

---

種 別： 論説

タイトル： 結合企業における悪意判断の法的構造（1）——グループ会社間での情報伝達の法的規律をふまえて——

著 者： 溝渕 将章

所 収： 『上智法学論集』第66巻1-3合併号（令和4年12月）25-71頁

発行元： 上智大学法学会

---

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

---

## 論 説

---

# 結合企業における悪意判断の法的構造 (1) ——グループ会社間での情報伝達の法的規律を ふまえて——

溝渕 将章

---

- 第1章 問題の所在
- 第2章 ドイツ法における議論の展開
  - 第1節 本章における検討対象の確認
  - 第2節 前提となる法的理論の確認
  - 第3節 結合企業間における悪意の効果帰属
    - I 連邦通常裁判所判決における問題の顕在化
    - II 学説における議論の端緒——ボルクおよびドレクスルの見解 (以上本号)
    - III 学説の展開①——従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するか
    - IV 学説の展開②——支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するか
    - V 学説の展開③——役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属
- 第3章 日本法への示唆
- 第4章 結語

## 第1章 問題の所在

### 第1節 本稿の検討対象

民法その他の私法には、当事者の善意悪意（または善意についての過失の有無）によってその当事者の法律関係を決する法規範が数多く存在する。いずれの規範も、悪意（または善意有過失）の当事者を法律上不利に扱うこと

で、私法における当事者間の利害調整の役割を担っている。自然人が当事者となる場合、その善意悪意は、同人の認識状態を直接に判断すればよい。これに対して、法人が当事者となる場合には事情が異なる。観念的存在である法人は、自然人と同一の意味での身体・知能、とくに認識能力を有しない。このため、法人を当事者とする法律関係においてその善意悪意が問題となる場面では、法人に関わる自然人が事実・情報を認識していることをもって、法人を悪意者と法的に評価することが必要になる。従来のが国の判例・学説では、とくに組織内の役員<sup>(1)</sup>・被用者のうち誰を基準にして法人の悪意を決するかという論点を中心に、この問題が議論されてきた<sup>(2)</sup>。

他方で、現在の企業活動においては、有力上場会社の多数がそうであるように、資本参加等によって他社を子会社化し、企業グループを形成して活動する例が極めて多くみられる。親子会社の定義規定(会社法2条3号、4号、会社法施行規則3条各項)や持株会社解禁(平成9年)など、法制度もまたこの現実を追認、後押ししてきた<sup>(3)</sup>。こうした実態のもとでは、ある会社(A

- 
- (1) 本稿において「役員」というときは、特段の断りがない限り、業務執行機関・代表機関の役員(取締役、代表取締役)を指すものとする。
  - (2) 末弘厳太郎「判批」判例民事法昭和12年度版(1938年)425頁以下(以下では、末弘①と表記する)、末弘厳太郎『民法雑記帳』(1940年)78頁以下(以下では、末弘②と表記する)、福地俊雄「法人の不当利得と悪意」谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(3)』(1972年)123頁以下、星野英一「判批」法協91巻4号711頁以下(1974年)、二宮照興「法人の善意又は悪意について」日法58巻1号115頁以下(1992年)、加毛明「法人における事実認識の有無に関する法的判断の構造」神作裕之編『フィデューシャリー・デューティーと利益相反』(2019年)171頁以下。筆者もまた、この問題を扱ったことがある。溝淵将章「民法101条1項と『悪意の帰責』法理(1)(2・完)」阪法63巻1号75頁以下、63巻2号497頁以下(2013年)(以下では、拙稿①(1)(2)と表記する)、溝淵将章「法人における分業的組織構造と『悪意の効果帰属』(1)(2・完)」常業3巻1号163頁以下(2016年)、4巻1号85頁以下(2017年)(以下では、拙稿②(1)(2)と表記する)。
  - (3) 企業結合法制に関するわが国の状況について、森本滋「企業結合」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第2巻企業組織』(1985年)97頁以下、101頁以下、早川勝「企業結合法の現状と課題」法時64巻7号58頁以下(1992年)、高橋英治「会社法における企業結合規制の現状と課題(上)(下)——平成26年改正を踏まえて——」商事2036号16頁以下、2037号36頁以下(2014年)、高橋英治「現代日本における企業結合と企業結合法」商事2075号64頁以下(2015年)。

社) の法律関係に影響する情報が、同一の企業グループに属する他の会社 (B 社) の内部に存在することがある<sup>(4)</sup>。それでは、この場合に、B 社内に情報が存することをもって A 社を悪意者と扱い、その相手方との関係で A 社を不利に扱えるか。

具体例を挙げてみよう。例えば、東京地判昭和 61 年 1 月 28 日 (判時 1229 号 147 頁) は、以下のような事案である。A 保険会社は、本件原告との間で、訴外某を被保険者とする生命保険契約を締結した。同契約締結時、被保険者は、数日前に肺疾病の存在を医師から指摘された事実を告知しなかった。被保険者の死亡後、保険金支払を本件原告から請求された A 社は、告知義務違反の有無を子会社の B 社に調査させた。調査の結果、B 社は、被保険者に告知義務違反があった事実を認識し、それから 15 日後に調査結果を A 社に報告した。同報告により告知義務違反の事実を認識した A 社は、その約 20 日後に本件原告に対して解除の意思表示をした。これに対して本件原告はつぎのように主張し、解除の効果を争った。すなわち、B 社は、A 社の 100 パーセント子会社であり、役員・被用者はすべて A 社の出身者または出向者である。このような「関連共同性」がある場合は、B 社が解除原因を認識した時点をもって A 社が同事実を認識した時点とみるべきである。そうすると、本件では、解除時、A 社が解除原因を認識してから 1 か月の除斥期間が経過しているので、本件解除は無効である、と (商法旧 644 条 2 項、678 条 2 項、現・保険法 28 条 4 項、55 条 4 項、84 条 4 項)。本件事案が、子会社の事実認識をもって親会社を悪意者とできるか (それゆえ、本件原告との関係で親会社を不利に扱えるか) を争点としていることが分かるであろう。

前記事案は、解除権の除斥期間という、保険法上の規律との関係で法人の悪意を問題としたものであるが、同様の問題状況は、民法上の規律との関係でも想定できよう。例えば、A 社は、所有する土地を子会社の B 社に管理させていた。A 社は、同土地を担保責任の免責特約付きで売却した。このと

---

(4) 「社内に情報が存在する」というのは抽象的な表現であるが、本稿ではさしあたり、当該情報を知る役員・被用者が同社内に現にいる、もしくは過去にいたこと、または、当該情報が同社の役員・被用者により取得され、何らかの媒体により記録・保管されていることを指すものとする。

き、同土地の地中には障害物が存在しており、売買契約を担当したA社の役員はその存在を知らなかったが、B社では、当該障害物が被用者によって知られていた。この場合、A社は悪意の売主として、目的物の契約不適合による責任を買主に対して負うか(民法(以下省略)572条)。

本稿は、法人の悪意判断が問題となる一局面として、以上のような場合に、B社内に情報があることをもって<sup>(5)</sup>、A社を悪意者と扱えるかを検討するものである。すなわち、ある行為(例えば、解除権行使や売買契約)との関係でA社の法律関係に影響する情報について、同一の企業グループに属するB社(その役員・被用者)がこれを認識していることに基づき、A社を悪意者と扱えるかということである<sup>(6)</sup>(本稿では、ある株式会社が、他のひとつまたは複数の株式会社を株式保有により子会社化し、企業グループ<sup>(7)</sup>を形成している場合を主として念頭に置く)。

## 第2節 日本法の理論状況

従来の日本法では、本稿が課題とする論点を直接扱った議論はほとんどみあたらない。もっとも、前記昭和61年判決およびこれに対する評釈は、同論点に対して一定の判断を示しており、これを論説の起点にすることが有益

- 
- (5) なお、本稿では、B社の役員・被用者が、A社の法律関係に影響する情報を知らなかったことにつき過失があった(善意有過失であった)状況は、かかる状況を通常想定できないことから、考察の対象から除外する。
- (6) 本文でも述べたように、法人の悪意判断をめぐる民法上の議論は(筆者自身の先行研究を含め)、組織内にいる役員・被用者のうち誰を基準にして法人の悪意を決するかを扱っており、企業グループの関係を念頭に置いていない。他方で、企業結合法制に関する会社法学説は、会社の内部関係(とくに、企業結合のなかで親会社株主や子会社の少数株主をどのように保護するか)を議論の主な対象としている(枚挙にいとまがないが、例えば、森本・前掲注(3)124頁以下、神作裕之「親子会社とグループ経営」江頭憲治郎編『株式会社法大系』(2013年)57頁以下、61頁、70頁以下、92頁以下)。企業結合の対外関係については、法人格否認の法理のなかで扱われることがあるものの、この議論も、会社の悪意判断の問題を対象にしていない。本稿は、従来の議論のこの隙間を埋める試みである。
- (7) 本稿では、「企業グループ」を「株式保有に基づく支配従属関係を基礎にする垂直的結合体」と理解する。この点については、川濱昇「企業結合と法」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法7企業と法』(1998年)87頁以下、111頁。なお、「企業グループ」の多義性については、神作・前掲注(6)61頁以下。

である。

## I 東京地判昭和 61 年 1 月 28 日と同判決に対する学説の評価

前記昭和 61 年判決は、原告主張の関係性があっても、B 社の事実認識を、直ちに A 社の事実認識と同視することはできないとした。この判示の理由として、「両社間に（前記の）密接な関係があるというだけの理由で、それぞれ独立の法人格を有し、社会的に各別の企業活動を営む両者を、法律上同一視することはできない」<sup>(8)</sup>とする（括弧内および傍点・筆者）。

商法・保険法上の学説も、同判旨におおむね賛同しているようである<sup>(9)</sup>。とくに重要なのは、昭和 61 年判決に対する落合誠一の評釈である。落合は、本件のように極めて密接な親子会社関係にある場合でも、それだけで子会社の事実認識を親会社の悪意とするのは妥当ではないと述べ、本判決を支持する。「法人格が別個であれば、それぞれ対等・独立の別個の人格と考えるのが法原則」だからである<sup>(10)</sup>。そのうえで、落合は、特別な事情があれば、人格が異なる者の認識を同一視することが正当化されるとする。そうした事情の例として、①解除権行使の権限が子会社に授与されていることや、②實際上、子会社の調査結果を親会社が直ちに知りうる状況にあることを挙げている<sup>(11)</sup>。

昭和 61 年判決および落合の見解を通じて注目されるのは、いずれも、親子会社（A 社と B 社）を法律上同一の人格と評価できるかという観点から、問題を把握している点である。「法人格が別個であれば、それぞれ対等・独立の別個の人格」であるため、親子会社の関係があるだけでは、B 社の事実認識をもって A 社を悪意者とすることはできない。この場合に A 社を悪意者とするには、A 社と B 社とを法律上同一の人格とみうるのでなければな

---

(8) 判時 1229 号 151 頁。

(9) 例えば、落合誠一「判批」鴻常夫編『別冊ジュリスト 97 号生命保険判例百選（増補版）』（1988 年）234 頁以下、小林量「判批」山下友信・洲崎博史編『別冊ジュリスト 202 号保険法判例百選』（2010 年）132 頁以下、山下友信『保険法（上）』（2018 年）428 頁。

(10) 落合・前掲注 (9) 235 頁。

(11) 落合・前掲注 (9) 235 頁。

らない。落合が掲げる諸事情も、このようにA社とB社とを(解除権行使との関係で)法律上同一視するための要件として理解できよう。

## II 民法学における法人の悪意判断をめぐる理論

翻って、民法上の判例・学説にも、法人の悪意判断をめぐる従来から理論の蓄積がある。民法上の議論は、(ひとつの)法人内の誰の事実認識をもって法人を悪意者とできるかを対象としており、親子会社間の関係を扱ったものではない。しかし、一般法たる民法に議論が存する以上、本稿の問題との関係でもこれに言及することが不可欠である<sup>(12)</sup>。以下では、法人の悪意判断をめぐる民法上の理論を紹介したうえで(一、二)、Iでみた昭和61年判決や商法・保険法学説が、この理論に照らしてどのように位置づけられるかを検討する(三)。

### 一 101条1項・2項の適用または類推

判例・学説は、法人の悪意判断の第1の根拠を101条1項・2項(代理行為の瑕疵)に求めている<sup>(13)</sup>。同項は、代理行為の効力に影響する善意悪意や過失の有無は、本人ではなく代理人を基準にしてこれを決する旨を定める。この規律は、ある法律行為の効力に影響する主観的事情は、当該行為(意思表示)を現にする者を基準に決するという考え方に基づく。代理の場合には、代理行為をするのは代理人であるため(代理人行為説)、同行為に影響する善意悪意も、その代理人を基準に判断するわけである<sup>(14)</sup>。

判例・学説は、以上の考え方は法人の関係でも妥当するとする。これによ

---

(12) 法人の悪意判断に関する理論の詳細は、二宮・前掲注(2)118頁以下。筆者も、別稿にて判例・学説を比較的詳しく紹介・検討したことがある。拙稿②(1)・前掲注(2)165頁以下。本稿では、論説の重複をなるべく避けるため、本稿での問題を扱うのに必要な最低限度の紹介にとどめる。

(13) 本稿で扱う判例および学説の議論は、主に平成29年民法改正前のものであり、改正前民法では、旧101条1項が現行同条1項および2項に、旧同条2項が現行同条3項に対応している。本稿の紹介では、旧1項を現行1項・2項に、旧2項を現行3項に、それぞれ置き換えて記述する。

(14) 例えば、我妻榮『新訂民法総則』(1965年)348頁。

れば、ある法律行為や業務との関係で法人の法律関係が善意悪意により決まる場合には、法人を代理（代表）して当該行為の意思決定をした者を基準に、これを決する（以下の記述では、このような役員・被用者のことを「決定権者」と表記する）。したがって、まず、代表権を有する役員が、法人の悪意判断の基準となる<sup>(15)</sup>。また、代表者が、組織内の被用者や組織外の他人に代理権を授与して法人のために行為させていれば、当該行為との関係では、その代理人が悪意判断の基準となる<sup>(16)</sup>。この考え方によれば、**第1節**で掲げた各事例では、A社の解除権行使を担当し、その意思決定を現実に行う役員や被用者、あるいは、A社の側で売買契約の意思決定を行う者が、それぞれ、解除や売買契約との関係でA社の悪意判断の基準となる。

## 二 101条3項の類推

さらに学説では、決定権者以外の役員・被用者も悪意判断の基準とする見解が、戦前・戦後を通じて有力に提唱されている。代表例として、末弘嚴太郎および星野英一の各見解がある。両説は、101条1項・2項に加えて、同3項を法人の悪意判断の根拠とする。

末弘によれば、101条3項は<sup>(17)</sup>、代理人が善意でも、代理人に法律行為をさせた本人が悪意であれば、代理人の善意から生じる効果を本人に享受させないようにするための規定である。この趣旨によれば、法人の代理人が善意であっても、代理人に指示して行為をさせた者が悪意であれば、代理人の善意の効果を法人に享受させるべきではない<sup>(18)</sup>。そこで、代理人への指図

---

(15) 大判明治44年2月16日民録17輯59頁、最判昭和47年11月21日民集26巻9号1657頁、我妻榮『債権各論下巻一』（1972年）1103頁、四宮和夫『民法総則（第4版補正版）』（1996年）108頁。

(16) 最判昭和47年11月21日民集26巻9号1657頁、末弘①・前掲注(2)426頁、末弘②・前掲注(2)79頁、星野・前掲注(2)713頁、四宮・前掲注(15)109頁。また、我妻・前掲注(15)1103頁は、「会社その他機構の複雑な法人について、代表機関が知らない限り法人として善意だとすることは、甚だ迂遠であって実情に適さない」とし、不当利得の悪意との関係で、被用者の悪意が法人の悪意となりうる可能性を指摘する。

(17) 末弘と星野の見解はいずれも、平成29年改正前101条旧2項のもとで主張されたものである。もっとも、旧2項と改正後3項の間で、規律の内容に大きな違いはないと思われるため、本文では、101条3項と表記して両説を紹介する。

権限を法人の職務規定上与えられており、かつ、現に指図をして行為をさせた役員等が悪意であれば、（代理人が善意でも）法人は悪意者と判断される<sup>(19)</sup>。

また、星野は、101条1項・2項および3項の全体から、意思決定をすることやその内容を決定した者について善意悪意を判断する、という考え方を導出する<sup>(20)</sup>。そして、この考え方を法人にも及ぼす。これによれば、第1に、契約に名前を出ている者だけでなく、当該行為の意思決定に参加した者の悪意は、当然に考慮される。さらに、意思決定に影響する法律上または事実上の状態にあった者が悪意である場合にも、その悪意が考慮される<sup>(21)</sup>。

### 三 東京地判昭和61年判決の位置づけ

以上のように、民法上の判例・学説は101条各項を根拠に、法人の法律行為・業務の意思決定を現に行った、または、その意思決定に影響を及ぼした（及ぼしうる）役員・被用者を、法人の悪意判断の基準とする。こうした101条の基礎には、本人のためにある行為の意思決定をする代理人は、当該行為との関係で本人と等しい法的地位にあるといえるので、その主観的状态も本人のそれと同一に評価できる、との発想があると思われる。法人の場合にも、法人の行為について意思決定をする役員・被用者は、当該行為との関係では、まさに法人と同一に評価できる。このため、当該行為に影響する主観的事情は、この役員・被用者を基準に判断する。

前記昭和61年判決は、このような民法上の理論からの帰結と評価できる。問題の場面で保険会社の悪意判断の基準になるには、解除権行使（の意思決定）を現に担当し、それゆえ、解除権行使との関係で同社と「法律上同一視」できる者であることを要する（解除業務を担当する社内の役員等がこれに該当しよう）。子会社は、保険会社とは「対等・独立の別個の人格」であるから、解除権行使そのものを担当しない限り、解除権行使との関係で保険会

---

(18) 末弘②・前掲注(2) 80頁。

(19) 末弘①・前掲注(2) 427頁、末弘②・前掲注(2) 80頁。

(20) 星野・前掲注(2) 713頁。

(21) 星野・前掲注(2) 713頁。

社と「法律上同一視することはできない」。したがって、保険会社の悪意判断の基準にはならない、というわけである。

### 第3節 比較法的な視点の導入

しかしながら、意思決定権の所在や法人格の同一性を基準とする以上のような悪意判断が、常に妥当な解決をもたらすとは限らないように思われる。同一の企業グループに属する各会社は、法律上の人格を異にするものの、経済的には、グループ単位で一体となって企業活動を営んでいる。こうした経済的一体性<sup>(22)</sup>に照らせば、法人格の範囲に拘泥せず、企業グループまたはそこに属する各会社を対外関係上一体的に扱うことが、法律上も可能であり、かつ求められる場面があるのではないかと。とくに、A社の取引相手としては、A社と経済的に一体をなすB社内に情報があることをもって、法律上もA社が悪意者の扱いを受け、それゆえ自らが保護されると期待することもありえよう。現在の企業活動の実態からは、こうした相手方の期待を必ずしも不当とは断じえない。のみならず、判例・学説の考え方によれば、例えば、会社が、情報を保有する社内の事業部門を分離して子会社化すれば、自らは悪意者の扱いを受けなくなり、結論としても不当である<sup>(23)</sup>。そこで、企業グループの経済的一体性を法律上も尊重し、一方の会社(B社)の事実認識をもって他方(A社)を悪意者と扱うことが、A社の取引相手を保護す

(22) 稲庭恒一「コンツェルンにおける経済的実質と法——いわゆる「単一体説」論争の意義を中心に——」法学54巻6号992頁以下、993頁(1991年)、鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法(第3版)』(1994年)32頁、川濱・前掲注(7)97頁。

(23) このような事態に対しては、子会社の法人格を否認して、子会社と親会社を同一視し、前者の事実認識を後者の悪意とみなす、という解決を模索する方向性もあるかもしれない。しかし、この問題状況は、企業結合の対外関係を扱った法人格否認の法理が従来想定し、検討対象としてきた状況と、相当の隔たりがある。例えば、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』(1980年)176頁以下(とりわけ247頁以下、258頁以下、280頁以下、332頁以下)、早川勝「企業の結合関係と法人格否認の法理」産法21巻1・2号271頁以下(1987年)。また、すぐ後で本稿が検討する解決方法によれば、権利濫用を根拠とする一般法理を用いずとも、問題の解決が可能である(法人格否認法理論の内部でも、同法理の射程の見極めに慎重な態度が求められている。この点については、森本滋「いわゆる『法人格否認の法理』の再検討(2)」論叢89巻4号28頁以下、45頁(1971年)、江頭・前掲書130頁、142頁以下、170頁、416頁以下など)。

るために妥当な場合があると思われる<sup>(24)</sup>。

この問題意識との関係で注目されるのは、ドイツ法の判例・学説である。日本法と同様に、ドイツの私法上も、善意悪意(または善意についての過失の有無)によって当事者の法律関係を決する法規範が数多く存在する。かつ、日本民法101条1項・2項に相当するドイツ民法典(以下ではBGBと表記する)166条1項<sup>(25)</sup>により、法人の善意悪意は、決定権者たる役員・被用者を基準にこれを決するとされている。さらにドイツの判例・学説は、同項の範囲をこえて、決定権者以外の者が事実を認識していることをもって、法人を悪意者と扱うことを広く認めている(詳細は後記第2章第2節1二)。その際に判例・学説が採用しているのが、事実認識者と本人(法人)とが別人格であると意識したうえで、この他人の事実認識に基づいて、悪意者としての法的効果を本人(法人)に引き受けさせる、という発想である。このように「他人の悪意に基づく効果を法人に帰属させる」という視点へと発想を転換すれば、企業グループの場面でも、B社の事実認識に基づいて、A社に悪

---

(24) 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』(1987年)144頁は、「問題は、法律上独立せる会社における法律関係が、その経済的一体性のゆえに、個々の場合においていかなる影響を受けるかにあり、結局各場合における特殊の事情とそれぞれの法規の意味内容および立法の精神とにかなりみて決するほかない」とする。この指摘は、もちろん本稿の扱う問題を念頭に置いたものではないものの、本稿の課題との関係でも重要である。

(25) BGB166条 意思表示の法律上の効果が、意思の欠缺またはある事情を知っていたこともしくは知るべかりしことによって影響を受けるときは、その事実の有無は本人ではなく、代理人について決するものとする。

2項 代理権が法律行為によって授与された場合(任意代理権)において代理人が授権者の一定の指図に従って行為したときは、授権者は、自らが知っていた事情について代理人の不知を援用することができない。知るべかりしことが知っていたことと同一に扱われる場合において、授権者が知るべかりし事情についても同様とする。

本稿におけるドイツ法条文の訳出に際しては以下を参考にした。ただし、本稿と同書とで訳語が一致するとは限らない。BGBにつき、柚木馨『現代外国法典叢書獨逸民法Ⅰ民法總則(復刊版)』(1955年)、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』(1988年)、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(1990年)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』(1995年)、山口和人『基本情報シリーズ②ドイツ民法Ⅱ(債務関係法)』(2015年)、マンフレート・ヴォルフ、マリーナ・ヴェレンホーファー(大場浩之ほか訳)『ドイツ物権法』(2016年)。ドイツ商法典につき、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ商法典(第1編～第4編)』(2016年)、ドイツ株式法につき、慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』(1969年)。

意者としての法的扱いを受けさせうるのではないか。現に、ドイツの判例・学説は、限定的な要件のもとではあるものの、企業グループ内の会社 (B社) の悪意に基づく効果が、同一グループ内の他社 (A社) に帰属すると、認めている。

以上のようなドイツ法の議論、とくにグループ会社の悪意判断に関するそれは、日本法で本稿が扱う問題を検討する際にも、重要な示唆を与えるはずである。そこで、次章ではこのドイツ法の議論に目を転じることによろう<sup>(26)</sup>。

## 第2章 ドイツ法における議論の展開

本章では、ドイツ法における議論を紹介し、検討する。以下では、ドイツ法で議論の対象とされている問題 (第1節)、および、同問題を論じるにあたり前提となる法的理論 (第2節) を、はじめに確認する。そのうえで、同問題をめぐる議論をみていく (第3節)。

### 第1節 本章における検討対象の確認

ドイツ法で議論の対象となっているのは、つぎのような問題状況である。A社とB社は、同一の企業グループ (コンツェルン) に属している。ある法律行為や業務との関係でA社の法律関係に影響する情報が、B社の組織内に存在する。この場合に、当該行為との関係でA社を悪意者と扱えるか。以上の問題状況は、さらに3つの類型に分けられる<sup>(27)</sup>。第1に、子会社の

---

(26) わが国では従来、法人の悪意判断、および、企業結合法制のあり方をめぐる理論の双方が、その多くをドイツ法との比較研究を通じて形成されてきた経緯がある。この点からも、本稿が扱う問題にとって、ドイツ法は、比較研究の素材として適していると思われる。

(27) Aktiengesetz : Großkommentar, Bd.4/ 1, 5.Aufl., 2015, § 78, Rn.44 (Habersack/Foerster) [im Folgenden zit. Großkomm AktG/ Bearbeiter, Band, Aufl., Jahr]; Jan Schürnbrand, Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelfunktionen, ZHR 181, 357, 358 (2017); Münchener Kommentar zum AktG, Bd.2, 5.Aufl., 2019, § 78, Rn.103 (Spindler).

組織内に情報があることに基づいて、親会社を悪意者と扱えるかという問題である。ドイツの学説では、例えば、以下のような事例が挙げられている。

事例① コンツェルンの親会社が、その所有する事業用地を子会社に使用させていた。同土地の土壌は有害物質で汚染されており、子会社の役員はこの事実を知っていたものの、親会社にこれを報告しなかった。その後、親会社は(決定権者が土壌汚染の事実を知らないまま)同土地を第三者に売却した。買主は、売主(親会社)が売買目的物の瑕疵(土壌汚染)について悪意だったとして、親会社に損害賠償を請求できるか<sup>(28)</sup>。

第2に、親会社の組織内に情報があることに基づいて、子会社を悪意者と扱えるかという問題である。例えば、つぎのような事例がある。

---

(28) *Josef Drexl, Wissenszurechnung im Konzern*, ZHR 161, 491, 494 (1997) [im Folgenden zit. *Drexl, Wissenszurechnung*]. 日本法においても、例えば売主と買主の間で売主の担保責任を免除する特約があった場合などには、同様の事柄が問題となる(第1章第1節を参照)。

なお、本文の事例①は、前記ドレクスル論文の公表当時(1997年)のBGB旧463条を念頭に置いて設定されており、同条の規律は2002年の債務法改正により大幅に修正されている。しかし、債務法改正後のBGBにおいても、売買目的物の瑕疵に基づく責任追及の可否を、当該瑕疵に関する売主の善意悪意により決する規律は複数ある(例えば、BGB442条1項、444条)。このため、現行のBGBにおいても、瑕疵についての売主の善意悪意を問題とすることの意義は失われない。

(前記引用の条文を参考までに掲げておく)

BGB旧463条(2002年債務法改正前) 売買の目的物が売買の当時において保証された性質を欠いているときは、買主は解除または減額に代えて不履行に基づく損害賠償を請求することができる。売主が、瑕疵を悪意により告げなかったときも同様とする。

BGB442条1項 買主が契約締結時に瑕疵を知っていたときは、瑕疵を理由とする買主の権利は成立しない。買主が重過失により瑕疵を知らなかった場合は、売主がその瑕疵を悪意で告げなかった、または物の性質について保証を引き受けたときに限り、買主はその瑕疵を理由とする権利を行使することができる。

(以下、省略)

BGB444条 売主が瑕疵を悪意で告げなかったとき、または物の性質について保証を引き受けたときは、売主は、瑕疵を理由とする買主の権利を排除または制限する合意を援用することができない。

事例② コンツェルンの子会社が、自社で雇用している被用者を一定の期間、親会社での業務に従事させていた。親会社の役員は、即時解約告知ができる重大事由 (BGB626 条 1 項) が同被用者に生じたことを知ったものの、これを子会社に報告しなかった。同被用者が子会社に復帰した後に、子会社は当該事由の存在を知り、解約告知をした。同被用者は、親会社の役員が当該事由を知った時から起算すればすでに 2 週間が経過していることを理由に (同条 2 項)、解約告知の無効を主張できるか<sup>(29)</sup>。

以上の類型のほか、第 3 に、姉妹会社の組織内に情報があることに基づいて、他の姉妹会社を悪意者と扱えるかという問題がある。ただし、ドイツ法の議論で重点が置かれているのは、第 1 および第 2 の問題類型であるため、本稿では、もっぱらこの 2 つの状況に焦点を絞ってドイツ法の紹介・検討を進める (以下では、親会社・子会社ともに株式会社である場面を念頭に置く)。

## 第 2 節 前提となる法的理論の確認

以上の論点をめぐる議論を紹介するには、その前提として、つぎの 2 つの理論を説明しておかなければならない。第 1 に、法人、とくに (ひとつの) 会社の悪意を、そもそもどのようにして法律上判断するのかという問題であ

---

(29) *Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.494f.* 以下の条文が示すように、重大事由に基づく即時解約告知は、当該事由を雇用者 (子会社) が知ってから 2 週間以内にこれを行うことを要する。事例②では、親会社役員が当該事由を知ったことに基づいて、子会社を (その時点で) 悪意者と評価し、その時から 2 週間が経過したとして、解約告知権の消滅を認めうるかが問題となる。これは、第 1 章第 1 節で挙げた昭和 61 年判決と同種の争点といえる。

BGB626 条 個別事案における一切の事情を考慮し、かつ、契約当事者双方の利益を衡量して、解約告知期間の経過するまで、または、雇用関係の合意による終了まで雇用関係を継続させることを解約告知者に期待できない原因となる事実が存在するときは、各契約当事者は、重大な事由に基づき、解約告知期間を遵守することなく雇用関係の解約告知をすることができる。

2 項 解約告知は、2 週間以内に限りこれを行うことができる。この期間は、解約告知権者が解約告知について重要となる事実を知った時から起算する。解約告知者は、請求があるときは、遅滞なく書面により解約告知事由を相手方に通知することを要する。

る。法人は、自然人と同一の意味での認識能力を有しないため、法人の善意悪意が問題となる場面では、法人に関わる自然人(役員・被用者)が事実・情報を認識していることをもって、法人を悪意者と評価する。こうした事情は日本法と同様であるが、この問題が、「役員・被用者の事実認識をもって、悪意者としての不利な効果を法人に引き受けさせる」という観点から議論されている点に、ドイツ法の特徴がある(以下の記述では、このことを、ドイツ法上の表現に従い、「悪意の効果帰属(Wissenszurechnung)」という)。まずは、法人の悪意判断に関するこの基本的な理論を説明しておく。

さらに、本章での紹介内容を先取りすれば、ドイツの判例・学説は、悪意の効果帰属に関するこの基本的理論を、親子会社間にも転用できるかという観点から、前記問題(第1節)を考察している<sup>(30)</sup>。そして、その転用に際しては、親子会社に特有の諸事情を考慮することが、とくに強調されている。したがって、前記問題に関するドイツ法の理論を説明する前提として、第2に、企業グループ(コンツェルン)に関する法的規律(とくに親子会社間の法律関係)を確認しておくことが、必要となる。本節では、この第1、第2の点を順に説明する。

## I 代理関係および法人における悪意判断の法的構造

### 一 BGB166条1項の規律と悪意の効果帰属

ドイツ法上、法人の悪意判断の第1の根拠とされるのは、BGB166条1項およびその解釈論である<sup>(31)</sup>。同項は日本民法101条1項・2項に相当する条文であり、代理の場合に本人側の善意悪意が問題になるときは、本人ではなく代理人をその判断基準とする旨を定める。同項によれば、ある代理行為との関係で代理人が悪意であれば、本人は、自らが善意(無過失)であっても、当該行為との関係で、悪意者としての不利な法的効果、法的扱いを受け

---

(30) MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.103.

(31) BGB166条1項をめぐるドイツの判例・学説の詳細は、拙稿①(1)・前掲注(2)83頁以下、拙稿①(2)・前掲注(2)497頁以下。以下の記述も、そこでの検討結果に依拠している。

る。このため、同項は、本人・代理人間での悪意の効果帰属を定めた条文と位置づけられる<sup>(32)</sup>。代理人の悪意の効果をも本人に引き受けさせる正当化根拠については、説明の細部で意見の対立があるものの、学説は、悪意の効果帰属を分業利益の代償と理解する点ではほぼ一致している。本人は、代理人の活動から分業利益を享受する以上、代理人の主観的態様に起因する不利益な結果もまた引き受けなければならないとされる<sup>(33)</sup>。

さらに、以上の正当化根拠は、法律行為の代理人以外の補助者にも妥当することがある。例えば、法律行為について意思決定以外の事務処理（契約交渉など）を本人から委託された者や、事実行為の代行者などである。このため、判例・学説は、代理人以外でも、「一定の案件を自己の責任で処理するよう本人に委託された者が、事務処理の範囲で事実を知ったとき」には、当該事務との関係で本人を悪意者と扱う（BGB166条1項の類推）<sup>(34)</sup>。

BGB166条1項に関する以上の規律は、法人の役員・被用者が、法人のためにその法律行為・業務を行う場面でも妥当する。これによれば、ある法律行為・業務との関係で法人の善意悪意が問題となる場合は、当該業務を意思決定その他の方法で担当する役員・被用者が悪意であれば法人は悪意者と、善意であれば法人は善意者と、それぞれ判断される（BGB166条1項の適用または類推）<sup>(35)</sup>。

---

(32) Reinhard Richardi, Die Wissensvertretung, AcP 169, 385, 397 (1969); Jörg Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12.Aufl., 2020, § 49, Rn.77.

(33) Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2021, § 166, Rn. 1 (Schubert); Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2019, § 166, Rn.5 (Schilken); Neuner, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn.77.

(34) Soergel Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2 Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, § 166, Rn.6 (Leptien); Gerd Nobbe, Die Wissenszurechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 140ff.; MüKoBGB/Schubert, a. a. O. (Fn. 33), § 166, Rn. 19ff., Rn. 28; Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.4; Neuner, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn.77.

(35) Thomas Gasteyer/Christof-Ulrich Goldschmidt, Wissenszurechnung bei juristischer Personen und im Konzern, AG 2016, 116, 119; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.7; Staudinger/Schilken, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.3. ただし、取締役などの機関の悪意については、法人の不法行為を定めた BGB31 条を根拠にその悪意が法人に効果帰属するとみる見解も有力である。Soergel/Leptien, a. a. O. (Fn. 34), § 166, Rn. 5; Großkomm

## 二 情報伝達確保の期待可能性に基づく悪意の効果帰属

それでは、当該行為の決定権者(または、これに匹敵する権限を有する者)以外の者が悪意の場合に、法人は悪意者と扱われるか。この論点については、とくに1990年代以降のドイツで、活発な議論が展開されている<sup>(36)</sup>。例えば、つぎのような状況が問題となる。A会社が、自己の事業用地を他社に売却した。この事業用地の土壤は汚染されていた(本件瑕疵)ものの、売買契約の交渉や締結を担当した役員B(決定権者)はこの事実を知らなかった。しかし、Aの社内には、当該事業用地をこれまで利用し、このため本件瑕疵を知っていた被用者C(情報取得者)が、Bとは別の部門にいた。このとき、A社は、Cの事実認識をもって、当該売買契約との関係で悪意の売主とされるか。

この場合において、瑕疵の情報を取得・保有しているCは、当該契約には直接にも間接にも関与しておらず、前記の規律(一)をCに適用できない<sup>(37)</sup>。また、当該契約を担当したBは瑕疵について善意である。したがって、前記規律によれば、CからBへの情報伝達によってBが当該事実を認識しない限り、Aは善意の売主とされそうである。しかし、ドイツにおける現在の判例・通説は、このような結論に否定的である。むしろ、一定の要件のもとで、Cのような非担当者の悪意に基づいて法人を悪意者とすることを、明文(BGB166条1項)をこえた継続的法形成として認めている<sup>(38)</sup>。

## 1 自然人との均衡、および、情報不伝達のリスク負担

こうした考え方を支える論拠を、ドイツの判例・学説は、つぎのように説明している。第1に、法人が多数の役員・被用者を擁して分業活動をする場

---

AktG/Habersack/Foerster, Bd.4/1, 5.Aufl., 2015, § 78, Rn.38; Koch, Aktiengesetz, 16.Aufl., 2022, § 78, Rn.24.

(36) この論点をめぐるドイツの判例・学説の詳細は、拙稿②(1)・前掲注(2)216頁以下、拙稿②(2)・前掲注(2)85頁以下。以下の記述も、そこでの検討結果に依拠している。

(37) Nobbe, a.a.O. (Fn.34), S.152; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.62.

(38) この点については、とくに、Gerald Spindler, Wissenszurechnung in der GmbH, der AG, und im Konzern, ZHR 181, 311, 314ff. (2017).

合と、自然人が自ら直接に行為する場合との均衡である。自然人は、自己のある業務で情報を取得した場合、後の他の業務との関係でも（その情報を行為時いまだ記憶している限りは）当然に悪意者となる<sup>(39)</sup>。これに対して、法人Aが、複数の業務を別個の被用者（または役員）に分担させる場合、被用者Cが、自己の所管外の業務に影響する情報を取得しても、その決定権者Bへの情報伝達がない限り、Bは善意にとどまる。このように、ある業務に影響する情報を取得した者（C）と、その業務の決定権者（B）とが組織内で分かれているのは、法人が分業をして、複数の業務を異なる者に分担させた結果である<sup>(40)</sup>。ここで決定権者の善意により法人を善意者と扱うと、分業の結果生じたこの分離により、法人は悪意者としての法的扱いを受けなくなり、双方の業務を自然人自らがする前記の場合と比較して不均衡が生じる。業務を役員・被用者に分担させることで分業利益を享受している法人に、分離の結果生じるこの有利な扱いまで受けさせるべきではない<sup>(41)</sup>。そこで、情報取得者（C）の悪意に基づいて、法人を悪意者と判断する余地を認めるべきである。

第2に、決定権者への情報不伝達のリスクは、法人が負担すべきだとする発想である。前記の場面でCからBへの情報伝達がないとき、善意のBは、当該情報に基づく行動を法人（A）のためにとることができない。ここで、Cの悪意をAに効果帰属させると、当該情報に基づく行動を自己の側ではとれなかったにもかかわらず、Aは、悪意者としての法的扱いを受けてしまう（以下では、このことを「情報不伝達のリスク」と表現する）<sup>(42)</sup>。しかし、

(39) 例えば、自然人は、自己所有の土地を利用するなかで土壤汚染を知った場合、後にこの土地について自らが締結する売買契約との関係でも、当然に悪意者となる。*Dieter Medicus*, Anmerkung zu BGH, 2.2.1996, WuB IV A. § 166 BGB 1.96, S.726.

(40) MüKoBGB/*Schubert*, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.11.

(41) *Soergel/Leptien*, a.a.O. (Fn.34), § 166, Rn.9; *Nobbe*, a.a.O. (Fn.34), S.153; *Hans Christoph Grigoleit*, Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, ZHR 181, 160, 189f. (2017); MüKoBGB/*Schubert*, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.11, Rn.63; *Neuner*, a.a.O. (Fn.32), § 49, Rn. 79ff.

(42) 例えば、前記事例では、瑕疵を知らないBは、瑕疵に基づく賠償責任を避けるための行動（瑕疵の存在を買主に告げることや、当該契約の締結を差し控えることなど）をAのためにとることができない。Cの悪意によりAを悪意者とする、こうした情報に基

情報取得者から決定権者への情報の不伝達は、この両者が組織内で分かれていたために生じたことであり、かつ、この分離は、分業体制を組織内に敷くことで法人が作出した結果である。また、法人には、自己の組織内に情報伝達体制を設けることで決定権者への適時の情報伝達を確保しておくことが、通常期待できる。このように、組織内での情報不伝達から生じるリスクは、その原因を作出し、かつ、適切な組織編成によりこれを支配できる法人が、まず負担すべきである<sup>(43)</sup>。

## 2 効果帰属要件としての情報伝達確保の期待可能性

他方で、例えば、法人の守秘義務や情報保護法上の要請などから他部門への情報伝達が法律上禁止されるときのように<sup>(44)</sup>、具体的な状況下で決定権者への情報伝達の確保を、法人に期待できない場面もある。このような場面まで、組織内での情報不伝達のリスクを法人に負わせることは、不当である。そこで、情報不伝達のリスクを法人に負担させ、悪意の効果帰属を認めるとしても、それは、決定権者への情報伝達確保を法人に期待できた場面に限られるとする見解が、まず学説で有力となった。情報伝達の確保が期待可能かどうかは、当該法人にとって「正常な情報伝達体制」のもとで、同情報が行為時まで決定権者に伝達されたかどうかにより判断される<sup>(45)</sup>。この判断にあたっては、前記のような①情報伝達の法的許容性のほか、②当該情報の重要性<sup>(46)</sup>、③情報の記録・管理を法人に期待できる期間<sup>(47)</sup>などが総合

---

づく適切な行動をとれなかったにもかかわらず、悪意の売主としての不利な法的効果をAに受けさせる結果になる。

(43) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; Dieter Medicus, Probleme der Wissenszurechnung, Karlsruher Forum 1994, VersR Sonderheft, S.11; Nobbe, a.a.O. (Fn.34), S.134; Drexl, Wissenszurechnung, a. a.O. (Fn.28), S.505; ders., Wissenszurechnung im unabhängigen und Konzernunternehmen – Zivil-, gesellschafts- und bankrechtliche Überlegungen in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte – Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S.98 [im Folgenden zit. Drexl, Bankrechtstag]; Schürnbrand, a.a.O. (Fn.27), S.364.

(44) Gasteyer/Goldschmidt, a. a. O. (Fn. 35), S. 122; Spindler, a. a. O. (Fn. 38), S. 321f.; MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.98; MüKoBGB/ Schubert, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.73ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 78, Rn.28.

(45) Spindler, a.a.O. (Fn.38), S.320; MüKoAktG/ Spindler, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.97f.

考慮される。このような発想は、1990年代後半に連邦通常裁判所にも採用され<sup>(48)</sup>、現在の判例法理となっている(以下の記述では、この判例・学説のことを、「情報伝達上の組織編成義務」法理と表現する)<sup>(49)</sup>。

## II ドイツにおけるコンツェルン法の概要

つぎに、企業グループ(コンツェルン)に関するドイツ法の規律・議論を確認する。ドイツ株式法(以下、株式法と表記する)には、企業グループに関する定義や、各グループ会社間の法律関係を定めた比較的詳細な規定が存在し、個々の規定の解釈に関する議論も活発である。これら議論の内容を網羅的かつ詳細に紹介することは、筆者の能力および本稿の目的をこえる。本稿では、悪意判断をめぐる議論の説明に必要な範囲で、基本的な定義や、各会社間の法律関係を概観するにとどめる(II一、二)<sup>(50)</sup>。

(46) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn.35), S.121.

(47) *Gasteyer/Goldschmidt*, a. a. O. (Fn. 35), S. 122; *Spindler*, a. a. O. (Fn. 38), S. 322f.; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn.27), § 78, Rn.98; *MüKoBGB/ Schubert*, a.a.O. (Fn.33), § 166, Rn.77.

(48) BGH, 2.2.1996, BGHZ 132, 30; BGH, 15.4.1997, BGHZ 135, 202; BGH 12.11.1998, BGHZ 140, 54; BGH, 13.10.2000, NJW 2001, 359.

(49) 以上の考え方によれば、法人は、情報不伝達のリスクを回避するために、「正常な情報伝達体制」を組織内に設けておくことを間接的に強いられるようになる。「正常な情報伝達体制」を設置していなかったために決定権者に情報が伝達されなかった場合、法人は、当該情報に基づく行動を自己の側ではとれなかったにもかかわらず、悪意者としての法的扱いを受ける、つまり、情報不伝達のリスクを引き受けることになるからである。

(50) この点に関するドイツ法の紹介・検討をした邦文の先行研究は、極めて多い(以下では、本稿本節において筆者が参考にしたもののみを列挙する)。例えば、前田重行「ドイツ株式法におけるコンツェルンの規整」法協 84 巻 12 号 1661 頁以下(1967年)、早川勝「事実上のコンツェルンにおける指揮力と責任」下関商経論集 16 巻 3 号 137 頁以下(1973年)、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 28 巻 3 号 259 頁以下(1978年)、青木英夫「事実上の取締役とコンツェルン関係——コンツェルン関係における大株主の責任(5)——」独協 28 号 1 頁以下、6 頁以下(1989年)、青木英夫「事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮の限界——商法 294 条一 2 のコンツェルン法的構成を目指して(1)(2・完)——コンツェルン関係における大株主の責任(6)——」独協 29 号 1 頁以下、4 頁以下(1989年)、30 号 1 頁以下(1990年)、川濱・前掲注(7) 101 頁以下、高橋英治「ドイツの企業結合法の問題」ジュリ 1104 号 49 頁以下(1997年)、高橋英治『従属会社における少数派株主の保護』(1998年) 5 頁以下、高橋英治『ドイツ会社法概説』(2012年) 393 頁以下、ヴェルンハルト・

また、第3節で詳説するように、現在のドイツの通説は、親子会社の関係に「情報伝達上の組織編成義務」法理を適用し、その一方の悪意を他方に効果帰属させうるかを、争点のひとつとしている。これによれば、一方の認識している情報が、親子会社間における「正常な情報伝達体制」のもとで他方の執行機関や決定権者に伝達されえたのであれば、同情報についての前者の事実認識に基づき、後者は悪意者となる。この議論との関係では、親子会社の一方が他方から情報提供を受けることが法的にどの程度保障されているかが、関連論点として問題となる。このため、グループ会社間における情報提供をめぐる規律・議論を、ここであわせて確認しておく(Ⅲ)。

## 一 基本的事項の定義

### 1 従属関係

本稿の主題との関係でまず重要なのが、企業間における従属関係の概念である。企業A社が、法律上独立した他の企業B社に対して、直接または間接の「支配的影響力」を有する場合、B社は、A社に対して従属関係にある。この場合のA社を「支配企業」と、B社を「従属企業」という(株式法17条1項)<sup>(51)</sup>。ある企業(支配企業)が他社(従属企業)に対して支配的影響力を有する原因として、大きく分けて2つのものがある。第1に、両者の間で、後者が前者の支配に服する旨の企業契約(支配契約)が結ばれている場合である<sup>(52)</sup>。この契約に基づき、支配企業は従属企業に対する指図権を取得し、従属企業はその指図に従う義務を負う(株式法308条1項)<sup>(53)</sup>。第

---

メーシェル(小川浩三訳)『ドイツ株式法』(2011年)133頁以下。

(51) 株式法17条 従属企業とは、法律上独立した企業であって、これに対して他の企業(支配企業)が直接または間接に支配的影響力を行使することのできるものをいう。

2項 多数参与下にある企業については、多数参与企業に従属しているものと推定する。

(52) Emmerich/Habersack (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9.Aufl., 2019, AktG § 17, Rn.14, Rn.22f. (Emmerich) [im Folgenden zit. Emmerich/Habersack/Bearbeiter]; K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz: Kommentar, 4.Aufl., 2020, § 17, Rn.42 (J. Vetter); Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.12.

(53) 株式法308条 支配契約が存するときは、支配企業は、会社の取締役に対して、会社

2に、多数参与に基づく影響力である<sup>(54)</sup>。株式法上、過半数持分を有する株主は、総会決議により(自らの意向に沿う)監査役を選任でき、かつ、監査役は、取締役の選任権限を有する(株式法101条1項、84条)。このため、多数株主は、人事を介して取締役に対する事実上の影響力を有する<sup>(55)</sup>。典型的には、A社がB社の株式(議決権)の過半数を保有するために、B社の取締役が、自らが後に再任されないことへの危惧から、A社の指示や意向に事実上従う場合である(なお、株式法17条2項は、多数参与下にある会社は、多数参与企業に対して従属するものと推定している)。

以上の原因に基づき、A社が、B社における企業上の中心事項の決定に恒常的に影響を及ぼしうる場合に、株式法17条1項の従属関係が認められる。A社がこの影響力を現実に行使していなくてもよい<sup>(56)</sup>。

## 2 コンツェルンの形成

支配企業が、法律上独立したひとつまたは複数の従属企業を自己の「統一的指揮のもとに統合」している場合には、両者の間にコンツェルンが形成されたものとされる(株式法18条1項)<sup>(57)</sup>。この場合の各社を「コンツェル

---

の指揮に関して指図を与えることができる。契約で別段の定めがないときは、会社にとって不利益な指図であっても、これが支配企業、または、支配企業および会社とコンツェルンで結合された企業の利益に資するときは、これを与えることができる。

2項 取締役は、支配企業の指図に従う義務を負う。取締役は、その指図が自らの見解によれば支配企業、または、支配企業および会社とコンツェルンで結合された企業の利益に資することがないと考えることを理由にして、指図の遵守を拒否することはできない。ただし、指図が、かかる利益に資するものでないことが明白であるときは、この限りでない。

(以下省略)

(54) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.14, Rn.17; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.9ff.

(55) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.6ff.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 17, Rn.6.

(56) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 17, Rn.8; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 17, Rn.4, Rn.6.

(57) なお、従属関係にない複数の企業のうち、一方が他方の「統一的指揮のもとで統合」されている場合にも、コンツェルンは成立する(18条2項)。この場合のコンツェルンを「水平コンツェルン」と呼び、1項が定める「垂直コンツェルン」と区別される

ン企業」という。「統一的指揮」の意味については学説上争いがあるものの、通説はこれを、人事、財政、生産など企業活動上の重要事項のいずれかについて、支配企業が統一的な計画の策定、その実現に向けた組織編成、コンツェルン企業間での調整、監督などを実行していることとする<sup>(58)</sup>。

企業間の支配契約に基づいて従属関係が存する場合には、支配企業は従属企業を統一的指揮のもとに統合しているものと、すなわちコンツェルンが形成されているものとみなされる(株式法18条1項)。この場合のコンツェルンを「契約コンツェルン」と呼ぶ。それ以外のかたちで、とくに多数参与を背景にして統一的指揮が実行されている場合のことを、「事実的コンツェルン(または事実上のコンツェルン)」と呼ぶ。例えば、B社株式の過半数を保有するA社が、多数参与に基づくB社への支配的影響力(17条1項)を現実に行使し、B社に対して統一的指揮を実行する場合が、事実的コンツェルンの例である(なお、株式法18条1項は、支配契約がない場合でも、企業間に従属関係が存するときには、統一的指揮の実行を推定している)。

以上のような、2つ以上の法律上独立した企業であって、①支配企業と従属企業の関係にあるもの、②コンツェルン企業、および、③多数参与企業と多数参与下にある企業の関係にあるものなどを包摂して、「結合企業」という(株式法15条)<sup>(59)</sup>。本章の以下の記述ではこれらの表現を用いて、企業

---

(Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 18, Rn.1ff., Rn.25ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 18, Rn.2)。本稿では、もっぱら、垂直コンツェルンのみを念頭に置いて説明をする。

株式法18条 支配企業およびひとつまたは複数の従属企業が、支配企業の統一的指揮のもとで統合されている場合、これら企業はコンツェルンを形成するものとする。この場合の個別の企業を、コンツェルン企業とする。支配契約(291条)の存する企業、または、そのうちの一方が他方に編入されている企業(319条)は、統一的指揮のもとで統合されているものとみなす。従属企業については、支配企業とコンツェルンを形成しているものと推定する。

2項 法律上独立した企業が、一方が他方に従属することなく、統一的指揮のもとで統合されているときは、これら企業もコンツェルンを形成するものとする。この場合の個別の企業を、コンツェルン企業とする。

(58) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 18, Rn.11ff.; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 18, Rn.11; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 18, Rn.9f.

(59) 株式法15条 結合企業とは、法律上独立した企業であって、多数の参与下にある企業と多数をもって参与する企業(16条)、従属企業と支配企業(17条)、コンツェルン企業

グループを「コンツェルン」と、同一コンツェルンに属する会社のことを「結合企業」または「コンツェルン企業」と、そして、結合企業のうち親会社を「支配会社」と、子会社を「従属会社」とそれぞれ表記する。

## 二 結合企業（コンツェルン企業）間の法律関係

つぎに、支配会社と従属会社が、それぞれ互いに対してどのような権利を有し、義務を負うかを確認する。結合企業間の権利義務の内容は、企業間に支配契約があるときとないときとで大きく異なるため、以下では項を分けてそれぞれを説明する。

### 1 支配契約が存する場合の支配会社と従属会社の法律関係

契約コンツェルンの支配会社は、統一的指揮を実行する手段として、従属会社に対する指図権を有する（株式法 308 条 1 項）。この指図は、支配会社の法定代理人（取締役）が、従属会社の指揮（株式法 76 条）<sup>(60)</sup>に関する事項について、同社の取締役に対して行う<sup>(61)</sup>。支配会社の指図を受けた従属会社取締役は、この指図に従う義務（服従義務）を負う。この服従義務は、当該指図が従属会社の利益に反するときであっても、原則として生じる。取締役が服従義務を免れるのは、①支配契約にその旨の特別な定めがあるとき、または、②当該指図が、支配会社、および他のコンツェルン企業のいずれの利益にもならないことが明白であるときに限られる（株式法 308 条 1 項、2 項）<sup>(62)</sup>。このように、契約コンツェルンの支配会社は、統一的指揮のために強力な権利を付与されており、指揮の実行を法律上保障されている。

他方で、支配会社の法定代理人は、指図権行使に伴い、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いる義務を、従属会社に対して負う。この義務の違

---

(18 条)、相互に参与する企業 (19 条)、または、企業契約の当事者 (291 条、292 条) の関係にあるものをいう。

(60) 株式法 76 条 1 項 取締役は、自己の責任のもとで会社を指揮することを要する。  
(以下省略)

(61) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 308, Rn.11, Rn.17ff., Rn.21.

(62) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 308, Rn.52ff.

反があった場合、支配会社の法定代理人は、義務違反により生じた損害を、従属会社に賠償する責任を負う(株式法309条)<sup>(63)</sup>。指図権が行使される場合、従属会社の指揮を實質上担うのは支配会社であるから、それに見合う責任を支配会社に負わせる趣旨である<sup>(64)</sup>。

## 2 支配契約が存しない場合の支配会社と従属会社の法律関係

支配会社・従属会社間に支配契約がない場合の法律関係については、株式法311条以下が規律している。企業間に従属関係が存するものの統一的指揮が実行されていないとき、および、形成されているのが事実的コンツェルンのときが、ここでの規律対象となる(以下では、一括して事実的コンツェルンと表記する)。株式法311条は、以下のように定める。

株式法311条 支配契約が存しないときは、支配企業は、従属する株式会社または株式合資会社に対し、その不利益となる法律行為をし、または、その不利益となる措置を行いもしくは行わないことを誘発するために、自己の影響力を用いてはならない。ただし、その不利益が補償される場合は、この限りでない。

2項 営業年度の間に前項の補償が現実にされないときは、当該不利益がいつ、どのような利益によって補償されるかを、遅くとも、従属会社に不利益が生じた営業年度の末に決定することを要する。補償のための利益に対して、従属会社に法律上の請求権を与えることを要する。

(以下省略)

---

(63) 株式法309条 支配契約が存するときは、支配企業の法定代理人(個別商人の場合はその保有者)は、会社に指図を与える際には、会社に対して、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いることを要する。

2項 法定代理人がその義務に違反した場合は、これによって生じた損害を連帯して賠償する責任を負う。通常、かつ誠実な業務執行者の注意が用いられたかどうかにつき争いがある場合は、法定代理人が立証の責任を負う。

(以下省略)

なお、支配会社自体の責任は条文上明記されていないものの、当然に生じるものと解されている。Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 309, Rn.20f.

(64) Emmerich/Habersack/Emmerich, AktG § 309, Rn.4.

同条は、支配会社が自社またはコンツェルンの利益を追求するために、その支配的影響力に基づき、従属会社に対し一定の行為・措置を誘発 (Veranlassen) <sup>(65)</sup> してもよいことを、前提とする (例えば、支配会社 A 社が、多数参与に基づく影響力を背景に、何らかの措置を行うよう従属会社 B 社に指示、助言、推奨、または意見表明などをする場合である)。このように、支配契約のないときであっても、支配会社から従属会社に対する事実上の指揮を容認する点に、本条の意義がある <sup>(66)</sup>。他方で、本条は、従属会社 (その少数株主および会社債権者) を保護するため、誘発に一定の制限を設けている <sup>(67)</sup>。すなわち、誘発は、①当該措置が従属会社の不利益にならないとき、または、②従属会社の不利益になる場合であって、当該の不利益が支配会社によって補償されるとき (1 項)、もしくはその補償が確約されるとき (2 項) にのみ許される。以上の要件を充たさない誘発によって従属会社に損害が生じた場合、支配会社およびその法定代理人、ならびに同誘発に従った従属会社取締役は、従属会社に対して賠償責任を負う (株式法 317 条、318 条) <sup>(68)</sup>。

---

(65) 先行のドイツ法研究では、*veranlassen* を「仕向ける」と訳する例が多いが (例えば、慶應義塾大学商法研究会訳・前掲注 (25) 482 頁)、本稿では、さしあたり「誘発」という訳語を用いる。

(66) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.2; Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.11, Rn.14.

(67) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.1, Rn.4; Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.6f.

(68) Emmerich/Habersack/*Habersack*, AktG § 311, Rn.5.

株式法 317 条 支配企業が、支配契約のない従属会社に対して、その不利益となる法律行為をし、または、その不利益となる措置を行いもしくは行わないことを誘発した場合において、この不利益を営業年度の末までに現実に補償せず、かつ、補償のための利益に対する法律上の請求権を従属会社に与えなかったときは、支配企業は、会社に対して、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。株主が、会社の損害により生じたものとは別に損害を受けた場合は、支配企業は、株主に対しても損害賠償の義務を負う。

2 項 前項の賠償義務は、従属関係にない会社の通常の、かつ誠実な業務執行者であっても、当該の法律行為をし、または、措置を行いもしくは行わなかったであろうときは、生じない。

3 項 会社に対して当該の法律行為または措置を誘発した法定代理人は、支配企業と

契約コンツェルンのとくと異なり、支配会社の誘発に従うべき従属会社の義務は、株式法311条以下から導かれない<sup>(69)</sup>。したがって適法な誘発があったときでも、これに従うかどうかは、従属会社取締役が自己の責任および裁量により決定する(株式法76条)(前記事例で、B社取締役は、A社への協力的姿勢や後の人事への懸念からA社の誘発に事実上従うことがあるとしても、この誘発に従うべき法律上の義務は負わない)。

以上のように事実上のコンツェルンでは、支配会社は、株式法311条の要件のもとで事実上の指揮(誘発)をすることを許されるものの、従属会社を誘発に従わせる法律上の権利を有しない。また、従属会社(取締役)は、株式法311条の要件のもとで誘発に従うことを許されるものの、誘発に従うべき法律上の義務を負わない<sup>(70)</sup>。こうした規律は、従属会社の自治・独立性を尊重しつつコンツェルンを運営する、いわゆる分権的コンツェルンを定めるものとして、法政策的観点からの評価を受けている<sup>(71)</sup>。

### Ⅲ 結合企業(コンツェルン企業)間における情報提供の規律

つぎに、結合企業間での情報提供に関わるドイツ法の規律をみていく。ドイツの学説は、①従属会社が、社内の情報を支配会社に提供する義務を負う

---

連帯して責任を負う。

(以下省略)

株式法318条1項 会社の取締役会構成員は、自己の義務に違反して、結合企業に対する会社の関係に関する報告書に、不利益な法律行為または措置を記入すること、または、会社がその法律行為または措置によって不利益を受けたこと、および、その不利益が補償されなかったことを記載することを怠ったときは、317条により賠償義務を負う者と連帯して責任を負う。取締役会構成員は、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いたかどうかにつき争いがあるときは、その立証責任を負う。

(以下省略)

(69) Emmerich/Habersack/Habersack, AktG § 311, Rn.10; K. Schmidt/Lutter/J. Vetter, a.a.O. (Fn.52), § 311, Rn.7, Rn.109; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.57.

(70) Florian Mader, Der Informationsfluss im Unternehmensverbund, 2016, S.234 [im Folgenden zit. Mader, Informationsfluss]; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.15, Rn.57f.

(71) Marc Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S.159; Emmerich/Habersack/Habersack, AktG § 311, Rn.12; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.6; Großkomm AktG/Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.74.

かという問題と、②支配会社が、社内の情報を従属会社に提供する義務を負うかという問題とを、区別して議論を展開している。以下では、①と②の問題に分けて議論を概観する。

## 一 従属会社から支配会社への情報提供

支配会社が統一的指揮を適切に実行するためには、従属会社の財政状態、生産、営業、製品開発等にかかわるその社内情報を知っておくことが不可欠である<sup>(72)</sup>。多くの場合、支配会社と従属会社は相互の信頼に基づく協力関係にあるので、後者は、これらの情報を自発的に提供する。しかし、当該情報の性質や両者の関係によっては、支配会社による情報の不正利用（例えば従属会社との競争目的での利用）や第三者への情報漏洩を懸念して、従属会社が情報提供を差し控えることもある。そこで、従属会社から任意の情報提供がない場合、支配会社が、従属会社に対して情報提供を請求する権利を有し、従属会社はこの請求に応じる義務を負うか。

ドイツの学説は以上の問題を考える前提として、従属会社が、任意によるものも含めて支配会社への情報提供をそもそも法律上許されるかを、まず検討している。株式会社には、このような情報提供を禁止するような事由が存するためである。従属会社から支配会社への情報提供が法律上禁止されるのであれば、情報提供を請求する支配会社の権利も、この請求に応じる従属会社の義務も生じない。そこで、以下では先にこの論点を確認したうえで、従属会社の情報提供義務に関する議論を紹介する。

## 1 支配会社への情報提供の許否

株式法上、従属会社から支配会社への情報提供を禁止するような事由

---

(72) Christian E. Decher, Information im Konzern und Auskunftsrecht der Aktionäre gem. § 131 Abs. 4 AktG, ZHR 158, 473, 476 (1994); Bernd Singhof, Zur Weitergabe von Insiderinformationen im Unterordnungskonzern, ZGR 2001, 146, 155; Löbbe, a.a.O. (Fn.71), S. 104. なお、結合企業間での情報提供、とくに支配会社の情報請求権の問題をめぐるドイツ法の議論を紹介・検討した先行研究として、船津浩司『「グループ経営」の義務と責任』（2010年）239頁以下。

として、従属会社取締役の守秘義務(株式法93条1項)<sup>(73)</sup>、および(事実的コンツェルンの場合につき)株式法311条の制限が挙げられる。学説は、これらの事由が支配会社への情報提供に与える影響を、個別に検討している。結論としては、いずれの事由も、情報提供を禁止しないとされている<sup>(74)</sup>。

---

(73) 株式法93条1項 取締役会構成員は、業務執行に際して、通常の、かつ誠実な業務執行者の注意を用いることを要する。取締役会構成員が、企業者的決定に際して、適正な情報を基礎として会社の利益のために行為していると合理的に考えてよいときは、義務違反は存しないものとする。会社の機密事項および秘密、とくに経営上または営業上の秘密であって、取締役会構成員が取締役会におけるその活動を通じて知ったものについて、取締役会構成員は、沈黙を守ることが要する。(以下省略)

(74) この点については、船津・前掲注(72)240頁以下も参照。

なお、ドイツの学説では、株主の報告請求権(株式法131条4項)が、支配会社への情報提供に対する間接的な障害にならないかが議論されており、この点について若干の補足説明しておく。株式法131条4項は、情報面での株主平等を保障するべく、総会の外で株主の一部が「株主としての資格を理由に」取締役から情報を得た場合、他の一切の株主は、これと同一の情報提供を総会において取締役に請求できると定める。(株主のひとりである)支配会社に対して総会外で情報提供をした従属会社に、同項が適用されるとする。これによれば、支配会社への情報提供により、従属会社取締役は、当該情報を後の総会で公表することを強いられる。そうすると、当該情報の機密性が高い場合、取締役がその結果に対する懸念から、支配会社への情報提供を差し控えるようになりかねない。このため、同項が、支配会社への情報提供に対する間接的な障害になるのではないかが、問題となる。

この点について通説は、支配会社への情報提供には、株式法131条4項は適用されないとする。支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上承認されており、この点で、そもそも他の株主とは異なる特別な地位にある。この統一的指揮に要する情報を支配会社のみを提供しても、株主平等原則に反しないため、同原則に基づく株式法131条4項をここで適用しなくてもよい。また、この場合、支配会社は、「株主としての資格を理由に」してではなく、「コンツェルンの支配会社としての地位において」情報を与えられている。この文言上の理由からも、同項の適用を否定すべきだとされている。Decher, a. a. O. (Fn.72), S.478ff.; Andreas Fabritius, Zu den Grenzen der Durchsetzung eines kapitalmarkt-rechtlich begründeten Informationsinteresses des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern in: Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, 2006, S.705ff, S.711f.; Uwe Hüffer, Informationen zwischen Tochtergesellschaft und herrschendem Unternehmen im vertragslosen Konzern in: Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, 2009, S.185ff., S.194f.; Florian Mader, Der Informationsfluss im Verbund als Vorfrage einer konzernweiten Legalitätskontrollpflicht, WM 2015, 2074, 2079f. [im Folgenden zit. Mader, WM]; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.255ff.

## (1) 従属会社取締役の守秘義務 (株式法 93 条 1 項)

取締役は、会社の機密事項および経営・営業上の秘密であって、その業務を通じて知ったものについて、守秘義務を負う (株式法 93 条 1 項)。このため、当該情報が従属会社の秘密にあたる場合に、従属会社取締役は、支配会社への情報提供を守秘義務により禁止されるのかが、問題となる。

この論点につきドイツの通説は、支配会社への情報提供は、従属会社取締役の守秘義務によって禁止されないとする<sup>(75)</sup>。このように解する理由として、以下の点が挙げられている。第 1 に、取締役の守秘義務は会社利益の保護を目的とするところ、同義務によって支配会社への情報提供を禁止することは、この目的にかえて反する。支配会社が従属会社に関する十分な情報のないまま同社の実情にあわないうちの指揮を行うことは、従属会社にも不利益となる。したがって、自社に関する十分な情報を得させて指揮を行わせることは従属会社の利益に適い、そのための支配会社への情報提供を、守秘義務によって禁止するべきではない<sup>(76)</sup>。

第 2 に、株式法上の体系的整合性である。支配会社への情報提供が従属会社の利益に反するときであっても、契約コンツェルンでは、株式法 308 条以下が、統一的指揮により従属会社固有の利益が害されることを許容している<sup>(77)</sup>。また、事実的コンツェルンにおいても、株式法 311 条以下が一定の要件のもとで同様の結論を認めている。同条は、支配会社の事実上の指揮を容認しつつ、これに対する制約と責任を設けることで、従属会社の少数株主や会社債権者を保護している。同条は、結合企業間の権利義務を定めた組織法的規律であり<sup>(78)</sup>、情報の秘密保持による会社利益の保護についても、同条が株式法 93 条 1 項に優先して適用され、同条の要件のもとで情報提供の

---

(75) *Fabritius*, a. a. O. (Fn. 74), S. 711; *Marcus Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl., 2006, Rn. 479; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 192; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 36a; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 248.

(76) *Löbbe*, a. a. O. (Fn. 71), S. 111; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 192; *Mader*, WM, a. a. O. (Fn. 74), S. 2079; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 36a.

(77) *Löbbe*, a. a. O. (Fn. 71), S. 107f., S. 111f.; *Lutter*, a. a. O. (Fn. 75), Rn. 178.

(78) この点については、*Hüffer*, a. a. O. (Fn. 74), S. 190; *Koch AktG*, a. a. O. (Fn. 35), § 311, Rn. 4; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 52 も参照。

許否が判断されるべきである<sup>(79)</sup>。以上のように、株式法が統一的指揮を許容する一方で、そのために必要な支配会社への情報提供を守秘義務により禁止することは、矛盾している<sup>(80)</sup>。

## (2) 株式法 311 条の制限

つぎに、株式法 311 条との関係である。従属会社が社内の情報を提供した場合、支配会社がこの情報を、従属会社との競争などに不正利用する危険がある。このため、自社に関する情報の提供は従属会社にとって「不利益となる措置」にあたり、かつ、この不利益は算定が、それゆえ補償が困難である。そこで、従属会社取締役は、支配会社への情報提供を株式法 311 条によって禁止されるかが、問題になる。

この論点についてもドイツの通説は、株式法 311 条は、支配会社への情報提供を禁止しないとす。第 1 に、ここでも株式法上の体系的整合性が、その根拠に挙げられている。任意によるものも含め、従属会社から支配会社への情報提供が一切禁止されると、支配会社は、従属会社への事実上の指揮を適切に実行できなくなる。これでは、事実上の指揮を容認する、まさに株式法 311 条の価値判断と矛盾する<sup>(81)</sup>。

第 2 に、支配会社への情報提供は、「不利益となる措置」にそもそもあたらないとする指摘もある。①十分な情報を取得させようとして支配会社に指揮をさせることは、従属会社に通常有利であるし、また、②支配会社は株主と

---

(79) *Löbbecke*, a.a.O. (Fn.71), S.113ff.; *Lutter*, a.a.O. (Fn.75), Rn.178, Rn.480; *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2079; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.250.

(80) なお、支配会社と従属会社の間に従属関係は存するものの、前者から後者への統一的指揮が実行されておらず、コンツェルンが形成されていない場面については、この結論に若干議論の余地がある。第 1 に、この場面では株式法 93 条 1 項が適用され、支配会社への情報提供は同項の守秘義務違反になりうる、とする見解がある。他方で、現在のドイツでは、この場面でも同項の適用を否定する第 2 の見解が、相当に有力となっている。この場面でも支配会社は、従属会社の監督や、統一的指揮に入るか否かの判断のために、従属会社内の情報を必要とする。したがって、支配会社における情報取得の必要性、および、支配会社に情報を得させる従属会社の利益は、コンツェルン形成の有無によって変わらない。*Löbbecke*, a.a.O. (Fn.71), S.117; *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2079.

(81) *Mader*, WM, a.a.O. (Fn.74), S.2078.

して、得た情報を自己または第三者のために利用しない忠実義務を負うので、情報の不正利用をしないことが合理的に期待できるからである<sup>(82)</sup>。

## 2 従属会社の情報提供義務の存否

以上のように支配会社への情報提供が禁止されないとして、それでは、従属会社から任意の情報提供がない場合、支配会社は、情報提供を従属会社に請求する権利を有し、従属会社はこの請求に応じる義務を負うか<sup>(83)</sup>。

ドイツ法では、従属会社の情報提供義務が個別の条文で法定されていることがある。例えば、コンツェルン決算書等の作成に必要な情報について、支配会社が従属会社に情報提供を求めると定めるドイツ商法 294 条 3 項<sup>(84)</sup>が、その代表である。しかし、これらの規定は、特定の場面に限って従属会社の情報提供義務を定めるものであり、その射程は限定的である<sup>(85)</sup>。そこで、個別の規定が定める範囲をこえて、従属会社が、社内の情報を提供する一般的な義務を支配会社に対して負うかが問題となる。以上の問題に対し、ドイツの学説は、支配契約があるときとないときに分けて検討を加えている。

---

(82) *Dirk A. Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175, 401, 420f. (2011); *Mader*, WM, a.a.O. (Fn. 74), S.2078; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36c; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.253.

(83) この問題に関する議論の総合的な整理・検討として、*Mader*, Informationsfluss, a.a.O. (Fn.70), S.172ff.

(84) ドイツ商法 294 条 296 条による組み入れがされないときは、親企業および一切の子企業は、子企業の本拠および法律上の形態にかかわらず、コンツェルン決算書に組み入れられることを要する。

2 項 (省略)

3 項 子企業は、その年度決算書、325 条 2a 項による単体決算書、状況報告書、区分された非財政的報告書、コンツェルン決算書、コンツェルン状況報告書、区分された非財政的コンツェルン報告書、決算監査がされたときは監査報告書、および、中間決算書を作成すべきときはコンツェルン決算書の決算日において作成された決算書を、親企業に対して遅滞なく提出することを要する。親企業は、一切の子企業に対して、コンツェルン決算書、コンツェルン状況報告書、および区分された非財政的コンツェルン報告書の作成に要する一切の説明および証明を請求することができる。

(85) *Fabritius*, a.a.O. (Fn.74), S.708; *Hüffer*, a.a.O. (Fn.74), S.189.

## (1) 契約コンツェルンにおける従属会社の情報提供義務

契約コンツェルンの場合には、従属会社の情報提供義務を肯定することで、学説上異論がない。契約コンツェルンの支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上保障されており、従属会社は支配会社の指図に従う義務を負う。したがって、支配会社が統一的指揮に要する情報の取得のため、指図権を行使して情報提供を求めた場合、従属会社はこの請求に応じる義務を当然に負う<sup>(86)</sup>。

## (2) 事実的コンツェルンにおける従属会社の情報提供義務

これに対して事実的コンツェルンの場合には、従属会社の情報提供義務を認めるべきか否かについて議論があり、肯定説と否定説が対立している。

### ① 情報提供義務を肯定する少数説

ドイツでは、事実的コンツェルンについても従属会社の情報提供義務を肯定する見解が、少数ながら存在する。肯定説の理由はこうである。株式会社は、支配契約が存しないときでも、従属会社に対する事実上の指揮を支配会社に認めている。このように指揮を承認する以上、法律は、実効的な指揮を可能にする手段として、情報提供の請求権を支配会社に付与しているはずである<sup>(87)</sup>。情報提供の請求権および情報提供義務を導く法律構成については、①ドイツ商法294条3項からは「支配会社は、従属会社の指揮に要する一切の情報を請求する権利を有する」とする法的思想が導かれるとして、同項を類推する見解<sup>(88)</sup>と、②支配会社・従属会社間には特別結合関係があるとし、この関係から情報提供義務を導く見解<sup>(89)</sup>とが、提唱されている。

---

(86) *Michael Kort*, Das Informationsrecht des Gesellschafters der Konzernobergesellschaft, ZGR 1987, 46, 71f.; *Decher*, a.a.O. (Fn.72), S.480; *Singhof*, a.a.O. (Fn.72), S.158; *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.148ff.; *Fabritius*, a. a. O. (Fn.74), S.709; *Lutter*, a. a. O. (Fn.75), Rn.178; *Emmerich/Habersack/Emmerich*, AktG § 308, Rn.39a; *Großkomm AktG/Fleischer*, Bd.9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn.242.

(87) *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.161.

(88) *Johannes Semler*, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft, 2.Aufl., 1996, Rn.300ff.

(89) *Löbbe*, a.a.O. (Fn.71), S.161.

## ② 情報提供義務を否定する通説

以上に対して通説は、従属会社の情報提供義務を否定する<sup>(90)</sup>。これによれば、支配会社は、従属会社から提供された情報を受領し、または、情報提供を求めること(誘発)を許されるものの、情報を強制的に提供させる権利は有しない<sup>(91)</sup>。

否定説は、まず、肯定説に対し、同説の発想は株式法 311 条の規律に整合しないと批判する。株式法 311 条は、特定の措置を従属会社に講じさせる誘発を支配会社に許しているものの、従属会社には誘発に従う義務はなく、当該措置を講じるか否かは、従属会社取締役が裁量に基づきこれを決定する。支配会社への情報提供は同条にいう「措置」にあたるため、支配会社からの情報提供の求め(誘発)に、従属会社が応じる義務はないはずである<sup>(92)</sup>。このため、従属会社の情報提供義務を認めることは、従属会社の服従義務を否定する同条の規律に反する<sup>(93)</sup>。さらに、株式法は、事実上の指揮を容認しているにとどまり(Ⅱ二2)、事実的コンツェルン形成の促進を目指しているわけではない。このため、事実上の指揮を容易にする手段を法律が支配会社に与えているはずだという理解は、株式法の立法趣旨に反する<sup>(94)</sup>。

そして、否定説は、まさにこの株式法 311 条との整合性を自説の積極的根拠とする。同条は、従属会社の自治・独立性を尊重し、分権的なコンツェルン運営を定める(Ⅱ二2)。支配会社への情報提供を強制すると、結果的に、こうした従属会社の自治・独立性が損なわれる。むしろ、支配会社はコンツェルン内の情報伝達システムを設けるにとどまり、従属会社自らが、自己の利益を考慮しつつ同システムを受け入れるか拒否するかを決定する。こうした情報共有のあり方こそが、分権的コンツェルンを定める法律の論理に合致する<sup>(95)</sup>。さらに、従属会社が情報提供を義務づけられないもののこれを禁

---

(90) *Verse*, a.a.O. (Fn.82), S.423; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36d; *Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.246.

(91) *Singhof*, a.a.O. (Fn.72), S.159, S.161.

(92) 同旨の指摘として、*Großkomm AktG/ Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.262.

(93) *Fabritius*, a.a.O. (Fn.74), S.710; *Hüffer*, a.a.O. (Fn.74), S.191; *Mader, Informationsfluss*, a.a.O. (Fn.70), S.248f., S.251, S.265; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36d.

(94) *Mader, Informationsfluss*, a.a.O. (Fn.70), S.236ff., S.247f.

止されはしないという法的規律のもとでは、支配会社と従属会社がコンツェルン内の情報規則を合意することへと促され、ここに「私的な秩序形成(private ordering)」が生まれる<sup>(96)</sup>。

## 二 支配会社から従属会社への情報提供

以上とは反対に、従属会社は、支配会社に対して情報提供を請求する権利を有し、支配会社はこの請求に応じる義務を負うか。従属会社は、例えば支配会社の指図が適法か否か(株式法308条1項、2項)、誘発による不利益を補償する資力が支配会社にあるか(株式法311条)を判断するために、支配会社内部の情報を必要とすることがある。このため、支配会社から任意の情報提供がない場合に、情報提供を求める権利を有するかが問題となる<sup>(97)</sup>。

この論点については、一の問題と比較して議論が尽くされていないものの、学説は一般に、支配会社の情報提供義務を否定する<sup>(98)</sup>。従属会社は支配会社に対して支配的影響力(株式法17条1項)を行使できず、支配会社に対して指図や誘発を行えない。このため、情報提供についても、支配会社に対する法律上の請求権を有しない。

ただし、近年の学説では、従属会社に情報を得させる前記の必要性に照らし、特定の要件のもとで支配会社の情報提供義務を肯定する見解もある。例えば、支配会社から従属会社への情報提供を、(支配契約その他の企業契約のなかで)両者が合意している場合には、支配会社の情報提供義務が認められる<sup>(99)</sup>。また、格別の合意がなくても、支配会社は、従属会社の株主としての忠実義務に基づき、同社に対して情報提供義務を負うことがあるとされ

---

(95) Hüffer, a.a.O. (Fn.74), S.191. この点については以下も参照。Lutter, a.a.O. (Fn.75), Rn. 179; Mader, Informationsfluss, a.a.O. (Fn.70), S.257.

(96) Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.262. なお、以上の論点については、松津・前掲注(72) 247頁以下も参照。

(97) Singhof, a. a. O. (Fn. 72), S. 166f.; Moritz Pöschke, Auskunftsrechte der abhängigen Kapitalgesellschaft gegenüber dem herrschenden Unternehmen, ZGR 2015, 550, 551ff.

(98) Singhof, a.a.O. (Fn.72), S.167; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.265.

(99) Pöschke, a.a.O. (Fn.97), S.556ff., S.560ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e.

る<sup>(100)</sup>。

### 三 コンツェルン法のみとめ

コンツェルンに関するドイツ法上の規律、とくに支配会社と従属会社間での権利義務について、ⅡおよびⅢで確認したことを簡単にまとめておく。支配会社と従属会社間で支配契約が締結されている場合、前者は後者に対する統一的指揮を法律上保障され、その手段として指図権を有する。従属会社は、支配会社からの指図があった場合には、同指図が自社に不利益となるものであっても、原則としてこれに従う義務を負う(株式法308条)。情報提供に関しても、支配会社は、従属会社に対して同社内の情報の提供を請求する権利を有する。

支配会社と従属会社間に支配契約が存しない場合でも、支配会社は、従属会社に対する支配的影響力(株式法17条1項)に基づき、同社に対して事実上の指揮(誘発)をすることを法律上容認されている(株式法311条)。ただし、従属会社は誘発に従う義務を負わず、これに従うかどうかは従属会社取締役が自己の裁量に基づき決する。情報提供に関しても、支配会社は、株式法311条の要件のもとで従属会社に情報提供を求めることを許されるものの、これを強制する法律上の権利は有しない。

本節(ⅠからⅢ)で確認した知見を前提にして、次節では、本稿の主題である結合企業間(支配会社・従属会社間)での悪意の効果帰属をめぐる議論をみていく。

## 第3節 結合企業間における悪意の効果帰属

結合企業をなす2つの法人のうち、一方の法律行為・業務に影響する情報が、他方の組織内にあるとする。この場合に、当該行為との関係で前者を悪意者と扱えるか(第1節を参照)。本節では、この問題に関するドイツの判例・学説を詳述する。

第2節Ⅰでみたように、悪意の効果帰属に関する理論は、代理人の悪意が

---

(100) Pöschke, a.a.O. (Fn.97), S.568ff.; Koch AktG, a.a.O. (Fn.35), § 311, Rn.36e.

本人に効果帰属するか、または、ひとつの法人内で役員・被用者の悪意が法人に効果帰属するかという問題を、主に念頭に置いている。これに対して、(結合企業をなす)法人と法人の間で悪意の効果帰属が生じるかという問題は、裁判上争点として浮上することが少なく、これに関する学説上の議論も比較的低調であった<sup>(101)</sup>。しかし、1990年代に入ると、結合企業間での悪意の効果帰属を争点とする事案が、連邦通常裁判所の判例において僅かながらみられるようになる(Ⅰ)。また、学説でも、この問題を正面から取り扱う議論が登場する(Ⅱ以下)。

## Ⅰ 連邦通常裁判所判決における問題の顕在化

結合企業間での悪意の効果帰属を争点とする最も早期の判決として、つぎの判決【1】がある。

【1】連邦通常裁判所 1993年7月14日判決<sup>(102)</sup>

### 【事実の概要】

Xは、就業不能年金の付帯する生命保険契約をY保険会社と締結した。Xには過去に膝の手術を受けた病歴があったものの、Xはこの病歴を、Yの保険契約申込書のなかで告知しなかった。後にこの事実が判明したため、YはXの詐欺を理由に、本件契約を取り消した。これに対してXは以下のように主張して詐欺を否定し、X・Y間における保険契約関係存在の確認を求めて提訴した。すなわち、Xは、本件契約締結の約1年前に、本件契約と同一の保険代理商Aを介して、Yと同一のコンツェルンに属するB保険会社との間で疾病保険契約を締結しており、その際に本件手術歴を告知した。本件契約申込みに際して、AはXに対して、YはBと共通のデータベースにアクセスできるので、手術歴を改めて告知する必要はないと説明していた、と。

第1審および原審は、Xの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

### 【裁判所の判断】

裁判所は、以下の理由から、本件契約時YはXの手術歴につき悪意だったと認められるので、Xの詐欺に基づく取消しはできない旨述べ、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。

---

(101) 1990年代より前の理論状況については、*Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S. 496ff.*

(102) BGHZ 123, 224.

「Yの申込書における質問への回答として、他に告知があった事実が指摘されており、かつ、同告知に、Yの担当者が、データ処理装置を使って直接にアクセスできたか、または、Bの文書を保険番号を手がかりにして参照し、そこから情報を取得できた場合には」、当該病歴についてYの悪意を認めうる。(中略)「Bに対する生命・疾病保険申込書、および、Yに対する保険契約申込書には、それぞれ、『申込者は、BおよびYが共通のデータバンクを運用すること、ならびに、申込書から得られた情報が他の保険者に伝達されることに同意する』という表示が印字されていた。他の保険者と共同で申込者の情報を収集することの同意を、保険者が申込書のなかで申込者にさせていた場合、申込者は、他の保険者のデータバンクに存する情報を指摘することによって、自己の告知義務を履行したと認められる」。

本判決は、同一のコンツェルンに属する2つの会社のうち、一方(B)の社内に情報(Xの手術歴)が存することをもって、他方(Y)を悪意者と認めうるとした。ただし、Yの悪意を認めるのに本判決が掲げる要件は、①YとBが共通のデータバンクを運用していた点に加えて、②B側の情報にアクセスする可能性をYが申込書でXに示し、かつ、Xも、B側の情報の存在を申込書でYに示していたという、相当に特殊なものである。とくに②の要件は、保険契約申込みにおける告知のあり方を反映したものであろう。したがって、結合企業間での悪意の効果帰属に関する一般論を本判決が示したとみることは、困難である<sup>(103)</sup>。

これに対して、つぎの判決【2】は、ある法人の悪意が他の法人に効果帰属するかという論点について、【1】よりも一般的な理論を示している。

【2】 連邦通常裁判所 2000年10月13日判決<sup>(104)</sup>

【事実の概要】

1992年7月7日、A組合の組合員Yらは、B消費協同組合から本件建物を取得する契約を、Aを代理して締結した。1994年4月26日、Bにつき破産手続開始の申立てがされ、区裁判所は、Bの財産に対して一般的処分禁止と保管の命令を発した。保管人に選任されたXは同年4月28日に、Yが取締役を務めるC有限会社に宛てて、処分禁止命令の通知を発送した。この通知はCの事務所に配達されたものの、同一の事務所に所在していたD有限会社の取締役Eがこれを受領し、Yに回付されなかった。このため、同年5月13日、同命令の存在を知らないYらの申請により、

(103) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.305.

(104) NJW 2001, 359.

本件建物につきBからYらへの所有権移転登記がされた。その後、Bについて破産手続が開始され、管財人に選任されたXは、本件建物の所有者をBとする更正登記への承諾を、Yらに請求した。

ドイツ法によれば、法律行為に基づく所有権の取得には、取得行為完了の時点で売主に処分権限があったことが必要であり、本件では、Yらの所有権移転登記(申請)時がこの時点にあたる。Bは、この時点ですでに処分禁止命令により処分権限を失っている。このため、Yらが本件建物の所有権を取得するには、登記申請時に同命令につき善意であったことが必要となる(BGB892条1項)<sup>(105)</sup>。

第1審および原審は、Xの請求を認容した(詳細は不明であるが、処分禁止命令についてのEの悪意がCに効果帰属するので、Cの取締役であるYもまた悪意者になるとしたようである)。これに対してYらが上告した。

#### 【裁判所の判断】

裁判所は、原判決を破棄し、事件を原審に差し戻した。その理由として、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づいてEの悪意がCに効果帰属することがあっても、これにより、Y個人や、Cと異なる団体であるAが悪意者と認められることはないとする。ただし、この説示に続く以下の傍論において、ある法人(団体)の悪意に基づき他の法人(団体)を悪意者とする可能性があることを示唆している。

「法人または合有的団体の任務の実行が組織化され、その任務領域の一部が自然人または独立の法的単一体へと移転している場合に限り、以上と異なることが妥当する。Cが、Aの委任によって、Yらが本来なすべきであった任務を引き受けていたという事実は、主張されていない。争いのないXの主張によれば、YらはAの組合員としてだけでなく、CやDのような複数の法人の社員としても経済取引に参加し、Cと同一の事務所を利用していった。しかし、この事実からは、Cが、Aの活動および任務領域において行為していたとは帰結されない」。

本判決は、EまたはCの悪意が、Y、またはYらからなるA組合に効果帰属することを否定しつつ、Aがその任務の一部をCに移転させていたのであれば、Cの悪意に基づきAを悪意者と認めうるとする。このように、

---

(105) BGB892条1項 不動産登記簿の内容は、不動産に対する権利またはその権利に対する権利を法律行為によって取得した者の利益のために、これを真正なもののみならず、ただし、真正であることに対して異議の登記がされ、または、取得者がその不真正であることを知っているときは、この限りでない。不動産登記簿に登記された権利についてその権利者が、特定の者の利益のために処分を制限されているときは、その制限は、これが不動産登記簿から明白であるとき、または、取得者がこれを知っているときに限り、取得者に対して効力を有する。

(以下省略)

法人(団体)間での任務の移転を要件として、ある法人(C)の悪意を他の法人(A)に効果帰属させる理論を示している。ただし、本判決は、結論としてAからCへの任務の移転を否定しているため、どのような具体的事情があれば、ここでいう任務の移転と認められるかは、本判決からは明らかでない。

以上のように、連邦通常裁判所の判例は、結合企業の一方の悪意が他方に効果帰属することを肯定している。ただし、この効果帰属を認める根拠・要件については、事案の特殊性を反映している(判決【1】)、または、傍論で展開されていて詳細が不明確である(【2】)など、体系的な判例法理は形成されていない。この点に関する理論の深化は、つぎにみる学説上の議論を俟つことになる。

## II 学説における議論の端緒——ボルクおよびドレクスルの見解

結合企業間での悪意の効果帰属をめぐる問題は、1990年代半ば以降、学説でも議論の対象となる。この議論に先鞭をつけたのは、ボルクおよびドレクスルの各見解である。両説は、この問題を検討する理論的枠組を異にするものの、一定の要件のもとで結合企業間での悪意の効果帰属を認める点で共通している。以下では、学説の起点を確認する意味で双方の見解を概観する。まずは、両説に共通する前提を確認し(一)、そのうえで、各説の具体的な内容、とりわけ悪意の効果帰属を認める要件設定をみていく(二、三)。

### 一 コンツェルンの法的単一性の否定

ボルクとドレクスルとともに、議論の第1の前提として、コンツェルンの法律上の単一性を否定する<sup>(106)</sup>。ここで両説が念頭に置いているのは、1910年にイザイが提唱したコンツェルンの「単一体説」である<sup>(107)</sup>。同説によれ

---

(106) Reinhard Bork, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237, 243ff.; Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.498f.; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.102.

(107) Rudolf Isay, Das Recht am Unternehmen, 1910, S.103ff. イザイの学説および同学説をめぐるドイツ法の議論については、大隅・前掲注(24)143頁以下、稲庭・前掲注(22)995頁以下。

ば、法律上コンツェルンは独立の権利主体であり、コンツェルンに属する各企業・会社は、このひとつの法主体の有機的な構成部分である。しかし、株式会社15条や17条の文言が示すように、株式法は、コンツェルンに属する各企業の法的独立性を基礎としており、これを、ひとつの法主体の構成部分とみることはできない。また、ドイツ法には、コンツェルンそのものに法主体性がないことを前提とする規定が多くみられる(例えば、ドイツ商法290条以下、共同決定法5条など)<sup>(108)</sup>。以上のように、ドイツ法上、各結合企業は、独立の法人格を有する別個の法主体である。このため、一方の組織内に情報があることに基づき他方を悪意者とするには、前者の悪意に基づく効果を後者に帰属させるという理論が必要になる<sup>(109)</sup>。

それでは、結合企業間での悪意の効果帰属は、どのような正当化根拠に基づいて認められ、効果帰属の要件は何か。つぎに、この点に関する両者の見解をみていく。

## 二 ボルクの見解

ボルクは、結合企業間における悪意の効果帰属を、代理法理(BGB164条以下)の適用問題と捉えて検討する。BGB166条1項によれば、本人が他人を自らの代理人として用いた場合、代理人の悪意が本人に効果帰属する(第2節I一)。この規定は、①結合企業の一方が、他方を自己の法律行為のために代理人として利用するときにも適用される<sup>(110)</sup>。したがって、この場合、当該行為との関係で、代理人たる会社の悪意は、本人たる会社に効果帰属する。

さらに、ボルクは、BGB166条1項の基礎には、「法的取引において代理人を使用する者は、自己の善意の背後に隠れてはならない」、他人の利用に

---

(108) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.244.

(109) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.245, S.252; *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.499. 厳密には、前者の組織内にいる役員・被用者で当該の情報を知る者の悪意を、後者に帰属させる、という法律構成となろうか。

(110) 以下の考察にあたりボルクは、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかという場面を、主に念頭に置いているようである。*Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.252.

より「情報取得の可能性をその他人に移転させた者は、自己の善意を援用できない」とする思想があるとする<sup>(111)</sup>。そこで、①以外の場合にも、この思想が妥当する場面では同項の類推により、悪意の効果帰属を認めるべきだとする。まず、②結合企業的一方が、他方（またはその役員・被用者）に一定の案件処理を委託し、他方を自らの事務処理に「具体的に利用」している場合である<sup>(112)</sup>。また、両者の間に具体的な利用関係がなくても、③結合企業的一方が、分業的なコンツェルン組織を編成することによって、情報取得の可能性を他方に移転させ、これにより、自らが情報を取得するのを免れた場合には、後者の悪意が前者に効果帰属する<sup>(113)</sup>。

### 三 ドレクスルの見解

「情報伝達上の組織編成義務」法理が判例上定着した1990年代後半に登場したドレクスルの見解は、結合企業間での悪意の効果帰属を、同法理の適用が問題となる一局面として把握する<sup>(114)</sup>。ドレクスルは、ボルクに増してこの問題を詳細に論じているため、以下では項を分けて、同説の内容を詳しくみていく。

#### 1 他の法人内における組織編成の支配可能性

「情報伝達上の組織編成義務」法理によれば、当該行為の決定権者たる役員・被用者が善意であっても、情報を有する者が組織内にいるときは、法人は悪意者となる（第2節I二）。ドレクスルは、この法理が結合企業間の関係にも及ぶかという観点から、結合企業間での悪意の効果帰属の成否を検討

---

(111) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.255f.

(112) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.256. 同時期の学説で同旨のものとして、*Carsten Römmel-Collmann*, *Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen*, 1998, S.201f.; *Nobbe*, a.a.O. (Fn.34), S.162.

(113) *Bork*, a.a.O. (Fn.106), S.256. 同時期の学説で同旨のものとして、*Römmel-Collmann*, a.a.O. (Fn.112), S.202f.

(114) *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.493. これは、A社の決定権者が善意でも、決定権者以外の者、すなわち、他のコンツェルン企業B社や同社の役員・被用者が悪意であることによって、A社を悪意者とできるかが問題となるためである。

する<sup>(115)</sup>。

ドレクスルは、この検討を進めるにあたり、結合企業に特有の以下の事情を考慮すべきだと強調する<sup>(116)</sup>。「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づく悪意の効果帰属は、情報取得者から決定権者への情報伝達の確保を法人に期待できたことが、その要件となる(第2節I 2)。ひとつの法人内で悪意の効果帰属が問題になる場合、法人は、自己の組織内に情報伝達体制を構築することで、情報取得者から決定権者への情報伝達を確保できる。これに対して結合企業間で同法理を適用するには、効果帰属を受ける法人(A)が、情報を有する他の法人(B)から自社への情報伝達を確保できることが、必要となる。これは、他の法人(B)内の情報伝達体制を支配する法律上および事実上の可能性が、当該法人(A)になければならないことを意味する<sup>(117)</sup>。結合企業においては、このような事情を考慮しつつ、効果帰属の成否を判断することを要する。また、その結果として、効果帰属を受ける法人(A)とその相手方のみならず、情報を有する法人(B)を含めた三者の利益に配慮することが必要となる<sup>(118)</sup>。

以上のことからドレクスルは、結合企業間では、原則として、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属することのみが認められるとする。支配会社(A)は従属会社(B)内の組織編成を支配できるものの、後者は前者内の組織編成を支配できないからである<sup>(119)</sup>。また、従属会社内の組織編成に対す

---

(115) これによれば、以下のような法律構成で悪意の効果帰属が認められると思われる。結合企業的一方A社が行う法律行為・業務にとって重要な情報が、結合企業の他方B社の組織内にあるとする。この場合において、B社(B内部でその情報を知る役員・被用者)から、A社(当該行為の決定権者)への情報伝達の確保がA社に期待できたときは、A社は、当該情報について悪意者となる。

(116) *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.500f., S.511ff.

(117) *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.512, S.519; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(118) *Drexel*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.103. ドレクスルは、代理法理を結合企業に適用するボルクの見解は、結合企業に特有のこうした諸事情を考慮に入れていないとして、同説を批判する(*Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.498)。

(119) *Drexel*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.512; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.110.

る支配可能性は、支配契約の有無によってその程度が異なる。このため、ドレクスルは、支配契約の存する場合と存しない場合とに分けて、効果帰属の成否をめぐる考察を進める<sup>(120)</sup>。

## 2 契約コンツェルンにおける悪意の効果帰属

支配会社と従属会社間に支配契約が存する場合について、ドレクスルは、後者の悪意が前者に効果帰属すると認める。両者の間に支配契約があれば、支配会社は、従属会社に対する統一的指揮を法律上保障されており、同社（その執行機関）に対して指図を与える包括的な権利を有する（株式法 308 条 1 項）<sup>(121)</sup>。支配会社は、この指図権に基づき、従属会社に情報伝達の体制を構築させることで、従属会社から自社への情報伝達を確保できる<sup>(122)</sup>。

## 3 事実的コンツェルンにおける悪意の効果帰属

以上に対して評価が困難なのは、支配会社と従属会社間に支配契約がない場合である。両者の間に従属関係が存するだけのとき（統一的指揮が実行されていないとき）、および、形成されているのが事実的コンツェルンのときがここでの考察対象となる（以下では、一括して事実的コンツェルンと表記する）。

### (1) 従属会社内の組織編成に対する支配可能性の有無

この場面で第 1 に問題となるのは、従属会社内の組織編成に対する支配可能性の有無である。事実的コンツェルンの従属会社は、支配会社の指揮に従う義務を負わず、また、支配会社は、従属会社に対して情報提供を請求する権利を有しない（第 2 節 II 二 2、III 一 2 (2)）。このため、情報伝達体制構築

---

(120) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.494, S.512ff.; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(121) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.111.

(122) この場合にも、一法人内での悪意の効果帰属のときと同様に、情報の重要性や伝達の法的な許容性が、情報伝達確保の期待可能性を判断する要素として同時に考慮される。*Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.512.

との関係でも、従属会社内の組織編成を支配する可能性が支配会社にあるのが問題となる。

ドレクスルは、ここでいう「支配可能性」を、「コンツェルン全体における情報伝達・情報管理を組織編成できる地位」と理解し<sup>(123)</sup>、株式法17条1項の従属関係があればこれを肯定できるとする。支配会社が従属会社に情報伝達をさせることは、従属会社の自治に対する干渉になるものの、従属会社に不利益が生じない限り<sup>(124)</sup>、このような干渉は株式法上禁止されない(株式法311条)。このため、株式法17条1項の従属関係があれば、法人間の垣根をこえた情報伝達を確保するための条件が、充たされている<sup>(125)</sup>。

## (2) 支配可能性のみに基づく悪意の効果帰属？

ただし、ドレクスルはつぎの理由から、事実的コンツェルンでは、以上の意味での支配可能性があっても、それだけでは悪意の効果帰属は生じないとする。第1に、支配会社は、資本参加だけにとどまることも許される点である。株式法17条1項の従属関係があるときでも、支配会社は、統一的指揮を実行する義務を負うわけではなく、むしろ、指揮を放棄して他の(少数)株主と同様の役割にとどまることもできる。支配会社がこのような参与形態を選択した場合、支配会社と従属会社の間に分業的な関係性は存しない。ここで、支配可能性の存在だけで悪意の効果帰属を認めると、支配会社は、従属会社の活動から分業利益を得ていないにもかかわらず、その悪意に基づく不利な効果だけを負担する結果になる<sup>(126)</sup>。

第2に、支配可能性だけで悪意の効果帰属が生じるとする規律は、支配会

---

(123) *Drexl*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.110.

(124) ドレクスルは、ここで従属会社に生じる不利益は情報伝達に要する費用程度にすぎないとして、株式法311条の禁止に抵触しないとみている。*Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.513.

(125) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.513; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.111. (ドレクスルは明言していないものの)この理解によれば、情報伝達またはそのための体制構築を求める支配会社の誘発に対して、従属会社取締役が(例えば後の人事への懸念などから)これに従う事実上の可能性があれば、支配可能性が肯定されることになろう。

(126) *Drexl*, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.514f.; *ders.*, Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S.112. 悪意の効果帰属と分業利益の関係については、第2節I一を参照。

社に、集権的なコンツェルンを形成することへのインセンティブを与えてしまふ<sup>(127)</sup>。この結果は、従属会社の自治・独立性を尊重し、分権的なコンツェルン運営を定める株式法の価値判断に反する。このため、従属会社を中央集権的に指揮することへの過剰なインセンティブが生じないように、悪意の効果帰属の要件を設定すべきである<sup>(128)</sup>。

### (3) 効果帰属の基準としての「分業化」

以上の理由からドレクスルは、悪意の効果帰属を認めるには、従属会社内の組織編成に対する支配可能性に加えて、特別な正当化根拠が必要だとする。そして、ドレクスルは、この正当化根拠を、支配会社と従属会社の分業化に求める。支配会社が資本参加にとどまらず、「統一的な企業目的の実現のために従属会社を利用している」場合には、後者から前者への悪意の効果帰属が正当化される<sup>(129)</sup>。両者の間にどのような関係性があれば分業化を認めうるかは、個別事案における諸事情を考慮して判断される<sup>(130)</sup>。ドレクスルは、この判断にあたっては、支配会社が従属会社を「共通の企業目的へと向かわせている」か、すなわち統一的な企業計画が行われているかが決め手

---

(127) この点については若干の補足説明をしておく。A社(支配会社)とB社(従属会社)の間に従属関係が存するものの、A社は統一的指揮を実行しておらず、両者の間にいまだコンツェルンが形成されていない。この場面で、A社のする法律行為に影響する情報が、B社の内部にあるとする。A社がB社への支配可能性を有することのみをもって悪意の効果帰属を認めると、ここでA社は、決定権者が善意であり、それゆえ、当該情報に基づく適切な行動をとれなかったにもかかわらず、当該行為との関係で悪意者と扱われ、不利な法的扱いを受ける(情報不伝達のリスクを負担する)。A社がこの結果を避けるには、(B社からの情報伝達により自社の決定権者も当該情報を取得し、その情報に従って行動できるように)B社から自社への情報伝達の体制を構築しておく必要がある。そして、そのためには、B社への支配的影響力を現実に行使し、統一的指揮を実行せねばならない。また、B社からの遺漏のない情報伝達を確保するには、それだけ一層、B社への指揮も強力なものにならざるをえない。結果的に、集権的なコンツェルンを形成することへのインセンティブが、支配会社に働く。

(128) *Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S. 112.*

(129) *Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515f.*

(130) *Drexl, Wissenszurechnung, a.a.O. (Fn.28), S.515; ders., Bankrechtstag, a.a.O. (Fn.43), S. 112.*

になるとする。統一的な企業計画さえ行われていれば、分業に基づく特別な利益が生じていると認めうるからである<sup>(131)</sup>。

#### 4 支配可能性以外の正当化根拠

検討の最後にドレクスルは、組織編成に対する支配可能性以外で、悪意の効果帰属を正当化する理論の存在に言及している。具体的にはつぎの2つの根拠が挙げられているが、これらはいずれも、他法人内の組織編成に対する支配可能性を要件としないため、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを正当化する。第1に、支配会社と従属会社とが、契約の締結およびその履行において、一体として相手方に対峙することである。この場合、相手方は、支配会社と従属会社間で情報交換が正常に行われていると信頼するので、この信頼を保護するために悪意の効果帰属を認めるべきである<sup>(132)</sup>。

第2に、支配会社が従属会社の単独の社員であるときは、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属する。この場合には、従属会社に他の社員がいないことから、同社の利益に配慮しなくてもよいためである<sup>(133)</sup>。

#### 四 小括——後の学説議論への展開

ボルクおよびドレクスルは、代理関係またはひとつの法人に関して展開された悪意の効果帰属法理を、コンツェルンにどう転用するかを議論の焦点としている。ボルクは、他人の利用により「情報取得の可能性をその他人に移転させた者は、自己の善意を援用できない」とする思想を BGB166条1項から導出し、これを結合企業間の関係に適用する。他方で、ドレクスルは、

---

(131) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.516; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.112. 同時期の学説で、分業という観点に着目して効果帰属の成否を判断する見解として、*Römmel-Collmann*, a.a.O. (Fn.112), S.203f.

(132) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.517f., S.519; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.113f. ドレクスルは、第1節で掲げた事例②では、この根拠に基づき、親会社(支配会社)役員が悪意が子会社(従属会社)に効果帰属するとする。子会社が自己の被用者を親会社に派遣した場合、当該被用者は、自らに関する重要な情報が親会社から子会社へと正常に伝達されていると、信頼してもよいからである。

(133) *Drexl*, *Wissenszurechnung*, a.a.O. (Fn.28), S.518f., S.519; *ders.*, *Bankrechtstag*, a.a.O. (Fn.43), S.112f.

法人内部の悪意の効果帰属について展開された、情報伝達確保の期待可能性という基準を結合企業にも及ぼす。

つぎに紹介する 2000 年代以降の学説では、「情報伝達上の組織編成義務」法理を結合企業に適用できるかという観点から、議論を展開するのが一般的となっている。そこでは、とくにドレクスルの提示した以下の視点が継承されている。第 1 に、情報伝達確保の期待可能性を判断する際には、問題となっているのが、①従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させる場面なのか、②支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させる場面なのかの相違を考慮せねばならない点である。2000 年代以降の学説は、①では情報伝達確保の期待可能性を根拠に効果帰属を認める一方で、②については、それ以外の根拠に基づいて効果帰属を正当化できるかを模索している。

第 2 に、①の場面であっても、悪意の効果帰属には、情報伝達の確保可能性（従属会社内の組織編成に対する支配可能性）に加えて、特別な正当化根拠が必要だという点である。ドレクスルは、この正当化根拠を統一的な企業計画に求めるが、同説以降は、この正当化根拠を何に求めるかをめぐり議論が展開されている。

以下の学説紹介では、これらの事情に配慮し、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかを対象とした議論（Ⅲ）と、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属するかを対象とした議論（Ⅳ）とに分けて、ドイツ法の紹介を進める。

(本学法学部准教授)