

## 論 説

# 株主平等原則と属人的定めの際界について

—— 2つの裁判例からの示唆 ——

鈴木 隆 元

## I はじめに

会社法（以下、会社法については条数のみ示す）109条1項は、「株式会社は、株主を、その有する株式の内容及び数に応じて、平等に取り扱わなければならない」と定め、いわゆる株主平等原則を明文化した。さらに、同条2項は、「前項の規定にかかわらず、公開会社でない株式会社<sup>(1)</sup>は、第百五条第一項各号に掲げる権利に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる」とし、有限会社法上許容されていた、いわゆる「属人的定め」<sup>(2)</sup>を非公開会社一般に許容する。

属人的定めは、従来の有限会社法の解釈論を基礎に、多様な実務の需要に応ずる必要がある<sup>(3)</sup>とされながらも、有限会社法下でもほとんど実務に浸透していなかったこともあって、これを用いてどんな内容まで規定できるのか、

(1) その発行する株式の全部の株式の内容として譲渡による当該株式の取得について株式会社の承認を要する旨の定款の定めを設けている株式会社のことである。2条5号参照。以下、「非公開会社」とする。

(2) 株主の個性に着目した定款の定めが許容されることから、属人的定めと呼ばれる。江頭憲治郎＝中村直人編著『論点体系会社法1』（第一法規、2012年）306頁〔鈴木隆元〕など。

(3) 酒巻俊雄＝龍田節編集代表『逐条解説会社法 第2巻 株式・1』（中央経済社、2008年）117頁〔森本滋〕。

確たる指針もなく困っているというのが実務の現状といわれる<sup>(4)</sup>。属人的定めは、種類株式とみなして会社法第二編および第五編の規定が適用される(109条3項)が、登記事項とされない(登記の規定は第七編に置かれる)ため、実例をほとんどどうかがい知ることができない。

そうした中、近時、属人的定め  
の効力について判示する裁判例が2例、現れた。東京地裁立川支部平成25年9月25日判決(金判1518号54頁)(以下、「平成25年東京地判」とする)と東京地裁平成27年9月7日判決(判時2286号122頁,判タ1422号371頁,金判1492号50頁,金法2041号88頁)(以下、「平成27年東京地判」とする)である。そこで以下では、平成25年東京地判および平成27年東京地判を紹介し、両判決が提示する課題、とりわけ属人的定め  
の限界を判定する判断基準、および109条1項と2項の関係について検討することとしたい。

## II 平成25年東京地判と平成27年東京地判

### 1 平成25年東京地判<sup>(5)</sup>

#### (1) 事案の概要

Y株式会社は、建築工事等を目的として平成7年に設立された非公開会社である。Y社は、平成24年9月4日、株主総会の議決権および剰余金の配当に関する株主ごとの異なる規定を新設する定款変更を行う旨の臨時株主総会決議(以下、「本件決議」という)をなした。本件決議当時のY社の発行済株式総数は6915株(うち自己株式が67株)であり、株主数は27名である。XはY社の設立当初から平成21年10月までY社の代表取締役を務めた。AはXの

(4) 行方國雄「閉鎖会社における種類株式及び属人的な定め  
の利用」岩原紳作=小松岳志編『会社法施行5年 理論と実務の現状と課題』(有斐閣,2011年)79頁。

(5) 本判決を検討する論稿として、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103頁(2015年)がある。評釈として、洪邦桓・ジュリスト1499号111頁,鳥山恭一・法学セミナー747号123頁,大塚和成・銀行法務21・817号69頁,中村康江・ジュリスト1518号(平成29年度重要判例解説)94頁,来住野究・明治学院大学法学研究105号215頁がある。

子であり平成16年6月から平成22年7月までY社の取締役を務めた。BはAの妻である。Cは平成23年10月、AからY社株式100株を譲り受けた。本件決議当時、Xは1010株(約14.7%。自己株式を除く保有割合である。以下同じ)、Aは424株(約6.2%)、Bは45株(約0.7%)、Cは100株(約1.5%)を保有していた(以下、X、A、BおよびCをまとめて「Xら」という)。

Dは、Y社の代表取締役であり、本件決議当時933株(13.6%)を、Dの兄E(Y社の創業者であり、平成20年12月24日までYの代表取締役)は3542株(約51.7%)を保有していた(以下、DおよびEをまとめて「Dら」という)。

Xは昭和60年ころ、仕事を通じてEと知り合い、Y社設立に当たり、Eの依頼により、XはY社株式33%を取得するとともに、取締役に就任した。Y社は、設立以降、順調に成長を遂げ、平成24年度には年商46億円を超えるまでになった。

AはY社退任後の平成22年10月、Y社と同業のF株式会社を設立し、Xも取締役になった(ただし、平成23年7月退任)。Xは、F社設立時のパーティーの際、Y社の執行役員、仕入先、関係者に対し、Aのことをよろしく頼む旨や、F社が受注した工事について今後仕事をしてもらいたい旨の発言をした。またF社のホームページに、Y社の施工した物件の写真がF社の施工したものとして掲載されていたことから、Y社は、公正取引委員会に対し、排除措置命令の申立てをなし、AおよびF社に対し、排除措置命令の申立てをした旨や引抜き行為を行わないよう強く警告する旨などが記載された内容証明郵便を送付した。

Y社は、敵対的な株主が存在すると、経営の意思統一が図られないばかりか、会社の存亡に関わりかねない状況になるとして、臨時株主総会が開催され、本件決議がなされた。本件決議の内容は、株主総会の議決権につきDが1株につき220個、Eが1株につき100個を有するなど、株主ごとに複数議決権の定め<sup>(6)</sup>を設け、剰余金の配当については、Xらは、Xらを除く株主の100

(6) より具体的には、Dが1株220個、Eが1株100個のほか、3名の株主が1株80個、16名の株主が1株50個、その他の株主(Xらを含む6名)が1株1個とされた。

943 株主平等原則と属人的定めの際界について

分の1とし、Xらを除く他の株主は、その持株数に応じた配当を受けるというものであった。本件決議に賛成したのは、株主27名中23名、議決権総数6484個中5269個（81.3%）であった。

Xは、本件決議は株主平等原則の趣旨に違反することなどを主張して、Y社に対し、主位的に本件決議の無効の確認を、予備的に本件決議の取消しを求めて訴えを提起した。

(2) 判 旨

本件決議は、…株主総会の議決権及び剰余金の配当を受ける権利に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨の定款変更を行うことを議案の一つとして行われたものであるから、同定款変更は、…109条2項の規定による属人的定めを利用して行われたものと認められる。

そして、…本件決議は、…309条4項所定の決議要件を満たしていることは明らかである。

…109条1項は、株式会社は、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わなければならないという株主平等原則を定め、同条2項は、同条1項の規定にかかわらず、非公開会社は、…105条1項各号に掲げる権利（剰余金の配当を受ける権利（同項1号）、残余財産の分配を受ける権利（同項2号）及び株主総会における議決権（同項3号））に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができるとし、属人的定めの際界について定めている。このような条文の文言及び位置関係に照らせば、属人的定めの際界は、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…109条1項が直接適用されることはないといわざるを得ない。

しかしながら、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、団体の構成員が平等の取扱いを受けるべきことは正義・衡平の理念を基礎として全ての団体に共通する原則であるから、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。そして、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、新株を引受ける者は差別的取扱いを前提に株式を取得するのに対し、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、自ずと限界があるものというべきである。

そうすると、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、新株を引受ける者は差別的取扱いを前提に株式を取得するのに対し、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、自ずと限界があるものというべきである。

…Y社が本件決議によって行った属人的定めは、その内容としての差別的取扱いが何ら合理的理由に基づくものとはいえず、かえって、…本件決議の結果、Xの持株比率は14.7パーセントから0.17パーセントにまで、…Aの持株比率は6.2パーセントから0.07パーセントにまでそれぞれ減少した一方で、Y社の代表取締役であるDの持株比率は13.6パーセントから34.17パーセントまで、Eの持株比率は51.7パーセントから58.97パーセントまでそれぞれ増加したことや、平成24年度の売上げが年商46億円にまで達し、将来的にも順調な増収が見込まれる状況の中でXらの剰余金の配当を受ける権利がその余の23名の株主の100分の1となったことが

## 941 株主平等原則と属人的定めの際界について

認められるのであって、これらの事情に照らせば、本件決議は、XらをY社の経営から実質的に排除し、Xらの財産的犠牲の下に、DらによるY社の経営支配を盤石ならしめる目的で行われたものであるといわざるを得ない。

そうすると、本件決議は、その目的において正当性を欠いており、株主平等原則の趣旨に違反するものというべきである。…

…Xは、本件決議の結果、一定の要件を具備することを前提に認められる株主の監督是正権を行使することができなくなり、また、株主としての財産権が大幅に制約されるに至ったものといえ、しかも、…これに対する経済的代償措置がY社によって講じられたことも窺われない。

そうすると、本件決議は、Xの基本的な権利を実質的に奪うものであり、Xに対する差別的取扱いが手段において相当性を欠いているものといわざるを得ず、この点においても、株主平等原則の趣旨に違反するものというべきである。

…以上によると、本件決議は、その目的の正当性及び手段の相当性が認められず、株主平等原則の趣旨に著しく違反する上、前記認定の株主平等原則違反の内容、程度に照らすと、多数決の濫用により少数株主であるXの株主としての基本的権利を実質的に奪うものであり、公序良俗にも違反というべきである。

そうすると、本件決議は、決議の内容自体が法令に違反するものとして無効であるというほかない。

## 2 平成27年東京地判<sup>(7)</sup>

### (1) 事案の概要

Y株式会社は、X株式会社の有する放射性物質の除染技術に係る特許およ

(7) 控訴審は東京高判平成28年2月10日金判1492号55頁。平成27年東京地判の評釈として、北村雅史・法学教室430号139頁、松嶋隆弘・税務事例48巻8号52頁、弥永真生・ジュリスト1496号2頁、武田典浩・法学新報123巻8号313頁、川島いづみ・私法判例リマークス54号86頁、木下崇・新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）20号147頁、尾形祥・金判1518号2頁、大島一輝・法学研究（慶應義塾大学）91巻3号99頁、松元暢子・ジュリスト1525号134頁がある。

びノウハウを事業化するため、平成24年12月、発行済株式総数200株すべてをX社が有する完全子会社として設立された。平成25年1月8日、X社とZ株式会社は、Z社が1億円を拠出し、Y社の株式400株を引き受け、X社が知的財産権の専用実施権を賦与すること等を内容とする基本合意書を締結、合意した(本件基本合意)。本件基本合意第6項には、「Y社の解散時における残余財産については、…金融資産全てをZ社が、金融資産以外の全ての財産をX社がそれぞれ配分を受ける」旨が定められていた。同月25日、Z社はその親会社A株式会社にY社株式300株を譲渡する際、X社、Y社、Z社およびA社は、基本合意を一部削除した上、これに変更がない旨の覚書を交わした。同月31日、Y社の株式1株を100株とする株式分割がなされ、同年2月26日、X社は保有するY社株式2万株のうち2000株をB株式会社に譲渡した。A社の有するY社株式については、同年9月24日までにすべてZ社に譲渡された。Y社は同年11月20日開催の株主総会において、X社が本件基本合意に基づく特許権の専用実施権を付与しなかったことから、Y社の事業遂行が不可能になったとして、Y社を解散する決議がされた。Y社の残余財産には金融資産以外の財産はなく、残余財産がZおよびBに29対1の割合で分配された。Xは、本件基本合意第6項は109条2項に違反し無効であるなどとして、持株数に応じた残余財産の分配等を求めて訴えを提起した。

## (2) 判 旨

…109条2項は、公開会社でない株式会社は、残余財産の分配を受ける権利(105条1項2号)に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる旨規定するが、その趣旨は、いわゆる閉鎖会社においては、株主の異動が乏しく、株主相互の関係が緊密であることが通常であることから、株主に着目して異なる取扱いを認めるニーズがあるとともに、これを認めることにより特段の不都合が生じることはないと考えられるためであると解される。もっとも、上記のような残余財産の分配を受ける権利に関する属人的な定めは、株主としての重要な権利に関わるものであるか

ら、その定めを創設又は変更するための定款変更決議については、総株主の半数以上かつ総株主の議決権の4分の3以上の多数によることが必要とされているものと解される。…

…Y社の設立、事業運営に当たってX社及びZ社が提供する財産の内容、性質が異なることを踏まえて、本件基本合意第6項において、Y社解散時における残余財産に関し、…金融資産とそれ以外に区別した上で、主に出資をしたZ社が前者の分配を受け、X社が後者の分配を受ける旨合意したものと認められ、その内容が特に不合理なものであるとは認められない。

…本件基本合意第6項は、残余財産の分配を受ける権利に関する事項について、株主ごとに異なる取扱いを行うものであるから、定款で定めることが必要であるが、その趣旨は、…特殊決議によることとして、特に少数派株主の利益保護を図ろうとしたものと解される。そうすると、残余財産の分配に関する属人的な定めについて、定款変更という形式がとられなくても、全株主が同意している場合などには、定款変更のための特殊決議があったものと同視することができるし、他に権利を害される株主がいないのであるから、…109条2項の趣旨に反するところはなく、有効であると解すべきである。(なお、このように解さないで、前記の属人的な定めについて、全株主が同意しているのに、定款変更という形式がとられなかったことのみをもって、その効力が否定されると解することは、禁反言の見地から相当でないと思われる。)

### 3 両判決の提示する問題

平成25年東京地判は、属人的定めを無効とする初めての裁判例である。平成25年東京地判・平成27年東京地判のいずれの事案においても、その属人的定めは、形式的には会社法の具体的強行規定に反せず、109条2項が許容するものである<sup>(8)</sup>。

両判決から抽出される検討課題として、第1に、属人的定めを設けるには、

(8) 複数議決権等、特定の株主の権利を持株割合以上に強化する内容の定めも、当然に無効と解する必要はない。江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』(有斐閣、2017年)134頁。

309条4項の特殊決議のみで足りるか(属人的定めを設ける手続きについて)、第2に、属人的定めに限界があり、株主平等原則の趣旨によって属人的定めの内容の適法性が判断されることの是非(属人的定め適法性判断基準はなにか)である。さらに、平成27年東京地判の事例は、株主間契約の事案であり、かつ属人的定めが設けられた後に株式が譲渡されていることが特徴的である。属人的定め運用に関する問題が検討課題となる。

### Ⅲ 株主平等原則と属人的定めとの関係

#### 1 属人的定め許容とその弊害

有限会社法は、議決権、利益配当、残余財産の分配について、出資口数比例を原則としつつも、定款による別段の定めを許容していた(有限会社法39条、44条、73条)。当時の通説的理解によれば、有限会社においては、「株主平等の原則」に対応する原則は存在せず、むしろ「定款自治の原則」が妥当すると解され、定款の定め制約として、定款の定めが、具体的な強行法規もしくは有限会社の本質に反し、または公序に違反するものであってはならず、かつ、社員の基本的な権利を奪うものであってはならないとされていた<sup>(9)</sup>。また、かかる定款に別段の定めをなす方法は、原始定款または総社員の同意を要するとされていた<sup>(10)</sup>。ただし、権限濫用に対する措置(831条1項3号に相当する規定)があることから、社員不平等の定めを設ける際には常に総社員の同意が必要と解する必要はないとし、社員の既存の持分内容の不利益変更の場合であっても、その定めにより不利益を受ける社員の同意があれば、

(9) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第4版〕』(有斐閣、2005年)125頁、川島いづみ「有限会社と定款」齊藤武=森淳二郎=上村達男編著『現代有限会社法の判例と理論』(晃洋書房、1994年)117-118頁、上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(14)』(有斐閣、1990年)377頁[実方謙二]。

(10) 川島・前掲注(9)122頁、実方・前掲注(9)376頁。また議決権につき、前掲注(9)『新版注釈会社法(14)』308頁[菱田政宏]、残余財産分配請求権につき、同書554頁[中西正明]。他方、同書344頁[龍田節]は、利益配当につき、出資口数の少ない社員にとくに不利益な扱いをしないかぎり、通常の定款変更の方法によることも許されるとする。

定款変更の方法により定めをなし得るとの見解も有力であった<sup>(11)</sup>。

立案担当官の説明によれば、109条2項は、非公開会社においては、株主の異動が乏しく、株主相互の関係が緊密であることが通常であることから、株主に着目して異なる取扱いを認めるニーズがあるとともに、これを認めることにより特段の不都合が生ずることはないと考えられるためこれを認めることとし、有限会社法において、社員に着目して異なる取扱いをすることも認められると解釈されていたところ、当該解釈の内容を規定したものとされる<sup>(12)</sup>。平成27年東京地判は109条2項の趣旨について、同旨を判示している。

しかし、109条2項の定める属人的定め  
の制度は、非公開会社における株主  
平等原則への全面挑戦という意義を  
持ちかねず、その運用によっては閉鎖  
会社における無秩序状況をも招きかね  
ないと指摘されている<sup>(13)</sup>。非公開  
会社にのみ認められるから、それが濫  
用的に用いられると、不利益を受ける  
株主は、その株式が譲渡制限株式  
であるがゆえに、その有する株式を  
他に譲渡して、会社から退出する機  
会が事実上存在しない。多数派株主  
からの抑圧が恒常的となり、少数派  
株主を経営に参与させない「飼い殺  
し」や、あるいは多数派が株式を第  
三者に譲渡して脱出する「置き去り  
」となりうる<sup>(14)</sup>。金銭的調整機能  
の規定が整備されている制度を用いた  
少数株主の締め出し<sup>(15)</sup>と比べ、は  
るかに深刻な事態である。そこで、  
属人的定めは、有限会社法の解釈と同  
様に、具体的な強行法規もしくは株  
式会社の本質に反し、または公序に  
反するものであってはならず、かつ、  
株主の基本的な権利を奪うものであ  
ってはならぬ

(11) 江頭・前掲注(9)148頁。

(12) 相澤哲編著『一問一答 新・会社法〔改訂版〕』（商事法務、2009年）56頁。

(13) 山下友信編『会社法コンメンタール3』（商事法務、2013年）158頁〔上村達男〕。「無秩序状況」への懸念は平成25年東京地判でも示されている。

(14) 田邊真敏『株主間契約と定款自治の法理』（九州大学出版会、2010年）332頁参照。これは種類株式制度の濫用と通底する問題である。鈴木隆元「公開会社でない株式会社における支配関係の多様化」臨床法務研究（岡山大学法科大学院）11号11頁（2011年）参照。

(15) 全部取得条項付種類株式（108条1項7号）につき172条、株式併合（180条）につき182条の4以下、特別支配株主の株式等売渡請求（179条以下）につき179条の8。不利益を受ける株主に差止請求権も認められる（171条の3、182条の3、179条の7）。

いとされる<sup>(16)</sup>。

## 2 属人的定めを設ける手続

109条2項の属人的定めを新設または変更する定款変更の方法は、それを廃止する場合を除き、「総株主の半数以上(これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合以上)であって、総株主の議決権の四分之三(これを上回る割合を定款で定めた場合にあっては、その割合)以上に当たる多数」による特殊決議を要する(309条4項)。これは有限会社の定款変更一般につき、「総社員ノ半数以上ニシテ総社員ノ議決権ノ四分ノ三以上ヲ有スル者ノ同意ヲ以テ之ヲ為ス」とする有限会社法48条1項の定めと同様である。

会社法における属人的定めの特許は、単純に有限会社法の規定をそのまま引き継いだもの<sup>(17)</sup>と理解すると、有限会社法上の解釈も引き継ぐことになり、総株主の同意もしくは不利益を受ける株主の同意が必要とも思われる。会社法の下でも、実質的な株主平等原則に照らし、定款変更の総会決議に加えて、その定めにより不利益を受ける株主全員の個別の同意がない場合には、定款のその属人的な定めは違法なものと解する見解がある<sup>(18)</sup>。しかし、109条2項の定めを新設する定款変更は、309条4項の特殊決議で足りると解するのが一般的である<sup>(19)</sup>。

平成25年東京地判・平成27年東京地判とも、一般的な理解に沿い、309条

(16) 江頭・前掲注(8)134-135頁注(10)。

(17) 清水・前掲注(5)105頁はこれに否定的である。

(18) 鳥山・前掲注(5)123頁。ただし、中村・前掲注(5)95頁、来住野・前掲注(5)232頁注(14)はこれを疑問とする。

(19) 江頭・前掲注(8)169頁、森本・前掲注(3)116頁。出口正義「株主の平等」江頭憲治郎＝門口正人編集代表『会社法体系2』(青林書院、2008年)47頁は、その定款の定めの新設・変更の方法(多数決)が有限会社法のもとの解釈(全員一致)と異なるという。森本滋「会社法の下における株主平等原則」商事法務1825号13頁注(43)(2008年)は、これが妥当かどうか検討の余地があるとする。なお、特例有限会社においては、特別決議の方法を定める309条2項が、会社法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律14条3項により、309条4項と同様の方法に読み替えられるが、特例有限会社の一般的な定款変更には、読み替えられた309条2項が適用され、同条4項は適用されない。

4項の特殊決議の要件を満たせば、属人的定めを設けることができることを前提にしている。平成27年東京地判は、309条4項の特殊決議が必要とされる理由を「株主としての重要な権利に関わるものであるから」と説明する。有限会社法の解釈において、属人的定めが総社員の同意を要する理由として、社員の基本的な権利の内容を変更することが挙げられており<sup>(20)</sup>、有限会社法の通常定款変更の方法と同一の要件を定める309条4項の方法で足りるというには、もう一段の説明があってもよさそうである。これについては、有限会社法の規定を株式会社に取り込む際、従来から株式会社認められてきた種類株式の方法とは異なり、「株主に着目して株主の基本的な権利の内容を変更する」から、株式会社の通常定款変更の方法である309条2項の特別決議では足りず、より厳格な309条4項の特殊決議を必要とするものとしたことであろう。属人的定めを用いることのできる対象が非公開会社一般に拡大されたことによる変容といえようか。

なお、株主全員の同意により同一種類の株式の一部を他種の株式に変更することができ<sup>(21)</sup>、事業承継のケースで広く用いられる手法となっているところ、社歴の長い閉鎖会社では、株式が分散し、しかも一部の株主が所在不明となっているため、株主全員の同意が得られないことから、この手法に代えて特殊決議による属人的定めが検討されることになるという実務からの指摘がある<sup>(22)</sup>。閉鎖的な会社における多様な需要に応えるという属人的定め趣旨からも、法文通り、特殊決議で足りると解される。

ただ、いかに厳格な決議要件が課されるとはいえ、多数決で可能とされたのでは、不利益を受ける株主の保護に欠けよう。属人的定めが設けられた後、これを変更するには、109条3項により種類株式とみなされているから、332条1項の種類株主総会（または116条の反対株主の株式買取請求権）の手続きが必要となるが、新設の際には、まだ種類株式とみなされていないから、

(20) 実方・前掲注(9)370頁。

(21) 豊田祐子「株式の種類とその発行手続」前掲注(19)『会社法体系2』94頁。

(22) 行方・前掲注(4)77-78頁。

(23) 鈴木・前掲注(14)8頁。

332条の適用はないと解される<sup>(23)</sup>。ただ、種類株主総会が必要だとしても、その種類株主総会を構成する種類株主のなかの少数派株主の保護には十分ではない<sup>(24)</sup>。属人的定めの内容は適法性の審査を受けるが、内容の適法性を積極的に裏付けるため、出口 (Exit) の権利が付与されることが重要と指摘される<sup>(25)</sup>。属人的定めの新設は既存株主の権利内容の変更であるから、内容の審査に加え、株主に会社から脱出し、それまで有していた株式の経済的価値の確保を認める株式買取請求権が肯定されるべきである。現行法上、属人的定めの新設に際し、116条の株式買取請求権が認められるとの指摘がある<sup>(26)</sup>が、116条の文言上、無理ではないか。現行法上は認められないとして立法化が提唱される<sup>(27)</sup>。現行法上、出口 (Exit) の権利を付与するには、あらかじめ107条1項2号の取得請求権を付すとか、156条以下の株主との合意による自己の株式の取得などによることとなろうが、実務上こうした手続きを適法に行うには、詳細な検討を踏まえた手順を詰めておく必要がある。退出を選択した株主の利益を一定の範囲で保障する<sup>(28)</sup>こともままならない。早急な立法措置が望まれる。

### 3 属人的定めの内容の適法性判断基準

(1) 平成25年東京地判は、属人的定めにも、株主平等原則の趣旨による規制が及ぶとする。これに対し、属人的定めの内容の適法性判断は、多数決濫用法理によりなされるべきとの主張がある<sup>(29)</sup>。株式の内容設計の制約原理となる「不合理な差別化」とは何かについて、「多数決の濫用」に当たるかどうか

(24) 株主総会の特別決議で足りる属人的定め廃止も含めて、種類株主総会が要求されるから、事後的な事情により必要に迫られても、その変更は困難であり、柔軟な運用に支障が出かねないという問題もある。

(25) 田邊・前掲注(14)332-333頁。

(26) 出口・前掲注(19)45頁。また大塚・前掲注(5)69頁。

(27) 伊勢田道仁「違法な属人的定めと少数株主の保護」法と政治67巻1号8-9頁、15頁(2016年)、来住野・前掲注(5)229-230頁、鈴木・前掲注(14)14頁注37。

(28) 最決平成23年4月19日民集65巻3号1311頁参照。

(29) 洪・前掲注(5)113-114頁。

をメルクマールとし、具体的には、①差別化を正当化するだけのニーズがあるか（必要性のテスト）、②差別化のニーズに照らして、不相当な制約になっていないか（相当性のテスト）が説かれている<sup>(30)</sup>。これを属人的定め of 適法性判定基準とするのである。

多数決の濫用は、831条1項3号の取消事由として制度化されている<sup>(31)</sup>。多数決濫用の瑕疵が非常に大きく民法1条等に違反するときには決議は無効と解するものがあるが、多数説とは言い難い<sup>(32)</sup>。平成25年東京地判は、本件決議の内容 of 法令違反として、株主平等原則 of 趣旨に反することに加え、多数決 of 濫用により少数株主であるXの株主としての基本的権利を実質的に奪うものであり、公序良俗にも違反するとしており、多数決濫用法理をも用いているように読める。

確かに、109条1項ないしその趣旨が、属人的定め to 及ばないと解すると、その内容 of 適法性審査の基準を多数決 of 濫用に求めるしかないこととなる。しかし、多数決 of 濫用により株主総会決議の内容が法令違反と判定される事例は乏しく、831条1項3号 of 取消事由が肯定された事例も少ない<sup>(33)</sup>。平成25年東京地判 of 事例のような属人的定めが違法であるという結論には、異論はないと思われる。無効とする根拠に多数決濫用 of 法理を用いることができるのは当然である。ただ、多数決濫用 of 法理のみではなく、これと並んで株主平等原則もあるといえないか。

(2) 平成25年東京地判は、109条1項・2項 of 条文 of 文言および位置関係に照

<sup>(30)</sup> 野村修也「株式 of 多様化とその制約原理」商事法務1775号33頁（2006年）。

<sup>(31)</sup> 平成25年東京地判 of 原告X社は、予備的主張として831条1項3号 of 取消事由を主張していた。平成25年東京地判 of 事案においては、この主張も認容されるであろう。高橋陽一「平成二九年度会社法関係重要判例 of 分析〔上〕」商事法務2176号5頁（2018年）。来住野・前掲注(5)226頁は取消にこそ親しむとする。また、江頭・前掲注(8)169頁注(3)参照。

<sup>(32)</sup> 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編集代表『新版注釈会社法(5)』（有斐閣、1986年）326頁〔岩原紳作〕、同書388-389頁〔小島孝〕参照。

<sup>(33)</sup> 認容事例として、大阪高判平成11年3月26日金判1065号8頁、浦和地判平成12年8月18日判時1735号133頁。ただ、不当な属人的定めを設ける決議については、831条1項3号 of 取消しは積極的に認められるべきである。鈴木・前掲注(4)6頁。

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109条1項が直接適用されることはないとする。これに対し、属人的定めを新設する際には、例外の対象者はおらず、現存する株主はその有する株式の内容に応じて扱われねばならないとして109条1項の株主平等原則が直接に適用されるべき局面であるとの指摘がある<sup>(34)</sup>。ただ、109条2項の明文文言は、1項の規定を適用除外しており、109条1項を文言通りに直接適用するのは困難とも思われる。これは、明文化された109条1項の例外とされる株式の内容設計に109条1項が適用されるかという議論、さらには、109条1項の規定の内容をどのように理解するかに関わる<sup>(35)</sup>。

立案担当官の説明によれば、株式の内容をどのように定めるかについては、109条1項の適用はないという<sup>(36)</sup>。これに対し、学説から、種類株式について定款自治を尊重する必要があるが、濫用を防止し公正を確保する必要があることから、株式の内容に関しても平等原則は及ぶとする解釈が有力である<sup>(37)</sup>。株式の内容についても株主平等の原則が制約原理として及ぶとすれば、不平等な取扱いが、不利益を受ける株主に明確かつ具体的に開示されるとともに、そのような取扱いが、必要であり、かつ相当性を有しているのかという基準が重要なものとなる<sup>(38)</sup>。あるいは目的の正当性、利用目的および種類株式制

(34) 中村・前掲注(5)95頁。

(35) 森本・前掲注(9)10頁は、属人的定めは種類株式制度の特則として理解されるべきとする。また同13頁注(43)は、不公正を除去するため、109条1項を適用すべき場合があらうと指摘する。

(36) 相澤哲＝葉玉匡美＝那谷大輔編著『論点解説 新・会社法 千問の道標』(商事法務、2006年) 108頁。

(37) 大杉謙一「新会社法における株主平等の原則」新堂幸司＝山下友信編『会社法と商事法務』(商事法務、2008年) 10頁、松尾健一『株主間の公平と定款自治』(有斐閣、2010年) 131頁。また森本・前掲注(9) 8-9 頁参照。木俣由美「株主平等の原則と株式平等の原則」川凜昇＝前田雅弘＝洲崎博史＝北村雅史編『企業法の課題と展望』(商事法務、2009年) 81-82頁は、109条1項の平等原則とは別の、従来からの「株主平等の原則」が、明文はないが、いまなお存在すると解するしかないという。高橋英治「日本法における株主平等原則の発展と課題」松本博之＝野田昌吾＝守矢健一編『法発展における法ドグマの意義』(信山社、2011年) 276頁は、旧来の平等原則の内容を会社法109条1項に可能な限り包摂して解釈するべきとする。

(38) 南保勝美「新会社法における株主平等原則の意義と機能」法律論叢79巻2・3号351-352頁(2007年)。

度の趣旨と株式の内容との間には合理的な関連性のあることが要求されるといわれる<sup>(39)</sup>。

学説上、109条1項は一般条項であるとの理解が示されてきている。出口正義教授からは、109条1項の明文化は、平等原則が種類株式ごとの持株数に比例した平等取扱いという純粹技術的・形式的・硬直的な原則に矮小化されかねず、その結果、定款自治の原則を画し、会社機関の専制・横暴から一般株主を保護するという正義・衡平の理念に基づく平等原則本来の機能が見失われる<sup>(40)</sup>。109条1項の規定は、資本団体および社団としての株式会社の本質に照らして、株式会社が、株主を、株式の内容および数に応じて平等に取り扱うならば、平等原則（恣意的差別の禁止）に反しないことを一般的に宣言した規定と解するのが妥当であるとされる<sup>(41)</sup>。森本滋教授からは、109条1項は、信義則や権利濫用と同様の一般原則ないし一般条項として株主平等原則を定めるにすぎず、同条項において重要なことは、恣意的差別ないし不合理な差別を禁止することであると指摘される<sup>(42)</sup>。

平成25年東京地判は「株主平等原則の趣旨による規制が及ぶ」とするが、その根拠は、278条2項を拠り所とするブルドックソース事件の最高裁決定<sup>(43)</sup>とは異なり、「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」ことから導く。個別規定の背後の理念を用いて個別規定の規制が及ぶという論法は、かなり大胆にも思われる。しかし、つとに株主平等原則は支配株主等一部株主による専断的な会社支配に対する牽制として、閉鎖的株式会社にも妥当する原則であると指摘されている<sup>(44)</sup>。109条1項により、株式会

(39) 松尾・前掲注③7131頁。

(40) 出口・前掲注①936頁。

(41) 出口・前掲注①951頁。

(42) 森本滋「株主平等原則の理念的意義と現実的機能」民商法雑誌141巻3号307頁（2009年）。村田敏一「会社法における株主平等原則（109条1項）の意義と解釈」立命館法学316号431頁（2007年）は、109条1項には、個別条項に対する包括規定としての側面と（厳格ではなく合理性が挙証されれば例外が認められる）固有の適用範疇としての側面が包含されると指摘する。

(43) 最決平成19年8月7日民集61巻5号2215頁。

(44) 上村・前掲注⑬158頁。南保・前掲注③8352頁は属人的定めは平等原則違反がありうる

社における正義・衡平の理念の一般条項としての明文根拠が与えられたととらえる<sup>(45)</sup>と、属人的定めへの109条1項の株主平等原則の適用を無理なく説明することができる<sup>(46)</sup>。そうすると、109条2項に基づく属人的定めに関しても、株式の内容の平等原則による適法性審査と同様、その必要性、および目的と内容の合理的関連性につき、厳格に審査されなければならない<sup>(47)</sup>。これら学説や平成25年東京地判が示した判断基準は、属人的定め限界として説かれていた、「具体的な強行法規もしくは株式会社の本質に反し、または公序に反するものであってはならず、かつ、株主の基本的な権利を奪うものであってはならない」という解釈論を敷衍明確化するものといえる。

(3) 加えて、属人的定めの内容の適法性判断には、105条1項も一定の役割を果たすと考えられる。すなわち、株主の三大権利（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、株主総会の議決権）が105条1項各号において明文化された意義として、従来不文の会社法上の根本原理とされてきた株主の固有権を明文化することにあるといわれる<sup>(48)</sup>。105条2項は、剰余金の配当を受ける権利および残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の定款の定めは、その効力を有しないとす。105条2項は、属人的定めや種類株式の内容を制約する強行規定であるが、2項はもともと会社の営利性を表す意義も込められている<sup>(49)</sup>。強行規定としての105条2項の意義はその程度のものにすぎず、105条2項に反しない限り、株主の三大権利の差別化は任意と解することは妥当ではない。105条1項は、固有権を規定する一般条項と

---

ことを指摘する。

(45) 田邊・前掲注(4)336-338頁。立法者の意識としては株主権の内容についての定款自治を大幅に認めたことの抑止力として株主平等原則を意識していたとの推察は十分に成り立つと指摘する。

(46) ただ、文言上、109条2項は同条1項の特別規定であるから、1項を適用するために、裁判所としては、109条1項の「趣旨」を適用すると表現することは致し方なからう。

(47) 伊勢田・前掲注(2)75頁。上村・前掲注(13)158頁からは、そうした規定の正当化事由の立証責任をそうした規定を設けた者に対して課するという法効果があることとなる。

(48) 前掲注(3)『逐条解説会社法 第2巻 株式・1』30頁〔森淳二郎〕。

(49) 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22頁（2006年）。

して、株主の三大権利を、形式上はもとより、「実質的に」奪う内容の定款規定は、一般条項としての109条1項の株主平等原則とあいまって、必要性和相当性の厳格な審査を受けるべきことを要請する規定とみるべきであろう<sup>(50)</sup>。

#### IV 属人的定めの際用について

次に、平成27年東京地判が示唆する問題を若干指摘しておきたい。まず、平成27年東京地判は、全株主の同意をもって309条4項の特殊決議があったものと同視できるという。役員報酬につき、全株主の同意が株主総会の決議に代わるとする判例<sup>(51)</sup>などと親和的である<sup>(52)</sup>。属人的定めを設ける手続きに株主全員の同意を要求する立場からでも有効となろうし、特殊決議で足りるとの一般的な理解からすればなおさらである<sup>(53)</sup>。

本件基本合意第6項の内容は、知恵を出すX社と資金を出すZ社に応じて、相応する残余財産の分配を受ける権利とするものであり、合理的理由に基づく、相当な程度の差別化であり、適法である<sup>(54)</sup>。

もっとも、平成27年東京地判の事案は、特殊決議の成立と同視できるとするのみで、定款が変更されたと認定されたわけではない<sup>(55)</sup>。ここでは、残余財産の分配に関する属人的定めにつき株主全員の合意がなされた後に、X社からB社に株式が譲渡されており、かつB社に属人的定めを適用せずに残余財産の分配がなされている。平成27年東京地判は、B社について属人的定め

(50) 上村・前掲注(3)34頁は、105条1項が定める株式の標準型からの離脱については、標準型を覆すに足りる合理的理由の存在を常に要求すべきと指摘する。また、森・前掲注(4)31頁参照。

(51) 最判平成15年2月21日金判1180号29頁、金法1681号31頁。

(52) 北村・前掲注(7)139頁、武田・前掲注(7)321頁など。

(53) また、株式の内容に取得条項を付する際に、より一層厳格な手続きとして株主全員の同意を要する110条に照らしても首肯できよう。

(54) 北村・前掲注(7)139頁、武田・前掲注(7)321頁、尾杉・前掲注(7)5頁、松嶋・前掲注(7)136頁。

(55) 松嶋・前掲注(7)136頁。

がないものと扱った上で、それ以外の株主と会社との関係において、属人的定めが有効なものと判示したことになる。これは109条2項の規整とは異なる<sup>(56)</sup>。定款規定ではなく、株主間契約であることが根拠であろうが、結果として、属人的定めに関する株主間契約を有効と認め、しかも会社との関係でも有効と解したことになる<sup>(57)</sup>。結論の妥当性は肯定される<sup>(58)</sup>だろうが、属人的定めに関する株主間契約が、会社との関係でも有効と認められる事例が現れたことは、株主間契約の効力に関するさらなる考察の必要性を示唆する。

いま一つの示唆は、定款変更により属人的定めが設けられた後に、株主の異動があった場合の定款規定の効力の問題である。仮に本件基本合意第6項が定款に規定されたとしたら、残余財産の分配はどうか。この定款規定に従えば、X社（金融資産以外の財産）およびZ社（金融資産）のみが残余財産分配を受けることができ、X社から株式を譲り受けたB社は、残余財産の分配を受けることができないという結論となるのが論理的とされる<sup>(59)</sup>。X社から株式を譲り受けたB社は、譲受けにより残余財産の分配を受ける権利のない株主となる。このように、株主を特定する属人的定めがあるとき、その特定の株主の株式が、他に移転すると、株式取得者には、属人的定め効力は及ばない。Z社が持株を全部譲渡したら、Z社が金融資産にかかる残余財産分配を受けることができるという属人的定めであるから、廃止する定款変更手続きがなくても、定款規定は効力を失うと解するのが妥当と思われる。株式の譲渡が、株式の内容の変更をもたらす。持株の全部の譲渡か一部の譲渡かでも、株式の内容変更につき異なる結果となる。属人的定めは種類株式とみなされているが、譲渡等による株式の移転による株主の権利内容の変更があっても、定款変更ではないため、332条の種類株主総会は課されない。必

<sup>56</sup> 北村・前掲注(7)139頁。

<sup>57</sup> 松嶋・前掲注(7)137頁は、株主間契約に拘束されない株主が登場した場合には、会社に対する関係では有効と解すべきでなかったとする。

<sup>58</sup> 川島・前掲注(7)88頁、弥永・前掲注(7)3頁参照。

<sup>59</sup> 弥永・前掲注(7)3頁。Z社もいったんは持株全部をA社に譲渡したとの事実認定もある。

要性がある場合、相当な内容の属人的定めを設けたとき、一部の株主の意思で、属人的定めの内容を、不利益を受ける株主の同意なく変更できることとなりかねない。譲渡制限株式のみの会社であるとしても、予期しがたい株主の異動はありうる。属人的定めは、属人的であるがゆえに、その設計に当たっては、条件設定や効力喪失規定等をも含めた、周知な規定内容の精査を要することとなる<sup>(60)</sup>。

## V おわりに

平成25年東京地判の事例は、属人的定め  
の許容により懸念される弊害が顕  
在化した例であり、平成27年東京地判の事例は、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。弊害が顕在化することにより損害を受ける少数株主の救済<sup>(61)</sup>や、属人的定めを設けた後の定款規定の運用に関する問題は、なお考察を重ねる必要がある。本来的には株主間契約に類する事項を、109条2項により定款に定めを置く仕組みとし、さらに同条3項がこれを種類株式とみなすこととした法制度が、種類株式制度との整合性を含め、株主の個性に着目した取扱いのニーズに応えるものとなっているか、属人的定め  
の制度枠組みの総合的検証も必要であろう。いずれも今後の課題としたい。

(60) 中小企業庁『事業承継ガイドライン』(2016年12月) 68頁では、属人的定めが、近年、認知症等により現経営者の判断能力が低下した場合への対応策としても注目されているとされ、会社の意思決定に空白期間が生ずることを防止するため、例えば株式の大半を後継者に生前贈与し、先代経営者は1株だけ保有している状態において、先代経営者が株主である限りは議決権を100個とする、としておき、さらに「(先代経営者)が医師の診断により認知症と診断された場合においては、議決権は1個となる」旨を定める手法が紹介されている。

(61) 伊勢田・前掲注⑦ 1頁以下が、つとにこの問題を指摘し、損害賠償請求について考察している。

[追記] 校正作業中、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」尾崎安央＝川島いづみ＝若林泰伸編『公開会社法と資本市場の法理』(商事法務、2019年) 137頁以下に接した。