

事実上の取締役とコンツェルン関係

——コンツェルン関係における大株主の責任(5)——

青 木 英 夫

は し が き

法律上は複数の会社が、経済的・実質的には単一体を形成し、統一的指揮に服するコンツェルンは、その法的形態と経済的実体との相違から様々な問題を提起する。それらのなかで最も重要な問題の一つは、「指揮と責任との相関」という会社法の原則の否定、すなわち「指揮と責任との乖離」を生ぜしめることである。そこで、コンツェルン法の課題の一つは、この「指揮と責任との相関」をいかにして回復するかである。

1965年西ドイツ株式法においては、コンツェルンを事実上のコンツェルンと契約コンツェルンとに区別することによって、コンツェルンにおける「指揮と責任との相関」の回復を図っている。問題は、このような立法的解決がなされていない場合である。例えば、西ドイツ株式法においても、従属会社が株式会社または株式合資会社でない場合には、株式法の適用はない (§ 311 Abs. 1 AktG)。有限会社については、問題は残されたままである。ましてや、わが国においては、株式会社に關してもなんらの規定もない。だからといって、問題を放置してよいわけではない。立法の不備は理論によって解決しなければならない。

この立法的不備を解決する理論として、私が提唱したのが、親会社を子会社の取締役と解すること、すなわち事実上の（法人）取締役の理論である。取締役における「指揮と責任との相関」を利用することによって、コンツェルン関係における「指揮と責任との相関」の回復を目指したのである。

最近,¹⁾このような考え方に対して、有力な批判がなされた¹⁾。この批判に答えるのは私の義務でもあり、また、この機会に改めて私見を検討することも有意義であると思い、本稿を執筆した。

1 コンツェルンにおける指揮と責任との乖離

(1) 緒説 まず問題点を具体例によって明らかにしよう。¹⁾

(2) ココム（対共産圏輸出統制委員会）規制違反事件 昭和62年3月、東芝機械株式会社（以下、東芝機械という）が、ココムの規制に違反して、潜水中の潜水艦のプロペラ翼の回転音を小さくすることを可能にする機械加工装置をソ連に輸出したことがアメリカにおいて問題となり、同年4月30日には、東芝グループ全体の製品のアメリカへの輸入を禁止する法案が上院に提出され、さらに同年6月30日には、包括通商法案を審議中の上院本会議が、ココム規制に違反した企業の親会社、関連企業の製品輸入を大統領が最低で2年間、最高で5年間禁止するよう義務づける制裁条項（「東芝制裁条項」）を加えることを可決した。この結果、東芝機械の社長の辞任では対応できなくなったと判断した親会社である株式会社東芝（以下、東芝という）の会長および社長も辞任するに到った。

子会社である東芝機械の違法行為（外為法およびその関連法規の違反）に対しての親会社の社長・会長の辞任は、わが国では大分奇異に見えたようである。「あまりにも日本的な責任の取り方である」というような解説が新聞などに見られたからである。しかし、この問題は、アメリカおよび日本国内の二面において検討する必要がある。

アメリカにおいては、親会社が子会社の輸出管理責任を取ることでとされているようである。例えば、海外不正支払防止法（Foreign Corrupt Practices Act）に関して、親会社がすべての子会社や関連会社に対して遵守手続を適用していることを見れば、親会社が、自らの責任において、子会社や関連会社に

1) 大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」商事法務1145号45頁以下。

事実上の取締役とコンツェルン関係

輸出管理を強制しているのは明白である²⁾、といわれている。また、東芝が東芝機械事件に関して調査報告を委託していたアメリカの有力法律事務所のチームが、東芝自身が子会社に対して輸出法令の遵守を徹底させなければならないとして、東芝に子会社の輸出に関して厳しい管理をすることを勧告したことを、東芝は昭和62年9月9日に発表している³⁾。以上のことから理解できることは、アメリカにおいては、東芝機械の違法行為に対して、親会社である東芝が責任を取るのとは当然と考えられている、ということである。

わが国の商法上、親会社は、子会社の役員人事を左右することが可能であり（商法254条1項・280条1項）、また、親会社の監査役および会計監査人は子会社監査権を有する（商法274条—3、監査特例法7条3項・4項）。したがって、東芝は、親会社として（商法211条—2、1項）⁴⁾、東芝機械の違法行為を防止することは十分に可能であった、といえる。「子会社の自主性を認めるのが東芝の長年の方針であった」⁵⁾ことは、弁解にならない。ココム違反の結果、東芝機械は、一年間の共産圏禁輸措置をさせられ、また、対米輸出も60億円と半減し、前期まで継続していた7円配当から、63年度3月期は無配へと転落した。東芝は、約5億円程度の配当収入を失ったことになる⁶⁾。これは配当収入の損害だけであるが、東芝の被った損害はこれにとどまらないであろう。親会社としての東芝の取締役の善管義務違反（商法266条1項5号・254条3項）が問題となる。

東芝の会長・社長の辞任は——その主観的意図はともかくとして——、アメリカ法においては当然のことであり、また、わが商法上奇異なものではない。

さて、前述のアメリカの法律事務所チームは、東芝が、過半数を有する株主の議決権を行使して、同社の株主の利益のために、東芝機械を厳しく指揮し、

2) 山村繁次（編）「米国における輸出管理とコンプライアンス・プログラム(1)」商事法務1124号35頁。

3) 商事法務1123号44頁・45頁。

4) 今、手元にある日経会社情報〔季刊〕'87—Ⅲ夏号427頁によると、東芝は東芝機械の発行済株式総数の50.1%を所有している。

5) 商事法務1123号44頁。

6) 日経会社情報・前掲によれば、東芝機械の発行済株式総数は、1億4千7百21万9千株であるので、このような金額になる。

同社の社長がこれに従わないときは、東芝は、直ちに過半数を有する株主としてのあらゆる権利を行使すべきことを勧告している⁷⁾。昭和62年8月19日の毎日新聞朝刊は、東芝が、事件を起こした子会社の東芝機械に対して、社内の情報管理を確立させるとともに、親会社として一段と指導を強化する方針であることを伝えている。これは、東芝の利益のために親会社としての指揮権を行使することを明らかにするものである。ここに問題が発生する。すなわち、東芝と東芝機械との間に利益衝突が生じている事項に関して、東芝が自己の利益を優先させる指揮を行った場合に、あるいは、東芝が誤って東芝機械の利益を不当に害する指揮を行った場合に、東芝機械（具体的には、その外部株主および債権者）が自己の利益を守る方法があるのか、である。コンツェルンにおける指揮と責任との乖離の問題が発生するのである。

(3) ある判例 東芝機械のケースは、大会社に関するものであるが、コンツェルン法的问题是大会社に限られるわけではない。次に中小会社をとりあげ、検討してみることにする。

大阪地裁の昭和62年2月27日判決の事案⁸⁾は、典型的な中小会社における結合企業を示している。

Aは、日本から買い付けた抵抗器等の電子部品をヨーロッパ諸国に販売するB社（企業形態は不明）を西ドイツにおいて設立し、さらに、日本国内で抵抗器を買い付けてB社に販売するC株式会社を全額出資して設立した。C会社は、その取引先であった抵抗器製造の中小企業者Y₁（被告）に全額出資してX株式会社（原告）を設立した。これはAの指示によるものであった。X会社の代表取締役はY₁、取締役はY₁の妻Y₂（被告）と兄であった。X会社はその製造する抵抗器をすべてC会社に販売し、その運営については、完全にC会社の指揮下にあった。ところで、X会社の製品は質量ともに十分ではなく、Aは期待をかけて出資したX会社が育たなかったことに失望した。その後、

7) 商事法務1123号44頁。

8) 判例時報1267号142頁。これについての判例研究として、拙稿「売上げ不振により休業状態に陥った会社の取締役の会社に対する損害賠償責任が否定された事例」金融・商事判例800号44頁がある。

事実上の取締役とコンツェルン関係

A は C 会社の代表取締役および X 会社の取締役に就任したが、その頃から、C 会社は X 会社への注文を控えるようになった。この結果、行き詰った X 会社の経営を建直すために、Y₁ は A および C 会社に指示を求めたが、なんらの回答を得ることができなかった。Y₁ らは、自分達の生活を維持するためには、工場の維持管理を放棄して他に働きに出るなど、X 会社の経営を放棄せざるを得ない状況に追い込まれていた。そこで、Y₁ らは、A の出席しないままで取締役会を開催し、スクラップ化した X 会社の機械装置を処分し、役員報酬ないしは給料その他の経費に充てた。X 会社は、Y₁ らのこれらの行為が代表取締役または取締役の善管義務ないし忠実義務に反するとして、Y₁ らに損害賠償を求めた（商法266条1項5号）。裁判所は、X 会社は資本金1,000万円の小会社で、同社が存在するか解散するかは、事実上の出資者である A の意思一つにかかっていること、A の判断によって C 会社の X 会社に対する発注が控えられたことなどから、X 会社の行き詰りは A の意思によるものであると判断して、苦況に立った Y₁ らの取締役などとしての判断はやむを得なかったものと認定して、X 会社の請求を棄却した。

この事案から明確なことは、A を指揮者とするコンツェルンが、コンツェルン利益のために、最早やコンツェルンにとってなんらの寄与もしないコンツェルン構成企業を切り捨てたという事実である。切捨の結果として、X 会社に生じた事態についての責任は、コンツェルン指揮に帰せられるべきである。裁判所が Y₁ らの代表取締役または取締役としての賠償責任を認めなかったのは、当然であるといえる。ただ、裁判所は、事案をコンツェルン法的側面から正しく把握していないため、その判旨に不明確さあるいは不透明さが残っている⁹⁾。Y₁ らは、使用人兼務の取締役であっても、実際上は、A の営む事業の一部門の単なる使用人にすぎなく、A の指示に従って抵抗器を製造する従業員以上のものではなく、また、Y₁ らもこのような認識の下に A に対していたと思われ、A に法的にも完全に従属している X 会社に対する取締役などとしての責任を Y₁ らに問うのがおかしいのである。判旨で、このことを明確に指摘した上で、

9) 拙稿・金融・商事判例 800 号48頁。

Y₁らの賠償責任を否定すべきであった¹⁰⁾。

(4) 総括 大会社および典型的な中小会社において、コンツェルン指揮から生ずる問題が、基本的に同一であることは、以上の事例研究において、具体的に明確になった。すなわち、「指揮と責任との相関」をいかに回復するかである。このためには、コンツェルン指揮の責任について、明文の規定を有する西ドイツ1965年株式法の検討から始めるのが適当であろう。

2 西ドイツ株式法における事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮

(1) 緒論 株式法が、コンツェルン指揮について、どのような規制を採用しているかを、まず、概観する必要がある。これについては、リペールが、簡潔に紹介しているので¹¹⁾、これに従いつつ、概観することとする。

西ドイツ法は、コンツェルンを「事実上のコンツェルン」と「契約(上の)コンツェルン」とに分ける¹²⁾。「事実上のコンツェルン」という概念を創設したのは、会社が、事実上の支配力行使として行った一定の指揮のために、他の会社に対して負担することがありうる責任を、特に正当化するにある。支配企業が——支配契約なしに——従属会社に損害を生ずる法律行為を行わしめたときには、支配企業は、従属会社に、当該営業年度において補償をするかまたは後日の補償を約束しなければならない。これをしない場合には、支配企業は補償されない損害の賠償をしなければならない。契約コンツェルンは、支配契約¹³⁾に基づくものであり、支配契約は登記される。この契約に基づき、支配企業

10) その理論構成については、拙稿・前掲参照。ここで、使用人兼務の取締役について、実質的に労働者であれば、労働法上、労働者として取り扱われていることを紹介したが、最近、これに関する文献が発表されている(商事法務研究会「会社役員に対する労働法の適用事例」別冊商事法務102号参照)。事実上の取締役の理論は事実上の非取締役の理論でもあるのである。

11) George Ripert, Traite élémentaire de Droit Commercial, Tome 1, 1986, p. 532.

12) Konzern de fait et Konzern de droit (der faktische Konzern und der Vertragskonzern).

13) une contrat de domination (der Beherrschungsvertrag).

は、被支配会社に損害を与えるおそれのある指揮を——その指揮が支配企業またはグループの他の企業の利益になるときは——被支配会社に為すことができる。支配会社に利益を有しない被支配会社の株主（外部株主）および債権者のための代償が定められる。外部株主は、従属会社に株主として留まりながら、補償を受けてもよいし、従属会社から脱退することもできる。後者の場合には、原則として、外部株主は被支配会社の株式と支配会社の株式とを交換することができる。債権者の保護は、被支配会社の損失の支配会社による各年度の引受および支配契約終了後に被支配会社の存続を可能にするその他の保証（法定準備金または担保の設定）から、主として生ずる。

わが商法においても、コンツェルン契約に関する定めはあり（商法 245 条 1 項 2 号）、他方、株主に対する不当な利益供与は禁止されるのであるから（商法 294 条 2）、コンツェルン契約においては、支配会社が被支配会社の株式を有する限り、相当な代償または補償が、被支配会社（正確には被支配会社の外部株主および債権者）のために、定められなければならない¹⁴⁾。したがって、指揮とその責任との乖離が問題となるのは、西ドイツ株式法にいう事実上のコンツェルンの場合である。そこで、西ドイツ株式法における事実上のコンツェルンに照準を定め、コンツェルン指揮の責任を取り上げるのである。

(2) 事実上のコンツェルンにおける責任 (i) 支配力行使の制限 (a)

総説 支配契約がない場合には、支配企業は「従属的株式会社・株式合資会社にとって不利益な法律行為を為さしめるためにまたは不利益に処置を為さしめもしくはこれを中止させるために、これらの会社に対して、自己の影響力を行使することを、この不利益が補償されない限り」許されない (§ 311 Abs. 1 AktG)¹⁵⁾。従属会社は、支配企業の利益のためであれ、コンツェルン利益のためであれ、支配企業の侵害から保護されるべきであるとされるのであるが¹⁶⁾、この考えの前提となっているのは、「少数派株主の利益に影響を与えるコンツ

14) 拙著・全訂会社法 215 頁。

15) 以下、西ドイツ株式法に関しては、慶応大学商法研究会訳「西独株式法」（慶応大学法学研究会刊）を参照した。

16) Harold Rasch, Deutsches Konzernrecht, 5. Aufl., 1974, S. 156.

ェルン指揮は、少数派にそれより生ずる侵害に対して相当な補償を与えるものでない限り、保護に値するとみなしえず」また「総会の決議も、他の者の権利を補償することなしに侵害するときは、保護に値しない」という見解¹⁷⁾である。

会社に対する支配力行使の責任を定める規定として、株式法117条もあるが、同条に対して株式法311条は特別法となる。株式法117条は、会社への影響力を行使して、取締役員・監査役員などに会社またはその株主に損害を生ずる行為を為さしめた場合に限定されるのであるが、株式法 311 条にはこのような限定はなく、総会における議決権行使が、支配企業のために為されるときにも適用されるのである¹⁸⁾。そうすると、議決権の行使には、なんらの責任を伴わないという原則との関係が問題となる。これに関して、株式法の政府草案理由書は、次のように述べている¹⁹⁾。

「議決権の行使には、なんらの責任を伴わないという原則は、広く株式が分散しているときにのみ妥当する。法は、この場合には、すべての株主が同一の会社利益を追求する」ということを前提としているから、そのような責任は妥当でない。この株主の利益同質性は、従属会社においては存在し得ないものである。それどころか、ここにおいては、支配企業が、会社外の利益、すなわち自己自身の企業利益のために、その有する議決権を行使しようとする。このときには、総会決議取消が可能であっても、それが他の株主の十分な保護にはならないという利益衝突の危険が直ちに考えられる。むしろ支配企業に議決権行使の責任を課すべきである。この責任の根拠は、企業として自己の支配的影響力を行使する株主は、他の株主に対して特別の義務を有するというに求められる。なぜならば、当該株主は、伝統的株式会社の構造においては予想され

17) Ibid.

18) Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuß) über die Entwürfe eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz a. u. (Bundestagsdrucksache IV 3296). Bericht des Abgeordneten Dr. Wilhelmi (zu Bundestagsdrucksache IV 3296) (zit. Rechtsausschußbericht), S. 48.

19) Begründung des Regierungsentwurfs eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz, Bundestagsdrucksache IV/171 (zit. Begründung), S. 320.

ていなかった権力を有し、このゆえに、仲間の株主の財産をも処分することになるが、ここにおいても、全株主の共同の利益という限界を逸脱することは許されないからである。」

(b) 事実上のコンツェルン指揮の責任成立の前提　事実上のコンツェルン指揮の責任が発生する前提として次のものを挙げることができる²⁰⁾。

① 支配契約または編入が存在しないにもかかわらず、株式法17条の事実的従属関係があること。利益供給契約があるときも、株式法311条は適用されるのであるが、これと支配契約との近似性を考えれば、この区別には理由がない²¹⁾ことが指摘されている。株式法17条の従属関係とは、法律上独立な企業が、他の企業によって、直接または間接に支配的影響力を行使され得る関係にあることである。したがって、従属性が直接的であるかまたは間接的であるかは重要でない。多層的従属関係にあっては、孫会社と子会社との関係および孫会社と親会社との関係にも、株式法311条が適用される²²⁾。

② 支配するものが企業であること。企業に対する従属関係のみが考慮されるのである。立法過程において、株式法311条以下を非企業にも適用することが主張されていたが、立法論としても検討されている。しかし、現行法の建前も、少なくとも、相当の理由がある²³⁾、といわれている。

③ 従属会社は、国内に住所を有する株式会社または株式合資会社であること。これは当然である。

(c) 事実上のコンツェルンの意義　株式法311条以下では、支配契約の存在しないコンツェルンを適用対象としている。しかし、今日、西ドイツにおいて一般に認められていることは、株式法311条以下の規制が適合するのは、緩い指揮を伴う分権的コンツェルンに限られるということである²⁴⁾。株式法311

20) Balser/Bokelmann/Piorreck, Die Aktiengesellschaft, 1984 (zit. Balser), S. 167.

21) Rasch, oben Fn. (16), S. 157.

22) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, 2. Aufl. 1987 (zit. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner), Vorb. § 311 Rn. 30.

23) Ibid., Rn. 31.

24) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4. Aktiengesetz, 1988 (zit. Münchener Handbuch), § 69 Rn. 14.

条以下が予定している「不利益の補償」という制度から、このように考えられるのである。コンツェルン指揮者の決定のもとに強力に集中されたコンツェルンにおいては、株式法 311 条以下の補償制度は機能しないのである²⁵⁾。なぜならば、これらの規制は、個別的な処置に適合するものであり、処置の効果が具体的・財産的に計量されうることを前提としているのであるから、広範囲のコンツェルンへの組入れから生ずる一般的な構造変化は、この制度では捉えられないからである²⁶⁾。さらに、法は、独立の会社でもその要請された処置をとったか否かを、賠償義務免除の基準としているが (§ 317 Abs. 2 AktG)、コンツェルン化された会社にあつては、仮定的な独立企業としての固有の利益を考えることは不可能であるから²⁷⁾、このような判断基準は役立たない²⁸⁾。したがって、一方において統一的指揮が可能であり、他方において株式法 311 条ないし 318 条の補償制度が適合する事実上のコンツェルンを明確にすることが必要となる²⁹⁾。

そこで、現在、学説は事実上のコンツェルンを、「単なる事実上のコンツェルン」(ein einfacher faktischer Konzern)と「加重された事実上のコンツェルン」(ein qualifizierter faktischer Konzern)とに区別する。通説によれば、支配企業が、指揮力によって、時々、下位会社に損害を与えるのみならず、下位会社を継続的・包括的に指揮するとき、「加重された事実上のコンツェルン」が存在すると解される³⁰⁾。もっと厳格に解する立場は、固有のコンツェルン結合では十分ではなく、従属会社が継続的に広く損害を与えられること

25) Ibid.

26) Vgl. etwa Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 133; Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 89; Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123, 153.

27) Vgl. etwa Lutter, ZGR 1982, 244, 265; U. H. Schneider, ZGR 1980, 511, 544 f.; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 1973, S. 216; Martens, Betrieb 1970, 865, 866 f.

28) Münchener Handbuch, 69 Rn. 14.

29) Vgl. ibid.

30) Vgl. etwa Säcker, ZHR 151 (1987), 56, 63; Ulmer, ZHR 148 (1984), 391, 422; ders., NJW 1986, 1579, 1584; Konzen, RdA 1984, 65, 70; Hommelhoff, oben Fn. (26), SS. 123 ff., 146; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, SS. 28 ff.

が必要である³¹⁾、と解する。大雑把な定義として、従属会社が支配企業の一種の営業部門として指揮されるというのがある³²⁾。

「加重された事実上のコンツェルン」をどのように法的規制するかは、コンツェルンに関する株式法では、依然、明確でない³³⁾。この場合も、311条以下の規定および一般的株式法原則で処理しようとする見解³⁴⁾も一部にはあるが、今日、支配的であるのは、株式法311条を超える保護を与えようとする立場である³⁵⁾。かつては、「加重された事実上のコンツェルン」には支配契約の締結を擬制し、株式法302条ないし305条を適用するという説³⁶⁾が一部で主張されていた³⁷⁾。加重的コンツェルン化の場合には、摘出理論³⁸⁾によって、従属会社の債務について支配企業の責任を認める、という立場³⁹⁾もある。今日、支配的見

31) So zB. Lutter, ZGR 1982, 244, 263 ff.; Lutter/Timm, ZGR 1983, 269, 281 f.; Timm, NJW 1987, 977, 980 ff.

32) 後述のように Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 24 は、この定義に批判的である。

33) Münchener Handbuch, § 69 Rn. 16.

34) Vgl. hierzu namentlich Strohn, oben Fn. (26), SS. 164 ff.; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz, 1973, § 311 Rn. 4 ff.; Hommelhoff, oben Fn. (26), SS. 367 ff.; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 24, § 311 Rn. 104.

35) Münchener Handbuch, § 69 Rn. 16.

36) So namentlich Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (27), S. 219. 判例 (BGHZ 95, 330, 342 „Aulokran“) および通説は反対であった。Emmerich も, Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Anh. Konzernrecht, 6 Aufl., 1978/1983, § 40 Rn. 168 において、立場を変えている。Martens, Betrieb 1970, 865, 868 f. は、支配契約締結への支配企業の義務(提訴可能な)を認めるが、これは、BGHZ 95, 330, 342 f. (Auto-kran) により明確に否定された (Müchener Handbuch, S. 754 Fn. 52)。

37) Münchener Handbuch, § 69 Rn. 16.

38) いわゆる法人格否認の理論である。

39) So namentlich Strohn, oben Fn. (26), SS. 172 ff.; vgl. Müller, ZGR 1977, 1, 27 ff.; M. Hehmann, ZGR 1986, 345, 363 ff.; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 44. しかし、これは妥当でない (拙稿「法人格否認の法理とコンツェルン関係」独協法学24号23頁以下参照)。Münchener Handbuch, S. 754 Fn. 53 も反対であり、反対説として, Mertens, ZGR 1984, 542, 555; Lutter, ZGR 1982, 244, 267 を挙げることができる。Stimpel, FS Goerdeler, 1987, SS. 601 ff. は、株式法302条の類推適用を、理論的には摘出理論による責任の場合と同様であるとし、Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, SS. 89 ff. は、加重的コンツェルン化の場合の上位会社の責任と並んで、非加重的コンツェルン化の場合にも、上位会社の一定の表示に契約責任を認めんとする (Müchener Handbuch, S. 754 Fn. 53)。

解は、契約コンツェルンに関する規定の類推適用を認める立場である⁴⁰⁾。これと並んで、拒否請求権 (Abwehranspruch) を承認することにより、「加重された事実上のコンツェルン」の成立を阻止する説もある⁴¹⁾。

(c) 不利益の補償 (a) 緒説 株式法 311 条 1 項は、従属会社の不利益が補償される場合には、影響力の行使を許す。この意義について争いがあり、これを積極的に解せば、Kropff の次の主張となる⁴²⁾。

「株式法 311 条ないし 318 条は、《事実上のコンツェルン》を事実としてとらえ、会社に対する支配的影響力の効果から少数派株主および債権者を保護することに留まるのではない。むしろ、法は事実上のコンツェルン指揮の行使を法的に可能にすることにある。このためには、株式会社の若干の一般的組織原則、例えば、取締役の自己責任的指揮、株式法 117 条の影響力行使の責任および隠れた利益配当の禁止 (§ 57 Abs. 1, § 58 Abs. 5 AktG) は制限される。他方、従属企業の損害を同一営業年度内に補償すべきである、という支配企業の義務は、両企業間の特殊な統一的法律関係——それは、事実上のコンツェルンにとっても、コンツェルン体制への発端を含むのであるが——を根拠づける。」

しかし、この解釈は立法趣旨に反するであろう。なぜならば、「311条以下の解釈の指針は、統一指揮を許すための必要条件を明らかにすることではなく、外部者に十分な保護を与えることだからである。それは、《事実上のコンツェルン》を……最初から排除するものではないが、《事実上のコンツェルン》は法のこの第一次的目的に適合する限り存在できるということを明らかにするものである」⁴³⁾からである。

(b) 不利益補償の意義 不利益補償について、草案理由書は、次のように述べている⁴⁴⁾。

40) Münchener Handbuch, § 69 Rn. 16.

41) Ibid.

42) Rasch, oben Fn. (16), S. 166.

43) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 15.

44) Begründung, SS. 230, 231. Ernst-J. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, SS. 279, 280 も同様に、「コンツェルン化による利益と不利益との相殺によって、許容されるコンツェルン政策と許容されないコンツェルン政策とを相互に区別することは不適當である」と述べている。

「支配関係から生ずる利益による不利益の一般的補償は問題とならない。もし、従属会社が支配関係から取得したまたは取得するであろうなんらかの利益を、支配企業が援用できるならば、支配関係から生ずる不利益および利益の全体を相互に比較考量しなければならない。結局、それは、一般的にコンツェルン形成の経済的効果に帰着する。そうだとすると、個々の業務執行処置の妥当性について判断することは、最早、不可能となろう。コンツェルン指揮および会社の取締役の責任は、コンツェルン政策の成否に依存することになる。この基準は極めて漠然としており、これでは、責任を問うことは不可能となろう。外部株主も、決算検査役も、裁判官も、さらには下位会社の取締役でさえも、コンツェルン政策の合目的性を長期的に確実に判断することはできなく、それどころか、個々の業務執行処置の妥当性を検討できるにすぎないからである。したがって、損害賠償請求に必要な主観的要件をほとんど立証できないであろう。会社には、コンツェルン関係から、別の利益が期待できた、という反論には、原則として、反対できないであろう。同じ理由から、一定の時間内、例えば、同一営業年度内における利益による不利益の補償も問題とすべきではない。どっちみち、時間的限定などは恣意的になされるであろうからである。」

しかし、連邦議会の経済・法律委員会は、この立場を完全に採用しなかった⁴⁵⁾。株式法 311 条以下の保護利益は「一計算期間内に不利益を利益によって補償すべきである、とすることによって、十分に保護される。一営業期間内ならば、管理機関も、検査役も、争訟の場合には裁判所も、この補償を確認できるからである」⁴⁶⁾というのが委員会の立場であった。この結果、現行株式法 311 条 2 項は、補償が同一営業期間内に現実（tatsächlich）に行われることを原則とし、これが行われなるときには、遅くとも、従属会社が不利益を被った営業年度末までに、補償の時期・補償の種類を定めることを要するとするとともに、従属会社は、この補償利益への法的請求権を認められるべきものとしているのである。

委員会では、従属会社の不利益をコンツェルン化の利益により補償すること

45) Rasch, oben Fn. (16), S. 157.

46) Rechtausschußbericht, S. 49.

も認められるべきであるという意見もあったようである⁴⁷⁾。しかし、委員会は、これを認めると、具体的な不利益と具体的な利益との対応の確認が不可能になり、株主・債権者の保護が著しく害されるのみならず、契約コンツェルンに関する規定が無意味となるということから、この主張を採らなかった。なぜならば「利益供給契約または支配契約なしに、従属会社を指揮できるならば、コンツェルンの支配企業は、このような契約を締結しないであろう」⁴⁸⁾からである。

(イ) 補償なき指揮の責任 (a) 総説 支配企業が、支配契約なしに、従属会社に不利益な法律行為または処置を要求し、その不利益が利益によって補償されないときには、従属会社およびその株主・債権者は、株式法317条・318条の定めに従って、損害賠償請求権を有する⁴⁹⁾。支配企業の責任は、会社に対する影響力の行使の責任を定める株式法117条の責任と競合することになるが、117条と異なり、この場合には、従属会社の一定の管理機関員が影響を受けたことは必要でない。支配企業はあらゆる影響力の責任を問われ、従属会社の従業員に対する影響についても、総会での議決権の行使についても、責任を負うのである⁵⁰⁾。なお、責任を負うのは支配企業に限られず、従属会社に不利益な法律行為または処置を要求した支配企業の代表者も責任を負う⁵¹⁾。

(b) 特則 以上の原則に対する特則として、株式法317条2項は、「独立した会社の通常の誠実な営業指揮者でも、当該法律行為をなしたまたは当該処置を講じもしくは講じなかったであろう場合には、賠償義務は生じない」と定める。この結果、従属会社に関する支配企業の注意義務は、独立な企業の指揮者が自己の企業に対して有する注意義務でよいこととなり、経済的に誤った決定がなされても、この注意義務に違反しなければ、317条の場合においても、責任が生じないことになる⁵²⁾。支配契約にもとづかない事実上のコンツェルンに

47) Rasch, oben Fn. (16), S. 158.

48) Rechtausschußbericht, S. 49.

49) 単なる利益供給契約では、317条・318条の適用を免れない (Zartmann, Die Aktiengesellschaft 1965, S. 100)。

50) Rasch, oben Fn. (16), S. 164.

51) Balser, S. 167.

52) Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl. (zit. Godin/Wilhelmi), § 317 Anm. 4.

対して、失敗した法律行為や処置の責任を負うことなしに、コンツェルン指揮をなしうる余地を残している⁵³⁾。独立な会社の通常の誠実な営業指揮者でも同じ行為をなしたか否かの判断については、行為の時点において、認識されていた事情が問題であり、処置に関しては、影響力行使の時点における不利益な効果の予見性が重要となる⁵⁴⁾。

この特則は、極めて重要な事実を示してくれる。すなわち、事実上のコンツェルン関係においては、支配企業は、事実上、従属会社の営業指揮者であることが明らかになる。なぜならば、従属会社に関して支配企業は、独立の企業の営業指揮者が、自己の企業に対すると同様な注意義務を有し、その義務を履行すれば、支配企業は従属会社に責任を負わなくてもよいからである。

(c) 支配企業・支配企業の代表者以外の者の責任 ① 支配企業の使用人

支配企業の指導的使用人（例えば、支配人）の責任は、株式法 317 条から生じない。これらの者の責任は、株式法 117 条や一般原則から生ずる⁵⁵⁾。317 条は、その性質上、機関責任に関するからである⁵⁶⁾。

② 従属会社の取締役・監査役員 従属会社の取締役が、次に述べる従属性報告書への記載義務（不利益な法律行為・処置の記載、補償のなかったことの記載）を、監査役員が、従属性報告書に関する検査・報告義務（報告書に記載された不利益な法律行為・処置の検査、検査結果の総会への報告）を、怠ったときは、連帯責任を負う（§ 318 Abs. 1・2 AktG）。

従属会社の取締役・監査役員の行為が、総会の適法な決議にもとづくときは、会社・株主に対する責任は生じない（§ 318 Abs. 3 AktG）⁵⁷⁾。草案理由書は、この趣旨を、支配契約がない場合には、従属会社の総会も、最高機関性を有することに求め⁵⁸⁾、また、これに賛成する立場もある⁵⁹⁾。しかし、株式法

53) Begründung, S. 235.

54) Godin/Wilhelmi, § 317 Anm. 4.

55) Rasch, oben Fn.(16), S. 165; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn.36.

56) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 36.

57) 会社債権者に対しては生ずる（Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 318 Rn. 7）。

58) Begründung, S. 235.

59) Godin/Wilhelmi, § 318 Anm. 4.

311条の指揮が、総会決議によりなされうることを考えれば、総会決議に免責力を与えることは矛盾するといわざるをえない⁶⁰⁾。しかし、実際上は、殆ど問題は生じない⁶¹⁾、といわれている。なぜならば、取締役・監査役の報告義務の範囲や従属性報告書の要件について、総会が決することはないからである。それは、総会に決定権のない純粋な法律問題であり、総会が、もし決議をするならば、その決議は株式法241条3号の無効原因を有することになるからである。

(二) 従属性報告書⁶²⁾ (a) 総説 従属会社の外部株主・債権者が、補償されない不利益な法律行為・処置による損害の賠償を求めるためには、どのような不利益な行為・処置がなされたか、およびその損害が利益によって補償されなかったことを認識する必要がある。そこで、株式法312条および316条は、支配契約または利益供給契約なしに大株主と結合している従属会社⁶³⁾の取締役に「結合企業に対する会社の関係に関する報告書」(従属性報告書)を毎営業年度の最初の3か月以内に作成することを義務づけた。この報告書によって、外部株主の情報を得る機会が改善されるのである⁶⁴⁾。すなわち、外部株主は、支配企業が従属会社の取締役に不利益な行為を要求したか否かを、従属性報告書に関する監査役の報告書 (§ 314 Abs. 2・3 AktG) によって認識するであろう。

(b) 従属性報告書の記載事項 従属性報告書には次の事項を記載しなければならない (§ 312 AktG)。

① 会社が、前営業年度内において、支配企業もしくは支配企業と結合した企業とともにまたはこれらの企業の要求にもとづきもしくはこれらの企業のためになしたすべての法律行為。ここには給付および反対給付が記載されなければならない。

60) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 318 Rn. 4.

61) Ibid.

62) これについては、拙稿「1965年西ドイツ新株式法における従属性報告書」独協大学教養諸学研究2号268頁がある。詳しくは、それを参照して頂くこととし、本稿のテーマとの関係で必要と考えられる範囲で概観するにとどめる。

63) Rasch, oben Fn. (16), S. 159.

64) Balser, S. 168.

② 会社が、前営業年度内において、上述の企業の要求にもとづきもしくはこれらの企業のために、なしたまたはなさなかったすべての処置⁶⁵⁾。ここでは、処置の理由および従属会社に対するそれらの利益・不利益を明らかにしなければならない。

③ 報告書末尾記載事項として、法律行為の反対給付の相当性・処置による不利益の有無・損害の補償の有無についての取締役の意見の表示。この意見は、営業報告書に記載される⁶⁶⁾。

(c) 決算検査役による検査 従属性報告書は、検査のために、決算検査役に提出される (§ 313 AktG)。決算検査役は、通常は計算書類の正規性と適法性のみを検査すればよいのであるが、従属性報告書の検査にあっては、業務執行の検査も必要となる。このことは、従属会社および支配企業と意見が対立することも予想され、決算検査役の職務の執行を困難にしている⁶⁷⁾といわれている。決算検査役は、検査結果を文書で報告し、異議が認められないときは、その旨を記載し（無限定証明）、異議が認められるときまたは報告書が不完全であるときは、証明を限定し（限定的証明）または証明を拒否しなければならない⁶⁸⁾。

(d) 監査役による監査 従属会社の取締役は、従属性報告書およびその検査報告書を、計算書類およびその検査報告書とともに、監査役に提出しなければならない (§ 314 AktG)。監査役は、これらの書類を監査し、その結果を文書で総会に報告しなければならない。その際、監査役は、決算検査役の証明文をそのまま自己の報告書に記載し（証明が拒否されているときは、その事実を記載し）、決算検査役の検査結果について意見を述べなければならない。さらに、監査役は、従属性報告書の末尾の取締役の説明に対して異議を認めるか

65) 処置 (Maßnahme) について、法は定義していないが、従属会社について経済的効果を有しうるものすべてが、これに含まれる (Godin/Wilhelmi, § 312 Anm. 4)。

66) 営業報告書は商業登記所において公示されるので、これを閲覧することによって、株主および公衆も、取締役の意見を知ることができる (拙稿・教養諸学研究 2 号 275 頁参照)。

67) Balser, S. 168.

68) 拙稿・教養諸学研究 2 号 285 頁参照。

否かを、監査報告書の末尾において明らかにしなければならない。これは、次の特別検査に関する株主の申立権と直接に関係するものである⁶⁹⁾。

(e) 特別検査 裁判所は、(1)決算検査役が限定証明または証明の拒否をしたとき、(2)従属性報告書末尾の取締役の説明に対して監査役が異議を述べたとき、(3)会社が特定の法律行為または処置により不利益を受け、しかもその不利益が補償されていないことを取締役自ら明らかにしているとき、には株主の申立により特別検査役を選任しなければならない (§ 315 AktG. 裁判所のこの決定には即時抗告ができる)。この制度は、決算検査役の検査報告書が株主に開示されないゆえに、会社機関とは全く独立に従属関係の検査を要求する可能性を株主に与える必要性から認められたものである⁷⁰⁾。なお、総会も特別検査を決議することができるが、支配企業およびこれと結合した企業が構成する多数派により選任された特別検査役が、不公正な検査をするおそれがある。そこで、このときには、同一事柄の検査のため、各株主は他の特別検査役の選任を裁判所に申し立てることができる。

(3) 事実上のコンツェルンの規制に関する問題点 (i) 緒説 事実上のコンツェルンのうち、「加重された事実上のコンツェルン」(加重的コンツェルン)については、株式法 311 条以下の適用が妥当でなく、むしろ、契約コンツェルンに関する規定を類推適用する立場が一般的であることは、前述した。このような点をとらえて、西ドイツ法の事実上のコンツェルンの制度は成功していない、という評価がわが国にはあり⁷¹⁾、また、フランスにおいては、西ドイツの結合企業法制そのものの導入に、消極的な立場が有力であるように思える⁷²⁾。しかし、西ドイツ株式法が施行されて20年以上を経過した今日、結合企業に関する株式法の規制も定着したといえるであろう。そこで、事実上のコンツェルンに関する西ドイツにおける議論を、概観することとする。

(ii) 事実上のコンツェルンの制度に関する諸説 (a)事実上のコンツェルン

69) 同上, 287頁。

70) 同上。

71) 今井「事実上のコンツェルン」私法37号 122 頁以下。

72) Voy. Ripert, op. cit., p. 532.

の制度の効用 株式法 311 条ないし 318 条の規定は、数多くの問題を提出し、それをめぐる文献は、近時、増大し、判例も出されている⁷³⁾。多くの重要な点において、法律状態は不明確であり、実務的にはまだほとんど概観できる状態にないことは明らかである。ところが、事実上のコンツェルンにおける法的不安全性が、今日、多くの企業にとって、契約コンツェルンを形成することによって法的安全性を確保する重要な観点となっていることが指摘されている。換言すれば、事実上のコンツェルンの規制の不十分さが、逆に、契約コンツェルンを促進させている、というのである。そうであるならば、事実上のコンツェルンの制度は、その効用を十分に果しているといえる。コンツェルン指揮は、支配契約を基礎として認める、というのが西ドイツ株式法の基本姿勢であるからである。

(b) 加重的コンツェルンをめぐる諸説 ① 株式法 311 条以下の規定の不適用説 Hommelhoff は、従属会社がその生産または販売の組織、その研究組織を放棄する場合にあっては、株式法 311 条以下はそのような処置の結果を除去するには不適當である⁷⁴⁾、と述べる。しかし、かれは、311 条以下に代って、株式法 117 条の適用を示すのみである⁷⁵⁾。この主張に対しては、117 条は、311 条・317 条よりもはるかに無力であり、この方法によっては、従属会社の保護は改善されない、という批判⁷⁶⁾がある。むしろ、状態は一層悪化するであろう、と批判⁷⁷⁾される。

② 株式法 311 条の部分的適用説 不利益な影響力の禁止は適用するが、その規定に同時に定められている補償による許容は適用しないという意味における 311 条の部分適用説である⁷⁸⁾。不利益を補償しても、不利益な影響力の行使を認めるべきでない事情があるときには、補償と関係なく、不利益な影響力

73) この項の解説については、vgl. Münchener Handbuch, § 69 Rn. 1.

74) Hommelhoff, oben Fn. (26), SS. 132 ff.

75) Ibid., S. 139 f.

76) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 18.

77) Strohn, oben Fn. (26), SS. 118 ff.

78) この項の解説については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 19.

の行使を禁止すべきであろう。311条以下の第一の目的は外部者の保護にあるからである。

③ 株式法311条以下の適用限定説 311条以下の規定は、不利益の利益による補償が実際に可能であり、かつ事実上も補償がなされた場合にのみ、一般規定の特則となる、とする説である⁷⁹⁾。したがって、加重的コンツェルンにおいて、311条以下がその目的を達成できないときには、一般規定が適用されるということになる。しかし、この立場では、加重的コンツェルンにおける外部者の保護は、実現されないまま放置されることになる。

④ 株式法302条の類推適用説 302条は、従属会社の年度欠損の支配企業による引受を定めるのであるが、前述のように、加重的コンツェルンにおいては、302条を類推して、支配企業の損失引受義務を認めるのが一般的である。

株式会社に關するものではないが、判例が二つある。第一は《Gervais》判決である⁸⁰⁾。この判決において、BGHは有限会社に関して支配企業の損失引受義務を肯定した。この事案では、一方において、支配契約が締結されていたが、他方において、支配企業は、従属企業を自己の利益に下屬させる無限定的支配力を有することが証明され、「これは、一般原則にもとづいて、損失引受義務と結合されるべきである」とされた⁸¹⁾。第二は《Autokran》判決である⁸²⁾。この事件では、従属有限会社のすべてを無制限にかつ絶對的に指揮し、これらを「単なる營業の各部門」として行動させた支配企業が、302条に鑑み、損失引受義務を負うか否かが争われたが、一人会社以外の有限会社において肯定された⁸³⁾。有限会社法においては、加重的コンツェルンについては、少数派社員は退社権を有すると解するのが定説であり（これは、結局、株式法305条の外部株主の払戻請求権と同じ解決を目指すものである）、この場合、通説は損失

79) この項の解説については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb §311 Rn. 20.

80) BGH BB 1979, 1735, 1738.

81) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 22.

82) BGHZ 95, 330.

83) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 22. 一人会社に対しては、株式法303条・322条2項・3項を類推して、従属会社の債権者に対する支配会社の責任を認める。

引受義務を認める⁸⁴⁾。

Koppensteiner は、支配契約には一定の形式が株式法 293 条・294 条に定められているから、支配契約を擬制することは適当でなく、また、Martens⁸⁵⁾のいう支配契約締結請求権も否定すべきであると前置して、次のように述べ、類推適用説に反対する⁸⁶⁾。

(i) 類推適用説は、債権者保護に関する規定、殊に、株式法302条・303条の趣旨に反する。株式法は契約的企業結合と非契約的企業結合とを区別しており、これらの規定は、支配契約・利益供給契約を基礎として定められる債権者保護規定である。株式法は、殊に、支配契約の締結を強制していないのだから、類推の前提である間隙が存在しない⁸⁷⁾。加重的コンツェルンに302条を類推することは、同条の立法趣旨に反する。

(ii) 株式法302条の損失引受義務は、支配契約・利益供給契約を前提として、資本維持に関する規定が適用されないこと (§ 291 Abs. 3 AktG) の代償と解する立場からは、302条の類推を認めることはできない。株式法311条により要求される不利益の補償義務は、資本維持に関する原則の修正的適用をもたらすものである。不利益・利益の補償が否定されるときには、資本維持に関する規定の無限定の適用がある。

(iii) 「取締役による自己責任的会社指導は支配契約に基づく指揮により排除される」という株式法 302 条の趣旨は、類推を許さない。株式法 311 条以下の枠内においては、いかなる指揮権も存在しないし、いかなる服従義務もなく、会社は、その取締役の責任によって指揮されるべきである (§ 76 AktG)。加重的有限会社コンツェルンにあっては、損失引受義務を認めるのが正当であるとしても、従属的株式会社に関しては、支配企業には指揮権がないのだから、同様に論ずることはできない。BGH は、《Autokran》判決において、正当にもこの相違を強調した⁸⁸⁾。

84) Ibid.

85) Martens, DB 1970, 865, 868.

86) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 23, 24.

87) Schliebl, AG 1985, 184, 186, dagegen Timm, NJW 1987, 977, 980 f.

88) Wiedemann, ZGR 1987, 656, 668 f. のこの判例の解釈は、これと異なる。

(iv) 損失引受義務 (§ 302 AktG) および従属会社の債権者への責任 (§ 303 AktG) のために、支配契約・利益供給契約の締結に当り支配会社の総会の承認が要求されているが、株式法302条を事実上の支配株式会社に類推すれば、この関連が無視されることになる。

(v) 株式法302条の類推は法的安全性を害する。302条を類推する前提である加重的コンツェルンの構成要件が明確でないからである。第一説は、通説的見解であるが、従属会社が支配企業の単なる営業部門として取り扱われていることをもって、加重的コンツェルンの存在を認定する⁸⁹⁾。しかし「営業部門」なる概念は、それを利用することによって概念の適用範囲を限定できる規範概念または現実型ではない。現実には完全に分権的に運営される営業部門も存在するのである。第二説は、従属会社の固有の利益が継続的に侵害されるときに、加重的コンツェルンの存在を認定する⁹⁰⁾。しかしこの定義は、加重的コンツェルンにおいては、最早、まさに確認できない損害を前提とするから、極めて漠然としている。この説を具体的に定義するものとして、「従属性報告書に明らかにされていない《強力な中央集権的》指揮と《継続的》損害があれば、加重的コンツェルンを認定する」という Timm の所説⁹¹⁾も成功していない。第三説として、加重的コンツェルンの概念を、コンツェルン結合解消の場合に会社が独立の存在を維持できるか否かの問題との関連で、とらえようとする Strohn の提案⁹²⁾があるが、これは株式法 302 条の類推とは全く異なる観点から生まれたものであるから、ここで問題となっている概念決定には無関係である。

⑤ 株式法304条・305条の類推可能性 Koppensteiner は、さらに、支配契約・利益供給契約にあって、少数者保護のための相当の補償 (§ 304 AktG) ・

89) Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 14. Aufl., Schlußanhang I Rn. 29; BGHZ 95, 330, 331, 341; K. Schmidt, ZIP 1986, 146, 149; Priester, ZIP 1986, 137, 142; Stimpel, ZGR 1986, Sonderheft 6, 39, 44 f.

90) Ulmer, ZHR 148 (1984), 391, 422; Kort, oben Fn. (30), SS. 30 ff.

91) Timm, NJW 1987, 977, 983 (vgl. oben Fn. (88)).

92) Strohn, oben Fn. (26), SS. 99 f.

払戻 (§ 305 AktG) を定めることの要請を、加重的コンツェルンに類推適用することの可能性を検討する⁹³⁾。そして、株式法 302 条の類推適用に関して述べたことがここにおいても妥当することを指摘するとともに、この場合には、類推適用を困難にする事情が一層増加することを明らかにする。例えば、具体的補償方法の確定やその裁判上の決定に関する手続 (§ 306 AktG) が加重的コンツェルンに関しては欠けているからである。契約コンツェルンにおいて、補償が定められない限りは無効であるということは、これらの規制全体が、加重的コンツェルンに適しないことを示している、と結論する。

(c) 株式法 311 条と加重的コンツェルン 加重的コンツェルンに関しては、311 条以下の規制は適当ではなく、契約コンツェルンに関する規定を類推適用するのが通説であることは前述した。これに対して、Koppensteiner は、加重的コンツェルンの構成要件が明確でなく、法的不安全性を生ずると批判する。しかし、この不安全性が逆に契約コンツェルンへのモメントとなっていることも明らかにされており、通説の立場は、311 条の趣旨を実質的に実現しているといえる。また、Koppensteiner は、311 条以下の規制を無用とするのではない。相当な補償がなされえない場合には、311 条以下の特則は適用されず、従属会社に関しても資本維持の原則の適用があり、従属会社は、その取締役の責任において運営されなければならないとするのである。この結論も、また、加重的コンツェルンの契約コンツェルンへの転化のモメントとなりうるものである。

以上のように見てくると、「西ドイツ株式法の事実上のコンツェルンに関する制度は成功していない」という考え方はいささか早計であるように思える⁹⁴⁾。

(3) 総括 西ドイツ株式法 311 条以下の事実上のコンツェルン規制に関して得られた結論のうちで、最も重要なことは、結局、事実上のコンツェルンに

93) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 25.

94) 注 72 の今井教授の発言は、49 年度の私法学会商法部会でのシンポジウム「企業結業」における報告者発言であるが、このシンポジウムは大変興味深く、結合企業法制をむしろ否定するためのシンポジウムであったのではないかとも思える側面がある。それは、鈴木竹雄博士の次の発言に示されている（私法 37 号 164 頁）。いささか長いが

において、支配企業は、従属企業に対して要求した業務執行処置について結果責任を負うのではなく、従属会社の正規の誠実な業務指揮者であっても、同様の法律行為をなし、または処置をなしもしくははなさなかったときには、支配企業は責任を負わないということである (§ 317 Abs. 2 AktG)。すなわち、支配企業は、従属企業に関して、独立な企業の営業指揮者が自己の企業に対して有する注意義務のみが要求される、ということである⁹⁵⁾。換言すれば、支配企業は、従属企業の実事上の業務執行機関として、従属企業に責任を負うということである。コンツェルン関係において、支配会社は被支配会社の取締役として把握すべきである、という私見が、図らずも西ドイツ株式法の事実上のコンツェルン制度によって支持されているのである⁹⁶⁾。

引用することとする。

「…このたび企業結合のシンポジウムが催されたのは、おそらく日本でもその立法を実現しなくちゃいけないという結論が出てくるのかと思っておりましたところ、そうでもないようです。……立法をする場合には、やはり実態との相関において問題を取扱わなくちゃいけない、外国法を参考にする場合にも、書かれた条文だけみるだけでなく、その外国の実態がどうか、またこれについてその国でいかなる批判が行われているかということまで考えなければ、日本においてその立法を直ちにまねるわけにはいかないということをかねがね思っていただけに、きょうのお話を特にありがたく伺ったわけでございます。

ドイツの実態というものもあまり明らかにしないで立法されたんだというお話ですが、それでは日本の実態が明らかになって、そのうえでわれわれがこれから立法に取りかかるのかと申しますと、これまたきわめて常識的なものしかわかっていないわけでございます。」

もっとも、このシンポジウムは20年程前のものであり、現在開催されたならば、事情が違ってくると思われる。また、このシンポジウムにおいても、こういう発言もあったのである（中村武・前掲私法167頁）。すなわち、「……最近スイスおよびフランスでもコンツェルンレヒトをこしらえようというので、さき頃その草案を発表しております。それらの世界の新しい立法の傾向をあひ顧み、現在日本の全企業の90%が中小企業であるという事実にてらし、これを大企業の寡占からまもり、また日本の現在のわれわれ消費者がいかに苦しんでおるかというようなこと等をあわせ考えてみしても、西独コンツェルンレヒトの失敗という消極的な面ばかりを考えないで、目前の事実に応じ、経済上の必要に応じてコンツェルンによる弊害を除き、消費者保護の強い要請にこたえる一環として、独禁法・株式会社法の改正、コンツェルン法の立法ということが今もっともわれわれに必要なじゃないかと考えます……。」

95) Godin/Wilhelmi, § 317 Anm. 4.

96) 拙稿・金融・商事判例 800 号49頁注5参照。

3 1985年イギリス会社法における影の取締役

(1) 緒論 1985年 741 条 2 項は、会社の取締役がその者の指揮または指図に従って行為するのが常である者を影の取締役とする。その趣旨は、支配的取締役と同様な影響力を取締役会に行使する者にも、取締役の義務および禁止行為を課することにある⁹⁷⁾。したがって、親会社は、子会社の取締役会を支配するのであるから、この意味からすれば影の取締役であり、これは、まさに、支配会社を従属会社の取締役であると解する構想に一致することになる⁹⁸⁾。ところで1980年会社法63条5項は、会社の取締役会に対して上述のような権限を行使するという理由のみによっては、法人は影の取締役として取り扱われない、と定めた。例えば、A会社の指揮または指図に従ってB会社の取締役が行為するのが常であるという理由のみによって、A会社がその総会で議決権の過半数を投ずることができるB会社の影の取締役とはならない、というのである⁹⁹⁾。この結果は、親会社は、その支配権を行使するにもかかわらず、子会社の影の取締役とならない、ということになる¹⁰⁰⁾。せいぜいのところ、親会社の取締役が、親会社のためになした指示に従って子会社の取締役会が行為するのが通常である場合に、子会社の影の取締役になるにすぎないことになる。法人を影の取締役から除外する理由、および1985年法においても、これが維持されているか検討することとする。

(2) 法人を除外する理由 影の取締役の制度は、取締役に適用される規制を影の取締役に適用することを目的とするが、影の取締役に適用される主たる規制として、次のものをあげられる¹⁰¹⁾。

(i) 会社との契約および取引において、取締役が有する個人的利益を取締役

97) Pennington, Director's Personal Liability, 1987, p. 28.

98) 拙稿「コンツェルン法からみた中小会社区分立法における機関に関する問題」法律時報56巻11号38頁、酒巻・取締役の責任と会社支配45頁・46頁注(5)参照。

99) Pennington, supra note (97), pp. 28, 29.

100) Ibid.; 大隅・前掲47頁。

101) See Pennington, supra note (97), p. 29.

会で明らかにする義務。

(ロ) 取締役の長期雇用に関して、総会の承認が必要なこと。

(ハ) 重大な価値を有する財産を、取締役が会社から譲り受けまたは会社に譲り渡す契約については、総会の承認が必要なこと。

(ニ) 会社が、取締役およびその関係人に、貸付をなしたまたは財政的援助を与えることが制限されること。

ところで、1980年会社法は、会社が親会社の取締役またはその関係者に対する信用供与は禁止するが（同法49条1項）、公開会社などにおいてはグループ間での信用供与を禁止せず（同法50条1項）、また、親会社に対する信用供与を禁止しなかった（同法50条4項a・b号）¹⁰²⁾。親会社を影の取締役とすれば、上述の会社と取締役との制限が適用され、矛盾が生ずることになる。さらに、上述の影の取締役に適用される規制には、法人に適用できないものもある（長期雇用に関する総会の承認）。これらのことが、親会社を影の取締役から除外した理由ではないかとも思われる。親会社を影の取締役から除外すべき理由のないことは指摘されていた¹⁰³⁾。そこで、1985年法は親会社を影の取締役と認めるとともに、親会社に適用されない取締役に關する規制の範囲を明確にするという方向を取った¹⁰⁴⁾。

(3) 1985年法の規制 1985年会社法 741 条 3 項によれば、子会社の取締役が親会社の指図に従って通常行為している場合には、親会社は子会社の影の取締役と認められる。ただし、同項に列挙される規定に関しては、親会社の指揮または指図に従い子会社の取締役が常に行為するという理由のみでは、親会社は子会社の影の取締役として取り扱われない¹⁰⁵⁾。

1985年会社法741条3項に列挙される規定とは次のものである。

309条（使用人の利益を尊重すべき取締役の義務）。

319条（取締役の長期雇用契約）。

102) See Northey & Leigh, Company Law, 3rd ed., pp. 136, 137.

103) Pennington, supra note (97), p. 29.

104) Pennington, Company Law, 5th ed., 1985, p. 801.

105) Tolley's Company Law, 1987, p. 282.

320条ないし322条（取締役の関係する重要な財産取引）。

330条ないし346条（取締役およびその関係人に、貸付などをなす会社の権限に関する一般的制限）。

(4) 総括および余論 (イ) 総括 1985年イギリス会社法は、親会社を子会社の取締役と解することに妨げになるものではなく、逆に、このような構想を支持するものであるといえる。親会社を影の取締役と解することから生ずる様々な問題については、今後、イギリスの裁判所によって具体的に解決されることになろう。そして、それは、コンツェルン関係における指揮と責任とのイギリス法的解決として、われわれに示唆を与えてくれるものと期待したい。

(ロ) 余論——会社の親子関係と取締役の義務 Pennington が、この問題に関して、極めて要領よく、展望を含めて概観しているので¹⁰⁶⁾、これを引用することによって、イギリス法に関する項を終ることとする。

1985年会社法は、グループ計算書以外の事項に関する規定において、殊に、取締役に課す禁止および制限に関する規定において、親会社または子会社という概念をしばしば使用する。例えば、親会社の取締役に、親会社自体から借り入れる際に課せられると同様の制限が、子会社からの借り入れに際し課せられる (Companies Act 1985, section 330 to 342)。

他方、同法は、親会社の取締役を、子会社を有しない会社の取締役と異なるものとして取り扱わないし、これらの取締役に課せられない特別の義務、禁止または制限を、親会社の取締役に課さない（年度グループ計算書およびグループに関する年度報告書の作成義務は別である）。親会社または子会社の取締役とグループの他の会社との間の特別関係は、したがって、1985年会社法では未解決であり、裁判所によって解決されるべきものとして残されている。それゆえ、生まれる原則は、完全に判例によるものである。

今日までのところ、裁判所は、親会社および子会社の取締役にに関する特別の規制をほとんど明らかにしておらず、これらの取締役の権利義務を、かれらが取締役である会社に関して有するものに限定してきている。この結果、貴族院

106) Pennington, *supra* note (97), pp. 31, 32.

の判例によれば、親会社との役務契約の下に雇用される子会社の取締役が、補償を見返りにその契約の期限前の終了に同意するとき、子会社の取締役として義務違反を開示するなんらの義務を負わないのである (Bell v. Lever Brothers Ltd (1932))。同様に、控訴院の判例によれば、子会社の取締役が、子会社に親会社の債務を保証させまたは子会社の財産に担保権を設定させる場合、そうすることによって、親会社のみが利益を受け、子会社が利益を受けないときは、子会社の取締役の行為は正当とされないのである¹⁰⁷⁾。

それにもかかわらず、自己の会社に対する取締役の義務の内容は、会社がグループのメンバーであるという事実によって影響を受けるかも知れない。子会社の利害は、ある程度まで、グループの利害と相互依存しているはずである。さらに、未熟または不注意によって、契約関係のない第三者に損害を与えた者に対して、コモン・ローによって課せられる過失責任の近時の急速な拡張は、親会社または子会社の取締役に、かれらの過失によって生じた損害に関して、グループの他の会社に対する責任を認める判例を、結局、生み出すかも知れない。

4 スイス法における事実上の機関

(1) 緒論 スイス債務法 754 条 1 項は「経営、業務執行または監査の職務を有するすべての者は、その義務に違反して、故意または過失によって生ぜしめた損害について、会社および会社の株主または債権者に対しその責めに任ずる」と定める。西ドイツ法のようにコンツェルン法制を有しないスイスにおいては、この規定を利用して、コンツェルン指揮の責任がとらえられるのである。その際に利用される理論が「事実上の機関」(das faktische Organ) の理論である¹⁰⁸⁾。

(2) スイス法における理論構成 スイスにおいて支配的である機能主義的

107) Charterbridge Corp'n. Ltd v. Lloyds Bank Ltd (1970); Rolled Steel Products (Holdings) Ltd v. British Steel Corporation (1985)。

108) この理論についても、拙稿「コンツェルン関係における大株主の責任(1)」独協法学20号94頁以下に詳論しているので、詳しくはそれを参照して頂くこととし、ここでも必要と考えられる範囲に限って述べることとする。

思考方法によれば、機関であるための資格は、形式的な標識ではなく、権限の範囲内における独立性である¹⁰⁹⁾。スイスの判例¹¹⁰⁾においても述べられているように、株式会社の意思決定に事実上決定的に参加する者、株式会社のために実際に決定をなしうる者は、その者に形式上その権限にふさわしい地位が与えられると否とにかかわらず、機関である¹¹¹⁾。

法人が機関となりうるかについては、スイスでは肯定されている¹¹²⁾。法人はその機関によって行為するが、法人もまた一定の法律行為について（その機関によって）代表者となりうる、と解されている。

ところで——と Meier-Hayoz/Forstmoser はいう——コンツェルン関係においては、子会社の管理機関員はコンツェルン指揮者により指名され、これらの者は——統一的指揮のために——しばしばかれらの職務の行使について指図を受け取る¹¹³⁾。したがって、コンツェルン指揮者は、上述の機関概念よりして、子会社の機関である、ということになる。

スイスの判例・通説によれば、形式的には機関員として現われないが、受託者として活動する者を通して、業務執行に決定的影響を及ぼす背後者も、株式法上の責任を負う¹¹⁴⁾。

以上の論理より、コンツェルン指揮者は、従属会社の事実上の機関として、従属会社、その株主または債権者に対して責任を負わされるのである。

(3) 総括 スイス法においても、コンツェルン指揮者は、従属会社の事実上の機関として、その責任を問われることが明らかとなった。コンツェルン指揮者を子会社の事実上の取締役として、指揮の責任をとらえんとする主張の妥当性が、スイス法においても証明されたわけである。

109) Forstmoser/Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl. (1983), S. 136.

110) BGE 87 II 187.

111) Forstmoser/Meier-Hayoz, oben Fn. (109).

112) Ibid., SS. 135, 136.

113) Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 3. Aufl. (1978), S. 375.

114) Forstmoser/Meier-Hayoz, oben Fn. (109), S. 184.

5 アメリカ法および西ドイツ法における事実上の役員または機関

(1) 緒論 順序とすれば、ここでアメリカ法におけるコンツェルン指揮の責任に関する法的構成を検討すべきである。しかし、アメリカでは、この問題は、法人格否認の法理の一適用分野として取り扱われており、いうなれば、正常な結合企業関係における「指揮と責任との相関」とは直接には関係がない。例えば、Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Group*, 1987 において、親会社の責任は法人格否認の法理によって取り扱われており、また、実務家相手の講習会のテキストと思われる Thomas J. Heiden (Chairman), *Responsability of the Corporate Parent for Activities of a Subsidiary*, 1986 においても、法人格否認の法理に関する説明やそれへの対処が中心となっている。Blumberg によれば、この法理の会社の親子関係への適用——それは親会社の子会社を道具化したと認められる場合にある——への指針は、約45年ほど前の二つの破産事件¹¹⁵⁾から採用されたものを中心となっている¹¹⁶⁾。つまり、このことは、この法理が正常な企業関係を主として前提としないものであるといえるのである¹¹⁷⁾。

以上のような理由で、本稿ではアメリカ法におけるコンツェルン指揮の問題を取り扱わないこととした。この代りに、アメリカ法において認められている事実上の役員 (de facto officer) の理論を¹¹⁸⁾、西ドイツ法の事実上の機関 (das faktische Organ) の理論と比較しながら検討して、親会社を子会社の取締役と解することの理論的基礎を固めたいと考える。このため、以下は、主として、Jarzembowski の所論に従って述べることにする¹¹⁹⁾。Jarzembowski は、西ドイツ法およびアメリカ法を比較しながら、事実上の機関を論じているからである。

(2) アメリカ法における事実上の役員 (i) 沿革 事実上の役員の制度

115) *Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 95 F. 2d 693, 704-05 (10th Cir. 1938), rev'd on other grounds, 306 U. S. 307 (1939) (equitable subordination); *Fish v. East*, 114 F. 2d 177 (10th Cir. 1940) (turnover).

116) これらの判例から採用され、その後、補完された指針として、次のものがあげら

事実上の取締役とコンツェルン関係

れる (Blumberg, The Law of Corporate Group, 1987, pp. 138-140)。

- (1) 親会社の子会社の全部またはほとんどの株式を所有している。
- (2) 親会社および子会社が共通の役員および取締役を有する。
- (3) 親会社の子会社を財政的に管理する。
- (4) 親会社の子会社の資本株式の全部を引き受けるまたは子会社を法人化する。
- (5) 子会社の資本が著しく不十分である。
- (6) 親会社の子会社の使用人の給料その他の費用または損失を負担する。
- (7) 子会社が、実質的に、親会社との取引以外には営業を行わずまたは親会社から譲り受けたもの以外には資産を有しない。
- (8) 親会社の文書もしくは親会社役員の報告書において、子会社は親会社の一営業部門とされている、または、子会社の営業および財政の責任は、親会社自身のものとされている。
- (9) 親会社の子会社の財産を自己のものとして使用する。
- (10) 子会社の取締役または執行役員が、子会社のために独立して活動せず、親会社のために親会社からの指図に従う。
- (11) 子会社の法的形式要件が遵守されていない。
- (12) 相互間の貸付、すなわち内部契約 (contracts not at arm's length) が子会社を犠牲にして親会社に利益を与える。
- (13) 親会社および子会社が連結所得税報告書または連結財務諸表を提出する。
- (14) 子会社のための決定が親会社およびその代表者によって実行されている。
- (15) 親会社と子の契約が親会社の方に有利である。
- (16) 親子会社の二つの運営が、資金の混合、相互作用および共同の経営・監督によって、高度に統合されているので、一個の営業とみられるべきである。
- (17) 子会社が利益なしに運営されている。

Heiden, Responsibility of the Corporate Parent for Activities of a Subsidiary, 1986 においても、伝統的な法人格否認の場合における責任に影響を与える要素として、上の指針と同様なものを列挙するが、これによって補足すれば、次のものを追加できる (pp. 120-122)。

- (1) 原告が子会社が独立の法的存在であるという認識を有していない。
 - (2) 親子会社間の営業関係において、子会社が他の会社よりも優遇されている。
 - (3) 親子会社が一体であると世間一般に表示されている。
 - (4) 共同の電話番号・使用人を有または親子会社間で使用人の異動がある。
 - (5) 親会社の子会社のためにサービスを行っている (計算・財政、宣伝、研究、子会社のための購入および親会社から子会社への貸付などに関して)。
- 117) 拙稿「法人格否認の法理とコンツェルン関係」独協法学24号 1頁参照。
- 118) アメリカ法におけるこの理論を紹介するものとして、石山卓磨・事実上の取締役理論とその展開 (成文堂) がある。
- 119) George Jarzembowski, Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischen Aktienrecht. 1982. もっともこの文献は、事実上の機関の理論の検討を中心とするものではなく、タイトルにも示されるように、瑕疵ある機関行為を取り扱うものであり、その一部として事実上の機関を取り上げているのである。瑕疵ある機関行為の比較法的検討も興味あるテーマであり、いずれ、この問題も論じてみたいと思っている。

の基礎をなしているのは事実上の理論 (de facto doctrine) の一般原則である¹²⁰⁾。これは、第一に瑕疵ある行政機関の承認、第二に瑕疵ある会社の承認、第三に選任・任命に瑕疵ある役員の行為の承認、を目的とする¹²¹⁾。事実上の理論は、一方において、行政機関・会社・その役員の権限を調査する必要から、公衆・第三者を保護するために、他方において、その権限を証明または権限への攻撃を防禦する義務から、行政機関・会社・その役員を保護するために、生まれたものである¹²²⁾。要するに、事実上の理論の目的とするところは、瑕疵ある権限行使の場合に、不安全・混乱から当事者を保護し、妥当性・法的安全性を創造することである¹²³⁾。

ところで、事実上の役員の制度の起源は事実上の公務員にある¹²⁴⁾。leading case である *State v. Carroll* は、事実上の判事の事件を取り扱うものである。公務員の場合には、私的役員¹²⁵⁾に較べ、公的利益（ここでは、公法的安全性）から、事実上の公務員を承認する緊急的必要性があるのであるが¹²⁶⁾、判例・学説——少数の例外は別として——は、私的役員も認め、これら二種類の事実上の役員（公務員および会社役員）を区別しない¹²⁷⁾。

(四) 株式会社における事実上の役員の根拠 例えば, *Herbst v. Held* 事

120) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 119.

121) See Albert Constantineau, *A Treaties on the De facto Doctrine*, Rochester 1910, pp. 3 ff.

122) See Constantineau, supra note (121), pp. 5 ff.; see also *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 467.

123) See Constantineau, supra note (121), pp. 4 and 5 f.

124) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 120.

125) 私的役員 (private officer) という概念は、公務員 (public officer) ——公職の担い手——に対比して成立したものであり、したがって、私的役員という概念は取締役役員——会社における職務担当者——を原則として意味する (Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 120 Fn. 29)。

126) See *Richards v. Farmers' & Mechanics' Institute of Northampton County* 26 A. 210, 211 (S. C. of Penna. 1893).

127) See Constantineau, supra note (121), p. 5; William Meade Fletcher, *Cyclopedia of the Law of Private Corporations*, Vol. 2 1969 Revised Volume Mundelein, Ill. 1969, § 372 pp. 201 f. and § 373 p. 202 with the mentions there. Henry Winthrop Ballantine, *On Corporations*, Revised Edition, Chicago 1949, p. 150 は区別する。

件¹²⁸⁾において、State v. Carrollの判例が引用され、「秩序と正義の原則から」事実上の理論の原則に従って事実上の役員を認めるのが、「正義と社会的必要性」に照応するとされた¹²⁹⁾。しかし事実上の役員の制度を理由づける「公序」(または秩序)は、会社の外部関係と内部関係とで異なった論理から抽出される¹³⁰⁾。

(a) 外部関係 公衆・第三者に対する関係にあっては、役員の外観的権限(外観¹³¹⁾)から事実上の役員を承認する必要が生ずる。ここでは、一般的信義則の適用事例としての第三者保護という意味において、法的安全性と妥当性とが実現される。

(b) 内部関係 会社および株主に対する関係にあっては、役員の存在を黙認したことから(黙認¹³²⁾)事実上の役員を承認する必要が生ずる。ここでは、会社の内部関係への一般的信義則の特別の適用事例として、法的安全性と、妥当性が創造される。

Alabama の判例¹³³⁾は、内部関係において事実上の役員を認めることを否定するが、しかし、その判決理由の中で、内容的には、これによる解決の可能性

128) 190 N. W. 153 ff. (S. C. of Iowa 1922).

129) Jarembowski, oben Fn. (119), S. 120.

130) Vgl. ibid., SS. 120, 121.

131) See in re George Ringler & Co. 97 N. E. 593, 597; Moses v. Tompkins 4 So. 763, 767 (S. C. of Alabama 1888); see already mentioned State v. Carroll 38 Conn. 449, 457 and 470; see also Ballantine, supra note (127), p. 150.

132) See Herbst v. Held 190 N. W. 153, 155; see also Ohio and Mississippi Railroad Co. v. McPherson 35 Mo. 13, 27 f. (S. C. of Missouri 1864); Nelson v. Northland Life Ins. Co. 266 N. W. 857, 861 (S. C. of Minn. 1936); State v. Kylmanen 231 N. W. 197, 199 (S. C. of Minn. 1930); see also Ballantine, supra note (127), p. 150; William W. Cook, Treatise on the Law of Corporations having a Capital Stock, Vol. 1 8th Edition, New York 1923, p. 2273, as well as Fletcher, supra note (127), § 386 pp. 222 and 224 (see Cumulative Supplement); but see also Robert S. Stevens, Handbook on the Law of Private Corporations, Second Edition, St. Paul 1949, pp. 744 ff. (partly denying).

133) See Moses v. Tompkins 4 So. 763, 764 (事実上の役員の法理は「取締役と株主との間などには適用できない」) and 767 (「事実上の役員の行為は、第三者が保護されるべき権利・利益を有するときのみ有効である」); see also Schwab v. Frisco Min & Mill. Co. 60 P. 940, 942 (S. C. of Utah 1900); Stratton-Massachusetts Gold Mines CO. v. Davis 111 N. E. 375, 377 f. (S. J. C. of Mass. 1916).

を認める¹³⁴⁾。

(イ) 事実上の役員の要件 事実上の役員が認められる要件は次の如くである¹³⁵⁾。

(a) 選任・任命行為があるか¹³⁶⁾または取締役の地位が事実上保持されていること¹³⁷⁾。選任・任命行為の存在は、場合によっては、不可欠の要素とされている¹³⁸⁾。任期終了後の場合には、少なくとも以前の選任・任命行為がなければならない¹³⁹⁾。事実上の役員が認められる選任・任命の際の典型的瑕疵事由として、(1)総会・取締役会の招集その他の手続上の瑕疵¹⁴⁰⁾ (例えば州外での選任・任命¹⁴¹⁾)、(2)被選資格違反¹⁴²⁾ (例えば必要な株主資格を有しないこと¹⁴³⁾)、

134) Jarzembowski, *oben* Fn. (119), S. 121.

135) *Ibid.*, SS. 122-124.

136) See *Consumers' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 955 f.; *Moses v. Tompkins* 4 So. 763, 766; see already mentioned *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 471 f.; see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 374 p. 204 and § 376 p. 208.

137) See *Herbst v. Held* 190 N. W. 153, 154 f.; *Welker v. Anheuser-Busch Brewing Ass'n* 114 N. W. 745, 746 (S. C. of Minn. 1908); see already mentioned *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 471 as well as *Petersilea v. Stone* 119 Mass. 465, 469; see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 374 pp. 206 f. (ここに示される事実上の保持の証拠, 例えば会社帳簿の所持を参照)。

138) See *Moses v. Tompkins* 4 So. 763, 766; *Franco-Texan Land Co. v. Laigle* 59 Tex. 339, 344 (S. C. of Texas 1883); see also 6 Nat. Corp. Rep. 372.

139) See *Baker v. Smith* 102 A. 721, 725 ff. (S. C. of R. I. 1918); *Doehler v. Landson* 298 P. 200, 204 (S. C. of Oregon 1931); see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 375 p. 208 and § 344 pp. 137 ff.

140) See *Nelson v. Northland Life Ins. Co.* 266 N. W. 857, 861; see already mentioned *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 472; see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 376 pp. 208 ff.

141) See *Ohio & Mississippi Railroad Co. v. McPherson* 35 Mo. 13, 27 f.; see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 376 pp. 209 f.; for different view see *Franco-Texan Land Co. v. Laigle* 59 Tex. 339, 344 (機関行為は無効——手続的瑕疵に矛盾する); *Stroh v. Odom* 225 S. W. 2 d 626, 629 (Tex. Civ. App. 1950).

142) See *Copper Belle Mining Co. v. Costello* 100 P. 807, 810 (S. C. of Arizona 1909); see already mentioned *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 471 f.; see also *Fletcher*, *supra* note (127), § 377 pp. 211 ff. as well as § 378 p. 213; for different view see in re *Newcomb* 18 N. Y. S. 16 ff. (S. C. of Cattarungus County 1891) (瑕疵ある選任・改選)。

143) See *San Jose Savings Bank v. Sierra Lumber Co.* 63 Cal. 179, 180 ff. (S. C. of Cal. 1883); *Beardsley v. Johnson* 23 N. E. 380, 381 (C. A. of N. Y. 1890).

(3)取締役の定員オーバー¹⁴⁴⁾、(4)会議に必要な定足数また決議に必要な多数を欠く決議¹⁴⁵⁾、などがあげられる。

(b) 会社の取締役として活動すること¹⁴⁶⁾。

(c) ① (公衆および第三者に対する関係において) 第三者が選任・任命の瑕疵を知らないことから、取締役の外観的権限が生じていること¹⁴⁷⁾。第三者には調査義務がないのだから、善意であればよく、悪意のときのみ、権利外観

144) See *Chandler v. Hart* 119 P. 516, 522 f. (S. C. of Cal. 1911); *McWhirter v. Washington Royalties Co.* 152 A. 220, 222 f. (C. of Chancery of Del. 1930); but on the other hand see the general rule that as a rule a de jure office must be, *Cohen v. Miller* 68 A. 2 d 421, 424 (Sup. C. of N. J. 1949) (瑕疵ある設立手続にもとづいて地位を不法に占拠した者に関する事案)。

145) See *Baggot v. Turner* 58 P. 212, 213 f. (S. C. of Washington 1899); *Consumer' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 955 ff.

146) See *Watermann v. Chicago & I. R. Co.* 29 N. E. 689, 691 f.; in re *Campbell County Hardware Co.* 15 F. 2 d 78, 81 f. (D. C. E. D., Tenn. 1924); *Umatilla Water User' Ass'n v. Irvin* 108 P. 1016, 1020 f. (S. C. of Oregon 1910); see also *Fletcher*, supra note (127), § 374 p. 206.

147) See *Orr Water Ditch Co. v. Reno Water Co.* 30 P. 695, 696 (S. C. of Nevada 1882) (「利害関係人全員が知らなかった」); *Groveland Imp. Co. v. Farmers' Supply Co.* 65 P. 529, 530 (S. C. of Washington 1901) (「かれらの真実の姿を知らずに」); *Carpenter v. Clark* 185 N. W. 868, 870 f.; *Stratton-Massachusetts Gold Mines Co. v. Davis* 111 N. E. 375, 377; see already mentioned *State v. Carroll* 38 Conn. 449, 467; see also *Fletcher*, supra note (127), § 385 p. 222 as well as § 341 p. 136.

148) Ibid.

149) See *Blair v. Bishop's Restaurants* 217 P. 2 d 161, 163; *Consumers' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 955 f.; *Nelson v. Northland Life Ins. Co.* 266 N. W. 857, 861; *Independence Lead Mines Cod. v. Kingsbury* 175 F. 2 d 983, 986 (U. S. C. A. 9th Circ. 1949); see also *Fletcher*, supra note (127), § 386 p. 222; for different view which is against the application of the doctrine of de facto officer see the Alabama rule: *Moses v. Tompkins* 4 So. 763, 767 (but see also the formulation there: 「それらの者が……株主の過半数の意思に反するならば、かれらは違法な地位の占拠者にすぎない」); *Schwab v. Frisco Min. & Mill. Co.* 60 P. 940, 942 (but see also the formulations there: 「株主の黙認や了解なしに取締役の地位を不法に占拠している者は、役員ではない。」「事実上の役員の行為が有効であるのは、他の当事者がそのような役員の行為を黙認しているときか、または、他の当事者が、みずからの行為のゆえに、事実上の役員の権限を否定することが許されないときである。」); see also *People's Mutual Ins. Co. v. Wescott* 80 Mass. 440, 441 f. (S. J. C. of Mass. 1860) (黙認なし→重大な瑕疵→地位の不法占拠者)。

が消滅する¹⁴⁸⁾。

②(会社および株主に対する関係において) 選任の場合には、株主が、選任の瑕疵を知りながら当該取締役を黙認し、任命の場合には、他の取締役が、任命の瑕疵を知りながら当該取締役を黙認し¹⁴⁹⁾、なんらの異議も述べずまたは訴を提起することをしないこと¹⁵⁰⁾。

(一) 事実上の役員の効果 事実上の役員の要件が充足されると、事実上の役員が承認されるのであるが、それは次の効果を生ずる¹⁵¹⁾。

(a) 事実上の取締役は適法に選任・任命された取締役として取り扱われる。

(b) 事実上の取締役は正規の取締役と同じ権利・義務を有する¹⁵²⁾。株主に對しても同様である¹⁵³⁾。しかし、事実上の役員によって任命された新取締役

150) See American Concrete Units Co. v. National Stone-Tile Corp. 1 P. 2 d 1084, 1085 (D. C. of App., Cal. 1931), Blair v. Bishop's Restaurants 217 P. 2 d 161, 163; Consumers' Salt Co. v. Riggins 282 P. 954, 956; Independence Lead Mines Co. v. Kingsbury 175 F. 2 d 983, 986; see also Stratton-Massachusetts Gold Mines Co. v. Davis 111 N.E. 375, 377 f. (競合する取締役会間の争い)。

151) Jarzembowski, oben Fn. (119), SS. 124-126.

152) See Blair v. Bishop's Restaurants 217 P. 2 d 161, 164; Consumers' Salt Co. v. Riggins 282 P. 954, 956; Ellis v. N. C. Institution for the Deaf, Dumb and Blind 68 N. C. 423, 427 (S. C. of N. C. 1873); see also Fletcher, supra note (127), § 380 pp. 214 f. as well as § 379 p. 214; for liability see Fletcher, supra note (127), § 390 pp. 226 f. with the mentions there (for example Martin v. Miller 57 N. E. 2 d 878, 884 (S. C. of Mich. 1953) as well as Fletcher, Cyclopedya of the Law of Private Corporations, Vol. 5 1976 Revised Volume Chicago 1976 (cit. Fletcher, supra note (152)), § 2144 p. 562 with the mentions there.

153) For the convening of shareholders' meeting see Sherwood v. Wallin 99 P. 191, 193 (S. C. of Cal. 1908); Moon v. Moon Motor Car Co. 151 A. 298, 299 (C. of Chancery of Del. 1930); see also Nelson v. Northland Life Ins. Co. 266 N. W. 857, 861; for reorganization petition see in re Bankers Trust 403 F. 2 d 16, 21; for demanding payment for shares and the same see Johnson v. Crawfordville Railroad Co. 11 Ind. 280, 284 (S. C. of Ind. 1858); Penobscot & Kennebec Railroad Co. v. Dunn 39 Me. 587, 599 (S.J.C. of Maine 1855); see also State v. Bornefeld 44 Mo. 154, 159 (S. C. of Missouri 1869) (事実上の取締役会による秘書役の解任) as well as Fletcher, supra note (127), § 386 pp. 222 f. and Fletcher, Cyclopedya of the Law of Private Corporations, Vol. 4 1965 Revised Volume Mundelein, Ill. 1965, § 1803 pp. 595 f.; for differen view — 内部関係において事実上の役員を否定する論理的結果として — the Alabama rule, see Stratton-Massachusetts Gold Mines Co. v. Davis 111 N. E. 375, 377 f. with the mentions there.

が正規の取締役であるか（原則の論理的結論である）¹⁵⁴⁾または事実上の役員にすぎないか¹⁵⁵⁾については、争いがある。事実上の役員は、原則として、例えば、取締役としての資格の他に役員として活動する限り、報酬・年金などへの権利を有する¹⁵⁶⁾。

(c) 第三者が、事実上の役員の地位を、付随的に——例えば瑕疵ある選任・任命を理由に総会または取締役会の決議を争っているときに——攻撃することは、全然許されない（付随的攻撃の禁止¹⁵⁷⁾）。

事実上の役員の通常の行為が争われているときに、会社および株主が事実上の役員の地位を付随的に攻撃することは許されない（付随的攻撃の禁止¹⁵⁸⁾）。これが原則であるが、選任・任命の適法性と直接に関係する請求権に関する争い、例えば事実上の役員の報酬に関する争いに関しては、付随的攻撃が許される¹⁵⁹⁾、事実上の役員の権原が直接に攻撃されている争訟（直接的攻撃・手続）においては、事実上の役員の地位を攻撃できるのである¹⁶⁰⁾。

154) See *Consumers' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 956 (for agent and subordinate officer); see already mentioned *State v. Harris* 3 Ark. 570, 578 (S. C. of Arkansas 1840); see also *Fletcher*, supra note (127), § 381 p. 216 as well as § 383 p. 220 (役員の事案)。

155) See in re *George Ringler & Co.* 97 N. E. 593, 598 (原則の濫用の危惧から——see 599)。

156) See *Hess v. Kismet State Bank* 189 P. 919, 920 (S. C. of Kansas 1920) (bank cashier); *U. S. Cast Iron Pipe & Foundry Co. v. Henry Vogt Mach. Co.* 206 S. W. 806, 813 (C. A. of Kentucky 1918) (receiver); see also *Waterman v. Chicago & I. R. Co.* 29 N. E. 689, 692 (単なる侵奪者には請求権はない——see the general formulation: 「他の者が真の権利を有する」ときは、請求権はない) as well as *Fletcher*, supra note (152), § 2144 p. 562 and supra note (127), § 382 pp. 217 f. (しかし、ここでは理由を示すことなく制限する——note the suggestion about *Mortgage Land Inv. Co. v. McMaine* 215 N. E. 192, 196 [S. C. of Minn. 1927] with the general formulation: 「しかし、事実上の役員は、自分自身の利益を図るために、事実上の役員としての自己の行為を援用することはできない」)。

157) See *American Concrete Units Co. v. National Stone-Tile Corp.* 1 P. 2 d 1084, 1085 (「事実上の役員と認められる限り……その職へのかれらの権限を付随的に争うことはできない」); *Mechanics Nat. Bank of Newark v. Burnet Mfg. Co.* 32 N. J. Eq. 236, 238 (C. of Chancery of N. J. 1880); see also *Stratton-Massachusetts Gold Mines Co. v. Davis* 111 N. E. 375, 377 as well as *Fletcher*, supra note (127), § 371 pp. 199 f. and § 387 pp. 224 f.

(※) 事実上の役員の排除¹⁶¹⁾ 選任の瑕疵を主張して取締役の選任・任命の適法性を争うには、特別の権限開示令状手続¹⁶²⁾によるか、またはそれと代替的、補完的もしくは並存的に各州の定める特別手続によらなければならない。¹⁶³⁾ ただ、衡平法裁判所が、詐欺または会社財産の損害を理由に、管轄を

158) See *Consumers' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 955 (see also the citation at p. 955 「しかし、かれが事実上の取締役であると認められた後は、その職へのかれの権限を付随的に攻撃することはできない」); *Ohio & Mississippi Railroad Co. v. McPherson* 35 Mo. 13, 28 (「かれらが事実上の取締役と認められれば、かれらの職務権限を付随的に訴によって問題とすることは許されない」); *Young v. Schenk* 116 P. 588, 589 (S. C. of Washington 1911) (「かれらは事実上の取締役であり、したがって、かれらのその職への権限を付随的に攻撃できない」); see also *Stevens*, supra note (132), pp. 744 ff. (慎重である); for different view see the *Alabama rule*: *Moses v. Tompkins* 4 So. 763, 767 f. (「事実上の役員が破壊的であるときまたは株主の財産の権利を侵害するときはいつでも、事実上の役員の権限を問題としてよい」——しかし、ここでは、会社の損害の回復のための特別の衡平法上の訴が問題であったことを注意しなければならない); see also *Schwab v. Frisco Min. & Mill. Co.* 60 P. 940, 942 (with the note: 「衡平裁判所が一定の目的のために裁判権を有するときは、裁判所は、付随的にみえるが、役員などの権利・権限を審査し、それについての問題を決するであろう」)。

159) See *Waterman v. Chicago & I. R. Co.* 29 N. E. 689, 692 (「給料支払の訴を提起する者は、その職に対する自己の権限を争点におかざるをえない」); see also *Fletcher*, supra note (127), § 387 p. 225.

160) See *Consumers' Salt Co. v. Riggins* 282 P. 954, 956 (「直接的手続において排除されるまでは、かれは事実上の取締役であった」); see also *Mortgage Land Inv. Co. v. McMains* 215 N. E. 192, 196 (with the good enough reason: 「実際、事実上の役員の法理が適用されるのは第三者が関係しているときであって、本件のような直接的攻撃の場合には、適用されないのである」)。

161) *Jarzembowski*, oben Fn. (119), SS. 126, 127.

162) *Quo warranto*. 官公職や権利を保有・行使する者に対して、いかなる権限によってその官公職・権利の保有を主張するのかの証明を命ずる手続 (高柳=末延・英米法辞典397頁参照)。

163) See *Fletcher*, supra note (152), § 2068 p. 299, § 2069 p. 299, § 2073 pp. 316 ff. (カリフォルニア・デラウェア・ニュージャージー・ニューヨークの州法の違いが特にそこに述べられている) as well as *Fletcher*, supra note (127), § 365 pp. 183 ff., § 366 pp. 187 ff. (see in this respect as exception of the legal institute of *mandamus*), § 369 pp. 192 ff. (制定法上の救済方法); vgl. *Andreas Escher, Die Rechtsstellung des Verwaltungsrates nach dem Aktienrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Basel 1954, SS. 34 ff. なお, *mandamus* とは、通常、職務執行令状を意味し、個人・法人・公務員などに、その義務に属する特定の事項の履行を命ずるものである (高柳=末延・前掲290頁参照)。

有するときには、選任の瑕疵を衡平法上の訴によって主張できる¹⁶⁴⁾。提訴権者は、州・会社・株主・取締役の他に選任・任命の瑕疵によって損害を受けた者である¹⁶⁵⁾。この最後の者は、法的保護の必要性を証明しなければならない¹⁶⁶⁾。判決は、取締役の解任その他必要な事項を命ずることができ¹⁶⁷⁾、原則として、対世効を有する¹⁶⁸⁾。事実上の役員の排除は、法的安全性のために、将来に向ってのみ効力を有する¹⁶⁹⁾。

(3) 西ドイツ法における事実上の取締役役員 (イ) 緒論 事実上の取締役役員の制度は信義則にもとづくものである¹⁷⁰⁾。すなわち、事実上の取締役役員には、信義則から、黙示の授權・表見代理の制度が類推適用され、正規の取締役役員として取り扱われるのである¹⁷¹⁾。

(ロ) 事実上の取締役役員の制度の理論的背景 黙示の授權・表見代理の制度は、判例・学説によって、取引安全の要請から展開されたものである¹⁷²⁾。同様に、一般的には、取引関係への信頼の保護や法的安全性のために、具体的には、第三者や会社の利益の保護のために、黙示の授權・表見代理の原則が、判

164) See Fletcher, supra note (152), § 2070 pp. 301 f. with the mentions there as well as Fletcher, supra (127), § 367 pp. 189 ff. and § 368 pp. 191 f.; for the legal institute of injunction see Fletcher, supra (152), § 2071 p. 306, § 2072 pp. 309 ff.

165) See Fletcher, supra note (152), § 2073 pp. 316 as well as Fletcher, supra note (127), § 365 pp. 184 ff. and § 369 pp. 196 f.; see Baggot v. Turner 58 P. 212, 214 as well as Ohio & Mississippi Railroad Co. v. McPherson 35 Mo. 13, 28.

166) See Fletcher, supra note (152), § 2073 pp. 317 f.

167) See Fletcher, supra note (152), § 2070 p. 302, § 2073 p. 318 as well as Fletcher, supra note (127), § 365 p. 184, § 369 pp. 195 f., § 370 pp. 197 f., § 388 p. 225.

168) See Fletcher, supra note (127), § 365 p. 187.

169) See Fletcher, supra note (127), § 374 p. 207; see already mentioned Mechanics Nat. Bank of Newark v. Burnet Mfg. Co. 32 N. J. Eq. 236, 238; Mining Co. v. Anglo-California Bank 104 U. S. 192, 196 (S. C. of U. S. 1881).

170) Jarzembowski, oben Fn. (119), SS. 102, 103.

171) Vgl. BGHSt. 3, 32, 37 f. (für die GmbH); BGHSt. 21, 101, 104; vgl. auch BGHZ 47, 341, 343; vgl. schon RGSt. 16, 269, 271 (für die eingetr. Genossenschaft); RGSt. 64, 81, 84 f.; vgl. ferner Baumbach/Hueck, Kurzkommentar zum Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 84 Anm. 7; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 18 und 19; Schilling in Großkomm. AktG, § 248 Anm. 6.

172) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 103.

例・学説によって¹⁷³⁾、選任に瑕疵のある取締役役員に類推適用された¹⁷⁴⁾。この際、二つの特殊性が考慮された¹⁷⁵⁾。第一は、黙示の授権の前提である一定の容態、すなわち、黙示の選任という事実が存在しないということである。なぜならば、会社の機関は明確な決議によってのみ意思を表示するのだからである¹⁷⁶⁾。第二に、問題の解決は、外部関係のみならず、会社関係者の内部関係においても、必要であったからである。この二つの特殊性を考慮した上での信義則の類推適用は、次の二つの解決を導き出した¹⁷⁷⁾。

(a) 株主および機関員の関係（内部関係）においては 事実上の取締役役員の承認は、会社側の黙認、すなわち会社の認識または承と法的に評価できる事実から導き出され、会社と関係者との間の利害の妥当な調整をはかるべきである¹⁷⁸⁾。

(b) 世間一般および第三者に対する関係（外部関係）においては 事実上の取締役役員の承認は、会社の責任を生ぜしめる適法な取締役の行為がなされているという外観から生じ、取引関係の信頼を、殊に第三者の信頼の保護を図るべきである¹⁷⁹⁾。

(c) 事実上の取締役役員の要件 事実上の取締役役員の承認の個別的要件として、原則として、次のものを挙げうる¹⁸⁰⁾。

173) Vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 18 und 19; Schilling in Großkomm. AktG, § 248 Anm. 6; vgl. ferner Soegel/Schultz-v. Lasaulx (in Soegel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 10. Aufl., 1967) § 167 Anm. 37-39 (ebenda auch für die-umstrittene-Anwendbarkeit ebenfalls bei juristischen Personen des öffentlichen Rechtes); Staudinger/Coing (in v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 11. Aufl., 1957) § 167 Anm. 9 t und 10-10 d (ebenfalls für den Vorrang des Grundsatzes von Treu und Glauben im rechtsgeschäftlichen Verkehr); vgl. auch BGHZ 41, 282, 287 f.

174) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 103.

175) Ibid., S. 104.

176) Siehe beispielsweise BGHZ 41, 282, 286; BGHZ 47, 341, 343.

177) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 104.

178) Vgl. BGHSt. 3, 33, 37 ff.; BGHSt. 21, 101, 103 ff.; BGHZ 41, 182, 287.

179) Vgl. hierzu BGHZ 47, 341, 343.

180) Jarzembowski, oben Fn. (119), SS. 104, 105.

(a) 選任行為（任期経過後新たな選任がなされていないときは、以前の選任行為）および（または）——そこから通常生ずる——取締役員の地位の事実上の保持¹⁸¹⁾。

(b) 会社のための取締役員としての行為¹⁸²⁾。

(c) ① 内部関係においては 監査役が事実上の取締役員の行為を黙認していること、少なくともいかなる異議も訴も提起しないこと¹⁸³⁾。

② 外部関係においては 会社の行為によって正当化された¹⁸⁴⁾適法な取締役の行為の外観が第三者に生じており、この第三者が選任の瑕疵を知らないこと。

(-) 選任の瑕疵の主張 事実上の取締役員の選任に関する監査役の決議の瑕疵の確認判決は、他の場合と異なり、法的安全性の要請から、遡及効を有せず、対世効を有すると解されている¹⁸⁵⁾。

(4) 総括 (i) アメリカ法的事実上の役員および西ドイツ法的事実上の取締役員の背景 以上の検討より明らかなことは、これらの制度は¹⁸⁶⁾、法的現実には要請され、判例が創造したものである、ということである¹⁸⁷⁾。なぜならば、法的現実には、西ドイツ株式法およびアメリカ株式会社法において、「取締役員の瑕疵ある選任・任命の場合に、法的安全性と具体的妥当性とを維持

181) Vgl. BGHSt. 3, 32, 37 f. (für die GmbH); auch BGHZ 47, 341, 343; 選任行為を要件としないもの, vgl. BGHSt. 21, 101, 105 ff., vgl. auch Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 18.

182) Vgl. BGHSt. 21, 101, 104 f.; vgl. auch BGHZ 47, 341, 343.

183) Vgl. BGHSt. 3, 32, 37 f.; BGHSt. 21, 101, 104 f.; vgl. Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 84 Anm. 17 und 18, Staudinger/Coing, oben Fn. (173), Anm. 9-9 d und 90 bis 9 s sowie Soergel/Schultze-v. Lasaulx, oben Fn. (173), § 167 Anm. 17-21.

184) 例えば雇用契約が会社と事実上の取締役員との間で締結されていること, vgl. Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 105 Fn. 58.

185) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 105.

186) もっとも、事実上の取締役員を制度として認める必要がないとする主張もある。Vgl. Ursula Stein, Das faktische Organ, 1984. Stein のこの著書については、拙稿「事実上の機関——Ursula Stein の所論——」独協法学26号1頁、南保勝美「事実上の機関——西ドイツ法を中心として——」法律論叢60巻4・5合併号553頁がある。

187) Jarzembowski, oben Fn. (119), S. 136.

し、会社利益と会社関係者または会社と取引関係に立つ第三者の利益との間の
妥当な調整を要請する」からである¹⁸⁸⁾。

(a) アメリカ法および西ドイツ法における理論的根拠¹⁸⁹⁾　西ドイツ法における事実上の機関員の理論的根拠は黙示の授權および表見代理に関する判例原則である。アメリカ法では、事実上の役員の理論的根拠は、一般的な事実上の理論に関する判例原則、具体的には黙認および外観の権限である。ここより、事実上の取締役・役員に関する両法秩序における解決が、大部分において類似している、といえるのである。

(i) 一般的要件　アメリカ法および西ドイツ法における事実上の取締役・役員に関する法的背景・根拠が同様であるとするならば、両法秩序を概観して、これらの制度を承認する一般的要件を挙げることが可能である。次のように、これを要約することができる¹⁹⁰⁾。

(a) 通則　①　たとえ瑕疵があるとしても、取締役・役員の選任行為がなされたこと、または少なくとも特定の者が取締役・役員の地位に付くこと。

②　上の者が、会社行為に相応しい行為を実際に担当したこと。

(b) 各則　①　外部関係において　事実上の取締役・役員の承認が要請されかつ是認される場合は、会社と取引関係に立つ第三者が、取締役・役員として適法な行為の外観の成立を主張するときである。この場合には、会社はみずから発生させかつ黙認した外観について責任を負う。この外観は、アメリカ法および西ドイツ法のいずれにおいても、瑕疵についての第三者の悪意によって消滅する。

②　内部関係において　事実上の取締役・役員の承認が要請されかつ妥当とされる場合は、会社が、取締役・役員としての事実上の行為を、故意に黙認しまたは完全に同意していることである。この場合には、会社の責任は黙認から生ずる。この黙認は、アメリカ法および西ドイツ法のいずれにおいて

188) Ibid., SS. 136, 137.

189) Ibid., S. 137.

190) Vgl. ibid., SS. 137, 138.

事実上の取締役とコンツェルン関係

も、会社側の異議または提訴により消滅する。

(二) 事実上の取締役・役員の地位の否認　否認手続については、西ドイツ法およびアメリカ法において相違する¹⁹¹⁾。西ドイツ法においては、事実上の取締役の地位は、一般の確認の訴によって否認できるが、アメリカ法においては、原則として、事実上の役員に関する権限開示令状手続のような特別手続によらなければ、事実上の役員の地位を否認できない。しかし、両法ともに、提訴権者は会社関係者であり、第三者は原則としては除かれる。また、両法ともに、否認の効果は、法的安全性の要請から遡及効を有しないとされている。

(三) 事実上の取締役・役員の承認の効果　事実上の取締役・役員は、アメリカ法および西ドイツ法において、正規に選任・任命された取締役・役員として取り扱われる¹⁹²⁾。かれらの行為は、第三者に対する外部関係においても、また、原則として、会社関係者に対する内部関係においても、法上有効な行為である。

6 事実上の取締役理論のコンツェルン関係への適用

(1) 緒論　コンツェルン関係において、「指揮と責任との相関」を回復するためには、西ドイツ法のような特別の法制度がない以上、コンツェルン指揮者を従属会社の取締役であるとする主張の妥当性は、イギリス法およびスイス法の検討で明らかとなった。また、西ドイツ株式法 311 条の事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮者の責任を定める規定は、実質的には、コンツェルン指揮者を従属会社の管理機関とすることに等しいことも明らかになった。そこで、最後に、このような主張に対して、最近提出された批判に対して答えることとする。

(2) コンツェルン指揮者を事実上の取締役として承認する要件¹⁹³⁾　スイス

191) Ibid., S. 138,

192) Ibid.

193) 大隅・前掲45頁。

法において、会社の業務執行に決定的影響を与える者は、会社の機関と解され、機関責任を負わされる。イギリス会社法においては、法人に適用するのが適当でない規定を除いて、親会社は子会社の影の取締役とされるのであり、その要件は子会社の取締役会への指揮または指図である。このような比較法的検討から考えても、従属会社の業務執行への決定的影響をもって、事実上の取締役の承認要件として十分であるといわなければならない。決定的影響力の有無は、その指揮・指図に反する決定を従属会社の取締役会がなしえないか否かによって判断される。もちろん、このような影響力の存在が継続的・組織法的に、例えば資本参加や役員派遣などによって認められていることが必要である¹⁹⁴⁾。

(3) 事実上の取締役と認めるためには、瑕疵ある選任行為および取締役としての業務執行が必要ではないか¹⁹⁵⁾。事実上の取締役を承認するためには瑕疵ある選任行為が必要でないことは、アメリカ法および西ドイツ法において明らかにした通りである。取締役としての外観を生ぜしめての業務執行が必要でないかについては、アメリカ法および西ドイツにおいて、事実上の取締役の理論的根拠として外観の権限の外に黙認が挙げられていることが答となる。従属会社が、その固有の業務執行事項について、コンツェルン指揮に反することができない場合に、この黙認があるといってよい。しかも、コンツェルン指揮者の責任は従属会社およびその債権者に対する責任であり、取引安全の要請によるものではないからである。西ドイツ有限会社法64条の業務執行者の破産申立義務を、事実上の業務執行者に及ぼすのが、西ドイツの判例・学説であるが、業務執行者の黙認のもとに、業務執行の職務を決定的に担当する者も事実上の業務執行者と解されている¹⁹⁶⁾。ただ、ここでは、業務執行への個別的または包括的影響では十分でないと解されている。しかし、従属会社の取締役会が、その固有の業務執行事項について、コンツェルン指揮に反しえない、という要件

194) この意味で、イギリス会社法の影の取締役に関する定義に従って、従属会社の取締役会が、その指揮または指図に従うことを常とする、いいかえてもよい（大隅・前掲46頁参照）。

195) 大隅・前掲45頁・46頁。

196) Baumbach/Hueck, oben Fn. (89), § 64 Anm. 6.

事実上の取締役とコンツェルン関係

は、個別的・包括的影響を不可とする西ドイツ法の解釈に反しないであろう。

(4) コンツェルン指揮の責任者は誰か¹⁹⁷⁾。コンツェルン指揮者の責任は、コンツェルン指揮者、すなわち親子会社関係においては、指揮者たる親会社が負担する。親会社の取締役は子会社に対してなんらの責任を負わなくてはよいのか、については、次のように答える。子会社に損害を与えるコンツェルン指揮を行った結果、親会社に子会社への賠償責任を生ぜしめることは、親会社取締役の親会社に対する義務（商法254条3項・254条—3）に違反するのであって、したがって、商法266条1項5号にもとづき親会社に、商法266条—3、第1項にもとづき子会社に対して責任を負う。

(5) 他の理論でも解決可能であり、特に事実上の取締役を持ち出すまでもないではないか¹⁹⁸⁾。他の理論というのは、民法719条2項の類推適用説であるが、この説の問題点については、批判者自身が既に指摘しているところである¹⁹⁹⁾。コンツェルン指揮者を従属会社の取締役と解することのメリットは、コンツェルン指揮者の責任を適切に把握するととどまらず、コンツェルン指揮者の従属会社への取締役としての一般義務を認めうることにもある。コンツェルン指揮者の従属会社への加害行為を不法行為責任として事後的に解決するよりは、事前に、コンツェルン指揮者に、取締役として、従属会社に損害を与えないように行為する義務を課する方が、優れているのではないかと、思う。また、立証責任の問題を考えても、不法行為責任とするよりも、債務不履行責任とするのが、当事者間の力関係からいって妥当でないか、と考える。

(6) コンツェルン利益によって従属会社の損害が補償される場合もあるのではないか²⁰⁰⁾。従属会社の損害がコンツェルン指揮によって具体的に補償されているときに、指揮者が免責されるべきは当然である。ただ、この補償の有無の判断がなかなか困難なことは、西ドイツ法の検討において明らかにしたところである。そうすると、このためにも、コンツェルン指揮の責任を債務不履行

197) 大隅・前掲46頁。

198) 同上。

199) 同上、44頁・45頁。

200) 同上、46頁。

責任と解すべきである。債務不履行の損害賠償請求において、債権者は損害の発生を証明すれば、損害の額まで立証しなくてもよい、と解する説が、近時、有力であると²⁰¹⁾いわれている。

(1988年11月25日稿)

201) 星野英一，民法概論Ⅲ59頁