

〔論 説〕

ドイツ有限会社法における社員総会

服 部 育 生

目 次

- I 序論
- II 招集
- III 社員による決議
- IV 決議の無効および取消
- V 結語

I 序 論

1 有限会社の意思形成は、社員総会により行われる（下有48条1項）。社員総会の権限が他の組織により置き換えられることはない。⁽¹⁾

基礎的決定と呼ばれる特定の決議事項は、強行法的に社員総会へ割り当てられる。代表例として、追出資の請求決議（下有26条1項）、定款変更決議（同53条1項）、会社解散決議（同60条1項）、および組織再編法上の組織再編措置等が挙げられる。有限会社社員総会の決議事項は、主として有限会社法46条各号および定款規定により判明するが、46条（社員総会の管轄）⁽²⁾のカタログは確定的なものではない。

(1) Nissen, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., 2018, 4. Teil Rn. 166.

(2) Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2016, 4. Teil Rn. 107

II 招集

2 社員総会の招集は、定款の規定（下有45条1項）および有限会社法49～51条の定めるところに従う。社員総会は、業務執行者により書留郵便をもって、少なくとも1週間の期間をにおいて招集される（下有49条1項、51条1項）。明示的に定められたケース（下有49条3項、50条）のほか、それが会社の利益のために必要であると思われるときは（同49条2項）、常に招集されることを要する。いずれの招集においても、議事日程の点を含め（下有51条2項）適法に招集されていなければ、総社員が出席し、または有効に代理されている場合に限り、決議が議決されうる（同条3項）。単に出席しているにとどまらず、社員は更に議決目的の総会開催につき了解していることを要する⁽³⁾（BGH, Beschl. v. 04 05 2009 NZG2009, 1307）。

3 社員総会の招集手続についても、権限規定と同様、有限会社法とは異なる規定を設けることができる⁽⁴⁾。複数の業務執行者が共同してのみ業務執行を行い、共同代表制がとられている会社であるにせよ、社員総会の招集については、各業務執行者がこれを単独で行う権限を有する（Bay ObLG NZG 1999, 1063）と解されることが多い⁽⁵⁾。代理権授与による第三者への招集委任は許されず、そこで議決された決議は無効とされる。しかし業務執行者は第三者（弁護士等）の支援を利用しうる。それは、招集自体から、業務執行者が招集の主導者であることが判明する場合に限られる（OLG Hamm GmbHR 1995, 736）。適法に選任されていない、又は既に解任された若しくは辞任した業務執行者についても、彼が商業登記簿に業務執行者として登記されているならば、株式法121条2項2文の類推適用により総会招集権限を有すると解されることもあるが（OLG Düsseldorf

(3) Nissen, a. a. O., S. 87.

(4) Roth/Altmeyen, GmbHG Kommentar, 4. Aufl., 2003, § 49 Rn. 2.

(5) Hartmut Wicke, GmbHG, Kommentar, 2. Aufl., 2011, § 49 Rn. 2.

GmbHR 2004,572,578)、これには異論も強い⁽⁶⁾。

4 総会招集権が業務執行者にあることは既に述べた通りであるが、所定の状況下では招集義務が法定されている（ド有49条2項・3項）。少数社員には総会招集請求権があり、これが受け容れられなければ、少数社員は自ら総会を招集することができる（ド有50条1項・3項）。招集請求につき、方式の定めは存在しない。業務執行者の1名に招集請求が到達すれば足りる⁽⁷⁾（ド有35条2項3文の類推）。

少数社員の資格が証明され、招集請求の目的および理由が十分に具体化されることを要する。次に予定される社員総会までなぜ待つことができないのかも、上記の理由に含まれる⁽⁸⁾。社員は、50条1項と同様の方法において、社員総会で議決される目的事項（議題）が通告されるべき旨を請求する権利を有する。招集請求を受けた業務執行者は、主として形式的な観点から請求の適否を検査する。招集請求の形式的前提条件が充足されているならば、招集権者たる業務執行者は、相当の期間内に総会を招集する義務を負う（BGHZ 139, 89）。業務執行者が招集請求に対応しなければ、当該請求社員が自ら社員総会を招集しうる（ド有50条3項）。これは当該社員の自助（自力救済）行為として説明される⁽⁹⁾。上記にいう相当の期間内としては1か月から7週間くらいが想定されている（BGH WM 1985, 567）。

5 ドイツ有限会社法48条2項は、書面決議による社員総会開催の省略を認めている。書面決議には2種類が区別される。第1類型は、表決に付されるべき決議の内容について、総社員が書面（メールやファックス等も含まれる）で同意する場合である。第2類型は、表決方法について、総社

(6) Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG Kommentar, 19. Aufl., 2010, § 49 Rn. 3.

(7) Wicke, § 50 Rn. 1.

(8) Wicke, § 50 Rn. 4.

(9) Wicke, § 50 Rn. 5.

員が書面により投票することに同意を表明する場合である。⁽¹⁰⁾

社員は有限会社法50条3項の前提条件の下で、総会招集権を有する。招集は総会開催に関する総社員の合意により置き換えられる(OLG Saarbrücken GmbH 2006, 987)。一人有限会社では、49条1項による招集手続を必要としない。⁽¹¹⁾ 監査役会設置有限会社では、会社の福祉がそれを要求するならば、監査役会が社員総会招集権限を有する(ド有52条1項・ド株111条3項)。無権限者により招集された社員総会において議決された決議は無効とされる(BGHZ 11, 35; BGHZ 87, 3)。

招集決定に際しては、会議に必要な時間とか費用の点も考慮される。会社の利益において必要と認められるならば、総会招集義務が生じる(ド有49条2項)。たとえば、総会が開催されなければ、会社にとってわずかとは言えない損害発生のおそれがある場合とか、内部関係で社員総会決議の必要な措置に業務執行者が着手しようとする場合が、これに該当する。

それと並んで、貸借対照表によって、資本金の半額が失われたことが判明したならば、有限会社法49条3項により総会招集義務が成立する。損失は会社資産を資本金の半額に減らしたことを要する。損失の絶対的な金額(高さ)は問われない(BGH WM 1958, 1417)。秘密準備金の解消により損失が回避できるとしても、総会招集義務は消滅しない。業務執行者が49条3項の意味の損失が発生したのではないかとの懸念を有するに至るならば、彼は中間貸借対照表の作成により、その点確かめることを要する(BGH ZIP 1995, 561)。株式会社については、株式法92条1項がこれを明文化している。会社の経済状況についての業務執行者の持続的な観察義務が、上記の点と結びつく。⁽¹²⁾ 業務執行者が49条3項の意味の損失が生じているのではないかとの懸念を有するに至れば、彼は中間貸借対照表の作成により自らそれを確認する必要がある(BGH ZIP 1995, 561)。これは、

(10) Wicke, § 48 Rn. 1.

(11) Roth/Altmeyen, § 48 Rn. 41.

(12) Wicke, § 49 Rn. 6.

会社の経済的状況を持続的に監視すべき業務執行者の義務に由来する。即時招集義務の有責な違反がある場合、時宜を得た招集が行われたとすれば回避することのできた損害の賠償につき業務執行者は責任を負う⁽¹³⁾。事情の如何によっては可罰性（処罰性）も認められる（下有84条）。

6 業務執行者が社員総会を招集すべきであるのは、社員総会の法定決議事項としての年度計算書類の確定、利益配当、業務執行者の選・解任、出資の払込請求、業務執行の検査・監視措置、支配人・商事代理人の選任等が行われる場合である。一人有限会社では、49条1項による招集は不要と解される（下有51条3項参照）。適法に選任されていない又は既に解任された業務執行者であっても、彼が商業登記簿に業務執行者として登記されているならば、株式法121条2項2文の類推適用により、総会招集権を有すると解されることもある（OLG Düsseldorf GmbHR 2004, 572）が、これには異論が強い⁽¹⁴⁾。

7 社員総会の招集は、書留郵便で、議決権のない社員も含め（BGH GmbHR 2006, 538）、総社員に向けて行われる。招集通知には、日時、場所、目的・議題（議事日程）が記載される。招集は、少なくとも1週間の期間を伴って行われることを要する（下有51条1項2文）。遅くとも社員総会の3日前までならば、書留郵便による議事日程の追加的補充が認められる⁽¹⁵⁾（下有51条4項）。総会招集を請求しうる社員（資本金の10%以上）は、議事日程の補充を請求することもできる⁽¹⁶⁾。

招集請求は無方式的に申し立てられる。業務執行者の1名に請求の到達があれば足りる。適法な招集請求を受けた業務執行者は、濫用的な招集請求の場合を除き（OLG Dresden GmbHR 1995, 589）、遅滞なく総会を招集するよう義務づけられる（BGH NZG 1998, 634）。適法な招集請求に

(13) Wicke, § 49 Rn. 6.

(14) Baumbach/Hueck/Zöllner, § 49 Rn. 3.

(15) Raiser/Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6. Aufl., 2015, § 43 Rn. 18.

(16) Raiser/Veil § 43 Rn. 18

対して業務執行者が反応しなければ、当該少数社員は自助行為（自力救済）として、50条3項により社員総会を招集する⁽¹⁷⁾。

8 総会招集の実質的な前提条件は、有限会社法および定款から明らかになる。その第1は、定款の変更、解散、持分の分割・消却等のように、会社の業務（問題）として、社員総会により取り組まれるべき事項である。その第2は、有限会社法49条2項により、それが会社の利益において必要であると考えられるならば、社員総会が招集されることを要する⁽¹⁸⁾。49条2項の前提条件は、49条3項において明示的に規制される著しい損失のケースに限らず、たとえば他企業の取得（買収）（BGH NJW1973, 1039）、ある事業部門の他の事業基礎への転換（BGH NJW1984, 1461）、営業政策全般の変更（BGH DStR1991, 421）といったケースのように、当該会社の企業政策の本質的な利害関係の変更につながる場合には、問題となる⁽¹⁹⁾。

業務および企業政策の基本事項についての総会招集義務は、「会社目的および企業対象の確定」が業務執行者でなく社員の決定事項であり、内部関係上、業務執行者は定款および社員総会の指図により引かれた最小抵抗線に拘束される。

9 社員総会において社員らが適正に権利を行使しうべきであるとすれば、期限通りの招集および審議事項の報告（ド有51条）に特別の重要性が寄せられる（BGH DStR 2016, 1121）。「定款が別段の定めを設けていなければ、社員総会の通常のカ開催場所は、株式法121条5項の類推により、会社の本拠となる。」総会開催の適性を具備しているならば、会社のホールが開催場所として第1次的に選定される。開催場所の恣意的選択から社員を守り、恣意的な選択による総会出席（参加）権の侵害から社員を保護する目的が認められる。この法目的は、招集機関が121条5項の規定から、「どのような場合にどの程度まで逸脱しうるか」という問題にとっても、重

(17) Wicke, § 50 Rn. 3.

(18) Goette, S. 184 Rn. 26.

(19) Goette, S. 184 Rn. 26.

要な基準となる。」

10 有限会社法51条1項2文による1週間の招集期間は最短期間であり、定款によってもその短縮は認められない。

1週間の期間は招集文書を郵便ポストに投函したときから始まるのではなく、むしろ書留書簡が通常の郵便送付に際して受取人に届くべき時点が基準となる⁽²⁰⁾。招集者は、1週間の期間に通常の郵送所要期間を加算しなければならない。そのことにより、各社員の総会参加権を保障する旨の51条1項2文の法目的が確保される。社員たちは社員総会およびそこで取り扱われる議題につき準備することを要するのみでなく、他の社員と共に事前の組織的な措置を講ずることができ、個人的に集会へ出席し又は代理人を確保することもできる。

11 有限会社法51条3項が示すように、社員は招集手続を放棄して、いわゆる全員出席総会に参加し如何なる事項についても決議を議決することができる（BGH, DStR 2009, 649）。ありうべき招集手続の瑕疵は、上記により治癒される（BGHZ 87, 1）。

招集手続の違反が、必ずしも常にその社員総会で議決された決議の無効をもたらすわけではない。無権限者（BGHZ 87, 1）とか無能力者（BGH WM 1984, 473）が招集したり、招集通知が総社員の一部になされなかったりした場合（BGHZ 36, 207 ; BGH DStR 1996, 1979）には、その社員総会で議決された決議は無効とされる。

「社員総会の招集が、社員にとって事実上その出席が不可能となるほどの重大な方式上・期間上の瑕疵を示しているならば、これは社員総会の非招集と同様であり、その社員総会で議決された決議は無効となる。」署名のないEメールによる招集は、法定の最小限の要件すら充足していない（BGH DStR 2006, 715）。

(20) Goette, S. 185 Rn. 28 ; Wicke, § 51 Rn. 6.

Ⅲ 社員による決議

12 社員総会における意思形成は決議により行われる。一人会社では、1名の当該社員が出席し（居合わせ）ているならば、社員総会として議決能力がある。有効な決議の議決には、原則として、投じられた議決権数（棄権を含まない）の過半数を必要とする（ド有47条1項・2項）。一人会社の社員総会では記録の作成および当該社員の署名が必要とされ（ド有48条3項）、定款変更決議では公証人による書面作成が必要とされるが（同53条2項1文）、それ以外では決議は無方式で議決することができる⁽²¹⁾。

13 有限会社法50条は、会社持分を合計すると資本金の10%以上に達する少数社員に、社員総会の招集請求（1項）、間近に迫りつつある若しくは既に設定されている社員総会への議題の取り入れの請求（2項）、及びもし上記請求が受け容れられなければ、請求社員が自ら当該措置（招集・議題追加）を行うことができる旨を定める（3項）。これによって、少数社員の利益に考慮がはらわれる。すなわち少数社員の関心事が社員総会の枠内で提示され、場合によっては多数派社員を議決の方向へ動かすことができる⁽²²⁾。

それゆえ50条は、有限会社における少数社員保護の重要な要素を根拠づける。定款は50条による少数社員の権利を改善することができるが、制限することは認められない。

総会招集につき、社員の個人的な権利は認められない。資本金の10%以上に相応する持分が何名の社員により保有されているかは、問われない。少数社員保護の目的から、有限会社の自己持分、失権宣告された持分および消却された持分は除外される。少数社員グループの「他の社員たち」に対する関係が決め手となる。参加割合は、3条1項4号の少数社員の持分

(21) Nissen, a. a. O., S. 87.

(22) Wicke, § 50 Rn. 1.

を加算して達成されることを要する。出資の給付割合は問われない。社員の地位については16条が適用される。求められた事項自体において議決権排除が存在するか否かは、重要とされない。必要な参加割合（10%）は、50条1項又は2項の申請時点において、およびその後の行為に際しては、3項の招集時点まで所与であることを要する。50条は、少数社員保護が総社員の同意をもって減じられない限り強行法規であるが、強化されることはできる（OLG Stuttgart NJW 1974, 1566）。

14 総会招集請求に方式の定めはない。招集請求は業務執行者の1名に到達すれば足りる。招集請求は、その目的および理由の記載を必要とする（ト有50条1項）。文章表現に際しては、無効とされるリスクを回避すべく注意が払われることを要する。学説上は、審議および議決の対象たる議題の記載、したがって議事日程（OLG Köln NJW-RR 1999, 979）、さらに、急ぐ必要性の理由とか、少数社員（10%）としての申請者の適格性の記載⁽²³⁾も求められることがある。一般的には、意図された議決の対象たる議題が、それに基づき議事日程への取入れが可能ないように表示されていることをもって足りる⁽²⁴⁾。

法規に適合する招集請求を受けた以上、濫用ケースを除き（OLG Dresden GmbHR 1995, 589）、業務執行者は遅滞のない社員総会招集へ義務づけられる（BGH NZG 1998, 634）。

15 上記と同一の前提条件の下で、少数社員は、間近に迫りつつある又は既に招集されている社員総会に対する議事日程項目への議題の取り入れを請求することもできる⁽²⁵⁾。

16 招集機関が相当の期間内に50条1項または2項の請求に応じないにせよ、強制的に実行させる可能性は存在しない。それに代えて50条3項に

(23) Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG Kommentar, 17. Aufl., 2009, § 50 Rn. 7.

(24) Wicke, § 50 Rn. 3.

(25) Roth/Altmeyen, § 50 Rn. 7.

よる自助権が存在する。相当の期間として、たとえば1か月とか7週間が想定されている（BGH WM 1985, 567 BGHZ 87, 1）。3項の前提条件としては、1項による規則適合的な請求に対する名宛人（業務執行者）の無為（何もしないこと）だけで十分である（OLG Köln NZG 1999, 268 ; OLG München NZG 2000, 654）。3項の権利者は、1項の請求者（申請人）またはその権利承継人である。資本金の10%以上に相当する持分の保有が維持されていることを要する⁽²⁶⁾。権利者たる少数社員は、51条所定の方式および期間を考慮に入れて招集に取りかかる必要がある。さらに招集権または予告権の根拠、すなわち51条1項又は2項及び3項の前提条件が説明されることを要する。

少数社員の自己招集権行使により開催された社員総会において議決された決議は、存続しえない高いリスクの下にある。自力救済の前提条件が存在しなければ、当該社員総会の決議は無効とされる（BGHZ 87, 1）。自助権の瑕疵ある実行に際して、それにもかかわらず議決された決議は、通常、取消可能とされる。

17 社員総会において社員の決議が議決される（ド有48条1項）。捉えられるべき規定につき総社員が書面方式で了解を表明し、または議決権の書面による投票につき総社員が了解を表明したならば、社員総会の開催は必要とされない（ド有48条2項）。

社員が1名のいわゆる一人会社では、当該1名の社員が居合わせるならば、社員総会としての決議能力が認められる。社員総会決議は、法律または定款に別段の規定がない限り、行使された議決権の過半数をもって議決される（ド有47条1項）。一般的には、決議に格別の方式の定めはないが、一人会社の社員総会では、議決後、遅滞なく当該社員は議事録を作成し署名することを要する（ド有48条3項）。また定款変更決議は、公証人により書面作成されることを要する（ド有53条2項1文）。社員総会における

(26) Roth/Altnepfen, § 50 Rn. 11.

投票につき社員は原則として自由であるが、例外的に、その誠実義務から、特定の仕方⁽²⁷⁾で投票することを要するケースも存在しうる。

18 社員総会の決議能力に関する規定は存在しない。5名の社員中で1名の社員が出席しているにとどまるケースにおいても、社員総会の決議能力は認められる⁽²⁸⁾。これを回避するために、実務的には、定款の中に決議能力の規定が設けられることがある。しかし当該規定の違反は、決議の無効ではなく取消可能性を根拠づけるにとどまる（OLG Stuttgart ZIP 2011, 2406）。

19 会社の問題、とりわけ業務の執行に関し社員達に帰せられるべき権利およびその行使は、法律規定に違反しない限り、定款により定められる（ド有45条1項）。定款の規定が欠如する場合には、46条から51条までの諸規定が適用される（同条2項）。

社員の権利は強行法規（ド有51 a 条・53条）、定款および特段の定めを設定しうる法規（同46条～51条）に従う。これとの関連において、最上位の意思形成機関としての「社員の総体に帰属する権利」、および「個々の社員に帰属する個人的権利」⁽²⁹⁾が区別される。

社員はその総体において有限会社の最上位の意思形成機関である。定款変更はもとより会社の基礎にかかわる重要決定の権限は社員総会に留保されている。定款に別段の定めがなければ、業務執行上の問題につき、社員総会は業務執行者に対して包括的な指図権限を有する。社員総体の権利の実行は、社員総会の枠内または循環（回覧）⁽³⁰⁾手続の方法で行われる。

20 議決権行使において社員は原則として自由である。ただし、個別ケースにおいて、社員の誠実義務から、著しい損失を回避するために或る措置が否応なく必要であり、かつ当該社員の保護に値する利益を顧慮しても、

(27) Nissen, a. a. O., S. 87.

(28) Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2018, S. 112.

(29) Wicke, § 45 Rn. 1.

(30) Wicke, § 45 Rn. 2.

彼の同意を要求しうるならば、一定の仕方では投票すべき義務が生ずることも認められる。誠実義務に違反する投票はそれを無効ならしめ、開票に際して勘定に入れられない場合もありうる⁽³¹⁾。

21 社員総会への参加権はその核心において、社員から奪われることのできない権利である。他方、社員の議決権については、対象事項（議題）に基づき議決が社員の個人的な利害に触れるならば、個別ケースにおいて社員の議決権が排除される場合も存在する。しかし、社員の自己利益が彼の投票行動に及ぼす影響は、会社にとって当然に不利益的であるとは限らない。さらに、誠実義務に基づく議決権行使のコントロールも働く。したがって、利益衝突の全てのケースにおいて議決権行使を禁止する必要はない（BGH ZIP 2012, 917; LSG Stuttgart ZIP 2017, 922）。

問題となっている投票対象を考慮して、典型的に「当該社員が投票に際して会社利益を軽視し、彼の個人的利益によって導かれる」と見込まれる場合に（BGH ZIP 2010, 1640）、議決権行使のコントロールが導かれる。なぜならば、そのような会社外部の個人的な利益の追求に際して、社員総体の不利益に意思形成が行われる危険が成立することによる⁽³²⁾。

有限会社の社員が1名であるならば、特別利害関係社員の利益と総社員の利益が対立することはなく、また議決権行使の禁止が会社債権者を保護することもない。したがって一人有限会社では特別利害関係社員の議決権行使の原則的禁止は問題とならない。

有限会社法47条4項によれば、①社員の免責決議、②社員債務の免除決議、③社員との法律行為を行うことに関する決議、④社員に対する訴訟の開始または終結に関する決議に際しても、当該社員の議決権行使の禁止が定められている。

22 複数の社員により構成される社員総会では、投票（票決）に先立っ

(31) Bitter/Heim, a. a. O., S. 112, Rn. 115. Bitter/Heim, a. a. O., S. 113, Rn. 116.

(32) Roth/Altmeyen, a.a.O., § 48 Rn.41.

て、議題に関し審議が行われる。議決権を有しない社員といえども、この局面では協力する。すなわち票決に先行する審議への参加については、彼は原則的には排除されない（BGH DStR 2006, 715）。社員が社員総会における議決権を有していないにせよ、参加（出席）権は取り上げられることができず、それゆえ保障されることを要する。

定款は、社員総会の進行たとえば構成員の参加権および議決権に関する詳細な規定を設けることができる。常に、構成員たる地位の必要不可欠な核心領域が維持されることを要する（BGH NJW - RR 1989, 347）。すなわち、そのことにより構成員地位の必要不可欠な核心領域が守られることを要する。定款規定により、各社員はせいぜい1名の代理人を社員総会へ派遣することができるにとどまる（BGH NJW - RR 1989, 347）。

23 決議の議決は、社員の意思形成プロセスの完了を形成する。議決は個別ケースにおいて直接的な外部効果を展開する（BGH DStR 2003, 1265）。複数の社員により構成される有限会社では、投票（採決）に先立ち、議案に対する賛成および反対の理由に基づき審議が行われる。意思形成のこの局面においては、決議に参加できない社員といえども、審議には参加できる。社員の審議参加権は、個々の社員に対して要求することのできない場所の選択によって、妨害されてはならない（BGH DStR 2016, 1121）。選択される総会場所は、社員に対して要求することのできないものであってはならない。社員が必ずしも応じることを要しない「要求することのできない選択」の例として、社員Aが、対立する社員Bの住居に招集されるケースが挙げられる⁽³³⁾。

24 議決権は、有限会社の社員がそれにより彼の管理および支配力を行使する社員権限として理解される。個別ケースにおいては、誠実義務が社員に「議決権を会社の利益のために又は会社の存続のために特定の仕方で行行使する」ように命ずる場合も存在する（BGH DStR 2016, 1693）。

(33) Goette, S. 192, Rn. 44.

会社の業務に関して社員によりなされるべき決定は、行使された議決権の過半数による決議の議決をもって、なされる（ド有47条1項）。持分の各50ユーロは1個の議決権を付与する（同条2項）。代理権は、その効力のために書面方式を必要とする（同条3項）。決議の議決により責任を軽減され、又は債務を免除される社員は、その際に議決権を有さず、また他人のために議決権を行使することもできない（同条4項1文）。或る社員との間での法律行為の実施、又は或る社員に対する訴訟の開始もしくはその終了にかかわる決議の議決についても、同旨が妥当する（同項2文）。

47条は一方で、社員の裁判発見の方式としての「議決」に関係する。その限りで47条は、社員総会の必要条件および手続を詳細に規定している48条から51条により補充される。他方で47条の規範は48条から51条により補充される⁽³⁴⁾。47条1項は多数決原理を指示し、2項は各社員の保有持分のユーロ額面額に従って議決力を固定している。

25 社員の総体は、会社の最上位の機関として、決議の形でその権限を行使する。社員総会決議は、そこに参加する社員達の投票により構成される。

会社の取引相手に対する外部関係において決議の法律行為的効力が展開されるためには、35条に従い会社を代表する業務執行者による実行が必要となる。業務執行者および会社の意思表示の潜在的な受取人たる第三者が居合わせる場合、社員総会決議が法律行為上の行為にとっての基礎を形成しているならば、当該行為はその成立により通常同時に対外関係においても実行に移される（BGH NZG 2003, 771）。

26 総会決議は、47条1項によれば、法律（53条・60条2号GmbHG；50条1項UmwG等）または定款により特別の多数要件が予定されていない限り、投じられた議決権の過半数をもって成立する。賛成票または反対票が勘定される。日本の会社法309条1項では「出席株主の議決権の過半数」

(34) Wicke, § 47 Rn. 1.

をもって決議が行われるが、ドイツ有限会社法47条1項では、「行使された議決権の過半数」が基準となるので、無効票や白票（棄権）は決議結果に影響を及ぼさない⁽³⁵⁾。無効票や白票は、行使された議決権に該当しないと考えられるのであろう。賛否同数は否決になる。

IV 決議の無効および取消

27 有限会社の社員総会決議の無効は、株式法241条の類推適用に従い、原則として訴により主張される。無効事由としては、57J条2文、57n条2項3文4文および株式法250条・253条・256条（類推）⁽³⁶⁾が挙げられる。株式法242条2項1文の類推適用により、社員総会決議が商業登記簿に登記されて、その後3年を経過したならば、決議無効の訴えは許容されない（BGHZ 80, 212 = NJW 1981, 2125）。決議が商業登記簿に登記されない⁽³⁷⁾ものであれば、提訴期間の制限は働かない。

株式法241条1号の類推による決議の無効事由として、法律上無権限とされる者（ト有49条）とか定款規定上無権限者とされる者（OLG München GmbHR 2000, 486）による招集、社員名簿に記載されている社員の総てに必ずしも招集通知が発送されているわけではないこと（BayObLG GmbHR 1997, 1002）等が挙げられる。

株式法241条2号の類推による決議の無効事由として、決議の議決につき書面作成を要する場合における、書面作成の欠如（ト有53条、UmwG 50条・125条・176条・233条・240条）等が挙げられる。

株式法241条3号の類推による決議の無効事由として、有限会社法の強行規定、共同決定法25条以下、又は競争制限禁止法1条に違反する場合等

(35) Wicke, § 47 Rn. 3.

(36) Wicke, Anhang § 47 Rn. 4.

(37) Goette, § 7 Rn. 85.

が挙げられる。奪うことのできない個人的権利および少数社員権の除去または強行法的管轄規制の侵害に向けられた決議は、有限会社の本質と調和しない。資本調達および資本維持の規制（ド有 7 条・9 条・19 条・21 条～24 条・30 条・31 条）ならびに過大評価の禁止（H G B 253 条）は、債権者保護に資する。

株式法 241 条 4 号の類推による決議の無効事由として、善良の風俗に対する違反が挙げられる。決議内容それ自体を取り上げると良俗に違反する場合（BGH NJW 1987, 2514）、決議の文面上では良俗違反が内容に含まれないが、決議の内部的 content によると、取消権のない者に良俗違反の形で損害の生ずる場合も含まれる。⁽³⁸⁾ 決議の無効は誰からでも、たとえば決議を実行する業務執行者によっても主張されうる。第三者とか、決議または無効事由を誘発した社員によっても主張される。⁽³⁹⁾ 社員総会決議が無効であるならば、登記を必要とする総会決議は、区裁判所の登記部に登記されない（OLG Köln GmbHR 1993, 164）。にもかかわらず登記が行われるならば、株式法 242 条 2 項の類推適用により、3 年の経過で治癒（追完）される。しかし公の利益を理由に依然として F a m F G 398 条により抹消されうる（BayObLG DNotZ 1997, 81）。治癒は、株式法 249 条に相応して特別の無効訴訟が提起されることにより阻止されることができ⁽⁴⁰⁾る。

決議の無効は、株式法 249 条の類推による特別の無効訴訟の提起によって主張される。株式法 248 条に相応して特別の判決の効力が伴う。議決後に参加した社員を含め（OLG Stuttgart NZG 2001, 277）、各社員が原告適格を有する。業務執行者および監査役員も原告適格を有する。被告適格は有限会社にある（OLG Hamburg GmbHR 1995, 734）。

判決効が広範に及ぶことから、業務執行者は決議無効訴訟の提起に関し、総社員に対し遅延なく情報を伝えなければならない。社員に手続へ参加す

(38) Wicke, Anhang § 47 Rn. 7.

(39) Wicke, Anhang § 47 Rn. 10.

(40) Wicke, Anhang § 47 Rn. 10.

る可能性を与える（ZPO69条）ためである。

28 瑕疵が無効へ導かない限り、決議は当初効力を有するが、株式会社243条に相応して取消の訴により法律または定款違反のゆえに効力は除去され⁽⁴¹⁾る。無効事由以外の瑕疵は、内容的なものでも手続的なものでも、また、法律違反でも定款違反でも、決議取消事由となり⁽⁴²⁾うる。法律または定款が決議を一定の手続的または前提条件に依存させているならば（たとえば重大な理由）、その事実上の存在も、裁判所の審査対象となる。社員にとって開かれた決定上の裁量の余地の枠内における決議の目的不適合性又は不利益性は決議取消事由に該当しない⁽⁴³⁾。

裁量の限界を超え出ていたり、裁量が唯一の正しい決定（判断）に縮小還元される場合に決議は取消される（OLG Hamm NZG 2000, 1185）。強行法規または重要な任意的法規の違反が取消事由としての法律違反に該当する。誠実義務とか無差別的取扱いのような一般条項も含まれる（BGHZ 116, 359; OLG Köln NZG 1999, 1112）。

株式会社243条2項（特別利益を取得しようとする決議）の特別な事例は、典型的に良俗違反または忠実義務違反を表現する。当該決定にかかわる社員総会決議のみならず、たとえば業務執行者の行為にかかわるケースでは、社員総会による事後的な承認または免責の決議も取消可能となりうる。単なる秩序規定の違反は害を及ぼさない⁽⁴⁴⁾。社員相互間の債務法上の協定の違反は、全社員が取決めに拘束されているという前提の下で、例外的に決議を取消可能ならしめ⁽⁴⁵⁾うる。

29 手続の瑕疵は、決議が当該瑕疵に基づいている、すなわち当該瑕疵が決議結果に因果的である場合に限り、取消事由を構成する。単なる可能

(41) Wicke, Anhang § 47 Rn. 12.

(42) Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 118.

(43) Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 119.

(44) Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 121.

(45) Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 124.

性または蓋然性、すなわち瑕疵のない手続の下でも同一の決議が議決されたであろうというだけでは足りないとされる。むしろ、その結果は決して影響を受けない旨が明らかであることを要する (BGH NJW 19998, 684)。

株式法243条4項(解説の拒絶を理由とする総会決議取消のためには、解説の拒絶が議決に影響しなかった旨総会または株主が表示したこと又は表示することは、重要でない)は、有限会社法51a条・51b条の新規定後にも、類推適用されない。情報(解説)の付与が、株式法131条のように社員総会の枠内において位置づけられないことによる。結果的に、与えられなかった情報または不十分に与えられた情報は、有限会社についても、それに基づき議決された社員総会決議を取消可能ならしめ、また情報請求権の侵害と決議結果との間に価値評価にかかわる関連が確立されることを要する。株式法において判例は、「客観的に判断する株主(社員)は、決定的に重要な諸事情を認識していたとすれば、異なって投票していたであろうか」を基準として設定した (BGHZ 122, 211, 239)。

30 多数決の私的自治による正当化の原理は、次の点において根拠づけられる。共通の目的で結合する構成員たちの利害の並行的進行は、各構成員の比例的な決定参加の手続保障と結合して、決議瑕疵法を展開する。決議内容の判断が導入されうる潜在的な手掛りが見出される。実質的な決議コントロールに対する法律上の出発点は、株式法186条(引受権の排除)とか合併や契約コンツェルンの形成に関する議論にある。

決議の瑕疵が無効へ導くほど重大なものでなければ、決議は当初のうち効力を有するが、決議取消訴訟により効力を失う場合も存在する⁽⁴⁶⁾。社員総会決議の取消事由は、株式法243条1項の類推により法律または定款の違反とされる⁽⁴⁷⁾。省令、命令、条例、BGB138条(良俗)・242条(信義誠実)のような一般条項、および会社法上の誠実義務等の違反も、ここに

(46) Goette, § 7 Rn. 95.

(47) Wicke, Anhang § 47 Rn. 13.

いう法律に含まれる⁽⁴⁸⁾。株式法243条2項1文（特別利益の獲得）では、誠実違反の行為・行態が含まれる（BGH NJW 1980, 1278）。

総会の準備に際して、議決との関連において、また決議結果の確定に際して、手続上の瑕疵が存在し、それが決議の無効へ導かない限り、取消可能性が根拠づけられうる。招集の瑕疵（BGH NJW 1998, 684）、とりわけ定款所定の招集期間を下回ること（LG Düsseldorf BeckRS 2007, 15159）、都合の悪い時間帯とか偽りの場所（OLG Düsseldorf GmbHR 2003, 1006）での議決、参加資格のある社員の排除（OLG Dresden GmbHR 1997, 949）、議題についての不十分な審議、正当化されない「発言の制限」、通知されていない議事日程項目についての議決、投票結果の不正確な確定（BGH NJW 1993, 129）、無権限投票の数え入れ（BGH DNotZ 2003, 372）、票の買い集め又は違法な脅しによる表決への違法な影響力行使等が挙げられる。違反が決議結果に対して因果的でなかったことが証明されるならば、取消は問題にならない。

実質的な法律違反は、無差別的取扱原則に対する違反に際して、誠実義務違反に際して、さらに必要性・相当性の基準に反する「社員の構成員権への不当な侵害」に際しても、決議の取消を根拠づけうる（BGH NJW 1978, 1316）。企業者的決定の合目的性は、社員に帰せられるべき裁量の範囲から超え出た場合に限り、取消の問題にかかわる。⁽⁴⁹⁾

31 株式法244条の類推により、取消しうべき決議は、新たな追認決議によって治癒されうる。第1決議が内容の瑕疵ではなく、治癒可能な手続上の瑕疵を帯びている場合に限り、追認が受け入れられる（BGH NZG 2006, 191）。治癒可能な手続上の瑕疵の典型例として、投票禁止の違反の下で投じられた票を数え入れたことによる投票結果の誤った確定が挙げられる。⁽⁵⁰⁾

(48) Wicke, Anhang § 47 Rn. 13.

(49) Wicke, Anhang § 47 Rn. 15.

(50) Wicke, Anhang § 47 Rn. 16.

取消事由を帯びる総会決議は、取消訴訟の提起されるまでは、完全に有効とされる。登記されるべき決議事項について、登記裁判所は、双方的利益を考慮して、取消訴訟の結論が出るまで登記を停止すべきか否かを決定しなければならない⁽⁵¹⁾。決議無効確認訴訟と決議取消訴訟は実質的に同一の目標を追求するものであるので、統一的な訴訟物と考える余地も認められる (BGH NJW 1997, 1510)。

ドイツ有限会社法16条の意味における社員が訴権を有する (BGH NJW 2009, 230)。訴えの提起時が基準となる。訴え提起前に社員持分が譲渡または包括承継により移転されるならば、取消権も取得者に移転する。業務執行者及び監査役員構成員は、彼らが決議の実行により損害賠償義務を負ったり、有責であるとされたりする限り、株式法245条5号の類推により、決議取消権能を有する。

V 結 語

32 社員総会では社員らの決議が議決される (ド有48条1項)。総社員が文書方式において「決定されるべき規定 (事項)」につき、又は「書面による議決権の表明 (投票)」につき同意を表明した場合には、総会の開催は必要とされない (ド有48条2項)。

社員総会の招集は定款規定 (ド有45条1項) および有限会社法49条~51条に従う。具体的には、業務執行者が最短でも1週間の期間において書留郵便を用いて招集する (ド有49条1項、51条1項)。社員総会は明示的に規定されているケース (ド有49条3項、50条) のほか、それが会社の利益において必要と思われるならば、常に開催される (ド有49条2項)。いずれの招集も議事日程を含む (ド有51条2項)。社員総会が適法に招集され

(51) Wicke, Anhang §47 Rn. 17

なければ、総社員が出席しているか又は有効に代理されている場合に限り決議は議決される（ド有51条3項⁽⁵²⁾）。社員らは、単に出席するにとどまらず、議決目的の総会開催を了解していることを要する（BGH NZG 2009, 1307）。

社員総会における意思形成は決議により行われる。会社の唯一の社員が出席しているならば、総会は決議能力を有する。議決には、原則として、投じられた票の過半数をもって足りる（ド有47条1項、2項）。若干の例外はあるが（ド有48条3項、53条2項1文）、決議は不要的に議決される。投票において社員は原則として自由であるが、例外的に社員の誠実義務から特定の方式で投票すべき義務が生じることもありうる⁽⁵³⁾。

33 決議の議決がその議題に基づき或る社員の個人的な利害に触れるならば、当該社員の議決権が個別ケースにおいて排除されることもありうる。議決権行使の禁止は、次のような場合に初めて生じる。すなわち問題となる議案を考慮すると、社員が投票に際して会社の利益を考慮せず、社員の個人的利益に導かれる（BGH, NJW 2010,327）と予想される場合に、具体的な利益の衝突に基づき、投票禁止が成立する。そのようなケースの第1は、議決が次のような措置にかかわる場合である。すなわち社員が相手方としても関与する措置（自己契約行為、BGB 181条参照）が挙げられる。第2に、社員が自己の問題を判断するならば、彼は自己の私的利益を優先しがちである（自分の事件における裁判官であることの禁止）。

34 ドイツ有限会社法は、瑕疵のある決議に関する規定を設けていない。それゆえ有限会社に関しては、社員総会決議の無効および取消については、株主総会決議の無効等に関する株式法241条以下の類推適用が行われる。もとより、その際には、有限会社の特殊性および有限会社と株式会社との相違点が考慮される⁽⁵⁴⁾。特別の規定が存在しない限り、株式法241条に依

(52) Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51 Rn. 32.

(53) Nissen, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., 2018, S. 87.

(54) Bitter/Heim, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 125.

拠して確定されるべき前提条件の下でのみ、無効が出現する。無効の特別な前提条件を充足しない法律・定款違反は、株式法234条の類推により取消原因となるにとどまる。

無効な決議は誰に対しても効力を有しない。無効の裁判上の主張は、権利保護の必要性を提示しうる全ての者によって、決議無効確認訴訟を用いて可能になる。無効な決議は実行されることができず、とりわけ商業登記簿に登記申請されえない⁽⁵⁵⁾。決議取消は、決議取消訴訟の提起により主張される。ドイツ有限会社法には決議取消訴訟の定めがないことから、株式法246条1項の類推により、1か月の提訴期間が導き出される。1か月の期間が延長される余地はあるが、短縮されることはない⁽⁵⁶⁾。提訴期間の徒過は、訴えの不適法ではなく、理由不備・根拠なしへ導く⁽⁵⁷⁾。

(55) Lutter/Hommelhoff/Bayer, Anh. 20 § 47 Rn. 29 ff.

(56) Nissen, a. a. O., S. 89.

(57) Nissen, a. a. O., S. 89.