

## 定款の内容規制について

石原全

- 一 はじめに
- 二 団体自治の限界
- 三 内容規制の根拠
- 四 内容規制の手段
- 五 内容規制の効果

### 一 はじめに

会社法上、定款とは実質的意義においては会社の組織及び行動に関する根本規則をいい、形式的意義ではその根本

規則を記載した書面をいう。<sup>(1)</sup> 本稿で検討するのは前者の意味での定款である。さて、会社にとって定款作成は必要不可欠であり、かつ、根本規則であることからいえば、その法的性質、解釈、さらに、その内容規制手段いかん、という種々の問題の説明が要請される。従来、定款は会社の根本規則であることは自明のこととされていたが、そのような重要性にもかかわらず、このような法的問題の検討が尽くされたといえるかは疑問なしとはしない。既に、判例上定款規定の解釈や有効性が問題となった事案がみられるし、規制緩和の要請や近時の商法改正により、各種の企業形態の選択の幅が大きくなるとみられることからいえば、定款をめぐる既述の問題の説明が重要性を増し、その理論的構成が要請されることになるといえよう。

既に、簡単ながら、我々は定款の法的性質及び解釈につき検討する機会<sup>(2)</sup>をもったが、本稿では、その成果を基礎とするとともに、ドイツ法を手がかりにして、定款の内容規制を考察するものである。

- (1) 例えば、田中誠二・再全訂会社法詳論上巻一六一頁(昭五七)、大隅健一郎・今井宏・会社法論上巻(第三版)六二頁(平三〇)。
- (2) 拙稿「定款に関する一考察」企業の社会的役割と商事法(田中誠二先生追悼論文集)八三頁以下(一九九五)。
- (3) 内容規制に関する研究としては、山下文「定款の内容規制について」広島法学八巻一号(一九八四)、河上正二「定款・規約・約款」竹内昭夫編・特別講義商法Ⅱ三四頁以下(一九九五)がある。なお、本稿では原則として、ドイツ法のそれを指す。

## 二 団体自治の限界

定款は、会社の根本規則であり、具体的には会社の目的、商号、資本構成、管理機構、社員相互間の関係などを規

定して、会社の基礎を形成し、法人としての会社の内部構造のみならず、将来入社する第三者及び取引関係にたつ第三者の会社に対する関係をも規定し、これらの者をも拘束することになる。この定款の法的性質については、契約説と法規範説とがその両極に対置するが、法規範説が適切であると考えられる。

本来的に団体には団体自治が認められており、これに基づいて団体は自身の組織構成、目的などを定め、構成員及び取引関係などの団体の活動に関係してくる者を一様に拘束する規範、つまり、定款を作成する。国家の法秩序からみれば、この団体自治に基づく団体の規範制定は、個々人が自己の意思に基づいて法関係を自身で形成するという一般的私的自治の特別な発現形態を意味する。

これを敷衍すると、私法は、私的自由、私人のイニシアチブ及び自己発展 (Selbstentfaltung) の法である。法生活において自主性、自己決定及び自己責任 (Eigenständigkeit, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung) を有するためには、国家が私的自由を、つまり、国家から独立した領域を保障することのみでは十分ではない。この自由を実現し具体化するには、手段と形式が存在しなければならない。この限りで、私法は、この技術的目的に役立つものである。

私法は、秩序手段であり、かつ、法的枠組であって、これを通して、自由の担い手である私人は、自己決定による規制 (Regelungen) をなすことによって法的関係を作り出すことが可能となるのである。この際、法秩序は個々人にその人格の発展を自由になし得る手段のみを提供しているものではない。つまり、契約の自由、所有権の自由および遺言の自由のみが、私人である個々人の自己決定および自己責任を表現する形態ではない。

法秩序は、むしろ、個々人を団体の構成員としての地位をも認めるとともに、団体における人格の発展に保護を与えている。このことは、いわゆる団体自治を一般私的自治の一部として承認すること、および、特別な私的な社團法

(Vereinsrecht) を用意することに、<sup>(3)</sup> 顕現されているといえる。この私的自治の発現である団体自治の法的根拠は民法二五条である。

同条は、「権利能力を有する団体の組織法 (Verfassung) は、以下の規定で定められない限り、定款の定めるところによる」と規定しており、かつ、同法四〇条は一定条項につき定款で別段の定めができるとし、任意法規性を認めている。したがって、定款で、同法二六条以下における任意規定を修正する規定を定めていない限り、任意規定が適用される。団体組織法に関する法的基礎に関しては、強行法規である制定法規定、定款規定及び任意法規である制定法規定という段階関係 (Stufenverhältnis) が生じることになる。<sup>(4)</sup>

この団体自治は、私法上の形成手段によって団体の固有の問題に関する内部的秩序を形成する私的団体の力を意味する。団体は、その私的な団体自由 (Vereinsfreiheit) を承認されて、私法上の社団法をもって、その物的、人的および場所的範囲自体を創造し、任務と機能自体を決定し、かつ、これらを、自身で作り出した組織と法秩序の枠内で実施し具体化するものである。<sup>(5)</sup> そして、契約自由と同様に、具体的には、設立の自治、形態選択の自治、定款自治、意思形成の自治、団体解消または変更の自治から構成される。<sup>(6)</sup> 本稿では、このうち、団体は定款(または多数決決議)をもって内部的事項と関係を自身で規定するものである。<sup>(7)</sup> 定款自治を問題とするものである。

ところで、定款は、個々人が自己の利益を相互に妥協・調整していくという交渉の結果ではなく、むしろ、団体生活の秩序づけをなすもので、これによって超個人的な団体の目的の実現を図るものである。その結果、当然に、定款は、個々人の特殊性を無視し、すべての現在及び将来の団体参加者への適用を要求する。

かくて、定款は、国家法が社会生活という広い範囲で認められているのと同じ機能を団体生活という狭い範囲でのみ果たしている。定款と国家法とはその目的及び作用方法の点では一致するが、この類似性から、定款は国家法と同

一の正当性を有するとはいえない<sup>(8)</sup>。団体による法規範設定には、原則として、当該団体に参加する者の法律行為上の私的自治による正当化 (Legitimation) を必要とし、団体による法規範の拘束性は、法律行為に基づく社員たる地位 (Mitgliedschaft) の取得に依拠する。

つまり、定款は国家法秩序によって許容された、一定の限界内で団体が自由に形成しうる部分的法秩序の一種であって、構成員への適用はその加入という任意の行為に基づくものである<sup>(9)</sup>。より正確には、定款はその適用範囲内で団体との関係に任意で入ってくる不特定多数の者を把握し、その者の権利義務を規定する地位規範であり、かつ、選択規範である。その適用は定款が規定する地位を加入者が承認するという契約上の構成要件と結合してなされることになる<sup>(10)</sup>。

このように定款は法規範と解されるが、既にしばしば指摘したように、団体自治は全法秩序の枠内で、かつ、これに従ってのみ保障され、承認されるものであるから、全法秩序から完全に解放された存在ではなく、既述のように私的自治の行使の特別な形態であり、私的自治と同様の制約と限界が存するものである<sup>(11)</sup>。

ところで、わが国では、前記の点はどのように解されているであろうか。

まず、第一に、定款の法的性質については、通説は、定款を会社という団体の自治法<sup>(12)</sup>と解する。その根拠としては、法を国家その他の公法人の定めるものに限定すべき理由はなく、しかも、定款は契約と異なり、会社に加入する者の意思いかんを問わず拘束するものであるから、定款それ自体法規性を有するものといわなければならないと<sup>(13)</sup>か、定款の作成は法律の授權に基づいているとか、商法六八条は定款を他の法源とともに規定していることがあげられる。判例は、はっきりしていないが、「株式会社の定款は会社の目的組織等を定めたる規約にすぎず」としたものがみられる<sup>(15)</sup>。もっとも、法規範であるといっても、定款は社団内部のものにすぎないから、定款規定が第三者にとって利益<sup>(16)</sup>

になると不利益になるとを問わず、第三者に対して直接に拘束力を及ぼすものではない。<sup>(17)</sup>

第二に、定款内容の限界については、自治法はいわゆる法令の許す範囲内でのみ認められるべきものであるから、その内容が法令の強行規定に違反しえないことは当然であるとされる。<sup>(18)</sup>判例も、「凡そ定款ハ法令ノ範囲内ニ於イテノミ其効力ヲ有スルヘキモノナレハ其規定ノ内容カ法令ノ旨趣ニ抵触スルトキハ何等ノ効力ヲ有セサルコト論ヲ俟タス<sup>(19)</sup>」とする。ただ、この判例が、法令の中に任意法も含められるか否かは明確でないが、この点は、その後の判例で、定款規定が任意法に優先することが明言されている。つまり、合資会社の定款規定につき「合資会社ハ合名会社ト同シク社員相互ノ信用ヲ基礎トシテ成立スルモノナレハ会社ノ内部關係ハ会社ノ本質ニ反セサル限りハ社員ニ於イテ任意ニ之ヲ定ムルコトヲ得ヘキモノト為ササル可ラス然レハ合資会社ノ内部關係ニ付テハ第一ニ定款ノ定ムル所ニ從フヘク商法ノ規定ハ定款ニ別段ノ定メナキ場合ニ於テ其適用ヲ見ルヘキハ当然ノ事理ナレハ内部關係ニ關スル商法ノ規定ハ補充的性質ヲ有スル任意規定ナリト謂フ可シ商法第百五条第五八条ニ依レハ合資会社ノ定款ノ変更ヲ為スニハ総社員ノ同意アルコトヲ要スレトモ定款ノ変更ハ内部關係ニ屬シ之ニ關スル商法ノ規定ハ強行規定ニ非サルヲ以テ定款ニ別段ノ定ヲ為スコトハ固オリ法ノ許ス所ニシテ無効ナリト謂フ可ナラス<sup>(20)</sup>」とされる。戦後の最高裁判決も「商法第一五六条の規定中業務執行に関する部分は任意規定と解するのが相当であり、従って、合資会社が定款その他の内部規約を以て有限責任社員に業務執行の権利義務ある旨を定めた場合においては、その定めは有効と認むべきである<sup>(21)</sup>」として、この理を肯定する。

(1) 判例によれば、「団体には固有の団体権力 (selbständige Vereinsgewalt) が帰属し、これを国家が承認している。構成員は団体への加入によってこの団体権力に服する。この権力は団体の範囲内で効力を有するもので、その限りで自治的であ

- (1) BGH 27. 2. 1954 BGHZ 11, 5 (11).
- (2) Nicklisch, F., Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, 1982, S. 24; Hadding, W., Korporationsrechtliche oder rechtsgeschäftliche Grundlagen des Vereinsrecht, FS für R. Fischer, 1979, S. 192; Soergel-Wolf, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil 1, 13. Aufl., 2000, BGB, Allgemeiner Teil 1, Rdn. 50 vor § 21 (Hadding)
- (3) Soergel-Wolf-Hadding, BGB, Bd. 1, Allg. Teil 1 (Hadding).
- (4) LeBmann, H., Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976, S. 207.
- (5) Soergel-Wolf-Hadding, BGB, Bd. 1, Allg. Teil 1, Rdn. 3 zum § 25.
- (6) LeBmann, H., aao, S. 208.
- (7) Rittner, F., Die werdende juristische Person, 1973, S. 248f.
- (8) 一般に、会社の外部関係に関する規定は強行法規規定であり、内部関係に関しては任意法規規定であるといわれる。このことは、私的自治及び契約自由の見地からも肯定できる。つまり、関与する者がその法関係につき自身で規定を設けるといふ私的自治又は契約自由のイデオロギイは外部関係をいじめたにせよ把握しない。この外部関係については、立法者による配慮が必要な場合で、かつ、必要かつ相応な範囲 (das Erforderliche und Verhältnismäßige) に制限されつつある限り、第三者の保護のため、強行法的な立法趣意による配慮は全く必要ないといえる。Zöllner, W., Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 88.
- (9) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 1993, Rdn. 10 zum § 25 (Reuter) (以下、MünchKomm. BGB, Bd. 1, Allg. Teil (Hadding)).
- (10) Larenz, K., Zur Rechtmäßigkeit einer "Vereinsstrafe", Gedachtnisschriftl. R. Dietz, 1973, S. 49.
- (11) Meyer-Cording, U., Die Rechtsnormen, 1971, S. 100ff. かつ、支配的見解は、この点から、法規範性を否定する。つまり、定款は、制定法のような国家による権威 (Autorität) によって適用されるのではなく、任意の加入に基づいて適用されるからといえるのである。Siehe z. B. Larenz—Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, S. 192.

- (11) Nickisch, F., a.o. S. 2; Soergel-Wolf-Hadding, BGB, Bd. 1, Allg. Teil 1, Rdn. 79 vor § 21; Hönn, G., Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, JA 1987, 337 (338), Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 89. ① 団体自治は団体を国家法の外に位置づけるものではないし、② 定款自治も定款を国家法を超えたものと位置づけるものではない。基本法九条からこの点は明らかである、とする。
- (12) 大隅健一郎・今井宏・会社法論上巻(第三版) 六二頁(平三)、大森忠夫「会社の設立」田中耕太郎編・株式会社法講座第一巻一六〇頁(昭三〇)。上柳克郎ほか編・新版注釈会社法(一) 五五頁以下(中西正明)(昭六〇)。
- (13) 大隅・今井・前掲書一三頁、田中誠二・再全訂会社法詳論上巻一六三頁(昭五七)、上柳克郎ほか編・新版注釈会社法(一) 一七頁(上柳克郎)(昭六〇)。
- (14) 鴻常夫・商法総則(補正第二版) 五五頁(昭五六)、田中耕太郎・改正会社法概論一五八頁(昭一四)。会社は団体として当然に自治法規を制定しうる権限を有すると認めるべきとする見解として、服部栄三「定款」鴻常夫ほか編・演習商法(会社)上(新演習法律学講座九) 一〇三頁(昭六一)。
- (15) 東京控判昭和七・三・一四新聞三四〇一号一五頁。
- (16) 当然、社員を拘束することはいうまでもない。大阪地判大正六・四・二〇新聞一二七七号一七頁(一七八頁)。もっとも、株主を会社外の債権者と解する株式会社財団論では、さらに限定され、定款の拘束力は会社自体であり、会社機関構成者の機関としての活動を構成するにとどまり、株主を拘束するものではない、とされる。八木宏・株式会社財団論一三五頁(昭三八)参照。
- (17) 通説である。服部栄三「株式会社」総合判例研究叢書商法(二) 五一頁(昭三二)、大森忠夫ほか編・注釈会社法(二) 五五頁(中西正明)(昭四七)、上柳ほか編・新版注釈会社法(一) 一九五頁(大沢康孝)(昭六〇)、東京控判前掲新聞三四〇一号一五頁(一六頁)。もっとも、東京控判大正二・四・九評論二商六九は、取締役は当会社の義務につき連帯無限の責任を負うという定款規定は「其文詞上取締役ト会社債権者トノ関係ヲ規定セントシタルモノナルコト明カニシテ取締役ト会社ノ関係ヲ規定シタルモノト解スルコトヲ得ス……スル規定ノ存スルコトヲ知了シテ就任シタル取締役ハ其就任ト同時ニ会社

債権者ニ対シ右規定ノ趣旨ニ從ヒ其責任ヲ辞スルコトヲ得サルヲ条理上当然ナリトス」とし、必ずしも第三者への適用を否定していない。

(18) 服部・前掲論文総合判例研究叢書商法(二) 四九頁以下、大森忠夫ほか編・注釈会社法第一卷三三六頁(深見芳文)(昭四八)、上柳ほか編・新版注釈会社法(一) 一七頁(上柳)(昭六〇)、同・新版注釈会社法(二) 五六頁(中西正明)(昭六〇)。東京控判昭和二・二・一四新聞二六六九号七頁は、より積極的に、「株式会社ノ定款ハ其組織ニ関スル事項ナル以上法令中ノ強行規定公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反セサル限り任意ニ如何ナル事項ヲモ定メ得」とする。

(19) 京城覆審院大四民控一五二判決年月日不詳新聞一〇一五号二八頁。東京控判昭和二・二・一四新聞二六六九号六頁(七頁)も、会社が株主の利益配当支払請求権は五年を経過すると消滅し会社はその支払を免れる旨の定款規定につき、「株式会社の定款は其組織に関する事項なる以上法令中の強行規定公の秩序又は善良の風俗に反せざる限り任意に如何なる事項も定め得べく而して利益配当金支払請求権は独り株主のみ之を有するものにあらずと雖も利益配当金支払請求権は株主の有する利益配当請求権より流出する権利なるを以て之に関する事項は株式会社組織に関する事項に外ならざるが故に定款中に之に関する規定を設け得ることは固より当然とす而して時効に関する民法の規定は原則として公益に関するものにして当事者は之に反する定を為すことを得ずと雖時効期限を短縮するの定を為すは公益に反せざるが故に有効にして而も斯かる定は必ずしも当事者の合意によるを要せず定款の規定によるも亦妨なきが故に……定款の規定は……無効のものにあらずと解するを相当とす」とする。

(20) 大決大正七・一〇・二九民録二四輯二〇六八頁(二〇七七頁)。

(21) 最三判昭和二四・七・二六民集三卷八号二八二頁(二八三頁)。なお、近時の判例で、組合契約についてであるが、「民法六七八条は、組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱退することができる旨を規定したものと解されるところ、同条のうち右の旨を規定する部分は、強行法規であり、これに反する組合契約における約定は効力を有しないと解するのが相当である。ただし、やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由を著しく制限するものであり、公の秩序に反するものというべきだからである」として、

公序良俗を基準としている。

### 三 内容規制の根拠

論を進めるにあたって、最初に、内容規制とは何かを示すと、次のようにいえよう。つまり、内容規制の特長は、定款条項に関していえば、内容上不当な定款条項につき法的有効性を否定することを意図する点である。その目的はこの種の条項を最初から法取引上排除することにある。そして、内容規制では定款の内容のみが対象とされるのであり、定款に基づく権利の具体的行使を個別事案毎に吟味するものではない。したがって、定款条項は最初からそのような形で規定されているべきではないから、法秩序上その内容に基づいて法的有効性を否定されるべき規定の排除を問題とするのである。かつ、制限 (Schranken) は「全体としてかつ統一的に」確定され、内容規制においては将来の事案の決定にとって一般的原則が発展されなければならない。

このような点から、内容規制は行使規制とは区別される。個々の条項が内容規制によれば許容されるものであっても、個別事案ではその条項の援用は許されない権利行使であることになりうるし、したがって、信義則に違反することになりうる。行使規制では、事実上の又は法的諸事情の発展を採り入れた事後の決定に關するのであって、当該条項の内容になんら干渉するものではない。もっとも、このように両者の関係はいえても、内容規制と行使規制は結果的に条項に關係する個人を同じように保護することになる。個人にとつては、定款条項が一般的に無効とされるか又は権利行使に対して個別事案で信義則違反という抗弁を主張できるかは重要ではない。行使規制の代わりに内容規制がなされるのは、一般的にかつ個別事案の事情とは無關係に条項の判断がなされ、許容されない条項の存在自体

が法取上不適切であるか又は害することになる場合である。内容規制の利用には限界が存しうるが、行使規制に比較して相当な利点を提供する。内容規制は不当な条項につき普遍化しうる判断をなし得るものであり、明確な禁止基準を創造するといえる。<sup>(1)</sup>

さて、従来、内容規制が問題とされたのは、約款についてである。ここでは、契約は交換契約であり、かつ、取引の相手方が多くは消費者である。約款による取引が常態化しており、取引能力が非対等であるとともに、多くの法規定は任意法規であるが故に、契約内容は一方当事者（企業）によってこの者の有利に任意法規を修正するという形です事前に決定され、取引相手方は付合状態に置かれ、本来の契約自由ないしは私的自治は働いていないといえる。

かくて、約款においては経済的社会的な力状況（Machtlage）が異なることを利用することによって、契約内容形成の自由を一方的に最大限に行使するという濫用の危険を防ぐということが内容規制として要請されることになる。

契約における均衡性（Verträglichkeit）が害されているが故に、契約自由が機能する前提条件及び契約内容の推定された正当性保障が欠けている場合には、これが機能するための前提条件を再生するか又は少なくともその欠缺を補うために、欠けた自己決定可能性を是正するのが内容規制なのである。この内容規制が正当化されるのは、他人決定を防止するものとしての自己決定という基本思想である。<sup>(2)</sup>

このように、約款においては内容規制がかなり早くから学説・判例上肯定されていたのに対し、定款に関してはそれほど早くからではない。このこと自体は、ギールケの法人論の影響が大きかったと指摘されている。つまり、ドイツでは、ギールケによる、団体はそれ自体に法設定する権限を固有なものとして有するという見解は、支配的見解とはならなかったが、ドイツにおける団体法の発展に強く影響を及ぼし、団体による行為のコントロールにつき、裁判所は団体自治の観念のゆえに非常に強い抑制的な立場をとっていたのであり、学説にも影響を及ぼしていた。判例上

の転換点は一九六七年の一判決であったとされる。<sup>(4)</sup>

例えば、一九六五年の一判決では、定款上で若干の社員に退職金請求権が認められ、他の社員には認められていなかった。不利益を受けた社員が、誠実義務及び平等取扱の原則を援用して年金給付を請求した事案につき、平等取扱の原則は全ての社員が同じ権利を有しなければならないということを意味するものではなく、むしろ、この権利は種類範囲に依じて異なることを否定するものではないことを認めた後で、「だが、例え、同一の給付及び同一の危険を意味するものであっても、社員は定款に又はその他の方法で同意を表示した限りで、不平等な取扱を甘受しなければならぬ<sup>(5)</sup>」とされたが、一九六七年判決では制限を認める。これは、ウィンタースポーツ部門とテニス部門を有する団体において、総会において声高に抗議および誹謗をなしたためテニス部門から除名されたメンバーがその処分無効を求めたものであるが、定款ではスポーツマンシップに反する行為又は不名誉な行為によってクラブの名声を危うくするかまたはクラブ生活を害するときは除名できると規定されていたが、総会で同様の行為をなした他のメンバーは除名されていない事案で、「同一の総会がかつ同一の時間帯に同種の行為をした他のメンバーに対してなら除名手続をとらない」という事実が存し、団体側で除名処分したメンバーの行為が他の行為者よりも重大であることを正当化する事実を当該メンバーに帰せしめられない場合には、団体は客観的理由なしにこのメンバーの不利にと不平等に取り扱ったことになる。この場合には、メンバーを平等に取り扱うという原則に反しているといえる。……確かに、個々の事案で定款に基づき認められた除名自由を利用するか否かは団体の自由裁量である。だが、メンバーは同一事案で他のメンバーよりも不利に取り扱われないことを請求する権利を有する。団体がこの原則に反したときは、裁量権の不当な行使であり、除名は明らかに不当な、法的に無効な措置となる。<sup>(6)</sup>」とする。会社法分野では、内容規制が公然となされてくるのは一九七〇年代後半である。

このように、裁判所が定款の内容規制に消極的であった理由として、この法領域では契約締結に際して社員間には力状態の不均衡が存しないか又は個々人の社会的ないしは知的な劣位性が個々人の利益の客観的な (sachgerecht) 保持を不可能としないと一般的にいえたことがあげられる。<sup>(8)</sup> ドイツでは、一九世紀の立法者は個々の社員につき特別な保護必要性を問題としなかった。資本金会社と異なり、人的会社では、社員には契約自由の承認によって自身の利益をそれ相応に保持することが個々人に委ねられており、同時に、そこには、この形成自由は具体的な会社関係の客観的に妥当な規定を設けることのもっとも安全な保障となるという期待が結びつけられていた。その場合、契約自由の承認は社員決議においては満場一致が原則とされていたので、個々の社員には長い目で見ると会社関係の形成に自己の利益に役立つ影響を及ぼすことができる余地があった。満場一致の原則によって、重要な問題の決議、特に会社関係の変更に際しては、同意を拒否することによって阻止することができたのである。しかし、その後は多数決が採られるようになったが、それでも、立法者は、多数決としても問題はないと考えていた。というのは、多数決であつても、全社員の一致が前提となつており、会社関係に関して妥当で適切な規定をもたらすための決定は社員に委ねることができると考えていたからである。<sup>(9)</sup>

このような従来の会社法において力状態の不均衡が存しない又は個々人の利益保持が可能であるという前提が崩れたのは、一九七〇年代における特定種類の合資会社、つまり、公開合資会社又は投資合資会社 (Publikums- oder Anlage-Kommanditgesellschaft) の設立が発展したためであることが指摘される。<sup>(10)</sup> かくて、契約の自由という私法上のオアシスに裁判所が侵入するのは、論者によって異なるが、一九七五年以降といえ、ちょうど、ドイツでは約款規制が立法的問題として採りあげられた時期と一致する。これ以降、定款内容の司法的規制によって、多数決の濫用からの少数派の保護ないしは不当な不利益を受ける者の保護が必要視されてくる。

ところで、既述の約款における内容規制の根拠からいうと、本稿の検討対象である定款は、社団内の法関係であるから、取引能力の非対等性を問題にする余地があるかという点、消極的に解されるのではないかと考えられる。現に、ドイツの約款規制法は同法二三条一項で会社法 (Gesellschaftrecht) 分野における契約には適用されない旨、明定する。

これは、この分野では伝統的意味での約款が使用されるのはごく稀であり、かつ、債務法上の交換契約を対象として規定された約款規制法の諸規定を適用するのに適しない非常に多くの特殊性を有するからである。<sup>(1)</sup> 確かに、双務契約である交換契約と社団法上の社団 (vereinrechtliche Korporation) とではその構造は基本的に異なる。契約においては、契約当事者の利害は原則的に対立しているが、これは、理念的とはいえず、契約条件のそれ相応の交渉によって合意という形態で、少なくとも当事者の見解では、妥当で適切な均衡を得ているといえる。

これに対して、社団形成においては関係者の利害関係は、共通の目的の追求を全ての者が一致して努めるという限りで、同一方向を向いているといえる。関与者が多数に及ぶ場合には、どのように設定された目的をもっとも良く具体化できるかについては通常種々の異なる見解が存するのであるから、この共通の目的追求の範囲内では、合意主義 (Konsensprinzip) ではなく、多数決主義 (Mehrheitsprinzip) が妥当する。<sup>(2)</sup> 団体は、共同の行為活動統一体 (gemeinsame Handlungs- und Wirkungseinheit) として、前方に開かれた行為システム (ein nach vorne offenes Handlungssystem) を意味し、このシステムの方向は共同の目的によって明らかにされるが、他方では、目的追求及びその具体化の個々の措置は多数決によって又はこれを超えて団体執行機関 (Vereinführung) によって一方的に決定されている。多数決によって否決された少数派の見解および執行機関による決定の場合には構成員全体の見地からは、他律的決定ということになり、その拘束性の根拠は単に団体加入にみられる間接的な合意に求められることに

なる。<sup>(13)</sup>これが、いわゆる付合である。<sup>(14)</sup>

この付合は、二点においてみられる。一つは、内容面での付合である。つまり、定款は構成員関係の一般的規定として全ての構成員に様に適用されるべきものであって、したがって、個々の修正は原則として認められないことになる。今一つは、規定への付合 (Regelungsunterwerfung) である。通常、定款において、全ての個々の構成員に義務を課す権限を特定の機関または構成員総会に付与しているからである。<sup>(15)</sup>

このような付合の特質から、定款に関して次の点が指摘される。つまり、加入する社員は定款内容につき、共同で形成するものではないし、自己の利益を保持するように影響を及ぼすことはできない。会社への加入は、常に、既存する定款内容を無条件に承認することに依存するのである。また、会社側では変更を意図していないばかりでなく、特に、会社という形態で非常に多数の社員が統合されねばならず、個々の社員にとって定款内容を自己の要求に適合するようになることは不可能であることからみて、内容に影響を及ぼすことができないといえる。<sup>(16)</sup>ここでは、締結の自由ではなく、内容自由が問題となるのであり、定款条項が社員の利益を適切に考慮するという十分な保障は存しない。<sup>(17)</sup>定款条項の見通しの悪さ、理解困難性及び広範囲に及ぶ多数の条項から構成されていること、さらに、取引能力の不均衡により、会社側が明らかに変更に応じる意図を示し、交渉が実際になされた場合を除き、事実上内容に影響を及ぼすことはできないのである。<sup>(18)</sup>

このような状況から、合意に基づく正当性保障が欠け、約款の場合と同様な内容規制が求められてくる。<sup>(19)</sup>その場合、約款における内容規制の根拠は他人決定でなく自己決定という基本原則に求められるとともに、契約自由と団体自治ないしは定款自治がいずれも私的自治にその根源が求められることからいえば、定款設定に際して、私的自治が機能する前提条件としての自己決定可能性が典型的に欠けているから、団体の規範である定款条項に対しても内容規制が

なされなければならないことになる。<sup>(20)</sup>

さらに、原初的には団体自治は国家に対して団体に一定の自由に決定できる余地を根拠づけ、かつ、保証すべきものとされたが、今日では、このこと以外にも、設立に参加するかまたは加入によって「団体の権力 (Vereinsgewalt) に付合する」個々人の自由になし得る分野 (Freiheitsphäre) に対する団体自治の限界にも関連するものと解されてきている。この団体権力は、事情によっては、この者の意思に反して (例えば、多数決決議によって) 行使されるものである。したがって、構成員保護及び少数派保護の見地から、団体自治に基づく権力 (Gewalt) の行使に対して国家によるコントロールが問題とされてくるのである。<sup>(21)</sup>

この場合、加入が任意であることから、内容上不当な定款規定も正当化され、内容規制は不要と解すべきではない。加入者は前もって確定された定款条項に付合するか又は加入を放棄するかの可能性のみしか有しない場合もあるからである。ことに、独占的団体又は経済的にもしくは社会的な分野で力状態が優位である団体に関しては、加入の任意性は不公平で不当な定款規定を正当化しえない。<sup>(22)</sup> 判例も、当該団体に加入しなければ、営業をなしえないか、活動できない場合につき、定款が内容規制に服するのは、団体内部における、構成員の法的地位を規定する規範であって、この団体が経済的又は社会的分野で圧倒的な力 (überwiegende Machtstellung) を有する場合に許容され、必要とされるとする。<sup>(23)</sup>

例えば、「団体内部の、構成員の法的地位を規定する条項の内容規制が許され、かつ、必要とされるかの問題については、経済的又は社会的分野で傑出した強力な地位 (überwiegende Machtstellung) を有している団体については肯定されねばならない。かかる団体が、その団体の構成員たる資格に依存する申込者を恣意的に拒絶することが自由になしえなくなればなるほど、ますます、その構成員が恣意的な又は不公平な、信義則 (民法二四二条) に反する

定款規定に付合することはこの団体には許されなくなる。確かに、団体法上の参加権 (Mitwirkungsrecht) に基づいて団体規範の設定に關与する構成員は——約款利用者の相手方と異なり——団体法の内容上の形成に關与しており、少なくともこれから排除されていない。このことは、完全に既に構成員たる資格を有することに基きこの法の設定に關与する者のみにいえることである。事後に加入しようとする者には、通常、既存の定款法 (Satzungsrecht) の変更をなしえる可能性は殆ど存しない。この点を無視しても、団体法において原則として適用される多数決原則は劣勢の少数派にとっては常に他人決定を意味し、このことは、団体内部の参加権の存在とは無關係に、多数決支配の限界という問題を生じせしめる。これに加えて、さらに、構成員の参加権は、団体の現実においては、本来帰属すべきである重要性をしばしば有しない。大規模な組織と官僚主義化に基づき、この権利の行使がそれほどなされないということは、決して稀なことではなく、むしろそれが普通であるといえる。さらに、団体の規模およびその他の性質上の強制 (Sachzwang) に基づいて、構成員であることに基づく参加権に關する任意法である制定法規定は、団体の執行機關に有利にへと変更されてしまうことがしばしば生じる。しかも、傑出した經濟的又は社会的に強力な地位を有する団体においては、構成員はその団体における構成員たる資格に依存することになる。構成員たる資格があらゆる点で自発的なもの (Freiwillig) であり、したがって、個々の構成員が重大な經濟的又は社会的な不利益を受けることなしにいつでも脱退できる団体では、実務上、構成員数を確保するために、その構成員に不当な負担を課すような条項の設定を放棄することを余儀なくされる。団体が、その権力地位および構成員がその団体に所屬していることに依存していることに基づいて、構成員の獲得に努めず、既存の構成員をできる限り長期に団体に拘束することに全てを懸ける場合には、この調整手段は機能しなくなる。この状態から生じる力濫用 (Machtmißbrauch) の可能性は定款自治の枠内でも要求できるものではない。むしろ、かかる場合には、典型的に交渉されていない契約条項に

おいて見いだされうるような不均衡状態が存するのである。<sup>(24)</sup>とされる。

もっとも、このような定款の内容規制については、その根拠を検討して妥当でないとして、否定する見解も有力である。これによると、例えば、多数契約のための事前作成というメルクマールは、定款においては、全ての社員が参与し、社員相互間の契約上の関係も規定する一個の統一的契約であって、したがって、法的に統一化されねばならないものであり、かつ、いわゆる会社に関するものであるから、決して、決定的な規範設定を意味しない。また、事前作成が契約形成自由の一方的な行使であり、利用であるとはいえない。<sup>(25)</sup>既存の会社への加入は、現存の定款につき付合する行為ではなく、現存の規律 (Regelung) への合意 (Konsens) を表明するものである。<sup>(26)</sup>とされる。そして、結論として、契約自由は一九世紀および二〇世紀においてはじめて出現したものであるが、当時は営業自由も市場経済も存せず、商品交換は限られた範囲でなされており、その限りで、法秩序上本質的な欠陥は存しなかった。これに反して、近代の経済は契約自由を必要とする。実際の緊急の保護が問題となって制限が必要とされる場合でないならば、その制限は良い結果をもたらさない。契約の機能する場を狭めることは、常に新たな法規定の制定化によって、法秩序を複雑なものにしてしまい、その結果、法関係に入ることは常に殆ど予測できない危険となってしまう。商品交換およびこれをもって市場で活動する者は、次のような可能性に依存している。つまり、合意されたことは当事者間で適用されるということと当事者は信頼できるとして法関係に入るのである。この合意の適用は、恣意的に、つまり、重大な客観的理由なしに妨げられるべきではない、とする。<sup>(27)</sup>この見解は示唆的であるが、今日の定款の適用、さらにその入社契約の現状からみると、やはり、内容規制の必要性は無視できないと思われる。BGHも一般的に内容規制を肯定している。<sup>(28)</sup>

さらに、定款に関する内容規制を否定する根拠として、一体、やみくもに信用のできない会社に関り合った投資者



が認められる場合にのみ定款で本法と異なる規定を設けることができることになる。同項の目的は、個々の債権者又は社員のみの保護必要性にあるのではなく、むしろ、企業金融は広く市場における需要と供給の変動に委ねられるという経済秩序の関連でその意義を有することにある。<sup>(35)</sup>

これに反して、人的会社では非常に広く契約自由の原則が認められており、したがって、少数派保護が内容規制の目的として現実に重要な問題となっている。<sup>(36)</sup>

また、約款規制法との関連では、全ての定款条項が約款規制法に服さないというわけではない。つまり、社員と社員間、又は会社と社員間でいかなる関係が争われているかを具体的事案で見極めることが必要である。当該係争関係が定款に基づいており、社員としての資格に基づく性質のもので、かつ、会社目的を具体化するのに資する限りで、本稿で問題とする内容規制の対象となる。<sup>(37)</sup> この適用除外とされる契約は、その目的及び例外は狭く解釈すべきという原則に基づき、直接、会社の構造、人的範囲又は意思形成に影響を及ぼす契約、したがって、定款を形成するか又は内容的に社員権を創造するものに限定されることになる。<sup>(38)</sup>

これに反して、会社が社員に対して特定の給付をなす義務を負っているにとどまる場合は、上記の要件が備わっていない限り、約款規制法が適用されることになる。<sup>(39)</sup> この場合には、単に定款上に規定が存するだけでは約款規制法の適用を排除しないし、特に取引法的行為であるからである。<sup>(40)</sup> 例えば、クラブの不動産を休暇目的で利用する権利を匿名の出資者 (stille Gesellschaftsanteile) に認めている休養クラブにおいて、定款上当初の七年間は解約できず、この期間経過後に一営業年度の終わるまでに一二ヶ月の期間を置いた後解約できるとされていた場合、安価に購入できるという形態での追加出資はクラブ目的を助長するものとはいえず、約款規制法二三条一項の適用除外規定に該当しないのであり、役務給付に関する限りで、契約相手方を二年を超えて拘束するものであって、約款規制法一

一条一二号 a に反して無効とされる<sup>(41)</sup>。また、通常、寄託議決権契約 (Depotstimmrechtsvertrag) も適用除外にしない。株主の見地からは、銀行のサービス (Dienstleistung) が中心となっており、たとえ事実上の影響はあるとしても、株主がコントロールする議決権行使に銀行は影響を及ぼすものではないからである<sup>(42)</sup>。これに反し、議決権拘束契約及び議決権行使契約は、会社の意思形成への影響を及ぼすことを目的としており、圧倒的に会社法上の要素が強いから、適用除外となる<sup>(43)</sup>。

さらに、内容規制は約款規制とは本質的に異なるものであるから、約款規制法が定款の内容規制にとって適切な基礎とはなり得ないが、その全てが考慮に入れないというものではない。具体的にいうと、ここでは内容規制が団体の組織に関するものであって、交換関係を規制の対象とするものではないから、同法一〇条、一一条は定款には全く適合しない<sup>(44)</sup>。これに反して、同法の一般原則、つまり、不意打ち条項の無効 (三条)、個別合意の優先 (四条)、不明確原則 (五条)、本質的な契約義務の修正又は制定法上の本質的な基本思想の修正 (九条) は、定款の内容コントロールにとっても有益である<sup>(45)</sup>。

(一) Siehe Bunte, H.-J., *Richterliche Inhaltskontrolle von Verbandsnormen*, ZGR 1991, 316 (319f.). 人的会社に関し、定款上の除名条項及び補償条項につき、内容規制ではなく、行使規制で足るとする見解も有力である。Siehe Hueck, G., *Gesellschaftsrecht*, 19. Aufl., 1991, § 10 II 1b, bb (S. 73); Koller, I., *Der Ausschluss ohne wichtigen Grund zum Buchwert bei Familiengesellschaften*, DB 1984, 545 (547).

(二) Nicklisch, F., aao. S. 34f.; Kreutz, P., *Hinauskündigungsklauseln im Recht der Personhandelsgesellschaften*, ZGR 1983, 107 (117).

(三) なお、ドイツにおける団体の本質論についての諸説については、Siehe Soergel-Wolf-Hadding, BGB, Bd. 1, Allg. Teil

- 1, Rdn. 8f. vor § 21; MünchKomm. BGB, Bd. I., Allg. Teil, Rdn. 1f. vor § 21 (Reuter).
- (4) Coing, H., Das Privatrecht und die Probleme der Ordnung des Verbandswesens, FS für W. Flume, 1978, S. 430. Coing の理解は正確で、契約の BGH 20. 4. 1967 BGHZ 47, 381 にあつた。
- (5) BGH 27. 9. 1965 WM 1965, 1284 (1286).
- (6) BGH 20. 4. 1967 BGHZ 47, 381 (385f.).
- (7) Fischer, R., Gedanken über einen Minderheitenschutz bei den Personengesellschaften, FS für C. H. Barz, 1974, S. 37f.
- (8) Fischer, R., FS für C. H. Barz, S. 34f.
- (9) Fischer, R., FS für C. H. Barz, S. 38. Siehe auch Kraft, A., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Publikums-KG zwischen Vertragsauslegung und Rechtsfortbildung, FS für R. Fischer 1979, S. 323. 権限和額保持 (GmbH & Co KG) にこころを、Siehe Schilling, W., Die GmbH & Co KG als Einheitsgesellschaft, FS für C. H. Barz, 1974, S. 67.
- (10) 例を以て Reuter, D., Richterliche Kontrolle der Satzung von Publikums-Personengesellschaften? AG 1979, 321 (321) に「一九七五年の裁判例を以て Lortz, K.-G., Vertragsfreiheit und Individualschutz im Gesellschaftsrecht, JZ 1986, 1073 (1073) に「一九七五年の裁判例を以て」 Behr, V., Der Ausschluß aus der Personengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Vertrag und Status, ZGR 1985, 475 (480 f.) に註釋がある。
- (11) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz), Bundestag Drucksache 7/3919, 1975, S. 41 (以下、 Entwurf と稱す); Münchener Kommentar BGB, Bd. 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 3. Aufl., 1997, Rdn. 106 zum § 705 (Ulmer) (以下、 MünchKomm. BGB, Bd. 5 と稱す); Schneider, U. H., Die Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, ZGR 1978, 1 (10).
- ただし、適用除外される会社法の分野においても、従来の現行法規定に基づき事前作成された契約条項 (Vertragsbedingungen) の内容規制は排除をなすことが立法者の肯定している。 Entwurf, Bundestag Drucksache 7/3919, S. 41; Bericht

des Rechtsausschusses (6. Ausschub), Bundestag Drucksache 7/5422, S. 13. 半熟では、積極的約款規制法と同意味での内容規制を肯定する見解もある。以下のごとくは、Siehe z. B. Schäfer S., Publikums-KG, In: Westphalen, G. F. v., Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 1996, Rdn. 7u. 8 (以下「Schäfer, S., Publikums-KG-評記」); Heid, P., Die Inhaltskontrolle des Vertrages der Publikumspersonengesellschaft nach AGB-Grundsätzen, DB 1985, Beilage Nr. 4, S. 7f.

なお、会社法の定義は積極的に規定されていないが、これを協回組合を命じた全ての商事会社に関する法並びに社團法を把握するために広く解されよう。Entwurf, Bundestag Drucksache 7/3919, aaO. 具体的には、民法組合 ( BGB-Gesellschaft )、合資会社、合資会社、株式会社、株式会社、有限責任会社及び協回組合の契約及び定款による。Wolf-Lindacher-Horn, AGBG, 3. Aufl., 2000, Rdn. 73 zum § 23 (Horn), 再例のごとく Siehe BGH 8. 2. 1988 BGHZ 103, 219 (224) (タンスー業協回組合); ders., 23. 11. 1994 ZIP 1994, 33 (34) (相互乗客組合), 相互乗客組合のごとく判例は肯定するが学説は見解が分かれ、多数説は判例に賛成する。判例のごとく Siehe BGH 10. 10. 1994 BGHZ 127, 176 (182f.). この点を詳細に検討したものとごとく Siehe Schmidt, H., Stille Gesellschaft und AGB-Gesetz, ZHR 159 (1995), 734. たまたま Erman, Handkomm. BGB, Bd. 1, 9. Aufl., 1993, Rdn. 8 zum § 23 (Werner) は、一般的用語の慣用からみて、社團 (Verein) 及び協回組合は必ずしも会社を意味し得ないから、約款規制法 (三三條一頁をのぞいた) が広く適用されるべきなら、立法者はその旨立法すべきであること指摘する。

(21) Nicklisch, F., aaO. S. 29. 関与者が種々異なる利害関係たごごとく Siehe Lutter, M., Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, 84 (91f.).

(22) Nicklisch, F., aaO. S. 30.

(14) BGH 4. 10. 1956 BGHZ 21, 370 (373, 375); Böttcher, E., Gestaltungsrechte und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, S. 27f. 団体への加入によつて、構成員は定款に付合するごごとくを指摘した判例のごとく OLG Celle 5. 10. 1987 WM 1988, 495 (496). 入社契約が付合契約としての特色を有することは一般的に認められよう。Siehe z. B. Wiedemann, H., Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, FS für H. Westermann, 1974, S. 588 u.

590.

- (59) Adomeit, K., Heteronome Gestaltung im Zivilrecht?, FS für H. Kelsen, 1971, S. 17. Ders., aao. S. 18f. せうの他律性は自治的に生じたものとはいえ、法的に制限されるはならぬことを認める。
- (60) BGH 14. 4. 1975 BGHZ 64, 238 (241). Siehe auch Brandes, H., Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH & Co. KG und zur Publikums-gesellschaft, WM 1987, Beil. Nr. 1, S. 8; Fischer, R., FS für C. H. Barz, S. 38. Reuter, D., AG 1979, 321 (322) せう、同族合資会社と一般合資会社。
- (61) Schäfer, S., Publikums-KG, Rdn. 6; Schneider, U. H., ZGR 1978, 1 (8). Lortitz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1079) は、事前作成と本質的な部分についての利益相違を要する」とする。
- (62) Fischer, R., FS für C. H. Barz, S. 39; Schäfer, S., Publikums-KG, Rdn. 7; Heid, P., DB 1985, Beilage Nr. 4, S. 5f. せうの論者のなかには、公開的な会社 (Publikums-personengesellschaft) についてであるが、時間の余裕がないこと及び専門的助言を求めることが困難であることもあがる。Schäfer, P., aao.; Heid, P., aao. せうは、出資者である社員について定款規定が複雑であること、租税上の関心から出資した者は経営に無関心であること、せうが認められる。Fastrich, L., Richterliche Inhaltskontrolle im Privat-recht, 1992, S. 128 (以下、Richterliche Inhaltskontrolle と略記)。せうは、MünchKomm. BGB, Bd. 5, Rdn. 108 zum § 705 (Ullmer) は、一般的には肯定するが、その普遍化には慎重を要する」とする。せうは、同族会社 (Familiengesellschaft) では、事前作成は一方当事者によってなされるとしても、契約は当初は全ての関係者との交渉によってなされる。不利益が生じるのは事後に入社した者であるが、この場合でも種々の保護手段が存する。したがって、原則として内容規制は、一方的に事前作成され、多数の社員の加入が認められ会社社の定款に制限されるべきとする。Siehe auch Fastrich, L., Richterliche Inhaltskontrolle, S. 134f.
- (63) BGH 14. 4. 1975 BGHZ 238 (241). せうは、Reuter, D., AG 1979, 321 (323) は約款の場合と同様として類推するのは疑問とする。

なお、約款規制法二三条一項による適用除外規定にもかかわらず、同法の普遍化しうる法思想を会社法又は団体法における

内容規制にも及ぼすことは一般に認められている。普遍化しうる法思想は、約款における内容規制の根拠であり、それは約款利用者のみが契約形成自由を一方的に利用していることである。約款規制法の適用範囲外で、契約形成自由が一方的に行使されている場合に対して保護が欠けることになる場合には、約款規制法における普遍化しうる原則の適用が認められる。Siehe z. B. Bunte, H.-J., ZGR 1991, 316 (321ff.) 以下「Kanzleier, R., Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, FS 125 Jahre bayerisches Notariat, 1987, S. 39 以下、約款においては、企業側の優位性、知的優位性、取引相手方の日常生活上の必要な取引であって時間の点で約款条項を検査することを放棄しており、かつ、非対等性が存する。そこでは内容上の形成自由が一方的に行使されているが故に、内容規制が肯定できる。しかし、入社契約の締結においてはこのことは妥当しない。会社の成立後に入社する場合であっても、原則として、入社しようとする者にとっては経済的・社会的関係を十分に自己責任において吟味しうるものであり、内容コントロールの見地はこの場合妥当しない。例えば、定款条項が当然新たに交渉されえないものであっても、そうである」と指摘する。ただし、ders., aaO. S. 244. では、公開合資会社につき、約款の場合と事情は類似するから、内容規制は肯定できるとする。他方、Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (115f.) は、約款規制法二三条一項の文言上、同法の規定を定款の内容規制に準用することを否定する。

(20) Nicklisch, F., aaO. S. 35. Hönn, G., Inhaltskontrolle von Gesellschaftsverträgen, JA 1987, 337 (343) は、具体的に商議されなかった契約における条項は一定の前提条件の下で妥当性 (Angemessenheit) という基準で吟味されるという実質的契約原則によるとする。

(21) Soergel-Wolf-Hadding, BGB, Bd. I, Allg. Teil Rdn. 79 vor § 21: Hönn, G., JA 1987, 337 (340). 判例上、後述の規制手段として信義則 (民法二四二条)、良俗違反 (民法一三八条) が活用される場合、基本法の基本思想の尊重が指摘されている。つまり、民法上の一般条項、特に民法一三八条、二四二条の解釈及び適用に際しては、基本法はその基本権のタイトルの下で法の全領域のために憲法上の基本的決定を含むものであることを注意しなければならない。この基本的決定は、具体的法領域を直接支配する規定を媒介として展開され、特に、民法上の一般条項の解釈に際して重要性を有する。民法一三八条、二四二条は全く一般的に良俗、取引慣習並びに信義則を指示しているのだから、まず第一に、憲法の原則決定 (Grundsatz-

entscheidungen der Verfassung) によって規定されている価値観念を基準として具体化されることを要するのである。したがって、民事裁判官は憲法に基き一般条項の解釈及び適用に際しては「基本権を「基準 (Richtlinien)」として尊重することを要する」とされる。 Siehe BGH 27. 9. 1999 BGHZ 142. 304 (307).

(22) Bunte, H.-J., ZGR 1991, 316 (322f.).

(23) BGH 27. 9. 1999 BGHZ 142. 304 (306) (地区リーグを構成する州フットボール団体); BGH 24. 10. 1988 BGHZ 105. 306 (318) (全国信用組合連合会); BGH 28. 11. 1994 BGHZ 128. 93 (101, 102f.) (騎手団体中央会)。もっとも、このような限定をつけることには、反対説も存する。これによると、約款規制法のパラレルな適用を肯定するならば、独占団体、経済的ないしは社会的力を有する団体、構成員となるのが決して任意でない団体にのみ内容規制が正当化されるというのは妥当でない。このような例外を約款規制法は知らないし、小規模な企業も適用範囲から除外していない。他の提供者が市場に存するかも問題としていない。団体秩序 (Vereinsordnungen) の吟味には全て同じことが適用されねばならない。何故に、独占機能を有しない団体が、定款上に不公平な条項を採り入れることが正当化されるべきと見えるのか、とちよ Siehe Grunewald, B., ZHR 1988, 242 (261).

(24) BGH 24. 10. 1988 BGHZ 105. 306 (318f.)

(25) Zöllner, W., FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 104f.

(26) Zöllner, W., FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 108.

(27) Zöllner, W., FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 124f.

(28) BGH 14. 4. 1975 BGHZ 64. 238 (241). Siehe auch Fasttrich, L., Richterliche Inhaltskontrolle, S. 127.

(29) Kraft, A., FS für R. Fischer, S. 335f.; Hille, H.-E., Die Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge von Publikums-Personengesellschaften, 1986, S. 146f.; Coester-Waltjen, D., Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, ACP 1990, I (30); Reuter, D., AG 1979, 321 (322).

(30) BGH 21. 3. 1988 WM 1988, 939 (941).

- (㉔) Vgl. z. B. BGH 17. 1. 1985 BGHZ 93, 264 (268) ; ders., 20. 2. 1986 WM 1986, 700 (700). Siehe auch Zöllner, W., FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 116 ; Schulte, H., Besprechung der Entscheidung BGHZ 64, 238, ZGR 1976, 97 (101).
- (㉕) Fastrich, L., Richtertliche Inhaltskontrolle, S. 130f. u. S. 134.
- (㉖) Ulmer u. a., AGB-Gesetz, 8. Aufl., 1997, Rdn. 19 zum §23 (Ulmer) (以下「Ulmer u. a., AGB-Gesetz」) ; MünchKomm. BGB, Bd. 1, Allg. Teil, 3. Aufl., 1993, Rdn. 9 zum §23 AGBG (Basedow) ; Fastrich, L., Richtertliche Inhaltskontrolle, S. 146.
- (㉗) 定款の自由 (Typenfreiheit) を制限するべきの理由、總論は、強硬にその主張をせざるを得ぬ。Fastrich, L., Richtertliche Inhaltskontrolle, S. 133. 同項に關しては、註釋を。Siehe Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, Rdn. 152f. zum § 23 (Pentz) ; GroßKommentar AktG, 4. Aufl., 1996, Rdn. 167f. zum § 23 (Röhrich).
- (㉘) Kubler, F., Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1994, S. 159, Fastrich, L., Richtertliche Inhaltskontrolle, S. 146 以下、實務解説欄に關するは、同様に、株主の強硬に對するもの。
- (㉙) Hönn, G., JA 1987, 337 (340) ; Ulmer u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 20 zum § 23 (Ulmer). そのうち、ドイツでは人的会社として、定款の内容規制が問題となるのは、公開を資金社形態として、有給会社として消極的に解する見解も有力である。Siehe Fastrich, L., Richtertliche Inhaltskontrolle, S. 137 u. 156f.
- (㉚) Schäfer, P., Publikums-KG, Rdn. 11 ; Wolf u. a., AGBG, 4. Aufl., 1999, Rdn. 74 § 23 (Horn) (以下「Wolf u. a., AGBG」) ; Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, S. 128 ; BGH 11. 11. 1991 DB 1992, 520 (521) ; ders., 8. 2. 1988 BGHZ 103, 219 (222f.) ; ders., 10. 10. 1994 BGHZ 127, 176 (185).
- (㉛) Wolf u. a., AGBG, Rdn. 74 § 23 (Horn) .
- (㉜) Palandt, BGB, 56. Aufl., 1997, Anm. 4 zum §§ 23-24 (Heinrichs) (以下「Palandt-Heinrichs, BGB」) ; Soergel-Stein, BGB, Bd. 3, Schuldrecht II, 12. Aufl., 1991, Rdn. 9 zum § 23 AGBG.
- (㉝) Schäfer, P., Publikums-KG, Rdn. 11 ; BGH 11. 11. 1991, DB 1992, 520 (521) ; MünchKomm. BGB, Allg. Teil, Rdn. 12

- zum § 23 (Basedow) ; Staudinger, BGB, 13. Aufl., 1998, AGBG, Rdn. 8 zum § 23 (Schlosser) (以下、Schlosser u. a., AGBG と略記)。適用事例については詳し。 Siehe MünchKomm. BGB, Allg. Teil, Rdn. 12 u. 13 zum § 23 AGBG (Basedow)。このような、条項が交換契約に関するかどうかで区別する見解に対しては、区別は技巧的で、非実際的で、かつ利害関係に反する。したがって、交換関係を規制する団体規範 (Verbandsnormen) は約款規制法二三条一項の意味における会社法に属するところの見解も存在。 Vieweg, K., Zur Inhaltskontrolle von Verbandsnormen, FS für R. Lukes, 1989, S. 813 u. Fn. 24 ; Grunewald, B., Vereinsordnungen, ZHR 1988, 242 (254f.).
- (14) BGH 11. 11. 1991 WM 1992, 99 (100) ; Wolf u. a., AGBG, Rdn. 74 zum § 23 (Horn).
- (15) Entwurf, BT-Drucksache 7/3919, S. 41 ; Wolf u. a., AGBG, Rdn. 74 zum § 23 (Horn) ; Palandt+Heinrichs, BGB, Rdn. 4 zum § 23-24. 会社持分の譲渡及び質入、および、用益権設定は、債務法上の交換関係であり、会社との法的関係になじからず、約款規制法が適用される。 Wolf u. a., AGBG, Rdn. 74a zum § 23 (Horn) ; Schlosser u. a., AGBG, Rdn. 7 zum § 23 (Schlosser).
- (16) Wolf u. a., AGBG, Rdn. 74 zum § 23 (Horn). Ulmer u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 21a zum § 23 (Ulmer) は、議決権拘束契約につき、それが社員間で締結されたが会社に共同して影響を及ぼすためであるか、それとも、信託又はその他の利益維持関係の確保にあるかによって区別すべきとする。
- (17) Wolf u. a., AGBG, Rdn. 91 zum § 23 (Horn) は、約款規制法一〇条六号「一一条七号乃至七号の法用語 (Rechtsgedanke) の適用を否定する。
- (18) MünchKomm. BGB, Allg. Teil, Rdn. 11 zum § 23 AGBG (Basedow).

#### 四 内容規制の手段

この点に関しては、約款規制法制定以前における約款の内容規制と状況は同一で、法規定の多くが任意規定であるため、信義則、公序良俗という一般条項、さらに会社法の基本原則、任意法規定があげられている。

##### (1) 信義則違反

定款規定につき信義則に基づく内容規制を肯定したBGH判決は、資本参加有限合資会社 (KapitalbeteiligungsgmbH & Co. KG) の定款における「(1) 会社に対する義務 (Obliegenheiten) 違反に基づく有限会社又は監査役会の構成員に対する請求権は、三ヶ月の時効に罹る。…(2) 社員に対する有限会社および監査役会の構成員の責任は、損害賠償義務を負う者が会社に出資した財産に制限される」旨の条項に関し、合資会社の場合には、この種の時効短縮及び責任の軽減は商法一六一条以下の理念 (Leitbild) にほぼ一致していることは多言を要しないが、本件ではこのような会社に関する事案ではないことを認めた後に、「共同債務者 (Gemeinschuldner) は、定款一条によると、あらゆる種類の企業 (Unternehmen) への資本出資及び参加を目的とし、かつ、有限合資会社 (GmbH & Co. KG) として組織されたいわゆる公開会社 (Publikumsgesellschaft) で、四人の設立社員によって設立され、資本を集めるために不特定多数の有限責任社員及び匿名社員 (stiller Gesellschafter) を入社させることを意図したものである。この種の企業化 (Unternehmungen) は今日の経済生活ではしばしば見られるものであるが、必然的に、有限責任

社員（『出資社員 (Anlagegesellschafter)』 相互間及びこれらの者と企業社員 (Unternehmensgesellschafter) との関係は、「通常の」合資会社において通例妥当するような人的又はその他の関係は何ら存しない。公募の形で募集され、入社しようとするならば、この者は、事前に書面の形で定型化された定款に単に署名するにすぎず、その内容につき、共同形成するというような何らかの形態で自己の利益を保護するような影響を及ぼすことは全くできない。法的状況は約款及び書式契約の場合と類似している。これらの場合には、当事者間できちんと交渉されることなく、むしろ、多数の同種の事案のために将来の法関係が一方的に事前に確定されており、その結果、全ての関与者の利益が考慮されることを保障するものとしての契約における妥協 (Vertragskompromis) が存在しないのである。この場合と同様に、本件における特別な種類 (Art) の定款の場合も、出資社員の保護のために、かかる事情の下で、簡単に生じうる契約自由の濫用を、信義則 (民法二四二条) に基づきなされる裁判所による内容コントロールで対処する必要性が存する。……内容コントロールは責任ある者のみに課される「非難 (Bestrafung)」では決してなく、むしろ、契約正当性の再生 (Wiederherstellung) である。設立者には属しないが、不当に優遇された社員には原則として該当するとされるべきでないとするならば、特に信義則に反して何人も取得した法的地位を援用しえないとすることが理解できないであろう。正当とされるのは、会社、個々の社員及び社員グループ間の法関係は複雑に絡み合ったものであるから、会社契約 (Gesellschaftsvertrag) の吟味に、交換契約につき発展された原則を転用するには慎重さを要するのであり、かつ、考慮に際しては事情によっては契約内容の定型化に關与していない社員のために信賴保護も信義則に基づき一定の役割を果たすものといえる。」として、この見地で、前記定款条項は信義則に反し、無効と決した。<sup>(1)</sup> 本判決は約款規制法制定以前のものであるが、同法制定後も信義則に内容規制の基準はおかれている。例えば、公開合資会社 (Publikums-Kommanditgesellschaft) において、無限責任社員である合名会社が一方的に自

由な裁量に基づいて有限社員としての参加を受け入れる権利を有するとする定款条項につき「構成員は会社の人的構成に何ら影響を及ぼすことができず、出資者であるにも拘わらず、事前に設定された定款を甘受しなければならず、会社設立に際して全く共同で形成し、自己の利益を保持する影響力を行使しえない。したがって、定款は民法二四二条に基づく司法上の内容規制に服する」とされる。<sup>(2)</sup> 判例の主流はこの信義則を活用する。

学説では、民法二四二条は法的に重要な関係の存在を、特に、義務状況又は法的な特別拘束の存在を前提とし、合意がなされた後にはじめて介入するもので、内容決定及び一方的な相手方の行為の防止、特に、いわゆる権利行使に関する限界に関して作用するものであるとして反対する見解もあるが、多くは、信義則による内容規制につき、個別事例では不十分なことがあるとしても、原則として肯定している。<sup>(4)(5)</sup>

問題はその基準である。基本的には約款規制法九条にいう「不当な不利益 (unangemessene Benachteiligung) を及ぼさないこと」につきる。つまり、信義則にしたがって相互の利益を考量することになる。定款規定において、会社が自己の利益のみを貫徹し、社員 (将来加入する者も含む) の利益を適切に考慮していない場合には不当といえる。他方、いうまでもないことだが、両者の利益を適切に均衡させている場合には妥当な規定といえる。この場合、定款条項が社員にとりその不利に及ぼす効果、危険の分配、会社への拘束、会社の合理化利益が特に考慮されなければならない。特に重要なのは、条項が客観的に正当化されるかの判断である。これは、団体の特質、履行されるべき目的、社員の個性が基準となる。一般化すると、定款条項に基づいて社員の社員としての地位又は財産上の地位への介入の程度が甚だしいものであればあるほど、客観的根拠づけにはより厳しい要件が要求されることになる。さらに、定款に基づき社員が必然的に蒙る不利益も考慮されなければならない。侵害される利益の考慮と共に、この利益にはいかなる重要性があるかも検討されねばならない。社員の法的地位への介入に際しては、多くの可能な、かつ、適切な手

段のうち、その必要性に基づいて、社員にとって不利な効果を及ぼすのが最も少ない手段を選択しなければならない。また、相当性の判断に際しては、介入の効果と意図された効果とが均衡することを要する。なお、両者の利益の考慮に際しては、定型的客観的になされることを要し、会社は社員の特殊な個人的利益を考慮することを要しない。<sup>(6)</sup>

## (2) 良俗違反

既述の信義則による見解に対して、公序良俗違反(民法一三八条)によることも主張されている。

この見解によると、民法二四二条の信義則は契約上の合意の無効をもたらす内容コントロールのための基点とは成りえない。同条は既に存在する債務関係内で一定の給付義務のみを確認するにとどまり、なんら無効を指示するものではないから、その限りで同条は排除される。信義則は、判例学説によって、法創造的に、一定条件の下で契約内容に対するコントロール手段としての役割を担わせるための一つの媒体(Vehikel)であったとする。<sup>(7)</sup>むしろ、種々の見地の下で、団体法上の形成自由を制限することからいえば、良俗違反に内容規制の根拠を求めるべきである。多数派の意思に少数派が無制限に服従することは既に良俗違反に該当するとされているし、良俗条項は契約自由を柔軟に限界づけることができるし、会社法の基本原則もその評価に際して組み込むことができる。<sup>(8)</sup>とす。例えば、州フットボール団体における、会員であるチームが他のチームのアマチュアの選手と契約するには二五〇〇〇マルクの教育養成費の補償をなすことを要するという団体規定につき、当該規定は基本法一二条(全てのドイツ国民は、職業、働く場及び教育を受ける場を自由に選択する権利を有する。)に表現された基本法の価値決定に反するが故に、民法一三八条一項の意味での良俗違反であり、無効とする。<sup>(9)</sup>有限合資会社における、共同経営者である社員の死亡後に、他の社員を自由裁量で除名できる旨の規定につき「社員の多数派、特定の社員グループ又は個々の社員に、人的会社から社員を

客観的理由なしに除名できるという権限を認容する定款規定は、原則として、法的に、かつ、良俗的に許容されたもの（民法一三八条一項）の枠を超えるものである<sup>(10)</sup>とされる。また、合資会社における、自由な裁量で社員を除名しえ、かつ、清算を要せずに営業の積極及び消極財産はこの者に移転するという定款規定は、当該社員が会社に生活の糧をえるために完全に依存し、その生存の基礎となっている場合には、人的にも経済的にも従属しているといえ、法的にも良俗的にも許容される（民法一三八条）限度を超えるものであって、無効となるとされる<sup>(11)</sup>。このようにみると、権力的地位（Machtstellung）の濫用があるか又は社員が従属的地位にあって生存の基礎を失うような場合には、良俗違反が肯定されやすいといえる<sup>(12)</sup>。より基本的には、少数派が多数派の意思に無制限に服するということが良俗違反の判断に際しての決定的視点ということになる<sup>(13)</sup>。

この良俗違反を支持する見解は、基本的に、問題は制定法上のタイプ（Regeltyp）に一致する契約に内容規制を拡張することではなく、むしろ、契約自由の一般的制限を明示することにあることを明確にしようと努めているといえる<sup>(14)</sup>。

しかし、このように、定款の内容規制にとって適切な実定法上の基礎として良俗違反基準を優先するならば、民法一三八条及び「良俗」という概念は、個々人の倫理（Individualethik）という意味で理解するのではなく、むしろ、不均衡状態では、法共同体内で下回ることを許されない一般的最小限度の基準を意味することになる<sup>(15)</sup>。だが、伝統的に、良俗違反は、「公平で公正に考える者の礼讓の観念（Anstandsgefühl billig und gerecht Denkenden）」と結びついており、道徳的非難及び道徳的な無価値判断を含むものである。単なるシステム違反においてはこのようなことは関連しないといえる<sup>(16)</sup>。確かに、基本的には、現行民法においては実質的契約倫理が内在しており、それは、書かれた契約における均衡の補償は現行法の原理に属するという形態をとっているとはいえる。しかし、契約における

均衡が害される場合としては、非常に多様な事例形成においてのみではなく、異なった段階においてもみいだされる。その限りで、定款の形態 (Ausgestaltung) 又は会社への加入態様を「良俗」を基準として、つまり、「全く公平で正当に思考する者の礼讓観念 (Anstandesgefühl)」にしたがって判断できるかは疑問である。

かつ、良俗違反概念では、これに該当しない場合、例えば、知的取引能力の格差とはいえないが保護が必要といえる会社への加入を把握するのは困難であるといえ、専ら良俗違反に依拠するのでは袋小路に入ってしまう<sup>(17)</sup>。また、契約自由は、不利な契約条項を受け入れることをも是認するものであるし、良俗違反として裁判所の後見を会社法分野で認めるとなると法的安全性を害する。しかも、相手方の奸策に対する保護の必要性又は保護に値するかに関する見解いかによることになる。契約自由は両契約当事者に等しく作用するのであり、契約に拘束されるか又は契約を解消するかの自由を保障するのである。

このようなことからいうと、良俗違反を単独の根拠とするのは疑問である<sup>(18)</sup>、といえる。良俗違反をあげる判例の多くは、民法一三三条以外に会社法の基本原則などをもあげ<sup>(19)</sup>。

### (3) 会社法の基本原則 (Grundprinzipien der Gesellschaftsrechts)

判例上、これを基準としたものもみられる。これは、合資会社定款における「無限責任社員は、有限責任社員との契約を解約する権利 (Recht der Kündigung) を有し、解約された有限責任社員の退社 (Ausscheiden)」という効果を生じる」旨の規定の効力が問題になった事案である。裁判所は、定款によって、法定の除名手続を変更して、商法一四〇条に基づく形成訴訟に代えて、社員総会又は個々の社員の相応の形成権によって変更できるばかりでなく、実質法的にも商法一四〇条、一三三条の意味における重大な事由がなくとも社員の除名を正当になし得る旨定めるこ

とができることは一般的に認められているし、判例もそうであるとしたあとで、「だが、具体的に定める際には、契約自由に内在する限界に注意しなければならない。したがって、法秩序の一般的原則（民法一三八条）のみならず、会社法の基本原則も遵守されなければならない。組合契約（Gesellschaftsvertrag）は純粋な交換契約とは異なり、共同の目的を達成するために社員の順調な協働を意図するものである。社員間の人的関係は特に相互の信頼に基づくものであり、一種の特別な誠実義務を根拠づけるのである。したがって、既に会社関係に入る段階で要求されることは、個々の社員に構成員の除名をなす権利を与える契約条項は、定款に基づき必要な社員の協働を本質的に害せず、個々の社員が負っている任務の履行を妨げず、かつ、共通の企図（Unternehmen）に必要な会社に忠実な協力（*gesellschaftstreue Mitarbeit*）を脅かさないように、内容を定めることである。本質的に法定の規定型（*Regeltyp*）に一致している合資会社においては、自由な裁量に基づき——理由なしに——例え一定の期間を保持したとしても、社員を会社から除名する権利を無限責任社員に認容した場合には、原則としてこの要件違反とみなされる。この種の定款上の権限（*Befugnis*）によって、共同の事業（*Unternehmen*）をともしに担う社員——本件では有限責任社員——が妥当性を欠く理由で除名されるという危険を生じせしめる。そればかりでなく、無限責任社員のおける専横という全体としてみると望ましくない傾向を助長することにもなる。社員を直接会社から除名できるとされることによって無限責任社員が取得した権力（*Macht*）に基づいて、社員は自身の注意深い考慮によれば、無限責任社員の処置は客観的には認できないという見解に達した場合に、無限責任社員の行為（*Wünsche*）を阻止するという権利を決して行使しないかまたは自己に課された義務をきちんと履践しないという危険が生じる。この者に定款の枠内で課された決定は——一般的な良俗という原則に基づいても——自由な意思形成の発露であることを要するが、かかる条項に基因する従属性によって不当に影響を受ける。業務執行をなす社員の、通常の経営の範囲を超える行為

(商法一六四条)につき同意するか又は反対するか、かつ、無限責任社員に対して定款上の請求権を行使すべきに  
つき、有限責任社員が特に客観的見地でなすべき決定には、個々人に決定の自由が存することが重要である。<sup>(20)</sup>とし  
て、無効としている。このような無制約の除名条項を肯定することは、当該社員を全く法的に無力としてしまい、除  
名権を有する社員の好意に依存することになってしまう。人的会社には原則として形成自由が認められ、かつ、平等  
取扱を有効に放棄できると認められるものであるが、除名権の合意につき客観的に正当な事由が存しない限り、かか  
る除名条項は私的自治に基づく団体法の最低限の要件と一致しない。<sup>(21)</sup>仮に、人的会社を除いて原則として定款の内容  
規制を否定するとしても、団体法には私的自治の内在的制限が存し、これを超えて、当該社員を法的無権利状態にす  
ることは法秩序上決して甘受できるものではない。<sup>(22)</sup>つまり、会社法の基本原則は会社法における契約自由の抽象的な  
より高度の制限を課すものであり、これは個々の事案の特別な事情に基づいてのみ、その限界を超えることが許され  
るものである。<sup>(23)</sup>例えば、自由な裁量に基づく除名は会社法の基本原則に反し、原則として許されないが、このような  
特別な力地位を認容すべき特別な、客観的事由が存するならば許容されることになる。<sup>(24)</sup>

このような会社法の基本原則に立脚することに対しては、何が基本原則か不明確であるとし、限界づけ基準と  
しては必要な厳格性が欠け、内容規制としては適当でないと指摘されている。<sup>(25)</sup>

基本的には、定款の内容規制手段は信義則によるのが妥当である。信義則は、法関係に参加する全ての者の利害関  
係を自覚して慎重に考慮せよという命令を含んでいる。利害関係の考慮という命令によって、基本権の第三者効並び  
に憲法上必要な適切に段階づけられた司法によるコントロールの強さ(Kontrollintensität)の最適な手がかり  
(Ansatz)を得られ、団体、構成員の多数派及び少数派並びに場合によっては間接的な構成員の利害関係を組み込む  
ことが可能となる。同時に、団体と構成員間において具体的に問題となっている交換関係にとって直接関係を有する

者の利害関係を探り入れることが保証される。そればかりでなく、憲法の第三者効を肯定するならば、共同の目的の追求から生じる利害関係、さらに、団体と典型的に関与する (typischerweise betroffene) 構成員間には複合した団体上の全体関係が存するという事情、これらから結果として生じる利害関係も考慮に必然的に入れられることになる。これらは、普遍的な団体に特殊な評価をいう特色を有し、権利と義務、利益と負担という全体を包括する<sup>(26)</sup>といえる。

(4) 任意法規定の基準

約款規制に関しては任意法の秩序機能が注目され、約款規制法九条に明文化されたが、定款にこの基準を使用することが考えられる。この基準を採用した判例としては、民法上の団体における定款規定についてであるが、「民法三二条一項二文は、民法四〇条からも明らかなように、任意法である。したがって、定款では原則として別達に定めることができる。このことは特に緊急動議に妥当する。……この可能性が利用される場合でも、民法三二条一項二文において立法者によって示された価値決定を適切に考慮しなければならない。このことは、定款の変更に関する場合に常に妥当する。定款変更は一般的に団体生活 (Vereinsleben) にとって団員総会の他の決議に比較してより決定的な重要性を有するものであるから、できる限り緊急な手続でなされるべきではない。このような定めが定款でなすことが認められるとしても、計画された定款変更につき構成員が総会に出席する前に十分相応な時間をもって通知され、この者が事項の緊急性によって必要とされる迅速性を新たな検討資料をもって客観的に判断できる十分な時間があることが、原則として制定法の保護思想により要求される。」とされる<sup>(27)</sup>。この基準は十分考慮するに値すると思われるが、会社法上は、会社、特に公開合資会社についてはその多様な形態からみて消極的に解されている<sup>(28)</sup>。つまり、

約款の場合は、その特色が単に大量取引としての性格にあり、その典型的な内容の点で制定法上のモデル (Leitbild) と異なるものではないので、制定法上の規定に頼ることが認められるが、会社法では制定法上の理念型と非常に異なる会社タイプがみられ、かかる概念を許容されないものと解する場合に制定法上の規定では是正することはできない。<sup>(22)</sup>むしろ、資本会社法上の一定の強行規定を利用するほうが考えられる。というのは、有限会社法上、団体的構造を有する会社にとっての一般的原则を含んでいるからである。<sup>(23)</sup>このような見地から、任意法の秩序機能に依拠する内容規制は会社法に関しては支持されていないといえる。

- (一) BGH 14. 4. 1975 BGHZ 64, 238 (241f.).
- (二) BGH 3. 5. 1982 BGHZ 84, 11 (13f.). 信義則に立脚した判例を若干示すと、BGH 22. 3. 1982 WM 1982, 583 (584) ; ders., 3. 5. 1982 WM 1982, 760 (761) ; ders., 10. 10. 1983 WM 1983, 1407 (1407) ; ders., 9. 11. 1987 WM 1988, 23 (25) ; ders., 21. 3. 1988 WM 1988, 939 (942). 仲裁手続を定めずに「構成員たる資格から生じる紛争については、定款に基づき、その点に関して管轄を有する機関によって特別に許可されない限り、通常の訴訟をなすことはできない」という定款規定は、信義則に反し無効としたものと、OLG Celle 5. 10. 1987 WM 1988, 495 (496).
- (三) Zöllner, W., FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 92, かつ、Zöllner, W., aaO. S. 98 は「一般条項の採用により、出資者保護を意図する法、特に株式法の類推適用によって、少数派保護を図ることを優先すべきである。Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (116) の民法四二条は「一般的な授權規範ではない」とする。Siehe auch Flume, W., "Hinauskündigung" aus der Personengesellschaft und Abfindung, DB 1986, 629 (631) ; Loritz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1079f.).
- (四) 信義則の適用を肯定する見解として、Siehe Koller, I., Roth, W., H. u. Morck, W., Handelsgesetzbuch, 1996, Rdn. 7 zum §161 (Koller) ; Vieweg, K., FS für R. Lukes, 1989, S. 815. Roth, G. H. u. Altmeyen, H., GmbHG, 3. Aufl., 1997,

Rdn. 12 zum §12 も、有限会社契約も原則として、私的自治による決定から導き出される正当性保証が個別事例で害される場合には、団体定款（Verbands- und Vereinsatzungen）の場合と同様に、一般原則（民法二四二条）による内容規制ないしは公平性規制がなされる、とする。

- (5) 論者によつては、民法二四二条とともに、同法三一五条（公平なる裁量）をあげる。Siehe Wolf, M., In dubio pro arbitro? In: Württembergischer Fußballverband e. V. (Hrsg.): Beweisprobleme in der Sportsprechung, 1986, S. 76; Palandt-Heinrichs, BGB, Anm. 9 zum §25, Anm. 4 zum §§23-24 AGBG 4の積極的に民法三一五条の適用を肯定する見解を採るのは、Münch Komm. BGB, 2. Aufl., 1985, Rdn. 29 zum §315 (Sollner) で、約款規制法で把握された適用範囲外では、同条は、契約均衡性（Vertragsparität）が害われ、一方契約当事者が一方的に押しつけられた契約条項を甘受しなればならない場合には、内容規制の出発点かつ基礎となりうる旨指摘する。しかし、構成要件としては、民法三一五条は、契約の存在とともに、契約自体で確定されていない給付につき事後に決定する権利を一方当事者に認容するものであり、給付決定権の行使につき公平な裁量という規定を修正する契約上の基準を予定していない。また、定款条項に関しては、一方的な給付決定権のコントロールが問題となることはなく、むしろ、定款で定められた相互の権利義務が契約締結ないしは加入の際には既に確定されており、一方的な事前確定で交渉されていないことが問題なのである。このような点からみて、同条を基準とするのには疑問がある。Siehe Raffel, M., Richterliche Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge von Publikumspersonengesellschaften, In: Notar und Rechtsgestaltung, Tradition und Zukunft, 1998, S. 363f. (以下「Notar und Rechtsgestaltung」を略記) ; Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (116f.).
- (6) Bunte, H.-J., ZGR 1991, 316 (324).
- (7) Höhn, G., JA 1987, 337 (344).
- (8) Höhn, G., JA 1987, 337 (343f.); Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (120); Kraft, A., FS für R. Fischer, S. 336 u. 337; Lortiz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1075); MünchKomm. BGB, Bd 5, Rdn. 16 zum §737 (Ulmer) は明示的な在的制限を認める。
- (9) BGH 27. 9. 1999 BGHZ 142, 304 (315).

- (10) BGH 19. 9. 1988 BGHZ 105, 213 (216f.).
- (11) BGH 25. 3. 1985 WM 1985, 772 (773).
- (12) Lortz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1080f.).
- (13) Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (120).
- (14) Fastrich, L., Unwirksame Hinauskündigungs Klausel und geltungserhaltende Reduktion, ZGR 1991, 306 (310).  
Lortz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1082). は、本来的に会社法において定款の内容規制は望ましくなくという立場から、内容規制は極端な場合に限定的にきつて民法一三八条による良俗違反を指示する。
- (15) Raffel, M., In: Notar und Rechtsgestaltung, S. 364.
- (16) Behr, V., Neue Tendenzen im Recht der Ausschließung aus der Personengesellschaft, ZGR 1990, 370 (379f.); Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (116).
- (17) Raffel, M., In: Notar und Rechtsgestaltung, S. 365. Siehe auch Kanzleiter, R., FS 125 Jahre bayerisches Notariat, S. 240. 良俗違反にも種々の態様があるが、一方当事者が経済的優位および相手方の未経験を欲しのままに利用して、社員間を非常に不平等に取扱いつ、かつ、給付と反対給付とが非常に不均衡である(例えば、出資の事実上の価値とこれにつき合意をれた持分比率とが均衡してならない)などが考えられるが、定款の内容規制手段としては狭すぎるといえる。良俗違反の態様に「かつ」 Siehe MünchKomm. BGB, Bd. 5, Rdn. 101 zum § 705 (Ulmer). 良俗違反による制限は極端な場合にのみ介入するものであり、かつ、法限界のり的な作用を有するもので、法根拠をけの作用を有しない点に難点がある。MünchKomm. BGB, Bd. 5, Rdn. 107 zum § 705 (Ulmer).
- (18) Wiedemann, H., Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, WM 1990, Soderheft Nr. 8, S. 21.
- (19) BGH 13. 7. 1981 BGHZ 81, 263 (266). Siehe auch BGH 25. 3. 1985 NJW 1985, 2421 (2422); BGH 19. 9. 1988 BGHZ 105, 213 (217).
- (20) BGH 13. 7. 1981 BGHZ 81, 263 (265ff.). 同種の条項につき、会社法の基本原則と一致しないのみならず、民法一三八条

一項の観点からも無効とした判例として、Siehe BGH 25. 3. 1985 NJW 1985, 2421 (2422).

(21) Lortz, K. G., JZ 1986, 1073 (1078) は、その危険性はそれほど大きくはないとする。かつ、ders., a.O. S. 1074 以下では、除名条項につき、人的会社は、経済生活上、他の企業と同様に、協調がもはや機能しないか又は社員が要求に対応できなくなった場合には、当該社員を迅速にかつ摩擦なく執行的地位から分離することができるようになる必要がある。柔軟性が企業行動の本質的で不可欠なエレメントである。除名条項は、かかる場合に備えたものであり、困難な立証を伴う長期でかつコストのかかる訴訟を回避するためでもある。除名条項が判例によるように無効とされると、個々の事案で客観的に判例によって承認された事由が存しても、会社は除名条項に依拠しえなくなってしまうであろう。その結果、会社は清算によってのみしか社員を排除できなくなる。このようなことは、経済的理由から当然問題とならない。社員の頭上には「除名」というダモクリスの剣」が浮遊するばかりでなく、今やBGHは会社には条項の無効という「ギロチン」を建設した、と指摘する。

(22) MünchKomm. BGB, Bd. 5, Rdn. 16 zum § 737 (Ulmer).

(23) Behr, V., ZGR 1990, 370 (376); MünchKomm. BGB, Bd. 5, Rdn. 16 s. 737 (Ulmer). かつ、Behr, V., a.O. による判例上、会社法の基本原則は固有の基準としてあげられていず、かかるものとしてはその意義を失っており、古くなったとする。というのは、この基準は、民法一三八条一項に吸収され、しかも、その意義という点でも吸収されたといえる。つまり、会社法の基本原則に対する違反は現在では直接に良俗違反と評価されることになる、と指摘する。

(24) Behr, V., ZGR 1990, 370 (371).

(25) Kreutz, P., ZGR 1983, 109 (119).

(26) Vieweg, K., FS für R. Lukes, S. 815. 約款の場合と異なり、定款においては二律相反する利益構造が基本的に存する。社員が定款規定の有効性を信頼して会社に入社するが、事後に内容規制によって無効とされる場合が当然ありえる。この特殊性は内容規制によって完全に考慮されうる。内容規制においては信義則の考慮の下に利益較量がなされ、当該第三者の利益も組み込まれるからである。ただし、最終的には、内容規制においては契約正義の再生のみが問題となり、この契約正義は民法一四二条に反する定款条項への信頼によって一般的に妨げることではできない。Raffel, M., In: Notar und Rechtsgestaltung, S.

366f.

Behr. V. ZGR 1990. 370 (380) は、会社法の基本原則の援用が将来不十分とされるならば、良俗違反(民法一三八条)よりも信義則(民法二四二条)に根拠をおくほうが優先されるべきであらうとする。

(27) BGH 17. 11. 1986 JZ 1987. 526 (528)。なお、確かに定款で一般的に又は個別事案につき制定法とは異なる規定を設けることはできるが、制定法規定を修正する意図は、定款上十分明確に示されていることを要する。BGH 12. 1. 1987 JZ 1987. 527 (527)。そして、定款変更には明確性を充足することが必要であるが、これは、いかなる範囲で多数決決議をもってなすべきかが明確に規定されていなければならないことをいう。つまり、多数決決議に服する定款変更は一義的に、できる限り、個々の決議対象を明示に列挙することによって定款から当然に明らかとなるものであることを要する。また、負担を課す場合もその種類及び範囲につき同様のことが要する。Wiedemann, H., WM 1990. Sonderbeilage Nr. 8. S. 11u. 18. この明確性原則に言及した判例を若干示すと、BGH 12. 11. 1952 BGHZ 8. 35 (41); ders., 23. 10. 1972 WM 73. 100 (101f.); ders., 15. 6. 1987 NJW 1988. 411 (412)。Siehe auch Kraft, A., FS für R. Fischer, S. 326f. 半説によれば、多数決による定款変更が許容されるには明確性を要するとする判例の立場を肯定して、この明確性原則(Bestimmtheitsgrundsatz)を高度に少数派保護のための予防手段とする。というのは、多くの場合、多数派はこのような特別な規則制定権限に頼ることができず、むしろ、反対の社員と協調しなければならぬからであるとする。Siehe Martens, K.-P., Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenzen im Recht der Personengesellschaften, DB 1973. 413 (416); Loritz, K.-G., JZ 1986. 1073 (1081)。このように考えれば、約款規制としての不明確原則を想起せしめるが、明確に条項を起草すれば規制手段としては機能しなくなる。多数派による濫用に対して有効な保護手段としての機能は疑問である。Fischer, R., FS für C. H. Banz, S. 41f.

なお、この原則は少数派保護の根拠としてあげられるが、今日では賛否両論があり、否定説は形式的で時代遅れと批判する。この点につき Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, S. 462f. u. 481 は、明確性原則を決議手続における多数決決定の形式的正当性(formelle Legitimation)の問題であり、特定の定款条項に対して影響を受けうる少数派を保護することに關するものではない。というのは、多数決条項はかかるものとして価値中立的な手続規則(Verfahrensregel)であり、全ての社員に有利

に又は不利に生じうるものだからである。保護思想により親しむのは、明確性原則の警告機能に関するテーゼである。これによると、定款内容によって警告された者のみが有効に多数決権限 (Mehrheitkompetenz) に服することになる、とする。しかし、このように形式的正当性の問題と言い切れるかは疑問である。

なお、除名決議が明確性という形式的制限をクリアーしても、除名権の行使が具体的事案では民法二四二条に違反する許されない権利行使となりうる<sup>28)</sup>とある。Lortz, K.-G., JZ 1986, 1073 (1081).

(28) Fischer, R., FS für C. H. Barz, S. 39; Raffel, M., In: Notar und Rechtsgestaltung, S. 368. Siehe auch Reuter, AG 1979, 321 (327f.).

(29) Wiedemann, H., Die Legitimationswirkung von Willenserklärungen im Recht der Personengesellschaften, FS für H. Westermann, 1974, S. 591f. Siehe auch Schulte, H., ZGR 1976, 97 (100).

(30) Wiedemann, H., FS für H. Westermann, S. 591f.

## 五 内容規制の効果

会社法においては原則として全部無効は生じない<sup>(1)</sup>。全部無効を原則とする民法一三九条は会社法では適用されない。というのは、これは共同して作り出した組織の存続という社員にとって典型的な利益に合致しないからである。ここでは、単に二当事者のみが関係してくるのではなく、多数の当事者が関係してくるのであり、単純な交換関係ではなく、継続性を意図した複雑な契約関係が対象となっているのである。したがって、個々の条項の無効は、登記によって治癒されない場合であっても、残余条項の有効性には関連してこない<sup>(2)</sup>のである。また、民法一三九条の意味目的に基づいても、法律行為の残余部分の存続に関する客観的な決定が当事者の意思に基づくものではなく、特別な理由か

ら他の客観的な基準に基づいてのみなされている場合は、同条は適用されないといえる。<sup>(3)</sup>

また、約款の場合には、その条項の無効は約款規制法六条により一部無効となる。一般に、条項が内容規制に基づいて不当なものとされた場合には、個々の条項が無効となるのであり、契約全体が無効となるのではない。その限りで、約款においては、内容規制は原則として事前に条項を設定した者の不利益に作用する。

しかし、定款の場合には、無効の結果は設立社員のみならず、全ての社員にとって有利にも不利にも作用する。内容規制の効果として、「相対的無効」を採ることは問題にならない。というのは、定款は独立した部分に分割することができないからである。相対的無効を、無効は設立社員に対してのみ生じ、他の社員、つまり、定款の作成に関与していない社員には生じないという意味に解しても、これでは、内容規制の可能性を不当に制限してしまうことになる。結果的に、定款の内容規制にとってはそれが誰に不利となるかは決定的ではない。<sup>(4)</sup> 決め手は、定款が一方的に定型化して作成され、したがって、全ての関与者間の利益均衡 (Interessenausgleich) を保障していないことである。<sup>(5)</sup>

無効な場合、その空白を何をもって補充するかが問題となるが、これは、団体法上の規定、民法上の組合に関する規定の類推、さらには、定款は契約ではないが、いわゆる契約の補充解釈によることになろう。<sup>(6)</sup>

(一) Hönn, G., JA 1987, 337 (340 Fn. 29); Wolf u. a., AGBG, Rdn. 82 zum § 23 (Horn); Uimer u. a., AGB-Gesetz, Rdn. 26 zum § 23 (Uimer); BGH 5. 6. 1989 NJW 1989, 2681 (2682).

(二) Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., 1992, Rdn. 87 zum § 2 (Uimer). BGH 19. 9. 1988 BGHZ 105, 213 (220 f.) ㊦ 仮定的  
当事者意思に相応するものであって、一部無効な法律行為はできる限り保持されるべきという民法一三九条の意味目的に基づ

くならば、限定された範囲で量的可分性及びこれに対応した一部無効を認めるほうが正当である、とする。

- (e) BGH 6. 3. 1967 BGHZ 47, 172 (179). Siehe auch BGH 19. 9. 1988 BGHZ 105, 213 (221); Fastrich, L., ZGR 1991, 306 (314).
- (4) Schäfer, S., Publikums-KG, Rdn. 10; Schneider, U. H., ZGR 1978, 1 (11 f.).
- (5) Schneider, U. H., ZGR 1978, 1 (12); Schäfer, S., Publikums-KG, Rdn. 10.
- (6) Siehe Fastrich, L., ZGR 1991, 306 (315).

## 六 結 語

本稿では、定款の内容規制につき、ドイツ法を手がかりとして検討した。入社契約が付合契約であることはつとに指摘されているが、定款条項につきいかなる規制が及ぶかについてはわが国では検討される機会は少ない。しかし、定款が自治法として、かつ、多様な企業形態が今後発展すると考えられる今日、この点を検討しておく必要性は高いといえる。しかし、ここでは、従来の消費者保護とは異なる観点が必要となることは、ドイツ法上、内容規制の根拠として問題とされている。わが国では、果たしてそのように言い切れるかは疑問で、わが国で会社に入社する目的は千差万別といえ、その見地からの整理が必要といえよう。当面は、企業形態の発展状況から見て、任意法の秩序機能の尊重を第一次的なものとして、公序良俗、信義則による規制手段が考えられる。なお、本稿では、会社の種類によっては規制手段が異なりうるかも検討すべきであったが、その余裕がなく、今後の検討に委ねている。