

株式譲渡制限について(一)

——特に閉鎖会社との関連において——

岡 本 善 八

- 一 序 説
- 二 現行制限許容規定
- 三 閉鎖会社の規模ならびに「倒産防止の法理」
- 四 旧法上における学説・判例
- 五 比較法的考察
(一) フランス法(以上本号)

株式会社が今日の隆盛を見るに至ったのは、株主有限責任なる特質のほか、株式譲渡自由性が重要な因子となっていることは、今更言うをまたないところであり、この意味において株式譲渡自由は、この制度の維持のためには基本的にはあくまで維持すべき原則であるといえる。しかしながらかつての旧二〇四条と同じく多数の外国立法においては、その程度の差こそあれ、特に閉鎖会社の存在を考慮して、定款による譲渡制限を認めるのが支配的趨勢である。然しながら、本来譲渡制限は、投下資本回収の容易性を意図する株式の譲渡自由なる観念と対立する観念であるが、

この点についての従来の論議は、かかる制限の理由付けにつきその徹底的解明をそらしてきたかの感がないではない。本来、両概念の対立につき、いずれをより基本的觀念として把握すべきかについては、一応株式譲渡自由の觀念であるといわざるを得ない。わが立法経過も、株式物権化への途を辿らざることを得なかつた事からも知りうる如く、およそ出資を不可欠の要素とする営利法人においては、その資本回収権はいわば固有権に属すると共に、特に株式会社の如き物的会社においては会社の本質にかかわる問題であるからである。しかも、かかる投下資本回収の可能性は、その存在が長期に涉ることが前提となる株式会社においては、解散における残余財産の分配の方法によってのみ保障せられるが如きは、特に大規模株式公開会社の場合これを認むべきではないと考えられる。実質的には、かかる規定は、投下資本回収の途を閉ざす結果を生ぜしめるからである（反対、大判昭和元・二二・二七、大ニ五（オ）第七七五号、大審民集五卷九〇六頁）。この意味においては、現行第二〇四条の規定は、その趣旨を徹底するものとして注目に値する。

しかし、翻って考慮すると、現在わが株式会社の大多数は、小規模会社であり、実務的要求として株式の譲渡制限を極度に要求している事は、何人も否認し得ないところである。およそ法の解釈態度として、あくまでこれを政策的規制的なものとして把握し、また法的安定性を固守する立場も充分考慮に値するが、然し、商法第一条も部分的に指摘する如く、特に商法の解釈に当っては、著るしく公益を害しない限り、その企業社会の要求に対応した目的解釈をなすことが望ましい。会社法の場合は、特に強行法たる特質が挙げられることからして、この点若干の躊躇が感ぜられないではないが、然し、その強行法性を強調する場合においても、例えば、定款絶対的記載事項たる「発起人ノ住所」については記載せざるも、その個性を認識しうる限り定款無効を来たさないとするのが、今日の判決・学説の支配的見解であること、あるいは、後述の如く第二〇四条第二項につき、学説上はいわゆる合理的時期説が有力であ

ること、などの若干の例からも理解しうる如く、会社法についても同様の配慮が既になされているものともいえる。かかる態度をこの点にまで拡張することの当否については、恐らくは反論も予想せられるが、前述の意味において、解釈論として、第二〇四条の規定の基本的趣旨は、会社存続中における投下資本の回収の途を保障せんとするものであるが、その会社の実態が企業維持の必要上譲渡制限を必要とする場合にまでこれを強制するものでなく、譲渡制限を認めつつ、投下資本の回収についての簡便な途を開いておきさえすれば、敢てこれをも無効と解するものでないとの結論を株式譲渡制限をめぐる問題を一べつしつ見出さんとするのが本稿の直接の目的であるが、この事は、将来、株式譲渡が明示的に許容せられる場合の諸問題の究明についても一の手懸りとなるのではないかと考える。

二

周知の如く、現行商法はその昭和二十五年改正法により、旧第二〇四条第一項「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ゲズ」の規定を改め、強度にその流通性を保障し、現行第二〇四条第一項「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」と定めるに至っている。而して、法は特別の理由から、次の三の場合に譲渡制限を認めている。すなわち、株式発行前の株式譲渡禁止（商二〇四条）、会社の自己株式取得禁止（商二〇条、二二一条）、「日刊新聞紙の発行を目的とする株式会社及び有限会社法の株式及び持分の譲渡制限等に関する法律（昭二六・法二二二号）の二三の場合である。この二三の例外のうち、第一点については、周知のごとく、現在では最高裁昭和三十三年一〇月判決（最高裁一〇月二四日第二小法廷、昭和三〇（オ）第四二六号、民集二二卷一四号三一九四頁）によれば、その立法理由は、発券事務の渋滞に加え、より基本的に、「株式発行前の譲渡方式に一定されたも

のがないことによる法律関係の不安定を除去しようとする考慮によるものであって、すなわち、会社株主間の権利関係の明確かつ劃一的処理による法的安定性を一層重視したるによるものとし、その法意は、いわゆる「対抗スルコトヲ得ズ」とある場合と異なり、「会社に対する関係においては何等の効力を生じないとするにあるのであり、従って会社からもその効力を認め得ないものと解」せられているが、これに対し多数の判例学説は、その立法趣旨は、発券事務の渋滞防止のみにあり、その事は法文が「効力ナシ」とか「効力を有せず」とせず「効力ヲ生ぜズ」と表現したことから根拠付けうるとし、その直前の下級審判決および昭和三四年三月一七日東京高裁判例が再び合理的時期説を支持し、学説もこれが支配説といえる。⁽²⁾ 前掲最高裁判決に対するかかる下級審の態度および学説は、結局は会社の不当な株券発行の遅滞による株式譲渡の結果生じる投下資本回収の不可能を可及的に除去せんとするものであって、より基本的には投下資本回収の可能が容易であるために今日の隆盛を見た株式会社の本質把握に立脚したものであり、本法条を強行法規と解する限り充分支持せられるべき見解である。第二の、自己株式の取得制限（商二〇条）の立法理由については、理論上、法人は自らその構成員となり得ないとするもの、⁽³⁾ 混同の法理に反するもの、あるいは、経済的理由として、会社債権者に対する担保減少、株価操作の弊害などが古くより挙げられてきたが、⁽⁴⁾ しかし、当時においても既に譲渡しうべき財産的価値としての株式は、発行会社自身取得する事が可能であるとする見解もあり、現在では、もっぱら政策的理由からする規定であり、具体的には、会社財産の減少による債権者の危険防止および会社理事者による乱用が挙げられている。⁽⁵⁾ すなわち、現行法の解釈としては、前掲の株券発行前の株式譲渡制限において、この自己株式の取得禁止においても、株式の取引対象としての評価が強度に尊重されており、その背後には、株式会社投資の回収の譲渡による可能性の増大が期待されている。ただ第三の日刊新聞社の株式譲渡制限の趣旨

は、報道の公正を期待するためのものであるが、しかし、本法が果して本来の目的を十分に達しうるものであるか否かについては、近年疑念を抱くむきもあるようであるが、ここでは本稿とは直接関係のないことからして、単に譲渡制限の一例として掲げるにとどめる。

右に述べた如く、株式譲渡に関しては、商法上二つの制限の場合、いずれも投資回収手段としての株式譲渡、従って取引対象としての株式観がそこに明白に打ち出されているといえる。特に自己株式の場合の許容の理由付けの場合、株式がその会社構成員たる地位を意味すると解する通説の立場を一貫すれば、あえて一つの論理的飛躍をなしていることは否めないであろう。⁽⁶⁾ それにもかかわらず、前述の如き見解が定説となりつつある理由は、いうまでもなく、資本回収なくして営利社団なく、しかもその手段として株式譲渡が最も普遍的かつ簡便な方法であるとの考慮によるものと解せざるを得ない。

既述の所論と重複するくらいがあるが、右の如き現行法による制限規定を一べつした場合においても、株主は営利法人の構成員たる以上、一面において投下資本の回収を絶対的要請とするものであるが、然しその具体的回収手段により企業自体を危殆に陥らしむることを欲するとは通常到底考えられないのであり、株式譲渡制限の絶対的禁止がその企業の存続が危険ならしめ、さらに株式公募の必要のない場合にまで、すなわち小規模家族企業的株式会社に至る第二〇四条の規定を強行法と解することが妥当であるかの否かの疑問が生じる。前述の如く、特に商法において強行法規であるか否かの決定は、その法条の立法目的を充分慎重に考慮すべきであり、著しい公益侵害が生じない限りその企業社会の要請を十分に配慮すべきであるが、現行法における譲渡制限規定の検討の結果からしても、いささか大胆な解釈ではあるが、第二〇四条は客観的には大規模会社を予想しているものであり、従って株式譲渡制限禁止を小

規模会社には認めるべきでない、と解すべきではないかとの感を強くするものである。

- (1) 最高裁昭和三十三年一月二十四日第二小法廷判決(昭和三十年(オ)第四二六号株主總會決議不存確認事件)(民集二二卷一四号三一九四頁)。本判決前の唯一の上告審としては、東京高裁昭和二四・一〇・一五判決が同趣旨のものとして存在しており、またこの問題に関する下級審は昭和二四年以来現われ始めたのであるが、本判決と同趣旨のものとしては、東地判昭二四・一〇・一五、松山地判昭二六・七・九、東地判昭二九・六・二五、東京高判昭三〇・二・二二、東地判昭三〇・七・二九、大阪高判昭三一・二・二二、などがある。
- (2) かかる合理的期間説に基くものとしては、下級審に属するものではあるが、東地判昭二五・一〇・二〇、松山地判昭二六・七・九、東地判昭二七・一・二八、同昭二八・五・一八、同昭二九・一・一、松江地判昭三二・一・一七、東地判昭三二・一・一、東京高判昭三二・一・二一、東地判昭三三・一・一三、東京高判昭三四・三・一七などがある。
学説としては、石井・商法一二四六頁、松田新会社法概論一六九頁、松田・鈴木(忠)・条解株式会社法上一八頁の初期の見解のほか、大隔・講座二卷六四九頁注(5)、鈴木・会社法九六頁、西原・会社法一三八頁、矢沢・判例研究三卷三号一六六頁、龍田・商法演習一四九頁、同民商四二卷二号一五六頁以下、西本・株公司法要論一六二頁、境・民商二八卷二号一五六頁、大塚・ジュリスト会社判例百選五六頁、八木・判例評論一四号一八頁、などがある。
- (3) 理論上、法人が自ら自己の構成員となり得ないとする説としては、岡野・会社法講義案一四九頁、松本・日本会社法論一八四頁、片山・会社法原論八版四六七頁、松波・日本会社法論九三五頁。同旨、大審院大正一一年九月二七日第三刑事部判決(大正一〇年(れ)二二五七号業務上横領背任登記簿原本不実記載行使商法違反被告事件)(刑集一卷八号四八三頁)。混同の法理に反する説としては、松波・前掲九三六頁、松本・一八四頁猪股・株質会社本質論四〇三頁。
- (4) 担保滅殺を理由とする説として、岡野、松本、松波、猪股、前掲。投機弊害抑制を理由とする説として、上述文献。相場操縦の弊害を根拠とする説として、岡野、松波、前掲。和歌山地判大七・三・一五判決、東京地判昭三一・五・二二。
- (5) 初期の見解として、鳥賀陽・商法研究二卷一五九頁、大森・自己株式の取得(法学論叢二九卷五号一一九頁)。近年における見解として、鈴木・会社法九五頁、大隅・全訂上・二九二頁、石井・一四八頁、その他、豊崎・講座二卷六〇一頁、上田(宏)・「株式会社における自己株式の取得」(法学一八卷三・四号、一九卷二号)、富山・商法演習一六四頁、矢沢・株式会社法六講一九八頁、福岡・会社判例百選七三頁。
- (6) この点につき、矢沢・前掲一九九頁が、「自己株式取得の理論的可能性は、その有価証券性によるといっても、それを徹底して完全な通常の株式譲渡制限について」

有価証券としての性格を強調することは、事の実相を見誤らせるおそれがあること」を指摘せられるのは、注目すべき所論である。

三

本来、株式の自由譲渡性を株式会社の本質として定款による変更をも認めないものとするまでの必要があるか否かは、立法当初よりかなり問題の余地があるとせられ、小規模な家族企業の株式会社についてまで株式の自由譲渡性の強行は若干の行過ぎの嫌いがあるとせられてきた。⁽¹⁾この意味において、あるいは資本金を標準として、あるいは資本金にこだわることなくして、定款による株式譲渡制限を認めんとする立法論は、次第に論議の的となってきた。⁽²⁾この点については、しばしば渉外的配慮の下に論ぜられることもあるが、然し、ここで直接取扱わんとするのは、あくまで渉外的考慮に基ずくものでなく、さし当り小規模家族的株式会社についてである。この点、結局は株式会社の規模を定めない限り実益はないとの所論は、特に解釈論として論述する場合傾聴すべき点である。この点なお検討の余地はあるが、ここでは、概括的ではあるが、小規模株式会社は、有限会社に類似することから、特に内部関係に関する法律関係については、株主五十人以下であると共に、有限会社の社員増加限度が裁判官の判断に委ねられる如く(有第八条)、その実状に応じて多少の増加の場合もこの範囲に入ると解するのを原則とするが、外部関係については、資本金および資本準備金の合計五千万円を超えるときは、その社会的比重すなわち債権者の利益保護のため、かつて述べた如く、形式的に募集設立であるが、実質的に同族的株主の場合に払込取扱金融機関に直接払込を要しないと述べるが如き理論は適用すべきでないと考えるが、この外部関係についてはなお検討の余地を残したい。

ここにいわゆる小規模会社が設立せられる動機としては、次のものが考えられる。すなわち、(一)税法上の利点、(二)特に相続手続の簡便化および贈与税制度利用による節税、(三)有限責任性、などを挙げうる。しかし、その実態はいままでもなく、個人企業のまたは組合たる実状である⁽³⁾。かかる実態の株式会社においては、大規模会社でさえ累積投票が実現されていないことから当然推測しうる如く、異分子の介入は企業自体を混乱に陥らしめることは容易に想像しうるところである。かかる会社においては、その人的結合によりかろうじてその企業を維持しうるのであるが、実質的営業主の死亡、その他の人的不調和に際し若干の株式でさえ第三者に譲渡せられた場合、通常の投資家が、かかる小規模会社の株式を取得することは到底考えられないことからすれば、譲渡株式取得者によりその権限が悪用せられその企業が崩壊する危険は多分に予測せられる。かかる場合、一般理論に従い株式の取得である以上かかる結果も止むを得ないと割り切るならばともかく、より広い経済的視野からすれば、訴訟費用自体が負担であり、かつ爾後の救済では復帰困難なかかる会社については、その最初の予防的措置として株式譲渡制限を認めることが妥当ではないかと考える。しかしここでは、会社企業維持のため、株式の譲渡担保によることまでもこれを排除せんとするものではなく、恰も大規模株式会社において企業維持の観念が重視せられるのと対照的に、小規模株式会社においても、商法自体の中で小資本による人的不和倒産を可及的に防止するいわば、「倒産防止の法理」を考慮することが、国民経済の見地から望ましいのではないかとの見地から譲渡制限の問題を考えんとするものである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(1) 鈴木・石井・改正株式会社法解説八〇頁。大隅・大森・逐条改正会社法解説一一六頁。

(2) 例えば、法制審議会商法部会においても、資本金一億円を限度として、譲渡制限を認むべきか、または、資本金の如何にかかわらず、同族的公司があることからして、一般的に譲渡制限を認むべきであるかにつき検討中のようである。

(3) 八木・株式会社財団論二二頁。

(4) 資本金を五千円を一応定める趣旨は、例えば、特別法であるが、中小企業基本法第二条第一号、中小企業投資育成株式会社法第八条1、証券取引法第四条なども考慮したものである。ただし、株式会社の貸借対照表及び損益計算書に関する規則第四七条は、注記義務免除につき一億円を基準とする。目的解釈をとる場合は、特別法というもののかかる法規の基準が一応の基準となり得ると解するものである。

(5) この点については、周知の如く、裁判の実態からして中小株式会社につき特別法規の立法化を主張せられる長谷部茂吉判事により、立法論としてではあるが、中小株式会社の規模については、資本額を規準とすることを前提とし、資本額を五〇〇〇万円以下を原則的に中小株式会社とし、別に株主数二〇名を超える場合には、現行法通りの規定を適用すべきであるとの提唱をいわば原則的な提唱として説かれている。これは、株主数を前提とするときは、株主の変動常なきことによる不都合あることに求められる。しかし、株式数のみを基準とし、資本額を無視することも一案であることも附言せられておられる(法律時報第四二三号昭和九・三・一、一五頁)。同判事が改正項目として考えられているものとしては、見せ金の如き対外的な会社債権者保護に関するものも包含されているのであるが、私見も、原則として同族会社についても見せ金が違法と解すべきであるとの立場を採るのであるが、ただ同族会社の社員は、会社債権者がなし得る如く、特定の見せ金出資株主に対しては払込を請求しうるほか、それを理由として設立無効の訴を提起するときは、裁判所は自ら違法行為に協力した株主に対してはもちろん、善意の株主についても、口頭弁論終結の時までに純資産が資本の額を上廻るときは、これを却下し得ると解すべきではないかと考える。その意味では、見せ金の問題も、外部的關係としての会社債権者の主張の問題は、従来的一般理論により決すべきことはいうまでもないが、見せ金の問題も他面においては、内部關係としての側面をも有しているといえる。もしかかるといえるならば、中小企業においてまず考慮すべきは内部關係であり、本文の如くその株主数を原則とすべきではないかと考えるのである。ただ近年における株式譲渡制限の可否に関する論議は、国民経済の健全化、特に渉外的關係における自主性の維持が考慮されているが、この場合には資本額を重視することも充分納得し得る。

上述の意味で、結論的には、むしろ株主数を原則とし、補助的に個々の点につき資本額を考慮することが妥当ではないかと思われる。なお、後の点については、単に資本金のみならず、資本準備金をも合算することが妥当ではないかとも考えるのであるが、この点はなお検討の機会を持ちたい。また、株主数については、その変動により法的処理が変転するのは妥当でないとも考えられるが、然し、その具体的場合に応じてその特殊な法的処理をなすことが、さしたる不都合を生ぜしめるとは考えられないし、むしろ会社運営をスムーズになしうると考えられる。この場合の株主数は株主名簿の記載により決定せられることとなるが、ただ無記名株券については濫用の危険性が考えられるが、元来意識的に無記名株券を発行する場合は、同族会社たることによる法的利益をみずから抛棄したものであり、かかる場合には特別の考慮をなす必要はないので

はないかと考える。

四

およそ、株式が本来自由譲渡を本質とするか否かについては、わが立法は、次の如き経過を辿っている。

* ロエスレル草案第二二四条——「株式ヲ譲渡シ又ハ売渡スト雖モ、其ノ譲受人又ハ買受人ノ氏名ヲ株券及ビ株主名簿ニ記載シ且譲渡又ハ売渡ニ就テ会社ノ承諾ヲ得ルマデハ無効トス」

* 明治三三年（旧商法）第一八〇条——「登記前ニ為シタル株式ノ譲渡ハ無効タリ」

* 明治三三年（新商法）第一四九条——「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但シ……（権利株譲渡禁止）」

* 昭和一三年法第四〇二条第一項——「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ゲズ」

右の経過のうち、ロエスレル草案においては、株主権は譲渡の面において明らかに債権と同一の取扱いがなされているが、少くともわが商法典は、当初より当事者間の株式譲渡自由を認めており、この態度は現行法まで一貫している。ただ旧商法第一八一条は、譲渡条件として、「株式ノ譲渡ハ取得者ノ氏名ヲ株券及ビ株主名簿ニ記載スルニ非サレハ会社ニ対シ其効ナシ」として債権的ニュアンスを示しており、新商法の下では第一四九条において当事者間の譲渡自体を全く自由とし、第一五〇条において、記名株式につき、株主名簿の書換および株券上の取得者の記載をもって会社に対する対抗要件とすると共に第三者に対する対抗要件とした。かくの如く対抗要件については、かなりの変遷をみるも、株式譲渡の自由は一貫して認められ、旧商法においても、債権的理論を立法技術的には採用するが、株式が本来自由譲渡性を有しており、人的会社の持分と異なる最も顕著な特質であることは、明文の規定が存しないに

かかわらず認められたところである。すなわち、昭和二三年および昭和二五年改正以前における分割払込制の下においても、譲渡自由は認められたのであるが、その理由は、究局的には、株式会社が社員何人なりやを重視しないという点に求められている。これに対し、定款による制限を認める理由については、理由書も、単に「定款ニ別段ノ規定ヲ設ケテ或ハ株式ヲ譲渡スルニハ会社ノ承諾ヲ要スト為シ、或ハ全ク株式ノ譲渡ヲ禁ズル等各種ノ制限ヲ附スルコトヲ禁ズルノ理由ナキハ勿論之ヲ許スノ必要アルガ故ニ……」と述べているが、具体的には、家族、団体または職業者による会社設立を予想したものであることを推測しうる。従って、わが商法は、昭和二五年改正前までは、内部関係中最も重要な株式譲渡自由につき、黙示的に大規模会社と同族的公司とを区別してきたのである。ただその場合においては、資本の規模を考慮しないことからしてそれが財閥形成に利用された点において当時の所論が、現在の検討にそのまま条理として持ち込みうるか否かにつき疑問があることは留意すべきである。

前述の如く、株式会社における株式譲渡自由の原則の根拠は、その構成員の個性稀薄の点にあるのであるが、それにもかかわらず、現行商法は、家族企業的株式会社につき株式譲渡の絶対自由を要求している。この点は、立法参画者自体が充分の満足を示されていない当時の立法事情からしても、法の目的解釈からしても、商法二〇四条の規定は大規模会社を予想した規定であるとの解釈を採らざるを得ない。かくの如く現行法の解釈としても、小規模会社については、株式譲渡制限を認めうるとするならば、これに関し、まず譲渡制限の合理的限界に関する問題が考慮されねばならない。

株式譲渡制限の方法として、絶対的制限禁止、または譲渡を会社の承諾にかからしめる場合においても、株主は資本回収の途を失う可能性が生じるが、この点は、旧法当時より、株式譲渡権が固有権なりや否やに關し論ぜられたと

ころである。この点に関し、旧法上の諸論議を大別するに、まず、株式譲渡を絶対的に禁止しうるや否やについては、(一)絶対的無効説中、⁽¹⁾株式の本質上、財産権たる以上当然に譲渡性を有し、これを禁止し得ざるとする説、(二)絶対的無効説中、株式の法律上の性質は、法律によって定まるものであり、株式の本質から絶対禁止の可否を論ずるのは、問いに答えるに問いをもってするものとして、旧第一四九条が「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ルコトヲ得……」とする文言より、定款をもってなし得べき制限は、会社の承諾を要する旨を定め得るにとどまり、絶対的禁止は勿論その他の制限を附すことも認められず、絶対的禁止は、会社設立の原始定款につき総株式引受人が同意するとき、および総株主の同意による定款変更によってのみなしうるとする説、⁽²⁾(三)原始定款によるか、または総株主の同意に基づき定めた定款によってなし得るとする説、⁽³⁾(四)通常の定款変更手続により、絶対的禁止を定め得るとする説、⁽⁴⁾などがあつた。次に、譲渡制限の態様については、株主の資格制限に関するもの、例えば国籍による制限、他の株主のみを譲受人となす制限、血縁、同業関係者、会社債権者に限定する旨の制限、および譲渡方法による制限、例えば、譲渡につき会社の承諾または取締役の承認、一定以上の株式を有する株主につき取締役の承認の必要、譲渡株式の単位による制限の如き場合がある。この点につき、学説は、(一)絶対的禁止と異なり、単なる譲渡制限は、合併の場合を考慮しても理解しうる如く、定款変更手続で足りるが、禁止にひとしい条件又は制限を附するは不可とする説、⁽⁵⁾(二)会社の承諾を要する旨の制限は、多数決をもってなしうるがそれ以外の制限は、譲渡禁止と同じく全員一致を必要とする説、⁽⁶⁾(三)禁止と同じく原始定款または総株主の同意による変更定款を必要とする説、⁽⁷⁾(四)禁止と同じく通常の定款変更手続で足りるとする説などがある。⁽⁸⁾

これに対し、判例としては、直接会社株式の絶対的禁止に関するものではなく、譲渡制限に関するもののみである。⁽⁹⁾

まず、譲渡制限につき通常の定款変更手続で足りるかについては、大審院昭和九年一〇月一日判決は、「ソノ後事業ノ遂行若ハ目的達成ノ必要アルトキ、之ヲ禁止スル理由若ハ法規アルナク」又株主モ他日斯カル制限ヲ受クルコトアルヲ予想シテ株式ヲ取得スルモノト認ムルヲ妥当トスベキガ故ニ……何ラ不測ノ損害ヲ蒙ルノ虞ナク従ツテ之ヲ甘受セサルヘカラ」ざるところであるとして、これを肯定し、¹⁰⁾大審院昭和一二年〇月一六日判決も通常の定款変更手続で足りる点では、前掲判決と同一の立場を踏襲している。下級審としては、昭和二年八月六日浦和地裁判決が同一の立場を採用するのに対し、¹¹⁾大正三年一二月二一日京城地方法院判決は、¹²⁾改正定款により「本銀行ノ株式ハ朝鮮ニ住所ヲ有シテ自ラ農業ニ従事スル朝鮮人ニ非サレハ之ヲ所有スルコトヲ得ス但シ一年以上京畿道忠清南北道江原道内ニ住所ヲ有シテ自ラ農業ニ従事スル内地人ハ此限ニ非ス」とした文言につき、商法旧一四九条の株式譲渡制限の問題であるとして、総株主同意の決議によらないが故にその定款変更を無効とするものもある。なお、附随的に、定款解釈に関する判例としては、大審院昭和九年二月二八日判決は、¹³⁾「売買其他譲渡ニ依ル名義書換ノ請求ハ取締役過半数ノ決議ヲ以テ之ヲ拒絶シウル」旨の定款規定は、「株式譲渡ニ会社ノ承諾ヲ要スル旨ヲ定メタルト事実上、(傍点・筆者)同一ノ結果ヲ生スヘキモノ」としており、下級審としては、東京地裁昭和五年四月一六日判決は、¹⁴⁾「本会社ノ株式ハ当分ノ内会社ノ承認ヲ経ルニアラサレハ売買譲渡スルコトヲ得ス」との規定につき「其ノ内容ノ一定ヲ欠ク」ことを理由として譲渡制限規定としては無効とすると解するが如き判例もある。

(1) 松波・日本会社法、大正九年九一七頁。

(2) 片山・会社法原論第八版、大正二二年、四四八頁。

(3) 青木・会社法論第五卷三九五頁。田中(耕)・改正会社法概論、昭和一九年、四七八頁。鈴木・石井・解説、七九頁。大隅旧版二三五頁。これが昭和二五年改正直前の多数説と解せられる(大隅・大森、逐条一一六頁)。

- (4) 岡野・会社法講義案一四六頁。松本・日本会社法論二二八頁、昭和四年二一八頁。田中(誠)全訂会社法提要、昭和一〇年、一九〇頁。西本・株式会社定款論、昭和九年、一九三頁。松本・註釈株式会社法、七八頁はこの点にふれられないが、恐らくは従来と同一の見解と考えられる。
- (5) 松波・前掲九一七頁。
- (6) 片山・前掲四四八頁。
- (7) 田中(耕)・前掲四七八頁。大隅・旧版二二五頁。鈴木・石井・解説、七九頁。
- (8) 松本・前掲二一八頁。田中(誠)前掲、一九〇頁。西本・前掲一八五頁。
- (9) ただ京城覆審院民二判、大正四(民控)一五二号、裁判年月日不明判決(新聞一〇一五号、大四・五・三〇、二八頁)は、改正定款により「朝鮮ニ住所ヲ有セサル朝鮮人及但書ニ該当セサル内地人ノ株式所有ヲ禁止シ何ラノ除外例テ設ケサル」に至った定款変更につき、一の理由として株主権剝奪の結果商法の精神に反することを挙げると共に、商法旧一四九条は、株式譲渡につきある種の制限を加うことを認めたものであるが、この改正定款は、一定の人に対し株式の所有を禁止したものなれば、かかる定款変更は無効であるとする。この判決は、特に無償の財産権剝奪を違法として、譲渡を認めたわけである。
- (10) 大判昭九・一〇・一、民一判、昭八(オ)二五五六号。
- (11) 浦和地判、昭二・八・六、昭二(ワ)五五号。
- (12) 京城地方法院大正三・一二・二二判、大三(民一)一〇二号、新聞一〇〇四号二三頁)。ただし、前掲注(9)参照。
- (13) 大判昭九・二・二八、民四判、昭八(オ)二五三九号、同旨東控昭八・一・一二、民二判。
- (14) 東地昭五・四・一六民一判、昭四(ワ)三〇一七号。

五

(一) フランス法

ここで論ずる同族的会社《une société familiale》については、それに適応するものとして、一九二五年三月七日有限会社法の成立を見たのであるが、フランスにおいても一九二五年以前に設立せられた会社のうち有限会社に組織

変更するものは稀であるようであり、その理由としては、心理的な権威維持のほか、会社の運営については、社員
の多数になるときは、有限会社形態よりもむしろ株式会社形態が容易であることが挙げられている。フランスにおい
ても、株式譲渡の要求が生じるのは、その会社の公益的政策的目的によるものもあるが、同族会社特有の人的結合の
緊密度の要求《intuitus personae》に負うことが多いことはいうまでもない。

フランス法においては、株式譲渡自由それ自体を一般的に明示する規定は、見出し得ないが、後述の如き現物株式の
譲渡制限に関する一八六七年会社法第三条第五項（一九五四・二二・七法により一部改正）の反対解釈からしても、当然肯定
せられる。⁽¹⁾ すなわち、破棄院も一八八六年八月二日判決以来、株券の譲渡性が、株式会社を人的会社より区別する基
本的特質と解しており、⁽²⁾ 学説も、その譲渡性を基本的特質と解しており、いわば公序的性質を有し、その譲渡権を剥
奪することは許されず、かかる規定を有する定款規定は無効であると解せられる。⁽³⁾ かかる一般的原则に対しては、主
要なものとして次の如き制限が存する。(一) 会社設立前における譲渡禁止（一八六七年第一四条、第四五条）、(二) 現物出資株式
に関する設立後の譲渡期間を二年に制限する規定（同法第三条）、(三) 取締役所有株式の受任期間中の譲渡禁止（同法第二六
条）、(四) 定款による制限、の四事項である。⁽⁴⁾

以上のうち、ここで問題となる定款の譲渡制限のうち、絶対的禁止はこれを無効と解すべき点は、上述したところ
であるが、その他の制限方法として問題となるのは、次の如き二つの場合がある。

(1) 承認約款《Clause d'agrément》 株式譲渡を業務執行者、取締役会、または株主総会の承認にかからしめる定款
制定の有効性は、一八六七年法第五〇条第三項により、資本可変会社につき明示的に認められている点である。これ
に対し、資本不変会社の場合は、株主の基本権に対する制限として、かかる制限を設けうるかにつき若干の疑問が生

じないわけではない。然し、すでに初期における一八七八年上告部判決は、財政的考慮から、黙示的に、会社を消滅せしめないために、当該会社については合法であり、株主平等の原則に反しないものとした。⁽⁵⁾

しかしながら、その内容としては、その相手方をフランス人または若干の職業者に限定する場合は、一般的に有効と解せられているのであるが、然しその承諾が全員の同意を要する如く絶対的且つ単純であり、株主相互間の譲渡についても必要とするが如き場合、特に、新株主が何らかの理由で加入し、かつ株式譲渡に反対する場合には、かかる規定は、株主をして「証券の囚人」《*prisonnier de son titre*》とする結果を生ぜしめることから論議の分れるところである。この《*clauses d'agrément pur et simple*》ある場合、資本可変会社についてはともかく、資本不変会社については、株式は単なる利益持分となる事から、否定的であるが、然し単純拒絶の場合でも、単に譲受人の範囲を限定するにとどまり、他にひろく売買市場を求め得る場合は許容し得るものとする学説が有力である。⁽⁶⁾更に、承諾につき、会社が特別の理由なく拒絶しうるか否かについては、これを拒否し得ないとするのが支配的見解である。⁽⁷⁾

なお、かかる違法の定款の定めある場合の効果については、それが株主権の固有権の侵害または会社の本質を害する如く基本的な違法ある場合は絶対的にその定款は無効であるが、さもない時は、株式譲渡制限規定のみが無効となる事となる。⁽⁸⁾これに対し、かかる制限規定が合法的であるときは、譲渡当事者は、会社に対し対抗し得ないこととなるのはいうまでもない。⁽⁹⁾なお、記名株式に関する一九五五年二月七日法は、証券取引員を媒介とする取引に関し、第三〇条において、定款に承諾約款ある場合においては、会社は、三〇日をこえない定款所定期間内の承諾を必要とする旨を定め、その承諾の最大期限を法定しているが、承諾の場合は、会社は最終的移転の手續をふむと共に、決定後五日内の期間内における新証券返却期日の通知を要する旨、また拒絶の場合は、拒絶の通知と共に、その者に代わ

り会社が承認した譲受人の通知を要し、かかる指定譲受人なきときは、拒絶通知受領後かかる株式は、同意を得なかつた買取人の危険において、買取人たる証券取引員により転売される旨を規定していることは実務上留意すべき点である。

- (1) 一八六七年会社法第三条第五項は、「現物出資株式は、会社の決定的成立後二年経過するにあらざれば、これを原簿より分離し、流通せしめ得ることを得ず。この期間中は、現物出資株式は取締役の要求により、その性質および成立の日を示す検印を附することを要する」とする。この前文は、一九五四年令改正以前の第三項および第五項に該当する。
- (2) Req. 2 août 1886, D. P. 87. 1. 167; 9 févr. 1887, D. P. 87. 1. 439; 18 déc. 1940, D. A. 1941. 85; Com. 31 janv. 1950, Bull. civ. 1950. II 27.
- (3) Georges Ripert, Droit Commercial, 1963, p. 572; Hamel et Lagarde, Traité de Droit Commercial, 1953, p. 642; Paul Pic, D. C. des sociétés commerciales, 1925, p. 36; Marin, Action, (Encyclopédie Dalloz, 1958, D. Com. III p. 21).
- (4) 定款による譲渡制限の場合のほか、本文記載の如く次のものがある。
 - (イ) 設立以前の譲渡禁止 一七六七年法第一四条(一九四五・一〇・一八令改正)第一項「その形式および価値が本法第一条、第二条および第三条などに反し、特に第二条による四分の一の払込なき株式および小割株の譲渡は、一五〇〇新フラン乃至六〇、〇〇〇新フランの罰金に処せられる。第二条第一項「株式及び小割株は四分の一の払込後に非ざれば、これを譲渡すことを得ず」。第四五条一項「本法第一三条第一四条第一五条および第一六条は株式会社についても適用す、……」
 - (ロ) 現物出資株式についての制限 一八六七年法第三条前掲注(1)
 - (ハ) 取締役株主の保有制限 一八六七年法第二六条「取締役は、定款により定められた株主数の所有者たることを要する。
この株式は全体として、取締役の一人についての全く個人的行為によるものをも含めすべての業務執行行為の担保に供せられる。この取締役株式は、記名式にして譲渡不可能であり、その譲渡不可能性を示す検印を附して会社金庫に保管するものとする」
 - (ニ) その他一九四四年八月二六日令第六条は、新聞社などにつき記名株式に限定すると共に、その株式譲渡を取締役会の承認にかからしめて
58 (Escarra, Cour de D. Com. 1952, p. 452.)
- (5) Req. 27 mars 1878; Req. 29 Oct. 1902. その他、承諾約款を一般に有効と解するものとしては、Req. 13 mars 1882; Civ., 20 fév.

1894; 29 Oct. 1902; Douai, 11 mars 1906; Poitiers 4 juillet 1927; Cholet, 12 fév. 1925; Paris, 23 nov. 1933; Seine Co. 22 fév. 1950; 28 juin 1950; Com., 22 Oct. 1956.

(6) Hamel et Lagard, *ibid* p. 652; Lyon-Caen et Renault, vol. 5, 1929 No. 588; Escarra, *Cour.* p. 452. *Civ.* Cholet, 13 févr. 1925. など 非株主への譲渡禁止 (Riom, 25 mars 1933) 一定の職業者へのみ限定するもの (Cf. Lyon, 11 mai 1912) 営業上の競争者に対する譲渡 (Cf. Trib. Civ. Cholet 13 févr. 1925) などの諸問題がある。

(7) Ripert, *ibid.* p. 573; Escarra et Renault, No. 588; Marin, *ibid.* No. 363. など判例として Paris, 7 juillet 1957, Paris, 10 nov. 1938, Bruxelles Co., 1^{er} decemb 1948.

(8) Paris, 7 juill, 1956.

(9) Cass. Com., 18 juin 1956; Colmar, 21, 1956.

(10) Dalloz, Code de Commerce, 1963, p. 218; Ripert, *ibid.* p. 791.

(2) 先買約款 《clause de préemption》 上述の如く、承諾約款についてはその承諾の合理性につき一定の制限があることから、会社は一般に承諾約款のほかに先買約款を附するのが通常である。これは、譲渡に際し取締役会に、優先的に株式取得者指定の権限が与えられるものであり、譲渡せんとする株主は、その希望価格を附して会社に対して通告をなし、会社はこれに対し先買権を行使するが、一般的には買受希望者一人なるときは、その者に株式が帰属し、希望者数人あるときはその一人が選択されその者に帰属する、という制度である点、わが有限会社法にかける先買権と酷似する。この規定ある場合においても、会社が一方的に行使し得るにとどまるときは、前述の単純承認約款と同じ結果が生じるのであるから、ここではそれが会社にとっても義務的であることを前提とする。なお、この先買約款の効力については、⁽¹⁾それが株主間の譲渡についてまで適用されるものであっても、株式流通を害するものではないことから、これを合法と解する点については、何ら疑問はないとせられている。ただこの点については、わが有限

会社法においても予想される如く、仮装的譲受人が不当な譲受価格を附して、法の趣旨を潜脱せんとする場合が生じることが、これを予防するため、フランスの場合は、会社定款が予かじめ総会により各年度毎に決定する価格により先買し得る旨を定める場合がある。⁽²⁾ この場合においては、その計算の基礎が示されねばならないのであるが、この約款は一面においてはその譲渡を確保する反面、その譲渡対価につき妥当を欠く場合がないではない。従って判例は、この点につき先買権は、適正価格《un juste prix》すなわち株式の現実的価格に対応する価格に基き行使すべきであるとす。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) 買取条項が会社に対し義務的である場合には、その譲渡を害することなく、有効であると解する点については、Ripert, *ibid.* 573; Hamel et Lagarde, *ibid.* p. 652; Escarra et Raut, No. 1230; Escarra, *ibid.* No. 333. のほか、上告審としては、Req. 13 mars 1882; 14 mai 1895; Civ. 6 mars 1935; Com. 22 Oct. 1956.

(2) Paris, 2 juill. 1930. 就中、譲受人自体が参加し (Civ. 6 mars 1935)、その評価方法が正確である場合 (Paris, 22 juin 1942) は有効と解せられる。譲渡価格を定めない場合は額面によるとする判例もあるが (Trib. Com. Saït-Etienne, 23 déc. 1924)、破産院はいわゆる「適正価格説」《juste prix》を採用している。

(3) 破産院は、総会の価格決定権限につき、適正価格によるべき旨の制限を設け、現実的価格以下《inférieur à la valeur réelle》の決議を無効としている (iv. 9 févr. 1937)。然しながら、学説は、賛否必ずしも一致していない。

(4) 適正価格の決定方法としては、(一)鑑定人によりしめる方法 (Escarra et Rault, No. 1231. Req. 11 Sept. 1940)、(二)株式取引所相場による方法 (Escarra et Rault, No. 1233)、(三)競売価格による方法 (Paris, 10 nov. 1938)、(四)最後の配当に一定倍率をかける方法 (Req. 13 mars 1882, 18 fois; Req. 14 mai 1895, 20 fois)、(五)貸借対照表に基く算術的計算 (Pottier, 4 juill. 1927; Donnai, 7 nov. 1946; Trib. Com. Seine, 28 juin 1950) などがある。

(3) 両約款の制定方式 前述の如き承諾約款および先買約款は、特に設立当時における会社の人的結合の目的のため株式譲渡制限を意図したものであるが、その意味において定款変更によりかかる約款を採用し得るか否かは大いに

見解の分れるところである。消極説の根拠は次の点にある。すなわち、株主総会は特別決議により原則としてすべての定款規定を変更しうるが、一八六七年会社法第三一条第一項（一九五九年令改正）は、定款変更につき「但し総会は、株主の負担を増加せしむることを得ず」《Elle ne peut toutefois augmenter les engagements des actionnaires》と定めており、且つ若干の判例は、かかる約款の新設は法の禁止する株主の負担の増大を意味すると⁽¹⁾。しかし、これに対し、かかる定款変更は、負担の増大を意味するものではなく、単に権利の減少を意味するにすぎないとの積極的見解も存する。然し他面、総会の権限は、明文規定によってのみ制限せられるのではなく、理論上株主の固有権《droits propre》または個人的権利《droits individuels》を侵害し得ないのであり、原始定款に存在しなかったかかるとる約款の採用は、自由譲渡権の侵害を意味するとする見解もある。ただ、最近の破毀院判決は、権利濫用以外の場合には、かかる約款の定款変更手続による採用を承認する傾向にある。⁽²⁾

(1) Req. 2 janvier 1924 ; Seine Co. 21 janvier 1925.

(2) Cass, Civ. 9 févr. 1937 ; Com. 22 oct. 1956 ; 20 févr. 1957.

（昭和三九年七月一日・未完）