

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

中 村 一 彦

議決権行使の代理人資格（中村）

1

- 一、は し が き
- 二、有効説のうち画一的取扱説批判
- 三、有効説のうち彈力的取扱説批判
- 四、折衷説批判
- 五、判例の検討
- 六、無効説を採る根拠
- 七、む す び

一 は し が き

商法第二三九条第三項は、株主は代理人をもつてその議決権を行使することができる^①と定めている。そして、定款をもって、代理人の資格を、たとえば株主に限るとか、あるいは一定数の株式を有する株主に限るとか、あるいは取締役・監査役もしくは会社の使用人に限るとか、あるいは男性に限るとか、あるいは東京都民に限るとかのように、特別の制限を附することが許されるか否かについては、検討すべき問題がある。

従来から、わが国では多くの会社が議決権行使の代理人資格を株主に限定する旨の定款規定を設けており、このような定款の規定は有効と解するのが多数説であり、無効と解するのが少数説である。かつて、昭和三六年、法務省通達（昭和三六年五月一日付民事申第九四九号）が無効説を採用したため、実業界に波紋を投じたことは周知のところである。判例は、昭和三〇年頃からいくつかの下級審のものが存在し、いずれも有効説を前提にするか、または有効説に立つことを明らかにしている。そして、昭和四三年、最高裁もこの問題について、はじめて見解を明らかにし、有効説を打ち出したのである（最判昭和四三・一一・一民集二三卷二二四〇二頁）。そのためか、法務省も昭和四四年三月、従来の態度を改め、代理人資格を株主に限定する旨の定款規定を有効と解するにいたっている（民事申第三八二号）。この間、商法の一部が改正され（昭和四一年）、株式の自由譲渡性と議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定との関連が新たな問題として提起され、右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つては有効であるが、その他の会社にあつては無効であるとす説（菱田教授の最近の説）も生ずるにいたっている。さらに、諸外国の法制を見ると、フランスでは会社法第一六一条第一項が「株主はその

配偶者または他の株主により自己を代理せしめることをうる」と規定している。またドイツでは株式法第一三四条第三項第一文が「議決権は代理人によって行使することができる」と定め、さらに第四項が「議決権行使の方式は定款によって定まる」と規定しているので、代理人資格を定款で株主に限定することが可能である。さらに、アメリカでは制定法または基礎定款が代理人の資格を株主に限定していない場合に、附属定款でこれを株主に限定することは許されないが、制定法または基礎定款で代理人の資格を株主に限定することは認められている。⁽²⁾これに対して、イギリス会社法は代理人は株主たることを要しないと規定しているので（一三六条一項）代理人の資格を株主に限定する定款規定は無効と解されている。

以上、この問題を概観すると、いずれも有効説に有利な材料が多く、これまでに議論もかなりつくされた感がある。しかし、有効説はその根拠が多種多様であるだけに、仔細に吟味すると、後に批判することく疑問点が多い。また時には、有効説同士に議論の混乱が見受けられる。たとえば、有効説のなかでも同じ有効説に立つ大森教授に対して「会社荒しの子防であるならそれは合理的であると云いながら、更に『株主が議決権行使の機会を失うや否やなどを考慮して』⁽³⁾というのは、議論の矛盾であることを免れぬ。結末の『原則的に有効である』というのも甚だ煮えきらぬ。」との批判があるが、これなどは、同じ有効説のなかにもかなり異質な見解のあることを認識しないための誤解であろう。すなわち、従前からの有効説は一般的な形で定款規定が有効か無効かという議論をし、そして、画的・絶対的に有効としたのであるが、最近、有効説の一部および判例の一部では、定款規定をかなり弾力的に解釈し、具体的事例に即して判断する傾向が見られる。そこで、表現が適当か否かは別として、便宜上、前者を「画的取扱説」、後者を「弾力的取扱説」というように、同じ有効説を二つに分け、吟味する方が争点が明らかになるのではないかと考えた次第である。かかる問題意識から、かって、私は「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」と題する論文において、まず有効説を画一的取扱説と弾力的取扱説の二つに分けて検討し、また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おいては無効であるが、その他の会社では無効と解する説（折衷説）を批判し、さらに判例における画一的取扱と弾力的取扱とを指摘して、判例の史的発展に一貫性がないことを示し、結論として無効説に従うことを明らかにした。⁽⁴⁾

その後、私にとっては非常に興味ある二つの論文が発表された。一つは加藤修講師の「定款による議決権代理行使禁止」⁽⁵⁾であり、もう一つは田中誠二博士の「議決権代理人を株主に限定する定款規定の効力」⁽⁶⁾である。前者は、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力を有効と解する立場をさらに徹底させて、代理人による議決権行使を定款により全面的に排除することもさしつかえないとするものである。従来から無効説はもちろん有効説においても、一般に、定款による議決権代理行使の全面的禁止は許されないと解されているのでこの意味では注目すべき論文である。従来からの有効説が、株式の非個人的性格と議決権の財産権的性格を基礎にして、商法第二三九条第三項を株主の議決権行使を容易ならしめるための強行法規と解し、それ故に定款による議決権代理行使の全面的禁止は許されないとしながら、代理人資格を株主に限定する定款規定は、株主の議決権行使を不当に制限するものではないとして、その論旨が一貫しない印象を与えたのに対し、右の論文は、議決権の代理行使に関して、民法上の公益社団法人、合名会社、合資会社または民法上の組合と株式会社とは、団体の意見を決定する会議体という観点から別扱いにする必要はないとの割り切った考え方を基礎におくものである。これに対して、後者は、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力に関する学説を、画一的有効説、制限的有効説、画一的無効説および制限的無効説の四種に分け、第一に株主総会法法の目的および株主の議決権保護に基づく商法第二三九条第三項の強行性、第二に議決権代理人を株主に限ることの弊害がその利益を著しくこえること、第三に株主以外の者を議決権代理人と認めないと

不都合を生ずる場合が相当あり、それをさけるためには、無効説をとるほかないことを根拠として、画一的無効説を主張するものである。

前掲の論文で述べた私見が田中博士によって、ほぼ全面的に認められたわけであるが、前掲の論文は紙数の制限上、主として有効説に対する批判に向けられたものであり、無効説を採る私見の根拠は日頃考えていることを要約したにとどまる。また、判例の検討にあたっては、それが画一的取扱をしているか、弾力的取扱をしているかを指摘するにとどまり、事実関係はすべて省略せざるをえなかった。内容において、全く対立する二つの論文を入手し、教示を受けることも多々あるので、その点をおり込みながら、再び、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力について考察してみたい。叙述にあたっては私見の無効説を採る根拠と、判例の検討に主眼を置いて、前掲論文の足らざる面を補ないたい。その他の部分では前掲論文と重複することも多いが、この点はご諒解を得たい。

(1) 会社の実態を見ると、昭和二八年の調査で、代理人資格を株主に限定しているのが二一社で、限定していないのが僅かに四社にすぎなかった（大阪市立大学商法研究室「改正株式法施行の実態調査」ジュリスト七八号三〇頁別表五七）。昭和四二年の調査では代理人資格を株主に限定しているのが六五七社であるのに対し、限定していないのは一二五社であった（アンケート調査による最近の株主總會の実態」商事法務四二七号二〇頁表一一）。昭和四五年一〇月の調査では、代理人資格を株主に限定しているのは四五七社であるのに対し、限定していないのは二〇社となっている（東京株式懇話会「定款規定に関する実態調査について」会報二三〇号五二頁別表）。

(2) Axe, Corporate Proxies, 41 Michigan L. Rev. p. 51. 藤井俊雄「英米会社法における議決権の代理行使制度」岡山大学法経学会雑誌二三号五頁参照。なお、アメリカでは、代理人の資格を合衆国の市民またはその州の居住者たる株主に制限したり、あるいは一人で一定数以上の株式を代理することができなしたり、あるいは会社の役員を代理人資格より排除

することも許される。Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, 1967, vol. 5, § 2052, pp. 232—233

(3) 鈴木於用「株主総会における議決権行使の代理人を自社株主に限るとした定款の効力について」自由と正義一三卷四号四四頁。

(4) 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」大森先生還暦記念「商法・保険法の諸問題」六九頁以下。なお、かつて拙稿「議決権の代理行使と経営者支配」富大経済論集七卷二号五九頁以下において、この問題にふれたことがある。その際も無効説を主張した。

(5) 加藤修「定款による議決権代理行使禁止」法学研究四五卷五号三一頁以下。

(6) 田中(誠)「議決代理人を株主に限る定款規定の効力」商事法務六一四号一一頁以下。

二 有効説のうち画一的取扱説批判

有効説のうち、まず画一的取扱説から検討してゆきたい。議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定を一般的な形で画一的に有効とする見解は従前から存在していた。そして、この説が定款規定を有効とする根拠は幾つかあり、これに対して今までも無効説の立場から種々の批判がなされてきたが、私なりに整理すると、その根拠はおおよそ次の通りである。

- (1) 古くは松本博士が、代理人資格を株主に制限する定款規定について「その実例が甚だ多いのであって、これを違法と解すべきでないと思う」とされた。⁽¹⁾「実例が多い」というだけでは、法律論の根拠としては薄弱であろう。
- (2) 石井教授は「実業界では定款によって代理人の資格を株主に限ることが多い。これも代理人資格の制限であ

ることは否定しえないが、議決権の行使として、これを会社の構成員に限るものであるから、必ずしも不合理な制約とはいえず、この程度の制限は許されると解する。しかし、代理人による行使を禁止或いは不当に制限することが許されないことは当然のことである⁽²⁾とされ、大隅教授は「この規定（商三九条三項）は強行規定であつて、定款の規定をもつてするも、株主本人の行使を要求したり、代理人の資格を不当に制限することは許されないものと解しなければならぬ。制限が不当であるか否かは、その制限をなす理由・制限の態様又は程度等を考慮して、各場合につき判断するほかない。實際上多くの会社は、その定款をもつて代理人の資格を当該会社の株主に限つてゐるが、……これは株主総会が株主以外の第三者により攪乱されるのを防止し、会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものとみとめられ、この程度の制限は許されるものと解すべきである。」⁽³⁾と述べておられる。要するに、株主の議決権行使を「不当に制限する」ことは許されないが、代理人資格を株主に限ることは「正当な制限」とされるのである。どの程度の制限が不当であり、どの程度の制限が正当であるか、不当・正当の区分の標準は必ずしも明らかではない。思うに、会社の利益保護と株主の利益保護との調和が念頭にあつて、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充たすためには、株主の利益を若干制限することは止むをえないという趣旨であろう。しかし、結局、議決権行使は会社側に開かれた権利ではなく、個々の株主の前に開かれている権利である。⁽⁴⁾議決権の代理行使の可能性を全面的に奪うものではなく、わづかの制限であっても、制限はやはり許されないのではなからうか。

(3) 代理人は株主でなくとも差支えないとすると、その会社と経済的にも法律的にも何らの関係のない第三者が委任状を集めて総会に臨み、いわゆる会社荒しが行われる危険がある、ということは、殆どの有効説が主張するところである。⁽⁵⁾有効説の中には、代理人資格を株主に限定する定款は、会社荒しの防止が唯一の目的であると断定

する見解⁽⁶⁾すらある。もちろん、株主でない第三者が総会に出席した場合、会社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。現実の会社荒しは、むしろ正規の株主であることが多いといわれている⁽⁷⁾。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事実であるが、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る。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。従って、代理人がその会社の株主であると否とによって、その議決権行使の方法とくに差異の生ずべき理由はない。

会社荒しは別途規制する以外にないであろう。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、現実は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(刑二三二条)、強要(刑二三三条)、威力による業務妨害(刑三三四条)、恐喝(刑二四九条)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る。

このほか、昭和四一年改正法により、会社は株主が二人以上の代理人を総会に出席せしめることを拒みうることになったので(商三三九条六項)、これにより代理人による会社荒しを相当程度防ぎうることになった。この点も、画一的取扱説を採る必要のない理由と考えられる⁽⁸⁾。

- (4) 松田博士は、議決権が株主の人格権であり、任意代理に親しまないという立場から、商法は議決権の代理行

使を例外的に認めたものであるといわれる。そして、「株主総会をして株主による総会」とすべきため、代理人資格を株主に限定することを有効とされる。⁽⁹⁾なるほど代理人たるものもまた株主であれば、株主総会は真に「株主」の「総会」となり、それを実現する方法として、定款をもって代理人資格を株主に限ることは、株式会社を沿革的に見るかぎり、理解できないこともないが、今日ではいわゆる所有と経営の分離現象から反対せざるをえないし、また代理人たる株主は、その会社の株主であるが、代理権を授与したその株主ではないのであるから株主の議決権が人格権であるという博士の理論は貫徹しな思われる。⁽¹⁰⁾なお、人格権論については、無効説の根拠を述べるさいに、ふれるつもりである。

(5) 代理委任状が定形化され、出席できない株主はこれに記名捺印して会社に送附すればよい方法が広く一般に行われているから、出席できない株主は自ら株主である代理人を探さずとも、その委任状に記名捺印して送附しさえすれば、会社側で適当な代理人を選任して行くので、株主の権利を不当に侵害するものとは言えないとの見解がある。⁽¹¹⁾また、議決権の行使につき会社の出す代理委任の勧誘には、原案に対する賛否を明示し得べき委任状を添えることになっていることにも関連して（上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する規則三・七参照）、現在の委任状制度は、会社役員に対する信任を表わす書面投票の実態を持つように実質上変貌しているので、原案に反対ならば否と記載すればよいのであって、何ら株主の議決権の代理行使の機会を失わしめるものではないとの主張がある。⁽¹²⁾

私は委任状制度が広く行われるのは、株主自身の出席の困難と適当な代理人の選任の困難に基因していることを否定するものではない。むしろ、それを肯定するが故に、白紙委任状による議決権代理行使の慣行を有効とするのである。⁽¹³⁾しかし、委任状制度は株主側のための制度というよりも、むしろこれにより総会の定足数を確保し、かつ理事者の経営方針の貫徹を図るという経営陣のための制度として実際上は機能している。⁽¹⁴⁾会社経営者が株主の委任

状を利用するので、その結果としてのいわゆる経営者支配は是認するが、経営者支配に随伴する各種の弊害を考慮すると、ますます白紙委任状の利用を促進するような代理人資格の制限は避けるべきであろう。⁽¹⁵⁾ 議決権の代理行使は株主總會の円滑な運営という目的のために会社経営者の利益のために認められたのではなく、あくまでもその根本は個々の株主の利益確保のために認められたものである。したがって、株主が自らの意思によって、委任状制度を利用しようと、あるいは自らの意思によって、信頼できる代理人(たとえ株主でなくとも)を株主總會に出席させようと、それは株主が自由に選択できるはずである。

以上、画一的取扱説の根拠に対しては、私なりに批判を加えてみた。この説の欠点は、およそ次の二点にある。第一に、この説は代理人資格の制限について、あるいは議決権行使を会社の構成員に限るものであるから、必ずしも不合理な制約ではないとか、あるいは定款規定の目的は總會荒しの防止にあるので不当な制限ではないとか、あるいは委任状制度を利用することができるので、株主の議決権代理行使の機会を必ずしも失わしめるものではないと主張するが、これらの理由からは株主の議決権行使の自由を保障するため、必ずしも十分ではない。この説の第二の欠点は画一的取扱そのものにある。すなわち、この定款規定の性格は一般的制限であるから、全株主を通じてその効力を有する。ある株主の代理人である特定の第三者が總會荒しであるか否か、または株主がこれがために議決権代理行使の機会を失うか否かを問う必要はない。会社はその代理人が株主でないという一事により、無条件に画一的にこれを拒否することになる。このように解しなければこの定款の目的を達することはできない。定款の有効・無効は株主でない第三者の出席を拒み得るか否かの問題であって、それは總會の入口で即時的に決すべきことだからである。しかし、この説は株主の利益保護の点であまりにも具体的妥当性を欠くおそれがある。したがっ

て、これらの欠点を是正するため、次に述べる弾力的取扱説の出現となるのである。

- (1) 松本・日本会社法二五八頁。なお、西原教授も、有効説の根拠として議決権行使が主として、理事者に対する信頼の有無の表示に変質した実態のほかに、従来慣行をあげておられる。会社法二四六頁。
- (2) 石井・会社法（上）二四五頁。
- (3) 大隅・全訂会社法論（中）二八頁。
- (4) 清水新「議決権行使の代理人」法学研究二九卷一二号三二頁参照。
- (5) 大隅・前掲書二八頁。松田・会社法概論一三六頁。西原・商事法研究三卷二三四頁。
- (6) 鈴木於用・前掲論文四五頁。
- (7) 同説・田中（誠）・前掲論文一四頁。
- (8) 同説・田中（誠）・前掲論文一四頁。
- (9) 松田・前掲書一三六頁。
- (10) 同説・清水・前掲論文三〇頁。
- (11) 朝山豊三「議決権代理行使論」自由と正義七卷四号六頁。
- (12) 西原・前掲商事法研究三卷二三四頁。
- (13) 拙稿「議決権の代理行使と経営者支配」・前掲論文六八頁以下。白紙委任状による議決権代理行使はわが国のみでなく、アメリカにおいても盛んに行われている。ただわが国では実質上、経営者のなす勧誘でも、法形式上は会社の勧誘であるが、アメリカでは経営者の勧誘であり、またアメリカでは勧誘に際して、その委任状によって議決権を行使する投票委員会（proxy committee）の名前を掲げているのが常である。この投票委員会は通常現在の経営者によって指定され、アメリカでは大抵の場合、取締役の中から選ばれ、社長その他の役員であることが多い。

(14) バランタインは、「議決権代理行使制度は会社に関係が薄く、無頓着な株主に対する単なる便宜または恩恵ではない。定足数を確保し、経営者の提案を採用するという意味で、経営者にとっても極めて重要である」とのべている。Ballantine, *on Corporations*, p. 411.

(15) 田中(誠)・前掲論文一四頁参照。

三 有効説のうち弾力的取扱説批判

最近、有効説のなかには、判例の出現(後述)とも関連して、代理人資格を株主に限定する定款規定をかなり弾力的に解釈する、いわゆる弾力的取扱説が現われている。

(1) まず、定款にいう「株主」のなかに株主名簿に記載されている形式上の株主のみでなく、実質上の株主も含むという見解がある。⁽¹⁾証券投資信託法第一七条の二によれば、委託会社が代理人として総会に出席することができるが、株主に限る定款規定がある場合、委託会社自身が株主でない以上、それとの関係はどうなるかという問題について、鈴木教授は「委託会社は形式上はもちろん株主ではないけれども、信託の委託者として実質上はまさに株主である。したがって、定款が『議決権行使の代理人は株主に限る』と規定していても、それは信託の委託者のような実質的株主たる者をも非株主として排除する趣旨を含まない。」と解しておられる。この考え方を進めると、証券投資信託の委託者のみでなく、名義書換の失念者、名義貸の実質的株主などにその範囲を広げて行くことになり、いわば無効説に一步接近するものともいえよう。この見解は議決権の不統一行使の規定(商三三九条ノ二第二項)

の示唆に基づくと思われるが、画一的有効説の立場から批判がある。すなわち西原教授は別の観点から、証券投資信託の委託者は受託者の代理人として議決権を行使して差支えないとしながら、定款にいう「株主」に実質上の株主を含むことに反対される⁽²⁾。その理由は次のとおりである。(1)形式的には、商法第二三九条の二第二項の表現との関係にある。この規定で株主というのは株主名簿上の株主を指している。そして、この名簿上の株主の背後に資金を出した者があるときに、その実質上の関係を考え、不統一行使をしてもよいというわけである。決して、実質上の株主が議決権行使の前面に出て、その名において行使するのではない。同様に、定款に株主という場合にも、やはり一般原則どおり株主名簿に記載された株主をいう。(4)また実質的に考えても、対会社関係で株主の資格があるかないかを決定するものは、株主名簿のみである。そうでないと、証明が非常に困難になり、實際だけがそれを判定するかも問題である。画一的取扱説によれば、右のような場合定款違反で無効となるが、無効説に立つと、受託会社は何ら支障なく委託会社を代理人に選任してその議決権を行使できることはあえて多言を要しない。

鈴木教授は、さらに進んで、代理人資格制限の定款規定は「代理人は株主に限る」としているが、それは会社も非株主を代理人とみとめることができず、したがって、それをみとめても、議決権の行使として無効とならざるをえないというようなものではなく、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止まるとされる⁽³⁾。この解釈は、定款規定の文言とは著しく離れている上に、会社の選択で非株主を代理人と認めたり、または認めなかったりすることになるので、会社による拒否が合理的理由なしに恣意的に行なわれると、株主の利益を不当に害し、株主平等原則に違反するおそれもありうる⁽⁴⁾。

(2) また、いわゆる「代行」理論によって議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定の適用除外を認めようとする高橋勝好氏の見解がある⁽⁵⁾。実際界において、右のような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事例は多い。かかる場合判例は、株主である会社の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な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えるので、定款の規定の趣旨に反しないものとした(東京地判昭和四〇・三・一六下級民集一六卷三号四五頁)。高橋氏は、この判例と同じ立場から、会社の使用人は当該株主権を行使すべき会社の代表取締役の手足ないし代理人であり、これと一体をなすものと考えるのが相当であると解される。さらに、投資信託受託者の議決権を非株主たる委託者が代理行使する場合にも同じ論理で説明される。すなわち、本来議決権を行使できるものは、受託銀行それ自体であるが、受託銀行の代表者が何らかの都合で自分自身が総会に出席できないため、その社員と同じ地位ないし立場にある委託会社の役職員をその代理人に選任して議決権を行使させるといふことは当然に許されて然るべきものとする。

代行理論に対する批判は、判例の検討(後述)において述べたい。ここでは、かりに代行理論を正当なものと認めるとすれば、株主が会社の場合のみでなく、「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、この理論を適用することは可能である旨を指摘しよう。個人商人にも、企業組織の一員として、その指揮命令系統にしたがって動く商業使用人は存在するし、株主が単なる個人である場合においても事情は同一であるはずであつて、その者は本人たる株主の手足にすぎず、株主本人の議決権行使と同一であるから、定款の趣旨に反しないと解せざるをえないこととなるであらう。したがって、この考え方を進めると、実質的には議決権行使についての代理人資格を株主に限定する定款規定の効力を否認したのとあまり変らなくなる。

画一的取扱説によると、かかる場合定款違反で無効となる。結論においてのみならず、その理由づけにおいて

も、妥当性を得るためには無効説によるほかないといえよう。

(3) 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大森教授の見解がある。⁽⁷⁾ まず、合理性の有無に有効・無効の判断の基準がおかれているが、何が合理的理由であるかについて多くの説明がないので必ずしも明らかでない。たとえばとして「第三者による総会荒しの予防」は合理的理由があるというが、代理人資格を株主に限定することは、株主の権利を不当に制限することにはなりえても、総会荒しの排除にはあまり役立たないことは既述のとおりである。かりに総会荒しの予防に合理的理由があるものとし、代理人資格制限の定款規定を一応有効とした場合、ある特定の非株主たる代理人が総会荒しであるか否かは、株主総会の開始前に、会場の入口で判断することになろう。そして、その判断は会社がなすことになるが、正確な判断はきわめて困難であろう。⁽⁸⁾ 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。⁽⁹⁾ 会場へきた非株主の態度如何によって、会社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、かえって無用の紛争を生ずることになりかねない。

また、大森教授は「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制限する定款規定は有効となすが、早い話が、株主が自ら議決権の行使ができないときに、代理人として信頼できる株主がいなければ、もはや、その株主は議決権の行使ができなくなり、代理行使を保障した規定に違反

することは明らかではあるまいか。¹⁰⁾

米津教授は、右に述べた大森教授と同じく議決権行使の代理人資格について、合理的な範囲内では制限しうる立場を採り、その制限が合理的であるか否かは具体的に会社の実状たとえば株主構成の如何によつて判断すべきであると解される。¹¹⁾そして、一例として、ある会社の株主が代表取締役とその株主だけであり(二人会社)、しかもその会社の定款には、株式譲渡の制限がある場合には、議決権行使の代理人を他の株主に制限する定款規定は、實質上その者の議決権行使を奪う結果になるから無効となす。株式会社の株主構成は、最小限は一人から、最大限は発行済株式数と同数にまで及ぶが、この見解によると合理的制限の範囲が必ずしも明白でない。それに、会社の実状について株主構成のみでなく、資本金の大小、株式上場の有無、株式譲渡制限の有無などを含めて考察すれば、合理的制限の範囲の判断は著しく困難にならざるをえない。これにある特定の非株主たる代理人が、総会荒してあるか否か、代理権を授与したある特定の株主の権利を奪うにひとしい結果にならないか否か、など株主側の事情を考慮することになれば、定款規定の有効・無効の判断はその煩に耐えないことになる。しかも、この判断は会社がなすことになるが、その結果は株主の利益を不当に害するおそれがあると思われる。

結局、弾力的取扱説は画一的取扱説の欠点を改善しようとして試みているが、その試みは成功していないようである。すなわち、定款規定の性格が一般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、第一には定款規定の拘束力がある場合とない場合との限界線を引くことの困難性を生じたこと、第二には、そのためかえつて株主の利益を不当に害する結果を生ずるおそれがあること、第三には定款規定の文理とは著しくはなれた解釈になることなどの欠点を有する。

- (1) 鈴木竹雄「証券投資信託と議決権」商事法務四二八号四頁。
- (2) 西原・前掲商事法研究三卷二三五頁以下。
- (3) 鈴木（竹）・前掲論文四頁。
- (4) 同説・田中（誠）・前掲論文一七頁。
- (5) 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頁。
- (6) 彈力的取扱説のなかにも「特殊株主の使用人が代理人として総会に来たときも、これをみとめざるをえないことになるのではなからうか」と疑問を提起する向きがある。鈴木（竹）・前掲論文四頁。
- (7) 大森「議決権」株式会社法講座三卷九二〇頁。同説と思われるものに、長瀬「議決権行使の代理人を株主に制限する旨の定款の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た場合には、その株主総会の取消事由となるか」（判例批評）ジュリスト四一八号二二〇頁、米津「株主である会社の使用人がその会社のために議決権を行使するのはその使用人が代表者の職務を代行しているといえるか」（判例批評）法学研究四〇卷一〇号九二頁、米津「議決権の代理行使」法学研究四五卷二二二頁がある。
- (8) 同説・田中（誠）・前掲論文一七頁。
- (9) いわゆる総会荒しとは、少し異なるかも知れないが、ある会社で代表取締役名で、株主に対し議決権の代理行使の勧誘をしたところ、返送された委任状はほとんど白紙委任状であったので、慣例どおり、総務部副部長を受任者として、議決権を代理行使させたところ、その副部長は会社の意に反して、右の白紙委任状を否と行使して、会場が混乱した事例がある。商事法務五四四号二二三頁参照。
- (10) 同説・上田明信・株式会社法六講一八二頁。
- (11) 米津・前掲論文・法学研究四五卷二二五頁。

四 折衷説批判

商法は、昭和四一年六月一四日公布の商法の一部を改正する法律（昭和四一年法律第八三号）によって、第二〇四条第一項が改正されるまでは、株式譲渡は定款をもってしてもこれを制限することができないものとされ、株式の自由譲渡性は強行法規的に保障されていた。このような法制のもとにおいては、議決権行使の代理人資格を株主に制限してみても、第三者は最少限一株を取得すれば、自ら株主となり、総会に出席できるのであるから、代理人制限の定款規定は總會荒しを防止するという目的には役立たず、むしろ、株主の議決権行使の不当な制限の面にのみ作用していた。しかし、昭和四一年の商法改正によって、株式を譲渡するときは取締役会の承認を要する定款規定を設けることができるようになり、株式の自由譲渡性が制限される結果、会社にとって好ましくない者が株主として入ってくるのを防止することができるようになった。そこで、右に述べたような株式の譲渡制限を定款で定めているか否かを基準として、定款で定めている会社においては、議決権行使の代理人資格を株主に制限する定款規定を有効と解し、そうでない会社においては、これを無効と解する説が生じた。⁽¹⁾この説を有効説と無効説との「折衷説」と呼ぶことにしたい。

しかし、この説に対しては次の理由から疑問がある。

(1) 定款による株式譲渡の制限の目的は、会社にとって好ましくない者が株主となることを拒み、経営の安定を図ることである。また定款をもって代理人資格を株主に限定する意図も、第三者による總會荒しを防ぎ、總會の円滑な運営をはかることにある。両者ともに会社の利益を保護しようとする趣旨に出ていることは同じである。しか

し、現在の株主となっている者の利益を保護する方策において、両者には差異があると私は考える。前者の場合は、好ましくない第三者が株主になることを防ぐと同時に、現在の株主に投下資本を回収する方策を講ずることによって会社の利益保護と株主の利益保護という二つの要請が調和を保っている。つまり、株式の譲渡について取締役会の承認を要する旨を定款で定めたときは、株主が株式を譲渡するには取締役会の承認を受けなければならないので（商二〇四条一項但書）、この場合、譲渡しようとする株主は、会社に対し、その譲渡を取締役会で承認することを求め、承認しないときは、他の譲渡の相手方を指定すべきことを請求することができる（商二〇四条ノ二）。したがって、会社においては、右の請求があれば、必ずしも一定期間内に譲渡を承認するか、または譲渡の相手方を指定する必要があり、その期間内に会社が指定および通知をしなければ承認があったものとみなされる（商二〇四条ノ二）。これらの手続は、株主にとって最後の資本回収の手続であり、その手続規定は強行法規として株主保護のための規定でもある。これに対し、後者の場合は、会社の利益保護と株主の利益保護とは、必ずしも調和を保っているとは言いがたい。むしろ、会社の利益保護をはかるために、株主の議決権行使は犠牲となるおそれがある。

(2) 現在の株主の議決権行使の利益を保障すべき必要性は、株式の譲渡制限を定款で定めていない会社においてはもちろん、定款で定めている会社（実際には小規模な、いわゆる閉鎖会社が多いであろう）においても存在するのである。たとえば、株主が二派に分れて意見の対立を生じた場合、そもそも一方の派が員数のみ多数で、他方の派が唯一人であり、しかもその者が病気であったとすると、恐らく多数派全員はこぞって反対派の議決権代理行使の受任を拒否するであろう。そうすれば、一人派の株主はかりに株式の九九%を所有する大株主であっても、誰によっても、議決権の代理行使をすることができず、議決権は奪われてしまうのである。⁽²⁾

(3) 昭和四二年一〇月九日付で、日本公証人連合会が「改正商法第二〇四条第一項但書の規定（昭和四一年七月一

日より施行)によれば、定款を以て一般的に株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨を定めたいわゆる閉鎖会社の存在を認めているのであるから株式会社の内、少くともこの種の会社にあつては有限会社の場合と同様に有効と解すべきではないか」と照会したのに対し、法務省通達(昭和四四年三月六日付民事用第三八一号)は「定款に株式譲渡制限の定めがあると否とを問わず、有効であると解する」と回答している。法務省が有効説を採つたことには反對せざるをえないし、また定款に株式譲渡制限の定めがあると否とを問わず、有効説をとるに至つた理由は必ずしも明らかではないが、株式の譲渡につき制限を設けることと、議決権行使の代理人資格を株主に限ることは、その目的は同じでも必然的な関係にあるとはいえないことを、あるいは考慮したものではないかと推測する。

- (1) 菱田「会社の機関」法律時報三八卷一一号二二頁、同「議決権行使の代理人資格の制限」会社判例百選一〇五頁。なお吉田昂「商法改正と定款の規定」商事法務三八七号六頁も同説と思われる。
- (2) 最判昭和四三・一一・一民集三三卷二二号二四〇九頁の「上告理由」参照。

五 判例の検討

議決権行使の代理人資格を株主に限る定款が問題となつた幾つかの判例について、年代順に、事実の概要と判旨をあげ、若干の検討を加えることにする。

- (1) 名古屋高裁決定昭和三〇年九月一日(昭和三〇年(ヲ)第四八号、取締役職務執行停止仮処分決定に対する即時抗告申立事件)下級民集六卷九号二〇二二頁―取消

〔事實の概要〕 昭和三〇年七月二〇日、A株式会社(資本の額四千万円、発行済株式総数八〇万株)の臨時株主總會において、 $Y_1 \cdot Y_2 \cdot Y_3 \cdot Y_4 \cdot Y_5$ (いずれも被申請人・相手方)の五名を取締役に選任する旨の決議がなされ(五五四、八〇〇株の満場一致)、その旨登記が行われた。右会社の定款二二条は「株主は他の株主に委任してその議決権を行使することができる」と規定しているが、二千株の株主Bは株主でないC(警察官)を代理人に委任し、Cを總會に出席させ議決権を代理行使せしめたこと、取締役増員は不当な会社乗取策を企図して行われたもので、これに協力してC等が会社役員、株主等に脅迫的手段をとったことから、右總會決議の方法は定款に違反し、かつ著しく不公正なものであるとして、A会社の取締役たるX(申請人・原告人)は總會決議取消請求の訴を提起し(後述判例(2)参照)また取締役 $Y_1 \sim Y_5$ の職務執行停止処分を求めた。原審(岐阜地裁大垣支部)は、Cの行使した議決権はA会社の定款によって無効であるが、その株数は二千株で、全体に比して僅少であり、決議の結果に影響はないものとして、Xの申請を却下したので、Xは即時抗告した。

〔判旨〕 「右決議においては、五十五万四千八百株の議決権が行使されて満場一致で議案が可決され、其の内定款に反する議決権の行使として其の疎明あるものは前記株主に非ざるCにより代理行使されたBの二千株に過ぎず、到底決議を左右するに足る数ではなかったけれど、たとえ全体に比して僅少と雖も如上の事情を背景として右定款違反の議決権行使が包含されて決議が成立している以上、右總會の決議の方法が定款に違反するものとして商法第二四七条所定の取消原因及び本件仮処分の必要性は疎明されているものと謂わなければならない。」

この判決は、代理人の資格を株主に限定する定款の効力そのものを直接、明示的に論じたものではない。しかし、原審、抗告審ともに、Cの行使した代理権は定款違反で無効であるという形で、この問題にかかわりを持った最初の判例であり、しかもかかる定款規定の有効なことを前提として、決議の取消原因の有無を論じたものといえよう。

(2) 名古屋高裁判決昭和三五年七月一五日(昭和三年(ネ)第九二号、臨時株主總會決議取消請求事件) 高裁民集一三巻

四号四二七頁―棄却

〔事実の概要〕 (1)と同一会社の事件である。Y会社(被告・被控訴人、(1)では訴外A株式会社となっている)を相手どつて、その会社の取締役X(原告・控訴人)が総会決議取消請求の本訴を提起したが、一審(岐阜地方裁判所大垣支部)で敗訴したのでさらに控訴した。

〔判旨〕 「本件総会決議に際しその二千株の株主であるBの代理人として同会社の株主でない前記Cをして右二千株の議決権を行使させたことは、同会社の定款第二十一条に違反するものといわざるを得ない(なおY会社は、定款第二十一条の規定は株主の代理人たり得る資格をY会社の株主のみに制限したものでなく、例示的に株主を挙げているものにすぎないと解すべきであり、若し仮りに同条が代理人たり得る資格を右のように限定しているとすれば、同条は不当に株主権の行使に制限を加えるもので無効である旨を主張するが、右規定の趣旨は、株主総会における議決権行使についての代理人の資格をY会社の株主に限定したものと解するを相当としましたこの程度の制限は未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ず、したがってY会社の右主張は採用し難い。」

この判決は、定款違反の決議が決議の結果に影響を及ぼさないことが明らかだとして、裁量棄却により決議取消は認めなかったが、代理人資格を制限する定款規定の有効性は認めたのである。その意味では注目すべき下級審判決である。しかし、「この程度の制限は未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ず」と判示するのみでは、法律論としては納得しがたい。この程度の制限は何故不当でないのかという根拠が示されていないからである。しかし、右の表現によりこの判決が画一的取扱説と同じ見地に立っていることは明白である。

なお、この事件の上告審である最高裁(昭和三七年八月三〇日判例時報三一〇号六九二頁)も、原判示を正当として上告を棄却した。

(3) 大阪地裁判決昭和三八年三月一日（昭和三年（ワ）第四三四号、株主総会決議無効確認等請求事件）下級民集一四卷三号三七五頁―一部取消・一部棄却

〔事実の概要〕 Y会社（被告、資本金一〇〇万円、発行済株式総数二万株）は、昭和二四年一月二八日に解散し、Aがその清算人となった。X（原告）はY会社の株主である。Xは他の株主とともにY会社の代表者・清算人Aに対して、同人の解任およびその後任清算人の選任等を議題とする株主総会の招集を請求し、これに基づき、昭和三年七月七日Y会社本店に臨時株主総会が招集された。ところが右総会は、紛糾の末、外形上二つの総会に分かれた形となり、甲総会では、Y会社の代表者清算人Aの解任とその後任にCを選任する旨の決議をした。他方乙総会では、右代表者清算人Aの解任を承認して解任を附議せず、その後任としてDを選任する旨の決議をした。そして、翌日甲総会の決議に基づいて清算人Cの選任登記がなされ、その結果、乙総会の決議事項（Dの選任）は登記されずに終わった。そこで、Dほか二名は、別訴により甲総会の決議無効確認等を請求したが敗訴した。他方Xの本訴請求は、Y会社（代表者D）を相手として、株主総会決議の不存在（第一次）無効確認（第二次）取消（第三次）の各請求をした。乙総会では、D・Eら六名がY会社の臨時株主総会を開会すると称して集合して、決議をしたのであるが、決議に関与した株主は、Aただ一人、その持株数は合計四、五〇〇株で、これをY会社の株主でないEに代理行使させたものとみられている。そして、Y会社の定款には株主の議決権行使の代理人資格を株主に限定する旨の規定があった。

〔判旨〕 「被告会社の定款には『株主は、代理人をもって議決権を行使することを得、ただし、代理人は、当会社の株主に限るものとす』という規定（定款第二一条）のあることが認められる。そして、このような定款の規定の効力については、争があるが、株主による議決権行使たる株主総会の性格にかんがみるときは、株主の議決権行使方法に対する右の程度の制限は、株式会社の内部秩序維持上やむをえないものとして容認されるものというべく、あえて商法二三九条三項の規定に違反する無効のものとなすにあたらぬものと解される。」

本判決は、Xによる右第一次、第二次の請求を棄却した。しかし、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は、これを有効と解し、非株主EによるAの議決権行使は右定款の規定に違反するものとして、Xの第三次請求を認容し、本件決議を取消した。そして、右定款規定の効力に関し、いずれの説に立つかについては、「株主による議決機関たる株主総会」「右の程度の制限は……容認される」等の表現から、いわゆる画一的取扱説に立つものと解される。

(4) 東京地裁判決昭和四〇年三月一六日(昭和三九年(ワ)第六〇一五号、株主総会決議取消請求事件) 下級民集一六卷三
号四五頁―棄却

〔事実の概要〕 被告Y会社は発行済株式総数六〇万株の株式会社であり、原告XはY会社の株式一七、三六三株を有する株主である。昭和三九年五月三〇日に開催したY会社の定時株主総会において、Y会社の株式五七二、三二〇株を有する大株主である。訴外A会社に、同社の鉄鋼第一部長ではあるが、株主ではない訴外Bをして議決権を行使せしめた。ところが、Y会社の定款には「株主は他の出席株主に委任して議決権を行なうことができる」との規定がある。そこで、Xは本件株主総会の決議は株主でない者が株主を代理して議決権を行使しており、これは前記定款に違反しているとして総会決議取消請求の訴を提起した。これに対して、Y会社は、BはA会社の代理人として議決権を行使したのではなく、A会社において鉄鋼第一部長としてY会社関係の事務を担当しているので、その組織の一員として、代表取締役の代行者として議決権を行使したものであること、また定款による代理人資格の制限は商法二三九条三項に違反すること、さらにA会社はY会社の発行済株式総数の三分の二以上を有する株主であるから、再度総会を招集しても決議の結果に影響ないから、Xの請求は棄却されるべきであることなどを主張した。

〔判旨〕 「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はかならず、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は類を異にするものとみられる。そして、このような議決権の行使は、

議決権行使の代理人の資格を總會に出席した他の株主に限る旨のY会社の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ものと解するのが相当である。」

本件判旨は、定款規定の有効、無効の問題には直接答えていない。本件評釈中「判例のあり方として、とくに具体的事案の妥当な解決をはかるという点に重きをおく限り、学説上問題のある該定款の効力の有無をまっ正面から問題にするよりも、それ以前の段階で、Xの主張をしりぞけうるならば、その方がよいわけで、その点判旨の態度は妥当であったといえよう」という見解もあるが、定款規定の効力の解決を避ける態度には、むしろ賛成できない⁽²⁾。

定款規定を画一的に有効とする従来の立場からは、会社の代表者にかわって株主總會に出席したその使用人が非株主である場合には、むしろ卒直に定款規定に違反することを認めざるをえないはずであるが、この判決は従来の理論とは別の論理構成、すなわちいわゆる代行理論を採って、特段の事情がない限り、有効説をとっても定款違反とはならないとしている。この点が注目すべき特色であって、定款規定を画一的に取扱うことなく、具体的妥当性を得るため、弾力的な取扱を試みるものと言えよう。いわゆる弾力的取扱説と同じ立場を採る。

しかし、「特段の事情」（A会社がBに何らの指示をも与えず、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ろう）がない限り、職務の代行であり、特段の事情がある場合は通常の委任による代理ということもありうるすれば、実際上はその区別の判断につき、かえって無用の紛争をひき起すことが多いであろう。

定款規定を弾力的に解釈しようとする意欲にもかかわらず、その理論構成は成功しているとは思われない⁽³⁾。

- (5) 大阪高裁判決昭和四〇年六月二十九日（昭和三八年（ネ）五一八号、株主總會決議無効確認請求事件）高裁民集一八卷四

号三四九頁―棄却

〔事実の概要〕 (3)と同一事件である。第一審がXによる第三次請求を認容し、Y会社(被告・控訴人)の株主総会決議を取消したので、Y会社が控訴した。

〔判旨〕 株主の議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する旨の「定款の効力については、説が分れ、Y会社主張の如く、これを無効と解する有力な見解もあるが、株主総会が株主以外の第三者により攪乱されるのを防止し、会社の内部秩序を維持する上から、この程度の制限はやむを得ないものと言うべく、あえて商法第二三九条第三項の規定に違反し、無効となすにも当たらないものと解する(昭和三〇年九月一四日名古屋高裁決定下民集六卷九号二〇二頁参照)⁴」を相当とする」

本判決は(3)の控訴審判決である。右定款規定の効力については、その理由として、総会荒らしの防止および「会社の内部秩序を維持する上からこの程度の制限はやむを得ない」としているもので、第一審判決と同じく、「画的取扱説を採るものと解してよいであろう。」

(6) 大阪高裁判決昭和四一年八月八日(昭和四〇年(ネ)第一七一号、清算人職務執行停止等仮処分事件)下級民集一七卷七・八合併号六四七頁―棄却

〔事実の概要〕 被控訴人Y₁会社(被告・資本の額五〇〇万円、発行済株式総数一万株)の定款第一四条は株主の議決権行使の代理人をY₁会社の株主に限ると定めている。昭和四〇年三月二〇日、同月七日の株主総会決議により、Y₁会社は解散し、かつその清算人には被控訴人Y₂が選任されたとして、その旨登記がなされた。しかし、三月七日の株主総会において、高血圧でしかも難聴の老母訴外Bおよび癌のため入院中の老人Cが、それぞれ非株主である息子および隣家に住む甥訴外Aをして、議決権を代理行使せしめたことから、取締役控訴人X₁(原告)および控訴人X₂(原告・株主として)は右株主総会決議に瑕疵があるとして、決議無効確認並びに取消請求の訴を提起した。原審(大阪地裁)はX₁・X₂の請求を却下し、これに対しX₁・X₂は控訴した。

〔判旨〕

「株主総会の議事の運営が、株主以外の第三者によって攪乱、阻害せられることを防止するため、定款の規定をも

って代理人の資格を自社の株主に限定することは合理的な理由による相当程度の制限として原則的には許容さるべきものと解する。……唯具体的場合に非株主による議決権の代理行使を認めても、定款により代理人資格を限定した趣旨に反せず、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段の事情がある場合には、議決権の代理行使を保障する商法第三三九条第三項の規定の精神に稽え、右定款の規定の拘束力はなく、会社はこれを形式的・画一的に適用して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。……被控訴人Y₁会社においてAがその母B及び叔父Cの代理人として議決権を行使することを拒否すべき実質的な正当理由はなく、またこれを拒否することはB・Cの議決権行使を不当に制限する結果となることが明らかであるから、本件の場合には右定款の規定の拘束力はなく、本件株主總會における議長Y₂の行った前示措置は定款第一四条の規定の存在にかかわらず適法であったと認めなければならない。」

本判決が、原則的には定款規定を有効と解しながら、定款規定の適用範囲を実質的に制限する方向を採っていることは注目される。いわゆる弾力的取扱説のうち、大森教授の見解がかなり影響を与えているように思われる。

事案の解決としては、結論において妥当である。しかし、その理由づけには問題がある。またこの判例の考え方を進めると、株主の病氣・身体障害以外の理由であっても、また代理人となる者が親・兄弟・親戚でなくとも、ともかく、株主が自ら議決権の行使ができないときに、代理人として信頼できる非株主の友人、知己がいれば、その者に議決権代理行使を依頼することは、差し支えないといえるのではなからうか。そして、このような苦心までして、定款規定の拘束力を否認する範囲を拡張解釈するよりも、率直に無効説を肯定すべきであらう。⁽⁵⁾

(7) 最高裁判決昭和四三年一月一日（昭和四〇年（オ）第一二〇六号、株主總會決議無効確認請求事件）民集二二卷一一

〔事実の概要〕 (3)、(5)と同一事件である。第一審が控訴を棄却したので、Y会社(被告・控訴人・上诉人)は、さらに上告して、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款の規定は無効である旨主張した。

〔判旨〕 「同条項は、議決権を行使する代理人の資格を制限すべき合理的な理由がある場合に、定款の規定により、相当と認められる程度の制限を加えることまでも禁止したものと解されず、右代理人は株主にかぎる旨の所論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し、会社を保護する趣旨にでたものと認められ、合理的な理由による相当程度の制限といえるから、右商法二三九条三項に反することなく、有効であると解するのが相当である。」

議決権行使の代理人資格を制限する定款規定がはじめて最高裁に持ち出されたのは、前記名古屋高裁判決の上告事件であるが、ここでは決議取消請求の裁量棄却ができるかどうか争われたのであって、定款規定の効力については直接議論されてはいない。したがって、本判決が定款規定の効力について、正面から取扱った最高裁判決である。

本判決は、既述した昭和四四年の法務省通達(昭和四四年三月六日付民事第三八一号)が、従来の取扱を変更した契機をなすものであり、その意味からも重要であるが、かなり一般的な形で代理人資格の制限を有効としている。すなわち、有効説のなかでも、画一的取扱説の立場を採るものである。したがってこの判決に対する批判は、画一的取扱説のところ述べて批判がそのまま妥当するであろう。

(8) 最高裁判決昭和四五年一月二二日(昭和四二年(オ)第八六七号、株主総会決議不存在確認請求事件)民集二四卷一頁一頁―一部棄却・一部破棄自判・一部破棄差戻

〔事実の概要〕

(3)(5)(7)のY会社において、その後発生した事件である。昭和三年Y会社(被告・被控訴人・被上诉人)の臨時株主総会において、Aが解任され、その後任にはX(原告・控訴人・上诉人)、(3)(5)(7)では訴外Cとなっている)が選任され

たが、昭和三八年に至り、AはXに対し、Xを解任し、欠員監査役を選任することを議題とする株主総会の開催を求めた。そこで、Xは同年五月四日午後一時に臨時株主総会を開催した。総会にはXほか三名と、さらに名簿上の株主でない参加人Z（被控訴人・被上告人）が「BはB名義の……株式について昭和三八年五月四日午後一時に召集された株主総会において株主としての権利を行使してはならない。Zは「右株式について」右株主総会に出席しての権利を行使することができる。Y会社は右株主総会において「右株式について」Zが株主としての権利を行使することを許さなければならない」という仮処分決定を得て出席した。またAは、右総会の議決権行使に関して、Xにその代理行使を委任していたが、Xはその委任を拒絶し、AはXが拒絶した場合にはZが議決権を代理行使するよう委任していたので、ZはAの委任にもとづく議決権行使の代理人資格をも主張した。ところがY会社には議決権行使の代理人を株主に限定する定款規定があったので、Xほか三名は、これを根拠にして、株主でないZはAの議決権を代理行使できないと主張し、総会は紛糾した。結局、Zは、Y会社は昭和三八年五月四日午後三時開催の臨時株主総会において清算人Xを解任してZを後任清算人に選任し、欠員監査役にCを選任した旨の議事録を作成し、その旨を登記してしまった。そこで、Xは仮処分を得てZの職務執行を停止した後、第一次的に右決議の不存在確認、第二次的にその取消を求めた。第一審（大阪地裁）は、Xの一次的請求を棄却し、二次的請求は提訴期間経過後の取消請求として却下した。第二審（大阪高裁）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り攪乱されるのを防止し、会社の利益を保護しようとする趣旨に出たものであるから、商法二二九条三項の規定にかかわらず有効と解すべきであるが、同条が株主の利益のために設けられた強行規定であることにかんがみ、右定款の規定は株主の議決権の代理行使を株主名簿上の株主に限定し、本件のような議決権行使許容の仮処分決定を得た者までも排除した趣旨ではないと解するのが相当である」（彈力的取扱説と同じ立場を採るものと思われる筆者）とし、ZによるAの議決権代理行使は有効であるから、決議不存在にはあたらないと判示した。しかし、清算人解任および後任清算人選任決議についての二次的請求は不適法でないとし、この部分につき第一審判決を取り消し破棄差戻判決を下した。Xは、第二審判決中の取消の理由となった判断の違法を主張して上告し、株主名簿上の株主でない者が議

決議行使許容の仮処分決定を得ても、他の株式についての議決権を代理行使する資格をもつものではないと述べた。

〔判旨〕 「およそ、社員として有する権利の行使の停止またはかかる権利行使許容の仮処分決定においては、裁判所が右仮処分によりみだりに会社の経営権争奪に介入することがないよう厳に戒しむべきものであることはいうまでもなく、右仮処分の申請はその必要最少限度においてのみ認容せらるべきものといわなければならない。そして、この種の仮処分決定は、右の趣旨に照らし、その決定中に明示された部分に限りその効力を生ずるものといふべきである。したがって、原審の認定した本件仮処分決定中いわゆる社員権行使許容を命じた部分は、右仮処分申請人であるZに対し、B名義の同決定判示の株式一五〇〇株についてのみ、株主としての権利行使を許しただけであつて、定款により株主総会における議決権行使の代理資格を株主に制限しているY会社において、Zに株主Aの本件株主総会における議決権を代理行使する資格をも与えたものと解することはできない」といなければならない。」

本判決は、株主権行使許容の仮処分を得た者が、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定の存在する会社の株主総会において、議決権行使の代理人資格をも有するかという問題について、これを否定したものである。右定款規定の効力については直接述べていない。しかし、この点に関する最高裁の態度は、前掲(7)を考慮すると、やはり、本件の場合も、画一的取扱説を採るもののように推測される。もし、弾力的取扱説と同じ立場を採るのであれば、第二審判決のように、ZによるAの議決権代理行使を有効と解することも可能である。無効説に立てば、もちろん本判決とは逆の結論になるわけである。

以上をもつて、年代順に配列した判例についての若干の検討を終わる。一般に、判例は有効説に立つものとして説明されているが、有効説をさらに画一的取扱説と弾力的取扱説に二分する観点に立つて、判例を考察すると、(4)

および(6)が弾力的取扱説と同じ取扱をしており、ほかは画一的取扱説と同じ取扱をしているものと解される。有効説のうち、無効説と真正面から対立しているのは画一的取扱説であつて、弾力的取扱説は一面において無効説と対立するが、一面において無効説とは対立しない。その意味で、画一的取扱説と弾力的取扱説は、同じ有効説でありながら、かなり異質なものである。右のように考えると、従来の判例はたんに有効説に立つということでは一貫性があつた。しかし、画一的取扱説が妥当なりや、弾力的取扱説が妥当なりやの問題に関しては、今日、最高裁が前者の立場を採るとはいえ、判例の傾向としては未だ充分に固まっているとは言えないようである。幾つかの判例において、株主の議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定を有する会社自体が、非株主による議決権行使を認めながら、裁判になると、右定款規定の無効を抗弁として持ち出していることは、我々に何とも奇異な感じを与えるが、これなども、株主総会決議の具体的妥当性を求める一事態とみれないこともない。右定款規定の無効性をも含めて、判例が今後詰めて行くべき問題はなお残されていると言ふべきである。

(1) 長瀬・前掲判例批評一一八頁。

(2) 同説・西山忠範「議決権行使の代理人を株主に限定する旨の定款の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た場合には、その株主総会決議の取消事由となるか(判例批評)判例評論八四号二八頁。

(3) その理論構成は安易で、一時しのぎの小細工にすぎないとの批判がある。西山・前掲判例批評二八頁。

(4) 前述したとおり、昭和三〇年九月一四日名古屋高裁決定は、定款規定の効力について直接論じたものではなく、直接論じたのは、昭和三五年七月一五日名古屋高裁判決であるから、むしろ後者を「参照」とする方が適當であろう。

(5) 同説・田中(誠)・前掲論文一六頁。

六 無効説を採る根拠

少数説ながら、無効説もかなり有力である。⁽¹⁾ その無効とする根拠は、論者により必ずしも同一でない。たとえば、田中誠二博士は、かつて、代理人たる資格を株主たるものに限るといふ従来の定款中に存在した定めは、商法第二四一条第一項但書が削除せられた趣旨、すなわち議決権についての制限を除くといふ趣旨から無効と解するとし、その第二四一条第一項但書が削除された趣旨というのは、次の通りであるとされていた。すなわち「旧法上では多数決原則の濫用を防ぐために十一株以上を有する株主の議決権は定款でその十一株以上の株式についての議決権を制限すること、又は株式の譲受を株主名簿に記載した後六月をこえない株主に議決権がないとすることを認めたが(旧商二四一条一項但書、新法はこれを認めないこととした(商二四一条一項))。これは議決権が株主の出資額を示す株式数に比例するのが、資本団体の性質上当然であり、また株主地位強化の意味もあって、これに対する定款上の制限を認めないこととしたのである」と。⁽²⁾ 最近、田中博士が依然として無効説を採りながら、その主張をかなり詳細に展開されたことは、本稿の冒頭に紹介したとおりである。また竹田博士は、議決権行使の条件につき、別段の定めをなしうる旨の規定なく、法律に規定なき限りは別段の条件を附するを得ないとされる。⁽³⁾

私が無効説を採る根拠は、他の説を批判するなかで、すでに述べてきた。若干重複する点もあるが、およそ次のとおりである。

(一) 理論的根拠

- (1) 株主に議決権の代理行使が認められているのは、会社が特定の株主の個性を重要視していないからである。

株主の個性の有無は株式会社という団体の社会学的性格であり、いわば法律以前の問題である。しかし、商法の問題を解決するためには、この法律以前の社会学的性格、または経済学的性格を考慮する必要性が多い。

公益社団法人は、慈善、学術その他特定の公益を目的として結合した「人」の集団である。そのため、個性が強く要求され、その結果、社員たる資格の得喪に関する規定は、定款の絶対的記載事項とされている(民三七条六号)。また民法上の組合、合名会社、合資会社も、構成する人的範囲が比較的相識の少数者に限られているから、個性が考えられる。これに対して、株式会社は多数人から多額の資本を集めるために発達した制度である。ここでは株主となる者の個性、すなわち国籍、性格、職業、信条、能力などは、ほとんど問題にならない。ここでは、株主という「人」ではなく、株式という「資本」が問題となる。株主総会の決議に関して、人的要素と資本的要素との関係を段階的に考えると、およそ次のような配列になる。(i)出席した株主だけで(その員数を問わない)総会が成立し、その出席株主の議決権の過半数によって議決。(ii)総株主の半数以上で、しかも資本の半額以上にあたる株主が出席することによって総会が成立し、その出席株主の議決権の過半数によって議決。(iii)総株主の過半数で、しかも発行済株式総数の三分の二以上にあたる株主が出席することによって、総会が成立し、総株主の過半数で、しかも発行済株式総数の三分の二以上にあたる多数をもって議決。(iv)総株主の出席により総会が成立し、総株主の一致による議決。(v)発行済株式総数の三分の一以上にあたる株主が出席することにより総会が成立し、その議決権の過半数で議決。(vi)発行済株式総数の過半数にあたる株主が出席することにより総会が成立し、その議決権の過半数で議決。(vii)発行済株式総数の過半数にあたる株主が出席することにより総会が成立し、その議決権の三分の二以上にあたる多数をもって議決。(viii)発行済株式総数の三分の二以上の多数を有する株主が出席することにより総会が成立し、発行済株式総数の三分の二以上の多数をもって議決。右のほ

か、色々の場合を想定することが可能であるが、右の八種はわが商法および有限会社法上現実に規定され、また問題となった場合である。(イ)は昭和二五年改正前商法の普通決議の場合(旧商二三九条一項)、(ロ)は昭和二五年改正前商法の特別決議の場合(旧商三四三条一項)、(ハ)は現行商法における株式譲渡制限のための定款変更決議の場合(商三四八条)、(ニ)は現行有限会社法のもとで、株式会社がその組織を変更して有限会社となる場合(有六四条第一項本文、六四条第一項本文)、(ホ)は現行商法における普通決議の特殊例としての取締役選任決議の場合(商二五六条二、三)、(ヘ)は現行商法における普通決議の場合(商二三九条一項)、(ト)は現行商法における特別決議の場合(商三四三条)、(チ)は現行商法における取締役の競業の認許(商二四二条二項)および自己取引に関する責任免除(商二六六条五項)の決議の場合の總會成立と決議方法である。これらの配列をみると、(イ)から(ニ)までは人的要素が基本となっており、(ホ)から(チ)までは資本的要素が決定的となっている。そして、(イ)と(ニ)は特殊な場合であるのでその他のものを比較すると、昭和二五年の商法改正を契機に、立法上の傾向は、人的要素から資本的要素を重視する方向へ移っているものと見ることができよう。

また、株式会社の発展段階の初期においては、各株主はその保有株式数に関係なく、一議決権(one vote)をもつのが原則であった。⁽⁴⁾わが商法上、昭和二五年改正前においては、定款により一株以上を有する株主の議決権を制限するという形で(旧商二四一条但書)、人的要素を加味する余地を残していたが、今日では、各株主はその持株一株につき一個の議決権を有するという原則(商二四一条一項)が確立している。民法上の公益法人、民法上の組合、合名会社または合資会社において、いわゆる頭数主義がとられているのに対し、株式会社では、いわゆる資本的多数決主義がとられているのである。したがって、同じく議決権代理使用の問題を考へるにあたって、たとえば合名会社の社員一〇名中一名が社員総会に出席できない場合と、株式会社の株主中、発行済株式総数の九九%にあつた

る株式を有する株主一名が株主総会に出席できない場合とでは、おのずから、異なった配慮を必要とすると思われる。

団体の意思を決定する会議体という観点から、株式会社の場合に、議決権の代理行使に関して、民法上の公益社団法人、民法上の組合、合名会社または合資会社と別扱いにする必要はないとの説がある⁽⁵⁾。そして、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定を有効と解するのみならず、定款による議決権代理行使の禁止もゆるされる旨主張する。しかし、右に述べたように、株式の非個人的性格および資本多数決の原則を重視する立場から、これには賛成しがたい⁽⁶⁾。

(2) 株式会社制度を用いて、多数人から多額の資本を集めるための経済的条件としては、僅かの資金を有する者にも、投資の機会を与え、場合に依りて投資関係を解消しうる必要がある⁽⁷⁾。そしてこの条件を満たすのが「株式」制度である。株式は法的には株主たる地位を表わすが、その株主たる人の個性とは結びつかないで、転々流通する。それに伴って、株式を所有する株主の数も間断なく変動する。最小限は全株式の一人集中(one man company)から、その振幅の最大限は発行済株式数と同数の株主数に及ぶ。しかし、株式会社発展の歴史的傾向としては、企業規模の拡大とそれに伴う株主数の増加、さらに株式の地理的分散が見られる。いわゆる所有と経営の分離現象である⁽⁸⁾。

そして、株主の議決権代理行使制度は、この所有と経営の分離現象と無関係ではない。すなわち、株式が広範囲に分散すればするほど株主総会に株主自身が出席することは困難となる。これに対応するためには、株主の議決権代理行使を禁止することは妥当でなく、むしろ、これを許容することが必要である。株主総会に株主自身が出席することが困難な場合で、しかも株主中から信頼しうる代理人としての友人、知己を見出すことが容易でない場合

に、会社が定款をもって、代理人資格を株主に限定しているときは、その株主は議決権を放棄するほかはない。したがって、かかる定款規定は無効と解すべきである。

要するに、もともと、株式に内在する非個人的性格が、いわゆる所有と経営の分離現象をひきおこし、経済上の必要に迫られて認められた議決権代理行使制度であるから、大規模の株式会社になればなるほど、代理人による議決権行使を禁止する定款規定の無効、さらにそれとの関連で、代理人資格を株主に制限する定款規定の無効がますます強調されることにならう。しかし、株式の非個人的性格および資本多数決の原則は、株式会社の規模の大小にかかわらず、言い得ることなので、代理人資格を株主に限定する定款規定を、定款で株式の譲渡制限をしている会社では有効とし、その他の会社にあつては無効とする説（いわゆる折衷説）には賛成しがたい（詳細は既述）。

(3) 合名会社その他の社団法人または民法上の組合における社員または組合員の表決権は、一身専属権であり、原則として、本人自らこれを行使すべく、定款、法人等に特則の定があるときに限つて代理行使が認められるとする判例（横浜地判・昭和一二・五・二〇法律新聞四一五九頁）がある。

株主の議決権についても、その本質は株主の一身専属的人格権であるとする説がある。⁽⁹⁾ この説によれば、議決権は、その所有する株式数に関係なく、株主一人につき一個であり、議決権の不統一行使は認められない。また、人格権は本来代理に親しまないものであるが、株主の議決権行使を容易にするため、法は例外的に株主の議決権について、これを認めたとする。

しかし、右のいわゆる人格権説に対しては、議決権の本質は財産権であるとする通説によつて、すでに批判がなされている。⁽¹¹⁾ 議決権は利益配当請求権のように直接財産的利益を内容としていないが、財産的利益を保障し、確保することを内容とするものとして、人格権と財産権とのいずれに分類するかと言えば、やはり財産権に包含すると

みるべきである。そして、この財産権説は、株主の議決権行使は本来代理に親しむ行為であると解している。⁽¹²⁾

財産権説は代理人による議決権行使を禁止する旨の定款規定を一般に無効と解しているが、この点、人格権説も同様に無効と解しているので、⁽¹³⁾注意を要する。株主の議決権行使は本来は代理に親しまないという人格権説に立てば、むしろ、定款をもって議決権代理行使を禁止することは何ら不合理なことにならないのではなからうか。

(4) 商法が第二三九条第三項に特に規定を置いて議決権代理行使の可能なことを明言したのは、株主の便宜を考え、株主の議決権行使を容易にするためである。右の規定は、会社側の主張に見られるような株主総会の円滑な運営という目的のために認められたのではない。したがって、個々の株主の議決権行使の自由は、必然的に代理人の選択の自由を伴わなければならない。代理人資格を株主に限定する定款規定は無効と解すべきである。

画一的取扱説は、第二三九条第三項の規定が株主の利益のために設けられたものであるとすると、無効説と共通しているにかかわらず、代理人資格の制限は、あるいは議決権行使を会社の構成員に限るものであるから必ずしも不合理な制約ではないとか、あるいは定款規定の目的は総会荒しの防止にあるので不当な制限ではないとか、あるいは委任状制度を利用することができるので株主の議決権代理行使の機会を必ずしも失わしめるものではないと主張しており、つきつめて考えると、その主張は一貫しているとは思われない。また、画一的取扱の結果、株主の利益保護の点で、具体的妥当性を欠くおそれがある。

また、弾力的取扱説は各個の事例に即して具体的に判断する結果、定款規定の拘束力がある場合とない場合の限界について判断が困難となり、そのため株主の利益を害するおそれがある。

折衷説が、定款で株式の譲渡制限を定めている会社において株主の利益保護よりも、会社の利益保護をはかることになること、株主の議決権行使の自由を保障すべき必要性はこのような会社においても存在することから、この

説をとることには消極的にならざるをえない。

いづれにせよ、株主以外の者を議決代理人と認めないと不都合を生ずる場合が相当あり、しかも、株主の議決権行使の自由を保障すべき第二三九条第三項の趣旨を徹底させるためには、無効説をとるのが最も理論的にすっきりし、一貫性を保つことができると思う。⁽¹⁴⁾

(二) 比較法的根拠

比較法的にみると、フランスでは代理人資格を配偶者または他の株主に限定していることは既述のとおりであるが、そのフランスにおいても、一九六六年会社法の成立過程においては、国民議会が株主の自由に選定する者を代理人とするのが適当であるとした事実がある。⁽¹⁵⁾ また、ドイツでも代理人資格を定款で株主に限定することが可能であるが、学説上は無効説が存在する。⁽¹⁶⁾

しかし、ここでは主としてイギリスにおいて、代理人資格を株主に限定する定款規定は無効とされるに至った経緯と、アメリカにおける動向を参考にして、無効説を採りうる理由としたい。まず、イギリスにおいては、株主総会に出席し、議決権を行使するのは株主自身であるというのが、普通法上の原則であった。⁽¹⁷⁾ところが、一九〇八年の会社法は代理一般については規定していなかったが、附表Aに投票による決議に際しては議決権の代理行使が許されることが規定され、一九二九年会社法附表A五九条は代理人は株主たることを要しないとしていたが、実際には通常定款が議決権行使の代理人は株主たることを要すと規定するのが多かった。しかし、その後、企業規模の拡大、株式の分散などのいわゆる所有と経営の分離現象に伴い、新に大衆株主の保護をはかる必要が生じ、一九四八年法は議決権代理行使に関する第一三六条第一項を新設して、代理行使をなしうる株主の権利を制定法上の権利と

して保障し、代理人は株主たると否とを問わないとしたのである⁽¹⁸⁾。したがって、代理人の資格を株主に限定する定款規定は無効と解されている。この事情は、一九六七年の会社法改正後も変わっていない。

アメリカにおいても、株主総会における議決権は株主自ら（in person）行使すべきであって、議決権代理行使は認めないとするのが普通法上の原則であった⁽¹⁹⁾。このような普通法上の原則は、イギリスにおける初期の法人が王の特許状によって設立せられたため、当初、人的関係を有する公法人（public corporation）と金銭的利益関係を基礎とする私法人（private corporation）との区別が認識されずに、政治的法人に適合する普通法上の原則がそのまま事業会社に持ち越されたものであると言われている⁽²⁰⁾。ところが、株式会社の実情として企業規模の拡大、株主数の増加および株式の地理的分散という傾向が増加してくるに従って、この原則は崩れはじめた⁽²¹⁾。まず、基礎定款によって代理行使を認める企図が一八世紀末以後設立された会社において行われた。しかし、当時の殆どどの会社の基礎定款は代理行使について何ら規定していなかったため、この目的のために附属定款がしばしば利用された。そして、制定法または基礎定款に代理行使の規定がない場合に附属定款のみによって、代理人による議決権行使が認められるか否かについては、判例上争われた。たとえば、このような附属定款の定を無効とする一八三四年の Taylor v. Griswold 事件⁽²²⁾もあるが、一八二二年の Kilbourn v. Tudor 事件⁽²³⁾で「財産獲得を目的とする法人とその他の法人とは基礎を異にする」という理由で、この附属定款の定は有効としたのは有名で、その後の多数の判例によって、その有効性は確立され、今日ではすべての州が制定法をもって議決権代理行使を認めている⁽²⁴⁾。そして、代理人の資格を株主に制限することの可否については、制定法または基礎定款が代理人の資格を株主に限定していない場合に、附属定款でこれを株主に限定することはいわゆる不当な制限（unreasonable restriction）として許されない⁽²⁵⁾。アメリカ法曹協会（American Bar Association）が発表した模範事業会社法（Model Business

Corporation Act) 第三三条第三項は「株主は、自らまたは株主が書面によって定める委任状により、あるいは株主が適正に授權した代理人によって議決権を行使することができる」と規定して、株主に一般的権利を与えており、この模範事業会社法の規定と全く同一か、または実質的に同一である州の制定法は、現在、アラバマ、コロラド、イリノイ、インジアナ、メリーランド、ミシシッピ、ミズーリ、モンタナ、ネブラスカ、ニューメキシコ、ノースダコタ、オレゴン、ユタ、ワシントン、ワイスコンシン、ワイオミングの各州に存在するので、これらの州においては、附属定款で代理人資格を株主に制限することは許されないものと解される⁽²⁶⁾。そして、判例としては、議決権代理行使は他の株主によってのみなされると規定した附属定款は、制定法に関係なく、一般原則の上からみても無効であるとなすものがあることは注目される⁽²⁷⁾。

(三) 成法上の根拠

(1) 商法第二三九条第三項の規定は、株主の利益を保護するため、商法が特にあたえた強行法的規定である⁽²⁸⁾。右の規定の性質を民法の代理の法則からも推理しうる当然の事理を定めた注意的規定にすぎないと解する説がある⁽²⁹⁾。しかし私は株主の権利を制限することを許さないという積極的意義があることを、右の規定に認め、それ故に強行法的性質を有すると解する⁽³⁰⁾。

(2) 民法上の公益法人の社員の議決権代理行使に関しては、定款によって別段の定めをなしうることが定められている(民六五条三項)。したがって、たとえば定款によって、任意代理を禁止することもできる。これに対して、株式会社の場合、代理行使を認める規定である第二三九条第三項本文があつて、別段の定めをなしうる旨の規定がない。法律に規定なき限りは、別段の条件を附しえないのであつて、定款による議決権代理行使の禁止または代理

人資格の制限は、たとえ原始定款をもって、許されないと解する⁽³¹⁾。

- (1) 無効説には、田中(耕)・改訂会社法概論(下)三五七頁、竹田「株主の議決権」京都法学会雑誌七卷九号三二頁、田中(誠)・会社法詳論(上)三八九頁、同「議決代理人を株主に限る定款規定の効力」商事法務六一四号一一頁、西島弥太郎・改正会社法一一一頁、清水新・前掲論文二四頁以下、藤井俊雄「定款が代理人資格を株主に制限している場合における株主たる会社のためにする株主でないその会社の使用人の議決権行使」(判例批評)企業法研究一三三輯三七頁、吉野衛「議決権行使の代理人の資格を株主に限定する定款の規定がある場合、株主である会社はその使用人を代理人にすることができるか」商事法務一二八号二二頁、西山忠範・前掲判例批評二八頁。なお、菱田教授は昭和四一年商法改正前においては、無効説であった。株主の議決権行使と会社支配八二頁以下。
- (2) 田中(誠)・最新会社法論(上)三一九頁。
- (3) 竹田・前掲論文三二頁。
- (4) Guthmann and Dougal, Corporate Financial Policy, 2nd ed. 1948, p. 57.
- (5) 加藤・前掲論文三五頁。
- (6) 株主の議決権行使の代理許容の根拠として、株主の個性喪失ないし株式の非個人的性格をあげるのは、無効説のみでない。有効説のうち画的取扱説(たとえば大隅・全訂会社法論中二八頁)も、弾力的取扱説(たとえば大森「議決権」株式会社法講座三卷九一九頁)も、あるいは折衷説(たとえば菱田・注釈会社法四卷七一頁)も同様に解する。
- (7) これは積極的条件である。このほか、消極的条件として投資家の危険を少なくし、その危険を出資額にとどめるようにすることが必要である。この消極的条件を満たすのが株主有限责任の制度である。
- (8) 拙著・経営者支配の法的研究一三頁以下参照。

- (9) 松田・会社法概論一三六頁。
- (10) ただその分量は原則として所有株式数によるとする。松田・前掲書一三三頁。
- (11) 大森・前掲論文・株式会社法講座三卷八八二頁。服部・株式の本質と会社の能力二三頁。
- (12) 大隅・前掲書二八頁。菱田・株主の議決権行使と会社支配六二頁。大森・前掲論文九一九頁。
- (13) 松田・前掲書一三七頁。
- (14) 同説・田中(誠)・前掲論文一二頁および一五頁。
- (15) 山口・加藤「フランス新会社法」阪大法学七〇号一八三—四頁。
- (16) Godin-Wilhelmi, *Aktiengesetz I*, S. 735. なお、米津・前掲論文二二六頁注(3)参照。
- (17) Gower, *The Principles of Modern Company Law*, 1969, p. 484.
- (18) 藤井・前掲論文五〇頁以下参照。この立場は一九五六年のインド会社法(一七六条一項)およびオーストラリアにおける一九六一年のニューサウスウェルズ会社法(一四一条一項)においても踏襲されている。
- (19) Stevens, *Handbook on the Law of Private Corporation*, 1949, p. 532 note 40.
- (20) Axe, *op. cit.*, p. 41. 藤井・前掲論文六頁。
- (21) Stevens, *op. cit.*, pp. 559—560.
- (22) Taylor v. Griswold, 14 N. J. L. 222, 232, 27 Am. Dec. 33, Stevens, *op. cit.*, p. 532, note 41.
- (23) Kilbourn v. Tudor, 5 Day (Conn.) 329, 5 Am. Dec. 162. Stevens, *op. cit.*, p. 532, note 41. 藤井・前掲論文六頁。
- (24) American Bar Foundation, *Model Business Corporation Act Annotated*, Vol. I, 1971, pp. 673—674.
- (25) Ballantine, *op. cit.*, p. 408.

- (26) American Bar Foundation, op. cit., p. 669 et seq.
- (27) State ex rel. Syphers v. McCune, 101 SE 2d 834 (W Va Sup Ct 1957). American Bar Foundation, op. cit., p. 674.
- (28) 公の秩序に関する法律としての強行法規を意味するのではない。株主が議決権を代理人によって行使すると否とは、株主の任意であること自明だからである。
- (29) 加藤・前掲論文・四三頁。
- (30) 商法二二九条第三項を強行法的規定と解するのは、必ずしも無効説に限らない。有効説のうち画一的取扱説（たとえば、大隅・前掲書二八頁）も、彈力的取扱説（たとえば、大森・前掲論文九一九頁）も、あるいは折衷説（たとえば、菱田・注釈会社法七二頁）同様に解する。ただし、田中誠二博士はこの規定が注意的性質を有するとともに、強行法的意味を有すると解される。前掲論文一三三頁。
- (31) 同説・田中（誠）・前掲論文一三三頁。

七　　む　　す　　び

古くから学説が分れている議決権行使の代理人資格を株主に限る定款規定の効力について、私はかねてから無効説を主張してきたが、今回その後に発表された学説を加えて再検討してみた。しかし、結局、前の結論を変更する必要を感じなかった。やはり無効説を堅持したい。