

小株主の誠実義務

——ドイツにみる権利濫用的取消訴訟との関連で——

田 中 裕 明

もくじ

- 一 はじめに
- 二 ドイツ連邦通常裁判所にみる権利濫用的取消訴訟
- 三 小株主の会社および他の株主に対する誠実義務
- 四 誠実義務の内容
- 五 若干の例（W・ヴェルナーの説示より）
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

近時、ドイツの会社法判例に変化がみられる。従来のドイツ連邦通常裁判所会社法判例において論点とされてきたところは、少数派株主保護にあったといつてよからう。比較的最近の事例においても、かかる問題に関するものが相当部分を占めていた。⁽¹⁾

ところが、近時の傾向としては少数派株主保護とは逆に、個々の株主による濫用的な決議取消訴訟に対する多数派株主保護の方に展開し

つつある。これは、株主の個々の権利を整備することで、濫用的訴訟の提起というような潜在的脅威 (Erpressungspotential) をできる限り緩和しようとする学説の流れにも符合するものである。⁽²⁾

ここでいう濫用的訴訟とは、株主の個別的権利の行使、とりわけ決議取消訴訟の提起に当たり、それが原告勝訴という利得意図などなく、無分別、自己顕示欲、独善その他の理由からなされる場合に、誠実義務違反の観点から濫用的である考えられるものをいう。⁽³⁾⁽⁴⁾

わが国における平成五年の商法改正では、いわゆる株主の代表訴訟について訴訟手数料が一律に八千二百円に統一されたことで、早くも濫訴が懸念されている。⁽⁵⁾ とりわけ「特殊株主」である総会屋にとつては恰好の攻撃手段となるわけで、嫌がらせ的な訴訟も十分予想されるところである。かかる事態は以下に述べるように、ドイツでも類似している。⁽⁶⁾ 濫訴防止の手段としては、裁判所の判断による担保の提供（二六七条五項）が指摘されるが、かかる株主の側にも民法一条にいうような信義則が求められないだろうか。今回の措置は、株主の権利強化のために執られたものであるが、権利の行使と濫用の間には自ずと

一線が画されて然るべきである。

本稿ではかかる基本法理を探るために、ドイツにおける権利濫用的取消訴訟にみる、(小)株主の誠実義務をめぐる議論を概観する。¹⁷⁾

二 ドイツ連邦通常裁判所にみる 権利濫用的取消訴訟

ドイツ連邦通常裁判所がこれまで扱ってきた、決議取消訴訟の提起された事案の特徴は次の通りである。すなわち、原告(「小株主」)が威嚇的意図を以てする訴えの提起であって、訴訟により被ると予想される損害を回避するために、会社、原告の訴えの取下げに対して、相当の補償金を支払わせようとするものである。例としては合併のケースが挙げられる。合併は商業登記簿への登記を以て初めて有効となるが、ドイツ株式法(三四五条二項)によれば、合併の登記届出の際、合併決議が取消期間内に取消されなかったこと、または取消が既判力を以て棄却されたことを、取締役会は表示しなければならぬ。取消がなされると、それは合併の執行を妨げるだけでなく、関係会社にとっては結果として、右にみた(不当な)補償金の支払をはるかに上まわる損害が生じることとなる。

ドイツ連邦通常裁判所がこの問題―濫用的合併決議取消訴訟―に初めて取り組む機会を得たのが Kochs-Adler 判決¹⁸⁾である。本件判決の中味をみると、本件においても同裁判所は、法が株主に取消訴訟を手段として付与したのは、総会決議に対して司法による審査を行うことができるようにしたためである、との立場を維持している。従って、一般利益のための、この取消権にかかる審査目的は制度としての権利濫

用を排除するにとどまり、個々の権利濫用の抗弁をも排除するものではない。¹⁹⁾すなわち、取消訴訟には個々の権利濫用の抗弁を以て対処することができるとのである。当該決議に異議を申し立てている株主には、訴訟手続きのどの段階においても自己の取消権を行使する権限があり、また当該株主は、自己の社員としての行動を取消訴訟の審査機能に合わせる義務を負うものではない。むしろ法は、株主の社員としての地位に基づく利益について、取消権の行使を、従って有効な権利のコントロールを達成することに限定されている。²⁰⁾

要件として自己の利益を計っていることは、取消訴訟の提起には必要でないとしても、例外的な場合に、利己的な利益追求が権利濫用の非難を理由づけることはあり得る。権利濫用であるとみられるのは、原告が次のような目的を以て取消訴訟を提起する場合である。すなわち、被告会社に著しく利己的な方法で給付の提供をさせようとする目的であって、しかも原告にはそのような給付請求権はなく、また正当にこれを求めることもできない場合である。²¹⁾そして一般的に原告株主が左右される考えは、右にみた取消に係る不利益あるいは損害の発生を回避もしくは最小限に押さえるために、被告会社は給付を提供するのであるというものであり、原告は会社これを促すわけである。このような不当な給付を求める方法として、刑法上の脅迫(Nötigung)や恐喝(Erpressung)というような行為は、権利濫用の抗弁を主張するに当たっての不可欠な要件ではない。また、社員としての誠実義務(gesellschaftliche Treupflicht)に依拠すること、権利濫用の抗弁を理由づけるためには必要ではない。²²⁾

以上にみた Kochs-Adler 判決の基本的な考え方は、その後の連邦通常裁判所にも維持されている。そして同裁判所は次のような見解を

示すに至っている。すなわち、会社が経済的不利益を被るという不安から、原告に会社自らが給付の提供をすることを見込んで、取消訴訟が提起された場合にも、個々の権利濫用が存在し得るとし、それで十分であるというのである。¹⁴ さらには、裁判所の手続きが始まってから、原告が被告会社に補償金支払いの用意をさせることを決めた場合にも、権利の濫用があるものとしている。¹⁵

次に Kochs-Adler 判決にみられる誠実義務と権利濫用のとらえ方についてみると、右にみたように、権利濫用の抗弁の理由づけのために、社員としての誠実義務に依拠する必要はないと述べるにとどまっている。この点ライヒ裁判所が権利濫用の取消訴訟につき信義則違反と並んで、株主の会社に対して負う誠実義務の著しい違反を詳細に論じていたのと対照的である。¹⁶ のみならず、近時の連邦通常裁判所判決の流れからみても異質である。例えば Linotype 判決では多数派株主の少数派株主に対して負う誠実義務違反を認めている。¹⁷ また、ドイツ有限責任会社（以下、有限会社と略称）に関する一九九一年九月三〇日判決でも、会社の社員に対する誠実義務違反を認めている。¹⁸

このような本件にみられる、権利濫用の事案には誠実義務違反をとりあげない同裁判所の態度につき、一部学説には、信義則の適用される事案の一つは、訴訟上の権限の濫用であるということを理由にとりあげるものもあるが、¹⁹ 同裁判所は、株主総会の法律違反行為が責問される取消訴訟もまた、権利濫用の存在とは無関係に誠実違反 (treu-wittig) となるかどうかについての、裁判所としての意見表明を避けようとしているとみるのが妥当であろう。²⁰

三 小株主の会社および他の

株主に対する誠実義務

すでに述べたように、株主は会社に対して誠実義務を負うということとは、ライヒ裁判所の判決以来承認されているところである。株主の誠実義務というときは、従来、このように会社に対する関係で論じられており、権利濫用的取消訴訟との関連でも会社と株主との間の誠実義務が問題となる。株主相互関係における誠実義務の承認については、前記 Linotype 判決が出るまでは争われていた。²¹ 株主相互関係における誠実義務の承認は、さらに、多数派株主と小株主との間の誠実義務に分けられる。Linotype 判決が、かかる関係での会社法上の誠実義務を原則として認めたわけであるが、それは多数派株主に限定されたものであった。²² 従って、小株主の側に課せられる誠実義務について正面から述べた連邦通常裁判所判決は、今のところまだない。

他方、学説上は大株主であれ小株主であれ、株主の会社に対する関係での誠実義務を承認している。小株主が株主総会への出席権、総会での議決権、説明請求権を行使する場合にも、会社法上の誠実義務に服することになるとみている。²³ また、株主相互間における小株主の側の誠実義務についても、これを肯定している。株主間の事情から、多数派株主に対して小株主が影響力を有している場合には、誠実義務違反の可能性を考慮しなければならない。とりわけ、小株主がいわゆる少数阻止勢力 (Sperminorität) を形成し得る場合、²⁴ その同調的行動は誠実義務違反を問い得るに足るものと思われる。

以上にみた誠実義務の区分（対会社関係か株主相互間か）につき、会

社の利益が同時に問題となるか否かを区分の基準とみる向きもあるが、⁽²⁵⁾ 会社は損害を与えるような小株主の行為は、つねに他の株主に対する誠実義務違反となるわけではないが、少なくとも間接的に他の株主に對しても損害を与えることとなるとみるのが妥当であろう。従って、会社の利益に対する同時的侵害の有無を基準とみる考え方は疑問であり、このような誠実義務の二元的区分は、会社における誠実性という不確実な法概念を具体化させるための便宜とみるのが妥当ではないかと思われる。

四 誠実義務の内容

誠実義務の内容（およびその範囲）については争いがあるというのが現状である。従ってここでは、有限会社法に関する通説、判例の説くところを手掛かりに、小株主に対する特異性を中心に述べる。

誠実義務の中味としては、一般忠実義務（allgemeine Loyalitätspflicht）と解され、より具体的には、会社の社員は会社の福祉（Wohlfahrt der Gesellschaft）、すなわち会社の目的を促進しなければならないとされる（Förderungspflicht）。⁽²⁶⁾ として会社に損害を与えるような行為をしないことが要請される。後者については、前述したように間接的ではあるにせよ、他の社員の利益もまた斟酌しなければならないことも意味する。従って、誠実義務は権利その他の権限の行使、および会社の内部関係での事実上の影響力についての、一般的な行動準則を形成するものである。⁽²⁶⁾

このように誠実義務は、個々の一定の要件に限定されることのない、一般法原則として位置付けられるわけである。従って、すべての社員

に適用のある義務であるが、その程度および範囲については個別具体的に異なり、実際において適用される情況に従うこととなる。⁽²⁷⁾

社員の積極的な意味での作為義務として、とりわけ特定事項の決定につき協力を要請されるものとして、年度決算書の確認、不十分な定款の変更、増資、財政困難による清算、議決権の行使などが挙げられる。⁽²⁸⁾ 以上は、株式会社よりも人的要素の強い有限会社において、一般的に認められているものである。従って株式会社の場合には、事情が異なってくる。とりわけ小株主については、積極的な意味での作為義務はないといえる。⁽²⁹⁾ 例えば議決権について、その行使の仕方は小株主に委ねられ、たとえ会社の利益のため、株主全員あるいは多数の賛成が必要で、小株主の積極的な協力が不可欠であったとしても、小株主は議決権行使義務に服することはない。⁽³⁰⁾

権利濫用的取消訴訟との関連で小株主の誠実義務を論じるとは、実は、例えば株主総会終了後における不作為義務の程度、すなわち権利制限的機能の程度を論じることである。小株主の決議取消訴訟につき、小株主の側の具体的な濫用意図が立証されなくとも、取消訴訟によって追求される利益が、会社の被る不利益と著しく均衡を失する場合には、当該取消訴訟は誠実義務違反とみることができるわけである。⁽³¹⁾ では、小株主の誠実違反の行為としての権利濫用的（誠実違反）取消訴訟をみることにする。ここで取扱うべき問題は、前述のように、権利制限的機能の程度、すなわち小株主は誠実義務に基づき個別具体的場合に、取消訴訟の提起をどの程度思い留まらなければならないかということである。

確立した判例によれば、誠実違反取消訴訟については、特別の権利保護の必要（ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis）を立証すること

は必要ではない。⁽³²⁾ 株主の有する取消権限は、むしろ原則として、取消を主張する者が当該決議を取消すにつき、個人的な利益を有していない場合にも認められるものである。株主には誰でも、法律・定款に違反しない決議のみがなされることを要求する権利があるわけである。⁽³³⁾ ここにいう権利保護の必要は訴訟上の要件であるのに対し、誠実義務違反は実体法上のそれであり、否それ以上の意味を有するものである。それゆえ誠実義務に違反する取消訴訟は、原告の積極的資格 (Aktivlegitimation) を欠くことから、訴えの根拠なきものとして却下されるべきものである。⁽³⁴⁾

他方、このように誠実違反取消訴訟を認めることについては、法律あるいは定款に反する決議が促進され、無効を宣言する機会が奪われるとの反論が予想される。しかし、このような反論には理由がないように思われる。ここでの問題は、ドイツ連邦通常裁判所が権利濫用の視点のもと下す判決にみられると同様であるからである。すなわち、取消権の権利濫用の際には、取消に係る決議が法律あるいは定款に違反しているか否かは問題ではないのと同様、誠実違反取消訴訟の場合もまた重要ではないからである。法律上の出発状況は同じということである。⁽³⁵⁾ もっとも同裁判所では、権利濫用的取消は誠実違反か否かという問題については、検討されていない。この点につき、権利濫用的取消訴訟は、原則として、誠実義務違反でもあるといつてよからう。⁽³⁶⁾

では、当該取消訴訟が誠実違反とみなされるための要件、すなわち、株主にとりそれ自体は合法的な行為 (取消権の行使) を断念しなければならなくなるような要件は、どのように確定されるべきであるか。これが次の問題である。ここでは新株引受権排除増資決議 (Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss) を手掛かりにする。⁽³⁷⁾

ドイツ株式法一八六条三項によれば、新株引受権は増資決議に際してのみ、その全部または一部を排除することができるとされる。この新株引受権の排除につき、これが認められるのは、判例によれば、新株引受権の排除が会社の利益のためであり、所期の目的の達成に資するものであり、さらに必要かつ相当な場合であるとされる。⁽³⁸⁾ つまり、多数派が少数派に対して配慮すべき誠実義務の帰結として、これが把握される場合にのみ正当化されるわけである。

右にみた考え方は、取消訴訟についても用いることができよう。すなわち、取消に係る決議についての法律・定款違反が重大な意味を有せず、原告株主にとっても不利益となることもないが、しかし他方で、取消訴訟により会社が爾後も損害を被ることとなる場合には、当該取消訴訟は誠実違反とみなすこともできよう。さらに要件として、取消を主張する者の保有する株式がごく僅かであり、従って、会社への影響力もほとんどないことが求められる。⁽³⁹⁾ 要するに、取消訴訟を以て追求される株主の利益が、取消によって被る会社の不利益を正当化するために十分であることが求められるわけである (相当性の原則)。⁽⁴⁰⁾

五 若干の例 (W・ヴェルナーの説示より)

以下、誠実違反の有無について、取消訴訟に係る具体例を概観することにする。

1 年度決算書に関する決議⁽⁴²⁾

ドイツ株式法上、年度決算書は取締役会および監査役会によって確定されるのが通常であることから (同一七二条)、株主総会決議取消訴

訟の誠実違反性が問題となることは稀である。年度決算書が総会に係るのは、法律上、若干の場合に限られる（同一七三条一項、一三四条一項、二七〇条二項、二八六条一項）。また、年度決算書の確定の取消は、同法二五七条一項二文によれば、年度決算書の内容が法律または定款に違反することを理由とすることはできない、とされる。従って、当該決議が取消可能となるのは、実質的に、その決議の成立が法律または定款違反に基づく場合のみである。

その違反が著しいことが問題となる場合には、それを理由に取消の誠実違反性は問題とならないが、軽微な違反のみがとりあげられる場合には、株主にとっての違反の影響と会社にとっての取消の効果が問われなければならない。株主にとっては、たいいていの場合、著しく不利益となるような影響は生じないのに対して、会社にとっては取消は、年度決算書の無効宣言を受けるおそれがあるだけでなく、年度決算書の無効は利益処分についての決議を、同じく、無効にしてしまうことも考えられる。もっとも会社にとっては、無効とされた確定の決議を、同法二四四条により新たな決議として追認する途も、解釈上、考えられる。従って、利益処分に関する決議も同様に治癒されるかどうかについての対応の仕方により、軽微な違反のみが問題となっている、確定の決議に係る小株主の取消が誠実違反とみなされるか、あるいは誠実違反性が否定されるか、判断されることとなる。

2 利益処分に関する決議⁽¹³⁾

利益処分に関する決議についても、誠実違反取消訴訟が問題となることは稀といつてよからう。瑕疵が軽微な当該決議を、ドイツ株式法二四四条により新たな決議として追認することができれば、取消の効

果としての会社の損害は回避することができる。同法二五四条の場合（貸借対照表利益の処分に関する決議の取消）も、取消権の行使は誠実違反とはならない。本条の意味での許されない利益準備金組入は重大な瑕疵があるといつてよく、決議の取消を誠実義務違反とみなすことはできない。他方、その瑕疵は株主を侵害することとなる、つまり株主の配当に対する期待を狭めるものである。同法二五四条二項二文によれば、当該取消につき、株主はその持分を合わせて資本の5%または一〇〇万ドイツマルクの券面額に達するときに限り権能を有するとされ、小株主だけが主張することができると、結局、誠実違反とはならない。

3 監査役の選任⁽¹⁴⁾

監査役員選任に関する、株主には影響のないような、軽微な違反のある決議については、次のように分けて論じる必要がある。ひとつには、一人の監査役員の選任のみが取消される場合には、通常、会社にはこのことから大きな損失を被ることはない。かかる選任決議は、株式法二四四条により追認することができるからである。他方、取消の対象が監査役員全員の選任あるいはその大多数についてである場合には、問題となり得る。もちろん、ここでも当該選任決議追認の可能性はある。しかしながら、同法二四四条二文を斟酌すれば、追認の前に示された監査役員選任決議の有効性には、やはり問題が残る。すなわち、追認により有効性を承認する監査役員選任決議が、すべての場合に、その本来無効であったことによる不利益性（schädliche Folgen）を除去できるかどうかは、必ずしも明らかではないように思われるからである。選任決議の瑕疵が軽微であり、何ら影響を受けることのない

い小株主の取消訴訟は、それゆえ、誠実違反となり得る。

そのほか、このこととの関連で、同法二五六条二項にも言及する。同項によれば、取締役会および監査役会により確定された年度決算書は、取締役会または監査役会が、その確定の際、規則通り (ordnungs-gemäß) 協力しなかったときに、無効である、となっている。この要件は、次の場合にも問題となる。すなわち、監査役員が無効な方式で任命された場合や、個々の役員の任命のみが無効で、監査役会がその決議能力を失った場合あるいはこの役員の議決権を差し引いたとき、必要な多数がもはや得られなかった場合である。

4 決算検査役の選任⁽⁴⁵⁾

軽微な瑕疵のある決算検査役選任に関する株主総会決議を取消す際の、誠実違反性の判断については、前述の、年度決算書の確定に関する株主総会決議取消の誠実違反性に関する考え方に類似する基準に従うこととなる。ただし、当該選任が首尾よく取消されれば、当該年度決算書は無効となり (株式法二五六条一項三号)、しかもこのことは、決算が株主総会のみならず、通常の場合のように、取締役会および監査役会によって確定されるときにも、当てはまるからである。株主総会による年度決算書確定の取消が、株式法二四四条二文の解釈により、会社にとり不利益な結果をもたらせば、これは、決算検査役選任決議取消の際にも、予想されることである。

5 新株引受権排除増資決議⁽⁴⁶⁾

取消の誠実違反の視点からみて、新株引受権排除増資決議は、どのような要件のもと取消することができるかという問題は、重大である。

この場合、取消に係る損失は会社にとり顕著である。ただし、登記官はこのような場合には、増資決議およびその実行についての登記を、しばしば拒否するからである。それゆえ、登記の際の審査で中心となるのは、取消を主張する株主の過失 (Verstoß) の程度およびそれが及ぼす影響 (Schädlichkeit) である。

まず、議決を取消可能にする瑕疵に関しては、軽微な法律、定款違反が問題となる。すなわち、例えば、株主総会招集の際の、無効を来すほどではない程度の瑕疵、つまり二次的な点で不完全な情報提供が問題となる。

当該瑕疵は、また、新株引受権排除につきドイツ連邦通常裁判所が打ち立てた原則が、十分には守られていない場合や、新株の発行価額が著しく低く見積もられている場合 (ドイツ株式法二五五条二項)、あるいは同株式法一八六条四項二文による公告 (Bericht) が、法律要件を十分には満たしていない場合にも存在し得る。

増資決議の取消が右にみた要件のもと誠実違反であるかどうかは、とりわけ、取消を主張する株主が決議によって、とくに新株引受権排除によって侵害されるかどうかに係っている。新株引受権の保護目的は、株主の受けるかもしれない影響をそのままにしておくこと、およびその株式の価値を引き下げないことにある。この保護目的のうち前者は、小株主が会社で最低限の割合でしか関与していない場合には、小株主にとっては、大きな意味をもたなくなる。もともと小株主は受け得る影響が少ないからである。⁽⁴⁸⁾

W・ヴェルナーによれば、新株引受権排除により小株主が損害を被るとすれば、それは不当に低く見積もられた新株発行価額による場合であり、そしてそれによって惹起された旧株式の発行価額の増しに

よる場合のみである、としている。

他方、新株発行価額が旧株式の相場に調整されている場合には、損害は生じない。また、増資決議に何か他の瑕疵が付着していても、株主を侵害しなければ、それ自体は、取消訴訟の誠実違反を認定するための要件とはならないであろう。⁽⁴⁸⁾

六 むすびにかえて

本稿の冒頭での問い掛けは肯定されるべきものであろう。権利の行使であっても、その濫用は法の許さざるところだからである。従って、叙上のドイツにおける議論に鑑みれば、大株主であれ小株主であれ、権利の行使（本稿でみた決議取消権の行使）に当たっては、誠実義務に服することとなるわけである。

ところで先に誠実義務の中味として、一般忠実義務であると述べた。では、誠実義務と権利濫用あるいは信義則との関係はどのように解すべきであろうか。G・ヒュックによれば、有限会社の場合であるが、誠実義務は信義則に勝る拘束力（über Treu und Glauben hinausgehende Bindung）を有する旨示唆している。⁽⁴⁹⁾ また、誠実義務と権利濫用との関係につき、決議取消訴訟との関連で、株主の権利濫用的行動は会社法上の誠実義務に違反するとの立場がある。この見解によれば、専門的に組織された株主の反対勢力（Aktionärsopponentengruppe）が決議取消訴訟に踏み込み、さらに取消訴訟の提起あるいは追求を金で買取らせる用意のあることを気づかせるような場合には、それは取消権の濫用的行使となり得る、とする。⁽⁵⁰⁾ そして、他の会社でも取消手続実施の回避のために補償金を求めるような勢力の、いわばそれを職業

としているような類いの行為を権利濫用的行動と認識しようとなないのであれば、株主の行為に権利濫用の刻印を押す基準そのものが問われなければならない、としている。その際の基準は、権利濫用禁止それ自体から導けるものではなく、むしろその時その時の規制領域に関わりのある規範的な行動の拘束（normative Verhaltensbindungen）からのみ獲得することができる。しかし後者は、とくに社員および会社に関連する誠実義務によって確立されるものであるとみている。⁽⁵¹⁾

他方、ドイツ連邦通常裁判所は、先にみた Kochs-Adler 判決で同裁判所が示した、会社法上の誠実義務に依拠することなく権利濫用の抗弁をもって対処することができるとの楽観論を抱いているようである。⁽⁵²⁾ それは、裁判所自ら訴えを差し戻して、提起された取消訴訟の権利濫用性について判断する必要はないからである。

また、会社法上の誠実義務を肯定する立場からは、権利濫用規制を誠実の拘束関係の下位の場合（Unterfall der Treubindung）として理解すれば、会社法という団体法における行動の拘束が、恣意的行動の規制やあるいは権利濫用の規制に尽きるものではないことが明らかにされる、と主張される。⁽⁵³⁾ この点は一連の、誠実義務を信義則あるいは権利濫用規制の上位概念と位置づける主張に添うものといつてよからう。

以上、ドイツにおける権利濫用的取消訴訟を手掛かりに、（小）株主の誠実義務をめぐる議論を概観してきた。そこで展開された誠実義務論は、考え方として基本的に、わが国会社法においても承認することができるとと思われる。ただ、殊に株式会社において、個性を重視しない株主間に誠実義務を認める根拠をどこに求めるかが問題となるであろう。この点、ドイツにおいても誠実義務の根拠をめぐっては

様々な議論が展開されており、にわかにわが国会社法への適用を認めることもできないであろう。とりわけ、権利濫用や信義則のような一般法理の他に、さらに誠実義務という一般原則を認める必要があるか否かも問われるであろう。この問題の検討については他日を期したいが、興味深いものとして、会社定款の企業目的（会社目的）および企業の利益をめぐる、ドイツでの伝統的な議論を手掛かりとする立場もあることを指摘しておく⁶⁵⁾。

〈追記〉

本稿脱稿後、別府三郎「ドイツにおける『会社法上の誠実義務』の展開—W・ヴェルナー説の紹介を中心として—」法学論集第二九巻第一・二合併号（平成六年）一六一頁以下に接した。本稿と同じく、W・ヴェルナーの所説を手掛かりとした論稿である。併せて参照して頂きたい。

本稿執筆のきっかけは、実は、ミュンスター大学滞在中、同時期に同大学で研修されていた山部俊文一橋大学助教授と恩師久保欣哉先生の一橋大学退官論文集「多国籍企業の法規制」（平成五年・中央経済社刊）の編集（B・グロスフェルト教授の序文の翻訳作業等）をしていた折りに、別府教授の同論文集所収の「『企業買収』に関する規制法理の側面—ドイツ会社法における『会社法上の誠実義務』の発展を契機として—」に接したことによる（とくに同書九二頁の叙述）。

未熟な本稿が、誠実義務をめぐる議論にささやかながらも寄与するところがあるとすれば、それは、別府教授の御論文によるところが大きい。この場を借りて厚く御礼申し上げたい。

註

*本稿は、筆者がドイツ・ミュンスター大学滞在中にまとめたものを元にしている。そのため邦文文献の引用、わが国商法への言及は最小限に留まっている。予めお断り申し上げる。

- (1) BGHZ 71, 40 (Kali+Salz), BGHZ 83, 122 (Holzmüller), BGHZ 83, 319 (Holzmann), BGHZ 103, 184 (Linotype).
- (2) Vgl. H. J. Mertens, Der Aktionär als Wahrer des Rechts?, AG 1990, 49, 55.
- (3) 株主の誠実義務について、邦文文献として、別府三郎「大株主権力の抑制措置の研究」（平成四年）、出口正義「株主権法理の展開」（平成三年）参照。
- (4) 株主の濫用的訴訟について、vgl. W. Timm (Hrsg.), Mißbräuchliches Aktionärsverhalten, Köln, 1990.
- (5) 毎日新聞、平成五年六月二〇日付朝刊。
- (6) M・ルッターは「盗賊的株主（räuberischer Aktionär）」と呼ぶ。vgl. M. Lutter, Zur Abwehr räuberischer Aktionäre, in: Festschrift 40 Jahre Der Betrieb, Stuttgart, 1988, 193.
- (7) 本稿における叙述は、W. Werner, Zur Treupflicht des Kleinaktionärs, in: Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993, Berlin, u. a., 1993, 419 ff. を手掛かりにしている。
- (8) かかる場合ドイツ法上も問題があるが、わが国の商法では、利益供与の禁止に抵触するであろう。
- (9) BGHZ 107, 296 = WM 1989, 1128. それぞれ被告会社の一〇株（一名）一〇株（二名）を保有する小株主が、合併決議取消を求めて

— 85 —

- 訴訟を提起した事実がある。同判決の平和といつ vgl. C. H. Heuer, Wer kontrolliert die "Kontrollreue?" WM 1989, 1401.
- (10) WM 1989, 1128, 1133.
- (11) A. a. O.; vgl. B. Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionäre, Tübingen, 1968, 141 ff.
- (12) WM 1989, 1128, 1133.
- (13) A. a. O.
- (14) BGH WM 1990, 140, 144 (DAT/Altana), BGH ZIP 1990, 1560, 1563 (SEN).
- (15) BGH AG 1992, 86 (Deutsche Bank AG)
- (16) RGZ 146, 385, 397.
- (17) BGHZ 103, 184, 194. かつこの誠実義務違反を認める根拠にある事実関係はまた多数派株主による権利の濫用の視点もつくちタイン株式法二四三条二項(議決権の行使を以て、会社または他の株主に損害を与える特別の利益を追求する目的の禁止)違反の視点から評価する必要がある。同判決につき、別府前掲書二〇三頁以下参照。
- (18) WM 1991, 2099, 2100 f. かつこの判決も、有限会社法にも適用のある平等取扱義務 (Gleichbehandlungssgrundsatz) 違反に依拠する必要がある。
- (19) K. Boujong, Rechtsmißbräuchliche Aktionärsklagen vor dem Bundesgerichtshof, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70 Geburtstag am 29. November 1990, Berlin, u. a., 1991, 1, 5.
- (20) Linotype 判決の中でも、同裁判所は小株主の社員としての誠実義務については慎重に意見を述べつつある。vgl. BGHZ 103, 184, 195.
- (21) 一九三七年株式法施行以前の段階では、株主相互間の誠実義務の承認は必要であった。 vgl. RGZ 158, 248, 254.
- (22) BGHZ 103, 184, 194 f.
- (23) H. Henze, Zur Treupflicht unter Aktionären, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin, u. a., 1991, 141, 152.
- (24) Vgl. H. Henze, a. a. O., 151, 152.
- (25) Vgl. a. a. O.
- (26) G. Hueck, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 14. Aufl., München, 1985, § 13 Rn. 22.
- (27) A. a. O., Rn. 23.
- (28) Vgl. Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 13. Aufl., Köln, 1991, § 14 Rn. 10.
- (29) R. Marsch-Bartner, Treupflichten zwischen Aktionären und Verhältnisspflichten bei der Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), 172, 174.
- (30) Vgl. W. Werner, a. a. O., 424.
- (31) R. Marsch-Bartner, a. a. O.
- (32) Vgl. W. Zöllner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln, u. a., 1985, § 246 Rn. 26; U. Hüffer, Aktiengesetz, München, 1993, § 246 Rn. 9 ff.
- (33) W. Werner, a. a. O., 426.
- (34) K. Boujong, a. a. O., 10; U. Hüffer, a. a. O., § 245 Rn. 26.
- (35) W. Werner, a. a. O.
- (36) Vgl. C. H. Heuer, a. a. O., 1404 f.
- (37) Vgl. BGHZ 71, 40 (Kali+Salz). 同判決につき、別府前掲書二一七頁以下参照。
- (38) Vgl. BGHZ 71, 40, 46; U. Hüffer, a. a. O., § 186 Rn. 25.

- (39) W. Werner, a. a. O., 427. W・ヴェルナーの見解によれば、取消を主張する株主の株式保有のみが重要なのであり、株主総会決議に反対する他の株主の株式保有ではないとする。それは、後者の株主については、いかなる理由からであれ、取消訴訟の提起を思い留まるのが通常だからであり、従って取消を主張する株主の行為の誠実違反性についての非難を、他の株主の総会決議反対の態度を指摘することによって覆すことは、取消を主張する株主の裁量に委ねられるべきものではないからである (a. a. O. (Fn. 43))。
- (40) Vgl. H. Hirte, Mißbrauch aktienrechtlicher Anfechtungsklagen, BB 1988, 1469, 1475 f.
- (41) W. Werner, a. a. O., 428-435. 以下は、当該箇所の抜粋、要約である。
- (42) A. a. O., 428-429.
- (43) A. a. O., 429-430.
- (44) A. a. O., 430-431.
- (45) A. a. O., 431.
- (46) A. a. O., 431-432.
- (47) W・ヴェルナー自身は、このドイツ連邦通常裁判所の打ち立てた原則については何も言及していないが、新株引受権排除増資決議の判例である BGHZ 71, 40 (Kali+Salz) を念頭に置いているものと思われる。
- (48) 例えば、額面額五〇マルクの株式しか有していない株主は、資本一億マルクの会社にはわずか〇・〇〇〇五%の参加割合にしかならない。額面額一億マルクの株式を有することで、ようやくその参加割合は〇・一%に達するに至るのである (a. a. O., 432)。このような株主には、新株引受権排除による侵害は、ほとんどないといっているわけである。
- (49) もっとも、W・ヴェルナー自身は、一定の制約を設けている。すなわち、新株引受権排除により、別の株主が当該会社に占める既存の少数阻止勢力あるいは多数参加が排除されることがあり得るからである。同様に、会社が新株引受権排除により他の会社の従属企業になったりあるいは、他の企業が当該会社の少数阻止勢力を獲得するということもあり得るからである。かかる場合およびこれに類似する場合に、取消を主張する者が直接的にではなく、当該会社における参加割合の変化によって、間接的にしか侵害を受けないときにも、誠実違反は否定されなければならないであろう (a. a. O.)。
- (50) G. Hueck, a. a. O., Rn. 21. M・ルッターも「社員の非常に様々な (主たる) 義務にわたる上位概念」として誠実義務をとりあげており、この点から、同趣旨であると解せられる (M. Lutter, a. a. O., Rn. 9)。
- (51) M. Paschke, Treupflichten im Recht der juristischen Personen, in: Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1992, 313, 325.
- (52) A. a. O., 325-6.
- (53) 本稿本文に参照。
- (54) M. Paschke, a. a. O., 326.
- (55) F. J. Säcker, Unternehmensgegenstand und Unternehmensinteresse, in: Festschrift für Rudolf Lütke zum 65. Geburtstag, Köln, u. a., 1989, 547, 552 ff.

(平成六年十一月七日受理)