

W・ツェルナー見解と会社法上の誠実義務の動向

別 府 三 郎

一 本稿の狙いと期待

二 W・ツェルナー見解と傾向

三 従属会社における「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）のための法律上の根拠となる

「会社法上の誠実義務」

結びに代えて

一 本稿の狙いと期待

1. はじめに

ドイツ会社法学の泰斗であるW・ツェルナー教授は、その体系書であるドイツ会社法において、個別会社法では、いわゆる「会社法上の誠実義務」の存在を是認し、ドイツの学会へ大きな足跡を残していたのであるが、「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）の分野では、小生が見聞する限りでは、明確な見解表明に接していなかった。

近年ドイツ留学のチャンスを得ることができた。小生にとり一途のテーマである会社法における「誠実義務」の展開を事

情調査できたのであるが、ドイツでは、依然として、誠実義務論は「花盛り」という印象を受け、その有用性を捨て去ることができなかった。特に、今後の狙いとした点は、従属会社における「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）のための法律上の根拠となる「会社法上の誠実義務」を概観することにあつた。

2. 然るに、以下においては近時のW・ツェルナー教授の見解を紹介するが、よく調べてみると、実はドイツ法学で言われている「事実上の企業結合」とか、あるいは「事実上のコンツェルン」あるいは「変態的事実上のコンツェルン」という概念には、言葉の誤魔化しがあり、法律上は誤りではないかということであつた。その意味ではドイツにおける結合企業法の立法と解釈は、わが国の制度解決には、参考にならない旨が表明されているところである。

① 江頭憲次郎著 結合企業方の立法と解釈 有斐閣（一九九五年）の指摘および近時では齊藤 真紀「子会社の管理と親会社の責任（一ないし五・完） 法学論叢一四九卷一号、三号、五号、一五〇卷三号および五号参照

② 本稿は、第五二七回産業法研究会（於 西南学院大学）の報告では、単純コンツェルンと誠実義務と題して行ったのであるが、その後体調を崩し、報告が纏まらず、適時の開示に至らなかつた。拙稿・ドレーヴス共訳 ヴェルナー・F・エプケ著「ドイツおよびヨーロッパにおける法曹教育」鹿兒島大学法学論集第三六卷一号 二九頁以下参照

③ 本研究ノートの概要は、Wolfgang Zöllner, Treuepflichtig gesteuertes Konzernrecht, ZHR162 (1998) S.235 ff. の要約である。

ところで、わが国のコンツェルン規制の現状については、「すべてをご破算にして、企業結合規制の抜本の見直しが必要」な状況にあるのであるが、ドイツにおいてもW・ツェルナー教授によれば、現代のコンツェルン法には法的基準、指針、統一的評価基準が無いが故に、コンツェルン法は時折、居心地が悪く、不満足感に晒されたままである旨を述べている。

W・ツェルナー教授は、既に一九九二年第五九回のドイツ法曹大会において、ドイツのコンツェルン法学者は「ペテン師」である旨の発言をしていて、ドイツ会社法の法形態の「変容」を受けた「会社形態の実態」に苦慮していることを明言していたのである。近時において同教授は、登記は立法者の助力がいるかもしれないが、その他一切の法（形態）では、現行法の継続的形成として、現実の法を獲得しなければならぬという見解が背景に主張されていて、コンツェルン形成規制の法的基礎（いわゆる予防的保護）をなすものは、株主の誠実義務であると明言しているのである。

④ Wolfgang Zöllner; Schutz der Aktionärsminorität bei einfacher Konzernierung, Festschrift für Bruno Kropff (1997) S.333
 参考。なお本稿は以下に述べるとおり、W・ツェルナー見解として捉えた研究ノートである。

株式会社法上の企業結合法という意味における企業結合は、しかもコンツェルン形成要件たる従属性の意味でも、現在の法的理解によれば、常に、社員関係（あるいは構成員関係）または（親子関係では）連鎖社員関係（あるいは連鎖構成員関係）によって支えられている。それゆえに、事実上の企業結合という概念あるいは事実上のコンツェルンという概念は、法律上は間違いであり、かつその概念が人を誤らせる、というのである。なぜならば、その概念は間違いだ解釈上の基本観念を覚醒させるからである。

問題は、事実上の結合にあるのではなく、法的特別結合にあるのであって、より厳密に言えば社員関係（構成員関係）の形成にあり、どっちにせよ関係会社という社員関係によって伝えられる影響可能性（力）が重要である。両者は、支配企業の誠実義務を根拠付けることで足りる。支配企業のコンツェルン上の拘束（結合）と義務とは、そもそも始めから、社員関係に内在しているものである。このことは従属企業に、直接に、参加している支配企業にとっては明白であり、しかも間接的にしか参加していない支配企業でも、関連企業によってもたらされる影響可能性（力）を直接に、参加している支配企業ほどは、より強く搾取・行使してはならない、ということも明白である。いずれにせよW・ツェルナー見解によると、直接参加の支配社員には、誠実義務を根拠に少数者に対して、配慮義務が生じることは、今日では、自明のこと

である。これらの義務には情報提供義務および告知義務がはっきりと現れる、という見解である。

二 W・ツエルナー見解と傾向

1. 以下においては、W・ツエルナー教授の論文「誠実義務に制御されたコンツェルン法」を要約しながら、ドイツにおける会社法上の誠実義務を捉えることにした (ZHR162 (1998) S.237 ff.).

誠実義務という一般条項では、多数者その他の担い手とに派生する影響可能性の振り子となる行動義務は捕らえがたい。同教授によると、「権力は責任なくして存在すべきでないし、法の定めのない支配影響力は拘束（制約）なくして存在すべきでない」というのである。

そのような拘束の根っこは、構成員たる地位（社員）にある。その社員が団体に加入することで法的に、他人の影響力に従うことになる。その影響力は、法と定款の制約の中で共同目的を追求し、および団体と構成員との間に、法的関係を形成する。その影響力は、団体の利益、したがって構成員全員の利益にならない限り、団体および構成員の不利益になるよう使ってはならないものである。

以上のような誠実義務には、コンツェルン法のすべてのプログラムが明らかになるが、本稿で関係することは、少数者の保護のことである。これまでの会社法学の分野では、株主の構成員（社員）としての誠実義務に対しては、強く否定的かあるいは、相当に疑問視して対立していた。一九六五年株式法の規制に端を接続するように、現代的立法による克服が会社法学の分野で行われ、コンツェルン法の分野では発展の妨害となっていた。一九六〇年代に至るまで、構成員（社員）相互はなんら重要な法律関係に立っているのではない、しかも構成員（社員）の会社自体との関係は、ある契約関係として法的債務関係に相当するというより、もっと緩やかな拘束関係としか考えられてこなかった。

ドイツコンツェルン法の構想の結果は、知られている。つまり、特殊な拘束は企業契約によってはじめて生ずる。その拘束は少数者にとって特権（補償と賠償）を伴うものである。しかし同時に、財産拘束と賠償制限という制限つきで拘束されたのである。

これに対し、まったく不運な表示でしかないのであるが、「事実上のコンツェルン」は、企業契約がなければ、株式法三十一条以下の法規制で捕捉されるだけである。

「事実上のコンツェルン」という表示は、不運なことである。蓋し、支配企業と従属企業は決して歩行者など道路使用者相互および株式市場参加者相互のような単なる事実上の関係にあるのではなく、構成員（社員）関係つまり連鎖的構成員（社員）による多層的コンツェルンの中で、契約類似の法律関係によって結合されているのである。

以上のことを一九六五年株式法は立法により、ベールで覆い隠すことになってしまったし、また一九六五年株式法はコンツェルン法問題の解決にとって、株式法上の誠実義務を活性化する邪魔になってしまった。周知のとおり、有限会社コンツェルン法では、その事態は別である。ここでは、判例は誠実義務による法原則の展開の可能性を認めていたのである。

2. ご存知のとおり、株式コンツェルン法では、事実上のコンツェルンが存在するのではなく、株式法三十一条以下の規定は競争規制のように、コンツェルン法の諸規定を通して誠実義務原則が制限されるかどうか、およびその程度はどれくらいか、という問題に立たされているのである。W・ツェルナー見解では、誠実義務と株式法三十一条以下は相互に適用可能である、という。

3. 差し当たり問題は、株式コンツェルン法における誠実義務を通じた少数者保護を考察することであるが、とりわけ三つに方向付けられる。

第一に、① 誠実義務から、どの程度情報報告義務は展開されるか。第二に、② 誠実義務はコンツェルン制度になんらか貢献することができるか。第三に、③ 誠実義務から、影響力行使のいかなる内容の制約が生じるか、およびその制約はどの

ように承認されるか。

この第3③の問題は、株式コンツェルンにおける内容上の影響力制約の問題であるが、少数者の同意がない限り、当然に従属株式会社への影響、有限会社への影響へも適用される。一人会社はどうか。そこでは、唯一の社員が当該法人なしその財産に対して有する誠実義務がどの程度、地歩を得なければならぬかについては、あまり論争の対象にならない。蓋し、誠実義務の推進者は、その基礎を失っているからである。単独社員の保護義務および配慮義務が肯定されるのでなければ、少数者に対する構成員としての誠実義務の射程範囲および程度を等しくすることにはならない。

4. 誠実義務から展開される基本理論であるが、社員たる影響力は、誠実義務と定款に、定められる。設立構成員には明示され、企業の利潤を得る、協定されている会社目的に合致するものでなければならぬ。その利潤は、相当な範囲で配当をもたらし得るものでなければならぬ。業務執行の領域には、当該目的の拘束から、独立した利潤獲得が侵害されてはならないということばかりでなく、将来の利潤獲得の営業機会を縮小することを禁じている。このような誠実原則を通じた拘束性および目的での拘束性は、当然に、その会社がある企業グループに組み込まれたか、あるいはその他の企業の支配的影響力の下に置かれていることによって、その拘束性が変更されたり、緩められたりはできない。

かつての一九三七年株式法一〇一条三項は、コンツェルン条項を定めた有名な規定であるが、保護すべき利益に有益な利益を取得するため、勢力（影響）を利用したるとき、賠償義務は生ずることはない規定している。その当時コンツェルン利益のためには加害は許されると解されていた。コンツェルンは、国民経済の利益のためものとみなされ、公共の福祉のための制度とみなされていた。コンツェルンの利益のためには、少数者の利益は侵害されてよかつた。しかし当時既に、数人の者は少数者のための不利益の緩和を求めていた。蓋し、三七年株式法は既に固有の補償義務を内在させていたのである。

一九六五年の株式法三二一条並び二四三条三項は、一九三七年当時の見解の結果であり、その残影である。その間両規

定はただ単純に構成されていて、いわゆる緩やかなコンツェルン事例でしか取り扱われないもの、と認識されてきた。民事訴訟法二八七条および株式会社法三二一条、三二七条の規定の助けを借りて、特別変態コンツェルンを含めた問題解決が試みられてきたのであるが、これまで成功してきているとはいえない。それにもかかわらず、今日まで、コンツェルン法学上の意義付けとか、株式会社法三二一条の限界作用に関して納得のいく解答は存していない。

そのことは、株式会社法三二一条が沈黙しているだけなのか、あるいは影響力行使を認めているのか、さらにはまったくコンツェルン指揮権力の合法性を意味しているのか、といったことに、ドイツは慎重である。

W・ツェルナー見解によると、株式会社法三二一条による「事実上のコンツェルン」を認めることは、コンツェルン指揮権力を認めることではない、と総括している。このことが、従属会社の取締役は上位会社のコンツェルン指揮に従う義務はないという意味で主張されているならば、それは正しいのであるが、コンツェルン実務ではさほど重要でない。けれどもコンツェルン指揮権力を認める概念は多義的である。例えば、行使された事実上の権力が、それがたとえ不利益を追加したとしても、補償の場合、なんら損害賠償請求権で解決しない、ことを意味し、さらに従属会社の取締役が指図に従うかあるいはその他の方法で行使された支配会社の影響力に服した場合、なんら義務違反を犯していないことを意味する。株式会社法九三条に基づく機関責任も問われないし、株式会社法八四条三項に基づく解任もされないことを意味する。

なるほど株式会社法三二一条以下では、契約にない従属関係への特別規制が問題である。しかしそれはコンツェルンに伴う社員関係における株主の誠実義務を廃止しているのではない。立法者は、株式法の規制でもってそれ以上は拘束されていない関係組織に拘束性を創設したのである。立法当時株式法上の誠実義務が認められていたならば、コンツェルン法上の規制は少し違っていたであろう。いずれにせよ、物的会社の構造および義務状態といった見解の進歩は往時の当該時代に部分的に縛られた一部規制によってその発展を阻止されるものではない。

5. W・ツェルナー見解によると、従属関係で問題になるのは、事実上の関係ではなく、構成員（社員）関係であるこ

と、構成員（社員）たる影響は、株式会社でも、誠実拘束関係に服すること、およびその関係は、法的には仲間がいるように、そのような配慮義務ばかりでなく、誠実拘束関係が存することを認めなければ、これらの関係は、その適用が株式法三十一条以下で妨害されない実質的コンツェルン制約が生じうることとはなんら疑いがないことである、という。このように株式法では、一般原則によって、詳しい立法的制約を解体修理することは、しばしば起こっている。株式法三十一条は、契約のないコンツェルンにおける影響力行使について、決定的制約を規定しているのであるが、そのことは、少数者がまったく阻止できない多数者による影響力行使が確定することによって誠実義務が弱められるものではない。コンツェルン関係を通して成立する特別の危険性は、行動義務を狭く捉えることを生ぜしめるであろう。

6. W・ツェルナー見解によると、自立している会社、コンツェルンに支配されていない会社で、多数者によって引き起こされた業務執行の措置が確定し、あるいはそれでもって、多分にその会社は損はしているが、それで事足りる場合、目的違反と誠実違反が生じている。これに対し、損／不利益だけが生じる場合、当該措置と結びつく不利益／損が誠実違反である場合、例えば当該措置からの利益は少ないか、全く安定していない場合には誠実違反である。ここでは許される危険は限定されていても、そのことから、結果において、当該決定者には自分の決定裁量の幅広い余地が生じている。

勿論、コンツェルン法では、そのように裁量の余地が付与されては居ない。ある措置があきらかに、あるいははっきりと相当程度、支配企業またはその他の子会社の利益になる措置が行われた場合、その状態は反対になる。そのときは、決定の担当者への責任だけが推定されるか、否認されるのではなく、その会社目的違反あるいは利益違反の意味でその措置の不利益／損が疑われる。

7. その際に、注釈学者が株式法三十一条以下について、当該不利益を財産及び収益の侵害と述べているならば、不利益又はその措置の不利益な概念は狭く考えられてはならない。確かに一切の侵害が不利益（*nachteilig*）である。しかし、例えば、市場における将来の独立及び独立した活動の侵害といったものもある（ZHR162（1998）S.243 ff.）。

コンツェルンでは、そのような侵害行為はよく生じる行為である。それらは、会社財産状態及び収益状態を具体的に減少あるいは危険にする必要はない。特に上位会社が、下位会社を指図しないし、下位会社との共同で、制限しない制約を行っている場合、そのような侵害はない。いずれにせよ、上述の措置はその利益獲得の追求が独立して内在している会社の目的に違反する。どんな不利益も単に企業グループの従属分子として組み込むことではなく、間違いではないが、制限した解釈が必要である。つまり、組み込みとは何を意味するか、という点にある。

それが製造プログラムの制度化にコンツェルンが必要ならば、コンツェルンは市場における以前からの地位を侵害できず、それで不利益となる。

株式法三一条の枠内では、以下のように解されている。この規範の意味における不利益は、独立の会社の通常かつ良識ある経営者は同じように行動するか、別々に行動するかが問題であるから、株式法三一条の意味では、不利益な従属企業侵害は「従属性の結果」である場合にだけ、存する。

いずれにせよ構成員（社員）たる誠実義務という観点の下で会社業務執行の措置を判断するに当たっては、その措置が独立の、しかも良識ある経営者の決定行動に合致している場合、多数者に損害賠償の結果は生じない、ということである。業務執行者がそうしたかどうかの問題は、株式法三一条二項および九三条二項と同様、支配企業に立証責任が課される。

8. ここに、興味のあるいくつかの会社法上の関連で重要な問題が提起される。

つまり、一定の企業の行動は、事実が挙証されたわけでないのに、正当とみなされるかどうかの問題、いずれにせよ挙証という口ぶりは一連の当該の状況には十分ではないという問題が提起される。当該事情から、その決定行動が正しい、または義務がある、と判断される事情についてだけは、主張と立証が分けられる。ある特定の状態において、義務に応じた行動を行わなければならないかどうかは、一定の事情の立証に懸かっているのではなく、法規範的判断、特に一般条項上の義務基準に懸かっている。

ドイツでは、株式法二四三条における誠実義務違反の実例がある。これは新株引受権の排除を巡って展開された例であるが、実質的必要基準が一般化されたのである。即ち、株主の社員たる権利 (Mitgliedschaftsrecht) の侵害は、それが会社利益の維持に必要な限りでのみ、許容される、というものであった。

⑤ BGHZ 71, 40, 41 ff. (Kali und Salz); BGHZ 83, 319, 321 (Holzmann)。以上の判例については拙著 大株主権力の抑制措置の研究 嵯峨野書院 (一九九二年) 二二二頁以下参照。大株主に問われる一定の具体的理由を展開している。

つまり、この実質的必要基準 (具体的理由) は、天賦のメルクマールであるのではなく、社員たる地位による誠実義務から演繹されたものである。

何が会社の利益のために必要であり、意味があるかの問題は、われわれは企業者の行動の判断に関係付けなければならぬ。企業者の行動の具体が査定される規範が重要である。

この規範は現行法では、九三条三項、三一七条のように、不明確である。裁判所が、当該決定者の行動が義務基準に合致している、ことを決められない場合、それは決定者の負担で判断しなければならない。このような場合、裁判所は判断を下さないだろうが、問題は、そのような不明確を陵駕している領域である。急がば回れではないが、この問題は立証責任の問題ではなく、結局は当該企業者行動の合目的性の判断には、将来に関係する企業者としての考慮が義務あるものと評価されるかどうかの問題となることである。

9. さて、株式法三一一條以外に、誠実義務規制が適用される場合、三一一條の意味で補償は不利益を追加された誠実義務違反へどんな作用があるかについては興味ある問題を提起することになる。三一一條以下は、例えば株式法九三条の機関責任、同五七條、六〇條、六二條に基づく財産拘束、一一七條による損害賠償義務、二四三條二項に基づく取消権ならびに株主平等取り扱いの原則違反との比較考察がある。そうすると、一等明白なことは、株式法三一一條の破綻してい

ることである。この規定の中に、株式会社の構造についての一定の理解に合致し、その間に社員たる義務の理解の展開により、修理解体された規範があるならば、不利益に対する補償は、単に金銭的調整ではなく、構造上の措置による構造的利益侵害のところでは、当該会社があらゆる範囲で自立している、ということとは疑いなくところである。結局は、利益侵害と補償は含めて、独立した良識ある経営者の行動に合致しなければならぬ。誠実義務の観点では黙認はあり得ず、誠実義務違反の損害賠償の結果は自然に生ずるのであって、無効を理由にした金銭賠償ではない。

10. W・ツェルナー見解ではコンツェルン法において誠実義務という手がかりは、これまでは、唯一適切なものであり、ルッター教授によって印象深く解明された「コンツェルンにおける利益配分」の問題を解決するには、誠実義務が手がかりとなる、というのである。

従属会社から利潤が奪われる限り、問題になるのは、種々の支配企業の業務執行決定による不利益作用である。これに対し、支配企業が収益を子会社に移し替えている限り、問題になるのは、支配会社における少数者を犠牲にした多数者の誠実義務違反である。支配企業の多数者がその企業の経営管理において指図を行う場合、および取締役の不信任投票および監査役員の解任投票が問題になるなど、管理機関への適切な影響を拒否することによっても、そのような誠実義務違反は株主総会の決議なくしても可能である。

コンツェルンは、単に従属会社における少数者保護の問題ではなく、上位会社における問題でもあるが、まさしく誠実義務が呼びさまされたように思われるのである。ここにコンツェルン問題解決の統一的手がかりが見出されうるし、そこに誠実義務のコンセプトの長所があることになる。

コンツェルン問題は単に多数者と少数者との関係の問題であるだけでなく、株主の会社経営陣（自己の取締役）との関係の問題でもある。その例は利潤分配問題であるが、コンツェルンでも、上位会社がリーダー株主なしに、あるいは多数者株主なく公開会社であるコンツェルンでも生ずる問題である。当該経営陣が自己の会社に対しコンツェルンに条件付け

られる加害的行為に結びつくことは、多数者の結びつきが明白である誠実義務の基準でしか具体的に解決できない。会社のその機関に対する保護は、少数者の保護でもある。

11. 誠実義務と拘束（結合）関係は、一般条項としての規制であつて、それは成熟された構成要件を規定しているのでなく、一層の具体化が必要である。

しかるに、それはなんら呪文ではなく、一層広いコンツェルン法の考察には不可欠のものである。むしろコンツェルン法の個別においてコンツェルン作業として誠実義務の基準は一層変遷していくに違いない。これまでの成果および認識は、新しい手がかりにより、決してくだらないことにはならない。

しかも誠実義務思想は、株式法の実定法の規制がかけている箇所を克服する機会を与えるし、それはこれまでは克服できなかった利害衝突を解決する衝動を与えるのであり、その思想は会社法上の評価の統一性および対等性を促進することになる、とW・ツェルナー見解は主張するのである。

12. W・ツェルナー見解の要約

その一は、コンツェルンは常に、社員たる地位または社員たる地位の鎖を媒介して、成立した企業結合である、ということ。事実上のコンツェルンという概念は誤解を引き起こす紛らわしい概念であること。

その二は、コンツェルンの継続形成は、単に、個別問題に関係するコンツェルン特有の個別解決の思想が必要というのではなく、同時に統一的評価を同じくする基準を探し求めなければならない。そのような基準を与えているのは、会社の目的拘束における社員の拘束と誠実義務である。一九六五年株式法のコンツェルン法規は、コンツェルン影響力がそのような拘束に従う、ということを隠している。

その三は、社員たる行動の基本および基準として誠実義務の積極化の中心問題は、どの程度株式法三二一条以下は、特別規制として、誠実義務の手がかりから生ずる限界を規制しているか、ということである。株式法の規範の成立史および

一般的展開は、特別性に矛盾している。結局は、株式法三一条以下は、そのような特別化にはなんら説得力ある具体的根拠はないことから、支配企業社員の特別化したものとは解釈することができない。ただし、少数者の意思および利益に反するコンツェルン支配の形成および行使が経済的一般公益には存するという、昔の見解に賛成すれば別である。

その四は、目的拘束という観点および誠実義務という観点の下では、支配会社には不利であるばかりでなく、独立して危険になる将来の目的追求のすべて、すなわち市場における独立した会社の地位の侵害も含む。構造上の不利が加わると、支配説が根拠としている三一条以下のように単なる金銭補償では、十分ではない。それどころか、構造上の侵害がある場合、構造上同じ価値ある補償基準が得られなければならない。

その五は、誠実義務の手がかりは、コンツェルン上位会社における多数者—少数者問題をも十分に解決するに足るだけの唯一適したものである。従って、誠実義務基準はコンツェルンにおけるすべての多数者—少数者問題のための統一的手がかりのチャンスを与えたものである。

⑥ Burkhard Binnewies Die Konzernneigangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft. Carl Heymanns Verlag (1996) S.397 ff.

三 従属会社における「コンツェルン形成規制」(いわゆる予防的保護)のための法律上の根拠となる「会社法上の誠実義務」

1. ドイツで展開される会社法上の誠実義務論は、会社実務が必要とする法規範が立法者あるいは定款によって充足されなかったことにその本質的意義を求めたとも思われる。各会社の本質は、継続して投資をする多数人の集合体がめざす共同の目的の実現にあるのであるが、その人的継続関係において、会社の目的の達成は「構成員すべての誠実性」を要請する実態にある。結局、構成員間に生ずる利害衝突の欠陥を補填する「誠実義務」という一般条項は、

会社法内部において、すべての関係者が調和するようその団体の共同目的達成に機能している。そのことは、基本的には会社の内部関係の秩序を定めている包括的法典化であるにも拘らず、ドイツ株式法と、有限会社法あるいは合名会社法と異ならないのである。例えそれぞれに相当程度の差異があつたとしても、構成員間に生ずる利害衝突の欠陥を補填する法的原理が必要なことは、法形態を越えて、存している。

2. このような理由から、ドイツにおける学説および判例では、会社法上の誠実義務は、会社に対しても、社員間においても、すべての会社において、法形態の如何に関らず、認められてきたのである。然るに、実際の議論では問題は、会社法上の誠実義務の正当性の認知にあるのではなく、その内容および範囲の構成、つまり誠実義務の原理の適用の具体化が問題となつているのである。

主として、法の継続的展開として、会社法上の誠実義務の原理で推進されてきた重要領域のひとつが、結合企業の法領域である、と位置づけられる。法典化されていない人的会社および有限会社のコンツェルン法では、会社の利益の加害禁止およびそれ以上に団体活動の枠内で会社利益を促進する義務づけを行つてきている。この加害禁止に基づいて、従属会社の利益を侵害すること、つまり従属会社や局外株主の犠牲で、自己の競争的利益を追求することは支配社員（企業）にも禁止されるのである。ただ株式法では、一一七条において、その加害禁止を、故意の加害禁止の場合に限って法の規制をしているのであるが、コンツェルン法の領域では特別に三一一一条以下で修正されている。

しかし、このような事後規制の補償制度では事足りなくなり、局外社員は有効な防御の可能性はあるけれども支配社員（企業）の影響力により、色々と危険に陥らされる。

つまり、株式法の従属会社における「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）原理は、一方的コンツェルン形成過程から社員を保護することを目的にした予防保護的構成要素をめぐって、補完されなければならない。それ故に、多数人による共同目的の追求という統一した目的理念によって特徴付けられている会社法のための起爆剤として、会社法上

の従属性はすべての社員がコンツェルン形成過程に適当な持分がある場合にしか、許容されない。ここではコンツェルン法における会社法上の誠実義務の助けと共に、派生する法の継続的形成のことであるが、コンツェルン法、特に人的会社法および有限会社法には、会社法実務に必要な法規範が欠けている古典的な例示である。

3. 誠実義務に基づいて各社員は、会社の基本決定に同意することが義務付けられる、と同様に、支配社員は仲間社員を引き受ける義務がある。すべての社員のため協働の目的追求を継続するためのコンツェルンを形成する過程の意義から、従属性の根拠ないしコンツェルン形成過程をみとめることは、社員全体を通してこのような経過を適当に正当化することに架かっている。支配企業社員は会社法上の誠実義務に基づいて従属会社の経済的利益が侵害される場合、損害賠償ないし不利益調整を行う義務があるばかりでなく、法あるいは定款が決議権限を定めているかどうかに関係なく、一定の場合にはコンツェルン形成の措置を行うよう仲間社員の同意を手に入れることも、義務づけられている。

結局は、ここで問題になるのは会社法上の誠実義務から派生する従属性の根拠ないしコンツェルン法上の競争禁止である。どのような場合に会社法上の誠実義務から派生する加害禁止が、支配社員（企業）はその正当性のために社員全体の同意を手に入れなければならない、という結果と共に、抽象的に保護している一方的従属性ないしコンツェルン措置の禁止を濃くするかという問題を具体化するには、それぞれの会社形態法の立法の意図以外に、以下の二つの観点が意義を得ることになる。一つは、従属会社の経済的自立性が危うくなることへの対処であり、他は当該会社の実態構造である。

① 従属会社の経済的自立性が危うくなることへの対処

まず考慮すべきは、「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）のすべての形式は支配企業（社員）の経済的行動の自由への侵害となることである。それ以外に問題になるのは、従属性の根拠づけのないしコンツェルン形成の場合、強制的に実現される必要のない潜在的危険性の発生である。蓋し、その他企業の影響は、必ずしも、会社を害する影響と同一にできないからである。然るに「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）の展開は抑止的保護

で足りる制度が加害的侵害をやめて、ここの調整を実際に行わないときにしか正当化されない。従属性を根拠付ける過程のための抽象的正当化の必要性は、企業結合が生じ、損害賠償や補償請求権が従属会社や局外社員の利益保護をしないが故に、その問題の抽象的解決が必要である程に、その利害衝突が内在している場合に、損害賠償や補償請求権が必要である。その場合、決定的なことは、従属会社の経済的自立性が危うくなる程度、つまり支配社員（企業）と従属会社との間の利害衝突の程度を調整しなければならないことである。これは利害領域の重なりに向付けられる。この重なりが大きければ大きいほど、それだけ一層支配社員（企業）による潜在的利益衝突および不利益な影響行使の危険は増大するのである。このための決定的基準は、支配企業と従属企業との間の営業領域を近づけることである。

この基準を基礎付ける場合には、危険化の程度はドイツ商法一一二条の意味における同じ営業部門で支配企業社員の活動が行われている場合だけでなく、特に支配企業と従属会社が、従って企業社員が経済段階の前あるいは後の状態にある場合、売り手（供給者）と買い手（受給者）として対立している時にも、危険の程度は増大する、ということとは明らかである。

営業執行の領域における支配社員の影響可能性の保持は、企業関係の場合と同様、その基礎では同じ活動分野に影響する。このような場合も、同じ程度従属会社は、企業社員による利益追求で利益を侵害される危険の状態にある。それ故に、支配企業が競争営業を行うか、あるいは売り手または買い手として活動するような従属関係は、特別従属関係と定義され、従属会社の経済的自立性の危険性が相当に増大するので、特に保護に値するものと認められる。

② 会社の実態構造

特別従属性という範疇以外に、会社法上の誠実義務に基づく「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）の展開のための第二の決定要素として、会社の実態構造が入る。会社の実態構造は、社員の会社ないし社員相互に対す

る現実の拘束（結合）性をはつきりさせるばかりでなく、各構成員の法的義務にも影響を及ぼしている。このことは、特に会社法上の誠実義務の内容と範囲を構成する領域で妥当する。

ドイツ最高裁判所（BGH）は、先ずは誠実義務の根拠付けを、特別の会社法上忠実義務が生ずる人的共同体に伴う信頼関係に、調和させたのである。ドイツ最高裁判所（BGH）は物的会社の社員間の誠実義務を認める関連でも、物的会社の内部関係を人的に構成することができることを指摘している。このことは会社の人的構造と社員の人的協働とを会社法上の誠実義務の存在の前提とみなすことに到達する。もつともそのような結論は、会社法上の誠実義務を根拠付けるドイツ最高裁判所（BGH）の最近の判例には部分的にしか当てはまらない。

ITJ 判決も、ライノタイプ判決（Linotype）も、第一義的に会社の人的構造に合わせたものではない。それどころか、誠実義務を社員の構成員たる権限から生ずる仲間社員の利益に影響力を及ぼす可能性に対して、「必然的対抗力」と認めるところに、意義がある。この機能は、会社が人的に構成されていても、物的に構成されていても、誠実義務は認められるものである。それに応じて、今日の支配説によれば、会社法上の誠実義務の内容および範囲を「会社の実態構造」に依存させている。その際、誠実義務が会社の実態構造に応じて差異づけられるような構成は、その時々法規範を否定して個々の会社形態の中で、人的に構成されている会社のために法形態をばらばらにする特別法を創設することを目的にするのでもなく、個々の会社形態間の法形態の特別な差異を消し去る目的を持つものでもない。相互企業として組織されている株式会社は立法上の典型会社でないにも拘らず、ドイツ株式法に服すと同様に、公開合資会社として、ドイツ商法の規制が適用される。ここでの関連では、誠実義務という一般条項は、法形態を越えて適用されるかが問題である。ある会社の実態構造を考慮に入れて一般条項を使う場合には、法形態には依存しないで、誠実義務の原則に依拠できる。こうして一方では、誠実義務の内容と範囲を具体化する一般的会社法の原則が引き込まれるが、

他方ではある会社の構造が会社形態の法的指導理念とは異なる場合でも、典型的法形態と実態構造との間の関係、つまり法的秩序と実態構造との間の関係は一致しうるのである。

ところで、「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）の発展と関連して、第三者の影響について人的会社の保護の必要性が物的会社のそれより、大きいという結論が生じている。その根拠は、特に人的会社では、会社目的の追求のためには、その会社の経済的自立は「信頼ありかつ人的な」協働のための前提であることにある。そのような協働にとって必然的信頼原則は、一方的に形成される特別従属性理由ないしコンツェルン形成によって、破壊される。その他、人的会社では全構成員の同意原則を続けることがその問題解決の実質となる。

支配社員の加害的影響行使に対する阻止闘争も会社が補償を受けて離脱あるいは持分譲渡により離脱することも、局外第三者には何ら代替できるものはあり得ない。通常人的会社における会社からの離脱は、仲間社員の了解（同意）なくしてはできないし、それ以上に当該会社の持分を取引する「市場」が存在していない、という事実からも、代替措置はない。

ところで、以上との関連では法形態は、結局は間接的意義しか有しない。立法上の法形態の余地は大きいので、その結果有限会社又は株式会社は、協働団体として立法者が考えた人的構成のところでは、多数の無名社員のいる公開合資会社よりもはるかに合致できる。少数の者からなる仲間企業のところでは、その人格が合名会社として組織されているか、あるいは有限会社としてなのか、さらには株式会社として構成されたのかどうかの問題より、会社目的の効率的な追求のため自己責任をもって、しかも各自の義務を位置づけて一緒に働くという事実の方がより大きな意義を有している。

問題は、いかなる範囲で、人的又は物的要素が団体生活への入り口を見つめるか、ということになる。なぜならば、人的相互の団体と多くの投資家のいる資本集積装置たる団体とでは、各構成員の義務たる地位は異なっているからで

ある。人的相互の団体では、それがいかなる法形態であれ、各社員は職業的（専門的）存在を当該会社と結び付けているが故に、各社員にとっては会社の事象（成り行き）は重要な意義があるわけである。このことによって、各社員には他の仲間社員の利益に対してより重い責任が生ずるのである。人的会社では、社員は、物的構成の会社とは異なり、単にその財産利益をもたらしめているのではない。

それ以上に立法者が株式法において、人的会社に「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）を拒むのであるが、より強化されたいいわゆる予防的保護とは何ら対立するものではない。従って結果において、従属会社の経済的独立性を危うくすること以外に、コンツェルン法上のいわゆる予防的保護が発展するところでは、具体的会社の実態構造が決め手となる、ということが明らかにされたのである。

社員の会社ないし仲間社員に対する密接な拘束関係および人的会社では他の企業者の影響から保護する必要がある拘束関係に基づいて、誠実義務は、支配社員が従属性理由書ないしコンツェルン特別競争禁止に従うほどに、濃密になり、その結果、支配社員はそのような禁止を免れて、社員全体の同意を頼りにすることになる。

結びに代えて

近時入手した書籍ではタイトルが「社員たる地位になる前の誠実拘束関係」と解される Martin Weber の著書 (Vormitgliederschaftliche Treuebindungen Verlag C.H.Beck (1999)) がある。その主張の拡がりには、本稿では紹介できないが、目次を見分する限り、社員たる地位の誠実と株式市場における社員の行動義務を展開しているように思われる。

本稿は、ドイツにおける会社法上の誠実義務をめぐる発展史をまとめ様として、そのまま放置してしまったノートであるが、今後の予定では、従属会社における「コンツェルン形成規制」（いわゆる予防的保護）のための法律上の根拠とな

る「会社法上の誠実義務」をまとめて、拙論の「会社法上の誠実義務」論を公刊したい、と念じている段階である。この研究ノートは、そのための準備として、多少なりとも、資するところがあると期待している。