れば、社員は会社事業の所有者であり、機関はその事業経営の担当者に他ならないから、ここでは企業の所有と経営とが合一している⁴⁸。合資会社・合同会社といった他の持分会社も、原則として、同様に観察してよい。

これに対し、株式会社の社員たる株主は、持分会社の社員と異なり、当然には会社の業務執行を担当したり会社を代表することができない。株主總會中心の経営体制を採用した、ごく小規模の非公開会社であれば、必ず

45 同前11頁[酒巻俊雄]。

46 同前[酒巻俊雄]。

47 北澤・注(2)前掲288頁。

48 大隅：今井・注(1)前掲5頁参照。

しもこれが不可能ではない。しかし、わけても、公開型の大規模な株式会社にあつては、そこに結合する多数の株主がすべて当然に会社の経営に与ることは到底なしえないことである。加えて、それは必ずしも株主の欲するところではない。このため、株式会社では、企業の所有と経営とが分離せざるをえない。すなわち企業を所有する株主（形式的には法人たる会社が所有するが、実質的には株主が所有する）をもって構成する株主総会において別に取締役を選任し、これに企業の経営を委ねるということになる。しかし、立法当初は、すでに概観したように（本章 3 - 2 - 1）、株主総会をもって、会社の最高かつ万能の機関とし、これに取締役の選解任権限はもちろん、いかなる事項をも決議して取締役を拘束する権限を与えることによって、「企業の所有と経営の分離にもかかわらず、企業に対する支配は、これを株主の手に留保した⁴⁹」のである。

4 - 2. 所有と経営の分離の進展および所有と支配の分離

資本主義経済社会の発展と成熟は、わけても公開型の巨大株式会社にあつて、一方で、その株式を広く大衆の間に分散せしめ、他方、その経営を複雑化・専門化せしめた。かかる会社にあつては、株主が、会社の経営を目的として株式を所有し会社を経営する能力を有する少数の企業者株主と、株式を投資または投機の対象と考え会社の経営に無知・無関心である多数の投資株主または投機株主に明確に分化することとなった。結果、企業の所有と経営の分離は、いよいよ顕著となった⁵⁰。

株主総会を通じて、株主の手に会社の支配を留保するという法政策の下では、総会の決議が資本多数決によるからには、会社の支配は、必然的に総会の決議に要する多数の株式を有する者の手に帰する。そして、会社の支配にとってとくに重要なのは、取締役の過半数を選任する力であるが、取締役の選任は、通常、総会の単純多数決によってなされるから、発行済

49 北澤・注(2) 前掲 288 - 289 頁。

50 以上、同前 289 頁参照。

株式総数の過半数を有する者が会社を支配することができる。このような支配形態を「多数者（多数所有者）支配」という。多数者支配は、法律上の支配であり、いわば絶対的な支配である⁵¹。

ところが、現実においては、株主の多数は上述したように投資株主または投機株主であり、もっぱら剰余金の配当または投機的利益のみを追求し、会社の経営には知識も関心も有しないのが普通であって、かかる株主が時間と費用とを犠牲にして自ら株主総会に出席することは通常期待しうることではない⁵²。ましてや、代理人を送って議決権を行使させるという積極的行動に出ることなど、望むべくもない。結果、株主総会は法律적으로는株主全員の総意により会社意思を決定するための機関であるが、現実には、大多数の株主の意思は直接に総会の場に反映されず、企業者株主が、議決権の代理行使や書面による行使などを勧誘し、委任状や投票用紙をこれら経営に無関心な株主から集めるなどの方法を用いれば、株式の過半数を自ら有さなくとも、総会の決議を左右することが可能になり、会社の支配という目的を達成することができる⁵³。このような支配形態を「少数者（少数所有者）支配」という。

大隅健一郎・今井宏は、所有が分散すればするほどその所有に結合されている支配がこれを離れて集中することは、いわば社会学的な法則であって、この経済の自然法則に逆行する試みは不可能に近いとすら説いている⁵⁴。

少数者支配が上の法則に従って極限にまで達すると、会社の支配を意図し会社を支配する能力を有する企業者株主すら存在しないという状態にまで立ち至る。このような支配株主不在の会社では、議決権の代理行使や書面による行使などを勧誘して委任状や投票用紙などを集めることのできる

51 以上、同前参照。

52 大隅：今井・注（1）前掲6頁。

53 同前参照、北澤・注（2）前掲289 - 290頁参照。

54 大隅：今井・同前6 - 7頁参照。

地位にある者、すなわち、通常は現経営者が、自らは極端にはまったく株式を所有することなく、会社を支配することができるようになる。このような支配形態を「経営者支配」という。企業に対する支配がその実質的所有者たる株主から経営者の手に移る現象について、北澤正啓は、アメリカにおけるアドルフ・バーリー (Adolf Berle, 1895~1971) およびガーディナー・ミーンズ (Gardiner Means, 1896~1988) の研究から生まれた言を用いて、「目につくほどの支配なき富の所有と、目につくほどの所有なき富の支配が、株式会社発達の論理的帰結であろう」といわれると述べている⁵⁵。

多数者支配が法律上の支配であるのに対し、少数者支配と経営者支配は事実上の支配である。ゆえに、ことに経営者支配にあっては、会社の経営に重大な蹉跌を生じれば、あるいは、たとえ蹉跌を生じなくても当該会社を好餌こうじと評価する買収者が出現すれば、経営者が支配権を奪われ、所有者支配が顕在化することがある。

資本主義経済の発展と成熟にともない、法律もまた上の社会学的法則を是認し、株式会社における企業の所有と経営・支配との分離を進め、上で観たように (本章 3 - 2 - 3)、昭和 25 年 (1950 年) 改正において、株主総会の権限を縮小し、企業経営の権限を取締役に託しこれを拡大するとともに、取締役を取締役会と代表取締役に分化して、取締役会に代表取締役を監督させ、取締役に対する株主の監督権限を強化した。また、昭和 49 年 (1974 年) 改正において (本章 3 - 2 - 4)、監査役の権限を再び強化し、取締役に対する会社内部の自治的監督方法を整備した。昭和 56 年 (1981 年) 以降の改正も (本章 3 - 2 - 5 以下)、企業の所有と経営・支配の分離という現象に即応したものになっていると評価しえよう。しかしながら、企業の所有と経営・支配の分離を法律面で推し進めるならば、一般株主の利益のいっそうの強い保護が要請されることもまた忘れてはならない。

55 北澤・注 (2) 前掲 290 頁。

第4章 株主総会および株主による会社運営の監視

1. 株主総会の意義と権限

1-1. 株主総会の意義

株主総会は、株主によって構成され、株主の総意により、会社の意思を決定する基本的機関である。企業としての株式会社の実質的（経済的）所有者は株主であるから、株主の総意により会社意思を決定すべく認められた機関である。すでに述べたように（第3章3-1）、株式会社の機関は、近代国家における民主政治思想の反映であったが、国家における立法機関の反映により成立した機関が株主総会である。

株主総会は、「株主によって」構成される。しかし、議決権制限株式（第1帖第5章11 2-2）を有する株主、ことに完全無議決権株式の株主は、総会の構成員とはいえない。かかる株主は、議決権は当然のこと、総会に出席して意見を述べる権利すらない¹。会社法298条2項かっこ書によれば、会社は、完全無議決権株式の株主に総会の招集通知を発する必要はないとしているが、これはそのことを前提としているからである。議決権制限株式の株主であっても、議決権を有する事項に関しては、当該株主は、当然に総会の構成員である。単元未満株主（会189）もまた、総会の構成員ではない。他方、株主総会は、「株主によってのみ」構成される。総会の議長が株主でないときは、その者は総会を主宰するが、総会を構成せず、議決権を有しない²。取締役・会計参与・監査役・執行役は、その説明義務を果たすうえで（会314）、株主総会に出席しなければならないが、この者達は、その資格において総会を構成するものではない。株主以外の者を総会の構成員とすることは、定款をもってしても、なしえない。

株主総会は、議決権を有する株主が出席し、自由な討議と表決によって

1 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院、2001年）292頁参照。

2 同前。

その総意をもって会社の最高意思を決定するという「意思決定機関」である。しかし、対外的な意思表示を要する事項について総会の意思決定があっても、それは、会社の内部において意味を有するにとどまり、対外的には決議自体が会社の意思表示としての効力を有するものではない³という点に注意すべきである。

株主総会は、法定の専属的権限を有する「必要的機関」である。しかし、常設の機関ではなく、定時にまたは臨時に、招集手続を経て開催されるのを原則とする。

1 - 2. 株主総会の権限

1 - 2 - 1. 取締役非設置会社の場合

1 - 2 - 1 - 1. 会社法 295 条 1 項

会社法 295 条 1 項は、株主総会が、会社法に規定する事項および会社の組織、運営、管理その他の会社に関する一切の事項について決議することができる旨を規定し、その形式上、株主総会をもって会社の最高かつ万能の意思決定機関と位置づけているように観察できる。しかし、これは、すでに述べたように（第 1 帖第 1 章 10 - 3）、現行会社法が、簡易株式会社というに相応しい実質を有していた旧有限会社制度を廃止し、これを選択可能な株式会社中の制度のひとつとして吸収統合した結果に由来するものであり、決して株式会社法制がかつての株主総会中心主義に回帰したわけではない。会社法 295 条 1 項が定める株主総会は、かつての有限会社社員総会を原型としたものであり、かかる小規模な閉鎖的株式会社にあっては、経営と所有とが未分離であるから、会社の運営には、株主全体が積極的に関与することが認められるべきであると考えられたためである⁴。

3 同前。

4 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 4 巻』（中央経済社・2008 年）33 頁 [前田重行] 参照。

1-2-1-2. 会社法が定める決議事項

取締役会非設置会社の株主総会にあっては、取締役会設置会社における下記の本章1-2-2-2に例示した決議事項に加え、明文の定めをもって、たとえば、譲渡制限株式の譲渡の承認(会139)、取締役の競業・利益相反取引の承認(会356)などが、株主総会の専決事項とされており、取締役会設置会社に比して、広範な専決事項をその手に留保している。

1-2-1-3. その他の決議事項

この株主総会においては、法令・定款に定められた事項を決議できるのは当然のこと、これらに定めのない事項であっても、強行法規または株式会社の本質に反しない限り、会社の組織、運営、管理その他会社に関する一切の事項を決議することができ、また、招集者が当該会議の目的として定めた事項以外の事項も決議できる⁵(会309 対照)。

旧有限会社の流れを汲む取締役会非設置会社につき、会社法は、株主による会社経営への積極的参画という理念をベース(base)にしている。

1-2-2. 取締役会設置会社の場合

1-2-2-1. 会社法295条2項

会社法295条2項によれば、取締役会設置会社の株主総会は、委員会設置会社のそれを含め、会社法に規定する事項および定款で定めた事項に限って決議をすることができるものとされている。旧有限会社制度を吸収統合する前の、従来型の株式会社の株主総会の権限に関する平成17年(2005年)改正前商法230条ノ10をそのまま承継した規定である。会社法295条の法形式にかかわらず、伝統的な株式会社の株主総会の権限に関しては、むしろ2項が本則であって、昭和25年(1950年)改正以来の株主総会中心主義の廃棄路線を踏襲したものとなっている(しかも、同年改正以降、商法会社編の時代から、総会の権限は縮小される傾向にあった⁶)。すなわ

5 江頭憲治郎『株式会社法(第3版)』(有斐閣・2009年)296頁。

6 その改正過程につき、北澤・注(1)前掲294頁参照。

ち、株主総会は、もはや万能の機関ではない。ただし、役員・会計監査人の選任・解任権（会 329 、 339 ）をはじめ、以下のように、会社の基本事項を決定する権限はなお留保していることから、現在でも会社の最高機関たる面目を保っている。

1-2-2-2. 会社法が定める決議事項

会社法が取締役会設置会社の株主総会に留保した権限は、およそ以下のようなものである。

会社存立の基本に係る決議事項の例として、（ア）定款の変更（会 466）、（イ）合併（会 783 、 795 、 804 ）、（ウ）会社分割（会 783 、 795 、 804 ）、（エ）株式交換（会 783 、 795 ）、（オ）株式移転（会 804 ）、（カ）事業の譲渡（会 467 ）、（キ）資本金の減少（会 447 ）、（ク）解散（会 471 ）、（ケ）会社の継続（会 473）、などがある。

機関の選任・解任に係る決議事項の例として、（ア）役員・会計監査人の選任（会 329 ）、（イ）役員・会計監査人の解任（会 339 ）、などがある。

計算に係る決議事項の例として、計算書類（事業報告書を除く）の承認（会 438 ）、などがある。

株主の重要な利益に係る決議事項の例として、（ア）剰余金の減少による資本金の増加（会 450 ・ ）、（イ）剰余金の減少による準備金の増加（会 451 ・ ）、（ウ）剰余金の処分（会 452）、（エ）第三者に対する募集株式の有利発行（会 199 ）、などがある。

役員の専横の防止に係る決議事項の例として、（ア）事後設立（会 467 ）、（イ）取締役の報酬等の決定（会 361 ）、（ウ）監査役の報酬等の決定（会 387 ）、などがある。

会社法制定の前から、法令により総会の決議事項とされた事項の決定権限は、とくに法令上別段の定めがある場合を除き、総会に専属するので、定款または総会決議によりその権限を他の機関に委ねることはできず、これに反する定款または総会決議は無効であると解されていた⁷。会社法 295

7 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法（5）』（有斐閣・1986

条3項は、そのことを、権限の移譲を定める定款規定の効力を否定するという形で、明示したものである⁸。同条同項が、取締役会非設置会社をも規整すること、当然である。

1-2-2-3. 定款に定める決議事項

会社法は、取締役会設置会社の株主総会の決議事項を、定款によって拡張することを認めている。すでに述べたように(第3章3-2-3)、昭和25年(1950年)改正のこの法政策は、決して株主の企業に対する経済的所有権の制限ではなく、以下のような、会社事業の経営に関する株主の合理的意思を反映させたものである。すなわち、わけても公開型の会社の株主(投資株主・投機株主)は、会社事業の経営について知識または経験を有しておらず、したがって、業務執行の具体的な内容についてもすべて株主総会で決議できるとすることは、会社事業の合理的経営の観点からみて不相当であるので、株主総会の法定決議事項を上述の基本的事項に限り、それ以外の事項の決定については、会社経営の専門家である取締役によって構成される取締役に委ねることを原則としたのである。しかし、株主が会社事業の経営に関心を寄せる場合があり、また法定事項ではないが総会の権限とすることを欲する場合があるので、法定事項でなくとも、定款で定めることにより総会の権限とすることができるものとしたのである⁹。株主が業務執行をどこまで取締役に委ねたままにしてよいと考えるかは、会社にとって一様ではないから、各会社の実情に応じて権限配分を調整する自由を認めるという法政策が採られている¹⁰。これによって、各会社の実情に応じて小回りの効く権限配分が可能になり、加えて、「業務執行」の範囲も必ずしも明確でないことから、これに柔軟性を持たせることも可能になる。

それでは、定款による株主総会の決議事項の定款による拡大は無制限に

年) 23頁 [江頭憲治郎]。

8 酒巻：龍田編・注(4)前掲34頁 [前田重行]。

9 以上、前田庸『会社法入門(第12版)』(有斐閣・2009年)349頁参照。

10 龍田節『会社法大要』(有斐閣・2007年)66頁。

認められるか。

かつて、平成 17 年（2005 年）改正前商法 230 条ノ 10 の下での通説は、性質上、総会の決議事項として馴染まないものを除き、いかなる事項をも定款で総会の決議事項となすことを妨げないと解した¹¹。たとえば、北澤正啓は、会社はそれぞれの需要に応じた支配形態をとりうべきであるから、総会の招集の決定（平成 17 年（2005 年）改正前商 231）のように性質上総会の決議事項とならないものは別として、いかなる事項も定款で総会の決議事項となしうると解すべきであると述べていた¹²。

現行会社法の下でも、前田庸は、会社法 295 条 2 項の趣旨から、定款で株主総会の権限とすることができる事項については、とくに制約がないと解すべきであると¹³、従来の通説に従った見解を採っている。これに対し、前田重行（1943～ ）は、以下のような注目すべき主張を展開している。すなわち、彼は、株主総会の決議事項に関して、かつての通説が無制限にその権限の拡大を是認してきたのは、平成 17 年（2005 年）改正前商法の下において小規模で経営と所有とが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の配分を考慮せざるをえなかった点にあると指摘し、現行会社法が、株主総会の権限につき、取締役会設置会社と取締役会非設置会社とを区分して、後者についてのみ株主による会社経営への関与を認めるために総会権限を無制限に認めたことを重視すれば、取締役会設置会社の総会権限を定款によって無制限に拡大することを是認することは、制度の趣旨に合致しないように思われると述べる¹⁴。そして、取締役会設置会社に対しては定款規定で総会権限を拡大で

11 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲 25 頁 [江頭憲治郎]。

12 北澤・注（1）前掲 295 - 296 頁。もっとも、併せて、取締役会の決議事項を総会の決議事項とする程度に応じて、取締役の会社および第三者に対する責任に関する規定（平成 17 年改正前商 266、266 ノ 3）を株主に类推適用する必要が生ずるであろうとも述べていた（同・296 頁）。

13 前田・注（9）前掲 349 頁。

14 酒巻：龍田編・注（4）前掲 35 頁 [前田重行] 参照。

きるとしても、その範囲は無制限ではなく、取締役会の存在を無意味にしてしまうような権限の拡大は許されないと解すべきであると主張するのである¹⁵。

前田重行の主張は、会社法制定以降にあって、従来の考え方に対する新しい視座を提供するものである。しかし、現行会社法が、取締役会設置会社と取締役会非設置会社という区分を設けて、株式会社の機関設計を柔軟にしたのは、繰り返し述べるように、旧有限会社法を、株式会社法制中の選択可能な1類型として吸収統合した結果にすぎない。会社法制定後であっても、従来と同様に、取締役会設置会社の中に、株主の個性を重視し、経営と所有とが未分離な状態の会社が数多く存在するという実態が変わったわけでもなく、ましてや、現行会社法が、その実態に干渉し、これを変革しようと意図しているとも思えない。機関設計の自由度を高めた会社法が、その代償に、機関権限配分の自由度を従来よりも窮屈にしようと企図しているとは到底考えられない。したがって、現行会社法にあって、従来の通説をそのまま維持すべきであると考え。よって、代表取締役・委員会設置会社の執行役のように、取締役会に任免権があると定められている者の選定・選任や解職・解任を、定款の定めにより株主総会の決議事項とすることも許されよう¹⁶。

次いで、総会の決議の効力を第三者の同意ないし承認にかからしめる定款の定め（またはそのような旨の個別的な決議）が有効か否かについて争いがある。一方で、鈴木竹雄や竹内昭夫に代表されるような、総会の権限に対してかかる制限を課する定款の定めは、外部に対する会社自治の自主的制約にすぎず、会社の内部における総会の専属的決定権限に反するものではないから、原始定款の定めによる限り（または総株主の同意による定款変更をもってその旨の定めを置いた場合を含む）、かつ、それ自体不合

15 同前 [前田重行]。

16 江頭・注 (5) 前掲 295 頁参照。

理な制限でない限り、無効と解する必要はないとする考え方がある¹⁷。江頭憲治郎などがこの考え方に与する¹⁸。他方、大隅健一郎や今井宏に代表されるような、株式会社の資本的構造から考えると、かかる定めは会社自治の限界を超えるものであって、原則として、無効であるとする考え方がある¹⁹。青竹正一は、決議の効力を第三者の同意・承認にかからしめることは、総会の決定権限を他の会社の機関に委ねるのと変わりなく、また、第三者の同意にかからしめる定款の定めは、その株主総会の決議だけでなく、総会を当然に拘束することになるから、有効と解することは疑問であると述べている²⁰。

上記の問題は、ひとり会社法上の問題にとどまらず、1個の法的人格者（権利能力主体）としての社団法人の意思決定そのものに関わる問題であると考えられる。本来的な権利能力主体である自然人の場合、その意思決定は、他者の干渉を排除し、原則として本人の自由に委ねられるのが本則である。民法は、自然人が法律行為・法的行為をなすにあたって、明らかに本人の自己決定を尊重している。これと平仄を合わせるならば、人工的な権利能力主体である法人の場合も、その意思決定について、当該権利能力主体以外の他者の干渉が排除されるべきが本則ではなからうか。そうであるとすれば、社団法人たる株式会社の最高意思決定機関たる株主総会決議の効力を第三者の同意・承認にかからしめることは、いわば法人に係る内心の意思の形成に他者の干渉を許すのと同様の結果を招くことになり、権利能力主体としての法人の本質を否定することに他ならないのではないか。したがって、そのような定款の定めは、無効であると解する。

17 鈴木竹雄：竹内昭夫『会社法（第3版）』（有斐閣・1994年）227頁脚注（1）参照。

18 上柳：鴻：竹内編・注（7）前掲24頁〔江頭憲治郎〕。

19 大隅健一郎：今井宏『会社法論中巻（第3版）』（有斐閣・1992年）148頁参照。ただし、大隅・今井によれば、各個の場合において、株主全員の同意をもって決議の効力を第三者の同意にかからしめることまでも違法とするには当たらないとされている。

20 青竹正一『新会社法（第3版）』（信山社・2010年）188-189頁参照。

なお、取締役の選任、定款の変更などの決議につき、県知事の承認を要する旨の定款規定は、株式会社の本質に反し無効であるとした下級審裁判例がある（東京高決昭和24年（1949年）10月31日高民2巻2号245頁）。

1-3. 種類株主総会の意義と権限

1-3-1. 種類株主総会の意義

種類株主総会とは、会社法108条1項各号所掲の内容の異なる2以上の株式を発行する会社（種類株式発行会社、会2）において、当該各種類の株式の株主（種類株主）によって構成される株主総会である。上にいう「株式を発行する」とは、2以上の種類の株式について定款に定めを設けているとの謂であり、現に2以上の種類の株式を発行していることを要しないとの謂であるから、会社がある行為をするのに種類株主総会の決議を要する場合であっても、当該種類株主総会において議決権を行使することができる種類株主（すなわち、当該種類株主総会を構成する種類株主）が存在しない場合がありえ、その場合には、当該種類株主総会の決議が必要でないこと、当然である²¹（会111 柱書ただし書、322 柱書ただし書等）。

会社法321条は、「種類株主総会は、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。」と規定している。

1-3-2. 法定決議事項

会社法が種類株主総会の決議事項として掲げたものは、以下のとおりである。すなわち、ある種類の種類株主に損害を及ぼすおそれがある場合における当該行為の承認（会322）、拒否権付種類株式を設けた場合における拒否権の対象事項（会108・、323）、種類株主総会により取締役・監査役を選解任できる株式を設けた場合における当該選解任（会108・、347）、種類株式に譲渡制限または全部取得条項を

21 酒巻：龍田編・注（4）前掲190-191頁〔黒沼悦郎〕参照。

付加する旨の定款の変更（会 111 、 324 ）、譲渡制限株式会社またはそれを目的とする新株予約権の募集の決定および当該決定を取締役・取締役会へ委任する決定（会 199 、 200 、 238 、 239 ）、組織再編行為において譲渡制限の付されていない種類株式の株主が譲渡制限株式を割り当てられる場合等の当該組織再編行為の承認（会 783 、 795 、 804 ）、である。もっとも、 および については、会社法の規定に依拠して定款で定める決議事項であるとの説明も可能である（むしろ、こう観るのが妥当といえようか（本章 1 - 3 - 3 参照）。上の事項に関しては、すでに言及したのも含まれているが（たとえば、 につき第 2 章 7、 につき第 2 章 2 - 8 - 2）、なお必要なものは、その都度言及することとする。

1 - 3 - 3. 定款の定めによる決議事項

会社法 321 条にいう「定款で定めた事項」に関し、前田庸は、上述の および がこれに該当すると解しているようである²²。これらは、定款によって一定の事項について当該種類株主総会の決議を要求するものだからであろう。青竹正一もまた、拒否権付種類株式を発行している場合の拒否権の対象事項（会 108 、 323 本文）、取締役・監査役の選任および解任（会 108 、 347 ）は、定款で定めた決議事項であると明確に述べている²³。「定款で定めた事項」を上のように解する限り、本条は確認的な規定にすぎないということになる²⁴。この立場によれば、取締役会設置会社の株主総会の決議事項の場合（会 295 ）と異なり、定款の定めによる種類株主総会の決議事項の拡大は許されないことになる²⁵。

これに対し、江頭憲治郎は、上述の および に限定せず、定款に定めることにより、種類株主総会の決議事項を拡張できるとの立場を採る。もっ

22 前田・注 (9) 前掲 118 頁参照。

23 青竹・注 (20) 前掲 219 頁。

24 奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『基本法コンメンタール会社法 2』（日本評論社・2010 年）58 頁 [小出篤] 参照。

25 青竹・注 (20) 前掲 219 頁。

とも江頭によれば、いかに定款自治とはいえ、株主総会・取締役会等会社全体の利益を代表する機関の権限を排して一部の種類の株式の株主から構成される種類株主総会に会社の意思決定を委ねてよい事項には、当然、「当該種類株主の利害に密接な関係がある事項」という法律上の限界が存在し、それ以外を決議事項と定めても無効と解すべきであるとされている²⁶。その文脈上、定款の定めにより種類株主総会の決議事項を拡張できると明確に述べているわけではないと思われるが、山下友信も、種類株式の内容として会社法が認める事柄に関連して定款で定めることに合理性のある事項は、これを決議事項として定めることができると解するようである²⁷。

何が「当該種類株主の利害に密接な関係がある事項」に該当するのかに関し、江頭は、譲渡制限種類株式に関するその譲渡承認、取得条項付種類株式に関する取得の日の決定、トラッキング・ストック（第1帖第5章11 1脚注（177）参照）に関するその連動対象である子会社の役員等の選解任権を例示している²⁸。

上述の例示のうち、については、江頭がかなり早い時期から（法案の段階から）主張していたものである。以下のように述べていた。「典型的に、これは321条に基づき定款に定めてよいのではないかと、と私が思うのは、譲渡制限種類株式につき譲渡承認請求に対する決定をどの機関が行うかという、139条1項関係です。...139条では、取締役会設置会社においては取締役会、取締役会のない会社においては株主総会がその決定機関と規定され、「ただし、定款に別段の定めがある場合は、この限りではない」とされています。ここでいう「定款の別段の定め」とは、典型的には、取締役会設置会社において株主総会を決定機関と定めることなのですが、当

26 以上、江頭・注（5）前掲298頁。

27 山下友信「種類株主間の利害調整 - 序説」新堂幸司：山下友信編『会社法と商事法務』（商事法務・2008年）73頁参照。

28 江頭・注（5）前掲298頁。

該定款の別段の定めとして、「当該譲渡制限種類株式の株主による種類株主総会」と定めることが可能になるのではないか。それは、当該種類株式の株主としてだれをメンバー（member）に加えるかという話ですから、当該種類株主に決定させることは、合理的なことだからです²⁹。

譲渡制限種類株式の譲渡承認の決定機関を、定款によって、取締役会から当該譲渡制限種類株式の株主による種類株主総会に移譲することが、真に合理的といえるのであろうか。種類株式であるとはいえ、譲渡制限株式については、多少なりとも株主の個性が問題となりうる。種類株式であろうとなかろうと、譲渡制限株式の譲渡承認の本来の判断主体はやはり全株主であるはずである。しかし、取締役会設置会社においては、株主が自らの手で選任した（あるいは、少なくとも解任権を留保している）取締役によって構成される取締役会にその決定を委ねていると観るのが会社法 139 条 1 項本文の素直な観察なのではなからうか。そうであるとすれば、同条同項ただし書は、譲渡承認について関与を欲する株主のために、取締役会設置会社において株主総会を決定機関と定めること（譲渡承認の本則に復帰すること）に限るべきであると考ええる。譲渡承認の本来の判断主体たる全株主を差し置いて、一部の株主が手出しできない種類株主総会に決定権限を移譲できるというのは行き過ぎであると思われる。たとえ江頭の主張するように、会社法 139 条 1 項ただし書に基づいて、取締役会の決議に代えて種類株主総会の決議を行うことを許容したとしても、取締役会非設置会社では譲渡承認に株主総会の決議を要し、これを株主総会以外の機関に委ねることはできない³⁰（会 295）。取締役会設置会社においてのみ、わざわざこのような定款の定めを認めることの実益は大きいとはいえず、かえって上に述べたような弊害の方が大きい。さらに、江頭の考え方を延長して行くと、会社法 140 条 5 項ただし書に依拠して、定款によって、譲渡制限種類株式の指定買取人の指定を取締役会から当該譲渡制限種類株式の

29 江頭憲治郎「新会社法の理論的問題（1）」商事法務 1758 号（2006 年）5 頁。

30 酒巻：龍田編・注（4）前掲 193 頁 [黒沼悦郎] 参照。

株主による種類株主総会に移譲できるか、このような定めは合理的か、という問題にも行き着くのではないか。そうなってくると、江頭の主張する「当該種類株主の利害に密接な関係がある事項」という法律上の限界の外輪は、かなり曖昧なものとなる。江頭説によれば、定款による種類株主総会の決議事項は、株主総会・取締役会の決議事項に限られないのであるから、このような曖昧な外輪をもって限界を画するのは危険である。

前田・青竹説が妥当であると考える。

2. 株主総会の招集

2-1. 緒言

株主総会は会議体の機関であるから、機関としての活動をするためには、機関構成者たる株主の会議を開催する必要がある。そのためには、招集権限を有する者が法定の手続に従って総会を招集しなければならない。株主が勝手に会合し、それが株主総会と認められるなら、矛盾する複数の総会が成立しかねず、收拾がつかなくなるであろう³¹。この理は、種類株主総会にあっても、同様である。総会の招集手続は、それだけ重いものである。

2-2. 招集権者

2-2-1. 通常の場合

株主総会の招集を決定するのは、取締役会非設置会社にあつては、原則として取締役であり、取締役が2人以上あるときは、取締役の過半数でこれを決定する(会 348)。この決定を受け、招集を行うのも取締役である(会 298 参照)。他方、取締役会設置会社にあつては、その招集を決定するのは取締役会である(会 298)。委員会設置会社の取締役会は、

31 龍田・注(10)前掲174頁参照。普通決議の定足数要件は、定款によって排除することができるし(会 309)、特別決議の定足数も、定款により議決権総数の3分の1まで緩和することができるから(会 309 柱書第1かっこ書)、法定の招集手続を定めなければ、同時に複数の決議が成立することがありうる。

その決定を執行役に委任することを許されない(会 416)。かかる取締役会の決定を受けて、代表取締役(委員会設置会社においては代表執行役)がこれを招集する(会 363 、418 、420)。

株主総会の招集の決定にあたっては、上述の決定機関が、総会の日時および場所、総会の目的である事項があるときはその事項、総会に出席しない株主が書面によって議決権を行使できることとするときはその旨、総会に出席しない株主が電磁的方法によって議決権を行使できることとするときはその旨、その他法務省令で定める事項、を決定しなければならない(会 298)。上記については、会社法施行規則 63 条にその定めが設けられている³²。取締役会設置会社(委員会設置会社)においては、上述の ないし の大綱を決定すれば、細目の決定は代表取締役(執行役)に委ねて差し支えなかろう³³。

32 会社法施行規則 63 条が定める事項は、以下のとおりである。[5 の 1] 総会が定時株主総会である場合に、その日時が前事業年度に係る定時株主総会の日に相応する日と著しく離れた日であるか、または、公開会社において、その日と同一日に定時株主総会を開催する他の公開会社が著しく多いときは、その日時を決定した理由(会施規 63)、[5 の 2] 総会の場所が、定款で定められていたものである場合または開催することについて総会に出席しない株主全員の同意がある場合を除き、過去に開催した総会のいずれの場所とも著しく離れた場所であるときは、その場所を決定した理由(会施規 63)、[5 の 3] 書面または電磁的方法による議決権行使の採用を定めた場合における、株主総会参考書類に記載すべき事項、これら議決権の行使期限、賛否の記載のないときの扱い、書面・電磁的方法による議決権行使の双方を採用したときの議決権重複行使の扱い等の細目(会施規 63)、[5 の 4] 代理人による議決権行使(会 310)について代理権を証明する方法、代理人の数その他代理人による議決権の行使に関する事項を定めるときはその事項(会施規 63)、[5 の 5] 議決権の不統一行使の通知(会 313)の方法に関する事項(会施規 63)、[5 の 6] 書面または電磁的方法による議決権の行使を定めず、株主総会参考資料に記載すべき事項を定めない場合において、会議の目的事項が、(ア)役員等の選任、(イ)役員等の報酬等、(ウ)特に有利な払込金額による募集株式の発行等、(エ)特に有利な条件等による募集新株予約権を引き受ける者の募集、(オ)事業譲渡等、(カ)定款の変更、(キ)合併、(ク)吸収分割、(ケ)吸収分割承継会社となること、(コ)新設分割、(サ)株式交換、(シ)株式交換完全親会社となること、(ス)株式移転、であるときは、当該事項に係る議案の概要(会施規 63)。

33 北澤・注(1) 前掲 309 頁参照。

取締役会非設置会社の総会においては、招集権者が決定した目的以外の事項をも決議することができるので(会 309 対照)、上述の は必ずしも決定する必要はないが、取締役会設置会社の総会においては、総会の目的事項以外の事項について決議することができないので(会 309)、は必ず決定する必要がある。 には、決議を要する事項(議題)は当然のこと、報告事項も含まれる。

上述の は、原則として、それを認めるときに決定すればよい任意的決定事項であるが、株主(総会の目的である事項があるときはその事項(会 298 ・)の全部につき議決権を行使することができない株主を除く)の数が1,000人以上の会社の場合には、 を認める決定をしなければならない(会 298 本文)。ただし、その会社が金融商品取引法2条16項に規定する金融商品取引所に上場されている株式を発行している会社であって、取締役が総会の通知に際して委任状用紙を交付することにより議決権の行使を第三者に代理させることを勧誘している場合は、この限りではない(会 298 ただし書、会施規 64)。かかる委任状の勧誘は、実質的には書面投票である(本章 3-2-1-3 参照)と観察することができよう³⁴(金商取 194、金商令 36 の 2)。

上述の も各会社の任意の採用に委ねられている。 と異なり、議決権を有する株主の数が1,000人以上の会社であっても、これを強制されるわけではない。

上記の 手続に違反して招集された総会決議に取消原因があること、当然である(会 831)

2-2-2. 少数株主による招集

株主総会の招集権者を取締役・取締役会(その決定を受けてこれを執行する代表取締役・代表執行役)の側にも限定することは、株主の利益保

34 青竹・注(20)前掲190頁参照。

護のために必ずしも適当ではない。そこで会社法は、一定の条件の下に、株主の側にも、総会招集請求権ないし招集権を与えることとしている。

総株主の議決権の100分の3（定款による引下げが認められる）以上の議決権を6ヵ月（定款による短縮が認められる）前から引き続いて保有する株主（少数株主）は、取締役に対し、総会の目的である事項（当該株主が議決権を行使できる事項に限る）および招集の理由を示して、株主総会の招集を請求することができる（会297）。非公開会社（全株式譲渡制限会社）にあっては、当該議決権の保有期間はその要件とされない（会297）。なお、当該請求に係る総会の目的である事項について議決権を行使することができない株主が有する議決権の数は、上記の総株主の議決権に算入されない（会297）。議決権の保有比率は、複数の株主の有する議決権を合わせることによって満たされてもよい³⁵。

ここに、6ヵ月前から引き続いて保有するというのは、実質的に保有するだけでなく、会社に対する関係で保有するとの謂である。したがって、当該議決権に係る株式について、株主名簿上、6ヵ月間引き続いて株主であることを要する³⁶（会130）。この場合に限らず、少数株主権の行使要件に保有期間が法定されている場合はすべて、会社に対する関係で保有するとの謂である。しかし、相続や合併のような包括承継によって株式を取得したときは、被承継人の保有期間を通算して、6ヵ月あれば足り、また、会社の成立後まだ6ヵ月を経ない会社の場合には、会社の成立後引き続いて株主であればよい。以上の意味で6ヵ月前から引き続いて株主である以上、同一の株式を引き続いて保有する必要もない³⁷。

上述の請求を受けた会社が総会を招集するには、本章2-2-1で述べた手続に従うことを要するが、その手続を踏んで招集した以上、少数株主の招集請求が不適法であった場合でも、その請求に応じてなされた招集は適

35 同前192頁。

36 北澤・注(1)前掲450頁。

37 以上、同前。

法である³⁸。

少数株主による総会招集の請求があつたにもかかわらず、その請求後遅滞なく招集手続がなされないとき、または、請求の日から8週間(定款による短縮が認められる)以内の日を会日とする総会の招集通知が発せられないとき、には、請求をなした株主は、裁判所の許可を得て、自ら総会の招集をすることができる(会297)。

裁判所は、少数株主の請求が形式的要件を満たしていれば、許可の申立てが権利濫用と認められる場合を除いて、許可をしなければならない³⁹。少数株主の期待する決議成立の可能性がないという理由は、申立ての当否の判断の考慮の外にあるとする下級審裁判例がある(東京地決昭和63年(1988年)11月2日判時1294号133頁)。

裁判所の許可を得た少数株主は、自己の名で総会事項を決定し、その手続を行うことができるから、株主名簿のみならず、これ以外の基準日現在の株主を確知しうる書類の閲覧・謄写をもすることができる(東京地決昭和63年(1988年)11月14日判時1296号146頁)。総会の招集および開催に必要な費用は、合理的なものである限り、会社の負担となる⁴⁰。許可を得た少数株主は、会社の機関として招集手続を履践するのであるから、当然である。少数株主が総会招集につき裁判所の許可を得れば、同一議題については、取締役の側は、もはや招集権を有しない⁴¹。

少数株主が総株主の議決権の100分の3という保有比率をいつまで有すべきかについては、招集の時まで有していれば足りるとする見解が趨勢である。いったん適法になされた招集の効力がその後の事情によって影響を受けるべきではないからである⁴²。

少数株主の請求によって招集せられ、または少数株主が裁判所の許可を

38 同前309頁。

39 江頭・注(5)前掲301頁脚注(7)、青竹・注(20)前掲192頁。

40 北澤・注(1)前掲310頁、龍田・注(10)前掲176頁。

41 北澤・同前。

42 同前、前田・注(9)前掲353頁。

得て招集した総会では、その決議によって、会社の業務および財産の状況を調査する者を選任することができる（会 316）。この決議を除き、裁判所の許可を得て少数株主が招集した総会で決議できる事項は、裁判所の許可に係る会議の目的事項に限られ、これに反する決議は、取り消しうべき瑕疵があるとされている（金沢地判昭和 34 年（1959 年）9 月 23 日下民 10 卷 9 号 1984 頁）。

2 - 2 - 3. 裁判所の命令による場合

これは、特殊な招集である。裁判所は、総会検査役（会 306）または業務の執行に関する検査役（会 358 ～）の調査の報告があった場合において（会 306、358）、必要があると認めるときは、取締役に対し、総会の招集を命じなければならないことがありうる（会 307、359）。この場合に、会社は、会社内部における招集決定機関の決定の有無にかかわらず、裁判所の命令に従って総会を招集しなければならない。招集手続を執行するのは、会社の代表機関である。取締役が、裁判所の命令に違反して総会を招集しなかったときは、過料の制裁に処せられる（会 976）。

2 - 3. 株主提案権

2 - 3 - 1. 意義

上で述べた（本章 2 - 2 - 2）少数株主の総会招集請求権ないし招集権は、少数株主権としての行使条件にその時々の変更が加えられたものの、明治 32 年（1899 年）の立法当初に商法 160 条として規定され、昭和 13 年（1938 年）改正時に同 237 条に移されて、その基本的な法構造を維持したまま、今日の会社法 297 条に承継されたものである。

しかし、取締役・取締役会が総会の目的たる事項として決定しなかった議題を付議したいと欲しても、株主が、時間と手間をかけて上の権利を行使することは事実上困難である。そこで、昭和 56 年（1981 年）改正に際し、「株主提案権」の制度が導入された。すなわち、一定の条件の下に、

株主に、自ら総会を招集することなく、会社が招集する総会の機会を利用して自己の提案をなすことができるという権利を認めただのである。同年改正商法 232 条ノ 2 がこれであった。これによって、株主は、会社が総会を招集する限り、そしてそれまで待てるなら、株主提案権を利用できるようになったのである⁴³。株主提案権制度の導入は、株主の総会への参加により、形骸化している総会の活性化をも期待したものであった⁴⁴。

今日、この制度は会社法 303 条以下に承継されている。

2-3-2. 内容

2-3-2-1. 議題提案権

取締役会非設置会社にあつては、1 個以上の議決権を有する株主であれば、株主名簿の書換えを終えさえすれば、取締役に対し、一定の事項（当該株主が議決権を行使できる事項に限る、以下同様）を総会の目的とすることを請求することができる（会 303 ）。これを「議題提案権」という。総会の現場で議題提案権を行使しても差し支えない⁴⁵。

これに対し、取締役会設置会社の提案権は、以下のとおりである。すなわち、総株主の議決権の 100 分の 1（定款による引下げが認められる）以上の議決権または 300 個（同じく、定款による引下げが認められる）以上の議決権を 6 ヶ月（定款による短縮が認められる）前から引き続いて保有する株主は、取締役に対し、一定の事項を総会の目的とすることを請求することができるが、この請求は、総会の 8 週間（定款による短縮が認められる）前までになす必要がある（会 303 ）。非公開会社にあつては、当該議決権の保有期間はその要件とされない（会 303 ）。当該請求に係る総会の目的である事項について議決権を行使することができない株主が有する議決権の数は、上記の総株主の議決権の数に算入されない（会 303 ）。

43 龍田・注 (10) 前掲 176 頁。

44 北澤・注 (1) 前掲 311 頁。

45 青竹・注 (20) 前掲 199 頁参照。

6カ月の保有期間は、請求日から遡って丸6カ月あることを要すること、当然であるが（東京高判昭和61年（1986年）5月15日商事法務1145号37頁、東京地判昭和63年（1988年）1月28日判時1263号3頁）、保有比率をいつまで充足していなければならないかに関しては、総会終結時点までこれを充足していなければならないと考えるのが多数説である⁴⁶。総会の基準日まで充足していれば足りるとすれば、総会当日までに株式を売り抜けていた者の提案が審議されることになり、会社の最高機関の決定の在り方として妥当性を欠くことになるからである⁴⁷。また、基準日以降に提案権が行使されることもありえよう。

2-3-2-2. 議案提案権・議案要領通知請求権

株主は、株主総会において、総会の目的である事項であって、当該株主が議決権を行使できる事項について、議案を提出することができる（会304本文）。これを「議案提案権」という。

上に述べた会社法303条に依拠する議題提案権は、株主が議題の追加を請求することであって、必ずしも当該議題につき、具体案すなわち議案の提示を必要としない。これに対し、会社法304条本文の議案提案権は、議題に対する具体案（議案）をとまなう提案権である。通常は、議題提案権に付随し、これと一体化して行使されることが多いと思われるが、会社側の提案に係る議題および他の株主の追加に係る議題の具体案（議案）に対する修正提案ないし反対提案を、総会の会場において提出する場合も考えられよう。そもそもこの権利は、会議体の構成員として有する当然の権利であり、会社法は、会議体の一般原則としてこれを明文化したものと評価できる⁴⁸。

ただし、議案提案権は、当該議案が法令・定款に違反する場合、または

46 酒巻：龍田編・注（4）前掲101頁 [森田章]、江頭・注（5）前掲308頁脚注（2）参照。

47 酒巻：龍田編・同前 [森田章]。

48 江頭・注（5）前掲309頁脚注（5）参照。

実質的に同一の議案につき総会において総株主の議決権の10分の1(定款による引下げが認められる)以上の賛成を得られなかった日から3年を経過していない場合には、その行使を認められない(会304 ただし書)。すなわち、会社はこれを拒絶することができる。これは、泡沫提案の繰返しを防止する趣旨である⁴⁹。

株主は、取締役に対し、総会の日8週間(定款による短縮が認められる)前までに、総会の目的である事項につき当該株主が提出しようとする議案の要領を株主に通知するよう請求することができる(会社が招集通知を書面・電磁的方法によってなそうとする場合には、当該通知に併せて記載・記録するよう請求することができる)(会305 本文)。これを「議案要領通知請求権」という。この権利は、株主の意見や希望を他の株主に開示してアピール(appeal)する機会を与える趣旨を有するとともに⁵⁰、これを会社の費用負担をもってなさしめることができる点にも意義を有する⁵¹。

取締役会非設置会社にあつては、議案要領通知請求権は単独株主権である。取締役会設置会社にあつては、議題提案権と同様の行使要件が要求される少数株主権である(会305 ただし書)。非公開会社の場合に保有期間が要件とされていないのも議題提案権の場合と同様である(会305)。議案要領通知請求権もまた、議案提案権と同様の要件の下で、会社がその請求を拒絶することができる(会305)。

2-4. 招集の時期と場所

2-4-1. 招集の時期

株主総会は、招集の時期によって、「定時株主総会」と「臨時株主総会」とに分けることができる。

49 鈴木：竹内・注(17) 前掲231頁。

50 青竹・注(20) 前掲200頁参照。

51 江頭・注(5) 前掲310頁参照。

定時株主総会は、毎事業年度の終了後一定の時期に招集することを要する総会である（会 296）。事業年度の期間は 1 年を超えることができないから（平成 21 年（2009 年）（法務 7）改正後会計規 59 後段）、定時株主総会は少くとも年に 1 回は開催されなければならない。半年を 1 事業年度とする会社は、半年に 1 回定時株主総会を招集すべきことになる。

定時株主総会は、本来、毎事業年度の損益状況の確定または報告および事業状況の報告ならびに剰余金の配当の決定またはその報告を主たる目的として開催されるものである。したがって、その主たる議題としては、計算書類の承認または報告（会 438、439）、事業内容の報告（会 438）、剰余金の配当についての決定（会 454）が挙げられることになる⁵²。また、剰余金の配当を取締役会で定めることができる旨を定款で定めた会社は、取締役の任期が 1 年を超えてはならないため（会 459）、このような会社では、取締役の選任も定時株主総会の議題とされるのが通常である⁵³。その招集の時期は、株主名簿の基準日と権利行使日との期間の規制（会 124）の関係上、決算期後 3 ヶ月以内に開催されることになる。無論、定時株主総会の機会に、上に掲げた事項以外の事項を決議しても差し支えない。

臨時株主総会は、必要がある場合に、随時招集されるものである（会 296）。今日の会社法の下では、臨時株主総会において臨時計算書類の承認（会 441）や剰余金の配当の決定（会 454）をなすことも可能となっている。

2 - 4 - 2. 招集の場所

平成 17 年（2005 年）改正前商法 233 条は、「総会八定款二別段ノ定アル場合ヲ除クノ外本店ノ所在地又ハ之二隣接スル地ニ之ヲ招集スルコトヲ要ス」と定めていた。この制限は、招集権者が故意に遠隔地に招集するの

52 酒巻：龍田編・注（4）前掲 40 - 41 頁 [前田重行]。

53 同前 [前田重行] 参照。

を防止する趣旨であった⁵⁴。しかし、近年、複数の場所での総会開催や海外での総会開催の必要性も考えられるようになってきており、かつ、規制緩和の観点から、株主の利便性を考慮して、会社法は招集地についての制約を廃し、特別の規定を設けないこととした⁵⁵。会議体としての一体性が確保されている限り、複数の場所で開催することは可能である⁵⁶。

ただし、会社法 298 条 1 項 5 号を受けた会社法施行規則 63 条 2 号の定めがあることに留意すべきである (本章脚注 (32) [5 の 2] 参照)。なお、株主が出席し難い場所があえて選択された場合には、招集手続が著しく不公正であるとの理由で、総会決議の取消事由になりうる⁵⁷ (会 831)。

2 - 4 - 3. 定時株主総会の会日の集中

上場会社では、3 月 31 日を事業年度の末日として 6 月末に定時株主総会を開催するものが多い。多くの会社が総会の会日を同一の日に設定するのは総会屋対策であるといわれているが (総会屋が同一日時に異なる場所で開催される複数の会社の株主総会に出席することは困難である)、そのために、一般の株主が複数の会社の総会に出席する機会も圧迫されている⁵⁸。

その弊害に鑑み、会社法 298 条 1 項 5 号を受けて、会社法施行規則 63 条 1 号の定めが設けられている (本章脚注 (32) [5 の 1] 参照)。同条同号で要求される集中日に開催する理由につき、立法担当者は、総会屋対策のためといった理由でも差し支えないと解するようである⁵⁹。しかし、一般株主が圧迫されているという上述の現実に照らせば、総会屋対策というだけではその理由として不十分といわなければならないであろう⁶⁰。

54 北澤・注 (1) 前掲 314 頁。

55 酒巻：龍田編・注 (4) 前掲 40 頁 [前田重行] 参照。

56 青竹・注 (20) 前掲 190 頁。

57 江頭・注 (5) 前掲 299 頁脚注 (1)。

58 関俊彦『会社法概論 (全訂第 2 版)』(商事法務・2009 年) 211 頁第 1 脚注参照。

59 相澤哲：葉玉匡美：郡谷大輔編著『論点解説新・会社法』(商事法務・2006 年) 473 頁参照。

60 青竹・注 (20) 前掲 191 頁。

2 - 5. 招集の通知

2 - 5 - 1. 通知の時期と方法

株主総会を招集するには、株主に出席の機会とその準備の余裕を与えるため、取締役は、総会の日々の2週間前までに、株主に対してその通知を発しなければならない。非公開会社にあつては、書面または電磁的方法によって議決権の行使を認める決定をした場合を除き、1週間前までに、株主に対してその通知を発しなければならないが、当該会社が取締役会非設置会社であれば、1週間を下回る期間を定款で定めることができる（もちろん、定款で短い期間を定めたとしても、書面または電磁的方法による議決権の行使を認める決定をした場合には、2週間前までに通知の発信を要すること、当然である）（以上、会 299 ）。上述の2週間前とは、発信日と会日とを算入せず、その間に丸2週間以上あるという意味である⁶¹（大判昭和10年（1935年）7月15日民集14巻1401頁）。

招集通知の対象となる株主は、総会に出席して議決権を行使しうる株主であること、当然である。株主名簿の書換えを終え、会社に対する関係で株主権たる議決権の行使をなしうる資格を有する株主に、招集通知を発しなければならない。会社が基準日を定めたときは（会 124 ）、基準日現在の株主名簿に記載・記録された株主が対象株主であるのが原則である。ただし、会社が基準日後に株式を取得した株主に議決権を行使できる旨を定めた場合には（会 124 ）、これらの株主に対しても招集通知を発しなければならない。これらの株主もまた、総会で議決権を行使しうる資格を有するからである。総会の決議事項の全部につき議決権を行使できない株主は、会社による招集通知の対象とならない（会 298 かつこ書参照）。

以下の場合には、招集の通知は、書面によらなければならない。すなわち、書面もしくは電磁的方法による議決権の行使を定めた場合、または、会社が取締役会設置会社である場合、である（会 299 ）。あらかじめ

61 同前 196 頁、北澤・注 (1) 前掲 315 頁、江頭・注 (5) 前掲 303 頁。

個別の株主の承諾があれば、書面による通知に代えて、電磁的方法により招集通知を行うことも可能である(会 299)。上の通知には、総会の日時・場所、総会の目的事項など、会社法 298 条 1 項各号に掲げる事項を記載・記録しなければならない(会 299)⁶²。

上述の または に該当しない会社の招集通知の方法は、会社の任意に委ねられるから、口頭通知や電話による通知によっても差し支えない。これらの会社による通知は、総会を開催する旨、その日時・場所がその内容となろうが、これらの会社の株主総会では、総会の決議事項に制限はなく、あらかじめ通知された事項以外の事項についても決議できるので(会 309

対照)、必ずしも会議の目的を招集通知の内容に含める必要はないと解されている⁶³。

2-5-2. 招集通知の添付資料等

(ア) 書面による議決権行使を定めた場合には、招集通知に際して、取締役は、法務省令で定めるところにより、株主に対し、議決権の行使について参考となるべき事項を記載した書類、および、株主が議決権を行使するための書面を交付しなければならない(会 301)。前者の書類を「株主総会参考書類」と、後者の書面を「議決権行使書面」という。

(イ) 株主総会参考書類の記載事項に関する通則規定は、会社法施行規則 73 条である。同条 1 項によれば、これに記載すべき事項は、議案、取締役の提出に係る議案についての提案の理由、監査役による報告が必要な場合における調査結果の概要、であるとされている。会社法施行規則 74 条ないし 93 条には、各議案に応じて、記載すべき事項の細目が定められている。もちろん、会社法施行規則に定めるものの他、株主の議決権行使について参考となると認める事項をも併せ記載することができる(会施規 73)。株主総会参考書類の添付が要求されるのは、株主自らまたは

62 その方法につき、会社法施行令 2 条 1 項 2 号、会社法施行規則 230 条参照。

63 酒巻：龍田編・注 (4) 前掲 72 頁 [前田重行] 参照。

その代理人が総会に出席しない場合に、議事を通じて議案への賛否の判断資料が得られない点を補うことができるようにするためであるから⁶⁴、当然の理である。なお、同一の株主総会に関して提供する株主総会参考資料に記載すべき事項のうち、他の書面に記載している事項または電磁的方法により提供する事項がある場合には、その旨を明らかにしたうえで、記載を省略することができる（会施規 73 ）。

株主による議案要領通知請求権（本章 2 - 3 - 2 - 2）が行使された場合、招集通知に際して交付する株主総会参考書類には、当該議案が株主の提出に係るものである旨、議案に対する取締役（取締役会設置会社にあつては取締役会）の意見、株主が通知した提案理由などを記載すべきことになっている（会施規 93 ）。複数の同一趣旨の提案がなされている場合には、複数提案があった旨を記載しなければならないが、当該議案に対する取締役・取締役会の意見、株主の提案理由は、各別に記載する必要はない（会施規 93 ）。また株主の提案理由等も、全部記載することが適切でなければ、その概要を記載すれば足りる（会施規 93 柱書）。

定款にその旨の定めを設ければ、招集通知を発出する時から、当該株主総会の日より 3 ヶ月が経過する日までインターネット上のウェブサイト（web site）に継続的開示を行い、かつ、株主総会参考書類にウェブサイトのアドレス（address）を記載することにより、株主総会参考書類に記載すべき一定の事項を、株主に提供したものとみなす措置を採用することが認められている（詳細は、会施規 94 参照）。

（ウ）議決権行使書面に関しては、会社法施行規則 66 条がその細目を定めている。同条 1 項各号によれば、各議案についての賛否の記載欄、株主が賛否を示さなかった場合の各議案についての取扱いの内容、株主が同一議案について重複して異なる内容の議決権を行使した場合の議決権の取扱いに関する事項、議決権の行使期限、議決権を行使すべき株主

64 青竹・注 (20) 前掲 196 - 197 頁参照。

の氏名・名称および行使できる議決権の数、を記載しなければならない⁶⁵。上述の に関し、棄権の欄を設けることができる旨が明定されている（会施規 66 ）。複数の役員等の選任・解任に関する議案、同じく複数の会計監査人の不再任に関する議案にあっては、株主が、各候補者ごとに賛否等を記載できるものでなければならない（会施規 66 イ～ハ）。

電磁的方法による招集通知の発出を承諾した株主に対しては、株主総会参考書類に記載すべき事項を、その通知と共に電磁的方法によって提供することができる（会 301 本文）。ただし、招集通知は電磁的方法で済ませても、株主総会参考書類は書面を熟読して検討したいという株主の需要に応えるべく、株主から書面による書類の交付の請求があれば、取締役は、これに応じなければならない（会 301 ただし書）。

（エ）電磁的方法による議決権行使を定めた場合にも、招集通知に際して、取締役は、株主に対し、株主総会参考書類を交付しなければならないこと、書面による議決権行使を定めた場合と同様である（会 302 ）。株主総会参考書類の電磁的方法による提供もまた、書面による議決権行使を定めた場合と同様である（会 302 ）。書面による議決権行使と電磁的方法による議決権行使の双方を採用した会社は、株主総会参考書類一式を交付（当該交付に代えて行う電磁的方法による提供を含む）すれば、会社法 301 条 1 項および同 302 条 1 項の交付要件を満たすこととなる（会施規 65 ）。電磁的方法により招集通知を発出することを承諾した株主に対しては、議決権行使書面に記載すべき事項を電磁的方法によって提供しなければならない（会 302 ）。電磁的方法による招集通知の発出を承諾していない株主も、総会の会日の 1 週間前までに議決権行使書面に記載すべき事項を電磁的方法によって提供するよう請求することができ、この請求があった場合には、取締役は、直ちにこれに応じて提供をしなければならない（会 303 ）。たとえば、株主総会の会場で議決権を行使することを予定し

65 議決権行使書面の記載事項に関しては、奥島：落合：浜田編・注 (24) 前掲 21 頁〔榊素寛〕の表現に準拠している。

ていた株主が、予定を変更し、電子投票を行うことを可能とするものである⁶⁶。

(オ) 取締役は、定時株主総会の招集通知に際して、株主に対し、取締役会設置会社にあつては、法務省令で定めるところにより（会施規 116）、計算書類および事業報告（監査役設置会社にあつては、監査報告、会計監査人設置会社にあつては、会計監査報告を含む）を提供しなければならない（会 437）。また、連結計算書類を作成した会計監査人設置会社が取締役会設置会社である場合には、取締役は、定時株主総会の招集通知に際して、法務省令で定めるところにより（会施規 116）、株主に対し、連結計算書類を提供しなければならない（会 444）。

2-5-3. 通知後の変更

総会招集の通知がいったんなされた後でも、招集を撤回して総会を取り止め、会議の目的たる事項の一部を撤回し、総会の会日を遅らせ、または時間や場所を変更することができる。しかし、このためには、招集の場合に準じ、取締役会非設置会社にあつて、取締役が 2 人以上ある場合にはその過半数でその旨を決定し、取締役が、他方、取締役会設置会社にあつては、取締役会の決定に基づき代表取締役（委員会設置会社においては代表執行役）が、これを対象株主に通知し、その通知は、先に通知した会日より前に到達しなければならない⁶⁷。開会時刻が切迫してから会場が使用不能になるなどのやむをえない事情が生じたときは、会場を他の場所に急遽変更してもよいが、このときは参集する株主に変更を周知させ、開会時刻を繰り下げて株主を新会場へ誘導するなどの適切な措置を執らなければならない。総会開催日当日その直前に招集者が任意に会場を変更して行った決議は、不存在となりうる⁶⁸（大阪高判昭和 58 年（1983 年）6 月 14 日

66 同前 22 頁 [榊素寛]。

67 北澤・注 (1) 前掲 316 頁参照。

68 以上、同前。

金商 690 号 39 頁参照)。

2 - 6. 招集手続を欠く総会

2 - 6 - 1. 通常の場合

株主総会は、招集権者の法定の招集手続によって開催され、決議を行う。法定の招集手続を欠くときは、総会の決議は取消しの対象となり、場合によっては不存在となる。

招集権を有する招集の決定機関が法定事項を決定しないまま、代表機関が勝手に招集した総会決議に取消原因があることは(会 831)、先に述べたとおりである(本章 2 - 2 - 1)。

招集通知がすべての株主に対してなされない場合には、株主総会決議は不存在となるが、通知の欠缺が一部の株主に対する通知漏れにすぎない場合には、当該決議は取消事由にすぎないと解せられる。もっとも、通知漏れが著しい場合には、総会決議は不存在になると解せられてきている⁶⁹(最判昭和 33 年(1958 年)10 月 3 日民集 12 卷 14 号 3053 頁)。大隅健一郎・今井宏によれば、通知漏れの程度が著しいか否かを決定する指標に関し、招集通知を受けなかった株主の数のみならず、その持株数をも考慮すべきであると説いている。株式会社の資本団体たる性質(総会の決議が株主の頭数によらず、株式の多数によって決せられるという側面)を重視するものである。すなわち、招集通知を受けない株主の員数が多数であればその持株数は僅少であっても、議決権を有する株主全員から成る会議体としての株主総会の性質上、決議不存在の原因となると同時に、その株主数は僅かであっても持株数が多数に上るときは、資本団体たる株式会社の機関としての株主総会の性質上、やはり決議不存在の原因となるものと解すべきであるとしている⁷⁰。繰り返し述べるように、総会の招集手続は重いものである。よって、上の見解を妥当とすべきである。この考え方は、会

69 以上、酒巻：龍田編・注(4)前掲 74 頁[前田重行]。

70 大隅：今井・注(19)前掲 142 頁。

議体の性質上、通知漏れという瑕疵を重視し、通知漏れによる決議不存在の範囲をより広く認めようとするものであるからである⁷¹。なお、特定の株主に対する招集通知の欠缺は、すべての株主に対する関係で取締役の職務上の義務違反を構成する（最判平成9年（1997年）9月9日判時1618号138頁）。

通知の発出期限の不遵守が、同様に決議取消事由となること、当然である（会831 ）。

会社法301条および同302条に基づく株主総会参考書類および議決権行使書面の交付・提供を行わなかった場合もまた、招集手続の法令違反として、決議取消事由となる（会831 ）。これまた、当然の理である。

なお、株主の適法な議案要領通知請求権の行使に対し、これを無視して招集された総会における当該議題の決議は取消しの対象となりうる（会831 ）。これに対し、株主の議題提案権の行使に際し、会社がこれを不当に拒絶し、総会の議題としなかった場合、当該議題に対する決議そのものがないので、決議取消しの問題は生じない（東京地判昭和60年（1985年）10月29日金商734号23頁）。

以上が原則であるが、しかし、法定の招集手続を欠いても、例外的に、適法かつ有効な総会と認められる場合がある。

2-6-2. 全員出席総会

法定の招集手続を欠いても、総株主が株主総会の開催に同意して出席すれば、その総会における決議は有効であると解するのが従来から今日の通説であり⁷²、この総会を「全員出席総会」という。典型は一人会社の場合であるが、最高裁はまず、「その一人が出席すればそれで株主総会は成立し、招集手続を要しない」と判示して、一人会社における全員出席総会が

71 酒巻：龍田編・注（4）前掲74頁〔前田重行〕参照。

72 北澤・注（1）前掲317頁、江頭・注（5）前掲305頁、前田・注（9）前掲358頁、龍田・注（10）前掲174-175頁、大隅：今井・注（19）前掲317頁など。

有効に成立する旨を明らかにした (最判昭和 46 年 (1971 年) 6 月 24 日民集 25 巻 4 号 596 頁)。さらに、代理人を含む全員出席総会に関しても、「株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することにより株主全員が出席したことによる右総会において決議がされたときには、右株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が右会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、右決議は、有効に成立するものと解すべきである」と判示して、かかる総会も有効に成立する旨を明らかにした (最判昭和 60 年 (1985 年) 12 月 20 日民集 39 巻 8 号 1869 頁)。

2 - 6 - 3. 招集手続の省略

株主総会に法定の重い招集手続を要求するのは、すべて株主の利益を考慮したためである。そうであるとすれば、すべての株主がこれを不要と考え、手続を省略することに同意しておれば、これを認めることが便宜である。旧有限会社法は、昭和 13 年 (1938 年) の制定当初から、その 38 条に「総会ハ総社員ノ同意アルトキハ招集ノ手続ヲ経ズシテ之ヲ開クコトヲ得」との規定を設けていた。平成 14 年 (2002 年) 改正前商法にあっては、株式会社に関して同様の規定は存在しなかったが、たとえば北澤正啓は、旧有限会社の社員総会と同様の方法を株主総会に認めても差し支えない、商法が株主総会について規定を欠くのは、法が株式会社において総株主が同意する事態を一般的に予想しなかったからにすぎないと解すべきであると述べていた⁷³。平成 14 年 (2002 年) 改正後商法は、その 236 条に「総会ハ其ノ総会ニ於テ議決権ヲ行使スルコトヲ得ベキ全テノ株主ノ同意アルトキハ招集ノ手続ヲ経ズシテ之ヲ開クコトヲ得」と定めたのであった。

今日、上の平成 14 年改正後商法 236 条の規定は、会社法 300 条本文に承継されている。同条は、「前条の規定にかかわらず」と定めているため、

73 北澤・同前 318 頁。

同条に依拠して株主全員の同意により省略することが認められるのは、同 299 条所定の総会通知の発出と、定時株主総会の招集通知に際して義務づけられている計算書類、連結計算書類および事業報告の提供（会 437、444）である⁷⁴。これらの発出・提供を一切省略することのみならず、同 299 条所定の招集期間を短縮することも認められる⁷⁵。

しかし、会社法 300 条に付加されたたただし書によれば、書面または電磁的方法による議決権の行使の許容を定めた場合には、招集通知を省略することができない。この場合には、招集通知の際に、株主総会参考資料および議決権行使書面の交付・提供を避けることができないからである。

2 - 7. 種類株主総会の招集

種類株主総会の招集手続に関しては、会社法 325 条が、同 296 条 1 項 2 項を除き、株主総会のそれを、必要な読替えを行ったうえで準用している。種類株主総会は、必要がある場合に招集することができるが、決議事項の関係から、株主総会と同時の招集となる必要が多い⁷⁶。同じく、会社法施行規則における株主総会に関する通則および株主総会参考書類の規定のほとんども種類株主総会に準用されているが（会施規 95 参照）、招集に関連する事項では、総会集中日に株主総会を開催する場合等の理由の開示を求める会社法施行規則 63 条 1 号は準用されていない⁷⁷。

（第 4 章 未完）

74 奥島：落合：浜田編・注（24）前掲 18 頁 [後藤元]。

75 同前 [後藤元]、江頭・注（5）前掲 305 頁。

76 江頭・同前 303 頁。

77 奥島：落合：浜田編・注（24）前掲 68 頁 [小出篤] 参照。

[追記・本連載参考資料：浅木慎一編『会社法旧法令集』（信山社・2006年）正誤等]

・ 51 頁

(誤) 明治 32 年法律第 48 号本条制定

第 104 条 [会社の組織]

合資会社八有限責任社員ト無限責任トヲ以テ之ヲ組織ス

(正) 明治 32 年法律第 48 号本条制定

第 104 条 [会社の組織]

合資会社八有限責任社員ト無限責任社員トヲ以テ之ヲ組織ス

・ 124 頁

(誤) 昭和 56 年法律第 74 号本条追加

第 236 条ノ 6 [端株主の権利の制限]

(正) 昭和 56 年法律第 74 号本条追加

第 230 条ノ 6 [端株主の権利の制限]

・ 436 頁

(誤) 平成 14 年法律第 44 号改正

(監査役の員数等)

第 18 条

大会社にあつては、監査役は、3 人以上で、そのうち 1 人以上は、その就任の前 5 年間大会社又はその子会社の取締役、執行役又はその他の使用人でなかつた者でなければならない。

(正) 平成 14 年法律第 44 号改正

(監査役の員数等)

第 18 条

大会社にあつては、監査役は、3 人以上で、そのうち半数以上は、その就任前に大会社又はその子会社の取締役、執行役又は支配人その他の使用人となつたことがない者でなければならない。

・ 436 頁

平成 13 年法律第 149 号改正

(監査役の員数等)

第 18 条

末尾に以下の注記を付加する

[同改正による本条 1 項の改正規定は平成 17 年 5 月 1 日から施行されるも

研究ノート

のとされた]

・ 524 頁以下 条文番号対照表の脱落

P539 305 条 昭 37 法 82 削除

P541 344 条 昭 25 法 167 削除

P544 377 条 平 13 法 79 削除

378 条・379 条 昭 56 法 74 削除

392 条・393 条 昭 23 法 148 削除

401 条 平 11 法 225 削除

P545 413 条 平 13 法 79 削除

P548 476 条～478 条 昭和 25 法 167 削除、平 16 法 87 継続して削除

P545 500 条 平 9 法 71 削除