

# 自己株式取得・保有・処分規制の問題点と 違法取得の効力

来 住 野 究

- 一 はじめに
- 二 自己株式の取得・保有・処分規制の概観
  - 1 自己株式取得の規制緩和の経緯
  - 2 自己株式取得の規制内容
  - 3 自己株式の担保的取得
  - 4 自己株式の保有・消却・処分
  - 5 会社の保有する自己株式の会計上の処理
  - 6 自己株式上の権利
- 三 自己株式の取得・保有・処分規制の検討
  - 1 自己株式取得の法的性質
  - 2 自己株式の保有・処分規制の問題点
  - 3 小 括
- 四 違法な自己株式取得の効力・総論
  - 1 有効説とその問題点
  - 2 財源規制違反の危険負担のあり方
  - 3 財源規制違反の自己株式取得の効果のあり方
- 五 手続規制違反の自己株式取得の効力
  - 1 必要な決議を欠く場合
  - 2 株主に対する通知を欠く場合
  - 3 数量超過の場合
- 六 脱法行為の効力・子会社による親会社株式の違法取得の効力
  - 1 脱法行為の効力・子会社による親会社株式の違法取得の効力
  - 2 脱法行為の効力・子会社による親会社株式の違法取得の効力
  - 3 脱法行為の効力・子会社による親会社株式の違法取得の効力
- 七 脱法行為の効力
  - 1 脱法行為の効力
  - 2 脱法行為の効力
  - 3 脱法行為の効力
- 八 おわりに

一 はじめに

筆者は、自己株式取得が原則として禁止されている法制の下で違法な自己株式取得の効力について論じたことがある<sup>1)</sup>。しかし、平成一三年改正商法によりいわゆる金庫株が解禁され、自己株式取得規制のあり方が大きく転換したことに伴い、違法な自己株式取得の効力も再検討が必要となった。また、平成一七年に成立した会社法の下では、自己株式の取得は<sup>2)</sup>剰余金分配の一類型として規定されたことに伴い、従来とは異なる考慮を要することとなった。

そこで、まず自己株式の取得・保有・処分の規制緩和の経緯と規制内容を概観するとともにその立法論的妥当性について若干の考察をした上で、新会社法における違法な自己株式取得の効力について再検討することとした。

二 自己株式の取得・保有・処分規制の概観

1 自己株式取得の規制緩和の経緯

平成一三年改正前商法二一〇条では、会社が自己株式を取得することは原則として禁止されていた。自己株式の取得には、①資本維持の原則に反し、会社の財産的基礎を害する、②株主平等の原則に反する、③総会決議の歪曲化をもたらし、会社支配の不正を招く、④不当な相場操縦・内部者取引に利用されるおそれがあり、株式取引の公正を害するといった弊害を伴うため、これらの弊害を一般的に予防することにその趣旨がある。

ただし、自己株式取得の禁止には明文上または解釈上例外が認められていた(表1参照)。古くから認められていた明文上の例外(自己株式取得の許容事由)としては、①株式の消却のためにするとき(平成一三年改正前商

二一〇条一号)、②合併または他の会社の営業全部の譲受によるとき(同二号)、③会社の権利の実行にあたりその目的を達成するため必要なとき(同三号。例えば、他にめぼしい財産のない債務者から自己株式の代物弁済を受ける場合)、④株式買取請求権の行使に応じて株式の買取をなすとき(同四号)がある。これらはいずれも、会社法上の制度の実現に必然的に自己株式の取得を伴う場合や会社利益の実現のためにやむをえない場合であり、いわば消極的取得事由である。さらに、平成六年と九年に自己株式取得規制が緩和され、厳格な手続規制・数量規制・財源規制・取得方法規制の下で、例外的な許容事由が拡大された。すなわち、⑤定款により株式譲渡を制限している会社において、会社が買受人に指定され、売渡請求をしたとき(同五号)、⑥定款により株式譲渡を制限している会社において、株主の相続人から株式を買い受けるとき(平成一三年改正前商二一〇条ノ三)、⑦取締役または使用人に譲渡するためにするとき(同二一〇条ノ二。従業員持株制度の便宜やストック・オプションのための取得)が追加され、さらに株式の買入消却については従来よりも簡易な手続でなしうることが認められた(同二二条ノ二・株式消却特例法)。これらは、経営判断によるいわば積極的取得事由である。さらに、解釈上の許容事由として、無償取得の場合や会社名義であっても他人の計算において取得する場合、すなわち証券会社が顧客の注文に応じて自己株式を買い付ける場合や信託会社が自己株式の信託を引き受ける場合は、弊害を生じないことが類型的に明らかであるとして、規制対象から除外されるものと解されていた。

そしてついに、平成一三年改正法は、実務界からの強い要望を受けて、一定の制限の下で自己株式の取得をなし崩し的に解禁するに至った。いわゆる「金庫株(Treasury Stock)の解禁」である。その趣旨としては、会社の余剰資金の適切な運用、株式相互保有解消の受け皿、長びく株価の低迷に伴う株価対策(株式の需給関係の調整)、敵対的企業買収に対する防衛策、代用自己株式の利用による機動的な組織再編などが挙げられている。すなわち、不況の時期には多くの会社が企業規模を縮小せざるをえないが、特にバブル経済の際に調達した資金が

手続規制	財源規制
なし	なし
株主総会の特別決議 (204条ノ3ノ2第1項)	あり (204条ノ3ノ2第5項・7項)
株主総会の特別決議 (210条ノ3第3項)	あり (210条ノ3第2項)
定時総会の普通決議 (特定の株主から取得する場合は特別決議) (210条ノ2第2項・7項)	あり (210条ノ2第3項)
なし	なし
定時総会の普通決議 (特定の株主から取得する場合は特別決議) (旧商210条1項・5項)	あり (旧商210条3項)
市場取引・公開買付による取得については、定款により取締役会決議でなしうる (旧商211条ノ3第1項2号)。	あり (旧商211条ノ3第3項)
株主総会の特別決議 (旧商204条ノ3ノ2第1項)	あり (旧商204条ノ3ノ2第5項・7項)
取締役会決議 (旧商211条ノ3第1項1号)	あり (旧商211条ノ3第3項)
なし	なし
取締役会決議または株主総会の普通決議 (会169条2項)	あり (会170条5項)
株主総会の特別決議 (会140条2項・309条2項1号)	あり (会461条1項1号)
株主総会の普通決議 (特定の株主から取得する場合は特別決議) (会156条1項・309条2項2号)。	あり (会461条1項2号・3号)
市場取引・公開買付による取得については、定款により取締役会決議でなしうる (会165条2項)。	
なし	あり (会166条1項)
株主総会の特別決議 (会171条1項・309条2項3号)	あり (会461条1項4号)
株主総会の特別決議 (会175条1項・309条2項3号)	あり (会461条1項5号)
なし	なし
取締役会決議 (会197条4項)	あり (会461条1項6号)
取締役会決議 (会234条5項)	あり (会461条1項7号)
(自己株式取得自体については、なし)	なし
取締役会決議または株主総会の普通決議 (会163条)	あり (会461条1項2号)
なし	なし

表 1 自己株式取得の許容事由

		具 体 的 許 容 事 由
平成一三年改正前商法	明文上の許容事由	消極的取得事由(会社法上の制度の実現に必然的に自己株式の取得を伴う場合・会社の利益の実現のためにやむをえない場合)
		経営判断による積極的取得事由(平成6年改正により追加)
	解釈上の許容事由 (弊害を生じないことが類型的に明らかの場合)	無償取得
		他人の計算による取得(証券会社が顧客の注文に応じて自己株式を買い付ける場合、信託会社が自己株式の信託を引き受ける場合)
平成一七年改正前商法	経営判断による場合	【取得目的不問】
		株式譲渡制限会社において、会社が買受人に指定され、売渡請求をしたとき
	会社法上の制度の実現に必然的に自己株式の取得を伴う場合・会社の利益の実現のためにやむをえない場合	親会社の子会社の保有する親会社株式を取得する場合
		株式の消却のためにするとき
弊害を生じないことが類型的に明らかの場合	合併または他の会社の営業全部の譲受によるとき	
	株式買取請求権の行使に応じて株式の買取をなすとき	
新会社法	会社法における許容事由	無償取得
		他人の計算による取得
		取得条項付株式を取得する場合(155条1号)
		譲渡制限株式の譲渡不承認を条件とする買取請求に応じて取得する場合(155条2号)
		株主との合意により取得する場合(155条3号) 【取得目的不問】
		取得請求権付株式の株主からの取得請求に応じて取得する場合(155条4号)
	会社法施行規則27条における許容事由(一部)	全部取得条項付種類株式を取得する場合(155条5号)
		譲渡制限株式の相続人等に対する株式売渡請求に基づいて取得する場合(155条6号)
		単元未満株式の買取請求に応じて取得する場合(155条7号)
		所在不明株主の株式を買い取る場合(155条8号)
		1株に満たない端数の合計に相当する数の株式を買い取る場合(155条9号)
		他の会社の事業全部の譲受・吸収合併・吸収分割による場合(155条10～12号)
解釈上の許容事由	親会社の子会社の有する親会社株式を取得する場合(163条)	
	無償取得(1号)	
	他の会社の剰余金の配当・残余財産の分配により自己株式の交付を受ける場合(2号)	
	他の会社の合併・株式交換等の対価として自己株式の交付を受ける場合(3号)	
		反対株主の株式買取請求に応じて取得する場合(5号)
		会社の権利の実行に当たり目的を達成するために必要かつ不可欠である場合(8号)
		他人の計算による取得

余っている場合、その余剰資金を使って自己株式を買い受けることができれば、余剰資金を整理できるだけでなく、市場に流通する株式数も減少するため、株価の上昇も期待できる。また、複数の会社が相互に株式を持ち合っている場合、長びく不況によりその保有株式に含み損が生じたため、これを処分しようとしても、相互保有株式が大量に市場に放出されると、いっそう株価の下落を招くため、これを発行会社が買い受けることができれば便利である。さらに、会社資産が事業に有効に活用されておらず、株価が低い場合、企業買収の標的になりやすいため、企業防衛の手段として、自己株式の取得により遊休資産の減少と株価の上昇を図ることも可能となる。

確かに、自己株式取得規制の趣旨は、それに伴う弊害を一般的に予防するという政策的な理由にあるから、弊害を可及的に防止するための一定の措置を講じさえすれば、自己株式取得の解禁も理論的には可能である。自己株式取得に対する実際上の需要がある以上、隠れて違法な自己株式取得がなされるよりも、白日の下で堂々と取得させたほうが弊害防止には効果的であるとも考えられる。しかし、自己株式取得を解禁すべき理由の合理性については批判的な論調が少なくない<sup>(3)</sup>。自己株式の取得がさまざまな危険性を内包している以上、とりわけ株価対策などといった場当たりのな経済政策のために、あえて理念を一八〇度転換してその危険を冒すことが、自己株式取得規制のあり方として妥当であるかについては、大いに疑問である<sup>(4)</sup>。

なお、子会社による親会社株式の取得は、程度の差こそあれ親会社が自己株式を取得するのと同様の弊害があり、自己株式取得規制の潜脱手段として利用されるおそれもある。かといって、親会社と子会社は法人格が異なる以上、自己株式取得の場合と同様の財源規制を設けることは困難である。そのため、新会社法の下でも子会社による親会社株式取得の原則的禁止は維持されている(会一三五条一項)。

## 2 自己株式取得の規制内容

### (1) 序説

平成一三年改正前商法の自己株式取得規制は、基本的には「取得の目的または原因」を基準とするものであった。これに対して、平成一三年改正法は、取得目的の如何を問わず、自己株式の取得を認めたと、弊害を可及的に防止するため、厳格な手続規制・財源規制・取得方法規制に服する<sup>(5)</sup>。新会社法は、規定の形式上は会社が自己株式を取得できる場合を列挙しているが（会一五五条）、株主総会決議に基づき自己株式を取得する場合（同三号）についてはその目的に限定はないため、基本的な立場は平成一三年改正法と変わらない。

新会社法一五五条が自己株式の取得を許容する場合のほか、無償取得の場合、反対株主の株式買取請求に応じずて取得する場合などについては、会社法施行規則二七条により自己株式取得が許容されており、平成二一年改正により、会社の権利の実行に当たりその目的を達成するため必要かつ不可欠な場合が許容事由に追加された<sup>(6)</sup>。会社名義であっても他人の計算において取得する場合にも、従来通り自己株式を取得できると解される。

### (2) 手続規制

会社が株主との合意に基づき（株主との任意の取引により）自己株式を有償で取得する（主に買い受ける）には、原則として事前に株主総会の決議を要する（会一五六条一項）。平成一七年改正前と異なり（平成一七年改正前商法―以下「旧商」と略す―二二〇条一項）、定時総会である必要はない。株主総会では、取得する株式の総数・対価の内容と総額・取得期間（一年以内）について決議される。この株主総会決議は、取締役（取締役会設置会社）にあっては取締役会）に対して自己株式取得を授権するものであり、これに基づいて取締役（取締役会）が自己株式取得に関する具体的な事項を決定する（会一五七条）。株主総会の決議要件は、原則として普通決議で足りるが、特定の株主を指定して自己株式を取得するときは、特別決議を要する（会三〇九条二項二号、旧商二二〇条五項前

段・二項二号)。その際、決議の公正を期するため、その特定の株主(譲渡人となる株主)は、原則として議決権を行使することはできない(会一六〇条四項、旧商二一〇条五項後段・二一〇四条ノ三ノ二第三項・四項)。一方、他の株主もその特定の株主(譲渡人)に追加してもらいたいときは、その旨会社に請求することができる(会一六〇条三項、旧商二一〇条七項)。これは、他の株主にも平等に株式売却の機会を与えるためである。ただし、その例外として、市場価格のある株式を市場価格以下で取得する場合には、対価の公正は担保され、株式売却に関する他の株主との公平は害されないため、他の株主の譲渡人追加請求は認められず(会一六一條)、非公開会社において相続等により株式を取得した者から自己株式を取得する場合、子会社から自己株式を取得する場合にも、その性質上譲渡人追加請求は認められない(会一六二條・一六三條後段)。また、定款をもって他の株主による譲渡人追加請求を排除することもできるが(会一六四條一項)、そのための定款変更には株主全員の同意を要する(同二項)。

株主総会の決議が要求される理由については、自己株式取得が剰余金分配の一形態であるからであると説明されることが多いが、特定の株主から自己株式を取得するときは特別決議が要求されていることに鑑みれば、株式売却の機会に関する株主の平等や自己株式取得に伴う会社支配の不正の予防に対する配慮も含まれていると考<sup>(7)</sup>えられる。

なお、譲渡制限株式の譲渡不承認を条件とする買取請求に応じて取得する場合(会一五五條二号)、全部取得事項付種類株式を取得する場合(同五号)、譲渡制限株式の相続人等に対する株式売渡請求に基づいて取得する場合(同六号)については、格別の手続規制に基づき、株主総会の特別決議を要する(会一四〇條一項・二項、一七一条一項、一七五條一項)。

一方、親会社の子会社の有する親会社株式(親会社にとっては自己株式)を取得する場合は、例外的に取締役会

決議のみで足り、株主総会決議は必要ない（会一六三条前段、旧商二二一条ノ三第一項一号）。子会社が例外的に親会社株式を取得した場合であっても、子会社は相当の時期に親会社株式を処分しなければならないため（会一五五条三項、旧商二二一条ノ二第二項）、その便宜を図るものである。所在不明株主の株式を買い取る場合（会一五八条八号）・一株に満たない端数の合計に相当する数の株式を買い取る場合（同九号）も、取締役会決議のみで足りる（会一九七条三項・四項、二三四条四項・五項）。また、取締役会設置会社にあつては、市場取引または公開買付（TOB）の方法による自己株式の取得については、取締役会決議をもつてなしうる旨を定款で定めることができる（会一六五条二項、旧商二二一条ノ三第一項二号）。市場取引または公開買付による場合には取引の公正は確保できるため、より機動的に自己株式を取得できるようにしたのである。さらに、一定の会計監査人設置会社（委員会設置会社または取締役の任期を一年とする監査役会設置会社）においても、譲渡人を特定の株主に限定する場を除き、取締役会決議をもつて自己株式取得に関する事項を決定できる旨を定款で定めることができる（会四五九条一項一号）。これは、かかる会社では、定款の定めに基づき、計算書類の適正化が担保されることを条件として、剰余金配当権限を取締役に委譲できることに対応する<sup>(8)</sup>。

### (3) 財源規制

旧法下では、株主に対する金銭等の分配が行われる場合としては、利益配当・中間配当・資本及び準備金の減少に伴う払戻・自己株式の有償取得があり、それぞれ別個に規制が設けられていたが、新会社法はこれらを統一的に捉え、「剰余金の分配」として横断的な財源規制をかけることとした。これは次の理由による。①平成一三年商法改正により、資本及び資本準備金の減少差益を配当財源に充てることが可能となったため、これはもはや「利益」の配当ではなく、「剰余金」の配当として規制することが適当である。②同年の商法改正により、配当可能利益を財源とする自己株式取得が解禁されたが、利益配当・中間配当・資本及び準備金の減少に伴う払戻・自

己株式の有償取得は剰余金を株主に払い戻す行為であるという点において共通しており、これらの行為を特に区別する理由が乏しくなった。<sup>(9)</sup>

かくして、自己株式取得の財源については原則として剰余金分配規制に服し、対価の総額は剰余金の額から一定の項目を控除して算出された分配可能額を限度とする(会四六一一条。取得請求権付株式を取得する場合につき、会一六六一条一項。取得条項付株式の取得につき、会一七〇条五項)。ただし、単元未満株主または反対株主からの株式買取請求に応じて取得する場合、他の会社の事業全部の譲受・吸収合併・吸収分割による場合には、財源規制の適用はない。単元未満株式の買取代金は通常高額にはならないし、反対株主からの株式買取においては株主の投下資本回収を保護する必要性が強いからである(ただし、会四六四一条参照)。吸収合併・吸収分割による場合については、債権者保護手続(会七九九条)がとられるからである。<sup>(10)</sup>

財源規制に違反して自己株式が取得された場合、対価を受けた譲渡人とそれに関与した取締役等の業務執行者には、対価に相当する金銭の会社に対する支払責任が課されている(会四六二条一項一〜五号)。譲渡人の責任は無過失責任であるが、取締役等の責任は立証責任の転換された過失責任である(同二項)。また、会社法一一六一条一項所定の行為について会社が反対株主からの株式買取請求に応じて株式を取得する場合において、株主に対して支払った金銭の額が分配可能額を超えるときは、それに関与した取締役等は、その超過額について弁済責任を負う(会四六四一条一項)。この責任も立証責任の転換された過失責任である。会社法一一六一条一項所定の行為については、会社の財産状態が悪い時期にまであえて行うべきものではないため、取締役に担保責任を負わせたのである。なお、組織再編行為における反対株主からの株式買取の場合には、組織再編行為の実現と反対株主の保護を両立させるためにやむをえない措置であるため、この責任は生じない。

さらに、分配可能額の範囲内で自己株式を取得したとしても、その事業年度における決算の確定時に欠損を生

じたときは、それに関与した取締役等は、その欠損額と取得価額のいずれか少ない額につき弁済責任を負う（四六五条一項）。これは、期末の見通しを誤った取締役に欠損を填補させるものであり、立証責任の転換された過失責任である。

(4) 取得方法規制

自己株式取得に関する株主総会決議がなされた場合、譲渡人を特定の株主に限定する場合を除き（会一六〇条一項）、対象となるすべての株主に対して自己株式取得に関する事項を通知または公告しなければならない（会一五八条）。これに応募する株主は、会社に対して株式譲渡の申込をなし、申込期日をもって譲受を承諾したものとみなされるが、申込総数が取得総数を超える場合には按分して譲受の承諾が擬制される（会一五九条）。これは、すべての株主に対して平等に株式譲渡の機会を与えるためであり、公開買付に準ずるもの（ミニ公開買付）であると評価できる。

市場取引または公開買付により自己株式を取得する場合には、取引の公正と株式譲渡に関する株主の平等は確保できるため、以上の手続は必要ない（会一六五条一項）。

なお、自己株式取得による不当な相場操縦・内部者取引の防止については、金融商品取引法（旧証券取引法）一五九条・一六六条によって対処されている。

3 自己株式の担保的取得

自己株式の質受は、自己株式取得禁止の潜脱手段として利用されるおそれがある。例えば、会社が初めから自己株式を取得することを目的として、弁済の見込みのない債務者から債権の担保として流質特約付の質権を設定することがありうる。そのため、昭和五六年商法改正前においては自己株式の質受は原則として禁止されていた。

しかし、自己株式の質受は、被担保債権が存在する以上、実質的な持分の払戻にはならず、質受に伴う弊害は自己株式取得の場合に比べてはるかに小さい。また、会社にとっては担保価値の低い自己株式であっても債権の担保にとつたほうが有利である。そのため、昭和五六年商法改正により、自己株式の質受は数量規制とされ、発行済株式総数の5%の範囲内で許容されるに至った(平成一三年改正前商二一〇条柱書)。さらに、平成一三年改正法は、自己株式取得を解禁したことに伴い、自己株式の質受の制限も撤廃した。新会社法も自己株式の質受を制限していない。会社が自己株式を譲渡担保として受ける場合についても、譲渡担保設定時点では会社からの財産の流出はないから、無償取得として扱われる<sup>(11)</sup>。

#### 4 自己株式の保有・消却・処分

会社が適法に自己株式を取得した場合であっても、これを長期間にわたって保有すると、自己株式の資産としての危険性や会社支配の不正といった弊害が残存する。そのため、平成一三年改正前商法は、このような弊害を可及的に防止するため、株式消却のために取得した場合には、遅滞なく株式失効の手続をなすことを要し、その他の場合には原則として相当の時期に自己株式を処分することを要するものとしていた(平成一三年改正前商二二一条)。

しかし、平成一三年改正商法は、この規定を削除し、会社が自己株式を長期間にわたって保有することを認めた。これが「金庫株」と呼ばれる所以である。会社の保有する自己株式は次のように処分することができる。

第一に、会社が保有する自己株式は、取締役会の決議をもって消却することができる(会二七八条、旧商二二条一項)。改正法は、授權資本制度に基づき取締役会決議をもって新たに株式を創設できると同様に、株式を消滅させることもまた取締役会決議をもって足りるものとしたのであるが、新株発行においては株式の創設と

新株引受人に対する株式発行は不可分一体をなすのに対して、株式の消却はそれ自体独立した法律行為である。

第二に、吸収合併・株式交換・吸収分割・新株予約権の行使・株式の無償割当の際に新株を発行する場合、新株発行に代えて会社の保有する自己株式を新株主に移転することもできる（代用自己株式・旧商四〇九条ノ二・三五六条・三七四条ノ一九・二八〇条ノ一九第一項）。そのため、株式交換等の企業再編の準備段階として、またはストック・オプションの行使に備えて、自己株式取得が利用されうる。

第三に、自己株式の処分（売却）は、公開会社においては原則として取締役会の決議をもってなすことができ（会二〇一条一項・一九九条一項二項、旧商二二一条一項）、非公開会社においては、原則として株主総会の特別決議を経ることを要する（会一九九条二項・三〇九条二項五号、旧商二二一条二項）。新会社法の下では、大量に取得した自己株式を大量に放出することも予定され、その場合、その処分方法によっては既存株主の持株比率が低下するなど新株を発行する場合と同様の利害状況が生ずるため、新株発行に準じた手続が要求されるのである。そこで、新会社法は、新株発行と自己株式の処分を「募集株式の発行等」として一括して規制した<sup>13)</sup>。

このような理由により、募集株式発行の手続によらずに、会社が自己株式を市場において売却することはできない。この点につき、新会社法は、法案段階では、一定の事由により取得した自己株式については、定款をもって市場取引により売却する旨を定めることもできるものとしていた（会社法案一七九条）。しかし、衆議院法務委員会の審議段階で、内部者取引や相場操縦を助長するおそれがあるとして、この規定は削除された<sup>14)</sup>。

自己株式の処分は株式譲渡にほかならないが、株券が発行されていても、株券の交付はその効力要件ではない（会二二八条一項但書）。この場合、設立時または新株発行時における株券の発行と同様、会社は自己株式を処分した日以後遅滞なく、その株式の取得者に対して株券を交付しなければならないが、非公開会社では、株式取得者からの請求があるまでは、株券を交付しなくてもよい（会二二九条）。

瑕疵ある自己株式の処分については、自己株式の処分をめぐる法律関係の安定を図るため、自己株式処分無効の訴えの制度が設けられており、無効の主張と効果が制限されている。すなわち、自己株式処分の無効は、自己株式処分効力が生じた日から六ヶ月以内に（非公開会社では一年以内に）、株主・取締役・執行役（委員会設置会社のみ）・監査役（監査役設置会社のみ）・清算人に限り、訴えをもつてのみ主張することができる（会八二八条一項三号・二項三号）。無効判決が確定したときは、処分された自己株式をめぐる取引の安全を保護するため、無効判決の遡及効は否定され、自己株式の処分は将来に向かって効力を失う（会八三九条）。その場合、自己株式の処分のみならず、処分された株式自体も無効となる（同括弧書）。これは無効判決確定後の株式の流通を排除するという政策的判断によるものであるが、自己株式の処分はすでに存在する株式の譲渡でしかないから、株式自体をも無効としうる理論的な根拠は見出しえない<sup>(15)</sup>。そして、会社は、無効判決確定時における自己株式の株主に対して、払込を受けた金額または給付された財産の給付時の価額を返還しなければならない（会八四一条一項）。また、他の会社法上の訴えと同様、法律関係の画一的確定を図るため、無効判決には対世効が認められる（会八三八条）。

もつとも、どのような瑕疵が無効原因となるかについては、学説上議論の蓄積がなく、今後の解釈に委ねられている。その際、新会社法が新株発行無効の訴え（会八二八条一項二号）とは別個に自己株式処分無効の訴えを設けていることに鑑みれば、新株発行と自己株式の処分は法的性質が異なると解されるが、両者は「募集株式の発行等」として一括して規定されているため、新株発行の無効原因との異同が問題となる。少なくとも、新株発行無効の訴えは、新たに株式を創設することを目的とした全体として一個の組織法（社団法）上の法律行為である新株発行の効力を否定し、その結果として新株を無効とするものであるのに対して、自己株式の処分は、すでに存在する自己株式の移転を目的とする複数の取引法上の契約が同時になされるにすぎず、自己株式処分無効の

訴えはこのような複数の契約を対象とするものである<sup>(16)</sup>。したがって、自己株式処分無効の訴えは、組織法上の行為の効力否定を対象とする会社法上の訴えの中では異質であるといわざるをえないから、無効原因など解釈上の取扱は自ずからかなり異なってくるはずである。また、自己株式の取得が違法になされた場合にそれが自己株式処分の効力にどのような影響を及ぼすか、新株発行と自己株式の処分が一括してなされた場合にはどのような扱いになるかなども問題となろう。

## 5 会社の保有する自己株式の会計上の処理

会社の保有する自己株式の会計処理につき、従来は自己株式を貸借対照表に資産として計上することが認められていた。自己株式は他の有価証券と同様に換金性をもっているし、資本は厳格な手続を経なければ減少できないため、そのような手続を経ない自己株式の取得は通常の損益取引として会計処理するほかはなかったのである。ただし、配当可能利益を算定するにあたって、配当可能利益をもって取得した自己株式の金額の合計額は会社の純資産額から控除されるべきものとされていた（平成一三年改正前商二九〇条一項五号）。しかし、配当可能利益をもって自己株式を買い受けた場合、その取得価額は利益配当と同様に社外に流出したと評価すれば、自己株式を資産として認めることはできないし、会社が倒産した場合、自己株式もまた無価値となるため、自己株式を資産として計上することは会社債権者に誤解を生じさせるおそれもある。そこで、平成一三年改正法は、自己株式の資産性を否定し、貸借対照表上の資本の部に控除項目として計上すべきものとした（旧商施規九一条一項五号・三項）。その結果、会社の財産状況が悪化すればそれに連動して自己株式の価値も下落するという弊害は問題とならなくなった。このような自己株式の会計上の位置づけは新会社法でも踏襲され、自己株式は貸借対照表上の純資産の部の株主資本の項目に控除項目として計上すべきものとされている（計規七六条二項五号）。しかし、会

社の手中で自己株式の存続は認めながらその資産性は否定するということは、財産的価値のない財産権なるものを認めるに等しい。

## 6 自己株式上の権利

株主の議決権は資本的危険の代償として資本的貢献度に応じて与えられるものであるが、会社の保有する自己株式は資本的危険を伴わないから、会社がその有する自己株式につき自らの株主総会において議決権を行使できるとすると、会社支配の公正が害されるため、自己株式の議決権は停止される(会三〇八条二項、旧商二四一条二項)。その他の共益権についても同様に停止すると解される。一方、自益権については、募集株式の割当を受ける権利(会二〇二条二項)・剰余金配当請求権(会四五三条、旧商二九三条後段)・残余財産分配請求権(会五〇四条三項)などの権利が停止することは明文で規定されている。その他の自益権も基本的には停止すると解されるが、株式の分割・併合など、全部の株式またはある種類の株式につき一律かつ当然に効力を生ずべき場合は、その効力は原則として会社の保有する自己株式にも及ぶと一般に解されている。<sup>18)</sup>

## 三 自己株式の取得・保有・処分規制の検討

### 1 自己株式取得の法的性質

かつては、自己株式の取得が禁止される理由として、社団法人たる会社が同時に自己の構成分子たる社員にはなりえないとか、混同(民五二〇条)の法理に反するとか、理論上自己株式取得が不可能であることが指摘されていたが、株式は有価証券化され、高度な流通力が付与されている以上、手形・小切手と同様(手一一三条三項・

小一四条三項参照)、その流通過程において発行会社自身がこれを取得することは理論的に可能であると解されていた。すなわち、株式は有価証券に表章されることにより、一個の非個性的な客観的な財貨となるため、発行会社が取得しても株式は消滅せず、さらに流通に置くことができる。そうであれば、自己株式の取得も、他の会社の株式の取得と同様、取引法上の行為にすぎないことになるはずである。

新会社法の下では、株券が発行される場合はもちろん、株式振替制度に組み込まれている場合にも株式には高度の流通力があるし、他方で自己株式処分の性質も株式譲渡にほかならないから、自己株式取得の理論的可能性に関する説明は新会社法でも妥当しそうである。ところが、新会社法は、自己株式の処分には新株発行と同様の手続を要求し、株券の交付による処分や市場取引による処分を認めていない。そのため、会社はなぜ自己株式を消滅させることなく取得できるのかという理由の理論的な説明は困難になった。むしろ、株主の合意に基づく自己株式の有償取得は、株主総会決議とその授權に基づく取締役会の具体的な決定があつて初めて代表取締役はこれをなしうることとなり、代表取締役の包括的代表権(会三四九条四項)の中に自己株式取得は含まれていないように思われる。そうであれば、自己株式の取得は他の会社の株式の取得とは法的性質が異なることになるが、自己株式取得の効果として株式が消滅するわけではないから、組織法(社団法)上の行為として徹底しているわけでもない。このように、新会社法の下では、自己株式取得の法的性質はきわめて中途半端であるといわざるを得ない。自己株式取得の法的性質の曖昧さは、自己株式の取得・処分をめぐる法規制の体系的把握を困難にするとともに、具体的な解釈における理論的基礎を失わしめる。

## 2 自己株式の保有・処分規制の問題点

自己株式の保有・処分についても理論的に重大な疑問がある。

第一に、自己株式の長期保有を認めるべき積極的な必要性があるのかという点である。<sup>(19)</sup>「会社の余剰資金の適切な運用」「株式相互保有解消の受け皿」という理由は、株式消却のための規制緩和の根拠となりえても、自己株式の長期保有を必要とする根拠にはならない。<sup>(20)</sup>そのため、自己株式の長期保有を必要とする根拠は、吸収合併・株式交換・吸収分割・新株予約権の行使などの際に、新株を発行する代わりに会社の保有する自己株式を新株主に移転するという形で利用することができるという点に求めざるをえない。確かに、たまたま会社が自己株式を保有している場合に、それを新株発行の代用として利用することは便利であるが、それはあくまでも会社が自己株式を保有し続けることは好ましくないからこそ、その処分的手段として例外的に認められるべきものであって、積極的に自己株式の保有を認めるべき根拠としては薄弱である。組織再編の際に自己株式を新株発行の代用として利用すれば、配当負担の増加や持株比率の低下を避けながら機動的な組織再編ができるといわれるが、株式を消却した上で新株を発行する場合と異なるところはない。ただ、自己株式の移転を新株発行の代用として利用することには、新株発行に伴う授權資本枠の消化と新たな株券発行費用の負担を回避できるという実益が考えられる。<sup>(21)</sup>特に新株予約権が発行された場合に、その行使に備えて自己株式を長期保有していれば、いわば自己株式を使い回すことができるから、新株発行のために授權資本枠を使用しなくても済むし、株券発行会社では新たに株券を発行する必要もない。しかし、新会社法の下では、株式を消却すれば、それに伴い発行済株式総数は減少し、授權資本枠は拡大すると解されているため、消却した上で新株を発行した場合と異なるところはないし、株券が発行される場面が少なくなつたため、株券発行費用の節約も大した理由にはならない。自己株式の保有と新株発行の代用を認めれば、株式を消却した上で新株を発行する場合と異なり、資本金額と発行済株式総数の増減は生じないから、それに伴う変更登記の必要もないという実益は考えられるが、変更登記の回避といった会社の事務処理上の便宜が、自己株式の長期保有を認めるほどの重大な根拠になるとは思えない。むしろ、新株発行

と自己株式の処分とは法的性質が異なるにもかかわらず、同一の法規制の下で併存させることは、法律関係を複雑にするだけである。

第二に、新株発行と自己株式の処分を「募集株式の発行等」として一括して規定することは、政策的な妥当性はともかく、理論的な整合性はあるかという点である。前述のように、自己株式の取得が可能とされる根拠は、自己株式も他の会社の株式と同様に高度の流通性を有するという点に求められるとすれば、その取得行為の性質は他の会社の株式の取得と同様に取引法上の行為であるから、その処分行為の性質もまた他の会社の株式の処分と異ならないはずである。これに対して、新株発行は新たに株式を創設する組織法上の行為であるから、すでに存在する自己株式の処分とは全く法的性質が異なる。この点につき、新会社法も、自己株式の処分を株式譲渡と位置づけるほか、新株発行無効の訴えと自己株式処分無効の訴えを区別していることに鑑みれば、両者は法的性質が異なることを前提としているようである。他方で、自己株式の処分には株券の交付を要しないとか、自己株式処分が無効となった場合には処分した自己株式自体も無効となるなど、自己株式の処分の株式譲渡としての性質からは理論的に導き出せないにもかかわらず、新株発行と同様の規制がなされているため、包括的規制の理論的な当否を根本的に再検討する必要がある。そのためには、自己株式の取得行為と処分行為を法的にどのような位置づけるかが重要な問題となる。<sup>23)</sup>

### 3 小括

このように、金庫株として自己株式の保有を認めている点に根本的な問題があるといわざるをえない。行為の性質上自己株式を存続させなければその目的を達成できない場合（取次の実行行為・信託・譲渡担保による取得）を除き、自己株式の取得により当然に株式は消却されることとすれば、自己株式の取得は組織法上の行為と位置

づけられ、自己株式の会計上の処理や処分に伴う理論的な問題は解消されるはずである。会社が保有する自己株式をめぐっては、その株券が流出した場合に善意取得は生ずるか、会社債権者はこれを差し押さえることができるか、会社債権者に対して担保として差し入れることができるかといった問題もあるが、自己株式は当然に消却されるとすれば、これらの問題も生じない。もつとも、自己株式の取得を組織法上の行為と位置づけるといっても、それは株式の消却という組織法的効果を伴うことを意味するにすぎず、株主との個別的な契約を通じて行われ、取引法的側面を有することに変わりはない。

#### 四 違法な自己株式取得の効力・総論

平成一三年改正前商法の下で、許容事由によらない違法な自己株式取得の効力については学説上争いがあったが、旧商法二一〇条の趣旨の徹底と取引の安全を考慮した相対的無効説が通説となっていた。<sup>(25)</sup> すなわち、自己株式取得に伴う各種弊害の防止という旧商法二一〇条の趣旨を徹底すれば、違法な自己株式取得は無効と解すべきであるが、譲渡人はそれが違法な自己株式取得にあたることを知りえない場合もあり、そのような場合にまで自己株式取得が無効とすれば取引の安全が害されるため、会社がその名義で会社の計算において自己株式を取得した場合には無効であるが、他人名義で会社の計算において取得した場合には譲渡人が悪意でない限り有効であると解されてきた。さらに、譲渡人からの無効主張は認められないと解するのが判例（神戸地尼崎支判昭和五七年二月一九日判時一〇五二号一二五頁等）・多数説である。その理由としては、旧商法二一〇条によって保護されるべき者は会社・会社債権者・一般株主・一般投資家であるし、譲渡人は株式を譲渡することによって自己の欲する結果は達成できたはずであり、その後の株価上昇を利用した投機の機会を与えることは不当であると主張される<sup>(26)</sup>。

しかし、譲渡人の無効主張を否定する理論的な根拠はないし、違法状態を解消するためにこそ無効主張が認められるべきであり、その無効は譲渡人から主張される可能性が最も高いにもかかわらず、その無効主張を封ずる点において、無効という解釈を無意味にする<sup>(27)</sup>。無効による原状回復の必要性が譲渡人の無効主張の不当性に劣後するとすれば、何のために無効と解するのであろうか。

平成一三年改正後の法規制の下では、違法な自己株式取得の効力をめぐる解釈は大きく変容する<sup>(28)</sup>。なぜなら、改正前においては、自己株式取得を原則として禁止する法制の下で、許容事由によらない自己株式取得の効力が主に問題とされていたのに対して、改正法の下では、自己株式の取得自体は禁止されておらず、手続規制・財源規制・取得方法規制に違反する場合の効力が問題となり、従来とは違法性の質が異なるからである。従来の自己株式取得の原則禁止は、会社・会社債権者・一般株主・一般投資家の保護を目的とした公益的色彩のある政策的規制であったことに鑑みれば、違法な自己株式取得の効力は取締規定違反の行為の効力に準じて論じられるべきであったと考えるが、自己株式取得解禁後は、瑕疵（違反）の内容に応じて自己株式取得の効力を個別的に検討する必要がある。ところが、学説上この問題をめぐる議論にはほとんど進展はない<sup>(30)</sup>。これは、通説が実定法の内容とは無関係に純粹に利益衡量の見地から違法な自己株式取得の効力を論じているということであり、法解釈のあり方として問題がある。相対的無効説の利害調整機能の妥当性を否定するつもりはないが、実定法上の根拠のない相対的無効が無批判にまかり通れば、実定法から遊離した解釈と立法（改正）の懈怠をもたらす。違法な自己株式取得（ひいては一定の会社法上の違法行為）について相対的無効説が普遍的な妥当性を有するのであれば、当事者の利益衡量に基づき政策的に帰結される効力であるからこそ、明文の規定が必要である。

なお、自己株式取得における違法性の個別化は、自己株式不正取得罪のあり方についても問題を提起する。会社法九六三条五項一号（旧商四八九条一号）は、会社財産を危うくする罪の一つとして、取締役等が名義の如何

を問わず会社の計算において不正に自己株式を取得した場合を挙げているが、平成一三年改正により自己株式の質受が対象から除外されたにすぎず、それ以外に実質的な変更はない。しかし、会社法九六三条は文字通り会社財産の保護を目的とするにすぎないから、自己株式取得に伴う各種弊害を防止するために各別の法規制が設けられている以上、財源規制違反の自己株式取得のみが対象とされればよく、手続規制違反・取得方法規制違反の自己株式取得を対象とする必要はないはずである<sup>(31)</sup>。したがって、自己株式不正取得罪の再検討が必要である<sup>(32)</sup>。

## 五 財源規制違反の自己株式取得の効力

### 1 有効説とその問題点

新会社法の下では、特に財源規制違反の自己株式取得の効力をめぐって、立案担当者の有効説と学説上の無効説が鋭く対立している。

財源規制に違反する自己株式の取得において、その対価を受けた者（譲渡人）はそれを会社に返還する義務を負うが（会四六二条一項柱書）、自己株式取得を無効と解すれば、譲渡人の対価の返還と株券発行会社における株券の返還は不当利得に基づくものであるから、株券の返還と対価の返還は同時履行の関係に立つことになる<sup>(33)</sup>。しかし、そうすると、会社がすでに自己株式を処分または消却していれば、株主に対して対価の返還を請求できなくなる。そこで、立案担当者は、株券の返還と対価の返還が同時履行の関係に立つことを避けるとともに、自己株式取得後の法的安定性を図るため（自己株式取得を無効とすると、譲渡人に議決権を行使させなかった株主総会決議は瑕疵を帯び、法律関係の安定が害される<sup>(34)</sup>）、取得自体は有効であることを前提とした上で、譲渡人の対価返還義務を特別法定責任と位置づける<sup>(35)</sup>。そして、会社法四六三条一項における「当該行為がその効力を生じた日」とい

う文言は、財源規制違反の自己株式取得も有効であることを示している<sup>(36)</sup>。要するに、新会社法は、会社債権者保護を強化するため、譲渡人に無条件に対価を返還させるという政策を採用したことになる。なお、立案担当者によれば、取得請求権付株式・取得条項付株式の取得は、取締役の職務執行とは無関係に株式取得の効力が生ずるため、取締役に責任を負わせることは適当でないことに鑑み、財源規制に違反する場合は無効と解されている<sup>(37)</sup>。

では、対価返還義務を履行した譲渡人はどのように救済されるのか。有効説によれば、損害賠償による代位に関する民法四二二条の類推適用により、譲渡人はその株式を代位取得する<sup>(38)(39)</sup>。これに対して、会社が自己株式をすでに処分した場合には、その代替物について代位が生ずるにすぎず、会社が自己株式を消却した場合には、譲渡人には代位取得すべきものがない<sup>(40)</sup>。したがって、財源規制違反の自己株式取得に伴うリスクは譲渡人が負担せざるをえず、譲渡人は取締役等の第三者に対する損害賠償責任（会四二九条一項）または不法行為責任（民七〇九条）を追及するほかはない<sup>(41)</sup>。しかし、自己株式取得が有効である以上、その処分または消却に取締役の任務懈怠を認めることは困難であるし、財源規制違反につき取締役に悪意・重過失がなければ、株主は損害を回復できない。不法行為責任を追及するとしても、譲渡人に対する加害行為について故意または過失があることが要求されるため、株主がそれを立証することが容易でないことに変わりはない。また、株式が消却された場合、対価返還の利益は他の株主が享受することとなるが、これは不当ではなからうか。

有効説の問題点は、非公開会社において株式譲渡不承認に伴い会社が対象株式を買い取ったところ、財源規制に違反していたという場合に顕著となる。株主保護のために会社による譲渡制限株式の買取を認めながら、その財源規制違反に伴うリスクを株主に負わせるのは矛盾している<sup>(42)</sup>。株主にとって、会社と指定買取人のいずれが対象株式を買い取るかは重要ではなく、その選択は会社の任意に委ねられているのに、会社が買い取る場合には株

主が財源規制違反のリスクを負わなければならないというのは、明らかに均衡を欠く。

一方、学説上は、財源規制違反の自己株式取得は譲渡人の善意・悪意を問わず無効であると解する見解と、善意の譲渡人には無効を主張しえないと解する見解とがある。その理由としては、①法令違反の株主総会（取締役会）決議は無効であり、無効な決議に基づく会社の行為も無効であること、②違法行為を有効と解する意味は、当該行為に基づく権利内容・給付内容を実現し（給付実現機能）、かつ給付された財貨の保持を根拠づけること（給付保持機能）にあるが、財源規制違反の自己株式取得にはそのいずれも認められないことなどが指摘されている。無効説によれば、譲渡人の対価返還義務の性質は不当利得返還義務であり、それが金銭支払義務であって交付された現物の返還義務でない点が特則であると解される。ただし、善意の譲渡人には無効を主張しえないと解する見解によれば、会社法四六二条一項に規定する譲渡人の対価返還義務と取締役の責任は、財源規制違反につき譲渡人が悪意（重過失を含む）である場合に限り適用されることとなる。<sup>48</sup>

しかし、無効説の主張が有効説に対する説得力ある反論として成功しているようには思えない。①については、財源規制違反の株主総会（取締役会）決議の無効は理論的に帰結できるとしても、無効な決議に基づく行為や会社法に違反する行為であっても、取引の安全などを理由として有効または相対的無効と解されることはしばしばあるから、無効な決議に基づく行為は無効であるとか、会社法に違反する行為は無効であるという一般原則があること自体が大いに疑問である。<sup>50</sup>したがって、財源規制違反の自己株式取得が法律行為論的に無効であるということが検証されなければ、説得力を欠く。②については、財源規制違反の危険を譲渡人に負担せしめること自体の可否について検討を要するし、原状回復（給付保持機能の否定）の必要性については、譲渡人の保護に配慮すればそれだけ対価返還（資本維持）の実効性は後退せざるをえないのに対して、有効説は対価返還の確実性に優れており、むしろそのための理論構成である。

そもそも、立案担当者の見解と学説は、財源規制違反の危険負担のあり方と自己株式取得行為の捉え方に根本的な違いがある。立案担当者は、財源規制違反の危険は第一次的には株主が負担すべきであり、財源規制違反の自己株式取得につき譲渡人たる株主は無条件に対価を返還しなければならないという価値判断を前提とする。従来の利益配当も自己株式取得も剰余金の分配として一括して規定し、財源規制違反に関する株主の責任を包括的かつ一律に定めているのも、かかる理念の具体化であり、自己株式取得という行為に特有の配慮はしない。これに対して、学説は、自己株式取得は会社と株主との間の取引（契約）である以上、財源規制違反の自己株式取得の効果は当事者間の利害調整の所産であるという価値判断を前提としているように思われる。

このように考えていくと、財源規制違反の危険は第一次的に株主が負担すべきものとして、財源規制違反の自己株式取得につき譲渡人たる株主に一律に対価返還義務を負わせたこと自体がそもそも妥当なのかという疑問に帰着する。問題の本質はここにある。

## 2 財源規制違反の危険負担のあり方

まず、会社財産確保に関する立案担当者の見解を確認しておこう。

新会社法の立案担当者は、株主間接有限責任の原則に基づき会社債権者にとって債権の引当が会社財産に限られるということから当然に会社財産確保の要請が導かれるのではなく、ある会社類型についてどの程度の債権者保護の仕組みを用意するかは、どの程度資金調達円滑化や取引の拡大を促進するかという政策的判断の問題であるという前提に立っている<sup>51</sup>。

そもそも、従来の資本制度の会社債権者保護機能は不十分であることが指摘されていた。というのも、資本に相当する会社財産の確保が要求されるといっても、会社事業の失敗や財産の価値の下落等により、実際には資本

を下回って会社財産が減少することはありうるのであって、商法はそこまで防止しようとするわけではなく、またそのような事態を解消する措置も強制されてはいなかったからである。すなわち、会社の事業の遂行に伴う会社財産の減少により、会社債権者が債権の満足を得られない危険性は、自己責任の原則に基づき会社債権者が負担せざるをえない。そこで、新会社法は、資本制度は一応維持しつつも（なお、「資本」という語は「資本金」という語に改められた）、資本金は貸借対照表上の一定数にすぎないものと位置づけた上で、会社債権者保護のための法規制の大幅な見直しを行った。その結果、「まず資本ありき」の法規制ではなくなり、資本制度のもつ会社債権者保護機能は大きく後退することとなる。新会社法では、最低資本金制度（旧商二六八条ノ四）は廃止され、資本金の額の算定基準も改められた（会四四五条一項、旧商二八四条ノ二）ほか、資本充実の原則もはや採用されていないと説明されているため、新会社法における資本制度は、株主に対する会社財産の払戻を制限するという側面において機能しているにすぎない。

剰余金の分配としての統一的な財源規制（会四四六条・四五三条以下）においては、計算方法の規定の仕方こそ違うが、分配可能額の算定方法は従来の配当可能利益の算定方法（旧商二九〇条一項）と異ならず（会四四六条）、資本金に相当する財産を配当に回せないことには変わりはないから、資本維持の原則は一応維持されているようにも思われる。しかし、立案担当者によれば、剰余金分配規制は、株主間接有限責任の原則から資本制度を介して演繹されるものではなく、株主に対する会社財産の払戻という会社債権者と株主の利害が衝突する場面において、両者間の利害調整のコストを軽減するという政策的な判断に基づく<sup>53</sup>。かかる考えによれば、剰余金分配規制の基準を資本金に求めることに必ずしも合理性はない。会社債権者にとつての関心事は債権者となる時点における会社財産の状況であるが、資本金は、過去の出資額を基準として算定され、現実の会社財産の状況とは無関係であるし、貸借対照表上の数値も、取得原価主義に基づくものであるから、現実の会社財産の状況を必ずしも正確に

表しているわけではない。<sup>(54)</sup> それにもかかわらず剰余金分配規制が依然として貸借対照表上の資本金を基準としているのは、それに代わる有効な規制方法がまだ構築されていないからにすぎない。<sup>(55)</sup>

かかる考えによれば、財源規制違反の危険を第一次的にかつ無条件に株主に負担せしめることは、会社債権者保護としての剰余金分配規制の実効性を担保するという政策的判断の所産であり、それ以上の理論的な説明は不要ということになる。もともと、立案担当者は、財源規制違反の株主の責任と取締役の責任の関係をどのように考えているのか明らかではない。会社法四六二条の責任については、株主の責任が無過失責任であるのに対して、取締役の責任は立証責任の転換された過失責任であるから、後者は前者を担保するものであると解される。これに対して、財源規制違反の取得請求権付株式・取得条項付株式の取得が無効と解される理由が、取締役の職務執行とは無関係に株式取得の効力が生ずるため、取締役の責任を負わせることは適当でないということにあるのであれば、立案担当者は、取締役の職務執行として行う自己株式の取得は取締役の責任において行うべきであると考えているのではないかと思われる。また、立案担当者は、財源規制違反の剰余金分配決議が有効であるとすれば、株主はそれに基づき配当請求できるのは不当ではないかという批判を想定して、「会社法四六一一条一項は、剰余金の配当決議が有効であるか、無効であるかにかかわらず、配当時に配当財産の帳簿価額が分配可能額を超える場合には、配当することができないという規定であり」<sup>(56)</sup>、「決議の内容そのものを直接に規制するものではなく、配当等の行為を規制する」ものであると説明しているが、法律行為としての剰余金の配当はその決議のみを要素とし、決議とは別個の配当行為を観念しえないから、むしろこの説明が妥当するのは、株主総会決議とは別個に法律行為を観念できる自己株式取得についてであろう。そして、分配可能額を超えるか否かの判断時期は自己株式取得の効力発生日であるから（会四六一一条一項柱書）、株主総会決議においてその時点の分配可能額の範囲内で自己株式取得が取締役（取締役会）に授權されたとしても、自己株式取得を実行する時点で分配可能額

を超えることとなる場合には取締役はこれを実行することができないのであり、自己株式取得の時期も株主総会で決議された取得期間内で取締役が決定することができる。とすれば、財源規制は剰余金分配行為としての自己株式取得を実行する取締役の行為規範であると解するほうが、立案担当者の説明に合致するはずである。すなわち、分配可能額の範囲内で自己株式を取得することは取締役の義務であり、その違反の責任は当然に取締役が負うべきことになりそうである。このように、財源規制違反の責任を第一次的にかつ無条件に株主に負担せしめるべきであるという政策的判断が新会社法で徹底されているようには思えない。

そこで、会社財産確保のあり方について検討するに、立案担当者の見解には賛成できない。株主が株式の引受価額（出資額）を限度として会社債権者に対して間接的に責任を負うということは、出資財産が会社債権者に対する責任財産（会社債務の担保財産）となることを意味するから、出資額（資本金と資本準備金）を基準として会社財産の確保が図られるべきことは理論的に当然であると考えられる。すなわち、出資額を基準とする会社財産確保の必要性は株主間接有限責任の原則から理論的に演繹されるはずであり、会社財産の処分について株主が出資額の範囲において会社債権者に劣後する理由もそこにある。したがって、財源規制違反における株主の責任も、株主間接有限責任の原則とそれに基づく資本維持の原則との関係において検証されなければならない。

思うに、株主の出資した財産の払戻は会社債務の担保財産を減少させ、株主間接有限責任の原則に反するため、株主にその払戻額を無条件で会社に返還せしめることには合理性がある。しかし、分配可能額を超えて剰余金が配当された場合に株主が返還すべき額は、分配可能額を超える額（株主の間接有限責任を減少せしめる額）に限られ、配当額全額を返還せしめることは、かえって株主に追出資義務を課することになるため、株主間接有限責任の原則に反する。配当額全額の返還を正当化するためには、剰余金の配当という行為全体を無効とする必要がある。一方、分配可能額を超えて自己株式が取得されても、分配可能額を超えて支払った額につき譲渡人たる株主

が当然にその返還義務を負うことにはならない。自己株式取得に関与した取締役が分配可能額を超える額につき填補責任を負うこととする余地もあるからである。仮に譲渡人たる株主に無条件に返還義務を負わせるとしても、それが会社債権者保護のための法定責任である以上、分配可能額を超える額に限られるべきであり、対価全額について返還義務を負わせるためには、やはり自己株式取得の無効に基づく原状回復に求めるほかはない。このように、剰余金配当または自己株式取得を有効としつつ、配当額全額または対価全額につき株主に返還義務を負わせることは理論的に成り立たないといわざるをえない。

では、平成一七年改正前商法の下で、財源規制違反の危険負担はどのように考えられてきたのかをここで確認しよう。

旧商法には違法配当に関する株主の責任は規定されていなかったが、配当可能利益を超える利益配当の無効を介して、第一次的には株主が責任を負うものと解される。すなわち、配当可能利益を超える利益配当を目的とする株主総会決議は、決議内容の法令違反として無効となる。利益配当は、株主総会決議のみをもって株主に決議内容に応じた配当金支払請求権を生ぜしめる点で相手方のない単独行為であると解されるため、株主総会決議の無効は直ちに利益配当の無効を生ぜしめる。したがって、株主は不当利得として配当金を会社に返還する義務を負うことになる。しかし、多数の株主からの配当金の返還は実効性に乏しいため、配当金の回収を確実にすべく、配当可能利益を超える利益配当議案を株主総会に提出した取締役は会社に対して配当額につき弁済責任を負うものとされていた（旧商二六六条一項一号）。一方、配当可能利益を超えて自己株式取得の対価が支払われた場合の効果については格別の規定はなく、自己株式取得の効力に関する解釈次第である。前述の相対的無効説によれば、自己株式取得の無効に基づく対価返還義務を負うのは悪意の譲渡人に限られ、譲渡人たる株主の危険において会社債権者保護を図る必要性は取引の安全確保の必要性に劣後するため、自己株式取得における財源規制違反の危

險は株主に帰せしめるべきであるという価値判断は乏しかったように思われる。

新会社法の下でも、分配可能額を超える剰余金の配当は無効であると解するほかはない。<sup>(57)</sup> すなわち、剰余金配当における財源規制違反の危険は株主が第一次的に負うべきであるが、粉飾決算に基づき剰余金の配当がなされたような場合には、計算書類作成の権限と責任を有する取締役が第二次的な担保責任を負わせるべきである。一方、分配可能額を超える自己株式取得については、その旨の株主総会決議が無効となるか疑問である。なぜなら会社法一五六条は、単に取得対価の総額を定めることを要求しているにすぎず、株主総会が剰余金の分配として自己株式取得を許容するという内容にはなっていないため、取得対価の総額が分配可能額を超過していたとしても、決議内容が法令に違反するとは必ずしもいえないからである。また、株主総会決議の時点で取得対価の総額が分配可能額を超過していても、自己株式取得の時点で分配可能額の範囲内であれば、結果的に財源規制違反は生じないから、決議の効力を問題としてもあまり意味がない。仮に株主総会決議が無効であるとしても、この株主総会決議は取締役（取締役会）に対する自己株式取得の授権にすぎないから、株主総会決議の無効が直ちに自己株式取得の無効と結びつくわけではない。むしろ、この場合、取締役の義務として自己株式を取得してはならないのであるから、財源規制違反の危険も当然に取締役が負うべきことになる。まして、株主総会で決議した取得対価の総額自体は分配可能額の範囲内であったが、取締役がそれを超過したために分配可能額を超えるに至った場合にまで、その危険を株主に負わせるのは明らかに不当である。

### 3 財源規制違反の自己株式取得の効果のあり方

以上に検討してきたように、財源規制違反の自己株式取得につき無条件に株主に対価全額の返還義務を負わせることは、理論的にも政策的にも不当であるといわざるをえない。しかも、市場取引により自己株式を取得した

場合には、株主の対価返還義務は実効性に乏しい。<sup>58)</sup> 公開会社が自己株式を証券取引所を通じて取得した場合、証券会社は自己の名をもって会社のために自己株式を買い付けることになるが（商五一条）、その場合実質的な買主は会社である（そうでなければ自己株式取得にならない）から、売主（売買代金の返還義務者）についても、経済的効果の帰属主体を基準として株主であると評価される。かかる解釈は、会社法四六二条一項が責任主体を「金銭等の交付を受けた者」としていることにも適合する。しかし、証券取引所では譲渡人たる株主は譲受人が会社であることを知りえないが通常であるから、そのような譲渡人に対価返還義務を負わせることは酷であるし、証券取引所では会社以外の者が譲受人となる株式譲渡も行われるため、どの株主に対価返還義務を負わせるべきか確定できないこともある。

このように、立法に重大な問題がある以上、それを意識することなく、現行法を金科玉条の如き所与の前提として財源規制違反の自己株式取得の効力を論じても、妥当な利害調整など望むべくもない。

思うに、剰余金の分配は、文字通り特定の会計区分に属する金額を減少させ、それに相当する財産の処分を目的とするものであるから、分配可能な剰余金額を超える処分は当然に目的の違法として無効となる。これに対して、法律行為の経済的効果（損益）の帰属主体の如何（誰の計算においてなされたか）が原則として法律行為の効力を左右しないのと同様、財源の如何も原則として法律行為の効力を左右するものではない。株主は分配可能額の範囲内であるかを知ることが必ずしも容易ではないのに対して、取締役は分配可能額または株主総会で決議された取得対価の総額の範囲内で自己株式を取得すべき義務を負うから、財源規制違反の責任もまた取締役に負担せしめるべきである。したがって、財源規制違反の自己株式取得も有効であり、取締役の責任をもって対処するのが理論的な帰結である。そもそも、社団法的な単独行為である剰余金配当と取引法的な契約としての側面を有する自己株式の取得について、その法的性質の違いを考慮することなく、違法になされた場合の効力を同一の規

定で解決しようとすることに根本的な無理がある<sup>(60)</sup>。したがって、会社法四六二条に関する立法論としては、株主の返還義務は剰余金配当の場合のみを対象とするものとし、分配可能額を超える自己株式取得については取締役の填補責任（無過失責任であることが望ましい）をもって対処すべきである。

一方、財源規制違反の取得請求権付株式の取得については、請求時に分配可能額が存在することが請求の要件になっている以上、それは形成権たる取得請求権の内容となっているとすべきであるから、請求の効力は生じないと解される<sup>(61)</sup>。財源規制違反の取得条項付株式の取得についても、分配可能額を超える場合には、取得の効力発生日に関する会社法一七〇条一項・二項の適用が排除されること（会一七〇条五項）に鑑みれば、対象となる株式全部につき取得の効力を生じないと解される<sup>(62)</sup>。

## 六 手続規制違反の自己株式取得の効力

### 1 必要な決議を欠く場合

有効な株主総会決議を欠く自己株式取得の効力につき、立案担当者は民法九三条の類推適用を主張する<sup>(63)</sup>。代表取締役の専断的行為の効力に関する最判昭和四〇年九月二二日民集一九卷六号一六五六頁は、「代表取締役が、取締役会決議を経てすることを要する対外的な個々の取引行為を、右決議を経ないでした場合でも、右取引行為は、内部的意思決定を欠くに止まるから、原則として有効であつて、ただ、相手方が右決議を経ないことを知りまたは知り得べかりしときに限つて、無効である」と判示しているが、代表取締役の代表権濫用行為の効力（最判昭和三八年九月五日民集一七卷八号九〇九頁）と同様、民法九三条に準拠していると評価されているため、立案担当者の発想はこの判例と同じくするものである。

しかし、この見解によれば、代表取締役は株主総会または取締役会が形成した意思の表示機関すなわち単なる使者にすぎないこととなり、代表取締役の代表権など不要になってしまう。代表取締役は、代理人と同様、その代表権の範囲内で自らの内心的効果意思を決定してそれを相手方に表示するのであるから、代表取締役自身に心裡留保がない限り、必要な決議を欠きまたはその決定に違反しても、そこには意思と表示の不一致は生じないはずである。<sup>(64)</sup> 民法九三条は、法人の内部的意思決定を欠く代表行為一般に対応しうる万能の規定ではない。<sup>(65)</sup>

一方、平成一三年改正商法の下では、自己株式の買受自体は何ら非難すべき行為ではないとして、手続規制に違反する自己株式の買受（総会決議を欠く場合、総会決議または取締役会決議が無効または取り消された場合、総会決議または取締役会決議による限度を超えて買い受けた場合）は有効であり、悪意の譲渡人からの履行請求に対しては、会社は権利濫用の抗弁を主張して履行を拒めると解する見解もある。<sup>(66)</sup> この見解は、必要な取締役会決議を欠く代表取締役の行為の効力に関する多数説（一般悪意抗弁説）に倣うものであるが、株主の利害に重大な影響のある行為として株主総会の決議事項としておきながら、その決議の有無が行為の効力を左右しないというのは整合性を欠く。

自己株式取得に関する株主総会決議の性質については、取締役（取締役会）に対して自己株式取得を授権するものであると解されているが、株主総会決議の有無は代表取締役の代表権に影響を及ぼすかということが問題解決の決め手となる。

思うに、会社法一五五条三号の文理解釈としては、株主との合意による自己株式の有償取得は株主総会決議があつて初めて可能となるように解されるため、株主総会決議があるまで代表取締役は株主との間で自己株式取得を有償取得する契約を締結する権限がないことになる。また、特定の株主から取得する場合には、株主総会決議によりその株主を特定することを要するが、それは代表行為たる自己株式取得契約の相手方を確定するものであ

るから、代表取締役の代表権の範囲を画するものといふべきである。<sup>(67)</sup> 株主総会決議に基づく取締役会決議の具体的内容も契約内容に関するものであるから、代表取締役の代表権の範囲を画するものである。<sup>(68)</sup> したがって、これらの決議を欠く自己株式取得は無権代表により無効となると解すべきである。ただし、決議に取消原因がある場合、決議は取消判決が確定するまでは有効であるから、それまでは代表権に基づく自己株式取得であると評価することもできるし、不存在原因がある場合も含めて、形式的に決議が存在すれば、第三者（株主）に対する代表権授与の表示があつたものとして（民一〇九条）表見代表を認める余地もある。

以下では、格別の手続規制に基づき株主総会決議が要求されている場合につき個別に検討することとする。

譲渡制限株式の譲渡を承認しないことに伴い会社が対象株式を買い取る場合には、株主総会の特別決議を要する（会一四〇条一項・二項・三〇九条一項一号）。株主総会決議をもって対象株式を買い取る旨及びその数を定めると、譲渡等承認請求者に対してその旨の通知がなされる（会一四一条一項）。この通知は、譲渡等承認請求に含まれる株式売買契約の申込の意思表示に対する承諾の意思表示に相当するが、実質的には株主総会決議の内容の伝達にすぎないから、有効な株主総会決議がなければ、通知の効力は認められないと解すべきである。この場合には、譲渡等承認請求者による株式譲渡の機会を保障するため、通知がなされなかったものと同視して、譲渡承認を擬制すべきである（会一四五条二号）。

取得条項付株式の内容として、会社が別に定める日の到来をもって取得事由とする旨定めた場合にはその日を、一定の事由が生じた日に一部の株式を取得する旨定めた場合には取得する株式を、株主総会（取締役会設置会社にあつては取締役会）の決議をもって定めなければならないが（会一六八条・一〇七条二項三号ロ、一六九条・一〇七条二項三号ハ）、その決議が有効になされなければ、株式取得の効力発生日または取得対象となる株式が確定しないのであるから、当然に株式取得の効力は生じない。<sup>(69)</sup>

全部取得条項付種類株式の取得については、株主総会の特別決議により一定の事項を定めなければならず（会一七一条一項・三〇九条二項三号）、そこで定めた取得日に株式移転の効力が生ずる（会一七三条一項）。この決議は全部取得条項付種類株式を取得する旨の意思表示にほかならないから、この決議が有効になされていなければ、当然に株式移転の効力は生じない。<sup>70)</sup>

定款の定めに基づき株式の相続人等に対して株式の売渡請求をなすには、株主総会の特別決議を要する（会一七五条一項・三〇九条二項三号）。この決議は株式売渡請求権の行使要件であるから、この決議が有効になされていなければ、当然に売渡請求の効力は生じない。

## 2 株主に対する通知を欠く場合

ミニ公開買付において、会社が対象株主の一部に対して自己株式取得に関する事項の通知を怠った場合、取締役等には過料の制裁が科されるが（会九七六条二号）、自己株式取得の効力はどのように解すべきか。

この点については、株主に対する通知は株主に平等な売却機会を与えるための手続の中心であるとして、この通知が対象株主のすべてに対して行われなかった場合の取得は無効であるとする見解がある。<sup>71)</sup>しかし、譲渡人たる株主としては、対象株主のすべてに対して通知がなされたかどうかはあずかり知らぬことであり、会社による義務違反の危険を譲渡人たる株主に負わせることには問題がある。会社が意図的に特定の株主に対してのみ通知をしたり、あるいは特定の株主に対して通知をしなかった場合には、特定の株主からの自己株式取得に関する株主総会の特別決議を欠く場合の問題として処理すればよい。あえて自己株式取得の効力を否定する理論構成を探すとすれば、対象株主のすべてに対する通知が会社法一五九条二項の承諾擬制の条件となっており、一部の株主に対する通知を欠く場合には承諾が擬制されない（契約が成立しない）と解する余地もあるが、この理論構成を

根拠づけることは困難であろうし、通知を受けなかった株主が株式譲渡の申込をした場合にまで承諾擬制を否定する必要はなからう。<sup>(72)</sup>

### 3 数量超過の場合

株主総会または取締役会で決議された取得可能株式総数を超過して代表取締役が自己株式を取得した場合、理論的には越権代表となる。したがって、市場取引の場合は、取得時期を基準として、取得株式総数に達した後の取得は、売主を採知しうる限り、これを無効と解する余地もあるが、売主は数量超過を知りえないのが通常であるから、取引の安全と法的安定性に鑑みれば、取得の効力を否定することは事実上困難であろう。

これに対して、総株主への通知に基づく応募株主からの取得の場合、会社法一五九条二項によれば、株主が譲渡を申し込んだ株式の総数が取締役会で決議した取得株式総数を超える場合、按分して譲受の承諾が擬制されるとすれば、その反対解釈として、超過分については譲受の承諾が擬制されないため、契約自体が成立していないことになる。会社が取得した超過分は不当利得として株主に返還されることになる。特定の株主から取得する場合も、譲渡の申込と承諾は会社法一五九条に従うため、同様に解される。

### 七 脱法行為の効力・子会社による親会社株式の違法取得の効力

自己株式取得規制は、会社が自己の名をもって自己株式を取得する場合を想定しているが、この規制を潜脱するために、第三者の名をもって会社の計算において自己株式を取得することがありうる。この場合も自己株式取得の弊害を伴うため、平成一三年改正前には禁止の対象に含まれると解されていた。<sup>(73)</sup> この場合、実行者には自己

株式不正取得罪（会九六三条五項一号）が適用されるが、取得行為の私法上の効力はどのように解すべきか。脱法行為は無効であるといってしまうは簡単であるが、第三者名義で取得される以上、譲渡人が脱法行為であることを知らない可能性もあるから、取引の安全を無視することはできない。

この点につき、会社が自己株式取得であることを隠蔽するために、自己を指称する名称として他人の名義を借用したにすぎない場合には、その他人が自己株式取得の法律効果を自己に帰属せしめる意思を有していない以上、形式的にも会社による自己株式取得であるといえることができる。この場合、相手方（譲渡人）が他人名義による自己株式取得であることを知らなければ、その他人に株式を移転するものと信じて契約を締結している以上、その効力を認めるべきである。これに対して、相手方（譲渡人）が他人名義による自己株式取得であることを知っている場合は、その他人が会社自身を指称することを知って契約を締結している以上、株主総会決議を経ずになされた自己株式取得と同様に、無権代表と構成すべきである。

一方、会社が対価を負担し、会社の事実上の影響力の下で、他人が自らの意思に基づいて株式を取得する場合は、実質的には会社による自己株式の取得であるが、取得した株式の帰属主体はその他人であり、形式的には他人による株式の取得である。したがって、自己株式取得規制は及ばず、有効であるといわざるをえない。会社からの対価の流出は、取締役の損害賠償責任の問題とするほかはない。もっとも、取得を無効とすれば、その株式は依然として譲渡人にとどまることになるから、譲受人の議決権行使を否定することができるし、取得を有効としても、これを自己株式取得と同視すれば、譲受人の議決権は停止すると解することもできるが、譲受人が議決権を行使した場合には決議に瑕疵が生じ、法的安定性を害することに変わりはない。

次に、子会社を介した脱法行為について一例を挙げて検討してみよう。例えば、甲株式会社が、子会社である乙株式会社に甲会社の株主Aから甲会社株式を買い取らせた後、直ちに取締役会決議を経た上で、乙会社の買取

価額と同額で乙会社からその株式を買い取ったとする。親会社が子会社の保有する親会社株式を取得するには取締役会決議のみをもって足りるが(会一六三条)、Aの保有していた甲会社株式は単に乙会社を経由して甲会社に移転したにすぎないため、甲会社による自己株式取得規制の脱法行為と評価されよう。もつとも、それ以前に、子会社による親会社株式の取得は原則として禁止されるため(会一三五条)、乙会社がAから甲会社株式を買い取ること自体が違法である。

子会社による親会社株式の違法取得の効力については、違法な自己株式取得の効力と同様の相対的無効説が通説である。<sup>(74)</sup> この相対的無効説を前提とした場合、違法取得であることにつきAが悪意であれば、乙会社による甲会社株式の取得は無効であるから、甲会社による取得もまた無効である。乙会社による甲会社株式の取得が甲会社の指示による以上、甲会社による乙会社からの取得に善意取得も成立しない。これに対して、違法取得であることにつきAが善意であれば、乙会社による甲会社株式の取得は有効であるが、甲会社による取得は、その脱法行為性に鑑み、これを無効と解する余地もある。そこで、子会社の保有する親会社株式を親会社が取締役会決議をもって取得できるのは、子会社が適法に取得したものに限られるのが問題となる。取締役会決議のみで足りることとしたのは、子会社の保有する親会社株式も自己株式も議決権が停止するため、親会社が子会社の保有する親会社株式を取得して自己株式としても、親会社の支配関係に変動をもたらさないとすることが、その理由の一つとなっていると思われる。そうであれば、子会社が適法に取得し、子会社名義になっている(議決権が停止されている)親会社株式に限られ、違法に取得したものは子会社名義になっていない可能性が高いため、その場合には取締役会決議だけで親会社が取得することはできないと解する余地もある。しかし、違法に取得されたものであっても、取得が有効である限り、子会社はこれを相当の時期に処分する義務を負うこと(75)に変わりなく、子会社の保有する親会社株式を親会社がより簡易な手続で取得できるようにしたのも、まさにその処分の容易化

を図るためである。したがって、乙会社が違法に取得した甲会社株式を甲会社が取得しても、それは違法状態を解消するものであるから、甲会社による取得の効力を否定する理由はあるまい。このように、甲会社による取得の効力は乙会社による取得の効力に左右され、脱法行為だからといって、当然に甲会社による取得を無効と解することはできない。そこで、子会社による親会社株式の取得の効力について検討しよう。

法律行為論的には、子会社による親会社株式の違法取得を無効と解する根拠は見出しえない。なぜなら、新会社法の下では、組織再編対価の柔軟化に伴い、三角合併等を行う場合にはそれに必要な範囲内で子会社による親会社株式の取得が認められているが（会八〇〇条）、違法取得との違いは専ら動機の問題にすぎず、取得行為の内容・性質としては違法取得と何ら異ならないからである。また、親子会社の認定基準につき、旧商法は形式的な議決権基準を採用していたのに対して、新会社法は実質的な支配力基準をも加味したこと（会二二条三号・四号、会施規三条）に伴い、相手方が子会社であることを譲渡人が認識することは必ずしも容易ではなくなったため、従来よりも取引の安全に配慮すべきことになる。

では、取得を無効と解することは、子会社による親会社株式の取得に伴う弊害の除去に資するか。筆者は、平成一三年改正前商法下での違法な自己株式取得において自己株式取得に伴う各種弊害が無効の根拠たりうるかについて、別稿で詳細に検討し、これを否定的に解したが、<sup>(76)</sup>子会社による親会社株式の取得に伴う弊害は自己株式取得に伴う弊害に比べて間接的かつ軽微であるから、違法取得を無効とする理由はなおさら乏しいように思われる。違法取得の効力との関係において特に問題となる弊害は、資本空洞化と親会社支配の不正であろう。

第一に、子会社による親会社株式の取得は親会社の資本の空洞化をもたらすが、この弊害を除去するには、可及的速やかに子会社による親会社株式の保有状態を解消し、流出した会社財産の回復を図ることこそが重要である。取得を無効とすれば、譲渡人は対価返還義務を負い、譲渡人から対価を回収できない場合に初めて取締役の

対会社責任が問題となる。この場合、親会社株式の価値が下落したとしても、子会社は取得時の価額を回収できるといふ利点はあるが、その株式は子会社に帰属しない以上、子会社としては譲渡人に返還する以外に株式を適法に処分する方法はないし、原状回復できるかは専ら当事者が無効を主張するかにかかわる。しかし、自ら違法取得した会社側が無効主張することは概して期待できないし、譲渡人からの無効主張の不当性はすでに指摘されているところであるから、かかる不当な無効主張に依存しなければ違法状態を解消できない解釈には問題がある。これに対して、取得を有効とすれば、子会社が親会社株式を換価処分して流出財産の回復を図ることは可能となり、処分の懈怠・処分対価の不当性などに伴う会社の損害は取締役の責任によって填補されるべきことになる。このように、取得の無効は弊害の実効的な除去と結びつくわけではない。

第二に、子会社が親会社株式を取得すれば、親会社の支配下にある子会社の議決権行使を通じて、親会社支配の公正が害されるおそれがあるが、違法取得を有効と解すれば、子会社の有する親会社株式の議決権は停止されるため(会三〇八条二項括弧書)、親会社支配の不公正は可及的に防止される。もともと、親会社株式の議決権停止自体を利用して議決権総数を減少させ、親会社の経営者に好意的な株主の議決権比率を相対的に高めるといふ弊害もある。一方、少なくとも譲渡人が悪意である場合に違法取得を無効とすれば、譲渡人が依然として株主たる地位にとどまることになる。この場合、違法取得を隠蔽するために会社が依然として譲渡人を株主名簿上の株主として扱っていれば、株主総会ではまさに正当な権利者に議決権を行使させていることになるから、その決議が瑕疵を帯びることはなく、法的安定性は確保できる。しかし、会社が依然として譲渡人を株主名簿上の株主として扱うのは、それが会社経営者にとって不都合とならないからであり、敵対的株主など会社経営者にとって不都合な者からの取得を隠蔽するには、株主名簿を第三者名義に書き換えておくであろう。そうであれば、会社が違法取得を隠蔽する限り、違法取得が会社支配の歪曲化に利用されることになる。また、譲渡人は譲渡した親会

社株式の対価を子会社に返還する債務を負うとしても、新会社法では、会社設立または募集株式発行時において会社に出資義務を履行していない株式引受人は失権することとし（会三六条三項・六三条三項・二〇八条五項）、株主たる地位を取得するための要件として出資の物権的確保を要求している（会五〇条一項・一〇二条二項・二〇九条）ことに鑑みれば、対価をまだ返還していない譲渡人に株主としての権利行使を認めることは疑問である。このように、違法取得を無効として譲渡人を依然として株主として扱うことが会社支配の公正に結びつくわけではない。

以上に検討したように、子会社による親会社株式の違法取得も有効であると解すべきである。もつとも、違法取得となる契約が履行前であれば、取締規定違反の行為の効力に準じて、その履行を否定することはできる。<sup>77</sup>違法取得の抑止効果は罰則（会九七六条一〇号）による制裁に期待するほかはない。

## 八 おわりに

自己株式取得規制のあり方は、専ら弊害防止の見地から論じられてきた。その弊害は、株式取引の不正を除けばすべて社団特有の弊害であるが、他方で、自己株式取得は取引としての側面を有する。会社が取得した自己株式は当然には消滅せず、またかつては自己株式を資産として計上することが認められていたのも、他の会社の株式を取得する場合と同様、自己株式取得も取引法上の行為であることに着目したからにほかならない。すなわち、取引としての自己株式取得が社団法的弊害を伴うからこそ、原則として禁止されていたと解される。<sup>78</sup>反対に、株式消却という社団法的効果を伴う場合には、自己株式取得は当然に許容されていたのである。したがって、自己株式取得を正面から容認する場合には、自己株式取得の位置づけも変容せざるをえない。自己株式取得を組織

法（社団法）上の行為と位置づけるからこそ、社団法的利害調整を法規制に反映させる必要がある。自己株式取得について原則として株主総会決議が要求されるのも、その現れであると考えられるが、他方で、会社が取得した自己株式は消滅せず、いわゆる金庫株としてその保有が認められている点において、自己株式取得の組織法的位置づけは徹底されていない。このように自己株式取得をめぐる法規制が中途半端になっているのは、自己株式取得という特殊な行為の法的な位置づけの検討を怠ってきたからであると思われる。

もっとも、自己株式取得を組織法上の行為と位置づけたとしても、それが株主との取引によって実現されることに変わりはない。しかし、これは新株発行においても同様である。すなわち、新株発行は株式の創設を目的とする組織法上の行為とすべきであるが、それは会社と新株引受人との間の新株引受契約を通じて実現される。この点につき、必要な取締役会決議または株主総会決議を欠く新株発行も有効であると解する判例（最判昭和三年三月三一日民集一五巻三号六四五頁・最判昭和四六年七月一六日判時六四一号九七頁）・通説において、新株発行はあたかも代表取締役の権限においてなしかうかのように説明されるのは、新株発行の要素としての新株引受契約にしか着目していないからであろう。したがって、瑕疵ある新株発行の効力を検討する際には、新株発行の組織法上の行為としての側面を考慮しなければならないのと同様に、違法な自己株式取得の効力を検討する際にも、自己株式取得の構造分析が不可欠である。

このように、自己株式取得という行為を法的にどのよう位置づけるかを明らかにすれば、自己株式取得規制の立法と解釈において一定の方向性を与えることができるのである。また、自己株式取得も新株発行も、取締役が株主構成を意図的に操作することにより会社支配の不正を招くおそれがあることにも鑑みれば、自己株式取得を新株発行の反対現象として、その法規制を体系化することも検討されるべきであろう。

一方、子会社による親会社株式の取得規制は、自己株式取得規制の延長の問題として捉えられてきたが、自己

株式取得を組織法上の行為と位置づければ、子会社と親会社は法人格を異にする以上、もはや自己株式取得規制の延長に位置づけることは適切ではなく、むしろ株式相互保有の問題として捉え、その法規制のあり方を再構成すべきことになる。

最近では会社法の立法と解釈において法と経済学を駆使した政策論的な議論が盛んであるが、行為の構造論的検討という古典的な方法論も見直されるべきであろう。

(1) 拙稿「違法な自己株式取得・質受けの効力」倉澤康一郎教授還暦記念『商法の判例と論理』（平成六年・日本評論社）一二九頁以下、同「違法な自己株式取得の効力・再考（一）（二・完）」法学研究七二巻一号（平成一一年）六九頁以下・七二巻二号（同年）五三頁以下。

(2) 新会社法の下では、「自己株式」は「株式会社が有する自己の株式」と定義され（会一―三条四項）、会社による取得の対象である「自己の株式」と文言上区別されているが、特に両者を区別する必要性があるとは思えないため、本稿では従来通り「自己株式」の取得と表現することとする。

(3) 三枝一雄「金庫株解禁の意義」法律論叢七四巻四―五号（平成一四年）六四頁以下、吉本健一「金庫株の解禁」金融商事判例一一六〇号（平成一五年）七五頁、藤原俊雄「自己株式取得規制の転換」静岡大学法政研究八巻二号（平成一五年）一五―一六頁、葭田英人「金庫株の意義と配当可能利益の關係」琉太法学六九号（平成一五年）二八一頁以下など。特に、吉原和志「自己株式取得規制の緩和に関する論点（一）（二・完）」民商法雑誌一〇七巻三号（平成四年）一頁以下・一〇八巻三号（平成五年）一頁以下は、取得目的の観点から自己株式取得規制緩和の必要性の有無を詳細に検討し、これを消極的に解する。

(4) 高橋英治「自己株式規制」『ドイツと日本における株式会社法の改革』（平成一九年・商事法務）二九七―二九九頁、新山雄三『会社法の仕組みと働き（第四版）』（平成一八年・日本評論社）一六二頁、宮島司『新会社法エッセンス（第三版）』（平成二〇年・弘文堂）一三四頁も、株価対策としての自己株式取得の解禁に懐疑的である。

(5) 平成一三年改正商法における自己株式取得規制の評価と支配目的による取得の検討については、龍田節「自己株式

式の自由化」神戸学院法学三一巻二号(平成一三年)一頁以下参照。株主の平等を確保するための取得方法規制のあり方については、龍田節「自己株式の取得と株主の平等」法学論叢一三四巻五〇六号(平成六年)二四頁以下、李秀宓「自己株式取得における株主の機会平等原則」法学(東北大学)六七巻六号(平成一五年)三三頁以下参照。

(6) 会社法施行規則の平成二一年改正までは、会社の権利の実行にあたりその目的を達成するため必要な場合は、会社法施行規則二三条一三号により子会社による親会社株式取得の例外的許容事由となっていたが、自己株式取得の例外的許容事由とはなっていないかった。これに対して、江頭憲治郎『株式会社法(第二版)』(平成二〇年・有斐閣)二三八頁は、会社が自己株式を代物弁済・強制執行により取得する場合、一般には一種の有償取得であるから自己株式取得規制の適用があるが、債務者が当該株式以外に財産を有しない場合にそれを当該方法により取得することは、一種の有償取得とみなし、規制なしに取得可能であると解しており、酒巻俊雄『龍田節編』逐条解説会社法第二巻(株式1)(平成二〇年・中央経済社)三六四頁「龍田執筆」も、会社の権利の実行にあたりその目的を達成するため必要な場合の取得を認めていた。

(7) 株主総会決議の必要性につき会社支配の不正の予防を重視する見解として、小林量「公開会社の自己株式取得」ジュリスト一〇五二号(平成六年)一一頁、酒巻『龍田編』前掲注(6)三三三頁「小林量執筆」。これに対して、藤田友敬「自己株式取得と会社法(上)」商事法務一六一五号(平成一三年)一〇頁は、株主総会決議を要求しても、支配の公正という観点からはあまり大きな機能は果たせないとする。

(8) この点の検討については、拙稿「剰余金配当請求権について」信州大学法学論集六号(平成一八年)二九一頁参照。

(9) 法務省民事局参事官室「会社法の現代化に関する要綱試案補足説明」商事法務一六七八号(平成一五年)一〇七頁以下参照。

(10) 相澤哲編『立案担当者による新・会社法の解説(別冊商事法務二九五)』(平成一八年・商事法務)三六頁「相澤哲・豊田祐子執筆」

(11) 相澤編・前掲注(10)三七頁「相澤・豊田執筆」、相澤哲『葉玉匡美』郡谷大輔編『論点解説新・会社法』(平成一八年・商事法務)一五三頁。

- (12) 平成一七年改正前商法においては、株式の消却は次の三つの場合に認められていた。①自己株式について取締役会議をもつてなされる場合(旧商二二二条)、②資本減少の方法としてなされる場合(旧商二二三条一項)、③定款の規定に基づき株主に配当すべき利益(配当可能利益)をもつてなされる場合(利益消却・旧商二二三条一項)。新会社法においては、①の自己株式の消却のみが認められており、②③の場合は、会社が株式を取得した上で消却するものとして整理された。
- (13) 「募集株式」には新株と処分する自己株式を含むが、「発行」には自己株式の処分を含ましめることはできないため、「発行等」という文言が用いられていると思われる。
- (14) 商事法務編集部「新会社法の成立までの経緯」商事法務一七三七号(平成一七年)七頁。
- (15) 鈴木達次「新会社法における自己株式処分の法的性質に関する一考察」桐蔭論叢一七号(平成一九年)九一頁。
- (16) これに対して、山本爲三郎『会社法の考え方(第七版)』(平成二〇年・八千代出版)三一六頁は、自己株式の処分も、新株発行と同様、一体性のある社団法上の行為であり、多数の引受契約の単純な合算ではないとする。この問題については、鈴木・前掲注(15)八三頁以下、岡本智英子「社団法上の法律行為としての新株発行行為・自己株式処分行為・新株予約権発行行為」慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集『慶應の法律学・商事法』(平成二〇年・慶應義塾大学法学部)三三頁以下参照。
- (17) 違法な自己株式取得が無効であるとすれば、その処分もまた当然に無効となるはずである。しかも、自己株式の処分自体は株券の交付を伴わないから(会一二八条一項但書)、処分の相手方が善意・無重過失であつても善意取得は生じないことになる。他方で、自己株式処分の無効判決には遡及効がなく、それまでは処分された自己株式も有効とされることと調和しない。
- (18) 株式の分割・併合などにおける自己株式の取扱については、要綱案の作成段階において種々議論がなされたが、結論を得るには至らなかったという(江頭憲治郎「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説〔Ⅳ〕商事法務一七二四号(平成一七年)七頁)。なお、この問題については、藤田友敬「自己株式の法的地位」落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』(平成一六年・商事法務)一〇〇頁以下参照。
- (19) 自己株式の保有を認めることに批判的な見解として、吉原・前掲注(3)民商法雑誌一〇八卷三号三三二～三三三頁、

浜田道代「非公開会社の自己株式取得規制の緩和」ジュリスト一〇二九号(平成五年)二四頁、岩原紳作「自己株式取得規制の見直し」(下)「商事法務」二三五号(平成五年)一四〇一五頁、伊藤靖史「自己株式の買受と処分について」同志社法学五三卷九号(平成一四年)八八〇八九頁、高橋真弓「自己株式取得・保有・処分規制の改正」法律時報七四卷一〇号(平成一四年)三七頁、中東正文「結合企業と自己株式」『企業結合法制の理論』(平成二〇年・信山社)三六四頁、森本滋「自己株式の取得規制」金融法務事情一八一三三号(平成一九年)一七頁、藤田・前掲注(7)六頁も、金庫株解禁の経済的意義(「金庫株の取得+再放出」と「自己株式の消却+新株発行」の違い)に否定的である。

新会社法制定の審議の過程でも、自己株式を取得すれば当然に消却されることとして金庫株制度を廃止すべきではないかという意見も出たが(法制審議会会社法(現代化関係)部会第五回会議(平成一五年五月一四日)議事録、同第二回会議(平成一六年四月一六日)議事録)、この意見が格別に取り上げられることはなかった。これは、実務上の要望に応じて、自己株式の処分に固有の方法として市場売却を可能にしたかったからであると推測される。

(20) 江頭憲治郎『株式会社法(第三版)』(平成二二年・有斐閣)二二九頁。

(21) 高橋・前掲注(19)三七頁。

(22) 相澤編・前掲注(10)四四〇四五頁「相澤・豊田執筆」。これに対して、従来の判例(最判昭和四〇年三月一八日判時四一三号七五頁)・通説は、消却した株式についてはその発行時点で発行権限はすでに行使されたのであり、その再発行を認めると無限の発行授權となり、定款に発行予定株式総数を定めさせる趣旨が没却されるから、消却した株式数相当分につき未発行株式数は増加しないと解していた。

(23) 学説も自己株式処分の法的性質の理解に苦慮している。例えば、龍田節『会社法大要』(平成一九年・有斐閣)二六六頁は、「会社が保有中の株式も発行済株式であり(だから消却がありうる)、権利が制限されている点を除けば社外にある株式と同じだと見るなら、募集による処分は株式譲渡の特殊な形態ということになる。これに対し、保有中の自己株式を未発行株式に近いものと見るなら、募集による処分は準発行ということになる」と述べ、鈴木・前掲注(15)九三頁は、「会社が保有する自己株式は、消却に準ずる状態、換言すれば解除条件附消却といった状態におかれて」おり、「自己株式の処分はこの条件を成就させる契機をもつ」と説明する。

- (24) これらの問題については、江頭憲治郎・神作裕之・藤田友敬・武井一浩編『改正会社法セミナー株式編』（平成七年・有斐閣）一〇六～一一四頁、弥永真生『演習会社法』（平成一八年・有斐閣）六一～六五頁参照。
- (25) 平成六年改正商法下での詳細な研究として、龍田節「違法な自己株式取得の効果」法学論叢一三六卷四〇五～六号（平成七年）一頁以下参照。
- (26) ただし、判例（最判平成五年七月一五日判時一五一九号一六頁）は、持分に市場性のない有限会社における自己持分の取得についても譲渡人からの無効主張を否定しているため、譲渡人に投機の手当を与えるという理由は重要ではないことになろう。
- (27) 新会社法の下で譲渡人からの無効主張を許容する見解として、酒巻・龍田編・前掲注（6）三六七頁「龍田執筆」、江頭・前掲注（20）二四七～二四八頁、山本・前掲注（16）一三六頁。
- (28) 問題提起的検討として、品谷篤哉「自己株式（金庫株）買受と商法」法律時報七五卷四号（平成一五年）四三～四四頁、宮島・前掲注（4）一四四～一四五頁。
- (29) 拙稿・前掲注（1）法学研究七二卷二号五四頁以下。
- (30) 新会社法の下で、違法な自己株式取得の効力一般につき相対的無効説を主張するものとして、加美和照『新訂会社法（第九版）』（平成一九年・勁草書房）一九七頁、山本・前掲注（16）一三六頁、石山卓磨『現代会社法講義（第二版）』（平成二二年・成文堂）一六二頁、関俊彦『会社法概論（全訂第二版）』（平成二二年・商事法務）一三九頁、大隅健一郎・今井宏・小林量『新会社法概説（第二版）』（平成二二年・有斐閣）四二一～四二二頁。財源規制違反以外につき相対的無効説を主張するものとして、服部育生「自己株式の取得」愛知学院大学論叢法学研究四九卷三号（平成二〇年）一一九頁、弥永真生『リーガルマインド会社法（第一二版）』（平成二一年・有斐閣）五七頁。原則無効と解するものとして、杉田貴洋「自己株式の取得」山本爲三郎編『新会社法の基本問題』（平成一八年・慶應義塾大学出版会）六三頁。
- (31) 江頭・神作・藤田・武井・前掲注（24）二七頁「神田秀樹・藤田友敬発言」、山下友信編『会社法コンメンタール4』（平成二二年・商事法務）一三二頁「藤田友敬執筆」。
- (32) 佐伯仁志「自己株式の不正取得罪について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』（平成一九年・成文堂）六〇三

頁以下参照。

- (33) ただし、無効説を前提としても、会社法では同時履行の抗弁を排除することが特則化していると解する余地もある(神田秀樹『会社法(第一二版)』(平成二二年・弘文堂)二七三頁)。
- (34) 相澤編・前掲注(10)一三五頁「相澤哲・岩崎友彦執筆」、葉玉匡美「財源規制違反行為の効力」商事法務一七七二号(平成一八年)三五・三七―三九頁。
- (35) 財源規制違反の自己株式取得は無効であり、しかも譲渡人からその無効を主張することは許されないという見解によれば、株主が自発的に対価返還義務を履行して株券の返還を求めるとはできないのに対して、有効説によれば対価の返還が会社債権者保護に資する以上、譲渡人が自発的に対価を返還することはむしろ望ましいことであり、譲渡人の意思の如何は問われないはずである(ただし、有効説に立つと、対価を返還した譲渡人は必ずしも株主たる地位を主張できるとは限らないが、会社が取得した自己株式を処分または消却した場合には株主たる地位を回復できないからこそ、その前に株主が手を打つことを認めるべきであろう)。
- (36) 相澤編・前掲注(10)一三五頁「相澤・岩崎執筆」、葉玉・前掲注(34)三五頁。この文言に対する評価については、龍田・前掲注(23)二七一頁、田中亘「財源規制違反の分配による責任」法学教室三四七号(平成二一年)二六―二七頁参照。
- (37) 相澤編・前掲注(10)一三五頁「相澤・岩崎執筆」。
- (38) 葉玉・前掲注(34)三八頁。
- (39) この見解によれば、取締役が会社法四六二条の責任を履行した場合にも、取締役は会社の保有する自己株式を代位取得することになるはずであるが、責任を履行した取締役は善意の株主には求償できないこと(会四六三条一項)との関係をどのように考えるのであろうか。
- (40) 自己株式取得を無効と解すれば、株式消却も連鎖的に無効となるから、譲渡人は株式を失わないことになる。
- (41) 葉玉・前掲注(34)三八頁。
- (42) 旧商法の下では、譲渡制限株式の譲渡不承認に伴う会社の買取手続において、裁判所の決定した売買価格が取得財源たる中間配当限度額(旧商二〇四条ノ三ノ二第五項)を超えるときは、売買は成立しなかったものとみなされ

- (同二〇四条ノ四第六項)、その場合には取締役会の承認があったものとみなされることとされており(同七項・二〇四条ノ二第七項)、株主保護が図られていた。
- (43) 森本・前掲注(19)一四頁、服部・前掲注(30)一一〇頁、山下編・前掲注(31)五〇頁「山下執筆」、田中・前掲注(36)三一頁、江頭・前掲注(20)二四八〜二四九頁、弥永・前掲注(30)五七頁・三九九頁。わずかに有効と解するものとして、青竹正一『新会社法(第三版)』(平成二二年・信山社)一五九〜一六〇頁。
- (44) 吉本健一「会社法における財源規制違反の剰余金の配当等の効力」阪大法学五七巻五号(平成二〇年)一頁以下、同『会社法』(平成二二年・中央経済社)三五七頁、泉田榮一「自己株式の取得に関する論点」法律論叢八〇巻二二三号(平成二〇年)一五頁、同『会社法論』(平成二二年・信山社)二〇八頁、前田庸『会社法入門(第一二版)』(平成二二年・有斐閣)一五六頁。なお、龍田・前掲注(23)二七〇頁は、法定の財源枠を超過する取得は、数口の取得が同時ならずして無効であり、時間の前後があれば超過分を含む最後の取得が全部無効であるとした上で、善意の相手方の保護を考慮する。
- (45) 森本・前掲注(19)一四頁、江頭・前掲注(20)二四九頁。旧法下での見解として、河本一郎「今井宏『鑑定意見会社法・証券取引法』(平成一七年・商事法務)二六〜二九頁。
- (46) 吉本・前掲論文注(44)四〜五頁。
- (47) 江頭・前掲注(20)二四九頁、弥永・前掲注(30)五八頁。
- (48) 吉本・前掲論文注(44)八頁。
- (49) 葉玉・前掲注(34)三五頁。
- (50) 刑罰による制裁があることを無効の根拠とする余地もあるが(森本・前掲注(19)一四頁)、違法行為を私法上無効とできないからこそ行為者に罰則による制裁を科して違法行為の抑止を図るといふ可能性もあるから、刑罰の存在は無効の根拠とはならない。
- (51) 相澤編・前掲注(10)二七三頁「郡谷大輔・岩崎友彦執筆」。
- (52) 相澤編・前掲注(10)二八一頁「郡谷・岩崎執筆」。これに対する批判として、稲葉威雄『会社法の基本を問う』(平成一八年・中央経済社)一一四〜一一七頁。

- (53) 相澤編・前掲注(10)二八八頁「郡谷・岩崎執筆」。
- (54) 相澤編・前掲注(10)二八九～二九〇頁「郡谷・岩崎執筆」。
- (55) 相澤編・前掲注(10)二九一頁「郡谷・岩崎執筆」。
- (56) 葉玉・前掲注(34)三五頁。
- (57) 新会社法の下では、財源規制違反の有無は剰余金配当決議の時点ではなくその効力発生日を基準として判断されるため(会四六一条一項柱書)、剰余金配当決議後の事情によって結果的に財源規制違反の剰余金配当となることもある(葉玉・前掲注(34)三五頁)。したがって、剰余金配当決議は、効力発生日に分配可能額の範囲内であることを条件として効力を生ずると解すべきことになる。
- (58) 梅本剛正「違法な自己株式取得・質受けの効力」浜田道代Ⅱ岩原紳作編『会社法の争点』(平成二二年・有斐閣)六八頁。
- (59) 分配可能額の範囲内であっても、株主総会で授權された取得対価の総額を超過して自己株式を取得した場合については、解釈論としても有効と解すべきである。
- (60) 財源規制違反の効果をめぐって、剰余金の配当と自己株式の取得を統一的に規制したこと(または解釈すること)に批判的な見解として、宮島・前掲注(4)三五四頁、尾崎安央「会社の計算」ジュリスト一三二五号(平成一八年)一四頁、森本・前掲注(19)一七頁、服部・前掲注(30)二二〇頁、河内隆史「違法な剰余金の配当をめぐる法律関係」明治大学法科大学院論集七号(平成二二年)二八八頁。
- (61) 酒巻Ⅱ龍田編・前掲注(6)四一七～四一八頁「河村尚志執筆」、山下編・前掲注(31)五〇頁「山下友信執筆」、弥永・前掲注(30)五八頁。
- (62) 酒巻Ⅱ龍田編・前掲注(6)四四二頁「河村尚志執筆」、山下編・前掲注(31)八五頁「山下友信執筆」、弥永・前掲注(30)五八頁。
- (63) 相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷編・前掲注(10)二五〇頁、葉玉匡美編『新・会社法一〇〇問(第二版)』(平成一八年・ダイヤモンド社)一八一頁。
- (64) 拙稿「株式会社機関権限の序論的考察」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集三五号(平成六年)一三三頁参照。

(65) 立案担当者は、子会社が違法に親会社の株式を取得した場合の効力についても、親会社の自己株式取得規制を潜脱してその利益を図ろうとする意図と子会社の利益のためにする表示行為との間の不一致がある点に着目して、民法九三条を類推適用すべきであるとすることが（相澤Ⅱ葉玉Ⅱ郡谷編・前掲注（10）一七四頁、葉玉編・前掲注（63）一八二頁、もはや民法九三条の濫用というほかはない。

(66) 吉本・前掲注（3）七七頁。

(67) 会社法一六〇条一項の文言上は、自己株式取得に関する通知を特定の株主に対して行うことについて株主総会議をもつて決定することになっているからといって、その決議によって代表取締役と与えられる権限が単に自己株式取得に関する通知（準法律行為たる意思の通知）をなす権限にとどまると解することは無意味であり、特定の株主から自己株式を有償取得する権限であると解すべきである。

(68) 平成一七年改正前商法においては、自己株式の買受に関する株主総会の授權決議に基づいて具体的に買受を実行する際に取締役会決議を要する旨の明文の規定はなかったが、重要な業務執行にあたるのであれば、取締役会決議を要するものと解されていた（原田晃治Ⅱ泰田啓太Ⅱ郡谷大輔「自己株式の取得規制等の見直しに係る改正商法の解説〔下〕」商事法務一六〇九号（平成一三年）一一頁。平成一三年改正前商法二二二条ノ二に基づく自己株式の買受につき重要な業務執行にあたるとした判例として、福島地会津若松支判平成一二年一〇月三一日判タ一一一三号二一七頁）。そうであれば、取締役会決議を欠く自己株式取得の効力も、取締役会決議を欠く重要な財産の処分・譲受等の効力と同様に解されることになる。そして、自己株式の取得が、他の会社の株式の取得と同様、その性質上業務執行として取締役会の権限に属するものであれば、代表取締役の代表権の範囲内の行為であるともいえるから、取締役会決議を欠く自己株式取得を無権代表と構成することは困難である。しかし、新会社法は、自己株式取得契約の内容にまで踏み込んで取締役会決議を要求している以上、自己株式取得は代表取締役固有の包括的代表権には属さないものというべきであろう。

(69) 山下編・前掲注（31）八八頁「山下友信執筆」。なお、酒巻Ⅱ龍田編・前掲注（6）四四一頁「河村尚志執筆」は、正当な機関による決定がないまま強制的に株式を取得された株主及び取得対象とされなかった株式の株主の利益を保護すべきであるとして、必要な決議を欠く取得は原則として無効であると解する。

- (70) 酒卷 II 龍田編・前掲注(6)四五六頁「河村尚志執筆」、山下編・前掲注(31)一一七頁「山下友信執筆」。
- (71) 山下編・前掲注(31)二七〜二八頁「伊藤靖史執筆」。
- (72) 山下編・前掲注(31)三〇頁「伊藤靖史執筆」。
- (73) 龍田節「会社の計算による自己株式の取得」法学論叢一三八卷四 II 五 II 六号(平成八年)一頁以下参照。
- (74) 龍田・前掲注(23)二七二頁、加美・前掲注(30)一九九頁、江頭・前掲注(20)二六三頁、弥永・前掲注(30)六〇頁、酒卷 II 龍田編・前掲注(6)二九四頁「齊藤真紀執筆」など。
- (75) 相澤 II 葉玉 II 郡谷編・前掲注(10)一七五頁参照。
- (76) 拙稿・前掲注(1)法学研究七二卷一号八九頁以下。
- (77) 拙稿・前掲注(1)法学研究七二卷二号五四頁以下参照。
- (78) 浜田・前掲注(19)二四頁。
- (79) 江頭 II 神作 II 藤田 II 武井編・前掲注(24)二二一頁「神作発言」、泉田栄一「株式の相互保有による資本の空洞化の意味」『会社法の論点研究』(平成一七年・信山社) 一二四頁。