

Title	議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定ある場合における株主でない弁護士による議決権代理行使
Sub Title	Stimmrechtsausübung durch Rechtsanwälte, die nicht Aktionäre sind, unter der Satzungsbestimmung, daß nur Aktionäre Stimmrechtsbevollmächtigte sein dürfen
Author	加藤, 修(Katō, Osamu)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1987
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.60, No.12 (1987. 12) ,p.61- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	高鳥正夫教授退職記念号
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19871228-0061

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.

議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定ある 場合における株主でない弁護士による議決権代理行使

加 藤 修

第一節 はじめに

第二節 問題点の検討

一 代理人資格制限を行なう定款規定の合理性

二 弁護士の立場と地位

三 事前予防としての定款規定

第三節 まとめ

第一節 はじめに

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関連して、そのような定款規定を有する会社の株主総会において、当該会社の株主ではない弁護士による議決権代理行使が許されるか否かについての問題が生じている。このような問題の明確な意識化への一つの契機としてまず考えられるのが、昭和五七年一月二六日の東京

地方裁判所判決（判例時報一〇五二号一二三頁以下、金融・商事判例六五〇号三三頁以下）である。同判決によれば、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、次の二つの理由、すなわち、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て会社の利益を保護する目的を有する」こと、および、②そのような定款規定は「株式会社の機関である株主総会がその構成員のみによって運営されるべきであるとの会議体の本則にのっとった合理的な理由に基づく相当程度の制限とすることができる」との二点から、「現実に株主の議決権行使に不当な制約を生ずる特別な事由がある場合を除いて、有効と解するのが相当である」と判示された。同判決は、そのような判示を踏まえて、結局、当該会社の株主ではない弁護士による議決権代理行使が認められない旨の判断をした。そして、同判決によれば、代理人資格を株主に限定する定款「規定の趣旨が…非株主による総会荒しの排除を目的とするばかりでなく、もともと会議体の運営はその構成員のみによって行うとする会議体の本則にのっとったものと解される以上、右代理人の資格が総会荒しの所為に出ることのない弁護士であることをもって本件規定の効力を否定すべき特別の事由ということはできないのである」と判示されているので、理由づけの重点は、どちらかといへば、「会議体の本則」と「特別の事由」の不存在にあり、従って、株主ではない弁護士による議決権代理行使について、直接的に正面から検討を加えているわけではない。

議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定を有する会社において、株主提案権を行使した側の株主が、健康上の理由から株主総会に出席できないとして、非株主である弁護士による議決権代理行使ができるようにとの仮処分申請をした事件につき、昭和五九年六月二八日の神戸地方裁判所尼崎支部決定（資料版・商事法務〈四号〉昭和五九年七月号五七五頁以下）は、次のように判示した。すなわち、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「規定は株主総会自治の建て前などから不合理なものではないといふべきである。ただ右のような議決権代理行使についての制限があるにもかかわらず、議決権行使を委任しようとする株主が病気であつて株主総会における適確な質

疑応答がなしえないうえ、小規模な会社で委任しうる他の株主を選任することが困難であるような特段の事情がある場合においては、株主以外の第三者に議決権行使を委任しうる余地があるものと解せられるが、本件の場合右の特段の事情が存在することについての疎明は十分に尽くされておらず、債権者が議決権の代理行使をなしうる被保全権利が当然に発生するわけではない」と判断し、株主権代理行使仮処分申請を却下した。この仮処分事件当事者の申請書と答弁書において、非株主である弁護士による株主総会攪乱があり得るかについての議論はなされているが、右決定は、「特段の事情」の存否に焦点をあてているため、そのような議論に対する直接的判断を示していない。

そこで、本稿において、右の二つの裁判例存在を踏まえて、これまであまり議論されていないように思われる問題、すなわち、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定ある場合における株主でない弁護士による議決権代理行使について、若干の考察を試みたいと考える次第である。

第二節 問題点の検討

一 代理人資格制限を行なう定款規定の合理性

株主以外の第三者による株主総会攪乱を防止する手段として、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定を制定することについてはなんらの合理性もなく、また、そのような定款規定の実効性についても疑問があるとす¹⁾のが、右の定款規定を無効と解する説の立場である。この無効説の立場によれば、株主でない弁護士¹⁾の議決権代理行使による株主総会攪乱可能性云々などを議論することが無意味極まることになる。なぜならば、無効説によれば、株主は、なんの制限も受けることなく、自由に議決権行使の代理人を選任できるからである。

確かに、株主総会の攪乱は、株主によってもなされ得る反面、株主以外の第三者が議決権を代理行使するからとい

っ、ただちに株主総会の攪乱に結びつくものではないとの指摘も事実そのとおりである。それに対して、法律の専門家である弁護士などが、対決的態度で以て株主総会に出席すれば、それに対して、今までとは違った対応をしなければならず、そこに平穩攪乱の芽を感じ取る人々の多数いることも事実であろう。そして、そのような人々の気持は尊重されなければならない。専門知識に裏づけられた理論的対決の中で議論を積み重ねて現実の妥協点を見出し建設的な発展をはかることを忌避し、その場その場の曖昧な問題解決に逃げ込むことが許されないことはいうまでもない。かといって、やみくもに理念に忠実な理想の実現を、伝統的水準から出発して一步一步前進しようとしている人々に強いても、いたずらに摩擦を増大させるだけになりかねない。そこにおいては、法的共同体の平均人の意識が大きな役割をはたしているものと考えられる。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、判例理論は、その有効性を認めることにはほ固まり、学説上も多数の支持を得るにいたったとみてよいとされるが、それは、右の平均人の意識を汲み取ったものと解されよう。そのような定款規定を無効と解する説が、折にふれ主張され、その支持者もかなり多いのは、株主総会平穩無事に大きな力点を置く多数説の解釈に現状の「存在」への埋没の危険を感じ取り、あるべき姿としての株式会社の「理念型」忘却への危惧の表明とも受け取れる。私の見解は、多数説に組し、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を有効と解することから出発している。無効説の立場によれば、そのような「定款規定は、実態としての株式会社⁽⁵⁾の存在状況はもろろんのこと、法制度としての株式会社⁽⁶⁾もまた、閉鎖的、人的性格を色濃く帯びていた時代の産物以外の何物でもなかった」と批判される。それに対しては、次の点を指摘したい。すなわち、西ドイツにおいて、株式会社の経済的意義のそもそものは、近代的大企業が必要とする巨大資本を作りだすために、一般の資本市場で大衆より出資をあおぐ可能性を有することにあるとされ、一九八〇年における株式会社一社あたりの平均資本は、約四千三百万マルクとのことである。⁽⁷⁾そして、株式会社の数は、一九二六年に旧全ドイツで約一万七千社、一九六四年に西ドイツで二千五百四十一社、一九八〇年

に二千四百一十一社とのことである⁽⁹⁾。そのような状況の西ドイツにおいて、私の理解する所によれば、「定款による議決権行使の代理人資格制限は、一応有効ではあるが、それが、株主にとり堪えられないものであり、不当な要求である場合には、効力を持たないという立場が通説的地位を占めている⁽¹⁰⁾」との点である。このことは、匿名性を持つ資本の集まり得る株式会社においても、出資者という「人」の集合する株主総会では、出席者の個性というものが、まだ完全に払拭され得ず、株主総会のあり方は、株主のみで決められ得るとの表明とも考えられる。つまり、株式会社も基本的には「人」の結合した社団であり、そこでの自治⁽¹¹⁾に参加者の個性が問題となり得るものとの考えを明らかにしたのとも受け取れる。ここに代理人制限を行なう定款規定合理性の出発点を観察できるものと考えられる。

二 弁護士 の 立場 と 地位

議決権代理行使の代理人資格を当該会社の株主に限定する定款限定の存在する会社で、株主でない弁護士の議決権代理行使が争点となった前出の裁判例における当事者の主張を読んでみると、この議論に関係する問題点が明確となる。すなわち、株主でない弁護士による議決権代理行使が許されてよいとする当事者の立場によれば、①議決権を代理行使しようとする弁護士は、「弁護士法と弁護士倫理によって制約を受け、およそ理不尽な総会荒しの所為に出るはずもない弁護士である⁽¹²⁾」とか、あるいは、「弁護士法は依頼によって法律事務を行なうことを職務とする者について、厳格な資格制度が取られている弁護士に限っている。弁護士は弁護士名簿に登録されていなければならないが、弁護士が弁護士法又は所属弁護士会若しくは日本弁護士連合会の会則に違反し、所属弁護士会の秩序又は信用を害し、その他職務の内外を問わずその品位を失うべき非行があったときは、除名等の懲戒を受ける⁽¹³⁾」から、株主総会攪乱のおそれはなく、代理人資格を株主に限定する定款規定の効力は及ばないとされる。そして、さらに、②「法律知識にうとい主婦である原告らが自ら本件総会に出席しても、議決権を行使することが事実上不可能であることは明らかであるから、法律専門知識を有する弁護士……をして本件総会に出席せしめ、株主権を代行させる必要がある⁽¹⁴⁾」とか、あ

るいは、弁護士は、「株主総会の攪乱どころか議決権の行使について精通した専門家として株主総会を適切に進行させることにもなる」⁽¹⁵⁾と主張される。それに対して、株主でない弁護士による議決権代理行使を認めないとする当事者の主張は、代理人資格を株主に限定する定款規定の存在を指摘するにとどまったり、あるいは、株主でない弁護士による議決権代理行使が、「もっぱら弁護士としての立場により、……ことさら法的論点において債務者に対して積極的に論議をいどむための手段と解せられる。とすれば、この点からみても本件申請は、例外を認めるべき合理的理由がないばかりか」、代理資格を株主に限定する「定款規定の目的に反する」⁽¹⁸⁾と述べている。

学説上は、前出の裁判結果に反対する立場が鮮明に主張されている。すなわち、①株主でない弁護士による議決権代理行使を、弁護士が総会荒しの所為に出ることのないものとの前提で許されると立論⁽¹⁹⁾したり、あるいは、②「株主の権利を効果的に行使することにより経営者の責任を明らかにするためには、経営・法律知識の豊かな者を代理人として総会に派遣することの意義は大きく、場合によっては必要であると考えられ」、同族会社で疎外された少数派株主が経営陣を追及する「ような特殊な事情が存する場合には、弁護士または公認会計士等の専門知識を有し、しかも株主が信頼できる者を代理人として出席させ、株主権をより効果的に行使させることもみとめるべきである」⁽²⁰⁾と主張される。これらの見解は、基本的には、弁護士の立場と地位に充分の信頼を置くものと考えられる。そこで、次に、弁護士の立場と地位について考えたい。

弁護士の立場と地位について、弁護士業には、サービス的側面もあるが、同時に、聖職的側面を払拭することができないと我が社会では考えられており、聖職が社会に危険な影響を与える可能性があるので、僧侶、教職者、医師などと同じように自己制約的な姿勢が求められ、「よい意味での積極性はとり入れ、サービス精神をもつことは聖職者にも必要であるが、聖職者の良心と行動はすべてのサービス業に求められていないのである」⁽²¹⁾との指摘は、問題との関係において、示唆に富むものと考えられる。なぜならば、一人の弁護士に内在するサービス的側面と聖職的側

面のどちらが強く表面に出てくるかにより、その弁護士の実際の活動に影響が生じてくるからである。弁護士を聖職者そのものと考えるわけにはゆかないけれども、弁護士が、プロフェッション (profession) として聖職者、医師と同じ水準でその立場と地位を把握され、その職業理念が問われることになる⁽²²⁾と考えられる。従って、弁護士業に聖職的側面を見て取り、それにふさわしい倫理と行動を求めることは妥当である。そして、ほとんどすべての弁護士は、その点を踏まえて、職業理念・職能倫理に合致するようにと活動をしているものと考えられる⁽²³⁾。

弁護士が、右に述べたように、その職業理念と職能倫理に忠実に活動しようと考えていても、その依頼人との関係で、その利益擁護のため理想どおりにはゆかないこともあり得よう。それゆえ、次に、その点に論述をすすめてゆきたいと考える。弁護士史を踏まえた弁護士像の分析によれば二つの両極とも考えられる概念設定が理想の弁護士像追究のためになされることになる⁽²⁴⁾。すなわち、その一つは、「白は白、黒は黒とする法の探究・発見が、弁護士の使命であるというよりも、むしろ、法はさておき、白を黒と、黒を白と説得する雄弁術が、弁護士に求められ」、「弁護士の使命は、客観的に存在する法の発見を目標とするものではなく、むしろ、弁護士の個人的信用とか訴訟技術の巧拙によって訴訟の結果を左右するという点が重視される」Advokats 的弁護士像⁽²⁵⁾であり、それと対極するものは、「司法の目的は、法の適用乃至発見に求められるのであるから、弁護士も司法機関である以上は、法律上白は白と、黒は黒とする裁判を目標として、その活動をしなければならないことになるのである。弁護士はクリエントの利益になるならば、白を黒に、黒を白に変えることがあってはならない」とされる Rechtsanwalt 的弁護士像⁽²⁶⁾である。この分析は、弁護士史を概観した上での制度的な概念設定ではあるけれども、個々の弁護士において、実際の実務活動に際して、この両極概念類似のものが、頭の中をよぎり、そのどちらの弁護士像に重きを置いて行動すべきかを考えることもあろうと思われる。そして、大多数の弁護士は、後者の弁護士像、つまり、ドイツ法上の Rechtsanwalt 的弁護士像に優位を置いて行動するものと考えられよう。

確かに、我が国の弁護士法には、西ドイツ弁護士法一条のように、「弁護士は、独立の司法機関である」旨の明文規定はない。さらに、西ドイツ弁護士法三条一項が、「弁護士は、すべての法律事務における独立の職業的助言者であり代理人である」と規定しているが、この規定の解釈におけるように、弁護士は、助言者（補助者）および代理人（訴訟代理人）として職業的に当事者のために活動するように「国家」から「授権」されている者であるというような理解は、在野法曹ということをとえ強く意識しないとしても、我が国ではなじみにくい点が多い。しかし、我が国の弁護士は、法曹一元の理念のもとで、裁判官・検察官と区別されることなく嚴重に選抜・養成され、裁判官・検察官と共に司法制度における欠くべからざる重要任務をはたしていること、および、我が国が弁護士法一条（弁護士の使命）、同二条（弁護士の職責の根本基準）、同三条（弁護士の職務）の文言から判断すると、弁護士は、依頼人の利益のみを考えて、白を黒に、黒を白に変えるようなことはすべきではなく、正義にかなった法の適用、探究をしなければならぬという職責を負うものと考えられる。この点に関して、前出の *Advokat* 的弁護士像と *Rechtsanwalt* 的弁護士像という両極概念を通じて理想の弁護士像追究をされる石川教授自身によれば、現行弁護士法により、弁護士の裁判所への従属性が脱却させられ、同法一条一項より、弁護士に「基本的人権を擁護し、社会正義を実現する」地位を与えたことからは、「わが国の弁護士像を前記二つの両極概念のいずれに方向づけるべきであるのかという点は未だ十分明瞭であるとは、いい難いものと思われる」とされる²⁶⁾。確かに、現行弁護士法の建前からする制度的な定着という観点からすれば、前出両極概念のいずれによる方向づけかは明瞭ならざる所があるかもしれない。しかし、弁護士とその依頼人との関係における個々の弁護士のあり方という観点からすれば、白を黒に、黒を白と変えることがあつてはならないであらう。

前出の西ドイツ弁護士法一条の「弁護士は、独立の司法機関である」との規定について、次のように解釈されている点は、弁護士の職業理念と職能倫理の理解に役立つものと解される。すなわち、依頼人に助言と助力を与える弁護

士は、依頼人の権利を入念に擁護しなければならぬけれども、依頼人の権利というものは国家法秩序全体の中でのみ考えられ得るものだから、弁護士活動といえども全体的枠組の中で、依頼人という比較的狭い範囲を越えた所で考えられなければならない。従って、弁護士にとっては、国家法秩序の確保が行動基準でなければならないとの解釈²⁹⁾である。この点の解釈は、別な注釈書では、さらに具体的に説明されている。すなわち、弁護士は、自分の内外における独立性を危うくする国家権力および経済的力、特に依頼人の力による影響力行使を阻止するように努めなければならぬとの解釈³⁰⁾である。あるいは、もっと直接的に、次のように説明される。すなわち、弁護士は、自分の依頼人の従順な下僕であつてはならず、依頼人との関係で独立性を保つことが必要である。なぜならば、そのようにしてのみ、訴訟上および訴訟前において、自己責任のもとで、適切に助力することができるからであると解されている。³¹⁾ 弁護士と依頼人との関係における弁護士のあり方として、弁護士は、依頼人の従順な下僕であつてはならないとの指摘は非常に重要である。弁護士は、依頼人に振り廻されることなく、法秩序と司法全体の枠組の中で、正義を目ざして活動すべきであり、また、実際活動においても、そのように行動しようと努力しているものと考えられる。³²⁾

弁護士の立場と地位をその職業理念および職能倫理のあり方から考え、さらに、その嚴重に選抜・養成された専門能力という筋道からのみ考察すると、裁判例において、株主でない弁護士の議決権行使を認めるように求めている前出の裁判当事者の主張およびそれらの裁判例の結論に反対する前出の学説の立場が、一見したところ妥当のようにも思われる。しかし、判例や多数説の立場は、右のような弁護士の立場と地位を充分に踏まえ、承知した上で、株主總會における平穩性の確保と攪乱防止のために、あえて事前予防の観点から、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有効性を前提としつつ、その具体的効力限界のあることを認め、株主でない者にただ弁護士資格があるということだけでは、議決権の代理行使を許さない趣旨と解される。そこで、次に、判例や多数説が、その価値を認めて選択したものと解される事前予防の観点につき考察してみようと思う。

三 事前予防としての定款規定

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を無効と解する説によれば、株主総会攪乱者に対しては、各種処罰規定などにより、規制の実効性がかなり期待されるし、また、「代理人が株主であろうと第三者であろうと、一たん総会へ入場させ、もし総会を攪乱する者がでたら、議長の職権で退場を命ずる（商二七三条ノ四第三項）などの断固たる措置をとることが、会社の利益になり、ひいては経営者の地位を維持することになるであろう」と主張される。つまり、事後的処罰と総会議場における適切な運営と対応に重点を置いた立論がなされている。しかし、契約自由の原則にその象徴をみる自由主義重視の社会で、しかも、何かにつけて自治が尊ばれる所では、強行規定という枠組を尊重しつつ、当事者の意思に基づいて、契約なり、あるいは、定款などの自治法規により、自分たちの法律関係を自由に形成して、何んらかの不穏や阻害に事前に対処することも許されてよいと考える。もちろん、そのような対処をすれば、今まで勝手気ままだったものが制約され、自由が制限されることになる。その場合に注意しなければならぬ点は、自由の制限により関係者の権利が行使できなくなり、結局のところ、権利剝奪と同じことになつてはならないことである。

議決権行使の代理人資格を株主に限定してみても、事前に総会攪乱者を排除して總會の平穩を確保できるとの完全な保証はなにもない。株主その者も、総会攪乱者に変身することができるからである。しかし、議決権行使の代理人資格を株主に限定することにより、総会攪乱者の出現し得る範囲を、当該会社の株主集団という、全体社会から見ると極めて局限された部分社会に限定することができる。しかも、株式譲渡制限がある場合には、その部分社会へ参入は、必ずしも簡単にはゆかない。株式が証券市場に上場されている場合でも、株式取得には、一取引単位購入のため何かの資金が必要であるし、さらに、我が国で主流を占めている記名株式にあっては、名義書換の手間が必要となる。そうとすれば、気軽に手近の第三者を、場合によっては思いつきで代理人に仕立てあげるのを事前に予防することは

可能である。そのような事前予防の効力の及ぶ範囲は、実際的にはきわめて狭く、その実効性も疑わしいから意味が無いと他者が決めつけるよりも、株主の人となりと分布状況を予測したり把握できる当該会社に、そのような事前予防の意義を判断させ、その採用の有無を任せるほうが、私的自治の理念に合致するように考えられる。

議決権行使の代理人資格制限という事前予防の目的を持つ定款規定は、諸判例で示されているように株主義決権剝奪になりかねない事態の発生防止のためその効力の及ばない特別の場合があり得ると解される⁽³⁵⁾。その特別の場合か否かの判定につき、すでに判例・学説で定型化・類型化されたものについては、会社の履行補助者としての総会議場受付でも判断可能である。しかし、自信を持って速断できない時には、誤断すれば株主でない者に議決権代理行使を認めるべきとする側あるいは認めるべきでないとする側より決議取消訴訟を提起される危険を考慮しつつ、会社機関としての株主総会自身が、その決議により決断を下すことが妥当である⁽³⁶⁾と考える。総会には、取締役も出席しているのだから、経営陣からの意見開陳もできる。代理人資格の限定により、総会平穩確保のための事前予防という利益を享受しようとする会社は、それに対応する手間と危険を負担しなければならない。

代理人資格限定をする定款規定の効力が及ばないとされる特別な場合を除いて、株主でない弁護士は、事後的処理⁽³⁷⁾だけでは満足しない事前予防の観点から、株主資格がないことを理由として議決権代理行使を拒否されることになる。この見解に対しては、前述した弁護士⁽³⁸⁾の立場と地位、および、それらから見て取れる職業理念と職能倫理のあり方から判断すると、裁判官と検察官と共に司法を支える三本柱の一つである弁護士の代理人としての特殊性を理解しない謬見と非難されるかもしれない。しかし、代理人資格を限定する定款定立者の意思としての事後的処理に満足しない事前予防という目的から判断すると、代理人の資質、倫理、教養、職業など数ある要素の中で、一番簡単に網をかけ易くかつ差別の問題を生じさせないで一応なりとも規制効果が見込まれる株主という資格限定を選択したものと考えられる。そして、その反面として、弁護士だからといって、例外を設ける趣旨とも解されない。なぜならば、それで

は、簡単に事前予防の網をかけるという定款規定の意味が失われるからである。

我が国においては、先進資本主義国の中で弁護士と裁判官の数が極端に少ないとの現状が、株主資格の存否という単純な基準による総会攪乱防止のための事前予防手段としての定款規定を制定した者の意思に影響を与えているようにも思われる。株主総会開催前の画一的な事前予防選択のほうに、事件の発生してしまつてからの事後処理選択よりも法曹にたよる必要性が少ないと思われるからである。このような発想を後進的であると批判することはきわめて容易である。しかし、長く続いている少ない法曹人口による司法運営が、近い将来において、劇的に変化しそもないというのであれば、そのような状況に対応した行動が、許された自治の範囲で追求されることにならう。

- (1) 新山・議決権代理行使資格の株主への限定—合理的理由による相当程度の制限か—岡山大学法学会雑誌三六巻三・四号（昭和六二年三月）一四八頁—一五三頁で、無効説の立場が、強力に展開・主張されている。
- (2) 倉沢・議決権代理行使の制限・法学セミナー三八九号（一九八七年五月）八八頁。
- (3) 竹内・株主総会(3)—議決権の代理行使・法学教室七五号（一九八六年十二月）四二頁。
- (4) 今野・株主（社員）総会における議決権の代理行使—代理人資格の制限を中心として—田中誠二先生米寿記念論文「現代商法の重要問題」（昭和五九年）一〇九頁は、無効説の立場から観察して、代理行使を必要とする事情によっては代理人資格制限を適用すべきでない場合のあり得ることを認める。「制限的有効説においては……総会荒しの恐れの有無が、究極的には、議決権行使の代理人資格を株主に限る旨の定款規定の適用の有無を判断する基準となる」と指摘している。
- (5) 拙著・議決権代理行使の研究（昭和五七年）一〇二頁—一〇六頁。なお、私見によれば、議決権代理行使の代理人資格を株主に限定する定款規定は、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（同書一〇三頁、一〇四頁）。
- (6) 新山・前掲岡山大学法学会雑誌三六巻三・四号一三九頁。
- (7) Hueck, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl. (1983), S. 171.
- (8) Hueck, a. a. O., S. 174. ちなみに「同書同頁によれば、一九八〇年における西ドイツ有限会社社一社あたりの平均資本は、約三八万マルクとのことである。」

- (9) Heuck, a. a. O., S. 173. なお、この数字には、現行日本法では認められていない株式会社合資会社も含まれているとある。この中で、西ドイツの新聞報道によれば、この株式会社数減少傾向は、最近も続いているとのことである (Handelsblatt, Nr. 134 vom 17. Juli 1986, S. 1 (Unternehmensrecht)).
- (10) 拙著・前掲議決権代理行使の研究九二頁。今野・前掲田中米寿記念「現代商事法の重要問題」一〇五頁、一一二頁の西ドイツ法分析もほぼ同旨。
- (11) 黒木・昭和五七年一月二六日東京地判判批・公証法学一五号(一九八六年五月)一一〇頁によれば、定款によって代理人資格を制限することは、有効であり、その理由は、当該会社の最高法規であり、かつ自治法規である定款による自治が許される点にあるとされる。
- (12) 昭和五七年一月二六日の東京地裁判決における原告側の主張(前掲判例時報一〇五二号一二四頁、前掲金融・商事判例六五〇号三頁)。
- (13) 昭和五九年六月二八日の神戸地方裁判所尼崎支部決定における債権者側の主張(前掲資料版・商事法務(四号)五七七頁)。
- (14) 前掲判例時報一〇五二号一二四頁、前掲金融・商事判例六五〇号三四頁。
- (15) 前掲資料版・商事法務(四号)五七七頁。
- (16) 前掲判例時報一〇五二号一二四頁、前掲金融・商事判例六五〇号三四頁。
- (17) この場合における債務者とは会社のことである。
- (18) 前掲資料版・商事法務(四号)五七九頁。
- (19) 中村・昭和五七年一月二六日東京地判判批・金融・商事判例六六五号五八頁。
- (20) 白石・昭和五七年一月二六日東京地判判批・早稲田法学六〇巻二号(一九八四年)一一〇頁。
- (21) 宗田・弁護士の開国・手形研究三九五号(一九八七年四月)一頁。なお、この主張は、弁護士事務所の「企業化」、「広告」ならびに、弁護士をサービス業とわきまえるところからくる「外国人弁護士の姿勢には progressive を越えて aggressive なものがある」という問題指摘との関連でなされた法務時評である。
- (22) 石井・職業としての弁護士とその使命・講座現代の弁護士1「弁護士の使命・倫理」(昭和四五年)七〇頁以下において、プロフェッションとしての弁護士が詳細に分析されている。
- (23) 正木・弁護士さん(一九五三年四月)・正木ひろし著作集第五巻(一九八三年刊)四九頁に、「悪弁護士はたしかに存在しますが、その率はいはたいして大きいものではありません。むしろ善良すぎて、いつもクタビレもうけをしているお人好しの方が、

す」と多いようです」とある。

- (24) 石川・Advokat と Rechtsanwalt ・判例タイムズ五七六号（一九八六年二月二〇日）二頁。
- (25) 石川・前掲判例タイムズ五七六号二頁によれば、本文のこのような弁護士像は、「訴訟をめぐるスポーティング・セオリ」を基礎とする弁護士観につながる」とされる。
- (26) 石川・前掲判例タイムズ五七六号二頁では、Rechtsanwalt という言葉がドイツ法の弁護士を示し、さらに、このRechtsanwalt という概念が法の管理者を意味し、西ドイツ弁護士法一条が「弁護士は、独立の司法機関である」と規定していることが指摘されている。
- (27) Rosenberg/Schwab, Zivilprozessrecht, 13. Aufl. (1981), S. 143.
- (28) 石川・前掲判例タイムズ五七六号二頁。
- (29) Bundes Rechtsanwaltsordnung mit amtlicher Begründung, 2. Aufl. (1973), S. 15～S. 16.
- (30) Jessnitz, Bundesrechtsanwaltsordnung, 3. Aufl. (1985), S. 1.
- (31) Jaenicke, Zivilprozessrecht, 21. Aufl. (1985), S. 43.
- (32) Jessnitz, a. a. O., S. 1によれば、西ドイツにおいては、さらに増加傾向にある弁護士過剰により、国家権力および経済力、特に依頼人の力による影響力行使に対するかなりの弁護士、特に若い弁護士の独立性が脅かされているとのことである。Baur, Zivilprozessrecht, 5. Aufl. (1985), S. 16によれば、弁護士数の増大は、目下のところ飛躍的であるとされる。我が国においては、「弁護士は数が極めて少ないこともあって聖職とみなされてきた」（宗田・前掲手形研究三九五号一頁）との認識があるくらいなので、まだ、西ドイツのようにこの問題は、顕在化していないと思われる。
- (33) 中村・前掲金融・商事判例六六五号五七頁。
- (34) 中村・法人株主の従業員による議決権の代理行使―日本保証マンション事件を契機として―商事法務一〇八四号（昭和六一年七月二五日）七頁。なお、瀬谷・昭和五七年一月二六日東京地裁判決・法律のひろば三六巻一号（昭和五八年一月）七〇頁は、「総会荒しは、定款規定の有無にかかわらず法的に認められないことを確認することが重要である」とされている。
- (35) これまでの基本的判例については、拙稿・定款による議決権代理行使の制限の効力・ジュリスト増刊商法の争点二版（一九八三年一〇月）一〇〇頁にまとめがある。
- (36) 倉沢・前掲法学セミナー三八九号八九頁は、「実質的に総会攪乱のおそれのある者か否かなどということ、誰が事前に判断できるのか」との疑問を提起されている。

(37) Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (1973), Anm. 77 zu §134 は、議決権行使のための「代理権授与の可能性は、株式譲渡制限がある場合であっても完全に排除することは許されない。(株式)譲渡には会社の同意が必要であるから」といっても、少なくとも他の株主、弁護士あるいは公認会計士による代理行使は可能である」と解しているが、このツェルナーの説は、西ドイツにおいて「少数説のようである」と我が国で評価されている(神田・昭和五七年一月二六日東京地裁判判批・ジュリスト八三五号へ一九八五年五月一日一三八頁)。少数説であるとの評価に、私も同意したい。

なお、早川・昭和五七年一月二六日東京地裁判判批・商事法務一〇五八号(昭和六〇年一月一五日)三七頁は、「税理士、司法書士などについても類似した問題が生じる」旨を指摘される。

(38) 富川・現代の弁護士―その業務と理念についての諸問題―・松井康浩弁護士還暦記念「現代司法の課題」(一九八二年)一九一頁。なお、同書同頁によれば、弁護士については、「国民人口数に比例させるとアメリカはおおざっぱにいて日本約二〇倍、英国七、八倍、西独五倍である」とのことである。

第三節 まとめ

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、それを無効と解する説からの厳しい諸批判にもかかわらず、その規定の合理性を認める観点から、依然として、その規定の有効性を前提として立論を進めてきた。その点に関連して、株主総会平穩を重視する法共同体における平均人の意識に斟酌を加えつつ、西ドイツにおける現状を指摘してみた。株式会社法制度の利用と運営に関して、我が国よりもはるかに理念に忠実に大規模公開会社を念頭においている西ドイツの株式会社上の解釈において、定款による代理人資格制限の有効性を前提とした立論が通説的地位を占めているのである。このことは、匿名性を持つ資本の集まり得る株式会社においても、株主総会には、資本を支配する人々が集合し、その出席者の個性が今もなお問われてよいとの考えを表明したものと理解すべきように思われる。

本稿の考察は、次に、議決権行使の代理人資格を株主に限定する定款規定の下における、株主でない弁護士による議決権代理行使の問題解明のために、弁護士立場と地位についての分析に移った。我が国の弁護士は、嚴重に選抜・養成された専門家であり、その職業理念と職能倫理を十分に踏まえ、依頼者の利益のみを配慮しないで、自己の独立性を確保しつつ、司法制度を支える支柱の一つとして法と正義の実現を目ざしている。しかし、そのような立派な職能集団といえども、株主総会平穩確保と攪乱防止のための事前予防としての目的を有する定款規定の前でその例外は認められず、株主資格がないというのであれば、定款規定の効力が及ばないとされる特別な場合に当該しない限り、議決権代理行使を許されない。

株主総会平穩確保と攪乱防止のための事前予防手段として代理人資格制限をする定款規定を定立した者の意思としては、事が生じてしまつてからの事後的処理に満足せず、一応なりとも効果の見込める簡易で画一的な事前予防手段として、そのような定款規定を制定したものと解される。確かに、議決権行使のための代理人資格を定款規定によって株主に限定してみても、その実効性に疑問が生ずる場合もあり得る。しかし、その実効性ありや否やを含めて、事前予防手段の意義とその採用の有無は、当該会社の判断に任せるべきであり、そのほうが、私的自治の理念に合致するように考えられる。そのような定款規定においては、唯一、株主資格を有しているか否かが判断基準となるために、弁護士という立派な職能集団もその立場と地位につき実質的判断をされることなく、株主でないことを理由にして、画一的に議決権代理行使を拒否され得る。それは、定款規定制定の趣旨が、議決権代理行使のための代理人を選任し得る範囲を限定し、総会攪乱者の出現し得る範囲を狭くするという簡易・明解な事前予防手段選択にあるからである。そして、そのような選択は、少ない法曹人口での司法運営を余儀なくされている我が国の現状が定款定立者の意思に影響を及ぼした結果のようにも受け取れる。

（一九八七年八月三十一日稿）