

判例研究

- 一、株式会社が定款で株主総会における議決権行使の代理人の資格を株主に限定している場合と、株主である地方公共団体、株式会社の職員、従業員による議決権の代理行使
- 二、株主総会決議取消の訴えにおいて商法二四八条一項所定の期間経過後に新たな取消事由を追加主張することの可否

中 村 一 彦

最高裁昭和五一年二月二十四日第二小法廷判決 (昭和四八年(オ)第七九四号、) 民集三〇卷一一号一〇七六頁

〔参照条文〕

一について商法二三九条三項、二について商法二四七条・二四八条一項

〔事 実〕

Y会社（被告・被控訴人・被上告人）は、資本金七、五〇〇万円、発行済株式総数一五〇万株、一株の金額五〇円で、港湾運送事業および通運事業を主たる目的とする株式会社である。

X（原告・控訴人・上告人）はY会社の株式二万六六七五株を有する株主である。

ところで、Y会社では、昭和四三年五月二四日、定時株主総会が開催され、定款の変更（株式譲渡の制限）、計算書類の承認および監査役改選の決議がなされた。

しかし、右総会の招集手続および決議の方法には、次のような法令もしくは定款に違反し、または著しく不公正な点があると見て、Xは決議の取消を求めた。

(1) 訴外AはY会社の主たる創設者として、昭和一七年八月会社設立当時取締役副社長であり、昭和三年四月以降昭和四二年一月二〇日死亡退職するまで代表取締役社長であった。そして、Aは都合により、後記訴外人七名の名義を借用し、合計三万一、〇〇〇株のY会社の株式を所有していた。それは、B名義で一万株、C名義で九、〇〇〇株、D名義で一、五〇〇株、E名義で一、五〇〇株、F名義で四、五〇〇株、G名義で三、〇〇〇株、H名義で、一五〇〇株、計三万一、〇〇〇株であって、右株式の取得代金は全部訴外Aが支出、株券および株主名簿登録印はAが保管していた。したがって、右株式はAの死亡により、同人の相続人たる妻A'、長女B、長男X（原告）、次女F、三女I、四男Jの共有となった。

しかるに、Y会社は右三万一、〇〇〇株が右相続人らに帰属することを知らず、同人らの正当な議決権行使を妨害すると同時に、Y会社の意図にそう議決権の行使を確保することを企図し、右相続人らに対し総会招集手続をなさず、かつ相続人らのうちB、F両名に不当な圧迫を加えてその自由意思を拘束し、右相続人らが議決権を行使すべき者一名を定める協議をする機会を奪い、株主名簿閉鎖期間中、右総会開催前に、前記訴外人七名をして株主名簿登録の住所の変更と株主名簿登録印の改印を届出させ、かつ本件定時株主総会における議決権についても、B、D、E三名はK（代表取締役）に、C、F、G、H四名はL（常務取締役）に対する各委任状を取付け、これにより右総会において自己の意図どおりの議決権の行使を得て、その目的を達

した。ここには甚だしい不公正がある。

右三万一、〇〇〇株は、Aの所有株として処理してきた取扱いに従い、同人の死亡により相続人の共有に属するものとして処理すべきであった。

株式相続の場合は、株式譲渡の場合と別個の考慮を必要とし、株主死亡の事実および相続人の氏名、住所が明白な場合は、特段の事情がない限り、会社は株主名簿の書換ができていない場合でも、その相続人を株主と認めるべきである。

(2) 訴外Aは、前記三万一、〇〇〇株の外にも、同人名義一〇万三、七七三株、M名義で一万六、〇〇〇株、N名義で一万五、〇〇〇株、O名義で七、五〇〇株、計一四万二、二七三株を所有し、右訴外人三名名義の株式は名義を借りたものにすぎないから、右株式全部もまた前記実の相続人らの共有に属する。しかるにY会社は右株式一四万二、二七三株についても議決権行使を妨害することを企画し、右相続人らに対し前記総会の招集手続をなさず、かつ右相続人らのうち、B、F兩名に不当な圧迫を加えてその自由意思を拘束し、他の共有者四名が右兩名と議決権を行使すべき者一名を定める協議をする機会を奪い、前記総会における議決権行使を不能にしたもので違法である。

(3) 前記総会において、株主新潟県(株数三〇万株)はPに、株主直江津市(株数一五万株)はQに、株主日本通運株式会社(株数二万九、〇〇〇株)はRに委任状を交付し、右受任者三名は総会に出席し、それぞれ右株式について議決権を行使した。しかし、Y会社の定款二一条には「株主又はその法定代理人は他の出席株主を代理人として其の議決権を行使する事が出来る。」と規定され、株主以外の者を受任者として議決権を行使することは出来ない。ところが、前記受任者三名はY会社の株主でないから、定款に違反している。

もつとも、特段の理由の存する場合、右定款の規定にかかわらず、非株主が受任者として株主権を行使することを認める場合もあるが、その場合は、少なくとも総会に出席した株主の意見を聞くべきである。役員において専断的に処理したのは不当である。

(4) もし、新潟県、直江津市、日本通運株式会社の各所有株式について株主でない受任者らの株主権行使が許されるならば、S名義の株式一、六八〇株を相続により取得したS'の不在者財産管理人Tの代理議決権行使も同様に許されるべきであるのに、Y会社は出席株主にもはからず定款第二一条を理由として専断的にTの代理議決権行使を認めなかったのは違法である。

これらのうち、(4)については取消の訴提起期間経過後に追加主張されたものである。

これに対して、Y会社の主張はおよそ次のとおりである。

(1) Y会社としては、従来株主名簿に株主として登録されてきた者をもって一応株主と取扱うべきが当然であって、もし真実Aの所有株で何かの都合上他人の名義を借りて株主名簿登録を受けていたものならば、Aの相続人らにて株主名簿の正当書換手続を了しない限り、Xらはその所有株なることをY会社に対抗しえない。

また、かりにXの主張するとおり、Aの相続人X外五名の共有株となったとしても、商法第二〇三条二項の規定により共有株主全員で株主の権利を行使すべき者一名を定めなければ議決権の行使ができないものであるが、Xらにはそのことがなかった。

(2) 定款二一条の規定は無効である。

また右定款規定は、会社に関係ない、いわゆる総会荒し屋などが代理人として出席し、議事妨害をなすが如きことを防止せんとする消極的意味しかない。本件の株主新潟県、直江津市、日本通運株式会社のように、その法定代理人たる県知事、市長、社長が職務上の多忙や遠隔地の總會のため自ら出席できない場合などに、日常その業務を補佐もしくは代行している部下職員などを代理出席させるのが最も適切な方法であって、同人が株主でないからといって議決権の代理行使を禁止する趣旨ではない。

また右規定は、当該株主總會において株主が自社株主でない者を代理人として出席させ議決権行使をなすことに異議のない場合までもこれを禁止する趣旨ではない。

さらに、新潟県、直江津市が委任した代理人は、それぞれ県および市の吏員であって、いずれも地方自治法一五三条の規定により、知事および市長がその権限に属する事務の一部を委任し、それぞれ臨時に県または市の株主議決権を代理行使させたもの

であるから、Y会社の定款に拘らず適法なものであり、同法一五三条によれば、地方自治体の長が公法上たると私法上たるとを問わず、その職務とされている事務につき任意代理させる場合には、当然自治体の吏員に代理させるべきで、当該吏員以外の者に代理させることはできないと解せられる。

(3) Xの主張するTの代理議決権行使に関する主張は、決議取消の事由を新たに追加主張するものと解されるが、右は明らかに商法二四八条一項に定められた總會決議取消の訴の提起期間経過後になされたもので、右期間経過後においては新たな取消事由を追加主張することはできない。

これに対し、第一審(新潟地判高田支部昭和四六・九・二三)は、Xの請求を棄却した。その理由は次のとおりである。

(1) 訴外Bら七名名義の株式三万一、〇〇〇株がX主張のとおり、実質上Aの所有であったとしても、該事実および右株式がXの主張する相続人らの共有になったことをY会社が知悉していること、並びにY会社が策謀し、右相続人らが共有株の権利を行使すべき者一名を定める協議を妨げたとの事実を認められない。従って、右株式はX主張のとおり共有に属するとしても、その旨株主名簿の書換手続を了し、これにつき議決権を行使すべき者一名を届出ない以上、Y会社に対抗できない。

(2) 定款に定める議決権代理行使の制限は、この程度ではまだ不当に株主権の行使に制限を加えるものとは考えられないから、一般的には右定款の定めは有効と解するのが相当である。しかし、かかる規定の設けられる趣旨は、株主總會の運営が株主以外の第三者によって攪乱、阻害されることを防止しようとするところにあるから、非株主による議決権の代理行使を認めても、右定款の趣旨に反せず何ら支障がないことが明らかであり、却ってこれを認めないことが当該株主の議決権行使の機会を事実上奪うに等しく、不当な結果となるような特別の事情がある場合には、当該株主の非株主による議決権の代理行使を拒否し得ないものと解するのが相当である。

地方自治体の吏員は、地方自治法一五三条に基づき各地方自治体の長の権限に属する事務の一部を委任され、会社従業員も会社のため代表者の職務を代行すべく委任されたのであるから、これらの者による議決権の代理行使を認めても右定款の趣旨に反

するところはない。

(3) Tの議決権の代理行使を認めないのは不当であるとのXの主張は、商法二四八条一項の訴提起期間経過後になされたものであるが、右期間は決議の瑕疵の主張そのものを制限したものとみるべきで、右期間経過後に新たな取消原因を追加するのは許されない。

Xは控訴したが、第二審（東京高判昭和四八・四・二五）も、第一審と同様の理由で控訴棄却した。ただ、次のとおり、若干の理由が附加されている。

(1) 新潟県等の議決権代理行使については、各使用人は、官庁あるいは会社という組織体の一員として上命下服の規制を受け、上級者（窮極においては代表者その他執行機関）の意図にいさかも背くことができないようになっていて、これは個人対個人における事務委任に基づく代理関係などとは著しくその実態を異にし、これらの職員が出席することは右団体の代表者が出席することと同視して差し支えない程のものである。

(2) 総会に出席しようとしたTは出席資格を証する委任状の提示を求められて、そんな面倒なことならば出席しないと言ってそのまま帰ったことが認められ、これらの事実からすれば、Tの議決権の行使が右総会の決議に影響が及んだとは考えられない。

そこでXは更に上告した。上告理由は、概ね、第一審・第二審における主張の繰り返しである。上告棄却。

〔判決理由〕

(一) 原審が適法に確定したところによれば、Y会社の定款には「株主又はその法定代理人は、他の出席株主を代理人としてその議決権を行使することができる。」旨の規定があり、Y会社の本件株主総会において、株主である新潟県、直江津市、日本通運株式会社がその職員又は従業員に議決権を代理行使させたが、これらの使用人は、地方公共団体又は会社という組織のなかの一員として上司の命令に服する義務を負い、議決権の代理行使に当って法人である右株主の代表者の意図に反するような行動をすることはできないようになっていっているというのである。このように、株式会社が定款をもって株主総会における議決権行使の代理人

の資格を当該会社の株主に限る旨定めた場合において、当該会社の株主である県、市、株式会社がその職員又は従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させても、原審認定のような事実関係の下においては、右定款の規定に反しないと解するのが相当である。けだし、右のような定款の規定は、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出たものであり、株主である県、市、株式会社がその職員又は従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させても、特段の事情のない限り、株主総会が攪乱され、会社の利益が害されるおそれなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば、株主としての意見を株主総会の決議の上に十分に反映することができず、事実上議決権行使の機会を奪うに等しく、不当な結果をもたらすからである。

(イ) 株主総会決議取消しの訴えを提起した後、商法二四八条一項所定の期間経過後に新たな取消事由を追加主張することは許されないと解するのが相当である。けだし、取消しを求められた決議は、たとえ瑕疵があるとしても、取り消されるまでは一応有効のものとして取り扱われ、会社の業務は右決議を基礎に執行されるのであって、その意味で、右規定は、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるためその取消しの訴えを提起することができる期間を決議の日から三カ月と制限するものであり、また、新たな取消事由の追加主張を時機に遅れない限り無制限に許すとすれば、会社は当該決議が取り消されるのか否かについて予測を立てることが困難となり、決議の執行が不安定になるといわざるを得ないのであって、そのため、瑕疵のある決議の効力を早期に明確にさせるという右規定の趣旨は没却されてしまうことを考えると、右所定の期間は、決議の瑕疵の主張を制限したものと解すべきであるからである。

【参考評釈】

本判決については、五十音順に述べると、河内隆史氏（法学新報八四巻七・八・九号）、木下誠一・森信静治・井原紀昭各氏（企業法研究二六七）、竹内昭夫氏（法学協会雑誌九五巻七号一五四頁以下）、田村諱之輔氏（代行者ポート四一三〇頁以下）、菱田政宏氏（ジュリスト六四二号「五一年度」、平尾賢三郎氏（金融・商事判例）五二四号二頁以下）、星川長七氏（法律のひろば三〇巻六号七一頁以下）の各評釈がある。

一、河内評釈——判決理由(一)については結論は正当であるが、理論づけには問題がある。無効説が正当である。要約すると次のとおりである。(1)判旨は株主の議決権行使の機会の確保よりも、総会攪乱の防止を優先させているが、総会攪乱の危険性の有無は実質的には会社が判断するので、株主の議決権行使の機会を不当に奪う危険がある。(2)代理人資格を株主に限る定款規定は、非株主による総会攪乱の防止策として実効性がなく、むしろ、定款による制限は株主總會を形骸化し、経営者支配の手段とすらなる。判決理由(二)については、賛成。商法二四八条は攻撃防禦方法提出期間を制限したものである。

二、木下ほか評釈——判決理由(一)については賛成。要約すると次のとおりである。(1)本判決は、職務代行であることから、ただちに非株主による代理行使を是認したものではなく、あくまで株主總會の攪乱の恐れの有無にその理由を求めている。(2)個人株主による非株主への代理権授与による議決権行使を、将来判例が肯定するとみるべきかについては、これを否定する理由はない。(3)本判決は学説では、合理的解釈説の言うところと帰一する。判決理由(二)については概ね賛成。基本的には、否定説をとる、訴訟遅延、濫訴の恐れが少いと考えられる前の主張と実質的同一性あるとき、または釈明の範囲内であれば、例外的に三ヶ月経過後も主張を許すべきである。

三、竹内評釈——判決理由(一)について賛成。要約すると次のとおりである。(1)多数説のいうとおり、この程度の制限は、議決権行使についての不合理な制限とはいえないのであって、定款による自治の範囲内にあると解する。(2)立法論としては、このような定款の規定を許すべきか否かを再検討する必要がある。判決理由(二)についても賛成。(1)決議取消訴訟の特殊性に鑑み、従来の多数説および本件判旨のように解するのが妥当である。(2)ただし、否定説をとる以上、訴訟手続の上でも、訴状または準備書面の記載方法をかなり厳格にしぼる必要があるうし、他方、その補完ないし釈明の許される範囲についても合理的な制限を加える必要がある。

四、田村評釈——判決理由(一)について概ね賛成。要約すると次のとおりである。(1)本件判旨は、昭和四三年の最高裁判例と矛盾するものではない。(2)本件では、定款の規定に反しないという理由を、(1)本件の議決権代理行使は会社荒らしのような弊害をも

たらず場合ではないこと、(四)議決権の代理行使を認めないとかえって不当な結果をもたらすという一点に求めているが(四)の要件は不要である。判決理由(三)については賛成。(1)決議取消の訴提起期間三ヶ月は短かいとは言えない。(2)三ヶ月内に訴を提起して、あとでゆつくり理由を考えることになっても困る。

五、菱田評釈——判決理由(一)について反対。要約すると次のとおりである。(1)代理人資格を株主に制限する規定の問題は、本来代理人と会社との関係が問題なのであって、定款規定適用の可否を本件のように代理人と株主の内部関係から検討するとすれば、定款規定の存在の必要性は、ほとんどなくなる。(2)株式譲渡の自由な会社において、議決権行使の代理人資格を株主に限ることは、所期の目的には、ほとんど実効性のない方策であり、法律的に見て、合理的な制限と解することは困難である。(3)これに対し、定款で株式の譲渡制限を定めている会社では株主以外の者を総会に参加させないことには意味がある。判決理由(二)については評釈を省略している。

六、平尾評釈——判決理由(一)については、結論に賛成。理論構成に反対で、無効説を妥当とする。要約すると次のとおりである。(1)使用人に議決権の代理行使を認めるか否かは、その時の服従性いかんにかかっているとすれば、定款でどのような規定しようとの関係ないことになるのではないか。(2)具体的事情を考慮して、代理人が使用人など非株主でもよいとすれば、会社はもはや自ら定めた定款を破ることになる。(3)経営者の票集めに役立つような考え方はできる限り避けるべきである。(4)総会荒しを防ぐには他の方法によるべきである。判決理由(二)については賛成。行政事件においては、国民の権利保護という公共的性格から、取消事由の追加が認められるが、会社法では、許されない。

七、星川評釈——判決理由(一)については、結論に賛成であるが、理論構成には反対。無効説が妥当。要約すると次のとおりである。(1)最近の荒れた総会の事例は、株主によるものが多く、代理人資格を株主に限定することには、何ら合理的理由はない。(2)株式が広範囲に分散した会社では、株主間は相互に未知の関係にあり、代理人資格を株主に限定すると株主は結局議決権行使ができなくなる。(3)閉鎖会社においても、株主は他の株主中から信頼しうる代理人を選任することは困難である。判決理由(二)につ

いては賛成。訴の提起期間（三ヶ月）は短かいとは言えないし、訴の提起期間の制限は、成立手続に瑕疵ある決議の効力を早期に安定せしめるためである。

〔考 察〕

本件では、Y会社の主たる創立者である訴外Aの死亡により、その相続にからむ株式が株主総会において賛成株式数に算入させ、この点の違法性がXによって主張されているが、一・二審で認められず、最高裁でも簡単にしりぞけられている。この問題については、判決理由に賛成であり、詳細な検討は省略する。

一、議決権行使の代理人資格を制限する定款規定の効力

(一) 本件の特色は、株主である地方公共団体および大会社がその職員ないし従業員を代理人として株主総会に出席させた上、議決権を行使させたところにある。そして、本判決の特色は、定款規定を原則として有効としながら、例外的に定款規定に反しない場合を認めたことである。すなわち、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力に関する初めての最高裁判例である昭和四三年一月一日の判例（民集三巻一二号二四〇三頁）が、右定款規定を画一的に有効と解したのに対し、本判決は初めてこれを弾力的に解したのである。

昭和四三年の最高裁判決と本判決との理論構成上の関係をどう見るかという問題がある。両者の間で、定款規定の適用範囲をめぐる差異を生ずるが、両者とも定款規定そのものは有効と解するから、その基本的立場における対立・矛盾は存在しないと考えられる（同旨・田村解。釈・河内解釈。）

(二) ところで、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力については、次のように学説が分れている。

(1) 有効説

(4) 画一的取扱説

従来の多数説である(石井・会社法上二四五頁、大隅・全訂会社法論中二八頁、)。この説は、代理人資格を株主に限定する定款規定は、株主総会が株主以外の第三者により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で、合理的な理由による相当程度の制限であるという理由で、右定款規定を画一的に有効と解する。しかし、最近はこの述べる相対的有効説によって、次第に代替されつつある。

(5) 弾力的取扱説

この説は、右定款規定を一般には有効であると解しながら、非株主を代理人として認めないことが不適當である場合には、何らかの論理によって、これを救済しようとする説である。この説は、さらに次の三説に分けられる。

(A) 代理人資格の制限の効力は、その制限を定めることについて合理的な理由があるか否か(たとえば第三者による総会荒しの予防)またその制限が株主の議決権代理行使の機会を事実上奪うにひとしい結果にならないか否かなどを考慮して、各個の事例に即して具体的に決すべきであり、その意味で、代理人資格制限の定款規定は原則として有効と解する説(いわゆる合理的解釈説)がある(大森「議決権」株式会社法講座三卷九二〇頁、長瀬弘毅・判批・ジュリスト四一八号一二頁、赤堀光子「議決権行使の代理資格の制限と株主権行使許可の仮処分」会社判例百選二二頁、木下ほか評釈、田村評釈、同旨の判例として、大阪高判昭和四一・八・八下級民集一七卷七・八合併号六四七頁がある)。

(B) いわゆる「代行」理論によって、代理人資格を株主に限定する定款規定を有する会社の株主である会社が、株主でないその使用人に議決権を行使させることを認める説(いわゆる代行理論)がある(高橋勝好「投信受託者の議決権行使と代理人」商事法務四二六号一九九頁、同旨の判例として、東京地判昭和四〇・三・二六下級民集一六卷三二四四五頁がある)。

(C) 代理人資格制限の定款規定の趣旨を、会社は非株主たる代理人を拒否することができるという趣旨に解する説がある(鈴木「ある商事判例の研究」上智。法学一三卷二・三合併号五三頁)。

(2) 無 効 説

代理人資格を株主に限定する定款規定を常に無効と解する。したがって画一的無効説と言ってもよい(「竹田」株主の
 法学会雑誌七巻九号三頁、田中(誠)・全訂会社法評論上四二〇頁、西山忠範・判批・判例評論八四号二八頁、藤井俊雄・判批・企業法研究一二三輯三七頁、清水新「議
 決権行使の代理人」法学研究二九巻一二号二四頁、拙稿「議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定の効力についての再論」法政理論六巻一三三頁以下、河内
 評釈、平尾評。
 評釈、星川評釈。

(3) 折 衷 説

代理人資格を株主に限定する旨の定款規定は、株式譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定款規定をもつ会社
 にあっては有効であるが、その他の会社においては無効であると解する説である(「菱田評釈、なお菱田」議決権行使の代理人資格
 この説は有効説と無効説との折衷である。この説も、さらに分ければ、いわゆる閉鎖会社の定款規定について、画
 一的取扱説を採るか、弾力的取扱説を採るかの問題が生ずるであろう(菱田評釈は画一的取扱説を採るようであ
 る)。

本判決は、右に述べた学説のうち、どの説に立つものであろうか。この点を検討する必要がある。まず、有効説
 のうち弾力的取扱をする代行理論を採ったものかどうか。代行理論については下級審の先例がある。すなわち、株
 主である会社の商業使用人がその会社のため株主総会に出席して議決権の行使をするのは、特段の事情がない限
 り、会社内部における指揮命令系統にしたがって行われる職務の執行にほかならず、かかる場合は、たとえ代理の
 形式をとっていても、実質的には会社代表者の職務の一部の「代行」ともいべきもので、定款の規定が有効なも
 のとしても、この規定の趣旨に反しないとした判例がある(東京地判昭和四〇・三・一六(下級民集一六巻三三・四五頁))。そして、本件原審が、議決権を
 行使した使用人は官庁・会社という組織体の一員として上命下服の規制を受け、上級者の意図に背くことができな
 いようになっており、これらの職員が出席することはその団体の代表者が出席することと同視して差し支えない、

としているのは、この東京地裁の判決の影響を受けたものと思われる（なお、本件第一審は合理的解釈説と代行理論を併用したものと思われる）。

しかし、右東京地裁の代行理論には、批判が強かった。すなわち、第一に代理と代行との区別の標準が判決のみならず、一般的にも必ずしも明らかでないことである。一般に代行は代理よりはやや広い概念で、法律行為のみならず、事実行為を代って行なう意味を含んでいるといわれるが、法文上はさほど厳密な区別はなく、たとえば国家公務員法一条三項は「代行」の語を用いているのに対し、ほぼ同様な場合について、地方自治法一五二条一項前段は「代理」の語を用いている。第二に、「特別の事情」（A会社がBに何らの指示を与えず、賛否につきBに一任しているような場合には、定款の趣旨に反する場合もありうることを認める趣旨であらう）の有無の判断につき、実際上は、かえって無用の紛争をひき起すおそれがある。第三に、株主が法人の場合のみでなく、個人商人さらには商人でない単なる個人株主についても、代行理論を適用することが可能であり、そうすれば、むしろ、無効説に立つて、定款規定を否定する方が率直簡明かつ妥当ということにもなる（拙稿・判批・法政理論三、卷一、一三五頁以下参照）。

そこで、本判決は代行理論を採らず、有効説のうち弾力的取扱をする合理的解釈説と同一の見地をとったものと思われる（同旨・田村新説、（同旨・田村新説、すなわち、本件の議決権代理行使が定款の規定に反しないという理由を、代行理論にただちに求めることなく、あくまで、①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出たことと、②議決権の代理行使を認めないとかえって不当な結果をもたらすという、二点に求めているのである。））。

(三) さて、本判決の内容では、次の諸点が問題となる。

(1) 総会荒しの防止の問題

判旨はY会社の定款の規定は、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する趣旨であると判示し、この点はほとんどの有効説が主張するところである。

もちろん、株主でない第三者が総会に出席した場合、総会荒しをする可能性はありうる。しかし、一株の株主でも総会に出席できるのであるから、たとえ定款で代理人資格を株主に限定しても、あまり意味がない。現実の総会荒しは、むしろ、総会屋や一株運動家など正規の株主であることが多いといわれている（河内評釈）。

また代理人の資格を株主でなくともよいとすることは、第三者によって議決権代理行使の濫用の危険がありうることは、そのとおりであるが、それと代理人の資格を株主に限定することの有効性とは別問題であろう。むしろ代理の法律的性質から考えるならば、株主が代理人に自己の議決権の行使を委任する場合、株主は自己の株主としての利益に従って代理人を選任し、代理人も株主のためにその任務を遂行すべきものである。したがって、代理人がその会社の株主であるかそれとも第三者であるかによって、また代理人が法人株主の使用人であるか、それとも個人株主の使用人であるか、などによって、その議決権行使に差異の生ずべき理由はない（同旨・菱田評釈）

会社荒しは別途規制するほかにないであろう。たとえば、総会における議事妨害に対しては、議長の権限として、現実とその阻止のための諸手段（たとえば退場命令を出すこと）が可能であるし、また法的には権利濫用の理論をもって対処することができるであろう。さらに、商法上「会社荒し」などに関する贈収賄罪（商四九四条）の規定があるほか、場合によっては、刑法上の暴行（刑二〇八条）、脅迫（刑三三三条）、強要（刑三三三条）、威力による業務妨害（刑三三四条）、恐喝（刑三九条）などの犯罪や暴力行為等処罰に関する法律の集团的・常習的暴行、脅迫（同法一条）、集团的・常習的面会強請、強談威迫（同法二条）の犯罪を構成することがあろう。

- (2) 事実上議決権行使の機会を奪うに等しく、不当な結果をもたらすこと

判旨は、株主の議決権代理行使の機会を事実上奪うにひとしい結果にならないかぎり、代理人資格を株主に限定する定款規定は有効と解しているが、このことは、場合によっては例外的に定款が無効となることもありうるということを認めているわけである。そして、正に本件の事例がこれに該当するというわけであるが、極端な場合、たとえば前掲昭和四三年の最高裁判決における上告理由第三点の三の主張のように、「株主が二派に分れ意見の対立を生じた場合、そして若し一方の派が員数のみ多数であって、他方の派が唯一人であり、しかもその者が病気であつたと仮定すればどうなるであろう。当然多数派全員はこぞって反対派の右の者の議決権代理行使の受任を拒絶するであろう。そうなれば一人派の者は誰れによつても議決権の代理行使をすることはできず、簡単に議決権は奪われてしまうのである。たとえその一人が九九%までの大株主であっても、又このような場合にこそ議決権行使の保障を確保しなければならないにも拘らず。……云々」の場合を持ち出すまでもなく、要するに、株主が自ら議決権の行使ができず、代理人として信頼できる株主も存在しない場合、株主の権利保護の趣旨を一貫させれば、右定款規定の制限は骨抜きとなり、無意味にならざるをえない。

(3) 会社の保護か、株主の保護か

そこで、判旨が会社の保護と株主の保護をいづれを優先して考えているかを検討しなければならない。非株主による代理行使が必要な場合でも、総会攪乱の危険性の有する場合はありうるからである (兼田・会社判例百選〔新〕
版一〇五頁、河内詳釈)。

判旨は、右のような定款規定は、「株主総会が株主以外の第三者によつ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出たものであり……株主総会が攪乱され会社の利益が害されるおそれがなく、かえって、右のような職員又は従業員による議決権の代理行使を認めないとすれば……事実上議決権行使の機会を奪うに等しく……云々」と表現し、形式上は①第三者による総会荒しの防止と、②株主の議決権行使の機会を奪わないことの二点を要

件としている（同旨・田中誠二・河内解）。しかし、実質的に、二要件が対立矛盾した場合には、①の要件を優先させて考えていると思われる（同旨・河内解）。思うに、会社の利益と株主の利益保護との調和について、株主の議決権の行使を絶対的に制限することは不当であるが、会社の利益保護という高次の要請を満たすためには、株主の利益を若干制限することはやむをえないという趣旨であらう。

学説では、代理人資格を制限する規定は会社荒しの場合にのみ意味があるとする見解に立ち、本件判旨の理論構成における二つの要件のうち、①の要件のみ考慮すればよいとの説もある（田中誠二）。しかし、右定款規定は、むしろ「総会荒しの防止」とか「会社の保護」を口実にして、会社の経営者側の株主か否か不明な者の代理行使を排除して、会社の経営者の独裁的地位を強化することに役立っていることを直視すべきであらう（同旨・河内解）。

(4) 具体的事情の判断の問題

本判判旨によれば、第三者による議決権代理行使は、定款の規定それ自体だけでは有効とも無効とも決定しえず、それ以外に具体的事情を判断の上、はじめて有効か、無効かが決せられることになる。

しかし、総会荒しの危険があるか否か、株主の議決権行使の機会を奪うことにならないかどうかを、誰がどのような基準で判断するのか。争いがある場合、誰がいかにしてそれを立証するのか（株主側は立証責任があるとなすのは河内解、三巻一四五頁）。総会開会直前の短い時間内に、会場の入口で、それを証明するのは容易ではない。

会社（経営者）が総会荒しの危険があるか否かを判断することになっても、正確な判断はきわめて困難であらう。たとえばある特定の非株主に総会荒しの前歴があるとしても、今回もまた必ず実行するとは限らないのである。また、法人株主が非株主たるその使用人に議決権を行使させる場合、その使用人による総会荒しの懸念は絶無とはいえないのである。

そして、会場へきた非株主の態度如何によつて、会社（経営者）が恣意的に非株主を代理人と認めたり、または認めなかったりすれば（会社が実質上拒否の選択権を持つことになれば）株主の議決権行使の機会を不当に奪う危険が生じる。現に本件では、新潟県、直江津市、日本通運などには、非株主による代理行使を認めながら、S名義の株式を相続により取得したS'の不在者財産管理人T（非株主）の代理議決権行使を拒否したとのことである。

（四）結局、判旨は画一的取扱説の欠点（画一的取扱いのため、具体的妥当性を欠くこと）を改善しようと試みて、新たに次のような欠点を持つに至っている。すなわち、定款規定の性格が一般的・画一的制限のものであるのに、これを極めて特殊な場合に、各個の事例に即して具体的に適用するため、①定款規定の拘束力がある場合となつて、これを極めて特殊な場合に、各個の事例に即して具体的に適用するため、①定款規定の拘束力がある場合となつて、これが、逆に会社経営者の有利になること、②そのためかえて株主の利益を不当に害する結果を生ずることである。したがって、本判決の結論には賛成であるが、その理論構成には反対である。筆者は画一的無効説が妥当と考えている。

なお、画一的無効説の根拠、ならびに有効説、折衷説などに対する批判は別の機会に述べているので（拙稿・前掲・（一考以下）、ここでは省略する。）
（拙稿・前掲・（一考以下）、ここでは省略する。）

二、商法二四八条一項所定の期間経過後の新たな取消事由の追加主張の可否

決議取消の訴の提起期間（（商二四八））内にある事由で取消の訴を提起しておいて、その期間後に別の理由を追加主張できるか否かの問題について、従来、学説と下級審判例は分れていたが、本件判旨は否定説（多数説および多数判例）を採用することを明確に打ち出した点に特色がある。これにより、裁判上は一応の決着がつけられたものとして注目される。

否定説（石井・株主総会の研究三三頁、松田・会社法概論一九七頁、田中（誠）・全訂会社法詳論上四六五頁、西原ほか・株主総会（「ジュリスト選書」二二五頁以下）における鈴木・大森発言、今井・注釈会社法（四）四頁、佐藤・判批・商事判例研究昭和二八年度四〇事件一九七頁、鴻「会社法上の訴に関する一考察」載判決の附問題下四九〇頁以下、新堂・判批・会社判例百選（新版）一一四頁、小山（株主総会の決議を争う訴訟の訴訟物について）鈴木古稀・現代商法学の課題上三八八頁）によれば、商法上の提訴期間は、「特定の決議」の取消（旧法では無効）一般に予定されたものではなく、「特定の取消（無効）の主張」に対するものと解すべく、単に訴の提起そのものを三カ月に制限したというよりも、瑕疵の主張を三カ月内になすべきこととし、その期間経過後になって瑕疵を主張することを認めないという趣旨と考え、事後的な新たな瑕疵の追加主張はできないということになる。ただし、否定説の多くはすでに主張されている事由と実質的に同一性が認められる範囲内では追加主張が許されるとする。そして、否定説を採る判例としては、大阪地判昭和二七年七月一日（下級民集三巻、七号九〇九頁）、東京地判昭和二八年六月一二日（下級民集四巻、六号八六八頁）、東京高判昭和三三年七月三〇日（高裁民集一巻、六号四〇〇頁）などがある。

これに対して、肯定説（伊沢・判批・民商法雑誌三巻二号一四頁以下、西原ほか・株主総会三一六頁における西原発言、古瀬村・判批・商事判例研究昭和四六〇号一三一頁、霜島「総会決議の取消・無効を主張する訴訟の訴訟物」実務民事訴訟法講座五巻一八頁以下、三ヶ月「訴訟物再考」民事訴訟雑誌一九九六〇頁）は、商法が提訴期間を三カ月と限定したのは、決議取消の問題そのものを期間的に制限したのであって、事由の追加は訴の同一性を失わない限り、訴の原因の追完として訴訟の進行中の攻撃防禦の方法の展開として認めるべきである、ということになる。そして、肯定説を採る判例としては、大阪高判昭和四二年九月二六日（高裁民集二〇巻、四号四一一頁）がある。

本件評釈はいずれも判旨に賛成である。しかし、筆者は否定説よりも肯定説が妥当であると考え、この問題を解決するに当って考慮すべき点は、結局、企業側に立って法的安定性を主張するか、提訴権者の側に立ってその利益を守るべきか、その比較衡量にあると言えよう（同旨・田村評釈、竹内評釈、新堂・前掲、一一四頁）。筆者が肯定説を採る理由は、およそ次のとおりである。（1）否定説は決議の効力の早期安定化を主張する（星川評釈）が、取消の訴が提起された場合には、決議

の効力は、判決の確定をまたないかぎり、すでに大きく動揺している。新たな取消事由の追加によって、何ほどか新たな不安定を生ぜしめるとは言えない。かえって、法は、弁論の併合を規定することによって（商二四七条三項）、同一決議に関する争いなるべく多くの論点をとり込んで一挙に根本的に解決することを望んでいるとも言える

（同旨、露山・）。三ヶ月の制限を認めれば、提訴権者はあらゆる主張を訴状ないし準備書面に盛り込む事態が生じ、訴訟の早期解決ないし決議の効力の確定よりも、むしろ混乱をまねくであろう（同旨、前掲大阪高判昭和四二年九月二六日）。より早い法的安定

性の確立が必要とされるのであれば、口頭弁論の期間そのものを法定するほかないであろう（同旨、龍田・）。（前掲一〇頁）

(2) 提起権者として株主が限られた期間内に資料を収集することは困難であるし、被告の提出した防禦方法に基づいて原告が請求原因を再構成する必要に迫られる場合も多いから（露山・前掲一〇頁）、攻撃防禦の方法が三ヶ月の期間で制限されるとすれば、決議取消請求権という株主の固有権に非常に大きな制限を加えることになる。

(3) 肯定説に立てば、理由はともかく、三ヶ月内に訴を提起しておいて、あとでゆくり理由を考えるとというような安易な訴提起を許すことになる、否定説は批判するが（田村評釈）、濫訴の弊については、民訴法一三九条の運用によって対処すればよいし、極端な場合には、権利濫用の法理によって対処することができる。（同旨、龍田・前掲一六頁、古瀬村・前掲一八三頁）

（露山・前掲一〇頁）このほか、商法二四九条の担保の提供も濫訴防止に役立つであろう。

(4) 否定説は、取消原因は技術的な問題に関するから、相当時間が経過してからでは、その事実が不明確になり、判定が困難になると言うが（鈴木・前掲ジュリス、通書二六二一三頁）、この点はむしろ主張責任、立証責任の問題として解決すべきである

（同旨、古瀬村・）。（前掲一八三頁）

(5) 民事訴訟法上、決議取消の訴は特定の決議毎にそれ自体一個の訴訟物と考えられており（この点では、旧訴訟

物理論も新訴訟物理論も一致している)、これを前提にすると、否定説においては商法二四八条は、攻撃防禦方法の提出時期に関する民事訴訟法一三七条の例外規定ということになる。しかし、例外はそれ相当の合理的理由がなければ認めるべきではない。

(6) 民事訴訟法二二三条一項が訴の変更を認めている趣旨を考慮すれば、なるべく広く訴の原因の追加を認めるべきである。訴の変更にもあたらない攻撃防禦方法追加の問題を、出訴期間の制限に服させる理由は考えられない(龍田、前掲一六頁)。

(7) 訴の提起期間を制限すること自体、民事訴訟としては異例である。行政処分取消訴訟においては、提訴期間(行政事件訴訟法一四条)を経過した後も取消事由の追加変更ができると解されているが、否定説は会社法においては、紛争の両当事者が合理的な企業人のはずであって、この場合に行政訴訟を直ちに類推することは間違いであると言う(鴻・前掲四九二頁、竹内解釈、河内解釈、平尾解釈)。しかし、①商法二四八条一項は、提訴期間内に「訴」を提起することを要すると規定して、行政事件訴訟法と同一形式を採り、②早期確定の必要度において、行政処分の効力も株主総会決議の効力も共通している。否定説は、行政訴訟は国民の権利保護という公共的性格から民事訴訟と性格が異なると解するが、商法が予定する私的利益の調整においても、最近の、とくに大企業における大株主と小株主の利益の等質性ないし立場の互換可能性の喪失という現象の故に、公共性の視点を入れる余地はありと解する。さらに、期間を制限する規定は他の法律にも多く存在し(たとえば、独禁法七七条、特許法一七八条三項、国、およびその訴の提起期間を定めている規定すべてについて、同様の問題が生ずるはずであるから、商法二四八条だけが民事訴訟法の特則であると理解することには疑問がある。

(8) 総会決議取消訴訟のような会社法上の訴の特殊性としては、弁論を併合し、判決に対世効を認めたこと(商二四七条二項)

と、訴の提訴期間を設けたことで足りる(同旨・龍田、前掲一六頁)。

(9) なお提訴権者に酷な結果となるのを避けるため、否定説はすでに主張されている事由と実質的に同一性が認められる範囲内では追加主張ができるというが、この点も問題である。このような形で制限の緩和を認めて行くと、結局、否定説の根拠自体が否定されることになるので、肯定説からだけでなく、否定説の一部からも批判されている(新堂・前掲一四頁、竹内新太郎など)。