

有限会社法における社員訴訟の機能

——ドイツ法を中心に——

一 はじめに

周知の通り、一八九二年に成立したドイツ有限責任会社法（本稿では単に有限会社法と表記する）は、近代会社立法の歴史上一つ大きな出来事であり、数多くの国の有限会社法の立法の先例となった。社員の有責任主義と定款自治の原則との融合は、同法の最大の特徴であり、そこで法に基づき設立された有限会社は、物的会社の典型である株式会社と人的会社の典型である合名会社の中間形態であるといわれる。とはいえ、有限会社は基本的には物的会社としてとらえられ、会社の法人格と社員の人格とは、厳格に分別されてきた。

周 劍 龍

したがって、英米法上見られる代表訴訟のような訴訟形態、即ちドイツでは有限会社の場合に社員訴訟（Gesellschafterklage）と呼ばれる訴訟形態を法認することは、有限会社法の制定の当初から想定されていなかった。ドイツの現行有限会社法上、会社の設立または業務執行にあたり、業務執行者または社員が会社に損害を被らせた場合は、当該業務執行者または社員に対して会社が有する損害賠償請求権の行使および会社が業務執行者に対してなさねばならない訴訟における会社の代表は、社員総会による決定事項とされ（下有四六条八項）、また、会社は、業務執行者によって裁判上および裁判外で代表されるので（下有三五条一項）、

会社の賠償請求権の行使は、原則的に業務執行者によって行われることとなる。

ところで、一九七五年に連邦通常裁判所によって下されたI.T.T事件判決は、有限会社社員による社員訴訟の提起権が認められたことで、大きな反響を呼び起こし、これがきっかけとなって、ドイツでは有限会社における社員訴訟について活発に議論が行われるようになった。本稿では、まず初めに義務違反した社員と業務執行者に対する有限会社の請求権の行使の構造を概観したうえで、ドイツの有限会社における社員訴訟の議論を紹介・検討し、最後にドイツで行われているこれらの議論と関連し、日本の有限会社法における代表訴訟に関する若干の問題点を指摘したい。

二 義務違反者に対する有限会社の損害賠償請求権の行使

有限会社の社員は会社に対して出資義務(Einlagepflicht)、有一九条一項)、追出資義務(Nachschusspflicht)、有二六条一項)、付従給付義務

(Nebenleistungspflicht)、有三条二項)及び誠実義務(Treupflicht)を負わなければならない。前三者の義務は、ドイツ有限会社法上明確に規定されているが、社員の誠実義務は規定されていない。しかし、社員の誠実義務の主張は、早くから学説と判例によって打立てられ、現在では一般的に承認されている。⁽²⁾このような義務の内容は、会社の目的を促進し、その利益を保護する義務として把握されている。また、誠実義務は、社員対会社間のみならず、社員間にも生じると解される。⁽³⁾

一方、有限会社の必須の業務執行機関と代表機関とされる業務執行者(Geschäftsführer)は、会社の業務執行に関して通常の商人の注意を用いなければならぬ(下有四三条一項)。また同条項から業務執行者が会社に対して忠実義務を負うべきことも導き出せるとするの⁽⁴⁾が支配的見解および判例の立場である。

社員または業務執行者が上記の義務違反によって会社に損害を被らせた場合に、会社にはそれらの者に対する損害賠償請求権が生じる。以下では、現行法にお

ける有限会社の請求権行使の構造を解明する。まず初めに有限会社法成立以来請求権行使による少数社員保護に関する法の展開を概観しておこう。

1 有限会社法成立以来の請求権行使による少数社員保護に関する法の展開

一八九二年の有限会社法立法過程において、立法者は団体に属する請求権を代位行使しうる個人または少数社員の権利を有限会社法に、全く意識的に、設けようとしなかった。⁽⁵⁾これに対して、有限会社は物的会社とはいえ、それは実質的には人的会社で、有限責任の特権の利用を許されただけであり、人的会社に存在する社員による団体請求権の行使という形態も有限会社に適用されるべきであるとする見解もあった。しかし、当時は有限会社のような新しい会社形態を小規模株式会社として見なし、⁽⁶⁾社員による団体請求権の行使の必要性はないと一般的に考えられていた。⁽⁷⁾というのは、会社事務に関する社員の権利を定款に規定する自由が有限会社法四五条によって保障されたからである。また、多数社員の権利濫用から少数社員を保護するため

には、少数社員の権利について法五〇条と六六条二項の規定があれば十分であり、これと並んで、一般原則から単独社員決議取消権が導き出されると思われた。⁽⁸⁾

このような思考は、物的会社の運営方法、特に社員総会による決定行為を重視する当時の図式と符合したと考えられる。一八七〇―七一年の普仏戦争後の泡沫会社群生時代に生じた会社関連の不正事件に鑑み、一八八四年第二次株式改正法は、会社経営者に対する株主の地位を強化したが、これは実質的に株主全体、即ち株主総会に関するものであり、単独株主の地位強化に関するものではなかった。出資者対経営者間の利害衝突は認識されたが、大株主対少数株主間の利害衝突は見逃されたのである。つまり、多数社員は、能動的に会社全体の利益のために行動すると思われ、自己の利益のために行動する多数社員が構造的に現れてくるとは思われなかった。そこで、単独社員権は、会社組織の機能を阻害するという邪魔者として扱われた。⁽⁹⁾株式会社に関して、単独株主による株式会社の請求権の行使が認められず、その代わりにいわゆる少数株主に

よる会社請求権行使の要求権が認められている。⁽¹⁰⁾しかし、有限会社に関しては、単独社員による会社訴訟の行使はもとより、株式会社と同じような少数社員による会社請求権行使の要求権さえも、有限会社法においては認められていなかった。

一九六五年株式法は、特に組織的な多数株主による少数株主の地位の侵害とその地位保護の必要性とに鑑み、コンツェルンにおける従属会社の単独株主による訴訟を認めるに至った(株式法三〇九条四項、三一〇条四項、三一七条四項、三一八条四項等)。これとは対照的に、一九八〇年の有限会社改正法は、その成立からほぼ百年になるうとするにも拘らず、相変わらず社員訴訟について何の規定をも設けていない。もちろん、これまでの間に社員訴訟を立法化すべきであるとする動きが全くなかったわけではない。一九五九年、司法省内に学識経験者により構成される特別委員会が設置され、広く有限会社法改正の問題点が検討され、⁽¹¹⁾六五年株式法の改正の影響を受けて、一九六五年四月に有限会社法全面改正のための報告者草案が公表された。

草案の中で社員訴訟について、次のような提案がなされている。即ち、総ての社員は、一方では業務執行者の確かな義務違反により生じる会社の請求権、他方ではかかる義務違反行為をさせた第三者に対する会社の請求権を自ら行使し得る(六九年草案八八条、七一年草案九〇条)。また、特に議決権の九割以上を有する特殊な多数社員 (qualifizierte Mehrheit) たる機関構成員に対する特定の請求権を会社が放棄しうる代わりに、少数社員がその請求権を行使しようと提案された(第五草案七五条三項)。理由書によれば、これは、特に人的に構成されている有限会社に関する経験による規範類型に基づき会社と社員との関係を規制しようとすると言われる。⁽¹²⁾有限会社の弾力性とその結果として生じる形態の多様性からみると、草案のこれらの規定は大変意義があると評価されている。⁽¹³⁾なお、少数社員保護に関する有限会社法上の不備を除去するという課題に対して、株式法、また人的会社法も実質的にモデルを提供していると主張された。⁽¹⁴⁾結局のところ、いろいろな原因で本改正を通じて有限会社法に社員訴訟に

関する規定を設けることは実現できなかった。その代りに、単独社員権の強化の一面として法は単独社員の情報権を認めるに至った。⁽¹⁵⁾

他方、立法者の態度とは対照的に、連邦通常裁判所は、I T T事件判決を通じて有限会社での社員訴訟を認めることに踏み切った。また、社員訴訟の必要性を重要視し、これを法認すべきであるとする議論が近時になってますます有力になりつつある。これらについては後に述べることにする。

2 現行法上の有限会社の請求権の行使の構造

有限会社法四六条八項は、会社の請求権行使について次のように規定している。即ち、会社の設立または業務執行により、業務執行者または社員が会社に損害を与えた場合は、当該業務執行者または社員に対して会社が有する損害賠償請求権の行使および会社が業務執行者に対してなさねばならない訴訟における会社の代表は、社員総会の決議によって決定される。これは、社員総会の決議が会社の請求権行使の有効な前提条件であることを明言したものである。⁽¹⁶⁾ 会社の業務執行者、

または場合によって民事訴訟法五七条による訴訟代理人が会社のためにかかる請求権を代理行使する。もちろん、請求権行使に関する社員総会の否決決議が出された場合は、業務執行者は、会社の名義をもって四六条八項で言う損害賠償請求権を履行することができない。⁽¹⁷⁾

次に業務執行者と社員を分けて請求権行使の態様を具体的にみてみよう。まず、業務執行者に関して、四六条八項で言う請求権は、特に有限会社法四三条で定められている注意義務・忠実義務と六四条二項で定められている破産申立義務違反により生じる会社の請求権を指すが、これだけではなく、かかる権利は、民法典八二三条と八二六条からも生じる。即ち、業務執行者が任用契約またはその他の契約に違反し、または不当利得を得た等の場合は、彼らに対しても会社の請求権が生じる。⁽¹⁸⁾ この請求権は、現職の業務執行者に対してはもとより、既に退職した者に対しても生じる。⁽¹⁹⁾ もし、請求権行使の対象が社員資格を持つ業務執行者であれば、有限会社法四七条四項に基づき、その決議に

関する彼の議決権の行使が禁止されることになる。また、業務執行者に対して請求権が行使されるとき、それは、総会によって決められた訴訟代理人によって行われなければならない。これは、いわゆる利害衝突を防ぐためであると考えられている。⁽²⁰⁾ 社員、または第三者は、何れも会社の訴訟代理人になれる。

そして、社員総会における議決は、資本多数決原理に基づき行われるので(下有四七条一項)、社員、特に多数社員に対する会社の請求権の行使について議決するとき、当該社員がその議決権を忠実に用いることは到底できない。そこで、当該社員の議決権の行使は法によって禁じられている(下有同条四項)。かかる規制は、二人有有限会社の場合の多数社員による権利濫用を抑制するためには有効な手段であると考えられる。

このような場合に関して、四六条八項は不必要なものであるという主張もみられる。⁽²¹⁾

また、有有限会社法上、株式会社のように監査役会は必須機関とされていないが、会社は、定款で監査役会を設置することができる(下有五〇条一項)。監査役

がその職務違反で会社に損害を与えたとき、彼に対する会社の損害賠償請求権が生じる。この場合の請求権行使が四六条八項によるべきであるかどうかに関して学説には争いがある。支配的見解は、いわゆる任意選任的監査役に対する請求権行使は四六条八項によらないと主張するが、反対説は、これを拡張解釈し、同条項を適用すべきであると考えている。この規定を特別規定としてその適用を限定するのは、疑わしいと思われる。⁽²²⁾

なお、会社の損害賠償請求権の消滅時効は、五年である(下有九b条二項、四三条四項、五二条三項)。賠償請求権の会社による放棄またはこの請求権に関する会社の和解は、その賠償が債権者への弁済のために必要である限り、無効となる(下有九b条一項)。

3 社員訴訟による会社の請求権の行使——ITT事件判決

既に述べたように有有限会社の請求権を実施するための社員訴訟を、有限会社法は認めていない。しかし、裁判実務で社員訴訟による会社の請求権の行使は、連

邦通常裁判所によって認められた。これがいわゆる著名なI T T事件判決である。⁽²³⁾

本件の事実内容は、簡単に整理すればこうである。被告Y (I T T社) と原告Xがそれぞれ八五パーセントと一五パーセントの持分で或る有限会社に参加し、社員となった。この有限会社は、また幾つかの合資会社に多数参加した。しかし、Yは、これらの合資会社とその完全子会社との間に顧問契約を締結させ、また当該有限会社とその少数社員を通さず、コンツェルン報酬金としての報酬をI T Tグループに支払わせた。Xは、このような報酬の支払がYの二重利益となり、これを合資会社に返還するように訴訟を提起した。一審と二審は、Xの請求を棄却したが、Xが上告し、連邦通常裁判所は、審理不十分として原審に破棄差戻した。

判決では裁判所は、有限会社における社員間の誠実義務を認めたくえて、社員訴訟について次のように説示した。即ち、合資会社と外国の子会社へ支払返還させるため、有限会社におけるその共同社員に対してX

が提起した損害賠償請求訴訟は、会社法秩序、特に組織法によって禁止されていない。いずれにせよ本件のような二人有限会社の場合は、訴訟を提起するに当たりまず会社の業務執行者に多数社員に対して訴えを提起するように要求することを社員が強制させられてはならない。二重責任の排除とは関係なく、有限会社が自ら損害賠償請求権を行使する可能性も原告の請求を排除しない、と。⁽²⁴⁾

それまで、有限会社の社員訴訟を認めた最高裁の判決は一件もなかった。有限会社に関する政府草案は、社員訴訟の法認を提案したが、しかしこれは、ただ債権者保護の立場から会社の請求権が財産維持規定の違反により生じた場合にのみ社員訴訟の許容を限定したにすぎない。⁽²⁵⁾ 判決がそのような限定を越えたことは明らかであり、法の発展の観点から、本件判決の意義は大きい。学説上この判決を積極的に評価するのが一般的である。⁽²⁶⁾ 特に、有限会社の業務執行に多大な影響力を持つ多数社員の権力濫用を抑制するには、社員訴訟の機能が大きいと期待されうると考えられている。

- (1) 有限会社社員のごの三つの義務の詳細につき次の文献を参照されたい。中井真太郎『有限会社法論』大同書院(昭和一六)五九一七〇頁、喜多川篤典『有限会社法の比較的研究(ドイツ法)』『法協』六九卷二期(一九五一年)六八頁以下。
- (2) 判例による社員の誠実義務の発展の詳細につき次の文献を参照されたい。Raiser/Gießen, Die Treupflichten im GmbH-Recht als Beispiel der Rechtsfortbildung, ZGR 151, 1987; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 38-42.
- (3) Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2 Aufl. 1991, S. 486.
- (4) Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbH-Gesetz, 1987, § 43 Rdnr. 22.
- (5) Eickhoff, Gesellschaftsreklage im GmbH-Recht, 1988, S. 10.
- (6) Entwurf, Bunderstraths-Drucksache Nr. 94, Session von 1891, S. 29 ff.; zit. nach Eickhoff, a. a. O.
- (7) Eickhoff, a. a. O.
- (8) Entwurf, Bunderstraths-Drucksache Nr. 94, a. a. O., S. 79. zit. nach Eickhoff, a. a. O.
- (9) Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968, S. 226 ff.
- (10) 一八八四年第二次株式改正法二三条は、基本資本金の二〇パーセントに当たる株式を有する少数株主が請求すれば、監査役会は取締役に対して損害賠償を請求する義務があると定めた。現行株式法は、一〇パーセントに当たる株式を持つ少数株主に要求権があると規定している(一四七条一項一文)。
- (11) Gehler, Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbH-Rdsch. 1966; 森本滋『ドイツ有限会社法改正の動向』『ハリス』六四六号(一九七七年)一四四頁参照。
- (12) Eickhoff, a. a. O., S. 11.
- (13) Ebed.
- (14) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, S. 413.
- (15) 『わゆる社員の情報権は、社員の解説請求権と閲覧権としてとらえられ、有限会社法五一一条によって認められている。』
- (16) Meyer-Landrut/Miller/Niehus, a. a. O., § 46 Rdnr. 44.
- (17) また、この会社の請求権の内容は、単に損害賠償にとどまらず、ある行為の差止請求にも及ぶ。したがって請求権行使のために提起された訴訟には債務履行

- 訴訟のみではなく、確認訴訟も含まれるのであると考
えらるべきである。Vgl. Scholz, GmbH-Gesetz, 6. Aufl.
Band II, 1983, § 46 Rdnr. 102.
- (18) Meyer-Landrut/Miller/Nichus, a. a. O., § 46
Rdnr. 45.
- (19) Ebed.
- (20) A. a. O., § 46 Rdnr. 48.
- (21) A. a. O., § 46 Rdnr. 44.
- (22) A. a. O., § 46 Rdnr. 47; Auch vgl. Scholz, a. a. O.,
§ 46 Rdnr. 109.
- (23) BGHZ 65, 15 ff.; 本件の詳細に関して次の文献を
参照されたい。早川勝「コンツェルンにおける有限会
社の過半数社員の誠実義務について——ITT事件判
決を手がかりとして——」『「関商経論集」第二〇巻第
二号（昭和五十一年十一月）六一頁。』
- (24) BGHZ 65, 15, 21.
- (25) Wiedmann, Die Bedeutung der ITT-
Entscheidung, JZ 1976, S. 395.
- (26) A. a. O., S. 396; Rehinder, Treuepflichten im
GmbH-Konzern——Besprechung der Entscheidung
BGHZ 65, 15——ZGR 1976, 394 f.

三 有限会社における社員訴訟に関する議論

ドイツでは、ITT事件判決の以前にも有限会社に
おける社員訴訟に関する議論があったが、このような
議論が活発になったのは、やはりITT事件判決以後
であると言えよう。かかる議論は、社員訴訟の許容性
のみにとどまらず、社員訴訟の提起に関するメカニズ
ムにも及ぶのである。

1 有限会社における社員訴訟の許容性

ドイツにおける社員訴訟を認める根拠は、以下のよ
うに三つに整理することができると思われる。

- (1) 有限会社における人的会社法上の要素の把握に
よる社員訴訟の許容性

法によれば、言うまでもなく有限会社はその社員か
ら独立した法人格を持つものとされている。そこで、
有限会社に社員と会社との関係が外見上存在し、社員
訴訟が適用される社員間の法律関係は直接に法から引
き出すことはできないが、しかし、社員訴訟を主張す
る一部の論者は、人的会社たる合名会社に *actio pro*

§ 30.0が認められているのを参考にし、有限会社法への人的会社法的思考の受入を社員訴訟の許容の理由としてあげている。すなわち、社員は、互いに人的に結合されている法律関係に基づき訴訟と言う方法で義務違反した他の社員に対して会社の請求権を行使することができ、と。⁽¹⁾

たとえば、Ballstedtは社員間の法的拘束関係の存在する根拠を有限会社法の二四条と三一条に求めている。⁽²⁾法の二四条によれば、基本出資がその支払義務者からも取り立てられ得ず、また営業持分の売却によっても填補され得ない場合、他の社員はその営業持分に応じてその不足額を抛出しなければならない。同じく法の三一条三項は、法によって禁じられる払戻に関する償還が受領者から得られない場合、償還されるべき額が会社の債権者に弁済するために必要である限り、他の社員がその営業持分の割合に応じて償還されるべき額について責任を負うと定めている。また、次のような様々な理由を用意して、有限会社における社員間の直接の法律関係の存在が主張されている。即ち、設

立段階中の会社は組合であり、設立中の社員間の法律関係が共同運営の目的を成し遂げる内容をもつ設立後の会社に継続されるとか、⁽³⁾有限会社が株式会社と違ふ点の一つは有限会社の権力の重心が業務執行機関にあらず、むしろ社員総会に存在するとか、⁽⁴⁾単独社員の情報権の法認が有限会社の人的会社法上の要素なしには正当化されないとか、⁽⁵⁾定款によって社員に附従給付義務を負担させ得るなど、これらである。⁽⁶⁾

しかし、上記の主張に対して、有限会社が株式会社に近い形成物であり、株式会社の変形物たる有限会社の場合、株式法上の規定により人的会社法と *actio pro socio* の適用が禁止されるのであるとの見解が示されている。⁽⁷⁾しかし、かかる見解は、有限会社における社員訴訟を完全に否定するのではなく、これによれば、社員訴訟を認めるか否かに関して、その都度の社員契約が人的または物的な性格を有するかが決定的であるとされる。⁽⁸⁾

以上の何れの見解によって社員訴訟を認めるにせよ、これを認めれば、会社機関の権限との競合問題が生じ

てくるのは確かであろう。このような問題を解消するために、社員訴訟は会社請求権行使の行為の補助物として位置付けられることにする。即ち、会社による訴訟が提起されず、又は業務執行者の義務違反で会社による訴訟提起が挫折させられたとか、特別な利害関係が絡んでいることで、団体による請求権の行使が不完全にさせられたとか、会社の機能がその義務違反で請求権を行使しようとしなかつたとか(10)などの場合に、社員訴訟の提起が許されるのであるとする。

しかし、有限会社法における人的会社法上の要素を把握することから社員訴訟を認める見解に対して、このような見解は有限会社法四六条八項を度外視し、これを邪魔ものとして扱っている(11)ので、不適切であると(12)の批判がある。

(2) 不法行為法上の請求権

社員訴訟を認める第二の見解は、社員訴訟を単独社員の不法行為法上の請求権の現実化として考えている。かかる見解の根拠付けは次のように二つに分化する。

一つは、ドイツ民法典八二三条二項に規定されてい

る「他人の保護を目的とする法律に違反したる者も同様な義務(損害賠償義務)を負う」にその根拠を求め、具体的な保護の法規定としては、有限会社法の四三条を挙げ、これを民法典八二三条二項の有限会社法における変形条文として考えている(13)。この考えの出発点は、コンツェルン法の研究の中で展開された、いわゆる会社の業務執行に影響力を及ぼした社員が業務執行者と同様に責任を負担しなければならないという考慮に関連するのである(14)。有限会社法四三条は、誠実義務違反の基準としてのみではなく、義務違反行為をした社員に対する有限会社の請求権の基礎としても理解される。社員が有限会社に代わって、請求権行使のための訴訟を提起しうるのは、その利益が有限会社の利益と一致しているからである(15)。

もう一つは、ドイツ民法典八二三条一項を責任追求の根拠規定として考えている(16)。この規定によれば、故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害したものは、その他人に対しこれにより生じたる損害を賠償する義務を

負う、とされる。有限会社における社員の社員権は、不法行為法上保護される権利に当たる⁽¹⁷⁾。共同社員の義務違反によって、団体財産が侵害された場合には、社員権の一部たる財産権が侵害され、ひいては有限会社の団体のあるべき秩序が破られることとなる。しかし、現行法上、かかる侵害行為を阻止するための、社員自らによる必要な介入が欠けているので、共同社員全体の利益を考慮する義務を果たさないのは特別不法行為であり、団体のあるべき秩序を守るための社員自身による介入の可能性は不法行為法によって根拠付けられる⁽¹⁹⁾。したがって、社員の利益を十分に保護しうる特別な法的救済が与えられない限り、社員は訴訟で請求権を行使することができる⁽²⁰⁾。

会社財産の侵害の反射として、社員が損害を受けるので、この見解も会社のみへの賠償給付を主張する。またこの見解によって、社員総会が会社請求権行使について否定的な決議を下した場合に訴訟提起の社員はかかる決議を無視しうる、とされる⁽²¹⁾。

しかしながら、社員による会社請求権の行使を不法

行為法上の請求権として位置付ける見解に対する批判は少なくない。例えば、社員個人が不法行為によって直接に損害を被った場合はともかくとして、団体の財産の損害の反射として社員が間接に損害を受けたとき状況が異なってくる。このような場合に団体法上の特別規制は不法行為法による競合的な解決方法を排除する⁽²²⁾。不法行為法で少数社員保護問題を解決することができず、またかかる見解は有限会社法四六条八項という重要な組織規定を侵害する⁽²³⁾。

(3) 組織法上における社員訴訟の許容性

この見解は、社員訴訟の許容性を組織法に求め、これを会社組織の要素として捉えているが、しかし、その根拠付けは多岐に互っている⁽²⁴⁾ので、この見解はさらに次のa乃至cのように三つに整理することができると思われる。

a 緊急な業務執行としての社員訴訟

この見解の出発点も合名会社の法状況から由来する。その意味ではこれは、(1)のところ⁽²⁵⁾で述べられた見解と同様に人的会社の組織構造の視点に立っているが、し

かしその見解と異なると思われる。この見解によれば、団体における社員訴訟は、もはや社員の固有の請求権の認知ではなく、むしろ緊急な場合における団体の業務執行とその権利を実施するための手段である、とされる。⁽²⁴⁾そこで、団体の権利の実現が団体自身によって拒否された場合、社員訴訟は許される。有限会社では、社員総会が最高業務執行権機関であるので、会社の業務執行に関する重要な指令は社員の決議によって下されなければならない。社員総会の決議によって、会社の請求権の行使が挫礁させられた場合は、社員は自ら会社のために請求権を実現するための行動をとれる。⁽²⁵⁾社員訴訟をもって会社の請求権を実現する方法は、有限会社という形態に留まらず、組合はもとより、株式会社その他の団体にも適用される。⁽²⁶⁾いうまでもなく、団体自らがその請求権の行使主体であるという団体の権限秩序に関する法的思考の維持は、社員訴訟の許容によって破壊されない。というのは、団体に属すると推定される請求権の行使を団体に求める可能性が予め尽くされてから、緊急業務執行措置しての訴権行使が

初めて生じてくるからである。⁽²⁷⁾

緊急な業務執行として有限会社の社員訴訟を捉える考えは、権限の構造から団体機関又は社員の何れかが会社請求権を行使できることを明らかにしたが、かかる考えのもとで社員訴訟は、初めから例外であると受け止められている。⁽²⁸⁾しかし、このような考え方は賛成できないとZolnerは表明している。⁽²⁹⁾

b 株式コンツェルン法の類推適用の考え方

株式法三〇九条四項、三一〇条四項、三一七条四項、三一八条四項に従属会社の局外株主による単独株主訴訟が認められていることを理由として、有限会社法は社員訴訟を認めるべきである、とする考えもある。⁽³⁰⁾しかし、かかる考えに対して、幾つかの疑問点が指摘されている。即ち、この考えのもとでは、結合されていない有限会社にも株式法のそれらの規定が有効であるかどうかは不明であり、また、有限会社法四六条八項との関係で従属有限会社においても社員訴訟が会社の請求権の補助物とみなされるべきかどうか不明である、と。⁽³¹⁾

c 監督権としての社員訴訟の無制限の許容性

社員訴訟を団体組織の要素として考える論者に属する第三の見解は、社員総会の決議を考慮しなくとも、社員訴訟が許されると主張する⁽³²⁾。社員訴訟の基礎につき、Flumeは、社員が会社の債務者に対してその社員資格による自己利益を求めるものであると主張し、また、Wiedemannは、社員訴訟は団体の形態と関係せず、元来会社の業務執行を監督する目的を持つという社員の権利であると考える⁽³⁴⁾。この見解のもとでは、社員訴訟は多様な保護機能があると考えられ、つまり、これは社員全体の視点から単独社員の利益保護に立脚すると同時に、会社の債権者の利益保護にも役立つのである。社員訴訟が監督の性格を持ち、少数社員保護の要請に有効に答えられるので、社員は団体機関の行動のいかんを考慮せずに訴訟を提起しても良い。しかし、社員訴訟は、違法な業務執行を許すことになるような社員総会決議の取消訴訟・無効訴訟のような予防的な法的救済手段と比べてその次の段階の手段であり、法律上会社の内部救済即ち会社自らはその請求権を行

使するよう請求するという前置行為に従属させられる⁽³⁶⁾。もちろん、会社が自ら訴訟を提起した場合は社員の訴権は消滅する。社員総会が請求権行使の放棄を決定したとき、かかる決議が明らかに無効である限り、社員訴訟の提起の障害にはならない。しかしかかる決議が明らかに無効である場合には、訴訟を提起しようとする少数社員は、損害賠償訴訟を放棄した決議をまず取消さなければならぬ⁽³⁷⁾。

上述した通り、ドイツ有限会社法は社員訴訟に関する規定を設けていないものの、社員訴訟を法認すべきであるとの主張は、学説上一般的である。しかし、その根拠がどこに求められうるかにつき、いろいろな視点からアプローチされている結果、学説が錯綜し、その内のいずれが支配的見解であるかにつき、今のところまだ明確に言える段階ではないといえよう。とはいえ、総じて見れば、社員訴訟による有限会社の請求権の行使を組織法から把握する学説は他の学説より有力ではないかと思われ、また、社員訴訟を認めるこれらの学説(上述(1)(2)(3))の底流にあって、社員訴訟の基

盤をなしているのは、社員権であることは確かである。

2 社員訴訟の提起に関するメカニズム

上述したように、根拠が異なるにもかかわらず、有限会社法において社員訴訟が許されるべきであるという主張は、ドイツでは既に一般的になったといつて過言ではない。最近では、社員訴訟の訴訟構造についても詳細に論じられるようになった。以下では、これらの議論を概観する。

(1) 社員訴訟の提起の前提条件

いわゆる社員訴訟は、社員が自己の名で会社の請求権を訴訟提起の形で実現するので、会社が自ら請求権を行使するならば、社員訴訟が提起できなくなることはいうまでもない。しかし、社員総会が会社の請求権行使を放棄する決議を下した場合は、訴訟で請求権を行使しようとする社員はどのような措置を取れるかが問題となる。社員訴訟が許されるためには、もちろん当該訴訟が訴えの利益を有しなければならぬ⁽³⁸⁾。例えば、当該請求権行使を放棄する決議に瑕疵があり、団体の利益の考慮から不適切だと考えられる場合は、社

員訴訟による請求権の貫徹が可能となる⁽³⁹⁾。しかし、このような問題の発生は、請求権を行使すべきだと主張する社員が、社員総会の場で多数社員とのやりとりから明らかにしなければならぬ。そして、社員は、まず当該決議を取消さなければならぬ。決議取消訴訟の提起と同時に、社員はまた会社が請求権行使を放棄すべきではないという確認訴訟をも起こすべきである⁽⁴⁰⁾。株式会社二四八条を類推適用し、当該確認判決の効力は団体の総ての利害関係人に及ぶ。判決で確認された会社の請求権はこれを貫徹しようとする社員によって行わなければならない。他の社員の利益は、補助参加(Nebenintervention)という訴訟制度で保護され、原告たる社員以外の社員は、取消と確認訴訟又は給付訴訟(社員訴訟)に参加しうる。

また、請求権行使に関する少数社員の提案を多数社員が無視し、審議もしなかったならば、少数社員は、社員訴訟の前に社員総会の決議が行われなければならないという要件を無視して訴訟を提起しうる⁽⁴¹⁾。しかし、かかる場合に少数社員の提案は、有限会社法五一一条に

適った方法でなされなければならない。

二人有有限会社の場合、会社の請求権の行使に関する総会決議が必要であるかどうかについても一考すべきであろう。⁽⁴²⁾ もし、かかる請求権が社員でない業務執行者に対して行使されるならば、原則的に決議要件はやはり満たされるべきである。しかし、会社の請求権が多数社員、或は多数の持分を有する業務執行者に対して行使されるならば、その議決権の行使が禁止されるので、総会決議は形式的なものにすぎないこととなる。

(2) 会社訴訟と社員訴訟との関係

上述した社員訴訟の提起要件が満たされれば、有限会社の単独社員は他の共同社員と業務執行者に対する会社の請求権を行使し得ると考えられている。ところで、社員訴訟が既に提起され、係属中である場合に、会社がまた自ら提訴しうるかという問題がある。⁽⁴³⁾ この問題に対して、次のような理由をもって会社訴訟の提起は許されないと主張されている。即ち、当該社員訴訟が提起される前に、有限会社にとって十分な考慮時

間があったはずであり、特に原告たる社員が上述した訴訟提起に関する手続を踏まなければならないので、社員訴訟の存続それ自体が会社にとって不利益にはならないと解される。また、会社が今さら訴訟を提起するからといって、当該社員訴訟を中止するように原告社員に要求することはできない。なお、会社の業務執行者が訴訟を提起しようとするという気持ちに変わることは、普通考えられないので、業務執行者に訴訟提起を期待するのは無理であると言わざるを得ない。⁽⁴⁴⁾

社員訴訟の判決の既判力は、有限会社と他の共同社員に及ぶ。⁽⁴⁵⁾ 提訴社員が敗訴した場合は、訴訟に関する相当と思われる費用を会社に対して請求することができない。⁽⁴⁶⁾

(3) 社員訴訟の放棄と和解

社員訴訟を提起した社員が当該訴訟を放棄すること、またそれにつき和解することができるかの問題も論じられている。原告たる社員が会社の請求権、つまり他人の権利を訴訟で行使できるので、訴訟外で当該請求権は社員によって放棄又は和解の方法で中止されては

ならず、訴訟の放棄とその和解は、社員総会の同意を得るべきであると解されている。これは、議論の余地がないと一般的に思われているようである。⁽⁴⁷⁾

しかし、これに対して反論もある。例えば、社員による訴訟の放棄と和解についての上記の制限的な考え方は、実際に適切性が欠けていると批判されている。なぜならば、かような制度のもとで、社員が訴訟提起を躊躇してしまい、価値のある訴訟が提起されなくなり、また、適切な和解による訴訟の終結が困難に陥りかねないからである、と。しかし、もちろん人的会社の場合と同様に総会による和解決議を得る可能性は有限会社社の提訴社員に与えられるべきである、⁽⁴⁸⁾この反論者も考えている。

(1) 例として、Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949, S. 187 f.; Immenga, Die Personalistische Kapitalgesellschaft — Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporation in den Vereinigten Staaten, 1970, S. 291; Schilling, Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts,

in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, 1976, S. 385.

(2) Ballerstedt, a. a. O., S. 181 ff.

(3) Hoffmann, Die actio pro socio und ihre Anwendung in der GmbH, 1962, S. 105 ff.; Petersen, Personengesellschaftsrechtlich Struktur der GmbH, 1954, S. 42 ff.

(4) Immenga, a. a. O., S. 287 f.

(5) Vgl. Eichhoff, Die Gesellschafterklage im GmbH-Recht, 1988, S. 17.

(6) Petersen, a. a. O., S. 59 ff.

(7) Zöllner, Die Schranken mitgliederschaflichen Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personverbänden, 1963, S. 431 f.

(8) Vgl. Eichhoff, a. a. O., S. 20.

(9) Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1988, S. 22 f.

(10) Ballerstedt, a. a. O., S. 190.

(11) Vgl. Eichhoff, a. a. O., S. 22.

(12) A. a. O., S. 48.

(13) A. a. O., S. 25.

(14) Vgl. Rehbinder, Gesellschaftsrechtliche Prob-

- leme mehrstufiger Unternehmensverbindungen,
ZGR, 1977, S. 639 ff.
- (51) Vgl. Eickhoff, a. a. O., S. 25.
- (52) Mertens, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht
—— Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schut-
zes von Vermögensinteressen, AcP 178, 1978, S. 242
ff.
- (53) Hachenburg/Mertens, Kommentar zum GmbH-
Gesetz, 7. Aufl. 1975, § 43 Rdnr. 105.
- (54) Vgl. Eickhoff, a. a. O., S. 26.
- (55) Mertens, a. a. O., S. 234 ff.
- (56) Hachenburg/Mertens, a. a. O., § 43 Rdnr. 108.
- (57) Vgl. Eickhoff, a. a. O., S. 26.
- (58) Lutter, Theorie der Mitgliedschaft——Prole-
gomena zu einem Allgemeinen Teil des Korpor-
ationsrecht, AcP 180, 1980, S. 142.
- (59) Eickhoff, a. a. O., S. 54.
- (60) Lutter, a. a. O., S. 134.
- (61) A. a. O., S. 137.
- (62) A. a. O., S. 135 f.
- (63) A. a. O., S. 139.
- (64) Eickhoff, a. a. O., S. 29.
- (65) Zöllner, Die sogenannten Gesellatferklagen im
Kapitalgesellschaftsrecht —— Referat —— ZGR,
1988, S. 406.
- (66) Vgl. Eickhoff, a. a. O., S. 29.
- (67) A. a. O.
- (68) Berger, Die actio pro socio im GmbH-Recht,
ZHR 149, 1985, S. 611; Assmann, Gläubigerschutz
im faktischen GmbH-Konzern durch richterliche
Rechtsfortbildung——Teil 2, JZ 1986, S. 929.
- (69) Flume, Juristische Person, S. 302 ff.
- (70) Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I, 1980, S.
242, 273, 462.
- (71) Berge, a. a. O., S. 604 f.
- (72) Wiedemann, a. a. O., S. 462.
- (73) Berger, a. a. O., S. 612.
- (74) Grunewald, Die Gesellatferklagen in der Per-
sonengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 91.
- (75) Eickhoff, a. a. O., S. 286.
- (76) Zöllner, a. a. O., S. 410; Eickhoff, a. a. O.;
Grunewald, a. a. O., S. 90.
- (77) Eickhoff, a. a. O.
- (78) Zöllner, a. a. O. S. 410.
- (79) Grunewald, a. a. O., S. 91.
- (80) A. a. O.

- (45) A. a. O.; auch vgl. Wiedemann, a. a. O., S. 463; Berger, a. a. O., S. 599, 608; Eickhoff, a. a. O., S. 161 ff.; Plume, a. a. O., S. 305.
- (46) Grunewald, a. a. O., S. 92.
- (47) A. a. O.
- (48) A. a. O.

四 結合される有限会社における社員訴訟

一九六五年株式法上のコンツェルン法は、従属会社として結合される有限会社をその規制範囲にいれていないが、しかし、実際には、有限会社が従属会社として結合される場合は少なくない。⁽¹⁾コンツェルン法は成立して間もなくその不備が露呈した。いわゆる有限会社コンツェルンにおいて、多数社員たる支配企業の権力濫用によって有限会社の利益、またその少数社員と債権者の利益が侵害された場合は、これらの利益がいかに保護されるべきかが問題となる。⁽²⁾現在この問題を解決するため多くの論説が示され、そのうちには結合される有限会社の少数社員に多数社員たる支配企業に

対する訴権を認める主張も含まれている。

ITT事件に関するドイツ連邦通常裁判所の判決が単独有限会社における社員訴訟を認めたと一般的に受け止められている一方、そのような受止め方よりも、むしろ有限会社コンツェルンのもとで、多数社員たる支配企業の権力濫用を抑制し、従属的有限会社の少数社員を保護する観点から、この判決を評価する論調がより早く現れた。以下では、有限会社コンツェルンにおける支配企業の責任を追求するための理論構成と社員訴訟のメカニズムに関するドイツの議論の現状を概観する。

1 支配企業の法的責任追求の理論構成

(1) 支配企業の誠実義務説

ITT事件判決以来、従属有限会社の多数社員たる支配企業がその多大な影響力を持つ決定権力を行使するに際して、会社法上の誠実義務を負わせられなければならないという見解は今日支配的である。この支配的な見解によれば、支配企業が従属的有限会社の社員として会社の目的促進義務と忠実義務を負うべきであ

ると解され、從屬的有限会社の利益に対する考慮によつて支配企業に許される影響力の度合いが決定される⁽³⁾。したがつて、從屬有限会社を加害し共同社員の権利を縮減する影響力の行使は許されない。しかし、かかる誠実義務は、コンツェルン法上の特有な義務ではない⁽⁴⁾。支配企業の責任の内容基準は具体的に有限会社法四三条に準用される⁽⁵⁾。支配企業が誠実義務に違反した場合のサンクションとして從屬的有限会社の差止請求権と損害賠償請求権が發動することとなる。また、少数社員は *actio pro socio* に照らして從屬会社に属するこれらの請求権を行使することができる。

(2) 適法なコンツェルン業務執行説

この説は、主に Lutter によつて提唱されていると思われる。彼は、まず多数社員たる支配企業が從屬有限会社と特に支配契約を締結しなくとも、社員総会を通じて会社の総ての措置につき業務執行者に対して合法的に指揮をすることができる、と指摘する。しかし、支配企業はその支配権の行使に際して適法なコンツェルン業務執行の原則 (*ordnungsgemäße Konzernges-*

chaftsführung) を遵守しなければならない。かかる原則としては、彼によれば、コンツェルン構成員の法的独立性を承認し、経済的危険を親会社と子会社との間で分配する場合はその分配を子会社の犠牲で変更しないことを保障する原則である⁽⁶⁾。支配企業は、ある行為が経済的危険を子会社に負わせた場合にその行為をいわゆる「適法なコンツェルン業務執行」をもつて、説明しかつ証明できないならば、子会社の年度損失補填又は損害賠償をすべきである。從屬有限会社のこの請求権を少数社員もまた社員訴訟をもつて、当該有限会社のために行使しうる、とされる⁽⁷⁾。

しかしながら、かかる主張は、単一的な経済体としてコンツェルンの利益を志向するもので、これを具体化するのが困難である、と支配的な見解である支配企業の誠実義務説から批判されている⁽⁸⁾。いずれにせよ、両説は、支配企業の責任追求に関する法律構成は異なるが、從屬的有限会社の利益、また少数社員の利益を保護する目的を実現するための手段として社員訴訟を認める事に関して一致している。

2 従属的有限会社における社員訴訟のメカニズム
(1) 単層的な企業結合の場合

かかる場合に、支配企業が自己に対する会社の請求権の行使を許すとは到底考えられず、また会社の請求権の行使に関する総会決議が可決されても業務執行者の地位の存続が支配企業の意志に依拠するので、彼が自分の地位の喪失を顧みず、支配企業に対する会社の請求権を積極的に行使することにも疑問が残るであろう。したがって、社員訴訟によってこそ、会社の請求権の実現が可能となる。しかし、従属有限会社の少数社員は、随意に訴訟を提起することができず、訴訟提起に関しては、単独有限会社の場合と同様に手続を行わなければならないと主張されている。⁽⁹⁾

(2) 多重層的な企業結合の場合

支配企業（以下M社）、子会社たる有限会社（以下T社）と孫会社たる有限会社（以下E社）が存在する場合を多重層的な企業結合の場合として想定してみよう。かかる場合に、E社がM社の不利益な影響力の行使によって損害を被らされたとき、T社の少数社員がE社

のために社員訴訟を提起しうるかが問題となる。

既に明らかにしたように、I T T事件判決は、支配企業M社に対する従属有限会社の請求権を少数社員が代位行使できると認めた。その一方、事実関係によれば、T社の少数社員が直接に損害を受けたT社の子会社たる合資会社（E社）に損害賠償をするように支配企業に対して社員訴訟を起こした。連邦通常裁判所は、本件における社員訴訟を認めた結果、E社のためのT社の少数社員による社員訴訟を認めるという新たな領域に踏み込み、その意味で、判決はまさに社員訴訟につきその先端に立っていると評価されている。⁽¹⁰⁾

M社はT社とその共同社員に対してのみならず、E社とその共同社員に対しても誠実義務を負わなければならない。M社の行動が其の直接の従属会社においてのみならず、また間接の従属会社においてもコントロールされるべきであるという観点から、Wiedemannは、T社の少数社員がE社のために訴訟を提起することができる⁽¹¹⁾と主張する。しかし、E社に他の少数社員がいる場合は、かかる社員訴訟は許されない。なぜならば、

直接損害を受けたE社の社員による合目的な措置に関する決定権は、T社の少数社員によって先取りされるべきではないからである、と考えられている⁽¹²⁾。

Rebinderは、多重層的な企業結合の場合における社員訴訟を比較的詳細に論じた。彼は、まず単層的な企業結合の場合にT社の少数社員が株式会社三〇九条四項、三一七条四項を類推適用し、M社に対して社員訴訟を提起し得ると主張した後、E社がM社によって損害を受けた場合も、単層的な企業結合の場合と同様にT社の少数社員がM社に対して社員訴訟を提起しようと考えている⁽¹³⁾。というのは、E社の直接の損害がT社の間接の損害だからである。もちろん、M社の損害賠償はE社に行われるように請求されなければならない⁽¹⁴⁾。Eickhoffも、T社の少数社員がE社のために社員訴訟を起せると考えている。しかし、問題は、T社とE社の少数社員のどちらが先に訴訟を提起しうるかである。また、E社がその少数社員の同意を得て、M社に対する請求権の行使を放棄し、又は和解をした場合、T社の少数社員の間接の利益保護がいかになされるか、

つまりかかる場合における少数社員間の利害衝突の可能性が生じうるかも問題となるであろう⁽¹⁵⁾。これらの問題の解決に関して、Eickhoffは、まずM社の影響力の行使によって直接に損害を被った有限会社E社が請求権を有し⁽¹⁶⁾、そしてその少数社員が先に請求権を代位行使すると主張する。しかし、少数社員が請求権を行使する前に社員総会に会社が請求権を行使するように要請すべきである⁽¹⁷⁾。直接に損害を受けた有限会社E社の少数社員は賠償請求権を直接に放棄又は和解することができます。それによって、T社にはもはやM社に対して請求権を行使することはできないこととなる⁽¹⁸⁾。

支配企業の影響力の行使から、その孫会社と少数社員の利益を保護しなければならないのは、論者の共通した見解である。その上で、多重層的な企業結合の場合における社員訴訟のメカニズムについてEickhoffは、他の論者より詳細に議論を展開したと言えよう。

(1) 早川勝「変態的事実上の有限会社コンツェルンについて」『産大法学』二四巻三・四号(一九九一年)一四〇頁。

- (2) Eickhoff, Gesellschaftsklage im GmbH-Recht, 1988, S. 228.
- (3) Eickhoff, a. a. O.
- (4) Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2 Aufl. 1991, S. 1012.
- (5) Eickhoff, a. a. O., S. 235.
- (6) Lutter, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR, 1982, S. 267. また、早川勝・前掲論文二〇九頁。
- (7) ルッター(山口賢訳)「ドイツコンツェルン法体系(11)」『甲南法学』第二七巻第三・四号(一九八七年)一一頁。
- (8) 早川勝・前掲論文二〇九頁。
- (9) Eickhoff, a. a. O., S. 286. 本稿Ⅲの2の(2)参照。
- (10) A. a. O., S. 248.
- (11) Wiedemann, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, S. 396.
- (12) A. a. O., S. 396 f.
- (13) Rehinder, Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR 1977, S. 641 f.
- (14) A. a. O., S. 643 f., 647.
- (15) Eickhoff, a. a. O., S. 240 ff.

- (16) A. a. O., S. 253.
- (17) A. a. O., S. 286.
- (18) A. a. O., S. 287.

五 結語

ドイツにおける有限会社の社員訴訟に関する判例と学説上の議論についての以上の考察から、次のような指摘ができると考える。即ち、現行の有限会社法は社員訴訟を認めていないが、既に連邦通常裁判所は社員訴訟を認め、社員訴訟を法認すべきであると主張は現在の学説の主流となった。会社内部の利害関係に対するチェック・アンド・バランスの機能、特に会社の業務執行に多大な影響力を与えやすい多数社員の権力濫用を抑制し、会社の利益、少数社員の利益を保護する機能を持つものとして社員訴訟を大変高く評価するのは、学説の間に共通するところである。また、学説は、単に社員訴訟を法認すべきであるにとまらず、有限会社という団体の訴権と社員訴権との衝突をいかに解決するための手続についても議論を展開した。

これは注目し値すると考える。日増しに高まっている社員訴訟に関する主張に対してどのように対処するかは、ドイツの立法者にとって大きな課題であると言えよう。

日本の昭和二五年改正商法は、株主地位の強化の一環としてアメリカ法に倣って株主代表訴訟を成文化した。これと相まって、社員の地位の強化は有限会社においても等しく必要であると考えられた結果、社員の代表訴訟は昭和二六年有限会社法の改正を経て、有限会社法にも制定されるに至った（有限会社法三一条、なお三一条ノ二参照）。その意味で、社員訴訟につき全く規定を設けていないドイツ有限会社法と比べて、日本の有限会社法は、より一歩進んだといえる。しかし、日本では代表訴訟が大変提起されにくく、それ程

活用されていない。これについて社会的に見て色々な原因があることが指摘され得るが、代表訴訟に関する法規制それ自体に数多くの問題が潜んでいると言わざるを得ない。特に、有限会社法が社員による代表訴訟の対象を取締役に限定しているのは、法規制の一つの大きな不備であると考えられる。有限会社において、多数社員（組織された多数社員も含む）が会社の業務執行に絶対的な影響力を及ぼすことを考えるとき、代表訴訟の対象を限定的に取り扱うのは、いかにも不合理である。この点に関して、ドイツでの社員訴訟に関する議論から大いに示唆が得られると考える。稿を改めて論じたい。

（一橋大学助手）