

従属的コンツェルン会社における取締役 の利益相反（一）

——コンツェルン関係における大株主の責任(8)——(1)——

青 木 英 夫

はじめに

コンツェルンは契約コンツェルンと事実上のコンツェルンに分けることができる。前者はコンツェルンの結合の基礎をコンツェルンの結合を目的とする契約そのものに見出すのに対して、後者はそれ以外の関係にその結合の基礎を見出すものである¹⁾。コンツェルンの結合の基礎となる関係の中心的なものは議

-
- 1) コンツェルン結合の基礎を定款に求めることも考えられる。例えば、スイスにおいては、発起人その他の者に対して、特別利益を与えることを、設立に際して、定款に定めることを許す債務法628条3項、または、「法律および定款によって、純益が株主間に分配すべき旨の定めがある限り」各株主は配当請求権を有する、と定める同法660条1項を根拠に（同項の定めから、定款は、法律の枠内において、他の利益分配、例えば第三者への利益の一部の支払をも定めうる、と解されている）、会社が他会社への従属を定款で定めることは、原則として、許される、と解するのが、判例・学説の多数説である（v. Planta, Flurin, Der Interessenkonflikt des Verwaltungsrates der abhängigen Konzerngesellschaft, Zürich 1988, S. 99 m. w. N.）。しかし、スイスにおいても、会社の業務執行に対する一般的指示権や機関選任に関する直接的指図権を第三者に与える旨を定款に定める余地はほとんどなく、結局、会社の利益分配について定款で定めうる余地が比較的広く認められうるに過ぎないのである（vgl. v. Planta, a. a. O., S. 100）。わが国において、強行規定または公序良俗に反しない限り、定款の定めは自由と解する立場（松本丞治・会社法講義230頁）に従っても、会社の業務執行権への第三者の一般的・直接的指示権を定款に定めることは、取締役会の業務執行権（商法260条）に抵触し、許されない。ただ、発起人の特別利益（商法168条1項4号）として、支配会社への従属性を定めうることは可能である。しかし、この特別利益は株式に関する優先権・会社施設の利用権などに限定されているのであって（拙著・新版会社法21頁）、コンツェルン結合の独立の基礎として取り扱う程のこともない。

決権支配であるが、これ以外にも、例えば、長期的供給契約、ライセンスの授与、多額の信用の供与および役員の派遣などが、会社間に支配服従関係を成立させる。しかし、議決権支配を背景としないこれらの関係は極めて脆弱である。なぜならば、従属会社は、理論的には、当該契約を解除し、借入金を返済しまたは被派遣役員を解任することによって、従属関係を終了させることができるからである²⁾。

本稿において対象とする従属的コンツェルン会社とは、主として議決権支配によって形成されるコンツェルンにおける従属会社である。従属会社の取締役の利益相反が、コンツェルンにおいて、一般的・継続的に問題となるのは——コンツェルン法的问题を提示するのは——、コンツェルン指揮が一般的・継続的に行使される場合であるから、本稿にいう事実上のコンツェルンは「いわゆる加重的事実上のコンツェルン³⁾」を意味することとなる。

なお、本稿における会社は株式会社を意味する。

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

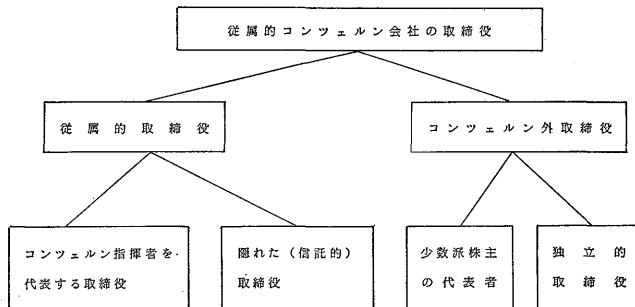
1) 緒論 従属会社の取締役も株主総会で選任される(商法 254 条 1 項)。この点においては通常の会社と異ならないのであるが、特定の者が取締役として選任される背景——いわばコンツェルンの被選資格——については、コンツェルン関係を前提として、特別の考慮が必要となる。

2) v. Planta, Fn. (1), S. 97.

3) 事実上のコンツェルンは、「単純な事実上のコンツェルン (einfache faktische Konzern)」と「加重的事実上のコンツェルン (qualifizierte faktische Konzern)」とに区別され、前者にあっては、コンツェルン指揮は緩やかかつ個別的に行使されるのであって、特に指揮が濫用される場合に、その規制を考えれば足りるのであるが、後者にあっては、コンツェルン指揮が従属会社の活動の基本的領域に強力に及び、指揮が一般的・継続的に行われるのであって、コンツェルン法的な特別の解決が必要となる(拙稿「事実上のコンツェルン指揮の責任(一)・(二・完)」独協法学31号1頁・32号1頁参照)。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

2) 取締役の二分化 従属会社の取締役は、二つのグループに分けることができる。一はコンツェルン指揮（者）と特別の法的関係を有す取締役（これを以下では、従属的取締役と呼ぶこととする）であり、二はコンツェルン指揮（者）から法的に独立した取締役（これを以下では、コンツェルン外取締役と呼ぶこととする）であるが、この二つの主要グループは、さらに細分されるのであって、次のように図示することができる⁴⁾。



3) 各種の取締役 (1) 緒説 議決権多数を背景とするコンツェルン指揮は、従属会社の取締役によって実現される。したがって、コンツェルン指揮が実効性を有するためには、従属的取締役の存在を必要とする。このことは、逆に、従属的取締役の特性を決定する。すなわち、特定の者が従属的取締役として選任されるのは、コンツェルン指揮によるのであって、その者の使命はコンツェルン指揮者の利益の擁護にあるのである⁵⁾。そこから、また、従属的取締役に特有の利益相反が生ずるのである。従属会社における各種の取締役について述べ、上図を敷衍することとする。

(2) コンツェルン指揮者を代表する取締役 ここで「代表する」とは、コンツェルン指揮者の代表者または代理人であって、コンツェルン利益を従属会社において維持・擁護する役目を有することが客観的に明確な従属会社の取締

4) Vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 102.

5) Vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 103; Anton Thalmann, Die Treuepflicht der Verwaltung der Aktiengesellschaft, Bern 1975, S. 41; Dieter C. Probst, Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Bern 1981, S. 98.

役であり、支配会社における地位と従属会社における取締役の地位とが、緊密に関連している場合を意味するのである。支配会社においての地位の喪失が、従属会社における取締役の地位の喪失に結果するのである。したがって、コンツェルン指揮を従属会社において実現する者としては、最も適当な者といえよう。支配会社は、その者の代表の基礎をなしている法律関係を消滅させることによって、従属会社の取締役の地位を終任させることができるからである⁶⁾。

(3) 隠れた(信託的)取締役 外部的には支配会社と無関係ではあるが、事實は、コンツェルン指揮に従って行動する者が、従属会社の取締役に就任する場合である。この場合には、従属会社の営業活動の独立性が多少なりとも外観的に認識されることともなり、これが支配会社にとって望ましいこともありうるのである。最も完璧な形でこれがなされるのは、支配会社が有する従属会社の株式全部を第三者に信託的に譲渡し、その者が従属会社の株主総会に株主として出席し、自己または、特に禁止されない限り、信託する者を取締役として選任する場合である。これには二つの利点があると言われる⁷⁾。第1は、支配会社ではなく、受託者が株主として外部には現われるので、支配従属関係の隠蔽が十分に達成されること、第2は、信託関係から生ずる受託者の忠実義務から⁸⁾、コンツェルン指揮者(受益者)に対する従属会社取締役の従属性はより強力となることである。

6) 具体的には辞任(商法254条3項、民法651条)の要求または解任(商法257条)である。なお、スイスにおいては、法人は取締役となることができなく、法人に代って、その代表者が取締役となる、とされている(OR 707 III)。この場合は、このために特に選任される代表者であって、必ずしも、支配会社の取締役に限られず(実際は、取締役が選ばれるのが普通であろうが)、取締役以外の者を選任することもありうるのである(vgl. Giovanni Schucany, Die Vertreter juristischer Personen im Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Zürich 1949, S. 65; Renate M. Wenninger, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zürich 1983, S. 161)。この場合も、支配会社は当該代表者を、総会での解任や代表の基礎をなしている法律関係を解消させることによって、その職から排除できるのであるから、代表者は支配会社、すなわち、コンツェルン指揮者の指示に従って、当然に行動することとなるのである(v. Planta, Fn.(1), S. 104)。

7) v. Planta, Fn.(1), S. 105.

8) 受託者の忠実義務とは、受託者はもっぱら受益者のためにのみ行動すべきである、ということである(四宮和夫・信託法〔新版〕231頁)。

(4) コンツェルン外取締役 (a) 緒説 従属会社が支配会社の100%子会社であるとは限らない。従属会社にコンツェルン外株主（少数派株主）が存在することも多い。このような場合に、支配会社が、コンツェルン指揮に無用な摩擦が生ずるのを回避するために、少数派に取締役のポストを与えることが考えられる⁹⁾。さらに、同様な趣旨から、すなわち、コンツェルン指揮の公正さを客観的に示す意味から、コンツェルン指揮者から独立した第三者が、独立な取締役として選任されることも稀ではない¹⁰⁾。これらの取締役をコンツェルン外取締役と呼ぶこととする¹¹⁾。

(b) 少数派株主の代表者 累積投票制（商法256条—3）が採用される限り、少数派株主が——その有する株式数に依存するのであるが——その代表者を取締役に選任することが可能である。しかし、累積投票制は定款によって排除できるのであるから（同条1項）、そして、実際に定款で排除している会社がほとんどであるから、少数派株主の有するこの可能性は現実性を有しないことになる¹²⁾。したがって、少数派がその代表者を取締役として選任できるか

9) Vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 105, 106.

10) Vgl. a. a. O., S. 106.

11) Vgl. a. a. O.

12) わが国の累積投票制は、昭和25年の商法改正において、アメリカ法から継受されたものである。アメリカにおいては、若干の州において、累積投票制が、州憲法または州会社法において、強制されているが、しかし、多くの州では、累積投票制の排除が会社の選任に委ねられている。通常は、定款で累積投票制を排除するのであるが、若干の州では、定款に特別の定めがあるときのみ、累積投票が行われる、としている（Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations*, 3rd ed., p. 184）。模範会社法7.28条(c)、カリフォルニア会社法708条(e)、デラウェア会社法214条およびニューヨーク会社法618条は、後者の例である。なお、累積投票制の意義を減少させる制度として、取締役の任期に時間差を設けることがアメリカにおいて認められている。すなわち、模範会社法8.06条およびほとんどの州法は、多人数の取締役を、できるだけ同数の2組または3組に分けて、毎年、1組ごとに選任することを許している。これによって少数派が、累積投票制によって、その代表者を取締役に選任することが困難となるのである（Hamilton, *supra*, p. 190）。なぜならば、例えば、9人の取締役を、毎年、選任とするならば、10%の株式所有によって1名の取締役を選任しうるのであるが、9人の取締役が3組に分けられ、毎年、3人が選任されると、1人の取締役を選任するには、25%の株式所有が必要となるからである。この制度は、取締役の全員の選任が一度になされないため、それだけ、《take over》を困難にする（*supra*）。

否かは、多数派、すなわち、コンツェルン指揮者の意思にかかっていることになる。コンツェルン指揮者は、コンツェルン指揮にとって有用と判断する限りにおいて、少数派代表者が取締役となることを許容するに過ぎない。この意味においては、少数派代表者も、ある程度はコンツェルン指揮者に従属している、といえる。

定款の定めによって、取締役選任決議の効力を第三者の同意にかからしめることは可能である¹³⁾。しかし、累積投票制すら定款で排除する会社が、定款の定めによって、このような同意権を、少数派株主に与える、と考えることは無意味であろう。逆に、定められるとするならば、支配会社の同意権であろう。

(c) 独立な取締役 コンツェルン指揮の代表者でなく、また、隠れた(信託的)取締役でもなく、さらに、少数派の代表でもない者が、取締役として選任されることがある。その背景には、主として、そのような者の専門的知識・経験を利用せんとするコンツェルン指揮者の経営政策上の理由がある¹⁴⁾。しかし、心理的理由があることもある¹⁵⁾。すなわち、当該取締役の人望、一般に知られた知性などは、コンツェルン会社のイメージを高め、同時に、少数派株主に安心感を与えることになるのである。ところで、このような独立な取締役も、その地位に固執する限りは、コンツェルン指揮者からは独立たりえないのである。なぜならば、その者の取締役としての地位は、コンツェルン指揮者の

13) 反対説もあるが、このような制限は自治的制限として許されると解すべきである(拙稿「親会社の派遣した取締役に関するコンツェルン指揮の責任」喜多了祐先生退官記念論文集「商事法の現代的課題」107頁参照)。スイスにおいては、定款で数種の株式を発行する旨を定める場合には、各種の株主に、少なくとも1名以上の取締役を選任する権利を定款で定めなければならないとされている(OR 708 IV)。いわゆる取締役におけるグループ代表と言われる制度であって、グループの大小に関係がない(ただし、取締役委員会の場合には、主要なる株主のグループとされている, OR 708 IV a. E.) (Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1983, S. 169)。この規定の趣旨から、定款によって、通常の少数派に代表権を拡張できると解されている(vgl. v. Planta, Fn. (1), S. 106; Wolfhart F. Burgi, Die Aktiengesellschaft, Zürich Kommentar, Art. 708 N 66)。

14) v. Planta, Fn. (1), SS. 106, 107.

15) A. a. O., S. 107.

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

意思に依存しているからである¹⁶⁾。したがって、独立な取締役の独立性は、その者の人格に影響されることが大きいといえる¹⁷⁾。

2. 適 法 性

1) コンツェルン指揮者を代表する取締役 支配会社の代表取締役または代理人、例えば子会社担当取締役もしくは支配人が、従属会社の取締役に就任することには、独禁法上の規制（同法13条）を別とすれば、商法上は特に問題はない¹⁸⁾。ただ、商法上は、主として、一般的には、競業避止義務（商法 264 条）が問題となるに過ぎない。この場合には、継続的に競業関係が生じうるのであるから、当該の代表取締役または代理人は、従属会社の総会で取締役として選任された直後に開催される取締役会において、競業関係から生ずる重要な諸事実を開示すれば、これらの諸事実に変更がない限り、変更のないことを定期的に報告すればよい、とする立場がある¹⁹⁾。しかし、従属会社の取締役会が支配会社に支配されていることを考えれば、従属会社の取締役会の承認にいかほどの意義を認めることができるか疑問である。取締役会での承認を要求することは、これが議事録に記載されることとあいまって、競業関係の開示（商法 260 条—4）ということから意味があるとも考えられるが、小会社以外の会社の附属明細書には、「他の会社の無限責任社員、取締役、監査役又は支配人を兼ねる取締役又は監査役につきその兼務の状況の明細（重要でないものを除く）」を記載しなければならない（計算書類規則 48 条 1 項 4 号）、さらに「その他の会社の営業が会社の営業と同一の部類のものであるときは、その旨を付記しなければならない」（同条 2 項）とされているのであるから、開示という観点から取締役会の承認を評価するのも、それほど意味があるとは考えられない。のみならず、親子会社間の継続的競業に伴う「事前承認」と「事後承認」に

16) Vgl. a. a. O.

17) Vgl. a. a. O.

18) スイスにおいても、債務法 707 条 3 項が公然の代表者を認めれているのだから特に問題はない（v. Planta, Fn.(1), S. 107）。

19) 本間輝雄・新注积会社法（6）220頁。

は実務上も様々な問題もあり (例えば, その回数の頻繁性)²⁰⁾, 結局, コンツェルン関係においては, 商法 264 条の規整が十分に機能しないといえる。しかるときは, 商法 264 条の具体的規整の基礎をなしている一般原則, すなわち, 取締役の忠実義務 (商法 254 条—3) によって, 処理するのが妥当であろう²¹⁾。

2) 隠れた (信託的) 取締役 (1) 緒説 隠れた取締役が, 従属的取締役としてコンツェルン指揮に従うのは, 当該取締役とコンツェルン指揮者との間に, コンツェルン指揮に関する契約関係があるからである。すなわち, コンツェルン指揮者は, その取締役をコンツェルン指揮に従って行為させる権利を有し, 後者はこれに従う義務を有するからである。このような指示 (指図) 契約 (Weisungsvertrag) は, 取締役が, その責任において——取締役会の一員としてまたは代表取締役として——会社の業務を執行するという株式会社の原則 (商法 260 条・261 条・266 条など参照) と矛盾しないか問題となる。以下, これに関するスイスにおける議論を紹介しつつ, 最後に私見を述べよう。

(2) スイスにおける諸説²²⁾ (a) 否定説 この説は, まず, 支配会社の指示権は株式会社の基本的組織構成に対する決定的侵害である²³⁾, とし, 次に B G が「いわゆる拘束契約 (Knebelungsvertrag)」を許容しなかった, ことを自説の根拠とする²⁴⁾。しかし, 指示契約の問題性は, これに拘束される取締役の義務とこの契約とが矛盾することにある。取締役は, 法令・定款・業務規程および総会の決議に従って行為することを要するのみならず, 具体的な場合の判断においても, 常に会社の利益を尊重することが要求される²⁵⁾。したがっ

20) 田代有嗣・親子会社の法律と実務130頁・131頁は, 様々な解決方法を示すが, 単に事態を複雑にしているようにも思える。

21) 拙稿「会社法におけるコンツェルン法的構成の必要性(上)」獨協法学18号158頁。

22) この項の説明については, vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 108~111.

23) Vgl. Silvio Caflisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbstständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961, S. 145 f.

24) Vgl. BGE 67 264 ff. 拘束契約というのは, それによって, 団体が自治を放棄し, 団体の機関の行為能力を奪う契約である。

25) Vgl. Caflisch, Fn.(24), S. 145; Klaus Tappolet, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1973, S. 124; Richard Oesch, Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Zürich 1976, S. 126 Fn.(139).

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反 (一)

て、会社に損害を与える指示は認められる余地はなく、ただ、拘束的指示権は会社利益の枠内において存しうるにすぎない。このような限定的指示権はコンツェルン指揮者にとっては無用である²⁶⁾。否定説は、このように主張して、結論として、信託的取締役は「スイス法に馴染まない」とする²⁷⁾。

(b) 肯定説 これは二重義務連関 (doppelter Pflichtenexus) 説と呼ばれる²⁸⁾。この説によれば、取締役は、その機関義務の枠内において、裁量領域を有し、この領域においては、自由な商人的裁量が許される。取締役は、この自由裁量領域においては、契約自由の原則によって、第三者と契約、例えば、指示契約を締結することができる、というのである²⁹⁾。もちろん、取締役がその裁量を第三者の裁量に替えるという約束のような広い義務を取締役に負担させることはできないが³⁰⁾、この自由裁量領域であるならば、指示契約の締結は、文句なく許される。この結果、当該取締役は、契約上の義務と機関としての二重義務を負担することとなる。しかし、契約的義務は、その者が自由裁量権を有する範囲に関するものであるから、機関義務には抵触しない。肯定説 (二重義務連関説) は、このように主張し、信託的取締役の存在を肯定する³¹⁾、のである。

(c) 折衷説 この説は、一人会社に限って、指示契約を肯定する³²⁾。なぜ

26) Vgl. Tappolet, Fn. (25), S. 125.

27) So Vito Picononi, Rechtformen konzernmässiger Abhängigkeit, SJZ 51 (1955), S. 327.

28) Emil Schucany, Zur Frage der rechtlichen Stellung des «abhängigen» Verwaltungsrates, SAG 27(1954/55)109 ff.; Probst, Fn. (5), S. 99; Thalmann, Fn. (5), S. 59 f.

29) Georg Gautschi, Berner Kommentar, Bern 1962, Art. 397 N 13c.

30) Vgl. Georg Gautschi, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, SJZ 45(1949), S. 303.

31) So E. Schucany, Fn.(28), S. 111.

32) Vgl. Peter Jäggi, Ein Gerichtsurteil über den «abhängigen» (fiduziarschen) Verwaltungsrat, SJZ 56(1960), S. 1 ff.; Frank Vischer/Fritz Rapp, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968, S. 156; Christoph von Greyerz, Die Verwaltung in der privaten Aktiengesellschaft, in: Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, Zürich 1978, S. 65; Andreas von Planta, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel/Frankfurt 1981, S. 45 f.

ならば、この場合には、従属会社の利益と支配会社との利益とは一致するのであるから、支配会社が従属会社の取締役に対して指示を行っても、それは、従属会社の利益に反するものでなく、許容されるのである³³⁾。のみならず、一人会社を認める以上、ここにおいては、指示契約が随伴していることを経験が教えるところであるから、指示契約を否定することは無意味である³⁴⁾、と折衷説は主張するのである。したがって、信託的取締役も許容されるが、その適法は一人会社に限定される、というのが折衷説の主張である。

(3) v. Planta の見解³⁵⁾ (a) 否定説に対する批判 否定説は、すべての場合において、指示契約を否定する、という点において妥当ではない。すなわち、一方において、一人会社にあつては、特別の考察が要請され、その結果、通常の場合と異なった結論に至ることを認識していない。他方において、法律、定款または会社の利益に反しないときのみ認められる指示契約も無意味でないことを看過している。従属会社の利益に反しない指示契約であっても、コンツェルン全体の利益を正確に判断する情報を有しない従属会社の取締役にコンツェルン全体の計画について知識を与えるという意味において、意義がある³⁶⁾。否定説が、指示契約を無意味であるとして、その結果、信託的取締役を否定するのは、妥当でないのである。

(b) 肯定説に対する批判 取締役の裁量に委ねられている領域において、取締役は、取締役としての注意義務・誠実義務に従って判断をなすべきで

33) Vgl. Jäggi, Fn.(32), S. 4 ff.

34) Vgl. Günter Woernle, Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Aktiengesellschaft, Lausanne 1970, S. 58; v. Planta, Fn.(32), S. 45.

35) この項の説明については、vgl. v. Planta, Fn. (1), SS. 111~114.

36) v. Planta は、次の例を挙げる (Fn.(1), S. 112 Fn.(37))

運送業者であるコンツェルン会社が、その車両の取替えを計画している場合に、X および Y から販売の申込みがあり、その価格が同一であるときに、いずれか一方を選ばなければならない、とする。従属的取締役は、補足的に得た情報にもとづき、誠実に決定することができるであろう。コンツェルン指揮者がX会社を将来承継しようと考えていることを、当該取締役が知らない場合に、Y会社を選択することを阻止するために、指示がなされるのである。この決定は——Y会社の方がより有利ではないから——コンツェルン指揮者ならびに従属会社の利益に存するのである。このような指示は、したがって、違法でもなければ、また無意味でもないのである。

あり、具体的にいえば、会社の利益を最優先して判断をなすべきである。したがって、第三者に判断を委ねることが許されるのは、その判断が、従属的取締役が会社の利益を考慮して行う判断と一致する場合のみである。しかし、これは、通常、生じないであろう。なぜならば、第三者が優先させるものは、当然、従属的取締役のそれと異なるからである。その結果、第三者の判断は、従属的取締役の意味における「最善の」解決に至らないこととなる³⁷⁾。ということは、両者の判断を交換することはできなく、二重義務関連説のいう特定の領域における判断の自由はない。この領域においても、取締役は契約上拘束されることはないからである。結局、肯定説は、取締役の判断領域について誤解があるのであって、否定されるべきである³⁸⁾。

(c) 折衷説に対する批判 この説が、一人会社において、信託的取締役を認めることは妥当であるが、その場合にのみ限定するのは、突飛であり大雑把である。上述のように、加害的意図のない指示は許され、また有意義でもある³⁹⁾。従属会社が指示によって害されなければ、少数派株主にも損害はない。少数派株主に損害が生じなければ、一人会社以外においても、指示契約に反対すべき理由はない。この意味において、一人会社以外においても、信託的取締役を認めるべきである。

(d) v. Planta の結論 折衷説が、諸説の中では、この問題に関して最も説得的である。一人会社と他の株式会社形態とを区別することは妥当である。

37) v. Planta は、第三者の決定に委ねることができる特例を挙げる (Fn.(1), S. 113 Fn.(38)):

逆に、従属的取締役の判断が複数の結論に至ることがありうる。このような場合に、当該取締役の観点からすれば同順位の選択肢の中から、第三者に選択を委ねることは、私見によれば許される。しかし、これに関するかれの決定は、最早、「判断」ではなく、従属的取締役が義務に従って行った判断を基礎とする決定に過ぎないのである。

38) Im Ergebnis gleicher Meinung Caflisch, Fn.(25), S. 144 f.; Tappolet, Fn.(25), S. 124; Max Albers-S'chönberg, Haftungsverhältniss im Konzern, Schweizer Schriften zum Handels-und Wirtschaftsrecht, Bd. 44, Zürich 1980, S. 91 f.; Aleidus Gérard Bosmann, Konzernverbundenheit und ihre Auswirkungen auf Verträge mit Dritten, Schweizer Schriften zum Handels-und Wirtschaftsrecht, Bd. 76, Zürich 1984, S. 45.

39) 注(36)参照。

それは実務的にも正当であり、一人会社においては、信託的取締役が極めて一般に利用されているのであるから、これを否定することは、最早、妥当でない。したがって、折衷説の主張する理論は実務に一致し、歓迎されるべきところである。殊に、この説は高等裁判所の判例⁴⁰⁾によって支持されているのであり、この判例は、BGの判例がないために、少なからずの先例的効力を有するのである。

最後にいうべきことは、信託的取締役は、スイス法の体系の中に、完全にその場所を有する、ということである。ただ、取締役の第三者への結合は、会社法的に非典型的現象であり、さらに加えて、従属会社の少数派株主が、継続的・潜在的危険にさらされるので、この現象は限定的にのみ許容されるべきである。したがって、コンツェルンにおける信託的取締役の挿入は100% 従属会社においてのみ許される。例外は、コンツェルン会社の完全な支配は存在しないとしても、コンツェルン会社とコンツェルン指揮との間に、支配契約が締結されていて、コンツェルン指揮によって、コンツェルン会社に、いかなる損害も生じない場合でもある。

(4) 日本会社法における信託的取締役——私見 (a) 一人会社について
一人会社においては、信託的取締役を容認するというのはスイスにおいても有力であり、また、v. Planta の結論でもあった。その主たる根拠は、一人会社においては、少数派株主(コンツェルン外株主)が存在しないので、コンツェルン指揮者の利益と従属会社の利益とが一致する、ということにある。わが国の判例にも、一人会社においては、株主の利害得失は会社の利害得失となるのであって、その間には利害相反する関係はない、とするものがある⁴¹⁾。しかし、この判例には批判が多い⁴²⁾。なぜならば、株式会社に結合されている利益は、株主の利益のみではないからである。会社債権者の利益も会社に結合されてい

40) Urteil des Zürcher Obergerichtes, publ. in ZR 58 (1959)Nr. 70, 179 ff.

41) 最一判昭和45年8月20日、民集24巻9号1305頁、判時605号87頁、判タ253号164頁、金融商事231号6頁。株主全員の合意があれば、自己取引について、取締役会の承認を不要とする判例も同趣旨であろう(最一判昭和49年9月26日、民集28巻6号1306頁、判時760号93頁、判タ315号224頁、金融商事435号6頁)。

42) 拙稿・金融商事763号62頁参照。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

る利益であることは、資本減少や合併など会社の存続に重大な影響を与える手続について、債権者の異議に関する手続（商法 376 条 2 項・416 条 1 項、100 条）が定められていることから明白である。ここにいう債権者には、会社の営業関係上の債権者のほかに従業員も含まれると解されている⁴³⁾。したがって、株主の利害得失と会社のそれとは一致し、たとえ一人会社においても、両者間に利害相反がないとはいえないのである。取締役は、その責任の下に、これらの利益を会社利益として、その擁護に努めなければならないのである。しかるときには、一人会社においても、取締役に全般的に指示を与える指示契約は許されない、といわざるをえない⁴⁴⁾。

(b) 指示契約の許容性 ① 総説 一人会社において、指示契約が認められないならば、他の会社においては、余計、認められないことになる。取締役は、善管義務（商法 254 条 3 項、民法 644 条）および忠実義務（商法 254 条—3）に従い、会社の利益を最優先にして、会社を経営すべきである（商法 260 条 1 項参照）。したがって、わが商法においては信託的取締役は認められないこととなる。この結論に関して、検討すべき若干の点がある。

② 指示契約と情報の提供 コンツェルン指揮者の指揮には、コンツェルン全体の情報の提供を伴うことが通常であろう。どのような指揮であれ、なにがしかの客観的正当性を伴うのでなければ、指揮の円滑性を期し難いからである。従属会社の取締役は、コンツェルン全体に関する情報を有する地位にはない。しかし、従属会社の利益を最もよく擁護するためには、コンツェルン全体に関する情報が必要である。したがって、この情報を十分に開示してなされる指示——もちろん、その採択は従属会社の取締役の判断に委ねられるのであるが——を否定すべき理由はない。もっとも、これは本来的意味における指示、換言すれば、指示契約によるものとはいえないであろう。

③ 指示契約とコンツェルン契約（支配契約） 支配会社と従属会社との間において、支配契約が締結されているときは（商法 245 条 1 項 2 号）、どうか。この場合には、支配会社はこの契約から生ずる指揮権によって指揮するの

43) 今井宏・新注积会社法(1)402頁。

44) 拙稿、注(13)、114頁参照。

であるから、指示契約は無用といえる。支配契約において、従属会社の利益が保護されているのであるから、従属会社の取締役はコンツェルン指揮に従うことが許されるのである⁴⁵⁾。

3) コンツェルン外取締役 コンツェルン外取締役の適法性については、問題がない。ただ、少数派株主を代表する取締役にあっては、信託的取締役と同様な問題が生ずるが、この場合においても、当該取締役は会社利益を第一義として行為すべきである⁴⁶⁾。

3 従属的コンツェルン会社における責任

1) 緒論 現行法は、コンツェルン関係に関して、少数の例外を除いては（例えば、商法 211 条—2・245 条 1 項 2 号など）、特別の規定を有しない。したがって、従属会社の取締役にについても、通常の実務取締役に関する規定によって規整されることとなる。しかしながら、従属会社の取締役は、コンツェルン指揮者に、その存在を、程度に差はあるとしても、依存しており、コンツェルン指揮から独立であるとはいえない。このことが、従属会社の取締役の責任に影響を与えるのではないか。以下、検討することとする。

2) 従属的取締役の責任 (1) コンツェルン指揮を代表する取締役 (a) コンツェルン指揮者の代表者の場合 支配会社の代表取締役が従属的取締役に就任する場合である。代表取締役は、取締役として支配会社に対して善管義務（商法 254 条 3 項、民法 644 条）および忠実義務（商法 254 条—3）を有するとともに、代表権の行使に関しても、善管義務・忠実義務を有する⁴⁷⁾。したが

45) 拙著・全訂会社法215頁。なお、vgl. v. Planta, Fn. (1), S. 114. 支配契約の内容が問題となるが、これについては、別に取り扱いたいと考えている。

46) スイス債務法 708 条 4 項は前述（注(13)）のように、少数派代表を強行法的に定めている。しかし、この代表者も、取締役である以上は、あらゆる注意をもって、会社業務を指揮しなければならない(OR 722 I)。取締役に就任するとともに、特別の注意・誠実・守秘の義務が生ずるのである (Forstmoser/Meier-Hayoz, Fn. (13), S. 177)。独立な取締役の選任も、スイスにおいて認められているが、この者も、外部利益とは独立に、会社の利益も追求しなければならないのである (v. Planta, Fn. (1), S. 115)。

47) 善管義務と忠実義務とを同質と解せば、ここにいう善管義務に忠実義務が含まれる

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

って、コンツェルン指揮の実現に際して、代表取締役は、支配会社に対して善管義務・忠実義務を有することとなる。一方、この者は、従属会社の取締役として、従属会社に対して、同様な善管義務・忠実義務を有する。したがって、代表者は、従属会社の取締役として、従属会社の利益を擁護し、これに反する第三者、ここでは、コンツェルン指揮者の指揮を無視する義務を負うのである⁴⁸⁾。例えば、支配会社の取締役会の決議が、従属会社の利益に反するとき、この決議を、従属会社において、執行することが、代表者に許されないのである。ただ、具体的なコンツェルン指揮が、従属会社の利益に適合すると、その義務に従って判断するときのみ、指揮に従うことが許されるのである⁴⁹⁾。なぜならば、従属会社の利益に反する指揮に従うことは、当該代表者の従属会社の利益擁護義務に違反することであり、また、そのような指揮を適法とする理由がまったくないからである⁵⁰⁾。このような指揮は、法上、無効であり、存在しないと考えるべきである⁵¹⁾。それにもかかわらず、代表者がこの指揮に従い、従属会社に損害が発生した場合には、その者の従属会社または、場合によっては、第三者に対する責任が発生するのである（商法266条1項5号・266条—3，1項）⁵²⁾。

(b) コンツェルン指揮者の代理人の場合　まず、支配会社の取締役が従属会社の取締役に就任する場合が問題となる。当該取締役は支配会社に対して善管義務（商法 254 条 3 項，民法 644 条）および忠実義務（商法 254 条—3）を負う。ところで、代表取締役以外の取締役は、取締役会の構成員として、他の取締役の職務執行を監視する義務を有する（商法260条1項）。しかし、この義務は、支配会社の取締役会の構成員としての義務であるから、支配会社の代理人としての取締役が、従属会社の取締役に就任する場合、代理権の行使に関して、支配会社に対するこの義務は問題とならない。問題となるのは、異質説のいう忠実義務および受任者としての義務（民法 644 条など）である。しかし、

こととなる。判例は同質説をとるが（最大判昭和 45 年 6 月 24 日民集24巻 6 号 625頁），異質説をもって正当とする（拙著・全訂会社法124頁・125頁）。

48) Vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 117, 118.

49) 拙稿・注 (13), 108頁参照。

50) v. Planta, Fn.(1), S. 118.

51) Vgl. a. a. O.

52) Vgl. a. a. O.

当該代理人は、従属会社の取締役として、従属会社に対して善管義務・忠実義務を有し、従属会社の利益を擁護すべき義務を負っている。したがって、この義務に反する義務に従うことは許されない。このことは、支配会社の代表者の場合と同様である。したがって、これに違反した場合の責任も同様である⁵³⁾。

次に、支配会社の取締役以外の代理人が、従属会社の取締役に就任する場合が問題となるが、取締役に關して述べたことが、この場合にも妥当する。すなわち、当該取締役は、従属会社の利益に反しない限りにおいて、委任契約上の義務に拘束されるにすぎなく⁵⁴⁾、これに違反した場合には、従属会社に対する義務違反として、支配会社の取締役の場合と同様な責任が生ずるのである。

(2) 信託の取締役 わが国においては、信託の取締役は、原則として認められないというのが、上述の結論であった。ただ、指示契約が、従属会社の利益の範囲内でなされるとき、例えば、当該取締役の判断の資料として、コンツェルン全体の情報を提供しつつ、指示がなされ、その採否について、自由が認められているとき⁵⁵⁾、あるいは、指示契約とともに、指示の結果生じた従属会社の損害について、予め補償が予定されているときは、別である。前者の場合には、当該取締役は、従属会社に対する義務(商法 254 条 3 項・254 条—3)に従って、従属会社の利益を第一義として、指示の採否を決定すべきであって⁵⁶⁾、これに違反した場合には、その責任が生ずるのである(商法 266 条 1 項 5 号・266 条—3, 1 項参照)⁵⁷⁾。後者の場合においては、支配会社と従属会社との間において、コンツェルン指揮とその責任に關して契約的解決がされているのが通常であって、当該取締役は、従属会社の利益に反する指示に従っても、その責任を問われることはない⁵⁸⁾。

53) Vgl. a. a. O.

54) Vgl. a. a. O.

55) Vgl. a. a. O., S. 119. もっとも、このような指示契約は、本来的な意味においての指示契約ではない。

56) 従属会社の取締役としての誠実義務が、コンツェルン指揮への補足的・個人的義務に優先するのである(v. Planta, Fn.(1), S. 119)。

57) Vgl. Bürgi, Fn.(13), Art. 707 N 34; Thalmann, Fn.(5), S. 60; v. Planta, Fn.(32), S. 62.

58) 支配契約(Beherrschungsvertrag)が締結される場合であって、指示契約は、こ

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

3) コンツェルン外取締役の責任 (1) 少数派株主の代表者 少数派株主の代表者として、従属会社の取締役に就任した者には——前述の如く、その地位が多数派株主の恩恵的配慮に基づくものである限り、限界はあるが——、少数派の利益を従属会社において擁護することが期待されている。しかし、ここでも、当該取締役は、従属会社の利益に反しない限りにおいて、少数派株主の利益を主張しうるに過ぎなく、従属取締役と同様な義務および責任を負うのである⁵⁹⁾。

(2) 独立な取締役 独立な取締役には、第三者に対する機関的拘束または契約的拘束は問題とならず、従属会社に対する取締役としての義務遵守のみが問題となる⁶⁰⁾。もちろん、当該取締役は、コンツェルン指揮者の希望に自由に応えることができるが——その地位がコンツェルン指揮者の意向に依存するのであってみれば、この期待に応えることが通常であろう——、そうすべき法的義務はなく⁶¹⁾、いかなる場合においても、当該取締役は、支配会社の希望の実現が自己の義務（従属会社の利益擁護の義務）に一致するか否かを、検討すべ

れを基礎とし、これを補足するものであって、それ自体、独立の意義を有しないのである。

59) スイスにおいては、株主グループを代表する取締役が認められているが（OR 708 IV），各グループが、その代表者に、指示する法的権利は認められていない（vgl. Wenninger, Fn.(6), S. 167; v. Planta, Fn.(32), S. 60）。なぜならば、それに関する契約は存在しないのだし、そもそも、法的指示権は否定されるべきだからである（vgl. Thalmann, Fn.(5), S. 49 f.）。もちろん、当該取締役は、事実上、代表するグループの利益を擁護するよう努力するであろうが、従属会社の利益に反しえないのである（vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 122）。ここでも、当該取締役の特別利益（グループの利益）は、会社利益に劣後するのである（vgl. Bürgi, Fn.(13), Art. 708 N 58; Caflisch, Fn.(24), S. 142; Wenninger, Fn.(6), S. 168; BGE 66 II 51）。この原則に違反して、従属会社に損害を与えた場合は、会社、その株主（ここでは、まず、多数派株主としての上位会社が被害者であり、提訴権者である）または、場合によっては、会社債権者に対して、当該取締役は責任を負う（Armand Benoit, La représentation de groupes et minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes, Lausanne 1956, p. 322; Dieter Münch, Das Recht einer Aktionärsminorität auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft, de lege lata und de lege ferenda, Zürich 1976, S. 91）。債務法 754 条以下の取締役の責任規定が適用されるのである（v. Planta, Fn.(1), S. 122）。

60) Vgl. v. Planta, Fn. (1), S. 122.

61) コンツェルン指揮者の指揮に、「任意に」に従うのは、その者の地位がコンツェルン指揮者の意思によって左右されるという事情によるのであるが、当事者間には、指

きである⁶¹⁾。コンツェルン指揮の圧力に屈してであれ、自発的であれ、これに違反して、従属会社に損害を与えた場合には、義務違反として、会社または場合によっては、第三者に対して損害賠償責任を負うのである（商法 266 条 1 項 5 号・266 条—3, 1 項）⁶²⁾。

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

1) 緒論 従属会社の取締役は、従属会社の利益に従って行為すべきであるとする、そこにいう従属会社の利益とは、なにを意味するか問題となる。次に、従属会社の取締役、殊にコンツェルン外取締役には、コンツェルン全体についての情報が不足しているのが通常である。したがって、会社利益の判断に当たっても、従属取締役と比べて不利な立場にあるといえる。この情報ギャップがかれらの責任を判断する上において考慮すべきでないか、問題となる。最後に、支配会社の代表取締役が従属会社の取締役に就任する場合には、当該取締役の従属会社においての行為は、一面においては、従属会社取締役としての行為であるが、他面においては、支配会社の代表行為である。しかりとするならば、なぜに、従属会社の利益を優先させなければならないか、問題となる。機関の二重性から生ずる問題である。以下では、これらの問題について検討することとする。

2) 取締役の行為決定指標としての会社利益 (1) 緒説 従属会社取締役の行為を決定するのは会社利益である。すなわち、会社利益は行為決定の指標 (Entscheidungskriterium) である。そこで、ここにいう会社利益とはなにかが問題となる。

(2) 会社利益を構成する二要素 会社利益という概念は「利益」と「会社」という二要素によって構成されている⁶³⁾。まず、「利益」が問題となるが、ここで主として問題となっているのは、侵害の対象となりうる「利益」であ

揮を法的に主張しうる法律関係は存在しないのである (vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 123 Fn.(31))。

62) Vgl. a. a. O.

63) Vgl. a. a. O., SS. 124, 125.

り、その意味では、「人の欲望の対象⁶⁴⁾」または「生活財が特定の人に対して有する価値⁶⁵⁾」と定義することができるであろう。

次に、「会社」であるが、ここで問題となる「会社」とは、上の「利益」との関係で、会社として把握されるものはなにか、換言すれば、会社の利益を確定する際に、会社とされるものはなにか、ということである。すなわち、なにが会社利益であり、なにがそうでないか、を誰が決定するか、である⁶⁶⁾。

「株式会社という組織形式は、そこにおいて、最も多様な利益が、特別の激しさをもって、相互に対立的に絡み合っている場である」ということができる⁶⁷⁾。したがって、会社の内外において、なにが会社の利益であり、なにがそうでないか、を決定する様々なグループがある⁶⁸⁾。例えば、諸種の株主グループ、会社債権者、従業員、さらには、社会であり、会社利益は、これらの様々のグループとは独立に存在するものではなく、これらグループ利益の組合せの中にある⁶⁹⁾。

(3) 会社利益として保護されるべき利益　従来、この問題については、基本的には三説があった⁷⁰⁾。

第1説 (individualistische Auffassung) は、個々の株主の利益のみを保護すべきであると、他のすべての利益をその下におく。第2説 (überindividualistische Lehre) は、全体を重視し、保護すべきは、個々の株主の利益

64) イギリス法においては、「利益」(Interest)は、様々な意味に用いられるが、不法行為法においては、本文のような意味に用いられる (see Black's Law Dictionary, 6th ed., p. 812)。

65) Walter R. Schlupe, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, St. Gallen 1955, S. 362.

66) Vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 125.

67) Vgl. a. a. O. 一般に、会社法は「企業関係自体の特殊性にもとづいて関係主体間の経済的利益を調整することを目的とする」(鈴木竹雄「証券取引法と株式会社法」株式会社法講座一卷353頁)。

68) Vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 125.

69) Vgl. a. a. O.

70) 以下の区別は、Radbruch(ders., Rechtsphilosophie, S. 147 ff.)にもとづくのであるが、Goldschmidt(ders., Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, St. Gallen 1937 S. 11 ff.)によって初めて株式会社法に適用され、以来、株式会社法において、確固たる地位を有したものである (v. Planta, Fn.(1), S. 125 Fn.(4))。

ではなく、現在および将来の、すべての株主全体の利益である、と考える。第3説 (transpersonale Auffassung) は、さらに一步を進めて、「企業それ自体」(Unternehmen an sich) が、その構成要素のすべてとともに、保護されるべきである、と解する⁷¹⁾。

「企業それ自体」の思想は、今日でも有力ではあるが、なお疑問があり、学説の一般に承認するところとなっていない⁷²⁾。なぜならば、企業自体といっても、具体的な社会的存在として観念される企業自体は、そこに結集された諸利益の総合体にはかならない。とすれば、保護すべきはこの利益総合体であり、この保護はその維持・存続である。この意味において、法的に保護すべき会社利益とは、企業の維持に向けられた全参加者の利益である⁷³⁾。企業の利益は、それ自体のために保護されるのではなく、その参加者のために保護されるのである⁷⁴⁾。参加者の利益は、企業の維持に向けられている限り、会社利益の構成要素となる⁷⁵⁾。その意味において、参加者の利益葛藤は、止揚され、会社利益となるのである⁷⁶⁾。

(3) 会社利益とコンツェルン利益⁷⁷⁾ 上述のそこから明らかなことは、コンツェルン利益もまた会社利益の構成要素であって、その限りにおいて、従属会社の取締役はこの利益を実現すべきである⁷⁸⁾。従属取締役は、コンツェルン指揮者の指揮を受けた場合には、それを実行する前に、指揮と会社利益との調

71) 本文で述べる三説については、vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 125, 126. 「企業それ自体」の考えについては、大隅健一郎・株式会社法変遷論241頁以下参照。

72) 田中誠二・全訂会社法論(上), 32頁参照。

73) Vgl. Albers, Fn.(38), S. 95.

74) John Nenninger, Der Schutz der Minderheit in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Basel u. Stuttgart 1974, S. 66.

75) v. Planta, Fn.(1), S. 126.

76) v. Planta は「会社利益は、結局、上位にある重要なものとして現われ、そこでは、個々の参加者の利益葛藤が防止されている」という(Fn.(1), S. 126)

77) 本項の説明については、vgl. v. Planta, Fn. (1), SS, 127, 128.

78) v. Planta は、取締役に対して、コンツェルン利益を実現することを株主が請求できるのであって、このことは、コンツェルン利益を代表する上位会社の株主資格から生ずるとする(Fn.(1), S. 127 Fn.(11))。しかし、会社機関が適法な行為をするよう請求する一般的な権利がないことは当然である。ただ、具体的行為があるとき、これを差止めまたはその結果たる違法状態を排除することは、別である(この点については、拙稿・Fn. (3), 獨協法学31号21頁参照)。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反 (一)

和を検討すべきであり、この際、コンツェルン利益を、考慮すべき利益の一つとして計算に入れることができるのである。例えば、コンツェルン会社が、原料の購入に際して、供給者として、A・B二社の中から選択すべきであるとする。Aの提示する価格が、Bのそれよりも低額であるときには、他の条件において差がなければ、取締役はAを選択すべきである。一方、Aの価格の優利性が比較的僅少であるのに対して、Bが他のコンツェルン姉妹会社の重要な営業上の取引先となることが予想される場合には、Bを選択することが会社利益に適合することがありうるものであり、しかるときには、取締役はBを選択すべきである⁷⁹⁾。取締役は、コンツェルン指揮に従うか否かの決定に際し、あらゆる参加者の利益の慎重な比較衡量によって、会社利益を明確にし、第三者の批判に堪えうるよう努力する必要がある。

3) コンツェルン外取締役の情報収集義務⁸⁰⁾ コンツェルン外取締役には、会社に参加する者の諸利益を衡量するに際して、必要な、すなわち、コンツェルン全体の情報が不足していることが通常であろう。殊に、機密保持の理由から、コンツェルン外取締役が、コンツェルン全体の指揮に関する情報に接近できることは稀であろう。しかし、取締役は、取締役会の構成員として、従属会社、したがって、また、コンツェルンに関する情報を入手しうる立場にあるのだから、その有する監視権の行使として（商法260条1項参照）、取締役会に上程されていない事項についても、情報を可及的に入手すべきである⁸¹⁾。例えば、一方において、取締役会に上程される事項については、そのコンツェルンの背景の有無に関して十分な説明を受けるとともに、他方において、代表取締役の具体的な業務活動に著しいコンツェルンの影響があることを知ったとき

79) このような場合には、コンツェルン指揮者の指揮は許されるであろう (v. Planta, Fn.(1), S. 127 Fn.(13)). 情報不足や情報の誤った解釈から、「誤った」選択がなされることを、コンツェルン指揮者が阻止しようとする場合には、この指揮は——従属的取締役は会社利益を独立して判断しなければならないという義務を負うとしても——、原則として、必要でもあろう (a.a. O.).

80) この項の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 128~130.

81) 取締役の監視義務の範囲が取締役会上程事項に限られないことは通説・判例である。

には⁸²⁾、その説明を求めるために取締役会の招集を請求し、必要あらば、みずから招集すべきである（商法 259 条 2 項・3 項）。コンツェルン外取締役が、その監視義務をこの範囲において果たす限り、責任は問われない^{83), 84)}。その意味では、コンツェルン指揮に近く、それだけ多くの情報を有する従属的取締役と比して、責任を問われる場合が、多少、縮減されているとはいえるであろう。

4) 二重機関性の問題 (1) 緒説 従属会社の取締役は、従属会社の利益を擁護すべき義務を有する（商法 254 条 3 項、民法 644 条、商法 254 条—3）。この義務が、取締役とコンツェルン指揮者との契約関係に基づく拘束にも優先することについては、前述した。ところで、支配会社の代表取締役が、同時に従属会社の取締役である場合には、その者の従属会社における職務行為は、支配会社の代表行為と重複ことが通常であろう。代表者は、支配会社に対して、取締役としての義務を有するから、二重の機関義務を有することとなる。この場合、従属会社の利益が優先することについても、前述した。その理由がここでの問題である⁸⁵⁾。

(2) 会社利益の優先性⁸⁶⁾ 代表者の二重機関性から、コンツェルン利益と

82) 札幌地判昭和51年7月30日判時840号111頁参照。

83) 独立な取締役が、詳細な情報を入手したからといって、会社の危険を排除できるとは限らない。なぜならば、当該取締役が、決議の加害の効果を知っていてもまたは、少なくとも、予知していたとしても、取締役会における少数派であるゆえに、その決議を阻止しできないことがほとんどであろう (vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 129 Fn.(19))。

84) スイスにおいては、取締役が、その有する解説請求権(これについては、vgl. Bürgi, Fn. (13), Art. 713 N 4 ff.) を行使して取得した情報にもとづいて行為するならば、情報取得義務を履行したのであり、それにもかかわらず会社が損害を受けても、当該取締役は、この関係においては、責任を問われない、と解されている (vgl. v. Planta, Fn.(1), S. 129)。もっとも、免責されるのは、実際には、取締役に、一般にいかなる故意・過失も存しない場合であって、過失がある場合には、従来の BG によって代表される立場に従えば、外部関係においては、その情報欠落に関係なく、コンツェルン外取締役も、連帯責任を負わされているので、与えられた情報で満足するのは軽率であるといわれている (vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 129, 130)。

85) 拙稿、注 (13)、108頁。スイスにおいても通説である (vgl. v. Planta, Fn.(32), S. 60; Albers, Fn.(38), S. 88; Thalmann, Fn.(5), S. 44 f.)。

86) この項の説明については、vgl. v. Planta, Fn.(1), SS. 130, 131。

従属的コンツェルン会社における取締役の利益相反（一）

従属会社の利益のいずれを優先させるべきかという、解き難い問題がここにあるように思える。しかし、ここでは問題となっているのは、従属会社における職務行為であることに思いを致せば、問題解決はさして困難ではない。すなわち、当該代表者の負うコンツェルン利益擁護の義務は、その者の有する従属会社利益の擁護の義務、換言すれば、従属会社利益の優先性にはなんら影響も与えないのである。すなわち、二重機関性によって従属会社に生じた損害は、代表者の従属会社に対する義務違反となるのである。逆に、代表者が従属会社利益をコンツェルン利益に優先させることは、支配会社に対する義務違反とはならないのである。なぜならば、会社法は、従属会社の利益を優先的に保護することを要請しているのだからである。従属会社において、コンツェルン利益が尊重されるのは、これが会社利益の調和的構成である限りである。これと異なって解すべき場合は、支配会社と従属会社との間に支配契約が締結されている場合であるが、これについて述べることは、本稿の目的ではない⁸⁷⁾。

（未完）

（1991年7月23日稿）

87) 拙著・全訂会社法215頁。