

従属的コンツェルン会社における取締役 の利益相反（二・完）

——コンツェルン関係における大株主の責任(8)―(2)——

青 木 英 夫

目次

はじめに

一 従属的コンツェルン会社における取締役の責任

1. 従属的コンツェルン会社の取締役の地位
2. 適法性
3. 従属的コンツェルン会社における責任
4. 従属的コンツェルン会社における責任に関して検討すべき若干の事項
(以上第33号)

前置

二 従属的コンツェルン会社の取締役の事実上の地位

1. コンツェルン指揮と取締役会の構成
2. コンツェルン指揮と取締役会の業務執行
3. 小括

三 法と現実との相剋とその克服

1. 法と現実との狭間にある取締役
2. 法と現実との相剋の克服
3. 小括

むすび

(以上本号)

〔前置〕

前稿においては、従属的コンツェルン会社における取締役の義務および責任

について述べ、その結論は、取締役は自己の会社の利益を擁護すべき義務を有し、これに違反すれば損害賠償責任を負うということであった。この結論には法的問題はないのであるが、事実上、従属会社の取締役が、どのような状態にあり、そして、この事実状態が、かれらに対する法的要請と調和するものであるか否か、もし調和し難いものであるならば、それを解決する方法——ないしは、その不調和を緩和する方法——はないか、問われてよいであろう。結論を急がずに、従属会社の取締役の事実上の状態の検討から始めることにする。

二 従属的コンツェルン会社の取締役の事実上の地位

1. コンツェルン指揮と取締役会の構成

1) 緒論 従属的コンツェルン会社の取締役会がいかにか構成されるかは、コンツェルン指揮にとって重要なことである。コンツェルン指揮が実効性を有し、それが貫徹されるか否かは、一にこの構成にかかっているといても過言ではない。各国において、支配の認定基準の一つとして、取締役会の構成員の過半数の選任・解任権が挙げられるのは、この故である¹⁾。コンツェルン指揮者は、総会における議決権の支配を通じて²⁾、この選任・解任権を有する(商法254条1項・257条1項本文)。コンツェルン指揮者は、通常、大株主であり、さらに、単独株主であることがしばしばであるからである³⁾。その意味からすれば、従属会社の取締役は、コンツェルン指揮の純生産物といえる⁴⁾。

1) 1985年イギリス会社法736条1項a号および1966年フランス会社法357条—1, 2項b号参照。

2) 総会を支配するためには、議決権の過半数を有することは必ずしも必要としない。前注のフランス法によれば、「議決権の40パーセント以上を有し、他の株主がこれを超える議決権を有しないときには」この支配を推定している(voy. Mercadal et Janin, Sociétés commerciales, 1991, n°3364)。

3) Vgl. v. Planta, Flurin, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, S. 139.

4) v. Planta, Fn.(3).

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反 (二・完)

以上のことは、コンツェルン外取締役についても妥当する⁵⁾。まず、少数派の代表である取締役にあっても、その地位はコンツェルン指揮者の意思にかかっているからである⁶⁾。次に、「独立な取締役」においても、その者が、その地位に固執する限りは、コンツェルン指揮者から独立たりえないからである⁷⁾。

2) 終任に関する事情 選任に関して述べたことは終任についても妥当する。コンツェルン指揮者の信頼を失った取締役は、取締役会において孤立無援の地位に立たされるか、または解任もしくは再任拒否によって、その地位を去らざるをえないのである。ここにおいては、スイス法におけるように、少数派代表を解任するために要求される重大な事由も必要がないのである⁸⁾。

3) コンツェルン指揮の限界 コンツェルン指揮者が従属的コンツェルン会社の取締役を自由に選任・解任できるということに限界はあるであろうか。少数派、債権者さらには取締役自身がこれに抵抗できるであろうか。

株主総会と取締役会とは対等であって、両者にはそれぞれ専属的な職務分野がある、とする「対等理論」(Paritätstheorie)と呼ばれる見解がある⁹⁾。し

5) この意義については、拙稿「従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反(一)」獨協法学33号5頁参照。

6) 拙稿、注(5)、6頁参照。取締役の選任に際して採用されている累積投票制度も定款によって排除することができるのである(商法256条-3、1項)。しかも、累積投票制によって選任された取締役であっても、多数派はいつでも解任できるのであるから(商法257条1項)、この場合においても、その地位がコンツェルン指揮に依存している点は異ならない。スイス債務法708条6項も、定款の定めによって、少数派に取締役候補者の提案権を与えることができるとしているが、重大な事由があるとき(まず、第一に、人格・能力に関する欠点)には、この提案を総会は拒否できると解されている(vgl. Wolfhart F. Bürgi, Die Aktiengesellschaft, Zürcher Kommentar, 1969, Art. 708 N 59)。しかも、少数派がこのような提案権を有することは稀であり、また、かりに少数派が提案権を有するとしても、提案拒否のための重要事由を見出すことは困難ではないからである(例えば、候補者が信用できない者であるまたは無能力であると主張されたとき、これを否定することは経験上極めて困難だからである)(vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 140 Fn. 5)。

7) 拙稿、注(5)、6頁・7頁参照。

8) スイス債務法705条1項は株主総会の取締役などの解任権を定めているが、少数派代表の解任については、重大な事由が必要と解されているのである。なぜならば、そうでなければ、重大な事由なしには選任を拒否できない総会は、選任後、直ちに解任によって代表者を排除できることになるからである(vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 141 Fn. 9)。

9) Vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschafts-

かし、株主総会は、法上、株式会社の最高機関であって¹⁰⁾、取締役の自由な選任・解任権を有する(商法254条1項、257条1項本文)。総会決議の内容が公序良俗に反する場合は無効(商法252条)であり、会社の親子関係増大の結果、この事由による無効を認めるべきであるとする立場がある¹¹⁾。この主張は妥当であって、これを認めるべきであると考えますが、総会の取締役の絶対的選任・解任権が公序良俗違反になることは、まず考えられないことである。なぜならば、総会のこの権限そのものが公序であると考えられるからである。

したがって、個々の株主または少数派の取締役への選任請求権もなければ、ましてや、取締役の地位に影響を与える債権者の権利も存在しない¹²⁾。コンツェルン指揮者の自由な選任・解任権に対する制限としては形式的なものが存するにすぎない。すなわち、取締役に要求される法上・定款上の資格(商法254条2項・254条—2参照)の充足および選任手続の遵守である。これらの形式的要件さえ履行すれば、コンツェルン指揮者は選任・解任権を自由に行使することができるのである。ただ、任期中に正当な事由なしに解任された取締役が損害賠償請求権を有するのみである(商法257条1項但書)。解任取締役が、それ以上に復職請求権を有することはないのである¹³⁾。

このようにコンツェルン指揮者は絶対的な権限を有するのであるが、實際上、これを完全に行使するとは限らない¹⁴⁾。従属会社の運営を円滑に行うため

recht, 4. Aufl. (1981), S.286 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 3. Aufl. (1983), S. 138.

今日では、実際上は、対等理論は部分的に克服され、取締役会は、会社の絶対的決定機関であって、実権を握っており、総会はその決定を単に形式的に追認するにすぎないといわれている(vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 52)。しかし、実際上はともかく、法的には、株主総会は最高の機関である。次注参照。

10) 拙著・新版会社法104頁参照。商法230条—10は、スイス債務法698条1項のように、総会の最高機関性を明文をもって定めていないが、それは当然のことであって、その権限は法律または定款に定める事項に限定されるとしても、会社運営の根本に関する事項はいずれも総会の権限事項とされているのである。

11) 田中(誠)・全訂会社法詳論(上巻)453頁参照。

12) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 142.

13) もちろん、総会決議の手続違反を理由に、解任決議の取消の訴(商法247条1項)を提起できるが、これは別問題である。

14) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 143.

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

に、少数派の協力を求めて、その代表者を取締役に選任することも多々あるであろう。ある程度の規模の少数派が存在する場合には、株主総会の特別決議を成立させるためには（例えば、営業譲渡（ある種の業務提携を含む）¹⁵⁾・合併など（商法245条1項・408条3項））、少数派の意向を尊重せざるをえないのである。このように、少数派を取り込むために、その代表者を取締役に選任することはあるであろう。しかし、そうすべき義務はないのであるから、従属会社の取締役会の構成について、コンツェルン指揮者の影響力が法的に制限されるとはいえないのである¹⁶⁾。

2. コンツェルン指揮と取締役会の業務執行

1) コンツェルン指揮者の情報操作（1）緒説 従属的取締役とコンツェルン外取締役とは、職務執行の上において必要とする情報量において格段の相違がある。したがって、コンツェルン外取締役が従属的コンツェルン会社の実情に即した判断を下すのは著しく困難である¹⁷⁾。これに対して、従属的取締役は、コンツェルン指揮者との緊密な関係を通して、コンツェルン外取締役の知りえない情報を入手しうるのである¹⁸⁾。ただ、ここで注意すべきは、かれらの情報優先性も相対的なものに過ぎず、果たして本当の意味において有効な情報を得ているのか、次に述べるように疑問である¹⁹⁾。

（2）従属的取締役と情報 従属的取締役が会社に関して客観的に正確な情報に基づいて判断できるか否かは、その者のコンツェルン指揮との関係に依存する。支配会社の代表取締役が同時に従属的取締役である場合には、当該取締役は、コンツェルン全体に関する情報を有するのだから、従属的コンツェルン会社についても、当然に必要な情報を有する。かれは、情報を操作する立場にあっても、操作された情報を与えられる地位にはないのである。これに反し

15) 私法54号145頁（青木発言）参照。

16) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 143.

17) Vgl. ibid., S. 144; 拙稿, 注(5), 21頁, 22頁参照。

18) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 144.

19) Vgl. ibid.

て、コンツェルン指揮者を代理する取締役または信託の取締役にあっては、必要な情報の直接的取得には、企業秘密の壁が立ち塞がる。したがって、これらの取締役がどの程度の情報を入手しうるかは、コンツェルン指揮者の判断——コンツェルン指揮の情報政策——にかかっているのである²⁰⁾。この結論はほとんど是認し難いものである²¹⁾。なぜならば、コンツェルン指揮者の要求が会社の利益に一致するか否かを検討しなければならない会社の取締役が、コンツェルン全体に関する情報について、利害関係人であるコンツェルン指揮者の提供する情報に大部分を頼らざるをえないからである。しかし、外に情報がない以上は、従属的取締役は、これを利用する以外の方法はないであろうし、また、これもある程度は許されるといえる。会社利益を決定する際に利益衡量すべき利益の中に、コンツェルン利益も入ることは否定できないからである²²⁾。

(3) コンツェルンにおける情報操作の重要性 コンツェルン指揮者は、情報操作によって、従属的コンツェルン会社の取締役会の意思決定を左右することが可能である²³⁾。コンツェルン指揮者は、コンツェルン指揮が支配会社にとって有利であるが、従属会社に不利益であることを隠すために、意図的に情報を操作して、後者の取締役会をして指揮に従わしめることが可能となる²⁴⁾。このようにして、従属会社の取締役会の業務執行に可及的に緊密に介入することができるのである。そこにおいては、従属的取締役のコンツェルン指揮者への従属性を利用する必要性さえないのである。しかも、このような隠された指揮は抵抗が少ないのであるから、通常、コンツェルン指揮者は、この方法によ

20) Vgl. *ibid.*

21) Vgl. *ibid.*, S. 145.

22) 拙稿, 注 (5), 20頁, 21頁参照。

23) 以下の説明については, vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 145.

24) 次のような例を挙げることができる (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 145 Fn. 4):

今、従属的コンツェルン会社の取締役会が、原料購入に関して、A・B会社間で選択しなければならないとする。コンツェルン指揮が、支配会社の大株主がB会社に参加していることのみを理由として、条件の劣ったBの申込の選択であるならば、取締役会はこの指揮に抵抗することが予想される。ところが、このような事情は隠され、B選択の理由は、Bと他のコンツェルン会社との取引が見返りとして大量に期待されるからである、と欺かれるならば、取締役会は善意で指揮に従い、後になって、そのような取引は全然予定されていなかったことを証明することは不可能であろう。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

て、コンツェルン指揮の実現を図るであろう。

2) 取締役会の意思決定 (1) 緒説 コンツェルン指揮者がどのように情報操作をしたとしても、また、従属的コンツェルン会社の取締役会構成に対する支配力を有していても、それだけでは、従属会社の取締役会の意思をコンツェルン指揮者の望む方向に形成させ、その意思を実行させるには不十分な場合がある²⁵⁾。その典型的な場合は、コンツェルン指揮に従った結果として従属的コンツェルン会社に生ずる損害の種類・程度が、コンツェルン利益によって填補されないときである。このような指揮に従うことは、従属会社の取締役の義務（商法254条3項・254条一3）に違反する²⁶⁾。したがって、コンツェルン指揮者が、コンツェルン指揮を実現するためには、その力を行使して、指揮の方向を示すことが必要となるのである。

(2) 指揮の強制 具体的な指図なしでは、従属的コンツェルン会社の取締役が動かないとき、コンツェルン指揮者は、躊躇することなく、その指揮に従った行為をすべきことを従属会社の取締役に要求する²⁷⁾。従属会社の取締役はこの要求に従わざるをえない。なぜなら、前述のように、かれらのポストはコンツェルン指揮者の意思に依存しているからである。従属会社の取締役は、違法なコンツェルン指揮であっても、それに対する判断を加えることなしに従うこととなる。このことは、従属的取締役およびコンツェルン外取締役の双方に妥当する²⁸⁾。従属的取締役、殊に支配会社と雇用関係にある取締役にあっては、指揮への抵抗は、取締役のポストのみならず、雇用関係をも危うくすることを計算しなくてはならず、また、独立な取締役にあっては、社会的地位のみならずかなりの収入源を失う危険にさらされることを考慮しなくてはならないからである。さらに、少数派の代表者も、従属会社の損害が軽微なときには、コンツェルン指揮への抵抗の煩わしさまたは恐怖から、敢えて指揮に反対しない傾向があるからである。

(3) 指揮の効果の不明確性 従属的コンツェルン会社の取締役が、違法な

25) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 146.

26) 拙稿, 注(5), 14頁以下参照。

27) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 146.

28) Vgl. *ibid.*, S. 146 f.

指揮を争わない理由に、主観的な理由もある²⁹⁾。すなわち、違法な指揮であっても、当初からその違法性が明確な場合は稀であって、したがって、従属会社の取締役それに従う意思を生じさせることが多いからである。もし、適法性が明確でない限りは指揮に従わないという取締役が存するならば、コンツェルン指揮者は、コンツェルン指揮に忠実な後任者にその者を代えるであろう³⁰⁾。

(4) コンツェルン指揮の自己貫徹性 以上のことから結論としていえるのは、コンツェルン指揮者は、従属的コンツェルン会社の取締役会の意思決定を支配し、實際上、多かれ少なかれ、その要求のすべてを、抵抗なしに執行させうる地位に容易に立ちうるということである³¹⁾。すなわち、コンツェルン指揮者は、従属的コンツェルン会社の取締役会に対して、その要求を事実上貫徹しうるのである。その意味からすれば、従属会社の取締役は、実際上は、単なる補助者にすぎず、自己の地位を危うくすることなしには、コンツェルン指揮者の違法な指揮にも抵抗できないのである³²⁾。したがって、従属会社の取締役の事実状態は、その法的地位と鋭く対立しているのである³³⁾。

3) 従属的コンツェルン会社の取締役の心理状態³⁴⁾ 従属会社の取締役がコンツェルン指揮に抵抗しない理由として、看過できないものに取締役の心理状態がある。具体的にいえば、従属会社の取締役には、コンツェルン指揮者への忠誠心が生まれているのである。すなわち、こうである。

従属会社の取締役、殊に従属的取締役の選任は、コンツェルン指揮者の意思に完全に依存している³⁵⁾。また、取締役は、取締役、従業員または大株主の知り合いとして、長年の間、コンツェルン指揮者と人的信頼関係を有している。

29) Vgl. *ibid.*, S. 147.

30) 従属的取締役は、コンツェルン指揮に対して、生来的忠実性を有する (vgl. Jean Nicolas Druey, *Aufgaben eines Konzernrechts*, *Zeitschrift für Schweizerisches Rechts* (ZSR) 99 (1980) II S. 309.

31) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 147.

32) Vgl. *ibid.*, S. 147 f.

33) Vgl. *ibid.*, S. 148.

34) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 148 f.

35) 継承的業務執行は、まず、従属的取締役に顕われる。コンツェルン外取締役にあっては、コンツェルン指揮者との人的信頼関係の稀薄さより、継承的執行は部分的に妥当するに過ぎない (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 148 Fn. 10)。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

この人的信頼関係（コンツェルン指揮者との一体感）が忠誠心を生み出すのである。取締役は、コンツェルン指揮者は従属会社の利益を考慮して指揮している、と無意識に信頼するのである³⁶⁾。取締役は、客観的判断基準を見失い、心理的にも「従属的」取締役となるのである。

このような心理的变化は、従属会社の取締役の潜在意識に見出されるに過ぎないとしても、それは、取締役の業務執行の姿勢に明確な影響を及ぼす。すなわち、コンツェルン利益に反するものすべてに対する反感とコンツェルン指揮者に対する無批判的妥当性の承認とである³⁷⁾。それにもかかわらず、従属会社の取締役は、通常、業務執行を全く客観的に決定し、従属会社の利益を尊重していると絶対的に確信しているのである。ということは、コンツェルン指揮者に従った結果として従属会社に生じた損害について、取締役の過失責任を追及することは、實際上、困難であろう。過失があるとすれば、コンツェルン指揮者を軽率に盲目的に信頼したことにあるのである。

3. 小 括

以上のことは、次のように要約することができる³⁸⁾。

- ① 実際において、従属会社の取締役会の状況は、その存在および業務執行に対してコンツェルン指揮者が行使する包括的影響力によって、決定される。
- ② 大株主として、コンツェルン指揮者は、従属的コンツェルン会社の取締役会の構成を、實際上、単独で決定する。コンツェルン指揮者は、その有する議決権にもとづいて、取締役の選任・再任・解任権をほとんど単独で有する。コンツェルン外取締役にあっても、事情はほぼ同一である。
- ③ 従属会社の取締役のポストがコンツェルン指揮者の意思に依存している

36) Vgl. Druey, Fn.(30), S. 309.

37) この効果が強ければ強ほど、取締役の事実認識の範囲は狭くなる。取締役がコンツェルン指揮者の要求を理解できなくなればなるほど、無批判にコンツェルン指揮者の能力を信頼して、その要求を執行するようになる (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 149 Fn. 13)。

38) 以下の要約については, vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 150.

ということは、コンツェルン指揮者にその要求を貫徹するための強力な手段を提供する。ポストに固執する取締役は、可及的に、コンツェルン指揮者の希望に応えんとするであろう。

④ コンツェルン指揮者は、情報操作によって、従属会社の取締役会の決定を自己に好ましい方向に誘導する。コンツェルン指揮者は、コンツェルン指揮の従属会社に対する加害性を、情報操作によって隠蔽し、従属会社の取締役が指揮に反対する理由を奪うことが可能である。これにさらに、従属会社の取締役に特徴的な「コンツェルン連帯感」——これは、問題のあるコンツェルン指揮の批判的評価を妨げるのであるが——が加わり、コンツェルン指揮者は容易にその要求を貫徹しうることになる。

⑤ 従属的コンツェルン会社の取締役は、実際には、コンツェルン指揮者の操り人形以上のものではない。従属会社の取締役は、会社にとって有害な指揮を阻止する意思もなければ、それをなしうる状態にもない。したがって、法の建前とは異なり、コンツェルンの現実には、コンツェルン指揮者の要求をそのままに受け入れる人形を作り出しているのである。

三 法と現実との相剋とその克服

1. 法と現実との狭間にある取締役

1) 緒論 従属的コンツェルン会社の取締役は従属会社の利益に従って行動すべきである、というのが法の要請であるのに対して、取締役は、そのコンツェルン指揮者への事実上の従属性から、コンツェルン利益に従って行動せざるをえないというのが、現実であった。従属会社の利益とコンツェルン利益とが一致するときは問題はないが、これらが相反するとき、従属会社の取締役は、法と現実との狭間において、利益衝突の真只中におかれる³⁹⁾。各種の取締役について、具体的に検討することとする。

2) 従属的取締役の状況 (1) 従属的取締役の判断基準⁴⁰⁾ 従属的取締役

39) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 153.

40) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 153 f.

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

が、その意思決定に際して、考慮すべきものとして、三つ挙げうる。一は、従属会社取締役としての義務、二は、自己のコンツェルン指揮者への従属性、三は、自己のポストの不安定性である。従属会社の利益がコンツェルン利益に抵触しないときには、これらの判断基準は特別の問題を生じさせない。これに反して、両利益が衝突するときは、いずれの基準を優先させるべきかの問題が生じ、その結論に従って取締役の行為が異なってくるのである。

（２）利益衝突とコンツェルンの経営政策⁴¹⁾ 利益衝突が生ずるか否かおよびどの範囲で生ずるかは、コンツェルンの経営政策に主として依存している。コンツェルン指揮者の意思が従属的取締役の直面する利益衝突を左右するのである。コンツェルン指揮者の意思として、次の三つのものが考えられる。

① コンツェルン指揮者が、従属会社の利益に反しない指揮のみをする。従属会社の取締役は、従属会社の利益を考慮しながら、コンツェルン指揮に従うことができる。この場合には、従属会社の取締役は利益衝突に悩まされることもない。

② コンツェルン指揮者が、従属会社に不利益な指揮もするのであるが、これを強制せず、その実行は従属会社の取締役の判断に任す。取締役にとっては、従属会社の利益に反するコンツェルン指揮は無効であって、それに従う必要はない。また、この指揮は強制されてはいない。しかし、コンツェルン指揮者が指揮の実行を自己に期待していることを、取締役は十分に認識しているのである。この場合には、取締役は、その性格にもよるが、利益衝突に悩まされる可能性がある。

③ コンツェルン指揮者が、従属会社の利益に反する指揮もし、かつこの指揮の実行に固執する。この場合においても、従属会社の取締役は、これに従うべき法的義務は負わないが、それだけ、取締役に加えられるコンツェルン指揮の圧力は強くなる。取締役は、コンツェルン指揮が反抗を許さないことを十分に知っている。一方、このようなコンツェルン指揮に従うことは違法であって、自己の責任が追及されるおそれのあることも、取締役は十分に知っている。その悩みは最高度に達するのである。

41) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 154 ff.

以上のところから明らかなのは、従属的取締役が悩むのは、違法なコンツェルン指揮がなされた場合であるということである。しかし、これはコンツェルンにあっては、決して例外ではなく、コンツェルン指揮者が、違法な指揮であれ、指揮の実行に固執するのが通常であろう⁴²⁾。もちろん、これは指揮者に法倫理的欠陥があるからではなく、コンツェルンという現象それ自体が然らしめるところである。支配会社は、その統一的指揮を従属会社において貫徹しようとするならば——これはコンツェルン指揮にとって不可欠であるが——自己の経営政策的イメージを、拘束的指示によって、従属会社において実現せざるをえないのである。その結果、コンツェルン指揮者は、従属会社にとって違法な指揮をせざるをえないのである⁴³⁾。のみならず、今日のような複雑な社会・経済関係の下においては、コンツェルン指揮者といえども、コンツェルン指揮が従属会社に加害的であるか否か、その指揮の実行によってコンツェルン全体に生ずる利益が従属会社の損害を補償するか否かを、当初から正確に判断できないのである。このことも違法なコンツェルン指揮を生みだす一因となるであろう。これらのことから、従属的取締役は、単に理論的のみならず、不可避免的に利益衝突から生ずる解決不能な問題に直面せざるをえないのである。

3) コンツェルン外取締役の状況 (1) 緒説 コンツェルン外取締役も、より緩やかな形であるが、同様な難問に直面する。少数派代表と独立な取締役とに分けて考察することとする。

(2) 少数派代表の場合⁴⁴⁾ 少数派代表も、従属会社への義務、コンツェルン指揮者への事実上の依存性および少数派の利益擁護という三つの行為基準を有する。しかし、コンツェルン指揮者はいつでも代表者を解任できるのである

42) Vgl. Ulrich Immenga, Die rechtliche Erfassung unternehmerischer Leitungseinheit: Konzernrecht, Wirtschaft und Recht 30 (1980) S. 74.

43) 殊に、国際関係においては、適法な営業政策的判断も、まったく、従属会社の損害の原因となりうるのである。例として、高賃銀の国から低賃銀の国への工場の移転、国有化の危険に晒されている会社から資本の引上げまたは関税や税金を回避するために、コンツェルン内部における注文の再配分を挙げうる。これらの処置は関係する従属会社に損害を与えるが、それへの指図は、コンツェルン指揮者の経営政策的手段に属するのである (v. Planta, Fn.(3), S. 156 Fn. 5)。

44) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 157 f.

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

から、少数派に支持されているとしても、コンツェルン指揮に一貫して対立することは困難であろう。したがって、コンツェルン指揮者が従属会社にとって違法な指揮の執行を強制するとき、程度の差こそあれ、代表者も利益衝突より生ずる難問に直面せざるをえないのである。

（３）独立な取締役の場合⁴⁵⁾ 独立な取締役の行為基準は、従属会社への義務とコンツェルン指揮者への事実上の依存性とである。このコンツェルン指揮者への事実上の依存性から、独立な取締役にあっては、違法な指揮の執行に抵抗することは困難である。抵抗は自己の解任をもたらすことを、独立な取締役も認識しているからである。しかも、独立な取締役は、従属的取締役と異なり、コンツェルン指揮者と日常的接触が少ないから、それだけコンツェルン指揮者に抵抗するのに気後れするであろう。独立な取締役は、そのおかれた状況について、従属的取締役と少数派代表との中間にある。したがって、利益衝突より生ずる悩みも、従属的取締役ほどではないが、少数派代表よりも強いといえるのである。

2. 法と現実との相剋の克服

1) 緒論 従属的コンツェルン会社の取締役の晒される利益相反は、コンツェルン指揮が従属会社の利益と衝突することより生ずる。そして、この利益衝突は、特別のコンツェルン法的規制を有しない現行法においては⁴⁶⁾、宿命的なものといえる。そうすると、現行法の枠内において従属会社の取締役に残された途は、一方において、違法なコンツェルン指揮を可及的に減少させることであり、他方において、違法な指揮と結合した責任追及から身を守ることである⁴⁷⁾。以下、これを検討することとする。

45) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 159 f.

46) 従属的コンツェルン会社の利益を調和的に法的に解決する、例えば、ドイツ株式会社における契約コンツェルン・編入の制度や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明定およびそれに照応した従属会社取締役の責任の免除または緩和の法制が考えられる。

47) Vgl. v. Planta, Fn.(3)S. 161.

2) 情報収集の必要 違法なコンツェルン指揮を減少させ、それに結合した責任追及から身を守るためには、まず、コンツェルン指揮の違法性を十分に認識していなければならない。なぜならば、コンツェルン指揮およびそれに従うことの違法性の認識なくしては、それに対処することは不可能だからである⁴⁸⁾。この情報収集の法的手段として、取締役会の業務執行の監督権がある(商法260条1項)⁴⁹⁾・⁵⁰⁾。これに基づいて、従属的コンツェルン会社の取締役は、業務執行とコンツェルン指揮との関係や指揮の違法性を調査し、必要ならば取締役会をみずから招集または招集を求めることができるのである(商法259条2項・3項)⁵¹⁾。そして、この情報収集は権利であるとともに義務である⁵²⁾。したがって、取締役がコンツェルン指揮に関する情報収集のための権利を行使しないことは、取締役の責任を発生させるのである(商法266条1項5号・266条一3, 1項)。このことは、従属的取締役およびコンツェルン外取締役のいずれにも妥当することである。ただ、コンツェルン外取締役が、従属的取締役に比して、責任を問われる場合が、多少、縮減されている、といえることについては前述した⁵³⁾。

3) 違法な指揮を減少させる方法 (1) コンツェルン指揮者への働きかけ
違法なコンツェルン指揮を減少させる最も手取り早い方法は、コンツェルン指揮者に違法な指揮の意思決定をさせないことである。例えば、従属的コンツェルン会社に関する情報をコンツェルン指揮者に伝え、予期される指揮が有害

48) Vgl. *ibid.*, S. 162.

49) スイスにおいても、取締役会の業務執行の監督権を定める債務法713条が、コンツェルン指揮に関する情報収集の法的根拠を与えると解されている(vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 162)。

50) 昭和56年の改正で取締役会の監督権限が明定される以前においても、取締役会の代表取締役選任権から、この権限を認めるのが通説・判例であった(堀口亘・新版注釈会社法(6)108頁・109頁参照)。

51) 最三小判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁; 拙著・新版会社法153頁参照。

52) 同上。スイスにおいても、支配的学説は同様に解している(vgl. v. Steiger, Fritz, *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*, 4. Aufl. (1970), S. 244; Emil Schucany, *Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht*, 2. Aufl. (1960), Art. 713 N 1; Bürgi, Fn.(6), Art. 713 N 9; Walter Müllhaupt, *Der rechtsgeschäftliche Minderheitenschutz*, *Schweizerische Juristen-Zeitung* (SJZ) S. 77)。

53) 拙稿, 注(5), 22頁。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

・無益であることを認識させ⁵⁴⁾、当該指揮を思いとどまらずことである。支配会社の代表取締役が同時に従属会社の取締役就任している、いわゆる二重機関の場合に、この可能性が最も高い⁵⁵⁾。なぜならば、当該取締役は、一方において、支配会社の代表取締役としてコンツェルン指揮者の近くに位置を有するかまたは指揮の決定それ自体に参加するのであり、他方において、従属会社の取締役として従属会社に関する知識を十分に有するからである。独立な取締役も、その専門的知識や識見など個人的事情によってその職にあるのだから、その発言が従属会社において重要性を有する場合もあり、そのようなときには、そのコンツェルン指揮者への働きかけが効を奏することもありうるであろう⁵⁶⁾。支配会社の代表取締役としての従属会社の取締役または独立な取締役の助言にもかかわらず、違法なコンツェルン指揮が決定されたときには、これらの取締役に残された途は、従属会社の取締役会において、指揮の執行に反対することである⁵⁷⁾。しかし、これは極めて困難なことであろう。

（２）手続的要求⁵⁸⁾ コンツェルン指揮者に違法なコンツェルン指揮を躊躇させる、もう一つの方法として、従属的コンツェルン会社の取締役がコンツェルン指揮者に法定手続の遵守を強く要求することが考えられる。例えば、コンツェルン指揮と結合した業務提携について総会の特別決議の要求（商法245条1項2号）、競業禁止（商法264条）や自己取引（商法265条）に関する手続履行の要求などは、問題のあるコンツェルン指揮の執行を複雑にし、その魅力を失わせる効果をもたらす。取締役会の詳細な業務規程を作成することも、違法なコンツェルン指揮に対して効果を有するであろう。コンツェルン指揮者がこ

54) 前述のように、コンツェルン指揮者にとっても、コンツェルン指揮の効果を正確に認識することは、しばしば困難である。

55) Vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 163.

56) Vgl. *ibid.* もちろん、藁人形でも、陰の人に完全に立ち向かう強い人に、時には、企業においてなりうるが、それは例外的現象であろう (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 163 Fn. 5)。

57) 二重機関が、上位会社の取締役としての資格において、考えられる方法として、辞職や責任追及の訴による圧力があるが、加害的決定も、コンツェルン指揮者にとっては、表面的には利益的であるので、そのような圧力は通常はほとんど効果を有しないであろう (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 163 Fn. 6)。

58) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S.163 f.

これらの手続的要請に充てんとするならば、その行為領域の少なからざる部分が失われることになる。なぜならば、コンツェルン指揮の一部は、その執行には手続的無視を不可欠とするからである。その限りにおいて、従属会社の取締役の直面する利益相反は減少することとなる。また、手続遵守の主張は、コンツェルン指揮者に対する明確な抵抗、忠誠心の欠落を印象づけないから、その意味においても、従属会社の取締役のとりうる妥当な方法といえるのである。

(3) 商法294条一2の援用 商法294条一2は、会社から財産的利益が不当に奪われるのを防止するのに、その趣旨がある。したがって、コンツェルン指揮者が、加害的指揮によって、従属的コンツェルン会社に損害を与えることは、商法294条一2によって禁止される⁵⁹⁾。従属会社の取締役は、商法294条一2を援用して、違法なコンツェルン指揮の妥当でないことを、コンツェルン指揮者に説得する途がある。なぜならば、法的には、従属会社株主によるコンツェルン指揮者への利益返還の代表訴訟が認められるのであるから(商法294条一2, 4項)、それだけ、コンツェルン利益の追及が煩わしくなるのである。

4) 責任追及訴訟から回避するための方法 (1) 権限委譲⁶⁰⁾ 会社の業務執行の決定権は、総会に留保されているものを除き(商法230条一10参照)、取締役会に帰属する(商法260条)⁶¹⁾。ただ、重要でない事項については、代表取締役に委任できるにすぎない。コンツェルン指揮者の指揮は、コンツェルン全体に関係する経営政策的性質を有するのであるから、それは、従属的コンツェルン会社にとって、重要な業務執行事項であって、取締役会がその決定を委任しえないものである。したがって、権限委譲によって取締役会のメンバーである取締役が責任を回避することは不可能である。のみならず、委譲可能事項であったとしても、その決定は取締役会の監督の下になされるのであるから、取

59) 詳しくは、拙稿「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条一2のコンツェルン法的構成を目指して(二・完)一」獨協法学30号34頁以下参照。

60) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 165 f.

61) 小回りのきく会議体として、代表取締役および業務担当取締役を加え、常務会を設け、これに業務執行権を委任することが多く見られるが、これは正規の業務執行機関ではないので、代表取締役に委任しうる事項を除いては、常務会には決定権はなく、単なる諮問機関に過ぎない(堀口・新版注釈会社法(6)110頁参照)。ただ、立法論として、社外取締役の参加する取締役会に監督機能を充実させ、社内取締役によって構成される業務執行機関を法定することも考えられる。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（二・完）

締役は監視義務から解放されることはないのである。いずれにしても、従属会社の取締役が、権限委譲によって、利益相反から免れる可能性はないのである。

（２）欠席および沈黙⁶²⁾ 取締役会への欠席または取締役会での沈黙が、従属的コンツェルン会社の取締役の責任回避の方法となりうるか否か問題となる。まず、従属的取締役および少数派の代表にとっては、取締役会への欠席は、實際上、不可能であろう。なぜならば、欠席はそれらの取締役の背後にある支持の喪失を意味するからである。沈黙についても同様である⁶³⁾。したがって、これらが問題となるのは独立な取締役においてである。独立な取締役が、コンツェルン指揮の加害性を認識したときまたは認識すべきときには、積極的にコンツェルン指揮に反対しない限り、その取締役は免責されない。してみると、独立な取締役にあっても、欠席または沈黙は責任を緩和させるものではないのである。

（３）決議への反対⁶⁴⁾ コンツェルン指揮の執行は、従属的コンツェルン会社にとっては、重要な業務執行事項であり、取締役会の決定が必要である（商法260条2項）⁶⁵⁾。違法なコンツェルン指揮を執行する決議は違法・無効であるが、そのような決議に賛成した取締役の責任を発生させる（商法266条2項）。したがって、この責任を免れるためには、決議に反対し、その反対を議事録に

62) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 166.

63) もちろん、賛成の意味での沈黙もあり、これが可能であることはいうまでもない。

64) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 167 f.

65) 拙著・新版会社法133頁参照。

66) スイスにおいては、議事録に反対をとどめることによって免責されるか否かについては争いがある（積極説：Bürgi, Fn.(6), Art. 698 N 90；消極説：v. Planta, Fn.(3), S. 167）。v. Planta は、「取締役の判断や行為に対する現在の支配的な厳しさに鑑みれば、反対意見を議事録化することによって、包括的・一般的な免責効果を期待するのは、幻想に過ぎないであろう」と述べ、取締役が反対意見を議事録にとどめた上で辞職した場合にのみ、免責の効果がある、とする(S. 167)。ただ、v. Planta も、反対意見の議事録化を無意味なものとするのではなく、「それは、会社に損害を与える決議に対する、取締役の反対の第一歩を示すのであって、それに続く免責的努力のための重大な基礎となる。その意味において、責任追及を免れるための——よしんば十分条件ではないとしても——必要条件であり、コンツェルン外取締役は、可及的にこれを利用すべきである」という(S. 168)。

とどめておく必要がある(同条3項)⁶⁶⁾。しかし、この反対はコンツェルン指揮者の指揮に対する反対を意味するのであり、従属的取締役はもちろんのこと、独立な取締役にとっても、實際上、困難であろう。例外的場合、すなわち、コンツェルン指揮者が指揮の執行を強制しないときに、反対の可能性が有るに過ぎない。

(4) 書面での意見の表明⁶⁷⁾ 決議に先立って、代表取締役が決議に反対の意見ないしは再考を促す旨の書面を提出することには、二つの効果がある。一は、反対が議事録化していない場合に、決議において反対したことを推定させるための証拠となる。二は、やむを得ず会議を欠席した場合に、取締役としての善管義務(商法254条3項, 民644条)を尽くしたことの証拠となる。殊に、代案を提出している場合には、代表取締役はこれを取り上げて取締役会の議題とすべきであるから(商法259条2項参照)、それだけ、当該取締役が免責される可能性が高くなるであろう⁶⁸⁾。

(5) 株主総会の招集 コンツェルン指揮が従属的コンツェルン会社の株主総会の決議事項であるならば(商法230条—10)、従属会社の取締役には、コンツェルン指揮に反対するために、総会を招集するという方法がある。すなわち、総会の招集を決定する取締役会の招集を求めまたはみずから招集し(商法259条2項・3項)、その決定を経て(商法231条)、総会の開催に到るという方法である。しかし、この方法は実際上あまり意味がない。なぜならば、コンツェルン指揮が総会の決議事項であるならば、支配会社は、その支配する議決権を背景に、従属会社の取締役会に安心して総会の招集を要求するであろうし、そうでない場合には、総会招集を目的とする取締役会の決議は成立しないであろうし、仮に成立したとしても、大株主または支配株主としての支配会社は、議事に入ることなく、審議打ちりの決議を成立させるであろうからである⁶⁹⁾。

67) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn(3), S. 168 f.

68) 単なる反対意見の陳述に過ぎなければ、代表取締役は聞きおくでよいであろうが、代案の提出となれば、聞きおくだけでは済まず、取締役会の議題としなければならぬ。そうしなければ、代表取締役自身の善管義務違反が問題となりうるのである。したがって、反対の取締役は、代案が取締役会で提出される見込が全然ない限り、みずから代案を提出すべきである(vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 168 Fn. 20)。

69) vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 171.

（６）決議の無効の主張 取締役会の招集方法および決議方法に瑕疵があった場合または取締役会が権限外の事項の決議をした場合に、取締役会の決議が無効であることは当然である⁷⁰⁾。これ以外に、決議の内容によって無効となりうる場合がありうるか。まず、決議が、實際上、不可能なとき、または公序良俗に違反するときに問題となる⁷¹⁾。コンツェルン指揮者が実際に不可能なことを指揮するとは考えられず、また、経営政策上の指揮であるコンツェルン指揮について、その反社会性が問題となることは少ないであろう。次に、違法性の重大な決議が問題となる。例えば、強行法に違反する決議、不法行為を目的とする決議または株式会社の本質に反する決議などがこれであるが、これらの決議は無効である⁷²⁾。コンツェルン指揮がこれらの決議を成立させたとき、従属的コンツェルン会社の取締役は、自己の責任追及の回避との関係でも⁷³⁾、確認の利益を有し、決議無効確認の訴を提起できる⁷⁴⁾。しかし、実際上はこの方法もあまり意味がないであろう。なぜならば、コンツェルン指揮が重大な違法性を有する指揮をするとは考えられず、仮に指揮するとしても、それは従属会社の代表取締役との間の暗黙の了解の下になされるのであって、取締役会決議を経ることは稀であろうからである。結局、この方法も、従属会社の取締役の一般的免責方法とはいえないのである⁷⁵⁾。

（７）辞任⁷⁶⁾ 辞任は、従属的コンツェルン会社の取締役の責任制限に関して、有効であろうか。辞任が免責の効果を有するのは、辞任後に従属会社に生じた損害についてのみである。従属会社の取締役が辞任するのは、コンツェルン指揮に基づく決議が成立した後であるから⁷⁷⁾、辞任が責任制限方法となるこ

70) 堀口・新版注釈会社法(6)117頁・118頁参照。

71) 公序良俗に違反する決議は無効である (vgl. Bùrgi, Fn.(6), Art. 716 N 25.)。

72) vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 173 Fn. 41.

73) 取締役である以上、無効な取締役会決議については、当然に確認の利益を有する。

74) 訴を提起する義務があるか否かは一概にいえないであろう。少なくとも、代表取締役の決議執行を阻止するために、無効確認が必要な場合には、義務であるといえる。v. Planta は一般に義務であるというが (S. 173), 疑問である。

75) vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 174.

76) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 174 f.

77) 決議前に辞任することも考えられるが、辞任によって決議に関与できなくなるのであるから、無意味である (vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 175 Fn. 47)。

とはほとんどないであろう。

(8) 側面的方法⁷⁸⁾ 従属的コンツェルン会社の取締役が、コンツェルン指揮を阻止できないときに、少なくとも自己の責任を免れるために、法的方法以外に採りうる方法がある。例えば、批判的ジャーナリストを利用するとか、あるいは支配会社の代表取締役と個人的に接触を図るなどの方法である。しかし、これを一般的な責任制限方法とすることは妥当でないであろう。

3. 小 括

次のように要約することができる⁷⁹⁾。

① コンツェルン関係においては、法と現実との相剋は不可避的なものであって、したがって、従属的コンツェルン会社の取締役は、コンツェルン利益と従属会社の利益の衝突より生ずる利益葛藤に直面するが、その解決はほとんど不可能であり、また、その責任追及を回避する方法も、現実には、実効性がない。

② 従属会社の取締役に関する利益相反の強さは、これらの取締役に対する事実上の圧力行使への、コンツェルン指揮者の意欲の強さに依存している。したがって、従属的取締役の方が、コンツェルン外取締役に比べ、より強力な利益葛藤の危険に晒されている。なぜならば、従属的取締役は、コンツェルン指揮者に、より強力に結びつけられている上に、従属会社の利益擁護の義務については、両者に差がないからである。

③ 利益相反を緩和する方法は、理論的には、様々なものが考えられるが、実際上は、大抵、実行不可能であるかまたは実効性を有しない。従属会社の取締役に、違法なコンツェルン指揮を阻止する手段も、指揮より生ずる損害および自己の責任を限定する方法もほとんどない。従属会社の取締役が晒される利益葛藤は恒常的かつ不可避的なものである。

78) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 175 f.

79) 以下の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(3), S. 183.

む す び

従属的コンツェルン会社の取締役を、現実には解き難い利益相反から解放する方法は、従属会社に損害を与えるコンツェルン指揮であっても、これを法的に許容し、同時に従属会社、その少数派株主および債権者の利益を保護することである。このためには、最終的にはドイツ株式法のようなコンツェルンに関する特別法制が必要であろう⁸⁰⁾。しかし、それには相当な日時が必要であろう。現行法の枠内にはその解決方法はないのか。私の年来の主張である「親会社＝子会社の事実上の取締役」の理論は、その解決の一つを示すものである。これにより親会社はコンツェルン指揮に慎重となり、違法な指揮より生じた損害について、子会社、その株主および債権者は、親会社の責任を追及することが可能となるのである。その限りにおいて、従属会社の取締役の責任発生および責任追及の機会が縮減されると考えられるからである。

（1992年2月27日稿）

80) もちろん、ドイツ株式法のコンツェルン規制については、殊に事実上のコンツェルンについて様々な批判がある（拙稿「事実上のコンツェルン指揮の責任（一）・（二・完）」獨協法学31号1頁以下および同32号1頁以下参照）。しかし、少なくともそれがコンツェルン法制についての一つの、有効な解決方法を示していることは否定できないであろう。