

# 書面投票制度の問題点とその展望

鈴木 千佳子

- 一 はじめに
- 二 書面投票制度の創設の目的
- 三 総会決議・運営と書面投票
- 四 おわりに

## 一 はじめに

旧商法（明治三三年商法）二〇三条には、「定款ノ変更及ヒ任意ノ解散ニ付テノ決議ヲ為スニハ第百六十四条ニ定メタル決議ノ方法ニ依ル 第百五十二条ノ規定ハ株式会社ニモ亦之ヲ適用ス」との規定があり、特別決議を成立させる必要があるとき、もし決議に必要なだけの人数が総会に集まらない場合を想定して、仮に議決を行い、更にもう一度会議を開いてそこで出席者の多数がこれを承認するならば決議の効力は有効であるという制度を用

いていた。<sup>(2)</sup> 株主総会は株主の総意を決するために会議を開き、株主間の討議、取締役への質疑とその応答というプロセスを経て議決を行うのであるが、それには理論上株主の総意が決定されたと同視し得るだけの法定の決議要件を満たして決議がなされることが必要になるのに対し、現実にはそれだけの人数の株主の総会への結集は通常見込むことができないことが問題の出発点である。

総会に出席できない株主には、議決権を代理人に行使させることも認められてはいるが（商法二三九条二項）、株主が自ら適当な代理人を見つけることも困難であるので、定足数が満たされず、必要な賛成も得られなければ、結局総会決議自体が成立しない。決議を行うことができれば、それを基礎に行わなければならない今後の会社経営にも支障をきたす。したがって、これに対する会社の対応として通常行われ、周知されている方法とは、会社の行う白紙委任状の勧誘である。<sup>(3)</sup> これにより、経営者は定足数を容易に満たすことができ、株主は、総会に自らの意思を反映させるといふ利益が与えられることになる。しかしながら、白紙委任という形で自らの利益を代表する代理人を総会に出席させることができるものの、後述するように白紙委任状の勧誘制度には、株主保護を全うするためには更に考察を重ねなければならない欠陥も合わせ有しているといわれている。

すなわち、旧商法で規定されていた仮決議も、会社による白紙委任状の勧誘も、法律によるか、あるいは会社自治の範囲内かという点に差異はあるが、株主意思を度外視して会社利益のために総会の成立を擬制しようという方向性に問題があるのではなからうか。

それに対し、他方、昭和五六年改正においては、株主総会の活性化のための方策としていくつかの規定が置かれることとなった。その中の一つが、商法特例法上の大会社であつてかつ株主数が一〇〇〇人以上の会社で強制される書面投票制度の創設であつた。これは書面による議決権行使を認めることによって、自らも総会に出席することができず、あるいは適当な代理人も見つけることもできない株主に、総会場の外から容易に議決権を行使

し、その意思を決議に直接的に反映する途を開いた制度であり、諸外国にも例のない新たな試みといわれている<sup>(1)</sup>。しかし、他に例がないだけに、その制度の構築・運営に当たっては当初立法が図られた時には考えが及ばなかった問題や、解釈上の難しい問題も存在する。そこで、私は機関としての株主総会の必要性を念頭に、少しでも多くの株主の意思決定への参加という点で同制度を評価しつつ、制度の目的とその運営上の問題に関して考えてみたいと思う。

(1) 旧商法一六四条は創立総会の議決に関する規定で、その二項は「前項ノ議定ハ少ナクトモ總申込人ノ半数ニシテ総株金ノ半額以上ニ当ル申込人出席シ其議決権ノ過半数ニ依リテ之ヲ為ス」とし、この時これに必要な株主の出席がない時は、合資会社に関する一五二条（「前条ニ掲ケタル決議ニ要スル定数ノ社員出席セサルトキハ其總會ニ於テ仮ニ決議ヲ為スコトヲ得此場合ニ於テハ其決議ヲ總社員ニ通知シテ再ヒ總會ヲ招集ス其通知ニハ若シ第二ノ總會ニ於テ出席社員ノ多数ヲ以テ第一ノ總會ノ決議ヲ認可シタルトキハ之ヲ有効ト為スコキ旨ヲ明告スルコトヲ要ス」）を適用するとしているのである。

(2) 梅謙次郎『改正商法講義』（明文堂、有斐閣、明二六）四七一頁以下参照。同書を見るかぎりでは、旧商法においては議決権行使を他人に代理し得るとの規定はなく、ただ、本人の不出席を補うための制度という意味でこの制度が意義を有していたのではないかと思われる。なお、旧商法は起草されたものの法典論争のあおりを受けその施行が延期されることとなったが、当時法制化が是非とも必要であった、「会社・手形・破産」の部分のみが明治二六年から施行された。

(3) 会社は總會の招集通知と一緒に受任者の記載を白紙にした議決権行使の委任状用紙を株主に送付し、自ら株主總會に出席しない株主が記名捺印して返送してきた場合には、会社は適当と認める者をその受任者に指名し、議決権行使を代理させる（今井『議決権代理行使の勧誘』（商事法務研究会、昭四六）一頁）。

(4) 北沢『改正株式会社法解説』（税務経理協会、昭五六）一三四頁。上柳ほか編『新版注釈会社法』<sup>(6)</sup>（有斐閣、昭六二）六三六頁以下（神崎）。

(5) 前田（重）「株主總會の意思決定機構に対するアクセスとその手段」『現代企業法の展開（竹内先生還暦記念）』

(有斐閣、平二) 五八一頁。

## 二 書面投票制度の創設の目的

株主総会は無機能化・形骸化していると指摘されている。その理由にはさまざまのものが考えられようが、例えば、(一) 一般的に株主は投資・投機のみが目的であり、会社の経営に関して知識に乏しく、また関心もないこと(能力あるいは心的要因)、(二) 出席したくても、遠隔地に住んでいる、あるいは、仕事その他で時間がないこと(物理的要因)、(三) 例え株主総会に出席しても、結局、小株主は株式の多数を所有する者の決定に従わなければならないことを経験則として知っていること(資本多数決から生じる必然的な傾向)、(四) 総会屋の存在が一般株主の総会への出席を避ける傾向に働いていること(総会に対する妨害・イメージダウン)、などが挙げられる<sup>(1)(2)</sup>。すなわち、このような一般株主が有する株主総会への消極性が緩和あるいは一掃されない限り、株主総会への株主の積極的参加は見込むことができない。そこで、立法論としてかつて行われた提案の中には、①そもそも現在の株主総会の状況では会議体であること自体に意義を見いだすことができないとして、少なくとも一定規模の会社では、有限会社と同様に(有限会社法四二条)、株主総会を開催せず、書面により決議を行うことを認める方法<sup>(3)</sup>、②株主総会は存置するが、一定株式数以下の小株主には直接出席権を与えず、書面投票権のみ認める方法等が主張されたことがあった<sup>(4)</sup>。これらは、株主総会形骸化に対応する方策として、会議体をなくすかあるいはその参集することを要する株主の範囲を縮小する方法で、かなり思いきった変革を伴うものである。

また、これに対し、これまでも慣例的に行われてきた会社が行う議決権代理行使の勧誘に関しては、勧誘がされるか否かは会社の都合により、例えば定足数が排除できない取締役の選任が議題にのぼる場合に限り行われる<sup>(5)</sup>

ことが多く、多数説は委任状の株主への送付により会社が行う代理行使の勧誘は委任の申込の誘因にあたり、株主が委任状を返送しても、会社が適当な代理人を選任し代理人が株主に承諾の意思表示をなさなければ、委任契約は成立しないと考えており、これによれば、会社は返送された委任状に対し代理人を選任せずに放置することもでき、また代理人自身が委任者の意思に反する議決権行使を行ったとしても、それは委任者との間で委任契約違反になることはあり得るが、総会決議の効果には影響がないと解されているために、株主の意思が総会決議の中で貫徹されないことになる。<sup>(8)</sup>これに関しては、上場会社において、一般投資家の保護の見地から、証券取引法一九四条、「上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する規則」(委任状勧誘規則)による規制が行われており、勧誘者は、定められた参考書類と委任状を送付しなければならないとされているが、委任状に記載されている議案に対する賛否欄(規則三条)に記載がない場合には、受任者の裁量に任されることになる。<sup>(9)</sup>これらの弊害に対する対策としては、同制度の規制の手直しをするよりも、代理人を介在させずに直接株主の意思を反映させていく新しい方法が求められた。<sup>(11)</sup>

そこで、昭和五六年改正による書面投票制度の導入は、委任状勧誘制度の不備を補い、株主総会制度自体はこれまでの形式を原則的には変更せずに、総会を開催しつつ、希望する株主には総会外からの議決権行使を認めようという制度として登場したといえる。<sup>(12)</sup>これは、大会社でありかつ株主数が一〇〇人以上の会社においては、総会の招集通知に議決権行使について参考となるべき事項を記載した書類(参考書類)<sup>(14)</sup>と、議決権を行使するための書面(議決権行使書面)を添付しなければならないとされ(特例法二一条の二、二一条の三第二項)<sup>(15)</sup>、株主はこれに必要な事項を記載し、総会の会日の前日までに会社に提出して議決権を行使することが認められるというものであり(特例法二一条の三第一項・第三項)、書面によって行使された議決権は、出席した株主の議決権数に参入される(同条第四項)。また、会社に提出された議決権行使書面は総会集結の日から三月間、会社本店に備え置

かれ、株主の閲覧・謄写に供される（同条六項）。書面投票用紙等を招集通知に添付しなかった場合、総会終了後、会社に書面の備え置きをしなかったり、正当な理由なしに閲覧・謄写を拒んだ場合には、過料制裁の対象となる（同法三〇条一項三号・六号・八号）。

これにより、以前と比較して株主保護の観点で改善された点としては、以下のものが考えられる。<sup>(16)</sup>

- (一) 株主自身の意思が決議に直接的に反映される。<sup>(17)</sup>
- (二) 適用範囲の拡大（書面投票制度の適用は上場会社に限定されない）。<sup>(18)</sup>
- (三) 会社が勧誘するのを待たず、適用会社における株主総会のすべて議案につき、全株主に投票権が与えられる。

(四) 書面投票制度が株主総会の手続として位置付けられたために、それに瑕疵があれば決議取消の問題となる。

また、会社側の利益としては、

- (一) 総会前に決議の賛否が確定すること。<sup>(19)</sup>
- (二) 委任状には印紙税（印紙税法二条、別表第一の一七）が課されていたが、書面投票用紙によれば、それだけ費用が節減できること、<sup>(20)</sup>

が考えられる。<sup>(20)</sup>

同制度への移行にあたり、暫定措置として、上場会社が委任状勧誘規則に従い、招集通知に委任状の用紙を添付して総株主に対し議決権の代理行使を勧誘した時は、書面投票制度は適用されないことが認められた（昭和五六年附則二六条）。<sup>(21)</sup> この場合、株主が議決権行使をするに際しての情報提供の点では、書面投票を利用しない場合も特例法二一条の二は適用されるから、その参考書類の送付は必要であり、<sup>(22)</sup> したがって委任状勧誘規則による参

考書類を加えて、会社は理論上二種類の参考書類の送付を行わなければならないことになる。しかし、株主にとっても二種類の参考書類は複雑でわかりにくいことを考慮するならば、両者の必要事項の記載を満たす一通の参考書類を作成することにより適法と考えるべきであり、<sup>(23)</sup> 実際に実務ではそのように取り扱っているようである。<sup>(24)</sup> また、書面投票制度の代替として委任状勧誘が用いられる場合には、両者は実質的には商法上同質の手続と考えることができるので、会社が委任状の提出にもかかわらずそれを決議に反映させなかったり、またその賛否に反した処理を行う場合には、決議取消の対象となると考えるべきである。<sup>(25)(26)</sup>

- (1) 西原「株主総会の運営」田中耕太郎編『株式会社法講座第三卷』（有斐閣、昭三一）八二七頁以下。
- (2) また、これらの理由のほかにも、会社間で株式の相互保有が行われている場合には、経営者どうしは謀りあってお互いの保身のために会社に反対するような議決権行使を行わないというようなことが考えられよう。
- (3) 三戸岡「株主総会の形骸化とその改善策」『企業と法 上』（西原先生追悼論文集）（有斐閣、昭五二）一八五頁。有限会社において現行法上認められている書面決議は、総社員の同意により社員総会を開催せず書面により行われる決議であるのに対し、書面投票は総会を開催しながら、欠席者に議決権行使を認める点に差異がある（これまでも民法六五条二項の公益社団法人や協同組合等で認められていた）。
- (4) 西原・前掲書八三五頁は、会社荒らしの防止・議事運営の円滑化のために検討するべきと主張されている。大隅 Ⅱ 西原 Ⅱ 上田「株式会社法の根本的改正についての研究」商事法務三〇号（昭三一）一一頁以下参照。
- (5) 今井・前掲書二頁は、勧誘が会社により組織的・集团的に行われる場合と、株主が代理人を選任する場合は、区別して考えるべきことを示唆している。
- (6) 西尾・「書面投票の実務的背景」前掲書『商事法の解釈と展望』九八頁。
- (7) これに対し、会社が用紙を送付することを委任の媒介契約の申込と考え、株主がそれを返送することで媒介契約の承諾がなされ、媒介契約が成立し、その履行行為により会社により代理人が選任され、代理人と株主間で委任契約が成立すると考えるべきとする説もある（今井・前掲書三頁。河本『現代会社法（新訂第七版）』（商事法務研究会、平七）三三八頁）。これによれば、会社は、媒介契約の成立により、代理人選任を怠れば債務不履行になる（中原

- 「書面投票制度」『改正会社法の研究（蓮井先生還暦記念）』（法律文化社、昭五九）一九二頁。
- (8) 倉澤「書面投票制度の新設と委任状勧誘」『会社法改正の論理』（成文堂、平六）（初出・代わりポート五九号（昭五六））一六七頁。元木「改正商法逐条解説（改訂増補版）」（商事法務研究会、昭五八）三二五頁以下。
- (9) 河本・前掲書三四〇頁。森本「株主提案権と書面投票制度（上）」『ジュリスト七五〇号（昭五六）』一二八頁は、かつては委任状規則四条によれば、株主が賛否を記載しない限り委任状によって議決権の代理行使ができなかったのが、昭和二十四年の同条の削除により白紙委任状が一般化したことを指摘する。
- (10) 鈴木・大隅「私の会社法改正意見」『商事法務七一三三号（昭五〇）』一一頁以下（大隅発言）は、委任状勧誘規則を商法に取り込み、委任状集めを合理化することを求めている。同旨・森本「書面投票の制度意義と機能」『商事法の解釈と展望（上柳先生還暦記念）』（有斐閣、昭五九）一二〇頁。
- (11) 立法のかなり以前であるがこの点を指摘するものとして、西原「株主権の濫用とその対策」『商事法研究第二巻』（有斐閣、昭三八）（初出・『民事法の諸問題（末川先生還暦記念）』（昭二八）八七頁）。森本・前掲書一二〇頁は、従来の実務慣行を抜本的に是正するために、衣替えが妥当であると考えられたのであろうと分析される。稲葉『改正会社法』（金融財政事情研究会、昭五七）一六一頁。元木・前掲書三二六頁。河本「議決権行使書——書面投票制度——」『法セミ三五四号（昭五九）』一〇四頁。倉澤・前掲書一六七頁。加藤（修）「議決権代理行使と書面投票」『法教一三七号（平四）』七九頁。
- (12) 稲葉・前掲書一六二頁、元木・前掲書三二六頁、倉澤・前掲書一六七頁。前田（重）・前掲書六一四頁。大隅・今井『会社法論中巻（第三版）』（有斐閣、平四）六八頁。
- (13) 改正試案においては、同制度の適用を一定規模以上にするか否かは検討事項とされ、同制度の創設により会社が総株主に対しこれ以外の方法で議決権行使の勧誘をおこなうことを禁止したが、要綱では、適用範囲を現行法と同様に制限する一方、勧誘制度も選択を認めることとした（北沢・前掲書一三五頁）。
- (14) 書面投票を行うためには、株主が総会に出席し、あるいは討議に参加して得ることができる情報と実質的に同程度の情報を株主に開示することがその前提となり（今井・前掲書一〇頁）、参考書類の送付と書面投票制度は不可分である（神崎「株主総会（その2）」『税経セミナー二六卷一三三号（昭五六）』四八頁。奥島「改正会社法の論点（二）」『Law school三七号（昭五六）』一二二頁。稲葉・前掲書一四七頁）。

- (15) 参考書類及び議決権行使書面の様式については、「大会社の株主総会の招集通知に添付すべき参考書類等に関する規則」(昭和五七・四・二四法務省令二七号)(以下参考書類規則という)によって詳細に定められている。議決権行使書面については、後述。
- (16) 森本・前掲書一二〇頁。竹内「株主総会(4)」法教七九号(昭六二)八五頁以下。阪埜「議決権代理行使と書面投票」酒巻・柿崎編『会社法(新版)基本問題セミナー商法I』(一粒社、平三)一一八頁以下。
- (17) 多数の株主が反対の意思を示せば、株主総会決議を阻止することもできる(稲葉・前掲書一六二頁。加藤『議決権代理行使の研究』(慶應義塾大学出版会、昭五七)三八頁)。
- (18) 委任状勧誘規則は上場会社に限り適用される。しかし、その反面、第三者が行う勧誘に関しても規制している。
- (19) 代理行使制度の下では、総会における代理人が会社の信頼に反すれば、決議の成立に支障をきたす。
- (20) 山本「書面投票制度採用上の留意点」商事法務一〇〇六号(昭五九)二二頁。西尾・前掲書九九頁以下、一〇三頁。
- (21) この当分の間の措置が置かれた理由としては、実務界がすでに委任状の勧誘に慣れているとして書面投票制度への一本化を強制されることを好まなかったことと、委任状勧誘規則の主務官庁である大蔵省が同規制を廃止することに難色を示したことがあるとされる(前田(庸)・「議決権の代理行使と書面投票」金商六五一号(昭五七)七〇頁)。しかし、書面投票制度の徹底のためには、早急に(改正法施行後、すでに一〇年が過ぎていることから考えても)制度の一本化が望まれる。
- (22) 大隅||今井・前掲書六九頁。
- (23) 倉澤・前掲書一七〇頁。稲葉・前掲書一七〇頁。前田(庸)・前掲七〇頁。元木・「議決権代理行使と書面投票等」商事法務九三七号(昭五七)一四頁。竹内・『改正会社法解説(新版)』(有斐閣、昭五八)一二六頁。上柳ほか・前掲書(神崎)六四四頁。大隅||今井・前掲書七一頁。
- (24) 竹内・前掲法教八九頁。
- (25) 森本・前掲書一三四頁。
- (26) しかしながら、会社はなるべく早期に委任状勧誘制度を廃止して書面投票制度に移行することを心がけるべきであることが主張され(倉澤・前掲書一七四頁)、事実、書面投票制度が適用されるようになってから二年目にして、

多くの会社に取り入れられるようになった(当該規定は昭和五八年一月一日から適用されることとなったが、五八年は適用会社中書面投票制度を採用しなかった(委任状制度を採用した)会社は八九・五%であったものが、五九年には採用会社が八二・〇%になり、逆転した(株主総会白書一九八四年版(商事法務一〇二五号)一五頁)。

### 三 総会決議・運営と書面投票

#### (1) 議決権行使の方法

議決権行使は会社が交付した議決権行使書面により行うこととされている(特例法二一条の三第一項・三項)。  
議決権行使書面の様式は参考書類規則によって定められ、議案ごとに賛否を記載する欄を設けなければならないとされ(参考書類規則六条一項)、また、それには、株主の提案する議案についてはそれが株主提案によるものである旨を明示しなければならないと解されている<sup>(1)</sup>。また、会社は賛否の欄のほかに、棄権の欄を設けることもできる(同規則同条一項但書)<sup>(2)</sup>。取締役・監査役・会計監査人の選任に関する議案で、二人以上の候補者が提案されている場合には、株主が各候補者について賛否を記載をすることができなければならない(同規則同条二項)<sup>(3)</sup>。議決権行使書面に何も記載がない場合には、議決権行使は原則的には無効であるが、会社は書面にあらかじめ何も記載がない場合に、各議案について賛成・反対・棄権のいずれかの意思表示があつたものとして取り扱う旨を記載することが認められている(同規則七条)<sup>(4)</sup>。書面には議決権を行使すべき株主の氏名・議決権を行使することができる持株数を記載し、株主が押印する欄を設けることを要する(同規則八条)<sup>(5)</sup>。

もし、株主が書面を喪失した場合には、会社は書面を再交付することを要するかについては、それを必要とする説<sup>(6)</sup>、義務はないが会社が応じた場合にはその再交付した書面で議決権行使ができるとする説<sup>(7)</sup>が分かれてい

る。また、会社が書面の再交付に応じない場合も含め、株主が会社が交付した書面以外の用紙を用いて、すなわち私製の議決権行使書面を用いて議決権行使をした場合には、それを有効と扱うことができるものと、有効な議決権行使とは認められないとするものがある<sup>(9)</sup>。これらに関しては、上述のように議決権行使書の様式は参考書類規則によって細かく規定されているため、会社がそれを送付したにもかかわらず、それ以外の用紙を用いて議決権行使をしても画一的に有効な議決権行使とはいえないが、会社側からはそれを認めることができる<sup>(10)</sup>と考える。そうすると、株主の議決権行使を促進する当該制度の趣旨からは、有効と扱われるとは限らない他の用紙により議決権を行使させることとしないように、株主からの請求があればその再交付が必要である<sup>(11)</sup>と考える。

特例法二一条の第三項においては、議決権行使は会日の前日までに書面を会社に提出して行くと規定されているが、当日到着した書面に関しては有効と扱って構わないと解するのが多数説である<sup>(12)</sup>。これはむしろ会社の便宜のために規定であると解することができるので、会社がそれを認める場合まで取り扱ってはならない<sup>(13)</sup>と考えるべきではないと考える。しかし、法定される「前日までに」とは、本来常識的には会社の営業時間内であることが望ましいが、前日が休日である場合などを考慮に入れば、一律に、前日の午後一二時になる前に会社の支配圏内に入ることを意味する<sup>(14)</sup>と考えざるを得ない。

(1) 大隅<sup>(15)</sup>・今井・前掲書七一頁。今井・「書面による議決権行使」インベストメント二二二号(昭五九)五頁。

(2) 棄権は、意見の表明を留保したものと考えられる。したがって、棄権票も議決権行使書を利用して行われた議決権行使であるから当然出席株主の議決権に参入されるが(特例法二一条の第三項)、決議は出席株主の賛成によって可決されるから(商法二二九条一項参照)、その点、棄権は反対と同様に取り扱われると考える(同旨・稲葉・前掲書一六五頁。元木・前掲商事法務一三頁。大隅<sup>(16)</sup>・今井・前掲書七二頁)。これに対し、倉澤「株主総会」堀口・酒巻編『改正会社法詳説』(三嶺書房、昭五八)八四頁は、否の記載との差異を考えて、出席した株主の議決権に参入しない方が合理的であるとする。菱田「議決権の代理行使と書面による議決権行使」星川ほか編『会社法(改訂版)』

(法学書院、昭五九) 二一〇頁はこの二つの可能性があるとして、会社は株主に対し、いかなる効果が生ずるか明示する必要があるとする。

(3) 河本・前掲法セミ三五四号一〇七頁。竹内・前掲法教八八頁。上柳ほか・前掲書〈神崎〉六四〇頁。大隅Ⅱ今井・前掲書七三頁。

(4) 森本「株主提案権と書面投票制度(下)」ジュリスト七五一号(昭五六)九四頁は、法務省令制定前に、このようなことを認めると以前の白紙委任状慣行を引きずる結果となることを理由に、同規定の内容を批判していた。

(5) この押印の意義に関しては、書面の有効性が問題になる場合に備えて証拠とするためのもので押印がなくても議決権行使は有効で、会社にも会社届出の印との照合義務はないと解すべきである(同旨・稲葉・前掲書一六六頁。元木・前掲書四九三頁。河本・「議決権行使書——書面投票制度——(その二)」法セミ三五五号(昭五九)一〇六頁。同・前掲書三四二頁)。反対・上柳ほか・前掲書〈神崎〉六四〇頁。大隅Ⅱ今井・前掲書七三頁注(一八)では、無効と解するのが理論的であるが、それが真実株主の作成した書面である場合には会社がそれを参入して決議を行っても責任を免れ、決議取消の原因ともならないとする(同旨・西尾・前掲書一一六頁)。

(6) 神崎・前掲五〇頁。龍田「株主総会」企業会計三三巻九号(昭五六)六四頁。河本・前掲法セミ三五五号一〇六頁。西尾・前掲書一一六頁。浜田・「委任状と書面投票」『証券取引法体系(河本先生還暦記念)』(商事法務研究会、昭六一)二六〇頁。上柳ほか・前掲書〈神崎〉六三八頁。

(7) 前田(唐)・前掲六九頁。阪埜・前掲書二二三頁。

(8) 竹内・前掲書一二二頁。鴻ほか『株主総会(改正会社法セミナー2)』(有斐閣、昭五九)二六二頁・二六四頁〈竹内発言〉、二六五頁〈前田発言〉。西尾・前掲書一一六頁。浜田・前掲書二六一頁。上柳ほか・前掲書〈神崎〉六三九頁は、会社が有効と取扱うのに際しては、合理的な理由がないにもかかわらず恣意的な処理をすることはできないとする。

(9) 元木・前掲書三二六頁。鴻ほか・前掲書二六二頁〈河本発言〉、二六四頁〈稲葉発言〉。河本・前掲法セミ三五五号一〇六頁。大隅Ⅱ今井・前掲書七二頁。

(10) この提出の意味について、倉澤・前掲書『会社法改正の論理』一七二頁は、議決権行使は社団法的な意思表示ないしは意思の通知であるから、民法五二六条一項は類推されず、現実には書面が会社に到達した時に、会社の受領の意

思にかかわらず成立すると解する。したがって、到着している書面を出席議決権に参入しなければ、原則として決議取消原因となる。

(11) 竹内・前掲書一二二頁。河本・前掲法セミ三五五号一〇六頁。鴻ほか・前掲書二五三頁(河本発言)。西尾・前掲書一一七頁。上柳ほか・前掲書(神崎)六四〇頁。

(12) 元木・前掲書三二六頁。同・前掲商事法務一四頁。倉澤・前掲書『改正会社法詳説』八三頁。また、大隅<sup>11</sup>今井・前掲書七五頁注(一九)は、任意に取り扱うことも株主平等の原則に反しない限り差し支えないが、株主の中には法定の提出時期を過ぎたとして提出を断念するものもあり得るから、定款をもって提出時期を繰り下げることを要すると解しているようであるが、そこまでの配慮の必要性はないのではないかと考える。

(13) 河本・前掲法セミ三五五号一〇六頁は、郵送の場合には本文と同様であるが、持参の場合には前日の営業時間内と解する。しかし、通知の方法により参入可否かを左右することは適当でないのではないかと考える。

## (2) 株主の動議に対する書面投票の効力

株主総会では一定の事 regarding について決議を求めるよう株主が意思表示することが認められ、これを動議というが、これには、議事進行の動議と決議の<sup>(1)</sup>内要に関する動議がある。従来の白紙委任状では動議についても包括的に代理人に委任をすることが慣行であったが、書面投票の下では動議に対してどう対処すべきか。以下にこの二つの動議について検討を進める。

まず、議事進行の動議は、更に、議長権限に属する事項で総会が決議を得る必要性を欠くところの討議の打ち切り、休憩に関する動議と、総会が判断することを要する議長不信任、総会の延期・続行、検査役選任(商法二三七条三項、二三八条、四三〇条二項)、会計監査役の総会出席の請求(特例法一七条二項)に関する動議に分けて考察することができるが、<sup>(3)</sup>これらを決するためには、事がらの性質上、その総会に実際に出席している株主の判断に依るしかない。したがって、議事進行の動議に関しては書面投票分は欠席者として取り扱われるとの考えには、

学説上ほとんど異論が見られない状況である。<sup>(4)</sup> また、この結果、場合によっては少数の株主の出席のみによって決議が成立しても、株主の権利には影響を及ぼさない事項であるので構わないと考えられているようである。<sup>(5)</sup>

次に決議の内容に関する動議については、招集通知には会議の目的たる事項が記載されているため(商法二三三条)、これとの関係で、一般的に予見すべき範囲に限定された原案の補充・変更・修正に関してであり株主が提出できるのは修正動議に限られていると解されている。<sup>(6)</sup> 修正動議に書面によりなされた議決権行使は影響力を持ち得るかについては説が分かれる。多数説は、株主の原案賛成の書面投票は、修正案には反対とみなされ、原案反対・棄権のものは、修正案には賛成か反対かわからないから、棄権とみなされると考えるが、<sup>(7)</sup> 原案賛成・反対にかかわらず、修正案には棄権と解釈すべきとする説もかなり有力に主張されている。<sup>(8)</sup> これらの考えによれば、原案に関する決議が定足数を満たしていれば、修正案に関する決議もこれに関しては問題がなく、また、どちらにしても動議に賛成する決議が成立することはないので、会社にとっては大変都合が良い。すなわち、株主提案権の行使により招集通知にその議案が記載され(商法二三三条ノ二第二項)、その賛否が議決権行使書面をつうじて欠席株主の議決権行使の形をとらない限り、<sup>(9)</sup> けして株主提案に賛成する決議は成立しないのである。しかし、そもそも、株主は議事運営の動議と同様、書面投票時に修正案に関しては議決権を行使することは想像し得ない。また、修正案の内容によりがどんな内容かわかなければ、それを一様に修正案に関しても意思を擬制することにより、否決を確定せしめてしまうことは適當ではない。したがって、その議決権は、修正案については出席した株主の数にも参入され得ないと解するべきである。<sup>(10)</sup> また、議決権行使書面においてあらかじめ、いかなる修正案が出てても原案に賛成・反対・棄権を表示させることができる、<sup>(11)</sup> あるいは修正案については議長<sup>(12)</sup>の判断に従って議決権を行使するとの取扱を記載しておけばそれに従うことができる<sup>(13)</sup>との説もあるようであるが、修正案の内容を知らずに行う事前の投票の効力は無効であると考える。

すなわち、書面投票制度においては、書面により示された議案に対応する意思表示のみが議決権行使とみなされる制度であつて、議事進行上の動議および修正動議については、株主の投票はそれを前提としたものではあり得ず、それに及ぶとはなしえない。したがつて、決議の順序としては、まず、会社提案について最初に行ひ、それが可決するかぎり、それに抵触する修正案は成立しなかつたものと見るべきである。<sup>14)</sup> なぜならば、会社提案に關しては書面決議を行つた株主の議決権行使があるのだから、それを無視する形で、出席株主を中心とする決議の方が優先されることは不当であると考えるからである。しかし、会社提案が否決された場合、株主の修正案につき、出席株主のみにより決議がされた場合、多くの場合定足数を欠くことになり、審議さえも行うことができず決議は成立しないが、重要事項についてはそもそも多数の株主の意思が明確であることが前提でなければ決議はなし得ないとするのが妥当である。しかしそれに対し、定款により定足数を排除された場合には、少数の株主の意向にそれが任されることもあり得る。

- (1) 河本・前掲書三四九頁。
- (2) 森本・前掲書一二三頁。
- (3) 河本・前掲書三四九頁以下。
- (4) 主なものを挙げれば、稲葉・前掲書一六八頁。倉沢・前掲書『改正会社法詳説』八二頁。鈴木・大隅「新商法下の株主總會を顧みて」商事法務九八七号(昭五八)一六頁(大隅発言)。上柳ほか・前掲書(神崎)六四一頁。
- (5) 中原・前掲書二〇〇頁。これに対し、加藤・「株主の書面による議決権の行使」高島編『改正会社法の基本問題』(慶應義塾大学出版会、昭五七)一三八頁は、議事進行に關する動議には書面投票の効力は及び得ないことを認めながら、これにより少数の出席株主のみで動議が認められることがあつても、動議は濫用により不成立であるといふ。

- (6) 河本・前掲書三五〇頁注(一)。
- (7) 稲葉・前掲書一六八頁。鈴木・大隅・前掲商事法務九八七号一五頁(大隅発言)。竹内・前掲書一二三頁。上柳

ほか・前掲書〈神崎〉六四一頁。河本・前掲書三四九頁。これに対しては、修正動議について書面による議決権行使を行った株主の判断が画一的には考えられないことを理由に反対がある（森本・前掲書一二七頁等）。

(8) 竹内・前掲法教八六頁。菱田・前掲書一二三頁。森本・前掲書一二九頁。今井・「書面投票制度の二・三の問題」前掲書『商事法の解釈と展望（上柳先生還暦記念）』八四頁。浜田・前掲書二六五頁。大隅・今井・前掲書七六頁注（二一）。前田（重）・前掲書六一九頁。

(9) 加藤「株式会社における書面投票制度と動議」『現代商事法の重要問題（田中誠二先生米寿記念）』（経済法令研究会、昭和五九）九七頁は、立法論として、提案権によつて株主から提案された修正動議等により総会で審議させることを提案する。しかし、提案権行使を少数株主権としたのは株主権の濫用を防止することを目的としていることに鑑みれば、この要件を取り払うことは適當ではなく、そうであるならばこれを立法で提案権を行使した場合に限定するよりも、株主の修正動議提出権は単独株主権であるから、どちらの途を選択するかは提案株主自身に任されてよいと考える。

(10) 元木・前掲書三二七頁。同・前掲商事法務一四頁。加藤・前掲書『現代商事法の重要問題』九五頁以下。ただし、加藤・前掲書『改正会社法の基本問題』一三六頁は、少数者だけで決議をしても、権利濫用で決議不成立と考えるのであるが、特別の根拠なしに権利濫用とすることは難しいのではあるまいか（同旨・今井・前掲インベストメント一頁注（四））。

(11) 中原・前掲書一九九頁。

(12) 前田（庸）・前掲七一頁。

(13) 大隅・今井・前掲書七五頁。今井・前掲インベストメント一一頁。

(14) そう解さないと場合によっては、会社提案・修正提案に基づく決議が二つ成立することがあり得る（西尾・前掲書一〇六頁）。森本・前掲書一二七頁参照。

### (3) 動議に関する委任状について

三(2)において結論づけたように、動議については書面投票の効力は及ばないと考える場合には、会社は書面投

票のほかに、議案・修正案・議事運営に関する動議について包括的に委任するとの包括的委任状<sup>(1)</sup>、あるいは議事進行の動議に対する委任状を提出するように働きかけることによって対抗することが考えられる<sup>(2)</sup>。

議決権行使書を株主が提出したにもかかわらず、再交付された書面により更に議決権が行使された場合には、後日付けの書面が有効であり、前日付けのものは撤回されたと考えられる<sup>(3)</sup>。しかし、どちらが後日付けかわからない場合には会社によって目印を付された再交付書面による議決権行使を後日付けのものと扱ってよいと考えられる<sup>(4)</sup>。また、書面提出後に株主自身が実際に総会に出席したり、あるいは、代理人を出席させた場合には、この方が優先され、書面による議決権行使は撤回されると考えられている<sup>(5)</sup>。したがってこのことから考えれば、すでに行っている議決権行使に矛盾する内容のあらたなる委任状が代理人に発行され、代理人が出席した場合には、代理人の出席は本人の出席に代わるものと考えられ、「株主総会に出席しない株主」(特例法二条の三参照)<sup>(6)</sup>に限って認められる書面による議決権行使はその効力を失うと考えなくてはならなくなる<sup>(6)</sup>。しかし、書面投票制度は、いわゆる白紙委任状の勧誘制度の弊害を除去するために採用された制度であるから、書面投票を行うと共に勧誘を行うことは、株主を混乱させることにもなることから、会社が株主全体を対象に委任状勧誘を行ってはならない<sup>(7)</sup>。また、書面投票により一様に株主に議決権行使の機会を与えているためそれに重ねて一部の株主に対して委任状を勧誘すること自体は株主平等の原則に違反することもなく、認められるといってもよいが<sup>(8)</sup>、やはりそれを行う場合には、委任状勧誘規則が適用される。実務では、大株主に出席を要請したり、自発的に包括委任状を提出してもらっているようであり<sup>(9)</sup>、それであれば、一応問題があるとは言えない。

それに対し、理論上は、株主が行い得る委任の範囲については委任者である株主と代理人との間で任意に決定することができ、株主の書面投票に抵触しない、動議等の事項についてのみ利用される主旨の委任状は、技巧的であると批判される可能性はあるが<sup>(10)</sup>、無効とまでは言い得ないであろう<sup>(11)</sup>。場合によっては、これがかえって不

要に総会の議事・運営を混乱させ、決議の効力が争われたりする場合も考えられようが、それは会社が決議を成立させることを優先させるか、手続の簡便を求めるかの選択にかかっているであろう。

- (1) 河本・前掲法セミ三五五号一〇九頁はこのような可能性があるが、賛成できないとする。
- (2) 鈴木・大隅・前掲商事法務九八七号一六頁(鈴木発言)。門田「書面投票制度と議案の修正動議等」商事法務九六四号(昭五八)四一頁。
- (3) 神崎・前掲五一頁注(二)。大隅・今井・前掲書七四頁。
- (4) 鴻ほか・前掲書二六六頁(丸山発言)、二六八頁(稲葉発言)。
- (5) 大隅・今井・前掲書七四頁。
- (6) 倉澤・前掲書『改正会社法の論理』一六九頁。元木・前掲書三八五頁。
- (7) 稲葉・前掲書一七〇頁。
- (8) 神崎・前掲五〇頁。龍田・前掲六五頁。倉澤・前掲書『会社法改正の論理』一六八頁。元木・前掲書三八五頁。加藤・前掲書『改正会社法の基本問題』一三八頁。中原・前掲書二〇二頁。反対・浜田・前掲書二六六頁。前田(重)・前掲書六二二頁は、会社の費用で委任状勧誘を行う場合には、株主平等の原則違反の恐れを指摘する。
- (9) 藤原「書面投票制度の採用状況と将来の展望」商事法務九九五号(昭五八)一八頁以下。西尾・前掲書一〇〇頁。前田(重)・前掲書六二二頁。勧誘規則九条一号は、会社または役員のいずれでもない者が一〇名未満の被勧誘者に対して勧誘を行う場合には適用を排除している。したがって、会社では勧誘を行うのであれば、一〇名未満という点に留意しているようである(藤原・前掲一九頁)。自発的な交付であれば、この問題もない(前田(重)・前掲書六二二頁)。
- (10) 藤原・前掲一九頁。河本・前掲法セミ三五五号一〇九頁。加藤・前掲書『現代商事法の重要問題』九八頁。西尾・前掲書一一〇頁。山本・前掲二〇頁。阪埜・前掲書二二二頁。
- (11) 鈴木・大隅・前掲商事法務九八七号一六頁(鈴木発言)。森本・前掲書一三四頁以下。竹内・前掲法教八六頁。今井・前掲書『商事法の解釈と展望』九四頁は、一概に不適法とは言えないが、商法二〇三条二項、二二九条五項の類推で、会社は代理人の出席を拒否できるとする。

#### 四 おわりに

書面投票制度に関しては、これまでの会社にとって都合の良い部分に限定された決議への株主意思の導入とは異なつて、株主意思を決議に直接的に反映させる方法を簡便に認めるといふ点で高く評価されて良いと考える。株主に対して情報を公開し、株主の意見をくみ上げる努力を会社が行うことは株主総会の内外にかかわらず当然の義務であると考えられるが、特に機関としての意思決定の面に関してであれば、会議体における討議を前提として形成される総会決議のみが唯一正当なものと考えられるだけでなく、株主がそれを欲するのであれば総会の討議の過程に加わらない形で決議に参加する利益が与えられるべきであり、それが昭和五六年の改正により株主保護の見地から認知されたと考えられるべきである。この結果、全株主が書面投票を行った場合、実際に株主は皆無でも、その議決権行使は出席株主のもの<sup>(1)</sup>とみなされ、有効に決議が成立すると解されるから、そのような結果を容認する当該制度はかえつて株主総会の形骸化を促進することになるのではないか等の批判も存する<sup>(2)</sup>。しかし、以上検討したように、株主に株主たる地位に基づき意思形成への関与を確保するためには、株主総会という場所の存在は不可欠であり、ただ株主自身にその前提的合意があればそれは会議場の外へも拡張することが認められる。株主が行う白紙委任状の交付が、現在の取締役に対する信任投票として機能している面に鑑みれば、株主の意思はそこまで組み入れられるべきであることが、いままでも会社側・株主側の合意として存していた。そうであるならば、書面投票制度の法制化はそのような傾向を追認したものであり、かつ経営者に対して株主自身が自らのために行う自治的保護機能がそれによりずいぶん高まる<sup>(3)</sup>ことが予想されるのである。ただ、当該制度は株主のために設けられたものであるということが大前提であるから、当然法律では株主に決定を促すに足りると考えられる十分な情報提供はされなければならない。出席・不出席は株主の選択に任されているのと同様に、討議に

よる議決権行使を選ぶか、討議を経ずに議決権行使することを選ぶかは、株主の判断によると考えてよい。

現行法では書面投票制度は適用範囲を限定されており、定款で規定しても任意に会社が採用することはできないと一般に解されているようであり、私見もこれに賛成する。<sup>(4)</sup>だが、現行法で書面投票制度で適用会社が限定されたのは、閉鎖・同族・小規模会社では、実際上必要性が乏しく、強制すれば余分な費用がかかるためであるとされているのであり、このことから考えると、株主が一般的に株主総会に出席しにくい状況であることは会社規模によらないのであり、将来には、立法によりその適用範囲を広げていくことも、<sup>(5)</sup>任意の制度導入を認めていくことも考慮されてよいと思う。<sup>(7)</sup>

当該制度は株主利益を十分に保護するという面においては、大変画期的な制度である反面、三において検討したように議案に対する株主の意思を限定的にしか問えないという点において、すなわち動議については当日会場に参加しなければ判断のしようがないなど、不回避的な欠点を有している。しかし、異論はあろうが、株主は不出席を決めた段階からその点についての利益は放棄しているとも考えられるし、会社提案について否決が決定しているならば、株主の会社に対する信任は破棄されていると考えてよい。したがって、出席している株主の意向によることが、株主総会の本則であり、株主が既に通知をうけている議案以外の問題においても欠席株主の意思をくみ取るならば、かえって書面投票制度は、虚構に陥るのではなからうか。

(1) 奥島・前掲一三二頁。神崎・前掲四九頁。

(2) 今井・前掲書『議決権代理行使の勧誘』一一頁。加藤・前掲書『議決権代理行使の研究』六二頁。竹内・前掲法教八五頁。木内「株主総会は虚構か」白門三九卷三号(昭六二)三三二頁。

(3) 前田(重)・前掲書六二六頁以下は、株主総会の審議の結果が株主に開示され得ない点が同制度の欠点であり、イギリスのガウアーの提唱する、株主総会では専ら審議のみを行い、審議結果を株主に開示し、一定期間を置いて賛否を郵便によって投票するという案を支持している。同旨・浜田・前掲書二七〇頁。

- (4) 元木・前掲書三二七頁。
- (5) 竹内・前掲書一一五頁。大隅||今井・前掲書六九頁。さらに、小山ほか『改正商法の実務解説』（商事法務研究会、昭五六）一〇五頁は、株主数一〇〇〇人以上との基準は、東京証券取引所の株式上場廃止基準（二条）を参考にしたものだとする。
- (6) 「商法・有限会社法改正試案（昭和六一年五月一五日、法務省民事局）」は、書面投票をすべての会社・有限会社で認めるとしている（二21a）。
- (7) 浜田・前掲書二六六頁は、現行法上も定款により同制度を採用する余地があり得るとするが、もし、採用するとしてもそれを認める立法が必要となると考える（中原・前掲書一九五頁）。

（平成八年九月一七日脱稿）