

# 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

田 邊 真 敏

- I 序論
  - 1. はじめに
  - 2. 強行法規性の基礎
- II 会社法システムと強行法規性
  - 1. はじめに
  - 2. 英国
  - 3. ドイツ
  - 4. オランダ
  - 5. 小括
- III 株主権の放棄
  - 1. はじめに
  - 2. 英国
  - 3. ドイツ
  - 4. オランダ
  - 5. 小括
- IV 結語

## I 序 論

### 1. はじめに

わが国では長らく、株式会社法の規定は対外関係・対内関係いずれに關するものも強行法規であるとされてきたが<sup>1)</sup>、米国における法と経済学の

1) 田中耕太郎「組織法としての商法と行為法としての商法」法協43巻7号1頁以下(1925)、鈴木竹雄「商法における組織と行為」我妻 栄=鈴木竹雄編『田中先生還暦記念 商法の基本問題』91頁以下(有斐閣, 1952)、鈴木竹雄『新版会社法〔全訂第5版〕』30頁(弘文堂, 1994)。

研究の影響を受けて<sup>2)</sup>、会社法は強行的 (mandatory) であるべきかそれとも授権的 (enabling) であるべきか、そして強行的なルールの存在を正当化する根拠はあるのかが活発に論じられるようになり<sup>3)</sup>、「会社法現代化」の眼目となった。欧州においても時期を同じくして会社法の強行法規性が改めて議論され<sup>4)</sup>、なかでもオランダではわが国と同様、会社法の強行法性格が抑圧的に作用してきたとの認識を背景に、規制緩和の必要性について問題提起がなされた<sup>5)</sup>。

本論稿は、強行法規性の観点から英国、ドイツ、オランダの会社法システムを概観した上で、株主による権利放棄の有効性について比較分析を行う。会社を契約的に捉える英国、社団法理を強く維持するドイツ、そしてフランスやドイツといった周辺国の影響を受けつつ1971年に至るまで一種類の物的会社形態が維持されてきたオランダを対比的に捉える。主たる対象は、英国の私会社 (private limited company (plc))、ドイツの有限会社

2) 89 Colum. L. Rev. 7(1989) に掲載された Contractual Freedom in Corporate Law のシンポジウム、および FRANK H. EASTERBROOK & DANIEL R. FISCHEL, THE ECONOMIC STRUCTURE OF CORPORATE LAW (Harvard Univ. Press, 1991) 参照。

3) 例えば、神田秀樹「株式会社法の強行法規性」竹内昭夫編『特別講義商法 I』1頁 (有斐閣, 1995)。

4) 例えば、ドイツにおいては、Heribert Hirte, *Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, in GESTALTUNGSFREIHEIT IM GESELLSCHAFTSRECHT, ZGR Sonderheft, 1998, S. 61 ff.* („Hirte, ZGR Sonderheft 1998“)。 (本稿ではドイツ語文献に関し引用符号 („“) で括った略記を用いる。以下同じ。) Marcus Lutter/Herbert Wiedemann (red.), *GESTALTUNGSFREIHEIT IM GESELLSCHAFTSRECHT: DEUTSCHLAND, EUROPA UND USA, Sonderheft 13, ZGR (Walter de Gruyter, 1998)*。

ドイツでは2008年11月より、設立手続きの迅速化、出資に関する規定の緩和、会社形態濫用時の取締役の責任強化などを含む改正有限会社法が施行されている (池田良一「2008年ドイツ有限会社法改革～「EU 域内での会社法形態間の競争」の視点から～」国際商事法務 Vol. 37, No. 2, 164頁 (2009))。

5) Timmerman, *Waarom hebben wij dwingend vennootschapsrecht?, in: ONDERNEMINGSRECHTELIJKE CONTRACTEN, uitgave van het Instituut voor Ondernemingsrecht, Kluwer, 1991, blz. 1 e. v.* オランダでも閉鎖会社法改正の取組みが進んでいる (拙稿「オランダの閉鎖会社法改正案について」国際商事法務 Vol. 36, No. 4, 463頁 (2008))。

(Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)), オランダの閉鎖(有限)会社(besloten vennootschap (BV))の3つの閉鎖会社形態である<sup>6)</sup>。

## 2. 強行法規性の基礎

閉鎖会社では株主が名実ともに主役であり、株主は定款に会社の内部関係を定める。会社の重要な意思決定は株主総会で行われるが、株主自身が取締役会を構成し、あるいは取締役会を常時監督していることが多い。閉鎖会社の株主は無名の資本提供者ではなく、自らが会社の事業に関わっているため、一般の出資者とは異なる態様で会社内部の関係に影響を行使することができる。株式の譲渡性はきわめて低く、そのため利害が対立してデッドロックが生じることがある<sup>7)</sup>。

紛争の多くは、少数派株主が多数派株主と意見を異にすることから生じる。閉鎖会社の株主間で協力が継続できなくなると、結果として少数派株主は取締役を解任され、あるいは退出または除名を余儀なくされる。そこに至らない場合であっても、定款変更によって少数派株主の地位は脅かされるが、逆に少数派株主が、自らの行動によって会社の意思決定を阻止することができる場面も生まれる。株主の数が少ないほど、意思決定をインフォーマルな方法で行うことができ、株主間の合意がより大きな役割を果たす<sup>8)</sup>。

それゆえ閉鎖会社と公開会社で法規整の強行性を大別することは正当化

6) 本稿の論点構成、およびとりわけオランダ法の分析は、MARTHA MEINEMA, DWINGEND RECHT VOOR DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP, Kluwer, 2003 (hierna “MEINEMA”) に負うところが大きい。また、ドイツ有限会社に関しては、2008年の法改正までに蓄積されてきた議論をベースとしている。なお、ドイツ有限会社の出資者は「社員 (Gesellschafter)」であるが、以下本稿ではドイツ有限会社以外の会社形態を含めて言及する場合は単に「株主」を用いる。

7) Sandra K. Miller, *Minority Shareholder Oppression in the Private Company in the European Community: A Comparative Analysis of the German, United Kingdom, and French “Close Corporation Problem,”* 30 CORNELL INT’L L. J. 381, 385 (1997).

8) Terry A. O’Neill, *Toward a New Theory of the Closely-Held Firm*, 24 SETON HALL L. REV. 603, 605 (1993).

されるであろうが<sup>9)</sup>、実際の事業が多様な形態をとっていることに鑑みると、少数株主を保護しつつ、会社の組織形成および日常の経営において株主が合意に到達できるように会社法をフィットさせるべく、強行法規をどの程度設けるかが課題となる<sup>10)</sup>。換言すれば、株主は強行的な会社法からどの程度逸脱することができるか、あるいは強行的な会社法を補充することができるかである。

議論の出発点は株主の選択の自由である。株主は相互の関係において自由であり、会社との関係においても自由である。強行的な会社法はその自由を制限することになるため、そこに正当化が求められる。一般に強行的な私法は、「弱者」保護を目的としている。消費者法、労働法に代表されるように当事者間の不平等が想定され、私人が自己の利益を十分に守ることができない場合に、強行法規の配慮が必要となる<sup>11)</sup>。強行法規はまた、第三者へのマイナスの影響を防止する役割も果たすほか<sup>12)</sup>、従業員の経営参加を促進するなどの規制法的性格もある<sup>13)</sup>。ドイツの共同決定法は第三者への不利益を減らすものと言えるが、その目的は特に公共の利益であると考えられている。公共の利益には、法的安定性の維持も含まれており、また、信頼、忠実、協力を公共の利益に基づく保護に値するものとする見解もある<sup>14)</sup>。これまでに論じられてきたところでは、一般に会社法の強行規定について以下のような複数の目的が認識されている。

9) 黒沼悦郎「会社法の強行法規性」法教194号12頁（1996）。

10) Raaijmakers はオランダ民法典第2編の強行法規の原則と法の現実の間に緊張関係を認めている。PITLO-RAAIJMAKERS, VENNOOTSCHAPS- EN RECHTSPERSONENRECHT, 4e druk, Gouda Quint, 2000, nr. 1.58.

11) BRIAN R. CHEFFINS, COMPANY LAW: THEORY, STRUCTURE, AND OPERATION, 237 (Oxford Univ. Press, 1997) (hereinafter referred to as "CHEFFINS, 1997").

12) See CHEFFINS, 1997, at 244.

13) CHEFFINS, 1997, at 247. 強行法規の機能については、Jeffrey N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, 89 COLUM L. REV. 1549, 1551 (1989) も参照。

14) See Brian R. Cheffins, *Trust, Loyalty and Cooperation in the Business Community: Is Regulation Required?*, in THE REALM OF COMPANY LAW, 53 (Barry A. K. Rider ed., Kluwer Law International, 1998).

### 少数株主の保護

会社法においては、少数株主は弱者と考えられ、株主総会および取締役会を支配する多数派株主からの保護に値する。公開会社では主として証券法が投資家保護を図っているため、会社法が特に対象とすべき弱者は閉鎖会社に見られる。閉鎖会社の株主は、他の株主との協働関係が途絶えても株式を譲渡することが困難なため、強行法規による保護が与えられ、多数派はこれらの権利を剥奪することができない。このような少数株主の強行的保護の理由としては、長期的関係の問題、すなわち株主が十分に将来を見通せないことが指摘されている<sup>15)</sup>。

### 債権者の保護

物的会社には、株主の有限責任との組み合わせで法人格が与えられるため、会社法は必然的に会社債権者に対する保障を強行的に提供するものと考えられている。債権者の保護をもたらすのは、一般契約法ではなく会社法のみであるとする論者もいる<sup>16)</sup>。

### 将来の株主の保護

物的会社では、出資しようとする将来の株主を保護するため、定款の内容や会社の財務状態などに関する情報開示が重要となる<sup>17)</sup>。公開会社では、投資家に対して株式売買の都度売主に会社の定款を求めることは期待し得ないが、人的要素の強い会社においては事情はやや異なる。閉鎖会社に出資している株主は何を合理的に期待することができるかということが常に問題となる。オランダでは、会社制度の純粹さが保護されなければならないとして、Timmerman により制度保護

---

15) Christopher A. Riley, *Contracting Out of Company Law: Section 459 of the Companies Act 1985 and the Role of the Courts*, 55 M. L. R. 782, 788 (1992).

16) Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *The Essential Role of Organizational Law*, 110 Yale L. J. 387, 433 (2000).

17) Hirte は、強行法規の資本市場保護 (kapitalmarktschützende) 機能を示して、株式の譲渡性は株式に結びついた権利義務の標準化により享受されるとする。Hirte, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 64 ff.

(institutionenschutz) と称された。閉鎖会社 (BV) における強制的な株式譲渡制限規制がその例である<sup>18)</sup>。

## 会社の保護

会社自身が強行法規による保護を必要とするかどうかは、会社の性質を如何に捉えるかによる。契約的アプローチでは、会社は企業家が目的を達成するための手段であると考えられ、それ自体には保護されるべき独立した利益はない。この観点では強行法規は会社当事者の利益を保証するものとなる。制度的アプローチでは会社は独立した制度であるとされ、会社当事者の利益の合計を超えるそれ独自の利益、すなわち会社が健全に存在するという利益を有している。

株主によるコントロールは、影響力とリスクの結合により正当化される。すなわち、リスクを負って会社に投資する者は、重要な意思決定権と取締役の選解任権が優先的に与えられるべき存在である。英米法の概念ではこのコントロール権は「所有権」または「契約」と捉えられ、株主と取締役の会社支配権の内部分配に帰着する。

制度的アプローチは、会社の二元的性格を強調する。それはすなわち取締役会と株主総会または監査役会との権限分配である。権限は機関間の“balance of power” が成り立っているものでなければならない。しかしながら適正なバランスは一見明白なものではなく、株主と取締役の最適バランスを決定しようとコーポレート・ガバナンスの議論が盛んになされてきている。

## II 会社法システムと強行法規性

本章では、英国、ドイツ、オランダの各会社法における強行法規性に関連する基本的概念を、法律と定款の関係および法律の解釈に重点を置きつつ概観する<sup>19)</sup>。

---

18) Timmerman, *supra* note 5), blz. 9. e. v.

19) オランダ会社法の強行法規性については、拙稿「オランダ会社法の強行法規」

## 1. はじめに

英国会社法およびドイツ有限会社法は、会社法の強行法規性についての一般規定を設けていない。いずれにおいても会社法の規定が強行的であるかどうかは解釈によって個別的に論じられる。ドイツ有限会社法には形成の自由（*Gestaltungsfreiheit*）が認められ、法律は最小限の内容を定めており、社員は定款で自由に会社関係を形成することができる。これに対しドイツ株式法では、定款自治の原則は排除され、定款厳格性（*Satzungsstrenge*）が支配しており、株式法23条5項は「定款は、明示で承認された場合に限り法律の定めから逸脱することができる。定款規定による補充は、法律が終局条項を含まない限りにおいて許容される」と定めている。

オランダ民法典第2編25条は、民法典第2編の規定に関して、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旨を明定している<sup>20)</sup>。この強行法原則は1928年に確立され、長らく自明のこととされてきた。しかしながら最近になり、2：25条の原則と例外を逆転すべきだとして、立法者は法人法の強行的性格の根拠を明確化する義務を負うとする議論と、会社法における自由は、少数株主と債権者の一層の保護という保証を要求し、重要な権利義務が法文の文言として配備されている法制度は、規制的な監視がなければうまく機能しないとする議論とが対立を見せるようになっている<sup>21)</sup>。

オランダ民法典2：25条とドイツ株式法23条5項がどの程度相互に対応し、法の強制の程度にどのような影響を与えているかを若干検討しておく。Hopt は両者の違いとして明白性（*uitdrukkelijkheid*）を挙げ、オランダ法では法律が明白に理由を示していなければ、逸脱が認められるとする<sup>22)</sup>。し

性と定款自治」国際商事法務 Vol. 35, No. 10, 1353頁（2007）も参照。

20) オランダでは会社法が独立した法典とされておらず、民法典第2編に収められている。なお、以下本稿では、オランダ民法典の条文を編番号と条文番号を示して「2：25条」のように表す。

21) MEINEMA, blz. 21.

22) K. J. Hopt, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht in Europa — Generalbericht —*, ZGR Sonderheft 1998, S. 123, S. 133 („Hopt, ZGR Sonderheft 1998“).

かしながら、そうであるとするならば、どこから法律の定めが強行的でなくなるかが明確にならなくなるのが考えられる。会社法の規定は、定款や会社の内部規則、会社機関の決定によって具現化する。会社を規整するルールの大部分は、発起人、株主、取締役、会社および第三者による合意によって形成され、それらの合意は会社に対し法と同じ影響を与えるが、しかしながらその適用範囲については法文上明らかでない。株主間の合意について、オランダ民法典第2編にはほとんど言及がないのである<sup>23)</sup>。

2:25条はむしろ、オランダ会社法が強行法規から成り立つことを示していると解せざるを得ない。すなわち、会社当事者は法律が明定する限りにおいて法律の規制から逸脱することができる。会社法の強行法規性は、2:14条が決議の内容および範囲が法律または定款と矛盾する場合は無効であるとし、また、定款が法律の要件に従って定められていない会社は2:21条により解散するという形で強調されている。Van Schilfgaarde によれば、強行法規のポイントは、法主体としての会社の特殊性と一致する。すなわち、「法秩序」としての会社は絶えず変化し、それはその時々支配者の裁量に任せてよいものではない。一方経営主体としての会社は経済活動に参加し、そのことは会社と接触する者の利害についての固定したルールを必要とする<sup>24)</sup>。

しかし、会社法は強行法規としてのみ存在するわけではない。英米法では、強行法規、補充法規、選択法規が区別される<sup>25)</sup>。選択法規は当事者がそれを選択した場合 (opt-in) に効力を生じるもので、制定法では、例えば、「定款は…定めを置くことができる」と表現されている。補充法規はその逆に作用し、すなわち、当事者がその適用を排除 (opt-out) しない限り適

23) 株主間の合意に関する条項として、Artt. 2:24a (議決権合意 (stemovereenkomst)), 2:153/263 lid 3 sub d, 2:155/265 lid 1 sub b (共同事業計画 (onderlinge regeling tot samenwerking)), 2:337 (紛争解決規定 (alternatieve geschillenregeling)) がある。

24) VAN SCHILFGAARDE, VAN DE BV EN DE NV, 14e druk, Deventer, 2006, nr. 8 (hierna “SCHILFGAARDE”).

25) See CHEFFINS, 1997, at Chapter 3. See also Melvin A. Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*, 89 COLUM. L. REV. 1461 (1989).



用され、当事者が明示で合意したものを補充する役割を果たす。制定法では「定款に異なる定めがない限り」と表現される。会社法では一般にこのような区別が認められるが、オランダ法では選択法規と補充法規の違いが明確には意識されていない<sup>26)</sup>。

補充法規の根拠としては、株主の期待が定款に反映されることが相対的に少なくなっており、そのため法律が当事者の期待するところを補充的に提供することにあるとされている<sup>27)</sup>。この考え方によれば、閉鎖会社においては、とりわけ株主の知識と経験に依拠することで、会社法が株主の利益になる。また、株主は自分でいくつものオプションを考えなければならぬため、立法の「教育的」効果をそこに見出すこともできるとされる<sup>28)</sup>。

しかしながら、異なるタイプのルールの区別は絶対的なものではない。会社法は、授権的 (enabling) と規制的 (regulatory) の二面性を有し、前者の機能により、それによらなければ実現不可能なことが会社を使ってできるようになる一方で、後者の機能により、株主、債権者および公衆の保護のために、会社の設立、活動とその停止の条件が定められている<sup>29)</sup>。問

---

26) 英国法と異なり、オランダ法は株主自身で定款を定めること、すなわち株主に選択をすることを求める。例えば、株主の資格要件規定 (2 : 195 b 条)、法案では補充法規として起案されていた。すなわち定款で異なる定めを置かない限り、定款に定められた資格要件を満たさなくなった株主は、議決権を行使できず、株主総会の参加資格が与えられず、また利益配当受領権を失うとされていたのであるが、最終的には選択法規として採択され、法文は「定款は…を定めることができる」となっている。この修正は、取得条項付株式 (2 : 195 a 条) との調和を図る趣旨であるとされている。Vgl. Nota naar aanleiding van het verslag, TK 1999–2000, 26277, nr. 5, blz. 8.

27) CHEFFINS, 1997, at 467.

28) Judith Freedman, *Small Businesses and the Corporate Form: Burden or Privilege?*, [1994] M. L. R. 555, 566 & 576. 紛争処理までを含めて株主自身の選択を促す観点から会社法の役割を分析したものとして、Stephen Copp, *Company law and alternative dispute resolution: an economic analysis*, [2002] The Company Lawyer 361 以下を参照。

29) PAUL L. DAVIES, *GOWER'S PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW*, 7 (Sweet & Maxwell, 6th ed. 1997) (hereinafter, referred to as "DAVIES, 1997").

題はこれらの機能をいかにして相互に比例的に配置することができるかである。そのためには個人の選択の自由から物的会社の設立および組織を導き出すアプローチと、会社を事業目的に結び付けられた法主体と位置付けた上で個人の選択がなされた後に会社法を作用させるアプローチの接点を見出してゆかなければならない。

## 2. 英 国

### (1) コモン・ローと制定法

英国会社法は伝統的にコモン・ローとエクイティの原理に立脚している。制定法とコモン・ローは互いに独立した法源であり、上下関係にないがゆえに、時に対抗的な場面すら見せてきた<sup>30)</sup>。このため司法はかつて、法的安定性と三権分立を理由に、制定法に対し制限的な解釈を与えていた。1970年代まで裁判所は、制定法の解釈に当たり、不条理なあるいは矛盾した結果をもたらさない限り、文法的小および通常の意味においてその文言が解釈されなければならないとする「黄金律」を用いてきた<sup>31)</sup>。1993年の *Pepper v Hart* 事件で、貴族院ははじめて議会における立法経緯を考慮することとなった。同判決で *Griffiths* 卿は以下のように述べている。

「文理解釈を適用することを求める厳格解釈者の立場を裁判所が取ってから長い時間が経過した。裁判所は今や真の立法目的を実行する目的のアプローチを取り、制定法が作られた背景に関係する外的構成要素を多く見ようとしている。」<sup>32)</sup>

30) Reid 卿は、コモン・ローと制定法の異同について、「古めかしい手作りの高価で高品質な品物と現代技術の無作法な品物の違い」と評している (cited by Roderick Munday, *In the Wake of "Good Governance": Impact Assessments and the Politicisation of Statutory Interpretation*, 71 M. L. R. 385, 410 (2008))。Jack Beatson, *Has the Common Law a Future?*, [1997] C. L. J. 291 は、コモンローと制定法の関係を「水と油」と表現している (at 300)。

31) HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 44(1), Para. 1391 (Butterworths, 4th ed. reissue, 1995). See Munday, *supra* note 30), at 410.

32) *Pepper v Hart*, [1993] AC 593 における *Griffiths* 卿の意見。

1985年会社法は会社法の法典化を目指したのではなく、既存の法であるコモン・ローの補充を意図していた<sup>33)</sup>。一方、1985年会社法は「補充」を表に出すことは適当でないという立場を取り、会社法の重要な部分には立法の手が加えられなかった。コモン・ローと1985年会社法が並立してきたことで、会社法は統合化された構造とはならず、会社当事者（株主）が契約（定款、附属定款）レベルで規制されてきた。このことが英国会社法を複雑にしていると評された<sup>34)</sup>。

21世紀を前に通商産業省（DTI）により進められた会社法改正作業では、会社法改革の最終報告書が、「会社法は事業その他の会社活動に携わる者にものごとを彼らが最も相互の成功と効果的な生産活動にたどりつくと思える方法でアレンジし管理するための手段を提供するべきである<sup>35)</sup>」と述べて、会社法を原則として授権的（enabling）あるいは促進的（facilitating）なものとするのが主眼とされた。報告書の起草者は、許容される介入的規制として次の4つのケースを挙げていた<sup>36)</sup>。

- ① 制定法なかりせば望んだ結果が得られないとき。例えば、法人格の取得。
- ② 当事者が望む結果が予見できるのであれば、例えば Table A により示された標準定款のように追加的な解決を制定法で提供する。
- ③ 市場が失敗するリスクが存在する場合に、自己を守れない当事者を

33) LEN SEALY & SARAH WORTHINGTON, *CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW*, 5 (Oxford Univ. Press, 8th ed. 2008). DAVIES, 1997, at 50–53.

34) CHEFFINS, 1997 は、英国会社法が不必要に複雑で過度に技術的かつ冗長な構文であることを指摘している (at 308)。

35) DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, *THE COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY: FINAL REPORT VOLS. 1–2*, URN 01/942, 01/943 (Jul. 2001), at 1. 10 (hereinafter referred to as “FINAL REPORT”).

BALLANTINE ON CORPORATIONS, 41 (Callaghan & Company, Rev. ed. 1946) は、「会社法の主目的は規制ではなく、事業者がその事業を、大規模であれ小規模であれ、会社メカニズムの利点により組織し運営することを授権することである」とする。

36) FINAL REPORT, at 1. 11. See also ANDREW GRIFFITHS, *CONTRACTING WITH COMPANIES*, 26 (Hart Publishing, 2005).

制定法によって保護する。取締役から株主を保護する規定や経営情報の公開を義務付ける規定はこのカテゴリーに属する。

- ④ 問題となる行為に公共の利益が関わる時は、関連当事者に対し、より広範な説明責任を課す。

“Think Small First”をキャッチ・コピーに掲げた会社法改正作業は、その後実務界からの抵抗によりトーン・ダウンを余儀なくされた面があったが、私会社に関する規定を標準とし、公開会社に関する規定はオプションとすること、株主価値の向上を経営の基礎理念としつつも株主の長期的利益を視野に入れること、経営指針として株主外の利害関係者の利益にも配慮すること、および会社法の枠組みを現代化するとともに簡素化すること等の基本的枠組みは、2006年会社法により実現した<sup>37)</sup>。

## (2) 定款の意義

英国においては定款の本質は会社と社員の契約であると考えられてきた。英国の会社法は、組合形態で発展してきた商人による共同企業に、対外関係、特に訴訟手続の便宜のため、組合員間の契約たる設立証書 (deed of settlement) の届出と登記とによって法人格を認めたという沿革を有しており、歴代の会社法がそれを継承してきている。1844年の会社登記法は、それまで法人格のなかったジョイント・ストック・カンパニー (joint stock company) に対し、設立証書を登記することによって法人格を取得することを認めた。この時点では、ジョイント・ストック・カンパニーには有限責任制が認められておらず、法人格が与えられたとはいえ、その性格は依然として組合であった。その後1855年法で有限責任が認められ、1856年法に総括されて、イギリス会社法史における最初の近代的会社法が成立した。ここにおいて、組合法から独立した会社法の基礎が固まり、1862年にはじめて **Companies Act** という名称の法律に結実していった<sup>38)</sup>。この過程で株

37) 上田純子「2005年英国会社法改革法案 その意義と評価」社会と情報 10巻2号67頁(2006)。

38) 上田純子『英連邦会社法発展史論 英国と西太平洋諸国を中心に』14-15頁(信山社, 2005)。

式会社の法人性は、組合的な要素に優越し完全なものとなったが、会社と社員および社員相互間の関係については、契約理論から離れた規定が設けられず今日まで続いていると指摘されている<sup>39)</sup>。

### (3) 強行法規と補充法規

制定法とコモン・ローが並立し、制定法が標準定款を提示する英国の会社法システムでは<sup>40)</sup>、結果的に規制的な機能は制定法の側に与えられる。2006年会社法33条1項は、会社の定款規定は、あたかも会社と各社員が規定に従うことを約束 (covenant) したかのごとく両者を拘束すると定めており、これは1985年会社法14条1項を改正したものである。1985年会社法14条1項は、社員のみが定款に拘束されるように読めたため、会社が定款に従うことを約束したと看做されるか否かについて1世紀を越える議論があったが、これを明文化することで解決した<sup>41)</sup>。

この規定の射程範囲はしばしば制定法の規定自身によって説明されてきた。とりわけ補充法規は、例えば標準定款 (Table A) において株主の権利義務として示されており、また1985年会社法370条は、「以下の規定は会社の附属定款が異なる定めを置いていない限り効力を有する」という補充規定を含んでいた<sup>42)</sup>。

1985年会社法379A条により、私会社は“elective regime”を採用することが認められた。これにより、会社は財務諸表を株主総会に提示する義務 (252条)、定時株主総会の開催義務 (366A条)、年毎の会計士選任義務 (386条) を免れた。elective regime の採用は株主全員一致の決議によった。多くの会社ではこれらの義務に実質が伴っておらず、書面でなされている

39) 小町谷操三『イギリス会社法概説』52頁 (有斐閣, 1962)、大野正道「イギリス小規模会社の法構造」『企業承継法の研究』38頁 (信山社, 1994)。

40) 1985年会社法では Table A と呼ばれていたが、2006年会社法では私会社向けと公開会社向けにそれぞれの会社に特有のモデル定款 (Model Articles) が準備される。

41) DEREK FRENCH, STEPHEN MAYSON & CHRISTOPHER RYAN, COMPANY LAW, 76 (24th ed., Oxford Univ. Press, 2007) (hereinafter referred to as “MAYSON, 2007”).

42) Companies Act 2006, ss. 284(4), 310(4), 318(2), 319(2).

ことを踏まえたものである。2006年会社法は実態を法制化し、私会社では書面決議が原則とされている<sup>43)</sup>。

定款の定めが法の補充として許容されるか、それとも法と矛盾する逸脱であるかの問題は、19世紀終わりの *Re Peveril Gold Mines Ltd* 事件で<sup>44)</sup>、会社の解散を求める権利を制限する定款規定が会社法に抵触するかという形で問われた。当時の会社法は定款で異なる定めをすることができるかについて明確に定めていなかったが、裁判所は会社の解散請求権についてはこれを否定した。

1970年になり貴族院は *Bushell v. Faith* 事件において、1948年会社法148条（1985年会社法303条）と相対立する定款規定は許容されるとした<sup>45)</sup>。本件では、株主3名の会社で、各々が同数の株式を保有していた。3名は同時に会社の取締役であった。1948年会社法148条は、「会社は、普通決議により任期満了前に取締役を、定款または会社と取締役との間の契約にも関わらず、解任することができる」と定めていた<sup>46)</sup>。148条を回避するため定款には、株主総会で取締役解任が提案された場合は、当該株主の議決権は当該提案については3倍とするとされており、解任は事実上不可能となっていた。

1948年会社法148条は明らかに強行規定を含むものであったが、Reid 卿は以下のように判示した。

「議会が実現しようとしたのは、取締役の解任には通常決議で十分とすることであった。議会がそれ以上に、議決権を有する株式が、その特別な権利を定款により剥奪されると立法することを望んでいたのであれば、それは平易な用語で議決権行使は1株1議決であると示されて

---

43) Companies Act 2006, s. 288.

44) *Re Peveril Gold Mines Ltd* [1898] 1 Ch 122.

45) *Bushell v. Faith* [1970] AC 1099, [1970] 1 All ER 53, [1970] 2 WLR 272.

46) 1948年会社法148条は、1948年にコーエン委員会の提言により、取締役の解任を容易にするために導入された規定である。それまでは取締役は特別決議または定款変更によって解任することが行われていた。See DAVIES, 1997, at 188.

いるべきである。」

そして、特別決議により定款変更をする会社の権能を定款またはその他によって奪うことは無効であるが、特定の株主が定款変更に対処している場合に、特別決議の成立を妨げる効果を有する議決権の配分変更を行うことはそれとは異なるとした。ある株主Xの同意がなければ定款変更ができないという定款は、1985年会社法9条に反し無効であるが、議決権に関する規定はそれとは異なるし、またそれと同じ結論に至るとは限らないとした。

Morris 卿による反対意見は、1948年会社法148条のこの解釈は、結果が明らかに立法府の意図に反しており、「法のごまかし」であると断じた。しかし多数意見は準組合の少数社員の保護に目を向けていた<sup>47)</sup>。貴族院は *Bushell v. Faith* 事件で、家族経営会社のコンテキストにおいて、定款条項を明白に制定法の逸脱ではなく補充であるとしたのであるが、制定法そのものとの抵触性より、むしろ第三者が被る損害を重視した判断であったと考えられる。

この判決に続いて、*Amalgamated Pest Control Pty Ltd v McCarron* 事件<sup>48)</sup> では、特定の株主に特別決議を阻止できる26%の議決権を与える附属定款規定は無効でないとされた。

近年になり、米国に始まった会社法における法と経済学的アプローチを導入して、英国会社法の強行法規性を再検討する試みがなされている。従来、法規制の形成、すなわち規制をするか私人の自由に任せるかは、立法

---

47) この対立を同判決の中で Donovan 卿は次のような言葉で表現している。「本件において被告勝訴と決定すると本条の目的が損なわれ、ごまかしが行われるとすることは、議会在あらゆる可能なケースをカバーし、あらゆる抜け穴をふさいだと考えることになる。私は、そのような考え方を支持しない。関連する分野の相当部分は実際有効にカバーされているが、議会在、会社によってはこの問題において自由を濫用できるようにした十分な理由もあるかもしれない。数多くの小規模会社は、パートナーシップにすぎないような形態で運営されている。特に、家族が経営する会社はそうであり、残念ながら時に取締役会の場での家族の諍いに対して保護措置を与えなければならない。」([1970] AC 1099.)

48) (Queensland SC 1994) [1995] 1 QdR 583, [1994] 13 A. C. S. R. 42.

者の選択に委ねられるとされてきたが、今日法的ルールの決定にあたっては、市場の参加者がふさわしいと認めるものが考慮されなければならないことが強調され、法規制は、許容ルール (permissive ('may') rules), 推定ルール (presumptive ('may waive') rules), 強制ルール (mandatory ('must' or 'must not') rules) の3つに区分して捉えられる<sup>49)</sup>。許容ルールは、自動的に適用されるのではなく、その影響を受ける者が選択する (opt-in) ことで初めて適用される性格を有する。3つのルールは、一見容易に分類できそうであるが、会社法規定は実際には複数のルールが複合している場合がありそれほど単純ではない。例えば、事業を経営する者は株式会社化することで有限責任を享受できるが、会社債権者は株主の個人保証を要求することで実質的に有限責任を取り払うことができる。これにより、許容ルールに見える有限責任は、推定ルールに成り代わることになる。また、所定の手続きを履践することが求められる自己株の取得のように、許容ルールと強制ルールが混合しているケースもある<sup>50)</sup>。さらに、法律の表現が強制ルールであっても、会社または社員の行動にとっては最小限の制約にしかなっていない規定もある。1985年会社法309条(2006年会社法172条)は、取締役に対して従業員の利害を考慮する義務を課しているが、実質的には取締役に、株主の利益に優先して従業員の利益を考慮する裁量権を与えたに過ぎないと解釈されている<sup>51)</sup>。

### 3. ドイツ

#### (1) 株式法における定款厳格性 (Satzungsstrenge)

ドイツ株式法23条5項は、株式法全体を強行規定とし、「定款は、明示で承認された場合に限り法律の定めから逸脱することができる。定款規定に

---

49) CHEFFINS, 1997, at 217.

50) Companies Act 2006, ss. 658(1), 690(1), 693-722.

51) J. E. PARKINSON, CORPORATE POWER AND RESPONSIBILITY: ISSUES IN THE THEORY OF COMPANY LAW, 84 (Oxford Univ. Press, 1993).



よる補充は、法律が終局条項を含まない限りにおいて許容される」と定め、明許規定がない限り定款において株式法のルールから逸脱することを認めない<sup>52)</sup>。

この定款厳格性原則によって、株主は定款によって会社関係を形成する自由に対し、2つの制約を課されている。すなわち定款は、第1に法律が明白に許容するときに、法律から逸脱でき、第2に法律が網羅的な規定でないときに、法律を補充できる。ドイツの学説においては、逸脱は定款によって法律の規定が他の内容に代えられることと理解されており<sup>53)</sup>、逸脱が認められるとは、定款で一定事項について法律と異なる定めを置くことができることである。これに対し法律を補充する定款規定とは、法律と異なる法的効果をもたらすのではなく、法律の規定に具体的な解釈を与えるか、法律の欠缺を埋めるものとされる<sup>54)</sup>。

法律が明文で逸脱または補充を許容している場合がある。このことは、条文において「定款は…定めることができる」とか、「定款に別段の定めがない限り」と表現されていることによって示される<sup>55)</sup>。例えば、株式法179条2項は、定款において株主総会の決議要件の加重を定めることができるとし、また、株式法55条に基づき株主に追加的な義務を課することができる<sup>56)</sup>。

---

52) 本条は1965年に追加された。立法経緯については、Hirte, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 63及びE. Geßler, *Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG*, in: Festschrift für Martin Luther, C. H. Beck Verlag, 1976, S. 69, S. 70 („Geßler, FS Luther“)を参照。

53) U. HÜFFER, *KURZKOMMENTAR AKTG*, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 1999, § 23, 35 („HÜFFER, *KURZKOMMENTAR AKTG*“). PENTZ, *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ*, 2. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2000, § 23, 152 („PENTZ, *MÜNCHENER KOMMENTAR*“). V. RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ*, 4. Aufl., Walter de Gruyter, 1997, § 23, 168 („RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*“). Geßler, FS Luther, a. a. O., S. 73.

54) RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 186.

55) RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 188.

56) RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 177 ff.

問題は法律が明文で逸脱または補充の可能性を示していない場合である。一定の事項については、法律が沈黙している場合に、法の欠缺(Regelungslücke)として定款による補充が認められる。例えば、顧問会(Beirat)<sup>57)</sup>の設置(ただし法律が定める責任の分配を削除してはならない)や、取締役会メンバーに資格要件を付すこと(ただし一定範囲の選択の自由は保証される)がある<sup>58)</sup>。その基準は、法律の規定が真に不可触であるかどうかであるとされる。

逸脱が認められない法律の定めは、機関間の責任分配や少数株主の権利保護の場面に見られる。また、定款による仲裁条項は、株式法が裁判官による法的保護を前提とする限りにおいて許されないと考えられている<sup>59)</sup>。問題は、それでは定款による補充規定はどの程度許容されるかであるが、これは各条項を個々に解釈することで明らかにせざるを得ない<sup>60)</sup>。例えば、定款により取締役会に対する指示権限を他に付与することは、取締役会の自治に対する許されない補充と見られている<sup>61)</sup>。

会社法の領域では、およそ網羅的であることが意図された規定はむしろ例外であり、補充が原則となると解されている<sup>62)</sup>。例えば、定款上の義務を履行しない株主に対する法律上の制裁規定はなく、本来そのような制裁は原則として許容されるが、そこには法の欠缺がある。定款で株主総会への参加について一定の条件を株主に対して課している場合、条件が満たさ

57) 顧問会は社員の代表による機関である。有限会社法では監査役会の設置は任意であり、顧問会(Beirat)という名称が用いられている場合も、実質的には有限会社法52条に基づき設置された監査役会である。Reuter, *Der Beirat der GmbH*, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1992, S. 631 ff.

58) RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 190.

59) PENTZ, *MÜNCHENER KOMMENTAR*, § 23, 156. 本稿Ⅲ3. (3)参照。

60) Geßler, FS Luther, a. a. O., S. 74, S. 79. RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 193. PENTZ, *MÜNCHENER KOMMENTAR*, § 23, 153, 156. HÜFFER, *KURZKOMMENTAR AKTG*, § 23, 35, 36.

61) RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 194.

62) HÜFFER, *KURZKOMMENTAR AKTG*, § 23, 37. RÖHRICHT, *GROßKOMMENTAR*, § 23, 187, 189. PENTZ, *MÜNCHENER KOMMENTAR*, § 23, 157.

れなかった場合の法的効果として、定款で総会出席権や議決権の停止を定めることができるとされる<sup>63)</sup>。その他、重大な理由 (*wichtiger Grund*) に基づく株式会社からの退出が挙げられる。株式法は有限会社法と同様の退出権を定めていないが、Grunewald は、株式会社でも自由に株式を譲渡できない株主はこの権利を有するとする<sup>64)</sup>。

### 株式法23条5項の立法理由

株式法23条5項が制定されたのは1965年である。当時ドイツの学説では株式法の強行法規性が一般に受け入れられていたが、立法者は、裁判例がやや曖昧な状況にあったため、それを明らかにすることが必要と考えていたとされる<sup>65)</sup>。通説によれば、株式法23条5項は、組織構造の標準化による法的安定性を目的としたものであり、株式の譲渡性がそれを支えているとされる<sup>66)</sup>。これに対し Hopt は、国家により設けられる強行的な基準は、論理的には19世紀の会社特許制度の延長線上にあるとする。彼によれば、強行法は法人格を獲得するための必要条件として、株式会社の存在意義 (*raison d'être*) を形成する<sup>67)</sup>。法律規定からの逸脱が可能かどうかの問題に対して、「明白に許容されている」という形式的な基準を設ければ、法的安定性は増す。しかしどのような場合に法律が網羅的であるかが再び問題となる。

会社法分野における規制緩和の傾向は、ドイツにおいても株式法23条5項の再検討の議論を引き起こした。Mertens は、株式法23条5項を「立法

63) RÖHRICHT, GROSCHKOMMENTAR, § 23, 198. Geßler, FS Luther, a. a. O., S. 77.

64) Barbara Grunewald, *Das Recht zum Austritt aus der Aktiengesellschaft*, in: FESTSCHRIFT FÜR CARSTEN PETER CLAUSSEN: ZUM 70. GEBURTSTAG, Heymann, 1997, S. 103 ff.

65) PENTZ, MÜNCHENER KOMMENTAR, § 23, 148. 前掲注52) 参照。

66) Vgl. Geßler, FS Luther, a. a. O., S. 70. Hans-Joachim Mertens, *Satzungs — und Organisationsautonomie im Aktien — und Konzernrecht*, ZGR 1994, 426, 428 („Mertens, ZGR 1994“). RÖHRICHT, GROSCHKOMMENTAR, § 23, 167. PENTZ, MÜNCHENER KOMMENTAR, § 23, 150.

67) Hopt, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 124. Vgl. auch Herbert Wiedemann, *Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, ZGR Sonderheft 1998, S. 5, S. 10.

者が株式会社に巻きつけた鉄のかすがい」と呼び<sup>68)</sup>、Hopt は株式法23条5項を制限的に解釈すべきとした<sup>69)</sup>。Hirte は上場会社については株式市場が制御メカニズムの機能を果たすので、株式法23条5項は最小限の基準、すなわち法律の定めは同等の定款による解決策に代えることができると考えられるべきであるとした<sup>70)</sup>。一方、Röhricht は、規制緩和は、株式法23条5項の肝心のポイントをほどくよりも、別のルールを考慮することでよりよい形で達成できることを強調する<sup>71)</sup>。

## (2) 有限会社法における形成の自由 (Gestaltungsfreiheit)

有限会社は、立法者の思考による創造物であり、株式会社と意図的に相異した、単純で、敏活で、かつ柔軟な組織形態であり、それを規律する有限会社法においては、株式法と異なり形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) が原則である<sup>72)</sup>。それゆえ有限会社法の条文ごとにそれが強行的、あるいは規制的な性質を持つものであるか否かを考察することが必要となる。会社と第三者との関係 (対外関係 (Aussenverhältnis)) を規律する定めは強行法規と考えられるが、対内関係 (Innenverhältnis) は、契約自由の原則 (Vertragsfreiheit) が適用される<sup>73)</sup>。対内関係においては、少数社員保護の場面で例外的に強行法規が機能し、有限会社法の「型」を構成する<sup>74)</sup>。その他の場合は、条文が強行的であるか否かはその文言から導かれる<sup>75)</sup>。

68) Mertens, ZGR 1994, a. a. O., S. 426.

69) Hopt, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 145.

70) Hirte, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 83, S. 97.

71) RÖHRICHT, GROßKOMMENTAR, § 23, 167.

72) K. SCHMIDT, GESELLSCHAFTSRECHT, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2002, S. 106 („K. SCHMIDT“). W. Zöllner, *Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen*, in: FESTSCHRIFT 100 JAHRE GMBH-GESETZ, a. a. O. (Fn. 57)), S. 100 („Zöllner, FS GmbHG“). 増田政章「有限会社における定款自治 ドイツ法を中心に」近法49巻2・3号178頁(2002)。

73) Zöllner, FS GmbHG, a. a. O., S. 88.

74) Peter Hommelhoff, *Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht*, in: HUNDERT JAHRE MODERNES AKTIENRECHT, ZGR Sonderheft 1998, S. 40.

75) Zöllner, FS GmbHG, a. a. O., S. 89.

有限会社法の規定が強行的性格を持つものであるかについて一律の基準を置くことは困難であり、それを確定するためには条文の規定内容が出発点となる。強行規定と解されるものとして、25条が、社員は21条ないし24条（資本維持原則）からくる法的効果から免れることはできないと定め、また、51 a 条3項が、定款で社員の情報および検査の権利を変更することはできないと定めており、いずれも強行規定と解される。

一方、45条2項は、株主総会の決議および個々の社員の権利に関する46条ないし51条は、定款で別段の定めをしない限り適用されるとする補充的な規定である。また、26条は、定款で払込責任額以上の支払い（追加出資（Nachschuss））を定めることを可能にしているが、この場合、支払義務が持分に比例しなければならない点は強行的である（同条2項）。

法律の規定が沈黙している場合は、形成の自由が作用する。このことは、例えば連邦通常裁判所が定款で除名条項を設けることを認めていることから裏付けられる<sup>76)</sup>。しかしながらそのような自由にも限界があり、確かに定款で除名条項を設けることはできるが、除名は定款に定められた客観的な理由に基づいて行われなければならない<sup>77)</sup>。この点については、頭上に「ダモクレスの剣」がある社員は独立した判断を行える状態にないためであると説明されている<sup>78)</sup>。また、重大な理由に基づく退社について、法律は沈黙しているものの、それは基本社員権（Grundmitgliedsrecht）であると考えられている<sup>79)</sup>。

そこで、有限会社法においては、裁判所が自由な傾向を強化あるいは是

76) BGHZ 9, 157, 160. 除名決議には議決権の4分の3の特別多数を要する。Vgl. BGH 13 Januar 2003, II ZR 227/00.

77) Vgl. U. NOACK, GESELLSCHAFTERVEREINBARUNGEN BEI KAPITALGESELLSCHAFTEN, J. C. B. Mohr, 1994, S. 125 („NOACK, 1994“).

78) Walter Odersky, *Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle, in: GESTALTUNGSFREIHEIT IM GESELLSCHAFTSRECHT, ZGR Sonderheft 1998*, S. 109 („Odersky, ZGR Sonderheft 1998“).

79) Vgl. M. LUTTER & P. HOMMELHOFF, GMBH-GESETZ, KOMMENTAR, 15. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, 2000, § 34, 36 ff. („LUTTER/HOMMELHOFF“).

正するコントローラの役割を果たす<sup>80)</sup>。是正の手法は、第1に、株式法を類推適用して新たな強行的基準を創出する。その例として、株式法241条以下による決議の無効や取消しがある。しかしながら、有限会社法において自動的にそれらの基準が強行的であると類推解釈されるわけではない。株式法では申立期間は1ヵ月とされているが、有限会社法では「適切な期間」となり、それ以外にも株式法243条の類推適用は変更を受ける。第2に、強行法規の限界を補充法規に差し込む。有限会社法47条4項は、社員は利益相反がある場合は決議に参加できないと定める。一方45条2項が補充法規であることは明らかである。連邦通常裁は、社員は取締役として自分を免責する決議には参加できないとした。それゆえ47条4項の決議参加禁止は強行規定の限界に位置付けられる<sup>81)</sup>。その他の補充規定にも強行規定による制約があり、議決権、配当受領権、残余財産受領権は、法律に定めがない場合にすべての社員の承認をもってのみ変更することができる。

これらの強行法的制約は、会社当事者が従わなければならない会社法の一般原則に立脚する。除名に客観的理由がなければならないのは、誠実義務 (Treupflicht)、平等取扱原則 (Gleichbehandlungsgrundsatz) に由来する。一方、定款をドイツ民法典242条 (信義則 (Treu und Glauben)) の意味での相当性のコントロール (Angemessenheitskontrolle) に服せしめることができるかについては議論がある<sup>82)</sup>。Odersky は、かかる基準は交渉における不平等な立場を補うために存在するので、有限会社はそれを借用することはないとする<sup>83)</sup>。これに対し Zöllner は、定款から生じた権利義務には、その規定内容のステージではなく、行使のステージにおいて信義誠

80) Vgl. Mertens, ZGR 1994, a. a. O., S. 132. Zöllner, FS GmbHG, a. a. O., S. 90 ff. Odersky, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 107 ff.

81) BGHZ 108, 21, 27. Vgl. auch A. BAUMBACH/A. HUECK/ZÖLLNER, GMBH-GESETZ, 18. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2006), § 47, 106 („BAUMBACH/HUECK/[BEARBEITER]“).

82) ドイツ民法242条は「債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実の要求に従って給付を為す義務を負う」と定める。

83) Odersky, ZGR Sonderheft 1998, a. a. O., S. 111.

実が基準となる余地があると見ている<sup>84)</sup>。

#### 4. オランダ

##### (1) 強行法規の立法経緯

オランダについては、まず民法典2：25条の立法経緯に触れておく必要があるが、そのために、近代資本会社の前身にまでさかのぼって言及しておく。近世オランダの商事実務において、ローマのソキエタス (*societas*) から、ある種の資本会社が政府の干渉を受けることなく発展した。その有限責任は良かれ悪しかれ契約的な効果として発生した。一方、東インド会社などの商事会社は政府の特許状によって成立した。この特許状は会社に法人格を与え、同時に独占的な地位を与えた。特許状の付与は規制や義務に結びついたものではなく、政府から独占またはその他の特権を望んだ会社が自ら政府の監督に従うというものであった<sup>85)</sup>。

19世紀の会社立法は、法人格の濫用を防止する一方、政府の恣意的な監督からの保護を目的として、商法典とともに導入された。特許状制度は許可制度に変わり、株式会社の設立には国王の許可が必要となった。政府の監督は有限責任の見返りとして必要なものと考えられた。

1838年商法典集は株式会社に対し主として強行規定を設けていた。特に債権者保護を目的としており、会社の組織に関する規定はほとんど欠けていた<sup>86)</sup>。しかしながら、これらの規定は同時に会社に対して国王の恣意からの保護を与えた。1838年商法典集の成立とともに国王の許可は客観的な根拠によってのみ拒否することができることとなったためである<sup>87)</sup>。

---

84) Zöllner, FS GmbHG, a. a. O., S. 110.

85) 大塚久雄『株式会社発生史論 (大塚久雄著作集第一巻)』328頁以下 (岩波書店, 1969年)。

86) 36条から56条までは、定義条項のほかに公開会社に適用される命令・禁止条項を含んでいた。その例外として42条は株式譲渡に2つの選択肢を与え、54条は法律の定める条件内で議決権の行使方法を定めていた。

87) Artikel 37 WvK 1838は、会社が公序良俗に反せず、設立証書が法令に反する規定を含んでいない場合は、国王の許可が与えられると定めていた。

国王の許可制度は、しかしながら会社制度の濫用を防ぐことはできなかった。1860年代には会社法の議決権規定が時代に合わせ改正された。許可制を廃止し、代わりに公告制を導入することが議論され、ここに株式会社の設立は登記所の介在を受けることとなった。規制は、会社の設立およびその組織ならびに存在が規制に従っていることを確保するとともに、受託機関の組成と機能に関する重要な公的性格を公示するものとなった。

1910年の政府草案の法案趣旨説明書は、法案の大多数の規定は強行法規であるが、株式会社の組織および機能に関しては、法律の定めから逸脱することができる補充法規と考えられるものが含まれていると述べていた。法律の規定から一切の逸脱が許されないとすると、かえって規制の目的が損なわれ、法律の目的が達成できなくなることが懸念されたためである。問題は、法律の規定の性格をどのように分類するかであるが、法案趣旨説明書は、株主の関心は配当であって定款規定ではないことから、内部組織に関する規定については、法律の定めから逸脱することが認められてよいとしていた<sup>88)</sup>。

この政府草案は1928年7月2日の株式会社法として成立した。その37 d 条が現行法 2：25条の前身であるが、その立法経緯は、同条が強行法規の観点からではなく、特に内部組織に関する補充的な規定として導入されたことを示しており、2：25条は、個々の法規定の強行的機能を知らしめること目的としていた。

## (2) 強行法規と補充法規

### 強行法規

2：25条の立法経緯と条文文言は、オランダ民法典第2編の会社法規定の大部分が強行法規であることを示している。特に、債権者保護規定については、法律は逸脱を一切認めないため、資本維持に関してしばしば禁止規定が現れる。命令規定は、定款の形式と内容や総会決議に関わるものが

---

88) MEINEMA, blz. 26.



多い。会社当事者に対する規範は、合理的で公平な行動義務、善管注意義務などが命令規定として形成されている。

禁止規定、命令規定のほかに、民法典第2編は、機関に権限を、株主に権利を、それぞれ強行的に与えている。かくしてすべての株主は、原則として議決権、総会出席権、決議取消請求権を有する。さらに、払込資本の10%以上を保有する株主は、調査請求権、総会招集権を有する。閉鎖会社の株主総会の強行法的な権利には、定款変更権、取締役・監査役の選解任権、年次報告書の決定権がある。

### 補充法規

補充法規は、定款で別段の定めをしない限り適用される。その例としては、総会による新株発行、総会における絶対多数での決議がある。総会決議の定足数を設けるためには、定款の規定が必要となる。

株主はまた、定款または総会決議によって制約される余地のある権利を有している。先買権、配当受領権、残余財産受領権、平等取扱いであり、これらについて法律は明文で逸脱を認める。しかしながらこのことは、補充法規そのものが強行性の限界を示していることを意味するわけではない。例えば、株主は定款によって利益の行方を自由に定めることができるが、株主を利益からまったく排除してはならない。

### オプション法規

補充法規がセーフティ・ネットの役割を果たし、定款による逸脱可能性を示すモデル法規であるのに対し、オプション法規は会社が定款により可能な限り自由に具体的、追加的なアレンジをする可能性を提供する。オプション法規の例としては、取締役候補者の拘束的指名が挙げられる。総会によらない決議の可能性についても定款で定めることができる。いずれの定款規定も、既存の強行法規を制約し、あるいはその例外形態を設けるものとして、法律の条件を満足する。

組織変更、合併、会社分割は、その実施については会社が選択するが、立法者により創り出された制度であり、強行法規に服する。また、総会出

席権の制限、制裁としての議決権の停止、特別な権利を株式に結合すること、取締役・監査役に定款で資格要件を付すこともオプション権の内容として考えられる。その他に、構造規制 (structuurregime) の自発的受容があり、オプションは同時に制約も意味するものとなる。

(3) 法律からの逸脱と法律の補充

法律からの逸脱は、それが法律により明らかである場合にのみ認められる。禁止法が逸脱できないことは明らかである。問題は、法律が逸脱の機会を与えることができるのか、あるいは法律を補充することができるのかの判定である。条文の表現がいずれであるかはっきりしない場合に、法律の沈黙は、定款規定を許さないことを意味するのか、あるいはそれにもかかわらず、定款規定で法律を補充することができるのか。これは、法規定が網羅的であるか否かにもよる。

法律の規定が網羅的であれば、定款によってそれを補充する余地はない。例えば、2:243条により、取締役は拘束的指名に基づき総会で選任することができる。このような定款規定は、1898年に国王の同意により、オランダ領東インド石油資源開発オランダ王立会社における定款の義務規定として、オランダ法に初めて取り入れられた。当時は拘束的指名には法的根拠はなかった。義務規定は、外国支配のリスクへの対抗策として、総会の強行法的な権限の追加として許容されると考えられていた。

Maeijer は、拘束的指名を事後的に法令に盛り込むことにより、立法者はそれを網羅的かつ強行的なものとすることを望んでおり、それゆえ拘束的指名は総会の選任権に対する唯一の制限であると考えられるべきであるとし、取締役の選任を定款によって他の機関または第三者の承認にかからしめることはできないと考えている<sup>89)</sup>。

しかしながら一方で、法律の沈黙は、補充の余地を与えていると捉える

---

89) J. M. M. MAEIJER, ASSER-MAEIJER DEEL 2-III VERTEGENWOORDIGING EN RECHTSPERSOON. DE NAAMLOZE EN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP, Tjeenk Willink, 1994, nr. 313 (hierna "ASSER-MAEIJER 2-III").

こともできる。2：210条4項は、年次決算の決定は、定款で他の機関または第三者の承認によるとすることはできないと定めるが、その制定前は決算承認権に明白な基礎がないため制限が可能と考えられていた<sup>90)</sup>。

オランダでは、会社設立および定款変更にあたっては、司法大臣による異議のないことの証明が必要とされる規制的監督がある<sup>91)</sup>。この手続きに関し司法省は指針を示しており<sup>92)</sup>、その理由を民法典第2編の規定に欠缺が生じているためとして、法律の規定の複数の解釈から選択を認める場合、法律の定めからの逸脱が考えられる場合、および法律が沈黙しているときに当事者のアレンジを認める場合については、法的根拠が必要となるとの立場をとっている。この司法省の指針も明らかに法律から逸脱する内容を含んでおり、議決権の剥奪または制約には法的根拠が必要であるとしつつも、一定程度まで許容していることが指摘されている<sup>93)</sup>。

定款変更により株式保有要件が導入された場合、その要件を満たさない株主は、定款変更に同意したのでなければ変更された定款に服さない<sup>94)</sup>。また定款変更権限を取締役に付託することについては、法律の根拠がない。司法省の規制的監督では、これらは法律の実質的な変更を意図しているのではなく、法律の補充として許容されるものと扱われている。

司法省の規制的監督と抵触する内容の規定を定款に定めた場合、その規定が法的に有効であるかについては明らかでない。司法省自身は、定款が法律に合致しているかどうかをチェックするとの立場を取っている。株式譲渡制限規定に関する下級審判例は、閉鎖会社の株式の譲渡制限に関する法律の定めは明らかに網羅的であり、定款で補充することは許されず、そのような定款による補充は会社の閉鎖性を破ることになるとした。当該事

---

90) MEINEMA, blz. 30.

91) art. 2: 64(2)/175(2) BW; art. 2: 125(1)/235(1) BW.

92) Departementale richtlijnen 1986.

93) MEINEMA, blz. 30–31.

94) Departementale richtlijnen 1986, § 34.

案の概要は以下のとおりである<sup>95)</sup>。

Wilhelm Schmitz GmbH は、保有する Betonindustrie en Handelsmaatschappij Emmen BV (BHE) の株式を処分しようとして、他の株主の先買権に従い提供した。関心を示した何人かの中から Schmitz Cemex BV が選ばれた。両者は、Cemex がその完全子会社である Leeuwarden VIII を介して株式を引き取ることを合意した。これは BHE の定款にも、先買権は株主がその株式を完全子会社である閉鎖会社に移転するときは適用されないと定められていることに則っていた。しかし Almelo 地方裁判所は、司法省の定款承認が得られていたにもかかわらず<sup>96)</sup>、定款の先買権規定は強行法規に反しており無効であるとした。

一方、Verenigde-Bootliedenarrest 事件<sup>97)</sup> では、先買権、譲渡承認規定は閉鎖性を維持するための最低限の保護であると考えられなければならないとされた。最高裁は、株式譲渡制限を定める 2：195条の条文からは、定款の株式譲渡制限規定として譲渡承認と先買権を組み合わせることが不可能とは推論できず、立法の経緯からもそのような組み合わせが許されないという考え方は導かれず、2つのスキームの組み合わせが2：195条の制定理由と矛盾しないと結論付けた。

これらの判例は、定款による補充が、法律が要求する最小限と最大限の狭間で許されることを示している。

## 5. 小 括

オランダ民法典 2：25条とドイツ株式法23条5項は、物的会社の強行法的な枠組みを形作り、会社当事者が法律からどれだけ逸脱できるかを定め

95) Rb Almelo, 6 maart 1991, NJ 1992, 485 geciteerd door B. C. M. WAAIJER, AANDEELHOUDERSOVEREENKOMSTEN, Kluwer, 1996, blz. 65.

96) 2000年の法改正までは、会社の設立および定款変更にあたり、定款の内容が会社法の要件に合致していることについて司法大臣の事前承認（無障害証明 (verklaring van geen bezwaar)）が必要であった。

97) HR 31 december 1993, NJ 1994, 436.

る。規定の文言をより詳細に考察すると、3つの相違点が挙げられる。

第1に、株式法23条5項は、明文で定款による逸脱の限界を設定しており、法律と定款の関係を強調している。この点は、2：25条では明らかでない。その結果として、オランダでは株主間の定款によらない合意が許容されるかという問題が生じる。第2に、株式法23条5項は、一定の逸脱を認めているが、2：25条は「法律の定めから明らかな限り」という文言で済ませている。第3に、株式法23条5項は、法律が網羅的でない限り補充的な定款条項を許容する。

オランダにおいては、定款によって法律の規定から逸脱することは、その可能性が条文から明白に読み取れない以上、許容される程度はドイツ株式法より小さいと解される。定款でそれらの法律条項を補充することはできるが、逸脱か補充かの判断基準は不明確なものが残る。

このようにドイツ株式法とオランダ会社法が、差異はあるものの共に強行的な枠組みを持つ一方、英国会社法およびドイツ有限会社法では契約自由、組織自由に対する強行的な限界が検討されなければならない。前二者に関しては、法律が沈黙している場合、定款規定が許容されるケースが正当化されなければならないが、後二者にあっては、定款に定めることが禁止されるケースが正当化されなければならない。

### Ⅲ 株主権の放棄

#### 1. はじめに

本章では、株主がどこまで権利を放棄することができるかという問題設定により、定款で定めることができないとされていることを、契約で取り決めることが許されるかについて、各国の定量的な基準を探る。議決権、株主総会参加権、株主総会招集権をはじめとした株主権に関し、株主がどこまで自由にこれらの権利を処分できるかが課題となる。

もし株主が自由にその権利を行使できるのであれば、それらを放棄することも可能であるのか、そしてさらに株主間契約においてより詳細に株主

権の定めを置くことができるのかという問題に至る<sup>98)</sup>。この点に関する論点のひとつとして、仲裁合意の有効性、すなわち株主は紛争を裁判所に持ち込む権利をどこまで放棄することができるのかがある。3カ国における権利放棄の意義を比較しつつ、これらの点を検討してゆく。

英国およびドイツの契約自由の原則あるいは形成の自由の原則からは、閉鎖会社の株主の権利を定款で制限できないという結論は導かれない。それゆえ株主権は、法律または判例が強行法的な限界を設けない限り、原則として補充的な性質を有すると解される。そこで、株主はどこまで自らの権利を放棄することができるかが問題となる。以下では、英国法およびドイツ法では、権利放棄概念が補充的権利の強行的限界の論証をサポートしないのに対し、オランダ法では権利放棄のドグマが会社法の強行法的効力を相対化し挙証責任の転換をもたらすことを示す。

## 2. 英 国

### (1) 強行法的な株主権

英国会社法は、株主に対していくつかの強行法的な権利を与えている<sup>99)</sup>。例えば、総払込済資本金の10%以上を有する株主は、総会招集権（2006年会社法303条<sup>100)</sup>）、決議請求権（同321条）、調査請求権（1985年会社法431条）を有する<sup>101)</sup>。裁判所の救済命令制度（2006年会社法994条（1985年会社法459条））については議論がなされてきた。994条1項は次のように定められている。

98) 株主間契約の比較法分析については、紙幅の制約上、別の機会に譲ることとする。

99) その他に株主の重要な権利としては、1986年破産法122条1項乃至124条による会社解散請求権がある。会社を解散することが公正かつ衡平であると裁判所が判断した場合、会社は解散する。

100) 株主総会を12ヵ月以上開催していない私会社の場合は5%以上とされている（Companies Act 2006, s. 303(3)）。

101) Companies Act 2006, ss. 1035–39で改正がなされているが、調査請求権については基本的に1985年会社法の規定が残っている。

「株主は本編に基づき、以下のいずれかを根拠として裁判所に命令を申し立てることができる。

- (a) 会社の業務が株主全体の利益またはその一部（少なくとも申立人自身を含む）の利益を不公正に侵害するような方法で行われていること
- (b) 現実のまたは企図された会社の作為または不作為（会社のための作為・不作為を含む）が同様に侵害的であること」

994条による申立ての場合、裁判官は996条を根拠として有効と考えられるあらゆる措置を取ること（例えば解任された取締役を復帰させるよう株主に提示すること<sup>102)</sup>）ができる。994条の議論は、立法者が司法に対し、「上限のない規範（open norm）」を示して積極的な役割を付与したことから生じていると評されている<sup>103)</sup>。

994条は当初は少数株主に対して会社法の規定が対処できない救済の可能性を提供することが意図されていたが、株主にとっては極めて魅力的な手続きと映り、多数の申立てがなされ、結果的には、ありとあらゆる変更をもたらす時間と費用のかかるプロセスとなってしまった。同条の適用判定に用いられた株主の「正当な期待（legitimate expectation）」というキーワードで示されたのは、実際には、例えば取締役の椅子に居座ることであつた。1999年の *O'Neill v. Phillips* 事件で *Hoffman* 卿は、株主間の書かれざる合意を基礎として、このような請求に限度を設けようとした<sup>104)</sup>。この

102) 取締役の地位を解任されたことは、かつては株主としての資格（*qua member*）による利益の侵害ではないとして、救済命令の保護対象ではないとされていた。その後、小規模閉鎖会社で経営に継続的に参加することの期待が存在する場合はそれを奪われることは救済の対象となるとされ（*R&H Electric Ltd v Haden Bill Electrical Ltd* [1995] 2 BCLC 280）、さらに *Gamlestaden Fastigheter AB v. Baltic Partners Ltd* [2007] BCC 272 では、保護されるべき株主の利益は必ずしも株主としての資格での利益である必要はなく、株主であることと十分に結び付いていればよいとされた。

103) DAVIES, 1997, at 736. *See also* *Re Saul D. Harrison and Sans plc* [1995] 1 BCLC 14.

104) *O'Neill v Phillips* [1999] 1 WLR 1092. *See, MAYSON*, 2007, at 543.

判決のアプローチが会社法改正作業の当事者にも支持された結果、2006年会社法は、紛争誘発を理由とする削除論を押しつけて、実質的に1985年会社法459条の文言を維持した。

会社法により定められた強行法的な権利は、定款の定めにより放棄することはできない。このことは、1898年の *Re Peveril Gold Mines Ltd* 事件により示された。1862年会社法下では、82条により、株式会社の各株主が裁判所に対して会社の解散を請求する権利を有していたが、本件では会社の定款でこの権利を制限していた。定款により権利の内容を変更することが可能であることは明文では定められていなかったが、*Byrne* 判事は会社法の条文の文言を根拠として、株主は会社に入社することによって会社の解散を請求する制定法上の権利を放棄したとはみなされないとし、次のように判示した。

「1862年会社法82条は、疑いもなく各出資者に対して…申立ての権利を付与しており、問題は、株主になることによって申立人が82条により付与された権利を行使しないという契約を取り交わし、それが会社または他の個々の株主により強制できるかどうかである。…当該条項の定めは出資者からその全部または一部を定款規定によって奪うことのできない権利を付与することを意図したものであって、株主になることによって個人の権利を有効に放棄したに等しいと見られることがない限りそのように私は理解する。そして、申立人はそのように放棄をしたとは考えられない。…定款の規定が会社と株式を引き受けた個人の間の契約条件の一部であるとみなされるのであれば、会社は議会の制定法に基づいてそのような条件ですべての株主を拘束する契約を取り交わす権利はないと考える。それは、会社がたまたまあるいは望んで株主となった個々人と個別具体的に交渉をする権限があったとしても同じである。この定款規定は、経験はないが能動的な株主を守る制定法上の安全装置を取り外そうとするものであり、株主としても制定法上の権利を放棄する特別な契約を締結したと期待しているわけでは



ない。』<sup>105)</sup>

## (2) 株主権の個別的放棄

英国の学説では、株主が（定款ではなく）契約で制定法上の権利、とりわけ2006年会社法994条（1985年会社法459条）の裁判所に対する救済命令申立ての権利を放棄することができるかが議論されてきた。Riley は459条は強行的で排除できない規定であるとした。株主が不当に侵害的な行為を受けたときに対抗する権利を行使する可能性を有していることは根本的なものであって、この権利を排除することは当事者が本当にそれを望んでいたのかが疑わしいと考えたためである<sup>106)</sup>。Cheffins も459条には強行的性格があるとした<sup>107)</sup>。

一方、Thomas/Ryan は、459条は契約で放棄することが不可能であるという意味で強行的なのではなく、株主は「放棄理論」を根拠にその権利を放棄することができるとした<sup>108)</sup>。Thomas/Ryan によれば、非強行的な制定法規（non-mandatory statutory provisions）により保護されている者は、「より広い公共の目的（wider public purpose）」に触れない限りその権利を放棄することができる。459条は小規模なパートナーシップ型の会社のためにこの観点がとりわけ意図されたものであり、そのような会社では、多くの場合株主はわざわざ株主間契約を締結しない。一方、株主間契約が締結されている場合は、それはほとんどが法律専門家の助言を受けたプロの会社当事者によって取り交わされている。このような株主間契約の当事者は459条の保護が不要である一方、459条の適用を除外することで、ネガティブな評判、時間のロス、その他のリスクを含むコストのかかる手続きを回避できる利益を得ている。ただし Thomas/Ryan も、O'Neill v. Phillips 判決の基準に則して買収の合理的な申し出の基準が満たされ、当事者が価格面

105) Re Peveril Gold Mines Ltd [1898] 1 Ch 122.

106) Riley, *supra* note 15), at 797.

107) CHEFFINS, 1997, at 260.

108) Katherine Reece Thomas & Christopher L. Ryan, *Section 459, public policy and freedom of contract*, [2001] *The Company Lawyer*, 178 & 198.

で合意に達しなかった場合には、「公正な価格 (fair price)」は鑑定人により決定されなければならないとする。

すなわち、株主が権利の行使を放棄した契約が許容されるかどうかの問題は、Tomas/Ryan の視点では、専ら公共の利益に照らして判断されなければならない。一方 Riley は、契約無効の理由として株主保護を挙げている。権利放棄の効果については、しかしながらいずれもそれ以上の掘り下げた議論はなされていない。

放棄理論は、コモン・ローの領域で判例により発展してきたものであり、選択および約束的禁反言に関連する。Robert Walker 判事は、放棄を「権利に厳格に立脚しないという当事者の意識的な決定」と性格付けている<sup>109)</sup>。放棄理論は英国契約法の一部であり、契約的権利の放棄に関わるものであるが<sup>110)</sup>、この理論が何の省略や修正も受けずに会社法の領域で適用されるかが問題となる。Welton v Saffery 事件<sup>111)</sup>からは、法的権利の放棄は純粹に契約法的機能を有することが導かれる。Davey 卿は判決の中で以下のように考察している。

「もちろん、個々の株主は契約により自己の利益を自ら適当と考える方法で処分することができる。しかしそのような契約は全部または一部の株主により取り交わされたものであれ、個人の義務、あるいは人的抗弁を創出するに過ぎず、会社にとっての規制になるわけではなく、譲受人や新株主、主張をしていない株主は拘束されない。」<sup>112)</sup>

### (3) 株主権の仲裁付託

英国法下では、会社と株主の間の紛争および株主間の紛争を仲裁に付す

109) Oliver Ashworth (Holdings) Ltd v Ballard (Kent) Ltd [2000] Ch 12 CA.

110) See HALSBURY'S LAWS OF ENGLAND, Vol. 9(1), Para. 1025 (Butterworths, 4th ed. reissue, 1998). 例えば Euro Brokers Holdings v Monecor (London) Ltd [2003] EWCA Civ 105, [2003] 1 BCLC 506 では、株主間合意に従った株主の行為によって、手続的瑕疵がある増資決議が有効とされた。

111) Welton v Saffery [1897] AC 299.

112) [1897] AC 299. Also, cited by Byrne J. in Re Peveril Gold Mines Ltd [1898] 1 Ch 122.

ことができる<sup>113)</sup>。ただし、取締役自身は原則として定款の仲裁規定を援用することはできない<sup>114)</sup>。定款に仲裁規定を設けることについて総株主の同意を要するか否かについては、学説ではあまり取り上げられていないようであるが、定款の契約的性格からすれば、原則として株主は会社に入社することにより、過半数の意思（定款変更の場合は議決権の4分の3の特別決議）に身を委ねたと解することができる。

### 3. ドイツ

#### (1) 強行法的な社員権

有限会社においては、形成の自由（*Gestaltungsfreiheit*）の原則により社員権の内容を定款で変更することができる。しかしながら、この自由にも限界があり、判例および学説ではいくつかの社員権は不可欠（*unverzichtbare*）であり変形不能（*unentziehbar*）であるとされている<sup>115)</sup>。

議決権と配当受領権は変形不能と考えられている。変形不能とは、これらの権利が当該社員の承認なくしては定款で排除したり制限したりすることができないことを意味する。連邦通常裁はこの権利の排除の可能性をさらに制限して、「議決権、配当請求権、残余財産分配請求権がなければ社員とは言い難いことは疑いもない」と述べている<sup>116)</sup>。

連邦通常裁によれば社員としての資格の内容として少なくとも残余財産分配請求権が与えられていなければならない<sup>117)</sup>。また、すべての社員が議

113) *See e. g., Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association* [1915] 1 Ch 881.

114) *Beattie v. E & F Beattie Ltd* [1938] Ch 708.

115) Vgl. H. ROWEDDER/C. SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, *GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG: KOMMENTAR*, 4. Aufl., Franz Vahlen, 2002, § 14, 13 ff. („ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/[BEARBEITER]“). T. RAISER, *RECHT DER KAPITALGESELLSCHAFTEN: EIN HANDBUCH FÜR PRAXIS UND WISSENSCHAFT*, 3. Aufl., Franz Vahlen, 2001, § 27, 4 („RAISER, 2001“).

116) *BGH NJW* 1954, 1563.

117) *BAUMBACH/HUECK/FASTRICH*, § 14, 14. *Fastrich* は株主が最低限のコントロール権を有しているという意味において株主であることが無意味にならないことが規

決権を排除され、株主総会が機能しなくなることは認められない<sup>118)</sup>。

変形不能な権利が当事者の承諾をもってのみ剥奪することができるのに対し、不可欠な権利は、定款あるいは契約によって社員がこれを放棄することは認められない<sup>119)</sup>。不可欠な権利とは社員を内部法秩序の一部ならしめる権利である。Raiserによれば、そのような目的のために発行済資本の10%超を有する社員は、総会の招集(50条)、会社の解散(61条)、管財人の選任(66条)、総会決議取消請求、総会出席、情報開示・監査請求(51 a条)、重大な理由による退出の各権利を有している<sup>120)</sup>。退出権は法律の条文に基づくものではないが、判例により認められてきた<sup>121)</sup>。Fastrichはこれらの権利は絶対的に強行的なものであり、社員の地位の「コア領域(Kernbereich)」に属するとした<sup>122)</sup>。また、会社法上の誠実義務(Treupflicht)を総じて排除することは許されず、定款による追加的な義務の設定の場合、承認要件を除外することはできないことが指摘されている<sup>123)</sup>。

決議取消請求権の放棄が禁止される理由は、少数株主の保護のみならず、会社機関の監視のためでもありと考えられている<sup>124)</sup>。総会出席権も、決議

---

範であるとする。ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, § 14, 19も同旨。

118) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 14.

119) Vgl. M. HACHENBURG/P. ULMER/RAISER, GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG: GROßKOMMENTAR, 8. Aufl., Walter de Gruyter, 1992, § 14, 27 ff. („HACHENBURG/[BEARBEITER]“). ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, § 14, 17 ff.

120) HACHENBURG/RAISER, § 14, 28. Vgl. auch LUTTER/HOMMELHOFF, § 14, 7.

121) Vgl. LUTTER/HOMMELHOFF, § 34, 36 ff.

122) Vgl. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 13.

123) ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, § 14, 18.

124) Vgl. Marcus Lutter, *Theorie der Mitgliedschaft — Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts* —, Archiv für civilistische Praxis, 1980, S. 140 ff. („Lutter, AcP 1980“). ドイツ有限会社の社員は、オランダと異なり調査請求権を有していない。株式法には特別検査(Sonderprüfung)が規定されているが、あまり利用されていない。オランダ法の調査請求権を論じたものとして、Von Jan Gernoth/Martha Meinema, *Niederländisches Enquêterecht Vorbild für das deutsche Sonderprüfungsrecht?*, RIW 11/2000, 844参照。

取消請求に資するものであるため放棄の対象とならない。総会に出席することにより、社員はその権利を確保することができ、また決議が法律と定款に従ってなされることになるからである<sup>125)</sup>。重大な理由による退出権についても、これを放棄することはできないと考えられている。継続的な法的関係においては、当事者は重大な理由がある場合に別れることができる可能性を常に有していなければならないとされる<sup>126)</sup>。退出権は、個々の社員を保護するだけでなく、公序の観点からも認められるべきものである<sup>127)</sup>。

(2) 社員権の個別的放棄

社員間の契約で社員権を行使しないとすることが公序良俗に反するか。Lutter は情報開示や監督の権利を行使しないとす契約や、一部の社員に思うままに定款を変更する権利を与えることは権限分離の最小限の条件に反するとするが<sup>128)</sup>、この論点に先行する問題として、社員が社員権を放棄できるかがある。

社員の地位 (Mitgliedschaft) は、ドイツの学説では主観的権利とされている<sup>129)</sup>。社員の地位には、社員としての権利義務のすべてが含まれ、それは「会社の法律関係」、すなわち法律と定款に由来する<sup>130)</sup>。社員権と区別されなければならない権利として、例えば決定された配当に対する具体的な請求権がある。この請求権は債権であって、放棄も自由にできる<sup>131)</sup>。純粹に債務法に基づく社員間の権利義務は、社員の地位に含まれない<sup>132)</sup>。

社員権は付随的な性格を有し、その存在や譲渡は元来個々の持分に依拠

125) HACHENBURG/HÜFFER, § 48, 30. Vgl. BGH 12. 7. 1971, NJW 1971, 2225.

126) Vgl. BAUMBACH/HUECK, Anh. § 34, 1.

127) Vgl. NOACK, 1994, S. 126.

128) Lutter, AcP 1980, a. a. O., S. 151.

129) Lutter, AcP 1980, a. a. O., S. 101. WERNER FLUME, ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN RECHTS — DIE JURISTISCHE PERSON, Springer Verlag, 1983, S. 258. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 5. RAISER, 2001, a. a. O., § 27, 1. Vgl. M. HABERSACK, DIE MITGLIEDSCHAFT — SUBJEKTIVES UND SONSTIGES RECHT, Mohr, 1996.

130) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 10.

131) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 19.

132) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 11.

している<sup>133)</sup>。個々の社員権を分離して譲渡すること (Abspaltung) は、特に議決権については、多数説はそれを許されないとしてきた<sup>134)</sup>。連邦通常裁も「参与権は必然的に…会社の残余財産と結びついており、それを引き離して独立して譲渡することはできない」と述べている<sup>135)</sup>。

連邦通常裁によれば、分離禁止 (Abspaltungsverbot) は、社員の地位の画一性 (Einheitlichkeit der Mitgliedschaft) の帰結である<sup>136)</sup>。Schmidt は、分離禁止原則を団体主権 (Verbandssouveränität) と結びつけ、社員権により保障された社員の自己決定が団体の正当性を形成するとした<sup>137)</sup>。

しかしながら、分離禁止原則は学説によりその緩和が試みられている。Fleck は、社員の地位の画一性は団体 (会社) の本質 (Wesen der Gesellschaft) に他ならないと見る<sup>138)</sup>。そのような団体法的考え方も、より具体化されなければ説得力がないのであるが、Fleck は、議決権が例えば用益権や担保権のように社員と法的関連性をいくらかでも有していれば分離は可能と考える。持分と議決権を永続的に切断することは、会社の責任分配システム、すなわち、社員を有機的に結合した有限会社としての「秩序だった姿 (Ordnungsbild)」を阻害し<sup>139)</sup>、そのような意味において議決権を行使する者は誠実義務に服する<sup>140)</sup>。Koppensteiner は、分離の条件として期間が区切られており通知により終了することを挙げている。しかし、社員の地位

133) ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, § 14, 15. 定款で特別な個人的権利 (Sonderrechte) を定めることができる。この権利は属人的であって譲渡することはできない。

134) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 19. 森田 果「株主間契約 (2)」法協119巻6号92頁 (2002)。

135) BGHZ 3, 354, 357, geciteerd door Fleck, *Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?*, in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 107 („Fleck, 1979“).

136) BGH 43, 261, 267. Vgl. Wiedemann, a. a. O. (Fn. 67)), S. 24.

137) K. Schmidt, a. a. O., § 19 III 4, 561.

138) Fleck, 1979, a. a. O., S. 110 ff. Vgl. HACHENBURG/HÜFFER, § 47, 52.

139) Fleck, 1979, a. a. O., S. 113. LUTTER/HOMMELHOFF, § 47, 2.

ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/KOPPENSTEINER, § 47, 24 ff. も同旨。

140) Fleck, 1979, a. a. O., S. 120.

の画一性に関する決議，特に定款修正に関しては分離は不可能であるとする<sup>141)</sup>。

Pentz によれば，分離禁止 (Abspaltungsverbot) とは，社員の地位からくるコントロール権を独立した権利として別個に放棄することはできないことを意味する。したがって，配当受領権や議決権を第三者に譲渡することは不可能であるが，配当受領権が生じた権利を放棄したり，議決権の行使権限を第三者に付与したりすることは認めている<sup>142)</sup>。Fastrich は将来の請求の放棄は，世襲の権利を分離させることに近いとして，そのような放棄が社員にとって相当程度不利益となる場合は，誠実義務に抵触すると考える<sup>143)</sup>。

Noack は，この点に関し，事前の権利放棄と具体的なケースでの一度限りの権利放棄を区別する。事前の権利放棄は組織法秩序に重大な影響を与えるのに対し，具体的なケースでの権利放棄は害がなく，そのような場合社員は自己の利害に基づき自由に行動することができるとする。そのような合意は，概念的には会社の内部関係であり，定款と同じ有効性要件に服するとされる<sup>144)</sup>。

### (3) 社員権の仲裁付託

原則としてドイツ法では，会社の法律紛争は会社と社員間のものであれ，社員同士のものであれ，仲裁に付すことができる<sup>145)</sup>。定款の仲裁規定は，会社法的機能と当事者的 (*inter partes*) 機能を併せ持ち<sup>146)</sup>，その程度は法的関係の性質に依拠する。社員間では，仲裁合意によって連邦通常裁の判断のみに服するとすることができるが，定款の仲裁規定は社員と会社の法的関係に関わるに過ぎない<sup>147)</sup>。

141) ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/KOPPENSTEINER, § 47, 26.

142) ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, § 14, 15.

143) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 19.

144) NOACK, 1994, a. a. O., S. 126.

145) Vgl. LUTTER/HOMMELHOFF, Anh. § 47, 77.

146) Vgl. BGHZ 38, 155.

147) BGHZ 38, 155. 社団法との関連については，Ulrich Haas, *Zur Einführung von* ➤

仲裁規定と決議取消しの訴え（Anfechtungsklage）の関係については議論がなされてきた。旧法下であるが、連邦通常裁判所（BGH）は1996年3月29日の判決で決議取消しの訴えを却下した<sup>148)</sup>。それまで、個々の社員の権利は総会の過半数の決議によるのであって、その正当性について独立した裁判所が判定することは差し控えられるとして、決議取消しの提訴権を放棄できるかについては確定していなかったが、BGHは正当性の判断は不可避ではないとし、有限会社法には株式法23条5項に相当する規定がないことを示した。BGHによれば、決議取消しは当事者を拘束するのみならず、すべての社員および会社機関、さらには紛争当事者でないすべての者に影響を与えるため、取消訴訟を認めることで仲裁の利用可能性が阻害されてしまう。BGHは、立法者のみが仲裁判断の機能を当事者以外に拡張する権限を有しており、そして株式法248条<sup>149)</sup>は仲裁判断にも適用されるとした。

本判決後の改正民事訴訟法では、この問題は学説と判例に委ねられた形になっている<sup>150)</sup>。Lutter/Hommelhoffは、定款の仲裁規定は、株式法248条に明示で言及した上で、仲裁が関係するすべての者を拘束すると定めなければならないとする。そうすることで将来の社員にも十分に情報が与えられる。定款変更により仲裁規定を設ける場合は総社員の同意が必要である<sup>151)</sup>。この考え方は、仲裁で決議の取消しを求める権利は変形不能な権利であり、独立した機関による取消訴訟は不可欠な権利であるとし、その機関は仲裁人でもよいとするものである。

↙ *Schiedsklauseln durch Satzungsänderungen in Vereinen*, ZGR 2001, S. 325 ff. 参照。

148) BGHZ 132, 278.

149) 株式法248条1項の第1文は次のように定めている。

「決議が既判力ある判決により無効と宣言された限りは、その判決は、すべての株主ならびに取締役会および監査役会の構成員のため、およびこれらの者に対して、彼らが当事者でないときにも効力がある。」

150) LUTTER-HOMMELHOFF, Anh. § 47, 77.

151) LUTTER-HOMMELHOFF, Anh. § 47, 79. HACHENBURG/RAISER, Anh. § 47, 209. BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, Anh. § 47, 26.



#### 4. オランダ

##### (1) 強行法的な株主権

##### 権利放棄概論

オランダ法において権利放棄とは、意図的に権利を捨てる法律行為を意味する。「意図的」には、放棄が黙示的に行えることが含意されており、権利は放棄によって消滅する。権利の放棄は動産の所有権を放棄や請求権の放棄などの形で民法典の条項に規定されている（3：81条2項c号，5：18条，6：160条）。放棄の形態は6：160条に定められているが，無効宣言の対象となる法律行為の3：55条による追認という形態もある<sup>152)</sup>。

権利の放棄は，それが強行法規，公序良俗と抵触する場合は無効である。放棄が明文で禁止されている場合もある。3：322条3項は，時効援用権の放棄はできないと定めている。また例えば，競争法違反などから権利放棄の禁止が明らかに導かれることもある<sup>153)</sup>。EU法の事例として *Daddy's Dance Hall* 事件では，経営移管の場合に従業員を保護する Directive 77/187/EEG が取り上げられた。欧州司法裁判所は「この保護は公序であるゆえ，雇用契約に対する当事者の意思は独立しており，指令の定め，特に経営譲渡を理由とする解雇に対する労働者の保護に関するものについては，強行的と考えられなければならない。それゆえ，労働者に不利な態様で変更をすることは許されない。労働者は指令により付与された権利を放棄することはできず，それらの権利は，労働者の同意があっても制限することはできない。この解釈は，本件のように，労働者が雇用契約の改定により受ける不利益の補償としての新たな便益を得ており，全体として見れば前より立場が悪化していることはないという事実に影響されるものではない」

152) MEINEMA, blz. 41では，追認を実質的に無効宣言請求権の放棄であるとした古い判例（BW HR 1 december 1938, NJ 1938, 459 (Illustra/Reinartz)）が引用されている。

153) 欧州裁判所が特許ライセンス契約の不抗争条項は，法的小および経済的コンテクストによっては，EEC条約85条1項が禁止する競争制限に該当し無効であるとした（65/86, Judgment of 27/09/1988, Bayer/Süßlöhfer (Rec. 1988, p. 5249)）。

と述べ、労働者を保護している権利の放棄ができないことを明らかにした<sup>154)</sup>。

### 会社法における株主権の放棄

会社法においては、権利放棄の概念はいささか曖昧である。例外的に2：201 a条が<sup>5)</sup>、原告が被告の一人に対して請求権を行使する権利を放棄した場合、裁判所はすべての被告に対する買取請求を却下すると定めている。学説でも権利放棄は散発的に取り上げられているにすぎない。Maeijerは清算中の法人に対する一定の権利の所持人は、権利の放棄ができるとする<sup>155)</sup>。また、会社の方針の健全性に疑義を抱く十分な根拠がある場合に、株主等の利害関係者が裁判所に調査申立てができる調査請求権<sup>156)</sup>、その強行的性格ゆえに株主は前もってそれを放棄することはできないが、具体的なケースにおいて権利の放棄は可能な限り認められるとする<sup>157)</sup>。Dortmondは議決権契約で取締役や監査役の選任を行うことは、拘束的指名を破る権利の放棄であるとする<sup>158)</sup>。判例では、Heuga事件<sup>159)</sup>で商事裁判所が間接的ながら経営協議会(Ondernemingsraad)の諮問権(adviesrecht)<sup>160)</sup>が放棄の対象となることを示唆した。すなわち同判決は、構造規制との関連性に関して、経営協議会が契約に署名したことのみで当該案件における諮問権を放棄したとは言えないとしたのである。

株主権が一般的に放棄の対象となるかという点はこれまであまり論じら

154) 324/86, Judgment of 10/02/1988, Tellerup/Daddy's Dance Hall (Rec. 1988, p. 739) (SVIX/00357 FIIX/00361). Zie hierover P. W. VAN STRAALEN, BEHOUD VAN RECHTEN VAN WERKNEMERS BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING, diss. RUG, Kluwer Deventer, 1999, blz. 144. e. v.

155) ASSER-MAEIJER 2-III, nrs. 576, 577.

156) artt. 2: 344-359 BW.

157) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 516.

158) P. J. DORTMOND, STEMOVEERENKOMSTEN RONDOM DE EEUWWISSELING, Kluwer, 2000, blz. 10.

159) OK 15 october 1992, NJ 1993, 210.

160) 会社の経営に重大な変更が生じる場合、取締役会は事前に経営協議会に諮問しなければならない (art. 25, Wet op de Ondernemingsraden)。

れていない。法律の規定（2：25条）からは、株主権は定款によって剥奪されることはないことが導かれる。法律が株主に付与した権利の束は、株主自身の利益のためだけではなく、株主をして取締役会を監督する立場に置くことによって、会社における権限のバランスをもたらす機能も有している。Meinema は、1928年株式会社法案が上院で審議された際の司法大臣の以下に示した答弁を引用して、株主権が公序を根拠に「不可触」でなければならぬとされてきたとする<sup>161)</sup>。

「それゆえ…法律が株主に対して統治権を与え、株主のために根本的な権利を創設したとは言えない訳であります。否、議長、ものごとは簡明であって、株主が権利を有する我が私法の原則では、それを『与える』かどうか、あるいはどの程度『奪う』ことができるかは問題とならないのです。もちろん言えることは株主の権利を奪うことは、介入する権利ではなく、契約の自由に任されているということです。このような否定論に対しては、まず株主保護の観点から反論があるでしょう。株主を集団としてだけでなく個人として保護し、一定の最小限の権利は盗むことが許されないとするのは、他の法分野とも整合します。しかし、私が強調したいことは、権利の剥奪の制限は株主の利益のためだけではなく一般利益の保護でもあるのです。ここで私は、法主体（有限責任）が創り出す危険との結び付けをします。企業家は法人を利用することなくして大きな力を発揮することはできません。力の蓄積は危険の強調であるとともに、それは是とされ、完全に押さえ込むことはできないため、カウンターバランスが必要となるのです。それが『民主主義』と呼ばれてきたのであります、議長。それは作るべきものではなく、単にありのままの『心理学』なのです。』<sup>162)</sup>

Meinema は、個々の株主は株主権を放棄することはできないと考えるべ

---

161) MEINEMA, 51-52の引用を筆者が翻訳した。

162) Hand. 1927-1928 J, blz. 979 geciteerd door MEINEMA, blz. 51-52.

きであるとし、以下のように論じる<sup>163)</sup>。株主権は独立した権利ではなく、株式と結び付いた権利である（3：7条，3：82条）。株式は株主が所有するところの主観的な権利であり、それゆえ株主は株式を譲渡したり担保に入れたりすることができる。しかしながら、株主権を株式から独立して譲渡することはできず、株式と依存関係にあるという意味では主観的な権利ではない。このことは、株主が株主権を動産法におけるがごとく放棄することはできないことを意味している。言い換えれば、株式に付与された議決権については、法律の定めによって制約を付し、また株式証書所持人のための権利を設定することまでしかできない。しかしながら、具体的な請求権についてはこれを放棄することができる。株主はある年度において一定金額の配当を受領する権利を有するが、これを放棄することは可能であり、それにより配当支払債務は無効となる<sup>164)</sup>。株主はまた、具体的な決議について無効請求権を放棄することができる。したがって、2：15条6項に定める追認決議の権利は放棄可能である。無効請求権の放棄は、3：55条に定める承認に由来する。承認は片務的であり、形式自由な法律行為であり、明示または黙示のいずれでもよいが<sup>165)</sup>、そのような権利の放棄は前もってこれを行うことはできない<sup>166)</sup>。それは株主による放棄がすべてを無効化することを意味するものとなるからである<sup>167)</sup>。

---

163) MEINEMA, blz. 52.

164) Vgl. art. 6: 160 BW.

165) Anders ASSER-VAN DER GRINTEN-MAEIJER, 2-II, VERTEGENWOORDIGING EN RECHTSPERSOON. DE RECHTSPERSOON, 8e druk, Tjeenk Willink, 1997, nr. 148 (hierna "ASSER-MAEIJER 2-II"). Van der Grinten は、art. 2: 15 lid 6 が特に定められていることを考慮すると art. 3: 55 BW は決議無効請求には適用されないとする。

166) この考え方は、時効の根拠を art. 3: 322 BW に求める。また、art. 3: 55 BW は、「決議無効請求の時効期間の算定開始後」と定めていることも参照。

167) Timmerman, *supra* note 5), blz. 1 e. v. は異なる考え方ようである。

Timmerman は、株式譲渡を希望する株主は現金で対価を受け取れないという閉鎖会社株主の合意を例として取り上げている。株主が対価なしで株式を提供した場合は有効であるとしつつ、予め権利放棄をすることは無効であるとする。

## (2) 株主権の個別的放棄

次に、株主が権利の行使をしないことを合意することができるかを考察する。株主権不行使の取決めは、権利自体を損なうものではなく、純債務法的な機能を有する。

株主は、3：40条に反しない限り、権利および権限の行使に関し自由に取り決めることができる。それゆえ、公共の利益または閉鎖会社における会社の秩序の観点から、どの権利が自由な取決めを排除するという意味で「不可触」であるかが確定されなければならない。不可触性は、合意が当事者間においてのみ機能するとしても、その効果が会社内部の力関係に影響し株主が監視機能を働かすことができなくなるかどうかにより判定される。Meinemaはこの考え方が1928年株式会社法施行時に司法大臣の次のような答弁によりすでに形成されていたことを指摘している。

「株主の地位を論じるにあたり、内部規制の自治は広く認められるとしても、一定の限界が設けられるべきであって、それが監視機能の要諦であります。それゆえ、株主がすべてを取締役に委ねるということがあってはなりません。しかしながら、そのようなケースはしばしば見られるところです。しかし、株主が常にそのような信頼を与えたとア・プリオリに確定することはできません。株主は自らの権利をもって一定の監視機能を行行使することができ、それをア・プリオリに放棄することはできないのです。それでは、許諾できないことをなぜ許諾するのでありましょうか。議長、そこには当事者の輪から生まれる要素があります。限界、それは法主体に内在する当然の事実であり、また私法の設計の帰結でもありますが、それを設けることは望ましいことであり、そこにはある種のポリシー・バランス状態があるのです。有限责任の大きな特徴として、同様のバランス状態が前もって確立されていなければなりません。」<sup>168)</sup>

---

168) Hand. 1926–1927 II, blz. 1808 geciteerd door MEINEMA, blz. 53–54.

権利行使の放棄の合意が有効と評価されるためには、その権利がどの程度株主の監視機能にとって必要欠くべからざるものであるかが重要である。さらに、権利行使の放棄の合意は十分に具体的で、一定の状況下で作用することあるいは一定の見通し可能な期間に限られることといった内容であることが必要である。

株主の監視機能のほか、株主権の根底に横たわる合理と公平（*redelijkheid en billijkheid*）の法理が権利行使の放棄を制約する。株主は、合理と公平に抵触する決議の無効を求める権利、株式の継続保有が合理と公平の原則から要求されない場合に会社から退出する権利、その逆に株式の継続保有が合理的に耐え難い場合に除名の権利を有している。また調査請求権においては、「正しい方針を疑うに足る理由」「誤った経営」という一般基準が合理と公平の適用において大きな役割を果たす。権利行使を放棄する合意は、これら合理と公平を脇に追いやってしまうものであり、3：40条と抵触する。法律は、会社にとって有害となる株主間の紛争を解決し、デッドロックを解消する出口を提供しなければならない。契約によって権利行使の条件を定めることはできるが、契約が権利行使を妨げるものであってはならない。以下、Meinema の分析に即して、議決権、決議無効請求権、配当受領請求権の放棄の限界を論ずる<sup>169)</sup>。

### 議決権

議決権は株式に結び付いており、株主総会において会社の重要な権限を行使する各資本提供者に影響を与える。議決権は常に株主が行使するとは限らず、一定の状況下では受益者または担保権者が議決権を行使することができる。また株主は議決権行使を委任することができるほか、議決権を預託することができる。この場合議決権を行使する受託者は行使のありようについてなら財務的利害を有しないが、預託証書所持人の利益のために議決権を行使する義務を負っており、議決権を行使するのは株主である。

---

169) MEINEMA, blz. 55–57.

このような議決権と株式の結びつきに対する例外は、議決権を行使する者が財務的利益を有する場合（受益者、担保権者）か、株主と信認的結びつきを持つ場合（代理人、管理会社）である。影響力とリスクの結び付きが維持されなければならない。

株主は一定の条件下で議決権の行使を放棄できると考えられるが、そのような放棄は見通し可能な期間、一定の定められた分野においてなされるものでなければならない。全株主が合意の当事者である場合は、例えば、定款を変更しない、新株を発行しない、取締役の拘束指名を破らないという態様も可能である。契約による取決めは、権利の存在そのものを損なうものではなく、また株主は会社の内部事項に影響を与えることのできる十分なコントロール権をそのほかにも有しているためである。

#### 決議無効宣言請求権

決議の手続きに瑕疵がある場合、または決議が2：15条の合理と公平に反する場合、株主は決議無効宣言（vernietiging van een besluit）を請求することができる。いずれの場合も株主は自己の利益を追求する状態にある。無効と異なり、決議無効宣言は決議によって利益を得ることを目的とするのであって、会社の利益を求めるものではない。このことは、株主が決議無効宣言請求権を原則として放棄することができることを意味する。例えば、招集手続きの瑕疵に異議を唱えず株主総会に出席することにより、株主はこの権利を放棄したとみなされる。

問題は、株主が前もって決議無効宣言請求権を放棄することができるかである。株主は合理と公平に関する法的保護を前もって放棄することはできないが、取消手続の権利行使を放棄することによって、会社の内部の権限の均衡は容認し難いほどに崩れるかが問題となる。手続き面の担保は、一義的には株主自身の利益に資するものであり、株主は一定の見通し可能な期間あるいは限られた分野においてこの権限の行使を放棄することができると考えられる。したがって株主は、総会招集を受けなかった場合に決議無効宣言請求を行わないことを予め合意することができる。どれくらい

の期間が見通し可能であるかは、株主のプロ度合いや会社の事業分野などに左右されることになる。

### 配当受領権

配当受領権は、株主が利益を得るために会社に投資することを反映した権利である。株主が利益を享受することについて有する利害と会社が財務上の留保を構築することについての利害は相対立する。定款ですべての利益は留保されると定めることができるが、2:216条9項により、株主は利益から排除されてはならない。株主が前もって配当を放棄することは、それにより株主の利益に対するコントロール権が減殺されることになり許されない。株主が年数を限って配当を放棄する合意については、将来の配当の見込みが残っており有効といえよう。

### (3) 株主権の仲裁付託

紛争を仲裁に付すことにより、当事者は司法権へのアクセスを放棄することになるため<sup>170)</sup>、オランダ憲法17条の何人も裁判を受ける権利を奪われない保障との関係が問題となる。仲裁の法律上の基礎は民事訴訟法1020条1項であり、当事者は合意により契約から生じた紛争を仲裁に付託することができることと定められている。同条によれば、当事者が契約に盛り込んだ仲裁条項は、拘束力のある定款または法令の効力を有する。

紛争を仲裁に付さない場合は、裁判所が専属的な管轄権を有する。合意による仲裁では、当事者の自由な取決めを代表しないような法的結論を決定することはできない（民事訴訟法1020条3項<sup>171)</sup>）。

170) HR 1 juli 1993, NJ 1994, 461 geciteerd door *BURGERLIJK PROCESRECHT, Wetgeving en jurisprudentie voor de rechtspraak*, 2004/2005, Kluwer, blz. 431–32.

171) H. J. SNIJDERS, *NEDERLANDS ARBITRAGERECHT; EEN ARTIKELSGEWIJZE COMMENTAAR OP DE ART. 1020–1076 RV*, Kluwer, 2000, blz. 59 (hierna “SNIJDERS, 2000”). Zie hierover voorts De Witt Wijnen, *Ondernemingsrecht en arbitrage, in: CONFLICTEN RONDOM DE RECHTSPERSOON*, uitgave vanwege het Van der Heijdeninstituut, deel 62, Kluwer, 2000, blz. 106 e. v.

例えば、最高裁は、雇用契約を解除する仲裁判断は、その重大性ゆえに当事者の自由な合意を代表していると判断した。さらに、立法経緯から立法者はかかる紛



公序に関することから、例えば破産事件は仲裁に付すことはできない<sup>172)</sup>。また仲裁人は公序や強行法規に関する判断をすることはできない。公序に抵触する仲裁判断は裁判所により取り消し得る（民事訴訟法1065条1項）。1997年最高裁判決では、Eco Swiss China と Benetton が、仲裁判断が競争法を執行する内容になっていないという理由で民事訴訟法1065条により取り消されるべきかどうかについて争った。最高裁は「本条〔民事訴訟法1065条〕で意図された公序との抵触とは、仲裁判断の内容またはその実行が強行規定の根本的な性格との抵触を生み、法的手続を制約することによって、強行法規の遵守が妨げられるかどうかが問題である。オランダ法においては一般的に仲裁判断の内容またはその実行が競争法の禁止規定の適用からはずれる状況をもたらすことがあり得るが、それはここで定義された公序との抵触をもたらすわけではない」とした<sup>173)</sup>。しかしながら最高裁は、欧州競争法の公序がどの程度考慮されなければならないかについて疑問を提起し、この問題を欧州司法裁判所に委ねた。欧州司法裁判所は、EC 条約81条1項は公序であるとした。81条はEU法の根本原則であり、域内市場で実行される必要があり、またEU法の統一的な解釈が保証されなければならない、解釈は裁判所が専属的に行うべきであるとした。仲裁人は、確立した判例に従って先決問題を問うことはできない。仲裁判断が81条に抵触する場合、裁判官は、当該国の手続法に従い公序抵触を理由に当該仲裁判断を取り消すことになる<sup>174)</sup>。

会社の紛争がどの程度仲裁になじむかは競争法とは異なる考慮を要する。「会社の状態」に関する紛争、例えば会社の解散、会社機関の決議の無効宣言などは、仲裁に付すことはできず、これらは専ら裁判所が判断すべき事

争を裁判所の専属的な権限下に置くことを意図していなかったことは明らかであるとした。HR 14 december 1973, NJ 1974, 92 geciteerd door BURGERLIJK PROCESRECHT, *supra* note 170), blz. 431. Zie voorts De Witt Wijnen, blz. 112 e. v.

172) SNIJDERS, 2000, blz. 60.

173) HR 21 maart 1997, NJ 1998, 207 (Eco Swiss China/Benetton).

174) C-126/97, Judgment of 01/06/1999, Eco Swiss (Rec. 1999, p. I-3055).

項であるとする見解がある<sup>175)</sup>。この見解においては、仲裁の利用は、株主間の紛争または会社と株主の間の紛争に限られる。例えば、2：230条1項により株主総会で行使された議決を争うことは仲裁になじむ。

学説では、民事訴訟法1020条5項が仲裁合意に基づく仲裁判断が当事者を拘束すると定めていることから、会社法においても仲裁を広く適用することが意図されているとして、原則として、会社の解散、決議の無効宣言を含め、会社当事者すべての間の紛争に仲裁は適用されるとするものがある。この見解では、例外は、法律が特定の手続きを定める調査請求権、合併、年次決算であり、これらは裁判所の管轄事項となる。一方、決議の無効宣言そのものは仲裁の対象とならないとする立場がある。その理由は第三者の手続き参加や介入申立ての可能性がないにもかかわらず、2：16条1項により無効宣言の仲裁判断が下されるとすべての者が拘束されるためである。これに対して前者の立場からは、仲裁の利用可能性は阻害されるわけではなく、仲裁判断は一定の場合第三者にも作用しうるとの反論がある<sup>176)</sup>。

憲法17条で保証されている裁判を受ける権利に鑑みると、定款で仲裁規定を設ける場合には全株主の同意が必要になると考えられる。一方、定款は変更されるということも考慮しなければならない。将来の株主は会社に参加することで仲裁条項を含め定款を受け入れたとみなされることになる。Meinema は、しかしながら何人もその意思に反して裁判を受ける権利を阻害されてはならないことを基本とすべきとする<sup>177)</sup>。これは権利の放棄は意識的になされるものとの考え方とも一致する。Meinema によれば仲裁に服することは裁判所へのアクセスを放棄することであり、当事者は自らそれを選択するのでなければならない。単に会社に参加し、過半数の意思に服

175) Vgl. ASSER-MAEIJER 2-II, nrs. 55a en 140. H. J. M. N. Honée, *Deadlock-situaties, Ars Aequi*, 1995, blz. 51-52. 会社法における仲裁の論点に関しては、Wijnen, *supra* note 171), blz. 103参照。

176) MEINEMA, blz. 59-60.

177) MEINEMA, blz. 59.

することだけで、仲裁に服することになるとは言えず、定款で仲裁規定を設けるにはすべての株主の同意が必要である。仲裁規定を設ける提案に直面した少数株主は、賛否の機会があるが、後から参加した株主はその場にとり及んで定款の条項を知るということもあるかもしれない。それらの株主については積極的に同意を求めることまでは必要ではないが、会社に参加した後で定款の仲裁条項に異議を唱えなかったとすれば、その事実は当該株主の裁判所へのアクセスを認めるかどうかにあたり考慮されるべきことになる。

仲裁判断は原則として当事者のみを拘束する。したがって、決議無効宣言に関する仲裁合意は、すべての株主が当事者であり、決議が株主間の紛争に関わるものである限りにおいて効力を有することになる。

## 5. 小 括

英国およびドイツにおいては、株主の権利はまず定款に由来し、法律はいくつかの点でそこに限界を設けるにすぎない。英国2006年会社法およびドイツ有限会社法とともに、オランダ民法典2：25条のような定款によって法律の規定を逸脱することができるかどうかを決定する一般解釈規定を有していない。これに対し、オランダ民法典2：25条の強行法規性のポイントは、株主の権利が定款によって排除されるのを防ぐことであり、株主権そのものは基本的に強行法的権利であると考えられてきた。

オランダ民法典第2編は、総じて英国法、ドイツ法に比べ株主にとってより強行的な法律となっており、とりわけ議決権に対しては、オランダ法のみがそれに強行法的な基礎を与えている。ドイツ有限会社法は、株式法243条の退出権や決議取消請求権のように有限会社法の外に強行的な権利を設けることによって強行法と構成していないことを示す一方、一定の権利を変形不能または不可欠な性格を有し関係する社員の同意をもってしても定款で制限することはできないとしている。英国法ではそのような微妙なリンクエッジは見られず、定款上の株主の権利のうち強行法的なものはごく

限られており、そのほかは特別決議により定款で排除し、または制限することができる。英国とドイツでは、定款は契約的性質を帯びているにもかかわらず、両国のスキームから生じる効果には差異が見られる。

英国では、1898年の *Re Peveril* 事件に基づき、株主の制定法上の権利については、定款でこれを制限することはできないとされてきた。後から参加した株主は制定法上の権利を放棄したとみなされることはない。株主が入社したことのみをもって、放棄の有効要件である「意識的な決定」がされたとはいえないと考えられているためである。一方、制定法が明文で定款による株主権の制限を認めている場合があり、このことは、そのような場合以外は、総株主が同意しない限り定款で制定法上の権利を制限することが許されないことを意味する。

ドイツでは、社員が会社の利益のために監視機能を有することから、定款での権利放棄には限界が設けられている。有限会社法51 a 条3項は、社員の情報入手権および監査権は定款により修正することはできないと定めている。判例・学説では、法律に明文の規定がなくとも定款で放棄することができない権利とされるものがある。そのような定款による権利放棄の限界は、会社にとって必要不可欠な権限の均衡を図ることに基礎付けられている。すなわち社員は常に経営を監視することができる状態になければならない。

株主が定款で権利を放棄することができるかという問題はオランダ法では生じてこない。オランダ民法典2：25条がそのような放棄を禁止しているためである。仮に2：25条がなかったとしても、定款による放棄は直ちに可能とはいえない。オランダ法においても入社することにより、意識的に権利を放棄したことにはならない。このことは、仮に定款による逸脱を法律で認めるのであれば結論が異なってくる可能性がある。その場合権利はすでに法律によって制限されているので、もはや権利放棄ということではなくなると理解されるためである。

株主が（定款ではなく）合意（契約）により権利を放棄することができ

るかという問題については、放棄のドグマ（英国の *doctrine of waiver*、ドイツの *Verzicht/Abtretung*）の正確な射程を定めることの困難さゆえに、決定的な答えが得られていない状況にある。

英国法では、株主が契約により自己の権利を放棄することができるか、そのような権利は強行的なものと考えられるべきかが問題となる。強行的な権利であれば、これを放棄することはできない。公序と関わる権利のみが強行的であると立場に対して、会社法の強行性は株主の利益保護に資するために存在するとする反論がある。一方、株主間の合意で（権利は放棄しないが）権利の行使を放棄することは有効であるとされている。

ドイツ法では社員権は社員の地位から独立した権利ではなく、それ単独で放棄することはできないとされる。しかしながら、社員がその権利から生じる具体的な権利を放棄することができないわけではない。将来の権利を予め放棄することができるかについては明確ではなく、学説は分かれている。

オランダでは、権利放棄のドグマにより株主権の強行性が相対化されている。株主は権利放棄はできないが、権利から生じた具体的な権利は放棄することができる。すなわち、株主はある年度の決定された配当を受領する権利を予め会社に対して放棄することができるが、配当受領権そのものを放棄することはできない。このことは、決議の無効宣言請求権にもあてはまる。すなわち株主は決議がなされた後に権利放棄ができるのであって、予め将来の請求権を放棄することはできない。しかしながら、自らを拘束する結果として権利行使を放棄することは原則として可能である。このような合意は債務法的な機能を有するに過ぎず、権利はそのまま存続する。2：25条は株主間合意の許容性には影響を与えず、株主間合意の限界は3：40条によって示される。株主の相互チェック機能が除去されるような合意や、合理と公平の原則を排除するような合意は有効とは言えない。閉鎖会社の株主は、公開会社の株主に比べ、自らが望むように会社の権限配分を取り決めることができるゆえに、強行法規のコア領域は、株主の権利

全般ではなく、決議無効確認請求権、調査請求権、会社解散請求権、退出権および除名権に限られる。したがって、株主は原則として議決権、総会出席権、配当受領権を合意により放棄することができるが、そのような合意は、予測可能な期間または具体的な場面に限り許容されるべきである。

仲裁合意は、放棄は権利そのものについてなされるのではなく、司法機関へのアクセス権の放棄となる点において特殊性を有し、株主が会社に参加することによって多数派が決定した会社紛争を仲裁に付すことに同意したことになるかの問題である。英国法とドイツ法のアプローチは異なっており、ドイツでは社員全員の一致を要するのに対し、英国法では多数決で足りる。オランダではいずれのアプローチも支持されているが、会社紛争を仲裁に付すには全株主の同意が必要であると考えられる。紛争を裁判で解決する権利の放棄に関わるものであり、それは意識的になされなければならないとの立場からは、決議無効確認請求を仲裁に付す合意は、すべての株主が当事者であり決議が株主同士のみに関わるものである限りにおいて有効となる。

#### IV 結 語

会社法の強行法規性に関し、オランダ会社法では、定款による法律の規定からの逸脱の余地は、その可能性が法律の規定から明白に読み取れない限り小さいものとなる。一方、英国会社法およびドイツ有限会社法では契約自由、組織自由が原則であり、定款に定めることが許されないケースがむしろ明らかにされなければならない。両国では、株主の権利はまず定款に由来しており、法律はそのいくつかに限界を設けるにすぎない。これに対し、オランダでは、株主の権利が定款によって排除されるのを防ぐことが重視されてきた。

株主が定款でその権利を放棄することができるかという問題について、オランダでは民法典2：25条がそれを禁じている。英国では、株主は契約により自己の権利を放棄することができるが、強行法的な権利は放棄する

ことができないとされる。強行法的な権利は公序と関わるもののみとされるが、これに対しては、株主の利益保護の観点からの批判もある。ドイツでは社員権は社員の地位から独立した権利ではなく、それ単独で放棄することはできない。しかし、社員がその権利から生じる具体的な権利を放棄することは可能である。オランダでも、株主は権利そのものの放棄はできないが、権利から生じた具体的な請求権は放棄することができるとして相対化がなされている。その限界は、3：40条によって、株主の相互チェック機能が除去されるような合意や、合理と公平の原則を排除するような合意に対する挙証責任の転換として突きつけられる。

本論稿では、英国・ドイツと、両国に遅れて閉鎖会社法を制定したオランダとの異同を浮き彫りにしてきた。「EU 域内での会社法形態間の競争」に後押しされて、各国法レベルでの強行法規性の差異も縮小の方向に向かうであろうことは容易に推測される。現在審議中のオランダの閉鎖会社法改正案が成立して3ヵ国の会社法改正の足並みがそろった後において、各国の伝統的な強行法規性概念の異同が、具体的な紛争場面で株主（社員）による自治の限界ラインにどのように作用してゆくかを継続的に分析することを今後の課題とする。