

# 商法第三四三条（株主総会の特別決議）の検討

……………株主の利益保護の立場に立つて……………

佐伯直秀

## 目次

第一章 序説 問題の提起

第二章 定足数要件の検討

第一節 定足数要件（維持）下の改善方法の検討

A 款 白紙委任状による議決権代理行使制度改善方法の検討

B 款 株主代表者制度による方法の検討

第二節 定足数要件廃止の検討

第三章 決議要件加重の検討

第四章 結語 第三四三条（株主総会の特別決議）改正の私案

## 第一章 序説 問題の提起

商法第三四三条即ち株主総会の特別決議は、その決議にさいして、できるだけ多くの株主をそれに参加せしめ、以て一方においては株主の利益を保護し他方においては会社理事者の専恣を防止する目的を有するものであることはいうまでもない。そしてそれは第一には「発行済株式総数の過半数に当る株式を有する株主の出席を要する」旨の、いわゆる定足数の要件（仮りに定足数要件と名付ける）と第二には単純な過半数の決議ではなくして、それ以上の即ち「その議決権の三分の二以上に当る多数を以て決する」旨の、いわゆる決議要件加重の要件（仮りに決議加重の要件と名付ける）とから成つてゐる。

しかるにこれら二つの要件は、近時の株式会社が昔日のそれとは比較にもならぬ位に迄大規模化し株式が広汎に分散して来たので、これらは会社機構の複雑化、株主大衆の無知無関心化とともに、第二の要件即ち決議加重の要件は、その本質上一応別としても、第一の要件即ち定足数要件の充足を著しく至難ならしめ、敢えてこれを強要するとなれば総会を流会の破目に追い込みかねない状態に立ち至らしめて来ている。勿論この定足数充足が至難であるということ、惹いては定足数の不足によつて総会が流会することを防止する役割を果たすものが第二三九条の議決権代理行使制度であり、さらにこれを推及して商慣行となつた所の、白紙委任状によるそれであることはいうまでもない。しかしこの制度には問題が二点ある。即ちその第一は、かゝる制度が議決権としての

性質上、法律的に許されるものか否かであり、その第二は、この制度の惹起している實際的弊害の余りにも甚大なことである。先づ第一点より述べるならば、そもそもこの制度の効力については、學説は一部（註<sup>1</sup>）を除いては、何れも第一に、これは会社に対しては代理権を授与せしめる趣旨ではなく、会社は事実上白紙委任状を取次ぐに過ぎないからこれを違法に解すべきでないこと、第二に、事実上多くの会社で商慣行として行われていること等々の理由から有効と認めている（註<sup>2</sup>）ので、第一点に関する限り一応問題はなかとみても差支えないであらう。しかし肝心なのは第二点である。即ちこの制度は他面において、定足数充足の名の下に少数の会社理事者が会社負担の費用において（註<sup>3</sup>）、蒐集した所の、他人所有の株の議決権を、自分等の、会社永久支配の具に悪用して来ている所に問題がある。そしてこのために総会はVidariの如く、「君臨すれども統治せざる」無力極まる機関と化し、Iheringをして「株式会社の私人財産を荒廃せしむること、火災、洪水、凶作、地震、戦争及び敵軍の占領が国富を破壊せしむるよりも一層苛酷なり」と嘆ぜしめている如き、株式会社悪弊を発生せしめる有力な原因の一つともなつて来ているのである。要するに、始め株主の利益を保護し以て会社理事者の専恣を抑える目的で設けられた筈の第三四三条即ち総会の特別決議、特にその第一要件たる定足数の要件は、今や所期の目的とは反対の、会社理事者の利益擁護のための制度と化するに至つて来ている。即ち株主の利益保護のための要件が反つて株主の利益侵害の役割を果たすという矛盾を生じて来ているので我々は今一度、第三四三条を株

主の利益保護という、その本来の立場から再検討すべきであると思われる。それで本論文では、第二章においては前述の第一の要件たる定足数の要件を、第三章においては第二の要件たる決議要件加重のそれを検討し、そして第四章結語においては、第三四三条（特別決議）全体に対する改正私見を述べることにする。

## 第二章 定足数要件の検討

前述の如く、株主の利益保護のために設けられた等の特別決議、特にその要件の第一たる定足数要件は株式会社の現状においては、白紙委任状による議決権代理行使制度を必要とするのであるが、他面この制度は所期の目的とは異り、反つて会社理事者の利益を擁護し株主の利益を抑える制度と化して来ているので、本章では株主の利益保護という本来の目的に立つて、この定足数要件を再検討する。そしてそのためには、先づ第一節では、上述の如き問題点を包蔵しながらも尚ほこの要件の、一般株主の利益保護のために果たす役割には無視できないものがあるし、又かゝる慎重なる決議要件なくしては、少くとも決議において、理事者の専断を防止できる保障はないのであるから、できるならばこの要件は維持すべきであり、それ故にこの要件を維持しながら、株主の利益保護を計る方法はないものかどうか、換言すればその目的のために現在採用されている白紙委任状による議決権代理行使制度に改善の余地はないものかどうか、又改善の余地はないとしてもこの制度に代る方法はないものかどうかを検討し、次いで第二節ではこの定足数要件を廃止するならば、株主の利益保護のため

に、この要件の果たす、決議における保障措置はなくなるのであるが、これは考慮に容れなくてもよいものであるか否かについて述べることにする。

### 第一節 定足数要件（維持）下の改善方法の検討

前述の如く、定足数要件は株主の利益保護のために設けられたものであるので、でき得べくはこの要件を維持することが望ましいのである。しかしこの要件は、他面前述の如く悪弊発生の間接的原因となつていことも否定できない。それで本節では定足数要件はそのまゝにしておいて、悪弊発生の間接的原因を除去する方法なきか否かを検討する。そして検討の対象として考えられ得る方法としては次の二つがあるので、これをA、Bの二款に分けて述べることにする。

#### A 款 白紙委任状による議決権代理行使制度改善方

##### 法の検討

定足数要件を維持するとすれば、株式会社の現状ではこの制度が必要不可欠であり、又この制度を認めるならば、上述の如き弊害を斉らすので、この制度改善の方法検討が当然必要となつて来るのであるがその方法としては、制度技術的には第一に、白紙委任状による議決権代理行使の受任者を当該会社の株主のみに限定する方法、第二に「上場株式の議決権代理行使勧誘に関する」証券取引委員会規則第一三号の規定をさらに充実し且つ上場株以外の株の場合にも拡充して行く方法、第三に、理事者以外の一般株

主が議決権代理行使のための委任状を獲得するために必要とする所の費用その他は、理事者の場合と同じく会社負担とする方法があり、又倫理的精神的には、第一に会社の運命に冷淡且つ無關心な一般株主をして関心と興味を抱かすようにする方法、第二に理事者の忠実義務強調の方法がある。以下これらの方法を順を追うて逐次紹介すると共に、これ等の方法が果たして本題の目的即ち一般株主の利益保護という目的達成のために、役立つか否かを検討することにする。

先づ**第一の方法**についていうならば、これについては問題が二点ある。即ち第一点はいかゝる方法を定款に規定できるか否かであり、第二点は假令規定できたとしても、いかゝる方法が果たして所期の目的即ち理事者に悪用されるのを防ぐ目的に適うものであるか否かである。そして第一点より述べるなら、(イ)いかゝる規定をするかは第二三九条第三項の強行規定に反するから無効である何故ならば、權利には所有と行使の自由があり、議決権行使に制限を加えることは取りもなおさず議決権内容の一部を奪うことになるから。(ロ)第二三九条第三項は議決権行使の代理を規定しながら、資格制限には別段の定めをしていないこと。(ハ)比較法制的には各国の学説、判例、立法<sup>(註1)</sup>は代理人の資格制限を解放する方向に向つてゐる様に見えるので、我株式会社法もこの潮流に倣すべきであること。以上三個の理由により、いかゝる方法を定款に規定できないとする無効説<sup>(註5)</sup>と、(イ)いかゝる趣旨を定める実例の多いこと、(ロ)これは議決権の代理行使ではなくして単に事実上、白紙委任状を取り次ぐに過ぎないのであるから、受任者資格に制限

をしても第二三九条第三項の代理行使の強行規定には反しないといふこと、以上二個の理由で以ていかゝる趣旨を定款に定めることもできるとする有効説<sup>(註6)</sup>との両説が対立しているのであり、何れかといへば前説の方が有力のようにも思われるが実際には、かかる規定を定款に置いている実例の多い<sup>(註7)</sup>ことでもあるので、こゝでは後説即ちいかゝる規定を定款に規定できるとする有効説に立つて論を進めて行くことにする。次に問題の第二点は、いかゝる方法が果たして所期の目的に適うものであるか否か、換言すればこの方法の効果如何である。所で普通、会社理事者は自己と密接な關係に在る者、例えば使用人<sup>(註8)</sup>を代理行使の受任者に指定することにより、他人所有の株式によつて会社企業を支配できるのであるが、いかゝる限定規定を置くことにより、会社はその受任者を株主の中から選任しなければならないという制限を受けるので、一見すると、理事者の不当な多数決獲得防止換言すれば一般株主の利益保護の目的を達成しうるようにも見える。しかしこれは貸株等の方法で容易に脱法し得るのでこの効果は疑問であり、又代理行使の実際を見ると、会場に現実に出席して招集通知状の封筒を差し出す者は本人と認めてその入場を許しているので眞の株主本人か代理人か判別困難であり、又会社としても黙認しているのが実状であるので定款で代理人は株主に限ると定めても、實際出席者に関する限りこれを守ることが不可能であり、余り実益はないのでこの点は問題にならない。唯強いていへば、この方法は労組の幹部(非株主の)等が従業員株を蒐集するのを防止する役に立つといえないこともないではないが、これは株主の利益保

護のためというよりは、むしろ会社理事者のための方法というべきである。しかし非株主の会場入場によつて会議の妨害されることを極度に恐れ又これを排斥せんと試みる所の会社が、前述第一点の如き問題が伏在するにも抱らず、前述の如く、かゝる規定を敢えて定款に置いている実例の多いことはこの方策がこれ等の目的達成に役立つことを示すものであり、一般株主に取つても非株主による会議妨害の如きは、その好む所ではないから、この点では一般株主のためにも役立つことは一応認めなければならぬが、これは本題の枠外のことである（本題は理事者対株主關係を問題としてゐるので）。しかも他面、一般株主が代理行使を委任するときには、前記無効説論者のいう如く、その受任者の範圍を限定し制限することにもなるので本題の方策としては、必ずしも當を得たものとはいひ難いものがあると思われる。以上を要するに、この方法は所期の目的達成には不充分なりというべきである。

次に**第二の方法**であるがこの方法も一見する所では、確かに本題の目的達成には適切な方法であるように思われる。というのはこの方法の基底をなす、いわゆる「上場株式の議決権代理行使の勧誘に関する規則」即ち証券取引委員会規則第一三号は、本題の目的を以て、一九三四年の米國法（Securities Exchange Act, Section 14(A)）を範として（米國法では取締役選任は除外されてゐる<sup>(註9)</sup>）、昭和一三年に制定せられたものであるからである（勿論その後、数次の改正を経て今日に至つてゐる）。しかし本則には、筆者が前に<sup>(註10)</sup>「証券取引委員会規則第一三号の問題点とその検討」なる題名で報告した如く、多くの問題点が含まれてい

る。即ち（第一点は）本則の適用は名称の示す如く、上場株式の場合にのみ限定されてゐること、（第二点は）本則第二条の要求する参考書類の審査監督が充分に行われ得ないこと、（第三点は）非理事者たる反対提案株主の利益保護が缺如してゐること、（第四点は）現行法の要求する参考資料の要記載事項の是非、（第五点は）議決権の代理行使に當つては、委任者は委任状への、原案に対する賛否の記載で以て受任者を拘束することは法文解釈上、認めることはできないし又實際の取扱い上も、この記載を無視された取扱いを受けてゐること、以上である。そしてこれ等の中、第一点より第四点迄の問題点については、筆者の提案した解決方法<sup>(註11)</sup>で一応の解決がつかないものでもないが、問題は最後の第五点であり、このために、この第二の方法も所期の効果を挙げ得ないのである。以下これについて説明する。

所でこれについては先づ法律上の解釈を述べて、しかる後に取扱いの實際に触れて行くことにする。さて前者、即ち委任者が委任状に、原案に対する賛否の記載をなすことによつて、受任者を拘束することが法律上認められるか否かについては、これは結局は委任状を会社に返送する所の、委任者の行為は法律的に如何に解釈されるかによつて決定される。しかしこれは亦、委任状返送行為の前提となる所の、会社の勧誘行為そのものの法的性質如何の問題と関連して来る。所で勧誘の法的性質については、第一にこれは単なる事実上の行為であつて何等の法的効果を伴うものではないとする所の、いわゆる事実的行為説<sup>(註12)</sup>と第二にこれを勧誘者（会社）側において適宜選定する人へ株主の意見を伝えて代理行

為を委嘱する所の、仲介の労を執るべき旨の申込の勧誘と解する、いわゆる仲介契約申込の勧誘説、及び第三に、これを前記仲介契約の申込と解する所の、いわゆる仲介契約の申込説との三説がある。その中で第一、第二両説を採れば委任状返送行為は、議決権代理行使委任契約の申込となるので受任すると否とは勧誘者たる会社の自由であつて、その限りにおいては賛否の記載によつて、受任者を拘束することは、結局認められないのである。しかし問題は第三説である。けだし第三説（仲介契約の申込説）を採ると前二説と異り、委任状返送行為は仲介契約の申込に対する承諾となつて、この場合は勧誘者には諸否の余地を残さず、一見受任者は拘束されるかの如くに見えるからである。しかし受任者が賛否の記載に拘束されることと賛否の記載に反して、受任者の行使した所の、議決権の効力の有無効とは別の問題である。即ち後述の如く、有効説を採れば（筆者は有効説を採るのであるが）、結局拘束されないと見ても決して牽強附会の説とは思われないからである。

次に賛否の記載に反して行使した所の、議決権の効力如何について述べる。これに対しては賛否の指定をなし得るようにして勧誘させる制度そのものの当否<sup>(註13)</sup>は別として、いやしくも株主が賛否を記載した委任状によつて委任をなし、しかもこの委任状は「代理権を証する書面」として会社へ提示せられる訳であるから、与えられた代理権も賛又は否の何れか指定通りの議決権行使についての代理権と解すべく、従つて勧誘者は委任状に記載された賛否の表示によつて拘束され、それに違反あれば受任者として

の義務違反による損害賠償責任を負担する外、さらに違反した議決権行使自体も無効となる<sup>(註14)</sup>し、その結果書面投票を認めると同じことになつたとしても差支えない<sup>(註15)</sup>とする無効説と「受任者は指示に従つて投票すべき義務を負うているが、實際上勧誘者たる会社側からの何らかの圧力というようなものによつて指示と反対の投票をするという結果になつた場合には、それは仮りに議決権の代理行使としても正当な代理行使が妨げられたという意味で、決議の方法が公正を缺くということと決議取消の訴の原因（商法第二四七条）となるということはいえるのではないか」<sup>(註16)</sup>という説、即ち取消説もあるが、しかし前説に対しては代理と使者、書面決議の問題<sup>(註17)</sup>が起るのであり、又後説に対しても朝山氏は「決議取消の問題となつても実際問題として委任者たる株主は否が否として行使されたか否かが察知し得ず、一般の場合では賛成者が多数と認めますということと可決されてしまう場合が多いのであり仮令自己の否が行使されなかつたことが判明しても、決議取消の訴を起すには手数も費用もかゝり、亦多数決で可決された以上、取消の効果もないことが判ると、そのような手続に出る筈もなく、取消の訴ができるということは何等意味をなさぬことになる」<sup>(註18)</sup>と批判していられる。それで結局、「賛否の表示は受任者と委任者との間の内部的指示に過ぎず、受任者は委任者に対する関係ではその指示に従うべき義務を負うが、仮りにその義務に違反して指示された所と異なる投票をした場合でもその議決権は完全に有効であり、唯損害賠償の原因となるに過ぎない」とする所の有効説が問題となつて来る。しかして筆者は次の四個の

理由によつてこの有効説を採用する。

即ち第一に賛否の表示は、前述の如く受任者と委任者との間の内部的指示に過ぎないこと。

第二に本則第四条（議決権を代理行使する者が当該議決権に関して有する権限は被勧誘者が委任状用紙に明記した所に従つて、その者のために議決権を行使する者に限られる）が昭和二十四年五月二六日の改正で削除された（註<sup>19</sup>）という立法的沿革のあること。

第三に、無効説論者も認める如く、無効説を採れば書面投票を認めると同じことになるのであるが我現行法は書面投票を認めていないこと。

第四に、特別利害関係を有する者が代理人として他人の議決権を行使し得ないとする説（註<sup>20</sup>）が頗る多いことや独逸株式法第一一四条第五項が明文で以てこれを禁止していることは一面、賛否の記載で受任者（代理人）を拘束できないこと、即ち有効説を示すものではなからうかということである。けだし拘束するとすれば、代理人が特別利害関係に立つことは、なんら問題にはならない筈であるからである。

第五に我国とは異り、議決権拘束契約を認める所の独逸においては、学者（註<sup>21</sup>）や判例（註<sup>22</sup>）は議決権行使に関する契約の効果は当事者間に債権法上の義務を生ずるに止まり、従つて契約に違反してなしたる議決権の行使は唯契約当事者間に金銭上の損害賠償請求権を発生するに過ぎずして、総会における投票の効力には何等影響を及ぼし得ないと解していることである。

以上、第一説、第二説に立てば勿論のこと、仮令第三説に立つ

ても、その行使済みの議決権の効力は有効となるのであるから、結局受任者の議決権行使は当事者間は別として、少くとも対外的には拘束することは認められないことになる。

次に後者、即ち返送された委任状取扱いの実際について述べる。所で委任状記載の中で、ここで問題となるのは、原案に対する賛否不記載の委任状と否記載の委任状とであるが、先づ前者から述べるならば、実際においては原案に対する賛否不記載の委任状は頗る多い（註<sup>23</sup>）のであるが、賛否の記入がない場合は賛否の点についても白紙委任したものと解するとの但書（註<sup>24</sup>）があるならば兎も角、でないならばこの委任状の返送者に対しては再度賛否の記載を求めるか、又は議決に当つては白紙として保留すべきである。しかし實際においては、賛否の表示のないものは、会社としては全部賛として取扱うのが殆んど例外のない慣習となつていてし学者も亦この場合、仮令委任状に賛否の表示のない場合は賛成と認めるとの記載がなくても、賛否何れとも委かせるとの意に解すべきであり委任関係としても代理権としても無制限なものと解してよいから、会社としても「賛」として取扱つても違法でなく有効と解すべしとしている（註<sup>25</sup>）。

次に後者、即ち原案に対する否記載の委任状の取扱いであるがこれは当然、否に使用すべきである。しかるに實際ではこれを無視したり甚しきは賛として使用する例の少くないことが統計（註<sup>26</sup>）で分明であり、又否を無視しない場合でも議事録の文言が満場一致とか全員賛成とかいう代りに大多数の賛成となるだけで結局は否を無視すると同じ結果となる。又これに対し鈴木教授は「総会の

議事に入るに先立つて『委任状による議決権の行使は×名×株、第○号議案に対しては賛成×株、不賛成×株』と発表する事例は少く、又これでは書面審査になつてしまうので実質的にはそうであつても總會進行の形式上は不当な方法であらうと思う」(註27)といつていられる。

これを要するに委任状取扱いの実際においても、原案に対する賛否の記載は無視されているのであるがこれは前述の如く、賛否の記載が受任者を拘束することは法律上認められないことと相俟つて本則の最大盲点をなすものである。

故にこの問題点打開のためには当然、委任状への賛否の記載が受任者を拘束するようにすることが必要であり、換言すれば旧第四条の復活が要請せられる。しかしそのためには旧第四条の削除された理由が依然として問題として残るのである(註19参照)。しかしこのことに対する検討は紙数の都合上、割愛して仮りに本条の復活可能なりとしても、代理の本質は田中耕太郎博士のいわれる如く「株主は代理人に対し議案に対する賛否をなすべきを指定し委任をなし得ないものである」(註28)ので、若しこれを断行するならば、それは最早、代理の範囲を越えて完成した意思表示を単に伝達するに過ぎない所の使者の範疇に入ることになり、又それは現行法では認められていない所の書面決議を認めることにならる。勿論現実の總會においては、その多くが理事者側の提案に対して単に拍手を以て迎えるに過ぎない実状であるのに鑑み、例えばL.C.B. Goverの如きは「現行法は會議における決定という影に執着して會議の實質を破壊している」が故に「或種の重要事項に

つては、會議の後の郵便投票の結果によつて最終決定をなすべきである」との立法論をなしている(註29)し、又一面からいえば「本則は実質的に書面による不在の投票を認めることとなるので、かかる不徹底の仕方を避け端的に書面決議を立法的に認めたらよいと思う」とする学者(註30)もある。故に西原教授の如きは「一定株数以下の株主には直接出席権を与えず書面投票のみを認める案が会社荒らしの防止と議事運営円滑化の見地からも検討すべき問題となる」としていられる(註31)。そしてこれ等の説は總會の現状より観る時、必ずしも過激な立法案とは思われないのであり、竿頭さらに一步を進めて、このさい書面決議制の全面的採用を認めたならばとも思われる。しかし現行法の段階では尚若干の躊躇を感じさせるものがあるのである。

何となれば第一に、總會の決議の現状が前述の如きものであつても、尚ほ總會の決議の本来の姿は単に会社側から与えられた判断の資料のみによつて決することなく、予め示された事項に対して準備しさらに總會において質疑討論することによつて生れた判断に基いて始めて行使するというのがその本来の姿であることである。即ち書面決議には質疑討論の要素のないことである。勿論質疑討論によるといつても会場の空氣に作用されて(特に總會屋や会社荒らしの活動により)冷静な判断の得にくいことも事実である。それ故にこそ、Goverの、前掲の提案のなされる所以もある。しかし如何に資料を詳細にしても、質疑討論なしに判断し得る程に充分な資料を流すことは不可能であらうと思われる。

第二に我現行法には、一九四八年の英会社法第一三六条第一項



の如く、出席、発言、表決の各権を分離したり、発言権のない表決権を認めたりする規定のないことである。そしてこのことは我現行法では発言（質疑討論）のない投票権、即ち書面決議を絶対に許さないことを示すものといえると思う。勿論これに対しては、有限会社（同法第四二条）や民法の公益社団法人（同法第六五条）又は中小企業等協同組合（同法第一条）では一種の書面決議が許されているではないかとの反論がなされる（境教授は「株式会社に限つてこれを拒否する理論的根拠は極めて乏しい」（註<sup>32</sup>）とされる）と思われる。しかし前者は書面決議とはいつてもこれは全社員が同意したときに限られるという非公開的且つ簡易組織体（仏・土耳其及びスペイン草案は社員は二〇人以上、ルクセンブルグは二五人以上、キュバは五人以上のときは、これを許さない（註<sup>33</sup>））たる有限会社の本質に鑑みて（尤も株式会社ではその大規模性により、書面決議が必要となるのである）特別に考慮された（田中誠二教授は「行き過ぎなり」として非難していられる（註<sup>34</sup>））所の特殊の書面決議であり、後者も亦、同社団の公益性に鑑みて認められた一種の不在投票であるので、こゝで論ずる書面決議とは、いささか性質が異なる。それ故に両者はこゝで同日に論ずる訳には行かないと思う。

第三に、書面決議制を断行するならば、この執行を審査監督する機関、即ち決議をなすに当つて会社又は関係者より送附する所の参考資料記載の精粗の程度を審査したり、これに違反した場合の措置をしたり、又株主の送付した議決の賛否集計の取扱いを監督したりする機関が是非共、必要になるのであるが、かゝる制度

の設置は技術的に困難であることである。

以上の理由で以て筆者は、現行法段階においては書面決議制には直ちには踏み切り得ないのである。ということは、この第二の方法も、所期の目的達成には尚ほ缺陷のあることを示すものである。

続いて第三の方法であるが「議決権の行使を勧誘してその費用を自分で負担しているような理事者は現在、恐らくないと思う」という鈴木教授の言（註<sup>35</sup>）にも窺える如く、理事者は会社の費用で以てこの委任状を蒐集しているのであるから、これと均衡を保たす為にはこの措置が必要である（註<sup>36</sup>）ことはいうまでもなく、又この措置によつて一般株主も多大の利益を受けるであろうこともいうを俟たない。

しかし問題は西原教授も指摘される（註<sup>37</sup>）如く、この措置の執行が技術的に困難なことである。が仮りに一步を譲つて、この執行の技術的困難性が解決されたとしても、一段株主の保護策としては尚お万全の策とはいい得ないものがある。何故ならば、自ら進んで理事者と一戦を交えんとする積極的な一般株主に取つては或はその利益保護に役立つものもないとはいえないが、そうでない所の、消極的な一般株主（しかもこれが会社株主の大半を占めるのであるが）には、この方法では必ずしも利益は及ばないからである。勿論権利の上に眠る者は保護に値しないという法律論も出ては来よう。しかし他の法分野におけるとは異り益々巨大化して行く株式会社においては、そこでは理事者の力は益々強大に、そして一般株主の力は益々弱少且つ無知になつて行くので権利の上に

眠るのではないが、権利行使のできない、又はその行使の方法すら知らない所の弱少株主の保護を等閑にはできず、どうしても法の後見的機能の必要性が存するのであるから、これら株主のことをも考慮しなければならない。そう考えるとこの方法のみでは不十分である。さらにこの方法では、そのよろしきを得ないと総会をして委任状斗争 (Proxy Contest) に追いやり、談笑裡に事を運ぶべき会場を徒らに修羅場と化せしめ、いわゆる観客の多い悲劇の場たらしめる危険のあることであり、又戦時国際法規にもたうべき委任状斗争規定の制定が必要ともなつて来る。以上の諸理由によつてこの第三の方法にも満幅の信頼は置き難いものがある。

最後に、倫理的、精神的方法としての第一、第二方法の検討であるが、よく人口に脛灸されている「制度よりは人」という語は他の場合と同様に、この場合にもあてはまるのである。即ち如何に制度の改善に立法的努力を注いで見ても Müller-Erbach がいみじくも喝破したように「如何に巧妙な制度と雖も自己の利益についての生々とした衝動に代うべくもない」(註<sup>38</sup>)のであるから、株主の無関心と利己心の欠缺を根絶せしめて株主の自覚を促がすことの必要なことは今さら述べる迄もない。そしてこのことさえできるなら、凡べての対策さえも不要となるのであるが、如何せん、これ等は石井教授もいわれる(註<sup>39</sup>)如く「責任の重くない大衆の集る所、自ら無関心と冷淡とが支配し易いという人間の通有性に根ざすものであつて、結局法の範域を超えた人間性や人間教育の問題にふれるものである」。このことは理事者の忠実義務強

調の場合でも同様であつて、結局は法の力の及ばない範域の問題であるので両者共、本題の対象外のことになる。

#### B 款 株主代表者制度による方法の検討

前款で述べた如く、白紙委任状による議決権代理行使制度の方法によつては、如何に同方法に改善を加えても所期の目的達成には尚ほ難点があるので、この方法によることは断念せざるを得ない。かといつて直ちに定足数廃止に踏み切ることも早計と思われるので、一方では定足数要件を維持して決議の慎重化を計るとともに、他方ではその悪弊を除去する方法として、改善の方法ではあるが株主代表者制度により、一方では一般株主の意見を間接的ではあるが、その決議に参加させて定足数要件の果たす役割を果たせるとともに、他方では決議慎重化を計つて理事者の専恣を防ぐ方法が考え出されて来るので、次にはこれについて述べる。

所で古代ギリシャの狭い都市国家内で生れ、それに適合して成長して来た民主政が今日の、広大な大衆国家内でも復活再生したのは代議政体即ち代表者制度のおかげであつた如く、往時の小規模株式会社の中で生れた株主總會制度が今日の巨大規模株式会社の中でも、尚ほ且つその生命を維持し発展して行くためには、この方法が考えられるのであり又これを唱える論者(註<sup>40</sup>)もないではない。しかしこれにも亦、次の三個の難点が考えられて来る。

即ち第一に、今日の株主は、明日は売却う心算で今日株式を買つて株主となる如き、変動常なくしかも責任を負うことなき無名の大衆である。それ故に勿論「株主間には相識の関係がなく且つ

株主は絶えず変動している関係上、株主の代表制を採ることは実行不可能である」(註41)こと。

第二に、相互保険会社等においては、成程一種の代表者制度ともいべき総代会なるものが存在してはいる。しかし株主総会は、往々にして利害角逐の場であるのに比し、その被選出母体たる保険会社や社債権者集会は、共通の利害関係に立っているのに、尚ほ且つ実蹟が余り挙がっていないこと。

第三に、この方法は、やり方に当を得ないときは、昔日の如き大株主会復活の恐れあること。

以上の理由から、この方法も採用には躊躇せざるを得ない。尤も平井教授は「何らかの発言を期待するとすれば少くとも、この程度の方が実益があると思われる」といつてはいられる(註42)。しかもこれと関連して述べねばならないのは、實際界においては、既に「公式の場としての総会をできるだけ簡単に切り上げるため、総会に先立つ二、三週間前に大株主会を開き、事前に議案を詳しく説明して増資又は重役の選出等に関し相談をかけて了解を求める」(註43)とかの手段で、事実上の(法制的制度でない)大株主会の如きものも開かれていることである。そして経営学者の中には、さらに制度としての大株主会なるものを提唱している者(註44)もあり、又古い所では Müller-Erbach の Kerngesellschaft 改造案(註45)も唱えられていることである。

しかしこれらの大株主会出現に対しては、如何なる対策を講じようとも株式会社民主化の歴史に逆行するものであり、少くとも株式平等原則を採用している現行法の下では認められない(これ

に対し平井氏は、平等原則は財産権面だけで充分であり、発言とか経営参加の面では必ずしもこの要はないとされる(註46)が疑問だと思ふ)し又仮りに百歩譲つて制度としての大株主会を認めるとしても、その前提として大株主の特別責任を規定している独株式法第一〇二条第一項の如き規定が絶対的に必要であるのに、我現行法にはかゝる規定がないこと等の理由で以て賛意を表わし得ない。

## 第二節 定足数要件廃止の検討

さて前節では、定足数要件の、株主の利益保護のために果たす役割に鑑み、これを存続さす目的の下に、その悪弊除去の方法をいろいろ検討したのであるが何れも充分とはいひ難いものがあるので、このさい思い切つて、この要件廃止に踏み切るべきではないかということが考えられて来る。勿論そうすることにより、この要件の果たす、決議における保障措置はなくなるので、本節ではこれは考慮しなくてもよいものであるか否かについて述べる。

所で筆者は次の五個の理由により、この保障措置はないよりはあつた方がよい程度のものであつて、無視しても別段に支障は起らないであろうと考える。

即ち第一に、前にも述べた如く、かゝる措置を執ることにより、白紙委任状による議決権代理行使制度が必要となりそして総会に出席できない所の株主の議決権は一応、保護されるかの如くに見えるのであるが、その実けしからず、これ等の株主の議決権も定足数充足のために使用されるということ以外は、理事者の多数決獲得のために悪用されて、彼等の永久支配の下に、株主を置く作

用しか演せずして、株主の利益保護とは反つて逆の方向に作用していること。

第二に、定足数要件を置くことにより無理に駆り出される所の株主の如きは、いわゆる「会社の運命に無関心な株主」ではないにしてもこれに近い株主であり、かゝる株主連に取つては利益配当や株価の高低にこそ関心はあろうが、支配権等についての議決権行使の如きは関心の外であるので、彼等に無理に議決権行使の機会を付与することは、付与しないよりは勝る程度のことである反面、株主自身に取つては反つて有難迷惑なことでもあるので彼等の議決権はこれを無視しても彼等には痛痒を与えないであろうと思われること。勿論かゝる株主達をも議決に駆り立てることには、意義なしとはしないであろう。しかし定足数要件固執によつて齎らされる悪弊と比較するときは得失自ら分明であること。

第三に他方においては、積極的な株主は定足数要件の存否に拘らず、進んで議決権を行使し、若しも出席不能のときは、そのときこそ、第二三九条第三項を利用して自分で適当な受任者を見付けて代理行使する筈であるから、定足数要件はこれら株主には不要であること。

第四に、この要件固執により、必要となる所の、前記白紙委任状のそのの勧誘に要する膨大な費用と手続とが、この廃止により不要となるだけでなく、最も重要なことは、(第一章で)述べた如き今日の株式会社制度悪弊の根源の一つを抜本的に根絶できること。

第五に、さらに注目すべきことは株主の利益保護の方法が、変

つて来たことである。即ち「資本と経営とが分離したと共に、証券がまた資本と分離し株主の地位は二重に間接的となつてゐる。

株主が会社の経営に参加するのは『発言』によるのではない。むしろ、それは不可能であり無用でもある。株主の行い得る限界は消極的抵抗と間接的評価としての株式の売却、または増資、払込の拒否等による『見送り』または会社関係よりの『脱退』である。

尤もこれも実に重要な武器なのである」(註47)と平井教授がいわれる如く、今日においては、その方法は總會における単なる議決権行使のみがその唯一の方法ではなくなつてきた。というよりはその比重すらも次第に軽くなりつゝあることである。そしてこれは、殊に第二〇四条の株式譲渡自由の絶対化(註48)第二四五条の二の株主の買取請求権等の規定が改正又は新設された昭和二五年の改正商法下では、特にこの感を深くする。

以上の理由により、定足数要件は、これを廃止しても別段、株主の利益保護に支障は起らないであろうと考えられるので、前節の結論と相俟つて、この要件は廃止すべきであると筆者は考える。

### 第三章 決議要件加重の検討

前章で述べた如く、第三四三条の第一要件即ち定足数要件は、株式会社の現状においては、これを廃止することが望ましいのである。しかしそうすることにより、上述の如き、折角の法の配慮は失われてしまうので、この法の配慮を活かすためには、せめて第二要件たる決議要件加重の要件のみだけでも残して決議慎重化を計り、一方においては株主の利益を保護すると共に他方におい

ては理事者の専恣を防ぐことが望ましいのである。又この存続は出席（白紙委任状でない委任状出席をも含むが、以下単に出席とする）した株主のみに関する規定であるから、定足数要件とはその性質が異なるのであり、それで株式会社の大規模化、株式の高度分散による影響とは無関係である。故に流会とかの問題は当然起る筈もないので悪弊の根源たる白紙委任状による議決権代理行使制度の助を借りる必要もなくして、しかも決議慎重化の実を多少なりとも計り得るのである。ということは株主の利益保護、理事者の専恣防止に多少なりとも役立つことを意味する。その上、ここで対象となる株主は出席している株主であるから、いわゆる自覚しない無名の大衆ではなくして、自覚せる株主達による決議であるから、或る意味においては、定足数要件を置いて無理に駆り出される場合よりも、実質的な決議慎重化の実を挙げ得るのである。故にこの要件のみは第一の要件とは異り、絶対に存続さすべきであり、否、定足数要件を廃止して決議慎重化の一角を崩した以上、これの存続は不可缺でもある。のみならず、さらに竿頭一歩を進めて決議要件を加重して、現行法の $\frac{1}{2}$ より $\frac{3}{4}$ 又は $\frac{4}{5}$ とすることが望ましいとも思われる。そうすることにより、さらに決議慎重化を期し得るのであり、それは一方においては理事者の専恣を抑え、他方では株主の利益保護をより一層計り得ることになるから。たゞ問題は、この通常決議の場合よりは遙かに（ $\frac{3}{4}$ に）加重された所の、決議要件をさらに加重できるか否かである。これについては強い否定説（註49）がない訳ではない。

即ちこの説は、第一に若しも、定款による決議要件加重を認め

るならば第三四三条には第二六〇条の二第一項但書にみる如き文言があるべきであるが、かゝる文言のないことは定款による変更を許さない、絶対的強行規定であることを示すこと（註50）

第二に、要件加重を認めるならば、余りに嚴重過ぎる決議要件を定めることになり、それは決議の成立を困難ならしめ惹いては株主の利益に反すること（註51）。

第三に、決議要件を加重することは少数者の意見を尊重することとを意味する。この程度を超えれば株式会社における多数決の原則を否定するに至るし又会社に取りつての重要事項が極めて少数者の反対によつて阻まれることになるのは不当であること（註52）。等々の論拠に基いている。

しかし以上の論拠の中、その第一は現行法下での（第三四三条改正を考慮しない）論拠であるので除外すべく、こゝで問題となるのは論拠の第二、第三である。しかし第一に、第三四三条が強行規定であるのは株主及び会社債権者に重大な利害関係があるからであつて、これらの利益に反しない限り変更は妨げないとすべきである（註53）こと、第二に、改正法では取締役会の権限が強大となつて来たのでその決議の慎重をより一層期せしめる要のある（註54）こと、第三に、さらに重要且つ根本的なことは上述の否定説の論拠は、何れも定足数要件存続を前提としての論拠であるがこゝでは、その前提要件たる定足数要件を廃止しての上での検討であるので、一部の株主のみで決議されるのを防ぐべく一層決議要件の慎重化が望まれること。

以上の理由に基いて、決議要件をさらに加重することは別に差

支えないと思われる。但しそれも程度の問題であつて過度にわたれば、否定説論者のいう如く、決議の成立を妨げ会社荒らしの跳梁を招くことも忘れてはならない。

#### 第四章 結語、第三四三条（株主総会の特別決議）

##### 改正の私案

さて第一章で述べた如く、第三四三条即ち株主総会の特別決議は定足数と決議要件加重との、二つの要件より成り立っているのであるが先づ前者については第二章で述べた如く、その廃止が望ましいのである。しかし論者の中には、これを一挙に廃止することとは行き過ぎであるとし、即ち定足数を廃止すればいわゆる大株主のみで間に合うことになり、従つて一般大衆株主が総会から閉め出される恐れがあること等を考へて「過半数に当る株式を有する株主出席し」を「 $\frac{1}{3}$ 以上に当る株式を有する株主出席し」に改めるのがよいとする者<sup>(註55)</sup>もある。しかし定足数充足難緩和の方法としては、これは僅少の程度の差に過ぎない。即ち、たとえこれを $\frac{1}{3}$ 、 $\frac{1}{4}$ 又はそれ以下にしても、益々規模は巨大化し、株式分散の高度化しつつある現在、その僅少の程度の差は直ちに消滅して行く性質のものであるので、一般大衆株主救済の手段は別途に考慮することにして、こゝでは筆者は一挙に廃止することを提案したい。尤も（朝山氏の調査によれば）實際界では定足数廃止を希望する会社は必ずしも圧倒的多数ではないようである<sup>(註56)</sup>。しかしこれは本題で廃止を対象としている所の白紙委任状による手段が許されているから、勧誘費用等（会社負担）を除いては定足

数充足に痛痒を感じないからであり、又この方が費用等は多少かつても、会社理事者に取つては会社支配に都合がよいからであることも考慮しなければならない。

次に後者については第三章で述べた如く、特に前者の廃止と関連してこれだけは是非とも存置さすべきであり、そしてできたなら、会社荒らしの跳梁又は決議成立の不当な妨げとならない範囲内での、要件加重を若干行なうべきであると思われる（我株式会社は独株株式会社とは異り、規模に制限なく大は数十百億円の超巨大株式会社より小は個人企業的零細株式会社まであるの、加重の程度も一率には決定できないが $\frac{1}{4}$ 位がよいのではあるまいか。しかしこれについては他日論じて見たいと思う）

註1 松田二郎著「新会社法概論」一三二頁

註2 松本丞治著「日本会社法論」二五九頁。田中誠二著「新会社法論」（上）一三九頁。石井照久著「商法」「一」二八二頁。米国でも有効と認めている。（Ballantine, On Corporations, 1946. P. 412）

註3 会社負担の理由については「ジュリスト」八三号四〇、一頁参照

註4 西島弥太郎「株主の議決権について」（商法の諸問題）竹田紀念論集一九一頁以下。

註5 田中耕太郎著「改訂会社法概論」(上)三五七頁。田中誠二著「前掲書」二三八～九頁。

註6 松本著「前掲書」二五八頁。伊沢孝平著「注解新会社法」三九四頁。石井照久、大住達雄対談「新会社法の問題点」六九頁。大隅健一郎著「会社法概説」一一二頁。野津務著「新会社法概論」一四八頁。松田著「前掲書」一三〇頁。松田二郎。鈴木忠一著「条解株式会社法」(上)二〇二頁。鈴木竹雄著「会社法」(法律学講座)一一四頁。

註7 大阪市大調査によれば215社中211社(大阪市大商法研究室「改正株式会社法施行の実態調査」ジュリスト七八号一五頁)。朝山氏の調査によれば74社中72社(朝山著「前掲書」五二頁)。

註8 議決権代理行使の代理人には株主たる株式課長を充てる  
ことが多く、社長とする会社もある(前掲大阪市大調査ジュリスト七八号一六頁)。

註9 石井「株主総会の研究」七頁。矢沢惇「支配権の争奪と株主総会」私法一七号四四頁。

註10 11。拙稿「証券取引委員会規則第一三号の問題点とその検討」鹿島短大紀要第八号

註12 境一郎「株主総会における議決権の代理行使の勧誘について」商大論集七号六九～七〇頁。

註13 吉田昂氏は本規則自体の適法か否かを疑っていられる  
(同氏著「会社の機関」一三〇頁)

註14 鈴木竹雄「証券取引法と株式会社法」株式会社法講座I

三六〇頁。石井編「商法演習」三五一頁。

註15 「ジュリスト」八三号四三三

註16 大森忠夫「議決権」株式会社法講座Ⅲ九三七頁。「ジュリスト」八三号四三三頁。

註17 「ジュリスト」八三号四三三～四号

註18 朝山著「前掲書」六九頁。

註19 削除理由については中倉貞重著「改訂株式会社法律実務」八一二頁。境「前掲論文」七四頁。参照

註20 伊沢著「前掲書」三九四～五頁。石井著「前掲書」二八四頁。田中誠二著「前掲書」二四〇頁。大隅著「前掲書」一一三頁。松田、鈴木著「前掲書」二〇六頁。野津著「前掲書」一四九頁。松田著「前掲書」一三〇頁。実方正雄著「会社法学」Ⅱ二六〇頁。鈴木著「前掲書」講座一一三頁。田中耕太郎著「前掲書」三六一頁。竹田省「京法雑誌」七卷九号四〇頁。河村鉄也著「株主総会の研究」一七八頁。

註21 Wieland, Handelsrecht. Bd. 11. 1931. S. 233

註22 Vgl. R. G. Bd. 119 S. 388, Urt. v. 10. Januar. 1928 R. G. Bd. 133 S. 90, Urt. v. 11. Juni. 1931

註23 朝山著「前掲書」一六五頁。

註24 大森「前掲論文」九三五頁。

註25 朝山著「前掲書」六七頁。

註26 朝山著「前掲書」六九頁

註27 鈴木竹雄著「株式実務」三九五頁。

註28 田中耕太郎著「前掲書」(下)三五七頁。

註29 L.C.B. Gower, *The Principles of Modern Company*

Law, 1954. P.480

註30 32。境「前掲論文」七九頁。

註31 西原寛一「株主総会の運営」株式会社法講座■八三五頁

註33 田中誠二著「前掲書」(下)六六〇頁。

註34 田中誠二著「前掲書」(下)六六一頁。

註35 「ジュリスト」八三号四一頁。

註36 vid. F.D. Emerson and F.C. Latcham, *Shareholder Democracy*, 1954, P. 147~9

註37 「ジュリスト」八三号四一頁。

註38 Müller-Erzbach, *Deutsches Handelsrecht*, 1928,

S.276

註39 石井「前掲論文」六頁。

註40 42。平井泰太郎「株式会社法改正の基本的構想」(商事法務研究no.41)五頁。

註41 西原寛一著「会社法」二二七頁。

註43 昭和三十一年六月三日朝日新聞「株主総会をみる」

註44 平井教授は資本金  $\frac{1}{1000}$  以上の株主を以て総会を構成することを提案される(平井「前掲論文」六頁)

註45 Müller-Erzbach, *Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller*

Grossaktionäre, 1929. S. 37 ff

註46 平井「前掲論文」六頁。

註47 平井「前掲論文」五頁。

註48 拙稿「株式譲渡の自由について」(鹿島短大商経論叢六号)

註49 松田、鈴木著「前掲書」五四七頁。伊沢著「前掲書」五七八頁。朝山著「前掲書」九三〇四頁。

註50 田中耕太郎著「改正会社法概論」六九七頁。

註51 田中誠二等著「コンメンタール会社法」七五一頁。

註52 伊沢著「前掲書」五七八頁。

註53 大隅健一郎、大森忠夫著「逐条改正会社法解説」五〇二頁。野津著「前掲書」一五一頁。小町谷操三著「商法講義(総則・会社)」三六六頁。並木俊守著「精説会社法」二七〇頁。

註54 実方著「前掲書」四四五頁。

註55 朝山著「前掲書」九五頁

註56 朝山著「前掲書」一九五頁。