Title	定款の作成と変更
Sub Title	Drafting and alteration of the articles of incorporation
Author	米津, 昭子(Yonetsu, Teruko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1978
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.51, No.12 (1978. 12) ,p.1- 16
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19781215-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

定款の作成と変更

米津 昭子

- 一 はしがき
- 二 定款作成の意義
- 三 定款作成の性質
- 四 定款の成立と効力発生
- 五 定款変更の意義

一 はしがき

会社を設立するには定款を作成しなければならない(商法六二条、一四七条、一六六条)。そして会社が成立すると、会社は定款によつて運営され活動しなければならず、これに違反するときは定款違反となる。定款は発起人によつて作成されて存在することになるが、法は定款を発起人の全くの自治としているのではない。本稿は定款自治の限界を探る目的で定款がいかにすれば、いかなる範囲で、いつから存在することになるかについて、株式会社の定款を中心に考察する。

二 定款作成の意義

定款の意義には、実質的意義における定款と形式的意義における定款との二つがある。実質的意義における定款は、会社の組織や活動に関する根本規則を意味し、形式的意義における定款は、これを記載した書面をいう。理論上は、実質的意義における定款は形式的意義における定款とは別に作成され存在できるはずであるが、定款を作成するには、法が定款の記載事項を規定しているため（商法一六六条）、文書に表現されなければならない、実質的意義における定款は形式的意義における定款をはなれて作成することはできない。実際に定款を作成する場合は、形式的意義における定款たるべき書面の完成以前にその内容が検討されるであろうが、これだけでは法的に実質的意義における定款が作成されたことにはならない。定款は、定款たるべき書面に記載されることによつて作成されることになるから、実質的意義における定款は、その書面に記載された範囲内で、その書面によつて定立されることになるのである。

法が定款の記載事項としているものに、定款に必ず記載することを要し、その記載を欠くときは定款の効力を有しない事項がある。これが絶対的必要事項である（商法一六六条一項）。これは、定款の最少限度の必要事項で、定款の本質事項ともいえるものである。次に、定款にはそれを記載しなくても定款の効力には影響ないが、ある一定の法的効果の発生を望む場合には定款に記載しなければならない事項（たとえば、会社が株式譲渡を制限するには定款にその旨を記載しなければならない、商法二〇四条一項但書）がある。これが相対的必要事項である。定款作成にあたって法定されている定款の記載事項はこの二つであるが、発起人がこれら以外の事項を記載することはさしつかえない。これは、定款が有効に存在するための要件でもなく、また、一定の法的効果を生じさせるための要件でもないので、任意事項という。

学説の中には、絶対的必要事項と相対的必要事項とが法によつて規定されていることから、相対的必要事項は法定の事項

に限られるとし、それ以外の事項を任意事項と解するものがある⁽¹⁾。この説は、定款の絶対的必要事項が、これを欠くと定款が無効になるという意味で、相対的必要事項や任意事項と効力上において差があることを認めているが、相対的必要事項と任意事項とは効力上の差はなく、それが法定事項か否かという形式上の差によつて両者を区別している。この説によると、両者の区別は明瞭であり、両者が記載することによつて効力を生ずるとしている点は正当であるが、しかしこの考え方からすれば絶対的必要事項とその他の事項を区別するだけで足り、相対的必要事項と任意事項とを区別する意味は存しないように思われる。また多数の社員の純資本的結合である株式会社においては、会社および社員を拘束するためには、すべて定款に記載しなければ効力がないから、かかる定はすべて相対的必要事項だとし、相対的必要事項のほかに任意事項を否定する見解がある⁽²⁾。他の会社形態とは異つて、株式会社は多数の社員の純資本的結合であるから、社員を定款だけが拘束するとすればその範囲も明らかであるから適當であることはもちろんであるが、しかし、この立場を貫いて、社員を拘束するにはすべて定款の定めを要するとすると、定款は些細なことまで規定しなければならぬことになり、定款の内容が複雑になるだけでなく、変更の場合もすべて定款変更の手続によることになり、好ましくない⁽³⁾。したがつて、定款以外の方法によつても効果を生じさせられる任意事項を認め、これに独立した法的意義を認めることが適切であると考える。そして相対的必要事項と任意事項を区別する基準は、前者が定款に記載しなければそれ以外の方法によつてはその効果を生じさせる方法がないのに対し、後者は、それ以外の方法によつても効果を生じさせることができる点であるといえる。これを定款作成の面からいえば、絶対的必要事項は、定款が定款として効力を生ずるには記載しなければならぬ事項であり、相対的必要事項はその内容を有効に定めるには記載すれば効果が発生する事項である。任意事項は、定款以外の方法によつても効果を生じさせることはできる（たとえば取締役の報酬額は定款に定めなくても株主総会の決議によつて定められる。商法二六九条）が、定款に記載してもよい事項である。商法上絶対的必要事項は一六六条だけに限定的に列挙されているが、相対的必要事項は商法のあちこ

ちに、たとえば「定款ニ記載スルニ非ザレバ其ノ効力ヲ有セズ」(商法二六八条一項)とか、「会社ハ定款ヲ以テ定ムルコトヲ得」(商法二〇四条一項、二〇六条二項、三項、二二二条二項、二二三条ノ二・一項、二二三条ノ六但書、二四二条一項、二五六条三項、二五九条ノ二但書、二六〇条ノ二、二七三条三項、二九一条一項等)と規定されているものが多い。

会社設立のための一段階としての定款が作成されるためには、商法上は絶対的必要事項の全部が記載されれば足りるが、形式的意義の定款によつて実質的意義の定款が作成されることからすれば、これだけでは足りず、設立者の意図する内容が相対的必要事項にあたる場合にはその趣旨に従つて定款に記載されること、また、任意事項は定款の内容とするものをとりあげて記載することが必要である。その際、いかなる内容の株式会社とするか、また、いかなる内容をとりあげて会社の準則とするかはその自治に任かされている。したがつて、かかる定款作成を通して期待される会社の設立が可能となるのである。そこで定款作成によつて形式的意義の定款が存在するというためには、絶対的必要事項の記載を欠いていないか否か、また、その記載が法の要求にしたがつて規定されているか否か(たとえば、商号に株式会社なる文字を用いているか否か、商法一六六条一項二号、一七条)、相対的必要事項が法の要求するように記載されているか否かが問題となるし、実質的意義の定款が有効に存在するためには、定款にとりあげられた内容が、強行法や、公序良俗、ないしは会社の本質に反しないかが問題となり、そこに定款自治の限界が存することになる。

(1) 松本・日本会社法論一三二頁。

(2) 石井・会社法上巻六七頁、もつと石井教授は、合名会社の場合について、「法は特定の重要事項は定款に記載された場合にのみその効力を生ずるものとしている。これを相対的記載事項という。さらに、合名会社の本質、強行法規または公序良俗に反しない限り、全員の合意で任意の取極をなすべく、それを定款に記載して明確化してもよい(任意的記載事項)」として任意事項を認めておられるが、「この点は、株式会社では、株主を拘束すべき根本的事項は法定のものに限らず、すべて定款に記載すべきであるのと異なる」と説明しておられる(会社法下巻三九五頁、三九六頁)。

(3) 大森教授は、定款の記載事項として任意事項を認める立場に立たれるが、わが国の定款制定、採択、変更の手続がかなり厳重なことから、立法論としてアメリカ合衆国の諸州法の採用している基本定款 Articles of Incorporation) と附属定款 (by-law) の制度によつてそれらを整理するべく示唆

されている「アメリカの会社法における附屬定款 (By-law)」会社法の諸問題、松本先生古稀記念二三三頁以下。

(4) 商法一六六条一項四号は「額面株式ヲ發行スルトキハ一株ノ金額」と規定し、同七号は、「会社ノ設立ニ際シテ無額面株式ヲ發行スルトキハ其ノ最低發行価額」と規定している。この規定は商法一九九条に基づく規定で、いずれも「株式ヲ發行スルトキハ……」と規定しているため、その株式を發行しない場合は記載できないし、記載する必要がないという規定である。そしてそれを記載しない場合の効果は、会社がその株式を發行できないというだけで、定款全体が無効になるのではない。そのため、これは相対的必要事項であるという考え方があがるが、四号も七号も共に記載しなければ定款が無効になるので、他の事項とは異なるが、絶対的必要事項の中に入れておく。

三 定款作成の性質

定款は定款作成によつて成立するが、定款の作成は会社を設立する手続の一つとなされるから、定款作成の性質は会社設立手続との関連で考えなければならない。株式会社は他の法人の設立の場合とは異り、定款作成に初まつて設立登記⁽¹⁾に至る迄の多くの手続が段階的になされることによつて成立する。この概略を述べると、株式会社の設立手続には發起設立と募集設立とがあり、發起設立においては定款作成(商法一六六条)、定款の認証(商法一六七条)、發起人による株式の引受および払込(商法一六九条、一七〇条一項)、役員⁽²⁾の選任(商法一七〇条一項)、検査役の検査(商法一七三条)、設立登記(商法一八八条)が必要であり、募集設立では、定款作成(商法一六六条)、定款の認証(商法一六七条)、發起人による株式の引受および払込(商法一六九条、一七〇条一項)、株主の募集(商法一七四條、創立總會(商法一八〇条)、定款に危険な約束があるときの検査役の検査(商法一八一条)、設立登記(商法一八八条)が必要である。これらの中には、定款作成のごとく、發起人がなすものもあれば、定款の認証や検査役の検査のごとく、發起人でないものがなすものもある。また、一人だけでなせるものもあれば、多くの人の協力によらなければできないものもある。しかし、その一つが欠けても会社を設立することはできない。学説の中には、これらの一部を設立に特に重要なものとして抽出し、これを設立行為としているものがあるが、これらはい

ずれも会社設立に向けてなされる設立手続の一段階にすぎないから、ある一部だけをとりあげて設立行為といふことは適當ではない。それらは、いずれも会社の設立に欠くことのできない重要な手続で、その一部だけを設立行為として他のものと區別することは賛成できない。むしろそのすべてが会社設立という効果実現のために行う一つの設立行為(法律行為)であるとするのが適當だと考へる。そしてこの設立行為は、発起人による会社設立という効果実現のために行われる法律行為で、複数の意思表示が会社設立という究極の目的に向けてなされる合同行為である。

この点についてのこれまでの学説によると、社団法人の設立は設立者間の契約であるとする契約説は、会社が成立するのは、組合契約ないし特殊の契約の存する人の集団に対して法人格が付与されるとするが、単独行為説や合同行為説は、法人の設立行為は新たな人格を創設するもので、当事者相互間の権利義務の関係を定める組合契約とは性質を異にする行為であると解している。民法によれば、契約は、相対立する二個以上の意思表示の合致によつて成り立つが、同一方向に向つてなされる数個の意思表示は契約を成立させない。社団法人の設立行為は、社団法人の創設という共同目的のために、設立者の数個の意思表示が同一方向に向つて集中結合して成り立つから、そこに対立する意思表示は存しない。社団法人を設立するには、設立者間に予め設立に関する話がなされ、契約が締結されることもあるが、それは設立行為そのものではなくて、設立準備行為と理解すべきであると思ふ。

会社の設立行為が単独行為か合同行為かは、その行為が一人一個の意思表示によつてなされるか、複数の人の数個の意思表示によつてなされるかによる。単独行為説は財団法人の設立が一人一個の意思表示によつてなされることから、会社の設立の場合もそれと同様に単独行為と解している。単独行為も合同行為もその実体は変りはないが、合同行為は、社団の設立を複数の単独行為がその間何らの連繋もなく相互に併存すると考えずに、社団法人の設立という共同単一の目的に向つて集中され、その点で結合されていると理解する点が異なる。会社の設立を、数人がそれぞれ単独行為をするか、或いは

は共同してなすと理解するからであるが、七人以上の発起人によつて設立される株式会社の場合は、これを協定による合同行為と解すべきであると考える。

このように、会社の設立行為を一つの法律行為（合同行為）とすると、株式会社の設立手続の中で何が意思表示かが問題となり、この点については学説が分かれている。定款作成と発起人による株式引受とを設立行為の意思表示と解する立場と、⁽⁶⁾そのいずれか一つを意思表示とする立場である。これらの考え方の差異は、株式会社の設立を、株式会社も社団法人である（商法五二条、五四条一項）から、他の社団法人と同じく、一つの社団法人を設立するという面からとらえるか、あるいは、株式会社が資本団体であることから、株式会社も社団法人ではあるが、他の社団法人とは異つて資本団体たる会社の設立であることからとらえるかによつて生ずる。前説に従えば、定款作成を意思表示とすることになるが、⁽⁹⁾後説によれば、発起人による株式引受を意思表示とすることになる。⁽¹⁰⁾これに対し株式会社は、社団法人であると同時に資本によつて結合されている会社であるという両面の性質を有するから、その設立もこの二つを切りはなすことができないと考える立場では、両者を共に設立の意思表示と解している。

株式会社は社団法人であるし、また資本によつて結合している会社である。しかし、その会社が資本団体たる会社であるか否かは、その会社の内容の問題だと考える。商法は、会社に合名会社、合資会社、株式会社の三種類を認めており（商法五三条）、その差異は法が認めたそれぞれの会社の特色である。その中で、いかなる内容の、いかなる規模の会社を組織するかが会社の設立、つまり定款作成の問題にはかならないから、私は、定款作成が会社設立の意思表示とみるべきであると考える。また発起人による株式引受を意思表示とみる考え方は、同じ株式の引受でありながら、発起人による株式引受を株式申込人による株式引受とは別に、これを会社の設立行為の意思表示と認めることにも疑問がある。

したがつて、定款作成が設立行為の意思表示と考えるが、その意思表示は会社設立のために規則を設定するという意思表示

示ではなく、定款の内容となつてゐる組織をもつた会社の設立を目的とするものである。

前述した如く、株式会社設立には、定款作成以外にも株式引受やその他の手続が必要であるが、これは、法律行為の中にも要物契約のごとく、当事者の意思表示のほかに、一方の当事者の目的物の引渡その他の給付があつて効力を生ずる法律行為がある(民法五八七条、五九三条、六五七条等)が、会社の設立もこれと同じく、意思表示たる定款作成のほかに他の手続がなされてその効力を生ずると解することができると考へる。

(1) 民法上の財団法人または社団法人を設立するには、寄附行為(民法三九条)、または定款作成(民法三七条)と主務官庁の許可が必要である。
 合名会社、合資会社、有限会社を設立するには、定款を作成するだけでよい(商法六二条、六三条、一四七条、一四八条、有限会社法五条一項、六条)。

(2) 一般に法人の設立について特に重要で、それによつて法人が設立されると認められるものを設立行為と呼んでゐる。しかし何が設立行為であり、その設立行為がいかなる性質を有するかは、設立される法人によつても異り、民法上の財団法人の場合は、設立者が一定の財産を出捐し、かつ法人の根本規則を定める行為たる寄附行為(民法三九条以下)が設立行為だとされ、社団法人の場合は、二人以上の設立者による定款の作成(民法三七条)が設立行為だとされている。

合名会社、合資会社、有限会社では、定款作成が設立行為だとされている(商法六二条、六三条、一四七条、一四八条、有限会社法五条一項、六条)が、株式会社の場合は、定款作成、発起人の株式引受、役員選任等、各手続を経て会社が成立するため、何が設立行為であるかについては学説上争いがある。学説の中には、発起人による定款の作成および発起人の株式引受が設立行為であるとする説、発起人の株式引受が設立行為であるとする説、定款作成を設立行為とする説などがある。

(3) 松本博士は「定款作成は設立者中の発起人がなす一方的意思表示であつて、他の幾多の一方的意思表示(すなわち、発起人その他の株式引受に関する一方的意思表示)と相合して一個の会社設立行為を形成するものである。而して発起人が定款作成に依つて為したる一方的意思表示は、すなわち発起人と会社との間の法律関係を創設する行為であつて、発起人と会社との間の権利義務(たとへば、発起人の会社設立に関する責任、その特別利益または報酬を受ける権利等)は、この一方的意思表示の効果として発生する所に外ならぬ」(松本・日本会社法論一三三頁)とされ、田中耕太郎博士は、

設立行為の觀念を認める立場について、法人の設立は、行為法上の事実と全く異なる組織法上の事実であり、これに関する行為は、行為法上の意思表示と全く異なる取扱いを受けるものであることを明確にすれば足りるので、通説のように定款の作成、株式の引受など設立手続中の一二の段階を設立行為として他の段階より區別して論ずることの当否は、疑わしい(田中耕・会社法概論七九頁)とされる。

(4) 社団法人の設立は設立者間の契約であるとする契約説は、古くから提唱されてゐる。この説には、この契約が組合契約だとする組合契約説と、社団

法人の設立行為が債権契約たることは否認するが、一種の特殊な契約だとする特殊契約説とがある。

エネクツェルスは、「団体の成立は、一つの設立契約、すなわち数人の人々の一つの契約的合意——特定の目的の到達に向けられた構成員の交替とは無関係の、独立の財産をもつ組織への契約的合意——が必要である」(Enneccerus, Lehrbuch I. S. 636 II)。「ギールケ、エルトマン、ハフ、クンツェ、ルートは契約的合意は契約とはみず、合同行為と考へようとしている。しかし社団設立者の意思表示は、決して並行的には行われず、対立的である。各人が他の人々に対して、自分が彼等とともに一つの社団に加入することの表示をなすのであつて、これは組合契約の場合と全く似ている」(Enneccerus, Lehrbuch I. S. 636 anm. 12)と述べている。またツールは、「社団の設立行為は、やはり契約と見ているが、債権契約ではない」と主張して、「社団設立は数人の人々の共同であり、共同者によつて欲せられた法律効果に関する一致である。法律行為は通常一方的法律行為と双方的法律行為とに區別するしかたに従へば、設立は後者のカテゴリーに属する。双方的法律行為の類型は契約である。古い説によつても設立は契約とみなされて来た。しかし設立が決して債権的契約ではないということが認められて来たのは正しい。何故ならば、その契約の効果は第一義的には債権的権利の発生ではなくて、一つの法人の発生と、それに附随する構成員の諸関係の発生であるからである」と述べている (Tur, Allgem. Teil Ss. 477, 478)。

わが国でも松田博士は「設立過程は会社の設立を企画する者の結合により出発し、この結合を發起人組合といひ、民法の組合(民法六六七条以下)たる性質を有する。この發起人組合は先づ、定款を作成し、それは作成当時においては組合契約たる性質を有する。定款の作成によつて、發起人は二重の地位に立つ。一つは、設立中の会社の機関たる地位であり、他は設立中の会社の社員たる地位である。發起人は設立中の会社の機関たる地位において株主を募集し割当を為し、株金の払込を為さしめる等設立中の会社の社員たる地位において株式の引受を為す。而して、定款作成後株式引受が行われると引受人は設立中の会社の社員となつて、その社員たる發起人と結合し設立中の会社は次第に社員数を増加する。而して社員数の増加は量的増加を意味するに止らず、これと共に質的变化を伴うものであり、これにより設立中の会社は次第に社員数を増加する。創立總會当時既に社団性を有することは、多数決の行われること(商法一八〇条二項)によつて明らかである。かくて設立中の会社は最後の設立登記によつて法人格を取得し、社団法人として誕生する。要するに、株式会社設立過程は組合形態へと發展転化する(松田・株式会社基礎理論二四〇頁以下)。従つて定款も發起人の作成当時は、組合契約であるが、会社の社団性確立と共に社団の定款となるのである」(会社法概論七九頁、八〇頁)と述べられる。これらの説に対しては、組合員相互間の法律関係の発生を目的とする組合契約と、社員と法人との間の社員権関係の発生を目的とする社団法人設立行為とは、その法律上の構成を異にする松本博士の批判がある(会社設立行為性質論—私法論文集二卷六一四頁、六一五頁)。そして松本博士は、数人が共同して社団法人を設立しようとする場合は、数人が突然集つて偶然に共同設立行為をなすことはなく必ずその間に意思の合致がある。すなわち、設立者相互間には、法人の設立を目的とする債権契約が存在し、その契約の履行行為として法人の設立行為が行われるのであると説明される(松本・前掲書六一六頁、六一七頁)。

(5) 単独行為説は、社団法人の設立行為は、各設立者が社団の設立という目的のためになす単独行為であるとす。この説にも、社団設立の場合には多数の単独行為が集合して一とする集合的単独行為説と、数人の者が共同して一とする共同的単独行為説がある。

(6) 我妻・民法総則二四四頁。

定款の作成と変更

- (7) 我妻・民法総則一三四頁、一三五頁。
- (8) 大森・「会社の設立」株式会社法講座二卷一五九頁。
- (9) 津田・会社法の大意上九〇頁、九二頁。
- (10) 大隅・全訂会社法論上一五九頁。

四 定款の成立と効力発生

定款が成立したとするとその効力が発生したことは区別すべきである。くりかえしのべている如く、株式会社を設立するには、定款の作成、株式引受、払込、設立登記などの一連の手続が必要であるが、定款成立の時期はこれらの手続の中でその第一段階である定款の作成が完了した時である。これに対し定款の効力発生時期は、定款が定款として拘束力を有し、実質的意義における定款が遵守されるようになる時期をいう。定款成立の時期として一応考えられるものとしては、(1)発起人(厳密には、発起人は定款に署名したときに発起人となるので、この段階では発起人たらんとする者であるが、ここではこれも含めて発起人と呼ぶ)の間で、定款の内容についての意見が確定し、それが文書に記載されたとき、(2)定款に記載すべき事項を記載し、発起人全員が署名したとき、(3)定款について公証人の認証を受けたときがある。

定款は発起人によつて作成されるが、商法一六六条は、発起人は定款に絶対的必要事項を記載して署名することを要するものとしている(商法一六六条一項)ので、絶対的必要事項の記載と発起人の署名は定款作成の要件であると解せられるので、定款の成立時期は、定款に記載すべき事項を記載し、発起人全員が署名したときと考えるべきであろうと思う。もつとも商法では発起人の員数を七人以上と規定している(商法一六五条)ので、発起人が七人以上いる場合にも、その中の七人が署名すればその時に定款が成立したといえるところを考え方もあるが、発起人の氏名はその住所とともに定款の絶対的必要事項の一つである(商法一六六条一項一〇号)から、その全員が署名したときと解すべきである。そして発起人の署名は、

発起設立の場合も募集設立の場合も、公証人の認証をうける時までになされることを要するものと考えられる。発起人の署名がいつまでになされなければならないかについては、募集設立の場合と発起設立の場合とを分けて論じられている。募集設立の場合には、商法が定款認証の年月日を株式申込証の記載事項としているので、株式申込証作成の時までは定款を作成して公証人の認証をうけなければならないから、その時までには発起人が署名しなければならないとしており、この点についてはほとんど異説を見ない。これに対し、発起設立の場合は、発起人だけが、書面（株式申込証ではない）によつて株式を引受ける（商法一六九条）ので、商法一六九条による引受終了の時²⁾、更には検査役の調査終了前ならば株式引受後でも差支えないという考え方が³⁾ある。これは、発起設立の場合は募集設立の場合とは異り、発起人は定款の認証の年月日を記載要件とする株式申込証によらずに株式の引受をすることができること、また、定款作成と株式引受を同時にすることも差支えないのではないかということ¹⁾を前提としている。発起人の株式引受が株式申込証によらなくてよいことは明文上明らかである。また、このことと関連して発起人のみが株式引受をなす発起設立の場合には、定款作成とそれを停止条件として株式の引受をすることも妨げないと解せられる。しかし、発起設立の場合には、商法一七〇条および一七二条の払込および現物出資の給付ありたるや否やを調査させるための検査役の調査が必要である（商法一七三条一項）。この場合の払込および現物出資者が発起人によつてなされているかは認証を受けた定款によつて確認するべきであらうから、それまでには定款は成立していなければならぬはずである。いいかえれば、検査役の調査終了前までには、定款が作成されていること、株式の引受、払込、現物出資の給付がなされていることが必要であるといえる。したがつて検査役の調査が終了する前までには、署名がなされていないなければならない。発起設立の場合に、定款作成と並んでいかなる行為をなせるかということ、定款上の発起人の署名がいつまでになされなければならないかということとは別の問題であるからである。

このようにして出来上つたものが原始定款である。ここで発起人たるべき者は発起人となり、会社を設立する第一段階の

定款が作成され、定款として存在することになる。と同時に、この段階で、定款として記載された事項は、発起人だけでは自由に撤回したり変更したりすることはできなくなる。

定款作成は、発起人による会社設立行為の意思表示であるが、その目的を達成して会社が成立した上は、これによつて定立した会社の根本規則（実質的意義における定款）がそのときに効力を生ずるようになる。実質的意義における定款は、会社の設立を停止条件として定立されるからである。商法一六七条では「定款ハ公証人ノ認証ヲ受クルニ非ザレバ其ノ効力ヲ有セズ」と規定しているが、定款に公証人の認証を要するとしたのは、定款作成の内容を確認し、これにともなう紛争や、不正行為を防止するためである。⁽⁴⁾したがつてその意義は、成立した定款を確認し、且つ公に証明することであるから、このことから考えても、商法一六七条は、公証人の認証によつて直ちに定款が効力を発生するという意味ではなく、定款が効力を発生するための一要件として、認証が必要であることを規定しているにすぎないと解すべきである。

(1) 中西・注釈会社法(四)六三頁、六四頁。

(2) 中西・注釈会社法(四)六四頁。

(3) 大隅・全訂会社法論上一七七頁、中西・注釈会社法(四)六四頁。

(4) 株式会社設立の場合に限つて、定款の作成に公証人の認証を要するとしたのは、準則主義による会社の設立の下で、法が定款の絶対的必要事項を定めても、定款にそれを記載しているか否か、更には、定款を作成しているか否かが問題となるからである。このことは、会社成立前に裁判所または創立総会が定款を変更したときは（商法一七三条、一八五條、一八七條一項）、これを必要としないことから明らかである。

五 定款変更の意義

商法は、一旦作成された定款を必要に応じて変更することを認めている。会社成立前は創立総会の決議により（商法一八五條、一八七條）、会社成立後は株主総会の決議によつてすることができる（商法三四二條一項）。定款作成者によつてではなく、

創立總會や株主總會が定款を変更することができるとしてゐるのは、株式会社は法人であり、定款が会社の根本規則であるという面をとらえて、会社（株式会社は経済的には株主全体の所有であるため株主總會）自身、またはその前身（創立總會）がこれを変更できることとしたのである。

商法三四二条では「定款ノ変更ヲ為スニハ株主總會ノ決議アルコトヲ要ス」と規定しているため、定款変更と形式的意義における定款との関連については学説が分かれている。多数の学説は、商法にもその趣旨の規定がなく、定款を変更した内容に株主總會の議事録で明らかであるため、株主總會の決議があれば形式的意義における定款を変更するまでもなく、その時に変更されると解している。⁽¹⁾⁽²⁾少数説は商法は定款変更の場合にも形式を重視していると解すべき（たとえば商法二三三条、二三九条、二八〇条ノ二等が定款に別段の定めがある場合とある点からしても）で、定款変更の場合も書面たる定款の変更をなして初めて変更すると解している。⁽³⁾

定款作成には、会社を設立するための要件としての会社設立の意思表示である面と、形式的意義の定款を通して実質的意義の定款を定立（規範設定）するという面とがある。定款が作成されるまでは、実質的意義における定款は形式的意義における定款をはなれては存在しえないし、存在しないが、定款が作成されると、会社の設立要件のための定款作成面はそれで完了したことになり、あとは実質的意義における定款（会社の規則としての定款）が重要な意味を有することになると考える。したがつて、定款変更の場合には、それが会社成立後ならならもちろん、創立總會の決議による場合であつても、実質的意義における定款の変更の方に意味があると解すべきである。したがつて定款変更というときは実質的意義における定款の変更決議があれば、その時に変更され、そのために形式的意義の定款まで変更されることは必要ではない。形式的意義における定款の変更は、その結果として生ずるものと解すべきである。したがつて実質的意義における定款と、形式的意義における定款の内容とが異なる場合には、実質的意義における定款を基準として解決しなければならぬと考える。

商法二六三条によれば、株式会社の代表取締役は定款を本店および支店に備え置くことを要する、とされている。この場合の定款は形式的意義における定款を指すが実質的意義の定款が変更されたときは、この変更に基づいて形式的意義における定款を変更して備え置くことを要する趣旨である。また、定款を変更した場合に、それが登記事項にあれば登記を変更しなければならぬが、これは定款変更の効力発生要件ではない。

定款変更の手続によつて変更されるのは、絶対的必要事項でもその他の事項でもさしつかえない。また、その変更は現存規定の廃止でも新設でもさしつかえない。しかし、定款変更は実質的意義における定款を変更することを意味するので、定款の縦書を横書に改めたり、漢字を当用漢字に改めたり、かなづかい、送りがなを新かなづかいにするなど、単なる表現形式だけの変更の場合はここにいう定款変更にはあたらず、定款変更の決議を必要としないものと解する。⁽⁴⁾そのため、本店所在地の地番が変更された場合の如く、定款が事実に基づいている場合には特にそのための定款変更決議は不要である。定款変更の決議で定款の絶対的必要事項を省いたり、その内容が強行法や公序良俗、または株式会社の本質に違反する場合は株主総会決議の瑕疵と同様に定款変更が無効となる。定款で定款不変更の規定を設けることは問題であるが、それを定めることは株式会社の本質に反するとはいえないから、無効とはいえないが、その場合でも、この規定を定款変更の手続で変更できると解すべきである。⁽⁵⁾

(1) 田中誠二教授は、会社「設立の場合には、商法が特別に形式に重きを置いており（公証人の認証を要することはこれを示す）、かつ実質的にもその必要があるのであるが、定款変更の場合には商法典にもその趣旨の規定もなく、その上、実際上も株主総会議事録で明らかにされ、定款書面の変更手続に重きを置かないものであるから設立の場合と異なることとなる」と述べておられる（会社法詳論下八二三頁）。これに関し古く大審院は、大正五年一月一日の合資会社のケースについて、以下のように判決した。「合資会社ノ設立ニハ定款ノ作成ヲ必要トシ各社員ハコレニ署名又ハ記名捺印スヘキモノナルヲ以テ合資会社ノ設立ニ関シテハ定款ハ書面ノ作成ヲ要シ又定款事項ノ変更ヲ以テ第三者ニ対抗センカ為ニハ其書面ヲ更正シテコレカ登記ヲ經サルヘカサルコト論ラ俟タスト雖モ会社設立後ニライテハ会社ト社員及ヒ社員相互ノ関係ニライテ定款事項ノ変更ハ総社員ノ同意ヲ以テ直チニ其ノ効力ヲ生ジ定款ナル書面自体ノ更正ヲ必要トスルモノニアラス蓋シ合資会社ニ準用セラルル商法五八条（現七二条）ハ定款ノ変更ハ総社員ノ同意アルコ

トヲ要スル旨ヲ規定スルニ止マリ定款ナル書面自体ノ更生ヲ要求セザルノミナラス同法六九条(現八五条)ニハ社員退社ノ事由ヲ規定シ總社員ノ同意ヲ以テスル場合ヲ定款ノ定メタル事由發生社員ノ死亡破産禁治産ノ場合ト併記シ其間毫モ區別スル所ナキニ鑑ミルモ明ナラハナリ(民録二二輯一八九五頁)。これについて松本博士は、この判決は、合資会社の定款変更が総社員の同意を以て直ちに其効力を生じ、定款なる書面自体の更生を必要とせざる旨を決したものであつて、此点は株式会社に付ても同様である。もつとも右の判決は定款事項の変更を以て第三者に対抗せんが爲めには、其書面を更正して之が登記を経ざるべからざること論を俟たずとも、といひ、会社と社員及び社員相互間に於てのみ書面の更正なくして効力を生ずるものとしてゐるが、此点は誤である。定款の変更は会社の内部関係に於ても將た外部関係に於ても一様に其効力を生ずるものであつて、書面の更正を要する理由はない。又定款の変更は必ずしも常に登記を要するものでなく、其登記を要する場合に第二二条の規定の適用あるは全く別個の問題である。且登記の申請を為すにも定款なる書面の更正を為す必要はない(非訟一八八条二項、現商業登記法八一条参照)とされる(日本会社法論三七三頁)。

この學說に立たれるものとして、大森「会社の設立」株式會社法講座一卷一六一頁、二頁、鈴木・新版會社法二二四頁、大隅、全訂會社法論中二六五頁、実方謙二「定款の変更と書面行為」会社法判例百選二〇五頁。反対、服部「会社の定款」株式の本質と会社の能力一六三頁以下。

ドイツでは、定款の変更は商業登記簿への登記によつてはじめて有効となる。そして登記されるまでは届出(Anmeldung)は撤回できず、決議も單純多數で破産^{破産}(Fisher, in Gropkonn. S. 148, Anm. 12; Baunbach-Henck, S. 148, Anm. 3; Brodmann S. 275 Anm. 1; Schlegel-berger Quasowski S. 148, Anm. 5;) の場合の登記は、住所地の裁判所 Sitzgericht の商業登記簿への登記は、住所を移転(Sitz Verlegung)した場合は新たな住所地の裁判所に登記することによつて効力を生ずる(Godin, Wilhelm Aktiengesetz I S. 1031). Aktiengesetz § 181 III。

(2) 株式譲渡制限を新設する定款変更の場合は株券提出期間満了の時に効力を生ずること、明文上明らかである(商法三五〇条二項)。

(3) 服部・前掲書一六三頁以下。

(4) 多數説は定款の意味内容を変更しないで、いわゆる表現形式の変更もその手続を要するとしている。田中耕・會社法概論一八三頁。(解釈論として)新上巻二二二頁、石井・概説商法二一八頁、田中誠・會社法四五五頁、鈴木・會社法二〇〇頁、大隅・全訂會社法論上七二頁。

これに対しては、下級審ではあるが、「名称ノ変更ニ因ル住所ノ変更」や「土地ノ名称ノ如キ定款ノ内容ニ消長ヲ來サザルモノ」は定款の変更ではないとした決定がある(明治四〇年六月一七日長崎控訴院決定、新聞四三三八頁二二頁)。また、昭和一八年六月二六日民事申第四三三六号民事局長通達は、東京都制の施行に際し、従来の本店又は支店の所在地が定款上東京市であつて、これを東京都何区に登記を更正する場合について、「右ハ法律上当然ノ変更ト解スルヲ相当トスルヲ以テ在來ノ所在場所ニ異同ナキ限当該法人ノ理事者ニ於テ總會ノ決議又ハ総社員ノ同意ヲ經シテ適宜更正スルヲ妨ケザル儀ト忠料致候」とした。また、同年一〇月三〇日民事申第八二八号民事局長通達は、省の新設等がある場合には法人の定款中の大臣名は法律上当然に変更になるからその法人の理事者において總會の決議または総社員の同意を経ないで適宜登記を更正してよいとしている。

服部教授は、單純な事実が定款に記載されている場合には、その事実の変更は定款変更にはなるが、右の要件を必要としない。その他、定款の實質的意義に変更を來さないような輕微な変更(地名の変更や單なる字句の修正)もあえて株主總會の特別決議を必要としないと解しておられる(再訂會社法原理一八頁、三八頁)。

(5) 田中誠二博士は、「定款不変更の規定の変更の手續を要するとするだけ手数がかかるのであるが、定款不変更の規定は無効であるとしても、反対の見解もあることであるから、その無効を確認する意味で、その廃止を決議することは實際上無意味ではない」とされる(会社法詳論下八二三頁、そのほか、大隅・全訂会社法論中二六五頁、松田・鈴木忠・条解株式会社法五四七頁。

後記 この一文は、本来なら前号(五一卷二一号)の島谷先生追悼号に加えて頂くはずであつたが、丁度他の原稿を執筆中であつたため、期日までに脱稿することができなかつた。遅ればせながら本誌に掲げて、深く哀悼の意を表す。