

博士学位請求論文

定款自治の拡大と限界

フランス簡易株式組織会社の社員権を中心として

小西 みも恵

目 次

I	はじめに	
1	問題の所在	1
2	簡易株式組織会社（SAS）制度の導入前の状況	2
II	定款と株主間契約の比較	
1	序	8
2	社員に対する対抗力	8
3	会社に対する対抗力	9
4	第三者に対する対抗力	9
5	規定に違反した場合の効力	1 2
III	定款自治の拡大	
1	株式譲渡に関する拡大	
(1)	総説	1 6
(2)	一人 SAS の場合	1 9
(3)	株式の譲渡禁止条項	2 0
	(a) SAS 制度導入前 (b) SAS 法 (c) 条項の範囲	
	(d) 期間と起算日 (e) 制裁	
(4)	株式の譲渡承認条項	2 6
	(a) 条項の適用範囲 (b) 譲渡承認請求の手続と方法	
	(c) 譲渡承認の拒否 (d) 制裁 (e) 株式の買取価格	
(5)	社員の除名条項	3 0
	(a) 社員であり続ける権利 (b) SAS 法	
	(c) 除名決定の手続 (d) 除名の実行	
(6)	株式の先買条項	3 5
	(a) 定款上の先買条項 (b) 定款外先買条項	
(7)	株式数の上限条項	3 8
(8)	社員の退社条項	3 8
	(a) 意義 (b) 株式の買取条項 (c) 社員の共同退社条項	

2	議決権に関する拡大	
(1)	総説	4 2
(2)	情報収集権	4 4
(3)	一株一議決権の原則の例外	4 7
	(a) 1人1票 (b) 複数議決権 (c) 議決権数の上限設定	
	(d) 裁決権付議決権 (e) 拒否権または延期権	
	(f) 議決権の累積	
(4)	議決権なき優先株式	4 9
IV	定款自治の限界	
1	序	5 1
2	社長以外の機関への会社代表権の委任の可否	5 1
3	社員の議決権の剥奪の可否	
(1)	総説	5 5
(2)	議決権に関する近時の判例	5 7
	(a) 1994年1月4日破毀院判決 (De Gaste 事件)	
	(b) 1999年2月9日破毀院判決 (Château d'Yquem 事件)	
(3)	議決権の剥奪が問題となる場合	6 7
	(a) 序説 (b) 社員の除名決議 (c) 株式の譲渡承認決議	
	(d) 被規制契約 (利益相反取引) の承認決議	
V	結語	7 8

I はじめに

1 問題の所在

わが国において、2005年の会社法改正の特色を示すキーワードの1つは「定款自治」であると言われている¹。なかでも、出資者の全員が有限責任社員であり、内部関係については民法上の組合と同様の規律が適用される合同会社は、組合と同様に、広く契約自由の原則が妥当するため、機関設計や社員の権利内容等については強行規定がほとんど存在せず、広く定款自治に委ねられている²。立法担当官によれば、合同会社は、株式会社のように会社をめぐる利害関係者の利益を保護するための法規制を積極的に講じないため、当事者間で最適な利害状況を設定することができる会社類型であるとされている³。このような合同会社制度の創設により、株主間契約についての法的な不安定性は、相当程度解決すると考えられている⁴。

一方、株式会社についても、2001年と2002年の商法改正により株式の種類が増加したことで、株式の内容に関する定款自治の範囲が拡大され⁵、2005年には、とくに株式譲渡制限会社について大幅な定款自治が認められた。このような状況を背景として、新会社法下における株式会社の定款自治について議論されるようになってきたが、どこまで定款自治が認められるかまだ明らかではないうえに、そもそも、定款自治を広く認めることに批判的な見方もまだまだ根強い。一方、合同会社については、制度が創設されてからの歴史が浅く、理論も実務もあまり蓄積されていないため、定款自治に関する議論はまだ緒に就いたばかりである⁶。

本論文は、定款自治をどこまで拡大しうるか、また定款自治に限界があるか、あるとすればその根拠は何かを明らかにするために、1994年に制度が創設された

¹ 宍戸善一「定款自治の範囲の拡大と明確化」『商事法務』1775号（2006年8月）17頁。

² 合同会社の解説として、相澤哲・郡谷大輔「新会社法の解説(12) 持株会社」『商事法務』1748号（2005年11月）11頁、宍戸善一「持株会社」『ジュリスト』1295号（2005年8月）110頁、大杉謙一「合同会社」『法学教室』304号（2006年1月）84頁を参照。また、合資会社制度の歴史の変遷から、会社法における合同会社制度の創設の意義を検討するものとして、島田志帆「合同会社制度の創設と持分会社規制」『新会社法の基本問題』山本為三郎編（慶応義塾大学出版会、2006年）341頁。

³ 相澤哲・郡谷大輔、前掲論文（注2）13頁。

⁴ 江頭憲治郎ほか「(座談会)『会社法の現代化に関する要綱試案』をめぐって」『商事法務』1685号（2004年1月）26頁（相澤発言）。

⁵ 株式の内容に関する定款自治をどこまで認めるべきかという問題を詳細に検討しているものとして、松尾健一『株主間の公平と定款自治』（有斐閣、2010年）。

⁶ 有限会社の定款自治について検討するものとして、大杉健一「LLCにおける定款自治の基礎」『現代企業法・金融法の課題』（弘文堂、2004年）25頁。

フランスの簡易株式組織会社 (*société par actions simplifiée* (以下 SAS という)) における定款自治の範囲について検討するものである。SAS は、もともと合同会社のモデルとなったアメリカの LLC (*limited liability company*)⁷ と同じ有限責任の人的法人制度であり⁸、契約の自由を特徴とする会社である。SAS における定款自治に関する学説および判例から、わが国の会社法における定款自治について検討する際の示唆を得たいと考えている。

2 簡易株式組織会社 (SAS) 制度の導入前の状況

フランスにおいて、1980年代、企業集中が加速したことにより、企業結合の形成と再編が急激に増加した⁹。ただ、従前の株式会社法の強行法規性が、企業結合の一形態である共同子会社に対する障害となっていた¹⁰。それというのも、構成員がすべて法人である共同子会社は、株式会社形態で設立されることが多かったが、そこでは株主の交代は予定されておらず、所有と経営が分離していないなど¹¹、共同子会社の実態が法の想定しているものとは異なっており、現実と法の間には齟齬が生じていたからである。よって、共同子会社に出資する親会社間の相互協力を保証するためには、適法性が不確実であったにもかかわらず、株主間契約を締結する必要に迫られた^{12,13}。

一方で、企業がベンチャー・キャピタル (*capital risque*) からの出資を受けた

⁷ 大杉健一「新しい事業組織形態 (日本版 LLC) の構想 一国際事業力を持つ企業法制の模索として一 (I-IV・完)」『商事法務』1648号 (2002年12月) 4頁・1649号 (2002年12月) 14頁・1650号 (2002年12月) 19頁・1652号 (2003年1月) 30頁、大杉健一「LLC制度の導入」『企業会計』56巻2号 (2004年2月) 62頁、関口智弘「米国ベンチャービジネスにおける LLC の活用法 一日本版 LLC 制度の導入に向けて」『商事法務』1683号 (2003年12月) 24頁。

⁸ 経済産業省が平成15年に公表した「人的資産を活用する新しい組織形態に関する提案 一日本版 LLC 制度の創設に向けて」のなかで、アメリカの LLC と同様の性格を有する組織として、フランスの SAS が紹介されている。

⁹ Jean-Jacques Daigre, *Les clauses relatives à la cession des actions*, *JCP E*, 1994, Cah. droit de l'entreprise, suppl.2, p.13.

¹⁰ Yves Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, 12^e éd., 2003, p.505, n°471-1.

¹¹ 奥島孝康「共同子会社の理論研究序説」『早稲田法学』51巻1・2号 (1976年3月) 200-203頁。

¹² 共同子会社として成立するための不可欠条件として最たるものは親会社間の契約 (基本契約) の存在であり、基本契約の会社形態への反映こそが共同子会社の最大の特色であるとする。(奥島孝康「共同子会社の法構造」『早稲田法学』57巻3号 (1982年) 204頁)。

¹³ 株主間契約は、当事者の同意、当事者能力および確実かつ適法な目的 (*objet*) と理由 (*cause*) の存在という契約の有効性の要件を満たす必要がある。株主間契約は公明正大に (*loyal*) 締結されるべきであり、契約の相手方の意図的な術策の被害者となった署名者は、無効または損害賠償を請求するために詐欺 (*dol*) を主張することができる (Dominique Velardocchio-Flores, *Les accords extra-statutaires entre associés*, 1993, p.189; Francis Lefebvre, *Pacte d'actionnaires et engagements fiscaux*, 2006, p.12, n°70)。

際、当該出資をなした者が少数派であっても、会社の経営に関与することを望むことがあり、そのような場合には、構成員間で出資比率にとらわれない権限分配を取り決める必要が生じた。このような事情も株主間契約の締結を後押しすることになった理由であるとされている¹⁴。

株主間契約には次のような利点があるとされている¹⁵。

第一に契約の秘密性である。定款の不都合な点は、その公開性である^{16,17}。いかなる者でも定款の写しまたは抄本の交付を請求することができ、裁判所書記官および国立所有権協会は、請求者に対してこれらを交付する義務を負う（商法典規則 123-150 条）。このように定款は開示されるため、社員が契約の内容を秘密にすることを望む場合は、契約を定款に定めないことのみがその目的を達成する手段となる。

第二に、契約の個別化の容易さである。株主間契約が増加した理由として、株主間契約は社員の一部のみに条項を適用するのに適しているという事情がある¹⁸。

¹⁴ Yves Guyon, *Les sociétés: Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., 1993, l'avant-propos.

¹⁵ Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.11, n°55.

¹⁶ 簡易株式組織会社の社員は、定款の公示を過度に押し付けがましく (*intrusive*)、無遠慮 (*indiscrete*) な制度であると考えている。公示の義務は、株主間の合意は秘密にしておくという実務の慣例と相容れないからである。

もっとも、株主間契約の秘密性は絶対ではない (株主間契約に基づく共同支配の存在を判断するため、株主間契約の通知 (*communication*) が命じられた裁判例として、CE, 6 oct. 2004, *RTD com.*, 2005, p.99, obs. Champaud)。

¹⁷ 定款は書面 (私署証書または公正証書) により作成され (民法典 1835 条)、社員または特別な権限を有する受任者により署名される (225-15 条) (社員が定款に署名するまでは、いつでも定款を変更することができる)。当該署名から 1 ヶ月以内に、定款を登録所に提出しなければならない (一般税法典 (*code général des impôts*) 635 条 1-1°・5°)。次に、公示手続が行われる。会社の設立に関する公示は、まず、①商業および会社登記簿 (*registre du commerce et des sociétés: RCS*) への登録により行われる (210-1 条)。この商業および会社登記簿への登録の申請書の添付書類として、定款の謄本が企業手続センター (*centre de formalités des entreprises: CFE*) を介して、商事裁判所の書記局に提出される (商法典規則 123-17 条・123-103 条)。そして、②法定公告新聞 (*journal habilité à recevoir annonces*) に会社設立の通知書が掲載され (同規則 210-3 条)、③民事および商事公告公報 (*bulletin officiel des annonces civiles et commerciales: BODACC*) により会社の設立が公示される (同規則 210-8 条) (民事および商事公告公報による公示は、会社の義務ではなく、商事裁判所の書記官の義務である)。公示手続の不履行も不正規の履行も会社の無効原因とはならないが (Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.43, n°445)、あらゆる利害関係者は、設立の補正が遅延科料のもとで命ぜられるべきことを裁判上請求することができる (210-7 条 2 項)。また、会社の発起人および原始指揮者は、会社の設立に関する法律および規則所定の手続の不履行または不正規の履行により生じた損害に対し、連帯責任を負う (210-8 条)。

¹⁸ もっとも、特定の社員への特別利益の付与 (225-147 条)、または種類株式を発行することにより (228-11 条)、各社員の権利および義務を個別化することも可能である。したがって、実質的に、一部の株主のみに定款を適用することと同

その他、契約の内容についての裁量の幅が広いこと、契約期間を限定できること^{19,20}、契約に違反した場合に特別な制裁を課すことができることが株主間契約の利点である^{21,22}。

反面、契約の対抗力、および契約に違反した場合の制裁については問題点があることも否定できず、また、定款の有効性が争われることはめったにないが、株主間契約の場合、当事者の一部が契約を免れる目的でその有効性を争うことがある²³。

内容の変更も株主間契約の方がより要件が厳しくなっており、民法典 1134 条が適用され²⁴、当事者、すなわち契約の署名者の全員の合意があった場合に変更することができる²⁵。これに対して、署名者全員が契約変更の手続について合意した場合、多数決によって契約を変更することが可能であるとする見解がある。この見解によれば、少数派社員が反対した場合でも契約を変更することができる権限を多数派社員に付与することも含めて、契約の変更または削除の要件を株主間契約に定めることができるとする。この場合、当事者全員が多数決による決議に同意していること、またその審議方法および必要な多数について契約をもって明確にしておく必要があるとする²⁶。

定款の変更は、株式会社の場合、株主の議決権の 3 分の 2 以上の多数をもって

じ効果が得られる。ただし、定款にこれらの定めを置く手続は形式的かつ過重である。定款の変更が必要であるとともに、出資検査役および会計監査役の関与が必要となるからである。

¹⁹ たとえば、議決権拘束契約は限られた期間についてのみ有効とされるため、会社の全存続期間にわたって適用される定款とは両立しない。したがって、議決権拘束契約を定款に定めることは妥当ではなく、株主間契約に定める方が適している。

²⁰ 後の争いを避けるために、当事者は契約期間を定めておくことが望ましい。期間を定めなかった場合には、期間の定めのない契約とみなされ、各当事者はいつでも一方的に契約を解除することができる。

契約期間を定める場合、内容の異なる条項ごとに異なる契約期間を定めることができる (Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.15, n°115)。

²¹ Philippe Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 12^e éd., 2008, p.740.

²² この他、会社にとって負担が重い手続の適用を避けるために (たとえば、一部の社員または第三者に特別利益を付与する場合の規定 (225-8 条 1 項・225-14 条・225-147 条・228-15 条) は SAS に適用しうる (227-1 条))、株主間契約を利用することがある。

²³ Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.10, n°60-62.

²⁴ 解除の合意の原則に関する民法典 1134 条 2 項によれば、契約 (convention) は、法が認めた理由がある場合に、当事者の相互の合意をもってのみ解除することができる。

²⁵ Jean-Jacques Daigre, *Pactes d'actionnaires*, 1995, p.17, n°34; Philippe Brunswick, *SAS et capital investissement: vers la fin des pactes d'actionnaires extra-statutaires?*, *D.*, 2000, p.602.

²⁶ Bruno Dondero, *Statuts de SAS et pactes extra-statutaires: questions et confrontations*, *Bull. Joly*, 2008, p.250, n°32.

行うことができる（商法典 225-96 条 3 項（以下、特に言及しない限り、引用する条文は商法典の条文である²⁷⁾）²⁸。SAS の場合、定款の変更に関する一般規定はなく、株式の譲渡に関する規定を定款に定めるとき、または定款の内容を変更する場合、社員全員の同意が必要であると定められているのみである（227-19 条）。したがって、それ以外については、定款変更の手続を定款に自由に定めることができ、指揮者²⁹または社員の合議による決議（*décision collective*）により変更することができる³⁰。定款の定めがない場合には、民法典 1836 条 1 項を適用し、定款は社員全員の同意によってのみ変更することができる³¹とされている。

株主間契約は多種多様であり、議決権拘束契約などの議決権に関する契約³²、法定機関以外の会議体を設置する契約のように会社の指揮または管理に関する契約、先買条項、社員の除名条項など株式の譲渡に関する契約などがある³³。

株主間契約の存在がますます重要になるなかで、1994 年 1 月 3 日法³⁴により新たな形態の会社³⁵、すなわち、SAS が導入されたことは、株主間契約をめぐる議

²⁷ なお、現行商法典および 1966 年商事会社法の訳については、山口幸五郎・加藤徹「フランス新会社法（一）～（一五・完）」『阪大法学』67 号（1968 年 7 月）～86 号（1973 年 3 月）に多くを依拠している。

²⁸ 株主全員の同意がなくても定款を変更できるということは、一部の株主のみに利益をもたらしている権利が当該株主の反対にもかかわらず変更される可能性があり、潜在的な危険が生じると批判する見解がある（Brunswick, *supra note n°25*, p.602）。

²⁹ 実務上、指揮者には、会社住所の移転など、かなり限られた事項についてのみ定款変更の権限が付与される（Pierre-Louis Périn, *SAS: La société par actions simplifiée*, 3^e éd., 2008, p.220, n°467）。

³⁰ Paul Le Cannu, *Les dirigeants de la société par actions simplifiée*, *Rev. soc.*, 1994, p.254, n°25.

³¹ Francis Lefebvre, *Société par actions simplifiée*, 4^e éd., 2007, p.194, n°1305; Périn, *supra note n°29*, p.220, n°467.

³² フランスにおける議決権拘束契約については、土肥一史「議決権拘束契約の許容性とその限界」『福岡大学大学院論集』6 巻 1 号（1974 年）15 頁、土肥一史「フランス法における議決権自由行使の原則の展開」『福岡大学法学論叢』21 巻 3 号・4 号（1977 年）339 頁、白石智則「フランス会社法における議決権拘束契約の有効性（一）（二）（三）」『早稲田大学大学院法研論集』97 号（2001 年）・100 号（2001 年）・103 号（2002 年）、白石裕子「フランス会社法における議決権契約」『現代企業法の理論と課題』（信山社、2002 年）231 頁、森田果「株主間契約（三）（四）」『法学協会雑誌』119 巻 9 号（2002 年）1728 頁以下・119 巻 10 号（2002 年）1925 頁を参照。

³³ フランスにおける株主間契約の全体像について、田邊真敏『株主間契約と定款自治の法理』（九州大学出版会、2010 年）148 頁を参照。

³⁴ Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée.

³⁵ SAS 制度の創設に向けた草案の作成過程において、新形態の会社の名称と形態が問題となった。名称については、「契約会社」または「人的会社」も候補にあがっていたが、これらは新たな会社形態を創設する目的をより明確に表しているものの、少々挑発的すぎるという理由により採用されなかった。形態については、簡易株式会社とするか簡易株式組織会社とするか議論された（Guyon, *supra note n°10*, p.506, n°471-1）。

論に大きな影響を与えた³⁶。

SASは、フランス商法が企業の要請と取引のグローバル化の時代に十分に適応していないことを遺憾に思う経済界の不満を背景に誕生した。すなわち、当時の有限会社、株式会社および株式合資会社に関する多くの規定は強行法規であり、その強行性が合理的な根拠を有しないと主張されていた³⁷。そこで、フランス経営者全国評議会（conseil national du patronat français: CNPF）³⁸の特別委員会は、とくに共同子会社（ジョイント・ベンチャー）への適用を念頭において³⁹、定款上の自治をほとんど認めていない株式会社でもなく、構成員に無限連帯責任を課している合名会社または経済的利益団体（groupement d'intérêt économique: GIE）でもない、新しい会社形態を提案するに至った⁴⁰。

このような経緯から、SAS法は最小限の規定のみを置き、定款自治の範囲が広く認められている。したがって、これまで株主間契約により定めていた事項を、定款に定めることが可能となった。本論文では、まず、定款に定めることが認められたことの意義を明らかにするため、社員、会社、第三者に対する対抗力、および内容に違反した場合の効力について、定款と株主間契約を比較検討する（Ⅱ）。そして、SASにおける定款自治が具体的にどのように拡大されたのか（Ⅲ）、ま

³⁶ SASの成立過程については、井上治行「フランスにおける簡易株式制会社法の成立過程」『富士論叢』（富士短期大学）40巻2号（1995年11月）31頁、井上治行「簡易株式制会社の設立」『富士論叢』43巻2号（1998年11月）75頁を参照。

SASの全体像についてこれまで紹介されている論文として、井上治行「フランス会社法と契約の自由」『早稲田法学』75巻3号（2000年3月）231頁、鳥山恭一「フランスの略式株式会社制度」『比較法学』29巻1号（1995年）143頁、白石裕子「フランス会社法における簡略型株式会社」『早稲田法学』73巻3号（1998年3月）339頁、鈴木千佳子「会社組織および活動の柔軟性」『法学研究』73巻2号（2000年2月）113頁、生田美弥子「フランス簡易会社と会社法改正」『現代企業法・金融法の課題』（弘文堂、2004年）44頁がある。また、1999年の改正について、鈴木千佳子「フランス簡易株式制会社の1999年改正について」『法学研究』73巻12号（2000年12月）85頁を参照。

³⁷ Guyon, *supra* note n°10, p.505, n°471-1.

³⁸ 1998年にフランス企業団体（mouvement des entreprises de France: MEDEF）に改称。

³⁹ Paul Le Cannu et Bruno Dondero, *Droit des sociétés*, 3^e éd., 2009, p.637, n°952.

⁴⁰ 1990年10月に発表されたCNPFによる報告書（簡易株式会社、企業同士の接近の構造（La société anonyme simplifiée, structure des rapprochements d'entreprises））の中で、ごく限られた数の企業が商業上または工業上協力するために設立することが多い共同会社（sociétés communes）に適した法的組織の新設が提案され、この提案がSASを創設する契機となった（Bernard Field, *Présentation générale, Société par actions simplifiée*, 1994, p.5）。このような経緯から、SASが創設された当初、SASの社員となることができたのは、資本金150万フラン（225000ユーロ）以上の会社に限られていた。1999年にこのような社員資格は撤廃され、現在は自然人もSASを設立することができる。

た、定款自治の範囲に限界はあるのか、あるとすればその根拠は何かという点について（IV）、社員権を中心に検討する。

定款自治の拡大については、社員の地位である株式の譲渡に関する条項と、社員の重要な権利の1つである議決権に関する条項を取り上げる。そして、SASにおける定款自治の限界の有無およびその根拠については、定款による議決権の剥奪の可否に関する破毀院判決を素材として検討する。

ところで、SASの特徴の1つは社員の個性の重視である⁴¹。そのため、SASは株式組織会社であるにもかかわらず、「株主」ではなく、「社員」という文言を使用している⁴²。SASの社員には、法人も自然人もなることができる。法人社員には商法典上の会社はもちろん、経済的利益団体（GIE）、非営利社団（association）もなることができる。また、自然人の場合は未成年者または被後見人であってもよいとされている⁴³。

⁴¹ SASのもう一つの特徴は会社の機関設計の柔軟性である。すなわち、株式会社の管理機関、指揮機関および株主総会に関する規定はSASに適用されず（227-1条3項）、社長を唯一の法定機関とし（227-6条）、管理機関および指揮機関については定款で自由に定めることができる。これもまた定款自治の拡大の表れの1つである。

⁴² SAS制度を創設する1993年法案は、「株主」という文言を用いていたが、議会での審議の際に上院が「社員」という、より一般的な名称を利用することを望んだ。SASが社員の強い人的関係を前提としているからである。

⁴³ 外国人も、法人であれ自然人であれ社員になることができる。その場合、外国の商業手帳を取得する必要はなく、知事の許可も不要である。ただし、宣誓義務（obligations déclaratives）および外国の投資に関する認可が必要な場合がある。

II 定款と株主間契約の比較

1 序

SASにおいては定款自治が広く認められているが、いまなお株主間契約の存在意義は失われていないとされている⁴⁴。実務上、SAS形態で会社を設立したうえで、定款には最低限の規定を置き、株主間契約により補完するという方法が広く知られている^{45,46}。

そこで、定款に定めることの意義を明らかにするために、社員、会社、第三者に対する対抗力、および規定に違反した場合の効力について、定款と株主間契約を比較検討する。

2 社員に対する対抗力

まず、社員に対する対抗力であるが、定款の効力は株主間契約に優るとされている⁴⁷。

定款は社員の共通規則 (*loi commune*) であるため、すべての株式の保有者に対して定款が適用される。また、発行済の株式の譲受人にも、および増資時に発行された新株の引受人に対しても、定款を対抗することができる⁴⁸。

⁴⁴ Georges Ripert et René Rolbot, *Les sociétés commerciales*, 19^e éd., 2008, p.710, n°2011-1.

Guyon 教授も、SASにおいて定款自治の範囲が広く認められているからといって、株主間契約が一切不要となると結論づけることには疑問があるとする。ただし、株主間契約を全社員に適用し、とくに秘密にする必要がない場合には、定款外で株主間契約を締結するメリットはあまりない。かえって、第三者に対抗できるようにするために、定款に定めるほうが良いとする (Guyon, *supra* note n°10, p.520, n°471-6)。

⁴⁵ ただし、会社の機関についてであるが、株主間契約に会社の機関に関するすべての事項を定めることはできないとされている。とくに、会社を指揮する要件 (227-5条)、および社員の合議によりなされる決議の方法と要件 (227-9条)は、必ず定款に定める必要がある。もっとも、これらの要件の詳細を内部規則などで定めることは禁じられていないとされている (Le Cannu, *supra* note n°30, p.241, n°3)。

⁴⁶ 定款と株主間契約とが抵触する場合は、一般原則により、定款が株主間契約に優先する。この点について、株式会社に関するものであるが、いくつかの判例がある。①内部規則が定款に反するときは、内部規則が無効となる (Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.*, IV, n°133)、②定款上および定款外の契約の双方に先買権に関する定めがあり、両者が抵触する場合は定款上の先買権が優先する (Cass. com., 15 déc. 1994, *Bull. Joly*, 1994, p.508)、③定款外の除名条項が定款に反するときは、定款外の条項は無効となる (Cass. com., 8 févr. 1982, *Bull. Joly*, 1982, p.970; CA Paris, 21 déc. 1983, *Dr. sociétés*, 1984, n°74, note Germain)。

⁴⁷ Brunswick, *supra* note n°25, p.597.

⁴⁸ 株式の新たな保有者が、定款を適用されることについて承諾したかどうかを確かめる必要はないとする (Dondero, *supra* note n°26, p.245, n°2)。

一方、株主間契約の対抗力については、次の場合には問題は生じない。すなわち、①会社が株式を発行し、株主間契約の最初の署名者が株式を受け取った場合、②株主間契約の最初の署名者から包括承継人に株式が譲渡された場合⁴⁹、③株主間契約の署名者の1人から別の署名者に株式が譲渡された場合である。これらの場合には、株主間契約は原則として株式を譲り受けた者に対抗することができる⁵⁰。

3 会社に対する対抗力

定款を会社に対して対抗できることについては、とくに問題ない⁵¹。会社代表者は定款を遵守する義務を負う。

一方、株主間契約については、次の場合には、支障なく会社に対して対抗することができる⁵²。まず、①株主間契約を確実に遵守することを約束した会社代表者が株主間契約に署名した場合、次に、②会社が、当該会社が知っている株主間契約を遵守し、かつ、遵守させる義務を負うという定款の定めにより、株主間契約に服する場合、最後に、③株主間契約の署名者が、会社に株主間契約を一部送付した場合である。

4 第三者に対する対抗力

まず、株主間契約の第三者に対する対抗力であるが、株主間契約は契約の当事者間でのみ効果が生じ、契約が第三者を害することも利益をもたらすこともない（民法典 1165 条）⁵³。したがって、第三者に株式を譲渡した場合は、当該第三者が株主間契約を承認しない限り、株主間契約を当該第三者に対抗することができない。この問題を回避するための方法が、実務上、いくつか検討されている⁵⁴。

第一に、株主間契約の署名者の特定権利承継人（*ayant droit particulier*）が株主間契約に従うように、署名者に次のような義務を課す契約を締結するというものである。まず、特定権利承継人に対する請合い（*porte-fort*）⁵⁵の義務を署名者

⁴⁹ 包括承継人が自然人であると法人であることを問わない。包括承継とは、自然人の場合、相続および無償贈与であり、法人の場合は合併、分割、資産の一部出資および財産の混同による解散のことである。

⁵⁰ ただし、株主間契約を適用しないことを当該株主間契約に明示または暗示に規定していた場合は、当該株主間契約は適用されない。

⁵¹ *Brunswick, supra note n°25, p.598*. ただし、会社による定款の承認が必要であるか否かについて、議論の余地があるとする見解がある（*Dondero, supra note n°26, p.245, n°2*）。

⁵² *Brunswick, supra note n°25, p.598*.

⁵³ ただし、自己のためにする約定または他人にする贈与の条件が、第三者のために同様に規定することである場合は、第三者に契約の条項の利益をもたらすことができる（民法典 1121 条）。

⁵⁴ *Daigre, supra note n°25, p.15, n°27; Brunswick, supra note n°25, p.597*.

⁵⁵ 請合いの約束（*promesse de porte-fort*）は、ある者が、約束の相手方に対し、

に課すことである⁵⁶。すなわち、署名者は、特定権利承継人を株主間契約に従わせることを約束する。また、株式を譲渡する際、株主間契約に特定権利承継人が参加したという証拠を提出することを事前に署名者に義務づけることもある⁵⁷。あわせて、これらの義務に違反した場合に、株式の譲渡を禁止するという制裁を課すことも考案された。

第二に、株式を譲り受けたことにより特定権利承継人が取得する会社に対する権利は、第三者の監督のもとで行使することができるという措置もしばしば活用されている。すなわち、株主間契約の署名者の株式は、特定権利承継人が株主間契約に参加したことを確認した後に当該権利承継人へ株式の譲渡を認めることを署名者から委任された者（管理者または寄託者）により管理され、またはその者に寄託される。特定権利承継人が株主間契約に参加しない場合には、管理者または寄託者は、当該権利承継人が権利を会社に対抗することを妨げることができる⁵⁸。

次に、定款の第三者に対する対抗力についてである。そもそも、定款に定めたことのみをもって、すべての第三者に定款に対抗することができるとするのに十分であるかが問題となる⁵⁹。

法律上、株主または社員が、定款の定めを第三者に主張することができない場合がある。すなわち、会社指揮者の権限を制限する場合である（223-18条・225-51条・227-6条）。SASの社長について規定する227-6条によれば、第三者との関係において、社長の行為が会社の目的を超えていたことを第三者が知っていた、

第三者の契約(engagement)を得ることを請け合うことである(民法典1120条)。

⁵⁶ 請合いを承認しない場合には、署名者に損害賠償の請求という制裁を課す(損害賠償額は抑止効果のある程度である)。

⁵⁷ 証拠の提出を怠った場合には、署名者に損害賠償を請求する(損害賠償額は適切な方法であらかじめ定めておくことができる)。

⁵⁸ 特定権利承継人は、会社に対する自己の権利を登記させるためには、裁判所に請求する以外の選択肢はない(Brunswick, *supra* note n°25, p.598)。

⁵⁹ Brunswick, *supra* note n°25, p.598.

商業登記簿の登記事項について、未登記の場合に対抗できない登記事項は、それが商業登記簿に未記載であるかぎり、善意の第三者に対して対抗することができず、登記がなされると、商業登記簿への未記載から生ずる対抗不能の効力は消滅することになる。しかし、この対抗不能の効力が消滅したということは、すべての第三者に対し、直ちに対抗することができるということを意味するのではないと解するのがフランスの多数説である。したがって、登記事項の登記は第三者への対抗不能をもたらすための必要条件ではあるが、第三者への対抗は、一般的にあってそれだけで十分条件になるのではない(加藤徹『商業登記の効力』(成文堂, 1992年)116頁)。

定款も会社および商業登記簿の添付書類として開示されるため(定款の開示手続については、前述(注)17を参照)、第三者に対する対抗力に関して、商業登記簿の登記事項の場合と同様の議論が当てはまるであろう。

または、状況にかんがみて、そのことを知りうべきであったということを会社が証明しない限り、会社は、会社の目的の範囲外の社長の行為についても責任を負わなければならない。そして、定款の公示はこの証明に十分であるとは認められない（2項）。また、社長の権限を制限する定款の定めは第三者に対抗することができない（4項）。

これらの規定から、次のような結論が導き出される。まず、定款を公示したということのみをもって、社長が会社の目的の範囲外の行為をなしたことについて、第三者の悪意を証明するには不十分である、したがって、第三者は、会社と契約を締結する前に、当該会社の定款の内容を知っておく義務を有しないということである⁶⁰。一方、第三者が定款の内容を知っていた場合であっても、社長の権限を制限する規定は悪意の第三者に対しても対抗することはできない。

また、第三者、とくに将来の社員に対しても定款を対抗しようと定款に定めることはできないとされている。というのも、123-9条1項は、記載すべき事実と行為が登記簿に公示されなかった場合に限り、登記義務者は当該事実および行為を第三者に対抗することはできないとするが、この123-9条1項を定款の第三者に対する対抗力に援用することができるか否かについては、確実ではないからである⁶¹。

仮に、裁判所が、将来の社員には株式の譲受けまたは引受け前に会社の定款を調べる義務があるという判断を示すことがあれば、開示されず、第三者に対抗することもできない株主間契約に比べて、定款の方が有利であることが決定的となる可能性があった。しかし、今のところ、裁判所はこの点について言及していない。したがって、将来の社員が定款の内容を事前に知っておく義務、すなわち、社員が実際に定款の内容を知っていたか否かにかかわらず、当然定款を知っているものとみなされるということについて、いかなる判決も公表されていない。

このような定款の調査義務については、株式の取得者が所望する持株比率の大きさと無関係ではないとされている。第三者が将来の大株主となる場合に、当該第三者に厳しい要件を課すことが適法であるとするならば、反対に、取得する株式の数があまり多くない第三者には要件を緩和することも適法であると思われる。同様に、株主が投資の専門家であるかどうかということについても、今後考慮すべき要件となるであろう⁶²。

⁶⁰ 定款は開示されるため、第三者が定款違反の行為を行った場合、当該第三者が定款の規定を知っていたことをより簡単に証明または推定することが可能であることが定款の長所であるとする見解がある（Dondero, *supra* note n°26, p.245, n°2）。

⁶¹ 123-9条を会社に適用できるとするものとして、Périn, *supra* note n°29, p.83, n°208。

⁶² たとえば、上場会社の株主には公示に関する特別規定が適用される（233-7条・233-11条）。

SAS についてみれば、SAS の利用の拡大につながった 1999 年の改正によりもたらされた可能性によって、今後、将来の社員となる第三者があらかじめ定款の内容を知っておくことが原則になる可能性があるとする見解がある。SAS においては契約の自由が原則であるため、株式の譲受けまたは引受け前に、将来の社員が当該株式の権利と義務について確認することを求めることは可能であると思われるからである⁶³。このような定款の事前調査の義務化は、さまざまな分野において、調査義務を買主に負わせる判例の流れにも一致している⁶⁴。とくに、会社の持分に関する判例により、企業買収の専門家に対して、会社支配権の譲渡時にとりわけ神経質となる彼ら自身が調査し、照会する一種の義務が課されている⁶⁵。

5 規定に違反した場合の効力

SAS において、定款に違反してなされたあらゆる株式の譲渡に対して、無効という制裁が課される (227-15 条)⁶⁶。

また、社員の合議による決議について定款に定められた手続に違反してなされ

上場会社において、株主または投資家のみならず、会社の指揮者にとっても、株主分布の状況を知ることは重要である。そのため、一定限度 (20 分の 1、10 分の 1、20 分の 3、5 分の 1、4 分の 1、3 分の 1、2 分の 1、3 分の 2、20 分の 18、20 分の 19) の資本または議決権に相当する株式を保有するに至った場合、株主 (自然人および法人) は会社と金融市場庁 (autorité des marchés financiers) にそのことを通知しなければならない (233-7 条)。

また、上場会社において、資本または議決権の 0.5% 以上に相当する株式の譲渡または取得について優先的な条件を定めた株主間契約は、会社および金融市場庁に通知しなければならない (233-11 条)。いずれの場合も、金融市場庁は、所定の要件に従って、通知された情報を公示する (233-7 I 1 項・233-11 条 4 項)。

⁶³ Le Cannu 教授は、SAS においては、定款の強い特殊性 (spécificité) により、多数の株式を取得する前に定款を確認することは不可欠であるとする (*RTD com.*, 2005, p.553)。その結果、株式を取得して社員となった者は、定款の定めを知らなかったことについて、善意を主張することができない (Le Cannu et Dondero, *supra note n°39*, p.685, n°1034)。

⁶⁴ 裁判所は、株式の買主に、会社の状況についてあらゆる方法で調べることをますます求める傾向にある。調査を怠った場合、過失のある買主が被った損害の賠償額が減らされたり (CA Paris, 22 sept. 1995, *Bull. Joly*, 1995, p.1069)、隠れた瑕疵の詐欺または保証の準用が妨げられることになる。

⁶⁵ Cass. com., 15 nov. 1983, *Bull. Joly*, 1984, p.55; CA Paris, 9 avr. 1986, *JCP E*, 1986, n°15823; CA Versailles, 17 juin 1987, *Bull. Joly*, 1987, p.780; CA Colmar, 7 nov. 1990, *Dr. sociétés*, 1991, n°433; CA Paris, 2 mars 1995, *JCP*, 1995, I, n°3865, p.337; Cass. com., 13 janv. 1998, *BRDA*, 1998, n°4, p.3.

⁶⁶ 従前、定款に違反した場合は、会社に対して対抗することができないという制裁が課されてきた (Cass. com., 27 mars 1990, *D.*, 1991, Jur, p.503, note Bonnard)。定款に違反して株式を取得したとしても、譲受人が株主としての権利を会社に対抗できないのであれば、当該権利にはなんの価値もなく、この対抗不可能性は重大な結果をもたらす、つまり効果的な制裁となるとされていた

(Brunswick, *supra note n°25*, p.599)。

た決議は、すべての利害関係者⁶⁷の請求により無効とされる（227-9条4項）⁶⁸。したがって、定款により社員の合議により決議されると規定された事項を合議により行わなかった場合、または定款所定の手続および要件に違反して決議された場合など、定款に違反してなされた決議は無効となる。

株主間契約に違反した場合は、損害賠償を請求することができ（民法典 1142条）⁶⁹、また、契約の解除原因となる（民法典 1184条）^{70,71}。

株主間契約に違反してなされた行為を無効とすることができるか否かについては、当該行為がすでに行われたかどうか、および条項の目的に応じて分けて検討

⁶⁷ 利害関係者として、社員、定款所定の機関または監督機関の構成員、さらに社債権者の代表者が考えられる。一方、従業員、企業委員会、会計監査人、会社債権者は、直接的な利益を有しないので、利害関係者には該当しないとされている（*Le Cannu et Dondero, supra note n°39, p.677, n°1020*）。

⁶⁸ 1994年のSAS制度の導入時、社員の合議による決議に関する無効規定は置かれていなかった。そのため、1994年法のもとでは、社員の合議により（227-9条2項）、または全員一致して決議しなければならない事項（227-19条）の違反については、商事会社の一般規定である235-1条2項が適用され、無効とされる可能性があった。一方、定款条項（定款により社員の合議により決議されると規定された事項、または定款所定の手続および要件）に違反した場合、同様に、235-1条2項が適用され当該決議が無効となるかどうかは明らかではなかった。というのは、235-1条2項は、商法または契約法の強行規定に違反する行為または決議のみを対象としていたからである。判例により、当該235-1条2項の対象範囲を拡大して解釈することは認められなかったため（*Cass. com., 23 janv. 1992, JCP, 1993, II, 21994*）、単なる定款条項の違反は無効とはならないとされていた（*Le Cannu et Dondero, supra note n°39, p.676, n°1020*）。

⁶⁹ 現物による賠償が可能な場合を除く。

⁷⁰ 株主間契約の弱点は、契約違反の場合に当事者が突き当たる困難、すなわち、契約違反行為の無効という制裁は、無効を明確に定める法規がないと主張することが難しいというところにあると指摘されている（*Dondero, supra note n°26, p.245, n°2*）。

⁷¹ 解消条項（*clause de rupture*）の場合、株式を買い取る権利を有する者は、損害賠償の請求ではなく、自己への株式の強制的な譲渡を望む。株式譲渡の強制執行を認めた判決は数少ないが、控訴院は、實際上、法律上および道徳上可能である場合、すなわち第三者に株式がまだ譲渡されていない場合に限り、株式譲渡の強制執行を認めている（*CA Paris, 10 déc. 1998, Bull. Joly, 1999, p.482, note Daigre; CA Paris, 21 déc. 2001, RJDA, juin 2002, n°643; CA Versailles, 14 oct. 2004, RJDA, mai 2005, n°574*）。

一方、先買条項を無視して株式の譲渡がなされた場合、先買権者は損害賠償のみを請求することができ、自己への株式の譲渡を強制することはできない。というのは、先買条項は譲渡の予約（*promesse de cession*）とされ、譲渡人と先買権者双方の同意を前提とする売買契約が締結されない限り、強制執行は認められないからである（*Francis Lefebvre, supra note n°13, p.22, n°225*）。この点について、後述する株式の譲受人と先買権者による株主の地位の交代（*substitution*）が強制執行に該当するかという問題がある。強制執行と捉える見解もいくつかあるが（*D., 2006, p.1861, note Gautier; Bull Joly, 2006, p.1072, note Le Nabasque; LPA, 2006, n°186, p.12, note Houbron*）、厳密な意味における強制執行とはいえないとする見解もある（*Rev. soc., 2006, p.808, note Barbierl*）。

する必要がある。

たとえば、株式の譲渡の場合、契約違反となる譲渡行為はまだ行われていないが、第三者に株式を譲渡することを当該第三者と合意した場合、裁判所は、当該譲渡を無効とするのではなく、第三者が株主間契約を遵守するように促す傾向にある⁷²。

一方、第三者にすでに株式が譲渡されている場合、結論は対照的である。定款外の譲渡禁止条項、売却予約 (*promesse de vente*) に違反してなされた譲渡について、第三者が株主間契約の存在を知っていたということのみをもって譲渡を無効とした判例もあるが⁷³、近年は、譲渡を無効とするためには、譲受人が株主間契約の存在を知っていただけでなく、株主間契約の署名者である譲渡人と譲受人の詐欺的共謀 (*collusion frauduleuse*) をも要するとされている。詐欺的共謀について、破毀院は、先買条項に違反してなされた株式の譲渡に関する事案において、譲受人が、先買条項の存在のみならず、先買権を行使するという先買権者の意思を知っていたことであると判示した⁷⁴。

従来、譲渡が無効とされた場合であっても、株式の譲受人の代わりに株主間契約の署名者が株主となること、すなわち株主の地位の交代 (*substitution*) は認められなかったが⁷⁵、先買条項に関する最近の判決において、破毀院は地位の交代を認めた⁷⁶。ただし、株主の地位の交代が認められるためには、譲受人が先買条項の存在と先買権を行使するという先買権者の意思を知っていたということを立証しなければならない⁷⁷。

⁷² 株主間契約の署名者が先買権を有効に行使することができるようにするために、第三者を除名することが認められた事案がある (CA Lyon, 15 nov. 1990, *Bull. Joly*, 1991, p.54)。

⁷³ Cass. req., 30 oct. 1911, *D.*, 1916, 1, Jur. p.5; Cass. civ., 28 août 1940, *S.*, 1940, p.103.

⁷⁴ Cass. civ., 26 oct. 1982, *Bull. civ.*, III, n°116; Cass. com., 7 mars 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 977.

⁷⁵ Cass. civ., 4 mai 1957, *Bull. civ.*, I, n°197; Cass. civ., 3 avr. 1963, *Bull. civ.*, I, n°211; Cass. com., 27 mai 1986, *Bull. Joly*, 1986, p.687.

⁷⁶ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. Joly*, 2006, p.1072, note Le Nabasque. 2006年5月26日破毀院判決は、不動産の売却に関する事案であるが、株式を対象とする先買条項にも適用しうるとされている (*Groupes de sociétés*, 2007-2008, p.317, n°2928)。

⁷⁷ 株主間契約の秘密性が保持された場合、定款外の先買条項に違反してなされた株式譲渡の無効、および譲受人と先買権者の地位の交代 (*substitution*) が認められるために必要な要件である、譲受人が当該先買条項を知っていたことを証明することが困難になると指摘されている (Dondero, *supra* note n°26, p.245, n°2)。このように、譲受人が先買条項の存在および先買権者の意思を知っていたことを立証することは容易ではないとして、2006年5月26日破毀院判決は理論上は重要であっても、実務上はそれほど重要ではないと指摘されている。この見解によれば、結局、先買条項の違反は損害賠償のみによって制裁されることになるとする (Laurent Leveneur, *La violation du pacte de préférence peut être*

契約により、株主間契約に違反した場合の制裁について決めておくことも可能である。まず、制裁条項である。制裁条項とは、契約の履行を確保するために、不履行の場合に、ある者が何らかの義務を負うとする条項である（民法典 1226 条）。株主間契約に違反した場合に、違反者が他方当事者に損害賠償として支払うべき額を事前に決めておく場合がこれに該当する。制裁条項が有効であるためには、①制裁条項の目的は損害を償うためであり、金銭を支払うことにより契約の履行を免れることを当事者に認める解約金について定めるものではないこと、②制裁条項を適用する際、損害の理由が明確であり、金額が過大ではないこと（金額が明らかに過大または過小である場合、裁判所はその金額を減額または増額する権限を有する（民法典 1152 条））、③契約上の義務の一部のみが履行された場合、制裁条項の適用をどのようにすべきかを明確にすることが必要となる^{78,79}。

また、解除条項を置くこともできる。双務契約において、当事者の一方が債務を履行しない場合、訴えをもって契約の解除を請求することができる（民法典 1184 条）。このような解除権の行使を容易にするために、当事者の一方による債務不履行時に、契約は当然に解除されると規定しておくことができる。解除条項に解除理由を定める必要がある。また、解除権を行使する前に催告が必要な場合にはその旨を定めることもできるが、催告そのものは義務ではない。解除条項が不誠実（*mauvaise foi*）に定められた場合は、裁判所は当該条項を無効とすることができる⁸⁰。

sanctionnée par la substitution du bénéficiaire dans les droits de l'acquéreur de mauvaise foi, *JCP*, 2006, II, 10142)。

⁷⁸ Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.24, n°240.

⁷⁹ 一定の期日に他の社員に株式を譲渡する義務を負い、この義務に違反した場合には、遅延科料（*astreinte*）の支払いを課すことも可能である。遅延科料とは、債務の履行を遅滞している契約の一方当事者が、他方当事者に遅滞している日ごとに一定の金額を支払うという制裁条項の一種である（Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.25, n°260）。この遅延科料に対しても、民法典 1152 条が適用される（*Cass. civ.*, 3 janv. 1985, *Bull. civ.*, I, n°4）。

⁸⁰ Francis Lefebvre, *supra* note n°13, p.24-25, n°250-254.

Ⅲ 定款自治の拡大

1 株式譲渡に関する拡大

(1) 総説

法は、本来、株式を自由に譲渡できることを原則としており、ごく限られた場合にのみ譲渡を制限することを認めている。しかし、株式会社であっても人的要素を重視する会社においては、株式譲渡の自由（この自由には、譲渡しない自由も含まれる）を制限する必要性があり、このような要請を満たすために、実務上、株主間契約を締結することが以前から行われていた。現在ではその内容も相当多様化している⁸¹。

たとえば、株主の立場にとどまらせることを目的とする株式の譲渡禁止条項、逆に、一定の事由が生じた場合に株主の除名を認める除名条項や、少数派株主の退社権を保証するための共同退社条項（*clause de sortie conjointe*）⁸²、また、新たな株主の入社を管理することを目的とする株式の譲渡承認条項および先買条項、さらに、株主間の対立を解消し、会社の継続性を確保することを目的とするデッド・ロック条項（*clause d'impasse*）⁸³、バイ・セル条項（*clause «buy or sell»*）⁸⁴および仲裁条項⁸⁵である⁸⁶。

株式譲渡に関する株主間契約が締結された場合、法律には株式の譲渡承認条項についての条文（たとえば株式会社につき、228-23条）以外の規定が存しなかったために、これらの契約の有効性と効力が学説上および裁判上争われてきた。有効性についていえば、株式の譲渡禁止条項が株式を譲渡する権利を妨げるおそれがあり、社員の除名条項は、反対に、株式を保有し続ける権利を侵害する可能性

⁸¹ Jean Stoufflet, *Aménagements statutaires et actionariat de la société par actions simplifiée*, *Rev. soc.*, 2000, p.241.

⁸² 共同退社条項（*clause de sortie conjointe*）は、多数派株主が第三者に株式を譲渡して退社しようとする場合に、少数派株主も同時に退社できるよう、当該第三者に対して少数派株主の株式の取得を請求できる条項である。少数派株主に投下資本の回収の機会を保証することを目的としている。

⁸³ 会社の機関による決定が麻痺してしまうデッド・ロック状態を解消するために、対立を解消する方法または合弁等の解消方法をあらかじめ定めておく場合がある（江頭憲治郎『株式会社法』（第3版）（有斐閣、2009年）904頁）。わが国の会社法における解散判決（833条）も合弁を解消するために利用することができる。

⁸⁴ バイ・セル条項（*clause «buy or sell»*）は、一方当事者が他方当事者の持株の買取りを申込み、譲渡の申込みを受けた者はその申込みを承諾するか、または申込みを拒絶して逆にその価格で譲渡の申込みをした者の株式を買い取ることができるものである（井原宏『企業の国際化と国際ジョイント・ベンチャー』（商事法務、2005年）235頁）。

⁸⁵ たとえば、除名条項に仲裁者が関与する範囲を定めておくことができる（*Le memento de la SAS/SASU*, 4^e éd., 2007, p.152, n°285）。

⁸⁶ Daigre, *supra* note n°9, p.14.

があった。また、除名される株主が保有する株式の買取価格を事前に決定することが、獅子条項 (clause leonine) の禁止に抵触するのではないかという問題も生じた⁸⁷。一方、効力に関しては、株式の譲渡承認条項に違反して株式が譲渡された場合に、当該譲渡行為を無効とすることができるのか、あるいは損害賠償を請求できるにとどまるのか等が議論された。

SAS においても、株式の譲渡は原則として自由であるが^{88,89}、SAS は株式組織会社でありながら、社員の個性が重要な役割を果たしている会社である。そこで、人的要素の重視に繋がる社員の団結と安定性を確保するために⁹⁰、SAS 法は、株式の譲渡禁止条項 (227-13 条)、株式の譲渡承認条項 (227-14 条)、および社員の除名条項 (227-16 条・227-17 条) を定款に定めることができることを明確にしたのである⁹¹。株式の譲渡禁止条項および譲渡承認条項は、SAS の経営が軌道に乗るまでにある程度の時間を要することを勘案して、株式を譲渡する権利を一定の範囲内で制限し、容易な社員の入れ替わりを阻むことを目的としている。また、社員の除名条項については、SAS の法人社員が第三者の支配下に移ることにより、SAS の社員相互間の関係に影響を与えるのを回避するために、当該法人社員を除名することが認められたほか、定款に社員が除名される事由を具体的に定めることが可能になった。

かくして、株式の譲渡禁止、譲渡時の事前承認、および社員の除名に関する株主間契約を定款に定めた場合には、それらの効力は有効となり、契約に違反した場合には無効という制裁が課されることも明示された (227-15 条)。もっとも、手続や要件などの具体的な中身については、法律ではほとんど規定されておらず、大部分は定款自治に委ねられている。そこで、まず、SAS における株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項の内容について、SAS が導

⁸⁷ 株式会社および SAS を含むすべての会社に適用される民法典 1844-1 条 2 項は、「ある社員に会社が得た利益の全部を与える、もしくは損失を全額免除する規定、または、ある社員に利益を一切与えない、もしくは損失を全て負わせるとする」条項、すなわち獅子条項は定款に記載されていないものとみなすとしている。

そこで、買取価格を決定した後に生じた事情を一切勘案しないことが、このような獅子条項を禁止する規定に抵触するのではないかという問題が生じる。この点については、後述 (2 (4)(e))。

⁸⁸ 有限会社の場合、第三者への持分の譲渡は、持分の半数以上を有する社員の同意をもってのみ行うことができるのとは対照的である (223-14 条参照)。

⁸⁹ SAS における株式の譲渡は、他の有価証券と同じように、譲渡人の口座 (compte) から譲受人の口座への株式の振替 (virement) により行われる (金融および財政法典 (code de monétaire et financier) に関する規則 211-2 条)。

⁹⁰ Etienne Dailly. Rapport, doc. Sénat n°35, session 1993-1994, p.11.

⁹¹ SAS における株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項については、井上治行「フランス簡易株式制会社における株式の譲渡に関する定款条項(1)」『富士論叢』(富士短期大学) 44 巻 2 号 (1999 年 11 月) 35 頁においても詳しい検討がなされている。

入される以前の状況にも言及し、会社がどこまで自由に定款に定めることができるかという点を検討する。また、SASにおいて、これらの株式譲渡に関して法で定められた以外の条項を定款に定めることも可能であるとされている。株主間契約に規定することも当然可能であるが、法が明確に規定していないからといって、定款に定めることが禁じられていると結論づけることは不合理であるからである⁹²。定款に定めた場合は、定款に違反してなされた株式の譲渡に対して、無効という制裁を課すことが認められるという利点がある（227-15条）。そこで、株式譲渡に関する法定外の株式の先買条項、株式数の上限条項、および社員の退社条項について、同様に定款に定めることができる内容を検討する。

なお、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項を定款に新たに定めるとき、またはその内容を変更するときは、社員全員の同意を要する（227-19条）⁹³。決議を行う際は全社員が投票に参加し、1人につき1個の議決権を有する⁹⁴。したがって、持株数に応じた議決権の割当て、または、多数決による決議などは認められない。棄権票があった場合も全員の同意があったとはみなされず、社員は、反対票を現実に投じなくても、欠席することによって決議を否決することができる⁹⁵。

227-19条は、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項を定款から削除する場合の要件について言及していない。これらの条項の定款への記載および内容の変更時の場合と同様に、条項を削除するときにも社員全員の同意が必要であるとする見解がある一方⁹⁶、全員の同意は要しないとする見解もある。定款への記載および内容の変更時に社員全員の同意を求めたのは、株式の譲渡自由性に対する制約から社員の利益を保護するためであるとし、条項の削除により社員は株式譲渡の自由を得られるからである⁹⁷。要件を明確にするために、多数決による決議を容認する場合、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条

⁹² J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 155-3, n°35; Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, *Droit des sociétés*, 22^e éd., 2009, p.416, n°921; Hélène Azarian, *La société par actions simplifiée*, 2^e éd., 2007, p.123, n°196; Philippe Delebecque, *Société par actions simplifiée et pactes d'actionnaires*, *Société par actions simplifiée*, 1994, p.62 n°129; Daigre, *supra* note n°9, p.16; Le Cannu et Dondero, *supra* note n°39, p.689, n°1044.

⁹³ 株式譲渡に関する法定外の条項の定款への記載および内容の変更時には、社員全員の同意を要しないとされている（Périn, *supra* note n°29, p.142, n°357）。

⁹⁴ Périn, *supra* note n°29, p.142, n°357.

⁹⁵ Périn, *supra* note n°29, p.142, n°357.

⁹⁶ Michel Jeantin, Les associés de la société par actions simplifiée, *Rev. soc.*, 1994, p.237, n°45.

⁹⁷ 少数派社員を保護するための義務から多数派社員が免れることを阻止するために、社員全員の同意を求める方が望ましい場合もあるとする（Périn, *supra* note n°29, p.143, n°358）。

項、および社員の除名条項を削除するための決議要件を定款に明示すべきであるとされている⁹⁸。

株式譲渡に関する条項は、法定および法定外の条項いずれも、全社員が有する全ての株式に適用しうることはもちろん、ある種類の株式のみ、または一部の社員が有する株式のみを条項の対象とすることもできる。たとえば、会社の中心的なグループ (*noyau dur*) を構成する社員が有する株式の譲渡を禁じたり、一部の社員が株式を譲渡する場合にのみ会社の承認を要するとすることもできる。また、特定の者 (社員、第三者全般、またはライバル会社のように特定の第三者) への株式の譲渡を禁じるとすることもできる⁹⁹。

(2) 一人 SAS の場合

1999 年の商法改正により、一人 SAS (*société par actions simplifiée unipersonnelle* (以下 SASU という)) の設立が認められた (227-1 条 1 項)。あわせて、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項に関する 227-13 条から 227-19 条の規定は、SASU には適用できないとする 227-20 条が追加された。

株式の譲渡または新株の引受けによる新たな社員の入社を SASU が予定している場合、この 227-20 条の存在が障害となる可能性がある。というのは、社員が 1 人である限り、SASU は株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項を定款に定めることができず、また、新社員の入社後にこれらの条項を定款に記載するためには、当該新社員の同意を必要とし、定款に定めることができるかどうか不確実であるからである。しかしながら、このような危惧は無用であるとされる。227-20 条は SASU に「適用できない」とするのみで、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項を定款に定めることを禁止しているわけではない。定款の定めがある場合に、一人社員は、株式の譲渡禁止条項または譲渡承認条項を根拠として株式の譲渡を拒否することができないだけである。新社員が入社する前から株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項、および社員の除名条項が定款に定められていたときは、新社員は定款条項に従わなければならない、当該定款条項に反対の場合には、一人社員に内容の変更を申し出るか、その SAS への入社を断念するほかない¹⁰⁰。しかしながら、このことをもって、強行法規違反、脱法行為または多数派の濫用があるとして、定款

⁹⁸ Périn, *supra* note n°29, p.143, n°358.

⁹⁹ Périn, *supra* note n°29, p.139, n°352.

¹⁰⁰ Jean Paillusseau, *Le nouvelle société par actions simplifiée. Le big-bang du droit des sociétés!*, *D.*, 1999, p.343, n°64.

を無効とするべきではない¹⁰¹。

結局、一人会社において、社員が単独で会社の全株式を管理することができるのは当然のことであり、227-20条は必要性の乏しい条文であるとされている¹⁰²。

(3) 株式の譲渡禁止条項

(a) SAS 制度導入前

SAS が導入される以前、株式の譲渡禁止条項を定款に定めることができるかという問いに答えるのは困難であった¹⁰³。一般法において、譲渡禁止条項が一時的であり、重大かつ正当な (*serieux et legitime*) 利益により正当化される場合には、当該条項は有効であるとされている一方で (民法典 900-1 条)、株式の譲渡を禁止することは、株式の重要な特徴の 1 つである譲渡自由の原則を侵害するからである。学説上も譲渡禁止条項の有効性については、見解が分かれていた¹⁰⁴。また、定款外の譲渡禁止条項の有効性を判断した裁判例 (CA Paris, 4 mai 1982)¹⁰⁵において、控訴院は、譲渡の禁止が限られた期間のみ課され、かつ、当該禁止

¹⁰¹ Périn, *supra* note n°29, p.146, n°362; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.377, n°4611.

¹⁰² Périn, *supra* note n°29, p.145, n°361.

¹⁰³ Guyon, *supra* note n°14, p.186, n°110.

¹⁰⁴ 民法典 900-1 条にかんがみて、株式の譲渡禁止条項の有効性が否定される可能性も指摘されていた。民法典 900-1 条は、贈与財産または遺贈財産の譲渡禁止に関する規定であるため、当該規定を根拠として、株式の譲渡禁止条項も有効であると結論づけることはできないからである (Delebecque, *supra* note n°92, p.64, n°131)。

¹⁰⁵ 1982 年 5 月 4 日控訴院判決の内容は以下のとおりである。

1971 年 11 月、X は、1000 万フランを利率 8.75% で訴外 A の子会社である Y2 株式会社に貸し付けた (本件貸付け)。その際、A の保有する Y2 社株を譲渡するときは、新たな株主の個性に応じた必要な保証を X が検討できるよう、A は X に株式の譲渡を通知する義務を負うという内容の契約を締結した。同年 10 月に開催された A 社の取締役会においても、本件貸付けを行うにあたり、A が Y2 社の多数派株主であり続けることを X が要求しており、X の事前の同意なく、Y2 社株を譲渡することはできないということが確認された。

1975 年、A の別の子会社である Y3 株式会社に対して Y2 社の負債と資産の一部出資 (*apport partiel*) が行われ、そのことを X に通知した。X は、Y2 社が Y3 社の連帯保証人になるということを条件として、Y3 社が本件貸付けの債務者となることを承諾した。

その後、Y1 社が A を吸収合併したことにより、Y2 社の株主となった。1975 年末、Y1 グループの赤字部門を清算するために、Y1 社は訴外 B 社に Y2 社株を譲渡した (本件譲渡)。ところが、B グループのすべての会社が経営難に陥り、1978 年 8 月 7 日、パリ商事裁判所は、B 社、Y2 社および Y3 社に債権取立ての猶予 (*suspension provisoire des poursuites*) の判決を言い渡した。そして、同年 12 月 7 日、これらの会社の再建計画および負債の弁済計画が認可された。

X は、本件譲渡が X の事前の同意なく行われ、X が本件譲渡の事実を知ったのは Y2 社などの債権取立ての猶予手続中であつたとして、Y1 社に損害賠償を求める訴えを提起した。第一審の商事裁判所は、X が Y1 社の行為により損害を被つたことを認め、請求額の一部 (繰り延べられた利息に対する法定利率による遅延

に正当な理由がある場合には、譲渡禁止条項は無効とはならないと判示した。この控訴院判決が出された後も、定款上の譲渡禁止条項の有効性について、学説上議論が続けられていた。

(b) SAS 法

SAS において、最長 10 年間の株式の譲渡禁止を定款に定めることができる (227-13 条)。227-13 条の導入により、定款上の株式の譲渡禁止条項の有効性が確実にあり、社員を緊密に結び付け、安定した会社の中心的なグループ (noyau dur) の形成が可能となった¹⁰⁶。

227-13 条は、譲渡禁止条項の具体的な内容について、譲渡禁止期間のみを法定しており、譲渡を禁止するための重大かつ正当な利益の存在を要求していない (民法典 900-1 条参照)。SAS においては、このような利益の存在が推定され、この推定をくつがえすことはできないからである¹⁰⁷。

なお、譲渡禁止条項の適用を一時的に停止することができる¹⁰⁸。この場合、社

利息相当分) の賠償を認めた。この商事裁判所の判決を不服として、原告および被告の双方が控訴した。

X は、Y2 社が Y1 社の子会社のまま債権取立て猶予手続の適用を受けた場合、Y1 グループが国際的な評判を損なうのは必至であったことから、そのような事態を避ける目的で Y2 社株を B 社に譲渡し、その結果 X が損害を被ったこと、すなわち、Y1 社の義務違反と X が被った損害の間には因果関係があると主張した。

これに対して、Y1 社は、Y2 社株を譲渡する際に X の事前の同意を得る義務は不当であり、株式の譲渡禁止は譲渡自由の原則を侵害することから無効であると主張した。そして、Y1 社は、Y2 社株を譲渡したことを X に通知しさえすればよく、X は本件譲渡が行われたことをすでに知っていたことから、X が主張する Y1 社の義務違反と X が被った損害の間には因果関係はないとした。

控訴院は、譲渡の禁止が限られた期間 (貸付け期間) についてのみ課せられ、財政援助を受ける会社が、大会社の子会社にとどまることに意義があるという正当な理由がある場合には、譲渡禁止条項は無効とはならない判示した。もっとも、本件においては、①株式組織会社の社員の責任は有限責任であること、②Y1 社が Y2 社株を譲渡する前に X の同意を求めなかったという義務違反と X の被った損害の間には相当因果関係はないこと (すなわち、Y1 社が Y2 社株を B 社に譲渡しなかったとしても X には損害が生じた)、③Y1 社が X との間で保証契約を締結した場合、あるいは、Y1 社が Y2 社の株主である間、Y2 社が負債を支払うことのできる状態にしておくことを Y1 社が約束した場合に限り、Y1 社は責任を負うこと、④主たる債務者の変更 (Y2 社から Y3 社) による更改を X が承認したとき、X は権利を留保すべきであったという理由により、X の請求を却下した。

¹⁰⁶ Xavier de Roux, Rapport AN n°258, 1993, p.24.

¹⁰⁷ Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2008, n°18510; Périn, *supra* note n°29, p.147, n°363; Azarian, *supra* note n°92, p.110, n°176; Delebecque, *supra* note n°92, p.65, n°133; Jeantin, *supra* note n°96, p.233, n°32.

Guyon 教授は、SAS における株式の譲渡禁止条項が、重大かつ正当な利益により正当化される必要があるのか、また、SAS であるというだけの理由で当該利益が推定されるのかについては、法律上明らかではないとする (Guyon, *supra* note n°10, p.514, n°471-11)。

¹⁰⁸ 社員同士が不仲となった場合、株式の譲渡禁止条項の厳格な適用はデッドロ

員全員の同意は要せず、社員の合議、管理機関または指揮機関により一時停止を決定することができる。これは定款条項の内容の変更ではなく、適用方法に関することであるからである¹⁰⁹。

(c) 条項の範囲

(i) 適用範囲

定款をもって、株式の譲渡禁止条項の適用範囲を限定することができる。たとえば、SASの継続的な活動に重要な役割を果たす中心的なグループ(*noyau dur*)を構成する社員のみならず条項を適用するために、一部の社員のみが有する株式の譲渡を禁止すると定款に定めることができる¹¹⁰。また、各社員が保有している株式のうちの一定割合のみを譲渡禁止とすることもできる¹¹¹。さらに、社員の持株比率を維持するために、社員間の譲渡を禁じたり、ライバル会社への譲渡を禁止することもできる¹¹²。反対に、ある社員が有する全株式を譲渡する場合、または企業グループ内で譲渡する場合に、譲渡禁止条項の適用を除外することもできる¹¹³。

(ii) 対象となる行為

株式の譲渡禁止条項により禁止される譲渡行為には、株式の売買のみならず、交換、贈与、出資も含まれる。株式の賃貸借については見解が分かれている¹¹⁴。

ック状態を引き起こす可能性があるため、譲渡禁止条項の適用を一時停止する要件を定款に定めておくことが認められる (Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.283, n°2015)。

¹⁰⁹ Périn, *supra* note n°29, p.147, n°364.

¹¹⁰ 株主平等原則に反することを理由として、このような条項の有効性が争われる可能性があるが、契約の自由が優先するSASにおいては、社員がこの平等性を諦めることを受け入れることは当然であるとされている (Stoufflet, *supra* note n°81, p.242)。

¹¹¹ 条項の対象外の株式は自由に譲渡できるため、増資することなく、新たな社員の入社が可能になる (Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.284, n°2017)。

¹¹² Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.284, n°2017.

¹¹³ Périn, *supra* note n°29, p.147, n°364.

¹¹⁴ 2005年8月2日法は、財政的な手段が限られている自然人による小規模の企業の譲渡または取戻しを容易にするために、株式および有限会社の持分の賃貸借に関する新しい制度を導入した (Catherine Malecki, *La loi du 2 août 2005 en faveur des PME et les bons offices de la location d'action et de parts sociales, D.*, 2005, n°34, p.2382)。SASにおいても、株式を自然人に賃貸することができる旨を定款に定めることができる (239-1条)。

賃貸借契約は、登録手続に付される私署証書、または公署証書により認証される。賃貸借契約の締結および更新は、民法典1960条所定の方法により会社に通知され、会社は、株主の名に加えて賃借人の名を株券登録簿に記載する。すべての利害関係者は当該事項の記載または抹消を会社に請求することができる。当該記載の時から、会社は賃借人に株主に伝えるべき情報を送付しなければならず、賃借人の総会への参加と決議を予定する必要がある。議決権は、定款変更を決議する総会については賃借人に、その他の決議事項については賃借人に属し、株式

貸借も譲渡であるとする見解は、社員間の持株比率の変動を避けるために、議決権の移転をもたらす株式の貸借も認められないとする¹¹⁵。一方、株式の貸借は処分行為ではなく、株式の所有権 (*propriété*) は移転しないことから、譲渡禁止条項の対象外であるとする見解もある¹¹⁶。

会社の合併・分割、資産の一部出資、財産の混同による解散が行われた場合、定款に別段の定めのない限り、譲渡禁止条項の適用対象外とするべきである¹¹⁷。譲渡禁止条項には、合併による消滅会社または分割会社の社員が保有する株式の存続会社または承継会社への移転を妨げるまでの効力はないからである¹¹⁸。

(iii) 株式の差押えと担保化

譲渡を禁じられた株式について、差押えも禁じることができるかという問題が生じる。人的要素を重視し、差押えも禁じることができるとする見解もあるが¹¹⁹、多くの見解は、株式の譲渡禁止条項は差押不可能性をもたらさないとする。社員の債権者の利益を保護する必要があるからである^{120,121}。また、差押えの民事手続の改正をもたらした 1991 年 7 月 9 日法 14 条が、差押えを禁止することのできる財産(たとえば、遺言者または贈与者が差押えを禁ずると届け出た財産(3号))を挙げており¹²²、これは限定列举であるとされていることも差押えの可能性を肯

に付与されたその他の権利を行使する際、賃貸人は虚有権者、賃借人は用益権者として扱われる。

株式の譲受人の承認を要するとする法律上または定款上の規定は、同一の要件において賃借人に適用される (239-3 条)。

¹¹⁵ Périn, *supra* note n°29, p.148, n°365.

¹¹⁶ Azarian, *supra* note n°92, p.111, n°180.

売却の一方の予約 (*promesse unilatérale*) を伴って株式を賃貸した場合には、賃借人は、株式の譲渡禁止期間の終了前に株式を売却することはできない

(Delebecque, *supra* note n°92, p.67, n°135)。

¹¹⁷ *supra* note n°85, p.146, n°275.

¹¹⁸ Périn, *supra* note n°29, p.148, n°365

¹¹⁹ Le Cannu et Dondero, *supra* note n°39, p.686, n°1036.

Guyon 教授は、法律上明確ではないために、株式の譲渡禁止条項が株式の差押禁止性をもたらすことを肯定する (Guyon, *supra* note n°10, p.505, n°471-11)。

¹²⁰ Daigre, *supra* note n°9, p.15; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.283, n°2016; Delebecque, *supra* note n°92, p.68, n°137; Jeantin, *supra* note n°96, p.233, n°32; Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16126.

¹²¹ 株式の差押えを認める見解によれば、株式の仮差押え (*saisie conservatoire*) を行うことも認められるとされる。しかし、株式の譲渡禁止期間が終了するまでは、差し押さえた株式の強制売却を行うことはできないとする (Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.283, n°2016)。

¹²² 法は無償行為に含まれる差押禁止条項のみを認めており、このことは有償行為、すなわち会社の定款に記載された株式の差押禁止条項の有効性は疑わしいということを示唆しているとの指摘がある (Delebecque, *supra* note n°92, p.68, n°137)。

定する根拠となる¹²³。

同様の問題は、株式を担保化することの可否についても生じる。担保権の設定を禁じることができるとする見解と¹²⁴、反対に、担保権を設定した場合でも社員は議決権を保有し続けるため、担保化を認める見解がある。株式に担保権を設定したところ、担保権設定者が債務を履行しない場合には、債権者は株式を売却する可能性があるという意味で潜在的な譲渡があるが、担保権の設定を認めたとしても、譲渡禁止期間の終了前に強制売却を行うことはできないとされている¹²⁵。

(d) 期間と起算日

株式の譲渡禁止条項の唯一の法定要件は期間である。すなわち、譲渡禁止期間は10年を超えてはならない。10年以内であれば、当事者が自由に期間を決めることができる。10年を超えた場合であっても、定款全体が無効となるのではなく、期間に関する規定のみに影響が生じ、10年間は譲渡禁止条項も有効であり、超過期間のみが無効となる¹²⁶。譲渡禁止期間を延長したいときは、社員全員の同意を必要とする。期間の延長または更新は、定款の変更だからである。したがって、黙示の期間の延長または更新は認められない¹²⁷。

ここで、株主間契約をもって10年を超える譲渡禁止期間を定めることができるか問題となる¹²⁸。この点について、譲渡禁止条項を定款ではなく株主間契約に定めるという安易な方法により、227-13条の適用を免れることを防ぐために、裁判所は、227-13条を株主間契約にも適用すべきであること、また、定款を介して全社員に10年を超える譲渡禁止期間を適用できないにもかかわらず、契約によって社員の一部のみに適用することはなおさら不可能であることを理由として、株主間契約をもってしても譲渡禁止期間が10年を超えることはできないとされている¹²⁹。

¹²³ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.283, n°2016; Delebecque, *supra* note n°92, p.68, n°137.

¹²⁴ Périn, *supra* note n°29, p.149, n°366. 株式を担保化することにより株式の譲渡禁止条項に違反した場合、どのような制裁が課されるかということが問題となる。担保権の設定そのものが無効となるか、少なくとも担保権の設定を会社に対抗することはできないとする。

¹²⁵ Delebecque, *supra* note n°92, p.67, n°135.

¹²⁶ Périn, *supra* note n°29, p.150, n°367; Azarian, *supra* note n°92, p.110, n°178; Delebecque, *supra* note n°92, p.65, n°133.

¹²⁷ Anne Charvériat et Alain Couret, *Société par actions simplifiée*, 3^e éd., 2001, p.221, n°2012; Daigre, *supra* note n°9, p.15; Périn, *supra* note n°29, p.150, n°367.

¹²⁸ 株式の譲渡禁止条項を定款に定めうるものが法定されていない株式会社の場合、定款外の譲渡禁止条項における譲渡禁止期間は、無制限であるとみなされる可能性のないかぎり、10年を超えることができるとされている (Brunswick, *supra* note n°25, p.600)。

¹²⁹ Dondero, *supra* note n°26, p.247, n°13.

譲渡禁止期間の起算日は、株式の引受け日、取得日、会社の設立日など、定款に定めがあるときはその定めにより、定めのないときは、定款に譲渡禁止条項が定められた日となる¹³⁰。ただし、第三者に対しては、定款の公示より後の起算日は認められず、原始定款に条項が記載された場合は SAS の登記日が、会社設立後に条項が追加された場合には、定款変更の公示日が起算日となる¹³¹。

譲渡禁止条項に影響を及ぼす停止条件または解除条件を規定することもできるが、譲渡禁止期間が 10 年を超える場合には、期間の起算日を繰り延べる内容の条件の有効性は疑わしいとされている¹³²。

(e) 制裁

譲渡禁止条項に違反してなされた株式の譲渡は無効である (227-15 条)¹³³。定款に違反したことのみに理由として無効となり、不正行為 (fraude) の有無は問われない¹³⁴。

株式の譲渡が無効とされると、譲受人は取得した株式を返還しなければならない¹³⁵。当該譲受人が譲渡禁止条項の存在を知らなかったとしても、善意を主張することはできず、譲渡人と譲受人の間に詐欺的共謀 (collusion frauduleuse) がない場合であっても株式の譲渡は無効とされる¹³⁶。

一般に、無効訴権の時効期間 (délai de prescription de l'action en nullité) については、学説上見解が分かれている。一つめは、有限会社における持分の譲渡に関する破毀院判決¹³⁷を引用し、SAS にも適用しうる 235-9 条を根拠として、時効を 3 年とする見解である¹³⁸。二つめ、235-9 条は法律行為または決議のみを対象としており、株式の譲渡は、商行為 (acte de commerce) であることにかん

¹³⁰ 株式の譲渡禁止期間の進行中に入社した社員については、残存している期間ではなく、改めて株式の引受けまたは取得時を起算日とする譲渡禁止期間を設定することができる (Péris, *supra* note n°29, p.150, n°367)。

¹³¹ Azarian, *supra* note n°92, p.110, n°178.

¹³² Péris, *supra* note n°29, p.150, n°367.

¹³³ 株主間契約に違反した場合は、損害賠償の請求しか認められなかったが、SAS において、227-15 条が導入されたことにより、株式譲渡に関する定款条項に価値がもたらされた。もっとも、1998 年の商法改正により、株式会社においても、株式の譲渡承認条項についてのみであるが、条項に違反して株式が譲渡された場合には無効という制裁が課されることが法定された (228-23 条)。

¹³⁴ Xavier de Roux, Rapport AN n°258, 1993, p.34

¹³⁵ 譲受人は契約不履行の加担者 (complice) とみなされ、不法行為責任を負う可能性がある。ただし、定款に定めたことにより知っているものとみなされる条項を知らなかったことに過失があること、損害の発生および因果関係の 3 つの要件を満たしている場合に限り、責任を負う。

¹³⁶ Xavier de Roux, Rapport AN n°258, 1993, p.24.

¹³⁷ Cass. com., 9 nov. 1993.

¹³⁸ Brunswick, *supra* note n°25, p.602; Azarian, *supra* note n°92, p.112, n°181.

がみ、110-4条を適用して10年間とするものである^{139,140}。会社および譲渡人ではない社員も提訴資格および訴えの利益を有している¹⁴¹。

定款違反が社員の除名事由である場合には、譲渡禁止条項に違反した社員は除名される。

(4) 株式の譲渡承認条項

(a) 条項の適用範囲

227-14条は、すべての株式譲渡について、会社の事前承認を要すると定款に定めることができるとしている。株式の譲渡承認条項は、会社の競争相手の入社を阻止すること、または各社員の持株比率を管理することで、特定の株主の権限が増大するのを防ぐことを目的とする。そのため、譲渡承認条項は、株式の譲渡自由性に対する制約の程度が譲渡禁止条項に比べて徹底していない。譲渡そのものを禁じているわけではなく¹⁴²、譲渡する際に一定の手続が課されるだけだからである。すなわち、社員は譲渡の相手方を自由に選ぶことができないにすぎない。

会社の承認が必要となるのは、第三者への譲渡に限られず、社員間の譲渡の場合も含まれる¹⁴³。株式会社においては、相続¹⁴⁴、夫婦財産制の解消、配偶者・尊属・卑属への譲渡の場合には、譲渡承認条項の適用は認められないが(228-23条)¹⁴⁵、SASにおいてはそのような制限は存しない¹⁴⁶。株式を貸借する場合、定款に譲渡承認条項を定めていたときは、賃借人は会社の承認を得なければならない(239-3条)。

譲渡の意義については、譲渡禁止条項の場合と同様である。したがって、株式

¹³⁹ Périn, *supra* note n°29, p.171, n°397.

¹⁴⁰ 社員の私利を保護する条項の違反を制裁する無効に関して、無効訴権は譲渡から5年で時効消滅とする見解もある(民法典1304条)。

¹⁴¹ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.285, n°2021.

¹⁴² ただし、会社が株式の譲渡を承認しなかった場合に譲渡そのものを不可とする内容の譲渡禁止条項を定款に定めることができるかという問題について、後述(c)。

¹⁴³ 株式会社においては、従前、第三者への株式譲渡のみを事前承認の対象とすることができた。2004年の商法改正により、社員間の譲渡についても承認の対象とすることができるようになり、「すべての譲渡」について承認を要としたSAS法の独自性が失われてしまった。

¹⁴⁴ 相続の場合に会社から譲渡の承認を得られなかったときには、会社に株式を買い取ってもらうほかに、株式会社と異なり、承認を拒否した場合の買取りについては法定されていない。この点について、後述(c)。

¹⁴⁵ 228-23条は、株式の譲渡承認条項に関して、相続および夫婦財産制の解消による株式の移転を譲渡と同列に扱っている(Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.287, n°2035)。

¹⁴⁶ 228-23条は、連帯民事契約(PACS)上のパートナー(pacsé)への譲渡について言及していない。当該パートナー(pacsé)への株式の譲渡にも譲渡承認条項の適用が禁じられるとすれば、SASはこの点についても独自性を有することができる(Azarian, *supra* note n°92, p.106, n°171)。

の売買と交換は当然承認の対象となる。また、一部の社員のみ、各社員が保有する株式のうちの一定割合、特定の第三者への譲渡の場合のみに譲渡承認条項を適用することができる¹⁴⁷。

(b) 譲渡承認請求の手續と方法

株式の譲渡承認請求の手續については、当事者に広範囲の自由が委ねられている。承認を決定する機関、必要とされる多数などを定款に定めることが認められている。承認の決定は、社長または他の指揮機関、社員の一部または社員の合議¹⁴⁸などにより行うことができる。227-14条は、「会社の」承認に付するとしていることから、決定権限を第三者に付与することはできない¹⁴⁹。

譲渡承認請求の方法も定款に定める必要がある。裁判外、書留郵便またはファックスなどによる請求が考えられる。また、承認を請求する際、譲渡制限株式の取得者の氏名および住所（取得者が法人の場合には商号および会社の本店所在地の住所）、譲渡する株式の数などを通知しなければならない。承認請求に対する回答期間、および期間内に回答しなかった場合の措置¹⁵⁰についても定めておく必要がある。

(c) 譲渡承認の拒否

会社が株式の譲渡の承認を拒否する場合、株式会社とは異なり、会社は別の買取人を指定するか、もしくは譲渡の対象となっている株式を買い取ることを義務付けられていない（228-24条参照）。

¹⁴⁷ 定款をもって一部の株式に譲渡承認条項が適用される場合、このことが228-11条にいう「特別な権利」に該当するかという問題が生じる。

普通株式と譲渡承認の対象となる株式を区別する定款条項の内容は、譲渡承認条項が社員を対象として規定されている場合も含めて、228-11条にいう「特別な権利」に該当すると主張する見解がある。すなわち、譲渡承認の手續は、優先株式に内在する否定的な権利に該当するため、普通株式と比べて制限的な権利を付与されただけの株式も優先株式であるとする。この見解によれば、SASにおいても優先株式の発行が義務づけられる場合があることになる。このような見解に対して、譲渡承認は株式の譲渡の自由を制限する定款上の手續であり、このことは優先株式の制度を利用しなければならないということではないと主張する見解がある。この見解によれば、譲渡承認条項が株式ではなく社員に適用される場合は、そもそも種類株式は存在しないとする（*Code des sociétés Dalloz*, art. 227-13, comm.）。

¹⁴⁸ 株式の譲渡承認を社員の合議により決定する場合、譲渡人である社員がこの決議の投票に参加することはできないと定款に定めることはできるかという問題については、後述（IV 3 (3)(c)）。

¹⁴⁹ Jeantin, *supra* note n°96, p.232, n°30.

¹⁵⁰ 期間内に回答のない場合には承認されたものとみなす、または、一定期間内に回答のない場合には承認するか否かを決定するように催告し、さらに回答がなければ承認は拒否されたものとみなすという内容が考えられる（Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.288, n°2039）。

SAS 法の立法化に向けた審議中、228-24 条に着想を得た修正案が上院に提出され、第一読会で審議されたが¹⁵¹、国民議会第二読会において修正案は撤回された。国民議会において、報告者は、問題が生じた場合にはまず定款により、定款の定めがない場合に 228-24 条により解決すべきであるとした¹⁵²。その後、上院第二読会において、株式の譲渡の承認が拒否された場合の措置を法により明確にすべきであるとする主張が改めて行われたが¹⁵³、結局、株式の買取価格のみが法定され、買取りの手続については法律上明確にされなかった。しかしながら、228-24 条の重要性を考慮して、買取義務を認める見解は多い^{154,155}。社員を会社の囚人のままにしておくことはできないからである。

買取義務との関係で、株式の譲渡承認条項と譲渡禁止条項を結合することができるか、すなわち、会社が譲渡の承認を拒否した場合、買取請求を認めず、譲渡そのものを禁ずることが認められるかという問題が生じうるが、一般的にこのような措置は認められている¹⁵⁶。したがって、会社が株式の譲渡を拒否した場合には、社員は譲渡禁止期間、株式を保持せざるを得ない状況に陥る。

(d) 制裁

株式の譲渡承認条項に違反してなされた譲渡は無効である (227-15 条)。この制裁については、譲渡禁止条項の場合と同様の議論が当てはまる (前述(3)(e))。

(e) 株式の買取価格

株式の譲渡の承認を拒否し、第三者または会社が当該株式を買い取る場合、その買取価格が問題となる。株式会社においては、買取価格についての当事者の合意がない場合、価格は裁判長の決定をもって選任される鑑定人 (expert) により決定される (228-24 条)。SAS の場合は、まず、定款所定の方法により価格を決定する。定款の定めがない場合にのみ、当事者間の合意による。さらに当事者間の合意もなければ、株式会社の場合と同様、鑑定人により決定される (227-18 条、民法典 1843-4 条)。SAS においては、株式の買取価格の決定がまず定款に委ねら

¹⁵¹ JO Sénat CR 21 oct. 1993, p.3360.

¹⁵² Xavier de Roux, Rapport AN n°688, 1993, p.13.

¹⁵³ Etienne Dailly, Rapport Sénat, n°128, p.22.

¹⁵⁴ Michel Germain, La société par acitons simplifiée, *JCP E*, 1994, n°32; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.288, n°2040; Azarian, *supra* note n°92, p.108, n°173; Delebecque, *supra* note n°92, p.71, n°142.

株式の譲渡を承認しない場合、会社に、別の買取人を指定したり、株式を買い戻す義務はないとする見解もある (Stoufflet, *supra* note n°81, p.242)。

¹⁵⁵ 会社は、株式の買取要件、たとえば、譲渡人は撤回権を有するか否か、会社も買取人となるかどうか (会社が株式を買い取った場合には、当該株式を 6 ヶ月以内に譲渡するか、消却しなければならない (227-18 条 2 項)) を決めなければならない。

¹⁵⁶ Germain, *supra* note n°154, n°32 et 35.

れていることが、株式会社の場合と異なる特徴である。

株式の買取価格の決定方法を定款に自由に定めることができるが、獅子条項 (clause leonine) に該当しないように留意する必要がある。すなわち、SASにも適用される民法典 1844-1 条 2 項は、「ある社員に会社が得た一切の利益を与える、もしくは損失を全額免除する規定、または、ある社員に利益を一切与えない、もしくは損失を全て負わせるとする」規定、いわゆる獅子条項は定款に記載されていないものとみなすとしている。

したがって、前もって決定的な価格を定款に定めていたところ、後日生じた事情を一切勘案せず、結果的に非常に低い価格で株式を買い取るようになった場合は、除名社員に経済的な不利益を負わせることになり、特定の社員に会社の全損失を負担させることを禁じる民法典 1844-1 条 2 項の趣旨に反するとして、当該買取価格を認めることはできない。よって、定款は、買取価格の基準のみを定めておくほうが望ましい。

ここで、買取価格を株主間契約で定めることができるかという問題が生じる。この点については、2 つの見解が対立しており、破毀院の判断も商事部と民事部で分かれている。

まず、決められた価格による買取りの条項を含む定款外の合意は民法典 1844-1 条 2 項の適用を受けない、したがって獅子条項の禁止には抵触しないため、有効であるとする学説上の見解がある。民法典 1844-1 条 2 項は、会社の契約 (contrat de sociétés)、すなわち社員と会社間の関係のみを対象とし、社員間の関係は対象外であるという理由によるものである¹⁵⁷。破毀院商事部も、2 人の株主が定款外で合意した、最低買取価格を定めた購入予約 (promesse d'achat) を有効であると判示した¹⁵⁸。破毀院商事部は、別の事案においても、購入予約の目的は株式の譲渡を確実に行わせることにほかならない、したがって、当該予約は会社に対する社員の権利または義務ではなく、譲渡人と譲受人を対象とするものであるという理由により、決められた価格による買取りの合意を有効と認めた¹⁵⁹。破毀院商事部は、株式の買取価格が定款外で合意されたことにより、事前の買取価格の

¹⁵⁷ Guyon, *supra* note n°14, p.320, n°209.

¹⁵⁸ Cass. com., 15 juin 1982, *Gaz. Pal.*, 1983, pan., p. 23.

¹⁵⁹ Cass. com., 20 mai 1986, *Bull. Joly*, 1986, p.587. 破毀院は、契約の結果 (effet) よりも目的 (objet) を重視している (Brunswick, *supra* note n°25, p.601)。すなわち、購入予約 (promesse d'achat) の目的は、株式の一時保有取引 (operations de portage) において一般的な、事前に決められた価格による株式の譲渡を確実にするということのみである (Guyon, *supra* note n°14, p.321, n°209)。

1986 年 5 月 20 日破毀院商事部の判決後も、会社に対する権利および義務ではなく、譲渡人と譲受人の関係に関する規定であるという理由により、決められた価格による買取りの合意を有効としたパリ控訴院判決が出されている (CA Paris, 18 oct. 1996, *Bull. Joly*, 1997, p.11)。

決定を有効と認める根拠としている¹⁶⁰。これらの破毀院商事部の判決に対しては、株主間契約に定めたということのみを理由に、定款に定めることが認められない条項を有効とすることには賛成できないと批判されている¹⁶¹。

一方、破毀院民事部は商事部と反対の立場である。破毀院民事部は、定款であろうと、株主間契約であろうと、民法典 1844-1 条 2 項の適用を受け、決められた価格による買取りの結果、損失の負担を免れた、または利益の分配を受けた以上、契約は違法であるとする^{162,163}。

会社が株式を買い取った場合には、6 ヶ月以内に当該株式を譲渡するか、資本減少により当該株式を消却しなければならない（227-18 条 2 項）¹⁶⁴。

(5) 社員の除名条項

(a) 社員であり続ける権利

社員は会社にとどまる権利を有しているが、この権利は絶対的ではない。SAS を始め、可変資本会社（société à capital variable）¹⁶⁵、協同会社（société coopérative）¹⁶⁶および自由職会社（société d'exercice libéral）¹⁶⁷において、社員の除名が認められる場合があり、また、株式組織の会社においても、株主が引き受けた株式の払込金額の不払いの場合に、当該株主を除名することができる（228-27 条）¹⁶⁸。

¹⁶⁰ Dondero, *supra* note n°26, p.246, n°6.

¹⁶¹ この見解によれば、定款上の規定は、定款に定められているということ自体が、規定は有効であるという安心感につながる（Dondero, *supra* note n°26, p.246, n°7）。

¹⁶² Cass. civ., 22 juill. 1986, *Bull. civ.*, I, n°224, p.213.

¹⁶³ パリ控訴院は、株式の買取りに関する規定が、契約の受益者から会社の損失の負担をすべて免除し、また、契約の署名と代金の支払いの間に生じた、株式についてのあらゆる不利な変化から当該受益者を守るという結果をもたらし、その結果、会社契約（pacte social）を侵害したと判示して、破毀院民事部に同調したと解釈しうる判決も出している（CA Paris, 22 oct. 1986, *Bull. Joly*, 1987, p.15）。

¹⁶⁴ 資本を減少する際、社員の合議による決議を要する（227-9 条 2 項）。

¹⁶⁵ 可変資本会社において、株主総会決議をもって社員を除名することができる（231-6 条 2 項）。

¹⁶⁶ 協同会社において、社員の除名要件を定款に定めることができる（1947 年 9 月 10 日法 7 条）。

¹⁶⁷ 自由職会社において、道徳上（morale）、手続上、財政上の保証を明確にしたうえで、社員を除名することができる（1990 年 12 月 31 日法 21 条 2 項）。

¹⁶⁸ フランスにおいては、株金の分割払込みが認められており、会社設立または増資時の金銭出資による株金の払込みは、券面額の 4 分の 1 以上で足り、残額は、取締役会または業務執行役員会の決定に基づき、5 年以内に払い込むことになる（225-3 条 2 項、225-144 条 1 項）。株主が、自己の引き受けた株式の払込金額のうち、残額を取締役会または業務執行委員会の定めた時期に払い込まないときは、会社は当該株主に対して催告をなす。当該催告後 1 ヶ月以上経過したときは、会

以上のような法律で認められた場合以外の除名条項の有効性について、学説上議論され続けてきた。一方、判例は、法定外の除名条項の有効性を明確に認めている¹⁶⁹。

(b) SAS 法

SAS 法は、会社にとどまるという社員の権利を制限することができる 2 つの場合を規定している。1 つめは、社員が株式を譲渡する義務を負う、すなわち除名される可能性があることを定款に定めることができるというものである (227-16 条 1 項)。定款に定めることにより、仲間うちの利益 (*utilité privée*) のための一種の財産収用が認められることになる¹⁷⁰。227-16 条はあらゆる除名事由を対象としている。この一般的な除名条項については、具体的な除名事由および除名手続を定款に定め、除名がデッド・ロック状態を解消するための打開策としてなされるのか、社員に帰責事由のある行為に対する制裁であるのかを明確にしなければならない。会社は除名事由を自由に定めることができるが、客観的、かつ、できるだけ明確に定めるべきである¹⁷¹。したがって、社員が絶え間なく除名に脅かされることを防止するために、いつでも任意に除名すること、換言すると、なんの理由もなく除名することはできない¹⁷²。

具体的な除名事由は、法律上および判例上明らかにされていないが、社員間に不和が生じたことにより、会社の継続を不可能にするものとして、深刻な意見の対立、決議の行き詰まり、会社経営への無関心、増資・組織変更・解散を決議する際の議事妨害、会社の存続期間の延長決議に対する反対などがある。また、社員に帰責事由がある場合として、定款または法令違反行為、会社経営における判断の誤り、競業取引または不正競争を行った場合、独占義務 (*obligation d'exclusivité*) に違反した場合、会社を中傷した場合、会社の利益・評判またはブランドイメージを毀損した場合がある。

定款に定めておくべき除名手続として、除名を決定する機関、決議に必要な賛成数、除名されてから会社を退社するまでの期間、除名社員が会社または第三者

社は、裁判所の許可なく当該株式を売却することができる (山口幸五郎・加藤徹「フランス新会社法 (七)」『阪大法学』76 号 (1968 年 11 月) 231 頁)。

¹⁶⁹ 裁判上の更正中の合名会社の社員からその地位を失わせる定款条項を有効とする判決 (Cass. com., 8 mars 2005) が出されて以来、除名条項の有効性に関する議論は終息したようである (Paul Le Cannu, *L'article 1844 du code civil et l'exclusion d'un associé de SAS*, *Rev. soc.*, 2007, p.817)。

¹⁷⁰ Delebecque, *supra* note n°92, p.73, n°145.

¹⁷¹ アフェクティオ・ソキエタティスの喪失、または、単なる社員同士の不和という除名事由は認められない。あまりに曖昧で、訴訟を引き起こす原因となるおそれがあるからである。

¹⁷² Périn, *supra* note n°29, p.158, n°377; Azarian, *supra* note n°92, p.116, n°186.

との間で締結していた契約の動向¹⁷³などがある。

会社にとどまる権利を制限する 2 つめの場合は、SAS の法人社員である会社の支配に変更があった場合、または、法人社員である会社の合併、分割、解散の結果、新たな社員が入社した場合、当該法人社員を除名することができるとするものである（227-17 条）。

前者、すなわち SAS(A)の法人社員である会社(B)を支配する¹⁷⁴会社(C)が変更され、それまでとは別の会社(D)の支配下に法人社員(B)が移った場合には、当該法人社員(B)を除名することができるというものである。227-17 条 1 項は、法人社員である会社(B)の支配会社が変わった場合には¹⁷⁵、まず、支配会社の変更（法人社員(B)の支配会社が C から D に変更になったこと）について遅滞なく SAS(A)に通知しなければならない、通知を受けた SAS(A)は、当該法人社員(B)の非経済的権利（*droit non pécuniaires*）の行使を停止させるか、当該法人社員(B)を除名するかを選択することができるとする。この除名条項の構成は、前述の一般的な除名条項とは異なっている。法人社員である会社の支配会社に変更された場合、当該法人社員は、まず、SAS に新しい状況を説明する義務を負う。説明を受けた SAS は、措置を取るかどうかも含め、必要な措置、すなわち当該社員の除名または非経済的権利の行使の一時停止を決定することができる（227-17 条 1 項）。

以上のことは、法人社員である会社(F)が合併、分割または解散したことにより、新たな社員(G)が当該法人社員(F)に入社する場合にも適用される（227-17 条 2 項）。したがって、法人社員である会社(F)が合併、分割または解散し、新社員(G)が当

¹⁷³ 法人社員である会社が除名されたことにより SAS の社員の地位を喪失した場合、当該会社と SAS または第三者と締結した契約が人的要素を考慮したものではないとしても、重大な影響を及ぼす可能性があるからである（*Delebecque, supra note n°92, p.74, n°146*）。

¹⁷⁴ 以下の①ないし④の場合に、ある会社（支配会社）は他の会社（被支配会社）を支配しているとみなされる（233-3 条 I）。

- ① 支配会社が、被支配会社の株主総会における議決権の過半数を支配会社に付与する資本を直接または間接に保有している場合、
- ② 支配会社が、会社の利益に反しない協定（*accord*）を他の社員または株主と締結し、当該協定によって被支配会社の議決権の過半数を単独で保有している場合、
- ③ 支配会社が保有する議決権によって、被支配会社の株主総会における決議事項を支配会社が事実上決定している場合、
- ④ 支配会社が被支配会社の社員または株主であり、かつ、被支配会社の管理機関、指揮機関および監督機関の構成員の過半数を選任または解任する権限を有している場合。

また、支配会社が、40%を超える議決権を直接または間接に保有し、かつ、他のいかなる社員または株主も支配会社が保有する以上の議決権を直接または間接に保有していない場合も、ある会社（支配会社）は他の会社（被支配会社）を支配しているものとみなされる（同条 II）。

¹⁷⁵ 支配会社の変更は、株式の譲渡、出資、合併、増資もしくは減資、二倍議決権の利用もしくは喪失などにより生じる。

該法人社員(F)に加わった場合、そのことを SAS(E)に通知しなければならない。SAS(E)は受け取った情報を検討して、新社員(G)の受け入れ、または、新社員(G)が会社(E)にとって好ましくない場合には、法人社員(F)の除名を決定することができる(非経済的権利の行使の一時停止を選択することも可能である)。とくに合併の場合、支配の事実上の変更をもたらすからである。

(c) 除名決定の手續

(i) 管轄機関の選定

会社は、社員の除名を決定する機関を定款に自由に定めることができ、社員の合議、会社の発起人のような特定の社員、専門の委員会¹⁷⁶、指揮者¹⁷⁷、合議制の指揮機関(取締役会、業務執行役員会)または監督機関(監査委員会)などが考えられる^{178,179}。社員間に対立がある場合には、仲裁者である第三者に決定を委ねるのが効果的である^{180,181}。

除名の決定機関以外に、除名を検討されている社員に対する情報(除名事由など)の提供、当該社員の防御権(droit de la défense)¹⁸²の行使についても定款

¹⁷⁶ 専門の委員会が社員により構成される場合、そのメンバーには除名を検討されている社員を除くすべての社員がなるとするべきではない。除名を検討されている社員から議決権を奪う場合と同様の問題(後述(IV 3 (3)(b)))が生じる可能性があるからである。

¹⁷⁷ 社長は多数派社員の意思の現れであるが、社長は多数派社員も含むすべての社員について除名を決定することができる(Y. Palcot, *D.*, 2008, p.49, note sous Cass. com., 23 oct. 2007)。ただし、社長のみを決定機関とすると紛争を引き起こす可能性があるため、避けるべきであると指摘されている(Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.149, n°1035)。

¹⁷⁸ 除名を検討されている社員が合議制の機関の構成員である場合に備えて、各構成員は1人1個の議決権を有すると定款に定めることが望ましいとされている(B. Thullier, *Defrénois*, 2008, p.1485, note sous Cass. com., 23 oct. 2007)。

¹⁷⁹ より制限的な社員のグループを決議機関とした場合、除名を検討されている社員が当該グループの構成員である場合、定款をもって当該社員に議決権を行使することを禁止することができるかどうか明らかではないとする見解もあるが

(Laurent Godon, *La condition juridique de l'associé de SAS*, *Bull. Joly*, 2008, p.240)、2007年10月23日破毀院判決にかんがみて、このような場合に社員から議決権を奪うことは認められないであろう。

¹⁸⁰ 除名手續を定款に定めるためには社員全員の同意が必要であり(227-19条)、多数派社員が自己に不利になる規定に同意することはほとんどないであろうと指摘されている(D. Gibirila, *Defrénois*, 2008, p.679, note sous Cass. com., 23 oct. 2007)。

¹⁸¹ 除名の原因によって決議機関を選択することが適切かつ効果的であると主張する見解がある。社員間の不和の場合には社員の合議により決議し、客観的な事由(定款所定の資格の喪失など)の場合には指揮機関により決定することも可能であるとするが(Godon, *supra* note n°179, p.244)、技巧的になりすぎる嫌いがあるように思われる。

¹⁸² 防御権には、除名を決定する会議への弁護士の出席を請求することは含まれない(Cass. com., 10 mai 2006, *Rev. soc.*, 2007, p.70, note L. Godon)。

に定めなければならない¹⁸³。また、審議方法（会議の開催、書面または電話による会議）および議決権（定足数、多数決、議決権の数）についても定める必要がある。とくに除名を社員の合議により決定する場合には、議決権の数を社員1人につき1個とするか、または上制限を採用するかなど、後述の除名社員の議決権の問題とも関わるため、とくに留意する必要がある¹⁸⁴。

（ii）除名社員の議決権

社員の除名を社員の合議により決議する場合、除名を検討されている社員は決議に参加できないと定款に定める場合があった。このような定款条項を認めなければ、多数派社員または拒否権を有する少数派社員は常に除名を免れ、拒否権を持たない少数派社員の退社を強いるためにのみ除名条項が利用されることになる恐れがあるからである。除名を検討されている社員から議決権を奪う定款条項の有効性については、学説上見解が分かれていたが、破毀院はこのような定款条項を無効と判示した。なお、詳細な検討については後述（IV 3 (3)(b)）。

（d）除名の実行

（i）株式の譲渡

除名の決定は、除名社員の株式の所有権（*propriété*）の移転をもたらさず、除名社員は株式を譲渡しない限り、当該株式の所有権を保有し続ける。227-16条1項は、社員の除名ではなく株式の強制譲渡という形式を取っているため、除名社員は、自己の選んだ譲受人に、当該譲受人と自由に交渉した要件に従って、株式を譲渡することができる¹⁸⁵。

株式の取得を希望する者がいない場合には、会社が除名社員の株式を買い取る

¹⁸³ 対審の原則も遵守する必要がある（J.-Ph Dom, *RJDA*, janv. 2008, p.5, note sous Cass. com., 23 oct. 2007）。除名決議の場合、対審の原則は、公正な手続を保証するためではなく、株式の所有権を侵害される社員に最低限の保護手段を付与することを目的としている。また、SASにおいて、利害関係者のみならず会社の利益の保護にも有用である。なぜなら、会社の利益は、社員または管轄機関の構成員が、対立について正当に明らかにした場合にのみ守られるからである

（Godon, *supra* note n°179, p.244）。

¹⁸⁴ Périn, *supra* note n°29, p.162, n°382. 定款による社員の議決権の数の調整については、後述（2 (3)(4)）。

多数派社員を除名するためには、社員の議決権を1人1票とするだけで十分であると主張されている（Gibirila, *supra* note n°180, p.679; Dom, *supra* note n°183, p.5）。ただし、社員が2人だけの場合はこの方法を採用することはできず、民法典1844条の適用を免れることはできないと指摘されている（Dom, *supra* note n°183, p.5）。

¹⁸⁵ 除名社員の退社までを管理する場合は、株式の譲渡承認条項、先買条項、買戻条項などをあわせて規定しておくことが望ましいとされている（Godon, *supra* note n°179, p.242）。

必要がある¹⁸⁶。会社が除名社員の株式を買い取った場合には、6ヶ月以内に当該株式を譲渡または消却しなければならない(227-18条2項)¹⁸⁷。株式の買取価格については、株式の譲渡承認条項の場合と同様である(前述(4)(e))。

(ii) 非経済的権利の停止

除名が決定されたにもかかわらず、除名社員が株式の譲渡を拒否する可能性がある。このような事態に備えて、定款をもって、当該社員に対する制裁を準備しておくことが簡易かつ効果的な方法であり¹⁸⁸、法は制裁を1つ設けている。すなわち、ある社員を除名することを決定した後、当該社員が株式の譲渡を拒否した場合、定款に定めた要件において、除名社員の非経済的権利を一時停止することができるというものである(227-16条2項)¹⁸⁹。したがって、当該社員は、株式を譲渡しない限り、議決権、情報収集権(droit d'information)などを行行使することができなくなる。ただし、利益配当請求権、優先的引受権(droit préférentiel de souscription)を奪うことはできない¹⁹⁰。

(6) 株式の先買条項 (clause de préemption: clause de préférence)¹⁹¹

(a) 定款上の先買条項

先買条項は、ある社員が株式を譲渡しようとする場合に、他の社員(すべてま

¹⁸⁶ 多くの場合、迅速に株式を買い取る方が得であるとされる(Périn, *supra* note n°29, p.163, n°383)。

¹⁸⁷ 資本を減少する際、社員の合議による決議を要する(227-9条2項)。

¹⁸⁸ 実務上、除名社員の株式の移転をSASの社長が直接会社登記簿に登録することを定款に定めるといことが行われている(Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.278, n°1946; Azarian, *supra* note n°92, p.121, n°193)。

¹⁸⁹ 非経済的権利の停止期間も定款に定めるべきであるとされている。なぜなら、非経済的権利が停止されることで会社が除名社員の株式の買取りを迅速に行わない可能性があり、当該権利が停止された状況が続くおそれがあるからである。非経済的権利の停止は、除名社員が株式を譲渡することを促すためになされるものであり、停止期間は限定されるべきである。定款の定めがないときは、非経済的権利の停止の決定時に停止期間についても決定するか、そうでなければ、裁判所が、会社の利益と他の社員の利益の保護に見合った期間がどれくらいかを判断することになる(Godon, *supra* note n°179, p.242)。

¹⁹⁰ 当事者が合意した場合には、特定の権利のみの剥奪、または非経済的権利の停止に代えて金銭を支払うことにより、制裁を軽減することができる。後者のような経済的な制裁であろうと、法が提案する非経済的ではあるが財産権に対する制裁であろうと、その制裁が明らかに過大または過小である場合は、裁判所は職権により定款に定められた制裁の内容を軽減または増加することができるとする民法典1152条を適用すべきであるとされている(Delebecque, *supra* note n°92, p.74, n°147)。

¹⁹¹ 裁判所は、"clause de préemption"と"clause de préférence"を区別して用いていないようである。学説はこの2つの相違を意識してはいるが、区別する基準については未だ一致していない(Sébastien Prat, *Les pactes d'actionnaires relatifs au transfert de valeurs mobilières*, 1992, p.96, n°166)。

たは一部)にそのことを知らせ、その際に当該他の社員は優先的に当該株式を取得することができる機会、すなわち先買権を付与されるというものである。先買権を付与された者(先買権者)が先買権を行使しない場合、譲渡人は自ら選んだ譲受人に株式を譲渡することができる。先買条項の目的は、ある社員が株式を譲渡する際、他の社員が会社への出資額を増やすことができるようにすることである¹⁹²。また、社員の退社に伴い、社員間の持株比率が変わることを防ぐための手段として利用することもできる。

判例上、株式会社における定款上の先買条項について、その有効性は認められてきた¹⁹³。すなわち、株式会社において、株主間で株式を譲渡する場合、定款に先買権を定めることを禁じる法律上の規定はないことを理由に、定款上の先買条項の有効性を認めた。また、先買権者による買取価格が正当であり、先買権者が先買権を行使しなかった場合には株主以外の第三者に対しても株式を譲渡することができることを条件として、株式の譲渡自由の原則にも反しないとされた。SASにおいても、定款上の先買条項は有効である¹⁹⁴。

先買条項には次のような事項を定める必要がある。

まず、予定している株式の譲渡に関して、譲渡人から先買権者への通知手続についてである。株式を譲渡しようとする社員(A)は、先買権者である社員(B)に株式の譲渡を計画していることを通知しなければならない。先買権者(B)が先買権を行使しない場合、譲渡人(A)は自らが選んだ譲受人(C)に株式を譲渡することができる。多くの場合、譲渡人(A)は、譲渡する株式の数・価格およびその他の要件のみならず、譲受人(C)の氏名をも先買権者(B)に通知する義務が課されている。株式の譲渡承認請求の場合とは異なり、譲受人の氏名の通知は必要ないとも考えられるが、先買権者が譲渡計画の真実味、真剣さおよび手続(modalités)を確認することができるというメリットがある¹⁹⁵。また、前もって譲受人を見つけることを譲渡人に義務づけることにより、先買権者は、他に譲受人が現れた場合にのみ株式を取得することを選択することが可能となる。

次に、先買権を行使するか否かという先買権者の意思を通知する手続¹⁹⁶および

¹⁹² Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.292, n°2055; Azarian, *supra* note n°92, p.123, n°196.

¹⁹³ CA Paris, 14 mars 1990, *Bull Joly*, 1990, p.353. その後、破毀院も定款上の先買契約の有効性を認めている(Cass. com., 15 févr. 1994, *Bull Joly*, 1994, p.508)。

¹⁹⁴ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.293, n°2058; Azarian, *supra* note n°92, p.123, n°196.

¹⁹⁵ CA Paris, 14 mars 1990, précité.

¹⁹⁶ 先買権の行使を受取証明付書留郵便(lettre recommandée AR)によりすべきであると定款に定めていた場合、裁判上の呼出し状は先買権者による正式な権利の行使にあたらないとした判例がある(Cass. com., 3 oct. 2006, *RJDA*, mars

先買権の行使期間についてである¹⁹⁷。行使期間について、株式の譲渡を完全に妨げるような長期間は認められない。

先買権の行使に関して、定款をもって条件を付すことができるとされている。たとえば、①一定の数よりも少ない数の株式を保有する社員から優先的に、定められた順序に従って先買権を行使できること、②先買権の行使により、先買権者の株式または議決権の保有比率が一定の割合を超えないようにすること、③社員は、資本または議決権の一定割合に相当する数の株式については先買権者に通知することなく自由に譲渡することができ、先買権の行使はこの割合を超えて行われる譲渡についてのみ認めることなどである¹⁹⁸。

なお、社員から株式を譲り受ける予定である譲受人が先買権者でもある場合には、当該譲受人は他の先買権者と共同して先買権を行使することができるとされている¹⁹⁹。

定款をもってしても、社員が譲渡することを望んでいる株式の一部についてのみ先買権を行使することを認めることはできないとされている。なぜなら、譲渡人は先買権者が取得しなかった株式の譲渡が困難となるおそれがあり、株式の譲渡自由の原則に対する侵害を招くからである²⁰⁰。

先買権が行使された場合の先買権者による株式の買取価格についても先買条項に定める必要がある。価格は正当(juste)でなければならない。たいていの場合、先買権者に通知された譲渡計画と同一の価格および条件により先買権を行使することができることと定款に定めることになる。買取価格の定めは、先買権が行使された場合に譲渡を撤回することができない譲渡人のために、不可欠な補償となる。もちろん、買取価格について、譲渡計画と異なる条件を定めることも可能である²⁰¹。

株式の譲渡承認請求の場合と異なり、譲渡人は、買戻権(droit de repentir)を行使すること、および先買権者が先買権を行使する意思を表明した場合に、譲渡を撤回することはできない²⁰²。譲受人の個性はあまり重要ではないからである。すなわち、先買権は株式の譲渡計画を契機として生じ、先買権の目的は、譲受人となるはずであった者に代わって先買権者が株式を譲り受けることを可能にすることである。買戻権の欠如は、先買条項の特徴の1つであるが、買戻権の排除は

2007, n°266)。

¹⁹⁷ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.293, n°2058.

¹⁹⁸ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.294, n°2061.

¹⁹⁹ CA Paris, 14 mars 1990, précité.

²⁰⁰ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.295, n°2065-2066.

²⁰¹ 買取価格の決定を第三者の仲裁(民法典1592条)、または鑑定人(民法典1843-4条)に委ねることができる(Daigre, *supra* note n°25, p.27, n°56; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.293, n°2058)。

²⁰² CA Paris, 23 juin 1987, *Bull. Joly*, 1987, p.701; CA Paris, 14 mars 1990, précité.

公序ではなく、定款に買戻権を定めることは認められる。買戻権は、先買権者が民法典 1843-4 条に従って鑑定人に買取価格を決定させる場合、有効であるとされている²⁰³。

定款上の先買条項を無視してなされた株式の譲渡は、227-15 条が適用され、無効となる。227-15 条は、法定の条項（227-13 条から 227-17 条）と法定外の条項を区別していないからである。

(b) 定款外の前買条項

先買条項を定款で定めなかった場合、すなわち株主間契約により合意した場合も、先買条項の有効性は判例上認められている²⁰⁴。定款上の先買条項の場合と同様、先買権は社員が株式を譲渡する意思を表明した場合にのみ行使することができ、社員に株式を譲渡することを強制することはできない。反対に、先買権者も株式の取得を義務づけられてはいない。したがって、先買権が行使されない場合には、株式を任意の譲受人に自由に譲渡することができる。先買手続と先買権が行使された場合の譲渡価格について、先買条項に定めなければならない。

定款外の前買条項に違反したときの効力が、定款上の先買条項の場合と大きく異なる。定款外の前買条項の場合、先買条項に違反して株式が譲渡された場合であっても、譲受人が善意の場合は当該譲受人が株式を保有し続けるため、先買権者は譲渡人に対して原則として損害賠償の請求しかなしえない。ただし、譲受人が先買条項の存在および先買権を行使する先買権者の意思を知っていた場合、先買条項に違反して行われた譲渡は無効であり、先買権者は譲受人の代わりに自らが株主となることを主張することができる²⁰⁵。

(7) 株式数の上限条項 (clause de plafonnement)

社員間の出資のバランスを維持するために、一定の限度を超えて株式を直接または間接に取得することを社員に禁じることができる。このような上限条項を、特定の社員グループまたは特定の種類の社員にのみ適用することも可能である。

(8) 社員の退社条項 (clause de sortie)

(a) 意義

定款に退社の要件と方法を定めた場合、社員は会社を退社することができる。退社条項は、SAS が企業間の持続的な協力の手段として導入されたことにかんがみて、その目的に反すると思われる可能性がある。しかし、後日会社から解放さ

²⁰³ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.295, n°2065-2066.

²⁰⁴ CA Angers, 20 sept. 1988, *Bull Joly*, 1988, p.850.

²⁰⁵ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, précité.

れる機会を社員に付与することが、入社条件とされる場合もある。

定款に定めるべき要件として、退社できる社員の範囲（全社員または一部の社員）、退社の時期（いつでも、または一定の期間以降）、退社事由（当事者の裁量または一定の事由が生じた場合のみ）がある。

以下において、退社の方法に従い、株式の買取条項と社員の共同退社条項について検討する。これら以外にも、バイ・セル条項（clause 《buy or sell》）を定款に定めることができるとされている²⁰⁶。

(b) 株式の買取条項（clause de retrait）

株式の買取条項とは、ある社員が、会社または他の社員に自己の保有する株式を買い取ってもらうことにより、会社を退社することができるというものである²⁰⁷。譲渡の場合と異なり、退社を望む社員は株式の譲受人を見つける必要がないため、より容易に退社することができるという利点がある^{208,209}。SASにおいて、定款に買取条項を定めることを認める見解は数多い²¹⁰。一方で、買取権の付与に慎重な見解もある。その理由として、社員に退社する権利を付与した場合、正当

²⁰⁶ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.302, n°2091; Le Cannu et Dondero, *supra* note n°39, p.689 n°1044.

バイ・セル条項については、前述（注）84を参照。

²⁰⁷ 買取権は、法律上、民事会社の社員（民法典 1869条）、可変資本会社の社員（231-6条）および経済的利益団体（GIE）の構成員（251-9条2項）に認められている。株式会社については、上場会社において、買取権と類似した権利が少数派株主に付与されている。たとえば、少数派株主は、95%以上の株式を保有する多数派株主に対して、買取りの申込み（offre de retrait）により株式を買い取ることを請求することができる（金融および財政法典（code de monétaire et financier）433-4条II）。そこで、一般的な買取条項を定款に定めることができるか問題となる。買取権は最も効果的な少数派保護の措置である一方、株式の買取費用が時に会社を窮地に陥れる可能性があるからである。株式会社における定款上の買取条項の有効性について明確に判断した判例はないが、どちらかという好意的に捉えているようである（Guyon, *supra* note n°14, p.199, n°119）。

²⁰⁸ Guyon, *supra* note n°14, p.98, n°53; Périn, *supra* note n°29, p.168, n°392; Azarian, *supra* note n°92, p.124, n°196.

²⁰⁹ 株式の買取条項は、社員の意思により会社を退社することができるという点で社員の除名条項と異なる。また、買取条項については、最初から会社または他の社員が株式を買い取るものとされており、その点で、社員が譲渡を予定している買主が別に存在し、先買権者である社員が先買権を行使した場合に初めて当該社員が株式を譲り受ける、すなわち買主が入れ替わる先買条項と異なる（Guyon, *supra* note n°14, p.98 n°53）。

²¹⁰ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.302, n°2091; Le Cannu et Dondero, *supra* note n°39, p.689 n°1044; Azarian, *supra* note n°92, p.123, n°196; Jeantin, *supra* note n°96, p.229, n°20.

SASにおいて定款上の買取条項が認められる根拠として、契約の自由以外に、資本の可変性（231-1条）、または、他の社員に持分を譲渡することをある社員に認める定款外の購入予約（promesse d'achat）を挙げる見解がある（Périn, *supra* note n°29, p.168, n°392）。

な理由があったとしても、会社が困難な状況に陥る可能性があり、このような場合はアフェクティオ・ソキエタティス (affectio societatis) が強化され、社員は自分本位で行動することは許されないからであるとする^{211,212}。

買取条項を定款に定めた場合は、社員の裁量による買取権の行使を防ぐために、定款に権利行使の要件を定める必要がある²¹³。

また、SASにおいて、優先株式 (action de préférence) の保有者が、優先株式の買取りを請求することができるか問題となる²¹⁴。優先株式の買取りは上場会社についてのみ法定されており (228-20 条)、同様の定めのない非上場会社については認められないとする見解と²¹⁵、反対に、優先株式の買取手続を定款に定めることを認める 228-12 条 2 項が、いかなる区別も制限も設けていないことから、SAS についても買取りを認める見解が対立している²¹⁶。

(c) 社員の共同退社条項 (clause de sortie conjointe)

社員の共同退社条項とは、特定の社員 (一般に多数派) が株式の一部またはすべてを譲渡する場合、当該株式の譲受人が他の社員 (一般に少数派) の株式も買い取ることを少数派社員に対して申し出るようにする義務を多数派社員が負うというものである²¹⁷。共同退社条項を定款に定めることにより、少数派社員は、原

²¹¹ Delebecque, *supra* note n°92, p.78, n°154.

SASに限らず、一般的に、特別な場合を除き、定款に買取条項を定めることが時宜にかなっていることはめったにないと指摘されている。少数派に会社を不安定にさせる手段を与えることになるからである (Guyon, *supra* note n°14, p.200, n°119)。

²¹² 株式会社についてであるが、会社の明示の承諾があったとしても、定款外の買取条項は認められないとする見解がある (Jean-Jacques Daigre, *La perte de la qualité d'actionnaire*, *Rev. soc.*, 1999, p.541)。

²¹³ Périn, *supra* note n°29, p.168, n°392.

買取価格について、当事者間の合意がない場合、鑑定人 (expert) により決定される (民法典 1843-4 条)。

²¹⁴ この問題について、Adnot 上院議員から司法大臣に対して書面による質問が提出されたが (Quest. Écrit n° 23907: *JO Sénat Q*, 13 juill. 2007, p.1900)、回答はなされていない。

²¹⁵ Michel Germain, *Les actions de préférence*, *Rev. soc.*, 2004, p.608, n°27; Périn, *supra* note n°29, p.168, n°392.

²¹⁶ Renaud Mortier, *Rachat d'actions et actions rachetables*, *Rev. soc.*, 2004, p.651, n°32.

²¹⁷ 多数派社員が負うこのような義務は、条項の文言によってその法的性質が異なる。たとえば、「社員(A)は、買主が他の社員(B)に株式の買取りを申し出るためにできる限りのことをする義務を負う」とした場合、当該社員(A)は単なる手段債務を負う。すなわち、他の社員(B)が社員(A)の過失 (なすべきあらゆる手段を用いなかったこと) を証明した場合に限り、社員(A)の不履行責任を追及することができる。これに対して、「社員(C)は、買主が他の社員(D)に株式の買取りを申し出ることを請け合う」と定めた場合、社員(C)は請合いの約束の規定 (民法典 1120

則として、多数派社員が予定している譲渡価格と同額で株式を譲渡することができるため²¹⁸、少数派社員にとっては金銭的に良い条件で退社することが可能となる。反面、多数派社員にとっては株式の譲渡に対する制約となりうる。

また、多数派社員が持株の一定割合（たとえば 20%）を譲渡する場合に、少数派社員が保有する株式についても、同じ割合（20%）の株式を譲受人に買い取らせるという比例退社条項（*clause de sortie proportionnelle*）²¹⁹、および、他の社員に優先して退社することを認める優先退社条項（*clause de sortie prioritaire*）を定めることもできる²²⁰。

条)に従うことになる(請合いの約束については、前述(注)55を参照)(Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.305, n°2091)。

²¹⁸ 多数派社員が会社において果たした特別な投資を考慮するなどして、少数派社員が共同退社権を行使する際の譲渡価格を多数派社員の譲渡価格よりも低くすることも可能である(Hervé Le Nabasque, Patrick Dunand et Patricia Elsen, *Les clauses de sorite dans des pactes d'actionnaires, Actes Pratiques, 1992, p.6, n°28*)。

²¹⁹ 多数派社員が株式の一部を譲渡した結果、多数派ではなくなった場合には、譲受人は、少数派社員の持株をすべて買い取らなければならないと定めることもできる(Daigre, *supra* note n°25, p.40, n°87; Le Nabasque, Dunand et Elsen, *supra* note n°218, p.7, n°35)。

²²⁰ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.305, n°2091.

2 議決権に関する拡大

(1) 総説

SAS が革新的であることがもっとも顕著なのは議決権であるとされている。このことは、SAS 制度を導入した 1994 年 1 月 3 日法の予備審議の際にすでに認識されており、1993 年法案の上院での報告者は、SAS においては議決権がとくに単純化されていることを説明し²²¹、また、国民議会での報告者も、指揮者の地位にある社員は、資本家の役割を果たす社員と同等の議決権を保有することが可能であることを強調している²²²。

株主総会の設置が義務づけられていない SAS において、社員が議決権を行使するのは、社員が合議により決議を行う場合である。社員の合議による決議事項には、法律上、①社員全員の同意を要する事項と、②社員の合議により決議することが義務づけられている事項がある。他の事項については、社員の合議により決議する旨を定款に定めることができる^{223,224}。

まず①の事項であるが、株式の譲渡禁止条項（227-13 条）、株式の譲渡承認条項（227-14 条）、および社員の除名条項（227-16 条）を定款に新たに定めるとき、または定款の内容を変更するときは、単なる多数決による決議は、定款をもってしても認められない。また、一般法上、SAS から人的会社に組織変更する場合のように、社員の義務が増加する場合（民法典 1836 条 2 項）、および、会社の国籍を変更する場合も社員全員の同意が必要であるとされている²²⁵。

一方、清算人の選任（237-18 条 II -6°）、任期の更新（237-21 条）、解任および交替（remplacer）（237-22 条）、清算中および清算終了時の年次計算書類の承認（237-27 条 I -3°）、必要な許可の付与、検査役、会計監査人および監査委員会構成員の権限を必要がある場合に一新する決定については、定款になんの定めもない場合には、社員全員の同意を得なければならないが、定款に定めることにより、

²²¹ JO débats Sénat, 22 déc. 1993, p.6885.

²²² JOAN débats, 12 juin 1993, p.1408.

²²³ 一切の定款記載事項の変更、組織再編などのように、株式会社の株主総会において決議すべき事項について、SAS の社員が決議することには特に問題はないと思われる。しかし、会社の経営および管理権限については、社員に包括的な権限を移譲することは制限されている。すなわち、社長および指揮者から経営および管理権限を完全に奪うことはできない。SAS の社長または定款所定の指揮者は、株式会社の取締役会および社長と同様、会社の経営および管理に関する全般的かつ法律上の権限を有するからである（227-1 条 3 項後段）（Jean-Jacques Daigre, *Décisions collectives, Société par actions simplifiée*, 1994, p.42, n°71）。

²²⁴ 社員の合議による決議事項以外の事項については、会社の機関（社長、指揮者、会議体の機関）、従業員、銀行または専門機関などの第三者により決議されることができる。共同子会社においては、事前に第三者による調停について定める場合がある。

²²⁵ 会社の国籍の変更について法による定めはないが、会社の法人格に影響を与えるため、原則として社員全員の同意が必要であるとされている（Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16042）。

多数決により決議することもできるとされている^{226,227}。

次に②に該当するものは、資本の増加・償却・減少、会社の合併・分割・解散、他の形態の会社への組織変更、会計監査人の選任、年次計算書類および利益処分である（227-9条2項）²²⁸。SASの社員は、定款変更または組織再編に関して決議する全般的な権限を有しているわけではない。株式会社においては、非常総会のみがすべての定款条項を変更する権限を有し（225-96条）、通常総会は225-96条および225-97条所定の事項（非常総会による会社の国籍の変更）以外の一切の事項について決議するとしているのに対し（225-98条）、SAS法にはこれらの規定に相当する規定が置かれていない。したがって、社員は法により社員の管轄に属するとされていない事項について決議する必要はなく²²⁹、会社の存続期間の延長²³⁰、会社住所の変更、会社の目的の変更などは定款の変更を伴うが、社員が

²²⁶ Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16042.

²²⁷ これらの事項以外にも社員全員の同意が必要とされるか問題となる事項がある。たとえば、社員になることに特別な要件を課す場合である。社員となるために、免状、職業上の肩書、最低限の割合の資本の保有など、特別な要件を課すことはよくあることである。このような要件は原則として適法であり、原始定款に定めることは可能である。しかし、会社生活の途中でこのような要件を定款に定めることは、原始定款に定めのない新たな要件を社員に負わせることになり、問題が生じる。より深刻なのは、必要な要件を満たすことができない社員が、会社に残ることができなくなり、間接的な除名につながるおそれがあることである。社員であり続ける権利、および所有権そのものへの間接的な負担は、社員の義務の増加と同じことであり、民法典1836条2項により、各社員の同意を必要とする。したがって、このような新たな要件の追加は、社員の合議による決議では不十分であり、社員全員の同意が必要であるとされる（Godon, *supra* note n°179, p.240）。

²²⁸ 株式会社においては、資本の増加・償却・減少、会社の合併・分割・解散・組織変更は、非常総会の権限であり、他の事項は通常総会において決議される。

²²⁹ 法律上、SASの社員の権限とされている事項は、株式会社の株主総会の権限のうち、本文に挙げた事項に限られる。一方、経営および管理権限はすべて社長の権限であるとされている（227-1条3項、227-6条）。とすると、法によっても、定款によっても、対象とされなかった事項は、どの機関が決議すべきなのか明らかではないという問題が生じる。株式会社の株主総会に関する規定は、SASに適用されないため（227-1条3項）、法の不手際に直面することになる。このような事態を避けるために、定款の条項を欠く場合には、商法典の株主総会に関する規定を補足として適用すべきであるとされている。

實際上、定款条項が不十分である、または欠缺の場合に、どのような方法を取り得るかについては、会社の共通法の少なくとも2つの条文を参照することができるとする。特段の定めのないときは、定款は社員全員の同意があった場合にのみ改正することができる旨を定める民法典1836条1項、および、定款に別段の定めのないかぎり、会社の延長は社員全員の同意により決定することができる旨を定める民法典1844-6条である。したがって、定款変更の要件について定款に定めのない場合には、原則として、社員の合議により決議することになるとされている（Daigre, *supra* note n°223, p.44, n°74）。

²³⁰ 会社の存続期間は99年を超えることができない（210-2条）。

なお、会社の存続期間の延長については、社員の合議により決議するべきであると主張する見解がある。存続期間を延長することは、当初定められていた期間

合議により決議する必要はない。社債の発行、社長の選任および解任についても同様である。

社員の合議による決議の手續と要件については、一部の法定事項について社員全員の同意が必要されていることを除き、定款に委ねられている。以下において、社員が議決権を行使するために必要な情報を受け取る権利、および定款による議決権の調整について検討する²³¹。

(2) 情報収集権 (droit d'information)

株式会社における情報の報知 (communication) および調査に関する規定 (225-108 条・225-115 条・225-117 条) が SAS に適用されないため (227-1 条 3 項)²³²、会社は、直近の 3 会計年度の 225-115 条所定の書類²³³、および総会の

を超えて、会社にとどまることと同じであるからである。したがって、会社への参加期間の更新は、社員の同意を必要とするが、決議の要件は定款に自由に定めることができる (全員の同意、単純多数決、加重多数決など)。また、定款の定めがない場合には、会社の存続期間の延長は社員の義務の増加であるとみなし、全員の同意が必要であるとする (Godon, *supra* note n°179, p.241)。

²³¹ 情報収集権と議決権以外の要件および方法については次のとおりである。

定足数要件についてはなんら定められていないため、定款に自由に定めることができ、完全に排除することも可能である。多数決については、社員全員の同意が必要である事項を除き、定款に自由に定めることができる。したがって、単純多数決、加重多数決とすることができ、決議の性質に従って必要な賛成数を変えることもできる。

また、社員の協議方法としては、会議の開催、個別協議、書面 (ファックス、電磁的方法を含む) または口頭による協議、ビデオ会議など、さまざまな方法が考えられる。会議を開催する場合は招集方法も定款に定めることができる。

²³² 株式会社において、判断を下すことを可能にするために必要な文書が株主に報知されなければならないとされている (225-108 条)。

株主は、株主総会の開催に先立ち、事前の報知請求権を有している (225-115 条)。そして、総会の招集後、開催の 5 日前まで、株主は、商法典規則 225-81 条および同規則 225-83 条所定の書類および情報を株主に送付することを会社に請求することができ、会社は会社の費用をもって、開催までに送付する義務を負う (同規則 225-88 条)。また、株主は、招集後、開催前の 2 週間内において、会社住所または指揮を行う場所において、225-115 条および商法典規則 225-83 条所定の書類および情報を調査する権利を有する。そして、財産目録を除き、当該書類のコピーをとることができる (同規則 225-89 条) (財産目録は、競争相手が閲覧することを会社が望まない会計情報を多く含んでいるため、除外されている

(Cozian, Viandier et Deboissy, *supra* note n°92, p.316, n°675))。さらに、すべての株主は、保有する株式の数に関わらず、総会の招集後、取締役会または業務執行役員会が総会の場で回答する義務を負う質問を書面によりすることができる (225-108 条 3 項)。株主は、書面で質問することにより、総会中に口頭で質問するよりも完全な回答を得ることを期待できる (Merle, *supra* note n°21, p.568, n°476)。

また、株主は、随時、会社住所または指揮を行う場所において、直近の 3 会計年度の 225-115 条所定の書類、および総会の議事録と出席簿の報知を受ける権利を有する。また、財産目録を除き、当該書類のコピーをとることができる (225-117

議事録と出席簿を社員に報知する義務はない（225-117条の不適用）。法律上、情報収集についてSASに固有の規定も置かれていないことから、SASにおいて、社員が会社の経営について意見を述べるため、すなわち議決権を行使するために必要な情報を得られるようにするためには、定款に情報収集権（*droit d'information*）の範囲と行使方法を定めなければならない。たとえば、株式会社において法定された以上の情報を提供すること、反対に提供する情報を最低限まで減らすこと、株式会社の規定をそのまま定款に定めることが考えられる。また、会社の帳簿（*livre*）および文書入手する権利を特定の社員（通常は出資額の多い社員）に付与することを定款に定めることができる。これらの帳簿および文書は、範囲、周期（常時、またはあらかじめ定められた期日）および目的を明らかにして、監査されることが望ましいとされている²³⁴。

もっとも、法律上（場合によっては、定款上）、いかなる定めも置かれていないからといって、一切の情報の提供を社員に拒否することには議論の余地があるとされている²³⁵。実務では、基礎資料として、社員と指揮者のリスト、および社員の合議による決議に関するコピーを報知するよう、会社に促しているようである

条、商法典規則 225-92条)。

²³³ 225-115条所定の書類は次のとおりである。

- ① 財産目録、年次計算書類、取締役、または業務執行役員会および業務監査役会の構成員の名簿、連結計算書類、
- ② 取締役会または業務執行役員会、業務監査役会および会計監査役の総会に付されるべき報告書、
- ③ 議案の原文およびその提案理由、取締役会または業務監査役会の候補者に関する情報、
- ④ 賃金労働者（*salarié*）の実数が200名を超えるか否かに従い、10名または5名の最多額の給与を受ける職員の報酬につき、会計監査役により正確であると証明されたその総額、
- ⑤ 一般税法典 238-2条の適用により行われた支払いにつき、会計監査役により正確であると証明されたその総額、後援およびメセナを受けた（*de parrainage, de mécénat*）記名証券の一覧表、
- ⑥ 通常の要件に従って締結された日常取引にかかわる契約の一覧表と対象。

²³⁴ 社員の選任した専門家に監査を補佐してもらうかどうかも定款に定めることができる。専門家を選任した場合は、会社が報酬を支払い、専門家の報告書は幹部および他の社員に報知されなければならない（*Périn, supra note n°29, p.204, n°442*）。

²³⁵ 社員は判断するために必要な情報を有している場合にのみ、決定権限を効果的に行使することができる。したがって、情報収集権に原則的な価値を与える定款を超えた原則が存在すると主張する見解が多数説である（*Yves Guyon, Présentation générale de la SAS, Rev. soc., 1994, p.213; Pierre-Louis Périn, L'information des associés des sociétés par actions simplifiées, D. Affaires, 25 sep. 1997, n°33, p.1060; Michel Storck, Les associés de la S.A.S., LPA, 15 sep. 2000, p.44*）。もっとも、この原則は、法によっても定款によっても、情報収集権についてなんら規定されていない場合にのみ援用することができる（*Périn, supra note n°29, p.201, n°436*）。

また、株式会社に関する個別規定が SAS に適用される場合がある。たとえば、社員の合議により決議される資本の増加・償却・減少、合併、組織変更、計算書類について意見を表明するために、社員は情報収集権を有している。しかし、これらの情報収集に関する個別的な権利は不完全である。というのは、社員が特別な要求をしない場合（SASU において、社員が指揮者の地位に就いているため、直接情報を入手できる場合）には過度な制約が課される一方、会社の情報を徹底的に入手することを希望する社員（投資家、産業もしくは商業上のパートナーである場合）には十分な権限が与えられていないからである。当該社員が半期または四半期ごとの計算書類、月 1 回の主要な経営指標（tableau de bord）、活動報告書、苦境（difficulté）の場合の警告（alerte）、予測に基づく情報を希望する可能性があるが、情報を受け取ることができる機会は 1 年に 1 回だけである。したがって、銀行またはベンチャー・キャピタル、指揮者の地位に就いていない社員、SAS の発起人グループが保有している株式など、特定の社員または株式に対して、定款をもって、提供する情報を段階的に増やしたり、その内容を詳細にするなど、内容の異なる権利を付与することは可能であるとされている²³⁷。反対に、多数派の情報提供の義務を強化することにより、少数派を保護することも可能である²³⁸。社員は、全体のバランスを勘案して、各社員が有する権利の不平等に同意することになる²³⁹。

他に、利益相反取引の場合にも、社員は情報収集権を有する。すなわち、会社と、①社長、②指揮者の 1 人、③10%を超えて議決権を有する社員、④社員が会社である（société actionnaire）場合に、当該会社（社員）を 233-3 条²⁴⁰の意味において支配する会社との間の、直接または人を介してなされる契約（被規制契約）については、会計監査役、または会計監査役が選任されていない場合には社長が、契約に関する報告書を社員に提出しなければならないため（227-10 条 1 項）、社員は報告書から利益相反取引の情報を得ることができる。

²³⁶ 指揮者または賃金労働者（salarié）の報酬に関する情報（225-102 条 I・225-115 条 4 号）は、明確な定款条項に基づいてのみ報知されるべきであるとする見解がある（Périn, *supra* note n°29, p.203, n°439）。

²³⁷ Périn, *supra* note n°29, p.202, n°437; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.246, n°1817; Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16082. 一部の社員に、他の社員と内容の異なる情報収集に関する権利を付与する場合であっても、優先株式を発行する必要はないとされている（Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.246, n°1817; Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16082）。

²³⁸ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.247, n°1818.

²³⁹ たとえば、経営権を有する社員は、経営を監督することを可能にする徹底的な調査権を他の社員が保有することに同意しうる。このような権利の内容の差異は、指揮者である社員と他の社員との間の情報の均衡を取り戻すからである（Périn, *supra* note n°29, p.203, n°439）。

²⁴⁰ 233-3 条については、前述（注）174 を参照。

また、株式会社に関する 225-232 条は SAS に適用することができ、1 人または数人で会社資本の 5%以上を保有する社員は、会社の経営の継続を危うくするおそれのある事実について、社長に書面により質問することができる。この書面による質問は、1 会計年度につき 2 回行使することができる。また、225-231 条も SAS に適用することができ、1 人または数人で会社資本の 5%以上を保有する社員は、会社または当該会社が支配する会社の 1 つまたは複数の経営上の取引 (*operation de gestion*) について書面により質問することができる。この質問に対する回答がない場合、または回答が不十分な場合、社員は経営の検査 (*expertise de gestion*) を急速審理により請求することができる。これらの書面による質問権は、総会前の書面による質問権 (225-108 条 3 項) と混同しないように留意する必要がある (225-108 条の不適用)。

情報収集権の根拠が一般原則、法律または定款であろうと、社員は情報収集権を濫用することはできない。回数または細部について過度の権利行使、また権利行使の目的が不適切である場合、濫用的であるといえる²⁴¹。

一方、指揮者は、情報が社員の権限の行使のために有用ではない場合にかぎり、会社の取引上の秘密を社員に正当に対抗することができる。たとえば、会社が開発し、または製造した製品の技術上の特徴、または第三者との営業上の合意の詳細は、定款に別段の定めがある場合を除き、社員に教える必要はないとされている²⁴²。

(3) 一株一議決権の原則の例外

株式会社において、株式に付された議決権は、株式が表象する資本の割合に比例し、かつ各株式に少なくとも 1 個の議決権を付与すると規定されているが (225-122 条 I)、この規定は SAS には適用されない (227-1 条 3 項)。したがって、SAS においては、議決権の数について定款に定める必要がある。最も単純な方法は、225-122 条 I の規定にならい、議決権の数を社員が保有する資本の割合と比例させることである。SAS における議決権については 225-122 条ないし 255-125 条が適用されないため (227-1 条 3 項)、株式会社よりもかなり自由に議決権の数を調整することができる。そこで、SAS において可能であると思われる方法を検討する。

(a) 1 人 1 票

各社員が 1 個の議決権を有する。

²⁴¹ 通常、指揮者の権限である会社の経営に不当に介入しようとする場合は、情報収集権の濫用に当たるとする見解がある (Périn, *supra* note n°29, p.204, n°440)。

²⁴² Périn, *supra* note n°29, p.204, n°441

(b) 複数議決権

株式会社においても二倍議決権、すなわち、他の株式に与えられる議決権に対して二倍の議決権を付与することが認められているが、その利用は限定的であり、全額払込済の株式について、引き続き2年以上、同一の株主名義における記名登録が証明されなければならない(225-123条1項)²⁴³。SASには当該225-123条が適用されないため(227-1条3項)、二倍議決権はもちろん、さらに進んで三倍、四倍議決権も可能であり、株式の種類ごとに乗数を変えることもできる。また、保有期間の要件も課されない。

(c) 議決権数の上限設定

株式会社において、定款により議決権の上限数を制限する場合は、その制限は、株式の種類により区別することはできず(議決権なき優先株式を除く)、全ての株式に課されなければならないとされている(225-125条1項)。SASにおいては、すべての社員が保有する議決権に上限数を設定する場合と、株式の種類または社員ごとに上限数を変える場合が考えられる(227-1条3項による225-125条の適用除外)。

(d) 裁決権付議決権 (droit de vote prépondérant)

決議を行った際に票数が同じであった場合、保有する議決権の数が最も多い社員に最終的な決定権限を認めるというものである²⁴⁴。

(e) 拒否権または延期権 (droit d'ajournement)²⁴⁵

資本に関係する取引、投資、借入れ、新規プロジェクトの着手などの行為、または新しい社員の入社承認などについて、拒否する権利、または後日の会議に持ち越す権利を付与することができる。

(f) 議決権の累積 (totalisation)²⁴⁶

たとえば、ある総会で5つの決議事項がある場合、10株を保有する社員に1株につき決議事項の数(5個)の議決権を付与すれば、当該社員は合計50個の議決権を有する。当該社員は1つの決議事項に議決権の全てを行使しても、一部を

²⁴³ 株式会社における複数議決権の制度については、荒谷裕子「フランスにおける複数議決権制度」『公開会社と閉鎖会社の法理』(商事法務研究会、1992年)28頁を参照。

²⁴⁴ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.248, n°1824.

²⁴⁵ Périn, *supra* note n°29, p.207, n°448; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.248, n°1824.

²⁴⁶ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.248, n°1824.

行使してもよい（後者の場合、他の決議事項については、それだけ議決権の数が減ることになる）。

SAS において定款により議決権の数を調整する場合、優先株式（*action de préférence*）の発行は義務づけられないとされている²⁴⁷。また、優先株式を発行した場合でも、225-122 条から 225-125 条の制約は受けないとされている²⁴⁸。もともと、優先株式が有している可能性は、SAS 制度によりもたらされる可能性よりも小さい以上、SAS において、あえて優先株式を発行する利点は明らかではないとする見解も多い²⁴⁹。

以上のような議決権に関して内容の異なる定款条項が株式について定められた場合、当該株式の譲受人にも引き継がれる。たとえば、複数議決権株式は複数議決権とともに譲渡される（225-124 条 1 項の不適用）²⁵⁰。一方、社員ごとに異なる取り扱いをすることも可能であり²⁵¹、その場合は株式とともに譲渡されない。

(4) 議決権なき優先株式

従前、SAS は議決権なき優先配当株式を発行することができるかという問題について、学説は対立していた。当時、株式会社における議決権なき優先配当株式について定めていた 225-126 条（2004 年 6 月 24 日オルドナンスにより削除）は、227-1 条 3 項により、SAS に適用されない規定であるとされていたからである。これに対して、旧 228-11 条 2 項（現 228-35-2 条）にかんがみて、SAS も議決権

²⁴⁷ Périn, *supra* note n°29, p.115, n°310; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.249, n°1827; Azarian, *supra* note n°92, p.98, n°160.

²⁴⁸ Périn, *supra* note n°29, p.208, n°449; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.68, n°381; Azarian, *supra* note n°92, p.98, n°160; Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°18182; Germain, *supra* note n°215, p.507, n°14.

反対するものとして、Guillaume de Ternay, SAS et actions de préférence: *modus operandi*, *JCP E*, 2005, n°568, p.617. この見解によれば、SAS において、優先株式の発行が義務づけられることはまったくないとしたうえで、もし、社員の議決権の数を調整するために、必ず優先株式を発行しなければならない場合があれば、225-122 条から 225-125 条を遵守しなければならないとする。

なお、株式の譲渡承認条項が一部の株式に適用される場合、優先株式の発行が義務づけられるかという問題については、前述（注）147 を参照。

²⁴⁹ Paul Le Cannu, Sur les actions de préférence dans les SAS, *Bull. Joly*, 2006, p.1313; Ternay, *supra* note n°247, p.616.

Périn 氏も優先株式の発行手続および優先株式の保有者の保護規定に関しては強行規定が多く、形式主義の増加につながるため、SAS には歓迎されないとする（Périn, *supra* note n°29, p.114, n°310）。

²⁵⁰ 株式会社において、二倍議決権は株主に付与されるため、株式が譲渡された場合には二倍議決権は消滅する（225-124 条 1 項）。

²⁵¹ 決議事項の一部のみに適用する、ある時点で権利が消滅する、または社員が一定の割合以下の資本を保有している場合に権利が付与されるなど、なんらかの要件を付すことができる（Périn, *supra* note n°29, p.208, n°449）。

なき優先配当株式を発行することができるとする見解も有力であった²⁵²。すなわち、旧 228-11 条は、「株式組織会社により発行される有価証券」というタイトルの付された章に置かれており、SAS も含む株式組織会社において、議決権なき優先配当株式を発行することを認めたものであると考えられうるからである²⁵³。議決権なき優先配当株式の場合、議決権の剥奪は優先配当の代償としてのみ可能であり、直近の 3 会計年度の分として支払われるべき配当が全額支払われなかった場合、議決権は復活するものとされていた（旧 228-14 条、現 228-35-5 条）。

2004 年 6 月 24 日オールドナンスにより、それまでの優先株式 (*action de priorité*)、議決権なき優先配当株式、および投資証券と議決権証券に代えて、新たな優先株式 (*action de préférence*) 制度が導入された。この改正により、SAS が優先株式を発行できることが確実となった。225-126 条が削除され、SAS が発行しうる有価証券について、「株式組織会社により発行される有価証券」というカテゴリーにまとめられたからである。

議決権なき優先株式は、定められた期間または定められうる期間、議決権を停止するか、または議決権を奪うこともできる（228-11 条 2 項）。ただし、議決権なき優先株式は、会社資本の 2 分の 1 を超えて発行することはできず（228-11 条 3 項）、この上限を超えて発行された部分については無効となる（同条 4 項）。

²⁵² Charvériat et Couret, *supra* note n°127, p.197, n°1822; Storck, *supra* note n°235, p.42.

²⁵³ 2003 年 7 月 17 日の大臣回答（Rép. min. n°1105, *JO Sénat Q*, 17 juill. 2003, p.2296）も、旧 228-11 条および SAS の定款上の自由を根拠として、SAS における議決権なき優先配当株式の発行を認めていた。

IV 定款自治の限界

1 序

これまで SAS において拡大された定款自治の範囲について検討し、株式会社の場合に比べて、その範囲が相当に広いことが明らかになった。株式譲渡に関する定款条項の場合、条項に違反してなされた株式の譲渡は無効という制裁が課されるため（227-15条）、定款に定めることの意義は大きい。

SAS は、定款自治の範囲が広い、すなわち会社に関する事項の多くを社員が決定することができ、それだけ社員の意思が反映される、契約の自由を特徴とする会社である。そのような SAS において、定款自治に限界があるのか否かが問題となる。すでに、定款自治の拡大のところで、限界が存することを個別に検討した事項もあるが（株式の買取価格に関する獅子条項の禁止（Ⅲ 1 (4)(e)）など）、本編では株式の譲渡承認条項および社員の除名条項にも係る社員の議決権を中心に、定款自治の限界について検討する。議決権に関する検討を行う前に、SAS における定款自治の拡大に関してターニングポイントになったとされる会社代表権の委任に関する破毀院判決を取り上げる。この判決は、SAS における契約の自由の限界を示し、自由に厳しい範囲を定めた判決として捉えられているからである^{254,255}。

2 社長以外の機関への会社代表権の委任の可否

社員の個性の重視と並んで、SAS のもう 1 つの特徴は会社の機関設計の柔軟性である。SAS においては、株式会社の管理機関、指揮機関および株主総会に関する規定（225-17条から 225-126条、225-243条、233-8条 I）は適用されず（227-1条 3項）、法による規制が最小限に抑えられ²⁵⁶、社長（*président*）を除く機関については、定款に定めることにより、当事者が自由に設置することができる。株式会社の機関に関する規定はとくに強行性を有していたため、これらの規定の適

²⁵⁴ J. Paillusseau, *D.*, 2008, p.1567, n°24, note sous Cass. com., 23 oct. 2007; Thullier, *supra* note n°178, p.1482.

²⁵⁵ SAS における契約の自由を制限する判例として、2006年12月9日破毀院判決（Cass. com., 19 déc. 2006, *Bull. civ.*, IV, n°268）がある。これは定款自治の範囲が問題となった事案ではないが、SAS における契約の自由を制限した判決とみなされている。事案は次のとおりである。SAS と他の形態の会社との合併に関する法律上の規定は置かれていなかったところ、ある株式会社が、同じ企業グループの SAS による吸収合併について、株主総会において多数決により決議した。これに対して破毀院は、SAS への組織変更に関する規定（227-3条）を根拠として、決議は株主の全員一致により行われなければならないと判示した。

²⁵⁶ これらの規定の適用が除外されることにより、取締役の年齢制限（225-19条、225-48条）および兼任の制限（225-21条）は課されない。

用除外は多大な影響を及ぼすことになった²⁵⁷。

社長は、SASにおいて、法律上設置が義務づけられている唯一の機関である²⁵⁸。社長の内部活動については定款に自由に定めることができ²⁵⁹、対外的には、第三者に対して会社を代表する（227-6条1項）。227-6条1項は、「会社は、第三者に対して、定款に定められた要件において選任された1人の社長により代表される。社長は、会社の目的の範囲内において、あらゆる場合に会社の名において行為をなすべき最も広範な権限を授与されている」と規定している。社長は、SASと取引する第三者の法的安全（*sécurité juridique*）を保護することを目的として設置されるものであるから、定款をもってしても、社長から会社代表権を奪うことはできない²⁶⁰。

これに対して、定款に定めることにより、社長以外の指揮者にも代表権を付与することができるかという問題が生じる。この点について、立法者の意図²⁶¹および227-6条の文言を根拠として、社長がSASの唯一の代表者であると主張する見解²⁶²と、227-6条の文言を柔軟に解釈し、当該227-6条は社長以外の者に代表権を付与することを禁じていないことから²⁶³、契約の自由を根拠として²⁶⁴、業務執行役員（*directeur général*）なども代表者となることができるとする見解が対立していた。

このような学説の対立が生じた背景には、商業および会社登記簿調整委員会

²⁵⁷ 機関設計の柔軟性については問題がないわけではない。すなわち、機関に関して定款に不備のある場合には、法を補足的に適用するとの規定が置かれていないからである。

²⁵⁸ SASの社長の地位については、井上治行「フランス簡易株式制会社の管理運営機構(1)」『富士論叢』（富士短期大学）45巻2号（2000年11月）25頁を参照。

²⁵⁹ 227-1条3項は、取締役会または取締役会会長の権限は、SASの社長により行使されるとしている。

²⁶⁰ *Rev. soc.*, 2002, p.730, note H. Le Nabasque; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.149, n°1035; Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°15055.

²⁶¹ 1994年1月3日法の審議中、Dailly上院議員が報告書を提出し、そのなかで、第三者との関係において、会社を代表する権限を社長以外の指揮者に認めないことを提案した。その理由として、社長が会社を代表することを任務としないのであれば、社長としての有用性を見いだすことができず、社長のみ代表権を付与することは法的安全にとって好ましいからであるとする（*JO débats Sénat*, 21 oct. 1993, p.3358）。これに対し、社長のみを代表機関とすることが第三者の保護に資するかどうかについて、代表権の委任の観点から疑問を呈する見解もあった（*D. Affaires*, 2002, p.2923, note J-C Hallouin）。

²⁶² Paul Le Cannu, *Direction et contrôle de la sociétés par actions simplifiée, Sociétés par actions simplifiée*, 1994, p.26, n°39; Michel Germain, *La sociétés par actions simplifiée, JCP E*, 1999, I, 341, p.157; Jean-Jacques Caussain, *Du bon usage de la SAS dans l'organisation des pouvoirs, JCP E*, 1999, I, p.1664; Paillusseau, *supra* note n°100, p.339, n°36; Charvériat et Couret, *supra* note n°127, p.107, n°1035.

²⁶³ Guyon, *supra* note n°14, p.126, n°66; Pierre-Louis Périn, *La sociétés par actions simplifiée, l'organisation des pouvoirs*, 2000, p.119, n°200.

²⁶⁴ *D. Affaires*, 2002, p.2264, note A. Lienhard.

(comité de coordination du registre du commerce et des sociétés: CCRCS) による答申 (avis) の存在もある。当初、CCRCS は、「SAS は、登記簿に届け出がなされた社長によってのみ、第三者に対して代表されることができる」とする答申を公表した (99-08 号答申)²⁶⁵。ところが、その後、「SAS の社員が、社長と同一の権限を付与された“業務執行役員”を選任したときは、当該業務執行役員は、この資格 (qualité) ではなく、会社を日常的に指揮し、管理し、または責任を負わせる (engager) 権限を有する社員または第三者として、商業および会社登記簿に届け出られなければならない」とする答申を公表した (00-64 号答申)²⁶⁶。後者の答申からは、社長と業務執行役員が代表権を共有することができることを認めているようにも解釈でき、2 つの答申の内容が矛盾していると受け取られかねず、実務が混乱する一因となった²⁶⁷。

その後、ようやく 2002 年 7 月 2 日に破産院の判決が出され²⁶⁸、社長が会社代表権を独占するかという問題について決着がつけられた。事案の概要は次のとおりである。

SAS である X 社²⁶⁹は、1992 年から 1994 年まで、薬局を経営する Y 有限責任一人企業 (Y 企業) に納入品を引き渡した。1996 年 9 月 25 日、Y 企業に対して裁判上の更正手続が取られたため、X 社の業務執行役員 (directeur général) が会社の名において債権を届け出、また所有権留保条項の利益を援用するために、依然として Y 企業が所有している在庫商品の所有権、および保険組合直接払 (tiers payant) の名目で健康保険公庫 (caisse d'assurance maladie) により支払われるべき商品の転売価格を請求した。受命裁判官 (juge-commissaire) は 1997 年 4 月 9 日の命令により X 社の請求を却下し、商事裁判所は当該命令を確認した。さらに控訴院²⁷⁰は不受理を宣言した。

²⁶⁵ CCRCS, avis n°99-08, 1^{er} avr. 1999, *Bull. RCS*, 5/1999, p.33.

²⁶⁶ CCRCS, avis n°00-64, 24 oct. 2000, *Bull. RCS*, 11/2000, p.25. 99-08 号答申と 00-64 号答申以外にも、99-77 号答申 (CCRCS, avis n°99-77, 21 nov. 2000, *Bull. RCS*, 11/2000, p.21) および 00-32 号答申 (CCRCS, avis n°00-32, 24 oct. 2000, *Bull. RCS*, 10/2000, p.23) の理由のなかで、社長の代表権について言及している。SAS における指揮委員会の設置の可否について答申した 00-32 号答申においては、「SAS の法定代表者は、第三者に対して会社に責任を負わせる権限を法律上有する唯一の者、すなわち社長である」とした。

なお、99-08 号答申と 00-64 号答申は、ともに 2007 年に失効した (caduc)。

²⁶⁷ *Gaz. Pal.*, 27 au 29 oct. 2002, p.1489, note F-X Lucas; Lienhard, *supra* note n°264, p.2264. CCRCS の答申の内容に矛盾はないとする見解もある (*Bull Joly*, 2002, p.971, n°8, note A. Couret)。

²⁶⁸ Cass. Com., 2 juill. 2002, *Bull. civ.*, IV, n°112.

²⁶⁹ X 社は合名会社であったが、1994 年に SAS 制度が新設されたことにより、SAS に組織変更した。

²⁷⁰ CA Montpellier, 24 nov. 1998.

これに対し、X社は破毀院に上告した。破毀申立理由は次のとおりである。X社の定款12条は、「社長は第三者に対して会社を代表し、会社の目的の範囲内で、いかなる場合にも会社の名において行動するために最も広範な権限を付与されている。しかしながら、内部規定として、会社は全指揮者により共同で経営される」と規定している。また、1995年7月19日の株主総会において、社長および業務執行役員は、「定款12条に従い、第三者との関係において会社を代表するために、とくに会社の目的の範囲内であるすべての行為および取引について契約を締結し、会社に責任を負わせるために、同時また別々に行使することができる最も広範な権限を有する。しかしながら、法律に従い、社長が第三者に対して会社を代表し、会社の目的の範囲内で、いかなる場合にも会社の名において行動するために最も広範な権限を付与されている」とする第4号決議を可決していた。そこで、X社は、定款12条および総会第4号決議を根拠として、社長も業務執行役員も、第三者との関係において会社を代表するために、とくに訴訟を提起するための最も広範な権限を有していると主張した。X社は、また、総会第4号決議が、社長はいかなる場合にも会社の名において行動するために最も広範な権限を付与されていることに再度言及している以上、会社の代表権を社長のみに付与することで、定款および法律の規定は遵守されていることを表明し、当該決議は、2人の指揮者がそれぞれ同等の代表権を行使すると結論づけることを認めているわけではないこと、かつ、定款12条に合致しているものとして提示される規定は、内部規則として全指揮者に指揮権限を付与することにより、会社にとってのみ意義があることを主張した。

破毀院は、「227-6条の規定から、SASは第三者に対してただ1人の社長により代表されるということになる」として、控訴院判決は当該条文を正確に適用しているとして、X社の上告を棄却した。

本件において、定款条項は業務執行役員に代表権を明確に授与しているわけではないところ、破毀院は、業務執行役員が本件定款条項により代表権を実際に授与されているかどうかの判断を行ってはいない。破毀院が明らかにしたのは、社長が、第三者との関係において、会社を代表する権限を授与された唯一の機関であるということである。したがって、本件の場合、社長以外の業務執行役員に代表権を授与することはできず、よって、業務執行役員は会社の名において裁判上および裁判外の行為をすることはできないとされたものである。

ところで、227-5条は、「会社が指揮される要件を決定する」のは定款であるとしている。したがって、論理的には、社長から代表権を奪わない限り、社長以外の者に代表権を授与することを禁じていないと解釈することも可能である²⁷¹。し

²⁷¹ Le Nabasque *supra* note n°260, p.732.

かし、破毀院が代表権を有するのは社長のみであると判示したことにより、定款をもってしても社長と同一の権限を授与された機関を設置することはできず²⁷²、本判決は、SASの機関に関する定款上の自由の限界を示したものであるとされている²⁷³。

会社代表権の委任については、その後、2003年の商法改正により可能となった²⁷⁴。すなわち、227-6条に規定が付け加えられ、「定款は、業務執行役員または業務執行役員代理 (*directeur général délégué*) の資格 (*titre*) を有する社長以外の1人または数人が、本条により社長に付与された権限を行使することができる要件を定めることができる」ことが明示された。したがって、代表権を社長のみが独占するのではなく、定款をもって、業務執行役員または業務執行役員代理に代表権を委任することができるようになった²⁷⁵。

3 社員の議決権の剥奪の可否

(1) 総説

227-5条を根拠とするSASの機関に関する定款自治の拡大は、決定権限に限られ、代表権には及ばないと指摘する見解がある (*JCP E*, 2002, II, 1844, p.2071, n°8, note B. Dondero)。

²⁷² Dondero, *supra* note n°271, p.2072, n°10.

²⁷³ Lucas, *supra* note n°267, p.1489; Dondero, *supra* note n°271, p.2071, n°5.

²⁷⁴ 2002年7月2日破毀院判決に言及する文章の中で、当該「判決は法により非難された」、という表現が使われている (*Bruno Petit, Les sociétés: des sociétés de commerçants aux groupes de sociétés, Bicentenaire du code de commerce: la transformation du droit commercial sous l'impulsion de la jurisprudence*, 2007, p.128)。

²⁷⁵ SASにおける会社代表権については、共同社長の問題が依然残されている。2003年改正により認められたのは、業務執行役員または業務執行役員代理への代表権の委任にとどまるからである。複数の社長を選任した場合、各社長が個々に会社に責任を負わせる権限を有する以上、社長を数人選任することも可能であるとする見解もあるが (*Guyon, supra* note n°10, p.511, n°471-7)、立法者の意図および227-6条1項の文言に基づいて、社長は1人でなければならないとする見解が多数説である (*Sylvie de Venteuil, Est-il possible dans une société à conseil d'administration ou dans SAS de nommer un co-président?*, *JCP E*, 1995)。立法者は、上院での審議中、SASと第三者の関係を明瞭にするために、第三者の交渉相手を1人にすべきであると主張していた (*E. Dailly, Rapport Sénat*, n°35, p.16; *comp. JOAN débats*, 23 nov. 1993, p.6140)。また、227-6条1項は、会社は「1人の社長により第三者に対して代表される」としており、「1人」という文言が使われている以上、2人以上の社長を選任することはできないとされている。

もっとも、社長の複数制の容認は、立法者のいう第三者保護の目的に反するものではないと指摘されている。実際、株式会社において、複数の会社代表者を選任することが認められている。取締役会制度を選択する株式会社の場合、取締役会会長も代表権を有し、また業務執行役員も会社を代表することが法定されている (225-56条12項)。第三者にとって重要なことは、会社を代表する権限を付与されているものを確実に特定することであって、代表者の数ではない

(*Caussain, supra* note n°262, p.1814)。

フランスにおいて、伝統的に、議決権は社員の本質的な特権 (*attribut essentiel*) の 1 つとみなされてきた²⁷⁶。裁判所も議決権の本質的な特性 (*caractère*) についてたびたび述べている。1932 年 4 月 7 日判決²⁷⁷において、破毀院は、「株主総会における議決権は、株式の本質的な権利の 1 つである；その行使がある措置に従って定款により規制されうる場合、いかなる場合にも奪われることはできない」と判示した。また、1941 年 6 月 23 日判決²⁷⁸においても、「議決 (*délibération*) への株主の出席と投票は、株主の本質的な権利である」と述べ、本判決では総会への出席についても言及している。

従来、議決権は社員の権利であって義務ではないとされてきた²⁷⁹。議決権を行使するかしないかは社員の自由であるため、社員は議決権の行使をしばしば怠るようになった。というのも、多くの場合、社員は、何よりもまず行った投資から金銭的な利益を期待する貯蓄家であるからである。社員が会社の経営から遠ざかることにより、議決権と経済的な権利 (*droit financier*) がしだいに切り離された²⁸⁰。また、企業の集中と再構築の強い動きも、株式の一時保有契約 (*convention de portage*)、用益契約、消費貸借契約、賃貸借契約などの利用を促し、このことも議決権と経済的な権利の分離が進んだ一因となった²⁸¹。このような状況を背景として、1978 年 7 月 13 日法により議決権なき優先配当株式制度が導入され (1966 年 7 月 24 日法 (以下 1966 年法という) 177-1 条・269-1 条以下)²⁸²、1983 年 1 月 3 日法により議決権証書と投資証書の分離が可能となり (1966 年法 283-1 条以下)²⁸³、これらの制度は議決権と経済的な権利の分離という現状を法的に認め

²⁷⁶ Michel Germain, *Le droit de vote*, *LPA*, 4 mai 2001, p.8; Guyon, *supra* note n°10, p.316, n°307.

²⁷⁷ Cass. civ., 7 avr. 1932, *DP* 1933, 1, p.153, note P. Cordonnier.

²⁷⁸ Cass. req., 23 juin 1941, *Journ. sociétés* 1943, p.209, note R.D.

²⁷⁹ 近年、株主の属性に応じて、株主に議決権の行使を義務づける動きも見られ (Suzel Castagne, «Vote» en faveur du droit de vote, *Dr. sociétés*, 2000, *Chron.* 21, p.9, n°35)、すでに立法化されているものもある。たとえば、ポートフォリオ管理会社 (*société de gestion de portefeuille*) は、通常総会において、当該会社が経営する有価証券共同投資機関 (*organismes de placement collectif en valeurs mobilières: OPCVM*) の保有する株式の議決権を行使する義務が課されており、議決権を行使しなかった場合にはその理由を説明しなければならない (金融および財政法典 (*code monétaire et financier*) 533-22 条) (Nicolas Cuzacq, *Le vote des gestionnaires d'OPCVM*, *Rev. soc.*, 2006, p.491)。

²⁸⁰ G. Blanc, *JCP*, 1999, II, 10168, note sous Cass. com., 9 févr. 1999.

²⁸¹ Jean-Jacques Daigre, *Le Droit de vote est-il encore un attribut essentiel de l'associé?*, *JCP E*, 1996, I, 575, p.318.

²⁸² 議決権なき優先配当株式については、「フランスの「企業の資金調達に向けての貯蓄振興法」について」『証券』31 卷 362 号 (1979 年) 52 頁、鳥山恭一「フランス株式会社法における資本多数決原則の形成と展開」『早稲田法学』59 卷 1・2・3 合併号 (1984 年) 186 頁を参照。

²⁸³ 議決権証書と投資証書については、鳥山恭一、前掲論文 (注 282) 194 頁、山田泰彦「株式の分解とその有価証券化—フランス改正会社法 (1983 年 1 月 3 日の

た現れであるとされている。

一方、学説上、社員概念の要件として、会社取引への「参加権 (droit d'intervention)」を「議決権」の代わりに用いるべきであると主張する見解が現れた²⁸⁴。この見解によれば、社員の参加権とは、会社の指揮者に報告 (compte) を要求し、会社の目標 (objectif) の決定に貢献する権利であるとする。さらに、議決権はもはや社員の本質的な特権ではないという見解もある²⁸⁵。

以上のように、1978年7月13日法以降、議決権を神聖視しない動きがある一方²⁸⁶、議決権なき優先配当株式および議決権証券・投資証券制度が失敗したのは、社員が会社の経営に参加する権利を重要な要素とみなしていることの最良の証拠であるとも言われている²⁸⁷。

社員の議決権の意義が改めて問われるなかで、裁判上、定款に定めることにより社員の議決権を奪うことが認められるかどうか争われた事案が近年多く見られるようになった。とくに、会社の機関および運営上の契約の自由を特徴とするSASにおいて、契約の自由と公序²⁸⁸のどちらが優先するかは重要な問題である。

本章では、まず、社員の議決権に関する裁判所の立場を明らかにするために、近時の重要な判例を取り上げる。次に、SASにおいて社員の議決権の剥奪が問題になると思われるケースについて、2007年10月23日破毀院判決を素材として、定款による議決権の剥奪の可否を明らかにする。

(2) 議決権に関する近時の判例

(a) 1994年1月4日破毀院判決 (De Gaste 事件) ²⁸⁹

本判決では、民事会社において、持分の用益権者と虚有権者の間の議決権の分配 (démembrement) について定款に定めた場合に、虚有権者の議決権を奪うことができるかどうか争われた。事案は以下のとおりである。

A民事会社はX夫婦が設立した森林管理団体 (groupement forestier) であり、夫が業務執行者である。X夫妻は持分の用益権を保有したまま、当該持分の虚有

法律) により創設された投資証券と議決権証券」『商事法務』1019号 (1984年) 21頁を参照。

²⁸⁴ Alain Viandier, *La notion d'associé*, 1978, p.168, n°173. Viandier 教授によれば、社員概念のもう1つの要件は「出資」であるとする。

²⁸⁵ Daigre, *supra* note n°281, p.318.

²⁸⁶ Merle, *supra* note n°21, p.365, n°306.

²⁸⁷ Castagne, *supra* note n°279, p.9, n°33.

²⁸⁸ 日本の公序良俗とは異なり、フランスの公序規定は日本の強行規定にあたる (大村敦志『フランス民法』(信山社、2010年) 171頁)。

フランスにおける公序について、山口俊夫「現代フランスにおける『公序 (ordre public)』概念の一考察」国家学会百年記念『国家と市民 第3巻』(有斐閣、1987年)、後藤卷則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」『法律時報』65巻2号 (1993年2月) 80頁を参照。

²⁸⁹ Cass. com., 4 janv. 1994, *Bull. civ.*, IV, n°10.

権を子供たち（Yら）に付与することにした。その際、用益権者（X夫妻）のみが総会（非常総会および定款を変更する総会を含む。また決議事項の性質を問わない）に参加し、投票する権利を有すること、また用益権者（X夫妻）が虚有権者（Yら）を代理することを定款に定めた（本件定款条項）²⁹⁰。そこで、Yらは本件定款条項の無効を求めて提訴した。

Caen控訴院は、民法典1844条4項を根拠として本件定款条項は有効であるとし、Yらの請求を却下した。これに対して、破毀院は、民法典1844条4項により同条3項の適用を除外し、定款に別段の定めを置くことができるとしても、同条1項が規定するところの社員である虚有権者の合議による決議に参加する権利についてはいかなる別段の定めも認められないとして、控訴院判決を破毀した。

用益権者と虚有権者の間の議決権の分配については、民法典に定められている。民法典1844条3項は、用益権者が利益の分配に関する決議について議決権を有し、その他の決議事項については虚有権者が議決権を有すると定めているが²⁹¹、民法典1844条3項は任意規定であり、同条4項は、定款に別段の定めを置くことを認めている。

本判決において、破毀院は、民法典1844条4項により、定款をもって虚有権者からすべての決議事項について「議決権」を奪うことはできるが、社員である虚有権者から²⁹²、「合議による決議に参加する権利」を奪うことはできないと判示した。すなわち、破毀院は、議決権について用益権者と虚有権者の間で調整することは可能であるが、「すべての社員は合議による決議に参加する権利を有する」と定めている民法典1844条1項に従って、「合議による決議に参加する権利」はすべての社員に付与されなければならないと、定款をもってしても後者の権利を虚有権者から奪うことは認められないことを明らかにした。学説上も、本判決と同様、民法典1844条4項により同条3項の適用を除外することはできるが、同条4項は用益権者と虚有権者の間の議決権の単なる調整を認めているにすぎず、虚有権者から「合議による決議に参加する権利」を奪うことまでは認めていないとする見解がある²⁹³。しかし、このように「決議に参加する権利」を「議決権」から区

²⁹⁰ 用益権者が虚有権者を代理すると定款に定めたことについて、同一の定款条項により用益権者にすべての議決権を付与したと矛盾するという指摘がなされている（*RTD civ.*, 1994, p.645, note F. Zénati）。

²⁹¹ 株式会社の場合、通常総会においては用益権者が議決権を有し、非常総会においては虚有権者が議決権を有する（225-110条）。

²⁹² 本判決の意義として、破毀院が、社員の資格を有するのは用益権者ではなく虚有権者であると判示したことも挙げられる。虚有権者が社員であることは、学説の多数説とも一致している（Viandier, *supra* note n°284, p.247, n°253）。

²⁹³ *Bull. Joly*, 1994, p.251, note J.-J. Daigre. 公序である民法典1844条1項に反することはできないからである。

別することについて²⁹⁴、反対する見解も多い²⁹⁵。

実際、投票はできないものの、総会には出席するという状況を想像することは困難である。確かに、社員は、審議の予定がある総会に招集され、質問をし、情報を得る (s'informer) ことはできるが、審議の結果行われる投票時に、投票用紙などにより自分の意見を表明することは断念しなければならないという状況を想定することは不可能ではない。しかし、「合議による決議に参加する権利」は「議決権」に付随する権利であり、両者は異なる権利ではない²⁹⁶。したがって、社員から「議決権」を奪うということは、他人とともに決定する権利、すなわち「合議による決議に参加する権利」を奪うことと同じことである²⁹⁷。

本判決は、もとより、用益権者と虚有権者の間の議決権の分配に関するものであるが、破産院が社員の議決権の性質について判示するために、民法典 1844 条 1 項を根拠条文としたことに本判決の意義があるとされている²⁹⁸。

(b) 1999 年 2 月 9 日破産院判決 (Château d'Yquem 事件) ²⁹⁹

本判決は、議決権が社員の本質的な特権であることが改めて確認された重要な判決である。事案は以下のとおりである。

Château d'Yquem 株式合資会社 (X 社) は、領地の開発を行うために 1992 年に設立された。X 社においては、資本の 3%を保有し、かつ唯一の無限責任社員である A が、資本の 52%を保有する A の兄弟である B の承認を受けて、業務執行者の地位に就いていた。なお、X 社には他に 43 人の有限責任社員がいる。

1992 年 1 月 25 日に X 社の創立総会が開催され³⁰⁰、そこで定款が採択された。本件で問題となっているのは定款の 26 条 (本件定款条項) であり、次のように規定されている。会社と業務執行者の 1 人または業務監査役会構成員の 1 人との

²⁹⁴ 「合議による決議に参加する権利」を「議決権」から明確に区別したのは、本判決が初めてであるとされている (A. Reinhard, *RTD com.*, 1999, p.902, obs. sous Cass. com., 9 févr. 1999)。

²⁹⁵ 本判決に賛成するものとして、*Rev. soc.*, 1994, p.278, note M.

Lecène-Marénaud; *JCP E*, 1994, I, 363, n°4, obs. A. Viandier et J.-J.

Caussain; Daigre, *supra* note n°293, p.249 がある。また、反対するものとして、*Defrénois*, 1994, art.35786, n°2, note P. Le Cannu; *Dr. sociétés*, 1994, n°45, note T. Bonneau がある。

²⁹⁶ Le Cannu, *supra* note n°295, p.558.

²⁹⁷ Q. Urban, *Banque et droit*, 2007, n°116, p.68, note sous Cass. com., 23 oct. 2007.

²⁹⁸ J.-C. Hallouin, *D.*, 2000, p.232, note sous Cass. com., 9 févr. 1999.

²⁹⁹ Cass. com., 9 févr. 1999, *Bull. civ.*, IV, n°44.

³⁰⁰ 総会の議題は、第一号議題：引受けと払込みの確認、第二号議題：定款の採択、機関の選任、第三号議題：設立中の会社のために行う行為について付与された権限、第四号議題：権限 (pouvoir)、である。第一号議題、第二号議題および第三号議題は株式引受人の全員一致により可決されている (第四号議題については不明)。

間の、直接、間接、または人を介したあらゆる契約は、業務監査役会の事前の授権および総会の承認を受けなければならない（1項）。会社と無限責任社員の1人との間の、直接、間接、または人を介した契約についても同様である（2項）。また、業務執行者の1人、無限責任社員の1人または業務監査役会構成員の1人、その配偶者、卑属または尊属が、直接もしくは間接に、または人を介して、他の企業の所有者、無限責任社員、業務執行者、取締役、業務執行役員または業務執行役員会もしくは業務監査役会の構成員であるとき、会社と当該企業との間の契約についても同様である（3項）。

創立総会では、X社とAが業務執行者である Château d'Yquem 民事会社（D社）との間で締結された契約の署名を承認する決議も可決された（決議①）。当該契約は、D社が賃貸人となる農業上の賃貸借（*bail rural*）、X社によるD社の在庫商品の大部分の購入（主な条件は決定済み）、X社によるD社の営業用設備（*matériel d'exploitation*）の購入、X社によるD社のほぼすべての労働契約の引継ぎ、X社とD社間の交互計算により、現金資産（*trésorerie*）および貸付けと借入れ（*prêts/ emprunts*）を集中させる管理契約（*contrat de gestion*）に関するものである。

その後、1994年5月28日のX社の総会において、在庫、営業用設備および労働契約の引継ぎについてD社との間で締結された契約を承認した（決議②）³⁰¹。

X社の34人の有限責任社員（Yら）は、Aが決議①の投票に参加したことにより、また、Aの息子であるCが、X社の社員として個人名（*son nom personnel*）で、かつ叔父であるBの受任者として決議②の投票に参加したことにより、本件定款条項に違反したとして、決議①および②の無効を求めて提訴した。

Bordeaux 商事裁判所は、1995年11月24日判決により、決議①の無効を言い渡す理由はないとして却下し、決議②については無効とした。

決議①について、商事裁判所は、決議①はX社とD社との間の契約の署名に関するものであり、2つの会社の業務執行者を兼任しているAは、1966年法103条の適用を受けるため、決議に参加してはならなかったが、このことにより会社に不正規（*irrégularité*）の損害が生じたことの証拠をYらが提出しなかったとして、決議①の無効を認めなかった。

³⁰¹ 決議②について、議事録には、「1966年法258条所定の契約に関する会計監査役の特別報告書の説明（*lecture*）を聞いた後、総会は、D社との間で締結された契約を承認した、すなわち、小作地の適用を受ける（*soumis au statut de fermage*）農業上の賃貸借、ワインの在庫の購入およびワインの熟成の委任の契約、営業用設備の購入契約、労働契約の移転、ワインの在庫について共通の（*commune*）保険証券の署名（*souscription*）、管理費の請求書の再作成（*refacturation*）である。この決議は6879票の賛成票により承認され、2110票が反対票であった。利害関係のある業務執行者および業務監査役会構成員は決議に参加せず、定足数および多数決に算入されなかった」と記載されている。

一方、決議②について、定款の作成者が望んだのは、1966年法 258 条よりも規制の範囲を拡大した定めを定款に置くことであり、したがって、C は、個人名でも、B の受任者としても、決議に参加してはならなかったとして、決議②を無効とした。

これに対し、X 社が控訴した。決議②について、X 社は、1966 年法 103 条所定の「利害関係者」に当たる可能性がある者は、株式合資会社においては、同法 258 条所定の業務執行者および業務監査役会構成員であり、定款は同法 103 条による投票の禁止を他の株主に拡大することはできず、したがって、B と C は業務執行者でも業務監査役会構成員でもないため、被規制契約において「利害関係者」に該当せず、議決権を剥奪される可能性のある指揮者ではないと主張している³⁰²。他方、Y らは、同法 103 条を根拠として決議①の無効を請求し、決議②の無効を言い渡した商事裁判所判決の維持を求めた³⁰³。

Bordeaux 控訴院は、1996 年 6 月 5 日判決により³⁰⁴、決議①の無効の請求を却下し³⁰⁵、決議②を無効とした。

³⁰² X 社は、決議①の無効を却下した商事裁判所の理由にも異議を唱えた。すなわち、1992 年 1 月 25 日に開催された総会は、1966 年法所定の株主総会ではなく、会社の設立前に発起人間で準備された情報と協議の手續の一環である。したがって、本件定款条項も、このような総会について規定していない 1966 年法 103 条も適用されない。本件総会は、比較的多数である発起人の数および会議体の必要性にかんがみて開催されただけである。したがって、1966 年法 103 条に定められた投票の禁止は適用されないと主張する。X 社は、さらに、会社の設立中、株式引受人は全員一致によって決議をすることしかできず、すべての決議は発起人の全員一致によりなされなければならないことを指摘する。

³⁰³ 決議①について、Y らは、X 社および D 社の業務執行者である A によりなされた権限の濫用は、少数派社員の利益に反した契約の履行を禁じるために、少数派社員により導入された規制に重大な影響をもたらし、社員の 2 つのグループ間で不和が生じ、この不和は、会社生活にとって明らかに損害をもたらしたとして、無効を請求した。

このような Y らの主張に対し、X 社は、決議①は発起人の全員一致により決議されたことから、アフェクティオ・ソキエタティスの欠如の理由を説明することができるのは、一部の少数派が関与した (*engagé*) 規制の増加ではなく、当該規制全体が少数派の混乱の原因となったと再反論した。

³⁰⁴ CA Bordeaux, 5 juin 1996, *RJ com.*, 1999, p.269.

³⁰⁵ 決議①の無効請求の却下理由は次のとおりである。

貯蓄吸収公募を行わなかった場合、創立総会に関する 1966 年法 79 条は適用されないが、株式引受人の総会が招集された以上、法定の要件を満たす必要がある。X 社と D 社との間で締結された農業上の賃貸借 (*bail rural*)、営業用設備の購入、労働契約の引継ぎ、および集中管理の契約は、同法 101 条 1 項所定の要件に該当しており、取締役会の事前の授権を受けなければならない、かつ、利害関係者である指揮者が授権に関する決議に加わることを禁じている同法 103 条が適用される、会社と取締役または業務執行役員の間で締結された契約である。発起人は、同法 101 条を準用する同法 258 条の文言を繰り返している定款を採択したことにより、その意思を表明した。授権は 1966 年法または定款所定の要件においてのみ付与することができる場所、本件における授権は不正規である。同法 105

決議②について、控訴院は、CはBから事前に代理権を付与され、決議②に投票しているが、本件定款条項の3項により、1966年法258条による投票の禁止が業務執行者、無限責任社員、業務監査役会構成員の配偶者、卑属および尊属に拡大されているため、X社の無限責任社員かつD社の業務執行者であるAの息子であるCは、社員としても、他の社員の受任者としても、決議に参加することはできないと判示した。

また、X社の控訴理由の前半について、控訴院は、民法典1844条1項が適用されることにより、すべての社員が合議による決議に参加する権利を有しているところ、民法典1834条は、「会社の形態または目的を考慮して、法により別段の定めが置かれていない場合」に限り、一般原則をすべての会社に適用することができるとしたうえで、1966年法103条はまさに商事会社に関する別段の定めを置いており、本件定款条項は1966年法103条の単純な適用であると述べている。また、控訴理由の後半について、1966年法258条2項は株式合資会社への同法101条3項の単純な適用であるとしている³⁰⁶。

そこでX社が上告し、Yらも付帯の破毀申立て (*pouvoir incident*) をした³⁰⁷。

条は、取締役会の事前の授権なく締結された同法101条所定の契約は、当該契約が会社に対して損害をもたらしたときには、無効とすることができると規定している。Yらは、X社とD社の業務執行者であるAが、不正規に授権された契約に署名し、当該契約を履行し、Aが権限を濫用したことにより、少数派社員の利益に反した契約の履行を禁じるために少数派社員により導入された規制に重大な影響、すなわち社員の2つのグループ間の不和をもたらしたと主張する。しかし、Yらは、この不和が会社生活に対して損害をもたらしたことを立証しておらず、決議②の無効請求は却下される。

³⁰⁶ X社は、さらに、本件定款条項の1項および2項と3項を区別し、3項の文言によれば、配偶者、卑属および尊属は、姻戚関係 (*allié*) または親戚関係にある (*apparenté*) 業務執行者、業務監査役会構成員、または無限責任社員への規制の適用を可能にするためにのみ、他の企業における地位が考慮されていること、一方、1項および2項においては、配偶者、卑属および尊属という文言がないことから、会社と直接契約する業務執行者、業務監査役会、または無限責任社員の配偶者、卑属および尊属には規制が適用されないことになり、会社と他の企業との間において契約がなされる場合にのみ規制を適用することは非論理的であると主張する。

これに対して、控訴院は、ある会社と他の企業との間の契約の承認決議における投票の禁止は、総会により承認された本件定款条項3項の動機がどのようなものであろうと、業務執行者、無限責任社員または業務監査役会の構成員の配偶者、卑属または尊属が、直接もしくは間接、または人を介して、企業の所有者、無限責任社員、業務執行者、取締役、業務執行役員、業務執行役員会または業務監査役会の構成員である以上、業務執行者、無限責任社員または業務監査役会構成員の配偶者、卑属または尊属に拡大されるとした。

³⁰⁷ Yらは、決議①の無効請求が却下されたことに対して、付帯の破毀申立てをした。すなわち、D社の業務執行者でもあるX社の業務執行者Aが権限を濫用したことにより、D社が所有していた *Château d'Yquem* を賃借すること、ワインの在庫と営業用設備を購入すること、および労働契約の大部分を引き継ぐことができ、社員間の対立の原因となったとしたうえで、*アフェクティオ・ソキエタテ*

破毀院は、民法典 1844 条 1 項および 2 項にかんがみて、すべての社員は合議による決議に参加する権利を有していること、および定款はこの規定に違反することはできないことから、法により規定されていない議決権の剥奪を一部の社員に関して定める定款を適用したことにより、控訴院は民法典 1844 条 1 項および 2 項に違反したとして、決議②を無効とした控訴院判決を破毀した³⁰⁸。

破毀院は、本判決において、「すべての社員は合議による決議に参加し、投票する権利を有しており、定款はこの規定に反することはできない」ことを再び判示し、民法典 1844 条を根拠として、定款をもってしても社員から議決権を奪うことはできないという重要な原則を再確認した³⁰⁹。

株式合資会社に適用される 1966 年法 258 条は、1 項において、101 条から 106 条の規定は³¹⁰、会社の業務執行者の 1 人または業務監査役会構成員の 1 人と当該会社との間において直接にまたは人を介してなされる契約に適用されるとしている³¹¹。また 2 項は、101 条から 106 条の規定は、会社の業務執行者の 1 人または業務監査役会構成員の 1 人が他の企業の所有者、無限責任社員、業務執行者、取締役、業務執行役員、業務執行役員会もしくは業務監査役会の構成員であるとき

イスの欠如をこの不和が証明するならば、控訴院が調査しなければならず、また調査するように促したのに、控訴院が決議①の無効を言い渡す理由はないと判示したことに異議を唱えた。

これに対して、破毀院は、決議①の無効を請求する社員は、社員間の不和の証拠を挙げることなく、そこから結論を導きだすこともなく、また被った損害を明らかにすることもなく、不和とアフェクティオ・ソキエタティスの欠如を持ち出すにとどまったため、控訴院は調査を行わなかったのであるから、破毀申立ての理由は根拠がないとして、破毀申立てを却下した。

³⁰⁸ 株式の共有という状況がまったく生じていないにもかかわらず、民法典 1844 条 2 項を根拠条文としたことに疑問を呈する見解がある (*Bull. Joly*, 1999, p.569, note J.-J. Daigre; *RJ com.*, 1999, p.279, n°12, note J.-P. Dom; *Dr. sociétés*, 1999, n°67, p.9, note T. Bonneau)。これに対して、1844 条 2 項を根拠条文としたのは、本判決を株式の共有の場合にも適用することを示すためであると指摘する見解がある (*D.*, 2000, somm. 231, obs. J.-C. Hallouin, p.232)。

³⁰⁹ *JCP E*, 1999, n°16, p.726, note Y. Guyon。

本判決の結論に賛成する学説が多数を占めるなかで、契約の自由を優先させるべきであると主張する見解がある。この見解によれば、取引に必要な自由は議決権の行使の制限を正当化し、また、経済的な権利の範囲は当事者の契約により決定されることから、同様の契約により議決権を調整することを妨げる障害はないとする (*Defrénois*, 1999, art.36991, p.628, obs. H. Hovasse)。

³¹⁰ 本事案に関係があるのは 103 条である。

³¹¹ 1966 年法 258 条に相当する商法典 226-10 条 1 項は、2001 年 5 月 15 日法により改正されている。改正後の条文は、次のとおりである。「225-38 条から 225-43 条の規定は、会社の業務執行者の 1 人または業務監査役会構成員の 1 人、10% を超えて議決権を保有する株主の 1 人、または株主が会社である場合 (*société actionnaire*) に、233-3 条の意味において当該会社を支配する会社と当該会社との間において直接にまたは人を介してなされる契約に適用される。同様に、当該規定は、これらの者の 1 人が間接的に利害関係を有する契約に適用される」。

は、会社と他の企業との間においてなされた契約にも適用されるとする。

1966 年法 258 条は、当事者の個性 (personnalité) を考慮して、契約に関する規制の範囲を定めているだけである。同法 258 条により、直接、社員から議決権を奪うわけではない (同様に、本件定款条項も議決権を直接社員から奪う規定ではない)。1966 年法 258 条が株式会社に関する 101 条から 106 条を準用しているため、利害関係者が決議から除外されるという効果がもたらされるのである。すなわち、同法 103 条 1 項は、取締役会 (株式合資会社の場合は業務監査役会) における決議に関して、利害関係者である取締役または業務執行役員は³¹²、必要な授権に関する決議に参加することはできないとする。また、同条 4 項は、総会における決議に関して、利害関係者は決議に参加することはできず、その者の株式は定足数および多数決に算入されないと規定している。利害関係者が株主である場合、同法 103 条を準用する同法 258 条が適用されることにより、結果的に、当該利害関係者は株主総会において議決権を行使することができないことになる。

したがって、1966 年法 258 条所定の契約当事者とみなされる者の範囲を法定外の者に拡大することは、同法 103 条 4 項所定の「利害関係者」の範囲の拡大ももたらすことになる^{313,314}。本件についてみれば、本件定款条項により、業務執行者の息子 (卑属) も 1966 年法 258 条の人的範囲を超えて規制の対象に含まれ、よってこの者は同法 103 条 4 項所定の利害関係者に該当するため、総会決議に参加することができなくなる。

破毀院が認めなかったのはまさにこの点である。すなわち、破毀院は、本件定款条項を無効としたのではない³¹⁵。破毀院が強調したのは、法により認められて

³¹² 1966 年法 103 条 2 項に相当する商法典 225-40 条 1 項所定の主体は、2001 年 5 月 15 日法により、単に「利害関係者」と改正されている。

³¹³ 本事案において、X 社と D 社の業務執行者である A の息子である C は、どちらの会社においても業務執行者などの指揮者の地位に就いていない。総会決議の無効を請求する Y らは、A と C が親子であることを理由として、C は決議に参加してはならなかったと主張しているが、裁判所は、X 社と D 社との間で締結された契約に C が間接的な利益を有していること、または、契約が人を介して自己に有利に締結されたことを判断するいかなる事実にも言及していない (JCP, 1999, II, 10168, note G. Blanc)。

³¹⁴ 本件定款条項は、「直接もしくは間接に、または人を介して」という文言を加えており、規制の対象となる契約の範囲はさらに拡大することになると思われる。

³¹⁵ 本件定款条項が規定しているのは、あくまでも総会による契約の承認を受けなければならないということのみであり、当該条項から、必然的に、業務執行者の息子が総会決議に参加できないということにはならない。したがって、総会決議に参加することを認めるならば、258 条所定の人的範囲を定款により拡大することも可能ではないかとする見解がある (Guyon, *supra* note n°309, p.725)。しかし、拡大された人的範囲に含まれる者が多数派株主である場合、当該株主が総会決議に参加し、自分自身のために投票しうることによって、承認を受けるべき契約の範囲を定款により拡大した意義が減じられてしまうと指摘されている (Bonneau, *supra* note n°308, p.10)。

いない議決権の剥奪を定款に定めることはできないということである³¹⁶。

本判決の対象は、前述の1994年1月4日破毀院判決よりも広く、用益権者および虚有権者を区別せず、すべての社員を対象としている³¹⁷。また、社員の合議によって決議されるすべての事項に適用すべきであるとされている³¹⁸。一方、本判決が適用される会社の種類については学説が分かれている。本判決は株式合資会社に関するものであるが、「すべての種類」の会社に本判決を適用すべきであり、SASにも適用されるとする見解がある一方³¹⁹、会社の種類によって適用の可否を検討する見解もある。後者の見解によれば、株式会社については、株主の議決権が、株式合資会社の議決権に関する規定と同一の規定（225-122条）により規制されている以上、本判決は株式会社にも適用されるが、契約の自由を特徴とするSASは適用対象外であるとする³²⁰。

なお、「合議による決議に参加する権利」と「議決権」の区別については、本判決の判決理由の中で、破毀院が、「投票する権利（droit de voter）」という文言を民法典1844条の規定に付け加えたことにより、同条1項所定の「合議による決議に参加する権利」は「投票する権利」も含むことが明らかになったと解されている³²¹。

³¹⁶ 取締役会または業務監査役会における決議（225-40条1項、225-88条1項）に、利害関係者の配偶者、卑属または尊属が参加することを禁止することができるかという問題が生じた場合に、本判決が適用されるかについては明らかではない。というのは、取締役会および業務監査役会における指揮者の議決権は、社員のみに関係する民法典1844条から生じるものではないからである。

株式会社の取締役会に関して、225-37条2項は、定款により多数決要件を引き上げない限り、決定は出席構成員または代理人の過半数をもって行われると規定するだけで、取締役会における議決権については規定していない。業務監査役会構成員についても同様である（225-82条2項）。他方、株式合資会社の業務監査役会構成員の議決権については、法はまったく言及していない。226-4条は、業務監査役会構成員の任命および任期についてのみ、取締役会に関する規定を準用している。

³¹⁷ Dom, *supra* note n°308, p.278, n°12.

³¹⁸ Rev. soc., 1999, p.91, n°22, note Le Cannu; Reinhard, *supra* note n°294, p.903.

³¹⁹ Hallouin, *supra* note n°308, p.231.

³²⁰ Guyon, *supra* note n°309, p.724.

³²¹ D. Affaires, 1999, p.563, obs. M. B.; Dom, *supra* note n°308, p.278, n°12; Bonneau, *supra* note n°308, p.9; Guyon, *supra* note n°309, p.725; Blanc, *supra* note n°313.

前述の1994年1月4日破毀院判決後に、「議決権」はもはや株主の本質的な特権ではなく、「合議による決議に参加する権利」のみが特権であるとの見解を示した Daigre 教授も（Daigre, *supra* note n°281, p.317）、本判決により破毀院は改めて「議決権」が社員の本質的な特権であることを明確にしたとして、本判決は1994年1月4日判決を見直したところに意義があるとし、破毀院の結論に賛成している。同教授は、破毀院が議決権に参加と投票という2つの側面を有する1つの権利であることを明らかにしたと解し、民法典1844条にいう「合議による

にもかかわらず、2005年2月22日破毀院判決、ついで2005年7月13日破毀院判決において、用益権者と虚有権者の間で議決権を分配する場合、破毀院は「合議による決議に参加する権利」と「投票する権利」を再び区別した。前者の判決理由の中で、破毀院は、「民法典1844条1項、3項および4項に鑑みて」、「本件定款条項が虚有権者に対する議決権の制限ではなく、剥奪を規定していること、および、本件定款条項が1844条1項の強行規定に違反していることを考慮し、同条3項に定められた用益権者と虚有権者の間の議決権の分配の適用を除外するという同条4項により開かれた可能性は、同条1項の公序の原則の遵守においてのみ実現されることができるとしたうえで、「用役権を設定した場合、虚有権者の合議による決議に参加するという権利に反しないという条件のもとに、定款は、議決権は虚有権者に属するという規定の適用を除外することができる」と判示した³²²。また、破毀院は、後者の判決理由の中でも、虚有権者から「合議による決議に参加する権利」を奪うことはできない旨を述べている³²³。

1999年2月9日破毀院判決とこれら2つの破毀院判決の整合性を考慮して、「合議による決議に参加する権利」と「投票する権利」を区別することは、株式に用益権が設定された場合に固有のものであるのか、または一般的な原則であるのか

決議に参加する権利」には、審議 (délégation) への参加と投票への参加が含まれているとする (Daigre, *supra* note n°308, p.570)。

³²² 2005年2月22日判決の事案の概要は次のとおりである。

Yとその子供X1、X2、X3、X4は、ビルの建設を目的とするA会社(不動産民事会社)を設立した。A社の持分については、X4が10個の持分につき完全所有権を有し、残りの持分については、Yが用役権を有し、X1、X2、X3が虚有権を有している。A社の定款に、「持分が用役権の対象である場合、議決権は用益権者に属する」と定められていたところ(本件定款条項)、通常総会において、建設されたビルの売却、および、持分の完全所有権もしくは用役権の保有者への利益の分配が可決された。そこで、X1、X2、X3は本件定款条項および総会決議の無効を求めて提訴した。

³²³ 2005年7月13日判決の事案の概要は次のとおりである。

X1、X1の息子X2、X1の娘婿Y1の3人は、X3会社(合資会社)を設立した。X1は持分の用益権を保有したまま、X1の持分の半分をX2と娘であるY1の妻Y2に贈与分割し(X2およびY2は虚有権者である)、「用益権者は、決議の目的を問わず、すべての決議について虚有権者を正当に代理する」ことを定款に定めた(本件定款条項)。X1は、数回開催された総会(Y1の業務執行者の地位の解任を決定した総会を含む)において、Y2を代理して投票した。そこで、Y夫妻が仲裁裁判所に提訴したところ、仲裁裁判所は、本件定款条項は、虚有権者が求めた場合にのみ用益権者が受任者として虚有権者を代理することを認めているとして、総会決議の無効を言い渡した。そこで、X1、X2およびX3社が仲裁裁定の無効を求めた。

破毀院は、付帯の破毀申立てに対する理由の中で、「本件定款条項が、民法典1844条4項により認められた例外の適用により、議決権の行使を用益権者のみに認める場合、同条1項に規定されているように、本件定款条項は合議による決議に参加する権利を虚有権者から奪うという結果をもたらすことはできない」と判示した。

を検討する必要がある。もし、このような区別が一般的に適用されるとすると、重大な問題を引き起こすおそれがある。たとえば、議決権なき優先株式が発行された場合、その保有者も決議に参加できるようにしなければならないため、その者も総会に招集され、発言権を行使して自分の意見を述べることはできるが、投票することはできないということになる³²⁴。

結論としては、株式に用益権が設定されたような限られた場合にのみ、「合議による決議に参加する権利」と「投票する権利」は区別されることになる。したがって、社員資格を有する虚有権者は、総会において「決議に参加する権利」を完全に奪われない³²⁵。

その後、後述の SAS に関する 2007 年 10 月 23 日破毀院判決において、再度、「合議による決議に参加する権利」と「投票する権利」は結びつけられた³²⁶。SAS においても、株式に用役権を設定することは可能である³²⁷。そして、用益権者と虚有権者の間の議決権の分配については、株式会社に関する 225-110 条が 227-1 条 3 項により適用を除外されるため、民法典 1844 条 3 項が適用されるどころ、定款に別段の定めを置くことも可能である（民法典 1844 条 4 項）。したがって、ここでもまた、虚有権者の「合議による決議に参加する権利」が問題となるが、SAS においても、虚有権者から「合議による決議に参加する権利」を奪うことはできないとされている³²⁸。

(3) 議決権の剥奪が問題となる場合

(a) 序説

会社と社員または指揮者の利害が対立する場合がある。このような場合に、利害関係を有する者が個人の利益を優先させるおそれがあるため、共通の利益を保護することを目的として、法律上、いくつかの場合において、利害関係を有する社員は議決権を行使することができないとされている³²⁹。ここで問題となるのは、

³²⁴ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.247, n°1819.

³²⁵ Daigre, *supra* note n°308, p.571. これに対して、虚有権者を保護するためには、「合議による決議に参加する権利」を付与するのではなく、別の保護手段があると主張する見解がある（Le Cannu, *supra* note n°295, p.559）。

³²⁶ Renée Kaddouch, L'irréductible droit de vote de l'associé, *JCP E*, 2008, n°1549, p.23, n°12.

³²⁷ SAS における用益権者と虚有権者の間の社員権の分配については、Suzel Castagne, *L'usufruit et la nue-propriété des actions dans la société par actions simplifiée*, *Dr. sociétés*, 1996, Chron. 6 を参照。

³²⁸ Périn, *supra* note n°29, p.183, n°415.

³²⁹ SAS において、利害関係を有する社員が議決権を行使することができない場合として法定されているのは、以下のとおりである。

- ① 現物出資者および特別利益受益者は、自己のためにも受任者としても議決権を有しない（225-10 条 2 項）。
- ② 増資の優先的引受権の排除の受益者である社員は、決議に参加することがで

法に明確な規定が置かれていない場合に、利害関係を有する社員から議決権を奪うことができるかということである。以下において、特に問題になると思われる社員の除名決議、株式の譲渡承認決議、被規制契約 (*convention réglementée*) (利益相反取引)の承認決議の場合における社員の議決権について検討する。

(b) 社員の除名決議

(i) 1999年2月9日破毀院判決後の状況

1999年2月9日破毀院判決が出されて以降、当該判決をSASにも適用すべきかという点について、学説が対立していたことはすでに述べたところである。当該判決の評釈の中には、SASには判決が適用されないとする見解がある。すなわち、社員の議決権について定める民法典1844条をSASにも適用しうる以上、確かに、すべての社員は合議による決議に参加し、投票する権利を有しているが³³⁰、議決権と保有する資本の割合の比例の原則を定める1966年法174条(商法典225-122条)はSASに適用されないため(1966年法262-1条2項(商法典227-1条3項))、定款は議決権について自由に調整することができ、本質的(*essentiel*)ではない決議事項については、一部の社員が決議に参加しないと定めることもできると主張する³³¹。

SAS制度のある種の自治(*autonomie*)を根拠としたこのような見解は、いくつかの要件のもとで、定款によりSASの社員から議決権を部分的に奪うことは可能であると主張する者の賛同を集めた。議決権の剥奪を認める見解には、議決権を永続的に奪うときは、剥奪は一部の決議事項のみに限られ、また、すべての決議事項について議決権を奪う場合は、一定の期間に制限されるとする見解³³²、議決権の剥奪は会社の利益に反してはならず、いくつかの決議のみを対象とすべきであり、かつ、議決権を奪われる社員が剥奪に同意する必要があるとする見解

きない(225-138条)。

- ③ 優先株式に転換される予定である株式の保有者は、種類株式の発行に関する決議に参加することができない(228-15条2項)。
- ④ 期限の来た支払いがなされていない株式は、議決権が停止する(228-29条)。
- ⑤ 相互保有を制限する条件に適合したために譲渡すべき株式については、議決権を行使することができない(233-30条2項)。
- ⑥ 自己支配株式(*action d'autocontrôle*)については、議決権を行使することができない(233-31条)。

³³⁰ Daigre, *supra* note n°223, p.45, n°78.

³³¹ Guyon, *supra* note n°309, p.724. もっとも、社員の除名は重要な決議事項であるため、いずれにしても議決権を奪うことは認められないとされている(Paillusseau, *supra* note n°100, p.340, n°46)。

³³² Francis Lefebvre, *supra* note n°107, n°16040. この見解によっても、完全かつ永続的(*définitivement*)に議決権を奪うことを、法律上の規定なくして行うことはできないとする。

³³³がある。

一方、定款による議決権の剥奪を認めない学説も多い。SAS制度を創設した1994年1月3日法を解説した論文のなかで、議決権の剥奪についてすでに慎重な態度を示したものがあり、各社員は少なくとも1個の議決権を付与されるべきであり、これは最低限のことであると主張している³³⁴。また、1999年2月9日破毀院判決後に公表された論文のなかには、議決権と資本の割合の比例原則の不適用は議決権の剥奪をもたらすものではなく、単に議決権の重みを小さくするだけであり、議決権の存在そのものは契約をもってしても揺るがされるものではないと主張する見解³³⁵、さらに、社員が合議による決議に参加できないとすれば、それは会社とはいえないと主張する見解もある³³⁶。

(ii) 2007年10月23日破毀院判決³³⁷

1999年2月9日破毀院判決はSASには適用されないとする見解も有力に主張されるなかで、SASにおいて、定款により社員の議決権を奪うことができるか否かという問題に対する破毀院の判断が示された。

A社は、A社の株式の3分の2近くを保有するXと一組の夫婦(YとZ)とで、SAS形態で設立された。A社の定款16条(本件定款条項)は、社員の除名時に、「除名が言い渡される可能性のある社員は投票に参加することができず、その者の株式は多数決に算入されない」と規定している。YおよびZは、本件定款条項にしたがって、除名を決議する際にXを招集しないままXの除名を決定した³³⁸。そこで、Xは、当該定款条項はすべての社員に認められた議決権を侵害するものであるとし、除名決議の無効を求めて提訴した。

Berthune 商事裁判所は、2005年9月7日判決により、本件定款条項を有効とし、Xの無効請求を棄却した。商事裁判所は、民法典1844条1項により、すべての社員は合議による決議に参加する権利を有しているが、SASにおいて絶対に優先(*priorité*)されるのは社員の契約の自由であり、その自由は定款に現れるとして、227-9条を引用する。また、社員間の資本の割合を考慮して、本件定款条項は、明らかに、多数派社員が決して除名される可能性のないこと、および多数派社員のみで少数派社員を除名することを阻止することを目的としており、一部の社員の議決権の剥奪は、会社と社員の間利害の対立の状況を解決するた

³³³ Charvériat et Couret, *supra* note n°127, p.198, n°1828; Storck, *supra* note n°235, p.44.

³³⁴ Daigre, *supra* note n°223, p.45, n°79.

³³⁵ Castagne, *supra* note n°279, p.8, n°19.

³³⁶ Paillusseau, *supra* note n°100, p.340, n°45.

³³⁷ Cass. com., 23 oct. 2007, *Bull. civ.*, IV, n°225.

³³⁸ XはA社の社長であったが、社長を辞任した後も事実上の指揮者として行動し、会社に義務を負わせる多くの行為について主導権を取ったために除名された。

めに必要であるとする。さらに、全社員が定款の署名時に自由な意思で同意した議決権の剥奪は、社員の除名の場合のみに限られているとして、SASに対して法により認められた契約の自由、および、議決権の剥奪の要件にかんがみ、除名決議を有効とした。

これに対し、Xは、投票への参加は絶対的な権利かつ公序であり、本件定款条項も除名決議も無効であるとして、控訴した。

Douai控訴院は、2006年3月16日判決により³³⁹、商事裁判所と同様、本件定款条項を有効とした。

控訴院も民法典1844条1項に言及し、すべての社員が合議による決議に参加し、投票する権利を有するとしても、この原則は「絶対的」ではなく、明示または暗示の立法上の例外が認められるとする。そして、SASの中心となるのは財政的な権限 (*pouvoir financier*) と決定権限 (*pouvoir décisionnel*) の分離であり、このことは227-9条1項に定められている。よって、227-9条2項所定の事項を除き³⁴⁰、SASの生活 (*vie*) は資本において少数派である社員により決議されることが可能であり、社員の除名について規定する227-16条に別段の定めはないと判示した。

そこでXは上告した。Xは、SASを含むすべての会社に適用される民法典1844条1項によれば、すべての社員が合議による決議に参加し、投票する権利を有しており、当該規定は、定款ではなく、法によってのみ適用を除外することができる公序である、また、227-9条からは、定款の定めにより社員の投票に付される決議について、社員が議決権を奪われるということを定款に定めることができることにはならないと主張する。よって、いかなる法規も除名の対象とされた社員を投票から締め出す可能性を正当化していないにもかかわらず、控訴院が本件定款条項は適法であると判断したとして、控訴院を非難している。

破毀院判決が出るまでの間に、議決権に関する別の事案において³⁴¹、破毀院が、議決権を定款により剥奪することができることを示唆した可能性があるという指

³³⁹ CA Douai, 16 mars 2006, *RJDA*, 2007, n°744.

³⁴⁰ 社員の合議による決議が義務づけられている事項は、資本の増加・償却・減少、会社の合併・分割・解散、他の形態の会社への組織変更、会計監査人の選任、年次計算書類および利益処分である (227-9条2項)。

³⁴¹ Cass. com., 19 sep. 2006.

事案は、多数派株主が保有する発起人の持分を株式に転換 (*conversion*) することなどを目的とした非常総会の決議が、少数派株主の権利を侵害してなされたとして、当該少数派株主が当該決議の無効を請求したものである。破毀院は、判決理由の中で、「いかなる法律上、規則上 (*réglementaire*) または定款上の規定も、多数派であっても、社員に...、株式に比例して、審議および投票に参加することを禁じていないことを考慮して」、と述べている。

摘がなされた³⁴²。すなわち、判決理由から、「定款上の」規定により株主の議決権の行使を禁じることができることを破毀院が暗に認めたことが読み取れ、1999年2月9日破毀院判決よりも大幅に前進したとして、2006年9月19日破毀院判決を評価している。

しかしながら、破毀院は、民法典 1844 条 1 項により、すべての社員は合議による決議に参加し、投票する権利を有しており、定款は、法定されている場合においてのみ、民法典 1844 条 1 項の適用を除外することができること、また、商法典 227-16 条は、社員の除名を社員の合議により決議する場合、除名を提案されている社員から、決議に参加し、および投票する権利を奪うことを定款に定めることは認めていないとして、控訴院判決を破毀した。

(iii) 除名社員の議決権

定款に定めることにより、除名を検討されている社員に、除名決議への参加を認めないとすることができるか否かについては、学説上、従来から議論されており、除名社員から議決権を奪うことはできないとする見解と³⁴³、議決権の剥奪を認める見解³⁴⁴が対立していた。

法は、SAS における社員の除名条項について、「定款が定める要件において、当該定款は社員が株式を譲渡する義務を負う可能性があることを定めることができる」と規定しており（227-16 条 1 項）、除名条項の具体的な要件については定款に委ねている。すなわち、除名手続を決定するのは社員である。したがって、227-16 条 1 項からは、必ずしも控訴院判決の破毀という結論に至ることにはならないようにも思われる³⁴⁵。

除名決議は社員の合議による法定の決議事項（227-9 条 2 項）ではないが、本件のように除名を社員の合議により決定する旨を定款に定めた場合、227-9 条 1 項も検討する必要がある。227-9 条 1 項は、「定款は、当該定款に定める手続および要件に従って、社員により合議をもってなされる決議について定める」と規定している。この 227-9 条 1 項からは、株式会社の株主総会に関する細部にこだわった規定とは対照的に、SAS における会社の機関および運営上の広範な自由が認められる。すなわち、社員の合議による決議は、「定款が定めた手続および要件に従って」行われる。したがって、社員の合議による法定の決議事項については社員から議決権を奪うことは認められないが、定款所定の決議事項については、社

³⁴² Dominique Schmidt, *Rev. soc.*, 2007, p.545, n°8, note sous Cass. com., 19 sep. 2006.

³⁴³ Azarian, *supra* note n°92, p.120, n°191.

³⁴⁴ Charvériat et Couret, *supra* note n°127, p.215, n°1936. 除名を検討されている社員が決議に参加しうるか否かを定款に明示すべきであると述べており、除名決議に参加できない場合があることを想定しているようである。

³⁴⁵ D., 2007, p.2727, obs. A. Leinhard.

員が議決権について定款に自由に定めることもできると解釈することも可能である³⁴⁶。もし、社員の議決権の剥奪を定款に定めるとしても、定款にそのような定めを置く場合には社員全員の合意が必要であり（227-19条）、社員は、除名条項に起因する義務の範囲と程度を判断することが可能であるため、社員に特段不利益であるとまではいえないと思われる。

また、本件の除名条項は、契約の共通法によっても、SAS法によっても認められている契約自由の原則に合致していると考えられる³⁴⁷。なぜなら、本件において除名社員の議決権を剥奪した目的は、社員の持株比率を考慮して、多数派社員が決して除名されないこと、または多数派社員のみで少数派社員を除名することを阻止することである³⁴⁸。そして、全社員が、このような目的を有する除名条項を含む定款をまったく任意に、かつ事情を理解したうえで承認している。

控訴院も判決理由のなかで社員の意思を強調している。すなわち、SASの特徴である契約の自由を根拠として、除名を検討されている社員を除名決議に参加させないことを妨げるものは何もないとし、本件においては定款の署名時に全社員が除名条項に同意し、よって多数派社員も定款を承認したことで、除名条項の適用を受けることを容認したことになる。したがって、契約当事者の意思に合致しているといえ、本件定款条項は有効であるとした。また、議決権の剥奪は除名決議の場合のみに限定されていたことも、本件定款条項を有効とした一因であると思われる。

しかしながら、破毀院は、契約の自由を特徴とするSASもすべての会社に適用される公序の適用を免れることはできないことを明確にした³⁴⁹。契約の自由といえども、その自由は絶対ではないということである。SASにおいてさえ、定款をもってしても社員の議決権を奪うことはできず、多数派社員の支配を免れることは困難となる³⁵⁰。

³⁴⁶ *JCP E*, 2007, n°2433, note A. Viandier; *JCP* 2007, II, 10197, p.41, note D. Bureau.

³⁴⁷ *LPA*, 22 janv. 2008, p.17, note A. Albortchine.

³⁴⁸ 多数派社員のみで少数派社員を除名することを阻止するために多数派社員の議決権を奪うことを認めるとすれば、除名事由が少しでももっともであれば、多数派社員が少数派社員の意のままになるおそれがあると批判する見解がある（Azarian, *supra* note n°92, p.120, n°191）。

³⁴⁹ *Le Cannu et Dondero*, *supra* note n°39, p.684, n°1001.

³⁵⁰ 多数派社員の行為が会社の目的に反する、または会社の利益を害している場合、除名決議の否決を多数決の濫用とみなしうると主張されている（*RJDA*, janv. 2008, p.4, n°6, comm. J.-P. Dom; *Defrénois*, 2008, p.678, note D. Gibirila; *JCP E*, 2008, n°32, obs. J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker）。

SASにおいても、議決権を無制限の特権とみなすことはできないとされている。したがって、他の形態の会社と同様、多数派社員が権限を濫用した場合には、当該社員の責任を追及することができる。SASにおいても、多数派社員の権限の濫用には、少数派社員を犠牲にして多数派社員の利益を図ることを目的とする場合と、会社の利害と対立する場合がある。平等は絶対的ではなく、拒否権が社員に

破毀院は、本件定款条項の適法性を認めない根拠として、民法典 1844 条 1 項と商法典 227-16 条を挙げている³⁵¹。破毀院が民法典 1844 条を根拠としたのは、1999 年 2 月 9 日破毀院判決に沿ったものである。これらの条文に加えて、控訴院が本件定款条項を有効と判断した際に理由とした、SAS は財政的権限と決定権限の分離を基礎としているという事実も、227-9 条 1 項も、社員から除名決議に参加する権利を奪うことは認めていない³⁵²。したがって、社員の除名条項を定款に定めた場合、契約の自由を根拠として、利害関係がある社員にとって重大な手続を無制約に認めることはできない。

本判決は、SAS における定款上の契約の自由に制限を課すものであると捉えられている³⁵³。したがって、定款条項が公序または社員の本質的な権利を侵害するおそれがある限り、会社の保護に必要であると思われる場合、たとえば控訴院が述べたように会社と社員との間に利害の対立がある場合であっても³⁵⁴、SAS に認められた契約の自由を根拠として、会社契約 (*contrat de société*) に会社を保護する規定を自由に定めることはできない³⁵⁵。

もっとも、除名決議は、社員の合議による法定の決議事項 (227-16 条 2 項) ではないため、社員の合議によらずして行うことも可能であり、その場合には議決権の問題はそもそも生じないことになる。というのも、除名社員に議決権の行使が認められるのは、除名という決議事項の性質からではなく、社員の合議により決定するという手続上の理由からである。すなわち、除名条項は、それ自体で、当事者に自己の除名について意見を表明する (*se prononcer*) ことを認めているのではなく、当事者の意見を聞く (*entendre*) ことを義務づける反論の機会およ

付与されているなどの事情を勘案する必要があるが (Périn, *supra* note n°29, p.194, n°425)、定款をもってしても、社員は濫用的な行為に対する責任を免除されることはない (Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.251, n°1834)。

³⁵¹ 破毀院が民法典 1844 条 1 項を SAS に適用したことを批判する見解がある。すなわち、227-1 条 3 項により、保有する資本の割合と議決権の比例の原則を定める 225-122 条 I は SAS に適用されない。225-122 条 I は民法典 1844 条 1 項に定められた基本原則の株式会社法への写し (*transcription*) にすぎず、両者は同じ公序の特徴を有しており、どちらも同じ根拠 (*justification*) および同じ効力 (*force*) を有している。にもかかわらず、SAS に 225-122 条 I の適用を除外する一方で、民法典 1844 条 1 項の適用を維持することは受け入れがたいと主張している (*Dr. sociétés*, 2007, p.29, note H. Hovasse)。

³⁵² Albortchine, *supra* note n°347, p.19.

³⁵³ Thullier, *supra* note n°178, p.1483; Dom, *supra* note n°350, p.3.

³⁵⁴ *RTD com.*, 2007, p.793, obs. P. Le Cannu et B. Dondero; Caussain, Deboissy et Wicker, *supra* note n°350, p.32.

³⁵⁵ 多数派社員は社員の共通の利益のために議決権を行使すべきであり、会社および他の社員の正当な利益を害する個人的な目的のために議決権を行使した場合には、多数派社員の議決権を剥奪すべきであると主張する見解がある。この見解によれば、利害が対立している状況において、社員の議決権の剥奪を認める規定を持たないフランス会社法は、完成の域に達していないとする (*Bull. Joly*, 2008, p.102, note D. Schmidt)。

び防御権の遵守を条件としているのであり、除名を検討されている社員が除名決議に参加することは前提ではないとされている³⁵⁶。除名を検討されている社員が除名決議に参加し、投票する権利を奪われることがないのは、あくまで、定款により除名手続を社員の合議による決議に付した場合である。

確かに、除名決議は、定款に定められた要件において（227-16条1項）、社員の合議以外の方法で決定することもできる³⁵⁷。しかし、その場合には、議決権の問題も生じないが、除名を検討されている社員は除名決議に関与することができないという点で、社員の合議による決議を行い、その際に除名社員の議決権を剥奪した場合と同じ結論に至ることになる。これでは論理に矛盾が生じているのではないかと批判する見解がある³⁵⁸。また、社員の合議による決議以外の方法により除名を決定する場合は、除名を検討されている社員から防御権を行使する機会を奪うことになるため、たとえ議決権を剥奪されるとしても、社員の合議により除名を決定することで、防御権を行使する機会がもたらされれば、その方が除名社員にとって有益であるとする³⁵⁹。

本判決において判示された内容から、破毀院が議決権をどこまで保護すべきであると考えているか明らかとなった。すなわち、すべての社員は議決権を有しており、議決権の剥奪が法律上認められていない場合には、定款に定めることにより、社員から議決権を奪うことはできない。このことは、本件において問題となった除名決議に限らず、社員の合議によりなされるあらゆる決議事項に適用されるとされている³⁶⁰。

最後に、定款外の契約、すなわち議決権拘束契約（conventions de vote）により社員の議決権を奪うことができるかという問題について検討する。

社員の合議による決議が定款所定の要件により行われるSASにおいて、議決権拘束契約の有用性は限られているとする見解もあるが³⁶¹、SASにおける契約の自

³⁵⁶ *RJDA*, janv. 2008, p.11, rapp. B. Petit.

³⁵⁷ 社員の除名を決議する機関として、社長、業務執行役員、取締役会または監査委員会などの合議制の指揮機関、専門の委員会などが考えられる（前述Ⅲ1(5)(c)(i)）。

³⁵⁸ Viandier, *supra* note n°346; Bureau, *supra* note n°346, p.41; Hovasse, *supra* note n°351, p.29, n°219.

³⁵⁹ Viandier, *supra* note n°346. このような批判に対して、合議機関により除名を決議する際、除名社員が属する社員グループの賛成票を得なければならないと定款に定めることにより、除名社員の防御権の問題は解決できると反論する見解がある（Kaddouch, *supra* note n°326, p.24, n°23）。

³⁶⁰ Périn, *supra* note n°29, p.213, n°452. 本判決は、SAS以外の会社、経済的利益団体および組合（association）にも適用されるとする見解がある（Dom, *supra* note n°350, p.3）。

³⁶¹ Guyon, *supra* note n°14, p.416, n°287; Azarian, *supra* note n°92, p.101, n°161.

由と人的要素の重視にかんがみて、議決権拘束契約の有用性は今なお認められている³⁶²。

議決権拘束契約により、すべてまたは一部の社員は、一定の方針に従って投票すること、または決議に参加しないという義務を負う。議決権拘束契約は、社員の合議によりなされるすべての決議事項を対象とすることができる。たとえば、指揮者の選任、新しい社員の入社承認、投資の方針、利益の分配に関する決議である。

議決権拘束契約が民法典 1844 条 1 項に適合しているかぎり、社員はあらゆる議決権拘束契約を締結することができる³⁶³。というのも、SAS においては、議決権の行使に関して利益の供与を禁止する 242-9 条 3 号が適用されないからである (SAS に適用される条文を列挙する 244-1 条に 242-9 条は含まれていない)。したがって、議決権の行使に関して、財産上または他の利益を付与することも認められる³⁶⁴。

もっとも、議決権拘束契約は、一般法の適用を免れないため、契約期間は一時的であり、かつ、会社の利益に合致していなければならないとされている³⁶⁵。したがって、会社の利益に反する場合、議決権拘束契約は、多数派または少数派社員の権利の濫用があったとして、制裁を受けるおそれがある³⁶⁶。

結局、議決権拘束契約も一般法の適用を受けるため、定款外の議決権拘束契約をもって、社員から議決権を完全に奪うことはできない³⁶⁶。

(c) 株式の譲渡承認決議

SAS において、株式の譲渡承認条項を定款に定めることができる (227-17 条)³⁶⁷。譲渡承認請求の手続についてはなんら法定されておらず、定款に自由に定めることができるため、譲渡の承認を社員の合議により決議することも可能である。この場合、社員である譲渡人がこの決議に参加することができないと定款に定めることができるか問題となる。

株式会社における議決権拘束契約の利用目的とは異なり、SAS においては、議決権拘束契約は票をとりまとめるという現実的な利益のために利用される (Périn, *supra* note n°29, p.217, n°456)。

なお、議決権拘束契約は定款外の契約であるため、内容の秘密性という利点も有する。

³⁶² Michel Jeantin, *Constitution de la société par actions simplifiée, société par actions simplifiée*, 1994, p.20, n°27; Le Cannu, *supra* note n°262, p.32, n°51.

³⁶³ Azarian, *supra* note n°92, p.100, n°161.

³⁶⁴ Yves Chaput, *Application des règles de la SA à la SAS, société par actions simplifiée*, 1994, p.99, n°186.

³⁶⁵ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.250, n°1829.

³⁶⁶ Dom, *supra* note n°350, p.3.

³⁶⁷ 株式の譲渡承認条項については、前述 (III 1 (4))。

破毀院は、株式会社に関する事案において、必要がある場合には、利害関係のある株主にも投票することを認めている³⁶⁸。したがって、譲渡承認の決議の際に、譲渡人の議決権を奪うことはできない。立法者は、社員が議決権を剥奪される場合を厳格に規定しており、承認決議はその対象となっていないからである³⁶⁹。

SAS についても、2007年10月23日判決を根拠として、定款をもってしても、社員である譲渡人の議決権を奪うことはできないとされている³⁷⁰。しかし、社員である譲渡人が議決権を保持することにより、様々な問題が生じると指摘する見解がある³⁷¹。

(d) 被規制契約 (convention réglementée) (利益相反取引) の承認決議

1999年2月9日破毀院判決の事案と同様、規制を受ける契約、すなわち利益相反取引の承認決議に関して、社員の議決権が問題となる。

株式会社と同様、SAS においても、会社と、①社長、②指揮者の1人、③10%を超えて議決権を有する社員、④社員が会社である (société actionnaire³⁷²) 場合に、当該会社 (社員) を 233-3 条の意味において支配する会社との間の、直接または人を介してなされた契約に関する規定がある。すなわち、会計監査役、または会計監査役が選任されていない場合には社長が、契約に関する報告書を社員に提出しなければならない (227-10 条 1 項)。社員は、会計監査役または社長の報告書にもとづいて、定款所定の手続に従って決議するが (同条 2 項)³⁷³、この決議は社員の合議により行われるとされている³⁷⁴。そこで、利害関係を有する指

³⁶⁸ Cass. com., 24 févr. 1975, *Rev. soc.*, 1976, p.92, note B. Oppetit.

³⁶⁹ 被規制契約に対する株主総会による承認の際、利害関係のある株主は議決権を行使することはできないとする規定はあるが (225-40 条)、この規定をもって、個人的利益が問題となる決議に参加することを株主に禁じることを普遍化することはできないとされている (Petit, *supra* note n°356, p.10)。

³⁷⁰ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.287, n°2038.

³⁷¹ Kaddouch, *supra* note n°326, p.24, n°24. 1 つめの問題は、譲渡人が譲渡に不利な意見を表明することが可能であるかというものである。この問題について、投票の自由の原則にかんがみて、肯定的な回答がなされる可能性は否定できない。議決権は共通の利益に従って誠実に行使すべきである以上、各社員は自由に投票することができなければならないからである。2 つめは、譲渡人のなんらかの意思表示がない場合、譲渡人は承認に賛成しているとみなされうるという問題である。

³⁷² 法律上、「株主」という文言が使われているが、これは SAS 法において通常使われる「社員」とすべきである。227-10 条は、株式会社法の規定を若干修正したうえで SAS 法に取り入れた規定であるため、立法者の不注意であろう (Périn, *supra* note n°29, p.320, n°634)。

³⁷³ この決議は、たいていの場合、社員が年次計算書類について決議するときと同時にされる (Périn, *supra* note n°29, p.325, n°641; Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.207, n°1370; Azarian, *supra* note n°92, p.177, n°253)。

³⁷⁴ Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.175, n°1215. したがって、以下の議論は一人 SAS にはあてはまらない。

揮者（社長を含む）が社員である場合、当該社員に決議への参加を禁止することを定款に定めることができるかという問題が生じる。株式会社の場合、利害関係者は被規制契約の承認決議に参加することはできないこと、また、その者の株式は定足数および多数決に算入されないことが法定されているが（225-40条4項）、SASにおいては、法律上、このような規定が置かれていないからである。

SASにおいても利害関係者は議決権を行使できないとする見解もみられたが³⁷⁵、すでに述べたように、定款による社員の議決権の剥奪の不可能性はあらゆる決議事項に適用される。したがって、227-10条2項所定の決議を行う際も、すべての社員が決議に参加できなければならない。ただし、決議の要件は自由に定款に定めることができるため、社員の除名決議の場合と同様に、社員の議決権を調整することは可能である³⁷⁶。

³⁷⁵ Périn, *supra* note n°263, p.127, n°214.

³⁷⁶ Périn, *supra* note n°29, p.325, n°641. Francis Lefebvre, *supra* note n°31, p.175, n°1215.

V 結 語

フランスにおいて、1994年、強行法規が多く、定款自治がほとんど認められていない従来の株式会社とは異なるSAS制度が新しく創設された。契約の自由を享受するSASを設立することができるようになり、株主間契約はもはや有用性を欠くとして、実務上廃れることを予想した者もいた³⁷⁷。SAS制度導入のきっかけを作ったフランス経営者全国評議会（CNPF）のワーキンググループは、立法化はされなかったものの、SASにおいては株主間契約を無効とすることを提案していたほどである。

SASは定款自治が広く認められている会社とされているが、一口に定款自治の拡大といっても、①定款に定めることができるかどうか明らかでなかった事項について、定めることが可能であることが法律上明確とされた場合、②最小限の枠組みのみを法に定め、詳細は定款に委ねている場合など、拡大の方向は一様ではないように思われる。

①について、株式の譲渡禁止条項および社員の除名条項は、それまで判例により条項の有効性は認められていたが、SAS法により定款に定めることが明確となり、定款の規定に違反した場合には無効という制裁が課されることが法定されたという点で意義がある。また、②について、株主総会の設置が義務づけられていないSASにおいて、会社の重要事項は社員の合議により決議されるが、数少ない法定決議事項が列挙されているだけで、手続および要件については、一部の決議事項に社員全員の同意を必要とすることを除き、定款に委ねられている。また、優先株式（種類株式）の発行によらない複数議決権の付与、一部の株式への議決権数の上限設定は、SASにおいて可能となった事項である。

このようにSASにおける定款自治の範囲は相当に広いが、解釈上および判例上、定款自治には限界のあることが示されている。10年間を超える株式の譲渡禁止期間、あいまいな社員の除名事由など、社員の株式を譲渡する権利、または会社にとどまる権利を著しく侵害する定款条項は認めることができないとされている。また、定款をもってしても社員の議決権を奪うことはできない旨を判示した2007年10月23日破毀院判決により、SASにおける契約の自由も、公序に反することは認められないことが明らかとなった。公序は、安全または道徳性を理由として、人の行為および約定に課される強行規範であり、個人的な合意により公序規定の適用を除外することはできないとされている（民法典6条）。2007年10月23日判決の事案においては、除名決議の際に除名社員は決議に参加できないこと、すなわち除名社員は議決権を奪われる旨を定款に定める際、全社員が同意していた

³⁷⁷ Brunswick, *supra* note n°25, p.596.

という経緯があるが、このような当事者の意思も公序の適用を免れることはできない。ここでいう公序とは、「すべての社員が合議による決議に参加する権利を有する」旨を定める民法典 1844 条であり³⁷⁸、社員の意思により作成された定款をもってしても、民法典 1844 条の適用を除外することはできない。

しかし、このままでは出資比率において少数派である社員は多数派の支配から逃れることができないままである。そこで、少数派社員も多数派と同等の経営権を確保するために、定款により社員の議決権を調整することが認められている。株式会社と異なり、複数議決権の付与³⁷⁹、または議決権数に上限を設けることに特段の要件はなく、最も簡単な方法は 1 人 1 票とすることである。このように、各社員に最低 1 個の議決権が付与される限り、各社員の議決権を自由に調整することが可能である。ただし、社員から議決権を奪うことのみが認められない。社員の議決権の行使を永久に (permanent) 停止するためには、株式会社と同様、法に定められた議決権なき優先株式を発行する方法によるしかない。

したがって、SAS における契約の自由には、社員に権利を「与える自由」と「制限する自由」のみが含まれ、社員から権利を「奪う自由」は含まれないと解すべきである。

ところで、「はじめに」でも述べたように、わが国において 2005 年に新会社法が施行され、合同会社、および株式譲渡制限会社について、広い定款自治が認められることとなった³⁸⁰。フランスの SAS も、わが国の合同会社も、既存の株式会社制度の強行法規性を免れるために創設された制度であるという点で共通する。以下において、本論文と関係する事項を中心に、SAS と合同会社を比較し、類似点と相違点を明らかにする。

まず、類似点であるが、機関設計が自由なことである。SAS においては、第三者保護のために最低限社長を設置しなければならず、株主総会も含め、その他の機関の設置は任意である。会社の重要事項については社員の合議により決議される。

³⁷⁸ 法律上、社員は「議決権」を有するとは規定されておらず、「合議による決議に参加する権利」を有すると規定されていることから、社員の権利として認められているのは「参加する権利」のみであり、「投票する権利」は対象外であるとす
る判例および学説も根強い。2007 年判決後もこのような主張をするものとして、Anne-Valérie Le Fur, 《Concilier l'inconciliable》: réflexions sur le droit de vote de l'actionnaire D., 2008, p.2015. Fur 教授は、SAS も含む株式組織会社における議決権の剥奪の限界について、社員の資格ではなく証券の実体の遵守の観点から説明する。

³⁷⁹ 10 倍、100 倍、1000 倍の議決権を付与することも可能であるとされている (Germain, *supra* note n°276, p.10)。

³⁸⁰ もっとも、合同会社の利用を妨げている要因として、合同会社ではあまりに選択肢が多すぎて、その内容を決定すること自体に時間・費用がかかることが一因であるとされている (関口智弘・西垣健剛「合同会社や有限責任事業組合の実務上の利用例と問題点」『法律時報』80 卷 11 号 (2008 年 10 月) 20 頁)。

とくに重要な事項については社員全員の同意が必要であるとされているが、その他の事項の決議要件、および手続については定款自治に委ねられている。一方、合同会社においては機関を設置しなくてもよい^{381,382}。合同会社において、会社の意思決定は原則として社員の頭数の過半数で行われ（会 590 条 2 項）³⁸³、持分の譲渡（会 585 条）、入社（会 604 条）、定款変更（会 637 条）、組織変更（会 781 条）合併・分割（会 793 条・802 条・813 条）などの重要事項は、原則として社員全員の一致により決定される。ただし、いずれの場合も定款で別段の定めをすることができ、決議要件は定款自治に委ねられている（会 585 条 4 項）³⁸⁴。

次に相違点であるが、合同会社は持分会社であり、SAS は株式組織会社であることから、次のような違いがある。SAS においては株式の自由な譲渡が原則であり、社員間の人的要素を考慮する必要性の度合いにあわせて、株式の譲渡禁止条項、株式の譲渡承認条項および社員の除名条項を定款に定めることができる。一方、合同会社においては、持分の譲渡は他の社員の全員の承諾が要求され、持分譲渡の自由が制限されている（会 585 条 1 項）（ただし、業務を執行しない社員は、業務執行社員全員の同意があれば自己の持分を譲渡できる（同条 2 項））。その代わり社員からの一方的告知による任意退社が認められているが（ただし、会社の存続期間を定款で定めた場合には、やむを得ない事由が生じた場合を除き、自己の意思で退社することはできない（会 606 条 1 項））、任意退社を制限する定款の定めを置くことが認められている（会 606 条 2 項）。たとえば、入社後一定期間は任意退社をすることはできないとする旨を定款に定めることができるとされており³⁸⁵、この点は SAS における株式の譲渡禁止条項に類する。

このように SAS と合同会社はまったく同じ性質を有するとは言えないが、定款自治が広く認められている点で共通している。そこで、SAS と同様、合同会社における定款自治に限界があるかどうか、またその根拠が問題となる。

³⁸¹ 宍戸善一・岩瀬ひとみ「ベンチャー企業と合同会社」『法律のひろば』（2006年3月）16頁は、合同会社においては、機関設計は完全に自由であるとする。

³⁸² 業務を執行する社員（業務執行社員）を定款で定めない場合には、各社員が持分会社の業務を執行し、業務の決定は社員の過半数によって行われる（いずれも定款に異なる定めをおくことは可能である（590条1項2項））。もっとも、日常の業務は各社員が単独で行うことができる（同条3項）。

³⁸³ 大杉謙一、前掲論文（注2）87頁。

³⁸⁴ 持分の譲渡の場合、業務執行社員が決定するものとすることや、一定の場合には承諾を要しないものとするなど定めることができる（相澤哲・郡谷大輔、前掲論文（注2）16頁）。

定款変更の場合、社員の過半数とすること、業務執行社員の過半数とすること、特定の業務執行社員への委任などが認められるとされるほか（相澤哲・郡谷大輔、前掲論文（注2）23頁）、事柄に応じて（定款所定の譲渡承認手続が終了した場合の社員の変動に伴う定款変更）、代表社員に一任することも可能であるとされている（宍戸善一・岩瀬ひとみ、前掲論文（注381）23頁）。

³⁸⁵ 相澤哲・郡谷大輔、前掲論文（注2）19頁。

従前、わが国では、定款自治を制限する根拠として、株主平等原則が頻繁に登場するが³⁸⁶、わが国の株式会社については、商法に具体的な定めのない事項または立法論の領域において、「株主平等原則」の観念が、必要以上に定款自治を制約してきたと指摘されている³⁸⁷。

法律上、持分会社の定款には、①会社法の規定により定款の定めがなければその効力を生じない事項、②その他の事項で会社法の規定に違反しないものを記載し、又は記録することができる旨が定められている（会 577 条）³⁸⁸。株式会社についても同一の規定が置かれており（会 29 条）、このうち①は、法律の規定に基づき定款で定めを置く事項を、②は法律に定めがない事項について、法律とは無関係に定款で一定の事項を定めるものを意味し、これらのもの以外について定款の定めを置くことは許されないというのが、株式会社に関しての立法担当官の解釈である³⁸⁹。ただし、持分会社に関してはこの旨の説明はされておらず、かえって定款自治を原則として許容する趣旨の説明がなされているとし³⁹⁰、定款自治の範囲に関する立法担当官の解釈は持分会社には当てはまらないとされている³⁹¹。

このように、株式会社と持分会社では定款自治の範囲が異なっており³⁹²、持分会社の方が株式会社よりも定款自治の範囲が広いが、常に持分会社法に違反しない限りで認められるものであり、解釈上導かれる原理等に基づく制約があり得るとされている³⁹³。

³⁸⁶ 宋戸善一、前掲論文（注 1）58 頁。

³⁸⁷ 江頭憲治郎『株式会社法』（第 3 版）（有斐閣、2009 年）55 頁。

このような指摘に対し、株主平等原則が株式会社における定款自治の制約原理として従来の少数株主保護論の範囲をカバーする機能を有し、さらに会社法の条文にその機能を有することから、大規模な株式公開会社と小規模な閉鎖型のタイプの会社でそれぞれ課題に応じて少数株主保護機能を果たすことができる実務適用性の高い原理であることを主張する見解がある（田邊真敏『株主間契約と定款自治』（九州大学出版会、2010 年）328 頁）。

³⁸⁸ 定款に何が書けるかという問題は、原始定款（または全員一致の修正）で何が書けるか、あるいはそれでも書けないものは何かという問題と、多数決による修正で何が書けるか、あるいは、多数決原則の限界は何かという問題に分けて考える必要がある。従来、わが国では両者を分けて議論することが少なかったが、全員一致を原則とする（ただし、会 590 条 2 項・3 項・591 条 2 項）合同会社の制度の導入は、この区別の重要性を認識させるものであるということができると指摘されている（宋戸善一、前掲論文（注 1）17 頁）。

³⁸⁹ 相澤哲・岩崎友彦「会社法総則・株式会社の設立」『商事法務』1738 号（2005 年）12 頁。

³⁹⁰ 相澤哲・郡谷大輔、前掲論文（注 2）23 頁。

³⁹¹ 大杉謙一、前掲論文（注 2）86 頁。

³⁹² 定款自治の認められる範囲は、最終的には、ヴィークル属性よりも当事者の属性（private equity fund, joint venture, family-owned business）に依存すると指摘する見解がある（柳明昌「定款規定の有効性」『法律時報』80 卷 11 号（2008 年 10 月）30 頁）。

³⁹³ 今泉邦子「持分会社」『新基本法コンメンタール』奥島孝康・落合誠一・浜田道代編（日本評論社、2010 年）7 頁。

SASにおいては、公序規定を根拠として、社員から権利を奪うことはできない、という限界のあることが明らかとなったが、合同会社における定款自治の限界の根拠を明らかにすることは、今後の検討課題である³⁹⁴。

³⁹⁴ 合同会社について、出資者の自己責任による組織との位置づけを重視し、契約法理に照らして自治の限界が判断されるべきであるとし、その契約法理として关系的契約モデルを挙げ、当該モデルが無制約な自治から生ずる問題に対処できる規範理論となり得るとする見解がある。

この見解は（注 387）で見たように、株主平等原則を株式会社における制約原理とし、株主平等原則の実質的基準を、平均的株主が入社に際して期待した対価関係、等価交換関係を破ってはならないと捉え、株主が共有している期待感を規範としており、关系的契約論との連続性を有する。したがって、株式会社の定款自治の制約を株主平等原則に求め、合同会社の定款自治の制約を契約法理に求めることは、会社形態によって適用法理を分断するとの批判には当たらないとする（田邊真敏、前掲書（注 387）349頁）。