

会社定款論序説

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2009-02-10 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 南保, 勝美 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/1419

会社定款論序説

南
保
勝
美

目次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ法
 - (1) 定款の意義
 - (2) 定款の法的性質
 - (3) 定款の解釈
 - (4) 定款と株式法二三条五項
 - (5) 内容のコントロール
- 三 日本法への示唆——結びにかえて

一 はじめに

会社を設立するには、それがいかなる種類の会社であれ、商法上まず定款を作成することが要求される（商法六二条、一四七条、一六五条、有限会社法五条一項）。民法の社團法人に關しても同様である（民法三七条）。しかし、定款とはいかなるものかの定義は、法律上明確に規定されているわけではない。そこで、学説は、これについて、定款には、実質的意義と形式的意義があり、前者における定款とは会社の組織・活動を定める根本規則をいい、後者における定款とは、かかる根本規則を記載した書面をいうと一般に説いている。⁽¹⁾

ところで、実質意義における定款の意義をこのような根本規則として把握する理由ないし根拠はどこにあるのだろうか。これについては、定款に定める事項の内容と根本規則性との二側面からの考察が必要である。定款には、目的、商号をはじめとする会社にとってきわめて基本的事項を定めなければならない（商法六三条、一四八条、一六六条、有限会社法六条参照）。また、社員の業務執行・代表の権限（商法七〇条、七六条、一五一条、一四七条）や株主總會の権限（商法二三〇条ノ一〇）なども定款に規定することができる。これらの事柄からすれば、上述の見解の「会社の組織・活動を定める」という部分は、実定法上の手がかりがあり、一応肯定することができる。これに対して、根本規則性に関しては、実定法上の手がかりよりも定款の性質論や定款の有する効力が影響しているように思われる。そもそも、根本規則という語からしても何らかの規範性が想起される。

現在の通説的見解は、定款を会社という団体の自治法であると解している。こうした見解の根拠としては、まず会社・団体という一つの社会との関係で基礎づけようとする主張が見られる。すなわち、法は国家社会のみに限られず、

会社なる一種の社会の内部秩序にほかならぬ定款もまた法たるに妨げない⁽²⁾とか、法は必ずしも国家その他の公法人の定めるものに限られるべき理由はなく、しかも定款は契約と異なり、いやしくも会社に加入する者は欲すると否にかかわらずこれに拘束せられるのであるから、定款はそれ自体法規性を有するものといわねばならないからである⁽³⁾という主張である⁽⁴⁾。また、このような根拠とともに、あるいはこのような根拠に触れることなく、実定法上の規定が根拠として指摘されている。すなわち、商法六八条が「定款又は本法に別段の定なきときは」と規定し定款が他の法源と並べて規定していること⁽⁵⁾や定款は、その制定の根拠を法律のうちにもっているから当該会社または法人の内部において法規範として妥当すること⁽⁶⁾や商法が定款の作成を要求するとともに(商法六二条・六三条・一六六条など)、一定の場合には定款の規定が商法の規定に優先して拘束力を定め(商法七〇条・七六条・二〇四条一項但書・二三九条一項・二六〇条ノ二第一項但書など)、その上、一般的に定款の規定が拘束力を有する旨を定めている場合もある(商法二五四条ノ三)⁽⁷⁾ことである。

これらの見解は、確かに定款の拘束力が法規と同様あるいはそれに類似した機能をもつことの説明あるいは理由づけではあるが、そこからは、定款の成立にかかわる状況との関連性がいまひとつ明らかではないように思われる。さらに、定款の意義を会社の根本規則とし実質的な根本規則性を有するものが定款であるという観点で定義づけようとするれば、定款の内容によっては根本規則としてとらえることができない、あるいは、疑問となるものが含まれることになろう⁽⁸⁾。

本稿は、ドイツ法における議論を参考にしながら、これらの問題に対する考察をより深化させようとするものである⁽⁹⁾。

注

- (1) 田中誠二「再全訂会社法詳論上巻」(一九八二年)一六一頁、中西正明「新版注釈会社法(2)〔上柳克郎ほか編〕」(一九八五年)五五頁、大隅健一郎「今井宏」会社法論上巻(第三版)「(一九九一年)六二頁、鈴木竹雄「新版会社法全訂第五版」(一九九四年)五〇頁注(1)。なお、服部栄三「株式の本質と会社の能力」(一九六四年)(以下では「能力」と略称する)一六五頁以下、同「株式会社法の定款」総合判例研究叢書商法(2)(一九五七年)四六頁以下は、商法において定款という言葉が用いられている場合は、書面定款に重点が置かれているとされる。
- (2) 田中耕太郎「改正会社法概論」(一九三九年)一五八頁、田中(誠)・前掲注(1)一六三頁。
- (3) 大隅「今井・前掲注(1)一三頁。
- (4) これらの主張は、「部分社会」論といわれる。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」(一九九五年)三六頁は、定款の法規性に関する根拠は、「部分社会」論を離れると必ずしも明らかではないといわれる。山下丈「定款の内容規制について」広島法学八巻一号(一九八四年)二二頁、三八頁は、「部分社会」論に懐疑的である。また、石原全「定款に関する一考察」田中誠二先生追悼論集「企業の社会的役割と商事法」(一九九五年)九〇頁は、団体自身が法規設定力を有すると解するよりも、授權規範としての商法六八条・二三〇条ノ一〇に根拠を求めるべきだとされる。これら文献は、定款の理論的研究として本稿の執筆に当たって負うところが大きい。
- (5) 田中(耕)・前掲注(2)一五八頁。
- (6) 石井照久「鴻常夫」商法総則「商法」第三版(一九七五年)五一頁。また、松本蒸治「株式会社に於ける定款自由の原則と其例外」同「商法解釈の諸問題」(一九五五年)二二二頁は、定款は法律によって与えられた自治立法権に基づいて制定された自治法にほかならないといわれる。
- (7) 服部栄三「商法総則(第三版)」(一九八三年)二六頁。
- (8) 服部・前掲注(1)「能力」一六四頁以下参照。
- (9) ドイツ法を参照とした定款の研究としては、石原・前掲注(4)八三頁以下のほか、大山俊彦「会社目的と事業目的」明治学院論叢五六七号法学研究五九号(一九九五年)一頁以下などがあげられる。なお、紙幅の関係で、わが国における具体的解釈論については、別稿を予定している。

二 ドイツ法

(1) 定款の意義

ドイツ法では、定款は、団体の憲法 (Verfassung) である⁽¹⁰⁾という表現や団体の Lebensgesetz である⁽¹¹⁾という表現がなされる。ドイツ民法の権利能力ある社団に関する規定である二五条では、定款 (Satzung) が社団の憲法 (Verfassung) として規定されている。同条によれば、権利能力ある社団の憲法は、ドイツ民法二六条ないし三九条の法律規定および社団の定款によって定まるとされている。K. Schmidt によれば、この規定の意義は、第一義的には社団の定款自治 (Satzungsautonomie) を承認したところにある⁽¹²⁾という。また、Wiedemann によれば、立法者が Verfassung という言葉を用いたのは、実質的にみて、定款の内容、機能および展開に関して正当である⁽¹³⁾という。また、団体の根本秩序は、支配・組織契約であり、それは、団体の目的および組織並びに団体への構成員の参与・団体構成員の地位を定めるものであるとされる⁽¹³⁾。

株式法二八条は、定款を確定した株主が会社の発起人であると規定し、定款に関して株式会社設立に関する発起人の合意を含み、同法二条は、その限りで株式会社会社の会社契約 (Gesellschaftsvertrag) という語を用いている。そこで、定款は団体の憲法と発起人の合意という二重の機能を併せ持つといわれる⁽¹⁴⁾。

このように、ドイツ法では、定款の一般的定義に関して、民法に手がかりとなる規定があり、定款の定義そのもの

のについては、現在ではおおむね一致した理解がえられているといえる。ただ、憲法という語から、直ちに定款を法規であるとみる考え方はないといえる。

(2) 定款の法的性質

会社設立契約の構成要素として把握される定款の法的性質をめぐっては、長い間争われてきた。この争いは、定款の成立事実が法律行為（契約）の性質を有し、他方において、その作用・機能が法規に似ていることに基づくとされる⁽¹⁵⁾。主として三つの見解に分かれている。第一は、契約説であり、この見解は設立契約の法律行為としての特質を決定の基準であるとするものである⁽¹⁶⁾。第二は、規範説であり、この見解は発起人が定款の確定をもって客観的規範の設定を行うとするものである⁽¹⁷⁾。第三は、修正規範説（折衷説）であり、この見解は、設立契約の締結は確かに法律行為の規制に服するが、その作用は会社登記後は法律に類似して扱うものである⁽¹⁸⁾。なお、これらのうちどの見解を採用かによって、後に述べる定款の解釈も、異なってくるが、それは、出発点としての相違であり、結果においてはそう隔たりがあるとはいえない。

これらの見解のうち、現在、純粋な規範説を主張する者は見あたらない。Wiedemannによれば、定款規定の作用の仕方およびその内容的形成を重視する者は、定款の法規範的性質を強調することになると指摘する⁽¹⁹⁾。すなわち、法規範と法律行為との区別に関して、内容的形成という点では、一方は継続性をねらいとした抽象的規整であり、他方は具体的な法的効果の決定であることからすると、物的会社の定款は法規範にかぞえられる。また、定款の作用の仕方という観点、すなわち、不確定の範囲の人々のための規整か、特定の範囲の人々のための規整かという観点からすれば、

定款は法規範の範疇に属し、法律行為の範疇には入らないことになる。これに対して適用根拠 (Geltungsgrund) をメルクマルとするならば、定款および会社契約は法律行為に属する。法規は、命令する他律的秩序を示し、法律行為は、自己の合意により拘束する自律的秩序を示す。⁽²⁰⁾ 規範説は、O. v. Gierke の見解を基礎としている。彼は、団体を設立する「結社行為 (Vereinigungsakt)」は、契約ではなく、社会法上の創造的行為 (Konstitutivakt) であり、それは個人法には模範例がない行為で、ゆえに法律行為の概念に含めてはならず、⁽²¹⁾ 「一方的合同行為 (einseitiger Gesamakt)」である⁽²²⁾ という。このような団体創設行為の特殊性や団体の客観的法を創設する⁽²³⁾ というところに特色があり、これを強調する理論は、実務、学説に多大の影響を与えたが、団体について法律行為によるコントロールを奪ったことは行き過ぎであるといわれている。⁽²⁴⁾ 規範説に賛意を示す Reuter は、次のようにい⁽²⁵⁾ う。

契約説も修正規範説も、私的な契約と国家法という二元論によって支配された法源理論に極端に染められている。団体の定款は、自己の利益を相互の妥協という方法で調整する個人間の交渉の結果ではない。この点で契約とは異なる。むしろ定款は、個人を超えた目的の実現を確実にする団体生活秩序を創設しようとするものである。したがって、定款は当然に個人個人の人格の特殊性から抽象化されたものとなり、現在または将来社团生活に参加するすべての者に対して適用されることを要求する。それゆえに、定款は、社团生活という狭い領域に⁽²⁶⁾ 関してであるが、国家法が社会生活という広い領域に⁽²⁷⁾ 関して働くのと同様な機能を果たす。定款の目的および作用の仕方は、国家法のそれらと一致する。

この見解は、もちろん、先にあげたギールケ流の団体理論に与するのではなく、定款の規範としての正当性の要求も、国家法におけるのと同じではなく、⁽²⁶⁾ 社团での立法には、原則として当事者の法律行為による私的自治を通じての正当化が必要であるとする。⁽²⁷⁾ そうすると、現在の規範説は、団体における規範設定権限を当然のものとみなすのではなく、私的自治を基礎としてその範囲内で規範の設定が行われえ、社团での立法である定款に構成員が拘束されるの

は、自由に社団に入社するという法律行為によるということになる。規範説に対しては、法秩序全体からしても、団体の発起人への何らかの法制定権限が委譲されていることの拠り所が明らかでないとの批判がある。⁽²⁸⁾

思うに、団体に關してのみ規範設定権限が与えられ、個人にはその権限がないとすれば、規範説はその理由を明らかにしなければならないであろう。また、規範説の立場は、ある種の部分社会論にも共通していえることであるが、国家レベルの効力の問題を私的団体の（しかも自治的に設定された）いわばルールの効力の問題と同じ次元で果たしてとらえられるのかという疑問が生じる。広く契約あるいは法律行為も、当事者間においては、これに拘束されるといふ観点から、拘束される当事者間では規範であると把握するならば、規範というか、法律行為あるいは契約といふかは、言葉の問題であり、その効力のおよぶ範囲が、主観的、内容的、時間的に異なるといった違いがあるにすぎないのではないかという印象を受ける。法律行為の方法による規範設定に重きをおく現在の規範説の立場（Reuterの見解）についていえば、定款の効力に制定法と全く同じ効力を認めるとは思われず、そうした意味において契約説・修正規範説との相違はさほど大きくはないように思われる。

契約説は、定款を設立者によつて締結された契約の一種の変形にすぎないとみる。団体の構成員は、法律行為によつて設定された定款を団体への加入（入社）という自由意思によつて承認し、また、脱退または譲渡によつてこれから免れることができる。すべての定款および会社契約並びにその実施のために行われる社員決議は法律行為である。と
いうのは、それらは、相当の私的了解の表明によつて正当化されねばならないからである。⁽²⁹⁾ もちろん、契約と解する見解も、給付交換型の純粹な債権契約であるとはとらえず、多面的な契約であるとされ、後に述べるように、組織契約（Organisationsvertrag）であるとするものが多数である。⁽³⁰⁾ また、そのような立場をとる Meyer-Landrut は、会社契約は商業登記簿への会社の登記をもつて原則として会社契約当事者から私法上の処分権限を奪われているので、定款

を特殊な契約であると解することができる⁽³¹⁾。契約説は、定款確定を法律行為であるとし、私的自治に基づき根拠づける。私法上の団体・会社の設立さらには定款確定は、私法上の行為であり、またその変更も私的自治により、決議の方法で行われる。これらの事象をもつとも納得のいく既存の枠組内の手段で説明するとすれば、契約あるいは法律行為に基づくということになろう。その意味で契約説は優れている。契約説に対しては、次に述べる規範修正説に傾くK.Schmidtによって、以下のような指摘がなされている。

法律行為上の基礎なくしていかなる私法上の団体も会社も存在しない⁽³²⁾。定款に関しては、特に明確に、法律行為上の行為としての定款確定（ないし契約締結）と団体の憲法としての定款を区別しなければならぬ。前者は法律行為であり、後者は法的状況（Rechtszustand）である⁽³³⁾。確かに契約説は、私法上の適用根拠からすれば社団および人的会社を含む団体一般の基礎として適っている。しかしながら、そのことは、団体の憲法の特殊性、すなわち、既存および将来のすべての構成員に対して規範に類似した拘束力を有する作用から目を奪うことになつてはならない⁽³⁴⁾。という。

なお、有限会社法では、すでに一人設立が法制化され（ドイツ有限会社法一条）、また、一九九四年の株式法改正により、株式会社においても一人設立が承認された（新株式法二条）⁽³⁵⁾。そうすると、一人設立の場合には、契約を欠く以上、定款・会社契約確定に関しても契約という構成はとれないことになる。一人設立は、発起人の「会社設立に関する一方的表示（Erklärung über die Einrichtung der Gesellschaft）」を通じて行われるとされ、これも法律行為であるとされる⁽³⁶⁾。そうした点からすれば、契約説は、一人設立に関しては、契約ではなく法律行為とモディファイする必要があるであらう。

修正規範説は、現在の支配的見解であり、判例も後述のようにこの立場に立つ。K.Schmidtの整理によれば、この見解は、定款確定は法律行為に属するが、これによって創設された団体憲法は、客観的法と同様に扱われ、したがっ

て、そのことは解釈、一部無効および上告審での審査の場合に重要な役割を果たすという。⁽³⁷⁾ この見解は、定款確定は純粹な債権契約ではなく、法律行為から区別される社会法的創設行為でもなく、一種の契約であるというところから出発する。⁽³⁸⁾ この点では、契約説と同様である。しかし、定款は、会社設立に関する発起人の合意およびそこから生ずる権利・義務（たとえば持分の分配や出資義務）を含む一方で、会社の内部構造に関する規整を含んでいる。団体の成立とともに定款の内容が発起人から独立化し、定款規定は新たな株主に対しても適用され、したがって定款は客観的法の源泉の機能をもつという。⁽³⁹⁾ 判例では、RG時代のものとしては「権利能力ある社団においても、定款の内容は、社団の法的人格を基礎づける登記の前は、社団の意思行為の特質ではなく、権利能力なき社団の場合と同様に契約的本質を有する。しかし、両者の場合において、定款は、社団として成立するや、その構成員の人格から解き放たれた社団の固有の生活の憲法とみなされる」(RGZ 165, 140, 143)と判示するものがあり、BGHも「(定款)は、確かにまず第一には発起人によって締結された契約である。……しかし、社団の成立とともに、それは完全に発起人から解き放たれる。定款は、独立した法的な固有の生命をえて、社団の団体憲法となり、その構成員の総括として社団の法的意思を将来的に客観化する。発起人の意思および利益は後退する。そのかわりに、結合目的および構成員の利益が法形成的力を獲得してこれのみが重要となる」(BGHZ 47, 172, 179)と判示している。

この見解は、定款確定の法的性質と会社成立後の定款の作用ないしは機能から見た定款の性質とを分けて考察する立場である。一見明解のようであるが、果たして会社成立後の定款がなぜ客観的法となるのかの説明が十分ではないように思われる。確かに、定款は、会社成立とともに、継続的に、不特定多数の社員、役員、債権者などにも適用される。そうした意味では、法規範に似た作用をもつともいえるが、直ちに制定法と同一だとはいえないであろう。

今日のドイツの学説状況からすれば、定款 (Satzung) および会社契約 (Gesellschaftsvertrag) は、団体を創設する

組織契約 (Organisationsvertrag) あるいは組織的特質をもつ法律行為であるとするものが多数を占める。その理由としては、定款・会社契約は、第一義的には、社員間の債権法上の関係を創設するのではなく、将来の法人の「憲法」を含み同時にこれによって法人とその構成員間の法律関係を基礎づけるから、伝統的な双務契約との違いを際立たせるためである⁽⁴¹⁾とか、発起人の合意は、一方で株式会社設立に関する合意およびそこから生じる権利・義務（たとえば持分の分配、出資義務）を含むが、他方において株式会社の内部的構造に関する規整を含む⁽⁴²⁾ことがあげられる。

(3) 定款の解釈

定款を法律行為と解するか法規範であると解するかによって、定款の解釈も、異なってくるはずである。すなわち、定款が法律行為であるとすれば、法律行為についての解釈原則が適用され、それが法規範であるとすれば、法律の解釈原則が適用される。法律解釈の目的は、法律の中に現れた規制目的を探究することであり、したがって、法律は、規範設定者の主観的意思から離れて、客観的に解釈される。これに対して、契約解釈に際しての当事者の意思は、単なる解釈手段ではなく、解釈目標であり⁽⁴³⁾、法律行為は、ドイツ民法一三三条（意思表示の解釈においては真の意思が探究されるべきであり、表現の文字の意味に拘泥してはならない）および同法一五七条（契約は取引慣行を考慮して信義誠実に適うように解釈しなければならない）の規定に基づき、主観的に解釈される。

しかし、今日、定款の解釈について、契約説を採る見解も、物的会社の定款に関しては上述の民法の契約に関する解釈原則を適用すべきであるとはもはや主張していないといわれている⁽⁴⁴⁾。C.Brandelの整理によればつぎのようである⁽⁴⁵⁾。もしも、この解釈原則を適用するとすれば、発起人の合意した主観的観念が定款中に客観的に具体化されなかつた

ときでも、それが定款内容として基準となるという結論にいたることになる。また、定款の成立の経緯や発起人のその後の実際の行動からは推論できるが、一般公衆には容易に入手できず知りえない書類や事情も解釈の補助手段として用いることを肯定する結果となる。そこで、契約説の主張者は、法人という物的構造（多数の構成員からなり、それらが交替すること、時間的フアクター）または法律上の形式要件（株式会社三二条一項一文、ド有限会社法二条一項、公証の要件）と抵触する限りで、民法の契約に関する解釈原則は考慮されないとしている。

契約説に立脚する Wiedemann は、次のようにい⁽⁴⁶⁾う。

定款の解釈のための出発点と終点は発起人の意思または後の構成員の意思でなければならぬ。会社契約および定款は私的な法律行為であり、そこでは当事者の有効な意思を探究することが最高の戒律である。もちろん、こうした原則は、ほかの会社法上の関連するグループの利益を考慮するために様々な解釈によって制限され、あたかも原則が実際的にはそれと反対にうらがえったかのような印象をもたざるをえない。しかし、単なる客観的解釈は否定されねばならない。というのは、私的自治による形成は、完全には排除されてはならず、また団体も構成員の意思から独立して営造物あるいは財団に変更されるべきではないからである、と。

しかし、彼は、主観的解釈の例外として、団体構造、時間の経過、要式・公示義務をあげ、次のように主張する⁽⁴⁷⁾。

社団、株式会社、または絶えず変動する社員をとまなう公衆合資会社では、定款の解釈に際して個人的な観念および個別的利益の配慮がわずかにしか認められない。団体秩序は、発起人や定款変更を決定した社員の視点に基づいて理解されるのではなく、定款規定の適用を受ける多重の範囲から理解されねばならない。第二に、時間の経過によって「古くなった」定款規定は、「古くなった」法律と同様に、変更された社会的視野を通じて変更された解釈をしなねばならない。この場合、解釈及び欠陥補充のために適した時点はどれかという問題とつながっている。解釈は、契

約当時の構成員の意思および観念を基礎としなければならないか。あるいは、その推断的な現在の、過去から投影される意思か。私的自治を重視しても、純粹に成立した時点の考察は、問題とならない。社員が予め後の展開を予測できなかったときは、当時の誤った観念を配慮することではその利益を正当に評価しえないことになる。ゆえに、推断的に現在の、すなわち客觀的に理性的な構成員意思を基礎とすることになる。例外の三番目は、物的会社の定款および有限会社の会社契約の要式・公示義務から生じる。文書での要式が内容と一致していなければならないという要求は、会社法の特異性ではなく、要式を義務づけられた全契約について妥当する。文書による要式が、第三者の信頼保護を目的とする限りで、主觀的解釈は不可能である。もちろん、そのことは原則として定款規定のすべての構成部分に妥当し、したがって次の例外的領域につながることになる。会社契約および定款の諸規定は、将来の社員、債権者、被用者に関し、またわずかな場合ではあるが一般公衆にも、重要な意味をもつ。こうした会社法上の利害関係グループの利益が保護されるべき範囲においては、客觀的解釈が入り込む。

Wiedemannは、このように述べ、定款の諸規定を団体的条項か個人法的条項かで振り分けるのではなく、関連する利害関係人の利益から見て当該条項がどのような意味をもちうるかという観点から、解釈をしようとする。⁽⁴⁸⁾ そうした意味では、ある定款規定が、発起人に対しては主觀的に解釈され、後から参加した社員には客觀的な解釈が要求されるという、いわば相対的な態度をとっている。

以上に対して、規範説や修正規範説を採る多くの学説も、定款の規定すべてが法規範と同じように客觀的に解釈されねばならないというのではなく、規定の性質に応じて区別を行い、解釈すべきであるとしている。すなわち、法人の設立契約が団体的構造にかかわる規整を含むばかりではなく、個人法的内容の規定をも含んでいるという事情を考慮して、解釈に際して区別がなされている。両者の規定がどのようにして区別されるかは、学説上必ずしも一致をみ

ていないが、次のように要約できよう。

定款が団体法的问题を規整するとき、定款は、はじめから不特定な人的範圍に適用され、一般公衆にとって完全に見渡せる客觀的觀點にしたがって解釈されねばならない。⁽⁴⁹⁾したがって、このような諸規定は、法律に類似する解釈がなされるが、そのような条項としては、会社の組織に関するすべての規定や発起人あるいは株主に対する会社の關係にかかわるすべての規定があげられる。具体的には、株式法二三条三項、四項によって定めなければならない条項（商号、住所、企業目的、資本の額）、社員資格を基礎とする出資義務、株主に対する会社法上の義務（例えば株主の Sonderrecht）、株式法二三条五項一文にしたがう株式法の規定と異なつた定め、会社の存続期間、營業年度の確定などがあげられる。⁽⁵⁰⁾

定款には、団体法的規定のほかに、多数の個人法的規定が見い出され、このような定款規定は、ドイツ民法一三三條・一五七條が適用される。⁽⁵¹⁾このような定款規定は、ただ単に、会社と社員または第三者との間の法律關係を規定するものであり、その經濟的影響を考慮すると債権者および將來の株主にとってそれが意義を有しまたは重要性をもつものであつても、会社が個々の株主または第三者と締結する個別的契約の解釈と異なつた取扱を受けない。⁽⁵²⁾そうすると、このような個人法的規定は、それが定款において、または株式法二三條一項および二項にしたがって行われた公証の書面以外の部分において具体化されていたかどうかにかかわらずに、参与者の一致した主觀的觀念や公証された証書あるいは関連するその他の書面に現われていない事情をも考慮する余地があり、またその必要性がある。個人法的特徴をもつものとして、とくに、第三者の請求權を基礎づける（例えば年金約束）あるいは団体構成員に社員資格に基づく權利を超えた權利（例えば業務執行者、取締役または顧問に選任する定款上の權利）を付与する定款の部分がある。定款の部分が団体的特質を有するか、個人法的特質を有するかは、いずれにせよ解釈が必要である。この場合、定款

にある規整を盛り込むことは、団体的（実質的）定款の存在のしるの一つである。どのような範疇が定款規定に帰属するかは、それゆえ疑問があるときには団体的定款規定に適用される解釈方法にしたがって解答されねばならない。⁽³³⁾

判例は、学説によってその評価が異なるが、BGH時代になってからは、団体法的規定か個人法的規定かという区別を行う上述の立場を採ってきている。すなわち、物的会社の定款の団体法的規定は、原則として、その規定自体のみから解釈されることを許され、したがって常に単一的解釈が保障されるべきで、一般公衆に認識されえない社員の間や意図が利用されてはならない（BGHZ 14, 25, 37; BGH LM Nr 25 zu § 549 ZPO; BGHZ 47, 172, 180, 452）。定款の成立の経緯、会社契約の作成に協力した人々の準備草案、観念または意見表明は、解釈に際しては、それが定款の名あて人と考えられる範囲の者について難なく入手でき、したがって認識しうる場合に考慮されることを許される（BGH WM 1974, 372, 373; BGH NJW 1975, 212など）。また、解釈に際しては、文言、目的および体系的な位置づけが配慮されえ、さらに、登記裁判所に提出された書類のごとく一般に入手可能な書類は、考慮されうる（BayObLG DB 1979, 1075）。これに対して、個人法的内容を伴った定款規定の解釈に際して、BGHの判決は、個人の意思表示の解釈に適用される原則（民法一三三、一五七条）を適用する。そのような定款の解釈に関しては、当事者の主観的観念や、定款において具体化されていず、一般に入手できる原典から見取れない関与者の主観的観念および特別な事情が配慮される（BGH LM Nr 25 zu § 549 ZPO）。

以上みてきたように、定款の解釈をめぐることは、契約説では、主観的解釈から出発しつつも、法人としての構造や定款が有する機能面に着目して、例外を認め、主観的解釈ではなく客観的解釈を用いる場合を考慮している。その際、解釈されるべき規定の性質に応じて団体法的規定と個人法的規定に振り分けるほかの見解への疑問も提起されている。これに対して、規範説・修正規範説および判例の立場は、逆に法規範の解釈、客観的解釈を出発点とするが、そうする

と、定款規定によっては法規範としての性質をもつとはいえないものが含まれることになり、定款規定の性質に応じて、団体的（実質的）定款規定と個人法的（形式的）定款規定とに分け、前者のみが、いわば本来の定款規定であり、客観解釈が適用され、後者は契約と同じとみて、主観的解釈が適用されるとしている。ただ、前述のように、結論には、大きな隔たりはない。

なお、団体法上の内容を伴う定款規定と個人法的内容を伴うそれとの差異は、上告審による解釈に関する審査可能性の差異にも現れる。団体的定款規定がB G Hによって—法律規範と類似して—独立して解釈される、したがって最高裁は下級審の解釈結果の審査に際して何等の制約にも服さないのに対して、個人法的定款規定の解釈は原則として事実審裁判官の任務である。後者は、事実審の裁判官が法的基準を正しく適用したか、すべての重要な実際上の事情を配慮したか、その際、思考法則に反しなかったか経験則に反しなかったかに関するのみ、最高裁によって審査される。個人法的定款規定の無制限な自由な解釈は最高裁には可能ではない。⁽⁵⁴⁾

(4) 定款と株式会社二三条五項

株式会社二三条五項によれば、定款は、明示的に許容された場合に限り、法律規定と異なることができ、また、定款の補充的規定は、法律が最終的規整を含まない場合に限り、許容される。この規定の趣旨は、債権者および将来の株主の保護のために定款自治を強度に制限したからである⁽⁵⁵⁾とあるいは、投資株主の保護の必要性、特に、すべての会社に関して比較の対象となりうる確固たるその社員資格の特質に頼らざるをえない将来の株式取得者の保護の必要性と資本市場の透明性についての公的利益のため⁽⁵⁶⁾にある、といわれている。

法律規定と異なることを明示的に許容している場合としては、株主総会の決議要件にかかわる規定（株式法五二条五項三文、一〇三条一項三文など多数の規定）や、「定款に定めることができる」あるいは「別段の定」といった表現をしている多数の規定（株式法二四條、三二條二項、五八條二項二文など）がある。ところで、株式法の多数の規定は強行法であるとされる。強行法性に関してはどのように考えられているのであろうか。

強行的規範としては、機関の権限領域、その構成および内部的組織を定める規定、少数株主権の持株要件の最低限（株式法二二二條一項二文）、監査役・取締役の守秘義務や注意義務の範囲（株式法九三條、一一六條）、優先株主の優先権の制限にかかわる決議についての優先株主の同意（株式法一四一條一項）などがあげられる。⁽⁵⁷⁾ あるいは、一般に、株主の権利義務にかかわる規定、会社機関の形成および構成並びに権限・手続にかかわる規定、株式会社の金融秩序にかかわる規定、定款変更、組織変更、合併および企業契約にかかわる全規定が強行法としての特徴をもつといわれる。また、補充的規定は、法律が明らかにそれを予定している（たとえば株式法八條二項、一一條、五五條一項、六三條三項など）場合あるいは、ある規定からもしくはほかの規定との関連から法律が最終的規整を意図していないことが明らかになる場合に可能であるとされる。⁽⁵⁸⁾ もちろん、最終的規整を含むかどうかは、解釈によることになる。具体的な場合として、定款によって監査役選任を放棄することはできないが、監査役会とともに顧問（Barrister）を置く旨の定款規定は、監査役会の権限を侵害しない限り可能であるとされる。⁽⁵⁹⁾ 権限分配は強行法であり、これに反することはできないと考えられる。また、取締役員の人的要件を設定すること（たとえば、年齢の下限・上限、国籍、職業上の資格の設定）も、会社目的または営業の種類から制限することが重要であるときは、可能であるとされる。⁽⁶⁰⁾ これは、株式法七六條三項が欠格事由を定めていることとの関係で解釈される。

なお、株式法二三條五項に違反する定款の定は、それが公益に反するがゆえに、取消事由ではなく当該定款規定の

無効に結果する（株式法二四一条三号）というのが一般的見解である。また、原始定款にすでに瑕疵が存在したときでも同様であると解されている。⁽⁶¹⁾

(5) 内容のコントロール

人的会社の定款とりわけ公衆会社および非経済的社団の定款は、一定の範囲において裁判官による内容のコントロールに服する。このことは、少なくとも、経済的または社会的に傑出した勢力的地位を有する社団および団体に妥当する。株式会社に關しては、前記の契約説においても、規範説あるいは修正規範説においても、ドイツ民法二四一条の信義則は法全体を支配する原則として適用が認められる。⁽⁶²⁾しかし、株式法の強行法秩序のために、内容のコントロールの余地はほとんど認められないといわれている。⁽⁶³⁾

— 法 律 論 叢 —

注

- (10) たとえは、Oliver C.Brändel, in: Großkommentar AktG, 4.Aufl., 1992, §2 Rdn.48; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2.Aufl.1991, S.68. また、Rudolf Nirk, in: Nirk/Brezing/Bächle, Handbuch der Aktiengesellschaft, 3.Aufl., 1994F., I Rz.114. は、株式会社の定款は、株式会社の「基本法 (Grundgesetz)」と呼ばれ、その「Volker Emmerich, in: Scholz Kommentar zum GmbH-G, 7.Aufl., 1986, §2 Rdn.3. は、会社契約は会社の「基礎 (Grundlage)」であり、それは「ドイツ民法」二五条が明確に規定してゐるやうに会社の「憲法」を規定するからであるとする。
- (11) Herbert Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Bd. I, Grundlagen, 1980, S.159.
- (12) K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.572.
- (13) Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.159.
- (14) Georg Wiesner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd.4 Aktiengesellschaft, 1988, §6 Rdn.1.

- (15) C.Brändel, in: Großkomm. (Fn.10) §2 Rdn.49.
- (16) Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.159ff.; Emmerich, in: Scholz(Fn.10), §2 Rdn.5.などは「基本的に契約説を採っている。また」 Marcus Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, S.95.も「会社契約および定款は契約の性質を有し、その契約は交換契約ではなく組織契約に基づくものであるとし、人的会社の場合には社員は共同の目的に緊密に拘束されているのに対して、物的会社の場合には社員の共同目的への拘束が非常に緩やかであるという相違があるにすぎないという。」
- (17) 規範説を正當とするのは Dieter Reuter, in: Münchener Kommentar zum BGB, 3.Auf., 1993, §25 Rdn.10.
- (18) 本文に後述するようには「ライヒ裁判所」連邦通常裁判所の見解、すなわち RGZ 165, 140, 143; BGHZ 47, 172, 179. (5) ずれも社団に関する事案であるが) などがこの立場に立つ。学説では「K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.69; C.Brändel, in: Großkomm.(Fn.10), §2 Rdn.50.などがこの見解に賛意を示している。」
- (19) Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.163.
- (20) A.a.o., S.162.
- (21) Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I 1895(Nachdruck 1936), S.486. 彼によれば「すべての社会法を個人法に解消せしめた自然法は、その契約理論を一貫して国家および教会に対するのと同様にすべての社団に対しても貫いた。しかし、国家に対する契約理論が放棄された以上は社団に対して契約理論を堅持することは時代錯誤であると思われる」とする。
- (22) Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887(2.Nachdruck 1983), S.133; ders., a.a.O.(Fn.21), S.486.キールケは「合同行為という概念は、法律行為に属するものではなるとしてゐる。」
- (23) Ders., a.a.O.(Fn.22), S.164.
- (24) K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.68.
- (25) Reuter, in: Münch Komm.(Fn.17), §25 Rdn.10.なお「この見解については、すでに石原教授によりとりあげられており、訳出に際してこれを本稿でも参照させていただいた。石原・前掲注(4)八六、八七頁。」
- (26) A.a.O.定款の目的および作用の仕方が国家法のそれらと一致するということから「国家法における正当化要求も同じである」というわけではなるとする。
- (27) A.a.O., §25 Rdn.11.
- (28) Emmerich, in: Scholz(Fn.10), §2 Rdn.5.

- (29) Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.163.
- (30) なお前掲注(16)および後掲注(40)参照。
- (31) Meyer-Landrut, in: GmbH-Gesetz Kommentar, 1987, §2 Rdn.2.
- (32) K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.67.
- (33) A.a.O.
- (34) A.a.O., S.70.
- (35) この経緯については、丸山秀平編著『ドイツ企業法判例の展開』(一九九六年)一頁以下参照。
- (36) Meyer-Landrut, in: GmbH-Gesetz Kommentar.(Fn.31), §1 Rdn.19.なお、有限会社法二条では、一人設立の場合、契約は存在しないにもかかわらず、会社契約という表現を依然として用いている。ドイツ有限会社法の一人設立を扱った文献としては、大山俊彦「一人会社の法規制」『升本先生追悼・企業社会と法』(一九八七年)三五頁、同「一人設立における発起人の責任」『法と政治の現代的課題・明治学院大法学部二〇周年論文集』(一九八七年)一二五頁、丸山秀平「西ドイツ有限会社法における一人設立制度の問題性」『中央大学一〇〇周年記念論文集』(一九八五年)四三五頁などがあげられる。
- (37) K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.69.
- (38) Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 1993, §23 Rdn.7.
- (39) A.a.O.また、Ulrich Eckardt, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG Kommentar, 1973ff., §23 Rdn.33.は、基本的に、修正規範説を採り判例を引用しつつ、定款規定のすべてが団体の憲法としての特質を有するわけではないとして、区別を行っている。このことは、後に述べるように、定款の解釈原則に関しても、規定の性質すなわち団体的か個人法的かという区別に反映する。
- (40) たゞ、Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.159; K.Schmidt, a.a.O.(Fn.10), S.69; C.Brändel, in: GrobKomm.(Fn.10), §2 Rdn.50; Alfons Kraft, in: Köhler Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 1988ff., §2 Rdn.16; Wiesner, a.a.O.(Fn.14), §6 Rdn.1; Meyer-Landrut, in: GmbH-Gesetz Kommentar.(Fn.31), §2 Rdn.2.なお、この二つの組織契約という概念は、一人会社設立の場合には、不都合が生じうる。その、Günter H.Roth, GmbHG, 2. Aufl., 1987, §2 2.1.2.は、有限会社に関しても、会社契約は法律行為であるが、双方的(または多面的)法律行為である必要はないとし、さらに組織法的要素によって刻印された特別な性質を有する法律行為であるとしている。組織契約の概念はWüdingenの見解を基礎としている。これについては、拙稿「ドイツにおける株主の誠実義務の理論」法律論叢六六巻六号(一九九四年)二二頁所掲の注(39)参照。

- (41) Emmerich, in: Scholz(Fn.10), §2 Rdn.7.
- (42) Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.7.なお、彼は、定款を債務・組織契約(Schuld- und Organisationsvertrag)であるとしている。組織契約は、社員・株主の誠実義務の論拠として主張される。それとの関係で組織契約なる概念を用いることに反対する主張もある。これらについては、拙稿・前掲注(40)一〇頁参照。
- (43) Vgl. Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.165.
- (44) C.Brändel, in: Grobkomm.(Fn.10), §2 Rdn.54.たゞ、Lutter, a.a.O.(Fn.16), S.95.は「(物的会社の)典型的「定款は」客観的に、すなわち作成者の主観的観念から強く解放されて解釈しなければならないが、(人的会社の)典型的「会社契約」の解釈には、作成者の主観的観念が強調されるといふ。契約説に立つMeyer-Landrut, in: GmbH-G.Komm.(Fn.31), §22 Rdn.22.は、「会社契約の解釈に際しては、有限会社の会社法上の基礎に関する団体法上の規整と個人法上の規定とを区別しなければならない。その際、基準となるのは各個の規定が会社の対外的関係に関するか内部的関係に関するかということではなく、たとえば将来の社員、債権者、一般公衆といった不特定の人々に向けられているか、個々の特定の社員相互間に、あるいは会社と特定の社員・特定の第三者との間に関わるかということである」として、解釈に関しては、支配的見解(修正規範説)にしたがっている。そうした点では、契約説を採る立場も、その主張は様々である。定款解釈に関するドイツの学説・判例についても、わが国で考察するものとして、石原・前掲注(4)八七頁以下、大山・前掲注(9)二三頁以下があり、本稿ではこれらも参考としている。
- (45) C.Brändel, in: Grobkomm.(Fn.10), §2 Rdn.54.
- (46) Wiedemann, a.a.O.(Fn.11), S.167f.
- (47) A.a.O., S.168f.
- (48) Vgl. a.a.O., S.169.
- (49) C.Brändel, in: Grobkomm.(Fn.10), §2 Rdn.55.たゞ、Eckardt, in: Geßler/Helfermehl(Fn.39), §23 Rdn.37.は「団体の憲法としての特質をもつ定款規定は、その内容に基づいてのみ解釈されることを要する」とし、当該規定の目的、意味関連のよゆうな客観的観点のみが考慮され、第三者に認識できない主観的観念や意図は解釈に際して排除されねばならないという。
- (50) Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.3.39; Nirk, a.a.O.(Fn.10), I Rz.120, 178.なお、団体的(Körperschaftlich)規定は、真正な(echt)または実質的(material)規定とも呼ばれる。なお、財産引受に関する定款規定も団体的規定であるとす

るものが支配的見解であるが、Hans-Joachim Priester, Nichtkorporative Satzungsbestimmung bei Kapitalgesellschaften, 1979, S.681f.は、後述の個人法的規定であること。Emmerich, in: Scholz(Fn.10), §2 Rdn.36.は、有限会社に関してもあるが、定款変更の要件に関する規定、社員決議の形式的要件にかかわる規定や社員総会の権限に関する規定などをあげてゐる。Meyer-Landrut, in: GmbH-G Komm.(Fn.31), §2 Rdn.24.は、「典型としての団体法上の規定は、ト有限会社法三条一項に掲げられた会社契約の必要の内容事項であるが、これに限定されるわけではない。社員決議開催の形式および期間、法律と異なる多数の要件、営業年度、年度決算書、利益処分に関する規程、さらには配当の制限もしくは方式、持分の譲渡もしくはその他の処分、監査役を選任に関する規定は、典型的な団体的規程である」としてゐる。

- (51) Eckardt, in: Geßler/Hefenrehl(Fn.39), §23 Rdn.33, 39.「ト個人法的(individualrechtlich)規定は、不真正な(unecht)または形式的(formell)な規定と表現されることもある。Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.3f.は、実質的定款規定か形式的定款規定かという区別をし、後者は、株式法二三条五項による定款自治の限界を超え、したがって、実質的定款規程として有効に合意されえないものであり、その(内容的)変更または削除は、法が予定する定款変更手続の外で行われるという。また、実質的定款規定も、商業登記前には、形式的定款規定の解釈方法によることとする(a.a.O., §23 Rdn.40)。

- (52) Nirk, a.a.O.(Fn.10), I Rz.179.
- (53) C.Brändel, in: Großkomm.(Fn.10), §2 Rdn.55.
- (54) A.a.O., §2 Rdn.56.
- (55) Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.34.
- (56) Thomas Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 2.Aufl., 1992, S.51; Nirk, a.a.O.(Fn.10), I Rz.118.
- (57) Vgl. Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.35f.
- (58) Kraft, in: Kölner Komm.(Fn.40), §23 Rdn.85.
- (59) Raiser, a.a.O.(Fn.56), S.50f.; Kraft, in: Kölner Komm.(Fn.40), §23 Rdn.84.
- (60) Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.38; Kraft, in: Kölner Komm.(Fn.40), §23 Rdn.85.
- (61) Eckardt, in: Geßler/Hefenrehl(Fn.39), §24 Rdn.121; Nirk, a.a.O.(Fn.10), I Rz.126. 原始定款の瑕疵は、ト民法二五六条による無効確認の訴、定款変更決議でなされた定款に付着する瑕疵は、株式法二四九条による決議無効の訴によって主張されることになる。もっともこれに対しては、そのような見解は、株式法二四三条一項による法律違反を理由とする取消をほとんど無意味にしてしまうので、むしろ、場合分けをしてあまり基礎的ではない規定違反の場合には取消事由となると

すべからざるの見解も有力である。vgl. Raiser, a.a.O.(Fn.56), S.51; Hüffer, a.a.O.(Fn.38), §23 Rdn.43.

(22) C.Brändel, in: Grobkomm.(Fn.10), §2 Rdn.53.

(23) Vgl. Nirk, a.a.O.(Fn.10), I Rz.181.

三 日本法への示唆——結びにかえて

以上ドイツ法における定款をめぐる規整・議論をみてきたが、わが国における議論と比べて、法的性質、解釈に関してきわめて詳細な検討がなされているということが出来る。まず、定款の意義に関しては、ドイツ民法の社団に関する規定に手がかりとなる規定があり、団体の「憲法」という表現がなされている⁽⁶⁴⁾。ただ、その法的性質に関しては、現在の学説状況からすれば、どの見解を採っても、定款の設定に関しては、契約ないしは法律行為であること、あるいは何らかの形でその要素を認めているという点では、わが国におけるのと大きな相違がある。すなわち、ドイツ法にあっては、規範説も法律行為による正当化を明確に認識しており、わが国におけるような「定款は契約とは異なり、いやしくも会社に参加する者は、欲すると否にかかわらずこれに拘束される」という表現はなされない⁽⁶⁵⁾。

ところで、わが国においては、前述のように、定款は法規であるという見解が通説であり、契約ないしは法律行為から出発する見解は有力なものとはなっていない。この点で、早くから契約説を主張された松田博士は、定款作成の性質について定見のないことやすべての会社を社団法人と解し、定款作成を設立行為に属するものとしてこれを単独行為または合同行為と解していた岡野・松本博士の時代の理論の影響などを指摘されたが⁽⁶⁶⁾、私見によれば、次のところにその理由が見い出されるのではないかと憶測する。すなわち、まず第一に、定款の確定と定款の機能との明確

な認識があまりなされず、むしろ後者、すなわち定款の法規と似た作用のみに着目したために、定款の法規性を自明なものとしてそこから逆に定款の確定も自治的法規の制定であると導いたことである。第二に、商法の法源論との関係で、定款が会社内部においてまず適用されることから、商法の法源として議論されたということである。すなわち商法の会社に関する規定は、人的会社に関しては広い範囲で任意的であり、また株式会社に関しても、定款の規定があればまずそれが適用されると解される規定（たとえば、商法二〇四条一項但書、二二四条ノ三第四項但書、二三〇条ノ一〇など）が多数存在し、そのことから法源の一つとして定款が位置づけられたのではないかという点である。契約または法律行為は、当事者の意思表示に当事者を拘束する効力が認められ、当事者間に権利義務を設定し、契約または法律行為によって定めたことが任意法の分野では優先的に適用されるとすれば、裁判基準の源泉という意味で法源的地位を占めるということができ、その意味では、一種の規範が生じると考えられる。⁽⁶⁷⁾ 定款についても、基本的にはそれと同じことがいえるのではないかと思われる。そうであるとするならば、定款の「法規性」を特に強調する必要はないのではないかと考える。第三に、定款は会社の根本規則であるという言葉自体から法規性が導かれるという傾向は全くなかったといえるかということである。第四に、「社会あるところ法あり」といった、いわゆる部分社会論が解釈論的にみてどの程度妥当なのかといった議論があまりなされなかったことも影響しているのではないかと思われる。

わが国においても、定款の法的性質に関しては、やはり契約または法律行為であるということから出発すべきであろう。K.Schmidtが述べるように、法律行為の基礎なくしてはいかなる会社も存在しない。契約説は、私法上の適用根拠という観点から、社団・人的会社を含むすべての私法上の団体一般の基礎として適っている。四宮教授は、定款は、団体内部の規範として行為当事者以外の構成員をも拘束し、法規的性質をもっているが、私的自治の枠を超え

るものではなく、法律行為的合意の特殊なものというべきであるとされている。⁽⁶⁸⁾ このような見解こそが正鵠を射ているように思われる。

定款の解釈に関しても、ドイツ法では定款の性質論が色濃く反映している。定款の解釈に関するわが国の通説的見解によれば、取引の習慣を顧慮し、信義誠実の要求にしたがってなされねばならず、もっぱら定款の記載自体に基づいてなすことを要し、定款上に表れない事情によって、その記載を補充変更することは許されないとされる。⁽⁶⁹⁾ こうした見解は、定款を法規であるとの前提に立つが、そうであるならば、ドイツ法における議論のように、法規としての定款規定とそれ以外の規定とを区別し、前者のみに限定して論ずる必要があるのではないかと思われる。⁽⁷⁰⁾ たとえば、商法一六八条一項所掲の事項のうち発起人の特別利益や発起人の報酬などは、株主の地位に基づき会社との関係を定めるものではない。会社の組織・活動を定める根本規則が定款であるとすると、これらの定款の定めはそのような根本規則といえるであろうか。服部博士は、すでに、何が根本規則であるかは、その実質的内容にしたがって決定されるほかないとされ、こうした観点も認識されている。⁽⁷¹⁾

定款は強行規定に反することはできない。株式会社法の規定は、一般に強行法である。この点に関しては、ドイツ法とわが国の商法とで大きな相違はない。定款との関係では、ドイツ法では、明文規定を置き、債権者保護および将来の株主の保護のために定款自治を強度に制限したものと解されている。⁽⁷²⁾ ただ、どのような規定が強行的か、補充的規定はどこまで許容されるかといった問題の克服は容易ではない。わが国においても、近時、株式会社法の強行法規性を改めて問う意欲的な研究が現れている。⁽⁷³⁾ これについては独立したテーマとして別稿で扱うべきであるが、定款に関しては、定款の有する効力との関連で、会社の個別的意思決定とは異なった特質を有することや定款の公示力（の弱さ）の問題なども考慮にいれるべきであろう。

注

- (64) なお、わが国においても、服部・前掲注(1)『能力』一七四頁は、定款は会社の憲法ともいふべき実質を有するとされる。
- (65) 前掲注(3)。なお、山下・前掲注(4)三八頁は、このような説明よりも「定款の拘束力は加入(入社)という自由意思による行為を通じてそれに服従する者におよび、脱退(退社)するまでに限られる」という契約説の説明の方が説得力に富む旨述べられている。正当であらう。
- (66) 松田二郎『株式会社法の理論』(一九六二年)二二二頁、同『株式会社の基礎理論(株式関係を中心として)』(一九四二年)二五二頁。
- (67) 四宮和夫『民法総則 新版』(一九七六年)一一頁。四宮教授は、契約・法律行為も特殊の規範であるとされる。
- (68) 四宮・前注一〇三頁。なお、石原・前掲注(4)九〇頁は、わが国でも法規説が妥当とされるが、定款は、一応、国家法と契約の中間に位置づけられるとされる。
- (69) 大隅||今井・前掲注(1)一九〇頁。
- (70) 石原・前掲注(4)九〇頁も、ドイツ法における議論を参考として、定款解釈の検討をする必要を指摘される。
- (71) 服部・前掲注(1)『能力』一六四頁、一六七頁。
- (72) この点に関して、本文二(4)参照
- (73) 神田秀樹『株式会社法の強行法規性』竹内昭夫編『商法特別講義』(一九九五年)一頁、前田正弘『会社の運営管理と株主の自治』川又良也先生還暦『商法・経済法の諸問題』(一九九四年)一三九頁、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(一九九四年)一三〇頁。