
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（2・完）——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4号（令和5年3月）35-84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（2・完）——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、63巻1・2・3合併号）

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2章 ドイツ法における議論の展開

第3節 結合企業間における悪意の効果帰属（承前）

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

支配会社の法律関係に影響する情報について、従属会社（その役員・被用

者)がこれを認識していることに基づき、支配会社を悪意者と扱えるか。当該行為の決定権者が善意でも、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づき、従属会社の悪意の効果を支配会社に引き受けさせるかが問題となる(例えば、第1節の事例①)⁽¹⁾。2000年代以降の学説では、この問題について詳細な検討を加える見解が、複数登場する。現在の学説はいずれも、従属会社内の組織編成に対する支配可能性は、効果帰属の「必要条件ではあるものの、充分条件ではない」とする点で、意見がおおむね一致している⁽²⁾。まずは学説に共通の前提として、このように支配可能性だけでは悪意の効果帰属を正当化できないとする点を、とくにその理由づけを中心に説明する(一)。

そのうえで、この時期の学説は、効果帰属の「必要条件」たる支配可能性として、どの程度のものを要求するかという観点から、これを分類できる。「情報伝達上の組織編成義務」法理を結合企業間に適用するには、支配会社が、従属会社内の組織編成を支配し、自社への情報伝達を確保する可能性を有することが必要になる⁽³⁾。ここで要求される支配可能性の程度については、第1に、支配会社が従属会社内の情報に対して、法律上保障されたアクセス可能性を有しなければならないとする説がある。他方で、第2に、ドレクスルと同様に、株式法17条1項の従属関係があれば足りるとする説がある。第1説の代表例としてフライシャー(二)、シュピンドラー(三)、およびザイデル(四)の各見解が、第2説の代表例としてシュルンブランド(五)の見解がある。これらの見解は、支配可能性に加えてどのような正当化根拠が必要か(何が加われば「充分条件」となるのか)という論点についても、それぞれ特徴的な理論を展開している。

(1) *Mathias Habersack*, Verschwiegenheitspflicht und Wissenszurechnung, DB 2016, 1551, 1553; *Jan Schürnbrand*, Wissenszurechnung im Konzern –unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten, ZHR 181, 357, 360, 364 (2017).

(2) *Jochem Reichert*, Wissenszurechnung im faktischen Konzern und Verschwiegenheitspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern bei Doppelmandaten in: Festschrift für Roderich C. Thümmel zum 65. Geburtstag am 23. 10. 2020, 2020, S. 657ff., S. 662; Aktiengesetz : Großkommentar, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312 (*Fleischer*) [im Folgenden zit. Großkomm AktG/ *Bearbeiter*, *Band, Aufl., Jahr*]; Koch, Aktiengesetz, 16. Aufl., 2022, § 78, Rn. 29.

(3) *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 368.

一 支配可能性のみに基づく悪意の効果帰属？

現在の学説によれば、(支配可能性の意味をどう理解するかを問わず) 従属会社内の組織編成に対する支配可能性だけでは、悪意の効果帰属は正当化されない。この結論は、結合企業間に支配契約が存する場合、存しない場合ともに妥当する⁽⁴⁾。

学説が挙げる理由はこうである。支配会社が、従属会社への支配可能性のみを根拠に、従属会社の悪意の効果を引き受ける、と仮に考えるとする。このような規律のもとでは、支配会社は、従属会社からの情報伝達がなかったことで生じる不利益⁽⁵⁾を避けるべく、指揮を実行し、従属会社内に綿密な情報伝達体制を設置させておくことを余儀なくされる。これでは、悪意の効果帰属法理が、従属会社への指揮の実行を支配会社に間接的に強いるのと、実質上等しい結果になる⁽⁶⁾。この結果は、第1に、支配会社が、純然たる資本参加にとどまることも許されていることと矛盾する⁽⁷⁾。また、第2に、支配会社が集権的な指揮の実行を余儀なくされる結果として、従属会社の自

(4) したがって、契約コンツェルンにおいても、支配会社が指図権を有することだけでは、悪意の効果帰属は認められない(この点で、ドレクスルの見解(第3節Ⅱ32)と異なる)。Gerald Spindler, Wissenszurechnung in der GmbH, der AG, und im Konzern, ZHR 181, 311, 346 (2017); Münchener Kommentar zum AktG, Bd. 2, 5. Aufl., 2019, § 78, Rn. 103 (Spindler); Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 363; Andreas Seidel, Die wertende Wissenszurechnung, 2021, S. 244ff.; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 310.

(5) その意味については、第2節Ⅰ21、および、第3節Ⅱ33(2)の脚注(127)(本誌63巻1・2・3合併号69頁)を参照。

(6) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; Christian Liese, Grenzen der Wissenszurechnung Konzern und Outsourcing, 2020, S. 172. この点については、第3節Ⅱ3で紹介したドレクスルの見解も参照。Josef Drexler, Wissenszurechnung im Konzern, ZHR 161, 491, 515 (1997); ders., Wissenszurechnung im unabhängigen und Konzernunternehmen - Zivil-, gesellschafts- und bankrechtliche Überlegungen in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 112.

(7) Spindler, a. a. O. (Fn. 4), S. 343f.; Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 361; Christian Armbrüster/ Maximilian Kosich, Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2020, 1494, 1504; Reichert, a.a.O. (Fn. 2), S. 663. また、スイス法上の議論ではあるが、Sandro Abegglen, Wissenszurechnung bei der juristischen Person und im Konzern, bei Banken und Versicherungen, 2004, S. 258ff.

治・独立性が害されてしまい、分権的コンツェルンを定めた株式法（とくに同311条以下）の価値判断にも反する⁽⁸⁾。

のみならず、前記のように考えると、支配会社（取締役）が、従属会社への統一的指揮を実行する法的義務（いわゆるコンツェルン指揮義務）を負うのと、変わらないことになる。とくに、悪意の効果帰属は、支配会社を、その取引相手との法律関係で不利に扱えるかを問う対外関係上の法理であるから、これでは、支配会社（取締役）が従属会社を指揮すべき義務を、取引相手に対して事実上負うことになる⁽⁹⁾。このことは、株式法学説上、支配会社取締役は、自社の株主や従属会社に対する内部関係ですら指揮義務を負わないと一般に解されている⁽¹⁰⁾ことと、対立する⁽¹¹⁾。以上のように学説は、悪意の効果帰属と株式法上の価値判断とが衝突しかねないことを根拠に⁽¹²⁾、従属会社に対する支配可能性を、効果帰属の「十分条件」とすべきではない

(8) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 344; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 279.

(9) Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., 2022, § 35, Rn. 65 (*Beurskens*).

(10) *Heinrich Götz*, Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, ZGR 1998, 524, 530; *Holger Fleischer*, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759, 760f.; *Großkomm AktG/Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.62f., Rn.66; *Emmerich/Habersack* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9.Aufl., 2019, AktG § 308, Rn.34f. (*Emmerich*), § 311, Rn.10f. (*Habersack*); *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), Aktiengesetz: Kommentar, 4.Aufl., 2020, § 76, Rn.48 (*Seibt*); *Liese*, a.a.O. (Fn.6), S.144f.; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn.2), § 76, Rn.47ff., § 311, Rn.5. コンツェルン指揮義務の存否をめぐるドイツ法の議論の概要は、*Großkomm AktG/Fleischer*, Bd.9, 4.Aufl., 2022, § 311, Rn.59ff. コンツェルン指揮義務に関するわが国の先行研究としては、とくに船津浩司『「グループ経営」の義務と責任』（2010年）があり、ドイツ法の議論は、同書125頁以下で詳らかにされている。

(11) *Spindler*, a.a.O. (Fn.4), S. 334, S. 338, S. 344; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 361f.; *K. Schmidt/Lutter/Seibt*, a.a.O. (Fn. 10), § 78, Rn. 11; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2021, § 166, Rn. 86 (*Schubert*); *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 278f., S. 300f.; *Großkomm AktG/Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 310. このことは、支配会社・従属会社間に支配契約が存在する場合でも同様である。契約コンツェルンにおいても、支配会社取締役は指図権を有するだけで、指図を行う義務を負うわけではないからである。

(12) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343.

とする。

それでは、悪意の効果帰属を正当化するには、従属会社への支配可能性に加えて、どのような要件が必要になるのか。また、そもそも、ここでいう「支配可能性」とは具体的に何を指すのか。つぎに、この問題に関する代表的な見解をみていく。

二 フライシャーの見解

学説では、この「支配可能性」の意味を厳格に解し、支配会社が、情報提供を求める法律上の権利を従属会社に対して有していなければならないとする見解がある。その代表例が、フライシャーの見解である。フライシャーは、支配可能性を、「支配会社が、従属会社内の情報にアクセスする可能性を法律上保障されていること」と理解し、前掲判決【1】のレイシオ・デシデンダイもこの点にあるとする⁽¹³⁾。フライシャーによれば、結合企業間に支配契約があるときは、支配会社は情報提供を求める指図権を従属会社に対して有するので、支配可能性が肯定される。これに対して、支配契約がない場合は、コンツェルン内部の情報規則が定められているとき、または、支配会社と従属会社が情報交換に関する合意を交わしているときに、支配可能性を認めうる⁽¹⁴⁾。したがって、同説によれば、結合企業間に従属関係（株公司法17条1項）があればよいとするドレクスルの見解よりも、支配可能性の意味は限定される⁽¹⁵⁾。

さらに、フライシャーは、結合企業間で悪意の効果帰属を認めるには、以上の意味での支配可能性に加えて、以下に列挙する特別事情がなければならないとする⁽¹⁶⁾。そして、効果帰属の成否を決するこのような判断方法を、

(13) Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312.

(14) Großkomm AktG/*Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 312.

(15) 支配会社が従属会社に対して情報提供の請求権を有することを要件とみる見解としてほかに、*Florian Mader*, Die Pflicht zur Informationsweitergabe im faktischen Konzern, Der Konzern 2015, 476, 477, 484; *Thomas Gasteyer/Christof-Ulrich Goldschmidt*, Wissenszurechnung bei juristischen Personen und im Konzern, AG 2016, 116, 124; *MüKoBGB/Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 87.

(16) フライシャーは、これら5つの特別事情相互の関係性についても言及しているが、こ

「二段階の検討図式(Prüfungsschema)」と呼ぶ(ただし、これらの特別事情は、従来の判例・学説上の議論から一般化が可能なものとしてフライシャーが抽出したものである。その意味でフライシャーの見解は、判例・学説の現状分析としての性格が強い)⁽¹⁷⁾。第1に、支配会社の役員・被用者が従属会社の役員・被用者を兼任しており、従属会社のための活動のなかで情報を取得した場合である(役員・被用者の兼任をめぐるドイツ法の議論は、Vにて改めて詳述する)⁽¹⁸⁾。第2に、支配会社・従属会社間で現実に情報交換が行われていること、または、特定の取引において、両者が機能的に一体となっていることである⁽¹⁹⁾。第3に、前掲判決【2】が示したように、支配会社の任務の一部が、従属会社に移転していることである⁽²⁰⁾。第4に、対外関係上、支配会社と従属会社が一体をなしていることである⁽²¹⁾。そして、第5に、支配会社が従属会社に対して、その指揮権を現実に行使していることである⁽²²⁾。

三 シュピンドラーの見解

フライシャーと同様に支配可能性の意味を厳格に解するのが、シュピンドラーの見解である。シュピンドラーは、参与形態の選択は支配会社の自由であることや、支配会社(取締役)の指揮義務が存しないことなどから、結合企業間での悪意の効果帰属は、ごく例外的な事情がある場合に限り、これを認めうるとする⁽²³⁾。この例外的事情について、シュピンドラーは、①支配

の点は今後解明を要する問題だとして、結論を避けている。とくに、これらのうちひとつでも存すればよいのか、何かが欠けていてもよいのかについては、問題となる状況の多様性に鑑み、統一的な指針は認められないとする。Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 319.

(17) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 311, Rn. 313.

(18) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 314.

(19) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 315. ここでは前掲判決【1】が主に念頭に置かれている。また、この点については、*Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1503も参照。

(20) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 316.

(21) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 317.

(22) Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 318.

(23) *Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), S. 333, S. 343ff.; *MüKoAktG/ Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103.

会社のする法律行為の場面で同社の悪意が問題になるときと、②法律行為以外の場面で同社の悪意が問題になるときに分けて検討を加えている。

1 法律行為の場面で支配会社の悪意が問題になる場合

法律行為の場面では、結合企業間での情報共有に対する契約相手の信頼が、悪意の効果帰属を正当化する例外的な事情となる。これによれば、支配会社の契約相手が、コンツェルン内に集中的な情報伝達体制があって、従属会社の情報を支配会社が共有していると信頼してよいときに、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属する⁽²⁴⁾。そして、以下の諸事情を踏まえれば、情報共有への信頼を契約相手が許されるのは、支配会社と従属会社が支配契約を締結しているとき（契約コンツェルン）に限られる。第1に、従属関係があるときでも、指揮を実行するか（それゆえ、情報伝達体制を設けさせるか）は、支配会社の裁量に委ねられる⁽²⁵⁾。第2に、支配会社は、支配契約を締結していない限り、情報提供を従属会社に強制できない⁽²⁶⁾。そして、第3に、支配会社と従属会社間の情報共有は、情報保護法の規律や、従属会社の秘密保持義務などにより法律上禁止されることがある⁽²⁷⁾。したがって、コンツェルン内での情報共有を契約相手が信頼して無理もないといえるのは、従属会社の利益を蔑ろにできるだけの特別な支配関係があるとき、すなわち、支配契約が交わされているときだけである⁽²⁸⁾。

また、契約コンツェルンの場合でも支配会社は、従属会社に情報伝達を求めない、分権的なコンツェルン運営を選択できる。シュピンドラーはこの点も考慮し、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するには、両者間の支配契約に加えて、支配会社が集権的な指揮を実行し、従属会社が支配会社の業務過程に統合されていることが必要だとする⁽²⁹⁾。

(24) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(25) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(26) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 344.

(27) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 345f.

(28) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 346.

(29) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 346f.

2 法律行為以外の場面で支配会社の悪意が問題になる場合

法律行為以外の場面では、情報共有がされていることへの契約相手の信頼は、問題となりえない⁽³⁰⁾。そこで、シュピンドラーは、支配会社に権利濫用的な行動があるときに限り、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するとする⁽³¹⁾。

四 ザイデルの見解

さらに最近の学説では、この問題についてより体系的な理論を展開するザイデルの見解がある。ザイデルは、従属会社の悪意が支配会社に効果帰属する要件として、「情報伝達の支配可能性」と、両者の「機能的一体性」を掲げる⁽³²⁾。ザイデルは、ある人格(A)に別人格(B)の悪意に基づく効果を引き受けさせるには、①BからAへの情報伝達の確保がAに可能であること(可能性)、および、②その情報伝達の確保をAに期待できること(期待可能性)が必要だとする。そして、結合企業間での悪意の効果帰属との関係では、①を肯定するために「情報伝達の支配可能性」が、②を肯定するために支配会社と従属会社の「機能的一体性」が、それぞれ存しなければならないとする⁽³³⁾。同説の内容を以下で概観しよう。

1 情報伝達の支配可能性

ザイデルによれば、従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させる第1の要件は、支配会社が、従属会社から自社への情報伝達を支配できることである。この支配可能性を認めるには、支配会社が、従属会社内の情報にアクセスする、法律上保障された可能性を有しなければならない。そして、支配会社が、法律上および事実上貫徹可能な情報提供の請求権を従属会社に対して有するときは、原則として法的なアクセス可能性が認められる⁽³⁴⁾。

(30) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 354.

(31) Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 355.

(32) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 246ff.

(33) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 246f.

(34) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 248f.

ザイデルは、支配契約がある場合とない場合とに分けて、以上の意味での支配可能性（法的なアクセス可能性）について検討を進める⁽³⁵⁾。まず、支配契約がある場合、支配会社は、指図に関連して従属会社に情報提供を請求する権利を有する（第2節Ⅲ-2（1））⁽³⁶⁾。また、その指図権行使により、コンツェルン規模での情報システムの構築を、従属会社に命じることができる（株式法308条）⁽³⁷⁾。このため、支配会社には、従属会社の情報に対する法的なアクセス可能性が当然に認められる。

これに対して支配契約がない場合、支配会社は、従属会社に対して情報提供を請求する一般的な権利を有しない（第2節Ⅲ-2（2））⁽³⁸⁾。このため、原則として、支配会社には、従属会社から自社への情報伝達の支配可能性がない⁽³⁹⁾。ただし、この場合においても、支配会社と従属会社とが、合意によって情報共有の体制を設けているときは、結論が異なる。例えば、結合企業が共通のデータバンクを利用し、従属会社が入力した情報に支配会社がアクセスできる場合などが、これにあたる⁽⁴⁰⁾。このような場合には、従属会社への法律上の情報請求権がなくても、支配会社は、当該情報について情報伝達の支配可能性を有する⁽⁴¹⁾。

2 支配会社と従属会社の「機能的一体性」

ザイデルは、以上の意味での支配可能性があっても、それだけでは、従属会社の悪意を支配会社に効果帰属させることはできないとする。支配会社は従属会社を指揮する法的義務を従属会社に、ましてや第三者に対して負わず、また、各コンツェルン企業は別個独立の法人格である。このため、支配会社は、従属会社から自社への情報伝達が支配可能であっても、その情報伝達の確保を、直ちに期待されるわけではない⁽⁴²⁾。そのうえで、ザイデルは、

(35) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 262ff.

(36) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 262.

(37) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 263.

(38) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 264f.

(39) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 265, S. 271.

(40) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 272.

(41) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 272, S. 276f.

情報伝達の確保を支配会社に期待できるのは、支配会社と従属会社がコンツェルン内で「機能的一体性」を形成しているときに限られるとする。結合企業が機能的一体性の形成により会社法上の分離独立性を克服し、そうして分業的に協働する決定をしたときのみ、情報伝達の確保を要求できるようになる⁽⁴³⁾。

ザイデルは、結合企業間の機能的一体性を認めうる場面として、以下の具体例を挙げる。第1に、支配会社が従属会社への法律上の指揮権を行使し、集中的な支配を実行している場合である⁽⁴⁴⁾。集中的支配により、支配会社(取締役)は、実質上、従属会社の意思決定の主体となる。この場合、支配会社は、注意を尽くした指図決定を行えるよう、(情報請求の権利を行使して)従属会社内の諸事情につき包括的に情報を取得しておくことを義務づけられる。そうである以上は、同様の情報取得、情報伝達の確保が、悪意の効果帰属との関係でも期待されてよい⁽⁴⁵⁾。

第2に、支配会社が、自らの任務を従属会社へ外部委託(アウトソーシング)した場合である⁽⁴⁶⁾。この任務において従属会社が取得した情報については、支配会社は情報伝達の確保を期待される。仮に当該任務を支配会社内部の分業により処理していれば、当該任務に伴って取得された情報について、支配会社は悪意者となっていたはずである(BGB166条、または「情報伝達上の組織編成義務」法理による)。これと同一の任務を、法律上独立した従属会社にさせた場合にも、支配会社はやはり悪意者と扱われるべきである。組織内分業を選択するか、従属会社への外部委託を選択するかの支配会社の決定が、同社の悪意判断との関係で異なる結論を導くべきではないからである⁽⁴⁷⁾。

(42) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 247, S. 278f., S. 300f.

(43) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 280.

(44) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 283ff. 株式法で法的な指揮権が認められるのは契約コンツェルンの場合のみなので、この第1の事由は契約コンツェルンにのみ妥当する。Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 284.

(45) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 284f.

(46) Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 287ff. ここには、支配会社が自社の情報管理を従属会社に委ねていた場合も含まれる。Seidel, a.a.O. (Fn. 4), S. 287.

第3に、コンツェルン内で情報システムが共同利用されている場合である⁽⁴⁸⁾。現在では、電子媒体による情報の保管や参照が通例なので、従属会社からの情報を、情報システム上ほぼ無制限に参照することができる。ここでは、支配会社側の情報照会が期待可能であるため、共同利用されているデータバンクの範囲内において、コンツェルン規模での悪意の効果帰属が認められる。

そして、第4に、支配会社と従属会社が市場において共同で現れているとき⁽⁴⁹⁾、第5に、同一人が支配会社と従属会社で役員（または被用者）を兼任しているとき⁽⁵⁰⁾が挙げられている（役員・被用者の兼任をめぐるドイツ法の議論は、Vにて改めて詳述する）。前者は、例えば、統一的なコーポレート・デザインの利用などによって、支配会社・従属会社が一体となって市場で現れ、その結果、両者が協働し、機能的一体性を形成しているような印象を取引社会に与える場合である⁽⁵¹⁾。

五 シュルンブラントの見解

悪意の効果帰属の「必要条件」たる支配可能性の意味については、以上の各見解よりも緩やかに解し、株式法17条1項の従属関係があればこれを認めてよいとする見解もある。代表例として、シュルンブラントの見解を紹介しよう。

1 効果帰属の「必要条件」としての支配可能性の意味

シュルンブラントは、支配可能性を認めるために指図権や情報提供の請求権を必要とする見解に対して、このような要件設定は支配可能性の意味を過剰に狭めるものと批判する⁽⁵²⁾。従属関係・従属性（株式法17条1項）は、

(47) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 288f.

(48) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 289f.

(49) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 290ff.

(50) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 292ff.

(51) *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 290f.

(52) *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 368.

単なる事実上のものではなく、会社法にその根拠を有する⁽⁵³⁾。そして、従属関係があれば、従属会社取締役は、法人間の垣根をこえた情報伝達のシステムに組み入れられるのを、通常は確実に容認する。したがって、支配契約があるときはもちろん⁽⁵⁴⁾、同契約が存しないときであっても、ここでいう支配可能性を認めるべきである⁽⁵⁵⁾。

2 「二段階の検討図式」と結合企業間の分業

ドレクスルらと同様に、シュルンブランドも、支配可能性に加えて、悪意の効果帰属を正当化する特別事情の存在を必要とする⁽⁵⁶⁾。ただし、シュルンブランドは、ドレクスルがこの特別事情として提唱した「統一的な企業計画」を、効果帰属の基準として不適切だと批判する。第1に、単なる資本参加にとどまっているか、統一的な企業計画を行っているかの線引きは、困難である⁽⁵⁷⁾。第2に、企業が結合している場合は、多かれ少なかれ統一的な企業計画は存在するものなので、この基準によれば、原則と例外則の関係が逆転し、結合企業間での悪意の効果帰属が原則と化してしまいかねない⁽⁵⁸⁾。そのうえでシュルンブランドは、効果帰属の正当化根拠を、結合企業間での「分業または外部委託」に求める⁽⁵⁹⁾。そして、ここでいう「分業」の具体的

(53) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 368. この指摘は、同項の従属関係は、従属会社役員の人事に対する支配会社の影響力に基づくものであって、さらに、この影響力は、株式（議決権）の過半数を有する者に対して株式法の規定が保障している、という意味のものだと推測される。

(54) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 367.

(55) Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 368. 同旨と思われるものとして、Großkomm AktG/Habersack/Foerster, Bd. 4/1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; Liese, a. a. O. (Fn. 6), S. 202ff. ただし、シュルンブランドは、従属会社が情報提供への協力を拒絶したことを、支配会社が個別事案において立証すれば、ここでいう支配可能性は否定されるとみているようである。

(56) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 364.

(57) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378.

(58) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378.

(59) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 378ff. シュルンブランドはこのほかに、①支配会社と従属会社間で役員・被用者の兼任があること、②支配会社と従属会社が一体として相手方に対峙することが、効果帰属の正当化根拠として適切かを検討している。①および②の特別事情については、別の箇所それぞれ他の学説とあわせて詳説する（後述Ⅳ二、

意味を以下のように説明する。

第1に、支配会社が、自社の情報管理を従属会社に委ねていることである。このような場合には、従属会社内に情報が存することをもって支配会社は悪意者となる⁽⁶⁰⁾。第2に、より一般的に、判決【2】が示したように、支配会社の任務の実行が組織化され、その一部が従属会社へと移転していることである。この場合において、当該任務の実行において従属会社が情報を取得したときは、支配会社はその悪意の効果を引き受ける⁽⁶¹⁾。このようにシュルンプラントは、コンツェルン内で任務を分業的に処理すること、およびその分業利益の享受が、悪意の効果帰属を正当化するとみている。

3 「特有の機能連関」の要件

他方で、コンツェルン内での分業的な任務処理は企業活動では通常のことなので、分業を基準とすると、結合企業間での悪意の効果帰属が原則となってしまうおそれがある。そこで、シュルンプラントは、結合企業間に分業関係があるときでも、悪意の効果帰属にさらに一定の制限を設けることが必要だとする。具体的には、「特有の機能連関 (Funktionszusammenhang)」を効果帰属の要件とする⁽⁶²⁾。これによれば、当該の分業と比較可能な協働が、ひとつの法人内でされていたとしても、(情報伝達確保の期待可能性に基づいて)悪意の効果帰属が認められたはずである場合に限り、結合企業間での効果帰属が正当化される。とくに、従属会社に委ねられた任務が、支配会社が本来担うはずの機能であれば、従属会社から支配会社への悪意の効果帰属は認められやすくなる⁽⁶³⁾。

V)。

(60) Schürnbrand, a. a. O. (Fn. 1), S. 379. 同旨の見解として、Großkomm AktG/ Habersack/ Foerster, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44.

(61) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379.

(62) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379.

(63) Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 379f.

六 小括

従属会社の悪意が支配会社に効果帰属するかにつき、Ⅱで挙げたものも含めて、ドイツ法の現在の理論状況をここでまとめておこう。

支配会社は、法律上(株式法308条)または事実上(株式法17条1項、311条)、従属会社に命じて同社内に情報伝達体制を構築させ、自社への情報伝達を確保できる。しかし、こうした支配可能性は、悪意の効果帰属の「十分条件」にはならない。支配可能性の存在だけで効果帰属を認めると、①支配会社は、従属会社への指揮を実行するかどうかを裁量で決定でき、コンツェルン指揮義務を負わないこと、②従属会社の自治・独立性が尊重されるべきことといった、株式法上の価値判断に反する結果になるからである。

そこで、「必要条件」たる支配可能性に加えて、さらなる特別事情が加わるときにのみ、効果帰属の「十分条件」が充たされることとなる(二段階の検討図式)。何をもちこの特別事情とするかは、学説上現在でも意見の帰一をみない。ただし、単なる多数参与をこえて、支配会社と従属会社の間に何らかの分業関係があれば悪意の効果帰属を認める点には、ほぼ異論がないようである⁽⁶⁴⁾。争いがあるのはその先であり、それでは、具体的にどのよ

(64) 本文中で紹介した見解のほかにも、結合企業間での分業という視点に言及する見解は多い。Großkomm AktG/*Habersack/ Foerster*, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil, Neubearbeitung 2019, § 166, Rn. 32a (*Schilken*); *Liese*, a. a. O. (Fn. 6), S. 202ff.; *Armbrüster/ Kosich*, a. a. O. (Fn. 7), S. 1503f.; *Reichert*, a. a. O. (Fn. 2), S. 663f., S. 671; MüKoBGB/*Schubert*, a. a. O. (Fn. 11), § 166, Rn. 88, Rn. 93. また、スイス法上の議論として、*Abegglen*, a. a. O. (Fn. 7), S. 269ff.

なお、下級審裁判例ではあるものの、同様の趣旨を述べる判決として、ハム上級地方裁判所2001年2月19日判決(BKR 2002, 958)がある。事案は、被告金融機関(A社)から融資を受けてB社から不動産を購入した原告が、当該不動産取引のリスクについてA社が情報提供および助言を怠ったとして、損害賠償等を請求したものである。連邦通常裁判所の判例によれば、融資の目的である取引のリスクにつき金融機関が情報提供や助言の義務を負うのは、そのリスクを現実認識していたなど、例外的な事情がある場合に限られる。原告は、A社とB社が同一の企業グループに属していることから、取引のリスクに関するB社の悪意がA社に効果帰属すると主張した。本判決は、ドレクスルの学説を引用しつつ、以下のように述べて原告の主張を斥けた。「両者が同一の企業グループに属していることが、単なる資本参加の結果ではなく、本件取引との関係で、統一的な企業目的の実現のために意図的に分業というかたちで利用されていた事実は、立証されていない。被告の不利益における悪意の効果帰属は、後者の場合に限りこれを認め

うな分業関係があればよいのか。この点については、比較的広く解するものから、より限定的に解するものまで、論者ごとに理解が異なる。例として、(a) 支配会社・従属会社間に「統一的な企業計画」があればよいとする見解（ドレクスル）、(b) (a) では広すぎるとして、支配会社が、何らかの任務、とくに同社が本来自ら担うはずの業務を、従属会社に行わせていること（外部委託および「特有の機能連関」）を求める見解（シュルンプラント）がある⁽⁶⁵⁾。また、(c) 支配会社が、分業により情報取得の可能性を従属会社に移転させた場合に、後者の悪意を前者に効果帰属させる見解（ポルク）⁽⁶⁶⁾も、この流れに位置づけられよう（第3節Ⅱ二）。(c) の見解は、支配会社が、自ら情報を取得して悪意になることを分業によって免れた点を重視するものであり、ここには、権利濫用法理の発想を看取できる⁽⁶⁷⁾。さらに学説では、(d) 支配会社と従属会社間に支配契約が存すること、および、同契約に基づき支配会社が現実指揮を実行していることを要件とし、悪意の効果帰属の範囲を極めて限定的に捉える見解（シュピンドラー）もある。(d) の見解は、指揮を実行することや、従属会社内に情報伝達体制を設けさせることは原則として支配会社の裁量に委ねられる点を、とくに尊重するものであろう。

以上のように現在の学説は、従属会社から支配会社への悪意の効果帰属は、限定的な要件のもとでのみ認められる例外則だと理解している⁽⁶⁸⁾。

ることができる」。

(65) サイデルが結合企業間の機能的一体性を認めるために掲げた第2の事情も、これにはほぼ相当すると思われる。

(66) Reinhard Bork, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237, 256.

(67) Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 316.

(68) Petra Buck-Heeb, Wissenszurechnung, Informationsorganisation und Ad-hoc-Mitteilungspflicht bei Kenntnis eines Aufsichtsratsmitglieds, AG 2015, 801, 804; Habersack, a.a.O. (Fn. 1), S. 1553; Spindler, a.a.O. (Fn. 4), S. 333; Staudinger/ Schilken, BGB, a.a.O. (Fn. 64), § 166, Rn. 32a; K. Schmidt/ Lutter/ Seibt, a.a.O. (Fn. 10), § 78, Rn. 11; Armbrüster/ Kosich, a.a.O. (Fn. 7), S. 1503; Großkomm AktG/ Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 308; Noack/ Servatius/ Haas/ Beurskens, a.a.O. (Fn. 9), § 35, Rn. 65.

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

つぎに、以上とは反対に、支配会社から従属会社への悪意の効果帰属は認められるか。すなわち、従属会社の法律関係に影響する情報について、支配会社(その役員・被用者)がこれを認識していることに基づき、従属会社を悪意者と扱えるか(例えば、第1節の事例②)。

従属会社は、支配会社に対して、その保有する情報を提供させたり、組織内に情報伝達体制を構築させたりする権利を有しない(第2節Ⅲ二)。また、支配会社(取締役)は、従属会社からのこれらの求めに任意に応じることはあっても、これに事実上従わざるをえない状況に置かれることは通常はない⁽⁶⁹⁾。したがって、従属会社は、いかなる意味においても、支配会社から自社への情報伝達に対する支配可能性を有しない。このため、ドイツの学説は、「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用によって、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させることはできないとする⁽⁷⁰⁾。

そこで、学説は、同法理以外の根拠によって、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させうるかを検討している。学説上、とくに議論の俎上にのるのは、つぎの諸理論である。第1に、支配会社が、従属会社の代理人として行っている場合である。この場合には、両者の間にBGB166条1項が適用されるので、当該行為との関係では、支配会社の悪意を考慮して従属会社の法律関係が決せられる。この結論については、学説上異論がない⁽⁷¹⁾。

(69) この点については、*Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 249ff.

(70) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 337, S. 343; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 365; *Reichert*, a.a.O. (Fn. 2), S. 671; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 261; *Koch AktG*, a.a.O. (Fn. 2), § 78, Rn. 29. この点については、従属会社が、自己の情報と同様に支配会社内の情報にアクセスする法律上および事実上の可能性がある場合で、かつ、そのアクセス可能性の行使を取引社会が期待してもよいときは、例外的に支配会社から従属会社への悪意の効果帰属を認める見解もある。*Dirk A. Verse*, *Doppelmandate und Wissenszurechnung im Konzern*, AG 2015, 413, 420. また、近年では、支配会社と従属会社の間に分業関係が存するときは、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを認めてよいとする見解も提唱されている。*Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 205ff., S. 209.

(71) *Wolfgang Schüler*, *Die Wissenszurechnung im Konzern*, 2000, S. 149; *Gerd Nobbe*, *Die Wissenszurechnung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in: Neues Schuldrecht und Bankgeschäfte - Wissenszurechnung bei Kreditinstituten*. Bankrechtstag 2002, 2003, S. 162; *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 419; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn. 15), S. 124; *Schürnbrand*, a.a.

第2に、支配会社が指図または誘発を行い、従属会社に特定の行為をさせた場合である。この場合には、当該行為との関係で支配会社の悪意が従属会社に効果帰属すると考える見解が、学説上有力である。

第3に、①支配会社と従属会社とが、一体として相手方に対峙している場合、または、②支配会社が従属会社の単独の社員(株主)である場合である。ドレクスルは①②をともに効果帰属を正当化する根拠として掲げていたが、2000年代以降は、この①②の根拠の当否が、学説で議論されるようになる。

これらの諸理論、とくに第2および第3の理論に関するドイツ法の現状を以下で詳論する。

一 支配会社から従属会社への指図・誘発

第1に、支配会社が指図または誘発を行い、従属会社に特定の行為をさせた場合である。当該行為に影響する情報が支配会社内にあったとき、従属会社は当該行為との関係で悪意者と扱われるか。現在のドイツでは、この場面で悪意の効果帰属を肯定する見解が極めて有力である⁽⁷²⁾。ただし、ここで効果帰属を肯定する法的根拠については見解が分かれており、代表例として、①支配会社を従属会社の「準意思決定機関」とみる見解と、②BGB166条2項を類推する見解とが提唱されている。

1 支配会社を従属会社の「準意思決定機関」とみる見解

このような場面に関する解釈論を最も早期に提唱したのがシューラーである。シューラーは、指図または誘発をした支配会社(取締役)を従属会社内部の一部分(「準意思決定機関」)とみることで、「情報伝達上の組織編成義

O. (Fn. 1), S. 365; MüKoBGB/ *Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 248.

(72) Großkomm AktG/ *Habersack/ Foerster*, Bd. 4/ 1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335f.; MüKoAktG/ *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 365f.; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Reichert*, a.a.O. (Fn. 2), S. 664, S. 671; MüKoBGB/ *Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 253ff., S. 262; Großkomm AktG/ *Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 318.

務」法理をこの場面に適用する。

第1に、契約コンツェルンで指図があった場合、従属会社は同指図に従う法律上の義務を負うので、従属会社の意思決定を実質上担うのは、従属会社取締役ではなく、支配会社(取締役)となる。したがって、支配会社(取締役)は、従属会社の「準意思決定機関」として、その分業的な活動過程の一部となる⁽⁷³⁾。この場合は、同指図の実行としてする法律行為・業務に影響する情報であって、支配会社内に存するものについて、従属会社は悪意者と扱われる⁽⁷⁴⁾。ただし、この効果帰属は、「正常な情報伝達体制」のもとであれば、当該情報が決定権者に行為時までには伝達されていたことを、要件とする⁽⁷⁵⁾。これは、支配会社(取締役)を従属会社の内部機関と同一視して、「情報伝達上の組織編成義務」法理を(ひとつの法人内部に適用するのと同様に)この場面に適用する解釈論である。

第2に、シューラーは、事実的コンツェルンにおいても、以上と同様の解釈を提唱する。事実的コンツェルンの支配会社が従属会社に誘発を行った場合、従属会社は、同誘発に従う法律上の義務を負わない。このため、誘発に基づく行為は、従属会社が自己の判断・決定によってしたものというべきである。しかし、この場合、誘発に基づく行為につき従属会社に責任を負うのは、従属会社取締役ではなく、支配会社(取締役)となる。従属会社内でのこのような責任状態の変更には、ここでも、支配会社(取締役)は、当該行為との関係で従属会社の意思決定の一部を担っているといえる。このため、「情報伝達上の組織編成義務」法理により、支配会社の悪意が、従属会社に効果帰属する⁽⁷⁶⁾。

以上の解釈の基礎には、指図または誘発によって従属会社に行為させる場合、支配会社は、従属会社の内部機関に準じるものとして、当該行為に関連する情報を従属会社(取締役)に提供する義務を負う、とする理解があるようである⁽⁷⁷⁾(そのように解さないと、従属会社は、当該情報を取得する手段が

(73) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 152ff.

(74) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 154ff., S. 171f.

(75) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 154ff., S. 162, S. 172.

(76) Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 185ff., S. 190.

全くないにもかかわらず、悪意者と扱われかねない⁽⁷⁸⁾。このような理解と、支配会社の情報提供義務を原則として否定する通説(第2節Ⅲ二)との整合性は、当然に問題となろう。

2 BGB166条2項を類推する見解

つぎに、BGB166条2項によってこの問題を解決する見解をみていこう。同説によれば、支配会社が指図または誘発によって従属会社(取締役)に特定の行為をさせた場合は、BGB166条2項の類推により、支配会社の悪意を考慮して、当該行為につき従属会社の法律関係が決せられる⁽⁷⁹⁾。

ただし、理論的観点からは、同項を類推する基礎がこの場面で本当に存するのかに、若干の疑問が生じる。この場面で従属会社取締役は、支配会社ではなく従属会社を代理(代表)して行為しているので、支配会社をBGB166条2項の「本人」に擬することには無理があるためである⁽⁸⁰⁾。この問題点については、学説上、以下のような理論的説明がある。すなわち、BGB166条2項からは、「代理人の独立の行為から利益を享受する者は、分業活動上のリスクを第三者に一方的に転嫁することはできない」とする価値判断が導かれる⁽⁸¹⁾。支配会社は、コンツェルン全体の利益のために当該行為を従属会社にさせているので、当該行為の利益享受者である⁽⁸²⁾。そして、当該行為が従属会社の善意により判断されると、悪意の支配会社が自ら行為した場合と比較して、行為の相手方が不利な地位に置かれる。BGB166条2項の前記法意によれば、このことを防止するため、当該行為の効力を、支配会社の

(77) *Schüler*, a.a.O. (Fn. 71), S. 185ff.

(78) なお、シューラーは、悪意者として不利な扱いを受けた従属会社の保護を、同社から支配会社または支配会社取締役に対する損害賠償請求により実現しようとしている。
Schüler, a.a.O. (Fn. 71), S. 164ff., S. 190f.

(79) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335f.; *MüKoAktG/ Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Schürnbrand*, a. a. O. (Fn. 1), S. 365f.; *Reichert*, a. a. O. (Fn. 2), S. 664, S. 671; *MüKoBGB/ Schubert*, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 90; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 253ff.

(80) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 335; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 366.

(81) *Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), S. 335; *MüKoAktG/ Spindler*, a. a. O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 254.

(82) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 336; *Armbrüster/ Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504.

悪意によって判断するべきである⁽⁸³⁾。

二 支配会社と従属会社の一体的行為

第2に、ドレクスルが提唱したように、支配会社と従属会社とが、一体として相手方に対峙する場合である。この場合、従属会社の取引相手は、支配会社内の情報を従属会社が共有していると信頼するはずなので、この信頼を保護するため、支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させる(信頼を基礎とする悪意の効果帰属)。

しかし、2000年代以降の学説は、この解釈論に否定的である⁽⁸⁴⁾。第1に、従属会社の相手方は、従属会社がコンツェルンに属している事実から、コンツェルン内部での情報共有を信頼することはなく、また、そのような信頼があってもそれは保護に値しない(この点は、コンツェルンの形態を問わない)。統一的指揮が実行されていても、そのことから、特定の情報が従属会社に伝達されている事実が、当然に推認されるわけではないからである。統一的指揮実行の事実、指揮の範囲や程度を何も明らかにせず、それゆえ、特定の情報共有体制の存在に対する相手方の信頼を基礎づけるものではない⁽⁸⁵⁾。

(83) 他方で従属会社としては、この効果帰属により、決定権者が善意であるにもかかわらず、当該行為との関係で悪意者として不利に扱われることになる。このような従属会社の不利益を救済するには、①指図または誘発の実行に際して、当該行為にかかわる情報の提供を支配会社に請求する権利を従属会社に与えるか、少なくとも、②悪意者と扱われたことで被った損害について、支配会社への賠償請求権を認めることが、必要となろう。BGB166条2項類推を支持する学説のなかには、①の点を肯定する見解がある。これによれば、支配会社は、従属会社に特定の行為を誘発する(株式法311条)ときは、当該措置に関連する諸事情について従属会社に説明をする義務を負う。これにより、情報伝達確保の可能性のないまま悪意の効果帰属を受けることから、従属会社は保護される。*Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 255f.

(84) *Größkomm AktG/Habersack/Foerster*, Bd. 4/1, 5. Aufl., 2015, § 78, Rn. 44; *Gasteyer/Goldschmidt*, a.a.O. (Fn. 15), S. 124; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 378; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 113ff.; *Armbrüster/Kosich*, a. a. O. (Fn. 7), S. 1504; *Größkomm AktG/Fleischer*, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 317.

(85) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 340f.; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 113ff.; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 261.

第2に、仮に相手方の正当な信頼があるとしても、そこから導かれる効果は、かような信頼の惹起に対する支配会社の責任を、損害賠償請求というかたちで相手方が追及することだけである(契約締結上の過失に基づく支配会社自らの賠償責任)。これに対して、支配会社の信頼責任からは、その悪意が従属会社に効果帰属するという効果は生じない⁽⁸⁶⁾。

三 従属会社少数社員(株主)の不存在

最後に、これもドレクスの提唱した、支配会社が従属会社の単独社員(株主)である場合である。この場面では、従属会社の少数社員(株主)の利益を考慮しなくてよいので、支配会社の悪意に基づき、従属会社が悪意者と扱われるという。

この解釈論については議論の進展があまりみられないものの、現在の学説は、やはり否定的な姿勢をみせている。第1に、完全支配の事実のみをもって悪意の効果帰属を認めると、各会社の法律上の独立性を無視することになり、コンツェルンの単一体説と変わらない結果になる⁽⁸⁷⁾。第2に、ここでも、完全支配の事実は、指揮のあり方、とくにコンツェルン内部での情報伝達がどのようにされているかを示すものではない。完全支配関係があるときでも、支配会社は、指揮および指図権の行使を限定的な範囲にとどめてよいからである⁽⁸⁸⁾。

四 下級審裁判例の動向

支配会社から従属会社への悪意の効果帰属の問題については、同問題を争点とする下級審裁判例が、2000年代以降相次いで登場している。これらの裁判例は、同問題をめぐる連邦通常裁判所の判例がいまだ存しない状況下で、実務の現状を知る手がかりとなろう。そこで、IVの最後に、これらの下

(86) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 340; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Liese*, a.a.O. (Fn. 6), S. 124; *Armbrüster/Kosich*, a.a.O. (Fn. 7), S. 1504; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 260.

(87) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 243.

(88) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 343; *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 362; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 244.

級審裁判例の動向を確認しておく。

下級審裁判例では、当初、支配会社と従属会社の関係に「情報伝達上の組織編成義務」法理を適用し、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを認める判決があった。

【3】 ミュンヘン上級地方裁判所 2006年7月27日判決⁽⁸⁹⁾

【事案の概要】

Xは、ホームセンター店舗のフランチャイザーであるY社とフランチャイズ契約を締結し、ホームセンターを運営していた。Yのフランチャイズシステムでは、商品の仕入れにYの支配会社A社が関与することとなり、Aの交渉による有利な仕入価格などが、フランチャイズの利点とされていた。ところが、本件契約締結後、Aが仕入先とリベートの授受を合意していた事実、およびリベートの利益はフランチャイザーには配分されないこととされていた事実が、判明した。Xは、仮に契約前に当該事実を知っていたならば、本件フランチャイズ契約を締結しなかったこと、および、当該事実を開示する義務にYが違反したことを理由に、Yに対して損害賠償を請求した。これに対してYは、Aによる前記リベート合意の事実、本件契約時Yの社内でも知られていなかったとして、自らの開示義務を否定した。第1審は、Xの請求を棄却した。これに対してXが控訴した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べて原判決を取り消し、Xの請求を認容した（ただし、具体的な損害額を確定させる限りにおいて、事件を原審に差し戻した）。

「親会社の担当部門の悪意は、Yに効果帰属する。このため、Yには、Xの契約相手としての有責性を認めうる。（中略）Yは、自己の善意を援用できない。本件契約からも分かるように、Yの取引活動は、その親会社に由来するものだからである。

法人、または、その分業形態に基づき情報が複数の人員もしくは部門へと分かれている組織体においては、取引保護、および、情報交換を正常に組織編成すべき義務に基づき、悪意の効果帰属が生じる。本件では、このことを認めうる。仕入先とのリベートに関する合意は、（中略）文書化され、記録保管されるべき事項である。（中略）契約相手にとって重要な情報を（支配会社の一筆者注）担当部署に照会する状態を確保しておくことは、Yのなすべき事柄である。本件でこの点が、Yとその親会社が別法人であることを理由に変わることはない。（悪意の効果帰属に関する一筆者注）上記の原則は、認識分裂（情報取得者と決定権者の不一致一筆者注）を生じさせうるすべての組織体に適用される」。

(89) BB 2007, 14.

本判決は、支配会社と従属会社を一体の組織とみて、「情報伝達上の組織編成義務」法理を（ひとつの法人に適用するのと同様に）両者の関係に適用するようである。これにより、リポートに関する本件情報につき従属会社の悪意を認めている。ただし、学説上で指摘があるように、従属会社は、支配会社内の組織編成を支配する可能性を有しないので、この場面で同法理を適用することは、理論的観点からは困難なはずである⁽⁹⁰⁾。このような理論上の問題点を意識してか、本判決より後の裁判例では、より限定的な要件のもとで悪意の効果帰属を肯定する判決が多くなっている。

つぎの判決【4】と【5】はいずれも、社会問題として記憶に新しいフォルクスワーゲン社（以下ではVW社と表記する）の排出ガス不正事件（Abgasskandal）を背景とする争いである⁽⁹¹⁾。

【4】 ミュンヘン地方裁判所 2016 年 4 月 14 日判決⁽⁹²⁾

【事案の概要】

X は、自動車販売店の Y 社から、VW 社製の本件自動車を購入した。購入に際して X は、排出ガスの少ない車種を希望しており、この希望に基づき Y の販売員は本件自動車を推奨していた。ところが、本件自動車は、VW 社の排出ガス不正事件の

(90) 同判決に対する批判として、*Liese, a.a.O. (Fn. 6), S. 123.*

(91) VW 社の排出ガス不正事件との関係で結合企業間での悪意の効果帰属が争点となった判決として、本文で紹介するもののほか、シュトゥットガルト上級地方裁判所 2017 年 4 月 25 日判決（MDR 2017, 816）がある。事案は、VW 社の不正事件を報道で知った原告が VW コンツェルンに不信任を募らせ、VW 社の孫会社である被告と交わしていたポルシェ社製自動車のリース契約を、詐欺を理由に取り消すなどし、リース契約終了の確認を求めて提訴したというものである。原告は、不正の事実に関する VW 社の悪意が、孫会社たる被告に効果帰属するので、被告の詐欺を認めようと主張した。本件で原告は、本件自動車が不正事件の対象車種である事実をそもそも立証しておらず、第 1 審および本判決とも原告の請求を棄却したが、本判決は、結合企業間での悪意の効果帰属に関して、以下のように付言している。「関係する会社がひとつのコンツェルンにおいて結合されている事実だけでは、悪意の効果帰属を生じさせるのに不十分である。コンツェルンにおける分業および指揮権行使のあり方、ならびに、当該情報がどの会社に存在するかが明らかにならない限り、当該コンツェルン内部で情報交換をどのように組織編成することを要するか、そして、これにかかわる組織編成上の有責性という視点のもとで悪意の効果帰属が肯定されるかを決することはできない。原告はこの点についても十分な立証をしていない。そもそもエンジンの製造者すら特定していないのである」。

(92) LG München, 14. 04. 2016, 23 O 23033/ 15 (Juris) .

対象車種であり、窒素酸化物等の排出ガスを、台上試験時の排出量および基準値を大幅にこえて排出する不正ソフトが組み込まれていた。Xは、本件自動車の販売に際してYに詐欺(BGB123条1項)⁽⁹³⁾があったとして、本件売買契約を取り消し、支払った代金の返還等をYに請求した。これに対してYは、契約時、本件自動車に不正ソフトが組み込まれている事実を自らは知らなかったとして、詐欺の事実を否定した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べてXの請求を認容した。

①(本件不正ソフトに関する)「VW社の悪意は、Yに効果帰属する。Yは、VW社が複数の会社を介して間接的にYに資本参加しているだけだと主張するが、これは、インターネット上のYの企業説明と異なる。同説明によれば、Yは、VWコンツェルンの一員であるオーストリアのA社に属する。もっとも、この点については判断をしなくてもよい。Yは、いずれにせよ、資本参加の連鎖を介して、VWコンツェルンの一員となっており、これにより、悪意の効果帰属が認められる」。

②「Yは、少なくとも権利の外観に基づいて、VW社の100パーセント子会社と扱われるべきであり、VW社の悪意はYに効果帰属する。Yは、その行動を通じて、コンツェルン子会社としての特別な信頼を要求していた。そのように認めるのに、Yが、営業所でVW社のロゴを顕著に使用していたことをもって足りるのかどうかについては、ここで判断しなくてもよい。少なくともYは、インターネット上で、以下のように『元は同じ』とする見出しを用いて宣伝活動をしている。

『2011年3月1日以降、A社はVW社の100パーセント子会社であり、最も成功しているヨーロッパ自動車メーカーの一員です。』

以上のようにしてYは、対外的な宣伝上、VW社の100パーセント子会社としての特別な信頼を意図的に要求していた。VW社が、本件自動車の汚染物質排出について不実の情報開示をしていた場合にも、Yはこうしたことに拘束される。(中略)客観的な相手方の視点からすれば、Yは、単にメーカーの説明を引用したにとどまらず、VW社の100パーセント子会社として、それゆえ、『VW企業』または『VWコンツェルン』の一員としてメーカー説明を行ったのである」。

本判決は、結論として悪意の効果帰属を認めているものの、判決【3】と異なり、「情報伝達上の組織編成義務」法理を直接の根拠にはしていない。むしろ、Y(従属会社)がVWコンツェルンの一部としてXと対峙したことを重視して、VW社の悪意がYに効果帰属するとしている(判旨②)。この

(93) BGB123条1項 詐欺または違法な強迫により意思表示を行うことを決定させられた者は、その意思表示を取り消すことができる。

(以下省略)

判旨には、支配会社と従属会社の一体的行為に基づく相手方の信頼保護のために、前者の悪意を後者に効果帰属させるという発想（前記二）を看取できよう⁽⁹⁴⁾。

【5】 フランクフルト上級地方裁判所 2019 年 9 月 4 日判決⁽⁹⁵⁾

【事案の概要】

X は、自動車販売店の A から、シュコダ社製の本件自動車を購入した。ところが、その後、本件自動車には、VW 社の排出ガス不正事件にかかる不正ソフトを含むエンジン（EA189 型ディーゼルエンジン）が搭載されていることが判明した。そこで、X は、本件自動車をチェコから輸入した Y 社に対して、不法行為に基づく損害賠償請求をした（BGB823 条、826 条）⁽⁹⁶⁾。なお、Y は B 有限会社の、さらに B は（本件エンジンの製造者である）VW 社の 100 パーセント子会社である。また、Y と B、B と VW 社の間では、それぞれ支配契約および利益支払契約が交わされていた。原審は、X に対する Y の詐欺や良俗違反の加害行為はなかったとして、X の請求を棄却した。これに対して、X は、不正ソフトに関する VW 社の悪意が Y に効果帰属するので、Y が同事実を秘匿して本件自動車を市場に流通させた点で不法行為が成立すると主張して、控訴した。

【裁判所の判断】

裁判所は、以下のように述べて X の控訴を棄却した。

① 「社員は通常、代表者ではなく、また、企業内の意思形成に関与することもないので、その悪意は原則として会社に効果帰属しない。また、会社は通常、社員に対する報告請求権を有していないので、会社が社員の認識にかかわることはないし、また、そのことについて責めを負うこともない。ただし、例外として、会社が社員の指図に基づいて行為した場合は、BGB166 条 2 項の類推により、総会における意思形成に関与した社員の悪意は、会社に効果帰属する。（中略）本件で不正ソフトに関して VW 社または B から Y の機関に対してかかる（具体的な）指図が行われた点

(94) 学説では、相手方の信頼保護を根拠に悪意の効果帰属を認めた点で、本判決に批判的な意見もある。Liese, a.a.O. (Fn. 6), S. 123f.

(95) WM 2019, 1927.

(96) BGB823 条 故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を違法に侵害した者は、これにより生じた損害を賠償する義務を負う。

2 項 他人の保護を目的とする法律に違反した者も同様の義務を負う。法律の違反が、同法律の内容からして有責性がなくても可能な場合は、賠償義務は、有責性が存するときのみ生じる。

BGB826 条 良俗に反する方法で他人に故意に損害を与えた者は、その他人に対して損害賠償の義務を負う。

について、Xは主張立証をしていない」。

②「コンサルティングにおける悪意の効果帰属という法的形象を根拠としても、結論は同様である。(中略)当民事部は、当該会社がコンサルティングにおいて結合している事実だけでは、悪意の効果帰属を認める根拠として不十分だとする通説に従う。決定的なのは、コンサルティング企業が、情報伝達上の組織編成義務という意味において、他の企業に存する情報にアクセスできたかどうか、およびその範囲である。このような責任は、例えば、コンサルティングに関連して上級会社の負う義務から生じうる。この義務に従って上級会社が子会社の有する情報を組織編成することを要する場合、同情報に関する子会社の悪意は、上級会社に効果帰属する。しかし、本件の争点は、子会社の悪意を上級会社に効果帰属させることではなく、その反対に、上級会社の悪意を、コンサルティングの組織編成について通常は(それゆえ本件においても)責任を負わない子会社に効果帰属させることなのである」。

③「上級会社たるVW社が、事業目的の追求のために協働を要し、一体的な行動を当初から予定している複数の法人に、自己の事業を分配して新たな危険を作出したときにも、悪意の効果帰属が正当化される可能性がある。しかし、本件でXは、そのような事実を主張立証していない」。

本判決は、学説に従い、「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用によって支配会社の悪意を従属会社に効果帰属させることは、原則としてできないとする(判旨②)。そのうえで、支配会社の指図があった場合(BGB166条2項類推)(判旨①)、または、支配会社から従属会社への業務分配があった場合(判旨③)にのみ、悪意の効果帰属を認めうとする⁽⁹⁷⁾。

五 小括

学説は、支配会社の悪意が従属会社に効果帰属することを、例外的な場面に限って認めている。下級審裁判例もまた、判決ごとで説示内容に違いはあるものの、学説上の議論をおおむね受け入れているようである。

学説および裁判例によれば、従属会社は、支配会社内の組織編成を支配す

(97) このうち判旨③については、判決【2】やⅢでみた学説と同様に、支配会社と従属会社間に分業関係がある場合に悪意の効果帰属を認めるものようである。ただし、判決【2】や学説の議論は、ある会社(A)が自己の任務を他社(B)に委ねることで分業関係を生じた(それゆえ、情報取得の可能性をB社に移転させた)場合に、B社の悪意がA社に効果帰属すると説明するものである。これに対して本判決は、支配会社(A)が分業関係を生じさせた場合に、支配会社(A)の悪意が従属会社(B)に効果帰属するとしており、従来の議論との間で説明上の齟齬があると思われる。

る可能性を有しないので、「情報伝達上の組織編成義務」法理をこの場面で適用することはできない。このため、①支配会社から従属会社への指図または誘発、②支配会社と従属会社の一体的行為、③少数社員（株主）の不存在、または④支配会社と従属会社間の分業関係の存在など、「組織編成義務」法理とは異なる根拠に基づいてのみ、悪意の効果帰属が認められる。これらの根拠のうち、①は、理論構成に争いがあるものの、悪意の効果帰属を正当化する根拠として学説上広く支持されており、下級審裁判例でもこれに言及したものがあつた。これに対して、②③については、②と同様の発想を採用した裁判例があるものの、学説は批判的である。

V 学説の展開③——役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属

一 議論の概要

結合企業では役員・被用者の人事交流により、ひとりの役員または被用者が、支配会社と従属会社の双方で職務を兼ねていることが少なくない。近年のドイツ法では、このような役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属法理との関係が、とくに重要な争点のひとつとして議論されている。そこで、この議論を独立の項目を置いて概観する。

この議論の問題意識はこうである。例えば、A社とB社は結合企業の関係にあり、A社の役員（または被用者）Cは、B社の役員（または被用者）を兼任している。Cが、A社の法律関係に影響を及ぼす情報で、B社内に存するものを、B社のための職務のなかで知ったとする。これによって、A社の組織内には、当該情報を認識しているCがいることになる。そこで、A社は、Cの事実認識に基づいて当該情報につき悪意者となるか。問題となるA社の行為にCが関与していればBGB166条1項が、関与していなければ「情報伝達上の組織編成義務」法理が、それぞれ適用されるかが検討課題となる。いずれの場合にも、A社が自社の役員または被用者であるCの悪意の効果を引き受けるべきかを問うことになるため、例えば、A社とB社の間に分業関係があつたか、B社がA社に指図・誘発をしていたかなどを問題としなくてもよくなる（第2節Iでみた理論の適用の可否のみを問うことに

なる)。

しかしながら、議論の争点は、悪意の効果帰属法理、とくに「情報伝達上の組織編成義務」法理をこの場面のCに適用できるのかという、まさにその点にある。Cは、B社の役員(または被用者)として同社に対して守秘義務を負っているはずであり、A社内で同情報を伝達することは、Cにとって、B社に対する守秘義務の違反になりかねない。このことが、「情報伝達上の組織編成義務」法理適用の可否にどのような影響を及ぼすのかが、問題となるのである。

二 議論の社会的背景

この議論の背景には、わが国でもよく知られている、ポルシェSEのVW社買収をめぐる一連の騒動がある。この買収劇のなかで2008年10月、ポルシェSEは、2009年中にVW社株式を75パーセント取得し、支配契約の締結を目指すことを公表した。ところが、ここで、ポルシェSEは、75パーセント取得の決定をすでに2008年上半期にしていたのではないかという疑惑が生じた。仮にこれが真実であれば、以下のような法律問題が生じる。周知のとおりポルシェ社とVW社は同族組織であり、フェルディナント・ピエヒをはじめとするVW社の監査役らは、ポルシェSEの役員を兼任していた。したがって、これら監査役は、ポルシェSEの前記決定を、同社の役員としての活動のなかで2008年上半期の時点で知っていたはずである。ポルシェSEの前記決定は、適時開示を要する未公開事実にあたる。このため、仮に監査役の認識をもってVW社が同事実を認識したと考えれば、VW社には、2008年上半期の時点で適時開示の義務が生じていたことになる(ドイツ証券取引法旧15条1項。現在では2014年欧州市場濫用規則17条がこれに相当する)。VW社はかかる開示を現実にはしなかったのであるから、同社は適時開示義務違反に基づく責任を負う(ドイツ証券取引法旧37b条。現在では同法97条がこれに相当する)⁽⁹⁸⁾。

(98) Hans-Peter Schwintowski, Die Zurechnung des Wissens von Mitgliedern des Aufsichtsrats in einem oder mehreren Unternehmen, ZIP 2015, 617.

学説上の議論にきっかけを与えたのは、このような VW 社の適時開示義務の成否を扱ったツェレ上級地方裁判所 2011 年 8 月 24 日判決である⁽⁹⁹⁾。同事件では、VW 社の監査役がボルシェ SE の職務で情報を知った場合に、その悪意が VW 社に効果帰属するかが争点となった。同判決は、前記決定に関する VW 社監査役の悪意は、VW 社に効果帰属しないとし、同社の適時開示義務を否定した。監査役らは、当該情報を VW 社に伝達することを、ボルシェ SE に対する守秘義務（株式法 93 条、116 条）によって禁止されていた、というのが理由である。

役員・被用者の兼任と悪意の効果帰属をめぐるドイツ法の議論は、以上の判決に対する学説の批判と、それに対するさらなる批判というかたちで、展開されている。なお、前記事件の事実関係に沿うかたちで、同議論は、「従属会社の役員（とくに監査役）で支配会社の役員を兼任する者の事実認識に基づき、従属会社が悪意者と扱われるか」を、主な検討対象としている（一の表記に沿っていえば、A 社が従属会社で、B 社が支配会社、そして C が B 社役員を兼ねる A 社の監査役である場合である）。

三 シュウイントウスキの問題提起

ツェレ上級地方裁判所の前記判決を批判し、この問題をめぐる論争の口火を切ったのが、2015 年に公表されたシュウイントウスキの論稿である。シュウイントウスキは、守秘義務を理由に悪意の効果帰属を否定した同判決に対し、同事件のような場面でも監査役の事実認識に基づき、従属会社は悪意者になると主張する。その主張の骨子は以下のとおりである。第 1 に、従属会社内での情報伝達は、兼任役員の守秘義務によって禁止されない⁽¹⁰⁰⁾。第 2 に、仮に守秘義務により従属会社内での情報伝達が禁止されるとしても、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づき、兼任役員の悪意は従属会社に効果帰属する。すなわち、同人が支配会社に対して負う守秘義務は、従属会

(99) OLG Celle, 24. 8. 2011 - 9 U 41/ 11. 同判決の概要は、*Schwintowski*, a.a.O. (Fn. 98), S. 617; *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 413; *Jens Koch*, *Wissenszurechnung aus dem Aufsichtsrat*, ZIP 2015, 1757.

(100) *Schwintowski*, a.a.O. (Fn. 98), S. 617f.

社内での「情報伝達上の組織編成義務」法理の適用を妨げない⁽¹⁰¹⁾。第3に、コンツェルンは一体的な組織体であるため、そこに「情報伝達上の組織編成義務」法理がそのまま(ひとつの法人に対するのと同様に)適用される。したがって、支配会社内に情報があって、かつ、それがコンツェルン内の「正常な情報伝達体制」のもとで従属会社に伝達されるものならば、従属会社は悪意者となる⁽¹⁰²⁾。

このうち第3の点については、ここまでみてきた学説の理論からして、到底支持されることが分かるであろう⁽¹⁰³⁾。この点に賛同する論者は学説上皆無であるし、また、この解釈によれば、兼任者の存在や、同人が情報を取得したか否かを問わずに悪意の効果帰属が認められるので、ここでの問題設定自体が無意味なものになる。そこで、以下では、第1、第2の論点に焦点を絞って、シュウイントウスキの学説をみていこう。

1 兼任役員(監査役)の守秘義務

シュウイントウスキによれば、第1に、兼任役員の守秘義務は、従属会社内での情報伝達を禁止しない。シュウイントウスキは、この結論を、支配会社に対する従属会社の情報提供の請求権から導き出す。この請求権(およびこれに対応する支配会社の情報提供義務)は、通説によって否定されている(第2節Ⅲ二)ものの、株式法311条およびBGB254条⁽¹⁰⁴⁾に基づき同請求権を肯定すべきである。支配会社は、誘発により従属会社に与えた損失について補償義務を負う(株式法311条)。他方で、BGB254条によれば、従属会社は、誘発から自社に生じる損失を可能な限り回避し、または軽減する義務を

(101) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618ff.

(102) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 622f.

(103) この第3の点に対する批判として、Verse, a.a.O. (Fn. 70), S. 418ff.; Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1765.

(104) BGB254条 損害の発生に際して被害者の有責性が共働したときは、賠償責任の成立、および給付されるべき賠償の範囲は、諸事情、とくに、その損害が当事者のいずれにより主として惹起されたかの程度によってこれを決定する。

2項 被害者の有責性が、債務者が知らず、かつ知ることを要しない異常に高い損害に債務者の注意を促さなかったこと、または、損害の回避もしくは軽減をしなかったことに限られるときも、前項と同様とする。278条の規定を準用する。

負うはずである。そして、この損害回避・軽減義務を履行するには、自社の損害発生の実事またはその可能性について、支配会社からの情報提供が不可欠である⁽¹⁰⁵⁾。したがって、BGB254条の法意に照らし、支配会社は、損失補償義務を負うことの勿論解釈として、損害回避または軽減に要する情報を従属会社に提供する義務を、加害に先立って負う⁽¹⁰⁶⁾。

以上のように支配会社自らが提供の義務を負う情報については、従属会社に対する関係で秘密保持の利益がないのであるから、兼任役員（監査役）は、同情報を従属会社に伝達してもよい。そして、情報伝達を許される以上は、情報伝達を義務づけられる⁽¹⁰⁷⁾。

2 兼任役員（監査役）の守秘義務と悪意の効果帰属法理の関係

第2に、シュウィントウスキは、仮に従属会社内の情報伝達が兼任役員の守秘義務により禁止されるとしても、従属会社には「情報伝達上の組織編成義務」法理が適用され、兼任役員の悪意が従属会社に効果帰属するとする。兼任役員の守秘義務と、従属会社への悪意の効果帰属は、無関係の問題である⁽¹⁰⁸⁾。

「情報伝達上の組織編成義務」法理によれば、悪意の効果帰属の成否を決めるのは、もっぱら、当該情報が、「正常な情報伝達体制」のもとで記録・保管され、伝達、照会されていたか否かのみである⁽¹⁰⁹⁾。したがって、役員（監査役）が兼任先支配会社で情報を取得した場合も、これによって自社組織内に情報が存するようになり、かつ、その情報に重要性がある以上は、同法理に基づき従属会社は悪意者となる。兼任役員が当該情報につき守秘義務を負うことも、この判断に影響を及ぼさない⁽¹¹⁰⁾。

(105) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618.

(106) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618, S. 623.

(107) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618. このように考えるのは、おそらく、守秘義務の制限が外れる結果、兼任役員（監査役）が従属会社に対して負う利益擁護義務や注意義務が働いてくる、とみるためであろう。

(108) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 618f., S. 623.

(109) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 621.

(110) Schwintowski, a.a.O. (Fn. 98), S. 621.

四 シュウイントウスキ説に対する学説の反応

シュウイントウスキが提唱した第1、第2の結論は、支配会社と従属会社の法律関係、および悪意の効果帰属に関するそれまでの学説の理解と、相当の隔たりがある⁽¹¹¹⁾。このため、同見解に対しては、その公表の直後から批判が相次いで登場する。とくに、同見解に対して直ちに反論を展開したが、フェルゼ、およびコッホである。シュウイントウスキ説に対する学説の批判は、この2人の反論におおむね集約されているとみてよい。

1 フェルゼの批判

フェルゼは、シュウイントウスキの提唱した(先に掲げた第3の結論にはもちろんのこと)第1、第2の結論に対して、つぎのように批判を展開する。

(1) 兼任役員(監査役)の守秘義務

まず、兼任役員が、兼任先支配会社で得た情報を従属会社に提供してもよいとする結論は、不当である。当該情報が一方(従属会社)にとって重要だということは、他方(支配会社)に対する守秘義務から兼任役員を解放する根拠にはならない⁽¹¹²⁾。両者の間にコンツェルンの関係があっても、このことは同様である。

また、この結論の根拠を支配会社の情報提供義務に求める点も、妥当ではない。かかる情報提供義務を肯定するこの見解は、株式法311条の誤った理解に基づいている。同条は、支配会社が不利益措置を従属会社に誘発し、これを受けて従属会社が、損失補償と引き換えにして当該誘発に従う、という状況を規律対象とする。このような状況のもとで、従属会社(取締役)は、当該の不利益措置を行うのはまさに自らなのであるから、自社に不利益が生

(111) とくに、シュウイントウスキ説より前の学説では、法人内部での情報伝達が、守秘義務や情報保護法上の命令から禁止されるときは、「情報伝達上の組織編成義務」法理は適用されないとする見解が、一般的であった。この点については、溝渕将章「法人における分業的組織構造と『悪意の効果帰属』(2・完)」常葉4巻1号85頁以下、96頁以下、132頁以下(2017年)を参照。

(112) *Verse, a.a.O.* (Fn. 70), S. 414.

じることやその内容を、当然に認識しているはずである。このため、不利益発生的事実やその可能性に関する情報提供の義務を支配会社に負わせることは、不要である⁽¹¹³⁾。

のみならず、シュウイントウスキのこの理論は、彼自身が想定しているツェレ上級地方裁判所の事案に適用できない。同事案でボルシェ SE は、株式取得を決定しただけであり、VW 社に特定の行為を誘発 (株式法 311 条) したわけではない。このため、シュウイントウスキの理論によれば、VW 社に対するボルシェ SE の情報提供義務は生じないはずである⁽¹¹⁴⁾。

以上のことからして、兼任役員は、兼任先支配会社で取得した情報を従属会社に伝達することを、前者に対する守秘義務により禁止される⁽¹¹⁵⁾。

(2) 兼任役員 (監査役) の守秘義務が悪意の効果帰属に与える影響

つぎに、フェルゼは、シュウイントウスキの提唱する第 2 の結論に批判を向ける。フェルゼは、ここでの課題は、兼任役員が支配会社で得た情報を守秘義務に従い従属会社 (その決定権者) に伝達しなかった場合に、「情報伝達上の組織編成義務」法理がなお適用されるかを問うことだとする⁽¹¹⁶⁾。そして、結論としてその適用を否定する⁽¹¹⁷⁾。この場合にまで同法理の適用を認めることは、法律に違反する情報伝達を兼任役員に命じることを、法人 (従属会社) に強いるに等しい。同法理、または取引社会は、このようなことまで法人に要求・期待しない⁽¹¹⁸⁾。とくに、悪意の効果帰属を認めると、従属会社は、兼任役員に秘密情報を伝達させるための、または、同人が (守秘義務に従い) 伝達をしなかった場合に同人に求償するための手段をもたないま

(113) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 415.

(114) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 414f.

(115) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 415, S. 420.

(116) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 416.

(117) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418, S. 420. なお、守秘義務の問題を考える前提として、被用者や業務執行機関の役員を念頭に置いて展開された「情報伝達上の組織編成義務」法理が、監査役にも適用されるかが、そもそも問題となる。フェルゼは、同法理の監査役への適用の可否には解釈論上争いがあることを指摘したうえで、さしあたり、この適用を肯定するという仮定のもとで、以下の論説を進めている。*Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 416f.

(118) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 417f.

ま、悪意者としての不利益を負担することになる。つまり、組織内に違法行為をした者が全くいないにもかかわらず、予測不可能なリスクを負わされてしまうのである⁽¹¹⁹⁾。従属会社がこのリスクを避けるには、守秘義務の対象になる情報を有していない者を選別して、自社の監査役に就かせることしかない。しかし、これは、「ばかげた結論」⁽¹²⁰⁾である。監査役が他企業でも兼任し、守秘義務の対象になる情報をそこで取得していることは、兼職としての監査役の性質上、法律上前提とされ、かつ是認された通例だからである⁽¹²¹⁾。

2 コッホの批判

フェルゼと同時期にシュウイントウスキ説への反対を表明したのが、コッホである。コッホの批判は、とくに、「情報伝達上の組織編成義務」法理を監査役に適用する点に向けられている⁽¹²²⁾。

コッホは、監査役の悪意が、「情報伝達上の組織編成義務」法理に基づいて法人(従属会社)に効果帰属することはないとする。コッホによれば、シュウイントウスキは、同法理の理解において情報の重要性という基準にだけ着目し、同法理のなかで情報伝達の確保を行うのは組織内の誰か、という視点を見落としている⁽¹²³⁾。同法理は、決定権者への情報伝達を確保することが法人に期待できたときに、その情報について法人を悪意者とするものである。この法理においては、情報伝達を確保しておくことが、法人組織内の、具体的に誰にとって可能だったかを問うことが当然に必要となる⁽¹²⁴⁾。そして、その基準となるのは、法人内の組織編成権限を有する機関、とくに株式会社の場合には取締役(会)である(株式法76条1項)。ところが、このような取締役の組織編成権限が及ばない機関、すなわち、監査役および株主総

(119) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(120) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(121) *Verse*, a.a.O. (Fn. 70), S. 418.

(122) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1760ff. 監査役の悪意の効果帰属に否定的な見解としてほかに、*Buck-Heeb*, a.a.O. (Fn. 68), S. 807ff.

(123) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761.

(124) *Koch*, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761.

会に対しては、取締役が情報の伝達を命じることができない。したがって、「情報伝達上の組織編成義務」法理は、監査役や株主の有する情報には、原則として適用されない⁽¹²⁵⁾。

以上の理由づけのほか、コッホは、①監査役は兼職が常であるため、他会社内の秘密情報を保有していることが多く、そうした情報について悪意の効果帰属を認めることは、会社にとって著しい不利益になること⁽¹²⁶⁾、および、②監査役の情報伝達は、同人が他会社に対して負う守秘義務により妨げられるはずであることを、指摘している⁽¹²⁷⁾。これらの指摘は、先に紹介したフェルゼの批判と軸を一にするものであろう。

五 その後の学説展開

以上のように、シュウイントウスキ説に対しては、①他会社に対する守秘義務に基づき、会社(取締役)が兼任役員(監査役)に対して情報伝達を命じることができないこと、②それにもかかわらず、兼任役員(監査役)の悪意を会社に効果帰属させると、会社は、決定権者が情報を得る可能性が全くないのに、悪意者として不利に扱われてしまうことから、学説は批判的な姿勢をみせている。とくに、「従属会社の監査役で支配会社の役員を兼任する者の事実認識に基づき、従属会社を悪意者と扱えるか」という議論は、フェルゼおよびコッホの反論をもって、効果帰属を否定することで決着がついたとみてよい⁽¹²⁸⁾。

他方で、前記議論が直接の対象とした場面以外のところでは、なお検討の余地が残されている⁽¹²⁹⁾。すなわち、第1に、従属会社A社の(監査役ではなく)取締役または被用者Cが、兼任先の支配会社B社で情報を取得した場合に、A社はCの事実認識に基づき、当該情報につき悪意者となるか。

(125) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1761f., S. 1766. 同旨の見解として、Buck-Heeb, a.a.O. (Fn. 68), S. 808; MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 12.

(126) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1762.

(127) Koch, a.a.O. (Fn. 99), S. 1763ff., S. 1766.

(128) この点については、Schürnbrand, a.a.O. (Fn. 1), S. 370f.

(129) 議論状況の総括として、MüKoBGB/Schubert, a.a.O. (Fn. 11), § 166, Rn. 91; Großkomm AktG/Fleischer, Bd. 9, 4. Aufl., 2022, § 311, Rn. 314.

ここでも、Cに「情報伝達上の組織編成義務」法理が適用されるかが問題になる。この論点については、CはB社で取得した情報を、A社で活動する際に「クロークに預けることはできない」⁽¹³⁰⁾として、Cの悪意がA社に効果帰属する余地を認める見解がある⁽¹³¹⁾。もっとも、CがA社の取締役であっても、B社の役員として同社に守秘義務を負うことは変わらない⁽¹³²⁾。したがって、A社内でのCの情報伝達がB社に対する守秘義務により妨げられる点は⁽¹³³⁾、前記議論が対象としている場面と全く同様である⁽¹³⁴⁾。

第2に、支配会社A社の役員または被用者Cが、兼任先従属会社B社で情報を取得した場合に、A社は、Cの事実認識に基づいて悪意者となるか。前例とは反対に、支配会社が、兼任者が従属会社内で得た情報について、他人の事実認識に基づき悪意者となるかが問題となる。この論点についても、議論状況はおおむね同様のものである。すなわち、兼任役員の悪意が支配会社に効果帰属することは、当然には否定されない⁽¹³⁵⁾。しかし、この場面でも、兼任役員は、従属会社の取締役または監査役として、従属会社に対する守秘義務に服する。この会社法上の制限を無視して、従属会社内で得た情報を支配会社に伝達することは許されない⁽¹³⁶⁾。したがって、「情報伝達上の

(130) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341; *MüKoAktG/Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), § 78, Rn. 103; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 293.

(131) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341.

(132) CがB社の(役員ではなく)被用者であるときも、雇用契約上CはB社に守秘義務を負うはずであるから、同様の結論に至る。

(133) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 341f.

(134) なお、この点については、連邦通常裁判所2016年4月26日判決(NJW 2016, 2569)が参考になる。事案は、投資助言業を営むB社を介した投資により損害を受けた原告が、取引先銀行(A社)に対して、取引に際しての警告義務を履行しなかったことを理由に、損害賠償を請求したものである。投資取引の危険性について銀行が顧客に警告義務を負うのは、投資助言に誤りがあることを自ら認識しているなど、例外的な場面に限られる。原審は、A社の支配人CがB社の監査役を兼任していたことから、Cは原告の受けた投資助言の危険性を認識していたはずであり、その悪意がA社に効果帰属するとした。連邦通常裁判所は、(仮にそのようなCの認識があったとしても)「その悪意の効果帰属は、CがB社の監査役として株式会社116条および93条1項に基づいて負う守秘義務によって妨げられる」として、原判決を破棄した。

(135) *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 351; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 293ff., S. 299.

(136) *Habersack*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1553f.; *Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 351f.; *Seidel*, a.a.O. (Fn. 4),

組織編成義務」法理は、このような兼任役員には適用されない⁽¹³⁷⁾。

また、学説ではこのほかにも、①役員・被用者が会社の職務外で取得した情報には、「情報伝達上の組織編成義務」法理は適用できないところ、②A社の役員が兼任先B社で取得した情報は、同役員がA社の職務外で取得した情報にあたるとして、同法理の兼任役員への適用を否定する見解がある⁽¹³⁸⁾。

第3章 日本法への示唆

第1章第1節で例示したように、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を、A社の子会社（または親会社）であるB社（その役員・被用者）が認識しているとする。この場合、B社の事実認識に基づき、当該行為との関係でA社を悪意の当事者とできるか。前章で紹介したように、この問題についてドイツの学説では豊富な議論があり、限定的な要件のもとではあるものの、B社の事実認識に基づいてA社を悪意者と扱うことが認められている。本章では、このドイツ法の議論から、日本法で同種の問題を考えるにあたって有益となりうる視点を摘出し、若干の考察を行う。

ドイツ法は、①会社の悪意判断の第1の基準が、日本民法101条1項・2項に相当するBGB166条1項に基づき、当該行為（前記例でいうと解除権行

S. 295, S. 299.

(137) ただし、支配会社と従属会社の間支配契約があるときは、以上とは別異に解する余地があるとの指摘もある。すなわち、契約コンツェルンでは、支配会社またはコンツェルンの利益のために従属会社の利益を犠牲にすることが許されるので、例外的に、兼任役員は、従属会社で得た情報を支配会社へと伝達できる。この例外的な場面では、役員が兼任先従属会社で得た情報について、支配会社は悪意者と扱われる。*Seidel*, a.a.O. (Fn. 4), S. 299. この点については、*Spindler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 352 も参照。

(138) *Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 375ff. ただし、①の理論に関しては、情報の取得が法人のための職務においてであったか否かで同法理適用の可否を決すべきかをめぐり、学説で意見が分かれている。本文で紹介した見解の論者は、「取引社会における保護すべき期待によれば、役員は、私的に取得した情報を伝達する義務を負わされない」との理由から、①のように理解している (*Schürnbrand*, a.a.O. (Fn. 1), S. 377)。

使や売買契約)の決定権者とされている点、②親会社と子会社(支配会社と従属会社)⁽¹³⁹⁾とが別個独立の法人格とされている点で、議論の前提となる考え方が日本法と共通している。このような共通点にもかかわらず、ドイツの判例・学説は、子会社の事実認識に基づき親会社を悪意者とするを一定の要件のもとで認めており、これを否定する日本法の従来の理論と結論に違いがある。まずは、こうした結論の違いが何に由来するかを確認するところから、考察を始めよう。

第1節 ドイツ法の理論枠組と日本法への示唆

ドイツの判例・学説は、前記①の点に関連して、会社が、決定権者以外の者の事実認識に基づく効果を引き受けるべきことを、情報伝達確保の期待可能性という要件のもとで認めている。親子会社の悪意判断に関して日本法とドイツ法とで結論が異なる原因も、このような効果引受けの理論の存否にある。親会社と子会社は、別個独立の法人格である。このため、一方の役員・被用者の事実認識に基づき他方を悪意者とするには、自社の決定権者以外の者の事実認識に基づく効果を会社に引き受けさせる法的理論が、必要となる。ドイツの判例・学説は、このような効果の引受けを、「情報伝達上の組織編成義務」法理によって認めているのである。そして、ドイツ法上、こうした効果引受けの理論の基礎にあるのは、事実認識者から決定権者への情報不伝達のリスクは、第三者との関係において会社がこれを負担すべきだという発想である⁽¹⁴⁰⁾。親子会社間の関係でも、とくに親会社は、子会社の事実

(139) ドイツ法の理論紹介を目的とする前章と異なり、日本法との比較考察を目的とする本章では、日本法上の表現にあわせて、「支配会社」を「親会社」と、「従属会社」を「子会社」と表記する。また、本章で念頭に置く親子会社関係とは、親会社が子会社の総株主の議決権の過半数を有することによって子会社の財務および事業の方針の決定を支配している場合を指すこととする(会社法2条3号、会社法施行規則3条3項1号)。なお、ドイツ法で会社間に支配契約が存する場面に類似の状況として、日本法でも、親子会社間で経営委任契約、経営管理契約(その意味については、とくに、柴田和史「子会社管理における親会社の責任(下)」商事1465号68頁以下、69頁以下(1997年)、前田重行『持株会社法の研究』(2012年)132頁以下)が交わされている場面があるが、この状況は、考察の対象からひとまず除外する。

(140) 繰り返しになるが、ここでいうリスク負担とは、当該情報に基づく行動を自己の側で

認識者から自社の決定権者へ情報が伝達されなかった場合に、そのリスクを負担すべきときがあるとされる。

以上のような情報不伝達のリスク負担という観点は、日本法で本稿の課題を検討する際にも、有益な示唆を与える。例えば、第1章第1節で挙げた保険会社の解除権行使の事案で考えてみよう。

保険法（55条4項など）が除斥期間の起算点を解除原因の認識時とするのは、解除原因を知った以上はいつでも解除権を行使できるので、その時から1か月を置いて解除権を喪失させても保険会社に酷ではないからである。そして、保険会社が解除権を行使できるようになったといえるには、保険会社のために解除を担当する役員または被用者（決定権者）が解除原因を現実に認識する必要がある。したがって、保険法の趣旨を徹底させれば、前記東京地判昭和61年のような事案では、親会社（保険会社）の決定権者が解除原因を知らない限り、親会社を悪意とせず、除斥期間の進行開始を認めないということになる⁽¹⁴¹⁾。このように考える場合、子会社から親会社（決定権者）へと情報が伝達されなかったことに基づく不利益（除斥期間の進行開始がそれだけ遅れること）は、親会社の相手方（保険契約者）がこれを負担することになる。以上とは反対に、同様の事案で、子会社が解除原因を知ったことをもって親会社が同情報を知ったことにし、この認識時から除斥期間が進行を始めるとする。これによれば、親会社は、決定権者が解除原因をいまだ知らず、同情報に基づく行動（解除権行使）を自社の側でとれないにもかかわらず、除斥期間の進行開始という法律上の不利益を受ける。この場合、決定権者への情報不伝達から生じる不利益は、相手方との関係において親会社がこれを負担することになる。

以上のとおり、親会社の法律関係を定めるにあたり子会社の事実認識を考慮できるか否かの判断は、実質的には、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを、相手方との関係で親会社に負担させるべきか（負担させてよいか）

とりえなかつたにもかかわらず、これが可能であったときと同様の、つまり、悪意者としての不利な法的扱いを受ける、という意味である。

(141) 保険法学説上は、基本的にはこのように考えるのが多数説である。例えば、山下友信『保険法（上）』（2018年）427頁以下。

否かの価値判断に帰着する⁽¹⁴²⁾。そこで、本稿の課題に対する考察として以下では、この情報不伝達のリスク負担のあり方を考えていく。この点に関してドイツ法には議論の蓄積があり、これが日本法の解釈にも参考になるとと思われる。

第2節 親子会社間での情報不伝達のリスク負担のあり方

I 情報伝達確保の可能性

ドイツの学説は、親子会社の一方(A社)が他方(B社)の悪意に基づく効果を引き受ける要件として、B社からA社への情報伝達を確保する可能性がA社にあったことを挙げる。B社からA社への情報不伝達のリスクをA社に負担させるには、こうした情報伝達確保の可能性が第1の要件となる。そして、このことから、以下の考え方が帰結されている。第1に、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを親会社に負担させることはできるが、親会社から子会社への情報不伝達のリスクを子会社に負担させることはできない。株式法上の規律によれば、子会社は、情報提供や情報伝達体制の設置を親会社に要求する権利を通常有していないからである。このため、子会社の悪意が親会社に効果帰属することは認めうるものの、親会社の悪意が子会社に効果帰属することは、原則として認めえない。

第2に、親会社が(子会社から自社への)情報不伝達のリスクを負担する範囲・程度は、支配契約の有無により左右される。契約コンツェルンの場合、親会社は指図権行使により、情報提供、または情報伝達のための体制構築を命じることができるので、情報伝達確保の可能性が肯定される。これに

(142) 同じく第1章第1節で挙げた親会社(売主)の契約不適合責任(572条)との関係でも、事情は同様である。この事案で、子会社の実認識をもって親会社を悪意とし、買主との関係で免責特約の援用を不許とする。これによれば、親会社は、契約の決定権者が地中障害物を知らず、それゆえ、自己の側で責任を免れるための行動(障害物の存在を買主に告げる、契約締結を差し控えるなど)を同情報に基づいてとりえなかったにもかかわらず、契約不適合責任を負う。ここでも、親会社は、子会社の実認識者から自社の決定権者に情報が伝達されなかったことによる不利益を、買主との関係で自らが負担することになる。

対して、事実的コンツェルンの親会社は、子会社に対して情報提供を請求する権利を有しない。このため事実的コンツェルンの親会社が情報不伝達のリスクを負担するのは、子会社と情報伝達・情報共有の合意があるときや、子会社と共通のデータバンクを運営しているときなど、例外的な場面に限られる⁽¹⁴³⁾。

第3に、事実認識者が負う守秘義務への配慮である。当該情報の伝達が事実認識者にとって守秘義務違反となる場合、親会社は、事実認識者から決定権者への情報伝達を確保できない。事実認識者に違法行為を命じることは許されないからである。このような場面では、事実認識者の悪意は親会社に効果帰属しない。このことは、事実認識者が親会社と子会社で役員（または被用者）を兼任している場面でも、同様である。

II 親会社の組織編成の自由および子会社の利益

つぎに、ドイツの学説は、以上の意味での情報伝達の確保可能性があっても、それだけでは、情報不伝達のリスクを親会社に負担させることはできないとする。学説がこのように考える基礎には、つぎのような発想がある。すなわち、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負担させることは、場合によっては株式法上の価値判断に反する結果を招くという点である。親会社が、決定権者が善意であったために情報に基づく行動を自社の側でとりえなかったときでも、悪意者として不利な法的扱いを受ける、とする。仮にこのような法的規律があれば、親会社は、情報伝達がなかったことで生じる不利益を回避するために、子会社に対する指揮を実行し、子会社から自社への情報伝達体制を設置・維持することを間接的に強いられる⁽¹⁴⁴⁾。しかし、このことは、親会社は、子会社への指揮義務を負わず、指揮の実行やその内容・程度を裁量で決定できるとする株式法の原則に反する。また、子会社の

(143) この点は、情報伝達確保の「支配可能性」の意味をどのように理解するにかにもかかわる。ドイツ法では、従属関係の存在をもって直ちに「支配可能性」を肯定する見解もあるものの、親会社が「子会社の情報にアクセスする可能性を法律上保障されていること」を求め見解を、多数派とみて差し支えないように思われる。

(144) この点については、第2章第3節II三3(2)の脚注(127)も参照。

側でも、親会社からの集権的な指揮、自社組織内の体制への介入を受けることになるので、子会社の自治・独立性を尊重する株式会社311条以下の規律(分権的コンツェルン)にもそぐわない結果になる。ドイツ法ではこうした考慮に基づき、子会社から親会社への悪意の効果帰属を認めるには、両者の間に具体的な分業関係があるなど、特別事情の存在がさらに要件とされている。

第3節 若干の考察

本節では、ドイツ法の議論を手がかりに、日本法における解釈論を提案する。以上のドイツ法の議論からは、親子会社間の情報不伝達のリスク負担に関して、以下のような基本的発想を看取できる。すなわち、親会社による情報不伝達のリスク負担は、「当該情報の伝達確保を親会社に強いることが株式法の規律に反しない」範囲でのみ認められる、という考え方である。情報不伝達のリスクを親会社に負担させることを法律上の原則とすることは、法律が、子会社からの情報伝達の確保を親会社に間接的に強いることを意味する。この点は、ドイツ法と日本法で変わらないはずである⁽¹⁴⁵⁾。また、法秩序内での矛盾が生じないようにするには、こうした情報伝達確保を法律上強いることを、株式法(会社法)上の規律に反しない範囲に限定するべきである。この点も、ドイツ法と日本法とで同様に解される。したがって、前記の考え方は、日本法で結合企業の悪意判断の問題を検討する際にも、妥当する。以下では、この考え方を念頭に置きつつ、親会社が、子会社の役員・被用者の悪意に基づく効果を引き受けるべきかどうかを⁽¹⁴⁶⁾、検討してみよ

(145) 例えば、先の事案で、子会社が解除原因を認識したことをもって、その時点で直ちに保険会社(親会社)が同原因につき悪意になるとする。この規律のもとでは、解除担当者が解除原因を知らず、それゆえ解除権を行使することがいまだできない状況のなかで、除斥期間が進行することになり、保険会社には、結果的に1か月の期間が与えられないことになる。保険会社は、この不利益を回避するために、子会社による情報取得後直ちに解除権行使が可能になるよう、子会社から解除担当者への情報伝達の確保を余儀なくされる。このように、法律上子会社の悪意に基づく効果を保険会社に引き受けさせることは、子会社からの情報伝達確保を、法律が保険会社に間接的に強いることを意味する。

(146) ドイツ法では、これとは反対に、子会社が親会社の悪意の効果を引き受けるべきかについても学説上議論があり、かつ、昨今の下級審裁判例ではこれを争点とする事案もみ

う⁽¹⁴⁷⁾。

I 会社法上の親会社の権利・義務と情報不伝達のリスク負担

前記の考え方に照らして日本法の解釈論を展開するとき、留意すべきなのは、日本の会社法には、親子会社の法律関係に関する包括的・体系的な規律が存しないという点である。とくに、ドイツ株式法と異なり、会社法は、親会社（およびその取締役）が子会社の支配・管理監督に関してどのような権利を有し、義務を負うかについて、明文の規定を置いていない。このため、親会社による子会社の支配・管理監督は、株主権、とくに支配株主として有する子会社取締役の選任・解任の権限を介して、事実上のものとして行われている⁽¹⁴⁸⁾。

子会社から親会社への情報伝達の確保もまた、こうした「事実上の支配力」、「事実上の拘束力」⁽¹⁴⁹⁾に基づいて行うことになり、親会社は、子会社から情報提供・情報伝達を受ける権利を、法律上は、原則として保障されていない（子会社は、自己の有する情報を、自発的に、あるいは、親会社からの求めに応じて親会社に提供すべき法的義務を通常負わない）。しかしながら、

られる。しかし、このような効果帰属の成否やそのための要件については、ドイツでも学説上いまだ議論が熟していないと思われるし、また、日本法でこのような論点が裁判上の争点となる可能性は、現在ではそれほど高くはないと思われる。このため、本文で述べたとおり、以下の論述では、親会社が子会社の悪意の効果を引き受けるべきかを考察の対象とし、子会社が親会社の悪意の効果を引き受けるべきかどうかは、今後の検討課題としたい。

(147) なお、法人が、自社の役員または被用者の悪意の効果を引き受ける基本的構造に関する筆者の見解は、拙稿・前掲注（111）135頁以下（とくに144頁以下）を参照。

(148) 柴田和史「子会社管理における親会社の責任（上）」商事1464号2頁以下、3頁以下、6頁（1997年）、山下友信「持株会社システムにおける取締役の民事責任」金融法務研究会『金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス』（2006年）24頁以下、34頁以下、前田・前掲注（139）127頁以下。親会社は、子会社株主総会の議決権の過半数をもって子会社の取締役を選任・解任することができる。このため、第1に、子会社取締役は通常、人事への懸念から親会社の意向や指図に事実上従う。また、第2に、親会社は、自らの意向に従う者を子会社取締役として送り込むことにより、その者を介した支配が事実上可能である。いずれの場合にも、子会社（取締役）には親会社からの指図等に従う法的義務はなく、その意味で、いわば「事実上の支配」である。

(149) 前田・前掲注（139）129頁。

ドイツ法の議論でもみたように、親会社が、子会社からの情報伝達を確保する可能性を法律上有することは、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負わせる不可欠の要件である。情報伝達を確保する手段が法律上保障されていない規律のもとで、情報不伝達のリスクを親会社に負わせること、それゆえ、情報伝達の確保を親会社に法律上強いることは、矛盾しているからである。

また、第2に、日本の会社法のもとでも、親会社およびその取締役は、子会社の支配・管理監督を原則として裁量により決することができ、指揮を実行する義務を負わないと従来から解されてきた⁽¹⁵⁰⁾。株主権の行使は原則として株主の自由に委ねられるのだから、親会社が子会社に対して株主権を行使しないことも自由なはずであり、その不行使が親会社に責任を生じさせることはないためである⁽¹⁵¹⁾。また、親子会社が別個独立の法人格である以上⁽¹⁵²⁾、親会社の取締役は、親会社内の業務執行についてだけ責任を負い、子会社内部の事情に介入する義務を負わない⁽¹⁵³⁾。このような管理監督・介

(150) 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』(1995年)197頁以下、柴田(下)・前掲注(139)70頁、吉本健一「事実上の取締役概念の親子会社関係への適用」判タ975号17頁以下、20頁(1998年)、志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『新版・株主代表訴訟大系』(2002年)122頁以下、124頁以下、高橋英治「企業集団における内部統制」ジュリ1452号26頁以下、30頁以下(2013年)(以下では、高橋①と表記する)、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、70頁以下(2015年)(以下では、高橋②と表記する)、高橋陽一『多重代表訴訟制度のあり方——必要性と制度設計』(2015年)206頁以下、渡辺邦広・草原敦夫「親会社取締役の子会社管理責任」商事2158号33頁以下(2018年)。親会社の管理監督義務を否定的に解した裁判例としては、東京地判平成13年1月25日(判時1760号144頁)がよく知られている。同判決は、「親会社と子会社(孫会社も含む)は別個独立の法人であって、(中略)財産の帰属関係も別異に観念され、それぞれ独自の業務執行機関と監査機関も存することから、子会社の経営についての決定、業務執行は子会社の取締役(中略)が行うものであり、親会社の取締役は、特段の事情のない限り、子会社の取締役の業務執行の結果子会社に損害が生じ、さらに親会社に損害を与えた場合であっても、直ちに親会社に対し任務懈怠の責任を負うものではない」と述べる。

(151) 山下・前掲注(148)31頁、高橋・前掲注(150)208頁、渡辺・草原・前掲注(150)33頁。同旨の指摘として、志谷・前掲注(150)125頁以下。

(152) 柴田(下)・前掲注(139)70頁。この点については、高橋①・前掲注(150)30頁も参照。

(153) 山下・前掲注(148)31頁。

入を親会社（取締役）に義務づけることは、子会社の独立性を害することにもつながる⁽¹⁵⁴⁾。このため、例えば親会社（取締役）が子会社の管理監督をしなかった結果として、子会社（取締役）に違法行為等があった場合でも、親会社やその取締役は、子会社、親会社株主または第三者に対して責任を負わない。情報不伝達のリスク負担との関係でも、以上の観点は重要な意味をもつ。情報不伝達のリスクを親会社に負わせ、子会社からの情報伝達確保を親会社に法律上強いることは、以上のような、子会社内の事情について関与・介入しないという、会社法上親会社に認められた自由を害しうるのである。

たしかに近年の会社法学説では、親会社取締役の子会社管理義務を一定の範囲で認める見解が極めて有力である⁽¹⁵⁵⁾。しかし、この学説が主に想定しているのは、取締役（受任者）が親会社（委任者）に対して負う善管注意義務としての子会社管理義務であり⁽¹⁵⁶⁾、同義務は、親会社とその取引相手と

(154) この点については、江頭・前掲注(150)198頁以下、高橋①・前掲注(150)32頁、高橋②・前掲注(150)70頁、72頁を参照。なお、山下・前掲注(148)36頁も参照。

(155) 山下・前掲注(148)31頁以下、33頁以下、船津・前掲注(10)155頁以下、230頁以下、船津浩司「子会社管理義務をめぐる理論的課題」ジュリ1495号51頁以下、52頁以下（2016年）、船津浩司「親会社取締役の子会社管理義務をめぐる実務認識、理論動向と裁判例」法教453号90頁以下、93頁以下（2018年）、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、101頁以下、高橋①・前掲注(150)30頁以下、高橋・前掲注(150)208頁以下、齊藤真紀「企業集団内部統制」神田秀樹編『論点詳解平成26年改正会社法』（2015年）119頁以下、132頁以下、渡辺・草原・前掲注(150)34頁。

この見解の立論はおおむね以下のとおりである。すなわち、親会社は、子会社の株式保有を通じて子会社の価値を把握しているという関係にあるので、親会社の保有する子会社株式は、親会社の資産である。そして、親会社取締役は、親会社に対して負っている利益増大義務の消極的側面として、保有する資産の減価を防ぐ義務を負う。この利益増大義務を遂行するうえで、親会社の保有する資産としての子会社株式、およびこれに付随する株主権を活用する義務を負う（船津・前掲注(10)156頁、230頁以下）。以上の考え方は、平成26年会社法改正時の部会会議でも、支持を集めている。高橋・前掲注(150)210頁、渡辺・草原・前掲注(150)34頁。

(156) 柴田（下）・前掲注(139)70頁以下（68頁も参照）、山下・前掲注(148)31頁、33頁、船津・前掲注(10)230頁以下、神作・前掲注(155)97頁以下、高橋①・前掲注(150)31頁、高橋②・前掲注(150)72頁、高橋・前掲注(150)208頁、210頁以下、213頁、齊藤・前掲注(155)133頁。なお、志谷・前掲注(150)123頁も参照。

の関係において、後者の利益保護を直接の目的としたものではない。したがって、このような子会社管理義務を認めても、親会社またはその取締役が、親会社の取引相手との関係で、子会社に対する支配力を実行する(そうして、情報伝達を確保する)責任を負うことが、直ちに導かれるわけではない。

以上のように、日本法上、子会社からの情報不伝達のリスクを親会社に負担させることは、①子会社から情報提供・情報伝達を受ける親会社の法的権利を保障しておらず、かつ、②子会社に対する介入の義務を、(とくに自社の取引相手に対して)親会社が負わないとする会社法の規律に反する⁽¹⁵⁷⁾。それゆえ、親子会社の関係にあるだけで、子会社の悪意に基づく不利な効果を親会社に引き受けさせることはできない。その意味では、「極めて密接な親子会社関係にある場合でも、それだけの理由で子会社の知を親会社の知とするのは妥当でない」⁽¹⁵⁸⁾とする従来の学説・裁判例の結論は、これを正当と評すべきである。

II 親子会社間の分業と情報不伝達のリスク負担

ただし、以上の原則は、親会社が子会社の悪意に基づく効果をいかなる場面でも引き受けない、ということの意味しない。この点も、ドイツ法の議論

同義務の違反によって子会社に違法行為等があった場合、親会社取締役は、これにより親会社に生じた損害(例えば、子会社株式の価格低下によって生じた財産的損害)について、これを賠償する責任を親会社に対して負う。

(157) ドイツ法でも指摘があるとおり、情報不伝達のリスクを親会社に原則的に負担させる規律によれば、親会社は、そのリスクを回避するために、子会社から自社への遺漏のない情報伝達を確保するよう、促されることになる。このように中央集権的なコンツェルン組織を形成するインセンティブを親会社に与える規律は、分権的コンツェルンを定める株式法の規律にそぐわないと批判されている。以上の考え方は、「従属会社取締役に大きな自由裁量権を与え従属会社の独立を促進する」点(江頭・前掲注(150)198頁)、「『現場の知識(中略)』を生かすため、子会社の具体的業務執行に関する決定権限を大幅に認め」る点(高橋②・前掲注(150)67頁)にその特徴があると評される日本の親子会社については、一層強く妥当するのではないか(なお、親会社取締役の子会社管理義務をめぐる議論との関係で、高橋②・前掲注(150)72頁も参照)。もともと、この点は、分権型の企業集団と中央集権型の企業集団のいずれを、わが国の法政策上で是とするかの価値判断に帰着することになろう。

(158) 落合誠一「批判」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)235頁。

が教えるところである。ドイツの多数説は、親子会社間の支配関係に加えて、とくに両者の間に分業・外部委託の事実があるときは、子会社の悪意に基づく効果を親会社に引き受けさせている。この発想は、日本法でも同様に解することができる。親会社が、自己の業務を子会社に外部委託した場合において、当該業務に伴い子会社役員または被用者が情報を取得したときは、親会社はその悪意に基づく効果を、自社の取引相手との関係において引き受けるべきである。親会社は、当該業務の委託により分業利益を得ているのだから、同業務に伴う情報取得の結果についてもこれを甘受すると考えるのが公平だからである。第1章第1節で掲げた事例は、まさにこのような場面に該当する。子会社が、親会社から委託された事実調査または不動産管理に伴って、告知義務違反または地中障害物の情報を取得したとき、親会社は、当該情報について、悪意者としての効果を引き受けるべきである⁽¹⁵⁹⁾。

以上の結論は、Iでみた会社法上の観点を考慮しても、なお正当化しうる。第1に、親会社が業務を子会社に委託している以上、その委託契約上の権利として、親会社は、少なくとも当該業務上取得された情報については、その提供を子会社に請求する権利を有するはずである（子会社もまた、受任者として、引き受けた業務で取得した情報を、委託者たる親会社に提供する義務を負う）。このような情報提供は、例えば事実調査を委託している場合は、委託契約上の本来の給付内容となるし、それ以外の場合でも、委託契約上の付随的義務の内容になると思われる（受任者の報告義務を定める645条が参考になろう）。したがって、この場面で親会社は、子会社からの情報伝達を確保するための権利を法律上保障されている。

第2に、自己の業務を子会社に外部委託した親会社は、当該業務で子会社が取得した情報を自社へと伝達させる責任を（それゆえ、伝達がなかった場合の不利益を負う責任を）、自らの取引相手に対して負うべきである⁽¹⁶⁰⁾。外

(159) 結論的には同旨のものとして、伊沢和平「判批」鴻常夫ほか編『別冊ジュリスト 121号商法（保険・海商）判例百選（第2版）』（1993年）93頁。

(160) 筆者が念頭に置くのは、親会社が、かかる責任を自社の取引相手に対して負うかどうかであり、これと同一の責任を親会社が子会社に対して、または、親会社取締役が親会社や子会社に対して負うかは、本稿の検討の射程外にある。

部委託をした親会社は、これにより分業利益を享受するとともに、「当該業務に伴って情報を取得する」地位、可能性を、子会社に移転させている。これにより、当該業務に伴って取得される情報については、自らは善意の状態にとどまる。他方で、親会社は、仮に外部委託を選択せず、当該業務を内部で処理していれば、同じ情報を組織内で取得していたはずである。この場合、親会社は当該情報につき悪意者となって法律上不利な扱いを受け、その反面、親会社の取引相手は、親会社が善意のときと比べて有利に扱われているはずである⁽¹⁶¹⁾。したがって、外部委託の場面で親会社を善意者と扱うことは、その取引相手にとっては、自らの法的地位が、内部処理と外部委託とのいずれを選択するかという親会社の決定に左右されてしまうことを意味する。この結論は、取引相手にとって不合理である。そこで、相手方保護の観点から、親会社には、委託業務に伴って取得された情報が自社に伝達されなかった場合の不利益を、分業利益の代償として負わせるべきである。

第4章 結語

本稿の最後に、本稿が提案する解釈論の骨子を簡単にまとめたうえで、今

(161) 例えば、前記東京地判昭和61年の事案で、保険会社が告知義務違反にかかる事実調査を自社内で自ら行っていたとする。この場合、被保険者に告知義務違反があったという情報は、当該事実調査に伴い保険会社の組織内で取得され、保険会社はその時点で直ちに悪意者となっていたはずである。これによって、除斥期間はその時点から進行を始め、それだけ、保険契約者側に有利となる（なお、事実調査を担当した部門と解除権行使を担当する部門とが組織内で異なる場合には、部門間での情報不伝達の問題が生じうるが、この場合にも、情報不伝達のリスクは保険会社が負い、保険会社は、原則として、事実調査を担当した部門が情報を取得した時点で、当該情報につき悪意者となると解される。この点については、拙稿・前掲注(111)157頁以下、161頁以下を参照）。

同じく第1章第1節で挙げた親会社(売主)の契約不適合責任(572条)との関係でも、事情は同様である。この事案で、親会社が、売買目的物である土地を組織内部で管理していたのであれば、その管理に伴って地中障害物の存在を自ら認識していたはずである。このため、後に自社が行う売買契約との関係でも、当該情報について当然に悪意者となり、免責特約の援用を不許とされていたはずである。その結果、相手方(買主)は、親会社が地中障害物につき善意であるときと比べて、有利に扱われる(ここでも、土地を管理していた部門と売買契約を担当した部門とが組織内で異なっていることがあるが、この場合に生じる問題については前記と同様に解される)。

後の検討課題を確認しておこう。

本稿が提唱する基本的な考え方は以下のとおりである。親会社の法律関係を決するにあたって子会社（その役員・被用者）の事実認識を考慮するには、子会社の悪意に基づく効果を、親会社に引き受けさせることが必要である。この効果引受け（悪意の効果帰属）は、子会社から親会社への情報不伝達のリスクを親会社に負担させてもよい場合に、これを正当化できる。そして、このリスク負担の許否を判断する際には、会社法上、親会社は、①子会社に対して情報提供・情報伝達を求める法的権利を有しないこと、②子会社に対する介入は原則としてその裁量に委ねられていることを考慮するべきである。これによれば、親会社は、原則として、子会社から自社への情報不伝達のリスクを負わず、子会社の悪意に基づいて不利な法律上の効果を受けることはない。ただし、例外的に、自己の業務を子会社に外部委託した場合において、子会社が当該業務で情報を取得したとき、親会社は、子会社の悪意に基づく不利な効果を、自社の取引相手との関係で負うべきである。この結論は、親会社による外部委託の選択によって、その取引相手の法的地位が害されないようにする、という考慮に基づく。

ただし、以上で説明した親子会社間の分業・外部委託は、子会社の悪意の効果を親会社に引き受けさせる根拠の、あくまでひとつにすぎない。ドイツ法では、分業・外部委託のほかにも、この効果引受けを正当化する根拠として、複数の可能性が提案されている。これらの可能性についてはドイツ法でも評価が一定しておらず、今後の議論の動向を注視する必要があるものの、日本法の解釈としても、同議論を手がかりにして、外部委託以外の根拠を検討していきたい。この点が、今後の検討課題の第1である。そして、第2に、子会社が親会社の悪意に基づく効果を引き受けるべき場合があるかを検討することも、今後の課題となる。子会社は、親会社から自社への情報伝達を確保する手段を法律上保障されておらず、その意味では、親会社からの情報不伝達のリスクを子会社に負わせることは原則としてできない。もっとも、子会社と親会社の間に分業関係がある場合（例えば、子会社が、自社の情報管理を親会社に委託している場合）などには、例外的に親会社内の情報に基づいて子会社を悪意者と扱うことが正当化されることもあるのではない

か。この場合、子会社が、自社に関する情報の管理業務を親会社に委託したことにより、悪意者の扱いを免れるのは不当である、ともいえそうだからである。

さらに、より根本的な問題として、会社(法人)の悪意を法律上認めるために自然人の認識を常に必要とするのかを改めて検討することも、今後の重要な課題である。会社(法人)の悪意判断をめぐる従来の議論は、本稿および筆者自身の先行研究も含め、ある自然人が情報を認識していることに基づいて会社を悪意者とできるかを、検討の対象としてきた。これに対して、昨今の情報技術の発展によれば、自然人(役員や被用者)が認識していない(認識できない)膨大な量の情報が、会社内の電子記録媒体に自動的に集積され、処理されていくことが、今後は常態化していくと思われる。このように組織内に現存するものの、自然人は誰も認識していない情報について、会社を悪意者とできるか。自然人の認識を前提とする従来の理論枠組では、こうした問題に対応できないのである⁽¹⁶²⁾。

以上の問題を今後の課題と確認し、ここでひとまず擱筆する。

(本学法学部准教授)

(162) この点を指摘する先行研究として、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。本稿が比較研究の対象としたドイツ法でも、同様の問題意識から、従来とは大きく異なる悪意判断の理論が、近年提唱されている。グスキの所説がそれであり(*Roman Guski, Was wissen Verbände? Zur "Wissenszurechnung" im Gesellschaftsrecht, ZHR 184, 363 (2020)*)、同説は、システム理論の知見に基づき、自然人の認識状態を介さずに、組織体そのものを認識の主体とする理論を提唱する。これによれば、会社は、自己統制をする自律的な組織システムとして、システム固有の認識(システム認識)を有する。ある情報がシステム内部のコミュニケーションで利用可能である場合、当該情報について組織体のシステム認識を認めうる(S. 382ff., S. 388)。したがって、例えば情報が電子媒体に記録されているだけで自然人が誰も同情報を認識していないときであっても、会社の悪意を認めることができるし、反対に、組織内の誰かが情報を知っていても、そのことだけでシステム認識が認められるわけではない(S. 384)(同様の問題意識を示す論稿として、*Carmen Freyler, Das Wissen der juristischen Person und die Informationsverantwortung im Konzern, BB 2021, 2178*)。この論点については、さらなる議論の進展が予想されることであり、今後の動向に注目していきたい。