

# コンツェルン関係における大株主の責任(1)

—会社法におけるコンツェルン法的構成の必要性(上)(2)—

青木 英夫

はじめに

前稿において、「企業結合法的アプローチのための総論的研究」として、コンツェルンの意義、諸種のコンツェルンおよびコンツェルンが提起する問題、ことに、コンツェルン指揮とその責任との相関の確立について論じ、最後にその結論をもって、次稿で山崎製パン事件の判例を具体的に検討することを約して結んだ。当初、この予定で稿を続けるつもりであったが、前稿を執筆したのは1年以上前であって、その間、コンツェルン法の文献に当たっているうちに、総論的研究として、大株主の責任を多角的に論じておくことが、判例研究をする前に必要であるとの考えを持つに到った。そこで、最初の構想とは異なるけれども、大株主のコンツェルン法的責任をとり上げた訳である。なお、大株主は、コンツェルン関係においては、支配会社または親会社である。大株主の責任の問題は、支配会社または親会社(コンツェルン指揮者)の責任の問題であることは、いうまでもない。

## 1 問題の提起

(1) 資本参加から生ずる問題 特定の会社を支配するに足る資本参加が生じた場合に生ずる問題は、これらの参加を基礎とする支配力に、それにふさわしい責任を負わすべきではないかということである。「指揮と責任との相関」は、会社法の根本原則だからである<sup>1)</sup>。支配株主は、法人であれ自然人であ

れ、自己の決定について責任を負うべきでないか、問題となるのである<sup>2)</sup>。

(2) 現行株式会社法の建前 現行株式会社法は、建前としては、個別企業観を前提とするのであって、少数の例外を除いて、結合企業の存在を無視し、典型的株式会社<sup>3)</sup>へのその一律的適用を要請する。しかし、現実に存在する会社——少なくとも社会・経済的に問題となりうる程度の資本力・経済力を有する会社——の多くは、資本参加を基礎とするコンツェルン関係に組み入れられているのであるから、法の一律的適用および典型的株式会社を前提としての法の典型的解釈によっては、現実に生ずる会社法上の重要問題、すなわち、「指揮と責任との相関」の維持の問題の解決には無力であるといわざるをえない。この結果は、伝統的な根本原則である「社員と会社法人格との峻別」を利用しての大株主の法的・契約的義務の回避が行われるなど諸種の弊害が生ずるのである<sup>4)</sup>。

(3) 大株主の責任の確立と少数派株主の保護 コンツェルン関係において強力な支配力を行使する大株主の責任を確立し、コンツェルン会社（コンツェルンを構成する会社）の少数派株主およびこれらの会社と取引関係に立つ第三者の保護が、現代株式会社法における焦眉の急であるといわざるをえない<sup>5)</sup>。

## 2 会社の従属性

(1) 緒論 大株主の責任を論ずるためには、大株主がその支配する会社をどの程度まで従属させることができるかを検討する必要がある。なぜなら

---

1) Müller-Erbach, Rudolf, Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, in Archiv für die civilistische Praxis 154, S. 342 ff.

2) Von Planta, Andreas, Die Haftung des Hauptaktionärs, Basel / Frankfurt am Main 1981, S. 7.

3) 広く社会的に散在する資本を、有限責任のもとに結集する法的制度としての会社組織であって、個別的に独立して存在する株式会社である。

4) その他の弊害として、(1) 親会社を信頼して子会社に信用を与えた債権者に不測の損害を与えること、(2) 過小資本の子会社を設立し、不足資本は貸付という方法をとることによって、子会社破産の場合に一般債権者と平等の立場に立つこと、があげられる (A. v. Planta, S. 7)。

ば、大株主の支配権が会社法的に許容されるか否かを検討することによって初めて、大株主の会社法的な責任を捉えることができるからである。会社の支配は、いうまでもなく、資本参加によって生ずるものであるが、このほかに、契約または定款の定めを基礎とすることも考えられる<sup>6)</sup>。以下、それぞれに場合を分けて検討することとする。

(2) 資本参加による支配 (イ) 緒説 資本参加による支配とは、議決権多数による支配である。したがって、これは株主総会の支配を意味する。株主総会の重要な権限として、取締役の選任および解任権がある(商 §§ 254 I・257 I・II)。この結果、総会決議を決定するに足る数の株式を有する大株主は、その意向に従う取締役会を会社に構成させることが可能となり、会社の業務執行を左右することとなる<sup>7)</sup>。

商法は、定款の定めによって、総会の権限を拡大することを認めている(商 § 230—10)。これによって、大株主の業務執行への介入を明確な法的な基礎を有するものとすることができる<sup>8)</sup>。もっとも、会社の重要な意思決定機関として株主総会を設けるとともに、他方において業務執行機関として取締役会を設けている法の趣旨から、取締役会の権限事項をすべて総会に移すことは許され

---

5) 近時、株式会社における大会社の区分が問題とされている。昭和58年10月の日本私法学会商法部会シンポジウムでこの問題がとりあげられている。小規模株式会社にはふさわしい法規制をどうすべきかがテーマであった。しかし、小規模会社に適する会社形態として有限会社が存在する。本来、大規模会社に適用されるべき株式会社法を、小規模会社に適するよう改正するというのはおかしなことである。小規模会社は有限会社形態をとるような措置を構わないのが筋であろう。どのような措置をすべきかはいうまでもない。有限会社形態を採用することに、株式会社形態を採用するよりもより大きな利益を与えればよいのである。具体的にいえば、現在、税法上中小企業に様々な優遇措置がとられているが、この優遇措置をうける中小企業の法形態を有限会社に限定すればよいのである。そうすれば、現在株式会社となっている中小企業は、雪崩を打つように有限会社に組織変更するであろう。株式会社法にそぐわない改正など不必要となるであろう。

6) A. v. Planta, S. 9.

7) Derselbe, S. 10. Vgl. Ruedin, Roland, Vers un droit des groupes de sociétés, Referate und Mitteilungen zum schweizerischen Juristentag 1980, Zeitschrift für schweizerisches Recht 99 II, S. 165.

8) A. v. Planta, S. 10.

ない<sup>9)</sup>。

ところで、取締役の氏名は、登記によって公示され(商 §§ 188 II ⑦・III・67)、その業務執行については、明確な責任が定められている(商 §§ 266・266—3)。これに対して、株主に関しては、記名株主にあつては株主名簿が作成されるけれども(商 § 223 I)、それは、本店または名義書換代理人のところで公示されるにすぎず(商 § 263 I・II)、その意義は、株主権行使の前提としての株主資格または株式取引に主としてある。株主は、株主権を自己の利益のために行使する権利は有するが、その権利行使の責任は、権利濫用の場合(民 § 1 III)を除いては問われることはない。このような株主によって構成される株主総会が、その責任において業務執行をする取締役会の存在価値を無に帰せしめるような巨大な影響力を行使することは、また、この点からも問題とならう<sup>10)</sup>。

そこで、次に、株主総会は、その決議によって、どの程度まで業務執行に介入することができるか、法は、株主総会と取締役会との権限を、どのように分離・調和させているかを検討することとしよう<sup>11)</sup>。

(ロ) 総会と取締役会との関係 総会と取締役会との関係については、理論的には、総会は、全能であつて、自由に取締役会の業務執行に関与できるとする総会全能論<sup>12)</sup>があり、また、総会と取締役会との同格理論がある<sup>13)</sup>。さらに、指導者原理にもとづき、取締役会、ことにその会長に絶対的な優越的権限を与える立場もある<sup>14)</sup>。

現行法は、総会は商法または定款に定める事項に限り決議をなしうとして

9) どのような取締役会の権限を総会に移すことが可能であるか、またどのようなものが不可能であるかは、ここでは論じない。ただ、法が取締役会の権限事項とした理由または目的から判断して決定すべきであることのみを指摘しておく(境・注釈会社法(4)21頁参照)。

10) Vgl. A. v. Planta, S. 10.

11) Vgl. A. v. Planta, SS. 10—11.

12) 昭和25年の改正前のわが国においては、株主総会は会社の最高機関であつて、単に会社に関する重要事項の決定がその専属的権限とされているだけではなく、その権限は無限定的で、とくに法により除外されていない限り、会社に関する一切の事項におよび、その決議は法令または定款に反しない限り、取締役および監査役を拘束するとされていた(大隅・大森・逐条改正会社法解説 193頁、鈴木=石井・改正会社法解説 104頁)。

いるのであるから (商 § 230—10) 限定的全能理論の上に立っているといえる<sup>15)</sup>。この商法の立場は、株式会社の実状に応じた合理的なものである<sup>16)</sup>。会社の実質上の所有者である株主によって構成される株主総会と取締役会とを同格的に取り扱うことは妥当でなく、また、取締役会の業務執行に総会が無限定的に関与できるということは、会社の実状に適せず、会社の運営の円滑性を阻害し、責任の所在を不明確にするからである<sup>17)</sup>。

(イ) 総会の決議と取締役の責任 総会の決議を執行するに際して、取締役は善良な管理者としての注意義務を尽すべきであって (商 § 254 III, 民 § 644), これに違反した場合に責任を問われる (商 §§ 264 I ⑤・II・266—3 I・III)。したがって、その瑕疵が攻撃されうる決議の執行についても善良な管理人として判断すべきであって、決議の取消 (商 § 247 I) または不存ないもしくは無効の

- 13) Bürgi, Wolfhart, Züricher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957—1979, N.9 zu OR Art. 721. なお, OR は, Bundesgesetz btr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil, Das Obligationenrecht) vom 30. März 1911 / 18. Dezember 1936 の略語である。本稿では, この略語を使用する。同格理論は, 総会と取締役会とは, それぞれ明確に限定された活動領域を有し, その領域を侵すことは許されず, 総会はその決議によって管理機関の権限領域に干渉することができないとするものである (Bürgi, a. a. O.)。
- 14) A. v. Planta, S. 11. 1937年のドイツ株式法は, ナチスの政治原理である指導者原理 (Führerprinzip) を株式会社法に導入し, 株主総会を会社の最高機関としての王座から引き下し, 会社の経営を自己固有の権限と責任とにおいて行動する会社の指導者としての取締役の手に委ねた (大隅・会社法論 250 頁)。
- 15) スイス法において限定的全能理論とは, 総会と管理機関との権限を原則的に分離するとともに, 異常な事態が生じたときには, 総会が管理機関に拘束的指示をなしうとするものである (A. v. Planta, S. 11, Bürgi, Komm. N. 12 zu OR Art. 721)。スイスの判例は動揺しているが, BGE 78 II 375 は, 異常な管理状態を切り抜けるために限定された期間において総会に業務執行の権限を認めた。これは, 限定的全能理論に立つといえる (A. v. Planta, S. 12)。
- 16) 大隅=大森・前掲 193 頁・194 頁, 鈴木=石井・前掲 106 頁参照。
- 17) A. v. Planta, S. 12. A. v. Planta も, 総会は, 法律または定款に定める事項についてのみ権限を有すべきであり, 業務執行は全体として管理機関に委ねられるべきであると解し, 管理機関の権限を総会の決議によって拘束できるとする OR 721 条 1 項の解釈についても, 会社の存続にとって根本的な重要性を有し, かつ法律または定款が明文をもって管理機関に委ねていない事項に限って認めるものであるとす (a. a. O. SS. 12—13)。

確認(商§252)の蓋然性が高い場合や、判決の結果をまって執行をなしても会社に不利益を生ずるおそれのない場合は、一時決議の執行を中止すべきである<sup>18)</sup>。

(二) 結論 株主総会は、会社内部における最高の機関であるが、その権限は無限定的ではなく、法律または定款により制限されており、業務執行権は、原則として、取締役会に専属する。総会は、法律または定款に定めのある場合(例えば、商法254条1項の定めまたは商法280条—2、1項但書にもとづく定款の定め)に限って、業務執行に関与できるのみである。総会と取締役会との権限は明確に分離され、総会は、取締役解任権(商§257 I・II)を通して、取締役会に影響を与えることができるが、原則としては、業務執行から排除されているのである。この総会と取締役会との法的関係に抵触する支配力の行使は、それに応ずる責任を発生させるということができる。

(3) 定款に基礎を有する従属性 (イ) 緒説 定款に特別の定めをおくことによって、会社の第三者に対する従属性を創設できるか否かが、ここでの問題である。定款は株主総会の特別決議によって変更することができる(商§§342 I・343)。したがって、定款の定めには私的自治の原則が認められるが、この原則には、当然に限界がある。この点に関しては、定款の定めは、それが公序良俗・株式会社の本質・株主平等原則・強行法的株式会社法の規定および株主の固有権に違反しない限り自由であると解されている<sup>19)</sup>。これを定款自由

18) 大隅・全訂会社法論中巻68頁。スイス法においても、権利濫用・法律違反・定款違反その他会社に損害を与えることが明白である総会の決議を、管理機関は、執行すべきではないのみならず、当該決議の取消の訴を提起すべきであり、これを怠るとその責任を問われると解されている(A. v. Planta, S. 14; Schucany, Giovanni, Die Vertreter juristischer Personen in Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, Zürich 1949, S. 45; Bürgi, Komm. N. 13 zu OR Art. 721; Wohlmann, Herbert, Die Treuepflicht des Aktionärs, Zürich 1968, S. 113; Mohr, Jon Peder, Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrates des Aktiengesellschaft, Zürich 1948, S. 58; Schucany, Emil, Die Abgrenzung der Befugnisse der Generalversammlung und des Verwaltungsrats, Die schweizerische Aktiengesellschaft 26, S. 114)。もっとも、管理機関には提訴義務はないとする立場もある(Strub, Armin, Die Ungültigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen der Aktienrecht, Zürich 1963, S. 79)。

の原則という。

会社が他会社に従属するというのは、具体的には、会社機関構成員の選任・業務執行および利益分配について、他会社の影響下におかれるということである<sup>20)</sup>。そこで、定款自由の原則とあいまって、これらの点について、他会社の支配を許す定款の規定が可能であるか否かを検討することとする。

(ロ) 機関構成員の選任 取締役の選任は、株主総会によってなされるのであって(商 §§ 254 I),これを第三者に委ねる定款の定めは無効である。所有株式数に応じて、株主に取締役選任権を与える定款の定めは、これが累積投票制(商 § 256—3)と同趣旨である場合にのみ認めてよいが、同趣旨の規定をおくのは無意味である。定款に取締役の資格を定めることは可能であるが、その資格を大株主に限定することは、もちろん、許されない(商 § 254 II)。支配会社の取締役・使用人に会社の取締役を限定する定款の定めも同様に許されない<sup>21)</sup>。取締役の候補者を推薦する権利を株主に与える定款の定めも、株主提案権(商 § 232—2)の範囲内にあるものであるならば認めてもよいが、實際上、このような定めも無意味である。結局、取締役の選任を、定款の定めによって、直接または具体的に大株主に従属させることは不可能である。

(イ) 業務執行 定款の定めによって、第三者に権利を与えるか否かについて、新株引権(商 § 280—2 II)および発起人の特別利益(商 § 168 I ④)に関し明文の定めがある。したがって、一般論としては、これは肯定してよい<sup>22)</sup>。しかし、定款の定めによって、取締役以外に——株主総会・代表取締役を除く——業務執行権を委譲することは可能であるのか。この点に関して、業務担

---

19) 松本・商法の諸問題 212 頁。

20) A. v. Planta, S. 16.

21) 取締役の選択の範囲を限定しすぎるという意味で無効といえるが、支配会社の取締役への限定は、取締役資格を大株主に限定することと同様である。

22) A. v. Planta, S. 18. Frankenberg は、これを否定して、「定款は純会社内部的事柄であるから、定款の定める範囲は会社内に限定されなければならない。外部の第三者または重要な株主に権利を委譲するならば、これらの者は会社の機関とならざるをえず、第 4 の機関としての地位が与えられる。会社の機関となって初めて、それに応ずる権利が委譲されるのである」と述べる (Frankenberg, Phillip, Die konzernmässige Abhängigkeit, Zürich / Leipzig, 1937, S. 106)。

当取締役および常務会の問題がある。業務担当取締役とは、代表取締役以外の取締役であって、定款の定めによって対内的業務執行を担当する取締役である。これを認めない説もあるが<sup>23)</sup>、これを肯定するのが通説である<sup>24)</sup>。常務会とは、取締役会の非機動性を排除するために、定款の定めによって、代表取締役を中心に業務担当取締役を加えて構成される会議体である。常務会には、そこで討議した事項を取締役会で審議・決定するというような諮問機関的なものと、代表取締役・業務担当取締役に委任された事項について決定する決定機関的なものがある<sup>25)</sup>。業務担当取締役は、取締役会・常務会または代表取締役のもとにあって業務執行を担当するのであるから、その執行は会社の自由な判断にもとづくものである。また、常務会の性質は、上述のようなものであるから、そこでなされる決議も、会社の自由な判断を第三者に委ねるというものではない。以上のことから、定款上の会社の業務執行機関は、業務執行への指揮権を支配会社に与えるものでないことが明らかとなる<sup>26)</sup>。

業務担当取締役・常務会のような会社機関以外に、すなわち、会社外の第三者に業務執行権またはその指揮権を、定款によって与えることは可能であろうか。ところで、取締役は善管義務を有し(商§254Ⅲ, 民§644)、忠実義務を負い(商§254—3)、これに違反するときは責任が生ずる(商§§266Ⅰ⑤・Ⅱ・266—3Ⅰ・Ⅲ)。これらの義務・責任は、会社および会社債権者の利益を擁護する。したがって、第三者の指揮が、会社の利益、その結果として会社債権者の利益に反するときには、取締役は、その義務に違反し、損害賠償責任を負担し

23) 松田・新会社法概論 206 頁・207 頁は、代表取締役以外の取締役は、代表取締役の委任代理人または支配人その他の商業使用人として以外には、会社の業務執行を担当できないとする。

24) 表見代表取締役の制度(商§262)および合名会社における代表権を有しない業務執行社員(商§76但書)が認められることなどがその根拠である。会長・社長・副社長・専務・常務などいわゆる役付取締役がこれに該当する。

25) 堀口・注釈会社法(4)339頁。

26) スイス法においても、定款の定めによって特定の取締役に業務執行権を委譲することは許されるが(OR Art. 717 Abs. 2)、当該取締役は、会社機関となりその責任を負うのであり、つねに法定の管理機関に従属し、最終的決定権を有しないとされている(A. v. Planta, SS.18—19; Bürgi, Komm. N. 23 zu OR Art. 717)。Vgl. OR. Art. 722 Ziff. 3.



て、それに従うことになる。このような第三者の指揮権が許されるはずはない。定款の定めによって、第三者に業務執行に関する一般の指揮権を与えることは、株式会社に反するのである<sup>27)</sup>。なぜならば、それは、一方において、会社——具体的には株主——の利益および会社債権者の利益を不当に危殆ならしめ、他方において、取締役が会社に対して負担している義務の履行を不可能にするからである。

(二) 利益分配 株主の有する利益配当請求権(商§293)は、株主の同意なしには奪うことを得ない固有権である<sup>28)</sup>。利益配当の決定権は株主総会にある(商§283 I, 特例§16 I 1文)。株主総会の決議の内容は、法令および定款に拘束される(商§§247 I ②・252)。これらのことから、株主の固有権を書しない範囲において、定款に特別の定めをおくことによって、会社の処分可能利益を株主への一般的な利益配当から控除することが可能となる。もちろん、このような場合も、これは利益処分の一環として行われるのであるから、総会の決議が必要であることはいうまでもない。商法上も発起人の特別利益(商§168 I ④)および利益配当優先株(商§222 I・II)に関して、定款の定めによって、総会の利益処分を拘束しうることを明らかにしている。発起人の特別利益は会社設立の場合に限られるが、優先株の発行は、会社成立後の定款変更(商§§342 I・343)によって可能である。

以上のように、処分可能利益の一部を一般的な利益配当から控除することは

---

27) A. v. Planta, S. 20.

28) この点については、異論はない。スイス法においても同様である(A. v. Planta, S. 20; Bürgi, Komm. N. 16 zu OR Art. 660; Cafilish, Silvio, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Zürich 1961, S. 132; Tappolet, Klaus, Schranken konzernmässiger Abhängigkeit im schweizerischen Aktienrecht, Zürich 1963, S. 110; Schlupe, Walter, Die wohlverworfenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, Zürich 1955, S. 53; Stoffel, Armin, Beamte und Magistraten als Verwaltungsräte von gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, St. Gallen 1975, S. 162; Dallèves, Louis, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, Referate und Mitteilungen zum Schweizerischen Juristentag 1973, Zeitschrift für schweizerisches Recht 92 II, S. 655)。

可能であるが、会社の利益を一括して株主から奪い取ることは、定款の定めによるも許されない。これは株主の固有権を侵害するのみならず、会社の営利性にも反するからである<sup>29)</sup>。

(※) 会社目的と会社の従属性 取締役は、定款所定の目的を実現するために、善管義務・忠実義務を負うのであるから、かりに、定款所定の目的が他の会社に奉仕することであると、取締役の善管義務・忠実義務は、他会社への奉仕のために存する義務となる。コンツェルン利益への奉仕が定款に定められるならば、このための業務執行を行うことが取締役会の職務となり、これに反する、すなわち、支配会社または大株主の利益に反する業務執行は、取締役の損害賠償責任を生ぜしめるのである<sup>30)</sup>。

定款所定の目的によって、会社それ自身が第三者に奉仕する、すなわち、会社が自己の利益のために行動できないということは、定款に具体的な営利目的を記載しなければならないとする法の要請（商§166 I ①）に反するのみならず、会社固有の属性である営利性に反する<sup>31)</sup>。会社は、その営利性に反して、第三者または全体としてのコンツェルンの利益のために会社に不利な処置をとることを強制されるからである<sup>32)・33)</sup>。

(4) 契約にもとづく従属性 (イ) 緒説 コンツェルン契約のうち、商法

29) 会社は営利目的とする社団法人であるが（商§§52・54 I, 有§1）、営利を目的とするとは、会社が利益をうるのみでなく、さらに会社の営業から生ずる利益が社員に帰属することを意味する（拙著・全訂会社法3頁）。

30) A. v. Planta, SS. 23—25.

31) Caflisch, S. 132; Tappolet, S. 112; Ruedin, S. 170.

32) コンツェルン指揮が明確に法的に構成されていない事実的コンツェルンにおいて、コンツェルン会社の利益に反する指揮が許されないことについては、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155頁参照。

33) スイス法においては、営利性を有しない株式会社の設立が認められることから（OR Art. 620 Abs. 3）、定款で第三者への奉仕を義務づけられている会社の存在も可能である（A. v. Planta, S. 25）。Plantaによれば、ただ、このような会社は、最初からこの目的をもって設立されるならばともかく、事後の目的変更は、株主全員の同意がなければ不可能である。なぜなら、株主の利益配当に対する固有権の放棄を、それはもたらすものであるからである（derselbe, S. 25）。したがって、これは、実際には、100%所有の子会社においてのみ可能にすぎない（derselbe, SS. 25—26）。

が明定する営業の賃貸借、経営の委任および利益協同(商§245 I ②)については、前稿において述べた。これらは、いずれもコンツェルン会社の営利性を否定するものでなく、逆に、コンツェルン会社の利益、ことにコンツェルン外株主の利益を、コンツェルン政策と調和的に解決せんとするものである<sup>34)</sup>。契約上、調和的解決がはかられているがゆえに、コンツェルン指揮が許されるのである<sup>35)</sup>。さて、コンツェルン形成の法的手段として、ドイツ法は支配契約(Beherrschungsvertrag)および編入(Eingliederung)について定めている。かかる法的手段をわが法上認めうるかを次に検討することとする。

(四) 支配契約および編入 支配契約によって、支配会社は従属会社の取締役を指揮することができることとなる(§308 Abs. 1 Satz 1 DAktG)。従属会社の業務執行は、他会社により指揮される業務執行となる<sup>36)</sup>。指揮の限界はコンツェルン利益である(§308 Abs. 1 Satz 2 DAktG)。編入によっても、同様に被編入会社は、主会社(編入した会社)の指揮に服することになり、この指揮にはコンツェルン利益という限界もない(§323 Abs. 1 Satz 1 DAktG)。被編入会社の固有の意思形成は不可能となり、その業務執行は主会社の意思に完全に従うことになる<sup>37)</sup>。支配契約・編入より発生する指揮権は、それが一般的であり、無限定的またはほとんど無限定的である限り、会社はその定款所定の目的によって営利を実現するという会社の本質に抵触する。従属会社の取締役

---

34) これらのコンツェルン契約によって、会社の業務執行に重大な構造的変化が生じ、コンツェルン会社の運営は、コンツェルン指揮によってなされることから、株主総会の特別決議が要求されているのであるが、このような特別の定めがないスイス法において、A. v. Planta は、コンツェルン指揮に應ずる義務を定款上定めることによってのみ、これらのコンツェルン契約の締結が可能であるとし、株主の議決権の3分の2以上の多数をもってする定款変更(OR Art. 648)が必要であると解する(SS. 32—33)。

35) ドイツ株式法311条1項は、相当の補償がなされていることを条件として、支配契約がなくても、支配会社が従属会社を指揮することを認めている。ドイツ法は、事実上のコンツェルンを可及的に規制して、当事者に関係者の最適な保護である企業契約を締結させんとしているのである(A. v. Planta, S. 37 Anm. 126)。

36) Gessler, Ernst, Kommentar zum Aktiengesetz, München 1976, N. 21 zu DAktG § 291.

37) A. v. Planta, S. 36.

は、コンツェルン指揮に従う結果として、会社に対し損害賠償責任を負わされる(商§266 I ⑤・II)。以上のことから、支配契約・編入は許されないといわざるをえない<sup>38)</sup>。

(イ) 許容されるコンツェルン契約　コンツェルン指揮が、コンツェルン会社の定款所定の目的に反しないもの、コンツェルン指揮に従うことによって取締役が損害賠償責任を負担せしめることとならないコンツェルン契約が、商法上許容されるのである。この要件を充足する限り、列挙されたものに限定されないことは、「その他これに準ずる契約」といっていることから明らかである<sup>39)</sup>。

(5) 取締役員の大株主への契約的従属性　(イ) 緒説　大株主(または支配会社)への会社の従属性を検討した後において、会社の取締役員自身の大株主への契約的従属性が問題となる。会社の取締役員が、その派遣者である大株主の指示に契約上従うべき義務を有するならば、その結果として、会社の従属性が成立するからである。

(ロ) スイス法における問題　スイス法においては、親会社が自ら子会社の管理機関員となることは許されないから(OR Art. 707 Abs. 3), 親会社は、その代表者を子会社の管理機関に派遣する。この者の子会社の管理機関への選任権(したがって、解任権)は子会社の総会にある。そこで、次の問題が生ずる<sup>40)</sup>。親会社の代表者が、子会社の管理機関において親会社の利益を代表し、かつ親会社の指揮に従って行動するように、契約上拘束されることが可能であるか否か、または、代表者は、子会社の管理機関に選任されることによって、親会社に対する義務は消滅し、自己の判断によって子会社の目的を可及的によりよく実現するよう行動しなければならないか否かである。

38) A. v. Planta も他のコンツェルン契約については、株主の議決権の3分の2以上の多数をもってする定款変更によって可能であるが、支配契約・編入は、全株主の同意によって、これに応ずるように会社の目的を変更して初めて許されるとする(derselbe, S. 36)。

39) 喜多川・注釈会社法(4)151頁が、「これに準ずる契約」とは損益共通関係にのみ準ずる契約と解するのは、妥当でない。

40) A. v. Planta, S. 42.

被派遣者の親会社に対する契約的拘束の可能性を肯定するのが、Gautschi である<sup>41)</sup>。Gautschi によれば、派遣者が、被派遣者がかれの意思に従って委任事務を処理することを委託した上で、被派遣者を管理機関に派遣した場合には、その者は、機関の名において機関の責任のもとに行動するが、同時に第三者の利益および計算において行動するのであって、当該機関員は受任者の法的地位を有する<sup>42)</sup>。その機関員の地位は、一方において総会の決議、他方において委任または雇傭の契約関係という二重の法的基礎を有する。管理機関員は二重の義務の中におかれるのであって、その義務の内容は、会社法および契約法によって規律される。法律または定款の定めが管理機関員の行為を拘束する分野においては、委任者は委任法上の指示権を有しないが、管理機関員の判断に委ねられている広大な分野において、委任者は指示をなしうるのであって、OR 404 条<sup>43)</sup>により、委任者は何時にても解任することができる。被解任者は、自己の委任を総会の判断に委ねなければならない<sup>44)</sup>。

E. Schucany も信任的管理機関員を肯定する<sup>45)</sup>。Schucany によれば、管理機関員は、その行為において法律および定款に拘束されるのであるが、かれ自身の判断に委ねられているところでは、かれが従うべき指示が存在しうる余地が十分にあり、OR 404 条により委任者は委任を何時にても解除できるし、必要ならば、解任の訴を提起できるのである<sup>46)</sup>。

以上に対して、W. v. Steiger は、親会社と子会社の管理機関員との間の信任関係を否定し、被派遣者は総会によって選任されたものであって、親会社により選任されたものでなく、被派遣者は法上独立であって自己の責任のもとに

---

41) Gautschi, Georg, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, Schweizerische Juristenzeitung 45, S. 301 ff.

42) Derselbe, S. 303.

43) わが民法 651 条に相当する。

44) Gautschi, Georg, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, besondere Vertragsverhältnisse, Bern 1964, 1971, N. 13 c zu OR Art. 397.

45) A. v. Planta, S. 43.

46) Schucany, Emil, Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrat, Die schweizerische Aktiengesellschaft 27, S. 112.

行動すべきであると言う。被派遣者は、大体において親会社の指揮に従って行動するとしても、それは事実上のものであって、かれの法的独立性が否定されるのではなく、かれに対する親会社の法的な指揮権は成立しないのである<sup>47)</sup>。

F. v. Steiger は、Gautschi の二重義務説に反対し、スイス保険裁判所の判決<sup>48)</sup>を根拠として、機関員と第三者との間に存する法律関係は、その者の株式法的地位になんらの影響を与えず、形式的管理機関員 (Pro-forma-Verwaltungsräte) などは存在せず、管理機関として商業登記されることによって、その者は、株式法の規定に従い<sup>49)</sup>、自己の行為について人的責任を負う、と述べる。そして、委任者である株主と管理機関員との委任関係は問題とならないという<sup>50)</sup>。また、管理機関の解任の訴は成立せず、委任者のとりうる方法は、資格株として管理機関員に信託的に譲渡された株式の返還を求めることによって、その者を失格させるだけである<sup>51)</sup>、という。

Picenoni は、「公法人の代表者<sup>52)</sup>および OR 708条4項によって選任されるグループの代表者——両者とも、本来、これらの者の委任者に厳しく従属するのであるが<sup>53)</sup>——は、法律または判例<sup>54)</sup>によって、総会によって自由に選任される他の管理機関員と同様な権利・義務を有するとされている」ということを理由に、管理機関員への指揮権の存続を否定する<sup>55)</sup>。会社と利益対立するとき

47) Werner von Steiger, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, Referate und Mitteilungen zum schweizerischen Juristentag 1943, Zeitschrift für schweizerisches Recht 62, S. 313a f.

48) Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes 1953, S. 271 ff., Zeitschrift für Ausgleichskassen 1953, S. 419 ff.

49) Vgl. BGE 59 II 453.

50) Fritz von Steiger, Zur Frage der rechtlichen Stellung des "abhängigen" Verwaltungsrates, Die schweizerische Aktiengesellschaft 27, S. 39.

51) Fritz von Steiger, Erwiderung auf obgenannten Artikel von E. Schucany (SAG 27, S. 109), Die schweizerische Aktiengesellschaft 27, S. 116.

52) 公法人から、会社の管理機関に派遣される者の意味である。

53) 公法人またはグループの指名権は、通常の株主の提案権を越えるものである。前者は、いずれも、直接に管理機関員を指名し、解任しうるものであるのに対し、後者は、重大な理由があるときにのみ、総会は拒否できるにすぎないという意味においての拘束性を有するにすぎない (BGE 66 II 51)。

54) BGE 66 II 51.

には、会社に反対の立場に立つことを管理機関員に義務づける委任関係は、法の一般原則によって第三者に負担させる契約として認めることができない、というのである<sup>56)</sup>。

その他、Cafilish は、管理機関員の株主へのあらゆる法的拘束は管理機関に選任されることによって消滅する、と述べ<sup>57)</sup>、Tappolet は、管理機関員への指揮権を与える契約は法律および定款の枠内という条件なしには良俗違反で無効であるとする<sup>58)</sup>。G. Schucany は、派遣者である会社に対する委任関係は、管理機関員の義務内容になんらの影響がなく、管理機関員は、自己の管理する会社の利益のために、あらゆる場合において決定すべきであるという<sup>59)</sup>。Falkeisen<sup>60)</sup>および Zweifel<sup>61)</sup>も同説である。

この問題に関する判例として、チューリッヒ上級裁判所の判決がある<sup>62)</sup>。一人株主である外国人が、外国人一人では管理機関を構成することを許されなかったため (OR Art. 711 Abs. 1)、株式を信託的に所有させた二人の者に管理機関を構成させた。争われたのは、会社と管理機関員との間の委任関係と並んで、一人株主に対する委任関係も成立し、これによって一人株主が拘束的指示権を有しうるか否かであった。法律および定款に反しない限りという留保付で、特別の場合について、このような指示権が定められていた。裁判所は次のように判決した。「保護に値する少数派株主は存在しないのだから、一人株主の指示に従うのは権利濫用ではなく、また、その委任は、常に法律および定款の枠内にあるのだから、指示に従う行為は法律および定款に違反しない。OR 711 条の国籍の要件も 藁人形を前面に出すことによって害されるのではない。

---

55) Picenoi, Vito, Rechtsforomen konzernmässiger Abhängigkeit—Ein Beitrag zur Frage des “abhängigen Verwaltungsrates”, Schweizerische Juristenzeitung 51, S. 321 ff.

56) Derselbe, S. 326.

57) Cafilisch, S. 141.

58) Tappolet, S. 124.

59) G. Schucany, S. 50 f.

60) Falkeisen, Emanuel, Die Vertretung juristischer Personen im Verwaltungsrat—insbesondere ihre rechtliche Natur, Zürich 1947, S. 83 f.

61) Zweifel, Martin, Holdinggesellschaft und Konzern, Zürich 1973, S. 93 f.

62) BIZR 58, S. 179 ff., Die schweizerische Aktiengesellschaft 32, S. 135 ff.

なぜなら、この要件はスイスにおける具体的な責任者を確保することを唯一の目的とするものだから、この方法によっても要件は充足される。それどころか、藁人形それ自身は黙認しながら、それと結合した委任の存在を認めないのは不合理である。指示権の承認によって会社自身が禁治産者となる（これは ZGB 27 条に違反する）という主張も、この点においては問題とならない。なぜなら、指示権は第三者に与えられるのではなく、会社の担い手自身に与えられるのだからである。したがって、指示権の承認は法律にも良俗にも違反しない。」

Jäggi は、この判決に同意する<sup>63)</sup>。「大株主——自然人であれ、コンツェルン親会社であれ——の指示権の否定の背後にある考えは、少数派株主の保護である。ふだんコンツェルンの利益にはなるが、個々のコンツェルン構成員には損害をもたらす指示がなされるならば、少数派株主は損害をこうむるおそれがある。しかし、このような少数派株主が存在しないならば、指示権に反対すべき理由はなくなる。従属会社と一人株主との間の利益衝突は成立しない。なぜならば、会社の利益は、会社の担い手全体の利益と同視されるべきだからである。したがって、一人株主の指示によって示される利益は、会社の利益と同視されるべきである。一人会社は会社の実体を欠くからである。」Woernle も<sup>64)</sup>、一人会社を原則的に承認しつつ、一人株主と管理機関員との委任関係を否定するのは矛盾とするチューリッヒ裁判所の判旨に賛成する。

以上のことから、親会社と子会社に派遣された管理機関員との間の契約関係（委任または雇傭）にもとづく、親会社の指揮権を認めないのが、スイスの多数説であるといえるが、一人会社においては、逆に、一人株主にこの指揮権を認めるのが有力である。Planta は、この点について、次のように要約する<sup>65)</sup>。チューリッヒ裁判所の見解は妥当であるが、「多数派株主と並んで若干の少数派

63) Jäggi, Peter, Ein Gerichtsurteil über den abhängigen Verwaltungs, Schweizerische Juristenzeitung 56, S. 5.

64) Woernle, Günther, Die organähnliche Haftung des machtausübenden Hauptaktionärs gegenüber Gläubigern der abhängigen Gesellschaft, Lausane 1970, S. 57.

65) A. v. Planta, SS. 45—46.



## コンツェルン関係における大株主の責任 (1)

株主が存在するとき、または少数派株主もしくは少数派グループが若干の管理機関員を代表として派遣しうるときには、もちろん、別の観点が必要である。このような場合に、明白に留意すべきことは、総会によって選任されることによって、管理機関員は他の次元に移されるということである。派遣者たる株主に対する義務は、会社の全体としての担い手に対する義務に譲歩すべきである。派遣者に対する法律関係は消滅し、会社に対する法律関係に席を譲るべきである。派遣者には直接的な選任権も解任権もなく、これらは強行法により総会にある。これらの場合には、指示は、会社利益の観点、すなわち、存在する株主全体の観点のもとに個々の管理機関員によって吟味されなければならない。そうでないと、管理機関員の注意義務違反となる<sup>66)</sup>。」結論として言えることは、「信任的管理機関員および従属的管理機関員はスイス法には未知なものであり、全株式が一人の所有に帰した会社に限定されるべきものである」ということである<sup>67)</sup>。

(イ) 日本法における問題 わが国においては、スイス法に言う信任的取締役は問題とならず、取締役と会社との委任関係(商§254Ⅲ)および取締役の会社に対する忠実義務(商§254-3)が、もっぱら問題とされるのみである。このことは、取締役は、その職に就くことによって、会社に対する義務を果すべきであって、その職務の執行に際しては、個人として第三者に対して契約的に拘束されることはありえないことを当然の前提としているといえる。したがって、大株主が、取締役員と契約することによって、会社運営に対する契約上の指揮権を取得することは許されないのである。

株式会社については、一人会社を認めるのが通説である。一人会社において、一人株主と取締役員との間に契約的な指揮権を認めることができるか。一人会社も会社であって、取締役員をその機関と解する限り、これは否定せざるをえない。ただ、一人株主と取締役員との関係は、会社と取締役との関係に実

66) Bürgi は、単なる過半数参加の場合にも、責任を伴う指示権を認めようとするが (Komm. N. 26 zu OR Art. 707), A. v. Planta は、これに反対し、少数派参加者の株主としての地位は、損害を受けた場合に財産的給付によって弁償される単なる財産的地位ではないという (Anm. 167, S. 46)。

67) A. v. Planta, S. 46.

質上包摂せられ、一人株主は、事実上、指揮力を行使し、これに従う取締役員は、会社に対する関係では、免責される（商§266V）ということになる。一人会社も会社である以上、それと取引関係に立つ第三者との関係も無視できない。コンツェルン指揮者である一人株主の第三者に対する責任を考えておかなければならない。この点については、一人会社の実質は一人株主の個人企業に外ならないから、その法人格を無視して、一人株主に会社債務について責任を負担させるべきであるという見解<sup>68)</sup>がある。これに対しては、一人会社を認めるならば、会社財産と社員の責任とは別個に考えるほかないとする反論<sup>69)</sup>がある。私見によれば、一人株主を一人会社の事実上の取締役と解することによってこの問題は解決する<sup>70)</sup>。一人株主は、事実上の取締役として、コンツェルン利益のために会社に与えた損害は問われなくても、その行為が義務違反行為であることには変わりなく（商§254—3）、したがって、それにより生じた第三者の損害に対し賠償責任を負うのである（商§266—3）。

### 3 事実的コンツェルンにおけるコンツェルン指揮者の責任の構成

(1) 緒説 事実的コンツェルンにおいてコンツェルン指揮者の責任は、コンツェルン指揮者をコンツェルン会社の事実上の取締役として構成することによって、最も明確かつ直截的に捉えることができることについては、しばしば述べたところである。わが国と同様に、西ドイツ法のように詳細な結合企業に関する規定を有しないスイス法において、事実的コンツェルンにおけるコンツェルン指揮者の責任について、私見に極めて類似した見解が主張されている。私見を補強する意味において、これを紹介することとする。

(2) スイス法におけるコンツェルン指揮者の責任の構成 (i) 事実上の機関としての構成 (a) 総説 この説は、管理機関員が、故意または過失による義務違反から会社、株主および会社債権者に対し損害を与えた場合に、負

68) 松田・新会社法概論20頁。

69) 石井・注解株式会社法第1巻設立65頁。

70) コンツェルン指揮者をコンツェルン会社の事実上の取締役と解する理論的根拠については、拙稿・前掲156頁以下参照。

担する賠償責任を定める OR 754 条 1 項をコンツェルン指揮者に適用せんとするものである。大株主が、会社を自己の意思に従わず指揮のために、その権力的地位を利用した場合には、この株主は OR 754 条 1 項の管理機関員と同視され、同様な責任を負うという説<sup>71)</sup>である。

会社の機関は、会社の意思を決定し、会社活動を担当するものであるが、機関の位置づけにおいて決定的なのは、会社における形式的地位ではなく、行使される機能である<sup>72)</sup>。したがって、機関概念は機能的に把握されるべきであり<sup>73)</sup>、一定の独立性をもって会社の業務執行および代表に関与する者は、機関と考えてよい<sup>74)</sup>。

大株主が、解任への継続的威嚇によって会社内で権力を行使し、正規の機関に指示を与えつつも、機関的地位につくことによって自己の権力を適法化することを諦めるとき、その者は、機関として有したであろうと全く同様な地位に機能的にみずからがいることを認識している。かれは、決定的な方法で団体意思の形成に参加し、独立して団体的職務を行うのである。かれは、事実上、機関地位を取得するのである<sup>75)</sup>。このように解することによって、大株主に、その指揮（法的に強制できない事実上のものであるが）にふさわしい責任を対応させるのがスイスの判例・学説である<sup>76)</sup>。事実上の機関<sup>77)</sup>または準機関<sup>78)</sup>の責任論である。

---

71) A. v. Planta, SS. 81—82.

72) Portmann, Peter, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958, S. 26; Gehrig, Pierre-Olivier, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht, St. Gallen 1979, S. 12; G. Schucany, S. 86; Wohlmann, S. 127; Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, § 15, II, S. 136; Petitpirre-Sauvain, Anne, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève 1972, p. 133.

73) A. v. Planta, S. 82.

74) Bürgi, Komm. N. 20 zu OR Art. 718; Schucany, Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, N. 4 zu OR Art. 718; BGE 104 II 197.

75) A. v. Planta, S. 82. もちろん、大株主の機関的行為は、業務執行（会社内の業務指揮）に限定されるのであって、外部に対する会社代表は正規の機関によってなされる（derselbe, Anm. 7, S. 82）。

(b) 事実上の機関への株式法的責任規定の適用 株式会社の機関は、会社に対し忠実義務 (Treuepflicht) を負っており、これに違反すれば、OR 754条により責任を問われる。この忠実義務を事実上の機関に負わすべきである<sup>79)</sup>。株主が、管理機関への指示によって、権力を行使するとき、正規の執行機関の忠実義務に照応する義務を、機能的にみてその株主に負わすべきだからである<sup>80)</sup>。判例の言葉を借りれば、「業務執行者または管理機関員の地位にでしゃばる者は、それらに応じた民事責任 (Art. 754 Abs. 1 OR) と、ことにこれらの者に属する職務を引き受けるのである (Art. 721 f. OR)<sup>81)</sup>。」

大株主であるから忠実義務が生ずるのではなく、業務執行への干渉とともに、すなわち、事実上行使される機能によって、初めて、忠実義務が発生するのである<sup>82)</sup>。

大株主も、その影響力を、総会における議決権の行使に限定している限りは、忠実義務を負わず、他の株主と同様に信義則に拘束されるのみである。大株主が会社目的の追求の範囲外において株主の利益を害すれば、OR 706条の決議取消の訴の原因となる。取消の訴に変えて、OR 41条によって、大株主の不法行為責任を追及することも可能である。いずれにせよ、この場合には、大株主には、OR 754条の株式法的責任に照応する責任は成立しないのである<sup>83)</sup>。

76) A. v. Planta, S. 83.

77) Gehriger, S. 14 f.

78) Dallèves, S. 674.

79) Gehriger, SS. 86, 91; Woernle, S. 59; Meier-Wehrli, Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 OR, 41 BkG., Zurich 1968, S. 21 ff; Ruedin, S. 178.

80) A. v. Planta, S. 83.

81) Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. April 1972 in Sachen F. M.

82) A. v. Planta, S. 83.

83) Derselbe, SS. 83—84. この点については、異説はない (Schluep, S. 348; Tobler, Ernst, Die Haftungsverhältnisse in verbundenen Unternehmen, Bern 1948, S. 96; Siegwart, Alfred, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945, Einl. N. 231; Weiss, Gottfried, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft, Einleitung, Bern 1956, N. 210; Zeifel, S. 99; Tappolet, S. 128 f.).

大株主の業務執行への関与が、機関の義務に照応する義務を成立させるならば、この義務に違反した場合には、機関の義務違反の責任に関する OR 754 条が、大株主に適用されるべきである。OR 754 条によってその責任が捉えられている者の行為を機能的にみると、管理、業務執行および監督であるが、これはまさに大株主が事実上の機関として担当する機能であるから、大株主を OR 754 条の責任者の一員に加えることは、妥当といえる<sup>84)</sup>。大株主が、故意または過失によって忠実義務に違反し損害を与えたときには、損害賠償義務を負うこととなるのである<sup>85)</sup>。

大株主に OR 754 条を適用することについては、反対説<sup>86)</sup>もある。反対説は、OR 754 条の株式法的責任の法的性質を根拠とする<sup>87)</sup>。例えば、v. Greyerz は、次のように主張する<sup>88)</sup>。「契約上の責任が問題であるのに、背後の人と会社との間には契約が存在しないのであるから、類推適用は許されない。支配株主が機関の職務を「負わされている」(Art. 754 Abs. 1 OR) と言うことはできず、権力的地位が不当に使用されているということが明確に理解されるべきである。法文そのものも背後の人を有責者の中に入れることを許さない。」

上の反対説に対して、A. v. Planta は、OR 754 条の歴史的<sup>89)</sup>・文理解釈よりも目的論的解釈を優先すべきことを強調する<sup>90)</sup>。機関的機能の行使が責任

84) A. v. Planta, S. 84.

85) Meier-Wehrli, S. 22 f.; Petitpierre-Sauvain, S. 133 f.; Woernle, S. 60; Gehrig, S. 96 f.; Forstmoser / Meier-Hayoz, § 25, I. S. 124; Forstmoser, N. 494; Bürgi, Komm. N. 10 zu OR Art. 712, N. 124 zu OR Art. 753 / 4; Zweifel, Martin, Fragen des Minderheitenschutz in einem schweizerischen konzernrecht, Die schweizerische Aktiengesellschaft 50, S. 94; Jäggi, Gerichtsurteil, S. 2.

86) Wohlmann, S. 129; Tappolet, S. 131; Dallèves, S. 676; von Greyerz, Christoph, Die Verwaltung in der privaten AG, Die Verantwortung des Verwaltungsrates in der AG, Schw. Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 29, Zürich 1978, S. 63; Zweifel, S. 98 (jetzt anders in Minderheitenschutz, S. 94); Burckhardt, Mathias, Die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Verwaltung der AG nach schweizerischem, französischem und deutschem Recht, Basel 1969, S. 172.

87) A. v. Planta, S. 84.

88) v. Greyerz, S. 63.

を成立させるということが根本原則である。機関の契約違反の考えは、それだけ前面から退却し、逆に、機関的機能の行使から直接に生ずる忠実義務の違反という考え方が前面に現われる。機関と会社との間の契約関係は必要ではなく、機関的機能の事実上の行使で十分である<sup>91)</sup>。この解釈は、事実関係、すなわち、現実を考察することによって是認される<sup>92)</sup>。すなわち、法規が変化した経済的かつ異なった事実的關係によって他の意味を有することが稀でないように、考慮されるべき利益の評価の根本的変化が異なった解釈に至りうるのである<sup>93)</sup>。規範の解釈にあつては、現在の事実関係もまた考慮すべきであり<sup>94)</sup>、その結果、法規の明確な文言から離れることもありうるのである<sup>95)</sup>。決定的なのは規範の意義である<sup>96)</sup>。

A. v. Planta によれば、株式法的責任の意義は、指導の人々の義務違反の行為から会社、株主および債権者を保護し、義務違反から生じた損害を賠償させることにある<sup>97)</sup>。このことから、事実上の機関を正規の機関と責任法上同視することが是認される。OR 754 条において問題とされるのは、契約責任であるという原則は無視されるのである。しかも、正規の機関の会社に対する責任は契約責任であっても、株主および債権者に対する責任は法定責任である<sup>98)</sup>ことを考えれば、それだけ一層、行使される機能のみに焦点を合やすこと、すなわ

89) 立法者が有責者の範囲を判例・学説に委ねたとしても、支配人および代理人までであつて、事実上の機関を有責者に含めることは考えてもいなかったのである (A. v. Planta, S. 85 Anm. 20)。

90) A. v. Planta, S. 85. 目的論的解釈については、vgl. Germann, Oscar Adolf, Methoden der Gesetzesauslegung, Problem und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965, S. 79 ff.; Meier-Hayoz, Arthur, Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Personenrecht, Art. 1, Bern 1962, N. 192 ff. zu ZGB Art. 1.

91) Gehrig, S. 95.

92) Meier-Hayoz, Komm. N. 210 ff. zu ZGB Art. 1, N. 156 zu ZGB Art. 1.

93) Germann, S. 75 ff.

94) Germann, S. 97 f., Meier-Hayoz, Komm. N. 154 zu ZGB Art. 1.

95) Germann, S. 104; BGE 80 II 316, 91 IV 28.

96) Germann, S. 58; BGE 80 II 316.

97) A. v. Planta, SS. 85—86.

98) Gehrig, S. 99 ff.; Petitpierre-Sauvain, S. 133.

ち、OR 754条を指導的人々の忠実義務違反の責任規定として捉えることを正当化させることになる。正規の機関には、同条は契約的性格を有するが、それゆえに、事実上の機関に、これを適用しえないということにはならないのである。

以上のところから、A. v. Planta は、OR 754条は指導的大株主にも適用されるべきであるとし、その責任は、過失ある正規の機関との連帯責任であるとする<sup>99)</sup>。正規の機関は大株主の指示に従うことによっては免責されず、OR 754条によって責任を追及されるからである。大株主の会社指揮への介入の立証責任は、大株主の責任を追及する者にある (Art. 8 ZGB)。

(c) 大株主としての法人 大株主は通常は親会社または支配会社であるから、大株主を子会社または従属会社の事実上の機関と解するとき、この点が問題となる。これには二つの考え方がある。

第1は、支配会社の管理機関が従属会社において事実上の機関機能を行使する点に着目して、大株主である法人がみずから機関となりえないこと (Art. 707 Abs. 3 OR) を理由に、支配会社の管理機関を従属会社の事実上の機関と解する立場<sup>100)</sup>である。この場合、支配会社自身の責任が問題となるが、コンツェルンの統一的指揮は、支配会社の管理機関の職務行為であるから、指揮に伴う責任は支配会社にも生ずることになる (Art. 55 Abs. 2 ZGB, Art. 718 Abs. 3 OR)<sup>101)</sup>。

第2は、支配会社自身を従属会社の事実上の管理機関と解する立場<sup>102)</sup>である。

コンツェルン指揮の結果として、従属会社に損害が生じた場合には、いずれの立場をとっても、従属会社の機関員、支配会社の機関員および支配会社の三者が連帯責任を負うことに一致している<sup>103)</sup>。事実上の機関関係成立の立証責任は、これらの者の責任を追及する者が負担することになる<sup>104)</sup>。

---

99) A. v. Planta, S. 86.

100) Derselbe, S. 87.

101) Gehriger, S. 107; Woernle, S. 60.

102) Gehriger, S. 107 f.; Petitpierre-Sauvain, S. 133 ff.

103) A. v. Planta, S. 87; Gehriger, S. 107 f.; Petitpierre-Sauvain, S. 133 f.

(四) 不法行為的構成 大株主の責任を不法行為的に構成する考え方もスイスにある。OR 754 条によって管理機関員の責任を生ぜしめる義務違反が、同時に、OR 41 条の不法行為に該当するならば、大株主は、OR 50 条によって、教唆者としての責任を問われることになる。この教唆がコンツェルン指揮にもとづくときには、コンツェルン上位会社は、OR 718 条 3 項によって責任を負うことになる<sup>105)</sup>、というのである。

このコンツェルン指揮者の責任の不法行為的構成の問題は、次の点にある<sup>106)</sup>、と指摘されている。

第 1 は、従属会社がコンツェルン指揮者の責任を追及することはほとんどないということである。なぜならば、大株主は株主総会を支配し、従属会社の管理機関の構成を支配するので、従属会社がコンツェルン指揮者の責任を追及するための訴を提起することはまずないからである。

第 2 は、不法行為による損害賠償は間接損害には認められないということである。従属会社の管理機関が大株主の責任を追及しないとすれば、従属会社の株主および債権者が責任を追及することになるが、これらの者の損害は間接損害であるので、法の明文で定められない限り<sup>107)</sup>、この責任追及は認められないのである<sup>108)</sup>。

ところで、OR 754 条の株主および債権者に対する管理機関員の法定責任を不法行為責任と解せば、同条にもとづき、大株主の教唆者としての責任を追及することができる。しかし、大株主を事実上の機関と解せば、この点において、特に不法行為責任を問題とする必要はない。

結局、事実上の機関を認めることによって、不法行為責任のあらゆる場合がカバーされるのだから、不法行為的構成は重要な意味を有しない、と *Planta*

104) A. v. *Planta*, S. 87.

105) *Derselbe*, S. 88.

106) *Derselbe*, SS. 88—89.

107) *Schiess, Maja, Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs*, Zürich 1978.

108) *Oftinger, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1970, § 2, I, Anm. 21, SS. 45 u. 49.



は言う<sup>109)</sup>のである。

(イ) 事務管理的構成 大株主の責任把握の法的構成の方法の一つに事務管理的構成もある。これを主張するのは、Wohlmann<sup>110)</sup>であり、Tappolet<sup>111)</sup>およびGehriger<sup>112)</sup>もこれに従う。下位会社の管理機能を委任なしに引き受ける者は、OR 419条の事務管理の管理者と同視されるべきである。この結果、管理機関に固有な忠実義務(Art. 722 OR)が大株主に生じ、その違反の場合には、OR 754条による責任が生ずる、というのである。

A. v. Planta も事務管理の成立することを認め、次のように述べる<sup>113)</sup>。

事務管理とは、法律上の原因なしに、客観的にみて他人の事務であるものを管理することである。これは、大株主がでしゃばる業務執行にも該当する。大株主は、なるほど、みずから他人の事務を管理するのではないが——かれは、法上の強制力を有することなしに、執行機関を指揮するのであるが、総会における支配的地位のゆえに、事実上選解任権を有するから、かれの指揮は原則として遵守される——、執行機関に同視すべき地位が機能的に生ずる。この業務指揮的機能を大株主に権利・義務づける法律関係は、大株主と会社との間には成立しないのだから、法人のその社員からの法的独立性のゆえに、客観的にみて他人の事務であるものが管理されるという要件が充足される。大株主には、正規の機関の義務と同じ義務が発生し、かれの責任は、下位会社の機関の責任にその範囲において等しい。問題は、大株主の管理行為は下位会社の明確に認識される意思に反するのではないかであるが、下位会社の管理機関は、法的には自発的に指揮に従うのであるから、この点問題はないことになる<sup>114)</sup>。

しかし、Planta は、事務管理を理由に OR 754条を適用することには、消極的である。事務管理にもとづく請求権は下位会社に専属するものであるから、事務管理を理由に株主および債権者が大株主の責任を追及することはできず、

109) A. v. Planta, S. 89.

110) Wohlmann, S. 129 ff.

111) Tappolet, S. 131.

112) Gehriger, S. 115.

113) A. v. Planta, SS. 90—91.

114) Forstmoser, N. 491; Gehriger, S. 115 Anm. 21 も結果同説である。

損害を受けた下位会社のみが大株主に対する請求権を有するのである<sup>115)</sup>。この結果、事務管理説は重要性を失う。なぜなら、下位会社の管理機関は大株主に従属するから、大株主の責任を追及することはほとんどない<sup>116)</sup>、からである。

結論として、Planta は述べる<sup>117)</sup>。大株主の事実上の機関性を承認するならば、事務管理的構成は無意味となる。機関の注意義務のもとに整理すれば、正規の社員権の行使の範囲外の会社に損害を与える介入のすべてがそこで捉えられるからである。のみならず、間接的当事者、すなわち、株主および債権者の請求権の問題も解消する。この請求権は、OR 754条に明定されているからである。したがって、事務管理を持ち出すことなしに、「指揮と責任との相関」を確保しうるのである。

(3) 結論 以上のように、コンツェルン関係において、大株主、すなわち、支配会社の責任を捉えるためには、支配会社を従属会社の取締役として構成することが、最も適当であることが、スイスにおいても認められている。ましてや、法人取締役を阻げる明文の規定を有しないわが国において、これは一層妥当すると言いうことができるのである<sup>118)</sup>。

なお、商法 294 条—2 によって、支配会社の責任を捉えることも考えられるが、株主その他第三者に対するものを含めてのコンツェルン指揮の責任の把握には、この方法では限界があろう。

115) A. v. Planta, S. 92; Tappolet, S. 131.

116) A. v. Planta, S. 92.

117) A. a. O.

118) わが国においても、大株主の不法行為責任を論ずる学説がある。商法 266 条—3 は不法行為的性質を有するから、大株主は、不法行為の教唆者および幫助者として(民 719 条 2 項)、第三者に対して責任を負うと解するのである。さらに、商法 266 条についても、民法 719 条 2 項の類推適用を認めんとするのである(田中(誠)・全訂会社法詳論上巻 263 頁・264 頁)。しかし、商法 266 条—3 の責任が不法行為責任であるか否かについては争いがあり、特別の法定責任と解するのが通説である(最判昭和 44. 11. 26 民集 23 卷 11 号 2150 頁も、一般不法行為にもとづく請求権と商 266 条—3 の請求権の競合を認めるのであるから、明言はしていないが、特別の法定責任と解しているのではないかと考えられる)。さらに、商法 266 条の責任に民法 719 条の適用を認めることには問題があろう。