

## ニュージーランドにおける会社の設立(下)

——ニュージーランド会社法研究 III (2)——

青 木 英 夫

### 3 付属定款<sup>126)</sup>

#### 1. 総説

##### (1) 付属定款の性質

付属定款は、社員相互の権利を規律し、かつ、会社の業務執行方法を定める文書である。それは、株式の発行・譲渡、資本の変更、借財、利益配当、計算、計算の監査、清算その他諸種の事項に関する<sup>127)</sup>。株式有限会社の場合には任意であるが、保証有限会社または無限会社の場合には、基本定款とともに付属定款を登記しなければならない(s. 20)。株式有限会社の場合に付属定款の登記が任意とされるのは、登記されない限り、第3付則A表が自動的に会社に適用されるからである(s. 22(2))。

##### (2) 付属定款と第3付則A表(以下、A表として引用する)

A表は株式有限会社の模範付属定款である。会社はA表を一括して採用することも、またその一部の規定のみを採用することもできる(s. 22(1))。もちろん、会社独自の付属定款を定めることも可能である<sup>128)</sup>。定足数、種類株主権、取

---

126) articles of association の訳語として、本文で使用了「付属定款」のほかに「通常定款」がある(鴻常夫「イギリスの株式会社の通常定款(一)」商事法務 659号9頁参照。

127) W. L. Farrands, *Company Law in New Zealand* (1970), p. 50; D. J. Dalgish, *Company Law in New Zealand* (5th ed., 1965), p. 22; J. F. Northey, *Introduction to Company Law in New Zealand* (8th ed., 1976), p. 102.

128) Farrands, *op. cit.*, p. 50.

締役の員数・順番退任などに関して、A表を修正しているのが普通である<sup>129)</sup>。

適用されるA表は会社の設立登記がなされたときに効力を有するものである。したがって、1908年会社法典にもとづいて設立された会社は同法典のA表が会社の内部関係に適用されるのに対して、1934年4月1日から1956年12月31日までに設立された会社には、1933年会社法典A表が適用され、また、1955年会社法典の施行日である1957年1月1日以後に設立された会社には、現行法典のA表が適用される。もっとも、旧法にもとづいて設立された会社も、特別決議をもって、現行A表を付属定款として採用することが可能である(s. 383)<sup>130)</sup>。

A表を一括して採用しない場合には、A表の全面的適用除外を明文をもって定めるとともに、付属定款を全面的に定めることが——たとえ、A表の規定の大部分の繰り返しになるとしても——妥当である。付属定款の定め反しない限りまたはこの定めにより除外されない限り、A表の規定の適用がある、などと定めるのは、互いに低触する規定の競合を生じ、徒に混乱を生ぜしめるだけである<sup>131)</sup>。この場合、問題の解決は、結局、裁判所に任されることとなるのである<sup>132)</sup>。

高低の場合に、社員が使用人であり、社員の個性(人柄、技能および勤勉さ)が重視される私会社において、A表が適合することとは稀であり、社員の有する株式の自由譲渡性を制限する詳細な条項が定められるのが通常である<sup>133)</sup>。私会社においては、A表を全面的に採用しない限り、A表を排除する付属定款を定めるのが妥当である<sup>134)</sup>。

## 2. 付属定款の様式

129) Northey, op. cit., pp. 102—103.

130) Farrands, op. cit., p. 50.

131) Northey, op. cit., p. 102; Farrands, op. cit., p. 50.

132) McNeil v. McNeil's Sheepfarming Co. Ltd. [1955] N. Z. L. R. 15 (C. A.) では、会社の付属定款5条は各社員にその有する株式数にかかわらず1議決権を与えていたが、1933年会社法典A表54条(現行63条)は投票の場合には1株1議決権を認めており、しかも、A表のこの規定を排除する明文の定めはなかった。控訴院は、A表の規定の適用を除外する旨の明文の定めはないとしても、A表の規定と付属定款5条とは矛盾することを理由に、5条の適用を認めた。

133) Farrands, op. cit., p. 51.

134) 上述の McNeil 事件は私会社の事件であった。

付属定款の様式については法定されている (s. 25)。すなわち、可及的に、会社法典第3付則の相当する表に従わなければならない。そのほか、次の点に留意すべきである。

- (a) 印刷またはタイプしなければならない。
- (b) 通し番号を有する条項に分けなければならない。
- (c) 基本定款の証明と同じく署名を証明する1人以上の証人の面前で基本定款署名者による署名がなされねばならない。
- (d) 日付が記載されなければならない。

なお、会社法典26条にもとづいて、付属定款を登記官吏に届け出なければならない。

### 3. 付属定款の内容に関する制限

付属定款は基本定款に付属するものであり、基本定款以上に広汎な権限を会社に授権しえない。基本定款との間に牴触があるときには、基本定款の規定が優先する<sup>135)</sup>。以上を前置として、付属定款の効力の限界を検討することとする。

- (ア) 付属定款は基本定款と矛盾しえない。

付属定款は基本定款に付属し、基本定款に違反する付属定款の条項は無効であり、効力を有しない。なんとなれば、基本定款が会社の目的および能力を定めるのに対して、付属定款は会社の内部的業務執行、取締役の職務権限、会社に対する社員の権利義務および社員相互間の権利に関するものだからである<sup>136)</sup>。

- (イ) 基本定款が曖昧でありまたは当該事項に関して規定を欠く場合には、問題解決のためまたは基本定款補足のために付属定款を参考してもよい<sup>137)</sup>。

- (a) 2通の文書の同時存在が通常である場合には、一方の文書の曖昧さまたは矛盾を解明するために、他方の文書を利用することは許されるのである<sup>138)</sup>。すなわち、同時に同一人により執行されかつ受諾されるべき文書が2通ある場

---

135) Northey, op. cit., p. 100

136) Ashbury v. Watson (1885) 30 Ch. D. 376.

137) Northey, op. cit., p. 100.

138) Farrands, op. cit., p. 52.

合には、同時存在の文書を一括解釈するときの通常法則の適用があると考えられるので、一方の文書の曖昧さを他方の文書を利用して解明してもよいのである<sup>139)</sup>。

準備金の積立または利益の繰延について基本定款に別段の定めがなくまたは基本定款の定めが曖昧である場合には、同時に存在する文書として基本定款および付属定款を一括解釈して、付属定款により基本定款の曖昧さの解明をはかることまたは定めのない事項について基本定款を補足しようと解するのが判例である<sup>140)</sup>。

(b) 基本定款に定めることが制定法で要求されている場合には、付属定款を参考とすることは許されない<sup>141)</sup>。「基本定款は会社設立の絶対的な根本条件を含むものである。これらの条件は株主のためと同様に債権者や公共の利益のために導入されたものである。したがって、会社設立が認められる根本条件と会社の内部的規制とを一括解釈することは常に許されるわけではない。……いずれにせよ、制定法が基本定款に定めるべきことを要求している事項については、基本定款のみによるのが妥当と考えられる。立法者がある文書が優越的であるとする場合に、他の文書を採用しその解釈によって優越的文書の規定を修正することは許されない<sup>142)</sup>。」

(c) 基本定款で明示的または黙示的に禁止されない限り、付属定款でどのような事項を定めてもよい<sup>143)</sup>。

(ウ) 付属定款は一般法 (general law) に反することは許されない。一般法により無効とされる契約を構成する条項は付属定款に包含されても無効である<sup>144)</sup>。

139) Per Jessel M. R. in *Re Wedgwood Coal & Iron Co.* (1887) 7 Ch. D. 75, 99.

140) *Best v. Newton King Ltd.* [1942] N. Z. L. R. 360 (C. A.).

141) Farrands, op. cit., p. 52.

142) Per Bowen L. J. in *Guinness v. Land Coproration of Ireland* (1882) 22 Ch. D. 349, 381.

143) Farrands, op. cit., p. 53.

144) Ibid. このゆえに、会社との競業を社員に禁ずる付属定款の定めは、営業制限であり無効である (*Invercargill Sports Depot Ltd. v. Patrick* [1939] N. Z. L. R. 161; G. L. R. 96)。

(c) 付属定款は会社法典に反しえない<sup>145)</sup>。

(a) 付属定款は会社法典で明示的または黙示的に禁止される事項を会社に授けしえない<sup>146)</sup>。

(b) 清算の申立てをなす社員の権利のような会社法典により社員に認められている権利を付属定款で社員から奪うことは許されない<sup>147)</sup>。

(c) 曖昧さの明確化または欠落の補足の場合を除いて、付属定款で基本定款を拡張または修正することは許されない。基本定款は会社の能力の範囲を定めるものだからである<sup>148)</sup>。

(d) 会社法典24条にもとづいて会社が付属定款を変更することを付属定款で禁止することはできない<sup>149)</sup>。

(e) 付属定款はニュージーランド株式取引所 (Stock Exchange Association of New Zealand) の規則に影響される。株式取引記録に関する取引所の規則は会社の付属定款に含まれる事項に及ぶからである<sup>150)</sup>。

(f) 株式資本を有する無限会社の付属定款は設立登記に当たっての株式資本の額を定めていなければならない (s. 21(1))。

(g) 株式資本を有しない無限会社および保証有限会社の付属定款は設立登記に当たっての社員数を定めていなければならない (s. 21(2))。

#### 4. 基本定款と付属定款との相互関係

上述の制限内であるが、基本定款は特定事項について付属定款に授けうる<sup>151)</sup>。

#### 5. 基本定款および付属定款の効力

基本定款および付属定款は、登記によって、基本定款および付属定款の規定

---

145) Farrands, op. cit., p. 53; Dalgish, op. cit., p. 23.

146) Ooregum Gold Mining Co. of India v. Roper [1892] A. C. 125 では、株式の割引発行を付属定款で定めていた。当時、1862年法は割引発行を禁止しており、付属定款の定めは無効と判決された。

147) Re Pervil Gold Mines Ltd. [1898] 1 Ch. 122.

148) Per Lord Cairns in Ashbury Railway Carriage & Iron Co. Ltd. v. Riche (1875) L. R. 7 H. L. 653.

149) Farrands, op. cit., p. 53.

150) Northey, op. cit., p. 101.

のすべてを社員が遵守すべき旨の捺印証書と同様の効力をもって会社および社員を拘束する (s. 34(1))。

上の基本定款および付属定款の拘束力の正確な内容は判例法上最終的に確定しているとはいえないが<sup>152)</sup>、① 定款のいかなる規定も会社と第3者との間の契約を構成するものではないこと、② 社員としての資格以外、たとえば弁護士、発起人または取締役などの資格で、定款の定めにより与えられる権利は、権利者が社員であると否とを問わず、会社に対して主張しえないこと、③ 社員の権利および義務を規制する付属定款は、一般にそれ自体、社員と会社との間の権利および義務をそれぞれ生みだすこと、は明らかと思われる<sup>153)</sup>。したがって、次のように述べることができる<sup>154)</sup>。

(a) 社員は、社員としての資格において、付属定款の定めにより会社に拘束される。基本定款および付属定款は、疑いもなく、各社員と会社との間の契約

151) Farrands, op. cit., pp. 53—54. この点について、有名な判例がある (Re Welsbach Incandescent Gas Light Co. Ltd. [1904] 1 Ch. 87)。

〔事実〕基本定款には資本は350万ポンドで、これを、(1)額面5ポンドで5パーセントの優先権を有する累積的優先株 (資本の払戻の場合にも優先権を有する)、(2)優先株に配当後7パーセントの利益配当をうける額面1ポンドの普通株、および(3)優先株と普通株に利益配当後7パーセントの利益配当をうける額面1ポンドの後配株、に分割する旨が定められていた。さらに、上述の各種類株式の株利は付属定款に定める方法で変更または処理する旨が基本定款に定められていた。資本減少のための特別決議が適法になされ、また、裁判所による減資認可後に優先株主の権利を普通株主のために変更する旨の決議も付属定款の定めに従ってなされた。そこで、一部の優先株主がその有する優先権が変更されることを理由に会社の減資認可の申請に異議を申し立てた。

〔判旨〕(1) 社員相互間の権利は基本定款に定めるべき旨の会社法典の定めはないから、これらの権利の変更権は有効である。

(2) 減資案は株主権の変更を伴うが、正当かつ公平であり、したがって、その変更は認可されるべきである (優先株主により構成される種類総会でその変更が承認されていたから、とりわけ認可されるべきである)。

152) Northey, op. cit., p. 104.

153) Per Astbury J. in Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheepbreeders' Association [1915] 1 Ch. 881, 900. The judgment of Astbury J. was cited and approved by Greene M. R. in Beattie v. E. & F. Beattie Ltd. [1938] Ch. 708; [1938] 3 All E. R. 214

154) Farrands, op. cit., pp. 54—56; Northey, op. cit., pp. 105—109.

を構成する<sup>155)</sup>と解されているのである。これに対して、付属定款が社員に与えまたはかする権利義務が社員としての資格と関係のないものである場合には、会社法典34条を根拠にその定款を会社は強制することはできない<sup>156)</sup>。

(b) 会社はある程度までは社員に拘束される。会社法典34条によれば基本定款および付属定款は、各社員により作成された捺印証書と同様の効力をもって会社および社員を拘束するから、会社は社員の付属定款への署名によって拘束される。会社が付属定款により拘束されることを認める多くの判例がある<sup>157)</sup>。会社は社員に社員としての関係においてのみ拘束されるのであり、それ以外の関係においては拘束されないのである。

取締役会が会社に対する信認関係に違反する場合には、株主に提訴権が与えられている<sup>158)</sup>。

(c) 会社は社員に社員としての資格以外において、たとえば、弁護士、発行人または取締役として付属定款が授与する権利に拘束されない<sup>159)</sup>。会社法典34条が付属定款に与える契約的効力は、社員たる資格における社員関係に適用される付属定款の規定に限定されるのである<sup>160)</sup>。

---

155) Per Lord Herschell in *Welton v. Saffery* [1897] A. C. 299, 315.

156) たとえば、*Black White and Grey Cabs Ltd. v. Gaskin* [1971] N. Z. L. R. では、指定された販売所でガソリンその他の必需品を購入することを社員その他の者に要求する付属定款の規定の会社による主張が認められなかった。かかる義務は会社社員間の関係の外にあるから、会社法典34条により強制しえないものだといわれるのである。

157) E. g., *Johnson v. Lyttles Iron Agency* (1877) 5 Ch. D. 687; *Oakbank Oil Co. v. Crum* (1882) 8 App. Cas. 65; *Re New British Iron Co.* [1898] 1 Ch. 324, and *Burdett v. Standard Exploration Co.* (1889) 16 T. L. R. 112.

158) See the 1963 case of *Hogg v. Cramphorn* [1967] Ch. 254 [1966] 3 W. L. R. 995. *Bamford v. Bamford* [1968] 3 W. L. R. 317, affirmed [1969] 2 W. L. R. 1107 (1969) New L. J. 153 (C. A.) も同旨の判例であるが、この事件では株式割当にかんする信認義務違反が問題となった。

159) 付属定款には、Eを会社の弁護士とする旨の定めがあった。Eは一時その職についたが、その後解任された。契約違反の損害賠償を会社に対してEは請求できない、と判決された。Eも社員であったことは問題とならなかった (*Eley v. The Positive Life Assurance Co. Ltd.* (1876) 1 Ex. D. 88 (C. A.)).

160) Per *Greene M. R.* in *Beattie v. E. & F. Beattie Ltd.*, ante, at p. 721.

ただし、取締役役に報酬を与える旨の定めを前提として取締役の就任がなされている場合には、その定めそれ自体は会社と取締役との間の契約ではないとしても、その内容は会社と取締役との間の契約の一部であると解されている<sup>161)</sup>。もちろん、付属定款の変更により契約を変更することは可能である（変更には遡及効はない<sup>162)</sup>）。

(d) 一般に、社員は他の社員に拘束され、社員としての資格において自己に授与されたまたはかされた権利義務を他の社員に対して有する。しかし、この点については、判例は一貫しておらず、*Rayfield v. Hands* [1960] 1 Ch. 1 までは、むしろ、社員の他の社員に対する拘束を認めることに消極的であり、基本定款および付属定款を社員間の契約であると認めながらも、社員は定款にもとづく権利を会社を通してのみ他の社員に対して主張しうると解していたようである<sup>163)</sup>。*Rayfield* 事件は付属定款により与えられた権利を他の社員に対

161) 拙稿「ニュージーランド会社法における取締役および取締役会」独協法学第10号 96頁（〔注〕56）参照。

162) *Swabey v. Port Gold Mining Co.* (1889) 1 Meg. 385. したがって、付属定款に X を終身常任取締役とする旨の定めがあり、X が付属定款の条件で就任を承諾し、付属定款以外に契約が存しない場合には、会社は会社法典 187 条の通常決議によって付属定款を変更して X を解任しうるのである（拙稿・前掲 89頁・90頁）。このような場合、X の契約は「絶対的に彼を常任取締役とする契約ではなく、付属定款または会社法典の認める付属定款の変更にもとづく解任権の枠内において彼を常任取締役とする契約である」（*Per Scrutton L. J. in Shuttleworth v. Cox Bros. & Co. (Maidenhead) Ltd.* [1927] 2K. B. 9 (C. A. )）。しかし、X を解任する旨の付属定款の変更または会社法典 187 条の決議がない限り、X の同意なしに解任することはできない（*Imperial Hydropathic Hotel Co., Blackpool v. Hampson* (1882) 23 Ch. D. 1 (C. A. )）。

163) *Northey, op. cit.*, pp. 105—106.

「付属定款は社員間の契約である。……定款のこの規定は社員を拘束する約款か、さもなくば取締役会に対する命令である。いずれにせよ、これは取締役会と株主との問題であり、株主と原告との間の問題ではない」（*Per Lord Cairns L. C. in Eley v. Positive Government Security Life Assurance Co. Ltd.* (1876) 1 Ex. D. 88, 89—90）。定款違反の不採用に対して、弁護士が会社に損害賠償を求めた事件であった。

「付属定款は株主と会社との間の契約のみならず、各社員間の契約である……」（*Per Stirling J. in Wood v. Odessa Waterworks Co.* (1889) 42 Ch. D. 636, 642）。

「……社員個人間においては、文字通りの契約は存在しない。しかし、定款の定めは社員相互間の権利を規律すると考える。かかる権利は会社または会社を代表す



して直接に強制する最初の事件である<sup>164)</sup>。この事件の後、業務執行取締役の報酬に関して、「業務執行取締役は取締役会の定める報酬をうける」旨の付属定款の定めが、当該業務執行取締役が社員であるという事実を考慮して、会社と業務執行取締役との間の契約であるとする判例がある<sup>165)</sup>。この事件では、取締役会は報酬を決定していないことおよび付属定款は明示の契約であることを理由に《quantum meruit》にもとづく報酬は問題とならなかった<sup>166)</sup>。

(e) 会社および社員は第三者に対して付属定款の定めによって拘束されない。契約の当事者でない者は契約による権利義務を直接に取得しないからであ

---

る清算人を通してのみ他の社員に対して主張しうるものである。いかなる社員も、社員相互間においてと同様に、会社との契約により授与される以上の権利を有しないと考えられる」(Per Lord Herschell in *Welton v. Saffery* [1897] A. C. 299, 315)。

*London Sack & Bag Co. Ltd. v. Dixon & Lugton Ltd.* [1943] 2 All E. R. 763 では、訴訟の当事者は連合王国ジュート協会 (United Kingdom Jute Goods Association Ltd.) の会員であり、協会には、取引につき生じた争いについては仲裁に付す旨の定めがあった。木綿の小麦袋に関して争いが生じ、控訴人は協会の規定に従い被控訴人が仲裁に服すべき旨を主張した。控訴院は、協会の定款に定められている規定は社団関係外の事柄に関して社員間の契約を構成するものではない、とした。「株主でもある会社の通常の社員間と同様に、20条(34条)は全員が署名した契約と同じく社員相互の法律関係を規律する。しかし、その結果、社員間の取引のような社団関係の全く外に形成された権利に関して、社員間に法上、契約がうまれるものではない。注目すべきは、Halsbury, Laws of England, Hailsham Edn., Vol. 5, p. 142 の見解である。すなわち、『付属定款は社員相互の権利を規律するが、これは社員相互間の契約ではなく、会社とその社員との間の契約である。したがって、付属定款にもとづく社員としての社員の権利義務は会社を通してのみ他の社員に対するものである』という見解である」(Per Scott L. J. at p. 765)。

164) *Northey, op. cit.*, p. 107. 事件は、付属定款に定める条件での株式の買取を取締役に對し株主が求めたものであった。Vaisey J. は社員と社員たる取締役との間に契約が存すること、すなわち、社員が社員たる取締役——取締役たる社員ではない——となした契約を主張しているということで従来判例と整合させているが、付属定款がこのように解せられるか疑問であり、本文のように社員に対する直接請求と解すべきである (*Northey, op. cit.*, p. 107)。裁判所は、会社がパートナーシップに極めて類似した私会社であったことに影響されている (*ibid.*)。

165) *Re Richmond Gate Property Co. Ltd.* [1965] 1 W. L. R. 335; [1964] 3 All E. R. 936.

166) 拙稿・前掲94頁・95頁参照。

る<sup>167)</sup>。

## 6. 付属定款の変更

### (1) 総説

会社は特別決議によって付属定款を変更しうる (s. 24(1))。付属定款のすべての規定を変更しうるのであって、変更禁止を定めても無効である<sup>168)</sup>。

付属定款は会社の内部的事項を規律するにすぎないから、自由に変更しうるはずであるが、若干の制限がある<sup>169)</sup>。

(a) 違法な事項を含む変更は許されない。

(b) 会社法典が明示的・默示的に禁止する事項を変更によって授権しえない。変更は基本定款に含まれる条件に従わなければならない (s. 24(1))。この結果、基本定款の定めによって、付属定款の若干の規定を不変の規定となしうる。たとえば、ある株主の権利または取締役の不動産保有条件および権限に関する規定は変更しえないと基本定款に定めることによって、これらの規定は会社法典24条1項により変更しえないこととなる。変更が基本定款に定める条件に違反する場合には、当該変更は会社法典によって認められない。

(c) 変更は基本定款の定めを拡張または修正しえない。基本定款と付属定

167) Farrands, op. cit., p. 56. 上述の Eley 事件では、社員であっても、弁護士は弁護士たる資格において定款の規定を——契約違反による会社に対する損害賠償訴訟において——援用しえないとされた。Hickman v. Kent or Romney Marsh Sheep Breeders' Association [1915] 1 Ch. 881 では、「第三者の資格において付属定款で権利を与えられた第三者は、爾後に社員になるとならぬにかかわらず、付属定款を自己と会社との間の契約であるとして、それにもとづく権利について訴を提起できない。これらの権利は全株主に等しく適用される会社の一般的規律を構成するものではなく、当該の者と会社との間の契約によってのみ存しうるものである。したがって、付属定款に定める第三者の新株の引受権はその定めにもとづき会社に訴を提起しうる社員の一般的権利をなすものではない」とされている (per Astbury J.)。また、上述の Beattie 事件では、取締役かつ株主である原告が株主かつ取締役である被告に訴を提起したのに対して、被告は付属定款の仲裁条項を援用した。会社法典34条に等しいその規定は社員としての資格においてのみ社員に権利を付与するものと裁判所は判断して、その規定を社員としての資格以外の権利の主張に関して社員は援用しえない、とした。

168) Malleon v. National Insurance Corp. [1894] 1 Ch. 200.

169) Farrands, op. cit., p. 57; Northey, op. cit., pp. 109—110; Dalgish, op. cit., pp. 23—24.

款との間に矛盾がある場合には、基本定款が優先する<sup>170)</sup>。もっとも、基本定款に定めることが法定されている事項は別として、付属定款で基本定款の曖昧さを明確にし、また、基本定款に定めのない事項について付属定款で補完することは許される。

(d) 変更によって、会社法典によりまたは同法典 209条にもとづき裁判所によって社員に授権された権利を社員から奪うことは許されない。

(e) 社員の書面での同意なしに、変更によって、株式の取得または引受を社員にさらに要求すること、または会社に対する負担責任額の増加を社員に要求することは許されない (s. 36)。

(f) 変更は少数派を詐欺するものであってはならないが、変更が全体としての会社の利益のために善意であるならば、少数派の利益が犠牲となることも許される<sup>171)</sup>。

## (2) 変更の限界——多数決原則の限界

会社においては多数決原則が貫かれるのであり、会社法典や判例の枠内において、株主は総会で自己の利益を追求しうる。これが原則であるが、他方において多数派のためにその利益を犠牲とされる少数派の保護が問題となる<sup>172)</sup>。

付属定款の変更権も多数決に適用されるコモンローおよび衡平法の一般原則 (general principles of law and equity) に服するのであり、その権限は法の要請に従ってのみならず会社全体のために善意に行使されねばならず、限度を越えるものであってはならない<sup>173)</sup>。

---

170) Re Southern Brazilian Rio Grande do Sul Ry. [1905] 2 Ch. 78.

171) See *Meiner v. Hooper's Telegraph Works* (1874) L. R. 9 Ch. App. 350, *Re Wangaganui Chronicle Co. Ltd.* [1936] N. Z. L. R. s. 18; [1936] G. L. R. 200, and *Rights and Issues Investment Trust Ltd. v. Stylo Shoes Ltd.* [1965] Ch. 250; [1936] 3 All E. R. 628 (会社側の有する株式の議決権に関する変更が認められた)。会社法典は少数派の保護に関する規定を含んでいるが、この点については、拙稿「ニュージーランド会社法における総会」独協法学第11号166頁参照。

172) See J. A. Farmer, *Oppression of the Minority* [1967] N. Z. L. J. 10, 33, M. J. Trebilcock, *The Effect of Alterations to Articles of Association* (1967) 31 Conv. (N. S.) 95, and G. R. Bretten, *Alteration of Articles and Protection of Minorities* [1970] J. Bus. Law 185.

変更が会社の利益のためであるか否かは社員の決するところであり、裁判所ではない。裁判所は合理的な者が変更が会社の利益のためと考える限り関与しない。すなわち、変更が差別的であり、少数派を犠牲にして多数派に利益を与え、少数派に対する詐欺にあたるという場合にのみ、裁判所は関与するのである<sup>174)</sup>。株主は変更決議の自己に対する影響を考慮してよいのであるが、また、決議が会社の利益のためであるか否かをも考えなければならない。決議が不当であり、公正な株主であるならばその決議に賛成しない場合に、裁判所は決議を無効であるとなしうるのである<sup>175)</sup>。

- 
- 173) Per Evershed M. R. in *Allen v. Gold Reefs of West Africa Ltd* [1900] 1 Ch. 656 (C. A.) at p. 671. これは次のような事件であった。

会社の設立にあたって、Zは会社に譲渡した財産の対価として払込済株式の発行をうけた。Zはまた全額払込未済の株式も所持していた。付属定款は全額払込未済の株式すべてについて先取特権を会社に与えていた。Zは払込請求に応ずることができなかった。会社は付属定款を変更して払込済株式を含めてすべての株式に先取特権を拡大した。その当時、Zは払込済株式のみしか有しなかった。そこで、Zの遺産管理人が定款変更の無効の訴を提起したが、裁判所は変更を有効としたという事件である。

- 174) Farrands, *op. cit.*, p. 57.

- 175) Northey, *op. cit.*, pp. 112—113. これらの点に関して引用される判例として次のものがある。

*Shuttleworth v. Cox Bros. & Co. (Maidenhead) Ltd.* [1927] 2 K. B. 9.

会社の付属定款は原告を含む5人が常任取締役である旨を定めていた。原告が作成した計算書類に不正が発見されたので、原告の辞任が勧告された。原告がこの勧告を拒否したので、臨時総会が招集された。総会は定款を変更して、取締役会が取締役の職に欠員がある旨を宣しうるようにした。控訴院は変更を有効とし、以下の判断を示した。

(1) 変更が株主の判断において会社の利益のためであるか否かが明らかにされねばならない。

(2) 変更が会社の利益のためであると合理的な者が考ええない場合にのみ、裁判所は株主の判断に干渉する。

(3) 会社の利益のための「善意」は一つの要件であり、二つの要件ではない。

なお、裁判所の示す上の第3の判断は、「bona fide (good faith)」と会社全体の利益とが、株主総会の決議を有効にするための、二つの要件なのか、すなわち、多数派の株主の主観と、会社全体の利益という、客観的な標準とが、変更決議の有効要件となるのか、会社全体の利益に合致する場合には、常に、善意を認めることとなるのかについて(小町谷・前掲469頁)、後者が妥当とするものである。

### (3) 住宅所有会社 (flatowning company) の特則

特別の考慮を要するのは、株主が居住権その他の株式に付着する特別の権利を有する住宅会社の場合である。これらの場合、株主の有する権利は他の場合

---

Sidefottom v. Kershaw, Leese & Co. Ltd. [1920] 1 Ch. 154.

会社と競争関係にある社員に取締役会の指名した者に株式を譲渡することを要求する定款の変更が善意でかつ会社の利益のためであることを理由に有効とされた。

この判例で明かなように、定款の変更が少数派を犠牲とするものであっても、変更が善意で会社全体の利益のためであるならば有効なのである (Dalgish, op. cit., p. 24)。

Greenhalgh v. Arderne Cinemas Ltd. [1951] Ch. 286; 2 All E. R. 1120.

A 会社の付属定款10条は、社員は私的整理 (private arrangement) のため自己の株式を他の社員に譲渡する場合を除いて、まず、監査役が定めた価格での自己の株式の譲渡を他の社員に申し出なければならない、と定めていた。普通株 205,000 株のうち135,815株を非株主 S に譲渡するために、多数派株主は定款を変更し以下の文言を追加するための臨時総会を招集した。

「前項の規定にかかわらず、社員は、会社の総会の通常決議による承認をえて、その決議で譲受人と指名された者に自己の株式をその数を問わず譲渡することを得。取締役会は承認ある譲渡を登録することを要する。」

S への譲渡を承認する通常決議がなされた。会社の利益に対する相当な見込なしに少数派の利益が犠牲にされたのであり、したがって、少数派に対する詐欺がなされたということを理由に、少数派株主が変更の無効を主張した。しかし変更は有効であると判決された。先例を検討した後、Evershed M. R. は以下のように述べている (at p. 291)。

「それらの先例から若干の原則が明らかであるといつてよいと思う。まず第1に、『会社全体の利益のための善意』とは二つの要件ではなく一つの要件であるということが明らかになったと思う。それは、株主は自己の公正な判断において会社全体の利益のためであると考えるところに従って行動すべきである、ということの意味する。第2に、『会社全体』という文言は（とにかく物件においては）社員とは別個の営業主体としての会社ではなく、社員全体を意味するということである。すなわち、個人株主を仮定し、提案が提案賛成者の公正な意見によれば、その仮定株主の利益のためであるか否かを問題とすればよいのである。」

「実際には、事柄をより精密に正確に示すには、逆の場合を考えて、この種の特別決議は、それが結果として多数派株主と少数派株主とを差別し、前者に後者から奪った利益を与えるものであるならば、攻撃を受けやすいということを明らかにすればよいと考える。決議の攻撃に成功した事件を検討してみれば、この理由のもとづくことが明らかとなる。したがって、特別決議の賛成者は、いはば、自己の期待を考慮せずに、それが企業としての会社の利益のためであるか否かを考えるべきである、ということは必ずしも要求されないのである。普通に第三者 (outside person) が全株式の買入を申し出たならば、社員がそれを公正な申出と考え、決議に賛成したと一応考えられるならば、社員が個人として自己の立場を考慮していたことは決議の非難理由にはならないのである。」

と全く異なるものである<sup>176)</sup>。居住権が株式所有と結合している場合には、株式が与える居住権を除いては株式はほとんど価値を有しないのである<sup>177)</sup>。これらの場合には、定款を変更して社員の居住権を奪いまたはその内容を変更してはならないという黙示の義務を社員全員が負っているといつてよい<sup>178)</sup>。

#### (4) 種類株主権の変更

会社法典および定款に従って、社員は、会社全体の利益のために善意でなす限り、特別決議で、株式の種類に従って付属定款で授与した議決権を変更しうる<sup>179)</sup>。

#### (5) 定款変更の発効日

付属定款変更は既存の権利に影響を及ぼしても、このことを理由に無効とはならない<sup>180)</sup>。上述の Allen 事件では、定款変更前に発生した債権に関する先取特権を債務者所有の株式の全部に及ぼさず変更が有効であると判決された<sup>181)</sup>。このことから、この判例は遡及効を有する定款変更も可能である例としてしばしば引用されるが、これは誤りである。定款変更により変更された規定が原始付属定款に含まれる規定と同様の効力を有すると定めても、変更は決議の日から効力を有するにすぎないのである<sup>182)</sup>。

同様に既存の権利に対する定款変更が有効とされたものとして Andrews 事件がある<sup>183)</sup>。この事件では、基本定款に禁止規定がない場合に、付属定款を変

176) Northey, op. cit., p. 110.

177) Fischer v. Easthaven, Ltd. [1964] N. S. W. R. 261, 264—265.

178) Northey, op. cit., p. 113.

179) Farrands, op. cit., pp. 57—58. Rights and Issues Investment Trust Ltd. v. Stylo Shoes Ltd. (supra) では、S 社の発行済資本は付属定款にもとづき 1 株 8 議決権を有する役員株と普通株とから構成されていた。S 社の普通株の発行を対価として B 社の株式を S 社が取得するに際して、付属定款を変更して役員株の議決権を 2 倍にした。決議は大多数の賛成をえて成立した。役員株の所有者である S 社の役員は、議決権を行使しなかった。変更は有効であると判決された。

180) Farrands, op. cit., p. 58.

181) 「……会社は、自己の債権を確保するため、その付属定款に、会社が将来行う払込請求の範囲内において、株金の払込がない一切の株式に対し、先取特権を有する旨の、規定を設けるのが普通である」(小町谷・前掲162頁)。

182) L. C. B. Gower, Modern Company Law (3rd ed., 1969), p. 506.

183) Andrews v. Gas Meter Co., [1897] 1 Ch. 361 (C. A.).

更して既存の株式に優先する優先株式を発行することは——基本定款または原始付属定款により優先株の発行が認められていないとしても——有効であると判決された。

（6）定款変更と契約違反

会社は付属定款によって付属定款変更権 (s. 24) の行使を禁止しえない<sup>184)</sup>、また、付属定款外の契約で付属定款不変更を定めることはできない<sup>185)</sup>。したがって、会社は自由に付属定款を変更しうが、そのことと契約違反とは別問題である<sup>186)</sup>。すなわち、変更された付属定款に従うことによって会社が付属定款とは独立して定款外に存在する契約に違反するならば、会社の行為が能力内のものであっても、契約の相手方は通常の救済方法に訴えうるのである<sup>187)</sup>。

救済方法としては、損害賠償の請求であり、契約違反の付属定款変更阻止の

---

184) Allen v. Gold Reefs of West Africa (supra) at p. 671.

185) Punt v. Symons & Co. Ltd., [1903] 2 Ch. 506.

186) Dalgish, op. cit., p. 24.

187) Southern Foundris (1926) Ltd. v. Shirlaw [1940] A. C. 701; [1940] 2 All E. R. 445. これは、次のような事件であった。

契約により、S は上訴人たる会社の業務執行取締役<sup>1</sup>に1933年から10年の任期中で選任された。付属定款は S と会社との間の契約の約款の枠内で取締役会に解任権を与えた。他の会社 (F. F. 会社) が会社の支配権を取得するとともに、1936年4月新付属定款が定められた。新付属定款は F. F. 会社<sup>2</sup>に取締役の解任権を与えた (第三者が選任権を有しうることについては、拙稿「ニュージーランドにおける取締役および取締役」90頁参照)。S は1937年に解任されたので契約違反の訴を提起した。上訴人会社が10年の任期中 S をその職から解任しないという黙示期間 (implied term) が1933年の契約にはある、と貴族院は判決した (Viscount Maugham および Lord Romer 反対)。Lord Porter は以下のように述べる。

「したがって、一般原則はこうであると思う。すなわち、会社は付属定款を変更し、変更した定款の規定に従って活動をなしうるのであるが、そのような行為が変更前に有効になされた契約の約款に違反する場合には、その行為は契約違反の行為でありうるのである。」

「また、新定款の採用を阻止する差止命令は認められず、その意味において、新定款はすべての者を拘束する。しかし、新定款にもとづく行為が会社の従来<sup>3</sup>の義務に違反する場合には、そのような行為は会社に損害賠償責任を生ぜしめる。したがって、変更された付属定款が既に任命された業務執行取締役の予告なしの解任を定めたならば、その解任は会社の権利能力内であるとしても、しかし、10年の任期について選任し、かつ任期満了前に解任した場合には、解任は会社に対する損害賠償請求の原因となるであろう。」

差止は認めないのが、Shirlaw 事件であるが、差止を認める *British Murac Syndicat v. Alpherton Rubber Co. Ltd.*<sup>188)</sup> もあり、両者の関係が問題となる。なるほど、Shirlaw は差止命令を求めなかったのであるが、Shirlaw 事件で付属定款の変更が会社が契約違反をなすことができるようにあることにあったなどと考えられてもいなかったことは、付属定款変更の有効性について貴族院の裁判官全員に少なくとも暗黙の了解があったことを示す。したがって、Shirlaw は差止命令を求めているも認められなかっただろうし、より一般的に言えば、付属定款変更についての会社の意図がなんであれ、変更を阻止する差止は認められないであろう<sup>189)</sup>。*British Murac Syndicate* は Shirlaw によって変更されたと解すべきである<sup>190)</sup>。結局、Shirlaw 事件によって確立されたことは、一方において、会社の取締役または役員は確定期間を有する拘束力のある契約を有することを証明すれば、期間経過前の解任に対して契約違反の訴を提起するという、他方において、会社は付属定款の定めにもとづき解任権を有するという、である<sup>191)</sup>。

取締役に就任する者が付属定款変更による解任を阻止する方法がないわけではない<sup>192)</sup>。A が終身取締役であることを付属定款に定めた場合には、特別決議で付属定款を変更することによってを解任しうるが、A の選任を定める付属定款の規定はAの存命中は変更しえない旨を基本定款で定めるならば、会社はその規定を変更してAを解任することはできない<sup>193)</sup>。会社法典に明文の定めがある範囲において、会社は同法典17条にもとづき基本定款を変更しうるが、

188) [1915] 2 Ch. 186.

189) (*Carrier Australasia Ltd. v. Hunt* (1939) 61 C. L. R. 534 もこの結論を支持する。この事件では、解雇のために付属定款が変更された。

190)・191) Northey, op. cit., p. 115.

192) Ibid., pp. 115—116.

193) ただし、会社法典187条(同1項は、任期の定めがある場合にも、会社は任期満了前に普通決議で取締役を解任しうる、と定める)にもとづく解任は可能であろう。Russell L. J. は、付属定款を変更する特別決議は指名された株主の同意なしには発効しない旨の定めは会社法典24条に違反し、無効であるとする(この見解は上告裁判所である貴族院によって否定されなかった)(in *Bushell v. Faith* [1969] 2 Ch. 438, 447; [1969] 1 All E. R. 1002, 1006)。取締役の解任については、拙稿・前掲94頁・95頁参照。



ここでの問題である変更については、定めがないのだから、Aの選任に関し付属定款の変更は不可能である。ただし、会社法典 209 条にもとづいて裁判所は基本定款または付属定款を変更しうる<sup>194)</sup>。

#### 7. 付属定款の謄本の発行および閲覧

会社は所定の手数料を支払った社員の請求があるときは基本定款および付属定款の謄本を発行しなければならない (s. 37)。

社員であると否とを問はず何人も登記官吏の役所で所定の手数料を支払って基本定款および付属定款を閲覧し、相当な抄本を作成することができる (s. 9)。

基本定款または付属定款の変更がなされた場合には、変更後に発行されるその謄本は変更を示していなければならない (s. 38)。

#### 8. 付属定款の錯誤の訂正

衡平法上、裁判所は当事者間でなされた真の合意を示すように文書を訂正する権限を有しているのであるが、この法則は——会社設立登記後においてのみ基本定款および付属定款が発効し、しかも、登記前にこれらが法定要件を充足していることが要求されるから——会社法の分野では適用がない<sup>195)</sup>。

変更および拡張する権限は法定の場合のみに認められるのであるが、会社法典には訂正についてなんらの定めがないのみならず、若干の場合には変更は登記しなければ効力が生じないとされている<sup>196)</sup>。基本定款または付属定款の訂正を命ずるのが相当であると裁判所が判断する場合であっても、登記官吏に訂正登記を命ずる方法がない<sup>197)</sup>。したがって、付属定款変更の特別決議が成立しない以上、正当かつ公平な事由にもとづく解散命令を申請するしか救済方法がない場合もありうる<sup>198)</sup>。

---

194) Re H. R. Harmer Ltd. [1959] 1 W. L. R. 62; [1958] 3 All E. R. 689. なお、拙稿「ニュージーランド会社法における総会」166頁参照。

195・196) Farrands, op. cit., p. 59.

197) See Luxmoore, L. J. in Scott v. Frank F. Scott (London) Ltd. [1940] Ch. 794, C. A., at pp. 801—803.

198) Luxmore は、その例として、7パーセントの優先権が誤って70パーセントと記載されているにも拘らず、議決権の25パーセント超を有する優先株主が付属定款の変更に応じないために変更が不能な場合を示す (at p. 804)。Midas Gold Dredging Co. Ltd. v. Henry (1903) 23 N. Z. L. R. 158, 6 G. L. R. 228, S. C. も、付属定款の訂正は特別決議によってのみ可能であるとし、本文の結論を認めている。

## 4 発起人

## 1. 意義

会社設立の意思のもと設立に必要な手続を担当する者が発起人であるが、発起人概念の把握には主観的および客観的な二つの把握方法がある。主観的には、発起人とは「一定の目的に関し会社を設立しこれを開業させることを引き受け、そのために必要な行為をなす者<sup>199)</sup>」とされる。客観的には、「『発起人』なる語は法律用語ではなく、それは会社設立のための実務上周知の行為を通常一語に要約したものである<sup>200)</sup>」、または、「『発起人』なる語は、会社の設立およびその開業（いはゆる『会社を世に出す』）ための努力という観念を含むものである<sup>201)</sup>」とされる。いずれにしろ、会社法典においては発起人概念の定義はなく、目論見書の虚偽記載の責任に関する同法典53条も、5項において、「本条にいう発起人は目論見書または虚偽記載を含むその一部の作成に関与した者を意味する、ただし会社設立に従事する者に代わって専門的立場で事務を処理する者は除く」と定めるのみである。

発起人は実質的に決せられるのであり、何人が発起人であり、いつ発起人となったのかは、すなわち、設立事務がいつ開始し、そして、いつそれが終了して会社事業について会社役員が責任を負担するようになったのかは、それぞれの場合において裁判所が決する事実問題なのである<sup>202)</sup>。発起人の単なる補助者は発起人ではなく、したがって、会社設立に必要な法的事務を担当する弁護士は発起人ではない<sup>203)</sup>。会社に売り渡される財産を発起人が購入した場合に、財産購入と会社設立とが計画の一部をなしていることが明らかとされたときには、

199) Per Cockburn C. J. in *Twycross v. Grant* (1877) 2 C. P. D. 469 (C. A.) at p. 541.

200) Per Bowen J. in *Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green* (1879) 5 Q. B. D. 109 at p. 111.

201) Per Lindley L. J. in *The Emma Silver Mining Co Ltd. v. Lewis* (1879) 4 C. P. D. 396 at p. 407.

202) Farrands, op. cit., p. 61; Northey, op. cit., p. 42.

203) *Re Great Wheal Poolgooth Ltd.* (1883) 53 L. J. Ch. 42.

その購入は発起人としてなしたものとされるであろう<sup>204)</sup>。さらに、発起人が他の者に指示を与えたにすぎない場合にも発起人はその責任を免れることはできない<sup>205)</sup>。取締役が選任されていても、真の指揮者は何人であるかが追求されるのである<sup>206)</sup>。

## 2. 発起人の法的地位

### (1) 総説

発起人は、厳密な意味において代理人ではなく<sup>207)</sup>、また、受託者でもない<sup>208)</sup>。しかし、会社に対して信託的關係に立ち、したがって、発起によって得た利益の性質および程度を開示しなければならない。利益の開示がない場合には、会社は利益の返還を求めることができる<sup>209)</sup>。発起人が発起から隠れた利益をひきだすことは、発起人の善意義務に反する<sup>210)</sup>。

### (2) 財産の売渡

会社に財産を売り渡す発起人は、その取引から取得する利益を、①（発起人から）独立した取締役会<sup>211)</sup>、または、②たとえば、目論見書によって現在もしくは将来の株主<sup>212)</sup>、いずれかに開示しなければならない。

---

204) Cf. *Burland v. Earle* [1902] A. C. 83.

205) *Re Darby, Ex parte Brougham* [1911] 1 K. B. 95. この事件においては、発起人たる会社（甲会社）は、甲会社を設立し、甲会社を通して乙会社に自己の財産を売り渡すことによって得る利益を隠そうとした甲会社の2人の取締役の「別名」(alias) であるとされた。

206) *Tracy v. Mandalay Pty. Ltd.* (1953) 88 C. L. R. 215.

207) *Kelner v. Baxter* (1866) L. R. 2 C. P. 174.

208) *Omnium Electric Palaces Ltd. v. Baines* [1914] 1 Ch. 332.

209) *Northey, op. cit.*, p. 62.

210) *Whaley Bridge Calico Printing Co. v. Green & Smith* (1879) 5 Q. B. 109, 103. See also *Gluckstein v. Barnes* [1900] A. C. 240; *Mann v. Edinburgh Trams Co.* [1893] A. C. 69.

211) *Erlanger v. The Sombrero Phosphate Co.* (1878) 3 App. Cas. 1218.

「私は、財産の所有者はジョイン・ストック・カンパニーを発起し設立し、そしてそれに自己の財産を売り渡すことが許されないというのではなく、売り渡す以上は、独立した合理的判断を行使しうる取締役会を通して売り渡すよう配慮しなければならない、というのである」(Per Lord Cairns L. C. in *Erlanger's case*, *supra*, at p. 1236)。

212) *Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate* [1899] 2 Ch. 392 (C.A.).

発起人の全員または一部が通常は最初の取締役となることから、独立した取締役会の要件は大抵は充足しえないものである。また、私会社の設立においては、発起人は自己の営業を会社に売り渡して会社の業務執行取締役となるとともに最大の株主であるのが普通である。そこで、このように、独立した取締役会に開示できない場合には、目論見書その他によって現在および将来の株主に対して発起人が得た利益を十分に開示すべきである<sup>213)</sup>。

自己が設立する会社に再販する意図をもって財産を購入した者は、会社の受託者としてその財産を取得すると推定されるのではない。事実上発起人として財産を取得するのであるならば、利益を開示する限り利益をえて会社に再販することは全く適法である<sup>214)</sup>。

発起人に義務違反がある場合には、会社は次の救済方法をとらうる。

(a) 発起人が自己の財産を会社に売り渡したときには、会社は契約を解除し (rescind), 支払った金員の返還を求めることができる<sup>215)</sup>。

213) Farrands, op. cit., p. 62. 「多くの役割を演ずる者が一つの役で自らなしたことおよびなしていることを他の役として自己に告知する場合には、『開示』は使用すべき最も適切な語ではない」 (Per Lord Macnaghten in *Gluckstein v. Barnes*, supra, at p. 249)。

F 会社は音楽ホールを 24,000 ポンドで二つ購入する契約を締結し、その財産を F 会社が指名した受取人 R に引き取らせた。それから F 会社は L 会社を設立し、上のホールを L 会社に 75,000 ポンドで売り、R に引渡を命じた。発行された目論見書では、R は売渡人とされ、F 会社の利害関係または F 会社が取得する利益は開示されていなかった。目論見書で F 会社が真の売渡人であることおよび F 会社が取得する利益額を開示すべきである、と判決された。株式申込人に対する信託義務違反として発起人は会社に対して損害賠償義務を負い、損害額は発起人の利益であるとされた (*Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties Ltd.* [1902] 2 Ch. ((C. A.))。

214) Farrands, op. cit., p. 63.

*Omnimu Electric Palaces Ltd. v. Baines* (supra) では、会社が発起人から譲り受けることとしたのは、発起人に「譲与することが約された」賃借権なるものであった。実際には、その時には発起人が強制権を有する賃貸借契約は存在していなかった。後になって発起人は賃借権を取得しそれを利益をえて会社に譲渡したのであった。これらの事実にもとづき、裁判所は、発起人は会社のために受託者として賃借権を取得したのではなく、また、なんらの隠れた利益も存在しない、とした。受託者としての取得ならば、支払った価格で会社に財産を引き渡すべきであろう。*Cook v. Deeks* [1916] 1 A. C. 554 (この事件では、取締役はそうすべきであるとされた) 参照。

解除には契約法の一般原則が適用される。たとえば、財産が使用されてその性質が変更してしまった場合のように原状回復が不可能であるときには、解除権は一般に消滅する<sup>216)</sup>。詐欺が証明されるならば、不法行為が認められる<sup>217)</sup>。

(b) 会社は発起人から彼らが得た利益の返還を求めることができる<sup>218)</sup>。

発起人が財産譲渡によって得た利益を会社に返還することが要求されるのは、発起人が在職中に買い入れた財産の譲渡の場合であると思われる<sup>219)</sup>。

他方、発起人が二つの会社を設立し、第1の会社から第2の会社に財産を譲渡するという形式をとることによって、発起人による会社への財産譲渡という真実を隠すことがあるが、これは認められないのである。第1の会社は真の発起人の別名であり、真の発起人はこれらのカラクリを通して取得した隠れた利益をはきだすべきである<sup>220)</sup>。

---

215) E<sup>2</sup>を長とするシンジケートが燐鉱を埋蔵する土地を55,000ポンドで買った。Eはこの土地を売り渡す会社を設立した。シンジケートの指名したXと会社との間で110,000ポンドでの土地売買の契約がなされた。裁判所は、発起人が取得する利益についての開示がなかったことを理由に、会社が契約を解除し、支払った金員の返還をEその他のシンジケートのメンバーから求めることを認めた(Erlanger v. The New Sombrero Phosphate Co. (1878) 3 App. Cas. 1218)。

216) Lagunas Nitrate Co. v. Lagunas Syndicate (supra)。

217) Northey, op. cit., p. 44.

218) 財産を買い入れ、会社を設立し、設立した会社またはその他の譲受人に財産を転売する目的で、シンジケートが割引である財産の物上負担を買った。その後、その物上負担付財産を140,000ポンドで買い入れ、会社を設立し、その会社にその財産を180,000ポンドで売った。この結果、シンジケートは当該財産から40,000ポンド、当該財産のために支払った140,000ポンドで完済された物上負担から20,000ポンドの利益をそれぞれ得た。発行された目論見書では、40,000ポンドの利益は開示されていたが、20,000ポンドの利益は開示されていなかった。20,000ポンドは会社の発起人としてシンジケートが得た隠れた利益であり、シンジケートは会社にその利益を支払うべきである、と判決された(Gluckstein v. Barnes (supra))。

219) Re Cape Breton Co. (1885) 29 Ch. D. 795 (C. A.)。この事件では、譲渡財産が会社に譲渡される前2年間に亘って譲渡人であるシンジケートによって所持されており、会社は清算に入る前数年間営業を続けた。シンジケートのメンバーであるFは会社の取締役となったが、自己の利害関係を開示しなかった。控訴院は、Fは、シンジケートの5人の他のメンバーとともにその財産を買い入れたとき、受託者でも代理人でもなく、会社に対し信認関係にもなかった、とした。

220) Per Phillimore J. in re Darby, ex parte Brougham [1911] 1K. B. 95.

(c) 会社は信認義務違反を理由に損害賠償の請求をなしうる<sup>221)</sup>。損害賠償額は、譲渡財産が市場価格を有する場合には、市場価額を超えた額でありうるが、市場価格を有しない場合には、その取引によって会社が被った損害である<sup>222)</sup>。

### (3) 発起人のその他の責任

発起人は、目論見書における虚偽のまたは誤解させる記述について真任を問われる。発起人は付属定款の免責規定によって免責されない<sup>223)</sup>。

### (4) 発起人の利益

事由の如何を問わず発起人が会社の発起から隠れた利益を得た場合には、発起人はその利益を会社に開示しなければならない<sup>224)</sup>。ただし、発起人が開示義務を有するの、鑑定人や弁護士費用、印刷費用などの、設立に際して生ずる適法な費用を控除した後において、発起人が取得する利益についてである<sup>225)</sup>。

発起人は会社との明示の契約なしには、発起のための労務についての報酬の支払を会社に対し請求しえないし、また発起人はそのような契約なしには設立に関してなした支払を会社に求償しえない<sup>226)</sup>。

しかし、「取締役会は……会社の、発起および登記において支出するすべての

221) Re Leeds and Hanley Theatres of Varieties Ltd. [1902] 2 Ch. 809, *supra*.

222) 発起人が「その有する併合株または株式を市場価格を超える価格で」会社に売り渡した場合には、「市場価格を超えて受け取った超過額につき損害賠償責任を問われる」が、「売り渡された財産が市場価格を有しない特定財産である」ならば、「裁判所は当事者間における新価格を決定しないから」事態は異なる。「このような場合には、取引全体においての(会社の)損害が損害賠償の限度であろう」(per Lord Parker in *Jacobus Marler Estates Ltd. v. Marler* (1913) 85 L. J. P. C. 167n.

223) Northey, *op. cit.*, p. 44.

224) Farrands, *op. cit.*, p. 65.

225) *Lydney and Wigpool Iron Ore Co. v. Bird* (1886) 33 Ch. D. 85 (C. A.).

226) • 227) Farrands, *op. cit.*, p. 65.

*Melhado v. Porto Allegre Ry. Co.* (1874) L. R. 9 C. P. 503では、取締役会が創業費であると認めた、設立に関して負担した費用を2,000ポンドを限度として会社は支払うべき旨を付属定款は定めていた。会社の発起人である原告は会社の設立にあたりそのような創業費を負担した。控訴院は原告の会社に対する訴には理由がないとした。原告は付属定款の当事者ではなく、追認の法理は *Kelner v. Baxter* (1866) L. R. 2 C. P. 174 において定められた原則のゆえに適用しえないというのであった。

費用を弁払いうる」(art. 80 of Table A) のように会社資金から創業費 (preliminary expenses) を支払う権限を付属定款で取締役会に授与するのが普通である。もっとも、この規定を根拠に発起人は会社に支払費用の求償をなしえない。支払うか否かは取締役会の裁量に委ねられていることだからである<sup>227)</sup>。ただ、発起人は通常は取締役となるのだから、実際には発起人は費用の求償をうけるであろう<sup>228)</sup>。

発起人に対して2年内になされたまたは今後支払がなされる利益額は通常目論見書で開示されねばならない (s. 48 and para. 12, Fourth Schedule)。なお、利益は金銭の支払、株式の発行その他の形をとりうるのである<sup>229)</sup>。

#### (5) 資格停止

会社の発起または設立に関する犯罪で起訴され、有罪の判決を受けた者に対して、裁判所は、裁判所の許可がなければ、5年間は会社の取締役になり、または会社の業務執行に関与することができない旨を命じうる (s. 189)<sup>230)</sup>。

---

228) Farrands, op. cit., p. 65.

229) Northey, op. cit., p. 45.

230) 拙稿「ニュージーランドにおける取締役および取締役会」91頁参照。