

〈論 説〉

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

——西ドイツ株式法における加重的コンツェル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)―(1)——

青 木 英 夫

はしがき

西ドイツ株式法 311 条は、支配会社の個別的・具体的な誘引から従属会社に生ずる不利益を利益をもって補償することを要求する。このためには、具体的な不利益を具体的な利益で補償することが可能でなければならない。従属会社が支配会社の一営業部門と同様な地位におかれ、支配会社が従属会社を継続的に指揮する場合には、このような補償関係は喪失している。このとき、支配契約を締結した契約コンツェルンに関する規定を類推適用して、従属会社を保護する方法と、当然に 311 条違反と考えて、違反に関する株式法 317 条の規定を直ちに適用する方法とがある。前者が通説の立場であり、従者が *Koppensteiner* を中心とする有力説である。株式法 317 条の基本的な構想は、支配会社を従属会社の事実上の業務執行機関として捉え、支配会社に従属会社に対する責任を負わす、というにある¹⁾。これは「事実上のコンツェルンにおいては、親会社を子会社の取締役と解すべきである」という主張の妥当性を証明するものである。それゆえ、事実上のコンツェルンに関して、*Koppensteiner* の見解を中心にして論述したのであった。なお、この親会社取締役論はコンツェル

1) 拙稿「事実上の取締役とコンツェルン関係」獨協法学28号24頁参照。

ンに関するEC第9指令案と同趣旨であって²⁾、この意味において、この主張は普遍性を有するということが許されるであろう。

株式法311条の実効性の問題は、加重的事実上のコンツェルン (der qualifizierte faktische Konzern) に関するものである。これについては既に述べたことがある。それにもかかわらず、改めてこれを取り上げるのは、311条違反の効果に関する株式法317条について、簡単にふれることはあっても、まだ詳論していないこと、さらには、この検討を通して、「事実上のコンツェルン指揮の責任」の研究に新たな展望が開けるのではないかと、とも考えたことによる。

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

1) 緒説 西ドイツ株式法は、コンツェルン形成の段階を、事実上のコンツェルン、契約コンツェルンおよび編入に区別している。このことから、加重

2) Vgl. Michael Hoffmann-Becking, Der qualifizierte faktische AG-Konzern, in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 70 f. もっとも, Amended Proposal for a Council Regulation on the Statute for European Companies, in: Harmonization of Company Law in the European Community, Measures adopted and proposed, Situation as at 1 January 1989 においては、「支配企業が従属会社に統一的指揮を行使し、これらの会社の一つがヨーロッパ会社法にもとづく会社であるならば、支配企業および従属会社はグループを構成する」(art. 223 (1)) とし、従属性は「発行済株式資本に関する議決権の過半数所有または管理機関員または監督機関員の過半数の指名権限」(art. 6 (2)) によって推定され、契約コンツェルンと事実上のコンツェルンとを区別することなく、支配企業が、従属会社に年度補償金を支払い (art. 231) かつ従属会社の外部株主への保護手続をとることを前提として、具体的には、これらの支配企業の保証を従属会社が公告すること (art. 237 I) によって、支配企業に指揮権を認めている (art. 240 I) ののである (Marcus Lutters (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 1976, S. 307)。また、従属会社の債権者の保護も図られている (art. 239)。したがって、ことさらに、親会社取締役論を云々する実益はないように考えられるかもしれない。しかし、指揮権行使に際して、支配企業の管理機関員は、善良な管理者として、コンツェルンおよびその構成員の利益を図らなければならない (art. 240 a) とされているのであって、このことは、支配企業の管理機関員が企業を代表すること (art. 65)、およびコンツェ

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

的事実上のコンツェルンを、「単純な」(einfach) 事実上のコンツェルンと契約コンツェルンの間の中間に位置するものと速断すべきではない⁸⁾。なぜならば、支配契約が締結されていても、現実に指揮権が行使されていない契約コンツェルンも存在しうるからである。上位会社が指揮権を行使するか否かは、コンツェルン指揮者の判断に依存しうるからである⁴⁾。

2) 判例 Autokran 事件⁵⁾において、BGH が捉えた加重的事実上のコンツェルンは、契約コンツェルンでのみ許される高段階のコンツェルンであった⁶⁾。加重的事実上のコンツェルンをこの意味に解するならば、それは、単純な事実上のコンツェルンと契約コンツェルンとの中間に位置するのではなく、契約コンツェルンの外延の境界上にあるといえる⁷⁾。このことから、上位会社が継続的に不利な全体的・個別的指揮を行使し、これに従うコンツェルン利益が存在せず⁸⁾、子会社の現実的存在の危険が限界に到したときに⁹⁾、コンツェルンは加重化される、という説を展開することが可能である¹⁰⁾。加重的事実上のコンツェルンには、指揮の限界を定め、子会社を保護する支配契約が存在しないからである。そこから、加重的事実上のコンツェルンに支配契約の締結を推定して、株式法 302 条および 303 条を適用する説が抽出されるのである¹¹⁾。

ルンまたは従属会社に明確に無用な指揮には従属会社の取締役は従う義務がないこと (Lutters, a, a, O.) を考えれば、支配企業自身がコンツェルンおよび従属会社の事実上の取締役である、と解することに照応するということもできるであろう。

3) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 69.

4) Vgl. a, a, O.

5) BGHZ 95, 330.

6) BGHZ 95, 330/345; vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesetz, 1988 (zit. Münchener Handbuch), § 69 Rn. 16.

7) Vgl. Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70.

8) Vgl. § 308 Abs. 1 S. 2 AktG. すなわち、支配契約にもとづく指揮権であっても、上位会社または他のコンツェルン構成企業の利益に反する指揮は許されないのである。

9) 支配契約の存続中または終了後に従属会社の存在を危殆ならしめる指揮は許されない (通説である) (Peter Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht, 1988, S. 148, 149 mit Fn.(4)).

10) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70.

11) この説は古い学説であって、現在では、株式法302条および303条の類推適用説が通説となっていることは前述したところである。この説の代表者といわれる Emme-

しかし、BGH は、上の状態に到らない場合においても、加重的コンツェルンを認めた¹²⁾。もっとも、Autokran 事件においては¹³⁾、不利益な個別的処置の補償が問題とされない程度にコンツェルンが加重化されていたのであって、そのために、「直ちに」契約コンツェルンに関する保護規定が類推適用されたのである¹⁴⁾。

3) 学説 学説は、契約コンツェルンの外延外においても、加重的事実上のコンツェルンを認める¹⁵⁾。学説には、法上のコンツェルンの最高段階、すなわち、編入の要件によって捉えようとするものもあるが、このように法的に規整されたコンツェルン要件を使用することは、加重的事実上のコンツェルンの概念究明のための学説の努力を無にするものであろう¹⁶⁾。

4) その他 新貸借対照表法も、加重的事実上のコンツェルンの概念を明らかにすることには役立たない¹⁷⁾。なぜならば、同法は、商法 271 条の参加による企業の継続的結合、商法 311 条の提携企業への決定的な影響力の行使、さらに商法 310 条の共同企業を認め、統一的指揮の段階的相違を捉えているのであるが、商法 290 条 1 項の定める連結義務が生ずる程度に加重化された統一的指揮を認識していないからである。EC 第 4 指令による新貸借対照表法よりも、むしろ、EC 第 9 指令案第 9 条が役立つであろう¹⁸⁾。これによれば、下位会社に対して事実上の営業指揮者として行為する上位会社は——あたかも下位会社の営業指揮者であり、下位会社の利益に義務づけられるかのように——責

rich/Sonnenschein も (vgl. Münchener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 16 Fn. 52), 現在では類推適用説をとる (siehe Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl. S. 347)。

12) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70; vgl. Münchener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 17. BGH は、支配会社の影響力が、個別的な指揮とその効果というように個別化されえない状態に到ったときに、加重的事実上のコンツェルンを認める (vgl. BGHZ 95, 330/340ff.)。

13) この事件は有限会社に関するものである。

14) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70.

15) Vgl. Emmerich/Sonnenschein, Fn. (11), S. 342.

16) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70.

17) A. a. O.

18) A. a. O.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

任を負うのである¹⁹⁾。誤った営業指揮の責任に関するこの考え方は、株式会社317条の責任構成と原理的に整合するものである²⁰⁾。

2. 西ドイツの経営学におけるにおけるコンツェルン化の諸段階

1) 緒説 経営学においても、コンツェルン化の諸段階が捉られ、その内容を明らかにする努力がなされている。本来ならば、この努力は、加重的事実上のコンツェルン概念の解明に役立つはずであるが、経営学がコンツェルン法を視野に入れていなかったため、経営学的コンツェルンの分類はこの期待に答えていない²¹⁾。とはいえ、経営学上の諸説を概観してみることにする。

2) v. Werder の説 v. Werder はコンツェルンの構造を三つに分ける²²⁾。タイプA、これにあっては、従属企業が完全に自治的決定権を有せず、v. Werder 自ら、純理論的に限界的な場合としている。タイプAの対極にあるのがタイプCであって、ここでは、上位会社は単に枠を決定するにすぎず、枠内においては、従属企業が自治的決定権を有する。最後にタイプBにあっては、上位会社は「多少強力な程度で」従属企業の決定権に関与する。v. Werder によれば、事実上のコンツェルンとして問題となるのは、B型よりもC型である。なぜならば、事実上のコンツェルンにあっては、上位会社が、従属会社に属すべき決定権を統一的に行使することは法的に許されていないからである²³⁾。

3) Scheffler²⁴⁾ の説 Scheffler は、コンツェルンを分散的コンツェルンと集中的コンツェルンに分類し²⁵⁾、これに従って経営学的観点からコンツェ

19) 前述のように、事実上のコンツェルン関係における親会社取締役論の有力な補強証拠となるのであろう。

20) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 70, 71.

21) Vgl. a. a. O., S. 71.

22) v. Werder, Organisationsstruktur und Rechtsnorm, 1986, S. 87.

23) A. a. O. S. 205, 438.

24) かれは「Wirtschaftsprüfung」の読者には Sebastian Hakelmacher として知られている。

25) Zuletzt S. Hakelmacher, Die bilanzielle Entsorgung für die 90er Jahre, WPg. 1988, 101 ff.

ルン指揮を明らかにして、体系化した²⁶⁾。Scheffler のいう分散的コンツェルンというのは、コンツェルン指揮が委譲できない「固有の指揮職務」に限定されているものである。「固有の指揮職務」とは次のものをいう²⁷⁾。

① コンツェルンの目的・戦略の確定、およびそこから抽出される個々のコンツェルン企業のための戦略的目的の確定。

② 確定された戦略的目的に応じた財源の優先的分配。

③ コンツェルン全体にとって重要な意味を有する、コンツェルン企業に関する処置の決定。

④ 目的実現を目指して、コンツェルン企業の営業・収益状態をコンツェルンの統制によって監督すること。

⑤ コンツェルンにおける重要な指揮ポストの決定。

コンツェルン指揮が、これらの職務領域を越えるとき、分散的指揮は集中的指揮となるというのである²⁸⁾。Scheffler は財政分野においてこれを例示する²⁹⁾。財政分野においては、コンツェルン指揮の固有の指揮職務は、個々のコンツェルン企業の自己資本額・利益処分・債務額の決定である。コンツェルン指揮が、これを超えて、個々のコンツェルン企業の外部的財政の方法・範囲を確定し、融資が集中的に処理され、コンツェルン的に把握された現金管理が実現されたとき、Scheffler によれば、集中的財政指揮が存在することになる。

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

1) Kropff の整理 Kropff は、加重的事実上のコンツェルンに関する学説を三つに整理し、次のように定式化する³⁰⁾。

26) Scheffler, Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, DB 1985, 2005 ff.; ders., Zur Problematik der Konzernleitung, in: FS Goerdeler, 1987, S. 469 ff.

27) DB 1985, 2005/2007; FS Goerdeler, S. 469/473 f. Ähnlich J. Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats, 1980, S. 105.

28) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 72.

29) FS Goerdeler, S. 469 f.

30) Ders., FS Goerdeler, 1987, S. 259/264.

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

① 影響の程度による定義 従属企業の固有の利益が、支配企業の行使する影響力によって侵害されるとき、加重的事実上のコンツェルンが存在する。

② 経営組織的状况による定義 従属会社が、事実上、支配企業の一営業部門のように指揮されるとき、加重的事実上のコンツェルンが存在する。

③ 影響力の規制可能性による定義 影響の範囲・頻度が株式法 311 条以下の補償制度を無機能にしているとき、事実上のコンツェルン関係は加重される。

以下、この整理に従って検討することとする。

2) 従属会社の固有の利益の継続的侵害 (1) 緒説 従属企業の固有の利益の不利益的侵害を前提とするこの定義は、有限会社法改正への教授共同研究会の提案³¹⁾にもとづくものである。Schilling もこの定義に従っている³²⁾。しかし、この定義は漠然としており、極めて不明確であり、このことは共同研究会自身認めていて、そのために、典型的メルクマールを明らかにし、反論できない推定(定義)を確立する努力がなされている(これについては後述する)³³⁾。

(2) 批判 Geßler は、共同研究会の表現に反対であって、「会社の固有の利益とは財産的利益であり、したがって、固有の利益侵害とは(財産的)不利益を与えることにはかならない。それゆえ、311 条にいう不利益な影響力の行使の中で特に重大な場合のみが問題となる」³⁴⁾ という。Hoffmann-Becking は、Geßler は「侵害される固有の利益」という表現を誤解しており、固有の利益とは、コンツェルン利益に対立するものであって、会社の目的およびこれを実現するための方法の自治的決定能力をいうと主張し、次のように述べる³⁵⁾。

子会社の固有の利益の不利益的侵害とは、子会社の財産的損害を意味するのではない。そこで問題とされるのは、子会社の取締役会社に固有の利益の自治的決定能力がどの程度に残されているか、ということである。子会社の固有

31) Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. II, 1972, S. 45 ff.

32) Wolfgang Schilling, FS Hefermehl, 1976, S. 383/389.

33) Hoffmann-Becking, Fn.(2), S. 73.

34) Ders., DB 1973, 48/51.

35) Hoffmann-Becking, Fn.(2), S. 73, 74.

の利益の侵害とは、この利益を明確にし確定する子会社の取締役の自由に対する侵害である。この表現が正しいとするならば、有限会社法改正共同研究会の表現は行き過ぎである。なぜならば、コンツェルン指揮は、コンツェルン利益に従って、子会社のために必然的に企業政策目的を確定しなければならないからである。コンツェルン指揮がそもそも意味を有するとするならば、それはまさに子会社の戦略的配置の決定においてである。子会社の目的はコンツェルン指揮によって決定される。子会社の固有の利益・目的の自治的決定能力は、ここでは妨げられている。この意味において、コンツェルンにおいては、子会社の固有の利益の「歪曲」が常に存在する。

(3) コメント 会社の固有の利益を目的およびこれを実現するための方法の自治的決定能力と解するならば、コンツェルン指揮を前提とする限り、これが「歪曲」ないし侵害されていることは、Hoffmann-Becking のいう通りである。したがって、これをメルクマールとして、加重的事実上のコンツェルンを定義するのが妥当でないことは、いうまでもない。Geßler の見解は、311条が実効性を失う場合に加重的事実上のコンツェルンが問題となることを考えれば、支持し難いものといえる。

3) 支配企業の一営業部門としての従属会社の指揮 (1) 緒説 この定義によれば、従属企業が支配企業の一営業部門のように指揮されるときに、加重的事実上のコンツェルン関係が存在する³⁶⁾。「被支配会社が、支配企業の組織の中に、非独立的営業部門として組み込まれ、支配企業の営業活動を経済的に援助または補完するときに」³⁷⁾、税法上の器官会社とされる経済的編入があるとされるのであるが、税法上のこの器官会社の概念から、この定義は生まれたのである³⁸⁾。BGH も、Gervaris-Danoe 事件において、これに類似した表現をしている³⁹⁾。

36) Karsten Schmidt, ZGR 1981, 455/474; ders. Gesellschaftsrecht, 1986, S. 728; Priester, ZIP 1986, 137/142; Baumbach/Hueck GmbHG/Zöllenr, 15. Aufl., 1988, Anh. KonzernR Rn. 29.

37) Abschnitt 50 Abs. 1 der Körperschaftsteuer-Richtlinien.

38) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 74.

39) BGH WM 1979, 937/940.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

(2) 批判 この定義では、加重的事実上のコンツェルンの要件は明確にならないと批判されている⁴⁰⁾。なぜならば、営業部門はどのよにも指揮できるのであって、集中的にも分散的にも指揮可能であり、コンツェルン内部においてのみならず、単一の法的独立な企業の内部においても、極端な集中から極めて緩い分散にまで指揮組織は巾広く存在しうるからである⁴¹⁾。

(3) コメント 営業部門の指揮の態様がこのように一定していないのであるから、従属会社の営業部門化が区別のメルクマールとなりえないことは当然といえる。

4) 影響力行使の方法・頻度による株式法 311 条の補償システムの無機能化

(1) 緒説 この定義は通説 (die heute im Schriftum ganz überwiegend vertretene Definition) である⁴²⁾。Lutter および Timmer などは⁴³⁾、この説を前提として、誤ったコンツェルン指揮によって、恒常的または繰り返し従属会社に損害が生ずるとき、株式法 302 条の効果が生ずる、と解した⁴⁴⁾。加重的事実上のコンツェルンの要件を、株式法 311 条以下の保護機能から規範的に定義する、この方法は現実におおいに支持されているのであるが、そこでの根本命題は、「上位会社によるコンツェルン指揮権の行使が、株式法 311 条の補償システムを無機能にする程度に到ることは許されない⁴⁵⁾」ということである⁴⁶⁾。

(2) Hommelhoff の説 この通説的定義にも、具体的には、若干の相違

40) Vgl. Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd 6, 2. Aufl., 1987 (zit Kölner Komm. AktG/Koppensteiner), Vorb. § 311 Rn. 24; Rehbinder, AG 1986, 85/86; Druey, in Konzernrecht und Konzernwirklichkeit, 1988, S. 89/96 f.

41) Hoffmann-Becking, Fn.(2), S. 74, 75.

42) A. a. O., S. 75.

43) Lutter, ZGR 1982, 244/245; Lutter/Timm, ZGR 1983, 269/281; Lutter, Das System des deutschen GmbH-Konzernrechts, ZGR-Sonderheft 6, 1986, 192/207 f. Timm, NJW 1987, 977/982.

44) Hoffmann-Becking, Fn.(2), S. 75.

45) Vgl. Hommelhoff, Fn. (8), S. 136 ff.; Kropff, ZGR 1984, 112/117; ders., FS Goerdeler, 1987, S. 259/264; Schiessl, AG 1985, 184/185; Münchner Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 14; Stein, ZGR 1988, 163/189 mit Fn. 69.

46) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 75.

が見られるのであるが⁴⁷⁾ Hommelhoff は、次のように述べている⁴⁸⁾。

上位会社が個々の法律行為または処置を誘引し、これらの行為または処置が子会社にとって不利益である場合には、これらの不利益が個別的に厳格な時間的枠内において補償が可能であるときにのみ、上位会社は干渉するという前提から、株式法 311 条は出発する。子会社の個々の破壊された自治は、同様な個別的な財産的補償によって回復されるべきである、というのである。この立法者の根本的考え方はおおいに批判されるべきである。なぜならば、それはコンツェルン指揮の現実の姿に妥当しないからである。親会社の多くの干渉が、殊に一定の法律行為の締結を目的とせず、企業政策的な子会社の配置を内容とするものであるときには、それらが有利であるか不利であるかを確実に判断することはすでにできないから、そのような考え方は、なによりも問題である。そして、もし、それらが不利であると確認されたとしても、その不利を金銭的のどのように計量するか、のほとんど解決不能な問題が残る。311 条の財産的個別的補償のシステムが克服できるのは、主として財産的意義を有する個別的誘引——例えば、生産物を低いコンツェルン計算価格で供給するとか、親子会社間でライセンス契約を締結するとか、またはクレジットを与えるとかの誘引——が引き起した葛藤のみである⁴⁹⁾。これに対して、コンツェルンへの組入れおよび親会社の設定した目的にもとづく企業政策的配置によって子会社に生ずる構造変革の結果は、個別補償のシステムでは把握できないのである⁵⁰⁾。

Hommelhoff の主張に関連して、Hoffmann-Becking は、次のように述べる⁵¹⁾。

事実上支配されている子会社が親会社のコンツェルンに長期的に拘束されている場合には、法の検査基準、すなわち、非従属会社の利益——より正確に言えば——自己の利益を自治的に決定する会社との比較も期待できない。コンツ

47) A. a. O.

48) Hommelhoff, Fn. (8), S. 138 ff. が引用されているが、本文の要約は、Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 75, 76 による。

49)・50) これらは、Hommelhoff, Fn. (45), S. 133 で述べられているところである。

51) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 76.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

ェルン拘束にある子会社がコンツェルンの分業体制に従って行為する場合には、若干の時間的経過後においては、子会社の取締役が、コンツェルンの拘束がなければ、独立の会社として、どのように業務を決したかを明確にすることは、もはや確かに不可能である。コンツェルンへの組み入れによって、従属会社は——Mestmäcker の言葉を借りれば——「支配的影響力の限界の基準として、企業の固有利益は機能しなくなるほど⁵²⁾」つくり変えられる。子会社の自治への個別的侵害の効果を評価することは不可能である。なぜならば、コンツェルンの拘束のゆえに——Lutter が具体的に述べているように——誰も「自治が継続的に存在しているということを前提として考える」ことができないからである⁵³⁾。

(3) コメント Hommelhoff の主張を徹底すれば、支配契約なしには、コンツェルン指揮は不可能ということになる。なぜならば、コンツェルン指揮は継続的に行使され、その結果、局限的のみならず構造変革の影響を与えることを考えれば、これを規整するためには、311条以下の補償制度は適当ではないのだからである⁵⁴⁾。311条以下の補償制度が機能する範囲内においてのみ、事実上の影響力の行使は許されるのだから、それが機能しない、事実上のコンツェルン指揮は禁止されることになる。しかし、311条以下は、事実上の支配的影響力の行使のすべてを排除しているのではない。つまり、311条以下が機能する範囲においては、事実上のコンツェルンも認められるのである。すなわち、上位会社が下位会社の取締役から、根本的には自由を奪わない完全に緩やかなコンツェルン⁵⁵⁾、または極めて緩やかに行使される指揮構造を有する事実上のコンツェルン、したがって、強度に分散化されたコンツェルン⁵⁶⁾は許容されるのである。そこに、一方において、事実上のコンツェルンにおける統一的

52) Mestmäcker, Festgabe für Kronstein, 1967, S. 129/147.

53) Lutter, ZGR 1982, 244/265. Vgl. auch Münchener Handbuch, Fn. (8), § 69 Rn. 14; Emmerich/Sonnenschein, Fn. (11), S. 343; Uwe H. Schneider, ZGR 1980. 511/544 f.; Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 155, 157 f.; Martens, Betr. 1970, 865/866 f.

54) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 76.

55) Emmerich/Sonnenschein, Fn. (11), 343.

56) Hommelhoff, Fn. (8), S. 139.

指揮の可能性と、他方において、補償制度機能の可能性の確保との調和が見出されであろう⁵⁷⁾。

4. 加重的コンツェルン指揮の具体的指揮分野についての検討

1) 緒論 許容される事実上のコンツェルンの範囲を明確にするためには、具体的なケースを取り上げて許容されるコンツェルン指揮を検討し、その後、その検討を総括することが適当であろう⁵⁸⁾。この方法によって加重的事実上のコンツェルンも、より明確となろう。検討すべき分野として、次の三つを挙げることができる⁵⁹⁾。

- ① コンツェルン戦略的指揮 (konzernstrategische Führung)
- ② 財政的指揮 (finanzielle Führung)
- ③ 人的組織に関する指揮 (personelle Führung)

2) 全体的考察の必要 部分的コンツェルン (Konzern im Konzern) や統一的指揮概念に関する議論は、コンツェルン指揮の各分野に関する様々な研究を提示する⁶⁰⁾。例えば、Koppensteiner は、財政分野に関する指揮でもコンツェルンの統一的指揮でありうるという⁶¹⁾。また、Geßler の見解⁶²⁾ に従って、多くの裁判所は、コンツェルンの中間会社がコンツェルン指揮の一分野においてすべての重要な決定を担当し、コンツェルン・トップからこの分野におけるすべての指揮決定権が失われているときにも、部分的コンツェルンを認めるのに十分であるとする⁶³⁾。しかし、これらを敷衍して、親会社が、コンツェルンの一指揮分野において、自己の本来の指揮職務を超えて集中的に指揮するとき、事実上のコンツェルンが加重的事実上のコンツェルンに転化すると

57) Vgl. Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 77.

58) Vgl. a. a. O.

59) A. a. O.

60) Vgl. a. a. O.

61) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, Fn.(40), § 18 Rn. 19 ff.

62) BB 1977, 1313/1317.

63) OLG Düsseldorf DB 1979, 699; OLG Zweibrücken WM 1983, 1347. Weit Nachw. in: Münchener Handbuch, Fn. (6), § 28 Rn. 18.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

考えるのは妥当ではない⁶⁴⁾。コンツェルン指揮の一分野において中央集権的指揮が行われるからといって、許容されない加重的コンツェルン状態や311条の補償制度の無機能化が生ずると速断するのは軽率である⁶⁵⁾。加重的事実上のコンツェルンを認める代表的学者の間には、会社のコンツェルン化状態の「全体像」(Gesamtbild)が問題なのであって、コンツェルン指揮のすべての重要分野を考察する必要があることには異論がないのである⁶⁶⁾。Lutterが「広範囲の」他人の操縦 („breitflächige” Fremdsteuerung)が必要であるという⁶⁷⁾、このことを意味していると思われる⁶⁸⁾。

3) コンツェルン戦略的指揮 子会社の構造を変革するコンツェルン化的指揮——それがコンツェルンの結合の解消に際して、独立の会社としての存続能力を子会社から奪うときには——が許されないことには異論がない⁶⁸⁾。しかし、具体的にどのような事実があればこのような状態が発生しているかの判断は明確ではない。せいぜい、子会社が親会社のために典型的な企業活動を放棄するとき、例えば、子会社がその生産設備を親会社に譲渡し、親会社のための単なる販売会社となるとき、または、逆に、親会社の販売商品のための単なる製造会社となるとき⁶⁹⁾、このような事態が発生しているといえるに過ぎない。

このような場合を別とすると、親会社が、コンツェルン戦略的指揮の枠内において、どの程度まで、子会社の企業政策を決定し、これをコンツェルンの戦略的目的に適合させることが許されるか、という一般的問題が生ずる⁷⁰⁾。具体的に例示すればこうである⁷¹⁾。

64) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 78.

65) A. a. O.

66) A. a. O.

67) Lutter, ZGR 1986, 192/208; Lutter/Timm, ZGR 1983, 269/281.

68) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 78. Vgl. Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 90; Hommelhoff, Fn. (8), S. 134.

69) Strohn, Fn. (68), S. 108, 110; Paehler, Fn. (53), S. 156 ff.; Konzen, RdA 1984, 65/70; Münchener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 27.

70) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 79.

71) A. a. O.

① コンツェルン全体が企業活動をより強力に行わんとする分野において、親会社は生産品目を多様化することを子会社に命ずることができるか。

② コンツェルンの全体的配置にもはや適合しない生産分野を放棄することを、親会社は戦略的計画の枠内において子会社に命ずることができるか。

このような場合を株式法 311 条の枠組みで捉え処理することは困難であろう⁷²⁾。しかし、コンツェルンの存在が認められる以上は、それが単なる事実上のコンツェルンであっても、コンツェルン指揮はコンツェルン戦略から子会社の配置を必然的に決する⁷²⁾。したがって、親子会社間で生産調整がなされるからといって、これを加重的コンツェルン指揮と捉えること⁷³⁾は妥当ではない⁷⁴⁾。もっとも、コンツェルン戦略的指揮によって子会社に生ずるのは、損害ではなく「危険」(Gefährdung)であるから、西ドイツ民事訴訟法 287 条⁷⁵⁾と結合した株式法 317 条の損害賠償責任はここでは問題とならない⁷⁶⁾。結局、コンツェルン戦略的指揮の分野の検討は、コンツェルン指揮の加重性の問題について、一般的に有力な手掛かりを提供するものではない。

4) 財政的指揮 (1) 緒説 子会社の投資政策や決算に関して影響力を行使するとしても、親会社が本来的職務(子会社の自己資本額・利益処分額・債務額の決定)にとどまる限り、原則として、問題はない⁷⁷⁾。問題が生ずるの

72) Vgl. a. a. O.

73) Arbeitskreis GmbH-Reform, Fn. (31), S. 59 f.

74) Vgl. Münchener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 28.

75) 同条は、平井宜雄・損害賠償法の理論、27頁・28頁によれば、こう定める、すなわち、「損害の存否および損害の額もしくは利益の額が当事者間で争いとなった場合には、裁判所はすべての事情を考慮し自由なる心証をもって (nach freier Überzeugung) 裁判する。申立のあった証拠調または職権をもってする鑑定人の鑑定を命ずべきか否か、および、いかなる限度でそれを行うかは裁判所の裁量 (Ermessen des Gerichts) に委ねられる。裁判所は、損害もしくは利益について拳証者を尋問することができる (以下略)。」

76) Koppensteiner, Über die Verlustausgleichspflicht im qualifizierten AG-Konzern, in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 100.

77) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 80.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

は、中央集権的なコンツェルン財政処理⁷⁸⁾がなされる場合である⁷⁹⁾。加重的コンツェルン指揮をもたらすものとしてでないものがありうるからである。

(2) 非加重的の財政指揮 外部資金借入に関する中央的操作は、多くのコンツェルンにおいて日常的に行われていることであって、加重的の指揮の問題は生じない⁸⁰⁾。受信業務がコンツェルン指揮によって中央集権的に処理されることによって、子会社の信用機関に対する関係は稀釈化されるとしても、子会社のみではとうてい享受できない有利な条件で借入がなされているからである。流動性に関する中央的调整も、また、コンツェルン内に存在する流動性が継続的に最も有利に利用される限りは——コンツェルン会社は、理論的には、貸手であるとともに借手でもあるから——全コンツェルン構成員にとって有利である⁸¹⁾。この際、コンツェルン決済に組み入れられた子会社に関して、補償が問題となる不利益が確定できないからといって、311条の無機能化を認定し、そこに加重的の指揮の存在を肯定するのは行き過ぎであろう⁸²⁾。

(3) 加重的の財政指揮 コンツェルンにおいて、中央集権的現金管理がなされる場合には、子会社に特別の危険が生じうるが、これは場合を分けて検討する必要がある⁸³⁾。

第1は、コンツェルンの結合が「正常に」(normal)に終了する場合である。この場合には、子会社は、存続を脅かす損害を蒙ることなしに、財政的独立を取り戻し、とりわけコンツェルン決済を損害なしに終了させることができる。

78) これについては、vgl. Uwe H. Schneider, ZGR 1984, 497/499 f. und Hommelhoff, WM 1984, 1105/1106.

79) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 80.

80) A. a. O.

81) A. a. O.

82) A. a. O., S. 80, 81. Hoffmann-Becking は続けてこう述べる (S. 81)。

経済的に殊に重要なものであれ、具体的な影響力が明確に有利または不利と判断できないことによって、その影響力が311条の補償システムを無機能化するということにはならない。ここでは白黒判断や二者択一を警戒すべきである。親子会社間の広範な協定——それは、311条の補償にも到らず、また、許容されない指揮に当たらない中立なもの——さえも存在するのである。

83) Vgl. Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 81.

第2は、親会社が危機に陥ったがゆえに、コンツェルン結合が終了する場合である。この場合には、流動性調整システムによって、子会社の運命は親会社の運命と厳しく結合している。親会社の支払不能は、必然的に、コンツェルン決済に組み入れられている子会社の支払不能に到る。この際、親会社の支払不能が生じたときに、現実の交互計算の残高が、子会社にとって積極的であるか消極的であるかによって、いかなる相違も生じない。決定的なのは、子会社が固有の流動性を有しないことである⁸⁴⁾。

中央集権の現金管理は、この危険を生ぜしめるから、加重的指揮となる。この結果、子会社に生じた損害の賠償として、子会社の年度損失の賠償が考えられるが⁸⁵⁾、これでは子会社の保護としては十分ではない⁸⁶⁾。なぜならば、年度損失の補償は、子会社の日々必要とする流動性に対する保証にはならないからである⁸⁷⁾。

5) 人的組織に関する指揮 (1) 取締役役員選任に関する指揮 子会社の取締役員の決定は、親会社の本来的な指揮職務に属するものであって、事実上のコンツェルンにおいても、これは当然に許される⁸⁸⁾。多くの会社において、監査役員を選任と同様に、取締役員の選任について親会社の同意が必要とされているが⁸⁹⁾、これによって、「取締役の自己責任による指揮」という原則⁹⁰⁾が損われる訳ではない⁹¹⁾。

84) Vgl. die Darstellung der Insolvenzen AEG-Telefunken und Korf durch Kübler, ZGR 1984, 560 ff. sowie den Bericht des Konkursverwalters der AEG-Tochter Neff-Werke GmbH, in: ZIP 1982, 1370.

85) 発生した損害を総計化して、最低損害として年度損失を把握することは、西ドイツ民事訴訟法 287 条の裁判上の損害評価として許される (Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 317 Rn. 19)。

86) Hommelhoff, WM 1984, 1105/1112. Vgl. BGH, WM 1988, 1525/1530 "Hamburger Stahlwerke".

87) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 81, 82.

88) A. a. O. S. 82.

89) わが商法において、株主総会の決議に関して親会社の同意権を定款に定めうるかについては、反対の判例もあるが、これを肯定すべきである (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」喜多退官記念論集 107 頁)。

90) 「取締役はその責任の下に会社を指揮することを要する」 (§ 76 Abs. 1 AktG)

91) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 82.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

(2) 指導的従業員 (Führungskräfte) の配置に関する指揮 コンツェルン・トップは、データ・バンクの方法で、コンツェルン内の指導的従業員の情報を管理しているので、これら従業員の配置に関して、親子会社間に対立が生ずることがある⁹²⁾。指導的従業員は企業の最も稀少価値を有する資源であるが、これら従業員の配置に関する指揮が許されないとはいえない⁹³⁾。このような指揮の結果たる不利益が補償されれば——311条の補償は必ずしも金銭ではなく、人材という方法もありうる⁹⁴⁾——よいのである⁹⁵⁾。

(3) 共通取締役の問題 有限会社法改正共同研究会は、支配企業の機関員もしくは指導的従業員が子会社の業務執行者の地位に就くとき、または共通の指揮機関が実現したとき、子会社の固有の利益に反する不利益的侵害が生ずると解する⁹⁶⁾。Säcker は、子会社の取締役議長が、同時に、親会社の取締役であるときは、加重的事実上のコンツェルンが存在すると解する⁹⁷⁾。しかし、親子会社間の業務執行機関が完全に共通であるときには、311条の補償制度は機能しないのであるから、加重的コンツェルンを認めることも間違いではないが、子会社の取締役員の一人が親会社の取締役に過ぎないときには、それぞれの機関における意思形成プロセスが確認できるのであるから、上位会社の誘引があった否かの判断は不可能ではない⁹⁸⁾。のみならず、取締役の一部に共通性があるとしても、そのことから、コンツェルン指揮が、子会社の様々な活動分野において遵守されるということにはならないから、取締役の一部の共通性をもって、加重的事実上のコンツェルンを認めることは妥当でないのである⁹⁹⁾。

92) A. a. O.

93) A. a. O.

94) 不利益を補償する利益については法定されていないので、財産的価値があれば、現実の補償または法的請求権の目的となりうるものと解するのであって、具体的には物・権利・サービスなどである (Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 65)。

95) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 82.

96) Arbeitskreis GmbH-Reform, Fn. (31), S. 45/59 f.

97) Säcker, ZHR 151 (1987), 65 ff.

98) Hoffmann-Becking, Fn. (2). S. 83.

99) Vgl. a. a. O.

6) 小括 以上のように、コンツェルン指揮の各分野において、加重的指揮というものは、極端な場合にのみである。また、加重的事実上のコンツェルンが認定されるのは、コンツェルン指揮が子会社の活動分野において全体として遵守される場合のみである。結局、加重的事実上のコンツェルンの要件の決定には不明確さを払拭することはできず、その意味で、加重的事実上のコンツェルンの認定には最大限の慎重さが必要であろう¹⁰⁰⁾。Autokran 事件において、BGHが対象としたのは極端な例であって、この判決から、加重的事実上のコンツェルンの一般的要件を導くのは妥当でないであろう¹⁰¹⁾。

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

加重的事実上のコンツェルンの要件に次いで問題となるのは、このコンツェルン関係が、311条の補償制度を無機能化するならば、これは同条によっては許容されないコンツェルンであるということである。そこで、これに契約コンツェルンに関する規定を類推適用する方法と、これは311条違反の違法なコンツェルンであるとして、311条違反の効果を定める317条を適用する方法とが考えられる¹⁰²⁾。前者が通説の立場であり、後者が Hoffmann-Becking および Koppensteiner の立場である。契約コンツェルンに関する詳細な規定を有しないわが国においては、商法294条一2をコンツェルン法的に再構成するためには、後説がよりよく妥当する。しかも、親会社取締役理論にも後説が整合する¹⁰³⁾。

100) A. a. O.

101) A. a. O.

102) 折衷説がないわけではない。すなわち、加重的事実上のコンツェルンの禁止を法から引き出すことができるが、その法的効果の規整は不完全であるから、状況に応じて、302条の損失補償義務を認めるべきである、として、302条の損失引受義務と並んで317条の責任を認める説である (vgl. Jochem Reichert, Diskussionsbericht zu den Referaten Hoffmann-Becking und Koppensteiner (Leitung: Prof. Dr. Zöllner), in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 104)。

103) これについては「はしがき」において述べたところである。

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

そこで、加重的事実上のコンツェルンの違法性を認めた場合の法的効果が問題となる。これは317条に関する問題であるが、これと関連して、このような違法状態の発生を差止めが許されるか、また、違法状態の排除を請求することができるのか、が問題となる。まず、これらの点から検討することとする。

2. 子会社の請求権

子会にこのような請求権を認める必要はない。なぜならば、請求権の対象たる違法状態は、子会社の意思と無関係に生ずるのではないからである。違法なコンツェルン指揮に対しては、子会社の取締役は従わなければよいからである。子会社の取締役にとっては、違法な指揮に従わない自由を有するのみならず、従わないことは義務でもある¹⁰⁴⁾。

3. 子会社の株主の請求権

1) 緒説 子会社の請求権が問題とならないとすると、実際において興味のある問題は、子会社の個々の株主が、実体法的請求権を有するか、あるいは、固有の請求権は有しないとしても、少なくとも、親会社の指揮に対する自己の会社の拒否権を主張する権限を有するか、である¹⁰⁵⁾。

2) 個々の株主の固有の請求権 この問題を検討するに当たり参考となるのは、Holzmüller 事件である¹⁰⁶⁾。この事件においては、自己の株主権侵害を理由とする株主の給付の訴が、原則的に承認されたが、この事件においては、会社の取締役による当該会社の株主の株主権の侵害が問題であった¹⁰⁷⁾。これに対して、加重的コンツェルンにおける親会社の指揮にあっては、会社（子会社）に対する一株主（親会社）の行為——それは、会社の他の株主の権利をせいぜい間接に侵害する効果を有しうるに過ぎないのである——が問題なので

104) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 83, 84.

105) A. a. O., S. 84.

106) BGHZ 83. 122.

107) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 84.

あるから、Holzmüller 判決の原則によって、加重的指揮に対する子会社株主の請求権を是認することはできない¹⁰⁸⁾。近時、株主間の誠実義務を認めた B GH の判決もあるが¹⁰⁹⁾、この義務から、一株主の加重的指揮を他の株主の権利の直接的侵害として構成するのは、無理といわざるをえない¹¹⁰⁾。

3) 自己の会社に対する株主の請求権 親会社の許容されないコンツェルン指揮を拒否することは子会社の取締役の権限に関する事項であるから、子会社の株主が取締役に対してこの権限行使を請求する権利は認められないか問題となる¹¹¹⁾。加重的事実上のコンツェルンを拒否するために、Holzmüller 判決に従って、株主の排除請求権を構成しようとした試みもある¹¹²⁾。すなわち、各株主は、会社に対する訴によって、加重的事実上の指揮の拒否を主張できる、というのである。これが妥当か否かは、裁判上主張しうる株主権の範囲をどのように理解するかに依存する¹¹³⁾。Schmidt は、加重的事実上のコンツェルンの容認を、取締役による株主権の侵害として巧みに構成しているように

108) A. a. O.

109) BGH DB 1988, 593=WM 1988, 325.

110) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 84.

111) A. a. O.

112) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 727, 729. Zustimmend Mühener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. -24:「通説によれば、加重的事実上のコンツェルンは許されない。これに従えば、従属会社の外部株主は加重的コンツェルン形成を拒否する請求権を有し、株主は、自己の会社に対する訴によって、これを主張し、差止めまたは排除を請求できることになる。原則として、この見解に従うべきである。株主総会の同意した (§ 293 Abs. 1 AktG) 支配契約による正式な資格がない場合には、包括的なコンツェルンへの組入を外部株主に——よしんば、補償および補償金を与えるとしても——要求する根拠はない。もちろん、加重的コンツェルンを形成し、従って許容されない具体的処置が確認された場合に、当該処置に対してのみ、そのような請求権が認められるに過ぎない。實際上、例外的な場合にも、裁判上主張できることになろう。」

113) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 85.

114) K. Schmidt は、Hoffmann-Becking と Koppensteiner の報告をめぐる討論において (注 (102) 参照)、次の見解を代表した (Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 85 Fn. (47))。

「子会社の取締役は、加重的事実上のコンツェルンを容認することによって、支配契約 (§ 293 Abs. 1 AktG) および企業目的に関する株主総会の決定権を侵害する。したがって、Holzmüller の原則に従い、株主は、株主権侵害を理由として、自己の会社に対する拒否請求の訴を提起することができる。」

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

思える¹¹⁴⁾。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株主にないことは当然であるが¹¹⁵⁾、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、別に考えるべきであろう¹¹⁶⁾。

4. 会社の拒否権の行使

1) 緒説 組合において認められる組合のための組合員の訴権のようなものは、物的会社法にとっては未知なものである¹¹⁷⁾。子会社が親会社に対して有する差止め・排除請求権を、個々の持主が行使することはできない。ただ、明文の定めをもって、これが認められるときには別である¹¹⁸⁾。

2) 代位請求を否定する立場合 317条4項は、309条4項を準用して、株主が会社の損害賠償請求権の代位行使を認めている。しかし、会社の拒否権は317条から生ずるのではない。それは、311条違反を理由として、西ドイツ民法823条2項から生ずるものである。したがって、持主の代位行使を認める規定はないことになる。この論理を承認すれば、株主が、会社に代位して、会社の差止め・排除請求権を行使することは認められないことになる¹¹⁹⁾。

3) 代位請求を認める立場 これは、317条の損害賠償規範から直接に、準差止め・排除請求権を導く立場である¹²⁰⁾。なぜならば、許容されない行為(不法行為)¹²¹⁾にもとづく損害賠償は、「広い意味での原状回復であることを考えるならば、現在の妨害の排除・停止はもちろん、将来の妨害の予防も――

115) Zöllner, ZGR 1988, 392/421 f.

116) これについては後述する。

117) Vgl. Zöllner, ZGR 1988, 424/430 gegen v. Gerkan, ZGR 1988, 441/446 f.

118) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 85. わが商法の代表訴訟の制度(267条以下)は昭和25年の商法改正によってアメリカ法の代表訴訟(representative suit)の制度に倣ったものであるが、後者は、株式会社を組局的なものとするアメリカ法の立場から、生じたものである(拙著・全訂会社法147頁参照)。

119) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 85.

120) A. a. O.

121) ドイツにおいては、民法上不法行為(Delikt)を普通は「unerlaubte Handlung」という(山田 晟・ドイツ法律用語辞典89頁)。

違法な危険状態の排除として——不法行為制度の枠内で問題とすることができ
る」¹²²⁾ からである。しかし、このような請求権の行使範囲は、次のような限
界を有するのだから、これを、加重的事実上のコンツェルンの阻止・排除の手
段として、過大評価すべきではない¹²³⁾。

① 排除・差止めの請求権であるから、損害額の立証は不要としても、対象
である親会社の影響力の不利益性が必要である。しかし、正にコンツェルン請
求の政策的影響力にあっては、この不利益性の立証は困難かまたは全く不可能
である。

② 親会社が営業年度末までに不利益を補償するか否かが未だ明確でなく、
したがって、その結果として、311条違反が存在しないときには、具体的な不
利益の影響力に対する予防的差止めの訴は、いずれにせよ問題とならない。

③ 317条にもとづく差止め・排除の訴は、実際的理由からも、加重的コン
ツェルンの成立・存続を阻止するのに適当ではない。なぜならば、単なる事実
上のコンツェルンが加重的事実上のコンツェルンに転化するためには、個々の
に区別不能な沢山の影響力の行使が必要であるが、差止め・排除の訴は、訴に
よって侵害的效果を阻止すべき「具体的な」処置を特定しなければならないか
らである¹²⁴⁾。親会社の代表者が、株主代表として、子会社の監査役員となる場
合に、これをもって、ここにいう具体的処置と考える立場もありうるが¹²⁵⁾、
コンツェルン指揮の濫用前に、そのような広範な予防的保護を317条の損害賠
償規定で根拠づけることは不可能であると考えられる¹²⁶⁾。

4) 小括 請求権の代位行使を認めるのが、むしろ多数説と考えられる。
代位行使の限界の問題は、この場合のみ関係するものではないことは、もち

122) 沢井 裕・注釈民法 (19) 346頁, 347頁。Vgl. allgemeine zur negatorischen
Funktion der deliktischen Schadensersatznormen Baur, JZ 1966, 381/383;
Larenz, Schuldrecht II, 12. Aufl., 1981, S. 692 ff.

123) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 85, 86.

124) Vgl. Münchener Handbuch, Fn. (6), § 69 Rn. 24 (注 (112) 参照)。

125) OLG Hamm, NJW 1987, 1030 "Banning". Vorsichtig zustimmend Fleck,
EwiR §311 AktG 1/87, 113.

126) Hoffmann-Becking, Fn. (2), S. 86. Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppen-
steiner, Vorb. § 311 Rn. 27; Timm, NJW 1987, 977; Mertens, AG 1987, 40;
Kropff, FS Goerdeler, 1987, S. 259/266 f.

ろんである。

三 加重的コンツェルン¹²⁷⁾における損失補償義務

1. 問題の提起

1) 緒説 加重的事実上のコンツェルンに関する問題として、この法によって許容されない状態の処理方法について争いがあることは前述した。すなわち、具体的にいえば、株式法 302 条以下の契約コンツェルンに関する規定を類推すべきか、または別の方法によるべきか、である。後に詳論するとして、まず、学説を概観しておこう。

2) 類推適用説 Emmerich は、Gervais 判決¹²⁸⁾ に関して、「加重的株式会社コンツェルンにおいて、支配企業の損失引受義務にはもはや疑問はない」という¹²⁹⁾。Wiedemann は、Autokran 事件において、株式法的契約コ

127) ここにいう加重的コンツェルンが株式会社に限定されるのはもちろんである。

128) Ders., FS Stimpel, 1985, S. 743, 745.

129) NJW 1980, 231. この事件の事実関係は、こうである (Walter Stimpel, Rückblick auf das "Gervais"-Urteil, in: Probleme des Konzernrechts, 1989, S. 12, 13)。

チーズ (Kochkäse) の製造・販売のために M 家の家族は合名会社を経営していた。M 社はドイツの Gervais-Danco 株式会社と取引関係にあったが、1960 年代の半ば頃に危機に陥った。Gervais は、融資を増大することによって、この危険を克服しようとしたが、やがて、継続的損失を業務執行の不十分さにあると考えるようになった。そこで、1965 年の中頃に一種の予防・基本契約がなされた。この契約において、Gervais 株式会社は、「経営の再建および整理のために」、M 会社を有限合資会社 (GmbH & Co. KG——有限会社が業務執行権を有する無限責任社員となる合資会社——山田、注 (121), 171 頁) に組織変更して、Gervais が社員 M とともに無限責任社員持分 (Kommanditanteile) のそれぞれ半分を引き受ける用意があることを明らかにした。Gervais は、M の参加の下に、無限責任社員たる有限会社を設立し、2 名の単独代表権を有する業務執行社員の任命権を定款で有することになっていた。

これは数か月後に実現した。Gervais 株式会社の一取締役員および一支配人が重要な業務執行者の地位に就いた。一年後、密接な関係はさらに強化され、営業は——社員決議で述べているように——「Gervais 株式会社の部門に組織的に編入され、内部関係においては、Gervais-Werk であると考えられるようになった。」Gervais の指揮者によって派遣され、職務上は Gervais に対してのみ責任を負う職員が上級

ンツェルンの存在することを根拠に、直接に Durchgriff¹³⁰⁾ を認めたことは、従属株式会社の場合にも同様な処理がなされることを示唆する、という¹³¹⁾。

② Koppensteiner の見解¹³²⁾ Koppensteiner によれば、BGH は、Gervais 事件においても Autokran 事件においても、これらの問題について態度を決していない。Gervais 事件の判決は、人的会社に関するものであるとともに、そこに支配契約の存在することを認めたものである。なるほど、事実関係は加重的コンツェルンを示すものであったかも知れないが、判決は、このこととは別に、損失引受義務を支配契約に結びつけているのである。Autokran 事件において明確に述べられていることは、支配企業の指揮下に従属株式会社を下屬させるには——有限会社の場合と異なり——株式法76条1項（取締役の自己責任による会社指揮を定める）があるから、支配契約が必要である、ということである。このことからいえることは、303条の類推適用は、株式会社以外において、問題となるということである。

2) 損失引受義務に関して、予め検討すべき問題 (1) 一人会社 302条以下の類推適用に関して、一人会社であるか否かは影響があるのか。Autokran 事件において、BGHは、302条は291条3項の効果として、すなわち、資本維持に関する規定が失効したことにもとづくものである、と解釈すべきである、という見解も示している¹³³⁾。一人会社であるか否かは、302条の適用に

指揮を執った。

再建は成功しなかった。Gervais 株式会社は、1967年夏に、ついにその職員を有限会社の業務執行から引き上げ、合資会社への参加を解消した。裁判上の争いは、Gervais と社員Mによって代表される合資会社との間で行われ、そこにおいては、合資会社の損害賠償請求権と Gervais の貸付金返還請求権とが前面に出された。

この事件において、上告審において興味が集中したのは、Gervais 株式会社に対する合資会社のコンツェルン法的請求権を最終決済に算入すべきか否かである。第二民事部は、事実の一層の解明を前提としながらも、これを認め、基本契約および「編入」決議を詳細に検討して、「当事者により定められ協定の全体」から、「当事者間に支配契約が成立している」と判断した（以上の説明について、vgl. Stimpel, a. a. O., S. 13）。

130) いわゆる法人格の否認である（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3頁以下参照）。

131) Ders., ZGR 1986, 656, 669.

132) Koppensteiner, Fn. (76), 88.

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

関係がないのである。

(2) 加重的コンツェルンに関する特別規整の必要性 加重的コンツェルンに関して特別規整が必要である、という考え方の根本は、不利益な侵害がなされた場合に、これを損害賠償という方法では処理できないことにある¹³⁴⁾。ということは、指揮の結果の有利性または不利性が判断できない場合には、すべて特別規整が必要であるということになる¹³⁵⁾。企業の指揮決定は、企業外の将来の発展ならびに目前の処置の、変化する環境への効果にも関連する不確定性のもとになされねばならないから、例えば、市場の放棄、一定分野での研究の強化または制限など構造変革的な法律行為または処置については、不利益性の判断は全く困難である¹³⁶⁾。しかし、これらは、一般のコンツェルン関係においても生じうる個別的指揮であって、加重的事実上のコンツェルンに特有な事ではない¹³⁷⁾。ここに加重的事実上のコンツェルンに関する問題の困難さがある。

2. 株式法302条以下の適用可能性について

1) 302条以下の類推適用のための前提 さて、類推適用というのは、当該事項について明文の定めのない場合に、立法理由の同様である類似事項を定めた他の規定を当該事項に適用するように、適用することをいう¹³⁸⁾。そうすると、契約コンツェルンに関する302条以下の規定を加重的事実上のコンツェルンに類推適用するためには、加重的事実上のコンツェルンが法によって規整されていなかったこと、換言すれば法に間隙がある必要がある¹³⁹⁾。法に間隙

133) A. a. O. この事件においては、一人会社以外の有限会社について、損失引受義務が認められた。一人会社については、株式法303条・322項2項・3項を類推して従属会社の債権者に対する支配会社の責任を認める（拙稿・獨協法学28号20頁参照）。

134) A. a. O., S. 89.

135) A. a. O.

136) A. a. O.

137) A. a. O., S. 89, 90.

138) 田中誠二・法学入門257頁；奥原＝青木・法学読本188頁，189頁。

139) Koppensteiner, Fn. (76), S. 90.

があるか否かを確認するためには、1965年株式法の起草者が、①加重的事実上のコンツェルンのような事実を認識していなかったか、または、②認識していても、この事実の規整を看過したか、を明らかにする必要がある¹⁴⁰⁾。これらはいずれも事実と反する¹⁴¹⁾。コンツェルン法改正に関するドイツ法曹会議研究委員会 (Die Studienkommission des Deutschen Juristentages) の報告書には「業務執行の重要問題について恒常的に指図がなされ、従属会社の業務執行者がこの指図に恒常的に服する」¹⁴²⁾ という表現が見られる¹⁴³⁾。政府資料 (amtliche Materialien) は、「株式会社という法形式が、多数の企業にとっては、外部的組織形式にすぎなくなっていて、これらの会社の運命が、株式法的機関権限の枠外において、一般にあらゆる法規整を回避する方法で決定される極端な場合には、取締役は従業員にすぎなくなり、会社は分割経営のための一組織形式にすぎなくなる」¹⁴⁴⁾ と述べている¹⁴⁵⁾。したがって、1965年株式法の起草者が、加重的コンツェルンを考えに入れていたのは確かであり、311条以下を定めるに際して——Lutter が主張するように¹⁴⁶⁾——単に時たまの個別的侵害のみを考えていたと解することは、妥当ではない¹⁴⁷⁾。また、起草者が、

140) A. a. O., S. 91.

141) A. a. O.

142) Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts, 1967, S. 28. この事實は、まさに、加重的コンツェルンを示すものである。

143) Koppensteiner, Fn. (76), S. 91.

144) Siehe Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 373.

145) Koppensteiner, Fn. (76), S. 91. Wolfgang Schilling の 80 歳を祝うシンポジウムの討論において(本稿の基礎をなしている Hoffmann-Becking および Koppensteiner の論文は、このシンポジウムにおける報告である)、Koppensteiner の見解に対して、次の反論がなされている (Koppensteiner, Fn. (76), S. 91 Fn. 20)。「資料の引用された部分は、単なる状態描写として理解されるべきであって、それは、311条以下の規整対象については、なにも述べていないのである。認識されたコンツェルン法的问题を規整する意図がなかったことが理解されるべきである。」これに対して、Koppensteiner は、そのような主張にはなんら理由がないという。かれは、国会での審議 (Sten. Prot. IV/9405) によれば、従属会社の真の独立は(財産的意味においての)独立であることが実証されている、と述べ、加重的コンツェルンはこれと両立しない、という。

146) Ders., ZGR Sonderheft 6, 192, 207, Anm. 63, ähnlich jetzt Wiedemann, Unternehmensgruppe in Privatrecht, 1988, S. 46.

147) Koppensteiner, Fn. (76), S. 91, 92.

事実上のコンツェルン指揮の責任 (一)

加重的コンツェルンの規整を怠ったという証拠も全然ないのである¹⁴⁸⁾。起草者が、企業契約が締結されることなしに、コンツェルンが強化されたときにも、311条以下の範囲内で処理すべきである、と考えていたことは、コンツェルン法の体系からも明確に認識される(もちろん、このことは、これらの規定が満足すべき規整を含んでいたか否かとは関係のないことである)¹⁴⁹⁾。Timm は、「問題の場合、すなわち、コンツェルンの影響力が許容される態様を事実上越えた場合に関して、株式法からいかなる制裁も読み取りえない」¹⁵⁰⁾というが、このような場合に関しては、317条の損害賠償請求権が定められているのである¹⁵¹⁾。

311条以下において、加重的事実上のコンツェルンが規整されているか否かを考えるに際し、検討すべきもう一つの角度がある。それは、302条の趣旨が、加重的事実上のコンツェルンをも規整することをも認めるものか否かである。この点をも検討して、初めて法の間隙の有無についての結論を導くことができるであろう¹⁵²⁾。

2) Autokran 判決の Timm の見解 302条の趣旨を検討する前に、Timm の見解を概観しておくことは有意義であろう。なぜならば、Timm は、Autokran 判決をモメントとして、302条の適用要件について特別の見解を明らかにしているからである。

Autokran 判決は、損失補償にもとづいてまたは302条によって請求を受ける支配企業が免責されるには、「非従属有限会社の職務に忠実な業務執行者であっても、支配企業の誘引と同様に行爲した」ことを立証しなければならないとした¹⁵³⁾。さらに、一部の学説は、「補償義務が成立するには、原告が会社の不利益的損害を立証しなければならない」とする¹⁵⁴⁾。Timm は、株式会社に

148) A. a. O., S. 92.

149) A. a. O.

150) Ders. NJW 1987, 977, 981.

151) Koppensteiner, Fn. (76), S. 92.

152) Vgl. a. a. O.

153) A. a. O.

154) So z. B. Lutter, ZHR 151 (1987), 208; Kort, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, S. 38; Stim-

関してこの解釈を結びつけ、302条が適用されるのは、「会社が極めて強力に中央集権的に指揮され、従属性報告書に記載されない、継続的な加害処置の誘引またはその実行行為が個別的に証明される」¹⁵⁵⁾ときであるとする¹⁵⁶⁾。しかし、302条は違法行為または具体的な影響力の行使を前提とするものではないから、これらの結果生じた損害が補償義務成立の要件とするならば、ここに302条の類推は問題とならないわけである¹⁵⁷⁾。また従属報告書に関する規定の不遵守が302条の適用を結果することには全然ならないのである¹⁵⁸⁾。

3) 302条1項の趣旨 (1) 緒説 K. Schmidt は、本項は加重的従属性の法定効果と把握すべきであるとする¹⁵⁹⁾。Ulmer¹⁶⁰⁾ および BGH¹⁶¹⁾ は、291条3項によって適用除外とされた資本維持に関する規定に代替することにあると解する。政府資料からは、「会社の運命を決定しまたはその利益の全部を取得しうるものは、損失もまた引受けるべきである」¹⁶²⁾ という「法の一般原則」が推定される¹⁶³⁾。有限会社およびこれに類似する組織関係についてのみであるが、委任にもとづかない業務執行権は損失補償義務を内在するものであると解し、302条はこれを具体化したものと解する見解もある¹⁶³⁻²⁾。以下、これらの説を検討することとする。

(2) Schmidt の見解¹⁶³⁻³⁾ 302条を加重的コンツェルンの効果と考えるのは、「この規定に定める損失引受義務は法定のものであって、契約的債権関係にもとづくものではない。企業契約は、債務原因ではなく、法定の損失引受義

pel, ZGR Sonderheft 6, 39, 44 f.; Schwark, JuS 1987, 443, 449.

155) Timm, NJW 1987, 977, 983.

156) Koppensteiner, Fn. (76), S. 92, 93.

157) A. a. O.

158) A. a. O.

159) Z. B. in BB 1985, 274, 277.

160) Ders. AG 1986, 123, 126.

161) BGH, DB 1988, 596, 597.

162) Kropff, Fn. (144), S. 391.

163) Koppensteiner, Fn. (76), S. 93.

163-2) A. a. O. Schilling (FS Hefermehl, 1976, S. 383, 389) および Wilhelm (DB 1986, 2113, 2116 f.) がこの立場である。

163-3) この項の説明は、Koppensteiner, Fn. (76), S. 93 f. による。

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

務の構成要件である」と解するからである。さらに、このような考え方は「この規定の類推適用の可能性についておおいに意義を有する」からである。しかし、この考え方は、次の点において批判を免れえない。

① 損失引受義務は、303条の責任および304条・305条の補償請求権・賠償請求権と同様に特別の重要な法的効果であるから、その要件を明確にしておく必要がある。そこで、企業契約によってこのような効果が生ずることとし、企業契約には親会社の総会の同意が必要とされているのである（§ 293 Abs. 2 AktG）。決して、加重的コンツェルンが要件とされているのではない。

② 純粋な利益供給契約は、加重的コンツェルンの存在を不可欠の前提とするものではないが、302条の適用がある。

③ 302条は——支配契約と関連して——抽象的危険事実に関するものである。というのは、支配企業の側からの不利益な影響力の行使が問題とされていないからである。すなわち、302条は、補償されるべき年度損失が不可抗力に帰せられるとき、換言すれば、契約と無関係であるときにも、それどころか、不利益な指示可能性が企業契約そのものにおいて排除されているときにも適用されるものだからである。302条の根底にある法的思考は、加重的コンツェルンと結合した危険に対してバランスをとるものを生み出すことにあるのではない。

④ 302条はいはば加重的コンツェルンの一般規定であるとの主張は、311条以下が、その限りにおいて目的を喪失していることを認めるものであり、また、302条は、311条以下で許容されないコンツェルン指揮にも適用されるものとして構想されたことを認めるものである。このようなことは、立法者の規整意思に矛盾するものである。

(3) Ulmer などの見解¹⁶⁴⁾ この立場をとれば、加重的株式会社コンツェルンへの302条の類推は当然に否定されるべきである。なぜならば、事実上のコンツェルンにおいては、291条3項は全く妥当しないからである。311条は資本維持規定の除外規定と解されるべきでないからである。本条は、不利益補償

164) この項の説明は、Koppensteiner, Fn. (76), S. 94 ff. による。

義務の履行の結果として資本維持規定を除外するのではなく、これらの規定の修正規定と解されるのである。資本維持規定は不利益が補償されない限り無制限に適用される。これらのことが意味することは、302条に示される規整理由は事実上のコンツェルンにおいては——それが強力であり加重的であるとしても——全く存在しない、ということである。

以上のところから、302条は291条3項によって説明されるべきであるという命題を前提とする限り、302条を加重的の株式会社コンツェルンに類推適用するということは、全然、問題とならないのである。ところで、この命題自身にも問題がある。なぜならば、純粋な利益供給契約や不利益な指揮を排除している支配契約にあっては、57条以下の資本維持の原則の契約的侵害は考えられないからである。また、会社の損害が不可抗力による場合および291条にいう企業契約が非株主と締結される場合には、291条3項の適用対象が存在しないとしても、302条の適用が可能だからである。302条を類推適用するためには支配契約を擬制することとなるが、それでは、支配契約の締結に同意権を有する株主の利益が害されることになる。

最後に、この立場に対する反対理由として、291条3項は、加重的のコンツェルンを前提として構成されていないということがある。また、隠れた利益配当がなくとも、損害が発生する可能性がある。損失の補償を、隠れた利益配当禁止規定の適用不可能性から説明することは、この理由からも納得できない。

(4) 政府資料から推定される立場¹⁶⁵⁾ この立場は、次のように具体的に要約できる。

損失補償を伴わない利益供給契約は——それが従属会社自身にとって望ましい展開の結果を取得できるものであっても——支配企業にいかなる危険も負担させないものであって、許されるべきではない。損失引受は利益供給と必然的な相関関係をなしている。また、支配契約にあっては、支配企業は、従属会社の営業を自己に奉仕させることができ、それゆえ、この営業の運営に結合した危険を一般に制御することができる。起草者の考えによれば、これは302条1

165) この項の説明については、Koppensteiner, Fn. (76), S. 96による。

事実上のコンツェルン指揮の責任（一）

項に定める損失の負担を正当化する。

この考え方の中心をなすのは支配企業が有する指示権である。しかし、加重的株式会社コンツェルンは指揮権の上に成立するのではない。311条以下においては、そのようなことは予定されていず、いかなる服従義務も存在しない。76条が本来的な機能を有するのである。したがって、会社の取締役が、311条の要請を考慮することなしに、支配企業の誘引に従うならば、93条の責任を負う。起草者と同様に302条の趣旨を解せば、加重的株式会社コンツェルンへのその規定の類推適用は支持できないのである。

(5) **Wilhelmi** の見解¹⁶⁶⁾ **Wilhelmi** によれば¹⁶⁷⁾ 302条以下の責任は、コンツェルンの営業目的のために従属会社を利用することから生ずる。「損失引受は当然である。なぜならば、従属会社はもはや固有の営業を有せず、上位会社によって定められたコンツェルン営業を営むに過ぎないからである。損失引受は他人の事務の管理費用の賠償に單純に照応する。」本質的には、302条は一般的な機関責任の一部として把握され、この責任は会社の運命を、営業指揮者としてまたは支配者として決する社員が負担すべきである、ということである。「殊に、302条を他人の事務の管理費用の賠償に関する規定と解せば、損失引受の非契約性が直ちに生ずる。それは、事実的支配から生じた下位会社を、全体としてのコンツェルン企業の一分業部門として配置する場合においても発生する。営業主の地位を要求する者は、業務執行の結果、すなわち費用を賠償する義務を負担しなければならない。」

Wilhelmi に賛成する者はほとんどなく、とりわけ **Ulmer**¹⁶⁸⁾ によって批判されている。いずれにせよ、加重的株式会社コンツェルンにあって、委任にもとづかない事務管理という要件が存在するか否かは全く明確ではない。加重的コンツェルンにおいて問題なのは、支配企業自身が自己のものとして従属会社の営業を取得するというのではなく、従属会社の取締役に影響力が行使さ

166) この項の説明は、**Koppensteiner**, Fn. (76), S. 96 f. による。

167) **Ders.**, DB 1986, 2113 ff., ähnlich schon **ders.**, **Rectsform und Haftung**, 1981.

168) **Ders.**, ZHR 148 (1984), 391, 414 ff.

れることである。しかし、この取締役は、自己責任のもとに、会社を指揮し、かれの最高者としての決定なしには、このような影響力は意味がなく、加重的コンツェルンの形成はありえない。委任契約関係を認定するためには、従属会社の事務管理的行為という前提が欠けている。BGHが¹⁶⁹⁾、「加重的コンツェルンは締結が推定される支配契約を内在する」という Emmerich の初期の見解¹⁷⁰⁾ に従わなかったのは当然である。損失と費用の同一説は説得的ではないのである。

(6)小括¹⁷¹⁾ 以上のことから、302条を類推適用して支配企業の損失引受義務を理由づけることは、加重的コンツェルンにあっても、根拠がないことが確認される。したがって、検討されなければならないのは、どのような要件のもとにおいて、311条、317条との関係で損失引受義務を根拠づけるか、である。

(未完)

(1990年5月20日稿)

169) BGHZ 95, 330, 342.

170) Ders., AG 1975, 285, 286, aufgegeben in Scholz/Emmerich, GmbHG, 7. Aufl., Bd. 1, 1986, Anh. nach § 40 Rn. 203.

171) 本項の説明は、Koppensteiner, Fn (76), S.97 f. による。