

《論 説》

事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン
指揮の限界——商法 294 条—2 のコンツェルン法
的構成を目指して (二・完)

——コンツェルン関係における大株主の責任(6)―(2)——

青 木 英 夫

目次

一 西ドイツ株式法 311 条序説

- 1 概観
- 2 解釈上の原則
- 3 法適用のための要件

二 西ドイツ株式法 311 条

I 緒論

II 不利益な措置への誘引 (Veranlassung)

- 1 誘引の概念
- 2 誘引の対象
- 3 誘引者および被誘引者
- 4 誘引の法的手段

III 不利益

- 1 総論 (以上第29号)

- 2 不利益確認の基準
- 3 不利益の数量化の不可能な場合

4 小括

IV 補償

- 1 緒論
- 2 不利益・利益相殺の限界

- 3 補償の額および方法
- 4 補償の負担者
- 5 補償の決定
- 6 営業年度中における現実の補償
- 7 補償のための法的請求権
- V 当事者の義務およびコンツェルン形成の可能性
 - 1 義務
 - 2 コンツェルン形成の可能性
- VI 事実上のコンツェルンと株式法の一般規定
- 三 商法 294 条—2 のコンツェルン法的構成
 - 1 商法 294 条—2 の趣旨
 - 2 営業譲渡——会社の新設・分割
 - 3 取締役の自己取引
 - 4 従属会社による支配会社株式の取得
 - 5 有利な発行価額での新株の第三者割当
むすび (以上本号)
- 2 不利益確認の基準

1) 緒論¹⁾ ここにいう不利益は、非從属的と考えられる会社の取締役の義務違反行為から生ずる不利益と同一のものを意味するから、会社の具体的状況に応じて決する必要があるのみならず、取締役に委任されている経営判断の領域も考慮する必要がある。この領域の範囲内にある限り、取締役の行為は、一般に、義務に適合するものといいうる²⁾。そこで、實際上最重要な事例グループについて、経営経済的側面から、結合企業における取締役の義務違反を包括的に定義することが可能であるかが検討され、次のような修正的意見が述べられるに到った。

1) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 33-36.

2) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 158.

まず, Albach は, 個々の行為・処置の代りに, 各年度の利益額を明らかにすることを提案する³⁾。これが前年度に比べいささかの悪化もなければ, 不利益補償は不必要というのである。しかし, 単なる利益総額の単純な比較でよいわけではないから, この方法が, 個別の行為・処置の評価に比べて, 評価の困難さを減少させるものでないことはいうまでもない⁴⁾。Albach の提案は, 影響力の行使が許容されるか否かは専らコンツェルン政策の成否にかかる, ということを主張するものである。この基準は——1965年株式法の政府理由書(Begr. RegE) が正当に指摘しているように⁵⁾——責任原則とするのに適当でなく, いずれにせよ実定法に反するものである。

Kirchner は, 現行法の「袋小路」は, 従属会社の少数派株主に, 当該従属会社のコンツェルン成果への寄与に応じて, この成果に参加させることによって開かれる, という⁶⁾。しかし, これは, 主として立法論であって, 解釈論としては重要なものではない。

取締役委任されている経営判断の領域と関連して, 具体的な場合に従属会社の取締役が遵守すべき注意義務の基準が, 確定的に明確にされていないのが現状である。法律行為と処置とでは問題の困難さが異なるから, それぞれ各別に検討することとする。

2) 不利益と法律行為 (1) 隠された利益配当との比較⁷⁾ 会社のなす意思表示はそれぞれ 311 条以下にいう法律行為でありうるが, このような行為が取締役の注意義務に違反しないためには, それが現在の従属関係に影響されていないこと, 換言すれば, 同一の法律行為が独立な第三者との間に成立しうる必要がある。この意味において, 注意義務違反の行為は, 株式法または税法にいう隠れた利益配当に類似する。なぜならば, BFH の判例によれば,

3) Albach, NB 1966, 203, 205.

4) Vgl. Pöpl, Aktienrechtlicher Minderheitenschutz durch den Abhängigkeitsbericht, 1972, S. 72 f.; Bachelin, Der konzernrechtliche Minderheitenschutz, 1969, S. 45 f.; Schubert, BFuP 1966, 223, 229 ff.; Mestmäcker, FG Kronstein, 129, 145; Geßler, NB 1966, 198, 207.

5) Bei Kropff, S. 409.

6) Ders., ZGR 1985, 214, 233.

7) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 37.

社員への給付が、経営的理由からまたは会社の諸関係を考慮して許されるか否かによって、隠れた利益配当の有無が判断されるからである。物的会社の指揮者が、通常のかつ誠実な営業指揮者の注意義務に従えば非社員に与えなかったと推定される財産的利益を社員に与えたか否かが基準となる。税法的・会社法的資料を検討した後に、Brezing の確認したところによると⁸⁾、不利益な法律行為と隠れた利益配当の決定的な一致点は、非従属会社の通常の誠実な営業指揮者であるならば、そのような行為をしなかった、ということである。したがって、不利益な法律行為の確認に際して、隠れた利益配当に関して税法上形成された概念が役立つのである。不利益な法律行為と隠れた利益配当の近似性の認識は、312条の報告書の作成および313条の検査に際して、当事者の注意義務に影響を与えざるにはおかまいであろう。なぜならば、従属性報告書に含まれないまたはそこで相当と判断された行為が、税法上では隠れた利益配当と判断されることは、原則として、報告が不実であったことおよび検査が不十分であったことを明らかにするであろうからである⁹⁾。

(2) 市場価格が存在する場合⁹⁻²⁾ 市場価格は注意義務違反の確認のための一応の基準となる¹⁰⁾。一応というのは、絶対的な市場価格は現実にはほとんど存在しない完全な市場のみに見出されるものであり¹¹⁾、市場価格がコンツェルン自身によって影響を受けていることもあるからである。それでも、この影響を排除できれば、市場取引される商品または役務の給付にあって、注意深く行動する営業指揮者が尊重すべき価格帯が存在しうる。もっとも、この価格帯未満で給付がなされる場合であっても、それに客観的理由が存するときには、注

8) Ders., AG 1975, 225, 231.

9) この点に関して, vgl. Risse, DStR 1984, 711, 712.

9-2) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensleiner, § 311 Rn. 38.

10) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 166 ff. m. w. N.; WP-Handbuch 1981, S. 853; Stahl, Das Verbot der Benachteiligung abhängiger Aktiengesellschaften, 1972, S. 38; Pöpl, oben Fn. (4), S. 46 ff.; Geßler, NB 1966, 198, 202; Strohn, Die Verfassung der Aktiengesellschaft im faktischen Konzern, 1977, S. 86.

11) Strohn, oben Fn. (10), S. 86; skeptisch daher z. B. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., 335 f.; Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 306 ff.; Paehler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, 1972, S. 114 ff.

意義義務違反の不利益ではない。市場価格未満の給付は、会社がコンツェルンの専門化による費用メリットを、例えば、販売費に関して享受するときにも問題となるが、第三者との同様な取引において、その価格での給付が認められる場合にのみ、不利益の不存在を排除するにすぎない。逆に、非従属会社が市場価格を越える価格でしか給付をしないと推定される場合には、その価格で給付をしなければならない。非結合企業から会社に申込がなされたときには、その申込価格は準市場価格となる。非従属会社の営業指揮者は、反対給付の価格よりも低い価格で給付をしないはずであるから、正当な割引は別として、支配企業の誘引によって、これがなされるときには、したがって、不利益が存在することになる。ただ、給付と反対給付との相当性は不利益を無条件に排除しないことに注意しなければならない。反対給付が会社の営業にとって必要なものであったか否かも問題となるのである¹²⁾。

(3) 市場価格が存在しない場合¹³⁾ このような状況は結合企業間において比較的しばしば生ずる。例えば、従属会社が、他のコンツェルン企業の特別の生産物を引き取り、半製品をコンツェルン内で供給し、支配企業に自己の営業を賃貸し、特許使用料をコンツェルン内で受け取りまたは支払い、コンツェルン分担金を負担しまたはシンジケート割当額を他のコンツェルン企業に販売するときである（ここには、税法にいう隠れた利益配当が存在しうる¹⁴⁾）。これらの場合において、相当な反対給付の範囲を定めるには、次のような方法が考えられる。

① 会社の自己費用に相当な利益を加算する方法 この方法の欠点は、共通費用の分担額の算定の困難さおよび相当な利益の曖昧さにある¹⁵⁾。しかし、

12) Vgl. Lange, Verdeckte Gewinnausschüttung, 1972, S. 153; auch Wiedemann/Strohn, AG 1979, 113, 118 f.

13) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 40, 41.

14) Vgl. RFH RStB1 1939, 212.

15) したがって、この方法に疑問を提出するものとして, vgl. Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 337; Stahl, oben Fn. (10), S. 41 f.; Wälde, AG 1974, 370, 372 f.; w. N. bei Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 175. いくらか楽観的なものとして, vgl. Ebenroth, Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozeß, 1970, S. 162 ff. mit Einzelheiten zur Selbstkostenermittlung und w. N.

自己費用を基に価格を推定するために使用される指針¹⁶⁾を利用して、相当な価格帯を確定することは可能である。

② コンツェルン外への譲渡価格から算定する方法（販売価格主義） 会社の給付物が、最終的に、第三者に譲渡されるときに、支払われる価格によって不利益を確認することが可能である¹⁶⁻²⁾。しかし、会社の給付物が、結合企業間において多数の段階を経て最終的なコンツェルン外販売の段階に達する場合や中間において著しい付加価値が生ずる場合には、相当な中間給付価格の適切的推定が困難になる。

③ 相互に独立な契約当事者の推定合意価格を利用する方法 これは、相互に独立な契約当事者は双方にとって営業利益が等しくなる価格で合意するのが最も真実であると考えることを前提とする¹⁷⁾。Kropff は、結合企業間においては、この方法が他のものよりも有用である、という。なぜならば、当事者は、相手方の状態を、したがって、相手方の可能な利益を、相互に独立な企業間の取引においてよりも、よりよく判断できるからである。しかし、従属会社の場合において、そのようにいうか疑問である。のみならず、外部者（経済検査役・少数株主・債権者）が交渉過程を具体的に判断することは一般に不可能であるから、この方法の有用性には問題がある。

④ 貸借対照表価額を利用する方法 これは、不利益基準として、給付の目的物の貸借対照表価額を考慮するものである。しかし、この方法は理論的に既に否定されている¹⁸⁾。第1に、貸借対照表上に表示されていない利益、例えば know-how の譲渡の場合には、この方法では不利益を確認できない。第2に、取得価額・製作価額および減価償却によって算定される経済財の簿価は、真実の価額、したがって、相当な価格とは無関係である。

コンツェルン割当金の許容性および相当性が問題となる¹⁹⁾。会社の業務決定へのコンツェルン指揮者の関与のような経營業務および支配企業のコンツェル

16) WP-Handbuch 1981, S. 1444 ff.

16-2) Vgl. *ibid.*, S. 854.

17) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 176 m. w. N.

18) Vgl. Geßler, NB 1966, 168, 202; Risse, DStR 1984, 711, 712.

19) Vgl. Brezing, AG 1976, 5 ff. (zu BGHZ 65, 15); Wiedemann/Strohn, AG 1979, 113 ff.

ンの監査その他の監督のための管理業務について、従属会社に割当金が要求されるべきでないことは明らかである。これに対して、宣伝・市場調査・助言などの補助業務は、コンツェルン外第三者のために行うときは反対給付を要求するものであるから、事情が異なる。ここにおいて問題となるのは、これらの補助業務を従属会社が必要としたか否かである²⁰⁾。この必要性が認められるとき、その相当性が初めて問題となるのである。

(4) 見返りの期待される不利益な給付²¹⁾ 相互に独立な企業の間において、友好的営業関係から、個別的にみれば不利益にみえる行為がなされることがある。この場合には、別の機会における見返りが期待されているのである。したがって、このような不利益な行為をしたとしても、取締役の義務違反が直ちに生ずるわけではない。しかし、従属関係にあっては、相互の力の差を考慮すれば、同様に論ずることはできない。ここでは、見返りは支配企業の意思に完全にかかっているからである。このように考えれば、見返りを期待する行為も不利益な行為と推定して、見返りを法上要求される不利益の補償と考えるべきである²²⁾。この例は、独立性を擬制して不利益を確認することが常に可能と限らないことを示している。非従属会社の取締役が行うことを許される行為であっても、従属会社にあっては不利益とされる行為も存在するのである。

(5) 構造変革的行為²³⁾ 会社が、重要な営業もしくは営業の一部を支配企業に譲渡または他のコンツェルン企業のために総力をあげて継続的供給義務もしくは継続的役務提供義務を引き受けるなど、会社の構造を変革する法律行為が結合企業においてなされることがあるが、この場合、このような契約の締結が会社の営業目的に違反するときは、これは許されないが、それとは別に、生ずる不利益の特殊性を考慮することが必要となる。例えば、営業分野を削減する契約によって、後に、会社が、結合関係終了の際に、原状回復が不可能ま

20) Vgl. Wiedemann/Strohn, AG 1979, 116.

21) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 42.

22) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 157; Strohn, oben Fn. (10), S. 82 f.

23) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 43.

たはいずれにせよ困難な状況に置かれる場合には、不利益が給付・反対給付の相当性によって検討されるのでは十分ではない。非従属企業の慎重な営業指揮者が、このような行為に内在する危険を受け入れることが許されたか否かも検討されなければならない。

3) 不利益と処置 (1) 不利益の確認²⁴⁾ 311条以下にいう処置とは、会社の財産または収益性になんらかの形で影響を与えうる——法律行為以外の——すべての行為を意味する。そのような処置には様々なものがあり、包括的に述べることは不可能であって、具体例を示すことができるのみである。例えば、市場の放棄、特定分野における研究の強化・制限、代理投資・投資拡大の引受・中止、販売・仕入施設の支配企業への委譲、コンツェルン指揮会社への有能な従業員の派遣などである。このような処置は、その効果を法律行為に比べ予め明確に算定できないことが多いため、非従属会社の営業指揮者の注意義務に違反する不利益が存在するか否か確認できないこともしばしばある²⁵⁾。業務執行的決定は不確実な要素——景気・需要・金融事情など企業外の将来の状況や環境の変化——を前提としてなされねばならない。ここから、取締役に委ねられる広い裁量領域が生ずる。この領域外においてのみ、不利益が問題とされる。不利益確認の特殊性が、ここから生ずる。

このような特殊性が認められるとしても、非従属会社の営業指揮者が企業を破産させる可能性のある危険を引き受けることは許されない、ことに留意すべきである。したがって、事実上のコンツェルンにおいて、会社の存続を危殆ならしめる処置はすべて注意義務違反であって、311条にいう不利益である²⁶⁾。例えば、そのような例として、研究・開発・仕入・販売などの経営的活動のコ

24) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 44-47.

25) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 177 ff.; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 338; Paehler, oben Fn. (11), S. 141 ff.; Pöppel, oben Fn. (4), S. 67 ff.; ferner Bachelin, oben Fn. (4), S. 44; Haesen, Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, 1970, S. 107 ff.; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 28 ff.

26) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 39; Strohn, oben Fn. (10), S. 76; Rehbindner, Konzernernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969, S. 237; Mestmäcker, FG Kronstein, S. 129, 147; Martens, DB 1970, 865, 867.

ンツェルン中枢への集中という典型的コンツェルン政策を挙げることができ。また、コンツェルンの要請にもとづく生産設備の専門化も——その生産品が自由市場の費用をカバーする価格で販売されないから——不利益となりうる。この故に、会社の存続を危殆ならしめないとしても、それに見合う高利益の機会なしに、明白な危険を生ぜしめる処置もまた不利益と考えられなければならない²⁷⁾。市場放棄の場合、有利な市場の放棄は311条の不利益であると原則としていう。長期的な投資政策の決定の場合には、不利益か否かの判断は容易ではない。

会社が、支配企業の誘引によって、例えば、その生産設備を全体として他のコンツェルン企業のために配置替えをしたときには、この結果として、コンツェルン指揮者の個別的指示に従うことは、生産物の売れ行きが悪化したとしても、注意義務違反とはならない。この場合には、最初の誘引に関して不利益の確認をなすべきである。すなわち、誘引の結果としてなされる処置であり、かつ独立の統一的企業体として会社が市場に存続することに影響を与える処置の責任は、最初の誘引に帰属させるべきである。これは317条の損害賠償額の範囲に関して意義を有する。

(2) 数量化²⁸⁾ 不利益の数量化は極めて厄介である。なぜならば、二つの仮定的状況が前提となっているからである²⁹⁾。まず、処置がなされた時点を基準として、処置の効果を数的に推定しなければならない。この数値を、次に、誘引がなかったとしても取締役がなしたであろう行為の効果の（同様に推定された）数値と比較しなければならない³⁰⁾。さらに、取締役が必要な注意義務を果たしたならば生じたであろう効果と比較しなければならない。これらの比較において恣意が入るのは避けられない。ただ、市場の放棄のような状況の変化の場合には、喪失利益を推定することは可能であるかも知れない。また、投資

27) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 40 m. w. N.; ferner Strohn, oben Fn. (10), S. 78 f.

28) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 47.

29) Vgl. Pöpl, oben Fn. (4), S. 67 ff.; Paehler, oben Fn. (11), S. 142 ff.

30) しかし、多くの場合において、取締役が支配企業の影響なしになしたであろうことを推定することは不可能である。

決定（支配会社の誘引にもとづく投資の実行・中止の決定）の不利益の確認については、評価の時点における当該投資に帰せられるべき収支の差額をもって不利額とする経済性計算方法が提唱されている³¹⁾。

3 不利益の数量化の不可能な場合

予め数量化が不可能な不利益は、特殊な状況の下においてのみ補償が可能である³²⁾。通常はこの可能性はない。なぜならば、必要な補償額を推定するためには、不利益の範囲を確認することが必要だからである。ところで、法は、不利益の結果が補償されることを前提として、不利益の誘引を許しているのだから、補償の可能性は不利益な行為への誘引の許容性およびその実行性の規範的前提といえる。したがって、会社の不利益の補償が不可能な行為への誘引は、最初から違法ということになる。もっとも、この範囲を決定するのは極めて困難である³³⁾。

4 小 括

1) 緒論³⁴⁾ 前述のところから明らかとなったことは、事実関係のあらゆる要素を認識しても、不利益な結果を有するか否かを客観的に確認できない行為があるということである。311条以下の検査基準はこの結果を証明する。結合企業間での法律行為であって、その相当性を検証するために比較されるべき第三者との行為が存在しない行為にあっては、結局、当事者、すなわち支配企業が、一定の範囲において、みずから決定できることとなる。支配企業は、自己に都合のよいように、相当性を判断するであろうから、従属会社は非従属会

31) Vgl. Gebler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 179; Pöpl, oben Fn. (4), S. 68; Stahl, oben Fn. (10), S. 150, 151.

32) これについては、後述する (18, 25, 26頁参照)。なお、この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 48.

33) Vgl. Gebler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 179.

34) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 49.

社に比べ一層悪い状況に置かれる。にもかかわらず、有責的な営業指揮者の義務違反は確認されず、従属会社に不利益な行為は存在しないことになる。支配企業と従属会社との間において、その「相当性」を正確に推定できない行為を許す限り、従属会社の利益に関して、正当に抑制されえない危険が生ずることとなる。処置にあっては問題は複雑であり、処置の経済的效果と反対給付との比較は可能ではない。注意義務違反を確認できるのは、処置が最早や商人的観点から支持しえないときのみである³⁵⁾。したがって、処置にあっては、支配企業が、抑制されることなく、指揮力を行使できる領域は広い。従属会社の取締役は、処置の本当の理由を従属性報告書において明らかにすることを要求されないから、それだけ支配企業は自由に指揮できることとなる。しかし、これでは、従属会社を非従属会社と同様な状況に置くという法の趣旨は達成できない。法の趣旨を実現しうる 311 条の解釈は不可能であろうか。

2) 従属会社を保護するための解釈 (1) 立証責任の分配³⁶⁾ 不利益の概念内包として注意義務違反があり、従属会社の利益に反する行為・処置については、注意義務違反が法上推定されている (§ 317 Abs. 2 AktG)。この推定は支配企業の指揮力行使の恣意性を制限することにはならないだろうか。支配企業が行為の付随的事情によってその行為が外見上支持されることを証明して免責されることを考えれば、問題は消極に解されるであろう。

(2) 従属会社の取締役の裁量権の制限³⁷⁾ 不利益が問題となるのは、従属会社の取締役が支配企業の誘引に従って行動したときである。したがって、従属会社の取締役の注意義務を伴う裁量権は、非従属会社の取締役のそれとは異なり、行為の経済的效果の判断およびその数量化の可能なときにのみ、外部的決定に従いうるということにある、とする主張がある。なぜならば、このように解してこそ補償の必要性・範囲の推定が可能となるからであり、注意義務違反、したがって、不利益が存在するのは、行為の経済的效果の判断もその数量

35) Begr. RegE zu § 313 bei Kropff, S. 415.

36) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 50.

37) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 51-53.

化も不可能であるにもかかわらず、外部決定に従ったときである³⁸⁾、というのである。Paehler³⁹⁾ は、同様な考え方にもとづいて、取締役が従うことを許される誘引は存在しない、と結論する。なぜならば、行為の結果を事前に数量化できることは極めて稀だからである。この主張が正しければ、支配企業の影響下から従属会社の利益が保護されることになる。しかし、311条はこのような解釈を許すであろうか。

Paehler の主張は、311条の前提となっている不利益と利益によるその補償という構想に矛盾するものである。この説は、法の規定に反し、また実務的見地からも支持できない。

① 法文的理由 まず、従属性報告書の記載事項を定める312条1項3文は、処置にあっては、その処置の理由および会社に対する利益・不利益の報告を要求し、処置の経済的効果の数量化は要求されていない。また、従属性報告書に関する決算検査役の検査事項を定める313条1項3号は、上述の記載の範囲内においての検査義務を要求するのみである。法は誘引された処置の経済的効果の数量化が可能であることを前提としているとの主張は、これらの明文の規定に反する。さらに、決算検査役の証明文が、経済的効果の数量化の記載のない場合に、限定的でなければならないとは解釈されないのである (vgl. § 313 Abs. 3 AktG)。法文上、誘引は従属会社に一定の作為・不作為を勧告する支配企業の表示のみを意味するのである。従属会社の取締役が、非従属企業の営業指揮者の観点から、義務違反の行為のみを要求されるときにのみ、誘引が推定されるとは考えられない。不利益は誘引の概念内包ではなく、これとは別に明らかにされなければならない概念である。317条2項は、誘引されたがそれにもかかわらず義務に違反しない行為が存在することを明らかにしている。法が、結果に関して予想できるのみならず、計量できる極めて稀な誘引のみを対象としているとは考えられないのである。

② 実務的理由 その経済的効果について正確に計量できない誘引はすべて許されないということになれば、結合企業間における営業関係が誘引の可能

38) Vgl. Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 339.

39) Ders., oben Fn. (11), S. 160 ff.

性ゆえに中断されることになる。また、結合企業間の様々なコミュニケーションが誘引の可能性およびそれと結合した営業活動の制限のために著しく阻害されることになる。この結果は、外部者にとって全く無意味であるとともに、利益にも反するものである。さらに、この結果は、法が補償の営業年度内の約定を許したこともとも矛盾するのである⁴⁰⁾。

(3) 平均的行為の設定⁴¹⁾ 不利益確認の困難さは、通常の営業指揮者の注意義務に一致する行動様式の多様性にある。そこで、一定の幅をもって平均的行為を設定し、この範囲内に達しない行為には不利益を推定すべきである、とする主張⁴²⁾がある。しかし、平均的行為に達しない行為のなかにも注意義務に違反しない行為も存在するし、上限および下限、したがって、平均を正確に確定しうることは稀である⁴³⁾。

(4) 一括相殺⁴⁴⁾ 一定の営業年度に帰せられる利益・不利益を一括相殺することによって、不利益を確認する方法があるが、これは、問題の解決に適当でなく、311条1項は個々の誘引に関するものだから、法に矛盾する。ただ、誘引の結果として会社営業に生じた全体的状況の変更は、317条の損害計算に関しては意味がある。

3) 結論⁴⁵⁾ 従属会社の財産・収益状態に対する従属性の影響を排除するという立法趣旨を、解釈によって達成しようとする試みは、以上のように成功しているとはいえない。現行法は法政策的および体系的に問題があるといわざるをえない。すなわち、一方において、支配企業が、少数派株主および債権者の犠牲において、自己の利益を図る可能性が残されているのだから、法政策的に問題があり、他方において、契約コンツェルンにあっては、少数派株主およ

40) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 182.

41) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 54.

42) Uecker, Der Vorteils-Nachteils-Ausgleich beim Abhängigkeitsbericht, 1972, S. 131.

43) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 180.

44) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 55.

45) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 56.

び債権者の保護が実現されているから、体系的に問題がある。今後の改正が必要であるが、EC における会社法の統合の問題もあり、西ドイツにおいて改正が近い将来においてなされることが期待できないのが現状である⁴⁵⁻²⁾。

IV 補 償

1 緒 論⁴⁶⁾

法は、不利益がそれに照応する利益によって補償されるという前提の下に、支配企業が従属会社に不利益な法律行為または処置を誘引するのを許す。この補償のための利益は、当該営業年度末に将来の利益への法的請求権が認められることから生ずる当該年度中の利益で十分である。政府草案に対する変更は、支配企業が、補償の時期・方法を時間をかけて決定し（不利益の直後に決定する必要がない）、従属会社を企業結合に組み入れることを容易にするにある⁴⁷⁾。したがって、コンツェルン指揮者の組織的要請に対して、会社・少数派株主・債権者への優先的補償という建前が、これにより変更されたのではない。

2 不利益・利益相殺の限界

1) 補償不能と法の趣旨⁴⁸⁾ 法は不利益のすべてが補償可能と考えているのではない。数量化不能で、したがって、補償不能の不利益もある。この場合には、311条および317条の適用がないというのではなく、補償不能ということで直ちに損害賠償義務が発生するということである。損害賠償は不利益が数量化できないことによって不可能になるのではない。これは、一方において、

45-2) だからといって、事実上のコンツェルンの制度が無用というのではない。Koppensteiner も現行法が旧法にもたらした進歩を認めるのである (vgl. oben Rn. 56)。

46) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 57.

47) Ausschlußbericht bei Kropff, S. 409 f.

48) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 58.

原状回復という損害賠償の原則的方法によって処理され、他方において、損害評価、場合によっては損害査定 (§ 287 ZPO) が最終口頭弁論の時点を基準としてなされることになる。さらに 317 条を根拠に侵害を排除することもできるのである。

2) 違法な誘引⁴⁹⁾ 違法な誘引およびそれに応ずる行為は、結果として生じた不利益が補償されても適法となるのではない。例えば、定款所定の目的外の行為の誘引である。支配企業は、必要な議決権を支配する限り、定款変更によって会社の営業目的の変更が可能であるが、これをしない以上は、従属会社の取締役にも目的外の行為を誘引することはできない⁵⁰⁾。ここに利益・不利益相殺の明確な限界がある。例えば、製造業を目的とする会社において、定款を変更することなく、サービス業を行わせることはできない。したがって、誘引が会社の目的を達成するために重要な営業部門の放棄を志向することは許されないのである。

3) 総会決議による不利益⁵¹⁾ Strohn によれば、総会決議の結果である不利益は、補償は問題とならず、したがって、最初から違法である⁵²⁾。Strohn の根拠は、支配企業は、契約コンツェルンにあっては、311 条以下の場合に比べはるかに包括的な優越的地位を与えられているが、それにもかかわらず、従属会社に不利な総会決議は取り消しうること、支配企業は、総会において、会社外の利益の追求者として行為することが許されないことにある。しかし、契約コンツェルンにおいては、支配企業は、会社の損失のみを補償すればよく、個々の不利益を個別的に補償する必要はないから、会社に不利益をもたらす総会決議の取消を問題とすればよく、その補償は問題としなくてよい。非契約的従属性の場合には事情がこれとは異なり、しかも取消が実際になされると速断できない。会社外利益の追求のために取り消しうる決議にあっても、補償の可

49) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 59.

50) Vgl. Strohn, oben Fn. (10), S. 53 ff.; J. Wilhelmi, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981, S. 227 f.

51) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 60.

52) Strohn, oben Fn. (10), S. 38 ff.

能性を残しておく方が妥当である。311条以下の規整において問題となるのは、不利益が補償されるか否かであって、いかなる方法で不利益が加えられるかではない。

4) 企業結合外的利益の追求⁵³⁾ 不利益的影響力の行使が、支配企業またはこれと結合した企業の利益によって正当化されないときには、これは、補償の可能性を問題とすることなく、許されないと解するのが通説である⁵⁴⁾。契約コンツェルンにおいても、指揮力の限界として、支配企業またはこれと結合した企業の利益が明定されているからである (§ 308 Abs. 1 S. 2 AktG)。311条が会社外からの誘引を許すのは、これが会社自治の原則を破るとしても、他の企業結合構成員の利益に役立つから——契約コンツェルンの場合と同様に——承認されるのである。117条が明らかにしているように、私的利益（企業結合外的利益）は会社利益侵害の正当化の理由とはならない。従属性が統一的指揮なしに存在するときには（311条以下の適用にはこれで十分である）、コンツェルンは存在しないからコンツェルン利益は存在せず、したがって、誘引が許されないと解すべきではない。単なる従属性の場合においても、支配企業は自己または自己と結合している利益を追求できるのである⁵⁵⁾。

5) 日常業務への影響；異常な処置⁵⁶⁾ Hommelhoff は、日常業務への影響力の行使および異常な処置、例えば、新製品の開発・新市場への進出・大規模な投資への誘引などは許されないという⁵⁷⁾。しかし、日常業務への影響であるからといって別異に解する理由はない。個別的に許容される誘引か否かを検討すべきである。異常な処置についても同様である。

53) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 61.

54) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 34 ; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 214; Flume, Die juristische Person, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Teil, 1983, S. 122; Rehbinder, oben Fn. (26), S. 236; Martenz, Die existentielle Wirtschaftsabhängigkeit, 1979, S. 61 ff.; Beuthien, DB 1969, 1781, 1784; Möhring, FS Schilling, S. 253, 265 f.

55) 詳しくは, Strohn, oben Fn. (10), S. 65.

56) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 62.

57) Hommelhoff, Konzernleitungspflicht, 1982, S. 141 ff.

3 補償の額および方法

1) 補償の額⁵⁸⁾ 317条の請求権を排除する補償としての利益の額は、生じた不利益の範囲によって決定される。311条1項の「補償される」という文言は、このことを明らかにする。この原則が遵守されることによって、従属会社は非従属会社と同様な状態に置かれることになる。非従属企業の営業指揮者も、不利益な処置に関与することを、これに照応する利益が結合されていることを認識したときには、許されるからである。これは Kropff が的確に指摘しているところであるが⁵⁹⁾、必要な補償の額は不利益発生と利益授与との間の時間差によっても異なる。不利益が直ちに補償されないときには、「遅延損害」が不利益額の計算に際して考慮されるからである。逆に、不利益と利益との間の時間差は、不利益が発生する前に利益が授与されるときにも考慮すべきである。「先給付の利得」を、全体として必要な利益の範囲の推定に入れることが許されるのである。

一般的にいて二段階の評価が必要である。まず、不利益が発生した時点を基準として、不利益の額を確定すべきである。次に、補償とされる給付を、それがなされる方法に従って評価すべきである。完全な補償があったというるためには、不利益が発生しなかったと同様な状態に会社を置くことである⁶⁰⁾。

2) 補償の種類 (1) 現実的補償と法的請求権⁶¹⁾ 311条2項は、「営業年度中の現実の補償」と補償たる利益への「法的請求権の授与」という二つの種類の補償を定めている。なにが現実の補償であるかまたは法的請求権の目的であるかについては明らかにされていないが、物・権利・役務などあらゆる財産的価値が考えられる⁶²⁾。注意すべきは、法的請求権の授与であっても、現実の補償でありうることである。すなわち、直ちにまたはいずれにせよ営業年度末

58) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 63, 64.

59) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 127.

60) Ibid., Rn. 131.

61) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 65.

62) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 135.

までに行使できる法的請求権は、現実の補償の範疇に入るのである。

(2) 利益の評価可能性⁶³⁾ 不利益の補償を確認する必要からいって、原則として、利益が評価可能でなければならないことは明らかである⁶⁴⁾。決算検査役、場合によっては裁判所が、利益が理論的のみならず現実にも不利益を補償していることを納得する必要がある。したがって、コンツェルン内の有利な給付も、従属会社が現実これを利用し、コンツェルン外ではもっと高額を支払をしなければならないときには、この給付の評価が可能であるから、補償と認めることができる。

利益がその関連する不利益との関係で評価できれば十分である⁶⁵⁾、と解するのが多数説である。この結果、場合によっては、計量不可能な不利益を計量不可能な利益で補償することが可能となる。Strohn は、この例として、有望な生産計画を、他の同じくらいまたはそれ以上に見込のある生産と交換することをあげている。このような処置は、非従属企業の指揮者の注意義務にも適合する。このような前提においては、補償としての機会の予想される経済的価値は、放棄された可能性の潜在力と等価である。それ自体利益を伴わない危険に存する不利益は、これに応ずる強力な利益の機会を承認することによって補償されうるのである⁶⁶⁾。

(3) 授与される利益の貸借対照表能力⁶⁷⁾ 授与される利益は、会社、その株主および債権者を、不利益な処置がなかったと同様な状況に置くものでなければならない。したがって、不利益が貸借対照表上現われるものであるならば、これを相殺する利益は貸借対照表能力を有しなければならない。立法趣旨からこのように解される⁶⁸⁾。

63) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 66, 67.

64) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 143; Beuthien, JuS 1970, 53, 56.

65) Kropff, a. a. O; Strohn, oben Fn. (10), S. 91 ff.

66) 反対, vgl. Müller, ZGR 1977, 1, 15.

67) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 68-70.

68) 例えば, Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 341 は、次のように述べる。

以上に対する例外は、計量不可能な不利益が計量不可能な利益で補償される場合である。この場合には、利益・不利益の貸借対照表上の相殺は問題とならない。

結論としていいうことは、貸借対照表上問題となる不利益は貸借対照表上問題となる利益によって補償される。したがって、これらは貸借対照表能力を有しなければならないのが原則であるということである⁶⁹⁾。他方、さし当っては貸借対照表的効果と結びつかない不利益の場合には（例えば、価値を有するが未使用のパテントの無償譲渡）、利益および利益補償請求権は貸借対照表能力はない。このときには、不利益が現実化したときに、それを補償する利益が構成されねばならない。

(4) 補償請求権の履行不能⁷⁰⁾ 利益が請求権の形で授与される場合に、債務者の責めに帰すことのできない事情によって、請求権の履行が不能となったとき、どのように処理すべきか。企図された補償の効果がこのときには生じないと解すべきである。補償の可能性は、一方において、支配企業に法上与えられた例外的特権であり、同時に他方において、取締役が会社に不利益な行為を行うことが許される前提である。そこから民法の原則の修正が生ずる。会社の財産・収益に関する従属性の影響の排除は、補償のための請求権に依存しているのであるから、支配企業は不利益補償の請求権の履行について危険を負担することになる⁷¹⁾。

「不利益を補償すべき利益の種類について法定されていないのであるから、ここでは、不利益を貸借対照表上相殺できる金銭的価値を有する利益のすべてが考慮される。利益は不利益に特に関係の有するものである必要はない。それどころか必要なことは、利益が金銭的価値を有し、資産能力を有することである。そうでなければ、その利益は不利益補償に適当でないからである。」

なお、この点については、vgl. Pöpl, oben Fn. (4), S. 70; Bachelin, oben Fn. (4), S. 52.

69) Vgl. Würdinger in Großkomm, AktG, § 311 Anm. 12; Haesen, oben Fn. (25), S. 118.

70) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 71.

71) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 132.

(5) コンツェルン利益と補償⁷²⁾ 会社が企業結合に所属することによって享受する利益(受動的コンツェルン利益)は、それが具体的に評価が可能であっても、補償としての利益にならない⁷³⁾。コンツェルンの単なる存在による侵害が不利益でないならば、結合の積極的效果も利益ではない。さらに、この利益は「授与された」ものではない(vgl. § 311 Abs. 2 AktH)。不利益な処置への誘引と同様に、利益の授与も、それを目的とする行為が前提となる。一般的なコンツェルン効果(例えば、融資銀行との関係の改善、統一的指揮の結果としての内部的経営組織の改善)には、それを目的とする行為は存在しない⁷⁴⁾。

311条以下の規整はコンツェルン効果を考慮していないから無意味であるとする説⁷⁵⁾がある。この説の前提は、子会社の外部株主は結合形成の相乗作用的効果、いわゆる集中化年金(Konzentrationsrente)への請求権を有するということである。経済的には、この説には十分な理由があるかも知れない。しかし、311条以下の趣旨はそこにあるのではない。会社が具体的な不利益を受けたときにのみ、具体的な利益が授与されねばならないというのであり、したがって、コンツェルンへの所属が利益をもたらす場合には、具体的な利益の授与は不必要であるとするにすぎない。要するに、結合の効果それ自体は考慮すべきでないのである⁷⁶⁾。

3) 補償と損害賠償⁷⁷⁾ 両者は同一ではなく⁷⁸⁾、その額も異なる。なぜならば、不利益、したがって利益も、不利益を受けた時点において、慎重な企業指揮者が認識していた事情にもとづいて推定されるのであって、その後の状況は考慮されないからである。Würdinger の「補償は損害を填補しなければな

72) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 72, 73.

73) 例えば, Schubert, BFuP 1966, 223, 228.

74) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 137 f.; Geßler, DB 1965, 1729, 1731; ders., FG Kunze, S. 159, 173; Kiehne, DB 1974, 321, 324.

75) Kirchner, ZGR 1985, 214, 231 f.

76) Vgl. Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 341

77) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 74.

78) Geßler/Hefermehl, § 311 Rn. 133 f.; Baumbach/Heck, AktG, § 311 Rn. 9; Werner, AG 1972, 167, 168.

らない」という表現⁷⁹⁾は適当でない。損害は補償よりも少ないこともありうるのである。補償と損害との相違は、その額だけではなく、給付内容に関しても生ずる。損害賠償は原状回復が原則であり、金銭賠償は補充的である⁸⁰⁾。これに対して、補償としての利益は財産的利益であればその種類を問わないのである。

4 補償の負担者⁸¹⁾

311条は、不利益が補償されることを要求するが、そのため必要な支出を支配企業が直接に負担することを要求しない。補償の負担者は第三者、実際には他の企業結合の構成員でありうる。支配企業Aが、従属会社Bに不利益な処置を誘引し、従属会社CにBに対する補償を誘引することもありうる。この際、Cに生じた不利益の補償が当然に問題となる。例えば、CがBのために保証人となったとき、保証引受により保証人に生ずる経済的利益が、保証引受に伴う危険と均衡しており、しかもこの利益がCの必要とするものであるとき、Cの不利益は補償されていると解すべきである。この場合、保証引受の危険と引受に伴う利益とが均衡していることが前提である。換言すれば、慎重な営業の指揮者として、この均衡が確認されたときに、Cの指揮者は保証の引受を許されるのである。多重コンツェルンにおいては、孫会社Cに不利益な影響力を行使することを娘会社Bに誘引した母会社Aは、みずからCに対する補償を引き受けるかまたはBの不利益が補償されるよう配慮しなければならない⁸²⁾。AがCを直接に誘引した場合には、Bに対する誘引がないから、Bに関しては311条の適用はない⁸³⁾。

79) In Großkomm. AktG, § 311 Anm. 11, 5; ebenso Müller, ZGR 1977, 1, 17.

80) わが国では金銭賠償が原則である(民法417条)。なお、水本 浩、債権総論(有斐閣) 39頁参照。

81) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 75.

82) BはCへの不利益補償という不利益を負担する。

83) Rehbindner, ZGR 1977, 581, 598 f.

5 補償の決定

1) 補償決定請求権⁸⁴⁾ 決定された補償の履行を求める請求権と異なり、補償決定請求権は存在しない⁸⁵⁾。なぜならば、営業年度前には訴の利益が存在せず、営業年度終了後においても、給付訴訟に不可欠な具体的な給付請求権が存在しないからである。

2) 補償の決定と会社の同意⁸⁶⁾ 通説は、補償を具体的に決定するのは支配企業の問題であると解する⁸⁷⁾。しかし、会社の同意が必要と解すべきではないかと思われる⁸⁸⁾。なぜならば、利益が不利益の完全な補償に適当か否かは、その「客観的」価値に依存するのみならず、その会社営業への必要性にもかかっているからである。したがって、311条の趣旨からいって、補償の選択権が支配企業のみに属するという解釈は否定されることとなる。支配企業に認められるのは、せいぜい提案権であり、給付の目的の具体化には会社の同意が必要である。ただ、補償について合意成立後、支配企業が、他の補償方法を提案し、これが同意されないときに、金銭賠償を選ぶことは許される。なぜならば、計量できる不利益にあっては、現金での補償がこの不利益を補償するのにつねに適当であり⁸⁹⁾、したがって、補償の目的について当事者の合意成立後においても、法の趣旨から見て、金銭補償を認めるべきであるからである。

84) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 76.

85) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 156; Paehler, oben Fn. (11), S. 49; Gansweid, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1976, S. 167; Möhring, FS Schilling, S. 253, 265; Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 38; Neubaus, DB 1971, 1193; Kellmann, BB 1969, 1509, 1511.

86) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensleiner, § 311 Rn. 77, 78.

87) Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 10; Gansweid, oben Fn. (85), S. 179; Paehler, oben Fn. (11), S. 49; Möhring, FS Schilling, S. 253, 265; Beuthein, DB 1969, 1781, 1783.

88) Vgl. Geßler, FS Westermann, S. 145, 161; Strohn, oben Fn. (10), S. 185 f.; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 150 f.

89) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 151.

以上に対して、補償額の合意は必要ではない⁹⁰⁾。これは不利益の範囲によって結果的に決定される。争いがあるときは、317条の損害賠償訴訟によって決定されるべきである。そもそも、支配企業との間に不利益の発生やその額について争いがあるときには、取締役は誘引に従うべきでない。

3) 基準時⁹¹⁾ 営業年度中に現実に補償がなされる場合を除いて、遅くとも営業年度末までに、不利益がどのような利益によって補償されるかが決定されねばならない。実際には従属性報告書の作成中に不利益、したがって、補償の必要性が明らかになることもあると思われる。このような場合には、後日附の補償協定をすることも許されよう。会社は適法な時期に授与される補償に比べ不利になるわけではなく、また、損害賠償請求権の行使に関して生ずる障害もそれほど問題とならないからである。後者に関していえば、損害賠償請求権の行使は、一般に、例外的な場合にのみ期待されるからである。

先きの利益で後の不利益を補償することも原則として可能である。従属会社を独立の会社であるかのような状況に置くという法の目的は、この方法によっても達成できるからである。この場合には、利益授与の際に、後の不利益との相殺の合意がなされていることが必要である⁹²⁾。なぜならば、利益の価値は、会社にとっては、単なる相殺項目であるか否かによって異なるからである。前営業年度の利益によって当該年度の不利益を補償することも可能であるが、貸借対照表上特定するために、それに応ずる準備金を積み立てねばならない。

6 営業年度中における現実の補償⁹³⁾

このような補償の場合、個々の不利益ごとにこれと等価の利益が対応される

90) 反対, Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 152.

91) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 79, 80.

92) Baumbach/Hueck, AktG, § 311 Rn. 10 ; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 155.

93) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 81.

ことが前提となっているのではない。交互計算の方法によって、営業年度中に発生する利益・不利益を一括することも許されるのである⁹⁴⁾。営業年度末に会社の不利益に残高が生じ、これが現実に補償されるならば、法的請求権の授与は不必要である。

7 補償のための法的請求権

1) 総説⁹⁵⁾ 不利益の生じた営業年度中に完全な不利益補償がなされない場合には、不足分に対する法的請求権が会社に授与されなければならない。(§ 311 Abs. 2 AktG)。請求権の相手方については別段の定めがないから、債務者は——その信用性が前提とされているが——何人であってもよい。これに対して、利益が現実に授与される時期(請求権の行使時期)および授与される利益の内容については特別の定めがあり、法的請求権の内容として、これらが明確にされていなければならない。

2) 履行期⁹⁶⁾ 履行期の定め方が問題であるが、給付「時期」の確定は、文理上は、なんらかの時点の決定と述べられているにすぎないから、確定期限でなく不確定期限でもよく、要するに、民法の定める原則に従い、いかようにも定めうる⁹⁷⁾。不利益補償の目的は各営業年度における従属性の解消であるから、この効果を発生させるものであれば、どのような利益授与の方法でもよいのである⁹⁸⁾。

94) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 147; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), 341; Haesen, oben Fn. (25), S. 100; Bachelin, oben Fn. (4), S. 52; Geßler, BB 1965, 1729, 1730.

95) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 82.

96) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 83.

97) Münchener Komm. BGB, 2. Aufl., § 271, Rn. 3 ff. なお, 水本・前掲46頁参照。

98) Vgl. Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl., § 311 Anm. 5; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 141; Kropff, BB 1967, 2204, 2207.

3) 請求権の目的 (1) 利益の決定⁹⁹⁾ 一定の利益への法的請求権の授与という法的要請は、一つの給付のみが請求権の目的となりうることを意味するのではない。法的請求権が、債権者、すなわち、会社を選択権が与えられている選択債権であってもよい。債務者を選択権があるものは認められない。選択債権の給付の特定には会社の協力が不可欠だからである¹⁰⁰⁾。Geßlerは¹⁰¹⁾、支配企業が金銭を約束するが、同時に、これと等価の利益を提供する選択権を有するという選択債権は認められない、とする。これは当然である。従属会社は、期待しうる利益がどのようなものであるかを知っているときにのみ、この利益を長期計画の中に組み入れることができるのである。金銭での補償が約束され、この金員を投資に使用することを計画している企業にとって、他の利益は無用なのである¹⁰²⁾。

(2) 計量できない不利益¹⁰³⁾ 計量不能の不利益は数量化された利益で補償できない。このような不利益は、会社の財産・収益の状態に損害を与えるか否か、いつ与えるか、さらにどれだけ与えるかを確定できない行為であって、取締役が、損害の危険を予想しながらも注意義務に違反し、したがって、会社の不利益に行う行為に関するものである。例えば、長期的価格凍結契約、殊に給付量や割賦金支払の正確な時期が確定していず、市場の変化も不確定な場合における行為が、これに属する。さらに、担保の提供や保証の引受など危険を伴う法律行為および有利な生産計画の放棄なども考えられる。最後に最も重要なものとして、会社の意思と関係なく終了するコンツェルン内での営業関係がある。この場合には、支配企業は、各営業年度における不利益な契約の結果の確定に協力し、この額に応じた利益をもって補償すべきである、との主張があ

99) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 84.

100) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 139. なお、水本・前掲17頁参照。

101) Geßler, DB 1965, 1729, 1731.

102) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 140.

103) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 86-88.

る¹⁰⁴⁾。保証の引受に伴う不利益は選択請求権 (Freistellungsanspruch) によって補償することができる¹⁰⁵⁾。支配企業が、会社独自の研究の中止を誘引したときには、ライセンスを与えるほかに、営業関係の終了に際して、研究の効果的再開のための人的・物的組織やノウ・ハウを会社に提供する義務を負担することもありうる。会社に、自己の営業組織を放棄することによって失った市場での地位を再取得するために、再建援助が約束されることもありうる。

以上のような考え方に対して、不利益・利益の推定は事前になされるのが原則であるとする反対論が考えられる。なぜならば、上述のところでは、補償されるべき不利益の推定が、行為または処置の作為 (不作為) 後の展開にもとづくからである。しかし、不利益の事前推定の原則は、一般に、317条2項にもとづくものである。このことから、不利益を構成する危険を消滅させる補償が与えられるときには、非従属会社の慎重な営業指揮者も、不利益な行為を行ってもよい、ということになるのである。補償は、被誘引行為の時点において認識された消極的諸事情 (危険) を考慮して、これらを排除する形でなされるのである。したがって、不利益の行為時の数量化は——不利益は既に危険に含まれているのであって、危険の現実化によって初めて生ずるのではない——従属会社の観点から不要である。

Hommelhoff は¹⁰⁶⁾、Konzern内で会社の製品を一定種類の製品に集中するために、従来の多様な製品を減少させる誘引を例示して、誘引がなければ会社がその後どうなっていたかについては全く確認が不可能であるから、不利益補償に適当な法的請求権を一般に具体的に定めることができない、という。この例に関する限り、Hommelhoff の主張は正しい。不利益補償が可能であるためには、不利益が後に具体化され、したがって、消滅させうることが前提だからである。このためには、従属会社の財産・収益の状態が、誘引された不利益な行為がなければ、どうなっていたかについての確認が必要である。ここで確かにいいうることは、補償される不利益を確認する可能性なしに、会社を非

104) Kropff, DB 1967, 2204, 2206; Neuhaus, DB 1971, 1193, 1194; vgl. auch Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 27, 53 f.

105) Vgl. Müller, ZGR 1977, 1, 16.

106) Ders., oben Fn. (57), S. 127 f.

従属的であったときと異なる状況に、したがって、場合によっては、より悪い状況に立たせる誘引はすべて許されないということである。

V 当事者の義務およびコンツェルン形成の可能性

1 義 務

1) 従属会社の取締役の義務 (1) 誘引の非強制性¹⁰⁷⁾ 会社の取締役は支配企業の誘引に従う義務を負わない¹⁰⁸⁾。法は、事実上の従属性にもとづく指揮力を容認しているが、指揮権を法的に認めているのではない。J. Wilhelmi は¹⁰⁹⁾、事実上のコンツェルンを民法上の組合と構成して、指揮権を認めるが、組合と解すること自体正しくない¹¹⁰⁾。誘引の内容が会社になんら損害を与えないものであっても、服従義務はない。311 条は、取締役がその責任において会社を指揮すべきことになんら変更をもたらさないのである。

(2) 検査義務¹¹¹⁾ 取締役は——監査役の同意が必要なときには監査役も——、誘引に応ずる作為・不作為が会社に損害をもたらすか否かまたはこれとは別に無視してよいか否かという観点から、誘引をすべて検討する義務を負う¹¹²⁾。会社に損害を与えずまた無視すべきでもないと注意義務に従い判断するときは、取締役は誘引に従ってよい。逆の判断に達したときには、不利益補

107) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 90.

108) 通説である (Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 29 ; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 339; Flume, oben Fn. (54), S. 121; Fisher, AG 1982, 85, 92; Geßler, FS Flume, S. 55, 56; Beuthien, DB 1969, 1781, 1793)。

109) Ders., oben Fn. (50), S. 227, 243 ff. (vgl. auch Luchterhandt, ZHR 133 (1970), 1, 8 ff.).

110) 詳しくは、vgl. Reuter, ZHR 146 (1982), 1, 9 ff.; vgl. auch Hommelhoff, oben Fn. (57), S. 125 Anm. 62.

111) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 91-94.

112) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 37, 56; Strohn, oben Fn. (10), S. 184 f.; Geßler, FS Westermann, S. 145, 155 ff.; OLG Hamburg WM 1987, 533, 534.

償の可能性を検討すべきである。この可能性が存在しないときには、取締役は誘引に従ってはならない。

支配企業が補償能力を有する否かも検討の対象となる。取締役がこの能力に疑問を有するときにも、誘引に従うことは許されない。支配企業の支払能力が誘引の際に既に悪化している場合または不利益の性質から補償の長期化が予想され、その結果、補償債務者の給付能力について確実な判断ができない場合にも、同様である¹¹³⁾。

支配企業と従属会社との取締役に兼任がある場合も同様であって、取締役は従属会社の取締役として必要な検討をなさなければならない。この者が、支配企業の管理機関員として、事態をどのように判断するかは重要ではない。誘引が総会決議によってなされた場合には、取締役はこれに従うことを義務づけられる。ただ、決議内容の検討の結果、補償が確実でないまたはそもそも不可能な不利益が会社に生ずると判断するときは、取締役は決議取消の訴を提起しなければならない。

(3) 組織的義務¹¹⁴⁾ 誘引は会社の使用人に対して為されることがありうる。しかし、使用人は会社の機関としての義務を負っていない。そこで、使用人に対して誘引が為された場合に、取締役がこれを了知できるように会社内部の組織が構成されている必要がある。

(4) 支配企業への連絡・確認の義務¹¹⁵⁾ 誘引される処置の不利益性、不利益の範囲および支配企業の補償能力について必ずしも明確であるとは限らない。そこで、取締役は、誘引された処置に着手する前に、不利益を認めることおよび不利益の範囲について支配企業に連絡し確認する義務を有する。支配企業がこれに異議を有するときまたは補償を拒否する場合は、取締役は誘引に従うことを許されない¹¹⁶⁾。ただし、補償としての利益の正確な内容に関する協

113) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 43.

114) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 95.

115) この項の説明については, vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 96.

116) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 61; Geßler, FS Westermann, S. 145, 157.

定は、この段階では必要ではない。311条2項で明らかなように、補償の内容については営業年度末までに定めればよい¹¹⁷⁾。支配企業が不利益と補償の必要性を認め、さらに補償授与を原則的に認める場合には、取締役は誘引に従ってよい。不利益が実際に補償されるか否かは、最早、取締役の責任に関しては意味がないのである。

(5) 協力義務¹¹⁸⁾ 不利益な処置がなされた営業年度中に補償を決定しなければならないことから、取締役の協力義務が生ずる。なぜならば、補償の決定は、支配企業のみでは不可能であり、従属会社とのコンセンサスがあつてのみ可能となるからである。したがって、取締役は必要な協力を安易に拒否することは許されない。もちろん、取締役は加えられた不利益に額において相応しくないまたはいかなる経営経済的等価をも示さない補償に同意する必要はない。

(6) 文書化義務¹¹⁹⁾ 312条の定める従属性報告書の作成のためには、十分な情報が必要である。そこから文書化の義務が生ずる。取締役は報告義務あるすべての事項を体系的に把握するよう努めなければならない。

2) 支配企業（その法定代表者）の義務 (1) 取締役の義務¹²⁰⁾ 支配企業が従属会社に不利益な効果を生ずる影響力を行使することを許されるのは、その不利益の補償が可能であり、かつ支配企業が補償として会社に相当の利益を与える用意があることである。支配企業（その法定代表者）は、従属会社に不利益な影響力を行使する前に、この要件が充たされているか否かを確認する義務がある。この要件が充足されず、会社が支配企業の指揮に従わない場合に、会社の（通常、支配企業が支配している）総会が取締役員の不信任の決議を成立させても、監査役による取締役員の解任 (§ 311 Abs. 3 AktG) は許されない。なぜならば、総会決議による信任の剥奪には理由がなく、したがって、解

117) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 62.

118) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 97.

119) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 98.

120) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 99.

任事由である重大な事由は存在しないからである。

(2) 組織的義務¹²¹⁾ 支配企業の誘引はその代表者によって行使されるとは限られない。下位の指揮者によってなされる可能性もある。したがって、違法な誘引を阻止する組織的装置が、支配企業のこの次元において構築されている必要がある。支配企業には従属会社と異なり文書化の義務はないが、317条2項との関係で、誘引した処置が不利益でなかったことについての証拠を残しておく利益がある。

(3) 連絡義務の有無¹²²⁾ Kropffによれば¹²³⁾、支配企業は、コンツェルンへの編入から生ずる従属会社の取締役の情報不足を取り除く義務を負う。コンツェルン指揮者は了知しているが、従属会社には欠けている知識が、誘引に従うべきか否かの判断に不可欠であるときには、この知識を従属会社に伝達する義務が支配企業にはあると311条から解される。この意味において Kropff の主張は妥当である。

(4) 補償負担の義務¹²³⁻²⁾ 従属会社は支配企業に補償負担を請求する権利は有さないのであるから、支配企業の義務は、真正義務ではなく、不真正義務と解すべきである。支配企業が補償をしないことは違法ではないが、ただ、不利益行為の違法性を確定させ、したがって、支配企業の損害賠償責任が確定するのである。

2 コンツェルン形成の可能性

1) 総説¹²⁴⁾ 支配企業と従属会社とが利益の連結・資金計画の統合など財政分野の統一を行う場合には、コンツェルンが形成される。このための支配

121) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 100.

122) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 101.

123) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 52.

123-2) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 102.

124) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 103.

企業の指揮は、311条の適用を受け、不利益の有無・不利益の補償が問題となる。配当政策は、311条にとって特に重要な問題を提起するものではない。結合企業間での融資は、結合外での融資と比較が容易であるので、その不利益性の確認は容易である。企業結合の構成企業の金融取引の集中は、会社が必要なときに独自の金融取引を形成できる限り、不利益は存在しない。以上に関する限り、コンツェルン内での資金計画の統合は、不利益性の確認に関して困難な問題を生ぜしめない。

問題は、会社が企業の実体の維持のためまたは追加的投資のために留保していた資金が会社から奪い取られるときに生ずる。このような方法によるコンツェルン化の可能性は、このような処置の不利益が数量化できてその不利益の補償が為されるか、または計量できない不利益を補償する補償協定が可能であるか、に依存している。後者の例として、支配企業が、既に陳腐化した無用の施設の代替物について配慮した場合、または追加投資中止のために生じた費用の増加・利益の減少を補償することを義務づけられている場合である。

利益の予想される計画の強制的放棄による不利益は評価が可能である。営業全体の価値の推計可能性に依存する305条は、この評価可能性に依存しているのである。

結局、311条に定める指揮力の限界は事実上のコンツェルンの形成を排除するものではない¹²⁵⁾。Strohnも¹²⁶⁾、財政分野の統一は、事実上のコンツェルンを形成するが、311条に矛盾するものではない、という¹²⁷⁾。311条の事実上のコンツェルンの指揮が、18条にいう「統一的指揮」に含まれるか否か疑問が残るが、18条と311条との整合性を確立するために、これを肯定すべきである¹²⁸⁾。

125) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 10 ff., 67 ff.; Flume, oben Fn. (54), S. 122 ff.; Sonnenschein, Organschaft und Konzerngesellschaftsrecht, 1976, S. 179 ff.; Semler, Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrates, 1982, S. 117; Hommelhoff, oben Fn. (57), S. 109 ff.; Strohn, oben Fn. (10), S. 133 f.

126) Ders., oben Fn. (10), S. 111 f.

127) Vgl. Semler, oben Fn. (125), S. 117 f., 125.

128) Ibid. Semler は、コンツェルンを同様に「財政統一体」として把握するが、この統一体は、配当政策の分野における干渉的計画によって、既に実現されている、という。

2) 加重された事実上のコンツェルン(加重的コンツェルン)¹²⁹⁾ 311条は支配企業に指揮権を与えるものではないから、同条により可能となる企業結合には限界がある。会社が加重的コンツェルンに編入された場合に、この限界を越えることは確かである¹³⁰⁾。これを理由に加重的コンツェルンには311条以下は適用なく、これには契約コンツェルンに関する規定を類推適用するのが通説であるが¹³¹⁾、Koppensteiner は、禁止されるのは加重的コンツェルンではなく、加重的コンツェルンを成立せしめた、すなわち、非従属会社の営業指揮者の注意義務に従った判断を最早実行不能にした誘引または一連の誘引である、という。したがって、Koppensteiner によれば、加重的コンツェルンにおいては不利益の補償が不可能であるから、311条以下の特則は適用されず、例えば、資本維持の原則も適用されることとなる¹³²⁾。また、317条が適用されることとなる。

VI 事実上のコンツェルンと株式法の一般規定

1) 緒説¹³³⁾ 一方において、311条、他方において、317条と非従属会社に適用される規定との関係が問題となる。311条の要件が充足される限り、すなわち、不利益が確認され、これが補償可能であり、実際にも補償される限り、会社の財産的利益の保護を目的とする一般規定は、その法的効果が311条に抵触する範囲において適用がないことが認められねばならない。311条の要件が充たされないときには、311条の優先性が失われ、一般規定が適用されるとともに、317条の適用もある。この故に、317条と一般規定との関係は、311条とそれとの関係とは全く異なる原理から展開されるべきである。

129) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn.

104. なお、加重的コンツェルンについては、拙稿「事実上の取締役とコンツェルン関係」獨協法学28号10頁以下、18頁以下参照。

130) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 39; Strohn, oben Fn.(10), S. 168; Flume, oben Fn. (54), S. 122 f.; Mestmäcker, FG Kronstein, S. 129, 147; Emmerich, FS Stimpel, S. 743, 752 ff.

131) 拙稿・獨協法学28号11頁参照。

132) 同上・23頁参照。

133) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 105.

2) 76条・93条・116条との関係¹³⁴⁾ 76条により、取締役は、自己の責任で会社を指揮し、会社の利益を維持し、会社の損害を回避しなければならない。これに違反した場合には、93条により責任が生ずる。監査役も同様な要件で責任を負う (§ 116 AktG)。これに対して、311条は会社に不利益な管理行為を許している。したがって、不利益・利益の相殺がなされる限り、311条はこれらの規定の特別法と解すべきである¹³⁵⁾。

3) 57条・58条・60条・62条との関係¹³⁶⁾ これらの規定によれば配当決議にもとづかない、公然および隠れた利益配当は無効であり、これを定める株主（支配企業は株主である）との契約はすべて無効である。支配企業または他のコンツェルン企業のために会社に不利益が生ずる契約はすべて禁止される。債務法的理由のない金銭の贈与は62条により返還を要求される。これらと、311条の不利益の補償の可能性、殊に営業年度末までの補償の延期とは一致しない。したがって、隠れた利益配当に関する規定に対して、311条は特別法となる¹³⁷⁾。

4) 117条との関係¹³⁸⁾ 支配会社の故意の加害的影響力行使は、117条によって損害賠償責任を発生しますが、過失行為や従業員に対する影響力行使には、117条は適用がない。ここには311条2項が適用されるのである。その結果、311条は117条に対して特別法となる¹³⁹⁾。

134) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 106.

135) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 59; Kropff, DB 1967, 2147, 2151 f.; Reinhardt/Schultz, Gesellschaftsrecht, Lehrbuch (2. Aufl., 1981), S. 264; Strohn, oben Fn. (10), S. 30 ff.

136) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 107.

137) Vgl. LG Düsseldorf AG 1979, 290, 291 f.; Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 65, 103; Reinhardt/Schultz, oben Fn. (135), S. 264; Strohn, oben Fn. (10), S. 24 ff.; Michalski, AG 1980, 261, 264 f.

138) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 108.

139) Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 117 Rn. 49; Baumbach/Hueck, § 311 Rn. 6; Godin/Wilhelmi, AktG, § 317 Anm. 1, 2; Reinhardt/Schultz, oben Fn. (135), S. 264; Gansweid, oben Fn. (85), S. 182; Strohn, oben Fn. (10), S. 32 ff.

5) 243条との関係¹⁴⁰⁾ 311条にいう誘引は総会決議によって行われることもある。ところで、243条2項2文は、外部株主に対して損害を与える決議がこれらの株主に補償を与えない場合には、その決議を取り消すことができるとする。そこで、311条との関係が問題であるが、多数説は、両者は並存的に適用されるので、311条は243条2項2文にとって特別法ではないと解する¹⁴¹⁾。これに対して、Koppensteinerは、「119条2項の決議を除いて、総会決議には311条が優先的に適用されない」とする理由はない、という。そして、営業の賃貸借・経営の委任その他の会社の根本的構造を変更させる決議を除いて、311条は243条2項2文に優先すると解すべきである、とする。

6) 債権者保護に関する一般原則との関係¹⁴²⁾ これらの原則は、311条とは構成要件を異にし、しかも、311条とその効果において牴触しないから、競合問題を提起しない。例えば、出資代替の社員の貸付禁止の原則や過小資本禁止の原則は、従属性から生ずるのではなく、資本不足から生ずるのである。その目的は、会社からなにかが奪われるのを防止するのではなく、資本的基礎を拡大することを保証するにある。したがって、これらの原則は311条と並存的に適用されるのである¹⁴³⁾。

三 商法 294 条—2 のコンツェルン法的構成

1 商法 294 条—2 の趣旨

1) 立法趣旨 商法 294 条—2 がわが国特有の存在である総会屋を企業から締め出すことをモメントとするものであることは前述した。しかし、同条は、

140) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 109.

141) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 104; Godin/Wilhelmi, AktG, § 243 Anm. 3; Geßler/Hefermehl AktG/Hüffer, § 243 Rn. 106; Strohn, oben Fn. (10), S. 36 ff.

142) この項の説明については、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 110

143) Vgl. Hommelhoff, WM 1984, 1105, 1117 f.

総会屋のみを規制対象とせず、株主の議決権の行使に関して、会社の財産的利益が支出されるのを禁止する。そこで、その立法趣旨についても、広く会社運営の公正を意図するもの¹⁴⁴⁾、あるいは、株主の権利行使に関する会社資産の不当支出を阻止し、会社運営の健全性を確保するための会社活動を規整対象とするもの¹⁴⁵⁾と述べられる。ところで、会社法の規定は、直接または間接に、会社運営の公正性または健全性を意図するものであるといえる。してみれば、特に同条の立法趣旨として述べるほどの事もないのではないか、あるいは、そこまでいわないとしても、特に同条本来の立法趣旨を明確にするためには、別の表現が妥当ではないかと思う。条文を素直に解する限り、会社の財産的利益が不当に奪取されるのを禁止することに立法趣旨があるとするのが妥当と思われる¹⁴⁶⁾。

西ドイツ株式法 311 条の立法趣旨は、株主として会社の財産・利益に参加する者または債権者として会社の給付能力に期待する者が、会社が従属的であることから不利益を受けないように、会社を、その財産・利益に関して非従属会社と同様な状態におくことにある¹⁴⁷⁾。換言すれば、311 条は、従属関係において、会社から財産的利益が奪取されるのを防止することを目的とする¹⁴⁸⁾。したがって、商法 294 条—2 と 311 条とは、この意味において、立法趣旨を同じくするといえる。ただ、商法 294 条—2 は、従属関係に限らず、広く株主権の行使に関して適用されるものであるから、311 条よりも適用分野が広いといえる。また、311 条の従属関係は支配契約の存在しない場合に成立するものであるから、その基礎には株式所有が存在するのが通常である。311 条の禁止する会社の財産的利益の奪取は、主として権主権の行使に関するものである。このことから、311 条の適用領域の大部分は商法 294 条—2 の適用領域の一部分と

144) 関 俊彦・新版注釈会社法(9)23頁。なお、そこに引用されている文献参照。

145) 蓮井良憲「株主の権利の行使に関する利益供与の禁止」会社法演習Ⅲ117頁。

146) 竹内昭夫・会社の理論Ⅱ59頁が、立法趣旨は会社資産の浪費の防止にある、とされるのが私見に近いが、会社の側から考えれば浪費ではなく、奪取というべきである。

147) Koppensteiner は、前述のように繰り返しこの事を明らかにしているが、ここでは、例えば、vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 1.

148) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 110.

重なることになる。換言すれば、商法 294 条—2 を従属関係において具体化したものが 311 条であるといえる。

以上のことから、商法 294 条—2 のコンツェルン的構成が可能であることが明らかになるのである。

2) 商法 294 条—2 の適用対象であるコンツェルン関係 (1) 緒説 西ドイツ株式法にいう従属性に関して述べたように、従属関係の成立には様々なものがある。したがって、コンツェルン関係にも様々なものがありうる。そこで、商法 294 条—2 が、これらのコンツェルン関係のすべてに適用されるのか、あるいは、特定のコンツェルン関係にのみ限定されるか、問題となる。コンツェルンの種類毎に検討することとする。

(2) 水平的コンツェルンと垂直的コンツェルン コンツェルンを構成する企業が相互に対等であるか、または支配服従の関係にあるかによる区別である。水平的コンツェルン (Gleichordnungskonzern) とは、統一的指揮の下に結合する企業が相互に従属的關係にないコンツェルンである (vgl. § 18 Abs. 2 AktG)。これに対して、垂直的コンツェルン (Unterordnungskonzern) は、統一的指揮を行使する企業 (支配企業) の下に他の企業 (従属企業) が結合するコンツェルンである (vgl. § 18 Abs. 1 AktG)。垂直的コンツェルンにおいて、その従属性が株式所有にもとづくものである場合に、商法 294 条—2 の適用があることは明らかである。したがって、垂直的コンツェルンであっても、その従属性が契約にもとづく場合には、商法 294 条—2 は適用されない。この場合に、コンツェルン企業間に若干の株式所有の事実があっても、従属企業から利益が奪取されるのは、契約にもとづくのであって、株式所有とは関係がないからである。

水平的コンツェルンにおける統一的指揮の基礎が契約にもとづくか否かによって、水平的契約コンツェルン (der vertragliche Gleichordnungskonzern) と水平的事実上のコンツェルン (der faktische Gleichordnungskonzern) とに区別される¹⁴⁹⁾。前者にあっては、どの営業分野が統一的指揮に服するか、

149) Vgl. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4. AktG, 1988. § 68 Rn. 80, 82.

および各企業がどのようにして共同の指揮決定に関与するか、を定める契約 (Gleichordnungsvertrag) が締結される。後者において、とりわけ問題となるのは、同一人がコンツェルン企業に過半数参加するが、この者が自ら指揮を行使せず、コンツェルン企業の調整や統一的指揮が他の方法によって行われるものである。この場合の典型的な方法は、役員相互の派遣である¹⁵⁰⁾。同一人による過半数参加がないときにも、水平的事実上のコンツェルンは存在するが、これは稀である¹⁵¹⁾。

水平的コンツェルンと商法 294 条 1 項 2 の適用の有無であるが、契約コンツェルンについて商法 294 条 1 項 2 の適用がないことは、垂直コンツェルンの場合と同様である。これに対して、事実上のコンツェルンにあっては、その指揮は過半数参加を基礎とするのであるから、当然に商法 294 条 1 項 2 の適用があることになる。

(3) 契約コンツェルンにおける会社利益の保護 商法 294 条 1 項 2 の適用が契約コンツェルンにないとするれば、この場合におけるコンツェルン構成会社 (コンツェルン会社) の利益の保護が問題となる。コンツェルン契約 (商法 245 条 1 項 2 号) には、当事会社の株主総会の特別決議による承認が必要である。そこで、支配会社が従属会社における議決権の過半数を支配するとき、契約によって支配会社に指揮権が与えられる結果、従属会社に生ずる不利益は、まさに、商法 294 条 1 項 2 によって保護されるべきものである。コンツェルン契約締結に際して商法 294 条 1 項 2 の適用があるのであって、したがって、契約には従属会社の不利益の補償が定められなければならないのである¹⁵²⁾。この不利益の補償の具体的方法が問題となるが、コンツェルン化の結果として生ずる補償であるから、配当保証 (Dividendengarantie) の方法が適当と考えられる¹⁵³⁾。すなわち、コンツェルン契約には配当保証またはこれに類似する補償が定めら

150) Geßler/Hefermehl AktG/Geßler, § 18 Rn. 14, 74; Würdinger in Großkomm. AktG, § 18 Anm. 13.

151) Münchener Handbuch, oben Fn. (149), § 68 Rn. 82.

152) 拙著・全訂会社法 216 頁参照。

153) Vgl. Kirchner, ZGR 1985; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn.

73. 配当保証については、大隅健一郎=今井 宏・新版会社法論中巻 II 487 頁, 488 頁に詳しい。

れなければならない。株式買取請求権（商法 245 条—2 以下）が問題となるのは、有効な決議の成立後である。

ところで、商法が、コンツェルン契約の締結によって、コンツェルン指揮に服する会社の経済的状態が著しく害されることを認める趣旨であるとは思われない。殊にこの場合には、債権者の保護手続（商法416条・100条参照）も存在しない。このように考えてくると、そもそもコンツェルン契約には不利益補償が不可欠であると解される¹⁵⁴⁾。このように考えれば、契約コンツェルンに特に商法 294 条—2 の適用を議論する実益がない、ことになる。

(4) 要約 以上のことから、商法 294 条—2 の適用のあるコンツェルンの範囲が明確となった。すなわち、商法 294 条—2 の適用されるコンツェルンは事実上のコンツェルンである。

3) 商法 294 条—2 の適用要件 (1) 「株主の権利の行使に関し」のコンツェルン法的意思 株主の権利の行使とは、株主権行使のすべての場合であって¹⁵⁵⁾、株主権行使と密接に関連する行為を含むと解されている¹⁵⁶⁾。ところで、事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮は、支配会社が従属会社において有する議決権を背景にして行使されるものである。したがって、それは株主権行使と密接に関連する行為であるといえる。そうだとすると、事実上のコンツェルンにおけるコンツェルン指揮は商 294 条—2、1 項の株主の権利行使に該当することとなる¹⁵⁷⁾。

株主権行使に「関し」とは、株主権行使に影響を与える趣旨と解されている¹⁵⁸⁾。コンツェルン指揮は支配会社の一定の意思の表示であって、従属会社の役員に、それに従わない場合における会社および自己に対する特別の不利益を予想させるものである。コンツェルン指揮に従う従属会社の行為または処置

154) 配当保証に債権者保護を結合して考えれば、保証者が会社資本の欠損をも填補する義務を負う純益保証 (Rentabilitätsgarantie od. Reingewinngarantie) が適当である。なお、西ドイツ株式法 302 条は、支配契約または利益供給契約が存する場合には、支配会社に従属会社の資本欠損を填補する義務を負わしている。

155) 蓮井・前掲119頁、関・前掲242頁。

156) 鴻常夫外・株主総会（改正会社法セミナー2）287頁以下。

157) 田中誠二「改正会社法の法理上の新問題点」商事法務924号5頁、大隅＝今井・前掲506頁参照。

158) 蓮井・前掲119頁。

は、この特別の不利益を回避するためのものである。換言すれば、これらの行為または処置はコンツェルン指揮に影響を与える趣旨、すなわち、コンツェルン指揮に「関し」てなされるものといえる。

(2) 「財産上の利益の供与」のコンツェルン法的意義 禁止されるのは財産上の利益の供与である。財産上の利益とは、金銭に見積りうる経済的利益であって（商法493条1項・494条1項本文参照）、その種類を問わない¹⁵⁹⁾。コンツェルン指揮に従って行われる役務の提供や会社製品の値引販売がこれに該当することは明らかである。問題は、コンツェルンにおいてしばしば行われる従属会社の販売組織・研究組織または一定商品の製造設備の廃棄または支配会社もしくは他の従属会社（姉妹会社）への譲渡である。まず、譲渡価格が通常の価格に達しないときには、利益供与があることは明らかである。次に譲渡価格が相当であっても、譲渡が当該会社にとって不必要なときには、それはコンツェルンのために、したがって親会社のためになされたのであるから、利益供与があったといっていよい¹⁶⁰⁾。販売組織などの廃棄についても、必要性の有無によって利益供与の有無を判断すればよい。いずれにせよ、これらの処置・行為は、コンツェルン利益のために（究極的には、親会社のために）なされるのであるから、対価が不当の場合またはそれ自体が不必要である場合には、当該会社の財産的利益が奪取されるのであって、商法294条—2、1項の要件を充たすのである¹⁶¹⁾。

159) 大隅＝今井・前掲504頁、蓮井・前掲118頁。

160) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 77（給付と反対給付の相当性は取引の不利益性を無条件に排除せず、会社の営業について、反対給付が必要であるかも問題となる）。なお、営業譲渡については後に詳論する。

161) 鴻・前掲290頁の挙げる密接関連行為の具体例（「大株主である取引先から契約の申込を受けた業務担当取締役が、その取引を拒絶しても当該大株主が自己の取締役選任〔再任〕議案に反対するとは思われないが、大株主のご機嫌を損じては自分の将来の昇進に差し支ええると考えて取引に応じた場合」）についても、その取引の会社に対する必要性から判断すればよく、この例の場合は必要性がないと考えられるので、利益供与に当たると解すべきである。

対価が相当であっても不必要な取引にあっては、その取引によって相手方に生じた利益は、会社の財産的利益の奪取によって生じたものであるから、供与利益として返還の対象となり（商法294条—2、3項）、相手方が原価率を下げる目的で赤字受注をした場合には、この原価率低下による利益について同様に考えればよい（鴻・前掲310頁参照）。

必要性の判断の基準が問題である。西ドイツ株式法 317 条 2 項によれば、支配企業は、非従属会社の正規の誠実な営業指揮者であっても同様な法律行為をなしたまたは処置をなしもしくはなさなかったときには、責任を負わない。非従属会社の正規の誠実な営業指揮者の注意義務が、西ドイツ株式法では、必要性の判断基準とされているのである¹⁶²⁾。商法 294 条—2 においても同様に解してよいであろうか。同条が、従属関係を承認した上で、従属会社の取締役の特別の注意義務を要求しているとは思われないので、ここにおいても、必要性の判断基準は非従属会社の取締役のそれによるべきであると考え。したがって、西ドイツ株式法と同様に解すべきである¹⁶³⁾。

(3) 利益供与の禁止のコンツェルン法的意義 従属会社がコンツェルン指揮に従ってなす行為もしくは処置が相当性を欠くときまたは相当であっても必要性を欠くときは利益供与として禁止される。ところで、従属会社 A が、姉妹会社 B に製品を値引販売するが、姉妹会社 C から原料の値引供給を受け、全体として収支相償うと認められるとき、利益供与があったといえるか。A 会社が、この一連の取引によって、従来通りの利益を維持しうる限り、利益供与を否定すべきであると考え¹⁶⁴⁾。A 会社が従来通りの利益水準を維持するためには、B・C 会社との値引取引が必要であるならば、A 会社の取締役の判断は、非従属会社の取締役の判断基準から見ても、許容されるものだからである。しかも、西ドイツ株式法 311 条 2 項のように不利益を補償する利益の確定について、不利益が生じた営業年度末までという制限がないのであるから、利益供与の有無の判断は、ある程度長期的かつ全体的な観察のもとになすことも許されるからである。

コンツェルン指揮に従ってなされる従属会社の研究組織・販売組織などの廃

162) 西ドイツ株式法 311 条によって、支配企業が補償すべき従属会社の不利益は、支配企業に誘引された従属会社の取締役の行為のうち、非従属会社の慎重な営業指揮者が行為をすることを許されない行為によって生じた不利益である (vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 22)。

163) 鴻・前掲 311 頁における鴻発言 (「……不必要かどうかを判断する基準は、同業の他の普通の会社であればそう考えるであろうかどうかということが基準になる……」) も同趣旨と考えられる。

164) 大隅=今井・前掲 506 頁、拙稿・獨協法学 28 号 45 頁参照。

棄または譲渡についても、非従属会社の慎重な取締役が同様な判断をなす場合には、利益供与を否定すべきことについては前述した。すなわち、会社の利益水準を従来通りに維持するためには、このような行為または処置が必要であると、非従属会社の取締役もその注意義務に従って判断すると推定される場合である。ここに問題が生ずるのは、この場合の従属会社の不利益の補償はコンツェルン化の結果から生ずる利益ではないか、ということである。もしそうであるとするならば、西ドイツ株式法 311 条に関して、コンツェルン化の結果として生ずる利益は補償とならないと解されていることとの関係はどうなるか、問題となる。まず、株式法 311 条において、コンツェルン効果としての利益が補償となりえないのは、コンツェルン効果としての不利益は同条にいう不利益にならないということに照応するものである¹⁶⁵⁾。311 条の不利益は、従属会社が支配企業の誘引によってなしたまたはなさなかった行為または処置の不利益のみを意味し、常に従属会社の故意の行為が前提となっている¹⁶⁶⁾。コンツェルン効果による損害が不利益でないならば、同様にコンツェルン効果による利益も利益でなく、しかも、この場合にはその利益は授与されたものでないからなおさらである¹⁶⁷⁾。これに対して、商法 294 条—2 は利益供与を相殺する利益について別段の定めをしていない。利益供与を相殺するに適する利益であればよい。コンツェルンに所属することから生ずる利益が除外されるわけではない。

次に、株式法 311 条の利益は評価可能でなければならないと解されている¹⁶⁸⁾。そうでなければ、不利益が利益によって補償されていることが確認——法はこの確認を要求する——できないからである¹⁶⁹⁾。コンツェルン効果としての利益が補償たりえないのは、評価不能を理由とするのではなく、それが具体的行為によって授与された利益でないからである。コンツェルン利益も具体的な場合において、評価不能というわけではない。例えば、銀行は、親会社は従属会

165) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 72.

166) Ibid., § 311 Rn. 21.

167) Ibid., § 311 Rn. 72.

168) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 143; Beuthien, JuS 1970, 53, 56.

169) Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 66.

社を倒産させることはないと判断して、従属会社に有利な条件で融資する場合、この条件の有利性は評価可能である¹⁷⁰⁾。そうすると、商法294条—2に関する限り、評価可能であれば、利益供与を相殺する利益となりうることになる。

商法 294 条—2 は補償としての利益について別段の定めをしていないのであるから、コンツェルン利益の評価においても、具体的・個別的に評価可能でなくてもよい。ここにおいても、ある程度長期的かつ全体的な観察が許されるのである¹⁷¹⁾。

この長期的・全体的評価基準として、合理的と考えられるのが利益水準である。すなわち、コンツェルン指揮に従った研究組織・販売組織などの廃棄・譲渡において、これらの行為・処置が、従属会社が従来の利益水準を維持するために必要でありかつこれによって現実にこの利益水準が維持されている場合には、従属会社の利益供与は存在しないことになるのである。逆に、この利益水準が維持されない場合には、不足額だけの利益供与があることになり、この不足額はコンツェルン、より具体的にはコンツェルン指揮者である支配会社から返還を求めることができるのである（商法 294 条—2，3 項）。

コンツェルン効果の評価基準に従属会社の利益水準を求める考え方は、契約コンツェルンにおいて配当保証が不可欠であると述べたことにも照応する。契約コンツェルンも事実上のコンツェルンもその実質において同一であることを考えれば、両者に共通する理論で問題を解決するのは妥当な方法であるといえるであろう。

(4) 小 括 コンツェルン内部での活動は、コンツェルン指揮に従い統一的・継続的計画のもとになされるものであるから、利益供与の有無においても、このコンツェルンの特質に従い処理すべきである¹⁷²⁾。その処理方法については、ある程度一般的な形で示したのであるが、以下においては、具体的・個別的にコンツェルン内部での活動を取り上げ、これらと商法 294 条—2 との

170) Vgl. Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 137; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 72.

171) 大隅＝今井・前掲506頁。

172) 同上参照。

関係を問題とすることにしたい。

2 営業譲渡——会社の新設・分割

1) 緒説 結合企業間の活動として様々なものがあるが、そのうち、(1)将来性のない企業活動は、既設またはそのために設立された子会社に移し、済し崩的に切り捨てて行くという活動、(2)企業活動の効率化を図るために、子会社の整理・統合・専門化を進め、親会社の営業部門もこの観点から子会社に移し、また新規事業を子会社によって育成するという活動がある。これらは結合企業のサバイバルのために重要な企業活動であるが、これらのいずれにも関係するのが営業譲渡である¹⁷³⁾。例えば、1988年度の上場会社が関係する営業譲渡は9件に及ぶことが報告されているが、そのほとんどは結合企業間における営業譲渡であって、上の二つの活動のいずれかに属するものである¹⁷⁴⁾。したがって、これらの営業譲渡はコンツェルン指揮に従って行われるものであって、通常の営業譲渡とは異なった観点が必要となる。すなわち、商法 245 条のみならず商法 294 条—2 が問題となるのである。

2) 営業譲渡等の法的手続 営業の全部もしくは重要な一部の譲渡または営業全部の譲受には株主総会の特別決議が必要である（商法 245 条 1 項 1 号・3 号）。これはコンツェルン内における営業の譲渡・譲受についても同様である。支配会社が従属会社の単独株主であるとき、従属会社への営業の譲渡または従属会社の営業全部の譲受において、支配会社における総会決議が必要であるかについては争いがあるが¹⁷⁵⁾、最高裁は、一人会社であっても、単独株主が「株主総会の議を経ず、取締役会の決議も経ないで当然に代表取締役に就任して代表権を行使しうるものと解することはできない」と判示していることを考えれば¹⁷⁶⁾、株主総会の決議を要求するものと思われる。会社の利益と全株

173) 拙稿「結合企業のサバイバルのための活動と一人会社」獨協法学 25 号 5 頁以下参照。

174) 山一証券経済研究所「増資白書」商事法務 1186 号 195 頁以下参照。

175) 芦原利治「100%子会社の営業全部の譲受と株主総会決議の要否」商事法務 861 号 46 頁は不要と解する。また、経営委任に関するものであるが、下級審の判例にも不要とするものがある（京都地判昭和 61・5・7、判時 1204 号 144 頁）。

主の利益は同一視できないことを考えれば、総会の決議が必要であると考えべきである¹⁷⁷⁾。もっとも、「一人会社の場合には、株主総会の決議は、単独株主の意思決定をもってこれに代置しうる」のである¹⁷⁸⁾。

3) 営業譲渡等と商法 294 条—2 譲渡価額が適正時価と異なる場合には、その差額については、利益供与があったと考えられる¹⁷⁹⁾。したがって、商法 294 条—2 の適用が問題となるが、この場合には株主総会の決議がなされているので、特別の検討が必要となる。

コンサルティング指揮が株主総会の決議による時、取締役はこれに従わなければならない。従属会社の営業譲渡の決議内容が、利益供与の禁止に違反するときにも、取締役は決議に従わなければならないであろうか。決議内容が法令に反するときは決議は無効である（商法 252 条）から、取締役はこれに従うべきではなく¹⁸⁰⁾、決議の有効・無効につき疑いまたは争いがあるときには、決議無効確認の訴を提起すべきである。取締役は訴提起の利益を有するのみではない。西ドイツ株式法 311 条に関しても、誘引が総会決議によって為される場合、決議内容を検討した結果、補償が明確でないまたは最初から補償が不可能な不利益が急迫しているときには、取締役は決議取消の訴を提起しなければならないと解されているのである（vgl. § 245 Ziff. 4 AktG）¹⁸¹⁾。

営業譲渡に関して利益供与があっても、これによって従属会社に生ずる不利益が、具体的な利益によって補償されているとき、または特殊コンサルティング的利益補償——従属会社の従来通りの利益水準の保証——がなされているときに

176) 最一判昭和47・3・9金融・商事判例309号13頁。

177) 拙稿「いわゆる一人会社において株主総会の特別決議を経ずになされた経営委任が有効であるとされた事例」金融・商事判例763号62頁参照。

178) 大阪地判昭和44・3・18金融・商事判例562号71頁。なお、最一判昭和46・6・24民集25巻4号596頁参照（これは一人会社の株主総会の招集手続は不要とするものであるが、その判旨は大阪地判昭和44・3・18と実質的には同趣旨であると解されている）。

179) 税法上は、この差額は寄附金として取り扱われている（親子・関連会社実務研究会・〔問答式〕親子・関連会社の実務804頁，811頁）。

180) 取締役が故意または過失によってこのような決議を執行するときは、会社に対する責任を免れえない（大隅健一郎・会社法論中巻139頁，服部榮三・会社法通論〔第2版〕108頁）（注（141）参照）。

181) 多数説が株式法243条2項2文からもこの結論を認めることについては前述した。

は、商法 294 条一 2 にいう利益供与は存しないことになる。この場合には、営業譲渡を承認する決議には違法性はなくなり、決議は有効であって、取締役はこれに従うべきことになる。

次に、譲渡価額が適正時価であってもまた従属会社の不利益が補償されていても、これが従属会社の立場からみて不必要であるときに問題となる。これらの場合には、コンツェルン利益のために、従属会社の財産的利益が不当に奪取されることになるから、当該営業譲渡を承認する決議は商法 294 条一 2 違反を理由に無効と解すべきである。取締役は、このように決議に従うべきではなく、必要な場合に無効確認の訴を提起すべきである。

4) 事後設立と商法 294 条一 2 従属会社を新設し、これに支配会社または他の従属会社の財産を譲渡する事後設立（商法 246 条）の場合についても、その譲渡価額の如何によっては、商法 294 条一 2 が適用されることになる。したがって、当該決議内容に同条にいう利益供与が認められる限り決議は無効である。ただ、この事後設立によって生じた新設従属会社の不利益が補償される場合には、利益供与は存在しないこととなり、決議が有効であることは営業譲渡のときと同様である（もちろん、ここでも必要性の検討が必要となる）。したがって、取締役の義務についても同様に考えればよい。なお、合併に関しても、商法 294 条一 2 からの同様な検討が必要となろう。

3 取締役の自己取引

1) 緒説 支配会社の代表者が従属会社の取締役である場合に、この者が支配会社を代表して従属会社と行う取引、または支配会社の使用人が従属会社の取締役である場合に、この者が支配会社を代理して従属会社と行う取引は取締役の自己取引に該当する（商法 265 条 1 項）。同時に、この取引は支配会社の株式所有を背景になされるものであるから、商法 294 条一 2 の適用対象ともなる。取締役の自己取引に関する取締役会の承認と利益供与禁止との関係が問題となる。

2) コンツェルンにおける自己取引 (1) 比較法的検討 1985年イギリス

会社法においては、会社はその取締役または取締役の関係人¹⁸²⁾に対する融資その他の信用取引または債務保証が禁止されるが、次の場合は例外とされる。

① 1985年会社法 336 条によれば、会社はその親会社に対して融資をなしたまたは債権者として親会社のために信用取引をなすことができる。同様に、会社は親会社と第三者との同種の取引について債務保証をすることができる。この例外は、親会社が子会社の取締役であるとき、および、子会社の取締役が親会社の衡平資本の20パーセント以上を有するために、親会社が子会社の当該取締役の関係人であるときにも、適用される。ただし、信用取引に関しては、例外は子会社が債権者として行う取引についてのみ適用がある¹⁸³⁾。

② 1985年会社法 333 条は同一グループに属する会社間の取引を例外とする。1985年会社法 330 条 3 項 b 号および c 号は、会社が会社または親会社の取締役の関係人に融資またはそのための債務保証をすることを禁止している。取締役が——例えば、他の会社の衡平資本の20パーセントを有することによって——他の会社と結合するとされるとき、その他の会社は取締役の関係人である。それにもかかわらず、333 条は、次の二つの要件を満たすとき、会社はその他の会社に融資をなしたまたはそのための債務保証をすることができる（信用取引はできない）。すなわち、

① その会社が取締役に結合されていることのみによって関係人であり、かつ、

② その会社が融資または債務保証する会社と同一グループに存する、ことである。

1965年西ドイツ株式法では、会社の取締役員または包括的代理権を有する使用人が同時に代表者または監査役員である企業には、監査役の同意をもってのみ信用供与をなしうるにすぎないが、この制限は結合企業間において行われるものには適用されない (§ 89 Abs. 4 AktG)。ここにいう結合企業とは、株式

182) 関係人とは取締役と一定の身分関係を有する者またはこれらの者の受託者などというが、本稿との関係で注目される関係人として取締役と結合した法人が挙げられる。取締役と結合した法人とは、取締役およびその関係人が、合せて、(1)発行済衡平資本の5分の1以上を有する、または(2)総会における議決権の5分の1超を行使するまたはその行使を支配する、法人である (Companies Act 1985 s. 346 (4))。

183) Tolley's Company Law, 1987, p. 374.

法15条の意味における結合企業である¹⁸⁴⁾。すなわち、法律上独立の企業であって、その相互関係において過半数資本参加を受ける企業および過半数資本参加をする企業 (§ 16 AktG), 従属企業および支配企業 (§ 17 AktG), コンツェルン企業 (§ 18 AktG), 相互参加的企業 (§ 19 AktG) または企業契約の当事者 (§§ 291, 292 AktG) である。したがって、事実上のコンツェルン企業も、ここにいう結合企業に該当することとなる。もっとも、89条にいう企業結合は、許容された結合企業であって、経済的に利益単一体を構成するものをいい、人的結合による事実上の水平的または垂直的コンツェルンはこれに当たらないとする説もある¹⁸⁵⁾。いずれにせよ、わが商法294条—2が適用される資本参加による事実上のコンツェルンが、ここにいう企業結合に入ることは明らかである。結合企業間における信用供与について、監査役の同意が不必要とされるのは、緊密な結合のために信用供与が頻繁に行われるので、監査役の同意を必要とすれば、監査役がその煩雑さに堪えることができないことを理由とする¹⁸⁶⁾。

以上のように、自己取引のなかで最も危険性の高い金融取引に関する禁止が、当該取引がコンツェルン内部においてなされる場合には、及ばないとされているのである。これは事実上のコンツェルンにおいては、コンツェルン企業間における財政分野の調整がなされることが多く¹⁸⁷⁾、相互間における金融取引が頻繁に行われる必要があるからである。

1985年イギリス会社法 320 条は、会社またはその親会社の取締役またはその関係人と会社との間の重要な財産（非金融資産）取引については、まず、会社の総会の承認決議を要求し、次に、関係者が親会社の取締役またはその関係人の場合には、親会社の総会の承認決議を要求する。この原則に対する例外として、同法 321 条は、(1)会社が完全子会社の場合、(2)取引が親会社とその完全子会社との間でなされる場合または同一の親会社の完全子会社間でなされる場合、には承認決議を不必要としている。(2)の場合が例外とされるのは、次の理由による。

184) Baumbach/Hueck, AktG, § 89 Rn. 10.

185) Kölner Komm. AktG/Mertens, § 89 Rn. 10.

186) Godin/Wilhelmi, AktG, § 89 Anm. 8.

187) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 103.

グループの一会社の取締役が親会社と結合するために、その親会社が当該取締役の関係人である場合には、グループの他の会社も関係人となることがある (see Companies Act 1985 s. 346 (8))。その結果、グループの会社間の取引は 320 条に抵触するおそれがある。そこで、当事会社が親会社とその完全子会社または両者が完全子会社である場合には、320 条の適用がないとしたのである (Companies Act 1985 s. 321 (2)(a))¹⁸⁸⁾。

完全子会社に関する特則であるが、これもコンツェルン指揮に従ってなされるコンツェルン内部での取引を考慮したものである。

さらに、イギリス法において重要なことは、子会社の取締役が親会社の指図に従って通常行為している場合には親会社は子会社の影の取締役と認められるのであるが (Companies Act. 1985 s. 741 (2))、前述の取締役およびその関係人に対する融資などの制限ならびに取締役の関係する重要な財産取引の制限については、親会社の指揮または指図に従い子会社の取締役が常に行為するという理由のみでは、親会社は子会社の影の取締役とされないことである (Companies Act. 1985 s. 741 (3))。影の取締役として子会社を支配する親会社のコンツェルン指揮者としての立場が充分に考慮されているのである。

イギリスおよび西ドイツにおけるコンツェルン内部での自己取引の弊害は、イギリスにあつては影の取締役としての親会社の責任において¹⁸⁹⁾、西ドイツにあつては事実上のコンツェルンの指揮に関する 311 条および 317 条によつて是正されることが予定されているのである。

(2) 判例・学説 完全子会社に関する自己取引については、商法 265 条 1 項の取締役会の承認を不要とする判例がある。すなわち、最一判昭和 45 年 8 月 20 日は¹⁹⁰⁾、商法 265 条の趣旨は、取締役個人と会社との利害相反の場合におい

188) Tolley, supra note (183), p. 332 f.

189) Pennington は「影の取締役は 1985 年会社法を離れてはなんの意味も有せず、取締役にかけられる衡平法上の信託義務は影の取締役に及ばない」と述べるが (Pennington, Director's Personal Liability, 1987, p. 29)、最近、子会社の債務に関して影の取締役としての親会社の責任を追及する事件が現われていて (Re Augustus Barnett & Son Ltd [1986] BCLC 170)、この事件では親会社の責任は認められなかったが、今後も影の取締役としての親会社の責任を追及する事件が生ずることが予想されるのである (see Forror's Company Law, 2nd. ed., 1988, p. 624, 626)。

190) 民集 24 卷 9 号 1305 頁。

て取締役が自己の利益を図り、会社に不利益な行為が行われることを防止するにあるから、一人会社において単独株主である取締役が会社と取引をなす場合は利害相反がなく、取締役会の承認を必要としないとする。これを支持する学説も有力である¹⁹¹⁾。しかし、一人会社にあつては、単独株主と会社との間に利害相反関係がないというのは問題である。商法 265 条によって保護されるべき利益とは、会社関係者の財産的利益であつて、具体的にいえば、株主として会社の財産・利益に参加する者の利益および債権者として会社の給付能力に期待する者の利益である¹⁹²⁾。一人会社においても、この債権者の利益を保護する必要がある、単独株主となす自己取引について利害相反がないとはいえないのである¹⁹³⁾。ましてや一人会社でない場合にはなおさらである。

ところで、コンツェルン内部における自己取引、すなわち、支配会社と従属会社との間の自己取引については、従属会社の取締役会の承認は、従属会社の利益をまもるためにはあまり有益であるとは思われない。なぜならば、当該自己取引はコンツェルン指揮に従つてなされるものであり、また、従属会社の取締役会は支配会社に支配されているからである。そうだとすると、むしろ別の方法によって従属会社の利益を図るべきである¹⁹⁴⁾。比衡法的検討において明らかにしたように、コンツェルン内部での自己取引については、その特殊性から通常の場合の規整を適用しないことを想起すべきである。

3) 自己取引のコンツェルン法的規制 コンツェルン内部における自己取引がコンツェルン指揮に従うものであれば、その取引によって従属会社に財産上の損害が発生すれば、商法 294 条—2 の財産上の利益供与禁止規定が適用

191) 大隅＝今井・前掲中巻 I 215頁、今井＝神崎外・注釈株式会社上巻295頁その他多数説である。

192) Vgl. Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 1.

193) 服部・前掲122頁、田中誠二・全訂会社法詳論上巻560頁、鈴木＝竹内・会社法(新版) 269頁、竹内・判例商法 I 264頁、拙稿「商法(昭和56年法律第74号による改正前のもの) 266 条—3 第 1 項の規定に基づき取締役が負う損害賠償と過失相殺」金融・商事判例733号49頁。

194) 上柳＝河本外「親子会社と取締役の自己取引規制」別冊商事法務109号86頁以下では、支配会社の持株の割合が、100 パーセント、99パーセント、90パーセント、80パーセント、3分の2、さらには持株は50パーセント未満であるが実質上支配している場合と細かな議論がなされていて、大変に示唆的であるが、明確な基準はでてこないのではないかと思う。

される。また、従属会社の取締役であって、同時に支配会社の代表取締役である者には、原則にかえて商法254条-3の適用も問題となる¹⁹⁵⁾。結局、コンツェルン内部における自己取引の問題は、商法254条-3および商法294条-2によって処理すべきである¹⁹⁶⁾。

4) その他 取締役の競業禁止に関する商264条1項および2項に定める取締役会の承認についても、これがコンツェルン会社間で問題となる場合、同様にその実効性について疑問が生ずる。しかし、ここでは問題を提起するのみにとどめる¹⁹⁷⁾。

4 従属会社による支配会社株式の取得

1) 緒説 最近の三井鉱山事件（東京地判昭和61・5・29判時¹⁹⁸⁾、東京高判平成元・7・3 商事法務1188号36項）にも見られるように、支配会社の指図に従った従属会社による支配会社株式の取得がなされることが多い。もちろん、子会社による親会社株式の取得は自己株式取得の禁止（商法211条-2）に該当する限り、このような取得は許されない。そこで、支配会社の指図にもとづく従属会社の支配会社株式の取得が許容される場合がありうるのか問題となる。この点に関して、前述の三井鉱山事件は興味ある問題を提起している。以下、この問題を検討するとともに、自己株式取得と財産上の利益供与の禁止との関係を考察することとする。

2) 会社の急迫な損害回避のための自己株式の取得 (1) 三井鉱山事件 事案は、従属会社との合併を実現するため、支配会社の大株主であり合併に反対する危険があると認められる者から、支配会社が、他の完全従属会社に時価より高価でその所有株式を買い取らせ、グループ各社に安値で売却させたところ、その後支配会社の株式を取得した株主が、上は自己株式取得禁止に違反す

195) 拙稿「会社法におけるコンツェルン法的構成の必要性（上）」獨協法学18号159頁。
支配会社そのものにも商法254条-3を適用できることはもちろんである（同上）。

196) 拙稿・金融・商事判例733号49頁。

197) 拙稿・獨協法学18号158頁参照。

198) 判時1194号33頁。

る行為であり、これによって会社は多額の損害を受けたとして、取締役らの損害賠償責任を追及した代表訴訟に関するものである。東京地判昭和61年5月29日は、この請求を認めたが、ここで問題とするのは、次のように判示した点である。すなわち、自己株式取得の「たとえ弊害がないとはいえない場合であっても、株主が反社会的利益追求のため……会社の株式を買い占め、これによって会社の経営を支配し、会社の経営陣のみならず他の一般株主、債権者、従業員、取引先等会社の関係者に重大な損害を与える危険が高く、かつ、これが差し迫っている状況下で、右株主の野望をくじき、会社の受ける重大な損害を回避するために必要な対抗策としての自己株式の取得は、会社の発行済株式総数に占める割合、これの取得によって被る会社の損害等を勘案したうえ、なお相当なものとして許容される余地が全くないとはいえないと解される。」¹⁹⁹⁾ もっとも、この点に関して、東京高判平成元年7月3日（金融・商事判例826号3頁）は「自己株式の取得が適法として許容されるのは、同条（商法210条一青木）が明文によって規定する四つの例外的な場合のほかは、会社が自己株式を無償で取得する場合や問屋たる会社が取次行為として自己株式を取得する場合等……弊害の生じないことが典型的に明らかな場合に限られ、それ以外の場合には、仮に個別的に判断して会社の重大な利益の実現ないし重大な損害の回避のためにはやむを得ない事情があると認められるような場合であっても、自己株式の取得は許容され得ないものと解するのが相当である」と判示した。

東京地裁と東京高裁とで判断が異なったのであるが、会社の重大な緊急の損害を回避するために必要であるならば、自己株式の取得が許される場合があるか否か、比較法的に検討することとする。

(2) 比較法的検討¹⁹⁹⁾ ① 西ドイツ株式法71条1項1号 本号は「会社の重大な緊急の損害を回避するために必要であるならば、会社は自己株式を取得することが許される」と定める。この規定は次のように解されている²⁰⁰⁾。

(i) 損害の意義 会社に関する財産的損害であり、自己株式の取得なしに生ずることが予想される損害と取得によって生ずる損害が比較される。外部資

199) 拙稿「株式の譲受けが商法210条の禁止する自己株式の取得に当たる場合において譲渡人から右売買の無効を主張することの可否」金融・商事判例820号43頁以下参照。

200) Vgl. Kölner Komm. AktG/Lutter, § 71 Rn. 22~31.

本が支配権奪取のために会社の株式を取得するのは、ここにいう損害に当たらない。ただ、会社を破壊しまたは会社に重大な損害を与えるために支配権を取得しようとする者を排除するための自己株式の取得は許されるが、この証明は困難である。

(ii) 重大な損害であること 重大性は、損害と企業の規模との関係および損害の経済的危険性によって判断される。

(iii) 緊急の損害であること 遠い将来においての、また可能性はあるが、発生するか否か極めて不確かな損害は除外される。既に発生した損害の除去のための取得は許される。

(iv) 取得の必要性 重大な損害を回避するために自己株式の取得が必要であり、また取得が適当な方法である場合でなければならない。この必要性および適当性は客観的に判断される。

② デラウェア会社法 160 条 A 項 本項は、会社が剰余金によって自己株式を取得することを許すが、判例法上「不適当な目的の法理」(improper purpose doctrine) が認められていて、会社の犠牲において、現経営陣が、会社支配権を維持するために自己株式を取得することを禁止する²⁰¹⁾。

先例的判例は Pottery v. Sanitary Co. of America 事件²⁰²⁾であって、デラウェア衡平裁判所は「売買の目的および効果が、役員代表する会社の不利益において、地位・権限または利益であれ、これら役員を利することであるならば、公正な価格であっても、役員が売買を為すことを正当化できない」と判示した。この Pottery 事件によって確立された「不適当な目的の法理」は、二つの判例によって修正された。

一は、Korps v. Carey 事件²⁰³⁾であって、裁判所は、支配を維持する目的のみで会社の機構を利用するのは違法であるとしながらも、取締役が、「かれらの誠実な経営判断を行使して」、「かれらの事業の将来に対して明確な脅威」であると思われるものを消滅させるために、自己株式の取得が必要であると結

201) See Folk on the Delaware General Corporation Law, 2nd ed., Vol. 1, 1988, § 160. 5.

202) 194 A. 87 (Del. Ch. 1937).

203) 158 A. 2d 136 (Del. Ch. 1960).

論した場合には、付随的にかれらの支配を維持させることになっても、会社に有効に自己株式を取得させることができる、と判示した。この取締役の「誠実な経営判断」に客観性が必要であるとするのが、Cheff v. Mathes 事件²⁰⁴⁾であって、これによれば、Korps 事件の判例の適用を受けるには、「取締役は、外部株主の存在が会社の政策および会社事業の効率性に危険をもたらすことを、誠実かつ相当な調査結果の上、信じたことを証明しなければならない。」

二は、Bennet v. Propp 事件²⁰⁵⁾であって、取締役の一人が無権限でなした自己株式取得契約の取締役会の追認において、「重大な損害から会社を保護するために、突然かつ緊急の事態においてなされた経営判断」から賛成した他の取締役は免責されるとされた。

以上のデラウェア法の判例を要約して、Vice Chancellor Brown は次のように述べている²⁰⁶⁾。

現取締役会の会社支配に対する脅威の原因を除去するために、特定の株主または特定の株主グループから相当量の株式を相場を超えるプレミアムで取得する場合には、取締役会はその取得が主として会社の利益のためであることを証明しなければならない。特定の株主または株主グループへの株式の集中が、会社の継続的存続もしくは会社の政策の成功または少なくとも会社事業の現状維持に相当な脅威となると信ずることに、取締役会がその時に相当な根拠を有したことを明らかにすることによって、上の立証責任は果される。取締役会の判断がその時に相当であったと考えられるならば、後に判断が誤っていることが明らかになっても、取締役はその責任を問われない。結局、自己株式取得決定についての要諦は、誠実性、調査の相当性および正当な理由の論証性にある、と思われる。

(3) 結論 会社に対する急迫の重大な損害を回避するために自己株式を取得することは比較法的に認められるところである。西ドイツ法のように明文の規定がなく、またデラウェア法のように剰余金による自己株式の取得を前提と

204) 199 A. 2d 548 (Del. Ch. 1964).

205) 187 A. 2d 405 (Del. 1962).

206) Good v. Texaco., Inc., C. A. No. 7501 (Del. Ch. Feb. 19, 1985), aff'd sub. nom. Polk v. Good, 507 A. 2d 531 (Del. 1986).

しなくても、わが国においても、これを認めてよいと思う。東京高判平成元年7月3日は、「取締役に対し……自己株式を取得し得る判断権限を付与するときには、その濫用や誤判断の弊害は無視し難いものとなるおそれがある」と述べるが、西ドイツ法において指摘されている取締役に課せられる立証責任の困難さは、その濫用や誤判断による弊害を防止するであろう。なお、立証責任に関してはデラウェアの判例法が参考となる。

3) 自己株式の取得と商法 294 条—2 上述のように会社の急迫の損害の回避のために自己株式の取得が認められるとすると、支配会社の指図に従って、従属会社が支配会社の株式を取得する場合もありうることになる。この場合の取得株式の価額は、通常、時価よりかなり高額になることになる。したがって、最終的に安定株主に譲渡する際に、従属会社に譲渡損が発生することになる²⁰⁷⁾。これは支配会社の議決権の行使に関して従属会社が供与した財産上の利益であって、商法 294 条—2 に違反することになる。そうだとすると、防戦買いに際して、支配会社がその資金を負担することが必要となるということが出来る。支配会社は、防戦買いの（従属会社にとっての）必要性を立証できることを確認した上で、その資金を準備して、従属会社に自己株式の取得を指示しなければならないのである。

5 有利な発行価額での新株の第三者割当

1) 緒論 定款で株主に新株引受権を与えていない限り、取締役会は、その議決で、株主以外の第三者（その者が株主であっても、株主の資格にもとづくのではない場合には、すなわち、株主に新株引受権が与えられていない場合には、やはり株主以外の者である）に新株引受権を与えて新株を発行することができる。この新株の第三者割当による発行の場合、第三者が株主であるとき、有利発行価額での新株の発行には、当然に、商法 294 条—2 の適用が問題となる。ただ、株主以外の者に対して特に有利な発行価額をもって新株を発行

207) 親子・関連会社実務研究会・前掲873頁によれば、防戦買い株式の譲渡損の性格については、一般的に税務上の取扱いとしては、損金として認められている例が多いようである。

する場合には、定款に定めがあるときでも、株式の額面無額面の別・種類・数・最低発行価額について株主総会の特別決議が必要である（商法 280 条一 2，第 2 項前段）。株主にとって重要なことは、第三者に新株引受権が付与されることではなく、有利な価額で新株が発行されて株主の経済的利益が害されることである、と法は考えているからである（この立法趣旨には、殊に閉鎖会社などにおいては問題があるが、ここでは取り上げない）。そうすると、問題は、商法 280 条一 2，第 2 項と商法 294 条一 2 との関係ということになる。商法 280 条一 2，第 2 項の決議があれば、商法 294 条一 2 の適用は排除されるであろうか。

(2) 財産上の利益供与と総会決議 まず、財産上の利益供与が総会の決議にもとづくとき、商法 294 条一 2 の適用があるか否かが問題となる。前述のように西ドイツ株式法 311 条においては、支配会社によってなされる、従属会社の不利益な行為または処置への誘引は、総会決議にもとづくこともありうると解されている²⁰⁸⁾。商法 294 条一 2 は、コンツェルン関係においては、西ドイツ株式法 311 条に類似した機能を有するものであるから、株式法 311 条の解釈が商法 294 条一 2 にも妥当することとなる。したがって、財産上の利益供与が総会決議にもとづくときにも、商法 294 条一 2 が適用されることとなる。

(3) 商法 280 条一 2，第 2 項の総会の特別決議と商法 294 条一 2 支配会社 A が従属会社 B に指示して他の従属会社 C に有利な新株の割当を行わせる場合には、商法 280 条一 2，第 2 項の総会決議が必要となるが、同時に、商法 294 条一 2 が適用される。また、第三者割当にいう第三者は、株主であっても株主としての資格にもとづかない場合を含むのであるから、同様な問題は、株式持合や会社支配権争奪に関連して、安定株主をつくるために有利な第三者割当を利用する場合にも生ずる。この場合は、まさに会社側に有利な議決権行使を期待して、新株発行による財産上の利益を供与するのであるから、商法 294 条一 2 の適用領域そのものであると解される。

208) Begründung bei Kropff, S. 408; Kölner Komm. AktG/Koppensteiner, § 311 Rn. 16, ferner etwa Geßler/Hefermehl AktG/Kropff, § 311 Rn. 100ff.; Würdinger in Großkomm. AktG, § 311 Anm. 4; Baumbach/Hueck, AktG, § 311 Rn. 6; Emmerich/Sonnenschein, oben Fn. (11), S. 331, Beuthein, JuS 1970, 53, 57.

ところで、有利発行の総会の特別決議に際しては、取締役は第三者に対して特に有利な価額で新株を発行する理由を開示しなければならない（商法 280 条—2，第 2 項後段）。

多数説によれば、開示理由には客観的合理性ないし必要性がなくともよいと解されている。そうすると、このとき、必ずしも、決議が多数決の濫用として決議取消の事由を有することになるとは限らないので、合理的理由も必要性もない決議が成立し、これにもとづいて新株の有利な第三者割当が行われることになる。必要性も相当性もない財産上の利益供与は商法 294 条—2 の禁止するところであるので、このような総会決議は無効（商法 252 条）である。したがって、新株発行無効の訴（商法 280 条—15）の事由となる、と解する立場もありうる²⁰⁸⁻²⁾。

(4) 新株発行無効の回避 総会決議の無効を回避するためには、当該決議が商法 294 条—2 の適用を排除するものである必要がある。商法 294 条—2 の適用を免れるには、第三者への有利発行が必要性および相当性の要件を充足する必要がある。これは、総会決議に際し、取締役が開示する理由において判断されることとなる。例えば、相当性は、第三者に有利な新株の割当をすることと引き換えに第三者から許諾される特許の使用権の価値などによって判断される。必要性および相当性を含めて、客観的合理性といってよいであろう。すなわち、取締役の開示すべき理由は、商法 294 条—2 の制定後は、客観的合理的なものでなければならないと解すべきである²⁰⁹⁾。

む す び

商法 294 条—2 は、西ドイツ株式法 311 条と同様に、事実上のコンツェルン関係においてコンツェルン指揮の限界を明確にし、妥当かつ合理的なコンツェ

208-2) 阪埜光男「新株の有利発行」鴻外編・演習商法（会社）下673頁参照。

209) 商法280条—2の制定においても、開示される理由は客観的に合理的なものであることを要し、開示された理由の合理性がない場合には、決議方法が法令に反するものとして決議取消の訴（商法 247 条）の原因と解する説があった（田中誠二・全訂会社法詳論下巻689頁・690頁参照）。

ルン関係の形成に仕えるものである。のみならず、新株の有利な第三者割当において明らかにしたように、同条は、株式の持合や安定株主の創設において、合理性を保証するものである。このことは極めて重要である。なぜならば、近時、わが国企業の系列化・相互持合・安定株主政策に対して、海外から、日本企業の閉鎖性・排他性を示すものとして、厳しい批判がなされているのであるが、この批判に対して商法 294 条一 2 を呈示することができるからである。すなわち、わが国の企業関係は商法 294 条一 2 によって合理性が保証されているので、それは決して閉鎖的・排他的な非合理的なものではない、と主張できるからである。してみれば、会社法学としても、商法 294 条一 2 の適用範囲を積極的に明確にし、わが国の企業関係の合理性を可及的に確立するよう、努力すべきであると考ええる。

(1989年 8 月 23 日稿)