

事実上のコンツェルンにおけるコン ツェルン指揮の限界——商法 294 条—2 の コンツェルン法的構成を目指して(一)

——コンツェルン関係における大株主の責任(6)―(1)——

青 木 英 夫

はしがき——問題の提起

商法 294 条—2 の立法趣旨が、主として、総会屋に対して金品を供与することを禁止するにあったことは明らかである¹⁾。しかし、「株主としての権利行使に対する」利益供与ではなく、「株主としての権利の行使に関する」利益供与であるから、親会社が、その有する株主権を背景に親会社またはコンツェルンにとって有利であるが、子会社にとって不利な行為または処置を、子会社に行わしめた場合は、当然に本条の規制に服すると考えられる²⁾。

ところで、西ドイツ株式法 311 条は、事実上のコンツェルンにおいて、従属

1) 元木 伸「商法等の一部を改正する法律の概要(中・三)」商事法務 911 号 15 頁以下；法務省民事局参事官室編・改正商法の概要(別冊商事法務 50 号) 50 頁以下；竹内昭夫「株主の権利行使に関する利益供与」商事法務 928 号 17 頁以下など、草案関係者は、この角度からのみ立法趣旨を説明している。

2) 大和正史「結合企業間における取引行為の規制」私法 46 号 229 頁。鴻 常夫他・株主総会(改正会社法セミナー 2) 290 頁においても、株主の権利行使に関連する具体例として、「大株主である取引先から契約の申込みを受けた業務担当取締役が、その取引を拒絶しても当該大株主が自己の取締役選任(再任)議案に反対するとは思われないが、大株主のご機嫌を損じては自分の将来の昇進に差し支えると考えて取引に応じた場合」が取り扱われているのである。座談会出席者のこの問題に関する発言は、各人のコンツェルン関係への態度を示すものとして興味があるが、結合企業内取引に関する竹内教授の発言「この問題は、実務家はかなり早い時期から気にしておられたようです。私はそういう議論から総会屋対策の規定が弱められてしまつては困るので、あまり早くからこの問題は取り上げないほうがよいと思っていました」(同書 301 頁)は、起草者側の有力者の発言として注目される。

企業に不利な行為または処置を指示することを禁止している。そうすると、商法 294 条—2 は、西ドイツ株式法 311 条に類似する機能を有しうるのではないか、と思われる。もしこれが肯定されるならば、一定の限られた範囲であるが、事実上のコンツェルン指揮の限界に関する明文規定が存在することとなり、コンツェルン契約に関する商法 245 条 1 項 2 号とあいまって、わが会社法のコンツェルン法的再構成を一層強力に進めることが可能となろう。

前稿³⁾において、事実上のコンツェルンにおける指揮の責任を取り扱った際に、西ドイツ株式法 311 条についても説明したが⁴⁾、本稿では、これと重複し

- 3) 拙稿「事実上の取締役とコンツェルン関係」獨協法学 28 号 1 頁。ここで論じた親会社を子会社の取締役と解すべきであるという構想については、逸早く酒巻教授が賛成され（酒巻俊夫・取締役の責任と会社支配 44 頁）、その後、江頭教授および岸田教授によって、基本的方向として受け入れられ（江頭憲治郎—岸田雅雄「〔11〕結合企業」商法改正研究会編・商法改正要望事項（別冊商事法務 87 号）60 頁以下）、昭和 61 年 5 月 15 日に法務省民事局参事官室から公表された「商法・有限会社法改正試案」二経営管理（運営）機構 2（監査役の員数等）（注）1 において「組織的な経営管理が行われている場合、例えば子会社や合併会社における経営管理機構について特別の扱い（親会社や大株主による指揮監督が行われている場合には当該親会社等を取締役・監査役とみなすとともに、取締役の数の減少、監査役の省略を認める等）を考慮することの可否については、なお検討する」とされるに到っている。
- 4) 拙稿・獨協法学 28 号 30 頁では、アメリカにおいては、コンツェルン指揮の責任は法人格否認の法理の一適用分野として取り扱われている、と述べたが、他のアプローチがないわけではない。例えば、不法行為の分野において、「義務引受」（assumption of duty）または「表見代理」（apparent agency）の法理がある。例えば、Phillip I. Blumberg は次のように述べている（Corporate Group and Enterprise Liability: Contract and Torts, Thomas J. Heiden's Responsibility of the Corporate Parent for the Activities of a Subsidiary 1988, p. 40 f.）。

「1 義務引受

ほとんどすべての親会社は、子会社の営業上の政策・目標・行為手順を含めて、子会社の運営に関して、なんらかの程度の支配を行使する。情報の絶えざる流れ、政策上の指示、執行上の依存性、監査、エンジニアリング・デザイン、助言的サービスなどの経済的に統合された運営に鑑みれば、グループの正規の運営が、係争事実や原告に対する義務の引受に親会社が直接に関与しているとの主張の根拠を、しばしば、提供するのである。

子会社の従業員に対する傷害の直接責任は、安全政策・手続に関して最も激しく争われる。子会社は自己の従業員に安全な作業場を提供する義務を負うのであり、この義務を他人に委任することはできず、また、この義務は通常は親会社に及ばない（Muniz v. National Can Co., 737 F. 2d 145, 148 (1st Cir. 1984); Love v. Flour

ないように留意しながら、同条を詳細に検討して、その結果をもって、商法294

Mills of Am., Inc., 647 F. 2d 1058, 1063 (10th Cir. 1981); Mitchell v. Shell Oil Co., 579 F. Supp. 1326, 1332 (D. Mont. 1984))。親会社が、子会社の仕事場の安全確保になんらかの関与をすることによって、子会社およびその従業員に対して、任意に、安全確保義務を引き受けた場合には、この義務履行上の過失は、いわゆる《Good Samaritan》法理によって、親会社の責任を生ぜしめる (Restatement (Second) of Torts §§ 324, 324 A (1965))。このようにして、子会社の従業員の作業上の損傷に関する多数の通増的事件が、子会社の作業上の安全に関する任意に引き受けられた義務の違反を理由として、親会社に直接責任を課した (e. g., Johson v. Abbe Eng'g Co., 749 F. 2d 1131 (5th Cir. 1984); Boggs v. Blue Diamond Coal Co., 590 F. 2d 655 (6th Cir. 1979), cert. denied, 444 U. S. 836 (1979))。

他方、若干の裁判所は、子会社の安全計画への親会社の関与にもかかわらず、子会社の従業員の作業上の損傷に関する事件において、親会社に直接責任を課することを否定している (e. g., Munitz v. National Can Co., supra; Love v. Folur Mills of Am., Inc., supra; Rick v. RLC Corp., 535 F. Supp. 39 (E. D. Mich. 1981))。これらの裁判所に認めさせるためには、親会社が、子会社の設備の安全作業環境の確立または安全問題の責任を引き受けことを証明しなければならない。親会社が子会社の計画に関与したり、ガイド・ラインを発行したり、さらに安全計画を作成することでは十分ではないのである。

2 表見代理

表見代理や表見権限の概念に依存することによって、フロリダの裁判所は、代理制度の不明瞭な変形を使用して、親会社に直接の不法行為責任を課している。

子会社またはグループの仮面・意匠・商標・色のもとにグループの営業の一端を担当する《franchisee》によってなされた不法行為責任に関するいくつかの事件において、フロリダの判例は、《Hertz》および《Howard Johnson's》のような親会社に、子会社または《franchisee》の過失の直接責任を課している。グループの仮面・道具立が使用されることによって、公衆は、子会社または《franchisee》と取引しているよりはむしろ、親会社である《Hertz》または《Howard Johnson's》と取引していると信じ勝ちである、と裁判所は判示した (Hertz Int'l, Ltd. v. Richardson, 317 So. 2d 824 (Fla. Dist. Ct. App. 1975) (third-tier English subsidiary); Orlando Exec. Park, Inc. v. P. D. C., 402 So. 2d 442 (Fla. Dist. Ct. App. 1981) (franchisee), Aff'd, 433 So. 2d 491 (Fla. 1983))。その結論は妥当であるが、表見代理または表見権限のような法理を利用することは、伝統的な代理法を歪曲するものである。」

もっとも、Thomas J. Heiden は、この点について次のように述べている (The New Limits of Limited Liability, Heiden's Responsibility of the Corporate Parent for the Activities of a Subsidiary 1988, p. 60)。

「親会社への直接請求の分野が広がるにつれ、多くの理論は、《piercing》による請求の要素、殊に支配という要素を受け入れている。裁判所が直接請求の法理によったのか《piercing》の法理によったのかを区別するのが困難である、という人々もいる。」

条—2のコンツェルン法的構成を試みることにしたい⁵⁾。

一 西ドイツ株式法 311 条序説

1 概 観

1) 1965年株式法制定前夜 1937年株式法のもとにおいては、支配企業が従属企業に損害を与える影響力を行使することができるか、できるとすると、それはいかなる要件のもとに可能であるか、に関しては争いがあった⁶⁾。ただ、新株式法施行前数年は、「従属会社の損害は、補償なしには許されない」⁷⁾という見解が支配的であったといわれている。さらに、それ以上に、「従属性は、支配企業に年金保証 (Rentengarantie) の引受を義務づける」という主張もあった⁸⁾。しかし、新株式法制定の際に問題となったのは、「少数派株主は、従属関係成立の際に、補償されるべきか否か」のみであった⁹⁾。

2) 1965年株式法の概略 現行法の前提となっていることは、支配契約が存在しないときには、支配企業ないしはコンツェルンの利益も、全体の利益も会社の損害を正当化するものではない¹⁰⁾、ということである。これを前提とし

5) 以下の叙述は、主として、Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 6, 2. Aufl., 1987 (zit. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner) による。

6) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 1.

7) J. Wilhelmi, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 219 Anm. 722; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 8 Anm. 21.

8) Mestmäcker は、次のように述べている (ders., Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 367)。「支配会社が、契約なしに、コンツェルン政策を遂行するとすると、支配会社は、被支配会社の構造を変革し、株主権の実質に影響を及ぼし、外部株主と多数派株主としての自己との間に直接的な法律関係を生ぜしめることとなる。この結果、支配会社は、契約コンツェルンの場合と同様に株主に損害賠償をする義務を負う。年金保証は各年度利益によって調整される。それは、配当金と、会社が独立であるならば外部株主に配当された利益との差額にある。もちろん、この請求権の前提となるのは、会社がその後も独立であったならば取得する利益が、コンツェルンに編入された会社における利益配当よりも多いことである。」

9) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 1. なおこれに関しては、vgl. Geßler, FS Walter Sohmidt, S. 247, 256 ff.

10) Begründung des Regierungsentwurfs eines Aktiengesetzes und eines Einfüh-

て、現行法は次のように構成される¹¹⁾。

「従属会社に、その従属性から損害を生ぜしめることは許されない」ということが立脚点とされ、このために、まず、311条は、従属会社は自己に不利な行為の着手または中止を要求されることはない、と定める。例外は、この不利益が営業年度の終りまでに、等価の利益によって補償されるかまたはそのような補償についての法的請求権が与えられるときのみである。この原則の実効性を保証するために、法は、312条ないし315条において、報告・検査義務を定めている。317条および318条も同一の目的に仕える。これらの規定は、従属会社の保護のための規整の違反にそれぞれ罰則を定めている。

非従属会社に適用される規定に比べ311条以下の規定は、二面において特色を有する¹²⁾。一方において、殊に、317条の責任が117条のそれよりも決定的な点においてより広いということによって、会社の保護を強化する。他方において、311条以下の規定は一般原則を制限する。311条2項の補償がなされる限り、会社に不利益な支配企業との契約も、57条以下に定められる「隠れた利益配当」(verdeckte Gewinnausschüttung)の禁止に違反しないことになる。311条以下のこの二重作用は、複合規整の保護的・特権的機能と、学説において¹³⁾、名付けられている。

311条以下で保護されているのは、従属会社の固有の意思ではなく、固有の利益であるから、法は、支配企業が従属会社の業務執行に不利益な影響を与えることを、この不利益が補償されることを前提として、許し、従属会社の利益を保護している¹⁴⁾。ここでいう利益とは財産的利益であり、したがって、会社は支配されることによって財産状態が悪化することはない¹⁵⁾。この財産的利益

runngesetzes zum Aktiengesetz, Bundestagsdrucksache IV /171 (zit. Begründung), bei Kropff, S. 407.

11) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb.§ 311 Rn. 2.

12) Ibid., Vorb. § 311 Rn. 3.

13) Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 5 ff.; Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 124 f.

14) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 4.

15) Ibid.

は、会社財産の量に関するのみならず、財産の構成にも関係する¹⁶⁾。

2 解釈上の原則

1) 緒説 事実上のコンツェルンに関する規定の解釈に際して、問題となるのは、法が事実上のコンツェルンを許容し、そこにおけるコンツェルン指揮力を容認しているか否かである。これを肯定する者もいる。例えば、Luchterhand は、「311条以下の規定の解釈基準は効果的なコンツェルン指揮の要請でなければならない」と述べ¹⁷⁾、また、Hommelhoff は、「外部者の最大限の保護が、一般に事実上のコンツェルン形成に必要な限り、削減されても仕方がない」という¹⁸⁾。しかし、通説は反対である。

2) 事実上のコンツェルンの法的許容性 法は事実上のコンツェルンを許容しているのではない、といわざるを得ない。なぜならば、株式法第3編第2章第1節が「支配契約の存在する場合の指揮権と責任」と題しているのに対し、同第2節は「支配契約の不存在な場合における責任」と題して、指揮権という言葉が用いられておらず、311条以下の前提となっているのは、コンツェルンではなく、従属状態と解されるからである¹⁹⁾。これに対してLuchterhandt は、「事実上のコンツェルンにおける統一的指揮は、一方において、《支配企業の介入権》、他方において、《従属会社の取締役の自己の会社に対する責任》から引き出すことができる」という²⁰⁾。なるほど、311条は、不利益を補償することを要件として、支配企業が従属会社にな利益な指示をすることを許しているが、このことは支配企業の指揮権や従属会社の取締役の服従義務を認めているということにはならないのである²¹⁾。また、不利益補償が不可能なときには、不利益な指揮も不可能であるから、結局、311条はコンツェルン指揮の存

16) Ibid.

17) Ders., ZHR 133 (1970), 1, 13.

18) Ders., oben Fn. (13), S.137.

19) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 8.

20) Ders., ZHR 133 (1970) 1, 11 ff.

21) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 8.

在について根拠とならないのである²²⁾。

3) 解釈の指針 311 条以下の規定の解釈のための決定的指標は、統一的指揮の要請ではなく、外部者の十分な保護であるといえる²³⁾。法は、事実上のコンツェルンを排除するものでなく、法の第 1 次的目的である外部者の保護に一致する限りにおいて、事実上のコンツェルンの存在を許すのである²⁴⁾。

4) 統一的指揮と外部者の保護 これら両者は相互に一致しうる²⁵⁾。したがって、外部者の保護を第 1 義として 311 条以下の規定を解釈する場合であっても、支配企業と従属会社とを統合して、コンツェルン形成を可能ならしめる解釈も不可能ではないのである²⁶⁾。

3 法適用のための要件

1) 従属性 (1) 緒説 311 条以下は、従属的株式会社・株式合資会社を前提としている。従属関係については 17 条 1 項で定義されており、これによれば、従属企業とは、法上独立の企業であって、他の企業（支配企業）がこれに直接または間接に支配的影響を行使しうる企業である。支配的影響力を行使することができればよいのであって、現実に行使することは必要ではない。

(2) 支配的影響の意義 かつての判例によれば、支配企業が、従属企業をその意思に服従させ、その意思に従属企業において貫徹できる手段を有するとき、支配的影響が存在するとされた²⁷⁾。しかし、現行株式法は、17 条 2 項が明らかにしているように、そこまでは要求していない。支配企業が、従属企業に業務執行の一々について個別的な指示を与え、これに従うことを強制できる状態にある必要はない²⁸⁾。それどころか、支配企業の意思が無視される場合であ

22) Ibid.

23) Ibid., Rn. 15.

24) Ibid.

25) Ibid., Rn. 16.

26) Vgl. Ibid.

27) RGZ 167, 40/49, Thega“.

28) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4., Aktiengesetz, 1988 (zit. Münchener Handbuch), § 68 Rn. 37.

っても、長期的に見れば、その意思貫徹できる状態にあれば十分である²⁹⁾。この問題は、従属企業の観点から判断されるのであって、支配企業の観点からではないのである³⁰⁾。影響力は従属企業の業務執行に完全に及ぶ必要があり、すべてでないとしても、重要な営業部門のことでなく及ばなければならない³¹⁾。17条は支配的影響力が一定期間に亘って存続することを要求してはいないと解されている³²⁾。

(3) 支配の方法 17条にいう支配的影響は会社法的に根拠づけられ、または少なくとも会社法的に確保されるものでなければならない³²⁻²⁾。信用関係・納入契約などの債権法的契約によってのみ形成されている経済的従属性では十分ではない³³⁾。

この意味においての法的従属性は、まず、議決権によって確保されるものであるから、株式法も議決権の過半数支配に従属性の存在を推定している (§§ 17 Abs. 2, 16 AktG)。もちろん、議決権の過半数を支配していなくとも、特別の事情が存在することによって、支配的影響が確保されることもありうる。例えば、総会出席者が少数であるため、過半数に至らない議決権支配でも総会の多数派となる場合である³⁴⁾。これに対して、特別決議を阻止できる議決権の単なる支配や偶発的多数派では支配的影響があるとはいえない³⁵⁾。銀行への議決権信託は、当該議決権の範囲において、銀行への従属性を生ぜしめるか否かについては争いがあるが、銀行の議決権行使は拘束されており (§135 Abs. 5 AktG)。しかも、議決権行使の授權はいつでも撤回できること (§135 Abs. 2 Satz 2 AktG)。

29) Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropp, Aktiengesetz, 1973 ff. (zit. Geßler/Hefermehl AktG/Bearbeiter), §17 Rn. 30; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, §17 Rn. 19.

30) BGHZ 62, 193/196 f. „Seitz“.

31) 通説である (vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Geßler, §16 Rn. 13 ff.; Würdinger in Großkomm. AktG, §17 Anm. 4; Münchener Handbuch, §68 Rn. 38; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, §17 Rn. 24 f.)。

32) 通説である (Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, §17 Rn. 22 u. 38; Münchener Handbuch, §68 Rn. 39)。

32-2) Münchener Handbuch, §68 Rn. 40.

33) BGHZ 90, 381 „Beton-und Monierbau“; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, §17 Rn. 50.

34) BGHZ 69, 334/347, „Veba/Gelsenbrg“.

35) Münchener Handbuch, §68 Rn. 43.

を考えれば、消極に解すべきであろう³⁶⁾。議決権多数を創設する株式の債権法的売買契約だけでは、物権的引渡がなされていない限り、原則として、十分ではない³⁷⁾。単なる資本多数も従属性の推定を受けるが (§§17 Abs. 2, 16 AktG), 事実上の支配的影響を有するためには特別の事情が必要であり、これが欠落するときには、推定を覆すことができる³⁷⁻²⁾。291条の企業契約は、従属性の存在するときに原則として締結されるのであるが、この前提が欠けるときには、契約(支配契約・利益供給契約・業務執行契約)の締結は従属性を創り出す³⁸⁾。例えば、他の企業の代表者が企業の取締役または監査役となる場合のように、人的結合も従属性を創出すると一般にいわれているが、人的結合のみによる影響は、会社内のものでなく、純粹に会社外の性質を有するものであって、そのような従属性のみでは、経済的従属性と同様に十分ではない³⁹⁾。

(4) 間接的・多重的従属性 17条1項によれば、支配的影響が直接的ではなく間接的に行使されるときにも、従属性は存在する⁴⁰⁾。AがBに、BがCに支配的影響を有するとき、CはBに直接に、Aに間接に従属し、AおよびBはCに対して支配企業となる⁴¹⁾。間接的影響が成立するためには、AおよびBの間に従属関係の成立は必要ではない⁴²⁾。Aが特別の事情、例えば契約的拘束によって、BのCに対する影響力を確実に行使できる場合にも、間接的影響は存在するのであり、このような場合にも、AおよびBはCに対して支配企業である⁴³⁾。

(5) 共同支配企業 17条の意味における支配的影響は、複数の企業によっ

36) Vgl. *ibid.*

37) *Ibid.*

37-2) *Ibid.*, § 68 Rn. 44.

38) Geßler/Hefermehl AktG/Geßler, § 17 Rn. 53; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 44 f.

39) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 47.

40) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 48.

41) Geßler/Hefermehl AktG/Geßler, § 17 Rn. 67 f.; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 27 f.

42) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 49.

43) Geßler/Hefermehl AktG/Geßler, § 17 Rn. 67; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 27 f.

て共同に行使することも、これらの企業が支配力の行使に協力するならば、可能である⁴⁴⁾。例えば、AおよびBがCの資本の30%をそれぞれ有する場合、AまたはBのみで影響を行使することはできないが、AおよびBは共同して支配的影響を行使できるのである⁴⁵⁾。このような場合に重要なことは、共同支配行使のための基礎が十分に確保されていることである⁴⁶⁾。このような基礎は、特に契約的協定によって設定されるのであり、実務ではいわゆる協同契約 (Konsortialvertrag) (プール契約または保護協同契約とも呼ばれる) ——これによって、共同の意思形成・議決権行使を目的する民法上の組合が形成される——によって、造られる⁴⁷⁾。契約的協定と並んで、法的・事実的特別事情が、共同支配行使のための確固たる基礎として十分であるとされうることもある⁴⁸⁾。例えば、支配企業が同一の社員を有するとき⁴⁹⁾または同一方向の利益のみが共同的企業政策を保証するときにも⁵⁰⁾、共同支配の確固たる基礎を認めてよい。協同契約または事実的事情によって、共同意思の形成・行使が保証されるとき、従属関係はそれぞれの親会社に対して成立する⁵¹⁾。

(6) 従属性の終了 従属関係は、支配企業が支配的影響を行使する可能性を失うや直ちに終了する⁵²⁾。殊に、過半数参加を譲渡することによって終了する⁵³⁾。古い従属関係の下において選任された機関員が未だその職にあっても、事情は異ならない⁵⁴⁾。

2) 支配契約および編入契約の不存在 (1) 総説 311条1項によれば、

44) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 50.

45) Ibid.

46) BGHZ 62, 193/199 „Seitz“; 74, 359/366 ff. „Brost u. Funke“; 80, 69/73 „Sussen“; 95, 330/349 „Auran“.

47) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 51.

48) Ibid.

49) BGHZ 62, 193/199 ff. „Seitz“; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 74.

50) BGHZ 74, 359, 365 ff. „Brost n. Funke“; aA. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 74.

51) Münchener Handbuch, § 68 Rn. 53.

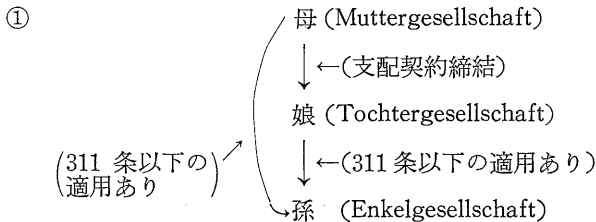
52) Ibid.

53) Ibid.

54) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 17 Rn. 34.

311 条以下の規定の適用があるのは、支配契約の存在しない場合である。支配契約があれば、支配企業には、具体的補償をすることなく、「コンツェルン利益」のための不利益な指揮が可能であるからである (§308 AktG)。この場合には、支配企業は従属会社に一定の貸借対照表能力ある財産を保証すればよいので (§§300 ff. AktG)、従属会社の債権者およびその外部株主の利益保護には特別の配慮がなされている (§§303 ff. AktG)。これに対して、311 条以下の規整の目的は、従属会社を非従属会社と同様な地位におくことであり、それによって従属会社の債権者およびその外部株主の利益が害されないように配慮するものである⁵⁵⁾。編入の場合には、外部者は支配契約におけるよりも部分的にはさらに一層保護されるから、この場合にも311条以下の適用は排除される (§323 Abs. 1 Satz 3 AktG)。問題は利益供給契約の場合である。契約コンツェルンを形成しない利益供給契約の場合に、312条ないし315条の適用がないことは明らかであるが (§316 AktG)、311条および317条は適用されることになる。しかし、従属会社およびその外部株主の保護は、この場合には、300 条以下および304条以下によって十分である、と立法者が考えていたことは明らかである⁵⁶⁾。この点、立法者が、恐らく十分な体系的考慮をしなかった結果として、308 条以下と311条以下との間の関係のみを考えて、同様な関係が300条以下と311条以下との間にも存在することを看過したからである⁵⁷⁾、と批判されている。

(2) 多重的従属関係と支配契約 いくつかのモデルを図で示すことによって問題を検討することとする。



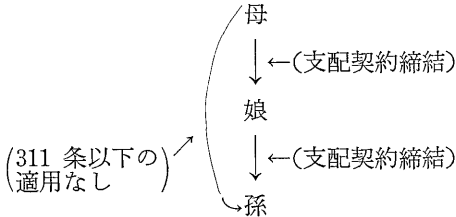
55) Ibid., Vorb. § 311 Rn. 32.

56) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., 1989, S. 326.

57) Kölner Komm, AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 32.

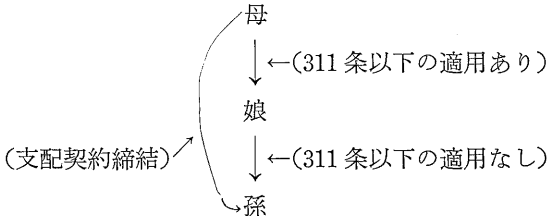
この場合には、孫の母および娘に対する関係には311条以下が適用される⁵⁸⁾。

②



この場合には、孫は、娘が母に対して有する請求権によって、間接的に保護されるから、311条以下を適用する必要がない⁵⁹⁾。孫と母との間に補完的に企業契約が締結される必要はないのである⁶⁰⁾。すべての関係において、契約コンツェルンの規整が適用されるのである⁶¹⁾。

③



この場合には、母と娘との間に311条以下が適用されることについては問題はない。問題は娘と孫との関係であるが、この関係には311条以下の適用がないと考えるべきである⁶²⁾。なぜならば、母は自己の有する指揮力を娘を通して行使できるのであり、このときには、支配契約に関する規整のみが適用される⁶³⁾からである。母の了承の下に、娘がその判断で孫に影響力を行使するとき

58) Ibid., Vorb. § 311 Rn. 34; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 327 f.

59) Kölner Komm, AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 34.

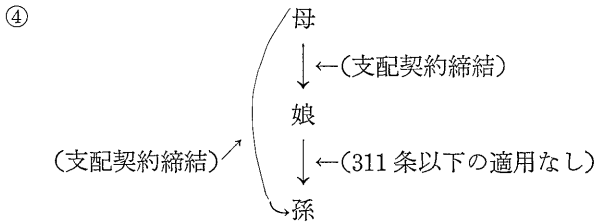
60) Ibid.

61) Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 326.

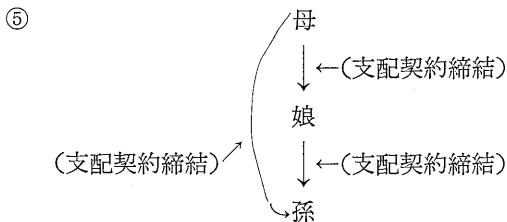
62) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 34.

63) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 189; Rehbinder, ZGR 1977, 581, 619 f.; Bayer, FS Ballerstedt, 1975, S. 157, 169 f.

には、例外的に 311 条以下の適用を認める、というのは無意味であろう⁶⁴⁾。一方において、孫（および孫と結合している外部的利益）は、支配契約上の母に対する請求権によって十分に保護される。他方において、娘は、支配契約上の直接の指揮権を有する母によって許容される範囲において、孫に影響力を行使しうるに過ぎない。その限りにおいて、孫に対する会社外の影響力は支配契約と結合しているのである⁶⁵⁾。



③からいって、この場合にも、娘と孫の間に 311 条以下の適用がないことは明らかである⁶⁶⁾。



この場合には、311 条以下の適用は全く問題とならない⁶⁷⁾。

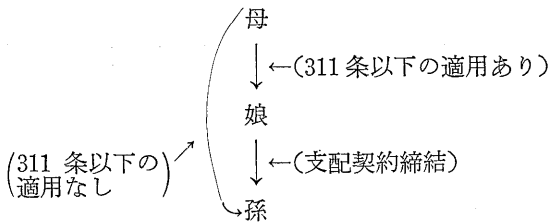
64) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. §311 Rn. 34; Rehbinder, ZGR 1977, 581, 620; anders Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 189.

65) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 34.

66) Ibid.

67) Ibid.

⑥



この場合に、母と孫との関係において、311条以下の適用が排除されるか否かについては争いがある。適用肯定説は、娘が最初から十分な財産を有しないときまたは母により「搾取される」とときには、孫の娘に対する企業契約上の請求は無意味となることを理由とする⁶⁸⁾。しかし、305条2項2号から考えて、この立場は取り得ない。同号は脱退株主に従属会社の株式をもってする補償を定めていないが、これはそのような会社への参加には危険があることを前提とするからである。孫の株主に母の株式をもってする補償を定める同号は、娘の状況を十分に考慮しているのであって、娘と孫との間にのみ支配契約が締結されている場合の問題を解決しているとも解することができる⁶⁹⁾。Rehbinderは、300条以下と311条以下との重疊的適用を認めることは、孫を過保護することになる、という（一方において、非従属会社をモデルとしての財産的保護、他方において、少数派・債権者の個別的利益への配慮⁷⁰⁾。いずれにせよ、最高裁の判例がなく、実務的には未だ結着がついていないのだから、国際的支配契約が締結される場合のように、コンツェルン指揮者に、孫に対する娘の支配契約上の義務のすべての履行を保証させるのが妥当である⁷¹⁾、といわれている。母が、娘を無視して、孫に直接に影響力を行使するときには、母と孫との間に例

68) Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 327によれば、このように解さなければ、従属会社の保護は堪え難いほど制限されることになる。なぜならば、支配企業には、自己と従属会社との間に任意の持株会社を挿入し、311条以下の適用があるすべての場合において、従属会社にそのような中間持株会社と支配契約を締結するよう仕向けることは常に容易だからである。

69) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 35.

70) Ders., ZGR 1977, 581, 628 ff.

71) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 35.

外的に311条以下の適用を認める、という説⁷²⁾がある。しかし、母にとっては、事情によっては娘を通すよりも直接に孫に指示することがより問題を簡単にすることもあることを考えれば、このような例外を認めないのが妥当であろう⁷³⁾。

二 西ドイツ株式法 311 条—影響の制限

I 緒 論

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の基礎をなす原則が、311条において示されている。それは、支配企業は従属会社に不利益な行為を行わしてはならない、ということである。ただ、この不利益が同一営業年度内に補償される場合には、原則の例外を認める。このような規整は、契約コンツェルンにおける外部者・債権者の保護とその方法を異にするが、目指すところは同じといえる⁷⁴⁾。すなわち、株主として会社の財産・収益に参加する者または債権者として会社の給付能力に期待する者が、会社が従属的であることから不利益を受けないようにすることである。311条にあっては、不利益取扱とその補償をバランスさせ、従属会社を、その財産および収益に関して、非従属会社と同様な状態に置くことによって、目的の実現を図るのである。したがって、解釈上における疑問は、外部者の保護という趣旨に沿って解決されるべきこととなる⁷⁵⁾。

II 不利益な措置への誘引 (Veranlassung)⁷⁶⁾

1 誘引の概念

72) Rehbindner, ZGR 1977, 581, 633; Bayer, oben Fn. (63), S. 182.

73) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Vorb. § 311 Rn. 36.

74) Ibid., § 311 Rn. 1.

75) Ibid.

76) 慶応義塾大学商法研究会訳・西獨株式法では《veranlassen》を「仕向ける」と訳している。大変、素晴らしい訳語であり、これに従ってもよいと考えたが、特色を出すため、あえて「誘引」と訳してみた。

1) 支配的影響と結合した誘引であること⁷⁷⁾ 支配企業が影響を有しないときには誘引は存在しない。受取人の行動に影響を与えない刺戟・誘いなどは誘引ではない。会社の取締役が考えていなかった法律行為または処置へのきかけを第三者が与えたということだけでは誘引ではない⁷⁸⁾。支配的影響の行使に伴う誘引でなければならないからである。この意味においての誘引であるならば、その方法を問わないのであって、必ずしも指示という形をとっている必要はないのである。誘引する者が、従属会社の一定の行動様式を望ましいとしていることを示すどのような表示であってもよいのである。従属会社が一定の行為への指示と理解するどのような表示でも、誘引に十分である。このような表示は受取人の行動領域を限定するにふさわしいものであり、317条の責任の十分な理由となる。従属会社の管理機関員や使用人は、自己の地位を保全するためには、このような表示に従わざるを得ないのである。誘引については、このように解するのが通説である⁷⁹⁾。311条1項の誘引と308条1項の指示との関係が問題となるが、両者は同義に解されるべきであって、ただ、用語を異にするのは、301条1項は指揮権と服従義務とを定めているのに対して、311条においては、そのような関係は存在しないからにほかならない。指示と誘引という表現は、それぞれ、それらが使用されている規範関係に照応するといつてよい。

誘引には主観的要素が含まれているか否か、すなわち、誘引する者が、自己の容態が従属会社に一定の法律行為または処置を執らせるのに相当であること

77) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 2, 3.

78) Vgl. Geßler, NB 1966, 198, 201; Werner, NB 1967, H. 4, 1, 10.

79) Vgl. Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, 13. Aufl., 1968, § 311 Rn. 7; Godin/Willhelmi, Aktiengesetz, 4 Aufl., 1971, § 311 Anm. 2; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 90 f.; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 330; Haesen, Der Abhängigkeitsbericht in faktischen Konzern, 1970, S. 86 ff., 99; Veelken, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischn Aktien- und Konzernrecht, 1975, S. 187 ff.; Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 33 f.; Linsmann, Der Ausgleichsanspruch nach § 311 Abs. 2 des Aktiengesetzes, 1969, S. 54 ff.; Neuhaus, DB 1970, 1913, 1915 f.

を認識していなければならないか、については、多数説はこれを肯定する⁸⁰⁾。反対説は、支配企業の代表者の一人が誘引の客観的要件を充足すれば十分であって、この要件さえ充たされれば、支配企業の責任が生ずると解する。

2) 誘引の結果として従属会社が一定の行為をすること⁸¹⁾ 誘引には、影響力の行使と結びついていることのほか、従属会社の一定の行為の原因であることが必要である。従属会社が、支配企業側からの影響力がなかったとしても、同様な行為をしたならば、誘引は存在しない⁸²⁾。逆に、誘引は否定されなければならない。なぜならば、その行為は従属会社の固有の利益によって動機づけられたものだからである。決定的なのは、支配企業の影響力の行使が名宛人の行為を規定したか否かである⁸³⁾。もっとも、影響力行使と従属会社におけるそれに照応した行為が確認されれば、誘引の客観的要件が充足されるのであるから、誘引があったと推定される。特に因果関係を問題とする必要はない。

3) 誘引は意思表示でないこと⁸³⁻²⁾ 誘引は意思表示ではなく、その法的効果である補償義務または損害賠償義務は意欲された結果として生ずるのではない。

4) 誘引の推定⁸⁴⁾ 民事訴訟の一般原則によれば、誘引の存在は、それを援用する者が立証する必要がある。しかし、この原則を貫くと、支配企業の責任を追及する者、通常は従属会社の外部株主または債権者に立証責任が課せられることになり、この立証の困難さは、事実上のコンツェルンにおいてこれらの者を保護せんとする法の目的を無にする恐れがある。そこで、立法趣旨から考えて、従属会社がその損害において行為したことが証明されれば、誘引の存

80) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 94; Neuhaus, DB 1970, 1913, 1915 f.

81) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 4.

82) 通説である (vgl. z. B. Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 7; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 95; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4.; Paehler, oben Fn. (79), S. 34; Linsmann, oben Fn. (79), S. 51)。

83) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 95.

83-2) この項の説明については、vgl. Kölher Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 5.

84) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 6, 7.

在のための一応の証明があったと解すべきであるとされている。さて、従属性報告書は、従属会社の外部株主および債権者が支配企業の責任を追及する手掛りを与えることを目的とするものである⁸⁵⁾。そのため、従属会社の利益のみを目的しない行為が記載されるのであるが、これらの行為には誘引の存在の蓋然性が特に高いからである。そうだとすると、従属会社が支配企業または支配企業と結合した企業と行った法律行為のすべてについても、同様に、誘引の存在が推定されることとなる⁸⁶⁾。これに対して、従属会社の行為は支配企業の誘引によるものである、と一般的に推定することは行き過ぎである⁸⁷⁾。18条1項3文の従属関係における統一的指揮の推定は、具体的・個別的処置がコンツェルン指揮のイニシャチブにもとづくことを推定するものではない。ましてや、コンツェルンにおいては、従属会社の管理機関員は、保身のために、コンツェルン利益に従って行動する、と考えるべきではない。もしそうであるならば、最早、立証は不要であり、311条が誘引を要件としていることが無視されることになるう。

2 誘引の対象⁸⁸⁾

誘引されるのは法律行為および処置であるが、實際上、両者を区別するものはない⁸⁹⁾。「処置」および「法律行為」という概念は、一緒になって、会社の財産および収益に影響のありうるすべての事實的・法律的行為を包含するからである。したがって、これらの概念の内包および外延について詳論するのは無意味である。法律行為または処置に関する不作為についても誘引はありうる。311条1項は、このことを処置について明定しているが、処置は法律行為の上位概念であるから、法律行為についての不作為も、同項の適用を受けることに

85) 拙稿・前掲注(3)、16頁参照。

86) Würdinger in Großkomm. AktG, § 312 Anm. 3, § 317 Anm. 9.

87) Ibid., § 317 Anm. 9; Bachelin, Der Konzernrechtliche Minderheitenschutz, 1969, S. 63 ff., 65; Kronslein, BB 1967, 637, 640.

88) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 8, 9.

89) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 106.

なる。例えば、支配契約終了後は、従属会社は企業契約の存続中に拘束されていた不利益な契約を終了させることに利益を有するが、従属会社が、支配企業の影響によって、それを思いとどまるならば、誘引が存在するといつてよい。

311条1項では個別的な法律行為および処置が定められているが、一般的な指示または方向づけであっても、誘引となりうる。ただ、そのためには、それが、合理的に考えて、一定の作為または不作為を想起させるものでなければならない。

3 誘引者および被誘引者

1) 誘引者⁹⁰⁾ 311条1項の適用を受けるのは支配企業である。したがって、まず、支配企業のオーナーまたは業務執行機関に適用される。しかし、これに限定すると、使用人または第三者に誘引させることによって、311条以下を容易に潜脱することが可能となるから、これらの者が支配企業の了解の下に行為したとの印象を、支配企業に帰因する事情から、従属会社が有する限り、これらの者にも同項は適用されることになる⁹¹⁾。誘引は意思表示ではないから、これらの者が授權されていることは必要ではない⁹²⁾。

多重の従属関係が存在している場合に、娘の孫会社への影響力行使が、同時に母企業の誘引となるか否かは、個々の場合の事情に依存する。娘と母との間の企業関係において、コンツェルンの推定(18条1項3文)があるからといって、娘の行為がすべて母に帰属するというわけではない⁹³⁾。なぜならば、「統一的指揮」は、一定の個別的処置への誘引とは無関係だからである。これに対して、母が、娘への指図によって、孫をも母の全体的企業政策の中に引き入れ

90) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 10—12.

91) Ähnlich Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 92; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4.

92) Konsequenter anders Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 92.

93) So aber Würdinger in Großkomm. AktG, § 312 Anm. 3.3; Kronstein, BB 1967, 637, 640; wie hier Godin/Wilhelmi, § 311 Anm. 2; Haesen, oben Fn. (79), S. 90 f.; Rehbindner, ZGR 1977, 581, 589, 593.

る場合には、このためになされる娘の影響力行使は母によっても誘引されたものである。したがって、孫の取締役が、具体的な企業結合、殊に企業結合の指揮構造にもとづいて、「娘によりなされる誘引が、母の意思の実現である」と推定すべきときは、母の誘引があるといってよい⁹⁴⁾。

共同支配関係の場合には、共同支配企業の各々が、311条1項の意味における誘引者と考えられる⁹⁵⁾。母の間における内部的な権限の分配は、責任法的には重要であるが、誘引者認定の問題に関しては無意味である。

2) 被誘引者⁹⁶⁾ 従属会社の取締役に限定されず、これに従属する者になされる誘引にも、311条1項は適用される⁹⁷⁾。そうでなければ同項の潜脱は極めて容易になるからである。支配契約にもとづく指揮が従属会社の取締役に對してなされることが明定されている(308条1項1文)のに対して、311条1項には、このような限定的文言はない。従属会社が経営指揮契約(Betriebsführungsvertrag)を締結した場合には、経営指揮者に対してなされる影響力の行使は、従属会社への誘引であると判断されるべきである⁹⁸⁾。他方、コンツェルン指揮者の、孫会社への影響力の行使が、子の誘引と直ちに考えることはできない⁹⁹⁾。

4 誘引の法的手段

1) 緒説¹⁰⁰⁾ 従属会社は、自己のために行為する者が支配企業の影響力の行使に従うことによってのみ、損害を受けるのではない。例えば、従属会社

94) Ähnlich Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 93.

95) Gansweid, Gemeisame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern und Wettbewerbsrecht, 1976, S. 174 ff.; einschränkend Marchand, Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit vom Gemeinschaftsunternehmen, 1985, S. 147 ff.

96) この項の説明に関しては、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 13.

97) 通説である(vgl. z.B. Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 6; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 96; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4)。

98) Veelken, oben Fn. (79), S. 188 f.

99) Rehbinder, ZGR 1977, 581, 589 f.

100) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 14.

が支配企業に与えた権限の枠内において、従属会社の総会または監査役会における支配的影響力の行使によって、さらには、支配企業がその執行機関員を従属会社に派遣することによって、従属会社は損害を受ける恐れがある。これらの場合において、311条1項の意味における誘引が存在するといつてよいのか、どの程度に到ったときにそうなのかが問題となる。

2) 授權¹⁰¹⁾ 従属会社が、支配企業に、その誘引によって、授權した場合には、その授權の範囲内でなされる意思表示は誘引されたものと解すべきである¹⁰²⁾。そこまでいえないとしても、誘引の推定が生ずるといってよい。こう解しなければ、支配企業は、責任を負うことなしに、会社のためまたは会社の負担で一定の行為——これは、通常の誘引と同様な方法で、支配企業が従属会社の営業に影響を与えることを可能にする行為である——をなすことを許容されることになるのである。したがって、309条とのバランスからいって、授權にもとづく法律行為は誘引されたものと解されるべきである。この法律行為から請求権が生ずることか否かは、317条3項・4項には重要なことではない。授權が従属会社の取締役の義務に一致するか否かも、無意味である。

3) 間接的誘引 (1) 総会または監査役会を通しての誘引¹⁰³⁾ 支配企業が、その支配する総会決議によって、従属会社の指揮に関して行使する影響が、誘引であることについては異論がない¹⁰⁴⁾。このように解さなければ、支

101) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 15.

102) Ebenso Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4.

103) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 16.

104) Begründung bei Kropff, S. 408; ferner etwa Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 100 ff.; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4; Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 6; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 331; Beuthein, JuS 1970, 53, 57; vgl. Mestmäcker, oben Fn.(8), S. 271. Mestmäcker は、旧株式法下においてであるが、ここで次のように述べている (S. 270, 271):

管理機関とは逆に、会社またはその株主の犠牲において会社外の特別利益を追求することは、この利益が「保護すべき利益」に仕えるものであるときには、197条2項によって、多数派株主に許容されている。議決権の自由および株主の自由な立場を明らかに前提とするこの規定は、管理機関の責任に影響を与える。この循環——管理機関の第1次的責任、その行為が総会決議にもとづくときの管理機関の免責、さらに 101

配企業は、従属会社の総会において議決権を行使することによって、影響力行使の責任を免れることになる。支配企業が、監査役への影響を通して、娘の業務執行に影響力を行使する場合にも、同様に解すべきである¹⁰⁵⁾。もちろん、この場合に、支配企業が指揮権を有するわけではない。

(2) 誘引となる総会決議¹⁰⁶⁾ 総会決議のすべてが誘引となるのではないのは当然である。個別的に検討することとする。

① 取締役によって特に要求された業務執行に関する決議 この決議が誘引となるのは当然である。

② 企業契約に関する決議 291条の支配契約および利益供給契約に関する決議は誘引とならない。これに伴う会社、外部株主および債権者の損害の保護は十分に図られているからである。換言すれば、ここで問題となるのは契約コンツェルンだからである。これに対して、292条による企業契約に関する決議は誘引となる。ここで問題となっているのは事実上のコンツェルンである。

③ 合併決議 誘引となる。吸収合併の場合の譲受会社の管理機関員の損害賠償責任に関する消滅時効を定める351条の規定は、合併決議が誘引であって、それに伴う賠償責任が発生していることを前提とするものである¹⁰⁷⁾。

④ 利益配当決議 全株主が平等に取り扱われ、債権者の正当な利益に影響のない決議には311条の適用はない。この限りにおいて、配当決議は誘引ではない¹⁰⁸⁾。これに対して、高額の利益配当が、経済的に必要な準備金を積み

条7項による議決権行使に関する損害賠償義務からの多数派の解放——は、1902年に Franz Klein が認めたように、「全体としての少数派監督の道義的影響力を低下させること」を、今日でも可能にしている (Klein, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft, Wien 1904, S. 45)。いずれにせよ、これは、管理機関、多数派および外部株主の間の関係におけるウィーク・ポイント……である。C. E. Fischer は、101条の責任を議決権の行使に及ぼすことを、立法論として、正当にも要求した (ders, AcP Bd. 154 S. 239)。

105) Dazu Geßler/Hefermehl AktG/Krosff, § 311 Rn. 98.

106) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 17.

107) Vgl. Immenga, BB 1970, 629, 632.

108) Koppensteiner, Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, 1971, S. 300 f. in Anknüpfung an Rehinder, AWD 1969, 346, 348; anders Geßler/

立てることなしになされ、その結果、会社の財政状況が悪化する場合は別である。311条以下は、会社の意思を保護するのではなく、従属性の危険に対して外部者を保護するのが目的だからである。ただ、高額利益配当が、一般に、従属状態から生ずると解するのは正しくない。非企業家的多数派株主の要請または同じ方向に議決権を行使する少数派株主の配当利益が、過度の配当を生ぜしめうるからである。

⑤ 解散決議 解散決議は、投資回収の手段として、社員の裁量に委ねられている¹⁰⁹⁾。ここにおいては、債権者保護手続が定められており、また全株主が平等に取り扱われている。311条の適用はない¹¹⁰⁾。

⑥ 目的変更の決議 営業目的の変更が311条の適用を受けるか否かの問題は、実益があるとともに困難な問題である。例えば、コンツェルンにおける重点の変更のために、会社の営業目的が窮屈になったときまたは一般に他の目的に変更すべきときに、このような変更決議がコンツェルン政策からなされることがありうる。事情によっては、不用な営業の譲渡決議を「正常に」誘引することによって、営業目的を減少させて同様な目的を達することができる。この場合、譲渡される営業の価値に相当する価額で譲渡されるならば問題はないが、相当な価額を下廻る価額でコンツェルン内で譲渡がなされた場合には、311条の誘引が推定されることになる。結局、営業目的の変更にあっても、それが全株主に平等に関係するものであるか否かが判断のポイントとなる。解散の場合と同様に、会社関係の根本的変革においても、それがコンツェルン政策的には重要であるとしても、従属性に特有なものでないこともありうるのである。

4) 機関的結合および経営指揮契約 (1) 機関的結合¹¹¹⁾ 支配企業の

Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 102; Prühs, AG 1973, 395, 400; Werner, FS Stimpel, S. 935, 943.

109) BGHZ 76, 352, 353 ff.; dazu Lutter, ZGR 1981, 171, 177 f.; zurückhaltender Hirte, Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, 1986, S. 151 f.

110) Im Ergebnis wie hier Gefßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 102; Reh binder, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 237 f.; Mielert, Grenzen der Leitungsbefugnis des herrschenden Unternehmens im Faktischen Konzern, Diss. Frankfurt, S. 73; dagegen Stahl, Das Verbot der Benachteiligung abhängiger Aktiengesellschaften, Diss. Freiburg, 1972, S. 95 ff.

111) この項の説明について, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 18.

営業指揮機関の構成員が、同時に従属会社の機関員として従属会社の業務執行を決定することだけでは、支配企業の誘引があったとはいえない。なぜならば、子会社の機関がみずから決定する行為および処置は、外部から誘引されたものではないといえるからである¹¹²⁾。しかし、このような機関的結合によって 311 条以下の規整が排除される危険がある。なぜならば、支配企業の営業政策の決定者が、同時に、従属会社の法律行為や処置について決定するならば、なんらの影響力を行使することなく、従属会社は親会社の営業に組み入れられるからである。なるほど、この場合に、93条および116条によって取締役役員および監査役員の注意義務違反に対する賠償請求権が、事情によっては会社に帰属する。しかし、これはあまり実益を有しない。なぜならば、総会が責任を免除すれば、資本の10分の1以上の少数株主の請求がある場合にのみ、会社が請求権を行使するにすぎなく (§147 AktG)、このようなことは實際上稀であろうからである。のみならず、役員個人の経済力から考えても、このような賠償請求に多くを期待しえないからである。そうだとするならば、機関的結合の場合にも 311 条以下の適用があるというべきである。この点については、今日、異論はない¹¹³⁾。問題は、従属会社の機関行為をどのようにして親会社の誘引として理論的に構成できるかである。この問題は、支配企業の代表者の責任を定める 309 条の枠内において提起されたものと全く同じというわけではない。なぜならば、そこにおいては、同一行為が支配企業および従属会社に帰属することは、関係者全員がコンツェルン利益に従属しているということによって説明できるからである。これに対して、311 条以下においては、コンツェルンは前提とされず、結合利益への全体的服従は前提とされていない。しかし、ここにおいても、行為の二重帰属の原則的可能性は認められる。支配企業の構成員

112) Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 577.

113) Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 99, 98; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 331; Rehbin-der, oben Fn. (110), S. 253 ff.; Strohn, oben Fn. (13), S. 47; Haesen, oben Fn. (79), S. 92; Marchand, oben Fn. (95), S. 152 ff.; Mestmäcker, FG Kronstein, S. 129, 141; Neubaus, DB 1970, 1913, 1916; Ulmer, FS Stimpel, S. 705, 712 ff.; zurückhaltender Paehler, oben Fn. (79), S. 36f. (誘引を推定する).

が、従属会社にとっては不利ではあるが、支配企業またはこれと結合した企業の利益に適する営業行為を、従属会社の機関員として心掛ける場合には、この可能性が現実のものとなる。このような場合には、行為の動機は支配企業に対する行為者の義務と結びついていることは明らかであり、これは、当該行為を支配企業に帰属させること、したがって、誘引を肯定するための十分な理由となる。支配会社および従属会社の取締役会において、共通の構成員となっている者が、コンツェルンに典型的な利益衝突が生じた場合には、いずれかの会社または双方の会社において議決権を行使できないのではないか¹¹⁴⁾、との問題が提起されている。現在の通説はこれを否定する¹¹⁴⁻²⁾。Säckerによれば、支配企業の営業指揮機関の構成員が同時に子会社の取締役であるという場合の同一人の二重機関性は常に加重的コンツェルンを生ぜしめる¹¹⁵⁾。しかし、この場合にも、子会社が独立に活動することもありうるのであって、一般的に加重的コンツェルンを認定するのは妥当といえない。機関の二重性は、加重的コンツェルンの認定に必要な統一的指揮の強度を示すのではなく、支配企業にとって、子会社の情報および監督が必要であることを示唆するにすぎないのである。

(2) 営業指揮契約¹¹⁵⁻²⁾ 営業指揮契約にもとづき、支配企業が従属会社の営業指揮者として行う業務執行行為が、311条1項にいう「誘引されたもの」とみなしうるのかについても、同様な原則により判断される。ここにおいても、法律行為（処置）が、従属会社にとっては不利であるが、（支配的）営業指揮者またはこれと結合した企業に有利であるか否かにかかっているのである¹¹⁶⁾。

(3) 支配企業の監査役員の場合¹¹⁷⁾ 支配企業の監査役が従属会社の取締役

114) Vgl. Hoffmann-Becking, ZHR 150 (1986), 570, 581 ff.

114-2) 日本法に関するこの問題については、拙稿「親会社の派遣した取締役に關するコンツェルン指揮の責任」(喜多教授退官記念論集) 108頁参照。

115) Ders, ZHR 151 (1987), 59, 65 ff. 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、下位会社を包括的・継続的に指揮するとき、加重的コンツェルンが存在する(拙稿・前掲獨協法学28号10頁)。

115-2) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 19.

116) Veelken, oben Fn. (79), S. 189 f.

117) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn.

役である場合には、事情が異なる。なぜならば、従属会社への影響力の行使、すなわち、「誘引」は、支配企業にあっては、原則として業務執行の範囲内にあるのであって、監査役はなんら積極的な業務執行の権限・義務を有しないからである。支配企業の監査役が従属会社の取締役としてなす業務執行の決定は、支配企業に対する義務の履行と解することはできない。したがって、それを支配企業に帰属させる根拠がないのである¹¹⁸⁾。

Ⅲ 不利益

1 総論

1) コンツェルン効果の不利益性¹¹⁹⁾ 311条にいう不利益は、会社が、支配企業の誘引によって、なしたまたはなさなかった行為および処置の経済的結果のみを意味する。不利益には常に従属会社のための故意の行為が前提とされている。「受動的なコンツェルン効果」からの「不利益」(企業結合に組み入れられたことのみによって企業に生じた不利益)は、ここにいう不利益ではない¹²⁰⁾。このことは、法文の「誘引するために」という文言によって明らかである。

2) 注意義務違反としての不利益 (1) 原則¹²¹⁾ 従属会社に生じた財産または収益性の悪化のすべてが311条の不利益ではない¹²²⁾。317条2項は、「非従属会社の通常かつ誠実な営業指揮者でも、その法律行為をなしたはそ

20.

118) 反対: Wälde, DB 1972, 2289, 2290 ff.

119) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteinr, § 311 Rn. 21.

120) Strohn, oben Fn. (13), S. 81; Kiehne, DB 1974, 321, 323; vgl. auch Begründung bei Kropff, S. 409.

121) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 22.

122) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 108; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 333 f.; Hommelhoff, oben Fn. (13), S. 118 f.; Bachelin, oben Fn. (87), S. 47; Koppensteiner, ZGR 1973, 9 f.; Köhler, NJW 1978, 2473, 2477 f.

の処置を中止したであろうときには、賠償義務は生じない」と定めているので、支配企業のこの賠償義務との関連において不利益の概念を具体化すべきである。311条以下の目的は、従属会社を非従属会社と同様な状態に置くことにあるから、支配企業に誘引された従属会社の行為のうち、非従属会社の注意深い営業指揮者が行為することを許されない行為のみが問題となる。これ以外の行為によって従属会社に生じた損害は、不可避免的な企業家的危険が実現したのであって、従属性の結果として生じたものではない。したがって、「非従属会社の有責的指揮者の義務違反」という要件が不利益概念の内包となるのである¹²³⁾。

(2) 不利益認定の基準日¹²⁴⁾ 非従属会社の注意深い指揮者は、決定の時点において入手しうる情報のみにもとづいて決定する。したがって、不利益認定の時点もここに求めるべきである¹²⁵⁾。312条3項1文は、法律行為の相当性は、従属性報告書の末尾の表示において、それがなされた時点において知られた事実によって判断されるべきである、とし、また、313条1項2号は、従属性報告書の検査は上と同じ時点を基準としてなすべきである、と定めている。これらの規定からいっても、不利益の存在については、その不利益が問題となる行為の時点における状況が決定的であることが明らかである。注意すべきは、取締役が基準時点において了知していた事実によって判断されるのではなく、通常の誠実な営業指揮者であるならば、その時点において了知できたであろう事実によって判断されるということである¹²⁶⁾。

(3) 判断基準¹²⁷⁾ 従属会社が置かれた状態を前提として、従属会社の取

123) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 109, § 317 Rn. 26 ff.; Wilhelm, oben Fn. (7), S. 232; Hommelhoff, oben Fn. (13), S. 119 Anm. 41.

124) この項の説明について, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 23, 24.

125) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 110; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 6; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56) S. 314; Hommelhoff, oben Fn. (13), S. 119 f.; Strohn, oben Fn. (13), S. 69 ff.; Wilhelmi, oben Fn. (7), S. 236 ff; Luchlerhandt, ZHR 133(1970), 1, 15 ff.

126) 詳しくは, vgl. Luchlerhandt, ZHR 133 (1970) 1, 17 ff.

127) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 25.

締役の行為が、非従属会社の取締役ならばそれを行ったか否かがポイントである¹²⁸⁾。不利益は会社の置かれた状態に応じて判断されるのである。すなわち、不利益の確認は、固定的な不利益概念によって判断されるのではなく、会社が置かれている経済的枠組によってなされるのである。経済的従属性は不利益の存在を確認するに際して前提とすべきものである¹²⁹⁾。経済的従属性は¹³⁰⁾、17条の従属性ではなく、したがって、そのみでは311条以下の適用はない。311条以下において問題となるのは、所与の経済的従属性を前提としつつも、法的に独立な会社（会社経営について他の企業から支配を受けない会社）の取締役の注意義務なのである。そこから、二つの結論が導かれる¹³¹⁾。第1は、支配企業またはこれと結合した企業と会社との経済的結合が強化されればされるほど、法的に独立な会社の取締役であっても、この状態においてなしうる独立の行為の範囲はそれだけ狭くなり、支配企業が、不利益、したがってそれと結合した損害の賠償を恐れることなしに、行使しうる影響力の分野がそれだけ拡大される、ということである。第2は、支配企業は、法的従属性によって経済的従属性を促進することは許されない、換言すれば、法的従属性の成立の際に存在する経済的従属性を、その程度を強化することなく、維持すべきであり、これに反した場合には、支配企業の損害賠償責任が生ずる、ということである。

3) 財産または収益性の危険 (1) 危険発生 の必要¹³²⁾ 会社の財産または収益性に危険が発生しなければ、いかなる不利益も存在しない。この場合、誘引は会社に対する経済的效果において無意味であるから、その限りにおいて、外部株主・債権者の保護措置は余計なことであるからである。補償できるのは、不利益そのものでなく、その経済的效果のみであり¹³³⁾、なんらの損

128) Vgl. Strohn, oben Fn. (13), S. 73 ff.; Wilhelm, oben Fn. (7), S. 236; vgl. auch Lutter, ZIP 1985, 1425, 1433 f.

129) Vgl. Strohn, oben Fn. (13), S. 74.

130) ここでいう経済的従属性の存する場合の例として、Koppensteiner は、取引銀行や供給者・販売先に対する経済的な従属性をあげる。

131) 以下については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 26.

132) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 28.

133) Vgl. Linsman, oben Fn. (79), S. 45.

害のない場合には、317条はその適用対象を有しないことになる。ただ、単なる反射的損害においても財産的損害は存在する。例えば、子会社が、親会社に誘引されて、孫会社に損害を与え、その結果、補償または損害賠償をしなければならない場合にも、損害はある¹³⁴⁾。

(2) 不利益の大きさ¹³⁵⁾ 不利益の大きさも行為の時点において知られた事情によって算定される。このことは、注意義務違反・財産的侵害または危険、したがって不利益存在の確認の場合と同様である¹³⁶⁾。これに対して、不利益の結果である損害額は、行為後の結果に左右されることとなる。不利益の補償は、法律行為にあっては、相当な給付と現実になされた反対給付の価値の差額を従属会社に補償するということである。したがって、「相当性」が行為のなされた時点における事情によって判断されるならば¹³⁷⁾、このことは補償のために要求される給付についても妥当する。そうでなければ、相当な反対給付がなされた場合と補償がなされた場合とで会社の状況が異なることになるからである。補償は不利益とその価値において照応するものであるから、その額については初めに知られていた事情のみが基準となる。312条3項1文および2文は、従属報告書の末尾の不利益およびその補償に関する取締役の表示が、取締役の了知した事情にもとづいて印されるべきことを明らかにしている。

(3) 不利益と損害¹³⁸⁾ 以上のことから明らかなように、不利益と損害とは異なる¹³⁹⁾。損害の範囲は最終口頭弁論の時点を基準として判断される。それは侵害的事件と相当因果関係にある財産的減少のすべてを含む。最初に生じ

134) Vgl. Rehbindner, ZGR 1977, 581, 595 ff.

135) この項の説明について, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 30.

136) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 111 f.; Strohn, oben Fn. (13), S. 84 f.; Koppensteiner, ZGR 1973, 1, 15; anders Würdinger in Großkomm, AktG, § 317 Anm. 4 in Widerspruch zu § 311 Anm. 6 f.; Kellmann, ZGR 1974, 220, 222 f.; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 22; wohl auch Haesen, oben Fn. (79), S. 104, 110.

137) Haesen, oben Fn. (79), S. 106.

138) この項の説明について, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 30.

139) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 113 ff.; Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 9; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (56), S. 333; Strohn, oben Fn. (13), S. 85; Koppensteiner, ZGR 1973, 1, 13 ff.

た損害がその後の事情により減少することもありうる。これに対して、不利益の範囲は一度で確定し、その後の事情によっては変化しない。したがって、不利益な行為の結果としての損害は、311条の基準となる不利益と相違することがありうるのである。

4) 不利益の数量化¹⁴⁰⁾ 「不利益」が評価可能、したがって数量化できるものでなければならないか、については争がある¹⁴¹⁾。しかし、行為が義務違反でありかつ不利益であることは確かであるが、誘引がなされた時点においては、不利益の程度の確定は不可能である場合にも、従属会社を保護すべきである。例えば、それに見合う利益見込みなしに、重大な危険を冒すような場合である。具体的例によって、この問題を考えてみることにしよう。販売技術的理由から多数の商品を生産しなければならなかった非従属企業が、従属関係に入った後、専門化し少数の商品を生産し、これを市場ではなく、結合企業内で販売することを誘引されたとしよう。この販売の可能性が存在する限り、生産の変更は利益を増大させ、したがって有利に作用する。しかし、事情が変われば、会社は、販売の困難な商品を生産することになり、しかも販売組織を有しないから、この窮状を克服できない状況に置かれることとなる。このような危険は、非従属会社の職務に忠実な取締役に、当該誘引に従うことを拒否させることになろう。したがって、従属会社は、このような行為を強制されることから保護されなければならない。予想できない危険が、従属会社の取締役によってその義務に違反して引き受けられるときは、「不利益」と解釈されるべきであり、この危険が実現したときは、支配企業の補償義務が発生することになるのである¹⁴²⁾。予想できない結果を伴う誘引された処置の責任を会社に帰属させるのは妥当でないのである¹⁴³⁾。この原則に対する例外は、予想できない危

140) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 31.

141) So Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 8; Haesen, oben Fn. (79), S. 98 f.; dagegen z. B. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 42; Strohn, oben Fn. (13), S. 83.

142) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 40; Strohn, oben Fn. (13), S. 76; Linsman, oben Fn. (79), S. 47 ff.

143) Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 22, 30 ff.; ähnlich Kellmann, BB 1969, 1509, 1515 und Haesen, oben Fn. (79), S. 103, 109 f.

險の引受が会社の破産を回避する唯一の可能性を有するときである。このような場合には、義務違反は問題とならないからである¹⁴⁴⁾。予想できない危険引受の誘引の場合、すなわち、コンツェルン化への誘引には、一般規定 (§§ 117, 93, 116) で対処すればよく、311条以下はこの場合には適用がないという立場もある¹⁴⁵⁾。しかし、この立場は、予想できない危険引受の結果として生ずる損害を従属会社に負担させることとなる。このような場合には、311条以下を適用して、補償がなされないことを理由に、支配企業の損害賠償責任を認めるのがはるかに効果的である。

(未完)

(1989年6月30日稿)

144) 詳しくは, vgl. Strohn, oben Fn. (13), S. 77.

145) 以下の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 32.