



株式会社における定款変更権限の所在 : 米国の By-law 制度を参考にして

著者	藤田 和樹
雑誌名	法と政治
巻	70
号	4
ページ	253(1331) - 289(1367)
発行年	2020-02-29
URL	http://hdl.handle.net/10236/00028510

株式会社における定款変更権限の所在

論

——米国の By-law 制度を参考にして——

説

藤 田 和 樹

〈目次〉

序章 問題の所在

第1章 日本の定款制度

第1節 会社設立時における定款作成

第2節 定款変更

第2章 米国の定款制度

第1節 概説

第2節 基本定款

第3節 附属定款

第3章 定款変更を利用した株主の経営関与に対する制限

第1節 米国の学説

第2節 米国の判例

第4章 立法論の検討

第1節 定款変更権限の所在

第2節 積極的な定款活用の効果

第3節 株主による定款変更の内容的限界

終章 結びに代えて

序章 問題の所在

わが国における会社の定款には、法令中の強行規定等に反しない限り任意の記載事項として如何なる事項でも定めることができ、そして、定款に定めた以上、当該事項は法律上の効力を有し、会社はそれに拘束される。⁽¹⁾

(1) 大住達雄「取締役、取引、定款の意義：会社法常識のもう一つの見方」商事法務646号（1973年）12頁。

定款が会社を拘束するルールと解される以上、定款規定の文言（内容）は明確かつ具体的（詳細）であることが望まれるが、柔軟かつ機動的な経営を可能にするため、定款の規定内容を基本的な事項までに留め、その細目については、取締役会規則（規程・規定）等の内規⁽²⁾で定めるとというのが一般的である。例えば、取締役会規則については、定款による授権がなくても取締役会決議のみを以て制定可能であり⁽³⁾、かつ、非公開であり、株主による閲覧・謄写も認められていないため、株主によるガバナンスが及び得る余地は残されていないといえる。もっとも、そのような取締役会規則が任意に開示されている場合、株主自身が何らかのコンタクトを取ることで当該株主の考えを取締役に伝えること（間接的関与）は決して不可能ではあるまい。しかし、内規の決定（変更）に直接的に関与できない株主には

(2) 取締役会規則とは、狭義では、取締役会の会議自体の運営に関わる事項（会議の種類、構成、招集手続、招集権者、議長、決議事項、決議方法等）が定められるものであり、広義では、取締役会において制定される一切の規則・規程（株式取扱規則、株主総会議事運営規則、役員候補者の基準、役員退職慰労金規程、定年制内規、給与規程、就業規則、経理規定、職務権限規程等）をいうとされる（東京弁護士会会社法部編『新・取締役会ガイドライン〔第2版〕』（商事法務、2016年）451頁）が、本稿では、取締役会規則の広義の意味として「内規」という語を用い、また、「取締役会規則」を狭義の意味として扱うことにする。

(3) 東京弁護士会会社法部編・前掲注（2）452頁。

(4) 別冊商事法務編集部編『改正会社法下における取締役会の運営実態：平成26年改正を受けて（別冊商事法務415号）』（商事法務、2016年）70頁。原則として、株主には内規の閲覧請求権はないものと解されているが、退職慰労金につき、株主総会で一任決議を行う場合には、会社は株主からの退職慰労金規程の閲覧要求に応じなければならないとされる（東京弁護士会会社法部編・前掲注（2）459-460頁）。また、株式取扱規則については、直接株主利害に関することが定められているため、株主からの求めがあれば会社は閲覧をさせなければならない（東京弁護士会会社法部編・同460頁）。

実効的な手段が皆無あるいは極めて限定的であるという問題は依然として残る。加えて、会社（株主）にとって不利益な内容が内規として定められていると想定した場合には問題は殊更に深刻であろう⁽⁵⁾。

現行法上、定款変更権限は株主総会に存するため、定款変更を通じて株主の会社に対するガバナンスが及んでいるように見える。しかしながら、定款に定められるのは概ね基本的な事項であり、多くの細目的事項は内規として定められる。つまるところ、法の形式と実際の状況が乖離しているといえる。その意味において、株主の有する定款変更権限は形骸化しており、また、定款規定は半ば空洞化しているともいい得る。さらに、定款変更には原則として厳格な手続たる株主総会の特別決議を要する（会社法466条・309条2項11号）ため、迅速かつ効率的に所要の措置を講じ得る仕組みとして、取締役会決議のみで定められる内規が便宜的に活用されている側面があるという見方もできる。このように考えると、取締役会決議のみで定款変更を行うことができる仕組みにすれば、取締役会による機動的な経営を維持した上で、定款変更を通じて株主の会社に対する実質的なコントロールを確保することが十分に可能ではないだろうか。すなわち、取締役会において定款が定められ得る結果として、株主が関与し得ない内規の活用が著しく補充的あるいは限定的になることが推察される。

そこで、本稿では、第一に、経営の機動性を保持しながら、内規のデメ

(5) なお、定款又は取締役会規則によって取締役以外の者に取締役会の招集権限を与えたとした場合、権限濫用や不当行使が為されたことにより会社に損害が生じたとしても、会社は取締役の地位のない者に対して損害賠償責任を問うことは困難であることから、取締役会の招集権限を第三者に付与できないとする学説が唱えられている（小林俊明「会社法における取締役会の運営（1）」専修法学論集104巻（2008年）8頁）が、そもそも、定款ではなく取締役会規則による場合、当該規定の存在を認識することさえ株主にとっては極めて困難であると考えられる。

リットに対処するため、定款変更権限を株主総会だけでなく取締役会にも付与するという立法論の是非を検討する。取締役会が定款変更権限を持つことになれば、内規を便宜的に活用せずとも企業経営における迅速性及び効率性を損なうことにはならない（内規を便宜的に活用する意義が失われる）ものと推察される。なお、定款変更権限の所在に関する学説の状況を見てみると、片山義勝博士が、簡易な方法による定款変更手続について立法論として多少の考究の価値があると述べられ⁽⁶⁾、その後、大森忠夫博士により、米国の定款制度が紹介された上で比較的軽微又は細目的な定款記載事項の変更権限を直接的には取締役会に与えるべきであるとする立法論が提示された⁽⁷⁾。米国では、日本とは異なり、基本定款（Certificate of Incorporation）⁽⁸⁾と附属定款（By-law(s)）⁽⁹⁾から成る二層構造の定款制度が採用されているところ、大森博士の立法論は、米国における附属定款の制度から示唆を得たとする学説である⁽¹⁰⁾。それに対する反応として、定款とは別に作成される取締役会規則等（内規）が附属定款たる実質を有するとして当該立法論の意義に疑義が呈されたことがあったが⁽¹¹⁾、今日に至るまで当該立法論に対する学説上の展開は凡そ見られないといつてよい⁽¹²⁾。片山博士により

(6) 片山義勝『株式會社法論〔第4版〕』（中央大学、1917年）943頁。

(7) 大森忠夫「アメリカ会社法における附属定款（By-law）」松本先生古稀記念『会社法の諸問題』（有斐閣、1951年）263-264頁。

(8) デラウェア州等における名称であり（See, Delaware General Corporation Law § 104, 242）、その名称は各州の会社法によって異なる。例えば、カリフォルニア州会社法では Articles of Incorporation と呼ばれる（See, California General Corporation Law § 154, 202）。

(9) これを附属定款と訳するのが適当であるとしつつ、業務規則又は業務規程と訳することができるとする見解がある（長浜洋一『アメリカ会社法概説』（商事法務研究会、1971年）38頁）。

(10) 大森・前掲注（7）263頁参照。

(11) 服部栄三「会社の定款」綜合法学2巻6号（1959年）15-16頁。

問題提起が為されたのは今から100年以上も前のことではあるが、先覚による提言の本質を的確に理解するとともに、殊に内規を便宜的に活用することの問題点（弊害）を勘案するならば、米国における附属定款の制度を参考にした立法論を改めて検討する価値は十二分にあると考えられる。

第二に、定款変更を利用した株主の経営関与の範囲について、上記立法論を踏まえて検討する。わが国の取締役会設置会社の株主総会は、法に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議をすることができ（会社法295条2項）、この「定款で定めた事項」の範囲については何ら制限がないと考えられているが、株主総会と取締役会の権限分配の観点から定款変更を利用した株主の経営関与の範囲を明瞭にする必要があるように思われる。すなわち、上記立法論では、株主総会に定款変更権限が残存するため、株主総会と取締役会の権限分配の在り方にも当然に言及する必要がある。更に言えば、株主総会のみならず取締役会にも定款変更権限を認めることになるため、両者の権限分配の在り方を明瞭にしなければ定款制度自体が混迷し破綻する可能性も考えられなくはない。そこで、附属定款の変更権限を取締役会にも認めている米国での議論が参考となる。米国のコーポレート・ガバナンスにおける標準的な教義によると、経営上の決定を下すのは株主ではなく取締役であるとされているが、附属定款を変更し得る株主の権限は当該教義における潜在的な一部例外であるとされているところ、か

(12) なお、当該立法論に対するものではない（当該立法論に言及していない）が、附属定款（論者が用いる訳語に従うと、附随定款）に相当する規定を取締役会決議によって定めて会社内部の法律関係を明らかにするのがわが国の株式会社の実務として適当であるとする見解が唱えられたことがある（並木俊守「アメリカの株式会社の附随定款について（Accounting Clinic）」企業会計21巻2号（1969年）158頁）。

(13) 相澤哲＝細川充「新会社法の解説（7）株主総会等」商事法務1743号（2005年）19頁。

かる例外的な権限を利用して、株主が如何なる程度まで会社経営に関与できるかが米国の定款制度においては問題となっている。この点につき、学説によって4種類のメルクマールが提唱されて⁽¹⁵⁾おり、また、近年、当該問題に関わる重要な判断がデラウェア州最高裁によって示された⁽¹⁶⁾。かかる米国の学説及び判例を参考にしながら、わが国における定款変更を利用した株主の経営関与の範囲について上記立法論を踏まえつつ検討することにした。

なお、非上場会社の典型である小規模閉鎖会社については、所有と経営、つまり、取締役（会）と株主総会の結び付きが比較的強固であるため、定款変更権限の所在を検討する価値は相当に乏しいように考えられる。よって、本稿において検討する立法論の対象は原則として上場企業等の公開会社とする。

第1章 日本の定款制度

第1節 会社設立時における定款作成

わが国において、定款とは、実質的意義としては会社の組織及び運営その他に関する根本規則それ自体であるされ、形式的意義としては会社の根本規則を記載した書面（電磁的記録で作成した場合には当該規則の情報を記録したファイル）を⁽¹⁷⁾いう。また、定款は会社の自治法（規）であると解

(14) John C. Coffee Jr., *The Bylaw Battlefield: Can Institutions Change the Outcome of Corporate Control Contests?*, 51 U. Miami L. Rev. 606 (1996).

(15) See, *id.* at 613-615.

(16) See, *CA Inc. v. AFSCME Employees Pension Plan*, 953 A.2d 227 (Del. 2008).

(17) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（2）』（有斐閣，1985年）55頁 [中西正明]，酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法（1）』（中央経済社，2008年）236頁 [酒井太郎]，江頭憲治郎＝門口正人編『会社法大系（1）』（青

されており、特定の会社に関する事項については、特別法令、条約、又は会社法に優先して第一次的に適用される⁽¹⁹⁾。ただし、定款は法令・条約中の強行規定に反することはできないため、定款が法規たる効力を有するのは当該強行法規に反しない限りにおいてである⁽²⁰⁾。

会社設立時における定款（これは原始定款と呼ばれる⁽²¹⁾）の作成とは、実質的意義の定款を定め、かつ、形式的意義の定款を作成することである⁽²²⁾。そして、かかる原始定款の作成は、発起人によって為される（会社法26条1項）。また、原始定款は公証人の認証を受けることを要する（会社法30条1項）が、これは定款の内容を明確にし、後日の紛争と不正行為を防止するためである⁽²³⁾。なお、私法上の全ての社団法人が定款を持ち、その存在は社団法人にとっての設立要件かつ存続要件である⁽²⁴⁾として、社団法人のうち、組織・構造が最も複雑であり、設立手続が最も面倒なものとされている株式会社にあつてすら、定款作成に社団法人の設立の実体を認める

林書院、2008年）192-193頁 [清水毅]、江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017年）67頁。

(18) 松本丞治『日本會社法論』（巖松堂書店、1929年）91頁、森本滋『会社法〔第2版〕』（有信堂高文社、1995年）66頁注1、坂井隆一『会社法要論〔第4版〕』（法律文化社、2001年）27頁、加美和照『新訂会社法〔第10版〕』（勁草書房、2011年）92頁。

(19) 松本・前掲注（18）91-92頁。

(20) 松本・前掲注（18）92頁。

(21) 森本・前掲注（18）65頁、坂井・前掲注（18）27頁、加美・前掲注（18）92頁。

(22) 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール（1）総則・設立（1）』（商事法務、2008年）269頁 [江頭憲治郎]、酒卷＝龍田編・前掲注（17）236頁 [酒井]。なお、大判昭和5年9月20日新聞3191号10頁を参照されたい。

(23) 加美・前掲注（18）92頁。

(24) 清水新「定款変更の概念」小池隆一博士還暦記念論文集『比較法と私法の諸問題』（慶応通信、1959年）281頁。

べきであるとする見解が述べられている。⁽²⁵⁾

そして、定款記載事項には、絶対的記載事項（会社法27条・37条・98条・113条1項）、相対的記載事項（会社法29条参照）、及び任意的記載事項（会社法29条）がある。⁽²⁶⁾まず、絶対的記載事項とは、定款に必ず記載又は記録しなければならない事項であり、これを記載又は記録しないときには定款自体が無効となるものである。次に、相対的記載事項とは、定款で定めないとその事項の効力が認められないものである。最後に、任意的記載事項とは、定款に記載せず他の方法で定めても有効であるにもかかわらず、会社の意思で定款に記載する事項のことである。⁽²⁷⁾

第2節 定款変更

定款変更とは、実質的意義における定款を変更することをいい、形式的意義における定款、すなわち、定款記載の書面を変更することは含まない。⁽²⁸⁾形式的意義の定款については、代表取締役がその記載を変更するものとされており、⁽²⁹⁾本稿で問題とするのは実質的意義における定款の変更権限の所

(25) 清水・前掲注(24) 282頁。また、社団法人の生成において、定款作成が最高・最重要のものであり、その他の諸事項はそれに随伴し、それを補助するものであるとも述べられている（清水・同283頁注3）。

(26) なお、定款中に条項が置かれても、強行法規に違反するか、又は定款の性質にそぐわないために会社法上の効力を生じない事項を無益的記載事項という（泉田栄一『会社法論』（信山社、2009年）102頁、江頭・前掲注(17) 77頁注16）。

(27) 江頭編・前掲注(22) 276頁〔森淳二郎〕。

(28) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（12）』（有斐閣、1990年）9頁〔実方謙二〕、大隅健一郎＝今井宏『会社法論（中）〔第3版〕』（有斐閣、1992年）525頁、田中誠二『会社法詳論（下）〔3全訂版〕』（勁草書房、1994年）1080頁。

(29) 並木俊守「定款＝会社の根本規則」企業会計35巻10号（1983年）97頁。

在である。定款変更は強行法規（及び株式会社の本質）に反しない限り自由に行うことができる⁽³⁰⁾。そして、絶対的記載事項、相対的記載事項、及び任意的記載事項のいずれについても変更することができ⁽³¹⁾、その変更には規定の廃止（削除）及び新設（追加）も含意されている⁽³²⁾。

会社成立後の定款変更には原則として株主総会の特別決議を要し（会社法466条・309条2項11号）、定款の定めによる決議要件の加重も為され得る（会社法309条2項柱書後段⁽³³⁾）。また、特別決議よりも要件の厳格な特殊決議を要する定款変更もある⁽³⁴⁾。このように、定款を変更するには株主総

(30) 森本・前掲注（18）358頁。

(31) 米津昭子「定款の作成と変更」法學研究51巻12号（1978年）14頁，加藤徹『会社法』（中央経済社，2004年）282頁，泉田・前掲注（26）722頁，江頭・前掲注（17）838-839頁。定款変更の範囲については，会社存在の同一性を表す会社の商号や目的の変更も認められており（加藤・同282頁），また，定款に定款不変更の規定を設けても無効とはいえず，定款変更手続により変更できるとされている（米津・同14頁，泉田・同722頁）。なお，会社設立時の定款作成とは異なり，会社成立後の定款変更には公証人の認証は不要である（江頭・同68頁注1，839頁）。

(32) 米津・前掲注（31）14頁，森本・前掲注（18）357頁，鈴木薫編『新会社法読本』（税務経理協会，2010年）220頁〔鈴木薫〕。もっとも，発行可能株式総数の定めは，その記載を要求する趣旨から会社設立後も必要なことが明らかであるため，定款変更により廃止し得ず（会社法113条1項），また，会社の目的，商号，本店所在地は，会社存続上不可欠であるため，定款変更により削除し得ないと解されている（土井万二＝内藤卓編『会社法定款事例集：定款の作成及び認証，定款変更の実務詳解〔第3版〕』（日本加除出版，2015年）238頁）。

(33) ただし，株主総会の特別決議に基づく定款変更によって定款変更により株主全員の同意を要件とすることを定款に定められるか否かについては，そのような総会決議は取消しの対象となる旨の見解が唱えられている（江頭・前掲注（17）842頁）。

(34) 具体的には，全株式に対して譲渡制限を設ける定款変更（会社法107条1項1号2項1号・309条3項1号），全株式譲渡制限会社における属人

会決議によりその具体的内容が確定されることが必要であり、その細目の決定も会社の他の機関に委任し得ないと解されている。⁽³⁵⁾ただし、事項によっては、定款において大綱を定めればよく、細目は取締役会で決定する場合があるとされるが、これは、定款にどの程度の記載が要求されるかという各法文の解釈問題であると考えられている。⁽³⁶⁾実際、かつては取締役会の運営及び株式の取扱等について定款において詳細に規定していた会社でも、定款には根拠規定だけを設け、詳細な規定は取締役会が定める諸規則に譲ることが30年以上前から一般的に行われているようである。⁽³⁷⁾例えば、取締役会に関する事項については、多くの会社の定款が、相対的記載事項の規定に続けて、定款とは異なる規則（取締役会規則）への授権を定めている。⁽³⁸⁾なお、例外的に、取締役会決議のみで定款変更ができる場合もある（会社法184条2項・191条・195条1項参照）。

株式会社における定款変更制度の歴史を振り返ってみると、明治23（1890）年旧商法205条から株主多数決による定款変更が認められている。⁽³⁹⁾以下において、現行制度に至るまでの概要を述べる。定款変更のための株主総会の特別決議の要件は、昭和25（1950）年改正によって大幅に変更

的定めについての定款変更（会社法109条2項・309条4項）である。

(35) 田中耕太郎『改訂会社法概論（下）』（岩波書店、1955年）480頁、上柳ほか編・前掲注（28）17頁 [実方]、大隅＝今井・前掲注（28）526頁、高橋紀夫『会社法』（嵯峨野書院、2015年）396頁。

(36) 上柳ほか編・前掲注（28）17頁 [実方]。

(37) 並木・前掲注（29）97頁参照。なお、定款変更は株主総会の特別決議を要するため、定款規定は出来る限り簡単なものとし、度々の変更の必要がないようにしておくことが好ましいと指摘されていた（横田正雄「経営学からみた定款規定（下）」商事法務763号（1977年）19頁）。

(38) 別冊商事法務編集部編・前掲注（4）69-70頁。

(39) 奥島孝康ほか編『新基本法コンメンタル会社法（2）〔第2版〕』（日本評論社、2016年）465頁 [得津晶]。

された。それより前は総株主の半数以上で資本の半額以上に当たる株主の出席を要した上で出席した株主の議決権の過半数を以て決議要件とされていたが、当該改正によって、頭数要件が定足数から削除され、また、資本の半額以上が発行済株式総数の過半数に変更され、さらに、多数決要件が過半数から3分の2以上に加重された。まず、頭数主義による定足数が廃止された点については、会社の受ける便宜が極めて大きいと評されており、その理由として、多数の小株主に株式が分散されている場合には頭数における過半数の要件を充たすことは非常に困難であり、そのための会社の労力と費用は大変なものであったことがあるとされる。次に、資本の半額以上としていたのを当該改正法が発行済株式総数の半数以上とした点については、授權資本及び無額面の制度を新たに採用したことの当然の結果であるとされる。最後に、多数決要件が加重された点については、決議を慎重にして、株主の意思を尊重したためであると説明されている⁽⁴⁰⁾。そして、昭和25（1950）年商法改正から後についても略述すると、平成13（2001）年6月商法改正により、株主総会の定足数の算定基礎が発行済株式総数から議決権総数に変更され、平成14（2002）年商法改正により、定款の定めによって議決権総数の3分の1に相当する株式を保有する株主の出席で足るとするまでに定足数の要件が緩和された。斯くして、株主の多数決により定款変更を行うという基本的な制度（仕組み）は、明治時代から現在に至るまで幾度かの改正を経ながら存続している。なお、特別決議を要する事項は、株主の利益にとって特に重大な事項であるとされ、定款変更が特別決議を要するのは株主の利益保護のほか定款規定の安定性のためである⁽⁴²⁾と考えられている。

(40) 鈴木竹雄＝石井照久『改正株式會社法解説』（日本評論社、1950年）127-129頁。加えて、鈴木＝石井・同309-310頁も参照されたい。

(41) 鈴木＝石井・前掲注（40）130頁。

第2章 米国の定款制度

第1節 概説

既述のとおり、米国の定款制度は、わが国とは異なり、基本定款と附属定款から成る二層構造である。先行研究によれば、基本定款は会社存立とその組織・運営に関する基本的な事項について規定し、附属定款はその他会社運営に必要又は有益な諸準則を規定し、これらはわが国の会社法上の定款に相当するとい⁽⁴³⁾う。また、基本定款と附属定款の関係性に言及した概説書によると、附属定款は、会社に関する法源として、会社法、基本定款に次ぐものであるとされ、そして、基本定款が基本的又は原則的なもののみを定める場合には、附属定款は詳細な規定を設けており、つまるところ、附属定款は基本定款を敷衍かつ補充するものとされる⁽⁴⁴⁾。よって、米国の会社における附属定款は、わが国の会社が活用する内規とも重なる部分が少なくないと凡そ観念できそうである。

第2節 基本定款

一般的に、基本定款の起草は、会社設立過程における不可欠な第一段階⁽⁴⁵⁾であり、会社の発起人又は経営者の利益を代弁する弁護士によって行われる（なお、附属定款についても同様である⁽⁴⁶⁾）。会社、取締役、及び株主の

(42) 森本・前掲注（18）357頁。

(43) 大森・前掲注（7）242頁。

(44) 長浜・前掲注（9）38頁。

(45) James D. Cox & Thomas Lee Hazen, *The Law of Corporations* (3d ed.), Vol. 1, St. Paul, MN: West, 188 (2010). なお、会社設立前契約において、設立前の会社の見解（基本定款の内容）を明記することを関係者が（会社を設立しようとする者に対して）第一に要求する場合も稀有な事例ながら存するようである（*Id.* at 188-189）。

権限を基本定款によって定義、制限、及び規制することを許可している州会社法もあるが、それらを基本定款によって恣意的に否定し又は取締役会の裁量の対象とすることまではできないと解されている。⁽⁴⁷⁾また、現代の米国の会社法が基本定款に規定することを義務付けている条項はほんの僅かである。最も重要な概念が契約自由（の原則）であるところ、基本定款には、会社において最も重要な「カスタマイズ」機能があると考えられている。すなわち、会社が特別又は限定的な目的を持つ場合や特異な規定（例えば、ある種類の株式を有する者が取締役の75%を選任し、もう一つの種類の株式を有する者が残りの取締役を選任するという条件）を有する場合には基本定款に記載される。⁽⁴⁸⁾なお、デラウェア州会社法には、基本定款の絶対的記載事項として、①会社の名称、②登録事務所の住所及び当該住所における登録代理人の氏名、③事業の性質又は目的、④授権株式の種類が1種類である場合における株式総数及び額面金額又は全てが無額面株式である旨、2種類以上の場合における株式総数、各種類株式の数、及び額面金額又は無額面である旨等、⑤設立者（発起人）の氏名及び住所、及び⑥設立者の権限が基本定款提出時に終了する場合に最初の年次株主総会ま

(46) *Id.*, *The Law of Corporations* (3d ed.), Vol. 2, St. Paul, MN: West, 470 (2010).

(47) See, Delaware General Corporation Law § 102(b)(1).

(48) Cox & Hazen, *supra* note 46, at 470. なお、取締役会の権限は、基本定款又は州法の規定によって別段の制限がある場合を除き、あらゆる種類の契約の締結、債務の負担、その他の行為の承認に及び、そして、企業取引を実行するための取締役会の権限に対する法定の制限は、株主の承認が法律上必要とされる種類の取引である場合に生じるものとされる (*Id.*, *The Law of Corporations* (3d ed.), Vol. 4, St. Paul, MN: West, 259 (2010)).

(49) William T. Allen & Reinier Kraakman, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organization* (5th ed.), New York: Wolters Kluwer, 83 (2016).

で又は後任者の選出かつ資格取得まで取締役としての役割を担う人物の氏名及び住所が列挙されている。⁽⁵⁰⁾

さて、デラウェア州会社法によると、基本定款を変更するには、取締役会が変更案を（株主総会の議案として提案することを）決議し、変更が得策であることを表明した上で、株主総会での承認を得なければならない。⁽⁵¹⁾

このように、基本定款の変更には、取締役会及び議決権のある株主による適切な承認が必要であるが、米国の全ての州は、変更された定款規定が変更時における元々の定款に適法に盛り込まれ得ることを条件として、基本定款の変更を明示的に許可（認可）している。⁽⁵²⁾ただし、基本定款を変更するための要件は、各州の会社法の定めによって異なる。ほとんどの州では、基本定款の変更には、議決権のある株式の少なくとも過半数の投票による承認を必要とし、一握りの州では、3分の2以上の投票が必要となるようである。⁽⁵³⁾

第3節 附属定款

附属定款は組織規範に関する文書（constitutional documents）の中で最も基本的ではない（すなわち、派生的である）とされるが、そのことは、附属定款は会社法と基本定款の両方に準拠しなければならないということの意味するところ、通常、附属定款には企業統治に関する業務規程が定められる。⁽⁵⁴⁾より具体的な説明を加えれば、附属定款には、役員、取締役、及び株主によって企業の内部業務（internal affairs）が如何にして行われる

(50) Delaware General Corporation Law § 102(a)(1)-(6).

(51) Delaware General Corporation Law § 242(b)(1).

(52) Cox & Hazen, *supra* note 48, at 275.

(53) *Id.* at 275-276.

(54) Allen & Kraakman, *supra* note 49, at 84.

のかについての事項等が規定される⁽⁵⁵⁾。ただし、附属定款（の内容）は合理的でなければならず、また、会社が準拠する州法に抵触することは許されず、さらには、法令の方針に反して株主の権利を過度に制限することも認められない。すなわち、附属定款は、法令及び基本定款の両方に従属しているため、法令、基本定款、又は公序良俗に反する内容の附属定款規定は無効となる。加えて、附属定款は同様の権限を有する全ての者に対して平等に機能しなければならず、については、全ての株主は会社経営が附属定款に基づいて行われることに対して正当な利害関係を有していると考えられている⁽⁵⁶⁾。

さて、附属定款を採択、変更、又は撤廃する権限は、主に株主に帰属するが⁽⁵⁷⁾、法令又は基本定款のいずれかにより取締役（会）に委任される場合がある⁽⁵⁸⁾。模範事業会社法においてもその旨の規定がある⁽⁵⁹⁾。また、米国の多くの州では、株主によって採択された附属定款の規定は、株主によってのみ変更又は撤廃され得るとしており⁽⁵⁹⁾、そして、合衆国最高裁判所が判示するところによれば、取締役（会）が決定した附属定款についても、株主による変更・撤廃の対象となる⁽⁶⁰⁾。なお、取締役会決議によって採択された附属定款を取締役会自身で撤廃することができるかについては、それに対する制限は課されていないため、取締役会決議によって当該附属定款を撤廃することができるものと考えられている⁽⁶¹⁾。以下、附属定款に関するデラ

(55) Cox & Hazen, *supra* note 45, at 214.

(56) *Id.* at 215.

(57) *Id.* at 216.

(58) See, Model Business Corporation Act § 10.20. ただし、取締役会の権限が制限される場合がある (See, Model Business Corporation Act § 10.20(b)).

(59) Cox & Hazen, *supra* note 45, at 217.

(60) Rogers v. Hill, 289 U.S. 582 (1933).

(61) See, Jill E. Fisch, *Governance by Contract: The Implications for Corporate*

ウェア州会社法の規定を概観する。

附属定款には、会社の事業、その業務の遂行、及び会社の権利又は権限、あるいは、株主、取締役、役員、従業員の権利又は権限に関連する法律又は基本定款と矛盾しない如何なる規定でも定めることができる⁽⁶²⁾。そして、附属定款に記載し得る事項として、例えば、取締役の人数・資格及び取締役会の決議要件⁽⁶³⁾、期差取締役制度の採用⁽⁶⁴⁾、株主総会の開催場所⁽⁶⁵⁾、年次株主総会の日時⁽⁶⁶⁾、臨時株主総会の招集権者が挙げられている。また、附属定款の採択、変更、又は撤廃については、基本定款において取締役会に当該権限を与えた場合には取締役会決議によって為され得るが、株主にも当該権限（定款変更の提案を行う権限）⁽⁶⁸⁾が併存する。そして、デラウェア州の会社の大半は基本定款で以て取締役会に対して附属定款の採択等ができる権限を与えている⁽⁶⁹⁾。したがって、株主と取締役会はそれぞれ一方的に広範なガバナンスに関する附属定款を採択することができるので、デラウェア州の会社では特定の附属定款の採択を通じて相当数の私的秩序形成（private ordering）⁽⁷⁰⁾が行われているようである。別の言い方をすれば、株主及び取

Bylaws, 106 Calif. L. Rev. 391 (2018).

(62) Delaware General Corporation Law § 109(b).

(63) Delaware General Corporation Law § 141(b).

(64) Delaware General Corporation Law § 141(d).

(65) Delaware General Corporation Law § 211(a).

(66) Delaware General Corporation Law § 211(b).

(67) Delaware General Corporation Law § 211(d).

(68) Delaware General Corporation Law § 109(a). 株主としては、取締役会による基本定款変更の議案の提案がなければ、基本定款を変更し得ないが、附属定款については、取締役会決議がなくても、自らが当該変更を議案として提案することができる⁽⁶⁸⁾とされている（カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』（有斐閣、2009年）62頁注23〔斉藤真琴〕）。

(69) Fisch, *supra* note 61, at 380.

(70) *Ibid.*

締役（会）の双方が私的秩序形成に⁽⁷¹⁾関与できるメカニズムを附属定款が提供しているということである。

上記から分かるように、米国の会社の附属定款は、公開会社（上場企業）の株主が一方的に経営者の権限及び裁量を制限することができる唯一の実用的なメカニズムであるため、現代のコーポレート・ガバナンスにとって極めて重要であると考えられている。公開会社における権力のバランスを改めようとする株主は、ガバナンスに対する要望を表明するために会社の附属定款に尚一層頼るようになっており、ゆえに、附属定款は、米国の公開会社における意思決定権限の分配を巡っての株主と経営陣との間における長年にわたる争奪戦の新たな最前線となっている模様である。⁽⁷²⁾このように、取締役会及び株主は、コーポレート・ガバナンスを設定し直すために、私的秩序形成に向けての行動を増加させている。⁽⁷³⁾例えば、2015年は、プロキシ・アクセス（proxy access）に関する附属定款規定が飛躍的に展開した年であるとされ、プロキシ・アクセスを採用する旨のほとんどの提案は、株主の過半数（a majority of shareholders）の支持を受けたようである。⁽⁷⁴⁾そのほか、最近の附属定款の例としては、裁判地の選択に関する規定、⁽⁷⁵⁾多数決に関する規定、事前通知に関する規定等があるという。⁽⁷⁶⁾

(71) Fisch, *supra* note 61, at 378.

(72) Jay B. Kesten, *Towards a Moral Agency Theory of the Shareholder Bylaw Power*, 85 (3) *Temp. L. Rev.* 486-487 (2013).

(73) Fisch, *supra* note 61, at 375.

(74) Fisch, *supra* note 61, at 382.

(75) なお、2010年初め、デラウェア州衡平法裁判所の裁判官は、デラウェア州の会社に対して株主が訴訟を起こし得る場所を制限する附属定款を採用することを提案（推奨）し、2013年にデラウェア州衡平法裁判所が（法的に）有効性を認める前でさえも250社を超える上場企業が裁判地の選択に関する附属定款を採択したようである（Lynn M. LoPucki, *Delaware's Fall: The Arbitration Bylaws Scenario*, Stephen M. Bainbridge et al., eds., *Can*

第3章 定款変更を利用した株主の経営関与に対する制限

第1節 米国の学説

序章において言及したように、米国のコーポレート・ガバナンスにおける標準的な教義によると、経営上の決定を下すのは株主ではなく、取締役であるとされているが、附属定款を修正し得る株主の権限は当該教義における潜在的な一部例外であるとされている⁽⁷⁷⁾。そこで、この例外的な権限を利用して、株主がどの程度まで経営に関与できるかが問題となる。

この点につき、以下の4種類のメルクマールが Coffee (John C., Jr.) 教授によって提唱された。第一に、通常(日常)業務についての内容か、それとも原理(根本)的な内容かという基準である。米国の会社法によると、株主は通常の経営決定についての承認又は拒否権を与えられてはいないが、根本的な企業変革(例えば、合併、全資産の売却、清算、基本定款の変更)には株主の承認が要求されると説明されている。第二に、積極的命命か、それとも消極的制約かという基準である。判例法によると、特定の積極的行動を取締役に起こさせる旨の株主の命命が無効であることは明瞭に維持されているが、その一方で、特定の企業行動をするに際して株主投票を必要とする内容への附属定款の変更は、ほとんど無効となったこととはないとして、株主が取締役に対して積極的な行動を起こさせる強制的な命命を出せるようにする附属定款の変更は原則として許されないが、取締役会又は経営陣による株主の承認を得ていない行動を制限することができる旨の要求(附属定款の変更)は許容されると述べられている。第三に、

Delaware Be Dethroned?: Evaluating Delaware's Dominance of Corporate Law, Cambridge, U.K.: Cambridge University Press, 37 (2018))。

(76) Fisch, *supra* note 61, at 375.

(77) Coffee, *supra* note 14, at 606.

内容か、それとも手続かという基準である。附属定款は、会社の業務運営 (housekeeping) 及び手続規則を必ず成文化して示すが、特定の事項に関する実態的な決定には凡そ対処しないとして、例えば、取締役会に対して、社長として特定の人物を採用するよう指示する附属定款は有効であるかどうか疑わしいが、一定の金額を超える契約が承認される前に一定の手順が踏まれること及び一定の通知が出されることを要求する附属定款は明らかに有効であると説明されている。第四に、経営判断か、それともコーポレート・ガバナンスかという基準である。最も無難かつ妥当な区別は、単一の経営判断のみを扱う附属定款か、将来的に株主・取締役間の権限分配に影響を及ぼす附属定款かという区別であると説明されている。特定の人物を社長として雇うように取締役会に指示する附属定款の有効性は非常に疑わしいが、一定の額を超える明瞭な自己取引が発効するためには株主の承認を得なければならないとする要件を課す附属定款が有効であることはほとんど疑いがないと主張されている。また、デラウェア州会社法109条(b)項では、附属定款が、「株主、取締役、役員及び従業員の権利又は権限」を制限することができる」と規定されているだけで明示的には何も規定されていないため、将来の敵対的買収防止策について株主の承認を必要とすることは、とりわけ防衛戦術に自己取引の要素があることが認識されている限り、同条の範囲内(附属定款として有効)であるとする説明が加えられている⁽⁷⁸⁾。

なお、学説上、上記の基準に対する批判的な見解も唱えられている。すなわち、上記の4種類の区分に対して、分析力よりも表面的な魅力があると評する見解がある⁽⁷⁹⁾。例えば、取締役会が特定の種類の取引を行うに際して株主の全会一致又は圧倒的多数による承認が要求される旨の附属定款に

(78) *Id.* at 613-615.

(79) Kesten, *supra* note 72, at 496.

ついて、(少なくともその表面上は) 手続であるが、実際には、そのような取引を徹底的に排除することを意図する附属定款と同じ結果をもたらす可能性が高いと述べられている⁽⁸⁰⁾。さらには、経営とガバナンスとの間の境界線、そして通常と原理との間の境界線は、現代の会社が置かれている状況では一層不鮮明になっているとも主張されている⁽⁸¹⁾。

第2節 米国の判例

1. 概説

近年、米国において定款変更権限の所在に関する重要な判決が下された。それは、CA, Inc. v. AFSCME Employees Pension Plan, 953 A.2d 227 (Del. 2008)⁽⁸²⁾ (以下、「CA v. AFSCME 判決」とする) である。先んじて CA v. AFSCME 判決を略述すると、「取締役会は株主又は株主グループが1人以上の取締役候補者の指名において負担した妥当な費用の清算を会社に行わせなければならない」とする内容への株主による附属定款の変更提案に対して、米国証券取引委員会 (the United States Securities and Exchange Commission) (以下、「SEC」とする) がデラウェア州最高裁判所に意見を求めたところ、当該裁判所は、取締役の裁量権限を留保する旨の文言のない (取締役が信認義務に基づく裁量権を行使できなくなるような内容の)

(80) *Id.* at 497.

(81) *Ibid.*

(82) 邦語による判例評釈として、楠元純一郎「取締役選任と委任状勧誘にかかる費用の帰属」商事法務1932号(2011年)44頁がある。また、当該判決を比較的詳細に分析している邦語による論稿として、藤林大地「米国における委任状勧誘制度：取締役の選任に係る勧誘規制と近時の動向を中心に」同志社法学 62巻3号(2010年)777頁、久保佳納子「米国における株主総会と取締役会の権限領域(一)：デラウェア州法を中心に」広島法学 34巻2号(2010年)31頁がある。

附属定款はデラウェア州会社法に違反すると判示した。以下において、当該事例の詳細を述べることにする。

2. CA v. AFSCME 判決

(1) 事実の概要

CA, Inc. (以下、「CA 社」とする) はデラウェア州の会社である。なお、CA 社の取締役会は12名で構成されており、全ての取締役の任期は1年である。CA 社の株主である AFSCME は、2008年3月13日、株主提案⁽⁸³⁾ (以下、「本件株主提案」とする) を行い、同年9月9日に予定されていた定時株主総会のために CA 社が作成する委任状勧誘資料に本件株主提案の内容を記載するように求めた。それは、「取締役会は株主又は株主グループが1人以上の取締役候補者の指名において負担した妥当な費用の清算を会社に行わせなければならない」とする内容へと変更する CA 社の附属定款 (以下、「本件附属定款」とする) である。

CA 社は、2008年4月18日、AFSCME によって提案された本件附属定

(83) 米国における株主提案の要件としては、まず、提案株主は議決権株式の1%以上又は市場価格で2,000ドル以上の株式を提案提出日(株主総会開催日)までの1年間以上保有しなければならない(17 C. F. R. § 240.14a-8(b)(1))。また、各株主は特定の株主総会につき1個の提案しか提出することができない(17 C. F. R. § 240.14a-8(c))。さらには、提案(その理由を含む)は500語以内という制限がある(17 C. F. R. § 240.14a-8(d))。なお、株主提案の提出期限は委任状勧誘資料の発送日の120日前である(17 C. F. R. § 240.14a-8(e)(2))。そして、提案株主は提案を発表するために自らが株主総会に出席するか、州法により資格の認められる代理人をそのために出席させなければならない(17 C. F. R. § 240.14a-8(h)(1))、提案株主自身及び資格のある代理人のいずれもが正当事由なく欠席し提案を発表しなかった場合には、会社はその後2年以内に開催される株主総会において当該株主の全ての提案を委任状勧誘資料から除外することが許される(17 C. F. R. § 240.14a-8(h)(3))。

款を委任状勧誘資料から除外する意図を、SECの企業財務部（Division of Corporation Finance）に通知した。そして、CA社がSEC規則14a-8(i)(1)及び(2)に該当するとしてAFSCMEの提案を排除した⁽⁸⁴⁾場合に、当該企業財務部が如何なる強制措置も推奨しない旨をSECに対して述べる「ノーアクションレター」をCA社は要求した。当該要求（書）にはデラウェア州の法律顧問であるRichards Layton & Finger, P.A.の意見が添付されており、それによると、提案された本件附属定款は株主行動として適切な題目ではなく、実施された場合にはデラウェア州会社法に違反することになると結論付けられている。

それに対して、AFSCMEは、2008年5月21日、CA社の要求に対して、CA社とは反対の法学的見解を示した文書を付して応答した。AFSCMEの文書には、デラウェア州の法律顧問であるGrant & Eisenhofer, P.A.の意見が添付されており、それによると、提案された本件附属定款は株主行動のための適切な題目であり、承認された場合には、デラウェア州会社法の

(84) 株主提案権の排除事由としては、①州会社法上適切な議題でないこと、②提案が実行された場合に法令違反となること、③提案及びその理由における虚偽又は誤導記載が委任状規則違反となること、④個人的な不満を申し出たり個人的な利益を追求したりすること、⑤会社の総資産等の5%未満の活動に関することであり、会社の事業と実質的に関係がないこと、⑥会社の実行権限を越えること、⑦会社の通常の業務執行に関係すること、⑧取締役の選任に関係すること、⑨会社の提案と競合すること、⑩会社が既に実質的に実行していること、⑪別の提案者が既に提出したものと実質的に重複すること、⑫過去5年以内に提出されたが、賛成投票割合の諸要件を充たせなかったために一定期間再提出できないこと、⑬配当の具体的金額に関係することが挙げられる（17 C. F. R. § 240.14a-8(i)(1)-(13)）。ただし、会社が株主提案を排除するには一定の手續を要し、会社がSECに対して委任勧誘状（資料）を提出する80日前まで（期限を逸した正当事由がある場合は除く）にSECに排除事由を提出しなければならない（17 C. F. R. § 240.14a-8(j)(1)）。

下で許可されると結論付けられている。

斯くして、SECの企業財務部はデラウェア州会社法に関する2つの相反する法的見解に直面した。CA社が2008年の定時株主総会における委任状勧誘資料からAFSCMEにより提案された附属定款を排除することができるかどうかについてのSECの企業財務部の決定は、上記の相反する見解のうちのどちらが法的に正しいかということに左右される。その指針を得るために、SECは、当該企業財務部の要請により、デラウェア州会社法における2つの論点（第一の論点として、AFSCMEの提案は株主の行動として適切か⁽⁸⁵⁾、第二の論点として、当該提案が承認された場合にはデラウェア州会社法に違反するか⁽⁸⁶⁾）に対する判断をデラウェア州最高裁判所に求めた。

(2) 判旨

(イ) 第一の論点

第一の論点は、本件株主提案が適切な株主行動の対象であったか否かであるが、裁判所はこれを不適切な行動ではないと判断した。判旨は以下のとおりである。

「デラウェア州の会社の株主は、取締役会のメンバーの選任のために『候補者の選択に関与する』権利を有している。株主には、取締役会の支援する候補者以外の候補者が選挙に立候補することを奨励するような附属定款を提案することによって、当該権利の行使を容易にする権利が与えられている。本件附属定款は、株主の指名した候補者が取締役を選任された場合、株主の負担した選挙費用の償還を会社と約束することによって目的を達成させるものである。本件附属定款の内容が企業資金の支出を要するという

(85) See, 17 C. F. R. § 240.14a-8(i) (1).

(86) See, 17 C. F. R. § 240.14a-8(i) (2).

こと自体を以て、本件附属定款が株主行動として不適切な議題とはならない。したがって、当裁判所は第一の論点に対して肯定的に判断する。」

(ロ) 第二の論点

第二の論点は、本件株主提案が承認された場合、デラウェア州会社法141条(a)項⁽⁸⁷⁾に違反するか否かであるが、裁判所は、違法であると結論付けた。判旨は以下のとおりである。

「本件附属定款は、信認義務の適切な適用が妨げられる可能性がある状況において、選挙費用の償還を義務付けている。このような状況が発生することは、あまり考えられない。デラウェア州法の下では、取締役会は『論争が人事や経営とは区別される政策の問題に関係している場合には』委任状勧誘の費用を償還するために会社の資金を支出することができる。しかし、委任状勧誘が、個人的又は取るに足らない関心によって動機付けられている場合、もしくは、会社の利益を高めず、又は、会社の利益と相反する利益を促進するために行われる場合においては、取締役会の信認義務は、償還を完全に拒否することを強いる可能性がある。

この点につき、記載どおりの本件附属定款がCA社の株主によって採択された場合、それはデラウェア州法に違反することになる。現在の草案における本件附属定款は、CA社の取締役に対し、どの程度の償還が適切であるかを判断する完全な裁量権を与えるものである。取締役は選任された少数派の候補者の『合理的な』費用のみを償還する義務があるからである

(87) デラウェア州会社法141条(a)項は、基本定款に別段の定めがある場合を除き、全ての会社の経営及び業務は、取締役会によって又はその指示に基づいて運営されなければならないと規定している。そして、同項の文言に即して、CA社の基本定款には、事業の経営及び会社の業務遂行に関する権限は、同社の取締役会に帰属する旨が規定されている。

が、残念ながら、それでは十分とはいえない。なぜなら、本件附属定款には、特別の場合において、そもそも償還を行うこと自体が適切であるかどうかを判断するための信認義務を行使する完全な権限を CA 社の取締役に残留する文言又は条項が含まれていないからである。」

3. 分析

CA v. AFSCME 判決は、取締役から信認義務を行使するための（償還を行わない決定も為し得る）裁量権を完全に奪うような内容の附属定款を違法と判示した。当該判決は、Paramount Communications, Inc. v. QVC Network, Inc., 637 A.2d 34 (Del. 1994), 及び Quickturn Design Systems, Inc. v. Shapiro, 721 A.2d 1281 (Del. 1998) を引用している。前者は、買収対象企業 (Paramount) の取締役が公開買付の競合他社 (QVC) と株主利益最大化のための買付条件について交渉することを妨げるような友好的公開買付者 (Viacom) との合併契約における「ノーショップ (no shop)」条項を無効にし、後者については、買収対象企業 (Quickturn) の取締役が敵対的株式公開買付への防御策として「償還延期条項 (delayed redemption provision)」を含む「ポイズン・ピル」を採用したところ、償還延期条項は、新たに選任された取締役会が行うポイズン・ピルの償還を6ヶ月間妨げることにより委任状勧誘の努力を阻止することを目的にしているとして、当該条項を無効とした。すなわち、後者は、償還延期条項につき、デラウェア州会社法141条(a)項に基づく会社の経営権限及びその法定権限に付随する信認義務の両方を新たに選出された取締役会から容認できないほどに剥奪することになるため無効であるとした。加えて、定款規定の適法性あるいは有効性に関する更に過去の判例を概観すると、例えば、株主が取締役会から経営権限を奪う附属定款、すなわち、取締役会の行為は全株主の承認がない限り無効であるとする旨の定款規定は、取締役の権限に

対する違法な侵害であるとした判例⁽⁸⁸⁾、また、役員を選任する権限等の重要な権限を取締役に与えないとする旨の附属定款規定は、法律と矛盾し、無効であるとした判例がある⁽⁸⁹⁾。斯くして、いずれの判例からも取締役の経営権限あるいは信認義務の行使が大いに尊重されていることが窺える。その一方で、デラウェア州の裁判所は、会社の契約における概念⁽⁹⁰⁾に依拠して、株主の権利を制限するものであっても、取締役会が採択した附属定款の規定を相当に尊重しているものと捉えられている⁽⁹¹⁾。

米国の学者が CA v. AFSCME 判決を分析するところによれば、会社の最大利益を求めるための取締役会の権限は現状のままでなければならないということが判断の根拠にあるとされ、すなわち、如何なるガバナンスの構造やプロセスが会社に対して究極的に最大の利益をもたらすかにつき、株主（の過半数）と取締役会との間で見解を異にした場合、株主の要望は取締役会の判断に委ねなければならないと裁判所は考えたのだとする⁽⁹²⁾。また、米国の実務家により、会社資金の浪費あるいは不正な目的での使用を防ぐという取締役会の経営責任が取締役の選任プロセスに関連する附属定款を採択する株主の権限に勝ったという分析も為されている⁽⁹³⁾。なお、CA

(88) Kaplan v. Block, 183 Va 327, 31 S.E. 2d 893 (1944).

(89) Bechtold v. Stillwagon, 119 Misc. 177, 195 N.Y. Supp. 66 (Sup. Ct. 1922).

(90) 会社とその役員、取締役、及び株主との間の関係（紛争解決方法を含む）は、完全に契約によって定めることができるとされる（LoPucki, *supra* note 75, at 53）。

(91) Fisch, *supra* note 61, at 373. See, ATP Tour, Inc. v. Deutscher Tennis Bund, 91 A.3d 554 (Del. 2014); Boilermakers Local 154 Ret. Fund v. Chevron Corp., 73 A.3d 934 (Del. Ch. 2013).

(92) Kesten, *supra* note 72, at 508.

(93) Frederick H. Alexander & James D. Honaker, *Power to the Franchise or the Fiduciaries?: An Analysis of the Limits on Stockholder Activist Bylaws*, 33 Del. J. Corp. L. 766-767 (2008).

v. AFSCME 判決がデラウェア州の判例法及び成文法に与えた影響については、判決後の数年間はかなり限定的であったとされ、デラウェア州法に関する基本的な特徴を裏付ける先例としてのみ裁判所は当該判決を引用してきたという。すなわち、CA v. AFSME 判決は、以下の①から④の判断を補強するために、その後の事案で引用されてきた。①デノボ・レビュー (de novo review) は、認定された法律問題に対する適切な審査基準である。②デラウェア州会社法109条(a)項に基づき附属定款の採択、変更、撤廃の権限を付与された取締役会は、デラウェア州法の下で附属定款が有効である限り附属定款を採択することができる。③株主の附属定款変更権限は、取締役会の有する当該権限とは同一ではなく、取締役会の経営権限によって制限される。④附属定款は会社と株主との間における契約を意味す⁽⁹⁴⁾。このように、後続の判例法に対する CA v. AFSCME 判決の影響は限定的であったにもかかわらず、2009年、デラウェア州議会は、取締役選任プロセスを規制するための株主提案による附属定款を明示的に承認するために、CA v. AFSCME 判決の第一の論点 (AFSCME の提案は株主の行動として適切か否かという点) に対するデラウェア州最高裁判所の判断を成文化するための法改正を行った。そして、この目的のために新設されたデラウェア州会社法113条によって、デラウェア州の会社が委任状勧誘費用の償還 (proxy expense reimbursement) に関する附属定款を採用することが許可されることになった。⁽⁹⁵⁾

CA v. AFSCME 判決を分析するならば、取締役の選任を容易にするための株主の権利よりも取締役の経営責任、すなわち、取締役が信認義務を果たすことが優先されたということであろう。あるいは、取締役選任を通

(94) Zachary N. Lupu, *Fear of Commitment: Why CA, Inc. v. AFSCME Leaves Mandatory Advancement Bylaws Undisturbed*, 80 Fordham L. Rev. 1779 (2012).

(95) *Ibid.* See, Delaware General Corporation Law § 113.

じて経営に関与することを望む株主の権利は取締役の経営権限に凌駕されたという言い方もできよう。なお、CA v. AFSCME 判決がきっかけとなり上記の法改正が為されたが、留意すべき点は、株主の負担した委任状勧誘費用の会社による償還を行わないとする判断を取締役が行うことは可能であり、その限りにおいて取締役の裁量権は留保されているということではないだろうか。

第4章 立法論の検討

第1節 定款変更権限の所在

わが国の株式会社制度は、株主が取締役を選任し（会社法329条1項）、基本的には会社経営をその取締役に委ねる仕組みである。そして、会社経営には一定の機動性を要することは言うまでもない。よって、以下のような立法論を提示する。

大綱的な内容の定款規定の変更権限については株主総会のみにも与えられるべきであるが、機動性を要する細目的な内容の定款規定、すなわち、少なくとも任意的記載事項の変更については、定款の定め又は株主総会決議による授權がある場合に限り、取締役会決議により行うことができるようにすべきである。ただし、取締役会に定款変更権限を委任した場合においても株主総会の有する当該権限は残存させるべきであり、加えて、株主総会において決定（採択）した定款規定については株主総会のみが変更又は撤廃できるものとすべきである。上場企業においても、飽くまでも株主が会社の実質的な所有者であり、株主総会の最高機関性を否定すべきではないからである。また、内規とは異なり定款は株主の同意が根幹にあるもの

(96) なお、明治32（1899）年制定の商法における株主総会は、他の機関の構成員の選任及び解任権を有し、その他の重要事項についても最終決定権を有するとされたことで、最高機関として評価され、かつ、如何なる事項

と考えられるため、取締役会によって定められた定款規定を撤廃することができる権限については、取締役会のみならず株主も当然に有していなければならないであろう。

現行法上、定款に任意的記載事項が記載されれば、そのとおりに執行することを業務執行者は義務付けられるため、任意的記載事項は業務執行者に対する委任条件であるとする見解⁽⁹⁷⁾に即して考えると、上記立法論において示した定款の定め又は株主総会決議による授權は、あたかも株主の取締役会に対する白紙委任のように捉えられよう。米国の公開会社と同様に所有と経営が分離しているわが国の上場企業の一般的な株主は経営者を信頼して白紙委任をすることさえ凡そ厭わないものと考えられる⁽⁹⁸⁾。なお、コーポレート・ガバナンス全般に関して、形式的な株主総会権限を効率的あるいは効果的に縮小し、加えて、株主に対して取締役の経営判断を含む企業情報を精緻に開示した上で、株主による実質的な経営関与を担保する仕組みの構築が図られるべきであると愚考しており、本稿において提示した（掘り起こした）立法論はそのような私見に立脚するものである。現状で

に関しても決議することができる（法定事項以外を決議した場合でも当該総会決議は取締役を拘束する）万能機関であると解されていた（前田重行『株主総会制度の研究』（有斐閣、1997年）28-29頁）が、昭和25（1950）年の商法改正における取締役会制度の導入と業務執行機関の権限拡大により、取締役会設置会社の株主総会権限（決議事項）が縮小され、株主総会の万能機関性については否定されることになった（伊藤敦司「株主総会権限および株主権に関する一考察（1）」杏林社会科学研究所28巻3号（2012年）5頁）。

(97) 鈴木編・前掲注(32) 32頁 [金子勲]。

(98) 米国の公開会社の特徴は、所有と経営が分離している点にあるとされている。すなわち、その特徴として、会社を共同で経営するための必要な資質を欠く株主が会社の経営を取締役に委ね、取締役会が業務に関する幅広い権限を持つということが挙げられる（Lupu, *supra* note 94, at 1764）が、同様のことがわが国の上場企業についても概ね当てはまるものと思われる。

は株主総会のみが有している定款変更権限を取締役会にも与えることは株主総会権限の縮小であり、その一方で、内規として定められている事項が定款において定められることにより株主の知り得る情報が増加し、その結果として、定款を通じた株主による実質的な経営関与が可能になるからである。

第2節 積極的な定款活用の効果

上記立法論は定款の積極的な活用を促す（他方、内規の便宜的な活用を抑制する）ものである。定款変更権限を取締役会に対しても認めることにより、これまでは内規として定めることが一般的であった細目的な事項を定款において記載することも機動的に行えるため、必然的に定款には細目的な事項までも記載されることになると推察されるからである。そして、積極的な定款活用の第一の効果として、株主に対する情報開示の増大が考えられる。任意的記載事項については、定款の細則たる内規によって定めなくても効力が生じるものとされる（会社法29条参照）ため、定款において定めなくても法的には何ら問題がないといえる。しかし、同じ内容の規定であるにもかかわらず、定款に記載するか、それとも内規として定めるかの違いにより、法的効果が著しく異なる場合がある。例えば、取締役会規則は取締役会内部における自主的なルールであることを以てそれを株主に対して開示する義務はないが、同じ内容が定款に記載されると、それは株主等による閲覧の対象となる（会社法31条参照）。したがって、積極的な定款活用は株主に対して多くの重要な情報を提供する効果を生むことになる。

第二の効果として、取締役の規範意識を高めることが考えられる。以下に述べるように、定款違反が会社法規定と密接に関係しているからである。定款違反は取締役解任の正当事由（会社法339条2項）⁽⁹⁹⁾となり、解任の訴

えの法定要件の一つともなる（会社法854条1項柱書）。そして、取締役が定款違反をした場合には取締役の任務を怠ったとして取締役が会社の被った損害を賠償する責任を負う（会社法423条1項）ことになり、株主が会社⁽¹⁰⁰⁾に代わって当該責任を追及する株主代表訴訟制度が認められている（会社法847条以下）。さらには、取締役が定款に違反する行為をしようとしており会社に著しい又は回復することができない損害が生じるおそれがあるときには、株主は会社のために取締役に對してその行為をやめるべきことを請求できる（会社法360条1項・3項）。かかる点に着目すると、定款規定は株主から経営を委任された取締役に對する絶対的な規範として機能するものであると考えることができ、取締役会規則等の内規では少なくとも同じレベルの機能を果たし得ないことは明瞭ではないかと思われる⁽¹⁰¹⁾。すなわち、細目的な規定が取締役会規則等の内規ではなく定款に記載されることにより、取締役の行動において更に高度な規範意識が生じ、定款違反という重大な局面を回避することが取締役の行動規範において重きをなすに相違ないであろう。

(99) 中村一彦「判批」法律のひろば36巻6号（1983年）74頁、鈴木千佳子「株主総会による取締役の解任に関する一考察」法学研究66巻1号（1993年）182頁、高橋紀夫「取締役・監査役解任の正当事由について：裁判例の分析を中心に」法學新報106巻7号（2000年）358頁、岩原紳作編『会社法コンメンタール（7）機関（1）』（商事法務，2013年）535頁〔加藤貴仁〕、弥永真生『リーガルマインド会社法〔第14版〕』（有斐閣，2015年）160頁、近藤光男「判批」岩原紳作ほか編『会社法判例百選〔第3版〕』（有斐閣，2016年）93頁。

(100) 前田庸『会社法入門〔第13版〕』（有斐閣，2018年）453頁。

(101) もっとも、取締役会規則に違反した場合の効果については、当該事項が法令・定款に定められていなければ、法令・定款違反とはならないが、取締役会規則に違反した取締役等が善管注意義務違反（会社法423条1項）の責任を問われる可能性がある⁽¹⁰¹⁾と指摘されている（東京弁護士会会社法部編・前掲注（2）456-457頁）。

第3節 株主による定款変更の内容的限界

細目的な規定が取締役会によって定められるべき性質のものであることに変わりはなく、例えば、取締役会の運営全般に関して、その詳細に至るまでを株主総会が決定することは、機動的な経営を著しく損なうことになる。そこで、上述の立法論は株主総会に定款変更権限を残存させるものであるため、権限分配の必要性のみならず機動的な経営を確保するという観点からも、株主による定款変更の限界を明瞭にしなければならないと考える。

前章において紹介した米国の学説によると、日常業務、積極的命命、特定事項の決定、経営判断に関する旨の附属定款の変更には株主は関与できないとされる。当該学説は明瞭に4種類のメルクマールを示しているが、重なり合う部分が多分に見受けられるところ、共通因数で括るような整理を試みるならば、経営判断に関する事項の決定には株主は関与できないという括り方が可能であろう。ただし、米国の学説において示された基準に対して、その境界線が不鮮明である旨の前述の批判は当を得ており、最終的には司法の判断に委ねざるを得ないケースも決して少なくはないものと考えられる。そして、米国の判例を見ると、学説と概ね同様の考え方を採用しているものと思われ、例えば、前章において詳細に紹介した *CA v. AFSCME* 判決は、取締役の裁量権限を留保する旨の文言のない（取締役が信認義務に基づく裁量権を行使できなくなるような内容の）附属定款をデラウェア州会社法に違反すると判示している。また、より近時の *Gorman v. Salamone*, 2015WL 4719681 (Del. 2015) は、株主が会社の役員を直接解任できるとする旨の附属定款への変更は無効であると判示している。当該判決では、取締役の優位性の原則（principle of director primacy）を規定したデラウェア州会社法141条(a)項に基づく取締役の経営権限を附属定款によって不当に侵害することができない旨指摘されている。この比較的

284(1362) 法と政治 70巻4号 (2020年2月)

近時の判例を含めて考えてみても、米国の裁判所は判断の基準として取締役の経営権限の保護に重きを置いていることは凡そ明瞭ではないかと思われる。

さて、わが国の会社法には、デラウェア州会社法にあるような取締役の優位性の原則を規定した条文はないものと考えられるが⁽¹⁰²⁾、株主から経営を委任された取締役の果たすべき役割に着目するならば、株主総会決議に基づき定款を変更する場合、取締役の経営判断における裁量権を奪うような内容の定款規定を設けることは許すべきではないであろう⁽¹⁰⁴⁾。そして、経営の機動性を保持するという観点からも同様に考えられよう。内規の便宜的な活用を通じて取締役の裁量が過度に重視されているという問題意識から上記立法論の検討を試みたわけであるが、取締役の経営判断に当たりその裁量を完全に奪うようなことはあってはならず、それを望む株主は少なくともわが国の上場企業には九分九厘存在しないものと推察される。定款制度は株主への情報開示を通じて株主によるガバナンスを実質的に確保することを主眼とすべきであり、株主が取締役を差し置いて経営に関与する仕組みではない（そのようにあるべきではない）と考える。すなわち、株主

(102) なお、ニューヨーク州事業会社法及びカリフォルニア州会社法においても同様の原則が規定されている（See, New York Business Corporation Law § 701; California General Corporation Law § 300 (a)）。

(103) なお、米国の会社の取締役が有する会社の経営権限（業務上の意思決定権限）は正式な（固有の）法的権限であるとされている（Robert C. Clark, *Corporate Law*, Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 105 (1986)）のに対して、わが国の会社の取締役（会）には会社の意思決定に対する固有の権限は理論上ないと考えられている（岩原編・前掲注(99) 30頁 [松井秀征]）。

(104) 所有と経営が分離した大規模な株式会社では、株主は高い見識と優れた手腕を持つ少数の専門家に経営を委ねざるを得ないとされている（小林・前掲注(5) 1頁）。

が積極的に定款変更を行うのではなく、取締役会によって決定された定款規定の内容を株主がチェックすることができ、その上で、当該定款規定を株主が変更又は撤廃できる仕組みが確立されていることが重要なのではないだろうか。なお、わが国の会社法において取締役の優位性の原則が定められていない以上、取締役会決議によって取締役の経営判断における裁量権を奪うような内容の定款規定を設けることは自らの権限を放棄するに等しいため論理的には可能であるが、實際上、取締役が自らの経営裁量を奪うような内容の定款規定を設けることは極めて想像し難い。もっとも、仮にそのような規定が設けられた場合には、取締役の優位性の原則が定められていないわが国の会社法の下では、それを撤廃するか、あるいは存続させるかの判断は株主に委ねられざるを得ないだろう。よって、株主による定款変更の内容的限界を検討することで事足りるものと考えられる。

終章 結びに代えて

本稿では、定款変更権限を取締役会に対しても付与するという米国のBy-law 制度を参考にした立法論に光を当てた。もっとも、米国とわが国の法制度には看過できない重要な差異が見られる。それは、現在の米国の会社法には強制的な規定はほとんど存在しないとされる⁽¹⁰⁵⁾のに対して、わが国の会社法（多くの規定）は強行法規であると従来から捉えられている⁽¹⁰⁶⁾

(105) LoPucki, *supra* note 75, at 54.

(106) 田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」同『商法学：一般理論』（春秋社，1954年）236頁（初出：法学協会雑誌43巻7号（1925年））、石井照久＝鴻常夫『会社法（1）』（勁草書房，1977年）79頁、窪田宏『会社法（上）〔全訂3版〕』（晃洋書房，1992年）3頁、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第3版〕』（有斐閣，1994年）34頁、森本・前掲注（18）43-44頁、坂井・前掲注（18）19頁、龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』（有斐閣，2017年）29頁。

点である。この点に着目すると、米国では、定款（特に附属定款）の果たし得る役割、すなわち定款自治の認められる範囲が相当に大きい⁽¹⁰⁷⁾ため、定款変更⁽¹⁰⁷⁾に機動性を要求する必要性が高いといえるが、わが国では、その必要性は相対的に低いことが窺われる。しかしながら、近年のわが国では、法改正による定款自治の範囲の拡大の流れが顕著に現れてきているため、今後のわが国の会社法改正において、この流れが継続する限り、米国のように定款変更権限を取締役会に対しても付与することの意義は十分に見出されるものと推察される。ただし、かかる立法論では細目の事項についての定款変更権限の所在が株主総会と取締役会において重複するため、両者の権限分配の必要性の観点から、定款変更を利用した株主の経営関与の範囲について一定の制限を加えるべきではないかという問題についても検討したところ、株主総会決議に基づき定款を変更する場合、経営を取締役に対して委任した株主の意思等に鑑みて、取締役の経営判断における裁量権を奪うような内容の定款規定を設けることは許されないと愚考するに至った。

法律上、株主（総会）が有している権限であっても、その権限が形骸化している例は少なくないものと思われる。定款変更権限もその例の一つとして数えられるのではないか。そこで、形骸化している株主の定款変更権限を取締役会にも与えることによって株主による定款変更を通じた会社に対するガバナンスを実質的に確保する方策として、米国の By-law 制度に着目し、そのエッセンスを日本の定款制度に導入できないかの検討を試みたのが本稿である。今後も、株主の意見を議決権行使を通じて如何にして会社経営に及ぼし得るかという観点からコーポレート・ガバナンスの在り方を探究していきたいと考えている。

(107) 平成13（2001）年商法改正、平成14（2002）年商法改正、及び平成17（2005）年制定の会社法の内容を参照されたい。

Adequate Decision-Making Bodies to Amend the Articles
of Incorporation of Stock Company:
With Reference to the By-law System in the United States

Kazuki FUJITA

In general, only the basic contents are stipulated in the articles of incorporation of Japanese companies. Many of the details are defined by internal regulations. Such internal regulations may be determined by the board of directors. Also, some internal regulations are not disclosed to shareholders. Therefore, the control of stockholders does not reach for internal regulations. In this situation, it is impossible to avoid losing substance of the authority to amend the articles of incorporation that shareholders have. However, there is a rational reason for the active use of internal regulations that can be established by resolution of the board of directors. The reason is that it contributes to agile company management.

First, this paper presents a legislative theory that gives the board the authority to amend the articles of incorporation. The legislative theory uses the by-law system in the United States as a reference. If the board of directors has the authority to amend the articles of incorporation, it is possible to amend the articles of incorporation quickly. As a result, the significance of actively using internal regulations is diminished. The authority to amend the articles of incorporation remains at the general meeting of shareholders, so if the board of directors sets inappropriate provisions of the articles of incorporation, shareholders can amend or repeal it. Consequently, the legislative theory in this paper can be a measure to ensure that shareholders effectively control the company through amendments to the articles of incorporation.

Second, this paper examines the extent of involvement of shareholders in company management based on the authority to amend the articles of incorporation. It also researches the theories and precedents in the United States in order to obtain suggestions. According to the presented legislative theory,

both the general meeting of shareholders and the board of directors are authorized to amend the articles of incorporation. Then, the articles of incorporation system itself may fail unless the distribution of authority between the two is clarified. As a result of the study, this paper shows a certain conclusion that it will not be allowed to establish provisions of the articles of incorporation that deprive directors of discretion in management decisions if the general meeting of shareholders amends the articles of incorporation.