

《翻 訳》

ドイツの経営判断原則と取締役の責任の追及

——ドイツ株式法の近時の改正——

マルクス ロート

(マックスプランク研究所研究員)

早 川 勝 訳

(同志社大学法科大学院教授)

- I. はしがき
- II. 改正論の出発点
 - 1. 経営判断原則を継受するまでの機関責任の取り扱い
 - 2. 厳格な責任が実務上あまり重要でなかった理由
 - 3. 経営判断原則の継受と改正論議
 - 4. ドイツの経営判断原則に関する法律規定とアメリカの手本
- III. 経営判断原則を継受した後の取締役の責任の追及
 - 1. 取締役員の義務
 - 2. 株式法 93 条 1 項 2 文における経営判断原則の継受
 - 3. 企業家的裁量の前提要件ならびに株式法 93 条 1 項 2 文の経営判断原則
 - 4. 企業家的裁量範囲の限界
 - 5. 企業家的裁量の特別な限界
 - 6. 立証責任
- IV. 責任の実現
 - 1. 伝統的な考え方
 - 2. UMAG による新たな規律
 - 3. 訴えの許可手続
 - 4. 株主の情報と費用の負担
- V. 結語

I. はじめに

取締役の責任とその責任の追及は、ドイツでは、ここ 20 年の間学術上激しく議論されてきた。¹ 株式法上の機関責任は、実際にはあまり重要ではなかったもので、ますます不十分とみなされてきた。株主による責任の追及の要請に対して 1998 年に実現した小改正は、² 実際には効果がなかった。

学界での議論、連邦通常裁判所の判決および投資者保護を強化しようとする努力の末、昨年、アメリカ法上の経営判断原則が継受されることになった。株式法 93 条における取締役の責任の規律は、「企業の健全性と総会決議の取消に関する法規制の現代化のための法律（以下

UMAG という)」によって、ドイツの経営判断原則を補充した³。

この法律によって、取締役員の責任の追及が容易になった。株主による訴えの提起に関しては、会社資本の5パーセントの所有が要件ではなくなり、その基準が資本の1パーセントもしくは10万ユーロの持分に縮減された⁴。以下では、まずドイツの改正に関する議論について概括する。とくに、アメリカの経営判断原則の継受による取締役の責任に重点的に論じ、つぎに責任の追及に関する新しい規律について重点的に述べることにする。

II. 改正論の出発点

1. 経営判断原則を継受するまでの機関責任の取り扱い

ドイツの機関責任は世界でもっとも厳しい責任であるという説明は⁵、1937 株式法の施行以来あまり実際的な重要性のない機関責任に直面する。実体法に関するこの説明は、傾向的にはまったく適切である。とくに、学説は、責任規定を非常に厳格に解釈する。手続上は、取締役は、すべての獲ることができる情報に基いて決定しなければならないということが要求される⁶。学説の見解によれば、決定の手続は、裁判上完全に確認することができた。実体的には、判決によって、企業家行為の裁量が承認された⁷。連邦通常裁判所は、軽率な行為を志向した。一般責任法においては、軽率は、高度の重過失とみなされる。ライヒ裁判所によれば、取引行為の予測される結果の評価が不正確であることは、通常の場合、まだなんら過失は存在しない⁸。ドイツの経済学者や法律学者は、株式法上の機関責任をより厳格に解釈した。代表的な経済学者としてシュマーレンバッハ (*Schmalenbach*) が、すでに前世紀の初頭には、裁判所は法規定からはありえない寛大さの傾向があることについて警告した⁹。他方、法律家は、株式法93条による取締役の注意義務 (*Sorgfaltspflicht*) を文言どおりに解釈した。株式法93条1項1文において要求されている通常かつ誠実な業務指揮者の注意から、特別に厳格な注意義務基準が導かれた¹⁰。取締役に対する高められた注意義務基準にあつては、一般的な注意義務と株式法93条3項で掲げられた特別な事例とは区別されなかった。取締役員は、常に一般人よりもより厳格な責任を負うべきであるとされる。取締役の企業家的裁量の余地は、注意義務の範囲内で個別的に考慮されるにすぎない。注意義務は、それ自身から展開され、企業家決定に対する「セイフハーバー」は認められなかった。

2. 厳格な責任が実務上あまり重要でなかった理由

取締役の責任は、第二次世界大戦後は、前世紀の90年代まで、実際にはいかなる役割も果たしてこなかった。その理由は、もちろん、ドイツ産業において人的にも資本的にも結合している、いわゆるドイツの株式会社構造に帰せられよう。株式法上、実務で重要性を欠いている理由は、責任を追及する仕方に見出せる。従前もまた現在でも、組織法上、取締役が、第一義

的に、監査役員の責任の追及について権限を有している¹¹。取締役員の責任は、第一義的に監査役によって実現しなければならない¹²。責任は、事実上は、通常、破産管財人によってのみ、または機関構成員の交代の際に実現された¹³。新機関構成員または破産管財人は、職務を行う取締役または監査役の義務違反の時点と異なり、注意義務違反のゆえに自ら責任を負うことを恐れる必要がない。株主が有する取締役の責任を追及する権限（アクチオ プロ ソキオ *actio pro socio*）は、まったく別々に認められていたにすぎない¹⁴。圧倒的支配説によれば、株式法 147 条に掲げられた基準が存在する必要がある¹⁵。株式法 147 条によれば、少なくとも 10 パーセントを有する株主が取締役員の責任の追及を要求しなければならない。

3. 経営判断原則の継受と改正論議

アメリカの責任法を受け継ぐことは、1950 年代および 1960 年代にはなお否定されていた¹⁶。しかし、80 年代、特に 90 年代に変わった。経営判断原則は、取締役の企業家的裁量をより正確に決定するためにますます頻繁に引き合いに出された。経営判断原則が実体上ドイツ株式法において妥当することは、支配的見解であった。それに対して、責任の追及に関するアメリカの規律を直接に置き換えるという提案はなされなかった。アメリカにおける責任の実現は、単にドイツの改正論に着想のきっかけを与えるものにすぎなかった。とくに、ホプト（*Hopt*）は、経営判断原則に含まれる免責（セイフ・ハーバー）が伝統的なドイツ株式法よりも実体的に正当であるとみなした¹⁷。アメリカの立証責任の分配をドイツ法に転用することも提案された¹⁸。

1998 年には、連邦通常裁判所も支配説に相応して、アラグ・ガルメンベック（ARAG/Garmenbeck）判決において、経営判断原則を取締役責任の根拠に置いた¹⁹。このことは、事柄の性質上、アラグ・ガルメンベック判決後に公表された多くの単行論文にもあてはまる²¹。いずれにしても、企業家決定については、取締役員の特別の免責が常に認められた。改正は、具体的には、ウルマー（*Ulmer*）の提案²²、ドイツ法曹大会の決議²³、ならびにコーポレート・ガバナンス政府委員会の勧告に遡る。当時の連邦政府は、経営判断原則の導入に対する要請と株主による責任の追及を容易にするために企業の健全性と投資者保護の強化対策目録の中に取り入れて、それを実現した²⁵。

4. ドイツの経営判断原則に関する法律規定とアメリカの手本

ドイツの立法者は、経営判断原則を独自に定式化した。株式法 93 条 1 項 2 文によれば、取締役員が企業家決定の際に相当な情報に基づいて会社の福利（*Wohl*）のために行うことが合理的に認められることができる場合には、義務違反は存在しない。このドイツの経営判断原則の独自性を説明するためには、デラウェア州裁判所ならびにアメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンスの原理（*Principles of Corporate Governance*）の経営判断原則の定義と比較するの

が有益であろう。

アメリカ法律協会が定式化した提案は、「取締役又は役員が誠実に経営判断をする場合、当該取締役又は役員が経営判断の対象に利害関係を有さず、経営判断の対象に関し、当該取締役又は役員が当該状況の下で適当であると合理的に信ずる程度に知識を有し、そして、当該経営判断が会社の最善の利益に合致すると相当に信じた取締役または役員は、自己の義務を履行する²⁶。」

しかし、実務では、デラウェア州最高裁判所の判例を指向しなければならない。これは、次のように定式化されている。取締役は、経営上の決定をする際に、十分な情報に基づいて、行為が会社の最善の利益のために行われたことを善意でかつ誠実に信じて行為したものと推定される²⁷。「このようにして、取締役の決定は、取締役が決定につき利害関係を有さず、自主的に行ない、誠実に行為し、合理的な経営目的と考えることができるか、またはその決定が重過失のある過程によって到達したものでなければ、裁判所によって尊重される²⁸。」

Ⅲ. 経営判断原則を継受した後の取締役の責任の追及

1. 取締役員の義務

取締役員の義務は、独立の企業指揮者の義務である。取締役員は、他人の財産利益の信託者 (Treuhand) として活動する。株式法 93 条 2 項 2 文の立証責任の転換は、委任法に由来する²⁹。取締役は、アメリカの経営判断原則の継受後も、正常かつ誠実な業務指揮者の注意を払ったことを証明しなければならない。企業家決定 (business decision, 経営上の決定) の際における取締役の企業家的裁量 (business discretion, 経営上の裁量) は、取締役に課せられる会社の指揮 (株式法 76 条) から生ずる。企業家決定が存在し、そして企業家的裁量とドイツの経営判断原則に相応する場合、企業家的裁量と経営判断原則とはその限りにおいて同義語になりうる。

2. 株式法 93 条 1 項 2 文における経営判断原則の継受

ドイツ株式法は、UMAG によって株式法を改正し、ドイツの経営判断原則を定める。取締役員が企業家決定の際に相当な情報に基づいて会社の福利のために行なったことを合理的に認めることができる場合には、株式法 93 条 1 項 2 文によれば、義務違反ではない。

この展開の基礎は、学説による準備作業によって培われたが (とくにメストメッカー (Mestmäcker) 還暦論文集におけるホプトの論文が挙げられよう³⁰)、連邦通常裁判所の判決も貢献している。連邦通常裁判所は、ジーメンス (Siemens) 判決において、企業家的裁量を明確に志向した³¹。学説においても企業家的裁量の概念が用いられたし、またそれが通例のことで常であった³²。

連邦通常裁判所は、多くの議論がなされた前掲のアラーグ・ガルメンベック判決において、取締役の損害賠償義務は、責任の自覚によって担われ、もっぱら企業の福利を目指した決定の基礎の注意深い評価に基く企業家的行為が行われなければならない範囲を明確に逸脱し、無責任な仕方企業家的危険を冒す準備が行われたか、または取締役の行為が別の理由から義務違反とみなされなければならない場合にはじめて考慮される」と判示した³³。

ドイツ法曹大会とコーポレート・ガバナンス政府委員会とによって要求された経営判断原則の継受は、この判決の基礎の上に構築することができた。学説における有力な見解が、ドイツの経営判断原則の内容がすでに妥当している法である、あるいは法典化は不要であろうということから出発してもそれほど驚きではない³⁴。結論的には、新たな規律は、法律状況を明確化するものとして歓迎することができる。責任免除に関する手続上の要件を巡る議論は、後述するように、そのような明確性の必要性を示す。

3. 企業家的裁量の前提要件ならびに株式法 93 条 1 項 2 文の経営判断原則

a) 誠実義務に違反しないこと

企業家的裁量は、誠実義務 (Treuepflicht) 違反の場合には介入しない。誠実義務は、企業家的裁量が認められる範囲に立ち入ることができない³⁵。誠実義務違反が問題となる場合には、企業家的裁量というコントロール基準は、決定的影響を及ぼさず、またドイツの経営判断原則に対し誠実義務というより厳格な基準が適用される。会社を犠牲にする事実上の利得、および株主の自己利益の追求が、誠実義務に違反する。会社との取引は、市場の条件により、独立当事者間基準 (arms' length) で締結しなければならない³⁶。

取締役員は、会社の機会を奪うことは許されず、自己の親近者に経済的利益を得させることは許されない³⁷。さらに、誠実義務からは、取締役員の黙秘義務および競争禁止が生じる。また、取締役員が自己の行為において会社の最善の利益のために行為しなければならないことを基準とすることも誠実義務から導き出すことができる。

b) 法律、定款または株主総会決議に違反しないこと

さらに、企業家的裁量は、法律、定款もしくは株主総会決議に基づくという規制にあっても問題にならない³⁸。株式会社の組織構造ならびに定款、株主総会決議による権限の規制も考慮されなければならない。業務執行の措置を監査役会の承認にかからしめる監査役会決議もこれに含まれる³⁹。法律、定款または総会決議によるという規制にあっても、取締役の制限的裁量が存在しうることは重要である⁴⁰。このことは、たとえば、会社が支払不能もしくは債務超過である場合に破産の申し立てをする取締役の義務に妥当する⁴¹。連邦通常裁判所は、ここでは制限的判断の余地を承認し⁴²、(限定的) 企業家的裁量が存在するとした⁴³。連邦通常裁判所は、新株引受権を排除した資本増資に関して、上述したジューメンス判決において、取締役は自己の企業家的裁量の範囲で、自己にのみ知れた完全な状況が会社の利益のために総会決議の実施を正当化する

るかどうかに注意して精査しなければならない、と判示した⁴⁴。政府草案の理由書も、法律上の規制によって企業家行為の裁量の余地が排除されているかどうかを目指していることは明確である⁴⁵。

c) 中核的な限界付けの指標としての企業家決定

ドイツでは、ドイツ経営判断原則の構成要件メルクマールとしての企業家決定の基準について議論されている。学説の有力説⁴⁶と政府草案理由書⁴⁷は、中心的な区別の指標を問題とする。しかし、いきすぎた解釈であると警告される⁴⁸。経営判断原則は、ドイツの規定においても、適切に、企業家決定がなされた場合にだけ介入できるにすぎない。株式法 93 条 1 項 2 文における一部の責任免除については、企業家決定が明確に要求される。取締役員が適切な情報に基づいて会社の福利のために行為したことを合理的に認めることが許される場合に限り、企業家決定に義務違反が存在しない。企業家決定という構成要件メルクマールの意味は、過大に評価されるべきではない。そのことは、決定を欠いた場合および純粹のコントロール決定にあって意味をもつ⁴⁹。

4. 企業家的裁量範囲の限界

a) 適切な情報に基づく行為という要件

デラウェア州の最高裁判所 (Court of Chancery) の当時の長官は、アメリカ法については、いずれにしても、責任が実際には誠実義務違反の場合にのみ問題となることを認めた⁵⁰。このことはアメリカ法についても論争があり、とくにアメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンス原則では手続的限界と内容上の限界を定めている⁵¹。

これに対して、ドイツおよびドイツ法については、株式法 93 条 1 項 2 文は、企業家決定であっても企業家的裁量の特別な限界を異論なく定める。これは、アメリカの経営判断原則を継受しながらも維持されたドイツの伝統に相応する。とくに、アメリカで法律として規定されていない経営判断原則を継受する際の手本としてアメリカ法律協会のコーポレート・ガバナンス原則が挙げられる。企業家的裁量の手続上の限界として、ドイツ株式法は、取締役員または監査役員が適切な情報に基づいて行為したと合理的に認めることができる場合、義務違反が存在しないことを規定する。連邦通常裁判所は、すでにアラグ・ゲルメンバック判決において、企業家行為の余地はいかなる決定をするか見出すことも含むものと判示した。それによれば、責任は、決定の基礎の慎重な評価に基づく企業家的行為が行われなければならない範囲を明確に超えている場合に問題になったにすぎない⁵²。企業家決定をなす決定の基礎が、内容上、経営判断原則を法文にする際の争点の一つであった。法律草案に対する議論において、取締役の適切な情報は、しばしば、責任の免除に対する介入のための前提とみなされた⁵³。これは、全体的に得ることができる情報に基づいた行為というドイツの伝統的な要求を採用したものである⁵⁰。

アメリカ法は、適切な情報かどうかについての客観的な検査を少なくとも一般的には知らな

い。このことに部分的に関連する *Smith v. Van Gorkum* 判決は、公開買付の判例として整理されている。⁵⁴ 公開買付については、修正された経営判断原則が適用され、⁵⁵ 企業買収における取締役の行為はより厳格に審査される。⁵⁶

修正経営判断原則は、企業家的裁量の内部でも裁判官が異なる基準で介入できることを説明する。⁵⁷ 取締役が適切な情報に基づいて行為したものと認めることができる場合には、それゆえに、常に具体的に下されるべき決定という文脈において決定されなければならない。企業にとってとくに重要な決定は、詳細に準備されなければならない。⁵⁸

b) 会社の福利のために行為する必要性

デラウェア州におけるアメリカの判例の中核的区別は、取締役の会社の最善のための「誠実な努力 (good faith effort)」の審査である。⁵⁹ *UMAG* の条文においては、この基準は、会社の福利のために行為することを合理的に認めることができるという定式化の中に見出せる。⁶⁰ 既述したように、⁶¹ 取締役が義務を定めた法律上の規定、定款および総会決議に違反する場合には、会社の福利のために行為したものと認めることはできない。

企業家的裁量の限界は、*UMAG* が発効する以前の判決に依拠して詳細に規定されている。⁶² 企業家決定の内容上の審査に関して、草案の理由書は、連邦通常裁判所のアラグ・ゲルメンベック判決および無責任な危険を冒すという判決で述べられた限界を明確に引き合いに出す。⁶³

無責任ならびに軽率は、企業家行為の限界よりもより広い。⁶⁴ 通常の場合、誠実義務の違反だけが経営判断原則を適用しないとされたアメリカ裁判所の裁判実務は継受されなかった。⁶⁵ いずれにしても、デラウェア州では、むしろ重過失 (gross negligence) という基準が限界として用いられることがまれである。

経営判断原則は、限界としての重過失にあっては、実際には単なる立証責任の分配に引き下げられる。アメリカの裁判所は、重過失の基準をもって注意義務 (duty of care) 違反の有無も検査する。⁶⁶ この点について最初の草案では重過失とされていたが、⁶⁷ 学説が批判したので削除され、「認めることができる」という文言に置き換えられた。⁶⁸

判断を是認できるかどうかという一般的検査は、もはやアメリカの手本と一致しないであろう。ドイツの学説では、⁶⁹ たとえほとんどの場合に高められた形式においても、⁷⁰ 是認できることが目指された。アメリカにおいても同様に、⁷¹ ドイツの学説は、企業家行為に関して判例よりも厳格な基準を推奨することがしばしばである。既述したように、ドイツでは、⁷² シュマーレンバッハが、経済的観点から、早くから、裁判官の寛大さの傾向について苦言を呈していた。

5. 企業家的裁量の特別な限界

既述したように、アメリカでは、企業買収にあっては、デラウェア州の判決によれば、修正経営判断原則が妥当する。⁷³ これに対して、ドイツでは、とくに重要な決定にあっては制限された企業家的裁量だけが介入するにすぎない。基礎的決定、とくに企業買収にあっては、その

決定を是認できるかが目指される。⁷⁴

さらに、法律が制限的行為の余地を認める場合、制限的裁量が妥当する。この関係では、債務超過もしくは支払不能の場合における破産の申請、年度決算書の作成および資本増加の場合における新株引受権の排除に関する決定に関する義務を挙げることができる。

取締役は、株式法 92 条によれば、破産の場合、破産手続きの開始を申し立てる義務を負う。しかし、債務超過の確定は、継続の予測が立つことも前提とする。継続の予測に関する決定は、是認することができなければならない。⁷⁵このことは、総会が取締役に新株引受権を排除して増資することを委ねる場合にも妥当する。この場合、連邦通常裁判所は、明確に企業家的裁量について言及した。⁷⁶

6. 立証責任

アメリカの会社法に影響力をもつデラウエア州における判決によれば、経営判断原則にあつては、まず最初、推定が問題となる。⁷⁷取締役の義務にかなった行為が推定される。ドイツの法律状況はこれと異なる。取締役員は、株式法 93 条 2 項 2 文によれば、自己が通常かつ誠実な営業指揮者の注意を払ったことについて立証責任を負う。このことは、ドイツ株式法に経営判断原則を継受した後も同様である。ドイツの立法者は、企業家決定の際の機関構成員の行為の裁量を継受したにすぎない。

立証責任に関しては、アメリカ法が経済的および内容的にもドイツ法よりも優れているという診断もありうる。⁷⁸しかし、ドイツの挙証責任の分配は、もちろん、取締役員の責任の追及に関するドイツの規制の状況からも考えなければならない。

なるほど取締役員の責任の追及に関する新たな規律も、アメリカ法の背景から展開されてきた。しかし、その場合、派生訴訟のドイツ法への継受は、まったく提案されなかった。ドイツ法においては、個々の義務違反を理由に、そして 1 株だけで訴えを提起することはできない。

IV. 責任の実現

1. 伝統的な考え方

責任追及のドイツの伝統的な考え方は、監査役会による取締役員に対する責任訴訟の提起および取締役による監査役員に対する責任訴訟の提起であった。連邦通常裁判所の判決によれば、監査役会は、旧取締役員に対して損害賠償を請求をする権限も有する。

監査役会の権限と並んで、株式法 147 条 1 項によれば、取締役員または監査役員に対し会社の損害賠償請求権を行使する総会の権利が単純多数決議によって生ずる。取締役員に対するこの請求権も、監査役会によって行使される。改正前には、資本の 10 パーセントを有する少数株主は、総会に損害賠償請求権の実現を要求することができた。とくに重大な義務違反の場合

におけるコントラック法 (KonTraG) の5パーセント基準は、なんら実際の意味をもつことができなかった。

2. UMAG による新たな規律

株主は、株式を資本の1パーセントかまたは10万ユーロを有する場合、会社の賠償請求権を行使できる。少数者権（従来は5パーセントまたは50万ユーロ）が拡大され、総会に要求するのではなく、裁判所に対する申し立てによって行使される。

政府草案の理由書は、少数者権の新たな規律について触れ、取締役と監査役会の相互による責任の追及の既述した問題を指摘する。⁷⁹ 相互の責任の追及の問題として、同僚としての連帯感もしくは取引関係、任命に対する恩義および懈怠する危険が挙げられる。

ドイツ株式法は、取締役員または監査役員に対する直接的な訴えを認めない。訴えの許可手続が、取締役員に対する訴えに先行する。⁸⁰ このことは恐喝的訴訟ならびに濫用的訴訟を阻止することに役立つ。可能な訴えを要求することも制限される。訴えを許容する要件は、たとえば、不誠実ならびに義務違反の疑いである。

訴えの許可手続は、資本の1パーセントまたは10万ユーロの価額の株式を有する株主が申し立てることができる。株主は、主張した義務違反を知る前に株式を取得したこと、および、訴えを提起することを事前に会社に要求したことを証明しなければならない。さらに、不誠実または法律の重大な違反の疑いが存在しなければならない。賠償請求権の行使は、会社の福利という圧倒的な理由と相反することが許されない。

株主は、会社の賠償請求権を自己の名前で行使する。会社は幫助される。会社は、株式法147条3項によれば、賠償請求権をいつでも自分で行使できる。会社による訴えの提起とともに株主の許可手続または訴え手続とが係属することは許されない。会社は、株主の訴え手続を継承することもできる。

3. 訴えの許可手続

a) 持株要件

訴えの許容に関して、資本の1パーセントまたは10万ユーロの株式を有する株主が申し立てることが必要である。⁸¹ 政府草案は、さらに、訴えの手続の持分要件として10万ユーロの取引所価格を定めていた。

取引所価格10万ユーロという要件は、ウルマーの最初の提案、ドイツ法曹大会の決議およびコーポレート・ガバナンス政府委員会の勧告に対応したものである。⁸² 額面額の要件は、議会の審議において初めて加えられた。それは学説における批判的意見と産業界の強力な抵抗があったからである。⁸³ 会社における訴えの行使に関する要件は引き上げられるべきであるというのが理由であった。

訴えの許可手続と結びついた株式法 127 条 a におけるいわゆるウェブサイト上の株主広場 (Aktionärsforum) の導入が強調されるべきである。これによって法律が基準を定める株主権の行使が容易になる。⁸⁴

株主広場は、電磁式連邦官報の特別な一部である。⁸⁵ すべての者がインターネットにおいて僅かな費用でこれにアクセスすることが可能である。株主または株主団体は、他の株主に対して共同してまたは代理して申し立てるかもしくは要求をするか、または総会で議決権を行使することを株主広場において促すことができる。⁸⁶

b) 義務違反を知る前に株式を取得していること

株主は、取締役員の義務違反を知ったかまたはそれに関する情報を得る以前に株式を取得したことを証明しなければならない。⁸⁷ 株主が知ったか情報を得た時点の正確な確定は、決して問題がないわけではない。刊行物は義務違反の可能性に関する詳細を含んでいないことが考えられる。⁸⁸ 媒体を誰もが利用できる場合は、株主もすでに知っているに違いないであろう。⁸⁹ 政府草案理由書は、そのような媒体として経済新聞などや普及したオンラインサービスを挙げている。⁹⁰ 株主が義務違反を知ってから株式を取得した場合、訴えを提起することができない。⁹¹

c) 会社に対する訴え提起期限の設定

株主は、相当な期限を設けて会社に提訴請求をしたが無駄に終わったことを証明しなければならない。⁹² これによって、訴え許可手続の補充的性格が明らかになる。損害賠償請求権を実現する権限をもつ会社の機関は、会社による提訴について決定する。相当な期間は、2 か月とみなされる。

e) 不誠実または重大な義務違反の疑い

訴えの許可は、取締役のすべての義務違反において可能なのではない。政府草案理由書によれば、法律および定款の軽微な違反は排除される。軽微な違反にあつては、少数者は多数者に損害賠償請求権の追及を強いることができない。⁹³

不誠実または法律もしくは定款の重大な違反によって会社に損害が発生した疑いを正当化する事実が存在しなければならない。⁹⁴ この規定の正確な内容は明らかにされていない。不誠実は誠実義務違反の場合に存在する。⁹⁵ とくに、株式法 93 条 3 項で個別に定められた責任の構成要件は、重大な義務違反として問題になる。⁹⁶

f) 会社の相反する圧倒的利益は存在しないこと

最後に、会社福利の圧倒的利益が、賠償請求権の行使に相反しないことである。⁹⁷ とくに、会社に対する何回もの訴えがそれに当たる。⁹⁸

g) 手続きと会社に対する訴え提起の催告

会社の住所地の地方裁判所が、訴えの許可の申し立てについて権限を有する。⁹⁹ 裁判所が訴えを許可する場合、株主は 3 か月以内に訴えを提起することができる。

3. 株主の情報と費用の負担

株主による責任追及の効率性については、訴え許可手続および訴えの費用負担および責任違反に関する株主の情報取得の可能性が重要である。株主は、取締役員の義務違反の可能性を新聞などによって知る。株式法上の情報請求権として総会での説明請求権と特別検査を挙げることができる。特別検査は、¹⁰⁰ 会社の設立の検査または業務執行の特別な措置の検査に役立つ。政府草案理由は、特別検査についても訴え許可手続と同一の要件が妥当することを強調する。¹⁰¹ 特別検査については、もちろん特別検査役の選任の申し立てが必要である。この申し立ては、総会においてなされる。¹⁰² さらに、法律は、申し立てについて資本の5パーセントまたは50万ユーロの株式所有を要求する。

ドイツ法は、費用に関して、原則として、申し立て人が訴え許可手続の費用を負担することを定める。申し立てが拒否された場合、申し立て人が訴え許可手続の費用を負担しなければならない。

訴えが許可された場合、会社が、原則として、費用を負担しなければならない。¹⁰³ 訴え提起に対する特別の魅力はない。

V. 結 語

ドイツの株式会社の取締役員の責任は、アメリカの経営判断原則の継受後もアメリカの取締役の責任とは区別される。アメリカの立証責任の分配は継受されなかった。ドイツでは、企業指揮者の注意義務は、傾向的にはより厳格である。実体的には、取締役員は、企業家決定の際に、十分な情報に基いて会社の福利のために行為することから出発しなければならないことが目指される。ドイツ法は、責任の追及においても独自の道を歩む。会社による責任の実現の優位性、および株主による責任の追及のための持分保有要件を固守している。訴えの許可手続は、不誠実または法律もしくは定款の重大な違反のために会社に損害が発生したという疑いを正当化する事実が存在することを前提としている。

注

- 1 *Hopt* in: GroßkommAktG, §93 Rdn 81, 83, 同 in: FS Mestmäcker 1996, S 909; *Hefermehl/Spindler* in: MünchKommAktG/Hefermehl/Spindler §93; *Abeltshauser*, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998; *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997; *Lohse*, Unternehmerisches Ermessen, 2005; *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, 1994; *Oltmanns*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmerisches Ermessen, 2001; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, 2002; *Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, 2001; *Fleischer* in: FS Wiedemann 2002, S 827; *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290; Wiedemann, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S 13.
- 2 企業分野における支配及び透明性のための法律 (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Un-

- ternehmensbereich (KonTraG) vom 27. 04. 1998) BGBI I 786.
- 3 「企業の健全性と総会決議の取消に関する規制の現代化のための法律 (Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. 9. 2005, BGBI I 2802.)」における改正株式法の 93 条 1 項 2 文。UMAG に関する文献も, *Fleischer*, NJW 2005, 3525; *Spindler*, NZG 2005, 865; *Schröer*, ZIP 2005, 2081, 確定たる条文 BTDrucks 15/5612 *Brömmelmeyer*, WM 2005, 2065; *Paschos/Neumann*, DB 2005, 1779; *Schäfer*, ZIP 2005, 1253; 参院草案について Sonderbeilage zu Heft 4 der NZG 2004 所収, 誤って政府草案とされている。*Fleischer*, ZIP 2004, 685; *Paefgen*, AG 2004, 245; *Roth*, BB 2004, 245; *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252; *Seibt*, WM 2004, 2137; *Thümmel*, DB 2004, 471; 政府草案について (BTDrucks 15/5092) *Semler*, AG 2005, 321; *Sven H. Schneider*, DB 2005, 707; *Weiss/Buchner*, WM 2005, 162.
 - 4 UMAG における株式法 148 条。
 - 5 *Mertens*, AG 1990, 49, 51.
 - 6 *KK/Mertens* (Fn. 2) §93 Rdn 29; *Bastuck*, Enthftung des Managements, S 69; *Kessler*, RIW 1998, 602, 613 「事実関係が完全に再処理」ARAG/Garmenbeck 判決後もなお *Kindler*, ZHR 162 (1998) 101, 106.
 - 7 BGHZ 69, 207, 214.
 - 8 RG JW 1911, 223, 224, 本判決については *Semler*, AG 2005, 321, 324.
 - 9 *Schmalenbach*, Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, ZfhF 1911, 271, 276. 現代の経済学者の見解は異なる。これについては, *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, p 100.
 - 10 例えば, *Baumbach/Hueck*, AktG §93 Rdn 2: 93 条は取締役の厳格な責任を (強行的に) 創設する。高められた責任は高い地位に相応しなければならないからである。
 - 11 取締役は監査役員に対しても会社を代表する。株式法 78 条。
 - 12 監査役員は取締役に対しても会社を代表する。株式法 112 条。
 - 13 監査役員の責任が追及された事例について, *Hopt/Roth* in: *GroßkommAktG* §116 Rdn 25.
 - 14 *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft, 1989, S 47 ff; *Becker*, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, S 611.
 - 15 *Hüffer*, AktG, 6. Auflage 2004, §147 Rdn 5.
 - 16 *Mestmäcker*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S 130, 211 f.
 - 17 *Hopt* in: FS *Mestmäcker* 1996, S 909, 920.
 - 18 *Hopt* in: FS *Mestmäcker* 1996, S 909, 920, *Roth*, BB 2004, 1066, 1069; *Paefgen*, AG 2004, 245, 258 f.
 - 19 BGHZ 135, 244, 253 f.
 - 20 *Henze*, BB 2001, 53, 57, 同, NJW 1998, 3309, 3311. の信憑性のある解説法。
 - 21 前掲 (Fn. 1), 経営判断原則の継受到に反対, *Lohse*, (Fn. 1).
 - 22 *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290, 341 f.
 - 23 63. Deutscher Juristentag in Leipzig, Beschluss der Abteilung Wirtschaftsrecht III. 1 (46 : 10 : 11 で承認される)。
 - 24 *Baums* (Hrsg), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn 70. 同旨 *Hopt* in *Hommelhoff/Lutter/Schmidt/Schön/Ulmer* (Hrsg), Corporate Governance, 2002, S 27, 59 f mwN
 - 25 企業の健全性と投資者保護の強化のための連邦政府の措置目録第 1 点 (責任の構成要件)。
 - 26 Corporate Governance Principles, §4.01 (c).
 - 27 *Aronson v. Lewis* 473 A. 2 d 805, 812 (Del. 1984).
 - 28 *Brehm v. Eisner* 746 A. 2 d 244, 264 (Del. 2000).
 - 29 *Hopt*, §93 AktG Rdn 1.
 - 30 *Hopt* in: FS *Mestmäcker* 1996, S 909.
 - 31 BGHZ 136, 133, 139 und 140 (Siemens/Nold), BGHZ 152, 280, 284 (企業家的裁量の範囲)。
 - 32 参照, *Roth*, (Fn. 1) および *Lohse*, (Fn. 1).
 - 33 BGHZ 135, 244, 253 f.
 - 34 *Semler*, AG 2005, 321, 324; *Weiss/Buchner*, WM 2005, 162, 165. *Lohse*, (Fn. 1), S 51 ff; *Hüffer* in: FS *Raiser* 2005, S 163, 172 ff. 行政法上の原則に依拠したドイツ株式法の自律的評釈について。

- Dauner-Lieb in: FS Röhrich 2005, S 83, 95. 企業家的裁量の概念に対し行政法における対応する原則に基づく。
- 35 Roth, Fn. 1, S 57 ff; Begründung Regierungsentwurf UMAG, BTDrucks 15/5092, S 11 (rechte Spalte).
- 36 *Hopt/Roth* in: GroßkommAktG §100 Rdn 146.
- 37 *Hopt/Roth* in: GroßkommAktG §116 Rdn 184 ff.
- 38 Roth, (Fn. 1), S 66 ff.
- 39 *Hopt/Roth* in: Großkomm AktG §111 Rdn 583 ff.
- 40 *Hopt/Roth* in; Großkomm AktG §116 Rdn 100 ff; Roth, (Fn. 1), S 103 ff.
- 41 株式法 92 条 2 項。
- 42 BGHZ 126, 181, 199.
- 43 連邦通常裁判所の「会社法廷」の第二部の長官 *Goette* in: FS 50 Jahre BGH 2000, 2000, S 123, 137, 同, in: Hommelhoff/Hopt/von Werder (Hrsg), Handbuch Corporate Governance, 2003, S 749, 765 f, *Roth*, Fn. 1, S 150 ff, 210 ff; *Henze*, BB 2001, 53, 57; *Fleischer*, ZGR 2004, 437, 458 f.
- 44 BGHZ 136, 133, 139.
- 45 BTDrucks 15/5092, S 11.
- 46 *Sven H. Schneider*, DB 2005, 707, 709 ff.
- 47 BTDrucks 15/5092, S 11 linke Spalte.
- 48 *Langenbucher*, Der Gesellschafter, Sonderheft 2005, 3, 7.
- 49 *Hopt/Roth* in; Großkomm §116 Rdn 86 ff, 109 ff.
- 50 *Allen*, in *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge* (eds), Comparative Corporate Governance, (1998), p 300, 327 f.
- 51 Oben II. 3.
- 52 BGHZ 135, 244, 253.
- 53 *Ulmer*, DB 2004, 859, 860 ff; *Hauschka*, ZRP 2004, 65, 67; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2105 f; *Thümmel*, DB 2004, 471, 472.
- 54 *Smith v. Van Gorkum* 488 A. 2 d 858, 869 (Del. 1985).
- 55 *In Re Walt Disney* 2005 WL 1875804 (Del. Ch.).
- 56 *Kirchner/Painter*, EBOR 1 (2000) 353 ff; *Kirchner*, AG 1999, 481.
- 57 *Allen/Jacobs/Strine*, 56 Business Lawyer 1287, 1318–1321 (2001).
- 58 *Grunde/von Werder*, AG 2005, 825, 826 ff は, すべての企業家的決定についてではなく, 戦略的決定においてのみ詳細な理由を要求する。
- 59 *Veasey/Di Guglielmo*, 153 University of Pennsylvania Law Review 1399, 1439–1454 (2005) における既観。例えば, *re Caremark* 698 A. 2 d 959, 968 (Del. Ch. 1996). 事件では明確に。
- 60 RegE BTDrucks 11/5092 S 11 f における説明。これについての詳細は, *Hopt/Roth* in: Großkomm AktG §116 Rdn 75 ff.
- 61 前掲 III. 3.
- 62 詳細については, *Hopt/Roth* in: Großkomm AktG §116 Rdn 81 ff.
- 63 Begründung RegE BTDrucks 11/5092 S 11; BGHZ 135, 244, 253.
- 64 BFH GmbHR 1977, 69 (zu §43 GmbHG); OLG Naumburg NZG 2000, 380 (382). OLG München DStR 1993, 1189, 1191, 責任のない範囲における信用の付与をめざす。Vgl は連邦通常裁判所に従う。OLG Frankfurt WM 1977, 59 (62) も外国為替先物取引の責任のない拡大, BGHZ 69, 207 (214) の元長官。
- 65 Delaware Court of Chancery は軽率を目指す。*Allen* in: *Hopt/Kanda/Roe/Wymeersch/Prigge*(eds), Comparative Corporate Governance, (1998), p 300, 327 f.
- 66 これについては *re Walt Disney* 2005 WL 1875804 *31–33.
- 67 *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 692; *Ulmer*, DB 2004, 859, 862.
- 68 BTDrucks 15/5092, S 11.
- 69 *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats(1994), S 193 ff, 263; *Holzborn/Bunemann*, Änderungen im AktG durch den Regierungsentwurf für das UMAG, BKR 2005, 51, 52. は, 一般的に適切さについて述べる。

- 70 Hüffer, Das Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, in : FS Raiser 2005, S 163, 192 は, 明らかに不適切な行為を目指す。Kling, Die Innenhaftung des Aufsichtsratsmitglieds in der Aktiengesellschaft, DZWIR 2005, 45 (49) は, 企業家的な適切な行為を目指す。Hommelhoff, Konzernleistungspflicht (1982), S 174 も, あらゆる観点の下で考慮して企業家的に全く適切でないので, 従って明らかに誤っている取締役の措置は責任を負わせる。
- 71 USA については, Eisenberg, Die Sorgfaltspflicht im amerikanischen Gesellschaftsrecht, Der Konzern 2004, 386, 391.
- 72 注9および第2章(1)と第3章(4)を参照。
- 73 Kirchner/Painter, European Takeover Law-Toward a European Modified Business Judgment Rule, EBOR 2000, 353 ; von Werder/Feld, Sorgfaltsanforderungen der US-amerikanischen Rechtsprechung an das Top Management, RIW 1996, 489 ; Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2005.
- 74 Hopt/Roth in : Großkomm AktG §116 Rdn 100 ff ; Roth, (Fn. 1), S 105 f.
- 75 BGHZ 126, 181, 199 (判断の範囲), これについては, OGH GesRZ 2002, 86. も。
- 76 BGHZ 136, 133, 139, 140 („Siemens/Nold“ : 企業家的裁量)。
- 77 Voigt, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, 2004, S 125.
- 78 Oben II. 3.
- 79 BTDrucks 50/5092, S 19 f.
- 80 株式法 148 条。
- 81 株式法 148 条 1 項 1 文。
- 82 Baums (Hrsg), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdn 70.
- 83 Seibt, WM 2004, 2137, 2142 ; Linnerz, NZG 2004, 307 ff ; Kiethe, ZIP 2003, 707, 708, さらに, Schröer, ZIP 2005, 2081, 2082 ff.
- 84 BTDrucks 15/5092, S 15.
- 85 <http://www.ebundesanzeiger.de>.
- 86 株式法 127 a 条 1 項。
- 87 株式法 148 条 1 項 2 文 1 号。
- 88 Spindler, NZG 2005, 865, 866.
- 89 Spindler, NZG 2005, 865, 866.
- 90 BTDrucks 15/5092, S 21.
- 91 BTDrucks 15/5092, S 21.
- 92 株式法 148 条 1 項 2 号。
- 93 BTDrucks 15/5092, S 22.
- 94 株式法 148 条 1 項 2 文 3 号。
- 95 Bezenberger in : GroßkommAktG §142 Rdn 60 ; Paschos/Neumann, DB 2005, 1779, 1780.
- 96 Schröer, ZIP 2005, 2081, 2085. は, 一般に重過失を目指す。
- 97 株式法 148 条 1 項 2 文 4 号。
- 98 BTDrucks 15/5092, S 22, 詳細については, Paschos/Neumann, DB 2005, 1779, 1781 f.
- 99 株式法 148 条 2 項。
- 100 株式法 142 条。
- 101 BTDrucks 15/5092, S 18.
- 102 株式法 122 条 2 項。
- 103 株式法 148 条 6 項 5 文。