

## 閉鎖会社における招集手続を欠く総会決議と不出席株主の包括的同意の推定

(大阪地判昭和六三年三月三〇日判例時報一三二三号一五一頁)

池 野 千 白

### 〔事実の概要〕

Y会社は、昭和二三年一月二四日に設立された各種地金の販売等を目的とする株式会社であり、その規模は資本金二二五万円、発行済株式総数四万五千株（額面五〇円）である。Y会社は、代表取締役であった訴外A<sub>1</sub>の個人営業を承継した会社であるため、成立時の株主や役員はA<sub>1</sub>の親族で構成されていた。

Y会社は、昭和二五年頃より、訴外B<sub>1</sub>が代表取締役をしていた訴外甲株式会社の製品を継続的に買い受け、訴外乙合資会社に製品を販売していたが、昭和三〇年に至り、乙会社が倒産し

たことから、Y会社は、乙会社からの売掛金の回収が不能となり、そのため甲会社に対する買掛金債務の支払が困難となった。そこで、Y会社が甲会社に対し支払猶予を求めたところ、Y会社の買掛金を月々の分割払とすること、および、A<sub>1</sub>の自宅（土地・建物）に譲渡担保権を設定することが、Y会社と甲会社の間で取り決められた。さらに、昭和三〇年六月から、B<sub>1</sub>の要求により、甲会社取締役訴外CをY会社の非常勤取締役として迎え入れることとなった。

昭和三〇年以降、CがY会社の取締役を辞任する昭和五三年一月までは、Cは甲会社ないしはB<sub>1</sub>側の代表として、少なくとも

も一カ月に一回以上はY会社を訪れ、すでにこの時期実質上Y会社を差配していた訴外A<sub>1</sub>(A<sub>1</sub>の長男)からY会社の運営等について説明を受け、重要事項については了承を与えていた。他方、A<sub>2</sub>も、訴外A<sub>2</sub>(A<sub>2</sub>の妻)と共に盆と暮の挨拶にB<sub>1</sub>宅を訪れるときは、Y会社の決算書類や株主総会議事録等を持参し、これを見せて了承を得ていた。

Y会社は、その後も甲会社から資金援助を受けるなどしていたが、昭和四二年に至り、B<sub>1</sub>からの要求により、Cと共にB<sub>1</sub>も昭和四三年一月より非常勤取締役就任させ、報酬として二万円を支払うこと、さらに、Y会社株式一万九五〇〇株を無償譲渡することを承諾させられた。その譲渡分は、B<sub>1</sub>・七五〇〇株、X<sub>2</sub>(B<sub>1</sub>の妻)・一五〇〇株、訴外B<sub>2</sub>・一五〇〇株、X<sub>3</sub>(B<sub>1</sub>の娘)・X<sub>1</sub>の姉)・六〇〇〇株、C・三〇〇〇株に分けられて保有されたが、実質的にはB<sub>1</sub>が差配していた。

この結果、昭和四三年以降は、Y会社における定時株主総会(毎年一月)は、一万九五〇〇株についてはB<sub>1</sub>が、残り二万五五〇〇株についてはA<sub>2</sub>が実質上差配していたため、Cが毎年一月二五日頃Y会社を訪ねた際に、A<sub>2</sub>およびCの両名において、その他の株主も全員出席として取り扱った上で、訴外F会計事務所に議事録の作成を依頼して、決議事項を記載させる方法によって株主総会の決議をなしたとし、必要な登記手続を経由してきた。このため、Y会社では、株主総会の招集通知がなされたことはなく、A<sub>2</sub>・C以外の者がこうした総会議事録の

決定に直接関与したこともなかった。なお、議事録の作成にあたっては、ほとんどの場合、Y会社においてB<sub>1</sub>・Cの承諾を得て購入保管してあったB<sub>1</sub>・Cの印鑑を使用して押捺していた。

その後、昭和四九年一月三〇日にA<sub>1</sub>が死亡し、その頃よりA<sub>2</sub>が代表取締役就任していた。翌昭和五〇年も、CがY会社を訪れた一月二五日に、全株主が出席したと取り扱った上で、A<sub>2</sub>およびC両名によって、累積投票制度を排斥する旨の本件定款変更決議がなされたこととし「本件第一総会議事録」、その旨議事録が作成された。同年七月下旬、A<sub>2</sub>は、妻A<sub>3</sub>と共にB<sub>1</sub>宅を盆の挨拶に訪れ、その際に、本件第一総会議事録を持参し、B<sub>1</sub>の了承を得た。

昭和五三年一月、CがY会社の取締役を辞任し、代わってX<sub>1</sub>がY会社取締役就任した。しかし、X<sub>1</sub>は、昭和五三年四月以降、CのようにY会社を訪れることはなく、Y会社の運営に全く関与しなかったが、A<sub>2</sub>は、相変わらず妻とA<sub>3</sub>共に盆と暮の挨拶にB<sub>1</sub>宅を訪れ、Y会社の決算書類や株主総会議事録等を持参し、B<sub>1</sub>の了承を得ていた。

昭和六〇年六月一三日にA<sub>2</sub>が死亡したため、同年七月二日開催の臨時株主総会において、訴外A<sub>3</sub>(A<sub>2</sub>の長女)及びA<sub>3</sub>を取締役に選任する決議を行ない、さらにその終了後、取締役会を開催し、A<sub>3</sub>を代表取締役に選任する決議を行なった。しかし、後日、X<sub>1</sub>は、A<sub>3</sub>の求めにもかかわらず、この総会議事録および当該取締役会議事録への押印を拒否した。

翌昭和六一年二月五日、Y会社取締役会が開催され、第二号議案として定時株主総会の件を審議し、取締役の任期満了に伴う取締役候補者につき、B<sub>1</sub>を本人の申出により再任しないこととし、また、賛成多数（X<sub>1</sub>だけの一名の反対）でX<sub>1</sub>を取締役候補者とし、旨決定した。

これに対して、X<sub>1</sub>ほか七名のY会社株主は、直ちに同月一日付Y会社宛内容証明郵便により、取締役選任につき累積投票の方法によること、および、取締役候補者としてX<sub>1</sub>およびX<sub>2</sub>（X<sub>1</sub>の妻）を推薦する旨を通知した。同月二一日、Y会社定時株主総会「本件第二総会」が開催され、第二号議案として取締役選任につき審議し、累積投票に基づかず賛成多数により、A<sub>3</sub>・訴外A<sub>4</sub>（A<sub>2</sub>の実弟）・A<sub>5</sub>・訴外D・訴外Eを取締役に選任することを決議した。なお、この時のX<sub>1</sub>側の持株数は、X<sub>1</sub>・四五〇〇株、X<sub>2</sub>・一五〇〇株、X<sub>3</sub>・六〇〇〇株、X<sub>4</sub>・X<sub>5</sub>・X<sub>6</sub>（X<sub>1</sub>の長男）・X<sub>7</sub>（X<sub>1</sub>の次男）の四名による共有・七五〇〇株の合計一万九五〇〇株で、Y会社発行済株式総数の四三、三％に当たる。

そこで、X<sub>1</sub>ほか七名は、本件第一総会決議の不存在確認の訴、および、それを前提とする累積投票を排斥する旨の定款規定不存在に基づく商法二五六条の三違反を理由とする本件第二総会決議無効確認の訴を提起したのが本件である。なお、予備的請求として、商法二五六条の三違反を理由として本件第二総会決議取消の訴を提起している。

### 〔判旨〕

「商法が、二二二一条以下の規定により株主総会を招集するためには招集権者による招集の手続を経ることが必要であるとしている趣旨は、全株主に対し、会議体としての機関である株主総会の開催と会議の目的たる事項を知らせることによつて、これに対する出席の機会を与えることとにもその議事および議決に参加するための準備の機会を与えることを目的とするものであるから、招集権者による株主総会の招集手続を欠く場合であっても、株主全員がその開催に同意して出席したいわゆる全員出席総会において、株主総会の権限に属する事項につき決議したときには、決議は有効に成立するものというべきであり、また、株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席することににより株主全員が出席したことになる総会において決議がされたときには、当該株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、当該決議は有効に成立するものと解される（最高裁判所昭和六〇年二月二〇日第二小法廷判決・民集三九卷八号一八六九頁、同昭和四六年六月二四日第一小法廷判決・民集二五卷四号五九六頁参照。）」

「そして、この理をさらにおしすすめると、小人数の同族株主からなる閉鎖的会社やこれに類似する会社において、株主の全員が株主総会の特定の決議事項について同意し、かつ、その

同意されたところを株主総会の決議とすることに異議のない場合や更に、実質的にある一定の者に株主総会の決議事項について包括的に委任し、これによって株主の全員が同意されたときとなされる等の特段の事情が認められる場合には、同意されたところにおいて株主総会の決議が成立するものと解するのが相当である。」

「この場合、招集手続欠如の点は株主の全員がそれに関する利益を放棄していると考えられるし、株主の全員が異議を述べていない場合や包括的に委任している場合にも、看過することのできない手続違背と評することはむしろ事の実体にそぐわないといふべきである。」

「これを本件についてみるに、Y会社は、A<sub>1</sub>の親族で構成される同族会社として設立されたものであり、昭和三〇年頃以降はCが取締役に就任し、また、同四二年にB<sub>1</sub>側がY会社の株主となり、B<sub>1</sub>が実質的にはその唯一の株主ともいふべき地位にあり、他名義の株主の意向は表面にすることはなく、B<sub>1</sub>自らはY会社を実質的に差配していたA<sub>2</sub>らがB<sub>1</sub>を訪れ、帳簿、議事録を示した以外はY会社を訪れてまで直接指揮をとることはなかったのであるから、直接にはCに委任し、Y会社の業務等に関し、B<sub>1</sub>側の株主全員につきCにその権限を包括的に委任していたと認められること、Y会社は、昭和五三年頃までは商法の規定に従って株主総会を開催したことはないが、Y会社を実質的に差配していたA<sub>2</sub>とB<sub>1</sub>側の実質的な唯一の株主であるB<sub>1</sub>から委任さ

れたCとの間で実質上株主総会の決議事項を決定し、更にはA<sub>2</sub>らがB<sub>1</sub>宅を年二回訪れ、株主総会議事録を交付し、ときにはB<sub>1</sub>らが直接議事録に押捺したことがあるものの、ほとんどはY会社に備えてあったB<sub>1</sub>らの印鑑を使用して株主総会議事録を作成してきたが（したがって、その際作成された同議事録は真正に成立したものと認められる。）、その間、B<sub>1</sub>側から異議を述べられたことはないこと、」

「本件第一株主総会に関しても、これと全く同様の形式がとられ、本件定款変更決議がなされたことが認められる（したがって、第一株主総会議事録も真正に成立したものと認められる。）。そうすると、本件第一株主総会は有効に成立し、したがって、本件定款変更決議も有効に決議されたものといふことができる。」

「本件定款変更決議が有効である以上、本件取締役選任決議において累積投票制度によらなかつたのはY会社としては当然の措置であつて、当該取締役選任決議に何ら無効事由又は取消事由があるものとは認められない。」

（裁判長：小北陽三、裁判官：佐野正幸、鳥羽耕一）

※なお、本件判決に対しては控訴がなされている。

〔評釈〕 結論には賛成。しかし、理由付けに反対。

一 問題の整理

株式会社は、一般に、本来的には大規模・公開性を有する共同企業形態として予定されている。<sup>1)</sup>しかも、現在の通説である「社員権論」を前提とすれば、株主は会社の実質的共同所有者であり、株式は株主の実質的所有権の変容したものと位置付けられるから、本来、会社の運営は会社の実質的所有者である総株主の意思に基づいて運営されなければならない。しかし、資本多数決の原理を採用する株式会社にあつては、株式保有比率によって、そこで支配すべき者の意思は確定してしまふから、日常的な経営に対する株主のコントロール機関としての株主総会は本来的に形骸化せざるを得ず、株主の意思の反映は取締役の選任という一点に集約的に表現される。ここに、全株主の間接有限責任の許容という政策的な理念的構造を支えるためだけではなく、株式会社の現実の機能という点からも、法制度上の「所有と経営の分離」原則が成立することになる。<sup>2)</sup>

このように、株式会社は本来多数の出資者の結合体という意味での共同企業形態として位置付けられ、したがって、そこでは、多数の株主が存在しているという前提、すなわち、本件に關係付けて逆説的に言えば、すべての株主が株主総会に出席するといった事態は生じ得ないという暗黙の了解が存在している。そこで、商法は、そうした前提の下で、資本多数者という一部

の者の意思によって会社が支配されていくという結果を社会的に肯定するための条件として、幾つかのメカニズムを設定している。<sup>3)</sup>株主総会に関する招集手続もまた、このような資本多数者の意思を会社の意思に置き換えるということを許容するための商法上のメカニズムの一つである。さらに、株式会社法における株主総会の機能性に関係付けて言えば、資本多数者の意思をもって会社の意思とするためには、意思決定機関としての株主総会という合議体の形式による決議が必要であり、さらに、その前提として、合議体としての株主総会が法的に有効に成立するための要件の一つとして、招集手続が位置付けられているのである。

よって、かつての通説・判例（大判昭和七年二月一二日民集一一卷二〇七頁）が主張するように、このような本来的な株式会社像、および、それに関する基本的視点を前提とする限り、「株主総会とは、会社の最高の意思決定機関であり、単なる全株主の集合体とは異なるものと解され、それゆえ、法定の手続に拠ることなくなされた総会なるものは、株主総会とは評価できない」と言わざるを得ない。こうした考え方の下では、法定の手続の遵守というものは、単に個々の株主の利益を守るという次元にとどまるものではなく、株式会社という法的・社会的存在が社会の中で認知され続けて行くための最低条件であると考えられることになるから、いかなる実質を有するものであつても、法定の手続を欠く株主総会ないし決議の効力は認められ

ないと解されることになる。<sup>3)</sup>

しかし、現在進行中の商法改正の議論の中で、特に中心的課題とされているいわゆる閉鎖的（同族的な）会社を想定する場合には、こうした議論の前提そのものが成り立たなくなる。すなわち、その実態としては、例えば、招集手続というようものが存在することの方が稀であり、すべての株主が集合し、株主総会と称して決議をなすことが一般に行われていたり、さらには、本件の株主総会決議のように、実際上は代表取締役による登記をするためだけの作文にしか過ぎない場合が多いと言われる。このような法律を完全に無視した状態は、前者のように、すべての株主が出席している場合には、とりあえずはすべての株主の意思が介在していることになるので問題は少ない。しかし、本件の場合のように、一部の者による事実上の支配体制にある場合には、株主間の内部的統一やバランスが保たれているうちは問題はないが、一旦内部で対立や分裂といった状況が発生すると、支配側から排除された側が、その対抗手段として、総会決議不存在確認の訴や総会決議取消の訴を対抗手段として提起することになる。もちろん、その場合に、明らかに法定の手続は遵守されていないのであるから、決議の不存在や取消が認められることになるが、そのことによっては問題の解決にはならないことは明らかである。また、資本多数者による支配が確立していれば、単に口頭弁論終結までに同一の内容の総会決議を行なうことで問題が回避されて終わることにもなる。他方、

法的評価という点でも、近時の通説・判例は、そこにすべての株主の意思が確認されたという実質を評価して、そのことをもって形式的手続的瑕疵は治癒されることになるかと解したり、あるいは、法定の手続を遵守するということがそもそも必要とされない場合であると解すること、いたずらに法的安定性を害する結果が生ずることを回避しようとしている。

このような流れの中で、最高裁は、まず一人会社に関し、招集手続を全く不要と解し（昭和四六年六月二四日民集二五卷四号五九六頁）、さらに、一人会社以外の会社についても、いわゆる全員出席総会の有効性を承認するに至った（昭和六〇年一月二〇日民集三九卷八号一八六九頁）。しかし、この最高裁昭和六〇年判決は、一般論として全員出席総会についてその有効性を承認してはいるが、代理人が出席している場合については、「株主の作成にかかる委任状に基づいて選任された代理人が出席したことになる総会決議については、株主が会議の目的たる事項を了知して委任状を作成したものであり、かつ、当該決議が会議の目的たる事項の範囲内のものである限り、有効に成立する」という一定の限界付けをしている。

そこで、本稿においては、この最高裁昭和六〇年判決の有するいわゆる射程距離を踏まえ、それとの整合性を中心に本件判旨に検討を加える。特に、ここでは、経営意欲を有する極少数の者のみによる会社運営が恒常的に続いている会社における「株主総会不存在状態」に対して、いかなる法的評価を下すべ

きなのか、そして、その法的評価を前提にして、いかなる取り扱いをなすべきなのかを検討する。また、併せて、紙幅の許す限りで、現在進行中の商法改正作業との位相も検討する。

## 二 全員出席総会の有効性に関する若干の整理

そこでまず、本件判旨の具体的検討に入る前に、簡単に、現在の通説であるいわゆる全員出席総会の有効性を肯定する見解をスケッチしておく。

全員出席総会の有効性を支える論理というものを考えてみると、本件判旨も引用している最高裁判昭和六〇年判決に代表されるように、まず、「法定の招集手続は、すべての株主に対して、株主総会に出席する機会を保障し、かつ、総会における議決権行使のための準備の時間をも保障するものである」という招集手続の立法趣旨に関する基本的認識を出発点とする。そして、それを前提として、「すべての株主が自らその招集の通知を受ける権利、すなわち、それによって護られる利益を放棄して、かつ、すべての株主が出席した上で総会の開催に同意する以上、法定の招集手続が遵守されていないからといって、その総会ないし決議の効力を否定する必要はない」という組立である。

したがって、この論理を文言上素直に理解すれば、全員出席とはまさにすべての株主が現実に一堂に会することを意味すると理解され、現に、この点を全員出席総会を肯定するための要件とする見解もあり、この見解によれば、代理人の出席によ

て全員出席となる場合にはもはや全員出席総会とは言えないことになる。

しかし、さらに論を進めて、「全員出席総会」というものを肯定する論拠を「すべての株主の意思」というものに力点をおいて考えれば、本人であろうと代理人であろうと、そこに、「全株主の出席」はなくとも、「すべての株主の同意ないし意思」が確認できるのであれば、最高裁判決が述べるように、代理人の出席による全員出席総会の有効性も肯定することができ。しかしながら、出席していない株主の意思というものを代理人を通じて総会の場で確認するということは、包括的委任を受けているいわゆる常任代理人でもない限りあり得ない。常任代理人を前提としないで、このような状態が生じ得るのは、最高裁判昭和六〇年判決の場合のように、違法な招集通知によって全員出席（もちろん、代理人による出席も含めて）という状態が引き起こされた場合に限られることになる。なぜなら、決議事項について知った上で委任状を書いて代理人を出席させるという状態は、違法ではあるが一応招集手続がなされなければ生じ得ないからである。

なお、この全員出席総会の成立を考える場合には、取締役の出席が必要か否かという問題もあるが、この点については、全員出席総会と言えども、あくまでも商法の定める株主総会という機関としての会議の成立という意味で認めるといふ見解なのか、あるいは、全株主の意思さえ確認できれば、総会決議とみ

なしてよいとする見解なのか、という株式会社において株主総会の機関性をどこまで要求するのかという認識の差にある。前者の見解からは、少なくとも、取締役および監査役には開催通知がなされる必要があるとする主張がなされている<sup>9)</sup>。もっとも、通常は、全員出席総会が成立し得るような会社において株主が取締役に就任していない状況というのは希有であるから、実際には問題となる場面は少ない。

こうした全員出席総会の論理は、その当然の発展として、あるいは、本質的理解の当然の帰結として、合議体性を有しない総会、ないし、合議性を前提としない総会決議の有効性をも、その延長線上に見出すことになる。すなわち、すべての株主の意思が確認できるのであるならば、本人であれ代理人であれ、そもそも一堂に会するということ自体はもはや絶対的条件ではなくなり、一人会社の場合に端的に現れるように、一人会社の単独株主の意思（決定）<sup>10)</sup>は、そのまま総会決議と評価しても何ら問題がないのである。

もっとも、最高裁は、この点に関し、昭和四六年判決で、招集手続は必要としないとした上で、「一人の株主が出席すればそれで総会は成立する」と判示しているが、この文言通りに理解して、一人会社において、その一人の株主が総会に出席するということは、一体いかなる状況を意味するのであろうか。しかも、通常は、当然のその一人の株主は代表取締役となっていないはずであり取締役さえもが同次元的に存在しているのである

から、そういう前提からすれば、最高裁昭和四六年判決は、一人株主による意思決定そのものを総会決議として認めるという趣旨と解せざるを得ない。もし、一人株主の意思そのものと一人株主が出席（一体どこに出席？）する総会決議が異なるとする考えであるならば、その区別の基準は一体何に求めることになるのであろうか。もちろん、いずれの場合も、議事録なるものは作成されなければならないが。したがって、一人会社において、招集手続を不要とし、一人株主のみの出席で総会の成立を認める以上、そのことは、株主の意思が総会議事録として外形を与えられたところを起点として、すべて（一人会社では単独）の株主の意思をそのまま、総会を媒介せずに、総会決議と認めることを許容することを意味することになる。そして、それをさらなる起点にして、株主総会の成立をも認めてしまおうというのであろうか。しかし、少なくとも、総ての株主の意思をもって総会決議に置き換えるという考え方は、最高裁昭和六〇年判決が採用した全員出席総会の論拠および成立要件を前提として、この二つの最高裁判決を整合させて考える限りでは、最高裁は、四六年判決の一人会社の論理を、一人会社以外の会社にまで押し広げようとしているように考えられない。もっとも、一人会社における株主総会の問題において、このような擬制を行わなければならないのは、少なくとも広義の社団性を前提にして構築されている会社法の中で、立法論を展開することなく、潜在的社団性なる解釈論において一人会社を許容し



てきたところに本質的問題がある。<sup>11)</sup>

### 三 本件判決と最高裁昭和六〇年判決との位相

Y会社においてなされた株主総会の成立?の仕組はその時期によって異なるが、第一の争点となっている本件第一総会決議は、昭和五〇年一月二五日であるから、その場合のパターンは、①招集通知なし、②全株主の出席という取扱、③A<sub>2</sub>とCの二人で(二人とも株主であり、かつ、取締役)総会の決議事項を決定し、④会計事務所に依頼して決議事項を記載した議事録を作成する、という方法によるものである。付加的要素として、⑤事後的に、B<sub>1</sub>側の実質上の株主であるB<sub>1</sub>、ないし、B<sub>1</sub>側の全株式を差配していたB<sub>1</sub>に、了承を得ている。この第一総会決議は、昭和四九年の商法改正を受けて、商法二五六条の三に適合するように、累積投票制度を排除する定款規定を定めた決議内容であるから、もし、この第一総会決議が不存在ということであれば、この定款規定を前提として累積投票の請求を無視して行なった本件第二総会決議は当然に取消事由を有することになる。<sup>12)</sup>次に、このような事実認定をもとに、本件判旨は、全員出席総会の有効性を肯定する最高裁昭和六〇年判決をその総論として引用する。したがって、本件判旨自体の妥当性の検討を行なう前に、まず最高裁判決と本件判旨との整合性、および、本件判旨が最高裁判決の射程距離内にあるか否かが問題となる。

すなわち、本件判旨は、最高裁判決を引用した後、「その理

をおしすすめた」ものとして、まず、(イ)「小人数の同族株主からなる閉鎖会社およびこれと類似する会社であること」、そして、そういう会社においては、(ロ)「ある事項について全株主が同意していて、かつ、その事項を総会決議とすることに全株主が異議のない場合には、その総会決議が成立し、手続的違背はない」と判示する。

さらに、(ハ)「実質的に一定の者に総会決議について包括的に委任され、これによって株主の全員が同意したとみなされる等の特段事情が認められる場合には、その者の意思のみで同意や異議がなかったものとみなされる」と判示する。また、招集手続の問題については、(ニ)「本件においては、招集手続の欠如の点は株主の全員が利益を放棄していると評価できる」し、また、(ホ)「株主の全員が異議を述べていない場合や包括的に委任している場合には問題ない」と判示する。そして、以上の論拠から、(ヘ)「本件第一総会決議事録は真正に成立し、そうすると、本件第一総会は有効に成立し、したがって、本件第一総会決議も有効に決議された」と結論付けている。

ここで、本件判旨と最高裁判決との整合性を検討するために、もう一度、最高裁昭和六〇年判決の論理構造を簡単に整理する。まず、最高裁判決は、全員出席総会を適法な株主総会として認める要件として、第一に、すべての株主について開催に対する同意があることを要求し、併せて第二に、すべての株主が出席した会議であることを要求する。また、代理人が出席して成立

する全員出席総会については、第一に、代理人が株主の作成した委任状に基づいた選任された者であること、第二に、委任状を作成するときに株主が会議の目的事項を知っていること、第三に、実際に行なわれた決議が会議の目的事項の範囲内でなされたこと、三つの要件を要求している。

しかし、先に述べたように、このような代理人出席全員出席総会成立のための三つの要件が成り立ち得る場合というのは、前述のように、違法な招集がなされた場合、例えば、取締役会決議なき招集、代表権なき取締役による招集などのような場合が考えられるが、この要件を充足する場合はこのような場合以外には考えられない。

したがって、本判決における事実認定の下に確定された本件第一株主総会では、代理人を含めた上での全員出席性は認められず、最高裁昭和六〇年判決の判旨からのみでは、本件判決の結論を導くことはできない。つまり、本件第一株主総会は代理人出席による全員出席総会としては成立していないと言わざるを得ない。

もちろん、本件判旨も、最高裁昭和六〇年判決の引用のみで結論を導いているのではなく、それを前提として、持論を展開しているのです。次に、その持論と最高裁昭和六〇年判決との整合性を検討する。

本件判旨は、前述の(イ)において、「小人数の同族株主からなる閉鎖会社」に限られるとしているが、最高裁昭和六〇年

判決は特にそのような限定をしておらず、前述の三要件が充たされるならば、いかなる株式会社でも構わないことになる。もっとも、現実には、最高裁が示す三要件を充足し得る状態の会社は、本件判旨(イ)同様、小規模閉鎖会社に限られることになるから、本件判旨と最高裁判決とではこの点で特に認識の相違はない。

次に、具体的要件として、本件判旨(ロ)は、「ある事項についての全株主の同意、かつ、その事項を総会決議とすることについて全株主に異議がないこと」があれば、その事項について総会決議が成立し、手続的な瑕疵はないと断ずる。すなわち、判旨(ロ)は、全株主の同意がある場合、あるいは、包括的委任による全株主の同意や意思が確認できれば、その内容を決議として認めるという論理である。ここでは、全員出席総会という枠組ではなく、註(10)の大阪地判の「意思」決議という論理を一人会社でない会社にまで肯定しようとするものである。したがって、最高裁昭和六〇年判決を参照しながら、その理をおしすすめた結果、最高裁判決の射程距離を超え、全株主の同意、すなわち意思をもって、総会決議とみなすことができるという判決内容となっていると評価せざるを得ないものである。

#### 四 本件判旨自体の妥当性の検討

ここで、最高裁判決を離れ、本件判旨自体の問題として、その妥当性を検討する。

とりあえず、本件判旨(ロ)について一応肯定するとしても、その意思がどのようにして確認されるのかが問題となる。これについては、本件判旨(ホ)は、「全株主の同意は、『実質的に包括的に委任されて、これによって全株主が同意したとみなされる特段の事情』がある場合には、その委任された者の意思による」と述べ、その意思の個別性や直接性を要求していない。ここで、本件判旨が想定するような恒常的包括的委任関係の例として考えられるのが、常任代理人である。この常任代理人については、「株主の権利義務全体についてのいわば包括的な代理人ないし株主の身替わりのな者<sup>13)</sup>」と言われるが、常任代理人としての届出が会社に出されていれば、議決権の代理行使のみならず、株主の全権利義務に関する代理権限により、総会に関する一切の意思表示をなすことができることになる。しかし、そうしたいわば、定型化された包括的代理関係を有する常任代理人と同じ次元で、「実質的な包括的委任がある場合」を肯定してよいものかどうかは問題である。本件の場合には、単にそのような状態が放置されてきた、あるいは、違法状態の継続があっても、単に誰も問題にしてこなかっただけなのではないか。こういう場合に、放置されているということをもって、直ちに実質的包括的委任があったとすることが、会社運営と商法の遵守という観点からみて妥当性を有するのであろうか。「株主の意思＝総会決議」という論を肯定するとしても、本件事実関係から明らかかなように、その前提となる株主の意思が、事後

の了承であったり、事実上の放置であっては、単なる形骸化した会社運営を擁護するための「いわゆる法的安定性」のためだけの擬制に過ぎない。いかなる実体かはともかく、少なくとも形式上の社団性が認められる会社において、大規模共同企業形態たる株式会社を自己の企業の法的形態として採用した以上、そこで要求される最低の条件を遵守することを要求すべきではないのだろうか。形式上も他の株主が一切存在しない一人会社における株主総会の論理はあくまでも例外として認められるべきものであろう。この点については、最高裁でも、法定の手続が無視される現状を肯定する場合には、単に法的安定性を優先するのではなく、その実質が法定の手続の立法趣旨を害していないか否かを厳格に検討し、その検討の結果、全員出席総会理論におけるような要件を枠としてはめた上で肯定するのである。そうした点から言っても、法的安定性ならびに権利主張者の不当性を考える余り、その恒常の実態を肯定的に合法化しようとし過ぎた論と言わざるを得ない。

また、おそらく、「異議を述べていない」とする判断は、益の挨拶の際のB<sub>1</sub>の了承に拠るものと考えられるが、そうしたことによる総会決議の成立とは、一体いかなる時点で成立するものなのであろうか。A<sub>2</sub>・Cの二者による相談の時点か、総会議事録の作成の時点か、はたまたB<sub>1</sub>の了承の時点か。もし、B<sub>1</sub>の了承が得られなかった場合には、遡及的に無効となるのか、あるいは、B<sub>1</sub>の了承が得られた時点で有効に成立したとするのか

(その時点か、遡及するのか)。より不明瞭な問題を残すことになるであろう。

さらに、本件判旨(ニ)の招集手続の欠如の取扱においても、招集通知を受ける権利の無期限的放棄は許されるはずのものではないから、招集通知を受ける権利の放棄というものが認められるとしても、それは最高裁判決が述べるように、個別的に、しかも一堂に会した全株主から確認されなければならないであろう。本件判旨は、その恒常的実態を前提とした法的安定性を考える余り、法定の招集手続の立法趣旨を軽視し過ぎたものと言わざるを得ない。

なお、こうした結論に至るまでの事実認定の部分において、「開催したことなし」とか、「開催し」とか、総会が開催されたと評価しているのか否かの表現につき統一性を欠く箇所が見受けられる。こうしたことも考え併せると、本件判旨(へ)が、「株主総会は有効に成立し、したがって、決議も有効に決議された」と結論付ける趣旨は、「総会は単に開催されたとされたに過ぎないものであるが、恒常的実質的包括的委任関係があるから、有効に総会が成立したものと擬制しよう」とする論理とも考えられる。また、最高裁昭和六〇年判決を引用するところからすると、その恒常的実質的包括的委任関係の認定により、A<sub>2</sub>・C二者のみの意思による全員出席総会の成立を肯定する論とも考えられないこともない。しかし、本件判旨だけからは判断できないが、筆者の推量に過ぎないという断り書を付した上

で言えば、前者の擬制による価値判断を後者の全員出席総会論にすり替えたものが本件判旨の実質である。なぜなら、総会の成立および総会決議の成立を飛び越して、「真正」と本件判旨が認定する議事録を媒体として、A<sub>2</sub>・C間で同意された内容を決議として認めるという論理だからである。この点で、これに対し、最高裁昭和四六判決は、「一人株主が出席すれば株主総会は成立し」と明確に述べ、また、最高裁昭和六〇年判決も、全員出席総会の成立を総会決議の有効な成立の前提としているように読み取れる。このように、まず、どの時点で株主総会が成立し、総会決議がなされたのが明確になされなければならず、議事録はその結果でしかないという論理の筋道を明確にすべきである。すなわち、合議体としての株主総会の成立という次元と、株主の総意によって形成される総会決議という次元と、それらを前提として初めて成り立ち得る議事録という二つの次元についての明確な区別が必要である。

五 商法・有限会社法改正試案二九に対する本件判旨の位相  
改正試案は、その二九で、株主数五〇人以下の会社については、招集手続を簡略化することを許容することを考えている<sup>14</sup>。しかし、そこでその簡略化の基本的構造の前提として参照されている有限会社法三八条に沿って考えてみると、改正試案の基本的姿勢は次のようになる。すなわち、有限会社法三八条は、総社員の同意による招集手続の省略を認める規定であるから、

試案の採用する小規模性の基準である株主数五〇人以下の株式会社では、有限会社法三八条に関する現在の通説を前提にして考えれば<sup>15</sup>、招集手続の省略に全株主が同意すれば、総会の場では欠席者や代理人がいても有効な総会の成立を認めようということになる。また、その同意の時期については、事後では招集手続の瑕疵を治癒することにはならないと解されているから、本件に関して言えば、実質的包括的委任関係なるものを肯定するとしても、B<sub>1</sub>の事後的了承では治癒されない。さらに、その同意は、特定の総会について得られることを要し、一般的に招集手続を省略することは定款の規定によっても許されないと解されている。もっとも、定例日を定め一定の会場で総会を開催することを全員が同意しているときは、無効と解する必要はないとされるが<sup>16</sup>、本件においても、「毎年一月二五日頃に総会開催」について全株主の同意があったと擬制すれば、招集手続の省略がなされていたとすることもできそうではある。しかし、そうした擬制をも用いたとしても、出席した株主はA・Cの二名であり、両名の保有株式を併せても定款変更のための特別決議成立の要件を充たすことはできない。これに対し、現行商法を前提とする限りでは、解釈論上でも、一人会社や全員出席総会を除き、招集手続を省略することはできないのである。仮に認められるとしても、その同意とは、本件のような黙認・放置を前提とする実質的包括的委任関係であってはならない。このように、改正試案の視点からも、本件の第一総会決議の成立過

程を当然に適法なものとすることは許容されないであろう。

#### 六 結語——本件の有り得べき解決方法

結論から言えば、いかに業人形と評されようとも、形式上複数の株主が存在する場合には、総会についてはその合議性は要求されるべきであり、代理人を出席させる場合でも、当然に商法二二九条三項・四項に従った手続を遵守しなければならない。したがって、本件第一株主総会は、単に事実上の支配株主と、事実上の支配株主から任されたCの両名による議事録なるもの作成があったに過ぎず、総会決議は不存在と解されるべきである。したがって、その限りでは、累積投票制を排する定款変更決議は存在せず、旧商法二二六条の三を前提とした定款規定は現行商法二五六条の三が定める株主の累積投票請求権を排除し得ないから、累積投票の請求がなされたにもかかわらず、累積投票に拠らないでなされた取締役の選任に関する本件第二総会決議は決議取消事由を有することになる。

しかし、本件第一総会決議の内容については、その後B<sub>1</sub>により異議なく了承されており、しかも、このような方法での議事録作成およびそれに基づく会社運営について、X<sub>2</sub>・X<sub>3</sub>にあっては、株主となった昭和四三年〜六〇年の間黙認・放置してきたのである。また、X<sub>1</sub>においても、本件事実認定からは必ずしもはっきりしないが、昭和五三年〜六〇年の間黙認・放置してきたものであるから、いかに総会決議の不存在の主張が、無効の

主張同様、時間的制限なく主張できるものとは言え、そのような長期の株主権不行使状況がある場合に、総会決議の不存在の主張をなすことは権利の濫用にあたるかと解すべきである。したがって、本件第一総会決議不存在の主張は権利の濫用にあたり、許されない。よって、それを前提とする本件第二総会決議取消事由も主張し得ない。

違法ないし脱法的状況を、法的安定性を求める余り、いたずらに合法的に肯定することは、いかに現行商法と小規模閉鎖会社の現実の姿との間に大きな乖離があるとは言え、あるべき解決の方法ではない。小規模閉鎖共同企業あるいは個人企業と言えども、社団性を前提とする株式会社形態を自らの企業活動のための法形態として採用する以上は、商法の要求する規律に従うことも、その会社形態採用のコストである。小規模閉鎖会社の問題を考へるとき、常に現行商法の本質的不備を嘆くことになるが、現在進行中の商法・有限会社法改正作業に対し、従来までのような先送り要綱案ではない実りある成果を期待したい。

(一九九〇年二月一日脱稿)

- (1) 例えば、青竹正一「企業の形態と規模」(『現代企業法講座二巻企業組織』七頁、鈴木竹雄・竹内昭夫・会社法「新版」(法律学全集一八巻)一一頁、河本一郎・現代会社法「改訂第四版」四頁、北澤正啓・会社法「新版」(現代法律学全集一八巻)三二頁など参照。
- (2) もちろん、経営の専門性・柔軟性・機動性の要請も見逃

せないが、そうした要請に対し、資本多数決を基本的原理として採用することにより、経営に直結し、実質的に経営に關与する株主にまで有限責任を許容した株式会社という機構そのもの中に、支配株主における「所有と支配の一致(拡大)」、中小株主における「所有と支配の分離(剥奪)」という構図の固定化が明確になっていったという状況そのものに、法制度上の「所有と経営の分離」の強化を許容するベースが存在している。

- (3) こうした多数決原理ないし資本多数決原理により形成される法人意思なるものの本質について明確に言及する数少ない文献として、喜多川篤典「法人格否認の法理」(『判例展望』ジュリスト五〇〇号)二四三頁、および、そこで挙げられている“Radin, On the Nature of Legal Persons, Law Quarterly Review No. CCXVI (1938) 494 et seq.”の法人擬制説的視点からの實在説・有機体説の検討が明快である。
- (4) 田中耕太郎・改訂会社法概説下巻三四九頁、松田二郎・会社法概論一八六頁、片山義勝・株式会社法論六〇二頁、米津昭子「一人会社について」法学研究四四卷三号二〇〇頁など。

- (5) 末永敏和「代理出席を含む全員出席総会の決議の効力」ジュリスト八八七号(昭和六一年度重要判例解説)九六頁。
- (6) 東京地判昭和四六年六月一日判例タイムズ二六九号三〇四頁、東京地判昭和四六年八月一六日判例時報六四九号八二頁、大阪地判昭和五二年二月二日金融商事判例五三九号五四頁、大阪地判昭和五三年三月二九日金融商事判例五五七号二五頁、最高裁昭和五八年六月七日民集三七卷五号五一七頁。
- (7) なお、全員出席総会に関する比較法的な簡単なスケッチとして、加美和照「いわゆる一人会社と株主総会の成立」金

- 融商事判例二九三号四頁、泉田栄一「全員出席総会について」  
富山大学経済論集二二巻一号九二〜九五頁参照。
- (8) 西原寛一「株主総会の運営」(『株式会社法講座三巻』)  
八七三頁、石井照久・会社法上巻二二八頁、田中誠二・会社  
法詳論上巻「再全訂」四四九頁、鈴木竹内・前掲註(1)  
一六九頁、北澤・前掲註(1)二八三頁、加美・前掲四頁、  
西山忠範「全員出席総会」会社判例百選(新版)九七頁、前  
田重行・新版注釈会社法五巻三三〜三五頁など。
- (9) 西原・前掲註(8)八七三頁、境一郎・注釈会社法四巻  
二九頁、加美・前掲註(7)五頁、末永・前掲註(5)九七  
頁。
- (10) 例えば、大阪地判昭和四四年三月一八日判例時報五六二  
号七一頁参照。
- (11) この点につき、現在進行中の商法改正作業は、この社団  
性との根本的な整合性を検討することなく、解釈論として放  
任されてきた現状に、さらに無節操に立法論として一人会社  
を許容しようとしている。一人会社の許容は、個人企業の有  
限責任の許容、ならびに、個人企業の個人からの企業性の独  
立法人化の許容という視点から検討すべき問題であり、共同  
企業体性を有する会社法の裡に安易に、安易な形で取り込む  
べきはでない(拙稿「設立時から一人会社の許容と『商法・  
有限会社法改正試案』」札幌学院法学四巻一号二六七頁以下)。
- (12) 商法二五六条の三違反による総会決議の瑕疵は決議方法  
の瑕疵として取消事由と解される。昭和四九年改正商法の下  
では、定款で排除しない限り、書面による請求があれば(同  
条二項)、累積投票制によらなければならぬ(同条一項)。  
よって、まさしく本件第一総会決議とは、この昭和四九年改  
正商法を前提にして、累積投票制全面排除の定款変更決議を  
行なおうとしたものである(上柳克郎・新版注釈会社法六巻  
五三頁参照)。
- (13) 菱田政宏・新版注釈会社法五巻一九二〜一九三頁。
- (14) 商法・有限会社法改正試案の解説(別冊商事法務八九号)  
五〇頁。
- (15) 境一郎・注釈会社法九巻二二二頁。
- (16) 同・二二三頁。
- 〔付記〕 本判例評釈は、一九八九年一〇月一四日に現代企  
業法研究会(北澤正啓先生主催)において報告したものであ  
る。出席者方々から有益なご批判をいただきながら、それが  
十分に本稿に活かされたかは心配なところではあるが、この  
場を借りてお礼を申し上げたい。