

＜論 説＞

事 実 上 の 機 関

——Urusula Stein の所論——

青 木 英 夫

は じ め に

コンツェルン指揮の責任を確立するためには、親会社を子会社の事実上の取締役と解することが最も適当であることについては、今迄、指摘してきたところである。そして、これを理論的に根拠づけるために、西ドイツおよびスイスにおいて主張されている事実上の機関（das faktische Organ）の理論を援用した¹⁾。その際、この理論について必要な限りにおいて説明したのであるが、詳細な解説は他日に期していた。事実上の機関に関する文献として Urusula Stein, “Das faktische Organ”, Köln / Berlin / Bonn / München 1984 がある。そこで、U. Steinの所論を中心に、事実上の機関の理論について、詳論しようとするのが本稿の目的である。

一 序 章

U. Stein によれば、事実上の機関という概念は、今日、会社法においては、慣用的法律用語であり、そこでは、物的会社の機関の実定法上の権利・義務・責任又は（機関）行為の有効性を肯定する、確立された法的構成（Rechtsfigur）が問題となっている、と思われる²⁾。

1) 拙稿「コンツェルン関係における大株主の責任（1）」獨協法学20号94頁以下参照。

2) U. Stein, S. 1. 事実上の機関と異なるものとして、「機能的に限定された機関」（das funktionsbedingte Organ）の概念がある。前者が一定の者に機関の責任などを

ところで、事実上の機関の要件・内容・効果が、ドイツの判例・学説上明確になっているかという点、そうではなく、歴史的又は実務・学説で認められた法制度を、事実上の機関として明確に理論構成することがなされておらず、その結果、事実上の機関の概念及び法的地位に関する様々な個別的問題について不明確さが存することになる。そこで、U. Stein は、株式会社における事実上の取締役役員・監査役員及び有限会社の事実上の業務執行者（日本法上の取締役）に関する、基本的な法的解釈のすべてを検討して、従来の個々具体的な法的構成を理論的構成につくり上げ、「一方において、事実上の機関に関する従来の法的論争に焦点を合わせて、この原則の伝統的適用範囲に原則としてとどまるとともに、他方において、ほとんどの判例にみられる明確な理由づけの不足を考慮して、矛盾した評価を除去する」独自の構想を展開する³⁾、のである。

U. Stein は、事実上の機関が、法進化の現状に従い展開されている状況から出発する。すなわち、事実上の機関に関する原則の適用範囲全体についての秩序ある、完全な概観をつくり出すために、多数の判例・学説を引用する⁴⁾。これは——U. Stein によれば——、事実上の機関にあつては、株式会社・有限会社さらにはあらゆる法分野に均しく適用されうる統一的な法制度が問題となっているという前提に疑問を生ぜしめる理由を明らかにする。理論的検討もこの疑問を解決するには到らず、「事実上の機関の概念統一的な解釈は存在せず、事実上の機関の地位についての理論的根拠づけ及び構成要件は、その法的効果と同様に不明確である」という疑問を一層強くさせる、と U. Stein はいう⁵⁾。

したがって、事実上の機関という概念によって問題を処理することの実質的妥当性の疑問が生じ、これが肯定されるならば、その理論的構成が問題となつ

適用するために用いられるのに対して、後者は、一定の者を機関と同視することによって、団体の責任を肯定するために用いられる（ibid., Einleitung Fn. 1）。

3) U. Stein, S. 2.

4) Ibid., S. 2 f.

5) Ibid., S. 3.

事実上の機関

てくる。U. Stein によれば、「選任に瑕疵ある機関員の機関代用」と「選任行為がない場合における責任の拡張」という、事実上の機関の二つの異なった機能を分析することによって、事実上の機関が目差す政策的目標が明らかになり、二つの異なった理論的解釈が提示される⁶⁾。すなわち、瑕疵ある機関選任の場合には、どの範囲において機関（代用）行為が認められるべきか、であり、責任拡張の場合には、どのような範囲の者が事実上の機関として把握されるべきであるか、が解決されるべき問題となるのである。

二 事実上の機関の法的地位

1 事実上の機関に関する一般的解釈

事実上の機関の法的地位に関する一般的な解釈によれば、事実上の機関の地位は、正規のそれと区別できない、ものである⁷⁾。「事実上の機関員もまた——かれが取締役となりうる能力を有する限り——取締役の責任を有する⁸⁾」、「株式法76条は会社の指揮と取締役員の責任とを結合している。取締役員が事実上取締役の職を行うときには……、取締役員の責任は……選任の無効の場合にも生ずる⁹⁾」、「選任が無効な取締役員に関して、正規に選任された役員に対する同一の規制が妥当する¹⁰⁾」、「なぜなら、任用契約は無効であるが、監査役の承

6) Ibid.

7) Ibid., S. 5.

8) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, Band 1, § 84 Rdnr. 23. このコメントールは, Band 1, §§ 1—147, 1970—1973, Band 2, §§ 148—290, 1971—1976, Band 3, §§ 291—398, 1971—1981 によって構成されるが, 《Kölner Kommentar/Bearbeiter》として引用する。第1巻編集者は Mertens である。

9) Würdinger, Hans. Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 122.

10) Aktiengesetz, Großkommentar, 3. Aufl., Berlin/New York, § 84 Anm. 18. このコメントールには, Erster Band, 2. Halbband, §§ 76—147, 1973, Dritter Band, §§ 179—290, 1973, Vierter Band, §§ 291—410, Einführungsgesetz zum Aktiengesetz, 1975 があり, これも, 《Großkommentar/Bearbeiter》として引用する。本巻

認のもとに取締役員として活動する者は、その職務行使中は、任用契約が有効として取り扱われるべきである¹¹⁾」、さらには、「結局、有効な任用契約なしに又は有効な選任なしに機関地位を受け入れる職務担当者は、適法に選任された機関員に同視されるべきである¹²⁾」などと述べられているのである。

2 事実上の機関の民事責任に関する解釈

(1) 緒論 事実上の機関の責任に関する規定といえば、株式法93条（取締役員の注意義務及び責任）・116条（監査役員の注意義務及び責任¹³⁾）と有限会社法43条（業務執行者の責任）・64条（業務執行者の破産又は和議申立の義務）である。

(2) 株式会社における事実上の機関の責任 (イ) 判例 U. Steinによれば、事実上の機関の株式法上の責任に関する判例はほとんど存在せず、文献において引用される判例は、たいてい事実上の機関の刑事責任に関するものであ

の編集者は Meyer-Landrut である。同様な説明として、Sündermann, Michael, Die Verantwortlichkeit der Verwaltungsmitglieder in der Aktiengesellschaft, Diss. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 8（「選任に瑕疵ある取締役員は取締役員として無制限な地位を維持する」）；Jarzembowski, Georg, Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung des Instituts des de facto officer, Berlin, S. 102（「事実上の取締役員は、正規に選任された取締役として取り扱われるべきである」）；Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 136（「事実上の取締役員に対する会社の代表者も監査役である。なぜならば、この者は、その職務を行っている間は、正規に選任された役員と同様に取り扱われるからである」）などがある。なお、Geßler/Hefermehl は、Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckardt, Ulrich/Kropff, Bruno, Aktiengesetz, Kommentar, 1. Aufl., München, Band II, §§ 76—147, 1973, 1974, 6. Lieferung, §§ 291—318, 1976 を《Geßler/Bearbeiter》として引用したものである。（Vgl. U. Stein, Kap. 1 Fn. 3.）

11) BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712; ebenso BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367.

12) Golling, Hans-Joachim, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Verbandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht Konzerngebundenen Aktiengesellschaft, Diss. Köln 1969, S. 22. (Vgl. U. Stein, Kap. 1 Fn. 5.)

13) 監査役員の注意義務及び責任については、取締役員に関する規定（株式法93条）が準用される（株式法116条）。

事実上の機関

る¹⁴⁾。それでも、事実上の機関に関する責任を論じた、いくつかのRGの判例があり、例えば、事実上の監査役に関して、RGは「上級地方裁判所が、事実上の職務行為を理由として、被告の監査役員としての責任を認めるのは正当である」と述べている¹⁵⁾。また、BGも、旧法に関してであるが、「瑕疵ある任用契約にもとづいて株式会社の取締役役員として活動する者は、正規の誠実な業務執行者の注意義務を尽さねばならず、これに違反するときは、それより生じた損害を株式法84条2項及び5項¹⁶⁾に従い賠償しなければならない」と判示した¹⁷⁾。Herstatt 事件¹⁸⁾においても、BGは「法的には業務執行機関に属しなかったが、事実上業務執行員として行動する者が、破産申立義務違反により有責とされる要件が……被告の場合には当てはまらない」とし、さらに「業務を引き受けた以上は、被告は破産申立義務を履行すべきであるならば、被告は、株式法92条2項1号にもとづいてのみ《有責の遅滞なしに》破産又は和議の申立義務を有するにすぎないことを主張できる」と判示している。この事件においては、破産申立義務違反の事実がないとして、被告の責任が認められていない¹⁹⁾。

以上のように、現行株式法にもとづいて事実上の機関員の民事責任を肯定した判例はないのであるが、それは、責任を認める要件が充足されなかったというのであって、事実上の機関の責任を否定する趣旨ではない。

(ロ) 学説 事実上の機関に関する基本的解釈をあげれば、次の通りである²⁰⁾。

14) U. Stein. S. 6.

15) RGZ 152, 273, 277; vgl. auch RG SeuffArch. 93, 310, 312, 後者では、好意から契約の締結に取締役役員として関与した退任取締役に株式法93条の責任が認められた(U. Stein, Kap. 1 Fn. 7)。

16) 1937年株式法の取締役役員の注意義務及び責任に関する規定で、2項は会社に対する連帯責任、5項は会社の賠償請求権に関する会社債権者の代位行使に関する規定である。

17) BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367.

18) BGHZ 75, 96, 106 f.=NJW 1979, 1823, 1826.

19) U. Stein, S. 7.

20) Ibid. スイス法については、拙稿・獨協法学20号94頁以下参照。

「事実上の取締役員は株式法の機関責任に服する²¹⁾。」「取締役への選任が無効であり、実際には取締役でなくても、取締役として行動した者に対しては（株式法93条の）規定が適用される²²⁾。」「民事法上、事実上の機関員は、その機関責任に関しては、正規の機関員と同じである²³⁾。」「事実上の又は選任に瑕疵ある取締役員の法的地位は、株式法93条によりその責任を肯定するのに十分である²⁴⁾。』

具体的な責任要件をあげる学説として、次のものがある²⁵⁾。

「その役員が正規に選任されたか否かにより変わらない；取引において取締役員として行動する者は、すべて取締役員として責任を負う……²⁶⁾。」「監査役の承認のもとに取締役員の機関権限を行使する者があれば十分である；そのとき、その者は、自己が執行する職務の義務を負うのであって、義務違反の場合には、適法に選任された取締役員と同様に責任を負う²⁷⁾。」「選任に瑕疵があり又は無効であるが、被選任者が、管理機関員の職務を事実上担当し、かつ無限定的行為能力を有するときにも、責任が生ずる²⁸⁾。」「注意義務及び責任が取締役全員にかせられる。選任が無効な者にも、解任された者にも、その者が営業を事実上指揮する以上は、注意義務がかせられる²⁹⁾。」「選任に瑕疵ある取締役員は、株式法上の機関として責任を負う³⁰⁾。」「取締役員又は監査役員が——か

21) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 19; ebenso Großkommentar/Schilling, § 93 Anm. 4.

22) Godin, Reinhard Frhr. von/Wilhelmi, Hans/Wilhelmi, Sylvester, Aktiengesetz, Kommentar, 4 Aufl. Berlin/New York 1971, § 93 Anm. 3.

23) Reich, Nobert, Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktischen Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht, DB 1967, 1663, 1669.

24) Golling, S. 25.

25) U. Stein, S. 7.

26) Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred, Aktiengesetz. 13. Aufl., München 1968 (zitiert nach Randnummern), § 93 Rdnr. 2.

27) Geßler/Hefermehl, § 93 Rdnr. 8.

28) Kölner Kommentar/Mertenz, §§ 93 Rdnr. 7 : ebenso § 84 Rdnr. 23.

29) Teichmann, Robert/Köhler, Walter, Aktiengesetz, 2. Aufl., Heidelberg 1939, § 84 Anm. 1.

30) Möhring, Philipp/Nirk, Rudolf/Tank, Gerhard, Gesellschaftsrecht, in : Handbuch der Aktiengesellschaft, Band 1, Köln 1967/82, Tz. I 234.

事実上の機関

これらの選任が無効であっても、それにもかかわらずその職を行うときには——84条、99条³¹⁾によって責任を負うことは争いがない³²⁾。」

事実上の監査役員にも、機関責任が認められているのであって、次のように述べられている³³⁾。

「監査役員の選任又は派遣の無効は——その者が監査役会において活動し、会社がその者の職務を承認しているときには——、注意義務及び責任から、その者を解放しない³⁴⁾。」「民事責任に関しては、信頼保護のために、選任に瑕疵がある取締役員と同様に、選任の無効な監査役員にも、完全な責任がある³⁵⁾。」「事実上の監査役員もまた——その者が活動する限り——監査役員として通常遵守すべき義務を負わされ、株式法116条、93条により責任を負う³⁶⁾。」「監査役員として活動する者は——その選任が無効であっても——監査役員として責任を負う³⁷⁾。」「個々の監査役員は、監査役全体の選任無効の場合に、監査役員としての義務から解放されない。かれらの私法・公法上の義務及び責任は——かれらが現実には監査役員としてその職務を行った以上は——、選任の有効性と無関係である。選任の無効な取締役員に確立された原則が、同様に適用されるのである³⁸⁾。」

(3) 有限会社における事実上の業務執行者の責任 (イ) 判例 有限会社の事実上の業務執行者の責任に関して判例は数回これを取り扱っており、RG及びBGにおいて、次の判例がある³⁹⁾。

まず、RGは「有限会社の業務執行者に有効に選任されていなかった者が何年間にわたって業務執行者の職を現実に行なった場合には、この者に、この事

31) 1937年株式法の監査役の注意義務及び責任に関する規定であって、取締役に関する84条を準用する。

32) Mestmäcker, Ernst-Joachim, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1953, S. 212.

33) U. Stein, S. 8.

34) Geßler/Hefermehl, § 116 Rdnr. 16.

35) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 101 Anm. 23.

36) Kölner Kommentar/Mertens, § 101 Rdnr. 73.

37) Möhring/Nirk/Tank, Band 1, Tz. I 402.

38) Geßler, § 101 Rdnr. 122.

39) U. Stein, S. 8 f.

実上の関係から、不注意な業務執行についての責任を問うことができる」と原則を述べた⁴⁰⁾。次に、BGは、有限会社法64条1項の破産申立義務の違反についての業務執行者の責任に関して、「(責任に関して) 決定的なことは、被告が業務執行者による業務執行にいかにな大きな影響力を行使したかということではなく、かれが業務執行者として有限会社の業務を執行したか否かである……それゆえ、被告が事実上の業務執行者でなく、したがって、有限会社法64条1項によって業務執行者にかせられる義務——一定の要件のもとに、遅滞なく会社の破産を申立てるべき義務——がその者に適用されないときには、その者は業務執行者の共同行為者として民法830条⁴¹⁾にもとづく損害賠償責任を負わない⁴²⁾。」

上の判例は、事実上の業務執行者が、事実上、業務執行をすることを要件とするが、U. Stein は、これらと若干ニュアンスを異にするBGのITT事件の判例もあげる⁴³⁾。

ITT事件において、BGは、忠実義務違反を理由に責任が波及された過半数所有社員の責任について、「コンツェルン割当金の支払及びその基礎をなす契約の締結に際しての業務執行処置が問題なのであるが、被告が、みずから業務執行者として行動せず又は機関的指示の方法(有限会社法37条1項⁴⁴⁾)によってその意思を強要せず、純粋に《事実上》意思を通した、ということは一般に意味がない。合資会社について、Senat は《社員の損害賠償義務は、義務違反の業務執行処置への決定的影響によりすでに理由づけうるものであり、業務執行権限に必ずしも依存するものではない》と述べている……有限会社において業務執行機関の人的構成を決定し、したがって、自己の意思を非公式に貫徹できる多数派社員の免責にも同様に客観的な理由がない」と判示し、責任の規準について「被告が、自己のために、有限会社の業務執行に影響を与えたとき

40) RG Recht 1909 Nr. 2938.

41) 日本民法719条に当たる。

42) BGH NJW 1974, 57=GmbH-Rdsch. 1974. 7.

43) U. Stein, S. 9.

44) 業務執行者の会社代表権の制限に関する規定であって、業務執行者の代表権は、定款又は社員総会の決議によって制限されうるのである。ただし、この制限は第三者に対しては効力がない。

には、その有限会社によって指揮される企業グループのそれぞれの事情に応じて、有限会社法43条1項に従って、通常の営業者の注意を用いるべきであった」とした⁴⁵⁾。

(四) 学説 U. Steinによれば、学説は、一般に、事実上の業務執行者の責任を、有限会社法43条及び64条により認めているが、例えば、次のように主張されている⁴⁶⁾。

「事実上の業務執行者にも真の機関責任を認めるのが、今日の通説である⁴⁷⁾。」「選任に瑕疵がある被選任者が、会社の承認のもとに、事実上、業務執行者の職務を行うとき、責任もまた発生する⁴⁸⁾。」「有効な選任行為によって正式に業務執行者として選任されなかった社員が、それにもかかわらず業務執行者として活動し、機関的権限を行使することがありうる。そのような場合には、その社員に、機関員と同様に、営業において生ずるすべてについて責任があるとみなすことができ、したがって、その事実上の機関的地のゆえに、会社

45) BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191.

46) U. Stein, S. 9 f.

47) Reich, DB 1967, 1663, 1666.

48) Hachenburg, Max, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Großkommentar, 7. Aufl., Berlin/New York, § 43 Rdnr. 15. 本書は、Erster Band : Gesetzestexte (einschlißl. Ausland), Allgemeine Einleitung, §§ 1-12, 1975, Zweiter Band : §§ 13-52, 1979, Dritter Band, 7. Lieferung, §§ 53-64, 1983 からなり、《Hachenburg/Bearbeiter》として引用する。第1巻の編集者は Mertens である。Scholz, Franz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Aufl., Köln (1. Lieferung, §§ 1-10, 1978 ; 2. Lieferung, §§ 45-Anh. 51, 1978 ; 3. Lieferung, Anhang II : Die GmbH als verbundenes Unternehmen, 1978 ; 5. Lieferung, §§ 63-65, 1979 ; 8. Lieferung, §§ 35-40, 1980 ; 9. Lieferung, §§ 66-85, 1980 ; 12. Lieferung, §§ 43, 44, 1983. 《Scholz/Bearbeiter》として引用するが、第12分冊の編集者は U. H. Schneider である), § 43 Rdnr. 15 は、「選任に瑕疵がある業務執行者が、ただ事実上においてのみ、その職務を行うときにも責任を負うことには異論がない」という。

49) Hefermehl, Wolfgang, Deliktische Haftung des Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft gegenüber Dritten, in : Freundesgabe für Hans Hengeler, Berlin/Heidelberg/New York 1972, SS. 88, 92. Roth, Günter H., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), München 1983, § 43 Anm. 3.2 は、「職務に事実上についていることが決定的である。よしんば、選任に瑕疵がある」と又はすでに取り消されようと…」と述べる。

経営において生ずる損害賠償責任について、機関として責任を負わしめるのである⁴⁹⁾。」「業務執行者に適法に選任されていない又は業務執行者として登記簿に登記されていない者が、他の社員の承認のもとに、業務執行者として活動した場合には、業務執行者と同様の責任を負う⁴⁹⁻²⁾。』

以上は、有限会社法43条に関するものであるが、有限会社64条2項⁵⁰⁾もまた事実上の業務執行者に適用されるのであり⁵¹⁾、「この請求権は、正式に選任されることなしに業務執行者の職を事実上行使する者にも対するものである⁵²⁾。」破産申立義務が事実上の業務執行者に認められる限り⁵³⁾、その違反の場合に、責任も認められるのである⁵⁴⁾。

U. Steinによれば、学説は、ITT事件の判例批評において、もっぱら事実上の業務執行者の責任を取り扱い、それは、例えば「有限会社法43条にもとづく、事実上の業務執行を理由とする、多数派社員の責任⁵⁵⁾」という形で論ぜられ、「多数派社員が、業務執行者に代って行動し、それゆえ、法律・定款上業務執行者に属する職を行った場合には、その者は、一般原則により、事実上の業務執行者として有限会社法43条により会社に対して責任を負う⁵⁶⁾」という命題が立てられている⁵⁷⁾。同様に、ITT事件の判決から、「……コンツェルン

49-2) Wilkel, Otto/Berg, Karl/Gottschling, Helmut/Gaul, Dieter, Handbuch der GmbH, Band 1, Köln 1969/82, Tz. I 599.3.

50) 有限会社法64条2項は、支払不能又は債務超過の確定後になした支払に関する業務執行者の責任を定めている。

51) U. Stein, S. 10.

52) Goutier, Klaus/Seydel, Helmut, GmbH-Gesetz, Handkommentar zum GmbHG und zur GmbH-Novelle 1980, Berlin 1981, § 64 Anm. 9.

53) Scholz/Karsten Schmidt, § 64 Rdnr. 4, und Ulmer, Konkursantragspflicht bei Überschuldung der GmbH und Haftungsrisiken bei Konkursverschleppung, KTS 1981, SS. 469, 490 も、有限会社法64条2項の責任をまた事実上の業務執行者にも拡大する (U. Stein, Kap. 1 Fn. 34)。

54) U. Stein, S. 10.

55) Mertens, Hans-Joachim, Die Geschäftsführerhaftung in der GmbH und das ITT-Urteil, in : Festschrift für Robert Fischer, Berlin/New York 1979, SS. 461, 464, 465.

56) Mertens, Festschrift Fischer, SS. 461, 466; ebenso Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 117.

57) U. Stein, S. 10 f.

事実上の機関

支配の行使に、その結果に対する責任がまた対応しなければならず、理論上は有限会社法43条の類推適用が可能である。有効な選任なしに業務執行者の職を行う者は、いわゆる事実上の機関として、有限会社法43条の責任に服することを、判例・学説は、ずっと以前から認めている⁵⁸⁾」と結論された⁵⁹⁾。

U. Stein は、事実上の業務執行を理由として、多数派社員又は支配的コンツェルン会社の責任を肯定する説として、次のものもあげる⁶⁰⁾。

「指揮力が、社員総会の決議により行使されるか又は業務執行への事実上の影響により行使されるか、は問題ではない。その行使によって、支配企業は機関責任を負担する。責任の規準は43条である。通常の営業者の注意義務に違反があれば責任が生ずる⁶¹⁾。」「多数派社員の責任にあっては、機関責任が問題だから、それは、並存する、43条の業務執行者の責任と同じ原則に服する⁶²⁾。」「その多数派の義務の内容は、その者が事実上その地位を占めている機関の義務によって、したがって業務執行者への指示にあっては、業務執行者に属する義務によって決定される。有限会社法43条が適用されるのである⁶³⁾。」

コンツェルン関係において支配企業の実事実上の支配についての責任を定める株式法311条のような規定を欠く有限会社法において、有限会社法 43 条を類推して、支配企業の責任を認めることは、当然であろう⁶⁴⁾。

58) Rehbinder, Eckard, Gesellschaftsrechtliche Problem mehrstufiger Unternehmensverbindungen, ZGR 1977, 581, 640.

59) U. Stein, S. 11.

60) Ibid.

61) Schilling, Wolfgang, Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts, in: Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, SS. 383, 385 f.

62) Derselbe, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 6. 1975-II ZR 23/74-, BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191 (ITT), BB 1975, 1451, 1452.

63) Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen, Konzernrecht, 2. Aufl., München 1977, S. 240.

64) 「シンポジウム・会社法改正」私法49号118頁（青木発言）参照。親会社の指揮の責任に関する明文の規定を欠くスイスにおいても、事実上の機関の理論によって親会社の責任をとらえんとする主張が有力である。

3 事実上の機関の義務についての解釈

(1) 注意義務 事実上の機関に、株式法93条・116条及び有限会社法43条の機関責任を認めることは、これらの規定の定める機関の一般的注意義務が事実上の機関にも適用されることを、当然に前提としているといえることができる。このように U. Stein は述べて、ここでは、機関の注意義務の及ぶ人的範囲について包括的概観を与える一例をあげるにとどめる⁶⁵⁾。「組織法のこの一般的法原則は、『企業の指揮者は通常の誠実な営業指揮者の注意義務をもって指揮しなければならない』と表現することができる。このことは、株式法76条・93条、有限会社法43条及び協同組合法43条・41条に明確に述べられている。しかし、事実上の業務執行者、選任に瑕疵のある事実上の取締役役員及び株式会社・有限会社・人的会社の支配的社員にも——これらの者が、個々の処置を指示するのみならず、機関と同様に営業を事実上指揮する限り——同様の注意義務がかけられるのである⁶⁶⁾。」ここでも、支配的社員の注意義務が指摘されていることが、注目される。

(2) 事実上の機関のその他の注意義務についての一般的解釈 (イ) 判例 事実上の機関の義務に関する基本的解釈として、U. Stein は、次の二つの判

65) U. Stein, S. 11 f.

66) Schneider, Uwe H., Konzernleitung als Rechtsproblem-Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht, BB 1981, 249, 257; in demselben Sinne Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 265. Gehrig, Pierre-Olivier, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Diss. Zürich 1978, S. 86 は、スイス法の観点から述べる (U. Stein, Kap. 1 Fn. 41. Gehrig の所説については、拙稿・獨協法学20号95頁以下参照): 「指揮力は——これが事実上の支配にもとづくものであっても——注意義務を生ぜしめる、と断言できる。外部的支配力行使者が指示をなす場合には、従属会社において生ずる事態への影響力のゆえに、かれらはそれに相應する義務に服すべきである。したがって、事実上の機関が会社の指揮を独占するときは、その者は、業務執行に際して、正規の機関に適用される根本的行為規範を遵守しなければならない。」U. Stein は、事実上の機関の義務についてのスイス法の見解について、さらに、次のものをあげている (ibid., Kap. 1 Fn. 41): Forstmoser, Peter, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, SS. 125, 136 ff.

事実上の機関

例をあげる⁶⁷⁾。

「協同組合の機関として行動した者が、その事実上の活動のゆえに、契約上の報酬への権利が認められるならば、機関的地位から生ずる義務も当然にかせられるべきである⁶⁸⁾。」「被告は、取締役員として阻げられることなしに活動した間、取締役員の権利・義務を有した⁶⁹⁾。』

(ロ) 学説 U. Stein によれば、学説も同様に義務を肯定する⁷⁰⁾。すなわち、

「事実上の取締役員は、株式法上の機関責任及び正規の取締役員のその他の法定義務を負う⁷¹⁾。」「任用契約に瑕疵がある取締役員を——瑕疵のある労働関係に関する原則を類推適用することによって——取締役員の権利及び義務について、契約が有効と同様に取り扱うことができる⁷²⁾。」「取締役員への選任が有効ではないが、監査役（監査役会）又は一監査役員の承認のもとに会社のために取締役員として活動する者は、事実上行った機関の職務のゆえに、正規に選任された取締役員の法定義務を負う⁷³⁾。」「選任に瑕疵がある機関員は、したがって、法律及び定款の定めるすべての権利・義務を有する⁷⁴⁾。」「そのような事実上の取締役員は、その事実上の活動のゆえに、正規の取締役員の法定義務をまた負わされる⁷⁵⁾。」「継続的な営業指揮者には、権限の範囲が問題となるのみ

67) U. Stein, S. 12.

68) RGZ 152, 273, 277.

69) BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712.

70) U. Stein, S. 13.

71) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 19; ähnlich Fitting, Karl/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Helmut, Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1978, § 31 Rdnr. 48; Hoffmann, Dietrich/Lehmann, Jürgen/Weinmann, Heinz, Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, München 1978, § 31 Rdnr. 38.

72) Baumbach/Hueck, § 84 Rdnr. 7.

73) Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 133; ebenso § 93 Rdnr. 8.

74) Reich, DB 1967, 1663, 1666; ähnlich auch U.H. Schneider, BB 1981, 249, 257. Schneider は、任用契約が不存在のときも、取締役員及び業務執行者に組織法上の義務をかする (U. Stein, Kap. Fn. 47)。

75) Becker, Nikolaus, Die Verpflichtung des Vorstands einer Aktiengesellschaft zur Verlustanzeige an die Hauptversammlung—§ 92 I AktG, Diss. München 1977, S. 52 (vgl. U. Stein, Kap. 1 Fn. 48).

ならず、行為義務の引受も問題となる。したがって、資本維持・納税の義務など業務執行者の法定義務もまた事実上の業務執行者にかせられる。監督義務などについても同様である⁷⁶⁾。」

U. Stein は、このように多数の学説を引用し、最後に、上述の事実上の機関員に関する文献も、ここに援用できることを指摘する⁷⁷⁾。

(3) 事実上の機関の個別的義務についての特別の解釈 U. Stein は、事実上の取締役員の遵守すべき若干の義務を例示的に示す BG の判例をあげる⁷⁸⁾。それによると、「正規に選任された取締役員と同様に、かれは機密の事項について守秘義務を有する(株式法 84 条 1 項 2 文)。かれは忠実義務及び株式法 79 条の競業避止義務を負う。かれは、株式法 83 条の定めるところに従い、資本の半額の欠損の場合には総会を招集し、債務超過又は支払不能の場合には破産の申立をしなければならない⁷⁹⁾。」学説では、「監査役又は監査役員の承認のもとに取締役員として行動する者は、その職務行為のゆえに、正規の取締役員の法定義務——特に注意・守秘・忠実義務——を遵守しなければならない⁸⁰⁾」という見解があげられている⁸¹⁾。

次に、U. Stein は、有限会社の業務執行者についても、同様な解釈が見出されるとする⁸²⁾。すなわち、

「逆に、法により雇用契約⁸³⁾に結合されている義務が、業務執行者の機関的地位から生ずる。例えば、民法 665 条の……指図に従う義務、民法 666 条の受任

76) Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 18 ; ähnlich Rehbindner, Eckard, Truepflicht im GmbH-Konzern, ZGR 1976, 386, 392. Rehbindner は「……なぜなら上位会社は……事実上の指揮に際して、違法に(従属会社の)業務執行者に代って行動するのだから、業務執行者にかせられる義務に拘束されるべきだからである」という。

77) U. Stein, S. 13.

78) Ibid., S. 14.

79) BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367. 判例中に示されるのは、1937年株式法の規定である。

80) Gefler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 134.

81) U. Stein, S. 14.

82) Ibid.

83) 《Dienstvertrag》であるが、委任を含めて使用されていると考えられる。ドイツ法では委任は無償である (§662 BGB)。ドイツ民法 666 条・667 条・678 条は、それぞれ日本民法 645 条・646 条・647 条に当たる。

事実上の機関

者の報告義務、民法667条の受任者の受取物引渡義務及び民法668条の受任者の利息支払義務がこれである。これらの義務のすべては、事実上の業務執行者についても生ずるものである⁸⁴⁾。」

ここでの中心的問題は、株式法92条（資本欠損・債務超過・支払不能における取締役の義務）及び有限会社法64条（業務執行者の破産・和議の申立義務）の適用の有無であるが、U. Stein は、92条について、二つの解釈をあげる⁸⁵⁾。

「総会招集への92条1項の義務は……事実上の取締役員にもかせられる⁸⁶⁾。」
「適法に取締役員に選任されなかった者も、監査役の承認のもとに取締役員として活動したときは、92条の義務を遵守しなければならない⁸⁷⁾。」

次に、有限会社法64条の義務については、これを肯定する学説とこれを否定する判例を、U. Stein はあげる⁸⁸⁾。

肯定する説として、「正規かつ適法に選任されなかった者にも、その者が事実上業務執行者となるとときは、申立義務を負わすことができる⁸⁹⁾」、「業務執行者の行為が……業務執行の事実上の引受に該当する限り、その者は、当然、業務執行者と同視され、みずから申立をする義務を負担し、会社の債務超過の場合には、この申立義務と結合した制裁規定の適用を受ける⁹⁰⁾」及び「《GmbH & Co KG》の業務執行者の破産申立義務については、判例が有限会社の業務執行者のそれについて展開したと同じ原則が適用される。したがって、誰が実

84) Hachenburg/Sertens, § 35 Rdnr. 202. なお注76) 参照。

85) U. Stein, S. 14.

86) Becker, S. 53 ; übereinstimmend Kölner Kommentar/Mertens, § 92 Rdnr. 7.

87) Geßler/Hefermehl, § 92 Rdnr. 2 und im selben Sinne § 84 Rdnr. 133 ; Menzel/Kuhm/Uhlenbruck, § 208 Rdnr. 2 ; Bley, Erich/Mohrbutler, Jürgen, Vergleichsordnung, Großkommentar, Band 2, 4. Aufl., Berlin/New York 1981, § 108 Anm 18.

88) U. Stein, S. 14 f.

89) Scholz/Karsten Schmidt, § 64 Rdnr. 4.

90) Ulmer, KTS 1981, 469, 490 ; ebenso Hachenburg, Max, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Zweiter Band, 6. Aufl., Berlin 1959, § 64 Rdnr. 11 (《Hachenburg/Bearbeiter》として引用するが、本注の編集者は Ulmer である) ; vgl. dazu auch BGHSt. 31, 118, 122=NJW 1983, 240, 241.

際に業務執行者に選任されたかのみならず、誰が《GmbH & Co KG》の社員の承認のもとに事実上会社の営業を指揮するか、すなわち誰が事実上の業務執行者であるかということによっても決定されるのである⁹¹⁾」がある。これに対して否定するRGの判例として「有限会社の使用人は……—登記簿上の有責的業務執行者と並んで—業務執行者の地位を事実上有しても……みずから有限会社法64条の義務を負わない⁹²⁾」がある。この判例は、使用人が業務執行に関与した場合であって、特殊なものではないかと思われる⁹³⁾。

U. Stein は、さらに、破産申立義務違反に関して事実上の機関の責任を肯定した前述の例も、ここに補足的に引用できるし、また、破産申立義務違反にもとづく事実上の業務執行者の刑事責任に関する文献も援用できるとする⁹⁴⁾。

4 事実上の機関の権利及び権限に関する解釈

(1) 事実上の機関の権利 U. Steinによれば、事実上の機関を適法にその職にある機関と一括して同視する見解⁹⁵⁾や、事実上の機関は正規の機関の有する権利・義務をすべて有するというように同様に一般的に断言する説⁹⁶⁾を別とすれば、事実上の機関の法的地位(権利関係)について特に説明はなされていない⁹⁷⁾。事実上の機関の原則的権利を明確に述べるものとして、次の説がある⁹⁸⁾。

91) Uhlenbruck, Wilhelm, Die GmbH & Co. KG in Krise, Konkurs und Vergleich: Die rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Zusammenhänge bei Insolvenz der KG und der GmbH, Köln 1977, S. 16.

92) RGSt. 72, 187.

93) 日本経済新聞昭和60年9月18日朝刊は、労働保険審査会が、有限会社の取締役であっても実質的に労働者であれば休業補償給付を受けられるという判断を示したことを伝えている。

94) U. Stein, S. 15.

95) 注8)～注12)の文献参照。Reich, DB 1967, 1663, 1666 は「事実上の機関の地位は、正規のそれよりもやっかいな状態にある。両者が全く同視されるのは、既往についてのみである」と述べている。

96) 注69)・72)・74)の文献参照。

97) U. Stein, S. 15 f.

98) Ibid., S. 16.

事実上の機関

「登記された理事は、その選任決議の瑕疵を理由に、協同組合に対する自己の責任及び理事としての行為に対する刑事上の責任を否認することはできない。しかし、このことは、また、選任の瑕疵にもかかわらず、その者が業務執行権、ことに——正式に解任されるまでは——総会招集権を有することを根拠づけるのである⁹⁹⁾。」「さらに、業務執行、すなわち総会の招集・決算などに関する規定は、選任に（瑕疵のある）機関員についてのみ適用されるのであって、薬人形を通して事実上機関員の職を行う者に対しては適用がない¹⁰⁰⁾。」

いささか明確ではないが、「取締役員として……活動する者は、その者が占める機関地位のゆえに、真の取締役員の法定義務を遵守しなければならない……そうだとすると、既往について、会社に対する役員の権利も、その者に認めるのが妥当である¹⁰¹⁾」という説明もある¹⁰²⁾。

その他、事実上の機関の具体的権利として、総会招集権及び有限会社法64条1項の破産申立権について、述べるものが見られる¹⁰³⁾。

「……総会招集権は、実際に取締役に選任された者に——その選任の瑕疵の有無に関係なく——帰属する¹⁰⁴⁾。」「選任に瑕疵がある業務執行者も、社員の承認と意思に従って業務執行者として活動するときは、招集権を有する¹⁰⁵⁾。」

「……招集権がある。その選任に法的に瑕疵があっても、業務執行者に選任された者も同様である¹⁰⁶⁾。」「選任に瑕疵ある業務執行者もまた、社員がそのことを知りながら、これに対して異議を申し立てない限り、権限を有する¹⁰⁷⁾。」

「招集権を有する者が適法に選任されたか否かは、その者がその職を行う限

99) RG HRR 1936, 1176.

100) Reich, DB 1967, 1663, 1666.

101) Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 134.

102) U, Stein S. 16.

103) Ibid., S. 16 f.

104) RG JW 1911, 330, 331 (Nr. 30). 有限会社について, Vogel, Hermann, GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin/Frankfurt am Main 1956 も「適法に選任されなかった業務執行者もまた招集権を有する」と述べる。

105) Hachenburg/Schilling, § 49 Rdnr. 5.

106) Scholz/Karsten Schmidt, § 49 Rdnr. 2.

107) Bartl, Harald/Henkes, Ulrich, GmbH-Gesetz, Frankfurt am Main 1980, § 49 Rdnr. 477.

り、問題ではない¹⁰⁸⁾。」

「有限会社法64条1項によって破産を申し立てる権利もまた、事実上の業務執行者に帰属する¹⁰⁹⁾。」

(2) 事実上の機関に帰属しない権利 U. Stein によれば、有限会社においては、判例及び学説は、事実上の業務執行者の総会招集権を肯定するが、株式会社においては、事実上の取締役にこれを否定するのが、支配的である¹¹⁰⁾。BGは、協同組合法に関する判決において「選任に瑕疵のある機関が、この瑕疵にもかかわらずつねに総会招集権を有するという原審の判断は、この場合には是認すべきでない¹¹¹⁾」とし、商業登記簿上の取締役に招集権を認める株式法121条2項2文を根拠にあげている。つまり、事実上の取締役員に総会招集権が認められるのは、商業登記簿に取締役として登記されている場合であることを判示しているのである¹¹²⁾。

事実上の機関が有しないものとされるその他の機関権限には、次のものがある¹¹³⁾。

例えば、監査役の取締役に対する報告請求権(株式法90条)である。「選任の無効な監査役に対しては、取締役は報告義務その他の義務の履行を拒否することができる¹¹⁴⁾」とか、「選任の無効な監査役員には、例えばいかなる報告もすべきでない¹¹⁵⁾」という見解が見られる。

108) Baumbach/Hueck, § 49 Anm. 2 B.

109) Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11.

110) U. Stein, S. 17.

111) BGHZ 18, 334, 339=NJW 1955, 1917, 1918.

112) U. Stein, S. 17.

113) Ibid. 事実上の機関にいかなる権利も認めない解釈は、明示的なものとしては、ドイツの学説にはないが、スイス株式法に関して、Gehriger, S. 84 は——もちろん事実上の機関の概念についての解釈が違っているのであるが——述べている(U. Stein, Kap 1 Fn. 74)。すなわち「当該の権利は、正規の機関にのみ法上認められているにすぎない。これらは事実上の機関に属しない……いかなる場合においても、裁判官が事実上の機関に認めうる権利はない。正規の機関に選任され商業登記簿に登録される利益を享受することを許されない者が、その利益に応ずる不利益を負わされるということは、妥当でないであろう。」

114) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 101 Anm. 23.

115) Kölner Kommentar/Mertens, § 101 Rdnr. 75.

事実上の機関

事実上の取締役役員及び監査役員の決議参与権も認められていない¹¹⁶⁾。

株式法「109条1項1文によって、監査役又は取締役に属しない者は、原則として、監査役会議に参加することができない。第三者によって影響を受けることを防止しているのである。例外は、109条1項2文の認める専門家及び報告者¹¹⁷⁾である。これらの者は、その有する専門的知識のゆえに、影響を与えることが許されている。第三者が一定の専門的問題に意見を述べることに、表見的監査役員が決議に関与することには、相当な違いがあり、後者は法によって禁止されているものである。なぜなら、表見的監査役員は、特別の専門的知識によって関与するのではなく、不当にも就任している地位にもとづいて参加するのだからである¹¹⁸⁾。」「継続的事実関係に一定の法的効果を認めることは、選任の無効な監査役員が監査役会の決議に参加することを認める理由にはならない¹¹⁹⁾。」株式法「121条2項1文の取締役の招集決議に¹²⁰⁾、事実上の取

116) U. Stein, S. 18.

117) 株式法109条1項2文は、監査役の会議は、個別問題について専門家及び報告者に助言を求めることができるとしている。「専門家 (Sachverständige) の概念はここでは最広義に用いられている。その専門的知識・経験のため (影響力のためではない) 重要な問題について助言を求めることが特に相当であると思われる人に——特に専門的知識が必要でないときでも——出席を求めることができる。金融・法律問題などの一定の分野に関する助言者であるのが普通であるが、必ずしもそうであるとは限らない。助言事項は複数であってもよいが、限定的・具体的でなければならない。金融専門家又は法律専門家を継続的な監査役の助言者とすることを望むときには、この者を監査役に選任しなければならない。これに対して、Schmidt/Meyer-Landrut は、もっと緩やかに解しているのがあって、その Großkommentar § 93 Anm. 1 は、一定の特別の専門的知識の要求される分野、例えば法律問題について、一定の助言者に恒常的に出席を求めることを許している」(Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 109 Anm. 5. なお現行株式法109条は1937年株式法93条に当たる)。

「報告者 (Auskunftspersoner) とは、会社での (例えば会計係・外交員・検査役としての) 勤務中に了知した一定の出来事や事の詳細について、証人として報告をする者である」(ibid.)。

118) Mohring/Nirk/Tank, Band 1, Tz. I 355.

119) Kölner Kommentar/Mertens, § 101 Rdnr. 76.

120) 株式法121条2項1文は、総会の招集は取締役の単純多数決で決することを定めている。

締役員は参加することを許されない¹²¹⁾。』

5 事実上の機関の法律行為の有効性についての解釈

(1) 総説 U. Steinによれば、事実上の業務執行機関の法律行為が第三者に対しても有効であることは、黙認ないし表見代理 (Duldungs-bzw. Anscheinsvollmacht)¹²²⁾についての一般的解釈により又は商法15条¹²³⁾によって承認されている¹²⁴⁾。したがって、事実上の機関地位を特に援用して、有効性を主張する必要はない¹²⁵⁾。

会社内部における組織法的な有効性もまた、会社の黙認を根拠として、部分的には認められている¹²⁶⁾。例えば、「株主と機関員の関係においては——したがって内部関係においては——、事実上の取締役は、株式会社側の黙認、つまり法的に重要な意味を有する認識又は完全な承認によって認められているのであるから、事実上の取締役を承認することが、会社と株主との間の妥当な利益調整をもたらすことになる」と述べられ、結論として、「(米法上の) 事実上の役員と同様に事実上の取締役員は、さしあたり、正規に選任された取締役員として取り扱われるべきであるから、その行為は、第三者に対する関係において——会社に参加した者に対する内部関係において原則的に有効であると同様に——有効である¹²⁷⁾」といわれている¹²⁸⁾。また、「会社は事実上の取締役員の行為により拘束される。少なくとも、表見代理ないし黙認代理が生ずる。さら

121) Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 132 : ebenso Kölner Kommentar/Mertens. § 84 Rdnr. 21.

122) 黙認による代理とは、本人が事実上の代理人の出現を知りつつ、黙認した場合であり、表見代理とは、対外的に黙認の外観が生じていて、本人が相当な注意を払えば事実上の代理人の出現を知りかつ阻止しうる場合である (椿・注釈民法(4)105頁)。

123) 日本商法12条に相当する規定である。

124) U. Stein, S. 18.

125) Ibid.

126) Ibid.

127) Jarzembowski, S. 138.

128) Ibid., S. 18 f.

にまた、商法15条が第三者を保護する¹²⁹⁾」という説明もある¹³⁰⁾。

しかし、事実上の監査役員について逆の見解も見られる¹³¹⁾。すなわち、「監査役員全員又は個々の監査役員の選任が無効であるならば、その選任の無効な役員が関与した決議又は処置のすべても無効である¹³²⁾」とか、「個々の監査役員の選任が……無効で……あるならば、その者の職務行為は無効である¹³³⁾」という解釈がある。

(2) 株式会社の株主総会及び有限会社の社員総会の招集 有限会社の業務執行者が社員総会の招集権を有することについては、前述した¹³⁴⁾。その際、引用した諸説では、事実上の業務執行者による招集の有効性が、明示的に述べられていないが、招集権があれば招集が有効であることは当然である¹³⁵⁾。したがって、事実上の業務執行者の招集権を認める見解は、招集の有効性も認めるという差支えなく、「そのような(事実上の)業務執行者により招集された総会は適法な決議をなしうる。この決議は取り消しえない¹³⁶⁾」ということになる¹³⁷⁾。

これに対して、U. Steinは、株式法に関しては、学説は、事実上の取締役員の登記がなされ株式法121条2項2文が適用される場合を除いて、事実上の取締役による総会の招集を有効と解しないように思われるという¹³⁸⁾。例えば、「適法に選任されない(ないしは適法に解任された)招集者が、商業登記簿に取締役として登記されていることが要件である。そうでなければ241条1号¹³⁹⁾が適用される¹⁴⁰⁾」とか、「選任が無効である取締役員は——商業登記簿に登記され

129) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 19.

130) U. Stein, S. 19.

131) Ibid.

132) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 101 Anm. 23.

133) Geßler, § 101 Rdnr. 125.

134) U. Stein, S. 19.

135) Ibid., S. 19 f.

136) Vogel, § 49 Anm. 1.

137) U. Stein, S. 20.

138) Ibid.

139) 株式法241条1号は、招集権の有しない者の招集した総会及び招集手続に違反した総会の決議が無効である、と定める。

140) Godin/Wilhelmi, § 121 Anm. 5.

ていない限り——総会を有効に招集できない¹⁴¹⁾」という見解がある¹⁴²⁾。株式法121条に関するその他のコンメンタールも、事実上の取締役は、登記あるときにのみ——もちろん、登記のないときには、その招集は無効であり、決議は無効又は取り消しうる、と明確に述べているのではないが——招集権を有する¹⁴³⁾、としている¹⁴⁴⁾。これらの諸説は、登記のない事実上の取締役の瑕疵のある招集は、株式法241条1号の無効を生ぜしめる、との趣旨に解されるべきである¹⁴⁵⁾。

これに対して、事実上の取締役に招集を認めたRGの判決がある¹⁴⁶⁾。しかし、U. Steinによれば、この判決においても——このことは判決理由の中では明示されていないが、BGが後の判決において述べているところである¹⁴⁷⁾——登記という事実が決定的であった¹⁴⁸⁾。結局、「社員総会の招集に関する規定は、選任に瑕疵がある機関員に適用される」という原則は¹⁴⁹⁾、それが一般的な形で述べられていること、具体的に述べられるときは「社員総会」という表現が用いられていることを考えれば、通説に反対するものと解するのは妥当でないと思える。したがって、U. Steinは、株式会社にあつては、有限会社と異なり、通説は、事実上の業務執行機関に招集権を認めない、と結論する¹⁵⁰⁾。

(3) 株式会社の取締役及び監査役による年度決算書の確定 年度決算書の確定に関する事実上の取締役員の関与の効果については、説が分かれている¹⁵¹⁾。第1説は、この者の関与は影響がないと解する¹⁵²⁾。第2説は、この者

141) Kölner Kommentar/Zöllner, § 241 Rdnr. 76.

142) U. Stein, S. 20.

143) Geßler/Eckardt, § 121 Rdnr. 24; Großkommentar/Barz, § 121 Anm. 8; Baumbach/Hueck, § 121 Rdnr. 7; vgl. BGHZ 41 282, 287=NJW 1955, 1917, 1918.

144) U. Stein, S. 20.

145) Ibid.

146) RG JW 1911, 330, 331 (Nr. 30), BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 も。

事実上の取締役員の総会招集義務を肯定する (U. Stein, Kap. 1 Fn. 90)。

147) BGHZ 18, 334, 339 f.=NJW 1955, 1917, 1918.

148) U. Stein, S. 20.

149) Reieh, DB 1967, 1663, 1666.

150) U. Stein, S. 21.

151) Ibid.

152) Großkommentar/Schilling, § 256 Anm. 9.

事実上の機関

を除外しても法定最低数が充たされるとき又はこの者の議決権が決議にとって決定的でないときには、影響がないと解する¹⁵³⁾。第3説は、選任に瑕疵がある非取締役によって確定された年度決算書は、株式法256条2項¹⁵⁴⁾によって無効である、と解する¹⁵⁵⁾。年度決算書確定への事実上の監査役員の関与は——監査役会がその者を除いて決議能力を有し、その者の議決権が決議にとって決定的でなかったときには——影響がない、とする¹⁵⁶⁾。

以上のところから、U. Stein は、事実上の機関員の関与が、一定の要件のもとにおいてのみ、機関全体の行為の有効性を害さないということは、その者の行為の無効であるということの意味すると結論し、事実上の機関は、年度決算書の確定に有効に関与できないと解するのが有力であるという¹⁵⁷⁾。

6 判例及び学説の現状についての結論¹⁵⁸⁾

以上のところから、U. Stein は、法的構成として、事実上の機関を認めるのが通説である、と結論する¹⁵⁹⁾。もちろん、具体的な事実関係の評価においては一致していないのであるが¹⁶⁰⁾、事実上の機関という法制度は一般に認められているのであって、その限界及び法的効果は具体的には明確でないとし

153) Kölner Kommentar/Zöllner, § 256 Rdnr. 82.

154) 株式法256条2項は、年度決算書の確定に際して、取締役又は監査役が正規に協力しなかったときにのみ、年度決算書が無効である、と定めている。

155) Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 132.

156) Kölner Kommentar/Zöllner, § 256 Rdnr. 83 ; Großkommentar/Schilling, § 256 Anm. 2. und Meyer-Landrut, §101 Anm. 23; ähnlich allgemein zur Beschlußfassung des Aufsichtsrats Möhring/Nirk/Tank, Band 1. Tz. I 320.

157) U. Stein, S. 21.

158) U. Stein は、22頁から26頁にわたって、「事実上の機関の刑事上及び税法上の責任に関する解釈」と題して、判例及び学説の検討をするのであるが、本稿では、これを省略した。

159) U. Stein S. 27.

160) 本稿では除いたが、退任取締役員の刑事責任に関して、これを否定するもの (RG HRR 1934 Nr. 616 a. E.) と肯定するもの (Klug, Ulrich, Aktienstrafrecht, Berlin/New York 1975, § 399 Anm. 5; ebenso Baumbach/Hueck, § 400 Rdnr. 3; Bruns, Hans-Jürgen, Grundprobleme der strafrechtlichen Organ-und Vertreterhaftung

ても、その存在及び規範性については、もはや疑問はない¹⁶¹⁾。これは、事実上の機関地位から生ずる責任¹⁶²⁾又は事実上の業務執行から生ずる義務もしくは責任¹⁶³⁾が取り扱われるとき、これらの法的効果の前提として、事実上の機関地位が、当然に認められていることから明らかである¹⁶⁴⁾。上述のように¹⁶⁵⁾、事実上の機関の法的地位についてほとんど異論なく、一般的な解釈をあげうることも、このことを示すものである¹⁶⁶⁾。したがって——U. Stein はいう——、事実上の機関は、一定の要件・効果を伴った法的構成として、判例・学説上に定着しているという¹⁶⁷⁾のが現状であると思われる¹⁶⁸⁾。

しかし、U. Stein によれば、事実上の機関の法的効果については、対立がある¹⁶⁹⁾。

(§ 14 StGB, § 9 OWiG), GA 1982, 1, 22) とがある（これに対して民事責任に関しては、Teichmann/Köhler, § 84. Anm. 1, BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712 及び RG Seuff. Arch. 93 310, 312; Kölner Kommentar/Mertens, § 93 Rdnr. 8; Geßler/Hefermehl, § 93 Rdnr. 8 参照）。協同組合の事実上の理事の招集権に関しては、これを肯定するもの（RG HRR 1936, 1176; RG JW 1911, 330, 331 (Nr. 30); ähnlich für die GmbH Vogel, § 49 Anm. 1）と否定するもの（BGHZ 18, 334, 339=NJW 1955, 1917, 1918）とがあり、株式会社の事実上の取締役の招集権に関しては、これを否定するもの（上述の BGHZ 18, 334, 339; Godin/Wilhelmi, § 121 Anm. 5; Kölner Kommentar/Zöllner, § 241 Rdnr. 76; 注 143 の文献）と肯定するもの（BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367）とがある。年度決算書の確定への事実上の取締役員の参加の有効性については、これを肯定するもの（Großkommentar/Scilling, § 256 Anm. 9. Kölner Kommentar/Zöllner, § 256 Rdnr. 82 は条件附肯定説である）と否定するもの（Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 132）とがある（U. Stein, Kap. 1 Fn. 119）。

161) U. Stein, S. 27.

162) RGZ 152, 273, 277 (vgl. auch RG SeuffArch. 93, 310, 312); RG Recht 1909 Nr. 2938; RGZ 152, 273, 277; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 133 (ebenso § 93 Rdnr. 8); Becker, S. 52; Hachenburg/Mertens, § 35 Rdnr. 202.

163) Vgl. etwa Hefermehl, Freundegabe Hengeler, S. 88, 92; Mertens, Festschrift Fischer, SS. 461, 464, 465; ähnlich Hachenburg/Mertens, § 35 Rdnr. 202.

164) U. Stein, S. 27.

165) 1「事実上の機関に関する一般的解釈」参照。

166) U. Stein, S. 27.

167) Vgl. z. B. Rehbinder, ZGR 1977, 581, 640 sowie etwa Reich, DB 1967, 1663, 1667.

168) U. Stein, S. 27.

169) Ibid., S. 28.

事実上の機関

第1説は、事実上の機関をあらゆる場合において適法に選任された機関と同視するか又はそれに機関の義務及び責任を無限定にかする立場である¹⁷⁰⁾。第2説は、事実上の機関の法的効果を個別的に検討する立場である。この立場によれば、事実上の取締役役員は、適法に選任された役員と同様に総会を招集することは許されず又年度決算書の確定に関与することは認められなく¹⁷¹⁾、事実上の監査役員は、報告請求権を有せず又決算に関与することを許されない¹⁷²⁾。第1説が事実上の機関地位と適法な機関地位を一括して同視するのに対して、第2説は、いずれにせよ、事実上の機関地位から、機関員を拘束する法規の無限定の適用を結論づけないのである¹⁷³⁾。

さらに、U. Steinによれば、「事実上の機関は、物的会社及び協同組合について同様に展開されており、その結果、統一的な法適用に到る、法形式にとられない制度である」という見解もまた——よしんば、事実上の機関の法的地位に関する具体的な問題に関連して、同じ原則が他の会社形態についても妥当するという限りにおいて、同一原則の適用がある、と指摘されるとしても¹⁷⁴⁾

170) Vgl. Gehriger, a.a.O. ; Jarzembowski, a.a.O. ; BGHSt. 21, 101, 103=NJW 1966, 2225 ; oben Fn. 21~24, 26~30, 32 and 34~38.

171) Vgl. oben Fn. 111, 140, 141, 143, 153 und 155.

172) Vgl. oben Fn. 114, 115, 118, 119 und 121.

173) 第1説と第2説との対立は、異なった裁判所の判例や学者の間に存するのみではなく、株式会社の事実上の取締役役員の招集権に関しては、BGの判例 (BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 und BGHZ 18, 334, 339=NJW 1955, 1917, 1918) 及びその注釈 (Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 19 im Gegensatz zu Großkommentar/Barz, § 121 Anm. 8 ; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 133, § 93 Rdnr. 8, im Gegensatz zu Geßler/Eckardt, § 121 Rdnr. 24 ; Baumbach/Hueck, § 84 Rdnr. 7 im Gegensatz zu § 121 Rdnr. 7) においても見られる (U. Stein, Kap. 1 Fn. 127)。

174) 例えば、有限会社法に関するコンメンタールにおいて、株式会社法上の相応する原則が示唆されることがしばしばあり、また、他の会社形態に関して具体的になされた判決が引き合いに出される。Vgl. z. B. aus der Rechtsprechung BGHZ 18, 334, 339=NJW 1955, 1917, 1918 und BGHSt. 21, 101, 103=NJW 1966, 2225 ; aus der Literatur z. B. Hachenburg/Mertens, § 35 Rdnr. 61 ; § 43 Rdnr. 15, 17. 有限会社の事実上の業務執行者の招集権に関して、株式会社法の参照を指示する点において注目されるものとして、例えば、Hachenburg/Schilling, § 49 Rdnr. 5 ; Scholz/

——詳細に検討すれば、理由のないことが判明する¹⁷⁵⁾。株式会社と有限会社とにおける事実上の機関の評価の著しい相違の例は、株主総会又は社員総会の招集に関する義務と権限において見られる¹⁷⁵⁻²⁾。有限会社の実事実上の業務執行者は、その権限を有するが、株式会社の事実上の取締役役員にはそれが認められないのである¹⁷⁶⁾。同様な相違は、同一の会社形態の内においても見出されるのであって、例えば、事実上の取締役役員は業務執行権を有するが¹⁷⁷⁾、事実上の監査役員には、監査役会の決議に関与する権利が否定されるのである¹⁷⁸⁾。

結局、U. Steinによれば、事実上の機関の法的地位に関して確認されていることの多くは、原則的なものではなく、状況に応じた相対的なものであって、したがって、事実上の機関地位からは——明示的又は結論的という限りは——一定前提の存在するときのみ又は一定の制限内においてのみしか、一定の法的結果を引き出すことができないのである¹⁷⁹⁾。事実上の機関の概念を原則的なものとして又は一般的に取り扱う見解もあるが、しかし、これらは、その解釈を——一般的にではなく——具体的な法的効果を検討した後に初めて適用せんとする¹⁸⁰⁾のである¹⁸¹⁾。また、事実上の機関に、適法に選任された機関の義務及び責任を負わす必要要件を列挙する見解もあり、これによれば、事実上の機関活動の法的基礎の瑕疵、会社又は監査役による活動の承認、機関に取っ

Karsten Schmidt, § 49 Rdnr.2 ; Bartl/Henkes, § 49 Rdnr. 477 がある。Bartl/Henkes は、株式会社の事実上の機関の法的地位を一般的に取り扱う判例・学説をあげ、そこから、驚くべき方法で、有限会社の業務執行者に対して——株式会社の瑕疵のある取締役よりも——より広い権限を引き出している (U. Stein, Kap. 1 Fn. 128)。

175) U. Stein, S. 28 f.

175-2) Ibid.

176) Siehe oben Fn. 100, 104-108, 136 einerseits und Fn. 140, 141, 143 anderseits. この点に関して、株式会社と協同組合において、事実上の取締役役員と理事の招集権に関して反対に解するものとして、bei oben Fn. 99 und 104 einerseits sowie bei oben Fn. 140, 141 und 143 anderseits 参照。

177) Vgl. oben bei Fn. 99 und 100.

178) Vgl. die Beispiele bei Fn. 118, 119 und 121.

179) U. Stein, S. 29.

180) Vgl. die Beispiele bei Fn. 42, 49, 58, 61, 92 sowie Vogel, § 49 Anm. 1 ; RGSt. 64, 81, 84 ; BGHSt. 21, 101, 103=NJW 1966, 2225.

181) U. Stein, S. 30.

事実上の機関

代わる特別の権力的地位・影響・行為である¹⁸²⁾。

したがって、U. Stein によれば、事実上の機関を法的制度として見たとき、その要件の範囲が明確でないこと、また、法的効果が首尾一貫せず原則がないことが特徴であり、このことは、事実上の機関を法的制度として把握することを疑わしめるのである¹⁸³⁾。事実上の機関に関する様々な見解が、具体的な場合における相対的な解釈であることを考えれば、事実上の機関という法的構成がどの程度まで規範適用の基礎となりうるか疑問であり、それどころか、具体的な規範適用の際の規範の解釈・評価の結果が、事実上の機関の概念となっているのではないか、と思われる。このように述べ、U. Stein は、次のように結論する¹⁸⁴⁾。

たぶん、事実上の機関という概念は、規範適用のための「法的理由」となるものではなく、特定の規範の適用要件を充足していない者に、その規範の法的効果を拡張して適用するための、標語的・包括的言い換えにすぎなく、不当な「理由づけ詐取」(Begründungserschleichung) でないとしても、法的省略法(juristische Abbreviatur) にすぎないであろう。

U. Stein は、この結論を追究する前に、事実上の機関についての解釈の相違は、事実上の機関をいかに理解するかによって、その法的効果が異なるということに基因するのではないか、を明らかにすべきであるという。そして、これが肯定されるならば、事実上の機関の正しい概念についての無駄な争いも決着するし、また、事実上の機関の法的効果に関する議論を解決する、様々なニュアンスを持った事実上の機関概念が展開されることとなろう、と述べる¹⁸⁵⁾。

この U. Stein の主張は、傾聴に値すると考えられる。なぜならば、株式会社の取締役の義務・責任を考えても、これらすべてに妥当する事実上の取締役の概念構成は不必要であり、むしろ、それは、個々の法規の不当な類推適用に到るおそれがあるからである。ただ、今は結論を急がずに、U. Stein の所論の展開を見守ることとしたい。

182) Ibid.

183) Ibid.

184) Ibid.

185) Ibid., S. 31.

三 事実上の機関の概念

1 緒 論

事実上の機関に対して付与される法的効果及び事実上の機関のもとに理解されるものについて、統一性がないことは、上述のところで明らかにされたのであるが、U. Stein は、事実上の機関地位の法的効果に関する見解の対立は、事実上の機関概念の把握の相違によるものであるとして、問題を概念の問題に絞って検討する¹⁸⁶⁾。事実上の機関地位の要件・効果については対立があっても、法制度としての事実上の機関に反対する見解は原則として見出されないのであるし、また、事実上の機関の概念を明確にすることによってのみ、法適用の矛盾・対立を回避することが可能となろうから¹⁸⁷⁾、このような問題の限定は妥当である。

2 事実上の機関の概念についての見解

(1) 総説 U. Stein によれば、「事実上の機関」概念に関する見解のすべては、二つのメルクマールを明らかに不可欠なものとしている¹⁸⁸⁾。すなわち、「誰かが会社のために事実上活動しなければならないこと」及び「この行為がなんらの形で会社に帰せられねばならないこと」（これは少なくとも、その者の活動について会社の了知を前提とする）である。一般的に云えば、「会社の承認のもと事実上の活動」である¹⁸⁹⁾。したがって、少なくとも消極的定義として、「事実上の機関は、現実に機関に選任されているが、機関の職務を行わない者ではなく、また、会社の承認なしに機関の職務を行う者でもない」と

186) Ibid., S. 33.

187) Ibid.

188) Ibid.

189) Vgl. z. B. BGHSt. 3, 32, 33 ; BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61 ; BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 ; BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712 ; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 133 ; Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 15 ; Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 15.

事実上の機関

述べることができる¹⁹⁰⁾。

(2) 事実上の機関の認定要件と帰責の理論的理由づけ U. Stein は、事実上の機関を認める根拠として一般に、4つあげられているという¹⁹¹⁾。(1) 会社¹⁹²⁾又は監査役ないし監査役員¹⁹³⁾の了知、(2) 活動に対する黙示又は明示の承認¹⁹⁴⁾、(3) 瑕疵のある任用契約¹⁹⁵⁾、(4) 事実上の任用契約(選任行為が無効であっても、機関への事実上の任用契約¹⁹⁶⁾)、である。もっとも、第4の根

190) U. Stein, S. 33 f.

191) Ibid., S. 34.

192) BGmH-Rdsch. 1955, 61 ; Gerlach, AG 1965, 251, 257 ; Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 15. Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 15 によれば、社員の了知で十分である (U. Stein, Kap. 2 Fn. 2)。

193) BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 mit weit Nachw ; BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712 ; Gerlach, AG 1965, 251, 257 mit weit. Nachw.; Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 18 ; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr 133, § 92 Rdnr. 2, § 93 Rdnr. 8.

194) BGHSt. 31, 118, 123=NJW 1983, 240, 241 ; BGSt. 3, 32, 33 ; BGHSt. 21, 101, 103=NJW 1966, 2225 (「重要な会社機関の承認又は少なくとも黙認」) ; BGHSt. 6, 314, 315=GmbH-Rdsch. 1955, 43 ; BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61 ; BGH GmbH-Rdsch. 1958, 179 f. ; BGH bei Herlan, Wilhelm, Aus der-nicht in der sog. «Amtlichen Sammlung» veröffentlichten-Rechtsprechung des BGH zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, GA 1971, 36 ; BGH bei Holz, Günter, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1980, 453 ; Jarzembowski, S. 104 f., 138 ; Wirke/Berg/Gottschling/Gaul, Band 1, Tz. I 599. 3 ; Klug, in : Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., Berlin 1959, § 81 a Anm. 4 ; Uhlenbruck, S. 16 ; Bley /Mohrbuter, § 108 Anm. 18 ; Hachenburg/Schilling, § 49 Rdnr. 5 (「社員の了知と意思のもと」) ; Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11 ; Mentze/Kuhn/Uhlenbruck, § 208 Rdnr. 2 ; Klug, Ulrich, Aktienstrafrecht, Berlin/New York 1975, § 399 Anm. 5 ; Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 14.

195) Vgl. z. B. BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 ; BGHZ 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712 ; Gerlach, AG 1965, 251, 257 ; Golling, S.22 ; Becker, S. 52 ; vgl. auch Jarzembowski, S. 21. Jarzenbowski は、ただし、瑕疵のある選任と瑕疵のある任用契約とを明確に区別する (U. Stein, Kap. 2 Fn. 5)。

196) Reich, DB 1967, 1663 ; Jarzembowski, S. 104 ; Golling, S. 22 ; Mestmäcker, S. 212 ; Becker, S. 52 ; Kölner Kommentar / Mertens, § 93 Rdnr. 7 ; Scholz / Karsten Schmidt, § 49 Rdnr. 2 ; Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 7. Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 17 は、基本法103条2項の類推禁止を考慮して、社員又はそ

抛を通説は認めていない¹⁹⁷⁾。また、第4の根拠に原則的に固執する立場においても、一定の場合には¹⁹⁸⁾、この要件を不要とし、例えば「機関を単に藁人形として利用し、実際にはみずから業務を執行する者は、事実上の機関として責任を負う¹⁹⁹⁾」とか、「機関としての業務執行者に留保されている行為を行うことによって、業務執行者として振る舞う者は、事実上の機関として責任を負う²⁰⁰⁾」と述べられている²⁰¹⁾。

U. Steinによれば、事実上の機関の地位を瑕疵のある任用契約によって理由づけうる²⁰²⁾、という考えにも異論がある²⁰³⁾。ことに、「機関義務の遵守はまた任用関係の正規の内容であるとしても、機関義務は機関地位の直接の実定法的効果であって、なんらの契約的約定を必要としない²⁰⁴⁾」との反対があ

の過半数の了解のみによるものであっても、事実上の選任行為を必要とする(U. Stein, Kap. 2 Fn. 6)。RG JW 1911, 330 (Nr. 30); HRR 1936, 1176 und RGZ 144, 384, 388も、無効な選任を——もちろん、これを事実上の機関の地位の要件であると明確に要求しているのではないが——前提とする(ibid.)。

197) Z.B. Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 18; Geßler/Hefermehl, § 93 Rdnr. 8; Scholz/Karsten Schmidt, § 64 Rdnr. 4, 35; Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11; Roth, § 43 Anm. 3. 2.; Uhlenbruck, S. 16 sowie die unten in Fn. 224, 228, 230, 233, 236, 237, 238 Genannten.

198) どのような場合であるかについては、もちろん一致しない(U. Stein, S. 35)。

199) Reich, DB 1967, 1663, 1665 f.; ebenso aus strafrechtlicher Sicht Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 17, und Tiedemann, NJW 1977, 777, 780. かれは、基本法103条2項の類推禁止を考慮して、背後者を行為者とみなす要件を厳格に解している(U. Stein, Kap. 2 Fn. 8)。

200) Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 17; vgl. Mertens, Festschrift Fischer SS. 461, 464. スイス法においても同様に、初期の判例である BGE 170 II 355 ff. は、「機関に留保されている決定に事実上関与する者は、事実上の機関とみなされるべきである」とする(U. Stein, Kap. 2 Fn. 9.)。

201) U. Stein, S. 35.

202) 判例によって、時々、これは示された。Vgl. BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367; 47, 341, 343=NJW 1967, 1711, 1712.

203) U. Stein, S. 36.

204) Vgl. z.B. Mestmäcker, S. 212; Dose, Stefan, Die Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, Köln 1974, S. 113; Reich, DB 1967, 1664 Fn. 17 und 1666; Großkommentar/Schilling, § 93 Anm. 4; Kölner Kommentar/Mertens, § 84 Rdnr. 26; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 134; Godin/Wilhelmi, § 93 Anm. 3; Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 10 mit weit. Nachw.

事実上の機関

る²⁰⁵⁾。

十分と考えられる、会社のための行為の黙認も、U. Steinによれば、その行為を事実上の機関の行為として評価するために、常に十分というわけではない²⁰⁶⁾。例えば、RGは、退任後も従来の職務を行った取締役員に事実上の機関としての責任を否定し²⁰⁷⁾、また、有限会社の黙認のもとに業務執行の職を行った使用人の責任を否定した²⁰⁸⁾。

U. Steinは、事実上の機関の認定要件に対立があるように、事実上の機関を正規の機関と評価する理由にも様々なものがあるという²⁰⁹⁾。とりわけRGの判例においては、問題とされる者が会社の承認のもとに活動するとき、黙示の契約締結があったとされている²¹⁰⁾。しかし、委任²¹¹⁾や信義則²¹²⁾を理由とした

205) U. Stein, S. 36.

206) Ibid.

207) RG HRR 1934, 616 は、退任取締役員が取締役の地位を明確に失っていることを理由に、その者の刑事責任を否定した。これに対して、RG SeuffArch. 93, 310, 312 (Nr. 30) は、退任取締役の職務行為を会社が受け入れていることは、契約を認定するのに十分であるとしたが、例えば、Geßler/Hefermehl, § 93 Rdnr. 8 は、退任役員を、その事実上の活動を根拠として、事実上の機関として取り扱おうとする (U. Stein, Kap. 2 Fn. 13)。

208) RGSt. 72, 187, 191.

209) U. Stein, S. 36 f.

210) Vgl. z.B. RGSt. 16, 269, 271 ; RGZ 152, 273, 277 ; RG SeuffArch. 93, 310, 312 (Nr. 30). Jarzembowski, S. 104 (ebenso BGHZ 10, 187, 194=NJW 1953, 1465, 1466 für die Verlängerung der Bestellung) は、取締役員の黙示の選任の可能性について、説得的な理由で反対する (U. Stein, Kap. 2 Fn. 15)。

211) RG Recht 1909 Nr. 2938 für den GmbH-Geschäftsführer.

212) RGSt. 64, 81, 84 ; vgl. auch RG HRR 1936, 1176 ; ähnlich Jarzembowski, S. 104 ; Golling, S. 22f. ; ebenso für den Anstellungsvertrag des Vorstandsmitglieds BGHZ 65, 190, 194=NJW 1976, 145, 146 ; ähnlich auch schon BGHZ 10, 187, 193=NJW 1953, 1465, 1466. Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11 は、信義則を明確に根拠としていないが、民法 242 条 (債務の履行に信義則を要求する) から引き出される《venire contra factum proprium》(自己の行為に反することの禁止)を理由とする、すなわち、みずから会社の業務執行に関与し、社員の承認のもとに、有限会社のために対内的・対外的に活動する者は、会社の危機に際して、選任行為の瑕疵を援用することは許されず、自己の行為について責任を負う、とすることによって、事実上の機関の地位を理由づけるのである (U. Stein Kap. 2 Fn. 17)。

い業務執行が、帰責事由とされているものもある。BGにも、事実上の機関の地位を契約的に説明するものもある²¹³⁾。例えば、会社の承認のもとに活動がなされるならば選任があったとみるのに十分であるとし²¹⁴⁾、また、取締役員の任用について監査役の了知があれば、事実上の機関の契約義務を認める十分な理由があるとする²¹⁵⁾。しかし、事実上の機関を承認する根拠として、一般的にあげられるものは、瑕疵のある継続的關係を限定的に承認する場合の法原則であり²¹⁶⁾、しかも瑕疵のある雇傭関係²¹⁷⁾及び瑕疵のある組合（会社）関係が²¹⁸⁾援用されるのである。そして、最後に、特別の事情を考慮してであると前置をしながら、U. Stein は、「支配と責任の統一」(Einheit von Herrschaft und Haftung) という組織法的原理もまた²¹⁹⁾、事実上の機関に機関責任を適用するための理由とされる、という²²⁰⁾。私が、コンツェルン指揮の責任追及において、事実上の機関という法的構成に注目するのは、ほかでもなく、

213) U. Stein, S. 37.

214) Vgl. z.B. BGHSt. 3, 32, 36 ; BGHSt. 6, 314, 315=GmbH-Rdsch. 1955, 43 mit Anm. Vogel.

215) BGHZ 41, 282, 287=NJW 1964, 1367 ; ähnlich Baumbach/Hueck, § 93 Rdnr. 5.

216) Vgl. z. B. Reich, DB 1967, 1663, 1666 ; Golling, S. 23 f.

217) Gerlach, AG 1965, 251, 255 ff., 257 ; ebenso Jarzembowski, S. 103 mit weit. Nachw.; ebenso Möhring/Nirk/Tank, Band 1, Tz. I 235 ; Baumbach/Hueck, § 84 Rdnr. 7 ; Geßler/Hefermehl, § 84 Rdnr. 134 mit weit. Nachw.; vgl. auch Becker, S. 52 ; Kölner Kommentar/Mertens, § 84 Rdnr. 23.

218) Becker, S. 52 ; Golling, S. 23 ; Kölner Kommentar/Mertens, § 84 Rdnr. 23.

219) U.H. Schneider, BB 1981, 249, 257 ; Reh binder, ZGR 1977, 581, 640 und ZGR 1976, 386, 392 ; Wiedemann, Herbert, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung, JZ 1976, 392, 393 ; in diesem Sinn wohl auch Emmerich, Volker, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 6. 1975—II ZR 23/74—, BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191 (ITT), JuS 1976, 54 ; ähnlich Reich, DB 1976, 1663, 1666 (藁人形の場合)。極めて広い機関概念から出発するスイスの判例・学説においては、「支配と責任の統一」は事実上の機関の機関責任のための根本的論拠である。例えば、Forstmoser, Festschrift Meier-Hayoz, S. 125 は、「機関責任を適用する根拠は、会社の運命に事実上の影響を与えるということであり、このことは、事実上の影響力を無責任に行使用する者はすべてそのための責任を負うということを要求するのである」と述べる (U. Stein, Kap. 2 Fn. 23)。

220) U. Stein, S. 37.

事実上の機関

U. Stein の最後にあげる場合においてであるのはいうまでもないであろう²²¹⁾。

(3) 会社機関としての事実上の活動 (Tätigwerden) 事実上の機関の法的地位を事実上の選任行為があったとして説明することが適当でないとすると、会社機関としての事実上の活動をもって、その根拠とせざるをえない²²²⁾。U. Stein によれば、この意味においての事実上の会社機関の内容及び範囲については、説がおおいに分かれている²²³⁾。

最狭義の説によれば、ある者が正規の機関職務のすべてを担当するが、その者には正式の資格が欠落している場合に、その者が事実上の機関とされるのである²²⁴⁾。この場合に、(1) 機関への形式的選任がたんになされていないか、(2) 会社の内部関係が最初から藁人形的構成になっているか²²⁵⁾、(3) 第三者が正規の機関員の職務を奪取するということが諸事情から生じているか²²⁶⁾、

221) 注64) 参照。

222) スイス法の解釈によれば、事実上の選任行為は重要ではない。なぜならば、機関の概念は、選任行為による形式的な機関の地位と事実上の機関の地位とを包摂するからである。(事実上の) 機関としての事実上の地位は、会社事務への効果的影響力にもとづくものである (vgl. z. B. BGE 102 II 359 f.; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 1980, § 2 N 21 sowie die ausführliche Darstellung des Meinungsstandes bei Forstmoser, Festschrift Meier-Hayoz SS. 125, 132 ff.) Gehrig, S. 19 によれば、スイス法においては、一般に事実上の機関とみなされうるのは、その活動が無効な選任行為にもとづかない者のみである (U. Stein, Kap. 2 Fn. 24)。

223) U. Stein, S.38 ff.

224) Vgl. z. B. BGH NJW 1974, 57=GmbH-Rdsch. 1974, 7; RGSt. 71, 112, 113; BGHSt. 3, 32, 33; BGH bei Helan, GA 1971, 36; BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61; BGH bei Holtz, MDR 1980, 453; BGHSt. 6, 314, 315=GmbH-Rdsch. 1955, 43; BGHSt. 21, 101=NJW 1966, 2225. BG は、この判決において、この原則は民事法においても同様であると明示している (S. 105)。Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 18; Scholz/Karsten Schmidt, § 64 Rdnr. 4, 35. Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 15 は、批判的であって、責任に関して、ある者が業務執行者に単に継続的に影響を与えていたにすぎないか、またはその者が業務執行者として有限会社の営業を指揮していたかを区別しない。刑法的観点からさらに限定するものとして、Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 15 und 17 があり、これによれば、明示的に選任された業務執行者が藁人形にすぎないとき又は業務執行者が完全に欠落しているときにのみ、事実上の業務執行者の刑法上の責任が認められるのである (U. Stein, Kap. 2 Fn. 25)。

- 225) Reich, DB 1967, 1663, 1666, 1667 ff. も、藁人形の場合に背後者を事実上の機関と認めるが、瑕疵のある選任の場合と異なりここでは、機関に関する規定の適用を限定的に許す。「民事法上は、背後者には機関に関する規定が類推適用されるが、刑事法上は、背後者には機関に関する責任規定は適用がない」(U. Stein, Kap. 2 Fn. 26)。
- 226) 藁人形に関するものとして次の判例がある (U. Stein, Kap. 2 Fn. 27)。

BGHSt. 3, 32, 37 は、藁人形的構成について、こう述べる。「かれは……選任されて……いなかったとしても、事実上、業務執行者の地位を保持していた。かれは……業務の中核を占め、すべての業務上の処置はかれに発し、かれは業務の経過全体に決定的影響力を行使した。かれは……業務執行者として対外的に……も現われた……。」

BGH bei Herlan, GA 1971, 36 も、事実上の藁人形関係を基礎とするものであるが、「事実上の業務執行者」の地位に関して、こう述べる。「……被告が、当該有限会社の実事上の業務執行者であったことについては、いかなる疑問も生じえない。かれは会社の設立に従事し、資本及び議決権を支配した。かれは、会社に決定的な影響力を行使し、対外的業務のすべてを独断で指揮し、信用関係を指導した。すなわち、かれは《最終的に決定する決定者》であった。かれは業務執行者として現われ、共同経営者及び得意先にも、そのように思われていた。かれは 実質的に業務執行者であった。かれの報酬は他の社員の報酬を超えていた。他の社員が、登記簿上は業務執行者であったが、被告の指揮に従属していた。被告は、《正式の業務執行者や登記上の主社員の承認のもとにかれの優越的地位》を行使した。主社員は、被告にその立場を《譲り、ただ官庁や債権者に対して》のみ、藁人形的に被告を隠蔽した。」

BGHSt. 21, 101=NJW1966, 2225 は、株式会社の単独株主が取締役員を藁人形として挿入した事件であるが、事実上の取締役としての単独株主の責任について、こう述べる。「なるほど、ここにおいても取締役員に他の者が形式的には選任されていた。しかしこれらの者はこの地位を実際には占めていなかった。営業の真の指揮者は被告であり、被告は、内部的に営業の組織を、外部的に営業活動及びその範囲を決定し、しかも細部に亘ってまで指図をしていた。正式に選任された取締役員は被告の使用人であったが、かれらは依然として使用人の地位にあって行動していた。かれらは以前と同様に営業の真の指揮には関与しなかった。正規の取締役員が、初めて固有の決定、すなわち、破産手続又は裁判上の和解手続の開始の申立をあえてしたとき、被告は、かれらを即刻解任し、かれの従者や料理人を後任にした。これらの者はかれの意思に従う道具にすぎなかった。」

正規の業務執行者でない者が事実上業務執行を行う場合に関する判例として、次のものがある (U. Stein, Kap. 2 Fn. 27)。

BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61 はこう述べる。「なるほど……妻のみが業務執行者として登記されていた。しかし被告は有限会社の業務を事実上指揮した。かれは、会社の設立事務を独断で処理し、営業の中核であるとともに頭脳でもあった……このことは、有限会社法81条 a の意味において、かれを——かれの妻と並んで——業務執行者とみなすのに十分である。」

BGHSt. 6, 314=GmbH-Rdsch. 1955, 43 は、機関への正式の選任がなされていなかった場合に関するが、こう述べている。「……被告は全社員の承認のもとに業務執

事実上の機関

によって異なる。ただ、機関としての事実上の活動が、会社又は権限を有する会社機関の承認のもとに行われることが必要である²²⁷⁾、と解されている。

狭義の説によれば、役職者と並んで、機関として会社の営業を指揮する者も事実上の機関と解されている²²⁸⁾。この説では、事実上の機関が業務執行を独占している必要はない²²⁹⁾。

広義の説は Herstatt 事件の判例である²³⁰⁾。この事件において、BG は、業務執行全般ではなく、個々具体的な業務執行の引き受けに、事実上の業務執行として、その義務及び責任を認める²³¹⁾。

行者代行の地位を有していた。かれは、長期に亘ってこの地位を事実上占め、それに伴い外部にもそのような者として現われた。」

227) 注194) 参照。

228) Vgl. z. B. BGHSt. 31, 118, 121 f.=NJW 1983, 240, 241; BGH bei Holtz, MDR 1981, 100; BGH GmbH-Rdsch. 1958, 179, 180; Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11 f.; Goutier/Seydel, § 64 Anm. 9; ähnlich Hefermehl, Freundesgabe Hengeler, SS. 88, 92. Hefermehlによれば、「社員が、実際に業務執行者であるという程に、有限会社の指揮活動を独立して行うときにのみ、その者に——業務執行者と同様に——会社運営上のすべての事柄に保証人として責任を負わす、したがって機関として責任を負わすのが妥当である。」正規の業務執行者と並んで事実上の機関の責任を取り扱うものとして、BGHSt. 3, 32 und BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61 がある。もっともこれらの事件においては、事実上の機関が単独で業務執行の権限を行使したのであり、業務執行者は藁人形にすぎなかった(注226) 参照) (U. Stein, Kap. 2 Fn. 29)。

229) 刑事上の観点から検討するものとして、Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 16 f. がある。この立場は、事実上の業務執行者と並んで適法な業務執行者が存在するときには、この者を処罰すればよいとして、事実上の業務執行者に罰則を類推適用することを認めない (U. Stein, Kap. 2 Fn. 30)。

230) BGHZ 75, 96, 106 f.=NJW 1979, 1826 und BGH NJW 1979, 1829; zustimmend Ulmer, KTS 1981, 469, 490; anders noch die Vorinstanz OLG Köln AG 1978, 17, 23. Herstatt 判決による判例の展開については、Karsten Schmidt, Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1980, 328, 329 参照 (U. Stein, Kap. 2 Fn. 31)。

231) すでに ITT 事件においても、BG は、過半数所有社員が会社に損害を与える業務執行を指示したのに対して、通説に従い、事実上の業務執行という観点から、この社員の責任を認めた (BGHZ 65, 15, 21=NJW 1976, 191)。Herstatt 事件において、BG は、ITT の判例を含め従来の判例を厳しすぎるとして、個々具体的な業務執行の引き受けに、事実上の業務執行の責任を認めるのに十分である、と判旨したと思える (BGHZ 75, 96, 106 f.=NJW 1979, 1823)。これに対して、株式法に関するものであるが、Kölner Kommentar/Merten, § 93 Rdnr. 7 は、法上管理機関員に帰属す

学説では、BGのITT事件²³²⁾の判例を引用して、「会社の業務執行への決定的影響力が、その影響者に事実上の業務執行者として機関義務の遵守を要求し、したがって、その義務違反について責任を負わずのに十分である²³³⁾」という立場が代表的である、といえる。BGも、民法826条²³⁴⁾の要件のもとにおいてのみであるが、業務執行への影響力を理由に非機関に対する賠償請求を認め²³⁵⁾、従来の判例に対する学説の批判²³⁶⁾に依えて、事実上の業務執行を理由とする機関責任を認めた²³⁷⁾。

最後に、過半数所有社員又は支配的コンツェルン会社は、業務執行への個別

る指揮・監督権を行使する者に株式法93条の責任を認めない (ebenso für die GmbH Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 17)。しかし、機関に留保されている行為を引き受けて、業務執行者として行動する者が、諸般の事情から生じたときには、有限会社法43条の責任を否定すべきではない (vgl. auch Mertens, Festschrift Fischer, SS. 461, 466) (U, Stein Kap. 2 Fn. 32)。

232) BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191.

233) Fischer, Robert, GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 1978, § 64 Anm. 2 d (有限会社業務執行者の破産申立義務に関して); Scholz/Karsten Schmid, § 64 Rdnr. 35 mit Nachw. auch bezüglich abweichender Meinungen; ders., Konkursantragspflichten bei der GmbH und bürgerliches Deliktsrecht, JZ 1978, 661, 666; Scholz/U.H. Schneider, § 43 Rdnr. 15; ders., BB 1981, 249, 257; Wiedemann, JZ 1976, 392, 393; Immenga, Ulich, Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg v. d. H. 1970, SS. 277 f., 283; ders., Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschenden Einflusses? ZGR 1978, 269, 276; Flume, Werner, Der Gesellschafter und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und die Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung, ZHR 144 (1980), 18, 31 は、社員が総会での議決権行使を除いて業務執行に影響を与えるときには、少なくとも、その社員の損害賠償責任を問題としてよい、とする。これに批判的なのは、Westermann, Harm Peter, GmbH-Konzernrecht kraft richterlicher Rechtsfortbildung? GmbH-Rdsch. 1976, 77, 79 であり、反対するのは、Hachenburg/Ulmer, § 64 Rdnr. 11 f.; Goutier/Seydel, § 64 Anm. 9 (社員が業務執行に極めて大きな影響力を有する場合にも、義務をかすのに反対である); Scholz/Tiedemann, § 84 Rdnr. 16 f. (憲法上の類推禁止の観点から、業務執行に影響を与える過半数所有社員の刑事責任を問うるのは、少なくとも事実上の任用行為が——社員の承認のみにもつくものであれ——確認されたときのみであるとする) である。Ähnlich Klug, in: Hachenburg, 6. Aufl. 1959, § 81 a Anm. 4 und für den faktischen Vorstand der Aktiengesellschaft Klug, Aktienstrafrecht, § 399 Anm. 5. (U. Stein, Kap. 2 Fn. 34)

234) 西ドイツ民法826条は、良俗違反の加害行為に関する賠償責任を定めている。

235) BGHZ 31, 258, 278=NJW 1960, 286=LM § 2 GmbHG Nr. 4 mit Anm. Fischer;

的・具体的な指揮をしたにすぎない場合でも、事実上の機関として責任を問われうる。なぜならば、これらの者は指揮によって、業務執行を独占するからである²³⁸⁾。会社の業務執行への決定的影響力が業務執行者としての責任を生ぜしめるならば、指揮力＝影響力が制度的に確立しているコンツェルン関係において、コンツェルン指揮者の責任が問われるのは当然であろう。

(4) 事実上の機関とみなされる人的範囲　事実上の機関の地位の理由づけの相違は、当然に、事実上の機関たりうる人的範囲の違いをもたらすのである

vgl. auch BGH NJW 1974, 57=GmbH-Rdsch. 1974, 7.

236) Z.B.Konow, Karl-Otto, Gesellschafter-Haftung für die Verkürzung der Konkursmasse, GmbH-Rdsch. 1975, 104, 105 f.; Pleyer, Klemens, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14. 12. 1959—II ZR 187/57—, BGHZ 31, 258=NJW 1960, 285, GmbH-Rdsch. 1960, 44, 45 ; Kühn, Günter, Die Konkursantragspflicht bei Überschuldung einer GmbH, die schuldhafte Verletzung dieser Pflicht und der sich daraus ergebende Schadensersatzanspruch gegen die Geschäftsführer, Gesellschafter und Dritte.—Zugleich ein Beitrag zum Problem der unterkapitalisierten GmbH, Diss. Münster 1969, S. 155 ; Reh binder, ZGR 1976, 386, 392 ; Wolany, Josef, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964, S. 115 ; Immenga, S.280 f.; Klarsten Schmidt, ZIP 1980, 328, 329 ; Fischer, § 45 Rdnr. 2 ; Scholz/Karsten Schmidt, § 64 Rdnr. 35 ; vgl. Sonnenschein, Jürgen, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, Baden-Baden 1976, S.150 ff.; Ulmer, Peter, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 5. 6. 1975—II ZR 23/74—, BGHZ 65, 15=NJW 1976. 191 (ITT), NJW 1976, 192, 193.

237) BGHZ 75, 96, 107=NJW 1979, 1823, 1826 und BGH NJW 1979, 1828. 同様に, BGHSt. 21, 101, 107=NJW 1966; 2225, 2226 も、すでに支配的コンツェルン会社について、こう判旨している。「支配企業の影響力は、この企業の所有者又は指揮者が従属株式会社の取締役員に選任されることによって行使されることができる。この者が取締役に関する株式法の規定、したがって取締役の刑事責任に服することについては、なんら疑問がない。この者が、支配企業から被支配株式会社に正式の取締役として派遣されることなしに、指揮することによって、支配企業が影響力を行使する場合にも、事情は異ならない」(U. Stein, Kap. 2 Fn. 37)。

238) Z. B. Emmerich, Jus 1976, 54 ; Schilling, Festschrift Hefermehl 1976, SS, 383, 385 f.; Emmerich/Sonnenschein, S. 240 ; Reh binder, ZGR 1977, 581, 640 f. Reh binder, ZGR 1976, 386, 392 によれば、上位会社は、具体的指示の際に業務執行者に代って違法に行動するのであるから、そのとき、業務執行者に属する義務に拘束されることになる。これに対して、U.H.Schneider, BB 1981, 249, 257 は、個別的な処置への指示を責任原因とはみず、第三者が「あたかも機関であるかのように」事実上指揮することが必要であるとする (ebenso Hachenburg/Ulmer, §64 Rdnr. 11, 12 :

が、U. Stein によれば、次の三つが考えられる²³⁹⁾。

第1説は、形式的に解する立場であり、機関としての職務を行っているが、その者の選任行為に瑕疵がある者が、事実上の機関たりうるとする。すなわ

Mertens, Festschrift Fischer, S. 461, 466)。Mertens は、「過半数所有社員が、業務執行者に代って活動し、法律又は定款によって排他的に業務執行者に帰属している権限を行使する場合に、有限会社法43条により、この者の事実上の業務執行者としての責任が問題になる。しかし、業務執行者への違法な影響力は——それが議決権の行使によってであれ、非公式な影響力によるものであれ——、いかなる責任も事実上の業務執行の法理によって理由づけるものではない」という (ebenso Hachenburg/Mertens, § 43 Rdnr. 13, 17)。スイス法においては、会社機関又は業務執行への影響力の種類・方法は、事実上の機関としての責任に関しては、無意味であることが認められている。スイス法の解釈によれば、OR 754 条 (業務執行・監査・精算より生ずる責任を定める) の株式会社の機関責任に関する規定にいう機関とは——OR 827 条 (株式会社の規定の有限会社への準用を定める) によって有限会社についても妥当する——、正式に管理機関員に選任された者 (正規の機関) のみならず、機関の権限を行うすべての者 (事実上の機関) を包含する (vgl. für alle von Greyerz, Christoph, Die Aktiengesellschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Achter Band, Handelsrecht, Zweiter Teilband, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 291; Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972, S. 652; Forstmoser/Meier-Hayoz, § 2 N 21; für GmbH Wohlmann, Herbert, Die Gesellschaft im beschränkter Haftung, in: Schweizerisches Privatrecht, Achter Band Handelsrecht, Zweiter Teilband, Basel/Frankfurt am Main 1982, S. 431)。機関責任を負わされる事実上の機関とは「会社の意思形成に決定的な形で関与し、会社法上の職務を独立に行使する者」である (so Forstmoser/Meier-Hayoz, § 25 N. 2)。同様に Meier-Wehrli, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer AG bzw. einer Bank gemäß Art. 754 OR/41 ff. BkG, Diss. Zürich 1968, S. 21 f. は、「独立して決定し、かつ会社にとって固有の職務を行う者」を事実上の機関と解する。Gehriger, SS. 19, 75 は、機能的考察方法が決定的であるとし、「それによれば、機関とは事実上決定的な方法で会社意思の形成に関する者」と解する。スイスの BG も、事実上の機関の地位の理由づけに同様な定義を使用し、「……かれは、効果的かつ決定的な方法で会社意思の形成に関与した」と判示する (BGE 81 II 223, 227, und BGE 87 II 184, 187)。BGE 107 II 355 ff. も同様であって、「機関に固有な決定に事実上関与するか又は固有の業務執行を行い、したがって会社の意思形成に決定的に関与する者」と判示する。したがって、機関の責任に関する規定は、固有の意味における機関員に適用されるだけでなく、—*qua definitionem*—公然と又は隠れて機関の権限を行使する者にも適用される。例えば、影の管理機関、背後者、支配企業の影の代表者又は支配企業自体が、機能的に管理機関の地位にある限り、事実上の機関とされるのである (U. Stein, Kap. 2 Fn. 38)。

239) U. Stein, S. 43 f.

事実上の機関

ち、事実上の機関であるためには、選任行為という形式が必要である、というのである。この立場に立てば、事実上の機関の人的範囲は明確になるが、その範囲が狭く限定されることになる。

第2説は、形式的な選任行為を不必要とし、会社における事実上の力関係によって決定しようとする立場であって、会社の業務執行への絶対的な影響力を有する地位にある者のみを事実上の機関と解する。この立場によれば、なによりも、過半数所有の株主もしくは社員又は支配的コンツェルン会社が事実上の機関であるとされる。

第3説は、第2説と同様に形式的な選任行為を不要とする立場であり、機関として活動することが会社により承認又は黙認されている者が事実上の機関であると解する。委任又は会社の黙認によって、機関の職務を担当することが許されている社員、使用人又は第三者が事実上の機関である。したがって、事実上の機関の地位の成立に会社の意思を必要しない者、換言すれば、第2説によって事実上の機関とされる者は、第3説によれば、これから除かれるのである。

判例は、刑事責任に関するものであるが、使用人又は代理人を事実上の機関とみなすか否かについて分かれている²⁴⁰⁾。

これを否定するものとして、まず、RGの判例がある²⁴¹⁾。RGは、有限会社の使用人が業務執行者の地位を事実上占め、したがってRGの認める事実上の機関の要件を充たしていたにもかかわらず²⁴²⁾、この者の機関としての刑事責任を否定した。RGは、社員又は監査役でない使用人、商業代理人及び支配人は、業務執行者に義務履行を強制する法的可能性を有しないことを理由とする。このため、有限会社の使用人には会社法上業務執行に影響を与えうる地位がない、ということが、判決の理由であるかとも考えられるのであるが、他の事件では²⁴³⁾、支配人を事実上の機関と認めているのであるから、この点、明

240) Ibid., S. 44 f.

241) RGSt 72, 187, 191 f.

242) 例えば、RGSt. 71, 112, 113 においては、帳簿を適法に作成しなかった支配人が、破産法240条1項1号の過怠破産罪により有罪とされた (U. Stein, Kap. 2 Fn. 40)。

243) 注242) 参照。

確ではない。

次に、BGも、初期の判例において、業務執行を担当した有限会社の代理人に事実上の業務執行者として、刑事責任を追及することを拒否した²⁴⁴⁾。BGは、事実上の機関として責任を追及されうる者は、機関の権限を行使する社員——たとえ同時にその者が会社の使用人又は代理人であっても²⁴⁵⁾——に限っていた²⁴⁶⁾。

しかし、近時、BGは、有限会社の事実上の業務執行者である使用人に刑事責任を認めた²⁴⁷⁾。これは、過半数所有社員でありかつ業務執行者である者の夫が、その有限会社にメッセンジャー及び守衛として雇用されながら、事実上妻とともに業務執行をしていたのであるが、社員でなかった、という事案である。

この点については学説は一致せず、会社の指導的使用人を事実上の業務執行機関として義務違反の責任を追及できるか、できるとすればその要件はどうか、について争いがある²⁴⁸⁾。通説は、使用人を——これらが機関の権限を行使しても又は業務執行者の地位を完全に占めても²⁴⁹⁾——機関義務者の範囲に含めることを拒否する。これに対して、反対説は、特に支配人及び商業代理人に、これらの者が事実上の機関の一般的要件を充足しているとき²⁵⁰⁾、または、

244) BGHSt. 14, 280, 281 f.=NJW 1960, 1677, 1678.

245) 例えば、BGHSt. 3, 32, 37 では、被告は総支配人 (Generalbevollmächtigter) であった (U. Stein, Kap. 2 Fn. 45)。

246) Z.B. BGHSt. 3, 32; BGHSt. 6, 314, 315=GmbH-Rdsch. 1955, 43; BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61; BGH bei Herlan, GA 1971, 36; BGHSt. 21, 101=NJW 1966, 2225; BGH NJW 1974, 57; BGHZ 65, 15=NJW 1976, 191; BGHZ 75, 96=NJW 1979, 1823; BGH bei Holtz, MDR 1980, 453.

247) BGHSt. 31, 118, 121 ff.=NJW 1983, 240, 241; vgl. aber auch BGH GmbH-Rdsch. 1958, 179, 180. 後の事件においては、社員でない使用人を、事実上の業務執行者代行として処罰することが、実際的理由から認められなかった (U. Stein, Kap. 2 Fn. 46)。

248) U. Stein, S. 45.

249) Reich, DB 1967, 1663, 1665 mit weit. Nachw.; Kölner Kommentar/Mertens, § 93 Rdnr. 7; § 92 Rdnr. 7 (一時的に取締役が存在しないときにも、指導的使用人は取締役の義務を負わない); Becker, S. 53 f.

250) Großkommentar/Meyer-Landrut, § 84 Anm. 18; ähnlich Teichmann/Köhler,

事実上の機関

業務執行機関に留保されている行為を具体的に担当するときに²⁵¹⁾、事実上の機関として責任を問いうる、としている。

3 事実上の機関の概念と法適用の結果との関係

以上のような総論的説明の最後に、U. Stein は、事実上の機関の概念的把握の相違が、法適用の結果に相違をもたらしているか否かを検討する²⁵²⁾。その結論は消極的である。

例えば、過半数所有社員又は支配的コンツェルン会社に、一定の機関義務違反の責任を認める立場は、業務執行への決定的影響力を事実上の機関の行為要件と認めることを前提としている。また、刑法上の学説が、事実上の機関の概念を厳格に定義することが、刑法の規範適用の限定的傾向に一致している。しかし、前者においては、「指揮と責任の統一」という会社法の一般的原則から業務執行を支配する過半数所有社員の機関責任が導かれているのであって、業務執行への影響力をもって事実上の機関の行為要件とすることによってのみ、機関責任が認められているのではない²⁵²⁾。後者においては、刑法における类推禁止の憲法的原則から、具体的規定と関連して事実上の機関の定義をせざるをえないのであって、事実上の機関の定義の厳格性が、適用規定を限定しているのではない²⁵³⁾。

事実上の機関は、具体的な規定との関係において定義されるのであって、これに関する一般的定義を前提として、適用される法規の範囲が決定されるのではない。逆に、個別・具体的な規範の拡張的適用のために、説得力を有する原則として、事実上の機関という概念が利用されているのである。事実上の機関という概念は、それを前提として一定の範囲の者の機関責任を認めるという一

§ 83 Anm. 2 d unter Berufung auf RGSt. 71, 112 (取締役が欠けた場合に、使用人が会社の指揮を独占的に掌握した事案である (U. Stein Kap. 2 Fn. 48))。

251) Hachenburger/Mertens, § 43 Rdnt. 17. 事実上の機関の人的範囲についてのスイス法上の解釈については、注238) 参照。

251) U. Stein, S. 46 ff.

252) 注219), 233) 及び238) 参照。

253) Vgl. z. B. RGSt. 16. 269, 270 f.; RGSt. 71, 112; BGHSt. 3, 32, 39; BGHSt.

般原則に関するものではなく、具体的な法規や事案と関連して責任者を確定するためのものなのである。

このように、事実上の機関の法的地位には一般的法原則が伴うものではないのであるが、ただ、瑕疵のある労働関係、設立に瑕疵のある組合（会社）又は一般的に瑕疵のある継続的法律関係に一定の範囲において法的効力を認めんとする原則と関連して事実上の機関の法的地位が取り扱われる限り、問題は、事実上の機関とその法的効果という形で提出されることができる。ここにおいてのみ、法制度としての事実上の機関が成立しうるのである。

以上は、U. Stein の総論的結論の趣旨を要約したものであるが、一般的な法制度としての事実上の機関については、U. Stein は消極的である。しかし、U. Stein も、「指揮と責任の統一」あるいは「指揮と責任の相関」という会社法上の原則を貫くために、事実上の機関の果たす役割を認めているのである。コンツェルン指揮の責任の問題は、まさに指揮と責任とが乖離しているコンツェルン関係において、この統一又は相関をいかにして回復するかにある。事実上の機関の理論に、これを求める方法論が、間違っていないことを、はからずも U. Stein は認めているといえよう。（1987年7月27日稿）

6, 314, 315=GmbH-Rdsch. 1955, 43; BGH GmbH-Rdsch. 1955, 61; BGH GmbH-Rdsch. 1958, 179 f.; BGHSt. 31, 118=NJW 1983, 240. Scholz/Tiedmann, § 82 Rdnr. 12, § 84 Rdnr. 13 ff.; Tiedeman, Klaus, Strafrechtliche Grundproblem im Kartellrecht, NJW 1979, 1849, 1851; ders., Grundfragen bei der Anwendung des neuen Konkursstrafrechts, NJW 1977, 777, 779 f.; Klug, Aktienstrafrecht, § 399 Anm. 5. もちろん、事実上の機関の刑法的概念を——少なくとも定義によれば——一般的に述べる判例もないではない。例えば、BGHSt. 3. 32 は、その第2判旨において、「正式に選任されず又は商業登記簿に登録されていないが、社員の承認のもとに業務執行者の地位を事実上占める者も又業務執行者である」とする (ebenso BGH bei Holtz, MDR 1980, 453, und bei Herlan, GA 1971, 36)。RGSt. 64, 81 も、その第2判旨において、一般的な形で「株式会社の取締役の刑事責任は、その選任の有効性に依存するか」という問題を提示している (U. Stein, Kap. 2 Fu. 52)。