

## 株式の「属人的定め」の準則について

若 色 敦 子

## 一 問題の所在

会社法一〇九条二項は、いわゆる「属人的定め」を規定する。すなわち、非公開会社においては、議決権・剰余金配当・残余財産分配に関し、株主毎に異なる定めを定款で規定することができる。この定めは、既発行株式の一部についての内容変更を多数決で行うことができるものである（頭数多数および圧倒的多数決を要求する特殊決議ではあるが）。少数株主は、その変更で不利益を被る場合であっても、これを止める方法はなく、不利益を甘受する代償もなく、会社からの退出手段も保証されない。この規定は、旧有限会社法から引き継がれたものと説明されているが、後述するように、実質的にはおよそ異質なものとなっている。

この規定を形式的に遵守すれば事足りると解釈するならば、特殊決議を採りうる数の多数株主は、少数株主の議

決権や配当請求権等を、ゼロにさえならなければ、ぎりぎりまで取り上げても適法ということになる。このような濫用があり得ることは、会社法制定時から指摘されていたことであり、現実には、絵に描いたような濫用事例も現れている。

このような濫用的な定款変更は効力を否定されるべきだが、そもそも、「属人的定め」は株主を差別的に扱うことを許容する規定なのである。では、どの程度の差別が許容範囲なのか。それとも程度ではなく質の問題なのか。本稿は、「属人的定め」の意義とその準則について考察する。

## 二 旧有限会社法と会社法との比較

### (一) 会社法制定前の規定と解釈

旧有限会社法は、原則として社員総会の議決権を出資一口に一個とし「定款ヲ以テ議決権ノ数又ハ議決権ヲ行使スルコトヲ得ベキ事項ニ付別段ノ定ヲ為スコトヲ妨グズ」とする(三九条)。利益配当・残余財産分配についても同様に規定する(四四条・七三条)<sup>1)</sup>。

「別段の定め」の内容について、法は特に限定していない。「別段の定め」を、持分の属性として(種類株式のように)規定すべきか、属人的に規定すべきかについても条文上は明確でなかったが、通説は、属人的と解釈していた。内容については、議決権では、頭数多数決や議決権の通減など、人的会社に近づけるような規定ができることには異論がなかった<sup>2)</sup>。複数議決権を認める一方、無議決権またはそれに等しい規定は認められないとするのが多数説だった。また、この規定は、原始定款に置くか、総社員の同意により定款変更されなければならないとするのが

通説だった。<sup>3)</sup>

ところで、改正前商法でも、株式会社では種類株式の発行が認められていたが、これは新株発行によらなければならず、既発行株式の内容を変更することは想定されていなかった（当然、既発行株式の一部の変更も株主平等原則から認められないことになる）。

しかし、昭和五〇年四月三〇日民事局長回答は、既発行の普通株式の一部を優先株式に変更する件について、「会社と変更する株式を有する株主との合意および他の普通株主全員の同意があれば足り」とした。この理由としては、株主平等原則は「専ら株主間の衡平を目的とするものであって、公益に出づるものではないところから」その違反が「特定の株主の利益の侵害に関する場合には、その株主の同意によって」違反の瑕疵は治癒される、と説明されている。<sup>4)</sup>

## (二) 立法趣旨への疑問と実務界の反応

会社法一〇九条二項は、旧有限会社法の規定と異なり、「株主ごとに異なる取り扱い」と属人的定めであることを明記し、その内容は一〇五条一項各号の権利に限定した（ただし剰余金配当と残余財産分配の全部を奪うことは認められない、一〇五条三項）。この部分は、旧有限会社法の「特段の定め」を、当時の通説と同様の見解で明文化したと考えられる。しかし、この規定を新設するための定款変更手続については、よく言えば簡易化、悪く言えば少数株主を切り捨てる方向で立法された。すなわち、三〇九条四項の特殊決議（総株主数の過半数かつ総議決権数の四分の三以上）で足りるとしたものである。

およそ既存の権利内容を不利益に変更する場合には、既得権尊重の建前から、不利益を被る者の承諾が必要で

ある。それゆえ有限会社法下の通説はかかる定款変更について全員一致を要求するとしていた。前述(一)の昭和五〇年民事局回答も同様である。しかし、会社法はこれを要件としていない。いかなる理由によるものなのか。

これと比較しうる規定として、やはり会社法で新設された、一〇八条二項七号の全部取得条項付種類株式がある。多数決で既発行株式を他の株式に変更するものであり、また、実質的に既発行株式の一部の内容を変更する設計が可能である。これも承諾なしに不利益変更を可能とする制度とも言える。しかし、発行(≡既発行株式の内容変更)に際しては種類株主総会の承認が必要であり(一一一条二項、普通株式しか発行していない場合には株主総会と同じメンバーだが)、取得には持株数に応じて対価が支払われる(二七一条一項一号、同二項)。また、定款変更・全部取得の各株主総会決議に際しては反対株主の株式買取請求権があり(一一六条、一七二条)、手続に法令違反等があつて株主が不利益を被る場合には差止請求も可能である(平成二六年改正による一七一条の三)。この制度は、企業再生のために必要性が高かつた(商法下でもいわゆる「一〇〇%減資」として行われていたが手続が複雑だつた)。次元の違う問題を安易に比較衡量すべきではないが、少数株主に対し上述の手当があることも考え合わせると、政策的見地から、既得権の尊重が後退することもやむを得ない場面であつたとも納得しうる。

しかし、「属人的定め」はこれとかなり事情が異なる。まず、この制度の新設の際に種類株主総会の承認はありえず(種類株主がまだ存在していないから)、反対株主の株式買取請求権の規定もない。少数株主は不利益変更を甘受するしかなく、その対価もない。有限会社法の通説のように総株主の合意とせず特殊決議とした理由としては、株式会社では株式が広範囲に分布するため、所在不明株主などの問題が起きることが指摘されている。<sup>5)</sup>

では、このように少数株主に不利益を及ぼしてもやむを得ないほどの政策的必要があつたか。立法担当者は「公開会社でない会社」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、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：現行有限会社法において、社員に着目して異なる取扱いがすることも認められると解釈されているところ：当該解釈の内容を規定したものである。」と説明する。<sup>6)</sup>しかし、有限会社法のこの規定は現実にはほとんど利用されていなかったようであり、実務界からは、そもそも必要性も薄かったと指摘されている。<sup>7)</sup>この制度を、特例有限会社だけに（既得権として）認めるのではなく、非公開株式会社一般に認める必要があったかどうかについては疑問もないではない。属人的定めは「公開会社でない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態をも招きかねない。」<sup>8)</sup>という指摘もある。

他方、実務界では、会社法以前から、ベンチャーキャピタルと会社との間で特別の合意を認める必要性が指摘されていた。<sup>9)</sup>会社法制定後は、中小企業にこの制度を積極的に勧める動きもあり、<sup>10)</sup>ベンチャーキャピタル投資について少数ながら実例があることも紹介されている。<sup>11)</sup>せつかくの立法であれば活用されるに越したことはない。しかし、前述のように、この制度は特殊決議を実現できる多数派株主が存在する場合、濫用が容易となる。これをどのよう回避ないし修正するかがこの制度の最大の課題であろう。

### 三 東京地裁立川支部平成二五年判決

予想通りというべきか、近年、濫用を絵に描いたような事件が争われた。東京地判立川支部平成二五年九月二五日（金融商事判例一五一八号五四頁）である。以下、紹介する。

事実の概要は以下の通りである。被告会社（当初は有限会社）は、乙山と甲野（原告）らによって創業された建

設業者である。当初、原告は被告の発行済株式総数の約三三%を有していた。乙山は被告の代表取締役、原告およびその実子甲野夏郎は取締役であった。夏郎は被告を退任した直後、被告と同業のA社を設立して取締役となり、原告も一時A社の取締役であった。被告は、このことと、A社のウェブサイトに被告からの盗用があること、原告がA社のために被告の顧客等に働きかけたこと、原告が被告に対し会計帳簿閲覧等の仮処分を申し立てたこと、などを理由に、原告らは「敵対的株主」であるから、被告の防衛のためとして、次の決議目録の通り、各株主について属人的に定める本件定款変更決議を行った。(割注筆者、引用元は横書)

## 決議目録

### 第1号議案 定款一部変更の件

議案の内容は下記に記載のとおり。

### 現行定款 変更案

#### (新設)

(株主総会の議決権に関する株主ごとの異なる規定)

第15条の2 本定款の他の規定に関わらず、株主乙山竹彦(現、代表取締役、松夫の弟)は株式1株につき220個の議決権を有する。株主乙山松夫(創業時、前代表取締役)は株式1株につき100個の議決権を有する。株主S、同J並びに同Rは株式1株につき80個の議決権を有する。株主乙山梅樹、同乙山花子、同乙山月子、同C、同D、同E、同F、同G、同H、同I、同K、同L、同M、同N、同Q並びに同Tは株式1株につき50個の議決権を有する。その他のすべての株主は株式1株につき1株の議決権を有する。

(新設) (剰余金の配当に関する株主ごとの異なる規定)

- 第34条の2 本定款の他の規定にかかわらず、当社が剰余金の配当を行う場合は、株主甲野春夫原告、同甲野夏郎、同甲野秋子並びに同丙川冬助に対し、その有する1株につき、その他の株主の1株につきする剰余金の配当額に100分の1の割合を乗じて得られる額の剰余金の配当をするものとする。
2. 剰余金の配当は、株主甲野春夫、同甲野夏郎、同甲野秋子並びに同丙川冬助以外の株主についてはその有する株式数に応じた配当を受けるものとする。

この定めにより、甲野らの議決権は、変更前が全議決権の約二一・五%であったところ、変更後は約〇・五%となり、乙山らの議決権は、同じく変更前が約六九・二%、変更後が約九五・三七%となった。甲野らはこの株主総会決議の無効を主張して訴えを提起した。

東京地裁立川支部は、この株主総会決議は株主平等原則の趣旨に反し、多数決の濫用であり、公序良俗違反でもあるとして本件決議を無効とした。判決要旨は以下の通りである。

まず、属人的定め の制度は株主平等原則の例外であり、同制度について同法一〇九条一項が直接適用されることはないしながら、「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 の制度は、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は、株主の置かれていた利益状況は質的に異なること（前者の場合では、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、後者の場合では、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、属人的定めの制度についても株主平等原則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な理由に基づかず、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實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、無効になると判断した（傍線筆者）。

そして、上記の基準に照らせば、①本件の差別的取扱いには合理的な理由がなく、②目的の正当性を欠き、③「原告は、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」こと、これに対する経済的代償措置も講じられていないことから、本件決議は、原告の基本的な権利を實質的に奪うものであり、手段の相当性も欠くとした。結論として、「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原告の株主としての基本的権利を實質的に奪うものであり、公序良俗にも違反するというべきである」と判断する。

本判決は最高裁平成一九年八月七日決定（ブルドックス事件）を強く意識した内容となっている。事案は要するに、多数派である被告らが、少数派である原告らによる競業類似の行為ないし少数株主権の行使等を会社に敵するものにとらえ、原告らを実質的に経営への関与からも利益の配分からも排除しようとするものである。被告の意図としては、この事件を「敵対的株主の排除」という構図にしてしまえば、ブルドックス事件の趣旨から勝訴できると踏んだものであろう。つまり、同決定によれば、敵対的買収防衛策の必要性は、株主が決定すべきなのであり、その決定は多数決によらざるを得ないところ、「属人的定め」は、圧倒的多数を要求する三〇九条四項の特殊決議で決定されるものであるから、必要性が認められることになるのだと。

しかし、本判決は、被告の主張する「敵対的株主」である理由をことごとく排斥した。仮に企業防衛の見地が考慮されたとしても、ブルドックス事件とは事例が異なると判断したのであろう（この差異については後述する）、同じく「株主平等原則の趣旨」を基準としながら、本件属人的定め株主総会決議はこれに著しく違反するゆえに無効と判断した。

本件判決の評釈は、おおむね判旨の結論には賛成していると思われるが、株主平等原則「の趣旨」といういささか歯切れの悪い表現への疑問、あるいは多数決の濫用の法理で解決されるべきではないか、といった批判がある。<sup>14</sup>この批判の背景には、「株主平等原則」が何を意味するのかという会社法以前からの問題がある。また、多数決の濫用（八三一条一項三号）については、原告が八三〇条で争ったのだから裁判所としては仕様もないのだが、それを別にしても、「属人的定め」の濫用防止としては不完全な部分があると思う。いずれも次章で述べる。

#### 四 「属人的定め」の準則への手がかり

##### (一) 会社法一〇九条一項と株主平等原則

株主平等原則とは何かという問題は商法制定前から—そんな法理は存在しないまたは不要であるとする見解も含め—議論されてきたところ、会社法が一〇九条一項を新設したことで、この条文がすなわち「株主平等原則」の内容なのか、その一部に過ぎないのか、ということが重ねて争われることになった。その論争に参加することはここでは避けるが、多数説は、一〇九条一項は株主平等原則の一部（ないし株式の画一性）を確認するに過ぎず、不文律の「株主平等原則」はなお別に存在する、と理解するようである。<sup>15</sup> そう理解すれば、「属人的定め」にある「前項の規定にかかわらず」という文言は、株主平等原則の例外という意味を持つものではなく（同一株式同一内容の例外に過ぎない）、「属人的定め」にも株主平等原則は適用されることとなる。

ところで、そもそも、資本多数決制度を採りながら「株主の平等」を言うのは矛盾ではないか。この点について、かつては、株主平等原則は資本多数決の修正—多数決の濫用の防止または少数株主保護—の法理であると説明されることが多かった。たとえば次のような説明がある。<sup>16</sup> すなわち、株主平等原則は、人の団体一般に共通する、団体の構成員の平等原則から発するものである。とは言え、現実には意思決定を常に全員一致で行うことは困難だから、多数決を採らなければならない。株式会社では「資本多数決」によって平等原則はより希釈される。しかし、「その決定そのものには従わざるをえない」としても、他の何らかの局面において何らかの方法による、少数派の保護が考えられなければならないはずであり<sup>17</sup>、株主平等原則はそのためにある。そして、これを解釈することは「企業家的意思決定における多数決それ自体ならびにその結果への、所有全体としての一応の承認を所与の前提としつつ、

その上で少数派の所有による経営のコントロールへの参加の方策を、いわば経営の監視監督といった次元で考えていくことである、ということができようであろう。<sup>18)</sup>

株主平等原則が、少数派株主による経営への関与を認める根拠であるとすれば、そして、属人的定めにも株主平等原則が適用されるとすれば、結果として少数株主権を排除するレベルの差別は認められない、という一つの限界が見えてくる。

## (二) 株主平等原則の拡張

前述のような伝統的な説明にもかかわらず、株主平等原則が論じられる場面は「多数派株主の濫用」に限らない。その典型である株主優待制度は、業務執行者による株主の差別的取扱である。この問題では、先例・学説により「(個人株主の投資促進等の)合理的な目的」および内容に「相当性」がある場合には違法ではない、との準則が整理されたと言えよう。<sup>19)</sup>ここでは、株主による承認は問題となっていない。

もう一つの場面は、業務執行者と株主の利害対立が問題となる買収防衛策である。新株予約権の差別的取扱が争点となったブルドックソース事件は、株主の大多数、差別を受けない、側のほぼ全員の賛成が差別的取扱のエクスキューズとなる、という特異な事例であった。買収防衛策では、(株主の利益を無視した)業務執行者の保身目的ではなく、会社全体の利益保護が目的であれば適法となるのだから、株主総会が(多数決で)承認したことがいわば違法性を阻却する、という説明は一応説得的であると思う。しかし、株主平等原則の適用を避ける説明としては、特に多数決の濫用を抑制する機能ということを考えると、つまりは差別する側が差別を認めたのだから差別してもよい、という循環論法ではないか、という違和感がぬぐえない。最高裁決定は、株主平等原則そのものではなく「趣

旨」を基準とすることでこの問題を迂回し、差別される側の胡散臭さ―主要目的のルール例外としてライブドア事件で例示された悪質な買収者には該当しないにしても―を指摘することで（排除されても仕方がない株主であったと）正当性を補強しているようではあるが、この決定には批判も多い。<sup>22</sup>原則そのものであれ「趣旨」であれ、この決定により「株主平等原則」の意味は大きく書きかえられてしまった。

### （三）非公開「株式会社」における属人的定め意義

前記（二）の場面は、いずれも原則として平等な取扱が要求され、例外的に差別が認められる基準を問うものである。これに対し、属人的定めは会社法が明文で差別を認めるものである。由来としては、定款自治が強く認められていた有限会社の制度である。株主平等原則はなじまないのではないか、という疑問がある。他方、およそ株式会社である以上、非公開株式会社であっても株主平等原則の支配下であり、属人的定めが例外である、とも考えられる。後者によれば、先の二つの例と同様の基準を持ち込むことにも合理性はある。この規定はどんな立ち位置なのか。

有限会社を株式会社に統合したのだから仕方がないとは言え、有限責任を享受しただけの人的色彩が強い小規模の会社（メンバー数も制限されている）についての規定を、株式会社に放り込んだのはかなり乱暴だったのではないかとも思われる。<sup>23</sup>

有限会社法の議決権や利益配当についての「別段の定め」は、もつぱら、頭数多数決、議決権数の通減など資本多数決の修正Ⅱ人的会社に近づけることを想定していたとされる。有限会社は、人的関係が強く閉鎖的でしかし有限責任は享受したい、という要望に応じて工夫された人工的な産物であることから当然かも知れない。複数議

決権等についても議論はされてきたことは前述した。いずれにしても実例はほとんど見られなかったという。

会社法下では、有限責任を享受できる人的色彩が強い会社、という要望は、合同会社で実現できる（役員）「取締役」といった見栄えのする役職名を使えないという世間的な不都合を考えなければ）。特例有限会社以外の「公開会社ではない会社」は、株式会社たることを自覚して有限会社的な発想から脱却すべきなのかも知れない。

では、持分会社とも旧有限会社とも異なる株式会社の本質とは何かというと、譲渡のために均質化された（金融商品としての側面を持つ）株式と、それを前提とする株主平等原則を挙げなければならないと思う。株式の内容として定めるべき権利をメンバーに紐付けることは、株式会社には本来そぐわないものであり、例外として必要性が高い場合にのみ認めるべきではないだろうか。平成二五年東京地判は「属人的定め」の準則として、目的の正当性と手段の相当性を挙げるが、導入の「必要性」を加えるべきではないかと考える。

#### （四）導入の必要性と対価

前記（二）のような事例を考慮に入れて、株主平等原則の意義を、多数決の濫用から少数株主を保護する機能に限定せず、「株主の会社に対する持分という財産権ないし経済的利益を保護するもの、あるいは株主・投資家がある合理的期待を保護するものとして理解すべきである」とする見解<sup>24</sup>が現れている。論者は「株主の権利・合理的期待への侵害が比較的大きな局面においては差別的取り扱いについての高度な正当化事由が必要となり、株主の権利・期待との関連が周縁的な局面においては正当化事由はさほどの高度なものでなくても良い」として、株主間の差別的取り扱いは「その目的が正当であり、その手段が相当である場合に限り許容される、と表現しておけば足りる」とする<sup>25</sup>。私見は、この見解に賛同し、「属人的定め」はまさに株主の権利・合理的期待への侵害が著しい局面

であるから、高度な正当化事由を要するのであり、(三)で述べた必要性を要件に含むべきであると考えられる。

「属人的定め」の内容には、剰余金配当および残余財産分配といういわゆる自益権と、議決権(に由来する共益権)とがあるが、この二つは区別すべきか。この点について、「自益権は『株主の持分権を確保するための厳格な株主平等原則』適用事例であるが、議決権は、手段的な権利であり、また共益権として自益権と異なる法的性質が認められる。このため、現在では、両者を区別して議論する必要があると考えられる見解がある。<sup>26)</sup>

株主の権利の価値あるいはそれにかかわる「合理的期待」を評価することは容易ではないが、少なくとも自益権は、最終的には金銭に還元できる問題ではないかと思う。剰余金配当ないし残余財産分配については、したがって、不利益を被る側の株主に適切な対価を与えることで「相当性」要件を充足しうる可能性がある。たとえば、存続期間を決めた合弁会社などで、株主の一部は各期ごとの剰余金配当は受け取らない代わりに残余財産分配を手厚くするといった定めは相当性を満たすことになる(この場合は、不利益を受けるとしても本人が同意しているという理由の方が適切かも知れない)。

しかし、一般論としては、現行法には、属人的定めに関して不利益を被る側に何らかの対価を支払うシステムがない。一〇九条三項により一〇九条二項も適用して、反対株主の株式買取請求権を認めるという解釈もあるか<sup>27)</sup>(一〇九条一項の各号を例示として一〇九条二項も含める意味かと推測される)、種類株式に関する規定は厳格に解釈すべきであるとの見地からは、このように拡張して解釈するのは難しいのではないか。現行法で、株式買取請求権類似の方法を取るとすれば、たとえば、属人的定め決議と同時に、不利益を被る株主について特定株主からの株式買取を決議しておく(一六〇条)という手段も考えられるが、この決議には当該特定株主<sup>28)</sup>不利益を被る株主が参加できず(同四項)、適切な対価を得ることは難しいだろう。この意味からも、立法論になるが、「属人的定め」の決

議に際し株式買取請求権を認めることが望まれる。

議決権については、特に、人数の少ない閉鎖型の会社で経営権争奪の場合、対価を考えるのは容易ではない。株主の合理的期待の保護の見地からは、属人的定め以前に少数株主権の要件を備えていた株主について、この権利がなくなるような定めをすることは原則として合理性を欠くと推定し、当人が承諾するか、または会社側が強い必要性を主張立証した上、相当な対価を提供しない限り、株主平等原則に抵触すると解釈するべきではないだろうか。

### (五) 株主平等原則違反の効果と八三一条一項三号の限界

属人的定めが新たに設けられることで不利益を受ける株主は、いかなる方法で争うべきか。私見は、この議案についての株主総会決議内容が違法であるとして、決議無効を主張すべきであろうと考える(八三〇条)。

属人的定めを新たに設ける決議の効力は、株主平等原則違反ではなく、多数決の濫用として八三一条一項三号の決議取消により争うべきという見解がある<sup>28)</sup>。しかし、このことは、次のような理由により、決議の数との関係で実効性を欠く場合がありうる。つまり、「属人的定め」は、その性質上、株主一名につき一議案であると考えられる。そうすると、たとえば平成二五年東京地判の事例では決議は二一個になる。各決議で利益を受ける株主を特別利害関係人と認めるとして、各決議でその該当者を除いたとしても、他の多数派株主が結託すれば可決できるような持株比率であったとすれば、三号の主張は通らないのではないか。同じ内容の定めがあるとしても(定めた後、種類株主として同一種類株主総会を構成するという議論であればともかく)新規導入についての議案の段階でこのようにまとめることは「属人的」という性質上—A氏に認めるのは賛成だがB氏に認めるのは反対といった判断があり得る—無理があるだろう。もちろん、利益を受ける株主≠特別利害関係人が少数で多数の株式を有している場合

には、本人の参加が決議を左右することになるから、八三一条は有用であるが。取消原因は―形成権の性質上―また基本的には手続の瑕疵であるから―各議案ごとに嚴格に判断されるべきであり、全議案を総合的に見れば不当であるという主張は困難ではないだろうか。

内容の違法を原因とする決議無効であれば、もう少し実質的な判断が可能であり、全議案を総合的に見ると特定株主について株主平等原則に抵触する、という主張ができるのではないかと考える。

新規参入株主が直接既存の定款規定の効力を争うことは、法的安定性の見地から、原則としてできないと考える（理論的には、当該定め決議の無効を主張することも可能ではあるが、訴えの利益は認められないだろう）。

ただ、属人的定めは登記事項ではなく（二〇九条三項のみなし規定には第七編が入っていない）、競落人や相続人など、あらかじめ定款の内容を知ることができない者が予測できない可能性がある。この点については、登記事項に含めるなどの立法的手当が必要と考える。<sup>(29)</sup>

## 五 まとめと残された問題

一〇九条二項「属人的定め」は、いやしくも「株式会社」である会社の本質とはそぐわないものである。また、その手続としても、既存株式の一部についての変更であり、他の制度および従来からの取り扱いから考えると、本来であれば株主全員の同意、ないし少なくとも不利益を受ける可能性がある株主の承認を要件とすべきだったと考える。しかし、現行法がこの制度の導入を認め、特殊決議（のみ）で可能であると規定していること、実務的にもある程度のニーズあるはその期待があるらしいことを考慮すれば、この制度の導入を困難にする解釈をする―たとえば

全員一致を要件とする——ことも現実的ではない。だとすると、この定めの内容および導入の手續について、極力、特定株主に一方的に不利益を甘受させないような準則が必要となる。

私見は、「株主平等原則」の適用を認め、目的の合理性と方法の相当性に加え、目的の必要性と対価についての判断も必要と考える。また、立法論ではあるが、「属人的定め」の内容の公示方法および株式買取請求権等の対価についての手当があるべきと考える。

「属人的定め」については、他にも、種類株式と見なすとした場合の種類株主総会の構成、新設時にも不利益を被るグループ（ポテンシャル種類株主総会？）の承認を要すべきか<sup>30</sup>という課題が残る。今後の研究課題としたい。

## 注

(1) 旧有限会社法の条文は次の通りである。

第三十九条 各社員ハ出資一口ニ付一個ノ議決権ヲ有ス但シ定款ヲ以テ議決権ノ数又ハ議決権ヲ行使スルコトヲ得ベキ事項ニ付別段ノ定ヲ為スコトヲ妨ゲズ

第四十四条 利益ノ配当ハ定款ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外出資ノ口数ニ応ジテ之ヲ為ス但シ会社ノ有スル自己ノ持分ニ付テハ利益ノ配当ハ之ヲ為サズ

第七十三条 残余財産ハ定款ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外出資ノ口数ニ応ジテ之ヲ社員ニ分配スルコトヲ要ス

(2) 有限会社は有限責任を享受できる小規模で閉鎖的な会社を想定して制定されたのであり、内部的には人的会社のような形が好まれると想定していたのであろう。なお、議決権通減を属人的に可能とする規定は、「大株主の専横を防ぐため」昭和二五年改正までは株式会社にも存在していた（昭和一三年改正前一六二条但書、改正後二四一条但書）。ごく少数を除き（利用例があったことは驚きだが）ほとんど利用されなかったという。片山義勝『株式会社法論』（第五版、有斐閣、大正七年）

- (3) 有限会社法下の学説については、川島いずみ「有限会社と定款」『志村治美先生還暦記念 現代有限会社法の判例と理論』(見洋書房、一九九四年) 一―六頁以下、大森忠夫・矢沢惇編集代表『注釈会社法(9)』(有斐閣、昭和四六年) 二―七頁以下(深見芳文) など。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、平成二年) 三〇七頁(菱田正宏) は、複数持分主義の下では複数議決権を認める合理的根拠はないとする。
- (4) 竹田盛之助「普通株式を優先株式に変更することの可否」別冊ジュリスト二二四商業登記先例判例百選(有斐閣、一九九三年) 七九頁。
- (5) 酒巻俊雄ほか編著『新会社法と中小会社の実務対応』(中央経済社、平成一七年) 九六頁は、特殊決議を採用した理由として「：非公開会社には、現行の有限会社だけでなく、株式譲渡制限の定めのある現行の株式会社も含まれることになり、株式が広範囲に分布する非公開会社も存在することになりますので、そのような会社の経営者の制度濫用を危惧する意見を汲み入れた結果です：」(栗山徳子発言) と述べる。発言の前半はこの意味と推測される。発起人が七人必要だった時代(平成二年改正前)の遺産かも知れない。しかし、非公開会社では株式譲渡はすべて会社の管理下にあるはずであり、しかも属人的定めが必要なほど人的関係が緊密な会社であるにもかかわらず所在不明株主が出現してしまうというのは、むしろ会社の株主管理の怠慢ではないか。他方、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」(石原紳作・小松岳志編ジュリスト二〇一一年五月増刊『会社法施行五年 理論と実務の現状と課題』七八頁は、その問題のために、既発行株式の一部変更ではなく属人的定めを取る必要が出てくると指摘する。
- (6) 相沢哲編著『一問一答新・会社法』(商事法務、二〇〇五年) 六〇頁。
- (7) たとえば、金子登志雄・富田太郎『これが新発想の会社法だ』(中央経済社、平成一七年) 五七頁は「：だいたい、有限会社では、オーナーが圧倒的多数の持分を所有しているのが通常ですから、そういう株主ごとに異なる定め自体を必要としません。」(金子発言) と述べる。

- (8) 山下友信編『会社法コンメンタール3株式「1」』一五七頁(上村達男)。
- (9) 穴戸善一・増田健一・武井一浩・棚橋元「定款自治の範囲に関する一考察」商事法務一六七五(二〇〇三年一〇月五・一五  
日合併号)五八頁は、このような場合「株主平等原則を厳格に適用してその違反を問題とすることが、特に非公開会社につ  
いて妥当なのであるか。これまでの株主平等原則の適用は厳格にすぎない嫌いが実務では感じられ、株主平等原則の適用範  
囲と契約自治・定款自治の範囲をバランスよく調整する柔軟な解釈が今後は適当なように思われる」と主張する。
- (10) たとえば、会社法務A2Z(第一法規)二〇〇七年七月号〜二〇〇八年九月号では、司法書士らのLLPメンバーによる「種  
類株式」『属人的株式』の活用と中小企業の生き残り術」というリレー連載で、事業承継・組織再編等で属人的定め  
の活用例を示している。
- (11) 行方・前掲注(5)七七頁。ベンチャーキャピタル投資について、インカムゲインに特化した目的の投資であれば、配当  
に関する属人的定めについて対応可能であると述べている。
- (12) 被告が甲野らを敵対的株主として位置づけた理由をすべて排斥し、本件決議によって行った属人的定めに基づく定  
款変更は、その内容としての差別的取扱いが何ら合理的な理由に基づくものではないとした。
- (13) 本件決議の結果、原告側の持株比率が極端に減少した一方で被告側の持株比率は増加したこと、平成二四年度の売上げが  
順調で将来的にも順調な増収が見込まれる状況の中で原告らの剰余金の配当を受ける権利がその余の二三名の株主の一〇〇  
分の一となったことを認定し、これらの事実を照らせば、「本件決議は、原告らを被告の経営から実質的に排除し、原告らの  
財産的犠牲の下に、乙山らによる被告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。」と判  
断した。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わなければならない」と判  
断した。
- (14) 中村康江「本件判批」ジュリスト一五一八号(平成二六年度重要判例解説)九五頁は、本件は株主平等原則が直接適用さ  
れるべき局面であり「趣旨」を強調すべきではないと述べる。大塚和成「本件判批」銀行法務21八二七(二〇一七年八月)

号六九頁は、株主平等原則の趣旨が属人的定めにも及ぶとした点に違和感があるとし、むしろ八三一一条一項三号を適用すべき事案であったと述べる。洪邦恒「本件判批」ジュリスト一四九九（二〇一六年一月）号一三三頁も同趣旨と思われる。この判批はまた同判決とブルドックソース事件との事案の違いを強調する。

(15) 株主平等原則をめぐる商法下の学説・会社法の解釈については、南保勝美「新会社法における株主平等原則の意義と機能」法律論叢七九卷二・三合併号（二〇〇七年）三三七頁以下。

(16) 新山雄三「株式会社法における『株主平等原則』の法制度論的意義」奥島孝康ほか編『社団と証券の法理（加藤勝郎・柿崎榮治先生古希記念）』（商事法務、一九九〇年）一〇一頁～一二九頁による。

(17) 前掲注（16）一二二頁。

(18) 前掲注（16）一二五頁。

(19) 株主平等原則との関係で株主優待制度について詳論する文献として、加藤貴仁「株主優待制度についての覚書」江頭憲治郎先生古希記念『企業法の進路』（有斐閣、二〇一七）一一二頁以下。

(20) 最決平成一九年八月七日（判タ二二五二号二二五頁、金判一二七九号一九頁など）。決定要旨の関係部分を引用すると「個々の株主の利益は、一般的には、会社の存立、発展なしには考えられないものであるから、特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることとなるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いは衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということはできない。」

(21) 東京高決平成一七年三月二三日（判時一八九九号五六頁など）。防衛策としての新株予約権発行が正当化される四つの類型として、買収者の目的が①いわゆるグリーンメーラー行動②焦土化経営③会社財産の流用④一時的な高配当・高値での売り抜け、を例示している。

(22) 明田川昌幸「差別的内容の行使条件や取得条項が付された新株予約権無償割当てについて」注（19）『企業法の進路』

一六四―一六五頁は、この事件が多数決の濫用の問題であると指摘する。また、同決定を批判的に検討する、田中亘「ブルドックケース事件の法的検討 下」商事法務一八一〇（二〇〇七年九月一五日号）一八頁は、持ち合い株主が現経営陣を守るため協調行動を取るおそれのあるわが国では、株主の多数決による判断というものにどこまでの信頼が置けるのか疑問であると指摘する。

(23) 森本滋「会社法の下における株主平等原則」商事法務一八二五（二〇〇八年二月二五日号）一三頁注（四三）は「合弁会社についてはともかく、従業員持株制度を採用している全株譲渡制限会社について、多数決の濫用が危惧され、しかも、適切に退出する保障が必ずしもないのである」として、非公開株式会社に属人的定めを認めることが妥当かどうか検討の余地があると述べる。

(24) 大杉謙一「新会社法における株主平等の原則」『会社法と商事法務』（商事法務、二〇〇八年）七頁。株主平等原則は、株主総会決議によらない会社の行為（株主優待制度など）でも問題となるし、少数派が不当に扱われる場合にも限られない（買収防衛策は経営陣と大株主との対立である）。また、株主総会決議で株主平等原則違反の疑いがあるのであれば、決議の取消事由や決議の効果の無効原因について解釈を深めることが本筋である、と理由を述べる。

(25) 大杉・前掲注（24）九頁。

(26) 森本・前掲注（23）一一頁注七。

(27) 大塚・前掲注（14）六九頁、ただしそう解する理由は述べられていない。

(28) 前掲注（14）洪・一三頁、同・大塚・六九頁。

(29) 高田晴仁「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―Ⅱ種類株式と属人的定め」商事法務二二〇七（二〇一九年一〇月五日号）は、立法論として登記事項とすることを提案する。

(30) 高田・前掲注（29）は「みなし種類株主総会」を提言する。