

いわゆる株主の固有権と株主平等原則

村 田 敏 一*

目 次

- I. 問題の所在と見通し
- II. 二つの固有権論——竹田省博士と田中耕太郎博士——
- III. 固有権理論と株主平等原則の相互関係
- IV. 固有権理論と資本多数決の濫用法理の相互関係
- V. 結 語——固有権理論の現代的意義——

I. 問題の所在と見通し

I-(1) いわゆる株主の固有権について

いわゆる株主の固有権の意義につきいかに理解するかの問題については、かつて竹田省博士によって、19世紀ドイツ法学における煩瑣な議論を詳細に分析される中で、「定款を変更し得べき範囲の一面を画するものなり」¹⁾と喝破され、「法律が株主の固有権を定むるや一に便宜と実際の必要とに従うものにして一定の標準を以てせしものに非ず。故に解釈としては各規定及び定款の定むる所に随ひ各権利に付き之を決するの外なきものなり」²⁾とされた。また、同じくドイツ法における議論の詳細な検討を踏まえ、田中耕太郎博士は、「多数決の原理の結果としての多数者の意思が団体の意思として少数の構成社員の意思に対立し前者が後者の上に団体主

* むらた・としかず 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 竹田省「株主の固有権を論ず」『商法の理論と解釈』（有斐閣・昭和34年）49頁（初出は、京都法學會雑誌5巻7号（明治43年））。

2) 竹田・前掲注1）58頁。

義的支配を行うに至る。是に於いてか構成員の固有権即ち或る者が依って以て其の団体の構成員たる所以の利益を多数決を以ても侵害せざれざる権利即ち固有権の問題が起る。要するに固有権の理論は社団としての株式会社の意味の其の構成員たる株主の方面における限界の問題である」ものとも説かれていた³⁾。このように当時においては、固有権につき、会社法学上相応の存在意義を見出す論調が支配的であったと言える。もっとも、松本丞治博士は、「私は従来固有権の観念を排斥し、株主権中奪うことを得べきものと、奪うことを得ざるものとの区別は畢竟するに其之を奪うことの結果が会社の本質に反し又は其他の強行規定に反するや否やに繋がるものであって……会社の定款規定を以って之を奪うことを許されたる株主権は、何時にても定款変更の決議をもって之を奪うことを妨げない」と論じられ、固有権概念の有用性を頭から否定されていた⁴⁾。固有権の理論については、漸次の法規定の整備を通じて、「今日ではこの理論は、株式の本質論ないしは株式会社法の理論構成といった理論的興味の主題としてはともかく、その株主権の最低保障としての任務はほぼ終了しているのである」とも指摘された⁵⁾。

このようにある意味で古色蒼然とした「固有権」論であるが、今日においてその意義が完全に消滅し去り、いわば単なる法制史的・学説史的な興味の対象——いわば記念碑——にまで後景化しているとまで言えるかにつ

3) 田中耕太郎「固有権の理論に就て——社員権否認論（四）」法学協会雑誌46巻3号（昭和3年）68頁（田中耕太郎『商法学 特殊問題上』（春秋社・1955年）所収）。

4) 松本丞治「株式会社に於ける定款自由の原則と其例外」『商法解釈の諸問題』（有斐閣・昭和30年）223頁（初出は、中央大学五十周年記念論文集（昭和10年））。なお、松本博士は同論稿の中で、株主平等の原則についても、「実際には寧ろ誤解を招き又は膠柱の不便を生ぜしむる無用の原則であって、……是の如き根拠に乏しき原則を高調するは其利を以て害を償うに足らないものと考える。」（同223頁）とその存在意義を否定された。今日のように株主平等原則が明文化されていたならば、松本博士も必ずや、その存在意義を認められたであろう。

5) 八木弘「株主平等の原則と固有権」田中耕太郎編『株式会社法講座 第二巻』（有斐閣・昭和31年）422頁。

いては、どうも必ずしもそうとまでは言えないようである⁶⁾。今日における最もスタンダードな会社法のテキスト・ブック(最新版)では、「学問上、株主総会の多数決によって奪うことができない権利を固有権といい、固有権概念は株主総会における多数決の濫用を防止する機能を有する。しかし今日では、株主総会の多数決で決定できる事項は法で明定されている場合が多く、また多数決の濫用があったような場合についても他の理論で対処するのが通常であって、固有権概念が用いられることはほとんどない」ものとされる⁷⁾。そうだとすれば、今日においても定款あるいは株主総会の多数決で株主権の制約について決定できる(あるいは、その裏返しとしてできない)事項で法の明定の及ばない事項が——わずかではあるものの——存在するし、またその結果として、固有権理論が機能する場が——僅かであるとはいえ——見出されるようにも理解できる。もっとも、それが具体的にどのようなケースかに関しては、当該テキストは沈黙して語らない(教科書としての性格上は当然ともいえる)。また、今日において流布するところの判例解説の中でも、具体的な解釈問題の解決に当たり固有権理論に言及するものが——僅かではあるが——なお見出すことができる⁸⁾。いずれにせよ、わが国における固有権理論展開の端緒ともいえる、竹田・田中両博士の議論を振り返ることは、——両博士の固有権に関する理解の相違点を抽出することをも通じ——固有権理論の今日的な意義を考

6) 龍田節「資本多数決の濫用とドイツ法(一)」法学論叢68巻1号(1960年)76頁では、「(固有権理論は)いわゆる多数決濫用問題を解決する準則としては生硬で適応性を欠くように思われる。かといって、固有権理論が任務を終了した過去のもので、濫用問題は別途に論じるべきだということも、飛躍しすぎていないだろうか。」とする。

7) 神田秀樹「会社法 第十八版」(弘文堂・2016年)70頁。

8) 高田晴仁「議決権行使の代理人資格の制限」別冊ジュリスト会社法判例百選[第2版](有斐閣・平成23年)72頁。高田教授は、強行法規は私的自治の限界を画すものであり、これに反する定款は無効であるものとされつつ、一方で、会社法が株主総会での株主の議決権の行使に関して代理人の資格を制限していないことを根拠に直ちに定款による一切の制限が排斥されると解するのは説得力に乏しいと指摘される。重要な指摘であるが、当該規律の性格につきそもそも強行規定ではないと解されるのか、もしくは強行規定と解したうえでなお合理的な制限は許容されると解されるのか、は必ずしも明確ではない。

察するに際しても必須の作業といえよう。

I-(2) 固有権理論と株主平等原則論

一方で、株主平等原則については、——株主の固有権につき、わが国の会社法制上現在に至るまで終始一貫して、明文の一般規定を欠いていることとの対比において——平成17年会社法（以下、「会社法」、また、「法」と略す場合がある）で、明文での一般規定（会社法109条1項）が置かれたことが最大の特色をなす。もっとも、明文規定が置かれた後も、その解釈や射程は依然として安定せず、振幅の大きな活発な論争が継続していることは周知のとおりである（むしろ明文化の前にも増して解釈の幅は増大しているものともいえる⁹⁾）。株主の固有権論と株主平等原則論の相互関係・分担関係を議論するにしても、株主平等原則の理解について一定の前提に立たない限り、その議論自体が収斂しないこととなる。この点（株主平等原則の意義）については、筆者もいくつかの論稿を公にしているところでもあり¹⁰⁾、さしあたり本稿でも、——筆者の現時点での理解を確認する中で——その見解を前提とするしかない。いずれにせよ、株主の固有権論と株主平等原則が共に、資本多数決を通じた一般株主の利益の侵害に対する防波堤の機能を果たす一面を有することは普く承認されている訳であって、そうした前提のもとでの両法理の分担・相互関係を検討・整理する必要が生じることとなる¹¹⁾。

9) 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（2007年）403頁、山下徹哉「株主平等の原則の機能と判断構造の検討（一）」法学論叢169巻3号（平成23年）2頁。

10) 前掲注9)の論文の他に、村田敏一「株主平等原則の謎——会社法109条1項の解釈論として」私法74号（2012年）280頁。村田敏一「会社法の解釈と法概念の統一性」立命館法学357=358号（2015年）292頁。

11) 株主平等原則につき明文化される前に、両法理の関係につき考察する論稿として、八木弘「株主平等の原則と固有権」田中耕太郎編『株式会社法講座 第二巻』（有斐閣・昭和31年）421頁。そこでは、「（両法理は）いずれも右の病理的現象（資本多数決による一般小株主の利益の侵害）への対策として生まれたものであり、前者すなわち固有権の理」

I-(3) 固有権理論と資本多数決の濫用法理の相互関係

本稿は、株主の固有権論の今日的な意義につき、——とりわけ株主平等原則論との比較を通じて——考察することをその主眼とするが、近接した機能を果たすものと夙に指摘されてきた他の法理、すなわち、株主権の濫用法理や株主の信任義務論と固有権論の比較・分担関係についても若干の考察を加える必要が生じよう¹²⁾。資本多数決の限界を画するための理論構成としての——株主平等原則を含む——これらの諸法理が、水平的にいわば棲み分ける関係にあると理解するのか、それとも、発展段階的に主導法理が転変していったものと理解するのか、といった基本的な認識の相違が生じえよう。なおここでは、わが国において——議論はあるものの——実定化されていない信任義務論については検討を省略する。

I-(4) 会社法の強行規定性と定款自治の範囲

固有権理論が、株式会社法の規律の性質としての強行規定性の問題と不即不離の問題であることについては論をまたないであろう。累次にわたる会社法（商法）の改正を通じて株主の権利のあり方の側面についてもその明確化・具体化が実現し、その意味において抽象的・一般的な解釈規範の一つとしての固有権理論もその具体的に機能する場所が縮減してきたことは——他の一般法理におけると同様に——疑いがない¹³⁾。

↘論は、株主の権利中、定款または株主総会の多数決をもって奪いえず制限しえない権利を確定しようとするものであり、後者すなわち株主平等の原則は、株主が他の株主と平等の待遇を受けることを保障しようとするものにほかならない。」とされる（同422頁）。もつとも、明文の手続きを遵守してなされ強行規定に違反しない小株主の権利の制約を病理とみるか生理と見るかについては、今日でも見解は分かれよう。

12) 龍田・前掲注6)74頁では、わが国で資本多数決の限界を画するための理論構成につき主導的な研究がなされた順序につき、それらの理論がドイツで主要な役割を果たしてきた順序とほぼ一致するものと指摘され、すなわち、固有権理論、平等原則、良俗違反、誠実義務の順とされる。

13) たとえば、森本滋『会社法〔第2版〕』（有信堂・1995年）115頁では、株主の個別的同意無くして剥奪することが不適切な株主の本質的利益に関する権利を固有権としたうえで、固有権理論は、法規定が不備の時代において株主を保護するために機能した歴史的

株式会社法の定める規律は、一般的には強行規定（強行法規）と理解されており、その定めに対する行為や措置は、その効力を否認されるのが一般とされる（強行法規性の根拠と例外については様々な議論がある¹⁴⁾）。会社法（商法）においては、その各個別規定自体が定款で別段の定めをすることを認めている場合があり、また、その中には無制限に定款自治を認めるのではなくその範囲を明文で限定しているものもある。こうした範囲の限定される場合も含めて定款自治が許容される規律については、講学上は任意規定として理解されているようである¹⁵⁾。平成17年改正会社法の立案担当者は、定款自治の範囲の明確化を実質改正の一つの基本的な考え方と位置づけ、すなわち、法律で定められた要件とは異なる要件を定款で定めることができる場合につき網羅的に規定するという基本方針のもとで条文整備を行ったものとする¹⁶⁾。つまり、基本的にすべての会社法の規定を強行規

↘概念であるものとされ、現行法（当時の商法）は、株主保護のための詳細な規定を設けているため、とくに固有権概念を定立する必要はなく、むしろその一般的承認が合理的な企業経営の制約となることもであると説かれる（その例示として合理的な限度をこえる内部留保を株主の固有権の侵害として決議無効とする場合が挙げられる）。旧商法のもとでも固有権理論の存在意義が否定されるのであるから、より詳細な規律が整備された会社法のもとではなおさらであろう。なお、龍田節『会社法〔第九版〕』（有斐閣・2003年）43頁は、株主の利益配当請求権につき、奪うことのできない固有権とする（平成17年会社法のもとでの見解は明らかではない）。大隅健一郎＝今井宏＝小林量『新会社法概説〔第2版〕』（有斐閣・2010年）83頁は、何が固有権かを統一的に述べることは困難とし、結局は株式会社の本質と法律の規定に基づいて個別的に決定するほかないとしつつ、剰余金配当請求権と残余財産分配請求権の全部を与えない定款規定を無効とする新会社法の規律（会社法105条2項）をもって固有権を実定法が明文化した例とする。そこでは、会社法のもとでもなお固有権概念の一定の有用性が承認されるとともに、個別の規律以外に株式会社の本質という概念が持ち出されている。

- 14) 前田雅弘「会社の管理運営と株主の自治——会社法の強行法規性に関する一考察——」『川又良也先生還暦記念 商法・経済法の諸問題』（商事法務研究会・平成6年）140頁。
- 15) 前田・前掲注14) 140頁。ただし、定款で要件の加重のみを認める場合は、強行規定と解される。
- 16) 相澤哲＝郡谷大輔「会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」商事法務1737号（2005年）16頁。どの規定につき定款自治が認められるかにつきもっぱら解釈に委ねると、利用者の利便性に反し、解釈が分かれると利用者は結局強行規定として取り扱うほかないという点が指摘される。

定と解したうえで、定款自治が認められるべき規律については、その旨が明らかになるような手当てが講じられたものとされる¹⁷⁾。もっとも、本当に会社法が、そのような定款自治の範囲と限界について明文で書き尽くしているかという点については、そもそもそのような措置は立法技術的観点からしても不可能ではないかという疑問も含め、学説は相当に懐疑的なようである¹⁸⁾。たしかに、個別の論点について検討を加えて行く中でも、定款自治の範囲について会社法が網羅的に書き切っていると断言するにはなお相当の躊躇が覚えられよう¹⁹⁾。

ただし、ここで留意すべきは、会社法の強行規定性と定款自治の範囲の問題は、——株主の固有権論との関連では——定款自治の範囲の拡大を通じたすなわち資本特別多数決による個々株主の権利の制約として現象するため、むしろ固有権の範囲の縮減の問題として立ち現れるという点である。仮に固有権につき、——一般的なその理解に基づいて——定款自治の限界として理解するならば、会社法の規律の強行規定性という理解を前提に、明文規定以外での定款自治を許容しないという解釈姿勢のほうが、むしろ株主の固有権を支えることにも結び付くこととなる。要するに今日においては、株主の固有権とは実定会社法が強行法的に記述する規律の集合体に他ならないと達観する立場である。一方で、個別の会社法上の規律をひとまず離れての、いわば株主権の本質といった観点からの株主の固有権がなお析出されうるかについても検討の必要はあろう。

一連の会社法改正の流れの中では、支配株主が少数株主の所有する株式

17) 相澤他・前掲注16)16頁。

18) 前田雅弘「意思決定権限の分配と定款自治」『浜田道代先生還暦記念 検証会社法』(信山社・2007年)81頁。また、宍戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確化——株主の選択」商事法務1775号(2006年)21頁。

19) 前田・前掲注18)83頁以下では、①株主総会決議事項の専属性と定款自治、②株主総会決議事項の拡大と定款自治、③譲渡制限株式会社についての承認の決定機関と定款自治の各論点につき、周到な考察がなされている。また、株主の代理人による議決権行使と定款による代理人の範囲の限定の可否の問題(法310条1項の解釈問題)も同様の文脈でも捉えられる(高田・前掲注8)72頁参照)。

を少数株主の個別の同意なしに金銭を対価として取得するいわゆるキャッシュ・アウトを可能とする諸手続きが整備され（合併、株式交換等におけるいわゆる対価の柔軟化や、全部取得条項付種類株式の法定）、さらに、平成26年改正では、特別支配株主の株式売渡請求制度が導入された（法179条から法179条の10）。実務上のニーズに押されて整備されてきたキャッシュ・アウトに関する諸制度であるが、これを株主の固有権論の観点から観察すれば、個別の株主の同意なくして、ある種の多数決原理により株主の地位そのものを喪失させる手続きが広汎に導入され実際に活用されてきたこととなり、もはや、定款自治の限界を画するという意味での固有権理論を云々する基盤自体が消滅しているとの評価も可能であろう²⁰⁾。その半面として、不本意に株主がその地位を失う場合の株式の換価価値としての金銭評価につき、裁判所が介入する中で適正対価を保障するための手続きも整備されてきたものといえる²¹⁾。そうすると、今日においてあえて最後の砦としての株主の固有権の存在意義を見出そうとするのであれば、株主の資格喪失時の換価価値の公正な保障こそが——むしろ立法そのものを制約するものとしての——株主の固有権の少なくとも最も重要なその一つと言えなくもないこととなろう。

II. 二つの固有権論——竹田省博士と田中耕太郎博士——

II-(1) 竹田省博士の固有権論

ここで、古典的ともいえる二つの固有権論につき、やや詳しくその内容を見ておこう。一つ目は、竹田省博士の所論である²²⁾。

20) 特別支配株主の売渡請求制度については、株主の財産権の侵害といった憲法問題も一部で提起されているようである。もっとも、同様の状況は、従前も金銭を対価とする略式組織再編で生じており、特別支配株主の売渡請求制度で新規に憲法問題が発生した訳ではない。

21) 全部取得条項付種類株式の取得の価格の決定の申立ての制度（法172条1項）や、売渡株式の売渡価格の決定の申立ての制度がある（法179条の8第1項）。

22) 以下の叙述は、竹田・前掲注1）文献による。

竹田博士はまず固有権につき、株主が株主たる資格において有する権利の中で多数決をもって制限あるいは剥奪することが出来ない権利とし、定款の変更が可能な範囲の一面を画するものとする。そしてその存在意義は、株式会社は各株主(社員)と離れた独立の人格を有しその意思決定は株主総会の多数決により定まるものの、一方で、それ(株式会社)は株主個人の営利を遂行する形式に過ぎず、ある程度は多数決により侵害されない株主個人の利益に独立の存在意義を与える必要があることに求められる。つまり、多数決により侵害されない株主の権利が——ある程度——保障されていないと誰も安心して少数派株主になれず、ひいては会社にとっても資金調達の便宜が達成されないこととなる。

続いて、ドイツにおいて隆盛をみた議論の状況を踏まえ、株主の権利中の固有権を識別する標準に関する諸理論(以下の①~④)につき批判的検討が加えられる。①固有権につき、ある株主に特別な権利(特権)とする説(各株主に共通な権利については定款の反射として定款変更により変更が可能であるが、各株主に共通でないある株主の特別な権利は定款の反射ではなく契約上の権利=固有権とする)²³⁾については、なぜ株主共通の権利が定款の反射であり、ある株主の特別な権利が定款の反射でなく債権者的権利であるのかにつき全く理論的根拠が見出せないものと、完膚なきまでに批判される(各株主に共通する権利にも当然に固有権は存在する)。②株主の権利を、会社のために存在する権利(あるいは共同で会社の業務を執行する権利、会社内部の権利)と株主が単独で有する権利(株主の会社に対する権利)に二分し、後者を固有権とする説²⁴⁾については、団体関係については会社の事務と社員の利益は表裏の関係にあるものとして分離できず、この説にも理論的な根拠は見出し難いと批判される。③株主の権利を、重要な権利とその余の権利に二分し、前者を固有権とする説(重要性の判断基準としては、

23) Laband が主唱し、ある時期のドイツでは有力であったものとされる。特権としては、優先株式における株主の優先配当請求権がその例である(竹田・前掲注 1) 52頁)。

24) Regelsberger, Goldschmidt らの説とされる(竹田・前掲注 1) 55頁)。

平均的な株主がその権利がなければ株主とはならないと客観的に認められる権利か否かに拠る²⁵⁾については、理論的根拠もなくまた何ら安全な標準を示さないものと批判される。④ 固有権の範囲は強行法の規定と一致するという見解²⁶⁾については、株主の利益の保障と公益の保障とは同一事項に非ずとして、批判される。もっとも、法律の強行的規定に因る権利は固有権であることは論を待たないとされることから、固有権の範囲は、強行規定より広いとの考えであろう。これは、当時の考え方として——現在の会社法上の議論とは異なり——強行規定は公益上の権利として、当該株主の同意をもってしてもその権利を放棄しえないと解されていたために、当該株主の同意により——同意によってのみ——放棄が可能とされる権利をも包含する固有権の範囲と強行規定の範囲は齟齬すると考えられたためである²⁷⁾。

結局のところ、固有権の識別につき統一的標準を立てようとする見解はいずれも満足なものとは言えず、そもそもそうした試み自体が無理であって、各法規定と定款の定めに従い、各権利について個別に解釈するしかないものと結論づけられる。そのうえで、(イ) 法律の強行的規定による株主の権利は固有権である。(ロ) 定款の定めによる株主の権利については、ロ(1) 定款自体が定款変更の方法を定め、株主全員又は当該株主の同意がなければ定款変更ができないと定めた場合には、その権利は固有権である。また、定款以外の規定でそれと同様の定めをなした場合も固有権となる。ロ(2) 定款でその変更方法につき別段の定めをなさない場合や、法律の任意規定に基づき定款で別段の定めをなさない場合については、固有権か否かは法律・定款の各条項の趣旨の解釈問題となる。ものとされる。ロ(2) に関して具体的な解釈論の俎上に載せられるのは、① 一度、法律・定款で定められた大株主の議決権の制限は、その後の定款改正により変更でき

25) K. Lehmann の説とされる（竹田・前掲注 1）57頁）。

26) Ring の説とされる（竹田・前掲注 1）57頁）。

27) もっとも、竹田博士は、公益上の権利である強行規定による権利につき、放棄はできないものの、その不行使は可能とされる。

ない（他の株主にとり固有権である）。② 株券の種類の変更（たとえば、無記名株を発行しない）は固有権ではない。③ 株式の譲渡につき（原始）定款で制限を置かない場合は、総株主の同意又は当該株主の同意がない限り、後の定款変更による譲渡制限はできない（譲渡自由は固有権である）。④ 利益配当請求権・残余財産分配請求権につき、法律または原始定款で定められた権利は、後の定款改正で一定程度変更できると解される（固有権ではない）が、利益配当も残余財産分配も全てなさないとする定めは原始定款をもってしても、営利会社の本質に反して無効である（その限度において固有権である）。

法律規定の性質（強行規定か任意規定か）や定款の位置づけ、営利法人の社員としての株主の権利の本質性の吟味を踏まえた、当時にあつては理路整然とした論旨展開がなされており、高い評価に値する論稿といえよう。もっとも、定款自治の許容範囲や個別の定款変更手続き、種類株式等に関する規律が詳細にわたって整備された今日にあつては、竹田博士が具体的に解釈論として採りあげられた①～④の問題はすべて立法的に解決済みであり、解釈の余地はなくなっている²⁸⁾。法規定の整備が固有権論の機能する余地を——消滅したとまでいえるかはさておき——縮減させるという命題を、まさに目の当たりにする思いがある。

II-(2) 田中耕太郎博士の固有権論

田中耕太郎博士の固有権論を竹田博士のそれと読み比べると、竹田博士の所論の平明性・具体性に対するその難解性・抽象性に驚かざるをえない²⁹⁾。そもそもが、同論稿は、田中博士の社員権否認論という全体構想の一部として、後続する「社員概念と機関概念」や「企業所有と企業経営」

28) 例えば、④の後段については、会社法105条2項によりそっくりそのまま強行規定化されている。

29) 田中博士自身が、「固有権が如何なる内容の権利を網羅するものなるかを具体的に明瞭にし、以て多数決の限界を画せんとするものではない」と言明される（田中・前掲注3）69頁）。

の分析の前提として論じられているものであり、株主の権利に関する個別規定の具体的解釈（固有権か否か）の解明が企図されたものではない。とはいえ、株主平等原則や強行規定と固有権の関係性についての興味深い論述もそこに見出させる。

その固有権論の目的は、「株式会社の構造は間違いなく社团的であるが、其の目的は個人主義的であるという一見矛盾せるが如き命題に就て多少の基礎付けを試み」ることにあるものとされ、固有権論の存在意義は、多数者の意思が団体（社団自体）の意思として少数の構成社員の意思と対立する場合において構成社員の利益を侵害しえない範囲の問題、すなわち社団たる株式会社の意思のその構成員たる株主の方面における限界の問題にあるものとされる。一般論としてはそのとおりであろう。

株主平等の原則と固有権の関係性については次のように説かれる。株主平等原則の意義については、株式会社において個性を脱ぎ捨てた株主の会社に対して有する法律関係はその有する株式の数に応じて全然数学的に決定されるが、これは、法の理念たる衡平の支配を株式会社法の範囲において他の社団におけるよりも一層目に見えるように具体化し形を与えたものと理解される³⁰⁾。株主が会社に対して平等の取扱いを求めること（株主平等原則）は株主の固有権ではない（同原則は内容的な権利そのものではなく、株主の権利が採る形式である）。株主平等原則は株式会社における本質的なものであり、多数決原理と密接な関係に立つゆえに、多数決により奪われざる権利としての株主の固有権に論理的に先行するものである（固有権には平等原則を破る性質がある³¹⁾）。

次に、会社法上の強行規定と固有権の関係性については次のように説かれる。株式会社法に関する規定は一般に公益的なものであり強行法的性質を有するが、その規定に抵触する定款規定や総会決議は無効となる。しかし、固有権と強行規定を同視することは、固有権（株主の権利）を株式会

30) 田中・前掲注 3) 86頁。

31) 田中・前掲注 3) 86頁。

社法の消極的反射作用とするに止まり、固有権論を矮小化させる。固有権が何かの問題の本質は、むしろ団体主義的株式会社観と個人主義的株式会社観の相克の中でその調和点を見出すことにある。固有権と強行規定を混同してはならない³²⁾。要するに、固有権論は理論的に追及されるべきであり、個別立法の追認によるべきではないとの主張であろう。いわば立法の限界を考察する(あるいは、立法を領導する原理を考察する)という意味での立法論として、今日的にも一定の示唆を得ることができるものといえよう。

Ⅲ. 固有権理論と株主平等原則の相互関係

Ⅲ-(1) 旧商法下での議論

前章で見たように、田中耕太郎博士は、株主平等の原則は株主の固有権に論理的に先行するものとし、固有権が資本多数決で奪い得ない株主の権利の内容であるのに対して、株主平等原則は権利行使の形式であるものと説かれた。もっとも、持株数に比例しての権利行使が保障されるという平等原則は、権利の中身そのものであり、権利の内容と形式を区分する理解には説得力は見出せない。ある株主権につき、株式数に比例して権利行使するという態様が資本多数決により変更できないとするのであれば、そうした権利行使の態様を含めて固有権と理解すべきこととなろう。もっとも、資本多数決により剥奪できないと解される株主の権利(固有権)のすべてについて、持株数に比例した権利行使が保障される訳ではないことは言うまでもない³³⁾。

32) 田中・前掲注3)88頁。

33) 筆者は、会社法109条1項の規定する株主平等原則につき持株数に正比例した権利行使を保障するものと解するが(村田・前掲注10)「私法」283頁。この点については異論も多い)、もちろん、保有株式数に比例せずおよそ株主である限り——持株数に関係なく——頭数平等的に行使される株主権が存在することを否定する意図は全くない(例えば、役員の説明義務の半面としての株主の株主総会における質問権など)。同様の理解に立

鈴木竹雄博士も、その株主平等原則論の中で——田中博士の所論を下敷にしつつ——頻繁に株主の固有権に言及されていた³⁴⁾。鈴木博士は、平等原則の基礎を法の理念たる衡平に求め、それを純然たる団体支配の範囲においてすら多数決をもっては越ゆるべからざる最後の一線と位置付ける。また、株主の議決権等の共益権については会社の利益の要求により制限変更を受け平等の原則に必ずしも固着するものではないが、自益権の方面については全く平等の原則に即しこれを離れないと論じられた³⁵⁾。一方で、固有権と株主平等原則の関係性の理解については、田中博士のそれ（固有権は権利の内容であり、平等原則はその行使の形式である）を踏襲されるのみであった³⁶⁾。

固有権と株主平等の原則を明確に対置して論じられたのは、八木弘博士である³⁷⁾。そこでは、固有権につき、株主の権利のうち定款規定または株主総会の多数決をもって剥奪または制限することができない権利であるものと定義され、今日（昭和31年当時）では、固有権理論は株式の本質論や株式会社法の理論構成といった理論的興味の主題としてはともかく、その株主権の最低保障としての任務はほぼ終了しているものとされた（「ほぼ」とは何とも微妙な表現である）。一方で、平等原則については、本来は固有権と並んでまたはその一部として、株式会社法制の未成熟の時代に一般小株主の利益保障のために論議され確立を見たものとされるとともに、同原則は——固有権理論とは異なり——今日（当時）なお、株主の最低利益保障として重要な役割を果たしつつあるものと積極的に評価される³⁸⁾。なぜ、

↘ つものとして、木俣由美「株主平等の原則と株式平等の原則」『森本滋先生還暦記念 企業法の課題と展望』（商事法務・2009年）57頁。

34) 鈴木竹雄「株主平等の原則」『商法研究Ⅱ 会社法（1）』（有斐閣・昭和46年）235頁。

35) 鈴木・前掲注34）267頁。

36) 鈴木・前掲注34）244頁。

37) 八木弘「株主平等の原則と固有権」田中耕太郎編『株式会社法講座 第二巻』（有斐閣・昭和31年）421頁。

38) 八木・前掲注37）422頁。

両法理につき、このように（現実の機能面での）評価が消極・積極の両極端に分かれたのであろうか³⁹⁾。この点につき、同博士は必ずしも明言はされないもののその論拠は——論稿の全体の叙述から——次のように推測される。すなわち、戦後の累次の商法（会社法）の改正・規定整備により、——規律の原則的な強行規定性を前提とした——定款自治の範囲は相当程度明確となっており、その意味において、定款自治や多数決原理の限界を画する原理としての固有権理論の——具体的な解釈に当たっての——存在意義は大きく後退していた。一方で、株主平等の原則については、——もとより当時は明文の一般規定がなかったこともあり——なお、具体的な解釈問題の解決に際して、一般法理（平等の原則）の理論的な理解のあり方が大きな有用性を発揮していた⁴⁰⁾。

Ⅲ-(2) 会社法のもとの両法理の関係

平成17年改正会社法は株主平等原則について明文規定を置いた（法109条1項）。その結果、従来は株主の固有権と平等原則の双方について一般法理との位置づけの下で議論がなされてきたところ、後者についてのみ明文規定化がなされたこととなる。もっとも、株主の固有権につきそれを定款や株主総会決議で剥奪できない株主の権利とする一般的な理解に従えば、累次の法整備によりそうした権利が何かは個別規定の解釈を通じて既に相当程度に明確化されてきており、会社法の制定はそうした個別規定の整備（すなわち何が固有権かについての個別規定整備を通じての明確化）をさらに完成形に至らしめたとの理解が可能である⁴¹⁾。そうすると、個別規定の集積としての株主の固有権につき、さらに重畳的に一般規定としての株主の固有権を明文で置く実益は見出し難いし、逆にそのような一般規定を置くと

39) なお附言すると、八木博士は、固有権理論について、株式会社法全体の理論構成ないし株式本質論としての重要性についてはそれを強調される（八木・前掲注37）447頁）。

40) 八木博士は、株主平等原則に関する解釈問題として、適用範囲・平等の内容・違反の効果につき分説して具体的に論じられている（八木・前掲注37）433頁以下）。

41) 相澤他・前掲注16）16頁。

解釈上の混乱が惹起される蓋然性すら高いものといえる。一方で、株主平等原則についても、基本的には個別規定の集積により形成されており（剰余金配当請求権、残余財産分配請求権、株主総会での議決権等）その意味では、固有権との法状況の類似性は顕著である。立案担当者は、平等原則に関する一般規定の明文化についてほとんど積極的な意味を与えていないようにも思われる⁴²⁾。また、筆者も基本的にはこうした立案担当者の理解を踏まえつつ、個別規定は一般規定に優越するため⁴³⁾、平等原則の一般規定が——個別規定を介さずに——直接的に機能する場合は極めて限られると論じたことがある（株主の経済的利益に関する株主優待制度など）⁴⁴⁾。このように、固有権と平等原則の双方ともにつき、新会社法のもとでは——基本的には——個別規定の整備を通じて解釈が安定化しているとの理解に立つとき、平等原則についてのみ一般規定が置かれていることの意味は限りなく相対化されることとなる⁴⁵⁾。

なお、株主平等原則は、資本多数決の濫用を掣肘する機能を有する一方で、持株数比例での権利行使の保障を通じて資本多数決原則を支える側面も有しており、その実際の発現形態は、少数派株主の保護としてのみ顕れる訳ではない⁴⁶⁾。

42) 江頭憲治郎ほか「座談会／『会社法』制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務1739号（2005年）13頁〔相澤哲発言〕。そこでは、会社法109条1項の規定は、同条2項の規定（いわゆる属人的みなし種類株式）を置く関係上、法制的に不可欠との指摘を受けて設けられたものとされる。

43) 村田・前掲注10)「立命館法学」295頁。

44) 村田・前掲注10)「私法」287頁。

45) 森本滋「会社法の下における株主平等原則」商事法務1825号（2008年）5頁は、株主平等原則の一般規定を置くこと自体が困難であり時代遅れであるとまで指摘する。

46) 村田・前掲注9)「立命館法学」439頁。なお、固有権についても、それが株主平等原則を媒介させて現象する場合、資本多数決原則を支える機能を有する。

IV. 固有権理論と資本多数決の濫用法理の相互関係

固有権理論と資本多数決の濫用法理の関係について簡単に見てみたい。両者が、資本多数決原理による剥奪や制限から少数派株主を保護する機能を有する側面がある点で共通することには異論はないであろう。もっとも、固有権理論は、固有権とされる権利を多数決原理により剥奪されないという意味であくまで権利の制約を受ける客体から眺めた考え方であるのに対して、多数決の濫用理論は、少数派株主の権利の制約を企図する多数派株主の権利行使を逆に制約するという権利行使者の側から眺めた考え方である点に相違点が見出せる。固有権の理解の在り方とも関連するが、仮に、固有権を絶対的に——本人の同意のない限り——制約されない株主権と捉えれば、その行使の側面についても——株主平等原則による資本多数決原則の貫徹のもと——もはや濫用は観念しえないことともなる。このように、固有権理論と濫用法理は、ある局面では緊張関係に立つこととなる⁴⁷⁾。また、固有権理論や株主平等原則は、個別規定の整備によりその一般法理としての存在領域が縮減するのに対し、権利濫用理論はいかなる意味でも一般法理として機能するという特性を有する。また、株主権の濫用法理は、一般的には支配的株主サイドによる多数決の濫用が問題となることが多いが、必ずしもそうした局面には限定されるものではなく、少数派株主による株主権の濫用が問題となることもある(株主の議案提案権の濫用など)。

47) 一般的な理解としては、定款規定や株主総会決議により制限しえない固有権の行使に関しても、その濫用はあり得ると考えるのであろう。例えば、会社法310条の規定振りから議決権の代理行使につき、定款をもってしてもその代理行使者の範囲を制約できない(固有権である)と解する立場からも、その権利行使の濫用は認めるのであろう。一方で、固有権の範囲を極めて絞り込み、およそ濫用が観念しえない権利にまで純化して考える立場もありえると思う。そこまで行けば、固有権は、株式の財産的な価値を保障する権利といったように、むしろ立法による制約不可能な範囲にまで限定されるのであろう。

近時に盛んに議論された問題として、全部取得条項付種類株式制度の利用には限界があるのか（あるいは、当該制度の利用に「正当事由」の存在は要求されるのか）という問題がある⁴⁸⁾。制度利用（少数株主の縮出し）に正当事由を要求する立場における「正当事由」は、とりもなおさず定款自治や多数決の濫用の問題と裏腹の関係に立つ。一方で、締め出されるサイドの株主にとっては、適正な手続きや対価の保障（加えて「正当事由」が必要とする立場からは「正当事由」の存在）が問題となる。全部取得条項付種類株式制度以外にも、会社法は——資本多数決原理による——少数株主の縮出し（株主の地位自体の同意なき喪失）を可能とする制度を複数用意しており、こうした会社法体系のもとでは、多数決原理によって強制的に絶対に剥奪されない株主の権利（固有権）は、その財産権的な換価価値（適正水準の対価）にまで後退（純化）しているとの見方も可能であろう。

V. 結 語——固有権理論の現代的意義——

一連の法改正を通じた会社法における定款自治の範囲等に関する規定整備により、株主の固有権論の固有の存在意義は消滅した（個別の実定規定が既に定款自治の範囲や多数決の限界としての固有権が何かについて既に十分に明らかにしていると評価する）と達観するのも一つの成り立ちうる考え方である⁴⁹⁾。

48) 問題意識を示すものとして、笠原武朗「全部取得条項付種類株式制度の利用の限界」『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 上巻』（商事法務・2007年）235頁。ただし、筆者（村田）は特段の正当事由の存在は要求されないものと解する。少数株主の縮出しを通じた機動的な経営の確保・管理コストの削減そのものが正当事由だからである。なお、平成26年会社法改正で創設された特別支配株主の株式売渡請求制度に関して、目的の正当性（不当性）を議論するものとして、福島洋尚「特別支配株主の株式等売渡請求」鳥山恭一＝福島洋尚編『平成26年会社法改正の分析と展開』金融・商事判例増刊2461号（2015年）73頁。

49) 旧商法下のものではあるが、鈴木竹雄＝竹内昭夫『会社法〔第三版〕』（有斐閣・平成6年）111頁は、「個々の権利についても、必ずしも固定的でなく、制限の程度および他の」

一方で、持分会社や非公開株式会社では(特に持分会社)、——公開株式会社との比較において——一般的に定款自治の範囲が広い(裏を返せば強行規定の整備範囲が狭い)ことから多数決の濫用の可能性が大きいものと評価されるため、こうした属性の会社において固有権論の実益を見出しているという方向がある⁵⁰⁾。高橋英治教授のご教示によれば、ドイツにおいては、近時も——学説のみではなく——連邦通常裁判所(BGH)判例が株主の固有権理論を具体的に発展させているとのことであるが、その舞台は主として有限合資会社や公開合資会社とのことである⁵¹⁾。なるほど、わが国においても、持分会社や非公開株式会社において相対的に定款自治の範囲が広汎であることから、定款自治の限界論としての固有権理論を用いた株主権保護の実益はなお存在するものと考えられるし、また、株主権保護のための他の枠組み(議決権の濫用法理や、株主平等原則)では十分にカバーできない固有権理論の独自の機能領域が全くないとまでは言い切れないようにも思われる⁵²⁾。

▼権利との関係を顧慮して弾力的に固有権性を考えるべきではないかと思う。……もっとも、株主の権利を保障する法律の規定があれば、当該権利が本来の性質上固有権であるかどうかには遑らないでもよいわけであるから、このような強行法規が整備されている現行法の下では、これらの規定の解釈の方が実際にはより重要な問題である」ものとする。会社法の下では、一層、強行規定の整備が進んだ。

50) ドイツの閉鎖的な資本会社における固有権につき、増田政章「ドイツの閉鎖的会社における固有権」近畿大学法学46巻2・3号(1998年)1頁。ドイツでは、従来、核心領域理論(Kernbereichslehre)や確定性の原則という判断枠組みを用いた株主権の保護理論が展開されてきた。

51) 本稿の作成に当たっては、高橋英治教授から多くの示唆を頂いた。記して感謝申し上げます。なお、高橋教授は、「ドイツと日本における固有権理論の発展と課題」との表題のもと、論稿を公表される予定である。

52) 株主平等原則についても、その一般規定(法109条1項)が個別規定と併せて整備された会社法の下では、具体的な解釈論は、非公開株式会社に関するいわゆる属人的みなし種類株式(法109条2項)の解釈問題にその重心を移していくように思われる。もっとも、条文構造上、定款自治が認められているのであれば、株主権の保護は、(多数派)株主の議決権濫用法理によるほうが一般的には馴じむのであろう。条文上定款自治の範囲内にあるのに、固有権侵害と構成するには違和感が生じよう。

もう一つの方向としては、——前述の方向と排他的なものではないが——株主の固有権論に法改正（立法行為）の限界論としての意義を求めていく考え方があろう。立法の限界論としては、まずは当然に憲法適合性の議論が俎上にのぼる⁵³⁾。もっとも、純粋な私人の財産権的権利を本質とする株主権について——わが国において——憲法適合性の問題を正面から論じるハードルは高い。半面、法制局審査に際しても、少数株主の締出しにつき適正な対価の保障を前提にその憲法適合性が認められたのであろう。そうだとすると、本人の同意なく株主の地位を喪失させる諸制度につき、適正対価と適正手続きの保障を受ける権利が株主の権利として究極的に——立法をもってしても——剥奪できない領域と捉えるとき、その意味での固有権論と憲法適合性論は、ある意味で一点に収斂しているものとも考えられる。

53) 特別支配株主の株式売渡請求制度の憲法適合性について論じるものとして、高橋英治「特別支配株主の株式売渡請求制度の憲法適合性の検討——ドイツでの議論を手がかりに——」民商法雑誌151巻3号（2014年）231頁。