

# 閉鎖的会社と社員の持分・株式買取請求権

—立法論的考察—

青竹正一

- I 序 説
- II 各国の法制
  - (1) ス イ ス
  - (2) ド イ ツ
  - (3) アメリカ・イギリス
- III 結 語

## I 序 説

わが商法上、会社の存続中に特定の社員の社員たる資格が絶対的に消滅する退社の制度は、合名会社、合資会社などのいわゆる人的会社に限り認められている。そして、退社の原因として、総社員の意思による場合一定款に定めた事由の発生・総社員の同意(商85条1・2号)、特定社員の信頼が失なわれた場合一社員の死亡・破産・禁治産および除名(同85条3・4・5・6号)などのほか、予告によるとき(商84条1項)およびやむを得ない事由があるとき(同84条2項)には、社員個人の一方的意思にもとづく退社が認められている。

このように、人的会社において退社の制度が認められているのは、社員の負担する危険がきわめて大きいから、その意思に反して会社に拘束するのは適当でないのと、社員個人の個性が重要性を有する結果、事情により特定の社員を会社関係から排除する必要があるからであるといわれ、とりわけ、社

原稿受領 1976年10月6日

(1) 田中(耕)『改訂会社法概論上』151-152頁、伊沢『註解新会社法』91-92頁、大隅『全訂会社法論上』80頁。なお、商法84条に相当する旧68条につき、大判昭和8・6・10民集12巻14号1426頁参照。

員個人の意思にもとづいて社員が自由に退社できることは、人的会社の物的会社に対する特質の一つであるとされている。<sup>(2)</sup> 他方、社員の責任が有限な株式会社、有限会社のような物的会社において退社制度が認められていない理由としては、退社には持分の払戻を伴うので（商 89 条・民 681 条参照）、会社債権者に対する担保が会社財産だけである資本団体としての性質は、これとあいられないことがあげられ、物的会社においては社員たる地位（株式・持分）の譲渡ないし換価性の保障がその代わりになしているといわれている。<sup>(3)</sup>

ところで、有限会社は、本来比較的少人数による小規模の企業、同族的企業の経営に適する企業形態として創出されたものであり、その経済的機能に対応して、法的機構の上にも、社員の個性が重視される人的会社に近い閉鎖的性格が認められる。これは、社員の総数が原則として 50 人以下に制限されており（有 8 条）、社員以外の者への持分の譲渡は法律上制限され（同 19 条）、かつ持分についての流通証券の発行が禁止され（同 12 条）、社員の公募は禁止されていること（同 52 条 2 項）、に端的にあらわれている。また、わが国においては、戦後、経営の実体は個人企業のままで株式会社の衣を着る「株式会社成り」とみられる会社が増大し、資本金および株主がきわめて少ない小規模の株式会社が多数存在していることは、周知の事実である。このような会社にあっては、個人企業主であった者など特定少数の者が会社の大部分の株式を所有して会社を支配し、またその株式は証券取引所に上場されていないのは無論、定款で株式の譲渡が制限されている場合が多く、有限会社と同様に、株主の個性が重視される閉鎖的・非公開的性格を有しているといえる。

かかる有限会社、小規模株式会社のような、物的会社においても閉鎖的性格の認められる会社においては、社員ないし株主相互の人的信頼が会社関係の基礎となっているために、或いは社員ないし株主が会社の営業活動に関与

(2) 田中（耕）『判例民事法昭和 8 年度』380 頁、古瀬村『注釈会社法（1）』314 頁。

(3) 伊沢・前掲書 91 頁、大隅・前掲書 80 頁、古瀬村・前掲書 312 頁。

する度合が大きいために、会社内部の意見の対立などにより会社の機能が停止してしまふ可能性が大きいし、また、社員関係の変動が余り考えられない閉鎖的会社における少数者は、絶対的な少数者を意味するので、会社経営者・多数派により少数社員ないし少数株主の利益が不当に閉め出される危険性をもっている<sup>(4)</sup>。そして、少数社員ないし少数株主が、会社の社員としての利益を不当に閉め出され或いは内紛から会社がその機能を停止していることなどを理由に不満をもち、会社関係からの離脱をはかろうとする場合に、法律上常に持分の譲渡が制限され、流通証券の発行が禁止されている有限会社、および、定款で株式の譲渡が制限されているか、譲渡は制限されていなくても公開市場に株式が上場されていない小規模・閉鎖的な株式会社にあつては、実際上は、その所有する持分ないし株式を売却・譲渡することにより投下資本を効果的に回収することは困難であるのが現状であろう。

もっとも、昭和 25 年の商法改正で、株式会社について、取締役の権限の拡大と多数決制度の濫用に対して株主の地位強化と少数株主の保護をはかるために、株式会社の団体性と多数決支配を必ずしも絶対視しないで、ある程度その組合的性格をも承認するアメリカ法の考え方をとり入れて、株主に会社の経営に対する監督是正的権利に属する多数の権利を認めている。そして、とりわけ、商法 406 条ノ 2 が新たに認めた解散判決請求権は、株式を譲渡することによって会社関係から離脱することが困難となっている小規模閉鎖会社における株主の投下資本回収の方法として、その存在意義は大きいものといえる<sup>(5)</sup>。また、同じく昭和 25 年の改正で、投下資本回収に関する直接的な権利として、営業譲渡、合併に反対する株主に株式買取請求権が認められ(商 245 条ノ 2, 408 条ノ 3)、この権利は、なお昭和 41 年の改正で、株式

(4) たとえば、小規模株式会社において、株主に支払われるべき利益配当がなされず、社長その他の経営者が受け取ったり報酬・給与の形で支払われたりするなど、会社の経営に関与していない少数株主の利益が不当に閉め出されている例が少ないことにつき、会社規模研究会「小規模株式会社の法的実態(2)」『神戸法学雑誌』14 卷 1 号 180 頁以下参照。

(5) このような解散判決請求権の存在意義について、私はかつて論じたことがある。拙稿「株主の解散判決請求権(3)」『北大法学論集』24 卷 1 号 153 頁以下、同「株主の解散判決請求権について」『私法』36 号 132 頁。

譲渡制限についての定款変更の場合に拡大されている（商 349 条）。そして、昭和 25 年の株式会社法の改正に対応して、昭和 26 年には有限会社についてもそれに準じた改正がなされ、社員に解散判決請求権、持分買取請求権が認められている（有 71 条ノ 2, 41 条・63 条）。

しかし、解散判決請求権は、これを行行使しうる場合が非常に限定的であって、株主ないし社員の全般的利益につながる、会社の存続を困難ならしめるもしくは会社の存在そのものに影響すべき事由が必要とされているし、この権利の行使の効果が会社の存在を消滅せしめるものであって、会社内外の関係者に及ぼす影響がすこぶる大きいので、適用範囲におのずから限界が生ずる<sup>(6)</sup>。また、株式・持分買取請求権についても、これを行行使しうる場合は営業譲渡、合併などの場合に限定されており、それ以外の形で少数株主ないし少数社員の地位に重要な変更を受ける場合の会社関係からの離脱と投下資本の回収を保障するものではない。

そこで、有限会社および小規模株式会社のような閉鎖的会社について、少数社員ないし少数株主の地位・利益を保護する方法として、持分・株式買取請求権制度を広く認めていくべきことが、立法論として、出されているところであり、私も、大体において、これに賛同したいと考えている。本稿は、このような観点から、有限会社につき一定の条件のもとに社員の一方的意思にもとづく退社の制度を認めているスイス、ドイツ法、および、小規模・閉鎖的株式会社の存在を考慮した株式買取制度を認めているアメリカ、イギリス法の概要を紹介し、わが国への立法のあり方について検討を加えようとするものである。

## II 各国の法制

### (1) ス イ ス

(6) この点につき、拙稿「株主の解散判決請求権(1)」『北大法学』23 卷 2 号 155, 163-164 頁参照。

(7) かかる見解として、酒巻『閉鎖的会社の法理と立法』149, 265 頁、浜田『アメリカ閉鎖会社法』339-345 頁。

まず、スイスは、1936年の債務法の改正の際に新たに設けられた有限会社について、社員の退社権 (Austrittsrecht) を明文を以て認めている。すなわち、債務法 822 条は、有限会社につき、「定款を以て社員の退社の権利を許容しかつこの権利を特定の条件にかからしむることをうる」(同条 1 項。なお、債務法 777 条 9 号参照) とし、また、「各社員は重大なる事由 (wichtigen Gründen) にもとづき 判事に退社の許可を求むることをうる」(同条 2 項) と規定している。

有限会社の社員にかかる定款の定めにもとづく、および重大事由にもとづく退社の権利を認めたのは、有限会社における社員相互の人的関係と社員の会社関係からの離脱の保障を考慮したためである<sup>(8)</sup>。そして、社員に退社権が認められていることが、解散判決の制度<sup>(9)</sup>しか認められていない株式会社に対する有限会社の特質の一つとなっており、この点では、合名会社などの人的会社に近い扱いをしているとみられている<sup>(10)</sup>。

822 条 1 項により、有限会社の定款には、退社の原因・条件を自由に定めることができ、これには、たとえば、社員の告知 (Kündigung)、社員たる期間の満了、或いは社員の死亡、外国への転居などの事実の発生、を退社原因とする場合があげられ、また、退社員の持分を他の社員或いは第三者が引受けることを条件に退社を認めうるもの<sup>(11)</sup>としたり、退社権の主張の方法を定めることもできるとされている。

重大事由にもとづく退社を認めている 2 項の規定は、定款を以てしても排除することのできない強行規定であると解されている<sup>(12)</sup>。いかなる場合に「重大なる事由」<sup>(13)</sup>となるかどうかは、判事の裁量に委ねられるところであるが、

(8) Steiger, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Teil 5C, 1965)* S. 515.

(9) スイス法の株式会社における解散判決制度については、拙稿「株主の解散判決請求権 (3)」『北大法学』24 巻 1 号 129 頁以下参照。

(10) Steiger, a.a.O., S. 151. なお、スイスの有限会社はどちらかというとな人的会社に近い型のもと考えられており、持分の譲渡については法律上で実質的制約を加え (債務法 791 条)、また、持分の流通証券化を禁止している (同 789 条)。

(11) Steiger, a.a.O., SS. 151, 531.

(12) Steiger, a.a.O., SS. 151, 535.

(13) Steiger, a.a.O., S. 535.

判例は、会社関係の基礎となっている人的・物的前提が存在しなくなり、その結果社員にもはや会社にとどまることを期待できない事情が認められる場合に、重大事由があるものとして<sup>(14)</sup>いる。具体例として、有限会社では各社員に重大事由がある場合に解散判決を求めることを認めているが（債務法 820 条 4 号・822 条 2 項）、会社の目的達成不能、多数派社員の権限の濫用などの解散請求が認められる重大事由は、同時に、退社を正当化する重大事由として<sup>(15)</sup>あげられている。また、ある社員にカルテル義務などの苛酷な従給付義務（Nebenleistungspflicht）が課せられている場合のように、<sup>(16)</sup>解散請求が認められないような個々の社員の一身上の事情も含まれうると解されている<sup>(17)</sup>。そして、重大事由にもとづく退社が認められるかどうかは、定款で社員の従給付義務、追加出資義務、競業禁止義務などを広い範囲において定めている会社か、或いは社員の数が多いか少ないかなど、会社の性格が人的なものか物的なものかどうかと深いかかわりをもっていると考えられている<sup>(18)</sup>。それとともに、退社権の行使によって資本の減少をもたらすような場合には、会社の解散と同様な効果を生ぜしめることになるので、退社を求める社員の利益が、持分を他の社員或いは第三者に譲渡することにより、或いは当該社員の会社における地位の変更などの他の方法によって、保護されえないかどうかを検討されなければならないとされている。そして、重大事由にもとづく退社の制度は、最後のないし補充的救済方法であると解されている<sup>(19)</sup>。

退社に伴う退社員に対する財産上の補償については、これも退社の条件として定款で自由に定めることができ、退社員の補償請求権を排除することも可能とされている<sup>(20)</sup>。しかし、重大事由にもとづく退社の場合には、退社員

(14) BGE 61 II, 188; BGE 71 II, 194.

(15) Steiger, a.a.O., S. 534. 解散請求が認められる具体例については、なお, Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 6 Aufl. 1972, S. 694.

(16) スイス債務法 777 条 2 号は、後述のドイツ法と同様に、定款で有限会社の社員が基本出資以外の他の義務、いわゆる従給付義務を負担する旨を定めることができるとしている。

(17) Steiger, a.a.O., S. 534.

(18) Steiger, a.a.O., SS. 517, 535.

(19) Steiger, a.a.O., S. 535.

(20) Steiger, a.a.O., S. 542.

の持分に相応する真正の価格が補償されなければならない、真正の価格は、退社当時における会社財産の状況により、また、営業の存続を前提として決定するのが原則とされている。<sup>(21)</sup> 一方、会社による補償の結果が会社債権者に与える影響を考慮して、債務法 822 条 4 項は、補償の実行手続につき明文を以て、つぎのように規定している。すなわち、「会社が資本を越えて存在する会社財産から補償するか、退社員の持分を会社が公の競売によって換価し、または他の社員が引受けない限り、退社は資本減少に関する規定に従ってなす場合においてのみその効力を生ずる」<sup>(22)</sup>とするものである。

## (2) ドイツ

(一) 1892 年制定の現行ドイツ有限会社法は、重大事由がある場合に基本資本の 10 分の 1 以上の持分を有する社員が解散判決を求めることを認めているが (60 条 1 項 3 号・61 条)<sup>(23)</sup>、合名・合資会社の場合と異なり、<sup>(24)</sup> 会社の存在を消滅せしめることなく会社関係からの離脱をはかるための社員の退社に関する規定を欠いている。これは、ドイツにおいては、有限会社は比較的物的性格の強いものとみており、定款で別段の定めをする場合のほか、持分の譲渡を原則として自由としているので、<sup>(25)</sup> これにより社員の利益が十分に保護

(21) Steiger, a. a. O., SS. 541, 543.

(22) 有限会社の資本減少については、資本は 2 万フラン以下に減少することはできないものとしているほか (債務法 788 条 1 項)、定款変更決議を要し、かつ債権者の債権を資本減少にかかわらず十分に填補することができる場合にのみなしうることなどを規定している、株式会社の資本減少に関する規定を準用している (同 788 条 2 項・732-735 条)。補償の実行手続については、なお、Guhl, a. a. O., S. 676.

(23) 解散判決制度が具体的にいかなる場合に適用されているかについては、拙稿・前掲『北大法学』24 巻 1 号 142 頁以下参照。

(24) cf. HGB §§ 138, 140. ただし、合名・合資会社においては解散が会社関係から離脱する原則的な方法として認められ、社員の退社は社員の死亡・破産・告知による解散、社員の請求による解散判決に附随する補充的な解散回避の方法として扱われている。この点につき、松岡「人的会社における社員の解散判決請求権と退社権ならびに除名」『立命館法学』27 号 137 頁以下参照。

(25) ドイツ法はわが法と異なり、持分の譲渡を原則として自由とし (有限会社法 15 条 1 項)、ただ、持分の流通証券化を禁止し、その譲渡に裁判上または公証上の方式を必要とするために (同条 3 項)、その移転が事実上制約されているにすぎない。しかし、定款で会社の同意を条件にするなどの制限を定めることは可能である (同条 5 項)。

されるところを<sup>(26)</sup>考えていたからである。

しかし、有限会社の定款は、社員が会社に対し基本出資のほか、追加出資義務、物品・無体財産の引渡義務、一定の勤務・労務に服する義務、一定の販売価格・販売条件を遵守すべき義務、競業禁止義務などの従給付義務(Nebenleistungspflicht)ないし特別給付義務(Sonderleistungspflicht)を負担する旨を定めることが認められているので(有限会社法3条2項)、基本的形態においては株式会社に近い資本的構成を有する有限会社を全く変形して、合名会社のような個人主義的会社(individualistische Gesellschaft)によって追及される目的のために利用することが可能となっている<sup>(27)</sup>。そこで、かかる従給付ないし特別給付義務の履行が社員にとって全く耐えられないものとなっている場合に、会社関係からの離脱、退社により義務を免れることを認める必要性が説かれていた。そして、判例は、まず、カルテル義務を従給付義務として定款に定めている会社につき、重大事由があるときにカルテル義務を一方的告知により解消することを認めている1923年カルテル令8条にもとづき<sup>(28)</sup>、その後、その他の従給付義務を定めている会社につき、長期にわたって契約関係が存続しているとき或いは重大事由あるときに告知により契約関係を解除することを認めている民法の諸規定(たとえば、雇傭関係の終了に関する624・626条)<sup>(29)</sup>や、信義誠実の原則にもとづいて<sup>(30)</sup>、社員の一方的意思表示による退社を認めていた。学説においては、ショルツが、早くから、有限会社においては株式会社と異なり持分を譲渡することにより会社からの離脱をはかることが不可能となっている場合があること、および、重大事由があるとき組合員に告知による解散を認めている民法723条、

(26) Hachenburg, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Bd. II, 6 Aufl. 1959, Anhang I zu § 3 Anm. 1.

(27) この点につき、Feine, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (Ehrenbergs, *Handbuch des gesamten Handelsrechts*, Bd. III, Abt. 3, 1929) S. 43 ff, S. 640; Ulmer in Hachenburg, *Großkommentar zum GmbHG*, Bd. I, 7 Aufl. 1975, § 3 Rdn. 52.

(28) RGZ 114, 213; RGZ 125, 114.

(29) RGZ 128, 1; BGHZ 9, 157.

(30) RGZ 169, 330.



社団 (Verein) の社員に脱退権を認めている民法 39 条, 合名会社の社員に告知による解散を認めている商法 132 条, 有限会社の社員に解散判決請求権を認めている 有限会社法 61 条などの諸規定を引合に出して, 重大事由がある場合には, 社員に退社権が与えられるべきことを主張していた。そして従給付義務の履行が社員の経済的存立を否定もしくは危くせしめるものであって, これ以上当該社員を会社にとどまらせることが信義則上期待しえない場合には, 重大事由が認められるものとしていた<sup>(31)</sup>。そして, 今日, 有限会社の社員にこのような重大事由がある場合に退社権が認められることは, 学説上, 争いのないところである<sup>(32)</sup>。もっとも, 判例上, 退社は, 持分の譲渡が定款を以て禁止されているか譲渡に必要な承認, 引受人を得られず, また, 会社の解散を求めることができないか解散が期待できないために, 退社によってしか履行義務から免れることができない場合にのみ認められるべきものとされている<sup>(33)</sup>。そして, 学説も, 社員の一方的意思による退社は, 最後的かつ非常の救済方法であることを承認している<sup>(34)</sup>。

一方, 従給付義務ないし特別給付義務を定めていない, 社員の基本出資によってのみなっている物的性格を有する有限会社においても, 退社権が認められるかどうかについては, 学説上争いのあるところであり, このような会社においては, 一般に退社の重大事由は殆んど認められないと考えられている<sup>(35)</sup>。しかし, これには, 業務執行者の恣意的行為により少数社員の利益が不

(31) Scholz, *Ausschließung und Austritt aus GmbH*, 3 Aufl. 1950, S. 10 ff, S. 45 ff.

(32) Baumbach-Hueck, *GmbH-Gesetz*, 13 Aufl. 1969, Einführung zu § 34 Anm. 3; Hachenburg, a.a.O., § 34 Anm. 18 B; Vogel, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 1950, § 35 Anm. 5.

(33) RGZ 128, 1.

(34) ただし, 解散を求めることができる場合でも持分の譲渡が困難となっている場合には, 退社の認められる可能性はあると考えられている。Hachenburg, a.a.O., § 34 Anm. 18 B.

(35) Baumbach-Hueck, a.a.O., Einführung zu § 34 Anm. 3; Fichtner, "Austritt und Kündigung bei der GmbH" *Der Betriebsberater* 1967, S. 18. とくにフィヒトナーは, 物的性格を有する会社においては重大事由にもとづく退社は認められないとし, 社員の不利益は解散判決の制度によるべきことを説いている (Fichtner, *ibid.*).

当に侵害されていて、その社員の持分が少ないために解散判決を求めることができない場合などには、重大事由となりうるとする見解が出されており<sup>(36)</sup>、また、物的性格を有する会社においても持分の譲渡が實際上制限されている場合があること、を無視できないことが主張されている<sup>(37)</sup>。

なお、有限会社の定款には、解散原因を自由に定めることができ（有限会社法 60 条 2 項）、社員の告知による解散も認められるので、告知があった場合に会社を解散せしめることなしに告知した社員は退社するものとする旨、を定款で定めることができると解されている<sup>(38)</sup>。そして、定款による場合には、告知をなしうる者およびなしうる場合を自由に定めることができ、重大事由がなくても告知・退社原因とすることができる<sup>(39)</sup>とされている。また、告知・退社に伴う効果についても、定款で定めることが認められているが<sup>(40)</sup>、定款に定めがない場合の退社員に対する財産上の補償については、持分の消却、或いは会社、他の社員ないし第三者に持分を譲渡することによりなされ、持分の消却による補償の場合には、基本資本を越える会社財産からのみ消却の対価を支払うことをうるとする、持分の消却に関する有限会社法 34 条 3 項の適用を受けると解されている<sup>(41)</sup>。

(二) ところで、現行有限会社法はその制定以来相当経過したために、今日の経済の実態に即応したものにすべく、1965 年の株式法の改正に引続きその全面改正作業が進められており、1969 年 4 月 1 日、西ドイツ連邦法務省は、有

(36) Scholz, a.a.O., S. 47.

(37) Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1970, S. 305.

(38) Scholz, a.a.O., S. 42 ff; Sudhoff, *Gesellschaftsvertrag der GmbH*, 1969, S. 357. かかる定めがない場合には会社が解散されることになるのかどうかは争いがあったが、今日の支配的見解は解散しなくても告知社員の利益が保護されることを理由に否定している。Hachenburg, a.a.O., § 60 Anm. 35; Sudhoff, a.a.O., S. 357.

(39) Sudhoff, a.a.O., S. 357; Fichtner, a.a.O., S. 18.

(40) Sudhoff, a.a.O., S. 357.

(41) Baumbach-Hueck, a.a.O., Einführung zu § 34 Anm. 2C, 3; Hachenburg, a.a.O., § 34 Anm. 18B. なお、有限会社法 34 条 3 項は、基本資本の維持に必要な会社財産は社員に払渡すことをえないとする、有限会社法 30 条 1 項の適用を妨げられることなしとするものである。

限会社法改正報告者草案 (Referentenentwurf eines Gesetzes über GmbH) を公表するに至った。そして、現在、この報告者草案を若干修正した政府草案 (Entwurf eines Gesetzes über GmbH) が完成している。

この政府草案は、現行法のもとで存在する有限会社をすべて肯定したうえで、現実が生じてきたさまざまな問題を解決すべく、現行法よりも詳細かつ複雑な規制を加えており、<sup>(42)</sup> 改正の重要な柱の1つとして、定款の定めによる社員の合意の結果をそのまま承認したのでは社員の保護を十分はかることができないという認識のもとに、会社の内部関係について規制を強化している。<sup>(43)</sup> そして、その一環として、少数社員の地位、財産上の権利を保護するために、現行法のもとで判例・学説上認められていた退社の権利に関する規定を新設している。

すなわち、政府草案 211 条は、まず、「重大なる事由 (wichtiger Grund) にもとづき社員に会社にとどまることが期待できないときは、その社員は会社から退社することをうる。会社が社員に期待されない方法で社員の法律的経済的関係を変更する措置をとるときは、とくに重大な事由があるものとする。社員に生ずるおそれのある不利益が他の相当な方法により避けうるときは、<sup>(44)</sup> 社員は退社しえない」(同条 1 項) と規定している。草案では、会社が社員の法律的経済的関係を変更する措置をとるときという、退社が認められる重大事由の一例をあげており、これには、合併・営業譲渡など定款の変更

(42) 政府草案の概要については、渋谷 (光) 「西ドイツ有限会社法改正の方向」『法学協会雑誌』89 巻 11 号 139 頁以下参照。なお、草案の邦訳として、石田=吉川=出口「西ドイツ有限会社法草案(1)-(6)」『上智法学論集』16 巻 1・2・3 号、17 巻 1・2・3 号がある。

(43) 社員決議による決定権を有効に行使させることおよび業務執行を監督是正させることを目的とするさまざまな権利、たとえば、解説および帳簿書類の閲覧を求める権利、特別検査役による検査を求める権利、会社の有する損害賠償請求権を代位して行使する権利を、少数社員権または単独社員権として認め (政府草案 85 条、87 条、90 条)、また、増資の場合に社員は持分引受権を有するものとして (同 157 条 1 項)、などである。なお、草案は、社員の解散判決請求権に関する現行法についても修正を加えているが、この点については、拙稿・前掲『北大法学』24 巻 1 号 151-153 頁参照。

(44) なお、報告者草案の 215 条 1 項では、不利益を避けうる他の相当な方法の 1 例として、相当な価格で持分を譲渡しようるときをあげていた。cf. *Referentenentwurf eines Gesetzes über GmbH*, Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1969, Erläuternde Bemerk. S. 364.

以外の形で多数社員の意思により会社の基本的構造を変更し、社員たる地位に重要な変動を生ぜしめる場合が考えられている。<sup>(45)</sup>その他の点では、草案は、現行法のもとで一般的に承認されているところを受け継いだものであって、具体的に何が重大事由であるかは、判例の決定に委ねられるところとされている。<sup>(46)</sup>

つぎに、草案 211 条は、これまでの判例・学説では余り議論されていなかった退社員に対する補償、退社の実行方法について詳細な規定を設け、退社の権利を有する社員は、会社に退社の意思を表示したか補償請求権を主張したときのその者の持分の取引価格を、会社より補償金として請求しうるとするとともに（同条 2 項 1・2 文）、比較的短期間に補償金を取得できるようにするために、会社の営業財産の標準価格にもとづいて、会社が仮補償金として支払うべき金額の確定を判決により求めうるものとしている（同条 4 項 1・2 文）。それとともに、会社債権者を保護するために、基本資本の維持に必要な会社財産は社員に払渡すことをえないとする、草案 46 条 1 項を準用して、<sup>(47)</sup>補償金および仮補償金は 46 条 1 項に違反せずに支払うことができるときに限り請求しうるとし（同条 2 項 3 文、4 項 4 文）、<sup>(48)</sup>会社が 46 条 1 項に違反せずに支払うことができないときは、会社は退社の権利を有する社員の訴にもとづき判決により解散されるものとしている（同条 2 項 4 文、4 項 5 文）。そして、会社が 46 条 1 項に違反せずに補償金或いは仮補償金を支払ったときは、会社はその社員の持分を会社の選択に従い他の社員、第三者または会社自体に譲渡するか消却することをうるものとしている（同条 3 項 2

(45) Immenga, a.a.O., S. 306. 重大事由の具体例としてその他に、会社が利益配当をしないときおよび社員の持分引受権を排除する時があげられている (Immenga, ibid.).

(46) *Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über GmbH*, Deutscher Bundestag — 7. Wahlperiode, 26 Februar 1973, Drucksache 7/253, S. 202; Immenga, a.a.O., S. 305.

(47) 草案 46 条 1 項は現行法 30 条 1 項を受け継いだものである。

(48) 退社の権利については現行法のもとで認められているように、定款で別段の定めをすることが可能と考えられているが (*Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über GmbH*, S. 201), 定款も 46 条 1 項に違反して社員に支払うことを妨げないと規定しえないものとされている (政府草案 211 条 5 項)。

文)。

この政府草案が、いつ議会を通過するかはまだ予測がつかないようである。<sup>(49)</sup>これが成立をみたときには、このような起草者の意図した退社の権利に関する規定は、とくに、社員と会社との関係が密接で、かつ相当の対価で持分を譲渡することが困難となっている小規模の有限会社において、株式会社における株式買取請求権が多数派の横暴をチェックする武器になるのと同じく、少数社員のとりうる最後の手段として、その地位を守るのに役立つものと予想されている。<sup>(50)</sup>

### (3) アメリカ・イギリス

(一) 大陸法諸国における有限会社制度のような、閉鎖的な会社に対する特別の立法の発達が遅れていたアメリカにおいては、小規模な企業が株式会社形態を利用することが少なくなく、比較的少数の株主からなりかつ株式の譲渡が制限されているか株式に市場性のない、いわゆる閉鎖的株式会社 (close corporation) が増大し、わが国と同様な状況がみられている。そして、このような閉鎖的会社においては、取締役・多数株主などの会社支配者が多数決原則を濫用して故意に利益配当をせずに役員報酬の名目で利益を分配したり、会社の基礎的事項につき少数株主に不利益な変更を加えることなどにより、少数株主の利益を閉め出す危険性をもっていること、また、株主間の関係の緊密性などにより会社内部に意見の対立が生じた場合には、それが膠着する可能性が少なくないことなどから、株主が自己の投下資本回収のために<sup>(51)</sup>裁判所に会社の解散を求める例がしばしばあらわれている。

これに対し、一般的に、多くの州の判例・制定法は、このような会社支配者が不正な会社経営をしている場合や、会社の運営が行き詰っている (いわゆる deadlock) 場合につき、解散を認めているが、他方、かかる場合でも、

(49) cf. Hueck, *Gesellschaftsrecht*, 17 Aufl. 1975, S. 243.

(50) Immenga, a.a.O., S. 305 f. ただレイメンガは、アメリカ法における株主の株式買取請求権制度と対比しながら、アメリカにおいて買取請求権が合併、営業譲渡などの場合に限定されていることには批判を加えている (Immenga, a.a.O., S. 306).

(51) この点につき、拙稿「株主の解散判決請求権 (1)」『北大法学』23巻2号 191-193頁参照。

他の救済方法があるときや、会社の営業の継続を不可能とし会社に緊急の損害発生のおそれがあるような重大なものでないときには、否定している<sup>(52)</sup>。しかし、閉鎖的会社に関する事例については、判例は、閉鎖的会社の存続が株主間の信頼・共同関係にもとづいているという特質と、株式を譲渡することによって効果的に投下資本を回収しつつ会社関係からの離脱をはかることが困難となっていること、による株主の利益保護の必要性を考慮して、会社の破産に導くような事情或いは会社に緊急の損害発生のおそれがなくても解散を認める傾向にある<sup>(53)</sup>。また、近時いくつかの州では、行き詰りに関する場合につき、閉鎖的株式会社にのみ適用される特別の規定を設けてきている<sup>(54)</sup>。

さらに、わが国の株式買取請求権制度の母法たるアメリカでは、合併、営業譲渡などに反対する株主に株式買取請求権を古くから制定法を以て認めているが、少数株主の利益が閉め出される危険性をもっている閉鎖的株式会社においては、株主の会社における地位に変更を加える行為がなされる場合一般について、広く株式買取請求権を認めるべきことが主張されてきている<sup>(55)</sup>。そして、注目すべきことは、近時、カリフォルニア州、メリーランド州などいくつかの州が<sup>(56)</sup>、解散請求事由がある場合に、解散に反対する多数株主に申

(52) 具体的な適用範囲については、なお、拙稿・前掲『北大法学』23巻2号195頁以下、同「株主の解散判決請求権(2)」『北大法学』23巻3号25頁以下参照。

たとえば、約半数の州で採用されている模範事業会社法(A.B.A., Model Bus. Corp. Act)の1969年改訂97条は、裁判所が解散の訴を認めうる場合として、(i)取締役が会社の業務の執行において行き詰り、株主がその行き詰りを打開することができず、かつそのために会社に回復しえない損害が生じまたは生ずるおそれがあること、(ii)取締役または会社を支配する者の行為が不法または抑圧的もしくは詐欺的であること、(iii)株主が議決権の行使において行き詰り、少なくとも連続する二回の年次総会の日を含む期間、任期が満了しまたは後任者の選任により任期が満了する取締役の後任者の選任をなさなかったこと、(iv)会社の資産が流用せられまたは浪費せられていること、と規定している。

(53) このような判例の傾向につき、拙稿・前掲『北大法学』23巻2号204-205頁、211頁参照。

(54) Fla. Stat. Ann. §608.0107 (1961); Ann. Code Md. art. 23 §109 (a) (1967)。なお、これらの州の閉鎖的株式会社の定義づけについては、拙稿・前掲『北大法学』23巻3号43-44頁、浜田『アメリカ閉鎖会社法』222頁以下参照。

(55) O'neal, *Oppression of Minority Shareholders, "Squeeze-Outs" of Minority Shareholders*, 1975, §9.08.

(56) その他の州のものとして、Conn. Gen. Stat. §33-384 (1958); W. Va. Code §3093 (1961); Mont. Rev. Code Ann. §§15-1124 to 15-1127 (1967); S. C. Code Ann. §12-22.23 (1967)。

立株主の株式を買い取る権限を与えて解散を回避することにより、会社の存続を維持しつつ少数株主の利益を直接的に保護する方法を、制定法で認めていることである。たとえば、カリフォルニア州一般会社法 (Cal. Corp. Code §§ 4658-4659, (1948)) の、「会社の強制解散を求める訴において、会社の社外株の 50%以上の保有者は、原告によって所有されている株式を公正な現金対価を以て買い取るにより、財産管理人の任命もしくは会社の解散を回避することができる」、メリーランド州一般会社法 (Ann. Code Md. art. 23 §109 (c), (1967)) の、「閉鎖的株式会社の営業の継続を望む株主は、原告により所有されている株式を公正な対価を以て買い取ることを選択することにより、会社の解散もしくは財産管理人の任命を回避することができる」とするものである。

このような規定 (いわゆる buy-out statute) は、会社がゴーイング・コンサーンとして継続することを認めながら、会社関係からの離脱を望む株主の利益を考慮し、会社企業の維持と少数株主の利益保護との調和をはかった、最も望ましい立法であると評価されているところである。<sup>(57)</sup> なお、近時の学説では、これをさらに進めて、閉鎖会社の少数株主に投下資本回収の途がふさがれていることが閉鎖会社問題の根源であるという認識にもとづき、株式が一般に市場で取引されていない会社の各株主に、無条件で、彼の全持株を会社もしくは他の株主に買い取らせる権利を与えるべきこと、が提案されてもいる。<sup>(58)</sup>

(二) 最後に、イギリスにおいては、株主としての利益を確保するために裁判所に会社の強制解散を求める通常の場合は、1862年会社法以来明文を以て認められ、現行1948年会社法では222条(f)号が規定する、「会社を解散するのが正当かつ衡平 (just and equitable) と裁判所が認めた場合」を理

(57) O'neal, *Close Corporations*, Vol. 2, 2ed. 1971, § 9. 28, *Oppression of Minority Shareholders*, § 9. 09; Tingle, *The Stockholder's Remedy of Corporate Dissolution*, 1959, pp. 198 et seq.

(58) Hetherington, "Special Characteristics, Problems, and Needs of the Close Corporation" 1969 *U. Ill. L. F.* 1, 22 (1969). なお、ヘザリントンの提案につき、浜田・前掲書 273 頁以下参照。

由とするものである。そして、この正当かつ衡平と認められる特別の事情には、アメリカと大体同じ場合があげられており、判例は、株主間の信頼関係が重視されかつ株式の譲渡が制限されている私会社 (private company) の事例を除いては、正当かつ衡平を理由とする解散制度が最後の救済方法であることを強調していた。<sup>(59)</sup>

しかし、現在では、会社法 225 条 2 項が、申立株主に他の救済方法があることは必ずしも強制解散を認めるに際して障害となるものではないと規定して、弾力的適用の途を開いているほかに、強制解散を唯一の救済方法たらしめず、株式買取命令を含む裁判所が適当と認める他の命令を裁判所に求めることを認めている会社法 210 条が、少数株主保護のための重要な制度となっている。

すなわち、210 条は、株主の申立に対し、裁判所が、会社の業務が一部の株主に対し抑圧的な方法で執行され、かつ、会社を解散することがその一部の株主を害することになるが、その他の点では解散を命ずることを正当化する事実が存すると認めるときは、裁判所は、主張された事態を終結させるため、「将来における会社の業務の執行を規制することであると、会社のある株主の有する株式のその会社の他の株主またはその会社による買い取り、および会社による買い取りの場合においてはそれに応ずる資本の減少であると、その他の方法であるかを問わず、裁判所の適当と認める命令をなすことができる」と規定するものである。<sup>(60)</sup>そして、この 210 条は、実際の機能とし

<sup>(59)</sup> 正当かつ衡平と認められる特別の事情として、判例は、(1)会社の基礎がなくなったために、会社の主要目的の達成が不能となった場合、(2)会社内部の意見の対立により、会社の運営が行き詰った場合、(3)取締役その他の会社経営者に詐欺的行為、不正な会社経営があった場合、などをあげていた。そして、行き詰りの場合に、それが会社の業務の執行を継続することを不可能とする程に重大なものでなければならず、また、取締役などの詐欺的行為、不正な会社経営の場合に、取締役の解任などの他の救済方法によってこれらの行為を是正することができない場合にのみ解散が認められるとするなど、一般的に適用範囲を厳格に制限していた。なお、この点につき、拙稿・前掲『北大法学』23 卷 3 号 60 頁以下参照。

<sup>(60)</sup> この 210 条に関しては、なお、北沢「少数派株主保護の 1 方法——イギリス会社法 210 条について」(『小町谷先生古稀記念・商法学論集』) 55 頁以下参照。株式買取命令を認めた判例としては、Scottish Co-operative Wholesale Ltd. v. Meyer, [1959] A.C. 324, [1958] 3 All E.R. 66 がある。



て、会社の支配権を有している取締役・多数株主の横暴な行動を慎ませる武器となりうるので、とくに私会社のような小規模な会社において有用であるといわれている。<sup>(61)</sup>

### III 結 語

以上のように、スイスおよびドイツにおいては、有限会社につき、定款に定めている場合のほか、社員の一身上の事情を含む重大な事由がある場合に社員の一方的意思にもとづく退社の権利を認め、また、アメリカの一部の州およびイギリスにおいては、主として閉鎖的株式会社、私会社を対象に、株主に解散判決請求権を広く認めるとともに、解散判決請求事由に相当する事情がある場合に解散を回避する方法として会社ないし他株主による株式買取制度を認めていることをみた。そして、これらの国々の立法および判例・学説は、社員相互ないし株主相互の人的信頼関係が重要視される有限会社、閉鎖的株式会社、私会社の特質と、その閉鎖性ゆえに、会社運営に行き詰まりが生じやすく、また少数社員、少数株主の利益が閉め出され或いは苛酷な義務を課せられる危険性が多いこと、そして、かかる場合に、持分ないし株式を売却・譲渡することによって効果的に投下資本を回収することが一般的に困難となっている実情、を考慮して出されていることをみた。

このような、少人数の閉鎖的結合である有限会社、閉鎖的株式会社、私会社の特殊性を考慮した退社・株式買取制度についての各国法の扱いをみながら、わが国への立法のあり方をみるに、周知のとおり、現在、わが国において、法の予想するとおりの企業形態の選択が行なわれず、株式会社法を守ろ

(61) Gower, "Some Contrasts between British and American Corporation Law" 69 *Harv. L. Rev.* 1369, 1387 (1956).

なお、1948年会社法の改正について勧告を行なった会社法委員会（ジェンキンス委員会）は、210条による救済がより少数株主に効果的な保護を与えうるために、申立の要件として裁判所が会社の解散を命ずることを正当化する事実が存すると認めるときを必要としないことを含む、いくつかの改正を勧告したが（cf. *Report of the Company Law Committee*, 1962, paras. 201-212）。この勧告は、廃案となった1974年の改正会社法案70条に受け継がれていた（この法案70条については、星川＝川内「英国改正会社法（1974年）案（7）」『商事法務研究』688号64-66頁参照）。

うともしないし、またある意味では守りようもない多数の小規模株式会社が存在することを契機として、有限会社を含めた、物的会社の規制の分化を行なうことにより会社法を実効性のある法制度にすべく、会社法の根本的改正が展望されているところである。そして、その実現をはかるための大小会社の分化の基準および分化の方式について各種の考え方が出されているが、大会社と小会社とで内部関係において異なった支配運営機構を必要とする点から、公開性と閉鎖性、すなわち株式・持分の市場性ないし株式・持分の自由譲渡性の存否による区分が重要なものとしてとりあげられている。そして、小規模株式会社、有限会社をとり込んだ閉鎖的会社についての特別の立法がなされるべきことが主張されている。<sup>(62)</sup> その場合に、現行の有限会社法を廃止して特別の立法によるのか、有限会社法の根本改正によるのかの問題はあるが、<sup>(63)</sup> かかる閉鎖性を基準とした物的会社の規制の分化を進めていく場合には、閉鎖的会社についての立法内容はおのずから公開会社と異なったものが盛られなければならない。会社の意思決定手続、業務運営機構の簡略化がはからなければならないこと<sup>(64)</sup>のほか、手続・機構の簡略化にともない、また、その閉鎖性ゆえに、会社内部の意見の対立による会社運営の行き詰り、多数派・会社経営者による少数株主ないし少数社員の利益の閉め出しの可能性が考えられること、とりわけ、かかる場合に、株式・持分を換価して会社関係から離脱することが困難となっていること、に対する措置が必要となるからである。

(62) 浜田『アメリカ閉鎖会社法』323頁以下。

(63) 浜田・前掲書328頁は、法の名称はともかく、小規模閉鎖会社に対する立法措置としては有限会社法の根本改正をもって対処すべきものとしている。

なお、閉鎖的会社の規制の分化の方式につき、矢沢『注釈会社法(1)』52-54頁、シンポジウム「会社法運用の実態と立法問題」『私法』35号177頁(竹内報告)、酒巻「大小会社の区分と規制分化」『商事法務』730号2頁以下参照。

また、会社法の基本的問題の改正のために昭和50年6月12日付で法務省から公表された「会社法改正に関する意見照会」のなかの最低資本金および大小会社の区分に関する一般的議論については、拙稿「小規模株式会社と取締役・会社間の取引」『民商法雑誌』74巻1号70頁注(7)所掲の文献のほか、これに関する各界の意見について、稲葉「会社法改正に関する各界の意見について」『ジュリスト』616号32-32頁、同「会社法改正に関する各界意見の分析」『商事法務』728号28-31頁、商事法務編集部「会社法改正に関する各界の意見」『商事法務』728号37頁以下参照。

(64) この点につき、拙稿・前掲『民商』74巻1号69頁。

そこで、閉鎖的会社については、少数社員ないし少数株主の投下資本回収のための最後の救済方法として、解散判決請求権制度の弾力的適用の途が開かれるべきことを、私はかつて主張したことがあるが、<sup>(65)</sup>なお、さらに、企業の存続維持をはかりつつ、少数社員・少数株主の会社関係からの離脱、投下資本の回収を確保させるために、解散判決請求権とならんで、社員もしくは株主の持分・株式買取請求権を現行法よりも広く認めていくべきと考える。<sup>(66)</sup>

すなわち、閉鎖的会社においては、スイス、ドイツにおける有限会社社員の一方的意思による退社原因としての重大事由、<sup>(67)</sup>アメリカ、イギリスにおける会社・他株主による株式買取のための前提としての解散判決請求事由、また、わが商法 84 条 2 項が規定する合名・合資会社社員の一方的意思による退社原因としての「已ムコトヲ得ザル」事由、<sup>(68)</sup>にみられるように、会社内部

(65) 拙稿「株主の解散判決請求権(3)」『北大法学』24巻1号166頁以下、同・前掲『私法』36号133頁。

(66) この点についても、拙稿・前掲『北大法学』24巻1号168頁で簡単にふれたところであるが、酒巻『閉鎖的会社の法理と立法』149、265頁は、有限会社、閉鎖的株式会社につき、少数者に対する直接的救済方法としての持分・株式買取制度の現在以上の活用の必要性を説き、また、浜田・前掲書339-345頁は、行き詰り対策、少数派株主の地位強化のために、閉鎖会社および株式に市場のない株式会社の株主に他株主に対する株式買取請求権を広く認めるべきことを説いている。

なお、現行の株式買取請求権制度について、社団化し、かつ株式に自由譲渡性が認められる株式会社の本質から、これを認めることに立法論として疑問が出されているが(鈴木「株式会社法改正の法理」(『商法研究Ⅱ』)102頁、同『新版会社法(全訂第1版)』130頁、八木「各種会社における投下資本の回収の保障」『法学教室』4号〈第1期〉143頁)、小規模閉鎖会社については、かかる疑問は妥当しないところである。

(67) もっとも、この重大事由には、有限会社において定款で社員の従給付義務を広い範囲において定めることが認められていることからの退社の必要性に出ているところが多く、この点は、従給付義務を認めないわが国とは若干事情を異にする。

(68) 「已ムコトヲ得ザル」事由とは、退社しようとする社員の一身に関するものでなければならないとするのが通説である(松本『日本会社法論』556頁、大隅『全訂会社法論上』81頁など)。もっとも、他の社員の不誠実や事業の不振など会社自体についての事情でもなお退社のやむを得ない事由にあたり、退社しようとする社員を中心とするすべての事情を斟酌すべきとする見解もある(古瀬村『注釈会社法(1)』315-316頁)。

判例において「已ムコトヲ得ザル」事由にあたりとされた具体例としては、合資会社の唯一人の無限責任社員が死亡して事業を遂行して利益をあげることが困難となり、また、社員間に争いが生じ、会社の経営および計算関係についても紛争を重ねて感情が疎隔して收拾ができなくなり、そのうえ、会社の解散を協議したが財産の処分方法について争いが生じて解散できなくなった場合(大判昭和6・6・1新聞3301号14頁)、合名会社の社員が営業の中心とする所から他に転居したため会社の社員として関与できなくなった場合(大阪地判昭和7・7・20新聞3509号9頁)、他の社員との間に不和を生じ互いに信用を失った合資会社の有限責任社員の場合(東京地判昭和16・8・29法律評論30巻商222頁)がある。

の意見の対立により会社運営が行き詰ったり、多数派・会社経営者による少数社員・少数株主に対する抑圧的行為が繰り返されたりして、社員ないし株主間の信頼・共同関係が破綻してしまっている場合にも、社員もしくは株主は、会社に公正な価格で持分ないし株式の買取請求をなしうるようにすることである。<sup>(69)</sup> そのための規定の仕方としては、比較的抽象的な規定にとどめて適用範囲に幅をもたせておく方がよいであろう。また、買取価格の決定手続についても、公開市場をもたないゆえの公正な価格評価の困難性を考慮した立法的措置が考えられてよいであろう。<sup>(70)</sup> それとともに、会社の取得した持分・株式の処分については、社員ないし株主間の信頼関係、閉鎖性の維持のため、第三者への売却・譲渡に制限を加えることが必要となる。かかる配慮は、はじめから他の社員ないし他の株主に対する買取請求権を認めることによって端的にはかられることになろうが、他の社員・株主に買取義務を課すことができるのかという問題のほか、買取請求時に買い取りを希望する者がいない場合のことを考えると、<sup>(71)</sup> 会社に対する買取請求を認めて、会社の処分に制限を加えていく方がよいであろう。

(69) 浜田・前掲書 339, 341 頁では、他株主に対する無条件の株式買取請求権を認めるまで徹底しているが、具体的に社員ないし株主間の信頼関係が破綻して社員ないし株主の利益・地位がおびやかされている事情が生じていない場合や、退社しようとする社員ないし株主に他の救済方法がある場合には、濫用防止の意味からも、買取請求権を認める必要はなからう。

(70) アメリカの多くの州で認めている株式買取請求権制度は、閉鎖的株式会社においては、価格がいくらに評価されるのか予測がつかないことから必ずしも少数株主のための有効な救済方法となりえないことが指摘されている (Note, "Freezing out Minority Stockholders" 74 *Harv. L. Rev.* 1630, 1635 (1961); O'neal, *Oppression of Minority Shareholders*, §5.28 p. 334). しかし、アメリカでは、当事者間で合意がととのわない場合の裁判所による価格決定につき、公正な価格を補償せしめるために、鑑定人の評価に関する立法手続を設けている州が多く、なお、買取請求制度の活用をはかるために、裁判所による価格決定に要する費用の全部または一部を会社に負担させることにしている州もみられる (これらの点につき、深見「アメリカ会社法に於ける株式買取請求権制度」『法学論叢』64 巻 5 号 56, 70-72 頁参照)。

(71) かかる場合に、買取請求をなした者は会社の解散を決めうるとすればよいとの案があるが (浜田・前掲書 339-341 頁)、買取請求をなしうる事由と会社の解散を請求しうる事由とを全く同じに扱ってよいのかどうかは、解散請求権の行使の効果を考えると、疑問となる。

なお、このような閉鎖的会社における持分・株式買取制度の拡大による少数社員・少数株主の保護は、西ドイツ有限会社法改正草案にみられるように、会社による払戻は資本の負担においてなしえないとするならば、社員ないし株主に退社権を認めることとしても、同様な目的が達せられるであろう。