慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	特別利害関係株主の議決権行使と不当決議
Sub Title	On article 247 paragraph 1 item (3) of the Commercial Code of Japan
Author	安井, 威興(Yasui, Takeoki)
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.205- 228
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=AN00224504-19871228-0205

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.

特別利害関係株主の議決権行使と不当決議

安井威興

一　はじめに
二　新旧両制度の差異
三　解釈論上の問題
四　若干の立法論

一　はじめに

昭和五六年改正前商法は、特別利害関係株主の議決権を排除し（旧商二三九条五項）、その排除により決議の内容が著しく不当となったことを申立事由とする不当決議の取消または変更の訴を設けていた（旧商二五三条）。これに対し、昭和五六年商法改正法は、特別利害関係株主の議決権行使を認めることとし（旧商二三九条五項削除）、その議決権行使の結果として著しく不当な内容の決議が成立した場合を、新たに決議取消の申立事由に追加した（商二四七条一項三号）。そして、不当決議の取消・変更の訴に関する規定を削除した（商二五三条）。

この改正は、少なくとも従来の一般的予防的な議決権排除制度は改正すべきであるとする点においてほとんど異論のなかったことや、積極的に改正をはかるべきであるとする有力説があったことを背景とするものであるが、議決権排除を全廃するべきかそれとも具体的に列挙してこれを残すべきかなどの立法論についてかならずしも十分な検討がなされたとはいいがたい。また、「株式会社の機関に関する改正試案」における改正の提案は決議取消事由に多数決濫用の場合を付加することであった。すなわち、「一部の株主が自己又は特別の関係のある第三者に特に利益を与える目的で議決権を行使した結果、会社または他の株主に著しい損害が生ずるとき」を付加することが提案されていたのである。しかるに、これは法案作成の段階で現行規定の字句に修正された。それゆえ、この修正については各界の意見は反映されておらず、また特別利害関係の範囲が問題になるとともにこの場合が多数決濫用一般をも含むか否かが問題とされている。さらに、この改正を推進した有力説の主張者からも再改正の提案がなされている。

したがって、商法二四七条一項三号については解釈論的検討はいうまでもなく、立法論的妥当性に対する検討も緊急に要請されている。本稿は、まずこの改正の立法趣旨およびこの改正による制度的変化を明らかにし、つぎにその視点から解釈論上の問題点を検討し、さらに立法論に及ぶ。

（1）ただし、松田二郎・株式会社法の理論（昭和三七年）三〇二頁は、結合企業規制に関連してではあるが、昭和五六年改正前商法二三九条五項を同二五三条の存在を理由として積極的に評価している。なお、元木伸「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析㈣」商事法務八六一号（昭和五五年）二四頁以下参照。

（2）龍田節「株主の議決権の排除」法学論叢六四巻三号（昭和三三年）四三頁以下、とくに八四頁以下、同「株主総会における議決権ないし多数決の濫用」末川古稀記念・権利の濫用中（昭和三七年）三三頁参照。

（3）鈴木竹雄・会社法（五版＝昭和三〇年〈初版＝昭和二九年〉）一一四頁、大森忠夫「議決権」株式会社法講座三巻（昭和三一年）九〇八頁、同「株主総会における特別利害関係者の議決権排除―比較法的考察―」民商法雑誌三五巻六号（昭和三七年）八〇五頁、龍田前掲法学論叢六四巻三号八四頁以下。

(4) 田中耕太郎「合併決議における当事会社議決権の排除」法学協会雑誌六三巻一号（昭和二〇年）五八頁、菱田政宏「特別利害関係人議決権行使排除」商経法論叢一〇巻一号（昭和三四年）一二二頁、出口正義「株主の議決権制限の法理」上智法学論集一九巻一号（昭和五〇年）一四四頁、高鳥正夫「商法、監査特例法の改正」受験新報三一巻八号（昭和五六年）六三頁以下、同・会社法（改訂版）（昭和五八年）一四八頁、神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整（五・完）」法学協会雑誌九九巻二号（昭和五七年）二八七頁、慶應義塾大学商法研究会「株式会社の機関に関する改正意見」法学研究五二巻九号（昭和五四年）九七頁。

(5) 元木前掲商事法務八六一号二四頁以下は、これに対する各界の意見が大きく分裂していることを示している。なお、広島修道大学商法研究会は、この問題について意見を留保しているが、「試案によっても、何が議決権の乱用に該当するかの問題に置きかえられるだけで、根本的解決にならないのではないかとする指摘があった。」と述べている（修道法学三巻一号〈昭和五四年〉）。

(6) 元木伸「株式会社の機関に関する改正試案の公表」（株式会社の機関に関する改正試案の解説〔1〕）商事法務八二四号（昭和五三年一二月）二頁以下、元木伸＝稲葉威雄「株式会社の機関に関する改正試案の解説」会社機関改正試案の論点（昭和五四年）六頁以下。

(7) 資料「商法等の一部を改正する法律案要綱案（全文）〈昭和五五年一二月二四日法制審議会商法部会決定〉」商事法務八九三号（昭和五五年一二月）一九頁はこのことを示している。資料「商法等の一部を改正する法律案要綱（昭和五六年一月二六日法制審議会総会決定）商事法務八九六号（昭和五六年二月）四頁以下、「商法等改正法案、国会に提出さる（昭和五六年三月二四日）」商事法務九〇一号（昭和五六年三月）四六頁、「商法等改正法案の国会提出について」商事法務九〇二号（昭和五六年四月）三頁以下参照。

(8) このことは、昭和五六年商法改正法成立直後にすでに指摘されている（稲葉威雄「商法等の一部を改正する法律の概要〈中・一〉」商事法務九〇八号〈昭和五六年六月〉一二頁）。

(9) 龍田節「株主総会」企業会計三三巻九号（昭和五六年八月）六七頁。

二　新旧両制度の差異

昭和五六年商法改正法は昭和五六年商法改正前二三九条五項を削除した。それは、まず、この規定は理論的根拠が明白ではなく、資本多数決原理と矛盾すること、つぎに、この規定の機能は会社利益を保護することであるが、ここにいう会社利益は株主利益であり、株主利益保護は実質的には少数派株主保護にほかならず、少数派株主保護はむしろ多数決濫用の法理によってはかるべきであることなどを理由としてこの規定の全廃を主張する立法論にもとづくものである。[10] そして、商法二四七条一項三号の新設は、昭和五六年改正前商法における解釈として、多数決濫用により成立した決議の効力を特別利害関係株主が決議に加わった場合とのバランスから決議取消事由になると解する説[11]の考え方を採用したものであるといわれている。[12] なお、法案作成段階における文言の修正は、実質的な修正ではないとするものもあるが、[13] その適用範囲を明確にするためであると説明するものもある。[14] あるいは、旧規定の二三九条五項と二五三条の組合せを裏返しにして、従来の制度の正反対を新制度として定めたと説明するものもある。[15]

右の修正は、後述するように解釈論上重要な意味を持つものであるが、試案の文言では要件事実が抽象的に過ぎ、結果的に不当な決議の効力を排除することが不可能となるおそれがあるとの批判[16]を意識して、新設規定の適用範囲を明確にするためになされたとみるべきであろう。そして、この規定により特別利害関係株主以外の株主の利益を保護すべき場合として、従来であれば、旧商法二三九条五項により防止されることが本来期待されていた場合のみを取り上げたものと思われる。すなわち、それはその決議に参加しなかった特別利害関係株主が決議に参加すればその決議を成立させうるが、むしろ成立させない方が妥当であり、成立すると不当な決議となる場合であって、旧商法二五三条によってもその請求が認容されえない場合であることになり、商法二四七条一項三号の文言はこの場合を意味していることになる。この修正の結果、決議取消の主張者は、試案で要求されていた主観的要件の立証を、特別利害関係

株主の議決権行使という客観的要件の立証で代替しうることとなったのである。(17)

新旧両制度はいずれも特別利害関係株主が議決権を行使することにより成立する不当な決議を排斥せんとすることにおいて共通するが、その方法は大幅に相違する。旧制度において、多数派株主が自己が特別利害関係を有する事項について妥当な内容の決議を成立させるためには、まず少数派株主の賛同をうることを要し、賛同がえられなければそれを否決する決議を成立させ、しかる後に旧商法二五三条による救済を求めなければならず、したがって、旧制度は資本多数決原理に違背するという非難を甘受しなければならなかった。しかし、少数派株主にとっては、その決議の内容が不当か否かが明白でなくとも、特別利害関係株主の議決権行使の事実を立証しうれば、旧商法二四七条以下の規定により、比較的容易に不当な決議を排斥しえたという利点を有していたのである。これに対し、新制度は、資本多数決原理に違背しないという利点のほか、特別利害関係の有無についての事前の判断の労苦から解放されるという実務上の利点を有する。(18) しかし、少数派株主からみれば、不当決議を阻止するためには、特別利害関係株主の議決権行使の有無に関する調査に加えて、その決議の内容が不当か否かの判断を提訴期間内（商二四八条一項）にしなければならないという負担が増加したことになる。また、特別利害関係の有無につき事前の判断を要しないこと(19)とは、会社側ないしは多数派株主の冒険主義を唆し、会社利益ひいては少数派株主利益に対する侵害を既成事実化せんとする企みを誘発する可能性を有する。反対に、少数派株主からみれば決議内容が不当ではないかとの臆測を生むおそれがある。すなわち、新制度の方が旧制度よりも紛争を増加せしめるおそれがあるのである。

新制度においても、旧制度と同様に特別利害関係の範囲如何が解釈論上問題となる。しかし、新制度にあってはその決議の内容が不当であるか否かの判断も同時になされ、排斥されるべきは内容の不当な決議であるから、この問題の重要性は従来の制度におけるよりも遥かに軽くなったといえるであろう。(20) 決議内容の不当性の判断が要求されることも、新旧両制度に共通する。そして、その判断は新旧両制度ともに特別利害関係株主の議決権行使を認めることか

ら生ずる会社利益[21]または株主利益に対する侵害の有無を基準としてなされる。しかし、このような侵害の有ることは、旧商法二五三条においてはその不当性を否定する要素であったのに対し、現行商法二四七条一項三号においてはその不当性を肯定する要素となる。したがって、新制度における不当性については少数株主保護の観点からより厳密な判断が要求されることになるであろう。

以上の検討に従って、新制度の旧制度に対する特徴を概括する。すなわち、新制度は会社法の基本原理たる資本多数決原理に違背することなく、また旧制度における解釈論上の難問たる特別利害関係の範囲如何の問題の重要性を軽減し、会社実務の負担を軽減したという利点を有している。しかし、これらの利点は旧制度の有していた少数株主保護の機能を後退させることにより獲得したものであり、またこれまで実際上要求されたことのなかった決議内容の不当性如何の問題の重要性を加重することになったという欠点も有している。さらには、制度改正により紛争が増加するというおそれもある。もっとも、このおそれは会社が慎重に対応することにより回避しうるかもしれない。

(10) 大森前掲株式会社法講座九〇八頁、同前掲民商法雑誌三五巻六号八〇五頁、龍田前掲法学論叢六四巻三号七三頁以下。

(11) 大隅健一郎「いわゆる株主の共益権について」（松本古稀記念・会社法の諸問題〈昭和二六年〉）会社法の諸問題〔新版〕（昭和五八年）一五六頁以下、大隅健一郎＝今井宏・総合判例研究叢書商法(5)株主総会（昭和三四年）二二四頁、大森忠夫・改訂会社法講義（昭和三七年〈初版＝昭和二九年〉）一六八頁など。

(12) 今井宏「決議の瑕疵」民商法雑誌八五巻三号（昭和五六年）四三三頁、大隅健一郎＝今井宏・新版会社法論中巻Ⅰ（昭和五八年）一〇四頁、岩原紳作「決議取消の訴え―訴えの提起等」上柳＝鴻＝竹内ほか編新版注釈会社法(5)株式会社の機関(1)（昭和六一年）三一七頁。

(13) 倉沢康一郎「株主総会決議の瑕疵」堀口＝酒巻編改正会社法詳説（昭和五八年）九八頁。

(14) 元木伸・改正商法逐条解説（昭和五六年）一〇二頁は「このような濫用一般を取消事由とすることは、その範囲が明確でなく、適用にあたって混乱を生ずるおそれがあるので、特別利害関係人による議決権行使の場合に事由をしぼったわけである。」とする。なお、この修正については、法制審議会商法部会においてすら理由説明もなくまた議論もされていないことが窺

える（「会社法改正要綱をめぐって第二回」〈研究会〉ジュリスト七三七号〈昭和五六年四月〉における竹内発言〈一〇五頁〉および鴻発言〈一〇六頁〉）。

(15) 前掲ジュリスト七三七号の研究会における竹内発言（一〇四頁）。

(16) 倉沢康一郎「株主総会の決議の瑕疵」（金融・商事判例五七二号〈昭和五四年〉）会社法の論理（昭和五四年）一二三頁。

(17) 喜多了祐「株主総会における特別利害関係理論の再構成」商事法務九一九号（昭和五六年）二六頁、同「特別利害関係株主の議決権行使と総会の決議」金融・商事判例六五一号（昭和五七年）八七頁。

(18) 稲葉威雄・改正会社法（昭和五七年）一七二頁。

(19) これに関連して、木内宜彦・会社法（企業法学Ⅱ）（昭和五八年）一六七頁は「必ず後に取消の訴が起こされるということが予想されていても、従来のように特別利害関係だということでもってその議決権行使を拒むことができず、しかも後に訴訟で必ず敗訴の負担を背負い込まなければならないという奇妙な現象を避けることができなくなった」とする。たしかに、理論的にはそのように言えるし、とくに株主提案権についてはこの視点からの改正を検討する必要があるかもしれない。しかし、議案提案権は原則として取締役会にあるのであるから、このような事態を避けるためには内容の不当な議案を総会に提出しなければよいのであるし、また株主提案権は少数派株主によって行使されるのが通常であるから、この点とくに問題にする必要はないように思われる。

(20) 鴻常夫「商法等の一部を改正する法律案要綱について（中）」商事法務八九九号（昭和五六年）一三頁、竹内昭夫「会社法改正（三）」法学教室八号（昭和五六年）、同・改正会社法解説（昭和五六年）一二一頁、喜多前掲商事法務九一九号二四頁、同前掲金融・商事判例六五一号八六頁。

(21) 多数決濫用の法理は株主間の利害調整をはかることを目的としているから、問題にすべきは株主間の不平等の存否であって、会社利益侵害の存否ではないとして、会社利益なる概念を持ち出すことに反対する見解がある（龍田前掲権利の濫用中一四五頁、岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造〈九・完〉」法学協会雑誌九七巻八号〈昭和五五年〉一〇七三頁、同前掲新版会社法(5)三二五頁、神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整〈五・完〉」法学協会雑誌九九巻二号〈昭和五七年〉二八九頁）。特別利害関係法理も株主間の利害の調整を目的とするものであり、株主間の不平等を問題とするが、株主間の不平等は直接株主間に生ずる場合（たとえば少数派株主を追出すためにする株式併合）と会社利益（株主共同利益）侵害の結果生ずる場合（たとえば商法二八〇条ノ一一の新株引受人の責任は会社の損害の発生を前提としている。）とがあり（出口正義「株主の誠実義務〈一〉」商学討究三三巻一号〈昭和五七年〉六二頁参照）、また決議取消訴訟の提訴権限のみならず提訴義務までも取

締役・監査役に認めるのであるから、会社利益を考慮する必要がある。岩原前掲法学協会雑誌九七巻八号一〇七三頁は会社利益侵害を伴わなくとも少数派株主の利益が侵害されれば、取締役に提訴権が認められるとするが、提訴義務までも認められるとするのであれば疑問である。

三　解釈論上の問題

すでに明らかなように、ここにおける主要な解釈論上の問題は、特別利害関係の範囲如何および決議内容の不当性如何のそれである。

特別利害関係の範囲については、これを旧制度におけるよりも広く解することについてはほぼ異論はない[22]。より詳細に論ずる学説としては、旧制度における特別利害関係についての解釈[23]のうち、もっとも広いものとして法律上の利害関係説を妥当とする見解[24]もあるが、これに対して特別利害関係説を妥当とする見解[25]もある。その差異は、取締役などの選任または解任が議案とされる場合に、特別利害関係を前者の見解はその双方に認め、後者の見解は解任の場合のみに認めることにある。したがって、この争いの結着は抽象的な基準の優劣によってつけられるのではなく、取締役などの選任決議についても特別利害関係株主の存在を認めうるか否かのより具体的な事例研究においてつけられるべきである。このことはこの問題一般に妥当し[26]、できるかぎり個別具体例について検討することがこの問題解決の近道のように思われる。ただし、これまで議論の対象となっていたほとんどの事例――たとえば合併決議の場合にも特別利害関係が認められることに異論はなく[27]、右の取締役などの選任決議や解任決議[28]の場合を除き見解の相違はない。

右の学説に加えて、商法二四七条一項三号を多数決濫用の一場合であると解し、これをその他の多数決濫用に適用[29]ないしは類推適用[30]しうるとする説がある。商法二四七条一項三号がはたして多数決濫用の一場合に該当するか否か疑

問があるが[31]、この問題も個別具体例の検討を通じて解決されるべきであろうから、取締役の選任・解任決議の場合も含め、すでに検討の対象となっている事例[32]についてつぎに検討する。ただし、ここでは決議内容の不当性を軽微なものと重大なものに分け、軽微なものの決議を不当決議、重大なものの決議を違法決議とする[33]。

(1) 取締役の選任決議において候補者たる株主が決議に参加した場合

法律上の利害関係説はこの場合に特別利害関係を認める。また、株主の誠実義務を認める立場から、株主は会社の利益のために議決権を行使すべき義務を負い、この義務に違反する議決権の行使は無効であり、それは決議取消または無効の原因となるとする説[34]がある。この説に従えば、多数派株主が候補者たる自己もしくは自己の肉親ないしは事実上支配しうる者に投票した結果、取締役たるにふさわしくない者が選任されたときは、不当な決議が成立したことになり、この決議は取消の対象となると解すべきことになる。しかし、当該取締役が欠格事由を有する場合(商二五四条ノ二)には決議内容が法令に違反するからその決議は無効であるが、そうでなければ、取締役に誰を選ぶかは出資者たる株主の判断に委ねられた事項であって、特別利害関係株主の議決権行使の結果として、不当決議が成立する余地はない[35]。したがって、(1)の場合には特別利害関係を認めえたとしても不当決議は存在しないから特別利害関係を問題とする必要はない[36]。

(2) 取締役の解任決議にその対象となる取締役たる株主が参加した結果解任否決決議が成立した場合

法律上の利害関係説、特別利害関係説および株主の誠実義務を認める説はこの場合に特別利害関係を認める。とくに最後の説は、不当な決議として、職務遂行に関して不正行為または法令・定款違反の重大な事実があるような取締役の解任否決決議に加えて、会社の不正を発見した有能な取締役をもっぱらその不正をもみ消すためにする解任決議をあげる[37]。前者の場合は、解任されてしかるべき取締役の解任を否決する内容の決議であるから、不当決議といってよいであろう。しかし、この決議を取消しても解任決議が成立するわけではなく[38]、直接に解任の訴(商二五七条三項)

を提起する方が解任を求める株主の要求に合致する。しかも、この決議によって新たなる法律関係が生ずるわけではないから、実際上の実益のみならず取消の訴を求める実益も見出し難い。後者の場合はそれが不当決議といえるか否かのみならず特別利害関係を認めうるか否かが問題になりそうである。正当な理由なき取締役の解任決議は累積投票によって選任された取締役も含めて考えると、これを不当決議と解することにも一理ないわけではないが、累積投票が認められるような会社にあっては、取締役解任はそれほど容易であるとも思えない（商二五七条二項参照）。立法論的には問題のあるところであるが[39]、商法は、理由の如何を問わず取締役の解任決議をなしうるものとし、正当理由のないことは解任された取締役の会社に対する損害賠償請求権の発生原因たるものとしてのみ規定するから（商二五七条一項）、これを不当決議とも解しえず、まして違法決議とは解しえない。取締役の解任については、商法は株主総会に対して自由裁量を認めており、公正妥当な内容の決議をなすことを期待しているわけではないのである。すなわち、その決議内容の不当性は取締役解任の訴あるいは正当理由なく解任された取締役の会社に対する損害賠償請求のレベルでは問題となるが、株主総会決議のレベルでは問題とならないのである。したがって、(2)の場合も、(1)の場合と同様に特別利害関係を問題とする必要はない[40]。

(3) 取締役の報酬または賞与を定める決議にその支給を受ける取締役たる株主が参加した場合

取締役の報酬は定款に定めなきとき、また取締役の賞与は利益処分として、いずれも株主総会の普通決議をもって定められる（商二六九条・二八三条一項）。もっとも、取締役全員に対する支給額を株主総会で決定し、その額の範囲内で取締役会において個別の支給額が決定されるのが通常であるから、ここでもこの支給額全額が議案として提示されているものとする。この支給額全額は会社の規模・営業ないしは財政状態あるいは取締役の人数・業績など諸般の事情により決定される。何が公正な額であるかはきわめて困難な問題であるが、もし公正妥当な客観的基準額なるものを定めうるとすれば、この額よりも支給額全額が多いときは、この決議の内容は不当である。しかし、この不当性が

違法性を帯びないかぎり株主総会の判断は尊重される。すなわち、決議内容が客観的にみて不当であっても、決議そのものは適法とされるのである。ただし、その場合に特別利害関係株主が参加したときは、それは取消しうべき決議となる。しかし、決議内容がこの基準額と一致するときは決議内容は公正妥当であって、特別利害関係は問題にならない。

(4) 親子会社の合併において、親会社が子会社の合併承認決議に加わって、親会社にのみ有利で子会社の少数派株主に著しく不利な合併条件を承認せしめた場合

親会社と子会社が合併する場合に合併条件を親会社に有利に子会社に不利に定めたときは、この合併によって子会社株主の利益は侵害される。したがって、親会社も子会社株主としては利益を侵害されるが、侵害された利益は合併の相手方として有利に取扱われることにより償われる。しかし、子会社の少数派株主の侵害された利益は償われない。それゆえ、このような内容の決議は株主利益を侵害する結果を招来することにおいて、また実質的には株主平等原則違反の結果を招来することにおいて不当決議であるといってよいであろう。しかしながら、商法は合併条件の妥当性の判断を株主総会の自由裁量に委ねており、その不公正が違法性[41]を帯びないかぎり、(3)の場合と同様に、株主総会の判断は尊重され、その決議は適法である。ただし、それに特別利害関係株主が参加したときは、それは取消しうべき決議となる。そこで、この場合は特別利害関係が問題となるが、この親会社が特別利害関係株主であることはとくに説明を要しないであろう。なお、実質上は親子会社であるが形式上それが明らかでないときなど特別利害関係の子会社少数派株主に対する透明度が低い場合は、提訴期間限定に服せしめることが妥当であるか否かが問題となる。

(5) 大株主甲のみを対象として、新株発行の必要性を考慮しても低すぎる価額で新株を発行することを定める決議に甲が参加し、その新株発行決議が成立した場合

何が公正な新株の発行価額であるかはきわめて困難な問題であり議論のあるところ[42]であるが、公正なる発行価額よ

りも低い発行価額で株主以外の者に新株を発行することは、旧株の価値の下落により、株主の経済的利益を侵害する。しかし、株式会社の金融調達、企業提携、技術提携などの目的を達成するために、右のような新株発行が必要となる場合がある。そこで、商法は、旧株主がその必要性から利益侵害を甘受することを了承する場合にのみこれを許すこととし、この新株発行をなすためにはその必要性が開示された株主総会の特別決議を要するものとしている（商二八〇条ノ二第二項）。したがって、この場合の決議の不当性は、株主利益の侵害の程度とその必要性との相関において決定される。すなわち、その必要性に比して発行価額が低額であれば、その決議の内容は不当であることになる。しかし、その不当性が違法性を帯びないかぎり、株主総会はその発行価額を自由に決定しえ、(3)(4)の場合と同様に株主総会の判断は尊重され、その決議は適法である。ただし、特別利害関係株主が参加したときは、それは取消しうべき決議となる。この場合の大株主甲が特別利害関係株主であることは説明を要しないであろう。

(6)　第三者丙に対してとくに有利な価額で新株を発行することを定める決議に、外観上は丙と個人的な利害関係のない（たとえば丙の業務執行者でも構成員でもない）大株主乙が参加した結果、その新株発行決議が成立した場合

この場合にも、(5)の場合と同様にその必要性に比して発行価額が低い場合には、その決議の内容は不当である。しかし、株主総会の判断は尊重されるから、大株主乙と第三者丙との間に経済的な利害関係がなければ、たとえ乙が丙に対して好意もしくは恩義を抱いていても、その不当性が違法性を帯びないかぎりその決議は適法であるというほかはない。[43] ただし、事実上そこにこの利害関係が存在すれば、乙は特別利害関係株主であり、それは取消しうべき決議となる。しかし、この利害関係の存在の立証が困難である場合には、提訴期間限定に服せしめることが妥当であるか否かが問題となる。

(7)　最終の貸借対照表により会社に現存する純資産額を発行済株式の総数をもって除したる額が五万円に満たないので、その額を五万円以上にするための株式併合の決議が多数派株主の賛同により成立したが、その額を五万円とし

ないで、五万円を超える額としたので少数派株主の所有する株式がすべて端株となってしまった場合

一株あたりの純資産額が五万円未満の会社は、それを五万円以上とするため、株主総会の特別決議により株式併合をなしうる（商二九三条ノ三ノ三第一項）。商法は、株式併合が端株の発生を伴うことが多く株主利益を害するため、端株を生じても株式併合をなしうる場合を、併合の必要があるか、またはその実益の大きい場合にかぎって認めている(44)（商二九三条ノ三ノ三第一項・三七七条・四一六条三項）。したがって、株式併合の必要がある場合でも、端株の発生を可能なかぎり抑制することが求められ、已むをえない範囲を超えて端株を生ずるような株式併合をなす内容の決議は、その超過分がたとえわずかであっても、株主平等原則に反する(45)不当な決議であるといえる。また、商法は、その認めた範囲外の目的を有する株式併合をなすことを禁じていると解すべきであるから、その決議の内容がその範囲外の目的を有する株式併合にあたるときは違法な決議となる。それゆえ、この場合の決議が合理的な範囲を超えて相当の端株を生ぜしめ、その結果少数派株主の株式をすべて端株とし、多数派株主の支配力増大に寄与するときは、合理的な理由を欠く違法な目的を有する株式併合をなすものとして違法な決議となる。しかし、その株式併合が一応適法な目的を有しており、その目的を達成するに必要な範囲を超えて端株を生ずるが、とくに違法な目的を有しているとはいえないときは、この決議は不当な決議であるが違法な決議であるとはいえない。前者の違法な決議の場合は、多数派株主はその決議成立によって支配力が増大するのであるから、特別利害関係株主といえるが、それは無効な決議であるから、特別利害関係を問題とする必要がない。後者の不当決議の場合は、多数派株主に特別利害関係を認めえない。

(8) 会社との利益相反取引に関する取締役の責任免除決議に当該取締役が参加した場合

取締役が利益相反取引（商二六五条一項）により会社に損害を発生せしめたときは、会社に対し損害賠償責任を負うが（商二六六条一項四号）、この責任は発行済株式の総数の三分の二以上の多数をもってなす株主総会決議によって免除しうる（商二六六条六項）。免除するか否か、免除するとしてどの程度にするかは株主総会の自由裁量であって、これに

ついて公正妥当な客観的基準となるものはなく、したがって不当決議なるものも存在しない。それゆえ、文言解釈によるかぎりは特別利害関係も問題にならないことになる。しかし、この場合は、旧制度においても特別利害関係の認められる代表的な場合[46]であり、新制度に移行する際に事前の議決権行使を認めてよいかがとくに検討された場合[47]であって、これを実質的に商法二四七条一項三号の適用対象から除く解釈は認め難い。そこで、若干無理な解釈ではあるが、特別利害関係株主が参加した結果成立した決議の内容は不当なものとなると解するほかはない。結局、この場合には当該取締役が参加した結果成立した決議はすべて取消しうべき決議となるものと解することになる[48]。なお、ほぼ同様の問題を抱える場合として、(9) 取締役会社間の訴訟における会社代表者の選任決議に当該取締役たる株主が参加した場合[49]や（監査特例法二四条二項、なお同三項参照）、(10) 取締役の提出した書類及び監査役の報告書を調査する検査役の選任決議に当該取締役または監査役たる株主が参加した場合[50]（商二三八条）などがあるが、(8)の場合と同様に解するほかないであろう。

そこで、これまでの検討の結果を整理したい。第一に、特別利害関係は決議内容が不当であるときはじめて問題となる。なお、親子、夫婦は同一の経済的利害関係を有するものと推定されると解してよいであろう。第二に、決議には、内容上の量的な差異によって不当決議となる場合（(3)(4)(5)(6)の各場合、ただし、(7)の場合は違法決議である。）、一般的には不当決議とはいえないが、特別利害関係株主が参加した結果成立すると不当決議となると解すべき場合（(8)(9)(10)の各場合）、および不当決議とはなりえない場合（(1)(2)の各場合）の三種類がある。第三に、内容上の量的な差異を生ずる決議は、公正妥当な客観的基準が存在しうることを前提とする。そして、それは、理念型として、(ア)公正妥当な客観的基準に合致する適法な決議、(イ)この基準に合致しない不当な内容であるが適法な決議、(ウ)この基準に合致しない不当な内容でありかつ株主間に軽微な不平等を生ぜしめる取消しうべき決議の三種に分類しうる。なお、(エ)その内容がこの基準から懸け離れており株主に多大の損害を被らせるものであって、多数決原理によることが妥当でないにも

かかわらずこの原理によってなされた決議は違法決議である。[51] ただし、これらはかならずしも段階的に存在するのではなく、重層的に存在する。たとえば、同一内容の決議であっても、特別利害関係株主の参加の有無により、(イ)または(ウ)の決議のいずれかに分れ、また(エ)の決議となる場合でも株主全員の同意があれば(イ)の決議となる。

それでは、決議の不当性を大小に分け、その小なるものを不当決議、大なるものを違法決議とし、決議を右の第三の(ア)～(エ)の決議に分類することを認めうるであろうか。たしかに、理念型としては認めうるが、公正妥当なる客観的基準なるものが厳密かつ正確に定めうるものであればともかく、相当の幅をもって定めざるをえない場合がほとんどであることを考えると、現実には(イ)の決議はそのほとんどが(ア)の決議と(エ)の決議に吸収されるとも考えられる。そうすると、商法二四七条一項三号をもって多数決濫用の一場合を規制対象とするものであるとする見解[52]に従うべきかもしれない。しかしながら、まず(イ)ないしは(ウ)の決議は現実かつ確実に不存在であるともいえず、また株主平等原則違反にもその程度により大小の区分がありえ、さらに(エ)の決議の違法性は実質的には内容に関し、また本来多数決原理によるべきでないのにこの原理によったことは手続法違反ではあるが重大な瑕疵であって決議不存在とも評価すべきであるから、右の分類は成立しうるものと考えたい。そして、右の個別具体例において論じた解釈を現在のところ維持し、今後の判例の動向に注目することにしたい。

右の解釈は多数決濫用との関係でいえば、特別利害関係株主による多数決濫用のうち、その不当性の軽微なもののみが取消原因に移されたとの理解を前提とする。そして、特別利害関係株主によるとはいえない多数決濫用なるものが存在するとすれば、その不当性の軽微なものについて商法二四七条一項三号の適用ないしは類推適用が問題となるが、特別利害関係なる字句の付加がこの規定の適用範囲を明確にするためであったことを考慮すると、これを否定すべきである。すなわち、その他の多数決濫用決議は無効と解する。そして、そう解することによって生ずる問題もまた解釈によって解決すべきである。[53]

つぎに、特別利害関係（ないしは決議の不当性[54]）が客観的に明白でない場合の取扱いが問題となるが、一律に提訴期間限定（商二四八条一項）を適用することは少数派株主に酷であるから、少数派株主がその事実を知ったときまたは知りうべきときを提訴期間の始期と解すべきであろう。このように解しても、決議後長期間が経過すると訴の利益が消滅することもありうる。しかし、右の(4)の場合には合併無効の訴の提訴期間（商四一六条一項・一〇五条一項）の終期まで延長する意味があり、(5)(6)の各場合には、新株引受人に対して公正妥当な基準額と発行価額の差額の支払いを求め（商二八〇条ノ一一第一項）、また取締役に対して損害賠償請求をなすためには（商二六六条一項五号）、決議を取消す必要があるから[55]訴の利益は認められる。

最後に、残された問題を検討する。その一の問題は、商法二四七条一項三号の「著シク不当」の〝著しく〟の意味をどのように解すべきかである。これについては、商法二八〇条ノ二第二項「特ニ有利ナ」の〝特に〟、あるいは商法二八〇条ノ一一第一項の「著シク不公正」の〝著しく〟についての解釈が参考になる。すなわち、条文が〝特に〟とか〝著しく〟という字句を挿入しているのは、軽微な場合を除くという積極的な意味を持たせるためではなく、その有利性あるいは不公正さの判断がかならずしも容易でないことを考慮して、有利性や不公正さが明白であることを要求しているにすぎないと解する説[56]がある。これに対しては、これらの字句は軽微な有利性や不公正さを無視するために付加されたと解する説[57]もある。しかし、実際上多くの場合に後説の如く機能するとしても、もし有利性や不公正さが明白であれば僅かな有利性あるいは不公正さも無視するべきではないから、理論的には前説が正当である。それゆえ、著しく不当な決議とは不当な決議の意味であると解すべきである[58]。

その二の問題は、特別利害関係株主が決議に参加した結果その決議が成立した場合に、その決議を訴訟物とする決議取消の訴が提起された場合には、原告はその決議内容の不当性の立証を要せず、被告会社側が決議内容の公正であった旨を立証しないかぎり、その決議は不当な決議として取消されると解すべきであるとする見解[59]があるが、これは

妥当であるかである。この見解は、決議の不当性がかならずしも明白でないことを考慮し、少数派株主の保護を目的とするものであり、その姿勢には共感するが、右の(3)(4)(5)(6)の各場合にこのように解してもそれほどの意味があるとは思えない。なぜなら、被告会社側は当然その内容が公正であるとして立証主張をなすであろうから、原告がその内容の不当性を立証しえないのではおよそ勝訴の見込みはないからである。また、(8)(9)(10)の各場合は、立証責任の転換あるいは不当性の推定を認めても意味はない。なぜなら、取締役の責任免除は法定要件を満すかぎり妥当な行為であり、また会社の訴訟代表者や検査役の選定も、選定自体にはたして不当性があるといえるのか疑問であり、少なくとも外観上は利害関係の稀薄な者を選定するのが通常であろうから、決議の不当性の立証は困難でも、公正である旨の立証は容易であるとも考えられるからである。

その三の問題は、商法二四七条一項三号は、特別利害関係株主が決議に参加したことと、決議の内容が不当であることとの間に、因果関係のあることを求めているが[60]、それをどのように解するかである。すなわち、文言通り解釈するとすれば、多数派株主が参加した結果、株主総会出席株式数の過半数または三分の二以上の多数あるいは発行済株式総数の三分の二以上の多数により不当決議が成立した場合には、この因果関係があることになる。そうだとすれば、特別利害関係株主が、発行済株式総数の過半数を有しているときは、普通決議および特別決議が、発行済株式総数の三分の一を超える株式を有するときは、発行済株式総数の三分の二以上の多数で成立する特殊の決議がいずれも彼の賛成によって取消しうべき決議となる可能性がある。この結果は新制度の方が旧制度よりも多数派株主にとって不利となるが、それでよいかの問題である。これについては、旧制度から新制度への移行が決議内容の妥当性を担保するためになされたとも解しえず、旧制度の有する欠陥を是正するためにのみ行なわれたのだとすれば、多数派株主の有する株式数を除き、旧制度におけると同様に定足数を算定して、決議が成立する場合には、この因果関係は切断されると解すべきである[61]。

(22) 前掲ジュリスト七三七号の研究会における鴻発言（一〇四頁）は「従来の解釈がよかったのかどうかは別として、従来あるべき解釈なるものが今後の特別利害関係の範囲である」と述べる。もっとも、鴻ほか「改正会社法セミナー」〈研究会〉（ジュリスト七九〇号〈昭和五八年〉九六頁）株主総会＝改正会社法セミナー②（昭和五九年）二一六頁以下の鴻発言は、前記発言と同様の発言の後「私も事前（旧制度＝筆者注）と事後（新制度＝筆者注）の違いでそういう違いが出てくると思うけれども、『特別な利害関係』という以上、特別の利害関係という言葉の意味する範囲ということは自ずからあって、その範囲で出来るだけ狭く解するとか、広く解すべきだというのならわかるけれども、―略―全く同じだという意味ではないのです。」と述べる。したがって、従来よりも広く解することに反対されているのではないようである。ほかに異論をみない。なお、大賀祥充・改正会社法講話（昭和五七年）一九一頁は、広く解すると取締役会決議の場合との理論的な整序ないしは解釈等の限界の検討を要するとする。

(23) この問題に関する研究はきわめて多い。神田前掲法学協会雑誌九巻六号七七四頁以下など参照。

(24) 喜多前掲商事法務九一九号二八頁、同前掲金融・商事判例八八頁。

(25) 服部栄三・会社法通論第二版（昭和五七年）一〇七頁、高鳥前掲会社法（改訂版）一四八頁、結果同旨＝加藤良三・学説・判例による株式会社法1〈新訂版〉（昭和五九年）三七八頁。

(26) 旧制度の特別利害関係についての判例通説は個人法説であるが、同じ個人法説の立場にあっても、具体的な事例については見解が分れていたことを想起すべきである（岩原前掲新版注釈会社法三二三頁参照）。

(27) 旧法においては合併決議の場合は否定説が有力であったが（岩原前掲新版注釈会社法三二四頁）、現行法の下においてはこれを否定する者はいない（喜多前掲商事法務九一九号二九頁、神崎克郎「株主総会〈その2〉」税経セミナー二六巻一三号〈昭和五六年〉四二頁、河本一郎・現代会社法〈新訂第二版〉〈昭和五七年〉三四三頁など参照）。

(28) 南保勝美「商法二四七条一項三号について」法律論叢五九巻四号（昭和六二年）一二三頁はこの場合の特別利害関係を否定する。なお、龍田前掲権利の濫用中一四三頁は、この場合に多数決濫用を認めない。

(29) 龍田前掲企業会計三三巻九号六七頁、倉沢前掲改正会社法詳説九八頁、今井前掲民商法雑誌八五巻三号四三三頁、大隅＝今井前掲新版会社法論中巻Ⅰ一〇四頁。

(30) 喜多前掲商事法務九一九号二七頁、同前掲金融・商事判例六五一号八八頁、別府三郎「多数決の濫用に関する覚え書」法学論集一八巻一・二合併号（昭和五八年）二六頁、同「多数決の濫用」蓮井還暦記念・改正会社法の研究（昭和五九年）二一〇頁、鴻ほか前掲株主総会二一〇頁（ジュリスト七九〇号九四頁）の河本発言。なお、同株主総会二一五頁以下（ジュリスト

七九〇号九五頁以下）参照。

(31) 北沢正啓・会社法〔新版〕（昭和五七年）は、「改正法の規定が、多数決の濫用の場合（例えば、小株主の追放のための株式併合の決議）をも包摂しうるかは疑問である」とする（同・改正株式会社法解説〈昭和五六年〉六二頁参照）。また、田中誠二・再全訂会社法詳論（上巻）（昭和五七年）五〇四頁以下は、小株主の追放のための株式併合の決議は、三ヶ月の期間経過により救済不能となることは適当ではなく、無効と解すべきであるとする。

(32) 今井前掲民商法雑誌四三三頁以下参照。

(33) 鴻ほか前掲株主総会二〇八頁（ジュリスト七九〇号九三頁）の稲葉発言は、瑕疵を大小に区別し、大の瑕疵は無効原因、小の瑕疵は取消原因になるとする。

(34) 出口正義「株主の誠実義務（五・完）」筑波法政九号（昭和六一年）一一三頁以下。

(35) 出口前掲商学討究三三巻一号六一頁は、取締役の欠格事由が実質的に商法二五四条ノ二の各号の場合にかぎられるかについて疑問を提示する。しかし、もし実質的な欠格事由があるとすれば商法二五四条ノ二の類推適用を受けることになるであろう。

(36) 南保前掲法律論叢五九巻四号一二二頁。

(37) 出口前掲筑波法政九号一一五頁以下。

(38) 出口前掲筑波法政九号一一七頁、南保前掲法律論叢五九巻四号一二三頁。

(39) 大隅＝今井前掲新版会社法論中巻Ⅰ一五九頁。

(40) 南保前掲法律論叢五九巻四号一二三頁。

(41) 龍田節「合併の公正維持」法学論叢八二巻二・三・四号（昭和四三年）三〇〇頁以下、柿崎栄治「株主総会における特別利害関係」民商法雑誌六八巻二号二五四頁参照。

(42) 高鳥正夫「新株引受権と有利発行」（慶應義塾創立百年記念論文集〈昭和三三年〉）会社法の諸問題〔増補版〕（昭和五六年）五一一頁、鈴木竹雄「新株発行の差止と無効」（裁判と法・下〈昭和四二年〉）商法研究Ⅲ会社法(2)（昭和四六年）二二〇頁、大森忠夫「発行事項に関する決定」注釈会社法(5)新株の発行（昭和四三年）五二頁、阪埜光男「第三者割当と新株の発行価額」法学研究五一巻一一号（昭和五三年）五二頁以下、宮島司「企業結合と新株の有利発行」法学研究五一巻一一号（昭和五三年）二一二頁以下、森本滋「発行事項に関する決定」新版注釈会社法（昭和六二年）六六頁以下、近藤弘二「新株発行の差止」新版注釈会社法（昭和六二年）三〇六頁以下など参照。

(43) もっとも、決議内容の不当性が特別利害関係を推定せしめることもありえよう。
(44) 北沢前掲会社法五六七頁、竹内前掲解説三七頁。
(45) 北沢前掲会社法六二三頁。
(46) 旧制度における通説。ただし、龍田前掲法学論叢六四巻三号六一頁は「自分で自分の責任を消滅させることはたしかに不都合である。」とするがこの場合でも、事前の議決権排除の妥当性は疑問であるとする。しかし、この立場ではこの場合の決議内容の不当性をどの様に考えるのであろうか。
(47) 竹内昭夫「株主総会制度改正の諸問題」(下)・商事法務七八七号一六頁〈昭和五二年〉会社法の理論Ⅱ（昭和五九年）三一頁。
(48) 南保前掲法律論叢五九巻四号一二六頁。
(49) 旧制度について龍田前掲法学論叢六四巻三号六二頁参照。
(50) 同法学論叢六四巻三号六一頁は、「監督的機能の実効性を確保するためには被監督者から独立していることが必要である。しかし、これらの者を排除すれば、場合によっては少数株主権より軽い要件で『機関』を選び、少数株主権以上の権限を行使できることになる。検査の公正、監督者の独立は、資格の法定や公的機関などによって図るべきである。」とする。この見解は新制度においても維持しえようが、この立場では明白に当該取締役または監査役の支配下にある者しか排斥しえない。外観上支配下にあるか否かが明白でないが、事実上支配下にある者が選任されることをゆるすことになるのは不都合であり、むしろこの場合は少数派株主の代表が選任されてしかるべきである。このことは(9)の場合も同様である。
(51) 多数決濫用決議といってもよい。なお、岩原前掲新版会社法三二五頁以下参照。
(52) 注(29)・(30)参照。
(53) 岩原紳作「株主総会決議を争う訴訟の構造（九・完）」法学協会雑誌九七巻八号（昭和五五年）一一一一頁、同前掲新版注釈会社法(5)三二六頁。
(54) 福岡前掲金融・商事判例五七二号四六頁は、「提訴期間経過後でなければ損害顕著性を認め難い場合もあり得る……」とする。
(55) このような場合に、新株引受人や取締役の責任を追及する前提として、決議の取消を要しないと解する説がある（中野貞一郎「総会決議取消の訴と『訴の利益』」商事法務研究一〇四号〈昭和三三年〉四頁、椎原国隆「判批」ジュリスト二二五号―昭和三六年―八四頁〉商事判例研究昭和三三年度〈昭和四一年〉一一二頁、谷口安平「判批」民商法雑誌五四巻二号〈昭和

四一年〉二〇三頁）。しかし、これらの学説は、取締役の理由開示が不適法であったことなど、決議当時の株主にとってかならずしも明らかでない取締役の任務懈怠があったことを前提としている。しかし、ここでは発行価額の不当性のみが問題なのであり、その不当性は決議当時から明らかである場合であって、特別利害関係株主が決議に参加していなければ適法な決議であるのであるから、公正妥当な発行価額との差額を問題にするのであれば、決議を取消さなければならない（矢沢惇「判批」会社判例百選第一版〈昭和三九年〉一二九頁）。なお、西原寛一「判批」民商法雑誌四七巻二号（昭和三七年）三〇七頁、石川明「判批」民商法雑誌六三巻六号（昭和四六年）九〇〇頁など取消を要するとする説参照。

(56) 鈴木前掲商法研究Ⅲ二二一頁。なお、森本前掲新版注釈会社法(7)七六頁参照。また、特に有利な発行価額の意味を、発行価額が特に有利であるという意味ではなく、第三者に有利な価額で発行することが特にの意味であると解する説があるが（服部栄三「第三者の新株引受権に関する商法改正について」企業会計一九巻一号〈昭和四二年〉二二頁、阪埜光男・新株引受権の法理〈昭和四四年〉二〇三頁、宮島司前掲法学研究五一巻一一号二一一頁）、その主張するところは鈴木説とほぼ同様である。

(57) 大森忠夫・大森＝矢沢ほか編注釈会社法(5)新株発行（昭和四三年）五三頁、田中誠二・再全訂会社法詳論（下巻）（昭和五七年）九二〇頁、大隅＝今井前掲新版会社法論中巻Ⅱ五八六頁、森本前掲新版注釈会社法(7)七五頁など。

(58) 近藤弘二「不公正な価格で株式を引き受けた者の責任」新版注釈会社法(7)新株の発行（昭和六二年）三〇八頁。

(59) 神田前掲法学協会雑誌九九巻二号二九〇頁、岩原前掲新版注釈会社法三二七頁、出口正義「取締役の議決権排除」筑波法政一〇号（昭和六二年）一三頁。

(60) 喜多前掲商事法務九一九号二六頁、同前掲金融・商事判例六五一号八七頁、南保前掲法律論叢五九巻四号一二〇頁。

(61) 神田前掲法学協会雑誌九九巻二号二九七頁・二九九頁。

四　若干の立法論

特別利害関係株主の議決権行使に関する新制度の旧制度に対する有利不利は二において論じたが、三の解釈論的検討によって新制度の欠陥はより明らかになったと思われる。とくに問題となるのは、(8)の取締役の責任免除決議に当

該取締役たる株主が参加した場合を新制度により解決する際に無理な解釈を強いられることであり、そのことは(9)の会社取締役間訴訟における訴訟代表者の選任決議に当該取締役たる株主が参加した場合、(10)の検査役選任決議に検査の対象となる取締役または監査役たる株主が参加した場合も同様である。つぎに、特別利害関係株主の議決権行使と不当決議成立との因果関係は、特別利害関係株主の有する議決権を排除しても、すなわち旧制度によっても成立する場合には切断する旨を明白にするべきである。

昭和五六年商法改正法により新制度が採用されるにあたっては、同時にドイツ株式法一二六条一項のように議決権行使が排除される場合を具体的に列挙する方式、旧商法二三九条五項・二五三条を削除し、すべてを議決権濫用の法理により対処する方式が検討された[62]。しかし、右の第一の方式は、まずどのような範囲のものを特別利害関係とするのかが問題であり、つぎに議決権行使を排除するのであればその結果不当決議が生じたときの救済の、また排除しない場合のためにその結果不当決議が成立したときの救済の手段を講じる必要があるが、二通りの救済手段を構ずることは煩雑であり、さらにどうしても資本多数決の例外を認めることの妥当性の問題が残る[63]などの理由により不採用となった[64]。また、第二の方式は、まず自己の責任免除の議案についてまで議決権行使を認めてよいかが問題であり、つぎに議決権濫用の要件をめぐり解釈論上の問題が生ずるとして[65]、これまた不採用となったのである。

これに対しては、従来から第一の方式によるべきことが提案[66]されており、また改正段階[67]および改正後[68]においても、第一の方式によるべきであり、よるべきであったとの批判がある。また、第二の方式についても、多数決濫用のような会社内部関係者にのみかかわる瑕疵であっても決議無効事由になるとしたうえで、解釈による方が柔軟な解決ができるとして、これを支持する見解[69]もある。もっとも、第二の方式は、三の解釈論的検討で明らかにしたように、理論的には新制度と併存している[70]と考えられるから、現行法上もこの見解の意義がなくなったわけではない。

たしかに制度は単純である方がより秀れているといえようが、ある制度に欠陥が認められるとき、これを補完する

ために若干複雑になることは已むをえないであろう。新制度も、三における(3)～(6)の各場合には有効に機能する可能性があるから、これを全面否定することも行きすぎのように思われる。しかし、前述したように欠陥もあるからこれを補完する必要がある。そこで、まず、第一の方式を採り入れて、文言解釈によれば不当決議が成立しない場合あるいは不当決議は成立しうるがその立証が特別利害関係株主以外の株主にとってきわめて困難な場合は予め議決権行使の排除を認めることを提案したい。具体的には、三における(8)の場合が前者にあたり、(71)(9)(10)の各場合が後者にあたる。もっとも、検査役の選任を公的機関に委ねる方式による(72)のであれば、(10)の場合は除かれる。つぎに、特別利害関係株主の議決権行使と不当決議との因果関係の切断に関する問題を解決し、また会社の便宜のために、特別利害関係株主の同意にもとづき選択的に利用しうる制度として、旧制度を復活することを提案したい。これにより、とくに明文の規定がなくとも、特別利害関係株主が議決権を行使した場合に、その議決権を除いても、旧制度と同様の制度において決議が成立するときは、この因果関係は切断されるとする解釈が容易になると思われる。

右の提案はまだ不十分であって、議決権を排除すべき具体的場合、特別利害関係株主の参加した不当決議と多数決濫用決議との関係などに関し今後一層の検討を要するが、少なくともその基本的な考え方は示しえたのではないかと考えている。すでに、商法二四七条一項二号については、これを無効原因に戻すことを提案(73)しているが、次回の商法改正に備え、定款違反の株主総会決議および特別利害関係株主の議決権の法的取扱いについて、その改正のための検討が開始されることを期待したい。

(62) 竹内前掲会社法の理論II三一頁。
(63) 稲葉前掲改正会社法一七一頁以下。
(64) これは新制度においても問題となることは前述した。
(65) 注(62)参照。

(66) 菱田前掲商経法論叢一〇巻一号一二二頁、出口前掲上智法学論集一九巻一号一四四頁。
(67) 福岡前掲金融・商事判例五七二号四六頁。
(68) 高鳥前掲受験新報三一巻八号六四頁、同前掲会社法（改訂版）一四八頁、神田前掲法学協会雑誌九九巻二号二八七頁。
(69) 三注(53)参照。
(70) 実際上は、不当決議と違法決議とを区別することは困難であるから、違法決議が取消される場合もありえようが、この場合は決議無効あるいは不存在が確認されたものと解するほかあるまい。
(71) 今後の商法改正における課題であるが、小規模株式会社の取締役の競業認許は株主総会の決議事項とすべきであると考える（拙稿「取締役の競業規制について」高鳥編改正会社法の基本問題〈昭和五七年〉一六三頁）。もしそうなれば、これも前者に含まれる。
(72) 龍田前掲法学論叢六四巻三号六一頁、出口前掲上智法学論集一九巻一号一四四頁。
(73) 拙稿「定款違反の株主総会決議の法的取扱い」修道法学八巻一号（昭和六〇年）一六八頁。