

# 人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点

——瑕疵ある決議の公表を例として決議の拘束力と法律行為論の要請との間の緊張関係について——

マルティン ホイプライン

益井 公司 訳

## I. 団体の意思を形成する道具としての決議

人的結合体 (Personenvereinigungen) が意思を形成するということは、様相に富んだ一つのテーマである。このことは、すでにそうした団体の出現形式が形態的に多様であるということから生じる。<sup>①</sup> 自立した法主体として、団体はさまざまな形で法取引に加わる。資本金会社や人的会社 (ドイツにおいては株式会社、<sup>②</sup> 有限会社、合名会社、株式合資会社、組合会社等として) という形で企業の担い手として人的結合体に出会うのであるが、しかしまた住居所有権者達の共同

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

一三九 (一三九)

体や非営利的な利益を追求する自立した組織体（非経済的社団 (Idealverein)）としても人的結合体に出会うのである。それに加えて、持ち分ある共有関係 (Bruchteilsgemeinschaft) や相続共有関係 (民法 (BGB) 七四一条以下、二〇三四条以下) のような権利能力のない人的結合体が実務上重要な役割を果たしている。

多数の個人の共同歩調行為というものは、ひとつの意思が形成されるということ为前提としている。きわめて頻繁に、この意思形成は、ひとつの機関に、例えば社員総会や所有者総会にゆだねられている。しかしまた、部分的には、しかるべき組織体がないとか、意思形成が、おおよそ、団体に属するすべての諸個人の業務となつていることがある。意思形成が、単独の個人、例えば、単独の社員や単独で決定する権限を有している業務執行者の間接義務となつていない場合にのみ、その意思形成は、— 自然人の場合と異なり— 通常は共同行為によつて行われる。意思形成の手段として、法秩序は、社員が自由に決議をなすことを認めているのである (参照、民法三二条、七四五条、二〇三八条二項、商法 (HGB) 一一九条、有限会社法 (GmbH) 四七条、株式法 (AktG) 一一九条、一三三三条、ないし特殊な機関に対しては民法二八条、株式法一〇八条)。たいていの場合、過半数の決定が得られたということが決議と結び付けられている。しかしながら、決議が過半数の決定で得られるというようになっていなければならぬわけではなく、法律には全員一致の決議もある (商法一一九条一項、民法七〇九条一項、住居所有権法 (WEG) 二三条三項)。ときには、決議を契約から区別する必要があるとなり、それは簡単なことではないが、しかしここではその区別をしないでおいでさしつかえない。<sup>(3)</sup>

## II. 法律行為論の範疇へと支配的な見解に従って整序すること

ドイツ法においては、さまざまな人的結合体のために、意思形成に関して異なる規律が存在しているにもかかわらず、人は決議の中に単一的手段をはつきりと認識するのである。確かに、法解釈上のように整序するかということには争いがあり、<sup>(4)</sup> 例えば、法的性質から意思表示や法律行為に関するドイツ民法総則の諸規定を適用する可能性を推断させる限りでは、それは単に理論的な問題であるというだけでなく、法適用の問題なのである。

今日ほぼ一致した見解によると、決議は法律行為である。<sup>(5)</sup> 法律行為は、法律関係を私的自治により形成するために、私法秩序を法主体に委ねる手段（制度）である。たいていの場合、決議は多数人間の特殊な法律行為と呼ばれており、それは決議の形成に参加した者達と同じ方向に向けられた意思表示によって決議は成立するということにより契約から区別されるのである。<sup>(6)</sup> 個々人が投票権を行使することが意思表示なのであり、それは、他の人の意思表示と結びつくことにより、法律行為を成立させるのである。それゆえ、ディーター・メディクスの簡明的確な表現を変えて、次のように言うことができる。つまり、「投票権を行使することは、決議の手段であり、決議は私的自治の手段である」と。<sup>(7)</sup>

もちろん、今日、団体法において広く通用する形で決議概念の限界を基礎づける場合には、以上のような形で整序することによって決議というものを完全に把握できるわけではない。一つには、一人決議 (Ein-Mann-Beschlüsse) が、認められている。確かに、このことはすべての団体に当てはまるわけではないが、少なくとも、株式会社や有価証券のように、一人の人によって設立することができる団体には当てはまる。<sup>(8)</sup> そうすると、この場合には、多数人関与性

(Mehrseitigkeit) はないのである。もう一つには、決議として承認されているいわゆる否定的決議を取消すことが認められている。<sup>9)</sup> 否定的決議を取消す場合、しかしながら今では、ボルフガング・エルンストが最近適切に指摘したところであるが、(否定的) 決議は、賛成者の肯定的決議と同じような形で、「否」という投票をした者の意思表示によつて支えられているということを必ずしも常に言うことができるわけではない。<sup>10)</sup> というのは、例えば、肯定的な決議をするために、ある定足数が必要とされている場合には、棄権した構成員や欠席した構成員は決定的な形で否定決議に寄与するからである。それどころか、否定という投票がない場合にも否定的決議が成立するということすらあり得るのである。そうすると、決議をこのような形で整序することには疑念があることになるが、それを解明することはこの講演の関心事ではない。そうではなくて、明らかにされるべきものは、決議を確定したり、公示(簡単には、公表)したりすることによつて、少なくとも決議をそれ以外の法律行為と区別する新たな視点が表れてくるのか、表れてくるとしたらなぜそうなのかということである。

### Ⅲ. 決議結果の公表に与えられるべき法的意味についての概要

決議結果を確定し公表することに対しては、ドイツ法においては、非常に種々様々な意味が付与される。

一 一部には、公表することが創設的な効力を有する決議要件とみなされている。例えば、株式会社<sup>11)</sup>や協同組合(登記協同組合(e.G.))の場合がそうであり、協同組合の権利はその限りで株式会社のをまねて作られている。決議を議事録にのせることに関する条文(株式法一三〇条二項一文、協同組合法四七条一項)から出てくるのは、総会の議長(der Vorsitzende)つまり会議の主催者は、議事録に載せなければならぬ決議に関して確定をすることに従事し

なければならぬということである。<sup>12</sup> このような創設的な効力を有する行為には、二重の意味が付与される。つまり、一つには、まず、決議の結果を公表することは、決議の構成要件事実 (Beschlussatbestand) を補完し、つまり公表することが有効な決議の前提となっているのである。もう一つには、決議の内容は公表することによって確定される。それは、固定化されるとも言われている。<sup>13</sup> 連邦通常裁判所は、以上のような見方を住居所有権法のために受け継いでいる。<sup>14</sup> 二〇〇七年の住居所有権法の改正法によって、公表するということ (Verkündung) が制定法中に具体化された (住居所有権法二四七条七項二文)。会議の主催者が決議を公表しなければならないということは、株式法においてはもちろん明確な形では指示されていないが、決議の証拠資料という脈絡からして、公表するということが、その前提とされているのである。<sup>15</sup>

興味を引くのは、連邦通常裁判所が、決議の確定や公表という要件を協同組合 (Genossenschaft) や住居所有権者の共同体において、どのような形で基礎づけるかということである。公表された決議には、もっぱら信頼の保護という観点から取消 (Anfechtung) を可能にする権利外観の要件事実にみられる特徴が単にあるだけではない。<sup>16</sup> それどころか、決議の結果を公表することは、瑕疵の主張をするためにはとりわけ重要である。取消の訴えは、一カ月という短期の期間に限定されているので (協同組合法五一一条一項二文、住居所有権法四六一条一項二文)、取消権者は、基準となるものとして、ある決められた決議結果から出発し得るということにならざるを得ない。そのためには、決議の結果が確定され公表されるということが必要である。<sup>17</sup> というのは、連邦通常裁判所が住居所有権者の共同体につき補足的に述べるように、もし正式に確定されるということが必要でないとするならば、その構成員は自己の危険でまず取消期間内に表決結果 (Abstimmungsergebnis) を解釈し評価しなければならぬことになるからである。しかしながら、表決

結果の解釈や評価に従って、客観化された決議意思を必然的な形で調査確定することに関しては、それは通常過大な要求であるといわれている。というのは、表決結果を調査確定することも、また法的に過半数が要求されていることに基づいて表決結果を評価することのどちらも、所有者に期待することも要求することもできないようなもろもろの法的知識があるということを前提としているからである。<sup>18)</sup>

ドイツの著作文献はもっぱら以上のような判断に従っている。<sup>19)</sup> そのうえさらに少なくない数の著作者たちは、株式法ないし保険業の監督に関する法律 (VAG) や協同組合法の諸条文のなかに表されている一般的な法原則が存在するということから出発している。それによると、決議を期間の制約のある取消手続という手段においてのみ取り上げることができる場合にはつねに決議の確定や公表は決議の有効要件なのである。<sup>20)</sup>

二 しかしまた、一部においては、決議結果を確定し公表することは、**宣言的行為 (deklaratorischen Akt)** とみなされている。例えば株式会社の場合にそうした事態が存在する。支配的な見解によると、「決議」という法律行為の有効性は、会議の主権者によって決議が確定されているということに依拠している。もつとも、通説 (die ganz h.M.) は、この場合にも、内容確定的効力から出発する。一定の決議結果が会議の主権者によって確定された限りにおいて、その決議結果は (暫定的に) 拘束力あるものとみなされている。決議結果の瑕疵は、取消の訴えによってのみ除去することができるだけである。<sup>21)</sup>

三 そして最後に、決議の結果を確定し公表することに**実体法上の効力を基本的に付与しない人的結合体が存在する**。<sup>23)</sup> 例えば、民法上の組合 (BGB-Gesellschaft) に対しては、支配的な見解によって、決議結果を確定する際の瑕疵は、確認の訴えによって裁判上主張されなければならないという見解が主張されている。<sup>24)</sup> このような手続法上の言明の背

後に存在するのは、発表された決議の結果は、さしあたりすぐに取消される必要はなく、形成判決という方法で取消されなければならないということである。直接かつ排他的な形で、表決結果に相応する決議が存在することの確認を求め訴えを提起することができるか否か、あるいは、—少なくともまた—公表された決議が無効であることの確認が求められなければならないか否かということは、ほとんど検討されていないが、しかしながらまた、それは重要性において順位の劣るものである。定款上異なる規律が存在しない限り<sup>25</sup>、無効は無期限に主張することができるので、公表された決議は実体法上効力を発揮しない。<sup>26</sup>

#### IV. 公表された決議の拘束力に対する批判

支配的見解により決議を法律行為上整序することから出発するかたちで、それは—すでに述べたように—ここでは基本的に問題提起さるべきではないのであるが、確定と公表によってのみ、決議は、いわゆる公表された決議として法律上の効力を発生させるという見解は、とりわけ、法律行為論により必要とされる決議の構成要件事実の諸要件 (Tatbestandsvoraussetzungen) が存在しない場合には、かなり詳細な理由付けを必要とする。実務上生じることが、決してめずらしくはない典型的な諸ケースは次のようなものである。

・ 会議の主催者が、投票権が無くなっているということを見落としたとか間違つて数えてしまったために、錯誤により、決議提案を受け入れるために必要な投票数に達している (あるいは達していない) と考えてしまった会議の主催者によって肯定的 (ないしは否定的) な決議が公表された (というケース)。つまり、例えば、間違えて数えてしまったというのは、実際は持分 (有限会社社員の持分、共有持分など) によって議決権が行使されなければならなかったにもか

かわらず、会議の主権者が、錯誤により一人一票の原則（Kopfprinzip）が適用されるということから出発するとか、反対に一人一票の原則が適用されるべきなのにその逆をするということによることがありうるのである。

・提案を受け入れるために必要な多数を誤解して、肯定的（ないしは否定的）な決議を公表したケース。

株式法上の法状況ないし住居所有権法や有限会社法における支配的見解を基礎に置くならば、決議結果を瑕疵ある形で公表することは、少なくとも、暫定的な形で、つまり、ひよつとして取消がなされるかもしれないが、それまでは、法的効力を生じさせるのである。その上さらに、公表された決議―それは瑕疵のない形で公表された決議と区別する形で公表議決（Verkündungsbeschluss）と呼ばれている―が、裁判上期間内に取消されなかった場合、会議の主権者の法的行為は、永続的な形で拘束力を有するものとなる。

この点が非難されている<sup>27</sup>。批判の依拠するところは、しかるべき多数が得られていない場合、すでに決議の要件事実が欠けているということなのである。確認や公表が、決議の創設的な要件とみなされるところでは、決議に含まれる付加的な構成要件のメルクマールが重要となる。法律行為論の見地からは、どのようにして公表が、―創設的であれ宣言的であれ―付加的な要件であると簡単によそおうことができるのかは、説明することができない。法的安全性を促進することだけが、支配的な見解を根拠づけるわけではない。決議の構成要件的前提が与えられていないにもかかわらず、決議を生み出す法的権限を会議の主権者に与える制定法上の規律は存在しない。会議の主権者の公表は、「空虚なもの」なのである。それゆえ、構成員を取消しへと「追いやる」法的権限が会議の主権者に与えられるということは、実際「耐え難い」ものである。せいぜいのところ、決議されたという権利外観が成立しているに過ぎないのであり、その権利外観を各所有者達は（消極的な）確認の訴えによって除去することができる。決議は存在



しないのであるから、取消の訴え（形成の訴え）は問題とならず、取消期間の拘束も存在しないといわれている。<sup>(28)</sup>

それゆえ、結果的には、以上の見解によると、すべての所有者や社員は、取消期間が経過した後も決議は存在しなかったということを持ち出すことができる。というのは、決議のために不可欠な構成要件の前提が欠けているからである。この状況は、その限りにおいては、契約締結と同様に扱うことができる。少なくとも契約に關与した人の有効な意思表示がない場合には、契約は成立していない。<sup>(29)</sup>

## V・公表された決議が拘束力を有することの正当化

### 一 支配的な見解の決定的な狙いとしての法取引における明確性と安全性

公表された決議は住居所有権法においても有限会社法においても無効とみなされないということのための決定的な理由がどこにあるかということとは、すでに想定されている。それは**法的安全性**である。株式会社においても、必要とされている多数を誤認したとか、<sup>(30)</sup>投票禁止が求められているということ<sup>(31)</sup>を誤認してなされた瑕疵ある決議の公表は、単に取消権を基礎づけるにすぎない。つまり、その決議は、取消の期間が経過することによって、法律や定款により必要とされている数の投票が、確定力ある形で、つまり最終的に拘束力のある形で存在したのか否かという問題を考えなくてもよいものとなる。

決議の存在や内容について明確で信頼できる証言を要求するということが、人的結合体の特殊な状況から生じる。特に、かなり大きな構成員グループからなる人的結合体の場合がそうである。<sup>(32)</sup>会議の主催者が一定の決議結果を確定し、だれもそれに対し異議を唱えたり、取消の訴えを起ささなかつたならば、構成員たちは、公表された決議が存在

するということから出発し、自己の社員権を主張する際に、その存在に依拠することになるだけでなく、また機関やそれ以外の代表者も、このような形で表明された社員総会の意思に、典型的な形で彼らの活動の基礎を置いているのである。さらに決議は、機関の代表権の範囲が、授權の決議が存在していることにかかっているところでは、なにが特別な仕方ですされるのかという対外的効力を發揮する(住居所有権法(WEG)二七条三項一文七号)。公表された決議に必要な票数が欠けているという抗弁が時的に期間制限のない形で認められるということは、法取引に対していかなる効果をもつことになるのかということにはさらに掘り下げる必要はない。

非経済的社団(登記社団)の場合、それ自体異なる法状況にないにもかかわらず、連邦通常裁判所は、<sup>(33)</sup> 社団法において、公表された決議の実体法上の効力を否定する。連邦通常裁判所は、時的に期間制限された取消の可能性がないということによってそれを基礎づけることができると考える。<sup>(34)</sup> このような主張は、納得のいくものではない。というのは、こうした主張は、決議の存在が公表を必要としないのはなぜかということをせいぜいのところ説明するにすぎないからである(創設的効力、Ⅲ一の箇所を見よ)。公表することによって法取引によって守られる、つまり、裁判所によりそうでないと判断されない限り、有効とみなさるべきである事実が創り出されるか否かという問題は以上述べてきたことと区別されなければならない。私の見解によると、これは、社団の場合にも肯定されなければならない。

## 二 公表された決議と権利外観論

(a) 公表された決議の法的効力が、構成員の私的自治による意思表示の助けによって正当化されるべきではないということは、明白である。しかしながら、このことは、公表された決議の法的効力が、法律行為論と相いれないもので

あるということを意味するわけではない。このことが指し示しているのは、法律行為論を補完し、法律行為論と密接に接合している権利外観論なのである。一方では、権利外観論は、一定の要件のもとに法取引の信頼を保護する<sup>(35)</sup>。しかしながら他方では、権利外観理論はそれ（取引の信頼を保護すること）を越えており、何らかの形で作られた信頼が存在しているということに左右されない客観的な取引保護をもたらす<sup>(36)</sup>。信頼保護に関連する私法上の諸制度を正当化するものを厳格にとることは、こうした解釈を妨げるあるイメージを持つことと同じ意味を持つのである。それを以下の二つの例で説明したい。

商人の確認通知書については、簡単に言うと、企業が取引契約を締結し、それを自分の推定される契約の相手方に知らせることから企業は出発するということが、重要である。到達後即座にその確認通知書に他方の当事者が異議を述べないと、その契約は原則として締結されたものとみなされ、しかも、確認通知書に書きとめられた内容によるのである。確認通知書は、契約の締結を求める申込みではない、それゆえ、受取人の沈黙は承諾ではない。つまり、確認通知書によって法律行為が成立することはない。それにもかかわらず、法秩序は、こうした確認通知書の内容を拘束力のあるものと認定する。つまり、法律効果をひとつの擬制に結び付けるのである<sup>(37)</sup>。確認通知書は、実際に締結された法律行為に代えて、明確でより簡単に確認できる事実（いわゆる「代替的事実 (Ersatzfatsche)」) に基づくのである。代替的事実が、法律行為の代わりになるのである。内的正当化を与えるのは、連邦通常裁判所によると、基本的には、一般法律行為論内における信頼保護という論拠ないしは取引の保護に加えて、商人の確認通知書に対して何も答えないことの解釈論なのである<sup>(38)</sup>。連邦通所裁判所は、その限りで有機的な全体から出発しており、この法制度は、法律行為論と対立しない形で賛同を得ているのである。いずれにせよ客観的な取引の安全を目的としている次に

述べる制度に関する説明が、このことをさらになお明確にする。<sup>39)</sup>

商法一五条一項によると、その事項において登記することができた人について、商業登記簿に登記されなければならないが、実際には登記されておらず、公告もされていない事実は、第三者に対して対抗することができない。その事実が第三者に知られていた場合はこの限りではない。デイトレフ・レーネン<sup>40)</sup>は、消極的公示というものは商取引を容易にするものであるということがこの本質をなしているということを、以上のようないわゆる消極的公示について説得力ある形で、浮き彫りにした。この条項は、円滑な(効率的な)給付の交換を可能にすることを意図している取引システムがうまく機能することに役立つのである。取引の保護は、その限りで、信頼保護と一致するものではない<sup>41)</sup>、「法律関係の明確性を通して商取引における取引システムの確実性と容易性を促進すること」<sup>42)</sup>を意味する。確実に証明できる事情に基づく法規範というものは、判決を容易になすことができるものとするし、さらには訴訟をしようとすることを減少させる、と。

すでに述べたように、商人の確認通知書に関する学説も消極的公示についての原則も何の関係もない形で法律行為論と並んで存在しているのではなく、法律行為論を補充するものなのである。つまり、通常の場合、確認通知書の内容や商業登記簿の内容は、それらの中で具体化されている法律行為の内容と一致すべきであるし、また一致させられることになる。法秩序は、非常に限定された範囲においてのみ<sup>43)</sup>当事者に事実上の法状況を引き合いに出すことを認めるにすぎないのであるからこそ、自己の利益のために、滞りなく登記簿に登記すること、ないしは確認通知書の内容を訂正することに配慮するための当事者に対する激励というべきものを創り出すのである。このことが、レーネンのように、基準となる「いわゆる代替事実」が現実と一致する可能性が高いということを保証するのである。<sup>44)</sup>

(b)ここで主張された見解によると、会議の主権者によって公表された決議は、記載された意味内容を持つ「代替事実」なのである。これによって、人的結合体の意思を形成するために必要な相互作用システムの信頼性が、二重の仕方、促進されることになる。つまり、法秩序は、まずは暫定的な形で、取消期間の経過後は決定的な形で、公表決議の内容を顧慮するというやり方で、法的安全性を手に入れる。そういうわけで、公表された決議が実際に決議されたことと一致しているか否かということに基づいて、自己の利益に係わる公表された決議を直ちに検査する機会がすべての構成員のために存在する。

公表決議を正当なものとして認めることは、とりわけ、(少なくとも潜在的に)構成員数が大きくかつ入れ代わりの可能性の両方を有するかあるいはその一方を有している人的結合体においては、単に正当化されるだけでなく、私的自治が機能する諸条件のためにどうしても必ず守られなければならないものであるように思われる。決議が明確かつ信頼できる内容を有してないとすると、自己の議決権を行使した人は、自己の法律行為上の行為の結果についてはつきり分らない状態にとどまることになる。私的自治により権利を設定するという構想の背後に存在する理念に対する緊張関係があることは、明白である。それゆえ、ここで想定されている意思表示モデルは、法律行為論と相いれないものではなく、法律行為論を補完するものである。この意思表示モデルが明らかにしているのは、公表決議を正当なものとするに反対して論拠としてもち出される公表決議にはしかるべき意思表示がないという非難に対して耐えることができるということにとどまらない(Ⅳの箇所を見よ)。その上さらに、この意思表示モデルは、信頼保護という観点の下においてのみ公表された決議に法的効力を与えるということに対し反対するが、それはさきに(Ⅲ一で)引用した連邦通常裁判所の判決の趣旨のなかに完全に存在しているのである。

## VI. 一定の人的結合体に創設的効力を限定すること

一 先の（Ⅲで）述べた支配的見解に対する批判は、しかしまた、ほとんど逆の他の方向から現れる。判例や支配的見解がさまざまな人的結合体内における決議の公表にさまざまに異なる有意性を付与しているということが、非難されている。特にボルフガング・エルンストは、最近、ある基本的な論文において、決議結果を確定することをすべての決議過程のために必要とされる手段、つまり、創設的手段とみなすということに賛意を表している。<sup>45</sup> 彼は以上のような見通しをとりわけ法的安全性を考慮することによって基礎づける。エルンストがいうには、決議というものは、決議に関与しなかった権利主体にも拘束力を持つ。つまり、欠席した構成員や団体の（他の）機関にも拘束力を持つのである。しかしながら、そうした人たちにとっては、総会においてどのような結論に投票するかを自主的に判断することは、できないのである。それゆえに、「決議という枠組みは、すべての当事者が準拠することのできるように、一部の人たちに対するものでない形で決議結果を確定することを」<sup>46</sup> 求めるのである、と。あとの方で述べていることは、連邦通常裁判所が住居所有権法のコンテキストのなかで述べた次のような見解と一致する。公表を要求することは、住居所有者、とりわけは、その集会（総会）に参加しなかった人達や、特定承継人も有する欠くことのできない法的安全性に役立つのであると（この点に関してはすでに述べたⅢ-1を見よ）。

おそらく、とりわけは、以上のような形で法的安全性を考察することを継続するなかで、エルンストは、決議を確定することは「なんらかの要式性」という形をとって行われなければならず、少なくとも明確な形でなされなければならぬということを出発点とする。結論の決まった決議確定というものは、考えることができないという。<sup>48</sup> この

ことは、住居所有権法に関する引用した判例と矛盾する。そこでは、たとえば、議事録の結果を再録することによる結論の決まった決議の公表は、連邦通常裁判所によって認められている。<sup>(49)</sup> 有限会社法に対しては、連邦通常裁判所<sup>(50)</sup>は、確かに、基本的に、決議結果を要式に従って記録に取っておくということを要求する。それによって、有効な決議が掲載されているか否かということについての不確定性が排除されることになる。しかしながら、その際、連邦通常裁判所は、株式法におけるよりもより大まかであり、社員が記録を保持することを認める。たとえば、すべての社員によって同意の署名がなされた議事録という形においてである。

二 少なくとも、意思形成がひとつの機関の責任であるといった人的結合体における意思形成を単一の規律に従わせるということは、魅力的に思われる。そのことは、法律によるか定款においてあらかじめ考慮しうるしかるべき組織が求めるものである。しかし、こうしたことを試みることは、中心となっている法的安全性という構想にかえって困難なことをもたらす危険性がある。つまり、決議という枠組みのために要式に従った手続きを遵守することを求めることは、株式法においては実際に「社員たちの過大な要求ではない」のに対し、小さな有限会社の場合にそれを求めることは、かなり異なる状況にあるように思われる。<sup>(51)</sup> 特別な業務経験の豊かさも想定できないし、法律顧問の意見を聞くということも期待できないような人的結合体の組織が問題であるところでは、要式にかなったものでなければならぬという準則というものはまったく疑わしいもののように思われる。ここでその名称を挙げるができるのは、まずは、非営利法人であるが、しかしまた民法上の組合もそうである。それらにおいてはその意思形成もまた契約上、社員総会〔組合員総会〕に委ねられていてもかまわないのである。

以上のような人的結合体においては、公表という要件が創設的なものであるとするならば、要式にかなった形で決

議を確定し公表するという要件は守られないことになるという理由だけからしても、公表という要件を創設的なものとすることは、決議の効力を危険にさらすのである。その構成員達は、そうした公表という要件を多くの場合知らないのであるから、彼らは、法律行為上の規律の存在から出発するが、公表がない場合には、せいぜいのところうわべだけの決議が問題となるにすぎないのであるから、その場合決議は実際には存在しなかったのである。そうすると、現在および将来のすべての構成員は、時的には期間の制限のない形で、決議の不存在を確認させる可能性を有していることになるか、あるいは、決議の不存在を指摘して、(誤って)決議された規律から逃れることができることになる<sup>52</sup>。それによって法的安全性が脅かされるということは、明らかである。

要式に沿った公表といういわゆる「表面を覆い隠すような」創設的な要件に反対するものとして、さらに、私的自治による形成の自由という原則が、持ち出される。要式規定は私的自治による形成の自由を一般に認められる形で制限するが、それは正当化する理由を必要とするものである。意思形成を公表という要件によって規制することに賛成する十分な理由が存在するのは、決議が短期間内のみ攻撃しうるところにおいてのみである。そこでは、社員たちは、失権効(確定力)によって、そうした形で意思形成を記録したものに拘束されるといふ点に特別な利益を有しており、そうした記録の存在することやその内容を社員たちは信頼できるものとして利用することができる。このことのみが、できるだけ簡単に意思を形成するという利益よりも重要である。これに反して、意思形成の記録に関する紛争は、期間の制限なしに裁判上決着をつけることができるとするならば、決議が掲載されているか、決議はどのような内容を有しているかをまずは裁判外で、場合によっては裁判上明確にすることが、出席しなかった構成員たちのためにも求めることができる。(宣言的な)公表がなされていない場合、公表されなかったことに対する理由が特に



要求されることになる。総会に欠席した構成員の見地から公表という枠組みに疑いはない場合にすら、要式に従った創設的な効力を持つ公表要件によって決議の効力が危険にさらされることに對する事柄そのものに関する十分な理由を私は見出すことができない。

三 そうすると、出発点において、先に（Ⅲで）述べたように判例を区分することは、説得力のあるものであるということが、裏付けられるのである。もちろん、そのように判例を区分することは、有限会社法における取消の可能性を「適切な期間」に制限することによって、奇妙などつちかずのものを創り出してしまったという批判を必然的に甘受しなければならないことになる。法的安全性という観点からすると、これはまだ海のものとも山のものとも分らないものである。最終的には、しかし、そのことの原因が、法律上の規定が欠けていること（例えば、オーストリア有限会社法四一条四項は異なるが）、ないしは、株式法二四一条以下の規定の一応の類推適用にあり、そうであれば、以上のことが宣言的行為として決議の公表を整理することに反するものではない。というのは、期間の適切性を検査する枠内で、決議を攻撃する社員にとって有利になるように、公表はなされないうままであるということを考慮することができからである。これに對し、定款が決まった取消期間を定めている場合には、同時に創設的な公表が欲せられていたという意に、疑念のある決議の公表を解釈しなければならないことになる。

人的会社については、何一つ以上のことと異なる形で適用することはできない。従つて、特に公開会社の場合、その規約〔Ⅱ定款〕が意思の形成を構成員総会に委ねており、法的保護の可能性に期限をつけるときには、任意の創設的な公表要件から出発することができる。法的保護に期間制限は付されていないが、しかし、成文法 (lex scripta) によつて社員の全員の案件である意思の形成が、それにもかかわらず、一つの総会に委ねられているならば、疑念はあ

るが、総会の主催者の権限 (Rechtsmacht) は、決議結果を確定し公表するということに結び付けられている。総会の主催者の権限のために公表された決議の効力が裁判上採用されない限りで、法的安全性という理由に基づいて、代替的事実として公表決議が法的効力を発揮する。

連邦通常裁判所が住居所有権法における決議の公表に特別な要式に従った要求をせず、議事録に書きとめられることで十分であるとしたことは、最終的には説得力があるように思われる。特に、総会において決議の成立について争いのない場合にはそうである。<sup>53</sup> 総会において明確な形でなされた要式に従った公示を要求するならば、決議の瑕疵に對し抵抗できないということが高めるものとなる。確定要件や公表要件は、創設的なものなので、公表がないので議決も存在しないとすると、法的安全性を配慮する短期の取消期間が持つ目的が危険にさらされることになる。確定と公表という構成要件の前提がないということは、多くの場合、必ずしも必要不可欠なものとして専門的な管理人が援助を与えるものでない法的な素人としての住居所有権者の目につかないままになっている。住居所有権者は、その場合、自己の行動をすべての所有者が時的に期間制限のない形で問題視することのできる、いわゆる自称上決議といわれているものに合わせることになる。

## VII. 結論

多くの人的結合体における支配的見解が、瑕疵のある形で公表された決議を (さしあたり) 法的に拘束力のあるものとみなす限りでは、急を要する事態が生じるケースは問題にならない。その背後に存在している取引の保護という理念は、明確で信頼できる法的根拠 (Rechtsgrundlage) に照準をあてており、取引の保護という理念はドイツ私法秩

序の種々の箇所、とりわけは企業法において、その一つに出会うのである。取引の保護という理念は、決議を支配的見解によって法律行為と考えるときですら、現行法の解釈の中に納得のいく形で統合することができる。

公表決議にあらゆる実体法上の効力を認めないとする、法的安全性が危険にさらされると同様に、あらゆる組織化された人的結合体において決議が成立するために、要式に従った創設的な決議の確定や公表という要件を構築するということは、法的安全性を脅かすことになる。つまり、要式に従った創設的な決議の確定や公表という要件を構築するということが、さらに、外観上存在する決議を生み出す原因となり、構成員ないし機関は、なるほど外観上存在する決議に依拠するが、しかし、外観上存在する決議の規律内容は、貫徹できる拘束的効力を有しないままなのである。決議が短期間の経過後は、基本的に拘束力のあるものとして受け入れられなければならない所でのみ創設的な確定や公表という要件が説得力を有するようになると思われる。取消権者の利益が、以上のようなケースにおいて、私的自治を制限することを正当化する。

#### 注

- (1) 以下の考察にとっては、このことが決定的に重要ではないので、「団体」という概念を広くとらえるということ、つまり、権利能力のある結合体に限定されるのでもなく、共通の目的を達成するための任意の結合体に限定されるのでもないということ、ここでは指摘するだけで十分である。
- (2) 以下に挙げる制定法上の諸条文は、そうではないということを示さない限り、ドイツ法に関するものである。
- (3) 住居所有権法による合意 (Vereinbarungen) と決議 (Beschlüssen) をどのようにに区別するかについては、例えば、Häublein, Martin, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, 2003, S. 174 ff.を見よ。

- (4) この点については、Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2a. を見よ。彼は、民法典 (BGB) は団体の基本問題を取り扱ってこなかったと、こういって指摘する。
- (5) かなり古い文献としては、v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band II/1, 1914, S. 232 ff. を見よ。たぐいある文献のうち、最近の文献として次のものを見よ。Bork, Reinhard, Allgemeiner Teil des BGH, 3. Aufl. 2010, Rn. 436 f.; Busche, Jan, Festschrift für Säger, 2011, 45, 52 f.; Jacoby, Florian, Das private Amt, 2007, S. 421, 425; Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 205; skept. Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 41 f.; 懐疑的なのは、Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 41 f. 彼は、決議を法的行為 (Rechtsakt) としてとらえることが、法律行為として整理するよりも促進されるのではないと言っている。いまだになお、法律行為として整理することに対するものとして、例えば、RGZ 122, 367, 369. がある。
- (6) そらだとするのは、たぐい、Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtslehre, 2011, § 4 Rn. 16. 内容からいって先の注(5)で挙げた支配的見解 (h.M.) の主張者達と同様である。
- (7) Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. 2010, Rn. 175: 「意思表示は法律行為の手段であり、法律行為は私的自治の手段である」をいって、Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtslehre, 2011, § 4; 同、Festschrift Canaris, 2007, S. 699. を参照。
- (8) この点についての詳細は、Lindemann, Birgit Silvia, Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH, 1996.
- (9) 株式会社については、BGH v. 13.3.1980 (II ZR 54/78), BGHZ 76, 191; BGH v. 20.01.1986 (II ZR 73/85), BGHZ 97, 28 を、有限会社については、BGH v. 26.10.1983 (II ZR 87/83), BGHZ 88, 320. を、住居所有権法については、BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335. を見よ。
- (10) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 6 f.
- (11) 保険業の監督に関する法律 (VAG) 三六条は、相互保険会社 (VVG) について株式法の権利を準用する。
- (12) すべての文献のうち代表的なものとして特に次のものを見よ。Drinhausen, Florian, in: Höltter, AktG, 2011, § 130 Rn. 34;

Hüffer, Uwe, AktG, 10. Aufl. 2012, § 130 Rn. 22; Kubis, Dietmar, in: Münchener Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2013, § 130 Rn. 61 f.; 協同組合法について BGH v. 23.9.1996 (II ZR 126/95), NJW 1997, 318, 320; Geibel, Stefan, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2011, § 47 GenG Rn. 2. を見よ。

(13) 先の注〔(12)〕を挙げたものを見よ。

(14) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 20 ff.); 学説文献としては、例えば Merle, Werner, Bestellung und Abberufung des Verwalters, 1977, S. 41 ff.; Wenzel, Joachim, Festschrift Merle, 2000, S. 353, 356 ff. を見よ。

(15) オーストリア株式会社法一一八条一項は違ったやり方をしている。

(16) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) — 住居所有権法について。

(17) BGH v. 23.9.1996 (II ZR 126/95), NJW 1997, 318, 320 — 協同組合法について。

(18) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) — 住居所有権法について。

(19) オーストリアにおいては、逆に、高等裁判所 (OGH) は、集会外でなされた議決についてのみ、創設的な公示要件 (Bekanntmachungserfordernis) から出発する。OGH v. 28.5.2002 (5 Ob 118/02t), wobl 2004/39. を参照。学説 (Schrifttum) は、この判決を批判し、創設的な公表要件 (Verkundungserfordernis) というものを認めない。Vonklich, Andreas, wobl 2004/39 (Anm. zum OGH); Briem, Stephan, Immolex 2010, 6, 7. を参照。つまり、住居所有権者には期間制限のある取消権だけがあるにすぎないし、株式法上の法状況はドイツ法のそれと非常に似ているにもかかわらず、ここでは、一般的な法原則というものは、認められない。オーストリア株式法 (öAktG) 一一〇条、一一八条、一九九条を見よ。

(20) そうだとするものとしては、例えば、他の文献 Hadding, Walther, ZWE 2001, 179, 184. を参照。特定の団体形態に確定要件を制限することに批判的で、決議の確定という一般的要件に賛成するもの、Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 12. の点についての詳細は第VI章。

(21) BGH v. 21.3.1988 (II ZR 308/87), BGHZ 104, 66, 69; BGH v. 11.2.2008 (II ZR 187/06), NZG 2008, 317; (確定判例) を多くのものに代えて特に、学説文献としては、Bayer, Walter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh zu § 47

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

- Rn. 38; Zöllner, Wolfgang, Festschrift Lutter, 2000, S. 821, 827: 「通説 (ganz und gar herrschende Meinung)」を見よ。
- (22) それが意味することは、そうした人的結合体が、決議の確定にそのような実体法上の効力が与えられる団体に、契約上は近似させられない限りのことである。
- (23) ひよっとして必要になるかもしれない (議事録に記載された) 決議の公表の持つ証拠法上の効力は取り扱われていない。
- (24) 多くの文献に代えて特に、Schäfer, Carsten, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 709 Rn. 106; Schöne, Torsten, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 29. Ed. (1.11.2013), § 709 Rn. 65. を見よ。企業を担う組合について、反対説としては、Habermeyer, Stefan, in: Staudinger, BGB (2003), § 709 Rn. 26 m.w.N.
- (25) 人的会社の定款において取消期間を認めることについては、BGH v. 19.10.2009 (II ZR 240/08), BGHZ 183, 1 (Rn. 12 m. zahlr. Nachw.). を見よ。そのような規律が決議結果の公表にとってどのような意義を有するかという取消権を認めることから生じる疑問については、後述 VI. 三を見よ。
- (26) このことによって、個々人が無効を引き合いに出す権利を失うことがあるということが、変わるわけではない。というのは、その場合、信義則から導き出されるこのような事情は、実体法上考慮される事実であり、決議の確定それ自体ではないからである。
- (27) 以下に述べることについてはとりわけ Elzer, Oliver, ZWE 2007, 165. を見よ。
- (28) Elzer, a.a.O., S. 169 und 171 ff. (住居所有権法について zum WEG) 及び S. 171. (会社法について (zum Gesellschaftsrecht)) を見よ。
- (29) 「構成要素 (Bausteine) としての個々の意思表示、つまり、契約が成立するための前提要件については、もっぱら Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 8 Rn. 1 ff. を見よ。
- (30) BGH v. 13.3.1980 (II ZR 54/78), BGHZ 76, 191, 197.
- (31) RG v. 22.1.1935 (II 198/34), RGZ 146, 385, 388.
- (32) 少なくとも、その法形態が大きな構成員数に準拠している場合には、決議形式のための法律上の準則は、こうした実情に

依拠する定めもあった。

- (33) BGH v. 26.5.1975 (II ZR 34/74), NJW 1975, 2101; BGH v. 12.1.1987 (II ZR 152/86), NJW 1987, 2430.
- (34) 例えば、連邦通常裁判所と同様については、Weick, Günter, in: Staudinger, BGB (2005), § 32 Rn. 36.
- (35) 信託責任については、特に Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971; 同 Festgabe 50 Jahre BGH, 2000, 129, を見よ。
- (36) このような領域は、信託理論を区別するため、一部では「純粹な権利外観主義 (reines Rechtsscheinprinzip)」と呼ばれている。Neuner, Jörg, in: Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012 § 10 Rn. 83, を見よ。
- (37) 啓発的なものについては、Leenen, Detlef, BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre, 2011, § 8 Rz 205.
- (38) BGH v. 27.1.2011 (VII ZR 186/09), BGHZ 188, 128 (Rn. 21 ff.).
- (39) 詳細については、Häublein, Martin, Festschrift Delle-Karth, 2013, S. 333, 341 ff. を参照する。また、指し示すようにある。
- (40) In: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Wieacker (1990), S. 108, 120 ff.
- (41) 「抽象的な」信託を保護するべきを意図する信託理論上の解釈というものは、「信託のない信託保護」に行き着くことになると正当にも非難されることになる。前掲注(40) 一一二頁を見よ (s. a.a.O., S. 121.)。
- (42) Leenen, Detlef, a.a.O., S. 123.
- (43) その範囲は、とりわけ確認通知書の場合、十分に解明されているわけではないが、ここでは十分に深めることはできない。この点の詳細については、Häublein, Martin, Festschrift Delle-Karth, 2013, S. 333, 349 ff. を見よ。
- (44) Leenen (a.a.O.) 及び、Schmidt, Karsten, DB 1994, 515, 519; 同 (ders.), Handelsrecht, 5. Aufl., § 14 II 1b, 2b, を見よ。
- (45) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 12 und passim. この点で人的会社にも当てはまるか否かは、未解決のままであり、持分のある共有関係に対しては、Ernst (a.a.O. S. 4 ff.) はしかしながら少なくともこれを認めない。
- (46) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 11.
- (47) BGH 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 21) unter Hinweis auf Bub, Wolf-Rüdiger, ZWE 2000, 194, 202;

人的結合体が意思形成をする場合の法的安全性という視点 (益井)

Wenzel, Joachim, ZWE 2000, 382, 385.

(48) Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 14; 住居所有権法の領域において要式性を求めることに反対なのは、Hadding, Walther ZWE 2001, 179, 185.

(49) BGH v. 23.8.2001 (V ZB 10/01), BGHZ 148, 335 (Rn. 24 f.).

(50) BGH v. 11.2.2007 (II ZR 187/06), NZG 2008, 317.

(51) Anders Ernst, Wolfgang, Liber amicorum Leenen, 2012, S. 1, 15.

(52) 構成員たちが決議の瑕疵を援用することを妨げる信義則に基づく抗弁(権利失効やそれと同じようなもの (Verwirkung oder dgl.)) を用いることについては、慎重でなければならぬことになる。というのは、これを認めることは、要式に従った形での公表という要請の背後にある狙いを明らかに妨げるからであり、その狙いは、特に欠席した構成員や将来の構成員のために、さらにはその機関のために公表によって明確な関係を手に入れるということに見て取ることができるのである。このことは必然的に、要式に従った公表がない場合には、BGB二四二条や誠実義務 (Treupflichten) に関して創り出された拘束力のある規律は存在しえないということを暗に意味する。

(53) 所有者達にとつては議事録のみが拠所として自由に使えるからといって、欠席した所有者や将来の所有者の有する諸利益が、要式に従って公表するということをおそらくほとんど正当化することはできないであろう。しかしながら、議事録にとるという要請には争いが無いわけではない。

\* 本稿は、マルティン・ホイプライン教授が、平成二五年一月一九日に日本大学法学部においてなした特別講演を翻訳したものである。翻訳をなすことを快く承諾してください。さつたホイプライン教授にここより感謝申し上げます。

なお「」の中は、文意を明らかにするために、または訳注のつもりで訳者が補った部分である。