

会社の内部関係における株主の保護

—ドイツでの株主訴訟をめぐる議論を中心に—

い とう ゆう じ
伊 藤 雄 司

目 次

第1章 歴史的展開	288
第1節 序	288
第2節 Knobbe-Keukの見解	288
第3節 Mainz地裁判決	289
第4節 Holz Müller判決	291
第5節 まとめ	294
第2章 学説の現状	294
第1節 序	294
第2節 社員資格的解決	295
第3節 監督権的解決	303
第4節 不法行為法による解決	306
第5節 まとめ	310
おわりに	311

はじめに

株式会社において、株主は危険資本の出資者として、さまざまな権利を有している。我が国の現行法上は、たとえば、自益権である利益配当請求権（商法290条）や、共益権である株主総会における議決権（商法241条1項）を挙げることができる。

他方、会社に関する事柄を決定するのは、法定の基本事項については株主総会であり（商法230条ノ10）、業務執行全般については取締役会である（商法260条1項）。そして、これらの機関により決定されたことを代表取締役が執行することとなっている。したがって、株主の有する権利の行使はこれらの機関によって不当に妨げられたり、何らかの制約を受ける可能性は少なくない。この場合、このような決定をするのが株主総会である場合は、比較的解決が容易である。株主は、法定の要件のもとでそのような決定についての決議の取消しを求めて裁判所に訴えることができるからである（商法247条）。また、取締役ないし代表取締役が株主の権利を侵害した場合であっても、その権利の種類によってはやはり裁判所による解決を求めうることに問題がないこともある。たとえば、株主総会での議決を経た具体的な利益配当請求権であれば、配当の支払いがない場合、これを求めて提訴しうることは明らかである。

しかし、すべての場合にこのような解決が可能であるかは必ずしも明らかではない。たとえば、営業の全部又は重要な一部の譲渡のように本来株主総会で決議すべき事項（商法245条1項1号）を取締役会限りの決定で行った場合、株主は議決権の行使の機会を奪われたと考えることもできるが、この場合、株主としては何らかの司法的解決を求めることができるであろうか。

現行法の規定を参照すると、まず、事後的に、株主代表訴訟（商法267条）の提起により、取締役に損害賠償の支払いを求めることが考えられる。しかし、代表訴訟は会社の被った損害の填補を求めるものであるから、会社に損害が生じなければ

もとより不可能であるし、そもそも、議決権の侵害という株主の受けた問題を直接に解決するものではない。同様のことは、「会社ニ回復スベカラザル損害ヲ生ズル虞」を要件とする取締役の違法行為差止請求権（商法272条）にも妥当するであろう。

この点につき、ドイツでは、1980年代初頭の連邦通常裁判所（BGH）のHolzmüller事件判決（BGHZ 83, 122）により、株主権が侵害された場合には、株主は、会社を相手として原状回復的な解決や差止めを求める訴訟を提起できることが承認されている。学説上も、「株主訴訟（Aktionärsklage）」ないし「社員訴訟（Gesellschafterklage）」というテーマのもとで、このような解決が認められる理論的根拠や、これを認めることによって生ずる法体系上の問題につき活発な議論がなされている。これらを参照することは、我が国における同種の問題の解決にとって有益であると思われる。そこで本稿では、ドイツにおいて「株主訴訟」が認められるに至るまでの歴史的経緯および現在の学説の状況につき検討することにしたい⁽¹⁾。

第1章 歴史的展開

第1節 序

株主訴訟の議論は比較的新しく、株主が取締役の業務執行行為に対して差止め等を求めて訴えを提起しうるとの結論を明確に認めるものは、Knobbe-Keukの1975年の論文がおそらくはじめてであると思われる。そこで、本章では、株主訴訟をめぐる今日の議論を検討する前提作業として、この論文の論旨、および、その後に見れた2つの判例の内容を紹介することにしたい。

第2節 Knobbe-Keukの見解

Knobbe-Keukは、まず議論の素材として、定款所定の企業目的が、株主総会の決議に基づく定款変更によらずに、取締役の業務執行によって事実上変更されるような事態（事実上の定款変更）を取り上げ、個人株主訴訟の必要性を論ずる。これを要約すると以下のようなになる。

「事実上の企業目的の変更の場合、株主としては、まず、株主総会を通じて取締役を解任することができるが、これは取締役が多数派株主の意を体して活動している場合には不可能である。また、株式法147条により会社の取締役に対する賠償請求権は、10%以上の持分を有する少数株主が要求するときは行使されなければならないとされている。しかし、企業目的の事実上の変更は、会社に損害を与えるとは限らず、むしろ利益になることも多い。そうだとすれば、この方法も使えないことになる。」⁽²⁾

「しかし、このような事態は、企業目的が定款の必要的記載事項とされ（株式法23条3項2号）、また定款変更には株主総会の特別決議が必要とされている（株式法179条2項2文）ことからすれば不当である。したがって定款変更なしに、定款の規定に反して企業目的が拡大・変更されないという個々の社員の権利が存在しなければならないし、それが完全なものであるためには、訴訟によって会社に対して貫徹されうるものでなければならない。」⁽³⁾

次に、Knobbe-Keukは、定款を変更する株主総会決議がなされたが、これに瑕疵があった場合（例えば、単純多数により議決された場合）には、個々の株主は、総会決議取消の訴えを提起することができ、また、必要とあれば、仮処分により決議の実行を差止めることも可能であることを指摘する⁽⁴⁾。

そして、Knobbe-Keukは、以上のような株主の権利は取締役による事実上の定款変更の場合には無意味となることから、これを補うために、株主総会が関与していない場合にも、法律・定款に違反した業務執行措置に基づく、株主の会社に対する訴権が必要であるとしている。さらに、このような権利は歴史的に認められてきたものであるという。すなわち、大要以下のように論ずる。

「19世紀において、『会社意思が法律・定款の範囲内にあるように求める株主の一般的権利』は承認されていた。そして、この権利の背後には『株主がその資本を会社機関による経営に委ね、それ

により、会社財産および自己の資金的寄与への影響に関して全体の意思に従属するとしても、このことは法律・定款に定められた限界の範囲内においてのみ妥当する』という考量があった。」⁽⁵⁾

「このような権利が法律・定款に反する株主総会決議に向けられていた場合が取消権（Anfechtungsrecht）と呼ばれていたのである。当時の株主総会が広範な権限を有していたこともあって、これについては、異なった手続が進行した場合どのようにするかなどの不明確な点をはっきりさせる趣旨で、1884年のドイツ普通商法典改正により法的な整備がなされたのであった。そして、この、取消訴訟の立法化は、個々の株主が有する、法律・定款に合致した会社活動についての権利を排除するものではなかった。」⁽⁶⁾

このようにして、Knobbe-Keukは、株主総会決議が存在しない場合にも個別株主の権利を認めるのであるが、このKnobbe-Keukの議論は、いわゆる事実上の定款変更の場合に、現行法の予定している手段ではこれを是正することができないという法の欠缺を示した点で、画期的な意義を有すると思われる。しかし、これを解決するために、個々の株主に訴訟を提起する権限を認めるにあたって、「会社意思が法律・定款の範囲内にあるように求める」という株主の権利を援用した点は、不適當であったと考えられる。このような権利を認めたものとしてKnobbe-Keukが引用するライヒ上級商事裁判所（ROHG）の判例は株主総会決議との関連においてこのような権利に言及していたにすぎないと解されるし、また、1884年改正の際の立法者の見解も、株主の権利を限定的に捉えていたと考えられるからである⁽⁷⁾。

次に紹介するMainz地方裁判所の判例は、このような観点からKnobbe-Keukの見解を否定するものであった。

第3節 Mainz地裁判決

LG Mainz, Urt. vom 1. April 1977 (WM 1977, S. 904)

<事実>

被告Y株式会社はガスメーターの製造に関して一流の企業である。原告Xは、ガスメーターの販売を担当するY会社の取締役であり、また、基本資本の16%にあたる株式を所有している。Y会社の定款には企業目的として、ガスメーターの製造販売の他に以下のような記載がある。

「会社は国内及び国外に支店（支社）を設立すること、その事業に参加すること、他の企業を取得もしくは賃借すること、または、その代表を引き受け受けることの権限を有する。

会社はこの会社目的の達成に必要なまたは有用であると思われるすべての取引（および措置）を行う権限を有する。」

Y会社は、1971年1月に、大コンツェルンSGPMの傘下に入った。現在、SGPMはY会社の基本資本の84%にあたる株式を所有している。1976年12月20日、Y会社の取締役は、新たな販売会社C有限会社を設立し、それに販売部門を移転する旨の決議を行った。これに反対するXは、1977年1月21日、権利保護の申立てを行い、同日発せられた仮処分により、Y会社は「ガスメーターの販売部門の分離を導く措置を行なうこと、とくに、被申立人Y会社によって製造されたガスメーターの販売権を他の企業に与える取決めを行なうこと」を禁じられた。

Y会社は1月24日、これに対する異議申立てを行った。Xの主張は以下の通りである。予定されているガスメーター販売部門の分離は、Y会社から市場への自由な参入を奪うこととなり、Y会社の損益計算に負担を及ぼすことになる。この措置はSGPMの、ガスメーター製造をY会社から（SGPM傘下の）K会社へ移転するという意図の実現への第一歩に過ぎない。Xの請求権の根拠は株式法上の原則から生じる。

これに対して、Y会社は株主としての地位に基づくXの差止めの請求に関しては、株式法の中には基礎を欠いているとして、仮処分の取消を求めた。

<判旨>

仮処分取消、申立て却下。

判旨は、結論としては、被告の販売部門を販売会社Cに移転することは、株主総会の特別多数による議決が必要な企業目的の変更や、株式法291条、292条にいう企業契約にもあたらないことを理由にXの申立てを却下している。しかし、「株主に取締役の法律・定款違反の措置を差し止める訴権が帰属するか」についても、以下のような強い疑念を表明している。

「株式法は個々の株主が一たとえ阻止少数を形成していても一株主総会の外で業務指揮に関し直接に作為または不作為を要求できるという明文の規定を知らない。このことはXも承知しており、それゆえ自身の請求を第一には個々の株主のために存する株式法の保護規定の必要な解釈と補充に基づく見解によって根拠付けている。その際、XはKnobbe-Keukの見解を援用している。その見解は、株式法241条以下の株主の取消権能に関する株式法の規定から、一般的な株主総会決議の存在に関係なく許される個々の株主の差止訴訟を、少なくとも取締役が株式法と定款によって定められた限界を超えた場合には導き出そうというものである。

当裁判所はこの見解に賛同することはできない。1965年株式法は株式会社の個別の機関の責任領域の規整を一義的に行った。これに従い株主は会社事項に関するその権利を原則として株主総会で行使する（株式法118条1項）。業務指揮に関する事項は取締役に割り当てられており（株式法76条）、個々の株主は、明文で、他の株主と共同してのみ株主総会において会社事項に関する権利を有するのであり、それも取締役にこれを要求した場合のみである（株式法119条2項）。この例外的事例においてのみ取締役の排他的な権限の部分的な移動が存在するのである。しかもそれは株主総会が業務執行問題を決議によって決定することができるときに限られる；決議の実行はその場合でも取締役に委ねられる。

個々の株主が株主総会の枠組みにおいてのみ会社事項に関して活動できるという原則は法律自体が認めている制限によって僅かな場合にのみ破ら

れる。しかし、これも大抵すでに招集された株主総会かまたはなお招集されるべき株主総会と密接な関係に立っている。

これは、実際、個々の株主が他の点では会社指揮に介入できず、例えば株主総会の外で業務執行上の措置の実行または不作為を求めて訴えることができないということを受け入れる重要な理由である。Knobbe-Keukの議論も、この根拠をほとんど取り除くことができていない。Knobbe-Keukは個別株主の法律・定款に合致した総会決議についての権利(株式法241条以下)を株主の一般的な法律・定款に合致した会社活動についての権利に拡張している。その結果、彼女は株主総会が会社の機関として機能する領域を超える場合にも株主の訴権を認めるのである。特に、取締役が株主総会の権能を自身に引き寄せ、企業目的を変更するような場合には、株主は差止訴訟によりこの事実上の定款変更に対して抵抗できるというのである。

これに反して、そのような拡張は法律の中に根拠を見いだすことはできない。上述の法律の個別株主の影響力行使の方法に関する通常一例外原則は、株主はコントロールにおいて自らの影響領域内、つまり株主総会内でなされる措置の取消可能性に限定されたままであるということを確認する。

株主の訴権の必要性も、Knobbe-Keukに反して、取締役が株主総会の権能にあたる措置、例えば事実上の定款変更を行なう場合には必ずしも明白ではない。…。学説上、この問題領域に関しては、せいぜいのところ、以下のような見解が支持されているに過ぎない、すなわち、経営機関による事実上の企業目的の変更は定款違反として損害賠償を義務づけ、経営陣の解任の重大なる事由を作り出すといった見解である。ここにおいても差止請求権は問題となりえない。」

この判決に接したTimmは、株主訴訟は最終的に葬り去られたと評価している⁽⁸⁾。しかし、1982年の連邦通常裁判所の判決は、これまでとは別個の法律構成によって、株主訴訟を認めている。

第4節 Holz Müller判決

BGH Urt. vom 25. Feb. 1982 (BGHZ 83, 122)

<事実>

原告Xは被告Y株式会社の株主であり、Y会社の基本資本320万マルクのうち、25万マルクを出資している。被告の企業目的は、定款2条によれば、とりわけ、木材とその他の商品の積み替え・貯蔵施設の営業および木材事業の仲介、実行、金融であったし、また現在においてもそうである。原始定款2条1項3号にはこれに加えて、「木材およびこれに類似の産業的または商業的な部門の他の企業に出資すること、場合によっては、そのような企業を引き受けることないしは取得すること」も含まれていた。この規定は、1972年7月14日の株主総会で決議された定款変更によって以下のように改められた(2条2項)。

「本株式会社はさらに、他の企業を設立すること、取得することおよび、出資することの権限を有する。また、事業の全体またはその一部をそのような会社に委託することができる。」

取締役議長は、株主総会でこの変更の目的を、「海港事業の株式会社からの分離および同事業の新設株式合資会社への移転のための要件を可能にし、その際、株式会社は持株会社(Holding)として、港湾事業に関係する設備財産を新株式合資会社の相当の株式と交換する予定である。」と説明していた。その際、発言者は、1967年に被告が完全な積荷積替権を取得した後、海港事業Wが、当初からの主要な事業であった木材取引・仲介事業と並んで、組織的に独立した、木材産業との関係が薄い事業部門にまで発展したことを引き合いに出した。

1972年7月22日にH海港事業出資有限会社が設立された後、この会社は被告および他の3人の発起人とともに、無限責任社員をH有限会社とし、基本資本を480万マルクとするH株式合資会社を設立した。Y会社は定款にのっとり、海港事業Wをすべての積極財産及び消極財産とともに、帳簿価格で、各50マルクの券面額の株式95997株の引き

受けと引き換えに出資した。H株式合資会社は1972年12月27日に商業登記簿に登記された。Y会社は現在すべての株式と株式合資会社の資本全体を保有している。

Xは株主総会の同意のない海港事業の分離を、株式法361条違反、企業目的の不法な変更、および民法138条違反（良俗違反）により無効（unwirksam）と考えている。彼の主張によると、この事業は企業の中核であり、これに対してY会社に残っている財産の残り、特に、木材取引は資産的にも収益的にも重要性を有しないということであった。この分離は、発展しつつある海港事業に関して少数派株主の関与なしに資本増加を実行しその新株引受権を除去する可能性を作り出すことを意図していたとするのである。Xは以下の申し立てをした。すなわち、

1. 海港事業をH株式合資会社に現物出資として出資したこと、および、これに係る法的行為が無効であることを確認すること
2. 予備的に、そのH株式合資会社の一人社員としての資格を有する被告に、海港事業の取戻しを命ずること。
3. 予備的にY会社が上述の資格において以下の義務を有することを確認すること。
 - a) 法律により少なくとも3/4の資本多数による株主総会決議が必要なすべての措置に関して、これに相当する多数による被告の株主総会の同意を得べきこと。
 - b) とくにH株式合資会社の資本増加措置に関して、その定款においてすでに予定されている限りにおいても、個々の措置に関して法律が要求する多数による被告の株主総会の同意を得べきこと、さもなければその措置は実行できないということ。

第一審、第二審とも訴えを棄却した。X上告。

<判旨> 破棄自判。

判旨は、Xの3(b)の申立てにつき認容したが、他の申立てについても詳細な判示を行っているののでこれを紹介する。

(ア) Xの1番目の申立てについては、まず、判

旨は以下のようにして無効確認請求の適法性を肯定している。

「特別の株式会社法的な理由は（確認訴訟の適法性について定めた）民事訴訟法256条による訴えの妨げとならない。株式法241条以下の（株主総会決議の）無効および取消の規定は、株主によるものであっても、法的な利益が存在するときは普通の確認訴訟を排除しないが、それは当該規定によって攻撃可能な決議がそもそも欠けているときはなおさらである。…株式法固有の法的手段が構成要件的に機能しないことによって、実体的に根拠のある権利追求が原則として挫折することは許されない。…。ただし、株式会社法の規定の意義がまさに、この可能性を特別の理由から阻止しようということにあるのなら別であるが；そのような目的は法律、特に株式法118条1項⁽⁹⁾から引き出すことはできない。」

もつとも、結論としては、実体法的に無効の要件が欠けているとして確認請求を斥けている。この中で、判決は株主総会の権限について重要な判断を示しているので、この点を紹介しておく。

「しかしながら、…株主の社員権とその持分に化体された財産的利益にあまりに深く影響するため、取締役が株主総会の参加なしにもつぱら自己の責任で行なうということを経済的に受け入れることができないような基礎的な決定が存在する。…。海港企業Wの分離および新設子会社への移転…は、業務執行行為の通常の様相をはるかに超えるものである。…したがって、Y会社の株主総会同意を得ずに、取締役が行なうことは許されない。

この（内部的な）提案義務の違反はXが攻撃する措置の有効性を対外的に損なうものではない。なぜなら株式法82条1項に基づき取締役の代表権は法律によってのみ制限されるからである。」

(イ) Xの2番目の申立てについては、判旨は原則論として、株式法上の根拠を有するものとしている。すなわち、以下のように述べている。

「a) すべての株主と同様、Xは、会社が彼の社員権を尊重し、法律と定款に定められた程度を

超えてそれを侵害するすべての行為をしないということを請求する権利を有する。この請求権は、取締役が、状況に基づいて与えられた協働の決定の際に株主総会を排除し、そうすることによって個別の株主をも排除する場合には侵害されるのである。株主がこれに対し抵抗しようとする場合、社員と直接の法律関係に立たず、それゆえ株式法117条1項2文の特別の要件を除いては、不法行為の観点においてのみ株主の請求を受けることがありうる取締役に対する訴訟を指示される必要はない。なぜなら取締役がその代表権限に基づき、それが彼の義務であるようには株主総会を内部的に関与させることなく、独断的に対外的な活動をする場合、彼はこれを会社の機関として行っているのであるからである。したがって機関を介してその弊害を除去し関係株主を満足させ、その社員権を将来的にこれ以上侵害されないようにすることは会社がなすべきことなのである。

b) これにより根拠づけられた差止めまたは以前の状態への復帰を求める株主訴訟は、指示や禁止により個人的な形で単純な業務執行措置に介入することは、それが仮に義務に合致した行動を目的とするものであったとしても、非業務執行社員には許されないということによって反論することはできない。なぜならば、ここでは日常的な、代表機関が単独で責任を負うような業務執行措置が問題となっているのではなく、取締役が株主を、内部的には彼らによって決定されるべき事項について無視したという非難が問題となっているのだからである。同様に、株式法的な権限秩序という障害について語ることも困難である。なぜなら、株主の訴えは取締役によって破られたこの秩序を維持または回復し、そのことによって同時に自己の権利を守ろうとする目的をまさにもっているからである。したがって、会社内部の秩序は、そのような目的をもって提起された給付訴訟または確認訴訟を排除しうる観点たりえない。むしろ株主が法の保護を受けない状態に置かれるべきではないとするならば、彼の権利を守ることに同じく向けられた株式法上の手段が使えないか、また

は困難な迂路によってしか目的を達し得ない場合には、少なくともこの訴えを提起できるのでなければならない。

個別の株主に補充的監督権、つまり、自己の限界を超えそれにより団体の秩序を乱した業務執行機関に対して、会社のために訴訟により対抗措置をとるという権利を、本来これを行うべき監督機関が行わなかった場合には認めるべきである、ということがここで問題となっているのではない。株主の訴訟権限はむしろ、ここでのように、株主総会の不法な排除によって株主の固有の社員権(Mitgliedstellung)が害されたと株主が主張することに基づくのである。

この方法により、多数派社員が不利な立場に追い込まれる可能性があるということはおそれるべきことではない。なぜなら、欠けていた株主総会の同意を事後的に得ることによって、訴訟の基盤を絶つことは会社の自由であるからである。悪意をもって提起された給付訴訟や確認訴訟から身を守らなければならないという危険が、根拠のない無効訴訟や取消訴訟がなされる可能性よりも強いということはほとんどない。」

ただし、「海港事業の復帰を求めるXの請求も他のすべての請求と同様、株主が会社に対して負う配慮義務に反して行使されてはならないという留保のもとにある」としたうえで、具体的には、Xの訴訟提起は、不当な遅延によるものであることを理由に請求自体は斥けられている。

(ウ) 最後に、3番目のXの申立てについて、判旨はaは、あまりに抽象的であるとして認めなかったが、bについてはこれを認容した。その根拠は、解釈上、結合企業法の領域で上位企業の株主に一定の保護が与えられることにある。本稿のテーマとは直接の関係を有するものではないが、以下に、判旨を簡単に紹介する。

「本件の事案においては、子会社において、基礎的かつ株主の法的地位にとって重要な決定がなされる場合には、上位会社の事項自体が問題となっている場合と同様に、上位会社の株主が、上位会社の株主総会を通じて参加するというように

ついでに請求権を有するという事により、株主の保護は、合理的かつ有効に達成されるのである。」

本判決の事案は、株主総会の同意が必要な事業部門の分離を取締役限りの決定で行ったというものであり、Knobbe-Keukが問題とした事実上の定款変更と同種の問題を含むものであったといえよう。BGHは、このような場合に、個々の株主に訴権を認めるのであるが、その根拠を、「会社意思が法律・定款の範囲内にあるように求める株主の一般的権利」なるものに求めるのではなく、「会社が株主の社員権を尊重し、法律と定款に定められた程度を超えてそれを侵害するすべての行為をしないということを請求する権利」に求めている点が特徴的である。このHolzmüller判決は、特に株主による以前の状態への復帰や差止めを求める訴えについての判示について、その後の判例により踏襲されている⁽¹⁰⁾。

第5節 まとめ

ドイツの株主訴訟を論ずる際、1884年改正以前のROHGの判例によって認められていたとされる、株主の「会社が法律・定款に従って運営されることを請求する権利」に言及しないことは許されない。この権利は、いわゆる事実上の定款変更の場合に、株主が業務執行措置の差止め等を求めうとするKnobbe-Keukの論文において援用され、今日の株主訴訟の議論の出発点となっている。しかし、当時の判例・学説を見る限り、このような権利が、字義通りの包括的なものとして存在していたと解することは困難であるし、また、1884年改正の際の立法者も、このような一般的な権利を株主に承認することには消極的であったと考えられる。したがって、Knobbe-Keukの議論は、そのままでは、必ずしも妥当性を有するものではなかったといえよう。1982年のHolzmüller判決は、株主の社員権に対する侵害に株主訴訟の根拠を求めており、新たな視点を議論に持ち込むものであったといえるであろう。

第2章 学説の現状

第1節 序

前章で紹介したHolzmüller事件の事案は、株式会社の有力な一部門を、取締役限りの決定で事実上の100%子会社に現物出資の形で移転した、というものであった。これに対して個別株主がどのような対応をしようのかが問題となったのであるが、BGHの判旨を改めて要約すると以下ようになる。

- (1) 1. 会社の行為の無効確認を求める個々の株主の訴えは、ドイツ民事訴訟法⁽¹¹⁾256条の一般原則により適法である。
2. 株式法の解釈上、取締役は通常の業務執行の枠組みを超える基礎的な決定の際には、株主総会にこれを提案し、その同意を得なければならない。
3. 本件事案は、まさにそのようなものであったが、それにもかかわらず、会社の対外的行為は、取締役の代表権が不可制限的なものであることから、有効である。
- (2) 1. 株主は、「会社が株主の社員権を尊重し、法律と定款に定められた程度を超えてこれを侵害するすべてのことを行わないということについての請求権」を有しており、これに基づき会社を被告として、差止めや、原状への復帰を求める訴訟を提起することができる。
2. 本件のように株主総会が参加して行われるべき決定において株主総会が排除された場合、この請求権が侵害されることになる。
3. しかし、そのような請求権は、株主の会社に対する配慮義務による制限を受ける。本件訴訟は、不当に遅延して提起されており、この観点から原告の請求は棄却される。
- (3) 1. 結合企業においては、上位会社の株主は、子会社における重要な決定について、上位会社自体の問題と同様に、株主総会を通じて関与することができる。

以上のうち、株主による確認訴訟を認めた(1)の部分も重要かつ興味深い問題を含んでいる。しか

し、ドイツ法上、確認訴訟提起のためには実体法上の権利は要件とされず、確認についての法的な利益が存在すれば足りる⁽¹²⁾とされている。したがって、実体法上の請求権が要件とされる(2)の給付訴訟とは一応別個の考慮が要求されるものといえよう。したがって、本稿では論点を限定する趣旨から、確認訴訟については扱わないこととして、(2)の判旨に焦点を当てることとする。

この部分は、基本的には、取締役の行動によって何らかの不利益を受けた株主が、訴訟という手段により、その救済を求めることを許したものであった。このような救済がどのような場合に認められるのかについては、学説上さまざまな見解が発表されているが、それらは理論的な根拠の観点からは、大きく3つに分類することができる。

一つは、会社法固有の解決方法を探るものであるが、特に株主の個人的利益を強調するものである。この説においては、株主は株主全体の利益ではなく、自分自身の権利を守るために訴えを起こしうるとされる。既に見たHolzmüller判決の判旨もこれに分類できる。

二つ目は、同じく会社法固有の解決方法を探るもので、株主訴訟を株主の会社に対する監督権の行使として位置づける見解である。株主総会決議の無効確認訴訟や、取消訴訟との類似性に言及されることが多い。

三つ目は、不法行為法に基づいて株主の保護を図る見解である。株主は自己の不利益に関して不法行為による損害賠償を請求することができ、また、場合によっては事前の差し止めができるのである。株主の有する社員資格が不法行為法上の保護の対象となる絶対権にあたることを出発点とする。

本章では、以上の分類にしたがって、個別に論ずることとしたい。

第2節 社員资格的解決

1. はじめに

本節で論じる見解は、株主訴訟を、会社の利益を擁護するものとしてではなく、もっぱら株主自

身に属する利益を守るものとして捉える見解である点で、不法行為法による解決と共通しているが、そのような一般的法理に頼らず、会社法独自の解決を図る点でこれとは区別される。この見解の特徴は、Holzmüller判決の以下のような部分に典型的に見て取れる。

「すべての株主と同様、原告は、会社が彼の社員権を尊重し、法律および定款に覆われた程度を超えてそれを侵害するすべての行為をしないということについての請求権を有する。

株主の訴訟権限はむしろ、ここでのように、株主総会の不法な排除によって株主の固有の社員の地位 (Mitgliedstellung) が害されたと株主が主張することに基づくのである。」

学説上、これに賛同するものとして、Zöllner, Flume, Brondicsなどが見解がある⁽¹³⁾。

このような見解で、まず問題となるのは、社員資格⁽¹⁴⁾侵害にたいして原状回復等の救済が認められる根拠であり、次に、そのような効果が認められる社員権として、どのようなものが考えるのかであろう。また、この他に、株主に対して訴訟権限を認めることが、機関相互の権限分配を定めた株式法の秩序に反しないかも問題となる。これらにつき以下で検討する。

2. 理論的根拠

Holzmüller判決は、株主総会の同意を得ない事業部門の分離により、株主の「会社が株主の社員権を尊重し、法律と定款に定められた程度を超えてこれを侵害する全てのことを行わないということについての請求権」が侵害されることを理由に、当該事業部門を取り返すように会社に命ずることを原則論としてではあるが、承認している。このような、侵害行為以前の状態への復帰 (Wiederherstellung) という効果が認められることについて、論者に異論はないが、その理由付けに関しては、二つの異なる方向からのものがある⁽¹⁵⁾。

一つは、社員資格の侵害を物権の侵害と同視し、「社員資格は絶対的権利であり、それ自体 BGB1004条の類推により、除去請求権および不作

為請求権、また、除去訴訟および不作為訴訟で保護される」⁽¹⁶⁾とする Schmidt の見解である。BGB1004条1項は以下のように定めている。

「所有権が占有の侵奪 (Entziehung) もしくは留置 (Vorenthaltung) 以外の方法で侵害 (beeinträchtigen) されたときは、所有者は妨害者 (Störer) に対して侵害の除去を請求することができる。引続き侵害の虞あるときは、所有者は不作為 (Unterlassung) を訴えることができる。」⁽¹⁷⁾

ここで特に問題となるのは除去請求権であるが、これについては、BGB1004条の解釈上、絶対権およびこれと同一視される権利には類推されることについては異論がないところである⁽¹⁸⁾。また、社員資格が絶対権であることも通説とあってよいようであり⁽¹⁹⁾、Schmidt の見解は解釈論として無理の少ないものといえる。しかし、これに対しては、BGB1004条による除去請求が侵害の継続 (Fortdauer der Beeinträchtigung) を要件としている⁽²⁰⁾ことに関連して、Zöllnerによって、以下のような問題が指摘されている。

「この (除去請求権に関する) 問題は周知のように、1004条の直接適用の領域においてすら、非常に未解明な請求権論に属する。典型的な設例によれば隣地から倒れてきた樹木は、1004条により取り除かせることができる;これに対して、たたいて塀に穴をあけた隣人は、損害賠償の要件が存在する場合にのみこれをふさぐ必要がある。抽象的に定式化するならば、この問題は、『過去にあった侵害の残存する結果を現在の侵害の概念のもとに』どの程度昇華させうるかということに存する。…除去義務の射程距離の限界づけの困難さは、BGB1004条の類推適用に過ぎない領域ではさらに大きい。

社員防衛訴訟に関して論ずるとすれば以下のように考えることができる:取締役が港湾企業の分離決定により決定参加権を侵害したことは、十分肯定されうるものであり、株主の不作為訴訟を基礎づけうる。しかし、決定の実行によって作出された状態の継続は決定参加権の継続的な侵害であろうか?それは倒れた樹木により似ているであろう

か、そうではなくて塀にあげられた穴に似ているのであろうか?」⁽²¹⁾

このようにして、Schmidt の見解を批判する Zöllner 自身は、Holzmüller 判決で問題となっていたのは社員関係から直接生ずる義務 (originäre Pflicht aus Mitgliedschaftverhältnis) であるとして、損害賠償による解決を提唱している⁽²²⁾。ドイツ法上、損害賠償は原状回復が原則とされており、Zöllner は、これに基づいて、Holzmüller 判決の結論を支持するのである⁽²³⁾。

そこで、これらの見解を検討すると、まず、Schmidt の見解に対する Zöllner の批判は、社員資格侵害の事例に BGB1004条を類推できるかどうかの判断に困難が生ずる場合がありうるという、実際の観点からのものであって、除去の対象となるような社員資格の継続的な侵害が肯定される場合にまで、BGB1004条の類推適用を理論的に否定するものとはいえないことに注意すべきであろう。そこで、Schmidt の見解の当否は、具体的な事例に BGB 1004条の適用を肯定することが、解釈論として肯定できるかという点にかかってくると思われる。この点、後述するように、株主平等原則に違反する業務執行行為により、株主の平等取扱いを受ける権利が害されると解する場合、このような侵害を継続的なものと捉えることに困難はないと思われる (たとえば、特定の株主に対してのみ会社から金銭的な給付がなされた場合、このような給付が返還されるまで (または、他の株主にも同等の給付がなされるまで) 不平等な状態は継続している)。また、Holzmüller 判決の事案のように、株主の議決権の侵害の場合、これを、特定の業務執行措置が実行される前にのみ存在する権利と考えるならば継続的な侵害はおそらく否定されるであろうが、同判決の判示のように、株主総会の事後的な決議の可能性を認めるならば、やはり、社員資格に対する継続的な侵害を肯定しうるのではないだろうか。仮にそうであるとすれば、BGB1004条が損害賠償の規定と異なり、侵害者の過失を要件としていない⁽²⁴⁾こともあわせて、Schmidt の見解を受け入れることは理由がありそ

うである。

次に、Zöllnerの見解も、会社が社員との関係でその義務を怠った場合、会社は株主の損害を賠償しなければならないとするものであり、解釈として十分成り立ちうるものであると思われる⁽²⁵⁾。もっとも、会社と株主との間の関係においては、会社はその義務を怠ったとしても、会社法上明文の規定がある場合を除き、会社は何らの責任を負わないと解することもできなくはないであろうが、その結果として、株主の保護に欠けることになるのであれば、やはり、そのような解釈は問題であるといえよう。この点については、Brondicsの次のような見解が参考になるとと思われる。

Brondicsは、まず、現行株式法の中に、社員資格を会社内でも保護することを支持する規定が見出せるとする⁽²⁶⁾。この部分を引用する。

「株式法216条1項1文によると『株式に結び付けられた権利の比率が互いに』資本増加によって影響されてはならないとされている。こうすることによって立法者は、多数派株主が個々の株主の社員資格を質的に空洞化するのを妨げようとしている。また、株式法186条、221条3項に基づく新株引受権も、資本増加の場合に会社への影響力が変化しないことに一役買っている。」

さらに、Brondicsは憲法上も社員資格保護の根拠が存するとしている。そこで彼が挙げるのは所有権の保障を定めたドイツ基本法14条1項である。同項は以下のように定めている。

14条1項「所有権および相続権は、これを保障する。内容および限界は、法律でこれを定める。」⁽²⁷⁾

そして、企業的危険資本の出資である株主の持分も、会社法的に変容を受けた所有権として14条の保護を受けるとする。さらに、株式法上株主の持分の運用は株主から代表・経営機関である取締役によって大部分取り上げられているが、これは、14条1項2文にいう制限にあたるという。しかし、このような制限が同規定により正当化されるのは、目的からみて合理性がある場合にかぎられる。したがって、それ以外の場合、特に、経営者が個別

株主の法的地位を骨抜きにするために、法律上設定された組織構造を利用する場合には、株式法は株主の憲法上保護された権利領域を守る状態にななければならないというのである。

また、これにつき株主が司法上の救済が憲法上保障されている根拠として、以下の基本法の規定を挙げている。

19条4項「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、出訴の途が開かれている。他の管轄が認められていない限度において、通常裁判所への出訴の途が与えられている。第10条2項2文は影響を受けることはない。」

100条1項「例外裁判所は許されない。何人もその法律の定める裁判官を奪われてはならない。」

このようなBrondicsの見解は純粋な憲法解釈として正当とされ得るのかは疑問もありうる⁽²⁸⁾。しかし、株式会社法の解釈の指針として、株主の権利は可能な限り尊重されなければならないとすることについて、憲法上の所有権保護規定などを援用することは、あながち不当とはいえないであろう。もっとも、このような解釈原則から直ちに、具体的にいかなる場合に裁判上の救済が与えられるのかを導き出すことは不可能である。このことは、Schmidtの見解によっても、社員資格の内容が一義的に明確であるとはいえない以上、同じである。そして、それは、株式法の諸原則や個別の規定を慎重に吟味して初めて可能になるといえよう。そこで、以下では、この点についての学説の現状を紹介することにしたい⁽²⁹⁾。

3. 成立範囲

株主訴訟を承認する場合、実際的観点からは、どのような場合にこれが認められるのかが重要となる。これに関しては株主訴訟の根拠を社員資格自体に求める以上、社員資格がいかなる外延を持つものであるかに決定的に左右されるであろう。この点、学説上は次の3つの点に絞って議論されている。

まず、社員資格の内容として、Knobbe-Keukが指摘するような「取締役が法律・定款を遵守して

行動するよう求める一般的請求権」を認めることができるかである。次に、取締役が本来株主総会で決定すべき事柄に関して総会の判断を得ずに実行した場合にこれに対処する権利が存在するのかであり、最後に、取締役が株主平等原則に反した行動をした場合はどうか、が問題とされる。これらに関する議論をまず参照することにする。

(ア) 一般的請求権

Knobbe-Keukは、株主は、「取締役が法律・定款を遵守して行動するよう求める一般的請求権」を有するとしている⁽³⁰⁾。この権利を字義通り解するならば、取締役が軽微な経済法規に違反した(と株主が信ずる)場合にも、あるいは、取締役としての注意義務に違反したような場合にさえも、株主は訴訟を提起できることになるであろう。しかし、Knobbe-Keuk自身、このような帰結を承認しているわけではない。彼女が、明示的に株主による訴訟提起を認めているのは、「事実上の企業目的の変更」の場合のみであり、「その他のいかなる場合に訴権が問題となるのかは、個々の事例に関して解明されるべきである。」としている⁽³¹⁾。また、Holzmüller判決も、株主は、「会社が彼の社員権を尊重し、法律と定款に覆われた程度を超えてそれを侵害するすべてのことを行わないということについての請求権」を有するとしただけで、それ以上の権利には言及しなかった。

学説の中にも、このような帰結を肯定しているものは見られない。たとえば、Zöllnerは、以下のように述べる。

「経営機関を法律・定款に拘束することについての個々の株主の主観的権利は存在しない。株主がそのような地位を有するのは株主自身の機関である株主総会に関してのみである。株主総会の決議は法律・定款に違反すれば瑕疵あるものとなる。その他の点では株主は個々の、定められた要件によって創設された請求権を有するに過ぎない。この法的地位を法律・規則に合致した会社活動についての権利として説明することは概念的に著しく誤解を招くものである。」⁽³²⁾

さらに、Brondicsは、これを、株式法の条文、

株式会社の組織構造、取締役の機動的な経営の3つの観点から補強する⁽³³⁾。Brondicsは、まず第一に、このような請求権につき、株式法93条、116条、147条⁽³⁴⁾を根拠にすることはできない、という。その理由は、これらの規定は確かに経営機関の行為の義務違反に対する制裁を定めているが、ここから、法律・定款に合致した行動に関する個人権(Individualrecht)を引き出すことはできないし、147条は株主自身の権利についてのものではなく、会社の請求権を実際に行使させるための少数株主の主導権(Initiativrecht)を定めているに過ぎないからである。

第二に、そのような請求権を認めることは、機関の権能を厳格に分離した立法者の意思に反するという。仮に株主に取締役の行為の法律・定款適合性に関する権限を認めるならば、監査役会との競合的な監督がなされることになり、法律に定めた組織構造と矛盾することになるとするのである。

そして最後に、Brondicsは実際の観点からも、このような請求権を否定する。なぜなら、監査役会が企業利益の観点から監督の任務を行うのに対して、株主は個人的な要求を強く主張することになり、異なった観点からの二重のコントロールがなされることになるが、その場合、取締役は日常の経営について、監査役会の同意を得るだけでは足りず、個々の株主の同意も取り付けなければならず、経済事象に対して迅速かつ柔軟な対応が不可能になるからであるという。

(イ) 株主総会権限事項についての株主の権利

株主総会の権限に属する事柄につき、取締役が自分限りの判断でこれを実行した場合に、株主がいかに対処し得るかは、株主訴訟に関する議論で古典的に取り上げられてきた事例であると言ってよいであろう。Knobbe-Keukが議論の素材とした、「事実上の企業目的の変更」の事例や、Holzmüller判決で問題となった、重要な事業部門の分離は、まさにこれにあたるものであった。

しかし、社員資格的解決を提唱する論者の間では、このような場合に社員資格の侵害を見出すことは比較的自明のことに属するようである。もっ

とも、この場合に侵害されている社員資格は具体的には何であるのかについては、論者によって若干表現が異なる。これを端的に議決権の侵害と捉えるBrondicsは以下のように述べている。

「株主訴訟の対象を列挙するとすれば、まず第一に議決権が挙げられるべきである。これは、社員資格に分離不能な形で結びつけられた権利に属する。株式法においては、個々の株式に議決権が与えられるという原則が妥当する。それは、個々の株主に、株主総会の権限の枠内で、会社の経営に参加し、他の株主とともにその運命に影響を及ぼすことを認めるものである。株主が会社内部において、自己の権利を法律と定款に予定された範囲内で行使することを拒絶された場合は、彼は、これに対して抵抗できるのでなければならない。」⁽³⁵⁾

これに対して、議決権を包含する参加権 (Teilhaberechte) が侵害されているとする見解もある⁽³⁶⁾。参加権に分類される権利としては、議決権の他に、総会出席権、発言権 (Rederecht)、解説請求権 (Auskunftsrecht) などがあるが、このように解する実益は、議決権を有しない株主⁽³⁷⁾に対しても、出訴を認めうることにある。

いずれの見解をとるにせよ、取締役が株主総会の権限領域を侵害した場合に、株主による出訴を認めることは、会社内部の権限秩序の維持に奉仕することとなる⁽³⁸⁾。しかし、だからといって、株主が権限秩序を維持することを目的とする権利を有すると考えられているわけではないことにも注意すべきであろう。すなわち、取締役が監査役会の権限を侵害した場合には、株主による訴訟提起が認められているわけではない⁽³⁹⁾。

(ウ) 平等原則違反

株主が会社との関係において、同じ状況のもとでは平等に取り扱われなければならないという要請は、ライヒ裁判所の時代から認められてきていた原則であるが⁽⁴⁰⁾、今日では、株式法53a条において明文化されている。したがって、平等取扱いを受ける権利が社員資格の一内容を構成すると解することには問題が少ないと思われる。もっとも、

平等原則に違反した場合の効果については定められていないが、ZöllnerやBrondicsは、このような場合にも個々の株主による訴訟提起が可能であるとしている⁽⁴¹⁾。そこで念頭に置かれている具体的事例は、Brondicsによると、新株発行における平等原則の違反や、隠れた利益配当である。ただし、Brondicsは、これらの場合に、株主訴訟によりどのような処理が可能となるのかについて論じていない。これについては、一応、次のように考えることができるのではないかと考える。

まず、新株発行の場合についてであるが、株式法には、株主が原則として新株引受権を有する旨の定めがある (株式法186条1項)。この場合、資本増加の株主総会決議がなされた瞬間から具体的な引受権が株主に帰属すると解されている⁽⁴²⁾から、平等原則に反する新株の割当は問題とならない。新株発行に関して、平等原則が問題となるのは、株主総会の特別多数の議決により、株主の新株引受権が全部または一部排除され (株式法186条3項)、かつ、株主総会により不当な割当がなされた場合⁽⁴³⁾、および、株主総会により割当権限の委譲を受けた取締役により不当な割当がなされた場合⁽⁴⁴⁾である。前者の場合には、おそらく決議は取消し得るものとされ⁽⁴⁵⁾、後者の場合、債務不履行による責任 (BGB 280条) が問題となるものと解されている⁽⁴⁶⁾。Brondicsが株主による除去請求について語るとき、どのような処理が念頭に置かれているのかは必ずしも明らかではないが、取締役に新株発行による資本増加が授權されており (株式法202条以下)、かつ、割当権限も株主総会により委譲されている場合には、不利益な取扱いを受けた株主に対し、新株を新たに割当てるという処理もできると思われる。

次に、隠れた利益配当については、株式法57条により無効であり、受領株主は、株式法62条1項2文によりこれを返還する必要がある⁽⁴⁷⁾。ただし、この返還請求は、原則として会社を代表する取締役によってなされるのであって、個々の株主がこれを行うことは少なくとも法文上はできない。この場面で、原状回復のような効果を認めるとす

れば、会社に対し、この返還請求を行うよう請求するか、あるいは、自己にも、同じ利益を分配するよう求めるかということが考えられるであろう。

(二) 検討

以上にみたように、社員資格の内容として、学説上、①「取締役が法律・定款を遵守して行動するよう求める一般的請求権」は否定され、②株主総会決議に関与する権利、③平等取り扱いを求める権利は肯定されている。これらは結論としては妥当であろう。まず、①のような包括的な請求権を認めることは、Brondicsが指摘するように、取締役の業務執行行為が、逐一株主の請求により裁判所の審査を受けなければならないことになり、実務上耐難い結果を招くことになりかねない。その意味で、①のような請求権は認めることができないのは当然である⁽⁴⁸⁾。②について言えば、Knobbe-Keukが指摘するように、定款変更など、株主総会での特別多数決議を要する事項につき、多数派株主の意を受けた取締役が、総会決議を経由せずに実行する可能性は十分考えられるし、これに対して何らかの救済手段を与える必要は大きい⁽⁴⁹⁾。また、③の平等取扱いの権利についても、株式法上、これに違反した場合の効果が明定されておらず、当該行為を無効となしえない場合などには、やはり、救済手段が株主に与えられる必要があるであろう⁽⁵⁰⁾。ただし、この点に関しては、株式法53a条の解釈として、不利な取扱いを受けた株主と同等の取扱いを求める請求権を認めるべきであるとの見解が提唱されており⁽⁵¹⁾、このような解釈のもとでは、株主訴訟による解決は独自の意味を持たないのではないと思われる。とりわけ、隠れた利益配当に関しては、有限会社に関するものであるが、次のような判決がなされており、興味深い。事案は、原告を除く全社員が、会社事務所内の部屋を相場より著しく低い賃料で利用していたというものであるが、BGHは、これを平等原則に反する利益の分配であるとして、原告は一定額の給付を求める請求権を会社に対して有する可能性がある旨判示している⁽⁵²⁾。もっとも、財産的拘束 (Vermögensbindung) の強い株式会社に

においては、このような解決を直ちに認めることはできないとして、次の正式な利益配当までに隠れた利益配当の返還がなされない場合にはじめて、株主総会が、受益株主に対しては返還請求権との相殺により配当を支払う旨の付帯決議をなしうとする見解もある⁽⁵³⁾。

このような解決は、権利を侵害された株主に対して、株式法上明文で救済が認められていない場合にも、解釈により、株主の救済を図ろうとするものである点において、株主訴訟と共通の発想を含むものであると思われる。ただし、株主訴訟が、物権法や債権法の一般規定に依拠してこれを行おうとするものであるのに対して、個別の規定内容に即した柔軟な解決を志向する点で、さらに一歩踏み込んだものと評価できるのではないだろうか。

4. 権限分配秩序との関係

最後に、取締役の行為に対して個々の株主に訴訟で対抗する手段を認めることは、機関相互の権限分配を定めた株式法の体系に矛盾しないかが問題となる。この文脈では、取締役に業務執行権限が存在することと、これを監督する機関として、監査役会が存することが重要である。以下で順にこれをみていくことにする。

(ア) 取締役の業務執行権限と株主訴訟

ドイツ株式法上、取締役は業務執行機関であり(株式法77条)、かつ、会社を代表する機関である(株式法78条1項)。取締役は、自然人、かつ、無制限行為能力者である必要があるとされており(株式法76条3項1文)、また、監査役会構成員との兼任は禁止されている(株式法105条1項)が、株主である必要はない。取締役の代表権を第三者との関係で制限することは原則としてできない(株式法82条1項)が、業務執行権限は定款所定の会社の目的により制限され⁽⁵⁴⁾、また、特定の事項について監査役会の同意にかからしめることができる(株式法111条4項)。業務執行の問題に関しては株主総会は原則として関与することはないが、取締役が要求するときのみ決定することができる(株式法119条2項)⁽⁵⁵⁾。

上に見たように、株式法上、業務執行権限は取締役に属しており、株主総会であっても例外的に業務執行についての決定を行うことができるに過ぎない。にもかかわらず、株主が業務執行措置の差止め等を求めて訴えを提起することは、株式法上の権限秩序 (Zuständigkeitsordnung) と矛盾するのではないかという疑問が生じうる。1977年4月1日のMainz地裁⁽⁵⁶⁾の判決はまさにこの点を指摘して株主の訴えに道を閉ざすものであった。これに対してBGHは、Holzmüller判決において、①代表機関が単独で責任を負うような業務執行措置が問題となっているのではなく、株主によって決定されるべき事柄について取締役が株主を無視したということが問題となっていること、②株式法的な権限秩序を破壊したのは取締役であり、株主はむしろこの秩序を回復しようとしていること、の二つをあげて、この疑問に応接した。①、②の関係については必ずしも明確ではなく、また学説上もこの点を論じたものは見当たらないが、取締役が株主を無視したことが権限秩序を破壊する行為であると解されるから、両者は結局異なることをいうものではないと解される。結局、BGHの見解は先に見たKnobbe-Keukの見解と方向を同じくするものといつてよいであろう。学説上もこれに賛成する見解が多い⁽⁵⁷⁾。

ただし、BGHの見解が抽象的には正しいといえるとしても、具体的にどのような場合に取締役の措置が権限秩序に反するといえるのかは明確ではない。Holzmüller判決で扱われた事例のように、本来株主総会で決定されるべきであるとされる事柄について取締役限りで決定した場合がこれに当たることに異論はないであろう。また、他方で、業務執行措置の当・不当のように、せいぜい取締役の善管注意義務違反が問題となるような事例については、取締役が権限秩序に違反したとは評価されないことに問題はあるまい。しかし、この他にいかなる事例が権限秩序に反するのかは、Holzmüller判決の判旨からは明らかではないし、学説上もこれについて明確に答えるものはないようである⁽⁵⁸⁾。

(イ) 監査役会の監督権限と株主訴訟

ドイツ株式法においては、監査役会は取締役の業務執行を監督する機関であり (株式法111条)、その構成員の大部分⁽⁵⁹⁾は株主総会によって選任される (株式法101条1項)。監査役会は取締役を選任し、また重大な事由があるときはこれを解任することができるが (株式法84条)、この他に、取締役に對する監督を有効ならしめるため、帳簿等の閲覧・検査権を有し (株式法111条2項)、また総会を招集する権限を持つ (株式法111条3項)。取締役は監査役会に對して、包括的な報告義務を負っている (株式法90条)。

このような監査役会の任務との関係で、個々の株主が訴訟を提起できるとすることに疑念を呈するものとして、Hommelhoffの見解がある⁽⁶⁰⁾。Hommelhoffの見解は以下のようなものである。

「取締役が定款所定 (株式法23条3項2号) の企業目的を逸脱した場合、少数株主は株主総会の招集を要求し (株式法122条2項)、定款変更の議決を促すことができる。仮に定款変更に必要な多数⁽⁶¹⁾の賛成を得られなかった場合、取締役は問題の行為をしてはならない。なぜなら、定款の目的の範囲内の行為ですら、株式法119条2項による株主総会の同意が得られなかった場合にはこれを行ってはならない以上、目的の範囲外の行為についてはなおさらこのことが妥当しなければならないからである。これに反して、取締役が定款違反の行為を継続した場合、監査役会は取締役を交代させるか、または少なくとも、会社の名前で不作為を求めて訴訟を提起しなければならない⁽⁶²⁾。」

Hommelhoffの見解の前半部分は、少数株主による株主総会の招集要求という手段を指摘する。しかし、定款変更決議が否決されてはじめて取締役による目的の範囲外の行為が違法となるものではないから、このような行動が株主により必ずなされなければ解任や不作為訴訟が問題とならないという趣旨ではないであろう。おそらく、監査役会による取締役解任や不作為訴訟提起を行わせるきっかけを与えることについての株主の能力を指摘したにとどまるものと思われる。要するに

Hommelhoffの見解は、監査役会により取締役の業務執行行為の監督がなされうる以上、個々の株主に対し不作為の訴えを提起する権限を与える必要はないのではないかとの疑問を提起するものといえるであろう。

これに対してBrondicsは、監査役会が株主指向(aktionärsorientierte)の監督を行うことは法的にも事実的にも期待し得ないと反論する⁽⁶³⁾。

その論拠の一つは監査役会が業務執行権限から完全な意味で独立しているとはいえないために、十分な監督がなされ得ないということである。これについてBrondicsは二つの観点から説明する。まず、法文上、特定の業務執行権限は、監査役会に帰属するものとされていることである。このような例としては、年度剰余金処分に関する監査役会の権限(株式法58条, 59条)や、取締役員報酬の決定(株式法86条以下)取締役員の競業行為に関する同意(株式法88条)などが挙げられている⁽⁶⁴⁾。

Brondicsが提示するもう一つの観点は、監査役会と取締役の人的な結合関係である。すなわち、監査役会は取締役構成員を選任するが、このことは、監査役会が一度は取締役に信頼を置いていたことを意味するし、またその失策を暴くことは自分にも打撃を与えることになるという関係にあるというのである。

二つ目に、Brondicsは、監査役会が株主集団の利益から乖離している現状を指摘する。その根拠の一つは、有能で専門的知識を有する人間を監査役員とするために監査役員は株主である必要がないとされていることである。もう一つは、監査役員は株式法127条によれば、株主により直接選任されることになっているが、実際に株主が提案する候補者が選出されることは稀であるということである。すなわち、手続的規定⁽⁶⁵⁾により、株主が候補者を提案することに障害が存するうえに、株主提案にかかる候補者につき他の多くの株主は知らないため、結局監査役会が株主総会に提案する人物が監査役員に選出されることとなるのである。そのため、現実には監査役会自身がその構成員の

選任に事実上強力な発言権を有しているとされる。

最後にBrondicsは、監査役会は現在では株主の利益だけを代表する存在ではなくなったという。すなわち、1870年に認可主義(Konzessinossystem)が放棄され、会社に対する国家的監督がなされなくなったことから、監査役会は株主全体の利益だけを代表することは許されず、債権者の利益などを含めた企業利益(Unternehmensinteresse)を考慮する必要が生じたという。このような企業利益には従業員の利益や、結合企業においてはコンツェルン特有の利益も含まれる。また、これに加えて、そもそも、個別株主の利益はしばしば、大株主や銀行代表、労働者代表など、直接監査役会で代表される利益にかき消されてしまうという状況も指摘されている。

以上に紹介したHommelhoffやBrondicsの見解はともに、監査役会が株主保護のためにどの程度貢献しうるのかを主に実際上の観点から問題とするものである。したがって、その評価には実証的な研究が本来は必要であって、直ちにはその当否を論じえない。

しかし、Brondicsの指摘する点をすべておいても、やはり、監査役会が株主保護に重要な役割を果たすと解することは困難であると思われる。そもそも、株主訴訟が実際上の意義を有するのは、多数派株主の意をうけた取締役が違法な業務執行を行う場合である。したがって、株主総会において選任される監査役会に多くを期待することは無理であると思われる。

(ウ) 検討

社員資格の解決を唱える学説においては、以上のように株式会社法の定める権限分配秩序との衝突は存在しないものと解されている。これについての検討は、簡単にではあるが、取締役の権限、監査役会の権限のそれぞれの箇所ですで行った。いずれについても結論としては賛成してよいと思われる。もっとも、権限分配秩序なるものが厳然として存在するかのような議論の立て方にはやや疑問も感じる。権限分配秩序が、業務執行は取締役がつかさどり、監査役会がこれを監督すると

いった機関相互の役割分担を意味するのであれば、むしろ、そのことを直接に問題とすれば足りるのであって、これを権限分配秩序の問題として論ずることは個々の事例の利益状況に応じた解釈を困難にすると思われるからである。このことは、取締役の権限に関する議論に特に当てはまる。権限分配秩序に取締役が違反した場合、これを回復する株主の行為は権限分配秩序に反するものではない、という見解は形式論としてはもっともであるが、すでに指摘したように、取締役の権限分配秩序違反とは具体的に何をさすのかという問題を発生させる。とりわけ、株主平等原則に反した取締役の行為は権限分配秩序に反するとは必ずしもいえないと思われる。そうであるとすれば、このような論理は、平等原則違反の事例を株主訴訟によって解決することを阻むことになりかねない。おそらく、解釈の指針としては、個々の株主による訴訟の提起が取締役の業務執行に対する介入となりうることを率直に認めた上で、業務執行の機動性確保の要請と、株主としての利益を保護すべしとの要請を考量することにより解決を図ることが妥当なのではないだろうか⁽⁶⁶⁾。

第3節 監督権的解決

Holzmüller判決で明確に斥けられたが、株主訴訟を株主による監督権の行使として捉える見解がある。前節で紹介した見解が、原告である株主の固有の利益を強調するのに対して、この見解は、会社内の秩序維持という視点が前面に出てくる。Lutter, Timmらが主張する見解である⁽⁶⁷⁾。彼らの論旨は、人的会社を本来的な守備範囲とする組合訴訟 (actio pro socio) との連続性に依拠するものである。まず、actio pro socioについて簡単に説明することとする。

1. actio pro socioについて

合名会社のような、人的会社においても、社員は出資給付義務や利益分配請求権を有しているが、これらは誰を相手方とするものであるかが問題となる。これについては、まず、社員の有する権利・

義務は契約から生ずるものであることからして、社員相互の法的関係 (Individualrechtsbeziehungen) として捉えることが可能である。しかし、同時に、会社と個々の社員との間の法的関係 (Sozialrechtsbeziehungen) も観念される。したがって、会社が社員に対して出資の履行を請求し、あるいは、配当を支払う義務を負うのである。そしてこれら二つの法的関係は内容を同じくして併存するものとされる。

このような二つの法的関係の併存において注意すべきことは、前者の法的関係においても、原則として、個別の社員に対する給付を求め得るのではなく、社員全体への給付を求める必要があるとされており⁽⁶⁸⁾、いずれの請求権が行使されても結果的には変わりがないということである。前者の法的関係に基づく請求権が社員によって主張される場合の社員の権限がactio pro socioである。このactio pro socioは、会社法上の誠実義務の観点から一定の制約を受けるが、原則として、業務執行権限に関する会社の組織規範とは無関係に個々の社員が主張できるものとされている⁽⁶⁹⁾。

以上のように、actio pro socioは、社員相互の法的関係を前提とするものであって、人的会社が念頭に置かれているのであるが、actio pro socioは一般的団体法の制度に発展したなどとして、人的会社以外の領域への拡張を認める見解が有力である⁽⁷⁰⁾。もっとも、論者も人的会社と同じ範囲でこれを承認するわけではなく、会社内部の権限秩序により修正されるとする。その際、株式会社については、特に、会社の、取締役構成員に対する賠償請求権の行使について定めた株式法147条⁽⁷¹⁾が言及される。なお、有限会社に関してactio pro socioを認めた判例として、ITT事件判決 (BGHZ65, 15) が挙げられることがある⁽⁷²⁾。

2. Lutterの見解

Lutterは、まず、有力な社員やその他の関係者に対して団体が有する請求権を、担当者あるいは担当機関が行使しない場合について、人的会社と物的会社に分けて論じることから始める。これは、

actio pro socioが想定する典型的事例であり、人的会社に関しては、actio pro socioにより解決されること、すなわち、個別の社員が特別財産(Sondervermögen)への給付を求めて請求権を行使することができることは、通説によれば問題がない。Lutterも、これに反対しているわけではないが、しかし、以下のように述べて社員の有する権限は補充的権限ないし緊急権限(Ersatz- oder Notzuständigkeit)なのであって、訴えを提起する社員は、通常の業務執行がその義務を果たさず、しかも当該請求権の不行使が理由のないものであることを説明しなければならないとする。

「actio pro socioは、しかし、たとえば、そのような対立を団体にふさわしい形で解決するために発展させられてきたのではなく、特に、歴史的および体系的な考慮から発展させられてきたのである。…。

このような発展の結果として、通説は、個々の構成員が他の構成員に対して有する訴訟権限は、団体の業務執行者が有するこれと同等の権限によって影響されないと解している。したがって、この見解においては、合有的—契約的側面がはるかに組織的—団体的要素を凌駕している…。この説明は人的会社の契約的基礎を強調しすぎており、ほとんど完全にその組織的構造を見落としている。

…したがって、このactio pro socioについての原則が正しければ正しいほど、他方ではそれを組織という制約のもとにおき、団体に繋ぎ止められた社員の共同の利益と共同の目的の制約のもとにおくことが必要である。」

そして、Lutterは、有力説に従って、物的会社においてもactio pro socioによる解決を承認する。その最大の論拠は、実際上の必要性にあるが、ここでも人的会社においてと同様、actio pro socio (actio pro societate)⁽⁷³⁾を緊急業務執行として位置づけ、その帰結として、社員に請求権行使を認めるためには、その前に他のすべての団体内の解決の可能性が使い尽くされなければならないとしている。ただし、Lutterがこれを明示的に肯定しているのは有限会社に関してである。株式会社に

関しては更に慎重であって、株式法の特別規定(株式法147条、246条など)により、actio pro socioは修正されているとする。

次にLutterが論ずるのは、担当者ないし担当機関がその権限を超越した場合であり、具体的には「アマチュアサッカーチームの役員が契約選手部門の開設を決議し、選手の獲得を開始する」場合や、「定款には自動車の製造販売のみについて記載されている会社が、事務機器会社を買収した」場合を例示している。

このような場合、人的会社では、actio pro socioによって問題なく解決されるという。その理由は、「すべての人的団体は自己機関のシステムにしたがって作られているので、業務執行の枠組みの超越は、業務執行構成員自身によってなされたか従業員としての行為として黙認されていたかを問わず、他の構成員に対する構成員としての義務の違反を意味する」からである。ただし、Lutterはここでもactio pro socioが補充的にのみ問題とされるべきことを強調する。

以上を前提に、Lutterは、結論として、物的会社についても、業務執行機関が権限を超越した場合にはactio pro socioによって解決することができるのである。もっとも、actio pro socioは前述したように、社員が会社契約上、他の社員に対して有する請求権の行使に関するものであって、業務執行機関が他の機関の権限領域を侵害した場合にこれを適用するのは困難なはずである。これについてLutterは、これまで述べてきた他のactio pro socioの事例においても、実際上は個別の社員の個人的利益の保護が問題となっているというよりは、団体の内部法的秩序の保持についての利益が問題となっていたことを強調し、以下のように述べる。

「これは、しかし事実に関しては、これまでに扱われたactio pro socioとactio pro societateの『普通の』事例とまったく同じ問題局面である。ただし、ここでは対立の中で機能しない業務執行ではなく、欠けている監督のまったく特殊な側面が問題となっているという点が異なる。一般的な

業務執行の瑕疵が議論されているのではなく、他の機関の権限領域への侵害が議論されている。したがってここで、actio pro societateの団体的概念を拡張し、個別の社員に、関係業務執行機関に対する確認あるいは差止めの訴えによる補充的監視権 (Ersatzaufsichtsrecht) を与えることが自然である。』⁽⁷⁴⁾

そして、このような補充的監視権は他の局面では、社員や株主の取消権や無効確認訴訟などに明文化されているとする。

3. 検討

以上のように、Lutterはactio pro socioから株主の監督権を導き出し、業務執行機関による事実上の企業目的の変更のような場合にも、株主はこれにより対処しようとするのである。しかし、会社契約による社員相互の法的関係に基づくactio pro socioから社員の業務執行機関に対する監督権を導くことは困難であろう。Lutterは、この点につき、actio pro socioの一般的な事例でも会社内部の秩序を維持する機能があることを指摘している。確かに、社員が、会社に対して何らかの義務を負う他の社員に対して、会社財産への給付を求めて訴訟を提起する場合、そこに会社の運営の適正を確保するという機能を見出すことも不可能ではない。特に、Lutterのように、actio pro socioの行使は、会社の担当機関がそのような請求を懈怠していた場合にのみ許されるとして、その補充性を強調する場合、actio pro socioの監督権的色彩は強まる。しかし、そのような機能的側面から、株主の一般的な監督権を導き出すことはやはり強引であると思われる。特に、Lutter自身が、そのような監督権の存在を補強するものとしてあげる、総会決議取消訴訟や、無効確認訴訟が、actio pro socioから発展してきたものではない⁽⁷⁵⁾とすれば、なおさらそうであろうと思われる。

また、Lutterのように、株主の監督権を前提とした場合、それは会社内部の事象全般の適法性に及ぶものとして構成することも不可能ではない。前節で紹介した社員資格的解決が、社員資格が侵害

された場合にのみ株主が権利を行使しようという点で、一応限定の契機を有しているのに対して、若干無限定な印象を受ける。Lutter自身は以下のようにして限定している。

「(actio pro socioの社員による補充的な監督措置としての類推適用が、)経営行為の領域全体に関して採用されるべきかどうかということだけは問題として残る。

社員の権限領域への侵害一定款上の目的の逸脱、社員総会の同意権の無視一が問題となる限りでは、通常の団体内的な監督がなされない場合、社員の機関に近い地位 (organnahe Position) によりこれは肯定される。このような場合には、社員の十分な法的保護は、内部の団体事象の適法性の保証という意味においてもあるいは他の意味においても、actio pro socioの『典型的な』事例、すなわち、構成員や役員に対する団体の財産的請求権の不行使の事例におけると同様に認識することができない。

これに反して、他の機関 (監査役会など) の内的秩序に関する限り、社員の介入権限は疑わしい。いずれにせよ、そのような対立に関してはまず、当該機関自体の個別構成員による訴訟可能性が発展させられるのがより自然である。』⁽⁷⁶⁾

しかし、このような限定はLutterの採るactio pro socioの拡張という出発点からは少なくとも論理必然的ではない。また、取締役が株主総会の権限を侵害した場合には株主の介入権限を認めて、監査役会が違法に決算の確定をした場合にはこれを認めないというのであれば、むしろ、Lutterの前提に反して、株主固有の利益に奉仕するものとしたほうが説明しやすいのではないかと疑問も残る。

また、Lutterの構成では、監査役会の権限との衝突が、前節の社員資格的解決に比べて深刻となる点も看過できない。なぜなら、この場合、株主は自己の権利を守るのではなく、監査役会が行わない監督権の行使を代わりに行うものであるからである。もちろん、Lutter自身の構成によれば、典型的なactio pro socioの事例も業務執行権限の補充

的な行使といえるのであるが、Lutterは株式会社においては、株式法上の規定との関係から、*actio pro socio*が修正されるべきことを説いていた。これに対応する記述は、監督権に対しては、なされていない。

第4節 不法行為法による解決

取締役による社員資格侵害の場合に、不法行為法による解決を認める見解もある。この場合、まず社員資格を実際に侵害した取締役が請求の相手方として現われ⁽⁷⁷⁾、次に会社が機関の行為に対する責任を定めた規定(BGB 31条)に基づいて責任を負うかが問題となる点で、これまでに検討した二つのタイプの議論とは異なる。そこで、まず、不法行為法に基づいて取締役を相手方とする損害賠償が認められるのかを検討することにする。

1. 取締役の不法行為責任

(ア) ドイツ不法行為法における社員資格

前提として、まず、ドイツ不法行為法の条文を参照しておきたい。

BGB 823条1項「故意または過失により、他人の生命・身体・健康・自由・所有権またはその他の権利を、違法に侵害した者は、その他人に対し、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。」⁽⁷⁸⁾

要件としては、一般に、①権利侵害(Rechtsgutverletzung)、②帰責可能性(Zurechenbarkeit)、③違法性(Rechtswidrigkeit)、④故意・過失(Verschulden)の4つが挙げられている⁽⁷⁹⁾が、本稿との関係で一応問題となるのは、権利侵害の要件である。本項にいう「その他の権利」は、限定的に解釈されており、明示的に列挙された諸権利と同様、いわゆる絶対権(absolutes Recht)の性質を備えている必要があるとされているからである⁽⁸⁰⁾。もっとも、この点、社員資格が「その他の権利」として、不法行為法上保護される権利であることは、ライヒ裁判所の時代から判例上は肯定されてきており⁽⁸¹⁾、学説上も異論は見られない⁽⁸²⁾。

しかし、この点から直ちに、取締役が社員資格を侵害した場合に不法行為法による解決を認めることについては消極に考える見解が伝統的である⁽⁸³⁾。これについては、2種類の議論がある。第一は、会社の内部における不法行為法の適用は会社法の存在によって排除されるとするものであり、第二は社員資格の性質上、会社の内部関係においては不法行為法の保護を受けることはないとするものである。

以下、これらの点について順次検討することにする。

(イ) 会社法と不法行為法の関係

第一の見解の代表的な論者であるWiedemannは次のように述べている。

「債務者の給付障害(Leistungsstörungen des Schuldners)に関して同条(BGB 823条)が問題とならないのと同様、社員相互の内部関係および会社との関係では823条1項は適用されない。ここでは、出資者の保護は、団体の種類、法的地位の内容、そして持分所有者に関する特別規定に基づき、会社法によって非常に多様に定められている。」⁽⁸⁴⁾

すなわち、会社内部の問題に関しては会社法が排他的に適用されるというのであるが、これと同旨の見解は少なくない⁽⁸⁵⁾。もっとも、Wiedemannの見解のうち、給付障害とのアナロジーをいう点については今日では批判されている。なぜならば、債権侵害の場合に、BGB 823条が適用されないのは、単に、債権が「その他の権利」にあたらなからであるのに過ぎないからである⁽⁸⁶⁾。そこで、Wiedemannの見解で重要であるのはその後半部分、すなわち、会社内部の関係においては会社法が排他的に適用されるとする部分であろう。これについて、Mertensは以下のように批判している。

「場合によってはこの主張(Wiedemannの主張)は会社法が特定の特別な関係を社員相互間及び社員と業務執行者との間に創設している限りではある程度意味を持ちうる。しかし、このような場合ですら、不法行為法は不法行為的に保護された地位の侵害の場合には特別の債務関係の枠組みの中

でも適用されるということに注意すべきである。資本金会社法ではいずれにせよ、業務執行機関と個別の社員との間には基本的に特別の債務法的関係は存在しない。』⁽⁸⁷⁾

これらを検討すると、Mertensの見解に説得力があるように思われる。確かに会社法が、会社や会社機関、社員との間の利害調整に様々な規定を置いていることは事実であるが、しかし、そこから、一律に不法行為法の適用を排除することには飛躍がある⁽⁸⁸⁾。ある特定の法律関係の適用を受ける者の間では他の法規範が一律に妥当しないとの法理は存しないからである。したがって、不法行為法上の損害賠償請求権を基礎づけるような一般的な要件が充足されているにもかかわらず、不法行為法の適用を認めないとするのであれば、より個別具体的な理由づけが必要であろう。そのような理由として、例えば、社員資格侵害の場合に、個々の社員が取締役に対して賠償を請求する手段が会社法上既に認められている、ということが考えられるが、この点、Mertensがいうように、会社法上、個々の社員が取締役に対して賠償を請求すること許す規定は見当たらない⁽⁸⁹⁾。そこで、考えられるのは、Holzmüller判決やこれまでにみた学説に従った上で、社員が会社に対して何らかの請求ができることを理由に取締役に対する不法行為法上の請求を否定することであるが、そこまでいうことは困難であろう。これらの見解の主眼は社員を保護することであって、取締役の保護を意図するものではないからである⁽⁹⁰⁾。

(ウ) 社員資格の特殊性

Zöllnerは、社員資格が絶対権としての性格を有すること、したがって少なくとも第三者との関係で社員資格が不法行為法上保護されることは承認している⁽⁹¹⁾。また、Wiedemannとは異なり、不法行為法が契約的債務関係の枠内でも適用されることについても前提としている。それにもかかわらず、社員資格が会社の内部関係において不法行為的に保護されることを否定するのである。この点について論じた部分を引用する。

「社員たる地位の内部的保護を不法行為法によ

り達成しようとするということは論理的には意味がない。なぜなら、団体自身やその機関や同僚社員に対して保護されるべきものは、内部的団体法によって規定されるはずの法的地位と同一であるからである。内部的団体法のみがここでは保護の範囲と限界を決定しうる。この状態はたとえば賃借人と家主の間における、賃借人が賃借物件を損傷して、それにより、賃借人が不法行為法によっても責任を負うという場合の関係とは異なる。賃貸借関係においては、不法行為的に保護される所有者的地位はすでに賃貸借関係が成立する前に存在していたのであり、その地位に通常与えられる保護がむしろ賃貸借関係により縮小されているのである。これに対して、団体関係においては保護されるべき地位が団体関係によってはじめて規定される。』⁽⁹²⁾

ここでZöllnerがいわんとすることは、社員資格は会社契約の産物に他ならないから、これを会社契約の規律を受ける者の間で不法行為法的に保護することはできないということであろう⁽⁹³⁾。これに対しては以下に紹介するようにHabersackの批判がある。Habersackは、社員資格が絶対権と評価される以上、不法行為法的法律関係は契約法的法律関係とは別に適用されるという原則が妥当しなければならないとする。そして、Zöllnerの見解は、実際には、「一般的にかつ団体内部の関係に限定することなく社員資格の支配権としての性格を否定することを目指すもの」⁽⁹⁴⁾であるという。この例証として、Habersackは制限物権、特に抵当権を挙げる⁽⁹⁵⁾。制限物権は「私的自治の行為によって初めて決定され、制限物権者と所有権者の間には法律上または契約上の債務関係が存在するにもかかわらず」制限物権は所有権者との関係でも不法行為法により保護されているという⁽⁹⁶⁾。

この二つの見解を比較すると、Zöllnerの見解は直感的には受け入れやすい。しかし、Habersackの挙げる事例は、確かに、Zöllnerが不法行為法の適用を認める賃貸借関係とは異なり、保護されるべき権利は当事者間の契約によってはじめて発生している。したがって、このような場合にやはり

不法行為法の適用を認める以上、社員資格が会社機関によって侵害された場合にも不法行為法の適用は原則として排除されないというべきであろう。また、第三者との関係ですら認められる保護を契約関係の規律を受ける者との間で承認してもおそらく背理ではないと思われる。

(エ) 具体的事例

以上のように、取締役が社員資格を侵害した場合に、不法行為法の一般原則に基づき、取締役個人に対する損害賠償請求を認めた場合、実際には、いかなる具体的事例においてそれが認められるのかが問題となる。これに関しては、一般に、社員資格の割当内容 (Zuweisungsgehalt) が何であるのか、という問題の立て方で議論されている⁽⁹⁷⁾。社員資格を違法に否認 (vernichten) したり、奪取 (entziehen) したりすることがこれにあたることは問題がないであろう⁽⁹⁸⁾。しかし、Mertensは不法行為法の適用をこのような場合に限定せず、「社員資格という『その他の』権利に包摂される支配機能、参加機能および財産機能の縮小はすべて、社員資格に対する不法行為的侵害とみなされる」⁽⁹⁹⁾とした上で、具体的には以下の場合には、不法行為法の適用が認められるとしている。

- 会社の利益によってではなく多数派社員の利益によって引き起こされた会社の組織構造の事実上の変更という方法によって、社員資格に結びつけられた影響を減少すること。
- 業務執行者が、業務執行権限を超えて、企業目的などの定款状態を変更するために不可制限的な代表権を行使すること。
- 阻止少数 (Sperrminorität) としての機能に基づき行使可能な影響力を、企業要素の違法な切離しによって決定的に減少させるということによって、(1/4以上の) 持株による会社への関与の価値を低減すること。
- 新株引受権に関して、平等取扱義務に違反すること。

2. 会社の責任

取締役が社員に対して不法行為法上の責任を負

うとした場合、これに基づき会社が責任を負うのかが次に問題となる。この点につき、責任の根拠規定とされるBGB31条は、次のように規定している。

BGB31条「社団は、理事・理事会構成員または定款により選任されたその他の代表者が自己の職務を執行する際に行った損害賠償を義務づける行為によって第三者に加えた損害について責任を負う。」

しかし、Mertensは、業務執行者の行為に関して会社が責任を負うことは、会社法との関係で許されないという。具体的には、以下のように述べている。

「同僚社員や業務執行者の不法行為的行為の際に、請求が会社自体に向けられる場合には、会社法との衝突が社員資格の不法行為法による保護から発生しうる。…会社の資本的基礎の確保も、社員との関係で会社が業務執行者の不法行為的行為に関して責任を負うべきであるとの要請に優先しうる。このことは、社員資格の侵害による不法行為的請求権は会社自体ではなく、当該行為をなした社員や業務執行者に向けられるべきであるということの意味する。」⁽¹⁰⁰⁾

要するに、Mertensは、会社による賠償の支払いは資本維持原則との関係で許されないとするのである。

この見解に対しては、H. Götzらの次のような反論がある。

「社員権侵害によって社団財産ではなく社員の財産に生じた損害が賠償される場合には、出資の払戻しは問題とならない。団体がその構成員に対して社員権侵害によって加えた損害の填補が問題となっている場合、団体に属しない債権者の利益が優先権を享受するという原則が、債権者保護規定から派生することはない。」⁽¹⁰¹⁾

この見解は出資の払戻しと社員の財産上の損害に対する賠償の支払いは異なるとするものであるが、ここで問題となっているのは単なる財産上の損害ではなく、社員資格侵害の結果としての損害であることが軽視されている印象を受ける。これ

に対して、Mertensの見解は傾聴に値する。株式法上、出資の払戻しは禁止されており（株式法57条）、社員資格の侵害に対して一定の金銭を支払うことは、自己株式を買い受けて、これに対価を支払うというケースと似ていなくもないからである⁽¹⁰²⁾。もっとも、Mertens自身は、社員資格的解決に対しても賛成しており⁽¹⁰³⁾、BGB31条の適用を否定することに實際上どのような意味があるのか疑問である⁽¹⁰⁴⁾。団体の法的解決によれば常に会社が責任を負うことになるからである。資本維持原則を重視するならば、団体の法的解決も否定するのが一貫していると思われる。

この問題は、出資払戻しの禁止がどこまでの要請を含むものであるかに帰着する。簡単に結論が出せる問題ではないが、出資の払戻しが任意に許されるとすれば債権者を著しく害する可能性があるのに対して、取締役が違法に社員資格を侵害した場合に、事後的な措置として、損害を受けた株主に対して会社財産から補償を与えることは債権者をそれほど害するものではないと思われる。したがって、結論としては、会社が取締役の行為についてBGB31条の責任を負うとする見解に賛成しておきたい⁽¹⁰⁵⁾。

3. 判例の立場

先に見たようにHolzmüller判決は、株主は取締役に対して訴訟を起こす必要はなく、会社に対しても訴訟を起こすことができるとする特殊な文脈においてであるが、取締役が不法行為法に基づく請求を株主から受けることがありうることを示唆している。また、社団内部の関係において不法行為法が適用されうることを明示した判決として次のものを挙げることができる。

BGH Urt. vom 12. März 1990 (BGHZ 110, 323)

<事実>

被告Y 1は、30平方メートル級快速ヨットとその船主の援助を事業としており、1985年以降、登記された（非経済的）社団であった。被告Y 2は、Y 1の理事長（Vorsitzende）である。1984年末に

はY 1には約100名の構成員がおり、そのうち74名はこのクラスのヨットの船主であった。

1985年9月17日、Y 1の総会で新しい階級規定が採決された。新規定は1986年1月1日に発効したが、新建造規定の1.7項の経過規定によると、この期日以前に建造されたヨットに関しては「従前の公式トン数証書が以後も有効であるか、または、建造の時点で有効な規定が遵守されている場合には公式トン数証書を受取ることができる」ことになっている。

1984年から85年に、Y 1の構成員である原告Xは当時なお有効であった階級規定に基づき、船の新造を行なった。

1986年と1987年にXは二度にわたり、「ボーデン湖周回」レースの主催者より、1987年にはY 2との協議の後に、レースへの参加を拒絶されたが、その理由は、Xの船がY 1の階級規定に適合していないということであった。そのため、Xは1987年／88年の冬期に、彼の船を、公開ボートクラスに参加できるいわゆるハンディヨット（Ausgleichyacht）に改造させた。Xは、一部請求の方法で、70000マルクの請求をY 1およびY 2にしている。損害の根拠として彼は選択的に、競争ヨットとしての不許可により生じた売却の場合の船の減価、または改造によって生じた追加的費用を主張している。

第一審判決はY 1およびY 2に対する請求をもとに棄却。第二審判決はY 1に対する請求を正当とし、損害賠償額決定のために第一審に差し戻したが、Y 2に対する請求は認めなかった。Y 1が上告、X附带上告。

<判旨> 原判決破棄

I. Y 1に対する請求について

「…この事実的・法的状態のもとで、Y 2がY 1の理事長としての資格においてヨットレースである『ボーデン湖周回レース』の主催者に与えた情報は、Xのボートが1987年に参加を許されないことの原因となったのであるが、それは事実において誤っていた。Y 1の『1985年に決議された建造規定』には、1.7項に定められた経過規定も含

まれているからである。これにより両被告は、主催者に対しXの船が、主要な認定団体としてのY1から見て、30平方メートル快速ヨットとしてレース出場許可の要件を満たしていることを証明しなければならなかった。争いのなく与えられたところのこれと正反対の情報によってY2はY1の理事として少なくとも過失によりXの社員権を侵害したものである。なぜなら、この社員権には、当裁判所が、団体のその社員に対する法律・定款に違反した行為について、すでにたびたび表明してきたように、個々の社員の、現行の社団法上の規定に反して扱われないという権利も属するからである。Y1の建造方針（測定および建造規定）も社団秩序の一部であることは疑いない。したがって、この点につき他のことが妥当することはありえない。さらに、30平方メートル快速ヨットの船主としての利益の保護・促進についての、社団構成員としてのXの権利も、それが第三者に対するものであっても、これに数えられるのである（参照、Y1の定款3条1項）。…。社員権は、一般的に民法823条1項によるその他の権利と見做されるのであり、その侵害は、これについてはなお個別的に以下で詳論するが、不法行為上の原則に基づいても損害賠償請求権を発生させることがある。この損害賠償請求権は、民法31条の要件を満たす場合には、社団自体に対しても向けられうる。確かに、社団とその社員との間に存在する特別な関係はそこから流出する特定の権利義務と結合しており、それは、個別事例では民法823条1項や826条のような不法行為的事実の評価をも打ち砕くことがありうる特定の権利関係の外で妥当する一般的規範と重複する。このことは、しかし、社団法が一般的かつ原則的に、不法行為法が不法行為上保護された地位の侵害の際に特別の債務関係の枠内においても適用されるということとを排除することを正当化しない…。」

II. Y2に対する請求について

「…社員資格関係は同時にBGB823条1項にいうその他の権利とみなされるということは広く認められており、これを有責に侵害した場合には不

法行為法の原則により損害賠償請求権が発生する。…」

本件は株式会社に関する事案ではないが、社団の理事が社員権を侵害した場合に、理事および社団が不法行為法上の責任を負うことを認めたものである。問題となった社員権は、ヨットレース出場許可の要件を満たしていることを証明される権利という特殊なものであるが、団体の性格によってはこのような権利が社員権とされることも十分ありうるであろう⁽¹⁰⁶⁾。その意味で、本判決の論理は株式会社における社員権に及ぶものと考えてよいと思われる。ただし、社団の責任を認めた点については、一般に物的会社以外の社団では、資本維持の原則は存在しない⁽¹⁰⁷⁾から、Mertensの指摘はそもそも本件では問題とならなかった。したがって、社団がBGB31条に基づく責任を負うとした判旨を株式会社にそのまま当てはめることはできないというべきであろう。

第5節 まとめ

本章では、株主訴訟の理論的根拠に関する3つのタイプの学説を概観した。今、改めてこれを示すと以下ようになる。

まず、第一のタイプの学説は、株主訴訟を社員資格侵害に対する、物権的請求権あるいは損害賠償請求権の行使として位置づけるものである。第二のタイプの学説は、株主には、団体の内部秩序の維持のために補充的監視権が認められるとして、これによる解決を主張するものである。第三のタイプの学説は、第一のタイプの学説と同様、株主訴訟を社員資格侵害という観点から捉え、不法行為法上の損害賠償請求権により解決しようとするものである。

これらの学説は、論理的に排他的な関係にあるわけではない。たとえば、株主は自らの社員資格が侵害された場合に、これを回復するための訴訟を提起できるとした上で、これに加えて、会社運営の適法性確保のため、監査役会がその任務を懈怠している場合には、これに対して何らかの措置を取りうるということも不可能ではない。また、

不法行為的解決については、これを唱えるMertens自身、社員資格的解決にも賛成していることから、このことは明らかである。

したがって、どれか一つを選択しなければならないわけでは勿論ないのであるが、第二のタイプの見解は、個々の株主に取締役の業務執行を監督させる必要性が希薄であることや、監査役会の権限と重複するものであることから、やはり、賛成できない。これに対して、第一のタイプの学説は、業務執行行為に対する株主の介入を監督是正権の行使という観点からではなく、会社法上、個々の株主に与えられた権利の擁護という観点から捉えるものであって、新鮮であるし、また、個々の株主に訴訟提起を認めるという結論をよりよく正当化できるものであって、十分な説得力を有するのではないと思われる。次に、これに賛成した場合、株主に不法行為法に基づく請求を認める実際の意義は小さくなるが、理論的には、社員資格が不法行為法上保護される権利であるとされる以上、Mertensのいうように、株主にはそのような解決を求める道も開かれているというべきであろう。

おわりに

本稿で紹介・検討した、ドイツにおける株主訴訟の議論は、日本法の解釈に際しても有益な示唆を与えるものと思われる。とりわけ、不法行為法に基づく請求とは別に、社員資格に対する侵害を直接の根拠として、業務執行行為の差止めや原状回復等を求める請求を株主に許す見解（本稿第2章第2節）は、株主の権利保護に新しい視点を導入するものであって、魅力的である。もっとも、我が国の商法は、株主保護のための制度でドイツには見られないものを設けており、株主訴訟の議論を承認する場合、これとの関連を考慮する必要があると思われる。そこで、以下では、この点について、簡単に触れることとする。

1. 株主代表訴訟（商法267条）、違法行為差止請求権（商法272条）との関係

商法267条は、「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル

株主」が「取締役ノ責任ヲ追及スル訴」を提起することを一定の要件のもとで認めている。また、商法272条は、「六月前ヨリ引続キ株式ヲ有スル株主ハ会社ノ為取締役ニ対シ其ノ行為ヲ止ムベキコトヲ請求スル」ことができるとしている。これらは、いずれも、取締役を被告として、株主が会社の代表機関的地位に立って、会社の権利を行使するものであり⁽¹⁰⁸⁾、会社の利益は害されていないが、個々の株主の権利が侵害されているというような株主訴訟の議論が一般に念頭においている事例では、利用することができない⁽¹⁰⁹⁾。したがって、これらの制度の存在により、「株主訴訟」を日本法に導入することの意義が損なわれることはないものといえよう。

2. 新株発行差止請求権（商法280条ノ10）との関係

我が国の商法は、原則として、株主に新株引受権を与えていないため、取締役会のみずからの経営判断に基づき、株主割当以外の方法で新株発行を行うことができる⁽¹¹⁰⁾。しかし、具体的な資金需要がないのに、取締役一派の株主の持株比率を引き上げるために第三者割当による新株発行を行うなど割当自由の濫用と目される場合や、株主総会の特別決議を経ない有利発行（商法280条ノ2第2項参照）などの場合には、株主は「不利益ヲ受クル虞」が自己にあることを要件として、新株発行の差止を会社に対して求めることが認められている（商法280条ノ10）。これは、会社に損害が生じなくとも、株主としては損害を受けることがあるために、272条とは別個に株主の差止請求権を認めただけのものであり⁽¹¹¹⁾、本稿で扱った株主訴訟と問題意識を共通にするものといえるであろう。その意味で、新株発行の領域で株主訴訟を承認することの意義はそれほど大きくないともいえる。しかし、本条は、事前の救済手段であって、新株発行がいったんなされた後では役に立たない。この場合、株主は、商法280条ノ15により新株発行無効訴訟を提起するか、商法266条ノ3などに基づき取締役の損害賠償責任を追及することができる⁽¹¹²⁾が、これら

が株主に十分な救済を与えるものであるかは疑わしい。なぜなら、前者は、新株発行無効事由が限定的に解されているため、実際に新株発行が無効とされることは稀であると考えられるし、後者は、取締役の悪意・重過失を株主が立証しなければならず、また取締役に十分な資力がなければ、実際上は意味を成さないからである。したがって、新株発行に関しても、株主訴訟を論じることには一定の意義があると思われる。

このように、日本法においても、取締役の業務執行行為により株主の権利が害された場合に、株主に、会社に対して何らかの請求を認めることには実益があると考えられる。もっとも、本稿で扱ったドイツ法上の議論をそのまま導入することができるかについては、なお、検討すべきことも多い⁽¹¹³⁾。これについては、今後の課題としたい。

注

- (1) 本テーマについては、早川勝「西ドイツ株式法における個人株主訴訟」産大法学18巻2=3号141頁以下(1984)があり、1980年代はじめまでの判例・学説を詳細に紹介している。同論文は、個人株主の訴訟権限の行使という観点から、会社の損害賠償請求権を行使するという権利をめぐる議論についても、紹介している。しかし、これは今日の株主訴訟に関する議論とは、内容的に異質のものであり、ややミスリーディングである。なお、柳明昌「株主代表訴訟及び取締役の責任緩和の構造(二)」法学62巻1号48頁以下(1998)にもドイツの株主訴訟に関する詳しい紹介がある。
- (2) *Knobbe-Keuk, Brigitte*, Das Klagerecht des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft wegen gesetz- und satzungswidriger Maßnahmen der Geschäftsführung, in: Festschrift für Kurt Ballerstedt, 1975, S. 239, 241.
- (3) *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 243.
- (4) *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 246.
- (5) *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 248.
- (6) *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 251.
- (7) 本稿においては、紙幅の関係から、この点につい

- ての詳細な検討は省略せざるを得ないが、*Knobbe-Keuk*が引用する2つの判例は、以下のような事実を前提とするものであった。すなわち、ROHG 23, 273は、自己株式取得を行った被告会社に対して、原告株主が、「株式購入の基礎となった監査役会、取締役、総会の決議ならびに契約を、無効であり、会社のために存在せず、Xらのために法的拘束力を有せず、または、彼らのために法的結果を有しないと宣言する」という申立てを内容とする訴訟を提起したというものであり、ROHG 25, 307は、被告会社の貸借対照表は、理事会と委員会が了解した場合はこれらの機関によって終局的に確定され、これらの間の不一致のみが総会での決定を求められることとなっていたところ、原告株主が貸借対照表の修正を求めて訴訟を提起したというものであった。なお、*Löwenfeld*は、その著書において、株主総会参加権によって「株主総会がその権限 (Vollmacht) を法令・定款に規定された制限を遵守して行使するよう求める権利」という株主の権利を基礎付け、かつ、これについて前者の判例を援用している (*Löwenfeld, Hermann*, Das Recht der Actien-Gesellschaften, 1878, S. 380f.)。次に、1884年普通商法典改正の起草者が、株主が会社の機関として有する権利について限定的に捉えていたことについては、Allgemeine Begründung zum Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 5. Legislaturperiode, 4. Session, 1884, in: *Schubert, Werner/Hommelhoff, Peter*, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4, 1985, S. 404, 466f.参照。
- (8) *Timm*, Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze, AG 1980, 172, 184.なお、この点につき、*Brondics, Klaus*, Die Aktionärsklage, 1988, S.44参照。
 - (9) 株主は、法律に別段の定めがない限り、会社の事務につき株主総会でその権利を行使する。
 - (10) *Habersack*の指摘による。もっとも、BGHのその後の判決で株主によるこの種の訴えが直接に問題となったものはないようである。Vgl. *Habersack*,

Mathias, Die Mitgliedschaft—subjektives und ‘sonstiges’ Recht, 1996, S. 308. OLG München BB 1993, 2040は、合併会社の株主が合併契約で定められた企業契約を訴外会社と締結するよう求めた事案である。判決は、Holzmüller判決に則って、このような訴えの適法性を認めたが、株主の請求権は、株主の権利領域と利益への重大な侵害の場合にのみ与えられるとして請求を棄却している。LG Frankfurt/M. ZIP 1993, 830は、株主である原告Xにより、被告Y株式会社の株主総会決議取消訴訟が提起された事案である。取消の対象となった決議は概ね以下の内容を有するものであった。(i)Y会社の売上げの50%を占める支店を子会社に売却すること、(ii)定款所定の企業目的に、「労働者参加のために営業の一部または全部を譲渡すること」を付加すること。いずれの取消も認容されているが、その際、(i)の決議が株主の社員権を侵害するものであり、多数派社員の誠実義務に反するものであること、(ii)の決議が、株主総会の権限領域を侵害するものであることを論じる過程で、Holzmüller判決が引用されている。BGH NJW 1994, 51では、定款所定の裁判管轄条項の解釈に関連して、Holzmüller判決が「株主は取締役に対して訴訟を提起する必要はない」としたことは、取締役の被告適格を否定したものかどうかについて言及されている。

(11) Zivilprozeßordnung, vom 30. 1. 1877 (RGBl. S. 83).

(12) この点につき, *Zöllner*, Die sogenannten Gesellschaftsklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, 392, 396f.

(13) *Flume*, *Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Zweiter Teil: Die juristische Person, 1983, S. 309ff.; *Zöllner*, a.a.O., S. 420ff.; *Brondics*, a.a. O., S. 79ff.;なお, *Wiedemann*もこれと同旨とされることもある (*Binge*, *Christoph*, Gesellschaftsklagen gegen Maßnahmen der Geschäftsführer in der GmbH, 1993, S. 40, Fn. 37) が, *Wiedemann*は実体的な権利を前提としないという相違がある (*Wiedemann*, Entwicklungen im Kapitalgesell-

schaftsrecht, DB 1993, 141, 143)。

(14) こなれた訳とはいえないが, Mitgliedschaftを本稿ではこのように訳すこととする。Mitgliedschaftは、個々の株主権の総体を指す点で、利益配当請求権等個々の株主権を意味するMitgliedsrechtとは区別される (Vgl. *Brondics*, a.a.O., S. 80ff., m. w.N.)。

(15) もっとも, この点に関する議論はいまだ熟しているとは言い難い。この点につき, *Binge*, a.a.O., S. 41。また, *Raiser*は, 議論の関心は, 理論的根拠ではなく, これが認められる範囲に集中していたとする (*Raiser*, Das Recht der Gesellschafterklagen, ZHR 1989, 1, 29)。

(16) *Schmidt*, *Karsten*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 1997., §21 V 1.

(17) 大塚 直「生活妨害の差止に関する基礎的考察 (6)」法協104巻9号1249頁, 1317頁 (1987年) による。

(18) *Larenz*, *Karl*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., 1988, S. 229; *Medicus*, Müncher Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 1997, §1004, Rdn. 6; *Soergel-Mühl*, 12. Aufl., 1990, §1004 Rdn. 108.

(19) *Großfeld*, *Bernhard*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 224ff.; *Flume*, a.a.O., S. 258; *Brondics*, a.a.O., S. 93; *Schmidt*, a.a.O., §19 I; *Mertens*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., §823 Rdn. 131。また, 判例として, 後に掲げるBGHZ 110, 323。反対, *Hadding*, *Walther*, Ergibt die Vereinsmitgliedschaft “quasi-vertragliche” Ansprüche, “erhöhte Treue- und Förderpflichten” sowie ein “sonstiges Recht” im Sinne des §823 Abs. 1 BGB?, in: Festschrift für Alfred Kellermann, 1991, S. 91。これに対しては, 社員資格がそもそも主観的権利 (subjektives Recht) であるとはいえないとのRothの批判がある (*Roth*, *Herbert*, Subjektives Recht oder prozessuale Befugnis als

Voraussetzungen einer "Aktionärsklage", in: Festschrift für Wolfram Henckel, 1995, S. 707, 712ff.).

(20) この点は、特に除去請求権と原状回復請求権との区別に関連して強調されてきたところである。通説によると、両者の区別は、観念的には、前者が、所有権者はこれ以上侵害されないこと (nicht mehr beeinträchtigt) を要求できるとするものであるのに対し、後者が、既に発生した影響の結果を除去するよう (Beseitigung der eingetretenen Einwirkungsfolgen) 求めうるとするものであるということにある (Soergel-Mühl, 12. Aufl., 1990, §1004, Rdn. 112ff.). 具体的には、妨害状態の継続性の有無を基準として区別される。すなわち、除去は、継続的に作用する将来の妨害に対するものであり、原状回復は過去に完了した損害に対するものであるとするのが判例・通説である (大塚 直・前掲, 法協104巻9号1322頁)。これに対しては、1004条の適用範囲をより限定的に解釈するPickerらの有力な異説がある (Soergel-Mühl, a.a.O., §1004 Rdn. 112, m.w.N.).

(21) Zöllner, a.a.O., S. 428f..

(22) Zöllnerは、さらに不作為請求権も、同じ根拠によらしめている。

(23) BGB249条1文。なお、原状回復が不可能な場合には、通常、金銭による賠償を義務づけられるが、非財産的損害の場合には法の定めがある場合を除いて、これは認められない (BGB251条1項, 253条)。したがって、Zöllnerの提唱する解決は、株主の被った損害が非財産的なものであり、かつ、原状回復が不可能である場合には、挫折せざるを得ない。この点につき、Habersackは、「原状回復が不可能な場合」を制限的に解釈すべきであるとする。例えば、売却された企業財産の再獲得ができない場合であっても、これと同等で、団体目的の実現に同じくらい役に立つ賠償の対象を獲得することができる場合には、原状回復が不可能であるとはいえないという (Habersack, a.a.O., S. 356ff.).

(24) この点については、Zöllnerも、Schmidtの見解の利点として指摘している (Zöllner, a.a.O., S.

428.)。

(25) Zöllnerの見解は、株主訴訟を債務不履行として構成するものであるといえよう。Schmidtも、このような構成をとることを排除していない (Schmidt, Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadensersatzansprüchen, JZ 1991, 157, 160 ff.). これに対しては、物権的請求権を類推する場合に比べ、請求権のインフレ的な増加を招くとの批判もある (Roth, a.a.O., S. 715)。しかし、この見解が、具体的にどのような弊害を想定しているのかは必ずしも明らかではない。なお、社団についてのものであるが、社員に対する債務不履行という構成により社団の損害賠償責任を認めたと解される判決があるので以下に紹介する。

BGH Urt. vom 6. Feb. 1984 (BGHZ 90, 92)

<事実>

原告Xは、被告Y社団の社員であり、また、理事会の構成員でもあった。1978年8月8日の理事会において、Xは、旅行費用を水増しして清算したとの理由で非難を受け、以下の決議が採択された。

1. Xは、Yの理事会およびYから除名される。
2. この決議は、1978年9月18日までにXが、満足のいく態度をとらない場合には効力を生ずる。Xは、今から即刻、理事会における活動を停止される。

9月19日にYからXに対して、8月8日の理事会決議が効力を生じた旨の通知がなされた。これに対し、9月26日、弁護士である訴外BおよびHから、理事会決議は定款に反するものとして無効であるなどとする返答がなされた。Xは、訴えにより、この文書作成のための弁護士費用として、約1140マルクをYに対して請求したが、原審は請求を棄却した。X上告。

<判旨>

原審判決破棄、請求認容。

Yの理事会は、社団および理事会の構成員としてのXを除名する権限を有せず、また、理事会における活動を即時に停止する権限も有しない。

個々の社団構成員は、理事会がその社員権を侵害しないことを求める請求権を有する。仮にこのようなことが起こった場合、このことは、一積極的契約

- 侵害 (positive Vertragsverletzung) に類似して一、社団がBGB31条により責任を負うところの、損害賠償義務を基礎付ける。本件では、理事会は、権限が欠けているにもかかわらず、社団および理事会構成員としてのXを除名し、即時に理事会における活動を停止したことによって、原告の社員権を侵害したものである。それゆえ、XはYに対して、弁護士費用の賠償を要求することができる。
- (26) *Brondics*, a.a.O., S. 89.
- (27) 訳文は樋口陽一・吉田善明 編『解説世界憲法集 第三版』(三省堂, 1994年)による。以下で引用される基本法の条文も同じである。
- (28) *Schulz-Gardyan, Olaf*, Die sogenannte Aktionärsklage, 1991., S. 54は、連邦憲法裁判所は違憲の判断につき極めて慎重であるとしてこのBrondicsの見解を批判している。
- (29) なお、Schmidtの見解とZöllnerの見解の双方を肯定する場合、社員資格侵害に対して、除去請求と原状回復請求が併存する場合が考えられるが、このこと自体は、奇異とするに値しない (Vgl. Soergel-Mühl, a.a.O., §1004, Rdn. 113)。
- (30) 抽象的言明のレベルでこれに触れる見解としては、他に、*Großfeld*, Anm. zu OLG Hamburg, 11 U 1/80, JZ 1981, 234.
- (31) *Knobbe-Keuk*, a.a.O., S. 253.
- (32) *Zöllner*, a.a.O., S. 422.
- (33) *Brondics*, a.a.O., S. 106f..
- (34) それぞれ、取締役員の注意義務、監査役員の注意義務、会社の賠償請求権の行使に関する規定である。
- (35) *Brondics*, a.a.O., S. 104.
- (36) *Zöllner*, a.a.O., S. 426; *Habersack*, a.a.O., S. 297ff..
- (37) 株式法上、議決権は原則としてすべての株主に与えられるが (株式法12条, 134条)、議決権を有しない優先株には議決権は存しない (株式法12条1項2文, 139条以下)。
- (38) このような二重的性格(Doppelcharakter)に言及する見解として、*Hommelhoff, Peter*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 461f., *Habersack*, a.a.O., S. 313f.。Habersackは、このことは、問題となっている権利が他の社員権と区別されるべきことを意味しないとする。
- (39) *Zöllner*, a.a.O., S. 426, m.w.N..
- (40) RGZ 52, 287, 293f.; Nachw. bei *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 16), §28 I 2.
- (41) *Zöllner*, a.a.O., S. 427; *Brondics*, a.a.O., S. 105.
- (42) *Lutter*, Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 1995, §186 Rdn. 10.
- (43) *Lutter/Zöllner*, Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 1988, §53a Rdn. 55.
- (44) *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 72.
- (45) Vgl. BGHZ 71, 40, 46ff. (Kali und Salz); *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 32; *Lutter*, a.a.O., §186 Rdn. 59ff..
- (46) *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 73; BGHZ 33, 175, 186f..
- (47) このほかに、取締役が会社に対して損害賠償義務を負うことも問題がない (株式法93条)。
- (48) このような権利が歴史的には承認されていたものとは必ずしもいえないことは前述した。
- (49) もっとも、議決権を有しない株主に対してまで訴訟提起を許すのは、出席権、解説請求権がそれほど重要な権利とは考えにくいことから、若干疑問である (株式法上、明文の規定はないが、議決権の有無を問わず、すべての株主は総会出席権および発言権を有するとされている。しかし、その実質的根拠や、意義について、代表的な教科書や、注釈書などにおいても必ずしも触れられていない (Vgl., *Zöllner*, Kölner Kommentar zum AktG 1. Aufl., §118 Rdn. 17; *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 16), §28 IV 2; *Kübler, Friedlich*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 1994, §15 V 2.; *Bezenberger, Tilman*, Vorzugsaktien ohne Stimmrecht, 1991, S. 108)。他方、解説請求権については株式法に明文で定められている (株式法131条以下) が、議決権の適切な行使を可能にするためのものと解されている (*Kübler*, a.a.O., §15 V 3)。もっとも、議決権を有しない株主も決議取消権を有すると解されている

(*Bezenberger*, a.a.O., S. 105ff.) こと、および、決議参加権と取消権の性格の類似性を指摘する見解があること (*Habersack*, a.a.O., S. 314, m.w.N.) からは、議決権を有しない株主に訴訟提起を許すのは自然な解釈なのかもしれない。しかし、少なくとも、議決権を有する株主に対して、議決権侵害を理由に出訴を認めることは、議決権が定款の規定によっても奪い得ない基本的権利 (Grundrecht) であり (*Henn, Güter*, Die Rechte des Aktionärs, 1984, S. 8), 株主が会社の意思形成に直接関わることを可能にするという理念的な重要性を有する権利であることからして、比較的問題が少ないのではないかと思われる。

なお、*Wiedemann* は、経営機関の権限踰越の場合には、第一義的には株主集団の権限 (die Befugnisse der Aktionärsgruppe) が侵害されるのであって、個々の社員の権限が侵害されるのではないことを理由に、参加権侵害を根拠とする株主訴訟を認めることに否定的である (*Wiedemann, Herbert*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S. 54. 代わりに、これを株主による監督訴訟 (Kontrollklage) として捉える。なお、*Wiedemann* と同様に、取締役に対し特定の行為をするよう求める権限は株主総会すなわち、株主全体に帰属するとする見解として、*Pflugradt, Michael*, Leistungsklagen zur Erzwingung rechtmäßigen Vorstandsverhaltens in der Aktiengesellschaft, 1990, S. 39)。しかし、この場合に、株主総会の権限と株主の参加権の双方が侵害されたと解することは十分に可能であろう (*Hommelhoff*, a.a.O., S. 462; vgl. *Habersack*, a.a.O., S. 315)。また、*Habersack* は、株式法118条1項、121条1項などの規定を援用して、株主の権限保持に関する個人権 (Individualrecht auf Zuständigkeitswahrung) が存在しうることを肯定する (*Habersack*, a.a.O., S. 320f.)。

次に、株式法122条1項は、株主総会の招集請求権を5%の少数株主権としており (類似の規定として、有限会社法50条1項)、このことを根拠に、取締役による株主総会の権限侵害に対して、個々の株主

が対処しうるとすることに反対する見解もある

(*Pflugradt*, a.a.O., S. 41; *Schulz-Gardyan*, a.a.O., S. 114f.)。これに対しては、同条は、株主総会の招集・議決を通じて経営陣に対して特定の行為を義務づける性質のものであり、総会の権限領域にあたる措置を行わないよう求めうるとするものは区別されるべきであるとの反論がなされている (*Habersack*, a.a.O., S. 321ff.; *Hommelhoff*, a.a.O., S. 463ff.)。

- (50) 救済がいかなる形で与えられるかについては、やはり、議論があり得る。不平等な取り扱いにより不利益を受けた株主に、利益を受けた株主と同じ取り扱いを認めるのか、あるいは、利益を受けた株主にこの利益を会社に返還させるのか。問題とされる行為が平等取り扱い原則以外の規範にも反している場合には前者の処理は困難であろう。反対に、新株の割当に関する平等原則違反の場合、自己株式取得禁止との関係で、後者の処理は難しいと思われる。この点を指摘するものとして、*Schulz-Gardyan*, a.a.O., S. 121f. がある。
- (51) *Lutter*, Die entgeltliche Ablösung von Anfechtungsrechten, ZGR 1978, 347, 365ff.; *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 34ff. 譲渡制限株式の譲渡の承認 (株式法78条2項) に関しては、この帰結は広く認められているという。
- (52) BGH WM 1972, 931ff., vgl. *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 38f., 73; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 1980, S. 430f..
- (53) *Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 38f..
- (54) *Mertens*, Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., 1996, §82 Rdn. 14.
- (55) なお、*Holz Müller* 判決は、取締役は一定の場合には株主総会に対する提案義務を負う旨判示しているが、この点に関しては学説上批判が強い。Vgl. *Habersack*, a.a.O., S. 308, m.w.N..
- (56) 本稿第1章第3節参照。
- (57) *Brondics*, a.a.O., S. 124f., *Flume*, a.a.O. (Fn. 13), S. 310; *Zöllner*, a.a.O., S. 428.
- (58) *Knobbe-Keuk* は、取締役が一般的な法律の規定に反したのに過ぎないか、株式法と定款の規定に反

- したのか、という区別を提唱している (Knobbe-Keuk, a.a.O., S. 253)。しかし、これはZöllnerによって一般的な法規定の違反は株式法上も明らかに禁じられていると批判されている (Zöllner, a.a.O., S.422)。また、Knobbe-Keuk自身、株主訴訟を認めても権限秩序に反しないと明言するのは事実上の定款変更の場合だけであり、それ以外にどのようなケースがこれに該当するのかは個々の判断すべきであるとするにとどまる。
- (59) Vgl. Kraft, Alfons/Kreutz, Peter, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., 1997, S. 299.他に、株式法101条2項によると、定款上、特定の株主または株式の所持人のために監査役会構成員を派遣する権利を定めることができる。
- (60) Hommelhoff, a.a.O., S. 310f..もともと、明確に反対しているというわけではない。具体的には、「更なる考察が必要であろう」としている。
- (61) 原則として4分の3である。株式法179条2項。
- (62) このような訴訟を提起する権限が株式法上明文で認められているわけではないが、Hommelhoffは、同じ論文で、株式法240条2項3文の類推により、取締役が株主総会の決定を無視するなどの違法な行動をした場合、監査役会によって代表される会社は取締役に対し、決議の実行を求めて訴えることができるのでなければならない、との見解をとっている。これに反対の見解として、例えば、Mertens, Organstreit in der Aktiengesellschaft?, ZHR 154(1990), 24.。さらに、Kraft/Kreuz, a.a.O., S. 300, m.w.N.。なお、BGHZ 106, 54 (Opel)は、監査役会の個別の構成員（この事案では労働者代表であった）は、取締役の違法と考えられる業務執行措置に対して差止めを求めて訴えを提起することはできないとした。
- (63) Brondics, a.a.O., S. 125ff.. Raiser, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften 2. Aufl., 1992, § 12 Rdn. 8も、監査役会による監督の有効性に疑問を呈している。
- (64) Brondics, a.a.O., S. 126f.この他に、株式法171条2項, 172条, 204条1項, 314条2項などもそのような例であるという。
- (65) 株主の監査役選任に関する提案は総会招集の公告後1週間以内になされた場合に限り、株主に通知される (株式法127条1文, 126条1項, 125条1項)。
- (66) Raiser, a.a.O. (Fn. 15), S. 30は、このような方向を示唆する。
- (67) Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980), 84; Timm, a.a.O.;ほぼ同旨, Grossfeld, a.a.O.; v. Gerkan, Die Gesellschafterklage, ZGR 1988, 441.
- (68) 通説である。Kraft/Kreutz, a.a.O., S. 108.判例として, BGHZ 25, 47, 49.
- (69) Flume, Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Erster Teil: Die Personengesellschaft, 1977, S.142;もともと、これには、会社内での権限に関する秩序が優先するとの有力な反対説がある。Vgl. Kraft/Kreutz, a.a.O., S. 109, Fn. 72.
- (70) Schmidt, a.a.O., §21 IV 6; Flume, a.a.O. (Fn. 69), S. 300ff..
- (71) 株主総会の単純多数による議決または10%の持分を有する少数株主の要求がある場合には、会社の賠償請求権が行使されなければならない。
- (72) この判決をこのように解する見解として, Kubler, a.a.O., §17 IV 3 b; v. Gerkan, a.a.O., S. 445. 反対, Schmidt, a.a.O. (Fn. 16), §21 IV 6 c.
- (73) 物的会社においては、actio pro socioではなく、actio pro societateとの術語が用いられることがあり、Lutterもこれに従っている (Lutter, a.a.O. (Fn. 67), S. 135)。
- (74) Lutter, a.a.O. (Fn. 67), S. 142f..
- (75) Knobbe-Keuk, a.a.O., S. 246ff.
- (76) Lutter, a.a.O. (Fn. 67), S. 143.
- (77) Vgl. Mertens, a.a.O. (Fn. 19), §823 Rdn. 131.
- (78) 訳文は、椿寿夫=右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』72頁 (三省堂, 1990年) を参照した。
- (79) Fuchs, Maximilian, Deliktsrecht, 1995, S. 10.
- (80) Fuchs, a.a.O., S. 29.

- (81) Vgl. RGZ 100, 274, 278; 158, 248, 255.
- (82) *Habersack*, a.a.O., S. 117ff..
- (83) Vgl. *Binge*, a.a.O., S. 38; *Habersack*, a.a.O., S. 171.
- (84) *Wiedemann, Herbert*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 39.
- (85) 例えば, *Raiser*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Aufl., hrsg. v. Peter Ulmer, §14 Rdn. 14; *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl., 1993, §14 Rdn. 8; *Brondics*, a.a.O., S. 86f.。これに対して, *Lutter*は,「団体の内的秩序は団体法の特別規範によって支配される。これに反して, …不法行為法はそもそも団体の特別の秩序にあわせて作られていない。このことからすぐに, 団体法の手段による解決を模索すべきであるという考えが思いつかれる」としながらも (*Lutter*, a.a.O. (Fn. 67), S. 84, 142), 社員の権限が侵害されたことにより, 社員に固有の損害が発生した場合には, BGB823条1項に基づき, 経営機関構成員に対し社員が請求をなす余地を認める (S. 144)。
- (86) *Habersack*, a.a.O., S. 175, m.w.N..
- (87) *Mertens*, Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil, in: Festschrift für Robert Fischer, 1979, S. 461, 469;これに賛成する見解として, *Eickhoff, Andreas*, Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht, 1988, S. 53および *Binge*, a.a.O., S. 62 (ただし, 結論としては不法行為法の適用を否定) がある。
- (88) Vgl. *Götz, Heinrich/Götz, Jürgen*, Die Haftung des Vereins gegenüber dem Mitglied, JuS 1995, 106.
- (89) 仮にこのような規定が存するとすれば請求権競合の問題となる。しかし, 契約責任と不法行為責任に関していえば, その原則的な併存を認めるのがドイツ法上通説である。*Habersack*, a.a.O., S. 176 Fn. 29, m.w.N.。なお, 株式法117条は, 取締役の会社に対する損害賠償義務を規定しているが, これが社員に対する義務とは無関係であることは言うまでもない。*Habersack*は, むしろ, この規定を, 不法行為法の適用に好意的なものと解釈する (*Habersack*, a.a.O., S. 199)。
- (90) この他に, 会社法上, 取締役個人の責任を免除ないし軽減する規範があるならば, 不法行為法に基づく責任に関しても, この規範を考慮するのが妥当であると考えられる。しかし, このような規範を見出すことも, やはり, できない。Vgl. *Habersack*, a.a.O., S. 177f..
- (91) *Zöllner*, a.a.O., S. 430.;もつとも, 第三者との関係で不法行為法上保護されるのがどの範囲であるのかについては結論を留保している。
- (92) *Zöllner*, a.a.O., S. 430.
- (93) *Zöllner*と同じく賃貸借関係における賃借物に対する所有権との差異を強調する見解として, *Reuter*, Die Mitgliedschaft als sonstiges Recht im Sinne des §823 I BGB, in: Festschrift für Hermann Lange, 1992, S. 707, 722がある。
- (94) *Habersack*, a.a.O., S.183.
- (95) この他に, 所有権留保買主の期待権 (Anwartschaftsrecht des Vorbehaltsverkäufers) が売主との間でも不法行為法上保護されることを挙げている。なお, この点につき, 椿寿夫他・前掲書76頁参照。
- (96) *Habersack*, a.a.O., S. 184.
- (97) *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 25), S. 159; *Mertens*, a.a.O. (Fn. 87), S. 469; *ders*, a.a.O. (Fn. 19), § 823 Rdn. 40; *Binge*, a.a.O., S. 62ff..
- (98) *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 25), S. 159.なお, *Binge*は, 社員資格の存続自体に関する侵害の場合にのみ不法行為法の適用があるとして, 結論としては, 会社の内部関係において会社関係者が社員資格を侵害した場合に, これに対して不法行為法上の保護を与えることを否定している。その根拠は, 一般的な法的交渉において第三者が容易に認識しうる地位だけが, 任意の侵害者を損害賠償に引き入れることを正当化するが, 社員資格の場合, 定款によってはじめて社員資格の内容が定まり, また, これが多種多様であるため, 不法行為法による保護に適さないということに求められている (*Binge*, a.a.O., S.

- 62ff.)。しかし、これは、社員資格が一般的に有する属性が侵害された場合にまで保護を否定する理由としては不十分であるように思われる。
- (99) *Mertens*, a.a.O. (Fn. 87), S. 471f. 同旨, *Schmidt*, a.a.O. (Fn. 25), 159。「株主権に直接関連する侵害」が要求されるとする見解として, *Bork*, Aktuelle Probleme des Aktienrechts, ZIP 1990, 1037, 1041f.。なお, *Schmidt*は, BGB1004条の類推によって救済が認められる場合と, 適用範囲は一致すると考えているようである。もっとも, 平等原則違反の場合, 通説は不法行為法の適用に否定的である (*Lutter/Zöllner*, a.a.O., §53a Rdn. 42)。
- (100) *Mertens*, a.a.O. (Fn. 87), S. 470.
- (101) *Götz/Götz*, a.a.O., S. 109. *Schmidt*も, BGB31条の適用に賛成している (*Schmidt*, a.a.O. (Fn. 25), S. 162)。
- (102) *Habersack*は, 社員資格侵害に基づく損害賠償の給付は, その定義上, 社員資格に関連したものであり, 社員が会社に対し単なる第三者として行動する, 中立的な法律行為の枠組みの中での支払いとは異なるとする (*Habersack*, a.a.O., S. 216)。
- (103) *Mertens*, a.a.O. (Fn. 54), §93 Rdn. 191.
- (104) *Reuter*は, 「債権者の犠牲のもとで団体が負担を被るという危険は, 不法行為法の適用によってはじめて問題となるのではなく, そもそも, 社員の損害賠償請求権によって問題となる」としている (*Reuter*, a.a.O., S. 722)。
- (105) もっとも, *Habersack*によると, 社員の地位の侵害による社員の損害賠償請求権に対して債権者保護が優先するとする見解が通説であるという (*Habersack*, a.a.O., S. 218 Fn. 136)。 *Habersack*は, 不法行為法上の請求権の行使が, 準備金 (Reservefond) のように他の債権者のために拘束されている財産からのみ充足される場合には, BGB31条による帰責は許されないとしており (*Habersack*, a.a.O., S. 218ff.), これに説得力があるのではないかと印象がある。ちなみに, 千葉地判平8・8・28判時1591・113は, 違法な新株発行によって原告株主が被った損害について, 民法44条1項を根拠に被告会社の賠償責任を認めており, 興味深い。
- (106) ただし, 本件では, 社員資格から生ずる社団の保護義務違反が問題となるにすぎず, 絶対権としての社員資格が侵害されたのではないとの批判がある (*Schmidt*, a.a.O. (Fn. 16), §21 V 4; *ders*, a.a.O. (Fn. 25), S. 160)。
- (107) *Götz/Götz*, a.a.O., S. 109.
- (108) 北沢正啓『新版注釈会社法(6)』358頁, 423頁 [上柳克郎ほか編] (有斐閣, 1987年)。
- (109) 東京地判平6・11・24商事1381号判1807頁は, このことをよく示していると思われる。事案は, 合併比率が不当に定められたことを理由として, 株主代表訴訟が提起されたというものである。判旨は, 合併比率が不当なために, 存続会社の株主が損失を被ることはあるとしても, 合併後の会社自体には損害が生ずることはないとして, 請求を棄却している。合併比率が不公正であった場合に生ずる株主の不利益に関しては, ドイツの学説上も議論されていないが, このような場合にも社員資格ないし株主権の侵害があったとすることは, さほど困難はないのではないかと思われる。
- (110) 森本滋『会社法』314頁 (有信堂, 第2版, 1995年)
- (111) 近藤弘二『新版注釈会社法(7)』287頁 [上柳克郎ほか編] (有斐閣, 1987年)。
- (112) 新株発行に関して, 商法266条ノ3に基づく取締役の責任が問題となった事例は少なくない。例えば, 東京地判平8・6・20判時1578・131, 東京地判平4・9・1判時1463・154, 京都地判平4・8・5判時1440・129, 東京地判昭56・6・12判時1023・116。
- (113) 例えば, 我が国においては, 損害賠償に関して金銭賠償の原則が採用されており (民法417条), *Zöllner*流の議論によっては, 原状回復類似の効果を認めることは困難である。これについては, あるいは, 株主の権利を定めた規定に, これが侵害された場合の効果を読み込むという, 株主平等原則に関する有力説が参考になるのかもしれない。