

Title	定款による議決権代理行使禁止
Sub Title	Kann die Satzung bestimmen, daß die Ausübung des Stimmrechtes durch Bevollmächtigte gänzlich untersagt wird ?
Author	加藤, 修(Katō, Osamu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1972
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.45, No.5 (1972. 5) ,p.31- 44
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720515-0031">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19720515-0031</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 定款による議決権代理行使禁止

加藤 修

- 一 端 緒
- 二 定款による議決権代理行使禁止
- 三 定款による議決権代理人資格制限
- 四 株式譲渡制限と議決権代理人資格制限
- 五 結 語

## 一 端 緒

商法が第二三九条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できるかぎり容易にするためである。そして、この商法の規定は、株主の利益保護のためのものだから、その規定の趣旨を無視する定款規定は、強行法規定違反であり、無効ということになる。それゆえ、定款の規定によつても議決権の代理行使をいつさい禁止することはできないと一般に理解されている。右の点につき、最近、米津教授は、「議決権の代

「理行使」と題される論文(法学研究四五卷二号二二頁以下)の中で、「株主の議決権行使は、他の一般の権利行使と同様、仮に本条(筆者注——商法二二九条三項のこと)で規定しなかつたとしても、その代理行使は認められると考えられ、この規定をここに置いたことが直ちに議決権の代理行使を強行法的に認めたと解すべきではない」とされ、合理的理由のある場合には、代理行使禁止も可能である旨を明らかにされている(同書二一九、二二〇頁)。本論文は、米津教授が引用されたとは別の資料を主とし、異なつた観点から、定款により議決権代理行使を禁止することが可能である旨を論述しようとするものである。それに加えて、本論文は、世上よく問題とされる議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定の効力について有効説を採用するとともに、右のごとき定款規定の効力の問題と株式譲渡制限の問題との関連についても言及するものである。

## 二 定款による議決権代理行使禁止

現行商法二二九条三項に相当する規定は、明治二三年の商法にはなく、明治二二年商法においてはじめて設けられた<sup>(1)</sup>。商法修正案正文には、一六二条三項として「株主ハ代理人ヲ以テ其議決権ヲ行フコトヲ得但其代理人ハ委任状ヲ会社ニ差出タスコトヲ要ス」とあり、明治二二年商法は、一六一條三項として、右に引用した商法修正案正文一六二条三項の「委任状」の部分で、「代理権ヲ証スル書面」と修正したのみで他はそのまま受けついでいる。それでは、なにゆえにそのような規定が新設されたかについて、商法修正案参考書は、「本条第三項モ亦現行商法中ニ在セサル所ナリト雖モ解釈上之ト同一ニ決スヘキヤ否ヤ争アリテ之ヲ決定スルコトハ實際上必要ナルカ故ニ本案ハ新ニ之ヲ加ヘタリ<sup>(3)</sup>」としている。明治二九年一〇月一六日の法典調査会第三二回商法委員会において、岡野博士は、「第二項ハ現行法ノ解釈上ニ於テモ委任状アルトキハ議決権ヲ行フコトヲ得ヘキモノト思フ然ルニ何故本按ニ於テ特ニ規定ヲ設ケタルヤト謂フニ法律上争アランコトヲ予期シ之カ断定

ヲ下サンカ為ナリ法文中但書ヲ加ヘタルハ他ナン若シ此但書ナキトキハ代理人ハ何人ノ代理ニシテ且ツ何レノ株ニ対スル議決権ヲ有スルヤ判然セサルト一ツハ会社ノ為メ便利ナルトニ在リ」と説明されている。<sup>(5)</sup>なお、岡野博士が、「現行法ノ解釈上ニ於テモ委任状アルトキハ」代理人によつて「議決権ヲ行フコトヲ得ヘキモノト思フ」とされている点に關しては、明治一九年一月二六日の商社法第二読会第四八回會議において次のような議論がなされていた。すなわち、「總會決議ノ方法ハ本法ニ於テ規定アルモノ、外定款ノ定ムル所ニ從フ可シ定款ニ其定メナキトキハ総株金四分一以上ニ當ル株主ノ出席シタル過半数ノ決議ニ依ル可シ」という条文の審議に關して、「原案ニ依レハ代理人ヲ出スモ差支ナキカ如シ」との質問がなされ、本尾委員は、「然リ修正案ニハ之ヲ記セサルモ代理人ヲ出スヲ得ルハ勿論ナリトス何トナレハ法律ニ禁セサル以上ハ代理ヲ出スコトヲ得ヘシトハ普通ノ原則ナレハナリ」と答弁した。<sup>(6)</sup>

このように、明治三二年商法の立法準備段階においては、議決権を代理人によつても行使できるということをとにかくはつきりさせようという点に主眼が置かれていた。この点を、志田博士は、「議決権ヲ行フコトハ私法上ノ効果ヲ生セシメンコトヲ目的トスル意思表示ナリ故ニ法律行為ニ関スル一般ノ規定ニ依リ代理ヲ許スヘキコト勿論ナリ新商法ニ於テ株主カ代理人ヲ以テ其議決権ヲ行フコトヲ得ル旨ヲ認メタルハ唯疑惑ナカラシメントシタルモノニ外ナラス」と理解される。<sup>(7)</sup>さらに、鈴木弁護士は、商法二二九条三項の「規定は単に株主の便宜の爲、民法の代理の法則からも推理し得る所を注意的に言つているに過ぎないものと解すべきである。詳言すれば民法の法律行為では、各表意者の効果意思をそのままに認めることを本則とするが、議決権ではそれと趣を異にし、同一方向に向けられた多数株主の効果意思と相俟つてその合一するところにより、初めて議決（表決）としてその効力を生ずるのであるから、民法の代理規定が当然これに適用せられるべきやにつき若干疑ありとし、それで商法でも念の爲め此規定を置いたものであると解せられる。即ち商法では三項と四項とに書き分けているが、その主旨は『議決権を代理人によつて行ふにはその代理権を証する書面を差出すことを要す』の意味に外

ならないのである。<sup>(8)</sup>よつて商法第二三九条三項は『株主の利益の爲め商法の特に与えた規定である』<sup>(9)</sup>という<sup>(9)</sup>説は肯認すべき理由がないとされる。<sup>(10)</sup>志田・鈴木説を私は妥当なものと考えるところで、志田・鈴木説は、議決権の代理行使の可能なことは商法の明文規定をまつまでもなく、民法の代理の一般原則から導き出し得るのであり、商法は注意的に代理行使が可能な旨を定めているといつてのみであり、<sup>(11)</sup>議決権代理行使の禁止の可能・不可能の点については明言されていない。私は、議決権の代理行使禁止が可能か否かは、団体の意思を決定する会議体という観点から、その結論を導き出し得ると考える。以下において、その点につき論述を進めたいと思う。

民法六五条二項は、「総会ニ出席セサル社員ハ書面ヲ以テ表決ヲ為シ又ハ代理人ヲ出タスコトヲ得」と規定し、同条三項において、「前二項ノ規定ハ定款ニ別段ノ定アル場合ニハ之ヲ適用セス」としている。この点につき、穂積陳重博士は、明治二八年一月一六日の民法整理会第五回議事において、次のように述べられている。すなわち、「元ト法人ノ會議等ニ付キマシテハ代理人ヲ出スコトガ出来ルカ出来ヌカト云フコトモ或ハ疑ノアルコトデアリマス又随分實際ハ代理人ヲ出スコトヲ定款ヲ以テ限ツテアル例モ多クアリマス社員ノ中テナケレハ委任スルコトハ出来ヌトカ或ハ限ツテアリマセスト云フト壮士ノヤウナ者ヲ代理人ニ出シテ其議場ヲ騒カスト云フヤウナコトモアリマス兎ニ角疑ヒノアルコトデアリマスカラ『代理人ヲ出スコトヲ得』トシマシタ固ヨリ前ノ議決ノ精神モサウデアツタト思ヒマス又法人ト云フモノハ公益ニ関スルヤウナモノガ多イノデ本人テナクテハ招集ノ議事ニ与カルコトハ出来ナイト云フヤウナコトモアリマセウ夫レハ書面ヲ以テ意見ヲ出スコトモ出来ルト云フコトテ代人ヲ以テスルコトモ出来ルト云フコトヲ本則ニ置キマシタ若シ夫レカ不都合ナラハ定款ニ定メ置ク斯ウ云フコトニ致シマシタ」と。このように、民法上の公益社団法人では定款によつて表決のための代理を禁止できるのである。<sup>(12)</sup>合名・合資会社の社員の表決代理については、商法六八条、一四七条により、定款で自由にその内容を決め、代理行使を禁止することもできるのである。<sup>(13)</sup>組合に関する民法六七〇条の場合には、組合員の間で表決の代理行使につきそれを

禁止する旨の約束は、契約自由の範囲内にふくまれると考えられる。このようにして、団体の意思を決定する会議体という観点から考察すると、有限会社・株式会社の場合に、議決権の代理行使に關して、民法上の公益社団法人、合名会社、合資会社、民法上の組合とは別扱いに考える必要はないと思う。なぜなら、「会議体ノ通則トシテハ會員ハ自ラ出席スヘキモノトスル<sup>(15)</sup>」と考えられ、さらに、「株主總會という仕組は、株主によつて構成され運営されている会議体であり、会議体としての運営面では他の会議体におけると異なるものではない<sup>(16)</sup>」からである。右のような考えに対しては、株主は会社の社員というような人的なものとは考えられないで、単に株式の帰属者として考えられるにすぎなく、議決権を誰が行使するかということとはほとんど問題にならない<sup>(17)</sup>とか、あるいは、非個人的ないわば物化された議決権の性質からいつて、問題になるのは株主の議決権の数であり、株主總會は「株主の總會」というよりは、「株式の總會」と呼ぶほうが適切であるから、代理行使の禁止は法が予定する株式会社の建前にもとるものであると批判されるかもしれない。この点について、服部教授は、「議決権を嚴格に考え、人格主義という立場に立つて議決権を考えますと、やはり議決権は、株主自身が行使すべきものであつて、いやしくもこれを他人にゆだねるというようなことは許されないとすることにならざるを得ないかと思ひますが、現在、商法がこのような明文をもつて議決権の代理行使を認めているということは、議決権がそれだけ人格的、個人的、主観的なものから漸次物的なもの、非個人的なものになつてきているということを意味する<sup>(19)</sup>」と説明される。しかし、現行商法上の意味における株式会社を理念型においてのみ理解することは誤りであると考ええる。現行商法には、西ドイツ株式法におけるような資本の最低額を定めている規定はないし、株主数においても小規模な会社が存立し得るのである。さらに、閉鎖的な株式会社の存在も認められている。このように、現在の商法の建前からいけば、当該会社の意図するところに依じて、会社自治の一内容として、株主の個人的要素に重点を置いた制度設定をある特に限定された局面では定款によつて自由になし得る余地もあると考える。つまり、資本金および株主数のいずれにおいても小規模である結果、構成員の個人的要素に重

点が置かれている株式会社<sup>(20)</sup>の存立・継続を現行商法上は抑制できないのである。なお、ここで誤解を避けるために次のことを説明しておかなければならない。つまり、定款で議決権の代理行使を全面的に禁止したり、あるいは、ある特定の極限された範囲の人にのみ代理人資格を定めるようなことは、多数の株主を有する会社では通常あり得なく、仮に右のような会社があるような定款規定を設ければ、その会社はいわゆる大規模公開会社の範疇から逸脱することになるのである。このようにして、議決権代理行使の禁止については、前述した商法二二九条三項本文の理解、会議体というもののあり方および現行商法の建前等から、それを定款で定める余地があるのではないかと考える<sup>(21)</sup>。そのような代理行使禁止を定める定款規定が原始定款にある場合、あるいは、株主全員の同意による定款変更により新設された場合には問題がないと考える<sup>(22)</sup>。それ以外のたとえば、商法三四三条に規定された要件を充足する定款変更決議で、議決権代理行使の禁止ができるか否かについては、やはり消極に解さざるを得ないと考える。なぜなら、議決権代理行使禁止の問題は、株主の会社支配的利益に係り、一度与えられた代理行使の可能性を後になつてから剝奪することは資本多数決に親しまないものと解されるからである。つまり、その点においては、株式会社の物的社会的性格はあくまで無視し得なくなるのである。ただ、株式譲渡制限が商法三四八条の多数決で定められ得ることを考えると、議決権代理行使禁止の場合もそれゆけるのではないかと考えられるかもしれない。しかし、株式の譲渡といういわば主体の変更の問題と議決権の代理行使といういわば権限ないし権利の行使態様の問題はその基礎を異にし、類推のための共通基礎はないと考える。従つて、多数決によつて議決権代理行使禁止の定款規定を設けることの不都合に対処する目的で、商法三四九条の反対株主の株式買取請求権に関する規定を類推することもできないと考える。

株式会社において、議決権を代理人により行使することを禁止できるとしても、それはあくまでも任意代理についてであり、法定代理をも禁止できるとは考えられない<sup>(23)</sup>。なぜなら、法定代理には、それぞれ法が定めた目的があり、それを自治的

規範である定款により勝手に制限することはできないと思われるからである。<sup>(24)</sup>従つて、議決権の代理行使を「禁ストキハ或株主殊ニ未成年者禁治産者等ハ殆ト常ニ議決権ヲ行フ能ハスシテ恰モ議決権ヲ奪ハルルニ等シク為ラン」という批判はかわすことができる。このように、法定代理の制度には、それぞれ法の定めた目的があるため、議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定も法定代理人にはその効力は及ばなく、非株主たる法定代理人も右定款規定にかかわらず、議決権を代理行使できることになる。<sup>(25)</sup>ちなみに、かつて、朝鮮銀行法一五条は、「株主ハ株主ニ非サル者ヲ代理人トシ其ノ議決権ヲ行フコトヲ得ス但シ法定代理人ハ此ノ限ニ在ラス」と規定し、台湾銀行法一七条、日本勸業銀行法一二条も、「株主總會ニ於テハ株主ハ議決権ヲ有スル株主ノ外代理ヲ委託スルコトヲ得ス但シ法律上ノ代理人ハ此ノ限ニ在ラス」としていた。<sup>(26)</sup>

破産法一八一条は、債権者集会に関連して、「破産債権者ハ代理人ヲ以テ其ノ議決権ヲ行フコトヲ得」と規定し、和議法四九条一項は、これを和議法上の債権者集会に準用している。会社更生法一七三条には、「更生債権者、更生担保権者及び株主は、代理人をもつてその議決権を行うことができる」と規定されている。さらに、商法四四二条は、特別清算における債権者集会に商法二二九条三項を準用している。しかし、これらの場合においては、議決権の代理行使の制度は、清算とか更生整理という特殊目的の手續の一環として登場するのだから、団体の通常の場合においては、議決権の代理行使の制度は、清算とかされなければならず、従つて、議決権代理行使の禁止についても、別の観点を加味し、その適否を論究しなければならぬ。<sup>(28)</sup>商法三三九条一項および担保附社債信託法五二条二項は、社債権者集会に、それぞれ商法二二九条三項を準用している。しかし、この場合には、考察にあつて、社債のもつ特殊な法律上の性質に着目することを忘れてはならないであらう。<sup>(29)</sup>

(1) 日本學術振興會版・法典調査會商法修正案參考書(第一篇總則第二篇會社)第四章四一。米津・前掲法學研究四五卷一、二、三頁もこの点を指摘す  
定款による議決権代理行使禁止



る。

- (2) 東京八尾発行・商法修正案参考書収録・商法修正案正文四〇頁。
  - (3) 前掲法典調査会商法修正案参考書第四四一。
  - (4) この委員会開催当時は、一三二条二項として本文に引用した商法修正案正文二六二条三項と同じものが審議されていた。
  - (5) 日本學術振興会版・法典調査会商法委員會議事要録第三卷三〇二。
  - (6) 日本學術振興会版・法典調査会商法第二說會會議事要録第五卷商社二〇五〇三八。
  - (7) 志田・日本商法論第二編(上)五八二頁。菱田・株主の議決権行使と会社支配六二頁。同、注釈会社法(4)株式会社の機関七一頁は、議決権の行使が表決という方法でなされる法律効果を伴う株主の意思表示は少くとも株主の意思の表明として意思表示に準ずるものであることを指摘。
  - (8) 米津・前掲法学研究四五卷二二〇頁も同旨。
  - (9) 岡野・会社法三三四頁参照。
  - (10) 鈴木・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四六頁。
  - (11) なお、菱田・前掲株主の議決権行使と会社支配六二頁、同・前掲注釈会社法(4)七一頁は、議決権代理行使が民法の原則(民法六五II)により当然許される旨を主張する。田中誠・株主の議決権に就て・法学協會雜誌四三卷八号二九頁も参照のこと。
  - (12) 日本學術振興会版・法典調査会民法整理會議事速記録第二卷民整一七五、七六。
  - (13) 岡松・民法理由総則編一一四頁、梅・民法要義卷之一総則編一二八頁、松波II仁保II仁井田・民法正解第一卷四三三頁。民法六五条一項が強行法規定でない旨をばつきり明言する者として、富井・民法原論第一卷総論三三三頁、平沼・民法総論三三三頁。
  - (14) 寺尾・会社法提要一九六頁は、「議決権ノ行使ハ法律行為ナリトスルモ無限又ハ有限責任社員ハ比較的少数ニシテ個人的關係ニ重キヲ置クコト株主ノ比ニ非サルカ故ニ之ニハ民法上ノ代理ヲ許サザル趣旨ナリト解スルヲ正当トス」としている。
  - (15) 梅・前掲民法要義卷之二総則編一二七頁。
  - (16) 高島・會議体としての株主総会の運営・財政経済弘報一一三二号六頁。ただし、「運営」の意味のとらえ方が私見とは若干異なる。
- なお、鈴木・ある商事判例の研究・上智法学一三卷二、三号五二、五三頁は、「會議体はそのメンバーに委任するほかないのが、むしろ會議体の本則」であると理解される。同・株式会社法に関する最近の問題・東株懇会報一八三号一頁も同旨。水田・新会社法説本八〇頁注(3)も「株主総会のような自治的な會議体が代理出席の場合の代理人をその構成員に限ることは、一般にその自治の範囲内のもので認められてよいのではない」とかとする。戦前の民法上の親族会については、代理人を出席させることができないとされていた(牧野・日本親族法論四七一頁、穂積・親族法・現代法學全集三二卷四〇頁)。
- (17) 服部・株式の本質・株式会社法講座二卷四〇九、四一〇頁、清水・会社法一五八頁。なお、商法三三九条三項の代理人を使者的要素の強いものと考えば、代理行使禁止やその資格制限は、さほど意味を持たなくなる。株式会社においては、有限会社・民法上の公益社団法人とは異なつて書面決議を

認めていないが(ただし、上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する規則に服する委任状による議決権行使についてはひとまず別論とする)、このことは、議決権行使に際して、個人的要素を無視している趣旨とも解されない、ことはない。

(18) 高島・前掲財政経済弘報一一三二号六頁、境・株主総会における議決権の代理行使の勧誘について・神戸商科大学論集七号七二頁、菱田・前掲株主の議決権行使と会社支配三一頁、長浜、昭和四五年一月二日最判第一小法廷解説別冊シュニリスト昭和四五年重要判例解説七五頁参照。なお、中村・議決権の代理行使と経営者支配・富大経済論集七卷二号五五頁は、所有と経営の分離という観点から株式の非個人的性格を論ずる。松田・経済事情の変遷と株主の議決権の性質・法学協会雑誌五〇卷二二号二七頁は、「株式自体は次第に個性を喪失す可きも、議決権自体は株主の人格より遊離して非人格化する」と許されないとする。

(19) 服部・株式の物化現象について・東株懇会報一一五号一三頁。なお、松田・株式会社の基礎理論六三九、六四〇頁は、議決権を一身専属的人格権であるとして、本来任意代理に親しまない、例外として商法は議決権の代理行使を許容したとする。

(20) このことは、許すべからざる病理現象が黙認されているにしかすぎないと解する余地はある。

(21) 手近かにあるドイツ語の商法参考書を調べてみたところ、エフ・ボン・シュタイカー・スイス株式会社法三版一八一頁が、定款によつて議決権代理行使を全面的に禁止できる旨を主張していた。ただし、シュタイカーは、法定代理は別論とし、原始定款による禁止のみを許している。

(22) なお、議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定についてであるが、それを原始定款で定めるか、あるいは、総株主の同意による定款の変更を以てするかぎり有効とするのは、鈴木・株式会社の新定款八六頁。川上・議決権行使の代理人資格を制限する定款の定めについて・商事法務研究二一三号一三頁は、商法二三九条三項が強行法規であると解する以上は、全株主の同意があつても、代理人資格を限定することはできぬとする。片山・株式会社法論三九〇頁は、株主全員の同意に基づく場合には、代理人の資格又は要件を限定することができるとする。

(23) 松本講述・商法会社二四一頁は、独逸学者中ニハ法定代理ノ外ハ定款ノ規定ヲ以テ代理人ニ依ル議決権ノ行使ヲ禁スルコトヲ得ト曰(ヘル者アリ)とする。片山・前掲株式会社法論三九〇頁は、株主全員の同意株に基づく場合でも法定代理人を排除できない旨を指摘。松田・前掲株式会社の基礎理論五六、六三九頁、同・株式会社法の理論三〇六頁は、その独特の共益権理論より、議決権は本来任意代理に親しまないと説く。

なお、本文で論じたことは、商法三三九条三項、四項が任意代理のみに適用があり、法定代理には適用がないかどうかの問題とは別次元であることに注意しなければならぬ。なぜなら本文では議決権のあらゆる代理行使を問題にしているからである。

(24) 民法六七九条三号、商法六条、八五条五号等により、法は、団体構成員の中に無能力者が存する場合に対処することがある。

(25) 松波・改正日本会社法(大正三年)一〇九四頁。

(26) この点については、米津・前掲法学研究四五卷二二四頁、二二七頁注(6)参照のこと。

(27) 中村編・金融法典。

(28) 破産法一八一条に關して、加藤・新破産法或問(七)七八債權届出及ヒ債權者集會ノ決議等ニ於ケル代理人ノ資格・破産法研究七卷二二一頁は、「議決権ノ行使ニ付弁護士ニ依ル必要ナキハ勿論親族又ハ雇人アル場合ニ於テモ之ニ依ラス一般ノ訴訟能力者ヲ以テ之ニ使用スルコトヲ得ル」とする。斎藤・

定款による議決権代理行使禁止

破産、和議債権者の職業の代理人・破産法及和議法研究八卷五〇頁は、破産債権者集会期日には、いわゆる三百代言人の出頭を禁ずることができるとし、その根拠として民法七九条一項但書及び七八条の準用を挙げている（戦前の破産法一〇五条では区裁判所が破産事件を管轄していた）。

商法一八〇条三項は創立総会に商法三九条三項を準用しているが、この場合は、一応会社の正常活動場面と考えてよいであろう。

(29) 栗栖・担保附社債信託法の研究三三九頁は、「書面に依る行使は……特殊の方法なるが故に、本来は特に明文を設けて信託契約に依り之を制限し又は禁止することを許す（担保附社債信託法第五十二条第三項）。然るに代理行使に付ては明文なきが故に、其の性質上当然信託契約に依り之を制限又は禁止し得ざるものと解す。是れ代理行使に関する規定は社債権者の利益の爲め定められたる強行的規定と見るべきが故なり。従て信託契約に依り代理人たる資格を社債権者に限るは非なり」とし、さらに、同書三四七頁注18)は、「本法第五十二条第三項は明に信託契約を以て書面に依る議決権の行使を禁止し又は制限し得べき旨を定む（民法第六十五条第三項参照）。然るに本法第五十二条第三項は社債権者集会の決議に商法第六十一条第三項（筆者注——現行商法三三九条三項に相当）の規定を準用し、商法第六十一条第三項には何等斯る明文なきが故に之より見るも消極に解するを妥当とすべし」とする。

### 三 定款による議決権代理人資格制限

議決権行使の代理人資格を制限する定款規定、特にその中で、世上よく問題とされる代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定の効力について、次に言及したいと思う。<sup>(1)</sup>岡野博士は前述の第三二回商法委員会において、この点につき、次のように説明されている。すなわち、「此代理人ハ如何ナル人ニテモ差支ナキヤハ問題ナレ共本按ハ普通人ニテ可ナリトノ精神ナリ若シ其代理人ハ必ス株主ニ限ルトセンカ或ハ株主中ニ知人ナキ株主ノ如キハ遂ニ代理人ヲ出スコト能ハサル結果ヲ生シ穩当ナラサレハナリ若又取締役ハ代理人タルコトヲ得ストセンカ或ハ取締役ハ其職ヲ辞スルカ如キ場合ナキニアラサルヘシ」と。<sup>(2)</sup>この説明を一読すると、どうも議決権行使の代理人資格を限定することは許されない趣旨とも受けとれそうである。しかし、岡野博士は、先の説明に続けて、「尤モ本案ノ如ク規定スルトモ若シ取締役ハ代理人タルコトヲ得サルモノトスルノ必要アラハ之ヲ定款ニ規定セハ可ナルヘシ」として、<sup>(3)</sup>代理人資格の定款による制限も許されると明言されている。といつても、この説明は、ただ消極的に取締役が代理人になれない旨のみを定款で決めることができることを意味するだけで

あり、積極的に株主のみが代理人たり得ると定款で定めることは、あくまでもできない趣旨であるとも理解されそうである。<sup>(4)</sup> 事実、岡野博士は、後に公にされた体系書において、「(第百六十一条第三項——筆者注——現行商法二三九条三項に相当是亦法律ノ特ニ付与シタル權利ニシテ代理人ノ選任ヲ禁止スルハ不可ナリ又代理人ノ Person ニ関スル制限例セハ株主ニ非サレハ代理人タルコトヲ得スト定ムルカ如キハ無効ナリ<sup>(5)</sup>)」とし、右の論述を裏づけるかの如き表現をされている。しかし、前述したように、岡野博士のいう「法律ノ特ニ付与シタル權利」云々という部分が受け入れられない以上、やはり、岡野博士の立論には疑問が残る。仮に、岡野博士がその体系書の記述どりの意図で法案の説明をしていたとしても、われわれは、立法立案者の現実の意図にこだわることなく、全法体系の中における商法二三九条三項本文の規範的意味の探求に努力すべきであると考ええる。私の理解するところの商法二三九条三項本文の規範的意味内容からすれば、議決権そのものを株主から奪い取ることはできないけれども、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は許容されるのであり、さらに、定款により議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定することも有効ということになる。なぜなら、私見によれば、各会社それぞれの意図するところに応じて、議決権代理行使の全面禁止からその全面許容まで、質的、程度のいかなる段階においてもまたいかなる態様においても定款で自由に制度設定が可能なのだからである。それゆえ、当該会社が具体的にどのような程度・態様を選択したかは、具体的にそれぞれの会社の定款規定を吟味・検討してみなければ、知ることができないということになる。なお、代理人資格を株主に限定する定款規定が、商法三四三条の要件を充足する定款変更決議で設けられ得るかについては、代理行使禁止と代理人資格制限は程度の差にすぎなく、その本体は議決権行使の制限にあるから、やはり、代理行使禁止の場合と同様に消極に解さざるを得ないと考える。

(1) 学説・判例の詳細は、米津・昭和四〇年三月一六日東京地判判批・法学研究四〇巻一〇号九一頁以下、同・定款による議決権行使の代理人資格の制限・法学セミナー一九四号一〇八頁以下、同・前掲法学研究四五巻二号二二頁以下にゆずる。

- (2) 前掲法典調査会商法委員会議事要録第三卷三ノ二二、二三。
- (3) 前掲法典調査会商法委員会議事要録第三卷三ノ二二。
- (4) この点については、菱田・前掲株主の議決権行使と会社支配八七頁も参照のこと。
- (5) 岡野・前掲会社法三八四、三八五頁。同・会社法講義一五七頁も「代理ヲ禁シ又ハ代理人ノ資格ヲ定ムルカ如キ亦不可ナリ」としている。

#### 四 株式譲渡制限と議決権代理人資格制限

株式の自由譲渡性が制限されている会社においては、社団の内部に従来の株主とは異なつた分子や好ましからざる者が株主として参加することを制限することが可能であり、株主間の人的関係はある程度認められるようになったので、議決権行使の代理人たる資格を株主に限ることは理由があり、法律上も許されるところの立場がある。<sup>(1)</sup>しかし、誰が株主になれるか否かの問題と誰が株主総会に出席して株主の代わりに現実に議決権を行使するかの問題は、別個の問題であることに注意しなければならぬ。<sup>(2)</sup>株式の譲渡制限すなわち株主になれる者についての制限の有無にかかわらず、現実に株主総会に出席して議決権を代理行使するものの資格制限をすることは可能なのである。それゆえ、株式譲渡制限の有無の問題と議決権行使の代理人資格の制限の有効無効の問題を、論者がいうような意味において結びつけることは無理であると考える。もつとも、従来の株主とは異なつた気ごころの知れない異分子を当該会社からしめだすのだという点で、株式譲渡制限と議決権行使の代理人資格制限は、共通の作用をはたし得るし、また、誰が株主総会において議決権を代理行使するかの問題は、株主が代理人を選任するのだから、結局のところ、誰が株主になれるかの問題に吸収されることがある。論者の立論は、おそらくこれらの点に注目し、その上に、株式譲渡制限のある場合には、議決権行使の代理人の資格制限は、より実効性を發揮できるし、また、株式譲渡制限の趣旨も補完できることを斟酌したものと考えられる。しかし、本来別個の問題であるところの株式譲渡制限の問題と議決権行使の代理人資格制限の問題を、その作用が同じであること、および吸収・補完関係にあること

でもつて結びつけるわけにはゆかないのである。<sup>(3)</sup>

(1) 菱田・前掲株主の議決権行使と会社支配八二、八三頁、同・昭和三〇年九月一四日名古屋高決判批・東大商法研究会・商事判例研究昭和三〇年度七四頁、同・昭和四三年一月一日最判第二小法廷解説・会社判例百選(新愼)一〇五頁、中村・前掲富大経済論集七卷一六頁、渡辺・議決権の代理資格について・商事法務研究四八四号二五頁、龍田・昭和四三年一月一日最判第二小法廷判批・民商法雑誌六一卷二九九頁、金沢・鴻等編商法(会社)講義九一頁。なお、福井・昭和四〇年三月一六日東京地判判批・商事法務研究四三九号一三頁および長浜・前掲重要判例解説七五頁は、譲渡制限規定を補完する意味で、代理人資格を制限する旨の定款規定は有効と解すべきであるとす。菱田・会社の機関・法律時報三八卷一一号二二頁は、株式の譲渡には取締役会の承認を要するとの一般の規定の下では、代理人資格を株主に制限することは認められるが、外国人に株式を譲渡するには取締役会の承認を要するといふようなものであれば、代理人資格を株主に制限することは認められず、外国人のみを代理人資格より排除することならば認められる。<sup>(2)</sup> 鳥賀陽・株主ノ議決権ヲ論ズ・商法研究二卷二一七頁は、「議決権ノ享有ト行使トハ、明カニ区別セザルベカラズ。是レ恰モ權利ノ享有ト行使トヲ分離シテ觀念スルガ如シ。株主ハ議決権ヲ有シ株主ニ專屬スルモノナリト雖モ、議決権ヲ行使スルコト必スシモ株主自身ニ限ルモノニ非ズ」とす。なお、菱田・前掲株主の議決権行使と会社支配二〇三頁も「權利」と「權利の行使」は異なつた事象に属するとし、「權利の帰属」と「權利の行使」の關係も同様だとす。

(3) 黒木・議決権代理行使の資格を制限する定款の効力・金融法務事情五四四号二二頁は、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、その制定の目的は同じでも必然的な關係にあるとはいえないとする。そして、その理由として、代理人であつても、会社に好ましくない者を総会に出席させることは、結局その代理人を出席させた株主自身が問題であり、株式譲渡に際しチェックできる者について、議決権行使の代理人資格を制限しても意味がないことを挙げる。ただし、同書二二、一三頁は、企業維持のため必要な手段は、株式譲渡制限の制度を設けることに限られるのでなく、代理人資格を株主に限定し、総会の円滑な運営を図ることも経営維持の一つの手段と考えることができるから、そのような定款規定のみを設けることもさしつかえないとする。

## 五 結 語

商法二二九条三項の規定の沿革を考察し、諸学説を検討した結果、本論文においては、①商法二二九条三項は代理行使の可能なことを強行法的に定めているわけではなく、代理行使ができる旨を注意的に明らかにしたものであり、会議体のあり方および現行商法の建前からすれば、原始定款または株主全員の同意による定款変更決議によつて議決権代理行使を全面的

に禁止することは可能である、②議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定は有効であるが、このような定款規定も原始定款か株主全員の同意による定款変更決議によつてのみ設けられ得る、③株式譲渡制限の問題と議決権行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款規定の効力の問題を関連づけるべきではないと解するのが妥当であると一応考えてみた。右の諸点については、論じ足りない部分があるいはあるかもしれないと考える。そこで、今後、比較法的観点をも加えて、再検討したいと考えている。

(一九七二年二月二三日稿)