

# コンツェルンにおける有限会社の 過半数社員の誠実義務について

— I T T 事件判決を手がかりとして —

早 川 勝

## I

企業結合における法規制の核心は、被支配会社における少数株主およびその債権者を支配会社による支配的影響力の行使から保護することにある<sup>(1)</sup>、といわれる。この点について、西ドイツ株式法のコンツェルンの規制は、その中心的課題を支配会社自体の権利と義務の規制および従属会社の少数株主および債権者の権利の強化といういわば二つの方向からいわゆる経済的弱者保護をめざすという建前をとる。換言すれば、それはまず第一にコンツェルンにおける支配企業の従属会社に対する指揮権の行使を制限するという観点からの規制であり、つぎにそれに対応して従属会社の少数株主および債権者の権利の補強を主眼とする規制である。これらの性質を異にする規制が相互に機能的に関連していわゆる経済的弱者保護という法政策的要請にこたえることが期待されている<sup>(2)</sup>。

ところで、西ドイツでは企業結合に利用される法形式は株式会社の形態のみならず有限会社の形態も実務でしばしばみられる<sup>(3)</sup> という指摘をみる。しかし、コンツェルンが有限会社の法形式を利用する場合、少数株主および債権者の保護という法の使命ははたらく余地がない。そこでは結合企業の法規整を欠いているからである。それ故に経済の実態に

あった有限会社法の改正は企業結合の法規整に当然およぶことになろう。ところが、有限会社法改正草案にみられる企業結合法規制に対しては学説による批判はその止まるところを知らないかのような観がする<sup>(4)</sup>。それらの批判を要約すれば、同草案における企業結合規制が株式法における法規制にあまりにもよりかかりすぎており有限会社のもつ特殊性を無視している、ということであろう<sup>(5)</sup>。

それでは、会社形式の相違にもとづくそれぞれの会社の特殊性というものが企業の結合関係においてはどのような形であらわれてくるのであろうか。また、その場合企業結合法の使命はどのような形で実現されることになるのか。本稿では右の問題意識より西ドイツにおける最近の判例の事案を手がかりとして、有限会社の形式をとる企業結合における指揮権のコントロールとその解釈学的根拠についてふれてみたい。

以下ではいわゆる I T T 事件の概要・連邦通常裁判所の判決理由、および、従来の判例・学説の状況、つづいて当該判決の検討という順序で問題点の整理につとめたいと思う。

(1) Zöllner, JuS1968, 297ff, Koppensteiner, ZGR1973, 1ff. Emmerich・

Sonnenschein, Konzernrecht (1973) SS. 8. 16. 138, さらに, Rehbinder は「上位会社が下位会社と関係なくなした決定にもとづいて下位会社に損害を加えることからその局外株主と債権者を保護する」と述べるが同様な意味である(ZGR 1976, 387.)。右の法政策的目標はわが国においても同様に解されている。例えば、「…重点は、親会社の影響力の行使によって不利益をこうむる子会社の少数株主および債権者を保護することにおかれる」と説明されている。河本,「企業結合」昭和49年度私法学会シンポジウム1頁, および,「会社法改正に関する問題点の研究」における同教授の発言(「会社法根本改正の論点」(商事法務)102頁)。同旨,田村,「企業結合, 合併, 分割について」法律のひろば29巻2号38頁以下。また,福岡教授は「結合に対する従属者の利益確保」といわれる。(「商法における企業結合規制」法時48巻11号125頁。)ちなみに, 第二次ヨーロッパコンツェルン法草案では, 支配企業に指図権を付与することが明示されているが, それに対応して局外株主・従属会社債権者の保護が規制されている。参照, 森本,「第二次ヨーロッパコンツェルン法案について」商事法務723号2頁以下。

- (2) 西独株式法政府草案理由書,「西独株式法」慶応義塾大学商法研究会訳, 6頁および442頁。
- (3) Vgl. Reh binder, GmbH als Konzernunternehmen, in GmbH-Reform (1970), SS. 129ff. および Pleyer · Westermann · Lieser, Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht, in Stellungnahmen zur GmbH-Reform, SS. 53ff.
- (4) 最近においては1975年12月, ボンにおいてCentrale für GmbH Dr. Otto Schmidt の主催による研究会の席上専門家による批判が出されている。報告の詳細, 議論の内容についてはDer GmbH-Konzern (Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1976)に収録されている。
- (5) 詳細については拙稿,「事実上のコンツェルンと西独有限会社法草案」下関商経論集20巻1号95頁以下。

## II

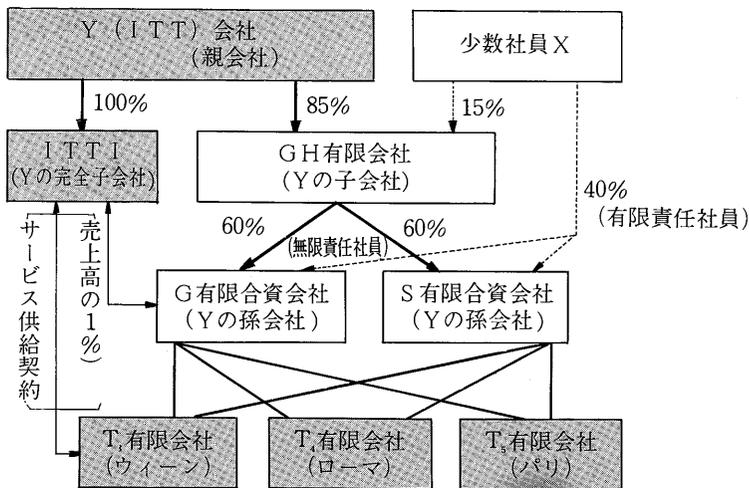
通常裁判所の I T T 事件判決<sup>(1)</sup>は最近の会社法判例において重要な一里塚を築くものの一つであるといわれる。ここでは有限会社における過半数支配の制限の問題がとり扱われた。

本判決はコンツェルンにおける過半数社員の誠実義務を容認してつぎのようにいう。すなわち, 定款で合資会社の業務執行を定めている2人有限会社 (Zweimann-GmbH) の過半数社員が有限会社の業務執行により右合資会社の負担で不利な行為を行わしむる場合<sup>(2)</sup>は, 合資会社に直接参加する他の少数社員はそれによって合資会社に生じた損害につき損害賠償請求権—損害をこうむった会社への給付—を有する。有限会社の指揮権が継続的に行使されている合資会社の子会社が不利益をこうむる場合もまた同じ, と。

以下に少し詳細に本判決の事実の概要および判決理由をみる。

### 【事実の概要】

(本件における結合関係は子会社が複数の企業に法律上分割されており複雑なので, Reh binder が記す図解を利用して図で示すとつぎのようになる)



Rehbinderの解説図(ZGR 1976, 388)を参照。(■は外国会社)

被告Y会社(コンツェルン頂上会社ITT)は1968年10月30日GH有限会社の持分を取得しその持分比率は85%となった。右有限会社には原告Xが15%の持分参加をしている。GH有限会社はGグループ会社に属するG有限合資会社<sup>(2)</sup>およびS有限合資会社のそれぞれに無限責任社員としてそれぞれ60%の割合で参加しており、Xは有限責任社員として40%の参加をしている。右GH有限会社の定款1条3項によれば、有限合資会社の業務執行におけるXの共同権(Mitwirkungsrecht)はYと意見を異にする問題については契約により排除されている。また、右の二つの有限会社は国内に住所を有するT<sub>1</sub>・T<sub>2</sub>有限会社の、および外国に住所を有するT<sub>3</sub>(ウィーン)・T<sub>4</sub>(ローマ)・T<sub>5</sub>(パリ)有限会社の持分を有している。ところで、ITTIは1970年6月以来Yの100%子会社であるが、それ以前はITT本社の子会社であった。1970年1月1日Gグループ会社はITTと、ITTIのサービス提供に対してGグループ会社は全売上高の1%をコンツェルン割当金(Konzernumlage, contract service charge)の形で支払うことを内容とする、いわゆるサービス供給契約(Dienstleistungsvertrag, service-agreement)を締結。その結果1970年右2つの有限合資会社と3つの外国有限会社はあわせて177万7000DMをITTIに支払った。

そこでXは、Gグループ会社がITTIと顧問契約(Beratungsver-

rag)を締結したのはYが同グループの過半数社員として業務執行に影響力を行使させたからであり、YはG会社グループの利益の一部を反対給付なしにすいとった。I T T IはYの完全子会社となった後は177万7000DMの一部がYに帰属することになり、Yは2重の利益をえることになる。右の純利益の分配は契約に反するとして、G有限合資会社およびS有限合資会社にそれぞれ1520100DMおよび57000DM、また、T<sub>3</sub>・T<sub>4</sub>・T<sub>5</sub>外国有限会社にそれぞれ15620DM、32620DM、151660DM、合計177万7000DMを1971年1月1日から4%の割合による利息を付して返済すべきことをY会社に対して請求した。

これに対して、Yは、支払はYでなくI T T Iがサービス供給契約にもとづいて取得した。他の約300のコンツェルン企業によっても支払われた割当額については適切な反対給付がなされ、Gグループ会社においても収益の増大があった。I T T コンツェルンの中央管理機関にとっては、1970年に至る2・3年の間は全体の出費は売上高の1%でなく1.2%~1.39%となっており、このコンツェルン割当額は税法上も承認されていると主張した。

第一審・第二審ともにXの請求棄却。原告の上告に対し連邦通常裁判所は審理不十分として原審に破棄差戻。

【判決理由】 控訴審ではXの主張を不当な行為か、会社法上の義務違反が存在するか、あるいはまた株式法317<sup>(3)</sup>条の規定に違反するかという観点に立ち、いずれもあたらないとした。右の立場にいかなる範囲まで従うことができるかという問題にはふれない。上告は他の理由により支持される。

1. 事実審において反対の確定がないのでXの主張から出発できる。

a) Xが支払の返還を求めたコンツェルン割当金に対する反対給付が全くないかあるいは少なくとも同価値の反対給付がなされなかった。b) GH有限会社はその業務執行において一右有限会社の過半数社員としてのY会社の指図にもとづいてGグループ会社にI T T Iへの支払をさせたかあるいは支払うことを誘因した。

上記事実が正当であれば、コンツェルン割当額にあってはY会社への(あるいはその100%子会社への)隠れた利益配当が問題であった。そしてXは一有限会社持分の価値の減少とは別にそれと異なる一損害をうけた。この損害は有限会社の社員としてでなくG有限合資会社およびS有限合資会社の有限責任社員としての資格において生じたものである。持分並びに分配可能な純利益の実質価値は減少する。右の2つの会社が支払給付をした限りにおいては直接的に、また右の3つの子会社が割当金を分担した限りにおいては間接的に、Yが以前の財産状態の回復義務を

負うかどうか、従って、I T T Iに支払われた額がこれを給付した右の5つの会社に返還されねばならないのかどうかはまず第一にYが有限会社において割当金の実施につきXに対して配慮義務(Rechtspflicht zur Rücksichtnahme)に反したのかどうかによる。そしてこのことは肯定される。

法人としての有限会社という法的形成物には、社員の権利と義務は会社のために整序(zuordnen)しているだけでなく社員の間にも存在するということを認める余地があるのかどうか、もしあるならばいかなる範囲においてか。右の問題は争われているがここでは論ずる必要がない。連邦通常裁判所<sup>(4)</sup>および近時の学説<sup>(5)</sup>では、社員と有限会社間の関係のみならず社員相互の関係も会社法上の誠実義務により定めることができることを認めている。その理由はつぎの点にある。有限会社にあつてはその社团的構造にも拘わらず、その組織、経済的活動の形成は社員の直接的影響力によることが顕著であり、また、それ故に有限会社の内部関係は人的会社との類似物をめざすことができるからである。それにくわえて、ここでも業務執行への影響力行使を通じて共同社員の会社に関連づけられた利益を侵害する過半数社員の可能性に対する平衡として共同社員の利益を配慮しなければならない会社法上の義務が特に要請されるのである。誠実義務違反、その結果として当該社員に生じた損害補償の直接的請求が発生するが、どのような要件の下で承認されるのかについてこれ以上ここでは論ずる必要はない。このことはつぎのことによるであろう。すなわち、有限会社がどのような定款の目的を追求するのか、それは会社内部でどのようにして形成されるのか、いかなる範囲で構成員を有するのか。その他には、法律上および定款上の規制は損害を蒙った社員に十分な法的保護をすでに与えているのかあるいは誠実義務違反から生ずる請求権が与えられるのかどうかに依存しよう。いずれにせよXの請求権についてはこの観点からも障害はない。

コンツェルン割当額の支払およびそれを基礎づける契約の締結にあつて業務執行措置が問題となったが、X自身は業務執行において活動しておらず、機関による指図の規定(有限会社法第37条1項)<sup>(6)</sup>によるのではなく、純粹に「事実上」地位を確保したという事実はいかなる意味をもたない。連邦通常裁判所は、合資会社について、社員の損害賠償義務は義務に反する業務執行措置への決定的な影響力の行使によりすでに根拠づけることができ必ずしも業務執行権限によるのではない、と明言した<sup>(7)</sup>。有限会社では、業務執行の人的配置を決定し、そしてそのようにして自己の願望を非公式的に容易に実現できる過半数社員の自由な地位(Freistellung)に対して実質的な根拠は同様に存在しない。

特別利益が有限会社の業務執行への影響力行使の結果として有限会社の財産からでなく合資会社並びにG会社グループに属する3つの外国会社の財産からYに流れこむ点に本件の特殊性があるが、このことから特別のことは生じない。なるほど会社法上の誠実義務は常に特定の個々の会社関係の内容であり、それ故に原則としてこの会社内部の権利・義務および利害に関連づけられているにすぎない。しかし、本件のような事例では参加者がその共同社員である会社を通してでてくる誠実義務から出発しなければならない。何故ならば、有限会社は（法律上独立している）企業の結合体の指揮のために設置されたのであり、それに当事者が財産的に直接的にあるいは間接的に参加し、その結果営業活動の重要な部分は接合企業において実現されるからである。2つの合資会社は組織上有限会社に従属しており、また、有限会社が業務執行権限をもつばら自己に保持するという方法でその統一的指揮の下に統括している。この有限会社の指揮権は、その持分が2つの合資会社に帰属するということにより3つの外国会社においても継続される。それに応じて、有限会社は定款上無限責任社員として他の会社に参加するという目的（第1条3項2号）を追求する。

指揮権を経済的には2人の有限会社社員に属する子会社において行使する有限会社の目的とこの目的をコンツェルン会社グループで実際に実現することは有限会社の過半数社員の誠実義務の妥当領域に及ぼざるをえない。もし会社グループの個々の企業が人的会社あるいは有限会社において統括されていたかあるいはもし当事者がそれぞれの子会社に直接に参加していたとすれば、Yは誠実に反してコンツェルン割当金を課した、それ故にXがこの支払の返還を請求する、と主張できることは疑いがかろう。誠実義務は異なる組織形成および法衣を理由とするだけで別異に判断することはできない。

責任の根拠としての誠実義務の承認に対して1959年12月1日の判決<sup>(9)</sup>から、有限会社の社員は業務執行者への指図により民法826条<sup>(8)</sup>の要件のもとでのみ損害賠償義務を負うにすぎないことが示される限りにおいて、本法廷は右見解を狭すぎると考える。

2. Xが合資会社および外国会社への支払返還を求めて有限会社の共同社員に対して損害賠償請求をなすこと自体は会社法秩序、ことに組織法は禁止していない。……有限会社の可能な固有の損害賠償請求権も—2重責任の排除とは関係なく—Xの請求権を排除するものではない。

3. 控訴審は客観的観点からYの義務違反を仮定したが、有責性を欠くとした。コンツェルン割当金支払の合意はYの説得とその他の行為に相応しXに対する注意義務違反（Sorgfaltsverletzung）は確定できない

という。有責でない理由をつぎのように述べている。すなわち、コンツェルン割当金はコンツェルンの他の約 300 の企業によっても支払われている。会社グループでは相当な経済的成果を記録している。コンツェルン理事者の出費は売上高の 1% をこえている。そのような割当金は一般的な慣行にも相応する。さらに、ドイツ税務当局 (die deutschen Finanzbehörden) は割当金を支払額において事業費 (Betriebsausgabe) と認めているので、Y は正当なものとなしうる、と。しかし、これらの理由は棄却判決を生むものではない。

会社のグループの取引の増大についてはコンツェルン給付以外に種々の理由があるので控訴審はこれをよりどころとすることはできない。その上、X は Y と関係のない親会社企業の発展も順調にのびていることを述べた。他の 300 のコンツェルン企業の異議をとどめない支払は G 会社グループにあって割当金を正当化する帰納的推論を許すものではない。G 会社グループは他のコンツェルン企業の目的とただちに比較することができない経済的目的を追求している。さらに控訴審は、I T T コンツェルンは前者の会社に完全に 100% 参加しており、その結果、異議は局外社員に関して全然考えられないとする X の主張を無視した。コンツェルン理事者の出費と売上高との関係はそのことについて何ら述べているのではなく、場合によっては給付が G 会社グループのためになったという手がかりを与えるものである。割当金が客観的に不当であり、このことが認識されていたかあるいは商法上の判断基準と異なるものが基礎になっている場合、税務当局による割当金の承認は独立の商人的判断をなすべき Y を免責することはできないであろう。もし控訴審が使用した情況証拠について一般的経験則により支持できないものを採用するというならば、それは理由づけを要しよう。

さらに、控訴審は不当にも民法 708 条<sup>99)</sup>の適用は緩和された有責基準を何ら導かないという問題をのこした。すなわち、Y は、それ自身大企業であるが、有限会社法 43 条 1 項<sup>100)</sup>に応じて有限会社によって指揮される会社グループの個々の関係について、自己目的のために有限会社の業務執行に影響力を行使した場合には正常な商人の注意 (Sorgfalt) を払わなければならないのであった。

本件の問題はまだ決定に熟せず、それ故に差戻されなければならない。控訴審は審理と決定にあたり本件のような事例では、いかなる客観的義務違反が存するのかわびいかなる具体的損害があるのかについて確定されなかった限りにおいて Y の有責問題が確定的に判断できるのかどうか検討しなければならない。

以上、事実の概要と判旨を少し詳細にたどったが、本事案では有限会社によって誘因された隠れた利益配当が問題とされた。その結果、Xの有限合資会社自体の社員としての損害の発生<sup>12)</sup>が認定されている。そこでXは損害賠償請求の方法で当該会社およびその外国子会社により支払われた割当額の返還を求めた。それは次の点に請求原因がある。つまり、Yは自己が支配する有限会社を通じてGグループ会社に割当金の支払いをなさしめた。この誘因行為が、YのXに対する誠実義務違反に導く。何故なら、有限会社においてはその過半数社員は業務執行者への指図により純粹に事実上業務執行に影響力を行使する場合、少数社員利益への配慮が要請されていることが認められるからである。本件では有限会社の目的はG会社グループを指揮することにあり、その結果有限会社の過半数社員の誠実義務はその下位会社への影響力の行使にも及ぶ。この業務執行における特別の義務違反にもとづいて業務執行者の会社に対する賠償義務<sup>13)</sup>が会社に対して生ずる。しかし、有限会社の社員間の誠実義務が承認され、過半数社員による不利益指図の付与が誠実義務違反となる場合、その社員にも過半数社員に対し直接に損害賠償の請求が認められる。それ故に、Xは共同社員たるYに対し直接損害賠償請求することが認められた。過半数社員の過失の有無については組織上の責任が問題であり、有限会社法43条で規定する業務執行者の会社に対する責任と同様の注意義務に服する。<sup>14)</sup> そこでYの指図につき過失の有無に関して審理不十分として原審に差戻されたわけである。

つぎに本判決の意義の評価にあたり、章を改めて社員の誠実義務に対する従来判例、学説の態度を概観したい。

- (1) BGH, Urt. v. 5. Juni 1975—11ZR23/74, BGHZ 65, 15; NJW 1976, 191ff; BB 1975, 1450ff; AG 1976, 16; WM 1975, 1152. 本稿ではAG 1976, 16. に所収されているものを利用。なお本判決判例批評としてはBrezing, AG 1976, 5; Schilling BB 1975, 1450; Wiedemann, JZ 1976, 392; Ulmer NJW 1976, 191; Emmerich, JuS 1976, 54; Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 77; Rehlinger, ZGR 1976, 386. がある。
- (2) 有限合資会社 (GmbH & Co., KG) は、有限会社が合資会社 (または

- 合名会社)の無限責任社員となって形成される人的商事会社であるが、法律上は有限会社でなく合資会社であり法人格を有しない、といわれる。わが商法55条によれば、会社は他の会社の無限責任社員となることを禁止しているので、このようないわゆる会社の基本定型の混合を生ずる余地はない。但し、右の規定の削除を立法論として主張されるのは、大原教授、「西ドイツにおける閉鎖会社としての有限合資会社 (GmbH & Co., KG)」現代商法学の課題下 (鈴木竹雄先生古稀記念) 1251頁以下。
- (3) 株式会社法317条は、支配企業およびその法定代理人の責任に関する規定である。
  - (4) 1953年4月1日判決 (BGHZ 9, 157f.) および1954年6月9日判決 (BGHZ14, 25f.)
  - (5) Vgl. Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaft (1949) S. 270ff, Wiedemann, FS. für Barz (1747) S. 568f.
  - (6) 有限会社法第37条1項は、業務執行者の会社代表権の制限に関する規定である。
  - (7) 1973年7月2日判決—II ZR94 / 71, LMHGB § 105Nr. 31.
  - (8) 民法826条は良俗違反に関する規定で、「善良の風俗に反する方法により故意に他人に損害を加えたる者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う」旨規定する。
  - (9) BGHZ31, 258.
  - (10) 民法708条は、組合員の注意義務に関する規定である。
  - (11) 有限会社法43条1項は、業務執行者の注意義務に関する規定である。
  - (12) 本件では不利益は少数社員が参加する下位会社に直接加えられたのではなく、下位会社に従属するその下位会社、いわば孫会社に向けられている。従って、直接の不利益は有限合資会社とその子会社たる外国会社に、直接の利益はYの子会社に発生している。このような重疊のコンツェルンにおいて間接的な不利益付与に対する少数社員保護の観点が見えよう。
  - (13) 有限会社法43条II項の適用。
  - (14) 注意義務の適用については立証の転換がなされるとするのが一般的見解である (Vgl. 株式会社法93条II項)。Vgl. Schilling, BB1975, 1451; Westermann, GmbH-Rdsch1976, 80; Rehbinder ZGR1976, 392.

### III

本件においてコンツェルン化に伴う危険はつぎの点に見出せる。すなわち、G有限会社の過半数社員は自己に従属する有限合資会社およびそ

れに従属する外国子会社をして自己の100%子会社とサービス供給契約を締結させ、そのみかえりとして高額なコンツェルン割当金を支払わせた。右割当金がコンツェルン従属から生ずる具体的利益と比べ経済的に代替可能な報酬である場合は問題でない。しかし本件では右割当金は同価値の反対給付ではないことが確定されている。それ故に会社の秩序原則のわく外で会社の利益そしておそらくは会社の財産さえも剥奪されたといえよう。このようなコンツェルンにおける企業の編み合わせに結びついている危険は正に純粹に古典的な危険であるといえよう。

I T TコンツェルンはG会社グループと支配契約を何ら締結していないのでここではいわゆる事実上のコンツェルンが問題となる。もしコンツェルン上位会社が株式会社の法形式を利用していたとすれば下位会社に対して不利益を加えることが禁止され、Y会社はその結果有限会社に対して代償、場合によっては損害賠償義務さえ負担しよう<sup>11)</sup>。

ところが本件においては上位会社は有限会社の形式をもつ。有限会社においても現代における企業のコンツェルン化現象は生じており、この場合有限会社の過半数社員は業務執行を通じて影響力を行使し、有限会社の犠牲でコンツェルン利益を追求することが可能である<sup>12)</sup>。有限会社においては、過半数社員は参加持分にもとづいて事実上支配が可能であると同時に法律上も業務執行者への指図権<sup>13)</sup>により会社法秩序のわく内で指揮権の行使が可能である。この点に有限会社という法形式をとる場合の株式会社に対する特色がある。そこで有限会社の少数社員と債権者をどのように保護するかという問題は株式会社における保護手段と異なるアクセントを置く必要が生ずる。その場合、少数社員に過半数社員の誘因行為(Veranlassung)に対する防禦手段をもたせることが立法論的に考慮されよう。しかし、本判決はコンツェルン法の規定を欠く現行有限会社法のわく内で有限会社における過半数支配の限界づけの方向で解釈論を展開する<sup>14)</sup>。

過半数社員の影響力そのものを防止することは期待できない<sup>15)</sup>。それ故に、一方で過半数社員の業務執行への指図につき注意義務を課しその

義務違反による責任を認める。しかし、機関理事と異なる過半数社員に  
いかなる基準にもとづいて責任を負わることができるとは問題である。  
連邦通常裁判所は「機関的な」業務執行権限の分析の方向に進まず、ま  
ず有限会社法43条の責任基準が期待する注意義務の存在、注意義務の  
強化の面で民法708条よりもよりよく保護するという方向をたどる<sup>(6)</sup>。  
他方で、少数社員に社員訴権と同様な人的会社法において認められてい  
る組合訴権 (actio pro soci, actio pro societate) を承認する。ここ  
では社員相互の法律関係が前提とされるが、誠実義務は会社と社員との  
間のみならず、社員相互間にも生ずるというクッションの挿入により社  
員相互間の法律関係が創出されている。また訴訟経済上の要請も actio  
pro socio 承認の補強に役立てられている<sup>(7)</sup>。

以上みたように、本判決では過半数社員の誠実義務の承認という点に  
重要性がみられる。つぎに、この点に関する従来判例・学説を一瞥し  
本判決の位置づけをより明確にしたい。

大審院において過半数社員の特別の誠実義務 (Loyalität) に触れた判  
決が若干ある。

①1931年3月31日大審院判決 (RGZ132, 149)。Y 会社は市場で株式取  
得したXとXの背後会社グループによる会社乗っ取りを懸念し、総会で親  
株 (Stammaktien) の創設を決議した。これに対して、Xは、右総会決議は  
良俗違反であるとして決議の有効性を争った。そこで、大審院は、親株  
創設措置は特に少数者権の資本的侵害を意味するので、そのことにより  
追求される目的が非常にゆるやかな形で達成されうるかどうかが検討を要  
するとして、親株創設というYの保護措置とこの形式の選択は必要な程  
度をはるかにこえていること、それと同時に会社と無関係の利益を追求  
し少数者の権利を権利濫用的方法で侵害するかあるいは縮減するもので  
あるとして (RGZ, 132, 166.), Xの総会決議取消の訴の一部を容認した。<sup>(8)</sup>

②1923年10月20日大審院判決 (RGZ 107, 202)。Y 鉱業組合は総会に  
おいてYの解散およびYの事業をYの過半数社員が参加している相手方  
に不当に安い価格で譲渡する旨の決議をなした。これに対して、Xは売  
買価格が不当であることを理由に総会決議は善良に反し無効であると主  
張した。大審院は、会社の公益 (Wohl) を意識的に無視した過半数社員  
の少数者に対する窄取 (Ausbeutung) および私的利益の追求は善良違反

になりうるとして (RGZ 107, 204.), 本件では決議にあたり私的特別利益を会社の公益の下に服せしめる道義的義務が存在する故にYの行為は善良違反であるとした。

③1925年10月23日大審院判決 (RGZ112, 14)。 Y 会社は総会においてホテル建設資金の必要性和乗っ取り対策を理由として増資決議をなした。増資は親株と同時に優先配当付優先株式の発行によりなされ、監査役、取締役を占める多数派が監査役選挙、定款の変更、会社解散決議につき他の一般株式に対し10倍の議決権を有する優先株式を取得するという内容のものであった。それに対して、株主Xは会社側の増資理由が口実にすぎず、多数派が会社における勢力を確保し、少数者の抬頭防止にあり、右決議が少数者利益を侵害し善良に反するとして決議無効確認を求めた。大審院は、総会決議が善良に反するかどうかは外面的内容と形式的法的安定性によるだけでなく会社自体および多数派に属さない株主に対する個々の措置との関係から生ずる効果、多数派の措置の動機および目的に決定的な重要性がおかれるとし、右総会決議は多数派が特別利益を得て少数者を害するためだけのもので会社にとっても実質的目的が追求されておらず会社の公益も考慮されていないので (RGZ 112, 14, 16, 17.) 善良違反にあたるとした原審判断を支持した。

④1928年10月23日大審院判決 (RGZ 122, 159)。 Y 会社の業務執行者は社員総会において増資決議し、自己が業務執行をする他の会社はその引受をなすことをあわせて決議した。これに対して、少数社員Xは右増資決議が善良に反すること、社員平等原則に反することおよび有限会社法47条4項<sup>9)</sup>に反し無効であると主張した。大審院は、増資決議は實際上会社の財政的強化措置ではなく業務執行者の私的利益追求のためであり故意にXの社員権の抑圧とその価値の減殺を広範囲にもたらした、この種の社員決議は少数社員の利益については過半数の善良に反する権利の濫用を意味するとして (RGZ 122, 166.), 善良に反する少数者加害を理由として右社員総会決議を無効とした。

つぎに、連邦通常裁判所と上級裁判所の有限会社 (および株式会社) における社員の誠実義務に関する事例をみる。

⑤1953年4月1日連邦通常裁判所判決 (BGHZ 9, 157=NJW1960, 285)。 Y 有限会社は定款上社員の退社規定を欠いていたが、重要な理由にもとづきXの退社を総会決議した。これに対して、Xは右退社決議につき重要な理由が存在しないとして決議無効を主張した。連邦通常裁判所は、定款上規定を欠いても有限会社社員自体の退社は法律上許されることは誠実義務により引き出すことができるとするが、社員の有限会社および

その共同社員との関係は純粋に資本的なものではなく人的なものであるから有限会社の社員には信義誠実の原則（民法 242 条）<sup>100</sup>を内容として含む誠実義務が課せられるとして（BGHZ 9, 163.），Y の飛躍上告を棄却した。

⑥1954年6月9日連邦通常裁判所判決（BGHZ 14, 25=NJW1954, 1401）。Y 有限会社は社員総会で定款の規定を新設し、定款の変更、会社の解散決議につき行使された議決権の 9 / 10 の多数を要するとする規定を削除した。これに対して、少数社員 X は右決議の無効を主張した。連邦通常裁判所は、議決権行使自由の原則はその濫用的行使を許すものでなく、いかなる社員も会社外の利益を得るために会社の損害で議決権を行使することは許されない。社員の誠実義務も議決権行使を限界づける。有限会社の社員相互の関係および会社との関係は通常株式会社における場合より密接であるので有限会社社員の誠実義務は株主の義務よりも厳格でかつ広い。しかし、議決権行使にあたり株主も有限会社社員も自己の利益を会社利益に後置させる必要はないとして（BGHZ 14, 38.），X の補助的請求のみが認められた。

⑦1959年12月14日連邦通常裁判所判決（BGHZ 31, 258=NJW1960, 285）。B 有限会社の破産管財人 X は、Y がそのわら人形たる業務執行者に指図し種々の損害を与えたこと、Y の善良に反する故意にもとづく行為により連帯債務者に損害を加えたこと、さらに破産の申立を妨害したという理由にもとづいて生じた損害の賠償を求めた。連邦通常裁判所は、業務執行者への指図につき有限会社の社員は民法 826 条<sup>101</sup>の前提の下でのみ損害賠償義務を負うとして（BGHZ 31, 278.），請求額の一部のみ容認し他については差戻した。

⑧1974年1月30日Celle上級裁判所判決（WM1974, 1013）。Y 会社は A 株式会社と支配契約、利益供与契約を締結し、右契約を商業登記簿に登記した日からその公告後 6 ヶ月の期間中 Y 会社は、Y 会社株と A 株式会社株を交換比率 1 対 2.5 の割合で A 株式会社の局外株主の請求により自己の株式を提供することを約定した。Y 会社は B と A 株式会社の大量取得の商議を進め、B の大量買付により市場相場が高騰し、一時は市場価格の急騰により取引停止にまで及んだ。A 株式会社の局外社員 X は、支配契約の締結と同時に生ずる A 株式会社に対する Y 会社の誠実義務により、Y は局外社員にその株式の性急な売却を警告した価格急騰により生じた市場における取引停止処分を中止する措置を講ずる義務があったにも拘わらずこれを懈怠したとして、自己が有する A 株式会社株式をあまりにも低い市場価格で譲渡したことにより生じた損害の一部の賠償を求

めた。そして、YはA株式会社の株主に対して株主平等の原則に反しているとその請求を補強した。

これに対して、上級裁判所は、株主相互間にその義務違反により損害賠償義務が発生するような会社上の義務は存在しない。株主の誠実義務は会社に対する関係でのみ生じ、そして株主が会社内部で共同管理権とくに議決権行使につき制約があるという意味をもつのである。つまり、社員の誠実義務という観点は会社内部の権利行使の限界判断につき一つの価値基準を形成するのであり、右制限は株主相互の法律関係を生ぜしめない。ことに株式が自由取引される限りにおいて株式取得の際他の株主を配慮する義務は生じない。また株主平等原則は、すべての株主に同様な権利義務が帰属しなければならないという意味をもつのではなく、同様な前提の下では過半数の意見の結果はすべての株主に一様に妥当しなければならないということの意味するのであり、右原則は個々の株主の会社に対する関係に関するもので株主相互の関係に関するものではないとして、Xの訴を棄却した<sup>12)</sup>。

⑨1976年2月16日連邦通常裁判所判決(WM1976, 449)。本件は⑧の上告審で、XはYのA株式会社の共同株主に対する誠実義務違反、株主平等原則違反を原審におけるのと同じ主張を繰り返した。

これに対して、連邦通常裁判所は、民法226条<sup>13)</sup>、242条、826条の一般的法原理から生ずる以外の株主相互の拘束という意味における誠実義務は一般的に存在しないかあるいは会社財産に対する不利益付与責任は会社内部をこえてひきだすことはできない。一つの株式会社に共に属しているということはそれ自体そこから損害賠償請求権を引きだしうる株主相互の法律関係を形成するものではないとして、原審の判断を支持しXの上告を棄却した。

このように判例は団体の誠実義務(Verbandstreue)をすでに早くから知っている。問題は主として、総会決議における社員の権利行使あるいは業務執行者の業務執行措置においてとり扱われ、そこで社員の誠実義務を課している。会社に対する社員の誠実義務は一般的に承認されており、他の社員に対する社員の誠実義務の承認の方向が用意されていたといえよう。ただそこでは、信義則から生ずる誠実義務なのかそれと異なる会社法上の誠実義務なのか判然としないものが多く、むしろそれを意識的に明確に区別するよりも過半数社員の支配を実質的にコントロール

することが急務であり、そのことを反映して社員の会社法上特別の誠実義務の存在を根拠づける理論的作業も共同歩調をとっているように思われる。信義誠実の原則をこえた真の誠実義務が社員に課せられることを明確にする⑤判例が、その根拠づけにおいて、社員の有限会社との関係およびその構成員との関係は純粹に資本的なものではなく人的なもので、それは株式会社におけるよりも有限会社社員においては、相互により密接であると理由づけしたとき、株主相互には株主の誠実義務を明確に否定する⑧—⑨判例の出現はすでに当然予測されたであろう。その意味において判例の立場は一貫しているといえよう。

ところで学説においては社員相互に誠実義務の存在を認めるのが今日では一般的である<sup>14)</sup>といわれている。そこでつぎに承認説の見解をみる。

①Ballerstedt の見解。彼は、隠れた利益配当受領者に対し損害賠償請求権および受領物の会社もしくは社員への返還請求権が会社法上社員に与えられるかという具体的問題から出発し、物的会社の社員相互に直接的な会社法上の義務が存在するかという問題を、社員の法的保護の角度から論ずる<sup>15)</sup>。

基本出資給付義務は、会社自体に対して存在するだけでなく、同時に直接的権利義務を含む社員相互の法律関係を創設する<sup>16)</sup>。有限会社社員相互に直接的法律関係が認められることにもとづいて誠実義務が生じ、その結果社員は相互に責任を負う。社員相互の会社上の拘束が認められることから、隠れた利益配当の受領者は民法 826 条によるだけでなく、一般的に故意もしくは過失にもとづく隠れた利益配当により生じた損害の賠償義務を非受領者に対して負担する。それと並んで定款違反の隠れた利益配当の返還を求めて、会社財産のために定款から生ずる履行請求権 (Erfüllungsanspruch) も提起しうる。会社関係から生ずる履行の訴えは、利益をえた社員あるいは業務執行者の有責を前提としないこと、および損害賠償請求に伴う立証の困難を回避できる点で重要な利点があると指摘する<sup>17)</sup>。

②Wolany の見解。彼は、社員の法的地位から民法上の一般原則

(民法157条<sup>18)</sup>、242条)より生ずる誠実義務と明確に区別される真正の誠実義務 (echte Treupflicht) を承認し、その実体法上の根拠を民法242条にもとめる。そして、この誠実義務は社員と会社との間のみならず社員相互の関係にも認められるとする<sup>19)</sup>。

その結果、有限会社における業務執行への指図については民法上の誠実義務および真正の誠実義務という2つの側面より責任が生ずる。民法826条によるときは常に動機が斟酌されるが、真正の誠実義務違反による場合は諸関係の外形的形成 (äußere Gestaltung der Verhältnisse) により判断されることになる。但し、後者については「重大な」誠実義務に違反する場合に限定している<sup>20)</sup>。

③Falkenhausen の見解。彼は、理事者および過半数社員による利益配当の縮減に対し少数者保護の観点から信義誠実、善良の一般原則による解決をめざす<sup>21)</sup>。

過半数社員は隠れた利益配当その他の方法で会社利益を自己のために取得する。コンツェルンにおいてはコンツェルン会社の利益がコンツェルンスピッツに流入することをめざす契約の締結もしくはその他の措置がとられる。このような場合少数者にどのような法的保護が与えられているのか。有限会社においては隠れた利益配当につき原則的禁止はなされていない。しかし、少数者保護のために信義誠実および善良という一般条項が登場する。したがって、会社の利益が一方的に過半数社員もしくはその背後者に与えられる法律行為は善良に反し無効であり、利益受領社員は損害賠償義務を負う<sup>22)</sup>。

また、株式法上のコンツェルン規整は有限会社法には転用できない。そこで、コンツェルンにおいて少数者の保護は信義誠実、善良の一般原則によることになる。契約コンツェルンにおいては過半数社員が資本的影響力を利用し業務執行者をして機関契約の締結をさせた場合に過半数社員およびそれと並んで業務執行者に賠償義務を認め、事実上のコンツェルンにおいてはコンツェルンスピッツの補償義務を承認する<sup>23)</sup>。

④Immeng の見解。彼は、過半数社員が会社利益を追求し、しかも他

の構成員の権利の侵害に導く場合があるとし、このように社員の会社に対する誠実義務が過半数支配の限界づけのために機能しない領域では社員の権利保護の要請上社員間に誠実義務が認められるとする<sup>24)</sup>。社員相互の誠実義務の基礎としての社員間の法律関係について「個人法的要素」あるいは「緊密な結合」をあげることは事実上の関係には一致しているが法の根拠づけとしては不十分であると指摘し、過半数社員は他人の利益の処分が可能であること<sup>25)</sup>に法的根拠を求める。それは影響力の行使と注意義務は相応するという命題<sup>26)</sup>の定立により理論的に補強される。社員の他の社員に対する誠実義務違反には故意は要求されず会社利益を斟酌することなく過失による特別利益の追求で足りるので、少数者に対する過半数社員の誠実拘束は広範囲に及ぶことになる<sup>27)</sup>。

⑤Schillingの見解。彼は、社員の基本出資払込および充実責任は社員の責任共同体を創設し、それ故に社員の会社関係から生ずる法律関係が認められ、それはまた人的結合体における構成員相互の人的信頼の重視という法事実的観点から補佐されるという。右の法律関係の存在から社員が会社に対してのみならず社員相互間における誠実義務の承認が帰結される。つまり、社員相互の信頼関係は信義誠実の規制を会社と社員および社員間相互の誠実義務にまで高めるのである。右の誠実義務から会社権利の行使にあって他の社員の利益配慮義務が具体化される<sup>28)</sup>。

会社に対する誠実義務の対象は社員の全体利益および会社により営まれている企業利益である。社員に対する誠実義務は会社利益および会社への関与 (Teilhabe) に及びかつそれに制限される。誠実義務の内容は右の会社利益を維持、発展させることでありかつ加害行為をなさないことである。それを過半数社員と少数社員との関係についていえば、過半数社員は組織上会社のために行為しかつ少数社員利益につき責任を負担するということを意味する。過半数社員は会社事務の決定につきそれに相応した注意義務を負担し、業務執行者への指図を右の注意義務に反してなした場合少数社員に対しても注意義務違反の責を負う。

注意義務違反による責任は、違反者の有責つまり故意、過失を前提と

し、違反者には会社および社員に対して賠償義務が課せられる<sup>29)</sup>。

以上において社員間に誠実義務を認める学説の見解を概観したが、右見解においても誠実義務を認める法的根拠、その範囲、要件については必ずしも一致をみておらず、社員の誠実義務が民法上の一般原則によるものなのかあるいは会社法上特有の誠実義務なのかその区別<sup>30)</sup>についてもはっきりしないように思われる。その点、Immenga の説明は明確である。しかしここではその根拠づけが過半数社員を財産管理者として考える信託理論による構成を必要としている。

もっとも右に述べたことは利益調整手段を一般条項に求める場合に内在する宿命的なものであるともいえ、むしろ問題は個々の問題領域において調整しようとする利益の内容に応じて個々の誠実義務の内容とその射程距離を確定してゆくことに重点があるとすれば一般条項の性質上やむをえないともいえよう。

そこで、つぎに、I T T事件判決の評価を通じて本判決における誠実義務の内容をみることにしたい。

- (1) 支配契約がない場合は株式法 311 条及び 317 条の規定が適用される。
- (2) 但し、Westermann は有限会社のコンツェルン実態を調査した経験のもとづき、補償のない加害というものが日常茶飯事であるという結論をひきだすことをいましめている。企業グループの多くは自由意思のもとづいて成立しており、経済上独立している会社は大きな単一体によりかかることを好み、管理能力、長期的計画および人的指揮を信用する傾向があるという。本件ではXが企業指揮から排除されているが、そのことも合意されている点に特異性があると指摘する (GmbH-Rdsch 1976, 76.)。
- (3) 有限会社法37条、45条は過半数社員に属する広範な権限を規定する。
- (4) 本判決ではコンツェルン利益が、業務執行への影響力の行使により少数者にとって不利益な目標を追求する正当化の根拠とされていないことを歓迎するものとして、z.B. Rehbinder, ZGR 1976, 389~390。
- (5) この点についてWestermannによれば、コンツェルン実務ではドイツ企業グループ内の決定はつぎのような形をとるといわれる。すなわち、コンツェルンスピッツの決議は子会社の業務執行を誠実かつ有効に行うため子会社機関の合意により情報の相互交換、意見交換にもとづく、と。

- (GmbH-Rdsch 1976, 77~78.)。
- (6) Vgl. Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 80.
- (7) Schilling, BB 1975, 1451.
- (8) Wiedemannは、この判決がアメリカで展開された会社の支配株主の信託義務 (fiduciary obligation) と比較しうるものという。つまり、過半数による決議は間接的に会社に結びついている財産の処分を意味し、この処分権により会社法上会社全体の利益範囲で少数者の正当な利益を配慮しなければならず、少数者の権利を過度に縮減してはならないという義務を容認しているからである (JZ 1976, 398. Fußn. 9.)。
- (9) 有限会社法47条は社員の議決権に関する規定で、4項では「決議により責任の免除をうけまたは義務を免れる社員は議決権を有しない」旨規定する。
- (10) 民法 242条は給付における信義誠実の原則に関する規定である。
- (11) 民法 826条は良俗違反に関して規定する。
- (12) Lutter は、本判決とカリフォルニア州最高裁判所判決 (1 Cal. 3d93, 81Cal. Rep.592.)の分析の結果、株主の誠実義務に関する見解をつぎのように述べる。すなわち、株主の一般的誠実義務は存在しない。大株主と小株主との関係において全体かつ無制限の誠実義務というものは確定することができない。しかしながら、大株主の法律上および事実上の全影響範囲内には少数共同株主に対する高度の団体的誠実義務 (Gebot zu gesteigerter korporativer Treue gegenüber seinen Mitaktionären der Minderheit) に服する個別的領域が存在することを指摘する。例えば、
- ①わずかな株主しか有しない人的に構成された株式会社、
- ②決定的過半数確立株主 (etablierte Aktionärsmehrheit) と少数株主 (Aktionärsminderheit) との関係については株主相互間に誠実義務は生じないという公式化された原則は妥当しない、と述べる (JZ 1976, 232~233.)。
- (13) 民法 226条は権利濫用の禁止に関して規定する。
- (14) Schilling, Hachenburg GmbHG Groß kommentar (1975) § I 4, 23.
- (15) Ballerstedt, a. a. O., S. 181.
- (16) 例えば、有限会社法24条は、基本出資の払込不足額に対する社員の責任を、あるいは同法31条Ⅲ項は資本維持の原則に反してなされた会社財産分配につき社員が会社に対し従属的責任を負うことを明定する。
- (18) 民法 157条は、「契約は、取引の慣習を顧慮し信義誠実の要求に従って解釈することを要す」旨規定する。
- (19) Wolany, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH (1964) SS. 108~111.

- (20) derselbe, a. a. O., S. 115.
- (21) Falkenhausen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (1967), SS. 48f.
- (22) 会社および少数社員のために株式法 117 条が類推適用されるとする。  
derselbe, a. a. O., SS. 58~59.
- (23) Falkenhausen, a. a. O., SS. 64~67. 契約コンツェルンにおいては株式法 243 条 II 項及 117 条 I 項の類推適用を認める。ここでは株式法上の規定の類推適用を認めるために信義誠実の一般原則を持ちだすのか、あるいは信義誠実原則をそれとは関係なく別個に機能させるのか明確ではないが、事実上のコンツェルンにあつては、「信義誠実、善良の一般条項並びに株式法 117 条 I 項の類推適用から」補償義務を認めるとし、信義誠実原則を独立して機能させている。
- (24) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft (1970), SS. 170 ~ 171.
- (25) ところで、有限会社の社員間の関係が過半数の少数者に対する誠実拘束に導くことは過半数の会社に対する誠実義務と同様の根拠づけによるとしている。社員の会社に対する誠実義務を承認する根拠はつぎの点にみられるとする。すなわち、過半数社員が固有の権限内で株主総会において議決権を行使して会社利益について決議する場合過半数は他人の財産の信託的管理人として理解され、その結果誠実義務が会社に対しても少数者に対しても成立する、という(a. a. O., S. 262.)。右の説明の背後には、過半数社員の信託的拘束 (fiduziarischen Bindung) の承認がある。
- (26) Barz は、この命題を、支配する者はまた責任も負う命題として理解し、それが特定の法秩序においては妥当するが決して一般化することはできない、という。従属会社の業務執行への指図付与については責任の法的基礎を欠いており、人的構造も社員の誠実義務の法的根拠づけとはならない。そこで、Barz は、業務執行への指図が総会で決議され、その指図が会社もしくは他の社員には損害を与え支配社員には特別利益をもたらす場合、少数社員に右指図決議の取消しを株式法 243 条 II 項により認め、総会外で指図がなされた場合は株式法 117 条の類推適用により少数者に保護を与えようとする。Vgl. Barz, Hachenburg GmbHG Großkommentar § 13Anh. II 25, 26.
- (27) Immenga, a. a. O., S. 275.
- (28) Schilling, Hachenburg GmbH Großkommentar, § 13, 5 u. § 14, 23; derselbe BB 1975, 1451.
- (29) Schilling, Großkommentar § 14, 24~28; derselbe, BB 1975, 1452.

- (30) この区別の必要性をとくのはZöllnerである (Die Schranken mitgliederschafthlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963), S. 337.)。そのことにより、社員の誠実拘束の範囲が決定されるからである。彼は社員相互の誠実義務の承認について留保するが (a. a. O., S. 349), 右義務の承認のもつ意味をつぎの点にしか認めていない。すなわち、①個々の社員は誠実義務にもつづいて会社に生ずる請求権を自己の名前で行使することができ、②社員は相互に内容上会社に対する誠実 (Gesellschaftstreue) をこえた誠実義務を負い、右義務違反により個々の社員に履行請求権もしくは損害賠償請求権が生ずる (a. a. O., S. 350.) とする。

#### IV

I T T事件判決は、会社を支配する社員はその議決権もしくは影響力行使について他の社員の利益を斟酌することを要するという法原理を展開する。まず、有限会社における過半数支配は過半数社員の少数社員との間の誠実関係から限界づけられる<sup>(1)</sup>。つまり、過半数社員は少数者に不利益となる業務執行への指図につき誠実義務の承認により少数者に対する責任が導かれる。かくして、有限会社における指揮権行使に実質的制約が認められることになる<sup>(2)</sup>。

つぎに、コンツェルン利益は有限会社の業務執行への影響力行使により少数者にとって不利益な目標追求の正当化根拠とはならない<sup>(3)</sup>。

右の判決の結論は広く支持され、それ故に本判決が株式法に対して「全く新しい一つの方向」を提示する「画期的な」ものであり、将来のコンツェルン法形成への「好ましい判例の第一歩」という「荣誉」が帰せられているのである。しかしながら、過半数社員の誠実義務を根拠づける判決の理論構成については異論もみられる。

その批判の第一点は、誠実義務という法律的にはあまり正確ではない判決の公式化は一般化することはできないという点にある。何故ならば、資本的に拘束されている有限合資会社において専ら無限責任有限会社に参加する者は有限責任社員と誠実関係にあるとは直ちにいうことはできない。通常、有限責任社員は無限責任有限会社をして定款から生ずる義務の遵守を強制し、賠償請求権を行使する可能性を有するからである。

ただ個別事例において承認可能な場合がある。本件に即してみれば、Xの権限が制限されておりY会社は自己の勢力をXの一方的不利益のために行使したことが確定されている。組織法の領域では合資会社の財産は業務執行者の奪取から保護されることが必要であり、その意味において本判決の結論が支持されるのである<sup>(4)</sup>。

批判の第二は、誠実義務の内容上の区別に関してなされる。判決の結論はつぎの二つの長所をもつ。つまり、まず上位会社の従属有限会社に対する異なった信認的義務を一特に集約的なコンツェルン支配に関して一展開する可能性を開いており、つぎに株式法311条、317条、318条のモデルへの厳格な拘束を回避する利点である。しかし、上位会社の従属有限会社に対する信認義務の内容的理屈については概念上の不明確さがある。また、誠実義務は過半数社員が業務執行への影響力行使により共同社員の利益侵害の可能性に対する相対物であるとする判決の見解は納得がゆくが、過半数社員の賠償義務を個々の社員とそこに存する誠実義務との間の直接的な法律関係を以って根拠づけ、損害賠償義務を会社への給付に向ける点に問題があるとする。従属会社に対する上位会社の誠実義務は業務執行措置にあつて自己の企業者の利益(コンツェルン利益)を会社利益(会社の固有利益)に優先させる場合に生ずるが、個々の共同社員に対する誠実義務は上位会社が(下位会社への加害なしに)少数社員の社員権に影響を及ぼす場合に関するものである。ここでは社員間に誠実義務を承認しないで不利益付与を認めないことができる。それ故に事実上のコンツェルン関係にあつては株式法117条I項2文、317条I項2文<sup>(6)</sup>が適切なモデルであるとする<sup>(7)</sup>。

判決の理論構成に対する第三の批判はその根拠づけの第2点に向けられる。誠実義務発生の評旨による理論構成は2つの部分にわかれている。まず、注意義務は出資者が管理者に自己の出資を信頼することに基づき、誠実義務は過半数社員が自己の投入(Einsatz)をこえる不均衡な影響力の可能性を取得することに対する補償(ein Ausgleich)である。ここでは、過半数社員の地位をそれ自体から生ずる責任の承認と共に影響と責

任の一致という法原理が具体化されている。この点については問題がない。つぎに判決は社員の人的信頼、個性の信頼を根拠とする。しかし、それは構成員がわれわれ意識で結びつけられ、参加者すべてが会社および私的利益を斟酌しなければならないのであり、参加者内部においては利益が相対立し参加者も交代し支配的社員に対するものとはいえないのである。支配的社員の誠実義務は会社の範囲に制限される。その限りで団体のより人的なあるいはより団体的な構造とは無関係である。右の観点に立てば誠実義務の存在を有限会社の定款の目的、その目的の会社内部での実現、構成員の範囲に依存させることは必ずしも必要でない。有限会社が法的事実において人的な物的会社であるということは適切であるが、誠実義務の根拠づけにとっては意味がないというものである<sup>(8)</sup>。

判決の誠実義務についての理論構成に対する批判は以上の3点に要約されると思われる。

誠実義務違反から生ずる責任は、行為に関連づけられる損害賠償責任であり、成果に関連づけられた利益責任 (Gewinnhaftung) ではない。そこで支配社員に対し厳格な社会倫理的行為規範を読みとることができようが、この請求権は会社に対して生ずる。コンツェルンにおいては上位会社および下位会社の業務執行者と少数者間の利害は典型的に相違する。そこで従属会社の直接的保護を通じてなされる少数者および債権者保護を訴訟法上実効あらしめる必要がある。有限会社の業務執行者も上位会社も賠償請求権を実際に貫徹することには興味がない。そこでコンツェルンにおける社員訴訟が問題となる。社員訴訟をもって法律上任命されたあるいは事実上の企業指揮者の職務執行につきコントロールがなされる。このコントロールは従属会社において効果があらわれる指図およびその他の措置にも及ぶ。判決の社員訴訟に対する積極的態度には大方の支持がみられる<sup>(9)</sup>。

さらに、判決は将来裁判官による過半数権力の法的コントロールおよび内容のコントロールを可能にするものと期待されている<sup>(10)</sup>。将来のケースについては、誠実義務違反にもとづく過半数社員の賠償責任は事実

上の有限会社コンツェルンの諸問題の大部分を容易に解決するものとみられている。そこでは指揮権と損害賠償を結合する株式法上のコンツェルン法システムを有限会社に転用しないで済むからである<sup>112</sup>。過半数社員による少数者利益の非難可能な加害という判決の構成要件が容易に証明できるかという疑問については、客観的な誠実義務に反する不利益付与からする有限会社法43条で規定する注意義務を推論する道が開かれているとの指摘をみる<sup>113</sup>。

I T T事件判決の有限会社コンツェルン法の将来の発展に対してもつ意義は極めて大きくかつ深いといえよう。そして判例、学説ともに過半数社員の誠実義務の承認の方向をうかがうことが可能であるといえよう。

ところで、右問題領域におけるわが国の状況はどうであろうか。わが国においては、親会社とその事実上の支配的勢力を利用して子会社に不利益な指図を与える場合、子会社およびその少数者を保護する観点からの解釈論が展開されているが、これをめぐる諸問題はいわば「解き難いパズル」のような難問の一つであると指摘されている。

わが国では、子会社およびその少数株主もしくは債権者の保護に関し商法上明文の規定を欠いているが、私的投資家保護の観点から親会社もしくはコンツェルン利益が子会社の利益に優先すべきではないという見解が有力である<sup>114</sup>。

つぎに、事実上の親子関係にあつて、親会社がその従属会社の株主総会で議決権を行使し子会社の利益を不当に害して自己の利益をはかる場合には右決議の効力を多数決の濫用の法理により否定し<sup>115</sup>、子会社の取締役が支配会社の指図により取締役としての注意義務（商254条4項、民644条）あるいは忠実義務（商254条の2）に違反して子会社に損害を与えた場合には、少数株主に当該取締役の解任を目的とする株主総会招集請求権（商237条）を、総会において解任決議が否決されたときは当該取締役を被告としてその解任を求める訴の提起（商257条3項）を許している<sup>116</sup>。

さらに、子会社の受ける損害発生の阻止あるいは回復をはかる方法としては、まず従属会社の株主に違法行為の差止請求権（商272条）を許

す。しかし、差止請求の対象となる行為および行使の方法、効果などの点から実効性は少ないとされている<sup>17)</sup>。つぎに、子会社の取締役に対する損害賠償請求権が認められている。子会社の取締役は自己の会社利益に従い善管注意義務を負い忠実に業務を執行しなければならないが、これに違反して会社に損害を与えた場合には任務違反により会社に対して損害賠償の責任を負う（商266条1項5号）。子会社の債権者に対しても同様の責任を負う（商266条の3）<sup>18)</sup>。この子会社の取締役の会社に対する損害賠償義務を実現するために株主に代位訴訟が認められる（商267条ないし268条の3）<sup>19)</sup>。最後に、子会社の株主が親会社に対して損害賠償請求が可能かどうかについては議論がわかれている。支配株主が通常の株主に比べ強度の誠実義務を負うことを理由に商法266条および同266条の3の規定を適用する見解あるいは類推適用を認める見解に対しては、株主に認められる取締役に対する責任追及の訴の類推適用があるかどうか不明であるとして、現行法解釈論上の限界を認め立法に期待するのが有力な考え方であるといえよう<sup>20)</sup>。

上にみた親会社が株式会社の形式をとる場合の議論は、有限会社の形式がとられる場合にもそのまま投影されようと考えられよう。有限会社においても取締役は会社に対し委任および準委任の関係にたち、善良な管理者の注意をもって職務を遂行する義務を負い、また忠実義務を負う

（有限32条、商254条3項、民644条、商254条の2）。また、有限会社法30条の2は取締役の会社に対する責任、同法同条の3は取締役の第三者に対する責任、同法31条は社員の代表訴訟について、同法同条の3は少数社員による取締役解任の訴について規定し、さらに同法32条は取締役に關する商法の規定の許用を明定している。

ところで、有限会社において過半数社員の誠実義務が認められれば、他の社員は右誠実義務に反する過半数社員の義務執行への指図により生じた損害の賠償を過半数社員に対して請求することができることになる。ただ有限会社の過半数社員の誠実義務の発生根拠については、業務執行者類似の信託的管理者としての地位から理論構成されるのか<sup>21)</sup>有限

会社の閉鎖性ないしその社員の個性の尊重という性質から生ずるとする  
のかの点については検討の余地を将来に残す。ただ、過半数社員の誠実  
義務の承認という方向が右難問解決への糸口を、親会社が有限会社形式  
をとる場合について示唆するものといえよう。

Konzernenにおける支配会社の補償義務および賠償義務にとっては、  
Konzernen法上の単一体思想(der konzernrechtliche Einheitsgedanke)  
ではなく団体的構成(die korporative Gliederung)が重要であ  
るとされている<sup>22)</sup>。そしてITT事件判決は、従属により生じた団体組  
織および財産組織における構造変化をいわば誘因行為という鎖を下から  
とくのではなく会社自体の業務執行問題自体としていわば損害という鎖  
を上からほどく処理<sup>23)</sup>をしており、このことは従来のKonzernen問題  
の解決と全く異なった道をたどるものといえよう。その意味においても  
ITT事件判決のKonzernen法に投じた波紋の輪が将来わが国におい  
てその広がりを見せる可能性を否定することは直ちにはできないのでは  
ないかと思われる。

- (1) Vgl. Emmerich, JuS 1976, 54; Schilling, BB 1975, 1452; Ulmer, NJW 1976, 193; Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 78.
- (2) Vgl. Rehbinder, ZGR 1976, 389.
- (3) Vgl. Rehbinder, ZGR 1976, 390; Ulmer, NJW 1976, 172.
- (4) Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 78.
- (5) 株式会社法311条, 317条 318条は、支配契約がない場合の責任について、影響力の限界, 支配企業およびその法定代理人の責任, および会社役員  
の責任に関する規定を設けている。
- (6) 両条は、株主が損害を受けた限りにおいて、生じた損害の賠償につき  
株主にも義務を負うことを明定する。
- (7) Rehbinder, ZGR 1976, 391~392.
- (8) Wiedemann, JZ 1976, 392~393. 但し、逆にUlmerは、この点における  
判決の根拠づけに説得力を見出す(NJW 1976, 193.)。
- (9) Wiedemannの見解である。a. a. O.,
- (10) Rehbinder, ZGR 1976, 394f; Schilling, BB1975, 1452; Ulmer, NJW 1976,  
193; Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 79; Wiedemann, JZ 1976, 396f.
- (11) Wiedeman, JZ 1976, 392.

- (12) Westermann, GmbH-Rdsch 1976, 80.
- (13) Reh binder, ZGR 1976, 392.
- (14) 大隅, 「会社の親子関係と取締役の責任」商法の諸問題302, 307頁。蓮井, 「親子会社」新商法演習(2)233~234頁。
- (15) 龍田, 「株主総会における議決権ないし多数決の濫用」末川古稀権利の濫用(中) 131頁以下及び147頁以下。
- (16) 大隅, 「全訂会社法論」中巻96頁。浜田, 「注釈会社法」(4) 314頁以下。
- (17) 蓮井・前掲新商法演習(2)237頁。
- (18) 大隅・前掲商法の諸問題303~304頁。蓮井・前掲新商法演習(2)237~238頁。但し, 大隅博士は, 子会社が親子会社の一人会社である場合は, 総株主の同意により取締役の会社に対する責任は免除される(商266条4項)ことが可能であるとされる(前掲商法の諸問題304頁)。同旨河本, 「現代会社法」(新版)425頁。
- (19) 蓮井・前掲商法の演習(2)238頁。
- (20) 大隅・前掲商法の諸問題309頁。蓮井・前掲商法演習(2)240頁。河本・前掲現代会社法(新版)424頁。
- (21) この点に関して, 蓮井教授は, 子会社における支配株主が, その少数株主に対して信認関係に立つという支配株主たる親会社の地位そのものに特別の義務と責任を伴わせるアメリカ会社法上の考え方が, わが商法の解釈上無理があることを指摘される(前掲新商法演習(2)239頁)。
- (22) Wiedemann, JZ 1976, 396.
- (23) Vgl. Reh binder, ZGR 1976, 395u, 397ff.