

# 比較定款論—英国・ドイツ・オランダ—(2)

田 邊 真 敏

1. はじめに
2. 英 国
  - (1) 株主の追加的権利
  - (2) クラス権
  - (3) 外部者権利
  - (4) 株主の追加的義務
3. ド イ ツ
  - (1) 株主の追加的権利
  - (2) 特別権
  - (3) 第三者の権利
  - (4) 社員の付随的給付義務
  - (5) 社員の資格要件
4. オランダ
  - (1) 株主の定款上の権利
  - (2) 株主の「特種の」権利
  - (3) 第三者の権利
  - (3) 株主の追加的義務
  - (4) 株主の資格要件
5. 総括および日本法への若干の示唆

## 1. は じ め に

本稿は、英国・ドイツ・オランダの閉鎖（非公開）会社における定款の法的性格、定款の解釈、定款変更を比較分析した前稿に続いて<sup>1)</sup>、定款に定められた株主の権利・義務、株主の資格要件、および第三者の権利を取り上げ、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

1) 拙稿「比較定款論—英国・ドイツ・オランダ—(1)」修道32巻2号212頁(2010)。なお、本稿脚注中の引用略記は、前稿で用いたものを継続している。

らかにすることを目的とする。

定款には、法令により記載しなければならない事項（絶対的記載事項）に加えて、株主同士および会社と株主間の権利義務が追加的に定められることがある。資本金払込義務のほかに定款に株主の義務を追加的に盛り込むことで、会社の人的組織（*intuitu personae*）の性格が強められる。追加的な権利義務の根拠は法令に求められるが、この法的基礎がどの程度要求され、そして追加的な権利義務規定の限界がどこにあるかが明らかにされなければならない。

株主は、定款によって権利を拡大または制限することで、閉鎖（非公開）会社の内部関係を自ら形作ることができ、それによって少数株主も会社に一定の影響を与えることが保証される。一方、多数派は定款変更によって株主の定款上の権利を奪い、または追加的な義務を課することができるが、少数株主保護の問題ゆえにそこには限界があると考えられる。

すなわち、追加的な権利義務の設定にあたっては、少数株主の保護と会社の発展の利益が比較考量されなければならない。株主総会における決議要件は少数株主を保護するためである一方、会社の利益概念は、会社の発展が定款上の義務と調和することを意図しており、一般にそれは迅速な意思決定を可能にすることによりもたらされる。しかしながら、ある範囲の株主の権利を拡大することは、他の株主の権利を犠牲にすることになるため、ここに異なる立場の株主の利害を比較考量する必要性が生じる。

以上の検討に加えて、本稿では、第三者を対象とした追加的な権利を定款でどこまで定めることができ、また第三者に対するいかなる保護が定款に定めた権利から導かれるかを論ずる。後者に関しては、第三者が定款を根拠として会社の業務執行に与えることができる影響力について、会社法の強行規定がどこにその限界を設けているかがポイントとなる。

## 2. 英 国

### (1) 株主の追加的権利

株式会社では、定款で別段の定めをしない限り一株一議決権の原則が適用される<sup>2)</sup>。すなわち定款の定めを置くことによって、無議決株式を創出することができる。その他の株式に付帯する権利は、私会社モデル定款21条(旧 Table A 2条)による。モデル定款21条1項は「定款の規定に従い、既存の株式の権利を害することなく、会社は通常決議で決定するところにより、権利や制限を伴う株式を発行することができる」と定めている。

したがって、定款で株主総会出席権や配当請求権を定め、またこれらの権利を定款で制限したり排除したりすることができる。議決権は総会出席権と結び付いており、株主が議決権を有していなければ、原則として総会に出席することはできない<sup>3)</sup>。

定款変更決議により、株主権を奪うことも可能であるが、特別決議が必要となり、4分の3の多数決によらなければならない<sup>4)</sup>。しかしながら、1900年の *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd* 以降、定款変更権は、「会社全体の利益のために善意で (bona fide for the benefit of the company as a whole)」行使されなければならないとされてきた。すなわち、「(定款変更)権は、そのほかの権利と同様に、少数派を拘束することのできる多数派に付与されたすべての権利に適用される法と衡平の一般原則に従って行使されなければならない。それは法が要求する態様のみならず会社全体の利益のために善意で行使されなければならない、かつそれを超えてはならない。これらの条件は常に黙示であって、明示されることはほとんどない。」<sup>5)</sup>

*Allen* 判決では、どのような場合に決議が善意でなされたといえるかについての明確な判定指針が示されておらず、その後多くの議論が提起され

2) Companies Act 2006, s. 284.

3) *Re Mackenzie & Co Ltd* [1916] 2 Ch 450. See FARRAR, at 313.

4) Companies Act 2006, ss. 21, 283.

5) *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900] 1 Ch 656 (Court of Appeals).

てきたが、定款変更に関しては、多数派株主が少数派株主を犠牲にして自らを利するものであってはならないということがそれらの共通項となっている<sup>6)</sup>。

判例・学説は、「会社全体の利益のために善意で」という言葉の具体的な意味を探索することに意を注いできた。議論が分かれるのは、これが主観的基準か客観的基準かという点である。主観的基準であれば、株主が定款変更の際に会社の利益のためと誤って思い込んでいたときに、裁判官は合理的な人間ならばそのような定款変更が会社の利益のためとは思わないであろうと認められる場合にのみ介入する<sup>7)</sup>。この証明責任は定款変更の無効を主張する側にあるが、一般に株主は何が会社および株主全体の利益であるかを判断できる最適者であるという強い推定が働くので、この証明をすることはいささか困難を伴うであろう。しかしながら、主観的アプローチを支持する者は、会社の内部事項について裁判官は消極的であるべきとする<sup>8)</sup>。これに対して客観的基準によれば、定款の変更が有効であるか否かについて、多数派株主が主観的に善意であったかどうかは問題ではなく、裁判所により客観的に判断されることになる<sup>9)</sup>。

定款変更が、配当、資本金、株式の処分権に関わる場合は、会社は株主

6) Peter's American Delicacy Co Ltd v. Heath [1939] 61 CLR 457 (High Court of Australia), in LEN SEALY & SARAH WORTHINGTON, CASES AND MATERIALS IN COMPANY LAW 211 (Oxford Univ. Press, 8th ed. 2008); Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd [1951] Ch 286 [1950] 2 All ER 1120 (Court of Appeals); Redwood Master Fund and others v. TD Bank Europe Ltd and others [2002] All ER (D) 141.

7) Shuttleworth v. Cox Brothers and Co (Maidenhead) Ltd [1927] 2 KB 9; Citco Banking Corporation NV v. Pusser's Ltd [2007] UKPC 13, [2007] Bus LR 960.

8) G. R. Bretten, *Alteration of Articles and Protection of Minorities*, [1994] J. B. L. 185, 191-95; F.G. Rixon, *Competing Interests and Conflicting Principles: An Examination of the Power of Alteration of Articles of Association*, 49 M. L. R. 446, 456 (1986).

9) Brown v. British Abrasive Wheel Co. [1919] 1 Ch. 290; Dafen Tinplate Co. Ltd. v. Llanelly Steel Co. Ltd [1920] 2 Ch. 124. 「会社全体の利益」テストの判例の趨勢を詳細に分析した邦語文献として、大野正道『非公開会社の法理——社団法理と準組合法理の交錯』98頁以下（システムファイブ、2007年）（初出は富山大学経

と別個の人格としての利益を有しておらず、「会社全体の利益」テストは、そのような定款変更には関係しないと言わざるを得ない<sup>10)</sup>。異なるクラスの株主権についての問題にあっては、会社の利益のみをもってしては解決ができない<sup>11)</sup>。Ferran は、議決権のような重要な権利が奪われる定款変更の場合、株主に対する特別な保護が正当化され、そのような権利は場合によっては「クラス権」として認められ、関係する株主の同意をもってのみ変更することができるとする<sup>12)</sup>。

## (2) クラス権

英国法はいわゆるクラス権 (Class Right) を認めている。この権利は一定の株式に結び付き、あるいは特定のグループの株主に帰属する。クラス権の内容としては、優先株式の配当請求権、複数議決権株式の複数議決権がある。合弁会社の実務では、普通株式を2つのクラスの株式に区分することが行われている<sup>13)</sup>。

クラス権はクラス権保有者の同意なくしては変更できない。定款がクラス権の設定・変更手続を定めていない場合は、その変更は2006年会社法630条ないし636条の手続による。1985年会社法下では、クラス権が基本定款に定められているか通常定款に定められているかにより、手続が異なっていた。クラス権が通常定款に定められている場合、1985年会社法125条2項により、クラス権は当該クラスの額面総額の4分の3以上による特別決議で変更することができた。クラス権が基本定款に定められている場合は、変更手続がなく、全員一致の決議で変更できるかどうかの問題であった<sup>14)</sup>。

→ 済論集26巻1号24頁、2号26頁(1980)参照。

10) *Citco Banking Corporation NV v. Pusser's Ltd*, *supra* note 7.

11) *Peter's American Delicacy Co Ltd. v. Heath* (1939) 61 CLR 457, 481. *See also* MAYSON, at 93.

12) FERRAN, 1999, at 347.

13) FERRAN, 1999, at 333. Barney Reynolds, *Shareholders' Class Rights: A New Approach*, [1996] J. B. L. 554, 555.

14) FERRAN, 1999, at 340. FARRAR, at 233.

1985年会社法127条2項は当該クラス株式の15%以上を保有する者は、クラス権の変更が当該クラスの株主を不当に害する場合、それを無効とすることができた。クラス権の廃止もまたクラス権の変更として扱われる<sup>15)</sup>。

1985年会社法下では、*Cumbrian Newspapers Group Ltd v. Cumberland & Westmorland Herald Newspaper & Printing Co. Ltd*<sup>16)</sup>により、クラス権は株式に結び付いた権利に限られず、人に結び付いた権利もまたクラス権となるとされた<sup>17)</sup>。本判決により、クラス権はかなり自由に定義できることとなった。事案の概要は次のとおりである。

*Cumbrian Newspaper Group* (CNG) と *Cumberland & Westmorland Herald Newspaper & Printing Co.* (C&W) は、それぞれ *Cumberland* 地区で新聞を供給していた。この地区で双方の新聞が生き残るために、双方の編集者は CNG の新聞を *Cumberland & Westmorland Herald* に統合して、CNG が C&W の10%の株式を取得する合意をした。合意の一部として C&W の定款変更があり、CNG は発行済株式の10%以上を保有している限り利益とニュースの先買権および取締役の指名権を有していた。数年後取締役会は臨時株主総会を開き、CNG のこれらの権利を抹消する定款変更を提案した。CNG は、これらの権利はクラス権であり CNG の同意なくして変更できないと主張した。Scott 判事はこれを認め、3つのカテゴリーの特別な権利と区別することでその判断の根拠を示した。

「第1に、特定の株式と結び付いた権利や利益がある。このような性格の権利の古典的な例として、配当請求権、残余財産分配請求権がある。通常定款で特定の株式が他の株式の保有者には与えられない特定の権利を持っていると定めているのであれば、これらの権利が1985年会社法125条の目的で、株式のクラスに付帯すると結論するのは容易であ

15) *Companies Act 2006*, ss. 334(7)(b), 630(6), 633(6).

16) *Cumbrian Newspapers Group Ltd v. Cumberland & Westmorland Herald Newspaper & Printing Co. Ltd* [1987] Ch 1.

17) 2006年会社法は株式資本を有しない会社については、クラス権が「人」に帰属すると定めている (ss. 631, 634)。

る。」

「通常定款に含まれ得る第2のカテゴリーの権利または利益は、会社の社員または株主の資格ではなく、潜在的理由で、会社の管理運営または事業経営と結び付いた個人に与えられた権利または利益をカバーする。このカテゴリーの権利または利益はクラス権ではないことはおそらく明らかである。それらは株式のクラスに付帯した権利と言うことはできない。……第3のカテゴリーが残る。このカテゴリーは、特定の株式に付帯するのではなく、しかしながら会社の社員または株主としての資格で受益者に与えられる権利または利益をカバーする。……私の判断では、会社は通常定款によって特別な権利を会社の社員または株主の資格でそのメンバーに与えることができ、それにより当該メンバーが保有する株式は125条の目的におけるクラス株式を構成する。その権利はクラス権である。」

Scott 判事によればクラス権のそのほかの例として、取締役を解任される議案について、株主である当該取締役が3倍議決権を株主が有するという条項がある<sup>18)</sup>。この条項は一定の期間取締役の地位にある株主とそうでない株主とを区別する。さらに Scott 判事は、株式の処分権を取締役に委ねる内容を含む株主権をクラス権とした<sup>19)</sup>。

それゆえ、クラス権は明白に株式に結び付いているのみならず、定款により株主としての資格で株主に付与された権利でもある。それゆえにクラス権は少数株主に権利保全の保護を与えることができ、これについては解釈の余地が大きい。

さらにクラス権は、定款そのものに規定されている必要はなく、株主間契約による権利もクラス権とされる。ただし、当該契約の当事者である株主に限られる。この点に関する判例として Harman v. BML Group Ltd があ

18) See *Bushell v. Faith* [1970] AC 1099, [1970] 1 All ER 53, [1970] 2 WLR 272. 拙稿「会社法の強行法規性と株主権の放棄」修道32巻1号417頁（2009）参照。

19) See *Rayfield v. Hands* [1960] Ch 1, [1958] 2 All ER 194.

る<sup>20)</sup>。

*Harman v. BML Group Ltd* では、会社の定款に総会決議の定数要件として最低2名の株主が定められていた。*Harman, Mills, Blumenthal* の3名の株主の間では、B株式の保有者すなわち *Blumenthal* の出席なくして定数は満たさないと合意されていた。*Harman* が定数要件を無視して裁判所に総会招集を求めたのに対し<sup>21)</sup>、*Henry* 判事は以下のように判示した。

「*Blumenthal* の権利はクラス権として株主間契約で確保されており、その権利は彼に効果的な拒否権を与えており、また会社がとりたててそのように組み立てられているのであるから、371条は株主間契約を書き換えるようには作用しない。」

*Ferran* は普通株式に結び付いた議決権でも、少数株主を定款変更による議決権剥奪から守るために、一定の場合にはクラス権になるとする<sup>22)</sup>。

その一方、1985年会社法下では、「変更」という言葉は制限的に解釈されていた。クラス権そのものとクラス権の享受が区別され、変更がクラス権そのものに関する場合に限り、1985年会社法125条の手続きの適用が考慮された<sup>23)</sup>。その例として、*Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd*<sup>24)</sup> がある。この事件では会社が株式資本を10p 株式と50p 株式に分け、それぞれに議決権が与えられていた。50p 株式を10p 株式5株に分割することで、議決権の相対的ウェイトが減少し会社の支配権を失うに至ったが、10p 株主のクラス権の変更とはみなされなかった。

判例の考え方によれば、クラス権の変更として保護の対象となるのは、その権利の性質が変更される場合であって、その享受が変更される場合はクラス権の変更に含まれない。例えば、一株一議決権から一人一議決権に

20) *Harman v. BML Group Ltd* [1994] 2 BCLC 674, [1994] 1 WLR 893, [1994] BCC 502.

21) 1985年会社法371条は、裁判所に総会招集を請求する権利を株主に認めていた。

22) *FERRAN*, 1999, at 347.

23) *FERRAN*, 1999, at 341.

24) *Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd* [1946] 1 All ER 512. See *FARRAR*, at 232.

変更する場合や、清算時の残余財産に対する権利を全く奪うような場合がクラス権の変更に該当することになる<sup>25)</sup>。これに対し Davies は、議決権を半分にする決議はクラス権の変更とはならないが、効果は同じでも議決権を2倍にすることはそうではないと考えている<sup>26)</sup>。Reynolds はそれを受けて間接的変更にもクラス権の変更手続きを考慮すべきことを論じた<sup>27)</sup>。しかしながら、クラス権を広く解釈することによって、権利享受に影響する唯一の方法である決議に関し拒否権を与えることになることに留意する必要がある<sup>28)</sup>。

### (3) 外部者権利

第三者は一般に定款から権利を援用することはできない。これはコモン・ローの“privity rule”に由来する。第三者は、契約の当事者でなく、約因が与えられていないため、契約上の権利を行使することができないからである<sup>29)</sup>。確かに1999年契約法では privity rule は廃止されたが、同法は1985年会社法14条の意味における基本定款および通常定款には適用されない<sup>30)</sup>。このことは、定款に定められた第三者の権利が受益者の承諾なく変更され得ることを意味する。たとえ受益者が同時に株主であっても同じである。

この点に関する判例として Eley v. Positive Life Assurance Co.<sup>31)</sup> が挙げられる。Eley は会社のソリシタであり、定款でそのように定められていた。

---

25) MAYSON, at 396.

26) DAVIES, 1997, at 726. 批判的見解として, FARRAR, at 232.

27) Reynolds, *supra* note 13, at 570–74.

28) FERRAN, 1999, at 342.

29) Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd v. Selfridge & Co. Ltd [1915] AC 847 HL, [1914–15] All ER Rep 333. Neil Andrews, *Strangers to Justice No Longer: the Reversal of the Privity Rule under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, 60 CLJ 353 (2001). See also DAVIES, 1997, at 118.

30) Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999, s. 6(2). Andrews, *supra* note 29, at 372. See JOHN N. ADAMS & ROGER BROWNSWORD, UNDERSTANDING CONTRACT LAW 87–93 (Sweet & Maxwell, 3rd ed. 2000).

31) Eley v. Positive Life Assurance Co [1876] 1 Ex D 88.

Eley はまた株主でもあった。その後会社が Eley を解任し他のソリシタを招聘したため、Eley は契約違反による損害賠償を請求した。判決では原告はソリシタとして定款に依拠して請求を行うことはできないとされた。その後の別の判例では、生涯取締役であることが定款に記載されていても、広範な取締役解任理由を決議することのできる株主総会に抗うことはできないとされた<sup>32)</sup>。

問題は株主に帰属する権利が、メンバーの権利 (right qua member) とされ、また外部者権利あるいは第三者権利 (outsider right) とされるのがそれぞれどのような場合かということである。この分野でのリーディング・ケースは *Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association* である<sup>33)</sup>。この判決で Ashbury 判事は、会社組織に関する権利と契約的権利とを区別した。

「通常定款により外部者としての資格で権利が与えられる外部者は、現在または後に社員にあった場合でも、定款に基づきその権利を会社と自己の間の契約と扱い権利を強制するよう訴えることはできない。それらの権利はすべての株主に同様に適用される一般的な会社法規制の一部ではなく、当該自然人と会社との間の契約によってのみ存在しており、後に外部者に株式を割り当ててその者に有利な定款が追加されたとしても、定款に基づき権利を強制するよう会社を訴えることはできない。それは無関連事項 (res inter alios acta<sup>34)</sup>) であって、会社構成員の一般的な権利そのものではない。」

「……しかし、第1に、定款は会社と第三者の間の契約を構成するもの

32) *See Shuttleworth v. Cox Bros & Co (Maidenhead) Ltd* [1926] All ER Rep 498.

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

34) (=things done between strangers) 訴訟当事者双方と無関係の者の行為や陳述。一方当事者の行為・陳述であっても第三者との関連でなされたもので、その性質上、係争主要事実の存否について合理的な推認をもたらすことのできない間接事実事項のこと、または、そのような間接事実に関する証拠は許容されないとする証拠則 (田中英夫編『英米法辞典』726頁 (東京大学出版会, 1991年))。

ではない。第2に、社員であろうとなかろうと、例えば、ソリシタ、発起人、取締役といった社員としての資格以外において与えられるにすぎない権利は、会社に対して強制することはできない。第3に、社員の権利義務を規定する定款は一般に社員と会社との間の権利義務を創出する。」

すなわち、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されたのである。また、*Beattie v. E. and F. Beattie Ltd*<sup>35)</sup>では、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<sup>36)</sup>。

しかしながら、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<sup>37)</sup>、

35) [1938] Ch 708.

36) [1938] Ch 708, at 718–22 *passim*.

*Beattie* 判決を踏まえてより端的な例を挙げれば、定款に取締役の報酬を定めていても、取締役としては当該規定を根拠に会社に報酬を請求することができない。See PAUL L. DAVIES, GOWER AND DAVIES' PRINCIPLES OF MODERN COMPANY LAW 62–63 (Sweet & Maxwell, 7th ed. 2003).

37) K.W. Wedderburn, *Shareholders' Rights and the Rule in Foss v Harbottle*, [1957] C. L. J. 194, at 212–13. Wedderburn は *Quinn & Axtens Ltd v. Salmon* [1909] 1 Ch. 331, C.A., [1909] AC 442, H. L. を取り上げて、同判決が自説によって論拠付けられることを説明する。*Salmon* 事件は、会社の2名の業務執行取締役 (managing director) のうちの1名 (*Salmon*) が、定款で与えられていた拒否権を取締役会において行使したため、臨時株主総会が開かれ、多数決により同一の内容の決議が可決されたのに対し、*Salmon* が社員の資格で代表訴訟を提起したものである。貴族院は、株主総会決議は定款の規定と矛盾しており、会社はその決議に基づいて行動することはできないとする差止命令を発した。Wedderburn

あるいはそのような条件に付加して定款規定が会社機関に特に機能を委ねている場合に限り社員は定款規定を援用することができるとする主張が示されてきた<sup>38)39)</sup>。また、それらの議論に対して、定款は長期契約であり、それによって株主に与えられた権利は、他の株主が享受する権利との関係において考察されなければならないという関係的契約観を提示し、株主間の権利が相対立する場合は、会社法によって用意された多数決という紛争解決手段に委ねることが適切であるか否かを検討すべきとする主張がなされている<sup>40)</sup>。この見解によれば、所与の事実状況の下で、定款に代替的な条項または相対立する条項がなく、かつ定款変更を希望する株主が4分の3の特別多数に至らず、かつ定款違反の状態を認める株主が過半数に至らないか、または案件を多数決に付すことが適切でない場合に、株主が当該定款条項の強制を求めることの障害が取り払われ、株主は裁判所に救済を

よれば、Salmon は会社に定款を守らせるために社員としての権利を行使したことになる (*Id.* at 212)。

38) G. D. Goldberg, *The Enforcement of Outsider-Rights under s. 20(1) of the Companies Act 1948*, 35 M.L.R. 362, 365 (1972). Goldberg によれば、Salmon 事件は、定款によってある特定の問題については機関構成が「取締役会+2名の業務執行取締役」となっており、それゆえ Salmon の提訴は、その機関が機能したものであると説明される (*Id.* at 368)。

39) Wedderburn および Goldberg の所論については、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』(信山社, 1994年) 46-48頁, 51-55頁参照。

大野教授は、定款の契約としての効力が外部者としての資格でも生ずるか否かを問題とするのは、社員間の合意の効力が取締役会の権限との関係でどの範囲まで有効と認められるかを問題としているにはかならず、その判断は外部者の権利を典型的に分類把握した上で考察されるべきとする。そして、①社員関係を規定するもの(例:株式譲渡制限)、②会社の意思決定や業務執行の方法を決定するもの(例:議決権行使についての合意)、③会社の業務執行者について規定するもの(例:特定社員に対する役員地位の保障)の3類型を提示し、判例の検討を踏まえ、①は有効、②は判例上は有効性に疑義ありとされるが、所有と経営が分離していない小規模会社では業務執行の合意は許されてよいとし、③については明瞭でない部分が残るがほぼ有効とする(大野・57-63頁)。

40) R.R. Drury, *The Relative Nature of a Shareholder's Right to Enforce the Company Contract*, [1986] C. L. J. 219, at 223-24.

求めることができることになる<sup>41)</sup>。

さらに異なるアプローチとして、Hickman 判決以前の判例の分析から、裁判所は定款規定を制約なく強制してきていたとして、Hickman 判決そのものを批判する見解がある<sup>42)</sup>。

また、内部者・外部者二分論は、定款の明文の規定を超えて当事者の衡平法上の期待に効力を与える“unfair prejudice”に関する判例法理の発展と逆行し、もはや維持され得ないと考えられること、さらには、法律実務において、Hickman 判決によって示された定款の強制力のリスクを回避するために、むしろ一般契約法理が適用される株主間契約が用いられるという法の意図にそぐわない現象が生じてきたことから、Hickman 判決法理そのものを見直すべきとの指摘がなされている<sup>43)</sup>。

#### (4) 株主の追加的義務

2006年会社法25条（1985年会社法16条）により、株主は現在保有している以上の株式をその意思に反して引き受けることを、定款変更によって義務付けられたり、引受株式の払込責任を拡大されたりされない。また、Hickman 判決によれば、株主の権利義務を規定する定款は一般に株主と会社との間の権利義務を創出するとされており、すなわち通常定款において株主の義務を定めることができるとされる<sup>44)</sup>。

41) *Id.* at 224. この要件に該当しない場合は定款または会社法により用意された紛争解決手段による。

42) Roger Gregory, *The Section 20 Contract*, 44 M. L. R. 526, 539–40 (1981). Gregory 教授の見解では定款規定の強制が制限されるのは、公序や Ultra vires 法理に反する場合、または制定法の要求に反する場合である。

43) BEN PETTET, *COMPANY LAW* 99–100 (Longman, 2001). また、DTI, *THE COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, MODERN COMPANY LAW FOR A COMPETITIVE ECONOMY: DEVELOPING THE FRAMEWORK*, §§ 4. 72–4. 99, URN 00/656 (Mar. 2000) も、定款の規定を強制できる者の範囲をどのように規定するかという問題提起をした。その他、Stephen Copp, *Company law and alternative dispute resolution: an economic analysis*, [2002] *The Company Lawyer* 361, 364 参照。

44) *Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association* [1915] 1 Ch ➤

そのため例えば、株式譲渡制限が設けられている場合に、株主は保有株式の減少を余儀なくされることがある<sup>45)</sup>。Rayfield v. Hands がそのような事案として挙げられる<sup>46)</sup>。当該事件では、会社の定款によって、株主はいつでも株式買取請求ができ、会社側は買取義務があるとされていた。Rayfield が買取請求を行ったところ、取締役は買取義務を否定したため、Rayfield が提訴した。Vaisley 判事は取締役としての義務は株主の資格としての義務であり、パートナーシップのパートナーの義務と同様に強制できるとした。

2006年会社法25条（1985年会社法16条）が定めるカテゴリー以外の義務については、会社は多数決によりそれを株主に対して課することができる。ただし、そのような義務が定款変更によって導入されるときは、決議は「会社全体の利益のために善意で」なされなければならない<sup>47)</sup>。Sidebottom v. Kershaw, Leese & Co Ltd では、定款変更がなされ、その内容は、取締役会は株主が競業活動を行っているとき善意で考える場合に当該株主を除名できるとするものであった<sup>48)</sup>。本件では、除名権が株式譲渡義務として定められていた。

しかしながら、すべての株式譲渡義務が裁判所によって支持されるわけではない。Dafen Tinplate Co Ltd v. Llanelly Steel Co (1907) Ltd で Peterson 判事は、不確定な一般的譲渡義務の導入により、株主総会の多数決で恣意的な除名が可能となり、会社の利益が多数派の利益と混同されているとした<sup>49)</sup>。ただし判例法では、少数株主は明白に不合理な義務から保護されているに過ぎず、同意権が与えられるわけではない。

---

881.

45) DAVIES, 1997, at 345.

46) Rayfield v. Hands [1960] Ch 1, [1958] 2 All ER 194.

47) Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd [1900] 1 Ch 656 (Court of Appeals).

48) Sidebottom v. Kershaw, Leese & Co Ltd [1920] 1 Ch 154 (Court of Appeals).

49) Dafen Tinplate Co Ltd v. Llanelly Steel Co (1907) Ltd [1920] 2 Ch 124. See also Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd [1951] Ch 286. その他の除名が争われた案件については、DAVIES, 1997, at 709, MAYSON, at 93-94 参照。

### 3. ド イ ツ

#### (1) 株主の追加的権利

ドイツ有限会社の社員の権利は、主として定款で定められ、形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) が原則とされる。有限会社法45条は以下のように定めている。

1. 会社の業務、特に経営の管理に関する社員の権利およびその行使は、法律の規定に違反しない限り、定款の定めに従う。
2. 定款に別段の定めがないときは、46条から51条までの規定を適用する。

有限会社法は株主総会の権限、総会の招集および決議の方法、ならびに議決権に関して追加的な権利を定めている。したがって社員は強行規定に抵触または会社の「本質」からくる限界に抵触しない限り、原則として自由に法律の規定から逸脱することができる<sup>50)</sup>。例えば、年次社員総会の開催義務は法定されていない。また配当請求権などその他の社員権については、法律に明文の規定はない。

原則として社員の権利は、議決権数の4分の3の多数決による定款変更によって、変更または排除することができる (有限会社法53条2項)<sup>51)</sup>。したがって、持分譲渡制限規定を定款変更決議によって導入したり廃止したりすることができ、それには全社員の同意が必要になるわけではない<sup>52)</sup>。

ドイツには、当該権利の保有者の承諾をもってのみ変更することができる変形不能な (unentziehbar) 権利があり、例えば、配当請求権や残余財産分配請求権がこのような権利に該当するとされる<sup>53)</sup>。配当や残余財産の請

50) BGH, NJW 1954, 1563.

51) HACHENBURG/ULMER, § 53, 78.

52) LUTTER/HOMMELHOFF, § 53, 21.

53) HACHENBURG/RAISER, § 14, 27ff. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 16. H. ROWEDDER/C. SCHMIDT-LEITHOFF/PENTZ, GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG: KOMMENTAR, 4. Aufl., Franz Vahlen, 2002, § 14, 21 („ROWEDDER/SCHMIDT-LEITHOFF/[BEARBEITER]“).

求権を放棄することは会社の目的の変更になると解されるためである。BGB33条により、社団の目的変更には全社員の承認が必要となるが、法人法の一般原則として、このことは有限会社にも適用される<sup>54)</sup>。

また議決権の排除は、当該社員の承諾をもってのみ行うことができる。ただし、持分発行の時にすでに議決権排除の可能性を認識したうえで社員となった場合はこの限りでない。議決権の変形不可能性の基礎は平等取扱原則（社員平等原則）（*Gleichbehandlungsgrundsatz*）にあり、この原則に基づき、社員または社員の集団は、重大な理由（*wichtiger Grund*）がない限り、自らの承諾をもって他の社員に劣後することがある。無議決権持分も可能であるが、実務ではほとんど用いられていないようである<sup>55)</sup>。

社員を不平等から保護するための補完機能として、特定の権利部分にリンクする保護が認められる。これは特別権（*Sonderrechte*）と呼ばれ、受益者の承諾なく変更することはできない。同じことが、設立時に社員または第三者に認められる特定の優越性にもあてはまる。社員の法的地位の変更に当該社員の承諾を要求することで、実質的に社員の追加的権利に強行法的限界が設けられている。

承諾が必要でない場合も、少数社員は、例えば合併や組織変更の場合に退社権が認められることで保護されている。少数社員に特別な保護が与えられている理由の一つとして、少数社員による取消しの訴え（*Anfechtungsklage*）の提起により、終局判決が得られるまでの間決議ができない状態が比較的容易に作り出されるのを回避することがある。

## (2) 特別権

ドイツ法では優先持分（*Vorzugsgeschäftsanteile*）のように特別な権利を持分に与えることが認められる<sup>56)</sup>。この特別権（*Sonderrechte*）は、特別な

---

54) LUTTER/HOMMELHOFF, § 53, 19.

55) BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 47, 71-74a.

56) HACHENBURG/ULMER, § 5, 161.

社員権であって、個々の社員や一定の社員グループに優越的な地位を認めるものである<sup>57)</sup>。このような持分と結び付いた特別権とは別に、ドイツ法には人的特別権があり、それは持分から独立して存在するという点で区別される<sup>58)</sup>。特別権を請求できるのは社員のみであって、原則として第三者は定款上の権利を援用することはできない。特別権の法的根拠はBGB35条であり、それは社団法のルールとして有限会社にも適用される<sup>59)</sup>。すなわち特別権は財産法と組織法がカバーする領域とすることができる。

特別権の例としては、特別配当請求権、複数議決権、取締役就任権、取締役任命権、一定の決議に対する承認権または拒否権があり、また、持分譲渡の場合の承諾権、譲渡持分の先買権も特別権と考えられている<sup>60)</sup>。取締役として定款に名前が記された社員は、定款の文言を客観的に解釈してその社員が特別権を有することが意図されていることが明らかであれば、取締役の地位の特別権を有する<sup>61)</sup>。取締役の地位の特別権は、終身の権利として示されることができ、持分の譲渡とともに終了する。これは取締役の地位の特別権が、常に人に結び付いていることを意味する<sup>62)</sup>。

特別権は強行法的な権利に介入することはできない。したがって、定款変更権を特別権の形で社員に与えることはできない。定款変更権は有限会社法53条により総会に帰属する<sup>63)</sup>。

---

57) Arthur Waldenberger, *Sonderrechte der Gesellschafter einer GmbH - ihre Arten und ihre rechtliche Behandlung*, GmbHR 1997, S. 52. Siehe auch HACHENBURG/RAISER, § 14, 17ff. FLUME, ALLGEMEINER TEIL DES BÜRGERLICHEN RECHTS - DIE JURISTISCHE PERSON, Springer Verlag, 1983, S. 272. STAUDINGER/COING, § 35, 8 e. v. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 17.

58) HACHENBURG/ULMER, § 5, 161, 173. HACHENBURG/RAISER, § 14, 22. Michael Junker, *Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG*, ZHR 1995, S. 211.

59) BGB35条は、「社員総会の決議をもって社員の特別権を害するには、その社員の同意があることを要する」と定める。

60) HACHENBURG/ULMER, § 5, 160, 170ff. HACHENBURG/RAISER, § 14, 19.

61) BGH WM 1981, 438. HACHENBURG/RAISER, § 14, 21. Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 51.

62) HACHENBURG/ULMER, § 6, 18.

63) HACHENBURG/RAISER, § 14, 20.

BGB35条を根拠として、特別権は受益者の承諾をもってのみ剥奪または変更することができ<sup>64)</sup>、承諾のない変更は決議無効となる<sup>65)</sup>。ただし、重大な理由があるときは承諾要件が免除されることがある<sup>66)</sup>。その例としては有限会社法38条2項があり、同条に基づき、取締役は、重大な理由がある場合には、取締役の地位についての特別権を有していてもいつでも解任でき<sup>67)</sup>、取締役を解任された社員は、退社する権利を有する<sup>68)</sup>。Waldenberger は、承諾要件から逸脱することについて、誠実義務 (Treupflicht) の適用を主張している<sup>69)</sup>。

有限会社は、形成の自由に基づいて種々の特別権を設定する余地を与えられており、このことは人的結びつきの強い有限会社においてはとりわけ重要な意義を持つ<sup>70)</sup>。特別権は多数決による決議のカウンターバランスとして19世紀に創出され<sup>71)</sup>、その後時代とともに変化する環境に対応するために団体に認められる調節弁の役割を果たすようになり、それゆえに制限的に解釈されてきた。

今日、特別権による少数社員の保護は、誠実義務や平等取扱原則のようなより柔軟な原則に取って代わられている。これらの理論の発展により特別権を少数社員の保護手段とする意味合いは薄れてきたとされる<sup>72)</sup>。また、特別権の保護機能の効果は、特別権の設定の恩恵を受けない社員の同意を

64) HACHENBURG/ULMER, § 5, 165, 181. HACHENBURG/RAISER, § 14, 23.

65) Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 55. LUTTER/HOMMELHOFF, § 38, 34.

66) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 14, 18.

67) Vgl. BGH NJW 1969, 131; BGH WM 1981, 438, 439. HACHENBURG/RAISER, § 14, 19.

68) LUTTER/HOMMELHOFF, § 38, 23.

69) Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 54.

70) Karl Winkler, *Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedene Auswirkungen*, DNotZ 1969, S. 413. K. SCHMIDT, 2002, S. 379. Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 49, S. 51.

71) FLUME, 1983, S. 271.

72) ZÖLLNER, *DIE SCHRANKEN MITGLIEDSCHAFTLICHER STIMMRECHTSMACHT BEI DEN PRIVATRECHTLICHEN PERSONENVERBANDEN*, Verlag C. H. Beck, 1963, S. 110.

要するとする平等取扱原則により減殺されている<sup>73)</sup>。しかしながら、実務において特別権は重要な役割を担っており、権利を有する社員に特別な優越性を与えるがゆえにその経済的価値も認識されている<sup>74)</sup>。

### (3) 第三者の権利

ドイツ法では、第三者は定款上の権利を援用することができない<sup>75)</sup>。第三者の権利は、第三者が会社機関と認められる場合を除き、原則として実質的な意義の定款には属さない<sup>76)</sup>。取締役会での承諾権あるいは解任権は、第三者が会社機関と考えられる場合は、当該第三者のためのみに設定することができる<sup>77)</sup>。そこで第三者がどのような場合に会社の機関と認められるかが問題となる。

Ulmer は、外部の第三者に属人的 (*ad personam*) に権利を与えることは、機関の創出にはならないと考えている<sup>78)</sup>。これに対し、Beuthien/Gätsch は、定款で権利を与えることによって第三者はまさに会社の機関になるとする<sup>79)</sup>。それは明らかに内部組織に影響を与える権利であって、契約的権利とは異なるためである。Zöllner によれば、会社機関は定款によってのみ創出され、それが会社の利益のために任務を行っている限り、内部意思決定権限を有すると解されている<sup>80)</sup>。BGH は、定款により創出された仲裁裁判所

73) STAUDINGER/COING, § 35, 8. HACHENBURG/RAISER, § 14, 21. HACHENBURG/ULMER, § 5, 163 und § 53, 120. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 13, 43, § 14, 15. Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 50.

74) Waldenberger, a. a. O. (Fn. 57)), S. 49.

同様の役割や価値は程度の差こそあれ属人的権利にもあてはまるが、属人的権利は譲渡することはできない。

75) BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 26.

76) HACHENBURG/ULMER, § 53, 17. BAUMBACH/HUECK, § 3, 26.

77) LUTTER/HOMMELHOFF, § 37, 16 und § 38, 3.

78) Ulmer, *Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH? in: Festschrift für Winfried Werner*, Walter de Gruyter, 1984, S. 923.

79) Beuthien/Gätsch, *Vereinsautonomie und Satzungsrechte Dritter*, ZHR 1992, S. 468.

80) BAUMBACH/HUECK/ZÖLLNER, § 45, 17-23.

(Schiedsgericht) を、会社の組織に関する決定を行うという理由で会社機関であると認めた<sup>81)</sup>。

一方、社員および第三者は有限会社の設立に当たって特別の利益(Sondervorteile) を与えられることがある。株式会社26条1項(有限会社にも類推適用される)は「特別な利益を受ける株主または第三者については、定款において受益者を特定してその旨を定めなければならない」と定めている<sup>82)</sup>。

特別利益の例としては、企業担保を利用する権利、売上高または利益の一定割合を受け取る権利、払込金の償還を受ける権利が挙げられる。特別利益は定款に定めなければならないとされるが、実質的には会社と受益者の間の契約内容を構成するものである<sup>83)</sup>。定款の記載は記述の形式に過ぎず、第三者が会社の財務上の義務を見極めることができるように、定款記載の要件を満足しないことに対する制裁としては無効が適用される<sup>84)</sup>。

株式会社26条4項により、特別利益は5年間の禁止期間(Sperrfrist)後は、受益者の同意をもって変更することができる<sup>85)</sup>。特別利益と認められない第三者の権利はいつでも変更可能であり、受益者はそれに対して異議を唱えることができない<sup>86)</sup>。それでは特別利益とは何かが問題となる。財産的権利のみならず支配権も特別利益と認められ、その例として、取締役就任権、取締役指名権が挙げられる。この権利は受益者の承諾をもってのみ変更することができる一方、定款に明記されることによって有効となる<sup>87)</sup>。

これに対し、Lutter/Hommelhoffは、解任条件が減殺される定款変更に

81) BGHZ 43, 261, 263.

82) HÜFFER, § 26, 1. Junker, *Der Sondervorteil im Sinne des § 26 AktG*, ZHR 1995, S. 207.

83) HACHENBURG/ULMER, § 5, 178. HÜFFER, *Kurzkommentar AktG*, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 1999, § 26, 2 („HÜFFER“).

84) Junker, a. a. O. (Fn. 82)), S. 207.

85) HÜFFER, § 26, 9.

86) Vgl. LUTTER/HOMMELHOFF, § 53, 14.

87) 拙稿・前掲注18) 394頁参照。

対し取締役は反対することはできないとする<sup>88)</sup>。さらに、取締役会構成員を解任する権利が特別利益として認められるかどうかについては議論がある<sup>89)</sup>。

また、定款で社員に与えられている権利は、それが社員としての資格の権利であるか、あるいは実際には契約上の権利であるかが解釈により決定されなければならない。持分とは独立して社員に与えられている会社に対する権利は、契約的権利と考えられる（第三者権利 (Drittrechte)）。定款変更決議は、当該社員の承諾なくその契約的権利に影響を与えることはできない<sup>90)</sup>。

#### (4) 社員の付随的給付義務

有限会社法3条2項は、定款で社員に追加的な義務、いわゆる付随的給付義務 (Nebenleistungspflichten) を定めることができるとする。社員が「会社に対するその他の義務」を負担する場合は、その旨を定款に定めなければならない<sup>91)</sup>。付随的給付義務が定款変更により新たに課されまたは変更される場合は、当該義務を負担する社員の承諾が必要となる（有限会社法53条3項<sup>92)</sup>）。付随的給付義務を廃止する場合は定款変更決議で足りる<sup>93)</sup>。

株式法55条は、付随的給付義務を金銭以外の反復的な給付義務に限っているが、有限会社ではそのような実質的な制限はない。契約の対象となる

---

88) LUTTER/HOMMELHOFF, § 38, 9.

89) HÜFFER, § 26, 3.

90) HACHENBURG/RAISER, § 14, 30.

91) LUTTER/HOMMELHOFF, § 3, 17. HACHENBURG/ULMER, § 3, 72.  
BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 31ff.

92) 有限会社法53条3項は、「定款により社員に課された負担を増加することは、関係する全社員の同意がある場合にのみ決議することができる」と定める。  
BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 38.

93) HACHENBURG/ULMER, § 53, 73.

事柄はすべて付随的給付義務とすることができる<sup>94)</sup>。義務は、作為、不作為のいずれでもよく、したがって競業禁止も認められる<sup>95)</sup>。この義務は絶対的なものではなく、義務負担者の側に有効な異議理由があれば拘束力が否定される<sup>96)</sup>。

会社に対する義務は、有限会社法3条2項から明らかなように、定款に記載されなければ無効とされる。社員はどのような義務が自分に課されているかを定款から知ることができなければならないためである。会社に対する義務は、社員の地位（Mitgliedschaft）に由来する義務であり、義務の内容が属人的なものでない限り、持分の移転とともに新しい社員に移転する<sup>97)</sup>。設定される義務は、すべての社員に平等である必要はない<sup>98)</sup>。

株主相互間の義務は定款に記載があっても実質的意義の定款規定とはならないが、付随的給付義務は、定款および合意により設定されるため、当事者の意思表示および合意がなされた状況、ならびに当事者が会社法的効果を意図したのかあるいは純粋に債務法的効果を意図したのかにより、実質的意義の定款規定となるかが判断される。そのため社員から会社に対して義務を移転することは、その義務を有限会社法3条2項の義務として考えると、他の社員による買取権の問題となる。しかしながら、他の社員に直接義務が移転するわけではない<sup>99)</sup>。義務に対価がない状況が存在していれば、その義務には会社法的機能があると言える。一方、社員が自ら会社に対して義務を負うという契約条項として考えると、それは設立証書を欠くがゆえに無効であるということになる<sup>100)</sup>。

義務は確定した明確なものでなければならない。これは義務が合意され

94) HACHENBURG/ULMER, § 3, 65, 75.

95) LUTTER/HOMMELHOFF, § 3, 22. HACHENBURG/ULMER, § 3, 65, 82.

96) ROWEDDER/KOPPENSTEINER, § 47, 20.

97) LUTTER/HOMMELHOFF, § 3, 27. HÜFFER, § 55, 3. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 34, 49.

98) HACHENBURG/ULMER, § 3, 86.

99) HACHENBURG/ULMER, § 3, 80. Siehe auch BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 57.

100) Vgl. BGH DB 1993, 829; OLG Dresden, GmbHR 1997, 746.

た時点で社員にとって予見可能なものでなければならないことを意味する<sup>101)</sup>。しかし、義務が有効となるために会社機関の決議が必要であるわけではない。定款に具体的な中身が明記されておらず、その決定が会社機関または第三者に委ねられている場合は、BGB315条、317条に従い、その公平な裁量による<sup>102)</sup>。両規定は、会社機関または第三者が不合理な義務を課すことができないことを意味する。すなわち多数派の意思に従うという一般原則は、有限会社法53条3項とは両立しない。ただし、同時に定款に退出権(Austrittsrecht)が定められている場合はこの限りでない<sup>103)</sup>。

付随的給付義務が履行されなかった場合に、どのような制裁を課すことができるか。ドイツ法では債務法の一般原則が可能な限り準用される<sup>104)</sup>。さらに定款でその他の制裁、例えば、株式法55条2項の類推適用により、不履行に対する制裁金を定めることができる<sup>105)</sup>。また、有限会社法34条に基づき、義務の不履行に対して制裁として持分の消却を定めることもできる<sup>106)</sup>。社員が定款の議決権行使義務に反する議決権行使をした場合、行使された議決権は無効である<sup>107)</sup>。

有限会社法34条2項により、持分の消却を当該社員の承諾なく行えるの

---

101) LUTTER/HOMMELHOFF, § 3, 25. HACHENBURG/ULMER, § 3, 87.

102) BGB315条1項：「契約当事者の一方によって給付を確定すべき場合において、疑わしいときは、公平な裁量によって確定すべきものとする。」

BGB317条1項：「給付の確定を第三者に委ねた場合において、疑わしいときは、公平な裁量によってか確定すべきものとする。」

LUTTER/HOMMELHOFF, § 3, 25. HACHENBURG/ULMER, § 3, 88. BAUMBACH/HUECK/FASTRICH, § 3, 38.

103) HACHENBURG/ULMER, § 53, 74.

104) LUTTER/HORNMELOFF, § 3, 28. HACHENBURG/ULMER, § 3, 90.

105) HACHENBURG/ULMER, § 3, 95.

106) Vgl. BGH NJW 1977, 2316; OLG Nürnberg, GmbHR 1994, 252, 253. 有限会社法34条は、「(1) 持分の消却は、これが定款において許されている場合に限り、行うことができる。(2) 持分権利者の同意のない消却は、当該権利者の持分取得前に定款に消却の要件が定められていた場合に限り、行うことができる」と定めている。

107) ROWEDDER/KOPPENSTEINER, § 47, 20.

は、当該社員が入社する前から定款に消却の条件が定められていた場合に  
限られる。消却を多数決によらず、また当該社員の意思に反して実行する  
ことは原則として許されない。多数派の恣意から少数社員を保護する必要  
があるためである<sup>108)</sup>。ただし、判例では例外的にそのような条項の有効性  
が認められ得ることが示されている<sup>109)</sup>。

義務の不履行は、定款による制裁のほかに、除名の訴え(Ausschlussklage)  
または会社の解散の根拠となる。それらが認められるのは、義務を履行す  
ることが継続的に不可能であると同時に、不履行により実質的に社会的関  
係に影響を受けている場合である<sup>110)</sup>。強制消却(Zwangseinziehung)(34  
条2項)が決議により直ちに執行されるのに対し、除名の訴えにおける社  
員は、除名の終局判決が下されるまで持分に付帯する議決権を含むすべて  
の権利義務を保持する<sup>111)</sup>。

##### (5) 社員の資格要件

持分の譲渡は定款に定められた条件に従う。例えば、社員の資格要件が  
あるが、それに関して、有限会社法15条5項が「定款により持分の譲渡に  
関する他の要件を加えること、特に会社の承諾を要するものとすることが  
できる」と定めている。

資格要件の例として、対象者が特定の家族の一員であること、一定の年  
齢に達していること、一定の訓練を受けたことなどを挙げることができる<sup>112)</sup>。譲受人がこれらの要件を満たした場合に会社は持分譲渡を承認する  
ことになる。Priesterは、承諾は株主間契約に参加するかどうかとは別個  
に行うことができるとする<sup>113)</sup>。

---

108) LUTTER/HOMMELHOFF, § 34, 18.

109) BGHZ 112, 108.

110) HACHENBURG/ULMER, § 3, 97.

111) OLG Nürnberg, GmbHR 1994, 254

112) LUTTER/HOMMELHOFF, § 15, 23.

113) Priester, *Rechtskontrolle und Registerpublizität als Schranken satzungsgleicher* ➤

資格要件は定款変更で設けることもできるが、全社員の同意が必要かどうかについては争いがある。Lutter/Hommelhoff は、会社の利益がそのような要件の設定を必要とするのであれば多数決で行うことができるとする<sup>114)</sup>。定款で要求されている資格を失うことは、有限会社法34条が定める持分消却の理由となる<sup>115)</sup>。

定款による資格要件がどの程度まで行き着くと無効となるかは必ずしも明らかではないが、この問題は付随的給付の有効性として捉えることができよう。

#### 4. オ ラ ン ダ

##### (1) 株主の定款上の権利

一般に、株主の定款上の権利のうち強行法的性格を与えられているものは、たとえ全株主が同意してもこれを制限したり剥奪したりすることはできない<sup>116)</sup>。一方、オランダ民法典第2編は株主の権利に関する補充的な規定を設けており、定款でこれらの権利を排除し、また後から定款変更で剥奪することができる。例えば、新株引受権は2：206 a 条1項により定款で制限することができ、定款によらざる制限には全株主の同意が必要とされる。その他の例としては、株式買取請求権を定める株式譲渡制限（提供規制）がある。Tonnema 判決で裁判所はこの点に関する株主と会社間の利害関係を以下のように評価した。

「当該提供規制は、定款で変更できないほど絶対的なものではなく、変更のためには株主総会での全員一致の決議が必要である。このことは、Lampe が Tonnema の株主の一員となった瞬間から、Tonnema という家族経営会社の株主総会の構成に鑑み、また株主の個々の資格と希望

↘ *Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH?, in: Festschrift für Carsten Peter Clausen: zum 70. Geburtstag, Heymann, 1997, S. 335.*

114) Lutter/Hommelhoff, § 15, 25.

115) Lutter/Hommelhoff, § 34, 16.

116) 拙稿・前掲注18) 390頁以下参照。

並びに相対的に小さい持分ゆえに、提供規制に関する定款変更に直面しうる。」<sup>117)</sup>

オランダ民法典は、閉鎖（非公開）会社（BV）の支配権に関する特種の株主権に対してのみ、株主の承認で払戻（*intrekking*）をすることができるとして明文の規定を設けている<sup>118)</sup>。すなわちこの場合、株主は定款において、すべての決議は株主の全員一致で行うとする定めを置くことができる<sup>119)</sup>。

## (2) 株主の「特種の」権利

2：201条3項により、定款で一定の種類株式に会社の支配権に関する特種の権利を定めることができる。そのような株式は一般に優先株式と呼ばれるが、さらにクラスに細区分されることもある。これらの特種の権利は株主ではなく株式に結び付いており、株式と切り離して譲渡することはできない<sup>120)</sup>。

優先株式は、設立時に定款により、または設立後に定款変更により設けることができる。同一の権利を有する複数の優先株主がいる場合、これらの優先権は優先株主によって共通的に行使される。この結果として、同一権利を有する優先株主グループは2：189 a条に定める会社機関と位置付けられる（種類株主総会）。優先株主による種類株主総会の権限には、2：195条4項による株式譲渡や新株発行の承認権、権限行使の結果の一部を留保する権限、損失処理の方法、および取締役会決議の承認がある。それ以外の特種の権利も、制定法上の明確な根拠はないが許容されると考えられ、例えば取締役・監査役の拘束的指名、株主総会決議の承認権・発議権が挙

117) Hof Leeuwarden, in HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645.

118) art. 2:208 lid 2 BW. 但し、定款で別段の定めをしないかぎりにおいてである。

119) OK 2 mei 2002, JOR 2002, 156, geciteerd door M. J. G. C. Raaijmakers, *De plaats van het personenvennootschapsrecht in de structuur van het ondernemingsrecht*, 2003, blz. 56, available at <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=6577> (laatst bezochte 15 mei, 2010). 商事裁判所は買収に関する紛争に関して、全員一致の決議を必要とする定款要件を支配権に関する特別法であるとした。

120) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 196.

げられる<sup>121)</sup>。優先株式と結び付いている支配権に関する特種の権利は、会社機関の役割と権限の法的配分までを変更することはできず、優先株主に与えられた権限はかかる意味において強行法的なものではない。

優先株式は、すべての優先株主が承認した株主総会決議により消却することができる。ただし、定款に定めがあるときは、対価を支払うことにより償還することができる(2:208条2項)。優先株式の権利の修正については、当該優先株主の承諾を要するかどうかは必ずしも明らかでない。株主はその意思に反して追加的な義務を課されないことから、2:192条の意味における追加的義務を伴う場合は株主の承諾が必要となろう。さらに、2:96条2項の類推適用により、新株発行決議が有効となるには新株発行でその権利に影響を受ける各種類株主の承諾が必要である<sup>122)</sup>。Meinemaは、優先株式に結び付いた権利の修正は劣後株式の消却と同様、2:208条2項を類推適用し承諾が必要とする<sup>123)</sup>。

優先株式が定款変更により設けられる場合は、普通株主の権利が間接的に制限され、既存の支配権配分に変更が生じる。そのような変更が、利益を害される株主すべての承諾を必要とするかどうかの問題となる。優先株式の創出により株主の根本的な平等的立場が破られることになるためである。ドイツではこの点を根拠にすべての株主の承認が必要とされているが、オランダ民法典の文言(2:201条1項)からはそのような承認要件は導かれない。

敵対的買収のように会社の利益が考慮されるべき場合を除いて優先株式発行には信義誠実原則ゆえにすべての株主の同意が必要であるとする立場と、株主は自ら入社することで多数派の力に服するのであるから、原則として株主の権利は定款変更により修正できるとの立場が考えられる。Meinemaは両者を比較した上で前者の立場を支持し、その根拠を強行法的な責任分

121) Vgl. ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 401.

122) JOCHEM JOHANNES PRINSEN, CONVERTEERBARE OBLIGATIES: OMZETTING VAN SCHULD IN EIGEN VERMOGEN, Kluwer, 2004, blz. 139.

123) MEINEMA, blz. 110.

配すなわち株主の権限そのものは変わらないところに求めている。ただし、優先株式の発行が合理と公平の原則に抵触する場合はこの限りでないとしている<sup>124)</sup>。

### (3) 第三者の権利

株主以外の第三者に、定款で一定の権利を付与することができる。例えば、発起人に与えられる特定の優先権や社宅の利用権などがこれにあたり、わが国においても定款の相対的記載事項のひとつとされている。2：204条によりこれらの権利は設立証書に記載されなければならない<sup>125)</sup>。また2：232条の定めるところにより、当該第三者は、これらの権利を剥奪する内容の定款変更から保護されている。すなわち、株主以外の者に与えられた権利は、受益者が変更同意しなければ、それを定めた定款規定を受益者に不利益となるように変更することはできない。ただし、権利の付与時に変更権限が定款の明文規定で留保されていた場合はこの限りでない。2：232条は株主以外の者を対象としているため、第三者は取締役、監査役、設立証書所持人あるいは配当参加証明所持人であってもよい。

第三者の権利がどの段階で2：232条の意味における権利と認められるかは必ずしも明らかでない。ここでの第三者の権利は、配当請求権のような契約的な権利であるとされており、支配権がそのような権利として認められるかについては見解が分かれる。Van Schilfgaardは、株主の優先権とのアナロジーでこれを否定する<sup>126)</sup>。Maeijerも本条の権利は財務的利益を反映したもので、支配権はこれに含まれず、役員指名権や拘束的指名は本条の権利ではないとする<sup>127)</sup>。

2：232条は、株主以外の者を、同意できない定款変更から保護することを目的としている。株主の追加的な権利は、原則として定款変更により多

124) MEINEMA, blz. 111.

125) Vgl. ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 99.

126) VAN SCHILFGAARDE, nr. 124.

127) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 542.

数決で減じることができるが、株主以外の者の権利の不利益変更は、その者の承諾が必要となる。一般債務法により会社の相手方の保護は十分であるため、2：232条は余分ではないかとの疑問が呈されている<sup>128)</sup>。Meinemaは、2：232条を会社が定款変更により明らかな債務不履行に陥らないようにすることを意図していると解釈する<sup>129)</sup>。確かに仮に2：232条がないとしても受益者は債務不履行を理由として権利行使ができるが、その場合には、株主総会で定款を変更することができると裁判官が判断するというリスクが残ることになる<sup>130)</sup>。

#### (4) 株主の追加的義務

2：192条は、定款変更によっても株主はその意思に反して追加的義務を課されることはないと定めている。すなわち、追加的義務は株主の同意によってのみ定款で定めることができる。株主に追加的義務を課す定款変更決議では、当該株主に拒否権が与えられており、これにより義務の境界が画定されることになる<sup>131)</sup>。

一般に、製品の供給、役務の提供、会社への寄付も2：192条の意味における義務であると考えられている<sup>132)</sup>。義務の解釈の範囲をそれ以上に拡大できるかどうかについては、学説は一致していない。2：192条は、条文の位置からしてあくまで株主と会社の関係に関するものであるとし、株主間の義務については及ばないとする見解がある<sup>133)</sup>。Maeijerは、2：192条の射程は、株主の同意なしに追加的な義務が会社機関の決議により課され

---

128) Vgl. VAN SCHILFGAARDE, nr. 124.

129) MEINEMA, blz. 113.

130) Vgl. VAN SCHILFGAARDE, nr. 124.

131) VAN SCHILFGAARDE, nr. 21では、全株主の同意を得ずとも定款変更決議は可能であるが、同意しなかった株主には義務は発生しないとする見解があることが言及されている。

132) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98. VAN SCHILFGAARDE, nr. 21.

133) Van den Ingh, *De verplichting tot overname van niet vrij overdraagbare aandelen*, WPNR 1989, blz. 137. ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98.

るのを防止することであるとしている<sup>134)</sup>。

これに対し、会社に対する義務と株主に対する義務の区別は意味がないとする反論がある。本条の立法理由は株式の保有にそれ以上の義務が結び付けられてはならないものであると理解し、どの株主に対して義務を負うかということはさして重要ではないとする<sup>135)</sup>。株式譲渡制限の設定または変更は追加的な義務とはされない<sup>136)</sup>。また優先株式から普通株式への転換も含め、株式の種類変更も追加的な義務とはならない<sup>137)</sup>。

かつて適用されていた司法省の指令では、義務は正確に定義されなければならないとされていた<sup>138)</sup>。会社機関の決議により株主に追加的な義務を課すことができるという内容の定款規定を設けることができるかどうかについては見解が分かれる<sup>139)</sup>。

追加的な義務は定款で明確に定義されなければならない。組合法に關してであるが、アムステルダム地裁は、Feyenoord/KNVB 判決において、当該義務（旧 art. 2:46 BW により組合員に課される義務）の性質は定款に定義される必要があるとし、その根拠は自己決定という根本的権利であって、組合（KNVB）に白紙委任をすることは組合員を害することになると判断した<sup>140)</sup>。

問題はそのような自己決定権が株主にもあてはまるかどうかである。KNBV フットボールクラブの組合員はフットボールができなければ組合員である意味がないが、株主は自発的に入社している。さらに株主は利潤を

134) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98.

135) Zie A. F. J. A. Leijten, *Geschillen tussen aandeelhouders, in: CONFLICTEN RONDOM DE RECHTSPERSOON*, Serie Monografiën vanwege het Van der Heijden Instituut deel 62, 2000, blz. 12.

136) Vgl. HR 17 mei 1991, NJ 1991, 645 (Lampe/Tonnema) geciteerd door VAN SCHILFGAARDE, nr. 96.

137) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98. P. SANDERS EN W. WESTBROEK, BV EN NV, BEWERKT DOOR F. K. BUIJN EN P. M. STORM, 7e druk, Kluwer, 1994, nr. 8. 3. 5.

138) § 30 Departementale Richtlijnen 1986.

139) ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98.

140) Hof Amsterdam, 8 november 1996, NJ 1998, 681 (Feyenoord/KNVB).

求めて動いており、株主の自治に独立した意味合いを与える必要性は組合に比べ低い。平等原則によりすべての株主は平等の義務を課される一方、2：15条、2：8条により不合理な義務からは保護されている。しかしながら株主が自由に議決権を行使できなければ会社の秩序は害される。なぜなら、株主総会で追加的な義務を定めることで株主が「処罰され (gestraft)」得るからである。とは言うものの、リスクは、合理と公平および平等取扱いの原則により回避することができる。例えば、株主総会で株式譲渡や買収の義務を課す決議がなされるならば、会社法上の公序と抵触することになるだろう。

Meinema は、追加的な義務が定款で詳細に定義されなければならないという問題は定款と契約条項の射程の差異により答えを導くことができるとする。定款条項は後から参加する株主の保護を射程とする。それらの株主もまた追加的義務を課す総会決議に拘束されるからである。すなわち、株主は総会が追加的義務を課すことについて合意をすることはできるが、それを定款に盛り込むことはできないと解すべきことになる<sup>141)</sup>。

オランダ民法典は株主が定款上の義務に従わない場合に制裁を課すことが可能な規定を設けている。第1に、株主が法律上または定款上の義務に従わない間は、議決権の行使ができないことを定款に定めることができる(2：228条1項)。第2に、2：195 a 条により、定款に定められた場合に該当するときは、株主に株式譲渡義務を課すことができる<sup>142)</sup>。

2：195 a 条は、株式譲渡義務が「定款に定められた場合」に適用されると定める。定款に記載できる条件は、競合他社の株式を保有した場合や競合他社に就職した場合、個人株主にあつては死亡、法人株主にあつては解散など種々のケースが想定されるが、それらは合理と公平の原則によって制約される。譲渡義務が課される場面は定款に客観的かつ正確に定義され

---

141) MEINEMA, blz. 115.

142) これを2：192条に言う追加的義務に該当すると解釈し、定款に定めるためには総株主の同意が必要であるとする見解がある (Vgl. MEINEMA, blz. 116)。

なければならない。それゆえ譲渡義務を課すには合理的な基礎が必要であり、株主がすでに破産、支払猶予、または後見下にある場合には、定款の要件は適用されない。法人株主における支配権の変更が、そのような適用除外のケースにあたるかどうかについては議論がある。

Meinema は、株主は原則として、総株主が同意するのであれば、自由に株式譲渡義務を負う場面を決定することができるとする。同意が有効であるためには、まず、不合理な義務でないことが保証されなければならない。後から参加する株主に対して、およそその内容と範囲を知ることができないような義務を課されることに同意したとみなすことはできないが、このことは、譲渡義務の要件が正確かつ客観的に記述されていたかの判定基準として認識されることになる<sup>143)</sup>。

定款で買取義務を定めることができるかどうかについては、学説が分かれている。明らかな法的基礎がなければ、定款自治と抵触するとの見解がある一方<sup>144)</sup>、定款の紛争解決条項の枠組みの中に位置付けられた買取義務は、2：192条の義務であるとする論者もいる<sup>145)</sup>。そのため全株主が定款で買取義務を採択することに同意する必要がある。

Meinema は、株式引受義務と同じ考え方が買取義務にも適用されるとする。株主の自由は、定款に追加的な義務を定める株主の総意とぶつかる。問題は、将来の株主がそのような義務に同意したとみなされるためには、明白な法的根拠が求められるかどうかである。Meinema によれば、株主に義務を課することができるのは、2：192条および2：337条から明らかであるが、採択された義務自体には明白な法的根拠は不要である。しかしながら、義務を盛り込んだ定款規定は、明確に定義されていなければならない<sup>146)</sup>。

---

143) MEINEMA, blz. 117.

144) Van den Ingh, *supra* note 133, blz. 137.

145) Leijten, *supra* note 135, blz. 12.

146) MEINEMA, blz. 117.

### (5) 株主の資格要件

定款で株主資格を定めることが認められる（2：195 b 条）。株主が定款の資格要件を満たさない場合には、一定の制裁が課されることが定められている。第1に、議決権、総会出席権、配当受領権が停止される。第2に、株主は2：195 a 条に従い、株式を提供譲渡する義務を負う（提供規制（*Aanbiedingsregling*））。

資格要件の例としては、株主を自然人あるいは政府機関に限ること、一定の職業に就いていること、当該会社の従業員であること<sup>147)</sup>、合弁契約の当事者であること<sup>148)</sup>、議決権契約の当事者であること<sup>149)</sup>、一定比率以上の株式を保有していることなどがある<sup>150)</sup>。

株主に資格要件を課すことは、会社が人的組織の性格を有していることの証左であり、それにより自ずと株主構成は固定されるが、株式譲渡を不可能または著しく困難にするものであってはならない。また、資格要件は定款に明確に定義されていなければならない。定款変更により資格要件を課することができるにつき、かつて司法省令（34条）は、そのような規制を導入するには、別段の承認がない限り株主の同意が必要となるとしていたが、この規制は2：195 b 条導入時に廃止された。

定款の資格要件を満足しない場合、制裁として株式譲渡義務が発動され、譲渡までの間株主権を停止させることができる（2：195 b 条2項）。株主権が停止された株主は、定款の規定に従い株式の譲渡先を指定するよう求めてから3ヵ月以内に会社側から候補者を指定されなかった場合は、資格要件を免除される。その場合、株式譲渡義務はなくなるが、株主は株式を

---

147) Vgl. HR 31 december 1993, NJ 1994, 436 (Verenigde Bootlieden).

148) Den Boogert, *Aandeelhouderscontracten en joint-venture-bv's, in: Ondernemingsrechtelijke contracten, uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 14, 1991, blz. 75.*

149) Den Boogert, *Aanpassing van boek 2 BW voor joint-venture-doeleinden?*, *Ars Aequi* 1995, blz. 359.

150) Vgl. ASSER-MAEIJER 2-III, nr. 98.

譲渡するか、権利を行使できないままとなるかの選択をすることになり、実際には株主権を行使できない株主には株式を継続して保有する利益はほとんどなくなる。定款でこの3ヵ月を延長することはできないが、株主総会決議でこの期間を延長することができる。当該総会決議においては、当該株主は議決権を行使することができない。

## 5. 総括および日本法への若干の示唆

株主（社員）は、会社法に定めのある権利義務のほかに、定款で株主（社員）間および会社に対する追加的な権利義務を定めることができる。英国およびドイツでは、契約の自由・組織の自由が第一義であり、それぞれ私会社モデル定款（旧 Table A）により、または有限会社法に基づいて、追加的権利を定款で定めることに特段の条件はない。

オランダ法では、定款の定めによる制裁という「兵器庫」が強行規定として置かれているが、これは、定款規定が有効であるために制定法の根拠が必要であることを必ずしも意味しているわけではない。法律が沈黙していることから、株主の契約および組織の自由が決定的な役割を果たし、株主は原則として自由に権利義務を定款上に具現化できる。しかしながら権利義務の内容には限界があり、株式に結び付いた特別権としての追加的権利は、強行法的な責任の分配を踏み越えることはできない。

また、オランダ法およびドイツ法では、少数株主を恣意から守り、後から参加する株主に彼らが履行しなければならない義務を認識させるべく、義務の内容は明確に定款に定義されていなければならない。一方英国ではこのような考慮はあまりなされていない。

さらに、追加的な権利義務の創設に全株主の同意が必要であるとして、強行的な限界が認識される場面がある。少数株主はこれにより事前に（*ex ante*）保護される。これに対して、事前の保護は株主総会の決議成立を困難ならしめ、会社の発展を阻害するとして、（少数）株主が、事後に（*ex post*）総会決議の取消しを求め、または退社を要求できることを重視する

立場がある。保護の組み合わせとしてどのようなものが最適な利益バランスをもたらすかが絶えず評価されており、国によりその選択は異なっている。とは言え、いずれの国においても追加的な権利は定款変更により創設した剥奪できるとされている。そして、その決議は合理的かつ公平なものでなければならず（オランダ）、または会社全体の利益のために善意でなされたものなければならず（英国）、もしくは誠実義務を満足するものでなければならない（ドイツ）。

英国では、多数決原則がより強く適用されている。株主は入社することで多数派の意思に自らを従わせたと理解されており、多数派は会社の発展のためにできる限りのことを行わなければならない。法律は、頑固な株主の拒否権のために会社が身動きできなくなることがないようにすることを目的としている。したがって、会社の定款の拘束力は強く認められ、原則として株主にはその同意がなくても追加的義務を課すことができる。ただし、2006年会社法25条（1985年会社法16条）に制限列举された義務に関するものに限られる。クラス権は、当該株主の同意なくして剥奪することができない。英国ではクラス権は少数株主の保護のために広く解釈される。

ドイツでは、少数社員の保護は事前的になされる。まず第1に、平等取扱原則により権利の創設または廃止、あるいは社員を不平等な立場に置くには全社員の同意が必要である。そのため、平等取扱原則により一定の持分から議決権を剥奪するには、当該社員の同意が必要となる。第2に、平等取扱原則は、特別権をそれによって不利益を受ける社員の同意なしに創設することを妨げる。特別権が社員に認められた場合、その権利は当該社員の同意なく変更することはできない。また、会社の目的変更には全社員の同意が必要である。定款中の社員または第三者の契約的権利は、受益者の同意なくその変更を総会の議題とすることができない。社員に議決権がない場合、その社員には退社権が与えられる。

オランダでは、両国に比べて（少数）株主の権利は、より強行的に位置

づけられている。承諾を要求することで保護されるのは、優先株と契約的権利に限られている。平等原則は、オランダでは不利益を受ける株主の承認を要求する基礎とはならない。それは平等性を維持するよりも恣意性を禁止するものと考えられているためである。

株主（社員）の義務に関しては、オランダでもドイツでも、当該義務が関わる者の意思に反して課すことはできない。英国では特定の義務についてのみそれがあてはまる。オランダ法のみが、定款上の義務が履行されなかった場合の制裁を明定している。英国とドイツでは、株主が定款で自由に制裁を定めることができ、不履行による制裁がない義務のカテゴリーが存在すると解される。ドイツ法では義務は解釈の余地が大きいが、オランダでは義務の定義の射程について議論がある。

第三者が定款上の権利をエンフォースできるかどうかは、国により異なる。英国では第三者は定款から契約的権利を援用することができない。対照的にオランダとドイツでは第三者の契約的権利が尊重され、当該第三者の同意をもってのみ変更することができる。当該第三者が会社の機関でもあった場合に、この原則が支配権にも及ぶかどうかは明らかではない。ドイツでは第三者は会社の機関でもある場合にのみ支配権を行使できる。当該第三者が会社の利益を顧慮すべき立場にあるためである。オランダ民法典2：232条の権利は制限的に解釈され、専ら契約的権利を構成すると理解されている。

以上の3国の比較を踏まえて、株主の権利の剥奪または義務の賦課に対する当該株主の同意の要否の考え方について纏めておく。この点に関し、株主決議の取消または退社という事後的な保護を設けておけば足り、もし株主が追加的な保護を望むのであれば、それは定款で合意しておくべきとすることも考えられる。しかしながら、株主になるとは有限責任という条件で資本を提供することであり、株主がこの義務を全うすれば、それ以外の義務をその意思に反して課すべきではない。そして同意を要件とすることにより、その義務の合理性が覆されるのは極めて例外的な場合となる

ことにより利益のバランスが保たれる。とは言うものの、同意要件はバリエーションを許容しないほど強行的なものではなく、株主は多数決によって自らに課される義務が定められることを合意することもできると解することができる。

本稿は、英国・ドイツ・オランダを対象として、定款の法的性格、定款の区分、定款の解釈、定款変更、定款規定による株主の権利・義務の範囲を比較考察してきた。着手前は定款の本質に関する英米法と大陸法の伝統的理論の相違ゆえに、「英国」対「ドイツ・オランダ」の構図を予想していたが<sup>151)</sup>、個々の論点では、英国とドイツが近接しオランダがそれと異なる結果も得られた。世界的な会社法任意法規化の流れと欧州会社（SE）の発展に伴い、3国の差異は今後縮小してゆくことが考えられるが、事前規制と事後規制の配分についての考え方の差異が、強行法規性のあり方に反映され続けるであろう。一方、わが国会社法は、ドイツ法から継受した有限会社法を廃止し、公開会社と非公開会社を同一の法律で規律した。特に非公開会社法制の改正については、これをイギリス法の継受とする論者もいる<sup>152)</sup>。そのような変化を経たことにより、会社法の強行法規性のあり方もわが国自身の主体的な姿勢が求められることになる。この点、わが国と同じく大陸法に属しつつ、公開会社・非公開会社を一つの法典で規定し、なおかつEUによる会社法規整も取り込むことが求められるオランダ会社法が、その強行法規性をどのように変化させてゆくかをベンチマークとすることにより、さらなる示唆を得てゆきたい。

151) 黒沼悦郎「会社法ルールの任意法規化と競争」森本滋編著『比較会社法研究』（商事法務、2003年）374頁注5）参照。

152) 大野正道＝上田純子編著『最新会社法』18頁（北樹出版、2006年）