

商法教授方法に関する研究手帖 (7)

浅 木 慎 一

第1帖 「商」の概念

第1章 商法の意義

第2章 商法の法源 (以上、金沢法学 51 巻 1号)

第3章 商人の概念

第4章 会社の概念 (以上、金沢法学 51 巻 2号)

第5章 株式の概念

第2帖 「商」への参入

第1章 企業形態の選択

第2章 企業の立上げ 総論 (以上、金沢法学 52 巻 1号)

第3章 株式会社の設立 (以上、金沢法学 52 巻 2号)

第4章 持分会社の設立

第5章 企業施設の整備

第6章 企業情報の公示

第3帖 「商」の管理・運営

第1章 会社を除く商人の営業の管理・運営 (以上、名城法学 60 巻 1～4号)

第2章 株式会社による株式・株主の管理

1. 株主名簿

1 - 1. 株主名簿の意義

1 - 2. 株主名簿の作成・備置き

1 - 3. 株主名簿の閲覧・謄写

1 - 4. 株主名簿に基づく株主に対する通知・催告等

1 - 4 - 1. 通知・催告に係る免責

1 - 4 - 2. 所在不明株主の株式の競売等

2. 株式の譲渡

研究ノート

- 2 - 1. 株式の譲渡の意義
- 2 - 2. 株式の譲渡の自由
 - 2 - 2 - 1. 原則
 - 2 - 2 - 2. 自由譲渡制の制度の変遷
- 2 - 3. 株式の譲渡方法——会社法の定める原則
 - 2 - 3 - 1. 株券発行会社の場合
 - 2 - 3 - 1 - 1. 効力要件
 - 2 - 3 - 1 - 2. 善意取得
 - 2 - 3 - 1 - 3. 株券発行前の譲渡 —— 株券が遅滞なく発行される場合
 - 2 - 3 - 1 - 4. 株券発行前の譲渡 —— 株券が長期間発行されない場合
 - 2 - 3 - 2. 株券不発行会社の場合——効力要件
 - 2 - 3 - 3. 株式譲渡の対抗要件と株主名簿書換手続
 - 2 - 3 - 3 - 1. 株券発行会社の場合
 - 2 - 3 - 3 - 2. 株券不所持制度
 - 2 - 3 - 3 - 3. 株券不発行会社の場合
 - 2 - 3 - 4. 「譲渡」と「移転」
- 2 - 4. 名義書換えの効果
 - 2 - 4 - 1. 概説
 - 2 - 4 - 2. 名義書換未了の株式取得者の地位
 - 2 - 4 - 3. 失念株の処理
- 2 - 5. 基準日
- 2 - 6. 株式の共有と権利の行使
- 2 - 7. 株式振替制度
 - 2 - 7 - 1. 沿革
 - 2 - 7 - 2. 振替対象株式
 - 2 - 7 - 3. 振替機関、口座管理機関、加入者
 - 2 - 7 - 4. 振替口座簿
 - 2 - 7 - 5. 振替株式の譲渡
 - 2 - 7 - 6. 振替株式の善意取得
 - 2 - 7 - 7. 会社に対する権利の行使方法
- 2 - 8. 株式の譲渡制限

- 2 - 8 - 1. 緒言
- 2 - 8 - 2. 譲渡制限を定める手続
- 2 - 8 - 3. 譲渡制限株式の譲渡手続
 - 2 - 8 - 3 - 1. 譲渡人側が承認を求める場合
 - 2 - 8 - 3 - 2. 譲受人側が承認を求める場合
- 2 - 8 - 4. 承認のない譲渡・取得の効力
- 2 - 8 - 5. 相続人等に対する売渡請求
- 2 - 8 - 6. 契約による株式譲渡制限
- 2 - 8 - 7. 特別法による株式譲渡制限
- 3. 株式の担保化
 - 3 - 1. 株式担保化の態様
 - 3 - 2. 株券発行会社の株式の担保化
 - 3 - 2 - 1. 略式株式質
 - 3 - 2 - 2. 登録株式質
 - 3 - 2 - 3. 株式譲渡担保
 - 3 - 3. 株券不発行会社の株式の担保化 —— 会社法の定め
 - 3 - 4. 振替株式の担保化
 - 3 - 5. 担保権の効力
 - 3 - 5 - 1. 物上代位権の効力の及ぶ範囲
 - 3 - 5 - 2. 物上代位権の行使
 - 3 - 5 - 3. 物上代位と優先弁済
 - 3 - 6. 担保権と共益権
- 4. 株式の信託の設定
- 5. 自己株式の取得と親会社株式の取得
 - 5 - 1. 自己株式の取得
 - 5 - 1 - 1. 意義
 - 5 - 1 - 2. 法政策の変遷
 - 5 - 1 - 3. 弊害への対処 —— その基本政策
 - 5 - 2. 取得の規制
 - 5 - 2 - 1. 会社法 155 条の観察
 - 5 - 2 - 2. 株主との合意による取得
 - 5 - 2 - 2 - 1. 不特定株主からの取得
 - 5 - 2 - 2 - 2. 特定株主からの取得

研究ノート

- 5 - 2 - 2 - 3 . 子会社からの取得
- 5 - 2 - 2 - 4 . 市場取引・公開買付けによる取得
- 5 - 2 - 3 . 個別的制度に基づく取得
 - 5 - 2 - 3 - 1 . 取得請求権付株式の取得
 - 5 - 2 - 3 - 2 . 取得条項付株式の取得
 - 5 - 2 - 3 - 3 . 全部取得条項付種類株式の取得
 - 5 - 2 - 3 - 4 . 組織再編にともなう自己株式の取得
 - 5 - 2 - 3 - 5 . 単元未満株式の買取り
 - 5 - 2 - 3 - 6 . 端数処分による買取り
 - 5 - 2 - 3 - 7 . 法務省令で定める場合における自己株式の取得
 - 5 - 2 - 3 - 8 . 補遺
- 5 - 3 . 違法な自己株式取得の効果
 - 5 - 3 - 1 . 平成 6 年 (1994 年) 改正前
 - 5 - 3 - 2 . 現行法下における手続規制違反
 - 5 - 3 - 3 . 現行法下における財源規制違反
 - 5 - 3 - 4 . 財源規制違反の自己株式取得の後始末
- 5 - 4 . 自己株式の法的地位
- 5 - 5 . 自己株式の消却および処分
 - 5 - 5 - 1 . 自己株式の消却
 - 5 - 5 - 2 . 自己株式の処分
- 5 - 6 . 子会社による親会社株式の取得
 - 5 - 6 - 1 . 子会社による取得の禁止
 - 5 - 6 - 2 . 例外的な取得の許容
 - 5 - 6 - 3 . 子会社が有する親会社株式の法的地位
 - 5 - 6 - 4 . 子会社が有する親会社株式の処分
- 6 . 単位としての株式の大きさの調整
 - 6 - 1 . 株式の併合
 - 6 - 1 - 1 . 意義
 - 6 - 1 - 2 . 併合の自由
 - 6 - 1 - 3 . 併合の手続
 - 6 - 2 . 株式の分割
 - 6 - 2 - 1 . 意義
 - 6 - 2 - 2 . 分割の自由

- 6 - 2 - 3 . 分割の手續
- 6 - 3 . 株式無償割当て
 - 6 - 3 - 1 . 意義
 - 6 - 3 - 2 . 無償割当ての手續
- 6 - 4 . 併合・分割・無償割当ての瑕疵
 - 6 - 4 - 1 . 併合の瑕疵
 - 6 - 4 - 1 - 1 . 手續違反
 - 6 - 4 - 1 - 2 . 不当な併合
 - 6 - 4 - 2 . 分割の瑕疵
 - 6 - 4 - 3 . 無償割当ての瑕疵
 - 6 - 4 - 3 - 1 . 手續違反
 - 6 - 4 - 3 - 2 . 不当な無償割当て
- 6 - 5 . 単元株の調整
- 7 . 種類株主間の利益調整
 - 7 - 1 . 緒言
 - 7 - 2 . 会社法 322 条 1 項柱書
 - 7 - 3 . 決議を要する会社の行為
 - 7 - 4 . 定款による決議の排除
- 8 . 株式買取請求権
 - 8 - 1 . 意義
 - 8 - 2 . 買取請求権が認められる場合
 - 8 - 3 . 手續
 - 8 - 4 . 株式買取請求に応じて株式を取得した者の責任

第2章 株式会社による株式・株主の管理

1. 株主名簿

1-1. 株主名簿の意義

「株主名簿」は、株主およびその有する株式に関する事項（株券発行会社にあつては、株券に関する事項も）を明らかにするため、会社法の規定に基づき、作成が義務づけられている帳簿または電磁的記録である（会121）。これは、事業上の財産および損益の状況を明らかにするために作成されるものではないから、当然に会計帳簿（会432以下）ではない¹。本章以下の各所で述べるように、株式会社は、株主名簿によって、多数のしかも絶えず変動する株主との法律関係を処理することができるのである。

1-2. 株主名簿の作成・備置き

株主名簿には、株主の氏名・名称および住所、各株主の有する株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）、

株主が株式を取得した日、株券発行会社である場合には、各株主の有する株式（株券が発行されているものに限る）に係る株券番号、を記載・記録しなければならない（会121）。これらを「株主名簿記載事項」という。その他、質権の登録（会148）、信託財産に属する旨の表示（会154の2）、株式共有の場合の権利行使者（会106参照）などが、法の規定に基づき、あるいは会社の便宜のため、記載・記録される。記載・記録すべき事項を記載・記録しなかったり、虚偽の記載・記録をした場合には、一定の役員・株主名簿管理人等に過料の制裁が課せられる（会976）。

会社は、「株主名簿管理人（会社に代わって株主名簿（株券発行会社においては、株券喪失登録簿を含む——株券喪失登録制度については、第4

1 北澤正啓『会社法（第6版）』（青林書院・2001年）194頁参照。

帖下の巻で記述の予定)の作成・備置きなど、これに関する事務を行う代理人)」を置く旨を定款で定め、株主名簿に関する事務を行うことを委託することができる(会 123)。株主名簿管理人は、平成 17 年(2005 年)会社法制定前は、「名義書換代理人」と称されていた(同年改正前商 206 参照)。名義書換代理人は、昭和 25 年(1950 年)の商法改正により、各取引所所在地などにこれを置いて株式取得者の名義書換えを容易にするため、株主保護の一環として認められた制度であるが、会社の事務合理化のためにも活用されるようになり、また、この設置が証券取引所の上場基準の 1 つとなった²。現在も、株主名簿管理人の設置は、金融商品取引所の上場基準の 1 つである(東京証券取引所・有価証券上場規程 423)。なお、株主名簿管理人は、新株予約権原簿(会 249)に関する事務も併せ行う(会 251)。株主名簿管理人の資格はとくに法定されていないが、信託銀行または専業の証券代行会社がこれに指定されることが多い³。

会社は、株主名簿を、その本店に、株主名簿管理人がある場合にはこの者の営業所に、備え置かなければならない(会 125)。この備置義務に反したときは、一定の役員・株主名簿管理人等に過料の制裁が課せられる(会 976)。

株主名簿に株主として氏名・名称を記載・記録された株主は、会社に対し、当該株主についての株主名簿に記載・記録された株主名簿記載事項を記載した書面の交付またはこれを記録した電磁的記録の提供を請求することができる(会 122)。会社の提供に係る上記の書面・電磁的記録には、代表取締役(委員会設置会社にあつては代表執行役)による署名・記名押印あるいは電子署名がなされなければならない(会 122)。かかる規定の趣旨は、株券不発行会社において、株式が譲渡される際に、売主が株主であるかを譲受人が確認するための手段を与えることにある⁴。した

2 同前 199 頁。

3 江頭憲治郎『株式会社法(第 3 版)』(有斐閣・2009 年)195 頁脚注(3)参照。

4 青竹正一『新会社法(第 3 版)』(信山社・2010 年)112 頁。

がって、この規定は、株券発行会社については適用がない（会 122 ）。

1 - 3. 株主名簿の閲覧・謄写

株主および会社債権者は、会社の営業時間内は、いつでも、請求の理由を明らかにして、書面をもって作成された株主名簿の閲覧・謄写の請求、電磁的記録をもって作成された株主名簿の記録事項を法務省令で定める方法により表示したもの（会施規 226 ）の閲覧・謄写の請求、をすることができる（会 125 ）。閲覧・謄写の請求があったとき、会社は、会社法 125 条 3 項各号所掲の拒否事由に該当する場合を除き、これを拒むことができない。拒否事由は、以下のとおりである。当該請求を行う株主または会社債権者（以下、請求者と表記）が、その権利の確保または行使に関する調査以外の目的で請求を行ったとき、請求者が、当該会社の業務の遂行を妨げ、または株主の共同の利益を害する目的でこれを行ったとき、請求者が、当該会社の業務と実質的に競争関係にある事業を営み、またはこれに従事するものであるとき、請求者が、株主名簿の閲覧または謄写によって知りえた事実を、利益を得て第三者に通報するためにこれを行ったとき、請求者が、過去 2 年以内において、株主名簿の閲覧・謄写によって知りえた事実を、利益を得て第三者に通報したことがあるものであるとき、である。

平成 17 年（2005 年）会社法制定前にあつては、会社がこれらの者からの閲覧・謄写請求を拒否できる場合に関し、商法中に明文の規定は存在しなかったが、最高裁は、株主の株主名簿の閲覧・謄写の請求が不当な意図・目的によるものなど、その権利を濫用するものと認められる場合には、会社は株主の請求を拒否できるとしていた（最判平成 2 年（1990 年）4 月 17 日判時 1380 号 136 頁）。もっとも、閲覧・謄写を求めるときには、請求者の側において正当な理由があることの立証を要しないものとされ（大判昭和 10 年（1935 年）5 月 31 日判決全集 2 輯 984 頁）、会社の側において請求者の不当目的を立証することを要すると解されていた⁵。以上に対し、会社法 125 条 2 項は、閲覧・謄写を請求する側に請求の理由を明示する義

務を負わせるとともに、同条 3 項において、会社の側に法定の請求拒否事由の立証責任を負わせることとしている。請求者の側に請求理由の開示を強制することは、これを手掛かりに会社側に請求拒否事由が存在するか否かを判断せしめる趣旨によるものであろう⁶。会社法 125 条 3 項各号に列挙された拒否事由は、同 433 条 2 項各号に列挙された会計帳簿の閲覧・謄写請求の拒否事由と同様であるが、志谷匡史 (1958 ~) は、両者を同じ規整下に置くことが妥当か否か、必ずしも定かではないように解されると指摘している⁷。

親会社の株主・社員も、その権利を行使するため必要があるときは、裁判所の許可を得て、子会社の株主名簿の閲覧・謄写を求めることができる (会 125 前段)。この規定は、親会社の株主・社員の権利を保護するため、平成 11 年 (1999 年) 改正によって追加された同年改正後商法 263 条 4 項 (平成 17 年 (2005 年) 会社法制定前にあっては、同条 7 項) の後継規定であるが、会社法においては、この場合にも、請求の理由を明らかにすることを要求している (会 125 後段)。親会社の株主・社員による請求について、株主・会社債権者による請求の場合と同様の拒否事由があるときは、裁判所は、許可をすることができない (会 125)。

1 - 4. 株主名簿に基づく株主に対する通知・催告等

1 - 4 - 1. 通知・催告に係る免責

会社による株主に対する通知・催告は、株主名簿に記載・記録された株主の住所 (または当該株主が会社に別に通知した場所・連絡先) に宛てて発すれば足り (会 126)、実際の住所または場所・連絡先がそれらと違っていても、会社は免責される⁸。また、その通知・催告は、延着したり到

5 大隅健一郎：今井宏『会社法論上巻 (第 3 版)』(有斐閣・1991 年) 404 頁。

6 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 2 巻』(中央経済社・2008 年) 206 頁 [志谷匡史]。

7 同前 [志谷匡史]。

8 青竹・注 (4) 前掲 115 頁。

達しなかった場合でも、会社が過失によって株主の住所等を誤記したような場合を除き⁹、通常到達すべきであった時に到達したものとみなされる(会 126)。上の住所または場所・連絡先に宛てて発した通知・催告が5年以上継続して到達しない場合には、以後、会社は当該株主に対する通知・催告をすることを要しないこととなり(会 196)、当該株主に対する会社の義務の履行の場所は、会社の住所地(本店所在地)となる(会 196)。この通知・催告の省略は、会社事務の簡素化のため、昭和 37 年(1962 年)の商法改正によって認められたものである¹⁰。同年改正後商法 224 条ノ 2 がそれであった。

以上のことは、登録株式質権者についても同様である(会 196)。

1 - 4 - 2. 所在不明株主の株式の競売等

株主に対する通知・催告が継続して5年以上到達しなかったため、会社が当該株主に対する通知・催告をなすことを免れたとしても、当該株主が株主としての地位を失うわけではないから、会社は依然として、当該株主(所在不明株主)に係る管理コストを負担し続けなければならない。そこで、会社にこの負担を免れさせると共に、以後の会社事務をいっそう簡素化させることを主たる目的に、平成 14 年(2002 年)商法改正に際し、商法 224 条ノ 4 および同 224 条ノ 5 として、所在不明株主の株式の競売等に関する規定が追加された¹¹。今日、これらの規定は、会社法 197 条および同 198 条に承継されている。

まず、上に述べた会社法 196 条 1 項の規定により、株主名簿に記載・記録された株主に対する通知・催告を要しない株式であって¹²、かつ、

9 北澤・注(1)前掲 195 頁。

10 同前。

11 同年改正後商法 224 条ノ 6 として、所在不明株主の端株の競売等に関する規定も設けられていた。

12 加えて、会社法 294 条 2 項に基づき、通知・催告をすることを要しない株式も対象となる。すなわち、取得条項付新株予約権(会 273)を会社が取得し、その対価として当該会社の株式が交付されるにもかかわらず、無記名式の新株

当該株式の株主が継続して5年間剰余金の配当を受領していないもの、については、会社は、当該所在不明株主の株式を競売に付することができる(会197)。5年間剰余金の配当を受領しない株式であることを要するのは、この競売が、所在不明株主の意思に係わらず会社がこれを処分するものであることから、所在不明であってもなお株主として権利行使をする意思を有している者のそれまで売却してしまうのは不合理との配慮から設けられた要件である¹³。この要件は、会社が剰余金の配当をしたにも拘わらず受領されなかった場合のほか、無配である場合にも満たされる¹⁴。なお、対象株式につき登録株式質権者がある場合には、当該登録株式質権者についても、上記 および の要件が満たされることを要する(会197)。ただし、上記の要件を満たす株式であっても、対象株式が株券喪失登録がなされた株券に係る株式であれば、会社はこれを処分することを許されない(会230)。株券喪失登録者は、株主として権利行使をする意思を有すること、明らかなからである。

上述の競売手続が原則であるが、要件を満たす対象株式につき、会社は、競売に代えて、市場価格のある株式については、市場価格として法務省令により算定される額をもって、市場価格のない株式については、裁判所の許可を得て、競売以外の方法で、それぞれこれを売却することができる(会197 前段)。 の場合、会社法施行規則38条がその算定方法を定めている。すなわち、(ア)市場において行う取引により売却する場合には、その取引によって売却する価格であり、(イ)それ以外の方法により売却する場合には、売却する日における当該株式についての最終取引価格、当該株式が公開買付けなどの対象であるときの公開買付けなどに係る契約における当該株式の価格、のうち、いずれか高い額とされる。 の場合、

予約権証券が会社に提出されない場合である。この場合にも、会社は、当該株式の株主となる者を把握しえないので、当該株式に係る株主に対する通知・催告をすることを要しないとされている。

13 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第3巻』(中央経済社・2009年)48頁【前田雅弘】参照。

14 江頭・注(3)前掲202頁脚注(12)。

この許可の申立ては、取締役が2人以上あるときは、その全員の同意によつてしなければならない(会197 後段)。

さらに会社は、売却対象株式の全部または一部を自ら買い取ることができ(会197 前段)。所在不明株主の株式を競売以外の方法で売却するときは、買受人を容易に見出せない事態がありうるからである¹⁵。会社による買取りは、自己株式取得の1態様であるが(本章5-2-1)、もとより許容される(会155)。この場合には、自己株式取得の手續規制・財源規制に従うことを要する。すなわち、会社は、買い取る株式の数(種類株式発行会社にあつては、買い取る株式の種類および種類ごとの数)、買取りと引換えに交付すべき金銭の総額、を定めなければならない(会197 柱書後段)。その決定は、取締役会設置会社においては、取締役会の決議によらなければならない(会197)。ただし、委員会設置会社においては、この決定を執行役に委任できる(会416 柱書本文)。取締役会非設置会社においては、通常の業務執行手續による(会348 ~ 参照)。会社の財源による制約は、会社の買取りによつて交付する金銭の帳簿価額の総額が当該買取りの効力発生日の分配可能額を超えることができず(会461)、買取りをした事業年度末に分配可能額がマイナスになってはならない(会465 参照)。

競売代金・売却代金は、当該所在不明株主に交付されなければならないが、現実には供託による他ないであろう(民494)。これによつて、当該所在不明株主は、株主たる地位を失う。上述の、所在不明株主の株式の会社による処分は、会社が株主管理コスト節減のために行う措置であるから、これに要する費用は、会社の負担となる¹⁶。

上述の手續によつて株式を処分するには、会社は、当該株式についての株主その他の利害関係人が3ヵ月を下らない一定の期間内に異議を述べる事ができる旨、その他法務省令で定める事項を公告し、かつ、当該株式

15 酒巻：龍田編・注(13) 前掲49頁 [前田雅弘] 参照。

16 同前49-50頁 [前田雅弘]。

の株主およびその登録株式質権者には、株主名簿に記載・記録された住所または場所・連絡先に宛て、各別に催告を発しなければならない(会 198)。会社法施行規則 39 条によれば、公告すべきその他の事項は、当該株式を競売または売却をする旨、当該株式の株主として株主名簿に記載・記録された者の氏名・名称および住所、当該株式の数(種類株式発行会社にあつては、当該株式の種類および種類ごとの数)、ならびに、株券が発行されているときは当該株券番号、である。所在不明株主等に対する、その資格を奪う前の最後の救済措置である。異議申立期間内に異議がなければ、当該対象株式に係る株券は、無効となる(会 198)。

2. 株式の譲渡

2-1. 株式の譲渡の意義

「株式の譲渡」とは、法律行為によって株主の法律上の地位である株式を移転することである。これによって、既存の株主が株主たる地位に基づいて会社に対して有する一切の法律関係、したがって自益権も共益権も、一括して譲受人に移転することになる¹⁷。ただし、株主総会または取締役会の決議(会 454、459)によって確定・具体化した剰余金配当請求権のような権利は、もはや株式に含まれないから、株式が譲渡されても当然には譲受人に移転するものではない。いずれにせよ、これが、株主の交替の最も一般的な形態である。

2-2. 株式の譲渡の自由

2-2-1. 原則

株主は、その有する株式を原則として自由に他人に譲渡することができる(会 127)。株主が自由にその株式を譲渡して投下資本の回収をなするという、株式の譲渡の自由は、株主有限責任の原則と相俟って、株式会

17 北澤・注(1) 前掲 201 頁、大隅：今井・注(5) 前掲 415 頁。

社における大衆資本の集中を可能ならしめる要因として、経済的に株式会社最大の特色をなしている。のみならず、法律的に観ても、それは持分会社に対する株式会社の最も重要な特徴の1つであって、株主に退社（会606参照）の制度が認められないことに対する代償をなすものともいえる。すなわち、株主は持分会社の社員のように退社によって会社関係から離脱することができない代わりに、株式を譲渡することにより、何時にても会社関係から離脱することが認められなければならない¹⁸。また、わけても公開会社においては、株主の個性が重視されないため、株主が交替しても会社の運営に大きな支障を来さない。これまた、株式の譲渡の自由を認める理由の1つである。

以上の理を、龍田節は、あらゆる体系書中、最も平易な表現で以下のように説いている。すなわち、株主はいつでも資金を回収できると思うから株式に投資するのであり、譲渡が難しいなら投資をためらう人が多いだろう。広く株主を集める上でこの点が重要である。大きな会社では所有と経営が分離しており、一般の株主は会社の経営に不満なとき、株主の権利を行使して是正に努める代わりに株式を売却する。それができなければ会社に封じ込められてしまう。株式の自由譲渡性は株主の基本的な利益にかかわる¹⁹。

2 - 2 - 2. 自由譲渡制の制度の変遷

立法当初の商法149条は、「定款ニ別段ノ定ナキトキハ」株式の自由な譲渡を保障するという法政策を採った。この法政策は、昭和13年（1938年）改正後商法204条1項に承継され、「株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得但シ定款ヲ以テ其ノ譲渡ノ制限ヲ定ムルコトヲ妨グズ」と規定された。これは、同族会社、合弁会社などのように、株主の個性が重要性を持ち、したがって好ましくない者が株式を譲り受けて株主となっては困る閉鎖的

18 以上、大隅：今井・同前 415 - 416 頁。

19 龍田節『会社法大要』（有斐閣・2007年）230頁。

な会社の需要に応える政策であったものと思われる²⁰。

しかし、昭和 25 年 (1950 年) の改正商法は、株主の地位の強化の一環として、株主の投資者としての利益を保護し、株主に投下資本回収の可能性を保障するため、株式の自由譲渡性を強行法化し、株式の譲渡は定款の定めによっても禁止しまたは制限しえないものとした²¹。すなわち、同年改正後商法 204 条 1 項は、「株式ノ譲渡ハ定款ノ定ニ依ルモ之ヲ禁止シ又ハ制限スルコトヲ得ズ」と改正されたのである。この結果、株式会社における好ましくない者の会社参加の妨止は、有限会社に組織変更する (旧有 64) か、株主相互間の契約、特定人 (たとえば、支配株主) と個々の株主の間の契約、または会社と個々の株主の間の契約による他なくなった²²。

昭和 41 年 (1966 年) の改正商法は、閉鎖的な会社の需要に応じ、昭和 25 年 (1950 年) の改正法の厳格な態度を改め、定款による株式の譲渡制限を認めた。しかし、同年改正法は、株主に投下資本回収の可能性を保障するため、昭和 25 年の改正前とは異なり、譲渡制限の内容を法定し、会社が定款で株式の譲渡に取締役会の承認を要する旨を定めることによって、取締役会に株式の譲渡を承認するか先買権者を指定する権限を留保することを認めたにとどまる²³ (昭和 41 年改正後商 204 条 2 項、204 ノ 2)。なお、この改正は、資本自由化にともなう外資の乗っ取り防止を直接の契機とするものであったが、繰り返し述べるように、圧倒的多数を占める閉鎖的な株式会社の需要に応える意味を無視しえないものであった²⁴。

上の法構造は、平成 17 年 (2005 年) 会社法制定まで、基本的に維持されたが、会社法制定後は、株式の譲渡の原則自由を定めた同年改正前商法 204 条 1 項本文が会社法 127 条に承継され、定款による株式譲渡制限の制度は、譲渡制限株式 (第 1 帖第 5 章 10 - 2、11 - 2 - 3) という制度とし

20 北澤・注 (1) 前掲 203 頁参照。

21 同前参照。

22 同前。

23 同前参照。

24 龍田・注 (19) 前掲 230 - 231 頁参照。

て承継された。

2-3. 株式の譲渡方法 ―― 会社法の定める原則

2-3-1. 株券発行会社の場合

2-3-1-1. 効力要件

株券発行会社（第1帖第5章3-5-8）における株式の譲渡は、当該株式に係る株券を譲受人に交付しなければ、その効力を生じない（会128本文）。ただし、自己株式の処分（会社から募集株式の引受人に対してする株式の譲渡）については、会社法209条にその効力発生時期に関する特別の定めがあるので、株券交付は、この場合に限って例外的にその効力要件ではない（会128 ただし書）。

株券の交付は、通常は現実の引渡し（民182）によってされるが、簡易引渡し（民182）、占有改定（民183）、または指図による占有移転（民184）でもよい²⁵。

株券発行会社であっても、株券の発行がされていない場合があるが（会215、217）、株式譲渡の際には、株主は、会社に対し、株券の発行を請求しなければならない²⁶。そのうえで、株券の交付により、当該株式を譲渡しなければならない。

2-3-1-2. 善意取得

株券の占有者は、当該株券に係る株式についての権利を適法に有するものと推定されるから（会131）、すなわち株券の占有者は権利者たることの推定を受けるから、その占有者から、株式の譲受け・質受け等のために株券の交付を受けた者は、占有者がたとえ無権利者であったとしても、そのことにつき善意無重過失であれば、当該株券に係る株式についての権利を取得する（会131）。有価証券たる株券の善意取得である。有価証券の善意取得に関しては、後に詳述することとする（第4帖下の巻を予定）。

25 青竹・注(4) 前掲117頁。

26 江頭・注(3) 前掲209頁。

2-3-1-3. 株券発行前の譲渡 —— 株券が遅滞なく発行される場合
会社法 128 条 2 項は、「株券の発行前にした譲渡は、株券発行会社に対し、その効力を生じない。」と規定している。この規定は、株券発行が原則であった平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 204 条 2 項の後継規定であり、その文理上の表現をそのまま承継している (同条同項は、昭和 13 年 (1958 年) 改正によって設けられた規定である。この点、会社法 128 条 2 項の表現は、会社法制定を契機に、「会社に対抗することができない」との表現に改められた権利株 (第 2 帖第 3 章 4-4-4-5) の譲渡制限の規定 (会 63、208) とは異なっている)。

商法旧 204 条 2 項の譲渡制限の目的は、過去の一部学説および最高裁の古い判例 (最判昭和 33 年 (1958 年) 10 月 24 日民集 12 卷 14 号 3194 頁) のように、株券発行前の株式譲渡の方式に一定したものがないことによる法律関係の不安定を除去し、会社株主間の権利関係の明確かつ画一的処理により法的安定を図ることにあるよりは、むしろ、通説および最高裁のその後の判例 (最判昭和 47 年 (1972 年) 11 月 8 日民集 26 卷 9 号 1489 頁) のように、株券発行前に株主が交代する場合に生じる株券発行事務の渋滞を防止し、株券の発行が円滑かつ正確に行われるようにすることにあるというべきであると解されていた²⁷。権利株の譲渡制限 (第 2 帖第 3 章 4-4-4-5) が、投機の濫用を防ぎ、会社設立の安固を図るという実質的目的をも有しているのに対し、株券発行前の株式譲渡の制限は、上のような、いわば技術的理由によるものにすぎないと解されていたのである²⁸。かかる商法旧 204 条 2 項の立法目的は、会社法 128 条 2 項においても、同様であると解してよからう。

会社法 128 条 2 項は、株券発行前の株式の譲渡が、「会社に対し」効力を生じないと規定しているから、これを素直に読めば、文理上、当事者間ではその譲渡は有効となるはずである²⁹。しかし、そうであるとすれば、

27 北澤・注 (1) 前掲 213 頁。

28 大隅：今井・注 (5) 前掲 437 頁参照。

株券が存在しない段階では、もとよりその交付は不可能であるから、譲渡はもっぱら意思表示によらざるをえないことになるが、これを株券の交付を株式譲渡の効力要件とする同 128 条 1 項との間でどう捉えればよいかが問題となる。

青竹正一は、株券発行前に意思表示のみで株式を譲渡しても、当事者間に債権的拘束力が生じるにとどまると説き、株券発行会社であって非公開会社の株主が株券の発行を請求していない場合（会 215 参照）も同様であるとしている³⁰。この主張は、商法旧 204 条 2 項の下で、江頭憲治郎が説いたところの、株券未発行の株式につき株主が締結した譲渡契約は、当事者間に債権的な効力は発生させるが、会社との関係でも、また当事者間においても、譲渡の効力を生じさせない³¹とする考え方と同じ趣旨に出たものであろうか。このような考え方によれば、純理論上は、株券発行前になされた株式の譲渡を、会社から自発的に認めることはできないということになりそうである。「対抗することができない」にすぎないのであれば、会社が、当事者間のかかる債権契約を認めて、任意に譲受人を株主として扱うこともできようが、「効力を生じない」という以上、そのようなことはできないと解する他ないからである。ただ、上に述べたような会社法 128 条 2 項の立法目的（技術的理由から譲渡制限を設けたにすぎない）に照らせば、このような結果は、必ずしも妥当ではないともいえる。たとえば、かつて北澤正啓は、商法旧 204 条 2 項に関し、その立法目的に照らせば、権利株の譲渡（平成 17 年（2005 年）改正前商 190、280 ノ 14）の場合と同様に、「会社に対して効力を生じない」という表現にかかわらず、会社が株券発行前の株式の譲渡を自発的に認めることは差し支えないといふべきであると主張していた³²。

29 龍田・注 (19) 前掲 231 頁参照。

30 青竹・注 (4) 前掲 118 頁。

31 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第 4 版）』（有斐閣・2005 年）207 頁。江頭は、会社法の下でも同様の考え方を維持している（江頭・注 (3) 前掲 220 頁）。

32 北澤・注 (1) 前掲 214 頁。

上の問題に関し、会社法が制定されたことによって、株式譲渡制度全体の法構造が大きく改められたことに着目し、その観点から、株券発行前の株式譲渡の法理の再構築を試みたのが北村雅史である。およそ、以下のようなものである。

平成 17 年 (2005 年) 改正前にあつては、株券発行が原則であつたから、株券発行前の株式譲渡は、条文上、株式譲渡自由の原則 (同年改正前商 204) に対する例外の 1 つという位置づけであつた (同年改正前商 204)。これに対し、株券不発行を原則とする会社法にあつては、株式は意思表示のみで譲渡できるとの前提の下、株券の交付を株券発行会社に特有の譲渡方法であるとしたうえで (会 128)、株券発行前には株式譲渡が会社に対して効力を生じないとしている (会 128)。すなわち、会社法 128 条 1 項は、株券が発行されている場合の特則であり、株券が発行されていない場合は、原則に戻つて意思表示のみによって株式譲渡を行うことができるが、株券発行事務の渋滞防止の観点から同条 2 項において、株券発行会社に対して譲渡の効力が及ばないとされているのである³³。

上の構成によって、北村によれば、株券発行前であっても、当事者間においては、有効に株式を譲渡でき、会社を除く第三者 (たとえば、譲渡人または譲受人の債権者) との関係でも、当該株式は実質的に譲受人の財産となり、譲受人は、株式譲渡の事実をもって第三者に対抗できる (会 130 参照) と解する。そして、株券は会社から譲渡人に対して発行される。すでに意思表示による譲渡によって株式は譲受人に移転しているものの、会社に対する関係では未だ株式譲渡の効力が生じていないので、会社は譲渡人に対して株券を交付することになるが、彼は、この譲渡人に対する株券交付をもって、会社に対する関係でも株式譲渡の効力が生じると解する。株券を交付された譲渡人は、すでに無権利者となっているから、この者は当該株券を株主たる譲受人に引き渡さなければならない。株券の引渡しを

33 以上、酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 239 - 240 頁 [北村雅史]。

受けた譲受人は、これを会社に提示のうえ、株主名簿の名義書換えを請求できる（会 133 、会施規 22 ）。そうであるとすれば、会社が株券発行時において譲受人を株主と認めてこれに株券を発行し、名義書換えを行うという簡略化した手続も認めてよいと解されると述べている³⁴。

結論から述べれば、上の構成には賛成できない。彼は、上の場合に、譲受人は株式譲渡の事実をもって第三者に対抗できると述べる。もちろん、会社法 128 条 2 項は、株券が遅滞なく発行されることを前提とした規定であるが、そうであるとしても、株券発行前に株式が二重譲渡されたような場合、譲受人相互の対抗問題を上の構成では解決できないのではなかろうか。

株券発行前の株式譲渡は、会社法 128 条 2 項によれば、会社に対する関係では、株券発行を停止条件とする株式譲渡契約に等しいものであると観察することができないであろうか。これが可能であるとすれば、譲渡人が、会社に対し、譲受人に株券を発行・交付するよう指図した場合、会社は、自己にとって未だ株主である譲渡人の指図に従って、譲渡人が指定した者に株券を発行・交付できるであろうし、そうすることによって免責されるであろう。さらに、会社において譲渡人（会社にとっては株主）の意思を^{そんたく}忖度し、自らの危険において、株券を譲受人に発行・交付しても差し支えないと解する余地もあるのではないかと考える。

どのように構成しようと、会社法が、株式の譲渡につき、権利株の譲渡については「会社に対抗することができない」と定め（会 63 、208 ）、ここでは「会社に対しその効力を生じない」と、表現を使い分けていることから、株券発行前の株式譲渡の法理の説明が明快さを欠く結果を招いていることは否めない。立法による解決が望まれる。

2-3-1-4. 株券発行前の譲渡 —— 株券が長期間発行されない場合
何らかの理由により、極端な場合には恣意的に、株券発行会社が長期に

34 以上、同前 240 頁 [北村雅史] 参照。

わたって株券を発行しないという事態がありえよう。また、株券発行会社であって非公開会社の株主により請求を受けたにもかかわらず、発行を遅滞することもありうる。そのような場合にも、上で述べた株券発行前の株式譲渡の制限の適用はあるか。

かつて最高裁は、平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 204 条 2 項 (現在の会 128 相当規定) の下で、会社の成立後 3 年余を経ても株券を発行していない場合の株式譲渡の会社に対する効力が争われた事件において、一部学説のように、株券発行前の株式譲渡の制限の目的を法律関係の不安定の除去に求め、上の制限は、株券が発行されない限り、株券発行のためのいわゆる合理的期間経過の前後による区別なく適用されるという立場を示した³⁵ (最判昭和 33 年 (1958 年) 10 月 24 日民集 12 巻 14 号 3194 頁)。その後、最高裁は、株式会社への組織変更後 4 年余を経ても株券を発行していない場合の株式譲渡の会社に対する効力が争われた事件において、上の見解を改めた。前掲の最高裁昭和 47 年 (1972 年) 11 月 8 日判決民集 26 巻 9 号 1489 頁がこれである。以下のように判示した。すなわち、「商法 204 条 2 項 (現在の会 128 に相当) の法意を考えると、それは、株式会社が株券を遅滞なく発行することを前提とし、その発行が円滑かつ正確に行なわれるようにするために、会社に対する関係において株券発行前における株式譲渡の効力を否定する趣旨と解すべきであって、右の前提を欠く場合についてまで、一律に株券発行前の株式譲渡の効力を否定することは、かえって、右立法の趣旨にもとるものといわなければならない。もっとも、安易に右規定の適用を否定することは、株主の地位に関する法律関係を不明確かつ不安定ならしめるおそれがあるから、これを慎しむべきであるが、少なくとも、会社が右規定の趣旨に反して株券の発行を不当に遅滞し、信義則に照らしても株式譲渡の効力を否定するを相当としない状況に立ちいたった場合においては、株主は、意思表示のみによって有効に株式を譲渡

35 北澤・注 (1) 前掲 214 頁。

でき、会社は、もはや、株券発行前であることを理由としてその効力を否定することができず、譲受人を株主として遇しなければならないものと解するのが相当である」とした。

株券発行会社が株券の発行を恣意的に遅滞している場合に、株券なしに株式の譲渡を認めるという結論については、学説上の異論を見ない。その理論構成は、会社法 128 条 2 項の規定は、もっぱら会社の株券発行事務の便宜のためであるから、そのために必要な合理的期間が経過したときは適用がないとする³⁶、いわゆる「合理的時期説」と称される考え方と、会社の側が不当に株券発行を遅滞しておきながら、株式の譲渡を否定するのは信義則に反し許されないとする³⁷、いわゆる「信義則説」と称される考え方がある。上記最高裁昭和 47 年（1972 年）判決が、いずれの説を採ったかは、必ずしも明らかではないが、いずれにしても、株券発行の不当な遅滞の場合には、会社は株券発行前の株式譲渡による譲受人を株主と認めなければならないとする点において、正当であり、多数の者の支持を得ている³⁸。なお、現行法の下での理論構成としては、信義則説に分があるように思われる³⁹。

2 - 3 - 2. 株券不発行会社の場合 —— 効力要件

株券不発行会社の株式の譲渡は、当事者の意思表示のみによって行われる。ただ、仮に A が B に対し、自己の株式を譲渡しようとする際、B としては、A が真に株主（権利者）であることを確認する手段を欲するであろうから、これに対処すべく、先に述べたように（本章 1 - 2）、A は会社に対し、自己に係る株主名簿に記載・記録された事項の書面の交付・電磁的

36 前田庸『会社法入門（第 12 版）』（有斐閣・2009 年）181 頁。なお、龍田節は、株券不発行を原則とする会社法の下で、株券を発行することを選択した会社が、株券未発行を理由に意思表示による譲渡の効力を否認できるのは、せいぜい 1 週間程度であろうと述べている（龍田・注（19）前掲 232 頁）。

37 江頭・注（3）前掲 220 - 221 頁、青竹・注（4）前掲 119 頁。

38 北澤・注（1）前掲 215 頁。

39 江頭・注（3）前掲 221 - 222 頁脚注（3）参照。

記録の提供を請求することができる (会 122)。

2-3-3. 株式譲渡の対抗要件と株主名簿書換手続

2-3-3-1. 株券発行会社の場合

株券発行会社における株式の譲渡の会社以外の第三者に対する対抗要件は、株券が無記名証券に属するがゆえに (第1帖第5章3-5-6)、株券の交付である。株券発行会社においては、株式の譲渡は、取得者の氏名・名称および住所を株主名簿に記載・記録しなければ、会社に対し、権利の移転を対抗することができない (会 130)。すなわち、株式を取得した者は、「株主名簿の書換え」をしなければ、会社に対して株主の権利を行使することができない。このことは、その取得が株式の譲渡だと、相続などの一般的承継事由たるとを問わない (会 134 参照)。したがって、株式の適法な取得者は、会社に対し名義書換請求権を有する (会 133)。このように、株主名簿は、変動する株主と会社との関係を規律する目的で、法律上一定の効果が付与された制度である⁴⁰。この場合は、株主関係を画一的に処理するという会社の便宜のために⁴¹、上のような効果を付与しているのである。ただし、会社自らの行為により株主名簿の記載・記録事項の変更を生ずるところの、会社が株式を発行した場合、自己株式を処分した場合、株式の併合・分割をした場合は、株券発行会社・不発行会社であると否とを問わず、会社が必要な事項を記載・記録する (会 132)。

株券発行会社においては、株券の占有者が、会社に対し株券を提示して、名義書換えを行うことになる (会 133 、会施規 22)。株券の占有者は適法の所持人と推定されるから (会 131)、他に自己が権利者であることを証明する必要はない。

株券を提示して名義書換えの請求がなされたときは、会社は、請求者が無権利者であることを証明しない限り、名義書換えをしなければならず、

40 同前 194 頁。

41 青竹・注 (4) 前掲 120 頁。

名義書換えをした場合には、たとえ請求者が無権利者であっても、会社はそのことにつき悪意または重大な過失がない限り、免責される。上の会社の免責については明文の規定（手 40 参照）がないが、株券の占有者が適法の所持人と推定されることの当然の結果である⁴²。名義書換えの請求者が譲渡以外の事由で株式を取得した場合も、会社は、実質的に有効な権利取得があったことまで調査する義務はない。しかし、相続による名義書換えであることを請求者が告げ、あるいは会社が知っていた場合は、株券の占有による権利推定は働かず、請求者に対し、戸籍謄本、遺産分割協議書などの相続による権利取得を証明する資料の提出を求めべきで、証明を求めないで名義書換えをした場合、会社は免責されないと解すべきである⁴³。

会社が理由なく名義書換えを遅延させれば、不当拒絶となる。たとえば、株券喪失登録がされた株券につき適法な登録抹消の申請とともになされた名義書換請求を、2 週間を超えて拒むのは不当拒絶である⁴⁴（会 225 、 230 ）。請求者が会社荒らしの目的を有していることは、名義書換えを拒絶する正当な理由にならない（東京地判昭和 37 年（1962 年）5 月 31 日下民集 13 巻 5 号 1142 頁）。会社が名義書換えを不当に拒絶した場合、名義書換請求者は、会社に対し損害賠償を請求できるのみならず、名義書換えなしに株主であることを主張できる（最判昭和 41 年（1966 年）7 月 28 日民集 20 巻 6 号 1251 頁）。たとえば、同人を株主として取り扱わなかった株主総会決議には瑕疵があるものとして、決議取消しの訴え（会 831）を提起しうる。会社を債務者として、仮に株主の地位を定める仮処分（民保 23 ）を求めることもできる⁴⁵（福岡地判昭和 37 年（1962 年）5 月 17 日下民 13 巻 5 号 1010 頁）。不当拒絶を行った会社の役員には過料の制裁

42 以上、北澤・注（1）前掲 244 - 245 頁。

43 青竹・注（4）前掲 121 頁。なお、北澤・同前 245 頁。

44 江頭・注（3）前掲 197 頁。

45 以上、江頭・同前 198 頁脚注（6）。

が課せられる (会 976)。

なお、現在の株式はすべてかつての記名株式であるが (第1帖第5章3-5-6)、会社との関係における株主を株主名簿の記載・記録に基づいて決めることがその内容であり、譲渡に裏書が必要なのわけでもないから、株券上に株主の氏名は記載しない⁴⁶。

2-3-3-2. 株券不所持制度

上で述べたように、株券発行会社の株主は、株主名簿の名義書換えさえしておけば、株主の権利を行使できるから、株式を処分しない間は、株券はいわば無用の長物であり、これが無記名証券であることから、紛失・盗難といった事態が生じた場合には、善意取得され、株主の権利を失う危険すらある。それゆえ、すべての株券発行会社において、以下のような株券不所持制度が認められている。

株主は、その有する株式につき、株券の所持を希望しない旨を会社に申し出ることができる (会 217)。この申出は、株券発行前になすこともできるし、すでに株券が発行された後になすこともできる。たとえば、株券の交付を受けて株式を譲り受け、名義書換手続を完了した株主が、株券の不所持を申し出るときは、会社に株券を提出のうえ、当該申出をしなければならない (会 217 後段)。

申出を受けた会社は、遅滞なく、申出に係る株式につき、株券を発行しない旨を株主名簿に記載・記録して、株券不発行の措置を執らなければならない (会 217)。会社が株券の不発行を株主名簿に記載・記録したときは、会社は株券を発行することができなくなり、株主が会社に提出した株券は、当該記載・記録の時点で無効となる (会 217)。

株券不所持の申出をした株主は、いつでも、会社に対し、申出に係る株券の発行を請求することができる (会 217 前段)。端的には、株式の譲渡の際に、株券を必要とするが、これに係わらず、申出の理由の何たると

46 龍田・注 (19) 前掲 217 頁。

を問わず、株主は任意に請求をなすことができる。会社は、この請求が株券の再発行請求であれば、株主に対し、株券発行費用を請求することができる（会 217 後段）。

2-3-3-3. 株券不発行会社の場合

株券不発行会社における株式の譲渡は、取得者の氏名・名称および住所を株主名簿に記載・記録しなければ、会社のみならず、その他の第三者に対しても、これを対抗することができない（会 130 ）。株券不発行会社の株式に関しては、株券の占有ということがありえないので、会社を除く第三者に対する対抗要件もまた、株主名簿の名義書換えということになるわけである。

取得者が名義書換えを請求するには、利害関係人の利益を害するおそれがないものとして法務省令で定める場合を除き、取得者は、当該取得に係る株式の株主として株主名簿に記載・記録された者またはその相続人その他の一般承継人と共同してしなければならない（会 133 ）。よって、通常の株式の譲渡の場合には、譲渡人と譲受人との共同申請ということになる。

上の利害関係人の利益を害するおそれがないものとして法務省令で定める場合に関しては、会社法施行規則 22 条 1 項が手当てをしている。たとえば、取得者が、株主名簿上の名義株主またはその一般承継人に対して当該取得者の取得株式に係る名義書換えの請求をすべきことを命ずる確定判決を得て、当該確定判決の内容を証する書面その他の資料を提供して請求をしたとき、取得者が、上記確定判決と同一の効力を有するものの内容を証する書面その他の資料を提供して請求をしたとき、取得者が、一般承継による株式取得を証する書面その他の資料を提供して請求をしたとき、などの事由が掲げられている。

会社が名義書換えに応じなければならないのに、これを不当に拒絶したときは、不当拒絶の問題となること、株券発行会社の場合と同様である。江頭憲治郎は、株券不発行会社にあつては、不当拒絶があるときは、会社に対してはもちろん、会社以外の第三者に対しても、名義書換えなしに株

式の移転を対抗できると解すべきであると説いている⁴⁷。これに対し、神崎克郎 (1937～2006) は、旧有限会社法の下で、持分取得者による名義書換請求に際し、有限会社が不当に社員名簿の名義書換えを拒絶した場合であっても、持分取得者は持分の取得を第三者に対抗することができず、会社に対し損害賠償を請求できるにすぎないと説いていた⁴⁸。もっとも、神崎によれば、このような場合にも、会社による不当拒絶を知って持分を譲り受け、差し押えまたは担保を取得した第三者、とりわけ、会社の不当拒絶に加担した第三者に対しては、持分取得者が、社員名簿の書換えなしに、持分の取得を対抗できるとしていた⁴⁹。

江頭は、中小企業の株主名簿の記載・記録が信頼に値しないことは第三者もある程度覚悟すべきであるから、上のように解すべきであると説く⁵⁰。このような理由を、研究者が一般論として述べることには抵抗を禁じえない。立法者への批判は、立法思想に係る問題として、これを許されようが、法による規整を受ける企業者への批判は、評論家の領分である。株券発行会社において株券発行を不当に遅延した場合には、会社がその不利益を実質上の株主に帰せしめることが信義則に反すればこそ、会社が株券発行前の譲受人を株主と認めなければならないことは先に述べたとおりである (本章 2 - 3 - 1 - 4)。これと平仄を合わせるならば、名義書換えの不当拒絶においても、会社の信義則違反を理由に、不利益を被る取得者は当然に会社に対抗できるものと解し、取得者に対する関係で、会社の信義則違反の射程に取り込まれる第三者に限っては、取得者が対抗できるものとする神崎説が、筋論としては正しいように思われる。

47 江頭・注 (3) 前掲 199 頁。

48 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編『新版注釈会社法 (14)』(有斐閣・1990 年) 168 頁 [神崎克郎]。

49 同前 [神崎克郎]。

50 江頭・注 (3) 前掲 200 頁脚注 (10)。

2-3-4. 「譲渡」と「移転」

会社法 130 条 1 項は、株式の「譲渡」は、株主名簿の名義書換えをしなければ、会社その他の第三者に対抗することができないと規定している。しかし、対会社関係においては、譲渡のみならず、相続、合併、会社分割、競売による買受けなど、あらゆる株式の取得について、取得者が会社に対して株主の権利を行使するためには、株主名簿の書換えを必要とする⁵¹。会社法 130 条は、本条が置かれた位置関係上、株式の譲渡に関する会社または第三者に対する対抗要件について定めたものにすぎず、したがって、それ以外の移転についても本条と同じ扱いになる（本条の「譲渡」には原則的に「移転」を含む）と解釈すべきである⁵²。

2-4. 名義書換えの効果

2-4-1. 概説

株式を取得した者が株主名簿の名義書換えを受ければ、この者は会社に対して株主の権利を行使できるようになる。株券発行会社にあつては、上に述べたように、株券の占有によって適法の所持人と推定される者（会社法 131 ）の請求に基づいて名義書換えが行われるから、名簿上の株主は、その記載・記録によって株主と推定され、株主の権利を行使することができ、自己が権利者であることを証明する必要はない⁵³。株券不発行会社にあつても、会社法が名義書換えの方法を厳格に限定しているから、同様に解すべきである⁵⁴。株主名簿の名義書換えを受けた譲受人が、権利行使の都度自己の権利を証明することなく、会社に対して株主の権利を行使できることを「株主名簿の資格授与の効力」という⁵⁵。

会社は、株主名簿上の株主が無権利者であることを証明しない限り、そ

51 同前 196 頁、龍田・注 (19) 前掲 242 頁。

52 酒巻：龍田・注 (6) 前掲 255 頁 [北村雅史] 参照。

53 北澤・注 (1) 前掲 245 - 246 頁参照。

54 青竹・注 (4) 前掲 121 頁。

55 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 255 頁 [北村雅史]。

の者に株主の権利を行使させなければならず、権利を行使させた場合には、たとえ名簿上の株主が無権利者であっても、会社は、そのことにつき悪意または重大な過失のない限り免責される。たとえば、会社は、株主名簿上の株主に株主総会における議決権を行使させれば、たとえその者が無権利者であっても、会社に悪意・重過失のない限り総会決議の取消事由とはならず、また株主名簿上の株主に剰余金の配当をなせば、たとえその者が無権利者であっても、会社に悪意・重過失のない限り改めて権利者に支払う必要はない⁵⁶。これを「株主名簿の免責的効力」という⁵⁷。

2-4-2. 名義書換未了の株式取得者の地位

株式の取得者は、株主名簿の名義書換えをしなければ、会社に対して株主であることの主張を許されないから、会社との関係では、株主名簿上の株主のみが株主と認められることになる。会社は、権利移転の存在を知っていても、名簿上の株主を株主として取り扱えば足りる。これが「株主名簿の確定的効力」である⁵⁸。それでは、この効力は絶対的なものであろうか。

(ア) 名義書換未了の株式取得者の地位については、第1に、会社による名義書換えの不当拒絶の場合に問題となることは、すでに述べた(本章2-3-3-1、2-3-3-3)。改めて整理すれば、名義書換えの不当拒絶があった場合には、取得者は、名義書換えなしに会社に対し株主であることを主張でき、したがって、会社に対し株主の権利を行使できると解するのが多数説である⁵⁹。名義書換えの義務を怠った会社がその不利益を取得者に帰するのは信義則に反することを理由とする、これも先に述べたとおりである。前掲の最高裁昭和41年(1966年)7月28日判決民集20巻6号

56 北澤・注(1)前掲246頁参照。

57 酒巻：龍田編・注(6)前掲256頁[北村雅史]。

58 青竹・注(4)前掲121頁。

59 同前121-122頁、北澤・注(1)前掲247頁、江頭・注(3)前掲198頁脚注(6)、前田・注(36)前掲262頁。

1251 頁は、「正当の理由なくして株式の名義書換請求を拒絶した会社は、その書換のないことを理由としてその譲渡を否認しないのであり……、従って、このような場合には、会社は株式譲受人を株主として取り扱うことを要し、株主名簿上に株主として記載されている譲渡人を株主として取り扱うことを得ない。そして、この理は会社が過失により株式譲受人から名義書換請求があったのにかかわらず、その書換をしなかったときにおいても、同様であると解すべきである」と判示している。

(イ) 名義書換未了者の地位に関する問題の第 2 は、会社の側から、名義書換未了の株式取得者を株主と認めて、その者に株主の権利の行使を許容することができるかというものである。

かつて、最高裁は、会社が名義書換未了の株式譲受人を株主と認めて株主総会の招集通知をなし議決権を行使させたのに対し、他の株主が総会決議の取消しを請求した事件において、その請求を棄却し、「商法 206 条 1 項（現在の会 130 に相当。ただし、当時は株券発行を当然の前提としていたので、会 130 相当と観るべきである）……によれば、記名株式（現在では、単に株式といい換えれば足りる）の移転は、取得者の氏名及び住所を株主名簿に記載しなければ会社に対抗できないが、会社からは右移転があったことを主張することは妨げない法意と解するを相当とする」と判示した。最高裁昭和 30 年（1955 年）10 月 20 日判決民集 9 巻 11 号 1657 頁がこれである。多数説もまた、判例と同様に肯定説を採っていた。北澤正啓は以下のように述べていた。すなわち、商法 206 条 1 項は、名義書換未了の株式取得者は、その取得をもって「会社に対抗することをえない」としているにとどまるのであり、この表現をこえて、会社が自己の危険において名義書換未了の株式取得者に株主の権利行使を許容することを否定する必要はない⁶⁰。ここにいう「自己（会社）」の危険とは、権利行使者が実質的な株主でなかった場合に、たとえばその者が参加した株主総会の決議

60 北澤・同前 248 頁。

には取消原因があることになり、その者に対する剰余金の配当は無効になる、という危険を意味すること⁶¹、当然である。

上に対し、大隅健一郎、今井宏 (1924～) は、およそ以下のような主張を展開していた。すなわち、判例の立場によれば、 会社は名簿上の株主に対してはすでに株式を譲渡したことを理由に権利行使を拒み、譲受人に対しては名義書換未了を理由に権利行使を拒むことができ、権利行使者の空白が生じる。 会社は名簿上の株主と株式譲受人のいずれを株主として権利行使させるかにつき裁量権を認められることになるが、そうすれば、恣意的に経営陣に都合のよい者に権利を行使させる危険がある。よって、名義書換えがない以上、会社の側から書換未了者を株主と認めて株主の権利を行使させることはできない⁶²。

大隅・今井説に対しては、商法会社編の時代から、江頭憲治郎や青竹正一によって、判例の立場は、権利行使の空白まで肯定する趣旨ではないし、そのような会社側の恣意的裁量まで認めるわけでもないとの反論がなされ、会社の危険において名義書換未了の株主の権利行使を認めて差し支えないとして、彼らは、肯定説を支持していた⁶³。江頭も青竹も、会社法制定後にあっても従来の見解を変えていない⁶⁴。龍田節もまた商法会社編の時代から、AがBに株式を譲渡し、名義書換未了の際において、Aがすでに株主でないことを会社がわかりながら、必ずAを株主として扱わねばならないというのはおかしいと述べ、 については、Bの権利行使を拒否するならAの権利行使を認めなければなるまいと解した。 については、株主平等原則の延長線上の問題 (Bはまだ会社に対し株主扱いを主張できない) であり、名義書換未了でも株主として扱うなら、誰でも差別なくそうしな

60 北澤・同前 248 頁。

61 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 261 頁 [北村雅史]。

62 大隅：今井・注 (5) 前掲 483 頁参照。

63 青竹正一『会社法』(信山社・2003年) 87頁、江頭・注 (31) 前掲 191 - 192 頁脚注 (16) 参照。

64 江頭・注 (3) 前掲 205 頁脚注 (15)、青竹・注 (4) 前掲 122 頁参照。

ければならないと解した⁶⁵。龍田によれば、小さい会社では について述べた措置が可能であろうが、大きい会社では実質株主を確認できない場合が多いから、結果的に、一律に名簿上の株主を株主として扱う他ないことになるかと結んでいる⁶⁶。龍田節もまた、会社法制定後であっても、従来の見解を維持している⁶⁷。

不佞が疑問とするところは、従来から議論されてきたこの問題は、「株主名簿上の株主が株券を譲渡することによって実質的に無権利者になった場合に、譲受人への名義書換えがない⁶⁸」という事態を前提としてのもではなかったのかという点である。会社法制定以降には、株券不発行が原則となったことによって、株主名簿の書換えには、原則として、当事者の意思表示のみによって成立する株式譲渡という権利変動の第三者對抗要件たる機能が加わったのである（会 130 ）。会社法制定前との、この環境の差を議論の前提として無視することは妥当でないと思われるのである。会社法制定前と異なり、たとえ権利変動の對抗要件を備えていない者であろうとも、会社の危険において実質株主と判断することは差し支えないとすれば、会社は限りなく大きな負担を背負うことを覚悟しなければならない。この問題を考究する実益は、実際には限定的なものであろうが、しかし、いったん問題が生じれば、事は株主と会社との間の団体法理上の問題にとどまらず、株式の二重譲渡に代表されるような、株主たる地位の権利変動の優劣の帰趨といった面にも及び、法律問題が複雑に錯綜してしまうのではなかろうか。それでもなお、会社法制定前の多数説を維持しなければならないのであろうか。

この際、最も簡明な解決策は、会社法 130 条 1 項が「對抗することができない」との文言を採用しているにもかかわらず、会社は、一律に、名簿

65 龍田節『会社法（第 10 版）』（有斐閣・2005 年）235 - 236 頁。

66 同前 236 頁。

67 龍田・注（19）前掲 243 頁参照。

68 河本一郎『現代会社法（新訂第 9 版）』（商事法務・2004 年）191 頁参照。

68 河本一郎『現代会社法（新訂第 9 版）』（商事法務・2004 年）191 頁参照。

上の株主を株主として扱わなければならないと解することに踏み切ることであると考える。会社の規模の大小を問わない。株券不発行会社と株券発行会社とで別異に考えるという途もありえようが（会社法 130 条 2 項に依拠して、株券発行会社についてのみ従来の多数説を維持する）、これまた徒らに混乱を招くだけであろう。

なお、以上の議論は、会社が、名義書換えを請求しうる時期に株式を取得した者に対して、名義書換えをすれば行使しうべきであった株主の権利の行使を許容しうるかという問題であるから、株式譲渡が基準日（会 124、本章 2 - 5 参照）前に行われた場合を前提とするものであること、当然である。

2 - 4 - 3. 失念株の処理

株式の譲受人は、株主名簿の名義書換えをしなければ、会社に対して株主の権利を行使しえない（会 130）。譲受人が所定の期日までに名義書換えを行うことを失念していた場合に、剰余金の配当、株式の分割、株式無償割当て、あるいは株主割当ての方法による株式の発行が、会社によって、譲渡人たる株主名簿上の株主に対して行われることがある。このような事態が生じた場合に、株式譲受人（失念株主）と株式譲渡人（名義上の株主）との関係をどう取り扱うべきかという問題が生じる。これを「失念株の処理の問題」という。「失念株」という語は、広義には、所定の期日までに名義書換えを失念した株式のことをいうが、狭義には、株主割当てによる募集株式発行の場合（既存の株主に募集株式の割当てを受ける権利を与えて募集株式を発行すること）に、旧株の譲受人が基準日（会 124）までに名義書換えを行うことを失念した結果、株主名簿上の株主たる旧株の譲渡人に割り当てられた新株（募集株式）のことをいい、失念株の処理の問題は、主として狭義の失念株について論じられる⁶⁹。今日では、会社法 202

69 北澤・注 (1) 前掲 248 - 249 頁参照。

条の下で生じうる問題である。

最高裁昭和 35 年（1960 年）9 月 15 日判決民集 14 卷 11 号 2146 頁は、株式譲受人が名義書換えを失念したからには、譲受人は新株を優先して引き受けることができる新株引受権（第 1 帖第 5 章 3 - 3 - 1 脚注（29）参照）を取得せず、新株の引受け・払込みをした株式譲渡人が自己の権利として株式を取得するのであり、よし新株引受権が譲受人に帰属するとすれば、株式の市場価格の騰落によって自己に有利な請求を許すことになるとして、譲受人の譲渡人に対する新株の引渡請求を認めなかった。株主の出捐をともなう新株発行等について失念株主の請求を認めると、株価の上昇または低落により、譲渡人と失念株主との間で株式の押付け合い等の信義則に反する事態が生じうるとの判断があったからである⁷⁰。

学説は、結論としては、株主の出捐をともなう新株発行等についても、譲渡当事者間では、新株は失念株主に帰属すると解するのが多数説である。名義株主は、増資含みの高値で株式を売却しているのが通例であるから、増資後の株価と新株発行価額との差額（プレミアム分）との二重の利得を得ることになり、公平を欠くというのが実質的理由である⁷¹。ただし、譲渡人が新株の引受け・払込みをした場合には、譲受人が譲渡人に対し何らかの請求権を有すると一般的に解されるものの、その根拠と、何を請求しうるかについては争いがある。

その論拠については、不当利得説と事務管理説とに大別できるが⁷²、譲渡人（名義株主）が譲受人（失念株主）のために事務を管理している（民 697）と観るのは不自然であるから、後者の構成は採りえない⁷³。不当利

70 酒巻：龍田編・注（6）前掲 263 頁 [北村雅史]。

71 同前、青竹・注（4）前掲 123 頁参照。

72 諸説については、酒巻：龍田編・注（6）前掲 263 頁 [北村雅史] 参照。

73 関俊彦『会社法概論（全訂第 2 版）』（商事法務・2009 年）97 頁、青竹・注（4）前掲 123 頁。なお、関によれば、事務管理的構成をとれば、名義株主は引き受けた株式を失念株主に返還し、すでに支払った払込金を有益費（民 702）として失念株主に償還請求することができることになるが、これは失念株主に追加出資を強制することになり、株主有限責任の原則（会 104）に照らして著しく妥当性を欠くとも述べている。

得説に依るべきである。

狭義の失念株の場合にも、名義株主・失念株主の間では、実質的に新株（募集株式）の引受権は失念株主に属することになるであろうから、名義株主が新株の引受け・払込みをする前であれば、失念株主は、自己の計算において当該引受け・払込みをなすよう名義株主に請求することができよう。その後、名義株主から新株の返還を受ければよい。名義株主が申込証拠金を支払って申込みをした後であれば、失念株主は、その金額と引換えに名義株主に新株の返還を請求することができよう⁷⁴。名義株主が当該新株を売却してしまった場合には、失念株主による売却代金返還請求時に当該株式の株価が下落しておれば、名義株主は、現存利益を失念株主に返還すればよく（民 703 類推、現実には失念株主が故意に名義書換えをせざるに例が多いので、名義株主を善意の受益者に比定するのが妥当か⁷⁵）、当該株式の株価が上昇していても、その差益は名義株主に帰属する（当事者間の公平を基礎とする不当利得理念から推して、名義株主が得た利得は、募集株式の引受権の価額相当分と解するのが妥当か）とすべきであると思われる。

なお、名義株主が株式の分割により無償で取得した株式を売却処分した場合につき、最高裁は、名義株主に対する失念株主の不当利得返還請求を認めたが、その額は、原則として売却代金相当額の金員であるとしている（最判平成 19 年（2007 年）3 月 8 日民集 61 巻 2 号 479 頁）。

名義株主・失念株主の両当事者が金融商品取引業者である場合には、日本証券業協会が、失念株の処理等に関する規則を定めている（「株式の名義書換え失念の場合における権利の処理に関する規則」2 条）。これによれば、譲渡人は会社から受けたものを譲受人に返還するが、譲受人は、配当金の半額以下、株式分割新株の 20% 以下、有償増資新株の時価から払込金額を引いた残りの 40% 以下、に相当する金額を譲渡人に支払う。譲受

74 龍田・注 (19) 前掲 243 頁。

75 江頭・注 (3) 前掲 204 頁脚注 (14) 参照。

人の請求は名義書換取扱最終日の翌日から6ヵ月内に限る。譲渡の当事者が金融商品取引業者以外の場合、この処理方法は適用できないとする考えが多数説である⁷⁶。

2-5. 基準日

会社は、株主や登録株式質権者との法律関係を株主名簿に基づいて処理するが、株主名簿の記載・記録自体が株式の移転にともなう名義書換え(会130)や株式質入れの登録(会147)・その抹消によって絶えず変動する。そこで、株主総会の議決権を行使したり、剰余金の配当を受領するなど、一定の時点で、株主・登録株式質権者として会社に対し権利を行使すべき者を確定する技術的方法として、会社法には「基準日」という制度が設けられている。すなわち、会社は、一定の日に株主名簿に記載・記録された株主・登録株式質権者をもって、他の時点(後の時点)に権利を行使させるべき株主・登録株式質権者とみなすことができるという処理を認めている(会124)。⁷⁷。また、一定の行為(たとえば株式の分割)の効力を及ぼさせる者を確定する目的もある⁷⁷。なお、会社法においては、株主割当増資などの割当日も基準日制度でまかなうこととしている⁷⁸(会202参照)。基準日において株主名簿に記載・記録されている株主を「基準日株主」という(会124 カッコ書参照)。

平成16年(2004年)法律第88号改正前商法224条ノ3は、上のような技術的方法として、基準日と共に、「株主名簿の閉鎖」という制度を設けていた。株主名簿の閉鎖期間は、各個の具体的場合につき3ヵ月を超えないことができないとされていたが(同年(法88)改正前商224ノ3)、閉鎖期間中は名義書換えはもとより、株式質入れの登録・その抹消も認められず、株式譲受人にとって不利であった。すなわち、株式譲受人は、株

76 龍田・注(19)前掲244頁。

77 前田・注(36)前掲264頁。

78 龍田・注(19)前掲247頁脚注(102)。

主名簿の閉鎖期間中は名義書換えを受けられないから、いかなる権利（たとえば、帳簿閲覧権）も行使しえないのに対し、基準日の場合には、譲受人は、ただちに名義書換えを受け、その日を基準として行使者が確定された権利以外の権利（たとえば、帳簿閲覧権）を行使し、また一定の権利（たとえば、代表訴訟提起権・違法行為差止権）の行使に必要な6ヶ月の株式保有（平成17年（2005年）改正前商267、272等）を始めることができたのである⁷⁹。そこで、平成16年（2004年）法律第88号改正により、株主名簿の閉鎖という方法は廃止され、上述の技術的方法は、基準日に一本化されたのである。閉鎖制度を廃止したもう1つの大きな理由は、株券不発行会社では名義書換えが第三者対抗要件になったためである⁸⁰。

会社法124条は、基準日の決定機関を定めていないが、定款をもって具体的に定めることはもとより、定款にはとくにその定めをしないで、その具体的な決定を取締役会・代表取締役・代表執行役に委ねることも差し支えない⁸¹。基準日を定める場合には、会社は、基準日株主が行使できる権利の内容をも定めなければならないが、基準日は、当該権利行使の前3ヶ月以内の日でなければならない（会124）。3ヶ月という期間は、基準日以後に株式を取得した者の権利行使が長期間妨げられることがないようにするため設けられたものである⁸²。定款をもって基準日および基準日株主が行使できる権利内容を定めた場合を除き、会社が基準日を取締役会決議等で定めたときは、当該基準日および基準日株主が行使できる権利内容を、当該基準日の2週間前までに公告しなければならない（会124）。上の公告を欠き、または2週間より短い期間において公告がなされたときは、基準日の設定の効力を有しない⁸³。

基準日は、どの株主にも一律に適用しなければならないはずであるが、

79 北澤・注(1)前掲197頁参照。

80 青竹・注(4)前掲124頁参照。

81 大隅：今井・注(5)前掲412頁参照。

82 青竹・注(4)前掲124頁。

83 大隅：今井・注(5)前掲412-413頁。

会社法 124 条 4 項本文は「例外を⁸⁴⁾」設けている。すなわち、基準日株主が行使できる権利が株主総会または種類株主総会における議決権である場合は、会社は、基準日後に株式を取得した者の全部または一部を当該権利を行使することができる者と定めることができるとされている。これは、基準日後に新株発行・自己株式処分や組織再編行為により、新たに株主名簿上の株主となった者（会 132 参照）に、総会における議決権行使を認めることができるようにするためである（従来、株主名簿の閉鎖制度の下で行われてきた慣行を、基準日制度においても可能とするものである）とされている⁸⁵⁾。しかし、会社法 124 条 4 項本文の文言は、到底読み手にそのような趣旨を伝える日本語になっていない。龍田節は、同条の文言を次のように辛辣に評している。すなわち、同条同項本文の規定ぶりは、上述の場合だけに限らない上、そこに限定したところで「一部」の文言は危険きわまりない。議決権行使は基準日制度の最も重要な出番の 1 つである。その場面で人ごとに標準時をズラせることもできるかのような定めは、基準日制度の自己否定にほかならない⁸⁶⁾。龍田節は研究者としては当然のこと、文筆家としても当代随一の文豪である。会社法の悪しき日本語に同胞として我慢がならなかったのであろう。

会社法 124 条 4 項本文の「一部」の解釈に関しては、同一の募集株式の発行によって株主になった者のうち、一部の者だけに議決権行使を認めるがごときは、株主平等原則に違反するといえるから⁸⁷⁾、同条同項がこのような事態を許容するものでないこと、明らかである。たとえば、基準日後に、新株の発行と自己株式の処分が時を分かち別個に各々 1 回行われて新たに株式を取得した者が生じた場合、前者によって株式を取得した者には議決権の行使を一律に認めるけれども、後者によって株式を取得した者に

84 関・注 (73) 前掲 92 頁。

85 奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『新基本法コンメンタール会社法 1』（日本評論社・2010 年）233 頁 [吉本健一]。

86 龍田・注 (19) 前掲 248 頁。

87 青竹・注 (4) 前掲 124 頁。

はこれを一律に認めない、といった事態を指して、「一部」とする趣旨であろうか。

会社法 124 条 4 項ただし書は、基準日後に株主となった者に議決権行使を認める場合に、当該株式の基準日株主の権利を害することはできないと規定している。そこで、基準日株主の議決権比率を低下させて支配権を奪う目的で、基準日後に株主となった者に議決権を行使させることは許されないであろう⁸⁸。会社支配権を巡る争いがあるような状況において、会社経営陣が基準日後に新株を第三者割当発行し、会社法 124 条 4 項に基づき新株主に議決権行使をさせることは、当該新株発行がいわゆる不公正発行に該当する場合には認められない⁸⁹ (さいたま地決平成 19 年 (2007 年) 6 月 22 日金商 1270 号 55 頁)。また、基準日後に株式の譲渡が行われて株主となった者に議決権を行使させることも許されないであろう⁹⁰。

2 - 6. 株式の共有と権利の行使

株式が数人の共有 (準共有) に属することになったときは、共有者は、株主の権利を行使すべき者を 1 人定め、会社に対し、その者の氏名・名称を通知しなければ、当該株式に係る権利を行使することができない (会 106 本文)。その者、すなわち権利行使者だけが株主としての権利を行使できる。共同相続による株式の共有者も、株主権を行使するためには、権利行使者を定めて会社に通知しなければならない (最判昭和 45 年 (1970 年) 1 月 22 日民集 24 卷 1 号 1 頁)。権利行使者は、共有者の中から選ばなければならないこと、当然である⁹¹。

大隅健一郎・今井宏は、剰余金配当請求権や議決権はもとより、少数株主権・総会の決議の取消または無効を訴える権利なども権利行使者によっ

88 同前。

89 奥島：落合：浜田編・注 (85) 前掲 233 頁 [吉本健一]。

90 青竹・注 (4) 前掲 125 頁。

91 大隅：今井・注 (5) 前掲 334 頁参照。

て行使することを要する旨を説いている⁹²。これは、共有者の株主権行使に際し、すべての株主権について権利行使者による行使を要求する趣旨であろう。これに対し、青竹正一は、権利行使の一本化を図らなくてもとくに会社の事務が煩雑になることのない権利については、会社法 106 条を厳格に適用する必要はないとし、株主でさえあれば行使できる総会決議取消訴権（会 831）、合併無効訴権（会 828）などについては、会社に共有・共同相続関係を明らかにすれば、共同相続人は共有株式持分者のままで権利を行使できると解すべきであると主張している⁹³。確かに、会社法 106 条を無定見かつ機械的に厳格に適用する必要はないであろうが、株主が会社に対し株主権を行使するときは、程度の差こそあれ、会社の株主管理上の事務に多かれ少なかれ影響が及ぶ。これが共有株式の持分者による場合には、なおさらそうである。よって、法の原則は、すべての株主権について権利行使者による行使を要求することを前提としているものと解すべきであると考え。この前提の下で、個別に、たとえば権利行使者未定で議決権行使ができない共有株式が発行済株式の多数を占めるため本来成立するはずのない総会特別決議が成立したものとして会社が運営されている等の特段の事情（信義則上、法の想定外にある異常な事情）がある場合には、会社の同意がなくても、各共有株式持分者は、権利行使者としての指定なしに株主としての権利行使（たとえば総会決議不存在の確認の訴え）をすることを例外的に認容すれば足りると思われる（最判平成 2 年（1990 年）12 月 4 日民集 44 卷 9 号 1165 頁、最判平成 3 年（1991 年）2 月 19 日判時 1389 号 140 頁参照）。

上に述べたとおり、権利行使者の指定を欠く共有株式については、原則として、誰も権利行使できない。ただし、会社法 106 条本文の規定は、会社の事務処理の便宜のために設けられたものであるから、会社の方からかかる権利行使を認めることは差し支えない⁹⁴（会 106 ただし書）。議決権の

92 同前。

93 青竹・注（4）前掲 125 - 126 頁。

94 大隅：今井・注（5）前掲 334 頁。

行使につき、最高裁は、会社が共有者全員が共同して議決権を行使することに同意すれば、権利行使者の指定がなくとも、共有者全員で共有株式に係る議決権を行使することができる」と判示している（最判平成 11 年（1999 年）12 月 14 日判時 1699 号 156 頁）。しかし、権利行使者の指定のないまま、何らかの特定の株主権の行使につき、共有株式持分者間の自治によって決定された内容・手続などを会社が認めたならば、必ずしも全員が共同して行使する必要はないものと思われる。共有株式持分者間だけの狭い世界で、各持分者相互の支配権の帰趨がどうなるかが、一部少数持分者の利益を軽視する決定がなされようが、これらはもっぱら共有株式持分者相互の問題であって、会社の与り知るところではない。会社は、共有株式持分者相互の決定に係る株主権の行使請求を認めるか否かを決定すればよいだけの話である。

共有株式持分者相互で、権利行使者をどう指定すべきかという問題も、同様に、もっぱらこれらの者の自治に委ねられよう（この決定過程が信義誠実の原則に従い、権利濫用も認められないのであれば、頭数による多数決によろうと、持分価格による多数決によろうと、全員一致を要求しようと、当事者が納得するなら、外部から干渉を加える必要はないはずである）。当事者の自治による決定ができない場合には、共有物の管理行為として、民法 252 条本文に従い、持分価格に従ってその過半数をもって決定するより他なかるう⁹⁵。権利行使者の指定そのものについては、共有株式持分者に会社に対する権利行使の途を開き、株式の価値の増加を図る行為と観て差し支えなく、共有物の管理行為であると評価しえるからである⁹⁶。なお、旧有限会社の持分を相続によって準共有した共同相続人が旧有限会社法 22 条により準用される平成 17 年（2005 年）改正前商法 203 条 2 項に基づいて権利行使者を定める際には、持分の価格に従いその過半数をもってこれを決定できるとした判例がある（最判平成 9 年（1997 年）1

95 江頭・注 (3) 前掲 119 頁脚注 (3) 参照。

96 青竹・注 (4) 前掲 127 頁参照。

月 28 日判時 1599 号 139 頁)。

会社法 126 条 3 項前段は、株式が複数の者の共有に属するときは、会社が株主に対してする通知・催告を受領する者 1 人を定め、会社に対し、その者の氏名・名称を通知しなければならないとしている。この者は、必ずしも会社法 106 条に定める権利行使者と同一である必要はないであろうが、通常は、権利行使者がこれを兼ねるのが、会社側・共有株式持分者側の双方にとって便宜であろう。この者の指定とその旨の通知があるときは、会社の通知・催告は、この者に宛てて発することになるが(会 126 後段)、共有株式持分者側からの通知がないときは、会社は共有株式持分者の任意の 1 人に対して通知・催告をすれば足り、全員に対してなすことを要しない(会 126)。

2 - 7. 株式振替制度

2 - 7 - 1. 沿革

過去にあっては、すでに述べたように(第 1 帖第 5 章 3 - 5)、商法は、株式の流通を容易・確実にし、株主の会社に対する権利関係を明確にするための法技術として、株式を有価証券化していた。しかし、やがて株式の譲渡が多数かつ頻繁に行われるようになり、その都度株券の引渡しを行うことが煩雑となった。そこで、コンピュータ技術の発達とも相俟って、かねてから準備が進められてきた株券保管振替制度が昭和 59 年(1984 年)に立法化された⁹⁷。「株券等の保管及び振替に関する法律(同年法律第 30 号)」(以下、保管振替法と記述)がこれであった。同法に基づく保管振替制度は、平成 3 年(1991 年)から稼働した。

保管振替法の下では、一般の株主(同法において顧客と称する)は、証券会社等(同法において参加者と称する)を通じて株券を保管振替機関に集中預託し、株主名簿上はこの機関の名義とし、参加者は保管振替機関に

97 以上、神田秀樹『会社法(第 13 版)』(弘文堂・2011 年) 107 頁。

口座を持ち、顧客は参加者に口座を持つ。預託株式の譲渡は口座間の振替記帳によって行われる。保管振替法は、有価証券法理を存続させることとし、口座の記載・記録に適法な権利者の推定力を与え、また口座の振替をもって株券の交付があったものとみなして、有価証券法理を適用することとした(旧保管振替 27)。会社に対する権利行使については、預託株式については株主名簿上は保管振替機関の名義となるが、このほかに、会社は顧客の氏名を記載・記録した実質株主名簿というものを作成することを義務づけられ、顧客の会社に対する権利行使や会社の顧客への通知等は、この実質株主名簿について行われることとした⁹⁸(旧保管振替 29 以下)。

上記の制度は、当然に株券の存在を前提とするものであったが、社債や国債等に関しては、証券決済法制改革の一環として、「短期社債等の振替に関する法律(平成 13 年(2001 年)法律第 75 号)」が、平成 14 年(2002 年)に、証券決済制度の改革による証券市場の整備のための関係法律の整備等に関する法律(同年法律第 65 号)による大幅な改正を受け、法律名も「社債等の振替に関する法律」と改められ、同法の下で、その無債券化が実現され、振替機関と口座管理機関からなる多層構造での振替保有制度の創設をみた。

この社債等の振替に関する法律が、平成 16 年(2004 年)に、株式等の取引に係る決済の合理化を図るための社債等の振替に関する法律の一部を改正する法律(同年法律第 88 号)によって、「社債、株式等の振替に関する法律」(社債株式振替法)に改められ、株式についても、株券を発行しない振替制度が創設されたのである。この新しい株式の振替制度は、平成 21 年(2009 年)1 月 5 日に施行され、当該施行日をもって、従来の株券保管振替制度を利用していた会社については、新しい株式振替制度に一斉移行したのである。

98 以上、同前。

2-7-2. 振替対象株式

株式振替制度の対象となる株式は、定款で株券を発行する旨の定めのない会社（株式の譲渡制限会社を除く、社債株式振替 128 号（注））の株式であって、振替制度の利用に同意した会社のそれである（社債株式振替 13 号）。会社がこの同意を与えるには、発起人全員の同意または取締役会の決議によらなければならない（社債株式振替 128 号）。この同意は撤回することができない（社債株式振替 13 号）。上のような対象株式を「振替株式」という。金融商品取引所に上場されている株式は、振替株式となっている。

2-7-3. 振替機関、口座管理機関、加入者

「振替機関」とは、振替業（振替に関する業務）を営む者として主務大臣から指定を受けた株式会社をいう（社債株式振替 2 号）。

「口座管理機関」とは、社債株式振替法 44 条 1 項に列挙された金融商品取引業者をはじめとする金融機関等であって、振替機関の業務規程の定めるところにより他の者（加入者）のためにその申出により振替のための口座を開設した者であり、あらかじめその振替機関またはその振替機関の下の口座管理機関（上位機関）から株式振替のための口座の開設を受けている者をいう（社債株式振替 2 号、44 号）。なお、振替機関が他の振替機関の業務規程の定めるところにより、他の者のためにその申出により口座を開設する場合には、当該振替機関も口座管理機関となる（社債株式振替 2 号、44 号）。

「加入者」とは、振替機関または口座管理機関が株式等の振替を行うために口座を開設した者をいう（社債株式振替 2 号）。口座管理機関が他の口座管理機関の加入者となることもある。振替株式に係る一般の投資家は加入者となる。

2-7-4. 振替口座簿

振替機関または口座管理機関は、「振替口座簿」を備えなければならない

い (社債株式振替 12、45)。振替口座簿は、電磁的記録 (主務省令で定めるものに限る) によって作成してもよい (社債株式振替 129)。

振替口座簿は、各加入者の口座ごとに区分される (社債株式振替 129)。

振替口座簿中、一般投資家のために開設される口座の記載・記録事項は、以下のとおりである。すなわち、加入者 (株式発行会社の株主または質権者) の氏名・名称および住所、発行者 (株式発行会社) の商号および発行者が種類株式発行会社であるときは、振替株式の種類 (これを「銘柄」という。種類株式を発行している場合の、それぞれが銘柄である)、銘柄ごとの数 (下記に掲げるものを除く)、加入者が質権者であるときは、その旨、質権の目的である銘柄ごとの数、その数のうち株主ごとの数ならびにその株主の氏名・名称および住所⁹⁹、加入者が信託の受託者であるときはその旨、および上記のうち信託財産であるものの数¹⁰⁰、上記の数の増加または減少の記載・記録がなされたときは増加または減少の別、その数およびその記載・記録がなされた日、その他政令で定める事項¹⁰¹、である (以上、社債株式振替 129)。

振替株式に係る通常の譲渡、質権の設定、譲渡担保権の設定は、上記の記載・記録によるわけである。振替株式の権利の帰属は、振替口座簿の記載・記録によって定まる (社債株式振替 128)。したがって、振替株式については、振替口座簿に株主として保有する株式の銘柄・数などが記

99 質権者が複数の銘柄の株式を目的として質権の設定を受けているときは、その銘柄ごとの数が記載・記録される。また、質権設定者である株主ごとの数ならびに当該株主の氏名・名称および住所が記載・記録されるのは、基準日を定めた場合には、振替機関は、質権設定者である株主に関する事項を発行者に通知しなければならないからである (前田・注 (36) 前掲 217 頁)。

100 株主 (その銘柄につき質権を設定した者を除く) がその銘柄につき信託の設定をし、または質権者がその質権の目的である銘柄につき信託の設定をしたときは、その信託の受託者が加入者となるが、その場合には、受託者の氏名等とともに、その数のうち、信託が設定されたものの数を記載・記録することになる。これらの記載・記録が信託の第三者対抗要件となる (前田・同前)。

101 社債、株式等の振替に関する法律施行令 (平成 14 年 (2002 年) 政令第 362 号) 28 条参照。

載・記録されることが、株券を占有していることに相当する¹⁰²。

会社の設立または募集株式の発行により振替株式が発行された場合は、株式の引受けの申込みをする者は、発起人または会社に対し株式の振替を行うための自己の口座を示さなければならない(社債株式振替 150)。会社は、株式の発行後遅滞なく、振替機関に対し、株主となった各加入者ごとの株式数などを通知する(社債株式振替 130)。通知を受けた振替機関は、直ちに、その口座が自己の振替口座簿であればその口座に株式数を記載・記録し、そうでない場合は、直近下位機関である口座管理機関に対し、通知を受けた情報を通知し、各直近下位機関への通知が順次行われることにより、いずれかの振替機関または口座管理機関の振替口座簿に各加入者の株式数が記載・記録されることになる(社債株式振替 130)。振替機関または口座管理機関は多層構造とすることが認められているため、上位機関・下位機関という概念が設けられているのである。

振替を行うための口座を知ることができない場合は、会社は、振替株式とする旨、および一定の日までに株式の振替を行うための自己の口座を会社に通知する旨を、その一定の日の1ヵ月前までに株主・登録株式質権者に対し、各別に通知しなければならない(社債株式振替 131)。会社の通知に応じて一定の日までに口座を通知してきた株主・登録株式質権者については、会社は、振替機関に対し、加入者ごとの株式数などを通知することになる(社債株式振替 131)。

上の一定の日までに会社に口座を通知しなかった株主・登録株式質権者があるときは、会社は、いずれかの振替機関または口座管理機関に、それらの者を名義人とする「特別口座」と称される口座を開設し、振替機関に対し、当該口座とそれらの者の持株数などを通知しなければならない(社債株式振替 131)。特別口座に記載・記録された振替株式については、当該特別口座の名義人または当該振替株式の発行者の口座以外の口座

102 青竹・注(4)前掲129頁。

を振替先口座とする振替の申請をすることができない(社債株式振替 133)。したがって、特別口座の名義人は、自己が開設した口座への振替をしなければ株式の譲渡などの処分を行うことができない¹⁰³。

2-7-5. 振替株式の譲渡

振替株式の譲渡は、譲渡人である加入者の振替の申請により、譲受人が自己の口座の保有欄に、譲渡対象株式の増加の記載・記録を受けなければ、その効力を生じない(社債株式振替 140、141)。すなわち、振替株式の譲渡は、当事者の意思表示に加え、振替口座簿への対象株式の増加の記載・記録がその移転の効力要件である。

振替の申請は、自己の口座に減少の記載・記録がされる加入者(譲渡人)が、その口座を直接に管理する振替機関または口座管理機関に対し、単独でこれをなす(社債株式振替 132)。申請された事項は、申請を受けた振替機関等から、譲受人として増加の記載・記録がなされるべき口座を直接に管理する振替機関または口座管理機関に至るまで、振替制度の多層構造経路を通じて順次通知され、各振替機関・口座管理機関の振替口座簿にそれぞれ所要の記載がなされてゆく(社債株式振替 132 ・ ~)。

振替株式については、株式譲渡の第三者に対する対抗要件を定める規定(会 130)は適用されないから(社債株式振替 161)、第三者に対する対抗要件として特別の手續を要しない。加入者は、自己の口座を直接に管理する振替機関または口座管理機関に対し、所定の費用を支払って、振替口座簿の自己の口座に記載・記録されている事項の書面の交付または電磁的方法による提供を請求できる(社債株式振替 277 前段)。加入者が自己の権利を確認し、また第三者に対し自己の権利を証明できるようにするためである¹⁰⁴。

103 同前 130 頁。振替株式となる前に株式を取得した者が株主名簿の名義書換えをしなかった場合の、失念株主の執りうる措置についても、同頁を参照のこと。

104 同前 131 頁。

2-7-6. 振替株式の善意取得

加入者は、その口座に記載・記録された振替株式についての権利を適法に有するものと推定される（社債株式振替 143）。したがって、その加入者の申請により、自己の口座に増加の記載・記録を受けた加入者（譲受人）は、申請に係る加入者（譲渡人）の無権利につき悪意重過失がない限り、当該記載・記録に係る権利を善意取得する（社債株式振替 144）。

振替株式に特有の問題は、振替機関等の過誤により、Aの口座に、実際にAが有する数を超過する株式数の記載・記録がなされると、その譲渡・振替を受けたBが超過分を善意取得することにより、すべての株主の有する当該銘柄の振替株式の総数が株式の発行総数を超える事態が生じうることである。その場合には、超過記載・記録をした振替機関等は、超過数の振替株式を取得し、会社に対し、当該振替株式についての権利を放棄する旨の意思表示をしなければならない（社債株式振替 145、146）。これを「振替機関等の消却義務」という。振替機関等のこの責任は、無過失責任である¹⁰⁵。

2-7-7. 会社に対する権利の行使方法

振替対象会社における株主名簿の書換えは、原則として、振替機関から会社に対する「総株主通知」によって行われる。これは、振替株式の株主として会社に対し権利を行使すべき者を確定する目的で会社が一定の日（基準日（会 124 ）、効力発生日（たとえば会 180 ）、）を定めた場合には、振替機関が当該会社からそれぞれの日の通知を受け、会社に対し、振替口座簿に記載・記録されたその日の株主の氏名・名称・住所、株式の種類・数その他主務省令（社債株式振替命令 20）で定める事項を速やかに通知すべきものとしてなされる手続である（社債株式振替 151 ）。この手続を履践すべく、各口座管理機関は、その直近上位機関に対し、自

105 以上、江頭・注(3)前掲213頁。振替機関等がこの消却義務の全部を履行するまでの間の技術的処理につき、同213-215頁参照。

己またはその下位機関の加入者に関する事項を通知しなければならないことになっている(社債株式振替 151)。

総株主通知を受けた会社は、通知された事項を株主名簿に記載・記録しなければならない(社債株式振替 152 前段)。この場合には、上の基準日または効力発生日などに株主名簿の名義書換えがなされたものとみなされる(社債株式振替 152 後段)。会社は、その株主に権利を行使させることになるわけである。会社は、株主名簿の株主として記載・記録された者を株主として取り扱えば、その者が真の株主でなかった場合でも、無権利者であることに悪意重過失がない限り免責される。名義書換えは、権利推定力のある振替口座の記載・記録に基づくものであるからである¹⁰⁶。

総株主通知は、上の場合のみならず、会社に正当な理由があるときは(たとえば株主優待制度を実施するなど)、会社が振替機関に費用を支払って、会社が定める一定の日の株主につき、これを行うよう請求することもできる(社債株式振替 151)。

総株主通知は、会社側がイニシアチブを握って一定の日に行われる手続である。逆に、株主側が、たとえば会社に対し振替株式に係る少数株主権を行使しようと欲する場合には、当該株主は、直近上位機関を経由して、振替機関に対し、自己が保有する振替株式の種類・数、その増加・減少の経過その他主務省令(社債株式振替命令 25、20)で定める事項を会社に通知するよう申し出なければならない(社債株式振替 154 ~)。この手続を「個別株主通知」という。株主は、振替機関から会社に対し個別株主通知がなされた後、4週間が経過するまでの間に、権利を行使しなければならない(社債株式振替 154 、社債株式振替命令 40)。

個別株主通知手続にあっては、振替株式に係る少数株主権等の行使について、株主名簿の記載・記録を会社に対する対抗要件とする会社法 130 条 1 項の規定は適用されない(社債株式振替 154)。個別株主通知それ自体が、少数株主権等を行使する際に自己が株主であることを会社に対抗する

106 江頭・同前 191 頁脚注 (4)、青竹・注 (4) 前掲 132 頁。

ための対抗要件である¹⁰⁷。

2 - 8. 株式の譲渡制限

2 - 8 - 1. 緒言

すでに述べたように（本章 2 - 2 - 2）、わが商法は、人的信頼関係にある者だけを株主としたいという閉鎖的な会社の需要に応じ、昭和 41 年（1966 年）改正以降、定款による株式の譲渡制限という制度を認め、基本的に会社法制定時に至るまでこの法構造を維持してきた。

今日にあっては、会社は、定款により、その発行する全部の株式の内容として、譲渡による株式の取得について会社の承認を要することを定めることができる（会 107 条 1 項）。なお、第 1 帖第 5 章 10 - 2 参照）。また、同じく定款により種類株式の内容として、譲渡による株式の取得について会社の承認を要することを定めることができる（会 108 条 1 項）。なお、第 1 帖第 5 章 11 - 2 - 3 参照）。この内容の株式を「譲渡制限株式」と称することは（会 2 条 1 項）、すでに述べたとおりである。

人的な信頼関係にある者に株主を限定する目的であれば、株主間の株式譲渡に制限を課す必要はないはずであるが（昭和 41 年（1966 年）改正後旧有 19 条 1 項 参照）、現行法では、定款に特段の定め（会 107 条 1 項 口）を置かない限り、株主間の譲渡にも会社の承認を要する。これは、昭和 41 年（1966 年）改正当時、外資による乗っ取り防止等の目的で公開型の会社による同制度の利用も可能にしようとの意図があったことの残滓ともいえようが、現在の閉鎖型の会社に関していえば、株主間の持株比率の変動にも会社（株主）が無関心ではいられないという点に意義を求めべきである¹⁰⁸。

会社法制定前から、定款による株式譲渡制限の定めは、株主平等の原則（第 1 帖第 5 章 9 条）に反してはならず、また、商法が株式の譲渡制限を認

107 江頭・同前 192 頁。

108 同前 224 頁脚注（3）参照。

めた趣旨に反してはならないと解されていた¹⁰⁹。これを受けて、青竹正一は、現行法の下でも譲渡人の持株数によって承認の要否を区別する定めは、無効と解すべきであると述べている¹¹⁰。このような定めは、株主の投下資本回収の面で不平等な扱いを認めることになるからである。

定款による全株式・種類株式を譲渡制限株式とする旨の定めは、相続・合併・会社分割のような一般承継による株式の移転には及ばない(会 134)。ただし、定款をもって株式の譲渡制限をする会社は、後に述べるように(本章 2-8-5)、一般承継によって譲渡制限株式を取得した者に対し、その売渡しを請求できる旨をも併せて定款に定めることができる(会 174)。

譲渡制限株式については、会社による譲渡の承認がない限り、株主名簿の名義書換えを請求することができない(会 134)。その承認機関は、取締役会非設置会社では株主総会、取締役会設置会社では取締役会である(会 139 本文)。取締役会設置会社であっても、定款に別段の定めを設けて、承認機関を株主総会とすることは差し支えない(会 139 ただし書)。この場合には、総会の招集通知期間を短縮して、すみやかに対応しないと総会の承認があったことになる(会 145 参照)。委員会設置会社においては、執行役を承認機関とすることはできない(会 416)。委員会設置会社を除く取締役会設置会社において代表取締役を承認機関とすることは、会社法の規定上は制限されないが、誰が株主になると好ましくないかの判断は、本来は株主に委ねられるべき事項であるから、包括的に委任することは認められないと解される¹¹¹。

2-8-2. 譲渡制限を定める手続

会社は、設立の当初から、原始定款をもって、その発行する全株式を一

109 北澤・注(1)前掲204頁。

110 青竹・注(4)前掲133頁。

111 同前134頁。

律に譲渡制限株式とすることができ、種類株式発行会社として、その発行する一部の株式を譲渡制限株式とすることができる（会 107、108）。このほか、創立総会において、定款を変更して、これらの定めをなすこともできる。この場合には、上の定款の変更の決議は、少数の株式を有する株式引受人・種類株式引受人の利益を守るため、すでに述べたように（第 2 帖第 3 章 4 - 4 - 5 - 2）、厳格な決議要件や、種類創立総会において譲渡制限の定めを設ける決議に反対した設立時種類株主に対する引受けの意思表示の取消し等の手当てが用意されている。

会社は、成立後に株主総会で定款を変更して、その発行する全株式を一律に譲渡制限株式とする旨を定めることもできる。しかし、上の定款変更の決議は、少数の株式を有する株主の利益を守るため、当該株主総会において議決権を行使できる株主の半数以上（定款による要件の加重が認められている）であって、当該株主の議決権の 3 分の 2（定款による要件の加重が認められている）以上に当たる多数をもって行わなければならない（会 309）。この決議は、頭数制をも加味したきわめて厳格なものであるから、株主数の多い会社では実際上困難である。上の特殊決議に際しては、反対株主に株式買取請求権が認められる（会 116）。また、新株予約権者の利益を守るため、新株予約権者に、新株予約権買取請求権が認められる（会 118）。

種類株式発行会社が、成立後に定款を変更して、すでに発行しているある種類の株式を譲渡制限株式とする旨の定めを設けることも可能である。この場合には、通常定款変更決議（会 466、309）に加えて、譲渡制限を課せられる種類株主を構成員とする種類株主総会の決議、および、当該種類株式を交付される可能性がある取得請求権付株式・取得条項付株式に係る種類株主総会の決議を要する（会 111）。その種類株主総会の決議は、当該種類株主総会において議決権を行使することができる株主の半数以上（定款による要件の加重が認められている）であって、当該株主の議決権の 3 分の 2（定款による要件の加重が認められている）以上に当たる多数をもって行わなければならない（会 324）。この場合にも、

反対株主には、株式買取請求権が与えられている(会 116)。また、当該種類株式を目的とする新株予約権を有する新株予約権者にその買取請求権が与えられる(会 118)。

会社が、定款をもって、上述のような株式譲渡制限を定めたときは、その定めを登記しなければならない(会 911 、915)。株券発行会社の発行する株券には、その旨を記載しなければならない(会 216)、新株予約権証券にも、その内容としてこれを記載しなければならない(会 289)。譲渡の制限された株式であることを投資者に周知させる趣旨である¹¹²。株券発行会社において、会社の成立後に定款を変更して株式の譲渡制限を定めたときは、会社は当該効力発生日の1ヵ月前までに、所定の株券を提出しなければならない旨を公告し、かつ当該株式の株主および登録株式質権者に個別に通知しなければならない(会 219)。これにより、株主に株券を会社に提出させる手続をとって、譲渡制限の定めを記載した株券を新たに交付することになる。譲渡制限の効力発生前に株主となっていた者が、その株券の提出を怠ったため、所持する旧株券が株券としては無効になったとしても、会社に対し、旧株券を提示のうえ、効力発生前に当該旧株券の交付を受けて株式を譲り受けたことを証明して、名義書換えの請求ができるものと解する。

なお、平成13年(2001年)法律第128号改正後商法348条3項は、「新株予約権又ハ新株予約権付社債ヲ発行シタル会社ハ将来行使セラルルコトアルベキ新株予約権アルトキハ第1項(定款を変更して株式譲渡制限を課する定めを設ける旨)ノ決議ヲ為スコトヲ得ズ」と規定していた。新株予約権者にとって不利益変更になるにもかかわらず、株主総会において反対する機会を有しない者を保護する趣旨であったと思われる。しかし、会社法は譲渡制限種類株式を明文で認め、また全部取得条項付種類株式の発行を認めた。新株予約権が発行されている場合に、上記商法旧348条3

112 龍田・注(19)前掲233頁参照。

項の法政策を維持すれば、株式の種類設計が過度に硬直化するおそれがあるため、会社法 118 条において新株予約権買取請求権を与えるということで新株予約権者を保護しつつ、旧来の商法旧 348 条 3 項を廃止して、会社が行いうる行為を拡大したのである¹¹³。

そうであるとすれば、会社が、成立後に定款を変更して、新株予約権に係る株式に上述の譲渡制限を定めた場合には、買取請求を行わず新株予約権証券を所持する新株予約権者を対象に、その旨を新たに変更された内容として当該株式に係る新株予約権証券に記載する必要があるのではなかろうか。そうしなければ、新株予約権証券の所持人がこれを処分する際に、投資者の保護に欠けるからである。会社法は、これに関する規定を欠いていると思われる。登記のみでは不十分である（会 911 ）。したがって、会社法 293 条 1 項をこの場合に類推適用する必要があるだろう。ただし、無記名新株予約権証券については、各別の通知は不可能であるから、公告のみによる他なかろう。このような重箱の隅を^{ようじ}でほじくするような指摘は、不佞の本意とするところではないが、会社法の規定に隙の多いことの 1 つの表れである。

会社が譲渡制限に係る株式の内容を登記していないか、登記しても、株券に記載しない場合には、譲渡制限をもって善意の第三者に対抗しえないものと解される（会 908 ）。したがって、善意の株式譲受人は株主となりうるが、その者のなす株式の譲渡は、定款による制限に服する¹¹⁴。

2 - 8 - 3. 譲渡制限株式の譲渡手続

定款に、その発行する全部の株式の内容として、あるいは種類株式の内容として、譲渡による株式の取得につき会社の承認を要する旨の定めがあるときは、譲渡制限株式の譲渡は、およそ次のように行われる。以下、株式を譲渡しようとする株主を A、譲渡の相手方を B と記す。

113 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 161 頁 [岡田昌浩] 参照。

114 北澤・注 (1) 前掲 206 - 207 頁。

2-8-3-1. 譲渡人側が承認を求める場合

Aは、会社に対し、Bがその株式を取得することについて、承認するか否かの決定をするよう請求することができる(会136)。譲渡承認請求に際しては、譲り渡そうとする譲渡制限株式の数(種類株式発行会社にあつては、当該譲渡制限株式の種類および種類ごとの数)、Bの氏名・名称、会社が譲渡を承認しない決定をする場合に、会社または買受指定人が買い取ることを請求するときはその旨、を明らかにしてなすことを要する(会138)。上記のみの単純な譲渡承認請求であれば、それを拒否されれば、Aは株式の保有を継続することとなる。

会社は、その承認機関によって、譲渡を承認するか否かを決定し、その内容をAに通知しなければならない(会139)。会社がBに対する譲渡を承認すれば問題がないが、これを承認しないときであっても、Aの請求から2週間以内(定款による短縮が認められる)に上の通知をしなかった場合には、Aと会社との間に別段の合意がない限り、Bの株式取得を承認したものとみなされる(会145)。

Aが上記の請求を併せしているとき、会社がBへの譲渡を承認しないのであれば、会社自らが買い取る旨の決定をするか、指定買取人(以下、Cと記す)の指定を行うことが必要である(会140参照)。会社自らが買い取る場合は、自己株式取得の1類型である(本章5-2-1)。よって、会社の財源による規制を受ける(会社の買取りによって交付する金銭の帳簿価額の総額は、買取りが効力を生ずる日の会社法461条2項で定める分配可能額を超えてはならない(会461))。この場合には、対象株式を買い取る旨、会社が買い取る対象株式の数(種類株式発行会社にあつては、対象株式の種類および種類ごとの数)を定めなければならない(会140)。これらの事項の決定は、株主総会の特別決議によらなければならない(会140、309)、Aは、A以外に議決権を行使できる者がいない場合を除き、これに係る議決権を行使することができない(会140)。Cを指定する場合には、原則として、取締役会設置会社においては取締役会の決議でよいが、取締役会非設置会社においては株主総会の特別決議によ

る。ただし、定款で別途指定機関を定めることも許されるし、あらかじめ指定買取人を定款で定め置くことも許される（以上、会 140 ・ 、309）。

会社が自ら買い取る旨を決定したときは、A に対し、決定事項を通知しなければならない（会 141 ）。会社法 139 条に係る決定を通知した日から 40 日以内（定款による短縮が認められる）に決定事項を通知しなかった場合には、A と会社との合意により特段の定めをしない限り、B の株式取得を承認したものとみなされる（会 145 ）。他方、会社が上の決定事項を通知した後は、A は、会社の承諾を得ない限り、もはや承認請求を撤回できなくなる（会 143 ）。会社が上の決定事項を A に通知するにあたっては、1 株当たり純資産額に買取対象株式数を乗じた額を会社の本店所在地の供託所に供託し、それを証する書面を A に交付しなければならない（会 141 ）。所定の期間内にこの書面の交付を欠けば、B への株式譲渡が承認されたものとみなされる（会 145 、会施規 26 ）。当託供託金は、対象株式の売買代金の全部または一部に充当される（会 144 ）。対象株式が株券発行会社の株式である場合には、A は、供託書面の交付を受けた日から 1 週間以内に、株券を株券発行会社の本店の所在地に供託し、その旨を遅滞なく会社に通知しなければならない（会 141 ）。A が株券の供託を怠れば、会社は買取対象株式の売買契約を解除することができる（会 141 ）。

C が、対象株式の全部または一部を買い取るべき指定買取人として指定を受けたときは（あらかじめ定款で C を指定買取人と決めていたときも含めて）、自分が指定買取人として指定を受けた旨、買い取る対象株式の数（種類株式発行会社にあつては、対象株式の種類および種類ごとの数）を A に通知しなければならない（会 142 ）。なお、C が対象株式の一部を買い取る旨の指定を受けた場合、この「一部」とは、対象株式のうち「会社が自ら買い取る旨を決定しなかった残部」との謂である。譲渡制限株式の譲渡承認手続は、A の投下資本の回収を保障するためであるから、これは当然の理である¹¹⁵。C が、会社法 139 条に係る通知の日から 10 日以内

(定款による短縮が認められる)に、Aへの通知をしなかった場合には、会社がBへの譲渡を承認する決定をしたものとみなされる(会145)。他方、CがAへの通知をした後は、Aは、Cの承諾を得ない限り、もはやその請求を撤回できなくなる(会143)。

会社法143条の趣旨は、会社またはCが買取りに向けて整えている準備を無駄にしないとの配慮に出たものである¹¹⁶。

それでは、CがAへの通知をした後に、Cが受渡請求を任意に撤回することは許されるか。大阪高裁平成元年(1989年)4月27日判決判時1332号130頁は、会社の譲渡承認・不承認は一方的行為であって、条件を付することはできず、また、指定買取人の通知による売渡請求は売買を一方的に成立させる形成権であって、売渡請求時に売買価格についての合意がなくても売買の成立の妨げになるものではなく、[Cが]一方的に撤回できるとすると指定請求株主を不安定な地位に置くことになるから、売渡請求の撤回はできないとした。この場合、青竹正一が説くように、売渡請求時に売買価格についての合意がなくてもA・C間の売買契約の成立を擬制する妨げになるものではなく、Aが迅速かつ確実に投下資本を回収できるようにするためにも、CがAへの通知をした後にあっては、Cはもはや売渡請求を撤回することは許されないと解すべきである¹¹⁷。

Cによる通知の際の供託金供託等の手続、これを受けてのAの株券の供託手続については、会社による買取りの場合と同様である(会142 ~ 、

115 青竹・注(4)前掲137頁参照。

116 会社法制定前に、判例は、買受人の指定請求をした株主が、いつまで指定請求の撤回を許されるかにつき、「定款に株式の譲渡につき取締役会の承認を要する旨の定めのある会社の株式について、会社に対して株式の譲渡を承認すべきことおよびこれを承認しないときは他に譲渡の相手方を指定すべきことを請求した株主は、取締役会から指定された者が株主に対して当該株式を売り渡すべき旨を請求するまで、その請求を撤回することができると解するのが相当である」と判示していた(最判平成15年(2003年)2月27日民集57巻2号202頁)。会社法143条は、基本的にこの判例の立場を踏襲したものといえよう。

117 青竹・注(4)前掲138-139頁。

144)。

会社またはCからAに対する買取通知があれば、A・会社間またはA・C間において売買価格を決定するための協議が開始される(会144・参照)。協議が調えば問題はないが、不調に終われば、会社もしくはCまたはAは、買取通知があった日から20日以内に、裁判所に対し、売買価格の決定の申立てをすることができる(会144・)。この期間内に申立てがないときは、1株当たり純資産額に譲渡対象の株式の数を乗じた額が売買価格となる(会144・)。申立てがあれば、裁判所は、Aの承認請求時点における会社の資産状態その他一切の事情を考慮して売買価格を決定しなければならない(会144)。その算定方式は多様である¹¹⁸。売買価格の決定の申立ては非訴事件である。申立てによるときは、裁判所の定めた額が売買価格となる。いずれにせよ、確定した売買価格が会社またはCの供託額以下であれば、会社またはCは、売買代金の全額を支払ったものとみなされ、売買価格が上の供託額を上回れば、会社またはCは、売買代金の一部を支払ったものとみなされる(会144・)。

2-8-3-2. 譲受人側が承認を求める場合

AがBに株式を移転した後に、取得者Bが会社に承認請求をする途も認められている(会137・138)。Bの請求は、その取得原因の如何に係わらず可能である。Bによるこのような請求は、平成2年(1990年)の商法改正によって認められた。同年改正後商法204条ノ5がこれである。同年改正までは、競売・公売による株式の取得者が、会社に対し、取得を承認しないときは先買権者を指定すべきことを請求しうるものとされていたが(同年改正前商204ノ5前段)、この規定の下で、譲渡制限株式の競売・公売以外による取得者が、会社に対し、取得を承認しないときは先買権者を指定するよう請求することの可否につき、争いがあった。これを否

118 さしあたり、酒巻：龍田編・注(6)前掲324-327頁[齊藤真紀]、奥島：落合：浜田編・注(85)前掲265-266頁[川口恭弘]所掲の文献を参照のこと。なお、関・注(73)前掲116頁脚注(2)の記述も簡明な理解に資する。

定する見解もあったが、競売・公売以外による取得者の上の請求を認めても、会社にとって好ましくない者の会社参加の防止という、定款による株式の譲渡制限の趣旨は、何ら損なわれるものではない。そこで、同年改正は、譲渡制限株式取得者からする上の請求を認めることとしたのである¹¹⁹。

Bからの請求に際し、会社がBの参加を好ましくないと判断すれば承認を拒み、承認しないときの買取りを求められた場合は、会社自らが買い取るか、指定買取人Cを指定のうえ、会社・B間またはC・B間で、Aからの請求がなされた場合と同様の手続をとることになる。会社自らが買い取る場合の財源規制に関しても同様である。

なお、株主名簿上の株主たるAからの請求と異なり、Bから請求がなされた場合には、取得者を名乗るBが正当な取得者であるか否か、会社としては免責を確実なものとしておく必要がある¹²⁰。それゆえ、Bからの請求は、株券を提示する場合など、利害関係人の利益を害するおそれがないものとして法務省令で定める場合（会施規 24 参照）を除き、株主名簿上の株主Aまたはその一般承継人と共同で請求しなければならない（会 137 ）。

2 - 8 - 4. 承認のない譲渡・取得の効力

譲渡制限株式につき譲渡が行われ、それについて会社の承認がない場合であっても、当該譲渡は、譲渡の当事者間では有効である（最判昭和 48 年（1973 年）6 月 15 日民集 27 卷 6 号 700 頁）。当事者間では有効であるからこそ、上に述べたように、A・B間で譲渡が成立した場合には、Bから会社の承認を求めることができるのである（会 137、138 ）。しかし、会社に対する関係では、当該譲渡・取得は効力を生じない。譲受人Bが会社にとって好ましくない者であれば、名義書換えは行われず、会社は、Aを株主として扱うことになる。当事者間では、たとえばAに支払われた剰余金の配当をBがAに請求しうるなど、BはAを通じて間接的に株主とし

119 北澤・注 (1) 前掲 210 - 211 頁参照。

120 龍田・注 (19) 前掲 236 頁。

ての利益を得ることで満足する他ない。それで満足できないのであれば、A・B間の売買契約は解除されよう¹²¹。

会社の承認のない株式譲渡も当事者間では有効であるから、株券発行会社の株券につき、理論的には、譲渡制限株式の善意取得がありうる¹²²。もっとも、株式に譲渡制限がある旨は株券の記載事項とされているから（会216）、現実には、善意取得が成立することは稀であろう。

一人会社において、全株式を所有する者が承認機関の承認を得ないでその株式を譲渡する場合には、承認は不要である。株式の譲渡性に関して、「但シ定款ヲ以テ取締役会ノ承認ヲ要スル旨ヲ定ムルコトヲ妨ゲズ」と規定していた平成17年（2005年）改正前商法204条1項ただし書につき、最高裁判平成5年（1993年）3月30日判決民集47巻4号3439頁は、「ところで、商法204条1項ただし書が、株式の譲渡につき定款をもって取締役会の承認を要する旨を定めることを妨げないと規定している趣旨は、専ら会社にとって好ましくない者が株主となることを防止し、もって譲渡人以外の株主の利益を保護することにあると解される……から、本件のようないわゆる一人会社の株主がその保有する株式を他に譲渡した場合には、定款所定の取締役会の承認がなくとも、その譲渡は、会社に対する関係においても有効と解するのが相当である。」と判示している。一人会社においては、株式の譲渡により、誰が新しい株主となるかについて利害を有する他の株主はいないのであるから、判例の立場は正当である。いわば、譲渡承認の本来の判断主体たる全株主がその譲渡を承認しているに等しい状況にあるからである。したがって、たとえ一人会社でなくとも、取締役会設置会社の株主全員が譲渡に同意していれば、取締役会の承認は不要である。

2-8-5. 相続人等に対する売渡請求

以上の譲渡制限株式の取得者に、通常の譲渡による取得者（譲受人）が

121 同前 236 - 237 頁参照。

122 関・注 (73) 前掲 117 頁。

含まれることはいうまでもないが、相続・合併などの一般承継による株式の取得者は含まれない。定款による株式の譲渡制限は、相続その他の一般承継による株式の移転には及ばないからである(会 134)。しかし、株主を人的な信頼関係のある者に限るという株式譲渡制限の趣旨は、一般承継の場合についても同様に妥当する。それゆえ、会社法制定にあたり、同 174 条以下に、その対処規定が設けられた。

会社法 174 条に依拠して、定款にその旨の定めを置けば、相続・合併などの一般承継¹²³によって譲渡制限株式を取得した者に対し、会社はその売渡しを請求することができる。

本条所定の定款規定を定めることができる時期について会社法上限定はなく、したがって、相続等が行われた後であっても、会社の定款を変更し、相続人等に売渡請求を行うことも可能であるとの見解がある¹²⁴。これに対して、相続等が発生する前に定款変更決議を行う場合には、定款変更時点における株主以外の者が相続等によって株主となることに対処しようとするものであって、株主相互の人的信頼関係の保護という本制度の趣旨に合致するものであろうが、相続等の発生後に定款変更決議を行う場合には、いったん株主となった者を会社から締め出すものであって、総会決議の趣旨が相続等発生前になされる場合と決定的に異なると述べ、合併によって株主となった者や遺産分割によって株主となった者にとっても、定款規定の新設は不意打ちとなりかねないので、相続等の発生後の定款変更によって、相続人等に対して売渡請求はできないと解すべきではないかとする伊藤雄司(1974～)の主張¹²⁵が注目される。この制度に関しては、会社の内紛の原因となったり、濫用的な利用がなされるおそれを否定しきれないといった指摘が夙になされていた¹²⁶。このような指摘を勸案して、慎重

123 会社分割は、会社法の定義からすれば疑問もあるが(会 2²⁹30)、一般承継に含まれよう。事業譲渡は、事業の全部を移す場合でも、一般承継ではない(以上、龍田・注(19)前掲 237 頁脚注(40))。

124 酒巻：龍田編・注(6)前掲 458 頁 [伊藤靖史]。

125 山下友信編『会社法コメンタール 4』(商事法務・2009 年) 121 頁 [伊藤雄司]。

な運用をすべきことから、伊藤の主張は、十分な説得性があるものと思われる。

定款に上の定めがある場合、相続人等に対する売渡請求をなすに際して、会社は、株主総会の特別決議によって、請求をする株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）と、請求の相手方の氏名・名称を定めなければならない（会 175 、 309 ）。売渡請求の相手方となる者は、この者以外の株主の全部が当該株主総会において議決権を行使できない場合を除き、議決権を行使することができない（会 175 ）。

会社による売渡請求は、対象となる株式について会社が一般承継の事実を知った日から 1 年以内になさなければならない（会 176 ）。この制度が、一方的に当該一般承継人の株主としての地位を剥奪するものであるから、長期間にわたり、一般承継人を不安定な地位に置くことが適当でないからである（東京高決平成 19 年（2007 年）8 月 16 日資料版商事 285 号 148 頁）。なお、会社が相続の発生を知ったとしても、遺産分割によって株式の帰属が確定するまでは、誰が最終的に株主となるかについて明らかではなく、新たに株主となる者が会社にとって好ましい者であるか否かの判断ができないという事態は生じるものの、会社法 176 条 1 項の文言および法律関係の早期安定化という同条の趣旨から、そのような場合であっても「相続その他一般承継があったことを知った日」を、たとえば遺産分割が確定した時などと解することはできない¹²⁷。この日は、あくまで一般承継の事実を知った日（すなわち、相続に関しては、相続の発生そのもの（被相続人の死亡）を知った日）の謂である。よって、遺産分割が確定する前に会社が売渡請求をする場合は、共同相続人全員を相手としてこれを行うことになる（東京地決平成 18 年（2006 年）12 月 19 日資料版商事 285 号 154 頁）。

126 岩原紳作「自己株式取得、株式の併合、単元株、募集新株等」ジュリスト 1295 号（2005 年）41 頁参照。

127 山下編・注（125）前掲 129 頁 [伊藤雄司]。

会社は、いつでも売渡請求の撤回をすることができる(会 176)。もっとも、撤回ができるのは、売渡しの効果が生じる前に限ってのことである¹²⁸。すなわち、売買契約が成立した後、これに基づく双方の履行がなされ、会社による株式取得の効果が生じる前に限ってのことと思われる。会社による売渡請求の撤回により、本来一方的に不利益を被るはずであった一般承継人が、株主たる地位を保持することとなるのであるから、撤回が可能な時期は、能う限り後ろにずらすべきであると考えられる。

売買価格の決定方法については、譲渡制限株式の譲渡人が承認を求めた場合と同様である(会 177)。ただし、会社による供託金供託はしなくてよい(会 141 対照)。

売渡請求による取得は、自己株式の取得であるから(本章 5-2-1)、会社の財源規制の対象となる(会 461)。

2-8-6. 契約による株式譲渡制限

上で述べたように、会社は定款をもって、譲渡制限株式を利用して、株式譲渡制限を定めることができるが、これによらず、定款外の契約をもって、譲渡制限をすることができるか。

株主相互間の契約または特定人(たとえば支配株主)と個々の株主との間の契約による譲渡制限は、原則として有効であると解されている¹²⁹(最判平成 7 年(1995 年)4 月 25 日裁判集民事 175 号 91 頁、最判平成 21 年(2009 年)2 月 17 日判時 2038 号 144 頁)。このような契約は、株式譲渡の自由を定めた会社法 127 条の規定の関知しないところであって、かかる契約をもって株式の譲渡に特定の者の承認を要求し、その違反に対して違約金の定めをなしたとしても、その契約は、原則として有効であると解される¹³⁰。

128 酒巻：龍田編・注(6)前掲 462 頁 [伊藤靖史]。

129 江頭・注(3)前掲 233 頁、大隅：今井・注(5)前掲 434 頁、龍田・注(19)前掲 238 頁。

130 大隅：今井・同前参照。

これに対して、会社と株主との間の契約は、原則として、強行規定たる会社法 127 条ならびに同 107 条 1 項 1 号および同 108 条 1 項 4 号の規定の脱法行為として、原則として無効であるか、無効の疑いが濃いと解されている¹³¹。債権契約であるとはいえ、会社が同意権限を有する形のもの、会社が株主の投下資本回収の機会を制約し、かつ取締役が株主を選択する点から、契約自由の範疇に属するとはいい難く、株式会社制度のいくつかの基本理念に反するものとして無効である可能性が強いと説かれる¹³²。一方、関俊彦は、会社法 127 条は強行規定ではあるが、もっぱら株主の利益を図ることを目的とする規定であるから、株主が譲渡の自由を享受してその範囲で自ら会社との間で自己を拘束することを合意することは契約締結自由の範囲の問題として基本的には否定すべきことではないと解している¹³³。もっとも関も、株主が株式譲渡の自由を放棄しなければ他に多大の犠牲を強いられるなどの内容の契約は公序良俗に反し無効であるとしている¹³⁴、無効説もまた、投下資本の回収を妨げない合理的な内容のもの、たとえば私募の要件（金商取 2 ）を充足するため、取締役に株式を保有させ職務に精励させるため等、積極的な合理性が認められるものは別であると解しており¹³⁵、両者は、その実質的結論において差はない。

たとえ有効な譲渡制限契約であっても、債権的効力を有するにとどまり、契約に違反する株式譲渡自体は無効ではない¹³⁶。したがって、株券が発行されているときは、株券が交付されれば、譲渡は有効というべきであり（会 128 本文）、その譲受人が株券を会社に提示して名義書換えを求めたときは、会社はこれを拒むことができない¹³⁷。

契約による株式譲渡制限は、実際上は、わけても非公開会社における従

131 同前参照、江頭・注 (3) 前掲 233 頁、龍田・注 (19) 前掲 238 頁。

132 江頭・同前 233 - 234 頁脚注 (1) 参照。

133 関・注 (73) 前掲 119 頁。

134 同前脚注 (1) 参照。

135 江頭・注 (3) 前掲 234 頁脚注 (1)、龍田・注 (19) 前掲 238 頁参照。

136 龍田・同前。

137 神田・注 (97) 前掲 94 頁。

業員持株制度との関連で問題となる。典型的には、従業員が退職時に会社または会社と密接な関係にある持株会に対し、当初の分譲価格で売り渡すべき義務を負う条項が有効か否かという形で問題となる。判例は、従業員が株式譲渡ルールの内容を認識したうえ、自由意思により株式を買い受け、当該株式譲渡ルールに従う旨の合意をしている以上、このような合意は会社法 107 条および同 127 条の規定に反するものではなく、公序良俗にも反しないので有効であると解している（最判平成 21 年（2009 年）2 月 17 日判時 2038 号 144 頁、なお最判平成 7 年（1995 年）4 月 25 日裁判集民事 175 号 91 頁）。売渡しの強制自体は、通常、譲渡困難な非公開会社の株式に対する投下資本の回収に、この制度がかえって寄与する面があるので、会社が株主の株式譲渡の自由に介入する点（譲渡の相手方の特定、一定の事由の発生による自動的強制）の問題はあるにしても、原則は有効と解される¹³⁸。この制度の大きな問題は、株式の価値がいくら高まって、当初の分譲価格によってこれを手放さなければならないという点にある。龍田節は、そのような約定は、その効力を否定すべきであろうと説く¹³⁹。おそらくは、株主の投下資本回収の利益との関連で、キャピタル・ゲイン (capital gain) の取得を完全に否定することになるという点を重視するのであろう¹⁴⁰。しかし、非公開会社の従業員持株制度の下においては、森本滋が述べるように、従業員の財産形成に寄与しようとする制度趣旨との関連における投下資本回収の機会の確保とともに、運用の便宜（制度の維持）にも配慮しなければならない。彼の述べるところによれば、持株会等が従業員等に対して一定の価格で株式を譲渡することにこの制度の基本があり、従業員等は、退職等に際して、取得価格と同額で持株会等に持株を譲渡し、それを持株会等がその一定額で取得を希望する他の従業員等に取得させるといふ、かかる株式承継システムが、この制度の基本的スキーム

138 江頭・注 (3) 前掲 235 頁脚注 (5) 参照。

139 龍田・注 (19) 前掲 238 頁。

140 前田雅弘「判批」『会社法判例百選』(有斐閣・2006 年) 47 頁参照。

となっている。このスキームは、一般の株式投資とは異質のものであって、従業員等は、取得時の株式価値と無関係に一定額で株式を取得することができる。したがって森本は、このような従業員等には、上場会社の株主と同様の会社に対する「持分」ないし企業価値に対する「持分」を主張する経済的基礎が欠けるのではなかろうかと説いている。従業員等は、確かにキャピタル・ゲインを獲得する機会を奪われるが、株式価値の変動に関係なく当初投下資本を回収することができ、キャピタル・ロス (capital loss) の危険からも基本的に排除されることとなる。加えて、合理的な配当がなされているときは、従業員等の財産形成にそれなりに寄与しているということもできよう¹⁴¹と結んでいる。青竹正一も、キャピタル・ゲインの取得を否定することだけでは、従業員株主が本来受けるべき重要な利益を奪うものとはいえないとする見解を採る。彼によれば、従業員持株制度の下での従業員株主の主たる利益は、剰余金の配当を受けることにより会社利益の分配に与ることになり、過去に一定水準の配当実績があることは、時価で譲渡できないことの不当性を否定することになるし、株式の取得価格が時価に無関係であること（一般的に時価より低廉であること）も、譲渡価格の不当性を否定することになるとされている¹⁴²。このような事情を勘案すれば、非公開会社におけるこのような株式投資システムが本来的に望ましいものであるか否かは別として、分譲価格と同額で株式を手放すことを余儀なくされるという約定も、従業員が制度の内容を理解し、納得したうえで持株制度に加入したからには、契約自由の原則が妥当する範疇に収まるものと評価しえるように思われる。

2 - 8 - 7. 特別法による株式譲渡制限

事業の公共性等に鑑み、特別法が株式譲渡の制限を許容することがある。

141 以上、森本滋「批判」『私法判例リマックス 40号』（日本評論社・2010年）109頁。

142 青竹・注（4）前掲 142頁参照。

典型例は、日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社の株式の譲渡の制限等に関する法律（昭和 26 年（1951 年）法律第 212 号）である。同法 1 条によれば、一定の題号を用い時事に関する事項を掲載する日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社は、定款で、その株式の譲受人を、当該会社の事業に関係のある者に限る旨を定めることができ、加えて、株主が当該会社の事業に関係のない者であることになったときは、その株式を当該会社の事業に関係ある者に譲渡しなければならない旨をも定めることができるとされている。

さらに、わが国の経済秩序を維持する必要上、独占禁止法に基づく規整が、株式の取得・保有の規制に及ぶ場合がある。簡単に触れておく。銀行業または保険業を営む会社は、原則として、他の国内の会社の議決権をその総株主の議決権の 100 分の 5（保険業を営む会社にあつては 100 分の 10）を超えて所有するときは、その議決権を取得し、または保有してはならない（独禁 11）。会社は、一定の取引分野における競争を実質的に制限するような結果をもたらす株式の取得・所有を禁じられ、加えて、不公正な取引方法による株式の取得・保有をも禁じられる（独禁 10 参照）。同様の取得・所有の禁止は、会社でない者にも課せられる（独禁 14）。上のような規制対象行為につき、脱法行為をも禁じている（独禁 17）。

3. 株式の担保化

3 - 1. 株式担保化の態様

株式は、財産的価値のある法律関係として 1 個の価値物であるから、これを担保化することができる。会社法が法定しているのは、株式を目的とする質権の設定である（会 146）。これには、略式株式質と登録株式質とがある。このほか、法定されていない担保権設定の方法として、株式譲渡担保がある。

3 - 2. 株券発行会社の株式の担保化

3 - 2 - 1. 略式株式質

株券発行会社の株式を目的とする質権設定は、当該株式に係る株券を質権者に交付することによって効力を生じる（会 146）。質権者が株券の占有を継続することが、会社その他の第三者に対する対抗要件となる（会 147）。このように、株券の占有を移転するのみで質権を設定し、その旨を株主名簿に記載・記録しない方法を「略式株式質」と称する。実際には、設定者は担保権設定の事実の公示を嫌い、また、質権者も物上代位による権利行使（会 152～154）に関心が薄いため、略式株式質の方法によるのが普通である¹⁴³。

なお、会社法 147 条 3 項は、平成 17 年（2005 年）改正前民法 364 条 2 項が、「前項ノ規定ハ株式ニ之ヲ適用セス」と定めて、指名債権質の規定の適用を排除していたのを、会社法制定にともなって、民法から移管されたものである。これに関しては、高田晴仁（1965～）が、民法旧 364 条 2 項の規定は明治民法・商法の特殊な事情によるものであった旨を考証したうえで、株式と債権とが本質的に相違することはもとより、会社法においては名義書換制度（または振替制度）があり、株式質の対抗要件は会社法 147 条に明らかであるから、指名債権質の規定を株式質に適用する余地はなく、これをわざわざ排除する必要など少しもないはずであり、加えて、昭和 41 年（1966 年）商法改正以後は、株券は無記名証券となったのであるから、もはやかつてのような指名債権との共通性は存在しないと指摘したうえで、会社法 147 条 3 項は無用の規定であると述べている¹⁴⁴。そのとおりであろう。

3 - 2 - 2. 登録株式質

略式株式質に必要な要件に加え、株主名簿に質権者の氏名・名称および

143 奥島：落合：浜田編・注（85）前掲 270 頁 [高田晴仁] 参照。

144 同前 271 頁 [高田晴仁] 参照。

住所を記載・記録してなされるのが「登録株式質」と称される方法である。平成 17 年 (2005 年) 改正前商法 209 条 1 項は、登録株式質にあっては、株主名簿の記載・記録と共に、その旨を株券に記載することを要求していたが、現行法では、株券への記載は要求されない。もっとも、同年改正前商法の下でも、株券に質権者の氏名を記載しなくても、登録株式質の効力に影響はないと解されていた¹⁴⁵。

3 - 2 - 3. 株式譲渡担保

株券発行会社の株式の譲渡担保は、株券を譲渡担保権者に交付することによって効力を生じる (会 128)。質権設定と同様、単に担保権者に株券を交付することによってのみ済ませる「略式株式譲渡担保」と、株主名簿を担保権者の名義に書き換えてする「登録株式譲渡担保」とがある。

略質株式質と略式株式譲渡担保は、いずれも株券の交付によってなされるから、そのいずれであるかは外形から判断することができず、当事者の意思表示による他ないが、当事者の意思が明確でないときは、担保権者が自ら担保物を取得し、その他法律に定めた方法によらないで担保物を処分しうるなど、担保権者にとって質権より有利である譲渡担保と推定すべきである¹⁴⁶。

最高裁は、譲渡制限株式を譲渡担保に供する場合もまた、商法旧 204 条 1 項 (現在の会 127、107) にいう株式の譲渡に当たるから、担保権の設定についても会社の承認を要し、ただ、譲渡当事者間では有効と解している (最判昭和 48 年 (1973 年) 6 月 15 日民集 27 巻 6 号 700 頁)。取得者一般が承認請求できる現行法の下では、譲渡当事者間における譲渡の有効なこと、当然である (本章 2 - 8 - 4)。また、略式株式譲渡担保については、担保権実行の段階で承認を受けさせれば、会社にとって好ましくない者が株主となることを防止できるから、担保に供する段階では、会社の承

145 北澤・注 (1) 前掲 251 頁。

146 同前 252 頁、龍田・注 (19) 前掲 250 頁。

認を要しないと解すべきである¹⁴⁷。さらに、最高裁の考え方に従えば、被担保債務を弁済した債務者が株式を返却してもらった時にも会社の承認を要することとなり、承認を拒否されると、株主の地位に復帰できない可能性・危険をとまなう¹⁴⁸。よって、担保権の実行の段階で初めて取得者から承認を求めれば足り（会 137）、設定時の承認請求は不要であろう。

3 - 3. 株券不発行会社の株式の担保化 —— 会社法の定め

株券不発行会社の株式を目的とする質権の設定は、当事者の合意によってなされ、株主名簿上に質権者の氏名・名称および住所を記載・記録しなければ、質権をもって会社その他の第三者に対抗できない（会 147）。したがって、株券不発行会社の株式を目的とする質権の設定は、登録株式質による他ない。ただし、株券発行会社が定款を変更して株券不発行会社に移行する際に、会社法 218 条 1 項の公告・通知により株券が無効となることを知った略式株式質権者は、定款変更の効力発生日の前日までに、会社に対し、質権者の氏名・名称および住所ならびに質権の目的である株式とを、株主名簿に記載・記録するよう請求できるものとされている（会 218）。株券の無効化により質権を維持できなくなること（会 147 参照）に備え、略式株式質権者をして自ら単独で第三者対抗要件を保全せしめる途を与える趣旨である¹⁴⁹。上の請求により株主名簿に記載・記録された質権を「特例登録株式質」と称する。特例登録株式質は、元来が略式株式質に由来するものであるから、略式株式質の効力しか認められない（会 152 第 3 かつこ書）。

株券不発行会社にあつては、株式譲渡担保も、譲受人（債権者）に名義書換えをすることによって設定することになる（会 130）。すなわち、登録株式譲渡担保による他ない。

147 青竹・注 (4) 前掲 140 頁。

148 龍田・注 (19) 前掲 250 頁参照。

149 酒巻：龍田編・注 (13) 前掲 186 頁 [戸田暁] 参照。

3 - 4. 振替株式の担保化

株式の振替対象会社では、振替先口座の質権欄への記載・記録が質権設定の効力要件である（社債株式振替 132 、141）。振替機関から発行会社への総株主通知の際に、質権設定者（株主）のみが通知されるものが略式株式質に当たり（社債株式振替 151 ）、質権者の氏名・名称および住所などが会社に通知され、会社がこれを株主名簿に記載・記録したものが登録株式質となる（社債株式振替 151 ・ 、152 ）。質権者がその旨の申出をしない限り、登録株式質とはならない。

振替株式の譲渡担保は、口座簿の記載・記録によって設定されるが、総株主通知によって株主名簿の名義書換えをとまなう。すなわち、登録株式譲渡担保となる。

3 - 5. 担保権の効力

3 - 5 - 1. 物上代位権の効力の及ぶ範囲

株式の質権者は、株券を留置し、優先弁済を受け（民 362 342）、転質する権利を有する（民 362 348）が、会社法は、株式を目的とする質権者の物上代位権について、とくに規定を設けている。会社法 151 条がこれである。同条によれば、会社が以下に掲げる行為をした場合には、株式を目的とする質権は、当該行為によって当該株式の株主が受けることのできる金銭等（金銭その他の財産をいう）について存在すると規定されている。すなわち、取得請求権付株式の取得、取得条項付株式の取得、全部取得条項付種類株式の取得、株式の併合、株式の分割、株式無償割当て、新株予約権無償割当て、剰余金の配当、残余財産の分配、組織変更、合併（合併により会社が消滅する場合に限る）、株式交換、株式移転、株式の取得（～ に掲げる行為を除く）、である。上の行為からうかがえるように、質権者の物上代位権が及ぶのは、株式の果実の場合もあるし、株式を失うことによる代償物である場合もある¹⁵⁰。

平成 17 年（2005 年）会社法制定前にあっては、株式質権者の物上代位

権が、上記の 剰余金の配当、 残余財産の分配に及ぶか否かについて、争いがあった。同年改正前商法は、登録株式質権者についてこれを肯定し、登録株式質権者は、会社から上の金銭の支払いを受けることができ（同年改正前商 209 、 293 ノ 5 。なお、同年改正前商 209 、 民 367 参照）、登録株式譲渡担保権者も同様と解されたのに対し、略式株式質権者については規定が設けられていなかった。このため、略式株式質権者または略式株式譲渡担保権者の権利も残余財産分配金には及ぶと解されるが、それが剰余金の配当にも及ぶかという点に関しては、略式株式質の設定が会社と無関係になされるものであるから、株式そのものの財産的価値のみを担保の目的とするものと解するのが、実情に合するであろうとして¹⁵¹、多数説はこれを否定していた。また、剰余金配当請求権は基本権たる株式自体ではなく、株式の変形物たる権利でもないので、これに略式株式質の物上代位的効力は及ばないとした下級審裁判例もあった（東京高判昭和 56 年（1981 年）3 月 30 日高民 34 卷 1 号 11 頁）。しかし、現行法の下では、明文をもって上記のように、剰余金の配当につき、登録株式質権者に限定せずに、物上代位の対象として列挙した以上、略式株式質の場合にもこれに効力が及ぶといわざるをえない¹⁵²。

なお、物上代位の効力が及ぶ範囲については、上記 ないし に列挙されたものに限られない。会社法 840 条 1 項 6 項および同 841 条 2 項において、新株発行等の無効の場合に株主が支払いを受ける金銭について物上代位の効力が及ぶと規定されているのがその例である¹⁵³。

3 - 5 - 2. 物上代位権の行使

略式株式質権者による物上代位権の行使方法については、会社法に特段

150 関・注 (73) 前掲 142 頁。

151 鈴木竹雄：竹内昭夫『会社法（第 3 版）』（有斐閣・1994 年）170 頁、大隅：今井・注 (5) 前掲 255 頁

152 前田・注 (36) 前掲 204 頁。

153 同前。

の規定が置かれていない。したがって、民法の一般原則に基づき、その目的物が会社から質権設定者に支払われる前または引き渡される前に、その差押えをしなければならないと解される(民 362 350 304 ただし書)。しかし、会社法の制定前から、金銭の支払いなどを受けるのに従来の株券の提出を必要とする場合には、株券を占有する略式株式質権者または略式株式譲渡担保権者が株券を提出して金銭の支払いなどを請求することができ、差押えを必要としないとする見解があり、有力であった¹⁵⁴。この見解は、現行法の下でも、株券発行会社において、金銭の支払いなどを受けるのにその行為に係る株券の提出を必要とする場合(会 219 ~ 参照)に株券を占有する略式株式質権者・略式株式譲渡担保権者についても妥当し、この場合、当該略式株式質権者・略式株式譲渡担保権者は株券を提出して金銭の支払いなどを請求でき、目的物の差押えを必要としないと解してよい¹⁵⁵。

なお、略式株式質権が設定されている振替株式につき、株式の併合・株式の分割・合併等による株式の発行等があった場合には、物上代位の効力が当然に及ぶものとして振替口座簿の質権欄に株式数の減少・増加の記載・記録がなされるので(社債株式振替 136 ・ 、137 ・ 、138 ・)、質権者は差押えの手続を執ることを要しない。しかし、取得条項付株式の取得等により振替株式が金銭に代わる場合には、その特定のため、払渡しの前に差押えを要する¹⁵⁶。

一方、登録株式質については、会社法に次のような定めが置かれている。すなわち、会社が上記の本章 3 - 5 - 1 に掲げた ないし および の行為をした場合には、登録株式質権者の物上代位の効力が及ぶ株式につき、会社がその質権者の氏名・名称および住所を株主名簿に記載・記録しなければならず(会 152)、株券発行会社にあつては、物上代位の効力が及ぶ

154 北澤・注 (1) 前掲 254 頁参照。

155 青竹・注 (4) 前掲 147 頁参照。

156 江頭・注 (3) 前掲 217 頁脚注 (6) 参照。

株式に係る株券をその質権者に引き渡さなければならない(会 153)。株式の併合または株式の分割の場合における、これらに係る株式についても同様である(会 152 ・ 、会 153 ・)。

3 - 5 - 3. 物上代位権と優先弁済

登録株式質権者は、株券発行会社・不発行会社のいずれの株式を質権の目的としようが、上に述べた物上代位の効果を生じる会社の行為によって引渡しを受けるものが金銭である場合には、当該金銭を株主その他の債権者に先立って受領し、自己の被担保債権の弁済に充当することができる(会 154)。すなわち、これによって優先弁済を受けることができる。会社の行為の時点で、被担保債権の弁済期が到来していないときは、登録株式質権者は、会社に当該金銭に相当する金額を供託させることができ、このときは、質権は当該供託金について存在する(会 154)。

金銭以外のものについては、質権の効力がその上に生じているから(会 151)、担保権実行の方法により、被担保債権の弁済に充てることができる¹⁵⁷。

3 - 6. 担保権と共益権

株式の担保権者は、本来、議決権その他の共益権を行使することができず、これを行使しうる者は、質権設定者または譲渡担保権設定者たる株主である。登録株式譲渡担保の場合には、議決権その他の共益権も会社に対する関係では担保権者に帰属するが、当事者の関係では、別段の合意のない限り、担保権者は、担保権設定者に委任状を交付して、この者に議決権を代理行使させるべきである¹⁵⁸。

157 前田・注(36)前掲205頁。

158 北澤・注(1)前掲255頁。

4. 株式の信託の設定

平成 18 年 (2006 年) に現行信託法 (平成 19 年 (2007 年) 9 月 30 日施行) が制定される前の旧信託法 3 条 1 項は、「登記又ハ登録スヘキ財産権ニ付テハ信託ハ其ノ登記又ハ登録ヲ為スニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と規定し、いわゆる信託財産の公示の原則を声明していた。この原則は、現行信託法 14 条にそのまま承継されている。次いで、旧信託法 3 条 2 項は、「有価証券ニ付テハ勅令ノ定ムル所ニ依リ証券ニ信託財産ナルコトヲ表示シ株券及社債券ニ付テハ尚株主名簿又ハ社債原簿ニ信託財産タル旨ヲ記載又ハ記録スルニ非サレハ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス」と、同条 3 項は、「株券ヲ発行セザル旨ノ定款ノ定アル会社ノ株式ニ付テハ信託ハ株主名簿ニ信託財産タル旨ヲ記載又ハ記録スルニ非ザレバ之ヲ以テ第三者ニ對抗スルコトヲ得ズ」と規定し、有価証券わけても株式・社債につき、信託財産たることの公示すなわち对抗要件に関する規定を設けていた。上の旧 2 項は、大量かつ頻繁に取引される有価証券に、個別に信託財産であることの表示を求める点で不合理かつ非現実的になっていたことを理由に、現行信託法においては削除され、また旧 3 項は、法体系上、会社法において規定されるべきであることから、同様に削除された¹⁵⁹⁾。

上の信託法改正を受けて、同じく平成 18 年 (2006 年) に、株式に信託を設定する場合に依拠すべき規定として、信託法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律に基づき、会社法中に 154 条の 2 が追加されたのである。

これによれば、たとえば、委託者と受託者との信託契約によって、株券不発行会社の株式に信託が設定された場合には、当該契約の締結によって、信託はその効力を生じるが (信託 4)、これを会社および第三者に対抗

159 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 354 頁 [行澤一人]。

するには、株主名簿に、当該株式が信託財産に属する旨を記載・記録しなければならない(会 154 の 2)。株主名簿への記載・記録は、株主名簿上の株主の請求によってなされる(会 154 の 2)。株式に信託が設定されると、その旨を株主名簿に記載・記録された株主は、この旨を含む株主名簿記載事項を記載した書面等の交付を会社に請求することができ、また、会社が会社法 132 条に依拠して自ら株主名簿記載事項の記載・記録をなすに際しては、当該株式が信託財産に属する旨を含むものとして記載・記録すべきことになる(会 154 の 2)。

一方、株券発行会社の発行する株式に信託を設定する場合には、上記の準則は適用されない(会 154 の 2)。たとえば、委託者と受託者との信託契約によって、株券発行会社の株式に信託を設定する場合には、契約締結に併せて、株券を受託者に交付しなければならない(会 128 本文)。これが効力要件である。当該株式が信託財産に属する旨を会社および第三者に対抗するには、会社法・信託法上に特段の規定が存在しないので、当該株券を占有することで足りる(会 131)。しかし、そのためには、当該株式が信託財産であることを立証することを必要とすると解されるところ、受託者には信託財産の分別管理義務が課されていることから(信託 34 イ)、分別管理がなされておれば、その立証は容易であろう¹⁶⁰。

振替株式の株主 A (質権につき信託が設定された場合には質権者) が B を受託者とし、自らまたは他人を受益者としてその有する振替株式について信託を設定する場合には、信託は、社債株式振替法 129 条 3 項 5 号の規定により、その振替株式が信託財産に属する旨を振替口座簿に記載・記録しなければ、当該株式が信託財産に属することを第三者に対抗できない¹⁶¹(社債株式振替 142。その振替口座簿への記載・記録の申請等については、社振政令 33~38)。

160 前田・注(36)前掲 207 頁参照。

161 同前 226 頁

5. 自己株式の取得と親会社株式の取得

5-1. 自己株式の取得

5-1-1. 意義

会社が、自己の発行済株式を取得することを、講学上、従来から「自己株式の取得」といい慣わしている。もっとも、細かい事をいえば、現行会社法は、「自己株式」を「会社が保有する自己の株式」と定義しているので(会113 第2 かつこ書参照)、この定義・用法の下では、厳密には、「自己株式の取得」ということは概念上ありえないことになる¹⁶²。しかし、現在でも、この表現は、便宜的に一般的に用いられている。

自己株式の取得が理論的に可能であることは、いうを待たない¹⁶³。しかし、この行為が会社にとって弊害を生じるおそれをともなう行為であることもまた、^{とど}嘸々を要しない。すなわち、この行為に歯止めを欠けば、出資の払戻しとなって資本の維持を害し、会社の業績が悪化すると自己株式の値下りによって会社に二重の損害を与え、相場操縦や内部者取引に利用されて、投機の弊を助長し、現経営者の地位の保全のために利用され、

取得の方法と価額のいかんによっては、株主間の不平等をもたらすなどの弊害を生じる¹⁶⁴。以上の点は夙に指摘されてきたところであり、今日なお真理である。

一方で、自己株式の取得は、とりわけ公開会社の財務戦略上の観点等から有用であるとの評価が可能である。たとえば、合併や会社分割等の企業組織再編に際し、新株発行に代えて会社が保有する自己株式を利用することができれば、新株発行にともなう配当負担の増加や既存株主の持株比率の低下を防ぎながら、機動的な再編が可能になる。株式の消却や新株発行によってこの目的を達成しようとするれば、発行済株式総数がいったん減

162 山下編・注(125)前掲6頁[藤田友敬]。

163 もちろん、設立または募集株式発行の際に、会社が自己株式を引き受けることは、理論上当然に認められない。

164 北澤・注(1)前掲216頁。

少したり、新株発行によって資本金の額等に変動を生じるが、自己株式を利用すれば、発行済株式総数や資本金の額等に変動を生じない。また、株券発行会社の場合、株式の消却によっていったん株券を廃棄し、新株発行によって新たに株券を発行するというコスト負担を軽減できる。株式の需給関係を調整し、株式持合解消の受皿として自己株式を利用して、株式市場の安定化を図ることができる。持合解消は市場での売圧力となり、株価を必要以上に押し下げるからである。大株主や提携先が株式を買却すれば、流通株式が増大し、それだけ敵対的買収の危険も増大するので、自己株式を取得することにより、これを防止する効果が期待できる。企業年金の拠出・運用手段として自己株式を利用することができる。以上のような自己株式の効用は、わけても実務界から、長年にわたって声が上がっていたものである。

5-1-2. 法政策の変遷

当初、立法者は、上で述べた自己株式取得の弊害の側面を重く視たのであろう、明治26年(1893年)改正後の旧商法217条は、自己株式の取得・質受けを原則的に禁じつつも、会社が取得した自己株式を特定の期間内(3ヵ月内)に公売すべきことを命じるという内容で立法された。ところが、明治32年(1899年)の成立当初の現行商法151条1項は、自己株式の公売という方法を捨て去り、その取得・質受けの原則禁止を貫くという法政策を採ったのである。すなわち、同条同項において、「会社ハ自己ノ株式ヲ取得シ又ハ質権ノ目的トシテ之ヲ受クルコトヲ得ス」と規定し、旧商法よりも厳格な姿勢で臨んだ。この立法を痛烈に批判したのが松本烝治である。彼は、「我商法ハ大体ニ於テ多ク独逸法ニ倣ヘリ、然ルニ此点ニ於テ独逸……旧法ノ規定ヲ採リ 1894年〔明治17年〕以後ノ立法例ニ從ハサリシハ頗ル怪ムヘシ、此ノ如キ修正ハ改良ニ非スシテ改悪ナリ、喬木ヲ去リテ幽谷ニ下ルモノナリ、余輩其可ナル所以ヲ知ラス¹⁶⁵」と述べた。こ

165 松本烝治「会社ノ自己ノ株式ノ取得ヲ論ス」法学志林55号(1904年)19頁。

の論稿の公表時、松本丞治、28 歳である。

この法政策に関しては、学界・実務界からの批判が強かった。例を挙げれば、昭和 13 年 (1938 年) 商法改正前に、高窪喜八郎は、自己株式の取得および質受けに関し、自己株式の運用が巧妙に行われることは株式会社制度の長所と観るべきであり、会社の有する債権の担保としてこれを取得したり、会社が重大な損害を回避するためにこれを買占めたり、株式市価が不当に低い場合にこれを買取る等、自己株式の取得および質受けは、実際上も法律上も相当広く自由を認めるべきであるという趣旨の主張を展開していた¹⁶⁶。彼のこの主張が公表されたのは、昭和 8 年 (1933 年) のことである。当時の高窪は、昭和 13 年 (1938 年) 改正にあたり、会社法制に関しては、きわめて厳格かつ干渉主義的な政策をもって臨むべきであるとの基本姿勢を示していたのであるが¹⁶⁷、その彼をしてここまでの主張をなさしめたのであるから、同年改正前商法 151 条 1 項は、各方面から相当に不評だったのであろう。

昭和 13 年 (1938 年) 改正後商法 210 条は、例外的に、株式の消却のためにする取得、合併または他の会社の営業全部の譲受けによる取得、会社の権利の実行にあたりその目的を達するために必要なとき、に限り、自己株式の取得または質受けを許容した。ただ、これとセット (set) となる形で、同年改正後商法 211 条は、上述の場合には、会社が遅滞なく株式を失効せしめるべき旨、およびの場合には、相当の時期に株式または質権の処分をなすべき旨を定めた (なお、株式消却の規定は、同年改正後商法 212 条に定めが設けられた)。昭和 25 年 (1950 年) 改正時には、反対株主の株式買取請求に応じる自己株式の買取りが許容事由に加えられ、この株式もまた相当の時期に処分すべきこととされた (以上、同年改正後商 210、211)。の具体的ケースは、徐々に拡大されることとなっ

166 高窪喜八郎「商法改正要綱に対し反対すべき点 (11)」法学新報 43 巻 2 号 (1933 年) 61 - 62 頁参照。

167 浅木慎一『日本会社法成立史』(信山社・2003 年) 337 - 338 頁参照。

たが、この法構造は、基本的に平成6年(1994年)に至るまで維持されたのである。なお、自己株式の質受けに関しては、昭和56年(1981年)改正により、同年改正後商法210条が、発行済株式総数の20分の1を超えて自己株式を質受けすることを原則として禁止するとされた。つまり、発行済株式総数の20分の1までは、自己株式の質受けを明文で許容したのであった。

平成6年(1994年)改正は、自己株式取得の許容事由を一挙に拡大した。長年の実務界からの要請を受ける形での改正であった。まず、使用人に譲渡するための(従業員持株制度の円滑な運用などが念頭に置かれたのであろう)、定時株主総会決議による自己株式の取得(発行済株式総数の100分の3を限度とする。同年改正後商210ノ2・)を認めた¹⁶⁸。また、定款に定めがなくても利益による株式の消却をするため定時株主総会決議によって自己株式を取得できるようにした(同年改正後商212ノ2)。さらに、株式譲渡制限会社において、株主の先買権者指定請求に応じて会社が先買権者に指定された場合の株主総会特別決議による自己株式の取得(同年改正後商210(204、3、204、5)204ノ3ノ2)および株主の相続人からの株主総会特別決議による自己株式の取得(同年改正後商210ノ3)を許容した。この改正を契機に、自己株式の取得の弊害については、個別に対処すること(手続規制・財源規制・数量規制・開示規制など)を前提に、例外許容範囲を拡大するという方向が定まったといえる。

平成9年(1997年)法律第56号改正は、使用人に譲渡するための自己株式の取得の許容を取締役に対して譲渡する場合にも拡大し(ストック・オプション(stock option)制度のための譲渡を念頭にしたもの)、この目的のための自己株式の取得限度も100分の3から10分の1へと引き上げ、ストック・オプション権利行使期間である10年間、会社が自己株式を保有できるものとした(同年(法56)改正後商210ノ2・)

168 使用人への譲渡のための自己株式取得につき、その弊害防止規制に関しては、酒巻：龍田編・注(6)前掲357頁[龍田節]参照。

)。さらに同年、株式の消却の手續に関する商法の特例に関する法律(同年法律第 55 号)が制定され、上場株式・店頭売買株式につき、定款授權に基づき、株式の消却のためにする取締役会の決議による自己株式の取得が認められた(旧株式消却特 3)。加えて、平成 11 年(1999 年)における土地の再評価に関する法律(平成 10 年(1998 年)法律第 34 号)の改正により、土地の再評価差額金による消却のための自己株式取得を認めた¹⁶⁹(同年改正後土地再評価 8 の 2)。経済界の要望を容れて例外がこれだけ無秩序に増殖すると、もはや筋道を立てた整序は諦めるほかない。平成 6 年(1994 年)以降の方向性も行き詰まり、龍田節の表現によれば、「やがて熟柿が落ちるように¹⁷⁰」原則禁止の体制は終焉を迎えたのであった。

平成 13 年(2001 年)法律第 79 号改正は、弊害への個別的対処を前提とする例外許容範囲の拡大という路線を棄て去った改正であった。この改正は、自己株式の取得のみならず保有についても、その目的・数量・保有期間の規制を全廃した。いわゆる「金庫株の解禁」と称される改正であった。要は、会社が、株主の利益を保護するための手續規制と債権者保護のための財源規制を守る限り、原則として自由に自己株式を取得・保有できることとしたのである¹⁷¹。自己株式の質受け規制も全廃された。

平成 13 年(2001 年)法律第 79 号改正前商法 210 条は、会社は一定の場合を除き、自己株式を「取得シ」または「質権ノ目的トシテ」「自己ノ株式ヲ受クル」ことができないと規定していたから、これは文字通り素直に、自己株式の「取得」を原則的に禁止した規定であると解されていた。同年改正後にあつては、自己株式の「取得」という表現は用いられず、同 210 条では自己株式の「買受」という表現が用いられ、その手續や財源規

169 この自己株式取得の許容は、時限の満了により、平成 14 年(2002 年)3 月 31 日をもって廃止された(土地再評価 8 の 2)。

170 酒巻：龍田編・注(6)前掲 358 頁[龍田節]。

171 山下編・注(125)前掲 7 頁[藤田友敬]。

制等について規定が整備された。このように条文の表現が変更されたことに着目して、前田庸は、「それにより、平成13年改正商法のもとでは、自己株式の取得については、担保のための取得も含めて（完全に）自由化されたことを意味する¹⁷²⁾」と評したのであった。続けて、その買受け（有償取得）については、会社財産に影響を与えるので、資本維持の原則の観点からその手続および財源を規制し、また特定の者からの買受けを株主平等の原則の立場から規制することになったと解説している¹⁷³⁾。

平成15年（2003年）改正は、定時株主総会の決議による自己株式の買受け（平成17年（2005年）改正前商210）に加えて、定款授權に基づく取締役会決議による自己株式の取得を認めるに至ったのであった（平成15年改正後商211ノ3）。

かくして、現行会社法は、上述のような自己株式取得の原則自由という流れ・枠組みを基本的に承継し、この規整を整序する形で自己株式に関する規定を改めて整備したのである。

5-1-3. 弊害への対処——その基本政策

平成13年（2001年）以降、わが会社法制が自己株式の取得を原則自由化するという方向に転じたとはいえ、本章5-1-1で述べた4つの主要な弊害に対し、法がどのような基本政策をもって対処するかに関しては、その姿勢に大きな変化はない。この点に関しては、龍田節の整理が最も分かり易い。本章5-1-1で述べた順番に並びかえて、その姿勢を彼の記述に沿って概観しておこう。

の資本維持を害するおそれがあるという弊害に対しては、財源規制で対応し、の株主間の不平等をもたらすおそれがあるという弊害に対しては、手続規制で守る。の株式取引の公正を歪めるおそれがあるという弊害に対しては、金融商品取引法の手続規制によって公正の維持を図る、と

172 前田庸『会社法入門（第10版）』（有斐閣・2005年）151頁。

173 同前。

いうわけである¹⁷⁴。 に関しては、平成 13 年 (2001 年) 改正商法の規制緩和に対応して、当時の証券取引法が、自己株式に関する開示や内部者取引の規制を強化し、相場操縦予防のルールを設けるなど、不公正取引に対処する規定を整備した¹⁷⁵。

残った の支配の公正を歪めるおそれがあるという弊害に関して、龍田節は、以下のように述べる。現行会社法制下における将来へ向けての警告・課題を含むものとなっている。すなわち、「 支配の公正は微妙である。どこから先が不公正なのか、 にくらべ境界は元々分明ではなく、不公正支配の弊害も顕著な現れ方をするわけではないのに、蓄積すると取返しのつかない害悪をもたらすのが不公正支配の特色である。このつかみどころのない怪物は、(20 世紀の法制下では) 目的規制の下で登場する機会が限られ、数量規制の下で目立った動きを封じられていた。両規制とも葬り去った現在、出番をうかがうのが不公正支配という名の怪物である¹⁷⁶」。あえて本線を外れて主観を吐露すれば、学術書の中でこのような読み応えのある名文に出逢えることは、予想外の不意打ちであり、同時に望外の悦びでもある。

5 - 2. 取得の規制

5 - 2 - 1. 会社法 155 条の観察

会社法 155 条柱書は、「株式会社は、次に掲げる場合に限り、当該株式会社の株式を取得することができる。」と規定し、1 号ないし 13 号の事由を列挙している。すなわち、 取得条項付株式につき、当該株式取得のための一定の事由 (会 107 イ) が生じた場合、 会社が譲渡制限株式の譲渡承認請求を承認しない旨を決定した際に、承認請求者が会社に当該株

174 龍田・注 (19) 前掲 254 頁参照。

175 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 358 頁 [龍田節]。なお、自己株式取得に関する金融商品取引法の規制に関しては、江頭・注 (3) 前掲 245 - 246 頁脚注 (7) 参照。

176 龍田・注 (19) 前掲 254 頁。

式の買取請求（会 138 八・八）をした場合、会社が株主との合意により自己株式を有償取得することにつき、株主総会の決議（会 156 ）をもって承認した場合、取得請求権付株式の株主が会社に対し当該株式の取得を請求（会 166 ）した場合、全部取得条項付種類株式の全部取得を株主総会の決議（会 171 ）をもって承認した場合、会社が相続その他の一般承継により譲渡制限株式を取得した者に対する当該株式の売渡請求（会 176 ）をした場合、単元未満株主が会社に対し単元未満株式の買取請求（会 192 ）をした場合、会社が競売に代えて売却する所在不明株主の株式の全部または一部を自ら買い取る際に、買い取る株式の数およびその買取りと引換えに交付する金銭の総額を定めた場合（会 197 ）、

株式の端数の処理として会社が競売に代えて売却する端数株の合計数を買い取る際に、買い取る株式の数およびその買取りと引換えに交付する金銭の総額を定めた場合（会 234 、235 ）、外国会社を含む他の会社の事業全部の譲受けの際に、当該他社が有する自社の株式を取得する場合、

合併後消滅する会社から合併存続会社が自社の株式を承継する場合、吸収分割をする会社から自社の株式を承継する場合、その他法務省令で定める場合、である。

上記につき、会社法施行規則 27 条が、以下の場合を列挙している。すなわち、[13 の 1] 自己株式を無償で取得する場合、[13 の 2] 剰余金の配当または残余財産の分配により自己株式の交付を受ける場合、[13 の 3] 組織変更・合併・株式交換・取得条項付株式の取得・全部取得条項付種類株式の取得に際し、対価として自己株式の交付を受ける場合、[13 の 4] 新株予約権等（会施規 2 ）の取得の対価として自己株式の交付を受ける場合、[13 の 5] 反対株主の株式買取請求に応じることによる取得、[13 の 6] 合併後消滅する会社以外の法人等（会施規 2 ）からの自己株式の承継取得、[13 の 7] 他の法人等の事業の全部を譲り受ける際に、当該他の法人等が有する自己株式を譲り受ける場合、[13 の 8] その権利の実行にあたり目的を達成するために当該会社の株式を取得することが必要かつ不可欠である場合、である。

会社法 155 条柱書の表現を觀る限り、自己株式を取得できる場合を限定列挙する形式を採っているが、同条 3 号により、株主總會の決議があれば、目的・數量に規制なく取得が許容されるわけであるから、自己株式の取得が原則自由であるとの法政策が採られていること、明らかである。なお、「買受」という表現を再び「取得」に戻したのは、対価が必ずしも金銭に限られず、有償取得一般の規制として規定されたからであろう。

会社法 155 条に列挙された ないし について述べれば、 ないし ならびに および に手続規制・財源規制が課せられており、 には手続規制が課せられている。なお、上の については、すでに本章の各所において述べた (につき、本章 2-8-3-1・2-8-3-2、 につき、本章 2-8-5、 につき、本章 1-4-2)。

5-2-2. 株主との合意による取得

5-2-2-1. 不特定株主からの取得

会社が、株主との合意により自己株式を有償で取得するには、あらかじめ、株主總會の決議により、以下の事項を定めなければならない。すなわち、取得する株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数） 株式を取得するのと引換えに交付する金銭等（その会社の株式等を除く）の内容および総額、すなわち対価に関する定め、株式を取得することができる期間、である（以上、会 156 ）。決議は、普通決議で足りる（会 309 参照）。この決議は、定時株主總會に限られるものではなく、臨時株主總會においてなすこともできる。平成 17 年（2005 年）会社法制定前には、自己株式の取得は利益処分の性質があることから定時總會の決議によることとされていたが（同年改正前商 210 ）、臨時株主總會でもなすことができるとしたのは、会社法において剰余金の配当決議についても定時株主總會以外の總會でも可能になったことに対応するものである¹⁷⁷。これとの関連で、上記決定事項の が 1 年を超えては

177 青竹・注 (4) 前掲 149 頁、前田・注 (36) 前掲 149 - 150 頁。

ならない（会 156 柱書ただし書）とされたのである¹⁷⁸。また、上記決定事項の が、対価として、当該会社の株式等（株式、新株予約権、社債。会 107 ホかっこ書）を除外しているのは、株式の種類の変更や社債の発行に関する規制の潜脱を防止する趣旨である¹⁷⁹。

委員会設置会社または取締役の任期が 1 年を超えない会計監査人を設置する監査役会設置会社であれば、上で述べた自己株式の取得に係る決定事項を取締役会が定めることができる旨を定款で定めることができる（会 459 ）。会計数値の正確性の確保等において信頼に足る水準の監査体制が整備され、かつ、取締役が株主から信任を問われる機会が適宜に確保されている会社に限っては、決定機関を株主総会から取締役会へ移すことが許されるのである。

以下では、原則に従い、株主総会が会社法 156 条 1 項に係る決定の決議をしたものとして流れを追うこととする。同条同項に係る決定は、取締役会設置会社にあつては、一定の金額・数量内で自己株式を取得することを定める授權決議としての性格を有するものである¹⁸⁰。

取締役会設置会社が株主総会の授權に基づき自己株式を取得しようとするときは、会社は、その都度、取締役会の決定をもって（会 157 ）、以下の具体的な内容を決定しなければならない。すなわち、取得する株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および数）、株式 1 株を取得するのと引換えに交付する金銭等の内容および数もしくは額またはこれらの算定方法、株式を取得するのと引換えに交付する金銭等の総額、株式の譲渡しの申込みの期日、である（会 157 ）。取締役会非設置会社が上の決定をする場合、その決定機関がいずれであるかに関しては説が分かれる。青竹正一、龍田節や小林量（1957～ ）は、これが業務執行行為に係る決定であると解して、業務執行者たる取締役が決定できるとし

178 山下編・注（125）前掲 17 頁〔藤田友敬〕。

179 同前〔藤田友敬〕参照。

180 同前 16 頁〔藤田友敬〕。

ている¹⁸¹。一方、前田庸は、剰余金の配当等に関する責任についての会社法 462 条 1 項 2 号イの規定ぶりから、また事柄の重要性に鑑みても、その決定機関は株主総会であると解している¹⁸²。江頭憲治郎も、1 株の取得価額等の決定の重要性を重く観て、やはり決定機関を株主総会であると解している¹⁸³。現状は、前田・江頭説がかろうじて多数説であると思われる¹⁸⁴。すでに会社法 156 条に依拠して株主総会が戦略的大綱を決定しているのであるから、その細目を再び株主総会決議に委ねるのは、屋上屋を架するの感を否めないのであるが、多数説のように解する他あるまい。なお、委員会設置会社では、上の決定権限を取締役会が執行役に委ねることを許される (会 416 柱書本文)。

株式の取得の条件は、決定の都度、均等に定めなければならない (会 157)。種類株式を対象とする場合は、種類ごとに均等である必要があろうが、種類が異なれば、取得条件に差があってもよい。

会社は、株主に対し、上の会社法 157 条 1 項に係る決定事項を通知しなければならない (会 158)。公開会社においては、公告をもってこの通知に代えることができる (会 158)。この通知・公告は、会社が自己株式の取得を目指す株式譲渡契約の申込みの誘引であると位置づけられる¹⁸⁵。株主に対し、上の決定事項を通知・公告しなければならないのは、すべての株主に譲渡を勧誘して取得するいわば「ミニ (mini) 公開買付け」の制度を採ることを合意による取得の基本としているからである¹⁸⁶。ミニ公開買付手続が採用され、全株主に通知がなされるのは、株主平等の観点から、取得対象となる株式の株主全員に売却の機会を付与するためである¹⁸⁷

181 青竹・注 (4) 前掲 150 頁、酒巻・龍田編・注 (6) 前掲 380 頁 [小林量]、龍田・注 (19) 前掲 256 頁。

182 前田・注 (36) 前掲 462 - 463 頁。

183 江頭・注 (3) 前掲 246 頁脚注 (8)。

184 奥島：落合：浜田編・注 (85) 前掲 290 頁 [泉田栄一]、山下編・注 (125) 前掲 23 頁 [藤田友敬] 参照。

185 山下編・同前 27 頁 [伊藤靖史]。

186 青竹・注 (4) 前掲 150 頁。

187 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 383 頁 [小林量]。

(投下資本回収の機会の平等)。

通知を受けた株主は、その有する株式の譲渡しの申込みをしようとするときは、会社に対し、申込みに係る株式の数（種類株式発行会社においては、株式の種類および数）を明らかにしなければならない（会 159 ）。この申込みがあれば、会社は、申込期日において、当該申込みに係る株式の譲受けを承諾したものとみなされる（会 159 本文）。このような承諾の擬制は、取締役等による裁量を排し、株主の平等を維持する趣旨に出たものであるが¹⁸⁸、そのままでは申込総数が取得総数を上回る場合が生じるため、その場合には、按分比例の方法により、申込みを承諾したものとみなしている（会 159 ただし書）。按分比例の処理に際し、1 に満たない端数があれば、これを切り捨てるものとされている（会 159 ただし書第 2 かつこ書）。

自己株式を取得するのと引換えに交付する金銭等の総額は、繰り返し述べるように、その都度、会社が決定しなければならないが（会 157 ）、交付する金銭等の帳簿価額の総額は、会社法 461 条 2 項に定める分配可能額を超えてはならない（会 461 ）。財源規制である。会社法 461 条 1 項が財源規制に関する一般規定と位置づけられる。財源規制に関しては、すでに必要な箇所で言及しているが、関俊彦による「会社法は、会社は剰余金の配当をする余力の範囲でなければ自己株式を取得することができないという発想をもっている¹⁸⁹」という表現が、この規制の姿を端的に物語っている。

5 - 2 - 2 - 2. 特定株主からの取得

会社は、特定の株主との合意により自己株式を取得しても差し支えないが、注意すべきは、この場合にも、株主全員（または当該種類株主全員）に参加の機会を与えなければならないのが原則であるという点である¹⁹⁰。

188 同前 385 頁 [小林量]。

189 関・注 (73) 前掲 133 頁。

190 龍田・注 (19) 前掲 257 頁参照。

会社が特定の株主から自己株式を取得する場合には、会社法 156 条 1 項の株主総会の決議事項の決定に併せて、当該株主総会決議によって、株主に対する会社法 158 条 1 項に係る通知を特定の株主たる A に対して行う旨の定めをすることができる (会 160)。この場合には、A の氏名・名称をも決議しなければならないわけである¹⁹¹。この決議は、特別決議によらなければならない (会 309 かつこ書)。会社法 156 条 1 項に係る決定事項を取締役会で定めることができる旨を定款で定めることを許され、そのような定めを設けた会社であっても、この決定は株主総会決議によらなければならない (会 459)。特定の株主から取得する手続が厳格なのは、換金困難な株式の資本回収の機会が不平等になるおそれ大きいことに加え、グリーンメーラー (greenmailer、保有する株式の影響力に基づき、その発行会社、関係者等に圧力をかけ、半ば脅迫的に高値での引取りを要求する者を指す) からの高値の取得を阻止する、等の必要があるからである¹⁹²。この株主総会決議において、売主である株主 A は、A 以外の株主の全部が当該株主総会において議決権を行使できない場合を除いて、議決権を行使することができない (会 160)。決議の公正を図る趣旨である。

会社が、特定の株主 A に通知する旨の決定をしようとするときは、当該株主総会の日の 2 週間前までに、非公開会社にあつては 1 週間前までに (以上、会施規 28)、株主または、取得する株式の種類の種類株主に対し、以下のような請求をすることができる旨を通知しなければならない (会 160)。すなわち、株主または当該種類株主は、A 以外に自己をも譲渡人に加えた議案にしよう請求することができる旨を、である (会 160)。譲渡を欲する株主または当該種類株主は、総会の日の 5 日 (定款でこれを短縮する旨を定めた場合はその期間) 前までに、非公開会社にあつては 3 日 (定款でこれを短縮する旨を定めた場合はその期間) 前までに、この請

191 江頭・注 (3) 前掲 242 頁。

192 同前参照。

求をすることになる（会施規 29）。これを「売主追加請求権」と呼ぶこともある。この請求は、自己を売主に加えることを株主総会の議案とすることであって、請求者の氏名・名称が売主として招集通知に明示されるわけではないから、株主提案権の行使とは性質を異にし、総会の議案の修正提案権としての意味を有すると解される¹⁹³。Bがこの請求権を行使した場合、Bもまた、原則として、当該株主総会で議決権を行使できないこと、当然である（会 160）。また、この追加請求権を行使できるのは、種類株式発行会社にあつては、その取得する株式の種類の種類株主に限られることも、当然である（会 160 かつこ書・参照）。

上で述べた通知および請求の手続は、会社の取得する株式が市場価格のある株式であつて、その株式を取得するのと引換えに交付する金銭等の額が市場価格として法務省令で定める方法（会施規 30 参照）により算定されるものを超えないときは、これをなす必要がない（会 161）。A以外の株主は、市場で株式を売却することができるし、Aからの取得につき取得価額が相当であればA以外の株主は不利益を受けることもなく、総会の特別決議による承認があれば、株主平等の原則を損なうというまでのことはないと考えられるからである¹⁹⁴。

株式譲渡制限会社が、相続人その他の一般承継人から合意によって株式を譲り受ける場合には、原則として他の株主の売主追加請求権は認められない（会 162 参照）。相続人や合併の存続会社などが投下資本の回収を望む場合に、他の株主からの追加譲渡請求を封じておけば、会社の財務負担を増大させずに済むとの政策的配慮であろう¹⁹⁵。何よりも財源規制との関連で（会 461）、肝心の当該相続人等からの株式取得ができなくなつてしまつては、元も子もない。しかし、相続人等が株主総会・種類株主総会で議決権を行使した場合には、爾後、これらの者から合意によって株式

193 前田・注（36）前掲 152 頁。

194 同前。

195 龍田・注（19）前掲 257 頁参照。

を譲り受ける手続は、特定の株主からの合意による取得手続に移行する(会 162 参照)。議決権を行使すれば、当該相続人等はいったん会社にとどまる選択をしたものとみられ¹⁹⁶、以後他の株主と差別する合理的理由を欠くに至るからであろう。

さらに、会社は、あらかじめ、定款をもって、特定の株主から自己株式を取得するに際し、他の株主に対する売主追加請求手続を採ることを要しない旨を(他の株主が売主追加請求をすることができない旨を)、定め置くことができる(会 164)。会社設立時の原始定款にその旨の定めがあれば、原始株主は当然のこと、他の株主もそれを承知で株主になるのであるから、特段の問題は生じない。種類株式発行会社にあつては、特定の種類株式の取得についてのみ、この定めを置くことも差し支えない(会 164

かっこ書)。この旨の定めを置く場合に、売主追加請求権の排除に一定の制限・条件を付することも可能であろう¹⁹⁷。しかし、株式(種類株式発行会社にあつては、ある種類の株式)発行後に、定款の変更によりこの旨の定めを設け、またはこの旨の定めの内容を変更しようとするときは株主(種類株式発行会社にあつては、当該種類株主)全員の同意を得なければならない(会 164)。株主平等に関わる問題だからである。逆に、この旨の定めを廃止する場合には、株主利益の保護に有利に作用するから、通常の定款変更手続によって差し支えない。

特定株主からの自己株式の取得についても、財源規制による制約を受ける(会 461)。

5-2-2-3. 子会社からの取得

親会社の子会社の保有する親会社株式(親会社の自己株式)を取得するのも、特定株主からの合意による取得の1類型である。しかし、この場合には、取締役会設置会社にあつては、取締役会限りで、取締役会非設置会社にあつては、株主総会決議によって、会社法 156 条 1 項所掲の事項を決

196 奥島：落合：浜田編・注(85)前掲 298 頁[泉田栄一]参照。

197 酒巻：龍田編・注(6)前掲 401 頁[小林量]。

定する（会 163 前段）。当該株主総会決議は普通決議による。委員会設置会社にあつては、この決定を取締役会が執行役に委ねることも可能である¹⁹⁸。

子会社は相当の時期にその有する親会社株式を処分しなければならないという法政策（会 135 ）と相俟って（本章 5 - 6 - 4）、親会社が簡便に子会社が保有する親会社株式を取得できるようにとの配慮から、この場合には、会社法 157 条ないし同 160 条の手續規定を適用除外としたのである（会 163 後段）。したがって、その具体的な取得は、会社の業務執行者が適宜の方法でなせばよい。

この場合にも、財源規制による制約を受ける（会 461 ）。

5 - 2 - 2 - 4. 市場取引・公開買付けによる取得

自己株式を市場において取得する場合または公開買付けの方法（金商取 27 の 2 ）によって取得する場合には、株主間の不平等をもたらすというおそれは生じない。したがって、手續規制を緩和することが可能となる。

この場合にも、手續の出発点は、原則として、会社法 156 条 1 項に係る株主総会決議である。しかし、取締役会設置会社であれば、市場取引・公開買付けの方法によって自己株式を取得するための同条同項に係る決議を、取締役会の決議限りでなしうる旨を定款で定めることができる（会 165 ）。この定めを設けることによって、会社は、機動的に自己株式を取得することができるようになる。取締役会非設置会社では、同条同項に係る決議は、やはり株主総会決議による他ない（会 165 ）。それでも、会社法 157 条ないし同 160 条の規定の適用が排除されるのであるから（会 165 ）、手續規制はその限りで相当に緩和されている。

取締役会に対する定款授權がある場合の取締役会の決議は、繰り返し述べるように、会社法 156 条に基づくものであるから、決議をすることができる期間が 1 年を超えることができないこと、当然である。また、委員会

198 江頭・注 (3) 前掲 510 頁脚注 (1) 参照。

設置会社において、取締役会がこの決議事項の決定を執行役に委ねることは許されていない(会 416)。

この方法による場合にも、財源規制による制約を受ける(会 461)。

5 - 2 - 3. 個別的制度に基づく取得

5 - 2 - 3 - 1. 取得請求権付株式の取得

すでに述べたように(第 1 帖第 5 章 10 - 3、11 - 2 - 4)、取得請求権付株式には、発行する全部の株式の内容として定められたものと、種類株式として発行されたものがある。

いずれであろうが、取得請求権付株式の株主は、会社に対し、その有する当該株式を会社が取得するよう請求することができる(会 166 本文)。ただし、会社がこの株式を取得するのと引換えに対価たる財産を交付することを定款で定めている場合には、財産の帳簿価額が当該請求の日における分配可能額(会 461)を超えているときは、この請求ができない(会 166 ただし書)。かかる請求制限は、会社から観れば取得に係る財源規制であること、いうまでもない。会社法は、この場合の財源規制を、会社からの視点ではなく、株主からの視点で請求制限という形式をもって規定したのである。このような形式を採ったのは、株主・業務執行者に法定の特別責任(会 462。なお、本章 5 - 3 - 4 参照)を課すことが適切でないためであるとされている¹⁹⁹。

この取得請求は、取得請求権付株式の数(種類株式発行会社にあつては、種類および種類ごとの数)を明らかにしてなさねばならない(会 166)。株券発行会社の株主が請求しようとするときは、株券が発行されていない場合を除き、株券を発行会社に提出しなければならない(会 166)。

会社は、株主が請求をした日に、当該請求に係る取得請求権付株式を取得する(会 167)。会社が、その定款に、取得と引換えに対価として株

199 青竹・注(4)前掲 153 頁。

式等を交付する旨を定めている場合には、取得請求をした株主は、その請求の日に、各々定款で定めるところに従って、社債権者・新株予約権者・社債権者および新株予約権者・他の株式の株主といった地位へ移行することになる(会 167)。交付対価が他の種類の株式である場合(会 167 参照)、1株に満たない端数は切り捨てられる(会 167 柱書前段)。ただこの場合には、定款に別段の定めがある場合を除き、市場価格のある株式については株式1株の市場価格として法務省令で定める方法(会施規 31 参照)により算定される額、それ以外の株式については1株当たり純資産額(会施規 25 参照)にその端数を乗じて得た額、に相当する金銭が、会社から請求株主に交付されるべき扱いになっている(会 167 柱書後段)。

この扱いは、交付対価たる社債や新株予約権に端数を生じるときにも準用される(会 167)。

なお、交付対価が他の種類の株式である場合、その株式数は、当該種類株式の発行可能株式総数から当該種類の発行済株式総数を控除した数を越えることはできない(会 114)。

取得請求権付株式である特定の銘柄の振替株式について、当該振替株式の取得請求をする加入者は、当該振替株式について振替の申請をしなければならない(社債株式振替 156)。取得請求に係る取得請求権付株式が振替株式である場合には、会社法 167 条 1 項の規定にかかわらず、発行者は、加入者による振替の申請により発行者の口座における保有欄に当該取得請求権付株式に係る数の増加の記載・記録を受けた時に当該振替株式を取得する(社債株式振替 156)。取得請求により振替株式の交付を受けようとする者は、自己のために開設された当該振替株式の振替を行うための口座(特別口座を除く)を当該振替株式を交付する会社に示さなければならない(社債株式振替 156)。

5 - 2 - 3 - 2. 取得条項付株式の取得

すでに述べたように(第 1 帖第 5 章 10 - 4、11 - 2 - 5)、取得条項付株式にも、発行する全部の株式の内容として定められたものと、種類株式として発行されたものがある。

取得条項株式につき、定款上、会社が定めた一定の日の到来をもって取得の条件としている場合(会 107 口、108 イ)には、定款に別段の定めがある場合を除き、株主総会の決議によって、取締役会設置会社にあつては取締役会の決議によって、その日を定めなければならない(会 168)。この株主総会決議は、普通決議による(会 309)。その日を定めたときは、会社は、取得条項付株式の株主およびその登録株式質権者に対し、その日の 2 週間前までに、その日を通知しなければならない(会 168)。公告をもって通知に代えることができる(会 168)。振替株式を発行している会社は、会社法の規定による通知に代えて、その日を公告しなければならない(社債株式振替 161)。

定款上、会社による取得事由とされる事由が生じた日に、取得条項付株式の一部を取得する旨の定めがある場合(会 107 ハ、108 イ)には、取得する一部の株式についての決定をしなければならない(会 169)。会社がどの株主のどの株式を取得するかを特定するわけである。その決定は、定款に別段の定めがある場合を除き、株主総会の決議によって、取締役会設置会社にあつては取締役会の決議によってなさなければならない(会 169)。

取得する一部の株式の特定のための決定方法につき、定款に別段の定めがなければ、当該決定方法には株主平等原則の適用があり、これを遵守すべきであるという点に異論を見ない²⁰⁰。このときは、所有株式数に応じた按分比例、抽選といった方法が採用されよう。問題は、この決定方法に関して、定款で、株主平等原則を逸脱するような別段の定めをすることが許容されるか否かという点である。これについては、取得条項付株主はあらかじめ定款の内容について同意しているものとみられること、発行後の定款の変更によりそのような定めを置くには株主または当該種類株主全員の同意を要すること(会 110、111 参照)を理由に、このような定めを許

200 酒巻：龍田編・注(6)前掲 435 頁[河村尚志]、奥島：落合：浜田編・注(85)前掲 304 頁[齊藤真紀]、山下編・注(125)前掲 72 頁[山下友信]。

容するのが目下の趨勢であろう²⁰¹。しかし、不平等な取扱いをする別段の定めを設けることは、正当な必要性がある場合に、合理的な範囲に限って認められるべきであり、そうでない限り、株主平等原則を逸脱する決定方法に係る定款の定めは無効であると説く立場も有力である²⁰²。もっとも、後者において、正当性・合理性の規準は提示されるに至っていない。すでに観たように（たとえば、第1帖第5章9-4-3参照）、株主平等原則の例外を扱う場合には、どの側面においても、必ずこの規準定立の必要性が顕在化する。具体的基準の提示を求めるのは現状において酷であることも、すでに観たとおりである。ただ、この問題に限っては、目下の趨勢に与し、株主平等原則に必ずしもそぐわない定款の定めも許容されると解してよいのではなかろうか。極端に不都合な定めは、民法90条などに委ねればよいと考える。

ともあれ、会社法169条1項および同条2項に基づき、取得することが決定された取得条項付株式の株主およびその登録株式質権者に対し、会社は、直ちに、その株式を取得する旨を通知しなければならない（会169）。公告をもって通知に代えることができる（会169）。振替株式を発行している会社は、通知に代えて公告をしなければならない（社債株式振替161）。

会社は、会社による取得条項付株式の取得の事由が生じた後、遅滞なく、その旨を取得条項付株式の株主およびその登録株式質権者に対して通知しなければならない（会170 本文）。公告をもって通知に代えることができる（会170）。振替株式を発行している会社は、通知に代えて公告をしなければならない（社債株式振替161）。これらの通知・公告は、会社による株式取得の効力が生じたことを知らしめる趣旨のものである。よって、取得する一定の日を定めた場合には、上に述べたように、取得の効力の発生前に、通知または公告の手続がなされているため、重ねてこのよう

201 奥島：落合：浜田編・同前 [齊藤真紀]、山下編・同前 [山下友信]。

202 酒巻：龍田編・注(6) 前掲435頁 [河村尚史]。

な通知・公告を要しない(会 170 ただし書)。株券発行会社においては、取得の効力が生じるまでに会社に株券を提出しなければならない旨を、当該日の1ヵ月前までに公告し、かつ、登録株式質権者に対し、各別に通知しなければならない(会 219)。

会社による取得条項付株式の取得の効力の発生時は、原則として、定款で定める取得事由の発生の日であるが、株式の一部を取得するときは、取得事由発生の日と株主・登録株式質権者に対する会社法 169 条 3 項 4 項に基づく通知・公告の日から2週間を経過した日のいずれか遅い日である(会 170)。

取得条項付株式が振替株式である場合は、以下のとおりである。その全部を取得するときには、会社が、取得事由の生じた日以後遅滞なく、振替機関に対し、取得事由が生じた日を抹消日として当該株式についての記載・記録を抹消する旨の通知をし、これにより、記載・記録の抹消がなされた時に、取得の効力を生じる(社債株式振替 157)。その一部を取得するときには、会社が、遅滞なく、振替の申請(当該振替によりその口座(顧客口座を除く)において減少の記載・記録がされる加入者の直近上位機関に対して行う)をし、これにより、会社の口座における保有欄に当該株式に係る数の増加の記載・記録を受けた時に、取得の効力を生じる(社債株式振替 157)。

他方、取得される取得条項付株式の株主は、取得事由が生じた日に、定款所定の、株主に交付すべき対価に関する定めに従い、社債権者・新株予約権者・社債権者および新株予約権者・他の株式の株主といった地位へと移行する(会 170)。ただし、会社が自己株式として取得条項付株式を保有している場合を除く)。交付対価が他の種類の株式である場合(会 170 参照)、1株に満たない端数があるときは、その端数の合計数(合計数に1に満たない端数があれば、切捨て)に相当する数の株式を競売し、その端数に応じて、競売によって得られた代金を株主に交付しなければならない(会 234)。競売に代えて、市場の売却などの措置を執ることも許容される(会 234)。あるいは、売却する株式の全部または一部を

会社が買い取ることもできる（会 234 ）。

取得条項株式を取得するのと引換えに定款所定の財産を対価として交付する場合には、会社の他の種類の株式を交付する場合を除き、財産の帳簿価額が取得事由が生じた日における分配可能額を超えているときは、会社は株式を取得できない（会 170 ）。財源規制の定めである。取得条項付株式の取得も、取得事由の定め方によっては、取締役の意思にかかわらず行われることもあるので、取得請求権付株式の場合と同様に、取得に関する職務を行った業務執行者に会社法 462 条の責任を負わせるのが適当でないため、とくに財源規制の一般規定（会 461 ）と独立して財源規制の定めを設けたのである²⁰³。

交付対価が他の種類の株式である場合、その株式数は、当該種類株式の発行可能株式総数から当該種類の発行済株式総数を控除した数を超えることはできない（会 114 ）。

5 - 2 - 3 - 3. 全部取得条項付種類株式の取得

すでに述べたように（第 1 帖第 5 章 11 - 2 - 6）、この株式については、定款にその取得事由を定める必要はなく、取得対価につき、その決定方法を定款に記載・記録すれば足りる（会 108 参照）。

全部取得条項付種類株式を取得するには、株主総会において、以下の各事項を定めなければならない。その決議は特別決議による（会 309 ）。

取得の対価に関する事項

- (ア) 取得対価が当該会社の株式であるときは、当該株式の種類および種類ごとの数またはその数の算定方法（会 171 イ）。
- (イ) 取得対価が当該会社の社債（新株予約権付社債に付されたものを除く）であるときは、当該社債の種類および種類ごとの数またはその数の算定方法（会 171 ロ）。
- (ウ) 取得対価が当該会社の新株予約権（新株予約権付社債に付されたも

203 同前 439 頁 [河村尚史] 参照。

のを除く)であるときは、当該新株予約権の内容および数またはその算定方法(会 171 八)。

(工) 取得対価が当該会社の新株予約権付社債であるときは、当該新株予約権付社債についての社債の種類および数またはその算定方法および当該新株予約権付社債に付された新株予約権の内容および数またはその算定方法(会 171 二)。

(オ) 取得対価が当該会社の株式等以外の財産であるときは、その財産の内容および数もしくは額またはこれらの算定方法(会 171 ホ)。

に係る事項に関して付言すれば、債務超過会社におけるいわゆる 100%減資の方法として全部取得条項付種類株式の取得をする場合のように、取得に際して、取得対価を一切交付しないことも可能であり、この場合には、取得対価がないことを明示して総会に諮ることになる²⁰⁴。また、(ア)ないし(オ)の取得対価の算定方法は、取得対価の数や額を具体的に確定できるだけの方法を示す必要がある。

取得対価の株主への割当てに関する事項(会 171)

上記 で定められた取得対価を、各株主にどのように割り当てるか、その方法や基準を定めなければならない。この定めは、株主の有する全部取得条項付種類株式の数に応じて取得対価を割り当てることを内容とするものでなければならないという制約を受ける(会 171)。したがって、たとえば、ある株主には株式を、他の株主には金銭を取得対価とするといったとき決定をすることはできない²⁰⁵。株主平等原則の顕現である。

取得日(会 171)

会社が株式を取得する日を定めなければならない。この日(「取得日」と称する)に会社が株式を取得することになるのである(会 173)。

上記 ないし の決定に係る株主総会においては、取締役は、全部取得条項付種類株式の全部を取得することを必要とする理由を説明しなければ

204 山下編・注(125)前掲94頁[山下友信]。

205 青竹・注(4)前掲156頁。

ならない(会 171)。会社によるかかる株式の取得の決定は、株主にとっては株式の喪失という重大な効果をもたらし、他の種類の株主にとっても、会社の発行する株式構成に重大な変更をもたらすから、株主にその議案に賛成するか否かを判断するための資料を得させるためである²⁰⁶。説明された理由が虚偽または不十分なものであってはならないが、合理的なものかどうかは問題とならない。合理的なものかどうかは株主が判断すべきことであるからである²⁰⁷。

上に述べた に関する事項を定めた場合には、当該株主総会に先立って、決議に反対する旨を会社に通知し、かつ、決議に反対した株主(当該株主総会において議決権を行使できるものに限る)、および、当該株主総会において議決権を行使することができない株主は、総会の日から 20 日以内に、裁判所に対し、全部取得条項付種類株式の取得の価格の決定の申立てをすることができる(会 172)。具体的な取得対価は株主総会で初めて決定されるため、その取得対価が必ずしも公正であるとは保証され難く、したがって、取得対価に不服のある株主に、取得価格の決定の申立ての権利を保障しようとの趣旨である²⁰⁸。この決定の申立てがあれば、一般論としては、裁判所は、当該株式の取得日における公正な価格をもってその取得価格を決定すべきものであるが、公正な価格を決定するにあたっては、取得日における当該株式の客観的な価値に加えて、強制的取得により失われる今後の株価の上昇に対する期待を評価した価額をも考慮するのが相当であり、その決定は裁判所の合理的な裁量に委ねられると解されよう(東京高決平成 20 年(2008 年)9 月 12 日金判 1301 号 28 頁、最決平成 21 年(2009 年)5 月 29 日金判 1326 号 35 頁参照)。

申立てに基づき裁判所が価格を決定したときは、会社は、当該決定価格に対する取得日後の年 6 分の利率により算定した利息をも支払わなければ

206 同前、奥島：落合：浜田編・注(85)前掲 308 頁[齊藤真紀]、山下編・注(125)前掲 97 頁[山下友信]。

207 青竹・同前。

208 山下編・注(125)前掲 103 頁[山下友信]。

ならない (会 172)。

取得日が到来すると、会社は、その日に全部取得条項付種類株式の全部を取得する (会 173)。一方で、株主は、株主総会決議で定められたところに従い、当該種類の株主・社債権者・新株予約権者・社債権者および新株予約権者といった地位へ移行する (会 173)。この、会社による全部取得条項付種類株式の取得の効力は、裁判所に取得対価の価格決定の申立てをなし、決定未了の株主の有する株式にも一律に及ぶと解される²⁰⁹。そうであるとすれば、株主が価格の決定の申立手続を開始した以上は、当該株主に関しては、その取得対価は金銭に確定し、取得日に会社の定めた取得対価である会社の株主等の権利者とはならないという考え方によらざるをえない²¹⁰。山下友信は以上のように述べているが、この解決より他に策はないと思われる。たとえ申立てを取り下げても、株主総会の決定に係る取得対価を得る権利は回復しないとするのが簡明であろう。取得日の後に株主が取得価格決定の申立てをし、決定を得た場合には、当該株主はすでに対価を取得しているため、会社は決定された額の金銭を株主に支払い、株主は取得した対価を会社に返還すべきことになる²¹¹。

株券発行会社においては、取得日まで会社に株券を提出しなければならない旨を、取得日の1ヵ月前までに公告し、かつ、登録株式質権者に対し、格別に通知しなければならない (会 219)。株主への交付対価が他の種類の株式である場合 (会 171 イ参照)、1株に満たない端数があるときの処理は、取得条項付株式の場合と同様である (会 234 . . .)。

全部取得条項付種類株式の取得もまた、一般規定による財源規制を受ける (会 461)。

209 同前 110 頁 [山下友信] 参照。

210 同前 [山下友信]。

211 同前 [山下友信]、奥島：落合：浜田編・注 (85) 前掲 310 頁 [齊藤真紀]。

5-2-3-4. 組織再編にともなう自己株式の取得

上で述べた本章5-2-1で列挙した「ないし」の事由に基づく自己株式の取得である。これらはいずれも、各々の組織再編に係る手続を踏めば足り（企業の組織再編についての詳細は第6帖で記述の予定）、自己株式取得手続を重ねる必要はない。各々の組織再編手続の中で株主や会社債権者の利益が守られるなら、重ねて規整する必要がないからである²¹²。

A社がB社からその事業の全部を譲り受ける場合、B社が資産として保有するA社株式を取得することは許される（会155）。この場合、事業の全部の譲受けを承認する株主総会において、取締役は、自己株式に関する事項（取得するA社株式の種類・数・価額）を説明しなければならない（会467）。これに対し、A社がB社からその事業の一部を譲り受けるに際し、譲受対象資産にA社株式が含まれておれば、これは特定の株主との合意による取得に該当することになるから、その規整に委ねられる（本章5-2-2-2）。

A社がB社を吸収合併する場合、B社が資産として保有するA社株式を取得することは許される（会155）。この場合には、A社の合併承認総会において、取締役は、自己株式に関する事項を説明しなければならない（会795）。

吸収分割をするB社が承継会社たるA社の株式を保有しているとき、A社は承継する事業の資産に含まれるA社株式を取得することを許される（会155）。この場合も、A社の承認総会における説明が必要であるが（会795）、このような部分承継にあっては、何故にA社株式をそこに含めるのか、併せてその理由の説明も必要である²¹³。この説明を欠けば、事業の一部譲受けのケースとの均衡を著しく欠くことになるのではなかろうか。

212 龍田・注(19)前掲258頁参照。

213 同前。

5-2-3-5. 単元未満株式の買取り

すでに述べたように (第1帖第5章7-4)、会社法は、単元未満株主の投下資本の回収を合理的に図るべく、単元未満株主に、会社に対しそれを買い取ることを請求する権利を与えた (会 192)。これに応じて会社が買取りをなすのは会社の義務であるから、このような自己株式の取得は許容される (会 155)。

単元未満株式の買取請求があった場合の価格の決定方法は、あらかじめ会社法 193 条が規定している。処分の困難につけ込まれ、単元未満株主に不利にならないようにとの配慮であろう。同条は、市場価格のある株式とそれ以外の株式とに分けて価格の決定方法を定めている。市場価格のある場合には、同条 1 項 1 号に基づき、会社法施行規則 36 条で定める方法によって算定された額となる。市場価格のない場合には、基本的に、譲渡制限株式を会社や指定買受人が株主から買い取る場合 (本章 2-8-3-1 参照) の決定方法と同様の手続が用意されている (会 193 ・ ~)。

この買取りは、いわば義務的買取りであるから、この自己株式取得に係る財源規制は存在しない。

5-2-3-6. 端数処分による買取り

すでに述べたように (第1帖第5章3-3-6)、1株に満たない端数は、これが発生する都度、関係株主全員のその端数の合計数 (これに1未満の端数があれば切捨て) に相当する数の株式を纏めて競売あるいは法が認める方法によって売却し、その代金を関係株主に分配することとしている (会 234 ~ 、235)。この場合にも、会社は、当該処分に係る株式の全部または一部を買い取ることができる (会 234 柱書前段)。会社法が定める手続規制 (会 234 ・ 、219 、235) に従うべきこと、当然である。

この自己株式の取得は、一般規定による財源規制を受ける (会 461)。

5-2-3-7. 法務省令で定める場合における自己株式の取得

(ア) 無償取得 (会施規 27)

自己株式の無償取得は、出資の払戻しとならず、投機の弊を助長するな

どの弊害もないことから²¹⁴、自己株式の取得が原則禁止であった時代から、解釈によって許容されていた。

(イ) 剰余金の配当または残余財産の分配としての取得 (会施規 27)

A社がB法人の株式(持分その他これに準ずるものを含む)を所有しており、B法人もA社の株式を保有していて、B法人が剰余金の配当や残余財産の分配の全部または一部をA社の株式の交付でまかなう場合、A社はその交付を受けてこれを取得することができる。会社法が現物配当や残余財産の現物分配を認めたことから(会 454、505)、このような事態が起こりうることになった²¹⁵。

(ウ) 株式・持分等の対価としての取得 (会施規 27 イ～ホ)

上のB法人が持分会社から株式会社組織変更する際に、組織変更後のB社の株式に代えて、その保有するA社の株式を交付する場合に、A社はこれを取得できる(イ)。B法人が株式会社であって、合併や株式交換をする場合に対価柔軟化を活用する場合(ロ・ハ)とか、取得条項付株式などの取得対価として利用する場合(ニ・ホ)にも同様である²¹⁶。

(エ) 新株予約権等の対価としての取得 (会施規 27)

A社が、上のB法人の新株予約権等(新株予約権その他B法人に対して行使することによりB法人の株式その他の持分の交付を受けることができる権利(会施規 2 参照))を保有していたところ、その定めに基づき、B法人がそれを取得する際の対価としてA社の株式を交付する場合、A社はこれを取得できる。取得条項付新株予約権の取得(会 236 子)がこれにあたる²¹⁷。

(エ) 反対株主の株式買取請求に応じる取得 (会施規 27)

反対株主の株式買取請求権に応じる自己株式取得には、会社の組織再

214 北澤・注(1)前掲217頁。

215 酒巻：龍田編・注(6)363頁[龍田節]。

216 同前[龍田節]。

217 同前[龍田節]。

編の場合 (会 469 、 785 、 797 、 806)、 会社法 116 条 1 項各号に掲げる場合、とがある。前者は、会社が当該行為を行う必要性の高さと反対株主の保護を両立させるためのやむをえない措置として、財源規制も適用されず、結果的に払戻額が分配可能額を超えることになっても、業務執行者に責任が課せられることもない。後者については、会社の財産状態が悪い時期に反対株主の株式買取請求の原因となる当該行為を行うことほどの緊急性を認めえないから、取得自体には財源規制による直接の縛りはないものの、買取請求をした株主に対し支払った金銭の額が支払日における分配可能額を超えるときは、当該取得に係る職務を行った業務執行者は、その職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明できない限り、会社に対し、連帯してその超過額を支払う義務を負う²¹⁸ (会 464)。なお、神田秀樹が、上記 の自己株式の取得に関して、立法論としては、分配可能額を超える結果となるような場合には買取請求はできないとすべきではないかと思われると述べていることを付言しておく²¹⁹。

(オ) 合併により消滅する法人等からの取得 (会施規 27)

たとえば、株式会社組織の A 保険会社が、相互会社組織の B 保険会社を吸収合併する際 (保険業 164 参照)、A 社は、B 社が保有する A 社株式を取得できる。

(カ) 他の法人等の事業全部の譲受けにともなう取得 (会施規 27)

会社法 156 条 10 号における譲渡人の範囲を法人その他の団体に拡張したものである。

(キ) 会社の権利の実行にあたり目的を達成するために必要な場合 (会施規 27)

たとえば、A 社がその権利を実行するために強制執行をなすにあたり、債務者 B が A 社の株式以外にめばしい財産を有しないときに、A 社がその株式を競落するような場合がこれである。このような自己株式の取得は、

218 江頭・注 (3) 前掲 253 - 254 頁。

219 神田・注 (97) 前掲 280 頁脚注 5。

かつて、昭和13年（1938年）改正後商法210条3号において明文で認められ、平成13年（2001年）法律第79号によって同条が全面改正されるまで商法上に明定されていたものである。会社法施行規則に定めがなかったものを、疑義を避けるべく、平成21年（2009年）法務省令7号による改正で、追加されたものである。

5-2-3-8. 補遺

会社名義であるが他人の計算において自己株式を取得することは差し支えない。金融商品取引業者が問屋（商551）として顧客の注文により顧客の計算において自己株式を買い受ける場合とか、信託会社が委託者から自己株式を信託される場合が、この例である²²⁰。逆に、自己株式の取得が、第三者の名義によってなされても、会社の計算によるものであれば、それぞれの類型に応じて、自己株式の取得として規整されること、当然である。

5-3. 違法な自己株式取得の効果

5-3-1. 平成6年（1994年）改正前

自己株式の取得が原則禁止であった当時の通説・判例は、取得禁止に反する取得は、原則としてこれを無効と解した（最判昭和49年（1974年）9月5日民集22巻9号1846頁）。しかし、通説は、他方、他人名義で会社の計算において自己株式が取得される場合には、取引の安全を考慮して、譲渡人が悪意でない限り、無効としないとした。さらに、やがて、平成6年（1994年）改正前商法210条の立法趣旨からみて、同条によって保護されるべき者は、会社・会社債権者・一般株主であるから、譲渡人に無効の主張を認めるべきではないという見解が主張されるに至り、最高裁も、旧有限会社の自己持分の取得につき、「有限会社の自己持分の取得禁止違反による取得の無効は、これを譲渡人から主張することができないと解するのが相当である」と判示するに至っていた²²¹（最判平成5年（1993年）

220 北澤・注(1)前掲217-218頁。

221 以上、同前228頁参照。

7月15日判時1519号116頁)。

5-3-2. 現行法下における手続規制違反

現行法の下では、この問題は、手続規制違反と財源枠違反とに分けて考える方法論が一般的に採用されていると理解してよい。

自己株式の取得が原則自由化されたとはいえ、完全有効説は採りえないであろう。龍田節が説くように、取引安全の考慮が不要なときにまで一律に有効とするのは、自己株式取得の規制を軽視することになり、違法配当の効果とも釣り合わないからである²²²。自己株式取得規制は、その弊害を防止することに主たる狙いがあり、弊害の内実がその解禁前と解禁後で変化したわけではない。

そうであるとすれば、会社法制定後であっても、多数説が支持しているように、手続規制に違反する自己株式の取得は、解禁前の自己株式取得の私法上の効力と同様に解してよい²²³。すなわち、かかる自己株式の取得は、株主の保護と取引の安全との調和を図るべく、原則として無効であるが、善意（無重過失）の譲渡人に対しては、会社はその無効を主張することを許されないと解することになる²²⁴。ただ、譲渡人の「善意」に関しては、かつては、もっぱら譲渡人たる株主が譲渡先を会社と認識していなかった場合（本章5-3-1で述べたように、会社が他人名義で会社の計算において違法に取得した場合）が考えられていたが、現在では、会社が適法な手続を経て取得したと信じた場合を広く一般的に含むと解することになる²²⁵。

基本的には、上の考え方の範疇に属するものと位置づけられようが、龍

222 龍田・注(19)前掲270頁。

223 前田・注(36)前掲155-156頁参照。

224 同前、江頭・注(3)前掲247頁、吉本健一『会社法』（中央経済社・2010年）108頁。

225 関・注(73)前掲137頁参照、山下編・注(125)前掲18頁〔藤田友敬〕参照。

田節は、手続違反が重大であるか否か、および規制の趣旨を損なう程度により、その効果を分けて考え、軽微な違反は取締役の責任だけで対処し、無効とならないと解している²²⁶。よって、たとえば、Y社が手続規制に違反してAから自己株式を取得した場合に、他の株主Xがその無効を主張して訴えを提起したとしても、その違反が軽微であって、株主平等原則を著しく歪めるがごとき悪しき結果をもたらしていないのであれば、当該自己株式の取得は無効とならないと解される余地が生じる。

株式譲渡人たる相手方は、無効の主張を認められるべきではないという見解が、現行法の下でも有力である。基本的に、譲渡人は、会社法の自己株式取得規制による保護の対象者ではなく、この者は自ら望んで株式を売却したのであるから、無効の主張を認める必要はなく、この者については、譲渡したことの効果が瑕疵なく実現すれば、その保護として十分であると説かれることが多い²²⁷。無論、相手方の意思表示に瑕疵がある場合、端的には、詐欺による取消しや錯誤無効により、株式売買契約の取消し・無効といった事態が生じうるが、これは手続規制違反自体とは明確に区別される問題である。

譲渡人たる相手方に無効の主張を許さないというもう1つの視座は、関俊彦が指摘するように、これを許せば、無効の主張を利用した投機が行われる危険を生じるという点である。すなわち、譲渡人は、取引後に株価が上昇すれば無効を主張して自己の過去の地位を確保しようとするし、反対に取引後に株価が下落すれば無効を主張しないで自己の現在の地位を守ろうとするからである²²⁸。このような行き過ぎた投機を認めるべきではない。

自己株式の取得の手続に違反して会社がこれを取得し、それにより会社に損害が生じれば、役員等は、任務懈怠行為として、会社に対する損害賠償責任を負うこと（会 423）、当然である。

226 龍田・注 (19) 前掲 270 頁。

227 青竹・注 (4) 前掲 159 頁、関・注 (73) 前掲 137 頁。

228 関・同前 138 - 139 頁参照。

5 - 3 - 3. 現行法下における財源規制違反

会社が、その分配可能額を超えて取得請求権付株式または取得条項付株式を取得した場合には、会社法 166 条 1 項ただし書、同 170 条 5 項の規定からして、明らかに無効であると解されよう。これらの場合、会社法は、明確に株主や業務執行者の特別の責任と無関係に分配可能額を超える自己株式の取得を禁じており、これらの者に特別の責任（会 462 参照）を課していない。

上記以外の財源規制違反（会 461 違反）の私法上の効力については、見解の対立がある。

立法担当者は有効説を採る。会社法 461 条 1 項の規定に反する行為が行われた場合であっても、当該行為自体の効力を無効とせず（したがって、株主・会社間に不当利得関係を生じさせることなく）、これが有効であることを前提に、同 462 条 1 項に基づき、株主に受領対価相当額の金銭を支払うべき旨の法定の特別責任を負うものとしたのであると説明し、かかる行為が有効であることを前提としていることは、会社法 463 条 1 項において「効力を生じた日における」という表現が用いられていることから明らかであると述べている²²⁹。また、無効にならないと解しないと、不当利得返還義務である会社の株式の返還義務（民 703）と特別の責任である金銭支払義務（会 462）が同時履行の関係に立ち（民 533 類推）、株主が交付した株式の会社からの返還またはこれに相当する金銭の返還があるまでは、自らが交付を受けた金銭等の返還をしないという主張を許すことになり、これが不都合であると説かれている²³⁰。有力な研究者の中では、青竹正一がこの立場を支持している²³¹。

以上に対し、学説の多くは、無効説を支持している。何よりも、吉本健

229 相澤哲編著『立案担当者による新・会社法の解説』別冊商事法務 295 号（2006 年）135 頁 [相澤哲・岩崎友彦] 参照。

230 同前参照 [相澤哲・岩崎友彦]。

231 青竹・注（4）前掲 160 頁。

一や江頭憲治郎が指摘するように、法形式上、強行法規（会 461）に違反する株主総会決議や取締役会決議が無効である以上（会 830 参照）、その決議に基づく代表取締役や代表執行役による取得行為自体も、その法律上の根拠を欠くがゆえに無効と解さなければおかしいという根本的な問題がある²³²。細かいことをいえば、有効説をとれば、給付を受ける前の相手方株主は、財源規制に違反する違法な履行をいったんは強制できることになる²³³。また、神田秀樹は、株主の弁済責任（会 462）の履行について、株主に会社が取得した自己株式の返還との同時履行の抗弁を認めるかどうかは、有効説・無効説にかかわらず存在する問題であるとしたうえで、無効説を採ったとしても、不当利得返還請求と同時履行の抗弁排除の点については、会社法 462 条 1 項により特別規定化されていると解すべきで、この点は決め手にはならないと述べる²³⁴（同条同項が同時履行の抗弁を排除していると解する余地があるとの意であろう²³⁵。少なくとも、この問題が、有効説が強調する程には結論を導く上で大きな比重を持つものではないと位置づけられることは確実である）。立法担当者による解釈に対し、最も辛辣な態度で臨むのが龍田節である。彼は、立案者が会社法 463 条 1 項を「当該行為がその効力を生じた日」と定めたのは、財源規制に違反する自己株式取得も有効なことを前提とするそうである、と、法条の日本語の問題から入り、なるほど、そのように読めなくもない規定ぶりではあると皮肉を込めて評するのである²³⁶。ここまでは軽いジャブ（jab）である。続けて一転、「しかし、違反行為により金銭等の交付を受けた者も会社に対する支払義務を負い（会 462 柱書）、その者は会社に対し株式の返還

232 江頭・注（3）前掲 249 頁脚注（11）、吉本・注（224）前掲 108、357 頁。

233 江頭・同前 248 - 249 頁脚注（11）。

234 神田・注（97）前掲 278 頁脚注（3）。

235 不当利得返還請求と同時履行の抗弁排除の点について、会社法 462 条 1 項により特別な定めが設けられていると評価するものとして、奥島孝康：落合誠一：浜田道代編『基本コンメンタール会社法 2』（日本評論社・2010 年）398 頁 [伊藤壽英]。

236 龍田・注（19）前掲 271 頁脚注（11）。

を請求できるはずである。通常これは取引が無効であることの効果として説明される。法定の特例責任だから同時履行の関係が切れるというのは形式論である（この一文の挿入によって、龍田がこの問題を公正客観性を失わず論じていることが理解できよう）。民法 533 条の類推が不当な結果を招くとわかりながら、あえて類推するのが間違いである²³⁷」とラッシュ (rush) を掛ける。そして最後に、「何よりも、自己株式の違法な取得の効力が見解が対立する重要な問題であり、立法によってこれを解決しようとするなら、相応の議論を経た上でなければなるまい。……一般の予想を超える立法効果を意図して、立案者が規定ぶりを決めたものとすれば不遜のそしりを免れまい²³⁸」と痛烈な一撃を見舞っているのである。

暫し本節の主題を外れる。立案者のあるべき姿勢について、どうしても言及しておきたいからである。かつて、明治 44 年 (1911 年) 改正がなされた際に、商法修正特別委員の任にあった斎藤十一郎 (1867~1920) の言を以下に掲げる。「余一己の考へとして案ずるのに、商法の如き商事関係の原則法とも云ふべき又商事に従事して居る者の総てを覇束すべき法律の修正規定の如きは、成るべく之を世に示して長く且つ深く研究せしめ諸般の批評議論等を参照して採用するに足るべきものがあれば之を採用するに吝ならず²³⁹」。明治の先達のこの謙虚な言を、1 世紀を経て、平成の立案者は何と聞くのであろう。

本節の主題に復帰しよう。法定の財源規制に反する自己株式取得は、やはり無効であると解すべきと思われる。会社法 461 条 1 項の「当該行為がその効力を生ずる日」は、「違法でない限り当該行為がその効力を生ずべき日」と読むことになるうし²⁴⁰、したがって、同 463 条 1 項の「当該行為がその効力を生じた日」は、決議に付けた期限の到来や条件の成就と同じ

237 同前。

238 同前。

239 斎藤十一郎「商法改正案に就て」法律新聞 656 号 (1910 年) 120 頁。

240 山下編・注 (125) 前掲 19 頁 [藤田友敬] 参照。

く、単に基準となる日を指すだけであって、違法行為を有効とすることまで定めたと解すべきではない²⁴¹。無効であるとは、同時に複数の株式を取得した場合に、分配可能額を超える部分のみが無効になるのではなく、超過分も含めて全部が無効であるという意味である。

財源規制に反する違法な自己株式取得の無効の会社による主張もまた、手続規制違反の場合と同様、会社において譲渡株主が悪意または重過失があることを証明できない限り、譲渡人に対してこれを主張できないと解すべきであるとする主張がある²⁴²。しかし、次に述べるように（本章5-3-4）、譲渡人たる株主は、その善意悪意に関わらず、会社に対して受領対価相当額の返還義務を負い（会462）、会社債権者もまた株主に対し受領対価相当額の支払請求が可能である（会463）からには、財源規制違反の無効は、譲渡人たる株主の主観に関わりなく、一律に扱われるというのが本則なのではなからうか（理論上は、株主に対して、一律に、無効であったから原状回復せよという措置を軸にした対策を講じるのが本則たるべきである）。

5-3-4. 財源規制違反の自己株式取得の後始末

取得請求権付株式・取得条項付株式の取得を除き、取得財源規制に反する自己株式の取得がなされた場合には、第1に、当該株式の譲渡人たる株主が、会社に対し、会社から交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払う義務を負う（会462～）。したがって、金銭ではなく、株式等の交付を受けた場合であっても、会社に対して、金銭をいわば返納しなければならない。この株主の責任の本質は、取得が無効であることを前提とした不当利得返還請求義務であると解されるが²⁴³、その返還すべき範囲を、一律に、「交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を支払

241 龍田・注(19)前掲271頁脚注(11)。

242 前田・注(36)前掲156頁、吉本・注(224)前掲356-357頁。

243 奥島：落合：浜田編・注(235)前掲397頁【伊藤壽英】。

う義務」とし、交付された現物の返還義務でないとした点で、民法の一般原則（民 703、704）の特則となっている²⁴⁴。すべて金銭支払義務としたのは、善意の株主に過剰なリスクを負わせないと配慮と解すべきであろうか²⁴⁵。株主は、交付された現物を任意に保持・処分できることになる。この義務は、譲渡人たる株主が、財源規制に反していることにつき、善意悪意を問わず課せられる無過失責任である。

取得請求権付株式・取得条項付株式の財源規制違反による取得は、特則がない以上、民法の不当利得返還請求義務の一般原則によって処理されることになる。したがって、善意の譲渡人たる株主は、現存利益の返還をもって足りると解される（民 703）。

第 2 に、やはり取得請求権付株式・取得条項付株式の取得を除き、財源規制に反する自己株式取得行為を行った会社の業務執行者、株主総会・取締役会への議案提案取締役も、会社に対し、譲渡人たる株主と連帯して、譲渡人が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭の支払義務を負う（会 462 ～ ）。上に述べた株主の第 1 義的な支払義務が確実かつ完全に履行されることは現実にはきわめて困難である。それゆえ、その行為に関与した上記の者に対し、過失の証明責任が転換された特別の責任を負わせたものである²⁴⁶。つまり、これらの者は、これらの者がその職務を行うにつき注意を怠らなかったことを証明したときは、支払義務を負わなくてよい（会 462 ）。これらの者の義務は、原則として、免除することができないが（会 462 本文）、行為時における分配可能額を限度に、総株主の同意により免除することができる（会 462 ただし書）。これらの者が支払義務を履行した場合、本来であれば、第 1 義的な支払義務者である譲渡人たる株主に求償できるはずであるが（民 500）、会社法は、善意の株

244 江頭・注 (3) 前掲 249 頁脚注 (11)。

245 田中亘「財源規制違反の分配による責任」法学教室 347 号 (2009 年) 28 頁参照。

246 江頭・注 (3) 前掲 439 頁。

主に対する求償権を制限した。たとえこれらの者が支払義務を履行したとしても、財源規制違反であったことにつき善意の株主は、これらの者からの求償に応じる義務を負わない(会 463)。これは、自ら違法行為を行った取締役等の業務執行者に、善意者に対する権利の主張を許すのが不当であるから、そのような業務執行者等に対する制裁として設けられた措置である²⁴⁷。1種のクリーン・ハンズ(clean hands)の顕現であると評価できよう。

かかる求償権の制限は、善意の株主の第1義的な金銭支払義務を免責するものではないと解すべきである。会社債権者は、譲渡人たる株主に対し、この者が交付を受けた金銭等の帳簿価額に相当する金銭を、自己が会社に対して有する債権額の範囲で支払わせることができる(会 463)。株主の善意悪意を問わない。会社法 463 条 2 項は、「誰に対して」支払わせるのか判然としない悪文であるが、会社債権者の請求できる額が、当該債権者が会社に対して有する債権額に限定されているところから、当該債権者は、株主に対し会社への支払いを求めうるのではなく、債権者代位権の場合(民 423)と同様、自己への直接給付を請求できると解さざるをえない²⁴⁸。すなわち、この規定は、民法の債権者代位権の特則である。期限前における裁判上の代位の要件(民 423)が不要であることについて、異論はないようであるが²⁴⁹、立法担当者の見解²⁵⁰と異なり、債権者の権利が強すぎることに鑑み、江頭憲治郎は、債権者がこの権利を行使するためには、会社の無資力を要件とすべきであると説いている²⁵¹。

取得請求権付株式・取得条項付株式の財源規制違反の取得の場合、役員等は、会社法 423 条 1 項に基づく任務懈怠行為として、会社に対し、損害

247 弥永真生『リーガルマインド会社法(第12版)』(有斐閣・2010年)399-400頁参照、奥島：落合：浜田編・注(235)前掲398頁【伊藤壽英】参照。

248 江頭・注(3)前掲622頁脚注(9)。

249 同前、相澤哲：岩崎友彦「株式会社の計算等」商事法務1746号(2005年)41頁、弥永・注(247)399頁。

250 相澤：岩崎・同前。

251 江頭・注(3)前掲622頁脚注(9)。

賠償責任を負う²⁵²。ただし、損害の内容については判然としない。

反対株主の株式買取請求に応じる取得の財源規制違反については、先に述べた(本章5-2-3-7(工))。

自己株式を取得した日の属する事業年度(その事業年度の直前の事業年度が最終事業年度でないときは、その事業年度の直前の事業年度)に係る計算書類につき、承認時に分配可能額の欠損が生じるおそれがあるときには、会社は、当該取得をしてはならず、仮に見通しを誤ってこれを取得し、現に欠損が生じた場合には、当該取得を行った業務執行者は、注意を怠らなかつたことを証明しない限り、連帯して、分配可能額を超過した額と株主に交付した金銭等の帳簿価額の総額とのいずれか少ない額を支払う義務を負う(会465 ~)。この、期末における財産状態の予測を誤ったことから生じる欠損填補責任は、取得請求権付株式・取得条項付株式の場合にも課せられる(会465)。青竹正一は、取得請求権付株式・取得条項付株式の取得の場合、取得財源に関する規定に違反する取得に関与した業務執行者は任務懈怠の責任を負うにとどまるのに、欠損填補責任を負うとするのは酷であるとし、欠損を生じるおそれがあるか否かの判断は難しく、過失の認定は慎重でなければならないと述べている²⁵³。

5-4. 自己株式の法的地位

すでに述べたように(本章5-1-2)、平成13年(2001年)法律第79号改正以降、金庫株制度が解禁されたが、会社法はこの法政策を引き継いでいる。すなわち、取得の態様の如何を問わず、会社は、適法に取得した自己株式を、目的・数量・保有期間に関わりなく、保有し続けることができ、これを相当の時期に処分すべき義務を課されていない。

会社は、自己株式については議決権を有しない(会308)。会社支配の公正を維持するためである²⁵⁴。議決権を行使すれば、決議取消原因にな

252 青竹・注(4)前掲161頁。

253 同前。

る(会 831)。その他の共益権も有しない。

自己株式に剰余金配当請求権は存在しない(会 453 かつこ書)。支払われた配当金を会社の利益として示すのは、利益の二重計上になって誤解を招く²⁵⁵。すなわち、自己株式に配当すれば翌事業年度の営業外収益として計上され、収益力に関する誤解を与えるおそれがある²⁵⁶。配当をしなくても、その額は会社の繰越利益となるから会社財産が減少するわけではなく²⁵⁷、株式の価値は不変である。

自己株式に残余財産分配請求権がないこと、当然である(会 504)。

自己株式には募集株式の株主割当てを受ける権利も認められない(会 202 かつこ書)。これを認めると、会社が会社資金により株式の払込みをすることを認めることになり、会社の資本充実に害することになるからである²⁵⁸。

自己株式である取得条項付株式には、一定の事由が発生した時に、他の種類の株式等が交付されることはない(会 170 柱書第 1 かつこ書)。

株式の併合(会 180)、株式の分割(会 183)については、出資単位を一律に大きくさせまたは小さくさせる結果であるから、その効果は自己株式に及ぶと解する見解が有力である²⁵⁹。

会社が保有する自己株式は、貸借対照表および連結貸借対照表の純資産の部の 1 項目たる株主資本の項目に控除項目として計上され(会社計算 76)。連結貸借対照表の場合は、作成会社自体の自己株式の他、連結子会社や関連会社などが保有する作成会社の株式を含める)、その資産性は否定される。出資が払戻しされている姿を率直に示すことを求める結果だとされている²⁶⁰。剰余金の額としては、自己株式の帳簿価額(その

254 江頭・注(3)前掲 255 頁、龍田・注(19)前掲 268 頁。

255 龍田・同前。

256 江頭・注(3)前掲 255 頁脚注(1)

257 同前。

258 青竹・注(4)前掲 162 頁。

259 同前、龍田・注(19)前掲 268 頁、前田・注(36)前掲 158 頁。

260 龍田・同前 268 - 269 頁参照。

取得価額に等しい(会社計算 24)の合計額が計上されるが(会 446 口)、分配可能額の計算においては、自己株式の帳簿価額は控除項目とされる(会 461)。つまり、自己株式を取得すれば、分配可能額はその分だけ減少する。

5 - 5. 自己株式の消却および処分

5 - 5 - 1. 自己株式の消却

「株式の消却」とは、特定の株式を絶対的に消滅させる会社の行為である。平成 13 年(2001 年)法律第 79 号改正により金庫株が解禁される以前には、会社の分割・資本減少の規定によってなされる場合(同年(法 79)改正前商 212 本文)と配当可能利益(同年(法 79)改正前商 290)などをもってなされる場合があり、後者には、特別な種類の株式である償還株式(第 1 帖第 5 章 11 - 2 - 4、11 - 2 - 5)の償還(同年(法 79)改正前商 222)の場合、定時株主総会の決議によりまたは定款の規定と取締役会の決議により株式を買い受けて消却する場合(同年(法 79)改正前商 212 ノ 2、旧株式消却特)および定款の規定に基づき株式を消却する場合²⁶¹(同年(法 79)改正前商 212 ただし書)があった。同年改正後も、株式の消却には、会社による取得を経ず、株主が保有した株式が消却される形のもの(強制消却)が存在したが(平成 13 年(2001 年)(法 79)改正後商 213 、同年(法 79)改正後商 222)、会社法制定にともない廃止された。会社法の下では、会社が株主の同意なしに株式を取得する方法があるので(会 107 ・ 、108 ・ 、168~173)、その方法により取得した株式を消却することで、かつての強制消却と同じ効果が得られるからである²⁶²。かくして、現行法の下では、株式の消却には、

261 この消却は、一定期間後に企業の経済的価値が消滅するような会社(数年後に鉱脈が尽きる鉱山会社、一定期間後に免許が消滅して企業が無償で公共団体に収用される会社など)で株式を漸次消却しておき、解散の場合の清算手続を簡単にするための制度であったが、わが国ではほとんど利用されなかった(以上、北澤・注(1)前掲 201 頁)。

「自己株式の消却」という形態しかありえない。

会社は、その保有する自己株式を消却することができる（会 178 前段）。消却をする場合には、消却する自己株式の数（種類株式発行会社においては、自己株式の種類および種類ごとの数）を定めなければならない（会 178 後段）。この事項は、取締役会設置会社においては、取締役会決議によって定めなければならないが（会 178 ）、委員会設置会社においては、これを執行役に委任することができる（会 416 柱書本文）。取締役会非設置会社におけるこの決定は、会社の業務として、定款に別段の定めがない限り、取締役または取締役の過半数によって（会 348 ・ ）なされる²⁶³。

この決定により消却の効果を生じる。消却により、自己株式の数、したがってまた発行済株式総数が減少するが、定款で定めた発行可能株式総数（会 37 、98、113 ）は影響を受けない²⁶⁴。よって、消却によって減少した発行済株式数の分、その後の発行可能な株式数が復活・増加することになる。なお、発行済株式総数の減少により、公開会社において発行可能株式総数が発行済株式総数の4倍を超える事態になっても、差し支えない。会社法 113 条 3 項は、定款の変更により発行可能株式総数が増加する場合のみを規整する規定だからである²⁶⁵。

消却の効果が生じれば、株主名簿の記載・記録の抹消などの株式失効の手續を執らなければならない。会社が自己株式の消却をすれば、その帳簿価額を自己株式の額から減少させると共に（会社計算 24 ）、消却した自己株式の帳簿価額をその他資本剰余金の額から減じることになる（会社計算 24 ）。

262 江頭・注 (3) 前掲 257 頁。

263 青竹・注 (4) 前掲 163 頁、前田・注 (36) 前掲 156 - 157、462 頁。

264 前田・同前 157 頁、江頭・注 (3) 前掲 257 頁。

265 江頭・同前 258 頁脚注 (2) 参照。

5 - 5 - 2. 自己株式の処分

会社が金庫株として保有する自己株式を処分するには、原則として、新株発行と同様の手続によらなければならない(会 199 参照)。すなわち、当該株式の引受人を募集し、引受人から金銭等の払込み・給付を受けたうえで株式を交付することになる。会社法は、自己株式の処分を新たに募集株式を発行する場合と併せて「募集株式の発行等」として、その第 2 編第 2 章第 8 節において、同様の規整をしている。株式の発行に関しては、公開会社においては払込金額の公正を図るため、非公開会社においてはそれと共に株主間の持株比率の維持を図るため、一定の手続が課されていることとの関係で、自己株式の処分がその規整の脱法になる危険を防止するためである²⁶⁶。かかる自己株式の処分を「準発行」と呼ぶことがある。

自己株式を市場売却により処分することは認められていない。インサイダー取引 (insider trading) や株価操作に悪用されるおそれがあるからである²⁶⁷。

上のような自己株式の処分は、会社の資金調達として後に述べる(第 5 帖を予定)。

上記以外に、会社法は、「代用自己株式としての使用」という形で、自己株式の処分を認めている。すなわち、取得請求権付株式・取得条項株式・全部取得条項付種類株式を会社が取得する際に、対価として他の種類株式たる自己株式を交付する場合(会 108 口 口、171 イ)、株式無償割当ての際に自己株式を用いる場合(会 185)、単元未満株主の売渡請求に応じて会社が単元未満株式を売り渡す場合(会 194)、新株予約権の行使に際し、会社が自己株式を交付する場合(会 282)、吸収合併により存続会社となる会社が、吸収分割により承継会社となる会社が、株式交換により完全親会社となる会社が、各々、新株に代えて自己株式を移転する場合(会 749 イ、758 イ、768 イ)、である。

266 同前 259 頁。

267 青竹・注 (4) 前掲 163 頁。

他に振替機関等が消却義務を履行する場合がある（社債株式振替 145 、 146 ）。

会社が自己株式を処分した場合には、その処分相当価額が、貸借対照表上、資産の部に計上され、控除されていた純資産の部が回復する。処分価格が取得価格を上回る場合の処分差益は、貸借対照表上、「その他資本剰余金」として計上され、処分差損は、「その他資本剰余金」の減少として処理される（会社計算 14 ）。

5 - 6. 子会社による親会社株式の取得

5 - 6 - 1. 子会社による取得の禁止

会社法 2 条 3 号は、「子会社」を「会社とその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社はその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう。」と定義している。これを受けて、会社法施行規則 3 条が詳細な規定を設けているが、そこでは「財務及び事業の方針の決定を支配している」という基準が用いられて、親子会社関係が決定されている。すなわち、親会社は、子会社に実質的な指示を下すことができる立場にあるわけである。

上に鑑みれば、子会社による親会社株式の取得に、規整の網を被せることが必要である。端的には、100%子会社が親会社株式を取得することは、経済的には、親会社による自己株式の取得と変わるところはない。そうでなくとも、子会社なら程度の差こそあれ、上と同様の事態が生じる。親会社は子会社に指示して自分のできないことをさせるかもしれないが、また、子会社資産の減少は、親会社資産の減少にはね返る²⁶⁸。

商法は、昭和 56 年（1981 年）改正により、その 211 条ノ 2 に、自己株式取得規制の延長として、子会社による親会社株式の取得規制に関する条文を設けた。これ以前がどうであったかといえば、学説の多くは、子会社による親会社の株式の取得についても、当時の商法 210 条（すでに概観し

268 龍田・注 (19) 前掲 271 頁。

たように、自己株式の取得を原則禁止するという政策に出た条文である)の禁止が及ぶものと解していた²⁶⁹。同年改正によって、商法 211 条ノ 2 は、子会社による親会社株式の取得を明文をもって原則禁止するとともに、取得が例外的に許容される場合とその場合に会社が執るべき措置を示す規定として設けられた。

すでに述べたように (本章 5 - 1 - 2)、平成 13 年 (2001 年) 法律第 79 号改正は、自己株式取得禁止規定を実質的に廃棄したが、子会社による親会社株式の取得禁止は、そのまま残された (同年 (法 79) 改正後商 211 ノ 2 参照)。そして、会社法制定後も、以下に述べるように、その基本的枠組みは温存されている。分配可能額による取得財源規制といった親会社自体の自己株式取得規制と同様の規制を及ぼすことは、子会社における取得可能額の算定が非常に困難であるから、規制が複雑化することを避けるためである²⁷⁰。龍田節は、かかる取得禁止政策を「残った出城」と表現し、本拠の城が崩壊した後も、出城だけが残った格好であると評している²⁷¹。

現行会社法においても、子会社が親会社の株式を取得することは、原則として禁じられる (会 135)。子会社が株式会社でなくても、親会社株式の取得については、これが株式会社とみなされるから (会施規 3)、本邦会社の外国子会社による親会社株式の取得も原則として禁止される²⁷²。ここに子会社による親会社株式の取得とは、当然に、名義の何如を問わず、子会社が子会社自体の計算においてこれを取得することをいう。

5 - 6 - 2. 例外的な取得の許容

会社法 135 条 2 項各号に掲げられる以下の場合には、例外的に、子会社による親会社株式の取得が許容される。すなわち、他の会社 (外国会社

269 大隅：今井・注 (5) 前掲 448 頁。

270 江頭・注 (3) 前掲 261 頁、吉本・注 (224) 前掲 110 - 111 頁参照。

271 龍田・注 (19) 前掲 272 頁。

272 青竹・注 (4) 前掲 164 頁。

を含む)の事業の全部を譲り受ける場合において、当該他の会社の有する親会社株式を譲り受ける場合、合併後消滅する会社から親会社株式を承継する場合、吸収分割により他の会社から親会社株式を承継する場合、新設分割により他の会社から親会社株式を承継する場合、その他法務省令で定める場合、である。 に関しては、会社法施行規則 23 条各号に、以下の場合が列挙されている。[5 の 1] 吸収分割 (外国の法令に依拠するものも差し支えない) に際して親会社株式の割当てを受ける場合、[5 の 2] 株式交換 (外国の法令に依拠するものも差し支えない) に際してその有する自己の株式 (持分その他これに準ずるものを含む、以下同様) と引換えに親会社株式の割当てを受ける場合、[5 の 3] 株式移転 (外国の法令に依拠するものも差し支えない) に際してその有する自己の株式と引換えに親会社株式の割当てを受ける場合、[5 の 4] 親会社株式を無償で取得する場合、[5 の 5] 現物配当または残余財産の現物分配として親会社株式を交付される場合、[5 の 6] S 社が株主である R 社が、(イ) 組織変更、(ロ) T 社と合併、(ハ) T 社と株式交換、(ニ) 株式移転により T 社を設立、(ホ) 取得条項付株式の取得、または (ヘ) 全部取得条項付種類株式の取得、をする際に、対価として、S 社の親会社たる P 社株式の交付を S 社が受ける場合²⁷³、[5 の 7] 保有していた他社の新株予約権が親会社株式と交換される場合、[5 の 8] P 社の子会社である S 社が、(イ) 組織変更、(ロ) 合併、(ハ) 吸収分割類似の行為による権利義務の承継、または (ニ) 株式交換類似の行為による株式全部の取得、をする際に、対価として P 社株式を交付するのに備えて P 社株式を取得する場合²⁷⁴、[5 の 9] 会社以外の法人等

273 龍田節は、この場合、株式移転も挙げられているが (会施規 23 (二))、株式移転により成立する完全親会社はどのようにして他社株式を割り当てることができるのだろうかと述べ、以下のような指摘をしている。すなわち、本文の R 社が資産として所有する P 社株式を現物出資して T 社を設立し、T 社が T 社株式に代えて P 社株式を R 社株主 (S 社を含む) に割り当てのだろうか。こういう手品のような話をなぜ考える必要があるか、理解に苦しむ (以上、龍田・注 (19) 前掲 273 頁脚注 (12) 参照)。

274 この記述は、本文 [5 の 6] を含めて、会社法施行規則 23 条 6 号および 8 号

の事業の全部を譲り受ける場合において、当該法人の有する親会社株式を譲り受ける場合、[5の10] 合併後消滅する会社以外の法人等から親会社株式を承継する場合、[5の11] 吸収分割または新設分割に相当する行為により会社以外の他の法人等から親会社株式を承継する場合、[5の12] 兄弟会社から親会社株式を取得する場合²⁷⁵、[5の13] その権利の実行にあたり目的を達成するために親会社株式を取得することが必要かつ不可欠である場合、である。

これらはすべて親会社に自己株式取得に相当する弊害が生じる可能性が乏しいか、またはやむをえない取得であるから、例外として許容されたものである²⁷⁶。加えて、取得を禁止すれば会社の運営を不必要に妨げることにもなり、一部の許容理由は組織再編の容易化に資するものである²⁷⁷。

親会社株式の取得禁止に違反する違法な取得は、原則として無効であるが、違法な取得であることにつき相手方が善意であるときは、取引安全の見地よりして、子会社は無効を主張できない²⁷⁸。違法な親会社株式の取得に関与した子会社の取締役、執行役等は過料の制裁に処せられるが(会976)、自己株式の不正取得違反の場合の刑事罰の制裁(会963)に比して制裁が軽いのは、前田庸によれば、その違反行為の違法性が自己株式の不正取得よりは軽いと評価されたからであろうとされている²⁷⁹。

5-6-3. 子会社が有する親会社株式の法的地位

子会社が保有する親会社株式には、株式の相互保有の場合の議決権に関する規定により、議決権が認められない(会308 かつこ書。なお、株式

を平易な表現に改めた龍田節のそれをそのまま借用している(龍田・同前273頁参照)。[5の8]の場合、再編の対価として交付する親会社株式の総数を超えて取得することはできない(会800)。

275 これは三角合併等の実現に必要なだとされる(龍田・同前)。

276 江頭・注(3)前掲262頁参照。

277 龍田・注(19)前掲273頁参照。

278 江頭・注(3)前掲263頁、大隅：今井・注(5)前掲449-450頁。

279 前田・注(36)前掲165頁。

の相互保有の場合の議決権の制限については、本帖4章で記述の予定)。親会社と支配・従属の関係にある子会社による議決権行使を認めると、親会社の経営陣の意思でこれを行わせることになり、親会社の支配の公正が歪められるからである²⁸⁰。これにより、議決権の行使を前提とする権利、たとえば総会招集権(会297)、株主提案権(会303)などが認められないこと、当然である。しかし、これ以外の共益権については、行使が認められる。

自益権については、親会社以外の子会社株主および子会社債権者の利益を考慮しなければならないから、認められなければならない²⁸¹。

子会社が有する親会社株式に募集株式の割当てを受ける権利を認めるか否かについては、解釈論としては、その行使は禁止されないが、これを行って取得した株式を相当の時期に処分すべきであると解するのが趨勢である²⁸²。

5-6-4. 子会社が有する親会社株式の処分

子会社は、親会社株式を取得した場合には、相当の時期にこれを処分しなければならない(会135)。 「相当の時期に」ということであるから、「直ちに」とか「遅滞なく」よりは余裕があるものの、能う限り速やかな処分が要求される²⁸³。平成17年(2005年)改正前商法211条ノ2第2項後段は、「株式会社又ハ有限会社ガ子会社トナリタルコトヲ知リタル際ニ親会社ノ株式ヲ有スルトキ」も、相当の時期に親会社株式を処分しなければならない旨を明定していた。現行会社法は明文の規定を欠くが、従前と同様の扱いをしなければならないと解されている。処分の方法に制約はない。しかし、通常、第三者への譲渡が必ずしも容易でないことに鑑みて、

280 同前166頁、江頭・注(3)263頁、青竹・注(4)前掲165頁参照。

281 前田・同前、江頭・同前264頁。

282 前田・同前、江頭・同前脚注(1)参照。

283 龍田・注(19)前掲274頁参照。

すでに述べたように (本章 5 - 2 - 2 - 3)、親会社が、株主総会決議または取締役会決議に基づき、子会社から自己株式を取得する方法が認められている。

上のように、子会社による親会社株式の保有は、短期間で終息することになっているので、子会社の有する親会社株式は、会計処理上、貸借対照表の流動資産の項目に記載・記録される (会社計算 74 へ、103)。その簿価が、子会社または親会社の分配可能額の計算上、その剰余金の額から控除されることはない²⁸⁴。

6. 単位としての株式の大きさの調整

6 - 1. 株式の併合

6 - 1 - 1. 意義

「株式の併合」とは、数個の株式を併せて、それより少数の株式とする会社の行為をいう。たとえば、これまで 2 株の株式であったものを併せて、今後は 1 株とするといったごときである。各株主が有する株式数は一律かつ按分比例的に減少するが (したがって、発行済株式総数も減少するが)、会社財産・資本金額・発行可能株式総数は変動しない。したがって、併合後の 1 株当たりの経済的価値 (単位としてのサイズ) だけが大きくなる。

6 - 1 - 2. 併合の自由

すでに述べたように (第 1 帖第 5 章 3 - 2 - 5、3 - 3 - 4)、平成 13 年 (2001 年) 法律第 79 号改正は、1 株の出資単位の大きさの規制を撤廃した。この改正前にあっては、1 株当たりの純資産額が 5 万円以上でなければならないとする株式の大きさの規制があったことと相俟って、商法は、株式の併合を認める場面を限定していた。すなわち、株式の併合が常態的に 1 株に満たない端数を生ぜしめ株主の利益を害するため、端数が生じても株

284 江頭・注 (3) 前掲 264 頁。

式の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限って認めていたのである²⁸⁵。具体的には、最終の貸借対照表による1株当たりの純資産額が5万円に満たないときに、これを5万円以上とする場合(平成13年(2001年)(法79)改正前商214)、資本減少、合併、会社分割、株式交換、株式移転のためになす場合(同年(法79)改正前商377、416、374ノ15・、374ノ31・、359、362、368、371)、に限って認めていた。当時の法形式としては、商法はの場合の株式の併合の手続について規定し(同年(法79)改正前商214~217)、その規定の大部分を新設分割・吸収分割による株式の併合(同年(法79)改正前商374ノ15・、374ノ31・)と資本減少・合併による株式の併合(同年(法79)改正前商377、416)に準用し、その規定の一部を株式交換・株式移転による株式の併合(同年(法79)改正前商359、362、368、371)に準用していた²⁸⁶。

繰り返し述べるように、平成13年(2001年)法律第79号改正は、株式の大きさについては、株式の流通や資本調達による市場環境、株主管理費用などを勘案して、会社が自主的に決定すればよいという考え方で行われた(第1帖第5章3-2-5)。したがって、現在、株式の併合は、その法定の手続さえ践めば、事由の如何を問わず、自由に行うことができる(会180)。

もっとも、実際には、1株の適正な市場価格(株主管理コストの削減目的、下落した株価を引き上げる目的で資本金の減少(形式上の減資)と同時に行う等)という観点から出資単位を大きくしたい場合のほか、合併・新設分割・株式交換・株式移転に際し、株式の割当比率を1対1にするため等に一方当事会社の株式を併合することが多い²⁸⁷。

285 北澤・注(1)前掲257頁参照。

286 同前258頁。

287 江頭・注(3)前掲266-267頁。

6 - 1 - 3. 併合の手続

会社は、株式の併合をしようとするときは、その都度、株主総会の決議によって、以下の事項を定めなければならない。すなわち、併合の割合、株式の併合がその効力を生ずる日、種類株式発行会社にあつては、併合する株式の種類、である（会 180）。この株主総会決議は、特別決議によることが要求されている（会 309）。特別決議を要求するのは、株式の併合の場合には、1株に満たない端数が生じるのが常態であり、既存株主がその持株数および併合の比率の如何によっては、株主の地位を失う等の不利益を被る可能性があるからである²⁸⁸。なお、上記の場合、当該種類株式の併合によって、当該種類株主に損害を及ぼす場合、たとえば議決権や剰余金の配当について併合の前よりも不利になる場合には、定款に特段の定めがない限り、当該種類株主総会の決議がなければ、株式の併合の効力を生じないと解される（会 322 参照）。

取締役は、上の株主総会において、併合を必要とする理由を説明しなければならない（会 180）。併合により端数が生じる株主が不利益を受けたり²⁸⁹、繰り返し述べるように、株主資格を失う者が出るからである²⁹⁰。

併合の比率が極端に大きく、故意に一般の小株主を排除・追放するために株式の併合を決議することは、たとえ特別決議が成立したとしても、多数決の濫用として、当該決議の取消事由となる（会 831 類推）という点に関しては、古くから異論を見ない²⁹¹。

会社は、株式の併合が効力を生じる日の2週間前までに、株主（種類株式発行会社にあつては、併合対象種類株主）および登録株式質権者に対し、上述の決議内容を通知し、または公告しなければならない（会 181）。株券発行会社にあつては、併合が効力を生じる日までに会社に株券を提出す

288 前田・注 (36) 前掲 125 頁参照。

289 江頭・注 (3) 前掲 267 頁

290 龍田・注 (19) 前掲 215 - 216 頁。

291 北澤・注 (1) 前掲 259 頁、江頭・注 (3) 前掲 267 頁脚注 (2)、青竹・注 (4) 前掲 166 頁、大隅・今井・注 (5) 前掲 319 頁、前田・注 (36) 前掲 125 頁。

べき旨を、効力発生日の1ヵ月前までに公告し、かつ、株主・併合対象種類株主および登録株式質権者には、各別に通知しなければならない(会219)。株主名簿の名義書換えを促し、併合の効力発生日以後に無効となった株券が流通するのを阻止する趣旨である²⁹²。株券発行会社は、併合の効力が生じた日以後遅滞なく、併合に係る新株券を発行しなければならない(会215)。

振替株式については、会社は、併合の効力が生じる日の2週間前までに、振替機関に対し、併合対象株式の銘柄、併合の割合など、必要事項を通知することを要し(社債株式振替136)、当該事項は、振替機関から、直近下位機関へと順次通知される(社債株式振替136)。通知を受けた振替機関は、併合の効力発生日において、振替口座簿中の振替株式の株式数の減少の記載・記録をしなければならない(社債株式振替136)。

株式の併合によって1株に満たない端数を生じるときは、その端数の合計数(1未満は切捨て)に相当する数の株式を競売し、かつ、その端数に応じて競売により得られた代金を、端数を生じた株主に交付しなければならない(会235)。すなわち、端数を生じたことによって株主が被った不利益は、金銭交付をもって経済的補填により処理されるわけである。この際、会社は、競売に代えて、市場価格のある株式については、市場価格として法務省令により算定される額をもって、市場価格のない株式については、裁判所の許可を得て、競売以外の方法により、これを売却することができる(会235 234 前段)。の場合、会社法施行規則50条によれば、(ア)市場において行う取引によって売却する場合には、その取引によって売却する価格であり、(イ)それ以外の方法によって売却する場合には、売却する日における当該株式についての最終取引価格、当該株式が公開買付けなどの対象であるときの公開買付けなどに係る契約における当該株式の価格、のうち、いずれか高い額である。の場合、この許

292 江頭・同前268頁。

可の申立ては、取締役が2人以上あるときは、その全員の同意によってしなければならない(会 235 234 後段)。

すでに述べたように(本章 5-2-3-6)、会社は、端数処分により売却する株式の全部または一部を自己株式として買い取ることができる(会 235 234)。この場合、買い取る株式の数(種類株式発行会社においては、株式の種類および種類ごとの数)、買取りと引換えに交付する金銭の総額、を定めなければならない(会 235 234)。取締役会設置会社においては、取締役会の決議によって上記事項を定めなければならない(会 235 234)。委員会設置会社においては、この決定を執行役に委任できる(会 416 柱書本文)。一般規定による財源規制に服すること(会 461)もすでに述べたとおりである。

株式の併合は、株主総会の特別決議によって定められた効力発生日に、その効力を生じ、株主は、効力発生日の前日に有する株式(種類株式発行会社においては、併合対象種類株式)の数に併合の割合を乗じて得た数の株式の株主となる(会 182)。自己株式についても同様である。会社は、併合に係る株式につき、当該株式の株主に係る株主名簿記載事項を、株主名簿に記載・記録しなければならない(会 132)。株券発行会社においては、併合前の株式に係る旧株券は、効力発生日に無効となる(会 219)。併合の通知・公告によって会社に旧株券を提出した株主は、併合後の新株券を新たに交付されるが、会社に提出されなかった旧株券に対応する新株券は、旧株券の提出があるまで交付されない(会 219)。

株券発行会社において、旧株券を喪失してこれを提出できない者がある場合に、会社は、この者の請求によって、効力発生日後に、利害関係人に対し、異議があれば3ヵ月を下らない一定の期間内にこれを述べるべき旨を公告し(その費用は請求者の負担に帰する)、その期間内に異議を述べる者がなければ、請求者に対し、新株券または売却代金を交付することができるという簡易な便法が認められている(会 220)。

株式の併合によって発行済株式総数が減少するので、変更の登記をしなければならない(会 911、915)。すでに述べたように(本章 6-1-

1)、発行可能株式総数に影響はない。発行済株式総数の減少により、公開会社において発行可能株式総数が発行済株式総数の4倍を超える事態になっても差し支えないこと、自己株式の消却の場合と同様である(本章5-5-1)。

6-2. 株式の分割

6-2-1. 意義

「株式の分割」とは、1個の株式を細分化して、従来より多数の株式とする会社の行為をいう。たとえば、これまで1株の株式であったものを細分化して、今後は2株とするといったときである。併合とは逆の行為である。株式の分割は、株式を細分化して、高騰した株価を引き下げて株式の市場性を回復させたり(一律に出資単位が小さくなるので、それだけ流通性も高まる)、1株当たりの剰余金配当額を引き下げて目立たないようにするなどの機能を持つ²⁹³。株式の分割を行っても、会社財産・資本金額に変動はない。また、各株主の会社に対して有する割合的地位も従前と同様であり、ただ発行済株式総数が増加するだけである。

6-2-2. 分割の自由

平成2年(1990年)改正前商法は、利益の処分に関する株主総会の決議による株式配当(配当可能利益を資本(金)に組み入れ、その資本(金)組入れ額を引当てとしてなす新株発行)(同年改正前商293ノ2)、

取締役会の決議による法定準備金の資本(金)組入れと株式の無償交付(法定準備金の資本(金)組入れ額または額面株式の額面超過資本(金)組入れ額を引当てとしてなす新株発行²⁹⁴)(同年改正前商293ノ3、293ノ3ノ

293 北澤・注(1)前掲261頁。

294 額面株式の額面超過資本(金)組入れ額を引当てとしてなす新株発行とは、たとえば、1株の額面額が5万円の額面株式を発行価額10万円で1万株発行し、資本金の額を10億円(発行価額の総額、平成13年(2001年)(法79)改正前商284ノ2参照)としていた会社が、1株の額面額を5万円としたまま、

2)、および 取締役会の決議による株式の分割 (上述の資本 (金) 組入額を引当てとしない単純な株式の分割による新株発行) (同年改正前商 293ノ4) を認め、これらを「会社ノ計算」の節 (商2編4章4節) で規定していた。しかし、株式の分割は、株式自体の問題であり、会社の計算には直接関係がないし、上述の ないし は、財源の有無と性質は異なるが、いずれも株式の分割であるという点で共通していた²⁹⁵。すなわち、上記 ないし を観察するに、「無償の新株の発行により会社財産が増加せずに発行済株式総数が増加し、1株の価値が減少する」という点で共通し、理論的にはいずれもまさに株式の分割であった²⁹⁶。そこで、平成2年 (1990年) 改正法は、従来の上記 および 、すなわち、株式配当・株式の無償交付に関する規定を廃止解体し、それらのうち配当可能利益・法定準備金の資本 (金) 組入れに関する部分を「会社ノ計算」の節に残し (同年改正後商 293ノ2、293ノ3参照。なお、同年改正前商 293ノ3ノ2の規定は、この時に削られた)、株式の分割に関する部分を上記 の株式の分割に関する規定に統合することとした。そして、上記 の株式の分割に関する規定を、同様に会社の計算には直接関係がないにも拘らず「会社ノ計算」の節に置かれていた株式の併合に関する規定 (同年改正前商 293ノ3ノ3~293ノ3ノ6) と共に、「株式」の節 (商2編4章2節) に移したのである (同年改正後商 218~220、214~217)。

平成13年 (2001年) 法律第79号改正前商法は、株式の分割につき、以下の制限を設けていた。すなわち、 額面株式の1株の額面額に分割後の発行済額面株式総数を乗じた額は、資本 (金) の額を超えてはならない (同年 (法79) 改正前商 218 前段)、 最終の貸借対照表により会社に現

さらに額面株式1万株を、その持株数に応じて株主に対して無償交付することである。上の例の場合、資本金の額は、額面株式1株の額面額に発行済額面株式の総数を乗じた額の範囲内に収まるので、差し支えない (5万円× (1万株+1万株) = 10億円)。

295 北澤・注 (1) 前掲 265 頁。

296 前田・注 (36) 前掲 130 頁。

存する純資産額を分割後の発行済株式総数で除した額（分割後の1株当たりの純資産額）は、5万円（単位株制度を採っている会社にあつては、5万円を株式の1単位の数で除した額）を下回ってはならない（同年（法79）改正前商218 後段、昭和56年（1981年）改商附則21）、というものであつた。しかしながら、繰り返し述べるように、同年法律第79号改正は、額面株式制度を廃止し、株式の出資単位の大きさの規制も撤廃して、これを会社の自治に委ねたので、上の制限も完全に廃棄されてしまった。

現行法の下では、株式の分割は、その法定の手続さえ践めば、事由の如何を問わず、自由に行うことができる（会183 ）。

6-2-3. 分割の手続

会社は、株式の分割をしようとするときは、その都度、株主総会（取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議）によって、以下の事項を定めなければならない。すなわち、株式の分割により増加する株式の総数の分割前の発行済株式（種類株式発行会社にあつては、分割対象種類株式）の総数に対する割合、および、分割に係る基準日、株式の分割がその効力を生ずる日、種類株式発行会社にあつては、分割する株式の種類、である（会183 ）。株主総会の決議による場合は、普通決議で足りる（会309 ）。また、委員会設置会社においては、上の決定を執行役に委ねることができる（会416 柱書本文）。株式の分割は、株式を細分化するだけであり、株主の地位に何ら実質的な変動を生じないので、株式の併合よりもその手続に係る要件が緩和されている。

大幅な株式の分割がなされるときには、分割後の発行済株式総数が発行可能株式総数（会37、98、101 ）、113）を上回る事態が生じうる。このような分割にあつて、これに備えて事前に厳格な手続を要求するとすれば、本来ならば株主総会の特別決議をもって定款所定の発行可能株式総数を変更する必要があることになるが（会466、309 ）、その手数と時間を省き、機動的にこれを行うことができるよう、株主総会の決議によらず、上記事項の決定手続の中で定款を変更して、分割の効力発生日における発

発行可能株式総数をその日の前日の発行可能株式総数に分割割合を乗じた数の範囲内で増加することができるものとしている(会 184)。しかし、現に 2 以上の種類の株式を発行している会社については、発行可能株式総数の変更が各種類株主の利益に影響を及ぼすことを考慮して(会 322 八参照)、正規の定款変更手続が要求される(会 184 かっこ書)。発行可能株式総数の変更が、いずれかの種類の株主に不利な影響を及ぼし、種類株主総会の決議が必要とされることもありえよう²⁹⁷。このときは、定款に別段の定めがない限り、当該種類株主総会の決議がなければ、株式の分割はその効力を生じない(会 322 . . .)。

会社は、株式の分割に係る基準日の 2 週間前までに、基準日および株式の分割により株式を取得できる旨を公告しなければならない(会 124)。名義書換未了の株主に名義書換えを促し、分割後の株式を取得する機会を与えるためである²⁹⁸。なお、株式の分割に係る基準日と分割の効力発生日とが区別される概念であることはいうを待たない。会社は、基準日における株主および当該株主の持株数を確定し、各株主に割り当てる株式数を確定するに要する時間を勘案のうえ、効力発生日を定めることができるわけである。効力発生日が基準日から 3 ヶ月以内の日でなければならないこと、当然である(会 124)。

基準日において株主名簿に記載・記録された株主(種類株式発行会社にあつては、分割対象種類株式の種類株主)は、株式の分割の効力発生日に、基準日に有する株式(種類株式発行会社にあつては、分割対象種類株式)に、定められた割合を乗じた数の株式を取得する(会 184)。自己株式についても、株式の分割の効力が及ぶと解されている²⁹⁹。会社は、分割に

297 龍田・注(19)前掲 214 頁。たとえば、株式の分割によって、分割対象種類株式[株式数が増加する]の株主の議決権割合に比して他の種類株式の株主の議決権割合が低下する場合(山下編・注(125)前掲 160 頁[山本爲三郎参照])。

298 青竹・注(4)前掲 170 頁。

299 前田・注(36)前掲 132 頁、山下編・注(125)前掲 162 頁[山本爲三郎]。

係る株式につき、当該株式の株主に係る株主名簿記載事項を、株主名簿に記載・記録しなければならない（会 132）。株券発行会社においては、株式の分割の効力が生じた日以後遅滞なく、分割した株式に係る株券（すでに発行されているものを除く）を発行しなければならない（会 215）。株式の併合の場合と異なり、従前の株券は回収されることなく、分割後の株式を表章する株券として効力を有し、会社は、増加した株式を表章する新株券を追加交付することになる³⁰⁰。

振替株式については、振替機関等が、分割の効力が生じる日に、基準日における振替口座簿の各加入者の保有欄・質権欄に記載・記録されている株式数に増加比率を乗じた数について記載・記録をなす（社債株式振替 137・）。

分割の結果、1株に満たない端数が生じたときには（たとえば、従来の2株を3株に分割すれば、従来から偶数株式を有する株主には端数を生じないが、奇数株式を有する株主には端数を生じる）、株式の併合の場合と同様の措置を講じることになる（会 235）。

平成17年（2005年）改正前商法219条3項は、「株式ノ分割ヲ為シタルトキハ会社ハ遅滞ナク第一項ノ株主（会社が定める一定の日において株主名簿に記載・記録された株主）及株主名簿ニ記載又ハ記録アル質権者ニ対シテ其ノ株主ノ受クル株式ノ種類及数ヲ通知スルコトヲ要ス」と規定していたが、現行会社法は、分割後の通知に関する上のごとき規定を欠く。吉本健一によれば、株式の分割は、株式無償割当てと同様の効果を有することからすると、無償割当ての場合と同様に、会社は通知をすべきである（会 187 参照）とされている³⁰¹。

300 吉本・注（224）前掲117頁。

301 同前。

6 - 3. 株式無償割当て

6 - 3 - 1. 意義

「株式無償割当て」とは、株主（種類株式発行会社にあつては、ある種類の種類株主）に対し、新たな払込みをさせることなく、当該会社の株式を割り当てることをいう（会 185）。いわば、既存株主に自動的に株式を無償で取得させる会社の行為である。新株を割り当てる場合には募集によらない会社成立後の株式の発行に当たり、自己株式を割り当てる場合には募集によらない自己株式の処分にあたる³⁰²。

株式無償割当ては、新株を発行する場合には会社の発行済株式総数を増加せしめ、結果、株式（または特定種類の株式）の単位を小さくして、1株当たりの価値を低下せしめることになる（この効果は、新株の発行によろうと、自己株式の処分によろうと、同様である）。そして、これを行っても、会社財産の増加をとまなうことがない。したがって、株式無償割当ては、その機能において、株式の分割に類似する。しかし、株式の分割と異なる点として 株主の有する株式と異なる種類の株式を割り当てることができること、 決定機関を定めるのに定款自治が認められていること（会 186 ）、 自己株式につき無償割当てがなされないこと、 会社が自己株式を割り当てることのできること、 が挙げられる³⁰³。

株式無償割当てをする場合には、資本金は増加しない（会社計算 16 ）。自己株式の交付をもってこれを行う場合に、自己株式の帳簿価額分をその他資本剰余金の額から減額し、自己株式の対価の額は零とする（会社計算 16 ）。

6 - 3 - 2. 無償割当ての手続

会社は、株式無償割当てをしようとするときは、その都度、株主総会（取締役会設置会社にあつては取締役会の決議）によって、以下の事項を

302 青竹・注 (4) 前掲 171 頁。

303 関・注 (73) 前掲 150 頁脚注 (1)。

定めなければならないが、定款の別段の定めにより、決定機関を自由に選択することができる（会 186）。すなわち、株主に割り当てる株式の数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）またはその数の算定方法、株式無償割当てがその効力を生ずる日、種類株式発行会社にあつては、当該株式無償割当てを受ける株主の有する株式の種類、である（会 186）。上記の定めは、株主（種類株式発行会社にあつては、無償割当てを受ける種類株式の種類株主）の有する株式の数に応じて株式を割り当てることを内容としなければならない（会 186）。この場面における株主平等原則の顕現であり、当然の理である。株主総会決議によって上記事項を決定する場合には、普通決議で足りる（会 309）。特定の種類の株式に対してのみ無償割当てを行うことはもとより（上記）、種類ごとに割り当てる株式の種類・割当比率を違えることも可能であるが、種類株主総会の決議を要する場合が多いことは、株式の分割におけると同様である（会 322）。

会社法の条文上、基準日の設定は、上記決議事項となっていない。しかし、基準日の設定を欠くことはできず、株主名簿書換未了の株主に名義書換えの機会を与えるために、基準日を公告すること（会 124）が、取締役・執行役の善管注意義務（民 644）として要求されると解すべきである³⁰⁴。

株式無償割当てを受けた株主は、その効力発生日に、割り当てられる株式の株主となる（会 187）。会社は、無償割当てに係る株式につき、当該株式の株主に係る株主名簿記載事項を、株主名簿に記載・記録しなければならない（会 132）。株券発行会社は、株式無償割当ての効力発生日以後遅滞なく、当該株式に係る株券を発行しなければならない（会 215）。会社は、効力発生日後遅滞なく、株主（種類株式発行会社にあつては、無償割当てを受けた種類株式の種類株主）およびその登録株式質権者に対し、当該株主が割当てを受けた株式の数（種類株式発行会社にあつ

304 青竹・注(4)前掲172頁、吉本・注(224)前掲118頁。

ては、株式の種類および種類ごとの数)を通知しなければならない(会187)。

振替株式の無償割当ては、法制上は、振替株式の発行時等の新規記載・記録手続(社債株式振替130)または会社の振替申請に基づく振替の手続(自己株式を交付する場合、社債株式振替131)によることになるが、会社が総株主通知を受けて効力発生日の株主名簿を確定し、振替機関に対し新規記録通知を行う等の手続を執るのでは煩雑なので、実務上は、振替株式の分割に準じた処理がなされることになっている³⁰⁵。

株式無償割当ての結果、1株に満たない端数を生じた場合の処理は、株式の併合の場合と同様である(会234)。

なお、株式無償割当ての場合にも、株式の分割の場合と同様に、発行可能株式総数との関係が問題となる場合が生じうる。したがって、株主の利益に影響がない場合には、会社法184条2項を類推して、通常の定款変更手続を経ずに、発行可能株式総数を増加させることができるかと解すべきである³⁰⁶。

6-4. 併合・分割・無償割当ての瑕疵

6-4-1. 併合の瑕疵

6-4-1-1. 手続違反

会社法181条に係る通知・公告に瑕疵があっても、この通知・公告は、株主総会の決議を経た事項に関するものであり、株主に対し何らかの行為を促すものではないから、株式の併合の効力に影響はない³⁰⁷。これに対し、株券発行会社における株券提出手続(とくに会社法219条1項2号に係る公告)は、株主の権利を確定する上で重要なものなので、この手続の瑕疵は、株式の併合の無効事由となりうるかと解すべきである³⁰⁸。

305 江頭・注(3)前掲275-276頁脚注(6)。

306 吉本・注(224)前掲119頁。

307 江頭・注(3)前掲268頁脚注(3)。

308 同前脚注(4)。

株式の併合が無効である場合、たとえば当該併合により株主の地位を喪失した者は、当該併合の無効確認の訴えを本案訴訟として、自己の株主としての地位の保全を求める仮処分（民保 23）を申請できると解すべきである³⁰⁹。

6-4-1-2. 不当な併合

繰り返し述べるように（本章 6-1-3）、少数株主の締め出しに株式の併合を利用するがときは、多くの商法研究者が、多数決の濫用として、併合決定決議の取消事由となる（会 831 類推）と解している。江頭憲治郎によれば、かかる目的で多数派の賛成により併合決定特別決議が成立した場合には、特別利害関係人の議決権行使による著しく不当な決議の成立として、決議取消請求も可能と解される（会 831 類推）とされている³¹⁰。さらに、大塚章男（1959～）は、株式の併合の結果、一部の株主を除き大部分の株主が締め出されるような場合には、会社法の解釈としても、かかる株式の併合は株主平等原則違反の問題ともなりうると解し、決議無効の可能性を生じることまで言及している³¹¹。

6-4-2. 分割の瑕疵

分割手続に瑕疵がある場合には、新株発行無効の訴えの規定（会 828、834、835～839）の類推適用が認められると解するのが通説である³¹²。何故に類推適用かといえば、株式の分割によって株式数は増加するが、会社財産に増加はなく、通常の新株発行ではないからである。

敵対的企業買収に対する防衛業として行った株式の分割について、株式の分割は株式を発行することと異なるので、新株の不正発行による差止めに関する規定（平成 17 年（2005 年）改正前商 280 ノ 10。現在の会 210

309 同前。

310 同前 267 頁脚注（2）。

311 大塚章男「少数株主の締め出しと株主平等原則に関する一考察（下）」商事法務 1879 号（2009 年）26 頁参照。

312 山下編・注（125）前掲 163 頁 [山本爲三郎]。

に相当)は直接適用されず、また、株主の地位に実質的変動を及ぼすものと認められないから、これを類推適用することもできないとした下級審裁判例が存在する(東京地決平成17年(2005年)7月29日判時1909号87頁)。

もっとも、ある種類の株式を分割するときで、他の種類株式の株主に損害を及ぼす影響があるときには、上述したように、当該種類株主総会の決議を要するのであるが(会322)、山本爲三郎(1958～)は、かかる種類株主総会が招集されないまま株式の分割の効力発生日を迎えようとしているときなどには、募集株式の発行差止めに関する会社法210条を類推適用して当該種類株式の株主に株式分割差止請求を認めてよいのではなかろうかと述べている³¹³。しかし、会社法332条1項柱書本文は、そのような種類株主総会の決議がなければ、そもそも株式の分割は「その効力を生じない」と定めているのであるから、差止めをしなくとも、当該株式の分割が無効であることに変わりはない。ただ、会社法210条類推適用を認めることによって、無用な混乱を防止する効果は認められよう。

6-4-3. 無償割当ての瑕疵

6-4-3-1. 手続違反

形式上の手続違反に関しては、一般原則に従い、無償割当てが株式の発行をもって行われた場合は、新株発行無効の訴え(会828)、自己株式の処分をもって行われた場合は、自己株式処分無効の訴え(会828)によらなければ、その瑕疵を主張できず、かつ、無効の効力は遡及しない³¹⁴(会839～841)。

6-4-3-2. 不当な無償割当て

新保克芳(1955～)は、不当な無償割当てとして、以下の2例を挙げている。

313 同前 [山本爲三郎]。

314 江頭・注(3)前掲276頁。

第1は、種類株式として譲渡制限株式を発行することが定款上定められているものの、未だかかる種類株式の発行がなかった会社において、譲渡制限株式を大量に無償割当てした場合である。たとえば、自由譲渡が保障されている株式1株につき譲渡制限株式1株を無償で割り当てたような場合、彼によれば、無償割当ての後、株主にとっては保有株式価値のうち2分の1について自由な投下資本の回収が困難になるとされている³¹⁵。これはしかし、彼自身が指摘するように、定款で譲渡制限株式を発行できることが定められている以上、株主にはまったく不測の事態ではないし、議決権等の権利が制約されているわけでもない状況下でなされる無償割当てである³¹⁶。決定機関もまた定款に定められており(会186 参照)、譲渡制限株式の譲渡が完全に封じられるわけでもない(本章2-8-3)。株主が、法源としての定款に羈束される以上、上のごとき場合は、宋襄の仁^{そうじょう}というには大袈裟であるが、株主に過度の情けを与える必要はないものと思われる。

第2は、買収防衛策として利用される場合である。買収を意図する者が現われた場合に、買収者が登場する以前の日を基準日として他の株主に株式を無償交付して、買収者の持株を希薄化させる場合や、20%以上の株式保有者には議決権制限株式を交付する等の差別的な無償交付をする場合が例示されている³¹⁷。この問題は、すでに第1帖第5章9-4-3-2において言及した問題と同根のものであると評価できる。よって、その相当性について明確な規準を提示することは留保されるものの、上の例のような無償割当てについては、会社法210条2号の「著しく不公正な」株式の発行または自己株式の処分として、差止請求の対象になりうるケースが生じるものと解すべきである³¹⁸。

315 新保克芳「株式の併合・分割・無償割当て」江頭憲治郎：門田正人編『会社法大系2』(青林書院・2008年)207頁。

316 同前208頁[新保克芳]参照。

317 同前207頁[新保克芳]。

318 同前208-209頁[新保克芳]参照、奥島：落合：浜田編・注(85)前掲332頁[西尾幸夫]。

6 - 5. 単元株の調整

単元株制度の要諦および単元未満株主の権利については、すでに述べたとおりである (第 1 帖第 5 章 3 - 4 - 3、7 - 4 参照)。ここでは、単元株制度におけるその単位としての大きさの調整について述べる。

これまで単元株制度を採用していなかった会社が、定款を変更して新たに単元株制度を採用する場合、および、すでに単元株制度を採用している会社が、同じく定款を変更してその単元株式数を増加する場合、これらは共に会社法 190 条にいう「単元株式数を定める場合」に該当する³¹⁹。したがって、同条に依拠して、これらの場合には、取締役は、単元株式数を定めることを必要とする理由を、当該定款の変更を目的とする株主総会において説明することを要する。このような定款の変更は、これまで株主であった者が単元未満株主になることにより、その株主権を制限される可能性を生じることになるため、積極的に会社側にその理由を開示させるのが同条の趣旨である。その説明は、具体的である必要がある。単元株式数に関する定め必要性は、当該会社にとっての必要性でなければならない、親会社や大株主にとっての必要性ではない。たとえば、株主管理コストの削減、株価の適正水準への引上誘導といった理由が考えられる³²⁰。取締役がこの説明を欠いたまま決議がなされれば、総会決議の取消事由となること、当然である (会 831)。また、単元株式数は、会社法 188 条 2 項を受けた会社法施行規則 34 条の範囲内で定めなければならない (第 1 帖第 5 章 3 - 4 - 3) ことも、当然である。株主総会決議は、定款の変更 (会 466) であるから、特別決議を要する (会 309)。

新たに単元株制度を採用したり、単元株式数を増加させる定款の変更をなす場合であっても、そのやり方如何によっては、既存株主に何の不利も及ぼさないこともありうる。すなわち、株式の分割と同時に単元株式数を増加し、または単元株式数を設け、かつ、定款の変更後において、

319 山下編・注 (125) 前掲 198 頁 [久保大作]。

320 同前 199 頁 [久保大作]。

各株主がそれぞれ有する株式数を単元株式数で除した額が、定款の変更前の各株主が有する株式数（単元株式数を定めている場合にあっては、当該株式の数を単元株式数で除した額）を下回らない、という場合である。たとえば、従来の1株を100株に分割し、同時に1単元を100株（またはそれ以下）にした場合、従来の1株保有株主は、1議決権を有する株主であったが、定款の変更後は100株保有株主となり、その議決権数は1のまま変更がない（定款の変更後の保有株式数100を1単元株式数の100で割ると1となり、その議決権数は定款の変更前に等しい）。かかる場合には、既存株主に不利益は生じないことになる。そこで会社法191条は、株式の分割と同時に各株主（既存株主全員）の有する議決権が減少しない範囲で単元株式数の設定・増加を行う場合には、株主総会の決議を経ることなく、定款の変更ができるという簡易な手続を認めている。

単元株制度を採用している会社が、定款を変更して、1単元の株式の数を減少しようとする場合または単元株制度を廃止しようとする場合には、定款の変更に係る会社法466条の規定にかかわらず、取締役の決定（取締役会設置会社にあつては、取締役会の決議）限りで、これをなすことができる（会195）。委員会設置会社にあつては、この決定を執行役に委任することができる（会416 柱書本文）。この場合には、株主の利益が害されるおそれがないからである。もっとも、種類株式発行会社においては、株式の種類ごとに異なる単元株式数を定めることができるので（会188 参照）、上のような定款の変更が他の種類株式の種類株主に不利な効果を及ぼす場合には、その種類株主に係る種類株主総会による承認を得なければならない（会322 口、）。この定款の変更をした場合には、会社は、定款の変更の効力が生じた日以後遅滞なく、その株主（種類株式発行会社にあつては、対象となる種類の種類株主）に対し、当該定款の変更をした旨を通知または公告しなければならない（会195・）。

7. 種類株主間の利益調整

7-1. 緒言

すでに本章の各所で言及しているように、種類株式発行会社にあつては、会社の行為によって、特定の種類の株主が不利益を被ることがありえる。このような事態に備え、会社法は、不利益を被る種類株主の保護手を整備し、その手を履踐することを求めたうえで、会社が特定の行為を行うことを認めている。これを中心に、纏めて整理しておこう。

7-2. 会社法 322 条 1 項柱書

会社法 322 条 1 項は、種類株式発行会社が、下記の本章 7-3 に掲げる行為をする場合において、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあるときは、当該種類株主を構成員とする種類株主総会（当該種類株主に係る株式の種類が 2 以上ある場合には、当該 2 以上の株式の種類ごとに区分された種類株主総会）の決議がなければ、会社の行為はその効力を生じない旨を規定している。この種類株主総会の決議は、会社法 324 条 2 項 4 号により、特別決議を要求される。すなわち、当該種類株主総会において議決権を行使することができる株主の議決権の過半数（3 分の 1 以上の割合を定款で定めた場合にあつては、その割合以上）を有する株主が出席し、出席した当該株主の議決権の 3 分の 2（定款による加重が認められる）以上に当たる多数をもって行うのを原則とする（会 324 柱書前段）。さらに、上の要件に加え、一定の数以上の株主の賛成を要する旨その他の要件を定款をもって課することも可能である（会 324 柱書後段）。

会社法 322 条 1 項柱書にいう「ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあるとき」の判断は必ずしも容易ではない。同条同項の先駆規定たる平成 17 年（2005 年）改正前商法 345 条 1 項にいう「或種類ノ株主ニ損害ヲ及ボスベキトキ」の意義に関し、当時は、一般論としては、定款の変更によりある種類の株主の割合的権利が抽象的な権利として変更前よりも不利益になる場合をいうのであって、何らかの具体的損害の生じ

ることまで必要はないと解され、権利の内容の面からみれば、配当や残余財産の分配に関する権利と議決権などの共益権の両面のいずれであっても不利益が及べば同条の適用があるとされていた³²¹。会社法 322 条 1 項の上の文言の意義も、基本的に、上記商法旧 345 条 1 項の文言の理解に沿うものであってよいと思われる。したがって、複数の内容の定めを有する種類株式につき、ある会社の行為が、当該種類株式のいずれか 1 つの内容について損害を及ぼすおそれがあれば、当該種類株式に係る種類株主総会の決議を要するものと解されよう³²²。

7 - 3. 決議を要する会社の行為

会社法 322 条 1 項各号が掲げる会社の行為は、以下のものである。

次に掲げる事項についての定款の変更（会 111 ・ に規定する場合を除く）

（ア）株式の種類を追加

（イ）株式の内容の変更

（ウ）発行可能株式総数または発行可能種類株式総数の増加

上で除外された会社法 111 条 1 項に定める場合とは、種類株式発行会社がある種類の株式を発行した後に、当該種類株式を取得条項付株式とする定款の変更をし、またはそのような定款の定めを変更する場合（廃止する場合を除く）である。この場合には、同条同項により、当該種類株式を有する株主会員の同意が要求される。定款の変更前に取得条項付株式でなかった種類株式が、定款の変更後にそうなれば、当該種類株式に係る種類株主は、否応なく、その株式を会社によって取得されることがありうるという地位に落とされるからである。なお、会社法 110 条は、1 種類の株式のみを発行する会社が、その発行する全部の株式について、取得条項付株式と

321 上柳克郎：鴻常夫：竹内昭夫編『新版注釈会社法（12）』（有斐閣・1990年）34頁 [山下友信]。

322 奥島：落合：浜田編・注（235）前掲 61 頁 [小出篤] 参照。

する定款の変更をし、またはそのような定款の定めを変更する場合（廃止する場合を除く）にも、種類株式の場合と平仄を合わせ、株主全員の同意を要求している。

同じく上で除外される会社法 111 条 2 項に定める場合とは、種類株式発行会社が、すでに発行している一部の種類株式に、新たに譲渡制限を付す場合、またはこれを全部取得条項付種類株式とする場合である。前者については、すでに述べた（本章 2 - 8 - 2）。後者についても、当該種類株式に係る種類株主総会の特別決議（会 324 ）と共に、当該種類の株式を取得の対価として交付される可能性のある取得請求権付株式・取得条項付株式に係る種類株主総会の決議を要する

本題に立ち返り、上記 の場合を觀察しておこう。(ア)については、追加される種類の株式が、剰余金の配当を受ける権利、残余財産の分配を受ける権利、株主総会における議決権等のいずれかの点において、既存のある種類株式よりも有利な内容を有しているときには、当該既存の種類株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあると認められる³²³。

上記 (イ) が当該種類の種類株主または他の種類の種類株主に損害を及ぼすおそれが高いことはいふを待たない。上記会社法 111 条 1 項および同条 2 項の定めは、(イ) の特則であると位置づけられる。(イ) の例としては、優先株式について定款で定められた優先性が引き下げられるといった場合がある。

(ウ) の発行可能株式総数の増加の場合は、これにより、既存のある種類株式よりも優先的な内容を有する種類株式が将来発行される可能性が生じることに鑑み、定款変更の時点で（この時点では直ちに損害を及ぼすものではない）、不利益を受けるおそれのある種類の株式についての種類株主総会の決議を求めることとしたのである³²⁴。発行可能種類株式総数の増

323 酒巻俊雄：龍田節編集代表『逐条解説会社法第 4 巻』（中央経済社・2008 年）203 頁 [黒沼悦郎]。

324 同前 204 - 205 頁 [黒沼悦郎] 参照。

加の場合も同様の趣旨に出たものである。

株式の併合または株式の分割

株式無償割当て（会 185）

株主割当てによる募集株式の引受人の募集

株主割当てによる募集新株予約権の引受人の募集

新株予約権無償割当て（会 277）

上記 ないし の行為は、株主を相手方とする株式数の増減に係る会社の行為である。種類株式発行会社にあつては、株式の種類ごとにこれらの行為を行うことができる（会 180、185、202、241、277）。株式数に影響を与えることによって、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがある。たとえば、³²⁵ について観れば、優先株式と普通株式がそれぞれ同一の比率で併合されると、優先株式の株式数が減少することになり、優先株主への優先配当分が減少するため、優先株主に損害を及ぼすおそれがあることになり、優先株式と普通株式がそれぞれ同一の比率で分割されると、優先株式の株式数が増加することになり、優先株主への優先配当分が増加して、普通株主に損害を及ぼすおそれがあることになる³²⁵。

合併

吸収分割

吸収分割による他の会社の権利義務の承継

新設分割

株式交換

株式交換による他の株式会社の発行済株式全部の取得

株式移転

上記 ないし の行為は、会社の組織再編に係る行為である。上の は合併当事会社の行為、 は吸収分割会社（会 758）の行為、 は吸収分割承継会社（会 757）の行為、 は新設分割会社（会 763）の行為、

325 奥島：落合：浜田編・注（235）前掲 62 頁 [小出篤]。その他の場合についても、これに詳しい。

は株式交換完全子会社（会 768 ）の行為、 は株式交換完全親会社（会 767）の行為を意味する³²⁶。

組織再編行為に際しては、合併の消滅会社・吸収分割会社・株式交換完全子会社・株式移転完全子会社（会 7731 ）の種類株主に対し、種類ごとに異なった対価を与えることができる。また、種類株式発行会社が吸収合併存続会社（会 749 柱書）・吸収分割承継会社・株式交換完全親会社であるときは、どの種類の株式が組織再編の対価として与えられるかにより、種類株主間の利害が対立する³²⁷。たとえば、合併の消滅会社の種類株主に、従来とは内容の異なる株式などが与えられることになったり、あるいは吸収合併存続会社において、従来からの種類株主が有する株式の内容は変わらなくとも、合併の相手方となる会社の株主に対し、新たに存続会社の株式が与えられることにより、合併前に当該種類株主が有していた割合的地位に影響が及ぶことがありうる³²⁸。そこで、上のような場合であっても、種類株主間の割合的關係に変動が生じる場合に、種類株主総会の承認決議を求めることにより、利害の調整を図るのが ないし が会社法 322 条 1 項に掲げられている趣旨であると観るのが、学説の趨勢である³²⁹。他方、組織再編行為が、ある種類株主が有していた従前の種類株式の価値を減じるおそれがある場合に「損害を及ぼすおそれ」を認める見解もある³³⁰。いずれの見解を採ろうとも、組織再編行為の際の、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがあるか否かの実際上の判断はきわめて困難であるが、抽象的に考えれば、後者の見解は、その外輪を拡大する方向に作用するのではないかと思われる。そうであるとすれば、下に述べるように（本章 7 - 4）、種類株式発行会社は、上述の場合における種類株主総会の

326 酒巻：龍田編・注（323）前掲 206 頁 [黒沼悦郎]。

327 同前 [黒沼悦郎]。

328 奥島：落合：浜田編・注（235）前掲 62 頁 [小出篤] 参照。

329 同前 [小出篤]、酒巻：龍田編・注（323）前掲 206 頁 [黒沼悦郎]。

330 山下友信「種類株式間の利害調整 - - 序論」新堂幸司：山下友信編『会社法と商事法務』（商事法務・2008 年）107 頁参照。

決議を定款で排除することを許されているのであるから、表現は良くないが、後者の見解を採れば、いわば「種類株主にとって良心的な内容の定款を有する種類株式発行会社」であるほど、決議の要否の判断に迷う事態がより多く生じることになるのではなからうか。したがって、ここでは、学説の趨勢に従っておきたい。

7-4. 定款による決議の排除

会社法 322 条 2 項は、種類株式発行会社が、ある種類の株式の内容として、同条 1 項の規定による種類株主総会の決議を要しない旨を定款で定めることを許容している。ただし、会社法 322 条 3 項は、単元株式数についてのものを除く、上記本章 7-3 に掲げた に係る定款の変更については、種類株主総会決議の定款による排除を認めていない。 に係る定款の変更は、種類株主に殊に大きな影響を与えうることから、種類株主総会決議による保護が不可欠と考えられたためである³³¹。 を除く場合にあっては、ある種類の株式の種類株主に損害を及ぼすおそれがある行為に、種類株主総会決議を要求することは、当該種類株主に拒否権を与えることを意味するに等しい³³²。よって、会社法 322 条 2 項の定めは、これが会社の組織変更などを円滑に行うのに障害となることを考慮したものである³³³。

種類株主総会による決議という「拒否権」を、定款の定めによって、あらかじめ奪われている種類株主には、上記本章 7-3 に掲げた ないし の行為および単元株式数の変更により不利益を被るおそれがある場合に、いわばその代償として、株式買取請求権が与えられている（会 116 ・ ）。同じく、 ないし の行為への対処に関しては、通常の株主総会の当該行為の承認決議における議決権が保障された種類株主は、当該決議に反対のうえ、株式買取請求をする途があり（会 785 ・ イ、797 ・

331 奥島：落合：浜田編・注（235）前掲 64 頁 [小出篤]。

332 江頭・注（3）前掲 163 頁参照。

333 青竹・注（4）前掲 107 頁。

イなど)、議決権制限株式(会 108)のように通常の株主総会の承認決議において議決権を行使できない種類株主については、当該組織再編行為によって損害を被ると否とに関わらず、買取請求権を行使することができる(会 758 ・ 口、797 ・ 口など)。かくして、会社法は、定款の規定により種類株主総会の承認決議を不要とした場合に、その代償として、種類株主に株式買取請求権を保障しているわけである³³⁴(本章 8 参照)。

ある種類の株式の発行後に、定款を変更して、当該種類株式に係る種類株主総会の決議を要しない旨の定めを設けようとする場合には、当該種類株主全員の同意を得なければならない(会 322)。

8. 株式買取請求権

8-1. 意義

株主による会社の意思決定は、原則として、株主総会における多数決によって行われる。必然的に、その決議は多数派株主の意向に左右されざるをえない。会社の社員がその経営に不満があれば、持分会社の社員ならば、その持分の払戻しを受けて退社することができる(会 606~613。ただし、合同会社社員については、持分の払戻しに関して財源面での規制がある、会 635、633)。株式会社においては、株式を譲渡して会社を去るのが原則である。株式会社の社員に、持分会社の社員と同様の、縦の退社を許せば、会社財産の基礎を累卵の危うきに落としめることになるからである。しかし、市場性のない株式の処分(売却)は容易ではなく、市場性があっても不当な措置のため必ずしも希望の売値で売却できないこともある。かかる事態に備え、会社法は、「株式買取請求権」に係る制度を設けたのである。

すでに本章の各所でこの制度に言及しており、さらに必要な箇所を改めて言及する予定でもあるが、その要諦のみ、ここで纏めて整理しておこう。

334 酒巻：龍田編・注(323)前掲209頁[黒沼悦郎]。

8 - 2. 買取請求権が認められる場合

株主が、会社に株式の買取りを請求できるのは以下の場合に限られる。すなわち、事業譲渡等(会 469)、合併(会 785、797、806)、会社分割(会 785、797、806)、株式交換(会 785、797)、株式移転(会 806)、株式譲渡制限に係る定めを設ける定款の変更(会 116)。なお同条同項 2 号は、種類株式発行会社が、すでに発行している一部の種類株式を全部取得条項付種類株式とする場合も含む、本章 7 - 3 参照)。本章 7 - 3 で述べた、会社法 322 条 2 項に依拠する定款の規定に基づき会社が一定の行為をする場合(会 116)、である。

ないし の行為が会社に不利な条件でなされると、株価が下がり、元の値で売却できなくなる³³⁵(つまり、相当長期にわたって、有利な投下資本回収の途を閉ざされることになる)。が行われれば、株式譲渡が格段に煩瑣となる。については、本章 7 で述べたとおりである。

なお、単元未満株主については、とくに何らかの決定と結びつけることなく、いつでも買取請求をすることができる(会 192)。これは、単元未満株式の整理手段であるから、上記 ないし の場合と事情を異にする。

上記 ないし の場合、これらに反対する株主は、会社に対し、自己の株式を公正な価格で買い取することを請求することができる(会 469 本文、785、797、806、116)。会社が買い取った株式は、当然に自己株式となる(会 155、会施規 27)。本章 5 - 2 - 3 - 7 (工) で述べたとおりである。買取請求権が行使されると、会社から不本意に現金が流出し、会社経営を圧迫するから、買取請求権が認められるのは、上記のやむをえない場合に限られるのである³³⁶。

8 - 3. 手続

株主が反対しようとしている行為が株主総会(種類株主総会を含む、以

335 龍田・注(19)前掲 203 頁。

336 関・注(73)前掲 244 頁参照。

下同様)の決議を要する場合には、総会に先立って反対の意思を会社に通知し、かつ総会においても議案に反対の議決権を行使しなければならない(会 469 イ、785 イ、797 イ、806 、116 イ)。このような手続を行った株主は、「反対株主」として、買取請求権を行使する資格を備えることになる。総会に先立って反対の意思を会社に通知させるのは、会社に、総会前に反対株主の有する株式数を把握させ、支払資金の用途を立てたり、提案を撤回して買取請求を回避したりすることの可否を検討することができるようにする趣旨である³³⁷。総会決議において、当該事項について議決権を有しない株主、典型例は、議決権制限株主であるが、かかる株主も反対株主として扱われ、上の手続は不要である(会 469 ロ、785 ロ、797 ロ、806 、116 ロ)。また、株主総会の決議を要しない行為、たとえば簡易合併が典型例であるが、かかる行為については、すべての株主を反対株主として扱うことになる(会 469 、785 、797 、116)。

会社は、株式買取請求権の行使に係る行為をしようとするときは、その効力発生日の20日前までに、株主全員に対し、その行為をする旨を通知しなければならないが、一定の要件に該当するものは公告をもって通知に代えることができる(会 469 ・、785 ・、797 ・、806 ・、116 ・)。株主は、これによって買取請求をするか否か、熟慮の機会を与えられる³³⁸。この通知・公告は、株主に買取請求権があることを教示するものではないが³³⁹、総会に先立つ反対の意思の会社への通知および総会における反対の議決権行使という手続が不要の株主は、この通知・公告によって初めて会社の行為を正式に知ることになる³⁴⁰。

株式買取請求は、会社の行為の効力発生日の20日前から前日までの間

337 同前 245 頁。

338 龍田・注 (19) 前掲 204 頁。

339 関・注 (73) 前掲 245 頁。

340 龍田・注 (19) 前掲 204 頁。

に、株式数（種類株式発行会社にあつては、株式の種類および種類ごとの数）を明らかにしてしなければならない（会 469、785、797、806、116）。この請求権の行使は、形成権の1種と解されるから、会社はかかる買取請求に応じなければならない。一方で、株式買取請求をした株主は、会社の承諾を得られない限り、当該買取請求の撤回を許されない（会 469、785、797、806、116）。

会社が当該行為を中止すれば、株式買取請求が失効すること、その原因の消滅ゆえに、当然である（会 469、785、797、806、116）。

買取価格に関して、たとえば、会社法 116 条 1 項柱書と平成 17 年（2005 年）改正前商法 349 条 1 項の文言を比較すると、商法旧 349 条 1 項は、買取請求に係る価格は、「決議ナカリセバ其ノ有スベカリシ公正ナル価格」と表現されていたのに対し、会社法 116 条 1 項においては、単に、「公正な価格」という表現にとどめるよう改正されている。結果、価格決定に決議との因果関係が問われなくなった。この改正の趣旨は、立法担当者によれば、株主が求めるのは、合併など会社の行為による企業価値の増加を適正に反映した価格による買取りであろうから、組織再編行為により生じたシナジー（synergy）を含めるためであると説明されている³⁴¹。あえて国民に馴染みのない横文字の単語を使う必要はなく、会社の行為がもたらす相乗作用による企業価値の増大を勘案したものであると述べれば済む話である。国民の血税により国民に奉仕すべき立場にある者が国民に向けて語るのであれば、能う限り国語をもってそうすべきである。商法旧 349 条 1 項から会社法 116 条 1 項への、この表現の改正は、救済すべき株主の利害状況が多様であることに鑑み、柔軟な表現に改められたものであると理解しておけば十分であろう。

株式買取請求に係る価格の決定は、まずは株主と会社の協議に委ねられる。協議が調えば、会社は、行為の効力発生日から 60 日以内にその支払

341 相澤哲：葉玉匡美：郡谷大輔編著『論点解説新・会社法』（商事法務・2006 年）682 頁。

いをしなければならない (会 470 、 786 、 798 、 807 、 117)。

効力発生日から 30 日以内に協議が調わなかったときは、株主または会社は、その期間の満了日後 30 日以内に、裁判所に対し、価格の決定の申立てをすることができる (会 470 、 786 、 798 、 807 、 117)。申立てがあれば、非訴事件手続に付される。上で述べたように、いったん株式買取請求をした株主は、会社の承諾を得ない限り、買取請求を撤回することができないが、例外的に、効力発生日から 60 日以内に裁判所に対する価格決定の申立てがないときは、その期間の満了後に、株主は、いつでも当該買取請求を撤回することができるに至る (会 470 、 786 、 798 、 807 、 117)。会社にも申立権があるのであるから、早期に申立てをすれば、両者の法律関係の不安定さは、解消に向かうはずである。それにもかかわらず、会社があえて申立てをせず、事態を不安定なまま放置する場合には、株主による買取請求の撤回に会社の承諾を要しないとするのが合理的であると考えられたのであろう³⁴²。

会社は、裁判所が決定した価格に対して、効力発生日から 60 日の期間が満了した日後の年 6 分の利率により算定した利息をも支払わなければならない (会 470 、 786 、 798 、 807 、 117)。価格決定の裁判に時間を要することに鑑み、株主保護のために認められたものである³⁴³。株式買取りの効力は、株式の代金支払時に生じるから (会 470 、 786 、 798 、 807 、 117)、株主は、それまでの間、株主であるとともに金銭債権者でもあるという地位を確保する³⁴⁴。関俊彦によれば、代金が支払われるまでは株主は株主の資格を有することになるが、問題が長期化して、株主は、年 6 分の利率により算定された利息の支払いも受け、株主として剰余金の配当等の支払いも受けるとすれば、売却後の債権者としての地位と売却後の株主としての地位を兼ねることになり、この二重の資格をどう

342 酒巻：龍田編・注 (6) 前掲 154 頁 [岡田昌浩] 参照。

343 同前 [岡田昌浩]。

344 関・注 (73) 前掲 246 頁。

理解するのか不明であるとされている³⁴⁵。買取請求をした株主は、会社からの離脱の意思を鮮明にしているのであるから、売買契約が擬制された時点で（この場面でも、価格が未定であっても、契約成立を擬制することに不都合はなかろう）、撤回のない限り、株主ではあるが、その株主権を放棄している（あるいは、買取請求をしておきながら、株主権を行使するのは権利の濫用に該当する場合がある）と考えるのは行き過ぎであろうか。

株券発行会社は、株券が発行されている株式について株式買取請求があったときは、株券と引換えに、その株式買取請求に係る株式の代金を支払わなければならない（会 470 、 786 、 798 、 807 、 117 ）。

8 - 4. 株式買取請求に応じて株式を取得した者の責任

すでに述べたように（本章 5 - 2 - 3 - 7 (工)）、会社が上述の買取請求に応じて、自己株式を取得するに当たり、直接の財源規制は設けられていない。しかし、買取請求をした株主に支払った金銭の額が支払日における分配可能額を超えるときは、当該取得に係る職務を行った業務執行者は、その職務を行うにつき注意を怠らなかつたことを証明できない限り、会社に対し、連帯してその超過額を支払う義務を負う（会 464 ）。これもすでに述べたとおりである。いわば、業務執行者の舵取りを慎重ならしめ、多くの株主が望まない方向に艫^{みよし}を向けないよう、間接的な財源規制を課しているともいえよう。

この義務は、総株主の同意がなければ免除することができない（会 464 ）。

345 同前 247 頁脚注 (2) 参照。