

# 株主間契約の効力と定款自治の限界の再構築 (1)

田邊真敏

## 目次

### 第一章 問題の所在

### 第二章 会社法の強行法規性と株主間契約の効力および

#### 定款自治

#### 第一節 はじめに

#### 第二節 会社法の強行法規性

##### 1 強行法規性論の系譜

##### (1) 組織法・行為法二分論

##### (2) 小規模閉鎖会社論

##### (3) 法と経済学アプローチ

##### 2 強行法規性の意義

##### 3 強行法規性と定款の性質

##### (1) 定款の性質論

##### (2) 松本丞治博士の「株式会社定款自由の原則」論

### 第三節 会社法(平成一七年法律第八六号)と定款自治

#### 1 定款自治の範囲と株主間契約の効力の再構成

##### (1) 会社法制の現代化

##### (2) 会社法における定款自治の範囲

##### (3) 会社法における株主間契約の意義：(以上

##### 本号)

##### (4) 株主平等原則と定款自治

#### 2 合同会社と定款自治

### 第三章 結言

## 第一章 問題の所在

株式会社は資本多数決という営利組織の特性を反映した公平の理念によって運営され、その組織と運営を規律する株式会社法は原則として強行法規であるとされてきた。上場会社は、法が想定したこのような株式会社の「型」に適合するが、一方この対極にあるのが「法人成り」と言われる小規模

閉鎖会社である。小規模閉鎖会社については、所有と経営の実態を踏まえて株式会社法の理念型とは別の規整が必要であるとの議論がなされ、株主間における経営支配をめぐる紛争を解決するために、米国では株主に信託義務を適用する法理が形成された。また英国では準組合法理、ドイツでは株主の誠実義務論がそれぞれこの問題の解決に用いられ、それらを基礎としてわが国法規整のあり方が論じられてきた。

近年、米国におけるシリコンバレー・モデルと呼ばれるベンチャー企業の出資・ガバナンス形態の展開を受けて、定款自治の範囲が狭い「固い」株式会社法規が想定するところとは異なる所有と経営形態のニーズが高まっている。このニーズは、従前から大企業同士による合弁会社においても存在していたが、株主間契約として法技術的に会社法の枠外で対処されてきた。

また、米国では、法と経済学の研究成果を踏まえて、会社とはそもそも多数の関係者間の「契約の連鎖 (nexus of contracts)」として捉えられるという議論が展開され、わが国株式会社法の強行法規性論に影響を与えた。さらに会社法現代化の検討を機に、規制緩和の視点から定款自治の拡大が議論され、会社法(平成一七年法律第八六号)では「定款自治+有限责任」を基本原理とした新しい会社形態として合同会社が導入された。

株主が会社法の規定から離れた合意を形成することに関する法的な分析は、これまで専ら同族経営の小規模閉鎖会社を対象としてなされ、人的関係の深い株主全員が合意していれば、その合意に「強い」効力を基本的に認めてよいという方向性が提唱された。株式会社法は強行法規であるとする伝統的理論は主に公開大会社を、そして株主間の合意に強い効力を与えようとする議論は人的関係が密接な小規模閉鎖会社をそれぞれ念頭に置いている。これに対してベンチャー企業は、少数数の創業者により小規模閉鎖会社として設立され、外部から出資を受けて事業を立ち上げ拡大し、比較的短期間で株式公開することを成功の一つの里程とする。株主は少数だが人的関係が薄く、所有と経営が分離する場合もあろう点において、従来の株式会社法理が暗黙裡に前提としていた、「大規模公開会社」対「小規模閉鎖会社」という構図におさまりきらない存在である。

本論稿は、ベンチャー企業がもたらした新たな株主間契約のニーズを踏まえて、定款自治拡大を眼目とした会社法下の株式会社および合同会社について、株主間契約の効力と定款自治の限界を律する基礎概念の再構築を試みる。なお、紙幅の制約上、比較法的考察については研究の結論的部分に若干言及するにとどめる。

## 第二章 会社法の強行法規性と株主間契約の効力

### および定款自治

#### 第一節 はじめに

米国では、判例の変遷を経て閉鎖会社における株主間契約の効力が大幅に認められるようになったこと、および州の制定法において株主間契約規定が設けられたことを受けて、ベンチャー会社において会社の管理運営に関する重要事項を株主間契約（「ベンチャー企業出資契約」）で詳細に取り決める実務が発展した。ベンチャー企業出資契約は、契約の自由を最大限に利用して、取締役選任や取締役会運営および議決権比率の維持等の支配権に関する規定、出資の解消に関する規定、配当や株式公開といったキャッシュ・フローに関する規定、ストック・オプション等の報酬規定を定めることで、出資側が投資の回収不能リスクを回避するとともに、創業者にインセンティブを付与するメカニズムを組み込んでいる。

しかしながら、ベンチャー・キャピタルを求める創業者間に競争が発生すると、必然的にベンチャー・キャピタルに強い交渉力が生まれ、ベンチャー出資契約は、真の交渉の結果というよりは、押し付け（cram down）に近いものとなる。創業者はさらに法的問題の処理に疎く、未来の成功にばかり目が向いて目前の出資契約書の細かい条件は意に介さないとすることもありがちである。ベンチャー・キャピタルと創業

者が株主間契約を取り交わして両者間の関係を処理することに法が「お墨付き」を与えるのは、双方がそのような取り決めに予め交すことの十分な能力と交渉力があることが前提である。両者の能力と交渉力に格差があると、むしろ法はそのギャップを埋めることが期待される。ベンチャー企業出資契約で取り決めることのできる事項およびその内容がどの範囲に及ぶのか、また会社法の規定の下で定款の自治はどこまで認められるかという課題を検討する必要がある。ここに生じてくる。

定款と株主間契約を概括的に比較すると、前者はその効力がより大きく、後者はより自由度が大きい。このことは、定款で決められることと株主間契約で決められることの範囲に差があることを示唆する。具体的には、定款は後から入ってくる者（新たな株主）を自動的に拘束する効果があり、そのような強い効果とのバランス上、規定できる事項に一定の限度があると考えられる。また、株主間契約は、契約当事者の違反があった場合は、基本的には損害賠償の問題として捉えられることになるが、定款違反の効果は、違反行為の法的効果そのものへの影響として現れる。定款自治が大幅に認められる合同会社でも、参加する人の力に較差がある場合は、司法が介入することが望まれている。<sup>④</sup>しかしながら、定款は誰が参加してくるかで効力を変えるということにはなじまな

い。むしろ、抽象的に誰が当事者となっても一律にその効力が決まるという性質を持つと考えられる。そこで定款と株主間契約には、法的効力が与えられる規定の範囲にどのような違いがあるのか、その違いは実務上どのような影響が出てくるかが問題となる。ある事項が、定款では規定できない(無効)という(無効)ということ、株主間契約で規定できない(無効)ということとは、法的に違うレベルで捉えられるべきなのか。もし、定款自治に制約があるのだとすると、合同会社を設立するにあたって、定款に規定する項目と株主間契約に残す項目とが出てくることになる<sup>5)</sup>。

以上より、論点は二つのフェーズに分けられる。第一は、株主の間で会社法の規定と異なる合意をした場合に、その合意が法的に効力を認められるかという強行法規性の問題である。この点については、すでにいくつかの業績があるが、強行法規性の判断基準とその論拠について確定的な結論が出たと言える段階には至っていない<sup>7)</sup>。第二は、定款で定める事項と株主間契約で定める事項の配分に関わる。すなわち、ある事項について会社法の規定と異なる合意を認めることができるとして、それらの事項はすべからず株主間契約で規定することができ、かつその違反行為を無効であるとしたり、違反行為を事前に差し止めたり、あるいは違反行為に対する損害賠償を求めることができるのか、それとも、それらの事項の

うちなお、定款で規定すべきものがあると考えられるべきかである<sup>8)</sup>。本論稿は第一の論点を中心に叙述する。

## 第二節 会社法の強行法規性

### 1 強行法規性論の系譜

#### (1) 組織法・行為法二分論

わが国では長らく、株式会社法の規定は対外関係・対内関係いずれに関するものも強行法規であるとされてきた。その論拠として田中耕太郎博士は、商法を営利活動自体を規整する行為法とそのため組織ないし設備を規制する組織法とに分け、前者を支配する原理が任意法規であるのに対し、後者のそれは強行法規であるとし、そして強行法的性質の基礎を営利活動の確保に求めた<sup>9)</sup>。これに対し、鈴木竹雄博士は、「(田中耕太郎博士)の理論は、株式会社の対外関係に関する法規についてはあてはまるが、対内関係に関する法規には必ずしも妥当しない。…会社内部における取締役の専横や背任行為ないし多数者の少数者圧迫を防止するのは、取引行為自体の確保とは別段関係がないからである。内部関係の法の強行法的性質はこれらの行為を自分の力では防止することができない者のため法が後見的作用を行っていることによるものであって、その意味で弱者保護の精神にもとづくものということができよう」として、強行法規性の基礎を対内関

係と対外関係に分けて説明すべきだとした。<sup>10)</sup>

## (2) 小規模閉鎖会社論

鈴木博士による研究の後は、株式会社法が強行法規であることについての更なる議論は進展せず、強行法規性は株式会社法を特徴づける性質として受け入れられてきた。<sup>11)</sup>一方、わが国における中小会社の多くが株式会社として設立されながら、会社の対内関係が人的会社のそれとして運営される実態が生じていたことに対応するため、学説は、株式会社法の強行法規性を所与の条件としつつ、会社法の規定を守っていない小規模閉鎖会社における法規整はいかにあるべきかという課題に取り組んだ。<sup>12)</sup>所有と経営が分離しておらず、少数の固定した株主の間に信頼関係が成り立っている株式会社の株主による会社法の定めと異なる合意には強い効力、すなわち合意の違反に対して強制履行、仮処分、株主総会決議の瑕疵を認めることが提示された。この議論は、会社法の強行法規性そのものの検討よりむしろ小規模閉鎖会社の内部紛争処理を図る目的的なアプローチを取っていた。

## (3) 法と経済学アプローチ

一九九〇年代に入り神田秀樹教授が、株式会社法の規定の強行法規性につき、契約による株式譲渡制限および取締役の辞任を制限する合意の二つのケースを取り上げて、株式会社法の規定に照らしてそのような合意の効力が否定されるかと

うかの一般理論の提示を試みた。<sup>13)</sup>この論文と相前後して、小規模閉鎖会社という限られた場を越えて、株主間合意の効力に軸足を置いた議論が展開されるようになった。<sup>14)</sup>これらの議論は、一九八九年のコロンビア大学ローレビューにおける「会社法における契約の自由」をテーマとしたシンポジウムに触発されたものであり、わが国においても、「法と経済学」のアプローチを踏まえた会社法の強行法規性の検討がなされるようになった。

例えば、神田教授・藤田教授は、法的ルールの一般的な特質と存在意義について次のような特徴を挙げている。<sup>15)</sup>

第一に、法的ルールは、利害関係者の間の取引費用を軽減する効果を有する。大多数の取引交渉において合意されるであろう内容の法的ルールが存在していれば、当事者が改めて交渉する必要が少なくなり、取引費用が節減される。この場合合法的ルールは、当事者が合理的に交渉したなら合意するであろう内容を用意すべきことになる。第二に、法的ルールは公共財的側面を有する。当事者が取り決めるを行う事項について将来発生し得るあらゆる事態を想定しその解決を定めるには非常にコストがかかる。また仮にそのようなコストを投じた成果として極めて網羅的な契約書が作られたとしても、他人に容易にフリー・ライドされる可能性があり、このような場合に、法がルールを用意することに意味がある。

さらに、同じ内容の契約条項を利用する者が増えることによって、その条項の文言の解釈をめぐる裁判例が蓄積して、同じ文言を用いている他の者にも利益がもたらされるという「ネットワーク外部性」が発生し得ることから、法的ルールが最適ルールへの統一という役割を果たすことが期待できる。第三に、法的ルールは、当事者が個別の取り決めを行う場合に、交渉の出発点となる。但し、初期設定のルールから離脱するコストに関し、交渉当事者間に非対称性がみられる場合は、多数の当事者が望むかどうかで初期設定をするのは適切でない。第四に、法的ルールは、合意の当事者でない第三者に効力を及ぼすことができる。これによって個別に合意を形成することが不可能か困難な者の間であっても、合意の成立を認めてその内容に拘束力を与えることができる。会社の定款は、この法的ルールによって、株式を譲り受けて株主となった者が定款記載の条項を承認したものとみなす効果を与えられると考えることができる。

以上のような法的ルールの特質を踏まえて、神田教授・藤田教授は、株式会社法における強行法規の背後には性格の異なるいくつかの考慮があるとする<sup>17)</sup>。第一に、交渉の機会のない者との間の利害調整のために、法によって発生する第三者効果により不利益を受ける可能性のある者との関係で法的ルールが必要とされる場面、第二に、公共財としての画一性

(スタンダード・パッケージ)のメリット、第三に、当事者間の私的自治の問題でありながら、将来において再交渉がなされる可能性を残しておくことがかえって効率的でない結果をもたらしことに対して、法が介入して再交渉を防止すること<sup>18)</sup>、第四に、株式会社における資本多数決の意思決定が、すべからず株主全体の利益の増大つながらの結果とはならない可能性があることから、その場合は、ひよつとすると当事者が本当に望んだのかもしれないが、おそらくそうではなく意思決定のプロセスに問題があったのであろうと割り切って処理するという考え方である。

## 2 強行法規性の意義

強行法規とは、私的自治に限界を画し、その規定に反する行為の効力が否定されるものを言い、これに対比される任意法規は、当事者の意思によってその適用を排除しうる規定である<sup>19)</sup>。しかしながら、法と経済学的アプローチからは、強行法規の意義が問題となるいくつかの特徴的ケースを踏まえて論じる必要がある。

第一に、強行法規が適用されるべき人的範囲と、強行法規違反かどうかの問題となる合意の当事者の関係である。例えば、平成一七年改正前商法(以下、旧商法)二〇〇条一項は株主有限责任の原則を定めていたが、この規定は株式会社の

いずれの関係者の間における債務保証の合意をも無効にするものか。株主によるそのような債務保証を定款に規定するのは、まさに二〇〇条一項が適用されるべきケースと考えられる。しかし、会社と大株主との間で、当該株主が会社の債務を保証する合意をした場合も二〇〇条に反するとしてその合意の効力は否定されることになるのか。また、株主間で、会社が負っている債務を共同で弁済する合意をした場合や、株主と会社債権者の間で会社の債務を株主が弁済することを合意した場合については、さらに法の想定とは状況が異なる。

合弁会社においては出資者間で合弁会社が債務超過に陥った際に出資比率に応じて増資を行うという条項が設けられたり、中小企業のオーナー社長が、会社の銀行からの借り入れにつき、連帯保証を差し入れることは実務で一般的に行われている。株主有限責任の原則がこれらの場合にまで貫かれるものではないのではないかということは、理解が得られやすいと考えられるが、それでは株式会社法の強行規定は、誰と誰の間の私的自治を規制するのかがということが検討されなければならぬ。

第二に、強行規定に違反した行為の効果の問題がある。一般的な定義によれば強行法規に反する行為は法的効果を否定されるが、例えば取締役会の承認決議に瑕疵があった場合に、瑕疵ある決議に基づきなされた会社の重要な財産の売買

は無効となるか、株主総会の招集はどうか、というケースが考えられる。また、取締役の競業禁止義務違反の取引については、当該取締役に對する損害賠償請求権および取締役会の決議に基づく介入権の行使が認められ、取引そのものは有効であると扱われてきた。このように会社法の規定に違反した私人間の法律行為の効力を否定せず、違反を行った取締役の責任を追及できるとする規定も、取締役の責任を問うという点において強行法規性を有するとするのであれば、強行法規の効力には複数のレベルがあるのではないかということになる。

第三に、上記第一および第二に述べた点を踏まえて、会社法のなかに強行法規と任意法規が並存すると認められる、あるいは会社法は強行法規であるとしてもその効力範囲がほぼ任意法規に近いレベルから一切の逸脱を認めず一律に無効とするレベルまで幅広くとらえるべきと考えられるとすると、その区別を判断する基準をどのように考えるかが問題となる。そして会社法の規定から逸脱する手続きとして、定款、株主総会決議、取締役会決議、契約のいずれが妥当なものとして認められるべきなのが検討課題となる。

### 3 強行法規性と定款の性質

#### (1) 定款の性質論

定款の性質を如何に解するかについて、これを契約の約款とする説、組合契約が発展したものとする説、自治法規であるとする説が主張されてきており、自治法規説が通説となっているが、第二次世界大戦前においてはむしろ契約説が有力であったようである。

定款の性質をどう見るかという学説の対立は、定款作成行為の性質に関する学説の対立と関連する。定款作成行為については、かつて契約説、単独行為説、合同行為説の対立を見ていた。<sup>24)</sup> 通説は、定款作成行為を合同行為とし、その結果として作成された定款を会社の根本規則であり自治法規としている。他方、会社法の強行法規性について通説が対外的な規定、内部関係に関する規定のいずれもが強行規定であるとしてきたことと、定款の自治法規性の関係については必ずしも明快でない。この点に関し、遡ること昭和十三年の時点において、松本烝治博士が、「株式会社の定款規定の自由は多数の強行法規に依って多大の制限を受けて居ることは争うべからざる事実であるが、然るが故に定款規定の自由が原則に非らずして、法規によって特に許されたる範囲に於いて定款規定の自由ありと解すべきものに非ざるは言を俟たざる所である<sup>25)</sup>」として、株式会社の定款は自由に規定することができる

とすることをもって議論のスタートラインとすべきとしていたことが注目される。

(2) 松本烝治博士の「株式会社定款自由の原則」論  
松本烝治博士は株式会社における定款自由の原則論について以下のように論じている。

株式会社の定款は、合名会社、合資会社と同じく原則として当事者（発起人）が自由にこれを規定することができる。会社組織を設けて実現しようとする目的と具体的な事情は千差万別であり、それを達成するためには個々の場合の実情に応じて適切な定款を定めることができるようになってきているべきであり、定款の規定が法律により定められた会社の本質に反し、または他の強行法規に反し、または公序良俗に反する場合にのみ、定款規定の効力は否認されるべきである。

株式会社に關する法規は極めて多量であると同時にその大部分が強行規定となっており、株式会社の定款規定の自由はそれら多数の強行法規によって多大の制限を受けているが、それがゆえに法規によって特に許された範囲において定款規定の自由があると解すべきものではない。定款はまた、法律により与えられた自治立法権に基づいて制定された自治法の性格を有しており、定款規定自由の原則は、「会社自治の原則」と称することもできる。株式会社制度を省みるに、株式会社は当事者の創意に基づく定款規定によって法律の予想を



超えた発展をし、立法者はその弊害が甚だしい状況が生じたことから、そこで初めて制限あるいは統制の法規を設けるようになり、現在の複雑多様な株式会社法制度に至っているものであって、株式会社制度の根底に定款規定の自由があることに変わりはない。

例えば、定款をもって優先株・普通株の間に種類の差を設ける場合、その不平等が法規または公序良俗に反する場合に限り否認されるべきであり、法規が明文で定めた以外の差を設けてはならないとする論拠はない。この点において、株式会社法の規定のない「株主平等の原則」を絶対視し、その原則が定款自由の原則を拘束するとの論理はとりえない。しかしながら、法規により認められたあるいは定款規定によって与えられた株主の権利が、強行法規上奪うことができるものであるとしても、定款変更によつてこれを剥奪することが正義衡平の観念に反することがあり得る。その例としては、株主の利益配当請求権または残余財産分配請求権であり、そのいずれか一つを否定する定款規定は違法ではないが、定款変更によりそのいずれかの権利を奪うことは株主の期待を根本的に覆す点において正義衡平に反する場合が多いと考えられるためである。

以上のように論じた松本博士の所論は、株式会社の定款の本質は、精緻な規定が既に整備されている現代株式会社法を

もつて論ずべきものではなく、株式会社の生誕、成長から発展の歴史的過程から導かれるべきとし、会社を人的会社と物的会社に分けて前者にのみ定款自由の原則が適用されるとする「二分論」的思考に対するアンチテーゼを提示している。

### 第三節 会社法（平成一七年法律第八六号）と定款自治

#### 1 定款自治の範囲と株主間契約の効力の再構成

##### （1）会社法制の現代化

会社法（平成一七年法律第八六号）の立法作業は、会社法制の現代化という大きなテーマを掲げ、全体としては、米国の影響を受けて会社法の任意法規化を図り、株式の種類多様化等を通じて、少数株主の排除等による組織再編、および企業買収等における防衛策を可能にし、資本に関する原則を放棄した。そして、有限会社と閉鎖型のタイプの株式会社の規律を一体化し、公開会社でない株式会社をベースにした統一的会社法典となり、他の諸国に見られない先行的試みを行った。この結果、公開会社予備軍、地域の有力企業から大企業同士の合併会社、ベンチャー企業、同族企業にいたるまで実に多様な実態を持つ会社群が一つの区分に入れ込まれることとなった。このような規律のあり方に対しては、所有と経営の分離の有無をメルクマールに、経営監視機構の強制や定款自治を認めるか否かから二つに区分することが望ましい

との批判がある。<sup>⑩</sup>

米国における株主の信託義務のような株主間の利害調整理論を持たないわが国は、その議論を深めないまま過度の規制の廃止を大義名分として大きく契約自由の世界に踏み出した。しかし会社法が利用者に対して自ら作り上げることを求めるのであるとすると、真に使いやすい会社法制が実現されるためには、定款自治の範囲を明らかにしてゆかなければならないと考えられる。

## (2) 会社法における定款自治の範囲

平成一三年・一四年の商法改正および会社法の制定により、従前株主間契約で処理されていた株式の種類および機関構成につき、大幅な定款自治が明文で認められるにいたった。この結果として、定款自治の限界を議論すべきフィールドは、大きく外縁に移動したことになる。またそれに伴い、株主間契約で処理せずとも会社法が定款による組み立てを認めていることがらについて、「敢えて」株主間契約を締結した場合に、その事実をどのように評価すべきかが問題となってくる。

会社法二九条は、旧商法になかった規定として、「第二七条各号〔絶対的記載事項〕および前条各号〔変態設立事項〕に掲げる事項のほか、株式会社定款には、この法律の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項および

その他の事項でこの法律に違反しないものを記載し、又は記録することができる」と定めている。立法担当官は、定款自治の範囲は明確に示されており、「定款に別段の定めのある場合は、この限りでない」等の文言がない場合は、一切修正を認めないという趣旨を述べている。しかしながら、以下に論じるように、必ずしも定款自治の範囲は解釈の余地なく明らかとは言い難い。<sup>⑪</sup>

### (1) 剰余金配当・残余財産分配に関する定め

会社法一〇五条二項は、株主に剰余金の配当を受ける権利および残余財産の分配を受ける権利の全部を与えない旨の定款の定めは、その効力を有しないと定める。この規定は、会社の営利性を間接的に定めるものであり、その最低ラインとして、剰余金の配当を受ける権利または残余財産の分配を受ける権利のいずれかが株主に与えられていることとしたものである。また、公開会社以外の会社においては、剰余金分配請求権および残余財産分配請求権について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨の定めを定款に設けることができる(一〇九条二項)。このように、剰余金の配当と残余財産の分配に関して、会社法は定款自治の明文規定を設けたが、それでは、一〇五条二項の範囲内の定款規定であればいかなる場合も会社法上の問題を生じないかについては必ずしも明らかではない。例えば、剰余金の配当は受けられず残余財産の分配請求

権のみを有する株式を設けた場合に、常に剰余金を全額配当すると実質的には残余財産の分配を受けることができなくなる。また、剰余金の配当を受ける権利はあるが、残余財産の分配請求権がない株式を設けた場合、常に剰余金を配当せず内部留保すると、その株主は実質的に剰余金の配当請求権も否定されてしまう。定款自体は許容された自治の範囲内であつたとしても、少数株主の請求権を事実上封じめるような適用の態様が、そのような自治の想定しているところであるかどうかは問題である。<sup>33)</sup>

## (ii) 議決権に関する定め

公開会社以外の会社では、株主総会における議決権について、株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができる(一〇九条二項)。この規定は、種類株式とは別に、株主の個性に着目した定めであり、従来の有限会社法の規定(旧有限会社法三九条)を引き継ぐものであるが、それでは全く制約なく異なる取扱いをすることができるのかについては検討を要する。<sup>34)</sup> 従来有限会社においては、幅広い定款自治が適用されるとの理解から、剰余金配当、残余財産分配、議決権以外の事項についても持分の内容につき異なる定款の定めを設けることができる<sup>35)</sup>とされてきた。会社法は、剰余金配当、残余財産分配、議決権の三つについて属人的に別扱い<sup>36)</sup>できることを明文化したものであるが、有限会社と同様、属

人的定めが具体的な強行法規もしくは株式会社の本質に反し、または公序に反するものであつてはならず、かつ、株主の基本的な権利を奪うものであつてはならない。<sup>36)</sup>

会社法一〇九条二項は、株主平等原則を定めた一〇九条一項の例外として位置付けられていることから、会社法下の株式会社による議決権に関する種類株式の発行には、株主平等原則に由来する内在的制約が存するのではないかと考えられる。例えば、議決権の定めについて、少数株主に多数株主より大きな議決権を常に与えたり、一株二議決権の定めを設けることができるであろうか。一〇九条一項の例外として公開会社以外の株式会社に関し属人的な定款規定が許されており、また、会社法は複数議決権を明示的に認めていない(三〇八条一項)ことからすると、議決権が持株数と全く逆転してしまふような定款上の取扱いや複数議決権株式は認められないのではないかと考えられる。また、このように解することと、公開会社の議決権制限株式の総数が発行済株式総数の二分の一を越えてはならないとされている(一一五条)こととの調和も保たれる。<sup>38)</sup>

数種の株式を発行する会社においては、単元株式数を株式の種類ごとに定めなければならないとされており(一八八条三項)、議決権に関する格別の定めを有する株式との関係をどのように捉えるかということが問題となり得る。単元株制

度は株主管理コストの軽減を主たる目的としている。また種類株式が発行されている場合は、各種類の株式の市場価格に格差があるなど、一単元の株式の数を株式の種類ごとに違えるほうが合理的なケースがあり得ることが、一八八条三項の背景にある。この場合、一単元の株式数にどの程度格差をつけることができるか。議決権について格別の定めをおいた株式と同様と考えれば、二倍以上の格差をつけると、事実上複数議決権を認めることになるのではないかと疑問がある。しかしながら、単元株制度が管理コストの低減を目的としており、各種の株式の市場価格の格差を反映して一単元の株式数を定めることが念頭に置かれていることから、必ずしも二倍にこだわる必然性はないとも考えられる。しかし、市場価格の格差の反映が種類ごとの一単元の株数設定の基礎となっているとすれば、種類株式間で市場価格に一単元の株数を乗じた値に著しい差異を発生させることは、一一五条の立法趣旨からも疑問が残る。<sup>41)</sup>

従来用いられてきた議決権拘束契約の内容をそのまま定款に記載できるかについては、会社法の規定からは必ずしも明らかでない。公開会社でない株式会社においては、株主総会における議決権について株主ごとに異なる取扱いを行う旨を定款で定めることができるとの規定(一〇九条二項・一〇五条一項三号)から、一概に議決権拘束の内容を定款に記載す

ることができないということにはならないであろう。従来定款に規定することにはなじまないとしてきた属人的な議決権拘束を内容とする定款規定についても、議決権についての属人的規定に法律上の裏付けが与えられた。そのため、今後は株式譲渡にあたっては、譲受人側で定款をチェックすべしとの判断をする余地が出てくると考えられる。<sup>42)</sup>

### (iii) 株式譲渡制限に関する定め

会社法は、譲渡制限株式の規定を整備し、旧商法において定款自治の範囲が必ずしも明らかでなかった点を整理した。第一に、譲渡承認機関については、取締役会設置会社では取締役会、それ以外の会社では株主総会の決議を要すること(二二九条一項)、定款で別段の定めをすることができることとなった。したがって、例えば取締役会設置会社において決定機関を株主総会あるいは代表取締役と定めることが可能となった。但し、株式の譲渡制限は本来株主が自分の仲間を選択する形が望ましく、決定権限を代表取締役や執行役等さらに下位の機関に委ねる場合は、承認の可否につき一定の基準を定め、その基準にしたがって個々の承認請求を処理することを委ねる形にすることが制度趣旨に合致する。但し、下位機関への委任の態様のあり方については、法文は明らかにしていない。

第二に、種類株式の内容として、譲渡制限を定めることが

認められた(一〇八条一項四号)。<sup>45)</sup>

第三に、定款による譲渡制限をしながら、株主間の譲渡は自由であると定めることが、一〇七条二項一号口により可能であることが明らかにされた。もつとも譲渡株主の属性による区別が株主平等の原則(一〇九条一項)に反する場合は、定款の定めは無効である。<sup>46)</sup>

第四に譲渡の手続きに関して、先買権条項を定款に規定できることが、明文で認められた(一一四〇条四項、五項)。一方、価格の決定については、定款自治が及ばないと趣旨で規定されている(一一四四条二項ないし四項)。しかしながら、一四四条一項が売買価格を会社と譲渡株主との協議によって定めるとしている点は旧商法と同じであり、「協議のルール」を定款に記載することは、任意的記載事項として認められる余地があると考える。<sup>47)</sup>

#### (iv) 業務執行の制約に関する定め

会社法では、株主総会の権限を取締役会設置会社とそれ以外の会社とで分別している。取締役会設置会社以外の株式会社の場合、株主総会は法令・定款に定められた事項に限らず、強行規定または株式会社の本質に反しない限り、会社の組織・運営・管理その他会社に関する一切の事項につき決議できる(二九五条一項)。<sup>48)</sup> また、法令により株主総会の決議事項と定められたものの範囲が、取締役会設置会社の株主総

会より広い。例えば、譲渡制限株式の譲渡承認(一二九条一項)、自己株式の取得価格等・取得条項付株式を取得する日等の決定(一五七条一項、一六八条一項等)、株式の分割の決定(一八三条二項)、取締役の競業・利益相反取引の承認(三五六条一項)等が含まれる。すなわち、株主が株主総会の決議を通じて会社経営に関与することが法令上想定されている。

これに対して取締役会設置会社の株主総会は、法令または定款に定めた事項に限り決議することができる(二九五条二項)。迅速かつ機動的な経営上の意思決定の確保と、株式会社の実質的所有者である株主の意思の経営への反映という必要性のバランスから、株主が意思決定の機動性を犠牲にしても自ら経営に関与しようとする場合にまで、それを禁ずる必要はないという点は、旧商法下の考え方と変わらないが、会社法が取締役会設置会社とそうでない会社の区分を設けて株主に選択権を委ね、かつ後者に対してはすべての業務執行の決定権限を株主総会に移管することを明文で認めたことから、取締役会設置会社にあつては、実質的に会社の組織・運営、管理全般にわたる事項について株主総会の決議事項とすることは認められないということになる。

また、種類株主を発行する会社においては、法令に規定された事項につき、種類株主総会の決議を要するほか、定款に

定めることにより、種類株主総会の決議事項を拡張することができる(三二二条)。すなわち、定款で定めることにより、旧商法下で任意種類株主総会の権限であった株主総会・取締役会の決議事項についての拒否権行使以外の決議にも権限が拡張されている。そこで、三二一条によって定款で定めることで種類株主総会の権限にできる事項の範囲が問題となり得る。一部の種類の株主の意思のみが反映される種類株主総会である以上、株主総会決議事項・取締役会決議事項のすべてが決議できることにはならず、当該種類株主の利害に密接な関係がある事項のみが、定款に定めることで種類株主総会の権限にできると解すべきであろう。「定款の定めにより」と規定してあっても、合理的な定款の定めかどうかの問題である。<sup>50)</sup>

### (V) 小括

会社法は、当事者間の合意によって処分可能な規律に関しては、広く定款自治を認めるという考え方に立ち、基本的にすべての規定を強行規定とした上で、法律で定められた要件とは異なる要件を定款で定めることができることとする場合<sup>51)</sup>には、逐一、その旨が明らかになるような規定上の手当てを行っていると立法担当官により説明されている。しかしながら、定款自治が明文で認められていないとしても解釈の余地があるもの、あるいは定款自治が明文で認められているがそ

の限界が明らかでないものが存在する。

一般契約法の世界では、契約自由の原則が支配するが、それが前提とする当事者の立場の対等性・互換性が事実上失われている消費者取引等においては、この原則が制約されている<sup>52)</sup>。会社法では、資本多数決が前面に出てくるため、多数派による横暴をいかに防止するかが課題である。したがって、定款自治が認められている項目であっても、まったくの自由が認められるべきではない。一方、会社法の規定は一点の曇りもなく定款自治の範囲を明記できているわけではなく、強行的な世界と自治の世界の区分が立法によって判然とした状況になったとも言い難い。規制緩和を旗印とする会社法制定が実現した現段階において、改めて定款自治の限界を律する理論的基礎が求められなければならない。<sup>53)</sup>

### (3) 会社法における株主間契約の意義

会社法は、定款自治の範囲を拡大した。特に株式会社の機関構成については、旧商法が会社の種類・区分によって原則的に固定していたのに対し、いくつかの基本的なルールを定めた上で、大幅に会社ごとの定款による設計の自由を認めている。取締役の選任・解任や業務執行の制約の合意(拒否権)については、旧商法の平成一三年、一四年改正によって種類株式による対応が可能となっていたが、会社法においては、種類株式の発行に加え(一〇八条一項八号、九号)、公

開会社でない株式会社においてはさらに自治の範囲が拡大された（一〇九条二項）。

取締役の選任に関する合意については、公開会社でない株式会社にあつては、剰余金の配当を受ける権利、残余財産の分配を受ける権利、株主総会における議決権については、株式の内容が同一であつても株主ごとに異なる取扱いを定款で定めることができる（一〇九条二項）。これにより例えば、取締役の定員が六名の会社で、三名の株主が、それぞれ三名、二名、一名の取締役選任の議決権を行使することができ、旨を定款に規定することが可能である。また、定款変更についても、少数株主に拒否権を与えることが定款で実現できることが明確にされた（二〇九条二項）<sup>55)</sup>。

とは言え、法改正後も、合弁契約の実務では種類株式を利用せずに、株主間契約のみで対応することが引き続き行われていると指摘されている<sup>57)</sup>。定款を通常用いられているものとはあまり違う内容にしたいくない、あるいは従来株主間契約で規定していた内容を定款に記載しても効力が認められるか心配であるという漠然とした意識や、将来株式譲渡や新株発行等で株主構成が変わった場合に、定款変更を失念することや思わぬ第三者に拒否権が与えられる結果を回避したいという意識によるとされる。また、会社法は会社法の規定に違反しない事項を定款に記載できること（任意的記載事項）を明文で

認めたが（二九条）、定款に規定することで現在および将来の株主を拘束できる効果を有することから、その限界が株主間契約で規定できることとどの程度相違しているのかは必ずしも明らかでなく、そのような不安から株主間契約が選択されることもあるう。

株主間契約は、会社法の強行法規性の束縛から逃れるために利用されてきた。学説は、「閉鎖会社」「中小会社」「株主全員の合意」「株主間の人的関係」と言ったメルクマールを踏まえて、株主間契約を少しづつ認知してきた。ここに至り定款によつて株主の個性に着目した規定を設けることが認められたにもかかわらず、従来の延長線上で株主間契約を用いた場合にその効力をどう評価するかは、立法の目的をどれだけ社会に浸透させるかというポリシーと関わってくる。

閉鎖型のタイプの株式会社の利用者は、専ら株式公開会社を規整することを前提とした法規整から逸れるツールである株主間契約について、その法的状況を十分に理解して当事者間で将来を見越した富の配分を協議することが期待できる層（クラス一）<sup>58)</sup>と、そのような知識がなくまたそれをサポートする専門家サービスを受けておらず、人的関係頼みの層（クラス二）に大きく分かれる。このように二つの層の利用者が株式会社という同じ器を利用しているわが国における状態を踏まえて、両者を区分して後者の層に対しては別個の法規整

を提供すべきであるとの大小会社区分立法の議論がなされてきた。しかし、結果として会社法は、クラス一、クラス二のどちらの利用者も会社法の強行規定から離れることを望んでいることを前提に、同じ器のままその作り方に自由度を与える形で解を出した。

公開会社予備軍として小規模同族会社とは一線を画する属性のベンチャー企業の利用者は、法規整を使いこなすクラス一の層に区分されている。しかし、その利用者は、ベンチャー・キャピタルのようにクラス一に区分される「プロ中のプロ」と、成長の志は高いが会社をめぐる法規整については知識も経験も乏しいクラス二に属する起業家にさらに分けられる。いわばプロとアマの間の契約という点において、プロ側（ベンチャー・キャピタル）主導による附合契約的な株主間契約が交わされる可能性は否定できない。事業資金を欲する起業家はベンチャー・キャピタルの提示した出資契約の条件をそのまま受け入れ、数年後業績が向上しなかった場合には、経営権を取り上げられベンチャー・キャピタルに乗っ取られた結果になっていることもある。

このように利用者の置かれた立場の相違により、株主間契約の効果についても異なった考慮が生まれてくる。クラス一同士の合弁会社のような場合にあっては、定款自治による強制力の強い手段の利用可能性が高いので、定款自治が可能で

ありながらあえて株主間契約を選択した場合には、債権的契約の効果を甘受すべきと言えよう。株主間契約は、合意内容の公開を望まない場合、あるいは一部の株主だけで合意を形成したい場合に、その限られた効果を踏まえて利用すべきである。

これに対して、クラス二の小規模な閉鎖型のタイプの会社においては、定款自治の道が開かれたとは言え、それを活用するインセンティブが働かない可能性が大きい。実際、有限会社は定款自治の原則が妥当すると解されてきたが、実務上は、「より小規模な公開されていない株式会社」として、市販のひな型定款がそのまま利用され、実質的には社員間の合意によって会社運営がなされている。そのような定款自治を使いこなせない利用者に対し、定款自治が利用できたのだから株主間契約には強い効果を認めないとすると、小規模閉鎖会社における少数株主保護の議論がなされる前の状態に戻るだけのことになる。小規模な閉鎖型のタイプの会社の場合、会社法が制定されたとはいえ、世代交代でもない限り直ちに株主間の合意事項を盛り込む定款変更を行うとは期待できない。

以上より、クラス一の会社法利用者には、強い法的効果を求める場合は定款自治を利用するよう促し、クラス二の利用者は、定款自治を使いこなせない弱者であり株主間契約に強



い効果を認めて救済し、そして混合クラスが参加するベンチャー企業の出資契約においては、附合契約論を適用して、クラス一株主（ベンチャー・キャピタル等）によるクラス二株主（起業家、その他の少数派株主）の圧迫を抑止するということも可能性として考えられる。閉鎖型のタイプの会社のそれぞれの個性を反映した法の適用ということも認識されてよい。<sup>67)</sup>しかしながら、会社法の利用者をクラス分けて分析する論者も、法的洗練性によって株主間契約の効力に差をつけることは解釈論としては否定している。ある利用者がどのクラスに属するかは、消費者契約における事業者と消費者ほどには明確でないし、区分作業に伴うコスト（例えば、ある当事者がどのクラスに属するかを訴訟で決定するコスト）は少なくとも、会社法の場合、利用者の法的洗練性を効力の解釈基準とすることは困難を伴う。

そこで、株主間契約については、その締結行為において、会社法のルール自体が一定の手続要件を課してルールから逸脱することを認めていることと対比して、その手続きを回避するものとして当該ルールの保護目的を害しないか、という観点から評価されるべきである。会社法は株主総会の決議手続というルールからの逸脱として、書面決議をルール化している（三一九条）。書面決議は、議決権を行使することができる株主全員が書面（または電磁的記録）により同意の意思

表示をした場合に認められるので、株主全員が当事者となっている株主間契約は、書面決議による定款変更に準じた手続きが行われたものと考えることができる。<sup>68)</sup>これに対し、一部の株主による株主間契約は、書面決議ルールが強行的に定める株主全員一致のルールから逸脱しており、それゆえ、手続面においてもはや定款とは隔絶したものとして扱わなければならない。よって、その効力も当事者間に債権的効力が認められるに過ぎない。

次に、株主全員により締結された株主間契約の規定内容については、定款によっても定めることができる規定（二九条）であれば、定款に準じた効力を認めてよい。例えば、取締役の選任等の議決権拘束、業務執行に関する裁量の制約など、種類株式や全株式譲渡制限会社における属人的定め（一〇九条二項）等を利用して定款自治でも実質的に実行できる内容の株主間契約の条項については、それが定めるところに反した株主総会決議に瑕疵を生ぜしめると考える。<sup>70)</sup>

会社法における定款自治の拡大により、従来株主間契約で処理されてきた事項が定款自治で行えるようになり、株主間契約に強い効力を認める実務的必要性は以前に比べて減少したとも考えられる一方、書面決議に準じた手続とみなせる全株主による株主間契約に対しては、定款自治で実現できるところを規定している範囲で、定款に準じた効力を認めてよ

い。

書面決議に準じた手続で実質的に定款と同じ効果の規定を定めているといつても、株主間契約は定款そのものではない。したがって、契約内容に反する総会決議が行われたとしても、定款に違反した決議（八三一条一項二号）とはならず、総会決議瑕疵の根拠は、著しく不公正な決議（八三一条一項一号）に求めることになる。しかしながら、株主間契約に違反する行為を直ちに公序良俗に反するとまでは言い難いため、株主間契約違反に定款違反と同等の効果を与えるためには、株主間契約と定款に共通の原理を橋渡しする必要があると考えられる。そこで、定款や株主間契約による事前的な解決ができない場合に当事者の関係を律する共通の法概念を、以下検討する。

定款や株主間契約で事前的な解決ができない場合、支配株主は会社および他の株主に対し誠実義務（Treupflicht）を負うとして、問題解決を図ることが提案されてきた。誠実義務とは、支配株主が一種の付随義務として、会社および他の株主に対し負う義務であり、支配株主の権利行使（事実上の影響力の行使を含む）の際の行動基準または限界を画する。ドイツの有会社や株式会社においては、ローマ法的社団理論の影響から、構成員は会社に対して法令または定款で認められた具体的な権利および義務（出資義務）以上のものを有

せず、構成員相互の間には法的関係を認める余地はないとされてきた。しかし伝統的社団理論では、多数派株主による少数派株主の抑圧問題に対処することができない。そこで、株主は他の株主に対し自己の社員の利益をいわば客観的な意味で信用して任せざるを得ないため、会社の利益および会社への参加により必然的に結び付けられる他の社員の利益を顧慮すべき義務があるとするのが誠実義務論の基礎である。誠実義務の強度は、法令および定款により、会社財産および他の株主の利益に関連して、株主に認容された影響力行使の可能性と一致する。小株主であっても、株主総会で議決権を行使する場合は、会社および他の株主の利益を顧慮しなければならないが、議決権行使が結果に影響を与えない限りその義務は問題とならないに過ぎない。したがって、株主が社員たる資格に基づく影響力を行使して直接または間接に会社の業務執行に介入する場合には、当該株主は会社に対して誠実義務を負い、その義務違反があるときは取締役と同様の責任を負わなければならない。その限りで株主有限責任の原則は妥当せず、株主有限責任の重要な前提として、株主が会社の業務執行を行わないことが強調される。

しかしながら、誠実義務論は、所有と経営が分離していない小規模な閉鎖型のタイプの会社に株主有限責任を認めないという会社法制の根底に関わる帰結を認めるものであり、そ

のため会社法人格の法理との関係も不分明ならざるを得ない。また、例えば、取締役の解任にあたっては株主に無制限の解任権がある(三三九条)わけではなく、会社の利益のために議決権を行使しなければならないという制限に服することとなるが、その要件は明確ではない。さらには、取締役の選解任にあたり会社の利益が強調されることによって、優れた経営能力を持たない多数派株主は自らが取締役になるのを自制しなければならぬという消極的義務にもつながりかねず、射程範囲も明確でないという難点がある。

そこで本論稿は、誠実義務に代わって、定款自治および株主間契約の効力の理論的基礎を会社法により明文化された株主平等原則(二〇九条一項)に求め、次項においてそのフィージビリティを検証する。

注

(1) e.g., N.Y. Bus. Corp. Law § 616, § 620 (b) (McKinney 2006); S.C. CODE ANN. § 33-18-200 (c) (2005); REV. MODEL BUS. CORP. ACT § 7.32 (2002) [hereinafter cited as RMBCA].

(2) Douglas G. Smith, *The Venture Capital Company: A Contractarian Rebuttal to the Political Theory of American Corporate Finance?*, 65 TENN. L. REV. 79, 153 (1997). 「特集失敗に学ぶ「起業」週刊ダイヤモンド」二〇〇五年一月十九日号三六―三七頁。

株主間契約の効力と定款自治の限界の再構築(一)(田邊)

(3) Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 119-20 (1989). 例として、消費者契約法(平成十二年法律第六一号)は「法律が gap filler」としての機能を果たしている一例である。

(4) 大杉謙一「新しい事業組織形態(日本版JIC)の構想(IV・完)―国際競争力を持つ企業法制の模索として―」商事法務一六五二号二六―二七頁(二〇〇三年)。

(5) 安戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確化―株主の選択―商事法務一七七五号一七頁(二〇〇六年)。

(6) 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』一頁以下(有斐閣・一九九五年)、前田雅弘「会社の管理運営と株主の自治―会社法の強行法規性に関する一考察」龍田節・森本滋編『商法・経済法の諸問題(川又良也先生還暦記念)』一四〇頁以下(商事法務研究会・一九九四年)、神作裕之「コーポレート・ガバナンスと会社法の強行法規性」ジュリスト一〇五〇号一三〇頁以下(一九九四年)。

(7) 神谷高保「会社法の任意法規化の限界」小塚莊一郎・高橋美加編『商法への提言(落合誠一先生還暦記念)』六七頁(商事法務・二〇〇四年)。

(8) 安戸善一「株式会社法の強行法規性と株主による会社組織設計の可能性―二人会社の場合―」商事法務一四〇二号三二六頁注(五)(一九九五年)は、会社法の強行規定に違反するため定款に記載できない取り決めが、株主間契約としても当然に無効とはならず、定款に記載できない取り決めが全て強行法規違反であるわけではなく、また定款に記載することには馴染まないが株主間契約に記載することはできるといふ取り決めがあることに言及している。

森田果「株主間契約(一)」法協雜誌一一八巻三三九六頁注(一一五)(二〇〇一年)は、六戸教授の問題提起が、従来余り議論されてこなかった例外的なものであるとする。森田論文は、「株主間契約(一)(六・完)」法協雜誌一一八巻三三五四頁(二〇〇一年)、一一九巻六八八頁、九号一頁、一〇号三四頁(二〇〇二年)、一一二巻一、二号一頁(二〇〇三年)、一一二巻一、二号一頁(二〇〇四年)以下、森田「株主間契約(一)(六・完)」と省略」から成る。

また、神谷・前掲注(7)七一頁は、平成一七年改正前商法(以下、旧商法)二〇〇条の強行法規性に言及した上で、強行法規の効力のレベルを、(i)定款によっても契約によっても逸脱することを認めない、(ii)定款によっても逸脱することはできないもの、一定の場合には契約によって逸脱することは認める、(iii)契約による逸脱は一般的に認める、(iv)定款によっても逸脱することも認める、という四つの区分で紹介している。

(9) 田中耕太郎「組織法としての商法と行爲法としての商法」法協雜誌四三巻七号一頁以下(一九二五年)、同『改訂会社法概論上巻』二二六―二二七頁(岩波書店・一九五五年)。

(10) 鈴木竹雄「商法における組織と行爲」我妻栄「鈴木竹雄編」田中先生還暦記念商法の基本問題」九一頁以下(有斐閣・一九五二年)、鈴木竹雄「新版会社法」(全訂第五版)三〇頁(弘文堂・一九九四年)。

(11) 龍田節「会社法(第一〇版)」二四頁、二八頁、三七頁(有斐閣・二〇〇五年)、北沢正啓「会社法(第六版)」四九頁(青林書院・二〇〇一年)、石山卓磨「現代会社法講義」三七頁(成文堂・二〇〇三年)。

(12) 酒巻俊雄「閉鎖的会社の法理と立法」(日本評論社・一九七三年)、

浜田道代『アメリカ閉鎖会社法―その展開と現状および日本法への提言―』(商事法務研究会・一九七四年)、同「株主の無条件株式買取請求権(一)(二)(三)―閉鎖会社立法への提言―」商事法務九八二号五九頁、九八三号二頁、九八四号三四頁(一九八三年)、青竹正一『続小規模閉鎖会社の法規整』(文眞堂・一九八八年)など。

(13) 神田・前掲注(6)。

(14) 黒沼悦郎「会社法の強行法規性」法学教室一九四号二頁以下(一九九六年)、野田博「会社法規定の類型化における「enabling」規定の位置とその役割・問題点(上)(下)」一橋論叢二二巻一、二頁以下(一九九九年)、一、二三巻一、二頁以下(二〇〇〇年)。野田教授は、米国における議論を踏まえて、会社法規定を「強行規定(mandatory rules)」「補充的規定(suppletory or default rules)」「enabling規定」の三つに分類する。

なお、旧商法下での会社法の強行法規性に関する議論の状況をまとめたいものとして、組織形態と法に関する研究会(座長・前田庸)「組織形態と法に関する研究会」報告書「金融研究二二巻四号六〇―六九頁(二〇〇三年)」がある。

(15) 89 *Coram. L. Rev.* 1395 (1989).

(16) 神田秀樹「藤田友敬」株式会社法の特質、多様性、変化」三輪芳明ほか編「会社法の経済学」四五三―四六一頁(東大出版会・一九九九年)。

(17) 神田・藤田・前掲注(16)四六四―四六八頁。

(18) 再交渉の可能性を事前に封じている例として、アメリカ信託証券法が社債条件のうち主要なものの変更を禁止している(15 *U.S.C. §§ 77aaa-77bbb* (2006))。藤田友敬「社債権者集会と多数決による社債の内容の変更」落合誠一ほか編「鴻常夫先生古稀記念 現代企業立

法の軌跡と展望』二一七頁以下（商事法務研究会・一九九五年）参照。

- (19) 幾代通『民法総則（第二版）』一九八頁（青林書院・一九八四年）、四宮和夫・能見善久『民法総則（第五版増補版）』二二五頁（弘文堂・二〇〇〇年）。

- (20) 神田・前掲注（6）三頁。本項の問題提起は、神田教授の所論に拠る。

- (21) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（二）』五五頁（中西正明）（有斐閣・一九八五年）。（以下『新版注釈会社法』は『新注会』と略表記。）

- (22) 高山藤次郎『新訂會社定款論』六一頁、六五頁（巖松堂書店・一九三九年）。松本丞治『株式会社に於ける定款自由の原則と其例外』『私法論文集統編』二九八頁（巖松堂書店・一九三八年）において松本博士は、「會社定款の性質に付いては多数学者は会社内部の法律關係を定むる契約書又は契約書類似のものとして解している」と述べ、自らは自治法規説に立つ。

- (23) 高山・前掲注（22）六〇頁は、定款の性質は、①会社設立を目的とする契約、②その契約の履行としての定款作成行為、③その作成行為の結果たる定款、の三者の性質を区別して論じなければならないとする。

- (24) 高山藤次郎『例解會社定款論』四頁（巖松堂書店・一九二八年）、西本寛一『株式會社定款論』五頁（大同書院・一九三四年）、高山・前掲注（22）六一頁。

- (25) 松本・前掲注（22）二九七頁。旧仮名遣いを現代仮名遣いに変更し、また当用漢字に置き換えた。松本論文は、大杉謙一「LTCにおける定款自治の基礎―なぜわが国の学説は有限会社に定款自治を認

めてこなかったのか」弥永真生ほか編『現代企業法・金融法の課題』二五頁（弘文堂・二〇〇四年）により、わが国においてかつて定款自治を原則的に認める有力少数説が存在していたとして紹介された。

- (26) 松本・前掲注（22）二九七―二九八頁。

- (27) 松本・前掲注（22）三〇三―三〇四頁。

- (28) 最近の学説では、青竹教授が定款自治を広く認める立場を取り、一般株主、少数株主の利益となる場合、あるいは株主の権利を不当に制限することにならない場合は、明文の規定が無くても定款自治は許されることにならない場合は、明文の規定が無くても定款自治は許されること（青竹正一『会社法』三〇頁（信山社・二〇〇三年）、同「株主の契約」平出慶道ほか編『現代企業法の理論―菅原菊志先生古稀記念論集』二四頁、二八頁（信山社・一九九八年））。

- (29) 江頭憲治郎『現代化』の基本方針」ジュリスト二二六七号六頁以下（二〇〇四年）、岩原紳作『新会社法の意義と問題点』商事法務一七七五号四頁以下（二〇〇六年）、相澤哲『会社法制定の経緯と概要』ジュリスト二二九五号八頁以下（二〇〇五年）。

- (30) 岩原紳作『会社区分のあり方』ジュリスト二二六七号三七―三三八頁（二〇〇四年）、稲葉威雄『定款自治の拡大―株式会社の機関設計』企業会計五七巻二二号八〇頁（二〇〇五年）。

- (31) 相澤哲『郡谷大輔「新会社法の解説（一）会社法制の現代化に伴う実質改正の概要と基本的な考え方」』商事法務一七三七号一六頁（二〇〇五年）。

- (32) 会社法が相対的記載事項を網羅的に規定できていないことを指摘するものとして、宍戸・前掲注（5）二二―二三頁、稲葉威雄『会社法の基本を問う』一八五―一八九頁（中央経済社・二〇〇六年）。宍戸教授は、定款自治の範囲が明確でない条文を三つの類型に分類している。①定款自治が明文で認められていないが、一概に否定され

- るべきものではなく、解釈の余地が残るもの(存続期間を限定した任意種類株主総会、議決権拘束契約の定款記載、普通株式のみが発行されている場合の配当可能利益の一定割合を利益配当する旨の定款規定、②明文で定款自治が認められているが、定款自治の限界が明らかでないもの(種類株主総会決議事由としての特定契約の定款記載、利益配当に関する種類株式の「配当額の算定の基準の要綱」の定め方の詳細度、参加型配当優先株式に対する分配割合を普通株式の例えは二倍とすること)、③定款自治を認める規定はあるが、定款自治を認める対象が明らかでないもの(複数の種類株式についての単一の種類株主総会、残余財産の分配に関する種類株式につき合併・企業買収等をみなし解散事由と定めること)(六戸・前掲注(5)二三頁)。
- (33) 大隅健一郎「今井宏」『会社法論中巻(第三版)』四六〇頁(有斐閣・一九九二年)。
- (34) 六戸・前掲注(5)二三頁。
- (35) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法(第四版)』一四七頁(有斐閣・二〇〇五年)。
- (36) 江頭憲治郎『株式会社法』二二八頁注(一〇)(有斐閣・二〇〇六年)。但し、立法の趣旨に鑑み、これら法が定める三つ以外についても、例えば、取締役の資格を一定数以上の株式を有する株主に限る等の定款の定めを置くことが可能であると解される(二二七頁)。
- (37) 神田教授は、議決権はある(一株一議決権または一単元一議決権)かないかのいずれかしか認められず、一株(または一単元)についての議決権を〇・七とか二とかなどと定めることは認められないとする(神田秀樹『会社法(第八版)』七五頁(弘文堂・二〇〇六年))。
- 江頭・前掲注(36)二三九頁、相澤哲ほか編著『論点解説新・会社法
- 千問の道標』一一六頁(商事法務・二〇〇六年)同旨。
- これに対し、米国法の判例および学説の分析から、わが国においても複数議決権が認められる可能性を示唆するものとして、柳明昌「差別的議決権の理論的検討—アメリカ法を中心として—」法学六七巻六号六五頁以下(二〇〇三年)。
- また、加藤貴仁「株主間の議決権配分(一)—一株一議決権原則の機能と限界—」法協雑誌二三巻一号二二頁以下(二〇〇六年)も参照。
- (38) 川島教授は次のように指摘する。資本多数決の原則の下では五〇%以下の出資しか行わない者は株主総会の意思決定に自らの意思を結実できない。二分の一の発行限度は、このような消極的な側面から見た資本多数決原則の機能を理論的根拠とする。したがって、二分の一の発行限度は、資本多数決の原則を維持しつつ議決権制限株式の発行を認める際の限界値である(川島いづみ「種類株主の取締役等選任・解任権と資本多数決原則の修正」ジュリスト一二二九号一六頁(二〇〇二年))。
- なお、一五条が適用されない公開会社以外の株式会社においては、会社法は、属人的定め(一〇九条二項)により複数議決権を設定することを想定していると解される。
- (39) 江頭・前掲注(36)二七三頁。単元株式数に関する定款変更が、ある種類の株主に、従来より不利な効果を及ぼす場合には、その種類の株主の種類株主総会決議を要する(三三二条一項一号口)。
- (40) 神田・前掲注(37)七五頁は、単元株式数の定め方により実質的に複数議決権株式と同じ効果を出せることを肯定的に解している。河村尚志「定款による支配配分と種類株式の活用(三・完)」法学論叢一五七巻六号五八頁(二〇〇五年)は、公開会社でない会社におい

ては一単元の株式数の調整は自由であるとし、公開会社については証券取引所の自主規制に期待する。

また、旧商法では、議決権制限株式について存する単元の数は、発行済株式の全部につき存する単元の数の二分の一を超えることができないという制限があったが（旧商法二二二条六項、会社法では廃止されたことも、この立場と平仄が合う）。

(41) 二倍の差異まではセーフ・ハーバーと言えらるであろうが、市場価格の変動によって合理性が消滅したり復活したりすると考えるべきではないので、確定的な数的基準を置くことは困難である。

米国では、既存の株主の持分割合を著しく侵害するかどうかで判断するアプローチに立って、模範会社法（RMBCA § 6.21(f)）および自主規制機関が社外株式の二〇％を超える株式を発行する場合に株主総会の承認を要求していることやクラス間の議決権の乖離が一〇対一の範囲内に抑えられるべきと考えられていることが参考になる。この指摘がある（柳・前掲注（37）八五頁）。しかしながら、出資額と議決権割合との不均衡を無制限にアレンジできると解されるべきものではなく（野村修也「株式の多様化とその制約原理」商事法務一七七五号三二頁（二〇〇六年）、一〇対一までは有効とすることに必ずしも論理性があるわけではない）。

議決権制限株式は、企業買収防衛策としての活用が議論されており（例えば、葉玉匠美「議決権制限株式を利用した買収防衛策」商事法務一七四二号二八頁以下（二〇〇五年））、議決権制限株式に関する定款規定の限界は、かかる議論の成果も踏まえたものであるべきだが、ここでは、公開会社で禁止されている属人的定めが、複数議決権株式によって潜脱される危険性について検討を要することを指摘しておく。野村・商事法務一七七五号三二頁参照。

## 株主間契約の効力と定款自治の限界の再構築（一）（田邊）

(42) 宍戸・前掲注（5）二三頁。

(43) 棚橋元「合併契約における株主間の合意とその効力―取締役選任・解任と拒否権に関する合意について」判例タイムズ一〇七四号四九頁（二〇〇二年）。

(44) 江頭・前掲注（36）二二五頁注（六）。委員会設置会社が業務執行の決定を執行役に委任する場合について四一六条四項一号。

(45) この結果、譲渡制限種類株式に関する譲渡承認の決定機関をその種類株主総会とすることができる（一三九条一項）。

(46) 江頭・前掲注（36）二三頁。

(47) 松尾健一「株式の強制取得条項による株式買取請求権の排除」同志社法学五八巻三二頁（二〇〇六年）。この場合は、定款による法律の規定からの逸脱という意味での定款自治というより、法律の規定と裁判実務が示唆する複数のオプションの中から定款でその一つを選択するものと理解されるであろう。反対、宍戸・前掲注（5）二〇頁、「特別インタビュー 会社法制現代化の方向性」企業会計五七巻四号八九頁（二〇〇五年）（江頭憲治郎発言）。但し、江頭教授は公開会社を意識した上で否定的に解している。

なお、ジョイント・ベンチャーを対象とした株式譲渡制限定款の検討として、大杉謙一「ジョイント・ベンチャーの企業形態の選択」中野通明・宍戸善一編『M&Aジョイント・ベンチャー』五〇―五一頁（日本評論社・二〇〇六年）参照。

(48) 江頭・前掲注（36）二九〇頁。

(49) 江頭憲治郎「新会社法の理論的課題（一）株式関係を中心に」商事法務一七五八号五頁（二〇〇六年）、江頭・前掲注（36）二九二頁。

(50) 稲葉威雄「郡谷大輔「対談 会社法の主要論点をめぐって」企業会

計五八巻六号一七〇頁〔稲葉発言〕(二〇〇六年)。なお、ジョイント・ベンチャーを対象とした定款による権限分配の検討として、大杉・前掲注(47)四一―四四頁。

(51) 相澤・郡谷・前掲注(31)一六頁。

(52) 消費者契約法(平成二二年法律第六一)号、特定商取引に関する法律(昭和五一年法律第五七号)等。

(53) Victor Brudney, *Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law*, 38 B.C.L. Rev. 595, 597-98 (1997) は、米国の州会社法の規定を“default rules”あるは“background rules”と捉えたとしても、当事者の合意により迂回してはならないルールがあり、さらにそのようなルールが該当しない場合であっても、州制定法というルールが存在していること自体が、当事者による契約回避(contract around)行動や、当事者が何のルールもないかのような取り決めをすることを制約するとする。

(54) 契約法の領域が強行法規性を強めているのに対し、会社法が自治の範囲を拡大しているのは興味深い現象である。会社法の基礎は本来契約自由の世界であって一旦大きく強行法規に振れたものが再び自由の方向に戻ってきているという理解をするならば、両者は互いに接近しつつあるということになる。消費者保護法も会社法も、関係者の公正な利益調整のための法律による介入の必要性を認識しており、したがって約款規制の限界と定款自治の限界は、双方によってoptimizeされた共通の領域を有しているのではないかの推察が成り立(。河上正二「定款・規約・約款」契約法から見た組織」竹内昭夫編『特別講義商法Ⅱ』三四頁(有斐閣・一九九五年)、山下丈「定款の内容規制について」広島法学八巻一号一頁(一九八四年)参照。本節1(4)以下の議論はこの発想に基づいている。

(55) 取締役選任決議は一人の取締役の選任が一議案を構成し、各株主は各取締役の選任について議決権を行使できる。会社法施行規則六六条一項一号イ。

(56) 特別決議事項の決議要件をさらに加重することについて、必要以上に困難な多数決制を定めることは会社運営および将来の株主にとって必ずしも有利とは言えないなどの理由で、旧商法は加重を認めていないことの見解があった。『新注会(二二)』二八―三〇頁(実方謙二)(一九九〇年)参照。

(57) 棚橋元「合弁契約における株主間の合意とその効力―取締役選任・解任と拒否権に関する合意について」ジョイント・ベンチャー研究会編著『ジョイント・ベンチャー契約の実務と理論―会社法施行を踏まえて』一九四頁(判例タイムズ社・二〇〇六年)。

(58) この命名は、森田「株主間契約(五)」二〇〇頁による。

(59) 森田「株主間契約(五)」二〇一―二頁。

(60) 上村達男「特集会社法制の現代化に向けた課題と展望―会社法総則・会社の設立」ジュリスト二六七号二頁(二〇〇四年)。

(61) 森田「株主間契約(五)」三九頁注(六八)。

(62) もちろん起業家も経験を積むことでクラス一に移行してゆくであろうし、また、起業家を対象としたリーガル・サービスが充実すればクラス一と同等の「装備」が可能となろう。米国カリフォルニア州のシリコンバレー周辺には、起業家を主たるターゲット・クライアントとする弁護士が多数いて、ベンチャー・キャピタルとの交渉を代理している。これらの起業家側弁護士は、起業家の弁護士報酬負担を軽減するため、当該ベンチャー企業のエクイティを用いた弁護士報酬回収スキームもあわせて提案する。これにより、依頼人と弁護士の間のエージェンシー・コストも低減される。



(63) 前掲注(2)の引用文献参照。

(64) 江頭・前掲注(36)二八三頁。

(65) 江頭・前掲注(35)二二五頁。川島いづみ「有限会社と定款」齊藤武ほか編著『現代有限会社法の判例と理論』一一六頁(晃洋書房・一九九四年)。

(66) 近年、消費者契約のみならず事業者間の契約においても、交渉力の格差や契約の相手方の要保護性を考慮して契約自由が制限されることが主張されており、この議論はベンチャー企業におけるベンチャー・キャピタルと起業家および一般の少数派株主との関係にもあてはまると考えられる。執行秀幸「いわゆる事業者間契約では、契約自由の原則が無制限に妥当するか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望第四巻代理・約款・契約の基礎的課題』二三五頁以下(日本評論社・一九九四年)。

(67) 江頭・前掲注(36)四九頁参照。

(68) 森田「株主間契約(六)一五〇頁注(一六三)。

(69) 書面決議の要件に依拠する以上、同意書面の存在は不可欠である。したがって、株主間契約についても書面により取り交わされていることが必要と考える。同族会社では、口約束だけで書面が存在しないケースが少なくないと思われるが、立証の困難さを考えれば、書面性を要件とすることで少数株主の救済がそれだけ薄くなるということにはならないであろう。なお、書面決議は、公開会社でない会社に限定されてはいないが、実質的には、閉鎖型のタイプの会社のみで利用され得る手続である(江頭・前掲注(36)三三〇頁)。

(70) 杉本泰治『株式会社生態的法的考察―株主間契約の機能と効力―』二七七頁以下(勁草書房・一九八八年)参照。

(71) 杉本・前掲注(70)二七八頁。

(72) 杉本・前掲注(70)二七八頁は、公序良俗違反とする。

(73) 江頭・前掲注(36)二八三頁注(六)参照。

(74) 出口正義「株主の誠実義務」『株主権法理の展開』三五頁(文眞堂・一九九一年)。

(75) 出口・前掲注(74)六四頁。

(76) 出口・前掲注(74)一〇七頁、一一二頁。

(77) 出口・前掲注(74)一一一頁。

(78) 江頭・前掲注(36)一二五頁注(四)、江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』二二頁(有斐閣・一九九五年)。これに対して、出口・前掲注(74)一二二頁は、特別な立法は不要としつつ、あえて立法するのであれば「株主が議決権または社員資格に基づく影響力を行使して会社の業務執行を行うにつき悪意または重大な過失があるときは、取締役と同様の責任を負う」という条文を置けば足りるとする。(筑波大学大学院博士課程ビジネス科学研究科企業科学専攻修了)