

ドイツにおける「小株式会社の規制と 株式法の規制緩和のための法律」について

早 川 勝

目 次

- I はじめに
- II 小株式会社に關する規制
 - (1) 一人株式会社の設立の許容
 - (2) 定款自治の拡大・強化
 - (3) 株主総会の簡素化
- III 会社設立手続の緩和
- IV 規制の緩和——上場会社における新株引受権の排除の緩和
- V 小株式会社に對ける共同決定制度の適用の排除
- VI 結語に代えて——本法に對する評価

I はじめに

会社法の歴史は改正の歴史といわれる。ドイツでは、この意味において、昨年（一九九四年）は、会社に関する従来の法制度がかなり大幅に転換された年ではなかったかと思われる。会社法に関する重要な改正としては、以下の法律の制定を挙げることができる。すなわち、① Gesetz über den Wertpapierhandel und zur Änderung börsennotierter und wertpapierrechtlicher Vorschriften⁽¹⁾ ② Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts⁽²⁾ ③ Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts⁽³⁾ である。

ところで、ドイツにおける資本金会社法の特徴は、基本的には、中小会社には有限会社、大規模企業には株式会社の法形式に明確に区別することにある。しかし、近時、このような二元主義は誤った境界線上に分水嶺をしくもので、資本金会社を投資家保護と結合した資本市場を必要とする資本金会社とそうでない会社という基準で大別することがより正当であることが指摘されている。⁽⁴⁾ 右にあげた法律のうち、②の「小株式会社の規制と株式法の規制緩和のための法律」（以下、本法という）は、主としてこの問題を扱うものである。以下では、新機軸を志向する本法の内容を紹介し、今後ドイツにおいて展開されるであろう会社制度の新たな方向の一部について概観することにした。

(1) BGBl. I 1994, 1749. 本法は、一九九四年七月三〇日に公布され、部分的に同年八月一日及び一九九五年一月一日に発効している。これは、第二次金融資本市場振興法とも呼ばれるもので、ドイツで初めての証券取引法 (Wertpapier-handelsgesetz) の制定を含んでいる。同法の一部についての試訳については、拙訳「ドイツ証券取引法」同志社法学四七巻

一三三頁以下。

(2) BGBl. I 1994, 1961. 本法は、一九九四年八月二日に公布され、同年八月一〇日に発効している。概要については参照、「〈海外情報〉ドイツで小規模株式会社法が成立」商事法務一三六二四〇頁以下。

(3) UmwBerg, BGBl. I 1994, 3210. 本法は一九九四年一月八日に公布され一九九五年一月一日に発効している。本法は、人的会社、物的会社、協同組合、権利能力のある社團、保険相互会社、個人商人などに関する合併、分割、財産譲渡、法形式の変更（組織変更）の事象を組織変更という概念の下で統一し、組織変更法という単独法にまとめたものである。なお、本稿で引用する株式法の条文は、本法によって改正される以前の株式法である。

(4) Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und F. D. P. eines Gesetzes für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts, BT-Drucks. 12/6721 vom 1. 2. 1994. abgedruckt in: Seibert, Die kleine AG — Leitaden zur Aktienrechtsderegulierung, 1994, S. 134. (以下「Begründung Initiativenentwurf」として引用)。

2 本法の成立の経緯・その経済的背景および目的

(1) 本法の成立の経緯

本法は、昨年成立した先述の他の法律と比べると、非常に短期間の準備と審議により成立している点が特徴的である。⁽⁵⁾ まず、一九九一年一月六日、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟と自由民主党の連合会派が、小株式会社法の制定について合意した。その後、共同決定法について合意を得ることができないためにこの計画は進捗しなかったが、「より大きな成長、より多くの就業のためのアクション・プログラム」に採り入れられたことによって事態が一変した。一九九四年一月二六日、連邦内閣は、法務省草案を連合会派に委ねることを決定し、一九九四年二月一日に議員立法案として連邦議会に上程されることになった。⁽⁶⁾ 連邦議会は右法案について審議を開始し、二月三日に第一

読会が開かれ、引続き法務委員会、経済委員会および労働社会委員会に送付された。経済委員会は、四月一三日に右法案に賛成したが、法務委員会では、四月二〇日に開催された公聴会において、経済界や学者側はこれに賛成意見を述べ、労働組合は共同決定に関して反対意見を述べた。その後、問題となった共同決定について合意をえる努力がなされ、労働社会委員会と法務委員会では、五月二五日に決議勧告をして審議を終了し、六月一六日に組織変更法整備法案や共同決定維持法案とともに連邦議会第二読会および第三読会で審議され、ドイツ社会民主党は棄権したが、連合会派の賛成によって承認され、連邦参議院でも七月八日に承認され成立した。⁽⁷⁾

(2) 経済的背景

本法が成立した経済的背景として、立法担当者によれば、以下の四つの点が強調されている。

① 中小会社の自己資本比率の増加——取引所への上場可能性

先ず第一に、中小会社が自己資本市場（取引所）において公開できる可能性を開くことが指摘される。⁽⁸⁾一九九三年末現在では、有限会社が約五五万社、株式会社が約三、二〇〇社存在する。株式会社では、その内七九六社が上場しているにすぎない。⁽⁹⁾

企業がいかなる範囲の自己資本を装備するのが適切であるか一致していないが、ドイツ企業全体では、国際的に比較すると、自己資本比率が僅少であり、特に有限会社や人的会社のそれは、公開会社に比べて少ないという傾向がみられる。⁽¹⁰⁾自己資本が不十分であれば、投資活動を妨げ成長に支障をきたしさらに不況に対しても弱くなる。一九六五年改正株式法は大公開会社を指向しているため、中小の会社は株式会社の法形式を選択していない。そこで、本法は、

そのような中小会社の流れの一部を少なくとも株式会社に向わせることを目的とする。この目的を実現するには、まず中小会社が株式会社に組織変更し、これが安定した後に資本市場に参入するという二つの段階を踏むことが合目的であるとされる。その意味で、本法は、第二段階にすすむいわば上場予備軍となる株式会社を創設することに照準を当てるものである。

② ドイツの金融資本市場の強化

つぎに、ドイツの金融資本市場を強化することが背景にある。取引所に上場する株式会社が中期的に増大すれば、同時にドイツの金融資本市場自体の活性化がはかれることになる。ドイツの資本市場としては、公的取引(amtllicher Handel)、規制市場(geregelter Markt)および店頭取引(Freiverkehr)があり、これら三部門において、一九九三年末現在では、一四七三の国内と外国企業の銘柄が取引されている。⁽¹¹⁾ドイツ銀行の調査によれば、中期的には約一、五〇〇から二、〇〇〇のドイツ企業が取引所に上場できる企業として格付けされており、⁽¹²⁾これらの一部が上場するだけでもドイツでの証券取引に関心を抱かせることは明らかであると指摘されている。⁽¹³⁾

③ 企業の独立性の確保

第三の経済的背景として、企業の独立性の確保がある。株式会社は取引所に上場する道が開かれているので容易には集中化の対象とはならないのに対し、有限会社や人的会社の場合には、持分所有者は、たとえば納税のために持分を細分しなければならないとき、または必要な増資を自己資金から拠出できないときには、しばしばその全部もしくはその大半を処分することになる。これは、少数持分のための市場が形成されていないことにもとづく。これに対し、

株式会社の形式によれば、少しずつ処分することによって段々と会社から離脱できることになる。企業の独立性がそのことによって長期的に確保でき、また、このことは、全体経済的にみれば、集中化への過程および中小会社のコンツェルンへの編入傾向に対しても対処できることになる。⁽¹⁴⁾

④ 企業創業者の第二世代への交代

最後に、同族会社における第二世代への世代交替の際に、株式会社を法形式の選択肢にできることがあげられる。⁽¹⁵⁾ ドイツでは、今世紀末までに、約七〇万の企業において企業承継がなされるものと予測されている。会社の創業者が会社の運命を決定する場合には、業務執行者は自己の給料で満足し、控え目な配当政策をとる傾向があり、また企业内部で資金を調達して十分に成長できる。これに対して、社員数が増えている第二世代は、配当への依存度が大きいため配当圧力が強い。したがって、企業が成長の限界を乗り越えるには、自己資本を外部から導入する必要がある。

持分所有者自身が企業家活動をしている会社にとっては、社員総会の影響力が大きい有限会社や人的会社の法形式が相応しいのに対し、個々の株主しか企業家的資質を有しないかまったくこれを有する者がいない場合には、所有と経営の分離によって能力のある経営者を容易に外部に求められる株式会社の方が構造的な長所がある。さらに、株式会社の三つの機関モデルと持分所有者と業務執行者との明確な分離は、持分所有者間の内部争いが経営に対して及ぼす影響を回避し会社の行為能力を確保できるという利点がある。⁽¹⁶⁾ もっとも、同族会社の上場については、財産税、贈与税および相続税の評価のために、上場は世代交替の完了後に初めて考慮されるとされる。⁽¹⁷⁾ さらに、コンツェルン子会社の上場を促進できると指摘される。⁽¹⁸⁾

(3) 本法の目的

先述した経済的背景からすでに明らかなように、本法は、まず、会社法の側面から、株式会社の法形式の魅力を高め、それによって中小企業がこの会社形式を利用しやすいようにすることにある。このことは、中小会社を念頭に置く小株式会社に関する規定の新設ないし改正によって行われる。有限会社の場合には、資金調達は他人資本によるが、株式会社の場合には、上場すれば自己資本を資本市場から調達でき、株式会社の構造も同族会社にとり世代交代を実行しやすく、中小企業の独立性を確保しやすいという利点がある⁽¹⁹⁾。つぎに、株式法の一部の規定の一般的な規制緩和を目的とする。これは、金銭による資本増加の場合に新株引受権排除を容易にすることや定款自治の強化の点にみられる⁽²⁰⁾。さらに、株式会社は、同族会社を除き、一九五二年事業所法の適用を受けることがその選択の阻害要因となっている。この面での、小株式会社と小有限会社との取扱いが異なるのは理由がないとして、両者を平等にすることが目的となっている⁽²¹⁾。

(5) 成立の経緯とその経済的背景については、主として、Seibert, Die kleine AG — Leitaden zur Aktienrechtsderegulierung, 1994.; derselbe, „Kleine AG“ im Rechtsausschuß verabschiedet, ZIP-Report 1994, S. 914. 以下。

(6) 同法の草案については、拙稿「ドイツにおける大小株式会社区分立法案について」産大法学二八巻一号（平成六年）一一二頁以下参照。

(7) 本法は異例の早さで成立したといわれる、vgl. Lutter, Das neue „Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts“, AG 1994, 430. しかし、本法は、一九八八年に会社の実態調査の結果などが纏められ、立法提案を含む所謂三段階モデル（vgl. Albach/Lutter, Deregulierung des Aktienrechts: Das Dreistufenmodell, 本提案については参照、

布井千博「西ドイツにおける企業の自己資本形成に関する論議——「株式法の規制緩和：三段階モデル」を中心として——」東海法学四号（一九八九年）一三五頁以下）を部分的に導入している。その意味においては、本法における試みは七年前に遡るものと考えられる。

- (8) Seibert, (Fn. 5), S. 24 f.
- (9) AG-Report, AG 1994, R 148.
- (10) Blanke, Private Aktiengesellschaft und Deregulierung des Aktienrechts — Zu den Änderung des Aktienrechts durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts, BB 1994, 1505.; vgl. AG-Report, Die Eigenkapitalbasis im internationalen Vergleich, AG 1994, R 435.
- (11) AG-Report, AG 1994, R 148.
- (12) Handelsblatt vom 10. 12. 1993. zit. nach Seibert, (Fn. 5), S. 25. また「ルッターによれば、約五〇〇〇社の有限合資会社（GmbH）が中期的には取引所に上場せざるを得ない」 vgl. GmbHR 1994, R 34.
- (13) Seibert, (Fn. 5), S. 25-26.
- (14) Seibert, (Fn. 5), S. 26.
- (15) Seibert, (Fn. 5), S. 26 f.; Hommelhoff, Jetzt die „Kleine“ und dann noch eine „Anlager AG“, in: ZGR-Sondebund 12, S. 69.
- (16) Bergheim/Traub, Der Gang an die Börse – ein Mittel zur Unternehmenssicherung, DStR 1993, 1260 ff.
- (17) Seibert, (Fn. 5), S. 26 f.
- (18) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 134.
- (19) Blanke, BB 1954, 1505.
- (20) Blanke, BB 1954, 1505. 個々の株式の株券の発行請求について定款で定めることもこれに属する、Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 135.
- (21) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 134-135.

3 本法の規制内容の概要と表題の意味

(1) 多様な規制内容

本法は雑多な内容をもつ規定の寄せ集めと評されているように⁽²²⁾、規制内容が多種多様にわたる。すなわち、非上場の、少数の株主だけを有する株式会社のための規定、一人株式会社の設立の法認、定款自治の拡大、株主総会の簡略化のための規定、総会決議取消可能性の制限、さらに現物出資による設立および資本増加の場合における検査役の検査報告書の商工会議所への提出に関する規定のように時代遅れとなっている規定の削除、資本増加および資本減少の場合における議決権のない優先株主の特別決議に関する問題のようにすでに論争に決着をみた問題の法的確認や制度的修正を行う規定、さらに資本市場を指向する規定などの雑多な内容から成り立つ。本稿では、主として小株主特有の規制、株式法の規制緩和に関する規定および共同決定の適用の制限などについて紹介することにした。

(2) 「規制の緩和」の意味

ところで、本法の「規制緩和」という表題部分については、株式法を根本的に簡素化しようとするもので将来もさらに継続されるべきものとされる。そして、規制緩和は、過去の時代の法律完全主義から転向することを意味するものと説明されている⁽²³⁾。すなわち、すべての問題に答え得る法律というのは妄想であって、判例と学説に多くの点が委ねられるのである。本法は、連邦政府の規制緩和措置に関する報告書を構成するその一部分であると位置づけられている。

(3) 「小株主会社」の概念

ドイツにおける「小株主会社の規制」について

つぎに、本法の表題においては「小株式会社」という用語が使用されているが、これに関する定義規定は存在しない。立法担当者によれば、小株式会社に関する定義規定を設けない理由は、本法が新たな種類の株式会社を創設するものでなく、これまで大公開会社を指向してきた株式会社の法形式を他の企業にも魅力あるものとすることが重要であると考えられたためにほかならない。部分的には、会社の株式が取引所での取引を許可されているかどうかによって区別される。後者の典型としては、人的会社、同族株式会社、コンツェルンの子会社、特に外国コンツェルン親会社の子会社のように、会社が容易に把握できる範囲の社員数を有する会社である。⁽²⁴⁾

売上高、収益力または従業員数⁽²⁵⁾は、小株式会社の基準にはならない。また年度決算書および状況報告書の検査義務に関する商法典三一六条一項、二六七条一項⁽²⁶⁾の規定において定める規模の基準も何ら関係しない。典型的には、中小企業として、社員構造に関しても人的に形成されている会社が問題となる。公開株式会社に進むいわば中間段階としての会社である。比喩的に言えば、小株式会社は大会社の弟に当たるものではなく、あまり形式ばらない間柄で上着を脱ぎネクタイなしですませられる、非上場の人的に構成された株式会社である。小株式会社の概念は、確定的に定義された法律上の概念でなく、条文においても使用されない、立法上の諸目的の全体を束ねるスローガンの簡潔な表現にすぎないとされる。⁽²⁷⁾

(22) Lutter, AG 1994, 430.

(23) Seibert, (Fn. 5), S. 28.; vgl. Hommelhoff, ZGR-Sonderheft 12, S. 65.

(24) Seibert, (Fn. 5), S. 22-23.

(25) 従業員数が重要な基準となるのは共同決定法分野である。従業員五〇〇人の有限会社においては、共同決定の適用はない。これに対して、同じ五〇〇人の従業員の株式会社については適用される。今回の改正で、かかる区別は除去された。

(26) 商法典二六七条は、会社の規模により、小資本公司（一項）、中資本公司（二項）、大資本公司（三項）を区分する。これによれば、小資本公司とは、①貸借対照表上の積極側に表示された欠損額を控除した後の合計額が三九〇万ドイツマルク、②決算日前一二月間の売上高が八〇〇万ドイツマルクおよび③年間平均被用者数が五〇人をそれぞれ超えないという基準のうち、その二つの基準を上回らない会社であり、中資本公司とは、①一、五五〇万ドイツマルク、②三、二〇〇万ドイツマルクおよび③二五〇人を超えないという基準のうち、二つの基準を上回らない会社であり、大資本公司とは右の基準値のうち二つの基準を超える上場会社である。小資本公司は、年度決算書の作成期間が三月から六月以内に伸張され（二六四条一項三文）、簡略化された貸借対照表の作成が許され（二六六条一項三文）、「粗利益」という項目で簡略した形式で損益計算書を作成でき（二七六条）、附属明細書の表示を簡略化でき（二八八条一文）、決算検査役の検査が不要となり（三二六条一項一文）、公示の内容をかなり簡略することが許される（三二六条）。

(27) Seibert, (Fn. 5), S. 23.; derselbe, ZIP 1994, 914, und GmbHR 1994, R34. ちなみに、連合会派法案では非上場の社員数の僅少な小株式会社 (kleine AG mit überschaubarem Aktionärskreis, die nicht börsennotierte Gesellschaften) また立法担当者解説書では、その他、閉鎖的株式会社 (AGen mit geschlossenem Gesellschafterskreis)、少数社員会社 (Gen. mit kleinem Aktionärskreis)、同族株式会社 (Familien-AGs)、人間的株式会社 (personalistisch strukturierte AGen) などの用語が使用されている。小株式会社の観念の沿革については参照、Hahn, „Kleine AG“, eine rechtspolitische Idee zum unternehmerischen Erfolg, DB 1994, 1659 f.

II 小株式会社に関する規制

本法において、小株式会社と密接に関連する規定として新設されているのは、一人株式会社の設立、定款自治の拡

大および総会の簡素化に関する規定である。そこで、以下では、これらの個々の規定について紹介する。

(1) 一人株式会社の設立の許容

① 改正と改正理由

株式法二条の旧規定は、定款の確定には、「少なくとも五人」が参加し、株式を出資によって引受けなければならぬと規定し、株式会社の一人設立を許容していなかったが、「一人または複数の者」と変更することにより、明文の規定をもって一人の者が株式会社を設立できることとし、また、後述するように、これに伴い、債権者保護などの関連条文の新設、手直しがなされた（株式法三六条二項、四二条、三九九条一項一号）。

この改正について、理由書では、以下のように説明されている。すなわち、発起人の数は恣意的に定められている。当初から、民事上および刑法上責任を負う複数の者が意図された。要求された複数の者は、引受けた財産上の義務を履行する財産状態および事実上の能力について意味をもつのではない。発起人が、総株式資本を引受ける資力を有すれば、それで足りる。これは、一人会社設立登記の方法に関する有限会社法七条二項三文の規定⁽²⁹⁾にない、株式法三六条二項三文の規定⁽³⁰⁾の変更によって保障されることになる。また、一九六九年以後は、組織変更法により、個人商人が、自己の事業を株式会社または株式合資会社に組織変更することを認めているので（同法五〇条）、この方法によれば一人株式会社の設立が可能となっている。さらに、一人有限会社に関するEC第二指令（89/66/EWG）⁽³¹⁾は、一人株式会社を認めるかどうかを加盟国の裁量に委ねているので（同法六条）、新たに株式法四二条の規定⁽³²⁾を挿入することによって、EC指令は遵守される⁽³³⁾。

右の説明で明らかのように、発起人五人という旧規定の数は理論的根拠にもとづくのではなく、むしろ民事および刑事責任を負う者を増やし、最初から資本をより広範囲に分散することを保障する趣旨にもとづく。また、五人の発起人は登記の時点まで必要であるにすぎず（株式法四一条四項一文）、また、その場合に引受けられた債務を履行するために、発起人が十分な財産を有するかどうかは重要でない。さらに、一人株式会社の設立を可能にするため、実務においては、自己の名前で他人の計算で行為する所謂わら人形を介在させる設立が利用される場合にも、発起人とわら人形の背後者に対する厳格な責任が法定されていることから（株式法四六条五項）、株式会社の法形式を選択する場合の最大の阻害要因の一つであることが実態調査の結果であつた。⁽³⁴⁾ 一人株式会社の設立の法定によって、わら人形設立も不要となる。

(28) 自然人だけでなく、法人もしくは人的会社、民法上の組合が可能である、Lutter, AG 1994, 431.

(29) 有限会社法七条二項三文は、「会社が一人の者によつて設立されるときは、登記申請は、少なくとも本項第一文および第二文により定められた払込がなされ、かつ、社員が金銭出資の残余部分について担保を提供した後でなければ、これを行うことができない」旨規定する。

(30) 株式法三六条二項二文は「会社が一人によつてのみ設立される場合には、発起人は、請求された額を超える金銭出資額の一部につき補足的に担保を提供しなければならない」旨規定する。

(31) EC第一二指令については参照、大和正史「一人有限会社に関するEC会社法第一二号指令」法政理論二四巻四号二〇四頁以下（一九九二年）、井上治行「ECの中小企業政策とEC会社法——第一二指令を中心として」富士論叢三九巻一号九一頁、Eckert, Die Harmonisierung des Rechts der Einpersonen-GmbH, EuZW 1990, 54.; Brändel, Die Auswirkungen der 12. gesellschaftsrechtlichen EG-Richtlinie auf die Einmann-AG, in: FS f. Kellermann, ZGR-Sonderheft 10, 1991, S. 15 f.

(32) 株式法四二条は、「株式のすべてを一人の株主または会社と一人の株主だけが所有する場合には、その旨、ならびに一人の株主の氏名、職業および住所を遅滞なく登記裁判所に届け出なければならない。」旨規定する。

(33) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 134-135.

(34) Lutter, AG 1994, 430.; Albach/Lutter, (Fn. 7) S. 53. 布井千博・前掲東海法学四号一五八頁以下。

② 債権者保護

一人株式会社の設立を認める場合には、債権者のために資本の維持充実を確保することが問題となる。この問題は、発起人の資力に依存し、発起人がすべての株式資本を引受けるのに十分な資力を有すれば問題がない。

有限会社の設立の場合には、資本について完全な払込ではなく一部払込制度が維持され、債権者保護のために、発起人は設立の際に出資の未払込部分について担保を提供しなければならぬ⁽³⁵⁾（有限会社法三七条三項三文、八条二項二文）。株式会社の場合には、金銭出資による設立に際して、少なくとも株式の券面額の四分の一を払込まなければならぬ⁽³⁶⁾（株式法三六a条、三六条二項）。一人株式会社の設立の場合にも、有限会社に足並を揃え、ただ一人の発起人が

資本を事実上拠出することを配慮して、未払込の出資部分について担保の提供義務を定める規定が設けられた（株式法三六条二項二文⁽³⁶⁾）。これに関連して、設立登記の申請の際には、担保が提供されたこと、すなわち、担保の種類、担保提供の方法および担保価値を表示しなければならない（株式法三七条一項一文）。提供されるべき担保に関する不正確な表示がある場合には、発起人は、約定した担保を会社に提供しなければならず、さらに故意による不実表示および重要な事情を故意に黙秘したことによって発生したすべての損害を賠償しなければならない（民法八二三条二項、株

式法三九九条一項一號⁽³⁷⁾。發起人の担保に関する不実表示については、罰則の制裁が課される（株式法三九九条一項一號）。

(35) これによれば、会社が一人の者によって設立されるときには、社員が金銭出資の残余部分について担保を提供した時に登記申請することができ（七条二項三文）、申請の際に、担保を提供したことを確約しなければならない（八条二項一文）。

(36) この場合における「担保」とは、民法上（三三二条以下）の用語（Sicherheit）ではなく、有限会社法において用いられている用語（Sicherung）が使用された。したがって、経済的に同じ価値があるかぎり、民法において挙示されていない財産でも可能である（Seibert, (Fn. 5), S. 47.; Lutter, AG 1994, 431. たゞえば、銀行やその他の保証である、Blanke, BB 1994, 1506.）

(37) Seibert, (Fn. 5), S. 49.; Blanke, BB 1994, 1506.

③ 登記裁判所における一人株式会社の特別な開示

有限会社法においては、持分のすべてが一人の社員に集中するかまたは会社のほかに一人の社員に集中することになった場合には、業務執行者は、社員の身元について記載した社員名簿を遅滞なく商業登記所に提出しなければならない（有限会社法四〇条二項）。開示の目的は、第一義的には現在および将来の債権者の保護である⁽³⁸⁾。一人株式会社に
おいても、右の一人有限会社を指向し、これに対応した規定が設けられた（株式法四二条）。本条は、EC第一二指令
三条⁽³⁹⁾、六条の規定を国内法化するもので、設立の際のみならず設立後にも適用される。もともと、發起人の身元につ
いては、登記の公告の際に初めて公示されることになる（株式法四〇条一項三號）。

しかし、一人の者が株式を所有する事実⁽⁴⁰⁾は、これを登記するのではなく、単に登記裁判所に届出るにすぎない⁽⁴¹⁾。こ
れは、一人の發起人または一人株主、取締役および監査役員の全員が、一人株式会社となった時点および株式法四二

条の法定事項について書面によってこれをなす。⁽⁴²⁾ この届出義務は、登記裁判所による強制金の確定によって実行されることになるが（商法一四条、非訟事件手続法二三二条以下）、届出義務違反には罰則による制裁がない。

(38) Seibert, (Fn. 5), S. 52.; Lutter, AG 1994, 434.

(39) EC第一二指令三条は「会社が、すべての持分が一人の者に集中することにより一人会社になるときは、その事実ならびに一人の社員の身元について会社書類に記録するかもしくは68/151/EWG指令（注、第一指令）第三条第一項および第二項の意味における登記簿に登記するかまたは会社に備置され何人も閲覧できることを登記簿に注記しなければならない。」旨規定する。

(40) 株式法四二条は、過半数参加基準を定める一六条一項および四項の規定と一致して、株式のすべてを一人の株主または会社と一人の株主だけが「所有する（gehören）場合」と規定するのに対し、編入に関する同法三一九条は「会社のすべての株式が将来の主会社の手に所属する（sich befinden）」と規定し、有限会社法四〇条二項、一九条四項は、持分のすべてが一人の者に「集中する（vereinigen sich）」と定める。このため、すべての株式を「所有する」というには、間接的な参加もこれに算入され、その結果通知義務が生ずるかどうかが問題が生ずる。この場合には、株式の権利の所持人、つまり所有者であればよく、信託関係がある場合および間接的参加もこれに含まれるとする見解（Seibert, (Fn. 5), S. 54.）と抽象的危険に対処する規定の趣旨から前者は含まれないとする見解（Lutter, AG 1994, 434.）および一六条四項の算入規定は適用されず会社が所有する株式は合算されないとする見解（Blanke, BB 1994, 1506.）が主張されている。

(41) 連合会派法案においては、「商業登記簿に登記するために申請しなければならない」と定められていたが、法務委員会において「登記裁判所に届け出なければならない」と変更された。それは、有限会社の場合にも登記義務とはされていないこと（有限会社法八条一項二号、四〇条二項）、およびEC第一二指令三条の国内法化には届け出で足りるという理由に基づく（Seibert, (Fn. 5), S. 52-53.; derselbe, GmbHR 1994, R34. und ZIP-Report, 1994, 915.）

(42) 民法八二三条二項の意味における保護法規が問題であり、その違反は通知義務者に対する損害賠償請求権を根拠づけると

される' Lutter, AG 1994, 434-435. しかし、この見解に対しては、一人会社であることを知らないのとして債権者が損害を蒙るか疑問視される。また、一人株主が取締役に通知する義務を負い、取締役が商業登記所に通知することになるとしても、通知義務違反には制裁がなく問題が生ずるとされる。通知義務者に関しては株式法四二条の規定からは明確ではなく、その意味において本条は不完全な法律規定であると指摘される、Hoffmann-Becking, Gesetz zur „kleinen AG“ — un-wesentliche Randkorrekturen oder grunlegende Reform?, ZIP 1995, 4.

(2) 定款自治の拡大・強化

① 年度剰余金の処分に関する株式法五八条の規定の改正

年度決算書は、通常の場合、会社の役員がこれを確定する（一七二条一文）。取締役および監査役会が年度決算書の確定を委ねるかまたは監査役会がこれを承認しなかった場合にのみ、株主総会がこれを確定するにすぎない（一七三条一項）。役員がこれを確定する場合には、役員は、年度剰余金の一部を、その半額を限度としてその他の法律上規定されていない利益準備金に組入れることができる（五八条二項一文）。しかし、定款をもって、それ以上の額を留保する権限を与えることができる（同条同項二文）。ただし、権限を半額以下に縮小することはできない⁽⁴³⁾。これは、できるだけ多くの利益配当を受けることに対する株主の利益と利益準備金の積立てによって事業の安全と強化をはかろうとする取締役や監査役の要求との間の適切な調整を試みたものである。この権限の分配は、上場公開会社においては原則として適切であったが、非上場会社では厳格な規制は不要である。これらの会社においては、準備金の積立ておよび配当政策に対する責任は株主の企業家的活動に対応させることができる⁽⁴⁴⁾。

以上の理由から、非上場会社については株主の利益処分に関する権限を強化して、立法者は、準備金の積立ての権

限を株主すなわち総会の自由処分により強く委ねることができるとして、株式法五八条二項二文の規定について、「定款をもって、取締役および監査役会は年度剰余金の半額以上の額または以下の額について組入れる権限を与えることができる。株式が取引所で取引されている会社の場合には、年度剰余金の半額以上だけを組入れる権限を与えることができる」と改正した。立法担当者によれば、人的株式会社 (personalistische AG) においては、株主は必ずしも企業家的に結合されているのではなく、感情的かつ親密に結合していること、また株主間において会社の配当政策に関する取決めおよびプール契約が存在し、全体的に株主総会を無能力者にする説得力のある理由が明らかでないということから出発する。このことは、コンツェルン子会社についても同様である。⁽⁴⁵⁾ 右の改正の結果、授權は零から一〇〇パーセントまでの範囲になり、定款自治が拡大され柔軟な処理ができると説明される。⁽⁴⁶⁾ この改正は、定款によって権限の再分配を認めるもので、非上場会社における株主に権限を与え取締役の権限を縮減する。したがって、準備金の積立てに関しては総会がすべて決定するものとし、取締役・監査役会の権限を排除することができ⁽⁴⁷⁾る。

(43) Plank, Kleine AG als Rechtsform — Alternative zur GmbH, GmbHR 1994, 504.

(44) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 142-143.

(45) Seibert, (Fn. 5), S. 57.; Plank, GmbHR 1994, 504.

(46) Seibert, (Fn. 5), S. 57.; Hahn, DB 1994, 1663.; Blanke, BB 1994, 1511.

(47) Lutter, AG 1994, 436. この改正は、ルッター、アルバッハなどによる「私的株式会社においては、定款をもって、取締

役および監査役会に株式法五八条二項の規定により年度剰余金の半額以下をその他の利益準備金に組入れることを授權するかまたはこの権限をまったく排除することができる。」という提案が採用されたものである。Albach/Lutter, (Fn. 7) S. 28.

126 f. しながら、同族会社では、持分所有者の介入に対し、取締役・監査役会の権限を強化して実質に即したかつ責任ある企業経営をするため、および経営と所有の分離によって持分所有者間で会社経営に関する争いの発生を回避するため、株式会社の形式が選択されることがまれでないとの指摘もある、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 5.

② 一株の株券の発行の排除と制限

株式の最低券面額は五〇マルク（株式法八条一項⁽⁴⁸⁾）で、定款をもってこれより高額の券面額を定めることができる（参照、八条二項）。一株券の作成、交付ならびに保管のために会社が負担する費用は法外になるため、複数の株式を表象するいわゆる混合株券（Sammelurkunden）（寄託法九 a 条）が利用されている。この場合にも、支配説によれば、株主は、個々の社員権を表象する個々の株券の発行を会社に対して請求することが認められている⁽⁴⁹⁾。

そこで、会社の定款自治を強化して、⁽⁵⁰⁾ 会社がこのような負担を引受けるかどうかは会社の決定に委ねることにし、「定款をもって、一株を表象する株券の発行請求権はこれを制限するか排除することができる。」と規定する株式法一〇条五項を新設した⁽⁵¹⁾。これにより、株式取引が簡単になり、また新たに株券を印刷する費用の節減が小株式会社ならびに公開株式会社にとり可能となる⁽⁵²⁾。

改正法によれば、会社は、定款をもって一株券の発行を排除する場合には、株主は複数株（Mehrfachurkunde）の発行を請求できるにすぎない⁽⁵³⁾。しかし、この場合には、一部の株式を譲渡する場合に問題が生ずる。株主は、民法三九八条にもとづき一部の株式を譲渡できるが、これには善意の保護（民法九三二条）はなく、旧株主と新株主が、譲渡を証明して新たな株券の発行を請求することになる⁽⁵⁴⁾。さらに、会社は、定款をもって、一定数の株式を表象する株

券の発行を制限したり、または一株券の発行費用の負担を株主に課するという制限を設けることもできる。⁽⁵⁵⁾

- (48) 第二次金融資本市場振興法は、株式法八条について、株式の最低券面額「五〇マルク」を「五マルク」(二項)に、株式券面額の表示を「一〇〇マルク」の倍数から「五マルク」(二項)に変更する(同法第四部一号)。国際的に比較してドイツの株価が高いので、これによってより広く一般公衆が購入できることが期待されている。Hahn, DB 1994, 1664.
- (49) vgl. Seibert, (Fn. 5), S. 34. なお、有限会社の場合には、持分に関する証券の発行は法定されておらず、定款で定めるか社員決議によってのみこれが発行される。この証券は、持分権を表象する有価証券ではなく、証拠証券であるにすぎない。証券の発行はいつまでであるかとされている。Winter, in Scholz, GmbHG, § 14 Rn. 64.
- (50) Blanke, BB 1994, 1511. 改正は、上場会社および非上場会社の両者に関係する。その意味で、規制緩和に含められる、Seibert, (Fn. 5), S. 34.
- (51) 株券振替決済制度ならびに株式取引の国際化により株券の重要性が現在ではまったく変化している。しかし、改正法は株券の発行を完全に排除するものでなく、このための第一段階に進んだにすぎないとされる。Seibert, (Fn. 5), S. 35.
- (52) Planck, GmbHR 1994, 505.; Hahn, DB 1994, 1663.
- (53) しかし、一株しかもたない株主の株券発行請求権は排除されないとする見解がある。Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 5.
- (54) Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 5. 証書は所有関係に対応して変更されなければならぬ。Planck, GmbHR 1994, 505. しかし、理由書によれば、このような問題については株券の発行を定款をもって株主の負担にすることによればよいと説明される。Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 138.
- (55) Planck, GmbHR 1994, 505.; Luter, AG 1994, 436. Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 5.

③ 議決権のない優先株の議決権

会社は、定款をもって普通株以外の種類の株式を発行できる(株式法二〇条三項)。数種の株式が発行された場合に、

資本を増加するときには、数種の株主の特別な同意決議を要する（改正前一八二条二項一文）。この場合に、数種の株主に議決権のない株主が含まれるかどうか問題とされ、支配説はこれを否定していた。⁽⁵⁶⁾そこで、今回の改正は支配説に従い、「議決権を有する」との文言を追加して、議決権限を有しない優先株主は、この場合に議決権がないことを明文をもって明らかにした。議決権のない優先株主は、資本減少（二三二条二項、一二九条三項）、新設合併（三四〇条三項）に関しても、同様に議決権が認められない。議決権のない優先株式の所持人の法的地位に直接に係わる場合には、従来同様、議決権を有する（参照、一四二条二項、三項）。

(56) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4), S. 148.; Seibert, (Fn. 5), S. 88.; Lutter, AG 1994, 446.

(3) 株主総会の簡素化

株式法は、株主総会の招集、招集通知、およびその方式などに関して詳細な規定を設けている。すなわち、株主総会の招集は、会日の一か月前に（一二三条）、連邦官報のほか会社が定款で定めた会社公告紙に公告し（一二三条三項、二五条）、同様に議事日程の公告および招集の公告後に少数株主が請求した議決の目的事項の補充についても会社公告紙に公告しなければならず（一二四条一項）、これに要する費用は会社が負担する。これらの規定は匿名の株主からなる大公開株式会社を指向するもので、実態調査によれば、あまりにも形式的で費用がかかりかつ仰々しいものとして株式会社の魅力を失わせる決定的な阻害要因の一つとなっている。⁽⁵⁷⁾そのため、株主数の僅少な株式会社については、書留郵便による総会招集の方法、書面投票の可能性、議事録の公正証書による書面の作成の緩和が提案されていた。⁽⁵⁸⁾

立法担当者も、法律にもとづく株主総会の準備と実施および経費のかかる儀式は、公開株式会社において意味をもつにすぎず、⁽⁵⁹⁾ 若干の家族から構成された同族会社のように株主の範囲を把握できる小株式会社にとっては、これらの規定は無意味で不要なものであることを認識し、⁽⁶⁰⁾ 株式会社を魅力あるものにする今回の改正目的にそって、書面投票制度を除いて右の提案を基本的に受入れ、さらに同時に全員出席総会に関する規定を設けた。⁽⁶¹⁾

(57) Lutter, AG 1994, 436.; Albach/Lutter, (Fn. 7) S. 77 f.

(58) Albach/Lutter, (Fn. 7) S. 28-29. u. 77 f.

(59) 実務においては、総会の開催の準備に七週間必要で、一年ないし五年前から適切な会場を予約しなければならず、このため臨時総会の開催は実際には可能でないといわれる、Seibert, (Fn. 5), S. 59.

(60) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 144.

(61) これらの規定は、その適用を小株式会社に限定するものではないが、事柄の性質上大公開株式会社への実際上の適用が念頭におかれているとは考えにくいので、以下では便宜上小株式会社に關する一連の規制として取扱うことにする、vgl. Seibert, (Fn. 5), S. 63.; Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 145.

① 株主総会の招集方法の簡略化（書留郵便による総会招集）

閉鎖的または株主の範囲を把握できる株式会社では、総会の公けの招集は不要であり、公告の簡素化は株式会社の利用につながる。⁽⁶²⁾ 有限会社の場合には、社員総会の招集は総会の目的と同時に会日の一週間前に書留郵便によって通知される（有限会社法五一条）。持分の譲渡を会社に届け出た場合に、会社との関係では取得者とみなされるので（有限会社法一六条一項）、書留郵便の方法による招集は容易となる。有限会社との差異をできるだけ少なくするため、株

式法一二一条四項は、「会社が株主の名前を知っている場合には、総会は書留郵便で招集することができる。発送の日は、公告の日とみなす。第一二五条ないし第一二七条の規定は、これを準用する。」と定める。書留郵便による株主総会の招集は、会社公告紙における招集の公告に代るものである。費用は会社が負担する。⁽⁶³⁾ 本条は、株主を容易に把握できる会社にとって實際上役立つものである。⁽⁶⁴⁾ なお、書留郵便による通知の方法は、議事日程ならびに少数株主の議事日程の公告を要求する公告にも拡大され⁽⁶⁵⁾（一二四条）、株主のためにする通知（一二五条）、株主による動議（一二六条）および株主の選挙提案（一二七条）についても準用される（一二条四項）。

書留郵便による総会の招集は、会日の一か月前にこれをしなければならぬ。この場合、郵便の発送の日が公告の日とみなされることが明定された。⁽⁶⁵⁾

会社が記名株式を発行している場合には、招集されるべき株主について問題は生じない。会社との関係においては、株主名簿に登録されている者が株主とみなされるからである（六七条二項、六八条三項）。⁽⁶⁶⁾

これに対して、無記名株式を発行している場合には事情が異なる。⁽⁶⁷⁾ 株主は、株式譲渡を会社に通知する義務がないため、株式が譲渡された場合に会社が株主の名前と住所を知ることができるかどうか問題となるからである。⁽⁶⁸⁾ しかし、閉鎖的な同族会社ではこの点については特に問題とならず、また株主間で、たとえば、プール契約において株式提供義務、株式売買計画の通知義務や先買権、株式の買戻権や議決権の拘束について内部で合意することにより、経営者が持分所有者の変更を知ることが確保されることになる。⁽⁶⁹⁾ しかし、このような合意が存在しない場合には、決議が無効とならないように、⁽⁷⁰⁾ 総会の招集は会社公告紙で公告することが安全である。⁽⁷¹⁾

書留郵便による総会の招集は、議決権のない株主を含むすべての株主に対してしなければならぬ⁽⁷²⁾。すべての株主に対して通知がなされない場合には、瑕疵のある招集となる。招集に瑕疵がある場合には、総会決議が無効となる⁽⁷³⁾。(二四一条一号)。招集の瑕疵を会社が知り得ないか会社に帰責することができない場合には、瑕疵はない。株主の旧住所、外見上の住所、死亡株主を名宛人とする通知がこの場合である。株主が会社に通知した住所が決定的で、会社は真実の住所の調査義務を負わない⁽⁷⁴⁾。これに対して、会社が意識的に株主に総会の招集をしなかった場合あるいは招集の瑕疵が会社に帰責できる場合には、これにもとづく総会の決議は無効となるが、登記を要する決議については、登記のときから三年を経過すれば瑕疵は治癒される(二四二条二項)。登記が不要な、つまり重要でない決議については、無効の効果が継続する。有限会社については、総会に招集されなかった社員が遅滞なく決議を承認する場合には決議の瑕疵が治癒されることが認められている⁽⁷⁵⁾。そこで、有限会社の場合の法律状況に対応して、瑕疵のある招集がなされた株主あるいは招集がなされなかった株主が、その総会決議に同意するときは瑕疵が治癒されるとして、招集手続の瑕疵による決議無効という厳格な効果を緩和した(二四二条二項四文)⁽⁷⁶⁾。これは、書留郵便による総会招集を認めたことにもとづく改正で、会社および株主のために法的安定に役立つ。当該株主が決議を承認した場合には、他の株主も招集の瑕疵を援用することができない⁽⁷⁷⁾。

(62) Seibert, (Fn. 5), S. 60.; Albach/Luthe, S. 85. 布井千博・前掲論文東海法学四号一六二頁。

(63) Seibert, (Fn. 5), S. 66. 人的会社および少数の外国人株主からなるドイツ子会社にとっては、経費が節減できるため、実務からはもろてをあげて歓迎されている。Blanke, BB 1994, 1508.

(64) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 144. 会社は、すべての株主に総会の招集を通知しなければならない。株主の住所の確定に多額の費用がかかる場合には、官報ならびに会社公告紙による公告の途が開かれている(一二三条三項、二五条)。したがって、通知費用の点と通知に瑕疵があれば総会決議が無効になるという危険との両者が勘案されることになる。

(65) これは、有限会社については会日の一週間前に通知しなければならないことから(五一一条一項二文)、書留郵便の発送の日かまたは到達の日から一週間必要かどうか争いがあることから、法務委員会で法的安定のために明確にされたものである、Seibert, ZIP 1994, 915. したがって、たとえば、総会の会日が六月三〇日であれば、五月二九日に発送すればよいことになる、vgl. Blanke, BB 1994, 1508.

(66) したがって、記名株式を発行する上場会社もこの方法を選択できる。保険会社は多くの場合、記名株式を発行しているとされる、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 6. もともと、費用と危険の点から実際には問題とならない、Seibert, (Fn. 5), S. 61.; vgl. Lutter, AG 1994, 437.

(67) 民法三九八条、四一三条によって譲渡される小規模人的株式会社に少なからずみられる、株券が発行されていない株式(unverkorpernten Aktien)も同様の問題を生ずる、Lutter, AG 1994, 438.

(68) 無記名株式の場合には、株式の譲渡のほか相続、株主の住所変更の場合にも株式譲渡と同様の問題が生ずる、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 6.

(69) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 144.; Seibert, (Fn. 5), S. 61.; Blanke, BB 1994, 1508. Fn. 40. なお、プラנקは、対応する内容を定款をもって定めることについて言及するが(drselbe, GmbHR 1994, 503)、株主に通知義務を課すかまたは定款をもってこれを可能とし、会社に通じない場合には株主総会の招集がなされない危険を株主に負わせることは立法段階で無視されたとされる、Seibert, (Fn. 5), S. 62.; vgl. Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 6.

(70) ルッターは、招集の過失による瑕疵の危険を会社と株主との間でどのように分配するのが適切であるかという問題であり、有限会社法の場合と同様に、会社には当初株主が知られていたこと、および株主の変更を知らないことについて会社に過失

がないことで十分であるとして株主側に危険を負担させる、AG 1994, 438. しかし、一二一条四項の規定の文言および立法の沿革からも右のような解釈を支持できないとして、実務は、招集する機関が事情の変更によって間違った株主とその住所に通知する危険を負担することから出発しなければならんとする批判がある、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 6.

(71) Blanke, BB 1994, 1508. 書留郵便による通知を官報における公告で代用する方法があるとする見解もある、Hahn, DB 1994, 1664.

(72) Seibert, (Fn. 5), S. 71.

(73) 株式法二四一条一号は、「第一二一条第二項および第二項もしくは第四項に違反して招集された総会において決議がなされた場合」、その決議は無効である旨規定し、書留郵便による招集の瑕疵も無効事由とする。

(74) Seibert, (Fn. 5), S. 71-72.

(75) Seibert, (Fn. 5), S. 73. Fn. 132.; Planck, GmbHR 1994, 503. Fn. 23.

(76) 株式法二四一条二項四文は、「総会決議が第一二一条第四項の規定に違反するために第二四一条第一号にもとづき無効である場合には、招集されなかった株主がその決議を承認したときには、その無効を主張することができない」旨規定する。

(77) Begründung Initiativentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 152.

② 全員出席株主総会の法定（株式法一二一条六項）

株式法上の総会開催の準備に関する諸規定（一二一条ないし一二八条）は、公開株式会社を念頭におくもので、閉鎖会社の実務では、現在でもこれらの規定が遵守されていない。さらに、判例も、一人株式会社について、総会招集の方式を遵守しないで総会を開催できることを容認している。⁽⁷⁸⁾ 総会招集に関する規定の目的は、株主の総会への出席ならびに総会議事日程の通知に関して保障することにある。このことは、株主が総会に出席しないか、または出席して決議に反対することで十分に保護される。⁽⁷⁹⁾ 有限会社においては、総会が適法に招集されなかった場合でも、社員のす

べてが出席したときには決議することができるとし（有限会社法五一条三項⁽⁸⁰⁾）、招集手続の瑕疵を治癒する規定を設ける。この場合には、社員が総会に出席しなければ適法に決議できないため、社員の保護が図られる。現行株式法においても、無効事由に関する株式法二四一条一号但書が「総株主が出席するかまたは代理されたときには」、公告なしに招集された総会の決議が無効にならないこと、および株主総会招集手続に関する二二一条以下の規定の意味と目的から、総株主が代理され、かつ、いかなる異議も申立てられないときには、招集に関する規定を遵守しないことが認められている⁽⁸¹⁾。

株主数の僅少な会社では、通常の場合、全員出席総会が開催されている。しかし、総会は形式的なものにすぎず、各株主は企業経営において結びついており、決定について総会の外部で審議し準備するのが通常である。右の決定は次の総会で確認されるか、総会外で書面作成のために公証人に提出されている⁽⁸²⁾。このような現状に鑑みて、有限会社に対応した規定が人的な株式会社にも必要であるとして、株式法一二一条六項は、「総株主が出席しまたは代理されたときは、株主が決議に対し異議を述べない限りにおいて、総会は本款の規定を遵守しないで決議することができ」⁽⁸³⁾との規定を新設した。

時間と経費のかからない全員出席総会の特典は、すべての株主が出席することならびに株主が決議に反対しないことを前提とする。右の前提が満たされないときには、特典はなくなる。かかる前提があるため、株主は十分に保護される。

全員出席総会の法定の結果、柔軟な仕方では総会を開催できる。たとえば、招集期間（一二三条）の制約がなくなり、

書留郵便による招集を含めた議事日程の公告義務はなく、総会開催の日時と場所を自由に選択でき、招集権者(一二一条二項)以外の者、たとえば主要株主も招集でき、適正に公告されなかった議事日程(参照、一二四条四項一文)に関しても全員出席総会で決議することができる⁽⁸⁵⁾。

株主が出席せずに決議がなされた場合の法律効果については、一般的規定により判断され一律に決議無効になるのではなく、どのような瑕疵があるかによるとされる⁽⁸⁶⁾。株主が出席しない場合には総会の招集手続に関する株式法一二一条以下の規定が適用される。招集手続の総則規定である一二一条二項ないし四項の規定に違反する場合には決議は無効になり、その他の第二款の招集手続規定に違反する場合には、決議を取消することができる⁽⁸⁷⁾(二四一条以下)。

株主が反対したにもかかわらず決議がなされた場合の決議の法律効果は無効である⁽⁸⁸⁾。全員出席総会が成立しないからである⁽⁸⁹⁾。

そのほかに、取締役および監査役に対する総会の通知(一一八条二項)ならびに出席者名簿(二二九条⁽⁹⁰⁾)に関する規定は、全員出席総会に適用される⁽⁹¹⁾。公証人ならびに議事録の記録を委託された者は、総株式資本の現存について確信した上でこれを書面にしなければならない⁽⁹²⁾。

(78) BGHZ 19, 108, 109.

(79) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 145.; Planck, GmbHR 1994, 504.

(80) 有限会社法五一条三項は、「総会が正規に招集されていないときには、総社員が出席したときに限り、決議することができる」旨規定する。

(81) Seibert, (Fn. 5), S. 75.

- (82) Lutter/Albach, S. 83.; Seibert, (Fn. 5), S. 75.
- (83) この要件は、議事日程の通知がないため準備していない株主を保護するために法務委員会で補充されたものである、Seibert, ZIP 1994, 915. 招集されなかったかまたは適時に招集されなかった株主は総会に出席して反対すれば、有効な決議は成立しないので、全員出席総会の特典は消え去ることになる。
- (84) 法定および定款所定の場所以外の、たとえば外国の子会社または親会社の住所での開催が可能となる、Seibert, (Fn. 5), S. 75.; Hahn, DB 1994, 1664.
- (85) もっとも、一二一条ないし一二八条以外で定められている報告義務や方式に関する規定も守らなくてもよいかどうかについては一二一条六項からは明らかでない。たとえば、新株引受権排除に関する取締役の報告書の作成義務（一八六条四項二文）である。書面による報告書は全員一致で放棄することができるが、一括してこれを行うことは許されない、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 7.
- (86) Seibert, (Fn. 5), S. 77-78.
- (87) Planck, GmbHR 1994, 503.
- (88) Planck, GmbHR 1994, 504.; Blanke, BB 1994, 1509. なお、無効事由の治癒に関する株式法二四一条一号後段の「ただし、すべての株主が出席するかまたは代理された場合は、このかぎりにあらず」という規定に関して、株主が総会決議に反対した場合に、その決議の効力について無効説、取消可能説、有効説に見解が分れていた。今回の改正で右の文言が削除されたことにより、かつての論争は基盤をなくすことになったとされる、vgl. Blanke, BB 1994, 1509.
- (89) Seibert, (Fn. 5), S. 77.; Planck, GmbHR 1994, 504.
- (90) 一人会社の場合を除く、Seibert, (Fn. 5), S. 78.
- (91) Lutter, AG 1994, 439.; Planck, GmbHR 1994, 504.
- (92) Seibert, (Fn. 5), S. 78.

③ 総会議事録作成方法の緩和

株主総会の決議に関する議事録は、公証人が書面によって作成しなければならない（株式法一三〇条一項）。公正証書は、少数株主が請求した責任解除（一二〇条一項二文）、監査役選挙の提案（一三七条）、会社の賠償請求権の行使の請求（一四七条一項）に関する総会決議（二三〇条一項二文）、有限会社への組織変更（三六九条三項）ならびに総会決議（二四五条一号）に対する株主の反対について必要である。公証人による議事録の証書作成を強行的に義務づける趣旨は、総会の意思形成を記録することであり、第一義的には立証を確保する機能⁽⁹³⁾をもち、法律的専門家として法律問題に対して公証人が助言することによって、決議の明白な法律違反を事前に回避する補充的機能を有する⁽⁹⁴⁾。公開会社においては、公証人が作成した議事録の証書は、その信頼性により法的安定性に役立ち、費用の負担も重くはない。しかし、人的な株式会社においては、公証人による証書の作成は、費用の負担⁽⁹⁵⁾、形式性の強制ならびに柔軟性がないことから、公証人の証書作成は厳しいものと受けとめられている。さらに、人的な株式会社において、持分所有者間に特別な信頼関係がある場合には、法的な争いが典型的にはあまりおこされない⁽⁹⁶⁾ので、公正証書の立証の確保機能が重要でなくなる。また、法律家による法的助言については、企業の再編や事業継承ならびに定款変更などの基本的問題のすべてに係わる問題に共通することで、基本的でない通常の決議事項に関しては助言を求めることがまれにすぎず、すでになされた決定が証書作成のためにだけ公証人に提出されているのが実情であるとされ、重要な役割をもっていない⁽⁹⁷⁾。

これに対して、有限会社の場合には、原則として議事録の作成は義務づけられていない⁽⁹⁸⁾。一人有限会社の場合には、

一人社員が決議後遅滞なく議事録を作成しこれに署名することが義務づけられており（有限会社四八条三項⁽⁹⁹⁾）、さらに有限会社の定款変更決議についてのみ、証書作成法（Beurkundungsgesetz）にもとづき、決議に関して証書を作成しなければならない（同法五三条二項一文）。

以上の点に鑑み、株式法一三〇条一項三文において、「会社の株式が取引所に上場されていないときは、法律が四分の三以上の多数決を定める決議がなされない限りにおいて、議事録は、監査役会議長がこれに署名すれば足りるものとする」との規定を新たに挿入した。⁽¹⁰⁰⁾

四分の三以上の多数決を要する決議は、会社の存続と構造に関する、学説上の所謂基礎的決議事項である。⁽¹⁰¹⁾ 定款変更（一七九条二項）、資本の増加および減少（二八二条一項、一八六条三項、一九三条一項、二〇二条二項、二二二条、二二三一条一項、二三九条三項）、解散（二六二条一項二号）、合併（三四〇条二項）、組織変更（三六二条二項）、編入（三一九条二項）、企業契約の締結・変更・廃止（二九三条一項、二九五条一項、二九六条二項）、財産譲渡（三六〇条三項、三六一条一項）に関する決議である。⁽¹⁰³⁾ 定款をもって要件を加重（三四〇条二項一文）または緩和（一七九条二項二文）することが認められるが、これによって定められた同等の決議要件は、考慮されない。⁽¹⁰⁴⁾ また、二四五条一項との関連で、議事録の作成自体は廃止できない。全員出席総会、一人株式会社の決議についてと同様である。⁽¹⁰⁶⁾

基礎的決議以外の毎年繰返される通常の決議については、公正証書の立証機能と公証人の助言機能は問題とならない。したがって、これについては、会社の自由決定に委ねられる。議事録の作成は、監査役会会議の議事録作成（一七〇条二項）と同様な法律状態になる。この場合には、監査役会議長は、記録係が作成した議事録に署名して、議事

録が正規に作成されたことならびにその内容が真正であることについて責任を負い、義務の履行について注意義務を負う(一一六条、九三条⁽¹⁰⁸⁾)。この議事録の形式と内容については、議事録に関する現行一三〇条の規定による。なお、監査役会議長は、署名した議事録を商業登記簿に提出し、取締役が登記簿に提出すべき議事録の謄本についても、署名しなければならぬ(一三〇条五項)。監査役議長に障害がある場合には、その代理人がこれに代る⁽¹⁰⁹⁾。

(93) 公証人は、証書に瑕疵がないことに責めを負う(公証人法一九条)。

(94) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4), S. 147.; Seibert, (Fn. 5), S. 80.

(95) 公証人の証書作成費用は、取締役・監査役の免責決議のように決議目的の価額 (Geldwert) を特定できない決議については、業務価値 (Geschäftswert) の最高額一〇〇万マルクに対する費用が三、三三〇マルクであるのに対して、価額を定めることができる決議については、決議の目的により業務価値が定まり、その最高限度額が一万マルク (年度処分利益が三〇〇万マルク以上の場合) である (費用法四七条二項)。^{Seibert, (Fn. 5), S. 80, Fn. 162.}

(96) Seibert, (Fn. 5), 82.; Lutter/Albach, 87.; Planck, GmbHR 1994, 504.

(97) Seibert, (Fn. 5), S. 81-82.

(98) 公正証書のための費用負担がないことまた全員出席総会や一人株式会社についても公正証書が必要であることを考慮して、外国会社がドイツ子会社を設立する際に有限会社の法形式を選択するとされる、^{Blank, BB 1994, 1509.}

(99) なお、EC第二指令四条二項は、社員総会の権限を行使する一人社員が行う決定について、議事録を作成するかまたは書面に記録することを義務づけている。

(100) 本条については、①、②の改正の場合と異なり、非上場株式会社が対象である、旨定められている。

(101) この文言は、法務委員会において、基礎的決議という概念が不明確なため、ホルツミューラー判決 (BGHZ 83, 122) との関連で導入されたものである。^{Seibert, (Fn. 5), S. 83.; derselbe, GmbHR 1994, R34. u. ZIP 1994, 915.} 子会社の分社化の

ような基本的な意味を有する会社構造措置に関する総会決議については、本条の規定の目的から、公証人の証書作成が必要であるとの主張がある、Blanke, BB 1994, 1510. なお、ホルツミューラー判決については、参照、拙稿「コンツェルンにおける上位会社の局外株主の保護」産大法学一九巻四号（昭和六一年）一頁以下。

- (102) 公正証書の必要性の制限は今回の改正の核心部分の一つであるが、この点については現行法と同様であるので期待された経費節減の多大な効果については疑問視される、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, S. 7. この点に関して、ルッターは、総会のすべての決議ではなく、法律上要求される決議事項についてのみ公正証書の作成が必要であるにすぎないとする、derselbe, AG 1994, 440.

- (103) これらの決議の基本的特徴は、第一に決議に際して代表される資本の少なくとも四分の三の多数決が必要である。決議の真実性に対する高度の保証に対して公衆が利益を有するので、公証人の関与が正当化される。つぎに、決議の効力が生ずるためには登記簿への登記が必要であり、登記裁判官による検査について事前に法的助言をすることによって、登記裁判官の中間処分または拒絶による登記の遅延を回避できることになる、Seibert, (Fn. 5), S. 82-83.

- (104) Seibert, (Fn. 5), S. 83. しかし、四分の三の多数決という文言は、四分の三の投票された議決の多数決なのか四分の三の資本の多数決なのか明確でないため、監査役の解任（一〇三条一項二文）、監査役が拒否した取締役の業務執行措置に関する総会の同意決議（一一一条四項四文）について問題が生じ、また定款をもって定めた決議要件に関しても問題になる余地がある、と指摘される、Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 7-8.

- (105) 株式法二四五条一項は、株主総会に出席し、かつ、議事録に異議を留めた株主は、総会決議を取消することができる、旨規定する。

- (106) 一人株主が議事録を作成する、参照、EC第一二指令四条二項、vgl. Planck, GmbHR 1994, 504.

- (107) 監査役会議長は、総会の議長であるのが通常であるとされる、Seibert, (Fn. 5), S. 85.

- (108) 取締役が議事録を作成し署名するとの当初の案は法務委員会で削除された、Seibert, ZIP 1994, 915.; vgl. Hahn, DB 1994, 1664.; Lutter, AG 1994, 439.

(109) Seibert, (Fn. 5), S. 85. 一般的な代理観念(株式法一〇七条)を根拠にするものとして、Blank, BB 1994, 1510.

Ⅲ 会社設立手続の緩和

(1) 現物出資などによる設立の場合の最初の労働者代表監査役の任期の伸張

会社を設立する場合、その最初の監査役は、発起人により選任される(三〇条一項)。発起人が選任した監査役には、共同決定法の適用がないので(三〇条二項)、労働者監査役はその構成員となっていない。これに対して、企業の全部またはその一部分の現物出資または財産引受による設立の場合には、発起人は、監査役の構成について基準となる法律(九六条一項、一〇一条一項、共同決定法七条以下、石炭・鉄鋼共同決定法四条以下、共同決定補充法五条、一九五二年事業所法七六条一項)に従い株主総会が選挙しなければならない数の監査役を選任する(三一条⁽¹⁰⁾)。右の規定は、新設合併(株式法三五三条四項一文)および公法上の団体もしくは公営物が株式会社に組織変更(三八五a条四項)する場合に準用されている。

最初の監査役の任期は、最初の営業年度の全期間または残存期間について責任免除に関して決議する株主総会の終了までの期間とされる(三〇条三項、改正前三一条五項)。右の決議をなす総会は、営業年度の最初の八か月以内に開催される(一二〇条一項)ので、最初の監査役の任期の最長期間は二〇か月となるが、ほとんどの場合には、これよりも短い。最初の監査役の任期終了後に、労働者代表監査役は、労働者によって新たな選挙により選挙しなければならぬ。

しかし、企業の全部もしくはその一部分が拠出される場合には、監査役に選挙される労働者がすでに企業に存在しているので労働者代表監査役を選挙できる状況にある。したがって、改めて、短期間に二重に選挙するのは、複雑で時間がかかり、その上経費が必要となる。したがって、最初の監査役の任期の制限は、労働者の側からも意味がないことになる。⁽¹¹³⁾ そのため、実務においては、両者の選挙を同じ時に行うかまたは最初の全期間または残任期間については労働者代表の選任を裁判所に請求する（一〇四条）ことによって、右の負担を回避してきた、といわれる。⁽¹¹⁴⁾

右のような実務に照応して、「第三〇条第三項第一文の規定は、第三項にもとづいて選任された監査役員にも、これを適用する」という株式会社法三一条五項の規定は、「労働者の監査役員には、これを適用しない」と変更された。これにより、企業の全部もしくはその一部分の現物出資または財産引受による会社設立の場合には、最初の労働者代表監査役の任期は、通常の任期期間（一〇二条）に伸張されることになり、短期間に二回も選挙する必要がなくなった。これは、ルッターなどの立法提案が認められたものである。⁽¹¹⁵⁾ 改正法によって生ずる労働者監査役と持分所有者監査役との任期の相違は、定款もしくは総会における選挙決議において時間的に一致させることができる。⁽¹¹⁶⁾

- (110) 詳細については参照、正井章作・共同決定法と会社法の交錯（一九九〇年、成文堂）
- (111) Röder/Gneiting, Besetzung des Aufsichtsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz 1952 bei der Gründung von Aktiengesellschaften, DB 1993, 1619.
- (112) 通常の場合、労働者監査役の選挙は七月から八月の期間を要する、Hoffmann-Becking, ZIP 1994, 4.
- (113) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 139.; Planck, GmbH 1994, 502.
- (114) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 139.; Seibert, (Fn. 5), S. 41.; Planck, GmbH 1994, 502.; Hahn DB

1994, 1663.

- (115) 最初の労働者代表監査役の任期は、最初の営業年度の全期間または残存期間に制限されない、との改正を提案していた、Lutter, AG 1994, 446.; Lutter/Albach, S. 26, 70.

- (116) Seibert, (Fn. 5), S. 43.; Planck, GmbH 1994, 502-503. なお、以上の改正は、小株式会社に特有な問題を扱うものではない。

(2) 設立検査役の報告書提出の緩和

設立検査役は、設立検査報告書を、登記裁判所、取締役および商工会議所に提出するために三通作成する。商工会議所は、登記裁判所から登記手続の過程で登記申請書類と一緒にこの報告書を受取る（非訟事件手続法一二六条）。したがって、商工会議所の側からは、設立検査役の提出は不要であり、企業の側では、そのためにかなりの費用を負担することになるほか、これをしなければ登記裁判所による中間処分により登記手続が遅延することになる。また、商工会議所の管理費用も相当かかる。無料で閲覧できるが（商法典九条一項）、これを利用する者はいない状況である。利害関係を有する第三者は、登記裁判所で報告書を閲覧できる。したがって、このような手続は、実務においては不要である。⁽¹¹⁷⁾

以上の理由にもとづき、株式法三四条三項を改正し、⁽¹¹⁸⁾ならびにこれに関連する株式法三七条四項四号、四〇条二項および三四条三項が準用される現物出資による資本増加に関する一八八条三項二号の規定⁽¹¹⁹⁾を変更して、設立検査役の報告書を商工会議所に提出する義務を排除した。⁽¹²⁰⁾

(117) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 140.

(118) 株式法三四条三項は、「設立検査役の報告書は、登記裁判所、取締役ならびに商工会議所に一通ずつ提出しなければならない。何人も、登記裁判所および商工会議所において報告書を閲覧することができる。」旨規定していたが、今回の改正により、「商工会議所」という文言が同項一文ならびに第二文からそれぞれ削除された。

(119) 本条の変更の必要ないとは、法務委員会において初めて認識された、Seibert (Fn. 5), S. 45.

(120) このような不必要となった方式の排除は、連邦・州「商法および商業登記簿」研究会の勧告によるものである、Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 140.; Seibert, (Fn. 5), S. 44.

IV 規制の緩和——上場会社における新株引受権の排除の緩和

(1) 従来の法規制と新株引受権の排除に関する判例上の実質的要件

出資による資本増加の場合には、各株主は、原則として新株引受権を有する。取締役の決定にもとづいて資本増加ができる認可資本(二〇二条以下)からの資本増加の場合にも同様である(二〇三条一項)。さらに、選択権付社債(Optionsanleihen)の発行のための条件付資本増加(一九二条二項一文)、転換社債、利益配当付社債(Gewinnshuldverschreibungen)および享益権についても準用される(二二一条四項)。

新株引受権の法定は、株主保護にある。つまり、これは株主の一般的社員権の構成要素であって、資本増加に参加しない株主は、資本に対するその相対的持分が減少する場合には、影響力を失うことになり(議決力の喪失)、新株が旧株の実際の価値もしくは相場価格よりも低い価額で発行される場合には、その株式は資本増加によって価値を減少することになる(希釈化)⁽¹²¹⁾。ことから保護する。さらに、新株引受権は、資本増加を確実に実行するために、会社側

にも役立つ。しかし、その反面、新株引受権の技術的处理には、費用と時間がかかるため、会社は資本市場での発行可能性を迅速かつ弾力的に利用することが困難となる。⁽¹²²⁾

新株引受権の一部または全部を排除するには、資本増加の要件のほか、議決に際して代表される資本の少なくとも四分の三を含む多数決が必要であり（一八六条三項）、決議はこれを明示してかつ適正に会社公告紙に公告し、さらに取締役はその理由につき報告書を総会に提出する義務を負っている（同条四項）。報告書は、株主総会招集の時から営業所に備え置かれ、その重要な内容は会社公告紙において公告される（参照、一二四条二項二文）⁽¹²³⁾。

判例は、株主を保護するために、さらに、右の形式的要件に加えて、最初は株主平等の原則にもとづき排除措置が実質的に正当化できなければならないとし、⁽¹²⁴⁾その後には、会社側の資本増加の目的と利益に関連づけて、会社の利益のために株主の新株引受権を排除する必要性があること、かつそのために会社と株主との間の利益を衡量してその排除手段と目的との間に相当性が存在しなければならないとする（措置の相当性と適切性）⁽¹²⁵⁾。したがって、これによれば、新株引受権排除が株主に及ぼす効果を配慮して、会社の利益のためにこれを正当化する実質的理由が存在する場合に初めて新株引受権を排除できることになり、これが許されるのは極めてまれな場合であるといわれる。また認可資本の増加の際の新株引受権の排除については、認可資本の創設の際に、ならびに取締役による新株引受権排除の決定のときに利益考慮をしなければならない⁽¹²⁶⁾という実質的要件を課している。

取締役の報告書が不完全な場合には、支配的見解によれば、総会で口頭で説明しても治癒されず、総会決議の取消事由となる（二四五条）⁽¹²⁷⁾とされ、裁判所はこれにもとづいて増大化している訴えを認容する傾向にあるため、裁判所

が展開した実質的要件は、法定安定性にもとり、新株引受権の排除を阻止するという結果に導いていると指摘される。⁽¹²⁸⁾さらに、資本増加の効力は、登記によって発生するが(一八九条)、取消訴訟が提起された場合には、登記裁判官が登記を認めるかどうかを決定することになる。このため、訴権が濫用的に行使されることも少なくないとされる。⁽¹²⁹⁾

(121) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 149. さらに、新株引受権が排除されると、株式券面額に比例して定められる配当(六〇条一項)や分配される残余財産(二七一条二項)の割合が減少する、Seibert, (Fn. 5), S. 92.

(122) たとえば、認可資本による資本増加の場合、新株引受権が存在する場合には最低で五〇日間かかるのに対して、それが排除されている場合には二日間、長くても一一日間で処理できる、Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 149.

(123) Sethe, Die Berichtserfordernisse beim Bezugsrechtsausschluß und ihre mögliche Heilung — am Beispiel der Emission junger Aktien und Genußrechte, AG 1994, 351.

(124) BGHZ 33, 175.

(125) カリ・ザルツ事件判決、BGHZ 71, 40.

(126) ホルツマン事件判決、BGHZ 83, 319.

(127) vgl. Sethe, AG 1994, 976 f.

(128) Seibert, (Fn. 5), S. 93-94.

(129) Seibert, (Fn. 5), S. 94.

(2) 実務における問題

認可資本からの資本増加について、新株発行に要する時間が長くなる場合には、取締役は発行価額を確定して決議しなければならないため、その間の相場価額の変動が重要となる。また、資本増加と株式発行との間の時間的間隔

が長くなれば、引受機関に支払う手数料も増加し経費が増大することになる。従来の新株引受権に関する考え方は、会社の正当な資金調達利益を無視したものである。⁽¹³⁰⁾したがって、株主が市場価値を失わず、影響力の喪失を脅かされない場合、すなわち、株主保護の必要がないかまたは別の仕方では保護されるならば、新株引受権を排除した資本増加も許されることになる。⁽¹³¹⁾

裁判所も、最近のドイツ銀行事件判決において、外国（東京）の取引所に上場する目的で、発行価額を取引所価額を基準として新株引受権を排除した新株発行を認容し、⁽¹³²⁾学説も、発行価額が取引所価額に近接した価額で新株が発行された場合には、新株引受権が排除され小株主が影響力を喪失してもこれを許容する。⁽¹³³⁾

(130) Seibert, (Fn. 5), S. 95-96.

(131) しかし、時間の問題は、発行手続の促進を正当化できるものであるが、議決権と財産に対する割合の希釈化から旧株主の保護を廃止することを正当化するものでなく、法案はEC第二会社指令の水準に止まっているため、新株引受権による投資家保護がおろそかになるとして、以下の提案がなされていた。すなわち、株主の新株引受権排除に関する問題についての主要な提案内容として、新株引受権を排除される株主には、その請求があれば補充的な新株引受権を付与すること、新株引受権が排除される場合には、取締役の報告書に発行価額の計算方法を表示すること、発行価額（または発行価額の最低額）は、合併に準じて（三四〇b条）、専門家による検査を受けること、新株引受権排除の前提の存在については、連邦証券取引監督庁による検査を受けること、新株引受権排除決議の取消は、発行価額が不当に低いことにもとづくことができないが、その代りに決議の議事録に反対の意見を表明して、発行価額の新たな決定を請求できることにする、などである、Hirte, ZIP 1994, 363.

(132) BGH vom 7. 3. 1994, ZIP 1994, 529.; JZ 1994, 911.; DB 1994, 825. 評釈として Lutter, JZ 1994, 914 f. なお、参照

(133) Seibert, (Fn. 5), S. 100. Fn. 226.

(3) 改正の内容

以上の理由にもとづいて、「新株引受権の排除は、金銭による資本増加が資本の一〇〇分の一〇を超えず、かつ、発行価額が取引所価額に対して著しく下回らない場合には、特別に認められる。」旨の規定が、一八六条三項四文において追加新設された。

連合会派法案理由書によれば、株式会社の本質的な資金調達手段の一つとしての株式の意味を確保することをめざしたものである。自己資本調達により、企業の資金調達は容易になり、またドイツ会社の国際競争上の不利益ならびに地理的な不利が回避される。そして、新株引受権の法定の根拠となる旧株主を保護する必要がない場合に、新株引受権を排除することを容易にするのである。⁽¹³⁴⁾ すなわち、まず、取引所を介して株式を自由に買い増すことによって旧株主が資本に対する相対的持分割合を維持する可能性がある場合には影響力を喪失する恐れがなく、⁽¹³⁵⁾ 公開会社に対する非常に少ない参加の場合には経済的には影響力の喪失は問題とならない。このことは、少数者の権利と結びつく持分割合から初めて重要となる。⁽¹³⁶⁾ つぎに、株式価値の希釈化の危険は、新株が取引所価格で発行される場合には存在せず、旧株主には、新株引受権は経済的には価値がなく機能しない。相場が企業の価値と対比して非常に安価であれば、⁽¹³⁷⁾ 排除された新株引受権の代りに取引所を介して株式を買うことができるからである。非常に短期間で株式が発行される場合にも、市場の移り変りが早いために相場の変動を回避できないが、取引所価格から著しく乖離しない発行価額

については、これを認めることができる。新株引受権を排除する資本増加は処理期間を相当短縮できるので、その乖離はかなり僅少に保つことができる。⁽¹³⁸⁾

このように、改正法は、一九三七年の株式法改正以来これまで手づかずの状態であったが、現在では取引所の取引状況が当時とは急激に変化していることから、新株引受権排除の可能性を実際に運用できるようにさせることを目的とし、上場会社における株主の議決権の保持は、原則として、市場を介することにより、常に可能であることから出発する点に特色がある。改正法によれば、新株引受権排除の前提として、利益衡量および排除を正当化する会社側の圧倒的利益が存在するなどの実質的正当化理由の存在も不要である。取締役の報告義務（一八六条三項四文）も著しく軽減されることになる。しかし、取締役は、一八六条三項三文の新規定の前提が存在していること、つまり、新株引受権排除を提案することだけは説明しなければならない。⁽¹³⁹⁾ 右の前提が存在する場合には株主の損害はないので、株主の損害において特別の利益を得ることを理由とする二四三条二項にもとづく総会決議の取消は排除され、また発行価格が不当に低いことを理由とする二五五条二項にもとづく取消についても同様である。⁽¹⁴⁰⁾

つぎに、新規定の個々の点についてみれば、まず、学説に一致して、資本の一〇%を超えない資本増加という枠組みを設けている。⁽¹⁴²⁾ これは、株主の議決権を維持する利益を配慮したもので、基準が明確であり、法的明確性が保たれる。⁽¹⁴³⁾

また、「取引所価額を著しく下回らない」というのは、約三%の範囲内であれば可能であり、最大限約五%とされ、五%を超えることは許されないと説明されている。⁽¹⁴³⁾

さらに、新規定は、取締役の報告書における説明の内容についても緩和する。新株引受権に対する会社利益については、たとえば、外国証券取引所への上場、機関投資家を分散し株主の基盤を拡大すること、自己資本の基礎の強化などと記載すればよく、さらに、新規定の要件が充足されていることを説明すれば足りるとされる。⁽¹⁴⁴⁾このように、報告義務が縮減される結果、総会決議の取消可能性が制限されることになる。

改正法は、⁽¹⁴⁵⁾公開会社においては、取締役の迅速な対応により資本市場においてその時々のもっとも有利な条件で資金調達できるので、従来よりも効率的で、また取消訴訟を回避しながらより法的安定性のある自己資本を調達できる手段を与えるものとして積極的に評価されている。⁽¹⁴⁶⁾しかしながら、右の可能性は、新規定が定める要件によって株主の株式価値の希釈化が生ぜず、かつ、市場での買増により持分割合が保障される場合に限られ、そうでない場合には、新株引受権の排除に関する判例や学説によって従来展開されてきた諸原則が適用される⁽¹⁴⁷⁾として、新規定を厳格に解する見解もある。

株主の新株引受権は、選択権付社債 (Optionsanleihen) の発行のための条件付資本増加 (一九二条二項一文)、転換社債、利益配当付社債 (Gewinnschuldverschreibungen) および享益権の発行についても準用される (二二一条四項)。しかし、これらのものは、資本と関係がないか、または株式価額以外のその他の条件によって価額がきまるので、株式と比較できる平面を欠いていることから、新規定の適用はないとされる。⁽¹⁴⁸⁾法務委員会は、これらの資金調達手段については新株引受権排除の新規定は適合しないため、将来法的な手当を検討しなければならないとする。⁽¹⁴⁹⁾なお、改正法は、EC第二会社指令 (77/91/EWG) 一九九条に相応するものである。⁽¹⁵⁰⁾

- (134) つまり、改正の目的は、企業の資金調達の弾力化および株主の保護利益を侵害することなく自己資本調達費用に関するドイツ公開会社の競争条件の平等化にある。Begründung Rechtsausschuß, in : Seibert, (Fn. 4) S. 151.; Seibert, (Fn. 5), S. 95-98.
- (135) 公開会社における議決権の保持は、原則としていつでも可能であることから出発するので、規制の対象は、取引所における取引が許可されている会社に限定される。Seibert, (Fn. 5), S. 100.
- (136) Begründung des Initiativenentwurf, in : Seibert, (Fn. 4) S. 149-150. したがって、議決権割合については、五%の所謂阻止少数権の喪失が考慮されることになる。Henze, Materiellrechtliche Grenzen für Mehrheitsentscheidungen im Aktienrecht (Teil 1), DStR 1993, 1826. しかし、大公開会社においては、新株引受権は機能する能力をもち失っている。影響力の維持のためには市場で何時でも買い足すことができるので、これに頼ることはないと言われる。Kubler, Sind zwingende Bezugsrechte wirtschaftlich sinnvoll?, ZBB 1993, 5. もともと、これについては、新株引受権が下落したことによる新株の引受は取引所を介する買い増しよりもかなり安いので、旧持分割合を維持することが困難であるため株主の反対が予想されている。Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 10.
- (137) Begründung Initiativenentwurf, in : Seibert, (Fn. 4) S. 150. vgl. Kübler, ZBB 1993, 5.
- (138) Begründung Initiativenentwurf, in : Seibert, (Fn. 4) S. 150.
- (139) Begründung Initiativenentwurf, in : Seibert, (Fn. 4) S. 150. 法務委員会は、企業の自己資本の強化の企図で足り、また認可資本の場合には発行は相場と緊密な関連を維持しながら行うことを株主総会で述べればよい。Begründung Rechtsausschuß, in : Seibert, (Fn. 4) S. 151.
- (140) Begründung Initiativenentwurf, in : Seibert, (Fn. 4) S. 150.
- (141) Kübler, ZIP 1993, 7.
- (142) 少数株主からその権利を奪うための目的でなされる新株引受権の排除は許されず、この点については判例に委ねられる。Seibert, (Fn. 5), S. 104-105.
- (143) Begründung Rechtsausschuß, in : Seibert, (Fn. 4) S. 151.; Seibert, ZIP 1994, 247.; derselbe, ZIP 1994, 914. しか

「著しく下回らない」という要件は明確でなく、個別事例において確定されることになり、将来これをめぐって訴訟が起こされる可能性がある」と指摘される、¹⁴³⁾ Blanke, BB 1994, 1512. さらに、このような基準の不明確さは濫用の可能性をもたらした法的安定性の観点から疑問視される、¹⁴⁴⁾ Hirte, Anmerkungen und Anregungen zur geplanten gesetzlichen Neuregelung des Bezugsrecht, ZIP 1994, 362. 後述のように3%を上限とする厳格説もある、¹⁴⁵⁾ Lutter, AG 1994, 442.

(144) Seibert, (Fn. 5), S. 103-105.

(145) これが株式法の唯一の基本的変更であるとして、学者ならびに利害関係者間で法政策的議論が深まることなく立法化されたことについて批判がある、¹⁴⁶⁾ Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 8.

(146) Planck, GmbHR 1994, 505.; Hahn, DB 1994, 1664.; Blanke, BB 1994, 1512.; Marsch-Barner, Die Erleichterung des Bezugsrechtsausschlusses nach § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG, AG 1994, 532.

(147) たとえば、取引所価額に関しては、新株引受権排除ができる株式はドイツ国内の七つの公式取引所（いわゆる第二市場は除かれる）の上場会社の株式に限定されること、大株主が30%以上の株式を継続して所有している場合には取引所価額が存在するといえないこと、取引所価額が特定できること（たとえば、一定期間（発行前五日間）の相場平均価額が取引所価額）、株主総会の決議における発行価額と取引所価額との格差が3%以内では許され、その他の場合には会社の具体的事情が指向されること、取引所で株式取引がなされないか、相場価格が確定されないか、価格が新株の発行価格を超えているため市場で買増の可能性がないなどの場合には新規定は適用されず、これに反してなされた場合には、取締役の責任が発生する。さらに、取締役の報告書には、新株のプレミアムに関する会社の特別利益に関する説明、反対株主は相当な条件で市場で買増して持分所有を維持できること、計算の基礎になる平均取引日数および最高乖離額、資本増加額、実行の方法を記載し、これに反してなされた資本増加から発生した損害につき、取締役は会社および株主に対して責を負う、¹⁴⁸⁾ Lutter, AG 1994, 441-444.

(148) Seibert, (Fn. 5), S. 110-111. さらに、これらの場合には、取引所価額がないこと、市場における同じ権利の買増しなどの可能性がないことなどから、新株引受権の排除に関する新規定の適用がないとされる、¹⁴⁹⁾ Lutter, AG 1994, 445.

(149) Begründung Rechtsausschub, in: Seibert, (Fn. 4) S. 151.

(150) 本指令二九条四項は、株主総会決議による新株引受権の制限・排除を認め、その場合には、会社執行機関が、制限・排除の理由および発行価額が正当であることを説明する報告書を提出することを義務づけ、また同条五項は、加盟国が、認可資本の範囲内でなす資本増加において新株引受権の制限・排除を認める規定を設けることができるとする、参照、山口幸五郎編・EC会社法指令（同文館・昭和五九年）九六頁以下。本指令についての加盟国の法状況については参照、森本滋・EC会社法の形成と展開（商事法務研究会・昭和五九年）一三九頁以下。

V 小株式会社における共同決定制度の適用の排除

従来、五〇〇名未満の労働者を有する株式会社は、同族会社の場合を除いて、監査役会における三者同数代表共同決定（Drittelparität）を採用しなければならぬ⁽¹⁵¹⁾のに対して（改正前一九五二年事業所法七六条六項）、同じ条件の有限会社にはその義務が存在しなかった（同法七十七条一項）。共同決定法上の右の相違は、中小規模の会社が会社設立や組織変更の際に株式会社の法形式を好まず有限会社の形式を選択する重要な要因の一つであった⁽¹⁵²⁾。このような事情は、英米法系諸国からドイツへの投資の際にも同様に当てはまる⁽¹⁵³⁾。そこで、人的会社に対して、株式会社の法形式を魅力あるものにするためには、共同決定法上の取扱いの区別を取り除く必要が指摘されてきた⁽¹⁵⁴⁾。この試みは、労働者の経営参加と密接に関連する問題であり、事柄の性質上、政治問題化することは避けられず、ドイツ労働組合総同盟などやドイツ社会民主党の反対も非常に強固であったとされているが、そのことは容易に想像できよう。

しかし、強い反対があったものの、共同決定法上の障壁を撤廃して、労働者が五〇〇名未満である場合には、株式

会社と有限会社を同等に扱うため、監査役会における労働者代表に関して定める一九五二年事業所法七六条六項が改正され、「五〇〇名未満の労働者が就業する株式会社には、労働者の監査役会への参加に関する規定は、これを適用しない。一九九四年八月一〇日以前に登録された株式会社には、これが同族会社である場合に限り、これを適用する。株主が個々の自然人であるかもしくは公課法一五条一項二号ないし第八号および第二項の意味において株主が相互に親族もしくは姻戚関係にある株式会社は、これを同族会社とみなす。株式合資会社も同様とする。」旨、規定された。法務委員会では、ドイツ社会民主党（SPD）が、新設もしくは株式会社に組織変更した会社については、五年間の経過期間だけ共同決定制度を採用しないとの修正提案を提出したが、中小会社が株式会社を選択しない要因を心理的に取り除くためには、将来の株式会社について有限会社との格差を除去することが重要であるとして、右の提案は多数の賛成を得るに至らなかった。⁽¹⁵⁵⁾ 連合会派法案理由書によれば、この改正によって、株式会社の法形式が選択しやすくなり、資本充実と経営が改善され期待された経済的成果によって、共同決定法の適用を受ける株式会社へとじきに成長するので、普及している共同決定制度を妨げるのではない、と説明される。⁽¹⁵⁶⁾

(151) 三者同数代表共同決定制度をとる会社の実態に関する公式の統計資料は存在しない。一九八七年の職場数の資料にもとづけば、二、七八〇の株式会社の内、四〇〇ないし七〇〇社であり、五〇〇名未満の労働者の株式会社数二、一四九社の内、共同決定制度を有する会社は三四〇社である。一九九二年末の株式会社数は三、二一九社であるので右の数字は増加しているものと思われる。ちなみに、株式会社の内、約三分の一の約七〇〇社（一九八七年）が同族会社である、Seibert (Fn. 5), S. 120.

(152) Lutter, AG 1994, 445.; Lutter/Albach, S. 104-107.

(153) Seibert, (Fn. 5), S. 117.

(154) Seibert, (Fn. 5), S. 117, Fn. 268.

(155) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 155. 実行可能な打開策として、共同決定制度を採用している既存の株式会社には、改正法が適用されないとの政治的妥協がなされた、Seibert, ZIP 1994, 916. derselbe, S. 122. これについては、適切であるとするものと、Lutter, AG 1994, 445. 今回の重要な改正点の一つであったことから、この妥協は改正を損う憂うべき「きず」と評価する見解がある、Hahn, DB 1994, 1665.

(156) Begründung Initiativenentwurf, in: Seibert, (Fn. 4) S. 154.

VI 結語に代えて——本法に対する評価

本改正法は、株式法の改正については、条文の数では全部で二二か条の改正にすぎないが、注目すべき改正法の表題の下で多様な内容から構成され、そのためその性格づけを困難にしている。規制を受ける会社の側から改正規定を大雑把に区分すれば、まず小株式会社に特有な規制としては、書留郵便による株主総会招集、招集手続を放棄する全員出席総会、通常株主総会決議の議事録作成方式の緩和、利益処分の場合の定款自治の拡大、一人株式会社の設立および三分の一共同決定制度の廃止、また小株式会社および上場会社の両者を対象とする規制としては、最初の労働者監査役の任期の伸張、一株券の発行請求権の定款による排除、設立検査役の報告書の商工会議所への提出の廃止があり、さらに公開会社だけに的を絞った改正として、新株引受権の排除の規制があげられる。

個々の批判点や問題点などについては、すでに個別的に言及してきたが、改正に対する全体的評価としては、新株

引受権の排除を容易にし会社が最も有利な条件で資金調達できる途を開いたこと、五〇〇名未満の株主を有する株式会社については共同決定に服さないとしたことを除けば、重要でない周辺部分の改正にすぎないとする冷静な評価や、⁽¹⁵⁷⁾右の点に加えて、一人株式会社の設立の法認も評価できるとし、実務においてはコンツェルンにおける従属会社を株式会社の形式で広範に利用できることになるとされる。さらに、中小規模の企業が株式会社の法形式を利用できるようにする本法の本来の目的が達成できるかどうかは、将来判明するものであるが、このような法的可能性を与えたことは悪くはないとする現実的な評価がある。⁽¹⁵⁹⁾他方では、「小株式会社」の勇氣ある導入は、立法者が、中小規模の企業のためにドイツ会社法の官僚性から脱皮する (Entbürokratisierung) 重要な第一歩を踏出したもので、企業の早い成長を促した差迫った世代交代の問題を克服できるであろうとの高い評価もある。⁽¹⁶⁰⁾

いずれの評価が妥当するかは将来に委ねられる問題であるが、本改正法が歴史的な方向転換を意味するというのは、⁽¹⁶¹⁾確かに首肯できよう。すなわち、今後は、株式法において、小規模株式会社もしくは非上場株式会社と大規模な公開株式会社とに二分化される規制方向が明らかにされたからである。もともと、株式会社を上場・非上場で区分することとで会社の実態に即応した法規制は十分であるかどうかの検討は、証券取引法の充実・整備と共に、今後の課題といえよう。しかし、法規制である限りにおいては、実態に即した便宜的な規制にだけ留まることはできない。その意味で、中小会社を対象に株式会社の法形式の魅力づくりが主眼の一つとされる今回の改正も、有限会社法との間の壁をできるだけ低くする措置をとるものの、有限会社と株式会社との法的相違をどのように方向づけるかという法政策的観点はあまり明確になされていないように思われる。この点は、ともかく上場会社予備軍を早急に育てる実際的必要

性の前にかき消されているとも言えよう。改正された規定以外は依然として大規模会社を建前とする株式法の利用を規模の大きくない会社に提供することで、「パンドラの箱」が開かれたのか、果たして立法者の演出通りにドイツ金融資本市場の活性化を促す会社の簇生につながるか、公開会社における証券取引に関する規制の方向⁽¹⁶²⁾および閉鎖会社に関する今後の理論的展開に対する期待とあわせて、多に関心がもたれる。

(157) この点については、賞賛に値する立法者の大きな業績であるとの評価、Lutter, AG 1994, 445. のほか、政治的立場から離れて、企業法の法形式中立性の観点から歓迎する評価も見られる、Blanke, BB 1994, 1510-1511.

(158) Hoffmann-Becking, ZIP 1995, 10.

(159) Lutter, AG 1994, 447.

(160) Hahn, DB 1994, 1659.

(161) Lutter, AG 1994, 430.

(162) 第二次金融資本市場振興法の分野以外にも、株式法の改正に関連して、引用できた文献以外に、新株引受権の排除の問題に関する多数の論稿が公表されている。Gross, Bezugsrechtsausschluß bei Barkapitalerhöhungen: Offene Fragen bei der Anwendung des neuen § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG, DB 1994, 2431.; Kimpler, Probleme im Falle des Bezugsrechtsausschlusses beim genehmigten Kapital und bei Kapitalerhöhungen in Tochtergesellschaften, DB 1994, 767. など。