

# 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

小野寺 千世

- 一 はじめに
- 二 ドイツ法
- 三 日本法
- (一) 立法趣旨
- (二) 学説・判例の検討
- 四 立法論
- 五 結び

## 一 はじめに

一 商法二〇四条一項但書は、株式譲渡の自由の原則に対する例外として、定款を以て株式の譲渡を制限することができる旨を規定している。このいわゆる定款による株式譲渡の制限に関する規定の解釈をめぐって、これまで最も頻繁に議論されてきた論点は、取締役会の承認を得ないでなされた株

式譲渡の効力についてである。通説、判例は、取締役会の承認のない株式の譲渡は会社に対する関係では効力を生じないが、当事者間では効力を生じると解している(相対説<sup>①</sup>)。これに對して、承認のない株式譲渡は会社に対する関係でも、当事者間でも無効であると解する少数説(絶対説<sup>②</sup>)も有力に唱えられていたが、今日ではもはや相対説が定説になった観がある。そして、相対説からの指摘を踏まえて、平成二年改正法〔商法等の一部を改正する法律〕第二〇四条ノ五は、株式取得者一般からの譲渡承認請求および先買権者指定請求を認める旨明文を以て規定している。この改正により、絶対説が成り立ち得る余地は乏しくなったといえることができる。説明がなされている。しかしながら、平成二年改正法の下でも、依然として相対説に対する理論的な問題が未解決のままに残されているように思われる。つまり、相対説には以下のような疑問がある。第一に、相対説は実質的妥当性を追求す

るあまり、その理論構成が現行法の解釈論としてはゆきすぎではないかということである。すなわち、相對説によれば定款による株式譲渡の制限は、つきつめれば「名義書換の制限」にほかならない。しかし、とりわけ現行商法二〇四条一項はその本文において譲渡自由の原則について定め、但書としてその制限を規定しており、この本文と但書の関係からみて「株式譲渡そのものの制限」と解するのが条文上素直であり、名義書換の制限であると解するのは無理と思われるのである。

第二に、相對説に立つと、商法二〇四条ノ二以下に定める、いわゆる先買権者指定、手続制度の存在意義が著しく弱められはしないかということである。つまり、相對説によれば当事者間では株主権が移転することが認められ、株式譲渡承認請求権および先買権者指定請求権を、譲渡人だけでなく譲受人にも認めることができるかと解され、今回の立法でもその旨明文化されている。したがって譲受人は、理論的には、取締役会の承認を得なくても、譲渡制限株式をさらに譲渡することによって、投下資本の回収を図ることができることになるのである。この結果、譲受人は先買権者指定請求権を行使して投下資本を回収できるとともに、それをしないで他の者に株式を譲渡することによつても投下資本の回収を図ることができることになった。しかしながら、そこまでして譲受人を二重に保護する必要があるのか。会社にとつてみればいまだ会

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

社に對抗できない譲受人に対してまで、投下資本の回収を保障してやらなければならないのか。むしろ、相對説によつて投下資本を回収することができるのであれば、先買制度によつて投下資本の回収を保障する必要はないとの議論も成り立ち得る。そうだとすると、現行法の先買制度の存在意義そのものが失われることとなるのではないか。第三に、相對説は、取締役会の承認のない譲渡は会社に対する関係では効力を生じないが、当事者間では効力を生じると考えるが、相對説の言う「対会社関係では効力を生じない」とはいかなる意味なのか。名義書換の拒絶権が会社に留保されるという意味にすぎないのであれば「会社に対する関係では効力を生じない」との表現はおかしい。また、会社に対する関係では株主権は移転しないという意味であれば、当事者間では株主権は移転するが対会社関係では株主権は移転しない株式という觀念が成り立ち得るのか。第四に、従来の裁判例で問題とされた事案においては、相對説を採らなくても、すなわち絶対説を採つても同様の結論を導くことができたのではないのか。したがって、實際的に相對説でなければ、これまで妥当な解決を図れなかつたのかどうか、相對説でなければならぬ合理的、積極的な根拠があつたのかどうかは疑問である。これらの論点については、従来必ずしも十分詰められた議論がなされてこなかつたのではないだろうか。このような問

題認識から、再度、譲渡制限の効力についての解釈論、立法論を展開するのが本稿の目的である。

## 二 本稿の考察順序は以下のとおりである。

まず、ドイツ株式法における記名株式の譲渡制限について概観する。記名株式の譲渡制限に関しては株式法六八条二項に定められている。<sup>(1)</sup>その規定の解釈として、会社の同意のない株式譲渡の効力について、通説は日本法における絶対説の考え方に立っている。ドイツでは、通常無記名株式が発行されており、また、記名株式については株金分割払込制が採られているなど、日本と異なる点もある。したがって、ドイツ法における解釈をそのまま日本法に当てはめることはできないまでも、株式譲渡制限の趣旨、目的は基本的には一致しており、とりわけ承認のない株式譲渡の効力に関しては、絶対説に対するドイツ法の影響が大きいと思われる。そのかぎりで、ドイツ株式法を比較、考察することは、日本法の解釈に極めて有益な示唆を与えるものと思われる。

つぎに、ドイツ法の比較を踏まえたうえで、日本法における現行株式譲渡制限制度の立法趣旨をその沿革に遡って考察し、さらに、取締役会の承認のない譲渡の効力についてこれまでの学説、判例を整理し、かつ吟味し、解釈論として相對説、絶対説のいずれが妥当であるかを考察する。最後に、以上の考察の成果を基に、取締役会の承認のない譲渡制限株式

の譲渡の効力に関する立法論を行う。

- (1) 鈴木竹雄『竹内昭夫「会社法(新版)」一五一頁(一九八七)、石井照久『鴻常夫「会社法第一巻」二二九頁(一九七七)、大隅健一郎『今井宏「新版会社法論上」三九九頁(一九八〇)、北沢正啓「会社法(新版)」二〇二頁(一九八二)、龍田節「譲渡制限株式の譲渡」『法学叢書」九四巻三・四号(一九七四)八九頁、一〇五頁、今井宏「株式の譲渡制限」『会社法演習」一四四頁(一九八三)、河本一郎「現代会社法(新訂第三版)」一四四頁(一九八六)、江頭憲治郎「会社判例百選(第四版)」四四頁(一九八三)。
- (2) 小町谷操三『菅原菊志「商法講義会社」(二)一八二頁(一九七二)、今井宏「注釈会社法(3)」一九四頁(一九六七)、田中誠二「再全訂会社法詳論上巻」三四八頁、三四九頁(一九八二)。
- (3) 大谷植男「商法等の一部を改正する法律の解説」『商事法務』一一二五号(一九九〇)三四頁。
- (4) 株式法六八条二項「定款は譲渡を会社の同意にかからしめることができる。取締役が同意を授与する。但し、定款は、監査役会または株主総会が同意の授与に関して議決する旨定めることができる。定款は、同意が拒絶される事由を定めることができる。」「西独株式法」七九頁(一九六九)慶応義塾大学商法研究会訳参照。
- (5) Lutter, in Köhler Kommentar zum Aktiengesetz Bd II, § 68, Anm. 39(1986) ; Bartz, Groß-Kommentar zum Aktiengesetz 24Auf. § 68, Anm. 12(1973) ; Degner, Vinklierte Namensaktien im Börsenhandel, in Die Aktiengesellschaft, S. 122(1957) ; Schröter, Vinklierte Namensaktien als Brenne der Unternehmenskonzentration, in Der Betriebs, Heft. 48, S. 2265(1977)。これらの文献によれば、ドイツ株式法における記名株式の譲渡制限の趣旨も、会社にとって好ましくない者が株主となることを防止することであると解されている。

## 二 ドイツ法

一 株式法六八条二項は、株式譲渡の自由の原則に対する例外として、「定款は、譲渡を会社の同意にかからしめることができる。」と規定している。<sup>(1)</sup>この記名株式の譲渡制限の立法趣旨は、第一に、会社にとって好ましくない者の参入を阻止すること、<sup>(2)</sup>第二に、譲受人の支払い能力の調査可能性を確保することにあると解されている。<sup>(3)</sup>

この規定の解釈として、ドイツでは会社の同意のない譲渡の効力については物権的効力と債権的効力に分けて論じられている。以下、その点について考察する。

### (1) 物権的効力

譲渡制限の付された記名株式において、会社の同意は株式移転の効力要件であり、<sup>(4)</sup>会社の同意がないときには物権的効力は生ぜず、したがって、株主権は譲受人に移転しないと解されている。<sup>(5)</sup>株式の譲渡につき事前に同意を求めたが得られなかった場合に、それにもかかわらずなされた譲渡は初めから無効である。<sup>(6)</sup>これに対して、会社の同意を求めずして勝手になされた譲渡は浮動的に効力を生じない (schwebend unwirksam) と解されている。ここでいう譲渡の効力が浮動的に生じないということは、会社に対する関係においてだけ

定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

でなく、譲渡当事者間および第三者との関係においても当てはまる。<sup>(8)</sup>ただし、事後に同意が与えられると遡及的に効力を生じ、株式譲渡は有効とされる (民法一八四条<sup>(9)</sup>) が、同意を与えられなかった場合には、譲渡が確定的に無効となると解されている。<sup>(10)</sup>したがって、この浮動的に無効な状態の下では、会社が同意を与えないかぎりは株式移転の効力は生ぜず、株主権は譲受人に移転しない。つまり、この場合には譲渡人が依然として株主であり、かつ株券の所有者であると解されている。<sup>(11)</sup>同意を与えられなかった株主がそれでも株式の譲渡を望む場合には、会社に同意を与えてくれるよう求めて訴えを提起するか、会社の同意を得られるような新たな取得者に譲渡せざるを得ないこととなる。<sup>(12)</sup>

浮動的な状態にある譲渡の無効を確定するには、会社の拒絶が有効になされることを必要とする。有効な拒絶がなされない場合には、譲渡は依然として浮動的に効力を生じない。<sup>(13)</sup>例えば、第六八条二項四文に基づき定款で拒絶事由が定められており、その拒絶事由がないにもかかわらず取締役会が拒絶の意思表示をした場合には、その拒絶の意思表示は有効でないと解されている。<sup>(14)</sup>この時、譲渡人は会社に対してその拒絶の意思表示が不当であることを訴えによつて主張し、不当であるとの判決を得たのちに、改めて同意を求めることができるのである。また、拒絶の意思表示が最終的なものでない

場合、例えば譲渡後に拒絶の決定があつたがその通知がなされてない場合<sup>19</sup>、あるいは同意の意思表示を有効に取消した場合、例えば譲渡後に会社と譲渡人との間で明示的な合意により同意の意思表示が取消された、あるいは明示の合意がなくとも約定の性質から同意の取消があつたと看做し得る場合<sup>16</sup>等は、有効な拒絶があつたとは言えず、譲渡は浮動的に効力を生じない状態のままであることになる。

なお、浮動的に効力を生じない法律行為は、全ての関係人の利害に影響を与えるから、同意権限者の意思表示により法律関係を確定することが望まれる<sup>17</sup>。なぜならば、このような状態においては、事実上譲渡人は社員権の行使にあたり譲受人の意思に従い、その結果、株式会社は好ましくない者の影響を受けるおそれがあるからである。

## (2) 債権的効力

記名株式の譲渡における同意の要件は物権法上の処分行為のみをとらえ、債務法上の原因行為は問題にならず<sup>19</sup>、したがって、同意が得られなかつた場合でも、当事者間で特別の約定がないかぎり物権的処分行為はもちろん無効であるが、債務契約は有効であると解されている<sup>21</sup>。

会社の同意が得られなかつた場合に、譲受人が契約締結時に譲渡制限の付されていることを知っていた場合と、知らなかつた場合とでは法的効果が異なる。前者の場合には、譲受

人は譲渡人に対して、同意を得られなかつたことによる損害賠償を求めるとはできないと解されている<sup>23</sup>。この場合、譲渡人は反対給付である株式売買代金を請求する権利を失い、すでに受け取つた反対給付を返還しなければならない(民法四四〇条、第三二三条一項および三項)が、譲渡人である株主が同意を得ることについて尽くすべき義務を怠つたり、譲渡人が譲受人に同意の授与を確約しているといつた事情があれば、譲受人は譲渡人に対する債務不履行に基づく損害賠償請求をすることができる<sup>23</sup>。

これに対して後者の場合には、譲渡人は会社の同意が得られなかつたことにより、譲受人が被る損害の賠償責任を負うものと解されている<sup>24</sup>。会社の拒絶は債務の履行不能と看做される<sup>25</sup>。このことは、譲渡人が債務契約上の義務である会社の同意を得ることができないと確定した場合にのみ当てはまる<sup>26</sup>。同意を得られる可能性がある場合には契約の履行は可能であり、譲渡人は同意に関する全ての義務を負うことになる<sup>27</sup>。例えば、定款で株主総会が株式譲渡の承認に関する決議をなす旨を定めている場合には、譲渡人は株主総会に出席し、同意決議において同意を得るために議決権を行使しなければならぬ<sup>28</sup>。また、会社が定款による拒絶事由がないにもかかわらず不当に拒絶する場合には、当該譲渡人に同意授与の請求権が生じ、譲渡人は譲受人のためにこの権利を行使する義務

を負うことになる。<sup>(29)</sup>譲渡人がこの同意授与の請求権を行使したにもかかわらず、会社の拒絶の決定を取消すことができな  
い場合には、譲受人に対して債務の履行ができなくなる。<sup>(30)</sup>し  
かし、それによって直ちに譲受人の譲渡人に対する株式譲渡  
履行請求権が消滅したり、損害賠償請求権が生じるわけでは  
ない。例えば、譲受人は譲渡人に対する株式譲渡履行請求権  
を会社が株式取得者として認めるであろう第三者にさらに譲  
渡することによって、投下資本を回収することができる。他方、  
譲受人は譲渡人に対して契約の不履行に基づく効果を主張す  
ることもある。<sup>(31)</sup>つまり、譲受人は譲渡人に対して債務不履行  
による損害賠償を求めたり、あるいは契約を解除すること  
ができる（民法四三四条、第四三九条、第四四〇条、第三二五  
条）。非常に稀ではあるが、定款で、譲受人が譲渡人に対して  
既に売買代金を支払っている場合にはその返還を請求するこ  
とができない旨を規定することによって、原因行為たる債務  
契約に対しても制限を定めることができる。<sup>(32)</sup>しかし、そのよ  
うな規定は株式取得者に対して危険を負担させるものである  
から、明示的に定められなければならないと解されている。  
同様に、定款で、会社が譲渡後に同意を与えることができな  
い旨、つまり追認を排除する旨を規定することも、明示的に  
なされなければならないと解されている。<sup>(33)</sup>

二 以上のことを要約すれば、ドイツ株式法において、会

定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

社の同意のない譲渡制限記名株式の譲渡の効力については、  
会社に対する関係でも当事者間でも、および第三者との関係  
においても譲渡の物権的効力は浮動的に生じないと解されて  
いる。<sup>(34)</sup>譲渡の効力が生じないということは、すなわち同意の  
ないかぎり株主権は移転せず、依然として譲渡人が株主であ  
ることを意味する。<sup>(35)</sup>ただし、債務契約は有効であり、したがっ  
て、契約解除や損害賠償請求権を行使する場合は別として、  
譲受人は債務契約に基づく株式譲渡履行請求権、つまり会社  
の同意を得るよう譲渡人に求める権利を他に譲渡することに  
よって、投下資本の回収をすることができると解されている。<sup>(36)</sup>

右のように、ドイツ法が、会社の同意のない株式譲渡の効  
力について、全ての者との関係で物権的効力を生じないと解  
される理由は次の点にある。第一に、記名株式の譲渡を制限  
する意義である。すなわち、ドイツでは通常無記名株式が発  
行されており、記名株式の発行は例外であることから、一般  
的に、記名株式を発行すること自体既に会社が株主構成につ  
いて一定の利害、関心を持っているとも言えるのである。な  
おそのうえに記名株式の譲渡を制限するということは、会社  
が株主構成に重大な利害関係を有していることになる。第二  
に、定款による記名株式の譲渡制限の採用手続である。会社  
の成立後に譲渡制限を採用するには、単なる定款変更手続（株

式法一七九条) によるのではなく、株主全員の同意による定款変更が必要である(株式法一八〇条二項)と解されている。<sup>(29)</sup>このように株主の全員一致という厳格な要件を課している裏返しとして、全員一致によって採用された譲渡制限が非常に強い拘束力を有することは当然と思われる。第三に、好ましくない者の介入を排除するという譲渡制限の趣旨を徹底していることである。第四に、ドイツにおいて特殊であるが、株金分割払込制を採用する会社における記名株式の譲渡制限の目的にある。ドイツでは、現在も記名株式について株金分割払込制が認められており、一部払込済株式については、譲受人が未払込出資について支払能力を有するか否かは会社にとって重大な関心事である。したがって、株金分割払込制を採用する会社では、譲受人の資力調査可能性を確保し、会社資本の充実を図るために記名株式の譲渡に制限が付される。これらの理由により、ドイツ株式法においては、真の意味での株式「譲渡」の制限が置かれていると言えるであらう。

- (1) Lutter, in Köhler Kommentar zum Aktiengesetz Bd. II, § 68, Anm. 23 (1986); Barz, in Gröbner Kommentar zum Aktiengesetz, § 68, Anm. 2 (1973).
- (2) Hans Jörg Schröter, Vinklierte Namensaktien als Brennpunkt der Unternehmenskonzentration, in Der Betrieb Hft. 48, S. 2265 (1977). 同族会社、閉鎖的な会社においては、その閉鎖性を保持する手段として譲渡制限記名株式が発行される。とくに同族会社においては、家族以外の者が会社経営に参加することを防止することが

望まれる。さらに、近年大企業による企業集中が盛んに行われており、中小規模の閉鎖会社の存在を脅かす企業集中に対する防衛手段としても譲渡制限株式が発行される。

- (3) Horst Kosman, Der Anspruch auf Genehmigung zur Übertragung Vinklierter Namensaktien, in Betriebs-Berater Hft. 21, S. 1364 (1985). 譲渡制限記名株式は、特に保険業界に普及している。その他、同族会社、公認会計士会社や税理士会社などでも発行されている。
- (4) Hefermehl-Bungeroth, in Gebler-Hefermehl Aktiengesetz Kommentar, § 68, Anm. 136 (1973).
- (5) Lutter, a.O. (N.1), § 68, Anm. 38.
- (6) Hefermehl-Bungeroth, a.O. (N.4), § 68, Anm. 137.
- (7) Lutter, a.O. (N.1), § 68, Anm. 38; Hefermehl-Bungeroth, a.O. (N.6), § 68, Anm. 137; Wiesner, in Münchener Handbuch des Gesellschafts Bd. 4, Aktiengesellschaft, § 68, Anm. 29 (1988).
- (8) Lutter, a.O. (N.1), § 68, Anm. 39; Barz, a.O. (N.1), § 68, Anm. 12; Degner, Vinklierte Namensaktie im Börsenhandel, in Die Aktiengesellschaft, S. 122 (1963); Schröter, a.O. (N.2), S. 2267. 一説反対の意見として、Eugen Ulmer, Die Vinklierte Namensaktie, in Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 266 ff. (1957). かの説は、ドイツ法における共同管理権(Mitwirkungsrecht)は譲渡人、財産権(Vermögensrecht)は譲受人に社員権を分割し得るとの見解の影響を受け、当事者間の財産法的な関係は譲渡制限によっても左右されず、株式会社との関係において浮動的に効力を生じないが、当事者間および第三者との関係では効力を生じると解する。しかし、ドイツにおける通説はこの分割理論を認めおらず、当事者間の財産法的な関係は、個々に独立して譲渡できる財産権を譲受人に与える趣旨かどうかという契約の解釈の問題であるとして、対会社関係、当事者間および第三者関係において効力を生じないと解されている。

- (6) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.136 ; Wiesner, a.a.O.(N.7), § 68, Anm.29.
- (7) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.140.
- (11) RG 1931, 3, 31, RGZ 132, S.157.
- (21) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.139. 以下通称 Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.11.
- (31) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.38.
- (41) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.37 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.139.
- (51) BGH 1963, 10, 14, BGHZ 40, S.164.
- (9) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.131, Anm.138.
- (17) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.139 ; BGH 1954, 4, 28, BGHZ 13, S.187.
- (8) Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.12 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.140.
- (57) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.28 ; Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.14 ; a.a.O.(N.8), S.270.
- (2) Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.12 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.141. ただし債務契約が、例へば、会社の同意を得られなかったことを停止条件あるものは解除条件として、この等の場合は、その譲渡の法的効力はその約定の種類やその他の状況に因る。
- (12) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.141 ; BGZ 132, S.157.
- (28) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.41 ; Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.12 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.146 ; Ulmer, a.a.O.(N.7), SS. 270, 271.
- (23) Degener, a.a.O.(N.7), S.113 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.146.
- (28) RGZ 132, S.157 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.146.
- (27) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.34 ; Darz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.12 ; Wiesner, a.a.O.(N.7), § 68, Anm.30.
- (28) Baumbach-Hueck, in Kurz-Kommentar zum Aktiengesetz 14 Aufl., § 68, Anm.9(1968) ; Wiesner, a.a.O.(N.7), § 68, Anm.30.
- (2) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.40 ; Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.12.
- (28) Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Gesellschafts, S.123(1965).
- (6) Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.10.
- (9) Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.143.
- (13) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.42 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.143.
- (23) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.41 ; Hefermehl-Bungeroth, a.a.O.(N.4), § 68, Anm.145 ; Wiesner, a.a.O.(N.7), § 68, Anm.30.
- (33) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.41 ; Wiesner, a.a.O.(N.7), § 68, Anm.30.
- (47) Lutter, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.41.
- (35) 前掲注(8)の文献参照。
- (36) 前掲注(11)の文献参照。
- (37) 前掲注(21)の文献参照。
- (38) 前掲注(21)の文献参照。
- (35) Barz, a.a.O.(N.1), § 68, Anm.6. 定款による株式譲渡の制限は、通常は原始定款により規定され、新株として譲渡制限を有する場合は増資決議の際に定められる。
- (40) 前掲注(2)の文献参照。



### 三 日本法

#### (一) 立法趣旨

(1) ヘルマン、ロエスレル起稿日本商法草案第二一四条には「株式ノ譲渡ハ新取得者ノ氏名ガ株式及株主名簿ニ登録セラレ、且ツ、其譲渡ニ対シテ会社ガ承認ヲ与フルマデハ無効トス」とある。ロエスレルはその立法理由の中で、記名株式の授受売買のためには会社の承諾を要すべきであるとするこ  
とによつて、会社は新株主が資力のない者であるときはこの者を拒否することができ、また、株金額を皆済した場合であつても、会社はその負債主（株主？）の入社を拒まなければならぬ場合がある旨を述べている。<sup>(1)</sup>つまり、右草案は株式の自由譲渡性を認めないような考え方であつた。しかし、明治二三年商法の下では、前述の規定を採用せず、明文の規定は置かれなかつたが、株式の自由譲渡性を当然の原則として予定していたようである。<sup>(2)</sup>

さらに、明治三二年商法一四九条は「株式ハ定款ニ別段ノ定ナキトキハ会社ノ承諾ナクシテ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得」と規定することによつて、株式の自由譲渡をわが国において初めて明文で定め、同時に、定款の規定を以て譲渡につ

き制限を加え得ることを認め<sup>(3)</sup>た。この規定をめぐつて、定款を以て株式の譲渡に制限を加えている場合に、会社の承諾を得ることなくなされた譲渡の第三者（譲受人を含む）に対する関係での効力について、学説が分かれていた。多数説は、株式の譲渡については商法の特例の規定があるから債権譲渡に関する民法の規定を適用すべきではなく、第三者の善意、悪意を問わず、会社は第三者に譲渡の無効を對抗できると解している。<sup>(4)</sup>これに対して少数説は、民法が株式を債権とみることによつて株式は原則として自由に譲渡できると考えられるから、この民法の法意により、会社の内部関係の定めにするに譲渡制限の定款規定をもつて会社が善意の第三者に對抗することはできないと解している。<sup>(5)</sup>つまり、明治三二年商法の下では、会社の承諾のない譲渡の効力については、当事者間では有効と解する少数説もあつたが、多数の学説は会社に対する関係でも、当事者間および第三者に対する関係でも無効であると解していたのである。

(2) つぎに、昭和一三年改正商法は従来の疑問の多い表現を避けて「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」（第二〇四条一項）と定めた。昭和一三年改正商法は記名株式の譲渡に関して裏書制度を採用し（第二〇五条、第二〇六条、第二一九条）、株式の流通の円滑化を図る一方、少数の株主から成る閉鎖的な

会社や特殊の事業を営む会社において、好ましからざる株主の侵入を阻止する必要があることを考慮して、第二〇四条一項但書によって家族的株式会社における株式譲渡の制限を認めたものである。改正商法は同時に、株式取得の安全を保護するために譲渡制限を登記事項とし（第一八八条二項六号）、かつ、これを株券に記載することを要求した（株券記載事項については第二二五条一項六号、株式申込証記載事項については第一七五号二項五号、第三五〇条五号）。これらの規定を根拠に、定款で株式の譲渡につき会社の承諾を要すると定めている場合に、会社の承諾なくしてなされた譲渡の効力については、一般に、譲渡制限の登記、公告をした以上、善意の第三者に対してもその制限をもって対抗できるとして（商法一二条）、譲渡は無効であると解されていた。ただし、承諾が事後に与えられた場合には承諾あるまで譲渡は浮動的無効の状態にあり、承諾が与えられることによって譲渡の時に遡って有効となり、承諾が拒否されることによつてその無効が確定するものと解されていたのである。なお、ここにおける株式の譲渡とは、株主権の移転それ自体を内容として成立する準物権契約をいい、その原因行為たる売買、贈与等の債権契約を意味するものではない。このような考え方は、二で述べたように、記名株式の譲渡制限に関するドイツ法の影響を強く受けた解釈論と言える。

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

(3) その後、昭和二五年の改正商法は、株式譲渡の自由を制限あるいは禁止することを認めていた従前の規定を廃止し、企業資金調達の便宜と株主保護の観点から検討を加え、「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」（商法二〇四条一項）と規定することによつて、株式譲渡の自由を絶対的に保障した。その理由として、第一に、昭和二五年の改正に際し、同族的、閉鎖的な株式会社における株式譲渡の制限の必要性は認めながらも、本来ならばそのような会社は有限会社に組織変更するのが適当であると考えられたこと、第二に、一般株主のいわゆる社債権者化の現象に鑑み、株主が会社事業の状況に対する判断に従い、随時株式を売却して投下資本の回収を図る途を開いておくべきであること、第三に、改正法が株主總會の権限を縮小し、取締役の権限を著しく強化したことに対応して、株主の利益保護の一環として株主による投下資本の回収の可能性を確保する必要があつたことなどがあげられる。

しかし、昭和二五年改正法では、額面株式一株の金額の最低限を引き上げているが（商法二〇二条二項）、株式会社の資本の最低限を法定していなかった。したがつて学説からは、株式の自由譲渡性を株式会社の本質的要請とするにも理由があるが、小規模な閉鎖的、同族企業に株式会社形態が利用されることに對しては特別の規定を置いていないのである

から、このような株式会社をも含む一般的法規としては、株式の自由譲渡性を強行法的に規定することはゆきすぎであるとの批判がなされたのである。<sup>(13)</sup> また、実業界からも、わが国の大多数を占める同族会社、閉鎖的な会社に対してまで譲渡制限の禁止を強制することは不良株主の輩出、会社乗取等の弊害を生じやすく、企業平和の維持、外国資本の支配からの防衛等の観点から、株式譲受人について全く無関心ではいられない場合があることは否定しがたく、株式譲渡の制限を認めるべきであるとの批判を生じるに至ったのである。<sup>(14)</sup>

(4) そこで、昭和四一年改正商法は実業界からの要望に依りて、昭和二五年改正法の厳格な規程を緩和し、第二〇四条一項に「株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得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グズ」と規定し、再び株式譲渡の制限が認められることとなったのである。また、それと同時に、譲渡を承認されない場合の会社による先買権者の指定および先買手続を定めることによつて（商法二〇四条ノ二ないし二〇四条ノ四）、株主が公正かつ確実に投下資本の回収ができるように保障した。<sup>(15)</sup>

この改正商法二〇四条一項但書の適用の対象となる会社に関して、条文上は別段規模の特定がされていないため、本規定は全ての株式会社に適用される。ただ、改正に際して経済界からは、株式譲渡制限を利用できる会社について発行済株

式数または資本の金額により一定規模以下の中小会社に限りて認めるべきである、具体的には、その中小会社の範囲は上場基準および監査基準を考慮して、資本金一億円未満の中小会社とすべきであるとの要望がだされた。その根拠としては、株式を取引所に上場しているような大会社が譲渡制限の定めをすることは稀であらうし、そのような会社が譲渡の制限を設けると、株式の円滑な流通を妨げることになつて妥当ではないことが指摘されている。<sup>(16)</sup>

これに対して、実際には、譲渡制限を中小会社にのみ認めるという規定の方法はとられなかつたのである。この理由について立法者は、閉鎖的な会社は主として中小規模の会社であり、譲渡制限の定めを設ける必要のある会社の大部分が中小会社であると思われるが、会社規模の大小と閉鎖性とは必ずしも相伴うものではなく、資本金が多額で、経営規模が大きい会社の場合でも、株主が少数で、相互の信頼のうえに成り立っているものもあるからであると述べている。<sup>(17)</sup> しかしながら、立法者は、定款で株式譲渡制限を定めることができる会社は、おのずから限定されるはずであるということ、規定の上では定款で株式譲渡制限を認められる会社を特に中小規模の会社に限定することをしなかつたにすぎないと思われる。つまり、立法者は、商法改正にともない証券取引所の上場審査基準および上場廃止基準についても改正が行われ、譲渡制

限株式の上場という事態は起こらないと予想していたようである。<sup>19)</sup>また、会社設立後に定款変更によって株式譲渡制限を定める場合には、総株主（単位未満株式、端株だけを有する株主は除く）の過半数、かつ発行済株式総数（単位未満株式総数、端株総数は除く）の三分の二以上にあたる多数をもつてなすことを要するとされており（商法三四八条一項）、さらに、議決権なき株式の株主も議決権を有すると規定されていることから（同条一項）、実質上大会社で本制度を採用することは困難であろうと考えていた。<sup>20)</sup>

(5) 以上の沿革、とりわけ昭和四一年改正法の意義、改正の際の論議、および後で詳しく述べる株式譲渡制限を認める代償として新たに設けられた先買制度の意義からみて、現行商法二〇四条一項但書の規定は、特に中小規模の閉鎖的、同族的な株式会社を適用の対象としていることは明らかである。したがって、株式の譲渡制限の立法趣旨は、専ら中小会社にとつて好ましくない者が株主となることを防止することである。中小規模の閉鎖的、同族的な会社は人的信頼関係のある少数の株主から組織され、所有と経営はしばしば一致し、会社とその社員の利益と支配が一体化している状態にある。そのような会社では、株式の流通や資本の調達よりも、閉鎖性の維持のための手段が望まれる。その手段が株式の譲渡制限である。要するに、現行商法二〇四条一項但書の趣旨は「中

小規模の同族的、閉鎖的な株式会社における閉鎖性の維持にある」と言える。

## 二 学説・判例の検討

(1) 取締役会の承認のない株式譲渡の法的効果について考察するにあたり、以下のことに留意する必要がある。合併、相続等の包括承継あるいは強制執行などの場合を除き、通常の株主変動においては、まず株式を目的とする売買等の債権契約があり、その履行として株式の譲渡がなされる。債権契約と株式の譲渡は時を異にしてなされることも、両者が同時になされることもあり得るが、株式譲渡は履行行為としてなされる準物権行為であり、その原因行為たる債権契約とは区別する必要がある。<sup>21)</sup>そして、株式譲渡の制限は株式の「譲渡」の制限であることから、原因行為たる債権契約に関するものではなく、準物権行為としての株式の移転行為に関するものであると言える。<sup>22)</sup>このことを確認したうえで、取締役会の承認を得ることなく譲渡制限株式の譲渡がなされた場合の、債権契約はともかく、準物権行為としての株式譲渡の効力について考察する。

(2) 既に述べたように、この問題については二つの説が対立している。すなわち、会社に対する関係では無効であるが、当事者間では有効であるとする見解（相対説<sup>23)</sup>）と、対会社間

係でも当事者間でも無効であるとする見解（絶対説<sup>27</sup>）とがある。

両説の対立はつきつめれば、第一に、会社にとって好ましくない者が株主となることを防ぐという譲渡制限の趣旨をどこまで徹底すべきであると考えるか、第二に、平成二年改正前の商法二〇四条ノ五の規定を競売、公売の場合に限って技術上やむをえずとられた例外規定と考えるか、一般譲渡の場合も同様と考えるか、第三に、株式の移転について、対会社関係と当事者間で統一的に考えるのか、相対的に考えるのかという三点に帰する。もつとも、第二の点については、平成二年の改正により、譲渡一般の場合にも取得者からの譲渡承認請求を認めることが立法化されたことよって解決され、従前の規定を解釈論として持ち出すことは意味がなくなつたようにも思われるが、立法論として従前の商法二〇四条ノ五をめぐる議論を考察することは有意義であると考えられる。

(イ) まず、前記第一点について、相対説は次のように主張する。すなわち、株式の譲渡は本来自由であり、定款による株式譲渡の制限によつて当事者間における譲渡の効力も認められなくなると解するのはゆきすぎであり、譲渡制限は会社にとつて好ましくない者が株主として参入することを阻止するためには認められるのであるから、そのためには譲渡を会社に対する関係で無効としさえすれば十分であり、当事者

間での効力まで無効とする必要はないと主張する<sup>28</sup>。これに対して絶対説は、株式譲渡が当事者間では有効であると解すると、好ましくない第三者の実質的介入を許すこととなり会社の利益が害され、さらに、株主間の人的信頼関係が乱されるおそれがあり、株式譲渡制限制度の趣旨から言えば絶対説の方が妥当であると主張する<sup>29</sup>。この絶対説の主張に対して、相対説からは次のような反論がある。第一に、絶対説の主張を貫徹するには、株主名簿上の株主がおよそ他人の影響下にある場合には、株主名簿上の株主からの申請がなくとも会社側のイニシアチヴで先買権を行使し得るという制度にしなければ、その目的を達成することはできないはずである。第二に、相対説に立つたとしても、譲渡人が翻意して譲受人の指示に従わない場合に、譲受人が自己の意思にそつた議決権行使等がなされるように有効な法的手段をとり得るわけでもなく、指示に従わない場合の譲渡人の損害賠償の範囲についても、譲渡当事者間に債権関係として信託に類する合意または法定信託関係がある場合には、相対説、絶対説のいずれの見解をとつても相異がない<sup>30</sup>。第三に、譲渡制限による会社の利益の保護は、誰が株主名簿上の株主として権利を行使することになるかという点に絞つて認められており、好ましくない者が及ぼすであらうあらゆる影響を一切排除するための広範囲な防衛手段を認めたものではないと主張される。これに対し

て、さらに絶対説からの再反論が考えられる。すなわち、第一に、譲渡制限の趣旨から言えば自説の方がより徹底していると言張しているにすぎないのであって、名義株主に対する事実的支配を全て封止せよといっているのではない。第二に、相對説によると、株式の譲渡承認が拒否されたときも当事者間では譲受人が株主であることになるため、譲受人は譲渡人に対しては実質上の株主の権利ないし利益を主張することができ、譲渡人はこの指図に拘束されることにならざるを得ないが、これは株式譲渡制限の趣旨に反する。第三に、絶対説に対しては譲渡人が任意に譲受人の指図に従う場合のあることが指摘されるが、このことは譲渡制限制度をめぐる解釈上の問題ではなく、単なる事実上の問題である。第四に、取締役会の承認が得られない場合には譲渡人が譲受人の指図に従う法的義務はないと解することが、株式譲渡制限制度の趣旨より、とりわけ本制度の対象が中小規模の同族的、閉鎖的な会社であることを考えるならば、妥当である。

以上が第一点についての議論であるが、このような議論をみるかぎり水掛論であって、どちらの立場が妥当であるかの決定的な決め手はない。

(四) つぎに、前述の第二点に関して、すなわち平成二年前商法二〇四条ノ五の規定を競売、公売の場合の例外規定と解するか、一般譲渡の場合も同様と解するか、言い換えれば、

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

株式譲渡の制限に関する規定の解釈にあたり狭義の株式譲渡と株式担保を区別するか否かについても争いがある。まず、相對説は次のように主張する。第一に、競売、公売による株式の移転に取締役会の承認手続を結びつける方法としては、平成二年前商法二〇四条ノ五に定めるような方法しかないというわけではなく、このほかにも、例えば取締役会の承認を競売の条件として、競売、公売の執行機関が会社に対して取得の承認または買受人の指定を請求するというような方法が考えられないわけではない。第二に、譲渡につき取締役会の承認のない株式が譲渡人、譲受人のいずれに帰属するかは、株式が譲渡人の債権者の差押の対象となるか、譲渡人の破産財団に入るかなどの実体的権利関係に関連している。この点についての法的取扱が、公法上の売買であるか任意売買であるかによつて異なるべき理由はない。これらの理由から、競売、公売の場合と同様に、譲渡一般についても譲受人は取締役会の承認がなくても有効に株式を取得すると結論づける。これに対して、絶対説に立てば株式譲渡と株式担保を別異に取扱うことになり、相對説に対しては次のような反論が考えられるであろう。第一に、株式担保の場合、担保設定者にとつて換価手続により株式を取得した者のために取締役会に株式譲渡の承認請求をする実質的な経済的利益はない。したがって、平成二年前商法二〇四条ノ五は右の株式取得者を保護し、

手続の円滑化を図るために（担保設定者の協力が期待できない）株式取得者に株主権の譲渡承認請求権、先買権者指定請求権に限って認めたと解することができる。このような手続の円滑化が株式の担保価値を増し、ひいては株主を保護することになる。これに対して一般の株式譲渡の場合、譲渡人たる株主は自己の投下資本を回収するために、株式の譲渡承認請求をすることが期待される。譲渡人がこれをしなうとしても、担保権実行の場合とは異なり、積極的に株式譲受人を保護する必要はない。第二に、一般の株式譲渡において取締役会が承認を拒否した場合の先買手続に関する規定は、取締役会の指定した先買権者と譲渡人との間で直接株式移転の効力を生ずるとしている（商法二〇四条の二ないし二〇四条の四）。これに対して、競売、公売による取得者は平成二年改正前商法二〇四条ノ五に基づき、譲渡承認請求あるいは先買権者指定請求をすることができ、先買手続は取得者と先買権者との間で進められることになる。したがって、平成二年改正前商法二〇四条ノ五の規定は例外規定であると解することができる。

(イ) 第三点に関しては、絶対説は相對説に対して、株式は会社と株主との法律関係であつて、株式が対会社関係と切り離されて、会社に対して効力を生じない株式の移転が当事者間においては有効に移転されると解することへの疑問を提起

する<sup>38</sup>。これに対する相對説からの反論は、株式の本質論に遡るものであるとして、積極的なものは見当たらない。この三点はとくに理論的に重要であるが、この点については後でふれる。

(3) 以上のような取締役会の承認のない株式譲渡の効力に関する見解の違いから、平成二年改正前商法においては、譲渡承認請求権者および承認を拒絶された場合の先買権者指定請求権者の範囲のとらえ方についても争いがあつた。

相對説に立つたうえで、取締役会による譲渡承認および先買権者の指定を、株主名簿上の株主だけでなく譲受人も請求することができるとする見解が有力であつた<sup>39</sup>。その根拠としては、第一に、譲受人に承認請求権を認めても、会社にとつて好ましくない者が株主として参加することを防止するという株式譲渡の制限に関する規定の立法趣旨からすれば、会社がその者に株主資格を認めたくない場合には買受人を指定すれば足りること、第二に、絶対説に立つたとしても、取締役会の承認を得てであると信じて譲り受けた者は、譲渡人に対して承認を得よう求めることも、譲渡人に代位して取締役会に承認請求することも認められるのであるから（民法四二二条）、委任のない場合でも譲受人からの請求を認めてもよいと思われ、この請求権を認めるとすれば、むしろ、委任状の添付を要求する制度を採ることによつて生じる委任状を偽造し

た場合の効果等の煩わしい問題に関わることを防ぐことができること、第三に、承認を求め得る者が名簿上の株主に限られることになれば、取締役会の承認を得て株式を譲り受けた場合でも、譲受人はいつたん必ず株主名簿を自己名義に書換えたうえでない譲渡できないことになるが、名義書換するかどうかは本来株主の自由であり、譲渡制限株式だけが名義書換したうえでない譲渡できないとする実質的理由も、条文上の根拠もないことがあげられる。

これに対して絶対説によれば、会社に対して譲渡の承認および先買権者の指定を請求し得る者は、株主名簿上の株主たる譲渡人であると解されることになる。<sup>(4)</sup>その根拠としては、第一に、商法二〇四条ノ二第一項が譲渡承認または先買権者指定の請求者を「株式ヲ譲渡サントスル株主」と規定していること、第二に、指定された買受人と譲渡人との間で直接株式移転の効果を生じるように規定されていること（商法二〇四条ノ二ないし二〇四条ノ四）<sup>(5)</sup>があげられる。もちろんこの立場でも、譲受人は譲渡人を代理することができる。さらに、自己の名においても取締役会に対して事実上譲渡承認を求めることができる。そして、取締役会がこれに応じて承認をすれば、当該株式譲渡は有効となる。右の絶対説の理由は、たしかに形式的な理由と言えなくもないが、しかし、実質的にみても、絶対説による以上譲受人に株主権は移転しないので

あるから、譲渡承認請求権および先買権者指定請求権も株主権の一つであるとすれば、譲受人にはこの権利が認められたいとするのは絶対説の当然の帰結であろう。

なお、平成二年改正商法では第二〇四条ノ五において譲受人にも譲渡承認請求権および先買権者指定請求権が認められ、相對説の立場からの立法がなされた。この第二〇四条ノ五の意義については後で述べる。

(4) つぎに、従来の裁判例では一貫して相對説に立っているが、絶対説でなければ実質的に妥当な解決を凶れなかったのかどうか、絶対説に立つたうえでも処理できたのではないかとの観点から、従来の裁判例を吟味する。

相對説を認めたりーディングケースは、昭和四八年六月一日五目最高裁判所判決（民集二七卷六号七〇〇頁（判決①））である。譲渡制限株式を譲渡担保に供した株主が、取締役会の承認がないことを理由に譲渡担保は無効であるとして、株券の返還を求めた事案において、最高裁判所は「商法二〇四条一項但書は、株式の譲渡性の制限を許しているが、その立法趣旨は、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することにあると解される。そして、右のような譲渡制限の趣旨と、一方株式の譲渡が本来自由であるべきことに鑑みると、定款に前述のような定めがある場合に取締役会の承認を得ずになされた株式譲渡は、会社に対する関係では効



力を生じないが、譲渡当事者間においては有効であると解するのが相当である。」と判示して、相對説を採用することを初めて明らかにした。その後の下級審判決においても（大阪地判昭和五四年五月三〇日 判例時報九四〇号一〇八頁〔判決②〕、京都地判昭和六一年一月三一日 判例時報一一九八号一四七頁〔判決③〕）、相對説が踏襲されている。また、昭和六三年三月一五日の最高裁判所判決（判例時報一二七三号一二四頁〔判決④〕）も、この立場を確認している。

(イ) まず、判決①についてみてみると、譲渡担保については、それが担保物に関する所有権移転の形式でなされるものである以上、法律形式的、外形的には株式の譲渡であり、担保権者が譲渡人となるから、譲渡担保の設定時に取締役会の承認を得る必要があるということを前提にしながら、承認がない場合にも当事者間においては譲渡担保は有効であり、したがって、譲渡担保に供した株主（原告）の株券返還請求を認めない旨判示した。これに対して学説からは、譲渡担保も一つの担保制度であり、その点において質入と同様に扱い、設定時に取締役会の承認を求める必要はなく、担保権が実行されて株式が担保権者の手に移ったときにその株式取得者が承認を求めればよいとすべきであるから、譲渡担保に関しては本判決のように「譲渡」に含むとして相對説を採用する必要はなく、譲渡担保に関しては質入に関する規定である平成二年

前商法二〇四条ノ五を類推適用して解決すべきではなかったかと批判されている<sup>46</sup>。しかしながら、本件はたとえ譲渡担保は商法二〇四条一項にいう株式の譲渡であると解したうえで絶対説に立ったとしても、なお事実関係から事案の解決としては同様の処理をすることができたと思われる。すなわち、本件株式の名義上の株主は代表取締役らとその家族であり、本件株式の処分に関しては当該株式を発行した同族会社の代表取締役および取締役に一任されていた。また、当該会社の閉鎖性からみて、代表取締役の影響力はかなり大きいものであったことが窺われる。このような事実関係の下では、代表取締役らが取締役会の承認がなかったと主張することは信義則に反し、また、自ら譲渡制限に違反した当事者である譲渡人（担保権設定者）が株式の返還を求めることは信義則上許されないとして、本判決と同様の結論を導くことは可能であったのである。

(ロ) 判決②は、Y会社（被告）の代表取締役Aから株式を譲り受けたX（原告）がその株式の一部（甲株式）をBへ再譲渡したことによる再譲渡の確認とBへの名義書換、および甲株式以外の株式（乙株式）のAからXへの譲渡の確認とXへの名義書換を請求した事案である。Xはその請求の理由として、XがY会社に対して譲渡の承認を得られなかったことによる先買権者の指定を請求したにもかかわらず、Y会社は商

法二〇四条ノ二第二項所定の期間内に適法な先買権者指定の通知をしなかつたので、同条三項により当該譲渡につき取締役会の承認があつたものと看做されると主張した。これに対して、Y会社は商法二〇四条ノ二第一項の先買権者指定の請求権は譲渡人である株主のみに認められるものであるから、Xの譲渡承認および先買権者指定の請求は同条所定のものとは言えないが、実際には先買権者指定の通知を有効に行つていと主張して争つた。裁判所は、以下のように判示した。

すなわち、甲株式については譲渡確認の請求は他人間のものであり確認の利益がないとして却下し、名義書換についても請求する利益がないとして棄却した。また、乙株式については、譲渡制限株式の譲渡につき商法二〇四条ノ二所定の譲渡承認および譲渡の相手方指定の請求は譲受人もなし得るとして、Xからの譲渡承認および先買権者指定の請求を認めただうえで、Xからの先買権者指定の請求に対して取締役会が無権限者によつてなされた先買権者指定の通知を法定期間内に追認したことを認め、会社の先買権者指定を有効とした。そして、会社によつて指定された先買権者は法定期間内に譲受人に対して本件株式の売渡を求め売買価格の供託をしたとして、AからXへの譲渡の確認および名義書換の請求を棄却した。学説では、本判決は相對説に立つたうえで譲渡承認および先買権者指定の請求権を譲渡人たる株主の他に譲受人も行

定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

使し得るとした裁判例であり、重要な意味を持つものであると評価されている。<sup>47</sup>しかしながら、絶対説によればAからXへの譲渡が無効であり、そもそもXは譲渡承認および先買権者指定の請求権を有しないのであるから、Xの請求を直ちに却下することができ、本判決と同様の結論を導くことができたと思われる。

(イ) 判決<sup>48</sup>は、譲渡制限株式の競売後に、競落人の株式取得につき、いまだ取得者が取締役会の承認を得ていない場合の従前の株主の地位について争われた事案である。判決は、商法二〇四条一項但書における譲渡制限株式の取締役会の承認のない譲渡の効力について相對説に立つたうえで、競売による譲渡の効力と任意譲渡の場合と同様に解するとして、株主名簿上の株主である従前の株主は依然として会社に対する関係では株主としての地位を有するとした。しかしながら、相對説に立つならば、当事者間では株主権は譲受人に移転しており、株主名簿上の株主には既に株主権は存しないのであるから、対会社関係ではなお株主名簿上の株主が株主権を行使することができるという根拠が何であるかという点について問題が残る。学説においても、相對説を前提とするかぎり、この結論が必然的に導かれるわけではないと指摘されている<sup>49</sup>。これに対して、絶対説によれば当事者間でも譲渡は無効と解されるから、従前の株主名簿上の株主としての地位を保

持しており、従前の株主が株主権を行使できるといふ本判決は当然の結論として導かれる。

以上のことから明らかなように、従来の裁判例においては、相對説に立たなくても同様の結論を導くことができただけでなく、判決②、④の事案の解決としては、むしろ絶対説に立つたほうが理論構成に無理なく判断することができたと思われる。要するに、これまでの裁判例において、取締役会の承認のない株式譲渡の効力について相對説を採るべき必然性はなかったのではないかとこの疑問が生じる。

(5) これまで見てきたように、第一に、どこまで株式譲渡制限の趣旨を徹底するか、第二に、平成二年改正前商法二〇四条ノ五の規定を競売、公売の場合の例外規定と考えるか、一般の譲渡の場合も同様と考えるか、いずれの点についても水掛論の域をでない<sup>50</sup>。第三に、株式の本質論の問題については、従来詰めた議論がなされていなかったと言える。第四に、従来の裁判例において相對説を採る必然性がとりたててあったとは必ずしも思われない。換言すれば、たしかに、一般に絶対説の主張は譲渡制限の趣旨を徹底することや個々の条文を根拠とするが、これは形式論と言えなくもない。しかし、一方、相對説は実質的妥当性を追求するあまり文言からはかなり乖離しており、また、この立場をつきつめれば株式譲渡の制限は名義書換の制限にほかならず、解釈論としてはゆき

すぎではないかとの疑問が生じる。以上のかぎりでは、相對説、絶対説のいずれを是とすべきか決め手がない状況と言える。そこで、以下においては、絶対説の視点から改めて相對説の解釈論を批判的に吟味する。

(1) 最初に述べたように、相對説に対する第一の疑問は、相對説は政策的な観点から実質的妥当性を追求するあまり、その理論構成が現行法の解釈論としてはゆきすぎではないのかということである。すなわち、相對説によれば株式譲渡の制限とは名義書換の制限であつて、会社に譲受人の選択権を留保することにすぎなくなる。つまり、相對説は、譲渡制限の根本的趣旨は株式の「譲渡」の制限ではなく、その「譲受」の制限であり、正確には譲受人の会社に対する資格設定の制限であると解している<sup>51</sup>。しかも、株式の譲渡は対会社関係では効力を生じないが当事者間では有効であるから、譲受人は対会社関係以外では株主であるとして、譲渡人だけでなく株主名簿上の記載が存しない譲受人も譲渡承認請求および先買権者指定請求をすることができる<sup>52</sup>と解する。このように解すると、譲受人は名義書換未了の株式譲受人と同様の地位に立たされ、会社の承認がないかぎり名義書換をできないという点でこれと異なるにすぎない。結局、相對説における株式の譲渡制限は承認のないかぎり名義書換をすることができないという意味にほかならない。

しかしながら、現行商法二〇四一条一項は本文で「株式ハ之ヲ他人ニ譲渡スコトヲ得」と規定し、その直後に但書として「但シ定款ヲ以テ取締役会ノ承認ヲ要スル旨ヲ定メルコトヲ妨グズ」と定める。すなわち、本条はその本文で株式譲渡自由の原則に関して規定し、その例外として定款によって株式譲渡を制限することができるという定め方をしている。この本文と但書の関係からみて、少なくとも株式「譲渡」の制限であつて、名義書換の制限でも、譲受人選択権の留保でもないとい解するのが素直である。これを形式論として一蹴するのは、あまりに条文を無視するものといわざるをえない。

(四) つぎに、相對説に對する第二の疑問は、相對説に立つと先買制度を法定する意義が著しく弱められるのではないかということである。すなわち、既に述べたように、相對説によれば當事者間では株式の譲渡は有効であり、しかも譲受人からの譲渡承認請求および先買権者指定請求も認められるため、譲受人は株式を他に譲渡することで投下資本を回収することができる、そのかぎりでは先買制度の意義は弱められる。この指摘に對しては、相對説によれば先買制度の意義が弱められるとしても、投下資本の回収が再譲渡あるいは先買手続のいずれによつても可能となり、株主は一層厚く保護されることになるとの反論が予想される。しかし、相對説によれば對会社關係では株式譲渡の効力を生じないにもかかわらず、会

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

社がいまだ株主でない譲受人の譲渡承認および先買権者指定の請求に應じるべきであるとする根拠はどこにあるのであろうか。<sup>53)</sup>先買制度は株式の譲渡に制限を付して会社を保護する代償として、株主の投下資本の回収を保障するのであるとするならば、本制度の立法趣旨は株主の保護にあり、譲受人の保護にはないと思われる。<sup>54)</sup>これに對して、絶対説によれば全ての者との関係において譲渡は無効であり、譲受人からの譲渡承認あるいは先買権者指定の請求は認められないから、投下資本を回収するためには先買手続を踏むしかない。つまり、絶対説によると、取締役会の承認が拒絶されると譲渡人たる株主は譲渡ができなくなつてしまふので、株主の投下資本の回収を保障する先買制度は必要不可欠なものである。したがつて、先買制度は絶対説を前提にして設けられた制度であると思われる。このことは、商法二〇四一条ノ二第一項が先買権者指定の請求権者を「株式ヲ譲渡サントスル株主」としてゐること、指定された買受人と譲渡人との間で価格の協議等が行われ、両者間で直接株式譲渡の効力を生ずるものとされていること（商法二〇四一条ノ二ないし二〇四一条ノ四）からみても明らかである。この点も形式論として排斥するには、条文を乖離しすぎると思われる。

(イ) 第三に、この点が最も重要であるが、相對説は一般的に、當事者間では効力を生じるが会社に對する關係では効力

を生じないとするが、ここに言う「会社に対する関係では効力を生じない」とはいかなる意味であらうか。当事者間では有効であるが対会社関係では無効であるというように、株主権の帰属を分けて考えたとすれば、譲渡承認請求権および先買権者指定請求権は会社に対する権利であるから、これを譲受人に認めることになる、会社との関係ではこれらの権利に限りて譲受人に移転し、その他の株主権は譲渡が承認され、名義書換をして初めて移転すると考えることにならざるを得ないであろう。換言すれば、このように株主権の帰属を分けて考えるならば、譲渡制限株式については譲渡承認もしくは名義書換に権利創設の効力を認めることにならざるを得ないのではないだろうか。しかし、それを認めることは株主権の帰属を統一的に解す一般的な考えとは異なるのではないのか。これに対して、株主権移転の効力を当事者間と対会社関係とで統一的に考えるならば、譲受人に株主権が移転していること、つまり、株式譲渡の効力は当事者間だけでなく対会社関係でも生じている（有効）か、生じていない（無効）かのいずれかでなければならぬ。

近時、この株主権の帰属に関する相対説の理論的な問題点を指摘したうえで、取締役会の承認のない株式譲渡も当事者間だけでなく対会社関係においても効力を生じるとの注目すべき見解が主張されている<sup>(5)</sup>。たしかに、当事者間でも対会社

関係においても効力を生じるということにすれば、株主権の帰属を統一的に考えるという意味で理論上は一貫した考え方である。しかしその根拠として、会社との関係では株式譲渡の制限は単に名義書換の制限にすぎないからであるというのでは、もはや株式「譲渡」の制限とは言えず、現行法の解釈論としては相対説以上にゆきすぎである。現行法の体系からは、商法二〇四条一項但書は、名義書換の制限を定めたものであると解することは無理であろう。

(1) 千野國丸「株式譲渡法論」一一頁（一九四八）。

(2) 株式譲渡自由の原則と関連のある具体的な規定は、株金全額払込前に発行し得る仮株券、全額完納後に発行し得る本株券は、いざれも登記後の発行でなければならぬこと（第一七八条、第一七九条）、少なくとも四分の一の株金払込前になした株式譲渡は無効であること（第一八〇条）、取得者の氏名を株券と株主名簿に記載しなければ譲渡は会社に対して効力がないこと（第一八一一条）、会社は株主名簿および計算の閉鎖のため公告をして、事業年度毎に一月を越えない期間、株券の譲渡を停止することができること（第一八三条）、ならびに、解散の登記後の株式の譲渡は原則として無効であること（第一八七三条）である。大塚市助「注釈会社法」(3)一五七頁（一九六七）参照。

(3) 松本恭治「商法大意」一四六頁（一九二五）。この規定をめぐって、定款に会社の承認を要することとする以外の譲渡制限、例えば株主資格を日本人に限るといった制限をも定め得るかについては、「会社の承認を要する」との制限の態様は限定的なものではなく単なる例示的なものであって、それ以外の譲渡制限も定めることができると解されていた。これに対して、株式の譲渡を絶対的に禁止する旨を規定することができるかどうかについては争いがあった。すな

わち、定款により株式の譲渡を絶対的に禁止することは認めるべきではないとする説(片山義勝『株式会社法論』五〇五頁、松波仁一郎『日本会社法』九一七頁(一九二二)、ドイツ法の通説の影響を受けた説である。)、原始定款または総株主の同意により定められた定款規定による場合は株式の譲渡を禁止することができると解する説(決議大正一二年五月四日法曹会雑誌一卷八号一〇七頁)、あるいは通常の定款変更の手続によって譲渡の禁止をすることができると解する説(岡野敬次郎『会社法講義案』一四六頁(一九一四)、松本蒸治『会社法講義』二九九頁(一九二二))が対立していた。

- (4) 松本蒸治『日本会社法論』二一八頁(一九二二)、田中誠二『全訂会社法提要』一八九頁(一九一七)。
- (5) 西原寛一『民商法雑誌』第一卷五号(一九三五)六四頁。
- (6) 田中耕太郎『改正会社法概論』四七七頁(一九三九)、大隅健一郎『定款による株式譲渡の制限』『民商法雑誌』二二卷一三三号(一九四〇)一八一頁以下。昭和一三年改正商法二〇四条一項但書の規定は譲渡制限をなるべく広く解して、株主資格をも包含する全ての形態での株式譲渡の制限を許すものであると解されていた。この規定に関しても明治三二年商法と同様に、譲渡の禁止を認められるかどうかが問題となったが、試案等の改正の経緯からみて、禁止も認められると解するのが一般的であった。
- (7) 大隅・前掲注(6)四二二頁、四二四頁、田中(耕)・前掲注(6)四七八頁。
- (8) 大隅・前掲注(6)四二五頁。
- (9) 味村『改正会社法』五頁(一九六六)。
- (10) 味村・前掲注(9)五頁。
- (11) 大隅健一郎『株式の譲渡』『株式会社法講座第二卷』六四一頁(一九四六)。
- (12) 蓮井良憲『株式の譲渡自由』『演習商法(会社)』四一頁(一九六六)。

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

- (13) 鈴木竹雄『石井照久『改正株式会社法解説』八〇頁(一九五〇)、大隅健一郎『大森忠夫『逐条改正会社法解説』一一七頁(一九五二)』。
- (14) 味村・前掲注(9)八頁。
- (15) 出口正義『定款による株式譲渡の制限』『法学教室』一〇七号(一九八九)六一頁。
- (16) 竹内昭夫『譲渡制限株式の上場―譲受方法簡素化のための方策―』『商事法務』四三二号(一九六七)三頁、『会社法の理論』二二〇頁(一九八四)所収。
- (17) 味村・前掲注(9)一〇頁。
- (18) 味村・前掲注(9)一一頁。
- (19) 竹内・前掲注(16)四頁、二二〇頁。例えば、東京証券取引所株券上場審査基準四(10)、同上場廃止基準四(11)により、証券取引所の上場を望む会社が株式譲渡制限を定めることは不可能である。
- (20) 味村・前掲注(9)一一頁。
- (21) 竹内昭夫『会社法構義(上)』二二〇頁(一九八六)。
- (22) 龍田節『譲渡制限株式の譲渡』『法学論叢』九四卷三・四号(一九七四)九二頁。
- (23) 龍田・前掲注(22)九三頁。
- (24) 大隅・前掲注(11)六四〇頁、田中誠二『再全訂会社法詳論上巻』三三八頁(一九八二)。
- (25) 龍田・前掲注(22)九二頁。
- (26) 鈴木竹雄『竹内昭夫『会社法(新版)』二五一頁(一九八七)、石井照久『鴻常夫『会社法第一巻』二一九頁(一九七七)、大隅健一郎『今井宏『新版会社法論上』三三九頁(一九八〇)、味村・前掲注(9)二二頁、北沢正啓『会社法(新版)』二〇二頁(一九八二)、龍田・前掲注(22)八九頁、一〇五頁、今井宏『株式の譲渡制限』『会社法演習I』一九九頁(一九八三)、竹内昭夫『判例商法I』三七頁(一九七六)、河本一郎『現代会社法(新訂第三版)』一四四頁(一九八六)、江頭憲治郎『会社判例百選(第四版)』四四頁(一九八三)、上柳克郎

- 『新版注釈会社法(3)』六七頁(一九八六)。なお、松田二郎「会社法概論」一七三頁(一九六八)は、譲渡は無効ではなく、会社に名義書換の拒絶権が存するのみであると解する。
- (27) 小町谷操三「菅原菊志『商法講義会社(2)』一八二頁(一九七二)。今井宏「注釈会社法(3)一九四頁(一九六七)は、のちに相對説に改める。田中(誠)・前掲注(24)三三八頁、三四九頁は、当事者の意思解釈の問題であるとして、当事者の意思が明らかな場合にはその意思により、当事者の意思が不明の場合は当事者間においても譲渡の効力は生じないと解する。
- (28) 塩田親文「定款による株式譲渡制限と譲渡当事者間の効力等」『民商法雑誌』七〇巻四号(一九七四)六九二頁、龍田・前掲注(22)一〇七頁。
- (29) 鈴木竹雄「資本自由化の制度的対策—外資審議会専門委員会の報告について—」『商事法務』四一五号(一九六七)五頁、大塚・前掲注(2)七六頁。
- (30) 今井・前掲注(27)九四頁。
- (31) 江頭・前掲注(26)四五頁。
- (32) 竹内・前掲注(26)三八頁。
- (33) 大隅・今井・前掲注(26)三六〇頁注(九)、今井・前掲注(26)四七頁。
- (34) 森本滋「株式の譲渡制限」『演習会社法』六九頁(一九八三)。
- (35) 大隅・今井・前掲注(27)三五九頁、今井・前掲注(26)一四八頁、一四九頁。
- (36) 森本・前掲注(34)六八頁、六九頁。なお昭和四一年改正商法二〇四条ノ五の結論は一般の株式譲渡においても当てはまるとの見解は判決①が譲渡担保目的の株式移転も商法二〇四条一項にいう譲渡にあたるかと判示したために、譲渡担保による株式譲受人の保護の観点から、譲渡当事者間では譲渡が有効であるとの結論を導き得る利点を考えていると思われる。
- (37) 田中(誠)・前掲注(24)三五〇頁。
- (38) 大隅・前掲注(22)九〇頁。
- (39) 龍田・前掲注(22)九〇頁。対会社関係と当事者間の関係とを切り離して考え得るとの見解は、以下の考えによる。すなわち、株式には株主と会社との間の法律関係に止まらず、出資を基礎とした会社財産に対する持分としての側面、即ち財産的価値がある。この株式の財産的価値は株券に表象された有価物として独立の存在であり、株券の交付によって財産的価値が譲受人に移転すると考えるからである(境一郎「定款による株式の譲渡制限」『吉永榮助先生古稀記念進展する企業法・経済法』六一頁、六二頁(一九八二))。
- (40) 竹内・前掲注(21)三三〇頁、三三一頁、江頭・前掲注(26)四五頁、龍田・前掲注(22)一一五頁、今井・前掲注(26)一四六頁、河本一郎「判例評論」二五五頁(一九七三)四三頁。
- (41) 竹内・前掲注(21)三三〇頁、北沢・前掲注(26)二〇二頁。
- (42) 江頭・前掲注(26)四五頁。
- (43) 竹内・前掲注(21)二二一頁。
- (44) 大塚・前掲注(2)七四頁、境・前掲注(39)六四頁、今井・前掲注(27)九五頁、「研究会商法の一部改正(座談会)『ジュリスト』三四八号(一九六六)四二頁(鈴木・大隅発言)。ただし、相對説に立つたうえで従来の通説は譲渡承認請求権者は譲渡人のみであると解していた(味村・前掲注(9)三二一頁)。
- (45) 森本・前掲注(34)六六頁、元木伸「譲渡制限付株式の実務」『商事法務』八〇八号(一九七八)二二頁、二二頁。
- (46) 森本・前掲注(34)六八頁、竹内昭夫「株式担保の立法論的考察」『裁判と法下菊井先生献呈論集』六一五頁(一九六七)、『会社法の理論』二六八頁(一九八四)所収、大隅・今井・前掲注(26)三六五頁、龍田・前掲注(22)一〇九頁、河本・前掲注(26)一四三頁、一四四頁、鈴木・竹内・前掲注(26)一五二頁、一五三頁。
- (47) 河本・前掲注(40)四三頁、前田重行「会社判例百選(第四版)」

二二一頁(一九八三)。

(48) 株主名簿上の従前の株主の実質的無権利に注目して、その株主権の行使を否定する立場(判決③)と、会社は競売前の株主を株主として取扱う義務があり、その反面、従前の株主が依然として会社に対して株主としての地位を有するとする立場(判決④)とに分かれる。

(49) 中村建「金融・商事判例」八〇四号(一九八八)四五頁、四六頁、加藤修「昭和六三年度重要判例解説」一九二頁(一九九〇)。

本件事案においては、むしろ相對説に立つ以上、株主名簿上の株主が株主権の行使をすることを認めるべきではなかったかと思われる。すなわち、本件株式は譲渡制限が付されており、譲渡人は取締役会の承認を要するにもかかわらず、担保設定時に承認を得ることなく競売されてしまったのであるから、いわば会社に対する義務に違反しているものであり、自己の義務違反にもかかわらず承認がないことを理由に株主権の行使を主張することは信義則に反すると思われる。したがって、相對説に立つかぎり従前の株主としての地位を否定すべきであり、本判決の考え方は疑問である。

(50) 森本・前掲注(34)六五頁。

(51) 竹内・前掲注(40)六一五頁、二六八頁。

(52) 龍田・前掲注(22)九五頁。

(53) 同頁、東京高裁平成二年六月二七日判決(判例時報一三五九号一四五頁)。本件は、有限会社の社員の特分譲りを受けた者が会社に名義書換を求めたところ、有限会社法一九九条三項に定める譲渡承認請求権者でないとして判示された事案である。その理由は、特分譲渡の事実自体につきその直接の当事者間に争いのある場合にまで「会社が社員総会において譲渡承認あるいは譲渡の相手方の指定等の必要な手続きをとらなければならない」とすることは、会社に対して不必要な手続きを強いるものであることを考えに入れておかなければならない。つまり、譲受人単独での請求を認めるということは、譲受

## 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

の主張さえあれば足りることになるから、極論すれば、譲り受けたとさえいえば誰からの請求でもいいということになってしまうことを考えるべきである。法が社員ないし株主から承認請求をすべきものと定めたのは、そうした点をも考慮すると、決して無意味な規定ではないと考えられる。」として、譲受人からの譲渡承認請求を否定した。

(54) 森本・前掲注(34)六八頁、六九頁。

(55) 山本為三郎「定款による株式譲渡制限制度の法的構造」『現代企業法の諸相(第一巻)』一三五頁以下(一九八九)。この説は、相對説を支持するが、株式譲受人からの譲渡承認請求、先買権者指定請求を認めるかぎり、取締役会の譲渡承認は会社の名義書換拒否権を意味すると解している。そして、これは株式の自由譲渡性の尊重にもかなっており、商法二〇四条一項但書の解釈論としても十分であると言う。しかしながら、この説によれば、もはや「譲渡」の制限とは言えず、また、譲渡人に譲渡承認請求および先買権者指定請求権を認める根拠についての説明は不十分であり、解釈論としてはゆきすぎであると思われる。

## 四 立法論

一 これまで見てきたように、相對説には理論的には三つの点において疑問がある。すなわち、第一に、相對説の解釈論は現行法の文言からは著しく乖離しており、この立場によれば株式譲渡制限は名義書換の制限にほかならず、もはや實質において「譲渡」の制限とは言えないのではないか、第二に、先買制度はその趣旨、目的および文言からみて絶対説を



前提にした制度であり、相對説を前提すると本制度の意義は著しく弱められるのではないか、第三に、相對説の言う「会社に対する關係では効力を生じない」とはいかなる意味であるのかという点である。さらに、實際問題に照らしても、すなわち従来の裁判例においても相對説を採るべき必然性はなかつたのではないかとの疑問もある。したがって、現行法の解釈論として相對説はゆきすぎであつて、絶対説が妥当であると思われる。

しかしながら、現在、判例や學説の多くが相對説を支持している以上、絶対説を主張することは実務上受け入れられないであらう。しかも、平成二年改正商法第二〇四条ノ五では、譲受人からの譲渡承認および先買権者指定の請求を認める旨規定している。この規定は相對説の考え方に基づいて立法化されたものであると言われている<sup>1</sup>。しかし、そうであるならば、既に指摘した相對説に対する疑問が改正法の規定にも当てはまることになる。すなわち、相對説は会社に対する關係では譲渡の効力を生じない、つまり株主権は譲受人に移転しないと解するのであるから、譲受人はいまだ株主ではなく、したがつて、譲渡承認請求権および先買権者指定請求権が株主権であるとすれば、譲受人が、これらの権利を有し得るはずもない。逆に、今回の改正法が、改正前商法の下で政策的に認められていた競売、公売の場合に限定せず、譲渡一般に

において譲受人からの譲渡承認請求および先買権者指定請求を認めたことは、当事者間だけでなく対会社關係でも株主権が譲受人に移転することを認める意味なのであらうか。そうであれば、商法二〇四条一項但書の定款による株式譲渡の制限は、もはや株式の「譲渡」の制限ではなくなつてしまつたのではないのか。しかも、改正法が譲受人への株主権の移転を認める意味であるならば、敢えて譲受人に譲渡承認請求権および先買権者指定請求権を認める必要はないのではないか。なぜならば、第一に、譲受人は株券の交付によつて、投下資本を回収することができ、また第二に、取得した譲受人は株主権に基づき会社に対して名義書換を請求することができ、他方、会社はその段階で承認あるいは拒絶すれば足りると考えられるからである。

要するに、平成二年改正商法第二〇四条ノ五が相對説を前提に立法化されたものであるとすれば、対会社關係では譲受人に株主権が移転しないと考えるにもかかわらず、譲受人に譲渡承認請求権および先買権者指定請求権を認めることは理論的に一貫していない。これに対して、改正法の規定はそもそも相對説を前提に立法化したものではなく、当事者間だけでなく対会社關係においても、譲受人に株主権が移転することを政策的に認めた規定であるとすれば、譲受人の投下資本の回収が株式を他の者に譲り渡すことと、先買手続という二

つの手段のいずれかにより保障されることになるが、果たして、そこまでして譲受人を保護する根拠があるのか、先買制度の趣旨に疑問が生じる。

二 相對説の趣旨を徹底したうえで立法論を考えるならば、以下のようにならざるをえない。すなわち、相對説を突き詰めれば、株式譲渡の制限は譲受人の会社に対する資格設定の制限、実質的には名義書換の制限にほかならない。したがって、株式の「譲渡」の制限ではなく、むしろ株式の自由譲渡性を認めたくえて譲受人の会社への参入を名義書換の段階で抑えれば十分ということになる。具体的には、当事者間だけでなく会社に対する関係でも譲渡人から譲受人への株主権の移転を認め、名義書換の際にその譲受人が会社にとって好ましい者であるか否かを判断し、好ましくない者である場合には名義書換を拒絶することになる。それによって、会社にとって好ましくない者が議決権の行使に代表されるところの会社の支配関係に介入してくること、および株主相互間の信頼関係が維持し得なくなることを防止することができ

る。

ただ、名義書換の制限とする場合、先買制度をどうするかという問題が残るが、名義書換を拒絶された株主の投下資本の回収は、先買手続によることなく当該株式を他に譲渡すること可能となるであろうから、現行法における先買制度を

#### 定款による株式譲渡制限に関する立法論的考察

廃止することも考えられる。これに対して、投下資本の回収が著しく困難である場合には、現行法上の先買制度の代わりに、定款で会社が譲受人の請求に応じて再譲渡を受ける株主名簿上の株主を指定する旨規定するなどして、投下資本の回収を保障することも考えられる<sup>③</sup>。たしかに、閉鎖的な会社の譲渡制限株式は市場性がなく、譲渡が困難であるから、先買手続によって投下資本の回収はスムーズになるかもしれない。しかしながら、原則は株式譲渡の自由であり、株式を流通に付すことで投下資本を回収できるのであれば、現行の先買制度はとくに必要ではないと考える。先買制度が株式「譲渡」の制限の代償であるならば、「名義書換」の制限とする以上は、先買制度の存在意義はなくなるからである。

なお、名義書換の制限とすることによって第一に、一般の譲渡だけでなく、競売、公売による譲渡、および相続、合併等の包括承継といった株主権移転のあらゆる場合をとらえることができることになる<sup>④</sup>。第三に、単位未満株式や端株の譲渡<sup>⑤</sup>に対して、定款による株式譲渡制限が適用できるかについての争いもなくなると思われる。

(1) 大谷禎男「商法等の一分を改正する法律の解説」『商事法務』二二二五号(一九九〇)三四頁。

(2) 龍田節「譲渡制限株式の譲渡」『法学論叢』九四卷三・四号(一九七四)九八頁。

(3) 龍田・前掲注(2)九八頁。

(4) 商法二〇四條一項本文にいう株式譲渡とは、株式の移転を目的とする法律行為であつて、相続、合併などの包括承継の場合は含まれないと解されている。しかしながら、立法論としては、包括承継による株主の変動によつても株主相互の信頼関係に影響が与えられるから、包括承継の場合にも株式譲渡制限を適用することが考えられる(「商法・有限会社法改正試案」(三三a)昭和六一年五月、法務省民事局参事官室発表)。

(5) 好ましくない者が新たに株主となることを阻止するだけでなく、好ましくない株主がその持株数を増加することを阻止するため、単位未満株式の譲渡についても株式譲渡制限の規定は適用されると解するのが通説である(竹内昭夫「単位未満株式・端株式の譲渡と株式の譲渡制限」『演習商法』六七頁(一九八四))。これに対して、単位未満株式にも定款規定は適用されるが、譲渡人が承認請求をする権利は単位未満株主の権利として明定されていないから認められないとして、既に有する単位未満株式と合わせて単位株を有することになつた段階で譲渡人からの承認請求を認める説(河本一郎「端株・単位未満株をめぐる諸問題 非上場会社を中心に」『商事法務』九一九号(一九八一)一六頁、単位未満株式の譲渡人がすでに有する単位未満株式と合わせて単位株の株主となるような単位未満株式の譲渡についてのみ、定款規定の制約が及ぶと解する説「単位未満株式の譲渡」『株式』九六頁(龍田発言)(一九八三)もある。

(6) 端株券の譲渡自体には定款による株式の譲渡制限は適用されず、既に有する端株と合わせて一株の株主となつた端株券の所持人が会社それに提出して、株主としての取扱を請求したときに、取締役会はその者が株主となることの承認を拒む譲渡人を指定することができると解する説(竹内・前掲注(5)七〇頁、七一頁)と、端株券の譲渡人にも譲渡制限に関する定款規定は適用されるが、端

譲渡人には譲渡承認を請求する権利はなく、端株を取得した者が合わせて一株となつた段階で会社に対して名義書換を請求するとき、この者からの譲渡承認、承認されない場合には買受人の指定を請求できるとする説(河本・前掲注(5)一七頁)がある。

## 五 結 び

以上考察してきたことから、取締役会の承認のない譲渡制限株式の譲渡の効力について、相對説は実質的妥当性を追求するあまりその理論構成はゆきすぎであり、解積論としては絶対説が妥当であると思われる。しかしながら、現在では相對説が広く支持されているため、実務上絶対説を主張したとしてもそれが受け入れられることは困難であろう。しかも、平成二年改正商法二〇四條ノ五に譲渡一般における譲渡人からの譲渡承認請求および先買権者指定請求を認める旨規定されたことにより、相對説を前提にした立法化がなされたと言われる。<sup>(1)</sup>しかし、相對説は譲受人の会社への参入を名義書換の段階で抑えることで足り、株式の譲渡制限は名義書換の制限にすぎないと考えるのであるから、相對説の立法論としては、譲渡人に譲渡承認請求権や先買権者指定請求権を認めるというような方向ではなく、むしろ「名義書換の制限」という方向で徹底すべきことにならざるをえないであろう。その際に、先買制度をどうするかという問題が残るが、結論的に

は先買制度は必要ないことになると思われる。その根拠は以下のようである。第一に、既に述べたように、ドイツでは日本における絶対説に立っていないながら先買制度を設けておらず、譲渡人である株主は債務法上の契約に基づく株式譲渡履行請求権を譲渡することによって投下資本を回収することができる。これに対して、わが国の絶対説によれば、当事者間では譲渡は有効であり、他に株式を譲渡することによって投下資本の回収は可能であるから、先買制度は必要ない。第二に、わが国現行商法の定める先買制度は絶対説と密接不可分のものであると考えるならば当然である。第三に、そのように考えない場合でも、「譲渡」の制限でなく、名義書換の制限となる以上は先買制度を維持する必要はないことになる。要するに、絶対説を前提にするならば「定款で、名義書換につき取締役会の承認を要する旨定めることができる。」と規定することになるであろう。この時、現行商法二〇四条一項但書および同法二〇四条ノ二以下の先買制度に関する規定を削除し、同法二〇六条の但書として名義書換の制限を規定することになるものと思われる。しかしながら、このような規整の方向が、株式譲渡制限を採用する会社が閉鎖的な中小会社であるという実体に即したものであるかは別問題である。

これに対して、絶対説を前提とするならば、取締役会の承認を得ないでなされた株式譲渡は全ての者との関係で効力を

生じない旨を明文で定め、先買制度に関しては譲渡一般における譲受人からの譲渡承認請求および先買権者指定請求を認める規定を削除し、平成二年改正前の規定のように、競売、公売の場合に限って（但し、譲渡担保もこの場合に含まれることを明文で定める）例外的に取得者にこれらの請求権を認める立法の方向になると思われる。

絶対説、絶対説のいずれの前提に立った立法の方向が株式譲渡制限制度の趣旨に合っているかは、実体を踏まえたうえでないと即断できず、これは今後の課題とする。

(1) 大谷楨男「商法等の一部を改正する法律の解説」『商事法務』二二二五号（一九九〇）三四頁。

（大学院博士課程社会科学研究所）