

## 来住野君学位請求論文審査報告

### 一 はじめに

来住野君の提出した博士学位請求論文『株式譲渡制限の法理』は、株式譲渡の制限に関する会社法上のすべての問題について、解釈論上の課題や立法論的課題を取り上げ、これを根本から検討したものである。具体的には、株券発行前の株式譲渡・権利株譲渡の効力、会社の承認を欠く譲渡制限株式の譲渡の効力、違法な自己株式取得の効力、における相対効の可否の検討を中心として、法律・定款・契約による株式譲渡の制限全般までも検討対象とした総合的かつ本格的な研究となっている。これだけ株式譲渡制限に関するすべての問題点を詳細に検討したモノグラフィは今までほとんど存在したことがなく、その意味でも極めて貴重な研究である。

本学位請求論文は A 4 判原稿用紙二六四頁にも及ぶ大部なものであり、来住野君が研究生活を始めてから四半世紀にわたって探究し続けてきた彼の「株式譲渡制限論」の

集大成ともいえる労作である。近時はやりの M & A 論などからすると一見地味に見える研究テーマであるが、基本法理をあくまでも突き詰めようとする来住野「株式譲渡制限論」の展開により、変遷夥しい株式譲渡(制限)法制のあり方をめぐる会社法上の最重要研究課題として、このテーマが再び輝きを増すであろうことが期待される。

### 二 本論文の構成

本論文は、筆者が『法学研究』などの大学紀要に発表してきた八本の論文と八本の判例研究を加筆修正してまとめたものであり、その構成は以下の通りである。

#### 序章

第一章 株券発行前の株式譲渡・権利株譲渡の効力(初出…

法学研究七三卷五号)

#### I はじめに

II 株券発行前の株式譲渡の効力

#### 1 問題意識

2 周辺規定の変遷と緩和説

3 株券発行前の株式譲渡の對抗要件

4 株券発行前の株式譲渡の相対効の意義

5 株券発行の不当遅滞と相対効修正の可否

III 権利株譲渡の効力

I 権利株譲渡の制限の変遷と趣旨

II 権利株譲渡の對抗要件と相対効

IV 結語

第二章 株券不所持制度をめぐる諸問題——株券占有の法理

に関する一考察（初出・法学研究七三巻五号）

I 問題の所在

II 株券不所持制度をめぐる具体的諸問題

1 株券寄託中の株式譲渡の可否

2 株券の効力発生時期との関係

3 商法二〇四条二項との関係

4 株券不発行の合意との関係

III 株券不所持制度の構造上の問題点とそのあり方

——株主による株券占有の取得と放棄の効果

IV 結語

第三章 株券不発行への課題（初出・朝日法学論集二九号）

I はじめに

II 株式譲渡が制限される会社の場合

——取締役会の承認を欠く株式譲渡の効力との関連に

おいて

III 株式譲渡が自由な会社の場合

IV まとめ

第四章 譲渡制限株式競落の法律関係（初出・朝日法学論集

三〇号）

I 問題の所在

II 最高裁昭和六三年三月一五日判決とその評価

III 譲渡制限株式競落の効力と従前の株主の地位

IV 結語——紛争の原因

第五章 新会社法における株式譲渡制限法制の評価（初出・

山本爲三郎編『新会社法の基本問題』二〇〇六年、

慶應義塾大学出版会）

I はじめに

II 会社類型としての株式譲渡制限会社の是非

III 株券の不発行

IV 株式譲渡制限の態様

1 制限の対象

2 株主間の株式譲渡に関する承認の要否

3 承認機関

V 株式取得者からの承認請求

VI 先買手続

VII 相続・合併により株式を取得した場合

VIII 種類株式としての譲渡制限株式

1 その是非

2 譲渡制限のための定款変更の手続

3 譲渡制限株式発行の手続

IX おわりに

第六章 新会社法における株券と株式譲渡をめぐる諸問題

(法学研究八二卷一二号)

- I はじめに
  - II 株券発行前の株式譲渡
    - 1 会社法一二八条二項の意義
    - 2 会社法一二八条二項の適用範囲
  - III 権利株の譲渡
    - 1 権利株譲渡の効力に関する変更点
    - 2 権利株譲渡の制限の趣旨
    - 3 新会社法の問題点
  - IV 株券廃止前の株式譲渡
  - V おわりに
- 第七章 自己株式取得・保有・処分規制の問題点と違法取得の効力(法学研究八三卷七号)
- I はじめに
  - II 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
  - III 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
  - IV 違法な自己株式取得の効力・総論
  - V 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
    - 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
  - VI 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
    - 4 特定の株主からの取得において他の株主に譲渡人追加請求の機会が与えられなかった場合
  - VII 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
  - VIII おわりに
- 第八章 契約による株式譲渡の制限(初出・明治学院大学法学研究九五号)
- I はじめに
  - II 学説・判例の状況
    - 1 学説
    - 2 判例

III 従業員持株制度に伴う株式譲渡制限契約

1 株式譲渡自由の原則との関係

2 公序良俗との関係

3 株式譲渡制限契約の性質

IV 合併会社における株式譲渡制限契約

V まとめ

第九章 判例研究

I 譲渡制限株式の売買価格決定申請事件において株券の不供託を理由とする売買の解除の効力が否定された事例（名古屋高決平成一〇年八月二一日判時一六七三号一四九頁）

II 譲渡制限株式の先買権者指定後における先買権者指定請求撤回の可否（福岡高決平成一四年一月二九日判時一七九五号一五八頁）

III 商法二二二条ノ二（平成一三年改正前）による自己株式の買受について、定時株主総会決議を経た上で株式会社との売買契約が締結された後に取締役会決議で売買価額が変更された場合、会社は変更後の内容の債務を負うとされた事例（福島地会津若松支判平成一二年一〇月三一日判タ一一一三三号二一七頁）

IV 株券が発行されていない譲渡制限株式の時効取得の成否（東京地判平成一五年一月二一日判タ一一五二二号二一二頁）

V 一人会社における譲渡制限株式の譲渡担保と共益権の帰趨（最二小決平成一七年一月一五日刑集五九卷九号一四七六頁）

VI 日刊新聞社において社員株主制度に基づくルールに従わない株式譲渡の可否―日経新聞事件（東京地判平成一九年一〇月二五日判時一九八八号一三一頁）

VII 譲渡制限株式の相続人に対する会社の株式売渡請求権の行使期間の起算点（東京高決平成一九年八月一六日資料版商事法務二八五号一四六頁）

VIII 譲渡制限株式の善意取得の成否（東京高判平成五年一月一六日金判九四九号二二頁）

終 章

I 総括

1 株式譲渡自由の原則

2 株式譲渡の方式（株式振替制度を含む）

3 株券発行前の株式譲渡・権利株譲渡の効力

4 自己株式の取得・保有・処分

5 子会社による親会社株式の取得

6 定款による株式譲渡の制限

7 契約による株式譲渡の制限

8 株式の時効取得

9 株券不所持制度

II 今後の検討課題

### 三 本論文の内容

第一章では、平成一七年改正前商法二〇四条二項（現行会社法一二八条二項）が株券発行前の株式譲渡について譲渡当事者間では有効、会社に対する関係では無効という相対効を定めている趣旨について、周辺規定の変遷をたどって緩和説が強調されるに至る背景を概観し、同時に昭和一三年の同項新設以前の学説上の議論（株式譲渡の成立要件・対抗要件をめぐる松本添治博士と竹田省博士の見解の対立）を踏まえてその立法者意思を探究した上で、株式譲渡をめぐる法律関係の明確化を図る点にその合理性があることを検証する。すなわち、同項の趣旨につき、現在の判例・通説（緩和説）は、会社の株券発行事務の渋滞を防止し、株券の円滑かつ正確な発行を促進しようとする技術的理由にあると解し、会社が株券の発行を不当に遅滞している場合には同項の適用を修正するが、立法者意思は、株券発行前の株式譲渡につき指名債権譲渡の対抗要件を否定し、株券の発行を待って株券を基準として株式譲渡の対抗要件を統一することであり、周辺規定の変遷（株券上の名義書換制度の廃止、株金分割払込制度の廃止、会社の遅滞なき株券発行義務の明定）も同項の趣旨の変容につき決定的な根拠を与えるものではないとする。株券発行前の株式譲渡

の第三者に対する対抗要件については、実質的な株式譲渡の事実の立証で足りるとする見解と民法四六七条所定の指名債権譲渡の対抗要件を具備すべきと解する見解が対立しているが、いずれの見解も株式が二重譲渡された場合には解決不能に陥る。株式の無記名債権に準ずる性質は株券が発行されて初めて帶有するのではなく、その成立の時から生まれながらにして有するものであるから、その譲渡の対抗要件は一律に株券の交付によって具備され、株券発行前の株式譲渡については無記名債権の譲渡に関する民法の一般規定（民八六条三項・一七八条）に復帰する。株券発行前の株式譲渡の会社に対する効力が否定されるのも、株券発行前の株式譲渡においては、会社に対する関係では株式は移転していないものとみなし、会社は必ず原始株主である譲渡人に株券を発行しなければならぬことに よって、譲渡人を經由して株券の交付という対抗要件を具備させようという趣旨である。したがって、同項は現実に株券が発行されるまで適用されるため、小規模会社においては株券の不発行によって株主の投下資本回収が事実上妨げられるという問題は、立法的解決によるほかはないと主張する。また、権利株譲渡の相對効（旧商一九〇条）についても、期待権たる権利株は条件成就によって取得する権

利すなわち株式と同一の方法によって譲渡できるため（民  
二二九条）、二〇四条二項と同趣旨に基づくものであると  
する。

第二章では、株主からの株券不所持の申出に対して、会  
社には株券不発行の措置と株券寄託の措置との選択が認め  
られていた平成一六年改正前商法における株券不所持制度  
（旧商二二六条ノ二・会二一七条）をめぐって、①株主は  
株券を銀行等に寄託したまま株式を譲渡することができる  
か、②株券発行前に株主から株券不所持の申出があった場  
合、会社は株券寄託の措置をとることができるか（株主に  
株券を現実に交付せずに直接銀行等に寄託することはでき  
るか）、③株券不発行の措置が採用された場合にはなぜ商  
法二〇四条二項が適用されないのか、④会社と株主との間  
で株券不発行の合意がなされた場合、株券不所持の申出と  
それに対応する株券不発行の措置と意思解釈することができるかとい  
った諸問題の考察を通して、株券不所持制度の  
構造論的な問題を指摘し、株主による株券占有の取得と  
放棄の効果について検討する。その結果、株主の静的安全  
の保護という株券不所持制度の趣旨を達成するためには、  
株券不所持制度に一律に株式譲渡制限機能を認めなければ  
ならないところ、株券寄託の措置において提出された株券

の有効性を維持していることがそれを妨げているため、株  
券不所持制度の根源的な問題は、株券不発行の措置と株  
券寄託の措置の二本立てとし、会社がそのいずれを採用す  
るかにより株券の効力を区別したことにあるとして、株券  
寄託の措置を認めたことを批判する。そして、株券不所持  
制度においては、株券不所持の申出における株主の意思と  
善意取得防止の必要性に鑑みれば、株券は会社に提出され  
た時点で無効とすべきであると主張する。

第三章では、平成一七年改正前商法における取締役会の  
承認を欠く譲渡制限株式の譲渡の効力に関する判例・学説  
（相対的無効説・有効説）の批判的検討を通して、かかる  
学説の対立の根本的な原因は株式譲渡の制限と株券の無記  
名証券性という本来相容れないものを調和させようとする  
ことにあるという解釈論上の限界を指摘し、株式譲渡が制  
限される会社では株券の発行を禁止すべきであるとの立法  
論を展開する。すなわち、会社法は譲渡制限株式について  
固有の譲渡方法を定めていないため、取締役会の承認を欠  
いていても、株券の交付をもって株式譲渡がなされた以上、  
株券の占有をもって会社以外の第三者には対抗できるため、  
少なくとも譲渡当事者間では有効であると解さざるを得な  
いのであるが、無記名証券たる株券は、会社とは無関係に

流通することが予定されているため、譲渡制限株式会社には親しまないのであって、問題の元凶は譲渡制限株式会社についても無記名証券たる株券が発行されることにあると帰結する。一方、株式譲渡が自由な会社については、フランス法における株式のペーパーレス化を紹介した上で、従来の株券保管振替制度と比較しながら、株券不発行を前提とした新たな株式振替制度のあり方を考察し、株式の口座振替による善意取得とその事後処理については理論的な問題があることを指摘する。すなわち、口座振替による善意取得制度の趣旨は、有価証券の善意取得のように譲渡人の権利者らしい外観に対する譲受人の信頼を保護するものではなく、決済システムの一部の異常（口座振替の瑕疵）がシステム全体に波及することを回避するために、「巻き戻しの生じえない決済完了性（ファイナリティ）」を付与することにある。そして、参加者が誤って過大記録した株式につき口座振替がなされた場合にも善意取得が認められるのは、振替先の増加記録に権利創設的効力を認めるものにほかならず、もはや既存の権利譲渡法理を超越しているから、口座振替の法的構成を抜本的に見直す余地がある。また、過大記録に基づく口座振替により善意取得が生じた場合に振替機関等に消却義務を課することについては、社債と株式の法的

性質の違いに鑑みれば、社債振替制度における制度設計を株式振替制度にそのまま流用することができるかという問題を提起する。

第四章では、競売により譲渡制限株式を取得した者が取得承認請求を放置している場合における従前の株主の地位をめぐる最判昭和六三年三月一五日判時一二七三号一二四頁を素材として、これに対する学説上の評価を検討した上で、譲渡制限株式の競売・公売については相対的無効説に立つて従前の株主の権利行使を認めることが妥当であると主張するとともに、株券の無記名証券性により競落人は株券を占有していれば株主たる地位を第三者に対抗できることが、取得承認・買受人指定請求の放置を容認し、紛争の原因となつていふことを指摘する。本章は、判例を素材とした第三章の補足的研究であり、紛争の根本的原因が譲渡制限株式につき株券が発行されることにあるとして制度を批判的に検討する。

第五章では、新会社法が株式譲渡制限会社と有限会社の規律を一本化したことの当否について批判的に検討した上で、第三章・第四章での検討を踏まえて株券不発行に関する新会社法の立場を批判するほか、定款による株式譲渡制限に関する具体的な改正事項についてもその問題点を指摘

する。株式譲渡制限会社と有限会社の規律を一本化する点については、これを歓迎する一方、株式譲渡制限会社に有限会社形態を廃止することではないかと疑問を呈する。健全な会社形態を廃止することではないかと疑問を呈する。定款による株式譲渡制限については、①制限の対象を「株式の譲渡」から「譲渡による株式の取得（株式の譲受）」に改めたこと、②株主相互間の株式譲渡を制限の対象から除外していないこと、③取締役会設置会社においてはなお取締役会を承認機関とし、承認機関を株主総会に一本化していないこと、④競売・公売以外による株式取得者に対しても取得承認請求権が認められていること、⑤株式相続人等に対する会社の株式売渡請求を承認する株主総会決議においてその相続人等は議決権を行使できないことなどについて批判するほか、先買手続や種類株式としての譲渡制限株式についても検討を加える。

第六章では、第一章での検討を基礎として、株券発行前の株式譲渡に関する会社法二二八条二項の当否と適用範囲について検討するとともに、新会社法が権利株譲渡の効力を相対効から対抗不能に改めたことの不当性を指摘するほか、株券廃止前の株式譲渡の効力について考察する。会社法二二八条二項については、これを債権的効力の問題と捉

える立案担当者の誤解を指摘するとともに、公開会社でない株券発行会社では株主から請求があるまで株券を発行しなくてもよいことになったことに伴い、この場合に同項が適用されるかについて検討し、迅速な投下資本回収を保障する必要のない譲渡制限株式についてその適用を否定する。

権利株譲渡の効力については、新会社法では、出資履行後に応じてその取扱を区別し、出資履行前の権利株の譲渡と発起人による出資履行後の権利株の譲渡は会社に対抗できないとされているが、株券発行前の株式譲渡の効力との平仄が考慮されていないし、会社が認めてくれない限り、永久に会社に対抗できない権利株譲渡を認めることは無意味であると批判するほか、出資履行前後に依拠して権利株の期待権としての性質もその譲渡をめぐる法律関係も異ならないから、その取扱を区別する理由を見いだせない」と指摘する。また、株券廃止の定款変更の効力発生前にAから株券の交付により株式を譲り受けたが、株主名簿の名義書換を失念した者Bがいる一方、定款変更の効力発生後にその株式を株主名簿上の株主Aから譲り受けたとして株主名簿の名義書換を受けた者Cがいる場合、BとCの優劣はどのように決められるべきかという問題につき、定款変更の効力発生前は株券の交付が株式譲渡の成立要件である以上、

二重譲渡に伴う対抗問題とはならず、Bは有効に株式を取得できるが、定款変更の効力発生後は株券が無効となるため、株主であることが推定されないだけであると解する。

第七章では、自己株式取得・保有・処分規制を概観した上で、金庫株として自己株式の保有を認めるとの立法論的問題点を指摘し、違法な自己株式取得の効力については、財源規制違反と手続規制違反(必要な決議を欠く場合・株主に対する通知を欠く場合・数量超過の場合・特定の株主からの取得において他の株主に譲渡人追加請求の機会が与えられなかった場合)とに区別し、法律行為論的視点を重視して個別的に検討する。自己株式取得・保有・処分規制の評価については、自己株式の取得は、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はずであるが、新会社法は、自己株式の処分に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ないため、会社はなぜ自己株式を消滅させることなく取得することができるのかという理由の理論的な説明が困難になった一方、組織法上の行為として徹底しているわけではないとして、その法的性質は中途半端であると指摘した上で、①自己株式の長期保有を認めるべき積極的な理由があるか、②法的性質の異なる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に理論的な整合性があるかという疑問を提起する。違法な自己株式取得の効力については、専ら利益衡量の見地から決する通説の立場を批判した上で、自己株式取得が解禁された現行法の下では、従来とは違法性の質が異なるから瑕疵(違反)の内容に応じて個別的に検討する必要があると主張する。財源規制違反の自己株式取得の効力については、立案担当者の主張する有効説には譲渡人保護の点で重大な問題がある一方、学説上の無効説も理論的根拠が不十分であると指摘した上で、財源規制違反の危険負担のあり方・財源規制違反の自己株式取得の効果のあり方を検討する。その結果、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不当であると新会社法を批判するとともに、財源の如何は法律行為の効力を左右し得るものではなく、財源規制は自己株式取得を実行する取締役を拘束するにすぎないから、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べきであると解する。株主との合意による自己株式の取得において必要な決議を欠く場合については、当該決議の有無が代表取締役の代表権に影響を及ぼすかという観点から考察し、

無権代表により無効であるとする。子会社による親会社株式の違法取得の効力については、行為の内容・性質としては適法な取得と異なるところはないし、無効としても弊害の除去に寄与しないとして、有効と解すべきことを主張する。

第八章では、従業員持株制度に伴う株式譲渡制限契約（主に従業員退職時には従業員持株会に対して取得価格と同額で株式を売り渡すことが強制される約定）の効力について、判例・学説の状況を整理した上で、株式譲渡自由の原則との関係・公序良俗違反の有無を検討し、その有効性と問題点を指摘するとともに、合弁契約における株式譲渡制限についてもその態様に応じて有効性を検討する。すなわち、株式譲渡自由の原則は、準物権契約としての株式譲渡の自由を保障するものであり、株式の売買契約・贈与契約といった債権契約を対象とするものではないところ、譲渡に関する株式の属性は定款によって決まり、会社と株主との個別的な株式譲渡制限契約によって株式の属性を変えられることはできないから、契約によって株式譲渡を制限しても債権的効力を有するにすぎない。したがって、株式譲渡制限契約の効力は、原則として、会社を当事者とするものであっても、その内容が公序良俗に反するか否かによって

決すればよい。譲渡先の限定・退職時の売渡強制については、①特定の財産の譲渡先を限定したり、一定の時期に譲渡を強制する旨の約定は一般に公序良俗に反しないこと、②従業員持株制度は従業員を構成員として運用するものであり、株式の拡散を防止することに制度構築上の合理的な理由があること、③譲渡制限株式については、本来相手方選択の自由がない以上、かかる特約はむしろ株式の処分を容易ならしめることなどを理由として、公序良俗には反しないと解する。取得価格の固定についても、①契約の効力は契約締結時の事情を基準として判断するのが大原則であるから、配当性向・配当実績といった契約締結後の事情によって契約の効力が左右されるはずはないこと、②会社法は投下資本回収の手段としての株式譲渡を保障しているにすぎず、投下資本回収自体を保障しているわけではないこと、③取得価格が当時の時価よりも低額であれば取得時に利益を得ていることになるし、売渡価格を固定するということは株価が上昇したときにキャピタルゲインを得られない反面、株価が下落したときにもキャピタルロスを負担しないことをも意味するから、従業員株主が株価変動に伴う利益享受と損失負担を望まず、専ら剰余金配当のみによる収益を目的とする以上、従業員株主の利益を一方的に害す

るものではないことなどを理由として公序良俗にも反しない」と解する。その上で、株式譲渡制限契約が始期付売買契約である場合と再売買の予約である場合とを区別して、その法律効果を検討する。合弁会社における株式譲渡制限契約は、合弁関係の維持または解消に関する合理性を有し、財産権の処分に対する過度の制約とならない限り、有効と解する。

第九章は、株式譲渡の制限をめぐる判例研究をまとめたものである。いずれの判例研究においても来住野「株式譲渡制限論」が縦横に発揮されており、一貫した理論の下に実務上の問題点との突合せを行ない、いい意味で判例研究の域を超えるほどの詳細な検証がなされている。

終章においては、新会社法における株式譲渡とその制限をめぐる法律関係および問題点を体系的に整理するとともに、今後の検討課題を提示する。

#### 四 本論文の評価

本論文における株式譲渡制限に関する検討事項は多岐にわたるが、筆者の問題意識の端緒は、株券発行前の株式譲渡・権利株譲渡、会社（取締役会）の承認を欠く譲渡制限株式の譲渡、違法な自己株式取得における相対効に対する

素朴な疑問にある。株券発行前の株式譲渡・権利株譲渡の効力については、譲渡当事者間では有効であるが、会社に対する関係では無効であるという相対効が明文で定められており、会社の承認を欠く譲渡制限株式の譲渡の効力については、解釈上同様の相対効を認めるのが判例・通説であったが、株式は株主の会社に対する法律関係であるから、譲渡当事者間と会社に対する関係を区別して譲渡の効力を異にするのは不自然である。そこで、筆者は、明文上の相対効についてはその意義を積極的に探究し、なぜそのような相対効とせざるを得なかったのかを明らかにし、解釈上の相対効については懐疑的にその可否を検討する。

明文上の相対効の意義については、立法の背景にあった学説上の議論を丹念に調査することを通じてその立法者意思を明らかにし、株券発行前の株式譲渡の効力論については、株券の発行を待つて株券を基準として株式譲渡の對抗要件を統一することであると結論づける。会社が株券の発行を遅滞している場合には、解釈上、譲受人保護のために株券発行前の株式譲渡の相対効を緩和し、会社に対する関係でもその効力を認めるようになってきたが、その際に附随的に對抗要件は何かということが問題となるにすぎなかったところ、筆者はそこにこそ問題の本質があると主張

する。権利株譲渡の相対効についても、株券発行前の株式譲渡の効力に関する上述の理解の延長においてその合理性を検証する。そして最終的には、株券発行前の株式譲渡の効力に関する新会社法の立案担当者の誤解を正すとともに、権利株譲渡の効力に関する新会社法の改悪を痛烈に批判する。その主張は、理論的な合理性を担保するだけではなく、それが周辺規定の変遷をも踏まえた歴史的考察に基づいているため、きわめて説得力に富む。従来からの議論は、いわば表層的な利益衡量に基づく効力論を展開する傾向が強かったのに対し、来住野「株式譲渡制限論」はこれでもかというほどまでに立法の沿革を訪ね立法者意思を探求しようとするものである。

会社の承認を欠く譲渡制限株式の譲渡に関する解釈上の相対効については、その理論的問題性はかねてから指摘されていた。しかし、株券の無記名証券性を強調して譲渡の有効性を徹底する方向で修正する見解が主張されていたにすぎず、この見解は、有効な株式譲渡に基づき譲受人が株券も占有しているのに、なぜ会社は株主名簿の名義書換を拒むことができるのかという別の袋小路につきあたるだけであり、高度の流通性を前提とする株券の無記名証券性と流通性の乏しい譲渡制限株式とが調和するかという素朴な

問題意識は全く等閑視されてきた。筆者は、譲渡制限株式につき無記名証券たる株券が発行されることこそ問題の元凶があると喝破し、判例に現れた紛争の原因の探求をも通じてそれを丹念に検証する。また、会社の承認を欠く株式譲渡も少なくとも当事者間では有効であると解される根拠は、株券の交付をもって会社以外の第三者には対抗できないことにあるが、株券の発行が定款自治に委ねられた新会社法の下では、株券不発行会社にこの根拠はもはや妥当しないにもかかわらず、学説上この点は省みられていないことにも根本的な疑問を提示する。新会社法の下では、譲渡制限株式につき依然として株券の発行が許容されているため、筆者の立法論的主張は未だ実現していないが、株券の不発行を認めたことにより図らずも従来判例・学説の問題点が浮き彫りになり、筆者の見解の正当性が裏づけられる結果となったように思われる。皮相的な検討に終始している学界に対して筆者の提起した課題はきわめて重要かつ当を得たものであり、今後筆者の研究の価値がさらに認知されるようになることを期待するばかりである。

違法な自己株式取得の効力については、会社による自己株式の取得が原則として禁止されていた平成一三年改正前商法の下で、例外的な許容事由によらない自己株式の取得

は原則として無効であるが、会社の計算による取得であることにつき善意の譲渡人との関係では有効であると解されてきたが、筆者は当時からかかる相対効の妥当性に疑問を抱き、有効説の立場からこれを検討してきた（「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論文集『商法の判例と論理』（平成六年・日本評論社）一二九頁以下、「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（平成一年）六九頁以下・二号（同年）五三頁以下）。本論文では、自己株式取得規制のあり方が大きく転換した現行法の解釈として、旧態依然とした議論を繰り返して進展を見ない学説を尻目に、瑕疵の態様に応じて違法取得の効力を個別具体的に検討する。いずれの瑕疵についても、立案担当者・学説に対する批判は的確であり、しかも自己株式取得という法律行為の構造においてそれぞれの規制がいかなる意味を有するかを分析した上で、その効力に与える影響を考察しているため、従来の利益衡量一辺倒の見解とは一線を画する。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べきであるという筆者の主張は、それに伴う弊害を軽視していると受け取られるかもしれないが、むしろ自己株式取得の危険性を再認識させ、政策的判断のみで自己株式

取得規制を緩和してきた立法のあり方に対して大いなる反省を促すものであると評価することができる。自己株式取得・保有・処分規制についても、これを単なる政策的判断の当否に関する評価にとどまらず、自己株式取得・処分の法的性質の根本的な検討を通じてその問題点を指摘する点に重要な意義がある。

以上が本論文の中心をなす株式譲渡の相対効に関する来住野「株式譲渡制限効力論」への評価であるが、株式譲渡制限の相対効以外の研究もきわめて堅実であり、また輝いてもいる。株券不所持制度については、その構造に多面的な分析を加え、その問題点を浮き彫りにしている。平成一六年改正法は株券寄託の措置を廃止し、株券不所持制度を株券不発行の措置に一本化したのが、会社の株券発行の禁止または提出株券の無効は依然として株主名簿の記載の効果となつているため、改正はなお不徹底であり、筆者の主張が十分に浸透していないのはわが国会社法学にとって非常に残念である。定款による株式譲渡制限については、承認機関のあり方、株主相互間の株式譲渡に対する承認の要否、株式譲渡の不承認に伴う株式買取手続の構造、相続等による株式取得者に対する会社の株式売渡請求の問題点などが考察されているが、いずれも正鶴を射ており、示唆に富む。

契約による株式譲渡制限については、その主張は必ずしも目新しいものではないが、株式譲渡自由の原則によって保障されるものは何か、契約により何を制限することができるといえるのかという根本的問題を丹念に検討し、さらに株式譲渡制限契約は株主に一方的な不利益を強いるものであるかについても精緻に分析しており、着実かつ堅固な研究であると評価し得る。判例研究においても、筆者は問題の本質への接近を試みるとともに、法的論理の整合性と妥当な紛争解決に向き合っている。そして、先行研究での主張を判例研究の随所に反映させているため、先行研究が具体的な事例の妥当性の検証に生かされており、論旨も一貫している。その意味で、理論の役割が十二分に発揮されているといえよう。

そして何より、筆者の研究方法の特色が民法理論とりわけ法律行為論への回帰にあることも特筆すべきである。政策論・利益衡量論に傾斜しがちな近時の会社法学において、筆者は、歴史的・沿革的考察を通じて立法者意思を探究するとともに、安易に利益衡量に依存せず、民法理論との整合性を求め、法律行為論に基づく構造論的考察を重視する。かかる研究方法は概念法学に墮する危険性をも併せもつが、筆者は、理論が正しければ実際上も妥当な結論が得られる

はずだという信念の下で、結論の妥当性の利益衡量論的検証も怠らない。構造論的帰結と利益衡量論的帰結とが整合しないときは、率直に解釈論的限界を受容し、立法論的課題とする。かかる研究態度が一貫して貫かれているのが本論文の大きな特色であり、法学の研究手法の一つの理想的な姿を示しているという意味で、重大に評価されるべきである。

以上が本論文に対する評価であるが、将来のさらなる研究の進展のために、いくつかの希望を述べようと思う。

第一に、株式譲渡の制限については、さらに持分会社における持分譲渡の制限と比較することも有益であろうと考えている。そこに組合法理・社団法理がどのように関わってくるか、基本法理に関わるがゆえに、きわめて興味深いところである。本論文ではこれに言及している部分もあるが、将来の課題として、さらに掘り下げた詳細な研究を期待したい。

第二に、株式のペーパーレス化に伴う株式振替制度のあり方について、本論文では善意取得の問題が取り上げられてはいるが、全体的な構造の法理論的説明や示唆を得るべく紹介されたフランス法について必ずしも詳細な検討にま

では至っていない。ただ、いまだ株式振替制度については全くといってよいほど研究がなされていない段階であり、同制度については、有価証券法理の延長において理論構成するにせよ、有価証券法理とは決別して独自の形態の権利として構成するにせよ、その法的構造に関するフランス法の本格的研究は重要な示唆を与えてくれると考えられるため、ここに着目した来住野君がその先駆者となることが期待される。

第三に、筆者も自覚しているように、株式譲渡法理の探究において株主名簿制度の研究は不可欠である。最近では株主名簿制度が研究対象として取り上げられることはなくなったが、現行法の下では、株券不発行会社では株主名簿の名義書換が株式譲渡の第三者に対する対抗要件となり、他方において、株式振替制度利用会社では株主名簿の存在意義が後退しているため、株主名簿制度は大きな転換期にあるということが出来る。その意味で、株式譲渡法理の探究において、今後いかに株主名簿制度が展開していくこととなるのかの考察は不可避であり、株主名簿法理を歴史的に省察しつつ、株主名簿制度のあり方を再検討することが必要である。

これら希望として述べたいずれの課題も、それぞれがひ

とつの学位論文に相当するほど内容の濃いものであり、さらに相当の期間を要する研究である。ただ、来住野君の生涯をかけた研究が、ここで完結した「株式譲渡制限法理」の探求にとどまらず、株式譲渡全体の体系的な法理の構築を目標とするものである以上、われわれの提起したこれらの希望についての検討も必要と考えられ、これがさらなる高みを目指した来住野「株式譲渡法理」構築の一助となれば幸いである。

以上のような将来の研究に対するいくつかの希望はあるものの、来住野君の力をもつてすれば完全に克服し得る課題であり、このことのゆえに来住野君の「株式譲渡制限の法理」の研究の価値がいささかも減じられるものではない。そして、さらにいえば、本研究は、今後の株式譲渡制限論の研究者にとって超えるべき大きな壁を提示したという意味で、きわめて貴重な研究であるとさえ評価し得るものである。よって、われわれ審査員一同は、来住野君が提出した本論文が博士（法学、慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい内容であると判断し、ここにその旨を報告する次第である。

平成二六年二月一九日

主査	慶應義塾大学教授 法学研究科委員・法学博士	宮島 司
副査	慶應義塾大学教授 法学研究科委員	山本爲三郎
副査	慶應義塾大学教授 法学研究科委員	鈴木千佳子