

ドイツ株式法上の積極的決議確認の訴え

藤 嶋 肇

第1章 はじめに

本論文は、株主総会において瑕疵ある「否決の決議」が行われた場合に株主の利益を保護する手段としての「積極的決議確認の訴え」について、ドイツ株式法上の議論を紹介するものである。

日本において、「否決の決議」の取り扱いについては議論があるところである。最高裁判所は「一般に、ある議案を否決する株主総会等の決議によって新たな法律関係が生ずることはないし、当該決議を取消すことによって新たな法律関係が生ずるものでもないから、ある議案を否決する株主総会等の決議の取り消しを請求する訴えは不適法である」と判示した⁽¹⁾。しかし、否決された決議の瑕疵を争う株主の真の意図は、瑕疵がなければ成立したであろう決議の成立を求めるところにある。つまり取消してではなく、積極的決議確認が求められているのである。もし、それが紛争の解決に資するのであるならば裁判上の積極的決議確認を認める必要性は存する。

この点につき、日本法上の可能性を検討する前提として、ドイツ株式法上の議論を参照する。ドイツにおける当該訴えはドイツ株式法上の明文の規定を欠き、判例によって形成されてきたため、その法的性質、要件、効

(1) 最高裁判所平成28年3月4日判決民集70巻3号827頁

果、他の制度との関係につき論争のあるところである。それらを参照することにより、わが国会社法解釈への示唆とそのための基礎を得ることを目的とする。

第2章 ドイツ株式法上の積極的決議確認の訴え

第1節 「決議」の意義

ドイツ株式法上の積極的決議確認の訴えについて論じる前提として、まずドイツ株式法上の「決議」の意義を確認する。ドイツ株式法上は株主総会決議（Hauptversammlungsbeschluss）概念について、明文の規定をもって定義されていない⁽²⁾。この点、Zöllerによればそれは「法的に義務付けられた正しい形式」と理解されている⁽³⁾。すなわち、拘束力を持つ集団的意思決定を得る営みのことであるとされる。決議が行われるにあたっては、決議に参加することができる個々の構成員の個別の意思は任意に表出されるのではなく、ある提案に向けてそれに賛成するか反対するかという形式で行われる⁽⁴⁾。すなわち、意思形成の結果は可決もしくは否決のみとなる。

ドイツ株式法上、株主総会での個々の決議は公証人に認証された議事録に記載されなければならない（ドイツ株式法130条1項1文）。非上場会社の場合には特別多数決を必要とする決議以外は、監査役会議長の署名で足りる（同条1項3文）。その議事録においては、投票結果および決議についての株主総会議長の確認が記載されなければならない（同条2項1文）。

(2) HölTERS/Englisch AktG § 241 Rn.4-5

(3) Zöller, in Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, O. Schmidt, 2000, S.821

(4) 前掲注(3)Zöller, S.822

公開会社においてはそれぞれの決議につき、有効な議決権として投じられた株式の数、有効投票によって代表される基本資本の登記資本に対する割合、賛成、反対、棄権に投じられた議決権の数も記載される必要があるが、株主が要求しない場合には議長はそれぞれの決議の確認を必要な多数に到達したということに限定することができる（同条2項2文、2項）。

ここでドイツ株式法上、決議案の可決のみならず否決もまた意思形成の結果であり、つまり決議であると解されている⁽⁵⁾。その理由として、否決された決議には拘束力があること、否決された決議が取消されうることが挙げられる。このことが、否決という結果であるところの決議の取消しと、その確認された決議結果が誤っている場合に議案が正しく確認されうることと結び付けられるのである。

第2節 積極的決議確認の訴え

1. 意義

ドイツ株式法における積極的決議確認の訴え（Positive Beschlussfeststellungsklage）とは、違法に否決された株主総会の決議に対する取消しの訴えに法的な決議の結果を補充するものと解されている⁽⁶⁾。明文の規定

(5) 前掲注(3)Zöller, S.823

(6) 積極的決議確認に言及する主要な文献として Zöller, ZGR 1982,623; K. Schmidt, NJW 1986,2018; Philip E. Heer, ZIP 2012,803; KK-AktG/Ulrich/Noack/Dirk Zetzsche, 3. Auflage, 2017, AktG § 248 Rn.43; Großkomm AktG/K. Schmidt, 4., neubearbeitete Auflage, 2012, AktG § 246 Rn. 99; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, 4.Aufl. 2016, AktG § 246 Rn.84; Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.43; Grigoleit/Ehmann, 1.Aufl. 2013, AktG § 246 Rn.25; Henssler/Strohn/Drescher, 4.Aufl. 2019, AktG § 246 Rn.50; Hölter/Englisch, 3.Aufl. 2017, AktG § 246 Rn.65; Hüffer/Koch, 13.Aufl. 2018, AktG § 246 Rn.42; Spindler/Stilz/Dörr, 4.Aufl. 2019, AktG § 246 Rn.58; Wolff, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd.3 5.Auflage 2018 Rn.90; Leuering, Semler/Volhard/Reichert, ↗

はなく、解釈によって認められることに異論はない。

そもそも、ドイツ株式法は株主総会の瑕疵ある決議に対しては取消しの訴え（ドイツ株式法246条）と無効確認の訴え（ドイツ株式法249条）を定めている。これらの訴えはいずれも、決議の無効を裁判を通じて宣言することに向けられている。これらの訴えが認容された場合、対世的効力（ドイツ株式法248条）を有すると定められている。問題は、争われている瑕疵ある株主総会決議が否決の決議の場合である。この場合、取消しおよび無効の訴えが例え認容されたとしても株主総会決議の瑕疵を争う原告に対して必ずしも満足な結果をもたらさない⁽⁷⁾。例えば否決された決議が取消されたとしてもそれは決議の無効であることを導くのみであるが、原告が真に望むのは瑕疵がなかったならば成立したであろう決議の有効であることの確認である。瑕疵ある否決の決議が取消されたならば、確かに新たに当該事項について決議をする余地は生ずる。しかし①当初の決議の時点における多数派が再び決議の行われる時点でなお多数派を維持しているとは限らないこと、②改めて同一内容の株主総会決議が行われたとしても、決議の効力が当初の決議の時点には遡及しないという点から、株主に対する法的保護の欠缺が生じる⁽⁸⁾。そこで株主の法的保護の欠落を埋めるために、取消しの訴えと積極的決議確認の訴えが結び付けられることとなったのである。

歴史的には、ライヒ裁判所は古くは取消しの訴えが破棄と並んで積極的確認効を有すべきとしたが、その後、取消しの訴えおよび無効の訴えの効力は決議の無効の宣言にとどまるものとした⁽⁹⁾。現在につながる積極的決

↘ Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung 4.Auflage 2018 Rn.114

(7) Heer, S.803

(8) Heer, S.804

(9) RGZ 64,258,261=juris: RGRE064063258; RGZ 142,123,129=juris: RGR 142020123; GroBkommAktG/K. Schmidt, § 246 Rn.99

議確認の訴えを認容したのは連邦最高裁判所1980年3月13日判決である⁽¹⁰⁾。この中で連邦最高裁判所は「株式法248条により確定力を有する判決の時点まで決議されたとして有効であるところの外形を有する決議の除去に伴う、正しい決議結果の確定がなされうるべきである」として否決された決議の取消しに伴う可決されたという結果の確認を認めた。

2. 法的性質

積極的決議確認の訴えの法的性質は、法律関係の存否を裁判上確認するのであるから一般的な確認の訴え（ドイツ民事訴訟法256条）の規律から全く無関係ではない。上記連邦最高裁判所1980年3月13日判決でも、「そのような訴えの許されることは原則として民事訴訟法256条による」と言及されている。しかしながら、ドイツ株式法においてドイツ民事訴訟法上の一般的な確認の訴えがそのままの形式で適用される余地はほとんどない⁽¹¹⁾。それは株主総会決議の効果不発生（Unwirksamkeit）の確認、およびドイツ株式法249条1項によらない無効確認の場合に限られる。この点、積極的決議確認の訴えについてはドイツ民事訴訟法256条にもかわらず、

(10) BGH, Urteil vom 13.3.1980 - IIZR 54/78=BGHZ 76,191=NJW 1980, 1465判決理由II 2, 3, 3c; Zöller, S.623; K. Schmidt, S.2018. 本件は株式会社 of 定款変更に関する決議についての事案である。定款において監査役の選任につき議決権の3分の2以上の特別多数決が必要な旨定められていたところ、株主の一人である原告が当該条項を削除する旨の定款変更議案を提案した。株主総会において議長が当該条項の改廃には特別多数が必要であるとして否決されたとの結果を確認したのに対し、原告は決議が可決されたにもかかわらず議長によって不正に否決と確認されたとして、否決された決議の取消しとあわせて、可決されたならば成立したであろう定款変更の確認を求めて上告した。上告審は否決の決議の取消しとあわせて可決されたとする当該定款条項を削除する定款変更決議の成立を確認した。

(11) Hüffer/Koch AktG § 246 Rn.41

形成の訴えと解するのが判例・支配的な見解である⁽¹²⁾。その理由として、積極的確認の訴えはすでに存する法律関係の確認ではなく総会議長に告知された決議の内容的変更を伴うものであるから形成的効力を有するということ、また後述のように決議取消しの訴えとの緊密な関係から、原告の法的保護がより容易な方法で可能なこと、提訴の要件等も類推することにより法的安定性を守ることができることが挙げられている⁽¹³⁾。

3. 要件

積極的決議確認の訴えの法的性質を形成の訴えと解するとして、それでは訴えにいかなる要件が必要と解されているか。以下では形式的要件と実質的要件（法的保護の必要性）について概観する。

3.1 形式的要件

(1) 訴訟によること

決議の積極的決議確認は訴えによってのみ主張することが可能であると解されている⁽¹⁴⁾。その理由は後述のように形成効が認められると解されていることと、利害関係人の参加を確保する必要があること、結果の画一的確定が必要なためである。

(2) 管轄・提訴権者・提訴期間

多数説によれば積極的決議確認の訴えは決議取消しの訴えと結合して提

(12) Schatz, AG 2015,702; Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.47, GroßkommAktG/K. Schmidt, AktG § 246 Rn.101; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, 4.Aufl. 2016, AktG § 248 Rn.28, Spindler/Stilz/Dörr AktG § 246 Rn.58-59

(13) Schatz AG 2015,701; Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.47

(14) Heer, S.804

訴される必要があると解されている。その見解によれば積極的決議確認の訴えの形式的要件は、総会決議取消しの訴えの規定が類推適用されることとなる⁽¹⁵⁾。したがって管轄は会社の本店所在地を管轄とする地方裁判所とされ（ドイツ株式法246条3項類推適用）、提訴権者は取消しの訴えと同様であり、すなわち一定の前提条件を満たす株主、取締役、監査役である。被告は会社となる（ドイツ株式法246条2項、ドイツ民事訴訟法50条）⁽¹⁶⁾。株主は、議事日程の公告以前に被告会社の株主でなければならず、株主総会に出席するか代理人を通じて出席し異議を留保しなければならない。

取り消しの訴えと結合して提起される積極的決議確認の訴えも一ヶ月の提訴期間に服すると解されている⁽¹⁷⁾。取消しの訴えに期間制限が存することは、法的安定性の保障を理由とする。そもそも後述のように孤立した積極的決議確認の訴えの提起に否定的な見解からは、決議の取消しの訴えと結合して提起することが前提とされている。

3.2 法的保護の必要性（実質的要件）

(1) 総説

積極的決議確認の訴えの提起には、法的保護の必要性が存在しなければならない。まず、一般的な権利保護の必要性が国家の法的保護を不正に過度に使用することを許さないということから導かれることは言うまでもな

(15) Henssler/Strohn GesR/Drescher, 4.Aufl. 2019, AktG § 246 Rn.51; GroßkommAktG/K. Schmidt, AktG § 246 Rn.107-110; Spindler/Stilz/Dörr, 4.Aufl. 2019, AktG § 246 Rn.60; Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.47; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer AktG § 246 Rn.87-88

(16) Heer, S.804

(17) Zöllner, S.628; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, AktG § 246 Rn.87; GroßkommAktG/K. Schmidt, AktG § 246 Rn.109; Spindler/Stilz/Dörr, AktG § 246 Rn.60; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer AktG § 246 Rn.87

い。

積極的決議確認の訴えが一般に取消しの訴えと結びついて提訴されうると解されていることから、法律上定められた決議取消しの訴えの要件を満たしていれば原則として積極的決議確認の訴えについても法的保護の必要性は認められる。ただし、格別の場合にはその積極的決議確認の必要性の吟味が必要となる⁽¹⁸⁾。例として株式会社の損害賠償請求のための特別代表者の選任に際して、株主総会の決議（ドイツ株式法147条2項1文）による方法と、基本資本の10%の持分もしくは持分の価額が100万ユーロに達する株主が裁判所に選任を申し立てる方法がある。また、基本資本の1%の持分もしくは持分の価額が10万ユーロに達する株主は株主代表訴訟の提起の許可を申し立てることができる（ドイツ株式法148条1項）。このような場合にはたとえ株主総会で特別代表者の選任が不正に否決されたとしても、少数株主による選任がなされるならば積極的決議確認の訴えの利益は認められないと解しうる⁽¹⁹⁾。

(2) 裁判例

・ 計数違反

総会議長が確認した決議結果は、その算定の正確さにかかわらず暫定的に法的拘束力を有すると解される（ドイツ株式法130条2項）。しかし、それは法令に違反した決議であるので、決議の取消しと並んで、否決された決議が実際には可決されたとの（積極的な決議の）確認を主張することができる⁽²⁰⁾。積極的決議確認の訴えの適用ある典型的な場合である。

(18) Heer, S.806

(19) Heer, S.806; 反対説として Dreschner, in FS. Stillz 2014, S.128。裁判上の選任は単純な手続きでないがゆえに同様の条件ではないとして訴えの利益は失われないとする。

(20) Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.43

連邦最高裁判所1980年3月13日判決^{②)}

株主総会において議長が不正な告知をし、必要な議決権多数の欠けていることを理由として議案が否決された場合、これに対して向けられる取消しの訴えは、賛成されるべき決議の確認の申し立てと結び付けられうるとして積極的決議確認を認めたもの

・排除されるべき議決権が行使された場合

例外的に株主がその誠実義務に基づいて決議案に賛成することを義務付けられていたとした場合で、それにもかかわらずこの議案が必要な多数に到達せず、そのために総会議長が議案の否決を告知した場合、これに対しても積極的決議確認の訴えは行われうると解される^{③)}。そのような議決権行使は無効と解するのが支配的な見解である^{④)}。濫用の議決権行使を有効とするならば、裁判所は法的に正しいとされる決議結果を確認することはできなくなってしまう。とりわけ、権利濫用的な否の投票が無効にならないとするとせいぜい裁判所は決議結果を否定する判断しかできないと解されるが、それでは真の成立すべき決議の確認は得られないことを理由とする^{⑤)}。

連邦最高裁判所1983年10月26日判決（有限会社の事例）^{⑥)}

共同社員の権利濫用の議決権行使によって社員総会において議案が否決

①) BGH, Urteil vom 13-3-1980 - IIZR 54/78=BGHZ 76,191

②) Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.45

③) 前掲注③Zöller, S.825; Schwab, in AktG, Schmidt/Lutter § 246 Rn.45

④) 前掲注③Zöller, S.826は議長の決議結果の確認に先んじて行われる投票結果の確認（可否の投票の数の確認）は純粋な事実上の確認ではなく、投じられた票の有効性の吟味を必要とし、そもそも有効な可と否の数の確認であるべきという。

⑤) BGH, Urteil vom 26-10-1983 - IIZR 87/83=BGHZ 88,320

された場合には、否決された決議に対して、取消しの訴えとその決議が承認されたことの積極的確認の訴えが結び付けられうるとして積極的決議確認を認めたもの。しかし、それに反対する社員が補助参加人として手続に参加する場合に限るとした。

連邦最高裁判所1986年1月20日判決（有限会社の事例）²⁶⁾

議決権行使から排除される社員がそれに対して反対票を投じた結果、社員総会において議案が否決された場合、否決された決議に対する取消しの訴えに確認の訴えは結び付けられうるとして、積極的決議確認の訴えを認めたもの

（消極）連邦最高裁判所2011年5月31日判決²⁷⁾

支配、利益参加契約の解約決議に際して、支配株主（90パーセント）の議決権行使は禁じられることはなく、従って否決された場合に取消原因はなく、積極的決議確認の対象ともならないとされたもの

4. 孤立した積極的決議確認の訴えの可能性

4.1 総説

上述のように、ドイツ法上は否決された決議も議長の確認により暫定的に確定力をもって存在するため、決議取消しの訴えによって当該決議を無効とすることと、積極的決議確認の訴えによって当該決議の成立の確認を求めることは結合している必要があると解されている。

それでは、取消しの伴わない孤立した積極的決議確認の訴えは認められ

²⁶⁾ BGH, Urteil vom 20-01-1986 - IIZR 73/85=BGHZ 97,28

²⁷⁾ BGH, Urteil vom 31.5.2011 - IIZR 109/10=NZG 2011,902

うだろうか。この問題はとりわけ議長が不正な議事進行を行い議案を採決に付さなかった等、否決の結果が生じなかった場合の株主の救済はいかになされるべきかという点から論じられてきた。独立した「採決されたならば成立したであろう決議」の積極的確認を求める訴え（孤立した積極的決議確認の訴え（Isolierte positive Beschlussfeststellungsklage））が認められるかについては厳しい論争がある。

4.2 判例

この点につき下級審の判断は分かれているものの傾向は否定的である²⁸⁾。なお、連邦最高裁判所は孤立した積極的決議確認の訴えの可否についてなお判断を下していない。

²⁸⁾ 一方、有限会社の場合、株式会社とは異なり定款変更以外の社員総会決議の内容は確認を必要としないと解されており、株式会社の株主総会決議に関する場合とは異なる利益状況が存しうる。Zöller S.626参照。BGH, Urteil vom 09.12.1968 - IIZR 57/67 -, BGHZ 51, 209-219=NJW 1969,841は、有限会社の定款変更ではない社員総会決議について法律上予定されている多数に到達しなかったならば、総会議長が決議の成立を議事録に確認した場合でも決議に瑕疵があり、それは取消しの訴えではなく、ZPO 256条による確認の訴えによって主張されうると判示した。さらに BGH, Urteil vom 28.1.1980 - IIZR 84/79=NJW 1980,1527は90%の持分を有する社員が有限会社法47条4項2文の規定に反して参加した社員総会で否決された決議について、総会議長が議案を提案した社員からの異議申し立てを考慮してこの決議結果の公示を見合わせた場合に、議案を提案した株主の保護のために排除される社員の議決権を除くと成立したであろう決議の成立を ZPO256条に基づき容認する原判決を維持した。その場合でも従来支配説に反し社員の議決権の脱落や、排除されるべき議決権が投票に含まれているような際に、それらがなければ生じたであろう決議の成立を求める場合には、外形的に存在する否決の決議の取消しの訴えと結び付けられていなければならないと意図する見解も主張されている。有限会社に関する文献として Altmeyden/Roth/Altmeyden, GmbHG 9.Auflage 2019, Anh. § 47, Rn.136; Hillmann, Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 4.Auflage 2019, Anhang nach § 47, Rn.4; Zöller/Noack/Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz 22.Auflage 2019, Anhang nach § 47, Rn.119;

この点につき、積極的決議確認ではなく、(有限会社の)除名決議の否決されたことの確認を求める訴えである連邦最高裁判所2003年1月31日判決は⁹⁹、孤立した否決の決議確認の訴えを不適法として却下した¹⁰⁰。

〔事実の概要〕

原告は被告有限会社の社員であり、500万DMの基本資本の0.1パーセントを有する。2001年5月16日に被告会社の社員総会において、社員Wの提案による議事日程7が採決された。それは、原告を重大な理由に基づき会社から除名すること、および義務執行者に相応する除名の訴えを提起することを指図するものであった。原告は採決に参加しなかった。次いで、総会議長は、除名の提案が成立したことを確認した。この社員総会決議に対し、原告は取消しの訴えを提起し、追加して、投票された議決権の必要な四分の三を認められないことを理由として、2001年5月16日の社員総会における社員Wの除名提案が否決されたことの確認を求めた。

〔判旨〕

追加して提起された決議確認の訴えは不適法として却下される。

「I. 1. 取消しの訴えの許されることに対しては疑いの余地はない。特に、一部分的に支持される見解には反して—それ(決議確認の訴え(筆者注))には法的保護の必要性が存しない。なぜならば、取り消された社員総会決議で、原告に対する除名の訴えの提起に関してのみ決定がなされたのであり、重要な理由に基づくその除名に関しては裁判上の除名手続において、すべての事情の包括的な考慮の下に決定されうるからである。すなわち社員総会決議は、除名の訴えの提起のための必要不可欠な客観的条件

⁹⁹ BGH, Urteil vom 13-1-2003 - IIZR 173/02=NJW-RR 2003,470

¹⁰⁰ ドイツ有限会社法では、除名決議によって除名の訴えの提起が決定される。

Fastrich, Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz 21.Auflage 2017, Anhang nach § 34 Ausschluss und Austritt von Gesellschaftern, Rn.9

である。形式的な瑕疵—ここでは必要な多数を欠くこと—に基づくその取消し可能性は、取消しの訴えを通じてのみ主張されうる。

2. 2001年5月16日に社員総会における、その共同社員による除名提案が否決されたことに対する原告の確認の申し立ては不適法である。—本件のように一総会議長によって決議の結果が確認された場合、取消しの訴えに代わる、もしくはそれと並ぶ一般的な確認の訴え（ドイツ民事訴訟法256条）は考慮の対象とならない。また、取消しの訴えといわゆる「積極的決議確認の訴え（ドイツ株式法248条類推適用）」の結合は、ここでは問題にならない。なぜならば、本件で原告が逆方向の積極的な社員総会決議を見出すのに対して、これ（積極的決議確認の訴え（筆者注））は社員総会決議による議案の否決に対してのみ向けられうるからである。決議が取消しの訴えによって無効を宣言される場合、社員総会においてなされた除名提案が効を奏さなかったことは同時に確定する。」

次に、孤立した積極的決議確認の訴えに言及するものとして、ケルン地方裁判所2011年9月7日判決⁸¹⁾とその控訴審であるケルン高等裁判所2012年6月6日判決がある⁸²⁾。ケルン地方裁判所は孤立した積極的決議確認の訴えを肯定した。積極的決議確認の訴えはその文言に反して、単に決議を確認するのではなく、これを導くものだとする。積極的決議確認の訴えは形成の訴えであり、瑕疵のある事象を除いて疑いなく確認されうる決議の結果がある場合にはそれは許されるとする。しかし、控訴審であるケルン

⁸¹⁾ LG Köln, Urteil vom 7.9.2011- 91 O 162/09

⁸²⁾ OLG Köln, Urteil vom 6.6.2012 - 18 U 240/11; 代理権（資格授与）の通告なき代理人の議決権行使によって決算検査人および監査役の選任が可決された際に、当該選任決議の瑕疵に基づく取消しと共に、株主総会において全く採決されなかった対案が成立したことの確認を求める訴えがなされた事案である。

高等裁判所は孤立した積極的決議確認の訴えを認めなかった。実際に決議されたことにつき、確認の訴えがなされるべきであり、それは外観上の決議を排除する取消しの訴えと結びつくべきであるという。取消しの訴えと結び付けて提起されうる積極的決議確認の訴えは、裸の架空の決議は確認し得ないとする。採決が行われなかった架空の投票結果は予見することができず、立証もできないから、ある決議が否決されたからといって、他の対案が賛成されるとも限らないことを理由とする。

4.3 学説

この点につき、支配説は孤立した積極的決議確認の訴えを否定する⁸³⁾。

その理由としては積極的決議確認の訴えは瑕疵ある決議の排除による権利保護の欠缺を埋める目的であることをあげる。上述のように、瑕疵ある否決の決議を取消しもしくは無効として取り除いただけでは株主の真の利益の保護に欠けることから、積極的決議確認の訴えが解釈上認められてきたのであるから、孤立した積極的決議確認の訴えを認めることはそれを超えて対象を広げすぎている。次に、ドイツ株式法241条以下の類推適用による、早期の法的保護（法的安定）の狙いから逸脱することを理由とする。積極的決議確認の訴えには結合される決議取消しの訴えに関するドイツ株式法241条以下が類推適用されると解されている。そこにはドイツ株式法246条1項の取消期間においてははっきりと示されているように、早期の法的保護と法的安定のバランスが図られている。期間制限のない孤立した積極的決議確認の訴えを認めるとするならば、これらの要請と矛盾すること

⁸³⁾ Heer, S.803; Zöller, S.625; K. Schmidt NJW 1986,2020, Drescher, in FS Stilz, S.128; KK-AktG/Ulrich/Noack/Dirk Zetzsche, AktG § 248 Rn.50; GroßkommAktG/K. Schmidt, AktG § 246 Rn.104; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer AktG § 246 Rn.86; Grigoleit/Ehmann AktG § 246 Rn.26; Spindler/Stilz/Dörr AktG § 246 Rn.59

となる。

他方で、近時その株主保護の実質的な必要性を理由として、孤立した積極的決議確認の訴えを認める見解が唱えられている⁶⁴⁾。Heidelによると、その必要性として総会議長による不当な議事進行により、採決に付されなかった議案を提出した株主の保護の点が強調される。確かにその場合には先行する取り消されうるべき決議は存在しないが、その場合の保護手段が必要である。この点、なされえた決議というものは仮定的であると言う批判に対しては、証明の度合いの問題（ドイツ民事訴訟法286条）であり、十分に確かだと立証されるならばその存在を認めることは可能であると反論される。現に、上記ケルン高等裁判所の判決理由中において、「唯一その決議結果のみが法令もしくは定款と一致しうる」場合、もしくは「会社法上の信認義務に基づき一定の議案の可決のみが考慮される」場合には孤立した積極的決議確認を肯定する余地があると言及されており、いかなる場合にも一切認め得ないという態度ではない。さらに積極的決議確認訴えの法的性質として、紛争の画一的確定のためには対世的効力（ドイツ株式法248条1項1文）が必要であり、すなわちこれは純然たる確認の訴えではないのであるから、取消しの訴えの規定を類推適用することにより、提訴期間制限等の法的安定性確保措置にも服しうると解されるとする。

ただ、実務的観点からは株主の実質的な救済の観点から、積極的決議確認の訴えを最高裁判所まで争うよりも、可能であるならば少数株主による臨時株主総会招集請求（ドイツ株式法122条1項）を行うほうが迅速に目的とする決議を得られるのではないかとの指摘がある⁶⁵⁾。

⁶⁴⁾ Heidel, Aktiengesetz und Kapitalmarktgesetz 5.Aufl., 2019, Rn.12; Sauerwald, DerVersammlungsleiter im Aktienrecht, Nomos 2018, S.348

⁶⁵⁾ Schatz, AG 2015,703

5. 積極的決議確認の訴えの認容判決の効果

5.1 対世効

その目的達成のために、積極的決議確認の訴えの認容判決には対世的効力が認められると解されている。(ドイツ株式法248条類推適用)⁶⁶⁾。したがって認容判決の効力は当事者間のみならず全ての株主および機関構成員に拡張される。利害関係人が当該訴訟手続に参加する途を確保するため、取締役には公告義務が課されるとも解されている(ドイツ株式法246条4項1文類推適用)。

5.2 その他の利害関係人の利益保護の必要性

上述のように確認判決の既判力はその他の株主にも及ぶと解されているため、当該積極的決議確認の訴えの主張がその他の株主の意思に反している場合、その利益保護の方法が問題となりうる。この点、その他の株主に積極的決議確認の取消を求めることを許すということも考えられるが、これは法的堂々巡りに陥る恐れがあり妥当ではないとされる。その他の株主の利益の保護には、積極的決議確認の訴えへの他の株主の参加が保障されればよく、したがって支配説は補助参加(ドイツ民事訴訟法66条以下)を認めれば足りると解している⁶⁷⁾。この際には、取消しの訴えの前提要件のうち決議への異議(ドイツ株式法245条1項)は必要とされない。否決の株主総会決議の積極的決議確認に反対する株主は決議の結果に賛成なのであり、わざわざ異議を留めるに及ばないからである⁶⁸⁾。

⁶⁶⁾ GroskommAktG/K. Schmidt, § 246 Rn.112; MüKoAktG/Hüffer/Schäfer, § 246 Rn.88; Grigoleit/Ehmann AktG § 246 Rn.26

⁶⁷⁾ Heer, S.804; Hölter/Englisch AktG § 246 Rn.67

⁶⁸⁾ Heer, S.805

第3節 取り消されうる決議の瑕疵の治癒と積極的決議確認の訴えとの関係

1. 意義

ドイツ株式法244条は取消されうる株主総会決議の追認（Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse）について定める。同条1文によると、株主総会が取り消されうる決議を新しい決議をもって追認し、この（追認（筆者注））決議が取消期間内にないに取消されなかった、もしくは（追認決議の（筆者注））取り消しが確定力をもって棄却された場合には、もはや（当初の決議の（筆者注））取り消しは主張し得ないとされる。それでは、当初の決議が瑕疵ある否決の決議である場合、それにつき追認決議が行われたならば、当初の決議の積極的決議確認ももはや主張しえなくなるのかという問題が生じる³⁹⁾。

2. 判例

本問題点を取り扱ったものとして連邦最高裁判所2005年12月12日判決がある⁴⁰⁾。連邦最高裁判所は治癒の効果を優先し、ドイツ株式法244条による再決議に基づく治癒が許される場合、第1の否決の決議の取消しが認められなくなるため、否決の決議の積極的決議確認の余地もまた無くなると判

³⁹⁾ 本問題を取り扱う文献として、Jörg Mimberg, Das Zusammentreffen von Beschlussbestätigung und positiver Beschlussfeststellungsklage, in Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, C. H. Beck 2010, S.663; Klamaris, Die Bestätigung anfechtbarer Hauptversammlungsbeschlüsse, Nomos 2018, S.303

⁴⁰⁾ BGH, Urteil vom 12.12.2005 - IIZR 253/03 = NZG 2006,189; 被告株式会社株主総会が特別検査役の選任提案を否決したが、その際に算入してはならない議決権が算入されていた。この決議に対して取消しの訴えおよび積極的決議確認の訴えが提起されたが、係属中に上記の決議を追認する第二の決議がなされた。この追認決議に対して取消しの訴えが提起されたという事案である。

示した。

一方で、上記最高裁判決の原審であるミュンヘン高等裁判所2003年5月21日判決⁽⁴¹⁾は、禁止されている議決権の行使によって、議長がその決議結果を誤って確認した場合、それは（ドイツ株式法244条により治癒が可能な）手続的瑕疵ではなく、確認の対象となる決議の内容上の瑕疵であるから、治癒はなしえず、積極的決議確認の訴えによって、可決されたであろう決議の成立を確認しようとした⁽⁴²⁾。

3. 学 説

この法的問題点については、追認決議によって当初の決議につき取消しの訴えのみならず積極的決議確認の訴えもなし得なくなるとする見解と、追認決議によって取消の訴えはできなくなるが積極的決議確認の訴えはなお可能であるとする見解が対立している。

まず、積極的決議確認の訴えもなし得なくなるとするのが判例、支配説である⁽⁴³⁾。取消対象となっている決議が取消されることによって初めて積

(41) OLG München, Urteil vom 21.05.2003 - 7 U 5347/02=BeckRS 2009, 8000

(42) この点につき、誤った否決の結果の確認は総会議長の違法な業務遂行であり決議そのものの瑕疵とは異なることを指摘するものとして、Sauerwald, S.345, 346, 前掲注(3)Zöller, S.825, 826, 830, 831。もっとも、そのような瑕疵であっても民事訴訟法256条に基づく一般的な確認の訴えでは原告となる株主の保護に十分ではないため、ドイツ株式法246条、249条による取消もしくは無効の訴えの中で審査されるべきことになるという。さらに、議長の議事進行の違反が直ちにドイツ株式法243条1項の法令違反となるかについても、違反の重大性の観点から検討の余地があるとする。違反の重大性については MüKoAktG/Hüffer/Schäfer AktG § 243 Rn.30; Grigoleit/Ehmann AktG § 243 Rn.8

(43) Klamaris, S.283, 284; Spindler/Stilz/Drescher AktG § 244 Rn.4; Grigoleit/Ehmann AktG § 244 Rn.2; Henssler/Strohn GesR/Drescher AktG § 244 Rn.13;

極的決議確認の余地が発生し、それが正当化しうるのであるから、追認決議がその正当性の根拠を失わせるということを理由とする。追認決議の効果によって、もはや無効の宣言はなされ得ない。

これに対し Mimberg は、追認決議がなされても積極的決議確認の訴えには影響しないと主張する⁴⁴⁾。その根拠としてドイツ株式法244条2文が挙げられる。「原告が取消されうる決議が追認決議までの間に無効を宣言されることに法的利益を有しているならば、原告は取消されうる決議がこの時点に無効を宣言されることを目的として取消を主張することができる」と定めるそれは、追認の不遡及効を定めるものと解されている。積極的決議確認の利益が「法的利益」にあたると解するならば、追認決議がなされたとしてもそれ以前の時点における積極的決議確認を求める訴えは継続可能と言えそうである。しかし、その場合、積極的決議確認の効力と否決された決議の追認の効力が並存することになりうるがこれは矛盾する。そこで Mimberg は積極的決議確認の効力が優先することを主張する。

しかし、上記 Mimberg の見解に対しては批判がある。Klamaris によれば、ドイツ株式法244条2文の中にすでに両者の調和の趣旨が含まれているという⁴⁵⁾。同条2文が本来適用されるのは可決された決議に瑕疵がある場合であるから、追認の時点までの決議の有効性を失わせるという趣旨である。そうであるならば、否決の決議に瑕疵がある場合には、追認がなされるまでの間有効な決議が存在することを確認するという目的が正当ということになりそうだが、それは法的保護の必要性に欠けることになろう。追認決議に関する同条を瑕疵ある可決の決議と否決の決議の間で区別する明白な理由も存在しない以上、追認決議によって積極的決議確認の訴えはもはや継続し得ないとする。

(44) Mimberg, S.663

(45) Klamaris, S.282

第3章 まとめに代えて

ドイツ株式法上の積極的決議確認の訴えについて、本研究によって以下のことが明らかにされた。

まず「決議」概念に「否決の決議」も含まれるということ为前提に、否決の決議についてその確定力を除去する取消し・無効のみでは株主の利益を保護することができないため、積極的決議確認の訴えの意義が認められ、判例も賛成している。次に、その法的性質については新たな法的効力を発生させること、取消しの訴えとの関連、法的安定性の考慮から形成の訴えと解されている。法的要件につき形式的要件は総会決議取消しの訴えの要件が類推適用される。実質的要件としての法的保護の必要性は、形成の訴えとしての法的性質から提訴の要件を満たした場合には原則としてそれが認められる。具体的には投じられた議決権数の計数に違反がある場合、排除されるべき議決権が行使され結果に算入された場合である。ここで取消の訴えを伴わない、孤立した積極的決議確認の訴えが認められるかどうかにつき、下級審裁判例および支配説は否定的であるが、Heidelの肯定説を紹介した。株主の実質的利益の保護の必要性を認め、法的安定性を確保するために形成の訴えとしての要件を求める理由付けに同意したい。効果については、対世的効力が認められる。それに伴ってその他の株主の利益の保護の必要性が認められるため、取締役に通知公告義務を課し、その他の株主の補助参加の機会を確保すべしと解されている。

さらに、取消および積極的決議確認の対象となっている取消されうる否決された決議につき、ドイツ株式法上追認決議がなされた場合の両者の抵触につき、連邦最高裁判所は追認決議によって取消のみならず積極的決議確認の余地もまた無くなると判示し、支配説も同様に解している。ここで

Mimberg による積極的決議確認の訴えを優先すべきとする見解を紹介したが、通常の取消の訴えと追認決議の場合と比較して困難であるといわざるを得ない。

上記を踏まえ、現時点における日本法における積極的決議確認の訴えの解釈による導入については以下のような課題があると考ええる。

第一に、日本における「決議」概念がドイツにおけるものと異なり、積極的決議確認の対象が不明確ということ、第二に、第一の点から取消しの訴えが必ずしも必要不可欠でないと思われるところ、明文で規定のない形成の訴えを解釈によって認めることとなること、第三に法的保護の必要性をいかに解するかということである。これらについては、特別決議を除いては決議結果が必ずしも確定力をもって確認されないドイツ有限会社に関するものを参照すること、孤立した積極的決議確認の訴えを肯定する見解を参照することで解決可能であると考ええる。上記課題につき稿を改めて検討することとしたい。

(令和元年12月15日脱稿)