

## 《論 説》

# 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

——ドイツ株式法における加重的コンツェルン  
ンをめぐる論争をモメントとして——

——コンツェルン関係における大株主の責  
任(7)―(2)——

青 木 英 夫

### 目次

#### はしがき

#### 一 加重的事実上のコンツェルンの意義

1. 西ドイツ株式法上のコンツェルン類型
2. 西ドイツの経営学におけるコンツェルン化の諸段階
3. 西ドイツにおける加重的事実上のコンツェルンに関する法律学者の定義
4. 加重的コンツェルン指揮の具体的指揮分野においての検討

#### 二 加重的事実上のコンツェルンに関する差止めおよび妨害排除の請求権

1. 緒論
2. 子会社の請求権
3. 子会社の株主の請求権
4. 会社の拒否権の行使

#### 三 加重的コンツェルンにおける損失補償義務

1. 問題の提起
2. 株式法 302 条以下の適用可能性について

(以上第31号)

#### 〔前注〕

#### 四 株式法 317 条

1. 緒論

2. 株式法 317 条の基本的構成
3. 請求の要件および内容
4. 請求権者
5. 請求の相手方
6. 他の規定との関係

五 損害賠償としての損失引受——ドイツ株式法に関して

1. 総論
2. 最低損害としての年度損失

六 Hoffmann-Becking および Koppensteiner の報告に関する討論について

1. 緒論
2. 株式法 302 条の適用可能性
3. 差止め請求権
4. Koppensteiner および Hoffmann-Becking の見解

七 ドイツ株式法の加重的事実上のコンツェルンに関する論争の示唆するもの

1. 緒論
  2. 加重的事実上のコンツェルンの意義
  3. 加重的事実上のコンツェルンの法的効果
  4. コンツェルン指揮の責任(1)——株主の差止め請求権および代表訴訟と関連して
  5. コンツェルン指揮の責任(2)——子会社の株主および債権者に対する親会社の責任
- むすび

(以上本号)

〔前注〕

西ドイツおよび東ドイツは、1990年10月3日に西ドイツ（ドイツ連邦共和国）に東ドイツ（ドイツ民主共和国）が加入するという方法によって、統一を實現した。それに先立って、東西両ドイツによって構成される統一的經濟圏を

確立するための条約が1990年7月1日に発効し、これと同時に、東ドイツは、西ドイツの商法第1編から第4編、株式法、有限会社法、競争制限法などを受容した（ジュリスト967号62頁参照）。したがって、それ以後においては、これらの法を示す場合に特に「西ドイツ」という語を付加するのは適当でない訳である。前稿の脱稿日は、1990年5月20日であるので、「西ドイツ」という語の付加も当然であるが、本稿においては、同様な処理は問題となろう。もちろん、論文の統一性を考慮して用語を同一にすることも許されよう。しかし、前稿および本稿が、東西両ドイツの統一の時期に執筆した歴史を記録するために、あえて、両稿において、用語を異にするというのも、執筆者にとっては、捨て難い魅力があり、また、用語の正確さを期するならば、むしろ、この方法を採用すべきであろう。このように考えて、続稿である本稿においては、「西ドイツ」という語を付加しないこととした。

#### 四 株式法 317 条

##### 1. 緒 論

前稿の結びは、株式法311条および317条との関係で、どのような要件のもとにおいて、損失引受義務を根拠づけうるかが検討されなければならない、ということであった。この問題を検討するためには、まず、株式法311条および317条の内容を十分に明らかにしておく必要がある。株式法 311 条については、すでに別稿で取り扱ったので<sup>1)</sup>、詳細はそれに譲り、ここでは、株式法 317 条のみを取り上げ、その内容を明らかにしたいと考える。

##### 2. 株式法 317 条の基本的構成

---

1) 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—2 のコンツェルンの構成を目指して（一）・（二・完）」獨協法学29号1頁以下、同30号1頁以下。

(1) 規定の内容および立法趣旨 (1) 内容<sup>2)</sup> 317条は311条と結合するものである。支配企業が311条の禁止に違反した場合に、その責任が発生する (§ 317 Abs. 1 AktG)。ただし、非従属会社の慎重な営業指揮者も同じ行為 または 処置をなしたまたはなさなかったときには、この損害賠償義務は生じない (§ 317 Abs. 2 AktG)。したがって、ここでは、311 条、したがってまた、317 条 1 項についても基準となる不利益概念が具体化されているのである。従属会社の誘引に関与した支配企業の法定代表者も、また、支配企業とともに責任を負い、この責任は連帯責任である (§ 317 Abs. 3 AktG)。損害賠償請求権の放棄・和解・時効および請求権代行者 (株主・会社債権者) に関する株式法 309 条 3 項ないし 5 項の規定が準用されている (§ 311 Abs. 4 AktG)<sup>3)</sup>。

(2) 立法趣旨<sup>4)</sup> 政府理由書によれば<sup>5)</sup>、317条は、従属会社が311条違反の不利益な法律行為または処置に誘引されることを防止するにある。311 条 と 317条との目的論的連関が明らかにされているのである。317条があって初めて、311 条 違反に有効な制裁があることになる。補償を伴わない不利益な誘引がなされた場合に、いはば事後的に、隠れた利益配当に関する規定を適用することが考えられないわけではない。しかし、この方法では、第 1 に不利益の一部のみが捉えられるにすぎず、第 2 にその法的効果は返還であって、損害賠償ではない。自己の影響力を利用して会社に損害を与えた者の損害賠償義務を定める株式法 117 条の適用も考えられるが、この規定は誘引の名宛人が会社の指導的職員のときにのみ適用されるにすぎない。のみならず、この賠償責任は総会議決によって免責することができる。311条を実効あらしめるためには、117 条では不十分であり、これを補うものとして特別の規定が必要である。

---

2) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 1.

3) 請求権成立後 3 年が経過し、外部株主が特別決議で同意し、かつ決議に代表される資本の10分の1を有する少数者が議事録に異議を止めないときにのみ、会社は請求権の放棄・和解ができる (§ 309 Abs. 3 Satz 1 AktG)。株主は会社の請求権を行使することができるが、債権者も、会社から弁済を受けることができない限り、会社の請求権を行使できる (§ 309 Abs. 4 Satz 1, Satz 2 AktG)。請求権の時効は 5 年である (§ 309 Abs. 5 AktG)。

4) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppenteiner, § 317 Rn. 2-4.

5) Begr. RegE bei Kropff, S. 418.

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

317条は、309条と異なり、支配企業（その法定代表者のみではない）が損害賠償義務者であることを明定している。これは、309条は企業契約を前提とするものであるから、支配企業の賠償義務は明らかであって、特に明定する必要がないからである。もっとも、契約関係のない場合には、支配・従属関係による支配企業の賠償責任を捉えるために明文の規定が必要である、という主張<sup>6)</sup>が全く正しいというわけではない。なぜならば、311条違反を理由として、民法の不法行為に関する規定（民法823条1項・2項、31条、831条）の適用は可能だからである。

311条は、317条の制裁がなければ、その実効は期せないものであり、311条の実効性がないということは、支配契約にもとづかない従属性の規整を失敗させるのみではない。それは、支配契約締結へのモメントをなくさせることによって、契約コンツェルンの規整対象を喪失させることになる。

2) 責任事由 (1) 責任の性質<sup>7)</sup> 317条の責任が不法行為責任かまたは機関責任かについては争いがあるが、機関責任と解すべきである<sup>8)</sup>。支配企業は、従属会社において自己に機関の職務を要求したから、責任を負うと解することは、317条2項に合致するからである。また、従属会社の取締役は、支配企業が不利益と補償の必要性を認めさらに補償授与を原則的に認めるときは、自己の会社の利益に一致しない行為への支配企業の誘引に応じたとしても、責任を問われないのであるが、この責任制限に照応するのが支配企業の責任であるから、この責任は機関責任と解するのが妥当である。

(2) 犯禁行為の違法性<sup>9)</sup> 犯禁行為の違法性は不利益を与えることにあるかまたは不利益を補償しないことにあるか。この問題は、補償が一般に可能である場合には、實際上、それほど重要ではない。また、補償が法的または事実的事由から不可能なときには、従属会社が自己の利益に反する作為・不作為に

6) Baumbach/Hueck, Aktiengesetz, Kommentar (13. Aufl.), § 317 Rn.1; Godin/Wilhelmi, Aktiengesetz (4. Aufl. 1971), § 317 Anm. 1.

7) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 5.

8) Möhring, FS. Schilling, S. 253, 263; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 4 ff. m.w. N.

9) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 6-8.

誘引されたということにのみ、317条の責任の違法性が求められることも確かである<sup>10)</sup>。

補償をしないことが、317条による責任の基礎を構成するという見解<sup>11)</sup>は、311条1項を根拠とする。なぜならば、同項は補償のないことを責任要件の要素としているからである。しかし、不利益な誘引も責任要件の要素であるとされていることは明らかであるから、同項は根拠とならない。のみならず、この見解は、諸般の事情を考慮して、誘引を適法なものとなし違法なものに区別することを前提とし、311条以下は事実上のコンツェルンを合法化するという結論を導こうとするものである<sup>12)</sup>。その前提が妥当でないのはもちろん、結論も認め難いものである<sup>13)</sup>。この説の妥当でないことは、次のことによっても示すことができる。

① 317条3項によって責任を負う者は、誘引について責任がある支配企業の法定代表者であって、補償しないことを代表すべき者とは異なること<sup>14)</sup>。

② 賠償すべき損害の範囲は、誘引と相当因果関係にある財産的損害として決定されること。このことは、317条1項の文言からこのように解されることのほか、従属会社は、補償がないときには、支配企業の干渉から生じた損害に

10) 数量化不能で、したがって、不利益の補償が不可能な場合には、補償不能ということで、直ちに損害賠償義務が発生する。なお、拙稿・前掲(注)1、獨協法学30号14頁・15頁参照。

11) Adler/Düring/Schmaltz, Rechnung und Prüfung der Aktiengesellschaft (4. Aufl. 1968-1972). § 311 Rn.18; Bachelin, Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, 1969, S. 2; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 36 ff.; Kiehne, DB 1974, 321; Kropff, DB 1967, 2174, 2152; ähnlich Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 10 ff. m. w. N.

12) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn 13. 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 (ders., ZHR 133 (1970), 1, 11 ff.)。

13) 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不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 (拙稿・(注)1、獨協法学29号6頁・7頁参照)。

14) Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 13.

ついでのみ賠償されるということ、および、補償に親しまない不利益であるか否かによって、損害の計算に差がないことから明らかである。補償は損害よりも少ないことがありうるのである。もし、317条による責任原因が、補償がなされないことにあるならば、賠償すべき損害も、また、この基準によって計算すべきこととなる。これが妥当でないことはいうまでもない。Kropff は、補償すべき額を越える、不利益より生じたより高額の損害も賠償すべきである<sup>15)</sup>、とするが、この見解は、不利益な行為への誘引が違法なのではなく、補償しないことが違法であるという命題と一致しないのである。

通説は、不利益な行為への誘引に、317条の責任原因があると解する<sup>16)</sup>。この説が妥当である。この説は、311条以下の目的全体に合致するのみならず、311条1項および317条1項に最も適合する。311条は不利益な影響力を禁止するが、この禁止は不利益が補償されるときは解除される。したがって、誘引の適法性はそれに結合した不利益の補償にかかっている。換言すれば、補償をしないことは影響力の違法性を確定する。317条1項1文の前提となっているのはこの考え方である。誘引の違法性は補償の有無と関連しているのであって、補償があれば誘引の違法性は阻却されるのである<sup>17)</sup>。補償は誘引の適法要件である。誘引は、まず、その違法性が未定なものとして理解されるべきである<sup>18)</sup>。ただ、不利益が最初から補償不能の場合には、違法性も最初から確定していることになる。そうでない限り、誘引に関する違法の未定性は、可能な補

15) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 22.

16) Würdinger in Großkomm. AktG, § 317 Anm. 3; Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3 Aufl. (1989), S. 356; Strohn, Fn. (14), S. 13; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1976, S. 168; Beuthien, DB 1969, 1781, 1783; Martens, AG 1974, 9, 13; Geßler, FS Westermann, S. 145, 160; Möhring, FS Schilling, S. 253, 263; Kellmann, ZGR 1974, 220, 221 ff.

17) Würdingerは補償があっても誘引の違法性はなくならないとする (in Großkomm. AktG, § 317 Anm. 2; § 311 Anm. 5 f.) しかし、この見解は行きすぎであって妥当ではない。なぜならば、317条の損害賠償の訴は、補償の可能性が存在する限り、許されないからである。この場合、営業年度末までは、誘引の適法性または違法性は未定なのである (Emmerich/Sonnenschein, Fn. (16), S. 356)。

18) Beuthien, DB 1969, 1781, 1783; Strohn, Fn. (14), S. 13; Möhring, FS Schilling, S. 253, 261.

償がなされない時点において終了する。それぞれの基準時点において、誘引の違法性が確定し、他の要件が充足されることによって、317条による損害賠償の請求が可能となるのである。

### 3. 請求の要件および内容

1) 要件 (1) 総説<sup>19)</sup> 317条1項は、311条1項の要件に従って、「支配企業が、不利益な法律行為をするようまたは不利益に処置もしくは処置しないように、従属会社を誘引した」ことが必要であると定める。処置は、法律行為の上位概念であるから、有利な法律行為の中止を含んでいる。次に、会社に生じた不利益が311条2項に従い許容される方法で補償されないことが必要である。最後に会社(株主)に損害が生じたことが必要である。以下、ここで特に問題なるもののみを取り上げることにする。

(2) 誘引 (イ) 誘引者<sup>20)</sup> 誘引者たりうるのは支配企業のみである。会社は、その従属報告書において、支配企業と結合した企業により誘引された行為・処置についても報告しなければならないが (§ 312 Abs. 1 AktG)、ここで報告されなければならないのは、会社が支配企業またはこれと結合した企業との間で維持した関係であって<sup>21)</sup>、311条の要件を越えるものである。多重的従属関係が存在している場合に<sup>22)</sup>、娘の孫会社への影響力の行使が同時に母の誘引となるか否かは慎重に決定されなければならない<sup>23)</sup>。

(ロ) 誘引の主観的要性<sup>24)</sup> 誘引する者が、自己の容態が従属会社に一定の行為・処置を執らせるのに相当であることを認識していなければならないかに

19) この項の説明について、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 9.

20) この項の説明について、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 10.

21) 通説である。vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 312 Rn. 56; Adler/Düring/Schmaltz, Fn. (11), § 312 Rn. 28; Baumbach/Hueck, Fn. (6), § 312 Rn. 5; Haesen, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, 1970, S.30 m. w. N.

22) 拙稿・注(1), 獨協法学29号11頁以下参照。

23) 同上・19頁・20頁参照。なお、誘引の推定については同上・17頁・18頁参照。

24) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 11.



## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

については、これを肯定するのが多数説である。しかし、支配企業の代表者の一人が誘引の客観的要件を充足していれば十分である<sup>25)</sup>。

(イ) 影響力の不行使<sup>26)</sup> 支配企業が従属会社への影響力を行使しないことは、責任事由ではない。317条1項は積極的な行為を要件としているからである。支配企業には、コンツェルン指揮の形成・強化の義務は存在しないのである。

(3) 不利益<sup>27)</sup> 従属会社の取締役が誘引の結果として行為し、この行為が非従属会社の指揮者の注意義務に抵触するときに、不利益が存在する。取締役が誘引がなくとも同様に行為したか否か、または、誘引に応ずる作為(不作為)が要求されていたかどうかは、ここでは問題とならない<sup>28)</sup>。問題なのは、誘引に応ずる行為が、責任ある取締役の業務執行権を有する事項に関するか否かである<sup>29)</sup>。その際、取締役の職務執行能力の具体的程度は問題とならない。なぜならば、非従属会社の通常の・誠実な営業指揮者の規範的・客観的責任基準が問題だからである。

(4) 損害<sup>30)</sup> 317条1項は会社または株主に損害が生じたことを要件とする。会社の損害の存在の有無およびその範囲は、誘引に従わなかった場合の会社の状態と現状とを対比することによって明らかとなる。補償がなされなかった結果とは無関係である。したがって、賠償されるべき損害は、損害の原因である不利益と一致しない。なぜならば、損害額の算定に関しては、損害の原因(法律行為・処置)発生の時点において知られた事情のみならず、相当因果関

---

25) これについては、拙稿・注(1)、獨協法学29号16頁・17頁参照。

26) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 12.

27) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317. Rn. 14.

28) Anders Geßler, NB 1972, H. 2, 18.

29) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 28; Godin/Wilhelmi, Fn. (6), § 317 Anm. 4; Würdinger in Großkomm. AktG, § 317 Anm. 3; Baumbach/Hueck, Fn. (6), § 317 Rn. 6; J. Wilhelmi, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 237.

30) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 15-17.

係のあるその後の事情も考慮されるからである。株主の損害は、それが会社の損害賠償請求によって填補されないときにのみ、問題となる。したがって、間接損害(株価の下落)はここにいう株主の損害ではない<sup>31)</sup>。

Möhring は賠償額を不利益の範囲に限定しようとする<sup>32)</sup>。しかし、この限定は、二つの理由で妥当ではない。第1は、この限定は317条の責任事由と一致しないこと、第2は、この限定を認めれば、支配企業は不利益の補償をしなくなり——損害が発生した場合に考えればよいから——、立法趣旨に反することである<sup>33)</sup>。

311条の趣旨をよりよく実現するために、不利益をもって賠償額の最低限とする考え方がある。支配企業は、不利益の結果生ずる損害に関して、少なくとも不利益の補償額は負担しなければならないから、負担額を減少させるために、不利益の補償を行うであろうという推測を理由とする。しかし、317条は不利益を補償しないことを責任事由としているのではないから、この主張は妥当といえない。また、損害賠償は現状回復または金銭賠償であるのに対して、不利益補償の方法は特定されていないから、負担額の多少に関係なく、不利益の補償が支配企業にとって望ましいことがありうるのであって、損害賠償額の最低限を不利益の範囲と同一とすることによって、不利益の補償を強制するというのはこの場合には理由とならない。賠償すべき損害には逸失利益も含まれるから (§ 252 BGB)、支配企業が、不利益な影響力の行使ごとに、補償可能な不利益を、現実には、補償すると考えるのが自然である。

2) 請求の内容 (1) 損害賠償 (イ) 賠償の方法<sup>34)</sup> 賠償は現状回復が原則である (§ 249 BGB)。したがって、不利益な契約は遡及的に解除されることを要し、例えば、一定の商品の生産の放棄のような不利益な処置への誘引は撤回され、同時に、会社の現状回復のための方法が講ぜられなければならない。現状回復が不可能なときまたは現状回復では賠償として不十分なときは、金銭

---

31) BGH WM 1985, 717; vgl. BGH WM 1987, 13.

32) Möhring, FS Schilling, S. 253, 265.

33) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 19.

34) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 18.

でもって賠償しなければならない (§ 251 Abs. 1 BGB)。会社利益の損害が著しい場合などがこれに当たる。

いわゆる恒常的な会社の損害、例えば、コンツェルン内的な給付・供給取引の場合には、不利益の、したがって、また、損害の確定は極めて困難である。決定的性質をもった処置、殊に会社の経済的独立性を侵害し、それを全く否定するような処置にあっては、問題はさらに複雑となる。誘引または一連の誘引の結果として、個別的・追加的誘引が、非従属会社の取締役の立場からは有意義であるか否かの観点からは、判断できない場合には、損害の有無・範囲のみならず、そもそも責任事由があるかも疑わしくなる。この場合には、会社の経済的独立性になされた最初の侵害が責任事由である。損害の範囲を確定するには、会社が独立の企業として市場活動を継続していたならば、会社の財産および損益の状態はどうであったかを明らかにすることが、原則として必要である。しかし、近似的にも、このような会社の財産・損益の状態を明らかにすることは、殊に損害発生事由が遠い過去に遡るときには、しばしば不可能である。

(iv) 損害の総計化<sup>35)</sup> 以上のことから、発生した損害の総計化が許されるか否かが問題となる。まず、年度損失を最低損害とすることができるか、である。上述の事由から、この問題は肯定すべきであり、ドイツ民事訴訟法 287 条の裁判上の損害の評価の十分な根拠となりうるであろう。ただ、加重的コンツェルンの場合には、すべて、年度損失が最低損害であると解するのは妥当でない<sup>36)</sup>。なぜならば、加重的コンツェルンということだけでは責任要件を示すのに適当でなく、また、ここで問題となっているのは、個別的干渉または順次的干渉なのである。

(2) 差止めおよび排除 (i) 緒説<sup>37)</sup> 特に実務的に意義を有する問題として、損害賠償と並んで差止めおよび排除の請求をなしうるか、という問題がある。殊に、現状回復が不可能または不十分であり、かつ従属会社がドイツ民訴

35) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 19.

36) Anders Lutter, ZGR 1982, 244, 266 f.; Schulze-Osterloh ZGR 1982, 123, 152 ff.; Schießl, AG 1985, 184, 187f.

37) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 20.

287 条の損害の査定を可能にする要件を主張できない場合に、この問題は重要である。差止めまたは排除の請求は、請求の目的である行為の違法性が前提であるから、補償授与の不可能性・不適當性のゆえに最初から違法性の確定している不利益な誘引とそうでない誘引を区別して取り扱うのが適當である。

(ロ) 差止め請求権<sup>38)</sup> 差止めを求める準物權的な妨害予防請求権は、妨害が再び生ずる危険があることを要件とするが、保護すべき法益に最初の侵害が急迫しているときにも認められている<sup>39)</sup>。保護すべき権利・財産には、ドイツ民法 823 条 1 項の絶対權のほか、刑法または特別の保護規定によって保護される利益も属すると解されている。整備された機能中の營業組織への権利は、ドイツ民法の 823 条 1 項の絶対權と解するのが判例である。しかし、違法な不利益の誘引の差止めのための從属会社の請求權が、この絶対權を表現するものであると解しうるかは問題である。むしろ、株式法 311 条によって保護される利益にもとづく差止め請求と構成するのが妥当と思われる。なぜならば、311 条は、支配企業の影響力の濫用から、從属会社、その少数派株主および債權者を保護することを目的とするから、上述の保護規定といえるからである<sup>40)</sup>。そこで、補償が不可能なことから最初から違法性の確定している不利益な行為の差止めを請求し——場合によっては、仮処分の方法で——、それを実現することが可能であると、311 条に関して、317 条を考慮して主張されている。これに対して、取締役の義務および責任を定める株式法 93 条は保護規定でないと解されている<sup>41)</sup>。

さて、311 条および 317 条の関連において主張できる妨害予防請求権には、重要な要件がある。すなわち、この請求權の行使が可能のためには、誘引が違法であること、換言すれば、補償可能な法律行為・処置への誘引については、補償がなされないことである。誘引の違法性は、原則として、事後的に確定する

38) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 21, 22.

39) Münchener Komm. BGB/Medicus, § 1004 Rn. 80. わが国においても一度妨害が生じたことは必要でないと解されている（星野英一・民法概論Ⅱ 27 頁）。

40) Dazu z. B. BGHZ 40, 306; BGHZ 46, 17, 23.

41) BGH NJW 1979, 1829; Baumbach/Hueck, Fn. (6), § 93 Rn. 3; Godin/Wilhelmi, Fn. (6), § 93 Anm. 8.

ものであるから、事前にその差止めを求めることは問題とならない。したがって、事実上この妨害予防請求権が行使できるのは、支配企業が事前に補償義務の不履行を決定しているという稀な場合のみである。

(v) 妨害の排除<sup>42)</sup> 保護すべき利益が継続的に侵害される場合には、損害賠償のほかに違法状態の排除の請求も可能である<sup>43)</sup>。侵害が現存する場合も同様である。この請求権は、現状回復を目的とするものではなく、継続的侵害と結びついた状態（妨害）を排除することを目的とする<sup>44)</sup>。例えば、不利益な契約の爾後の履行の停止を求めることである。違法状態の排除が、遡求的にのみ可能であるときには、この請求も可能である。例えば、販売組織の放棄にあつては、拘束的供給関係終了への排除請権は自己の販売組織再建を伴うものである。

(3) 立証（責任） (i) 原告<sup>45)</sup> 原告は次の点に関して立証責任を負う。

① 会社が、基準時点（誘引がなされた時点）において従属的であったこと。

② 誘引の事実があったこと、および誘引によって一定の作為・不作為がなされたこと。会社と支配企業または支配企業に結合した企業との間で法律行為または作為・不作為があったことを証明すれば、この立証責任は果たされたことになる。なぜならば、これらの法律行為または作為・不作為は、これらの企業にとって利益であることが推定され、誘引が推定されるからである。

(ii) 被告<sup>46)</sup> 原告が上の立証責任を履行した場合には、被告には次のいずれかを立証する必要が生ずる。

① いかなる不利益も存在しなかったこと。不利益概念の中心的な内包は注意義務違反であり、この注意義務違反がなかったことを、被告は立証しなければ

---

42) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 23.

43) Dazu Münchener Komm. BGB/Medicus, § 1004 Rn. 59 ff. m. w. N.

44) 好美清光・注釈民法(6)89頁参照。

45) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. Akt G/Koppensteiner, § 317 Rn. 24.

46) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. Akt G/Koppensteiner, § 317 Rn. 25.

ばならない (§ 317 Abs. 2 AktG)。被告が立証しなければならないのは、誘引によってなされた行為が慎重な行為であったということではなく、それが慎重な営業指揮者の裁量の範囲内にあった、ということである。時には、この基準で不利益概念を捉えることが妥当でない場合がある<sup>47)</sup>。この場合には財産的損害の不存在の証明をもって、不利益な誘引が存在しなかったというにようになる。317条2項の適用がなされないのである。しかし、317条の立法趣旨は、補償がなされない不利益な誘引を制裁するにあるから、この結論も是認されるべきである。

② 不利益な誘引があったとしても、補償がなされたこと。

③ 不利益な誘引について補償がなされなかったとしても、損害が発生しなかったこと。

い) その他<sup>48)</sup> Kropff は、不利益によってまたは補償がなされないことによって損害が生じたことについても、原告は立証責任を負うとする<sup>49)</sup>。しかし、補償のなされなかったことは、損害の有無および範囲には重要ではなく、したがって、原告に立証責任を負わす必要はない。損害の範囲については、原告はドイツ民訴 287 条の裁判上の査定を利用しうるので、立証責任を負わない。原告は、査定に必要な自己の入手できる資料を裁判所に提出すればよいのである。

#### 4. 請求権者

1) 会社の損害に関する賠償請求 (1) 従属会社<sup>50)</sup> 317 条 1 項 にもとづ

47) 支配企業が公的目的を有する公企業の場合には、従属会社はこの公的目的実現のための道具となっているから、また、会社の経営が公益に違反してならないのは当然であるから、このときに非従属会社の指揮者の注意義務という基準を持ち出すのは適当でないからである。(vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 27)。

48) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 26.

49) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 26, ebenso Würdinger in Großkomm. AktG, § 317 Anm. 7.

50) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 27.

く請求権者は従属会社である。309 条の場合<sup>51)</sup>と同様に、従属会社がこの請求権を行使することは期待できない。そこで、総会決議または少数株主の請求によって、会社の賠償請求権行使の義務が生ずる株式法 147 条が、この場合にも適用があると解する説<sup>52)</sup>がある。しかし、147 条 1 項は、その適用がある場合を列挙しており、列挙事項には 317 条による請求権は含まれていない。他方、317 条 4 項が準用する 309 条 4 項は、一定の場合において、株主が会社の請求権を代位行使することを認めているが、このことは、これを認める代りに 147 条の適用を除外していることを示すものである。これらのことから、317 条に関しては、147 条は適用がないといわざるをえない。ただ、317 条の実効性を考えれば、147 条適用説をむげに否定できないことも事実である。

(2) 株主<sup>53)</sup> 会社と並んで株主も会社の賠償請求権を行使することができる (§§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 AktG)。ここで注意すべきは、株主は会社への給付のみを請求できることおよび原告株主の負担する訴訟費用については株式法 247 条によって裁判所が公正な裁量によって定めるということである<sup>54)</sup>。訴訟費用の負担のために、株主が代位請求権を行使しないということでは、311 条以下の規整の実効性を疑わすことになるからである。

孫会社の株主が娘会社の母会社に対する賠償請求権を代位行使できるのか、という問題がある。母娘間および娘孫間に支配契約が存在する場合に関してであるが、309 条 4 項 3 文<sup>55)</sup>を類推して、孫の株主の代位請求が認められている<sup>56)</sup>。娘は、母に対して請求権を行使して初めて、孫に対する債務を履行でき

51) 支配契約がある場合に、通常かつ誠実な営業指揮者の注意義務に違反した支配企業の法定代表者の責任追及の場合である。

52) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 30; ebenso Würdinger in Großkomm. AktG, § 317 Anm. 10.

53) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 28.

54) Vgl. Neuhaus, DB 1971, 1242 f.

55) 309 条 4 項 3 文は、会社から弁済を受けることができない会社債権者による会社の賠償請求権の代位行使を認める規定である。

56) Bachelin, Fn. (11), S. 75 ff.; Hüchting, Abfindung und Ausgleich im aktienrechtlichen Beherrschungsvertrag, 1972, S. 134 f.; Rehbinder, ZGR 1977, 581, 606, 632 f.

るという場合に、孫の株主の請求権を認めることには実益がある。

(3) 会社債権者<sup>57)</sup> 会社の債権者も——会社から弁済を受けることができない限り——会社の請求権を行使できる (§§ 317 Abs. 4, 309 Abs. 4 AktG)<sup>58)</sup>。

2) 株主の損害に関する賠償<sup>59)</sup> 株主は自己の被った損害の賠償を請求できる (§ 317 Abs. 1 Satz 2)。請求権を有するのは、損害を受けた株主のみであることは当然である。

## 5. 請求の相手方

1) 損害賠償の場合 (1) 支配企業<sup>60)</sup> 損害賠償義務を負うのは、第1に、支配企業である。孫会社に対する母・娘企業の関係については、誘引がどこから出たかによって決定される。誘引が双方から出たならば母娘ともに連帯債務者として責任を負う。母娘間の内部分担に関しては、例外なく、コンツェルン・トップとしての母が全てを負担する。共同子会社を有する共同支配企業にあっては、まず、誘引した企業が責任を負い、次に、その誘引が共同子会社の指揮に関する協定に従ってなされている場合には、他の企業もそれについて責任を負う。これに対して、誘引がこの協定の枠外のものであるときには、争いがあり、すべての企業が責任を負うと解する説<sup>61)</sup>とこれに反対する説<sup>62)</sup>とがある。共同支配企業は民法の組合を構成しているが、契約外の行為による債務については、組合員の責任は原則として否定されるべきであるから、協定外の誘引については、誘引に関与しない企業は免責されると解すべきである。

---

57) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 29.

58) Möhring, FS Schilling, S. 253, 267 f.

59) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 30.

60) この項の説明については、vgl. Kölner. Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 31.

61) Gansweid, Fn. (16), S. 174 f.

62) Haesen, Fn (21), S. 53; Marchand, Abhängigkeit und Konzernzugehörigkeit von Gemeinschaftsunternehmen, 1985, S. 144, 150 f.



(2) 法定代表者 (イ) 総説<sup>63)</sup> 一定の法律行為または処置に従属会社を誘引した支配企業の法定代表者は、支配企業と連帯して責任を負う (§ 317 Abs. 3 AktG)。ここにいう法定代表者とは、支配企業の法定代表者かまたは従属会社に対して実際に誘引を行った企業の法定代表者であるか、については法文上は明確ではない。政府理由書によれば<sup>64)</sup>、前者を意味する。誘引する企業でなく、支配する企業のみが責任を負うことも、この根拠となる。複数の法定代表者が存在する場合には、誘引に関与せず、それに反対した代表者は責任を負わない<sup>65)</sup>。支配企業の法定代表者が、自ら誘引せず、使用人に指示して誘引させた場合 (間接的誘引の場合)、317条 3 項の責任を負うと解すべきである。そうでなければ、法の潜脱が極めて容易となろう<sup>66)</sup>。このことは、間接的誘引の他の場合、すなわち、中間に支配企業の結合企業を挿入する場合にも同様である。

(ロ) 責任の根拠<sup>67)</sup> 法定代表者の責任は単なる監視義務違反によるものではない<sup>68)</sup>。厳密に言えば、誘引は支配企業の誘引であって、法定代表者の誘引ではないということは正当である。しかし、不利益を補償しない限り、不利益な誘引をしないようにするのは、支配企業の、したがってその法定代表者の義務である。この義務に違反する限り、そのような誘引は法定代表者に帰責せられる。317条 3 項の責任の根拠としてこれで十分である。

317条 3 項は、法定代表者の自己の企業に対する責任とは無関係である。自己の企業に対する責任とは、連帯債務者としての法定代表者間の内部負担の問題として、有責的代表者のみによって負担されることになる。

---

63) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 32.

64) Begr. RegE bei Kropff, S. 419.

65) Baumbach/Hueck, Fn. (6), § 317 Rn. 8; Godin/Wilhelmi, Fn. (6), § 317 Anm. 5; wohl Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 41.

66) Vgl. Baumbach/Hueck, Fn. (6), § 317 Rn. 8; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 41.

67) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 33, 34.

68) Godin/Wilhelmi, Fn. (6), § 317 Anm. 5; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 317 Rn. 41.

い) その他<sup>69)</sup> 共同子会社の場合には、共同支配企業の法定代表者は——自ら誘引に関与するかまたは監視義務違反の結果として誘引を幫助することによって——責任を負う。娘を通して孫を間接に誘引する場合には、母・娘の法定代表者は、それぞれの原則に従って、責任を負う。娘の代表者は母の指示に違反できなかったことを理由に免責されない。なぜならば、娘の代表者はこのような指示、すなわち、誘引に従う義務はないからである。誘引企業が地方公共団体その他の公的団体であるときには、317 条 3 項の適用はない。

(3) 使用人<sup>70)</sup> 支配企業の使用人は 317 条の責任を負わない。支配人または商業代理人であっても同様である。317 条の責任を機関責任と解する限り、この結論は当然である。

2) 差止めおよび排除<sup>71)</sup> 差止めの相手方は、損害賠償義務を負担する人(企業)である。妨害排除請求権に関しては、損害賠償債務者のみでは排除の実効が挙らない場合がある。支配企業と従属会社の取締役の協力が必要である限り、判決は両者に対してなされなければならない。

## 6. 他の規定との関係

1) 株式法57条, 58条, 60条および62条<sup>72)</sup> 57条は出資払戻の禁止, 58条は年度剰余金の処分, 60条は利益配当, 62条は違法な給付を受けた株主の返還義務に関する規定である。これらの規定は、317条と重疊的に適用される。317条が適用される場合には、営業年度までに補償がなされないことに確定しているのであるから、隠れた利益配当を禁止する規定が適用されるのは当然であ

---

69) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 35.

70) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 36.

71) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 37.

72) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 40.

73) Vgl. Canaris, FS Fischer, S. 31, 42; Verhoeven/Heck, AG 1977, 232 f.; Strohn, Fn. (14), 152 ff.

る<sup>73)</sup>。これに反対して、Michalski は<sup>74)</sup>、「317 条と重疊的に62条の適用を認めることは余計なことであり、57条1項および62条1項の文言<sup>75)</sup>に反する」という。しかし、62条の適用をうけるためには、支配企業の誘引があったことを立証する必要がないのだから、場合によっては、原告に有利であって、決して余計なことではない。のみならず、違法な給付の返還によって填補されない損害の賠償は317条によって可能となるのである。62条の適用には「給付が当初から違法であること」が必要であるという主張は、補償可能な違法性の未定な不利益の場合には一応は理由があるが、その他の場合には説得的ではない。要するに、不利益が隠れた利益配当であり、これが法律上または事実上の理由から補償されえないときには、62条は317条と並んで最初から適用されるべきである。他の場合には、そのような配当は、不利益が補償されないことを解除条件として、効力が生ずると解すべきである。

2) 117条<sup>76)</sup> 通説は本規定が317条と重疊的に適用されることを認める<sup>77)</sup>。両規定は「会社に不利益な行為への誘引」という同一の責任事由を有する。しかし、使用人の責任、支配企業に結合した企業の誘引および不利益な影響力の行使による不当利得に関して、両規定の適用について相違があるので、重疊的適用を認めることは、実務上、実益がある<sup>78)</sup>。

74) AG 1980, 261, 264.

75) 57条1項1文は「出資は株主に払戻すこと得ず」、62条1項1文は「株主は、本法の規定に違反して会社から受領した給付を、会社に返還するを要す」と定めている。

76) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 41.

77) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 117 Rn. 52; Würdinger in Großkomm. AktG. § 317 Anm. 18; Emmerich/Sonnenschein, Fn. (16), S. 357; Godin/Wilhelmi, Fn. (6), § 317 Anm. 1; Mathern, AG 1966, 380, 381; Geßler, DB 1965, 1729 f.; Beuthien, DB 1969, 1781, 1784; anders Leo, AG 1965, 352, 355.

78) Koppensteiner は、認めないのであるが、支配企業（およびその法定代表者）は、「事実上の営業指揮者」として、取締役の義務・責任を定める株式法93条を類推して、責任を負う、という主張がある（Veelken, Der Betriebsführungsvertrag im deutschen und amerikanischen Aktien- und Konzernrecht, 1975, S. 234 ff.）。Koppensteiner の見解が、317条があるからそのような一般法則を認める必要がないというのならば（317条2項は支配企業を従属会社の事実上の機関として取り扱うことを明らかにしている）、納得がいくし、そうであるならば、Veelken 説と実質的には相違がないことになるだろう。

3) 243条<sup>79)</sup> 通説は、317条が適用される場合には、243条の総会決議の取消事由があるとして、両規定の重疊の適用を認める。

4) Durchgriff (1) 緒説<sup>80)</sup> ここでは問題は二つに分けて取り扱うのが適当である。第1は、この法理、すなわち摘出理論が、317条によって排除されるか否かということ、第2は、支配企業の影響力の強化それ自体が摘出理論を適用する根拠となるか否かということである。

(2) 摘出理論と317条との関係<sup>81)</sup> 過少資本を理由とする摘出理論は、317条と並存的適用が肯定される。この摘出理論は、従属性から生ずるのではなく、資本不足から生ずるからである<sup>82)</sup>。財産混同による摘出理論は、株式会社においては、原則として、成立しない<sup>83)</sup>。そうではなく、支配企業と会社との間の財産分離が、不透明な帳簿上の処理その他によって、全般的に隠蔽され、資本維持規定を適用することによって規整できなくなっている場合には<sup>84)</sup>、責任の摘出が317条と並んで問題になろう<sup>85)</sup>。なぜならば、このような場合には、誘引の結果として生じた損害は一般に確定できないのであって、317条では問題の解決が不可能だからである。また、このような場合に摘出理論を適用することは、この理論について一般に認められている補充性にも反しないであろう。

(3) 支配企業の影響力と摘出理論<sup>86)</sup> 支配企業がその影響力を行使する方法・程度が、殊に、加重的コンツェルンに至るほど集中が強化されたとき、こ

---

79) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 42.

80) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn.

43. なお、《Durchgriff》を摘出理論と訳すことについては、拙稿「法人格否認の法理とコンツェルン関係」獨協法学24号2頁参照。

81) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 43.

82) 拙稿・注(1)、獨協法学30号34頁参照。

83) 「いかに経理がずさんな会社でも、税金や金融機関との関係上、会社に帳簿がまったくないことはありえない」(江頭憲次郎・会社法人格否認の法理341頁)。

84) Vgl. BGHZ 95, 330, 334; K. Schmidt, BB 1985, 2074, 2075 f.

85) Anders wohl Möhring, FS Schilling, S. 253, 267; Rehbinder, AG 1986, 85, 97.

86) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner § 317 Rn. 44, 45.

のこと自体が、317条とは別に、独立の摘出理論の適用の根拠となるか問題である<sup>87)</sup>。通説によれば、支配力によって可能となる第三者の指揮は、責任の摘出理論の構成要件要素であるが、それだけでは十分でない<sup>88)</sup>。Strohnは、これに加重的コンツェルンの形成という違法性が加わることによって、適用要件が充足されると解する。この主張はもっともであると思われる。もっとも、従属関係が濫用され、従属会社を母会社の利益追求の道具として挿入することで十分であるか、または、従属会社が競争において自治的な営業機会や危険を負担するという状態におかれていないことで十分であるか、確かではない。その意味でStrohn説には検討の余地はあるのであるが、従属関係において加重された支配力の行使が摘出理論の根拠となることを、学説の現状は最初から否定するものでないことは確かである。

317条による損害賠償の最低額として、年度損失を捉える立場に立てば、補充的に摘出理論を適用する必要はない。株式法が、企業契約にもとづかない支配企業の責任を、317条で排他的に規整する趣旨であるのか、も問題となる。311条以下を総合的に判断すれば、この問題は肯定される。立法趣旨は、従属性の結果を、従属会社の財産および損益に関して中立化するにあり、立法者はこの目的を実現するために、311条以下の規整で十分であると考えているのである。そこには、摘出理論適用への考慮は存しないのである。しかし、311条以下は少数派株主および会社債権者の保護を意図するものであるから、全体として、この目的を可及的に実現するよう解釈されるべきである。したがって、同様な機能を有する他の法則に関する317条の排除機能は、その限りにおいて、制限されるべきである。

---

87) Dafür z.B. Müller, ZGR 1977, 1, 27 ff.; Lehmann, ZGR 1986, 345, 363 ff., insbesondere 367 f.; ausführlich Strohn, Fn. (14), S. 172 ff.; ablehnend Mertens, ZGR 1984, 542, 555; Lutter, ZGR 1982, 244, 267; vgl. auch Roth, ZGR 1986, 371, 378 f.

88) Vgl. Lutter, ZIP 1985, 1425, 1432 f.

## 五 損害賠償としての損失引受——ドイツ株式法に関して

### 1. 総 論

1) 緒説 317条1項の要件は、支配企業の誘引があったこと、これによって不利益が生じたこと、この不利益が補償されなかったこと、最後に、従属会社に損害が生じたこと、である。これらの要件を加重的コンツェルンにおいて検討し、損害賠償としての損失引受が可能であるか否かを考えることとする。

2) 加重的コンツェルンと誘引<sup>89)</sup> 誘引の要件が充足されることについては、加重的コンツェルンにおいては問題はない。なぜならば、この場合においては、従属会社が——自発的に決定しなかった——営業政策を「上から」押し付けられることに特徴があるからである。具体的にいえば、従属会社の営業的処置、例えば、市場の放棄、さらには支配企業の要請に応えての営業活動は、従属会社の取締役の行為範囲を、従前に比べて、縮減する。従来の観点からすれば取締役の注意義務に違反するおそれのある営業上の判断が、新しく生じた事態の結果として、要求される。従属会社の生産設備の全体が、他のコンツェルン・メンバーの営業活動のためであるとき、会社が、コンツェルン外で生産された製品の市場状況に合わせて、その生産計画を立てることは無意味である。したがって、誘引の結果として生ずる営業的処置は、すべて誘引された処置と解されねばならない<sup>90)</sup>。結論として、次のようにいってよい。「取締役の業務執行の決定が、会社の加重的コンツェルン化によって狭められた行為範囲の結果として現われる限り、誘引の有無を具体的に問う必要はない」と。

3) 加重的コンツェルンと不利益<sup>91)</sup> 一般に取締役が、従属会社の置かれている状態を前提としても、独立の会社である以上は、行為することが許されない処置がなされた場合に、不利益が存在すると解するのが通説である。この

89) この項の説明について、vgl. Koppensteiner, Über die Verlustausgleichspflicht im qualifizierten AG-Konzern, in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 98.

90) Kölner Komm. AktG /Koppensteiner, § 311 Rn. 46.

91) この項の説明について、vg. Koppensteiner, Fn. (89), S. 98, 99.

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

ことから、従属会社の作為または不作為が不利益であるか否かは会社の経済的状況と無関係ではなく、むしろ、この状況を考慮することによって初めて判断が可能であることが判る。ただ、原則として、次の場合には不利益が存在するといつてよい。

① その実行によって企業の破産が生じうるような危険を引き受けることは、取締役の義務に違反し、したがって不利益である。

② 会社の存続を危うくするわけではないとしても、予見できない危険を含む処置を、それに照応した高利益の機会もなしに、引き受けることは、不利益である<sup>92)</sup>。

加重的コンツェルンに至る誘引もしくは一連の誘引は、これらに該当する。なぜならば、加重的コンツェルンにあつては、従属会社を非従属会社と比較して、誘引の不利益性を判断することは不可能だからである。したがって、加重的コンツェルンを生み出す誘引は、予測できない危険を内在している、といつてよい。このような誘引は、そのことによって、不利益と解されるべきである。ただ、例外は会社の再建の場合である。この場合には、支配企業のコンツェルン的支配力の下に服する以外には会社には合理的行為の選択の余地が残されていないからである<sup>93)</sup>。支配契約終了後にも、このような事態が生ずることがあるであろう。

4) 加重的コンツェルンと損害<sup>94)</sup> 賠償されるべき損害の計算に関して、特別の困難が生ずる。なぜならば、会社の現在の財政状態と、加重的コンツェルンへの編入がなされなかったならば会社が有していたであろう財政状態との比較がなされなければならないからである。この比較が可能なのは、一般的にいつて、極めて例外的な場合においてのみである。したがって、年度損失を最低損害とすることが許されるかの問題が生ずる。項を改めて、この問題を取り扱うこととする。

---

92) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 31, 45.

93) Ibid., § 311 Rn. 31.

94) この項の説明については、vgl. Koppensteiner, Fn. (89), S. 99.

## 2. 最低損害としての年度損失<sup>95)</sup>

年度損失を最低損失とすることが許されるには、会社の収支が、加重的コンツェルンへの編入前に、一様に均衡していて、そのような状況の変化が、その後も予見されていなかった場合である。このような場合には、裁判所は、ドイツ民訴 287 条によって、計上された年度損失額を賠償することを支配企業に命ずることができる。しかし、子会社の設立目的が支配企業その他のコンツェルン企業への原料の供給にある場合、すなわち、子会社が最初から加重的コンツェルンに編入されている場合には、基準となる損益状態がないから、年度損失を最低損害とすることはできない。支配企業においても、設立当初から継続的に損失が計上されることが予定されている子会社を設立するはずはなく、仮にそうでなければ、新子会社の設立は、悪意かつ故意に債権者を害する手段の挿入にあるということになる。この場合には、317 条による損害賠償義務が生ずるであろうし、民訴 287 条によって、年度損失を最低損害とすることも可能である。Lutter や Schultz-Osterloh は<sup>96)</sup>、加重的コンツェルンのすべての場合において、年度損失を補償する義務が生ずると主張するが妥当ではない。民訴 287 条の手続によって年度損失を賠償させるためには、損害が現実にこの額に達することが必要なのである。

## 六 Hoffmann-Becking および Koppensteiner の報告に関する討論について

### 1. 緒 論

今までのところは、主として、Wolfgang Schilling の80歳の誕生日を祝うシンポジウムにおける Hoffmann-Becking および Koppensteiner の報告に沿

---

95) この項の説明については、vgl. Koppensteiner, Fn. (89), S. 99, 100.

96) Lutter, ZGR 1982, 244, 266 f.; Schulze-Osterloh, ZGR 1983, 123, 152 ff.; vgl. auch Schießl, AG 1985, 184, 187 f.



って問題を見てきたのである。ところで、シンポジウムであるから、当然に、<sup>97</sup>報告をめぐっての討論がある。そこで、加重的コンツェルンに関するドイツにおける諸説の検討の最後に、このシンポジウムにおける討論を紹介するのが適当であろう。個々の発言を明らかにすべきであるが、Jochem Reichert の要領をえた要約があるので、これをもって代えることにしたい<sup>97)</sup>。

---

97) 以下の説明は、Jochem Reichert, Diskussionsbericht zu den Referaten Hoffmann-Becking und Koppensteiner, in: Probleme des Konzernrechts, S. 102-105 による。

《Liste der Teilnehmer》

RA Dr. Klaus Anschütz, Mannheim  
RA Dr. Dieter Bass, Mannheim  
RA Prof. Dr. Hans-Erich Brandner, Karlsruhe  
RA Dr. Oliver C. Brändel, Karlsruhe  
Bundesrichter i. R. Hans Joachim Fleck, Karlsruhe  
Dr. Reinhart Freudenberg, Weinheim  
RA Dr. Dr. h. c. Reinhard Goerdeler, Frankfurt  
Dr. Dieter Haaß, Kaiserslautern  
Dr. Helwig Hassenpflug, Berlin  
RA Dr. Michael Hoffmann-Becking, Düsseldorf  
Prof. Dr. Peter Hommelhoff, Bielefeld  
Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt, München  
RA Dr. Georg Jaeger, Mannheim  
Vorsitzender Richter am BGH Dr. Alfred Kellermann, Minfeld  
Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner, Salzburg  
Ministerialdirektor Dr. h. c. Albrecht Krieger, Bonn  
Ministrialdirigent Dr. Bruno Kropff, Bonn  
Prof. Dr. Klaus-Peter Martens, Hamburg  
RA Dr. Joachim Meyer-Landrut, Düsseldorf  
RA Dr. Arndt Overlack, Mannheim  
RA Dr. Martin Peltzer, Frankfurt  
RA Thomas Pschera, Mannheim  
Prof. Dr. Thomas Raiser, Gießen  
RA Dr. Jochem Reichert, Mannheim  
RA Prof. Heinz Rowedder Mannheim  
RAin Johanna Schilling, Mannheim  
RA Tilman Schilling, Mannheim  
RA Prof. Dr. Wolfgang Schilling, Mannheim  
RA Wolf Ulrich Schilling, Heidelberg  
Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg  
Prof. Dr. Uwe H. Schneider, Darmstadt  
RA Dr. Johannes Semler, Kronberg

## 2. 株式法302条の適用可能性

1) 緒説 Koppensteiner は、事実上のコンツェルンに関する法には間隙はなく、302条を類推適用する余地はない、と述べたが、この点が、まず、問題となった。

2) 類推適用否定説 次のような発言があった。

「一方において契約コンツェルン、他方において事実上のコンツェルンに区別する法規整を前提とすべきである。もちろん、事実上のコンツェルンにおいては、311条以下の基準によって補償することができる支配のみが許される。この規整システムが固有の意味の『コンツェルン指揮』を許すか否かについては、立法者は沈黙している。いずれにしろ、コンツェルン指揮は緩いもののみが許される。『加重的コンツェルン』にあつては、支配企業が娘会社の営業政策を包括的に調整する。しかし、このような調整は契約コンツェルンにおいてのみ許される。その限りにおいて、加重的コンツェルンは許容されないとする一般的な主張を支持する。」

「もちろん、立法者の採った措置に反して、支配契約を締結することなしに、調整がなされたとき、換言すれば、違法な加重的コンツェルンが成立したとき、どのような効果が生ずべきかが問題となる。これは疑いもなく違法であり、したがって、317条にもとづく損害賠償請求権が従属企業に生ずる。同時

---

RA Prof. Dr. Ernst Stiefel, New York  
Vizepräsident des BGH i.R. Dr. h. c. Watler Stimmelp, Karlsruhe  
Dr. Peter Thomsen, Weinheim  
Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg  
RA Dr. Rüdiger Volhard, Frankfurt  
RA Prof. Dr. Winfried Werner, Frankfurt  
Prof Dr. H.-P. Westermann, Berlin  
RA Dr. Martin Winter, Mannheim  
RA Dr. Solms Wittig, Stuttgart  
RA Dr. Wolfgang Witz, Manheim  
RA Dr. Klaus Zimmermann, Mannheim  
Prof. Dr. Wolfgang Zöllner, Tübingen  
RA Dr. Jürg Zutt, Mannheim

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

に、従属企業の株主が、従属企業に対し取締役を相手とする差止めの訴を提起することができるという考えを支持する。明らかに支配契約の締結を前提としている302条を類推するための必要性も正当性も明確ではない。」

302条の類推に反対し、Hoffmann-Becking は「302条の損失引受義務が、契約コンツェルンにおいて資本維持に関する規定が適用されないことと相関していると考えれば、いずれにせよ類推には理由がない」と述べたが、これに対しては、次のような反論があった。「類推を理由づける資本維持規定の『無機能化』は、支配企業の広範な無限定的影響力の結果として、加重的コンツェルンにおいても存在する。」

3) 類推適用説 支配契約が締結されていない加重的・事実上のコンツェルンに対して302条を類推すると解する説が一般に支持されている。次のような発言があった。

「立法者の考えを鑑みれば、1965年株式法制定に際して、規整に間隙があったことが肯定されるべきである。立法者は、311条以下の規整によって、加重的事実上のコンツェルンを包摂できなかったし、またする気もなかった。立法者は、一方において契約コンツェルンにより、他方において事実上のコンツェルンにおける個別的補償義務によって、コンツェルン形成から一般に生ずる典型的危険状況进行处理できると信じたのであった。その後、これらの保護手段に欠陥があり十分でなかったことが明らかになった後、予期しなかった規整の間隙を、302条を類推して損失補償義務を認めることによって埋めることが、裁判に求められたのである。」これに関連して、次のような発言があった。

「311条以下は緩く指揮されるコンツェルンを可能にするものである。支配企業がこれに満足しない場合には、支配企業は契約または編入コンツェルンを利用すべきであるというのが、法制定当時の立法者の考えであった。しかし、支配企業が、緩く指揮されるコンツェルンには満足しないが、法上予定されている契約または編入コンツェルンも利用しない場合に適用されるべき規整を、立法者は定めていなかった。包括的広範囲な支配企業の影響力のために、数量化の可能な個別的不利益の補償のシステム（311条以下）が、最早、機能しない場合に、加重的コンツェルンが存在することを前提とすれば、Koppensteiner

が提案するように 317 条を再び取り上げることは、効果的な保護を与えるために、まさに適当ではない。したがって、302 条の再利用が明らかに優先すべきである。」

詳細な文献を引用しての次のような発言もあった。

「従属企業の損失補償請求権は、支配契約や利益供給契約が成立しているときでも、契約性を有するものではなく、法定の継続的債務関係から生ずるものである。したがって、企業契約は、損失補償義務の法的根拠ではなく、これの単なる事後的メルクマールにすぎない。この観点から、立法者が支配・利益供給契約を前提としてのみ許容する事態を、支配企業が、許容されない方法で、支配する場合にも、法定の損失補償義務を認めるべきであると解される。立法者が、加重的事実上のコンツェルンの問題性は理解していたが、間隙なき保護を徹底していない場合にも、類推は許されるべきである。加重的事実上のコンツェルンの禁止が法から引き出されるが、その法的効果の規整は不完全であるから、損失補償義務をその事態に合わせて、それに結びつけるべきである。302条の損失引受義務と並んで——その効果が場合によってはより広い——317条の責任の成立も可能である。」

4) 契約コンツェルンの規定の類推を広く認める説　加重的コンツェルンを、実際に明白な場合にのみ認めることとし、これを前提として、類推を許容する次のような発言があった。

「もちろん、その場合には、より広く法的効果を認め、302条のみならず、契約コンツェルン法のその他の規定——殊に304条および305条——の類推を認めるべきである。」

5) Koppensteiner の結論　Koppensteiner は、「むすび」において、もう一度、次のことを示唆した。

「立法資料からは間隙を認めるためのものはなにも出てこない。立法者は事実上のコンツェルンという現象は知らなかったが、これは法規整の対象となっている。311条が適用されない場合には、立法者は、最終的に、その法的効果を317条において規整している。反対説が確認する間隙は事後的に構成されたものである。さらに、302条ないし305条の法的効果は非常に重大であるから、

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

その要件が厳しく定められることは全く意味のあることである。これは、立法者がこの重大な法的効果のゆえに契約の存在を要求した、ことの理由でもある。」

### 3. 差止め請求権

1) 緒説 支配企業の指示に従い、かつ指揮力の「加重的」、すなわち、包括的・広範囲の行使の結果としてなされる業務執行行為の差止め権を株主が有するか否か、有するとするならば、どのような要件のもとにおいてであるか、が問題となった。

2) 否定説 次のような発言があった。

「株式会社の機関に対して、適法な行為を請求する一般的な権利を株主は有しない。そのような訴権は、機関の権限踰越によって当該株主の固有の権利が侵害されることを前提とする。したがって、個々の株主の訴権が問題となりうるのは、個々の株主を保護する規定が、加重的事実上のコンツェルンの形成によって侵害されたときにおいてのみである。しかし、そのような規定は明らかではない。」

3) 肯定説 この説も、請求権の前提として、「他の機関の権限踰越が存在すること」または「株主の特別の利益が侵害されること」を必要とする点では、否定説と同じである。ただ、この前提が「総会の同意なしに加重的事実上のコンツェルンが形成される場合には充足される」と解する。次のような発言があった。

「支配企業の利益に子会社の営業活動を完全に適合させることによって、外部株主が子会社に参加した目的が侵害される。」

さらに、次のような発言もあった。

「加重的事実上のコンツェルンについては、法規整に間隙があることは、参加者の過半数によって承認されている。その理由は、立法者は、311条以下においては緩かに指揮されるコンツェルンのみを許し、他方、指揮力の包括的な厳しい行使——それは加重的事実上のコンツェルンを形成する程度に至るもの

であるが——は契約コンツェルンにおいてのみ許しているからである。支配契約の締結には総会の同意が必要である。支配企業が、総会の同意を得ることなしに、契約コンツェルンにおいてのみ許される処置を誘引したならば、そこには重大な権限の踰越がある。このことは——個々の株主が他の機関の権限に徒に干渉できないということを前提としても——差止めの訴を肯定する。」

#### 4. Koppensteiner および Hoffmann-Becking の見解

1) Koppensteiner の見解 「317条の適用が、302条の類推よりも、その法的効果において優れている。302条の効果を越えて、317条は逸失利益の賠償も認める。317条は、差止め請求権、したがって、株主の固有の訴権の理由付けを可能にするから、スタートにおいて優先的価値を有する。311条および317条の不利益概念の、正確かつ方法論的に許容される拡張解釈は、危険状態の成立を阻止し、加重的事実上のコンツェルンの形成に有効に対処することを、個々の株主に可能にする。」

2) Hoffmann-Becking の見解 「加重的事実上のコンツェルンの違法性は、個々の株主に差止め請求権を認めるための十分な理由とならない。この請求権を肯定するためには、株主の具体的な権利が侵害されなければならない。加重的事実上のコンツェルンが形成されることによって、この前提が充足されると解するのは疑問である。」

### 七 ドイツ株式法の加重的事実上のコンツェルンに関する論争の示唆するもの

#### 1. 緒 論

1) 加重的事実上のコンツェルン概念の必要性 わが国の会社法において、コンツェルンを契約コンツェルンと事実上のコンツェルンに区別する規定があるわけではない。ただ、コンツェルン契約を締結するに際しての手続を定める規定があるのみである（商法245条1項2号参照）。したがって、契約コン

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

ツェルンに関する規定を、特にコンツェルン的拘束の強化された事実上のコンツェルン（加重的事実上のコンツェルン）に類推するということはない。しかし、事実上のコンツェルンを加重的事実上のコンツェルンとそれ以外のものに区別すべきであろう。なぜならば、前者においては、そのコンツェルン指揮の包括性・一般性から、その責任について特別の考察が必要となるからである。これに対して、後者にあつては、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るから、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であろう（商法294条-2参照）。以下において、コンツェルンまたは事実上のコンツェルンというときは、特に断らない限り加重的事実上のコンツェルンを意味する。

2) 差止め請求権・株主の代表訴訟　ドイツ法においては、従属会社またはその株主のコンツェルン指揮に対する差止め請求権が問題となっているが、これはわが国のコンツェルン関係においても当然に問題となることである。ところで、わが商法には、株主による取締役の行為の差止に関する規定（商法272条）がある。したがって、これを利用することによって、コンツェルン指揮の差止めができるのではないかと考えられる。また、ドイツ法において、会社の損害賠償請求権の株主の代位行使も問題となっていた。これについては、商法には規定（267条以下）がある。したがって、これを利用することによって指揮の責任を捉えることも考えてよい。

## 2. 加重的事実上のコンツェルンの意義

1) 緒説　ドイツの学説において検討したように、ドイツの学説が加重的事実上のコンツェルンの意義を明確にすることに成功しているとはいえない。ただ、コンツェルン指揮が包括的・一般的に行使される場合に、加重的事実上のコンツェルンの存在が、一般に認められているにすぎない。しかし、加重的事実上のコンツェルンに特別の法的効果を与えるとするならば、その意義を明確にする必要がある。このための示唆を与えてくれるものとして、イギリス会社法における親子会社の定義がある。最新の改正法である1989年会社法によつ

て、イギリス法の定義を、まず、概観することとする。

2) 1989年イギリス会社法における親子会社の定義 (1) 定義 1989年会社法144条は、1985年会社法736条を改正して、子会社、親会社および完全子会社 (wholly-owned subsidiary) を次のように定義する。

親子会社関係は、次のいずれかの場合に認められる。

① A会社がB会社における議決権の過半数を有する場合。

② Aが、Bの社員であって、かつ、Bの取締役の過半数の選任・解任権を有する場合。

③ Aが、Bの社員であって、かつ、他の子会社またはBの社員との契約によって、Bにおける議決権の過半数を単独で支配する場合。

①を「議決権支配」、②を「取締役支配」、③を「契約的支配」ということができる<sup>98)</sup>。これらの場合に、Aが親会社であり、Bが子会社である (S.736(1))。

完全子会社とは、その株式のすべてが、他の会社、その子会社ならびにこれらのいずれかの名義人によって、所有されている会社である。(s.736(2))。

(2) 定義の補完 1989年会社法144条は、さらに、1985年会社法の736条Aを改正して、次のように定義を補完する<sup>99)</sup>。

① 議決権支配または契約的支配にあっては、株式に関する議決権のみが計算に入れられる。ただし、株式が存在しない場合には (新736条3項によれば、ここでの会社には、すべての社団法人 (body corporate) が含まれるのである)、すべての事項またはほとんどすべての事項について総会で行使される議決権が計算される (s.736A(2))。

② 取締役支配にあっては、取締役の過半数とは、数的過半数を意味するのではなく、すべての事項またはほとんどすべての事項について取締役会で行使される議決権の過半数を、取締役の選任・解任によって、支配することを意味する (s.736A(3))。

③ 他の者の同意を得て取締役を選任または解任する権利は、計算に入れな

98) Geoffrey Morse, Companies Act 1989, p. 40-200.

99) Ibid.



## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

い。ただし、他の何人も、その取締役の選任・解任権を有しない場合は別である。B会社の取締役としての選任がA会社の取締役としての選任に必然的に連びついている場合またはA自身がBの取締役である場合には、AはBの取締役の選任・解任権を有するものとされる（s.736A(3)(a)・(b)）。

④ 特定の場合においてのみ行使できる権利は、次のいずれかのときにのみ計算に入れる（s.736A(4)）。

(i) その特定の事態が発生し、かつそれが継続しているとき（s.736A(4)(a)）。

(ii) その特定の事態がその権利を有する者の支配下にあるとき（s.736A(4)(b)）。

一般に行使可能であるが、一時的に行使不能である権利は、常に計算に入れる（s.736A(4)）（例えば、遺言の検認に際して争いがあるとき）。

⑤ 信託関係において所持する権利は、受託者の所持する権利に入れない（s.736A(5)）。

⑥ 他人のために名義人が所持する権利は、その他人が所持するものとする。他人の指示または同意によってのみ行使される権利は、その他人のために名義人が所持する権利とする（s.736A(6)）。

⑦ 担保に供された株式の権利は、次の場合には、担保権設定者の権利とする（s.736A(7)）。

(i) 担保の価値を維持または実現するために株式を利用する権利は別として、これらの権利が、担保権設定者の指示によってのみ行使できるとき（s.736A(7)(a)）。

(ii) 通常の営業活動の一部としての貸付の承認と関連して株式が所持される場合であって、担保の価値を維持または実現するために株式を利用する権利は別として、これらの権利が、担保権設定者の利益のためにのみ行使できるとき（s.736A(7)(b)）。

⑧ 上の⑥および⑦の場合を除いて、子会社が所持する権利は、親会社が所持するものとする（s.736A(8)）。

⑨ 上の⑦に関しては、次の者の指示に従いまたはその利益のため行使でき

る権利は、会社の指示に従いまたはその利益のために行使できる権利とする (s. 736 A(9))。

(i) その会社の子会社または親会社。

(ii) その会社の親会社の子会社。

⑩ 自己株式の議決権は、議決権の計算に入れない (s. 736 A(10))。

⑪ 上の⑤ないし⑩の原則は、必要に応じて、重疊的に適用される。

3) 日本法における親子会社の定義 (1) 商法 商211条—2, 1項は、他の株式会社の発行済株式総数の過半数に当たる株式または他の有限会社の資本の過半数に当たる出資口数を有する株式会社を親会社とし、その他の株式会社または有限会社を子会社としている。そしてこの関係は孫会社にも拡張されている (商法 211 条—2, 3項)。問題は、発行済株式総数の過半数所持が、議決権を有する株式の過半数所持を意味するかであるが、争いはあるが、消極に解するのが妥当である<sup>100)</sup>。そうすると、商法のいう親子関係はコンツェルン的結合のメルクマールとはならないことになる。

(2) 財務諸表規則 財務諸規則 8 条 3 項は、親会社とは、他の会社の議決権の過半数を実質的に所有している会社をいい、子会社とは当該他の会社をいうとし、さらに親会社および子会社または子会社が他の会社の議決権の過半数を実質的に所有している場合には、当該他の会社も、また、その親会社の子会社とする、としている。ここでは、親子会社における支配関係が捉えられており、この規定によって捉えられているのは、原則として<sup>101)</sup>、コンツェルン関係であるといつてよい。

3) 日本法における加重的コンツェルンの法的構成 (1) 原則 親子会社の定義によってコンツェルン関係を捉えているのは、商法211条—2, 1項および3項ではなく、財務諸表規則 8 条 3 項である。同項は、イギリス会社法の親子会社関係認定のうち議決権支配の場合を捉えて、これを親子関係のメルクマールとしているのである。この定義をもって、議決権支配に関する限りは、加

100) その理由として、拙稿「結合企業のサバイバルのための活動と一人会社」獨協法学25号4頁注(2)参照。

101) 原則としてというのは、議決権の過半数を所有していても、実際には、支配服従関係がないこともありうるからである。

重的事実上のコンツェルンの法的構成と考えるのが妥当である（もちろん、議決権支配のみに限定して加重的事実上のコンツェルンを認定するのではない）。しかし、この定義に該当する場合であっても、コンツェルン指揮が現実包括的・一般的に行われないために、加重的事実上のコンツェルンの存在を認めるのが妥当でないときもあり、また、逆の場合もあろう。この問題は次の方法で解決すべきである。

（2）加重的事実上のコンツェルンの存否と立証　議決権支配があるとき、コンツェルン関係が推定されることは、イギリス会社法においても、これが親子関係認定のメルクマールとされていることから明らかであり、また、ドイツ株式法17条2項は過半数参加をもって従属関係を推定し<sup>102)</sup>、同18条1項3文は従属関係の存在をもってコンツェルン関係を推定している。したがって、議決権支配が存在するときには、コンツェルン関係が推定され、包括的・一般的コンツェルンの存在を否定する者に、その不存在について証明する負担が課せられることになる。これとは逆に、議決権支配がないときにも、コンツェルン関係の認められうることは、イギリス法の取締役支配または契約支配の場合を考慮するまでもなく明白であるが、このときには、推定はないから、コンツェルン関係の存在を主張する者に、その存在について証明する負担が課せられることになる。例えば、割賦販売において、与信者と販売業者との間に商法211条-2にいう親子関係が存在する場合、コンツェルン関係の存在を主張する者が、与信者の与信システムと販売業者などの商品、サービスとがネットワーク・システムに組み込まれていることを証明すれば、両者間にコンツェルン関係の存在の証明があったと考えられる。なぜならば、与信者と販売業者などの営業活動をシステム化し、ネットワーク・システムに組み込むことは、両者間に存在する商法上の親子関係と相まって、両者の関係は法形式的には別個の形をとっていても、実質的・経済的に密接な関係にあること、すなわち、コンツ

102) ここにいう過半数参加は、持分への過半数参加または議決権の過半数所有を意味するのであるが (§ 16 Abs.1 AktG)、これは両者が必ずしも一致しないから、双方において支配従属関係を推定するのである (vgl. Godin/Wilhelm.; Fn. (6), § 16 Anm. 2)。したがって、支配関係を考慮しない商法211条-2, 1項および2項とは趣旨を異にするのである。

ェルンの統一指揮が存在することを明白ならしめるからである<sup>103)</sup>。

逆に、議決権支配があっても、コンツェルン関係が存在しないこともありうる<sup>104)</sup>。この場合には、コンツェルン関係の不存在を主張する者がそれを証明しなければならない。ただ、注意しなければならないのは、この証明には、議決権支配が業務執行機関のポストの占有または業務執行への指揮権を生みださないことを明らかにすることだけでは不十分であるということである。ほかに、支配服従関係を生みだす可能性がないことも証明しなければならないのである<sup>105)</sup>。

### 3. 加重的事実上のコンツェルンの法的効果

1) 緒説 加重的事実上のコンツェルンの存在、すなわち、コンツェルン関係として法的に評価できる支配服従関係が認められたときには、コンツェルンに一般に認められる特殊性を前提としての効果を、可及的に法的にも評価すべきである。具体的にいえば、コンツェルン企業の経済的一体性の法的評価およびコンツェルンにおける支配企業の従属企業への指揮の責任である。

2) コンツェルンの一体性の法的評価 (1) 子会社の締結した契約に関する支配企業の責任 (イ) 契約締結交渉への親会社の参加<sup>106)</sup> ①契約締結上の過失 (i) 締約補助者としての親会社の責任 親会社は、子会社の契約交渉に積極的に介入することによって、締約補助者となる<sup>107)</sup>。ところで、契約締結上の過失は、信義則を理由として認められるものであって、契約締結の誠実な交渉における正当な信頼を保護することにある。そうすると、締約補助者の

103) 日本私法学会・シンポジウム「コンピュータ・システムと私法」(青木発言) 私法 50号80頁・81頁参照。

104) Münchener Handbuch des Gesellschafts, Band 4, Aktiengesetz. 1988, § 68 Rn. 41.

105) Ibid., § 68 Rn. 57.

106) 詳しくは、拙稿「子会社の締結した契約についての親会社の責任(上)」獨協法学 21号71頁以下参照。本稿は、これをコンツェルンの一体性を強調しつつ、要約したものである。その意味では前稿よりも論点が明確になっている。

107) v. Planta, Andreas, Die Haftung des Hauptaktionäres, 1981, S. 101.

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

契約締結への利益が、契約締結上の過失を理由に、その者の責任を生ぜしめるためには、その利益自体が客観的に認識可能であって、その結果、特別の信頼を生ぜしめている必要がある<sup>108)</sup>。契約補助者への信頼が相手方に生じていることが、契約締結上の過失を適用する要件なのである。親会社の子会社の契約締結に積極的に介入することは、親子会社のコンツェルン的一体性から、契約の相手方に親会社への信頼が生ずるのは当然である。親会社は、子会社の債務不履行について、悪意であるかまたは善意であることに過失があるときは<sup>109)</sup>、契約締結上の過失による責任を負うことになる。相手方は議決権支配と親会社の介入を証明すればよく、親会社の善意無過失については、親会社に立証責任があるのである。

(ii) 契約準備段階における義務違反による親会社の責任　子会社との契約の相手方が、コンツェルン的一体性を考えて、親会社の子会社の信用状況について確認を求めることも多いと思われる。このとき、この照会に応ずることは、契約締結への自己の利益を客観的に表明したと評価されるのは、親子会社の一体性から当然である。この結果、親会社と契約の相手方との間には信頼関係が成立する<sup>110)</sup>。親会社が、子会社の状況を繕う発言をしたとき、または、契約の相手方に子会社の信用性について疑問を生ぜしめうる事実を隠したときは、親会社は、前契約的義務に違反し、契約締結上の過失の責任を問われることとなる。

契約の準備段階では親会社のみが交渉相手であったが、契約締結のときに初めて子会社が契約当事者として登場することは、コンツェルン企業を相手とする契約には、しばしば見られるところである。この場合、契約の相手方には親会社に対する信頼が生じているのであるから、親会社は、子会社の債務不履行について悪意または善意であることに過失があるとき、同様に、契約準備段階における義務違反として、その責任を問われることとなる。

② 事実上の保証人としての親会社の責任 (i) 緒説　子会社と契約締結の交渉中である相手方は、親会社の交渉への関与によって、当該契約をコンツ

---

108) Ibid., S. 102.

109) 水本 浩・債権各論(上) (民法セミナー 5) 141頁参照。

110) v. Planta, Fn. (107), S. 102.

ェルンを相手とする契約と考え、コンツェルンへの信頼、具体的には親会社への信頼をモメントとして、契約締結に進む。そこで、契約締結上の過失を理由として責任を親会社に負わすほかに、親会社に保証人としての責任を負わす方法はないであろうか。

(ii) 権利外観理論 親会社の子会社の契約への介入は、親会社に対する信頼を契約の相手方に生じさせることは否定できないが、この信頼が、親会社の保証人としての地位への信頼、すなわち、親会社の保証債務の外観への信頼というものであろうか。これは否定されるべきである。親会社が子会社の契約交渉に指導的な形で介入することによって、契約の相手方は子会社の契約債務履行について信頼するであろうが、この信頼をもって直ちに保証人としての親会社に対する債権成立への信頼ということはできないからである。外観上成立した権利状態への信頼が、ここに存在するとはいえないからである<sup>111)</sup>。

(iii) ≪Venire contra factum proprium≫<sup>112)</sup> 自己の行為によって、契約相手方に一定の行為への正当な期待を懐かせた者は、最早、その期待に反して異議を述べることは許されない<sup>113)</sup>。このような原則は、民法1条3項の権利濫用から生ずる<sup>114)</sup>。そこで、子会社の契約交渉に親会社が介入することによって、契約の相手方が、コンツェルンの単一性をモメントとして、必要ならば子会社の債務履行を親会社は保証するであろうと信頼した場合に、親会社の責任は成立しないであろうか、問題となる。しかし、「債権者は注意せよ」(caveat creditor) という格言があるのであって、契約の相手方は、子会社の契約債務履行に不安があるならば、親会社と保証契約を締結すべきであり、これをしなかった以上は、親会社の責任は問えないであろう。この結論は正しい。契約の相手方が親会社と保証契約を締結できる状態にある限り、この結論を認めてよい。私的自治が機能しない場合、例えば、親会社に正式の保証契約を要求することは、子会社との取引停止を生ずるおそれがあり、この取引停止が、相手方である中小企業に経済的破滅をもたらすようなときにも同様に解す

111) Ibid., S. 104.

112) 「自己の行為に反することは許されない」という格言。

113) v. Planta, Fn. (107), S. 104.

114) 拙稿・注(106)、獨協法学21号76頁。

べきであろうか。親会社の指揮の下に子会社と締結した契約の履行に対して、契約の相手方は、コンツェルンの一体性を信ずるしか仕方がないときには、この信頼は《venire contra factum proprium》の原則の適用を肯定するといつてよい。親会社の事実上の保証人としての責任が肯定されるのである。

(iv) コンツェルンの信頼 以上は、コンツェルンの一体性から生ずる信頼を前提として、従来の契約理論に従いつつ親会社の責任を認める理論である。これに対して、コンツェルンの信頼それ自体が親会社の責任を生ぜしめるという考え方がある<sup>115)</sup>。これによれば、親会社は、契約交渉に参加することによって、自己に対する信頼を生み出すのであり、契約の相手方はこの信頼に応じた責任が親会社に成立していると考ええるから、客観的に見て、親会社が子会社の債務について責任を負う旨の法律行為的意思決定をしたと考えてよい、というのである。すなわち、コンツェルンの信頼が責任を生み出すというのである。この結論はコンツェルン法的観点から誠に魅力的である。しかし、契約の相手方の信頼が、親会社の履行責任への信頼ではなく、コンツェルン関係を背景とする子会社の履行能力への信頼であることを考えれば、この信頼から直ちに親会社の責任が発生すると考えるには、いささか躊躇せざるをえないのである。

(v) 不法行為責任<sup>116)</sup> ① 緒説 コンツェルンの一体性から生ずる債権侵害が、ここでの不法行為なのであるが、子会社の契約締結の際に親会社が直接介入した場合には、前述の如く契約締結上の過失による責任が生ずるので、特に不法行為責任を論ずるまでもない<sup>117)</sup>。これに対して、親会社は、直接には介入せず、コンツェルン指揮を行使することによって、子会社の契約に介入する場合には、契約の相手方の親会社への信頼は発生していないから、独立に

115) Vgl. Reh binder, Escard, Konzernaus senrecht und all gemeines Privatrecht, 1969, S. 328.

116) 詳しくは、拙稿・注(106)、獨協法学21号76頁以下参照。本稿で引用する趣旨については、注(106)で述べたところを参照。

117) 債務不履行責任が成立するときにも、不法行為責任の成立を認める立場をとれば、もちろん、別である。この立場に立っても、債務不履行責任を追及する場合には、相手方が故意・過失の立証責任を負わないのだから、この方が有利であろう（なお、水本・注(109)、63頁参照）。

親会社の不法行為責任を論ずる実益がある。まず、これを取り扱い、次に契約成立後の親会社の債権侵害に及ぶこととする。

② 契約締結とコンツェルン指揮 親会社が、コンツェルン指揮を行使することによって不法行為責任を負担するのは、コンツェルン指揮それ自体に違法性がなければならない。例えば、親会社に対する架空の債権証書の子会社に作成させ、これによって契約の相手方を信用させて契約を成立させるなど、コンツェルン指揮が詐欺の教唆（民法719条2項）に当たる場合である。このとき、契約の相手方は、親子会社間に議決権支配があることおよび債権証書が架空であることを証明することによって、コンツェルン指揮の下に架空の債権証書が作成されたこと、すなわち、親会社の教唆を立証すればよい。親会社は、議決権支配があるにもかかわらず、加重的事実上のコンツェルンが存在しないことを証明すれば、他に特別の教唆行為が証明されていない限り、免責されるが、これはかなり困難であろう。

③ 契約締結後とコンツェルン指揮 第三者が、違法に、債務者を教唆しまたは債務者と通謀してその債務の全部または一部の不履行を生じさせ、債権者に損害を与えた場合に、第三者の債権侵害による不法行為が成立する<sup>118)</sup>。違法とは、債権者に損害を与える目的を有するときまたは第三者が債務不履行を利得の意思で利用するときである。親会社が、コンツェルン指揮を行使して、子会社に債務不履行を生ぜしめるのは、コンツェルン利益のため、より具体的にいえば、親会社の利益のためであるから、上の要件が充足されることになる。ただ、この場合には、議決権支配のみで当該債務不履行に親会社の教唆などがあったと推定するのは困難であろう。議決権支配のほかに、親子会社の取締役の同一性など特別の事情が必要であろう。

親会社のコンツェルン指揮に従った結果として、子会社の一般財産が減少した場合、子会社の債権者に対して、親会社の不法行為責任が成立するであろうか。債務者の一般財産の減少の場合には、諸説があるが、債権者を害する意図をもってなされる債務者の行為に第三者が積極的に関与したとか、まさに一体となって共謀したというような、違法性の著しい場合には不法行為が成立する

---

118) 三島宗彦・注釈民法(19)81頁。



## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

といってよい<sup>119)</sup>。子会社の行為への積極的関与または子会社の行為との一体性の証明には、ここでも、議決権支配のほかに、特別の事情、すなわち、親会社の債権者を害する意図を認定できる指揮を明らかにする必要がある。例えば、親会社に対する多額の債権を子会社が放棄し、子会社の債務超過が生じたという事実が証明されれば、議決権支配と相俟って、この債権放棄がコンツェルン指揮の下に行われた違法行為であると認められ、したがって、債務者の行為に対する第三者の積極性または同一性が認められ、親会社の不法行為が成立することとなる。

(2) 親会社株主の子会社の会計の帳簿・書類の閲覧権 (イ) 緒説 商法 293条-6 は、少数株主権として、会計の帳簿・書類の閲覧権を認めているが、親会社の株主が子会社の帳簿・書類を閲覧することができるか否か問題となる。親会社が子会社を利用して利益隠しまたは架空の利益計上を行うことがよくあるが、このような場合には、子会社の帳簿などの閲覧が認められないと、親会社の株主には、会社の財政状態の判断を正確に行うことが不可能となる。帳簿・書類の閲覧権の母法であるアメリカ法を概観しながら、この問題を検討しよう。

(ロ) アメリカ法 デラウェア法においては、完全子会社または被支配子会社の記録が閲覧の対象となるか否かについては、判例は一致していない<sup>120)</sup>。Martin v. D.B. Martin Co. 事件において<sup>121)</sup>、子会社が親会社の道具であることを認定した上で、持株会社の子会社の記録の閲覧が許された。しかし、その後、Skouras v. Admiralty Enterprises 事件において<sup>122)</sup>、裁判所は、完全子会社の記録の閲覧を認めず、親会社と共通する取締役によって子会社が完全に支配されていても、このことは子会社の独立性を否定するものでないと判示した。もっとも、親会社の閲覧の許可された記録のみでは不十分であることを証明すれば、株主は改めて閲覧命令を申し立てうることを、裁判所は示唆して

119) 同上83頁参照。

120) Drexler/Black/Sparks, Delaware Corporation Law and Practice, 1989, 27. 04-12.

121) 88 A. 612 (Del. Ch. 1913).

122) 386 A. 2d 674 (Del. Ch. 1978).

いる<sup>123)</sup>。アメリカの各州制定法の下において、裁判所は閲覧対象記録を拡張する傾向にあるが<sup>124)</sup>、その具体例として、親会社に完全に支配された子会社の帳簿の閲覧を認めることが挙げられている<sup>125)</sup>。したがって、アメリカ法の原則として、「株主は、子会社が親会社に支配・管理されているときには——その管理の程度が決定的事実であるが——、子会社の帳簿を閲覧することができる」といってよい<sup>126)</sup>。これに関連して、子会社の持分の過半数所有を子会社の帳簿・記録の管理と同視することを拒否した *State ex rel. Rogers v. Sherman Oil Co.* 事件<sup>127)</sup>が注目される。

(イ) 日本法 子会社が親会社に支配・管理されているとき、子会社の帳簿・記録の閲覧を認めるのがアメリカ法であるが、これをコンツェルン的に表現すれば、加重的事実上のコンツェルンにあつては、必要な限り、子会社の帳簿・書類の閲覧を認められるということである。この結論は、わが国においても認めてよいと思う。必要性の証明であるが、加重的事実上のコンツェルンの証明、換言すれば、例えば、議決権支配を証明することによって立証責任を果たしたことになる。わが国の学説においても、子会社が親会社の一部と考えられる程に財産的關係が密接なときは、子会社の「会計の帳簿・書類」の閲覧権を、親会社の株主は有すると解すべきであるとする<sup>128)</sup>のが有力である。

3) コンツェルン指揮の責任 事実上のコンツェルンにおいて、親会社の責任は、親会社を子会社の事実上の取締役と解することによって、最もよく捉えることができるし、この構想は比較法的にも妥当であることは、別に述べているのでここでは繰り返さない<sup>129)</sup>。以下では、親会社を子会社の取締役と解

123) Drexler/Black/Sparks, note (120), 27. 04-12.

124) 拙稿「商法293条ノ6に基づく法人税確定申告書の控え及び案の閲覧及び謄写を求める仮処分申請が却下された事例」金融・商事判例837号47頁参照。

125) Hamilton, *The Law of Corporations*, 2nd ed., 1987, p. 373.

126) Oleck, *Modern Corporation Law*, Vol. 3, p. 607; see *Balley v. Boxboard Products Co.*, 170 A. 127 (1934).

127) 117 A. 122 (Del. 1922).

128) 田中誠二・再全訂会社法詳論下巻886頁、大隅健一郎＝大森忠夫・逐条改正会社法解説464頁、大隅健一郎＝今井 宏・新版会社法論中巻II 493頁。

129) 子会社の取締役の違法行為への教唆者として親会社の責任を捉える考え方もあるが(田中・注(128)上巻627頁、大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」商事法務46

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

することを前提として、取締役の違法行為に対する株主の差止め請求および代表訴訟を検討することとする。取締役の違法行為の差止め請求権は監査役も有するが（商法 275 条-2）、コンツェルン関係を考えれば、子会社の監査役が差止め権を行使することの可能性を特に論ずるまでもないであろう。項を改めて検討することとする。

### 4. コンツェルン指揮の責任(1)

——株主の差止め請求権および代表訴訟と関連して——

1) 親会社の行為 (1) 違法性 取締役として親会社は、子会社に対して善管義務および忠実義務を負う。したがって、子会社の指揮において、善良な管理者としての注意を払い、その利益を図り、子会社と利益衝突の生ずる立場に立つことはできない。親会社の指揮は、具体的には、子会社の取締役の業務執行行為となって現われるのであるから、子会社の取締役の業務執行が非従属会社の取締役の注意義務に違反するとき、取締役としての親会社の注意義務違反が生ずることとなる（ドイツ株式法317条 2 項参照）。親会社の違法行為が認定されることとなる<sup>130)</sup>。

(2) 親会社の指揮 親会社の行為が違法とされるのは、子会社の取締役の義務違反行為が親会社の指揮によって行われたときである。そこで、子会社の取締役の行為と親会社の指揮との関連性が問題となるのであるが、加重的事実上のコンツェルンの存在は、この関連性を推定させる。なぜならば、通常、議決権支配をもって、このコンツェルン関係の存在が認められ、これは一般的・

---

頁)、この考え方では、各株主に認められる取締役に対する責任追及の訴を親会社に及ぼすことができず、少数株主の保護として十分ではないであろう（田代有嗣・新版親子会社の法律438頁参照）。この点、親会社を取締役と解せば、取締役に対する訴は、当然に、適用されることとなり、このような批判は当たらないことになる。法人を取締役と解するのは解釈論上無理であるとの批判もあるが（江頭憲二郎・会社法人格否認の法理410頁）、わが商法は法人取締役を禁止することを明定はしていないのであって、それは解釈に任されているのである。この問題については、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頁参照。

130) 拙稿・注(1)参照。

包括的および個別的・具体的な指揮を推定させるからである。したがって、親会社の違法行為の差止めを求める者は、議決権支配を証明すれば十分であり、それ以上に、具体的指揮を証明する必要はないのである。

(3) 子会社の取締役の行為 親会社の違法行為が成立するためには、子会社の取締役に義務違反がなければならない。この義務違反はどのような基準で判断されるべきであるか。ここで問題となっているのは、親会社の取締役としての違法性であるのだから、子会社の取締役の個人的・特殊な事情は考慮すべきでないであろう。子会社の取締役の行為が非従属会社の通常の誠実な営業指揮者の注意に違反すると客観的に把握されるならば、それは、まさに、取締役としての親会社の注意義務違反となるのである<sup>131)</sup>。

2) 株主の差止め請求権 (1) 総説 英米においては、原告の訴にもとづいて、裁判所が被告に一定の行為を禁止する衡平法の禁止的救済を差止め(injunction)というが、これにならって、昭和25年の改正によって、株主の差止め請求権(商法272条)が認められたのである。

差止の対象たる行為の範囲については争いがあるが、有効・無効の行為を含み、ただ、有効な行為の場合には、その行為が行われる前に差止めなければならない<sup>132)</sup>。差止めの方法は必ずしも訴による必要はなく、裁判外で当該取締役に対して、この行為の差止めを請求することができる。取締役がこの請求に応じないときには、当該取締役を被告として訴を提起し、それを本案として仮処分を求めることができる(民事保全法23条1項・2項)。請求の相手方を代表取締役に限定する立場もあるが、代表権を有しない業務担当取締役の行為を差止める必要もあり、また、取締役会の決議を差止めの対象にしなくとも、その決議にもとづく代表取締役または業務担当取締役の行為を差止めればよいわけである。差止めの相手方を代表取締役に限定する必要はない。

(2) 差止めの対象たる親会社の指揮 子会社において、市場の放棄、特定分野における研究の強化もしくは制限、投資の拡大もしくは中止、販売・仕入施設の支配企業への委譲、または親会社への有能な使用人の派遣などが予定さ

131) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner. § 317 Rn. 14.

132) 大隅=大森, 注(128), 311頁その他多数。

れ、これらが、客観的に、非従属会社の取締役の義務に違反する行為と判断されるとき、親会社の取締役としての違法性が認定される<sup>133)</sup>。もっとも、業務執行的決定は不確実な要素——景気・需要・金融事情など企業外の将来の状況や環境の変化——を前提としてなされるのであるから（ここから取締役に委ねられる広い裁量領域が生ずる）、これらの行為の効果を予め明確に判断できないことも多く、非従属会社の取締役の義務に違反するか否か確認できないこともしばしばあろう<sup>134)</sup>。しかし、このような留保はあるとしても、非従属会社の取締役が自己の会社を破産させる可能性のある危険を引き受ける判断をすることは許されない。したがって、会社の存続を危殆ならしめる処置はすべて取締役の義務に違反するのである<sup>135)</sup>。また、研究・開発・仕入・販売などの経営的活動の親会社への集中やコンツェルン的要請にもとづく生産設備の専門化（その生産品が自由市場の費用をカバーする価格で販売されないから）は、会社の存続を危殆ならしめないとしても、会社に明確な危険を生ぜしめる判断であって、非従属会社の取締役の義務に反する違法な行為である。このゆえに、これらの行為に該当する場合には、これによって会社に回復するべからざる損害を生ずるおそれのある場合であって、商法 272 条の差止め請求権行使の要件を充足するのである。

（3）差止めの相手方　子会社の株主は、親会社に対して違法なコンツェルン指揮を中止すること、子会社の取締役に違法な執行をしないことを請求できる<sup>136)</sup>。請求に応じないときには、株主は親会社に対して差止めの訴を提起し、これを本案として仮処分を求めることができる。

133) 拙稿・注(1)、獨協法学30号8頁。

134) Vgl. Geßler/Hefermehl/Kropff, § 311 Rn. 177 ff.; Emmerich/Sonnenschein, Fn. (16), S. 338.

135) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 39; Stohn, Fn. (14), S. 76; Rehbindner, Fn. (115), S. 237; Mestmäcker, FG Kronstein, S. 129, 147; Martens, DB 1970, 865, 867.

136) 《Injunction》は、被告人またはその使用人もしくは代理人が、ある行為を行うおそれがあるときまたは行わんとしているときに、被告人がその行為をすることを禁止しまたは被告人がその使用人もしくは代理人にその行為への許可を与えることを禁止することを原告が裁判所に求める衡平法上の救済である (Black's Law Dictionary, 5th ed., p. 695)。

(4) 差止め請求者 端株主や単位未満株主を除いて、6か月以上にわたって子会社の株式を有する株主が差止め請求権を有する。しかし、實際上、この請求権を行使するのは、子会社の外部株主（コンツェルン外株主）である。これらの外部株主に対して、貸借対照表（計算書類規則9条2項・20条2項・29条1項）、営業報告書（計算書類規則45条1項3号）および付属明細書（計算書類規則47条1項7・10号）において開示される親会社に関する情報では、事前に親会社の違法なコンツェルン指揮を察知して、外部株主が、迅速に、差止め請求権を行使することに過度の期待をかけるべきでないかも知れない。

(5) 小括 子会社株主の差止め請求権に過度の期待は禁物であるとしても、そのような請求権を子会社株主が有するということは、親会社のコンツェルン指揮に対して規範的影響を与えるであろうし、この影響は決して無視できないものといえるのである<sup>137)</sup>。

3) 子会社株主の代表訴訟 (1) 総説 取締役の責任に関して、会社が責任追及を怠っている場合には、株主は、会社に対し書面をもって取締役の責任を追及する訴を提起するよう請求することができるのであり、会社がこの請求を無視するときには、当該株主は自ら会社のために訴を提起しうる（商法267条1項・2項）。アメリカ法の代表訴訟（representative suit, derivative suits）にならって、昭和25年改正の際に採用したものである。代表訴訟には二つの請求が含まれているのであって、一つは、会社による取締役への請求であり、二つは、株主自身による取締役への請求である<sup>138)</sup>。取締役である親会社の責任追及であってみれば、子会社の親会社の責任追及は、実際上、行われることは稀であろうから<sup>139)</sup>、以下で問題とするのは、株主による取締役の責任追及である。

(2) 親会社の責任 取締役としての親会社は、違法なコンツェルン指揮によって、子会社に対して損害を与えたときは、子会社に対して損害賠償責任を

---

137) Koppenssteiner は、危険状態および加重的事実上のコンツェルンの形成の阻止に、差止め請求によって、株主は有効に対処できるという（Reichert, Fn. (97), S. 105）。もっとも、若干、文脈を異にするが、コンメンタールでは、あまり、差止め請求権は役立たないとする（vgl. Kölner Komm. AktG/Koppenssteiner, § 317 Rn. 22）。

138) See Hamilton, note (125), p. 415.

139) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppenssteiner, § 317 Rn. 27.

## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

負う（商法266条1項5号）。違法なコンツェルン指揮は、子会社の取締役の非従属会社の取締役の義務に違反する行為があったとき、その違法性が認められ、親会社の違法行為が存在することとなる。コンツェルン関係の存在によって、一般的・包括的または個別・具体的なコンツェルン指揮が推定され、子会社の取締役の義務違反によって、これに違法性が付加されるからである。

(3) 子会社の損害 親会社の損害賠償責任は子会社に損害が発生することを前提とする。損害額は子会社の取締役の違法行為と相当因果関係にある損害のすべてである。注意すべきは、違法なコンツェルン指揮がなされたとき、それを前提として子会社の取締役によってなされる行為は、すべて違法なコンツェルン指揮に帰責されるということである<sup>140)</sup>。例えば、コンツェルン内において、子会社の生産設備が専門化されたとき、これを前提とする子会社の取締役の行為は、違法なコンツェルン指揮によるものと考えられるのである。このとき会社の損害は、会社が市場で独立の企業体として活動していたならば会社が維持していたであろう財産・損益状態との比較によって算定され、したがって、損害の総計化がなされることになる<sup>141)</sup>。これに関して、一言すれば、ドイツにおいては、民事訴訟法287条によって、損害額を裁判所が決定する制度があるが、わが国においては、このような制度はない。ただ、会社の整理（商法386条1項8号、394条～396条）、特別清算（商法454条1項5号・3項）および会社更生法（72条1項1号、73条～77条）に、取締役の責任の査定裁判の定めがあるに過ぎない。このような制度が、代表訴訟に関して設けられることが望まれる<sup>142)</sup>。

(4) 請求権者 請求権者は6か月以上継続して子会社の株式を有する株主であるが（端株主・単位未満株主は除く）、差止め請求の場合と同様に、コンツェルン外株主以外にこの権利を行使することは考えられない。株主は、会社への給付を請求できるに過ぎないが、弁護士報酬以外の形で支出した費用や自己の労力については一切補償を受けることができない（商法268条-2、1項）。

---

140) Vgl. *ibid.*, § 317 Rn. 18.

141) Vgl. *ibid.*, § 317 Rn. 18, 19.

142) 日本私法学会「シンポジウム・役員の責任」（竹内昭夫発言）私法42号121頁・122頁参照。

これは代表訴訟の制度の実効性を奪うものであって、この点に関する改善も望まれるのである<sup>143)</sup>。

孫会社の株主による親会社の責任追及も、親会社および子会社または子会社による孫会社の議決権支配が認められるとき、つまり、コンツェルン関係が形成されている以上、これを認めてよい。この場合には、親会社の子会社の指揮および子会社の孫会社の指揮には連動性が認められるからである<sup>144)</sup>。

(5) 小括 代表訴訟制度には、制度的欠陥はあるが、親会社の責任追及に固有なものではなく、この方法での親会社の責任追及の妥当性を奪うものではない。のみならず、場合によっては、子会社の株主、さらには孫会社の株主によって責任を追及される可能性のあることは、コンツェルン指揮の行使を慎重ならしめ、子会社の正当なる利益が維持されることになるう。

## 5. コンツェルン指揮の責任(2)

### ——子会社の株主および債権者に対する親会社の責任

1) 緒説 取締役がその職務を行うについて悪意または重過失があるときは第三者に対して連帯して損害賠償の責任を負う(商法 266条-3, 1項)。親会社の子会社の契約に関する責任については前述したが、ここでは、親会社を子会社の取締役と解することが生ずる、親会社の取締役としての子会社の株主および債権者に対する責任を取り上げることとする。

(2) 親会社の責任 親会社は、子会社の取締役であるから、違法なコンツェルン指揮を行ったときには、取締役としての任務に違反することとなり、第三者、殊に子会社の株主および債権者に対して責任を負うことになる。重過失ある場合も同様である。コンツェルン指揮の違法性の認定については、上述したところと同じである。

(3) 株主および第三者の損害 親会社の責任追及のためには、株主および第三者に損害が生ずることが必要であるが、株主の損害について間接損害を含

---

143) 同上, 122頁 ; vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 28.

144) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 28.



## 事実上のコンツェルン指揮の責任（二・完）

むか否かについては争いがある。判例<sup>145)</sup>・通説はこれを肯定する。この点、ドイツ株式法は、明文をもって、間接損害を含まないことを明らかにしている（§ 317 Abs. 1 Satz 2）。子会社債権者も、子会社から弁済を受けることができない限り、親会社の責任を追及することができる<sup>146)</sup>。

（4） 小括 親会社を子会社の取締役と解することは、取締役の第三者責任の規定を利用することを可能にするのであって、コンツェルン関係における重大な課題である子会社の外部株主および債権者の保護を、よりよく実現しうるのである。もっとも、この責任は多分に規範的なものに過ぎない面もあることを看過すべきでないことは当然である<sup>147)</sup>。

### むすび

ドイツで事実上のコンツェルンが加重的事実上のコンツェルンとそれ以外に区別されていることをモメントとして、コンツェルンとして特別の法的規整を必要とするのは、この加重的事実上のコンツェルンであるという結論を引き出した。そして、今迄、漠然とコンツェルンとしてきたものが、実は加重的事実上のコンツェルンを意味することを明らかにし、その概念内包を、したがって、概念外延を明確にし、法的安全を図った。次に、明確になった事実上のコンツェルン概念を前提として、親会社を子会社の取締役と把握し、それをもとに、コンツェルン指揮の責任の確立を目指したのが本稿である。その目的がどれほど実現しているかはともかくとして、私としては、「コンツェルン指揮の責任」の問題に関して、いささかでも新しいアプローチができたのではないかと思っている。

（1990年8月29日稿）

---

145) 最判昭和44・11・26判時678号4頁。

146) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 29.

147) Koppensteiner も、債権者による賠償責任の追及は、株主のそれよりも、もっと控え目に評価されるべきであるという (ibid)。