

事実上のコンツェルンにおける 指揮力と責任

早 川 勝

目 次

- I はしがき
- II 事実上のコンツェルンにおける指揮力の法認
- III 不利益の確定
- IV 取締役の義務と責任
- V おわりに

I はしがき

1965年西ドイツ株式法（以下新株式法という）ではコンツェルンが結合企業の一形態として規制されている。そこでは、コンツェルンは、「支配的企業の統一的指揮の下に統括されることが要素である」とされ、統括は、「支配的影響力が事実上行使されることを前提とする」と説明⁽¹⁾されている。法の規定によれば、右の統一的指揮の下への統括は強行的な推定と反証を許す推定とに分けられ、その相異にもとづいて指揮力とそれに応じた責任が規制されている。

コンツェルンの定義規定である新株式法18条では、「一つの支配企業と一つまたは複数の従属企業とが、支配企業の統一的指揮のもとに統括されている場合に、それらの企業はコンツェルンを形成し、個々の企業はコンツェルン企業である。複数の企業であって、それらの間に支配契約が存在するもの、または、それらのうちの一つが他に編入されている

ものは、統一的指揮のもとに統括されているものとみなされる。従属企業は、支配企業とコンツェルンを形成するものと推定する。(一項)

法的に独立した複数の企業が、そのうちの一つが他のものに従属することなしに、統一的指揮のもとに統括されている場合にも、それらの企業はコンツェルンを形成し、個々の企業はコンツェルン企業である。(二項)」（傍点筆者）と規定されている。右のコンツェルンの定義によれば、コンツェルンは、いわゆる垂直コンツェルンといわゆる水平コンツェルンとに分かたれる。しかしながら、企業内の（事実上の）支配従属関係を前提とするコンツェルン形成を問題とするので、本稿の対象は垂直コンツェルン⁽²⁾である。

垂直コンツェルンは、新株式法の規定から3つの態様⁽³⁾を明確に区別できる。

- (1) 支配契約が存在する場合（いわゆる契約コンツェルン）
- (2) 編入が行なわれた場合
- (3) 支配契約も編入もないが、支配企業と従属企業とから成る企業結合が統一的指揮のもとに統括されている場合（いわゆる事実上のコンツェルン）。

右の態様に対応して、(1)、(2)の場合には、支配企業の従属企業に対する指揮力の行使が広汎にわたり認められている。そこでは、従属会社の局外株主および債権者の保護措置が詳細にわたって配慮されている。それに対して、(3)の場合には、支配企業の指揮力の行使は、制限されている。そして、支配企業による指揮力の濫用を防止し、支配企業による加害から従属会社を保護することが考慮されている。その実効性は、コントロールの措置として従属会社の取締役によるいわゆる従属報告書の作成、広開、検査によって担保されている⁽⁴⁾。

ところで、(1)、(2)による規制が、(3)における法の規制と比べて支配企業にとって経済的な負担が大きく、また、手続が複雑であるとしてこれを回避する傾向が強まる場合には、(3)の形式がより多く利用されることになろう⁽⁵⁾しかし、(3)の形式における規制の目的が、この場合に達成さ

れなくなれば新株式法におけるコンツェルン法は、その意義を失なうことになる。(3)の形式たるいわゆる事実上のコンツェルンのもつそのような重要性に加えて、この法領域は、新株式法が開拓したいわば「処女地 (Neuland)」⁽⁶⁾ であるといわれている。それ故に、種々の角度からこの未知の領域について興味のある説明が試みられている。本稿では、そこで扱われている問題を網羅的に把握することはせず、事実上のコンツェルンにおける指揮力とそれに関連する若干の問題を考察する。事実上のコンツェルンにおける中心的法律問題は、その指揮力の規制にあると思われるからである。言い換えれば、「コンツェルン指揮力の行使が許されるのかどうか、もし許されるとすればどのような行使が許されるのか」という問題に答えてはじめて事実上のコンツェルンをめぐる諸問題に取り組むことができると考えられるからである。

- (1) 新株式法第18条政府草案理由書、慶応義塾大学商法研究会訳「西独株式法」26頁
- (2) 株式法自体においても垂直コンツェルンが規制の中心である。「コンツェルンを規整する最大の目的は企業内の支配関係の規整である」からである。(参照：前田「ドイツ株式法におけるコンツェルンの規整」法学協会雑誌 84巻 12号 1667, 1672頁) また、従属関係の存在を前提とする新株法311条以下の規定は、当然に垂直コンツェルンにのみ適用される。(参照：ヴェルディングー＝河本、「ドイツと日本の会社法」287頁)
- (3) 上柳「ドイツ新株式法における『支配企業と従属企業』」, 商事法務研究, 393号 4頁
- (4) 上柳, 前掲論文 6～7頁, 前田, 前掲論文 1968～1702頁
- (5) 例えば, 前田, 前掲論文 1968頁. Biedenkopf / Koppensteiner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz Band 3 (1971), Vorb. § 311 Anm. 12
- (6) Möhring, Das neue Aktiengesetz, NJW 1966, S. 2. もちろん, 企業結合に関する新株式法291条ないし338条および15条ないし19条の規定のことである。Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, B B 1965, S. 1287.

II いわゆる事実上のコンツェルンにおける指揮力の法認

支配契約が締結されず、支配企業と従属企業とからなる企業結合が事

実上統一的指揮のもとに統括されている場合を総称して、いわゆる事実上のコンツェルンといわれる。事実上のコンツェルンという用語は、統一的でないと言明されているが、新株式法 311条以下の適用を受ける場合のコンツェルンの呼称である⁽¹⁾、といえよう。

ところで、支配会社は特別な契約関係にもとづかない場合にも、一定の前提のもとでは単なる従属関係にもとづいて支配的影響力を例外的に行使することができる。しかし、その場合にそもそもコンツェルン指揮力の行使もまた可能であるのか法の規定⁽²⁾からは明らかではない。つまり、新株式法は、第3編第2章第2節(311条乃至318条)⁽³⁾において「支配契約がない場合の責任」を定めるだけで、コンツェルンの指標たる統一的指揮力の行使⁽⁴⁾について触れていないのである。それ故に、いわゆる事実上のコンツェルンにおいて統一的指揮力を行使することが法律上許されるかどうか、許されるとする場合それはいかなる根拠にもとづくのか問題となるのである。

支配契約が締結される場合と異なり、法的指揮権は認められないが、事実上のコンツェルンでは統一的指揮は許されるとするのが支配的見解である。それは、新株式法 311条の成立史、同条の文理解釈、事実上のコンツェルンの他のコンツェルンに対する体系上の位置の検討から説明されている。そして、同条で規定する不利益補償をその根拠とみなす見解が従来⁽⁵⁾の主要な流れであるといえよう。

Kropffは、新株式法 311条が、株式会社の構造に関する一般的規定に優先することを論じた小論の中で、新株式法の成立のいきさつは「コンツェルン指揮権の法的承認への直線的展開」⁽⁶⁾であったとみなし、「法は、事実上のコンツェルン指揮権の行使を法的に可能にすることを欲している」⁽⁷⁾と帰結した。

このような支配的見解に対して、Mestmäckerは、新株式法311,317条に含まれている支配的影響力行使の制限は統一的指揮を排除する。したがって、同法18条I項の意味における統一的指揮は許されない⁽⁸⁾、という大胆な異説を展開した。その後、彼の見解は、Kölnerのコメンタール

において支持⁹⁾をみているようである。他方、多数説の見地から、Luchterhandtは、Mestmäckerに対する詳細にわたる反論¹⁰⁾を行なっている。ここでは、いわゆる事実上のコンツェルンにおける統一的指揮力法認の問題を、もっぱら右の両者の議論の展開にそって取り扱うことにする。

(1) Mestmäcker 説

ドイツ連邦共和国は、まとまった「コンツェルン私法」の法典編纂を最初になしとげた国である、というRasch¹¹⁾の新株式法第三編に対する評価をさらにおしすすめ、Mestmäckerは、「新株式法における結合企業法したがってコンツェルン法は、体系上完結している」ものとみなす。そこで、新法をコンツェルン組織法 (Konzernverfassung)¹²⁾として理解することが、彼の出発点である。

まず、結合企業法における支配契約および編入と新株式法 311条の規定との右の体系的関係から、指揮力の法認は、従属会社の内部組織の変更と対応するものと帰結される。そのことは、取締役、監査役の権利と義務、支配企業の従属会社に対する法的地位、および、企業指揮者の注意義務の基準について妥当する。独立している会社と従属している会社では、構造上根本的な相異がある¹³⁾。

新株式法では、同法291条と異なり、事実上のコンツェルンのために従属会社における法律上の権限秩序の変更を定めていない。新株式法311条以下の規定は、「支配契約のない場合の責任」を規律するにすぎず、支配企業に指揮権を法律上与えていない。したがって、支配的影響力の行使はいかなる限度において許されることができるとは右の責任の法規制にもとづいて決定せねばならず、また、支配的影響力は、この限度にもとづいて同法18条I項の意味における統一的指揮にまで高めることができるかどうか決定しなければならない¹⁴⁾。それは、従属会社のためになされた保護と統一的指揮のもとでの服従が矛盾するという衝突領域において指揮権の限界を定めるのに意味をもつ¹⁵⁾。

支配企業は、原則として従属会社に対する指揮権をもたない。しかし、

右の原則は、会社を害する不利益の行使が個々の場合に不利益補償によって正当化されるという可能性によって修正される。支配企業は、新株式会社法317条において同法117条よりも強化された包括的な責任を負う。同法 309条とは逆に支配企業自身が責任を負う。そこでは、同法 317条Ⅰ項による支配企業の責任が、二重の留保のもとで考えられる。すなわち、すずめられて生じた不利益が同法 311条Ⅱ項により補償されるとき、支配企業の責任は排除される。あるいは、支配企業は、同法 317条Ⅱ項による免責事由の立証によって補償義務を免れることができる¹¹⁶。したがって、同法317条は、会社機関の外で、または、支配契約がない場合あらゆる指揮権の行使を禁ずるべきであるという意味における予防規定を含んではいない。しかしながら、その責任は、「支配企業がそのような契約を締結しないのに支配契約に結びつけられている指揮力を要求することを妨げるべきである」¹¹⁷。

法的に独立している会社は、新株式会社法18条の意味における統一的指揮により一つの新しい企業者単一体 (unternehmerische Einheit) に結合される。統一的指揮は、それに服する会社が独立の企業を営むことをやめる、ということによって定義される。会社は企業全体の内部で独立していない一部分になる。この事態は、コンツェルン統合の法形式に無関係な経済的特色である。右の特色の故に、統一的指揮の法的効果を一般的に検討すること、および新株式会社法291条、320条によるコンツェルン化の場合における補償および代償権と同法 311条以下の法律上の規定が局外株主の財産状態におよぼす効果を調和させることは可能であり、また、体系上も必要である¹¹⁸。そこから、同法 311条以下の規定の目的を二重の方法で公式化することができる。すなわち、従属会社は、もし独立の企業を営んでいたとすれば得ていたであろう経済的結果と同一の状態におかれるべきである。または、従属会社は、コンツェルン収益全体に提供している自己の分担金を保証されるべきである¹¹⁹。

新株式会社法311条、317条の用語は、支配企業が従属会社をあたかも独立しているかのように導く義務を負うことを明示している。しかし、支配

会社と従属会社の企業者単一体は、そのような効果を排除する²⁰⁾。

また、従属会社の分担金は、従属会社の自己利益の基礎と考えることはできない。独立していない企業の持分が企業全体に対する貢献を評価することは、それが独立したものでないので困難である²¹⁾。

以上の確定によって、新株式法311条以下の法律規制は実施することができないとは結論づけることはできない。統一的指揮が、従属会社を独立した企業の形式に導かず、その結果、自己利益が支配的影響力行使の限界基準として実施できない場合、同法311条、317条において含む支配的影響力行使の制限は、統一的指揮を排除することができる。それ故に、統一的指揮の保証を同法311条における不利益補償に見出すことは誤まっている²²⁾。

(2) Luchterhandt 説

彼は、単なる事実上の支配関係を統一的指揮にまで拡大することができるとし、その根拠を新株式法の規定に見出す。そして、統一的指揮と従属会社の保護とが衝突する場合には、統一的指揮が優先する²³⁾と主張する。彼は、統一的指揮を事実上のコンツェルンにおいて正当化するためになされた種々の観点について批判し、Mestmäckerの見解に反対する。

まず、文理解釈についての批判。新株式法311条以下の規定の法文はコンツェルン法上の規制をしていない。しかし、このような状態に重要性を置くことはできない。同法18条I項3文では、従属性の要件がコンツェルンの推定と結びついており、通常、事実上の支配関係が、「統一的指揮」に拡大されることが認められている。にも拘わらず、他方で、支配関係を統一的指揮に高めることが同法311条以下の規定によって禁じられるとするならば、法に明白な矛盾があることになろう²⁴⁾。

つぎに、法規の成立史についての批判。新株式法311条の成立過程の検討からする歴史的解釈方法は、徹底的に納得のゆく議論とは考えられず、その解釈学的価値は制限される。コンツェルンの議論の多様性に直面し

て、相反する見解 (Äußerung) さえもコンツェルン法の法素材に持ち込まれているからである²⁵⁾。

最後に、新株式法が、「結合企業の体系上完結した規制」を含むという Mestmäcker の見解は、不当前提 (petitio principii) に近づく危険を含んでいる、と非難する。立法者がいかなる範囲まで個々の場合に財産利益を実際に同等に評価したかはまったく白紙である。したがって、株主の財産の均等の原則という一般原則に立脚する体系的方法 (Systematik) の認識価値は疑わしいものになる²⁶⁾、という。

また、コンツェルン法における少数者保護の思想は、コンツェルンのあらゆる種類を含む体系にとって十分な負担能力のある基礎ではない。この思想にもとづくコンツェルン法規制の推進力もそれ程重要ではありえなかった。少数者保護を補償によって達成するか、または、個々の指図のコントロールによって行なうかは、立法者の合目的性の問題である。両者の方法は、少数者保護の問題の解決にとって相互に独立している可能性である²⁷⁾という。

Luchterhandt は、以上のような批判的見地から自己の見解を次のように主張する。

彼は、根拠規定として「支配企業の介入権 (Eingriffsbefugnis)」を定める新株式法 311 条と従属取締役の自己の株式会社に対する責任を規定する同法 318 条に求める²⁸⁾。

新株式法 311 条 I 項は、他人の侵害に対して損害賠償請求権を与えて原状回復をはかり、将来の侵害の危険に対する予防的差止訴訟を認める一般私法上の原則と異なった性質をもつ規定である。また、株式会社が自己のすべての株主を平等に取り扱わねばならないとする株式法上の原則は、ここでは破られる。そして、支配企業には従属株式会社を経済的に統合するために實際上必要な多数の指図を与える可能性が賦与されている。そのことは、株式会社における権限秩序規制の変更を意味している。したがって、指揮力の法認は、同法 311 条における不利益補償に見出されるのではなく、そこで与えられている不利益な影響力を一般的に

(überhaupt) 行使することができる権限から演繹することができるのである²⁹⁾。

新株式法 318 条は、同法 93 条の一般的責任規定に対する特別規定である。同法 318 条は、次のことを意味する。すなわち、同法 311 条にもとづく支配企業のあらゆる影響力の行使に対して従属取締役は、自己の株式会社に同法 93 条による注意義務ではなく単に同法 312 条による報告義務につき履行義務を負うにすぎない。それ故に、そのことは、従属会社の取締役がすべての影響力の行使に対して自己の株式会社のために企業者の自己利益を配慮することから免除されている、という結果になる。したがって、統一的指揮による経済的統合つまり事実上のコンツェルン形成の許容が承認される³⁰⁾。

(3) 小 括

以上のように Mestmäcker は、統一的指揮の法認の問題を正面から論ずるよりも、事実上のコンツェルンを一つの法形式としてコンツェルン制度 (Konzernverfassung) の中で取り扱い、そこではいかなる影響力の行使が法の基準と合致するのか、という角度から接近している。その場合に、統一的指揮を許容するときに法律上の規制が従属会社の財産状態、かくして局外株主の立場にいかなる効果をおよぼすかという評価に重きを置く³¹⁾。

Mestmäcker の以上の見解によれば、次のような結果になろう。まず、コンツェルン統合の傾向は、新株式法 291 条の法形式で行なわれるよう強められることになる。そして、選択されたコンツェルン統合の法形式に関係なく同一の保護が参加者すべての財産利益に与えられる場合のみ統一的指揮の事実上の実施が保証されることになる³²⁾。

これに対して、Luchterhandt の見解によれば、不利益から従属会社をできるだけ保護する努力にあって、独立して経済活動を続ける株式会社という法の擬制は、新株式法 311 条の第 3 の機能としての意義を認めることになるにすぎない。それによれば、法の擬制は、純粋に財産上の不

利益補償のための計算の基礎を示す目的に役立つにすぎず、法は、支配企業によってすすめられた業務執行措置をコントロールする方法によって推定上の財産の発展にできるだけ近づくことを期待している³³、と説明される。

統一的指揮と従属株式会社とがその利害において衝突する場合に、統一的指揮を優先させるLuchterhandtの立場では、その場合には不利益な措置の結果として生ずる直接的財産的不利益の状態が補償されなければならないにすぎない、という結果になろう。しかし、株式会社の独立性の喪失と同時に通例生ずる財産の喪失 (Substanzverlust)、および、コンツェルン統合の企業の内部価値への反作用は、補償義務のある不利益としてみなされない³⁴。

また、支配企業は、従属株式会社を経済上完全にコンツェルン統合する権限をもっている。それ故に、支配企業は、「株式会社の企業」を引き継ぐが、従属会社の危険は引き継がない。つまり、支配企業とその経営管理者 (Verwaltung) の責任を会社機関の注意義務の厳守に限定することは、支配企業の指図でなされた業務執行措置が不利益な結果に終わる場合の危険を従属会社に課することに導く。そのことは必然的に少数株主の負担になる。自己のために独立して営業活動を継続する株式会社を仮定することは、少数株主の配当利益期待の基礎が、いぜんとして従属株式会社のその時々成果である³⁵、という結果になる。

もともと、事実上の支配的影響力にもとづいて統一的指揮が許容される支配企業にとって有利な解釈を引き出すLuchterhandtの見解も、指揮力の範囲は限定している。それは、コンツェルンを統合する支配関係に限定される。つまり、コンツェルンにとって不可欠な支配関係に制限される。

そして、株式会社の保護は、単なる支配関係において支配的影響力を不利益な影響のために利用する試みがなされることは完全に事実上禁ずることができないので、従属取締役および決算検査士の義務の限界を非常に高くおくことによってのみ実現できる³⁶ことになる。

以上の見解の対立は、統一的指揮力の法認の問題、言い換えれば、事実上の支配関係にもとづく指揮力の限界づけは少数株主、および、債権者保護を基準とするかどうかの争いであるといえよう。Mestmäckerは、局外株主の適切な保護を新株式法311条以下の解釈の決定的基準とする。そして、事実上のコンツェルンを最初から排除するのではなく、事実上のコンツェルンの可能性を法の主要な目的との合致に依存させる。しかしながら、局外株主の保護を同法290条以下で規定する代償権の賦与に類した取り扱いをするのか、あるいは別の方法を考慮しているのか明確ではない。また、責任の基準に応じた指揮力の程度(傍点筆者)を問題にする点は、経済実務においてその程度のわくづけをするむずかしさを伴うものと思われる。とはいえ、多数説に対するMestmäckerの異論は、彼の教授資格論文 „Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionär“ (1958)⁶⁷⁾の延長線上での、新株式法におけるコンツェルン法の鋭い分析と体系化を示すものとして注目に値しよう。

- (1) 但し、Würdingerは、新株式法311条は従属企業に対する影響をおよぼしうる可能性を生ぜしめるような従属関係が存在する場合には一般的に適用される、とする。(Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl. (1966) S. 310. 河本「前掲書」338頁)。ちなみに、Möhringは、事実上のコンツェルンを、支配企業の指揮権と従属企業の指図遵守義務が法によってひかれた限界においてのみ事実上存在するものとし (Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, NJW 1967, S. 7.) Geßlerは、指揮権が事実上のものにすぎないもの (Probleme des neuen Konzernrechts, DB 1965, S. 1962) といい、Leoは、支配契約も編入もないが支配企業と従属企業とからなる企業結合が統一的指揮のもとに事実上統括されている場合、と述べる (Die Einmann-A G und das neue Konzernrecht, A G 1965, S. 355~356)。
- (2) 例えば、Kropffは、DB 1965, (a a O, S. 1288) では留保していたが、のちの論文では可能であるとみる (Der “faktische Konzern” als Rechtsverhältnis, DB 1967, S. 2147 ff)。
- (3) Kropffは、本節の規定を「事実上のコンツェルンの法」と呼ぶ (DB 1967, a a O, S. 2147)。
- (4) Godin-Wilhelmiは、コンツェルンの本質として (1) 法律上独立している企業 (2) 統一的指揮 (3) 統合の3要素をあげる (Aktiengesetz 3. Aufl. (1967) §18

Anm. 3-5)。Baumbach-Hueck は、(a) 法律上独立している企業 (b) 統一的指揮のもとでの統合をコンツェルンの一般的概念メルクマールとしてあげる (Aktiengesetz 13. Aufl. (1968) § 18 Rn. 2-4)。ところで、指揮力がコンツェルンの指標であるとき事実上のコンツェルンとどういうかという問題に対して、Baumbach-Hueck は、統一的指揮のもとへの統括が絶対に必要なのではないとする。新株式法18条 I 項 3 文の推定は論駁されることができからである (a a O, § 311 Rn. 1,)。

- (5) H. Wilhelmi は、支配企業の指揮力を原則として認め、不利益補償を根拠とする (Das neue Aktiengesetz, AG 1965, S. 308)。Geßler は、法は指揮権の事実上の行使を禁止しておらず、たとえ影響力の行使が制限されていても統一的指揮は許容されるとし、新株式法311条を根拠とする (DB 1965, S. 1729)。Leo は、積極的に、支配契約のない支配企業の従属関係から生ずる指揮権は法によって認められる (AG 1965, S. 356) とするのに対し、Möhrling は、立法者が法律上承認された指図権の意味における指揮権を支配企業に与えることを度外視したものとし、指図は直接的に法律上の手段をもってでなく、上位会社の事実上の支配力によって貫徹される、と説明する (NJW 1967, S. 7-8)。他方で、Beuthin は、支配企業が事実上の指揮権をもつことを新株式法311条の補償に根拠を求める (Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmachtmißbrauch, DB 1969, S. 1783)。
- (6) Kropff, DB 1967, S. 2149, しかしながら、Biedenkopf/Koppensteiner は、Kölner のコメンタールにおいて、成立史も新株式法311条以下の規定の解釈をコンツェルン形成の手段として示唆するのではないとし、Kropff を次のように批判する。すなわち、彼は、事実上のコンツェルンを阻止するのではなく同じように扱うのであり、かつ事実上のコンツェルンでは個々の会社が比較的良好に独立しているという長所をもつ (例えば H. Wilhelmi, AG 1965, S. 308) ということは述べているが、真の独立性を保持するため重要な担保、つまり営業年度内の不利益補償に関する説明についての言及はしていない、と。(Vorb § 311 Anm 3. 8-9) なお、立法過程のわが国における研究として参照、須藤「ドイツ新株式法結合企業における指揮力と責任」国学院法学、5巻4号124頁以下。
- (7) Kropff, a a O. S. 2208 Rasch は、Kropff の結論を全面的に引用している (Deutsches Konzernrecht. 4 Aufl. (1968) S. 175)。
- (8) Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen, in „Das Unternehmen in der Rechtsordnung“, Festschrift für Heinrich Kronstein, Karlsruhe (1967) S. 147
- (9) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Vorb. § 311 Anm. 10-15

- (10) Luchterhandt, Leistungsmacht und Verantwortlichkeit in faktischen Konzern, Z H R 133, (1969) S. 3 ff
- (11) Rasch, a a O, S. 34.
- (12) Mestmäcker, a a O, S. 131 同旨 Kropff D B 1967 SS. 2147, 2208 但し, Mestmäcker においては株主および債権者の財産利益の法的保護, つまり, 財産法上の地位の平等な保証がコンツェルン法の任務であるという意味においてである。
- (13) Mestmäcker, a a O, S. 135 ; Kropff が, 株式会社の一般的組織原理 (Verfassungsgrundsätze) が制約すると述べるときは, 同じことを意味していると思われる (D B 1967, S. 2208)。
- (14) Mestmäcker, a a O, S. 142. 責任法上の限界から指揮力の許容を導き出さねばならないのは, 立法者が典型的なコンツェルンの利害衝突, つまり, 従属会社の完全なコンツェルン統合による独立の存在基盤の破壊と従属会社の企業者の固有の利益をたくみにかわした (überspielen) か, もしくはそれを正しいものと考えなかった点にある。統一的指揮の完全な行使は, 新株式法 311 条以下において設定する責任の限界がそれに対して実行できない (unvollziehbar) ので許されないのである。Vgl. Luchterhandt, a a O, S. 4
- (15) Mestmäcker, a a O, S. 143. 指揮基準は自己利益である。不利益な措置は会社の自己利益に関する検査の基礎となっている。Biedenkopf/ Koppensteiner も, 従属会社の固有の利益が支配企業の側であらゆる影響力の行使基準であらねばならないことを認める (a a O, S. 138, Vorb. § 311 Anm 12) が, Luchterhandt は, もちろん, 企業者の行為基準としての従属会社の固有の利益を排除する (a a O, S. 12)。
- (16) Mestmäcker, a a O, S. 141.
- (17) Mestmäcker, a a O, S. 142, 前掲「西独株式法」477頁
- (18) Mestmäcker, a a O, S. 146. 彼の出発点は, 「立法者は, コンツェルン会社法を法政策的目標設定と評価の緊密な構成 (*konsistenten Gefüge*) から展開することを欲した」という理由から Biedenkopf/ Koppensteiner によって支持されている (a a O, S. 137 Vorb. § 311. Anm. 10) 但し, Luchterhandt は方法論的に問題があるとする (a a O, S. 9 f)。
- (19) Mestmäcker, a a O, S. 146.
- (20) 指揮は, 力の行使を意味し, 他人の決定すなわち独立と正反対を意味するからである (Luchterhandt, a a O, S. 3) Mestmäcker は, 「あたかも独立しているかのように」という点については消極的である (a a O, S. 146) に対し, Biedenkopf/ Koppensteiner は, 指揮権の限界は新株式法 311 条以下の範囲において独立しているものと考えられた従属会社の利益から生ずる, としてこの点を強調する。局外株主の配当の期待は従属会社の収益に依存するか

らである (a a O, S. 135—6, Vorb. § 311 Anm 4)。

- (21) 経営学上分離できないという障害である。「コンツェルン全体の利益と結合された子会社がこれになした貢献との間の適切な関係を評価することは、解決することができないことが明白な課題である」という米国最高裁判所の判決 (Philadelphia Co. et al. v. Dippele 312 U S 164, 174 (1941)) が引用されている。(Mestmäcker, a a O, S. 146)
- (22) Mestmäcker, a a O, S. 147.
- (23) Luchterhandt, a a O, S. 13. このような立場に立つ場合、法は事実上のコンツェルンを明確に認めるという結果になり、局外者保護に役立つ規制が経済的合目的コンツェルン指揮の必要性から解されることになる、と批判されている (Biedenkopf/ Koppensteiner, a a O, S. 136. Vorb. § 311 Anm. 5)。
- (24) Luchterhandt, a a O, S. 5. 新株式法18条 I 項 3 文が従属性の構成要件をコンツェルンの推定に結びつけていることに対して、Biedenkopf/ Koppensteiner は、法は統一的指揮と適切な少数者保護は相互に合致するということから出発しているものとみなす。
- (25) Luchterhandt, a a O, S. 9. Biedenkopf/ Koppensteiner, Vorb. § 311, Anm. 8
- (26) Luchterhandt, a a O, SS. 9—10.
- (27) Luchterhandt, a a O, SS. 10—11.
- (28) Luchterhandt, a a O, S. 11. Biedenkopf/ Koppensteiner は次のように批判している。代償に相応する利益だけであるとしても、一般的に従属会社にそれに不利益な方法で影響を及ぼすことを支配会社に許すことによって 311 条は支配会社に庇護を与えるとするのは正しいが、不利益—利益補償が従属会社が独立していると仮定したときよりも結果において悪い状態になることを拒む場合にも不利益なすすめが可能であると述べることは決してない、と (a a O, S. 136. Vorb. § 311 Anm. 7)。
- (29) Luchterhandt, a a O, S. 11.
- (30) Luchterhandt, a a O, S. 12.
- (31) Mestmäcker, a a O, S. 145.
- (32) Mestmäcker, a a O, S. 147. Biedenkopf/ Koppensteiner も、311 条以下の解釈基準は、統一的指揮の必要性ではなく、局外者の適切な保護である、とする (a a O, S. 139. Vorb. § 311 Anm. 15)。
- (33) Luchterhandt, a a O, SS. 12—13.
- (34) Luchterhandt, a a O, S. 12.
- (35) Luchterhandt, a a O, S. 13.
- (36) Luchterhandt, a a O, S. 14.
- (37) 本書については参照、福岡「コンツェルン支配と局外株主の保護—メストメ

ッカーの所説を中心として」青山法学論集 4巻2号31頁以下,同巻4号31頁以下。

Ⅲ 不利益の確定

支配企業は、新株式法 311 条 I 項によって、不利益を補償する限りにおいて自己の影響力を行使し不利益な法律行為もしくは措置をとることを従属会社にすすめることができる。

法は、従属会社における不利益補償の実効性を厳格な検査に結びつけており⁽¹⁾、それは、通常次のような一連の時間的順序⁽²⁾でなされる。

- (1) 取締役会 (同法312条 I 項)
- (2) 決算検査士 (同法313条 I 項 2 号)
- (3) 監査役会 (同法314条)
- (4) 特別検査役 (同法315条)
- (5) 同法317条によって損害賠償請求権を行使する場合には裁判所。

以上の場合に、すすめられた行為もしくは措置が不利益であるかどうか確定することは容易でなく、一般的見解⁽³⁾によると、不利益判断は、行為もしくは措置の時点で知られた事情のみを基礎にして、経済的観点から客観的に評価しなければならないとされている。そのような立場は、不利益の事前的判断の原則 (ex-ante Beurteilung)、または、事前的予測の原則 (ex-ante Prognose) と呼ばれるのが通例である⁽⁴⁾。

右の原則は、「行為の着手時」と「不利益確定の評価の時点」との間の時間的隔差により、行為の着手の時点で知られた事情とその後の行為の効果もしくは行為の発展を比較しうるのが通例であるため、客観的判断基準⁽⁵⁾にとり特別な重要性を帯びてくる。

しかし、右の「行為の着手時に知られた事情」という公式⁽⁶⁾によっても、例えば、不利益の確定、不利益の範囲の決定などについて、個々の場合に不明確さが依然として残る。したがって、本節では叙述の便宜上、法律行為と措置にわけて、不利益についての具体的な確定の問題を取り扱う。

- (1) 支配企業と従属会社との危険の分割

行為の締結の際に予見することができる不利益な結果だけが不利益を形成するという不利益概念から、相当な注意にもかかわらず予見することができなかった不利益に対する責任は従属会社に残ると解釈されよう。それは、完全な取引上の危険 (das volle kaufmännische Risiko) の負担⁷⁾である。行為の着手の時点で不利益の範囲に関する確定が不可能な行為がある。その場合に、不利益を評価することができなければならないのかどうか、すなわち、数量決定 (quantifizierbar) することができなければならないのかどうかの問題となる⁸⁾。視点を変えるならば、その問題は、支配企業と従属会社のいずれが不利益の危険を負担するかという問題⁹⁾に帰着しよう。

ところで、危険の負担ということは、将来生ずるところのはかり知り得ない発展に対し責任を引受け、かつ、それが発生する場合にそこから生ずる不利益を負担する、ということである。取引上の危険は、将来の発展に対する責任と危険な行為に対する責任を含んでいるが、危険な行為 (gewagte Geschäfte) が正常かつ誠実な営業指揮者の注意義務に反するかどうか、あるいは、そもそも危険が分割されるかどうかによって、見解が異なってくる。

Kölner のコメンタールでは、計算することができない危険が従属会社によって引受けられる場合、それは、不利益として解さなければならない。危険が、従属関係の終了のときに生じ、それが具体化する場合には、支配企業は、賠償義務 (kompensationsverpflichtung) を負う、と説明されている。そこで、不利益概念と注意義務とが結合されているので、もちろん、注意義務違反の危険な行為が前提とされている。従属会社は、そのような措置の強制から保護されなければならない、ということが根拠となっている¹⁰⁾。

危険な行為が、注意義務違反にならないとしても、そのような危険を分けて考えることができるかどうかは問題である。

Mestmäcker は、企業の危険の問題は、企業者の行為の成功もしくは不成功を誰が担わねばならないかということであると、支配企業は、

従属会社と共に企業者の危険を引き受ける¹¹⁾、とする。そして、統一的指揮は、垂直コンツェルンにおいてわけられない企業危険にあって企業者の計画を前提とする¹²⁾、という。このことは、支配企業の失敗は成果全体に関連し、一般的には同時に従属会社もこの混乱に巻き込まれるという意味において妥当しよう¹³⁾。

しかし、個々の行為および措置の危険は決して分けられないのではなく、個々のコンツェルン企業に分割される。事実上のコンツェルンでは、資本参加企業間で取引上の危険が分割されるべきであるという原則は、不利益概念の境界設定から生ずる¹⁴⁾。Luchterhandtは、右の原則から、Baumbach-Hüeckの出発点に対して批判する。

Baumbach-Hüeckは、支配契約が存する場合に従属会社、局外株主、およびその債権者が享受する保護と同一の保護を補償によって与えることを意図している。そして、支配企業は、自己の影響力を行使してすすめた処置に対して完全な危険を引き受ける¹⁵⁾、と帰結する。

Luchterhandtは、右の見解が、契約コンツェルンと事実上のコンツェルン規制との本質的かつ体系上の相異を無視するものと批判する。両者の保護の客体は、まったく異なっている。すなわち、契約コンツェルンの場合には債権者と少数株主、事実上のコンツェルンにあっては直接的に資本減少 (Substanzminderung) に対して保護されなければならない株式会社の企業である¹⁶⁾からである。

ところで、Luchterhandtは、言葉の意味における完全な取引上の危険を従属会社に課すことが規制されるべき事柄から考えて正当化されかつ必然的だったのかどうか問題視する。そこから、次のような結論を得る。すなわち、行為もしくは措置をとるか否かを最終的に決定すべき者が当然危険を負担すべきである。したがって、事実上のコンツェルンにおいては、指図が与えられたときにその指図を貫徹する力をもっている支配企業である¹⁷⁾、と。

最後に、彼の立場によれば、従属会社を財産上独立しかつ自己利益のために継続して経営するものとみなしている立法者の擬制は、危険の分

配を要求するのではなく、各人が、自分のすすめでなした処置に対し危険を負担する、という正反対の規制である¹⁸、ということになる。

(2) 法律行為における不利益の確定

イ) 判断基準

法律行為にあつては相当な反対給付がなされなかった場合、新株式法311条の意味における不利益が存する。

不利益の確定は、経済的に客観的になされ、経済的な均衡が判断される。また、それは行為の締結の際の客観的事情にもとづいてなされる。しかし、個々の法律行為の利益・不利益が一定の時点で検査される必要がなく、行為の比較的長期における発展を全体的に考慮しなければならないのかどうかについて争いがある。

例えば、Leoは、不利益に関する問題に対して反対給付の相当性を法がめざしている場合、相当性の検査にあつては、法律行為の条件にない要素が顧みられてはならないという意味における個別的考察(isolierenden Betrachtung)を強制しない¹⁹、ものとし、さらに、Albachは、経営学の立場から、コンツェルン内部において個々の法律行為が不利益であったかどうかについて検査することは不可能であるとし、全体的考察を主張する²⁰。Raschも、Albachに従う²⁰。すなわち、コンツェルン統合の利益および不利益は全体的に考察することが必要である。一定の期間になされたすべての行為の全体的考察を前提とする行為の効果は遠く将来にわたることができる。しかし、行為の判断は、法律行為がなされた時点に関連づけてなされなければならない。現在と関連した行為を将来の効果も含めて考える全体的判断は、企業収益価値の評価を意味する。その結果、一定の期間の給付および反対給付を斟酌した企業の収益価値が、それらを斟酌しない場合よりも小さくない場合に、新株式法312条によれば反対給付は、相当である²⁰、と。

したがって、以上の立場に立てば、個々の業務執行措置の法的判断が放棄されることになる。Mestmäckerは、経営学上からの検査可能性についての疑問は、簡単に除去することはできないとするが、左の全体的

考察は、法の用語と目的に一致しない²²ものと批判する。Luchterhandtも右の見解が、「個々の法律行為」に関する報告義務を定める新株式法312条I項と、「報告書に記入された法律行為」の検査義務を定める同法313条I項2号に相反する²³ものとする。

不利益の確定、つまり、法律行為においては反対給付の相当性の判断にとって、市場価格は一つの支点を提供する。したがって、比較の基準（Vergleichmaßstab）と呼ばれる。但し、それは、従属会社の「給付が不当に高額でなかったか否か」を評価する場合の基準に対する情況証拠（Indiz）としての役割をもつにすぎない。したがって、当該コンツェルンが、広範囲に支配している市場では、市場における価格形成にも影響をおよぼし、市場価格の証言能力は限定されよう。ともあれ、相当性の確定は、数学的精確さをもってなされることは決してできず、ある程度の余地を残しているものといえよう。言い換えれば、そこでは、取引上正当化されるべき価格が基礎になっている²⁴、ということができよう。

ロ) 長期契約

長期契約における問題は、予測することのできない市場の展開に結びついている。ある行為から、それがなされた時点で知られた事情を基礎に、将来みこまれる不利益がいかなる額になるのか確定することは不可能だからである。例えば、固定価格による長期にわたる定期取引契約、確定価格での長期の引取義務、あるいは申し込みによって継続的供給義務を引き受ける場合、行為締結の時点で将来の発展を正確に判断することはほとんどできない²⁵、といえよう。

経済からの著名な例の一つとしては、石油の価格について述べることができる。世界市場においてその価格の展開が確かでないとき、長期契約は、企業のエネルギー調達を保証し、かつ、エネルギーの固定価格計算を可能にする点では有利である。しかし、他方、価格変化により、世界市場価格以上の石油価格を支払い、その支払いにより燃料の価格要素が最終製品において占める割合が不自然に大きくなり、競争能力が低下

する危険が存する²⁶。

法は全体的に計算可能でない非常に長期の契約において、通常取引以外に存する将来の展開の危険を従属会社に課することを欲してはいない。Luchterhandtは、行為にあつて万一の場合生ずる不利益が、慎重な商人の予測によって確定することが可能でなければならない²⁷、という解釈を新株式法312条から導く。したがって、それによれば長期契約において、締結の時点において不利益が確定できない場合、そもそもそのような契約が締結されてはならないか、あるいは、支配企業が将来の発展の危険を引き受ける義務を負うかのいずれかの可能性だけになる。後者の場合は、不利益は、即座に評価できなければならないという法の明示する方向からそれていることは否定できない。しかし、従属会社は不利益を受けない。それと通常の事前の不利益確定の場合との相違は、支配企業がそのような補償の形成の場合には将来の発展の全体的危険を負担する²⁸、という点にみられよう。

(2) 措置における不利益の確定

措置については、それが利益と不利益を多かれ少なかれ同時に伴うことが一般的に考えられる。両者を坪量して、不利益が利益をこえる場合に、不利益が確定される。しかしながら、措置の可能な形式は、非常に多様なもので、実際上は、法律行為におけるよりも不利益の確定は困難である。判断基準については、法律行為における不利益の確定における場合と同じことが妥当する。

例えば、Kropffによって挙げられた事例²⁹。すなわち、事実上のコンツェルン指揮によって、従属会社は、燃料を石油とする発電所建設計画のかわりに石炭を燃料とする発電所の建設の指図を受けた。そのような指図がなされたのは、コンツェルンの所属鉱山が、その石炭の販売先を求めているからである。そのために発電所建設計画にとって、超過費用が生ずる。この事例では、不利益は明確に知ることができる、つまり、異なる燃料の使用にもとづいて比較的簡単に金銭で評価することができる

からである。

しかしながら、コンツェルン統合における従属会社に対する一連の措置は、ほとんどあらゆる場合に右の統合と密接に関連している。例えば、コンツェルン内部の人事の配置転換により従属会社は有能な人材を失ない、製作、販売、経営組織の再編成により従属会社は自己の固有の組織を失ない、資本の需要、投資計画によって従属会社は特定の生産部門の制限放棄のため生産計画と能力を弱められてしまう。その他に、市場の放棄、原料基盤、もしくは固有の流通機構の放棄も同様に考えられよう。右の例のような場合には、企業に対する評価が主観的評価の問題となり、大体の場合に金銭で計算することができない³⁰。

企業構造の内部組織の多数の措置についても同じことがあてはまる。従属会社をコンツェルンの一部門に包括してしまう場合、従属会社の企業にとっては効果が変われる。しかし、自己の固有の販売組織の喪失を同時に伴う場合、万一コンツェルンから排除されるときには破滅を意味する。製品の変更、製品の専門化、生産の停止などの効果はのちになって現われるであろうが、さしあたって考えることはできない。しかし、長期的観点に立てば、のちになって利益が僅かになるために不利益が存する³¹ものといえよう。

ところで、コンツェルン統合による指揮力の行使は、従属会社の組織的、技術的、経済的統合を同時に可能にする場合に効果的になるにすぎない。コンツェルンの要求による従属会社の再組織化、経営、生産および投資計画の調整は、ほとんどの場合独立の会社の存在可能性が多かれ少なかれ強い範囲で否定されるという必然的な結果の所産である。したがって、措置の不利益は、全体としての企業全体の価値にとり、また、従属会社が独立している場合の発展の可能性にとりいかなる効果をもつかという評価を行なってはならないのである。措置の不利益に関する基準は、直接的効果の検査という常に財産上のものである³²にすぎない。

以上の結果は、

例1 独立して行なっている製造を特定のコンツェルン企業への下

請けに切換える措置の不利益は、新たに引き受けられた製造が以前のものと同様であるか、能力ぎりぎりの仕事をして請負っているか、営業収益が年度末には以前より低く見込まれないかどうかについて評価することができるにすぎない³³。

例2。コンツェルンが、販売有限会社を組織し、それがコンツェルン企業の販売部門を引き継ぐ場合、不利益は、販売組織、これに関連づけられた経験、知識および結びつきの喪失に存する。そして、この不利益は、コンツェルンが販売全体を保証し、万一の場合にはそれに相応する義務を負担することを契約上保証する場合に完全に補償される。但し、固定資本損失は、補償義務のある不利益とみなされることができない³⁴。

という具体例で示される。

他方で、支配企業の措置の危険が高度のものであるが、慎重な独立の営業指揮者が不利益を予測することができない場合、支配企業は、補償として危険を引き受けなければならない。それ故に、Luchterhandt は、支配企業は、請求権の賦与を通じて結果責任を承認することになる³⁵、と述べる。

- (1) 例えば、Biedenkopf/Koppensteiner の説明 (a a O, S. 135. Vorb. § 311 Anm. 2)
- (2) Luchterhandt, a a O, SS. 16-17
- (3) Godin-Wilhelmi は、客観的事態に依存する (§ 311 Anm. 3) とし、Baumbach-Hueck は、株式会社の利益のあらゆる侵害がそれ自体不利益である (§ 311 Rnd. 8) と述べ、Biedenkopf/Koppensteiner は、従属会社の財産状態もしくは収益状態の悪化はすべて法の意味における不利益とする。不利益の存在は、行為の時点の事情が決定する (§ 311 Anm. 10)。同旨、Leo, A G 1965, S. 358 ; Kropff, D B 1967, S. 1251.
- (4) Luchterhandt, a a O, S. 17. Biedenkopf/Koppensteiner, a a O, 146 § 311 Anm 11.
- (5) したがって、Würdinger が、「不利益は支配企業に、故意の意味において知られていなければならない」とするとき (a a O, S. 310 ; 河本「前掲書」341頁)、右の公式から、行為者の主観的立場は顧慮されないものとして批判さ

- れる(例えばBaumbach-Hueck, § 311 Rnd 8 ; Luchterhandt, a a O, S. 21)。なお、別の観点からする批判としてRaischは、法の用語と意味からは特定の措置と知っていること(Kenntnis)から要件を引き出すことができるが、不利益な効力を知っていることから引き出せないとする。(Besprechung von Würdinger, Aktien-und Konzernrecht, 2 Aufl. in Z H R 132 (1969), SS.188~9)
- (6) この公式から、Luchterhandtは、先見的予測の範囲を限界づける。すなわち、それは、慎重な商人の営業指揮者の範囲で必然的に予見され、予測される範囲内の行為もしくは措置の危険の判断を示す、という(a a O, SS.17—18)。
- (7) Luchterhandt, a a O, SS.19—20.
- (8) Baumbach-Hueck, § 311 Rnd. 8.
Biedenkopf/Koppensteiner, a a O, S. 147. § 311 Anm. 15
- (9) Mestmäcker, a a O, S. 140 u. S. 145 Kropff, D B 1967, SS. 2205—2206
- (10) Biedenkopf/Koppensteiner, a a O, SS. 147~8 § 311 Anm. 15
- (11) Mestmäcker, a a O, S. 140
- (12) Mestmäcker, a a O, S. 145
- (13) Luchterhandt, a a O, S. 19 Fußn. 42
- (14) Luchterhandt, a a O,
- (15) Baumbach-Hueck, § 311 Rnd. 8.
- (16) Luchterhandt, a a O, SS.19—20. Fußn. 43
- (17) Luchterhandt, a a O, S. 21
- (18) Luchterhandt, a a O, S. 22
- (19) Leo, A G 1965, S. 357
- (20) Albach, Neue Betriebswirtschaft 1966, SS. 205—6 zit. nach Rasch, a a O, S. 172 u. Mestmäcker, a a O, S. 144
- (21) Rasch, a a O, S. 172
- (22) Mestmäcker, a a O, SS. 144—145
- (23) Luchterhandt, a a O, S. 23
- (24) Leo, A G 1965, S. 357. Luchterhandt, a a O, S. 24 Godin-Wilhelmi, § 311 Anm 3. Biedenkopf/Koppensteiner § 311, Anm. 19—22.
- (25) Kropff, D B 1967, S. 2206. Luchterhandt, a a O, S. 26
- (26) Kropff, a a O, Luchterhandt, a a O,
- (27) Luchterhandt, a a O, S. 27
- (28) Luchterhandt, a a O,
- (29) Kropff, D B 1967, S. 2150
- (30) Luchterhandt, a a O, S. 29
- (31) Luchterhandt, a a O, SS. 29—30

- (32) Luchterhandt, a a O, S. 31
- (33) Luchterhandt, a a O,
- (34) Luchterhandt, a a O, SS. 31-32.
- (35) Luchterhandt, a a O, S. 33 報告者草案における結果責任の規定は、新株式法において明文化されるにいたらなかった。なお参照、山口「会社の支配・従属関係と取締役の責任—ドイツにおける立法の変遷と学説（報告者草案から1965年株式法まで）の考察—」法学論叢, 83巻3号41頁以下。

VI 取締役の義務と責任

事実上のコンツェルンにおいて支配企業は、自己の影響力の行使によって従属会社にひきおこした不利益を補償しなければならない。前節で展開したごとく確定された不利益の補償は、事実上もしくは利益に対する請求権の賦与のいずれの形式でも可能であるが、その期間は法で規制されている。つまり、それは当該の行為がなされた営業年度の終わりまでになすことを要する。補償については、補償の時点、いかなる利益でなされるか、その法的性質、体系的地位および補償の範囲などについて論議がなされている。しかしながら、本節では、主として不利益補償における従属会社の取締役の義務と、支配企業が不利益補償をしない場合の責任に関するLuchterhandtの所説を検討することにする。何故ならば、従属会社の保護は、補償の実施とそれがなされない場合の支配企業の責任に依存しており、一般的見解に異論を唱えるLuchterhandtの見解は興味深いものがあるからである。

(1) 不利益補償における従属会社の取締役の義務

まず、Luchterhandtは、従属会社に対して支配企業に帰属する義務者としての地位の違背が責任を根拠づける行為であり賠償責任に先んずる行為である¹⁾、とする。そして、補償義務の体系的地位をその特徴においてコンツェルン力 (Konzernmacht) の法認に対する相関概念として理解し²⁾、従属会社のコンツェルンの貢献にあつて、団体全体においてその潜在能力を積極的に寄与させることが問題である³⁾、と指摘する。

ついで、補償義務の実現は、営業年度の経過後、資本参加している経営管理者間の同意を前提とするものとし、そのことは、経験上相当な方法で従属企業の財産上の利益を主張する余地を与えることになる⁽⁴⁾、という。

右のことから、コンツェルン関係をできるだけ双方の利益を保護し双方の了解において規制する不利益補償の可能性を参加している経営管理者への申し出 (Angebot) として理解しうる場合、双方の経営管理者の義務と行為規範を精確に示さねばならない⁽⁵⁾、とするのである。

ところで、Geblerは、従属会社の取締役が注意義務に違反することなく支配企業の不利益な指図に従うことができるのは、彼がその行為を不利益な行為としてみなし、それに対して会社に一定の額の補償がなされねばならないことを明らかにし、これを支配企業が承認する場合である⁽⁶⁾、という。また、Godin-Wilhelmiは、従属会社の取締役は、会社の不利益を避ける義務を負う。会社にとり不利益であると感じている業務執行が自己に要求された場合、簡単にこの業務執行を行使することはできず、少なくとも、それが自己の見解では会社に不利益が発生することを注意させなければならない⁽⁷⁾、とする。Würdingerによれば、従属会社の取締役は、必要な補償について配慮をしない場合に自己の義務に反する⁽⁸⁾ものとされる。以上の見解によれば、右の義務は、新株式法93条によるものとされる。したがって、右の義務に違反する場合、同法93条の規定にもとづいて責任を負うことになる。

他方、新株式法318条では、明確に従属会社の取締役の責任を規定している。その場合、Godin-Wilhelmiは、会社の取締役が、自己の義務に違反して同法312条の規定により報告書作成義務を怠る場合、すでに同法93条による注意義務違反のために責任を負う⁽⁹⁾、と説明する。ここでは、新株式法93条と318条の競合が承認されており、両者の責任基準の平行な妥当を前提としているもの⁽¹⁰⁾といえよう。

Luchterhandtが、新株式法93条と318条との関係に重要性をおくのは、次の理由による。すなわち、法が、従属会社の取締役に対する義務の限

界をどこにおくかによって、従属会社の経営管理者がいかなる程度までその固有の利益を無視してよいか、および、いかなる点からは抵抗しなければならないかということに対する限界づけをなすからである。それ故に、彼は、従属会社における取締役の義務の解釈は、事実上のコンツェルン規制のかなめである¹¹⁾、とみなしている。

Luchterhandtは、一連の行為と措置に関する最終決定権限と業務執行の責任とを対応させている。新株式法318条における責任基準は、同法93条に対する特別規定であり、しかも制限的特別規定である。それは、同法311条にもとづく影響力の行使によって生ずる損害の責任を報告義務違反の場合に制限する。取締役は、同法93条において行為を指揮し、したがって、何がなされるべきかの最終決定をする。それ故に、業務執行の責任を負担するのである。それは、責任に対する最少限度の前提といえよう。この決定権限は、同法311条にもとづく影響力の行使によって奪われてしまう。ここでは、同法93条において含んでいる義務の基準を適用するための基礎は、なくなっている。同法318条は、責任を軽減された義務違反、つまり、同法312条の報告義務に制限する¹²⁾。以上の根拠にもとづいて、Luchterhandtは、従属会社における取締役の義務の限界設定を報告義務から展開するのである。

報告義務に重点を置く場合、次のような結果を得ることができる。

従属会社における取締役は、まず自己に要求された各業務執行を評価しなければならない。ここでは、知られた、かつ予期されるべきあらゆる事情を含めて慎重な取引上の予測をしなければならない。最終の決定権限が剥奪されている結果、予測は、経済上の効果にむけられるのであり、取引上代替しうる危険を自己の評価の基礎とすることができる¹³⁾。

業務執行の評価の結果、従属会社に不利益が生ずるという結論が得られた場合、自己の検査結果を支配企業に伝達する義務を負担する。Luchterhandtは、取締役の伝達義務を民法242条から演繹できる、とする。個々の企業が相互に強力的に連繋し、かつ経済的に相互に結合してい

るコンツェルンの特質にその根拠が求められている¹⁴⁾。

義務執行に関する評価について支配企業と従属会社の取締役との間で相異するとき、この指図に従う場合に、自己の見解を表示する限りにおいて取締役の義務に反しない。圧倒的な力関係において従属会社の取締役に業務執行を実行しないことを望むのは事実上不可能であり、法の意思でもないからである¹⁵⁾。

最後に、不利益な影響力行使を許用する前提を欠く場合、従属会社の取締役の抵抗義務が生ずる。例えば、従属会社の取締役が、支配企業が悪意もしくは従属会社に損害を与える目的で自己の支配的地位を利用することを試み、補償を何ら考えていないことを知ったとき、あるいは、支配企業の急速な財産関係の悪化の故にあとになって補償ができなくなることを知った場合が考えられる。その場合には、明らかに原則的な補償意思を欠いているからである¹⁶⁾。

(2) 新株式法 317 条にもとづく損害賠償請求権

損害賠償請求権は、検査する者が、補償給付があまりにも僅少であると確定する場合、もしくは、支配企業が釣り合いのとれた行為とみなしたが、実際には従属会社にとって不利益であるという見解に立った場合に、発生する。両者の場合には、支配企業が検査証明の制限を免れないとき営業年度の終了後は遅れた不利益補償が可能でないからである¹⁷⁾。

損害賠償の範囲は、不利益の意義および支配企業の機関責任に応じて慎重かつ義務に従う営業指揮者が、行為もしくは措置の実施の際その発生をすでに予測していたか、あるいは、その発生を斟酌しなければならぬ損害に制限される。損害賠償請求権は、取引上代替しうる危険を行なうことを妨げない限界の内部でのみ生ずる¹⁸⁾。

(1) Luchterhandt, a a O, S. 38

(2) Luchterhandt, a a O, S. 41 彼は、コンツェルン法上の犠牲請求権 (Aufopferungsanspruch) と称する。

(3) Luchterhandt, a a O, S. 41

- (4) Luchterhandt, a a O, S. 42
- (5) Luchterhandt, a a O,
- (6) Geßler, D B 1965, S. 1729
- (7) Godin-Wilhelmi, § 318 Anm 1. 同旨 Baumbach-Hueck, § 318 Rnd 7 ;
Geßler, D B 1965, S. 1730
- (8) Würdinger, a a O, S. 313, 河本「前掲書」345頁
- (9) Godin-Wilhelmi, § 318 Anm. 1
- (10) Luchterhandt, a a O, S. 44
- (11) Luchterhandt, a a O,
- (12) Luchterhandt, a a O, S. 45
- (13) Luchterhandt, a a O, S. 46
- (14) Luchterhandt, a a O, SS. 46—47
- (15) Luchterhandt, a a O, SS. 49—51, Kropff, D B 1967, S. 2151
- (16) Luchterhandt, a a O, SS. 51—52
- (17) Luchterhandt, a a O, SS. 59—60
- (18) Luchterhandt, a a O,

V おわりに

KropffやMestmäckerが論じたように、事実上のコンツェルンは、コンツェルンの一つの法形式であり、かつ、1965年西独株式法における第三編の規制がコンツェルンの基本構造を定めるもの、と評価することは許されよう。

ところで、Mestmäckerが、鋭い分析によってわれわれに明らかにし、Kropffの周到緻密な論証によって理解されるように、株式会社法における一般的原理は、コンツェルン法においては修正を余儀なくされ、株式会社の構造も変更を受けざるを得なくなる。つまり、株式会社の個別的で平面的な法の規制と集团的株式会社の立体的規制は明確に異なり、その抵触はさけられないものといえよう。

統一的指揮力は、コンツェルンの指標の一つを成している。事実上のコンツェルンにおいては他の態様のコンツェルンと異なり、それに応じた諸手当が法の規制の上で明確でない点があり、詳細を欠いている部分が少なくない。そこから多くの問題が生ずる。事実上のコンツェルンに

において指揮力が法認されるかという論議もそこから派生した問題であるといえよう。

一定の前提の下ではコンツェルン利益が優先するという法的解決が、事実上のコンツェルンにおいては少々色あせてしまう。そこでは、コンツェルン利益か自己利益かという優劣の基準が依然として論議される余地のある問題であるからである。Luchterhandt の問題意識は終始一貫してそこに帰着する。さらに、それは、危険の分割の問題、つまり、どちらが、そして誰が危険を負担するのかという問題につながってゆく。

コンツェルン内部においては、個々のコンツェルン企業に経済的犠牲が強いられる。犠牲の要求は、影響力の行使によって破壊された不利益の経済的均衡が実現することに対応している。その前提となる不利益の確定も具体的な場合に問題が生じる。それは、個々のコンツェルン企業にとり何が不利益であるかを法によって明らかにすることが困難であることに起因していると思われる。

とまれ、コンツェルン規制の核心をなすといわれる事実上のコンツェルンの規制は相互に有機的連関をなして機能的一体性をもつ。この法領域で新軌軸を形成した試みの、わが国の将来の結合企業法の発展に対してもつ重要性は無視できないと思われる。そのような整備された法規制が實際上どのように運用されているかは興味深い問題であるが、それについては稿を改めて問われるべき問題であろう。本稿は、筆者の貧弱な理解のため十分問題点を整理しつくしたものとならず、その取り扱いについて恣意的になったが、未熟で粗雑なコンツェルンの指揮力と責任についての論究はひとまずここで終えることにする。

(昭和48年3月)