

ドイツ有限会社法における 少数派社員の保護に関して

—とりわけT B B判決以降の判例の展開を踏まえて—

梶 浦 桂 司

1. はじめに

平成17年7月26日に公布された会社法（平成17年法律第86号）により、有限会社法が廃止された。これに伴って、従来社員の有限責任制度を享受してきた旧有限会社型の会社形態が、株式会社に吸収されることとなった。この株式会社への有限会社の吸収は、大規模のみならず、中小規模の企業形態としても多く利用されてきた株式会社制度の中に有限会社法制の実質を取り込むことによって、より適切な企業形態の選択を促すことが可能であるとの観測の下行われたものである¹。このような大改正がなされた背景には、これまで行われてきた商法改正によって、株式会社に関する規制と有限会社法とが非常に接近してきたことが考えられる²。株式会社と旧有限会社との規制内容の接近は、社員の有限責任および資本に関する制度などに見受けられる。しかし、有限会社法には、株式会社に関する規制とは異なり、計算書類の公示や会計監査の義務付けがなされておらず、広範囲にわたる定款自治の許容、機関構成の簡素化などの点で規制が緩やかである反面、社員総会での特別決議要件が厳格であり、社債発行が認められていないなど、会社法制定に際してど

1 江頭憲治郎『株式会社法第2版』3頁注(3)。

2 神作裕之「ドイツにおける「会社の存立を破壊する侵害」の法理」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論上巻』83頁。

のような規律を取り込むかが大きな焦点となっていた³。会社法は、大会社以外の非公開会社につき、広範囲にわたる定款自治を認め、旧有限会社型の機関構造の採用を認めるなど、旧有限会社法の規律の多くを実質的に取り込んでいる。

そこで、ドイツの有限会社法における支配社員の責任に関する近時の判例の展開を概観することによって、わが国の小規模閉鎖会社における少数派株主の保護に関して何らかの示唆を得られるものと解する。

2. TBB判決⁴以降の連邦通常裁判所における判例理論の展開⁵

ドイツ法は、株式法においては包括的な企業結合法が設けられているのに対して、有限会社法においては、企業結合法が設けられていない。そこで、TBB判決までは株式法上の契約コンツェルンに関する規定を類推適用することによって、従属会社である有限会社の債権者や少数派社員の保護を考えると、「特殊な事実上のコンツェルン」という法律構成をとっていた。しかし、その後連邦通常裁判所は、この「特殊な事実上のコンツェルン」という法律構成から、透視責任、いわゆる法人格否認の法理を適用することにより、有限会社の債権者保護を考えるにいたった。そこで、ここではまず、そ

3 岩原新作「会社区分のあり方」ジュリスト1267号39頁以下参照。

4 BGH ZIP 1993.589. TBB判決の詳細について、拙稿「特殊な事実上の有限会社コンツェルンにおける支配企業の責任」丸山秀平編著『ドイツ企業法判例の展開』236頁以下、早川勝「変態的事実上の有限会社コンツェルンにおける支配企業の責任—近時における連邦通常裁判所の判例を中心として—」同志社法学45巻1・2合併号46頁以下参照。

5 ドイツにおける判例理論の展開に関する詳細について、高橋英治「ドイツ有限会社法における少数派社員の保護の発展」『企業結合法制の将来像』191頁以下参照。

の先駆けとなったブレーマー・ヴルカン判決⁶を概観し、さらに透視責任を援用したブレーマー・ヴルカン判決以降の連邦通常裁判所判決を概観することとする。

(1) ブレーマー・ヴルカン判決

原告は、ドイツ機会船舶製作有限会社の一人社員であり、当該有限会社は、ハンザ・ホールディングの一人社員であり、また、当該ハンザ・ホールディングは、MTW造船有限会社の一人社員であった。これら3つの会社は、いずれも旧東ドイツの企業でもあった。1992年8月11日、トロイハントアンシュタットとドイツ機会船舶製作有限会社とは、ハンザ・ホールディング傘下の旧東ドイツ企業を旧西ドイツ企業へ売却するために、旧西ドイツ企業であるブレーマー・ヴルカン船舶製作機械工場株式会社（後にブレーマー・ヴルカン・フェアブンド株式会社と改称）とシーヒャオ・ゼーベック造船株式会社との間に持分譲渡契約を締結した。

ハンザ・ホールディングがブレーマー・ヴルカン・フェアブンド株式会社（以下、「ブレーマー・ヴルカン株式会社」とする）に吸収合併されたのち、MTW造船有限会社に対する持分は、2%がブレーマー・ヴルカン株式会社によって保有され、残りの98%は、ブレーマー・ヴルカン株式会社が一人社員となっているヴルカン造船フェバンド有限会社によって保有されることとなった。この結果、旧東ドイツ企業であったMTW造船有限会社は、旧西ドイツ企業であるブレーマー・ヴルカン・コンツェルンの子会社となった。

6 BGHZ 149, 10. 本件についてすでに紹介・分析しているものとして、高橋英治「ドイツ法における子会社債権者の保護の新展開—変態的事実上のコンツェルンから法人格否認の法理へ」【ドイツと日本における株式会社法の改革—コーポレート・ガバナンスと企業結合法制】102頁以下、同【企業結合法制の将来像】102頁以下、神作・（前掲注2）88頁以下参照。

ヨーロッパ共同体は、トロイハントアンシュタットからMTW造船有限会社に対して支払われることになっていた6億8654万2000マルクの補償金のうち、その一部である3億400万マルクの補助金の支払いを1993年1月6日付の文書により認可した。当該補助金には、9480万マルクの投資補助金も含まれていた。ヨーロッパ共同体は、補助金が、旧西ドイツ領内にあるブレーマー・ヴルカン株式会社傘下の造船所に対する助成金として利用されないという担保が十分になされることを、さらなる補助金の認可に対する条件とした。また、トロイハントアンシュタットからMTW造船有限会社へ支払われた補助金によって、ブレーマー・ヴルカン・コンツェルン傘下の他の企業が利益を得る可能性があるため、ブレーマー・ヴルカン株式会社とトロイハントアンシュタットとは、年次報告書を作成させること、そしてspillover報告書を3カ月ごとに提出させることで合意した。

1994年9月1日および同年11月30日にMTW造船有限会社は、ブレーマー・ヴルカン株式会社との間でコンツェルン内における資金調達と投資に関する契約を締結した。当該契約は、親会社の経理担当者が、コンツェルン全体の資金運用を管理するためのものであり、セントラルキャッシュマネジメントと言われるシステムが構築し、運営されていた。

ところが、その後ブレーマー・ヴルカン株式会社の経営が急速に悪化し、破綻の危機に直面し、セントラルキャッシュマネジメントシステムを通じたMTW造船有限会社への投資補助金の支払が不能となった。ブレーマー・ヴルカン株式会社の財産に対して、1996年5月1日に破産手続きが開始された。原告は、ブレーマー・ヴルカン株式会社の取締役であった被告に対して、MTW造船有限会社に対して原告が与えた投資補助金の使用を妨害したことは、本件持分譲渡契約に反することから、被告は「特殊な事実上のコンツェルン」法理に基づき責任を負わなければならないとし、損

害賠償を求めた。第一審裁判所⁷と控訴審裁判所⁸とは、訴えを棄却した。そこで、原告が連邦通常裁判所へ上告し、被告の損害賠償責任を追及した。連邦通常裁判所は、原告に譲渡されたMTW造船有限会社の権利を根拠とする原告の請求については、これを棄却したが、以下のように判示をし、本件を控訴審裁判所へ差し戻した。すなわち、

「一人社員による侵害行為に対する従属的有限会社の保護は、株式法のコンツェルン法（株式法291条以下）の責任システムから生じる効果ではない。従属的有限会社の業務執行者も有限会社法43条3項の範囲内で、有限会社法30条以下の資本維持の責任を負うものであるが、一人社員による侵害行為に対する従属的有限会社の保護が及ぶ範囲は、有限会社法30条以下の資本維持と従属会社の存立保護の保証のみに限定される。ここに、会社の存立の保証とは、従属会社の一人社員が従属会社の財産と事業機会を侵害する際、一人社員が意のままにできない従属会社の固有の利益に対して適切な配慮を払わなければならないという意味である。こうした従属的有限会社の固有の利益に対する適切な配慮を欠く場合とは、一人社員による侵害を受けた結果、従属的有限会社が債務不履行の状態に至る場合をいう（BGHZ 122, 123[130]=NJW 1993, 1200=LM H. 7/1993 § 302AktG 1965 Nr. 6-TBB）。こうした存立を否定する侵害行為（bestandsvernichtender Eingriff）から一人社員がこれに従属する有限会社の債務に責任を負わなければならないのは、有限会社法31条により出資返還義務禁止原則に反して流出した資本を返還することによっても、会社の弁済能力が回復しない場合である。」と判示し、特殊な事実上のコンツェルンに関する株式法の契約コンツェルンの規定の類推適用を否定した。

7 LG Bremen, Urteil v. 19. 11.1997-40 1073/96, ZIP 1998, 561.

8 OLG Bremen, Urteil v. 18.5.1999-3U 2/98, ZIP 1999, 1761.

(2) プレーマー・ヴルカン判決以降の連邦通常裁判所判決

(2)- 1 KBV判決⁹

Kindle Backwaren Vertriebs-GmbH (KBK) は、資本金10万マルクの有限会社であり、Y2が40%の持分を保有し、当該有限会社の業務執行者であるY3が、60%の持分を保有していた。XはKBVとの間で、Xの給付に対して報酬が支払われることを内容とする請負契約を締結した。KBVの社員であるY2とY3とは、KBVの事業を停止することを決め、工場と営業所の賃貸借契約を解除し、その時点でKBVのもとに存在していた従業員をY1に引き取らせることを決議した。1996年1月17日にY3によって代表されたKBVは、業務執行者としてY2によって代表されたY1との間で契約を締結し、1996年1月26日に、KBVが有するすべての請求権をY1に譲渡し、そしてKBVは、1995年12月31日の財産目録作成時に、15万マルクと評価される全財産をY1に譲渡した。それに対して、Y1は、82万2273マルクのKBVの債務を引き受けた。その中には、Xの債権が含まれていなかった。当該会社の財産に関する破産手続の開始は、1998年6月5日に破産財団不足の理由で、拒絶されている。

Y3によって委託されたKBVの財産状態によると、1995年12月31日までは資産の額が約163万7000マルクで、負債の額が約547万7000マルクであった。そのことから、10万マルクの資本金で、自己資本によってカバーできない欠損額が、約383万9000マルクと算出された。

Xは、KBVに対して有する自らの請求権を透視責任の観点からYらが支払う義務がある、もしくは、YらがXに対して民法826条に基づく損害対象を支払う義務があると主張した。

地方裁判所と控訴裁判所とは、訴えを棄却した。そこで、Xは、Y2とY3に対して支払請求権をさらに上告で争った。連邦通常裁判所は、XのY2とY3に対する当該請求権が、透視責任の見地から基

9 BGH, Urteil v. 24. 6. 2002-ZR 300/00, JZ 2002, 1047.

礎づけられなかにいて、以下のように判示した。すなわち、

「民法826条の不法行為責任とともに、Xにはいわゆる存続を否定する侵害の観点から請求権が帰属する可能性がある。

当裁判所がすでに何度も述べたように、一人社員もしくは了解されて行為した社員は、会社がその債務を履行するために必要な財産を会社から奪うことによって、会社債権者に責任が限定されるというシステムは、会社名義で負うことになった債務を履行するために必要な会社財産が、会社債権者を満足させるために会社に残されなければならない（有限会社法の他の領域では広く認められている）、社員の裁量権限が奪われているという資本会社法の基礎をなす暗黙の了解に依存している。確かに、有限会社は、社員に対して会社の存立を保証しなければならないと請求する権利を有していない。有限会社は、原則としていつでも自主的な清算の枠内であっても、あるいは破産手続の枠内であっても、その存在を終わらせることができる。しかし、このような会社の存在の終了は、会社の財産的価値をまず会社債権者の満足のために利用する所定の手続きの中で行われなければならないものである。会社財産が、社員に代わって、責任の担い手になるという会社財産の法律上の機能を無視して、会社が、会社から会社債務の全部もしくは少なくとも部分的に履行する能力を奪うことは、決して許されるものではない。会社財産と社員のその他の財産とを分離する必要性、そして会社財産が、会社債権者を優先的に満足させるために厳格に拘束されていることは、有限会社の存続期間中すべてにわたって妥当する。分離と目的拘束性の両者は、社員がその責任を会社財産に限定していることを主張することができるための不可欠の前提である。一方において、財産分離と財産拘束の組み合わせとが、他方において責任制限のみが、有限会社法13条2項の責任特権を正当化するだろう。社員が、会社財産のこのような目的拘束性に対して要請される配慮を無視して、公然にあるいは隠れて会社から財産を奪い取り、これによって会社の債務を

履行する能力を決定的に重要な程度侵害する場合、当法廷が既に表明したように、そこには、有限会社の法形式の濫用があり、こうした侵害によって与えられた全ての不利益を有限会社法30条、31条によって完全に補償できない場合、あるいは、十分な補償を会社財産にもたらさない限り、責任特権の喪失を結果としてもたらさざるを得ない。これは、欠損がある場合にも妥当する。したがって、会社債権者は、会社から満足が得られない場合、請求権を社員に対して直接行使することが、原則として認められることとなる。

控訴審裁判所によって確認され、そして上告手続中、管轄下に置かれた事実状況によると、Y2とY3とは、当該前提を満たしている。Y2とY3とは、認識して行ったKBVの財産に対する侵害行為によって、すなわち、会社から会社債権者を満足させるために必要な財産価値を奪い取ることによって、会社の清算が、会社財産を現金化して会社債権者の満足に供するために所定の手続きの下で行われることを妨害し、会社を破産財産なしの破産へと導いた。これによって、Y2とY3は、責任を会社財産に限定する権利を主張しうるための前提を放棄し、そしてそれゆえ会社に欠損が生じる場合、会社債権者に対して直接的かつ人的に責任を負う。本件は、KBVの財産が、Y1に譲渡された際に、Y3がKBVの社員としてKBVから奪い取られた財産から直接何かを受け取ったか否かは、残り得る。当法廷が引用した2002年2月25日判決において明示したように、会社に欠損が生じた場合、社員は会社債権者に対して、いわゆる存在を破壊する侵害（existenzvernichtender Eingriff）の観点から、すなわち、何ら受け取ることなしに、会社財産を奪い取ることに同意し、会社の存在を破壊することに関与した場合には責任を負う。この前提条件は、Y3に議論の余地なく該当する。」

(2)- 2 TRIHOTEL判決¹⁰

Xは、A有限会社の特別倒産管財人（Sonderinsolvenzverwalter）である。A有限会社は、1991年に300万マルクの資本金で設立され、1993年9月1日以降、YからTRIHOTELと称する飲食店業用の不動産を賃借し、ホテル業を営んでいた。Yは、1999年8まで、A有限会社の唯一の業務執行者であり、2000年5月の倒産手続を開始するまでは、A有限会社の支配人でもあった。

Yの母は、1996年に貯蔵会社（Vorratsgesellschaft）として設立されたJ有限会社の総持分を取得し、そして、YをJ有限会社の唯一の業務執行者として選任した。Yは、同年J有限会社を通じて、A有限会社の52%の持分を取得した。

1998年3月20日の解除契約（Aufhebungsvertrag）を通じて、YとA有限会社とは、両者間のTRIHOTELに関する1998年8月31日までの用益賃貸借契約を、予定より早い1998年3月31日に終了させた。同日、別の貯蔵会社の持分をJ有限退社が90%、Yの母が10%取得し、当該貯蔵会社は、Wホテル有限会社へと組織変更した。その際、Yは、1996年に自分の母から与えられた支配権によって、J有限会社と自分の母を代理していた。Yは、Wホテル有限会社の業務執行者であったし、今のところまだそうである。Yは、同時にWホテル有限会社（同時にYがその代理人として）との間で、1998年3月31日から効力を伴うホテルに関する用益賃貸借契約を締結した。1998年3月31日、Wホテル有限会社とA有限会社とは、両者ともにYが代理をして法律行為の委託契約とマネージメント契約を締結し、当該契約によって、A有限会社がホテル事業のマネージメントと組織づくりの任務を負い、そして統括報酬としてホテル事業の収益の40%を取得した。それに加えて、A有限会社のホテルの総資産をWホテル有限会社が、直接に占有すること、

10 BGH DB 2007. 1802. 本件についてすでに紹介・分析しているものとして、高橋・（前掲注6）240ページ以下がある。

そして、自らただ占有補助者にすぎないことを、A 有限会社は取り決めた。さらに同日、法律行為の委託契約、そしてマネジメント契約に関して締結された第一の附随条項が、当面予想される評価の高い事業経過に鑑み、W ホテル有限会社に対して、40%と合意したホテルの収益がさらに高められ、そしてこれについて W ホテル有限会社のもとに残された収益が、十分ではない限り、次年度の 1 月において、収益に相関的な統括報酬の減少に同意すべきことを取り決めた。1998 年 8 月 24 日の契約を通じて、Y の母は、支配権によって Y を通じて代理し、Y の母の J 有限会社に関する全持分を Y に譲渡した。

1998 年の間に、A 有限会社の経済状態は、悪化した。その前営業年度にすでに不足額が発生していたあとで、A 有限会社は、1998 年には約 2500 万マルクのさらなる不足額を計上し、前年度の損失計上と合わせて、総額 2995 万 8815 万マルクという貸借対照表の損失を計上した。1999 年 1 月 1 日の附随条項で、A 有限会社の収益に対する持分は、28%に減少された。というのも、Y が主張したように、A 有限会社は、十分な研修がなされていない人材をホテルに配属したからであった。

約 6700 万マルクという新年度の不足額の結果として、1999 年における貸借対照表の全損失は、9678 万 3428 マルクとなった。2000 年 1 月 31 日、A 有限会社と W ホテル有限会社とは、1998 年 3 月 31 日に締結した法律行為の委託契約、そしてマネジメント契約とを解約した。その際に、W ホテル有限会社は Y によって、そして A 有限会社は、Y の妻によって代理された。当該解除契約は、A 有限会社が、ホテル資産の利用をホテル有限会社に続けさせ、そしてその反対給付として W ホテル有限会社が、A 有限会社のすべての人材を引き受けるべきことをあらかじめ盛り込んでいた。その間に、W ホテル有限会社は、A 有限会社の全従業員を受け入れ、そしてホテル事業を引き継いで行っている。2000 年 4 月 25 日の Y の申し立てに基づき、2000 年 5 月 15 日に A 有限会社の財産に対し

て倒産手続が開始された。構成可能な倒産財団は、1万807マルクの現金現在高によりどこかを求めた。

地方裁判所は、倒産目録に記載され、そして認められた7139万9651ユーロのA有限会社に対する支払をYに命ずる訴えを認めた。これに対して、控訴審裁判所は、Yの控訴を却下した。Yは、控訴審判決の棄却を求めて上告した。

上告の手続き期間中において、Wホテル有限会社は、Yの指示に基づいて倒産目録に記載されていた債権を取得し、あるいは支払った。Yは、これによって紛争が解決したという見解であった。しかし、Xは、以下のように示して反論した。すなわち、旧債権者に対しても、またその承継者となる者に対しても意思表示がなされてなく、そしてYは、本訴訟に対して資金を提供している者の法的地位を配慮すべきであるとし、少なくとも倒産手続きはなお継続していると反論したのである。

連邦通常裁判所は、Yの上告には理由があるとして、取消された判決を破棄し、控訴審裁判所へ差し戻した。連邦通常裁判所は、判決理由の中で、「存在を破壊する社員の責任」につき以下のように判示した。すなわち、

「当法廷は、法形式の濫用を引き合いに出され、有限会社法30条、31条との関係では補充的な条項とみられていたが、会社債権者に対する社員の透視責任として立てられた独自の責任要件の従来の概念を放棄する。その代わりに、存在を破壊する社員の責任を、債権者利益にその目的が拘束されている会社財産の濫用的侵害を引き合いに出し、そしてこの責任を会社に対する損害賠償法上の内部責任の形態で、良俗に反する故意の侵害の特別の事例グループとして、民法826条に包含する。」

「民法826条の特別の事例グループとして存在を破壊する責任を位置づけることは、考慮に値する。というのも、すでに示したように、従来当法廷の判例が取り扱った事例が、民法826条の規定の下に自然な形で包含されているという理由からである。民法826条

は、良俗に反する会社財産の故意の侵害を禁止する。このことは、会社債権者に優先的に弁済するという目的に拘束された会社財産を計画的に奪い取るに際して、社員または第三者に対して直接的あるいは間接的な利益が生じる場合に、会社の支払い能力を逸するという結果を伴う事例であることは、疑いの余地がない。会社財産が、社員自身によってまたは社員の承諾を伴う措置を通じて、良俗に反して侵害されたということが、行為を行う社員に認識されていれば、故意の要件は充足される。それについて、侵害を良俗違反とする事実が認識されていることで足り、良俗違反の認識が必要なのではない。このような良俗違反は、会社財産に対する債権者の差し押さえを免れるために会社財産の奪取が生じる事例だけではなく、債務の履行行為の事実上の継続的侵害が、予期することのできる結果であり、社員が、こうした法的結果が生じ得ることを承認した上で受け入れていた場合にも認められるものである（未必の故意）。

民法826条の不法行為規範の適用範囲に位置づけることによって、存在を破壊する責任の範囲を決めることは、相当であると思われるのは以下の理由からである。すなわち、すでに言及したように、純粋な結果責任（*reine erfolgsbezogene Verursachungshaftung*）は、相当な欠缺の補完の限度を超えるものであり、そして無過失責任（*verschuldensunabhängige Erfolgshaftung*）は、行為義務、すなわち債権者に優先的に弁済するという目的拘束性を伴う会社財産に関して社員の配慮義務の有責的違反として存在を破壊する侵害に対する正しい制裁とならないからである。少なくとも未必の故意的行動上の民法826条に基づく損害賠償義務の制限は、会社が、自己の債務の弁済に必要となる事業とは無関係な目的のための財産価値の奪取を前提とする存在を破壊する侵害の客観的責任要件に相当する責任の首尾一貫した制限である。

（不法行為の）損害賠償責任としてこうした責任を構成することは、債権者に弁済することに関し必要である限りにおいて、有

限会社法30条および31条によって把握できない、または把握できる「発展した傍系損害」を補償することが、必要な欠缺の補完の範囲で重要であるという意味で首尾一貫している。民法826条に統合される（内部的）責任概念の範囲で存在を破壊する責任を位置づけることは、有限会社法30条および31条の第一次的な内部責任、この責任に劣後する純粋な結果責任という意味での無制限の透視外部責任を伴う従来の多項な保護システムから生じ、そして同様に、それに続く事実上の傍系損害上の制限に関して無過失の損害賠償責任における部分的な転換を生じる一貫性の欠如、そして矛盾を最初から回避した。

民法826条による損害賠償責任は、会社財産の奪取によって引き起こされた会社の倒産状態、または倒産の深刻化のための補償義務という意味での賠償責任、すなわち、侵害補償を表し、この責任が、純粋な内部責任であり、会社が、その目的に拘束された財産に関し直接的な被害者として、請求権のある債権者であることは当然である。これに対して、競合した会社の請求権を持つ社員に対する不法行為上の請求権を、少なくとも原則的に侵害の結果による「間接的」にすぎない被害者として会社債権者に与えるべきではない。会社財産の良俗違反の侵害を優先的に結びつけることに依拠した内部責任として、民法826条によって存在を破壊する責任を構成することは、有限会社の資本維持法を通じて空白のままになっている保護の欠缺を補完する道具としての機能の裏付けにおいて、有限会社法30条および31条の保護システムそれぞれの不法行為法の領域への論理一貫した「延長」を示している。債権者の直接請求権は、存在を破壊する責任に際して考慮されるべき有限会社法30条および31条の資本維持規定において実現された原則に関して矛盾する。これが、特別な例外的な場合、例えば、会社の残余財産が、唯一残された会社債権者を侵害する目的に向けられる場合において、別の評価をなしうるか否かは、新しいモデルの基本構造の発展に基づく議論を必要としない。

倒産手続きの開始において、民法826条に基づく存在の破壊という理由で元来会社に帰属する請求権は、倒産管理人によって行使され得るものであり、従来の外部責任モデルに基づいても異なるものではない。」

3. TBB判決以降の学説の状況

(1) 「会社の存立を破壊する侵害」の法理

プレーマー・ヴルカン判決において、「特殊な事実上のコンツェルン」法理を放棄し、「会社の存在を破壊する侵害」の法理を用いるべき理由を明示していない。しかし、「会社の存在を破壊する侵害」の法理の導入や、プレーマー・ヴルカン判決に直接の影響を与えた連邦通常裁判所裁判官のRöhrichtは、以下のような見解を示していた。すなわち、1992年のTBB判決以降、連邦通常裁判所は、コンツェルン法に関連付けて有限会社の支配社員の責任論を考えてきた。しかし、TBB判決内においても従属会社またはその債権者が、支配企業の責任追及できるのは、「コンツェルン指揮が、従属会社の固有の利益を適切に対して適切に配慮されずに行使され、従属会社に発生した不利益が個別の保障措置によっても賠償されない場合である」と判示しており、この点にRöhrichtは、注目している。そして、当該判決において示された、会社の固有の利益とは、会社自身が債務を支払う能力であるとし、その固有の利益に対する配慮の要請とは、会社の経済的存立を重視し、会社財産や事業機会を侵害し、会社の存立の基盤を奪い取ることを認めない趣旨であると結論付けている¹¹。このように、有限会社の存立の保護に関する要請は、コンツェルンにのみ求められる要請ではなく、すべての形態における一人社員による指揮権の行使に際して求められるとされる。というのも、社員が企業性を備

11 Röhricht, Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz, Festschrift für BGH, Köln 2000, S. 108.

えていないという理由で有限会社の存立保護の要請を否定し、このような社員を免責する必要がないためである。したがって、TBB判決以降、展開されてきた新たな責任論を「特殊な事実上のコンツェルン」の責任と称することは、誤解を招く表現であるとされた¹²。

このような見地から、Röhrichtは、TBBにおける判例理論が、「支配的社員による指揮権の継続的かつ包括的指揮、コンツェルン利益のために存在を破壊する行為を行ったこと、そしてコンツェルン状態も必要ではなく¹³」、結果として「有限会社の社員が任意に処分することのできない有限会社の固有の利益を認め、有限会社の社員による会社の存在をまず脅かし、そして次に会社の存在を破壊する侵害を禁止したものである¹⁴」と解釈し得るとされる。この見解は、「会社の存続を破壊する侵害」という法理が、コンツェルン関係にあるか否かに関係なく、社員たる地位に基づいて、端的に責任を認めるものであり、このような方向性は、社員の責任をより統一的に、かつ一般的理論の下にまとめることになるとして、肯定的に評価されている¹⁵。

また、株式法上のコンツェルンに関する規定の類推適用を放棄した結果、会社が保護されるのは、「会社の存続を破壊する侵害」がなされた場合に限定されることとなる。これにつき、Röhrichtがすでに示しているように、有限会社の一人社員は、会社財産や事業機会を会社から離脱させる場合、有限会社の固有の利益に配慮しなければならない。しかし、これは常にこのような配慮が求められるものではなく、あくまでも当該行為によって、会社債務の履行が困難にならないように配慮すれば事足りることとなる。

12 Röhricht, aa.O.,(Fn.11), S. 121.

13 Röhricht, aa.O.,(Fn.11), S. 121.

14 Röhricht, aa.O.,(Fn.11), S. 121f.

15 Lutter/Banerjea, Die Haftung wegen Existenzvernichtung, ZGR 2003, 402, 403.

もつとも、会社が実際に破綻したことが、当該法理の適用要件なのではなく、破綻に至る蓋然性があれば足りるのである¹⁶。

さらに、「会社の存続を破壊する侵害」に基づいて責任を問われるのは、有限会社法30条および31条に関する社員の返還義務を果たし、及び不足額填補責任を履行したとしても、なお会社が被った不利益を補填できなかった場合に限定される。

他方、KBV判決は、プレーマー・ヴルカン判決とは異なり、社員が会社債権者に対して直接「不足額填補責任」を負うことを認めた、または極めてそれに近いものであるといわれている。というのも、KBV判決において、場面は限定されているものの「侵害によって与えられた全ての不利益を有限会社法30条、31条によって完全に補償できない場合、あるいは、十分な補償を会社財産にもたらさない限り、責任特権の喪失を結果としてもたらさざるを得ない。これは、欠損がある場合にも妥当する。したがって、会社債権者は、会社から満足が得られない場合、請求権を社員に対して直接行使することが、原則として認められることとなる」と判示し、会社債権者は、会社から満足を得られなかった額を限度に社員に直接請求することを認めたからである。プレーマー・ヴルカン判決は、「会社の存続の保護」という表現が用いられていたため、「会社の存続を破壊する侵害」に基づく請求権が会社に帰属しているのか、それとも会社債権者が直接社員に請求できるのかが不明確であった。しかし、KBV判決によって、条件付きではあるものの、会社債権者が、社員に対して直接請求することができる旨、明確化された。また、KBV判決は、有限会社法31条に基づく請求権を会社が有しているというのみで「会社の存続を破壊する侵害」に基づく責任を免れることはできないという点で、プレーマー・ヴルカン判決より救済の範囲が広がられている。

16 Lutter/Banerjea, aa.O.,(Fn.15), S. 404.

(2) プレーマー・ヴルカン判決とKBV判決に対する学説の対応

プレーマー・ヴルカン判決は、特殊な事実上のコンツェルンに関する株式法の契約コンツェルンの規定の類推適用を否定したことから、学説上からも支持を得た¹⁷。プレーマー・ヴルカン判決については、Altmeppenが、特殊な事実上のコンツェルンに関する決別を最終的に意味しているとしている¹⁸。これは、Altmeppen自身が、すでに特殊な事実上のコンツェルン理論につき長い期間にわたって持つものではなく、過渡的な現象である旨¹⁹ 論じていたところであり²⁰、それを前提としたものである。また、一人会社における固有の利益を配慮する義務については、Wilhelm²¹によって主張されている支配社員の業務執行者としての責任（有限会社法43条類推適用）を支持している²²。

これに対して、Ulmerは、プレーマー・ヴルカン判決が、本件を支持しつつも別の見解を示している。すなわち、TBB判決では、有限会社において支配的地位を有する社員の責任の根拠は、従属会社に対する継続的かつ包括的指揮ではなく、会社の固有の利益に対する侵害にある旨判じされていた。したがって、このTBB判決の時点で、すでに特殊な事実上のコンツェルンからの決別がなされていたとする²³。また、TBB判決においては、一人会社にお

17 Ulmer, Von "TBB" zu "Bremer Vulkan" – Revolution oder Evolution?, ZIP 2001, 2024.

18 Altmeppen, Grundlegend Neues zum "qualifiziert faktischen" Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1838.

19 Altmeppen, Die systematische Einordnung der Rechtsprechung zum qualifiziert faktischen Konzern nach "TBB", DB 1994, 1913.

20 Altmeppen, Abschied vom "qualifiziert faktischen" Konzern, Heidelberg 1991, S. 3 ff.

21 Wilhelm, Haftung und Realität bei der juristischen Person, Köln 1981, S. 344ff. Wilhelmの責任論については、南保勝美「事実上のコンツェルンにおける支配企業の責任－ヴィルヘルムの所説を考慮にいれて」明治大学大学院紀要第21集（1）法学篇128頁以下。

22 Altmeppen, aa.O., (Fn.18), S. 1842ff.

23 Ulmer, aa.O., (Fn. 17), S. 2022.

いて、会社の固有の利益に対する適切な配慮を欠くということは、会社が、コンツェルン利益のために行使されている影響力の行使の結果として、自己の債務が支払い不能になる場合であると判示しているのであって、ブレーマー・ヴルカン判決が、有限会社における一人社員の責任につき、決して画期的な意義を付加するものではないとする。これに対して、ブレーマー・ヴルカン判決においては、有限会社が一人社員による侵害の結果として、債務が支払い不能になる場合、従属会社固有の利益に対する配慮が欠けると判示されており、TBB判決が引用されていることから明らかなように、一人会社の債権者保護の要件という点においても、両判決には特段の相違点はないとしている²⁴。

以上の立場とは異なり、Schmidtは、ブレーマー・ヴルカン判決においては、支配企業が有限会社を特殊に支配したことにより、コンツェルン法上の損失補償責任（株式法302条類推）を負わなければならない場合があるか否かにつき未解決のままにされているとし、連邦通常裁判所が、特殊な事実上のコンツェルンという理論構成を放棄したか否かについては、未だ断定することはできないとしている²⁵。また、一人会社における債権者保護については、有限会社と社員との間にある社員としての特別法上の関係が責任の根拠となり、一人会社を壊滅的な資金有用により破綻させた社員は、損害賠償責任を負うとし、Schmidtは、Ulmerを支持している²⁶。

これらに対して、透視責任の見地からブレーマー・ヴルカン判決を捉え、透視責任の活用を唱えるのがBitterである。Bitterは、すでにTBB判決の時点で、株式法の契約コンツェルンの規定に類

24 Ulmer, aa.O., (Fn. 17), S. 2024.

25 Schmidt, Gesellschafterhaftung und "Konzernhaftung" bei der GmbH, NJW 2001, 3581.

26 Schmidt, aa.O.,(Fn.25), S. 3580.

推能力はなく、透視責任を用いた解決によるべき旨示していた²⁷。Bitterは、プレーマー・ヴルカン判決において「一人社員による侵害に対する従属的有限会社の保護は、株式法のコンツェルン法の責任制度から生じる効果ではない」と判示したことで、特殊な事実上のコンツェルンという理論構成の終わりを告げるものと捉えた²⁸。また、プレーマー・ヴルカン判決における「有限会社の固有の利益に対する適切な配慮」の要求は、会社法上の濫用責任として理解されている透視責任の見地から基礎づけられるべきであり、これは、TBB判決が「社員による支配的地位の客観的濫用」に触れている点に着目し、これが法人格否認の法理の要件である客観的濫用に近いことから²⁹もそのように言えるとしている。さらに、有限会社における社員の有限責任に関して定めている有限会社法13条2項は、本規定の目的に合致しない事例に対してはこれが適用されず、このような法人格の濫用事例では、ドイツ商法105条および128条が類推適用され、その結果として有限会社の社員は会社債権者に対して無限責任を負うことになると主張している³⁰。

また、KBV判決につき、学説は、当該判決の結論には賛成しているが³¹、その理由づけに関する評価が異なっている。

この点、Ulmerは、KBV判決において、会社の存在を破壊する

27 Bitter, Das "TBB" -Urteil und das immer noch vergessene GmbH-Vertragskonzernrecht, ZIP 2001, 278.

28 Bitter, Der Anfang von Ende des "qualifiziert faktischen GmbH-Konzern" : Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH, WM 2001, 2135.

29 Bitter, aa.O.,(Fn.28), S. 2137.

30 Bitter, aa.O.,(Fn.28), S. 2139.

31 KeBler, Die Durchgriffshaftung der GmbH-Gesellschafter wegen "existenzgefährdender" Eingriff, GmbHR 2002, 946 ;Kübler/Assmann, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006, S. 457 ;Habersack in :Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 4. Aufl., München 2005, S. 666. ; Lutter/Banerjea, aa.O.,(Fn.14), S. 440.

侵害を透視責任の新たな類型とされたことについて、学説上、会社財産と社員財産との混同以外の透視責任の類型が認められるべきであると主張されてきたことに合致するものであり、賛成することができる。これに対して、Altmeyenは、透視責任を認めたというKBV判決の結論には賛成しているが³²、当該判決が、透視責任を認める要件事実として、新たに「会社の存在を破壊する侵害」という概念を挙げたことは妥当ではなく、当該概念は、要件事実としては何ら役にたつものではないと批判している³³。そして、Altmeyenは、本件においても、従来から連邦通常裁判所の判例で認められてきた「会社財産と社員財産との混同」を理由に、法人格の否認がなされるべきであったとしている³⁴。また、Wilhelmは、透視責任が副次的法理であることから、その可否を判断する以前に、会社の業務執行を行った社員の責任が、株式法の責任に関する規定の類推適用という形によって認められるべきであり³⁵、KBV事件は、こうした事実上の業務執行者の責任が認められるべき典型的な事例であったとし³⁶、KBV判決には批判的である。

(3) 不法行為責任への転換

既述のように、連邦通常裁判所は、株式法上のコンツェルン規定の類推適用を放棄し、「会社の存在を破壊する侵害」という法理を用いることとしたが、TRIHOTEL判決によって、当該法理論を用いることなく、民法826条に基づく「故意の債権者侵害」という社員の不法行為責任を認めるという理論構成がとられた。本判

32 Altmeyen, Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH, ZIP 2002, 1562.

33 Altmeyen, a.a.O.,(Fn.32), S. 1560.

34 Altmeyen, a.a.O.,(Fn.32), S. 1560.

35 Wilhelm, Zurück zur Durchgriffshaftung – das “KBV” -Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24. 6. 2002, NJW 2003, 178f.

36 Wilhelm, a.a.O.,(Fn.35), S. 180.

決により、会社債権者は、原則として会社に対する社員の不法行為責任の追及が認められたことにより間接的に保護されることとなった³⁷。

TRIHOTEL判決によって、存在を破壊する責任を援用する場合、民法826条の要件事実が立証されなければならないこととなった。すなわち、社員の「故意」が立証されなければならないこととであり、連邦通常裁判所は、会社財産が、社員自身によってまたは社員の承諾を伴う措置を通じて、良俗に反して侵害されたということが、行為を行う社員に認識されていれば、故意の要件は充足され、それについては、侵害を良俗違反とする事実が認識されていることで足り、良俗違反の認識が必要ではないとの立場を取っている。

連邦通常裁判所のこのような判例法理の変更の背景には、EUにおける企業活動のボーダレス化とヨーロッパ会社法の展開、とりわけドイツ国内において、イギリス法に準拠して設立されるリミテッド・カンパニー形態に基づいて行なわれる事業が多くなってきているという状況が考えられる³⁸。さらに、2005年6月以降に連邦通常裁判初代に民事部首席裁判官となったGoetteは、EUにおける会社の社員による機会主義的な行動に対応するに際して、会社設立の自由に関するヨーロッパ裁判所の厳格な判例に持ちこたえ得る理論であるか否かについて、多くの者が考えるように、私自身疑問を有しているとし「会社の存在を破壊する侵害」に基づく責任が、透視責任という法理ではなく、民法826条の規定する良俗違反を根拠とする不法行為責任に基づいて解決されるべきであるとしていたが³⁹、連邦通常裁判所の判断は、このGoetteの立場に依拠するものへと変更されたのである。

37 Wilhelm, Kurzkomentar, EwIR 2007, 558.

38 Goette, Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht, ZIP 2005, 1487.

39 Goette, a.a.O.,(Fn.38), S. 1487.

学説上も存在を破壊する責任の基礎を不法行為責任に求める見解が広がりつつあり⁴⁰、Veilも、存在を破壊する侵害が、将来的には民法826条に基礎付けられるべきであると既に論じていた⁴¹。TRIHOTEL判決が、存在を破壊する責任の基礎を良俗違反の不法行為に求めた点については、基本的に学説はこれを指示している⁴²。Wellerは、存在を破壊する責任は、理論的に民法826条によって基礎付けられるべきであり、これは、第三者による債権者侵害という民法上の責任の一形態として位置づけられるべきであるとされる⁴³。Paefgenは、TRIHOTEL判決が、存在を破壊する責任の基礎を民法826条に求めた結果、社員の故意の要件が立証されなければならないとした点について、結論的に妥当であると本判決を支持している⁴⁴。また、Vetterは、存在を破壊する責任の基礎が、法人格否認の法理から、不法行為法へと変更されたことによって、社員の責任が、債権者に対する直接責任から会社財産の回復を伴う間接責任へと変更されたことについて妥当であるとしている⁴⁵。

LeueringとRubnerとは、法的安定性の観点から、今後、TRIHOTEL判決内で言われている未必の故意の要件について、判例が蓄積する事が必要であり、そのことによって、社員、債権者、そして倒産管財人は、社員が責任を負うか否かに関する予見可能

40 Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 2006, 848 ;Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 8. Aufl., München 2005, S. 429.

41 Viel, Existenzvernichtungshaftung, in :Gesellschaftrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftrecht in der Diskussion 2005, Köln 2006, S. 117.

42 Paefgen, Existenzvernichtungshaftung nach Gesellschaftsdeliktsrecht, DB 2007, 1912 ;Vetter, Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1970 ;Leuering/Rubner, NJW-Spezial 2007, 363 ;Altmeyden, Abschied vom "Durchgriff" im Kapitalgesellschaft, NJW 2007, 2657 ;Weller, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 2007, 1989.

43 Weller, Die Existenzvernichtungshaftung im modernisierten GmbH-Recht – eine Außenhaftung für Forderungsverittelung(826 BGB), DStR 2007, 1170.

44 Paefgen, aa.O.,(Fn.42), S. 1912.

45 Vetter, aa.O.,(Fn.42), S. 1970.

性を得る事ができるようになるであろうとする⁴⁶。また、Altmeppenは、存在を破壊する責任の基礎を民法826条の不法行為責任に求めたことが、古典的私法の過失責任主義とも合致し、理論的に説得力のある解決法である⁴⁷と、評価しつつも、損害額の立証を会社債権者に負わせることは、債権者にとって酷であり、今後この点につき挙証責任の転換のルールが判例法上確立されるべきであるとする⁴⁸。

4. 結びに代えて

ドイツにおいては、既述の通り、株式法には包括的な企業結合法が設けられているのに対して、有限会社法には、企業結合法が設けられていない。そこで、従来は、株式法上の契約コンツェルンに関する規定を類推適用することによって、従属会社である有限会社の債権者や少数派社員の保護を考えるという、「特殊な事実上のコンツェルン」という法律構成をとっていた。しかし、プレーマー・ヴルカン判決以降、連邦通常裁判所は、この「特殊な事実上のコンツェルン」という法律構成から、「会社の存続を破壊する侵害」という法律構成、すなわち透視責任、いわゆる法人格否認の法理を適用することにより、有限会社の債権者保護を考え、その後のTRIHOTEL判決においては、「存続を破壊する責任」の基礎を透視責任ではなく、不法行為責任に求めるにいたった。こうした判例法理は、会社法に包括的な企業結合法が設けられていないわが国においても、何らかの示唆が得られるものと考えられる。

「会社の存続を破壊する侵害」の法理は、ドイツ有限会社法領域での判例法理であるが、ドイツにおいて、このような判例法理が形成されたのは、株式法とは異なり有限会社法には、包括的なコンツ

46 Leuring/Rubner, a.a.O.,(Fn.42), S. 364.

47 Altmeppen, a.a.O.,(Fn.42), S. 2675.

48 Altmeppen, a.a.O.,(Fn.42), S. 2660.

エルン法が設けられていないということのみならず、社員が、業務執行に対して全般的にコントロールする可能性を有限会社法上排除されていない。したがって、社員が機会主義的に行動した場合には、会社にとって大きな不利益を生じる可能性があり、これを「会社の存在を破壊する侵害」という法理によって、損害額の立証の困難性に配慮をしながら、一定の要件の下、会社債権者に対して社員の直接責任を認めることによって、会社債権者の保護を図ろうとしている。その後、同法理の基礎を不法行為法に求めた TRIHOTEL 判決では、会社債権者が、原則として会社に対する社員の不法行為責任を追及し、あくまで会社の責任財産の回復による社員の間接的責任を会社債権者に認めることにより会社債権者の保護を図ろうとしている。ただし、TRIHOTEL 判決が示した不法行為責任をその根拠とする点については留意しなければならないことは言うまでもない。

この点に鑑みると、わが国の場合には非取締役会設置会社は、ドイツの有限会社に非常に近いものがある。すなわち、非取締役会設置会社においては、強行法規または会社の本質に反しない限り、会社の組織・運営管理その他株式会社に関する一切の事項について、決議をする事ができる（会社法295条）。非取締役会設置会社における株主総会は、万能機関であり⁴⁹、公序良俗に反しない限り、あらゆる事項を株主総会の決議事項の対象とすることができる。そこで、本稿では、とりわけ非取締役設置会社との関係で、「会社の存続を破壊する侵害」の法理からの示唆を概観して、結びとすることにする。

既述の通り、非取締役設置会社における万能機関としての株主総会では、会社の業務執行に関わる事項についても、決議事項の対象とする事ができ、決議内容が法令・定款に違反しない限り、取締役は、株主総会決議の内容に拘束されることとなる。つまり、非取締役設置会社における議決権の過半数を有する会社は、当該取締役会設置会社に対して、非常に大きな影響力を行使することができる。この際、

49 前田庸『会社法入門〔第11版補訂版〕』346頁。

議決権の過半数を有する会社が支配会社、非取締役会設置会社が従属会社（以下、非取締役設置会社のことを指す）となるが、この場合、従属会社の株主総会決議に基づいて、従属会社の取締役が、会社の利益を害する取引等を行なった場合の損害賠償責任の内容に関して詳細が定められる事が想定される。

旧有限会社法の解釈として、社員総会において業務執行に関する決議がなされ、取締役が当該決議に従って業務執行を行なった結果会社に損害を与えた場合、取締役は当該決議に拘束されると解されることから、決議内容が法令・定款に違反していない限り、取締役の対会者責任は免責されると主張されていた⁵⁰。ただし、当該決議内容が違法である場合、取締役は当該決議に従う義務はないと解されている⁵¹。つまり、支配会社のために従属会社の利益を害するような内容が、総会決議によって承認され、当該決議に従って行為をすることによって、従属会社に損害が発生する事が明らかである場合、従属会社の取締役は、当該総会決議に従う義務はない。したがって、従属会社の取締役が、当該決議に従って、業務執行を行なった結果、従属会社に損害が生じた場合には、従属会社の取締役は、任務懈怠に基づく会社に対する損害賠償責任を負うべきである（会社法423条1項）⁵²。

従属会社が、完全子会社であり、当該従属会社の取締役が総会決議に従って、業務執行等を行ない、その結果従属会社に損害が発生する場合、当該決議に従った取締役が損害賠償責任を負うか否かに

50 前田重行『株主総会制度の研究』294頁以下。

51 江頭・（前掲注1）292頁。

52 これは、総会決議の内容が明らかに従属会社の利益に反して違法であるなど、総会決議に従うことが、取締役の業務執行上の裁量の範囲を超えるものである場合、当該決議が全会一致であったとしても、当該決議に従って取締役が業務執行等を行なうこと自体、取締役の任務懈怠を構成し、総株主の同意による責任免除（会社法424条）がなされない限り、取締役は会社に対して損害賠償責任（会社法423条1項）を負うものと解する。

ついて、必ずしも明確ではない⁵³。しかし、完全子会社における取締役の損害賠償責任については、通常原則的として、100%株式を保有している株主の同意によって免除されている(会社法424条)と捉えることが可能である。というのも、100%株式を保有している一人株主の利益、すなわち従属会社の利益であり、また当該一人株主が、自ら選任した取締役の損害賠償責任を追及するということは通常想定し得ないからである。また、会社法424条所定の「総株主の同意」とは、株主全員一意の総会決議を要求しているものではなく、各株主の個別同意であっても構わないと解されている⁵⁴からである。ただし、完全子会社に倒産の危機が顕在化している状況においては、会社債権者の利益を犠牲にして、完全親会社の利益を図ることが、完全子会社取締役の善管注意義務(会社法330条)・忠実義務(会社法355条)違反であり、取締役の任務懈怠を構成する。

従属会社取締役の損害賠償責任が、総株主の同意によって免責される場合に、会社債権者が救済される余地はないのであろうか。この場合、民法上の詐害行為取消権(民424条)を用いることも考えられるが、民法424条所定の要件が厳格であり、また会社法429条1項が適用された場合のような会社債権者に対しての直接的な救済がないなど、会社債権者保護の観点からは十分なものとは言いがたい。したがって、倒産の危機に直面している完全子会社の取締役が、総会決議に従って、冒険的な業務執行を行なうことは、取締役の善管注意義務・忠実義務違反であり、当該業務執行の結果会社が倒産に

53 この点につき、大隅健一郎「会社の親子会社関係と取締役の責任」『商法の諸問題』304頁において、「親子会社が子会社の全株式を所有する場合、子会社の取締役の業務執行行為が、親会社の指図において行なわれた場合、子会社の取締役に対する責任については、そう株主の同意による免除があるものと解しうる」とされる。しかし、同「親子会社と取締役の責任」商事法務1145号43頁において、「総株主の同意によっても会社債権者の利益を害することは許されないから、そのおそれがある場合には右の責任免除は認められない」とその立場を変更している。同旨、酒巻俊雄「取締役の責任と会社支配」42頁参照。

54 江頭・(前掲注1)332頁、近藤光男『新版注釈会社法第6巻』292頁以下。

至った場合には、当該取締役が故意または重過失が認められた時に限って、会社債権者に対して損害賠償責任（会社法429条1項）を負うだけではなく⁵⁵、会社に対する損害賠償責任（会社法423条1項）もまた負うものと解すべきである。

従来、従属会社の会社債権者保護に関しては、いくつかの考え方が主張されている。すなわち、事実上の取締役理論⁵⁶、支配株主の誠実義務論⁵⁷、そして法人格否認の法理である。

まず、事実上の取締役理論であるが、わが国においては法人取締役を認めておらず、どのような要件に基づいてこれを認めるのかという点⁵⁸、事実上の取締役として認められるためには、取締役背人決議が取り消されるか、または無効な場合の取締役、あるいは取締役以外の者が取締役として会社の業務を執行する場合のように、取締役としての概観が存在し、かつ取締役としての職務を行なう事が必要なのではないかという点⁵⁹、子会社の事実上の取締役と認められるものは、親会社または親会社取締役のいずれであるのか、仮に親会社が事実上の取締役と認められるとして、その際に親会社取締役は、なんらの責任も負わないのかという点⁶⁰、さらに、この理論の下では、親会社に子会社を監視する権限までも認めることになるという点⁶¹等も指摘されている。

次に、支配株主の誠実義務論であるが、この考え方は、会社成立

55 江頭・（前掲注1）461頁。

56 青木英夫『企業結合法の諸問題』311頁。

57 別府三郎「大株主権力の抑制措置の研究」、出口正義「株主の誠実義務」「株主権法理の展開」3頁。また、親会社の誠実義務に基づいて子会社の過小資本の問題解決を図るものに、清水忠之「子会社の過小資本に対する親会社の責任について」法学研究54号53頁以下がある。

58 大隈・（前掲注52）45頁、蓮井良憲「親子会社」鈴木竹雄ほか編『新商法演習2』240頁。

59 石山琢磨『事実上の取締役理論とその展開』261頁参照。

60 大隈・（前掲注52）49頁。

61 吉本健一「事実上の取締役概念の親子会社関係への適用」判例タイムズ975号20頁。

後に株主は会社に対してなんらの義務を負わないとする株主有限責任原則との関係で抵触が生じる点、仮に社員と他の社員との間にはなんらかの法律関係があることを想定することは不可能ではないとしても、社員と会社債権者との間の法律関係を認め、社員の会社債権者に対する直接責任をそこから導き出すことは、法理論的に困難である点⁶²、さらに、株主の誠実義務による子会社保護には、親会社の過失による子会社の侵害は規制が及ばないという点⁶³なども指摘されている。

最後に、法人格否認の法理についてであるが、当該法理は、誠実義務論の場合と同様、一般条項である。したがって、適用要件が明確ではなく、法的安定性を欠くという問題点を指摘しうる。しかし、法人格否認の法理は、個別事案についてのみ、法人格が否認されるものである。したがって、支配の状況・親会社の主観的要件、親会社による侵害行為の太陽、その他全ての状況に配慮してきめ細かい利益衡量を行なうことによってより柔軟に衡平を回復することが可能である。会社法は、非取締役会設置会社に対しても一般的な剰余金配当規制を課しているものの、資本充実の原則を始とし、資本制度に関する伝統的なルールを大きく緩和・修正していることから⁶⁴、会社債権者の保護に関して、取締役の対第三者責任と並んで、この法人格否認の法理の活用が増加するであろうと予想されている⁶⁵。

そこで、法人格否認の法理の要件について、ここで本稿との関係に限定して概観することとする。判例によると法人格否認の法理は、「法人格が濫用される場合」または「法人格が形骸化している場合」に適用されるとする⁶⁶。法人格の濫用の場合とは、法人格が株主に

62 高橋・（前掲注6）135頁。

63 江頭憲治郎「企業結合における支配企業の責任」三村治最高裁判事退官記念論文集「商法と商業登記」71頁。

64 弥永真生「会社法と資本制度」商事法務1775号48ページ以下参照。

65 吉原和志「株式会社の設立」ジュリスト1295号19頁。

66 最判昭和44・2・27民集23巻2号511頁。

より意のままに道具として支配されている（支配の要件）ことに加えて、支配者に「違法または不当の目的」（目的の要件）がある場合をいう⁶⁷。具体的には、親会社が、不当労働行為の意思に基づき子会社を解散する場合に、子会社の法人格を否認して子会社の従業員と親会社との間に雇用関係の存在を認めたものがある⁶⁸。これに対して、法人格の形骸化している場合とは、子会社が親会社の営業の一部門に過ぎない状態をいうとされる。判例の多くは、単に株主・親会社が会社・子会社を完全に支配しているだけでは法人格の形骸化とは言えず、①株主総会・取締役会の不開催、②業務・財産の混同など、法人形式無視の諸状況が積み重なって初めて、法人格の形骸化と言えるとする⁶⁹。具体的には、「親会社による子会社の現実的支配」および「子会社債権者の特に保護に値する事情」があれば、法人形式を無視した状況がなくても法人格否認の法理の適用を認めたものがある⁷⁰。このように親子会社関係に対して、法人格の形骸化を認定し法人格否認の法理を適用した事例は、小規模会社に対して同法理が適用された場合に比べて少ないものとなっている。

また、法人格否認の法理は、取引行為のみならず、不法行為の場合にも適用されるか否かが問題となるが、不法行為の場合の救済に援用された例は例が多くない。さらに、同法理が、「法人格の濫用の場合」以外にも適用されることは妥当としつつも、その要件として、「法人格の形骸化の場合」のように債権者保護との関係が明確では

67 最判昭和48・10・26民集27巻9号1240頁。法人格の濫用の要件として、判例・多数説は、濫用の主観的意図を必要とする主観的濫用説に立っているが、これに対して、田中誠二「法人格否認の法理の問題点（下）」商事法務563号13頁において、濫用の主観的意図は必要ではなく、客観的に社会通念上認容できないことが認められれば足りるとして、客観的濫用説に立っている。同旨、井上和彦「法人格否認の法理」179頁。

68 徳島地裁昭和50・7・23労民26巻4号580頁、神戸地裁昭和54・9・21判例時報955号118頁など。

69 東京高判昭和53・8・9判例時報904号65頁、大阪高判昭和56・2・27判例時報1015号121頁など。

70 仙台地判昭和45・3・26労民21巻2号330頁（仙台工作事件）

ない、法人形式を無視した諸状況をいくら挙げたとしても、要件の適切性に疑問が残る。この点につき、会社・子会社から株主・親会社への利益移転などの会社債権者など相手方を保護すべき実質的理由を明確に示した上で、同法理の適用がなされるべきであるとする見解⁷¹があるが、妥当である。この点、ドイツの判例理論における「会社の存在を破壊する侵害」法理、または「存在を破壊する責任」から一定の示唆を得られるものと解する。

すなわち、既に概観したようにわが国において法人格否認の法理が適用されるのは、「法人格の濫用」と「法人格の形骸化」の場面である。そして、本稿で問題としている非取締役会設置会社が組み込まれている親子会社関係を前提とした場合、ドイツの判例において示されていた、「会社固有の利益に対する適切な配慮」（「会社の存在を破壊する侵害」）に関しては、法人格の濫用として、また「会社財産の濫用的侵害」（「存在を破壊する責任」）に関しては、法人格の形骸化として、その内容を捉えることが可能であると解される。とりわけ、法人格の形骸化要件の実質的理由である子会社から株主・親会社への利益移転などの会社債権者等相手方の保護との関係では、TRIHOTEL判決で示されている「存在を破壊する責任」に関する内容からは一定の示唆を得られるものと解する。ただし、TRIHOTEL判決では、社員が、会社債権者に対して直接責任ではなく、原則として会社の責任財産を回復させるによる間接責任を負うにしか過ぎないこととなる。しかし、わが国における仙台工作事件では、下請子会社の従業員を受動的債権者として認定した上で、法人格否認の法理の適用によって、親会社の直接責任を認めている。このように、不法行為債権者のような「受動的債権者」に対しては、直接責任を認めるべきであり、わが国における解釈論上、TRIHOTEL判決で示

71 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』216頁以下参照。

〔付記〕本研究は、平成17年度札幌大学国外留学研修制度による研究成果である。

ドイツ有限会社法における少数派社員の保護に関して（梶浦）

されている内容につき、法人格否認の法理の要件論において展開することも妥当なものとして解される。

したがって、親子会社関係における債権者保護規制に関して不十分なわが国の現状を踏まえると、法人格否認の法理は、このような状態における不均衡を調整するための一般条項であり、より積極的に同法理を活用し、個別具体的な要件の明確が図られることによって、子会社の債権者保護を実現して行くべきと解する。