

《研究ノート》

ドイツにおけるコンツェルン法の成立史(1)

——H. -U. Detlingの所説を中心として——

目次

はじめに —— 「研究ノート」の目的

一 Detlingの基本構想

1 研究対象・問題意識・研究範囲とプラン

A 研究の対象および目的

B 研究における問題意識

C 研究の範囲とプラン

D Detlingの基本構想の再確認

2 コンツェルンおよびコンツェルン法の問題性について

A コンツェルンの経済的・法的问题性

(1) コンツェルンと集中

佐 坂
藤 本
文 延
彦 夫

- (2) コンツェルンと競争
 - (3) コンツェルンと局外者
 - (4) コンツェルンと諸々の権利・義務の帰属
- B コンツェルン法の問題性について (以上本号)

はじめに —— 「研究ノート」の目的

この「研究ノート」は、本学大学院法学研究科博士後期課程「商法特殊研究」の成果である。「研究ノート」の内容は、H.-U. Detting 著「一九六五年株式法におけるコンツェルン法の成立史」(Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, Stuttgart 1996.)の紹介・解説・検討である。⁽¹⁾

われわれの「研究ノート」が、Dettingの著書を素材として取扱った理由については、同著書について出版社であるJ. C. Mohrがおこなっている推薦理由がもっとも簡潔にこれを述べているように思われるので、以下、紹介しておく。

一九六五年株式法におけるコンツェルン法は、この種のものでは、世界的にみてもはじめてのものである。このコンツェルン法に続く立法は、今日までのところみられない。文献における支配的な学説は、コンツェルン法の創設をなお依然として非政策的な事象 (apolitische Materie) として考えている。にもかかわらず、コンツェルン法の創設にあたっては、実際のところ、経済力の集中をめぐる議論が主としてそこで展開されてきたのである。これは、経済力の集中をいかに取扱うべきかというまさに政策 (II 治) 的な問題であった。すなわち、中産階級によって支

えられていた秩序自由主義の勢力 (ordoliberale Kräfte) は、コンツェルンに対抗する会社法を用いて企業集中を抑制しようと試みた。他方で、労働組合からとりわけ支持をえていた新社会主義陣営 (neozöialistisches Lager) にとっては、共同決定をコンツェルンにまで拡大し、これをできる限り隙間なく貫徹することがとくに重要であった。また、連邦政府は、少数株主の権利を強化することが一般大衆への株式の普及に資する方策であると同時に、これが、株式分散による所有・集中政策の重要な要素であるとも考えていた。さらに他の者は、コンツェルン法を経営者にとってきわめて有利に形成し、これによって、「コンツェルン自体 (Konzern an sich)」への事実上の発展を確保しようとも考えていた。しかるに、重要な経済分野の諸団体は、コンツェルンの制度にとつてきわめて有利な、歴史的にすでに発生している現行の法秩序の維持に強い関心を寄せたのである。

経済の集中問題にたいするこうした政策 (II 治) 的論議に鑑みれば、株式法のコンツェルン法編纂はドイツ連邦共和国建国当初の「経済制度 (Wirtschaftsverfassung)」の形成にとってひとつのきわめて重要な要素であったといえよう。そうであるとすれば、このコンツェルン法編纂が一九五七年競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957) と密接に関連をもつものであることも看取できる。

著者 H.-J. Detting は、対立するさまざまな政策的方向性を、そしてそこから導かれる集中政策上のさまざまな目的および構想を説示している。すなわち、Detting は、条文上の各個別的規制のほぼ全てについて繰り広げられてきた政策的論争というものが、いかにして新しいコンツェルン法を創り上げてきたのかをあきらかにしている。その際、Detting が研究の基礎 (根拠) として用いているのは、内容豊かな、法務省および連邦議会が保有していた未公開の立法資料である。

Detting の解説によって、同時に、ドイツ連邦共和国の会社法に関する法政策上の基本姿勢ならびにこの領域に

において今日においてもなお対立しているさまざまな政策的方向性のはっきりとした実像が現れてくる。

さらに、われわれが、この「研究ノート」において、とくに Detling の著書を素材として取扱ったもうひとつの理由についても、以下、指摘しておこう。

わが国において、会社企業の運営・管理のあり方を問うコーポレート・ガバナンス論では、ほぼ共通して、つぎのことが論じられている。⁽²⁾

(1) まず、公開会社を念頭に、法制度としての「株式会社概念」について、商法のタテマエ論と現実との間にズレが生じていることの確認である。商法のタテマエ論からすれば、会社は、営利社団法人であり、会社によって得られた利益は、会社によって営まれる「企業」のオーナーである株主に分配されるべきものであり、経営者も株主のこの利益を実現するために善管注意義務ならびに忠実義務を負うものとされている。他方、コーポレート・ガバナンスを論じる者の多くは、会社企業は、たんに株主の利益を追求するための道具ではなく、株主以外の利害関係者、すなわち債権者・従業員・下請企業・地域社会・公益関係者などの、いわゆるステイク・ホルダーの利害関係も含んだ制度であるとする。後者の視点からすれば、会社企業の私的所有者として私的性質(性格)は修正される(商法のタテマエ論の修正)、したがって論理必然的に、会社企業は、その性格上中立的・公共的性格を帯びることになる。

ここでの問題はつぎの点にある。すなわち、「株式会社の概念」をめぐる商法のタテマエ論と現実とのズレが、たんに事実の指摘の問題にとどまるのであれば、それは、会社法学におけるその他の多くの事象においてもみられる法と現実とのたんなる「ズレの問題」であり、これを格別に論じる必要性は乏しいのであるが、このズレを法制度や法制度の運用(法解釈)の問題である意識し、あらためて位置づけようというのであれば、「株式会社の概念」

をめぐる意味内容の変容問題は、とくに「法の支配」や「法治国家」の法原理との関連を考えた場合には、会社法学にとって重大な性格をもった問題であるといわざるをえない。

(2) コーポレート・ガバナンス論におけるもうひとつの論点は、公開会社の現実における株主のコントロールから自立した経営者支配ないし経営者支配現象の問題である。公開会社において経営者「支配」が現実には確立しているのか否かというこの事実問題は、これを別途論証する必要があるものと思われるが、すくなくとも、大株主による「支配」(企業株主である親会社の支配問題はひとまず除く)を指摘するよりも、経営者「支配現象」(「支配」とは異なる)を指摘する方が事実問題としてはるかに説得力に富むものといえよう。

経営者支配現象をめぐるこの問題は、それが、さきの「株式会社概念」をめぐる法的问题に連動して論ぜられる場合には、たんに事実の指摘問題にとどまるわけにはいかない。ここで論ぜられるべき問題として、とくにつぎの点が重要である。まず、(イ)商法のタテマエ論である株主の所有にもとづく支配の論理に代わる所有にもとづくことのない経営者による支配は、果たして是認しうるものなのか。これは「経営者支配の正当性」をめぐる問題であり、これがもつとも重要な問題である。にもかかわらず、なぜかわが国においてはコーポレート・ガバナンスの課題として、この問題が正面から議論されることがない。つぎに、(ロ)経営者が株主の所有——ちなみに「株式」は所有名義である——を実現するのではなく、もっぱら自己の利益を図るなど、経営者支配の弊害が生じた場合の問題である。この問題は、わが国においても、経営者のコンプライアンス(いわゆる経営の適法性の確保)の問題として意識され、コーポレート・ガバナンスの重要な課題のひとつとして取扱われている。さらに、(ハ)さきに指摘した「株式会社概念」の意味内容の変容問題に連動して経営者支配の問題が論ぜられる場合には、そこからもうひとつの重要な問題が生じてくる。ここでは、既成の事実として経営者支配(現象)を前提としたうえで、ステイ

ク・ホルダーの利害を「経営の効率性の確保」という視点からどのように位置づけるべきかが、経営者にとっての重要な課題（経営者の社会的責任・貢献）として論ぜられる。「経営の効率性の確保」の問題は、コーポレート・ガバナンスにおける「経営の適法性の確保」の問題に並ぶ、重要な課題として取扱われる。

ここでの問題点は、所有にもとづくことのない経営者支配の正当性がなら正面から論ぜられることなく、「経営の効率性の確保」という視点が過度に強調され、さらにはこの課題を実現するために、結果として、経営者による『支配の正当性』が前提となり、あるいはこれが是認され、最終的には、「株式会社の概念」について、法制度の運用（法解釈）を介して会社企業の「公共化（性）」が図られようとしているところにある。経営者支配は経営の効率性の確保のために果たして正当化されるものなのであるか。ちなみに、株主の所有にもとづく「支配」は正当な支配である。なぜならば、それは、実定会社法が予定する支配であり、したがって、われわれの社会的意識の承認する支配でもあるのだから。

コーポレート・ガバナンス論の内実（機能）が経営者の中立化、経営者支配の正当化、株式会社企業の公共化にあるとするならば、この理論のもっている政策（＝治）的性格の意義は重大である。にもかかわらず、近時におけるわが国のコーポレート・ガバナンス論においては、周知のように、経営者の中立化、経営者支配の正当化そして会社企業の公共化の意義が正面からとりあげられたことはない。かつてバリー・ミーンズが、一貫して経営者権力の正当化問題に取り組んだことを忘れてはならない。

経営者支配の正当化や株式会社企業観の安直な移行が、実定会社法の解釈にもたらす意義の重大性は指摘するまでもない。が、それ以前に、なにゆえに、経営者の中立化や会社企業の公共化の意義が正面から論じられないのか。その原因を間接的に明らかにすることが、この「研究ノート」の目的でもある。結論を先取りすれば、われわ

それは、その原因をつぎの点に見出だしている。それは、わが国の会社法学における支配的な学説が、「力 (Macht)」・「私経済力 (wirtschaftliche Macht)」・「社会的権力 (soziale Macht)」にたいして、ヨリ具体的には、会社の経済力・親会社 (企業株主) の支配力・経営者の社会的権力など、Detting が研究の核において取扱っている、いわゆる集中問題にたいしてもっている意識の弱さないし欠如に由来するものと思われるのであるが、いかがなものであろうか。

右の問題意識のもとに、われわれは、以下、Detting の著書における体系目次にしたがって、その内容の紹介・解説・検討を試みる。

なお、「研究ノート」の内容についていえば、おそらく筆者であるわれわれ自身による研究内容の一方的な読み込みや、推測にもとづく誤った紹介・解説・検討が多々あることと思われるが、この点についての責任はすべてわれわれにある、といわねばならない。

また、Detting の所説の紹介・解説・検討に際して、さらに補説が必要と思われる箇所について、われわれは、ドイツのコンツェルン法の基本的解説書として定評のある、Detting もその著書のなかでしばしば参考文献として引用している Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 5. Aufl., 1993 を用いてこれを補説している。なお、Detting の著書出版後に同書の最新版 (Emmerich/Sonnenschein, a. O., 6. Aufl., 1997) が出版されており、要所において、これも合わせて参照していくことにした。

さらに、Detting の著書の引用注記については、これを必要な範囲にとどめ、注記の具体的な方法は、「研究ノート」の本論末尾にそのページ数のみをもって行なっていることを、あらかじめお断りしておく。

1 Detting の基本構想

1 研究対象・問題意識・研究範囲とプラン

A 研究の対象および目的

結合企業法が体系的に編纂された点は、恐らく、一九六五年株式法のもっとも著しく刷新された部分である。一九三七年株式法においては、結合企業にたいする包括的・体系的な規制はなされておらず、同法一五条においてコンツェルン概念が定義され、同法二五六条において利益供与契約およびこれに類似する契約を会社が締結するに際して株主総会の特別決議による承認を要する、との規定だけが注目に値しえた。⁽³⁾

一九六五年株式法一五条は、「結合企業 (verbundenen Unternehmen)」を一般的に定義し、私人 (Privatpersonen) にたいして企業だけが「企業結合」に参加しうることを規定する。⁽⁴⁾ すなわち、同条によれば、「結合企業」とは、法的に独立した企業であるが、相互の関係において過半数資本参加にある企業と過半数資本参加されている企業、従属企業と支配企業、コンツェルン企業、相互資本参加企業、そして企業契約の契約当事者となる企業である。

一九六五年株式法における新しい結合企業法は、同法一五条の「結合企業」の定義規定にみられるように、他の企業結合形態も包摂しているのであるが、全体としてみれば、同法が主眼にしているのは、コンツェルン結合企業形態であるといえよう。

一九六五年株式法一八条一項一文は、ひとつもしくは複数の従属企業がひとつの支配企業の統一的指揮(einheitliche Leitung)のもとに結合されている場合、これらの企業はひとつのコンツェルンを形成する、と規定する(いわゆる従属的コンツェルン Unterordnungskonzern)。そのほか、同法一八条二項は、法的に独立した複数の企業間において、一方の企業が他方の企業に従属することなく、かつそれらの企業が統一的指揮のもとに結合されている場合にも、コンツェルンが生ずると規定する(いわゆる並列的コンツェルン Gleichordnungskonzern)。

今日におけるコンツェルンの主要な現象形態は、従属的コンツェルンである。従属的コンツェルンの本質に照らせば、従属性の属性には従属的關係(Abhängigkeitsverhältnis)がみられることである。一九六五年株式法一七条一項は従属企業を定義して、「他の企業(支配企業)が直接あるいは間接に支配的影響力を及ぼすことができる法的に独立した企業」であると規定する。同時に、同条二項によれば、過半数資本参加されている企業については、この企業が、過半数資本参加している企業に従属することが推定される。くわえて一九六五年株式法一八条一項三文は、同法一七条二項の規定内容を補足する意味で、従属企業について、この企業が支配企業とひとつのコンツェルンを形成するものであると推定する(S. 1f.)。

こうした連鎖的な推定規定の存在は、コンツェルンが一九六五年株式法の結合企業法において中心的な役割を果たしていることを示すものである。ここから、結合企業法は、簡略化されて「コンツェルン法(Konzernrecht)」とも呼ばれる(S. 2)。

この点、Emmerich/Sonnenscheinは、コンツェルン法に関する現在のドイツにおける法状況について、おおむねつぎのように指摘している。すなわち、コンツェルン法は、広義においては企業結合に関する法である。それゆえに、コンツェルン法の対象は、まず第一に、複数の企業が結合してあらたな一つの経済的単一体(Einheit)になる

ことから生じてくる会社法上の諸問題である。こうした結合は、どのような法形態の企業間においてもおこなわれうる。それゆえに、コンツェルン法は、資本金会社どうしの結合に関わるだけのものでは決してない。むしろ、コンツェルン法は、たとえば、コンツェルン・シュピッツェ (Konzernspitze) として人的会社や個人企業が資本参加を行なうもとの結合であっても、そのすべてを包摂する。コンツェルン法は、これまで、一九六五年株式法において株式会社にたいしてのみ編纂されている (同法一五条以下、二九一条以下)。そのほかには、一九八五年に、貸借対照表指令法 (Bilanzrichtliniengesetz) によって、コンツェルンの計算書作成に関する規制がなされている (ドイツ商法二九〇条以下)。これにたいして、有限会社コンツェルン法を編纂しようとする試みは失敗に終わっている。以上のような結果として、コンツェルン法の大部分は、依然として法律による規制を受けていない。この空白部分については、最近、判例法がますます重要性を増している、とする⁽⁵⁾。

ところで、Dettingは、その著書における「研究目的」について、具体的に指すように指摘する。すなわち、株式法におけるコンツェルン法の成立史をその成立当時の時代的背景を手掛かりとして迎っていき、ドイツ連邦の立法者がいかなる動機によってあのように世界的に類をみない「コンツェルン法の編纂 (Konzernrechtskodifikation)」をしようとするに至ったのか、この点を明らかにするとともに、同時に、この法編纂に際して、どのような政治的・経済的・社会的要因が立法者に影響を与えたのか、これらの点を解明するものである、と (S. 2)。

B 研究における問題意識

一九六五年株式法におけるコンツェルン法の創設をめぐる歴史的な議論は、内容的には、企業集中の是非をめぐる論議によって占められていたといえよう。それゆえに、この議論は、同時に、戦後西ドイツにおいて私経済体制

を維持するという基本決定がなされてのちは、新しい共和国の経済制度 (Wirtschaftsverfassung) の形成 (仕上げ) をめぐる包括的論争の一端をなすものでもあった。⁽⁶⁾ 議論の内容性格は、ナチス政権下の国家社会主義による恐怖政治の統治を経験した結果として、一方で、あらゆる態様の権力集中にたいする鋭い感受性によって、他方で、再建のための経験的必要性によって刻印づけられるというものであった。議論は、最終的に、冷戦の始まりによるドイツの分割、そしてそこから発展し、今や間近にその決着が図られるにいたった「(東西) システムの競争 (Wettbewerb der Systeme)」(括弧内は解説者〔坂本／佐藤〕) において白熱したものとなっていた。システムの競争という状況は、「ひとつの経済体制 (ein Wirtschaftssystem) —— たとえば、具体的には、中央管理経済にたいする社会的市場経済を想定されたい —— のもとで調整されるべき諸要求をとくにはっきりと浮き出さしめるものであった。すなわち、できる限り高い経済的効率性のもとでは、経済的財貨の正当な配分をなすこと、ならびにコントロールされていない権力の集中をできる限りわずかなものにするということに同時に配慮がなされるべきである。なぜならば、ひとつの経済体制のもとでのこのような諸要求の調整によって、自由主義の目的である個人の自由が、あるいは、社会主義の目的である個人の自己発展が、できる限り十分に促進されうることになるからである (S. 2f.)」。

当時、たいへんに白熱した「集中 (Konzentration)」に関する議論の中心はつぎの点にあった。すなわち、企業集中はとりわけ技術化および合理化といった利益において必要であるとされるが、他方において、この企業集中が抱える経済的・社会的デメリットを、競争経済の原理である競争の統制作用・配分作用・経済力奪取作用を用いて十分にコントロールすることができるとすればそれはどの程度になしうるものなのか、これが、問題であった。この議論には数えきれないほどの論争の場があったが、そのなかでとくに際立っていたのは、一九五九年

一〇月一五日の西ドイツ連邦議会での集中に関する審議、ならびに一九六〇年の社会政策学会 (Verein für Socialpolitik) での討議であった。⁽⁷⁾ 企業集中一般に関する評価についても、また、集中の独特の形態である巨大コンツェルンに関する評価についても、それらの場での評価は対立したままで終わった。集中をめぐる論議において見解の一致がみられなかったのは、企業集中に関する評価についても経済体制それ自体に関する基本構想の相違に決定的に依存していたところに、とくに原因があった (S. 3f.)。

企業集中をめぐる評価の問題に対応して、コンツェルン法の創設というテーマが論議を呼ぶことになった。とりわけ、「経済全体のなかでコンツェルンはどのように位置づけられるべきか」という問題を基本的にコンツェルン論争の対象とすべきかという問題は、きわめて慎重を要するものとして認識された。それは、この問題が「つぎの問題と直接的な関係を有していたからである。すなわち、会社法、とくに株式法上のコンツェルン法を操作することによって、コンツェルン形成、ひいては集中の進展にたいしてどの程度に干渉するべきなのか、という問題である (S. 4)。」

歴史的にこのような状況であったことに照らすならば、株式法におけるコンツェルン法の成立史は、やはり集中がどのような問題を抱えているのかという視点から、とくにみていかなければならないし、さらに進んで、経済制度そのもの (Wirtschaftsverfassung selbst) がいかに形成されるべきかという視点からも、みていかなければならない。それゆえに、本論での研究には根本的な困難が伴うことは明らかである。コンツェルン問題の評価の前提となる企業集中にたいする考え方をめぐっての論争は、今日においても、国内にとどまらず、国際的にもなお決着をみていない。⁽⁸⁾ それゆえに、コンツェルンを集中の顕著な現象形態とみる国民経済学に特有の評価についても、とりわけ、単一企業との関連においては、今日においてもなお議論の余地がある。ただし、ここでの学問的な検討はわ

ずかな範囲でしかおこなわれていない。さらに、つぎの問題については一層の議論の余地がある。すなわち、会社法におけるコンツェルン法、とりわけ株式法におけるコンツェルン法は、コンツェルン形成そのものを操作するという集中政策的役割を引き受けることができるのか、あるいはそうすべきなのか、という問題である。これを否定するのが、今日の会社法文献における支配的な学説である。支配的な学説によれば、コンツェルン法の役割はとくに、従属会社であれ、支配会社であれ、コンツェルン会社の局外社員および債権者を、コンツェルン形成が抱える危険から保護することである、と (S. 41.)⁽⁶⁾。

このように述べたのち、Detlingは、研究課題が内容的に つぎのような性格のものにとどまらざるをえなかった理由をつぎのように指摘している。すなわち、五〇年・六〇年代に各陣営間で争われたコンツェルン法をめぐる論議の決定的論点であったコンツェルン、コンツェルン法、集中ならびに経済制度が織り成す特殊な関係については、今日においてもなおほとんど解明されていないに等しい。それゆえに、歴史上登場してきたさまざまな改革の流れを、そしてこれらの改革の流れがそれぞれの時代で説いたコンツェルン法の構想を評価するということは、研究課題とはなり得ない。その結果として、本研究においては、株式法のコンツェルン法を時代の流れにおけるさまざまな改革傾向の争いの所産であるとも、また、世間一般に承認された政策的方向性の表現であるとも評価していない。研究課題は つぎの点にとどまらざるをえない。すなわち、株式法におけるコンツェルン法の創設および形成は、集中が抱える問題によって、ここではとくに、自由主義的な言葉をもってすれば私経済力の集中問題によって、あるいは社会主義的な言葉をもってすれば企業家権力 (unternehmerische Macht) の集中問題によって最終的に規定されたものなのか、また、そうであるとすればどの程度においてそうであったのか、これが、本書の研究課題である、と (S. 5.)。

C 研究の範囲とプラン

Dettingの研究の基本的な関心事は、株式法の改正内容が最終的に変更・分化するに至るまでの改正過程について言及することではない。むしろ、第一の関心事は、さまざまな改革の流れを明らかにしたうえで、株式法におけるコンツェルン法の創設過程において、これら改革の流れがいかように寄与し、また、重要な役割を果たしたのかということを示すことである。コンツェルン法は、最終的に、多数の個別規定から構成されている。しかしこれらの規定は、その具体的な形成において、コンツェルン法の基本構想(理念)に依拠し、かつ、基本構想(理念)は個別規定に反映されることになる。それゆえに、コンツェルン法をめぐる論争は、やはり、コンツェルンに意味のある個々の規制の細部をめぐる論争でもある。したがってまた、それらの論争について詳細な説明をしなければならぬ場合も少なくない。ただし、このことから生じる素材が多くなり過ぎ、收拾がつかなくなることを避けるために、本論においては、ドイツにおいてもっとも重要なコンツェルンの現象形態である株式法にいう従属的コンツェルンに関する諸規定の成立史にしばって研究する(S. 51.)。

それゆえに、どちらかといえばコンツェルン法の周辺のな問題にあたる、並列的コンツェルン(Gleichordnungs-konzern)、相互資本参加、そして銀行の寄託議決権に関する問題については、立ち入って論じることとはしない。

Dettingは、著書における研究プランについて、以下のように指摘する。

まず、(イ)選択した研究テーマについてこれまで学問的に解明された範囲がわずかであったこと、(ロ)テーマが、システム(体制)政策に関わるものであるというテーマの衝撃性をもたらすものであること、(ハ)コンツェルンの形態が多様かつ複雑であること、これらの点に鑑みれば、株式法改正の過程を解き明かす以前に、法学的・経済学的な

視点から、コンツェルンに關係している本質的問題の範圍を導入的に明確にしておくこと、とくにコンツェルン・集中・競争という三者の關係の基本線を明らかにしておくこと、そしてこれと同時に、集中というテーマ選択の枠組において用いられる諸概念について解説すること、これが必要である、と(S. 6)。

以上の導入部分に続いて、Dettingは、合衆国法を概観する。すなわち、合衆国におけるコンツェルンの法的取扱という比較法的考察は、つぎのような理由から示唆に富むものと考えられる。⁽¹⁰⁾ 合衆国におけるコンツェルンは、現実に自由産業経済体制を採用しているあらゆる国と同様に、企業の組織・結合の形態として過大評価されることなどほとんどないほどに機能しているにもかかわらず、⁽¹¹⁾ 合衆国でも、否れどころか、若干の例外を除いて世界中のどこにも、ひとつの体系的に自己完結した会社法上の特別なコンツェルン法は存在していない。⁽¹²⁾⁽¹³⁾ それゆえに、特別なコンツェルン法制度(Sollen)が整備されていない場合に、どのような方法をもってコンツェルン現象(Sein)に対処しているのか、この点をまず明らかにすることが、なぜコンツェルン法が編纂されるに至ったかをより深く理解するうえでなおおいに役立つ。合衆国の法律実務は、コンツェルン化に関連した諸問題を具体的に示す内容豊かな事案資料を提供してくれる。さらに、合衆国のいくつかの法制度は、ドイツのコンツェルン法の個々の規定にとって模範的役割をもつものでもあった。にもかかわらず、株式法改正に携わった者のうち、とりわけ相当数の者が、当局による監督という特徴をもった競争法的に方向づけられた集中政策をとっている合衆国の実情に視線を向けたうえで、当局による(行政)行為に依存するのではなく、私法たる株式法において追加的に厳格なコンツェルン法を制定し、これによって秩序政策上の目的を追及しようと考えていた。もっとも、若干の者は、集中に対処する諸外国の法秩序が、(表向きには)あまり厳格なものではないといふことを指摘したうえで、多数の者の立場とは逆に、広範囲にわたる株式法改正の意図を阻止しようとした(S. 61)。

株式法におけるコンツェルン法の創設をめぐる論争がくり広げられていくなかで、合衆国の法秩序は、コンツェルン(化)によってもたらされる法政策上の諸問題克服のための「尺度 (Meßlatte)」としておおいに役立った。したがって、各州会社法のコンツェルンにとって意味のある法制度の検討に限らず、合衆国による集中政策の基本的な徴表でもある連邦反トラスト法、銀行法、証券取引所法 (Wertpapierrecht) ならびにコンツェルンにとって意味のある規制を含んでいる限りで税法についても立ち入って検討しなければならない。検討に際しては、一九三五年公益事業持株会社法 (Public Utility Holding Company Act von 1935) が、むしろこの法律はその適用範囲が特定の経済分野に限られているのであるが、実質的に全般にわたる「コンツェルン法」としてとりわけ重要である (S. 7)。

株式法におけるコンツェルン法創設の根本的要因について、Detting はつぎのように指摘する。ドイツにおいてはコンツェルン組織が著しい発展を遂げ、すでに一九世紀末葉において、会社法および税法がコンツェルンにとつてきわめて有利な特権創設の全盛期にあったことである。それゆえに、ドイツにおけるコンツェルン組織の発展について簡潔にみておくことも、株式法改正およびその成果を理解するうえで不可欠である、とする (S. 7)。

以上の検討に引き続いて、Detting は、研究の主要部分にあたる法改正過程そのものをたどるといふ作業を開始する。ここではまず最初に、個々の改革の流れにわたる時代的・経済政策的・社会政策的な背景について、そしてそこから生じてきていた個々の改革の流れがそれぞれもつに至っている企業集中・コンツェルン・コンツェルン法にたいする基本姿勢についても、検討しなければならぬ。

Detting によるこの点についての研究プランは、以下のとおりである。

まず、一九五八年一〇月司法省による株式法の報告者草案 (Referententwurf)⁽¹⁴⁾ の公表に至るまでの学界およ

び各種団体における株式法改正をめぐる論議を、時間的経過にしたがって概観したのち、(イ)報告者草案によるコンツェルン法構想の解説を、つぎに、(ロ)この構想にもとづいて出された諸見解の解説を、さらには、(ハ)諸見解が出されたことの結果として、一九六〇年株式法および同施行法に関する政府草案 (Regierungsentwurf)⁽¹⁵⁾ がとった構想の変更についての解説が続ぎ、最後に、(ニ)政府草案にたいする反応、その反応を踏まえての連邦議会の委員会による株式法における最終的なコンツェルン法草案の解説、以上をもって、研究の主要部分を終える。

なお、Detting は、本研究における結論の導出計画について、簡潔に指摘する。

(イ)時代という鏡のなかで、改正作業が経験した評価についての記述、(ロ)法改正過程についての回顧的総括、そして、(ハ)株式法におけるコンツェルン法の成果の歴史についての概観、これらが本研究の結論を形づくる、と (S. 7f.)。

D Detting の基本構想の再確認

Detting の研究における基本構想を、くり返すことになるが、重要でもあるので再度確認しておこう。

まず、Detting は、一九六五年株式法の結合企業法において中心的な役割を果たしているのがコンツェルンであったことに注目し、そこから「研究対象」について、多様な結合企業形態のなかからコンツェルン形態を選び出している。

「研究目的」については、株式法におけるコンツェルン法をその成立当時の時代背景を手掛かりとして、ドイツ連邦の立法者の「コンツェルン法の編纂」の動機を明らかにするとともに、同時に、この法編纂に際して、どのような政治的・経済的・社会的要因が立法者に影響を与えたのか、これらの点を明らかにすることが研究目的であ

る、としている。

研究における「問題意識」——実は、この点がもっとも重要なのであるが、——については、一九六五年株式法におけるコンツェルン法の創設をめぐってなされた議論の中心が企業集中の是非をめぐる論争によって占められていたということから、とくに、戦後の西ドイツにおいて私経済体制の維持という基本決定——いわゆる社会的市場経済の選択——がなされたのちには、議論は、その性格上、いわゆる「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)の形成をめぐる包括的論争の一端をなすものであることをまず確認している。したがって、ここでは、「集中」の問題が議論の中心を占めるものであったと。内容的には、企業集中がもたらす合理化というメリットと、同時に、この企業集中のかかえる経済的・社会的デメリットを、競争経済の原理である競争の諸作用によってコントロールすることができるのか、できるとすればどの程度になしうるものか、これが集中論議の内容であった、とする。

株式法におけるコンツェルン法の創設は、この企業集中をめぐる評価の問題に連動して、当然に、つぎのような問題をもたらすこととなった。

(1) 経済全体のなかでコンツェルンはどのように位置づけられるべきか。この問題は、性格上、「経済制度」の形成と深くかかわりをもつ問題である。

(2) (1)の問題に連動して、会社法、とくに株式法上のコンツェルン法を操作することによって、コンツェルン形成、ひいては「企業集中」の進展にたいしてどの程度に干渉することができるのか。

ちなみに、支配的な学説は、コンツェルン法の集中政策的役割(機能)を否定する。すなわち、コンツェルン法の役割は、もっぱら、コンツェルン会社の局外社員および債権者の利益をコンツェルン形成が抱える危険から保護

することにある、と。にもかかわらず Detting によれば、五〇年・六〇年代に各陣営間で争われたコンツェルン法をめぐる論議の決定的な論点であるコンツェルン、コンツェルン法、企業集中ならびに経済制度が織り成す特殊な関係問題については、今日においても理論的にはほとんど解明されていない、と。

このような問題意識から、Detting は、研究課題の内容が過ぎのような性格のものにならざるをえなかったとする。すなわち、歴史上登場してきたさまざまな改革の流れを、そしてこれらの改革の流れがそれぞれの時代において説いたコンツェルン法の基本構想をひとつひとつ評価することは不可能であり、可能なことは、集中が抱える問題、とくに私経済力の集中ないしは企業家権力の集中問題が、コンツェルン法の創設および形成にたいして果たして規定的に作用したのか、作用したとすれば、それはどの程度のものであったのか、これを明らかにすることである、としている。

Detting は、「研究の範囲とプラン」について、研究の基本的関心事が、さまざまな改革の流れの評価にあるのではなくて、さまざまな改革の流れがコンツェルン法の創設にいかように客観的に作用し、寄与し、役割を果たしたのか、これを解説することであるとすると、Detting のこの視座こそ、実は、われわれがこの「研究ノート」作成のための素材として、Detting の著書を用いたおおきな理由のひとつなのであるが、この点について、理解上のポイントはずの点にある。すなわち、さまざまな改革の流れが抱いていたコンツェルン法についての基本構想(理念)は、基本的に、コンツェルン法の各個別規定のもとに形成され、反映されるものであるから、各基本構想(理念)の内容を明らかにするためには、個々のコンツェルン規定を細部にわたって検討することが必要となるのであるが、この場合には、検討の過程から生じる素材が多くなり過ぎるので、研究においては、ドイツにおけるもつとも重要なコンツェルンの現象形態、株式法にいう「従属的コンツェルン」に関する諸規定の成立史に研究の範囲を限

定したとする。

なお、研究における具体的な「研究プラン」については、先に指摘したところにゆずるが、研究プランの導入部に続く、合衆国におけるコンツェルン現象の法的取扱、いわゆる比較法的考察——その詳細な検討は、のちにわれわれの「研究ノート」の重要な内容を形成することになる——は、つぎのような理由から、われわれにとっておおいに示唆に富む指摘となっている。すなわち、

- (1) 合衆国においても、コンツェルンはあらゆる国と同様に、企業の結合形態としておおいに機能している。
- (2) にもかかわらず、合衆国においては、ドイツの株式法において体系的に自己完結しているような「特別なコンツェルン法」は存在しない。

(3) 特別なコンツェルン法制度 (Sollen) が整備されていない場合に、合衆国では、どのような方法をもってコンツェルン現象 (Sein) に対処しているのか。

この問題は、ほぼそのまま、わが国 (日本) の場合にも妥当する。合衆国の法秩序が、コンツェルン化によってもたらされる諸問題をどのように解決しているのか、問題克服のための「尺度 (テスト)」はどのようなものなのか、これらの点についての Detling による解説は、問題の関心がドイツ法的な視点に結びついているという制約をとまなうものではあるが、コンツェルン現象をめぐる合衆国法秩序の概観を知ろうと示唆に富むものとなっている。

(1) 同論文は、著者である Detling が、Prof. Dr. Dr.-h.c. Knut Wolfgang Nor の指導のもと、一九九二年・九三年の冬学期における Berkeley の California 大学への留学、St. Augustin の連邦暫定公文書館 (Bundesarchiv-Zwischenarchiv in

- St.Augustin) ならびにドイツ連邦議会の議会記録保管所 (Parlamentsarchiv) での滞在研究を経て作成した論文であり、一九九五年・九六年の冬学期に「Dissertation」(Tübingen 大学法学部より承認を受けている)。
- (2) わが国においてコーポレート・ガバナンスを論じる論文は、最近、多数にのぼるが、とりあえず、江頭憲治郎「コーポレート・ガバナンスの課題」銀行法務二二、No.五五八、四頁以下、末永敏和「コーポレート・ガバナンス」ジュリスト一一五五号一二二頁以下、また、同所に掲載されている多数の論文、『特集コーポレート・ガバナンス』ジュリスト一〇五〇号、など参照。最近のものとしては、森淳二郎他「会社法学への問いかけ——新たなコーポレート・ガバナンスの模索」(一九九九年日本私法学会商法部会シンポジウム資料) 商事法務一五三五号四頁以下参照された。
- (3) Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl., 1997, S. 5.
- (4) Emmerich/Sonnenschein, a. O., 6. Aufl., 1997, S. 27.
- (5) Emmerich/Sonnenschein, a. O., 5. Aufl., 1993, S. 3.
- (6) 「経済制度 (Wirtschaftsverfassung)」概念の内容解説およびその適用などについては、F. Rütner, Wirtschaftsrecht mit Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg/Karlsruhe 1979, S.25ff.; U. Scheuner, Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Bonn 1971; W. Thiele, Wirtschaftsverfassungsrecht, Braunschweig 1973 など参照された。なお、わが国において「経済制度」の概念を解説する文献として、船田正之「ドイツ『経済制度』理論史」(『(四) 内(六) 』) 国家学会雑誌八八巻七・八号四九頁以下、九・一〇号五〇頁以下、八九巻一・二号五六頁以下、五・六号一頁以下、一一・一二号三一頁以下、九〇巻五・六号六四頁以下、九・一〇号七一頁以下、坂本延夫「私経済力と私法体系——自由と秩序の法構造——」田中誠二他『会社法学の新傾向とその評価』(千倉書房、一九八〇年) 所収三五頁以下、同『市場経済体制と私法』(峯巖野書院、一九九四年) など参照された。
- (7) 「企業集中」にたいする競争の統制作用・配分作用・経済力奪取作用については、Arnd (Hrsd.), Konzentration in der Wirtschaft, Verhandlungen des Vereins für Socialpolitik 1960 を参照された。
- (8) コンツェルン問題の評価の前提となる企業集中にたいする考え方をめぐる論争の今日的状況について、Emmerich/Sonnenschein, a. O., 5. Aufl., 1993, S. 17ff. は、あらたな視点から、おおむねつぎのように指摘する。すなわち「企業集中は、さまざまな視点から考慮することができる。その際、立場のとり方しだいでは、全く異なる判断へと到達

することになる。この関連においては、当然まず第一に、「会社法的な」含意、すなわち、企業結合によって典型的に生じてくる社員および債権者にとっての危険が関心の的となっている。なぜならば、コンツェルン法は、まさにこのような危険に対処すべきだからである。しかしながら、間断なく行なわれている企業集中のメリット・デメリットに関する議論の核心部分には、全く別の問題がいくつか存在する。これらの問題について、最終的にいつも重要となってくるのが、企業がさらに集中していくことは「国民経済的にみて」望ましいものなのか、有害なものなのか、という点である。

経済学においては、企業集中についてこれを支持する者と反対する者とが依然としてかたくなに対立を続けている。企業集中を支持する者は、企業のさらなる集中をできる限り妨げないようにするという目的のために、つぎのように主張する。すなわち、今日においてもなお、よりいっそう巨大な企業連合 (Unternehmensverbände) を創設することだけが、技術上の進歩、ひいては経済成長を促進するのに必要となる資金の結果を可能にする。それゆえに、企業結合は、通常の場合、結合する企業にとっては業績がかなり向上することになり、したがって、従来に比してよりいっそう給付能力のある (leistungsfähiger) 経済単位が出現することによって、いずれにせよ世界的規模では、競争がより活発化 (Verstärkung) することに帰着する。コンツェルンに関するさらなるメリットとして、とくに、コンツェルン化にともなって生じてくる「責任の分散化 (Haftungssengmentierung)」がある。なぜならば、コンツェルン形成は、個々のコンツェルン構成員のところに一定のリスクをとどめることができ、それゆえに、現実リスクが生じた場合には、コンツェルンは、全体として巻き添えにならずに済むからである。

また、他の会社にたいする支配を獲得するのに、もはや資本過半数すら必要としないことがしばしばあることから、比較的になわずかな「資本投下 (Kapitalersatz)」を行なうだけで巨大な企業単一体を組織することができるという——すくなくとも個別経済の視点 (einzelwirtschaftlicher Sicht) からすれば——計り知れないほどのメリットが、コンツェルン化にはあるという点も見逃してはならない。他の会社を中間に介在させる場合には、必要となる資本投下額はさらに削減される(いわゆるピラミッド効果)。最後に、税制上 (従属会社) 機関として扱われうることも、同じ方向性を示している。

他方、企業集中に反対する者も、劣らず印象的な論証を導き出すことができる。企業集中について主張されているメリットの多くはたんなる表向きのものであり、これまでのところ、一般的に、実証的な証明がなされているわけでは

ない。さらに、ほとんどの集中過程の背後には、企業を巨大化すること、有利な金融の可能性・仕入先・販路を開拓すること、ならびに競争者を排除したのちにさまざまな市場を支配することを介して、どのような形であろうとも、いずれにせよ、私経済力の所有にたいする欲求が存在しているということについては疑いを容れない。それゆえに、問題の全領域が、すくなくとも依然として明らかになっていない。

さらに、コンツェルン化がもたらす多くの効果についていえば、それが、「二つの相反する価値を同時に含んでいる」ということである。すなわち、結合する企業の視点からすれば、たとえば、コンツェルンについてくり返し述べてきた柔軟性ならびに責任の分散などは、コンツェルン化のメリットとなりうるが、第三者の視点からすれば、それは、しばしば全くもって別の印象のうちに感じとられる。この場合には、ただ個々のコンツェルン構成会社の局外社員ないし債権者の地位のみを顧慮すれば足りる。この局外社員ないし債権者にとつてみれば、コンツェルン化がもたらす柔軟性ならびに責任の分散は、コンツェルンの利益において——いずれにせよこの局外社員ないし債権者の視点からすれば——自分たちが根拠のない犠牲をそれらの代償として求められるということだけを意味することがしばしばである。

そのほか、ドイツの法秩序は、一九七三年に、合併規制を導入したことにもなつて、すくなくとも一定の企業結合形態については否定的な判断を下している。立法者のこの決定からすれば、コンツェルン法は、その判断に反して企業集中をまさに促進するような形をもつてはやはり解釈されてはならない。そればかりでなく、これ以後、コンツェルン法は、まず第一に、利害関係の当事者である社員・債権者の地位を強化することによってできる限り企業が独立性を保てるよう支援するものである、と解されねばならない。

- (9) Emmenich/Sonnenschein, a.O., 5. Aufl. 1969, S. 21ff. は、「企業結合に伴って生じてくる支配・従属両会社における(局外)社員・債権者にとつての危険について、つきのように説明する。すなわち、法律が備えている均衡のとれたシステムというものは、すべての利害関係人の利益の調整をできる限り制度的に会社の枠内で保障することを企図している。しかしながらこのシステムは、法定の権限秩序の外において会社の経営者にたいする決定的な影響力を入手しうる株主がまったく存在しない、というような場合を想定する限りにおいてのみ十分に機能するものといえよう。そうでない場合には、会社財産を安全に確保するためのあらゆる制度が、いつ機能しなくなるかわからない状態に陥る。なぜならば、この場合、取締役は、自己の責任において株主・債権者の共通の利益のうちに企業を経営する代わりに、会社の外にある者の指

図に従うほかなくなるからである。この会社の外にある者は、機関としての責任を何ら負うことなく、他の株主ならびに会社の利益に直接対立する利益を十分に追求していくことがしばしばある。同時に、監査役会は、取締役会にたいする株主の監督機関から指揮機関へと変容する。大株主はこの機関を支配し、会社の実権を握る。

同じような機能の変化を株主総会も経験する。とくに、専権事項 (Sole Power) としてきわめて重要な、貸借対照表上利益の処分に関する決定権限 (株式法一七四条) は、つぎの場合においては中身の無い空箱となってしまう。すなわち、すべての利益が、それどころか場合によっては会社の資産が、貸借対照表外において、秘密裏に、大株主ないし大株主と密接な関係にある第三者へと流出していたり、あるいは、経営者 (会社理事者) だけによって支配されている子会社へと事前に利益を移転するといった別の方法によって、そもそもはじめから株主たちの追求の手が届かないようにされてしまっているという場合である。

会社にたいする支配的影響力の獲得に成功した株主は、概して、利益を、それどころか会社の財産すべてを、規制不可能な形式をもって貸借対照表外で自らに流出させることを会社の経営者になさしめる機会を多数有することになる。この点につき、もっとも重要な手段は、隠れたる利益配当のほか、隠れたる財産供与である。これらの手段は、たしかに、例外なく禁止され無効となるものであるが、にもかかわらず、この問題領域について、財政裁判所がこれまでにとぎれのない鎖のごとく、たえず判断を示してきたというところに現われているように、広範にかつ巧みにおこなわれている。その例としては、支配企業ないし支配企業と密接な関係に立つ第三者との、不当な、いわゆるコンツェルン計算価格 (Konzernerrechnungspreisen) での契約締結の強制、真正の反対給付なき信用供与、ないしはいわゆるコンツェルン分担金ならびに租税分担金の支払いに関する強要、多かれ少なかれ偽装的な顧問契約ならびにライセンス契約の締結、さらに、発注ないしは支配企業もしくは第三者との有価証券の交換に関する指示、そして最後に、他のコンツェルン構成員の生産計画支援のためになされる不動産、特許権、もしくはテクノロジーの提供、ないしは有望な開発の中止に関しての指示などがある。

従属会社にとっても危険は同じである。なぜならば、支配企業と結合した結果として、その後は自社がおこなう商取引をコンツェルンに限定せざるをえなくなり、そしてこれにより市場と決別することになる。支配的な企業株主 (Uttienemensaktionäre) は、やむにやむなき方法をもって従属会社に甚大な損害を与える。すなわち、この企業株主は、従属会社において獲得した営業上の機密を自己の目的のために利用したり、あるいは従属会社の取引の機会をこの会社を通して計画

的に自らへと移すのである。従属会社の財産が秘密裏にひとつ残らず略奪され、この略奪が知れ渡る前の適当な時期に、この従属会社を再度切り離すような場合には、損害は絶頂に達する。

近年、支配企業のレヴェルにおいても、あらゆる企業結合が影響を及ぼしているということが明らかになっている。このことから生じる問題についても、コンツェルン法がいづれにせよ解決を与えねばならない。

七〇年代のおよそ半ばに至るまで、ドイツの会社法にあっては、ほぼ異論なくつぎのことが出発点に置かれていた。すなわち、会社が他の会社に資本参加することについての管理・運営は、業務執行機関、したがって、株式会社の場合には取締役会、有限会社の場合には業務執行社員（株式法七六条以下、有限会社法三五条以下）の専権事項であるか、さもなければ、第一にその判断事項であるということである。しかしながら、この考え方は致命的な結果をもつことになる。それは、箱入り型のコンツェルンの場合であっても、子会社や孫会社に関する決定はすべて、親会社の経営者が責任をもっておこなうということになるのであり、その反面において——いづれにせよ株式会社の場合には——社員が、この点に関してもはや影響力をもたなくなるということである。このような資本参加がたんなる投資（Kapitalanlagen）目的のためにおこなわれる場合には、差し支えないであろう。しかしながら、つぎの場合には状況は変わってくる。すなわち、いわゆる企業家的な資本参加が問題となっている場合、換言すれば、会社が自らの事業活動（Aktivitäten）のすくなくからぬ部分について子会社を介してこれをおこなっている場合である。この場合には、子会社のもとでおこなわれるあらゆる決定が、親会社にたいして、反射的に重大な影響力をもちうることになる。

このことは、たとえば、親会社が自らの財産を子会社に全部抛出して、その後は持株会社の役割をなすにとどまるという極端な場合において明白である。このような場合においては、第三者と企業契約を締結するのが、親会社であろうと子会社のうちの一社であろうと、実質的に違いは何もないということがはっきりしてくる。そのほか、子会社においてなされる資本増加によって親会社社員の新株引受権が回避されるということが、あるいは子会社において利益留保の戦略が経営者によってとられ、これによって親会社社員が利益享受権（Gewinnbezugsrecht）を奪われると、こういふ、いづれも阻止されなければならない。この点については、とりわけ、社員が子会社における基本的事項に関する決定（Grundlagenentscheidung）すべてに、親会社においてこれに相当する決定と同様に、参加できるようにしなければならない。

コンツェルン法の規制課題は、以上の問題を含め、増大していることが明白である。これにあたり、コンツェルン法の優

先的な関心事は、つぎの点になければならない。すなわち、コンツェルン形成に関する決定権を、あらかじめ経営者の手から奪いとり、そしてこの権限が、本来帰属するにふさわしいところ、すなわち、結合企業の社員の手に戻すということである。

(10) Ullmenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporation in den Vereinigten Staaten, Bad Honburg v.d.H 1970, S. 297ff., insbesondere S. 298f.; vgl. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionär, Karlsruhe 1958, S.5f.

(11) Immenga, a.a.O., S. 299f.

(12) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., 5. Aufl., 1993, S. 35ff. は「この点につき、つぎのように説明する。すなわち、ドイツが一九六五年株式法にもとづいて、すくなくとも株式会社に関して有しているような法典化されたコンツェルン法については、ヨーロッパにおいてはつきりとわかる限りでは、これまでにポルトガルだけが、いわゆる一九八六年商事会社法典 (Handelsgesellschafts-Gesetzbuch von 1986) にもとづいてこれを関知している。コンツェルン法の法典化は、なおそのほかに、一九七六年一月一日の株式法 (Aktiengesetz vom 15. 12. 1976) にもとづきブラジルにおいて、さらにはチリにおいてもおこなわれている。」

そのほかのいずれの国においても、コンツェルン法の法典化に関する構想はすべて、これまで成果の上からないうままに頓挫している。このことは、とくにフランスについていえる。フランスでは、Constate議員がコンツェルン法の規制に関する草案の提出を何度も試みたが、そもそも議会以前の段階において取り上げられることなく、失敗に終わっている。同様に、スイスにおいても、法典化を志向するいくつかの運動があったにもかかわらず、一九九二年七月一日に施行された新スイス株式法は、ドイツ法の意味におけるコンツェルン法を含んでおらず、一般的にこれまで弱点であると指摘されてきた株式会社における少数株主の法的地位の改善のほか、コンツェルンの情報公開に関する若干の規定に限られている。

にもかかわらず、ドイツ近隣諸国においても、当然「コンツェルン法」は存在する。なぜならば、企業集中にともなって生じてくる会社法上の諸問題は、ドイツ国内に限られるものではないからである。しかしながら、近隣諸国におけるこの諸問題にたいする解決策は、一貫して一般会社法の枠内に求められており、したがって、その解決策は各国ごとにきわめて異なる。ただし、同一の方向性を有する問題設定に条件づけられていることは明らかであり、その限りで、ある一定の

共通点があることも間違いない。

オーストリアの法状況は、法律について共通の基礎(一九三七年株式法)があることから、ドイツの法状況と共通する点を必然的に示している。とくに、オーストリア会社法が関知しているコンツェルン法にかかわる唯一の規定は、これに対応する一九三七年株式法の規定(同法一五条および二五六条)の原文に、ほぼ一致している。それゆえに、オーストリアにおける最近のコンツェルン法の議論において、ドイツ法の解決策に全く比較しうる解決策がしだいに浮かび始めているという状況は、なんら不思議なことではない。法律による規制は、準備段階にある。

(13) *Emmerich/Sonnenschein, a.O., 6. Aufl. 1997, S. 23f.* は、最近のヨーロッパ連邦におけるコンツェルン法の状況につき、つぎのように説明する。すなわち、ヨーロッパ委員会は、ヨーロッパ連邦においてコンツェルン法を統一しようとする年代半ばにいたるまで、さまざまな試みを行ってきた。コンツェルン法の統一において言及すべきことは、とくに、会社法の分野の第九指令に関するいくつかの草案についてである。これらの草案において、委員会はそもそも、いわゆる「機関的コンツェルン制度」(organische Konzernverfassung)を優遇していた。単なるコンツェルン存在事実コンツェルン法のすべての規制を結びつけた場合に、はじめて、「機関的コンツェルン制度を言及しうる。その結果として、事実上のコンツェルンと契約コンツェルンにたいする異なった規制は必要ないものとなった。しかしながら、この提案は、各加盟国のもとできわめて厳しい留保条件を突きつけられるに至り、一九八四年の最終予備草案では、委員会は、再び、事実上のコンツェルンと契約コンツェルンを区別するための「事実性の原則」(Faktizitätsprinzip)から距離をおくようになった。にもかかわらず、この草案についても、各加盟国は反対の立場を示し、これが克服しがたいものであることが明らかとなり、その後、審議の対象からはずされた。

それゆえに、近い将来においては、おそらく部分的領域についてのみの統一にとどまるであろう。この過程の第一歩はすでに踏み出されている。ここでは、一九七八年の貸借対照表指令(Bilanzrichtlinie von 1978)を経由してのコンツェルンの計算書作成方法の統一のほか、一九八八年の透明性指令(Transparenzrichtlinie von 1988)を経由しての一定最小限界値を超える場合の報告義務に関する規制について、とくに言及しなければならぬ。この透明性指令は、一九九四年に、有価証券取引法(二一条以下)を通じてようやくドイツ法に置き換えられた。そのほかにも、コンツェルン法の規制は、その他多数の指令中にみられる。これらの指令についていえば、共同体レヴェルにあっては、株式法一五条以下のものとは全く

異なる概念形成が一層強まっている。ここでは「支配 (Kontrolle)」ならびに「親会社・子会社 (Mutter- und Tochtergesellschaft)」という概念が中心となっている。

委員会は「もともと、各加盟国にたいして模範的機能を果たすためのヨーロッパ・コンツェルン法を創設するという別の道も追求していた。このための手段が「ヨーロッパ株式会社 (Europäische Aktiengesellschaft (EG))」であった。それゆえに、この(構案した)あらたな会社形態の制定法に関する一九七〇年ならびに一九七五年の初期草案は、詳細なコンツェルン法の規制をまだ含むものであった。しかし委員会は、この点についても、加盟国、とくに共同決定 (Mitbestimmung) という「聖牛 (heilige Kuh)」に配慮するドイツが反対の立場を示したことから、立法化を断念しなければならなかった。

(14) Vgl. Bundesjustizministerium (Hrsg.), Referententwurf eines Aktiengesetzes, 1958.

(15) BT-Drs. III/1915 vom 13. Juni 1960.

2 コンツェルンおよびコンツェルン法の問題性について

A コンツェルンの経済的・法的问题性

コンツェルン問題の根本的原因、したがって、コンツェルンの中心問題は、「構成員全体の一体性と構成員の複数性という両極性」にある。なぜならば、そのうえにわれわれの法体系が構築されている根底の礎石のひとつが、その堅固さにおいて、コンツェルン化によって揺るがされることになるからである。ここに礎石のひとつとは、権利主体の「人格 (Persönlichkeit)」のことである。

(法)人格とは自己完結的で、絶対的に自己のためであろうとする専断的な権利主体 (Rechtssubjekt) を意味する。法人格についてのこの定義からすれば、従属的コンツェルン会社は、その自主性を、すなわち自己の意思形成および意思的行為のための能力を喪失している。この会社は、いまや、「意思のない道具 (willenloses Werkzeug)」となるのである (S. 8.)。

ちなみに、株式会社は、市場における取引（契約関係・人格的關係）において、生身の私的所有者一般にたいして相対するひとつの特殊な私的所有者である。したがって、株式会社の法的な人格についていえば、会社の「人格」は、対外的に生身の私的所有者一般の「人格」と全く同質のものであるといえよう。この視点からすれば、従属的コンツェルン会社における会社人格の意思形成および意思的行為のための能力は、これを喪失するものであるといえよう。会社人格の質料的担い手は、社団の構成員である生身の株主であり、他方、会社人格の意思的行為（契約）についていえば、人格的行為（意思的行為）の質料的担い手は会社の業務執行機関に位置する生身の経営者（取締役）である。したがって、それぞれの質料的担い手は、たしかに分離し、生身の私的所有者一般の場合と異なるのであるが、この相違によっても、従属的コンツェルン会社が「意思のない道具」であるというわれわれの結論に変更はないものと解する。当然のことながら、会社人格の意思能力をめぐる質料的担い手の制度的分離問題は、法的な意味での、したがって、株式会社の機関の分化におけるいわゆる「所有と経営の分離」問題とは全く異なるものである。

株式法におけるコンツェルン法の創設をめぐる議論においては、Dettingによれば、一般的に、コンツェルンにおける「外形と実体の分離」から生ずるつぎの四つの問題領域が、それらの領域の相互関連をも含めて、重要なものとなる。四つの問題領域とは、

- (イ) 集中の問題
- (ロ) 競争制限の問題
- (ハ) コンツェルンスピツェ (Konzernspitze) と従属的コンツェルン企業の関係問題、内容的にはコンツェルン局外社員・債権者の問題

(二) コンツェルンにおける権利と義務の帰属問題 (按配問題)
 である。⁽¹⁾

コンツェルンの「はっきりしない、つかみどころのない」性格に対応して、以上の問題は、コンツェルンに固有の問題とはいえないが、諸コンツェルンとの関連において、頻繁に、そしてそのほとんどの場合に尖鋭化されて生じてくるのである。他面において、確認された問題は、すべてのコンツェルンに妥当するわけではなく、従属的コンツェルンにさえ妥当しない場合もある。なぜならば、経営者支配を受けている公開会社を頂点とする巨大コンツェルン (Mammutkonzern) が、入れ子式的に結合した子企業 (verschachteltes Tochterunternehmen) および孫企業について、これをグローバルな規模で支配し、投資家、債権者、労働者など多くの市場にたいして影響力を行使する限りでは、たしかに、先に指摘した四つの問題領域のすべてから派生する諸問題をもたらすことになる。しかし、中程度の人的会社コンツェルン (Personengesellschaftskonzern) によってひき起こされる諸問題にたいしては、これを法規制することの必要性は、比較的、乏しいように思われるからである。しかしながら、巨大コンツェルンの内部にあつては、典型的な (大規模公開) 株式会社が決定的な役割を果たすことになるから、すくなくとも株式コンツェルン (Aktienkonzern) に関しては、まさにこの山積している問題のうちに、それに固有な問題を見い出すことができる (S. 8f.)。

以下順次、Detling は、先に指摘した四つの問題領域の性格を解き明かす。

(1) コンツェルンと集中

一九五〇年代・六〇年代におけるコンツェルン法をめぐる論議という枠のなかで、実に、企業集中一般の問題が検討されてきたことについては、すでに指摘しておいた。それゆえに、さまざまな改革の流れによっておこなわれ

た集中についての評価の客観的把握は、株式法改正の過程の解明に通じる。しかし、ここですでに、「集中」の論議の前提である諸概念について対立が生じていたのである。今日にあっても、学問的に、なお「集中」をめぐる諸概念の統一的な用語法はなにも生み出されていない。

このような学問的状况を意識して、Dettingは、「集中」をめぐる諸概念の取扱について、つぎのように述べている。すなわち、わたくしの研究は、「集中」をめぐる議論のなかで用いられてきた諸概念を根拠としておこなわれているが、それらの諸概念については、いまだ統一的な用語法が生み出されていないのであるから、それら諸概念の使用については、すくなくとも、それら諸概念の意義(内容)を研究に先立って解説しておくことが必要であるとして、以下、その予備的作業を開始している。もちろん、諸概念の意義についての解説は、あくまで研究の便宜のためのものであるから、解説は、概念の普遍的妥当性を求めてのものではない、と(S. 9)。

(1) 集中の基本概念

狭義の「集中」とは、個人あるいは人の集団の手中にある特定のパラメーター(特徴となる要素)の集束(Ballung)‘すなわち、均衡をこわすほどの規模の集合と理解される。この意味において、「経済的集中(wirtschaftliche Konzentration)」概念の大枠についていえば、経済的パラメーターとして、とくに所得、財産および処分力が決定的な要素となろう。これによれば、所得の集中は収益の集束したところに、財産の集中は経済的財貨および価値物にたいする所有権の集束したところに、処分力の集中もしくは影響力の集中(Einflusskonzentration)は、所有権以外の経済的に重要な諸権利や諸権限の集束したところに、それぞれあることになる(S. 9f.)。

なお、Dettingが「集中」概念の解説のもとで用いている重要な用語のひとつに「集束(Ballung)」という言葉がある。この用語の使用について、一言、補説しておく。

Detling の用語法における「集束」という用語にたいして、われわれは、当初、「集積」という訳語をあてていた。しかし、Detling が用いる「集中」には、「個人あるいは人の集団の手中にある特定のパラメーター（特徴となる要素）の Ballung」という意味がある。Detling が「個人あるいは人の集団」という主体の側から「集中」の意味を把握していることからすれば、Ballung の訳語に、「集積」——たとえば、物の側からとらえた資本の「集積」など想起されたい——という訳語よりも「集束」という訳語をあてることがヨリ適切である、とわれわれは判断したわけである。

研究において「集中」について用いられているのと類似の、実際上の意味からすれば同一の「企業集中 (Unternehmenskonzentration)」とは、個々の企業のもとの生産能力の集束として表現することができよう。その際、(イ)生産能力が所有権者のもとにあるのか、あるいは、その他の企業の担い手の処分権力 (Vertügensgewalt) のもとにあるのかという問題、また、(ロ)生産能力が、機能的に、少数者のもとに按配されているのか、あるいは多数人による企業経営 (Betriebe) の担い手のもとに按配されているのかという問題、さらには、(ハ)この企業が法的に独立したものであるか、あるいは非自立的に組織されているものであるのか、したがって、単一の企業であるのか、あるいはコンツェルンであるのか、などの諸問題は、ここではなら重要な問題とはならない。生産能力の集束は、通常の場合、利益の集束、少なくとも売上げ高の集束と連動している。一握りの者たちの手中に生産手段にたいする(経済的)所有権が帰属し、企業収益がこれらの者のもとに流出するならば、企業集中は、同時に、財産の集中、そして所得の集中に帰着する (S. 10)。

ここでは、Detling の解説を補説する意味で、「企業集中」を研究対象とする場合に遭遇する困難について、Emmerich/Sonnenschein の見解を紹介しておこう。すなわち、企業集中のもとでは、一般的に、つぎのようなプロ

セスが理解される。とくに既存の独立企業が結合してあらたな経済単一体になることによって、(相対的に)ヨリ巨大化した企業の出現、そしてこれと同時に、特定の市場ないしは国民経済全体における独立企業の数の減少へと帰着するプロセスである。ここでは、その進展をつねに加速させているプロセスが、したがって、産業諸国家全体において監視されなければならないプロセスが問題となっている。

集中のプロセスがたえず進展していることは明らかであるが、そのプロセスの原因と結果については、今日においても、なお十分に解明されていない。その理由は明白である。すなわち、グローバルな社会過程というものは、つねに必然的に、千差万別の原因と結果を豊富にともなうものなのである。そうであるとするれば、この結果として、パラレルな説明だけではつねに行ないうるが、全体の分析は決して行なうことができない。さらに、これまでのところ、「企業集中」のプロセスの輪郭を正確に把握できておらず、そのために、そもそも、くわしくみていくことができるのは、すべての現象のうちの個々の局面に限られるということも、全体の分析を行なえないことのひとつの原因となっている、とする⁽²⁾。

「経済的集中」は、個人あるいは人の集団の手中に経済力が集中するための根拠となりうる。マックス・ウェバーは、「(権)力 (Macht)」についてつぎのように述べている。すなわち、『(権)力』とは、社会関係の内部において、反対者にたいしても自己の意思を貫くことができるあらゆる機会 (Chance) である。たとえ、この機会がその反対者に起因していようとも⁽³⁾。』はつきりと現われた経済力の重要なものとして、市場支配力 (狭義の経済力)、多数の労働者や消費者にたいする力、株主あるいは一般的に社員にたいする力、などが考えられる。国家を含む公共団体の機関にたいしては経済力を根拠として政治力が生ずる。

「集中政策 (Konzentration Politik)」という用語は、この研究で使用される場合、広い意味で理解されている。

この視点からすれば、「集中政策」という概念には、企業集中から生じる力を最小限にとどめるための国家による対策、さらには、この力を濫用する危険を最小限にとどめるための国家による対策のみならず、集中を制御する一般的な対策も含まれることになる。この一般的な対策については、経済的効率性の視点から、とくに、集中が必要とされる場合には、「規模の政策 (Size-Politik)」が、そして、集中が不利益をもたらす場合には、「反規模の政策 (Anti-size-Politik)」がそれぞれとられることになる (S. 10f.)。

(四) コンツェルンと企業集中

コンツェルン化の諸目的を実現するために、他企業にたいし充分なる資本参加を取得することは、企業集中の過程であるとともに、財産の集中および処分力の集中過程でもある⁽⁴⁾。カルテル結成、合併、企業財産の取得と並んで、コンツェルン化は、企業の外部的成長のひとつの形態である。緩慢な企業の内部的成長に對立するこの外部的成長のもとでは、すでに存在する標的企業が全体としてあるいは部分的に新しい指揮のもとに置かれることになる。企業集中はいわば一撃のもとにおこなわれるわけである。

むしろ、コンツェルン形成は、つねに集中への過程であるとは限らない。多くのコンツェルンはそれまで帰属していた営業部門 (Betrieb) を切り離し、法的に独立した子企業としていく過程において形成あるいは拡大されるのである。したがって、コンツェルン形成は必ずしもつねに企業集中の増大をもたらす過程である、というわけではなく (S. 11f.)。

(2) コンツェルンと競争

コンツェルン化は、つぎの二つの視点のもとで、競争、したがって競争が果たす機能を害すると思われる。まず、コンツェルンは、組織形態として、コンツェルン構成員の結合したその大きさゆえに、市場支配的地位を獲得

することができる。つぎに、コンツェルン化は、それが競争者間で行なわれた場合(いわゆる水平的集中)、企業結合の形態として、カルテルと同一の効果を発揮することになる。コンツェルン化が垂直的關係のもとで行なわれる場合、支配的企業は、つぎの手段によって自己の競争相手にたいして競争上の優位を獲得することができる。すなわち、子企業が親会社にとっての唯一の売手または買手として利用されるか、さもなければ親会社に、その競争相手にたいするよりも有利な条件を認めるといふ手段である。しかしながら、カルテルの場合とは異なり、コンツェルン組織の有している競争制限的效果はコンツェルンの本質に属するものではない(S. 12⁵⁾。

(3) コンツェルンと局外者

これまで論じられてきた問題の領域は、第一に、コンツェルンの一般的事象にたいする關係についてのものであったが、直接の利害關係人との關係、すなわち、コンツェルンシピツェ(Konzernspitze)、従属会社、局外社員および局外債権者との關係においても、おおくの問題が生じる。支配的企業が被支配会社を自らの統一の指揮のもとに置くならば、この被支配会社は、しばしば著しい程度をもって支配的企業の利益によって運営され、もはや全ての社員の総体の利益によって運営されなくなっているのがしばしばである。「内部から」の「異質な操作(Fremdsteuerung)」の結果として、つぎのような特別な危険が生じる。すなわち、コンツェルン構成会社によってもたらされた収益が、それどころか、この会社が現在所有している財産さえも、相当な対価が支払われることなく別のコンツェルン構成員に移されることによって、局外社員および債権者の利益が侵害されることになる。今日のきわめて支配的な見解は、コンツェルン多数者と局外者たちのこの利害の対立を、コンツェルン法に固有の問題であるとみてゐる(S. 12⁶⁾。

(4) コンツェルンと諸々の権利・義務の帰属

コンツェルンにおける権利・義務の帰属問題(按配問題)は、各種のコンツェルンに関係する。コンツェルンは、「古典的会社法が抱えている爆発物(Spengelkörper)」であるということだけでなく、立法者の思考範囲が及ぶ枠組を突き破ることになる。つまり、行政法、とくに税法、契約法・不法行為法・不当利得法における一般私法、とりわけ共同決定の領域での労働法、そして再び、たとえば計算関示規定、資本維持・議決権に関する領域での会社法、これらの法領域は、つねに、コンツェルン戦略によって考案された脱法の試みによって、「しばしば悲劇的なあるいは悲喜劇的な状態となる気分の競争」に巻き込まれるという危険の脅威にさらされている。それゆえに、法の潜脱を阻止し、とりわけ実体を透視し責任を貫徹させるための法、いわゆる責任透視法(Durchgriffsrecht)という意味において、コンツェルン法規制は、ずっと以前から世界のいたるところに存在しているのである(S.13)。

B コンツェルン法の問題性について

すでにみてきたように、コンツェルンが、多くの側面をもち、また多くの様相を呈していることによって、問題は多様化している。コンツェルンは法秩序をこの多様化した問題の前に立たせる。その際、現代のコンツェルン形成の実情については、改革陣営のほとんどすべてにおいて争いのない点であったが、一九五〇年代・六〇年代におけるコンツェルン法をめぐる議論においては、コンツェルン形成によってもたらされる結果をいかにして克服するかという点について、見解が大きく分れていた。成文化すべき事実関係は法的にとらえにくく、また、経済的には多様な様相を呈していたことから、コンツェルン法については基本的立場がいくつも主張され、そのおのおのの基本的立場からはさまざまな構想が提示された。さらに、それらの構想から導き出された個々の提案は、ただ、組み合わせに骨のおれるモザイクを提供するものであった。この構想の多様性の内容は、コンツェルン法の創設・形

成、すなわちコンツェルン法の射程範囲と機能をめぐっての論争が、同時に、私法・私法体系それ自体の射程範囲と機能をめぐる論争でもあったといえるから、説明がつく(S. 13f.)。

(注)

- (1) 上の並びの通り、H. Rasches, Konzernrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 399ff.; W. Zöllner, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den Privatrechtlichen Personenverbänden, München/Berlin 1963, S. 79f. など、を参照された。
- (2) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., 5. Aufl., 1993, S. 11.
- (3) M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 4. Aufl., Tübingen 1956, S. 28.
- (4) E. Kantzenbach, Konzentration als Problem der Konkurrenzwirtschaft, in: Arnd (Hrsg.), Konzentration, Materialband I 1971, S. 167.
- (5) B. Grosfeld, Aktiengesellschafts, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, S. 11ff.
- (6) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O., 5. Aufl., 1993, S. 20ff. など、前掲(注9)参照。
- (7) Detling, 以下の項目を補説する意味で、E. Rehlinger, Konzernabrecht und allgemeine Privatrecht, Bad Homburg v. d. H. 1969 を参照された。

一九九九・一〇・一(未完)