

**S.MAEDA&CO.**  
**LAW OFFICES**

ROOM 602, MEI ONOH BUILDING 1-8-KITA 4-JI SHU 12-CHO-8F  
SAPPORO, HOKKAIDO, 060, JAPAN  
PHONE(011)261-6234 FACSIMILE(011)261-6241

見 本

意 見 書

商法210条にいう自己株式取得禁止の規定  
に関する法律的意见

目 次

第1	意見を求められた内容	1
第2	意 見	2
1	意見の趣旨	2
2	意見の理由	2
	商法210条の趣旨	2
ア	自己株式取得禁止・質受制限の趣旨	2
イ	自己株式取得規制の緩和	3
	本件事案の検討	4
ア	自己株式取得禁止の適用範囲との関係	4
イ	自己株式質受禁止の適用範囲との関係	5
	本件についての結論	7

前田尚一法律事務所

弁護士 前 田 尚 一

札幌市中央区北4条西12丁目1番8号

札幌ミニ大通ビル6階

TEL011-261-6234 FAX011-261-6241

平成10年●月●日

株式会社 ●●●●●●●●  
代表取締役 ● ● ● ● 様

弁護士 前 田 尚 一  
札幌市中央区北4条西12丁目1番8号  
札幌ミニ大通ビル6階  
TEL011-261-6234 FAX011-261-6241

## 意 見 書

ご照会を受けました件について、当職の法律的意见は、下記のとおりです。

### 記

#### 第1 意見を求められた内容

次の事実関係において、商法210条にいう自己株式取得禁止の規定に抵触するかどうか。

(1) 代表取締役●●●●●，常務取締役●●●●●が、御社の発行する新株を引受け、御社株式を取得するための資金として、株式会社●●銀行（以下「●●銀行」という。）から融資を受けるにあたり、御社が、平成●年●月●日に開催された取締役会において御社が上記各融資について同行に対し債務保証をなすことを承認したうえ上記債務保証をなし、●●●●●，●●●●●は、上記各融資を受け、御社株式を引き受け、取得した。

なお、●●●●●，●●●●●は、●●銀行に対し、上記取得した御社株式を担保として差入れた。

(2) 代表取締役●●●●●，常務取締役●●●●●が、御社発行の新株引受権附社

債の新株引受権を行使する際の払込金使途にて●●銀行から融資を受けるにあたり、御社が、平成●年●月●日に開催された取締役会において御社が上記各融資について同行に対し債務保証をなすことを承認したうえ上記債務保証をなし、●●●●●，●●●●●は、上記各融資を受け、御社新株を引受けた。

なお、●●●●●，●●●●●は、●●銀行に対し、上記取得した御社株式を担保として差入れた。

(3) なお、上記 (2) の各債務保証（以下「本件各債務保証」という。）は、平成●年●月●日解除されている。

## 第2 意見

### 1 意見の趣旨

- (1) 本件は、商法210条に抵触する事案ではない、と解するのが相当である。
- (2) なお、本件各債務保証は既に解除されており、本件事実関係においては、商法210条との関係を検討すること自体の実益が喪失している、と解される。

### 2 意見の理由

#### (1) 商法210条の趣旨

##### ア 自己株式取得禁止・質受制限の趣旨

会社は自分の会社の株式（自己株式）を取得すること、発行済株式総数の20分の1を超えて質受することを原則的に禁ぜられており（商法210条）、違反に関しては刑事制裁が規定されている（商法489条2号）。

設立または新株発行の際に会社が自己株式を引き受けることは理論上当然に認められないが、有価証券として既に成立している株式を取得することは、それが自己の株式であっても、理論上は不可能ではない。

しかし、これを自由に認めると、①株主に出资を払い戻したのと実質的に同様の結果を生じ会社の財産的基礎を危うくする（資本充実の空洞化）

ほか、②会社が株価操作をし、あるいは内部情報を利用して自己株式の投機を行って株主・投資家の利益を害し（いわゆるインサイダー・トレーディングの弊害）、あるいは、③一部の株主から株式を買い取ることによって株主平等の原則に違反し、さらに、④間接的に経営者の会社支配に利用される等の弊害がある。

そして、自己株式の質受が自己株式取得の禁止の脱法手段として利用されるおそれがある。

そこで、商法は政策的見地から、上記のとおり自己株式の取得を禁止し、質受を制限したものである（債務者の最もめぼしい財産が自己株式の場合に会社がそれを担保にとることができない結果になっては、無担保の債権が残るだけであって、かえって会社の財産的基礎を危うくするので、自己株式の質受については量的許容範囲を設けている。）。

#### イ 自己株式取得規制の緩和

我が国においては、近時まで、自己株式の取得について、若干の場合にのみを許容し（現行の商法210条のうち1号乃至4号のみが例外とされていた。）、原則的にこれを禁止していたほか、自己株式の質受も同様に禁止されており、極めて厳格に規制されていた。

しかし、前記のとおり、会社が株式を発行した後は会社が自社の株式を取得すること自体は理論上可能であり、これを禁止するかどうかはもっぱら立法政策の問題となるところ、例えば、アメリカでは、1929年のニューヨーク市場の株価の暴落から始まった大恐慌の再発防止対策の一つとして、1930年代から、各州の株式会社法を改正して、剰余金（サープラス 我が国の資本準備金、利益準備金、任意積立金および前期繰越利益からなるもの）の限度で自己株式を取得して保有することが認められており、株式会社は、取得して保有する自己株式を、企業買収または合併の対価として使ったり、役員または使用人の賞与や退職金として使ったりすることができる。

我が国においても、1980年代に入ってから経済界から緩和の希望が繰り返され、昭和56年の商法改正で自己株式の質受について、発行済株式の総数の20分の1を超えない限り無条件に許されることとなり、さらに平成6年商法改正で、従来の自己株式取得が許容される例外に加えて、①使用人に譲渡するための自己株式取得、②譲渡制限のある株式について株主また

は譲受人から買受人指定の請求があった場合における自己株式取得、③譲渡制限のある株式について相続が生じた場合における自己株式取得ならびに④総会決議による償却のための自己株式取得が追加して認められるようになり、自己株式取得の許される場合が拡大された。

#### (2) 本件事案の検討

##### ア 自己株式取得禁止の適用範囲との関係

まず、会社が、取締役等の第三者が自己株式の引受または取得のための貸付を受けるに際し、その債権者に対し債務保証をすることが商法210条に抵触しないかどうかについて検討する。

(7) 自己株式の取得の禁止は、その取得が会社の名義でなされる場合のみならず、他人名義でも会社の計算においてなされる場合にも及ぶ必要がある、とするのが通説的見解である。これは、自己株式規制を潜脱しようとする場合、その方策として、子会社あるいは役員等の他人名義で自己の株式を取得することが考えられることから帰結される結論である（なお、商法211条の2は、かかる観点から、昭和56年商法改正において親会社・子会社の認定基準を明らかにしたうえ（過半数基準）、子会社の親会社株式の取得を禁止するため新設された規定である。）。

ここで、「会社の計算において」の意味は、必ずしも明確ではないものの、一般には、実質上配当ないし売却損益が会社に帰属するときは、これに当たり、このような条件のもとでの自己株式の取得は、たとえ他人名義でなされようとも、それには210条が適用されるものと解釈すべきであるとされている。

ところで、商法265条は、会社と取締役間の取引（いわゆる直接取引）のほか、会社が取締役等の第三者の債権者に対し債務保証や債務引受をする場合等（いわゆる間接取引）に、取締役会の承認を得なければならないとしている（265条1項後段）。もとより、これは、間接取引に属する債務保証等であっても、抽象的には会社と取締役の利益が相反することになるので、取締役会の承認を得る必要があるという制限を加えているものであって、もとより、会社が第三者の債権者に対し債務保証すること自体を否定したものではない。

このように、取締役会の承認を得ている限り、会社が第三者の債権者に対し債務保証をしても有効であるのは当然のことであり、会社が第三者に対して、自己の会社の株式の引受または取得のための経済援助として貸付・債務保証をなした場合であっても、前記のとおり、それが実質上配当ないし売却損益が会社に帰属するものでない限り、「会社の計算において」なされたものということとはできず、商法210条には抵触しないこととなる。

ところで、当職が調査した限り、会社が第三者に対して、自己の会社の株式の引受または取得に関し債務保証をなした場合における商法210条の適用に関して、公表された裁判例は見あたらない。かかる事案は決して少なくないと思われ、法的関心を引く論点であるにもかかわらず、裁判例が見あたらないのは、かかる形態で紛争が発生したことが皆無または僅少であるということであろう。

#### イ 自己株式質受禁止の適用範囲との関係

なお、本件では、●●●●、●●●●が、前記各融資について、●●銀行に対し、それぞれ取得した御社株式を担保として差入れていた。もっとも、本件各債務保証はすべて解除されており、もはや御社が本件債務保証を履行するという事態はあり得ないので、現実的な問題ではないが、一般的な法律論の検討として、会社が第三者の債権者に対し債務保証をしたところ、保証債務を履行することとなった場合についても付言しておくこととする

(7) 問題となるのは、会社が保証債務を履行した場合、会社は、第三者に対する求償権を取得するとともに（民法459条以下）、債権者に代位して、当然に自己株式についての担保権を取得することとなる（民法500条 いわゆる法定代位）ことから、会社が発行済株式総数の20分の1を超えて自己株式を質受することを原則として禁止している商法210条に抵触することとならないかということである（ただし、ここでの問題は、  
で述べた問題とは評価の対象、評価の基準時を全く異にする別個の問題であって、ここでの結論如何が、  
により商法210条に抵触しないとされた債務保証の効力に事

後的・遡及的に影響を与えるものではないことに留意しなければならない。また、当然のことではあるが、結果的に会社が保証債務を履行することがあっても、それは、債務保証という法律行為に内在する効果から生ずる事象であって、それ自体について商法210条との関係で検討すべき問題は生じない。）。

(4) ところで、発行済株式総数の20分の1を超える自己株式の質受であっても、商法210条の定める例外規定に当たる場合は許容されている。そして、右例外規定の一つである同条3号は、「会社の権利の実行に当其の目的を達する為必要るとき」を例外と列挙している。

本号の適用範囲については、例えば会社が貸付をするに際して債務者に会社の株式のほか担保となるべきものがないような場合や、自己株式を根担保として取得し、被担保債権の弁済期が到来してもこれを処分しない取引を継続するような場合は本号に該当しないが、無担保債権を有していた会社が、債務者の信用悪化により担保をとろうとしたところ、自己株式がもっともめばしい財産であったという場合、または、債務者が担保提供義務を負うにもかかわらず、財産として債務者の株式しか有していないような場合には、本号に該当し許されるというのが一般的な説明である。

そうすると、上記典型的な事例との均衡上、会社が第三者の債権者に対し債務保証する際に求償権を担保するために自己株式を担保として差し入れさせるようなことは許されないが、会社が保証債務を履行した結果、その時点で法定代位し法律上当然に自己株式についての担保権を取得することは、商法210条3号に該当し許されることは明らかということになり、異論はないであろう（このよう場合を事例として挙げ論じた文献は見あたらないのは、当然のことであるからであろう。）。

(5) ただし、商法211条により、相当の時期に発行済株式総数の5%を超える担保権の処分をすることが必要とはなる（もとよりこのことは商法210条各号にあたる質受をしたこと自体の有効性とは次元の異なる事柄である。）。

なお、ここでいう「相当の時期」とは、できるだけ早い適宜かつ有利な時期を意味するとされており、具体的には、各場合に応じ、取締役の合理的判断に委ねられ、たとえば、速やかに処分をすれば損失を生ずる

が、若干延期すれば有利に処分しうることが確実なときは、それをまっ  
て処分することを妨げないとされている。

(3) 本件についての結論

関連各資料によれば、本件各債務保証については、法定の取締役会の承認  
を得たものであることはもとより、それが実質上配当ないし売却損益が御社  
に帰属するものではないものであって、その他本件事実関係において商法  
210条に抵触すると見られる事柄は見あたらないものと解される。

そして、現実には本件各債務保証はすべて解除されており、右解除の時点  
で、商法210条の問題を検討すること自体意味がなくなったものというこ  
とができよう。

以上

## 添 付 資 料

- 1 取締役会議事録（平成●年●月●日）
- 2 取締役会議事録（平成●年●月●日 ●●●●関係分）
- 3 取締役会議事録（平成●年●月●日 ●●●●関係分）