

ドイツにおける「会社法上の誠実義務」の判例

―第2 Girmes 事件判例の紹介を中心として―

別 府 三 郎

目 次

- 一 判例紹介の狙い
- 二 序説としての展開
- 三 第2 Girmes 事件判例の研究
- 四 展望と課題

一 判例紹介の狙い

本稿は、これまでの本論（会社法上の誠実義務論）の理解¹を助けるため、その前におかれる論拠を要約し、第2 Girmes 事件の判例紹介を通して、これまで公表してきた内容²を補足するための基礎作業の論説である。

本論では、わが国の通説の理解とされる「伝統的社団法人論」の構造問題の基本とされる社員関係（構成員関係。本稿では株主関係）の理解に対し、近時のドイツ会社法（学）からの考察を基盤³にして、その比較的思想から株主の誠実義

務の適用領域を拡大しうる旨の展開を試みている。

しかし、本論をまとめとして完結するまでには、未だ相当な熟慮も時間も要するので、本稿では、先ずは序説としての一応のまとめりを展開するが、研究報告の狙いは第2 Girmes 事件判例の紹介と研究を中心としたものである。

後述3で第2 Girmes 事件判決の事実と判旨について詳論するが⁽⁴⁾(ZIP 10/95 S. 819 S. 833 M. Lutter の第2 Girmes 事件判決 判例批評 JA/1995, S. 1053-S. 1056)、『ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) の第2 Girmes 事件判決は、誠実義務を小株主にも認め、これを以て判例・学説上の二〇年に及ぶ論争は終わったとも思料される判決である。しかし同時に、本判決は、全く新たな問題領域を伴った始まりの確認でもある。言い換えると、議決権行使代理人自身の義務違反について議決権代理人の責任は如何という新たな問題領域を認めたことである。この点について、BGHは、本事件を正しく判決したのであるが、袋小路に追いやる根拠づけのついた判決でもある、と批判されている⁽⁵⁾。その点は後述に譲るとして、本判決は、正にフランス法論で言うグランザレ (Grands Arrets) に間違いなく、重要判決であり、わが国の会社法の基礎理論にも少なからず影響を及ぼすものと思料される判決である。M. Lutter の論評によると、正しく第2 Girmes 事件判決はそのような判決である、という。言い換えると、本判決は、長い間の議論(論争)の終結をなし、同時に全く新たな問題領域の始まりである、と指摘された判決である。

M. Lutter が、株主の誠実義務を述べ、Kurt Ballerstedt の見解に敬意を表し、BGH がほとんど同時に、AUDI-NSU 事件判決で、反対の立場を採って以来、ほぼ二〇年⁽⁶⁾が経っている。

蓋し、人的会社法上では、社員相互間の法律関係、然るに誠実義務への疑問は存しなかったし、重要な有価会社 (GmbH) 法の領域において IT 事件判決の「無鉄砲な企て」に落ち込んでいる間に、株式法は「株主相互の法律関係と誠実義務」を長い間泥沼地帯に置いたままであったからである。一方、株主と会社との間の誠実義務(利益促進義務)に疑問が提示されたことはない。つまりこの関係で考えうる事例は、ずっと以前から全て株主と会社との間の誠実義務を

認め、特別の判例法の規制に服していたのであるが、他方において会社を媒介とした株主相互の法的義務、まさにこの関係の誠実義務については傷を開けたままで、その手当はされなのままの状態であった。

ここに、M.Lutterによると、先ず AUDI-NSU 事件判決への批判を強める一方、この判決に対し反対論を展開していたのである。現在では、株式会社における株主相互の内部関係に達するまでに、いずれも大株主の誠実義務を認めた BGH の二つの決定を伴った判決でパンショット（チルト）が必要であった。⁽⁹⁾

同時に、しかし判決は、全く新しい領域、即ち議決権行使代理人の義務と責任を犯すことになる。従って、従来の論争の事実上終わりであり、かつ同時に新たな始まりでもある、と言われているのである。

第2 Gimes 事件判決の判決要旨は、以下の通り九点であるが、本稿にとって重要な点は、その第一点(①)である。⁽¹⁰⁾その他の点については本報告に必要な限りで言及し、委細は割愛している。

即ち①少数株主もその仲間株主に対し誠実義務を負う。誠実義務は、少数株主の社員権（特に共同管理権及び監督権）の行使はその他の株主の会社に関係する利益を適切に考慮に入れて行使することを少数株主に義務づけるものである（Linotype）。

②株主間に存する誠実義務に基づいて、各株主には一本件の企業再建の構想に属する減資を含む一会社の重要な再建で、しかも過半数を得られている再建を株主の利己的理由から、阻止することは認められない。

③総会の投票の際、株主全体の中で何人かの少数株主が少数阻止勢力又は少数株主権の実施・実行のための要件を実現する場合、いずれにせよそれらの少数株主が統一的議決権行使を告知しているか（Stimmbindung）、又はそれらの少数株主が、議決権行使とは別個に、その株主に反対して、その代わりに特別の構想を展開する第三者又は特定の株主に投票行動を託している第三者（Stimmrechtsbündelung）に委任している時には、誰にとっても株主の誠実的拘束が重要である。誠実義務が偶然的に派生する少数提案勢力又は少数阻止勢力にも、及ぶかどうかどうかは、未決定のまま

である。

④議決権代理行使者は、議決権を与えられた株主自身と同じように、誠実義務から導かれる制約の下でのみ、議決権を行使できる。代理権者には、独立の会社法上の誠実義務は、関係しない。

⑤議決権代理行使者の投票行動は、代理権を授与した株主の責任に帰せられなければならない。誠実義務違反を理由とする代理権授与者の損害賠償義務は誠実義務が故意に侵害されていて、損害の発生が総会決議の取消によって阻止されない場合にのみ、生ずる。

⑥議決権代理行使者は、自分に議決権の代理行使を授与しなかった株主に対し、第三者のための保護作用のある契約という観点でも、契約締結上の過失 (c.i.c.) という原則の下でも、損害賠償の義務を負わされない。代理行使者が「関係する者のために」(für den, den es angeht) 議決権を行使し、代理行使者がその授与者に請求権の呈示を告知していなかった場合、BGB 一七九条一項を準用して、代理行使者に損害賠償義務が適用される。

⑦議決権を「それに帰着する者に代わって」行使する株式会社法一三五条九項三号の意味における「営業的」議決権行使代理人は、損害賠償請求権が誠実義務違反の議決権行動から結論として生ずる株主に対比して、彼の委任者に告知する義務はない。

⑧株式会社は、会社財産が清算価値の勘定(評価)の際、秘密準備金を取り崩して、なお既存の債務を補填しない(計算上の債務超過の場合及び会社の資金力が十中八九 (nach überwiegender Wahrscheinlichkeit) 確実に中間期において企業の継続に足りない(企業存続予測の不可能な)場合、債務超過である)。

⑨株式が価値がなくなれば、そのことによって株主に生ずる損害の裁定(測定)にあたっては、原則として、証券取引相場も引き下げられる。誠実違反的行動により、財産損害が発生した場合、当該株主は、その持ち分上、会社財産の減少に相当する損害額を、当該会社の清算又は破産の際、会社債権者の優先的満足に必要なときのみ、自分の私

的財産へ給付するよう主張することができる。

- (1) 拙著 大株主権力の抑制措置の研究 嵯峨野書院(一九九二年)学位論文審査要旨・立命館法学 一九九三年四号(二二〇号)九〇〇(二六〇)頁―九〇九(二六九)頁。
- (2) 拙稿「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―久保欣哉教授退官記念 中央経済社(一九九三年)八九頁以下。拙稿 ドイツにおける「会社法上の誠実義務」の展開―W・ヴェルナーの紹介を中心として―鹿児島大学「法学論集」第二九巻第一・二号合併号一六一頁以下。
- (3) 例えは、Albrecht Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht im Aktienrecht W・Mauke Sohne (Hamburg 1993)。
本書S書評 Wolfgang Zollner, AG 12/1993 S.574-575 参照
- (4) BGH, Urteil v.20.3.1995 - II ZR205/94 (OLG Düsseldorf), JZ 1995 S.1064 ff.
- (5) M・Lutter の判例批評' JZ/1995' S.1053
- (6) 参照 Werner Flume, ZIP 4/96, S.161ff., Reinhard Marsch-Barnier, Treupflicht und Sanierung, ZIP 20/96, S.853ff., Philipp Lamprecht, ZIP 32/96, S.1372ff.
- (7) M・Lutter の判例批評' JZ/1976, S.561ff. 前掲拙著 第七章ドイツ判例研究を契機とする構想 二二二頁以下参照
- (8) M・Lutter の見解発表' JZ/1976, S.225ff. 前掲拙著 第一章会社法上の誠実義務をめぐる構想 一〇頁以下掲載文献参照
- (9) M・Lutter の判例批評' JZ/1995, S.1054
- (10) 私見の構想として、誠実義務とは、会社を支配する大株主(支配株主・多数派株主)は少数者の株主に不正な措置を執らない、また会社債権者に対する関係でも正当な会社経営をするように努める義務を課すことにより、現代株式会社における株主権力・経営権力を抑制し、また親子会社関係における親会社の権力を抑制し、ひいては小株主ないし少数派株主の保護を図る見解を公表した。本見解の補足としても、本件第2 Girnes 事件判決の判旨の①は重要な比較法上の根拠を呈示したものである。

二 序説としての展開

(一) これまでの研究によれば、会社法上の誠実義務論は、会社に対して、社員（株主）に対しても成立するものであり、それは権利（私権）の抑制機能にも、更に義務の根拠機能（義務機能）にも作用するものと判断される法概念である、ということになる。

人的に密接な社員関係の会社法（人的会社法）では、誠実義務の存在は否定されがたいが、いわゆる資本団体たる会社法（物的会社法）においては、その存在が社員関係（株主関係）では否認され、そのような展開の帰結としてわが国の伝統的社団法人論が形成されているのである。

しかし、最近時のドイツ会社法上の判例・学説（ドイツ的会社法思想）の展開に依拠してみると、わが国の会社法思想にも新たな展開があつてしかるべきではないか、と史料するに至るのである。

しかれば、そのような法思想が一般的に認められる根拠ないし通用原理、換言すると「通理としての会社法上の誠実義務」ということになるが、それを認めるに当たり、どのような法倫理的かつ法政策的な考察を含めて、法解釈（学）を展開すべきか、ということと会社法典上の立脚点の問題をいかに誠実義務と結び付けるか、ということについては、結局会社関係上の社員（株主）関係の問題として、それぞれを区別して展開すべきことになる、と思う。

(二) 株式会社法において、通理として株主に誠実義務が認められる根拠は、法的に保護される他の株主利益へ広範囲にわたる一定の影響可能性が存することであり、このことが「対抗力」として誠実義務を必要とするのである。¹¹⁾

株主すべてがそのような「広範囲にわたる一定の影響可能性」を本来的に保有している限り、全株主に誠実義務は生ずるものであるから、過半数所有株主（多数派株主あるいは多数者、大株主ともいう）ばかりでなく、原則として、少数株主をも拘束するものである。

本来的に、株主の当該会社に対する誠実義務は、株式会社法の基本的規範である会社の目的（内容・定款）に明らかであるが、株主間の誠実義務の法的根拠は、わが国では一般私法上の「信義誠実原則」（民法一条二項）に存するものである。

そのような誠実義務の会社との接合点は、株主と株式会社との間に生ずる株主（社員）資格の法的関係であり、株主相互間の法的関係は（ドイツ会社法学説の思想では「第三者保護の効力を有する契約」¹³）あるいは「契約締結上の過失」¹⁴に依拠した学説の展開もあるが、既述の第2 Gimes 事件判決の判決要旨^⑥ではそれらの学説は認められていない¹⁵）、まさに文字どおり「法的な特別結合」である、と構想している。

換言すると、会社への誠実義務論は当該会社の目的（内容）の促進論になり、株主間への誠実義務論は各株主の株主（社員）資格上の諸利益を侵害しないという相互不可侵論になる。

(三) 以上のように構想される株主の誠実義務が他の義務と比べたときの強弱・優劣などの拘束力（程度）は、先ず株主の会社への影響の程度に応じて各株主のものと決められ、とりわけ株式保有とそれに結びつく議決権により、しかし他方では特別権力・経済的影響可能性というようなその他の要素を介して、その拘束力は媒介される性質をもつ。この経済的影響可能性との関連では、当該会社の実態が重要であり、つまりその会社の定款、他方では定款以外にその会社の実態によって決定される当該会社の具体的な出現型が重要である。

結局、株主の誠実義務の拘束力（程度）は、そのときどきの株主権の措置および行使が会社の目的（内容）の追求に役立つ領域で、決定的に、左右されることになる。

株主権の措置および行使と会社の目的（内容）の追求との連関が密着すればするほど、会社に対する誠実義務による拘束は強くなることになる。

このような判断基準は、株主間の誠実義務にとっては、仲間株主の社員（株主）資格上の諸利益への侵害は、再び会社

の目的（内容）で決定的に左右される「会社利益の優越性」によって合法化されねばならない趣旨であり、社員利益への加害禁止とその会社利益の優越性が向き合ったまま具体化できる限りで意義があることになる。

その限りでは、会社利益の優越性の可否は、いわゆる「相当性原則」に従って判断されることになるだろう。¹⁶⁾

四) 以上のような検討に加えて、何によって、誠実義務の程度（強度）は決められるかについてまとめてみると、以下のような覚え書きとなる。

① 誠実義務を認めるにあたり決定的観点は、法的権力（影響力）と責任は一致・併存していなければならぬ、ということ。

② この観点は、誠実義務の範囲の決定にも重要である。つまり、会社と仲間株主の社員たる利益への影響力（法的権力）が増大するに連れて、誠実義務思想に基づく株主の義務拘束も増大する、ということ。

③ 誠実義務の決定的通用原理が他の構成員の法的被保護利益への影響可能性にある場合、この義務の範囲は、個々の株主にとって、そのような影響可能性が存する度合いに応じて決定される、ということが矛盾ないこと。

④ 厳密に言えば、株主権力（影響力）の増大・上昇が、その質的増大・上昇の意味での誠実義務の程度（強度）をもたらず、とは言われ得ない、ということ。株主権力（影響力）の増大・上昇つまり影響可能性が増大する場合、自然に、会社又は株主を害する可能性も増大し、かつむしろこの理由から誠実義務が結果として現れる、といわねばならない。多数派株主は株主総会を牛耳ることにより、また経営管理機関への影響力行使により、会社の運命を左右し、定款変更をも容易に行いうるのであるが、その投票数や行動・態度が問題にならず、かつ会社に何も影響を与えない小株主にとつて、誠実義務はより一層具体的な意義を得ることになること。

⑤ 多数派株主は、自分の権力（権限）行使に際して、小株主より、制度的により容易に、それによって会社又は仲間株主の利益を誠実違反的に侵害する措置をも行使できる。しかし、誠実義務は、原則的には、両者にとつて同様に妥当す

るものである。

小株主にも、株主総会における投票に際して、会社及び仲間株主の利益を、適度に、配慮する義務が、原則として、誠実義務思想から結論づけられるのである。つまり、誠実義務に基づき多数派株主に禁じられている投票行動は、小株主にも、およそ許されるものではない。けれども、小株主の投票は、通常はその結果に影響しないから、彼の態度・行動は、誠実義務という観点の下でも、作用しない、即ち制裁力はないのである。従って、大株主に対して、小株主以上に強度な、あるいはより程度の高い誠実義務が妥当するというものでもないこと。

それどころか、大株主は、その万般の権力を根拠にして、容易く、誠実義務と衝突できる。しかるに、結果的に、小株主は自分の議決権行使は原則として自由であり、通常は固有の自由裁量で自分の利益を追求できる、ということとは正しいけれども、しかしこのことが、あたかも小株主は、概ね何ら生来的に誠實的拘束に服しないものである、というように理解されてはならないこと。

誠実義務が、原則として、存在することと、個々の株主とその誠実義務が何時作用しうるか、という問題とは、注意して、区別しなければならない。小株主にも、大株主と同じ誠実義務が潜在しているが、ただその誠実義務は、小株主には、本来的に、減多に具体化するものではないこと。

つまり、会社における権力（影響力）と共に、個々の株主にとって、誠実義務の意義は、株主が会社のために、まずまず作用（影響力行使）できる、という意味で、その意義は増大するのである。

⑥要約 株主が株式会社において保有している影響の程度は、誠実義務という一般条項が本質的規準となる。しかし、この場合、誠実義務は、増大する権力（影響力）と共にその程度をまず、というように誤解されてはならない。それどころか、誠実義務の要請は、原則として、全株主に、同じ様に、妥当するものである。しかし、具体的には、誠実義務が小株主には、通常は何ら役割を演じないほどその行動余地は相当に狭いので、決定的影響力のある大株主は小株主よ

り容易く誠実義務に違反できる。特に、株主の影響可能性は、持ち分所有（株式保有）とそれに結び付いている議決権によって、与えられるものである。

しかし、それ以外の会社法上付与されている影響可能性、並びに経済的実態も重要である。その際、議決権行使以外の影響可能性により、会社におけるある株主の地位とその影響の程度は、必ずしも常に、資本持ち分の額と一致する必要はない、ということが明らかになる。

以上のような意味において株主相互間の法的関係は、ドイツ会社法学説でも多様な見解が展開されてきたものではあるが、文字どおり「法的な特別結合」である、と理解できるのである。

(五) 更に、誠実義務の範囲に規準となるのは会社の実態構造 (Realstruktur) である。特にその会社の定款規定上の構造によって、しかも株式所有の分散といった実態 (事実状態) によって決められる当該会社の具体的実態 (Erscheinungsbild) の影響からも株主は誠実的拘束を受けるのである。⁽¹⁸⁾

①その観点は、既述で検討された規準と密接に関連している。蓋し、会社において各株主が行使できる影響の程度は、本質的に、会社の実態構造に依拠しているからである。例えば、最高議決権はその影響を制限でき、わずかしか平等権がない持ち分所有者がいる株式会社の場合、その協力可能性はその他の持ち分が分散所有の状態である会社とは異なっている。

誠実義務の範囲は、事例毎に、常に、関係株主の地位から決定しなければならないから、それ故に株主がどの程度当該会社において権力（影響力）を保有しているか、という問題の場合、会社の実態構造を考慮にいれなければならない。②会社の実態構造との関連で当該会社目的をも採り上げられる限り、その場合大抵、団体法における誠実義務思想への一般的、法形式を越えた考察が問題となる。本研究は、経済的株式会社からはじめているから、会社目的の種類の誠実的拘束の範囲に関する問題は、本稿ではこれ以上検討しない。同様にどの程度ある会社の構成員の人的信頼関係

から、例外的に、社員の社員資格上の利益以外に個人的利益も配慮する義務が生じうるか、という問題も、ここではさほどの意味はない。株式会社にとつては、そのような誠実義務の範囲の拡大は、通常は問題にならない。ただ仲間株主の社員の社員資格上の利益だけがいかに保護されるかである。

(六) 会社の目的追求との関連において、結局、株主の誠実義務の範囲は、社員権の措置乃至行使が定款に確定されている会社目的の追求の領域に従つても、決定される。個々の事例で、その関連がより密接であればあるほど、それだけ一層株主は、当該会社の利益を考慮に入れなければならない。つまり会社に対する誠実義務は一段と増す。目的追求との関連が存在しなければいけないだけ、それだけ一層自己の利益追求に際して会社に対する株主の自由になる余地は大きくなる。

仲間株主への誠実義務に関しては、社員権への不利益な加害は、常に、会社の優越的利益によつて正当化されなければならないし、そうでない場合、その加害は仲間株主に対する誠実義務違反となる、というように目的追求領域の規準が作用する。その場合、会社利益の決定の規準的観点は再び会社目的である。

(七) 会社に対する誠実義務については、既に多種多様に強調されているように、株式会社も会社法におけるその体系上の位置づけに従う一定の目的であり、構成員の共通する目的追求のための結合（団体）であり、それに応じて株主に、構成員という基本的構成要素として、団体に共通する目的を義務づけるのである。

このことから導かれることは、株主は、個々の共同目的の追求が言及されればされるほど一層、自己の私的利益、即ち会社以外の利益を相当程度退け、会社の利益を優位させる必要があるということである。

従つて、例えば、ドイツの例に倣うと、株主が株式会社一九九二項に基づき株主総会において、業務執行の問題について決議を行い、又は特に株主が業務執行へ影響を及ぼす場合、会社の業務執行はその本質上会社目的の追求に向けられているのであるから、その際には株主は、専ら会社の利益を管理しなければならないし、かつその態度は、私的利益を実現してはならないことになる。

同様に、会社の営業機会を自己のために利用してはならない。

既に私的目的の団体としての株式会社の本質から、及び社員がこの目的の共同追求に拘束されることから、目的追求の領域が拡大すればするほど、会社に対する義務拘束の増大が根拠づけられることも、考察に入れられなければならない。

ドイツの例に倣うと、会社業務執行は、株式法七六条、七七条により、取締役の割り当てられている。株式法九三条では、株式会社の経営管理と結び付く勢力に対する対抗力として、取締役の厳格な注意義務と責任が定められていて、取締役構成員は会社に対して誠実義務を行う。株式会社における正規の権限分配とは異なり、株主が会社業務執行の問題を決定する場合、例えば株式法一一九条二項により、業務執行の決議が行われた場合、その際には株主も同じ責任に服しなければならない、ということが株式法九三条の評価から結論づけられる。

周知のことであるが、業務執行権を株主総会へ移すことは、株主総会が、自ら拘束されないように取締役の責任を軽減する、という意味を有するものではないのである。それも株式法九三条に基づく取締役の責任は、一第三者機関として他人の財産の包括的処分権限を保有する取締役の受託者の地位という考え方（思想）に基づいていることも、看過してはならない。

それ故に、株主は会社の所有権者として他人の財産を処分するのではなく、自己の財産を処分するのであるということ、義務的地位を株主へ評価的に移すことに対して、異議が唱えられるであろう。

そういつても、株式会社における多数者は、同時に、少数者のためにも共同決定し、その社員権を処分するということ、換言すると、多数者は、同時に少数者ための信託受託者である、という考え方には問題はなからう。

以上のような修正をつけながら一取締役の会社に対する信託受託者の地位の代わりに、業務執行に参与する株主の仲間株主に対する信託受託者の地位を一株式法九三条に基づく誠実義務の程度を決める評価は、株主から導き出される。従って、株主の会社に対する誠実義務が強くなればなるほど、それだけ一層会社目的の追求との関連が存することになる。

その場合、この規準は、単に会社業務への直接的影響の場合だけでなく、当該措置の全段階のところで誠実的拘束の範囲を決める際に考慮に入れておかなければならない間接的な目的追求との関連が存しうることになる。

それ故に、株主のあらゆる行動は、誠実義務の程度がより大きいか、あるいはより小さいかを確立できるように、目的追求との関連で、個々具体的に、検討されなければならない。

当該株主の影響可能性の範囲の規準とは異なり、ここでは誠実義務の強度化 (Intensivierung) について論じられる。蓋し、株主は自分の利害がより強力に後回しにしなければならぬほど、個々の場合に会社目的の追求との関連はそれだけ一層極限されることになるからである。

それにも拘わらず、個々具体的に目的追求との密接な連関があるということを確認しても、株主は自分の個人的利害を完全に考慮の外に置くべきとは言えない。それどころか、株主は会社の利益が株主固有の社員たる利益をしのぐ（圧倒する）限り、自分の個人的利害を無視しなければならない、ということ。そのことがそうであるかどうかは、会社利益と社員利益とはお互いに利益考慮しなければならない「相当性の原則」を検討に架けて、確定しなければならない。特に、こうした会社の利益とその構成員との利益考慮は多数者株主の少数者株主への利益侵害のコントロールの場合、問題とされる。

つまり仲間株主についての誠実義務に関して議論されることになる。それ以上に、それぞれの利益考慮は、一般的に、会社利益と社員利益とはどこで利害衝突するか、と言うところに帰する。株主は、会社の優越的利益が存する、乃至、逆に自己の地位に比例しない放棄を行う必要はない限り、原則としては、自己の利害を後回しにする必要はない、と言えるのである。

会社に対する誠実義務の程度の問題の場合、社員の非利己的権利（いわゆる共益権）と利己的権利（いわゆる自益権）との間の区別はされる。社員の非利己的権利、会社業務執行権限がその主たる例であるが、社員に会社目的の促進の権限

が付与されている。この場合、会社利益が社員の利己的権利に当然優越する。それに対して利己的権利の場合、これには、特に利益（利潤）関係の権利が属するが、例えここにも誠実的拘束が存したとしても、株主の私的利益を追求することは、当然株主の自由に委ねられている。

しかし、誠実義務を具体化するために上述の区別を利用することには疑問が残る。成る程、社員の非利己的権利については、会社利益が絶対的に優越する。従つて特に会社に対する誠実義務の程度は大きいと言うことは、妥当するが、他方社員の利己的権利の場合にはそれほどの意味はない。やはりこのように区別する考え方は必ずしも常に妥当するとは言えない。

蓋し、一方ではある措置が、具体的事例において会社の利益を侵害しない場合、会社に対する誠実違反となることなく、事情次第では、社員の非利己的権利の場合でも、社員の私的利益に役立つからである。

しかし他方において、社員の利己的権利行使の場合でも、会社に対する誠実義務を考慮に入れなければならない場合がある。即ち会社の利益を、不当に、侵害するようなやり方でその利己的権利は行使されてはならないである。従つて社員の非利己的権利の行使の場合、会社利益が常に優越しているということ、一方では、社員の利己的権利はそれに劣後するということは、一般的に、確認することは、起こり得ない。

更に、いかなる社員権が社員の非利己的権利を付与され、いかなるものが社員の利己的権利を付与されるかを、完全に定義することはできないので社員権を区別することに反対である。一方に業務執行権、他方に利潤関係の諸権利といった既述の例は、その法的性質決定にさほど重要でない。多数の社員権が両者に区分けされる柱にすぎない。

ドイツの例に倣うと、株主総会は、例えば株式会社一九九条一項二号・一七四条に基づいて、貸借対照表利益の処分を決議するのである。この権利は、当該決議が株主への配当額を決定する（株式会社一七四条二項二号）限りでは、社員の利己的権利の性格を有するものである。

しかし、同時に、会社が自己金融する可能性に関わるから、会社目的の追求との関連も、つまりこの権利は社員の非利己的権利の特徴も示すものである。このことは、株式法二五四条からも問題がある。つまり、利益準備金の積立又は利益としての繰り越しは、会社の生存能力及び抵抗能力の維持には必ずしも必要ではない、ということ。従って、利益処分案決定の場合の議決権行使は、専ら非利己的権利の性格として法的性質決定されうるものでも、単に利己的権利と性質決定されるものでもない。

最後に、とりわけ会社目的の促進のために付与されているそのような権利が非利己的権利の特徴をもつものと性格づけられる場合、このような区分けも、結局は、目的追求の領域という規準を基礎づけるもの、と確認できる。然るに、その区分けによって自明のカテゴリの創設を正当化する新しい観点が呈示されているものではない。

以上のような理由から、非利己的権利と利己的権利との区別はあきらめ、その区別は誠実義務の程度の定義に際しては、不要である。それどころか、直接的に、会社目的の追求にとつて株主の措置又は権利行使はどの領域を提示するのかの問題を狙わなければならない。

(ハ) 仲間株主に対する誠実義務（株主間の誠実義務）について、以下のようにまとめることができる。

株主間の誠実義務の程度についても、会社目的の追求という領域が中心的規準であるが、ここでは別な意味においてである。誠実義務から導かれる株主間の利害を侵害しないという原則は、社員利益のそれぞれの侵害は、会社の優越的利益によって正当化されなければならないということ。そうでない場合、その侵害は仲間株主に対する誠実義務違反となる、という趣旨で具体化しなければならないということになる。

再び、会社利益は会社目的との関連を規準にして決まる。言い換えると、株主間の誠実義務は侵害された措置が目的追求に必要でない限り、社員たる地位のあらゆる侵害を禁じていることになる。つまり、個別具体的に目的追求との連関が密接であればあるほど、それだけ一層、一方では会社に対する誠実義務（既述参照のこと）の程度が強くなり、他方では、

株主間に存する誠実義務違反を根拠にすることなく、仲間株主の社員たる利益の侵害の程度がより強くなる。

その連関が緩くなれば成る程—これは、特に、会社の基礎及び組織といった構造的措置の場合—であるが—それだけ一層会社に対する誠実義務は背後に退き、しかもそれだけ一層仲間株主の地位も侵害されないことになる。

その際には、既に Zolner が明らかにしているように、仲間株主の利益侵害が優越的会社社利益によって正当化されるかどうかを確定するためには、「相当性の原則」の検討を行わなければならない。

それによれば、問題になる措置が、先ずはその措置で追求される目的を実現するに適していなければならない。次に、その措置が多数の手段の下で仲間株主の利害にとつて既特権のものでなければならず、かつ「必要性の原則」に合致していなければならない。最後に、仲間株主の利益侵害は獲得された当該会社の目的に不釣り合いであつてはならず、つまり狭い意味で「相当性」の判断を行わなければならない。

このように、いわゆる公法上展開された「相当性の原則」を株式法へ転用することは、巨大構造の組織内部から当該地位をコントロールすることが重要であるので、優越的利益の追求の勢力の担い手に付与されている裁量を抑制できる根拠として、それは適したものである。

換言すると「相当性の原則」は公権力の担い手のコントロールに関する国内法及び行政法では、権利に対する公益、特に基本権に対する公益は、ある行政措置によって負担を負わされる市民を考慮に入れなければならない場合に適用されるのであるが、そうであるならば、株式会社法では、特に多数者のコントロールのために、多数者に対する会社の利益が、社員たる地位の利益を侵害される株主と比較して、考慮に入れられなければならない、という意味において転用されていくべき会社法上の原則となる。

ドイツの例に倣うと、BGH は、新株引受権排除の事件における Kai-SALZ 判決において、仲間株主の株主権の侵害には共同の目的追求による具体的正当性が必要であるという見解に賛成した。勿論、株式法一八六条三項の形式条件を越

える新株引受権排除を実質的に正当化する必要性は、株主相互の誠実義務ではなく、ただ一般的に「具体的理由」の存在の必要性に係る。文献上でも、多数決議の内部抑制 (Inhaltskontrolle) の必要性は屢々株主の誠実義務とは分離されて議論されているのであるが、事物の本質上、この判決でもって別段なにも主張されているものではなく、少なくとも Linotype 事件判決が下されて以来、そして判決において認められている株主間の誠実義務の承認以来、Kali-SALZ 事件判決における BGH の議論を、誠実義務の文脈に位置付けることに何等の疑問も存しない。

BGH が、Kali-SALZ 事件判決では、誠実義務に依拠できなかったにすぎない。蓋し BGH はこのための途を二年前に下された Audi/NSU 事件判決によって構築していたから、ということとは妥当である。

もっとも問題は、一方では会社の、他方では不利益を蒙った株主の、相互を比較考量する利益は、いかに詳細に定義されるか、ということである。

当該株主の側面では、このことは比較的簡単である。蓋し、決議された措置の性質に応じて、大抵は具体的社員たる地位は不利に関わっているからである。そのように、新株引受権排除に基づいて会社の増資に参加できない株主は、その株式会社の支配権限を失うことを受ける。蓋し、その持ち分権の範囲は相対的により小さく、かつその上通常は、当該株式の価値損失をうけるからである。同様に、例えばその他の社内留保決議の場合、株主の利潤関係の権利が関係してくる。

それ以上に厄介なことは、侵害された株主利益に対する比較考慮すべき会社利益をより詳細に把握し、考量することである。

蓋し、成る程、例えば増資が現物出資に対して企図され、それが会社の自己金融という利潤の社内留保に役立つ場合、新株引受権の排除を承認する会社の利益は存しうるからである。けれども、このことは会社にとって行われた会社の核心的利益ではない。それどころか、最適の目標追求を可能にする中間的目標が問題である。即ち、企業対象の経営を通じた利潤目標が重要である。しかし、これが多かれ少なかれ株主利益への重大な侵害が正当化される程、それほど強く関わっ

ているかどうかについて、具体的には、判断することは困難である。

蓋し、一定の経済的目標を達成するため屢々多数の措置が考えられ、ある措置の成果は正確には予見できないからである。ここでは少なくとも大凡の立脚点を得るために、株主利益と会社利益とは、結局は対立するものではない、ということとを意味づけることが有用である。蓋し、具体的問題の場合でも一凡そ利益配当に対する自己金融といったようなもの一矛盾（利害衝突）が存しうるし、従って株主の具体的目標は個々の事例では株式会社の利害と矛盾しうる場合であっても、それでも株主の主たる利害は当該会社の経済的成果にある。言うならば最大可能で最適な会社の目的追求にあるのであるからである。

株主が共同の目的追求のため会社に集合・合体している、と言う事実から、このことは、例えば利益配当の期待といったような広い利益が先ずは導き出される主たる目標である、ということになる。法人として幅広く自立しているにも関わらず、株式会社も自己目的の団体ではなく、株主による共同目的の追求に依拠している団体なのである。このことが考慮に入れられるならば、ここで行うべき「相当性の原則」の検討は、同時に株主の一般的利益である会社の利益に対する「特別」の株主利益を比較考慮しなければならぬ。従って、いずれにせよ「相当性」とは、株主の一般的利益が相当程度促進されかつ最初に利益を侵害された株主の地位がその残高では損失をうけていない、ということによって比較考慮されているときには、「相当性の原則」が存在しているのである。

以上のような考察は、BGHの判例でも、暗示されているように思われる。つまり、BGHは、新株引受権を排除された少数者が株主の不平等取扱によって資本の欠損から保護されていたことを理由に、その不平等取扱を具体的に判断してその排除は正当化され、従って認容されるものと明言した。

Kall-SALZ事件判決において、BGHは増資で手に入れ、全株主に生ずる利益（利得）は新株引受権を排除される株主の持ち分損失及び議決権喪失に埋め合わせをつけていなければならない、ということを示していた。

Holzmann 事件判決では、結局 BGH は認可資本の場合の新株引受権排除は、関係株主の利益を考慮に入れている場合でもその排除に代替可能なものを検討しなければならない旨を確定している。

従って、その判旨によれば、仲間株主の社員たる地位を侵害する措置の（狭義の）「相当性」の判断に際しては、そのことよって得られた利得が、会社及び株主全体にとつて、長所が―先ず不利益に関係する株主にとつても―結果においては優っている程に、それほど大きいかどうかを問わなければならない。それでも、その判断の困難性は決して無くなるわけではないが、この規準は、少なくとも、立脚点を与えるものである。

つまり、ある措置の目的追求という特別領域は株主間の誠実義務の程度にとつても重要である。社員たる地位の利益侵害は、会社に獲得された目的追求に会社が優越的利益を得ることよつて正当化されなければならない。

一つの帰結として、以下のようにまとめることができるであろう。

会社に対する株主の誠実義務の程度がより大きければ大きいほど、それだけ一層会社目的の追求との連関が存していることになる。即ち、このことは私法上の目的団体としての株式会社の本質から結論として出てくるものであつて、それ以上、株式会社の取締役も会社の業務執行に際して―又は会社の目的追求に際して―他人の財産を処分する可能性に即応しながら、包括的な注意義務と誠実義務とに服するのである。その際に、非利己的権利の行使と利己的権利の行使との間の区分けは必要ではない。この区別も、結局は目的追求の領域という規準を基礎として判断すれば足りるのであつて、従つてその区別によつて新たな観点は何も提示されないからである。

仲間株主に対する誠実義務の程度については、株主の仲間株主のあらゆる利益侵害が、再び会社目的に応じて決定される会社の優越的利益を通して正当化（合法化）されなければならない限りにおいて、目的追求のためのそれぞれの措置、つまり各措置を目的追求に近付けることによる「特別領域」が重要である。以上のことがそうであるかどうかは公法を類推して行うことになる「相当性の原則」の判断に懸かつて決定される。言うまでもないが、「相当性の原則」は行き過ぎ

を禁止する掟であり、法治国家の精神からいえば、法に従わない者に対しては法の認めるいかなる強制手段をとつても良いということにはならず、国家がその目的を達するにはそれに相当した適当な手段をとらなければならないと言う原則に株主権力の抑制法理を託することが妥当であろう。

いずれにせよ、それぞれの措置の相当性は、その措置によって得られる利得が会社にとって、最初に不利益に係る株主の地位をも、結局は損をさせない程度に大きい場合に首肯されなければならない。

(九) 序説としてのまとめを要約してみると、⁽²⁰⁾株主の誠実義務の程度を定義するために、いろいろな規準を引き出すことができる。

先ず第一に、議決権及びその他の会社法上の影響可能性によって、しかも経済的勢力によって媒介される株主が会社において保有している影響の程度にかかっている。

株主の影響可能性が大きければ大きいほど、株主にとって誠実義務はその意義は大きな意義をもつ。

この観点と会社の現実構造（実態）という規準とは密接な関係がある。定款及び株式所有構造といったような、事実上の所与によって形づくられる会社の具体的実態も誠実的拘束の範囲に作用する。

最後に、誠実義務の程度はある株主の措置又は権利行使が会社目的の追求という特別領域に応じて規準として決まる。

その連関が密接であればあるほど、それだけ一層、一方では、会社に対する誠実義務がより強くなり、他方では、仲間株主に対して存する誠実義務という観点の下で仲間株主の社員たる地位の侵害が合法化される。

その連関が緩ければ緩いほど、それだけ一層会社に対する誠実義務は役割を演じないが、仲間株主に対する誠実義務は意味がある。

- (11) 前掲拙著 第七章ドイツ判例研究を契機とする構想 二二二頁以下及び第八章ドイツ判例の研究を中心とする構想 二四七頁以下並びに終章 展望と課題 三〇三頁以下参照。私見によると、新たなドイツ的会社法思想の段階に到達しているとの確証を報告してきたが、前掲拙著で検討した箇所については当該箇所を参照。Wolfgang Zöllner, Die Schranken Mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden C.H.BECK (1963). Martin Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-RECHT C.H.BECK (1986)。Andreas Fillman, Treuepflichten der Aktionäre Peter Lang (1991)。前掲書 G. A.Nehls, Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht im Aktienrecht W. Mauke Sohne (Hamburg 1993)。本書書評 Wolfgang Zöllner, AG 12/1993 S.574-S.575参照。
- (12) この思想は、ドイツ連邦裁判所の判例思想であるが、既に拙論でも確認済である。前掲拙稿 ドイツにおける「会社法上の誠実義務」の展開—W.ヴェルナーの紹介を中心として—鹿児島大学「法学論集」第二九卷第一・二号合併号一六一頁以下参照。
- (13) A.Nehls「前掲書の見解では、culpa in contrahendo (c.i.c.)論と比較して、自説の見解が優れている旨を主張している。同じように、株主間の法律関係がC.i.c.の法律制度に依拠して展開される限り、株主の特別結合の手がかり(口火)は導かれ得ない。これに対しては、本質的に、二つの理由から、疑問がある。
- 一つは、C.i.c.は契約前の状況でしか、適用がない、ということに異議を申し立てることができる。契約締結の場合には、その限度で成立している法律上の債務関係は終了し、包括的な契約上の債務関係に移行する。
- しかし、法人の社員資格の場合には、既に有効な法律関係が根拠づけられている、つまり、構成員の法人に対する法律関係が生じている。
- 従って、その状況はここでは、基本的にC.i.c.とは異なる。
- 二つには、疑問がC.i.c.の適用の前提である当事者間の法律行為上の接触というメルクマールから、生じる。上述の見解によれば、このコンタクトは社員資格の取得の中に当然認められるはずのもの。
- その取得は、その他の社員との契約による会社設立、それから譲渡人との契約による持ち分譲渡及び会社との契約による増資の方法で発行される持ち分の取得といった場合の協力の事例でしか、実現されないとすることは重要でないという。
- ただその法律行為的コンタクトというメルクマールは、社会的コンタクトと境界設定するに役立つに過ぎないし、法律上の債務関係の当事者間の直接的な法律行為上の関係づけを前提にしているものではないという。
- けれども、なるほど、既に間接的な法律行為上のコンタクトは、一般には、C.i.c.の法律上の債務関係の根拠づけには十分

なものと認められる、ということは正しいのであるが、法人の社員資格の取得の場合―設立に場合の協力はのぞかれるのだが―社員資格に関してはこれは存在しない。

蓋し、間接的法律行為上のコンタクトも、法律行為的目的を狙いとしなければならない。ここでは、それはそうではない。ある社員の持ち分取得の場合、法律行為的コンタクトは譲渡人と成立し、増資による持ち分取得の場合、法人としての会社と成立する。

しかし、その両者の場合、特に証券市場を通した株式取得の場合には明白なことであるが、社員のいつもの性質のような法律行為的コンタクトは根拠づけられない。会社法では、概してどこで株主間のコンタクトは生ずるかになり、まして況やどこで法律行為上のコンタクトが生じるべきかは、はっきりしない。然るに、ここでは〇二〇の法的債務関係を根拠づける最小の必要条件が存在しない。

株主間の法的特別結合は〇二〇の法律制度に類似のものと構想され得ない。

株主の法的特別結合は第三者のために保護作用のある契約と類似するものであるという。株主が団体に共同の帰属とそこから生ずる特別影響（作用）可能性は株主相互の特別に性質決定されるコンタクトを生じさせている。株主は、その会社に關係する利益領域では、株主同志の裁量に応じて行使される決定権限に服している、という事情から、株主同志間に生じている誠実義務の接合点である法的特別結合が結論づけられる。従って、株主ために存する仲間株主の社員たる地位の利益へ影響する可能性は、誠実義務の法的根拠づけの二つの局面を考慮に入れなければならない。

そのひとつは、上述されたように、その根拠づけは、一影響と責任は一致しなければならないという原理を承認して―誠実義務を認めることの法政策的要請が明らかになるから、誠実義務の基礎を意味するものである。

もう一つは、これらの加入という法律行為的行為によって媒介される影響可能性から、ある法的関係とつまり仲間株主に対する誠実義務の接合点を生じさせる株式所有者の特別に性質決定されるコンタクトが結果として生ずる。

しかし、その場合、上述したように、かかる特別結合の存在は、〇二〇に類似するものとは理由づけられない。それどころか、考慮に入れなければならないことは、第三者のため保護作用のある契約と言う法制度に依拠しながら、根拠づけることである。その際、その保護領域には、その他の株主が算入されている株主の会社に対する法的関係が主たる関係とみなければならぬ。

第三者のため保護作用のある契約は、その助けでもって、そのような契約自体には参加していない者にも、契約上の保護義務

違反を理由に、請求権を認めることができるように、展開された。その請求権は、債務者との給付行動に近付け、これと同様に、その関係を債権者に対する関係に近付けることに基づいて、保護に値いするものとみなされ、従って、不法行為法による保護とは示されるべきでない。既に、本稿では不法行為法は社員の特別に性質決定される影響可能性に関しては、何ら十分な保護を提示するものではない、という考え方に基づいている会社法上の誠実義務に類似するものが既に示されている。

しかも、ある法人における構成員の状況は、第三者のため保護作用のある契約の状況と比較されうる。つまり、第三者、いわゆる本稿では仲間株主が参加することになる主たる関係における「契約上の保護義務」は、既に明らかにされている株主の会社に対する誠実義務に見いだすことができる。と同様に、ある法律関係の第三者保護作用を受け入れるために作られる前提条件がある。

一般的には先ず、第三者の契約接近がその前提条件としてみなされる。第三者は、給付の危険領域に関係づけられていなければならない。偶然的にしかない給付コンタクトでは十分でない。このことは、仲間株主に肯定することができる。彼らは、会社の運命に、直接的に、参加しているからである。その契約接近は構成員にある程度自然に所与のものとして、株式会社に属するものであり、会社とその株主との間の法的関係の「危険領域」に組み入れられているものである。

次に、債権者の正当な給付の利益は―その限りでは、株式会社が債権者とみなされるのだが―第三者の保護で求められる。ここには、今や、法人としての株式会社は、構成員層の構造物とは中立的に対立していて、従って各個の構成員の保護への特別利益は有し得ないという反対が唱えられるでしょう。

けれども、株式会社も、その独立性の広がりに関わらず、一つの共同目的を追求するための団体である、ということにより、認められないであろう。しかし、有効な共同目的の追求は最小限度の社員の相互の配慮の保証がある場合にのみ可能である。以上のような見解から、法人としての株式会社は、株主の社員たる地位の領域を維持する利益があるのである。これに加えて、指摘しておくなければならないことは、第三者ための保護作用を認めるために諸要求を制限することは、結局、その限度で責任のある当事者が溢れ出る責任から保護をめざさせること。

しかしこうした危険は、株式会社では、一つは保護される人的層が株式会社の構成員としての地位によって限界づけられていて、もう一つはその保護は社員たる地位の利益にしか関係しないことから、そうした危険はない。

従って、第三者のために保護作用を認める最後の前提条件も、その作用によって責任を負わされる者のために保護される第三者の層を主観的に認識の可能なことも、存在している。

株式取得の際、新株主にとっては、当該会社のその他の構成員は、株主と会社との間に成立する法律関係の保護の中に組み込まれている、ということは認識可能である。その際、事情次第では、見知らぬかつ交替する多数の仲間株主が問題であるということは、第三者の現実的「認識」が前提でないから、そのことに矛盾するものではない。しかも、再度ここでは、第三者のための保護作用のある契約の通常の場合とは異なり、第三者に包括的な法的所産の保護を保証する。ただ会社に結び付けられている仲間株主の利益が重要であることを指摘しなければならない。

以上の理由から、株主にとり危険責任は推定的なものであって、第三者保護の作用を認めるために作られた前提条件の ratio (存在理由) を保つものである。従って、株式会社社員の地位には、第三者のための保護作用のある契約乃至法律関係の前提条件に合致する状況がある。

ある法律関係の第三者保護作用の結果は、契約当事者に対すると同様に、第三者に対して、同じように、保護義務と用意周到な行動の義務が生じると言うことである。その違反の場合には、契約原則により方向付けられる固有の損害賠償請求権が第三者に成立すると言うことである。

従って、第三者のために保護作用のある契約に依拠しながら、株主間に成立する誠実義務の接合点を成す株主相互の法的特別結合が構想できる、という。

その際、以上の手がかりは、○・二〇に類似するものとして現れた不和・軋轢を回避している。本稿の手がかりは○・二〇とは異なっており、株主と会社との間の法律関係を考慮に入れている。

更に、本稿の手がかりによれば、立証できない株主相互の法律行為的接触(コンタクト)は指図していない。

結局、本稿の手がかりが、包括的に、株式会社の社団構造に、より調和するものである。蓋し、本稿によれば、株主の会社に対する関係が規準となる主たる関係として性質決定され、他方において株主間にはこの主たる関係から初めて結果として生ずる会社法上の特別結合が存することになるからである。

以上に対して、○・二〇の場合では、株主相互の関係は独立の責任関係として性格づけることになるが、そうはできないであろう。

第三者のための保護作用のある通常の契約との差異は、会社法上の誠実義務の枠内では、株主の社員たる地位の利益のみが保護されると言うことである。しかるが故に、誠実義務は本稿の法律制度に依拠してしか展開され得ないし、乃至は、その限度で特別事例とみなされるものである。

- (14) うわゆる C.I.C. 論に基づいて社員間の法的関係を言及したのは前掲 M. Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH RECHT C.H.BECK (1988) 七〇頁以下の見解が最初であろう。
- (15) 何れにせよ報告の第 2 Girmes 事件判決の判決要旨⑥では容認されていないが、紙幅の都合でそれらの点の委細は割愛した。
- (16) 以下の本文は、A.Nehls 前掲書の見解を参考にしていて彼の見解に帰するところが大きい。その狙いは筆者がこれまで構想として展開してきた論考のまとめでもあり、通説の伝統的会社法理に対する現時点における反論でもある。換言すると、わが国の伝統的会社法理は拙著の構想に対して、二つの基本的疑問を提示して、教示されたところである（前掲拙著における東北大学名誉教授・服部栄三博士の「大株主権力の抑制措置の研究」の刊行に寄せての指摘）。即ち、一つは、株主は会社に対して出資義務のみを負い、これ以外になんらの義務を負わないとする株主有限責任法理からの疑問であり、他の一つは、株主の法律関係は会社に対する権利・義務だけであり、他の株主に対する、いわばヨコの関係における権利・義務は認められないとする会社の社団法人法理からの疑問である。以上の二つの基本的疑問を解決できたという確証があるわけではないが、新たなドイツの会社法思想に依拠すると、本文のような見解になった。
- (17) 前掲拙著 第六章スイス会社法に関する構想 二〇五頁以下参照。
- (18) 前掲拙著 第八章ドイツ判例の研究を中心とする構想 二六二頁以下、特に三二二頁以下（4）リノタイプ事件の紹介と研究）参照。
- (19) 前掲拙著 第七章二二二頁以下及び第八章二四七頁以下並びに終章 展望と課題、三〇三頁以下参照。
- (20) M.Lutter の判例批評 JZ/1976, S.561ff. 前掲拙著 第七章ドイツ判例研究を契機とする構想 二二二頁以下参照。

三 第 2 Girmes 事件判例の研究

- (一) M.Lutter の第 2 Girmes 事件判決の判例批評論文によると (JZ/1995, 1053-1056)、連邦通常裁判所 (BGH) の Girmes 事件判決は、誠実義務を小株主にも認め、これを以て判例学説上の二〇年に及ぶ論争は終わった旨を述べている。しかし同時に、本判決は、全く新たな問題領域を伴っている始まりの確認でもあり、言い換えると、代理人自身の義務

である義務違反についての議決権代理人の責任という新たな問題領域を認めたことである。この点について、BGHは、本事件を正しく判決したのであるが、袋小路に追いやる根拠づけのついた判決でもある、という。

Ⅰ) Girmes 事件

Girmes 株式会社は、一九八八年に、大きな経済的困難に陥っていた。会社の取締役は、迫りくる破産を目前にして、全債権者集団ー銀行、信用提供者、従業員、貸付保証に所轄の年金保証協会ーとの交渉を受け容れ、企業再建構想を展開し、その構想についての全債権者集団の同意を得ていた。

言い換えると、全債権者集団は会社の意向に応じようとし、しかも既に発生済の債務調整のために、五対二の比率で純額面の減資による会社資本の減資に株主の協力を求めようとしていた。以上のことは、株式法二二二条一項第一文、二二二九条により、取締役・監査役会から、株主総会に提案された。まさにこの提案について、証券ーシュピーゲルの編集長である被告との対立になった。彼は、株主が特に銀行債権者集団との関係で、過剰負担を負わされると思い、精々五対三の比率の資本減少を提案し、有効に、総会の議決権の資格を獲得した。

そこで、会社の取締役は、銀行以外の債権者は株主のために企業再建構想の変更を目的とした新たな交渉を厳しく拒否している、と強調して、明言した。

それでも、暗礁に乗り上げてしまった。言い換えると、取締役の提案も被告の提案も何れも定款変更に必要な多数を得られなかった。

つまり、取締役の構想は失敗してしまっただけで、そのわずか三週間後、Girmes 株式会社は破産申請を出すことになり、全ての株主がその全投資額を失った。

第一訴訟では、小株主保護同盟が自分が代理している株主のため被告に対し訴えを提起して、別な理由により（連邦法律相談法 (RBeG) 第一款第一条、第七条違反を理由にした）訴えは容認されず、OLG 及び BGH で敗訴した (OLG

Düsseldorf, von 20.11.1992, ZIP/1993, S.347ff., Reinhard Bork, Die Prozessführung durch Aktiärsvereinigungen im Lichte des Rechtsberatungsgesetzes, AG/1994 S.159ff.)。

今回の第二訴訟(第2 Girmes 事件)は、被告(議決権行使代理人)に代理されていない被害株主により、提起された。

BGH は、Linotype 判決と Scheich Kamel 判決 (BGH, Urt.v.22.6.1992- II ZR 178/90 (Koblenz), ZIP/1992 S.1464ff. = NJW/1992 S.3167ff.) において、多数派株主の少数派株主に対する誠実義務を肯定していた。然るに、少数派株主及び小株主の義務についての問題だけが最高裁判所としては未定のまま残されていた。その点についての学説上の論争は、長い間法と実際との混同に病んでいた。蓋し、学説の一部は小株主の無影響性を強調し、そのことから誠実義務の存しないことを結論づけていたからである。

M.Lutter によると、第2 Girmes 事件判決は以上の見解の欠陥を剥きだしにし、権利と義務それ自体と権利／義務の具体的な現れとの間を区別しなければならぬことを明確にした、という。

判決 (BGH 一九九五年三月二〇日)

判決の事実の概要によると(本件が確定判決となったのは、OLG Düsseldorf, Teilurt. v.14.6.1996であるが)、原告は、被告(議決権行使代理人)に対し三〇、四五〇DMの損害賠償請求権を行使した。この請求には以下の事実が根拠となっている。原告は、グリニジに本拠を有する Girmes 株式会社(以下、GAGと略)の株式三五〇株の所有者であった。このGAGは、取引損失の発生と諸年金約束に基づき経済的破綻に陥っていた。一九八二年以来、会社は配当を支払っていないかった。一九八六年一月三一日年金基金の終結に関わらず、一九九三年には年金支払い義務七五百万DMの危険が迫っていた。

一九八九年二月三日に招集された株主総会において、取締役は以下のことを報告した。即ち、前年度の年度貸借対照表

によれば一九八八年二月三日に会社の資本金は半額以上下回った。同時に、取締役はその総会に会社債権者と協定された会社再建構想を提案した。それによると、その会社債権者は約七千八百万DMの額の債権を放棄しようとするものであった。一九八八年二月三十一日のB\の清算のため、資本金は五対二の比率で減額されることになっていた。更に、九、九八三三百万DMの認許資本が創設されることになっていた。

減資について法律上必要な過半数が得られなかったので、会社の減資は失敗した。その減資には、棄権票二二八と反対票二二六、九三九（四二・三九%）なのに、三〇八、二〇七票（五七・六一%）の株主が賛成しただけであった。提案された認許資本には必要な多数をもって総会は賛成した。

それに基づいて、取締役は一九八九年二月四日に和解手続の開始を申請した。和解の管財人の提案に基づいて一九八九年二月二八日に会社財産について付帯付破産が開始された。

その総会以前には、額面五〇DMについて八七DMの相場に達していたGAGの株式は、一九八九年二月七日から一六日に至るまでの間に、六DMに下落した。引き続き、株の価額はなくなつた。

被告は、E.Spiegel紙の編集者であり、この雑誌を発行する株式会社にかんりの程度資本参加していた。彼は会社からGAGの資産状態の説明についても通知を受けていた。彼は、一方では取締役によつて提案された会社再建構想は小株主の利益を害するという見解を代弁した。債権銀行の債権放棄の進行に際しては、一〇対九の比率での資本減少で足りるとした。

彼は、五対二の割合で資本金を減少する提案に反対する目的で、一九八九年二月三日の総会のため議決権行使について自分に授権する株主を獲得していた。彼は総会前に、自分には一五〇、〇〇〇票が譲渡され、従つて阻止少数者(Sperminorität)に達していることを、直接通知した。

一九八九年二月三日の総会では、二〇九、七〇〇票全体の二一・九%と投票に参加した三九・一七%の票を代理する被

告が取締役の減資決議案に反対した。

被告に議決権代理行使を授与しなかった原告は、被告にGAGの会社再建の失敗の責任を求めた。原告は、議決権行使代理人に自分の持ち株相場の下落を理由にその責任を請求した。

訴えは、LG及びOLGでは敗訴したが、原告は許可された上告でもって、原告は訴えの継続を一層熱望して責任を追及した。

(1) 上告理由

原告の上告は、控訴判決を破棄して、事件の原審への差戻になった⁽²¹⁾。

控訴審は、上告審が適切に批判しているように、当事者の陳述を法的観点において、完全に評価せず、かつ部分的には不当に評価していたし、原告の立証上の申立を考慮に入れず、思考法則に違反していた⁽²²⁾(この思考法則とは、思考法則に違反して事実を認定したり、法律を解釈して、法律問題として、上告理由となること)。

勿論、控訴審は、正しく被告に課されている会社法上の誠実義務違反を理由にした被告の責任を拒否した。しかし、原告の申立によれば、BGB一七九条第一項の類推適用により、被告の責任が生ずる旨を、控訴審は考慮していなかった。

原告は、被告に対し、取締役の会社資本金を五対二の比率で減少する提案を拒否することにより、唯一、特に銀行債権者に受け入れられたGAGの再建の途を妨害し、こうしたことで会社は破産するに至ったことを、批判していた。

被告は、減資決議の失敗(否認)に必要な投票数を自分に集束していたから、被告は、会社法上の誠実義務という観点の下で、原告に、並びに被告がGAGの株式を保持占有していなかったとしても、株主に、責任があった旨を主張した。

民事部によれば、そのことには賛成できない。社員相互の法律関係が関係する限り、誠実義務は社員間にのみ生ずる。従って、誠実義務違反は当該社員についてのみ法的結論をもたらし得る。非株主としての被告には何ら一独立の一会社法上の誠実義務は課されていない。それ故に、被告にはその義務違反からの責任も関係しない。

(2) 株式会社において、多数派株主だけが少数株主又は小株主に誠実義務があるのではない。言い換えると、少数株主又は小株主も、逆に多数派株主又はその他の少数株主又は小株主に對しても誠実義務は生ずる。

民事部の最近の判例によれば、株主と株式会社との關係ばかりでなく、株主相互間の關係も、会社法上の誠実義務によって決定される。蓋し、そのように理由書で詳論されているのであるが、株式会社でも、社員は仲間社員の会社關係上の利益を侵害する可能性を有しているからである。その結果本件でも、この会社關係上の利益を考量に入れる対抗力として、会社法上の義務は促進されなければならない(BGHZ 103, 184, 194F. [=JZ1989, 443, 446 Wiedemann の評釈]、有限会社につきてBGH 65, 15, 18f. [=JZ 1976, 408参照])。

この原則は、その当時判決に懸かった実情(事態)では、少数社員に対する多数派社員の行動が關係していた。小株主の社員義務について、民事部はこの社員義務は、原則として、会社法上の誠実義務によっては決められないと指摘していた(BGH 103, 184, 195 [=JZ 1989, 443, 446])。

従って、民事部はその後の判決でも述べているように(22.6.1992-II ZR178/90 = ZIP1992, 1464, 1470)、「多数者支配の限界以上に株主に、その社員権、特にその共同管理権及びコントロール権の行使に際して一般的制約を設定するかどうかの問題の答えについては未定の状態であった。文献(学説)上は、以上のことはほぼ完全に一致した見解でもって、原則として、承認されていた。

(3) 誠実義務思想が資本会社法(物的会社法)で通用しうる限り、その思想の核心は、以下いずれかの点にある場合、つまり会社の利益と仲間社員の会社關係上の利益とを考慮する義務を持った責任の程度は社員の影響の程度に合致するという点にあるか、あるいは、判例で言われているように、影響力行使によって、仲間社員の会社關係上の利益を侵害する可能性が「対抗力」として、その利益を考慮する会社法上の義務を要請すると言う点にあるか、そのいずれかの点にある場合、この誠実義務思想は、単に多数派社員の行動に妥当するばかりでなく、少数者社員のそれにも妥当するものである。

なるほど、株式会社―本件では公開会社―において仲間社員の会社関係上の利益に対し考慮する責任と義務は、屢々多数派社員、あるいは株主の過半数に對してのみ機能するかも知れない。蓋し、影響力行使はほとんど支配権力の行使の中に存し、かつそのような影響力はそのような権力を有する多数者の存在がある場合にのみ考えられるからである。

以上に対し、小株主の影響力行使の可能性はまさしく小さい。勿論、その他の株主の会社関係上の利益を損なうことができ、然るにその権利行使は小株主の利益を考慮にいれるという原則の下に位置付けることができるというように、個々の場合に、その権利維持ができる権利が小株主にも成立する。

総会参加の権利を総会妨害を通して濫用のため維持する場合、あるいは説明請求権の行使の場合、そうするならば、いわゆる議事妨害者 (Filibustering) になりうる。そのような場合には、誠実義務によって設定される境界が完全に意義を持つことになる。

この誠実義務には、なるほど解説請求権 (株式会社一三一条) 及び総会決議取消権 (株式会社二四三条) も服する。けれども、実際にはこれらの権利の内容 (取消権) 及び法律上の構成 (解説請求権) に基づいて誠実義務を通したそれらの権利行使に生ずる限界への考慮は必要でない。

しかし議決権行使に関して、各小株主は原則として何ら影響を行使できない結果、考慮の義務が生ずる株主に課された責任は機能しないのである。

けれども、以下の場合には異なる。即ち、一定の権利の実行を強制することができるか (株式会社一二二条一項、一二二条二項、一四七条一項)、又は有効な決議の内容を妨害できるか (株式会社一七九条二項、一八二条一項、一八六条三項、二二二条一項、文献は略) のいずれかの持ち分を、少数社員として達成できる場合には事情が異なる。

ある株主がそのような少数社員権と結び付けられる影響のポジションを得、仲間社員の会社関係上の利益を考慮に入れたその少数社員権にコントロールが必要な限りでは、少数株主はこの地位から生ずる諸権利を彼に課されている誠実義務

の限界の範囲内でのみ主張することができる。

(4) 問題は、単独ではなく、集合体として、阻止少数者又は少数社員権の実行を果たす少数株主の投票行動も誠実義務によって決定されるかどうかである。

文献上では、Dreher⁽²⁴⁾によって展開された効力関連の誠実義務論があるが、それによると、共通した目的を達成するため投票が集束される場合について肯定されている（以下関連の誠実義務論という）。そのことにより、一つは少数株主が統一した投票と解している（議決権拘束）場合、もう一つはそれぞれ異なる株主が議決権行使に関して、投票のために固有の構想を展開し、あるいはその株主に一定の投票行動を勧め、そしてその構想の実施乃至勧められた投票行動の意味での投票のために議決権行使代理を授権された会社以外の第三者に委任して両者がその下にある場合、など含められる。

これに対し、株主が代理人から単に議決権行使のための指図の付与について議決権勧誘がある場合、及び申し立て少数又は阻止少数の存在のため偶然に生ずる議決権勧誘の場合、誠実義務の制約には服しないことになる。他の側面からその制約に反することになる。

同様に、偶然に申し立て少数又は阻止少数の前提条件を達成した株主は、積極的誠実義務に服しない。その投票を統一したブロックに集合された株主であれ、その株主がその時々々の議決権持ち分でもって受け取ることができる影響可能性から生ずるその責任の程度に合致した誠実義務に服するに過ぎない。

このことは議決権代理人にも演繹される。けれども、代理人に株主議決権が集められるという同じ事情において、その議決権の影響は増大する。法的権力と責任の相関関係は誠実義務違反のための議決権力と責任制についての同じ内容に合致するから、代理人は集められた法的権力を設定したものととして、より高度な誠実義務に服する、という。

(5) Dreher⁽²⁵⁾によって展開された「関連の誠実義務」に関する見解に従うことができるかどうかは、本件の事例の決定には未定のままである。

株主が議決権行使に際してその他の株主に対して誠実義務を行うかどうかの問題はその折々に考慮に入れられる義務の内容に基づいて決定されるのであって、義務拘束の範囲によって決定されるものではない、と言うことから始めるならば、誠実拘束は既述の三グループのそれぞれの株主にとり重要である。申立少数又は阻止少数の要件が偶然に生じたか、あるいは共通の目的に基づいて実現されたかどうかは、何れでも良い。従って一偶然多数者の重要性の場合と同様一各個別の株主のその折々の議決権行使が義務違反であり、かつ義務違反的に投票された数が阻止少数の成立に必要な投票のパーセントを構成しているかどうか、唯一決定的なことである。

本件の事例では、被告に議決権行使を委任した少数株主の投票行動は偶然に生じた阻止少数の場合以上に統一した議決権投票に向けられた投票持ち分の前提をも満たしている (Dreher の意味での内容上の目的設定を伴った議決権代理行使勧誘)。蓋し、被告は控訴審で行われた確認によれば、GAG の株主の所で、会社資本金を五対二に減少する計画に反対の投票をする目的で被告に議決権行使を譲るよう勧誘していた。従って、被告は株主に一定の投票行動を勧誘していたのであって、この投票行動を達成するため株主が被告にその前所有者を同時に承認して譲る投票権を集めたのであった。

このような方法で、被告以上に投票に参加した株主の三九・一七%が減資決議に反対したのであった。その結果、株式法二二二条一項と関連した二二九条三項の意味の阻止少数が成立したのであった。その他、被告に委託された投票数と共にこの阻止少数が存在した事情に基づいて、被告は一九八九年一月二日の E. Spiegel で注意を喚起したのである。

(6) 民事部によると、議決権代理行使勧誘が本件であったと同様に、その場合に株主ではなく、議決権行使の代理人に誠実義務違反があるという見解に従うことはできない、という。会社法上の誠実義務を議決権行使の代理人に拡張することに反対する重大な理由がある。即ち、誠実義務は株式会社における社員資格たる持ち分の産物 (成果) であると言うこと。誠実義務はこの持ち分権と分離できずかつその他の社員資格から生ずる諸権利と同様、誠実義務は株式持ち分を第三者に譲渡することなしに譲ることはできないものである。

既に、民事部は以上のことを色々多面的に判決してきている。従って、民事部はこの法的規制を回避した協定を不当とみなした。

なるほど、代理人が総会における議決権を代理権を授与した株主自身と同様に、誠実義務から生ずる制約の下でのみ利用して良いことは正しい。けれども、代理人によって行使された議決権は、委任者の所に止まっていて、委任者からしか派生していかないのだから、同じことが議決権を制限する誠実義務に適用される。

蓋し、両者は現行法秩序によれば、権利、義務及び責任のまとまった統一体を狙った社員たる資格の構成部分であるからである。誠実義務を独立させ、社員たる資格とは関係なく第三者へ譲渡し、かつその資格から導かれ、それによって制限される管理権を第三者へ譲渡することはこの統一原理に反することになるであろう。しかし、代理人への議決権行使勧誘により調整原理として委任者と社員たる資格とを分離してより高められた義務拘束として独立して代理人に成立したという誠実義務を対置するならば、まさに以上のことが起こりうるであろう。

それ以上に、法的には内容的な目的設定をもつて集めた（勧誘した）ことにより、代理人に生じた法的権力は、それが委任者のグループに生じるそれ以上の効力を有するものではない、ということ指摘しておかなければならない。

その場合、一既述したように一誠実義務の程度及び範囲が *Deiner* の意味での効力に関係して決定されるかどうか、あるいは義務づけの対象及び種類に従って内容に関連して決定されるかどうかは、何れでも良い。議決権勧誘者の社員に関する関係で、阻止少数を使う株主とその他の株主との間の法律関係の効力以上に何ら法的効力がない場合、これらの理由からも法的効果を代理人に負わせる余地はない。

従って、被告は一彼に議決権の行使を委任した株主とは異なり一彼に義務ある一自明の一誠実義務に違反していない。それ故に、誠実義務違反を理由にした損害賠償の責任は、既にこの点でない。

以上は、本稿の目的のために、必要な限りで要約したものであるが、その他の点については紙幅の都合で割愛している。

結局、本件判旨は、以下の九点にまとめられる。

- ① 少数株主もその仲間株主に対し誠実義務を負う。誠実義務は、少数株主にその社員権、特に共同管理権及び監督権はその他の株主の会社に関係する利益を適切に考慮に入れて行使することを義務づけるものである (Linotype)。
- ② 株主間に存する誠実義務に基づいて、各株主に一企業再建の構想に属する減資を含む一会社の意義ある (重要な) 再建で、しかも過半数を得られている再建を利己的理由から、阻止することは認められない。
- ③ 総会の投票の際、株主全体の中で幾人・何人かの少数株主が少数阻止勢力又は少数株主権の実施・実行のための要件を実現する場合、いずれにせよそれらの少数株主が統一して議決権行使を告知しているか (Stimmbindung)、又はそれらの少数株主が、議決権行使とは別個に、その株主に反対して、その代わりに特別の構想を展開する第三者又は特定の株主に投票行動を託している第三者 (Stimmrechtsbündelung) に委任している時には、株主は誰にとっても誠実的拘束が重要である。誠実義務が偶然的に派生する少数提案勢力又は少数阻止勢力にも、及ぶかどうかは、未決定のままである。
- ④ 議決権代理行使者は、議決権を与えられた株主自身と同じように、誠実義務から導かれる制約の下でのみ、議決権を行使できる。代理権者には、独立の会社法上の誠実義務は、関与しない。
- ⑤ 議決権代理行使者の投票行動は、代理権を授与した株主の責任に帰せられなければならない。誠実義務違反を理由とする代理権授与者の損害賠償義務は誠実義務が故意に侵害されていて、損害の発生が総会決議の取消によって阻止されない場合にも、生ずる。
- ⑥ 議決権代理行使者は、自分に議決権の代理行使を授与しなかった株主に対し、第三者のための保護作用のある契約という観点でも、契約締結上の過失 (Cic) という原則の下でも、損害賠償の義務を負わされない。代理行使者が「関係する者のために」(für den, den es angeht) 議決権を行使し、代理行使者がその授与者に請求権の呈示を告知していな

かった場合、BGB一七九条一項を準用して、代理行使者に損害賠償義務が適用される。

⑦議決権を「それに帰着する者に代わって」行使する株式法一三五条九項三号の意味における「營業的」議決権行使代理人は、損害賠償請求権が誠実義務違反の議決権行動から結論として生ずる株主に対比して、彼の委任者に告知する義務はない。

⑧株式会社は、会社財産が清算価値の勘定（評価）の際、秘密準備金を取り崩して、なお既存の債務を補填しない（計算上の債務超過）場合及び会社の資金力が十中八九（nach überwiegender Wahrscheinlichkeit）確実に中間期において企業の継続に足りない（企業存続予測）場合、債務超過である。

⑨株式が価値がなくなれば、そのことによって株主に生ずる損害の裁定（測定）にあたっては、原則として、証券取引相場も引き下げられる。誠実違反的行動により、財産損害が発生した場合、当該株主は、一その持ち分上一会社財産の減少に相当する損害額を、当該会社の清算又は破産の際、会社債権者の優先的満足に必要なときのみ、自分の私的財産への給付を主張することができる。（Lutter・Girmes 判例批評 JZ.S.1054以下参照）。

(三) 誠実義務違反とその効果²⁶⁾

(1) 先ず、仲間株主に対する誠実義務の内容が会社の利益、特に会社の経済的繁栄及び生き残りへの利益を促進し、かつ会社ために損害を回避しなければならぬし、この義務が会社に対しても並びに仲間株主に対しても存するものならば誠実義務の内容に違反する全てが義務違反である。誠実義務に違反するような投票も義務違反であり、然るに一決議がその義務違反に基づく場合一当該決議は瑕疵があり、取り消すことができる。何らかの主観的要素が問題になることなく。即ち、株式法二四三条は、主観的意図ではなく、客観的瑕疵、つまり客観的法律違反に制裁を科している。

そのこと（以上のこと）は、以前からずっと「議決権力の濫用」という見出し語（キーワード）の下で認められてきているが、それが株式法二四三条二項一その条文が大抵の実例を独占しているのだが一その条項を理由に何か少しばかり忘

れられていた。

(2) いずれにせよ、つまり株主総会は、増資又は減資の決議を行い、それ故に全ての株主が自分の投票でもって企業者たる決定を行う。

その限りで、株主総会、然るに個々に関与する株主全て、並びに類似の権限を持つ各会社機関に、企業者たる裁量決定が生ずる。換言すると、これらの裁量領域の範囲内で一切の決定及び一切の投票が法律上当然に「正しい」のである。つまり、賛成投票した者は、契約当事者と同様に、正しく行動している。言い換えると、総会の賛成の決定は、恐らくはほんのわずかしかない反対者と同様に正しいのである。その後になって錯誤がなお明白に証明されたとしても、法的にはこの事後的認識は意味がない。即ち、法規はその枠内で全ての結果を受け入れ、かつ裁判所はその限りでは実質的審査権を有しないのである。

しかし、以上のことは実態（実情）が決定の同じ対象にも関わらず（ここでは減資と増資）全くの選択の余地が許されない時には、変わる。

そのことが Girmes 事件の希な場合であるが、特別の状況であった。つまり、損失補填のための減資による貸借対照表の清算、それによる会社の裁量能力の復活、及び増資による新資本の適当な導入について、当時の見解からも何ら選択の余地はなかった。つまり、通常の決定の自由がここではこの一つの意味で決定の義務に狭まっていた。この決定を義務づけるしか会社の生き残りを確保できなかった。

行政法では、以上の状況はよく知られていて、本件と同様、裁量を削減し、緊急な場合には、再び零を生ぜしめる。

(3) 従って、Girmes 総会の問題の決議は、取消可能であったであろう。しかし正しくそのことは取りやめられている。蓋し、判決破棄の過程で会社の経済的崩壊が引きおこされていたであろうから。

それだから客観的義務違反の議決権行使はそれに基づく決議の取消可能性をもたらす（本件では、議決権行使代理人の

投票力が周知であったので、そうだったのであるが）、この認識は二重の観点で重要である。蓋し、Girmes 事件は、損害に繋がったから、従って取消は決定の脈絡では論争にならなかった。

しかし GmbH 法では大きな意義を有しうるのである。損害回避の手段としての取消はそれ自身が優位している。

(4) 誠実義務違反は、会社法上の明確な義務違反であり、それ故に損害賠償義務を生ぜしめる。そのことも何ら新規でも何ら特別なことでもなく、市民法上通常なことである。

勿論、損害賠償義務は「取消可能性とは反対に「有責性、通常の場合、故意又は過失を前提にする。そのことは、本件では正当ではあり得ない。法規は株主を、未経験な株主を期待しているのである。

その未経験な株主は Girmes の総会で今や取締役が「権利を有している」のか、「議決権行使勧誘者」が有しているのか、どのように見分けるべきか。それぞれ嘘をつくことができるが、真実は一体どこにあるか。

何れにせよ、法律上当然にそのメンバーに帰せられる専門的最低基準を満たさねばならない取締役及び監査役の構成員とは異なり、通常の株主にはそのことは当てはまらない。

然るに、BGH が議決権行使の際に株主の過失を掘り下げたのではなく、本件では責任を故意に限定したこと、つまり議決権の行使による誠実義務違反を理由とする損害賠償義務について、条件付き故意を含む故意を要求したことは正当である。

議決権行使について正当な制限が誠実義務違反のその他の場合にも正当であると証明されるかどうかについて、本件では未決定のままであり、なお詳細な検討が必要である。

(四) 議決権行使代理人の責任について⁽²⁶⁾

(1) 損害賠償の告訴は、議決権行使代理人を株主としてではなく、議決権の保持者としてであった。株主は被告に議決権委任と言う方法で議決権を委ねて、被告はこの委任者に説明することなくこの議決権を利用した。そのことは株式法一

三五条四項二文、九項により認められることである。

BGHは議決権代理行使者の固有の会社法上の誠実義務を認めなかった。このことは通常は正当である。それに代えてBGHは議決権代理行使者の責任をBGB一七九条一項の類推適用を根拠として、判決したのである。

判決の結果は正しいし、その根拠づけは事件を解決したのであるが、その手がかりには展望がなく、継続しない、と批判されている。

(2) 会社及びその他の株主に対して議決権代理行使者の固有の会社法上の誠実義務はない。議決権代理行使者は代理人であって、それ自身会社の構成員ではない。BGB一六四条一項は、自分のためではなく委任者のために行為するものは会社との法的関係では固有の地位を有しないことを明確にしている。

然るに、代理人が―外部にいて―その状態である限り、代理人を会社のため固有の共同責任に引き込まないことが正当である。代理人は株主のために行為するのであって、株主として行為するのではない。そのことから、会社の当事者には何ら法的不利益は生じない。言い換えると、代理人の間違った行動については委任者は責任を持たねばならない。つまり代理人の誠実義務違反は委任者へ戻る(BGB一六四条、二七八条)。

(3) 代理人の固有の責任について

(a) 既述は、委任者は代理人の行動に責任を持たなければならないことを示している。この委任者に、被害者―会社又は株主―は差押をした。蓋し、ドイツ法によれば、公告原理は委任に適用される(BGB一六四条二項)。つまり第三者は、誰と自分が本来行為しなければならぬかを知っていなければならない。

この原則には、若干の例外がある。「関係するものための行為」(das Geschäft für den, den es angeht)という例外がある。株式会社の総会における議決権行使の場合、明らかに認められる隠れた委任もそうである(株式法二三五条四項二文、九項三号)。しかし、そのことが認められていて、かつこのように被害者に固有の弁明的なことが知られていな

い状態の場合、そのことは彼の負担に帰し得ない。BGHはそのことを正しく認識した。つまり、委任者が責任を負わなければならないか、乃至はこのことが隠れていて、然るに被害者に知られていないかそのままであり得る場合、代理人自身が責任を負わなければならない。

(b) BGH の *Ginnes* 総会における代理人の誠実義務違反的行動の責任についての解決は完全に正しく、かつ民法上の諸規定から適切に演繹される。しかし、代理人がその委任者に隠している場合、とは何か。

つぎに、代理人の故意の誠実義務違反の投票行動全てが連帯債務者として責任があるか。

そのことは、BGH によって適用された市民法の法的理念のそれ以上の結果であろう。つまり、委任者はその代理人の誤った行動に責任を負わなければならない。言い換えると、彼が立ち直る（回復）ことができるかどうかは、内部関係の一般的又は特別の規定が決める。従って疑いのある場合は、委任が決める。いつものように、被告は原告に対し責任はないが、委任者に責任がある。

(c) この解決は、私的な代理権授与には完全に妥当である。しかし、制度上の議決権行使代理人と株主との間の法的関係の解決ではあり得ない。

ドイツ株式法体系は議決権行使代理人を指示している。つまり、タイムラーあるいはジューメンズの株主の半分だけでも自ら総会にくるか、又は個々の代理人が派遣されるならば悪夢ではないだろうか。他方で、低い出席は悪いが、それがわずしか株を持っていないものに支配のチャンスを与えている。

このことが、株式法一三五条の背景であり、制度上の議決権代理の体系なのである。しかし、この体系において小株主は、代理権に守られて無謀になってしまっている代理人が惹起した巨大な（莫大な）損害に責任があると言うことになる。株主が被告に誠実義務違反的な指図をしてその投票を行っていたならば、確かに正しいであろう。株主が年金基金に議決権の代理権を授与し、つぎにその長が一万株の権力陶醉で失敗を引き起こしている場合、いかに決定すべきか。

要約 BGHは議決権行使代理人が明るみに出ていなかった幸運があった。換言すると、そのことで責任問題が厳格には決定できなかった。制度上の議決権代理の通常の場合では、全体としてかつ民法一七九条一項とは関係なく代理人自身の責任が問題になり得た。

ここでは、法律行為的取引では、その信用を利用する代理人、つまり補助者と代理人の役割（Xのための行為）を本人と交換する代理人の明らかな姿が有益である。そのことは―投票の場合法律行為的な取引ではないから―そう簡単には転用できないが、役割の承継と言う考え方はここでも示唆に富む（効果がある）。正に、はるかに通常のラインとはかけ離れている履行補助者の場合にも起こりうるように。固有の目的を求める代理人はもはや民法一六四条一項、一七九条一項の姿と一致しない。換言すると、代理人は株主の役目を奪って、その上代理人であっても法律上取り扱われなければならない責任がある。つまり、彼は今や自ら誠実義務に服している。

この見解に従うならば、そのことは一般的法的証言をもたらす。つまり、私的な投票代理権者は BGB 一六四条以下の体系にある。換言すると、彼が委任者を補償する場合、BGB 一七九条一項に基づいてのみ代理人自身が責任を負う。その限りで BGH のやり方は正しい。同じことは、代理人がある指図によりそのように行爲した場合、妥当する。つまり、主人と代理人の本来の役割が現れ出て、それは一般規則にとどめなければならない。そのことも正しく正当である。株主 A が代理人の義務違反的意図を支持するつもりで、銀行に、代理人と共に投票するよう指図する場合、銀行には責任はなく、A に責任がある。しかし、その他では制度上の議決権代理人はもう一つの体系に従う。換言すると、彼は自動的に行動し、委任者によって実際にはコントロールできない。代理人が代理権を行使して故意に株主の義務に違反する場合、代理人は株主の役割を引き受け、自ら会社及びその他の株主に対して誠実義務を負う。

然るに、その時にも、誠実義務違反とその法律効果（損害賠償）は、株主ではなく、代理人に帰せしめられる。株主がその代理人を明らかにしているかどうかは、何れでも良い。

結局、株主の誠実義務とその違反の効果というテーマの要はBGHによって恐らくは整えられたと言える。換言すると、その要石は定着し、正しくドイツ株式法の地下室に定着したと確認できる。しかし、制度上（専門的）議決権代理人の固有の責任という新たな問題性について基本的に熟考することは、有効である。なるほど、ここではBGB一七九条に頼ることで具体的問題を正しく解決できた。換言すると、しかしこの手がかりは本件以外に展望はあるわけではない。つまり、ここでは原始的固有の誠実義務から、恐らくは役割承継から代理人の自己責任だけが問題になった。蓋し—Girnesの事件のような場合—代理人は自動的に行動する議決権の所有者のように振る舞うからである。

- (21) 本文の叙述は、一九九五年三月二〇日判決の上告理由と判決理由の内容を、本稿に必要な限りでまとめたものであるが、M. Lutterの判例批評‘JZ/1995, S.1054-S.1056’に負うところが多い論述である。一九九六年六月一四日の確定判決によれば、Girnes事件における減資決議の採決に際して、少数株主の代理人の加害の故意は無いと判示されたのであるが、本稿ではその点にはこれ以上言及しない。R. Marsch-Barnert, Treupflicht und Sanierung, ZIP 20/96, S.853ff. 参照。
- (22) 本件は、ドイツ判例固有のことであるが、上告審がその中に思考法則(Denkgesetz)の矛盾があるとみた点に意義がある判例でもある。
- (23) M. Lutter, ZHR153/1989, S.446ff., Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (1986), S.611ff. など。前掲拙著 終章 展望と課題 三五四頁以下参照。もともと株主間の誠実義務を認めない見解もある。例えばMartens, Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Hamburger RINGvorlesung Heft78/1990, S.255ff. など。
- (24) Meinrad Dreher, Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhältnisspflichten bei der Stimmrechtsbundelung, ZHR157/1993, S.150ff.
- (25) M. Lutter, JZ/1995, S.1054以下参照。
- (26) M. Lutter, JZ/1995, S.1055以下参照。

四 展望と課題

これまでの私見による構想はドイツ会社法学の近時の学説・判例を合算して、それを演繹しようとする試み、「ドイツの会社法思想」からわが国の新たな会社法学の発展の契機を得ることを狙いとしている。しかし、わが国の伝統的会社法理の基本に正面から抵触するだけに大きな決断がいるところである。報告の課題が解釈論としても認められる根拠は民法一条二項にあるのである。同条項は、権利の行使及び義務の履行は信義に従い誠実になされるべき旨を定めているが、この現代私法秩序の根本原理は株主の権利・義務の行使にもあてはまり、いわゆる株主資本が社会倫理的かつ法倫理的に誠実な行動をなすべき社会・経済的要請があることは言うまでもない所であろう。しからば、株式会社法学において、誠実義務思想は「タテの法律関係」（多数者の対会社関係）及び「ヨコの法律関係」（多数者の対小・少数者関係）において作用し、その両者の関係を規制する法理として機能させ、この法理によって個々の会社（個別資本）の株主権力が抑制され、また親会社関係においては親会社権力（大資本）が抑制され、いわゆる株主平等の原則に立ち戻る帰結を研究の目的に置いている。

会社法上の誠実義務思想は株主の大、小を問わず、また個人、法人を問わない法理論を通して、株主には権利があり、同時に義務がある、と解されてはじめて、損害賠償請求権などの法律効果が構築されるものと思うのである。これからの研究の展望と課題にとって、報告の第2 Girmes 事件判例の紹介と検討、とりわけ判旨の第一点（①少数株主もその仲間株主に対し誠実義務を負う。誠実義務は、少数株主の社員権（特に共同管理権及び監督権）の行使はその他の株主の会社に関係する利益を適切に考慮に入れて行使することを少数株主に義務づけるものである（Linotype））は鼓舞するものを感じている。