

会社法におけるコンツェルン法的構成の必要性(上)

——山崎製パン事件第一審判決をモメントとして——

青 木 英 夫

はじめに

連結決算は、一般的となり、また、昭和56年改正法では、子会社による親会社の株式取得や相互保有株式の議決権が制限されることとなって（商§§211—2・241Ⅲ）、企業結合に関する法規制も、遅々たるものではあるが、着実に進んでいることは、否定できない。しかし、企業結合に関する本格的な規制は、今回も見送られ、この問題は、衆・参両院の法務委員会の附帯決議で今後の検討課題とされるにとどまった。会社法上の重要問題の多くは、個別的な企業の背後または基礎に統一的・一体的に把握される企業結合を無視しては、妥当な解決をはかりえないことを考えるとき、この分野における法の不備は、誠に重大であるといわざるをえない。近時、世間の耳目を引いた山崎製パン事件に関する第一審判決¹⁾が、はからずも改めてこれを認識させたのである。判決は、企業結合の存在を承認しつつも、従来の個別企業観を前提としての理論構成の枠内で問題の処理を求めたために、極めて苦しいあるいは無理な解釈論を展開している。その結論の妥当性は別としても、その論旨は、われわれを納得させるものではない。企業結合上の問題は、企業結合の実態に即した企業結合法的アプローチによって解決されなければならない。山崎製パン事件も、この方法をとれば、無理な理論構成もすることなしに解決することができるのである。

1 企業結合法的アプローチのための総論的研究

(1) 緒論 企業結合といわれるものにも様々なものがある。通常、企業結合

1) 東京地判昭56・3・26判例時報1015号27頁。

としてカルテル、トラストおよびコンツェルンがあげられる。

カルテルとは²⁾、競争制限によって、カルテル構成員の製品の市場を支配することを主たる目的とするものである。したがって、その構成員は、商品または一定の給付に関する生産または市場関係について、一定の拘束に服するのである。しかし、その他の点については、構成員の経済的地位は影響されることはない。一企業がその異なった製品ごとに各別のカルテルに所属することも可能となる。

コンツェルンにおいても、殊に大規模なコンツェルンにおいては、市場支配的傾向があることは否定できない³⁾。しかし、コンツェルンの主たる目的は、企業活動の技術的・経済的側面の合理化である。コンツェルンは、コンツェルン構成企業（コンツェルン企業）を一定の契約的拘束に服させるだけではなく、コンツェルン企業をほぼ完全に——経済的、財政的および組織的に——統一的指揮に服させるのである。コンツェルンは、コンツェルン企業にその法的独立性は維持させるが、その経済的独立性はより高次の単一体のために放棄させる。カルテルはまず外に、コンツェルンはまず内に向う。「カルテルは市場を支配し、コンツェルンは財産を支配する⁴⁾」のである。

トラストは、様々な意味に用いられているが、ドイツでは、通常、次のように理解されている⁵⁾。トラストとは、資本的参加を基礎とする結合体であって、市場の可及的広大な支配を目的とするものである⁶⁾。したがって、トラストは、コンツェルンの特長とカルテルのそれとを併有する。トラストは、それが法的に独立ではあるが、経済的には統一的指揮に服する複数の企業の結合体より、厳格に言えば、コンツェルン形成にとって最も重要な参加を基礎とする結合体を意味する限りにおいて、コンツェルンである。しかし、同時に、トラストは、それが市場支配といわないまでも支配の傾向を有し、したがって、同一営業分野のより多くの企業を包括する点において、カルテルとしての本質を有する。

2) Vgl. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 5 Aufl., S. 39.

3) 以下については, vgl. Rasch, a. a. O., S. 39.

4) StuW 1930 Nr. 321 (Shell-Urteil.)

5) Vgl. Rasch, a. a. O., SS. 380-381.

6) So z. B. Callmann, Das Deutsche Kartellrecht, 1934, S. 34ff.

純コンツェルンの結合体として内部的な経営の合理化を目指すとともに、カルテル的結合体として買主、供給者および競争者、すなわち外に照準を合わせるから、トラストには、コンツェルンおよびカルテルの双方の傾向が内在する。当然に、トラストと非トラスト的コンツェルンとの区別は、流動的である。トラストとカルテルとの間の区別は、これに比較すれば、より明確といえる。コンツェルンも市場支配を目標とするのであるから、トラストとの区別は、この志向の強度に本来的に見出されるべきである。

(2) 企業結合と会社法 カルテルは、市場支配を目指しての複数企業の結合であり、カルテル参加企業（カルテル企業）は、法律の独立性を有するとともに、この市場支配という目的の外では相互に経済的独立性も有するのである。したがって、カルテルは、市場支配が目的であるという点において独禁法上問題になるとしても、会社法上はカルテル企業の営業活動の重大な制限として、主として商法245条1項3号の「その他これに準ずる契約の締結、変更又は解約」の適用上問題となるにすぎない。これに対して、コンツェルンにおいては、コンツェルン企業は法的に独立性を維持しつつも、経済的には単一体を形成して統一的指揮に服するものであるから、法的形式と経済的実体との間の鋭い対立が生じているのである。ここでは、コンツェルン企業への会社法の適用に当たり、この経済的実体をどのように反映させるかの問題が提起されているのであり、これは、紛れもなく会社法上の問題であるといえる。もちろん、コンツェルンにおいても、その規模が大きくなるにつれ市場支配的傾向を徐々に示すようになり、その限りにおいて独禁法上問題となる。しかし、この市場支配志向は、コンツェルンに内在する不可欠の属性ということではできず、したがって、コンツェルンの提起する本質的な問題はまず、会社法的なものであるということでは許されるであろう。非トラスト的コンツェルンは存在しても、非コンツェルンのトラストは存在しえない。トラストは、コンツェルンの特性とカルテルの特性を併有するものであるからである。その意味ではトラストも、また、会社法上の問題を提起する。ただ、トラストの提起する問題は、トラストのコンツェルンの側面においても生ずるものであるから、コンツェルンの会社法上の問題を検討することは、同時にトラストの会社法上の問題を論ずることとなる。

かくして、企業結合と会社法上の問題は、コンツェルンと会社法という形に置き換えることができる。

(c) コンツェルンと会社法 (i) コンツェルンの特性 コンツェルン企業相互間の支配・従属関係の有無によってコンツェルンは二つに分けられる。一は、垂直的コンツェルン (Unterordnungskonzern) と呼ばれ、ドイツ株式法18条1項1文に、「一支配企業と一以上の従属企業とが、その支配企業の統一的指揮の下に統括されているとき、これらの企業はコンツェルンを構成する」と定められるコンツェルンである。二は、水平的コンツェルン (Gleichordnungskonzern) と呼ばれ、同条2項1文に、「法的に独立な企業が相互に従属することなしに統一的指揮の下に統括されているとき、これらの企業もまたコンツェルンを構成する」と定められているものである。垂直的コンツェルンか、または水平的コンツェルンである問かをわず、コンツェルンである以上は、次の特性を有する。

(a) コンツェルンは、複数のコンツェルン企業によって構成されている。複数の企業によって構成される点では、コンツェルンはカルテルと同じであるが、前述のように、カルテルは市場支配を目的とする同種の営業を目的とする企業の結合である。これに対して、コンツェルンは、不可欠の属性として市場支配の目的を有していないのであるから、コンツェルン企業が同種の営業目的を有する必要はないのである。

(b) コンツェルン企業は、法上は独立の企業であるが、統一的指揮の下に統括されているのであって、したがって、経済的には単一体を形成する。どのような場合に、統一的指揮の下に統括されているとどういうか問題であるが、例えば、コンツェルン指揮者が、コンツェルン企業の営業政策その他業務執行の基本的問題を継続的に調整するときには、これらの企業はコンツェルン指揮の下にあるということができ⁷⁾。この調整は、指揮権を前提とするものではなく、コンツェルン企業間の比較的緩やかな共同の協議や役員の兼任によっても行いうるのである⁸⁾。

7) Begründung des Regierungsentwurfs, 1960, S. 102.

8) Ibid.

㊦ コンツェルン形成の方法 コンツェルン形成の方法としては、契約による場合とそれ以外、主として資本参加による場合とがある。

(a) 契約コンツェルン 商法は、コンツェルン契約として営業の賃貸、経営の委任および利益協同を定めている（商§245 I ②）。

① 営業の賃貸借（Betriebspachtvertrag） 賃貸借契約によって賃借会社は、自己の名において賃借会社の営業を利用する権利を取得するのであるから、これにより、コンツェルン的統一的指揮の法的基礎が生ずるわけである⁹⁾。ただ、注意すべきは、営業の賃貸借が必ずしもすべてコンツェルン的結合を生み出すとは限らないことである。例えば、コンツェルン外でなされる賃貸借は、営業それ自体には影響がなく、賃借人は営業に重大な変更を加えることなく営業を引き受けるのであり、賃貸借当時における営業の状態・組織・顧客関係などがそのまま営業の基礎をなしている¹⁰⁾。賃借人は、契約期間中は競業避止義務を負うが、期間経過後は営業の返還を受け、みずから経営をなしうる¹¹⁾。要するに、この場合には、営業の主体に交代があるにすぎないのであって、営業それ自体には変更がないのである¹²⁾。これに対して、コンツェルン内でなされる賃貸借にあっては、賃貸借契約の目的は、賃借人の営業を賃借人の営業に編入するものであり、単に営業主体の交代ではない¹³⁾。賃貸借契約は、この場合には、賃貸借の目的物を破壊する傾向がある、といいうる¹⁴⁾。このような契約を正しく理解するためには、契約が、賃借会社とその多数派株主である支配会社との間で締結されていることを認識する必要がある¹⁵⁾。資本参加による会社支配が、賃貸借契約により法的に基礎づけられるのであり、貸主が賃貸物の返還をうけるということは、最早や問題とならないのである¹⁶⁾。

コンツェルン的賃貸借にあっては、通常、コンツェルン外株主のために配当保証（Dividendengarantie）がなされているといわれている¹⁷⁾。配当保証に

9) Vgl. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre, 1958, SS. 316-317.

10~15) Mestmäcker, a. a. O., S. 317.

16) Mestmäcker, a. a. O., S. 318.

17) Friedländer, Konzernrecht, 1954, S. 103; Mestmäcker, a. a. O., S. 318; Rasch, a. a. O., S. 100.

は、絶対保証 (absolute [starre] Garantie) と相対保証 (relative [beweigliche] Garantie) とがある¹⁸⁾。前者は、賃貸会社の資本もしくは財産に対する確定比率をもって配当が保証されているものである。後者は、賃借会社が配当をする場合に、それに準じて配当が保証されるものであるが¹⁹⁾、さらに最低額が保証されていることもある²⁰⁾。配当保証附賃貸借契約において重要なことは、利益が賃借会社と賃貸会社との間で分配されるのではないということであって、配当保証という方法で賃貸会社の多数派株主 (賃借会社) と少数派株主 (コンツェルン外株主) との間の法律関係が規律されているのである²¹⁾。賃借会社はコンツェルン外株主に対してのみ配当金を支払うのだから²²⁾、賃貸会社は、賃料の支払を受ける年金会社 (Rentergesellschaft) となるのではなく²³⁾、賃借会社に対し直接請求権を有しないコンツェルン外株主のために、その支払われる賃料を管理するにとどまるのである²⁴⁾。賃貸会社の営業は、賃貸会社の多数派株主 = コンツェルン株主 (賃借会社) の営業の中に編入されているのである²⁵⁾。

② 経営の委任 (Betriebsüberlassungsvertrag) コンツェルン契約としての経営の委任の特色は、受任者が委任者とは独立に自己のために自己の判断により行動する点にある。委任契約は、委任会社の営業をコンツェルンに編入することを内容としているのであって、その限りにおいて、コンツェルン契約としての賃貸借契約と差異がないのである²⁶⁾。したがって、経営委任契約においても、委任会社の少数派株主 (コンツェルン外株主) に配当保証がなされる

18) Friedländer, a. a. O., S. 111 ; Mestmäcker, a. a. O; 大隅・企業合同法の研究 197頁。

19) 賃借会社の配当と同率であるとは限らず、これ以上の場合もあれば、これ未満の場合もある。

20) 例えば、賃貸会社が最近5年間になした配当が最低額と約定される (Mestmäcker, a. a. O.)

21) Vgl. Mestmäcker, a. a. O.

22) Mestmäcker, a. a. O.

23) Friedländer は、年金会社となるとする (vgl. derselbe, a. a. O., S. 103)。

24)・25) Mestmäcker, a. a. O.

26) 受任者は、いわゆる自己のためにする受任者 (procurator in rem suam) である (vgl. Friedländer, a. a. O.)。

のである。RG²⁷⁾の判例に次のようなものがある。A株式会社とB株式会社との契約によって、A会社は、B会社の営業を、B会社の商号を用いかつB会社の機関の協力をえて、自己の計算で行うこととされた。A会社は、B会社の営業財産を管理し、その債務を支払うことのほか、確定賃料および利益配当の支払いを契約上義務づけられていた。この契約は、利益協同契約の名称で締結されていたが、典型的な経営委任契約である²⁸⁾。

③ 利益協同契約(Interessengemeinschaftsvertrag) 利益協同関係(Interessengemeinschaft)とは、一般に、二以上の者がその利益を共通の目的のために契約によって結合することを意味するが、コンツェルン契約としての利益協同契約にあっては、統一的指揮のもとに二以上の法律上独立な企業の営業の結果が完全に合算されていることが必要である²⁹⁾。この意味での契約的結合があれば、コンツェルン契約としての利益協同契約として十分である。しかし、実際上は、契約的結合を強化するために、指導的会社が他の会社に参加したり、株式の相互保有がなされたり、さらには、特別の持株会社が設立されることが多い³⁰⁾。利益協同関係にあっては、参加企業が対等な関係にあるもの(水平的コンツェルン)と上下関係にあるもの(垂直的コンツェルン)とがある。垂直的コンツェルンとしての利益協同関係においては、支配的コンツェルン企業が従属的コンツェルン企業に一定金額の配当保証をしている³¹⁾。従属会社の株主に直接にこの保証がなされていることもある³²⁾。そこで、垂直的コンツェルンとしての利益協同関係と営業の賃貸借・経営の委任との区別が問題となる。後者においても、配当保証がなされているからである。この区別は明確ではなく、具体的な契約において、いずれの契約が締結されたのか判然としないことも多い。ただ、垂直的コンツェルンとしての利益協同関係の特質として、支配企業に利益の全部が引き渡され、従属企業は、その代りに一定の補償を受ける

27) RG 142, 223 ff.

28) Rasch, a. a. O., S. 94.

29) Derselbe, a. a. O., S. 88.

30) Derselbe, a. a. O., S. 89.

31) 大隅・前掲212頁。

32) Rasch. a. a. O., S. 91.

ことに甘んずること、すなわち、協同関係に参加するコンツェルン企業の全部が共同に企業危険を負担するのではなく、支配企業のみが企業危険を引き受けることをあげることができる³³⁾。これに対して水平的コンツェルンとしての利益協同関係にあっては、この関係に参加するコンツェルン企業の全部が共同に企業危険を引き受けるのであるが、その分担の割合 (Gewinnschlüssel) は、各コンツェルン企業の収益能力に応じて決定される³⁴⁾。なお、垂直的コンツェルンとしての利益協同関係においては、支配企業の支配は、従属企業に対する資本参加より生じている³⁵⁾。

④ 契約コンツェルンの基礎 コンツェルン契約の基礎として、通常、契約当事会社間に支配・服従の関係が存在する。すなわち、コンツェルン契約は、契約当事者間の事実関係に変化を生ぜしめるものではなく、また、そのような変化を生ぜしめることを目的とするものでもない³⁶⁾。ドイツ税法上認められる機関契約 (Organsvertrag) において、このことが最も明らかである³⁷⁾。機関契約は、契約の一当事会社が他の当事会社に事実関係のあらゆる面から金融的・経済的・組織的に編入されている場合に認められるのであって、契約の効果として、編入会社は被編入会社に対し指揮権を取得するのである。機関契約は、契約当事会社間に存在する支配・服従関係を確認し、かつ明確にするにすぎない。この機関契約の特長はコンツェルン契約にそのまま妥当するのである³⁸⁾。比喩的にいえば、コンツェルン契約は、法律関係を創造するよりはむしろ法律関係を明確ならしめるものである。

⑤ 契約コンツェルンにおける多数派株主 (支配会社) とコンツェルン外株

33)・34) Mestmäcker, a. a. O., S. 322. この分担の割合は、参加しているコンツェルン企業の協同関係における地位の経済的表現であり、また、その地位の価値もしくはこれより生ずる権利・義務の尺度である (大隅・前掲225頁)。Vgl. Friedländer, a. a. O., SS. 119-120.

35) Mestmäcker, a. a. O., S. 323.

36) Derselbe, a. a. O., S. 324.

37) Organschaft および Organsvertrag については、vgl. Achim v. Winterfeld, Organschaft und Konzernhaftung, NJW, 1949 Heft 3, S. 92; Mestmäcker, a. a. O., S. 287 ff.

38) Mestmäcker, a. a. O., S. 325; vgl. Friedländer, a. a. O., S. 103.

主との関係 コンツェルン関係に編入されたコンツェルン会社は、コンツェルン指揮に服する。コンツェルン外株主の会社経営への参加は——コンツェルン会社の管理機関の会社指揮と同様に——、その実質において無力となる³⁹⁾。さらに、コンツェルン外株主は、その有する共益権を無力化させられるにとどまらず、その自益権についても重大な影響を受ける⁴⁰⁾。株主は貸借対照表上の利益の配当をうけるのであるが、非コンツェルン会社にあっては、利益が社内に留保されても、それは、結局、会社財産の価値を高めるのであるから、最終的には、株主の利益となる。ところが、コンツェルン契約が締結されると、コンツェルン会社の留保利益は、支配会社に引き渡されるために、最早、株主の支配外におかれる。支配会社は、多数派株主として、コンツェルン外株主の株主権を骨抜きにしてしまうのである。

そこで、コンツェルン契約に伴うコンツェルン外株主の保護が問題となるが、この問題の結論を導く前提として、多数派株主と少数派株主との利益衝突が生ずるとき、法上、どのような解決がなされているかを検討しよう。

① 解散 株主総会は、特別決議をもって（商§405）、解散の決議をすることができる（商§404②）。清算には、特別の財産目録（清算財産目録）および貸借対照表（清算貸借対照表）が作成される（商§419 I）。これにより会社財産の処分価額の正当な評価がなされることになる。さらに、発行済株式総数の100分の3以上の株式を有する株主は、重要な事由のあるときは、裁判所に清算人の解任を請求することができる（商§426 II）。清算人が、清算手続において、少数派株主の利益を不当に害することは、ここにいう重大な事由に該当すると考えられる⁴¹⁾。したがって、少数派株主は、この清算人解任請求権を利用することによって、その利益をまもることができるのである。

② 合併 株主総会は、特別決議をもって、合併の決議をすることができる（商§408 I・III）。この決議に反対の株主は株式買取請求権を有する（商§408

39) Mestmäcker, a. a. O., S. 351.

40) Derselbe, a. a. O., SS. 351-352.

41) 残余財産の分配（商§§430 II・124 I ③）は、数種の株式が発行されている場合（商§222 I）を除いて、各株主の有する株式の数に応じてなされなければならない（商§425本文）。

—3)。アメリカ法にならって少数派株主保護のために認められた制度である⁴²⁾。買取価格は、「決議なかりせば、有すべかりし公正な価格」である。すなわち、決議により株式価格に生じた損害——この損害は少数派株主において具体化する⁴³⁾——が株式買取によって回復されるのである。

商法は、多数派株主と少数派株主との利害が鋭く対立する場合に、少数派株主の利益が不当に害されないよう配慮しているといえる。合併の場合に認められる株式買取請求権は、コンツェルン契約のときも認められる（商§245-2）から、コンツェルン外株主の保護もこれによりはかることができるのではないかと、とも考えられる。

しかし、株式買取請求権はコンツェルン外株主の利益を正当に保護するものではない⁴⁴⁾。コンツェルン外株主は、コンツェルン契約に反対しているのではなく、自己に不利なコンツェルン契約に反対なのである。コンツェルン契約当事会社間には、すでに事実上のコンツェルン関係があり、契約は、この事実上の関係を法的な契約関係として構成するにすぎなく、契約の前後を通じて事実状態に変化はないのである。したがって、コンツェルン結合の法的構成における変化にすぎない契約に、コンツェルン外株主は反対すべき利益を有しない⁴⁵⁾。コンツェルン外株主の有する正当な利益は、契約上相当な補償が与えられることであり、このためには、株式買取請求権は役立たないのである。

以上のことから、コンツェルン契約においては、コンツェルン外株主のための相当な補償が定められねばならない。補償の相当性が問題となる。契約の前後を通じてコンツェルン外株主の経済的状況に変化を生ぜしめない補償が契約に定められているとき、この補償は相当であるといってよい。コンツェルン契約においてこの補償の定めがなく、コンツェルン外株主が不当に不利な状況に

42) See Oleck, Modern Corporation Law (1960), Vol. IV, pp. 162 ff.

43) 多数派株主にとっては、決議によって株式の価格に生じた損害は、合併・営業譲渡等の結果として取得する利益により回復されることが予定されている。

44) コンツェルンにおける合併とコンツェルン外株主の保護について、拙稿「コンツェルンにおける吸収合併と株主保護」独協法学2号50頁参照。

45) Vgl. Günther, Konzernverschmelzung und Schutz aussenstehender Aktionäre, Die Aktiengesellschaft, 1968, S. 98.

おかれる場合には、多数派株主の議決権の濫用として、総会決議の無効（商§252）を生ぜしめる、と考える。

補償は、それがコンツェルン外株主が契約がなかったならば配当として受け取ったと予見される金額に等しいときでも、必ずしも相当ではない⁴⁶⁾。コンツェルン契約の結果、本来はコンツェルン会社の留保利益たるべきものが支配会社に引き渡され、コンツェルン会社は、コンツェルン計画に従って割り当てられかつ資本維持の原則により拘束される財産のみを維持するにすぎないこともありうるからである。

(b) 資本参加によるコンツェルン コンツェルン契約の基礎に、資本参加が存在することについては、前述した。資本参加は、コンツェルン関係において重要な要素をなしている。資本参加により与えられる議決権をもって、資本参加会社または多数派株主は、被参加会社を資本多数決によって支配し、これをコンツェルンの統一的指揮に服させるのである。

① 資本参加の種類 資本参加によるコンツェルンには、一方的資本参加によるものと、相互的資本参加によるものがある⁴⁷⁾。

一方的資本参加（*einseitige Beteiligung, participation simple unique*）とは、数個の会社のうち一会社のみが、他の会社に参加するものであり、例えば、A会社がB会社またはB・C・Dの三会社の過半数の株式を所有する場合であって、垂直的コンツェルンを形成する。相互的資本参加（*wechselseitige Beteiligung, participation reciproque*）とは、二個の会社が相互に他に参加するものであり、例えば、A会社およびB会社がそれぞれ相互に過半数の株式を所有し、支配を交換する場合であって、水平的コンツェルンを形成する。さらに、環状的資本参加（*participation en circuit*）といわれるものがある。これは、会社から会社へと順次一方的資本参加がなされ、それが最初の会社に戻って終わるというものである。例えば、A会社はB会社に、B会社はC会社に、C会社はD会社に、そしてD会社はA会社に過半数参加をする場合であり、これも水平的コンツェルンを形成する。昭和56年の商法改正によって、相互的

46) Mestmäcker, a. a. O., S. 357.

47) Escarra, Cours de droit commercial, nouvelle ed., 1952, pp. 588-589.

参加によるコンツェルン形成は不可能となった(商§241Ⅱ)。改正後も、環状的資本参加は禁止されていない。

② 一人会社 資本参加の極端な場合として、支配会社が被支配会社の全株式を有することがある。被支配会社は一人会社(one man company, Einmangesellschaft)と呼ばれる。わが商法が一人会社の存在を認めていると解するのが通説である。一人会社にあつてはコンツェルン外株主は存在しないが、一人会社もやはり独立の法上格を有する会社である以上は、その権利・義務は支配会社とは独立したものであるから、一人会社の債権者の保護という面から特殊コンツェルン法的問題を提起する。

③ 持株会社 会社が他の会社の株式の取得を目的または主たる目的とすることがある。この場合に、株式の所有により他の会社を支配することを目的としているとき、この会社は持株会社(holding company, Holdinggesellschaft)と呼ばれる。わが国においては、持株会社の設立または持株会社への転化は禁止されている(独禁法§9)。

④ 議決権拘束契約 資本参加によるコンツェルンと関連して重要なものに、他人所有の議決権を利用して形成されるコンツェルンがある。会社の株主で株主総会の決議を支配するに足る株式を有しない株主は、他の株主と協力することによって会社を支配することができる。この協力を一般的に確保することによって、安定した会社支配を行いうる。すなわち、株主間で前以って一般的に議決権の行使について契約を締結することによって、安定した支配を確立することができる。この支配の安定をモメントに会社のコンツェルンへの編入が可能となる。かかる契約として議決権(拘束)契約(Abstimmungsvertrag)がある⁴⁸⁾。議決権契約を無効とする見解もないではないが、株主の私的利益の追求のために与えられている議決権の行使について、株主が相互間で契約を結ぶことを否定すべき理由はない。したがって、議決権契約は一般的には有効であり、ただ、個々の場合に無効とされるにすぎない⁴⁹⁾。

⑤ 資本参加コンツェルンとコンツェルン外株主 資本参加コンツェルンに

48) これについては、拙稿「議決権(拘束)契約」獨協法学1号41頁以下参照。

あっては、コンツェルン形成それ自体を直接の目的とする契約は存在しないのであるから、契約コンツェルンに対して、事実的コンツェルンと呼ぶことができる。事実的コンツェルンにおけるコンツェルン指揮は、コンツェルン会社を支配するに足る議決権を背景に行使される。コンツェルン指揮それ自体を直接の目的とする契約的基礎は、そこには存在しない。換言すれば、コンツェルン指揮の対価としてコンツェルン外株主に与えられる法的補償は存在しない。コンツェルン外株主の保護は、株主平等の原則、多数派株主の議決権濫用を理由とする総会決議の瑕疵の攻撃⁵⁰⁾、取締役の義務など会社法一般の救済方法による以外はないであろうか。この結論を認めて極端な主張をするならば、事実的コンツェルンは法上許容されないということになる。なぜならば、これら会社法一般の救済方法は、非コンツェルン会社における救済制度であって、コンツェルン外株主にとってはなんら役立つものでない。したがって、コンツェルン外株主から株主としての利益擁護的手段を剝奪する事実的コンツェルンの形成は許されない。しかし、これは極端な主張であって、資本参加が法上原則とし

49) 例えば、議決権契約により議決権行使の方向の決定権を有する者が、自己株式・相互保有株式の議決権の休止の規定（商§241Ⅱ・Ⅲ）の適用を受ける場合またはこれと同視される場合（取締役会の指図に従って議決権を行使するときなど）、議決権契約により特定の者に議決権の代理行使を授權することが商法239条4項に反する場合、議決権契約が商法494条1項1号・497条に反する場合、議決権契約が契約当事者の一方の意思の自由または経済的自由を全くまたは相当な程度において奪うなど公序良俗に反する場合などである。

50) 周知の如く、議決権濫用による決議の瑕疵の攻撃の構成には、決議取消説と決議無効説とがある。コンツェルン関係にあっての議決権の濫用は、コンツェルン利益の不当な追求ということであるから、議決権の濫用というアプローチを必要とせず、通常は株主平等原則を理由に決議の無効確認という方法がとられるであろう。しかし、決議の内容が明らかにコンツェルン利益を優先させ、その結果、決議の無効を生ぜしめるような決議をコンツェルン指揮者が成立させるとは思われない。コンツェルン指揮者（コンツェルン会社の多数派株主）は、その意に従う取締役を選任することによって、取締役会を支配し、コンツェルン利益の追求をはかるであろう。取締役選任決議については、被選任者が被選任資格（商§254-2参照）を有する以上は、決議の無効は問題とならない。したがって、選任決議における議決権濫用は、通常は議決権行使方法の濫用に帰着し、決議取消の訴（商§247Ⅰ①）に服することとなる。例えば、多数派株主が不当に多数の代理人を総会に出席させ（商239条5款は、多数派株主のこのような方法をとることによってなんらの障害にならない）少数派株主の自由な議決権行使に實際上、影響を与えたときである。

て許容され、この許容された資本参加の結果として生ずる会社支配権を違法とすることはできないであろう。事実的コンツェルンを認めた上でのコンツェルン外株主の利益の保護を考えるべきである。

企業結合について詳細な規定を有するドイツ株式法によれば、コンツェルン指揮は、原則として、支配契約または編入を前提としてのみ許される（同法§§ 308 I・323 I）⁵¹⁾。これに違反して、事実的コンツェルンにおいて、コンツェルン指揮がなされた場合には、指揮の結果として生じたコンツェルン会社の損害を指揮者は賠償しなければならない（同法§§ 317・323 I）。コンツェルン会社の損害とは、より具体的には、コンツェルン会社のコンツェルン外株主および債権者である。支配契約の締結または編入の場合に、完全なコンツェルン指揮が許されるのは、コンツェルン外株主および債権者にコンツェルン指揮権の補償または代償がなされており、これらの者の利益の保護がはかられているからである⁵²⁾。ドイツ株式法は、事実的コンツェルンの指揮者にコンツェルン会社に対する損害賠償責任を定めているのみではない。同法は、コンツェルン会社の取締役がコンツェルン指揮の詳細についての開示義務を負わせ、損害賠償責任を実効あるものとしているのである⁵³⁾。

51) 編入は、一人会社（もしくは、これに準ずる会社）（被編入会社）とこの一人株主（もしくは、これに準ずる株主）である会社（主会社）との間において行われる制度であって、編入の結果として、主会社は、被編入会社に対する指揮権を、支配契約締結の場合と同様に、取得する。

52) 支配契約および編入については、拙稿「コンツェルンと法人取締役（直接的経営支配）」一橋論叢47巻2号101頁以下参照。

53) コンツェルン指揮の内容は、コンツェルン会社の取締役の作成する従属性報告書において開示される。従属性報告書には、次の事項が記載される（株式§312 I）。「会社が前営業年度内に支配企業もしくはこれと結合した企業との間でなしたまたはこれらの企業の勧誘によりもしくはその利益のためになしたすべての法律行為、および会社がこれらの企業の勧誘によりもしくはその利益のために前営業年度内においてなしたまたはなさなかったその他のすべての処置が記載されねばならない。法律行為にあっては給付および反対給付、処置にあってはその処置の理由ならびに会社に対する利益および不利益が示されねばならない。不利益が補償される場合には、当該営業年度内にいかなる補償が現実になされたかまたは会社がいかなる利益に対して請求権が与えられたかが個別的に示されねばならない。」この従属性報告書については、拙稿「1965年西ドイツ新株式法における従属性報告書」独協大学数養諸学研究2号268頁以下参照。

以上の株式法からの結論は、事実的コンツェルンにあっては、コンツェルン指揮は、コンツェルン会社の利益と矛盾しない限り許されることである。コンツェルン会社の利益に反するコンツェルン指揮は、コンツェルン指揮者の損害賠償責任を代償としてなされるということである。コンツェルン会社のコンツェルン指揮への従属性が明確な法的関係として構成されておらず、コンツェルン会社の運営・管理が形式的には自主独立性を維持している限りは、コンツェルン会社の利益に反するコンツェルン指揮は認められない⁵⁴⁾。問題は、西ドイツ法のような明文規定を有しないわが国において、コンツェルン会社の利益に反して行動したコンツェルン指揮者の責任をどのようにして構成するかである⁵⁵⁾。諸種の理論構成がありうるが、コンツェルン指揮者のコンツェルン会社への責任を、取締役の会社に対する責任として構成可能であるならば、問題を最も明確かつ直截的に解決することができる。コンツェルン指揮者Aがコンツェルン会社Bの取締役に就任するならば、AのBへの指揮は、Bとその取締役との関係に吸収される。AのBへの指揮は、Aの取締役としての業務執行権として把握される。その結果、Bの利益に反するコンツェルン指揮は許されなくなる。Bの利益を犠牲にしてのコンツェルン利益の追求は、指揮者であるAのBに対する損害賠償責任を生ぜしめる（商§266 I・II）。Bがコンツェルン関係を背景にAの責任を追及できないときには、Bの株主——コンツェルン外株主——は、代表訴訟によりAの責任を追及しうる（商§267以下）。また、Bの債権者もAの責任を追及することができる（商§266-3, I・III）⁵⁶⁾。

コンツェルン指揮者をコンツェルン会社の取締役として構成するに当たって検

54) 「コンツェルンに加盟する株式会社の取締役は、その会社自体の利益のため業務を執行することを要し、コンツェルン利益のため、これを執行することは許されない。ただ会社の利益とコンツェルン利益とが一致する限り、コンツェルンの利益は同時に会社の利益なのである」（松田・株式会社法研究191頁）との主張は、事実的コンツェルンに関する限りにおいて正しい。

55) コンツェルン指揮者のコンツェルン会社への責任の法的構成については、不法行為責任として構成する説、支配株主としての支配会社の責任として構成する説などがある。これらの詳細については、拙稿「コンツェルン指揮と責任」私法28号198頁、蓮井「親子会社」新商法演習2会社(2)239頁以下、坂本「子会社の債権者保護」金融・商事判例594号32頁以下参照。

討しなければならない問題がある。第一は、法人取締役が許されるかである。コンツェルン指揮者は、通常、支配会社だからである。第二は、コンツェルン会社がコンツェルン指揮者を取締役として選任しない場合には、どうするのか、である。

① 法人取締役の問題 わが商法上は、法人取締役を否定する明文規定はない。あるいは、取締役は自然人としての活動を要することを理由に、あるいは、担当する職務の性質上取締役は自然人たることを要することを理由に、取締役は自然人でなければならないと解する見解もあるが、法人の代表者が取締役としての行為を担当すればよく、これらの理由は根拠がない。比較法的にみても、ドイツ株式法76条3項は法人取締役を認めないが、1966年フランス会社法91条は明文をもって法人取締役を認め、1948年イギリス会社法200条1項も法人取締役を認めている。明文をもって特に禁止する規定がないのであり、また、反対説の理由も納得できるものではないから、法人取締役を認めるべきである。

② コンツェルン指揮者をコンツェルン会社の取締役に擬制することの可能性 いま、A・B両会社がコンツェルンを構成し、Aが支配会社であるとしよう。この場合に、Bの株主総会でBの取締役として選任される者は、Aの取締役その他Aの指示に従って行動する者である。とすれば、Bの取締役としての実質的に選任された者は、Aであるといえる。AをBの取締役として構成できないであろうか。

ところで事実的契約関係説といわれる学説がある⁵⁷⁾。これによれば⁵⁸⁾、法律がその規範性を有するのは、それが当事者間の関係を規律するのに最も適当な基準を定めているからである。事実関係であつても、同様な基準が最もよくその事実的関係を規律することがありうる。このとき、この事実関係を、これが、

56) 直接損害に限らず、間接損害の場合にも、取締役の責任を認めるのが判例(最大判昭44・11・26民集23・11・2150)である。

57) 諸種の文献がある。例えば、Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943; Spiros Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute als Privatrecht, 1958 などがある。

58) Vgl. Simitis, a. a. O., SS. 538-539.

法律——立法者——の予想した成立過程をとらなかったということにより、法的に評価しないとは、あまりにも法形式、換言すれば、立法者の観念にこだはるものである。法的に把握さるべき法律関係と同様に、この事実関係を法的に評価して、それに適する法原則により規律することが、むしろ、望ましい。

A・B両会社間には、取締役・会社間にみられると同様な信認的法律関係がみられる。Bの利益がまもられるか否かは、一にAの意思にかかっているからである。Aに取締役の信認的法律関係より認められると同様な義務（商§254-3・264・265）を課すことが、A・B間の関係を処理するために最も適当である。AをBの取締役と擬制すべきである（AはBの事実上の取締役である）。

Aの取締役としての擬制は、信認的法律関係にもとづく法の適用に関してのみである。AはBと利害衝突の生ずる立場に立つことができないということである。積極的にBの利益をはかるべき義務（商§254Ⅲ，民§644）を負うわけではない⁵⁹⁾。

(c) 契約コンツェルンと事実的コンツェルン 事実的コンツェルンにあっては、コンツェルン会社の利益に反するコンツェルン利益の追求は、コンツェルン会社に対するコンツェルン指揮者の責任を生ぜしめる。コンツェルン指揮者の損害賠償責任によってコンツェルン会社の外部株主および債権者の利益が擁護される。契約コンツェルンにあっては、コンツェルン指揮の結果としてコンツェルン会社の外部株主および債権者の被る損害は、契約上補償または代償が約束されることによって填補される。事実的コンツェルンから契約コンツェルンに移行することによって、損害賠償が契約上の補償または代償に変更する。このことは、事実的コンツェルンと契約コンツェルンとにおいて、コンツェルン外株主または債権者の地位に実質的な変化がないことを示すとともに、同時に契約コンツェルンの特質を明確にするのである。

59) 拙稿「コンツェルン指揮と責任」202頁は、積極的にコンツェルン会社の利益をはかるべきであると解した。本文のように解することによって、親会社を子会社の取締役と認めると「子会社の取締役としての任務の遂行上、親会社のなす指図の意味と限界は不明確とならざるをえない」という批判（蓮井・前掲240頁）をまぬかれることができる。

(4) コンツェルンと会社法上の問題 コンツェルンが会社法上惹起させる問題として、コンツェルン指揮の責任、取締役の競業禁止義務、取締役の自己取引、さらに自己株式の取得がある。自己株式の取得については、昭和56年の商法改正によって、子会社による親会社の株式取得が禁止された（商§211-2）ので一応の解決をみた。コンツェルン指揮の責任は、事実的コンツェルンにあっては、コンツェルン指揮者をコンツェルン会社の取締役と擬制することによって解決できる。契約コンツェルンにあっては、コンツェルン指揮権の対価が契約上約束されることによって、問題が解決されている。取締役の競業禁止義務および自己取引についてはどうであろうか。

(イ) 取締役の競業禁止義務とコンツェルン関係 信認的法律関係にもとづく法規の適用については、コンツェルン指揮者は、コンツェルン会社の取締役と擬制される。契約コンツェルンにおいても、基本的には、これは同様である。したがって、コンツェルン指揮者がコンツェルン会社と競業関係に立つときには、コンツェルン会社の取締役会の承認を受けなければならない（商§264 I）。コンツェルン会社の取締役会がコンツェルン指揮者により支配されることを考えれば、この取締役会の承認は、コンツェルン会社の利益をまもるためには、何の役にも立たないであろう。商法264条のコンツェルン指揮者に対する適用は無意味である。それどころか、本条所定の手続をとることによって、事実的コンツェルンにおいて、コンツェルン会社の利益に反するコンツェルン指揮者の責任が免脱されるという弊害さえも生ずる。本条はコンツェルン指揮者には適用がないと考えなくてはならない。同様な論理は、コンツェルン指揮者に準ずる者、より具体的にいえば、コンツェルン指揮者たる支配会社の代表取締役についても妥当する。支配会社の代表取締役が同時にコンツェルン会社の取締役である場合にも、（支配会社の代表取締役としての競業が問題となる限り）商法264条の適用はないといはねばならない。本条により規定される事項についても、一般的な忠実義務を定める商254条-3により処理されることとなる。コンツェルン指揮者およびこれに準ずる者は、商254条-3により忠実義務を負うのであって、事実的コンツェルンにおいて、コンツェルン会社の利益に反する行動によって会社に損害を与えた場合には、損害賠償責任を負わなければなら

らない（商§266 I ⑤）。

（ロ）取締役の自己取引とコンツェルン関係 商265条も信認的法律関係にもとづく規定であるので、本来的にはコンツェルン指揮者に適用があるべきである。しかし、コンツェルン会社の取締役会がコンツェルン指揮者により支配されていることを考えれば、この場合にも、本条はコンツェルン指揮者に適用されず、問題は、商法254条－3の忠実義務に関するものとして解決されるべきである⁶⁰⁾。指揮者である支配会社の代表取締役がコンツェルン会社の取締役である場合に、その代表資格での取引について同様に解すべきである。

〔以上のコンツェルンに関する総論的研究をもとに、山崎製パン事件の判例を具体的に検討し、コンツェルン法的解決の必要性を続稿で述べることとする。〕

60) コンツェルン指揮者とコンツェルン会社の取引については、貸借対照表（計算書類規則§§21・29・31）および附属明細書（同規則§47 I ⑦・⑩）により開示される。殊に附属明細書で開示される取引の明細は、コンツェルン指揮者に忠実義務違反がなかったか否かを判断できる程度のものでなければならない。