

# 株主間契約の効力と定款自治の限界の再構築（2・完）

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、四十三号）
    - (4) 株主平等原則と定款自治
      - (i) 株主平等原則の意義
      - (ii) 会社法における株主平等原則の位置付け
      - (iii) 株主平等原則の例外
      - (iv) 株主平等原則と定款自治の限界
  - 2 合同会社と定款自治
- 第三章 結言・・・（以上、本号）

(4) 株主平等原則と定款自治

(i) 株主平等原則の意義

株主平等原則は、株主としての資格に基づく法律関係において、株主をその地位に応じて平等に取り扱うべきことを求める原則である。商法に直接的な規定はなかったものの、近代社会における平等思想の株式会社法への浸透ないし、団体における正義・衡平の理念の現われとして、あるいは自然法的要求として、当然に認められるものであるとされてきた。

その内容を個別的に規定したものととして、利益配当請求権、議決権、新株引受権があり、またその例外として、数種の株式、転換予約権付株式、強制転換条項付株式などが定められてきた。そして、株主平等原則は、多数決の濫用、会社の経営者の恣意的権限行使から、少数株主を保護する機能を有すると解されている。

株主平等原則を正義・衡平といった理念に基づくものとして捉える通説的見解に対しては、「高次の理念によって基礎付けられているにしては世俗的な例外があまりに多く、子細に見るとさほど権威があるわけではない」との批判的見解が提示されている<sup>83)</sup>。この見解によれば、株主平等原則の「機能」とされる少数株主保護は、むしろ株式会社法の「政策目的」そのものであって、株主平等原則は一株一議決権を定めた商法規定等によって根拠付けられる株式会社法秩序内の商

慣習法ともいふべき原則ということになる。

わが国では、株式会社法の強行法規性が強調されてきた経緯から、少数派株主に対して多数派株主または経営者による「不当な扱い」が発生した場合に、それを是正するための具体的な法理が発展してこなかった。定款自治が認められるとしても、多数派株主に一方的に有利な定款規定を個々に判定して無効とし、または、多数派株主による濫用的な議決権行使を是正し、あるいは、多数派株主の支持を背景にした経営者の不適切な業務執行に対する責任追及（株主代表訴訟、差止請求、損害賠償請求）の機能が充実にいけば、株主平等原則を持ち出すまでもなくそれらの法理を利用した解決が可能である。しかしながら、現実には少数派株主が多数派株主による個々の不当行為や定款規定の違法を証明することは困難である<sup>84)</sup>。そこで、多数派株主の濫用行為を立証することは困難である。そこで、多数派株主の濫用行為を立証する負担を転換するための論理的前提として株主平等原則を導入し、株主平等原則に形式的には違反しているものの実質的に正義・衡平に反せず、むしろ積極的な存在理由を有していることの立証を行為者側に求めることで、多数派株主の専横に対する歯止めの論理を提供するところに、株主平等原則の意義があるのではないかと考えられる<sup>85)</sup>。

(ii) 会社法における株主平等原則の位置付け

会社法は初めて実定法上株主平等原則を規定した(一〇九

条)。株式会社は、株主を、その有する株式の内容および数に応じて、平等に取り扱わなければならない。公開会社以外の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、および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。<sup>86)</sup>

従来 of 通説的見解では株主平等原則の第一の意味として、各株式の内容は原則として同一であると解されていた。<sup>87)</sup> 会社法は、取得請求権付株式、取得条件付株式に関する規定（一〇七条）および種類株式に関する規定（一〇八条）を株主平等原則規定の前に置き、また一〇九条一項の書きぶりも「その有する株式の内容及び数に応じて」平等に取り扱うものとなつており、各株式の内容は原則として同一であるとの従来の通説的見解による平等原則の第一の意味は盛り込まれていないと解される。よつて、一〇九条一項は、各株式の内容が同一である限り同一の取扱いがなされるべきであるということとを定めた点に意味があると理解すべきことになつた。<sup>88)</sup> このことは、会社法が株主平等原則を株式会社制度に伴う法政策的な要請に基づくものとして明文化したことを示唆しているとの見方がある。しかし、旧商法において理念として認識されていながら実定法上の根柢がなく正義衡平や自然法にまさかのばらなければならなかつたのに対し、会社法において

明文化されたことによつて、株主平等原則は、従来はその「実益」ないし「機能」と位置付けられていた多数決の濫用からの少数株主保護を主眼とする基本原理として再構成することができるとはならないかと考える。<sup>89)</sup>

#### (iii) 株主平等原則の例外

株主平等原則が立証負担転換機能を有することから、会社または多数派株主が株主間に不平等な取扱いをした場合には、形式的に不平等であるということ自体で株主平等原則違反として無効であると推定される。この推定を覆すためには、その事項が株主平等原則の政策目的である多数派株主の専横を防止するということに反せず、かつ合理的な政策目的を積極的に有するものであることが立証されなければならない。<sup>91)</sup> そのような合理性を有すると考えられる取扱いとしては、①少数株主の発言力強化、②資金調達 of 便宜、③株式 of 譲渡制限、④株主優待制度 of 四つが挙げられる。<sup>92)</sup>

#### (iv) 株主平等原則と定款自治 of 限界

株主平等原則における平等は、形式的平等 (formally identical treatment) と実質的平等 (substantively equal treatment) から成る。株主平等原則はこれまで、具体的な状況をあまり考慮せずに機械的に適用される傾向があり、形式的平等 of 面が強調されてきた。<sup>93)</sup> 形式的に同じ扱いがされているかどうかは、比較的判断が容易である。しかしながら、経

済的な結果が平等かどうかは判定しにくいこともある上、どうすればその結果を実現できるかについて意見が分かれることもありうるところから、実質的な平等までは必要ないとする見解が有力であった。各株式について形式的に同じ扱いをすることが実質的平等を確保するための手段と考えられたためである。<sup>96</sup> その結果、例えば株主平等原則の例外としての議決権制限株式は、商法に規定された利益配当優先株式の属性として無議決権株式とすることが認められるにすぎず（平成一三年改正前旧商法二四二条一項）、議決権に関しては、株主総会決議事項のすべてに議決権が認められる株式と一切認められない株式という二者択一の対応しか許されていなかった。しかるに、平成一三年商法改正により、利益配当に関して普通株式についても無議決権株式にすることを認めただ上、さらに完全無議決権株式および狭義の議決権制限株式を種類株式の一種として取り扱うこととなった。また、株主総会または取締役会の決議事項につき、定款で種類株主総会の決議を要するものと定めることが認められた（旧商法二二二条九項）。特定の種類の株主に一定事項の拒否権を認める規定である。さらに平成一四年改正では、種類株主の取締役等の選解任権が設けられた（旧商法二二二条一項六号）。これにより従来考えられてきた形式的平等を基軸とする株主平等原則は大きな変容を受けた。<sup>97</sup>

しかしながら、自治の拡大は「自由放任」を認めるものではなく、自治ゆえにこそ合理的な企業経営を会社法は期待している。<sup>98</sup> 実際、会社法は、株主権の内容について、強行規定を設けている。すなわち、株主に剰余金の配当を受ける権利と剰余財産の分配を受ける権利のいずれをも与えないという定款規定は無効である（一〇五条二項）。会社の営利性から導かれる定款自治の限界である。それでは、配当受領権がなく剰余財産分配受領権が与えられている株式が発行されている場合に、毎年の決算で剰余金を全て配当に回すことや、配当受領権があり剰余財産分配受領権がない株式が発行されている場合に、決算時に常に配当を一切行わないとすることについて、「株式の内容」に応じた実質的な株主平等が保たれていると言えるかという点、既に述べたように疑問なしとしない。<sup>99</sup> また、配当優先株式について、配当額を一円プラスして議決権を奪うというような場合も、資金調達目的より支配権の維持に重点があるとしてその効力を問題にすべきとの指摘がある。<sup>100</sup> そうであるとなると、一見法令に反していないように見えるこれらの取扱いが制約される根拠はどこに求められるべきであろうか。

龍田節教授は、株式会社は所有と契約のふたつのモメントの結合からなるものであり、持分に基づく支配権（議決権）の行使は、他人の持分とは無関係に作用しえないため、社会

通念上許容される限度を超えて他人の持分を害してはならないという制約が常に付きまとうことになり、その限度いかんは契約的モメントにより決まるのであって、平均的株主が入社に際して期待した対価関係、等価交換関係を破つてはならないという点で株主の持分に基づく支配作用は限界づけられるとする。この「平均的株主が入社に際して期待した対価関係、等価交換を破つてはならない」という基準が、実質的株主平等の基準となり、同時に定款自治の限界を画するのではないかと考える。これにより、株主平等原則は、定款規定が法令に反しないかという「表現」のフェーズと、表現された定款の「適用」のフェーズに共通した概念として位置付けられるのではないだろうか。

それを検討するため、会社法において「平均的株主が入社に際して期待した対価関係、等価交換関係を破つて」よいと判断するための基準を探る。そのポイントは、既に述べた株主平等原則の例外とされる四項目となる。本論稿では、少数株主の発言力強化および資金調達の便宜の観点から検討する。

会社法は、少数株主権の議決権数、株式数および保有期間の要件を定款で緩和しないしは単独株主権化することを明文で認めた。少数株主による経営への参与および監督は正権の強化を図るものであり、法定の要件はいわば少数株主に不利な

サイドでの定款自治の限界であり、また定款のデフォルト条件を示すものである。これらの権利は、株主が分散し所有と経営が分離している公開会社においては、経営者支配をコントロールするものとして意義を有する。

しかしながら、公開会社でない会社においては、少数株主はより深く経営に参与しており、また、少数派とはいえ比較的多数の株式を保有しているケースが多い。公開会社でない会社における多数派と少数派の見解の対立は、経営方針そのものの対立から生じ、経営主導権をめぐる愛憎をまじえた争いに発展することが多い。さらに公開会社でない会社では、定款の定めによって株主権の内容を株主ごとに異なるものとするができるため（一〇九条二項）、多数派はそのような定款自治を活用することにより少数派を最大限圧迫することが可能となる。

属人的な株主権の内容を定款で定めることは、これまで有限会社においてはその性質上認められるとされてきたが、会社法では、公開会社でない会社について、株主平等原則の例外として属人的な株主権を定めることができるとしたため、多数派株主は法的裏付けを得てその地位をさらに強固なものとするのが可能となったとも言える。その内容は、少数派を経営に参与させない「餵い殺し」や、あるいは多数派が株式を第三者に譲渡して脱出する「置き去り」といったものと

なり得る。公開会社においては、少数派株主は最終的には株式を譲渡することにより投下資本を回収して多数派と縁を切ることが可能である。これに対して公開会社でない会社においては、退路がないことにより、多数派の圧迫はむしろ激しくなり、それが一定の限界を越えてしまうと、今度は少数派がそれまで問題にもしてこなかった多数派の会社法上の手続き違反(株主総会の招集手続きの瑕疵等)を盾に反撃を始めるという構図となる。会社法一〇九条は、それに加えて「定款規定の株主平等原則違反」という主張を少数派株主の反撃材料として提供することになる可能性がある。

公開会社でない会社における定款による属人的な株主権の定めが、実質的に株主平等原則に反しないことを立証しなければならぬ株主にとっては、ベンチャー企業出資契約に見られる会社からの離脱を容易にする Exit の権利(例えば、Tag-Along 権<sup>⑩</sup>、Drag-Along 権<sup>⑪</sup>)が付与されていることをその材料とすることができるのではないか。株主平等原則が、多数派株主の濫用行為の立証負担を転換するための論理的前提として、実質的に正義・衡平に反せず、むしろ積極的な存在理由を有していることの立証を多数派株主に求めることで、専横に対する歯止めの論理を提供するところに意義があるとすると、Exit の権利が付与されていることは、実質的正義・衡平を担保するものとして定款の属人的な株主権規定が定款

自治の許容範囲内であることを積極的に裏付ける意義を有することになる。少数派株主としては、会社から追い出されることがリスクであることはもちろんであるが、多数派が会社から脱出し置いていかれることもまたリスクである。Exit の権利は少数派株主がこのような窮地に陥ることを防止する機能を有する。

法令上の Exit の権利としては昭和二五年商法改正により米国にならって導入された株式買取請求権がある。株式買取請求権は、直接的には少数派株主の投下資本回収のための権利であるが、この権利の行使を回避するために多数派が慎重な態度をとるという効果も挙げられる。また、機能的なメリットとして、株主総会決議の正当性<sup>⑫</sup>、適法性に依存しないため、立証の問題も回避できる<sup>⑬</sup>。

一方、Exit の権利は、多数派株主による専横だけでなく、少数派株主による株式譲渡承認請求に名を借りたある種の「脅し」に対するバランスとしての役割も果たし得る。資金的余裕がなく、また少数派株主以外のパートナーを望んでいない多数派株主に対しては、株式譲渡の承認請求は、むしろ多数派と少数派の交渉力を逆転させ、少数派による攪乱を可能にする。株式買取請求権は、少数派の専横 (tyranny of the minority) から多数派を守る機能も持ち、会社の取引をスムーズに促進するものであるとの指摘もある<sup>⑭</sup>。このような



バランスサーとしての機能を有するもの。議決権を定款に定めることで、実質的な株主平等が担保されるのではないだろうか。

次に、少数派株主が多数派株主を支配するような株主ごとに異なる取扱いが制約なく可能であるかを検討する。旧商法下の有限会社においては、複数議決権や議決権の上限制等は定款自治の範囲内として認められると考えられていたのに対し、株式会社においては、一株複数議決権の賦与や議決権の上限制・通減制は認められないとされてきた。会社法においては、議決権制限株式の議決権（一〇八条一項三号）は、あるかないかのいずれかしか認められず、一株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される一方、公開会社でない会社にあつては剰余金配当・残余財産分配・議決権について株主ごとに異なる取扱いとする旨を定款で定めることができ（一〇九条二項）、旧来の有限会社の定款自治の自由を取り込んだ形になっている。しかしながら、公開会社でない会社における属人的種類株式も、まったくの制約なしに設定し行使できるものではなく、一定の内在的制約に服すると解すべきである。

その制約の内容を検討するにあたり、これまで有限会社についてなされてきた定款自治の議論をレビューしておく。わが国の有限会社は、小規模で閉鎖的な会社が念頭に置かれていたことから、法律による関与は株式会社におけるほど多岐

にわたらず、社員の自主性・自立性に委ねられている部分が多い<sup>⑧</sup>。しかし定款の内容は、公序良俗、具体的な強行法規、および有限会社の本質に反するものであつてはならず、また社員の基本的な権利を奪うものであつてはならない<sup>⑨</sup>。具体的には、議決権については、複数議決権は認められると解するのが多数説であるが、他の社員の議決権を奪うに等しいほどの多数の議決権を認めることは社員の議決権をまったく奪うような定めと同様に許されないとする見解や、複数議決権は属人的なものとして許容され持分そのものが多数議決権を帯有するものとなるのではないとの見解が提示されてきた<sup>⑩</sup>。次に、利益の配当については、設立当初からの社員を優遇するような規定は認められるが、社員の利益配当請求権をまったく奪うような定めは定款によつても規定できない<sup>⑪</sup>。また、残余財産の分配については、頭数主義や多数の出資口数を有する社員について分配請求権を制限する定めは可能であるが、残余財産分配請求権をまったく否定する定めはできないと解されてきた。会社法では、剰余金の分配と残余財産の分配についてそのいずれをも受けられない定款の定めを無効としたので（一〇五条二項）、この点に関する定款自治の限界は立法的に対応された。

しかしながら、人的要素を強調し社員平等の方向に向かう定款自治であればともかく、特定の株主の権利を出資比率以

上に強化する内容の定款については、設定後の状況の変化などにより一部の社員に不当な結果が生じる場合がある。例えば、特定の株主が会社の日常業務を執行する責任を負うことを暗黙の前提として、複数議決権や優先的な配当請求権を属人的に設定しかつ定款変更は総社員の同意をもって行うとした場合に、その後当該社員が何らかの理由で業務執行ができなくなつたため、その属人的特権を消滅させようとしても、当該社員の同意が得られないというようなケースが考えられる。そのような事情の変化により属人的な持分権の設定が不当な結果を招来する可能性があることは、これまでも指摘されていた。

属人的種類株式は、株式ではなく株主の属性により設けられるものである。また、その権利の内容は、株主平等原則を破る内容のものとできることが明文で認められた(一〇九条二項)。このような属人的権利が特定の株主に付与されるのは、株主間に強い人的関係が認められるからであつて、それゆえ、この権利は、当該株主とその他の株主との間の信認的法律関係の存在を基礎として認めることができるとされる。このような属人的定款規定を設けることができるとされたことで、公開株式会社でない会社の定款には、一段と契約的な機能が与えられたと評価できる。すなわち、属人的種類株主とその他の株主との間の人的関係は、定款規定に与えられた株

主間の契約的性質として捉えられ、属人的種類株式に関する定款自治の限界もそのような性質に依拠する。属人的種類株式がこのように人的関係を基礎とするものであることから、その権利内容は、その基礎を崩すがごとき内容であつてはならないし、また人的関係が破壊されたような場合には、当該株主の属人的種類株式としての権利行使は、権利濫用あるいは信義則違反として否定されることも考えられよう。

定款自治がゆき過ぎた場合の歯止めを基礎付ける理論として、米国では株主間の信認義務が論じられ、ドイツにおいては議決権濫用、誠実義務が論じられており、それらをわが国の法理に取り込もうとする試みがなされてきたが、それらが定着したというところまでには至っていない。また、株主平等原則に対しては、それが一般原則であつて法文上の根拠規定を有しないことから、これまでは裁判官の主観に委ねる結果になるとの批判に晒されてきた。しかしながら、新会社法により実定法の根拠が与えられたことから、正義・衡平の観点から導かれる一般原則に過ぎないとの難点は解消された。法文起草の経緯はさておき、立法者の意識としては株主権の内容についての定款自治を大幅に認めたことの抑止力として株主平等原則を意識していたとの推察は十分に成り立ち得るであろう。

種類株式が珍しいものとして捉えられてきた比較的最近ま



で、株主平等原則は無意識のうちに持株数比例原則として議論されていた。しかしながら、持株数比例を崩すことも定款自治で可能となった現在、株主平等原則はより実質的に定款自治の場でなされる会社支配をめぐる紛争を解決する基準として位置づけられなければならない。株主平等原則が立証負担転換機能を有するものであるとすれば、実質的平等を保つための「装置」が定款に備わっており、株主にそれを利用する機会が与えられていることは、立証負担を果たしたことを認定するにあたり重要なポイントとなる。

以上述べてきたように、会社法においては、株主平等原則が定款自治の限界を基礎付ける実定法上の規範となり得る。株主平等原則は形式的平等と実質的平等からなるが、形式的平等については大幅な自治が認められており、定款自治の限界は、実質的平等が保たれているかが問題となる。ベンチャー企業出資契約で用いられているEQUの権利を付与する条項は、定款そのものに備わった実質的平等の保全策として機能すると考えられる。

## 2 合同会社と定款自治

会社法は新たな持分会社形態として合同会社を導入した。合同会社は、社員全員に有限責任を与え、かつ民法上の組合に類似した業務執行体制を構築することが可能である。した

がって、原則として、全員一致で定款の変更その他の会社のあり方が決定され（六三七条など）、社員自らが会社の業務の執行にあたる（五九〇条一項）。米国のリミテッド・ライアビリティ・カンパニー（Limited Liability Company: LLC）をモデルとしており、構想当初より「日本版LLC」と呼ばれていた。

合同会社は、ほぼ完全な株主選択の自由を認め、株主総会、取締役といった機関の設置が不要でコーポレート・ガバナンスの最低要件も要求されていない。社員の交代を前提とせず、社員間の合意で会社を運営することができるので、機敏な経営を行いやすい。

米国においては、LLCは急速に増加したとされるが、税務メリットの要因を除外すれば必ずしも想定したほどに選好されていないのではないかと思われる。その理由としては、結局のところLLCが、株式会社と株主間契約のコンビネーションに比べて、ベンチャー企業や中小企業の事業運営にとつて使い勝手がよいと言えないからではないだろうか。

会社法においては、経営に参与しない少数株主を保護することは盛り込まれているものの、所有者としても経営者としても弱い立場に置かれがちなベンチャー企業の創業者という会社当事者は意識されておらず、少数株主として、あるいは株主の過半数により選任された一取締役としての取扱いをす

るに過ぎない。また、実際に使われている会社の定款の内容も、これまでは上場大会社も創業期のベンチャー企業も大差がなく、ベンチャー企業にフィットした組織作りは、契約自由の原則を最大限利用して株主間契約により行われており、いわば会社法の外で処理されてきた。創業者は、まさに契約自由の世界で生き抜かなければならない存在であり、強行法規の後ろ盾のない状況下では、ベンチャー・キャピタルに追い出されるといふ漠然とした不安感は拭い去れないであろう。合同会社は、このような状況下にある契約自由の原則をそのまま会社法の規整とするものである。それゆえに、「自由」に制度設計できます」という法制度を作ったからといって、直ちにさまざまなバリエーションが生まれて普及するかは未知数である。

米国においても、むしろ従来の「株式会社+株主間協定」のコンビネーション・スキームにおいて、ある種の型がデフォルト化したことから法的安定性が生まれたと思われる。さらに株式会社であることから、取締役等による一部株主に對する抑圧的行為の救済や、取締役と株主の間および株主相互間の信認義務などの、株主間の利害調整に関する法理の積み重ねがあり、これらが相俟って、ベンチャー企業における創業者と出資者の利害調整が機能する体系が存在し、実際に機能してきたのではないか。これに対しLLCはどこまで株

式会社の法理が適用されるかという不安定性がまだ残っている。

合同会社は、コーポレート・ガバナンスに関する基本的規制も存在しないため、多数派による少数派の圧迫の可能性が懸念される。一方、合同会社における意思決定のデフォルト・ルールは全員一致であり(五七五条、六三七条)、全員が同意しない限り、基本的な変更は行われず、社員全員が拒否権を有していることになる。しかし、実際の利用局面でデフォルト・ルールのまま合同会社を利用することはむしろ稀であり、拒否権の与えられない事項が定款に列挙されることになるであろう。また、機関を分化して、社員集会や経営委員会を設けることも可能であり、一定数の社員を有する合同会社では、定款自治によるガバナンス設計が期待されている。

合同会社において、機関の創設、権限の分配、意思決定の方法が完全に社員の合意に任されているかは、持分会社法の解釈問題となる。多数派社員の経営支配を抑制する少数派保護の法的規制は設けられていない。少数派社員にとっては、特に自らの人的リソースによる貢献が大きい場合には、退社の威嚇が効果的となる。そこで退社の自由を定款でどこまで制限できるかが問題となる。会社法六〇六条三項の「やむを得ない事由」による退社に関し、定款でやむを得ない事由を

限定できるであろうか。同条三項は、二項の定款による退社事由の定めに対する例外として設けられており、その趣旨は、事実上共同事業を営めないような関係破綻状態に陥った社員同士を強制的に結びつけたまますることは会社法が認めないとするものと理解される。会社法が合同会社に大幅な定款自治を認めているのは、社員に退社という脱出口が確保されているからである。それゆえ、三項は合同会社の定款自由の原則を限定する強行規定と解すべきである。

このように会社法は、合同会社の定款自治に対して最後の砦としての若干の強行規定は設けているものの、もともと人的関係が比較的強い小規模閉鎖会社向けに設定されていた有限会社が株式会社に取り換した会社法下において、新たに設けられた合同会社は、むしろ人的関係がなくても契約で処理する能力のある利用者向けであると位置づけられ、いわば自己責任の企業形態ということになろう。

条文上平等原則の裏付けがない自己責任の性格を持つ合同会社においては、少数派社員が多数派社員の抑圧に晒された場合の保護の理論的基礎が問題となる。本論稿では、契約法において提起されている「関係的契約論 (Relational Contract Theory)」にそれを求めることが有効であることを以下提示する。

近年、契約法においては、古典的な契約モデルが取引の現

実に適合しているとは限らないとの認識に立ち、社会関係そのものが契約の拘束力を生み出し、またさまざまな契約上の義務を生み出すという「関係的契約」と呼ばれる契約観が提示されている。この契約観では、現実の契約は、古典的な契約と関係的契約という二つの極の間で双方の要素を様々な度合いに併せ持つ形で存在していると捉えられる。契約当事者間に共有されている(はずの)規範が想定され、そのような規範意識を共有する集団が「共同体」と称される。そして共同体の相手が共通の規範意識から逸脱したときに、理解、同意、満足の有無とは別に「納得できない」という反応が生ずる。「納得」は、議論によってではなく、主体との「関係」の中でなされる相手の言動によって達せられるものとなる。

確かに、閉鎖型のタイプの会社において少数派が多数派の抑圧と感じるのは、表面上は定款に従って多数決がなされていても、いわばやり方に「納得」がゆかない部分があるからであろう。持分会社は、このような規範意識を共有する社員による共同体を、法律によって会社という組織(法人)に仕立て上げたものと考えることができよう。

内田教授によれば、関係的契約規範による契約原理は、生活世界に共有されている規範であり、それが紛争解決において依拠すべき規範であるという意味において合理性を有しており、かつ、裁判官の属する法共同体によって共感可能なも

のみに限り適用されるという二重のチェックによる担保がある<sup>⑧</sup>。したがって、そのプロセスを経て法原理として構成された規範は実定法体系の基本原理に抵触することは回避される。例えば、抑圧的で不公正な取引を禁じる独占禁止法から導かれる解釈論的要請により、具体的紛争に臨む裁判官は、関係の契約規範のほかに独占禁止法の規範をも考慮しつつ個別事案の解決を図ることになる<sup>⑨</sup>。

合同会社における定款自治の拡大から生じる少数派社員保護の問題は、関係的契約論がカバーする問題領域に含まれると考える。少数派保護の主たる局面は、一方当事者に選択の余地が乏しく不公正な契約が締結される傾向がある場合や、情報・専門的知識の偏在のゆえに合理的選択がなされない可能性がある場合である。起業家とベンチャー・キャピタルによる合同会社設立時には、ベンチャー・キャピタル側が優越的な立場に立つ場合が多く、ベンチャー・キャピタルの作成したひな型が十分な交渉なくそのまま定款とされる可能性がある。また、設立後に合同会社と取引関係を構築することを期待する会社が、関係構築のコミットメントとして、少数派社員となり、すでにベンチャー・キャピタル主導で作成された定款を受け入れさせられる場合もある。このように、イニシアティブを持つ会社当事者が定款を作成し、附合契約的に合意が取り付けられ、さらには承継人に引き継がれてゆく

という点で、約款と定款の間に連続性が見られる<sup>⑩</sup>。約款取引の惹起する問題の解決を視野に入れてはいる関係的契約論は、定款自治の限界の解釈にも適用しうるのではないだろうか。

ここで、合同会社の業務執行社員の義務違反の免責について、関係的契約論の視点から検討を加える。合同会社の業務執行社員は、会社に対して善管注意義務および忠実義務を負い(会社法五九三条一項、二項)、また、会社との関係については民法の委任に関する規定が準用される(同条四項)。したがって、業務執行社員は、これらの義務に違反して会社に損害を与えた場合、会社に対して損害賠償責任を負う。業務執行社員の会社に対する損害賠償責任の減免については、会社法に規定がないので、原則として定款自治に委ねられており(五七七条)、減免の範囲については、事前の包括的な免責も定款で規定しておくことが可能である。二社による合併会社においては、このような事前の包括的免責は、取締役が株主それぞれから派遣され出身母体の利益代表となつていくという現実と、取締役が合併会社に対して善管注意義務・忠実義務を負っているという法律構成のギャップを解消する効果を有する<sup>⑪</sup>。合併会社では、互いに相手方出身の取締役の責任を追及しあうという諍いが起り得るが、定款で事前に包括的免責を定めることでそれを回避することができるわけである。

しかし、起業家、ベンチャー・キャピタル、およびその他の少数社員からなるベンチャー企業型合同会社を考えると、例えば、業務執行社員が起業家とベンチャー・キャピタルの二名で、そのうち起業家は免責規定がなく、ベンチャー・キャピタルは包括的に免責されるという定款が設けられている場合、その効力については検討を要する。このような定款は、ベンチャー・キャピタルによつて起案され、起業家およびその他の少数社員との間で交渉もなくひな型のまま定款作成の処理がなされたような場合に起こり得る。その意味で企業と消費者の間の約款取引に類した様相を呈する。消費者取引に限らず、自己責任が当てはまる事業者間取引においても、約款取引は交渉力の不均衡と約款の隠蔽効果の視点からその内容が規制されるべきであるとの主張がなされており、このことは、合同会社の社員間にも適用することができよう。起業家とベンチャー・キャピタルが業務執行社員に就くことに關して、経営に参与できない他の社員がどのような期待を抱いていたかという観点から、そのような機関構成を採用した社員が共有する規範意識が探られる必要がある。また、定款変更（六三七条）、持分の譲渡（五八五条一項）、株式会社への組織変更（七八一条一項）等が、原則として総社員の同意によるとされているのは、合同会社の社員が共有する規範意識がこれらのポイントに存在することを示唆している

と解することができるのではないか。<sup>⑧</sup>

以上が、社員間の合意の観点からの定款自治の限界であるが、合同会社には、そのほかに持分会社法に内在する原理に基づく制約が存在すると考えられる。<sup>⑨</sup>例えば、持分会社は社員たる地位と業務執行機関とを一致させることで、持分会社の社員間における人的結合を法的に保障するものであり、業務執行社員が定款で専属的に賦与された権限を他の機関に包括的に委譲することは認められるべきでない。<sup>⑩</sup>機関設計が自由であるとしても、会社法は、会社が組織として維持されることを強行的に実現することを意図しているという意味で、定款による機関設計の自治は全く無制約ではない。<sup>⑪</sup>このことは、有限責任事業組合に関する法律に基づく有限責任事業組合において組合員全員が少なくとも何らかの業務執行に関わらなければならないとされていることから裏付けられよう。<sup>⑫</sup>

会社法の施行により、株式会社の株主にとつては大幅に選択の余地が拡大したが、株式会社と異なる会社カテゴリーとして合同会社が並存し、合同会社には社員による全般的な選択の自由が認められている。一方、株式会社には株主平等原則が明定され従来から少数株主保護の論理として用いられてきた考え方に実定法の根柢が与えられた。株式会社と持分会社の間に平等原則の有無という境界線が定められたことに応



じて、定款自治の制約原理も会社区分に応じたものとして整理されることに意義があると考えられる。従来小規模閉鎖会社における少数派株主保護のために提示されてきた誠実義務論、信認義務論は、実定法上の根拠がないという弱点ゆえに、それが裁判例において利用されるところまで定着してこなかった。

前項では、株主平等原則が株式会社における定款自治の制約原理として従来の少数株主保護論の範囲をカバーする機能を有し、さらに会社法の条文にその根拠を有することから、大規模な株式公開会社と小規模な閉鎖型のタイプの会社でそれぞれの課題に応じた少数株主保護機能を果たすことができ実務適用性の高い原理であることを示した。一方、合同会社については、出資者の自己責任による組織との位置づけを重視し、契約法理に照らして自治の限界が判断される。その契約法理は、「見ず知らずの当事者が出会って交渉し、契約条件を全部つめて契約を締結する、後は当初の合意で決めた契約条件だけに拘束される」という古典的な契約自由の原則ではなく、関係的契約モデルが無制約な自治から生じる問題に対処できる規範理論となり得る。

今後の課題は、関係的契約法理をいかなる形で裁判規範に落とし込むかである。学説のレベルでは議論の蓄積のある多数決濫用論にしても、裁判規範のステージでは未だ定着して

おらず、その面では関係的契約法理の裁判規範を探索する指標にはなっていない。一方、一般契約法の分野では、規制の増大や契約義務の拡大現象によって関係的契約法理を実質的に取り込んできており、合同会社という新たな会社類型によって「強行法規の束」から古典的意思自治の世界に立ち戻るかに見える会社法とコントラストを呈しているかのようである。しかしながら両者をブリッジする関係的契約法理が、会社法において株主平等原則として裁判規範化したと捉えれば、合同会社においても株主平等原則の「思想」は適用されて然るべきである。但し、当事者自治を尊重する合同会社においては、一般契約法理により近い扱いとし、株式会社に適用される株主平等原則の立証負担転換機能は働かないと見るべきであろう。今後、個別具体事案レベルでの射程範囲を明らかにする検証を進めてゆくことが課題である。

### 第三章 結 言

ベンチャー企業は創業後間もない段階から所有と経営の分離が始まる点で従来型の小規模閉鎖会社と会社の支配運営に対するニーズが異なる。ベンチャー・キャピタリストは、契約の自由原則を最大限に駆使して、資本多数決に基づく会社法理一般を閉鎖会社にそのまま適用した場合に生じる不具合あるいは不公平を株主間契約で解決できることを実務的に示



してきた。また、そのような実務を後押ししたのが、会社を「契約の連鎖 (nexus of contracts)」と捉えて、「契約自由が関係者の富の最大化をもたらす」とする、法と経済学に刺激された学説の展開であった。

わが国でも、「組織法Ⅱ強行法規」「行為法Ⅱ任意法規」という二分論を脱し、強行法規が存在する背後には、第三者との利害調整、再交渉の防止、合意形成上の疑義の推定などの多様性が存在することが認識されるに至った。

会社法は、非公開（閉鎖）会社法制を包括的に見直し、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た。その結果として、大企業同士の合併会社、ベンチャー企業、同族企業を含む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。米国における株主の信認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、この点の議論を深めないまま、大きく定款自治の世界に踏み出したことになる。しかし会社法が利用者に対して自ら設計することを求めるのであるとすると、真に使いやすかつ公平な会社法制が実現されるためには、定款自治の範囲が明らかにされなければならない。

一方ベンチャー企業は、出資者・起業家双方のインセンティブを極大化することを目的として、会社法規定と異なったアレンジを選択する。持株数と比例しない議決権の配分

や、少数株主の拒否権、株主権の内容など、ベンチャー企業出資契約に規定される項目のうちかなりのものは法改正により定款で同じ効果を実現できるようになった。また、会社法の規定に違反しない定款規定の効力が明文で認められた。

本論稿は、このような変化を遂げてきた定款自治に関し、株主間の信認義務が認知されていないわが国においては、株主平等原則がその限界を画する機能を有することを示した。すなわち、公開大企業、ベンチャー企業、同族経営による閉鎖型のタイプの小規模会社を問わず、株式会社という同じ舞台で発生する支配株主と少数株主の対立を解決する基本原理として、実定法に初めて登場した株主平等原則が、立証負担転換機能を纏った関係的契約法理の株式会社向け裁判規範として株式会社の定款自治の限界を画し、株主間の利害調整を果たす。そして、かかる観点から合同会社については、株主平等原則が適用されず立証負担転換機能が働かない点において株式会社と区別され、契約による自己責任の会社として位置づけられていることが理解される。

注

(79) 鈴木・前掲注(10)『新版会社法』八八頁、大隅Ⅱ今井『会社法論上巻(第三版)』三三五頁(有斐閣・一九九一年)、森本滋『会社法(第二版)』一一八頁(有信堂高文社・一九九五年)、『新注会(三)』

(80) 一六頁〔前田庸〕(有斐閣・一九八六年)。  
鈴木竹雄「株主平等の原則」『商法研究Ⅱ』二三八頁(有斐閣・一九七一年)。

(81) 龍田・前掲注(11) 一九四頁。

(82) 鈴木・前掲注(10)『新版会社法』八八頁、大隅Ⅱ今井・前掲注(79)三三五頁、森本・前掲注(79)一一八頁、『新注会(三)』一一二頁(前田庸)。  
裁判例としては、会社が一般株主には無配としておきながら特定の株主に対して配当に代えて金員を贈与した事案において、ストリートに株主平等原則違反を理由に当該贈与を無効としたものがある(大阪高判昭和四五・一・二七判タ二四六号二七頁、同判決の上告審判決として、最判昭和四五・一・二四民集二四卷一、二号一九六三頁、判タ六一六号九七頁、判タ二五六号二二七頁)。会社法判例百選一二事件二八頁(関俊彦)参照。

(83) 上村達男「株主平等原則」竹内編『特別講義商法Ⅰ』前掲注(6)一六頁。

(84) 多数派株主による少数派株主の圧迫に対する司法による事後的救済については、米国ではわが国に比して信頼と蓄積がある。特に、当該紛争の具体的事情の下で株主総会の決議に瑕疵を認める動的規整について彼我の差は大きい。神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整(一)」法協雑誌九八卷六号三頁、三二一四九頁(一九八一年)、同「資本多数決と株主間の利害調整(五・完)」法協雑誌九九卷二号八〇一九九頁、一四六頁(一九八二年)。神田論文は、「資本多数決と株主間の利害調整(一)」(五・完)法協雑誌九八卷六号一頁、八号五二頁、一〇号六二頁、一二号四九頁(一九八一年)、九九卷二号七九頁(一九八二年)から成る。以下、神田「資本多数決

(一)～(五)と省略。

デラウェア州における最近の司法による事後的救済の状況を分析するものとして、玉井利幸「会社法の自由化と事後的な制約ーデラウェア会社法を中心にー」(三・完)一橋法学三卷三三三三四頁以下(二〇〇四年)、四卷一、二五頁以下(二〇〇五年)参照。

動的規整の利用状況に差異がある背景として、国民性や司法へのアクセシビリティなど種々の社会的・制度的原因が考えられるが本論稿では立ち入らない。なお、稲葉・前掲注(32)一九〇一九三頁は、日米の差を生み出している社会的・制度的原因ゆえに、定款自治などの規制緩和に警戒する。近藤光男「会社法と日本型資本主義」宮本又郎ほか『日本型資本主義』一五九頁(有斐閣・二〇〇三年)も、定款自治の拡大に賛同しつつ、事後規制の厳格化を図ることを注意喚起していた。

(85) 上村・前掲注(83)二〇頁。神田「資本多数決(三)」六七頁は、ドイツにおいては株主平等原則はあまり機能してこなかったものの、株主平等原則違反を主張する者は取扱いの平等という事実を立証しさえすればよく、平等扱いを正当化する事由は相手方が立証すべきである点で意義があると再評価されていることを紹介する。

また、Robert B. Thompson, *The Law's Limits on Contracts in a Corporation*, 15 Iowa J. Core L. 377, 388 (1990) が、定款自治を利用する者に対しては、価格またはその他の私的交渉によって事前に濫用のリスクを制御することができることを証明する機会を与え、そのような証明がなされない場合には、会社の行動をコントロールする者の行動を規制する法的ルールは合意によって回避されてはならないと推定されるべきであるとするのも、定款自治の限界に関する立証負担の転換を示唆している。

(86) 立法担当官による解説として、相澤哲編著『一問一答新・会社法』五八一―六一頁(商事法務・二〇〇五年) 参照。

(87) 鈴木・前掲注(10)『新版会社法』八八頁。

(88) 前田庸『会社法入門(第二版)』八七頁(有斐閣・二〇〇六年)。従来の通説的見解では、この点が株主平等原則の第二の意味であるとされてきた(鈴木・前掲注(10)『新版会社法』八九頁)。

(89) 神田・前掲注(37)六三頁。また、一〇九条一項の規定は「同条二項の規定を置く関係上、株主平等原則を掲げることが不可欠である」との法制的な指摘を受けて設けられたものであるとの立法担当官の説明がある(江頭憲治郎ほか「座談会／会社法」制定までの経緯と新会社法の読み方」商事法務一七三九号一三頁〔相澤発言〕(二〇〇五年)）。なお、株主平等原則が正義・衡平という高次の理念に基づくものであれば、その条文は、立法技術的には取得請求権付株式・取得条件付株式や種類株式に係る定めの中に置かれることになるとも考えられる。

(90) 長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス会社法(第二版)』一三〇頁(商事法務・二〇〇六年)は、改正前商法において理念として認識されていた株主平等原則と会社法において明文化された株主平等原則との間に何らかの法的違いを見出そうとする考え方の可能性を示唆する。菅原貴与志『新しい会社法の知識』四〇―四一頁(商事法務二二〇〇五年)も会社法下で株主平等原則の果たす機能を強調する。

なお、新山雄三「規制緩和とコーポレート・ガバナンスの行方」森淳二郎・上村達男編『会社法における主要論点の評価』八頁(中央経済社・二〇〇六年)は、会社法一〇九条が、株主平等原則が持つ法的制度的意味や機能を十分に理解して規定されていない可能性について

て懸念を示す。

(91) 上村・前掲注(83)二二頁。

(92) 無料入場券や無料乗車券などは換金性が高く、その意味で現物配当に近い経済的性格を有するという見方がある(森本・前掲注(79)一二〇頁注(二)、弥永真生「リーガルマインド会社法(第九版)」三七頁(有斐閣・二〇〇五年)。弥永教授は、平等性を垂直的平等と水平的平等に分けて、前者については厳密な比例は要しないが、逆転は生じさせるべきではなく、後者については、平等的取扱いが強く要請されるとする。

(93) 上村・前掲注(83)二二―二四頁

(94) Victor Brudney, *Equal Treatment of Shareholders in Corporate Distributions and Reorganizations*, 71 Cal. L. Rev. 1072, 1075 (1983).

(95) 宍戸善一ほか「定款自治の範囲に関する一考察」商事法務一六七五号五八頁(二〇〇三年)。

(96) 龍田節「自己株式の取得と株主の平等」法字論叢一三四巻五・六号二六頁(一九九四年)。

(97) 志谷匡史「新会社法と株主平等原則」企業会計五七巻六号八七頁注(一六)(二〇〇五年)。

(98) 志谷・前掲注(97)八三頁。

(99) 弥永・前掲注(92)七頁。

(100) 本節1(2)(i)参照。利益配当請求権は従来株主の固有権であり、合理的な範囲または期限を超えた剥奪・制限は許されないと解され、企業経営のため合理的に必要と認められる限度を明らかに超える配当制限は、抽象的な利益配当請求権自体の侵害であると言われている(鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法(第三版)』三七二頁(有斐閣・一九九四年))。

(101) 上村・前掲注(83)二二頁。

(102) 龍田節「株主総会における議決権ないし多数決の濫用」末川先生古稀記念論文集刊行委員会編『末川先生古稀記念権利の濫用中』一四六頁(有斐閣・一九六二年)。

また、R.R. Druzy, *The Relative Nature of a Shareholder's Right to Enforce the Company Contract*, [1986] C.L.J. 219 が、以下のよてに述べているのも、考え方の基礎は龍田教授と共通と思われる。「イギリスの会社において、定款により社員に与えられた権利は、必ずしも絶対的な権利ではない。その権利は、個々の権利に分離して存在しているのではなく、他の社員が享受する権利との関係においてのみ見て取れるものである。」(at 224.)

(103) 森本滋「株主平等原則と株式社員権論」商事法務一四〇一号五頁(一九九五年)は、過大な内部留保により利益配当がなされなるとき平等原則は機能しないため、平等原理を越えた実質的な株主の財産権の保護法理を検討する必要性を説いていた。本論稿は、龍田教授の示した基準により、会社法下においては株主平等原則が森本教授の言う実質的な株主の財産権の保護法理にまで昇華したと捉える。

(104) 大杉教授が、株式会社に関する会社法規定は、全体として、総会権限や株主権を拡大する(株主が権利を行使しやすくなる)方向の定款規定が有効であることを詳細に定めており(例えば、二九五条二項、三〇三条二項)、そのような方向での定款規定は法に定めが無くとも原則として有効だが、反対方向での定款規定は法規定が無ければ原則として無効と解される片面性があるとするのも、考え方の基礎は同じであろう(大杉・前掲注(47)三三三頁)。

(105) 江頭・前掲注(35)一一五頁。

(106) いずれかの株主が所有する株式を第三者に譲渡しようとするとき

に、他の株主がその株式譲渡に参加できる権利。他の株主が一緒に株式を売却できる権利であることから、Co-Sale Rightとも呼ばれる。

(107) ある株主が自己の株式を売却する際に、他の株主にも参加させて一緒に売却することを要求できる権利。但し、少数株主の抑圧に利用されるおそれがあり、有効性が不安定であることが指摘されている(Joseph W. Bartlett, *Equity Finance: Venture Capital, Buyouts, Restructurings and Reorganizations* Vols. 1-3, § 10.15 (2nd ed. 1995))。

(108) 白鳥公子「小規模閉鎖会社における会社内部紛争回避・解決策」株主間関係からの考察」横浜国際経済法学三巻一七九頁(二〇〇四年)が、小規模閉鎖会社の内部紛争の解決策として、少数派株主の離脱と株式買取りを通じた金銭的補償により、裁判前の解決が促進されると論じていることは、本論稿の主旨を支持するものと考えられる。See also 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, 798 (1992).

(109) 神田教授は、株式買取請求権を、固定の規整(例えば、特別利害関係人の議決権排除)、動的規整と並ぶ第三の規整と位置づける(神田「資本多数決(一)」三頁)。米国の株式買取請求権の発展経緯については、「資本多数決(五)」一〇〇頁以下参照。

(110) 木俣由美「株式買取請求権の現代的意義と少数派株主の保護(一)」法学論叢一四一巻四号三二頁(一九九七年)。その他、株式買取請求権の少数派株主保護機能を論ずるものとして、浜田・前掲注(12)「株主の無条件株式買取請求権」、山本真知子「閉鎖会社における株主の株式買取請求権」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集三頁(一九九七年)。

(111) 木俣・前掲注(110)三二二頁。

(112) 木保・前掲注(110)三五頁。

(113) 長浜洋一「支配株式譲渡人の責任」早稲田法学四四卷一・二号九四—九五頁(一九六九年)、同「支配的株主の取引と少数株主の保護—「支配」と株主平等の原則—」私法三二卷一三九頁(一九六九年)は、株式の売却における機会均等を、株主平等原則の内容ではないとしつつも民法七〇九条の保護法益として認めている。このことは、株式売却の機会均等(平等権)が与えられている定款規定が株主平等原則違反でないとの主張を裏付けよう。

(114) 旧有限会社法三九条一項但書。

(115) 江頭・前掲注(35)一三四頁、一四七頁。

(116) 神田・前掲注(37)七五頁。

(117) 川島・前掲注(65)一一六頁。

(118) 『新注会(一四)』三七六頁(実方謙二)(一九九〇年)。

(119) 『新注会(一四)』三〇七頁(菱田政宏)。複数議決権が認められるとしても、当該社員に帰属する属人的な権利であって、持分そのものが多数議決権を帯びた多数議決権持分となるわけではない。

(120) 『新注会(一四)』三四三頁(龍田節)。

(121) 川島・前掲注(117)一九九頁。

(122) 『新注会(一四)』五五四頁(中西正明)。

(123) 川島・前掲注(117)一一一頁。

(124) 川島・前掲注(117)一九九頁。

(125) 前田・前掲注(6)一五五頁。例えば、公開会社でない会社の属人的種類株主は会社の経営を担うケースが多いと考えられるが、それゆえに一般株主の少数株主権を実質的にまったく奪ってしまうような権利を当該株主に与えることを内容とする定款規定は許されないのである。増田政章「有限会社における定款自治—ドイツ法を中心

にして—」近畿大学法学四九卷二・三号一八九頁(二〇〇二年)および川島・前掲注(117)一九九頁参照。

(126) 川島・前掲注(117)一一一頁。

(127) ドイツ法を踏まえて誠実義務論を展開したものとして、出口・前掲注(74)三頁以下。また、信託義務論を論じたものとして、三枝一雄「支配株主と信託義務—支配権濫用抑制のための一つの理論」法律叢四四卷二・三号一三七頁以下(一九七〇年)。

(128) 近藤光男ほか「定款自治による株主の救済(上)」商事法務一六九八号六頁(二〇〇四年)。この批判は、株主総会における多数決原理の調整を図る通説的立場である多数決濫用論にもあてはまる。なお、神田「資本多数決(一)」三六頁は、株主平等原則は、株主総会決議に関するかぎりでは、多数決濫用理論のひとつの客観的要件に過ぎないのではないかという疑問を提起している。

(129) 株主平等原則は、株主が株主としての資格で会社に対する場合にのみ適用され、株主たる資格を離れて第三者たる資格で会社に対する場合は適用されないという限界があることが指摘されてきた(鈴木・前掲注(80)二七六頁、神田「資本多数決(一)」三五頁)。しかし、会社の決定が法律行為の相手方たる株主の支配的影響力に基づいてなされる場合は、団体的連接を認めて株主平等の原則が適用されると捉えれば(出口正義「株主平等の原則」『株主権法理の展開』前掲注(74)一七五—一七八頁、定款自治の限界法理としての制約にはならないであろう。また、何をもちて平等とするかが困難であるとの指摘(神田「資本多数決(一)」三五頁)に対しては、通説的地位にある多数決濫用論もそのメルクマールである「会社の利益」という要件が不明確さを克服しているとは言い難い(出口・前掲注(74)「株主の誠実義務」一一二—一三頁)。これに対し、龍田・前掲注

(102) 一四五頁注(六)は、少なくとも多数決濫用に関するかぎり「会社の利益」は問題にしなくてよいと述べている。また、白鳥・前掲注(108)七八頁は、会社の利益概念の不明確性の指摘に対して、同論文の検討対象である小規模閉鎖会社においては、個々の株主利益と会社の利益は限りなく同一性を有するので、批判はあたらなと反論する。しかし、多数決濫用理論は、少数派の拒否権濫用に対して対応できないという難点がある上に、立証の点で少数派株主に負担を強いることになる。

(130) 前掲注(89) 参照。

(131) 鈴木・竹内・前掲注(100) 一一二頁注(一)。

(132) 具体的な適用にあたっては、Wilkes v. Springfield Nursing Home, Inc., 353 N.E.2d 657(Mass. 1976) の“balancing approach”が参考になる。すなわち、少数派株主が株主平等原則違反で多数派株主を訴える場合には、多数派株主の側は問題とされたアレレンジについて、Eut.権の付与などにより実質的に株主平等が保たれていることを立証できればその行為を「一応正当化」することができ、これが立証されるときは、逆に少数派株主の側で、同様の正当な目的が少数派株主の利益を損なわない別のアレレンジによっても達成され得たことを示すことによりこれに抗弁することができると考えられる。

野村教授は、種類株式の内容設計の制約原理として、①「必要性のテスト」と②「相当性のテスト」を挙げ、定款の記載方法に関する制約原理として、①「明確性のテスト」と②「変更手続のテスト」を挙げる(野村・前掲注(41) 三三頁)。本論稿の立場は、これらのテストは株主平等原則に備わった立証負担転換機能と相俟って少数派株主を保護するとするものである。森淳二期「会社支配の効率性」と公正性確保」森上村編『会社法における主要論点の評価』

前掲注(90) 三〇一三二頁参照。

(133) 但し、株主平等原則で定款自治の限界がすべて説明できるわけではないことは勿論である。第三者効えに強行ルールが必要とされると説明されてきたものうち、債権者保護規定は、債権者に定款規定の交渉の機会がないゆえに認められるものである(神田・藤田・前掲注(16) 四六四頁)。これに対し株主平等原則は、神田教授・藤田教授が示した「合意」の問題に関わるルールである。

(134) 会社法制定前の議論として、経済産業省産業組織課編『日本版LLC 新しい会社のかたち』(金融財政事情研究会二〇〇四年)、大杉謙一「米国におけるリミテッド・ライアビリティー・カンパニー(LLC) 及びリミテッド・ライアビリティー・パートナーシップ(LLP) について—閉鎖会社立法への一提言—」金融研究二〇〇一巻一 一六三頁(二〇〇一年)、大杉謙一「新しい事業組織形態(日本版LLC)の構想」『「IV・完」—国際競争力を持つ企業法制の模索として—」商事法務一六四八号四頁、一六四九号一四頁、一六五〇号一九頁(二〇〇二年)、一六五二号二六頁(二〇〇三年)、渡邊佳奈子「日本版LLC制度の創設に向けて」NBL 七七五号二九頁(二〇〇三年)、関口智弘「米国ベンチャービジネスにおけるLLCの活用方法—日本版LLC制度の導入に向けて—」商事法務一六八三号二四頁(二〇〇三年)。

(135) 合同会社の設立数は、会社法施行から三ヶ月で一〇〇〇社を超えたと言われる。合併会社の会社形態として選択される例が多いようである(日本経済新聞二〇〇六年一月二五日夕刊)。

(136) Wayne M. Gazur, *The Limited Liability Company Experiment: Unlimited Flexibility, Uncertain Role*, 58 Law & Contemp. Probs. 135, 172 (1995). 確かに米国では、LLCは一九九三年の約二万社から二〇〇三年に二〇九



万社まで増加しており、パートナーシップに比べ伸びは高い(高市邦仁「欧米の LLC」『日本版 LLC 新しい会社のかたち』前掲注(134) 四九一五〇頁および米国 IRS 統計資料 (<http://www.irs.gov/pub/irs-soi/03partn.pdf>)。しかしながら、米国で LLC が選好されているのは、パス・スルー課税メリットによるところが大きいと思われる。実際、LLC の増加が著しくなったのは、法人課税が構成員課税かを選択できるチェック・ザ・ボックス規制が導入された一九九七年以降である。

(137) 当事者(社員)がすべてを選択することは、あらゆることを想定して取り決めておかなければならないという使い勝手の悪さを意味する(六戸・前掲注(5)二八頁注(五八))。

(138) 六戸善一『動機付けの仕組としての企業・インセンティブ・システムの法制度論』一〇六頁(有斐閣・二〇〇六年)。

(139) 米国においても、自州の LLC 法の重要な任意規定の内容について誤解をしている弁護士が少なくないこと、LLC の定款にはサンプルをそのまま用いることが多く、当事者の交渉がきちんと反映されることはまれであることがフィールド調査で指摘されている(Sandra K. Miller, *A New Direction for LLC Research in a Contractarian Legal Environment*, 76 S. Cal. L. Rev. 351, 390-400 (2003))。

わが国の実務家も、これまでと違ってあらゆる事態を想定した定款を作成しなければならないというタスクを課されることになる。事業形態に応じたいくつかの定款ひな型が定着するまでの間は試行錯誤が続くことが予想される。米国のベンチャー出資契約のひな型はそのような努力の成果であるが、それには法律実務家の豊富な人的リソースとネットワークが寄与するところが大い(六戸善一「ベンチャー企業育成の仕組と法的課題」ジュリスト二二一八号六一

七頁(二〇〇二年))。

また、わが国では、合同会社という新しい名前が何の先入観なくビジネスの世界に受け入れられるかという問題もある。有限会社が本来の利用者である中小企業にあまり好まれなかったのと同様、新奇な名称の合同会社より株式会社の方が信用されるのではないかといった程度の理由で合同会社ではなく株式会社が選択されることがあるかもしれない。

(140) もっとも、大企業間のジョイント・ベンチャー、投資組合や専門家集団においては、構成員の均質性・専門性がより高いまさに「プロ」同士の取引であることから、LLC の歴史の浅さに対する抵抗感は小さいであろう。

(141) 神作裕之「会社の機関―選択の自由と強制」商事法務一七七五号四三頁(二〇〇六年)。

(142) 六戸・前掲注(5)二〇頁。

(143) 長島・大野・常松法律事務所・前掲注(90)六〇四頁。なお、立法担当官は「一〇年間は退社できない」という定款規定を設けることが可能であるとしているが(相澤哲二郡谷大輔「新会社法の解説(二) 持分会社」商事法務一七四八号一九頁(二〇〇五年))、この期間内であってもやむを得ない事由があるときは退社することができると解される。

(144) デフォルト・ルールが全員一致であることは、多数決原理の株式会社よりもむしろ少数派保護となっており、そのルールから逸脱することのリスクは少数派が負うとせざるを得ない(六戸・前掲注(5)二四頁)。

(145) 定款自治の限界の解釈に関係的契約論を適用することは、Drury, *supra* note 102 および Michael J. Whincop, *Relational and Doctrinal*

*Critique of Shareholders' Special Contracts*, [1997] SYDNEY L. REV. 18 が示唆している。Drury 論文は、イギリス会社法における会社定款の法的性格に関する契約論を適用することを論じており、Whitcop 論文は、会社の定款変更の限界に関する契約論を適用することをオーストラリア会社法に基づき論じている。

神田教授は、フランスにおける多数決濫用理論の展開を、「民法を基礎とする権利濫用概念あるいは行政法を基礎とする権限超越概念を会社法的に加工する努力の歴史であった」と評したが(神田「資本多数決(三)」一二五頁注(二・五)、本論稿は、これに倣い古典的契約観に代わりうる現代的契約観である関係的契約論を会社法的に加工することを試みるものである。

- (146) Ian R. Macneil, *The Many Faces of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691 (1974); Ian R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry Into Modern Contractual Relations* 1-35 (1980); Ian R. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 NW. U.L. REV. 340, 346-82 (1983). 内田貴『契約の時代』二九—四〇頁(岩波書店、二〇〇〇年)。

(147) 内田・前掲注(146)一五三—一五五頁。

(148) 内田・前掲注(146)一五八—一五九頁。

(149) 内田・前掲注(146)一五八—一五九頁、一六二頁。

(150) 河上・前掲注(54)三九頁。

(151) 西村とさわ法律事務所編『新会社法実務相談』五〇六頁(商事法務、二〇〇六年)。

(152) 武井一浩「企業法実務の観点からの新会社―種類株式、合同会社、自社株買取、買収防衛策―」商事法務一七五九号二九頁(二〇〇六年)、同「日本版 LLC 制度とジョイント・ベンチャー実務への利用可能性―合併契約(株主間契約)の実効性向上の観点から―」江

頭憲治郎Ⅱ武井一浩編『上級商法 閉鎖会社編【第二版】』二五〇頁(商事法務、二〇〇五年)。親会社の意向に沿った行動をとる合併会社の派遣役員 (interlocking directors and officers) の信託義務の問題を指摘するものとして Zenchi Shishido, *Conflicts of Interest and Fiduciary Duties in the Operations of a Joint Venture*, 39 HASTINGS L.J. 63, 113 (1987)、清水建成「合併事業における取締役の義務と利益衝突」判例タイムズ一〇八六号六三頁(二〇〇二年)。

(153) 河上正二『約款規制の法理』四〇〇—四〇一頁(有斐閣、一九八八年)、執行・前掲注(66)二四五頁。

(154) 宍戸・前掲注(5)二四頁。

(155) 神作・前掲注(14)四三頁。神作教授は、本文中に述べた制約以外に、多数決原理を導入できるのは会社の業務執行に関する分野かまたは定款上一義的に明確な事項に限るという特定性の原理、および社員権の核心に触れる基礎的権利や社員の経済的自由を剥奪することとは許されないとする限界を述べている。これらについては契約法理との関連で限界付けをすることができよう。また、神作教授は、緊密な人的関係に基づく社員の誠実義務の可能性を指摘している。しかし、ベンチャー企業のような場合、社員に緊密な人的関係が常に存在することを前提とできるかは疑問がある。合同会社にあつてはよりストレートに契約法理との連続性を認めてよい。

(156) ドイツでは「自己機関の原則」とされている(神作・前掲注(14)四三頁)。

(157) 神作・前掲注(6)一三四頁。なお、宍戸善一Ⅱ岩瀬ひとみ「ベンチャー企業と合同会社制度」法律のひろば二〇〇六年三月号一六頁(二〇〇六年)は、本文中で述べた論点は明記していないが、機関設計は完全に自由であるとする。

(158) 有限責任事業組合に関する法律（平成一七年法律第四〇号）一三  
条二項。

年。

(159) 神田「資本多数決（五）」一三八頁、出口・前掲注（74）三〇頁注  
（四七）。

（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）

(160) 株主平等原則の実質的基準を、平均的株主が入社に際して期待し  
た対価関係、等価交換関係を破つてはならないと捉える本論稿の考  
え方（本節1（4）（iv））は、株主が共有している期待感を規範と  
しており、関係的契約論との連続性を有する。したがって、株式会  
社の定款自治の制約を株主平等原則に求め、合同会社の定款自治の  
制約を契約法理に求めることは、会社形態によって適用法理を分断  
するとの批判があるとするれば、それは当たらないと考える。むし  
ろ、株主平等原則は、関係的契約法理を、種々の法規整により契約  
当事者意識が希薄になった株主間に適合するよう、立証負担転換機  
能を纏った形に変容したものと捉えることができよう。

(161) 内田・前掲注（146）二六頁。

(162) 関係的契約モデルが裁判規範として機能しうるかについては疑問  
を呈する見解がある。棚瀬孝雄「関係的契約論と法秩序観」棚瀬孝  
雄編『契約法理と契約慣行』六九頁（弘文堂・一九九九年）。それへ  
の反論として、内田・前掲注（146）一六二頁以下の「付論」。

(163) 神田「資本多数決（一）」四〇頁。もともと、会社法をめぐる紛争  
では、正面から多数決濫用を主張するより、何らかの手続的規整違  
反あるいは株主総会や取締役会の決議の瑕疵を争うほうが効果的で  
あったであろう。

(164) フランスでは多数決濫用理論の根拠を権利濫用（abus de droit）と  
している。清弘正子「株主総会における多数決濫用とその理論」フ  
ランス法の示唆」国際商事法務二六巻八号八〇九頁（一九九八

脱稿後、南保勝美「新会社法における株主平等原則の意義と機能」法  
律論叢七九巻二・三号三三七頁（二〇〇七年）に接した。