

〔論 文〕

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる 一つの法的問題

——議決権数の変動を中心に——

松村 幸四郎

目 次

はじめに

I 検討対象の設定と比較対象としての立川支部判決

1. 設定事例
2. 立川支部判決の概要
 - (1) 事実の概要
 - (2) 立川支部判決の判旨とその判断構造
3. 設定事例の特殊性
 - (1) 前提作業
 - (2) 両者の比較
4. 設定事例における X' の救済可能性
5. 株主総会決議を媒介とできないことの意味

II 属人的定めに関する実務の動向

1. 設定事例の選択手法に対する懸念？
2. 実務の動向
 - (1) 属人的定めに関する規定例
 - (2) 属人的定めを置く当事者の意図と公証人からの回答
 - (3) 回答から窺われる公証人の属人的定め of 制度に対する考え方の一例

III 設定事例の増加可能性

1. 実務での利用増大と内容的歯止めの困難さ
2. 法の不遵守による X' の予防行為の限界
—不意打ちの可能性—
3. 低コストな潜脱手法への誘惑
4. 株主平等原則の理念の強調による反作用
—理論と妥当な結論とのねじれ—

結びに代えて

はじめに¹⁾

全株式譲渡制限会社（会社 299 条 1 項）は、議決権、剰余金配当請求権、残余財産分配請求権

の 3 権利について、株主毎に異なる取扱いをする旨の定め（いわゆる属人的定め）を定款に置くことが会社法上、許容されている（会社 109 条 2 項、105 条 1 項）。

属人的定め of 制度は、平成 17 年会社法制定時に廃止された旧有限会社法内に点在していた規定²⁾を整理・集約したものとされる。もっとも当該会社がこの制度を利用しているか否かは登記事項ではなかったことから公示されず、運用実態が不明なままであったため、その制度利用の多寡もふくめた実情は霧の中といった状況であった³⁾。そのため属人的定め of 制度の利用はそれほどないという指摘⁴⁾がなされる一方で、水面下ではそれなりに利用が進んでいる可能性が指摘される⁵⁾こともある。いずれにしてもこの制度について、これまで具体的な事例を前提とした議論は殆どなされなかった。

そうしたなかで、近時、この制度をめぐる、多数派株主が少数派の株主に不利に働く属人的定めを導入する定款変更のための特殊決議（会社 309 条 4 項）の有効性を争う訴訟が提起され、当該決議は株主平等原則（会社 109 条 1 項）に違反するものとして無効とした裁判例（東京地裁立川支部平成 25 年 9 月 25 日判決金商 1518 号 54 頁。以下、立川支部判決とする）⁶⁾が出現した。立川支部判決により属人的定めをめぐる議論が、一部とはいえ実務での具体的な紛争事例を踏まえて展開できるようになった。そのため現状では属人的定めに関する議論の際に言及を避けて通れない事例となっている⁷⁾。

しかし、会社法 109 条 2 項をめぐる問題はこれに止まらない。本稿では、属人的定めを置く会

社において、定款変更を経ない形で議決権の変動を生じさせると、立川支部判決等をはじめとしたこれまでの属人的定めに関する議論では問題の解決が困難な事例が出現するのではないかと⁸⁾という問題意識から、そうした事態の発生要因も含めた若干の考察を試みたい。

I 検討対象の設定と比較対象としての立川支部判決

1. 設定事例

まず、本稿で考察する事例を以下のとおり設定する⁹⁾。

<基本事例>

全譲渡制限株式会社 Y' (以下、Y' 社) は、発行株式総数 1,000 株の取締役会設置会社 (会社 2 条 7 号) である。Y' 社は将来的に上場を目指していない。

原始株主は、A'、B'、C' であり、それぞれ 450 株、100 株、450 株を保有している。また、原始株主 3 名が取締役も兼ねており、A' が代表取締役に選定され、事実上 Y' 社を切り盛りしている。Y' 社は設立後に数次の定款変更を行っており、いずれかの定款変更によって属人的定めに関する以下の定款規定が置かれた。

Y' 社定款

甲条 当社の株式について、C' 保有分については株式数に関わらず 4 議決権とする。

その後、B' が諸事情で Y' 社から退きたいとの意向を示したことから、A' は自分と共同して Y' 社の経営に参画できる人材を探していた。そうした中で取引を通じて知り合った X'¹⁰⁾ と意気投合し、X' に Y' 社入社を口説いたため、X' は当時の勤務先を退職して、Y' 社に入社することとなった。X' は Y' 社取締役就任し、B' の保有株式も X' にそのまま譲渡されることとなり、Y' 社取締役会の承認 (会社 139 条 1 項) も得ている。この時点で X' には Y' 社からの最新の定款は開示されていなかったが、A'・X' 間では緊密な連

絡がとられていることから、X' もその点に気をかけず改めて確認することもなかった。

X' の入社当初は A'・X' 間の関係は良好であった。しかし、時間が経過し X' が Y' 社内外で存在感を増していくにつれ、A' が X' をうとましく感じるようになった。そこで、C' の保有株式を A' と通じる第三者 D' に対して譲渡することで、Y' 社定款甲条によって制限されていた議決権を復活させ、A' 側に有利な展開となることを画策した。

こうした事情を知った X' から相談を受けた弁護士が情報を収集したところ、Y' 社の帳簿等の管理が厳格になされておらず、甲条新設を反映した最新の定款も作成されていなかった。そのため属人的定めのない定款が Y' 社に保管されるのみであった。X' が依頼した弁護士からのアドバイスに従って情報収集時点を開始した時点で初めて属人的定めが置かれていることを X' は知るに至った。

2. 立川支部判決の概要

(1) 事実の概要

本稿の設定内容の特殊性は、顕在化している紛争事例と比較することで明確化する。そのため、近時の議論の対象となっている事例である立川支部判決について事実の概要と判旨を記載する。

<事案>

Y 株式会社の株主 X・A (いずれも Y 社取締役経験者) が、A が甲社を設立し X がその取締役となり Y 社と類似する業務を行ったことが、Y 社に対する敵対的行為であり、かつ X らが Y 社にとって脅威となり Y 社取締役等が不安を抱えるに至ったことを理由として、Y 社側が X・A 他 4 名の保有する株式の議決権および剰余金配当請求権を縮減する内容の属人的定めを、防衛策として利用することを企図するに至った。当該属人的定めを置く定款変更のための臨時株主総会が招集され、X ら 4 名が反対するなかで、残りの株主 23 名 (持株比率 76.9%) の賛成多数で属人的定めを置くことを内容とする定款

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

変更のための株主総会決議（会社法309条4項）が可決された。その結果、Xら4名は定款変更前までは23.1%の持株比率であったのに、属人的定めによってXら4名の議決権比率は0.27%に、剰余金配当請求権についてはXら4名以外の株主達の100分の1まで低下した。

そこでXは本件決議を株主平等原則の趣旨に反するものとして、主位的請求として本件株主総会決議の無効確認を、予備的請求として本件株主総会決議の取消を求めて出訴した。

（2）立川支部判決の判旨とその判断構造 <判旨>

属人的定めは（会社法109条1項で株主平等原則を、同条2項で属人的定めを置いているという）「条文の文言及び位置関係に照らせば、属人的定めは、株主平等原則の例外として置かれたものであり、同制度について同法109条1項が直接適用されることはないと言わざるを得ない」。

「株主平等原則は、多数決の濫用や会社経営者による恣意的な権限行使から、個々の株主の利益を保護するため、株式会社に対し、株主をその有する株式の内容及び数に応じて平等に取り扱うことを義務付けるものであるところ…株主平等原則の背後には一般的な正義・衡平の理念が存在するものというべきである」。

「属人的定めは、その運用の仕方次第では非公開会社における無秩序状況をも招きかねないものであり、とりわけ、新たに株式を発行する場合と、既に発行されている株式の内容を変更する場合とでは、株主の置かれている利益状況は質的に異なること（前者の場面では、新株を引き受ける者は差別的取扱いを前提に株式を取得するのにに対し、後者の場面では、株式取得後に定款変更の特殊決議によって一方的な差別化が行われることになる。）を考慮すると、同制度を利用して行う定款変更であればおよそ如何なる内容のものであっても許されると解するのは相当でなく、株主ごとの異なる取扱いの内容の定め方については、上記理念に照らし、

自ずと限界がある」…。

「そうすると、属人的定めについても株主平等の趣旨による規制が及ぶと解するのが相当であり、同制度を利用して行う定款変更が、具体的な強行規定に形式的に違反する場合はもとより、差別的取扱いが合理的理由に基づかず、その目的において正当性を欠いているような場合や、特定の株主の基本的な権利を実質的に奪うものであるなど、当該株主に対する差別的取扱いが手段の必要性や相当性を欠くような場合には、そのような定款変更をする旨の株主総会決議は、株主平等原則の趣旨に違反するものとして無効となるというべきである」。

<判断構造>

本稿の議論の軸となるため、ここで一旦立川支部判決の構造をまとめる。立川支部判決の判断構造は、おおまかには以下のように整理されよう。

- ①属人的定めは、株主平等原則の例外として置かれたものであり、同制度について会社法109条1項が直接適用されることはない。
- ②もっとも、株主平等原則の背後には一般的な正義・衡平の理念が存在する。
- ③属人的定めを利用して行う定款変更による株主ごとに異なる取扱いの内容の定め方については、一般的な正義・衡平の理念に照らし、自ずと限界がある。
- ④属人的定めについても株主平等の趣旨による規制が及ぶ。具体的には、同制度を利用して行う定款変更が、a) 具体的な強行規定に形式的に違反する場合、b) 差別的取扱いが合理的理由に基づかず、その目的において正当性を欠いているような場合、c) 当該株主に対する差別的取扱いが手段の必要性や相当性を欠くような場合に、そのような定款変更をする旨の株主総会決議は、株主平等原則の趣旨に違反するものとして無効となる。

3. 設定事例の特殊性

(1) 前提作業

さらに、両者の比較を容易にするために立川支部判決を設定事例に近付けて成形する(これを立川支部判決型とする)。

<立川支部判決型>

全部譲渡制限株式会社Y"(以下、Y"社)は、発行株式総数1,000株の取締役会設置会社である。原始株主は、A"・X"・C"であり、それぞれ450株、100株、450株を保有している。また、原始株主3名が取締役も兼ねており、A"が代表取締役に選定されているがX"とA"とでY"社を切り盛りしている。この時点では会社法109条2項に係る定めは置かれた事実ではなかった。

その後、X"がY"社の業務と類似の会社を設立したり人材の引き抜き等を行ったことから、A"らはX"に対して警戒感を有したため、Y"社の防衛策として、株主総会を招集し、Y"社定款に以下の条項を挿入する定款変更を行う旨の議案を上程した。

Y"社定款

乙条 当社の株式について、X"保有分については株式数に関わらず10議決権とする。

これに対して、X"は自己のY"社に対する支配割合が100分の1となるため猛反対したが、A"およびC"の持株比率の前では多勢に無勢であり、定款変更は株主総会における特殊決議によって決定された。この株主総会決議に対して不満を持つX"は、当該決議の無効確認もしくは取消を求めて出訴した。

(2) 両者の比較

両事例を比較すると、以下のような異同がある。

- ①設定事例ではY'社定款甲条は少なくともX'の入社の時点では存在しているのに対して、立川支部判決型では議決権数の変動を目的としてY"社定款乙条を新たに置くことを内容とする定款変更のための株主総会

決議(会社309条4項)をしている。

- ②客観的状况としては、議決権数の変動の際に、設定事例ではX'・A'間の対立は決定的なものとはなっていないのに対して、立川支部判決型ではX"・A"間の対立は決定的なものとなっている¹¹⁾。
- ③両方の事例とも、X'・X"側をY'・Y"社内において少なくとも議決権ベースにおいて少数派に転落させることを企図している。
- ④③の目的を達するために、設定事例ではC'の保有株式をD'に譲渡することで足りるのに対して、立川支部判決型ではX"の議決権を縮減する意図を剥き出しにした定款変更(特殊決議)をする必要があった。

4. 設定事例におけるX'の救済可能性

<例外から原則への回帰>

立川支部判決型の場合、X"が有する株主権を直接縮減する意図が明確な形で属人的定めを新設する定款変更のための株主総会決議がなされていることから、X"としては自らの株主権が不当に縮減されたことを理由として、当該決議の効力を争う形で対抗できる。もっとも株主平等原則自体が支配株主の資本多数決の濫用等から少数派株主を守るという機能を有している¹²⁾が、株主平等原則の妥当すべき範囲については様々な検討が必要であり¹³⁾、抽象度の高い規範であることは否めない。ここで具体的な立証段階における規範として立川支部判決の示した判断枠組み(本稿I 2.(2))を用いることでX"側の立証活動の方向性が明確となった形で争うことが出来る。この点が立川支部判決に注目が集まる大きな理由の一つと言える。

これに対して、設定事例ではX'の株主権の縮減ではなく、C'の縮減されていた株主権が株式譲渡によって元に戻ったのみである。これは会社法109条の条文構造から考えるとC'の下では同法109条2項の例外規定に基づき縮減されていた株主権が、原則である同条1項が適用される株式(この場合でいえば、一株一議決権)に戻ったに過ぎない。形式的には株主平等原則の

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

適用を受けることになるという、例外から原則への回帰という評価となるため、株主平等原則違反という主張をX'は封じ込められることになる。さりとて、C'が保有することで定款甲条によって縮減されていた議決権がD'への譲渡によって復活するが、X'がY'社定款甲条によって属人的定めが置かれていることにつき不知のままY'社株主となった場合には、議決権の変動を予期できないため、実質的には不意打ちに近い状況が出現することになる。

<X'の救済のための手法とその問題点>

この場合、設定事例のX'が実現可能性は別として主張することを検討しそうな法的手段としては、差し当たって以下のものが考えられる¹⁴⁾。

- ① X'がY'社に入社する前になされたC'に関する属人的定めを置く定款変更のための株主総会決議が会社法109条2項の想定以上の議決権の縮減を内容とするものであり、株主平等原則(会社109条1項)違反であるとして株主総会決議無効の確認の訴えを提起する。
- ② X'はY'社定款の内容につき不知であったとして、X'が譲渡を受けた株式譲渡契約の錯誤取消(民法95条1項、2項等)を主張する。
- ③ ①の決議の際に特別利害関係人に該当するA'が議決権行使をしたとして株主総会決議取消の訴え(会社831条1項3号)を提起する。
- ④ D' = A'を立証した上でC'からD'に対してなされた株式譲渡の場合には、Y'社は取締役会設置会社である以上、当該株式譲渡を承認する取締役会においてA'は、実質的には当該譲渡制限株式の譲渡人・譲受人とを問わず取締役会決議について特別利害関係人(会社369条2項)に該当する¹⁵⁾。よってA'が譲渡承認の際の取締役会に参加していた場合には当該取締役会決議の無効確認訴訟をX'が提起する。

まず、①の場合には株主総会決議無効確認の訴え自体は確認の利益が認められる限りは株主等に限らず第三者も訴えを提起することができる¹⁶⁾とされており、X'にとっては有力な手段ともなりうる。しかし立川支部判決の判断構造に従うとしても、X'の入社前の定款変更で当該決議にA'のみならずB'・C'ともに賛成していた事情がある場合には、当時の株主全員の同意があったものであり、当該株主総会決議の有効性が否定される望みは薄い。また、設定事例のX'はY'社への入社と同時にしくはその後に株主となっているため、Y'社の定款に記載されている属人的な定めを確認するための資料として有用な定款・株主名簿¹⁷⁾・株主総会議事録・取締役会議事録¹⁸⁾等の閲覧請求権は法的には保障されない(定款について会社31条2項、株主名簿について会社125条2項、株主総会議事録について会社318条4項・319条3項、取締役会議事録について会社371条2項、なお490条5項)。もっともX'としてはこれらはいずれも会社債権者も閲覧請求権者であることから、仮にX'自身がY'社に対して取引上の債権を有している場合にはY'社の会社債権者としての立場でX'は閲覧請求に及ぶ可能性もある。しかしX'がY'社の取引相手方の従業員等である場合にはY'社の債権者はその取引相手方であってX'ではないので、実際には法的な権利として閲覧を求めることは難しい¹⁹⁾。さらに、株主総会議事録および取締役会議事録の備置期間は10年(会社318条2項、317条1項なお、株主総会議事録について支店備置のものは5年(会社318条3項))とされており、仮に属人的定めを置くための定款変更をした株主総会決議から10年が経過し、定款についても最新のものとされていない状況の下では重要な情報源に接近することが実質的には不可能となる。

②の場合、設定事例のX'は、Y'社の設立後にY'社の株式を譲り受けているに過ぎないため、心裡留保に関する民法93条1項但書の適用除外(会社51条1項、102条5項、211条1項、774条の8第1項)、通謀虚偽表示に関する民法94条1

項の適用除外(会社51条1項, 102条5項, 211条1項, 774条の8第1項), 錯誤取消に関する適用除外(会社51条2項, 102条6項, 211条2項, 774条の8第2項), 詐欺・脅迫取消に関する適用除外(会社51条2項, 102条6項, 211条2項, 774条の8第2項)の対象とはならず第一のハードルは越えられる。しかしながら, X'に譲渡された株式の内容そのものに対するX'の認識と譲り受けた株式との間には差異はない以上, 錯誤や詐欺に起因した株式譲渡という主張が認められるか疑問である。また, 錯誤取消の主張をする場合, X'がB'からY'社株式を取得する段階でY'社の定款やその他先の①で指摘した備置書類の確認を怠った場合には, X'は重大な過失ある表意者として民法95条3項によって錯誤取消の主張が制限されることになろう。具体的状況にもよるが, Y'社側がX'側を陥れようとしたり錯誤を誘発するような行動があったような事情が存在しない場合には, X'がY'社の株主兼取締役としてA'との間でビジネス契約を締結すべき実態を有しているのが通例である。X'はいわばプロともいえ, 備置書類の確認を怠ったことは, 重大な過失として認定されることになろう²⁰⁾。

続いて③の場合には設定事例のX'は当該属人的定めを置く定款変更のための株主総会決議の時点で株主等(会社831条1項)でない以上, 株主総会決議取消訴訟の提訴権をそもそも有しない。また, 仮に設定事例を若干変更して, X'がY'社の事情を知らない段階で属人的定めを置く定款変更のための株主総会決議がなされたがX'が欠席していたように当該決議の際に株主等であったとしても, そもそもA'が特別利害関係人に該当するかという点で厳しい²¹⁾面があるうえに, Y'社が属人的定めを置くための定款変更を目的とした株主総会決議の日から3箇月以内に取消訴訟を提起しなければならない(会社831条1項)。さらには裁判所による裁量棄却(会社831条2項)の可能性も残る。そのため, ③は実はかなり制約された条件下でしか用いることの出来ない手法といえる。

最後に, ④の場合には, 特別の訴えの制度が

あるわけではない以上, 確認の利益が認められる限り取締役会決議の無効確認を求めてX'は出訴することができるが, 確認の利益が認められたとしても, C'の保有株式を直接A'ではなく第三者たるD'(A'側)に譲渡する場合にはA'は特別利害関係人であることの立証が困難であるため, 最終的にX'が救済されることにはならないであろう²²⁾。

5. 株主総会決議を媒介とできないことの意味

このように設定事例においてX'に有効な救済策が見つけにくい理由は, X'・X''が少数派に転落する時点におけるY'・Y''社およびA'・A''によってなされる行動の違いに求められる。すなわち先に述べた立川支部判決型との異同(本稿I 3.(2))のうち, 設定事例では属人的定めについての定款甲条は少なくともX'の入社の時点では存在している(①)中で, X'を少数派に転落させるためにC'の保有株式(Y'社定款甲条によりC'保有中は議決権が縮減されている)を第三者D'に譲渡する(ここで議決権の縮減を定める定款甲条の属人的定め効力は当該株式に及ばなくなる)ことで足りるという点である。

立川支部判決型では, 新たにX''側の議決権等の縮減を企図してY''社側はX''側を標的とした属人的定めを内容とする定款乙条を置くための株主総会決議を強行しているので, この株主総会決議に焦点を当てて, 当該決議の効力の有効性を争う(総会決議取消や無効確認)という形で会社法上の制度に乗せた争点設定を可能とする基盤が存在する。また, 定款乙条新設のための株主総会決議の有効性判断にあたって, 株主平等原則違反か否かの判断枠組みの中に立川支部判決の判示のように目的の正当性や行為の相当性を踏まえることで木目の細かい実質的な判断が可能となる²³⁾ため裁判所も踏み込んだ判断をしやすい。

これに対して設問事案の場合, X'がY'社への入社時点で他者(株主C')に対する属人的定めが定款甲条に置かれている(すなわち, そのための総会決議はなされている)ので, 総会決議当時に株主ではなかったX'は, すくなくとも総

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

会決議取消の訴えを提起するという形で当該決議の有効性を争うことがほぼ不可能となっている。さらにX'の議決権割合の低下は、単に定款によって株主C'の下では縮減させられていた株式に対する制約状況が、株式譲渡によって無くなったことによって生じた、いわば反射的效果に過ぎない。立川支部判決型のようなX'に対する剥き出しの敵意の現れともいえるY'社定款乙条新設の定款変更のための株主総会決議というX'にとっての唯一ともいえる足がかりがY'社のX'には存在しない。そのため、X'としてはY'社を相手に何らかの法的措置を講じようとしても取っ掛かりを見つけないことが困難で、いわば攻め手を欠く状態に陥ることになる。

Ⅱ 属人的定めに関する実務の動向

1. 設定事例の選択手法に対する懸念？

(1)で設定した事案は、法曹(弁護士)が実際に遭遇した事案²⁴⁾について、守秘義務に反しないように情報提供を受けながら設定したものである。現時点では法的紛争には至っていないものの、既存の議論とは異なる設定事例であり現に実務家が遭遇した事例といえる。

法律学において条文解釈を進めるためには現実に即した議論が不可欠であり、その定性的な分析手法としては判例研究(裁判例を含む)が定着している。本稿の設定事案は、一定の手続に従って行われる当事者による攻撃防御を経ていないという点で、判例研究と比較したときに典型的に客観性に欠けるのではないか、という指摘が考えられる。

この懸念には一定の正当性が存在しているが、法律学における議論の際に援用するのは、判例・裁判例のみに限らない。現実の事案を出来るだけ正しく反映させる等の一定の条件下で獲得した情報であれば、その情報を基に検討を進めることは社会の実情に即した議論に資すると考えている。設定事例について、事例提供者たる法曹実務家に対して、2度にわたってヒアリングを実施しており、さらには、本事例を会

社法研究者および会社法に精通する弁護士によって構成される研究会において発表し、教示を受けていることから、机上の空論とは異なるものと考えている。

2. 実務の動向

(1) 属人的定めに関する規定例

この問題が難しいのは、その実務上の運用状況が不明確とされている点にある。

ここで、行政書士が作成した属人的定めに関する規定を例示したい。引用する規定例は会社設立時に作成する定款に記載されたもので、公証人による認証(会社30条1項)が要求されるものである。そのため、認証前に公証人から修正要請があった旨の情報も掲載されており貴重な資料といえるため、当該行政書士の許諾²⁵⁾を得ながら以下に引用する。

【修正前】

(株主総会における議決権について株主ごとに異なる定め)

第8条 株主Aに下記の事由が生じている間に限り、株主Bはその保有する株式1株につき1000個の議決権を、株主Cはその保有する株式1株につき500個の議決権を有する。

①認知症、病氣、事故、精神上的の障害による判断能力の喪失

②行方不明

③その他株主総会に出席して議決権を行使することができない事由

2 株主Aについて、補助人、保佐人、成年後見人が選任された場合、又は任意後見人との間に任意後見契約の効力が発生した場合は、株主B及び株主Cが当会社への意思表示をすることによって、前項の規定の効力を失わせることができる。

これに対して公証人もこうした例を見たことがない、という趣旨の発言の後、Aの判断能力の問題、認知症等になった場合の議決権割合の

根拠について質問があったという。この時点では特に公証人から異論は出なかった²⁶⁾そうであるが、その後公証人から修正要請があり²⁷⁾、以下のように修正したという。

【修正後】

第8条（修正前と同じ）

① 認知症、病气、事故、精神上の障害による判断能力の喪失

② 行方不明

2 株主Aについて、補助人、保佐人、成年後見人が選任された場合、又は任意後見人との間に任意後見契約の効力が発生した場合は、前項の規定はその効力を失う。

（2）属人的定めを置く当事者の意図と公証人からの回答

引用した定款条項は事業承継対策、とりわけ大株主が認知症になった際などの対策で起案されたもので、公証人は原案に対して当初は了承したものの、後に修正を施している。

この際に修正理由が示されたとなった公証人からの回答（FAX送信票）の画像も掲載されており、以下に引用する。

（1）まず、総論的には、株主平等の原則に反する例外規定を設けるので、その内容は厳格かつ明確・明瞭なものが望まれ、恣意的解釈の入り込む余地は排される必要がある。これを前提として、具体的には以下のとおり。

（2）第8条第1項第3号の規定は全文削除するのが望ましい。

削除しても、1号、2号だけで十分囑託人の意思・要望はかなえられていると思いますので、囑託人との関係でさして問題はないのではないかと思います。どうでしょうか。

どうしても1号、2号以外にも補充的に3号を設けたいのであれば、議決権を行使することができない理由・原因を挙

げて具体的に特定するなど、その内容に具体的な例を挙げるなど絞りをかけていただきたい。原案の「議決権を行使することができない事由」では無限定に過ぎ、恣意的な解釈運用を許すことになる。適例が思いつかず、例としては飛躍した話にはなりますが、例えば、■様に無断で秘密裡に総会を開催した形を作り上げ、■様は総会開催を知りませんので、当然総会に出席しませんが、それをもって「議決権を行使することができない事由あり」などと決めつけることもできることになってしまうのではないのでしょうか。

（3）第8条第2項2行目後半から3行目中ほどまでの「株主■及び～意思表示をすることによって、」を全部削除し、かつ、「前項の規定の効力を失わせることができる。」を「前項の規定はその効力を失う。」に改める。

第2項の規定は、第1項とは異なり、株主平等の原則に復帰する規定なので、限定する必要はなく、1行目、2行目の事態が生じた場合は、それだけで当然に株主平等の原則に復帰するとするのが、望ましい。これなら、■さんなどの恣意が入り込む余地はない。

<筆者注：■部分は画像における黒塗り部分である。>

（3）回答から窺われる公証人の属人的定め
の制度に対する考え方の一例

公証人からの回答は、大略以下の思考方式といえよう。

- ① 属人的定め²⁸⁾の制度は「株主平等原則に反する例外規定を設ける」こととなるため、「その内容は厳格かつ明瞭なものが望まれ」る。
- ② 属人的定めに関する規定は「恣意的解釈の入り込む余地が排される必要がある」という理解が示されている。
- ③ 株主平等原則に復帰する規定については、原則に戻るものであり限定する必要はなく、それだけで株主平等原則に復帰するも

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

のであることが望ましい。この場合、その復帰にあたって当事者の恣意が入り込む余地をなくすべきである。

この①から③からは、原則（株主平等原則、会社109条1項）と例外（属人的定め、会社109条2項）という条文配置を重視しながら、株主平等原則に重きを置いた解釈を展開し、その上で、定款自治の現れともいえる属人的定めについてはその適用範囲を相当程度制限する形で解釈していることがわかる。

ただし、こうした公証人の見解は絶対的なものではない。この属人的定めを考察するためには、株主平等原則について定める会社法109条1項との関係性や定款自治の限界等の「会社法制の全体像に対する認識が問われる」²⁸⁾ことになるからである。すなわち、株主平等原則が妥当する株式会社法制に、広範な定款自治が妥当する（むしろ社員平等原則が妥当しない）旧有限会社法に沿源を有する属人的定めを統合し、さらに株主平等原則の例外と位置付けたことで、両者の関係性を理解によって属人的定めをどの範囲までなしうるのかが異なってくる。

ここで言及した公証人の見解はそうしたなかで、株主平等原則を強く意識した議論となっており、旧有限会社法で妥当するとされていた定款自治を狭く解釈しているものといえる。

Ⅲ 設定事例の増加可能性

これまで、設定事例においては株主平等原則違反を根拠としたX'の救済策が機能しないこと、またX'がY'会社に入社前に定款甲条が導入されているので、立川支部判決型のように属人的定めを置くための株主総会決議の有効性を争うこと等の手段も事実上困難であることを指摘した。

こうなると設定事例のような状況が今後も増加すると不都合は拡大するためその増加可能性に関心が向く。この点については、以下の理由から今後とも増加するものと考えられる。

1. 実務での利用増大と内容的歯止めの困難さ

準法曹による株式会社設立時に作成する原始定款内に議決権に関する属人的定めを置くことで、将来的なりリスク回避の手法とする動きは本稿執筆時点でも確認されており²⁹⁾、着実に増加していることは看取される。

その上で、属人的定めを置く場合には、原始定款の場合には公証人の認証（会社30条1項）によって、定款が真正に作成されかつ内容が適法であることを確保するため³⁰⁾に行われるが、実際には文言や微妙な表現方法も含めて指摘が入る実態は既に指摘した通りである（本稿Ⅱ2.）³¹⁾。公証人の指示を無視すると認証されない（公証26条）というリスクもあることから、公証人による認証が一定のリーガルチェックの機能を果たしているものといえる。

問題は設立後の定款変更による場合であり、会社法上は、定款変更に関しては公証人の認証は不要である。かつ、定款の任意的記載事項の瑕疵は、当該条項が無効となるだけで、定款自体を無効とするものではないため、合併会社等で強行規定との抵触が疑われる特殊な任意的事項を定款に入れこもうとする場合は、原始定款には規定せず、会社成立後の定款変更時に当該条項を挿入することもあるとされる³²⁾。つまり、いわゆるだめでもともと、ということでありかなり問題のある一定の当事者による恣意的運用を阻止できない規定が定款に入り込む可能性は少なくない。

こうした状況を防ぐ方策の一つとしては、種類株式と同様に属人的定めについても登記事項³³⁾とすることも考えられる。これにより対外的に商業登記によって属人的定めに関する公示がなされることになる。さらには商業登記制度によって法律関係の形成の適法性が確保され、後日の無用な混乱に陥らないという積極的な機能も示される³⁴⁾ことがあるため、この観点からも、立法論として登記事項とすることの可能性が示されることもあるが、見解の一致はみておらず³⁵⁾、会社設立後の定款変更の内容を適法な

ものとするための有効な手立ては現状では見出すことは難しい³⁶⁾。

2. 法の不遵守によるX'の予防行為の限界 —不意打ちの可能性—

また、法遵守との関係で考えると、会社法で義務づけられている最新の定款の備置や、株主総会議事録、取締役会議事録といった各種の書類が、適正に保管されている可能性は必ずしも高いものとはいえないであろう³⁷⁾。この基礎的な部分に誤りがある場合には、事前に調査をすることも難しくなり、X'も防衛策を講ずることは難しい。

確かに、会社法976条7号・8号は定款の備置がされていない場合には100万円の過料になると定めており、書類の備置がなされるようにエンフォースメントの手段は講じられている。しかし、相当数の中小企業ではこうした法令不遵守が常態化しているものと推測されるため、この手段によっては書類の備置が徹底される結果が実現しているとはいいがたい。

また、仮にY'社のX'が努力しても改定された最新の定款を発見できない場合、それでも総会決議の時点で定款変更の効力は生ずる³⁸⁾以上、X'にとって不意打ち的な状況が発生するという可能性はどうしても残存する。

3. 低コストな潜脱手法への誘惑

株式会社における株主たる地位は不可侵のものではなく、「多数決により公正な対価をもって株主資格を失わせること自体は会社法が予定している」ものとする裁判例³⁹⁾や、「株主たる地位に留まりたいという希望は法的保護に値しない」とする裁判例⁴⁰⁾からも明らかなように、少数派株主であれば一定の条件下では株主の意思に反する形であっても、株主たる地位を喪失することは甘受せざるを得ない。しかし、設定事例において通常であればX'の賛成がなければX'がスクイーズ・アウトのために利用される各規定を利用することは困難もしくは意味がない状態であるはずである（例えば実務上利用され

ることが多い⁴¹⁾とされる、Y'社による①特別支配株主の株式等売渡請求〔会社179条以下〕は利用できず、またX'に対して②株式併合〔会社180条、309条2項4号等〕を行ってもそのことのみでX'を少数派に転落させることはできない)。

しかし、設定事例におけるようなY'社款甲条の下で株式譲渡が行われ議決権割合の変動が生じた場合、Y'社側は時間的・経済的負担をすることなく、少数派株主に対する手続保障なきスクイーズ・アウトを実現できる可能性が残る。換言すれば、X'はそうした不安定な状況に置かれ続ける危険と隣り合わせ⁴²⁾ということになる。

4. 株主平等原則の理念の強調による反作用 —理論と妥当な結論とのねじれ—

設定事例の場合、X'社がY'社への入社時点で他者(株主C')に対する属人的定め(定款甲条)は置かれているためその有効性をX'は争うことがほぼ不可能となっており、C'からの株式譲渡に伴うX'の議決権割合の低下は単に株主C'の下では縮減していた株式に対する制約がなくなったことに対する反射的效果に過ぎないともいえる。これに加えて、先の公証人の属人的定めに関する理解である「株主平等原則に復帰する規定については、原則に戻るものであり限定する必要はなく、それだけで株主平等原則に復帰するものであることが望ましい。この場合、その復帰にあたって当事者の恣意が入り込む余地をなくすべきである」(本稿Ⅱ2.(3)③)ということを加味すると、設問事案の場合には株主C'からD'への株式譲渡によってまさに株主平等原則に復帰することになるのであるから、このことを否定する理論的根拠を見出すことが難しくなる。

まさしく、少数派株主の保護という機能を有するとされる株主平等原則⁴³⁾を強調することによって、設定事例のX'が事実上少数派に転落させられることを阻止する方策が無くなることになる。とくに株主平等原則については論者に

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

よる差異はあっても、会社法における重要な理念と位置付けられることも多いため、これを上回る理論構成を導き出すことはなかなか困難であろう⁴⁴⁾。

結びに代えて

本稿が扱った問題は、形式的には問題がないものの、実質においてはX'を法的もしくは事実上更なる少数派に転落させたり、さらには少数派の締出しを行うために会社法が定めている少数派株主保護のための手続的規制を回避する形で、それを実現しようと目論むものである。この問題の発生原因は、属人的定めの有無につき登記事項ではないことが大きく、それにより外部からはその採否も判然とせず、かつ、誠実な相手方でなければ開示されないことにある。そのため、属人的定め の制度については公示の観点で議論の余地があるけれども、直ちに登記事項とする流れにもならないため、当面は現状維持となり、さらに株式会社の定款等の備置についても必ずしも遵守する会社ばかりではないことを考えると、設定事例のような事案は今後も発生しうるものといえる。

本稿は、定款に株式の属人的定めを置く会社において、定款変更を経ない形で議決権の変動を生じさせることが現実に生じていること、そしてそれが稀なこととは言えない状況にあること、さらには属人的定めに関して関心が集中している議論のみでは新たな問題の解決が難しいのではないか、という問題意識を示すにとどまっている。ただ、そして事実は小説よりも奇なりを地で行くような、株主平等原則を強調する程、設定事例X'の救済が遠のくというジレンマが生ずる現状を示したことで、制度の利用状況すらも判然としなかった⁴⁵⁾属人的定めに関する議論を進める上で、これまでとは異なる視点からも検討を重ねていく必要性がわずかでも示されたならば、本稿の目的は達せられる。

本稿においては設定事例のX'は救済手段の狭間に存在し、救済がなかなか困難であるとい

う指摘をしたものの、その結論を常に是としている訳ではない。この問題は属人的定め の制度について、株主平等原則を重視するのか、定款自治を極力考慮するのかによっても議論の方向性は大きく異なってくる⁴⁶⁾。またある定めが属人的定めとなるのかについても明確ではないという指摘もある⁴⁷⁾。今後は設定事例のX'を救済する方法について、そうした根本的な議論も踏まえながら、解釈論・立法論の両面からの考察を深めていきたい。

【付 記】

本稿は、令和2年度阪南大学経済産業研究所助成研究による研究成果の報告である。

注

- 1) 本稿の執筆にあたっては、第437回関西商事法研究会(令和2年11月28日開催)における報告の際、当日および研究会後にいただいたご発言およびご教示から大きな影響を受けている。阿多博文弁護士、吉本健一先生、今川嘉文先生、村中徹弁護士、笹川敏彦先生(ご発言・ご教示順。氏名を確認できた先生方)を始めとして、新型コロナ禍のなかでも研究会に参加して下さった先生方にはこの場を借りて深く感謝申し上げる。本稿で言及する質問内容については、筆者の手控えで記録できた範囲であるため誤解や漏れがあった場合の責は全て筆者に帰するものである。
なお、本稿の年代表記は引用文献の記載に従う。
- 2) 議決権に関する「別段ノ定メ」を許容した旧有限会社法39条1項但書、利益配当請求権に関する同法44条、残余財産分配請求権に関する同法73条を受け継いだものである。
- 3) 旧有限会社において社員の権利・義務内容については定款の自治の原則が妥当し、株式会社に於ける株主平等原則に相当するものは存在しなかったとされる(川島いづみ「有限会社と定款」斎藤武=森淳二朗=上村達男編『志村治美先生還暦記念 現代有限会社法の判例と理論』(晃洋書房、1994年)117頁以下、江頭憲治郎『株式会社法第8版』[有斐閣、2021年]136-137頁注9。なお、株式会社と比較したときに自治に委ねられている部分が大きいという指摘としては、大森忠夫=矢沢惇編『注釈会社法〔9〕有限会社』[有斐閣、昭和46年]13-14頁[矢沢惇参照]。

そのため、制度の利用を欲する者が多ければそ

れなりの紛争事例も発生する可能性があったが、当時の注釈書等でも具体的な法的紛争への言及はほとんど見当たらない(例えば、議決権に関して大森忠夫=矢沢惇・215-216頁〔深見芳文〕、服部榮三『有限会社法全訳』(日本評論社、1992年)161-162頁、利益配当請求権に関して大森他・239頁〔龍田節〕、服部・209-210頁、残余財産分配請求権に関して大森他・421-422頁〔中西正明〕、服部・357-358頁)。

これは、旧有限会社法においては、旧有限会社法が当時の商法会社編の規定を準用する形であったことから、「法律的知識の乏しい中小企業関係者の経営組織についての準用方式が多いことは、妥当でな」い(大森他・14頁〔矢沢惇〕)との指摘や、旧有限会社法の利用者にとっては難解であろうという指摘(服部・はしがき ii - iii 頁)もあることから、定款自治を享受するに至るまでの利用が殆どなかったのではないか、と思われる。

- 4) 前掲注) 3 の状況が、会社法制定後に急激に変化したとまでは言えず(江頭憲治郎「会社法制定の理念と会社法制の見直しの行方」ジュリ 1414 号〔2011 年〕96-97 頁参照)、さらには属人的定めの有無は登記事項となっていないことから、法的紛争の形で顕在化しなければ事実上、属人的定め の制度利用の実態は明らかとはならないこともあって、実務上、属人的定め の制度は利用されていないという指摘(行方國雄「閉鎖会社における種類株式及び属人的定め の利用」岩原紳作=小松岳志「会社法施行 5 年—理論と実務の現状と課題」(有斐閣、2011 年)74 頁)がなされている。
- 5) 会社法制定直後に発表されている遠藤美光「公開会社でない株式会社における属人的定め の意義」浜田道代=岩原紳作編「会社法の争点」(有斐閣、2007 年)99 頁以下や、実務上存在するであろう事例を想定して属人的定め に関する議論として、伊勢田道仁「違法な属人的定め と少数株主の救済」法と政治 67 巻 6 号 (2016 年) 5 頁以下がある(通し頁番号では逆となるため、本論文に割り振られた頁数を記載している)。伊勢田論文は、行方・前掲注) 4 の指摘とは異なり、表面化はしていないものの属人的定め については実際には利用が進んでいる可能性を指摘する見解(村田敏一「公開会社でない株式会社における株主ごとに異なる取扱いの定め」共栄法律事務所編「法の理論と実務の交錯」〔法律文化社、2018 年〕103 頁注 4)と同様の認識を示している。
- 6) この裁判例を検討しているものとして、清水正博「非公開会社における属人的定め の限界に関する考察」中央学院大学法学論叢 28 巻 1・2 号 (2015 年) 103 頁以下、鳥山恭一「株主平等の原則および

定款変更による属人的な定め—東京地裁立川支部の 2013 (平成 25) 年 9 月 25 日の判決を契機にして」尾崎安央=川島いづみ=若林泰伸編『上村達男先生古稀記念 公開会社法と資本市場の法理』(商事法務、2019 年)137 頁以下があり、評釈としては、洪邦桓「判批」ジュリ 1499 号 (2016 年) 111 頁以下、鳥山恭一「判批」法セミ 747 号 (2017 年) 123 頁以下、大塚和成「判批」銀行法務 21・817 号 (2017 年) 69 頁以下、中村康江「判批」『平成 29 年度重要判例解説』ジュリ 1518 号 (2018 年) 94 頁以下、来住野究「判批」明治学院大学法学研究 105 号 (2018 年) 215 頁、小林俊明「判批」千葉大学法学論集 33 巻 3・4 号 (2019 年) 53 頁等がある。

なお、清水論文では 2015 年段階で立川支部判決に言及しているが、本稿本文記載のように当該判決の掲載誌(金融商事判例 1518 号)が公開されたのは 2017 年であるため、伊勢田論文では、「出典や事件番号の記載がなく、主要な判例データベースにも見当たらず、筆者は原文を確認できなかったため、本稿での引用は差し控え」る(伊勢田・前掲注) 3、15-16 頁注 3)とある。この点については、神田秀樹『会社法入門 新版』(岩波書店、2015 年)157 頁以下にこの立川支部判決への言及があったが、その時点では主要な法律雑誌に立川支部判決は掲載されていなかったためと思われる。

この経緯について、研究会において阿多弁護士より貴重な教示を受けた。

- 7) 属人的定め に関する議論では、東京地裁平成 27 年 9 月 7 日判決(判タ 1422 号 371 頁、判時 2286 号 122 頁、金商 1492 号 50 頁、金法 2041 号 88 頁。以下、平成 27 年判決。なお控訴審は、東京高裁平成 28 年 2 月 10 日判決)も重要性が高く、「属人的定め に実務上のニーズがあることを明らかにした」(鈴木隆元「株主平等原則と属人的定め の限界について—2 つの裁判例からの示唆—」岡山大学法学会雑誌 68 巻 3・4 号 (2019 年) 927 頁)という評価もある重要裁判例といえ、学説の関心も高い(平成 27 年判決の評釈は多く、北村雅史「判批」法学教室 430 号〔2016 年〕139 頁以下、松嶋隆弘「判批」税務事例 48 巻 8 号〔2016 年〕52 頁以下、弥永真生「判批」ジュリ 1496 号〔2016 年〕2 頁以下、木下崇「判批」『新・凡例解説 Watch 法学セミナー増刊』20 号〔2017 年〕147 頁、川島いづみ「私法判例リマックス」54 号〔2017 年〕86 頁以下、武田典浩「判批」法学新報 123 巻 8 号〔2017 年〕313 頁以下、尾形祥「判批」金商 1518 号〔2017 年〕52 頁以下、大島一輝「判批」法学研究〔慶應義塾大学〕91 巻 3 号〔2018 年〕99 頁以下、仲卓真「判批」旬刊商事法務 2206 号〔2019 年〕113 頁以下、松元暢

Mar. 2022

属人的定めの対象株主の株式譲渡によって生ずる一つの法的問題

子「判批」ジュリ 1525 号〔2018 年〕134 頁以下等）。

しかし、平成 27 年判決は立川支部判決とは異なり本稿に係る部分では、定款変更の形式によらない形（全株主による合意、すなわち株主間契約）で、残余財産の分配に関する属人的定めをしたことの有効性が争われている事例である。そのため、本稿では言及はしない。

- 8) 本稿の内容を含む属人的定めに関する詳細な論稿（河村尚志「公開会社でない株式会社における属人的定めに関する基礎的考察」齋藤真紀＝愛知康之＝岡田昌浩＝河村尚志＝高橋陽一＝山口幸代＝山下徹哉＝和久井理子編『川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念 企業と法をめぐる現代的課題』〔商事法務、2021 年〕41 頁以下）において、本稿に関連する事項についても「V 株主の変動と属人的定め 3 株主変動により既存の株主が受ける影響と既存の株主の保護」において言及がなされている（河村・64-65 頁）。
- 9) この事例を設定した背景は、本稿Ⅲ 1.にて述べる。
- 10) 「閉鎖型タイプの会社では、取締役として能動的に経営に参加することを望む株主が多い。中小企業の経営者、ベンチャー企業の起業家等は、自己の財産の大部分をその会社に出資しており、同社の業務執行に従事し一定額の報酬（給与）を受けないと生活できないのが通例だからである。」（江頭・前掲注）3, 313 頁）という指摘そのままの X' という印象を受けている。
- 11) 実際の事案では、定款変更決議を行った臨時株主総会の前にも臨時株主総会を招集し同様の定款変更手続を進めようと Y 社側は試みたが、Y 社の属人的定めを置く定款案は、株主平等原則に反する等 X'らのみを著しく差別的・不利益に取り扱うものであるとの内容証明郵便を Y 社に送付するという X'らの抵抗にあい流会となっている（金商 1518 号 62 頁）。
- 12) 鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法（第 3 版）』（有斐閣、1994 年）106 頁。
- 13) 上村達男「株主平等原則」『特別講義商法 I』（有斐閣、1995 年）3 頁、森本滋「株主平等原則の理念的意義と現実的機能」民商 141 巻 3 号（2009 年）291 頁、江頭・前掲注）3, 134 頁。
- 14) 主張しうる、という観点からは別の手法を選択することも考えられるが、現実的には訴訟において立証が困難であったり理論的に弱さがあるため、考えられるあらゆる主張という意味ではない。しかし、実際には訴訟における審理の展開によって、どのような争点に収斂するのかは未知数の部分も存在しうるため、多少の無理筋の主張もする可能性は残存する。

- 15) 稲葉威雄他編『実務相談株式会社法（新訂版）3 巻』（商事法務研究会、1992 年）711 頁。江頭・前掲注）3, 239 頁注 3, 同 436 頁。
- 16) 江頭・前掲注）3, 387 頁等参照。
- 17) 株主総会議事録と照らし合わせて出席株主数と議決権数等から属人的定めが存在を推認することが可能であろう。
- 18) 株主総会への上程議案は取締役会で決定する（会社 298 条 1 項、325 条）ことから、取締役会議事録が適法に作成され保管されている場合において、その内容を精査すれば定款変更がなされた可能性を推認することは可能といえる。
- 19) 仮に閲覧が認められる状況があったとして、ある程度の詳細な記載が期待される取締役会議事録については裁判所の許可が原則とされている以上、定款が更新されない状況下では X'が Y'社定款に属人的定めが置かれていることを知るのには難しいであろう。
- 20) 研究会において、こうした X'の側としては出資や経営参加する前に定款のみならず取締役会議事録や株主総会議事録の閲覧を Y'社に求めて確認するように指摘することが実務的には通例である、という指摘を阿多弁護士より受けた。
- 21) ある株主が議決権行使をしてもっぱら他人のみが利益を得て他の株主が損害を被る場合における「ある株主」が特別利害関係人の典型例とされる（龍田節「株主総会における議決権ないし多数決の濫用」『末川博先生古稀記念 権利の濫用（中）』（有斐閣、1962 年）126 頁、江頭・前掲注）3, 380 頁注 1）。そのため本件設定事例における A'はこれには当てはまらないという結論になるであろう。
- 22) もっとも A'に対する威嚇にはなっても、X'救済のための決定打とはならない。
- 23) 立川支部判決は「閉鎖型のタイプの会社における少数株主の締め出し」事例であり、「裁判所が行為の『目的の不当性』にまで踏み込む必要が生ずることがある」（江頭・前掲注）3, 171 頁注 3）とされる。
その意味で立川支部判決は、株主平等原則を抽象的に考えるのではなく、少数株主締め出し事案における少数派株主への不平等取り扱いの是正という観点から、属人的定めの内容の審査に入っているものといえる。
- 24) 本稿執筆の端緒となった事例は、笠原徳之弁護士（東松山総合法律事務所、埼玉弁護士会所属）から情報提供を得た上で、内容確認のヒアリングを行っている。
- 25) 中島巧次行政書士（エフォート行政書士事務所代表、滋賀県行政書士会所属）がインターネット上に掲載している一連のブログ記事であり、中島行

政書士とも電話連絡をし、その実在性を確認するとともに、利益相反等が発生しない形での協力要請を行い、受諾していただいた。

中島行政書士からの情報提供に対して、この場を借りて深く感謝申し上げる。

- 26) 中島巧次「ヒーロー株(条件付きVIP株)、立て続けに提案!」(掲載日2017年7月4日。最終閲覧:令和3年11月11日, <https://koutannikki.seesaa.net/article/451511996.html>) 参照。

なお、こうした定款作成は少なからず準法曹によってなされることが多いことを、研究会において阿多弁護士から示された。

- 27) 中島巧次「属人的株式の「ヒーロー株」の定款規定、専門書等にもない実例!」<https://koutannikki.seesaa.net/article/452823625.html> (最終閲覧:令和3年11月10日) 参照。
- 28) 山下友信編『会社法コンメンタール3—株式(1)』(商事法務, 2013年) 137頁[上村達男]。
- 29) 弁護士による定款例も公表され、そこでは少数株主を排除する構図とならない形にすることで株主平等原則違反とならないようにすることを示している(永吉啓一郎『会社法から税務上の留意点まで 非公開会社における少数株主対策の実務』[清文社, 2020年] 215頁) 他、準法曹が株式会社設立のための依頼を受けた際に依頼人に属人的定めを置くことを提案し、受諾されたという情報も公表されている(中島巧次「会社設立で「〇〇だから中島さんに」というご依頼♪」(<https://koutannikki.seesaa.net/article/484511584.html>, 最終閲覧:令和3年11月25日) 参照)。
- 30) 江頭・前掲注) 3, 69頁。
- 31) 中島・前掲注) 27参照。
- 32) 江頭・前掲注) 3, 70頁注1。
- 33) 会社法109条3項参照。
- 34) 船津浩司「商業登記の現代的機能—会社手続きの適正性担保機能の観点から」私法81号(2019年) 95頁。なお、同「情報技術の発展と商業登記の効力」落合誠一先生古稀記念『商事法の新しい礎石』(有斐閣, 2014年) 383頁以下参照。
- 35) 第83回日本私法学会「シンポジウム 株式制度の再検討—会社法における基礎的な理論の観点から」私法82号(2021年) 84頁[井上弘樹発言] 参照。
- 36) 筆者の立場は現状を追認するものではないが、立法趣旨やこれまでの議論を踏まえた解釈論を一般的に会社法利用者に期待することは難しいと思われる。匿名を条件とした複数の準法曹や行政関係者からのヒアリングにおいても、会社法で禁止されていなければ許容されるという解釈を強行し、これまでの会社法学における議論の蓄積と相反する結果であっても、会社法で許されている

というスタンスを維持する会社関係者も少なくないという印象が示されている。

- 37) 「中小会社の株主名簿の記載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」(江頭・前掲注) 3, 212頁注10) という指摘は、中小会社の株主名簿の記載のみに限定されない、というのが実情といえる。
- 38) 定款変更は株主総会決議によって変更効果が発生し、書面等の変更はなくとも効力を生ずる(江頭・前掲注) 3, 869頁注1)) ので、設定事例のXもY社に関与する前にそうした株主総会議事録等を確認することで実務上はリスクを軽減出来る(研究会において、阿多弁護士よりご教示いただいた)。
- また、後日の紛争の火種となる事項を定款作成の時点から除去しておくことを徹底している旨の指摘にも研究会において接した(村中弁護士発言)。
- 39) 東京地判平成22年9月6日判タ1334号117頁。
- 40) 大阪地判平成24年6月29日判タ1390号309頁。
- 41) 永吉・前掲注) 29, 164頁。
- 42) もっとも、本稿Ⅱ2.等のように属人的定めが濫用されないような歯止めを予め組み込んでおくという実務も定着しつつある。
- 43) 鈴木=竹内・前掲注) 12参照。
- 44) 株主平等原則への復帰ということを強調する場合、例えばX'がY社入社時点でY社の最新の定款(すなわち株主C'について議決権が縮減されている内容の属人的定めが置かれていることを示す定款)を確認しなかったことについて、Y社に対する会社法上の制裁(過料)等で対応すべきものという理解の下で、C'・D'間の株式譲渡によるX'の議決権割合の低下については事前にX'が調査を尽くさなかったことから甘受すべきもの、という結論に至りやすいであろう。
- 45) もっとも、研究会において地裁商事部において、属人的定めに関する事案は一定数出現していることを指摘する発言(阿多弁護士)に接した。
- その意味で、属人的定めに関する事案は数の増加のみならず本稿のようないわば変形事例も今後出現するのではないかと考えている。
- 46) 定款自治の妥当する範囲を広く捉える見解に立つと、属人的定めが109条2項に列挙された事項以外にも、「属人的な権利の定めをなすことが可能な事項がある」(江頭・前掲注) 3, 136頁) とする解釈に至る。
- 47) 松尾健一『株式間の公平と定款自治』(有斐閣, 2010) 年110-114頁参照。また会社整備法10条, 42条8項参照。

(2021年11月19日掲載決定)