

「結合企業における統一的運営と それに対する融資銀行との 法的関係について」

小 松 卓 也

第1章 問題の所在

第2章 コンツェルン内における集権的資金管理

- 一 緒論
- 二 集権的資金管理の法的仕組み
- 三 集権的資金管理の長所および問題点
- 四 従属会社からの集権的資金管理システムへの資金提供
- 五 集権的資金管理下での自己資本扱い貸付の問題

第3章 集権的資金管理システムと従属会社債権者の保護

- 一 緒論
- 二 支配会社の直接責任
- 三 特殊な事実上のコンツェルン規整
- 四 コンツェルン信頼
- 五 存続破壊的侵害に基づく直接責任

第4章 融資銀行による事前の処置

- 一 緒論
- 二 従属会社による人的担保および物的担保の設定
- 三 人的担保および物的担保の問題点と変則的担保
- 四 処分禁止条項による処置
- 五 コンツェルン決済条項による処置

第5章 コンツェルンにおける分権的な資金調達と銀行からの融資

- 一 分権的資金調達

二 従属会社の資金調達と保護表明

第6章 結語

第1章 問題の所在

会社に対する持分に基づいて支配・従属関係にある複数の会社の集合体、いわば結合企業においては、個々の構成会社が独自に活動するというよりも、全体として何らかの組織的な活動が行なわれることが、予想される。そのため、結合企業を構成する個々の会社と結合企業外にいる第三者との間で取引が行なわれる場合、結合企業下でない独立した会社と対外的な取引相手方との間における法的関係とは同一に論じえず、何らかの特別な考慮が必要になると考えられる。

ところで、結合企業が資金を必要とするとき、銀行からその資金を借入れることが、ひとつの選択肢としてありうる。その場合、上述のような結合企業とその外部の者との取引として、私法的規整としての結合企業法上の問題が生じうると考えられる。

ひとつには、結合企業全体が支配会社の意向に基づいていわば統一的に運営されることを想定する場合、結合企業を構成する個々の会社の運営状況ないし存続自体が、結合企業全体の状況あるいは他の構成会社との関係によって左右されるおそれが生じる。すなわち、当該構成会社のうちのひとつないし一部の会社に融資を行なう銀行にとっては、融資の回収に関して、そうした結合企業の統一的運営に伴うリスクを負うことになるのである。

要するに、結合企業が銀行からの借入れによって資金調達を行なうという場合には、そのような結合企業における債権者の保護という局面からの、当該融資銀行の保護が問題となりうる。他方、融資を受ける立場からみれば、結合企業における資金調達に関する問題という観点からも捉えることができるであろう。

そして、筆者が幾つかのドイツ法上の議論を参照したところ、統一的

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

に運営されている結合企業とその外部債権者として当該結合企業に資金提供を行なう銀行に焦点が当てられる場合において、結合企業法に関する多くの興味深い問題点が、互いに有機的に関連しつつ顕現しているように、看取されたのである。

そこで、本稿では、ドイツ法において議論されている、そうした結合企業と資金提供者である銀行との法的な関係についての、叙述を行なうことを試みた。もっとも、それは、現在筆者が把握しえた程度のものであり、また、あくまで文献から知りえたものであることから、ドイツにおける現実の状況を正確に示しているという保証は必ずしもない。とはいえ、このような研究も、ひとつの国における幾つかの法制度をいわば総合的に捉えることによって、これまで個別に紹介されてきたドイツ法上の個々の制度の意義を再評価し、そしてより適切に把握しうることを企図するという意味でも、何らかの意義をもつものと考えるのである。

第2章 コンツェルン内における集権的資金管理

一 緒論

いわゆる結合企業関係にある全ての会社が、支配会社の指揮の下で、集権的に運営ないし管理されるという状況⁽¹⁾下では、支配会社が行なうコンツェルン全体に対する統一的な指揮がより実効性をもつためには、単に各々の従属会社の事業活動に対する指揮が行なわれるだけでなく、それらの資金ないし財務上の管理も行なわれる必要がある、と考えることもできるであろう。すなわち、支配会社による統一的な指揮の下で、コンツェルン全体に現存する現金・預金等の資金がコンツェルン内において自在に利用されることによって、効率よく、各々のコンツェルン構成

(1) 法言言上は、結合企業において従属会社が支配会社による統一的指揮の下で運営されている場合が、コンツェルンと呼ばれている（ドイツ株式法18条第1項）。なお、本稿では、従属会社が有限会社（GmbH）である状況を主に想定している。

会社における資金需要が満たされあるいは支払能力が確保される⁽²⁾、という効果が実現することもまた期待されるのである。

このように、コンツェルンを構成する従属会社における個々の流動資産 (Liquidität) の管理が、当該コンツェルン全体を統一的に指揮する支配会社によって行なわれることは、コンツェルン内における集権的な資金管理システム (Cash Management System) と呼ばれている。また、そうした集権的資金管理システムは、支配会社だけでなく特定の従属会社によって行なわれることもある。なお、特定の従属会社が当該資金管理を行なう場合には、とくに中間持株会社 (Zwischenholding) がその役割を果たすと言われている⁽³⁾。

また、集権的資金管理が行なわれることを前提とすれば、コンツェルンの外部にある銀行からの融資によってコンツェルン企業が外部から資金を獲得する場合には、各々のコンツェルン構成会社が独自に資金を調達するのではなく、資金管理を行なう支配会社ないし特定の従属会社 (本稿では、便宜上、支配会社のみを想定する) が、コンツェルン全体の資金需要を一括して銀行から資金を借り受ける、という方法が採られる⁽⁴⁾。

ところで、こうしたコンツェルンに融資を行なった銀行に対して当該融資債権についての責任を負う者は、何らかの別段の法的要因が加わらなければ、あくまで融資取引を行なった支配会社である⁽⁵⁾。他方、当該融

(2) Bayer, Zentrale Konzernfinanzierung, Cash Management und Kapitalerhaltung, Festschrift für Lutter, S.1011, 1012 (2000); Uwe H.Schneider, Das Recht der Konzernfinanzierung, ZGR1984, 533f.

(3) Uwe H.Schneider in Lutter/Scheffler/Uwe H.Schneider (Heg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Rz.25.6 (1998).

(4) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.2, S.497.

(5) Maier-Reimer in Lutter/Scheffler/Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.16.3ff.; Hornmuth, Recht und Praxis des konzernweiten Cash Management, S.110 (1998).

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

資による資金が支配会社を経て他のコンツェルン構成会社の所へ移動するとすれば、まさにその点で、融資者である銀行にとっての返済にかかるリスクが問題となる。もっとも、それに関する債権者としての銀行の対処方法および利益保護についての問題は、第4章以下で扱う。本章では、まず、このようなコンツェルンの集権的な資金管理システム自体に内在する特徴および問題点を、取り上げておくことにしたい。

二 集権的資金管理の法的仕組み

上述のようなコンツェルン全体にわたる集権的な資金管理は、個々のコンツェルン構成会社や、資金管理に関与する銀行つまり各構成会社にかかる資金の動きをその口座上において処理する銀行を含めた、相互の契約に基づいて実現される。⁽⁶⁾

また、銀行からの借入金が支配会社を経由してコンツェルン内の従属会社の手の中に入る場合の当該資金移動の法的根拠は、支配会社と従属会社との間で締結される、融資額が既定されないいわば包括的な貸付契約に基づくことになる。⁽⁷⁾このような金額において開かれた契約のかたちをとることは、支配会社が集権的資金管理を滞りなく遂行するうえで必要であると言われている。⁽⁸⁾

そして、集権的資金管理システムに加入したコンツェルン構成会社は対しては、支配会社による資金管理の下で、コンツェルン内で現存している流動資産のうちから、必要な資金が供給されることになる。なお、これに関して、資金管理を導入することに伴い、個々の従属会社に対して適切に資金を供給しその支払能力を維持させるということ、支配会社が義務づけられることになるのかどうかという問題があるが、学説上は、見解が分かれているようである。⁽⁹⁾

(6) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.9ff.

(7) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.12.

(8) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.14.

三 集権的資金管理の長所および問題点

コンツェルンにおける個々の構成会社が資金を必要とするとき、支配会社による集権的資金管理に拠らずに、それらが独自にコンツェルンの外部から資金調達するという方策も当然ありうる。そこで、集権的資金管理システム下で従属会社が資金を得る場合の、すなわちコンツェルン内部での貸付による資金調達における、相対的な長所および問題点について確認しておこう。

まず、長所については、⁽¹⁰⁾第一に、内部貸付の場合、貸付を決定する支配会社が個々のコンツェルン構成会社の内部情報を比較的多く保有していることから、外部の銀行からの融資に伴うような信用度に関する審査が要求されず、より迅速かつ形式にとらわれずに貸付を行なうことができ、さらに個々の構成会社について相応な貸付条件を設定することが可能である、という点である。⁽¹¹⁾

第二に、集権的資金管理においては、コンツェルンの外部にある銀行から資金を調達するとき、支配会社が個々のコンツェルン構成会社の資金需要を一括したうえで銀行と交渉を行なうことができるという点で、個々の構成会社が交渉を行なう場合よりも強い交渉力を持ちうることである。⁽¹²⁾

第三に、コンツェルン内に金融および財務についての専門的な機関を置き、かつ各々のコンツェルン構成会社が金融上の決定をその機関に委ねれば、より効率的な処理が可能となり個々の構成会社の負担も軽減されることである。⁽¹³⁾

(9) Vgl. Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.45.

(10) なお、以下の点に加えて、国際的なコンツェルンにおいて為替リスクを抑えることができる、という点もある。Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1012.

(11) Scheffler in Lutter/Scheffler/Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.20.13. なお、社員貸付がもつ決定的な利点は、課税面だという。Scheffler, a.a.O.Rz.20.49.

(12) Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz.20.21.

(13) Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz.20.22.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

他方、問題点としては、以下のような点が挙げられる。

第一に、一部のコンツェルン構成会社に資金の需要があり、それを満たすために、コンツェルン全体に現存する資金のうちの多くあるいは全部が投入されるという場合、当該資金を受けた会社が破綻することになれば、コンツェルン全体における流動資金の不足、ひいてはコンツェルン全体の破綻⁽¹⁴⁾という結果を招きうる、という集团的なリスクが介在している点⁽¹⁵⁾である。

第二に、集権的な資金管理においては、個々のコンツェルン構成会社への資金の分配が支配会社の判断で決められる。そこで、複数の構成会社間で資金需要の競合が発生した場合、市場ないし第三者の評価でなく支配会社の判断で資金配分すなわち事業戦略の優劣⁽¹⁶⁾が下されるという点で、特別なリスクがあると言われている。

第三に、コンツェルン外の債権者が責任追及しうる対象がその直接の取引相手のみであるとすれば、集権的資金管理の下でコンツェルン内において資金が柔軟に移動することによって、次の点が重要な問題となる。すなわち、コンツェルン全体のために支配会社に対して融資した銀行にとっては、当該資金がその他のコンツェルン構成会社に貸し出される点での返済上のリスクを負う。他方で、個々の構成会社もまた事業活動に

(14) 集権的資金管理の下で、各々のコンツェルン構成会社は、必要時にその都度支配会社から資金を得ることができる、という点からすれば、当該構成会社は必要最小限しか資金を手元に置かず、余剰の資金は支配会社のもとへ集められる、という状況も実際問題として発生しうる。Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.2, S.534. そのさい、各構成会社の業務執行者における自身の会社を守るという義務も問題となる。Uwe H.Schneider, a.a.O.

(15) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.30 und 52f.; vgl. auch Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz.20.27.

(16) Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz.20.12. もっとも、支配会社によるグループ戦略が市場の評価に劣るとは必ずしも言えないであろうから、「特別なリスク」として消極的に評価されるとは、限らないだろう。

伴ってそれぞれが取引上の債権者をもつが、集権的資金管理の下では、個々の構成会社において現存する現金・預金等の資産の増減が不確実である点で当該債権者もリスクを負う。要するに、コンツェルンにかかる各々の債権者への支払いのために各会社において実際に確保されている資金の量が、いわば相反的に増減することになる。その意味で、債権者間での利害対立が、少なくとも潜在的には、発生することになるといえる⁽¹⁷⁾。

四 従属会社からの集権的資金管理システムへの資金提供

集権的資金管理システムの下で個々のコンツェルン構成会社に供給される資金の拠出先としては、銀行から支配会社が獲得する融資に加えて、個々の構成会社も持っている剰余の資金も重要である。後者の場合、法的にはある構成会社から支配会社を経て別の構成会社に資金が移されることになる。そこでの資金を提供する構成会社（従属会社）と支配会社との法的関係は、従属会社における社員に対しての、いわゆる出資の払戻しあるいは貸付というかたちで、規整される⁽¹⁸⁾。以下では、従属会社が株式会社および有限会社である場合について見てみる。

(1)株式会社の場合

ここでは、株式法57条が定める、原則として年度末決算に基づく貸借対照表上の利益に限って株主は会社から給付を受けることができる、という規整がかかる⁽¹⁹⁾。したがって、資金管理システムのために従属株式会

(17) Vgl. Uwe H. Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.46ff.; Merkel in Lutter/Scheffler /Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.17.10f.; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.3.

(18) Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1014f. なお、以下で挙げる株式法57条および有限会社法30条を含めたいわゆる資本維持規整については、江頭憲治郎・会社法人格否認の法理381頁以下（1980）、西川昭「西ドイツにおける資本会社の財産拘束について」現代商事法の重要問題（田中誠二先生米寿記念論文集）251頁以下（1984）、齊藤真紀「子会社の管理と親会社の責任（三）」法学論叢149巻5号10頁以下（2001）参照。

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

社のもつ資金を自由に利用することは、大きく制約されることになろう。

他方で、許容される社員貸付とは、当該貸付行為が、通常の商人が行なう第三者的（Drittvergleich）な取引として行なわれた場合であると解⁽²⁰⁾されている。具体的には、貸付において相応の利息および銀行が行なう通常の担保が付され、かつ貸付を行なう従属会社自身の支払能力もまた⁽²¹⁾⁽²²⁾確保されているという点が、要求されるのである。

(19) Vgl.auch Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1016. また株式法58条4項も参照。

(20) Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1017; Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.57.

(21) Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1018. もっとも、実際のコンツェルン運営では、無担保貸付も行なわれているという。Bayer, a.a.O.

(22) ひとつの具体例として、次の判例を挙げておこう。OLG Hamm 1995年5月10日判決=AG1995, 512.である。本件は、非常に複雑な事実関係を背景としているが、単純化すると次のような事案である。X（原告）は、株式会社Aの完全子会社Bによって90%所有されている株式会社である。1991年2月に、XはAに対して無担保で1500万DMの貸付を行なったが、この資金は、Cを支援するためにさらにAからCへ移されることが予定されていた。その後、当該貸付金がXに返済されないうちに、Aは清算手続きに入った。そこでXは、Aに対する無担保の当該貸付を行なったことに起因して被ったXの損害について、Xの取締役Yら（被告）の責任を追及した。裁判所は、YらはXの取締役としての義務に違反した結果、株式法93条第2項に基づく損害賠償責任を負う、と判示した。

<判旨> 一 株式会社における出資払戻とは、株主ないしそれと同等の立場にある者へのあらゆる給付であって、社員であるがゆえに行なわれるものである。それは、決算上の利益から支出される場合やその他の例外的に許された場合ではない給付である。ここでは、隠れた（verdeckte）出資の払戻しが問題となる。隠れた出資払戻とは、給付と反対給付とが互いに釣り合った取引を株主が会社と行なうという株主の第三者的取引（Drittgeschäft）のことではなく、かたちの上では第三者的取引ではあっても給付と反対給付との不均衡が存在しその埋め合わせを欠く場合である。真の第三者的取引であるか否かは、商人の原則に従って誠実に行動する取締役が、同様な状況においてそのような条件で契約を締結したかどうか、言い換えれば給付が経済的根拠から正当化されるものであるかどうか、によって決まる。

(2)有限会社の場合

有限会社法30条は、基本資本（Stammkapital）が維持される限りで社員への給付が許容されるとする。すなわち、株式会社と比べて緩やかな規整となっている。しかし、従属会社から支配会社への貸付によって資金移動を行なおうとする場合には、従属会社に少数社員が存在しているのであれば、株式会社の場合と同様に、通常の商人が行なう第三者的な取引に当たる条件の下でのみ当該貸付行為は許容される、と解されている。⁽²³⁾

ただし、従属会社が支配会社のみの一人社員会社である場合は、別の扱いがなされる。すなわち、30条が許容する範囲内で自由に会社の資金を支配会社が用いることができる、と考えられている。⁽²⁴⁾

二 Yにとって対比される真の第三者の行動とは、商人の基準に従って行動する通常取締役は債務者の支払能力を考慮せずに無担保で貸付を行なわないもしくは行なってはならない、というものである。したがって、本件での無担保貸付は、会社の経営上の理由からではなく、Aの社員たる地位に基づいて行なわれたものである。Xの株主は実際にはAではなくBであるけれども、本件は隠れた出資払戻としての貸付行為に該当する。本件でのAへの給付は株主への給付と同視できる。

三 さらに、無担保貸付を行なったことに関しては、株式法57条を考慮せずとも、Aの支払能力が不十分であることにより貸付金の返済が危ぶまれたがゆえに、取締役の義務違反が認められる。その点について然るべき注意を払ったというYの立証もなされていない。

また、判旨は、本件貸付行為はXにとっての不利益であるが、株式法311条に基づくXに対する不利益補償は行なわれおらずかつその請求もなされていないことから、311条が存在するとはいえ、93条第2項および第3項1文、57条の適用は妨げられない、という。

*なお、株式法93条第2項は、取締役が、通常のかつ誠実な業務執行者の注意を用いて業務を行なうというその義務に違反した場合に、会社に対する損害賠償責任を負う旨を、規定している。また同第3項1文は、株主への出資払戻し規整に違反した場合に取締役は損害賠償責任を負う旨を、定めるものである。

(23) Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1020ff.; Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.58.

(24) OLG Bremen 1998年5月18日判決=AG1999, 466, 467; Uwe H.Schnei-

五 集権的資金管理下での自己資本扱い貸付の問題

(イ) 既に述べたように、コンツェルン全体の集権的資金管理を行なう支配会社に融資した銀行に対して責任を負う者は、さらに特別な法的要因が加わらなければ、支配会社のみである。ただし、支配会社が銀行から得た資金を他のコンツェルン構成会社に移転しても、その代わりに支配会社は当該構成会社に対して貸付債権をもつ。問題は、貸付先の構成会社が破産した場合である。

ところで、支配会社によってコンツェルン全体の集権的な資金管理が行われている状況では、資金の不足はコンツェルン全体に波及するおそれがあり、⁽²⁵⁾一部の構成会社が破産するだけでは済まなくてしばしばコンツェルン全体が同時に破産することになる、⁽²⁶⁾とされている。コンツェルン全体が破産するという場合には、支配会社に融資した銀行にとって、まさに融資債権の回収が現実的かつ深刻な問題となってくるであろう。そこでは、支配会社がその他のコンツェルン構成会社である従属会社に対してもつ貸付債権が、さしあたり当該融資債権を回収するための拠り所となる。

(ロ) しかし、支配会社は、同時に、その他のコンツェルン構成会社たる従属会社に対して直接的ないし間接的に資本出資も行なっていることから、社員貸付におけるいわゆる構造的劣後性 (Strukturelle Nachrangigkeit) が発生しうるのである。⁽²⁷⁾すなわち、有限会社法32 a 条第 1 項によって、有限会社に対する社員の貸付債権については、通常の商人なら自己資本によって資金供給がなされていた状況下で (会社の危機時に)、そうせずに、社員の貸付によって資金が提供された場合、破産手続きに

der, a.a.O.Fn.3, Rz.25.58.

(25) 前掲注 (14) 該当の本文も参照。

(26) Merkel in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrecht-Handbuch BandII, § 98Rz.27 (2001); Bayer, a.a.O.Fn.2, S.1015.

(27) ここでは、従属会社が有限会社である場合を前提とする。

において当該貸付債権は劣後的な破産債権として扱われる、という事態になるのである。これは、自己資本扱い (Eigenkapitalersatz) 社員貸付の規整と呼ばれるものである。⁽²⁸⁾ 本規定の適用に関する問題について、幾つか見てみよう。

(a) 通常の商人であれば自己資本のかたちで会社に資金提供する場合あるいは会社の危機時に当たる場合⁽²⁹⁾とは、会社が活動を継続するうえでさらに資金が必要であるが、第三者から市場的な通例の条件ではその資金を獲得できない場合、つまり会社に信用価値がない場合⁽³⁰⁾である。

貸付が自己資本扱いされる根拠については、そのような状況下では、外部からの資金提供は期待できず社員貸付が必要となってくるが、そうした出資はまさに企業活動に内在するリスクを伴うものであり、実質的にみて自己資本への投資である、と説明⁽³¹⁾されている。なお、本規定は、会社に対して相応な自己資本を保持することを義務づけたり、会社が社員貸付によって資金調達⁽³²⁾することを非難したり、するものではない。

(28) ドイツにおける当該規整の紹介として、江頭・前掲注 (18) 354頁以下、片木晴彦「過少資本会社とその規制 (二)・完」法学論叢112巻2号77頁以下 (1982)、上原敏夫「会社の破産と内部債権の劣後的処遇 (上) (中) (下)」判例時報1277号3頁以下、1280号3頁以下、1283号3頁以下 (1988)。加美和照「過小資本の法理」現代商事法の重要問題 (田中誠二先生米寿記念論文集) 275頁以下 (1984)。佐藤文彦「会社の破産における社員貸付金の取扱いについて (ドイツ倒産法判例紹介 (一))」獨協法学第48号205頁以下 (1999)。

(29) 以前の同規定には、「会社の危機時」という文言は含まれてなかった。現行規定の下では、「会社の危機時」との関連で、「通常の商人が自己資本として会社に資金供給する場合」とはどのような場合かが、解釈されることになる。Vgl. Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 17. Auflage, § 32aRz. 42 (2000).

(30) Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.42f.; Stodolkowitz in Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O.Fn.26, § 84Rz.32; vgl. auch Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz. 20.58ff.

(31) Stodolkowitz, a.a.O.Fn.30, § 84Rz, 32.

(32) Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.2. なお、本規定といわゆる過

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

(b) 会社が危機時であれば、貸付によって会社を救済する以外に、会社の清算を容認するという選択肢もある⁽³³⁾。しかし、会社が貸付後に回復する可能性をもつと判断される場合もありえよう。また、全てのコンツェルン構成会社が相互に連携し合い全体がひとつの高度に完成された企業体に達している場合や、危機時にある会社がコンツェルン内で重要な存在である場合には、危機時であっても救済を試みるであろう。加えて、その救済方法としては、自己資本を供給するよりも貸付を行なう方が、資金提供時のみならず危機脱出後の会社から再び資金回収する場合も含めて、より柔軟性をもつという利点がある⁽³⁴⁾。

要するに、支配会社が、資金管理システムの下で、あるコンツェルン構成会社が危機に陥っているにもかかわらず、その会社に対して貸付を行なうこと自体は、実際問題として十分に起こりうるであろう。

(c) ところで、本条第3項3文によれば、会社に対する貸付者が、当該会社の危機時にそれを乗り切る目的で、その会社の持分を取得する場合には、既貸付分の債権に対して自己資本扱い社員貸付の規整は適用されない⁽³⁵⁾。すなわち、既にある会社に融資している者が、従前の社員からの譲受ないし増資のかたちで当該会社の持分を取得し社員となつて、自ら会社の再建 (Sanierung) に乗り出す場合がこれに該当する⁽³⁶⁾。再建の意思のみならず、再建の能力および客観的な再建の実現可能性も必要とされている⁽³⁷⁾。もっとも、コンツェルンと融資銀行との間でこうした状況⁽³⁸⁾

少資本との関係については、前掲注 (28) の邦文献参照。

(33) Vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.3..

(34) Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.2.

(35) 本規定は、いわゆるコントラック法 (KonTraG) によって導入されたものだという (Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.19)。

(36) Stodolkowitz, a.a.O.Fn.30, § 84Rz.14.

(37) Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.19.

(38) Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.19; Stodolkowitz, a.a.O.Fn.30, § 84Rz.15.

が見られるのかどうか、明らかでない。⁽³⁹⁾

(ハ) 結局のところ、コンツェルン全体のために集権的資金管理を行なう支配会社に対して融資する銀行は、とりわけコンツェルン全体が破産した場合、支配会社が従属会社に対してもつコンツェルン内の貸付債権が劣後されうる結果⁽⁴⁰⁾、支配会社に対する銀行の融資債権が十分回収できなくなるかもしれない、という特別なリスクを負うのである。そうしたリスクをも考慮して、融資銀行は、何らかの自衛策をとることになる。その問題に関しては第4章で述べることにして、その前に、コンツェルン構成会社である従属会社の債権者、すなわち支配会社へ融資した銀行以外のコンツェルンにかかる債権者の保護状況について、見ておこう。

(39) 本規定の下では、銀行が、融資の回収を可能とするために、当該融資先企業を買収する場合が想定されている、と考えられる。本規定は事実上銀行の優遇措置であると言われている。Stodolkowitz, a.a.O.Fn.30, § 84Rz.13; vgl.auch Merkel, a.a.O.Fn.17Rz.17.30f.

(40) なお、本文中で述べたことに関して、四点捕捉しておこう。

第一に、自己資本扱いの規整は、出資が10%以下の非業務執行社員による会社への貸付に対しては、適用されない(32 a 条第3項第2文)。同規定は、資金受入軽減措置法(KapAEG)に基づいて導入されたものである。Baumbach/Hueck, a.a.O.Fn.29, § 32aRz.17. 伊藤清己「資本市場におけるドイツ・コンツェルンの競争力改善及び社員貸付金の受入緩和のための法律(資本受入緩和法)」経営総合科学第71号81頁以下(1998)。

第二に、支配会社から融資銀行が従属会社に対する貸付債権を譲り受けても、その自己資本扱い貸付の性質自体は変わらない。Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.37.

第三に、株式会社の場合には、資本金の25%以上を出資している株主による会社への貸付については、自己資本扱い規整が適用される。Scheffler, a.a.O.Fn.11, Rz.20.56; Merkel, a.a.O.Fn.14, Rz.17.41.

第四に、支配会社からの貸付に対して従属会社が担保を提供するという手段を用いて、貸付債権の劣後性を回避することは、できない。Vgl. Stodolkowitz, a.a.O.Fn.30, § 84Rz.53.

第3章 集権的資金管理システムと従属会社債権者の保護

一 緒論

会社ないしひとつの企業体が破綻すること自体、その債権者にとって不利益なことではある。ところが、集権的資金管理下にあるコンツェルンの場合には、コンツェルン全体が支配会社の指揮の下で統一的に運営され、その結果、個々の従属会社の利益よりも支配会社ないしコンツェルン全体の利益が優先される、という状況を招きやすくなるであろう。さらに、先に触れておいたように、コンツェルンの外部にいる者、すなわち支配会社に融資した銀行とコンツェルンを構成する個々の従属会社における取引債権者との間で、コンツェルン内を柔軟に移動する資金を巡っての利害の対立が生じうる。それゆえ、債権者としての融資銀行の利害状況をより広い視点から知るうえで、資金管理システムに関連した従属会社債権者の保護に触れておく必要がある、と考える。

従属会社の取引債権者の保護としては、主として、従属会社が破綻した場合に、その有限責任社員であるはずの支配会社に対してそれ以上の責任を負わせるかどうか、といういわば事後的な処置が問題とされている⁽⁴²⁾。本章でもそうした問題を扱うことにするが、ここで着眼するのは、コンツェルン全体の集権的資金管理に起因ないし関連して生じうる、従属会社の債権者に対するその社員としての支配会社の有限責任の排除に関する問題である。さしあたり以下では、社員についての有限責任の排除に関する幾つかの法律構成を各々取り上げたいうえで、具体的に叙述を行なう⁽⁴³⁾。

(41) 前掲 (17) 該当の本文参照。

(42) ドイツ法における従来からの一般的な従属会社債権者の保護に関する議論についての最近の文献として、齊藤・前掲注 (18) 2 頁以下参照。

(43) なお、一部のコンツェルン構成会社（従属会社）が破綻し、支配会社の有限責任が排除される場合には、当該従属会社の債権者と支配会社の債権者たる融資銀行との間における利害の対立は、一応潜在的なもの

二 支配会社の直接責任

ここでいう直接責任（Durchgriffshaftung）とは、わが国におけるいわゆる法人格否認の法理に基づいて、社員の有限責任が排除される場合である。⁽⁴⁴⁾ 直接責任が認められる要件について抽象的に論じえないが⁽⁴⁵⁾、とりわけ集権的資金管理システムとの関係において当該責任が問題となりうる点は、資金がコンツェルン内を柔軟に移動する状況が、社員と会社との間における財産の混同に当たるかどうかであると言われている。⁽⁴⁶⁾

それに関して、連邦通常裁判所の判決は、⁽⁴⁷⁾ 財産混同は「場合によっては社員に対する個人的な請求を導きうるものであるが、どの財産が会社に属したどれが社員個人に属するか画定しえない場合にのみ、問題となる」とし、「これに該当するのは、通常、会社財産が会社の帳簿において十分に明らかにされていない場合、会計処理がその他の理由から不透明に行われている場合、あるいは、会社と社員との財産の境界がその他の点で不分明な場合」であると述べたうえで、「ある会社の債務が別の会社によって清算され、また、日常的に会社間で費用が立て替えられる」という処理、すなわち資金管理システムは、「企業グループ内にある会社にとって珍しいことではなく、そして、財産の移転が隠されるこ

であるといえよう。これに対して、コンツェルン全体が破綻しかつ支配会社の有限責任が排除されるという場合には、そうした利害対立は、コンツェルン全体に現存する財産を巡って表面化することになりうる。なお、従属会社の債権者としては、従属会社に対して融資する銀行も重要な存在であるが、ここでは、その者は除外しておく。

(44) “Durchgriffshaftung”については、従来から、「責任透視」や「責任把握」といった訳語が当てられている。なお、江頭・前掲注（18）29頁も参照。当該訳語かどうかは明らかでないが、この文脈で「直接責任」の語を用いるものとして、上原・前掲注（24）の（上）の文献3頁がある。

(45) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.78.

(46) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.78.

(47) BGH 1984年11月12日判決＝WM 1985, 54; vgl.auch Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn. 3, Rz.25.78.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

となく帳簿に記入されるならば、財産混同の観点から捉えるべきではない」と判示している。

以上のことから、コンツェルン内の資金管理に起因して直接責任が問題となるのは、資金管理に基づく資金の移動が明確に会計処理されていない場合のみであると、指摘されている⁽⁴⁸⁾。なお、近時において、直接責任に関する新たな展開が見られており、本章の五で再び直接責任に関する議論を取り上げる。

三 特殊な事実上のコンツェルン規整

ドイツにおいては、従来から、コンツェルンにかかる法規整に関して、いわゆる特殊な事実上のコンツェルンという概念が形成されてきている⁽⁴⁹⁾。特殊な事実上のコンツェルンの規整として扱われるということは、従属会社の債権者に対する保護の局面に関していうと、それぞれ一定の場合において、従属会社に対してその生じた損失を支配会社が補償する義務を負うこと（株式法302条）、および、従属会社債権者に対して支配会社が担保を提供する義務を負うこと（同303条）、という契約コンツェルンについての規定が、いわゆる事実上のコンツェルンに対して、類推適用されることを意味する。

ところで、ある論者によれば、こうした特殊な事実上のコンツェルン規整が適用される要件として、①従属会社が支配会社の相当緊密な経営指揮の下にあること、②支配会社による当該指揮が客観的に濫用されたこと、③それによって従属会社の受けた不利益が具体的な補償措置によっては埋め合わせることができないこと、が挙げられるとしつつ、資金管理システムとの関係について次のようにいう⁽⁵⁰⁾。すなわち、従属会社が

(48) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.79.

(49) その概要として、齊藤・前掲注（18）12頁以下、高橋英治・従属会社における少数派株主の保護177頁以下（1998）参照。

(50) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.67ff.

資金管理下にあること自体は①の要件を満たすが、他方、それが合理的に運用される限りでは②の要件に該当しない。また、適法な会計処理が行なわれていれば、不利益は把握され補償されうるから、③にも該当しない。⁽⁵¹⁾それゆえ、資金管理システムの下でコンツェルン構成会社が運営されるということ自体は、さらに特別な状況が加わらなければ、債権者保護のための特殊な事実上のコンツェルン規整の要件を満たさない、と指摘されている。⁽⁵²⁾

四 コンツェルン信頼

従属会社の債権者に対してその社員である支配会社の有限責任が排除される場合の法律構成として、いわゆるコンツェルン信頼 (Konzernvertrauen) という概念が論じられている。コンツェルン信頼に基づく支配会社の責任とは、典型的には、ある者が、支配会社によるコンツェルン運営を信頼して、当該コンツェルンを構成する従属会社と取引を行ない、のちにその信頼が裏切られたことによって損害を受けた場合に、その者に対して支配会社が責任を負う、という場合を想定することができる。⁽⁵³⁾

たとえば、支配会社によってコンツェルンが統一的に運営されていることに加えて、⁽⁵⁴⁾支配会社が従属会社の財務上の健全性を維持するである

(51) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.73ff.

(52) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.76. また、OLG Bremen 1998年5月18日判決＝AG1999, 466, 467. は、「支配企業による流動資産の搾取といった不利益を付与する影響力行使についての、正確な会計記録が存在していれば、従属会社は確実に保護される。特殊な事実上のコンツェルンとしての支配企業の責任 (株式法302条, 303条) が問われるかどうかは、流動資産の動きが正確に記録されているかどうかにかかっている」と判示している。

(53) Vgl.Druey, Konzernvertrauen, Festschrift für Lutter, S.1069, 1071ff. (2000); Emmerich/Sonnenschein/Habersach, Konzernrecht, 7.Auflage, S.288 (2001).

(54) これだけでは、「信頼」の発生には十分でない。Emmerich/Sonnens-

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

うことに関して、正当な期待を抱かせる状況が存在し、かつそれに起因して取引が行なわれたという場合に、取引を行なった従属会社債権者と支配会社との間で、コンツェルン信頼が存在したと考えられている⁽⁵⁵⁾。そして、コンツェルン信頼は、そうした支配会社が従属会社の財務的支援を行なうということが、支配会社によって明示的には表明されていない場合のものであり、その意味で、黙示の保護表明 (implizierte Patronats-⁽⁵⁶⁾erklärung) とも言われている。

なお、集権的資金管理システムの導入とコンツェルン信頼の存在が認められる状況とでは、前者において財務面で従属会社が支配会社の相当に緊密な指揮下に置かれる⁽⁵⁷⁾という点に着目すれば、両者の関連性が見い出される。具体的には、支配会社が従属会社に対して適切に資金を供給してその支払能力を維持するという側面において問題となるであろう⁽⁵⁸⁾。しかし、筆者は、ドイツにおけるその具体的な議論を見出しえていない。

五 存続破壊的侵害に基づく直接責任

ところで、連邦通常裁判所は、最近の判決において、有限会社の債権者に対してその社員が負う存続破壊的侵害に基づく直接責任 (Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs)⁽⁵⁹⁾ (以下、「存続破壊責

chein/Habersach, a.a.O.Fn.53, S.288.

(55) Druey, a.a.O.Fn.53, S.1071ff.

(56) Druey, a.a.O.Fn.53, S.1071. なお、保護表明については、後述する。

(57) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.62.

(58) なお、前掲・注(9)該当の本文も参照。

(59) BGH 2001年9月17日判決=WM2001, 2062 (いわゆる Bremer Vulkan 判決); BGH 2002年2月25日判決=WM2002, 960; BGH 2002年6月24日判決=WM2002, 1804 (いわゆる KBV 判決). なお、これらの判決を紹介するものとして、早川勝「企業結合・企業再編に関する法規制の現状と課題」同志社法学55巻3号38頁以下(2003)、高橋英治「ドイツ法における子会社債権者保護の新展開」法学67巻6号124頁(2003)も参照。

任」という) という考え方を展開した。存続破壊責任とは、概していうと、有限会社の社員が会社に対してその存続を破壊するような措置を行い、その結果として会社の債権者が不利益を受けた場合には、有限会社の法形態の濫用があり、社員の有限責任が排除される、というものである。⁽⁶⁰⁾

そうした存続破壊責任を認めるにあたって、連邦通常裁判所は、以下のような点に言及している。第一に、有限会社が支配会社の完全子会社の場合は、株式法291条以下の契約コンツェルン規整の適用がない、すなわち特殊な事実上のコンツェルン規整の対象外となることである。⁽⁶¹⁾第二に、たとえ存続破壊的行為があっても、社員が、有限会社法31条に基づく基本資本の払戻分についての返還を会社に対して行ない、⁽⁶²⁾その結果、会社から債権者に全ての返済が可能となる場合には、存続破壊責任は発生しない。⁽⁶³⁾つまり、存続破壊責任は、有限会社法30条および31条による債権者保護をさらに補充するためのものである。⁽⁶⁴⁾

先に述べたように、集権的資金管理と社員たる支配会社の直接責任との直接的な因果関係は、財産混同の観点から否定的に解されている。しかし、このような存続破壊責任というかたちでの社員の直接責任が認められるとすれば、資金管理システムと直接責任との関連性については、依然として議論の余地があろう。たとえば、資金管理下にある従属会社に対して必要な資金を供給せず破産に至らしめたという局面で、支配会

(60) 上掲三判決の判旨を参照。Vgl.auch Vetter, Rechtsfolgen existenzvernichtender Eingriffe, ZIP 2003, 601ff.

(61) BGH WM2001, 2062, 2063 ;vgl.auch Rosenberg/Kruse, Patronatserklärungen in der M&A-Praxis und in der Unternehmenskrise, BB 2003, 641, 649.

(62) 有限会社法31条第1項は、同法30条に違反して行なわれた出資の払戻しは会社に返還されなければならない、と定める。

(63) BGH WM2001, 2062 ;BGH WM2002, 1804.

(64) Vetter, a.a.O.Fn.60, S.605. なお、有限会社法31条に基づく請求をなすのは、会社のみである。Vgl.Vetter, a.a.O.S.606.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

社の存続破壊責任が問われるかが問題となりうるであろう。⁽⁶⁵⁾ もっとも、存続破壊責任という考え方自体についての、さらなる議論の進展にも留意する必要がある。⁽⁶⁶⁾

(65) Vgl.auch Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.649.

(66) ここで、先に挙げた存続破壊責任に関する三つの判決に触れておこう。

BGH 2001年9月17日判決は、集権的資金管理下での事案だが、会社の社員でなく取締役に対する請求が問題となったものである。非常に複雑な事案であるので省略するが、存続破壊責任について、次のように判示した。「一人社員である従属有限会社の保護は、株式法291条以下のコンツェルン法の責任制度に従わない。当該一人社員は、有限会社法30条以下にいう基本資本維持の制約を受け……かつ、有限会社の財産および事業機会への介入において、会社自身の利益を一人社員が適切に配慮すべきであるという意味での、会社の存続を確保しなければならない、という制約を受ける。従属有限会社自身の利益に対するそうした適切な配慮は、一人社員による侵害行為が原因となり当該有限会社の負う債務がもはや履行されえなくなるという場合に、欠けているといえる。しかし、そうした存続破壊的な侵害行為に基づいて一人社員の責任が認められるのは、有限会社の債権者に対する会社の返済能力が、既に、31条に基づく社員の会社への資本払戻分の返還によっては回復されえない、という場合のみである」(WM2001, 2063)

BGH 2002年2月25日判決は、存続破壊的な侵害行為に協力したが、利得はしていない社員の責任について、「社員の存続破壊責任が問題となるのは、彼が会社の財産的価値を吸い上げることによって、会社が債務を履行できることを適切かつ相応に配慮することをせず、それゆえ、会社の破産を招いた、という場合である。このことは、財産的価値の吸い上げへの協力によって会社の存続破壊を協働して行なった社員についても、当てはまる」(WM2002, 962)と判示した。

BGH 2002年6月24日判決は、集権的資金管理に関するものではないが、存続破壊責任を知るうえで有益なものなので、以下に紹介する。

<事案> 被告 Y₂ および Y₃ は、有限会社である A および被告である会社 Y₁ それぞれの社員である。A における持分のうち Y₂ が40%、Y₃ が60%を各々保有し、かつ Y₃ は A の業務執行者でもあった。1995年末から1996年初めにかけて、Y₂ と Y₃ は、A がその営業および製造を行なうために締結していた賃貸契約およびリース契約を解約しかつ A の従業員が Y₁

に引取られること、および、Aの保有する全ての債権と全ての在庫商品とをY₁に譲渡すること、を決定した。他方、Y₁はAの債務を一部引受けたが、1994年に締結した契約に基づいてX（原告）に対して負う債務は、そこには含まれていなかった。その後、Aは債務超過に陥った。

そこで、Xは、Y₁とY₂が上述の措置を講じかつAの財産を搾取したことによって、AがXに対する債務を履行できなくなったとして、AがXに対して負う債務につき、直接責任の観点からY₂およびY₃は責任を負う、などの主張を行なった。

第一審および原審は、訴え却下。連邦通常裁判所は、破棄差戻し。

<判旨> 一 Xは、いわゆる存続破壊的な損害行為の観点から、Y₁とY₂に対する請求権をもつ。一人会社の社員もしくは一体として行動する複数の社員は、会社が債務を履行するために必要な会社の財産を自らか吸い上げることによって会社の債権者が受ける不利益に対して、責任を負わなければならない。

二 社員らの財産から会社の財産を分離すること、および、社員よりも会社の債権者に対して優先的に弁済するために会社の財産を厳格に拘束することは、有限会社が存続している間において、要請されることである。こうした分離と拘束の両方は、社員の有限責任が認められるための、不可欠な前提条件である。

三 社員が、会社財産のそうした拘束について適切な配慮を行なわず、公然ないし隠れた搾取によって会社の財産的価値を吸い上げており、かつ、それによって、会社がその債務を弁済する能力を重大な程度に損なうのであれば、有限会社の法形態の濫用が認められ、その結果として有限責任が剥奪されるべきである。

四 もっとも、それは、有限会社がその侵害行為によって受けた不利益の全てが有限会社法30条、31条によっては完全に補填ないし補償されない、という限りにおいてである。したがって、債権者は、会社から満足を得られない限りで、彼のもつ債権の返済を社員に対して直接に請求することができる。

*なお、本判決では、存続破壊責任とは別に、会社における引当財産が減少したために会社の債権者が損害を受け、かつ、社員が、債権者を犠牲にして自己の利益のために、当該財産の減少を意図的に生じさせた、という場合には、その社員は、BGB 826条に基づいて良俗違反による損害賠償責任を負う、ことも判示している。

第4章 融資銀行による事前の処置

一 緒論

支配会社に融資を行なう銀行にとって、その融資債権の引き当て財産に対して他のコンツェルン構成会社の債権者が介入してくることは、不測の事態であろう。しかし、前章の内容から知りうることは、集権的資金管理システム下にあるコンツェルン構成会社たる従属会社の債権者に対して支配会社が直接に責任を負う可能性が、当該システムの存在自体によって直ちに高まるとは断言できない、という点であろう。

とはいえ、コンツェルン全体の資金需要のために融資するとすれば、相当な規模の額になることも考えられ、また、既述のようないわゆる構造的劣後性すなわちコンツェルン内での自己資本扱い貸付の問題もある。したがって、支配会社に融資を行なう銀行は、その十分な返済を確保するために、事前すなわち融資時において、特別な方策をとる必要がでてくる⁽⁶⁷⁾。本章では、そうした具体的な方策の幾つかについて、概観すること⁽⁶⁸⁾にしたい。

二 従属会社による人的担保および物的担保の設定

(イ) 支配会社に融資した銀行がその十分な返済を確保する処置として、さしあたり考えられるものは、銀行が、支配会社以外のコンツェルン構成会社（従属会社）から、融資返済のための人的担保および物的担保を得ることである⁽⁶⁹⁾。とりわけ、銀行に対して支配会社が負う融資債務について、集権的資金管理システムに参加した全てのコンツェルン構成会社

(67) Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.1; Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.110f.

(68) なお、そうした事前の処置は、銀行の返済を確保するであろう反面、融資を受ける側にとっても、その反射的效果としてより低い利息で借入れができるという効果をもたらす。Vgl.Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.15.

(69) 詳しくは、vgl.Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.62ff.

が共同責任（Mithaftung）を負うことが、取り決められる場合があるという。⁽⁷⁰⁾

ところで、従属会社が支配会社のためにそうした担保を設定し、その後当該担保が実行されかつ従属会社から支配会社に対する求償が満足のいくものでないならば、従属会社の財産が縮減される点で、その（存在していれば）少数社員および債権者にとって不利益が生じる。⁽⁷¹⁾そこで、この場合、とりわけ債権者保護の観点からは、従属会社から資金管理を行なう支配会社への資金提供の局面と同様に、株式法57条あるいは有限会社法30条におけるいわゆる出資払戻し禁止の規整に服することになる。⁽⁷²⁾

もっとも、担保の設定を行なうだけでは、会社の財産が現実に流出したことはない。すなわち、どの時点が出資払戻し禁止規整の評価基準になるかが問題となる。株式会社の場合は、担保設定時であるとする見解が有力であるが、他方で有限会社においては、それと同様の見解あるいは原則として設定時は基準とならないという見解で分かれているようである。⁽⁷³⁾なお、以下では、従属会社として有限会社のみを念頭に置く。

(ロ) さて、集権的資金管理システムと出資払戻し禁止規定との関係の問題に移ろう。たとえば、さしあたり上述の担保設定時が基準となる立場をとり、有限会社法30条に基づいて基本資本が損なわれることになる程度の担保設定が禁止されるとすれば、支配会社がコンツェルン全体のために巨額の融資をより有利な条件で受けようとするとき、そのための従属会社による担保の提供について大きな制約を伴うことになる。また、同30条の規整の対象者は会社と社員のみであると解されており、⁽⁷⁴⁾それゆ

(70) Vgl. Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.67; Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.111.

(71) Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.16.

(72) Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.15ff. なお、有限会社において社員のために担保を設定する場合、少数派社員の同意を要するというのが通説である。Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.16.

(73) Vgl. Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.23ff.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

え、第三者である融資銀行と30条に違反して設定された担保との関係が問題となる。

これらの点に関して、連邦通常裁判所は、次のような見解を示した。⁽⁷⁵⁾

裁判所は、「担保の設定自体は、担保提供によって資金管理を行なう会社が融資を得て、その資金をコンツェルン内における資金管理の下で当該担保設定者も享受しうる限りにおいて、有限会社法30条にいう出資の払戻しには当たらない」と判示した。つまり、集権的資金管理の下で資金管理を行なう会社⁽⁷⁶⁾が融資を得るに際して従属会社が担保を設定する場合、当該融資による資金が担保設定者の手元に入る可能性もあるので、

(74) 異論のない見解だという。Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.36.

(75) BGH 1998年3月19日判決＝WM1998, 968. 事案は次のようなものである。有限会社であるAおよびCは、各々有限会社Bの子会社である（以下では、この三社を含めた企業集団を「Dグループ」とよぶ）。1993年に、Bは130万DM、AとCは各々10万DMを、本件被告であるY銀行から融資として受けた。そして、当該融資の担保として、Aは、取引先に対して有する現在および将来の債権を、Yに譲渡することを決めた（包括的債権譲渡）。さらに、上記の三社およびYは、YがDグループ各社に対してもつそれぞれの債権について、その債務会社以外のDグループ各社が各々担保を提供する、という旨の合同担保契約（Sicherheitenpoolvertrag）を締結した。その後、AからBに対して、Yにおいてそれぞれがもつ口座上の処理によって、資金移動が行なわれている。

結局、1994年1月に、Aの財産についての全体執行（Gesamtvollstreckung）が開始された。その管財人であるX（原告）は、上記の包括的債権譲渡および合同担保契約が、BGB 138条などに基づいて無効であることなどを、主張した。本判決は、破棄差戻しを命じた。

本件では、その他にも多くの争点があるが、ここでは、Aが、親会社であるBおよび姉妹会社であるCに対する融資の担保として、当該融資者であるYに対して包括的債権譲渡を行なったことが、Aにおける債権者の保護の観点からどのように評価されるのか、という点についての判旨を取り上げる。

(76) なお、先に述べているように、本稿では支配会社のみを想定しているが、判旨は、資金管理を特定の従属会社が担当する場合も念頭に入れている。

その設定自体は同30条による規整に服さないのである。⁽⁷⁷⁾

しかし、支配会社が銀行から得た資金は、集権的資金管理の下で支配会社の判断に基づいて配分されるから、担保を設定した従属会社に対して相応な資金が供給されない場合、従属会社債権者の保護の観点から問題となる。これに関して、まず判旨は、「自己の財産を犠牲にして他の会社（とくに支配会社）が獲得する資金のために担保を置くコンツェルン構成会社の債権者は、有限会社法30、31条がもつ法効果の下で保護されるべきである」とし、「資金管理を行なう会社あるいはコンツェルン全体が破綻状況にある場合には、同31条による償還請求権は意味をもたない⁽⁷⁸⁾」とする。

他方で、判旨はまた、銀行の立場をも考慮して、「融資によって得た資金が担保を提供した会社に利用されるかどうかは、通常は、融資した銀行は知りえないし、またそれは銀行の業務でもない」とし、「融資が生み出す財産価値は、銀行から直接融資を受領する会社ではなく他のコンツェルン構成会社において生じるが、銀行は後者の会社とは関わらないというリスクをもつ。それゆえ、全てのコンツェルン構成会社に対して融資返済の責任を問える可能性をもつ⁽⁷⁹⁾」と説示している。つまり、融資に対して設定された担保の価値を享受するという銀行の利益も重要であるという。

そして、裁判所は、「禁止された出資払戻しとなる融資の担保は、担保を受けた金融機関が融資を得た社員と共に、担保を提供した会社ないしその債権者を害することを知りて協働した (bewußt zum Schaden der Gesellschaft oder der Gläubiger zusammenwirkt) 場合には、BGB 138条

(77) Vgl.auch Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.30; Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz. 17.47.

(78) この説示は、担保を提供した従属会社に対してはまだ資金管理に基づいた資金が相応に供給されていない場合についてのものである。

(79) Vgl.Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, a.a.O.Fn.26, § 90Rz.382.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

によって、良俗違反となり無効である。この法理は、共謀（Kollusion）⁽⁸⁰⁾の存在（BGB 826条）によって実現される」と判示したのである。

すなわち、本判決は、従属会社において担保が設定されたのち、結果的に有限会社法30条違反となり、当該会社とその債権者が不利益を受けた場合において、いわば例外的にその担保設定が BGB 138条によって無効となりうることを、示したものであると解される。もっとも、どのような場合が「会社ないしその債権者を害することを知りて協働した場合」に当たるのかについては、判旨は明示的に述べていないが、次のような言及をしている点が留意される。すなわち、「融資を行なう銀行が、資金管理を行なう会社あるいはコンツェルン全体の経済的破綻が切迫していることを予想していた場合、とりわけ、その融資に依拠して計画されている企業改善策が成功するという見込みをもっていなかった場合には、BGB 826条の下で、コンツェルン構成会社における他の債権者に対しての、担保を得た銀行の責任が問題となる。この場合、銀行は、他の債権者を犠牲にして融資の担保を得るということによって、融資先の会社の崩壊から当該融資の回収を確保することができるのである」と説示⁽⁸¹⁾している点である。

(80) Vgl.auch Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.37ff; Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.60. なお、BGB 138条第1項は、善良な風俗に反する法律行為は無効である、とする。また BGB 826条は、善良の風俗に反するやり方で故意に他人に損害を与えた者は、その他人に対して損害賠償責任を負う、と定める。判旨の趣旨は、BGB 826条に該当するような共謀の存在があれば BGB 138条が適用される、ということであろうか。

(81) Vgl.auch Gunter, a.a.O.Fn.79, § 90Rz.382. なお、本件事案では、従属会社と支配会社の間および従属会社同士で、相互に担保を供与し合っていた。判旨は、どの会社の担保が実行され、またどの会社がそれによって恩恵を得るかは、偶然の問題であるとして、Aによる担保の提供がAにとって一方的に不利なものではなかったことを、指摘している。Vgl. auch Gunter, a.a.O.

三 人的担保および物的担保の問題点と変則的担保

以上みたところからすれば、集権的資金管理との関係では、単に、社員に融資する第三者のために会社が人的担保や物的担保を設定する場合の一般的な規整が、そのまま適用されるというのではなく、さらに特別な考慮が働いていると言うことができる。

他方、コンツェルン全体の集権的資金管理を行なう支配会社に対して銀行から融資が供与される場合、その融資の回収を確保する方策としては、従属会社が提供する物的担保や人的担保が用いられるだけでなく、いわゆる変則的担保 (Atypische Sicherheiten) といわれるものがある。もっとも、そうした変則的担保がどれ程利用されているかどうかという点については、筆者は知りえていない。また、四以下では、全ての変則的担保を取り上げるものではない。したがって、次節以下での叙述は、あくまで、本稿が扱う問題に関しての法状況における、いわばひとつの風景を描写したものにすぎない。⁽⁸²⁾

なお、その前に、変則的担保の意義をより明らかにするために、物的担保や人的担保が設定される場合における問題点および捕捉を、ここで挙げておこう。⁽⁸³⁾

第一に、コンツェルンを構成する全ての従属会社が支配会社の受ける融資に対して共同責任を負うとすれば、⁽⁸⁴⁾のちに当該責任が発生した場合、業績の良い会社が犠牲となるおそれがある。すなわち、コンツェルン構成会社間である意味での不公正さが生じる点が、問題視されている。⁽⁸⁵⁾

第二に、過小な資本しかもたないコンツェルン傘下の従属会社について

(82) なお、コンツェルン状況に限らず、一般的な銀行融資のさいに用いられる変則的担保については、vgl.Merkel, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.1ff.

(83) なお、前掲・注(70)該当本文の共同責任については、変則的担保として分類する文献もある。Merkel, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.186.

(84) 一部の従属会社のみが担保を提供するという場合には、それ自体、何らかの問題を含むことも考えられうる。

(85) Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.111.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

て、融資について巨額の共同責任を負うことが定められている場合、当該融資を支配会社が得る利益とそうした巨額の責任を当該従属会社負うこととに関連性がないのであれば、問題であろう。そのとき、上述した1998年連邦通常裁判所判決の要件の下で、BGB 138条が適用される可能性もある、⁽⁸⁶⁾と言われている。もっとも、従属会社が資金管理システムに参加するさいの契約時に、共同責任における負担金額が限定されるので、通常はそうした点は問題にならないという。⁽⁸⁷⁾

四 処分禁止条項 (Negativklausel) による処置

(1) 一般的説明

いわゆる処分禁止条項は、本稿が扱うコンツェルン状況に特別なものではなく一般的に用いられる変則的担保である。⁽⁸⁸⁾当該条項によって定められる内容は、借主と貸主との間の契約によって様々であるが、基本的な形は、借主は貸主に対して、完全にその返済を終えるまでは他の債権者に対して担保を提供しない義務を負う、というものである。⁽⁸⁹⁾

処分禁止条項のもつ一般的な意義は、借主が人的担保や物的担保を提供しないもしくはできない場合に、借主に対する他の債権者が貸主よりもその返済に関して優先的地位を得ることを阻止することにある、と考⁽⁹⁰⁾えられている。もっとも、借主が破産した場合の当該条項に基づく貸主

(86) Merkel, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.192.

(87) Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.74. なお、ドイツ法における通常の保証に関する法規整については、星野英一・民法論集第二巻204頁以下 (1970, 初出は1956), 椿久美子「ドイツ法における法人保証」金融法研究・資料編 (16) 212頁以下 (2000) 参照。

(88) Kühnbacher, Darlehen an Konzernunternehmen Besicherung und Vertragsanpassung, S.156ff. (1993); Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.90.

(89) Uwe H.Schneider, Die konzernweite Negativklausel, Festschrift für Stimpel, S.887, 892f. (1985); Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.156.

(90) Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.156f.; Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.89; ders, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.81.

の優先的請求権というものは、認められない⁽⁹¹⁾。また、条項に違反して借主の財産に対して第三者のための担保が設定された場合、原則として、契約当事者でない第三者には違反の効果は及ばない⁽⁹²⁾。したがって、本条項は、貸主にとってみれば、単なる無担保貸付の場合よりも有利な状況が作られる、という点で意味をもつにすぎないと言われている⁽⁹³⁾。

このように、処分禁止条項は弱い担保的機能しかもたない。しかし、別の効果も認められうる。すなわち、当該条項が設定され第三者からの借主に対する有担保貸付が禁止されており、かつ、既に条項を締結している貸主に対する負債額が相当程度に達しておれば、借主が第三者から無担保で融資を受けることは難しくなるであろう。また、条項に違反して借主が第三者のために担保を設定して融資を得た場合には、条項の定めによって、貸主からの融資が解約されるおそれがでてくる。つまるところ、当該条項は、借主における負債の増加を抑制する効果をもつことが、指摘されている⁽⁹⁴⁾。

なお、処分禁止条項と関係のあるその他の変則的担保として、担保設定表明 (Positiverklärung) および等価条項 (pari-passu-Klausel) がある。担保設定表明は、将来において貸主のために借主が担保を設定することを義務づけるものであり、担保の予約を意味する。そして、処分禁止条項は、そうした担保設定表明に基づく借主の義務が履行されるのを確保するという点でも効果をもつ⁽⁹⁵⁾。他方、等価条項は、処分禁止条項に違反

(91) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.894; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.160.

(92) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.894; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.159f. 他方、条項に違反した借主は、損害賠償責任を負う。それは、一次的には原状回復義務 (BGB 249条) であるが、おそらく第三者から拒否されるであろうから、二次的責任として金銭賠償というかたちになる、という。Kühnbacher, a.a.O.

(93) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.894; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.160.

(94) 以上, Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.894; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.160f.und172.

(95) Merkel, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.105.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

して第三者に対して担保が提供された場合に、貸主にもその担保と等価の担保を提供することを借主に義務づけるものである。⁽⁹⁶⁾

(2) コンツェルン状況における処分禁止条項

これまでは処分禁止条項についての一般的な記述であったが、以下では、集権的資金管理を行なう支配会社に対して銀行が融資をする場合に用いられる、変則的担保としての当該条項に関する問題点および意義を取り上げる。

まず、支配会社と融資銀行との間で処分禁止条項が締結された場合であっても、それだけでは、その法的効果はコンツェルンを構成する従属会社に対しては及ばないと解されている。⁽⁹⁷⁾ だとすれば、のちに従属会社が第三者に対して担保を提供するという事態が懸念される。この場合、そもそもなにゆえに物的担保や人的担保ではなく処分禁止条項が用いられたかという点も看過しえないが、さしあたり問題となるのは、当該条項を締結した銀行からみて融資後にコンツェルン全体の信用価値が低下するということである。⁽⁹⁸⁾

そこで、従属会社が第三者のために担保を設定することを阻止するために、次のような方策が考えられる。第一に、処分禁止条項において、そうした行為を従属会社に行なわせないことを支配会社に義務づけることである。第二に、融資銀行が、支配会社だけでなく、全てないし一定のコンツェルン構成会社とも当該条項を締結することである。⁽⁹⁹⁾ これに関して、それらを実現させるために支配会社が従属会社を指揮すること自体の適法性が、従属会社が担保を提供して独自に資金を獲得するのを妨

(96) Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.173.

(97) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.898; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.161f. もっとも、支配会社と融資銀行との間で締結された当該条項の拘束力が従属会社にも及ぶことを、認めようとする見解もある。Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.93.

(98) Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.91ff.

(99) 以上、Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.162.

げるといふ点で、さしあたり議論の対象となりうる。⁽¹⁰⁰⁾しかし、集権的資金管理の下では、従属会社は支配会社から資金を供給されることが企図されているので、そうした点は基本的に問題にはならないであろう。⁽¹⁰¹⁾

ところで、そのようにして処分禁止条項の効果がコンツェルン全体に及ぶとしても、他方で、いわゆる構造的劣後性の問題は、当該条項によつては十分には解決されえない。⁽¹⁰²⁾すなわち、本条項によつて従属会社の債権者が無担保であるとしても、有限会社法32 a 条の要件が満たされる場合には、従属会社の破産において、その無担保債権者は、集権的資金管理の下で支配会社から従属会社に貸付けられた資金が回収されるよりも、優先して弁済を受けることになるのである。⁽¹⁰³⁾

もっとも、処分禁止条項が、既に触れたように、支配会社を含めたコンツェルン構成会社が当該条項を締結した銀行以外の融資者を排除する作用をもつということは、集権的資金管理システムと調和する。その点で、支配会社によるコンツェルン全体の集権的資金管理および統一的運営が行なわれることによつて、個々のコンツェルン構成会社の機能性および効率性も高まり、それによつてコンツェルン全体ないし個々の構成会社が破綻するリスクも低下すると考えるならば、⁽¹⁰⁴⁾構造的劣後性の問題はより重要でなくなると言えるかもしれない。

(100) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.899; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.167ff.
 なお、コンツェルン全体が支配会社による統一的指揮および集権的資金管理の下で運営されている状況下では、無担保で従属会社に融資する者を、一般的に想定する必要はないであろう。

(101) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.905; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.168.

(102) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.896; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.162f.
 ここでは、従属会社が有限会社である場合を念頭に置く。

(103) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.896; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.163.

(104) Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.74.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……」

五 コンツェルン決済条項 (Konzernverrechnungsklausel) による処置

(イ) 支配会社に融資を行なう銀行が、そのコンツェルンにおける資金管理システムの運用にも関与するとすれば、その銀行は、資金管理に参加したコンツェルン構成会社全てにおける資金の流れを口座上で把握することができる⁽¹⁰⁵⁾。そこで、資金管理下にある個々の構成会社が余剰の資金を保有し、それが当該銀行の預金口座に置かれている場合には、銀行側としては、支配会社に対してもつ融資債権とそれらの預金債務とを相殺できれば、都合がよいであろう⁽¹⁰⁶⁾。しかし、融資銀行が支配会社に対してもつ債権と従属会社が当該銀行に対してもつ債権との相殺は、両債権の間に相関性がないことから、原則上は認められない。そこで、そうした相殺を可能にするために、銀行とコンツェルン構成会社との間で、いわゆるコンツェルン決済条項が締結され⁽¹⁰⁷⁾うる。なお、コンツェルン決済条

(105) Vgl. Uwe H. Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.20f.

(106) Vgl. Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.177; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.68.

(107) Uwe H. Schneider, a.a.O.Fn.3, Rz.25.24; Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.179. 銀行による融資の事案ではないが、コンツェルン決済条項について判断したものとして、連邦通常裁判所による次の判決を挙げておきたい。BGH 1985年3月27日判決=WM1985, 696; vgl. auch Obermüller, Der umgekehrte Konzernvorbehalt, Festschrift für Schimansky, S.457, 463 (1999).

<事案> H (合資会社) と D 電子は、ともに、電子機器の分野で活動を行なっており、かつ、D グループという企業集団の一員として共通の親会社 D (合資会社) の下にある。H および D 電子における D の持分割合は、それぞれ 98% および 100% である。そして、H、D なる者が、D、H、および D 電子における唯一の代表権限ある業務執行者である。

本件被告 Y は、電子機器を扱っており、H および D 電子と取引関係にあった。当時、H は Y に対してスピーカーを販売しており、その代金債権が約 15 万 DM あった。他方で、Y は D 電子に対して商品供給に基づく代金債権を保有していた。そこで、1979 年 6 月 18 日、Y は、当時存在する Y が D 電子に対してもつ債権によって当時存在する Y が H に対して負う債務を決済するという旨の文書を、H および D 電子へ送付した。Y によれば、そうした相殺による決済方法は、Y と H、D との合意に基づくものであるという。

他方、1977年に、Hは、A銀行に対する融資担保として、Hが現在および将来において保持する取引上の債権をAに譲渡するという、包括債権譲渡契約（Globalzessionsvertrag）をAと締結していた。そして、1979年7月20日、AはYに対して、当該債権譲渡の旨を文書で伝えた。

1979年8月31日、Hの破産手続きが開始された。その破産管財人であるX（原告）は、Yが主張する上述の相殺を否認し、その後、Aが保持するHのYに対する債権をAから譲り受けた。そこでXは、HがYに対して保持していた先述の約15万DMの債権についての支払いを請求した。

第一審および原審は、Xの請求を認めた。これに対して、連邦通常裁判所は破棄差戻しを命じた。そのさい、Yが主張する相殺は有効であるとし、その理由について、次のように述べた。

<判決の内容> ①まず、一般論として、「多数者間での相殺を可能とする決済方法の合意が有効であるためには、対象となる債権についての正当な権限をもつ者が当該合意に参加していなければならない。彼らの同意によって、債権の相関性がない場合であっても、そうした相殺の法的根拠が生み出される。本裁判所は、そのような合意をいわゆるコンツェルン決済契約というかたちで認めてきた。すなわち、あるコンツェルン構成企業が、契約相手方に対する自己のもつ債権によって、当該相手方が別のコンツェルン構成企業に対してもつ債権と、相殺することが認められるべきである。またその逆の場合、つまり、あるコンツェルン構成企業が、契約相手方に対して負う自己の債務を、当該相手方に対して別のコンツェルン構成企業がもつ債権との相殺によって、消滅させることも認められるべきである」と述べた。

②そして、そうだとすれば、本件のような合意によってコンツェルン構成企業に対して債権・債務をもつ外部の者が相殺を行なう権限をもつことも、法的評価として上述の場合と違いがないから、認められるべきであるとした。なお本件では、Y、HおよびD電子の間で、YとHの間の債権とYとD電子の間の債権とを合わせて決済できること、および、それに伴ってHとD電子との間で補償が行なわれることが合意されていた、と判示されている。

③さらに、A（およびX）に対する関係について、「D電子に対してYがもつ債権との決済によって本件訴求債権が消滅した根拠が、上述の合意に基づくものであるという限りにおいて、それは、1977年の包括債権譲渡契約に基づいて訴求債権の保有者となったAに対しても、有効となる。なぜなら、YはAへの当該債権譲渡を、決済の合意の成立そして実際に決済が行なわれたのちに、1979年7月20日のAからの文書によって、

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

項は、必ずしも集権的資金管理下にあるコンツェルン構成会社と融資銀行との間に特有のものではなく、それ以外のコンツェルン状況でも用いられるものである。⁽¹⁰⁸⁾

もっとも、コンツェルンが健全に活動を行なっている状況のなかで、従属会社が新たな資金を得る毎にそれが融資債権と相殺され、コンツェルンのなかで余剰の資金が蓄積されないというのであれば、コンツェルンの運営にとって不都合であろう。すなわち、コンツェルン決済条項は、当該条項の契約当事者が破綻した場合における相殺を、対象とするものである。⁽¹⁰⁹⁾

ところで、コンツェルンを構成する従属会社がコンツェルン決済条項に参加すること自体は、一般的には、その債権が消滅させられる側になるかあるいはその債務が消滅する側になるか不確定であるから、不利益なことではないと言われている。⁽¹¹⁰⁾しかし、集権的資金管理下にあるコンツェルンの場合には、従属会社は、その債権を決済条項に基づく相殺によって失うかもしれないという側にもみ立つ。もっとも、決済条項に基づいて融資銀行に対する預金債権を消滅させられた従属会社には、融資債務がそれに応じて消滅した支配会社に対する補償請求権が認められる。しかし、コンツェルン全体が危機にあり当該補償も期待できないという状況であれば、本条項から離脱できると考えられている。⁽¹¹¹⁾

知らされたからである」と判示した。

(108) 前掲 BGH 1985年判決の事案も参照。

(109) Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.182; Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.112; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.69.

(110) Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.184.

(111) 以上, Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.185. なお, 前掲 BGH 1985年判決は, 決済条項が締結されること自体の違法性の問題にも触れている。すなわち, 原審では, 本件決済の合意が成立したことは, Hに対するH.D.の代表権限の濫用であるから, Yが本件決済を主張することは認められないとされたが, 本判決は, 以下のような旨を述べて, 原審の判断は不十分だとした。①本件決済合意が存在しない場合のHがYから債権を回収

(ロ) 以上の議論とは異なり、融資銀行が破産した場合には、通常であれば、支配会社の負う融資債務は全て回収の対象となるのに対して、コンツェルン構成会社のもつ預金債権は割合に応じて分配されるにすぎない。そこで、コンツェルン決済条項に基づいて、コンツェルンの側からそれらの債権・債務を相殺することができれば、コンツェルンとしては都合がよいであろう。⁽¹¹²⁾

この問題について論じたものに、1981年の連邦通常裁判所の判決がある。⁽¹¹³⁾ 問題となったのは、取引約款に含まれたコンツェルン決済条項に基づいて、Aが、その取引相手であり破産に陥ったZに対して負う債務を、Aと同じコンツェルンにあるBがZに対してもつ債権によって、相殺することができるかという点である。裁判所は、約款中に置かれた当該決済条項の有効性については留保しつつ、次のように判示した。

判旨は、まず、「破産法55条は、破産開始後にもしくはその開始の6か月前から支払停止ないし破産開始が申立てられることを知って取得した破産者に対する債権によって、破産者に対して負う債務と相殺するこ

する方と、決済が行なわれたのちにHがD電子に対して補償を請求する方を比べて、決済合意が成立した時点において、いずれの回収の可能性が高かったか、明らかにされていないこと（前者の回収可能性の方が高ければ、Hに対するH. D.の代表権限が濫用されたとの認定に傾くであろう）。②本件決済合意の存在は、決済の単純化およびYの破産からDグループの構成企業を保護するという点で、有益であることが、Yによって立証されている。③Dグループの外部にいるYからみて、HとD電子は共に経済的には単一体のものとして経営されている企業体の一部であり、そして両社は、利害が対立している訳ではなく、親会社によって共通の利害の下で調整されている、と把握されていた可能性もある。だとすれば、本件決済合意がHにとって不利益であることが立証されたとしても、当該立証のみでは、H. D.の代表権限の濫用をYに対して主張することはできない。

(112) 以上、Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.180.

(113) BGH 1981年6月3日判決=ZIP1981, 880; vgl.auch Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.181; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.69.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

とを認めないが、この規定は破産者に対する債権者の保護のための強行規定である」、とする。そして、「相殺が仮に認められるとすれば、Aに対してZがもつ債権が消滅し、その結果、Zに対するその他の債権者が不利益を受ける。彼らのそうした不利益は、破産法55条によって阻止されるべきものである。コンツェルン決済条項に基づいて、破産開始後ないし破産開始の申立てを知ったうえで、相殺を行なう場合には、同規定が類推適用される」と説示したうえで、「Aは、破産開始後に相殺を表明したか、あるいは、破産開始の申立てが行なわれることを知って相殺を表明したので、相殺は認められない」と判示したのである。

ここでは、裁判所は、決済条項の基づく相殺権の行使が、破産法55条のいう相殺のための反対債権の取得に相当する、と捉えているように解される⁽¹¹⁴⁾。また、それと同時に、実質的な根拠として、相殺が認められれば破産者のその他の債権者が得る引当て財産が減少する、という問題点が挙げられている⁽¹¹⁵⁾。

第5章 コンツェルンにおける分権的な資金調達と銀行からの融資

一 分権的資金調達

これまでは、支配会社ないし資金管理を担う特定の従属会社が、コンツェルン全体のためにその必要な資金を一括して、コンツェルンの外部にある銀行から融資を受け、かつ、事業活動を行なう各々のコンツェル

(114) Vgl.Kühnbacher, a.a.O.Fn.88, S.181; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.69. なお、破産法は当時の規定である。

(115) このような事例は、コンツェルン決済条項に基づいて融資銀行が支配会社に対してもつ融資債権と従属会社に対して負う預金債務とを相殺する場合とは、区別されるという。Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.69. もっとも、さらに緻密な検討を要するようにも思われる。なお、本判決を踏襲するものとして、BGH 1996年2月29日判決=ZIP1996, 552. がある。Vgl.lauch Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.112.

ン構成会社についての資金の調整ないし管理も行なうという場合、すなわちコンツェルンにおける集権的資金管理システムを議論の対象としてきた。他方で、コンツェルンを構成している事業会社である個々の従属会社が、独自に必要な資金をコンツェルンの外部にある銀行から借入れる、という場合も考えられる。本章では、そうしたいわばコンツェルンにおける分権的な資金調達について、若干ではあるが言及することにしたい。

分権的な資金調達といっても、本稿では、その具体的な態様について十分明らかにしていない。ひとつには、従属会社における長期的な事業投資に関する資金需要は支配会社の指揮の下で行なわれるが、短期的ないし日常的に必要な資金の確保については従属会社が独自に行なう、という状況があると言われている⁽¹¹⁶⁾。そこでは、従属会社が短期的に必要な資金を自ら銀行から借入れることになるが、そのさい、支配会社は、融資交渉や担保を提供するなどの従属会社のための何らかの支援を行なうという⁽¹¹⁷⁾。

ところで、支配会社による統一的指揮の下でコンツェルン全体が運営されることと並行して、分権的な資金調達も行なわれるのであれば、従属会社に融資する銀行にとっては、融資において大きなリスクを伴うことになる。すなわち、融資後の従属会社に対する支配会社の経営指揮において、当該従属会社の利益よりもコンツェルン全体の利益の方が優先されるという、融資時点での状況がのちに銀行にとって不利なように変化するかもしれないのである⁽¹¹⁸⁾。

そこで、従属会社に融資する銀行としては、融資債権を回収するための引当財産となるのは基本的に当該従属会社の財産のみであることを踏

(116) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.2, S.498.

(117) Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.2, S.498.

(118) 以上, Uwe H.Schneider, a.a.O.Fn.89, S.900; Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.4.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

まえたうえで、⁽¹¹⁹⁾ 事前的処置を行なうことになるであろう。さしあたり、融資を得る従属会社自身が物的担保を設定するのに加えて、支配会社ないし他のコンツェルン構成会社も物的担保ないし人的担保を提供することが考えられる。⁽¹²⁰⁾ また融資銀行は、従属会社の活動および財務の独立性を維持することや、他のコンツェルン構成会社のために担保を提供しないことなどを、契約として確保することによって、コンツェルンに特有の事情によって生じうる従属会社の不利益を回避しようとするであろう。⁽¹²¹⁾ これらの処置も重要ではあるが、ここでは、変則的担保のひとつとしてのいわゆる保護表明を、他の担保方法にない特徴をもつという意味でも、取り上げることにしたい。

二 従属会社の資金調達と保護表明 (Patronatserklärung)

保護表明とは、概して言うと、従属会社における融資債務の返済能力が確保されるように、支配会社（保護者）が、何らかの支援ないし協力を行なうことを表明することである。⁽¹²²⁾ そして、支配会社による保護表明によって、従属会社が銀行から融資を受けるための信用度が高められるという点で、保護表明はコンツェルン状況と密接に結びついた担保方法である、⁽¹²³⁾ と言われている。

ところで、保護表明は、様々な態様でもって行なわれるが、大きく分けて「強い」保護表明と「弱い」保護表明とがあると言われている。強

(119) Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.10f.

(120) Vgl.Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.61ff.

(121) Maier-Reimer, a.a.O.Fn.5, Rz.16.80f. なお、従属会社の独立性を確保させるような契約を結ぶことは、分離表明 (Abschottungserklärung) と呼ばれている。Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.88.

(122) Vgl.Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.77; Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641.

(123) Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.77und17.80. なお、“Patronatserklärung”には「支援表明」という訳語も当てられている。当該表明の紹介も含めて、椿久美子「取引における保証・物上保証の機能」現代取引法の基礎的課題（椿寿夫教授古稀記念論文集）477頁以下（1999）参照。

い保護表明とは、表明を行なった支配会社が従属会社の支払能力について責任を負うという法的な拘束力を伴うものである。他方、弱い保護表明においては、そうした法的拘束力は認められない。⁽¹²⁴⁾ 個々の表明がいずれに該当するかは、各々の表明における文言内容から区別されることになる。⁽¹²⁵⁾ さらに、強い保護表明においても、支配会社が融資を得る従属会社に向けて行われるもの（コンツェルン内部での表明）と、従属会社に対する特定の融資銀行ないし債権者に向けて行われるもの（コンツェルン外部への表明）とに、区別される。⁽¹²⁶⁾ 以下では、強い保護表明が行なわれた場合を前提とする。

まず、コンツェルン内部で保護表明が行なわれた場合、それは、従属会社がその全ての債権者に対して負う債務を履行しうるように、従属会社の健全な財務状態を維持する義務を支配会社は負う、ということの意味する。⁽¹²⁷⁾ 支配的見解によれば、支配会社は、表明の相手方である従属会社に対してのみそうした義務を負う、と解されている。⁽¹²⁸⁾ もっとも、従属会社が支配会社に対してもついわば支払能力付与請求権を融資銀行に譲渡することを、認める見解もある。⁽¹²⁹⁾ 結局のところ、当該表明において意図されていることは、従属会社の破産が回避され、その経済活動の存続

(124) 以上, Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.194; Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.78ff.; Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641.

(125) Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641. たとえば、支配会社が従属会社の支払能力を確保する責任を負うという旨の表明がなければ、弱い表明と解されるであろうという。Hormuth, a.a.O.Fn.5, S.194. 弱い表明の具体例としては、従属会社の経営者のもつ能力が十分信用できるということのみの表明（Merkel, a.a.O.Fn.26, § 98Rz.36）や、融資返済が完了するまでは従属会社に対する支配会社の出資を維持して手放さないという表明（Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641）などがある。

(126) Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641.

(127) Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.642.

(128) Vgl. Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.642.

(129) Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.78; vgl. auch Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.643.

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

が確保されることである、⁽¹³⁰⁾と言われている。その意味で、直接的に個々の債権者の保護に供する人的担保や物的担保とは、異なった性格をもつものであると考えられよう。⁽¹³¹⁾

また、コンツェルン内部で行なわれた保護表明が、従属会社の破産時に、どのように扱われるかも問題となる。Celle上級地方裁判所⁽¹³²⁾は、有限会社Aに対してその少数派社員Yが強い保護表明を行ない、のちにAが破産したという状況において、Aの管財人Xが、執行手続きにおいてYに対して当該表明に基づく責任を追及した、という事案に関して、次のように判示した。すなわち、「Yの表明は、一人ないし複数の会社債権者に対してではなく、会社自体に対して発せられたものである……仮に、本件表明に基づいてYに対するAの請求権を認めるとしても、そのような請求権は執行手続きの開始によって消滅する」とし、その理由として、「Yが行なった表明の意味は、その内容を合理的に評価すれば、会社が生存能力を維持するつまり会社に対する破産ないし執行手続きの開始を回避する、という点のみにあると考えられる。そして、その目的を達成できなくなった場合には、会社をさらに支援するというYの義務は、もはや存在しない」と述べた。また判旨は、本件では、会社からの請求であるとはいえ、その中味は、会社の債権者のために行なわれるのであり、⁽¹³⁴⁾会社の存続のためではない、という点を指摘する。

(130) Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.643.

(131) Vgl.Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.643.

(132) OLG Celle 2000年6月28日判決=Nds.Rpfl.2000, 309; vgl.auch Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.649.

(133) ここで行なわれた表明とは、「YはAに対して、Aの債務超過を回避するために、Aの債権者に対して負う現在および将来の債務を期限どおりに履行できる程度に経営が行なわれかつ財務状態が整備される、ということに配慮する」というものであった。

(134) さらに判旨は、「会社の債権者が損害賠償請求権をもつための前提となるのは、会社と債権者との関係においてYの表明が行なわれ、そして債権者が当該表明の有効性を信頼してAに融資を行なった、という状況

次に、支配会社によってコンツェルン外部への保護表明が行われた場合、支配会社は、当該表明の相手方である融資銀行など特定の従属会社債権者（以下では、融資銀行のみを想定）に対して、従属会社の返済能力に関する法的責任を負うことになる。もっとも、従属会社が融資銀行への返済を問題なく行なっている限りでは、融資銀行は支配会社に対して直接に支払いを請求することはできない。他方、従属会社による融資の返済が滞り、従属会社が破産に至ることになれば、融資銀行が支配会社に対して直接に責任を追求することが認められる。⁽¹³⁵⁾なおこの場合、支配会社が負うのは、保護表明に基づく義務に違反したことによる損害賠償責任である。⁽¹³⁶⁾

が存在することである」と述べている。こうした場合については、次に本文で触れる。

(135) 以上、Rosenberg/Kruse, a.a.O.Fn.61, S.641f.

(136) BGH 1992年1月30日判決＝WM1992, 501; vgl.auch Merkel, a.a.O.Fn.17, Rz.17.79. 同判決は、以下のようなものである。

<事案> X銀行（原告）は、A有限会社と継続的な取引関係にあった。AはB会社の完全子会社であり、BはY株式会社（被告）の完全子会社である。XがAに対して追加融資を行なったことに伴って、Yは、1986年11月10日に以下のような保護表明をXに対して行なった。それは、第一には、YはAとXとの取引関係を肯首しており、かつ、Xからの借入金をAが全て返済し終わるまでYのAに対する出資を一定程度維持すること。そしてYが当該出資関係の変更を検討する場合には、Xの利益に配慮すること。第二には、AがXからの融資を完全に返済できない場合には、Yが、Aに対してその支配的影響力を行行使し、Xに対する現在および将来の債務についてAが期限どおりに返済できるように、Aの財務状況を整えること、という旨の内容であった。

その後、Xからの融資をAが全て返済していない状況の下で、1987年12月28日にAの破産手続きが、また同年12月30日にYの破産手続きが、それぞれ開始され、いずれも強制和議（Zwangsvergleich）によって処理された。

本件では、Aに関する強制和議によってXが得る融資の回収額が、Yに関する強制和議におけるXの請求額を減殺するかどうかの問題となった。減殺されないというXの主張を破産管財人が否認したため、Xが提

訴した。第一審および原審ともにXの主張が認められ、Yが上告した。連邦通常裁判所は、本件では「強い」保護表明が存在していることを前提としたうえで（本件ではオーストリア法が適用されている）、以下のよう
に判示した。

〈判旨〉 一 原審は、ドイツ法と法的な意義が同じものとして、本件において、オーストリア法の下で、「強い」保護表明が認められることを、判示した。保護者によって担保された債権が回収されえない場合、保護者は、不履行（Nichterfullung）を原因とする損害賠償責任を負う。Yは、A自体の支払能力について責任を負わなければならないのである。不履行ゆえの保護者の損害賠償責任は、ドイツ法において異論なく認められている。

二 原審は、Yが、Aに対して十分な資金を装備させなかったがゆえに、1855万 öS（österreichischen Schillingen）にのぼるXによるAへの融資の未回収額を、Xに損害として与えたことを、認定した。それに対応する損害賠償請求権については、破産法68条に従って、Aに関する強制和議においてのXの取り分を勘案する必要はない。破産においては、融資分の完全な返済が行なわれるまで、それぞれの債務者の財産に対して破産手続きの開始時点までに現存する債権額の全てが請求できる、という完全性（Ganze）が認められるのである。強制和議においても、それは変わらない。決定的なことは、破産開始時における債権額である。

三 破産法68条によれば、複数の者に対して同時に責任追及できる債権者は、各々の債務者の破産手続きにおいて、完全な満足を得る金額まで請求することができる。破産法68条の目的は、複数の者からの最大限の満足を債権者に得させることである。そして「強い」保護表明においては、債務者〔引用者注、A〕および保護者〔引用者注、Y〕は、債権者（表明の受取人）〔引用者注、X〕に対して、順次ではなく同時に、全体的にみて同一の履行対象について、責任を負うのである。

四 保護者の損害賠償責任は、単に返済不足額について補填する保証人の責任と同じものではない。すなわち、本件で問題となっている保護表明の文言は、Xのもつ貸付債権の回収不足額についてのみYが責任を負う、ということを確認させるものではない。むしろ、YはXに対して、Aが期限どおりの返済を行なうことができるようにAに対してその財務状況を整えさせておく、という義務を無条件に負っていたのである。

五 Yは、遅くともAの破産手続きが開始された時点で、Aに資金を装備させるというそうした義務に違反していたのであり、まさにその場合には、上述のような保護表明に基づく解決が図られるのである。そう

第6章 結 語

はじめに述べたように、本稿は、ドイツ法における結合企業とそれに融資を行なう銀行との法的な関係を、比較的広い視点の下に、描写したものである。したがって、個々の局面における解釈論上の細かい議論については十分に触れえなかった。とはいえ、記述に誤謬なきことを祈りつつ、個々の法規整の相互の関連性やそれらの鳥瞰図のようなものを、読み取っていただければ幸いである。

また、ここでの叙述から日本法についての何らかの立法論や解釈論を導くことは、現時点においては、保留しておきたい。なぜなら、ここで概観したようなある種の体系的な法状況は、全体的かつ動的に捉えられるべきものであって、そのなかに介在する個々の法規整を取り上げて性急に示唆を得たり比較検討したりすべきではない、と思われるからである。⁽¹³⁷⁾

なお、本稿では、コンツェルン内の従属会社として、ドイツにおける有限会社を主に想定してきたが、わが国における株式会社法との比較として本稿の内容を検討するならば、従属会社が公開会社ではなく閉鎖会社である場合の結合企業を想定するほうが、さしあたり、⁽¹³⁸⁾ 適当であろうと思われる。

した保護表明による責任を問うためには、Aに対する強制執行における不満足の内容は必要ではなく、Aの支払不能が立証されれば十分である。
(137) また、事業活動を行なう結合企業とそれに対して融資をする銀行との関係でいえば、銀行は貸付を行なうだけでなく相手先企業の持分も取得することが考えられる。しかし、本稿では、もっぱら貸付債権者として銀行を想定しつつ議論を行なった。ドイツにおける銀行と事業会社との関係については、前田重行「コーポレート・ガバナンスにおける金融機関の監視機能」商事法の展望（竹内昭夫先生追悼論文集）622頁以下（1998）参照。また、古典的議論として、ヒルファディング・金融資本論（上）355頁以下（岡崎次郎訳，1982）参照。

(138) ところで、筆者は、既に、支配・従属会社間の通常的取引をいわゆ

「結合企業における統一的運営とそれに対する融資銀行との……

また、わが国においても、結合企業全体が支配会社によって統一的に運営される場合の法規整のあり方が、従来から議論されてきた。しかし、本稿で触れたような集権的資金管理システムの観点を加味した検討は、十分でないように見受けられる。結合企業の統一的運営については、集権的資金管理システムという財務的側面もまた重要となりうることからすれば、本稿で扱った議論が、何らかの存在価値をもちうるのではない⁽¹³⁹⁾かと思われる。

る独立当事者間取引基準で規整すべきであると、論じているが（小松卓也「結合企業間取引の私法的規整」六甲台論集（法学政治学篇）第47巻第1号41頁以下（2000））、それは、従属会社が公開会社である局面の議論である。他方、従属会社が閉鎖会社の場合には、そのような従属会社の独立性を確保する法規整を採用せず、部分的にはあるが、結合企業全体が支配会社の指揮の下で統一的に運営されることを、筆者は既に容認している（同論文48、105頁）。したがって、従属閉鎖会社を対象とする限りにおいて、本稿の議論は筆者自身の立場と矛盾するものではない。

(139) なお、わが国においても、近時、集権的資金管理システムの存在が注目されているようである。「CMS—連結時代を制する最適資金戦略」日経ビジネス2000年4月3日号42頁以下（佐久間庄一、田尾啓一執筆）、渡辺研司「キャッシュ・マネジメント・サービス（CMS）提供における銀行のリスクマネジメント」日本セキュリティ・マネジメント学会誌15号14頁以下（2003）参照。