

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

——アメリカ法およびドイツ法を中心として——

——コンツェルン関係における大株主の責任(9)―(1)——

青 木 英 夫

一 序 論

1. アメリカにおける法人格否認の法理の展開

1) 緒説 ニューヨークにおける法人格否認の事件について研究をした後に、Powell は、「子会社が親会社に事実上支配され、子会社が親会社の単なる道具に過ぎないときは、親会社の責任が生ずる」¹⁾とする、いわゆる《instrumentality-rule》を1931年に発表した。Powell の主張は、《Lowendahl v. Baltimore & Ohio R. R.》事件²⁾において、裁判所によって採用され、三段階のテストまたは三要素が定式化され、その後、多数の州裁判所や連邦裁判所の判決に継承された³⁾。Lowendahl 事件によると親会社は、次の要件の下に、子会社の債務について責任を負う⁴⁾：

① 過度の支配行使 株式の単なる多数または完全支配ではなく、当該行為に関して財政のみならず政策および営業慣行を支配し、その結果、その行為

1) Fredrick J. Powell, Parent and Subsidiary Corporations, 1931, § 3.

2) 247 A. D. 144, 160~61, 287 N. Y. S. 62, 76 (1st Dept.), aff'd, 272 N. Y. 360, 6 N. E. 2d 56 (1936). 《instrumentality-rule》に関する判例は、Powell の定式よりもむしろ Lowendahl 事件における定式を使用する傾向がある (see Philip I. Blumberg, The Law of Corporate Groups, 1987, § 6. 02 note 3).

3) Vgl. Heiner Drücke, Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft, 1990, S. 12 f.

4) See Blumberg, supra fn. (2), § 6. 02; vgl. Drücke, a. a. O.(Fn.(3)), S.13.

に関して、その会社が、その時に、独立の意思または存在を有しなかったほどの完全な支配があること、

② 不正または不公正な行為 上記の支配を利用して、被告が、詐欺または不法を犯し、制定法その他の法定義務に違反しまたは原告の法的権利に反する不正直かつ不正の行為をしたこと、

③ 原告の損失との因果関係 上記の支配および義務違反が、提訴された権利侵害または不正の損害の主因とされること。

次に、上位会社の完全支配を証明する事実として、Powell の研究を参照しつつ、裁判所が展開したのは、以下の事項である⁵⁾：

- ① 親会社が単独社員または多数派持分権者であること、
- ② 親会社および子会社が共同の業務執行者を有すること、
- ③ 親会社が子会社に資金を提供していること、
- ④ 親会社が子会社を設立したこと、
- ⑤ 子会社が過少資本であること、
- ⑥ 親会社が子会社の賃銀その他の支出・損失を負担すること、
- ⑦ 子会社は、本来的に親会社とのみ営業関係を有するにすぎず、または親会社から譲渡された以外の資産を有しないこと、
- ⑧ 親会社の営業報告書その他において、子会社が親会社の一営業部門として記載されるか、または子会社の債務が親会社の債務とされていること、

5) これらは、カリフォルニアの《two-prong-test》と大体において一致している (vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 13)。これは当然であって、《two-prong-test》は《alter-ego-test》とも呼ばれ、法人格否認に関する判例は、《instrumentality-rule》、《alter-ego-test》および《identity-rule》の三つの異なったテストに主として区別されるが、これらは、その定式化において異なっているにもかかわらず、その本質において同一であって、ほとんどの裁判所が、一般に、これらを互換性があると考えているのである (see Blumberg, supra fn. (2), § 6. 01)。《identity-rule》も Powell の理論に起因するものであるが、裁判所は次のように述べている (see *Zaist v. Olson*, 154 Conn. 563, 576, 227 A. 2d 552, 558 (1967))：

「会社の独立性が、事実上失われまたは最初から存在しなかったほど《a unity of interest and ownership》があったことを、原告が証明できるならば、独立の存在であるという擬制に固執することは、正義・公平に反して、全企業のための一会社の営業から生じた債務から、当該経済的統一体が免がれることを許すに資するのみであろう。」

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

⑨ 親会社が子会社の資産を自己の資産と同様に使用すること、

⑩ 子会社の業務執行者が、子会社のために独立して行為せず、親会社の指図に従い、親会社のために行為すること、

⑪ 親会社が子会社に関する法的手続を尊重しないこと。

しかし、これらの事実のうちいくつ証明されれば、また、どのような事実の組合せが証明されれば、親会社の責任が生ずるかについて、裁判所は明らかにしない⁶⁾。ただ、これらの事実から、事件をグループ分けして、各グループにおいて、法人格否認について、十分条件でないとしても、なにが必要条件的事実であるか、および親会社の責任に関して決定的意義を有する事実はなにか、を明らかにすることは可能である⁷⁾。

2) 法人格否認の法理に関する三つのアプローチ 法人格否認の事件は、次の三つに分けることが提唱されている⁸⁾：

① 過少資本、

② 会社・社員間もしくは会社間における資産の混和または法上独立な会社としての外観の喪失（混和、会社手続の無視）、

③ 支配社員または支配会社による 会社の 財産的損害（搾取 または 資産略奪）。

そして、親会社の責任が認められるためには、各グループ内において、会社債権者に対する関係において、なんらかの詐欺または不正が存在する必要がある⁹⁾。親子関係の存在 そのものによって、社員の有限責任が否定されない以上¹⁰⁾、これは当然である。

ところで、第三グループは、いわゆる事実上のコンツェルン関係に特有な分野である。これには二種あって、第一は単純な事実上のコンツェルンであり、

6) ここにおいても、《alter-ego-test》の場合と同様、個々の事件の事実を示しても、ほとんど役に立たないのである（vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 14 Fn. 54）。

なお、拙稿「法人格否認の法理とコンツェルン関係」獨協法学24号5頁以下参照。

7) Vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 15.

8) Vgl. ibid.

9) Vgl. ibid.

10) 拙稿・前掲注（6）、獨協法学24号6頁参照。

第二は加重的事実上のコンツェルンである。第一のコンツェルンにあっては、コンツェルン指揮は継続的・包括的に行使されるのではないから、個別的になされた指揮の責任が問われるのである。アメリカ法においては、この責任の法的根拠は、子会社およびその少数派社員に対する忠実義務違反である¹¹⁾。そして、その際、義務違反の評価基準となるのは、《fairness-test》、《business judgement rule》、《at-arm's-length-test》であり、《intrinsic-fairness-test》である。法人格否認の法理の本来的な適用分野と異なるとも考えられる。第二のコンツェルンは、指揮が継続的・包括的に行われるコンツェルンであって、コンツェルン事実が加重されている意味において、加重的コンツェルンといわれるものである。アメリカ法において確定していることは、継続的・包括的支配のみでは、親会社の責任を発生させないことである¹²⁾。支配に追加して、親会社に「詐欺」、「不正」、「不公正」または「道義的有責性」という非難を負わしめることが必要である。大胆な発言を敢えてすると、このことは二つのことを意味する。第一は、このような道義的有責性の存在する場合は、「過少資本」または「財産・業務の混和」の事例に入るのではないか、ということである。第二は、コンツェルン関係において、法人格否認の法理は特に有用ではない、ということである。

以上のことから、法人格否認の法理に関しては、第一および第二グループに限定して研究することが、視点を明確にする上において妥当ではないか。そこで、法人格否認の法理へのアプローチを再整理すると次のようになる：

- ① 過少資本、
- ② 資産の混和、
- ③ 業務の混和。

この整理の妥当性は、次のドイツ法を概観することによって、明らかとなる。

11) Vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 103.

12) Vgl. *ibid.*, S. 15.

2 ドイツにおける摘出理論の展開

1) 学説 周知のように、ドイツにおいては、Serick の比較法的研究以来、摘出理論のテーマの下に活発な議論が展開された。

摘出理論のポイントは、「独立な法主体としての会社とその社員との分離がいつ排除されるか」についての統一的原則を見出すことに、本来、置かれていた¹³⁾。Serick は、これを法人格の主観的濫用に求めた¹⁴⁾。しかし、摘出理論に関する議論が深まるにつれ、一般に承認されるようになったのは、問題の解決を、一般に認められた責任制度、すなわち、信頼責任、外観責任、さらに補足的に公序違反による損害（民法 826 条）などの制度を利用して、全部的または部分的に図るということであった¹⁵⁾。濫用学説といわれる、超実証的な一般原則については、ドイツの学説の趨勢は否定的であった。

一般に認められた責任制度によっては、会社債権者の保護を期し難いときには、どうすべきか。ここに登場するのが規範目的説である¹⁶⁾。規範目的説は、株式法および有限会社法の規定の趣旨が、社員によって無視される場合に、その規定と機能的に結合する法人の社員からの独立化を否定する。例えば、資本に関する規定の趣旨が否定されるとき、それと結合した有限責任の原則を否定するのである¹⁷⁾。

2) 判例 判例は、法人の独立性を認めることが信義則違反を生みだすときや、法人とその背後に立つ自然人との法的分離の主張が権利濫用となるとき、独人の独立性を否定する¹⁸⁾。判例も、特定の摘出理論に捉われることなく、問題の解決を図っているのである¹⁹⁾。

13) Vgl. *ibid.*, S. 16.

14) Vgl. Rolf Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955, S. 203. なお、拙稿・前掲注 (6), 獨協法学 24 号 8 頁参照。

15) Siehe die Literaturnachweise in: Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 16 Fn. 6.

16) Vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 17.

17) Vgl. *ibid.*

18) Vgl. BGHZ 20, 4, 11; 26, 31, 37; 54, 222, 224.

19) Vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 17.

3) 摘出理論に関する三つのアプローチ 判例および通説は、統一的な摘出理論の採用には疑問であって、事件を次の三つのグループに分けて、問題を解決するのを好む²⁰⁾：

- ① 過少資本,
- ② 資産の混和,
- ③ 業務の混和。

ドイツ法においては、コンツェルン関係においては、株式法 291 条以下において、債権者保護のために、親会社について、極めて詳細な責任制度が設けられている。有限会社に関しては、株式法の慎重な類推適用によって、同様な債権者保護が図られている²¹⁾。

3 本稿の目的

本稿は、法人格否認の法理に関して、「資産の混和」および「業務の混和」を取り上げ、アメリカ法およびドイツ法を中心に、比較法的研究を行うことを目的とする。「過少資本」については、別稿で²²⁾取り扱ったので、本稿の中心的テーマからは除外する。

二 アメリカにおける資産および業務の混和と社員の有限責任

1 資産の混和と社員の有限責任

1) 緒説 アメリカの判例は、資産混和と業務混和とを概念的に区別していない²³⁾。しかし、大量の事件事実を基礎に、両責任分野について、正確に責

20) Vgl. BGH WM 1961, 1103, 1104.

21) Vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 18.

22) 拙稿「過少資本と社員の有限責任」堀口先生退官記念論集所収。

23) In re Palmer Trading Post, 695 F. 2d 1012, 1013 f. (7th Cir. 1982); Vuitich v. Furr, 482 A. 2d 811, 817 (D. C. App. 1984).

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

任要件を区別して述べることは可能である²⁴⁾。

2) 資産混和の要件事実 (1) *Penick v. Frank E. Basil, Inc. of Delaware*, 579 F. Supp. 160 (D. D. C. 1984).²⁵⁾ 事件は、子会社の旧被用者が親会社に雇用契約違反の責任を追及したものである。旧被用者は親会社の指導的職員が行った被用者募集に応募したのであった。しかし、口頭および書面での交渉の最初から、子会社での仕事に従事することが明らかであった。したがって、裁判所は契約相手方が子会社であることを全然疑わなかった。親会社の責任が成立するか否かは、両会社間の関係いかに係った。親会社は、契約上、子会社にそのプロジェクトを実施するのに必要な財政的・技術的・組織的援助をする義務を負っていた。裁判所の確認したところによれば、この契約は独立当事者間取引 (at arm's length) であった。すなわち、親会社は自己の給付について原則として計算書を交付し、子会社はこれを取り決め通り支払った。両会社の計算はきちんと分離して行われていた。裁判所は親会社の責任を認めなかった。

(2) *Washington Nat. Corp. v. Thomas*, 570 P. 2d 1268 (Ariz. App. 1977).²⁶⁾ この事件においては、親子会社間により強力な資産的結合が成立していた。子会社は毎年10万ドルの損失を出し、親会社がこれを填補していた。子会社は姉妹会社のために高価な役務給付をし、これに対して報酬が支払われないことが明らかであったから、このことは予想されていたと考えられた。裁判所が親会社の責任を認めた理由は、親会社の定期的援助ではなく、子会社の損失が計画的にプログラム化されていたことである。

(3) *Amsted Industries, Inc. v. Pollak Industries*, 382 N. E. 2d 393 (Ill. App. 1978).²⁷⁾ (i) 事件の内容 被告はA会社およびB会社の100パーセント所有者であった。被告はA会社の取締役社長であった。A会社および

24) 両要件を明確に区別するのが、*Amsted Industries, Inc. v. Pollak Industries*, 382 N. E. 2d. 393, 395 (Ill. App. 1978) in: Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 62 Fn. 5 である。

25) 以下の説明については、vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 62.

26) 以下の説明については、vgl. *ibid.*, S. 63.

27) 以下の説明については、vgl. *ibid.*, S. 63 ff.

B会社は、同一の住所・事務所・取締役・業務担当役員を有していた。両会社の重要な営業の決定は、すべて、事前に 被告に 相談してのみ行われた。被告は、月 100 ドルの賃料で、3 万ドルの事務用家具を両会社に貸与していた。被告は両会社の唯一の出資者でもあった。しかし、逆に、被告は、無担保・無利息で、A会社から融資を受けていた。原告はB会社に 6 万 5 千ドルの商品を納入した機械製造会社であった。原告の明らかにしたところによると、商品代金はA会社の小切手によって支払われた。このような事情があったにもかかわらず、裁判所は被告の責任を認めなかった。単独社員が、同時に、会社の主経営者であることは、閉鎖会社においては稀ではなく、両会社は別々の銀行勘定と計算手続を有し、取締役会議も別個に開催され、被用者はそれぞれの雇用会社から賃銀の支払を受けていたからである。もちろん、A会社の小切手による支払ということは被告には不利な事実ではあるが、裁判所が強調したことは、「両会社間の関係をいかに高く評価しても、両会社の絡み合いが支配社員の責任を理由づけることはできない」ということである。被告の財産と両会社の資産との間の処理について、裁判所は一貫して調査し、こう判示した：「被告への融資は正規に記帳され、返済されている。被告が融資に関して市場で通常の担保を提供しなかったことは、被告の財産と会社の資産との混和を示すものではない。(記帳されない)会社資産の個人的利用については証明がなかった。被告と会社との間で、跡付けることのできない処理はなかった。全く名目的価格での事務用家具の賃貸は、いずれにせよ、特殊な出資と判断できる。」

(iv) 判決の評価 この判決は混和についての一般の定義を提供する。それによれば、財産・資産の主体間の財産・資産の個別的な譲渡は——市場的に異常でありまたは無償であったとしても——、親会社または単なる支配的社員の責任を発生させない。多数の判例²⁸⁾において指摘されている支配的社員による会社への融資または財政援助という要素、例えば、被用者の賃銀の支払または直接的な一時的無償援助は、カリフォルニアの《two-prong-test》における《a unity of interest and ownership》または《instrumentality-rule》

28) See cases in: Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 64 Fn. 13.

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

における「単なる道具」を認定するための一要素に過ぎないである。それだけでは支配的社員の責任を認める理由とはならない。「上位会社による債務の支払その他の下位会社への間接的融資が、上位会社の責任を発生させない」ということは、多数の判例²⁹⁾で繰り返し強調されていることである。ただ、会社が、契約交渉中に、社員の財産を会社の所有物として、契約の相手方に示した場合には、会社の破産の場合において、社員は、もちろん、自己の所有物であると主張することは許されない。この場合には、これは会社の資産として取り扱われるのである³⁰⁾。

逆に、支配社員への会社資産の個別的移転は、支配社員の無限定的代位義務を発生させない。もっとも、それが債権者を害する意図でなされた場合には、債務会社の債権者は詐欺的財産移転法 (fraudulent conveyance law) によって、破産のときには、返還を請求できる³¹⁾。コンツェルン内での資産の移転が行われ、それが記帳されず、跡付けが不可能であるとき、はじめて、財産混和が認定されるのである。

3) 会社の全債権者に対する責任³²⁾ 資産混和の場合には、裁判所は債権者をグループ分けしない。責任は、不法行為債権者および契約債権者に対して、区別なしに発生する³³⁾。これは当然であろう。なぜならば、契約債権者が、会社の支払能力について調査の機会があっても、資産混和を明らかにできないからである。親子会社間において商品の移転や給付があっても、これらは会社の帳簿に正規に記入されていないのである。契約締結後に行われる資産混和を予め計算に入れることは不可能なのである。継続的債務関係においても同様である。例えば、子会社に長期的に融資するメイン・バンクであっても、簿外の全

29) See cases in: *ibid.*, S. 64 Fn. 14.

30) *In re Kaiser*, 791 F. 2d 73, 76 (7th Cir. 1986).

31) 立証責任は子会社の債権者に在り、債権者は、子会社から親会社へ資産の譲渡が等価的対価なしに行われたことを証明しなければならない (*Lowell Staats Min. Co. v. Pioneer Uravan, Inc.*, 878 F. 2d 1259, 1265 (10th Cir. 1989) in: Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 65 Fn. 17)。

32) 以下の説明については、vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 65 f.

33) See *Hackney / Benson, Shareholder Liability Inadequate Capital*, 43 U. Pitt. L. Rev. 837, 888 (1982) ; *Blumberg, supra fn. (2)*, § 19. 09. 2.

く事実上の資産混和をチェックすることはほとんど不可能であろう。

4) コンツェルンにおける垂直的資産混和と水平的資産混和³⁴⁾ (1) 緒説
資産混和がコンツェルン姉妹会社間にとどまる限り(水平的資産混和の場合)、
コンツェルン親会社は子会社の債務を弁済する必要はなく、親子間の資産混和
があるときにのみ(垂直的資産混和の場合)、親会社は責任を負う。水平的資
産混和の場合には、一姉妹会社の債権者が他の姉妹会社の責任を追及すること
ができる。これが原則である。ところで、アメリカの判例においては、法人格
否認には、資産混和の他に「詐欺」、「不正」に該当する債権者利益の侵害の証
明が必要である。このことは、資産混和の判例において、子会社債権者が「資
産混和の結果、責任財産の減少が生じ、間接的に弁済受領の可能性が減少し
た」ことを証明しなければならないか否か、という問題を提出する。垂直的資
産混和と水平的資産混和に分けて検討することとする。

(2) 垂直的資産混和の場合: *Vuitich v. Furr*, 482 A. 2d 811 (D. C. App. 1984). 被告会社(病院)はA会社(救急診療所)の単独社員であり、両会社の社長B(医師)は被告の単独社員であった。Bは、A会社において原告の手術を担当し、医療過誤を犯した。Bは、原告を、法規に従って入院看護のために病院に移すべきであったのに、そのまま、A会社、すなわち、診療所にとどめた。原告は被告、すなわち、親会社に慰謝料の支払を請求した。被告およびA会社の資産混和が認定され、続いて第2の要件として、A会社が「不正」または「不公平」にはめ込まれていたこと、すなわち、カルフォルニアの《two-prong-test》を満たしているか否かが問題となった。裁判所は、患者を手術後救急診療所に置いたという違法行為は、この要件を満たす、と判断した。裁判所は、原告に、資産混和によって財産的損害が発生したことの証明を、明らかに要求しなかった。法律違反と医療過誤との間には因果関係もなかったし、また、資産混和が救急診療所の犠牲において行われたことの証明もなく、資産混和のみによって、親会社の責任が認められたのである。

(3) 水平的資産混和の場合: *In re Palmer Trading Post*, 695 F.

34) 以下の説明については、vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 66 ff.

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

2d 1012 (7th Cir. 1983). 破産管財人は姉妹会社の資産を破産債権の弁済に当てることを計画した。破産管財人は混和の理由として次の事実を上げた：

- ① 破産会社の経費、被用者の報酬その他の債務が姉妹会社によって負担されていた、
- ② 両会社間において頻繁に記帳されることなく資産譲渡がなされた、
- ③ 両会社は銀行口座を相互に利用していたが、決済はなされなかった、
- ④ 時折、会社の混和が外観上見られた（破産会社の被用者が、単独社員の指示によって、取引上、姉妹会社の被用者として行為した）（業務混和）、
- ⑤ 事務所およびテレックス装置は共同であった。

裁判所は、資産混和の要件が充足されていることを認めたが、姉妹会社の責任は否定した。資産混和によって、破産会社の債権者に損害が生じたという証明がないというのが、その理由であった。裁判所は、混和によって結合企業の債権者の損害が自動的に生ずるという、原告のための推定を認めなかった。それどころか、混和の事実によって破産会社には明確に資産的プラスが生じているのであり、破産会社が支払不能に至ったのは、正規の営業の損失によるものであるから、資産損害を主張できるのは、姉妹会社の債権者のみである、というのが裁判所の判断であった。

（４） 資産混和による財産的損害の証明の必要性 垂直的資産混和にあっては、混和の結果は、上位会社にマイナスに機能するのではなく、むしろ下位会社の損害になると推定される。なぜならば、親会社は、子会社の資産利益の擁護よりも、不安のある自己の資産利益の擁護により多くの価値を置くと考えられるからである。このゆえに、アメリカの判例において、この場合には、資産混和と債権者の損害との間の厳格な因果関係の証明も要求されず、子会社の債権者にのみ、親会社の資産の追求を許すことが「正当」とされたのである³⁵⁾。

以上に対して、水平的資産混和にあっては、子会社が全体として財産損害を

35) See Cissel v. First Nat. Bank of Cincinnati, 476 F. Supp. 474, 480 f. (S. D. Ohio 1978).

受けたか、あるいはどの子会社が財産的損害を受けたのか、については、一般に推定は不可能である。ただ、全子会社が破産し、特定の子会社が資産混和によって利益を受けたことが確認されない場合には、姉妹会社への責任追及を許すことは、債権者の利益を公正に補償することになる。なぜならば、資産混和に関与した子会社の債権者は、子会社の資産全体の分配に参加できるからである。しかし、in re Palmer Trading Post 判決のように、特定子会社のみが支払不能となり、しかも、この子会社が他の姉妹会社との資産混和によって利益を受けていた場合には事情が異なる。このときには、姉妹会社の資産が責任を負う理由はないからである。この事件において、裁判所が、資産混和による利益を指摘して、原告の詐欺的損害を認めなかったのは当然である。したがって、水平的資産混和において、姉妹会社の責任を追及する原告債権者には、資産混和によって損害を受けたことの立証が必要である。

2 業務の混和と社員の有限責任

1) 緒説³⁶⁾ 資産混和は内部的なものであって、会社債権者の知らない内に行われる。これに対して、業務混和は、言うなれば会社法的形式性の無視であるから、外部から認識可能である。個々の会社に要求される形式性が無視され、外部的に単一企業として出現する場合が、業務混和である。債権者の認識と事実との間に乖離が生じているのである。

2) 業務混和の要件 業務混和の要件とは、要するに、複数の会社が、外部的に、単一の企業として認識される外観を発生させていることである³⁷⁾。したがって、ここでは、商号の類似性が重要な機能を有する。例えば、《Chrome Plate, Inc.》(親会社)と《Chrome Plate Industries, Inc.》(子会社)³⁸⁾、または、《Washington National Corporation》(持株会社)、《Washington National Trust Company》(子会社)および《Washington National Fund, Inc.》(孫会社)³⁹⁾がある⁴⁰⁾。しかし、商号の中心部が同じ

36) 以下の説明については、vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 69.

であるということだけでは、債権者が誤認する企業の単一性は生じないとするのが確定した判例である⁴¹⁾。同一性を示す他の事実が加わらない限り、商号の類似性をそれほど重要視しない判例もある⁴²⁾。これと事情を異にするのは、他の会社の商号に支店又は営業部門を示す名称を付加して使用した場合である⁴³⁾。

Morgan Bros., Inc. v. Haskell Corp., Inc., 604 P. 2d 1924 (Wash. App. 1979). 原告が、《Hanson's Pipe and Supply Company of Arizona》に、文書で商品を注文したところ、この名称で商品が交付され、計算書も作成された。半年後に品質の瑕疵が明らかとなり、原告は契約会社に瑕疵担保責任の履行を請求した。この請求に対して、《Hanson, Inc.》が文書で

37) したがって、子会社が独立な存在として必要な被用者および資産を有しない場合とは、同一ではない。この場合に、子会社の独立性欠如のメルクマールとされるのは、次の事項である (see Blumberg, *supra* fn. (2), § 19. 03):

- ① 事務所の不存在,
- ② 親会社と同一の事務所,
- ③ 親会社と同一の住所,
- ④ 親会社と同一の役員または取締役,
- ⑤ 親会社と同一の電話,
- ⑥ 親会社と類似した商号,
- ⑦ 親会社と同一の用箋,
- ⑧ 親会社と同一の備品,
- ⑨ 銀行口座の不存在,
- ⑩ 被用者の不存在,
- ⑪ 被用者の親会社との共用,
- ⑫ 被用者の親会社との互換,
- ⑬ 親会社と同一の代理人,
- ⑭ 親会社と同一の会計士,
- ⑮ 連結法人所得税申告書,
- ⑯ 連結財務諸表,
- ⑰ 無配当,
- ⑱ 取締役の報酬の不払い。

38) In re Chrome Plate, Inc., 614 F. 2d 990, 993 (5th Cir. 1980).

39) Wasington Nat. Corp. v. Thomas, 570 P. 2d 1268, 1271 (Ariz. App. 1977).

40) Vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 69f.

41) Vgl. *ibid.*, S. 70.

42) Vgl. *ibid.* See cases in: Drücke, *ibid.*, S. 70 Fn. 42.

43) 以下の説明については, vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 70 f.

返事をし、「当社」および「我々の立場」⁴⁴⁾と繰り返して述べた。しかし、実際は、《Hanson, Inc.》は《Hanson's Pipe and Supply Company of Arizona》の親会社であった。原告は、両会社の住所および業務執行者が同一であったので、両会社は同一であると考えた。原告が二つの会社の存在を知った後に、子会社が支払不能となった。そこで、原告は100パーセント親会社である《Hanson, Inc.》の責任を追及した。裁判所は、原告に対して両会社が単一体として現われたことを理由に、請求を認めた。したがって、統一的名称の使用は、住所・業務執行者の同一という事実が生み出す全体的印象、すなわち、「一個の企業を相手としている」という全体的印象の前提であり、確認であった。

異なったコンツェルン会社が、《corporate family》として宣伝しても、企業の単一性の外観を生じないのだから、業務混和は存在しない⁴⁵⁾。子会社の経済活動および成果を、親会社の営業報告書に記載した場合も同様である⁴⁶⁾。これによって単一企業の外観は生じないからである⁴⁷⁾。

重要なことは、業務混和においては、外観的単一性が重要なものだから、《alter-ego-test》や《instrumentality-rule》が第一段階の検査で「親会社による子会社の完全な支配」の検査を要求するにもかかわらず、裁判所は、補足的にも、この検査をしないことである⁴⁸⁾。この意味において、業務混和を独立の責任グループとして整理することが妥当といえるのである⁴⁹⁾。

3) 債権者グループによる区別 業務混和は外観的単一性を信頼した債権者に対する責任であるから、不法行為債権者は除かれるのは当然である。このことを明らかにするのが次の判例である。

Wiedemann v. Cunard Line Ltd., 380 N. E. 2d 932 (Ill. App. 1978).⁵⁰⁾

44) 《this company》 and 《our position》.

45) See American Trading & Pro. Corp. v. Fischbach & Moore, Inc., 311 F. Supp. 412, 416 (N. D. Ill. 1970).

46) See Morgan Bros., Inc. v. Haskell Corp., Inc., supra.

47) Vgl. Drücke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 71.

48) Vgl. ibid.

49) Vgl. ibid.

50) 以下の説明については、vgl. ibid., S. 71 f.

原告は、コンサルティング子会社であるA会社に対して、交通安全義務違反による不法行為上の損害賠償請求権を取得した。ところが、原告は、A会社ではなく、A会社の姉妹会社であるB会社に賠償を求め、「両会社は、広告および文通において、単一の名称の下に行為している」と主張した。裁判所は、この主張を認めず、「なるほど、同一名称の使用が、営業関係において、錯誤を生みだす可能性は否定できない。しかし、原告の受けた身体的損害について、これが原因であることはありえない」と判示した。

4) 垂直的・水平的責任摘出⁵¹⁾ My Bread Baking Co. v. Cumberland Farms, Inc., 233 N. E. 2d 748 (Mass. 1968). 12を超える食料品販売会社（A会社等とする）とA会社等を集中的に管理・運営するB管理・製造会社の全持分が一家族によって所有されていた。B会社は、自己の製品をA会社等に卸すとともに、A会社等への納入業者の指定もしていた。A会社等およびB会社の業務執行機関の地位は同一人に占められ、これらの会社の電話、広告および契約に関しては、統一的名称として《Cumberland》が使用されていた。原告は、A会社等の一つであるC会社にケーキを納入したが、その際、文書および口頭でB会社の主マネージャーと専ら取引をした。裁判所は、C会社以外のA会社等およびB会社ともに、未払代金に関して原告に責任があるとした。

この事件では、会社の背後にある者の責任が摘出されてはいないが、C会社を除くA会社等およびB会社の責任も認められた基礎には、法人格否認の法理が働いているといえることができる。裁判所が法人格否認による責任を扱わなかったのは、この責任が訴訟において主張されなかったからである。すなわち、社員の有限責任が否定されるか否かの特殊会社法の問題が問題なのではなく、法的取引において生じた信頼の保護が問題であったのである。ここでは、責任を負う権利主体の数は、同一性の印象（外観）の範囲に照応する。したがって、社員の責任は問題とならなく、責任追及は水平的方向においてのみ問題となったのである。これに対して、親会社および子会社が単一企業としての印象を与えるときには、水平的責任のみならず垂直的責任も問題となるのである。

51) 以下の説明については、vgl. *ibid.*, S. 72.

る⁵²⁾。

三 ドイツにおける資産および業務の混和と社員の有限責任

1 緒 論⁵³⁾

資産混和および業務混和において、アメリカの判例は、その責任を水平的・垂直的に区別し、また、債権者を契約債権者 および 不法行為債権者に 区別した。これに対して、ドイツにおける摘出理論は一元的である。すなわち、全債権者に対する個々の会社の社員の垂直的責任のみが取り扱われるからである。

2 資産の混和と社員の有限責任

1) 総説——要件および理論的理由付け⁵⁴⁾

(1) 要件 まず、判例から見て行こう。

OLG Karlsruhe DR 1943, 811 において、裁判所は、有限会社の資産とその単独社員の財産とを法的に一体として取り扱った。その有限会社の業務執行者である単独社員が、既に破産状態にあった有限会社の貸借対照表に、自己に帰属するクレジットおよび建物・土地を記載した、というのがその理由であった。裁判官によれば、「このことは、単独社員が二つの財産になんらの区別をしなかったことを示すのであって、有限会社存続の主張には、詐欺(民法 242 条)の抗弁が成立する⁵⁵⁾」のである。

BGHZ 22, 226 ff. において、BGH は、まず、社員の個人財産と会社資産の混和によって社員の責任が成立する可能性を認めた⁵⁶⁾。次いで、WM 1958, 460 ff. において、BGH は、客観的な資産混和に主観的要件(故意・過失)

52) Vgl. Morgan Bros., Inc. v. Haskell Corp., Inc., supra.

53) 以下の説明については, vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 73.

54) 以下の説明については, vgl. ibid., S. 73 ff.

55) A. a. O., S. 811.

56) A. a. O., S. 230.

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

を加えた⁵⁷⁾。

OLG Karlsruhe は、社員の個別的に認識できる財産を会社の貸借対照表に記載することのみを理由として、資産混和を認めたのであったが、これだけでは、まだ、資産混和の要件は明らかとならない。WM 1985, 54 ff.において、BGH (II. Senat) が、初めて、これを正確に明らかにした。それによれば：

資産混和があるといえるのは、社員の財産と会社の資産との区別が最早不可能なときのみである。これは、原則として、会社の資産がその帳簿に不十分にしか記載されておらず、計算関係が他の様々の理由から不透明であるかまたは、そうでないとしても、社員の財産と会社の資産との区別が隠蔽されている場合である⁵⁸⁾。したがって、社員の個別的識別可能な財産の会社の貸借対照表への記載のみでは資産混和は存在せず、また、社員による会社資産の個別的奪取も資産混和の認定に十分ではない。個別的奪取は、資本維持に関する規定により⁵⁹⁾、社員に対する会社の請求権を成立させるだけである⁶⁰⁾。この見解は、BGHZ 95, 330, 333 f.において⁶¹⁾、「(有限会社) 社員の会社資産の奪取ではなく、例えば、不透明な計算関係によって、会社資産と個人的財産との区別が隠蔽されて、初めて、責任摘出の要件が充足される」として、確認された。

以上のところから次のように結論されている。

① 社員が、自己の財産を会社の資産であると表示して、当該財産に関して会社資産の一部であるという印象を債権者に与えた場合には、法外観から、その財産は会社債務の担保となる⁶²⁾。その財産に対する強制執行において、社員が第三者異議の訴（民事訴訟法771条1項）を主張することは許されない⁶³⁾。

57) A. a. O., S. 462.

58) A. a. O., S. 55.

59) 例えば、有限会社30条や株式法58条4項のような規定があるときである。

60) A. a. O., S. 55.

61) 有名な Autokran 判決である。この判決のコンツェルン法的意義については、拙稿「事実上のコンツェルン指揮と責任（1）」獨協法学31号23頁以下参照。

62) Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 368.

63) Vgl. *ibid.*; Karsten Schmidt, Zum Haftungsdurchgriff wegen Spärenvermischung und Zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern, BB 1985, 2074, 2075.

その限りにおいて、社員の責任が拡大するのである⁶⁴⁾。

② 社員の会社資産の奪取は、資本維持に関する規定によって、当該社員に対する会社の返還請求権を成立させる。この際、有限会社と株式会社とで若干の相違が生ずる。有限会社法30条は、会社資産が基本資本金額未満となる場合のみに、社員への資産利益の移転を禁止するから⁶⁵⁾、社員の会社資産奪取も、この要件の下に有限会社法31条1項によって、会社の返還請求権を発生させるにすぎない。これに対して、株式法58条4項の配当禁止は、正規に確定された貸借対照表利益以外の会社資産の全体に及ぶ⁶⁶⁾。株式法58条4項違反として、社員は財産価値返還義務を負う(株式法62条)⁶⁷⁾。

③ 取消法や破産法による法律行為の取消がある。会社から社員への無償のまたは債権者許害的資産譲渡は、破産にあっては、破産法31条および32条によって、破産外にあっては、取消法3条によって取り消すことができる。

④ 全財産をもってする社員の責任が生ずるのは、会社・社員間の資産の移転が極めて包括的であって、これを事後的に帳簿上探知できない場合のみである。

(2) 理論的理由付け 資産混和による社員の責任の根拠は、法人格濫用という典型的な摘出責任にあるのではない。社員の責任は一般民事法的責任制度から生ずる。すなわち、社員が、一方において、自己の財産と会社資産との分離を無視しながら、他方において、自己の責任に関しては責任財産の分離を主張することは、矛盾しているということである。社員は《venire contra factum proprium》⁶⁸⁾から生ずる請求権(民法242条)によって、その個人財産をもって責任を負う⁶⁹⁾。したがって社員の責任事由は、自己の行為にあるのであ

64) Vgl. K. Schmidt, a. a. O. (Fn. (63)), S. 2075.

65) Vgl. BGHZ 31, 258, 276.

66) 旧株式法に関するものであるが、vgl. RGZ 149, 385, 400; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 672 ff. m. w. N. (mit weiteren Nachweisen).

67) Vgl. K. Schmidt, a. a. O. (Fn. (66)), S. 673.

68) 自己の行為によって、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。なお、拙稿「子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)」獨協法学21号75頁以下参照。

69) Vgl. Helmut Coing, Zum Problem des sogenannten Durchgriffs bei juri-

資産および業務の混和と社員の有限責任（一）

り⁷⁰⁾、「摘出」概念はここでは単なる隠喩にすぎない⁷¹⁾，ということになる。

ただ、この理由付けに関して問題となるのは、民法 242 条は、請求者とその相手方との特別の関係を前提としているのではないか、ということである。当該社員が業務執行者その他として会社債権者と接触しない限り、債権者は社員に対して請求権を有しないのではないか、ということである。

これに対しては、民法 242 条の前提である関係は、固有の意味の法律関係である必要はなく、必要な法律関係自体、民法 242 条によって設定される⁷²⁾，ということで、民法 242 条の要件の克服が図られている。特別の関係が問題なのは、民法 242 条の適用範囲を限定するためである。決定的指標は、明確な利害関係の結び付きが成立し、その結果、具体的な関係者の利害関係の存在が認められるか否かである⁷³⁾。この点、資産混和にあっては、財産的利益を有する債権者ということで範囲が限定されている。会社は社員および会社債権者の利害が結合し、一般から区別されている存在である。社員と会社債権者との間に特別の関係が欠落しているという異議は、理由がないということになる。

なお、過少資本による摘出責任との異同について、次の点が指摘されている。

① 資産混和による責任も、過少資本の場合と同様に無限定的である。

② 請求権の成立時期が両者において異なっている。過少資本による摘出責任にあっては、破産の開始または和議申立があって初めて、最後の手段として、補足的責任として、社員の責任が成立する。これに対して、資産混和による責任が、民法 242 条に特有な責任と解される結果、その責任の成立時期は、資産混和という事実が存在するに至ったときである。したがって、有責的社員は、補完的にではなく、連帯債務者として責任を負う。しかし、実際には、この区別は大きな意味を有しない。なぜならば、会社に支払能力がある限り、補

stischen Personen, NJW 1977, 1793, 1795; Marcus Lutter, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, 244, 251.

70) Vgl. Coing, a. a. O. (Fn. (69)), S. 1797.

71) Vgl. ibid.

72) Vgl. Münch Komm. BGB / Roth, § 242 Rn. 53 m. w. N.

73) Vgl. ibid., § 242 Rn. 54 m. w. N.

完的責任は関係がなく、また、資産混和は破産のときに初めて明るみに出るからである。債権者はこの時まで気が付かないであろう。なぜならば、資産混和は、貸借対照表や帳簿の外で、債権者の知らないうちに、事実上行われるからである。

2) 会社債権者全員に対する責任⁷⁴⁾ 《venire contra factum proprium》の責任の中核にあるのは、先行行為が信頼を生み出したということである。そのことからすると、不法行為債権者に対しても責任が成立するか問題となる。なぜならば、不法行為債権者にとっては、社員と会社との資産面での分離への信頼は必要ではないからである。しかし、先行行為が第三者に対していかなる信頼も生み出さなかったとしても、その行為に矛盾する権利行使を許すことはできない⁷⁵⁾。すなわち、その権利行使によって第三者の利益が害されるときには、それは許されない。資産混和にあつては、会社債権者の利益——不法行為債権者の利益も含めて——が無視され、債務会社の責任財産である資産項目を事後的に探知することが不可能となっているのである。会社に対する請求権の実効性喪失の危険が増大している。この危険を発生させた社員が、会社資産と自己の財産の分離を主張することによって、自己の行為の結果を会社債権者に転嫁することは許されない、と解されるのである。

3) コンツェルンにおける垂直的・水平的責任拡大⁷⁶⁾

(1) 垂直的責任拡大 資産混和によって親会社が子会社の債務について責任を負う要件は、親子会社の資産関係が錯綜し、簿記的に明確にできないことである。子会社が融資を受けるに際して、親会社の特定の資産が子会社の資産として提示された場合には、この資産が子会社債務の責任財産に入るだけである。

(2) 水平的責任拡大 (i) 緒説 姉妹会社間で資産混和が生じたとき、《venire contra factum proprium》による責任が発生することになる。このとき、この混和が親会社の指揮によって生じたとき、親会社にも責任が及ぶか、問題となる。これは否定的に解されている。親会社の資産との混和は生

74) 以下の説明については、vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 77 f.

75) Vgl. BGHZ 50, 191, 196; BGH JZ 1972, 493; BGH DB 1977, 912, 920; Münch Komm. BGB / Roth, § 242 Rn. 314.

76) 以下の説明については、vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 78 ff.

じていないからである。

(e) 姉妹会社の同時破産の場合 この場合には、各会社の破産管財人の下に、各会社の債権者の債権が届け出られることになる。独立の権利主体毎に破産手続を行わなければならないというのが、ドイツ破産法の原則だからである⁷⁷⁾。これは極めて煩雑であるので、姉妹会社の資産を単一の破産財団として、会社債権者に分配するという総合破産が可能であれば、より簡単・妥当・費用節約となることが指摘されている。この点、アメリカにおいては、破産裁判所は、支払不能手続を併合することが許されることから(併合)、会社資産の実体的併合を(実体的併合)、資産混和の場合に許しているといわれる⁷⁸⁾。

(f) 資産混和によって利益を得た会社債権者に関する問題⁷⁹⁾ 前述したように、資産混和によって、姉妹会社の一つが財産的利益を受け、他が損害を受けた場合に、損害を受けた会社の債権者のみが、他の会社の資産を摘出することができ、その資産は両会社の債権者において分配され、損害を受けた会社の資産は、その会社の債権者のみの責任財産となるというのが、アメリカの判例であった。したがって、責任を追及される姉妹会社の一つが、責任を追及する他の姉妹会社の債権者に「資産混和はいかなる因果関係のある損害も生じさせなかった」という異議を提出できる場合には、責任追及を免れることになる。ドイツにおいても、同様に解してよいが、問題となる。

ところで、資産混和による責任は、法定債務関係から生ずる損害賠償責任である。すなわち、《venire contra factum proprium》の責任は、実定法上の信義則（民法242条）から生じた責任である。法律行為の効果としての責任ではなく⁸⁰⁾、「矛盾した行為」の規範的效果である⁸¹⁾。そうすると、資産混

77) Vgl. Kuhn / Uhlenbruck, Konkursordnung, Kommentar, 10. Aufl., 1986, Vorbem. K § 207 Rn. 1.

78) Vgl. 28 U. S. C. § 1472; Axel Flessner, Sanierung und Reorganisation, 1982, S. 292 ff.

79) 以下の説明については、vgl. Drüke, a. a. O. (Fn. (3)), S. 80 f.

80) この場合の法律行為の効果としての責任については、保証契約または損害担保契約(Garantievertrag)による責任がある。なお、これは主として親会社に関するものであるが、事実上の保証人として親会社に責任を負わす理論構成も不可能ではない(拙稿、前掲注(68)、獨協法学21号74頁以下参照)。

和が存在するに至った後に、姉妹会社間の資産分離を主張することは、「矛盾した行為」であり、責任を発生させる。しかし、この責任は損害賠償責任であるから、「義務違反の資産混和によって損害が発生していない」ことを証明することによって免責されることとなる。ドイツにおいても、アメリカと同様に解されるのである。

(未完)

(1992年10月4日稿)

81) Drüke は、この責任を「契約締結上の過失」に比すべき責任というが (S. 81), 「契約締結上の過失」の法的性質については、不法行為説よりも、契約責任説 (もっとも、これにも、債務関係説・信頼説・社会的接触説がある) が大勢のようである (上田徹一郎・注釈民法 (13) 56頁参照)。なお、「契約締結上の過失」理論のコンツェルン法的有用性については、拙稿・前掲注 (68), 獨協法学21号71頁以下参照。