

子会社の締結した契約についての 親会社の責任（上）

——コンツェルン関係における大株主の責任(2)——

青木英夫

はじめに

コンツェルン関係においては、子会社は、親会社の統一的指揮のもとに活動する。子会社の締結する契約も、当然、親会社の指揮下にある。これを、子会社の契約相手方から見れば、子会社の背後には常に親会社の影が存在するということである。契約相手方は、親会社を意識しまたは親会社を信頼して子会社と契約を締結する。したがって、子会社が契約債務を履行しない場合に、相手方を保護するために、親会社の責任を認めることができないか問題となる。

1 契約締結交渉への親会社の参加

(1) 契約締結上の過失 (i) 緒論 契約締結上の過失とは、契約締結の段階または前段階における当事者の一方の過失を言う¹⁾。この場合に、過失ある当事者が相手方に対して負う賠償責任の性質に関しては、争いがあるが、近時は契約責任と解するのが有力であるので、本稿もこれに従う。

(ii) 締約補助者としての親会社 親会社は、子会社の締結する契約の当事者ではないが、子会社の契約交渉に積極的に介入することによって、親会社は締約補助者となる²⁾。しかし、このとき、親会社の行為によって契約締結上の

1) 上田・注釈民法(1355頁)。

2) Von Planta, Andreas, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel/Frankfurt am Main 1981, S. 101.

過失の責任を問われるのは、親会社を締約補助者とした子会社であるのが原則である。したがって、親会社の契約相手方に対する責任を構成するには、親会社自身の契約締結上の過失を問題にしなければならない。

この問題は、ドイツでは代理に関連して論ぜられており、連邦通常裁判所の判例によれば、代理人の利益が契約締結に密接に結びついているので、契約締結の交渉が代理人自身の事務と言いうるとき、または、代理人が、契約相手方の信頼を著しい程度に利用したときに、代理人自身が責任を負うとされている³⁾。ところで、契約締結上の過失は、信義則を理由として認められるものであって⁴⁾、契約締結の誠実な交渉における正当な信頼を保護することにある⁵⁾。そうすると、締約補助者の契約締結への利益が、契約締結上の過失を理由に、その者の責任を生ぜしめるためには、その利益自体が客観的に認識可能であって⁶⁾、その結果、特別の信頼を生ぜしめている必要がある⁷⁾。締約補助者への信頼が相手方に生じていることが、契約締結上の過失を適用する要件なのであって、その者が契約締結に密接な利益を有することだけでは十分ではない⁸⁾。契約当事者でない第三者である親会社が、子会社の契約の相手方に個人的信頼

3) BGHZ 56, 81=NJW 1971, S. 1301. Vgl. auch NJW 1975, S. 709. わが国においても、少なくとも、代理人が本人のためでなく自己の利益のために相手方に有責的に誤った供述をなしたような場合には、代理人に契約締結上の過失責任を認めてよいと解されている(浜上・注釈民法(4)31頁)。

4) ドイツ民法307条1項は、不能の給付を目的とする契約を締結した場合に、当事者の一方が給付の不能を知りまたはこれを知ることができたときには、相手方が契約の有効なることを信じたために被った損害を賠償しなければならない、と定める。

5) Ballerstedt, Kurt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, Archiv für die civilistische Praxis 151, (1950), S. 506 ff.; Flume, Werner, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht, 2: Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1975, §10, S. 5.

6) Kalbe, Peter, Herrschaft und Haftung bei juristischen Personen, Diss. Heidelberg 1965, S. 51.

7) A. v. Planta, S. 102.

8) Piotet, Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé Suisse, Bern 1963, p. 71 は、スイス債務法39条(本人の追認を得ることができなかった無権代理人の責任に関する規定であって、わが民法117条に該当する)を根拠に締約補助者の責任を認める。これは正しくない。なぜならば、親会社の責任は、子会社の契約責任と並んで認められるものであるからである。

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

を生ぜしめる方法で契約交渉に参加したときに、親会社は、子会社とともに責任を負う(二重責任が成立する)⁹⁾。このとき、親会社の主観的要件として、子会社の債務不履行について悪意かまたは善意であることに過失があることが必要である。相手方は善意であればよい。

(イ) 契約準備段階における義務違反による親会社の責任 子会社の契約の相手方から、子会社の信用状況について確認を求められたとき、これに応ずる親会社は、契約締結への自己の利益を客観的に表明したことになり、したがって、契約の相手方との間に信頼関係が成立する¹⁰⁾。この場合に、親会社が、子会社の状況を繕う発言をしたとき¹¹⁾、または、契約の相手方に子会社の信用性について疑問を生ぜしめうる事実を隠したとき¹²⁾、親会社は前契約的義務¹³⁾に違反する。契約の準備段階では親会社のみが交渉相手であったが、契約締結のときに初めて子会社が契約当事者となった場合も、親会社が、子会社が契約義務を履行することをできないことを知っているときまたは不知に過失があるときは同様である¹⁴⁾。これらの場合には、親会社は、契約準備段階における義務違反として、契約締結上の過失の責任を問われ、この違反と相当因果関係の範囲内にある損害を賠償しなければならない¹⁵⁾。

(ニ) 要約 子会社の契約締結をコンツェルン指揮下におく親会社は、契約

9) これに反対なのが、Meise, Agnes, *Zivilrechtliche Probleme der Organgesellschaft*, Berlin 1935, S. 97 ff. である。これによれば、「親会社が責任を負うのは、子会社のために交渉していると認識されないときのみである。事情が明らかなきには、子会社のみが責任を負う。」しかし、子会社の契約交渉への親会社の干渉が、親会社に対する信頼を契約の相手方に生ぜしめることが要件なのであって、この信頼が存在しないときに、親会社の責任を認めるのは理由がないことである。

10) A. v. Planta, S. 102.

11) 例えば、子会社の財産状況または子会社の運営の信頼性に関する説明である (A. v. Planta, S. 102 Anm. 17).

12) Kronstein, Heinrich, *Die abhängige juristische Person*, Berlin 1931, S. 76.

13) 契約準備行為の開始によって成立する信頼関係にもつぎ、相手方の人格および財貨を書しないように適当な考慮を払うべき義務である (松坂・民法提要〔債権各論〕(三版) 34頁参照)。

14) A. v. Planta, S. 102 は、悪意の場合のみをあげているが、過失で知らなかったときも同様であろう。

の相手方に認識可能な方法で、コンツェルン指揮を行い、契約への自己利益を客観的に表示した結果として契約の相手方に生じた信頼——子会社は親会社の責任において行動しているという信頼——にもとづき、信義則上責任を負う。また、契約の相手方からの子会社の信用状態の問合せに関して、重要な事実を告げずまたは重要な事項について不実の事を告げた親会社は、これによって契約に対する自己利益を客観化したのであり、その結果相手方に生じた信頼——親会社の告知・説明はコンツェルン関係の基礎の上になされるのであるから、契約相手方は親会社を信頼してこれを信用する——について信義則上責任を負わなければならない。この信頼を裏切ったことによって相手方に生じた損害を賠償しなければならない。このように解することによって初めて、コンツェルン関係の経済的実体と法的形式の相違を利用して、子会社の契約締結を指揮下におきつつ、その指揮の責任を免れようとする親会社を捉えることが可能となるのである。

(2) 事実上の保証人としての親会社の義務 (i) 緒説 子会社の債務不履行について悪意または不知であることに過失がある親会社に、契約締結上の過失を理由に責任を負わすほかに、親会社の保証人としての契約上の責任を追及する方法はないであろうか。子会社と契約締結の交渉中である相手方は、親会社の交渉への関与によって、当該契約をコンツェルンを相手とする契約と考え、コンツェルンへの信頼をモメントとして、契約締結に進む。契約の相手方にとっては、親会社は保証人としての立場に立つからである。

(ii) 権利外観理論 実際には成立していない請求権が、成立したかのような外観を有する場合に、この外観への信頼を保護するために、請求権の成立を認めるのを、権利外観責任という¹⁶⁾。どのような場合に、実際に権利状態の外観を生ぜしめるように見える要件が充足されるかが法的に重要である¹⁷⁾。次の

15) A. v. Planta, S. 103. 義務違反によって契約の相手方に生じた損害（広義の信頼利益）の賠償である（上田・前掲61頁）。

16) Canaris, Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Münchener Universitätschriften, Bd. 16, München 1971, S. 6. カナリスのこの著書については、喜多・外観優越の法理672頁以下に紹介がある。

17) Canaris, SS. 368, 495.

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

ように要約することができる。一言で言えば、行為者の行為に由来する瑕疵のために、行為者よりも善意の信頼者を保護すべきものとする事実があることである¹⁸⁾。この瑕疵が認識されず、存在する権利状態の外観に信頼が生ずるとき、この信頼は保護されるべきであり、外観は事実高められることとなる¹⁹⁾。形式的に無効な保証によって創出された保証の外観への信頼は、瑕疵が外部的に認識可能だから、保護に値しないが、内部的には権限を有しない代理人によってなされた形式的に正当な保証は保護に値する²⁰⁾。形式的に適法な保証（の宣言）は、権利存在の外観を生ぜしめ、主観的に認識できない瑕疵は信頼保護によって治癒されることとなる²¹⁾。

権利外観責任に対する以上の検討から判断して、子会社の契約交渉への親会社の介入は、親会社の保証責任を生ぜしめるであろうか。親会社が子会社の契約交渉に指導的介入をすることによって、契約の相手方は子会社の契約債務履行について信頼するであろうが、この信頼をもって直ちに保証人としての親会社に対する債権成立への信頼と言うことはできない。外観上成立した権利状態への信頼が、ここに存在すると言えないのである。したがって、親会社の保証人としての責任は否定されざるをえない²²⁾。

(v) *Venire contra factum proprium* 自己の行為によって、契約相手方に一定の行為への正当な期待を懐かせた者は、最早、その期待に対して異議を述べることは許されない²³⁾。例えば、債務者が、その行為によって債権者に正

18) Jäggi, Peter, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Einleitungstitel, Art. 3, Bern 1962, N. 56 ff. zu ZGB Art. 3.

19) A. v. Planta, SS. 103—104. 主なる例として、表見代理、白紙委任状の濫用および有価証券上の抗弁制限がある (Altenburger, Peter, Die Patronatserklärungen als unrechte Personalsicherheiten, Diss. Basel 1978, S. 103 ff.)。

20) Altenburger, S. 110.

21) A. v. Planta, S. 104.

22) Vgl. *ibid.* 親会社の保証責任を認める立場もあるようである。Vgl. Drobnig, Ulrich, Haftungsdurgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt a. M./Berlin 1959, S. 66.f.; Geigi, Catherine, Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärung von herrschenden Unternehmen im Konzern, Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag 1973, Basel und Stuttgart 1973, S. 32 ff.

当な時期に請求権を行使できないようにさせたときには、当該債務者は時効の援用を許されない²⁴⁾。形式的瑕疵を悪意で生ぜしめた当事者がその瑕疵を援用するとき、形式に瑕疵があるとの異議は許されない²⁵⁾。このような原則は、民法1条3項の権利濫用禁止から生ずるものである。

子会社の契約交渉に親会社が介入することによって、契約の相手方が、必要ならば子会社の債務履行を親会社は保証するであろうと信頼した場合に、以上の原則から、親会社の責任は成立しないであろうか。

この問題の検討に当たり原則となるのは、契約相手方の信用性に確信を懐くべきは債権者自身であり、この確信のないゆえに債権者が受けた損害は自ら責めに任じなくてはならないということである²⁶⁾。任意の契約履行への盲目的な信頼は、なんらの法的保護も見出さない：「債権者は注意せよ」(Caveat creditor)である²⁷⁾。子会社の契約債務履行に不安があるならば、契約の相手方は、親会社と保証契約を締結すべきであり、これをしなかった以上は、親会社の責任を問えないのである。この結論は、契約の相手方が親会社との保証契約の締結を要求できない立場にあるときには、例外的に親会社の責任の成立を認める余地があることを示唆する。それほどどのような場合であろうか。次のような場合が考えられる²⁸⁾。

子会社との取引に経済的に依存している小企業は、親会社に保証契約を要求する立場にはなく、親会社の存在に精神的な気休めを求めうるにすぎないことが多いであろう。あるいは、正式の保証契約の要求は、子会社との取引の停止を生ずるおそれがあり、この取引停止は、これら小企業に決定的な経済的困難をもたらすこともあろう。親会社が自ら契約の全プロセスを指揮し、最終段階

23) A. v. Planta, S. 104.

24) Merz, Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Art. 2, Bern 1962, N. 411 zu ZGB Art. 2. 債務者の態度が黙示の債務承認と認められる場合もあるが、そうでない場合には、時効援用が権利濫用とされるのである(植林・注釈民法(1)124頁)。

25) Merz, Komm. N. 493 zu ZGB Art. 2.

26) A. v. Planta, S. 105.

27) Canaris, S. 369 ff.

28) A. v. Planta, S. 105.

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

になって始めて契約当事者として前面に出てきた子会社と契約する相手方は、当該契約内容が親会社との間ですべて確定しているということに安心を求めるほかはないであろう。

「私的自治が機能しない²⁹⁾」このような極端な場合には、《Caveat-creditor-Prinzip》の適用はなく、親会社の履行責任を認めるべきである³⁰⁾。なぜならば、親会社の契約交渉への優越的影響によってなされた契約の締結は、親会社と子会社との経済的一体性に対する信頼——この信頼が契約の相手方に生ずる結果として、親会社は自らは契約当事者でないとする異議を主張するのを禁止される——を正当に生み出すからである。

29) Canaris, S. 369.

30) A. v. Planta, S. 105. ここに言う親会社の責任が、子会社と共同契約当事者としての親会社のそれか、または保証人のそれか、いずれか明確でなく、Plantaが「親会社は、(コンツェルン的な)経済的結合のために、契約締結から経済的利益を受けるのであるから、契約が子会社と締結されたものであることを附随的に援用することは矛盾であろう」(ibid.)と述べるところから考えれば、前者の意味にもとれるが、前後の文脈からは後者の意味であろう。なお、このような場合には、事実的契約関係説によって、親会社の責任を認めることも可能であろう。事実的契約関係説については、拙稿「会社法におけるコンツェルン法的構成の必要性(上)」獨協法学18号156頁・157頁参照。

子会社の債務履行について、親会社の事実上の保証をもって満足せざるを得ない取引の相手方が親会社に対し有する信頼は、保護に値する信頼である。親会社が、この信頼を裏切り、保証についての効果意思・表示意思の欠缺を主張するのは、当然な権利の主張とは認められない。不当な利益獲得のための権利行使の一種として濫用となる(植林・注釈民法(1)99頁参照)。Rehbinderは、権利濫用禁止の機能は権利行使の制限にあり、請求権を根拠づけるものでないことを理由に、《venire contra factum proprium》禁止による親会社の責任構成を否定する(Rehbinder, Escard, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg/ Berlin/Zürich 1969, S. 319)。しかし、権利濫用として禁止されるのは、効果意思・表示意思の欠缺の主張であって、その結果として、親会社の保証債務を認めるのであるから、Rehbinderの批判は当たらないと思う。Plantaも、次のように述べている(ibid., S. 106 Anm. 39)。

禁反言の純理的権利制限的機能には異議がないとしても、特別の場合には論理的だとは思われない。当事者の責任が証明されるときには、《venire contra factum proprium》は損害賠償請求権を発生させる債務法41条の不法行為を構成する。この結果として、民法2条が請求権の根拠規定となるのではない。同条は、一般不法行為要件から請求を抽出しうる根拠を提供したにすぎない。

注意しなければならないのは、親会社の責任が認められるのは、例外的な場合であるということである。対等の立場にある通常の営業者との正常な営業取引においては、コンツェルン的単一体性に対する保護に値する信頼は全然認めえないのである³¹⁾。なぜならば、この場合には、契約の相手方は、子会社のみが責任を負うことを最初から認識すべきであり、必要ならば、親会社との保証契約の締結を請求できるのだからである。

(二) コンツェルン信頼 契約締結交渉を指揮する代理人は、かれが出現することによって交渉の相手方に特別の信頼を生ぜしめたときには、契約締結上の過失によって本人を義務づけるのみでなく、自らも責任を負わなければならないことについては、前述した。この考え方を一層進めたのが *Rehbinder* である。「契約交渉への参加によって、上位会社は、信頼の midpoint を分担し、それによって自ら信頼の担い手となる。それとともに、契約の相手方は、その利益状態に応じた責任状態もまた存在する、と考える。このゆえに、契約締結上の過失の要件である有責的義務違反がなくとも、『非法律行為的表示および事実行為にもとづく責任』を是認しうるのであって、『第三者は、これをもって、上位会社が下位会社の債務について責任を負う法律行為的意思決定をした、とみなすことができる。』この信頼保護は、上位会社の効果意思および表示意思の欠缺を補完すべきものである³²⁾。」*Rehbinder* によれば、このような責任を発生させる法原理は、「コンツェルン信頼」と名付けうる信頼原則である³³⁾。

しかし、「債権者は注意せよ」が原則である。保護されるべき信頼は、当事者の一方の行為に由来する相手方当事者の正当な期待である³⁴⁾。子会社の契約交渉に親会社が介入することによって、契約の相手方が当該契約が履行されることについて信頼を高めるとしても、このことから直ちに親会社の責任が発生

31) *A. v. Planta*, S. 106.

32) *Rehbinder*, S. 328. 当然、この場合、一定の形式が強行法的に要求されているときには、この形式要件が履行されているか、または形式的瑕疵を救済する要件が充足されていないなければならない (vgl. *Planta*, S. 107 Anm. 43)。

33) *Rehbinder*, S. 323.

34) この正当性は、例えば、前述のように当事者の一方の相手方に対する継属的従属性から生ずる。

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

するのではない。契約の相手方の信頼は、親会社への履行責任への信頼ではなく、コンサルティング関係を背景とする子会社の履行能力への信頼だからである。したがって、Rehbinderの言うコンサルティング利益の保護は、正当な期待保護の枠を越えるものであって、正当な信頼の保護ではなく、許容し難い軽信の保護である³⁵⁾。結局、親会社の責任を発生させるのは、子会社の契約の相手方の明確な劣等性およびその者の当該取引への経済的従属性から、親会社の事実的保証に対する信頼が保護すべき正当な信頼となるときである。このとき、親会社の拒否は、《venire contra factum proprium》となり、その損害賠償責任を発生させるのである³⁶⁾。

2 不法行為責任

(1) 緒論 子会社の契約への親会社の介入が親会社の不法行為責任を発生させうることは、一般に、第三者による債権侵害について、不法行為の成立が認められることから明らかである³⁷⁾。親会社の子会社の契約への介入は、契約締結の前後に分けて考察することができる。以下では、この順序に従って、検討することとする。

(2) 契約締結前 (i) 介入の二つの態様 親会社の子会社の契約締結への介入には、二つのものが考えられる。一は、契約の相手方との交渉に親会社が単独で（子会社の代理人として）または子会社と共同して当たるというように、契約締結交渉に直接に介入する場合である。二は、契約の相手方との交渉

35) A. v. Planta, S. 108.

36) Ibid. Planta は、親会社の特に強力な積極性、例えば「あなたは支払を得るだろう」というような漠然と述べられた保証的表示があったときにも、当事者間の際立った利益の不均衡が生じ、《venire contra factum proprium》原則から、親会社の責任が生ずるとするが、スイス法（債務法493条は、「保証は、それが有効であるためには、保証人の書面による意思表示およびその責任の一定額の表示を要する」と定める）と異なり、保証の要式性が要求されていないわが国においては、上述の表示は保証文言と解され、正式の保証の成立を認めてよいと思われる。もちろん、これが、子会社の履行能力への親会社の確信の表示にすぎないときには、事情が異なる（伊沢・表示行為の公信力63頁参照）。

は子会社が当たり、親会社は、その背後にあって、子会社を指揮するというように、契約締結交渉に間接に介入する場合である。

(d) 直接介入 子会社の契約債務履行能力のないことを知り、または知らないことに過失を有する親会社が、子会社の契約締結に協力した場合には、不法行為(民709)が成立する。しかし、この場合には、同時に契約締結上の過失による親会社の責任が成立するから、債務不履行責任の成立するときには不法行為責任を認めない立場をとれば、特に不法行為責任を問題とする必要がない³⁸⁾。また、子会社が、事情によっては、契約債務を履行しないことを親会社が知っている場合に、契約の成立を阻止せず、または少なくとも契約の相手方に警告しなかったときに親会社の不法行為責任が成立するか問題となるが³⁹⁾、この場合、親会社に阻止・警告義務が信義則上生じているから、同様に契約締結上の過失の責任が存することになる⁴⁰⁾。

(e) 間接介入 親会社が子会社の背後にいて、詐欺またはこれに準ずる行為によって、子会社の契約を成立させた場合に、不法行為責任が成立する⁴¹⁾。例えば、子会社に対する架空の債務証書を作成し、これによって、子会社の相手方を信用させ、契約を成立させた場合である。この場合には、親会社は契約締結交渉に直接介入するのではないから、契約締結上の過失による責任は成立

37) 債権の原則的非公示性のために、加害者が債権の存在を認識せず、またそれについて無過失な場合が多いことから、債権侵害による不法行為の成立は事実上故意によるときに限られる(三島・注釈民法(980頁)が、親会社は、つねにこの主観的要件を充足しているので、特にこの点を問題にする必要はない。

38) 有力説である。Planta も、親会社が、契約交渉に際して、締結前に介入することは、スイス債務法41条1項の不法行為でありうるが、この場合には大抵契約締結上の過失を主張することができ、これを事由に親会社の責任が追及される、と述べる(ibid., SS. 128—129)。なお、スイス債務法41条は、わが民法709条に該当し、次のように定めている。

「①故意または過失を問わず、他人に対し不法に損害を加えたる者は、その損害賠償の責めに任ずる。

② 善良なる風俗に反する方法をもって、故意に他人に損害を加えたる者も、同じく損害賠償の責めに任ずる。

39) A. v. Planta, S. 134 はこれを肯定する。

40) Ibid., S. 134 Anm. 162.

41) Ibid., S. 129.

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

しない。問題は、子会社の契約の相手方に対して、不作為による不法行為責任が親会社に成立するかである。例えば、上述の阻止または警告をしなかった親会社の不法行為責任が成立するであろうか。不作為による不法行為が成立するためには、その前提として作為義務が必要である。この作為義務は法令上の義務に限らないが、親会社の警告義務・阻止義務が認められるであろうか。不作為の不法行為を認めた判例に、有毒物の販売者が、販売先に販売物の有毒性を通知しないのみならず、販売先の照会に対しても有毒の事実を隠して不明の旨の回答をしたというケースがある⁴²⁾。これは、はじめに有毒物を売ったという行為があり、また照会に対し回答しているので、純粋な不作為事件と言えないという批判⁴³⁾があるが、子会社の契約の相手方が子会社に関して照会して来た場合に、親会社が子会社にとって不利な事実を隠しまたは不実の事を告げたときには、親会社と子会社との経済的単一性から考えて、親会社の不法行為責任を認めてよい。子会社の契約の相手方の照会が無かったときはどうか。親会社は積極的に相手方に警告しまたは契約の成立を阻止しなければならないか。親会社の子会社の契約交渉を具体的に了知している場合に、親会社が相手方に警告せずまたは契約の成立を阻止しなかったときには、やはり、親会社の不法行為責任の成立を認めるべきである。親会社と子会社との経済的単一性から、このような場合には、親会社に阻止義務または警告義務を認めることができるのである。

(3) 契約締結後 (イ) 債権侵害の態様 契約締結後、親会社の行為が不法行為を成立させる場合とは、子会社の相手方が有する債権を親会社が侵害するときである。これには様々なものがありうるが、特にコンツェルン関係において問題となるのは、コンツェルン指揮に伴い生ずる債権侵害である。すなわち、親会社が子会社の任意の債務履行を禁止する指揮をしたときや、コンツェルン指揮の結果として、子会社の一般財産が減少したときである。

(ロ) 任意の債務履行の禁止 第三者が債務者を教唆しまたは債務者と通謀してその債務の全部または一部の履行を不能ならしめ、債権者に損害を与えた

42) 大阪控判大7・2・15新聞1386号20頁。

43) 加藤・前掲35頁。

場合に、第三者の債権侵害による不法行為が成立する⁴⁴⁾。この場合、この教唆または通謀に違法性が認められる必要があるが⁴⁵⁾、債権者に損害を与える目的を有するとき、違法性があると言える⁴⁶⁾。第三者が債務不履行を利得の意思で利用するときも同様である⁴⁷⁾。また、債権侵害による不法行為の成立のためには、第三者の教唆または第三者との通謀によって、債務者が債務不履行の意思を有するに到る必要がある⁴⁸⁾。そうでなければ、債権者には、第三者の介入を理由とする損害は発生せず、債務者の独立の意思決定にもとづく損害が生ずるにすぎないから、第三者の責任追及に必要な因果関係が存在しないことになる⁴⁹⁾。

親会社の指揮に従って、子会社が債権者の信頼を裏切る行為をなしたとき、上の要件は充足されるであろうか。子会社は親会社の指揮に従わざるを得ず、親会社の全面支配下にあるから、教唆は成立しないとの考え方もありうる。しかし、親会社と子会社とのそれぞれの法的独立性よりみれば、子会社が契約上の債務者であり——債権者に帰属するのは子会社に対する権利である——、親会社は、第三者として債務を履行しないように子会社に影響を行使するのであるから、教唆の要件は充足されている⁵⁰⁾。通謀についても同様に考えることができる。次に、親会社の指揮は、コンツェルン利益のためになされるのであるから、第三者が債務者の債務不履行を利得の意思で利用する場合に該当し、その違法性は明らかである。以上のことから、親会社に、その指揮の結果として

44) 三島・前掲81頁。なお、大刑判大4・3・10刑録21輯279頁参照。

45) 第三者の加担によって債務者自身が債権者の信頼を裏切った場合に、債権者がその第三者に対しても不法行為の責任を追及しうるためには、第三者の行為の違法性が特に問題とされる必要がある（我妻・新訂債権総論78頁）。

46) Eulau, Peter, Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Diss.Basel 1976, S. 100.

47) A. v. Planta, S. 132. スイスでは、債権侵害による不法行為の問題は、スイス債務法41条2項の場合として取り扱われ、「故意の良俗違反」の意義がわが国における違法性のそれと同様に問題とされている。

48) 第三者の行為を債権侵害として不法行為の責任を問うに当たっては、債務者と自由意思との関連を考慮する必要がある（三島・前掲80頁）。

49) A. v. Planta, S. 133.

50) Ibid.

子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)

子会社の債権者に損害を与えた場合には、不法行為責任が成立する。

(4) 子会社の一般財産の減少 親会社の子会社を教唆またはこれと通謀して、子会社の一般財産を減少させる行為は不法行為となるか。周知のように、この問題については争いがあり、それが法律行為による限りは、債権者取消権（民424条）によってもっぱら解決すべきであり、その限りで不法行為の適用は排除されると見るべきであるとする見解も有力である⁵¹⁾。判例は、原告である債務者が債権者の権利行使を阻害して損害を与えるために請求を放棄するのは違法であるから、第三者が通謀もしくは教唆によって債務者にこのような放棄をなさしめるのは、債権侵害による不法行為となるとする⁵²⁾。第三者が債務者との共同行為によって、虚偽の債権証書を作って差し押えたり⁵³⁾、強制執行を免れるために財産の隠匿・損壊・仮装譲渡をした場合（刑96条-2参照⁵⁴⁾）が不法行為となりうることについては争いがない⁵⁵⁾。してみると、債権者を害する意図をもってなされる債務者の行為に第三者が積極的に関与したとか、まさに一体となって共謀したというような⁵⁶⁾、違法性の著しい場合に不法行為が成立するというべきである⁵⁷⁾。親会社の有する指揮力および親会社と子会社との経済的単一性を考えれば、親会社の教唆または親会社と子会社との共謀には、この積極性または一体性が認められるのであるから、債権者を害する意図をもって為される子会社の行為に加担する親会社に不法行為責任を認めるべきである⁵⁸⁾。親会社の指示に従って子会社が他の子会社との間で許害行為をなし、親会社の不法行為責任が成立することが多いであろう。

3 使用者としての親会社

(1) 緒論 親会社を子会社の使用者として捉えることができれば、親会社

51) 加藤・不法行為（法律学全集）120頁。

52) 大判昭和18・12・14民集22巻1239頁。

53) 大判大4・3・20民録21巻295頁。

54) 大判大5・11・21民録22巻2250頁。

55) 三島・前掲82頁，我妻・前掲81頁。

56) 三島・前掲83頁。

57) 我妻・前掲も、債権者は、まず許害行為取消の途をとるべきものとし、行為の違法性が特に強い場合にだけ不法行為の成立を認めるべきものである、とする。

に使用者としての不法行為責任（民715条）を認めることができる⁵⁹⁾。また、子会社を親会社の債務履行の補助者として捉え、この角度からの親会社の責任を考えることができる。子会社の契約に対する親会社の責任に直接に関係するものでないが、これらの問題について、ここで検討しておくこととする。

(2) 親会社の使用者としての責任 (i) 使用者および被用者の要件 使用者が法人でありうることは当然であるが、被用者については、どうであろうか。判例は⁶⁰⁾、被用者とは、報酬の有無、期間の長短を問わず、ひろく使用者の選任によりその指揮監督の下に使用者の経営する事業に従事する者を指称する、と解する。さらに、被用者であるためには選任関係を要件としないとする判例もある⁶¹⁾。これらの判例から考えて、使用者の指揮監督下に立つことが可能であり、責任能力を有する者（通説）であれば、被用者の要件が充たされると考えてよい。したがって、法人も被用者であることが可能である。ドイツおよびスイスでも、法人も被用者たりうることを学説は認めている⁶²⁾。

(ii) 使用関係の意義 使用関係の意義については争いがあるが、判例は、ひろく他人の指揮監督のもとにその事業を執行する関係にある場合を指す、と解し⁶³⁾、学説も実質的に見て使用・被用の関係があればよい、と解するのが有

58) Planta も、親会社が契約期間中、債務履行を不可能にするために意識的に子会社の財産を減少せしめ、期限において、債権者が責任を免れた財産の代償をなんら有しないときには、債務法41条2項の要件が充足され、債権者は親会社に対し不足分を請求できると述べる (ibid., S. 134)。

59) これを肯定するものとして次のものがある。Siegwart, Alfred, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945, Einl. N. 199 ; Tobler, Ernst, Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmen, Diss. Bern 1948, S. 66. これらはわが民法715条に当たるスイス債務法55条に関するものであるが、同趣旨のドイツ民法831条に関するものであるが、これを認めるものとして次の文献がある。: Kronstein, S. 82 ; Joss, Robert Willy, Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1935, 110. 機関会社に関するものとしては次のものがある : Hamburger, Georg, Schuldenhaftung für Konzerngesellschaften, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932, S. 17 ; Frankenberg, Philip, Die Konzernmässige Abhängigkeit, Zürich/Leipzig 1937, S. 165 ff.; Meise, S. 101.

60) 大判大6・2・22民録23輯212頁。

61) 大判昭12・9・18新聞4186号7頁。

力である⁶⁴⁾。使用者と被用者との間に有効な契約関係がなくとも、当事者間に事実上の使用関係があればよいのである。被用者が使用者の支配下にあり、これに従属しているときに、使用関係が認められる⁶⁵⁾。コンツェルン関係の特性である支配・服従の関係からいって、親会社と子会社との間には、この意味においての使用関係が認められる。

(ハ) 「事業ノ執行ニ付キ」の意義 判例は、被用者の行為が外形上使用者の事業の範囲内にあるか否かを基準とする⁶⁶⁾。学説でも、同様に解するのが有力である⁶⁷⁾。この判例・学説に従い、コンツェルン関係を考えた場合、子会社の営業活動が親会社の事業の範囲内にあるとは一般に言えないであろう。なぜならば、親会社および子会社は、それぞれ独立の法人格を有し、固有の目的のもと営業活動を行っているからである。したがって、特別の契約関係によって、親会社の営業活動に子会社の営業が組み込まれているような場合に限定せざるをえない。営業の賃貸借や経営の委任などのコンツェルン契約が締結され

62) Tobler, S. 64 ; Frankenberg, S. 165 ; Hamburger, S. 17 ; Meise, S. 101 ; Nägeli, Edward, Die Doppelgesellschaft, Bd. 2, 3 Aufl., Zürich 1970, S. 450 ; Reh binder, S. 529 ; Kronstein, S. 82.

判例は、被用者の自然人資格にこだわっているようである。すなわち、「元請負人が下請人に対し、工事上の指図をしもしくはその監督のもとに工事を施行させ、その関係が使用者と被用者との関係またはこれと同視しうる場合において、下請負人がさらに第三者を使用しているとき、その第三者が他人に加えた損害につき元請負人が民法715条の責任を負うべき範囲については、……右第三者に直接間接に元請負人の指揮監督関係が及んでいる場合になされた右第三者の行為のみが元請負人の事業の執行についてなされたものというべきであり」としているからである（最判昭37・12・14民集16巻12号2368頁）。元請負人の下請負人に対する指揮監督が認められれば、民法715条の責任を認めるべきであり、その意味では、この事件の原審の次の判示が正当である。すなわち、「元請負人は下請負人に対し工事上の指図をしもしくはその監督の下に工事を遂行させ、その関係は使用者と被用者の関係又はこれと同視しうる場合……においては、下請負人又はその被用者の行為によって第三者に加えた損害につき、その行為が元請負人の事業の範囲内に含まれる場合には元請負人は、民法第715条第1項によりその損害を賠償する義務があるものと解するを相当とする。」

63) 前掲大判昭12・9・18。

64) 加藤・前掲170頁、森島・注釈民法(9)277頁。

65) München Kommentar zum BGB, Bd. 3, München 1980, S. 1424.

66) 大判大15・10・13民集5巻785頁。

ているときがその例である⁶⁸⁾。親会社が元請負人として子会社を下請に使用する場合も同様である。

(二) 結語 親会社と子会社との関係にも民法715条を適用することは可能である。ただ、親子関係をもって直ちに親会社の責任を認めるのは妥当でなく、そのためには、子会社の営業活動が、親会社の事業の範囲内であると判断される特別の事情が必要である。

(3) 履行補助者としての子会社 親会社が子会社を履行補助者として使用する場合の責任が問題となる。この点について明文の規定を欠くわが国においても⁶⁹⁾、補助者の行為について、一定の要件の下に債務者の責任を認めるのが判例通説である。親会社が債務履行において子会社を使用することは、運送関係、建設関係などにおいては一般に認められていることであり、これらの場合には、子会社の故意過失によって債権者に生じた損害について親会社は責任を負わなければならない⁷⁰⁾。(1984年10月1日稿)

67) 被用者の行為によってそれだけ使用者の社会的活動が拡張されているところに、使用者責任の根拠があるから、客観的に事業の範囲内の行為ならば、「事業の執行につき」にあたる解すべきである(加藤・前掲177頁)。

68) これらのコンツェルン契約については、拙稿・前掲145頁以下参照。これらのコンツェルン契約が締結されているときには、親会社が子会社の使用人に直接に指揮監督する関係にあることが多く、その場合には、前掲最判昭37・12・14の立場からも、親会社の責任が認められることとなる。

69) ドイツ民法278条は、債務者は、自己の債務の履行のために使用する第三者の過失について、自己の過失における同一の責任を負う、と定め、また、スイス債務法101条1項は、補助者に債務の履行をなさしめる者は、その権限を有する場合であっても、補助者がその履行に当たり相手方に損害を与えたときは、その賠償の責任を負う、と定める。

70) 運送関係(商560条・577条・590条・766条)および寄託関係(商592条・617条)については明文の規定がある。