

# 比較定款論 英国・ドイツ・オランダ (1)

田 邊 真 敏

1. はじめに
2. 英 国
  - (1) 定款の法的性格
  - (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款
  - (3) 定款の解釈
  - (4) 定款変更
3. ド イ ツ
  - (1) 定款の法的性格
  - (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款
  - (3) 定款の解釈
  - (4) 定款変更
4. オランダ
  - (1) 定款の法的性格
  - (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款
  - (3) 定款の解釈
  - (4) 定款変更
5. 小 括

## 1. は じ め に

本稿は、英国・ドイツ・オランダを対象として、これら3国の閉鎖（非公開）会社（plc（英）、GmbH（独）、BV（蘭））を念頭に会社の定款を比較分析することにより、定款の法的性格およびその機能と会社法の強行規定との関わりを明らかにすることを目的とする<sup>1)</sup>。

---

1) 拙稿「会社法の強行法規性と株主権の放棄 英国・ドイツ・オランダの比較法的考察」修道32巻1号430頁以下（2009）において、会社法の強行法規性を株主権の放棄という問題設定から論じた。本稿はそれに続いて定款の法的性質から会社法の強行法規性を比較法分析するものである。

定款は会社の「憲法」であるという比喩がしばしば用いられるが<sup>2)</sup>、定款の法的性格がどのようなものであるかは、その拘束力の基礎および規範的機能を明らかにする上で重要である。定款と契約はいかなる点において区別されるのか、そして定款の独自の地位 (*status aparte*) なるものが正当化されるかが問題となる<sup>3)</sup>。

契約は個人の自由の表現形式であり、契約自由は「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」の原則に裏付けられている。すなわち個人は自由に自分を拘束できるのであるが、その自由の行使に対しては、公序良俗や信義誠実による限界がある。

定款は一般に以下のような特徴において契約と区別されるとされてきた。第1に、定款の内容は法令の規制に服する、第2に、定款は第三者に法的効果をもたらす、第3に、定款の解釈は客観的基準でなされる、第4に、定款変更は原則として多数決により行われる。とりわけ第2の特徴であるところの、定款が債権者や将来の株主のような第三者に法的効果を及ぼす特徴を有することに、会社法における強行規定の存在理由があるとされている<sup>4)</sup>。このうち債権者は強行規定そのものによって保護されるが、将来の株主については、株式譲渡の過程で定款の内容を確認できる状況にあることから、会社法の強行規定は新たな株主の権利が過度に制約される場合にそれを防止するためのものと考えられる<sup>5)</sup>。

このような点において契約と性質を異にするとされてきた定款について、

2) ドイツ民法25条、英国2006年会社法17条。

3) 定款の性質を如何に解するかについて、わが国においては、契約の約款とする説、組合契約が発展したものとする説、自治法規であるとする説が主張されてきており、自治法規説が通説となっているが(上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(2)』55頁〔中西正明〕(有斐閣, 1985)), 第二次世界大戦前においてはむしろ契約説が有力であったようである(高山藤次郎『新訂會社定款論』61頁, 65頁(巖松堂書店, 1939))。

4) 神田秀樹・藤田友敬「株式会社法の特質, 多様性, 変化」三輪芳明ほか編『会社法の経済学』464頁(東大出版会, 1999)。

5) 棚橋 元「合弁契約における株主間の合意とその効力 取締役選任・解任と拒否権に関する合意について」判タ1074号49頁(2002) 参照。

定款に形式的に記載された内容が常に実質的な意味で定款と考えられるかが次に問題となる。換言すれば、形式的な定款規定がすべからず実質的な定款機能を有するかである。そして、法律に定めのない定款規定が効力を有するかどうかを判断するために、当該規定の内容に関して根本的な組織規範性を特定できるかという問題が検討されなければならない。

本稿は、まず定款の法的性格、定款の解釈、定款変更を比較する。その上で、定款に定められた株主の権利・義務、株主の資格要件、第三者の権利を取り上げて会社法の強行法規性との関わりを分析し、わが国会社法における定款自治の範囲の検討への示唆を得ようとする。

## 2. 英 国

### (1) 定款の法的性格

英国の会社定款は、基本定款 (memorandum) と通常定款 (articles of association) の2つの書面から構成されてきた。基本定款は一般にその内容は簡潔であり、商号、目的、登記地、資本金、株主の責任が有限であること、公開か非公開かが記載され、会社の内部組織などは通常定款で定められてきた<sup>6)</sup>。そして通常定款は基本定款の下位に位置するものとされてきた<sup>7)</sup>。Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v. Riche 事件<sup>8)</sup>における Cains 卿の言葉によれば、「基本定款は、それだけでは会社活動がそれ以上に進まないエリアである。その内部において株主は自らがふさわしいと考える自らの統治規制を創り出す。」という機能的な区分が、基本定款と通常

6) PAUL L. DAVIES, GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW, 14 (Sweet & Maxwell, 6th ed. 1997) (hereinafter, referred to as "DAVIES, 1997"). 基本定款の書類の長さは実質的に事業目的の記載に左右される。1989年改正までは、厳格な ultra vires 法理のために事業目的が詳細に記述されることが多かった。

7) JOHN H. FARRAR & BRENDA HANNIGAN, FARRAR'S COMPANY LAW, 116 (Butterworths, 4th Ed. 1998) (hereinafter, referred to as "FARRAR"). See also Guinness v. Land Corporation of Ireland [1882] 22 Ch D 349.

8) Ashbury Railway Carriage and Iron Co Ltd v. Riche [1875] LR 7 HL 653. See FARRAR, at 116.

定款の間に存在していた。

基本定款と通常定款の並存は、今日の有限責任会社であるところの特許状会社が国王または議会による特許状の承認をもってはじめて設立することができた近代的会社法以前の会社草創期の名残りである。国王または議会の承認は、会社形態が現在の姿を見せた時点において登記に置き代えられた。さらに時代を経て、極めて厳格に規制されていた基本定款の変更要件が緩和され<sup>9)</sup>、それに伴い今日においても2つの定款の区別を維持することが必須であるかどうかが議論されてきた<sup>10)</sup>。そして、2006年会社法では、通常定款を会社の基本的規約（constitution）と位置付け、基本定款は会社設立時の発起人の会社設立意思と株式を取得し株主となる意思を確認するだけの定型文書とし、1985年法までとはその役割を逆転させる改正を行った<sup>11)</sup>。

基本定款と通常定款の契約的性格については古くから認識されており<sup>12)</sup>、このことは1985年会社法14条で明示的に確認された。すなわち同条1項は、「本法の定めるところにより、基本定款と通常定款は、登記されることにより、あたかも各社員がそれぞれに署名捺印し、そして各社員においては基本定款と通常定款のすべての規定に従うことの約束が含まれているかのように、会社および社員を同じ程度に拘束する」と規定した<sup>13)</sup>。当該規定に関しては、1985年会社法制定以前から会社自身が定款の当事者であるかどうか議論されてきていたが、2006年会社法は「会社の定款規定は、あ

---

9) DAVIES, 1997, at 14.

10) The Company Law Review Steering Group, Modern Company Law for a Competitive Economy, The Strategic Framework, DTI Consultation Document, 1999, at 75. See EILIS FERRAN, COMPANY LAW AND CORPORATE FINANCE, 639-46 (Oxford Univ. Press, 1999) (hereinafter referred to as "FERRAN, 1999").

11) Companies Act 2006, ss. 8, 17, 18. 既存の会社の memorandum は、2008年10月1日以降 articles of association の一部とみなされる (Companies Act 2006, s. 28)。

12) *E.g.*, Re Tavarone Mining Co., Pritchard's Case (1873) LR 8 Ch App 956.

13) Companies Act 1985, s. 14(1).

たかも会社側と各社員側がそれに従うことの約束であるかのごとく、会社および社員を同じ程度に拘束する」と定めることで立法的にこれを明確化した<sup>14)</sup>。定款は会社と株主の間および株主同士の契約であるが、しかしながら、多くの点で「普通の」契約とは異なる。定款は当事者の関係を長期に渡り規整する「関係的契約 (relational contract)」と位置付けられている<sup>15)</sup>。

## (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款

イングランドおよびウェールズで設立される会社は、ウェールズのカージフにある登記所で、またスコットランド、北アイルランドで設立される会社は、エジンバラ、ベルファストでそれぞれ登記することで設立される。ここでは登記要件が形式的に満たされているかがチェックされた上で、設立証明が発行される。2006年会社法では、申請書類に記載されるのは、商号、登記地、有限責任の有無、公開または私会社のいずれであるかであり、通常定款がそれに添付される。通常定款が申請されないか、または申請された通常定款がモデル定款の適用を排除していない場合は、適用可能な限りにおいてモデル定款がその会社の定款となる<sup>16)</sup>。

通常定款には、制定法または公序に反する規定を設けることができない<sup>17)</sup>。このため登記手続の際は、法律が定めるすべての要件を満たしていること

14) Companies Act 2006, s. 33(1). 1985年会社法14条の淵源は1844年 Joint Stock Companies Act に遡る。DAVIES, 1997, at 116.

15) BRIAN R. CHEFFINS, COMPANY LAW: THEORY, STRUCTURE, AND OPERATION, 459 (Oxford Univ. Press, 1997) (hereinafter referred to as "CHEFFINS, 1997"). R. R. Drury, *The Relative Nature of a Shareholder's Right to Enforce the Company Contract*, [1986] C. L. J. 219, 221. Michael J Whincop, *Relational and Doctrinal Critique of Shareholder Special Contracts*, [1997] Sydney L. Rev. 18. 関係的契約論に関する邦語文献として、内田 貴『契約の時代』29-40頁 (岩波書店, 2000) 参照。

16) Companies Act 2006, s. 20. 1985年会社法でも Table A が適用されるとされていた (Companies Act 1985, s. 12)。

17) FARRAR, at 118.

の宣誓書を提出しなければならない<sup>18)</sup>。制度上は、登記官がすべての要件を満たしていることを確認することになっているが、登記が拒絶されることはまれであり、宣誓書が提出されていることをもって足りるとして実務上取り扱われてきた<sup>19)</sup>。2006年会社法はこの実務を条文をもって認めたものである<sup>20)</sup>。

英国では、形式的意義の定款と実質的意義の定款の区別はなされていない。登記された通常定款がモデル定款の適用を排除または修正しない限りモデル定款の規定が適用されるため<sup>21)</sup>、実務上その区別が問題になることはない。

しかし、誰が定款を争うことができるかという問題に関しては区別がなされる。すなわち、内部者としての権利と外部者としての権利（outsider right）の区別である。その主旨は、社員としての権利を強制する（enforce）ことはできるが、それ以外の資格（例えば取締役としての資格）での権利を強制することはできないというものである<sup>22)</sup>。この原則を最初に示した *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association* 事件は<sup>23)</sup>、社員であると否とを問わず、社員の資格以外の、例えば弁護士、発起人、取締役の資格においては、定款によって与えられることが意図されている権利を会社に対して強制することはできないと述べた。また、*Beattie v E. and F. Beattie Ltd* 事件では<sup>24)</sup>、株主から訴えられた取締役（株主でもある）が、定款の仲裁規定を援用することができるかが争点となり、裁判所はこれを否定した。その理由として、定款に与えられた契約的効力は、社員の

18) Companies Act 2006, s. 13(1).

19) FARRAR, at 118.

20) Companies Act 2006, s. 13(2).

21) Companies Act 2006, s. 20.

22) 大野正道『非公開会社の法理』80頁（システムファイブ、2007）（初出は、「イギリス小規模会社の法構造」富大経済論集26巻1号24頁、2号26頁（1980））。

23) *Hickman v Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association*, [1915] 1 Ch 881.

24) *Beattie v E. and F. Beattie Ltd*, [1938] Ch 708.

資格としての社員の関係に適用されるが、本件紛争の実体は、会社と取締役の間の争いであり、定款の仲裁規定が適用される社員間の争いとは区別されるとした。

Wedderburn は、外部者・内部者を形式的に区分することに疑問を呈し、より実質的な論拠を見出そうとする立場から、社員としての資格で訴えていることが明らかである限り外部者の権利も間接的に強制できるとした<sup>25)</sup>。これに対し、Goldberg は、そのような条件に付加して会社機関の権限行使に付随する場合に限り、社員は定款規定を援用することができる<sup>26)</sup>と論じた。Farrar は、外部者に権利を与える定款規定は真の定款 (true articles) ではないのではないかとし、定款の規定内容がモデル定款から離れるほど定款規定として正当化することは困難になるとする。しかしながら、取締役の地位に関する定款規定については、定款により当該取締役に義務を課す一方で、権利は認めないとなると相応の問題が残ることも Farrar は認識しており、この要件がどれほどの影響をもたらすかについては必ずしも明らかにしていない<sup>27)</sup>。

### (3) 定款の解釈

定款は第一義的には客観的に解釈される。通常定款は商業文書 (commercial documents) と考えられ、合理的な事業効率性 (reasonable business efficacy) を与えることを主眼に解釈されなければならない。Holmes v. Keyes 事件<sup>28)</sup>において Jenkins 判事は、「私は会社の通常定款は事業上の書類として扱われるべきであり、事業に合理的な効率性を与える

---

25) K. W. Wedderburn, *Shareholders' Rights and the Rule in Foss v Harbottle*, [1957] C. L. J. 194, 212-13.

26) G. D. Goldberg, *The Enforcement of Outsider-Rights under s. 20(1) of the Companies Act 1948*, 35 M. L. R. 362, 365 (1972). 大野・前掲注22) 82頁以下が両説を詳細に比較分析している。

27) FARRAR, at 122-24.

28) Holmes v. Keyes, [1959] Ch 143, at 146.

べく構成されなければならないと考える。意味不明の結果になるよりも定款で用いられている言葉に依拠した構成は許容される。」と述べている。

定款は会社と株主間の契約であるとされることから、一般的な契約解釈のルールは適用されるが、当事者の意思は定款中に記載の有無に関わらず考慮されない。背景には、当事者の意思を解釈することは裁判官が定款を改定することになり、定款の変更権限は専ら株主総会に強行的に与えられていることと抵触するという考え方が<sup>29)</sup>ある。しかしながら、定款の文面から明らかであるならば、黙示の合意を読み取ることは可能である。すなわち、定款の文言が黙示する内容は、定款が用いられる特定の商業的な場面でのアド・ホックな“gap filler”として作用すると理解されることになる<sup>30)</sup>。定款外の状況は、黙示の合意を読み取る目的では根拠とはされない<sup>31)</sup>。この結果、例えば将来の株主については、株主名簿に登録されることではじめて定款を援用することができるため、その保護をどのように考慮するかが問題となる<sup>32)</sup>。

#### (4) 定款変更

2006年会社法21条は、会社は特別決議により定款を変更することができるものと定め、出席株主の議決権総数の4分の3の多数決が要求される<sup>33)</sup>。少数株主保護を目的とした決議要件である<sup>34)</sup>。

29) DAVIES, 1997, at 117. FARRAR, at 117. *Scott v. Frank F Scott (London) Ltd* [1940] Ch 794.

30) *Equitable Life Assurance Society v. Hyman* [2002] 1 AC 408 (House of Lords).

31) *Bratton Seymour Services Co. Ltd v. Oxborough* [1992] BCLC 693 (Court of Appeal). See also *Towcester Racecourse Co Ltd v. The Racecourse Association Ltd* [2002] EWHC 2141 (Ch), [2003] 1 BCLC 260.

32) DAVIES, 1997, at 117. FERRAN, 1999, at 317は、事業の効率性にも言及している。外部状況を顧慮しない制限的なアプローチに対する批判として Stephen Copp, *Company law and alternative dispute resolution: an economic analysis*, [2002] *The Company Lawyer* 361, 364.

33) *Companies Act 2006*, s. 283.

34) DAVIES, 1997, at 709.



2006年会社法21条（1985年会社法9条）は強行法規であり、特別多数の要件は定款で引き上げることはできないと考えられてきた<sup>35)</sup>。1985年会社法では、私会社については、書面決議で定款変更を行う場合は、全株主が変更に同意しなければならないとしていた（381A条）。2006年会社法では、新たに固定化条項（*provision for entrenchment*）が設けられた。すなわち定款の一定の条項について、設立時の定款または定款変更による場合は株主全員の合意により、一定の条件が成就した場合か、または特別決議に適用されるよりも制限的な手続きによってのみ、変更または廃止することができる旨の定款条項を設けることができる<sup>36)</sup>。この規定は、1985年会社法までは、ある定款規定について株主が変更を望まない場合は、それを基本定款に含めることで実現できていた効果を引き続き実現することを可能にする。英国のコモン・ローでは、会社は制定法により定款規定を特別決議により変更する権限を与えられており、会社からこの権限を奪うような定款規定は無効であることが確立されている<sup>37)</sup>。会社は定款変更権限を自ら排除することはできない。2006年会社法22条3項もこの趣旨を定めている。

1985年会社法では、基本定款は、法律に明示の定めがない限り原則として変更することができなかつた<sup>38)</sup>。さらに1856年 *Joint Stock Companies Act* 制定の際は、基本定款は全く変更不可であった。英国では厳格な *ultra*

---

35) *Malleon v National Insurance Corporation* [1894] 1 Ch 200. See GRAHAM STEDMAN & JANET JONES, *SHAREHOLDERS' AGREEMENTS*, § 1.5. 4 (Longman, 2nd ed. 1990).

36) *Companies Act 2006*, s. 22.

37) *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900] 1 Ch 656. 松尾健一「イギリス会社法における定款変更の限界」川濱 昇ほか編『森本 滋先生還暦記念 企業法の課題と展望』348頁（商事法務，2009）に判決の概要が示されている。See also *Russell v Northern Bank Development Corporation Ltd* [1992] 1 WLR 588: “[a] provision in a company’s articles which restricts its statutory power to alter those articles is invalid”. より詳しくは McGlynn, *The constitution of the company: mandatory statutory provisions v private agreements*, [1994] *The Company Lawyer*, 301以下参照。

38) *Companies Act 1985*, s. 2 (7).

vires 理論との関係で、会社の目的条項の変更について、長らくの議論を経て、特別決議により目的条項を変更することができるようになった<sup>39)</sup>。2006年会社法は、基本定款を設立時においてのみ実質的な役割を果たす文書に位置づけ、その記載項目も大幅に削減されたため、その変更の必要性は実質的になくなったといえる。

第三者が定款を援用して定款変更権に影響を及ぼすことはできない。定款変更権は制約することができず、また他人に許諾したり、承認権を付与したりすることはできないとされているためである。第三者は、定款中の黙示の権利を行使することもできない。しかしながら、第三者が株主との間で、第三者の指示に基づいて株主が議決権を行使すると合意することや、また全ての株主が定款変更を行わないと合意することは、定款外の契約として強制可能性 (enforceability) が認められる<sup>40)</sup>。

### 3. ド イ ツ

#### (1) 定款の法的性格

ドイツでは、法人の定款 (Satzung<sup>41)</sup>) について、団体的概念と契約的概念とが示されてきた<sup>42)</sup>。契約理論 (Vertragstheorie) は、定款を社員間の契

39) 詳しくは FARRAR, at 99–114参照。

40) See Puddenphatt v Leith [1916] 1 Ch 200, and Greenwell v Porter [1902] 1 Ch 530.

41) 有限会社の定款を示す法律用語は „Gesellschaftsvertrag“ であるが、一般には „Satzung“ が用いられている。A. BAUMBACH/A. HUECK/FASTRICH, GMBH-GESETZ, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2006, § 2, 3 („BAUMBACH/HUECK/[BEARBEITER]“). Gesellschaftsvertrag は合名会社、合資会社、匿名組合および有限会社で、Satzung は民法上の社団、株式会社、相互保険会社でそれぞれ用いられる。Satzung には客観的解釈基準、Gesellschaftsvertrag には主観的解釈基準が適用されるとして両者の区別に意義を持たせる見解もある。増田政章「定款規定の解釈 序説 ドイツ法を中心に」近法49巻1号137頁, 139頁 (2001)。

42) WERNER FLUME, ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN RECHTS — DIE JURISTISCHE PERSON, Springer Verlag, 1983, S. 316 („FLUME, 1983“). W. Hadding, *Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrechts?*, in: ↗

約と捉え、民法が適用されるとする。法人に新たに加入した社員は加入することによって定款を承諾したことになる。これに対して規範理論 (Normentheorie) は、定款は団体自治 (Vereinsautonomie) を基礎とした客観的法規範を形成し、合同行為 (Gesamtakt) により生まれるとする<sup>43)</sup>。すなわち定款は団体的 (korporationsrechtlich) な性格を有し、それは会社当事者が同意をしたか否かにかかわらず定款に服することを意味する。形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) は、この観点から法律によって定められたに過ぎないと位置付けられる。そして規範 (Norm) と契約 (Vertrag) の実質的な相違は、契約が個人の利害の妥協の産物であるのに対し、規範は個人の利害を超えたある目的を求めて策定された計画であるところに求められる。

BGH は「社団が設立されると同時に、その定款はもはや契約ではなく、社員が従う条件を示し、社団法としての効力を有する」<sup>44)</sup> と述べており、ある種の妥協を選択したともみられている。すなわちこの説明によれば、設立時における社団の定款は契約であり、設立後に社員間において客観的に法規範として適用されることになる。この考え方は修正規範理論 (modifizierte Normentheorie) と呼ばれる<sup>45)</sup>。これに対し多数説は、資本金会社の定款は特別な性格を有する契約であり、債務法と社団法の色合いを兼ね備えた組織契約 (Organisationsvertrag) であるとしている<sup>46)</sup>。

---

FESTSCHRIFT FÜR ROBERT FISCHER, Walter de Gruyter, 1979, S. 165 ff. SOERGEL/SCHULTZE-V. LASAULX, KOMMENTAR ZUM BGB, 12. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, 1987, § 25, 11 („SOERGEL/SCHULTZE-V. LASAULX“). HERBERT WIEDEMANN, GESELLSCHAFTSRECHT, Verlag C. H. Beck, 1980, S. 160 („WIEDEMANN, 1980“).

43) U. NOACK, GESELLSCHAFTERVEREINBARUNGEN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN, J. C. B. Mohr, 1994, S. 106 („NOACK, 1994“).

44) BGHZ 21, 370, 373. BGHZ 47, 172, 179. NOACK, 1994, a. a. O., S. 106. K. SCHMIDT, GESELLSCHAFTSRECHT, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2002, § 5 I („K. SCHMIDT, 2002“).

45) NOACK, 1994, a. a. O., S. 106. SOERGEL/SCHULTZE-V. LASAULX, § 25, 15.

46) M. HACHENBURG/P. ULMER, GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG: GROSCHKOMMENTAR, 8. Aufl., Walter de Gruyter, 1992, § 2, 5 ↗

## (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款

有限会社の定款は公正証書により作成し、商業登記所に登記しなければならない。登記にあたり定款は、登記裁判官（*Registerrichter*）による制限的かつ実質的なコントロールに服する<sup>47)</sup>。定款が法律の要件を満たしていない場合、登記は拒絶される。法定要件を満たしていないにもかかわらず登記が受理された場合、株式法242条2項の類推適用により、3年を経過すると無効の申立てはできなくなる<sup>48)</sup>。

有限会社法3条は定款の必要的記載事項として、会社の商号、住所、事業の目的、基本資本金の額、及び各社員が基本資本金に充てる出資として払い込むべき金額を定めている。会社の存続がある期間に限定され、または社員が会社に対して出資の払込み以外の義務を負担するときは、その旨も定款に記載しなければならない。持分の償却は定款において許されている場合に限り、これを行うことができる（有限会社法34条）。有限会社においては、法に定められた会社組織のルールやその変更、すなわち機関間の権限配分および会社と社員の関係に関する規定を設けることが、必要不可欠とも言うべき記載事項となる<sup>49)</sup>。このような規定は、団体的（*korporative*）

（„HACHENBURG/[BEARBEITER]“）。BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 2, 5. K. SCHMIDT, 2002, a. a. O., S. 77. Marcus Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft — Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts* —, Archiv für civilistische Praxis, 1980, S. 95 („Lutter, AcP 1980“). T. RAISER, RECHT DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: EIN HANDBUCH FÜR PRAXIS UND WISSENSCHAFT, 3. Aufl., Franz Vahlen, 2001, § 26, 14. SOERGEL/SCHULTZE-V. LASAULX, § 25, 11.

47) M. LUTTER & P. HOMMELHOFF, GMBH-GESETZ, KOMMENTAR, 15. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000, § 9c, 1 ff. („LUTTER/HOMMELHOFF“).

48) V. RÖHRICHT, GROßKOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, 4. Aufl., Walter de Gruyter, 1997, § 23, 204. PENTZ, MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, 2. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2000, § 23, 164.

49) HACHENBURG/ULMER, § 53, 12 ff. Hans-Joachim Priester, *Rechtskontrolle und Registerpublizität als Schranken satzungsgleicher Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH?*, in: FESTSCHRIFT FÜR CARSTEN PETER CLAUSSEN: ZUM 70. GEBURTSTAG, Heymann, 1997, S. 332は、任意的に設置される機関である顧問会（*Beirat*）について、株主間の合意にその権限の正当性が求められる余地が大きいと見る。

または実質的 (materielle) 規定と呼ばれている<sup>50)</sup>。これらの事項は定款で明記されていなければならないが、単に定款で一般的な表現で規定が存在していることに言及するだけでは足りない。一方、会社と第三者との間の関係を定めた規定は、実質的意義の定款とは見なされない<sup>51)</sup>。

実質的意義の定款規定に対し、不真正 (unechte) 規定または単なる形式的 (bloss formelle) 規定が区別されている<sup>52)</sup>。この規定は、その効力が定款であることに由来するのではない点の特徴である。それらは定款に規定されることで実際に定款の一部となるが、社員全体の権利義務を定めたものではない。しばしば用いられる規定の例としては、最初の業務執行者の選任、発起人の指定、賞与の規定などがある<sup>53)</sup>。その他に、競業禁止義務や特定の社員に対する権利の付与、先買権、仲裁条項のように、社員相互間の(口頭による)付帯合意 (Nebenabreden) を定款に記載したものが挙げられる<sup>54)</sup>。すなわち不真正 (形式的) 定款規定は、宣言的な規定であり、会社法上の権利義務を発生させないものであり、あるいは特定の社員を名宛人とした債務法上の合意を示すものである<sup>55)</sup>。

50) Vgl. Hans-Joachim Priester, *Nichtkorporative Satzungsbestimmungen bei Kapitalgesellschaften*, DB 1979, S. 681 („Priester, DB 1979“). BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 12.

51) HACHENBURG/ULMER, § 53, 17. NOACK, 1994, a. a. O., S. 64. H. WESTERMANN, DAS VERHÄLTNISS VON SATZUNG UND NEBENORDNUNGEN IM GESELLSCHAFTSRECHT, C. F. Müller, 1994, S. 33.

52) materiell/formell のほか、echt/unecht や korporationsrechtlich/individualrechtlich という言葉で区別される。この区分は定款の必要的記載事項、任意的記載事項、無益的記載事項、有害的記載事項の区分とは別のものであるが、部分的に重なり合う。森田 果「株主間契約(1)」法協118巻3号119頁(2001)注46)。また、会社の組織・活動に関する根本規則を実質的意義における定款、その根本原則を記載した書面を形式的意義における定款として区別することがある。増田・前掲注41) 134頁。

53) Siehe etwa BGHZ 18, 205, 207, BGHZ 38, 155, 161, und OLG Hamm, GmbHR 1992, 380. BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 13. Priester DB 1979, a. a. O., S. 681. HACHENBURG/ULMER, § 53, 18.

54) Priester, DB 1979, a. a. O., S. 682.

55) 森田・前掲注52) 105頁。

実質的意義の定款規定か単なる形式的意義の定款規定かの区別は、いくつかの点で実際的な意味を有する。第1に、実質的意義の定款規定のみが社団法的機能を有する。すなわち、そのような定款規定は、会社および会社の機関とその構成員、そして後から参加した社員にも適用される。単なる形式的意義の定款規定は、これとは反対に当事者間でのみ効力を有する。第2に、両者はその解釈の態様が異なってくる。実質的意義の定款規定は法的安定性という理由から客観的解釈の原則に服するのに対し、形式的意義の定款規定は、当事者の意図や動機を援用することが認められる主観的解釈がなされる<sup>56)</sup>。第3に、定款変更の要件は、実質的意義の定款規定にのみ適用される。一般に定款規定が絶対多数で修正されるのに対し、例えば新取締役の選任にあたり第三者に選任権を与えるような付帯合意が定款に定められている場合、その規定は全当事者の合意をもってのみ変更できる<sup>57)</sup>。

上述のように、社員間の相互の取決めが定款に規定された場合、当該規定が社団法的機能を有するか、あるいは債務法に服するに過ぎないかが判断されなければならない<sup>58)</sup>。定款が社員間の取決めを参照しているに過ぎない場合、あるいは付帯合意が偶発的に定款に記載されたに過ぎない場合、これらは単なる形式的な規定である<sup>59)</sup>。Winklerは社員間の相互の取決めについて、人的会社の性格を有する有限会社では実質的意義の定款に属するとする<sup>60)</sup>。その場合の実質的意義の定款とは、社員間の合意が会社法的機能を有することを意味しており、その合意が形式的に書面定款に含まれていないとしても直ちに無効となるわけではないとされる。

56) 増田・前掲注41) 147-148頁。

57) HACHENBURG/ULMER, § 53, 10. RAISER, a. a. O. (Fn. 46)), § 33, 43.

58) Vgl. BGH NJW 1973, 1039, 1040 und BGH NJW 1969, 131. Vgl. auch HACHENBURG/ULMER, § 2, 8.

59) BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 47, 113.

60) Karl Winkler, *Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedene Auswirkungen*, DNotZ 1969, S. 401. Priester, DB 1979, a. a. O., S. 683も同旨。

BGH は1993年の判決で、ある規定が定款の機能を有するか債務法の機能を有するかは、当事者の意思と具体的な事情によるとした<sup>61)</sup>。当該事案は定款の仲裁条項に関するものであるが、社員の取決めが定款に記載されたという事実は、それが会社法的機能を有するとの結論を示唆するとされた<sup>62)</sup>。また、定款規定に対価関係が記載されていない場合に、当該規定は定款上の義務に関わる規定であって、偶発的に定款に記された社員間の債権債務関係ではないとする高等裁判所の判例がある<sup>63)</sup>。

この他に、定款外の社員間の取決めが実質的意義の定款規定であるとされる場合がある。Hüffer は、付帯合意が、全社員が当事者であるか、あるいはそのことが補足的な状況から明らかである場合は実質の規定となり得、会社法的機能を有するとしている<sup>64)</sup>。

### (3) 定款の解釈

組合契約と対照的に、有限会社の定款は原則として客観的に解釈される<sup>65)</sup>。定款は全体としてそれ自体として (*aus sich heraus*) 解釈され、規定の文言と目的とが考慮される。また登記された原始定款は解釈の参考とされる。逆に定款の文言から汲み取れない当事者の意思や定款の制定経緯は考慮の対象から外される<sup>66)</sup>。

定款が対象となる事柄について沈黙していた場合に、補充的に法律や当

61) BGHZ 38, 155, 161. BGH DB 1993, 829. Siehe auch BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 5. NOACK, 1994, a. a. O., S. 64. Winkler, a. a. O. (Fn. 60)), S. 402.

62) Priester, DB 1979, a. a. O., S. 684. BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 14.

63) OLG Dresden, GmbHR 1997, 746. Anders BGH DB 1993, 829, und OLG Brandenburg, GmbHR 2001, 624.

64) HACHENBURG/HÜFFER, § 47, 70.

65) BGH NJW 1973, 1039. BGHZ 134, 364. HACHENBURG/ULMER, § 2, 139. K. SCHMIDT, 2002, a. a. O., S. 89. LUTTER/HOMMELHOFF, § 2, 11. WIEDEMANN, 1980, a. a. O., S. 165. より詳しくは, Barbara Grunewald, *Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen*, ZGR 1995, 68 ff. も参照。

66) BGH NJW 1983, 1910. BGHZ 116, 359. BGH NJW 1987, 1890. HACHENBURG/ULMER, § 3, 118 も同旨。

事者の意思に立ち戻らなければならないか否かが問題となる<sup>67)</sup>。すなわち定款に法の欠缺 (Regelungslücke) が含まれている場合について, Zöllner はたとえ類推適用をすることになっても補充的に法律規定を適用することを優先する<sup>68)</sup>。Wiedemann は補充的な契約解釈 (ergänzende Vertragsauslegung) が優越し, その場合定款規定の目的がポイントとなると考える<sup>69)</sup>。

これまで論じてきた実質的意義の定款規定と単なる形式的意義の定款規定の違いは, 定款規定の解釈方法の違いとなって現れる。客観的解釈は, 実質的意義の定款規定のみに適用される。形式的意義の定款規定は, 債務法の一般原則である真意 (wirkliche Wille) (§ 133 BGB) や信義則 (Treu und Glauben) (§ 157 BGB) により解釈される。学説では, 物的会社か人的会社かによる区分, 会社の外部関係に関するか内部関係に関するかによる区分も論じられており<sup>70)</sup>, BGH も次のように述べてその可能性を裏付けた。

「ライヒ裁判所は, 有限会社の定款は裁判所が自由に解釈できるとしてきた。法人を規律する定款の解釈に関する限りそのような見解がとられている。その理由は有限会社の定款は知った同士の永続的なつながりを取り扱っており, 債権者や将来の社員に限り画一的な扱いが要請されるに過ぎない。そのことは家族経営会社の定款にもあてはまり, 定款変更の際に, 第三者, とりわけ債権者との関係で正しい関係が定義されることは必要であるが, 家族間ではその必要はない。』<sup>71)</sup>

定款の解釈を会社の現実構造 (Realstruktur) と結び付ける学説は, 人的

67) Vgl. WIEDEMANN, 1980, a. a. O., S. 171. Siehe auch Odersky, *Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle*, Sonderheft ZGR 1998, S. 116.

68) Zöllner, *Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1992, S. 95 („Zöllner, 100 Jahre GmbH“).

69) WIEDEMANN, 1980, a. a. O., S. 171.

70) 増田・前掲注41) 148頁。

71) BGHZ 14, 25, 36.



結合の強い有限会社では社員の変動はほとんどなく、社員はたいいてい会社の内情をよく知っており、客観的解釈の必要性が少ないことを強調する<sup>72)</sup>。この立場は、債権者の利益は強行法規によってすでに十分守られているとする<sup>73)</sup>。一方、社員のみを対象とした規定と債権者にも利害関係のある規定とを区別し、後者のみが客観的解釈を要求するとする説もある<sup>74)</sup>。しかしながら BGH は「当事者の主観的意図や考慮は、一般公衆には認識され得るものではなく、定款の解釈に当たっては考慮の対象外とされる」<sup>75)</sup>とし、さらなる区別を明確にはしていない。

第三者にとって認識できない当事者の意図、とりわけ社員間のアレンジが、実質的意義の定款の解釈において取り上げられないという問題点については、次のように捉えることで幾分なりとも緩和されると考えられている<sup>76)</sup>。すなわち第1に、定款規定が実質的なものか、純粹に形式的なものかは、当事者の意思によるところが大きいこと、第2に、定款上の付帯合意も実質的な意義の定款の解釈に資するところがあることである<sup>77)</sup>。それゆえこのような立場からは、第三者に対しても、定款上の付帯合意は当事者の意思に基づいて解釈され得る。さらには、定款がどのように解釈されるかを、法律や定款に反しない限り総会決議で決することも認め得る<sup>78)</sup>。

---

72) Vgl. Priester, DB 1979, a. a. O., S. 684. Lutter, AcP 1980, a. a. O., S. 95. WIEDEMANN, 1980, a. a. O., S. 170. FLUME, 1983, a. a. O., S. 320. Grunewald, a. a. O. (Fn. 65)), S. 87.

73) 代表権と現物出資に関する規整が挙げられる。Grunewald, a. a. O. (Fn. 65)), S. 88は、有限会社法10条の債権者保護機能を強調する。

74) この点については、増田・前掲注41) 148頁を参照。

75) BGH NJW 1987, 1890. Siehe auch BGH NJW 1973, 1039.

76) Vgl. NOACK, 1994, a. a. O., S. 81.

77) Vgl. Martin Winter, *Organisationsrechtliche Sanktionen bei Verletzung schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen?*, ZHR 1990, S. 264.

78) BGH 13 Januar 2003, II ZR 227/00.

#### (4) 定款変更

##### (i) 多数決による定款変更

有限会社法53条2項により、有限会社は社員総会において行使された議決権の4分の3の多数決をもって定款を変更することができる。さらに、定款で定足数や全員一致などの他の要件を定めることができる<sup>79)</sup>。決議要件が加重されているのは、少数社員を保護するためである<sup>80)</sup>。決議が商業登記所に登記されていない間は、総会は絶対多数をもって決議を撤回することができる<sup>81)</sup>。定款変更手続は、実質的な意義の定款規定のみに適用される。定款上の付帯合意は、原則として全当事者の承諾をもってのみ変更することができるが、会社と第三者の関係する純粹に形式的な規定は、原則として絶対多数で変更することができる。

##### (ii) 定款変更権と定款自治 (Satzungsautonomie)

ドイツ法では定款変更権を定款で排除することはできず、またその権限を他人に許諾することができない<sup>82)</sup>。定款変更権は、「変更不能な社員の管轄 (unentziehbare Zuständigkeit der Gesellschafter)」に属すると考えられており<sup>83)</sup>、社員総会は常に定款変更権を有する。これは定款自治 (Satzungsautonomie) に基づくものであり、この原則は、有限会社法45条

79) WOLFGANG ZÖLLNER, DIE SCHRANKEN MITGLIEDSCHAFTLICHER STIMMRECHTSMACHT BEI DEN PRIVATRECHTLICHEN PERSONENVERBANDEN, Verlag C. H. Beck, 1963, S. 93. Priester, *Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie*, in: FESTSCHRIFT FÜR WINFRIED WERNER, Walter de Gruyter, 1984, S. 663 („Priester, FESTSCHRIFT WERNER“). BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 68. HACHENBURG/ULMER, § 53, 82. LUTTER/HOMMELHOFF, § 53, 12. ここで全員一致とは、総社員の承諾が必要であるという要件とは区別されなければならない。全員一致決議は全社員の出席により行うことができる。Vgl. OLG Hamm, WM 2002, 855, 857.

80) HACHENBURG/ULMER, § 53, 52. BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 66.

81) BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 53, 70. HACHENBURG/ULMER, § 53, 73.

82) FLUME, 1983, a. a. O., S. 194. HACHENBURG/ULMER, § 53, 2, 82 ff. Hans-Joachim Mertens, *Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht*, ZGR 1994, S. 439. LUTTER/HOMMELHOFF, § 53, 7. Vgl. BGHZ 43, 261.

83) K. SCHMIDT, 2002, a. a. O., S. 84.

1 項および53条 1 項を根拠とする<sup>84)</sup>。

定款自治とは、定款の内容を自らの望むように制定または変更する権限が社員のみに属することを意味する<sup>85)</sup>。契約概念では定款自治は私的自治 (Privatautonomie) に由来し、私的自治からくる法律行為の帰結として形成される<sup>86)</sup>。団体概念によれば定款自治は団体主権 (Verbandssouveränität) に由来するものであり、団体自治 (Verbandsautonomie) あるいは社団自治 (Vereinsautonomie) と呼ばれる<sup>87)</sup>。これらは、団体外部および団体内部の自己決定を含む<sup>88)</sup>。連邦憲法裁判所は団体自治について次のように示している。

「その目的は、私的自治と同様、意思による規制と構成員の運営により人の結合としての団体の性格を守ることである。この自治に備わったメカニズムにより、強制的な規制や対応する組織の本質が、導かれる原則と対立しない限り、当事者自身が自由にその目的にふさわしい組織を作ることが許容される。」<sup>89)</sup>

---

84) BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 45, 6.

有限会社法45条 1 項；「会社の業務，特に経営の管理に関する社員の権利及びその行使は，法律の規定に反しない限り，定款の定めに従う。」

有限会社法53条 1 項；「定款の変更は，社員の決議によってのみ行うことができる。」

85) FLUME, 1983, a. a. O., S. 193. K. SCHMIDT, 2002, a. a. O., S. 84. BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 45, 6. Volker Beuthien/Andreas Gätsch, *Einfluß Dritter auf die Organbesetzung und Geschäftsführung bei Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, ZHR 1992, S. 473.

86) FLUME, 1983, a. a. O., S. 318. J. VON STAUDINGERS/HELMUT COING, KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH MIT EINFÜHRUNGSGESETZ UND NEBENGESETZEN, 12., neubearbeitete Aufl., J. Schweitzer Verlag, 1980, § 25, 15. Lutter, AcP 1980, a. a. O., S. 94. F. RITTNER, DIE WERDENDE JURISTISCHE PERSON, J. C. B. Mohr, 1973, S. 248. Zöllner, 100 JAHRE GMBH, a. a. O., S. 85.

87) FLUME, 1983, a. a. O., S. 193. K. SCHMIDT, 2002, a. a. O., S. 84.

88) Zöllner, 100 JAHRE GMBH, a. a. O., S. 119. Priester, FESTSCHRIFT WERNER, a. a. O., S. 663.

89) BverfG, 5. 2. 1991, NJW 1991, 2624. Siehe auch Volker Beuthien/Andreas Gätsch, *Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter*, ZHR 1992, S. 461.

団体自治の背後には、構成員としての義務を引き受けた者のみが団体にもたらされるリスクを決定することができるということがある。このようにして団体自治は構成員を守り、その信認の下、団体の運命が外部者の手に渡ることのないようにするものとなる<sup>90)</sup>。会社法においては社員が自己決定権の帰属する法主体であり、社員が定款自治を有する。定款自治は、誰が定款に関する決定をするかを定める一方、形成の自由は定款の内容に関わる。定款自治はその意味で形成の自由を制約するとも言える<sup>91)</sup>。

一般に定款により総会決議の承認権を第三者に与えることは許されないと考えられている<sup>92)</sup>。そのことは他の機関である取締役会や委員会についても同様である<sup>93)</sup>。有限会社法53条3項は、総会の決議に他の要件を定めることができるとしているが<sup>94)</sup>、ライヒ最高裁判所はこれらの要件は、決議の態様に関するものに限られるとする<sup>95)</sup>。しかし個別の社員または全社

90) Vgl. Herbert Wiedemann, *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften*, WM 1990, S. 20. Zöllner, *Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz*, S. 119. Priester, *Festschrift Werner, a. a. O.*, S. 663. 同時に団体主権は1884年の株式法制定時において立法者の視点では資本会社の監督を株主自身に引き渡す手段であった。Peter Hommelhoff, *Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, in: Hundert Jahre Modernes Aktienrecht, ZGR Sonderheft 1985*, S. 90.

91) Wiedemann, *Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, ZGR Sonderheft 1998, S. 24. Peter Hommelhoff, *Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, in: Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft 1998*, S. 45. K. Schmidt, 2002, a. a. O., S. 84.

92) Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, 84, 85. Lutter/Hommelhoff, § 3, 53. 議論があるのは、議決権契約のように合意により承認権を与えることが、契約自治との整合性を保った形でどの程度まで認められるかである。

93) Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, 85. 通説は、株主が自ら取締役の指示に従って議決権を行使する議決権契約は許容されるとしている。

94) Flume, 1983, a. a. O., S. 195と Priester, *Festschrift Werner, a. a. O.*, S. 662は、「他の要件」とは第三者に権利を承認することを意味すると純粋に文法的に理解する。

95) RGZ 169, 65, 81. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, 84, 85. Hachenburg/Ulmer, § 53, 84.

員の承諾を要件とすることは可能である<sup>96)</sup>。

第三者に承認権を与えることが許されない理由には次のようなことが挙げられる。第1に、団体主権の観点からは、会社自身が対外的に独立した主体であるがゆえに、第三者はそれに影響力を行使することができないとされることになる。総会の定款変更権は、この観点から私法の団体形成の自由の必要条件と考えられる<sup>97)</sup>。第2に、組織法としての定款の法的性格によって、第三者に定款上の承認権を与えることが妨げられる<sup>98)</sup>。このほか、第三者が会社法上の誠実義務に拘束されないことを根拠として挙げる論者もいる<sup>99)</sup>。

これに対し Beuthien/Gätsch は、第三者に承認権を与えることが禁止されるのは、定款自治による制約そのものであり、この原則を議論し始めると堂々巡りになるとし<sup>100)</sup>、第三者への承認権付与の禁止は、専ら少数社員と債権者の利益が害されることが生じるのであれば正当化されるとする。彼らの見解によれば、しかしながらそのようなことはなく、定款変更を第三者の承認に服せしめることが可能とされる。その場合、まず社員が承認権を行使せず、そしてその承認がない場合に第三者の承認を要するとすることを条件としている<sup>101)</sup>。また Zöllner は、定款自治に基づいて定款によって選択的な機関を創出し、そして総会決議でそれを廃止することができるとして、第三者の承認権を説明している<sup>102)</sup>。

---

96) Vgl. ZÖLLNER, a. a. O. (Fn. 79)), S. 93. Priester, Festschrift Werner, a. a. O., S. 663. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, 83. Hachenburg/Ulmer, § 53, 82. Lutter/Hommelhoff, § 53, 7.

97) Priester, Festschrift Werner, a. a. O., S. 666. Vgl. K. Schmidt, 2002, a. a. O., S. 85. Lutter/Hommelhoff, § 53, 7 は、第三者への承認権付与の禁止は定款自治に基づくとする。

98) Ulmer, *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH? in: Festschrift für Winfried Werner*, 1984, S. 924. Hachenburg/Hüffer, § 47, 34.

99) Ulmer, a. a. O. (Fn. 98)), S. 925.

100) Beuthien/Gätsch, a. a. O. (Fn. 85)), S. 473.

101) Beuthien/Gätsch, a. a. O. (Fn. 85)), S. 477.

102) Baumbach/Hueck/Zöllner, § 45, 18 ff.

#### 4. オ ラ ン ダ

##### (1) 定款の法的性格

英国の私会社、ドイツの有限会社の定款が契約的に捉えられるのと対照的に、オランダでは定款は独自の (*sui generis*) 法律行為であることが強調されている。学説は、定款を「会社設立の基礎<sup>103)</sup>」あるいは「個々の会社の根本的な組織規範<sup>104)</sup>」と定義しており、発起人がそのような性質を持つ定款を作成することによって会社関係を形成する。

伝統的、支配的な定款概念は、定款は法人と社員および第三者との関係を定める法規範であり、利害関係者の「輪」を予め固定しないための抽象的、客観的な法規範であると捉えている<sup>105)</sup>。Van Schilfgaarde は、定款は法律とともに法的秩序を形成する独立した法システムであって、より広範なシステムの一部を構成し、両者間で継続的な相互作用が存在すると述べている<sup>106)</sup>。客観的な法規範とは、法的共同体のメンバーにその同意の有無に関わらず適用される法規範と定義され、それは規制監督によって強化されると捉えられる。これに対して、定款を客観的な法規範ではなく、当事者が会社に参加することによって採択されるものであるとするアプローチも有力であるとされる<sup>107)</sup>。

一方判例では、会社定款の機能を「一方においてその機関のために、事

103) VAN SCHILFGAARDE, VAN DE BV EN DE NV, 14e druk, Deventer, 2006, nr. 124 (hierna “VAN SCHILFGAARDE”).

104) ASSER-VAN DER GRINTEN-MAEIJER, 2-II, VERTEGENWOORDIGING EN RECHTSPERSOON. DE RECHTSPERSOON, 8e druk, Tjeenk Willink, 1997, nr. 35 (hierna “ASSER-MAEIJER 2-II”).

105) P. SCHOLTEN, ASSER'S HANDLEIDING TOT DE BEOEFENING VAN HET NEDERLANDS BURGERLIJK RECHT, ALGEMEEN DEEL, I-2, 3e druk Tjeenk Willink, 1974, blz. 130.

106) VAN SCHILFGAARDE, nr. 1.

107) Vgl. MARTHA MEINEMA, DWINGEND RECHT VOOR DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP, Kluwer, 2003, blz. 78 (hierna “MEINEMA”). 本稿の構成とりわけオランダに関する論述は同書に負うところが大きい。Meinema 博士は、現在オランダ経済省上級政策顧問を務めている。

業体としての会社と、会社または事業と一定の関係を持つ第三者とが規律されており、他方において株主が一定の時点において相互の関係に関して合意した内容を示す」と表現したものが<sup>108)</sup>ある。

## (2) 形式的意義の定款と実質的意義の定款

会社の定款は法律によってその形式と内容に強行的な条件が設定されている。定款はオランダ語で記載され、かつ認証を受けなければならない。これらの条件が守られなければ、裁判官は会社を解散することができる。さらに、第三者がその内容を知ることができるように、定款は登記所に登記されなければならない。また、法律は定款の必要的記載事項を定めている。すなわち、定款には、商号、本店所在地、会社の目的、資本金、発行する株式数とその種類を定めなければならない<sup>109)</sup>。会社の設立証明には、設立時の払込済資本と最初の取締役が記載される。さらに定款は取締役が職務執行不能または不在の場合の規定を設けなければならない。閉鎖会社は定款に株式譲渡制限規定を設けなければならない。

オランダ民法典2：25条が、民法典第2編（法人法）の規定に関して、法律が明文で認める限りにおいて規定から逸脱することができる<sup>110)</sup>と定めている枠組みを前提とした場合に、形式的な意義の定款と実質的な意義の定款に関して若干の論点が生じてくる。

すなわち、第1に、定款に形式的に定められていることは常に実質的な意義の定款として適用されるか、換言すれば、形式的な意義の定款規定はすべて実質的な意義の定款としての機能を有するかである。これについて、オランダ会社法の強行法規性に関する包括的な研究を行った **Martha Meinema** は、起草者の意図は定款に示されている形式が決定的であると主張がある一方で、定款規定には契約と考えられるものがあり、それら

---

108) OK 24 januari 1991, NJ 1991, 224.

109) Artt. 2: 177 en 178 lid 1 BW.

は専ら当事者間において機能するとの見解があることを指摘している<sup>110)</sup>。

第2に、法律に定められた以外の定款規定が有効となるために、定款の内容に関して「根本的な組織規範」を特定することができるかという問題がある。すなわちそのような根本的な組織規範が定められていない株主間の合意は、3：39条が定めるように法律行為の形式要件を満たしていないとして無効とされるかである。この点につき、法律が沈黙していることはそもそもそれが根本的な組織規範ではないからであるとの考えもあり得る。例えば、2：239条3項は取締役会の決定を（2：189 a 条の意味における）機関の承認にかからしめることができるとするが、取締役会以外の機関の決定に関する承認権については明示の法的根拠はない。仮に同意権が根本的な組織規範に関わると考えられるのであれば、例えば、取締役の選任について個々の株主の同意権が株主間契約に定められている場合には、3：39条により無効となる。

法律で「定款は…定めることができる」と示されているときは、そのルールは定款に定めることによつてのみ法的効力を得ると考えると、補充規定は形式面では強行的であり、定款による補充のみが許容され、契約による補充は認められないことになる<sup>111)</sup>。またこの考え方によれば、例えば株主に資格要件を求める契約規定は3：39条により無効とされることになる。

かかる議論を2：25条の側から考察すると、2：25条は定款内容の法的要件を定めるのみならず、定款のためにリザーブされた領域に契約を持ち込むこと自体が無効であることを示す。そこでどのエリアが定款のためにリザーブされているかを特定する必要がでてくる。Meinema は、2：25条の強行性は、法律と定款の関係を指し示すことであり、同条は株主間の会社に関わる契約を無効にすることを狙っているのではないとする。そして

110) MEINEMA, blz. 79.

111) この点において労働法の「4分の3」強行法との類似性がある。労働法では、法律と異なる定めは、労働協約によつてのみ許容される。



その前提を、発起人および株主の契約自由、組織自由であると論じている<sup>112)</sup>。

2：230条2項は、決議の有効性は総会出席議決権数に依存しないと定めている。例えば、株主が、すべての決議に総株主の同意が必要であることを合意し、これを定款に定めていないとした場合、Meinemaは2：230条2項は、そのような合意を無効とまではしないが、株主間契約は、合理と公平 (redelijkheid en billijkheid) に抵触しない限り、原則として決議が多数決によりなされることを妨げてはならないとする。

同じことが、会社の定款には株式譲渡制限規定がないが、株主間で株式を譲渡する際は2：195条5項の定める先買権に従う合意をしていた場合にもあてはまる。この場合も、Meinemaによれば、そのような契約は無効とはならないが、定款の定めを欠いているため、合意に反した譲渡であっても(法律には従っているゆえに)有効となる<sup>113)</sup>。定款に株式譲渡制限規定がなく、株式が第三者に譲渡された場合はどうか。株主が契約による先買権のみを意図していたのであれば、契約による先買権は3：39条に反し無効であるが、このケースでは3：39条の射程範囲は契約の無効にとどまらない。定款が法律の要件を満たしていないのであれば、定款が法律と適合するような態様での先買権が認められるべきである。契約規定を無効にするだけではその効果は得られないからである。

第三者の承認権は、追加的規定であり法律と異なる定めではない。同様に、株主の資格要件や取締役の拘束的指名も追加的規定である。そのような規定は定款に定めなければ有効とはならないのかが問題となる。Meinemaは、契約で株主に指名権を与えたり、株主間契約で資格要件を定めたりすることの有効性には異議を唱えない。そのような契約上の権利は、原則として、資格要件を満たさない者に株式を譲渡することを妨げることはできないし、また契約による指名は2：243条2項の特別決議により破棄

---

112) MEINEMA, blz. 80.

113) MEINEMA, blz. 80.

されることもあるとする<sup>114)</sup>。

これらの問題に関連する論点として学説上争いがあるのが、定款で株主間契約に言及できるか（いわゆる“incorporation by reference”）であり、そしてその法的効果如何である。そのような言及は、強行法規、公序良俗に反する場合には無効となるが、言及そのものを禁じる法律の規定はない。しかしながら、法律により定款の絶対的記載事項とされている事柄への言及は、無効と考えられる<sup>115)</sup>。したがって、「会社の資本金は株主間契約で定める」という定款規定は、資本金を定款で定めなければならないとする2：178条1項に反し無効である。強行的な性格を有する絶対的記載事項ではない場合、例えば株式譲渡制限規定に関わる事柄については定款で株主間契約に言及できる。それは2：25条や公序のいずれにも反するものではない。定款で言及されるそのような株主間の取決めは、定款の絶対的記載事項の補充であって、法律と異なる定めではない<sup>116)</sup>。

### (3) 定款の解釈

定款は最高裁の法律判断の対象となるという意味における法律ではなく<sup>117)</sup>、定款の解釈は最高裁での原審破棄の理由とはならない<sup>118)</sup>。しかし、事実審の裁判官が用いた定款解釈の基準は破棄の対象となる<sup>119)</sup>。それゆえ問題は事実審の裁判官が定款の解釈においてどのような基準を用いたかということになる。

---

114) MEINEMA, blz. 81.

115) MEINIEMA, blz. 81.

116) Meinema は、そのような定款規定を形式的に無効と考える理由は特段ないとしている。MEINIEMA, blz. 81.

117) art. 99 RO.

118) HR 17 september 1993, NJ 1994, 213, *Ars Aequi* 1994, 765 (Meier Mattern/VHS). HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (Verenigde Bootlieden).

119) Stein, noot HR 24 september 1993, NJ 1994, 174 (Hol/EIM) geciteerd door MARTIJN WILLEM HESSELINK, *DE REDELJKHEID EN BILLJKHEID IN HET EUROPESE PRIVAATRECHT*, Kluwer, 1999, blz. 152.

書面による契約の解釈について、オランダ最高裁は「Haviltex 基準 (Haviltex-norm)」を用いている。すなわち、裁判所は、当該状況下で当事者双方が契約条項に合理的に同意した意味と、双方が相手方に対して合理的に期待したことが何かを探る<sup>120)</sup>。その期待は、当事者の主観的意図よりもむしろ「客観的」意図、すなわち社会的に受け入れられた交渉によって決定される。Haviltex 基準により、契約の解釈において当事者の意図の決定は、合理と公平の原則と結び付く<sup>121)</sup>。

定款の解釈において用いられる基準について最高裁は未だ明らかにしていない。裁判例としては、財団の定款が理事を2名以上とすると定めていた場合に、一人残された理事が決議を行えるかという問題につき、下級審裁判所が定款を全体的に見て「合理的な解釈」を行い、当該理事は有効な決議を行うことはできないとしたのに対し、最高裁がこの解釈を否定した事案がある<sup>122)</sup>。その直後の判決でもおおむね同じ基準が使用され、定款規定は相互に整合的に解釈されなければならないという基準からそれた原審判断が、最高裁により破棄された<sup>123)</sup>。

学説はさらに、定款を決定した者の意図が定款の解釈にどのような役割を果たすのかという議論に進んだ。Maeijer は、発起人や株主の主観的な意図はいかなる場合も「決定的な意味」を持たないとした<sup>124)</sup>。これは定款の客観的法規範としての性質から導かれる議論である。もし定款の文言が明らかであれば、意図などというものは全く無関係であるはずだというのである。文言がはっきりしない場合は、法人設立の前後関係や計画に留意しつつ、それらの文言を合理的に考える者がどのように理解するかの問題

---

120) HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

121) Vgl. A. S. HARTKAMP, ASSER-HARTKAMP DEEL 4-II VERBINTENISSENRECHT. ALGEMENE LEER DER OVEREENKOMSTEN, 11e druk, Tjeenk Willink, 2001, nr. 280. Haviltex 基準の限定的意義について A. C. VAN SCHAICK, VOLMAGT, Kluwer, 1999, blz. 10参照。

122) Meier Mattern/VHS, *supra* note 118).

123) HR 31 december 1993, NJ 1994, 436, r.o. 5, *supra* note 118).

124) ASSER-MAEIJER 2-II, nr. 36.

となる。Maeijer は一方で、会社の内部関係においては信義誠実の役割は後退すると考える<sup>125)</sup>。またドイツ法に触発された Smits は、関連する規定の性質により判断するという異なるアプローチを示した。それによれば第三者に関わる定款規定のみが客観的に、すなわち発起人の意図を忖度することなしに解釈されなければならない<sup>126)</sup>。

「客観的な」解釈法の使用は、第三者が定款規定により明らかに影響を受けるかどうかという問題に依存する。定款は第三者が認識できる書面でなければならないはずであるのに、定款の曖昧さの結果として生じる紛争は、多くの場合対内関係すなわち株主相互間で発生するのはいかにも逆説的である。特に、人的関係の深い閉鎖会社にそのような紛争が生じる。それを踏まえ、Meinema は、当事者の意図がより綿密に合意のなかに具体化している限り、裁判官はそれを定款の解釈で考慮してよいし、またしなければならないとする<sup>127)</sup>。定款解釈と契約解釈の間に横たわる対立関係は、表面

125) Vgl. MARIAN KOELEMEEIJER, REDELJKHEID EN BILLJKHEID IN KAPITAALVENNOOTSCHAPPEN, Kluwer, 1999, blz. 26.

126) Smits, *Over de uitleg van statuten ener rechtspersoon; een deels rechtsvergelijkende bijdrage*, S&V 1999, blz. 127. 最高裁は、定款の会計年度規定の変更は、第三者がそれを知っているか否かにかかわらず遡及効を有するとする (HR 18 december 1991, NJ 1992, 334, geciteerd door VAN SCHILFGAARDE, nr. 124)。労働法の分野でも労働協約の規定の解釈をめぐって類似した議論がなされ、労働協約は art. 99 (thans 79) RO に基づき拘束力があるとされる。HR 2 november 1990, NJ 1991, 25 (Luppess-Hup/Chr. Vereniging tot Verpleging van zieken). Zie E. Verhulp, *De uitleg van CAO-bepalingen*, 2003, blz. 15, available at <http://dare.uva.nl/document/4181>. 最高裁は、「…文言は、協約の文章全体から読めば、原則として決定的な関係を有する」とし、労働協約に関わった当事者の意図を重要視しない。HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 (Gerritse/Hydro Agri Sluiskil) geciteerd door Verhulp, blz. 6.

個々の従業員、そしておそらくは雇用者も、一般に労働協約の作成にあまり関心がなく、そのため労働協約書以外に手元に資料がない場合が多いことも考慮されている。Vgl. HR 24 september 1993, NJ 1994, 174 (Hol/EIM) geciteerd door MARTIJN WILLEM HESSELINK, *DE REDELJKHEID EN BILLJKHEID IN HET EUROPESE PRIVAATRECHT*, Kluwer, 1999, blz. 152.

127) MEINEMA, blz. 84.

上のものにすぎず、最高裁による定款の「合理的な」解釈は、Haviltex 基準とそう変わらない。Haviltex 基準は、法的交渉に由来する利害に従って異なる解釈をする余地を与える。「合理性」の観点からも、定款から認識できない発起人の意図は、後から参加した株主が参加時点でそれについての十分な情報を与えられていなかった場合は、対抗することができないと考えられるためである。

#### (4) 定款変更

##### (i) 多数決による定款変更

定款変更の第1原則は、定款は株主総会の多数決によって変更することができることである(2:231条)。会社に参加することにより株主は多数派の見解に身を委ねたことになるためと解されるためである。しかしながら、定款で特別多数決や定足数の規定を設けることは可能である<sup>128)</sup>。また定款変更決議は、2:238条により総株主の同意をもって総会によらずに行うこともできる。

定款を変更する権限が排除されたとしても、定款は総資本が代理された株主総会の全員一致の決議で変更することができる。定款中に変更不可の条項を有する定款についても同じである。このことは2:231条1項より導かれる<sup>129)</sup>。

定款変更が有効となるためには、認証と司法大臣による異議のないこと

---

128) Art. 2: 230 BW. J. M. M. MAEIJER, ASSER-MAEIJER DEEL 2-III VERTEGENWOORDIGING EN RECHTSPERSOON. DE NAAMLOZE EN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP, Tjeenk Willink, 1994, nr. 540 (hierna "ASSER-MAEIJER 2-III").

129) 定款変更の権限を排除することができるか否かについてオランダではこれ以上の議論はなされていないが、変更の権限が除外されていたとしても、変更はすべての株主の協働により可能であるとするのが、司法省の見解のようである。その理由は、後から参加した株主が、定款のプランニングについて異なる見解を持つ場合、定款を修正する機会が与えられなければならない、さもなくば会社の発展が阻害されるという点に求められている (MEINEMA, blz. 85)。

の証明が必要である<sup>130)</sup>。また取締役は、修正定款を登記しなければならない。

Meinema は、閉鎖会社において定款変更の決議を3分の2の多数決で行うことには十分な法的根拠があるとする。第1に、この結論は、少数株主の手続的保護として内部組織ルールの変更には特別多数決が必要であるという見解と結び付く。第2に、3分の2の特別多数決は、取締役の拘束的指名や取締役の資格要件を破ることが総会の選択の自由であるとされる法システムにおいては適合性を有するとする<sup>131)</sup>。

(ii) 定款変更権の制限

一般に定款変更の権限は強行的に総会に与えられていると理解されている。これは定款変更権限を他の者に許諾できないことを意味するが<sup>132)</sup>、オランダの立法者は、現実的観点から、株主以外に授権することを制約していない。2：234条2項に基づき、司法省が示す適合事例に即して、株主総会は取締役会またはその他の者に定款変更を授権することができる<sup>133)</sup>。かつて司法省は、定款変更決議を会社のある機関が行い、この機関を一定の場合にのみ設けることができるあるいは設けなければならないという定款規定を認めており<sup>134)</sup>、その当時においては、この機関が設けられれば自由に定款変更を行うことができた。監督的規制の改定により、この指令は法的根拠を失ったが、総会の定款変更権を定款により「侵害」することができるかの問題は残る。

Meinema は、この問題は総会以外の機関が定款変更に決定的影響力を行

130) 司法大臣による証明は、会社が禁止されている性格を帯びているか、または会社が違法な目的に利用されるおそれがある場合にのみ拒絶される (art. 2: 235 lid 2)。実際には証明が拒絶された例はほとんどない。

131) MEINEMA, blz. 86. 公開会社の場合は、このほかに公開買付 (openbaar bod) が義務付けられることがある。

132) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 540.

133) 司法省の監督的規制に適合しない場合は、当該条項は削除されたものとみなされる。

134) Departementale richtlijnen 1986, § 4.

使できるかという、法律規定からの逸脱に関する問題であるとし、そのような規定が許容されるかどうかは、自由裁量を問題する余地がないほど適用場面が正確に定義されているかどうかによって依拠している<sup>135)</sup>。

オランダにおける多数説によれば、総会の定款変更権は、提案または承認の権限を第三者に与えることで制約することができる<sup>136)</sup>。また、2:317条により合併決議も定款変更決議と同様に定款の承認要件に服する。同条3項は「合併決議は定款変更決議と同様に行われる。それについての定款の承認要件は合併決議にも適用される」と定めているが、会社機関の承認であるか第三者の承認であるかについては明確に区別されていない<sup>137)</sup>。

定款変更権を排除できることを根拠に、定款変更において第三者に承認権を与えることで総会の権限を制限することは可能であるとされているが、Meinema は、総会自身が他者のイニシアティブや承認に依存している場合は、事情は異なるとする<sup>138)</sup>。一方で、総会は常に全員一致で定款を変更することができるのであるから、第三者の承認がないことが決議の有効性を阻害するものではないとの議論も成り立ち得る<sup>139)</sup>。Meinema は、定款変更の権限は総会の重要な権限であり、それによって株主は定款による組織化を会社の発展に適合させることができるのであって、この点に関する株主の選択の自由は尊重されなければならないとする。すなわち、株主総会はいかなる場合も全員一致で定款を変更することができるが、取締役の拘束的指名や資格要件を破る選択の自由を有することとのアナロジーで、一時的に定款上に承認権を設けることができる。また定款変更の主導権は排他的なものではなく、総会は自らの主導権で、全員一致により定款を変更することができる<sup>140)</sup>。

135) MEINEMA, blz. 87.

136) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 540. P. SANDERS EN W. WESTBROEK, BV EN NV, BEWERKT DOOR F. K. BUIJN EN P. M. STORM, 7e druk, Kluwer, 1994, blz. 289.

137) Zie ook ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 582.

138) MEINEMA, blz. 88.

139) SANDERS/WESTBROEK, *supra* note 136), blz. 289.

140) MEINEMA, blz. 88.

## 5. 小 括

英国およびドイツにおいては閉鎖会社の定款は（特別な）契約であると考えられてきた。オランダでは定款を規範的に捉える伝統が強いが、閉鎖会社の定款については契約性質を認識することが可能である。定款を特別な契約ととらえることにより、同意が拘束力の基礎となり、自発的な拘束ということが強調されることになる。このことは、定款が株主の承認により変更することができることを意味し、さらに定款は一般私法に組み込まれることとなる。基本は組織の自由である一方、会社法の強行規定によって定款による「企て」の限界が示されることになる。

会社法の強行規定は、定款が債権者や将来の株主のような会社当事者でない者にとっても重要であるということにその存在理由が示される。債権者は強行規定そのものによって保護されるが、将来の株主は株式譲渡制限ゆえに個々に株主と交渉し定款の内容を確認できる状況にあるので、会社法の強行規定は新しい株主の権利が過度に制限される場合にのみそれを防止することになる。一方、特に人的結びつきの強い会社では、会社内部の組織ルールの強行性の範囲が問題となる。

ドイツ法では、実質的意義の定款と形式的意義の定款が区別される。第1に、この区別はどのような規定が不可避免的に定款で有効なものとして定められなければならないかを示す。必要的記載事項に属する規定が法律の定める要件を満たさない場合は、無効とされる。第2に、形式的に定款に定められたものがすべて実質的な定款の定めとなるわけではなく、それが定款としての効力を認められるかはその内容による。定款や契約の形式的要件はあまり重要ではなく、少数株主、将来の株主、債権者を適切に保護するため、会社法的機能を持つ規定と専ら当事者を拘束する規定とが区別される。英国法ではア・プリオリに区別されてはいないが、定款規定の法的効果は当該規定を設けた基礎に左右される。また、オランダ法では会社法の規制の内容と根拠が、法的帰結にとって決定的であると考えられてい



る。

将来の株主と債権者の保護は、3つの国において定款は原則として客観的に解釈されなければならないという共通の命題をもたらす。定款は書面として第三者に認識可能でなければならないという義務と、定款の曖昧さから生じる争いの多くが組織内部で発生するというパラドックスは、株主間の取決めで当事者の意図が具体化されている限りは、それらが尊重されるべきであるとすることで解決可能である。

定款変更権にかかる会社法の強行規定は、定款が安易に変更されないようすることで会社の発展を保証し、また後から参加する株主を保護する。英国法では会社の発展が第一とされ、定款変更決議の要件は4分の3が最低であり最高限度とされる。2006年会社法では、新たに固定化条項（provision for entrenchment）の制度が設けられた。一方、オランダとドイツでは、全員一致の決議によって少数株主を保護する考え方が強調される。

第三者は総会の定款変更権限にどの程度影響を行使することができるか。この点はドイツで議論がある。団体自治は株主が会社の運命を他人の手に委ねることを禁じている。株主の自己決定が団体の正当性を形成し、株主は常に自己決定権を行使することができる状況になければならない。定款規定による承認権は、将来の株主がその強行法的権限を行使することを制限する。オランダでは、定款で定める第三者の承認権は、全員一致の総会決議により常に破ることができる。英国ではこれらが独立して問題になることはなく、第三者は定款から権利を援用することができないとされている。