

企業結合と利益相反取引規制

——取締役の兼任関係を介して規制する一般規定と企業結合法の間——

野 田 博

一、問題の所在

今日、経済的に重要な企業は、単独に存在するよりも、他の企業と結合し、グループを形成していることが多い。結合企業ないし企業グループが単一企業に比べて、より大きな組織柔軟性を提供するなど様々の利点・優位性を持つことが指摘される⁽¹⁾。他方で、企業結合という現象は、結合の態様、程度にもよるが、法律学に様々の問題を投げかける。会社法の観点からは、とりわけ、グループ内の会社が、株式の所有関係等を基礎とする財務面や営業の方針決定等についての支配的影響力を通じて結びつけられている場合に主として焦点が合わせられ、企業結合法ないしコンツェルン法の問題領域として取り扱われてきた⁽²⁾。

さて、企業結合は株式の所有を基本とするのが典型的である。株主総会は、通常会社の業務執行に関わる権限を有しないが、取締役の選任・解任権を有し、それによりグループの頂上にある会社（支配会社）は自ら他のグループ構成会社の取締役を任命することも可能である。取締役の兼任や取締役の派遣は少くなく、この者を通じてグループ構成会社（従属会社）を支配することができ、この場合グループ企業間の意思統一も行われやすくなる。⁽³⁾

本稿では、このような結合企業ないしグループ会社の間で行われる取引を検討の対象とする。結合企業間の経済的一体性が強まると、右のような行為は、経済的には純粹の内部的行為とみられうることもあろう。⁽⁴⁾ そのような場合であつても、法的には、取引の各当事会社は別個独立の存在であり、会社の外部的行為の問題となる。取締役の兼任関係がある場合、双方代理の關係に該当することもある。また、このような取引はグループ戦略上の必要に基づいてなされることもあり、取締役が個人的動機に基づいて私利を図る場合と質を異にする面があると思われるが、他面、利益衝突の可能性が否定できないことも一般に認識されている。⁽⁵⁾

結合企業間における取引に関する利益衝突として、従来より、その取引が支配企業または企業グループ全体の利益のために行われ、その結果、特定の従属会社（グループ子会社）⁽⁶⁾ に不利益を生ずるおそれのあることが指摘されてきた。例えば、次のようにいわれる。「財務面での統合は、グループ内の特定の会社に最も有利な利益（または損失の軽減）を享受させるために、他のグループ会社に最善の条件よりも不利な条件で貸付けもしくは保証をさせたり、また商品や資産の売却もしくは移転を行わせるといったように、その会社の最善の利益にならない非通例的または日常的な取引・措置を併う傾向がある。経営面での統合は、グループの頂上から個々の子会社の取締役に対する指揮命令の關係を生じたり、すべての重要な情報がグループの首脳部に伝わることを確保するためそれらの子会社に役員派遣や兼任の關係を生ずる傾向がある」と。⁽⁷⁾ こうした事態は、グループ子会社の局外株主の持分利益の保護、および子

会社倒産時に特に前面に出る子会社債権者の保護の問題を提起するものである。

グループ会社間の取引については、通常は右のように、グループ子会社の局面で主に問題となるものであるが、グループの親会社の局面でも問題になる場合のあることが指摘されている。例えば、親会社と完全子会社の間には利害対立はなく、両社の取締役を兼任する者が子会社を代表して取引を行うとき、親会社の取締役会の承認も要しないとする見解⁽⁸⁾に対して、次のような指摘が存する。すなわち、「対価が不当で親会社の財産価値が子会社に⁽⁹⁾移転しても、それは親会社が有する子会社株式の価値に反映し、両社が順調であれば特別の問題は生じない。しかし、子会社が倒産するとその財産は第一に子会社債権者の担保財産となる。代表取締役の任務懈怠により子会社が窮地に陥るとき、これを糊塗するため親会社に財産の移転や債務引受等の間接取引をさせることがある。ここにおいて親会社株主の利益と完全子会社ないし取締役の利害対立が生ずる。また、代表取締役が、親会社の経営のコントロールを避けて、子会社に⁽⁹⁾移転した財産を自己または第三者の利益のために利用するおそれもある」と。

以上のような利益衝突の状況の規制について、わが国で主にその役割を担っているのは、取締役の利益相反取引に関する一般規定（商二六五条）であり、それはとりわけ取締役の「第三者ノ為ニ」する取引を規制することによって複数の会社間における利益衝突を調整する可能性を有する⁽¹⁰⁾。しかし、この利益相反取引の一般規定は、少くとも結合企業間の取引の利益衝突を規制対象の中心として捉えているものではなく、規制の及ぶ範囲には限界がある⁽¹¹⁾。また、規制が及ぶ場合であっても、その利益衝突状況で不利益を被るおそれのある者に適切な保護を提供しうるかどうかということも問われなければならないであろう。他面、結合企業間の取引の需要や取締役個人と会社との利益相反取引とは異なる特殊性を考慮に入れると、商法二六五条が必要な柔軟性を提供しうるかも問題にされる⁽¹²⁾。

ところで、結合企業ないし親子会社間での取引の利益衝突の調整につき、ドイツではその株式法第三編の企業結合

に關する包括的な法規制により、またアメリカにあっては判例法上の多数株主の忠実義務理論の発展により取り扱われていることが、規制の在り方の代表的な例としてわが国でもよく知られている。⁽¹³⁾ 本稿では、右に示したようなわが国の法規制の状況に対し指摘される点を考察する手がかりとして、ドイツ法のもとでの包括的な企業結合法制を背景に、兼任取締役との関連で問題になる一般法による規制（BGB一八一条）の限定的な解釈の必要性に關する議論をはじめとして、近時ドイツ学説上にみられる企業グループの内部秩序の点検の試み⁽¹⁴⁾を檢討の主要な対象として取り上げることとする。比較の対象としてみた場合、ドイツ法においては、取締役・会社間の取引について、会社法（株式法）上特別な規制は設けられてこず、⁽¹⁵⁾また、役員⁽¹⁶⁾の兼任關係のある会社間の取引に關しても、取締役が双方の会社を代表する場合における双方代理をも含む民法上の自己代理（Selbstkontrahieren）禁止に關する規定（BGB一八一条）の適用等が問題にされてきたといったように、わが国とは一般的な規制においても相違がみられる。さらに、ドイツにおいては、企業結合についての包括的な規制の存すること——これによって企業グループ内部での取引につきBGB一八一条の一般的規定の働く余地が小さくなることが考えられる——が当然のことながら指摘されねばならない。しかしながら、このような相違にもかかわらず、右に示したドイツ法のもとでの企業グループの内部秩序の検討の試みは、グループ企業間の取引の需要、特殊性に配慮しつつ、そこに含まれている利益衝突の適切な調整を実現する法規制を考慮する上で、有益な示唆を提供するものと考えられる。

考察の順序としては、まず、グループ企業間の取引につき会社法の一般的な規制で対応を図る諸国において、グループ取引の特殊性にどのような配慮（柔軟化）がなされているかを検討する（二）。そしてその上で、上述したドイツにおける企業グループの内部秩序についての点検、とりわけ、双方代理禁止の限定的解釈の必要および企業結合法による利益衝突の調整についての考察を取り上げる（三）。そこでみるドイツの規制は、グループ企業間

の取引の現実には、硬直した規制を排しつつ、あり得べき利益衝突の適切な調整を図ろうとする一つの規制の在り方を提示するものと思われる。ただ、ドイツ企業結合法の特色をなす契約コンツェルン規制は、税法上の理由から企業契約、ことに利益供出契約を伴った機関契約が従来から普及していたという実務慣行を基礎にして設けられたこと⁽¹⁷⁾、また、ヨーロッパにおける企業結合法の論議においても、ドイツ型の規制に対する姿勢は、必ずしも積極的なものではないこと等、念頭に置かねばならない点も少くない。結びにおいては、二、三における考察からわが国法にとって汲み取るべき点について検討を加えるとともに、現行法の規制の枠組みを越えて企業結合関係に配慮した規制を構想する立法論が求められるとした場合の若干の展望を、特にドイツ法のアプローチに対するヨーロッパにおける議論の中から得ることを試みたい(四)。

- (1) この点については、Lutter, Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Missbrauch oder Organisationsrecht?, in: Drey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, S. 225, 227f.; Eisenberg, Corporate Groups, in The Law Relating to Corporate Groups, 3-9. (Michael Gillooly eds. 1983); ヴェルディンガー＝河本編『ドイツと日本の会社法』改訂版(昭五〇)二五四頁、龍田節「多国籍企業」『基本法学』(昭五八)所収三六五頁、三七二頁、拙稿「会社法の見地からの企業結合形成段階の法規制について(一)」商学討究四一巻四号(平三)八三頁、九七頁以下、参照。
- (2) Eisenberg, op. cit. (注(一)の引用), at 1-2; Hadden, *infra* note 7, at 64-65.
- (3) 龍田節『会社法』[五版]』(平七)二〇頁。ドイツにおいても、企業結合における組織上の理由から、コンツェルンに組み入れられた企業の業務執行の領域での人的な結びつきは事実上欠くことのできないものであるとの指摘がある。そしてその典型的な現象形態をなすものとして、ある企業の代表者が他の企業の指揮管理機関(Lenkungsorgane)に派遣されることによって生じる業務執行局面での二重委任(Doppelmandaten)があることが認められる。Timm, Mehrfachvertretung im Konzern,

- AcP 193 (1993), S. 423, 425. なお、わが国では、一〇〇%未満の子会社への代表取締役の派遣はできるだけ避けるという取扱いが実務上なされたり(上柳克郎ほか『親子会社と取締役の自己取引規制』別冊商事法務一〇九号(平元)七頁(森井発言)参照)、また、子会社に代表取締役を派遣する場合でも、子会社代表取締役を複数とし、その一名を非兼任者とする等の手法もとられていることが指摘される。そこでは、開示義務の問題(計算書類規則四七条一項一〇号・四八条一項三号など)との関係も要因としてあげられている。開示義務との関連では、とりわけ総会屋の活動というわが国の株主総会の実情を考えると、なるべく二六五条の適用を避けたいという側面もあるようである。また、いわゆる間接取引の範囲が必ずしも明確でないために生じる問題を避けるということも理由としてあげられる。上柳ほか・前掲書九頁(川又・森井発言)。ただ、こうした実務に対し、親会社との取引機会の多い子会社は、グループ戦略上重要な地位を占め、このような子会社こそ、兼任による管理の強化が要請される場合が少なくないとも指摘される。商事法務トピックス「企業のリストラが提起する企業法制の問題」商事法務一三五七号(平六)四四頁。
- (4) Timm, op. cit. (注(3))2引用), S. 423.
- (5) 龍田節「一人会社と利益相反行為」『商事法の解釈と展望(上柳還暦記念)』(昭五九)二六六頁、二六八頁参照。
- (6) 親子会社関係はわが国の現行法上株式の所有関係で形式的に定義されているが(商二一条ノ二第一項)、ここでは広い意味で親子会社関係を把握し、用語法として親子会社関係と会社の支配・従属関係を互換的に用いる。
- (7) Hadden, *The Regulation of Coporate Groups in Australia*, 15UNSW L. J. 61, at 64-65 (1992).
- (8) 龍田・前掲注(3)七九頁。
- (9) 森本滋「取締役の利益相反取引」『金融法の課題と展望(石田・西原・高木還暦記念)』(平二)三二五頁以下。
- (10) この点につき、龍田・前掲注(5)論文、松山三和子「兼任取締役を有する会社間取引」『企業社会と法(升本追悼)』(昭六二)二二五頁、など。
- (11) 親子会社間の利益相反取引に関し子会社の局面での前述の利害状況について商法二六五条の利益相反規制が及ぶのは、子会社の取締役が「第三者ノ為ニ」会社と取引をなす場合であるから、子会社取締役が親会社の代表取締役としてその子会社と

取引をする場合である。ただし、親会社に他に代表取締役があり、その者が親会社を代表している場合には、脱法になる場合は別として、規制は及ばない。大隅健一郎・今井宏『会社法論中巻（三版）』（平四）二三八頁、上柳ほか・前掲注（3）二四頁以下。しかし、この場合、子会社の親会社に対する従属性が問題であり、役員兼任関係はその単なる一要素であって、子会社保護を実質化するためには、二六五条の規制には限界があるとの指摘が妥当であろう。森本滋『企業結合』『現代企業法講座二巻』（昭六〇）一一六頁。

(12) 商事法務トピック・前掲注（3）参照。

(13) ドイツ法については、本稿でも、取り扱う対象に即してある程度まとまった形で取り扱う。アメリカ法については断片的に取り上げるにとどまるが、これにつき詳細は、江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護（一）・（二）」法協九七巻二号一四七頁以下・同巻九号二二九頁以下（昭五五）参照。

(14) Timm, op. cit. (注（3）に引用)。なお、このような、いわば企業グループの内部領域における問題設定は、ドイツにおいてもこれまでせいぜい付随的に追求されてきたにすぎないといわれる。

(15) これは、ドイツ株式法においては、業務執行機関である取締役会と、監査機関である監査役会とが分離しており、取締役または監査役が会社と取引をする場合には、監査役会または取締役会がそれぞれ会社を代表するため、制度的に利益衝突が回避されてきたことに起因する。布井千博「兼任取締役の法的義務」私法五四号（平四）二九一頁、二九五頁。

(16) 田村詩子「ドイツにおける取締役・会社間の取引」『商法・経済法の諸問題（川又還暦記念）』（平六）二〇一頁。

(17) 河本一郎「西ドイツコンツェルン法成立の背景についての一考察」神戸法学雑誌二八巻三号（昭五三）二五九頁参照。

二、グループ企業間の取引と会社法の一般的規制における柔軟化の側面

企業グループ内部での取引が澁みなく行われていくことの避けられない実際上の要請やそうした取引には取締役の

個人的動機に基づく利益衝突とは異なる側面があること等により、特別な企業結合法を設けず会社法上の一般的な利益相反取引規制により対処する法制のもとでも、その特殊性への一定の配慮がみられる。

1、わが国の商法二六五条のもとで取締役会の承認を要する取引に該当する場合、その承認は、原則として各個の取引について受けることを要する。⁽¹⁸⁾ただ、反復継続して同種ないし定型的な取引がなされるとき、開示によって取引の種類、数量、金額、期間等を確定でき、会社にとっての利害得失を取締役会が合理的に判断できる限り、包括的承認を与えることができる⁽¹⁹⁾と解するのが一般的である。親子会社間の取引はほぼ類型化しており、したがって、事前に包括承認という形で承認をとるといわれている。⁽²⁰⁾包括承認を否定する見解もあるが、⁽²¹⁾右の多数説のように解することは、企業グループ内部の取引が濼みなく行われていく実際上の必要性に資することになる。

2、また、「親会社が、しばしば、その保有する株式が一〇〇%に満たない子会社と日常的に事業上の関係を継続しており、その関係には毎年数百、数千の個別的な取引が含まれている」⁽²²⁾ことから、特に事業の通常過程における取引との関係で、アメリカ法においても一定の配慮がみられる。

それを見る前に、アメリカ法のもとでの親子会社間ないしグループ企業間の取引の法規制につき、その概要を示しておきたい。一においても言及したように、アメリカにおいて親子会社間の取引は、親会社が多数株主（支配株主）として子会社の少数株主に対し忠実義務（Fiduciary duty of loyalty）を負うとの判例法の理論により取り扱われてきた。この多数株主としての義務は、取締役が会社に対して負う信任義務から展開されてきたものであるといわれる。⁽²³⁾たしかに、「多数株主」は、その文言的解釈によれば、受託者であるとはいえない。⁽²⁴⁾その支配的地位が株式の相当の

部分の保有に基礎づけられる多数株主は、取締役、役員のように他の株主から委託を受けた代理人として他の株主の投下資本を支配する権限を有するわけではない。しかし、多数株主は、他の株主が現実の経済的利害関係をもつ資産につき、その使用を指図し、そして利用する力を有しており、その点で取締役、役員の権限に劣るものではないといえる。それゆえ、類推することは自然とはいえないが、裁判所は、従来より、多数株主の右のような支配力を制限するに際し、利益衝突に直面した受託者および代理人に向けて発展させてきたルールを参照するのが適切であるとみてきたのである。⁽²⁶⁾そして、判例の積み重ねの結果、この多数株主の忠実義務は「公正性 (Fairness)」の義務であるとされている。⁽²⁶⁾

さて、アメリカ法律協会は、一九九二年に「コーポレート・ガバナンスの原理——分析と勧告」の最終案において、会社とその支配株主との間の取引に関し、五・一〇条を採択した。⁽²⁷⁾この条文の(a)号一般原則では、次のように定められている——

五・一〇条 (a) 一般原則「会社との取引を締結する支配株主〔第一・一〇条〕は、次の場合に、当該取引について会社に対して公正取引義務を履行することになる。

- (1) 当該取引が、締結された時に会社に対して公正である場合、又は
- (2) 当該取引が、利益相反〔第一・一四條(a)項〕及び取引〔第一・一四條(b)項〕に関する開示後において利害関係のない株主〔第一・一六條〕によって事前の承認又は追認を受け、かつ株主による決議の時に於いて会社財産の浪費〔第一・四二條〕とならない場合。」

ところで、立証責任に関し、取締役または役員が利益相反する取引を締結する場合、代表訴訟においてその取引が公正であることの立証責任は当該取締役ないし役員の側に課されるというのがアメリカの一般的なルールである。同

様のルールは親会社とそれが一〇〇%未満の株式を保有する子会社間の取引にも適用される。⁽²⁸⁾しかし、これには、重要な例外が認められる。子会社の少数株主が単にそのような取引が行われたということを主張する訴状を提出すれば、それによって親会社が当該取引が公正であったという証拠を提出することを要求されるという法ルールを採用することは、親子会社間で通例的に数多くの取引が行われるという前述のような状況のもとでは、明らかに現実的ではないと考えられる。⁽²⁹⁾これが、前述したグループ企業間取引への特別の配慮である。「コーポレート・ガバナンスの原理」の五・一〇条は、事業の通常の過程にある親会社と子会社との間の取引の場合に、(c)項の規定を設けている——

(c)事業の通常の過程における取引「会社と支配株主との間の取引が会社の事業の通常の過程におけるものであった場合は、当該取引が利害関係のない取締役又は利害関係のない株主によって承認又は追認を受けたかどうかを問わず、当該取引を問題とする当事者が、当該取引が不公正であったことの証拠を提出すべき責任を負う。」

こうして、「コーポレート・ガバナンスの原理」は、事業の通常の過程にある親会社と子会社との間の取引の場合に、当該取引を問題にする当事者が、その取引が不公正であるということを示す証拠の提出責任を負うと定めている。なお、もし原告がこの証拠提出の責任 (burden of production) を満たすならば、説得責任 (burden of persuasion) は親会社が負担することとなる。もっとも、次の場合は別である。すなわち、取引が事前に利害関係のない取締役に よって承認されるか、取引が利害関係のない取締役によって追認され、かつ事前の承認を求めなかった懈怠が会社に対して重大な不利益を及ぼさなかった場合、または、取引が利害関係のない株主によって承認もしくは追認された場合である。⁽³⁰⁾なお、以上の規定につき、原告が濫訴を行うことを防止する機能も指摘されているが、⁽³¹⁾それに加え、上述のように企業グループにおける取引の需要に配慮する側面を有することも見逃せないと思われる。

3、わが国の商法二六五条における取締役会の承認につき、当該取引が会社の最善の利益に合致するかどうかが承認を与えるか否かの判断の基準になるとされている。⁽³²⁾ グループ戦略上の必要に基づく取引等が視野に入れられる場合、右のように個々の会社自体の利益に目を向けることが義務づけられるとしても、個別会社の利益を判断するに当たりグループの状況とのつながりを無視できない場合も考えられる。⁽³³⁾

ところで、企業グループないしコンツェルンが形成される理由、すなわち、統一的指揮を維持しながら、単一の会社ではなくある企業による株式所有を通ずる他の企業の支配という企業形態がとられる理由につき、その組織構造の特色が企業グループ全体としてみた場合の組織の柔軟性にあることがあげられる。⁽³⁴⁾ 組織自由性、柔軟性と統一的指揮とは密接に結びついており、それとグループ構成会社の固有の利益の尊重ということが向き合う——もちろん一致する場合も少なくない——形になる。そして、法が企業グループないしコンツェルンの形成を認容する限りは、排他的に個々のグループ会社自体の固有の利益と関連づける法規制につき、その修正の必要、少くとも個々の会社の固有の利益を判断する際の基準の変更の問題に行き当たる。⁽³⁵⁾ 子会社（従属会社）において企業グループないしコンツェルン固有の利益をも考慮することは、「進歩的な性質の経済現象であり、それは、法によって、一方で阻まれ得ないものであり、他方でコンツェルンの組織自由性のため阻んではならないものである」とする主張もみられる。⁽³⁶⁾

他方、こうした着想は、もっぱら個別会社の利益の見地から限定され、全体としてのグループに対する顧慮を断つという受託者の忠実性の着想と最も適合しないところでもある。⁽³⁷⁾ 経済的な統合体としての企業グループを限定的にか把握しない立法のもとでは、法形式的には、各会社の人格の別異性がグループに所属することによって影響を受けるわけではない。したがって、グループの各会社の取締役は、一般的に、グループ全体の利益ではなく、当該会社自体の利益をもっぱら考慮しながら行為することを義務づけられる。⁽³⁸⁾

しかし、この公式の枠内においてもグループの状況を考慮すべき一定の自由の範囲は否定されないようにも思われる。イギリスの判決であるが、この点で注目される判決を以下取り上げる。

まず、Charterbridge Corp. Ltd v. Lloyd's Bank Ltd⁽³⁹⁾であり、この判決は、企業グループ内の一会社によって、主としてグループ全体の利益を顧慮してグループの頂上にある会社の債務について担保付きの保証がなされたことに關するものである。Castleford社は、不動産の開発業者として活動する大きな会社グループの一員であり、そのグループの頂上に、Pomeroy Development Ltd (以下Pomeroy社) が位置していた。Pomeroy社は、Oscar Alexander Pomeroy氏によってほぼすべての株式が保有されており、同様にCastleford社の株式についてもPomeroy氏が一株を除きすべての発行済株式を保有(残りの一株も同氏の妻が保有)しており、そしてその取締役もPomeroy夫妻によって占められていた。このように、Castleford社はPomeroy社の子会社ではなかったが、株式の有関係、取締役の構成および職務において共通していた。Castleford社も含め、グループを構成する個々の会社は、取得された用地にそれぞれ携わるために設立されたものであり、例えばCastleford社も常に独自のスタッフまたは組織を持ったことはなかった。Pomeroy社がグループのすべての会社の活動を指揮し、職員および資金を提供し、そして用地の取得および開発を履行したのである。企業グループの状況およびその中のCastleford社の位置は以上のようであったが、Pomeroy氏は、全体としてのグループの利益に目を向け、Pomeroy社がLloyd's Bank Ltdに支払うべき債務を担保するため、Castleford社に保証をさせ、そしてその後、コモン・ロー上の譲渡抵当による担保権を設定させた。その措置に際して、Pomeroy氏も銀行の役員も、グループ全体の利益と離れたCastleford社固有の利益を考慮していなかった。ただし、Pennyquick判事によれば、そのように認定することは、Pomeroy氏も銀行の役員もその措置がCastleford社に不利益をもたらすと信じていたということを意味するものではない。すな

わち、同判事は、Pomeroy氏等がただグループ利益と切り離してCastleford社の利益を顧慮しなかったのみであるとしている。この措置の後に、担保権の実行のなされる恐れが現実のものとなった段階で、前記の担保権設定等がCastleford社の事業および基本定款の目的の範囲外であり、したがって会社の能力外で無効であると主張され、それらの措置が無効であることの宣言および差止による救済を求めて提訴がなされた。

以上のように、この訴訟はもっぱら前記の担保権設定等が会社の能力外 (ultra vires) であるという主張に基づいている。この主張の内容には、前記の担保権設定等が会社の利益のためではない目的に基づいてなされたという点も含まれているが、Pennycuik判事は、Castleford社の取締役および銀行の役員の内心の意図がいかなるものであるかは能力外 (ultra vires) の問題につき無関係であるとして、その主張を拒んだ。そして、同判事は続けて次のように述べているが、それがここでの議論との関連で注目される。すなわち、以上の見解が当を得ない場合には、「私は、保証やコモン・ロー上の譲渡抵当による担保権の設定に際し、Castleford社の取締役が会社の利益を意図して行動したのではないとの主張についての結論を述べることに取り掛からねばならない。それは事実の問題であり、立証の責任は原告会社の側にある。私が既に認めたように、Castleford社の取締役は全体としてのグループの利益に目を向け、Castleford社の利益に対しグループ全体から切り離れた顧慮をなさなかった。Goulding氏 (原告側訴訟代理人) は、会社固有の考慮がなされていないことに関して、Castleford社の取締役はまさにその事実によってCastleford社の利益を意図して行動しなかったと取り扱われねばならないと主張する。思うに、これは過度に厳格な基準であり、実際上不合理な結果に導くであろう。すなわち、もし会社の取締役が個別特定の取引に関連して特に会社の利益に注意を向けなければ、当該取引は、その取引が会社の利益になるかもしれないにもかかわらず、(原告の主張によれば) 能力外で無効ということになってしまう。Bagnall氏は、銀行を代理して、Castleford社の取

締役が全体としてのグループの利益に目を向けていたということと十分であると主張した。同じく、私はこの主張を拒むものである。グループ内の各会社はそれぞれ独立した法的人格を有し、そして、各会社の取締役はその会社の利益を犠牲にする権限をもつわけではない。このことは、それぞれの会社が別々の債権者をもつ場合を考えれば、明らかである。思うに、適切な基準は、現実にグループ全体と切り離れた考慮がなされていない場合には、関係する会社の取締役の地位にある者が理性的で誠実であるとすれば、当該状況のもとでその取引が会社の利益になると合理的に信じ得たであろうかどうかである。もしこれが適切な基準であるとすれば、本件では肯定的に解してよいと考える⁽⁴⁰⁾。右の最後の結論について、その根拠として、Pomeroy社の崩壊がCastleford社に対し重大な悪影響をもたらしたと思われることについて具体的に言及された後、次のように述べられている。すなわち、「私は、Castleford社の取締役が保証の時点で同社の利益をもっぱら吟味していたとしても、その措置が同社の利益になったと合理的に結論づけたであろうと考えるものである。その措置が保証という形をとり、そしてその保証の額は大きなものではあったが、グループについてすべてが順調に行っていたれば、責任は決して表に現われなかったであろうということを念頭に置くことは重要である⁽⁴¹⁾。同様のことは、必要な修正を加えて、コモン・ロー上の譲渡抵当による担保権の設定にも妥当する⁽⁴²⁾」と。

Pennycuik判事により示された以上の基準は、その適用の射程によっては、放縱に陥ることが危惧されないでもないが、現実に即した考え方を基礎に、「個別の会社の利益の尊重を排他的に命じ、かつ視野をグループ関係にも広げる余地を許さない原子論的ルールに対する説得力のある選択手段」を提示するものであるとの指摘がなされている⁽⁴³⁾。また、同じくイギリスの判決であるが、持株会社の取締役は、独立した取締役会を有する子会社の利益を保護すべき責務を負っているということを否定しつつ、持株会社の取締役が、少くとも子会社の利益のために親会社の利益を犠

性にすることにならない状況においては、子会社の利益を顧慮することを許容するものとみられる判決も存する⁽⁴⁴⁾。

以上の判決は、グループ内の個別会社の繁栄に規制の方向が定められている場合であっても、個別会社にとっての利益の判断基準が、グループへの顧慮を許容する方向で視野が拡大するように、変わらざるを得ないことを示すものといえよう。これは、個別の会社の利益とグループ全体の利益とが結びついている場合を見据えるものであるが、その法的考慮は第一次的には会社グループないしコンツェルンに有利に作用する。法が企業グループの形成を禁止しない限りで、右の考え方は、部分的には個別会社がグループの政策に従うことを合法化する。ただ、こうした視点の導入は、排他的に個別会社の利益に焦点を合わせる基準よりもいっそう不明確さを増すことにつながる。「個別の繁栄」が「全体の繁栄」と関連づけて把握される結果、その「個別の繁栄」は時間的により長期の観点で判断され、また実質的にもより広い範囲の考慮がなされねばならないからである⁽⁴⁵⁾。なお、グループ全体の利益と個別企業の利益に関する問題につき、ドイツ法におけるコンツェルン規制は一つの明瞭な立場を提示していると思われるが、これについては次節で取り扱う。

以上、網羅的なものとはいえないが、親子会社間ないしグループ企業間の取引につき一般的な規制で対処する法制を取り上げ、特に、利益衝突の可能性に目を向けなければならぬ反面、グループ間での取引の便宜等にも一定の配慮を要する、ということが示唆されていると思われる点を中心に述べてきた。次節では、企業結合につき包括的な規制を有するドイツ法との関連で検討する。とりわけ、結合企業間の取引につき、取締役の兼任関係があるとき、双方代理の禁止を定めるBGB一八一条による規制の適用の余地があるが、その場合の企業結合の法規制との関係についての分析は、ありうる利益衝突の適切な調整という点はもちろん、右のような結合企業間取引の特質に照らしての規

制の適合性、現実性という点でも注目されるものと思われる。

- (18) 北沢正啓『会社法(四版)』(平六)四二二頁等。
- (19) 森本滋『会社法(二版)』(平七)二五一頁、龍田・前掲注(3)七八頁等。
- (20) 上柳ほか・前掲注(3)七頁。
- (21) 松田二郎『会社法概論』(昭四三)一三三三頁。
- (22) Eisenberg, op. cit. (注(一))引用, at 7.
- (23) Note, Corporate Fiduciary Doctrine in the Context of Parent-Subsidiary Relations, 74 Yale L. J. 338 (1964), *Walden, Parent-Subsidiary Relations in the Integrated Corporate System: A Comparison of American and German Law*, 91. Int'l L. and Econ. 455, 457 (1974).
- (24) Id. at 457-58.
- (25) Brudney, Fiduciary Ideology in Transactions Affecting Corporate Control, 65 Mich. L. Rev. 259, 260 (1966).
- (26) Note, The Fiduciary Duty of Parent to Subsidiary Corporation, 57 Va. L. Rev. 1223 (1971). ただし、公平性の義務と云うただけではないの義務の内容は明らかではないと主張する。この点については分析が始められる。Id. at 1231.
- (27) The American Law Institute, Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations (May 13, 1992), §5. 10. なお、証券取引法研究会国際部訳編『コーポレート・ガバナンス』(平六)は、本プロジェクトの条文形式(ルール)の部分の邦訳とその研究から成るものであり、本稿で参照する条文の邦訳については、同書に依拠した。
- (28) Eisenberg, op. cit. (注(一))引用, at 20-21.
- (29) Id. at 21.
- (30) ALL, op. cit. (注(2))引用, §5. 10 (b) 参照。また、Eisenberg, op. cit. (注(一))引用, at 21.

- (31) 森田章「支配株主の公正取引義務」前掲注(27)『コーポレート・ガバナンス』所収一九四頁、一九六頁。
- (32) 森本・前掲注(19)二四四頁。
- (33) Druey, Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa. GUTACHTEN H für den 59. Deutschen Juristentag, H40. なま、わが国の現行法上、子会社の取締役は、もっぱら子会社の利益に従い業務を執行しなければならない。その点につき任務懈怠があり、従属会社の利益を害するときは、善管注意義務ないし忠実義務の責任が問題になる(商二六六条一項五号)。右のことは業務執行が親会社の指図にもとづいてなされた場合にも妥当し、指図を理由に免責されることはない。このような責任原則を担保として、子会社の取締役による公正・妥当な業務執行が期待されている。大隅健一郎「会社の親子関係と取締役の責任」『商法の諸問題』(昭四六)所収三〇四頁、森本・前掲注(11)一二六頁。
- (34) 江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護」『法協九六巻二二号(昭五四)一五四三頁、一五六一頁。
- (35) Druey, op. cit. (注(33)を引用), H 40.
- (36) Druey, op. cit. (注(33)を引用), H 40.
- (37) Redmond, Problems for Insiders, in *The Law Relating to Corporate Groups* 208, 209. (Gillooly eds. 1993)
- (38) *Ibid.*
- (39) [1970] Ch62.
- (40) [1970] Ch62, at 74.
- (41) Pennycuik 判事は、別の箇所で「Pomeroy 氏および彼のグループは一九六二年には疑いなく困難な状況にあったが、その困難を切り抜け、……グループはなお採算のとれている事業である」ことを挙げておくべきであるとしている。[1970] Ch 62, at 68.
- (42) [1970] Ch62, at 74.
- (43) Redmond, op. cit. (注(37)を引用), at 212.
- (44) Lindgren v L&P Estates Co Ltd. [1968] 1 All ER 917.

(45) Druery, op. cit. (注(33)215用), H40.

三、役員兼任関係とドイツ法におけるコンツェルン内部の取引関係の規律

(1) はじめに

企業グループに属する会社間を取締役の兼任関係があり、その兼任取締役が会社を代表してそれらの会社間で取引が行われる場合、双方代理の関係が生ずる。ドイツにおける双方代理も含む自己代理についての一般規定はBGB一八一条であり、次のように定める。すなわち、「代理人は、特に許されたる場合を除き、本人の名に於て、自己と法律行為を為し又は第三者の代理人として法律行為を為すことを得ず。但し、法律行為が単に義務の履行に存するとき⁽⁴⁷⁾は此の限に在らず」と。そして、この規定は、代表者が共通する会社間の取引関係にも適用されると考えられている⁽⁴⁸⁾。

右の双方代理の禁止は、同一の者が法律行為の両当事者間に立つこと⁽⁴⁹⁾でその当事者の一方の利益が侵害される危険が含まれていることを基礎に、その危険を事前に回避しようとするものである。しかし、コンツェルン内部の取引が濫みなく行われていくことの必要性にも現実問題として目を向けねばならない。BGB一八一条による規制にあって個々の取引ごとの許可が必要とされるが、それはコンツェルンの内部関係を耐え難く損なうと考えられ、その限定的な解釈の問題が必然的に生ずることとなる。ことに、株式法第三編のいわゆるコンツェルン法があり得べき利益衝突について適切な解決を提供しうるとすれば、コンツェルンの内部領域でのBGB一八一条による規制の必要性は限られたものとなる。

コンツェルン法は、契約コンツェルン規制と事実上のコンツェルン規制に二大別される。以下では、まず、それぞ

れの規制のもとで、双方代理禁止による利益衝突の危険の事前の回避という着想と対比していわば柔軟な応答がなされていることをみ、その後、それらが利益衝突の危険に対し適切な解決を提供し得るか——場合によっては一般法による規制の補完を必要とするか——を検討する。後者の検討においては、上に二大別した契約コンツェルンおよび事実上のコンツェルンの場合の他、包括的な企業結合規制の存しない有限会社コンツェルンの場合および近年判例および学説において発展してきている特殊な事実上のコンツェルン (qualifizierter faktische Konzern) の場合についても場合分けして検討を加える。さらに、一でも述べたように、利益衝突の危険により利益を害される者の保護の問題は、通常主として従属会社の局面で問題になるのであるが、上位会社の局面で問題になりうる場合も存するので、契約コンツェルンの場合および事実上のコンツェルンの場合につき両局面に分けて検討することとする。⁽³⁰⁾

(2) コンツェルン法の柔軟な応答

1、契約コンツェルン規制

ある会社が企業グループないしコンツェルンに組み込まれることから個別会社自体の利益とグループ全体の利益との関係をめぐる問題が生ずることは先にみたが、これについてコンツェルン法は次のような立場を明瞭に提示する。コンツェルン関係が、子会社の利益を擁護する規制が現実⁽³¹⁾に機能することを疑わしくするような状態にある場合、法の構想から考えて本来は、機関契約 (支配契約等) が締結されねばならない。支配契約または利益供出契約の締結 (契約コンツェルンの形成) をもって、それまで独立していた (従属) 会社の利益が完全にコンツェルン利益の背後に後退することを法的に正当化する。株式法三〇八条一項二文によれば、相手方契約当事者は、契約で別段のことを定めなければ、従属会社取締役に対し不利益な指図さえも与えることができる。

ここでは、從屬的な契約当事者社を不利益に扱うことが当初より予定されており、またそれが法的に認められる。前述の双方代理禁止の一般規定のように、同一の者が法律行為の両当事者の双方に立つことに含まれている利益衝突に基づき、そこから当事者の一方に生じ得べき損害の事前の回避を図ろうとするよりも、むしろ、その損害を埋め合わせる措置を講ずること——從属会社債権者との関係で株式法三〇二条、三〇三条、從属会社局外株主との関係で同三〇四条、三〇五条——が、從属会社がコンツェルン利益に服せしめられることに對する適切な相關概念を形成する、というのが株式法の着想といえよう。⁽⁵²⁾これは、コンツェルン企業間の取引関係が、利益衝突の回避という尺度をもっては十分に現実に即応した規律をなし得ないとの認識を基礎にしているとも思われる。

2、事実上のコンツェルン規制

從属会社たる株式会社が支配契約を通して契約上コンツェルンに組み入れられない場合、その從属会社の営業指揮者に服從義務は課されていない。從属会社の指揮にあたっては会社自体の利益に方向が定められ、從属会社の営業指揮者は支配企業の指図から離れ自律して、会社自体の利益を斟酌しつつ、自己の責任において指揮しなければならない(株七六条)。そして、コンツェルン利益は、從属会社の利益の枠内でのみ追求されてよいにとどまる。⁽⁵³⁾

このように、支配契約が締結されない事実上のコンツェルンの場合、支配企業は自己の影響力を行使して從属会社に不利益を与えてはならないとの一般的制約が存する。しかし、この制約は、以下の不利益補償制度のもとで實際上緩和されている。すなわち、不利益な影響力行使は、支配企業がその不利益を営業年度の終わりまでに実際に補償し、またはその時点までに從属会社に対し当該補償請求権を保証する限りで、許容される(株三二一条一項・二項)。⁽⁵⁴⁾

このことは、株式会社の事実上のコンツェルン秩序において、不利益指図を防止することと補償とが等価の選択手段とみられていることを意味する。したがって、從属会社の取締役には、支配企業との不利益な契約の締結を拒絶す

るか、または不利益の補償を受けるかわりにその実施に同意するかの選択の余地が存することになる。⁽⁵⁵⁾ もっとも、後者を選択する場合には、不利益補償が確実になされることが前提条件であり、したがって、その選択にあたっては、不利益が完全に補償できるかどうかという視点が重要になる。まず、不利益が、たとえば数量化できないといった理由で補償ができない場合、その行為は拒否されねばならない。次に、不利益が補償可能である場合、支配企業の資産状態によって、補償を当てるのが可能かどうかが吟味されねばならない。補償の見込みが不確定であるなら、不利益を生ずることが支配企業に通知されねばならない。もしこれが支配企業によって否認されるか、補償が拒否されるかのいずれかもしくは両方がなされるなら、その行為は実行されてはならない。また、支配企業によって提供される反対給付が、従属会社からみて十分であるとはみなされない時には、その行為は実施されてはならない。⁽⁵⁶⁾

以上の限りにおいて、株式法三十一条は、事実上のコンツェルン関係にある会社の統一的指揮をその内部領域において柔軟に具体化しているとみることができる。ただし、従属会社の自己利益との関係で右の不利益補償の在り方につき異論も提起されている。一九九二年のドイツ法律家大会に際し、Hornhehn⁽⁵⁷⁾は、その鑑定意見において次のような提案をしている。すなわち、立法者は、株式法三十一条において次のことを明示すべきであると、その内容として、従属会社の取締役は、支配企業の利益、他の結合企業の利益またはコンツェルン利益を、会社の利益がそれらの考慮を入れる余裕のある限りでのみ、考慮してよいということ、それに加え、立法者は株式法三十一条二項において予定された不利益補償を後に延ばす可能性を除去すべきであることが挙げられている。⁽⁵⁷⁾ 同大会において、株式法三十一条二項を削除すべきであるとの提案は可決された。⁽⁵⁸⁾

(3) コンツェルン法による利害調整と一般法の適用の限定

1、契約コンツェルンの場合

a、従属会社の局面

前述のように、契約コンツェルン秩序においては、コンツェルン関係にある企業グループ内で特定の従属会社の財産が支配企業または他のグループ企業の利益のために侵害されるという事態が、いわば制度化されている。この制度化された事態に対する相関概念をなすものとして、利害関係者のために特別の保護制度が用意されていることは、前述した。それらを具体的にみると、まず、従属会社の債権者の保護に関しては、契約存続中には、株式法三〇二条一項により、支配企業のいわゆる損失引受義務が定められる。支配企業は、契約存続中に従属会社に発生した一切の年度欠損額の填補をなさねばならない。支配契約または利益供出契約の終了時には、従属会社債権者は、株式法三〇三条のもとで、コンツェルン支配企業に対して、担保の提供等を求めうる。従属会社の局外株主の保護に関しては、従属会社から代償を得て離脱する（株三〇五条）か、または株式法三〇四条にもとづく配当保証を請求するかの選択権が与えられる。また、支配契約は、それが効力を有するためには、商業登記簿に登記することを要するため（株二九四条二項）、債権者は、従属会社の取締役がグループ内の業務執行において、その個別会社自体の利益を後退させ、コンツェルン利益に無制限の優先を与えることがあり得るということを知ることができる。債権者としては、株式法三〇三条の定める担保等を請求できるため、個別的な取引についての情報を必要としない⁵⁹⁾。なお、契約コンツェルンの場合、株式法三〇八条二項一文に定められた指図拘束のため、必ずしも指揮機関における人的な結合がなくても従属会社に対する影響力行使の貫徹に支障はない。したがって、双方代理の場合に許可を要するとするBGB一八一条の規制の適用を肯定することによって支配契約ないし利益供出契約に含まれる利益侵害の可能性を減少させる意味は薄い。

以上のことから、BGB一八一条の適用は不必要と考えてよさそうであるが、その点で残る危惧として、株式法三〇八条二項に基づく指図拒否権の空洞化の問題が指摘される。株式法三〇八条二項によれば、従属会社の取締役会は支配企業の指図が明らかに支配企業の利益、その他コンツェルン利益に役立たない限りで、その指図を拒絶することができる。この規定のもとで従属会社取締役会によるコントロールが定められていることに関連して、支配企業は、従属会社の法律行為その他の措置に対して、もっぱら指図を通してのみ影響力を行使できるといふ理解が一般的である⁽⁶¹⁾。したがって、支配的な意見によれば、従属会社の業務執行に対する支配企業の介入につき、それらが従属会社取締役会のコントロールを回避して行われる限りで、許容されないと解される⁽⁶²⁾。例えば、従属会社がコンツェルン支配企業に契約締結についての権限を委譲し、その権限委譲をもって事実上支配企業の指図権に代替するということは許されない。そこで、取締役の兼任の場合についても、支配企業から派遣された兼任取締役が自らに義務づけられた「下からの」コントロール機能を実質的に行使できるかどうかが問題となる。例えば、兼任取締役が従属会社において代表権を自由に行使でき、その結果他の取締役によるコントロールが働かないとすれば、それは、実質的にみて、上述の指図コントロールの有効な行使に反する。こうして、(契約)コンツェルン内部で双方代理禁止の規定の適用が排除されることに對する疑問が提起されることとなる⁽⁶³⁾。

右の問題について目を向けねばならないのは、BGB一八一条の適用がなくても、二重受任者に対しコンツェルン全体の目標設定に配慮するよう仕向ける制度が用意されているかどうかである。これが肯定できるなら、硬直的なBGB一八一条の適用を否定し得る。そしてその点で、法は、株式法三〇八条二項二文に定められている指図コントロールにつきその不履行の場合に損害賠償を伴わないたんなる義務(Obliegenheit)として仕上げたのではなく、従属会社取締役会によるコントロール機能を総合的な方法で責任法上維持しようとしていることが想起されねばならな

い、と指摘されている⁽⁶⁴⁾。まず、株式会社三二〇条一項一文によれば、従属会社の取締役会および監査役会の構成員は、自己の義務に違反して行為したときは、支配企業の法定代理人と並んで連帯債務者として、許容されない指図によって生じた損害の賠償を義務づけられる。したがって、従属会社の営業指揮者が、明らかにコンツェルン利益に役立たない指図を実行するなら、その者には株式会社三一〇条の責任が課されることになる。そして、この場合に二重受任者にはさらに株式会社三〇九条の支配企業の法定代理人としての責任も課されることになる。その者は、たんに指図の受け手であるのみならず、支配企業の営業指揮者として、会社に不利益で、コンツェルン利益とも矛盾する双方代理行為を指図する者でもあるからである。以上の従属会社に帰属する賠償請求権は、その株主および債権者がこれを行使することもできると定められている(株三一〇条四項、三〇九条四項)。この損害賠償義務による威嚇を担保にして、二重受任者が双方代理行為を実行するに際しても、それが法的に許容される範囲においてなされるようにすることが構想されているとみることも可能である⁽⁶⁵⁾。

b、上位会社の局面

取締役の兼任関係が生じる場合、コンツェルン支配企業から従属会社に派遣されるのが一般であるため、通常双方代理関係に伴う利益侵害の危険は、上位会社にとって深刻な問題として捉えられない。しかし、一でも言及したように、特別に問題にしなければならぬ余地がないではなく、従属会社が双方代理行為によって価値の均衡のとれない利益を得ることもあり得る。ただ、ここで対象としている契約コンツェルンの場合には、従属会社が右のような利益を得るにしても、典型的には支配契約と同時に締結される利益供出契約(株二九一条)に基づく利益供与の範囲でその利益の還流が生ずることになるし、また、ともかくすべての場合に、支配企業は株式会社三〇八条一項に基づく指図の方法でその利益をいつでも吸い上げうることが指摘される⁽⁶⁶⁾。このようにみると、契約コンツェルンの内部株

序の中に、上位会社の局面でも、あり得る利益衝突およびそれと結びついた利益侵害を規正するための固有の手段が用意されているということが出来る。そして、ここに重ねて双方代理禁止の原則を適用することは、上位会社自体およびその債権者の双方が特別の経済的利益を有するはずのコンツェルン指揮関係に矛盾するとされる。⁽⁶⁷⁾

2、事実上のコンツェルンの場合

a、従属会社の局面

事実上のコンツェルンの場合には、従属会社の取締役は会社固有の利益を斟酌しつつ、自己の責任において指揮しなければならぬ(株七六条一項)。ここでは、本来的には従属会社に広範な自律権の認められた分権的な結合形態が想定されていると考えられる。⁽⁶⁸⁾ところが、ある会社が支配契約を通してコンツェルン関係に組み込まれていないにもかかわらず、その従属会社に対する(実体的に)包括的で(時間的に)継続的な統一的指揮の結果、従属会社の利益が持続的に侵害されるという、契約コンツェルンにおける利害状況に匹敵する結合関係が生ずることがある。その場合には、後述する「特殊な事実上のコンツェルン」理論がその機能を発揮することが期待される。ここでは、本来法が予定する単なる事実上のコンツェルン関係、または個々の会社が統一的指揮のものに統合されていない単なる従属関係の場合を前提とする。

さて、前述のように、事実上のコンツェルンの場合、支配企業の許容されない影響力行使を防止するため、従属会社取締役の自己責任が維持されているわけであるが、この予防的保護は、結合企業間の人的な結びつきにより同一人が取引の両側に立つ場合、弱められるという懸念もあり得る。その点で、BGB一八一条の適用を考えなければならぬかどうかの問題が生ずる。その検討に際しては、契約コンツェルンの場合について行った検討と同様、取締役の

兼任に伴って生ずる利益侵害の危険に対して事実上のコンツェルン規制が独自の解決を用意しており、それで足りると考えられるかが重要である。⁽⁶⁹⁾

二重受任者の立場にある兼任取締役には、従属会社の取締役としての属性と支配企業の法定代理人の属性とが考えられることは前述した。従属会社の取締役としての属性においては、株式会社九三条一項が適用される。すなわち、従属会社の取締役は支配企業によって誘発されるすべての法律行為およびその他の措置に関して、通常かつ良心的な営業指揮者の注意をもって支配企業の要請に応じ得るか否かを吟味しなければならず、この義務に違反すると、同条二項によりそれにより生じた損害につき連帯債務者として会社に賠償義務を負う。次に、支配企業の法定代理人としての属性においては、上記の義務と同時に、株式会社三一七条三項に基づきその取引を誘発したことに基づき、生じた損害が営業年度の終わりまでに実際に補償されることがなく、または補償に当てられた利益を求める法律上の請求権が付与されない限りにおいて、支配企業と並んで賠償責任を負う。さらに、株式会社三一七条四項は三〇九条四項を準用し、三一七条三項による損害賠償請求権の主張は、株主および債権者がこれを行使できるものとしている。⁽⁷⁰⁾

以上の二重の責任による威嚇は、二重受任者が双方代理行為となる取引の締結に先立って自らの義務に適合しているかどうかを審査し、もしくはは不利益補償を期限どおりになすようにするのに役立つと考えられ、それがBGB一八一条の適用を排除することを正当化する理由としてあげられる。⁽⁷¹⁾

なお、事実上のコンツェルンの場合、従属会社局外株主には配当保証請求権も代償請求権も与えられないが、これは、事実上の結合関係においては、包括的・継続的な利益侵害の事態は生起しないとの前提のもとに、支配企業に対し、また二重受任者に対し局外株主が損害の賠償を求めうる（株三一七条一項二文、同三項）ことで足りると考えられたものである。⁽⁷²⁾ また、従属会社債権者にとっては、提供される保護は第一次的には支配企業の補償義務によるもの

で、契約コンツェルンの場合と比較すると、コンツェルン関係の終了と結びついた株式法三〇三条に基づく権利が欠けているが、これは、単なる従属関係ないし単純な事実上のコンツェルン関係の終了の場合には、従属会社が存命力を失い、そのために期限の到来した債務を履行できないという危険は存在しないと考えられたことによる。⁽⁷³⁾これに關し、従属会社債権者の適切な保護のためには、前記の従属会社のための義務的な不利益補償およびこれによって保障される会社の財務状態の維持で足りるといふのが立法者の判断であるが、さらに株式法の一般規定（株九三条五項一文）も債権者保護のために役立つことが指摘されている。⁽⁷⁴⁾すなわち、支配企業は通常従属会社の株主であるので、加害的行為（従属会社に不利益な取引）は隠れた出資の返還にあたることを考えられ、したがって、出資の返還を禁ずる株式法五七条との関係で、九三条三項一号の違反を含み、そのため、会社の債権者は会社から満足を得ることができない限り、取締役に対して会社の賠償請求権を主張し得る。

b、上位会社の局面

二重委任がなされることにより、契約コンツェルンの場合と同様わずかながら考え得る上位会社が不利益を被る危険について、Linnは、支配企業がその影響力を行使して双方代理の結果被った損害を原状に復する⁽⁷⁵⁾という企業結合特有の方法が潜在的な利益侵害を取り除き、もしくはそれを最小のものとす手掛りになることを指摘している。⁽⁷⁶⁾これが妨げられないとすれば、その限りで支配企業の利害状況は契約コンツェルンの場合の支配企業のそれに比肩するといえ、許容される指揮関係を過度に制限するBGB一八一条の規定によって補完する必要は存しないと考えられる。

右の考え方につき最も疑問に思われるのは、このような方法で従属会社をして当該取引により得た正当化されない利益を返還させることは、株式法三二一条が禁止する相当な補償を伴わない不利益措置に当たるとはならないかという

点であろう。これに対して、Timmは、支配企業に不利益となる双方代理行為と従属会社にその不利益の補填をなさしめる支配企業の措置とを全体としてみる考察方法を示し、その主張を正当化しようとする。すなわち、それによれば、右の支配企業の措置はただ原状回復的な機能のみを有し、したがって従属会社は正当化されない利益を失うにすぎない。そして、この原状回復的な介入は、不利益付与禁止の視点からみる場合、従属会社の運命にとって中立的な事象であり、それは株式会社三二一条によって保護される従属会社の利益と無関係であるとされるのである。⁽⁷⁶⁾ところで、株式会社三二一条の補償の対象となる「不利益」の概念について法はなんら定義していないが、その内容として、支配企業の影響力行使を受けることにより、従属会社の取締役が通常かつ良心的な営業指揮者としての行動様式を踏みはずしたことから生ずる不利益のみを把握しようとするのが多数説である。⁽⁷⁷⁾この説に示された従属会社の取締役の行動準則に従って当該措置が吟味されること、そしてそれが前述の賠償義務の威嚇により実効あるものとされること、Timmの採る立場にあっても前提にされねばならないと考える。

3、事実上の有限会社コンツェルンの場合

Timmは、1、2の場合と異なって、この場合には、BGB一八一条の適用を考慮しなければならず、したがって双方代理禁止を取り除くためにはその禁止を定款で免除しなければならぬとする。⁽⁷⁸⁾次のような理由による。

まず、ここでは、単なる従属関係が問題になっているのである、コンツェルン結合が既に成立しているのであれ、株式会社三二一条以下の規定は適用できず、むしろここでの法的な手掛りとしては、支配社員たる支配企業が従属会社の営業指揮者に対して当該有限会社以外の企業的利益に基づく不利益指図を与えるのを原則的に禁ずるといふ会社法上の誠実義務 (Treupflicht) が挙げられる。⁽⁷⁹⁾不利益指図の禁止を緩和する基礎はここには存しない。支配企業が自

らの利益を企業契約なしに従属有限会社の不利益において貫くことが、その不利益がただちに補償される場合に許容されるかについて、異論の余地もあるが、これを否定する見解が支配的である。⁽⁸⁰⁾これによれば、支配企業は、不利益指図を含む包括的な指揮力を断念するか、またはこれを企業契約によって正当化するかの選択のみが残され、株式会社の事実上の結合の場合と異なり、即座の不利益補償を取り決めるからといって、不利益な取引を行ってよいものではない。

ところで、誠実義務理論の着想の基礎をなすのは、厳格な予防的保護の考え方である。しかし、グループ企業間の取引の締結の両側に同一人（兼任取締役）が立つ場合には、右の予防的保護が弱められる危険が存する。ここで問題にされるのは、当該兼任取締役（二重受任者）が支配企業の経済的な利益を従属有限会社の利益に優先させる傾向があるという危険であり、それはBGB一八一一条が防止しようとするものと共通する。そして、有限会社コンツェルンの場合には、株式会社のコンツェルンの場合のように結合関係の内部秩序において固有の解決が用意されているわけではなく、そのため、双方代理禁止の規制により、誠実義務が実現しようとするコンツェルンの形成時および存続中の指揮関係についての保護を補充する必要は大きいと考えられる。以上のようにして、有限会社が従属会社として組み込まれた結合企業間の取引の場合には、BGB一八一一条の適用を制限することは考慮されず、むしろ、当該有限会社の営業指揮者が結合企業内部での双方代理禁止の免除を受けるべきか否か、そして免除されるべきであった場合合にそれはどの範囲においてかということとは、定款上の取り決めを介して、社員にその決定が委ねられねばならない⁽⁸¹⁾と考えられるのである。

なお、このようにして社員の同意が要求されることになると、それを梃子として局外社員は定款上の取り決めおよびその他の契約を通して自ら利益保護を実現することが可能となる。有限会社コンツェルンその他の人が関与す

るコンツェルンにおいて、このような利害調整の手段が注目されている。⁽⁸⁵⁾

4、特殊な事実上のコンツェルンの場合

事実上のコンツェルンは、前述のように、その法規制を基礎に考えると、グループ各会社の意思決定の自律性に関し、ただ分権的な形態としてのみ許容される。しかし、わが国でもよく知られているように、事実上のコンツェルンでありながら、結合の内部状態において契約コンツェルンに相当する特別の形態にある場合について、ドイツの判例・学説上、特殊な事実上のコンツェルン (qualifizierter faktische Konzern) という概念が形成され、それに対応した法的効果を導く試みがなされている。この理論は、有限会社法改正作業グループ (Arbeitskreis GmbH-Reform) における議論に端を発し⁽⁸⁴⁾、有限会社コンツェルンの事例について、一九八五年九月一六日の連邦最高裁判所判決 (Autokran 判決)⁽⁸⁵⁾ ではじめて受け入れられたものである⁽⁸⁶⁾。判例は、企業結合に配慮した特別の制定法規定を欠く有限会社コンツェルンの事例につきその後もこの理論を展開する。学説においては、さらに、株式会社を従属会社とする事実上のコンツェルンについてもこの理論の適用の可能性が検討されているが⁽⁸⁷⁾、その背景には、現行のドイツ株式法が個々のコンツェルンの形式をみてその法的効果を導くため、コンツェルンの実態に対応しきれないことがあると思われる⁽⁸⁸⁾。そして、Timin は、この理論が妥当すると考えられる場合にも、BGB 一八一条の適用の余地を制限することはできないとしている⁽⁸⁹⁾。

ところで、この理論のもとで支配企業に付される法的効果、例えば従属会社の損失を引受ける義務 (株三〇二条参照) の基礎については、論争の対象とされている。すなわち、それは、従属会社に対する継続的かつ包括的な指揮関係によって特徴づけられる一定のコンツェルン組織の形状の帰結とすべきか (形状責任)、または、従属会社の自己

利益が持続的に侵害されるという形をとったコンツェルン指揮にかかる義務に反する行為の結果であるとすべきか（行為責任）の対立である。⁽⁹⁰⁾ 上述の Autokran 判決においては、そこに示された免責の認められる場合の公式——独立した会社の適正に義務を果たして行動する営業指揮者であってもその行為を当該状況のもとでは別異には執行しなかったであろうとの立証がなされた場合——からみて、「行為責任」を暗黙のうちに前提としているといわれる。他方、その後の Tiefbau 事件判決⁽⁹¹⁾および Video 事件判決は、純粹の「形状責任」の立場を採るものと理解されている。例えば、Video 事件判決では、「従属会社を上位のコンツェルン利益に組み入れることから生ずる危険を引き受けることにかかる義務」と述べられ、これが「形状責任」の意味で理解される。⁽⁹²⁾ ただ、この立場に対しては、批判が加えられた。批判は、Video 事件判決等が採る責任要件がなお不明確で法的安定性に欠けるという点にも向けられるが、とりわけ批判の中心となったのは、たんに不明確であるばかりでなく、むしろその要件にかかるあまりに広範で、また実際上ほとんど反証できない推定についてである。⁽⁹⁴⁾ これらの批判を考慮に入れたと考えられる TBB 事件判決⁽⁹⁵⁾において連邦最高裁は、（義務に違反する）行為に基づく責任であることを明確に述べ、Video 事件判決による支配企業責任の拡張に歯止めをかける。すなわち、「責任の要件は従属会社の継続的かつ包括的な指揮ではない」とし、むしろ、責任の基礎は、「支配社員たる地位の客観的濫用」にあるとしている。ここでは、継続的かつ包括的な指揮はもはやコンツェルン責任の糸口とはならず、コンツェルン責任は、コンツェルン指揮力の行使に、従属会社自体の利益への適切な顧慮が払われず、そして従属会社が総体として被った不利益が個別的な補償によっては埋め合わせられないということを前提とする。⁽⁹⁶⁾ そのため、TBB 事件判決では、Autokran 事件判決の意味での特殊なコンツェルンにおける責任が問題にされているのではなく、むしろ、「特殊な不利益付与 (qualifizierte Nachteilszufügung)」に対する責任が問題にされていると評される。⁽⁹⁷⁾ その要件は、右にみたように、従属会社の利益への適切な顧慮が払わ

れていないことおよび個別の補償による埋め合わせができないこと、という二つの要素からなるものである。⁽⁹⁸⁾ このもとでも、従属会社の利益へのいかなる顧慮をもって「適切」といえるか等の判断、ひいては、いつコンツェルン指揮力が「客観的に濫用された」のか、の判断にも困難のあることが指摘されているが、⁽⁹⁹⁾ここで特殊な事実上のコンツェルンの理論自体についてこれ以上検討する余裕はなく、またその場でもない。

ここでの分析との関係では、特殊な事実上のコンツェルン理論——右のいずれの立場であるかを問わず——が適用されるからといって、そのことが特殊なコンツェルン支配ないし特殊な不利益付与を合法化するものではないとの指摘が重要である。⁽¹⁰⁰⁾すなわち、この理論によって導かれる法的効果（例えば、株式法三〇二条に対応する年度欠損の内部的填補義務を課されることや同三〇三条の類推によって直接債権者に責任を負うこと等）は、支配企業が契約上の権能付与をもって基礎づけられることなく、自己のために従属会社の利益を侵害し、そしてそれを度重ねたということに対する制裁であって、支配企業が現に両会社の利益を混同することがあってはならないことに照らすと、支配企業に契約コンツェルンのコストを負担させる機能のみを有すると考えられる。換言すれば、支配企業がその支配力を支配契約の締結によって正当化するように動機づけられる方向で考えられるべきである。この観点から、BGB 一八一条の適用を制限的に解することはできないと考えられる。

(46) 訳文につき、『現代外国法典叢書・独逸民法Ⅰ民法総則』一八一頁参照。

(47) Timm, op. cit. (注(3))に引用, S. 423f. 田村・前掲注(16)二〇四頁。

(48) 許可の形式としては、会社の定款に記載して商業登記簿に記載しなければならない。ドイツ商法(HGB)一〇条。田村・前掲注(16)二〇五頁。

- (49) Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 426.
- (50) 同じくた分析の枠組を争って Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 428ff. に食って居るが大勢。
- (51) Hommelhoff, Konzernengangs-Schutz durch Takeover-Recht?, in: Bierich, Marcus [Hrsg.], Unternehmen und Unternehmensführung im Recht (FS Semler), S. 455, 465f. やのちてな場合に於てはあなかなかに支配契約が締結されない場合に、後述する特殊な事実上のコンツェルン理論の機能する可能性が生ずる。
- (52) Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 431.
- (53) Hommelhoff, op. cit. (注(16))に引用), S. 466, Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 437.
- (54) じつに補償は金銭によるほか、金銭な換算される他の利益にちよつとてあつてやれ、例えば、有利な価格での原料の供給、相応の信用保証、調査・研究費の負担その他の任務の引受け、経験の提供等が考えられるとされる。Beuthien, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärschutz, Jus 1970, S. 56.
- (55) Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 437.
- (56) 以上を参考して Schubert/Kütting, Unternehmenszusammenschlüsse, 1981, S. 274f., Gessler, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, in: Hefermehl, Wolfgang u. a. (Hrsg.), FS für Harry Westermann, 1974, S. 156f.
- (57) Hommelhoff, Empfiehlt es sich, das Recht faktischer Unternehmensverbindungen neu zu regeln?, GUTACHTEN G für den 59. Deutschen Juristentag, G 48f, G83.
- (58) 高橋英治「市場・内部組織・コンツェルン——コンツェルン法の経済学的考察——」東北法学二二号(平一六)一三三頁参照。
- (59) Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 432.
- (60) Timm, op. cit. (注(3))に引用), S. 430.
- (61) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., 1989, S. 156f.
- (62) Koppensteiner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1987, § 308 Rn. 15.

- (63) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 432.
- (64) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 433f.
- (65) 以上(δ)と(γ) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 434.
- (66) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 435.
- (67) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 435.
- (68) Hommelhoff, op. cit. (注(δ))に引用), S. 465f., Emmerich/Sonnenschein, op. cit. (注(θ))に引用), S. 343. したがって、支配企業の継続的で後まで残る影響力行使は、始めから許容せられたいと考えられる。Kropff, Das TBB-Urteil und das Aktienkonzernrecht, AG II/1993, S. 485, 487. Fume, Juristische Person, 1983, S. 122ff.
- (69) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 438. もし、BGB 一八一条が無制限に適用されるとすれば、事実上のコンツェルン規制のものでの不利益補償制度で認められた柔軟な対処の余地(三(2)参照)はその意義を失うことになる。
- (70) 以上(δ)と(γ) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 438f.
- (71) Timm, op. cit. (注(ε))に引用), S. 440f. なお、二重の受任の関係の存在を離れても、事実上のコンツェルン規制に対しては、従来より消極的な評価がなされてきたところであるが、その点はどこではおろく、消極的な評価の主な原因として、不利益補償制度のもとの利益・不利益の評価・算定が困難であること、また本来的には不利益付与を明るみに出すことにより不利益補償請求権や従属会社が支配企業に対して有する損害賠償請求権が有効に主張され得る基礎を提供する役割を担う(Schubert/Kuing, op. cit. (注(δ))に引用), S. 276. 服部育生「事実上のコンツェルンにおける従属会社の保護(三)完」法政論集(昭五六)八七号三三三頁、三三三頁以下)従属報告書制度が現実には十分機能していないこと、等があげられる。Wälde, op. cit. (注(δ))に引用), at 503, Immenga, Schutz abhängiger Gesellschaften durch Bindung oder Unterbindung beherrschenden Einflussese?, ZGR 2/1978, S. 275. 前者の問題については、個々の利益侵害ないし資本拘束規制に対する違反が他と切り離して確認できないような事態を見据えた特殊な事実上のコンツェルン理論の発展により除去ないし緩和されることが期待される。また、後者については、前述のHommelhoffの鑑定意見においても従属報告書制度の改革が取り扱われている。

- Hommelhoff, op. cit. (注(52)に引用) 参照。
- (72) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 439.
- (73) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 439.
- (74) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 440.
- (75) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 441.
- (76) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 441.
- (77) Neuhäus, Die Grenzen der Konzernleitungsgewalt im faktischen Konzern und der Nachteilsbegriff des § 311 AktG65, DB 1970, S. 1915. 服部育生「事実上のコンツェルンにおける従属会社の保護(一)」法政論集(昭五五)八五号五七頁以下。
- (78) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 442.
- (79) BGHZ65, S. 15 (TTT). 参照。本判決につき、早川勝「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——TTT判決を手がかりとして——」下関商経論集二〇巻二号(昭五一)六一頁。なお、従属会社に対する不利益付与禁止の根拠として、支配企業の社員としての誠実義務のほか、有限会社法四二条の業務執行者の責任が影響力を行使する支配企業に拡張されるという考え方もある。もっとも、両者は排斥し合う関係にはない。Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, § 39 III 2b (S. 911).
- (80) Schmidt, op. cit. (注(79)に引用), § 39 III 2b.
- (81) 以下、BGB一八一条が適用されずに取引をするには、当該取引が許可されねばならない。許可の形式については、前掲注(48)参照。なお、田村・前掲注(16)参照。
- (82) Timm, op. cit. (注(ε)に引用), S. 442f.
- (83) 詳しくは、拙稿「会社法の見地からの企業結合形成段階の法規制について(一・完)」商学討究四二巻一号(平二)一三四頁以下参照。

- (84) マルクス・ルッター「ドイツコンツェルン法の体系(一)」(山口賢訳注) 甲南法学二七卷三・四号(昭六二)七頁参照。
- (85) BGHZ95, S. 330. なお、ルッター・前掲注(84)七頁以下参照。
- (86) なお、株式法を有株式会社コンツェルンの場合に(類推)適用することには、両会社形態の間の構造上の相違に基づく困難が考えられるが、この点がどう克服されるかにつき、拙稿「企業結合関係と会社債権者保護」商学討究三九卷一号(昭六三)一五九頁、一八五頁以下参照。
- (87) 拙稿・前掲注(83)一六四頁以下参照。
- (88) 拙稿・前掲注(一)一〇一頁。
- (89) Timm, op. cit. (注(8))に引用), S. 443f.
- (90) Kropff, op. cit. (注(8))に引用), S. 487.
- (91) BGHZ 107, S. 7.
- (92) BGHZ 115, S. 187.
- (93) Kropff, op. cit. (注(8))に引用), S. 487.
- (94) Krieger, Kann die Praxis mit TBB leben?, ZGR 1994, S. 375, 376. Video 事件判決によれば、有限会社の一人社員または多数社員で、同時にその会社の単独の業務執行者である者は、その者がなおその上に個人商人としてまたは他の企業で指導的に活動している限りは、特殊な事実上のコンツェルンの責任規制によって当該有限会社の債務に対し責任を負う。この責任を免れることができるのは、会社の損失がその者の指揮力の行使と無関係である事情に基づくものであることを立証する場合のみであるが、これはほとんどなし得ないと考えられる。Kropff, op. cit. (注(8))に引用), S. 485.
- (95) BGH ZIP 1993, S. 589.
- (96) Krieger, op. cit. (注(84))に引用), S. 376. Kropff, op. cit. (注(8))に引用), S. 489.
- (97) Kropff, op. cit. (注(8))に引用), S. 489.
- (98) BGH, op. cit. (注(95))に引用), S. 593. Krieger, op. cit. (注(84))に引用), S. 379. これらの要素から、支配的社員たる地位

の客観的濫用の判断がなされる。個々の要素についてみると、従属会社の利益に対する相当の考慮の義務づけは、株式法三一条の不利益な影響力行使禁止に対応するものである。第二の要素は、損害賠償請求ないしは有限会社法三〇条、三一条による個別的な補償ができないことではじめて特殊なコンツェルンに導くとするものである。法規定上の個別的な補償の通常のシステムが機能する限りでは、契約コンツェルンの諸規定を類推することによって塞がねばならない規制の欠缺は存しないため、この要素を要件とすることは重要で、事実在即している。なお、役員の内兼任それぞれ自体は、不利益でもなく、また生じ得る不利益の個別的な補償を不可能にするものでもない。Krieger, op. cit. (注(94)引用), S. 379ff.

(96) Kropff, op. cit. (注(88)引用), S. 489.

(100) Timm, op. cit. (注(8)引用), S. 444. 参照。

四 結び

親子会社間ないし企業グループ間の取引につき、商法二六五条は取締役の兼任関係を介して規制を及ぼすにすぎず、その射程は限定されたものに止まる。⁽¹⁰¹⁾ その射程内の取引につき、同条は、主として、取締役会において利害関係のない取締役に当該取引が会社にとって公正・合理的であるかを判断させることによって、その会社の利益保護を図ろうとする。ここでは、含まれている利益衝突の状況に対し、取締役会が会社の利益に合致する独立した判断をなすことが確保されていなければならない。⁽¹⁰²⁾

なお、商法二六六条一項四号は、多数説によれば、取締役会の承認を得てなされた利益相反取引に関するものであって、その対価の不当、または取引上の義務の不履行等によって結果的に会社が損害を被ったときは、会社を代表して取引する代表取締役と利害関係取締役のみならず、承認決議に賛成した取締役(商二六六条二項・三項)にも無過

失の連帯責任を負担させるものであると解されている。⁽⁸⁸⁾ このような厳格な責任が取締役会のチェック機能を形式的なものにとどまらせないことに役立つという観点からは、親子会社間取引に含まれている利益衝突の規制との関連においても、多数説のように解する意義は少くないように思われる。

しかし、他方、四号の責任に関し、企業のコンツェルン化を視野に入れつつ、多数説に反対する見解も唱えられている。河本教授は次のように主張される。すなわち、企業のコンツェルン化が進み、その内部の各会社の間を取締役の兼任が普及している現在においては、利益相反取引は異常な行為ではなく、むしろ会社にとって正常な行為であるといつてよく、その意味では、会社が取締役個人に金銭を貸し付ける行為とは異なっていると指摘し、したがって、利益相反取引一般について取締役は無過失責任を負担せしめることは、非現実的な議論であり、むしろ取締役会の承認を得て利益相反取引を行った取締役は、それを行うに当たり過失がなかったことを証明すれば、その取引によって会社に生じた損害の賠償義務を免れると解すべきである、とされるわけである。⁽⁸⁹⁾

確かに、もっぱらグループ内の各会社自体の利益に焦点を合わせる規制においても、個別会社の利益と支配会社ないしグループ全体の利益とが結びついている場合、個別会社の利益を判断する際に、グループの状況を考慮することは避けられないように思われる。本稿一三で採り上げた、親会社の崩壊が子会社の存続を危くするような状況を含む事案に関する Charterbridge Corp. Ltd v. Lloyd's Bank Ltd. 判決は、そのことを例示する。会社にとって価値の高い業務提携関係を維持するために、親会社の誘発により、それだけを切り取ってみると不利益である取引に加わる時、それが子会社からみてもまた経済上正当な場合が存在するということも否定しきれない。⁽⁹⁰⁾ また、窮地に陥った子会社を救済するために財産の移転または債務引受等の間接取引を行うことが親会社自体またはグループ全体の観点から合理的な場合もあり得ると思われる。⁽⁹¹⁾ このように、個別会社自体の利益(繁栄)を考慮するについても、グルー

プ結合会社ないしグループ全体の利益と関連づけて把握する余地が肯定されるとすれば、そのことは、個別会社の利益はより長期的な視点で判断され、また実質的にもより広い範囲の考慮がなされねばならないことを意味する。そのような判断において無過失責任を課することは、河本教授が指摘されるように、現実的でないといえるかもしれない。企業結合の存在が認められる法制のもとで、それが生み出す経済的な利益を見据えて現実に即した考え方をなす必要性は否定されるものではない。

しかし、そのことは、三で採り上げた分析からも窺えるように、利益衝突により不利益を被る可能性のある者に対する保護の方策が十分備えられていることを前提としなければならない。個別会社の利益につき右のような考慮を認めることで、放縱に陥る危険性にも留意しなければならない。現行の利益相反取引規制の枠組を前提とした場合、上述のような考慮に基づき商法二六六条一項四号の責任を緩和する立場を採るとすれば、多数説の場合以上に取締役会による判断の独立性を確保する手当てが問題にされねばならないであろう。それに加え、従来より、従属会社の「損害」とか従属会社少数株主に関する「実体的不公正」とかいった、取引条件の内容そのものに関する公正基準を解明する必要等が唱えられているところであるが、⁽¹⁰⁾それを検討する要請はいつそう大きくなるものと思われる。

以上をみた限りにおいても、商法二六五条は、それを親子会社間ないしグループ内の取引の規制としてみた場合、必要な柔軟性および十分な利益保護の提供の両面において、検討を要する点の多いことが看取される。もちろん、根本的な問題として、同条は結合企業間の取引の利益衝突を規制の対象の中心として捉えているのではなく、規制の及ばない場合の多いことが挙げられ、また、実務上、同条の規制を回避するための方策が用いられることもあるとされておき、これらについては前述したところである。⁽¹¹⁾

ところで、本稿三で検討の対象としたドイツ法はコンツェルンという現象に対して最も精力的に対応してきたもの

といえる。三では、主に自己代理禁止に関するBGB一八一条の適用の限定と関連づけてコンツェルンの内部秩序を点検する試みをみた。ここでは、結合企業間における取引の需要を見据え必要な柔軟性を提供することに配慮しつつ、他方で生じ得る利益衝突から不利益を被る可能性のある者に対する保護措置が十分であるかという視点が示されており、その視点からドイツコンツェルン法は考え得る一つの規制の在り方を示すものと考ええる。

もっとも、ここでその導入を主張するものではない。ドイツ株式法上のコンツェルン規制は、税法上のインセンティブによって普及していた機関契約を背景としており、そうした機関契約の慣行が全くなかったわが国で、法律で定めただけで機能することは考えにくい、という指摘が従来よりなされている⁽¹⁰⁾。

それはあくとしても、次に、ドイツコンツェルン法のもとのコンツェルンの把握の仕方についての問題も指摘されねばならない。ドイツ法によるコンツェルン把握の仕方にあつては、「統一的指揮」、「従属性」そして最近では「特殊なコンツェルン (qualifizierter Konzern)」⁽¹¹⁾といった概念をまず設定し、そしてその後どの現実の様態がそれらに精確に包摂されるかが示されねばならないことになる。しかし、Max Hachenburgは既に六〇年前に、コンツェルンの本質は、そこに「なにか不確定で捉えどころのないもの」を含んでおり、したがって、一般的に利用可能な法律上の定義を作り出すとしても、それは徒勞に終わるおそれもあると指摘している⁽¹²⁾。そして、この所説は、企業結合の実際をみるとHachenburgの時代にも増して非常に形態が多様である今日において、その妥当性を失っていないとされる⁽¹³⁾。

さらに、ドイツ法は、経済的な現象であるコンツェルンの態様につきそれを法的に一定の枠にはめ、それに対応した責任秩序を備える。組織構造と責任秩序とが合致すべきであるという着想がその基礎にあると考えられるが、このことは、コンツェルンからその自由性、とりわけ、いつでもそして完全に自由にその具体的な形態を変更すべき可能

性を奪い取ることにつながる。⁽¹⁰⁾ コンツェルンそれ自体の性格として、単一性と多様性の間での移動が自由になされ、その外部の状況に応じて変身自在であることがあり、⁽¹¹⁾ コンツェルンの組織自由性ということが単一企業に対するコンツェルンの長所として指摘される。⁽¹²⁾ かかるコンツェルンの「プロテウス (Proteus)」としての性格は、コンツェルンの一般的な把握ができないことを含意し、しかもそれは、今日の認識水準に起因する不可能性というよりも、むしろ先験的なものであるともいえるのである。⁽¹³⁾

以上のことからすれば、法律学、さらには立法の採るべき態度として、コンツェルンという現象を固定した概念のもとに、さらには固定した規制のもとに押し込めることには慎重であらねばならない、とされる指摘⁽¹⁴⁾は合理的であると思われる。この現象についての一般的な秩序づけは、あまりにも取り扱いが難しく、またそれを試みても欠点が出てくることは避けられないであろう。⁽¹⁵⁾ むしろ、コンツェルンを法的に一定の枠にはめることなく、その現われ方をコンツェルン自体に任せるという着想のもと、⁽¹⁶⁾ コンツェルン法ないし企業結合法の発展を原則的に裁判所に委ねることが、アメリカ法における例をも考慮に入れると、現実的であると思われる。

しかし、立法者の禁欲的な態度が肯定されるとしても、それは、例えば伝統的な会社法の一般的な規制で十分である——コンツェルン関係の利益衝突を克服し得る程度に柔軟である——ことへの信頼を意味するものではない。本稿で問題にした結合企業間の取引についても、わが国の現行法の個々の制度が、コンツェルン結合を契機として生じ、または生じ得る具体的な利益衝突を解決すべく展開される手がかりを十分に有するとはいえないのであり、⁽¹⁷⁾ 商法二六五条についても企業結合関係に配慮して改正することが妥当であるとの指摘もなされているところである。⁽¹⁸⁾

その改正を考える際、近時ドイツで取り掛かれるようになったコンツェルンの内部秩序点検の試みは、次のような点で参考にすべき点を含んでいるように思われる。

まず、コンツェルン法ないし企業結合法が親会社の支配的影響力の行使を阻止、またはコントロールすべきものである限り、企業結合という状況の特殊性あるいは特別の危険が何であるか、特に伝統的な会社法等による一般的な規制では対処できない点があるかを明らかにすることが必要であるが、その点の解明にとって有益であると思われる。

また、企業結合に伴う利益衝突の解決にあたっては、具体的な問題状況に依存することになるが、それぞれの状況に適した規制の在り方のモデルを提供するという点でも有益であると思われる。すなわち、ドイツ株式法におけるコンツェルンの把握にとって、統一的指揮が重要な要素とされているが、その指揮の機能は、指揮されるもの（会社）の自由性がほとんど侵害されないような形で生起することもあり、他方構成会社の自律を完全に奪い取る形で作用することも考えられる⁽¹²⁾。しかも、それらは固定した状態にあるというより、上述のコンツェルンの本質的な性質からは、単一性と多様性の間で変化する可能性をつねに含んでいる。必然的に、その規制についても具体的な状況、問題に対応するものが求められることになる。しかし、状況に適した規制の在り方については、例えば、大雑把ではあるが、行為責任か構造（形状）責任かということも問題になる⁽¹³⁾。株式法三―一条以下の事実上のコンツェルン規制が想定するような、下位会社が広い自律の範囲を有しているような結合状態（単純な結合関係）においては、行為責任をもつて——もちろん、保護を必要とする者の立証の軽減等の問題は存する——その利害調整を実現することが期待できる。しかし、会社がコンツェルン関係に組み入れられる場合、単に多数の取引・措置が含まれているのみならず、コンツェルン内部の会社間での利害の結びつきが強まるといふ要素が加わってくると、コンツェルンに組み込まれた会社が財産上はあたかも独立しているかのような状態に修復しようとする補償のような措置との関係で、その会社にとっての利益と不利益を算定することが困難または不可能になるという、よく知られた事態になることも考えられる⁽¹⁴⁾。この

ような、いわば結合の密度の濃い状況においては、上述の単純な結合関係の場合には問題にする必要のない構造責任による救済を無視することはできないとも思われる。⁽¹⁰²⁾このように、解決は具体的状況に依存するとしても、その際に考え得る規制類型に対応する状況なりそれを発動する要件を一般的に公式化することは有意義であり、ドイツ法なしその経験は、そのモデルを提供するものと期待できる。⁽¹⁰³⁾殊に、近時の「特殊な事実上のコンツェルン」理論による新しい状況の把握等の進展も見られる。それで十分であるかという点は問題となろうが、ガダマー(Hans-Georg Gadamer)による、⁽¹⁰⁴⁾いわゆる先行的概念の顕著な例として価値を認めることもできよう。

本稿は、具体的な提案にまで至らず、多くの課題を残す。なお、Drleyは、一九九二年のドイツ法律家大会における鑑定意見において、他のヨーロッパ諸国からみたドイツコンツェルン法という標題のもと、コンツェルンの自由性等に照らし株式会社におけるコンツェルン規制の基本的な在り方に疑問を呈しつつも、ドイツの経験から汲み取るべき点につき詳細な検討を加えている。⁽¹⁰⁵⁾これも含め、右の課題につき、本稿を出発点として、さらに検討を試みたいと考える。

(101) 前掲注(11)参照。

(102) 川浜昇「持株会社の機関について——取締役を中心に——」(平成六年度科研総合研究(B)「会社法のパラダイム転換と国際的理論交流の企画」研究会報告資料)において、わが国では子会社取締役にこれらの手続的処理で要請されているだけの独立性は期待できないと指摘されている。

(103) 田中誠二『三全訂会社法詳論(上)』(平五)六六五頁、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法(三版)』(平六)二九七頁以下、石井照久『会社法上』(昭四二)三四八頁、大隅・今井・前掲注(11)二五七頁以下等。

- (104) 河本一郎『現代会社法(新訂第七版)』(平七)四〇八頁以下。
- (105) Beuthien, op. cit. (注(54)に引用), S. 56.
- (105) の2 手塚裕之「子会社・グループ会社救済と取締役の責任」江頭憲治郎ほか『子会社救済と取締役の責任(別冊商事法務一七二号)』(平七)所収一六頁、一八頁以下。
- (106) 江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護(八・完)」法協九九卷二号(昭五七)一四五頁、二二〇頁。また、従属会社の権利の実効性を確保するため損害の事実および額等の立証について、立証の転換を含む手当の必要が指摘され、さらには、開示の充実(その内容の妥当性を担保するための手段も含めて)が指摘される。森本・前掲注(11)一一六頁以下、一三二頁以下、川浜・前掲注(102)等。
- (107) 前掲注(3)参照。
- (108) 河本・前掲注(17)二九三頁以下参照。
- (109) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H43.
- (110) Düringer-Hachenburg, HGB, 3. Aufl. Bd. III 1, 1934, Einleitung: Die Aktiengesellschaft im Leben der Wirtschaft, RdNr. 138, 44f. Ritter, Konzernorganisation und Privatautonomie, AcP 183 Heft3 (1983), S. 295, 310, 参照。
- (111) Ritter, op. cit. (注(110)に引用), S. 310.
- (112) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H49.
- (113) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H48.
- (114) Bälz, Einheit und Vielheit im Konzern, in: Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen, FS für Ludwig Raiser, 1974, S. 320-338, なお、下谷政弘『日本の系列と企業グループ』(平五)六二頁、六八頁以下では、外部環境の変化に応じて集権的のものになったり分権的のものになったりするという事象のみられた例として、松下グループの事例があげられてゐる。
- (115) 江頭憲治郎・前掲注(34)一五六頁参照。Druey, op. cit. (注(33)に引用), H48.

- (116) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H37-H38.
- (117) Ritterer, op. cit. (注(11)に引用), S. 310.
- (118) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H50.
- (119) ドイツ以外のヨーロッパ諸国はこのような着想に基づくものであるとされる。Druey, op. cit. (注(33)に引用), H49.
- (120) 森本・前掲注(11)一三三頁。
- (121) 指揮という概念は、このように、単純に介入または不介入についての決定も含むものである。なお、統一的指揮の概念につき、明瞭性が欠けていることおよび規範的文脈によって構成要件は異なるはずであることから、その採用に疑問を呈する見解もある。Druey, op. cit. (注(33)に引用), H45-H47.
- (122) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H54-H55. また、本稿三(3)4も参照。
- (123) 森本教授も、こうした観点から、わが国において契約コンツェルン規制の導入をまったく考慮の外におくことは問題であるとされる。森本・前掲注(11)一三三頁。
- (124) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H55.
- (125) Druey, op. cit. (注(33)に引用), H51, H52.
- (126) ハンス・ゲオルク・ガーターマー「理解の循環について——哲学的解釈学——」『哲学の変貌——現代ドイツ哲学——』(竹市明弘編) (昭五九) 所収一六三頁—一七〇頁。なお、Druey, op. cit. (注(33)に引用), H43も参照。
- (127) Druey, op. cit. (注(33)に引用)。