

# ドイツ新株式法における 「企業」概念

— 近時における学説の展開 —

早 川 勝

## 目 次

一、はしがき

二、学説の展開

(1) いわゆる機能説とその批判

(2) 機能的企業概念の変形 (Variante) とその批判

(3) 「営業」の必要性

三、個々の問題

四、おわりに

## 一、はしがき

1965年ドイツ新株式法(以下新株式法と呼ぶ)は、「結合企業」という上位概念の下で総括されている異なった種類の企業結合に関する規定(同法15条ないし19条)<sup>注1)</sup>をしており、またその第三編では「結合企業」という独立の編を設けて詳細な規制をしている。ところで右の諸規定の法的効果を受けるためには、少くとも一方が株式会社の法形式を備え、他方が「企業」であるところの企業結合でなければならない<sup>注2)</sup>。「結合企業」という上位概念は、法技術的理由に基づくもの<sup>注3)</sup>であるが、

新株式法は、「企業」概念については概念規定を設けることはしていない。政府草案理由書では、（企業概念を定義づけることが）実際上困難であったという事情によるものといわれており、「これに属する企業は、あらゆる法形式、したがって個人商人の形式をももちうる」<sup>注4)</sup>と説明されているにすぎない。しかしながら、企業概念は、新株式法15条で述べられている企業結合においては根本的メルクマールとなっている<sup>注5)</sup>のであり、さらには、企業概念が、株式法の適用範囲を定めるための欠くべからざる前提となっているのである。つまり、実際の多様な経済生活における連繫（Verflechtung）が明確に区分できない限界状態にあっては、企業概念の解釈およびその射程距離の問題はそれに結びついている非常に広範な効果を考えれば、無視することのできない利害を伴っているのである。<sup>注6)</sup>したがって、企業概念は、新株式法ことに結合企業法にとつて中心的意味をもつもの<sup>注7)</sup>といえるのである。

そのような重要性にも拘わらず、企業概念に対する新株式法の消極性は、その補填を学説の解決に全面的に依存しているものと思われる。他方、学説にあっては、新株式法が制定されて以来その概念の解明のための活発な議論が展開されている。

その際、制定法自体の中で企業概念が統一的には用いられていないこと<sup>注8)</sup>から、当該の法律の意味と目的から抽出しなければならないとする方法論には異論がないように<sup>注9)</sup>思われる。そして、株式法のコンツェルン法上の規定は、会社、その株主および債権者を他の企業の支配的影響から保護することをその内容とし目的としている<sup>注10)</sup>という点にも異論はないようである。

新株式法の企業概念に関する従来議論には、そのニュアンスと段階に若干異なるものがあるようである。しかしながら、「いつそしていかにしてまたいかなる状態に基づいて構成体（Gebilde）に企業としての資格を賦与することができるのか」という問題にあっては、「機能説に対し制度説というスローガンの表現によって特徴づけられる見解の対立」<sup>注11)</sup>が濃厚であったといえよう。それは、企業概念を、あるものが企業

者的利益を追求するかどうかによりいわば機能的 (funktional) に決定しようとする見解<sup>注12)</sup> と、経済的で外部で認識することのできる制度 (Einrichtung) もしくは営業 (Geschäftsbetrieb od. Gewerbebetrieb) が存在すればよいとする、いわば制度的 (institutional) に解する見解<sup>注13)</sup> との対立である。

それに加えて、論者によっては<sup>注14)</sup>、通常の種類のある組織された経済的統一体の表現としての外部的準備 (Veranstaltung) と継続のメルクマールを最少限必要とする見解<sup>注15)</sup> が折衷説として挙げられることがある。

しかしながら、企業は、企業者の活動の行使、おそらくその行使の可能性で十分であるとし、機能的意味をもつという主張と、それは、企業者の活動の手段となるようななんらかの組織的制度を必要とするとし、したがって制度的意味をもつという議論の歩みよることのない対立は、実益がなくまた不毛でもあるという指摘もわれわれは見出すことができる。それは、Rasch<sup>注16)</sup> による指摘である。彼は、企業者の活動には組織的・制度的基礎が存在しうるので実際上はまれにしか問題にならないことを理由とする。確かに、実際上の両説の主要な相異は、私的大株主の解釈について存在しうるにすぎないといわれている<sup>注17)</sup>。

最近の文献には、株主の手中において営業が存在することを要求することをもって共通項とする見解が機能理論の変形 (Variante) として別個に類別されているもの<sup>注18)</sup> が見受けられる。

本稿は、学説区分をそのような右の傾向に従いつつ、株式法における「鍵概念」(Schlüsselbegriff) ともいわれるべき「企業」概念を、近時の学説に沿って検討しようとするものである<sup>注19)</sup>。但し、商法の対象を企業とするいわゆる企業法学説にまで論議の範囲を及ぼす意図はなく、本稿は、もっぱらその対象をドイツ新株式法上の企業概念に限定し、企業結合法理について筆者の理解を深めることに主眼点がある。

注1) 株式法第15条は、結合企業に関する総括的規定である。第16条は、多数参

加を受ける企業および多数参加をする企業について、第17条は従属的および支配的企業について、第18条は、コンツェルンおよびコンツェルン企業について、第19条は、相互参加企業についてそれぞれ規定している。

- 注2) Würdinger, Aktien-und Konzernrecht 2 Aufl. (1966) S. 261.  
河本一郎編「ドイツと日本の会社法」262頁参照。Würdinger は、他の会社形式に対する株式会社の構造の特殊性と他の会社形式を取り入れなかった株式法の基本的態度をその理由としている。Vgl. Müller / Rieker, Der Unternehmensbegriff des Aktiengesetzes 1965, Wpg 1967 S. 197.
- 注3) 政府草案理由書は、この総括は、企業結合の四つのグループ全部に適用される規定を法技術的に簡単にならしめる目的を追求するにとどまり、と説明している。慶応義塾大学商法研究会訳「西独株式法」（以下単に「西独株式法」と略す）20頁。
- 注4) 「西独株式法」20頁。
- 注5) Rasch, Deutsches Konzernrecht (1968) 4 Aufl S. 35.
- 注6) Brauksiepe, Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts - Verhältnis zwischen Gemeinden und ihren Eigengesellschaften, BB 1966, S. 819. Würdinger も、新株式法15条ないし19条にふくまれている一定種類の企業結合についての法の定義において企業性の前提は必須であり、20条・21条で規定する通告義務も、311条以下にふくまれている保護規定も企業性はそれらの規定の適用を受けるための必要な前提であると説明する。河本, 前掲書 264頁。
- 注7) Bolsenkötter, Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmen, DB 1967, S. 1098. Müller / Rieker, a a O. S. 197.
- 注8) 例えば、商法2条では企業とは営業に役立つ取引組織を意味し、競争制限法ではこの法律の秩序原則から引き出されなければならない(Würdinger, a a O. S. 263. 河本, 前掲書264頁), 企業の名称は、その目的設定により制約された特別な意味において使用されている。取引税法では、企業は収益をあげるためのすべての持続的独立活動を意味し、営業条例によれば、それは認可義務のある企画 (Anlage) である。(Rasch, a a O. S. 36.)
- 注9) Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, BB 1965, S. 1285. Leo, Die Einman-AG und das neue Konzernrecht, AG 1965, S. 253. Brauksiepe, a a O. S. 869. Würdinger, a a O. S. 263. 河本, 前掲書265頁 Müller / Rieker, a a O. S. 198. Rasch, a a O. S. 37. Bachelin, Der Konzernrechtliche Minderheitenschutz (1969) S. 9. Geßler, Aktiengesetz 3 Aufl (1970) S. 13. 等々

- 注10) ちなみに、Raschは、コンツェルン法の任務はカルテル法に比べれば企業結合を理解し内容を明確にし、企業結合に結びついている危険や不利益から株主や債権者をより一層保護し、支配力と責任を一致させることにあると考える。広く経済力の規制という目的設定については一致しているが、カルテル法は、同等および前後の段階に従属していることに消費者のために経済力の濫用的利用を阻止することにあるという。(Rasch, a. a. O. S. 37.)
- 注11) Koppensteiner, *Unternehmergemeinschaften in Konzerngesellschaftsrecht*, ZHR 131 (1968) S.304.
- 注12) Kropff に代表せられる見解である。この説を主唱するものとして、その他に Brauksiepe, Möhringがあげられる。
- 注13) この説に属するものとして Müller / Rieker は Rasch, Würdinger, Geßler, Wilhelmi, Leo, Havermann, Schäfer, Rowedder / Haberland, Janberg / Schlaus をあげている。(Müller / Rieker, a a O. S. 198.)
- 注14) Müller / Riekerは、企業概念に関する諸見解を以上のように3分する。a a O. S. 198.
- 注15) Raisch, *Zu dem grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktiengesetz*, JZ 1966, S. 554ff. derselbe, ZHR 132 (1969) S. 184ff.
- 注16) Rasch, a a O. S. 39.
- 注17) Bolsenkötter, a a O. S. 1101. Bachelin, a a O. S. 8.
- 注18) 営業を意識的にメルクマールとする方向は、Koppensteiner, Bachelin . において示され、Kölnerのコメンタール (Kölner Kommentar zum Aktiengesetz [1970]) の中で、Biedenkopf / Koppensteiner がより明確にしている。
- 注19) ドイツ新株式法上の企業概念について、わが国ではすでに論じられている。大野「西ドイツ株式法における企業概念について」(埼玉大学社会科学論集24号所収)。本稿は、そこで取り上げられている文献よりも少し新しいものによっているが、基本的理解において大野論文に負っている点が多い。しかし後述するように企業資格賦与の基準が、大野論文とは少しばかり異なる。

## 二、学説の展開

### (1) いわゆる機能説とその批判

いわゆる機能説<sup>注1)</sup>はKropffの主張により代表せられよう。Kropffは、

株式法の意味と目的によって企業概念を理解すること<sup>注2)</sup>から出発する。それは、まず、「株式法のコンツェルン法にとっては支配企業と利益が衝突する場合局外株主および債権者の保護が決定的に重要である。利益衝突の可能性にとっては会社に対して自己の利益を追求する者がその人格において一定のメルクマールを示すということは重要ではなく、むしろ彼によって追求される利益の種類が決定的」な重要性をもつ、という認識である。例えば、会社の利益を得ることに限定されている場合には利益衝突の危険が存在しない。そこで、「利益衝突の危険は、株主自身が市場戦略的に計画し決定することによって株主の企業者の利益が導かれる限度において存在しかつ増大する」という点に彼は理論的根拠を求めているのである。したがって、「株式法の意味における支配的企業概念は、一物および権利の総体 (Inbegriff) としての企業と機能 (Funktion) としての企業を分ける Köhler<sup>注3)</sup> の区別の意味において一機能的である」という。以上の結果から、Kropffは、企業は「企業者の計画および決定権の担い手」である<sup>注4)</sup>と結論づける。つまり、Möhring<sup>注5)</sup>の説明をもって言い換えれば、以上のことは次のようなことを意味している。すなわち、法的には会社の外にいて会社に影響を行使する第三者（正に企業）との利益衝突の可能性がある場合には、右の第三者が特定の法的資格 (Qualifikation) を示すということは、法によって意図されている局外株主および債権者の保護に関して本質的ではなく問題でもない。目的的にかつ計画的に正に（通常の意味において）「企業者的」に考慮し行為する地位 (Instanz) としての第三者の機能が決定的なのである。と。それによれば、利益獲得の意図が存在する場合には企業者的利益の追求における場合と同じような危険状態は存在しない<sup>注6)</sup>ということになる。機能説と制度説との議論を不毛<sup>注7)</sup>と述べる Rasch が、株式法の目的規定 (Zweckbestimmung) からすれば、企業者的活動の行使の可能性で十分であるが、但し、持分の所有者が私人にすぎないという反証の余地は残しておくべきもの<sup>注8)</sup>、と説明する時は、それは機能的観点に立つものといえよう。

しかしながら、右の機能的観点からする企業概念の輪郭づけは、種々の点で批判を受けている。それらの批判は、前掲大野論文<sup>注9)</sup>において適確に三点に要約されている。それと異なった理由づけからする批判としてまず、Koppensteinerは、株主の会社への影響の種類を基準とする機能説は、新株式法18条Ⅱ項における水平コンツェルンの定義と矛盾している<sup>注10)</sup>、と指摘する。つまり、統一的指揮は指揮の主体を企業の主体にするのではないことを18条Ⅱ項は示しているのである。統一的指揮の構成要件は、指揮権の主体を企業にするには十分でない。言い換えれば、統一的指揮の存否により区別せられるのではないのである<sup>注11)</sup>、という。Bolsenkötter<sup>注12)</sup>も、結合企業の機構 (Instrumentarium) をこえて一時的な少数者保護を拡大することは正当でなく上述の意味で機能理論は、結合企業法の全体的構成と合致しない、と批判する。

さらに、Koppensteinerは、機能的企業概念はコンツェルン法体系と矛盾する、と批判する。企業の存在は、コンツェルン法の体系の範囲内で述べられている企業結合の種類にあつていかなる関係で株式会社と結合しているかには依存していないからである。つまり、企業の存在は企業結合の種類に依存することはできないのである。したがって、定義づけとして (qua definitione) 支配会社とのコンツェルン関係において企業が存在しうるにすぎないということとはできないのである。にも拘わらず、機能説は右の誤りを侵しているのである<sup>注13)</sup>、と批判する。

## (2) 機能的企業概念の変形 (Variante) とその批判

機能理論における機能的要素という基準は不明確であり、そのために法的安定性にかけ、また実用的でない区分を強いるということから、機能的企業概念によって中心点におかれた企業者の意思が、「時間的および空間的に並列されることができる制度 (Einrichtung) を創設したにちがいない」という見解<sup>注14)</sup>は、機能的概念の変形として総括されよう。

<sup>注15)</sup>

その場合、客観的要素を把握する努力から、客観的に対立する利益の内容の検討へという学説の推移を指摘できよう。

まず、Raischは、Kropffの観点とは反対に、結合企業および企業契約に関する諸規定を「素直に考察」する場合自己が参加している株式会社から独立している者に帰する特性 (Eigenschaft) を企業性とみなす方がむしろ正しい<sup>注16)</sup>、と述べる。彼は、他の領域で得られた企業者という概念の当初の意味を明確にし、そしてそれを株式法に採り入れることにより意味の変向を生じたのか否か、もし生じたならばいかなる範囲においてかという議論から右のことを根拠づけようとする<sup>注17)</sup>。

したがって、主観的要素 (企業者の行為) が存在するにすぎずその他には客観的要素を欠く場合企業と叫ぶのかという問題において、商法にあっては外部に対する明確な準備 (Veranstaltung) が存在するということが放棄されてはならないと主張する。實際上典型的な企業は組織された経済的統一体を特徴としている。商法および経済法におけるあらゆる企業の定義における共通の要素は、最少限度一定の外部的露見 (Hervortreten) という意味における外部的準備と継続<sup>注18)</sup> という要素を具備している。それらは、通常典型的に存在する組織的経済的統一体に特徴的であり適合するものである<sup>注19)</sup> と述べられる。

以上の理由から、彼は、外部から認識することができる企業の指導形象 (Leitbild) が必要であると見做し、機能的企業概念に客観的要素を加味しようとする。それによれば、大株主が自己の企業者の計画をもって継続的に外部にあらわれる場合、特に、従属会社に対する自己のイニシアティブの継続的公表 (Kundmachung) を事情によっては、有力な会社の契約相手方 (例えば銀行) に対して顯示する場合にのみ自己の株式会社参加に基づいて企業者とみなされる、<sup>注20)</sup> と結論づけられる。

以上のように客観的要素の存在が必要であると根拠づけられる場合、それに対して株式会社と対立する利益の内容と意味づけへの努力が他方で試みられている。独立した経済的利益をもつ企業が株主の手中に先に存在すること<sup>注21)</sup>、つまり、株式会社が企業と衝突するかどうかをまず確定しておく必要があるとするMüller / Riekerは、商法1条<sup>注22)</sup>の意味における商人であるところの法律上独立しているすべての構成体<sup>注23)</sup>



に企業性を承認する。そして、危険を伴う典型的種類の、株式会社への影響可能性を限界づける構成要件を創設するためには(1)上述の範囲をこえた、経済的利益を有するすべての構成体であり、(2)それが自分自身の営業を有し、かつ、(3)法律上独立していることが必要である<sup>注24)</sup>、と考える。

そこでは、企業概念は株式会社とそれに影響を及ぼす地位にある者との利益の対立を考慮する一種の衝突規範 (Kollisionsnorm) として理解しなければならない、ということが出発点となっている。したがって、商人と同じように自己の経済的利益つまり株式会社の観点からすれば会社外の経済的利益を追求する構成体であることを必要とし、自己の経済的利益は、大株主自身が株式会社から区別せられる営利経済的営業を維持する場合は常に生ずる<sup>注25)</sup>ものと根拠づけている。

独立の経済的利益をもつ構成体が存在することを前提とする場合には、株主の影響可能性の行使だけでは企業という構成要件を充たしてない。また、株主が会社から利益を得ることだけを意図する場合、利益衝突の危険がここでは存在しないというよりも、株主が財産管理の範囲内で自己の株主権 (Aktienrecht) を行使しているという理由から株式法上の意味における企業ではないのである<sup>注26)</sup>。

大株主が同時に他の株式会社に参加しかつその参加が単に財産管理の目的でなされるにすぎない場合、大株主の利己的利益が肯定されることが出来るかは問題である。大株主が継続的に両方の株式会社の経済的利益を同等化する場合、一方の側の株式会社が他方の側の株式会社の企業者の利益の支配下に置かれる危険が生ずることになるからである。

その場合でも、両方の株式会社の業務執行に関する問題 (例えば、投資の問題、指導的な従業員の人事問題、金融問題、租税問題) を取扱う自己の営業 (Geschäftsbetrieb) が存在する場合にはじめて企業になると解されることになる。そのような営業が存在する場合には、所有者は商人と同じように外部にあらわれるからである<sup>注27)</sup>。

最後に、法的に独立する企業でなければならないとされる。株式法の

条文（15条，16条ないし18条）は，法律上独立している企業のみを企業とみなしている，といえよう。つまり，企業は，企業契約の相手方として現われている場合や権利義務を賦与されている場合に権利の客体としてではなく権利の主体として擬制されている（fungieren）のである。それは，権利能力と同じようなものではないが主観的意図の集形（Kombination）以上のものである<sup>注28</sup>。法的独立は，統一体として経済生活に参加することを企業に可能にする財産法上の各々の独立性で十分である<sup>注29</sup>と説明される。

法的安定性の要請と株式法の公開性への志向（Publizitätsfreudigkeit）から，大株主の計画（Intention）が，実際の組織において現象的側面にあらわれるところの経済的な営業において化体することを要求する以上の見解は，Bachelinにより適切に次のように要約されている。

すなわち，企業概念の一定の制限は，典型的な危険な特別利益が把握されることによって示される。特別利益は，それが何らかの方法で継続的に客観化され，正に制度化される場合，つまり営業が存在する場合に典型的であり，また危険になる。右の営業は，商法2条<sup>注30</sup>の意味における事実上の前提が存在すれば十分である<sup>注31</sup>。

企業者の活動の機能的要点は，企業概念の中に直接的に存在するのではなく営業の概念に関して間接的にのみ存在している。営業の概念は，それをこえて最少限度外部的準備すなわち一定の制度化を必要とするのである<sup>注32</sup>，と。

以上の見解は，次の項でなされる「営業」というメルマールを明確に浮彫りしようとするものであるが，Koppensteinerの批判が適切にあてはまる。

機能説により中心に置かれる企業者意思は制度を創設したにちがいないとし，大株主が業務執行問題を取扱うところの営業（Betrieb）を維持する場合，企業であるという主張には，企業と統一的指揮の結合がみられる。その点に関しては，機能説に対する批判がここでも成立しよう。つまり，そのような企業概念は，統一的指揮の構成要件によって企業を

定義づけすることができないコンツェルン法体系においては構築することができないのである<sup>注33)</sup>。その点が、Koppensteinerの第一の批判である。

次に、右の見解（ことにRaischのそれ）は、コンツェルン法上の権利と義務の名宛人が企業であるという事実を考慮する不適切な試みを含んでいると批判される。つまり、会社を総括している商法という意味的統一性（Sinnenheit）の観念に基づく商人と企業との同一視は、商人概念が接合点（Anknüpfung）として役立つところの規制がコンツェルン会社法の規制といかなる関係ももたないということにつきあたる。前者は第一義的に商人の外部的関係に関連するものであり、後者は第一義的に企業団体の内部秩序に関連するからである<sup>注34)</sup>。結局、株式法上の、特に、コンツェルン法上の目標設定にとって統一的指揮の目的のために固有の組織を創設することはいずれにしても重要でない<sup>注35)</sup>と批判されよう。

### (3) 「営業」の必要性

以上のような学説の展開とその批判から、共通のメルクマールとして、「株主の手中に『営業』（Gewerbebetrieb）が存在している」<sup>注36)</sup>場合に企業として認めることが妥当であると結論づけられよう。営業が存在する場合には、通常立法者が防止することを意図した、従属会社を犠牲にして自己の企業者の利益を求める危険が存在するからである。

企業は、経済的目的のために総括されていることを要する<sup>注37)</sup>が、制度自体がただちに企業ではないであろう。しかしながら、経済的企業者的目的の追求も限定された法的—組織的統一性において制度化することなくしては企業を形成しないで<sup>注38)</sup>あろう。

新株式法が意図する会社、その株主および債権者の保護は、一定の危険の存在を予定している。それは、株主が「自分自身の企業を営み、それに独立の利害が結びついており、しかもその利害が株式会社の利益と衝突する場合」<sup>注39)</sup>存在しよう。

Raschは、新株式法15条の意味における企業を次のように解釈している。

すなわち、

それは「動産、不動産、権利義務並びに無形財産（取引関係、業務および経営の秘密、顧客等々）を企業の経済的活動と指揮の表現として一つの全体にまで総括したものであり、企業的人格およびそれと共に働くもの（Schaffenden）の人格からは切り離されている。商法典中の用語では（22条以下）、それは『営業』（Handelsgeschäft）といわれている」<sup>注40）</sup>と。

以上の見解によれば、企業概念は統一的指揮の存在には依存しておらず、コンツェルン法の構造（ことに18条Ⅱ項における水平コンツェルン）と矛盾することもない。また、右の考察方法は企業概念を刻印している交錯した利益（Interessenverschränkung）にも相応するもの<sup>注41）</sup>と思われる。

注1) 大野前掲論文106～107頁参照。この説を唱える Brauksiepe に関する主張は、同論文 108頁に詳しい解説がある。

注2) 当該の法律の意味と目的より企業概念を導く Kropff の方法論は、競争制限禁止法に関連してなされた1960年1月20日の商事裁判所の判決（BB 1960, S. 385f. = WuW-Entscheidungssammlung OLG322）を基礎としている。そこでは、「全法秩序を統一的に拘束する企業概念は存在しない。当該制定法の目的規定（Zweckbestimmung）によって異なった概念内容をもちうるということは承認されているところである」旨述べられている。zit. nach Kropff, a a O. S. 1285. Möhring, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, NJW 1967, S. 1.

注3) Köhler は、彼の小論文（Betrieb und Unternehmen in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, JZ 1953, S. 713ff）において、次のように述べている。

営業（Betrieb）は、現代のあらゆる具体的な経済組織の基本的統一体であり、（Köhler a a O. S. 715.）企業（Unternehmen）は、経済的計画および決定権の私的なかつ明らかに同等でない（nichtplankoordinierten）担い手の下で単数もしくは複数の経営（Betrieb）が総括されているところの経済的統一体である（a a O. S. 716.）。彼は、J. v. Gierke が選択的に用いている営業（Betrieb）もしくは企業（Unterneh

men) という上位概念を Gierke の区別の変形 (Variante) として、次のように理解できるとする。すなわち、目的概念 (Gegenstandsbegriff)、活動概念 (Tätigkeitsbegriff)、および集団もしくは物、権利、無形財産の総体 (Inbegriff)、機能 (Funktion)、および団体、としてである。それによれば、企業と営業は、(1) 目的概念として理解する場合両者は同一のものを意味し、(2) 物、権利、無形財産の総体についての呼称についてどちらの用語を使用するかは、その具体的な経済組織法上の理論的立場によって異なってくる。(3) 機能、活動概念、団体として理解する場合、経済組織的に従属している経済的統一体としての営業と企業は、その決定権の内容により機能的な相異が生ずる。つまり、営業は、現代の組織の基本的単位なのであり、企業はまったく特定の具体的な組織の経済的統一体である。企業は、それ自体営業を含んでいると述べる (Köhler, a a O. S. 718.) しかしながら、右の見解に従えば、企業者の計画および決定権の担い手は企業と同一でないということになる。株式法は、たんに企業に結びつくにすぎないとして、Köhler の見解を立論の基礎とする Kropff は批判されている。(Müller / Rieker, a a O. S. 198. 同旨 Luchterhandt, a a O. S. 153.) ちなみに、J. v. Gierke は、商企業 (Handelsunternehmen) は、法的意味における商 (Handel) のための経済的統一体であり、それ自体商法全体の基礎となっている統一的思维の産物である。この経済的統一体は、営業活動 (Betriebsstätigkeit) - 企業の営業の意味における主観的側面一、営業行為 (Betriebsgeschäft) - 客観的意味における営業すなわち行為 (Geschäft) -、営業共同体 (Betriebsgemeinschaft) - 企業者と労働者の営業結合一という3つの輻射 (Ausstrahlungen) を法律的に明らかに示す、と述べている。

(J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 7 Aufl. (1955) S. 5f. derselbe, Das Handelsunternehmen, ZHR 111 (1948) S. 1 ff)

注4) Kropff, a a O. S. 1285.

注5) Möhring, a a O. S. 1.

注6) 純粹に投資株主としての利益の追求に制限されている場合である。Müller / Rieker も Möhring の理解に賛成する。(Müller / Rieker, a a O. S. 120 同旨 Raisch, ZHR a a O. S. 184.)

注7) 企業概念に関する争いは、株式法にあって支配的企業から点火したのである。企業者的決定の自由を欠くにも拘わらず企業が存在するのかという問題ではなく、企業者的活動の客観的実体を全く欠いている場合にそれは企業なのかあるいは最低限度の特徴を有する場合にそれは企業なのかという問題が論じられるのである。そのことは、新株式法の企業概念にあっては機能的なのかあるいは制度的なのかという問題に依存してい

- ない、と Luchterhandt は述べている。(ZHR 132(1969) S. 154.)
- 注8) Rasch, a a O. S. 39.
- 注9) 大野, 前掲論文 110頁以下
- 注10) Koppensteiner, a a O. S. 308.
- 注11) Koppensteiner, a a O. S. 308. Fuβn. 52.
- 注12) Bolsenkötter, a a O. S. 1101.
- 注13) Koppensteiner, a a O. S. 308~9.
- 注14) Schäfer, Wann ist der Großaktionär Unternehmen?  
NJW 1967, S. 1741.
- 注15) Kölner のコメンタールの分類と用語法によっている。
- 注16) Raisch, ZHR a a O. S. 185.
- 注17) 但し, Rasch は, 法的概念は特別な法的基準により特徴づけられるべきであるとし, 経済学上の用語を直接的に転用することを拒否する。(Rasch, a a O. S. 36.)
- 注18) 継続という要素の歴史的根拠として, 普通ドイツ商法典編纂ニュルンブルグ委員会と帝国商事高等裁判所が企業の定義のために「継続」要素をめざしたことを, Raish は援用する。(Raisch, NJW a a O. S. 555.)
- 注19) Raisch, NJW a a O. S. 555. 株式法の目的から概念を限界づけるかわりに, Raish は, 株式法の外で得られた限界づけが株式法によって明確に否定されてはいないことを確定する。しかし, そのことは, 彼自身によって主張された解釈方法と逆の結果になると, Luchterhandt は批判する。(Luchterhandt, a a O. S. 154 Fuβn. 19)
- 注20) Raisch, ZHR a a O. S. 184, derselbe, NJW a a O. S. 555.
- 注21) Würdinger, a a O. S. 263, 河本, 前掲書 265頁。
- 注22) ドイツ商法1条1項は, 本法における商人とは, 商業 (Handelsgewerbe) を経営する者をいう, 旨規定している。同条Ⅱ項は, 商業と認める営業の目的を例示している。
- 注23) すべての形式的商人を株式法の意味における企業とみなしうる, と述べる。(Müller / Rieker, a. a. O. S. 200)
- 注24) Müller / Rieker, a a O. S. 200~1.
- 注25) Müller / Rieker, a a O.
- 注26) Müller / Rieker, a a O. S. 200.
- 注27) Müller / Rieker, a a O. S. 201.
- 注28) Schäfer, a a O.
- 注29) 例えば, 人的商事会社, 特別の目的のためにきざげられた特別財産, 民法上の組合, 権利能力なき社団が考えられるという。(Müller / Rieker, a a O. S. 202)

- 注30) ドイツ商法2条は方法および範囲に従い、商人的に設備された経営組織を必要とする営業的企業は第1条第Ⅱ項の前提条件が例え存在しなくても、企業者が商業登記簿にその商号の登記をした限りにおいて本法典の意義における商業とする。企業者は商人の商号登記に適用ある規定に従い登記をする義務を負う、旨規定する。
- 注31) Bachelin, a a O. S. 9
- 注32) Bachelin, a a O. S. 13
- 注33) Koppensteiner, a a O. S. 35
- 注34) Koppensteiner, a a O. SS. 309~10 Fußn. 56
- 注35) Kölner, Kommentar zum Aktiengesetz § 15 Anm, 10
- 注36) Würdinger, a a O. S. 263 河本, 前掲書 264頁 Luchterhandt, a. a. O. S. 149. Bolsenkötter, a a O. S. 1098. Leo, AG 1965, S. 352. Baumbach-Hueck § 15 Anm 4 両者については大野前掲論文 105, 107頁参照)
- 注37) 政府草案理由書(西独株式法 27頁)
- 注38) Bolsenkötter, a a O. S. 1099.
- 注39) Würdinger, a a O. S. 265.
- 注40) Rasch, a a O. S. 37.
- 注41) Koppensteiner, a a O. S. 310.

### 三、個々の問題

個々の場合において事実上企業が存在するかどうかはこれまで展開した、ことに二、(3)の基準を妥当な標準と支持したい。その場合、企業を導いている法形式自体は問題とならないので、自然人、法人以外に商法および民法上の人的団体も当然考慮の範囲に入れられることになる。

これまでの文献において問題になるものとして主に論じられている個別的な事例は次のような場合である。

株主の議決権のプール(Abstimmungspool)、(民法上の組合という法的組織を形成する場合にも)財団、公法人、株式管理および配当金の保管を目的とする純粹の資本管理会社、企業者組合(Konsortium)は右の見解によれば明確に企業性が否定されることになる。

一人株式会社における単独社員が同時に他の株式会社の支配的株主で

ある場合、2つの株式会社の共通の大株主が両方とも統一的指揮の下で総括される場合<sup>注1)</sup>、つまり水平コンツェルンの純粹の指揮機関<sup>注2)</sup>(たとえ人的会社もしくは資本会社として組織されようとも)、企業性は認められないことになろう。

統一的指揮の行使<sup>注3)</sup>は、支配的影響の行使と同様にそれ自体ではなから企業を意味しない。

個人商人は<sup>注4)</sup>、常にコンツェルン法上の意味における企業であり、民法上の組合、権利能力なき社団も企業である。

注1) 単独社員もしくは水平コンツェルンにおいて統一的指揮を行使する私的大株主が、その他になお個人商人的企業を有する場合は、勿論企業性を承認してよい。(Luchterhand, a a O. S. 161.)

注2) 参加をコントロールする指揮機関の場合は問題がある。(Kölnerのコメントは企業性を承認する § 15 Anm. 13.)

注3) Würdingerは、統一的指揮の行使を企業性賦与の基準としている。(a a O. S. 263, 河本,前掲書 265~6頁)法の目的から考察する場合それを阻止することを企図した危険状態があるということを根拠にしているが、Bolsenkötter は、彼が右の見解を主張する限りにおいて機能説に立つものとみなしている(Bolsenkötter, a a O. S. 1099)。Luchterhandt は、水平コンツェルンにおける統一的指揮と他の場合、即ち、意識的に宣伝、生産、販売政策、財産管理および投資計画が各コンツェルン企業の勢力範囲をこえて集中されている指揮を区別して考察する。そして、後者を、例外的に企業と考える(Luchterhandt, a a O. S. 161)。多数の企業が例えば共同の子会社を設立する場合の設立企業に対して、株式資本と事実上の影響が同等に分配されている場合にのみ企業性を拒否するのはその背後に同様の配慮が働いていると思われる。(Luchterhandt, a a O. S. 164)、しかしわれわれの前述の考察からすれば、統一的指揮自体は原則どおり企業性を承認できず、それは新株式法 117条(会社への影響の利用に関する損害賠償義務の規定)の適用を受けるにすぎないことになる。

注4) コンツェルン法上の保護目的からすれば、人的団体と個人商人間の重要な相異を見い出すことができず自由業者と手工業は企業となる。しかし、この点を強調しすぎると、パン屋の所有者が自己の株式管理に制限されている場合にすら彼の鉄鋼工業の株式所有のために企業者とみられるが、



非常に積極的に自己の株式会社の運命に参加する自己の営業をもたない私的株主は企業の規定に服さない、というRaischの批判(ZHR a a O. S. 184)にさらされることになる。単なる財産管理と営業の行使は理念的には区別できるが實際上その限界は不明確であるからである。(Vgl. Müller / Rieker, a a O. S. 200)

#### 四、おわりに

「企業」概念は、新株式法上定義づけされていない。企業の輪郭づけの実際上の困難がその理由であった。経済生活における多様かつ複雑なからみあい(Verflechtung)は、おそらくそのことを困難にしよう。しかし、それがいかなる困難なのかその具体的内容はわからない。

したがって、企業概念の解釈は、法の論理構造とその意味内容と目的から判断することが必要となろう。その場合、新株式法の論理構造から企業概念をいかように把握でき、また法の意図する目的はどのように解せられるのであろうか。

近時における学説の傾向は、どちらかといえば後者に力点を置いて考察しがちといえよう<sup>注1)</sup>。新株式法は、会社外の目的に貢献し、会社法上拘束されない意思が会社の業務執行および利益配当に影響を与え、責任の基礎となっている会社財産が侵害されることから生ずる危険を防止しようとする。新株式法におけるコンツェルン法の諸規定のもっとも重要な目標の一つは、無統制に行使して会社を害するコンツェルンの力から従属会社、少数株主および債権者を保護することである。そして、それらの間の実際のもしくは潜在的な利益の衝突の規制を目的に編成されている。以上のことは一般に認められているところである。

その場合、会社外の影響力の主体の特性(Eigenschaft)は問題ではない。株式会社指揮の背後で外部に存在する利益は、少数株主および債権者の利益との衝突をコンツェルン法が調整している「企業者の利益」ではなく、企業に本質的な企業者の利益は、少数株主・債権者が保護されるべき株式会社の外部で実現されているにちがいないのである。また、少数株主と債権者の利益とそれらから区別された企業者の利益(特別利

益)との衝突は、支配自体の主体が他の企業に利益を有する場合にのみ考えられるのではなく、同じような利益の対立は、右の主体の意思形成が第3の企業利益によって命ぜられるにすぎない場合にも生じうる。他人の影響にさらされている株式会社の株主と債権者の保護は、それが会社の外で決められその外部で実現されている企業者的利益と衝突する限りにおいてのみ実現されるのである<sup>注2)</sup>。

したがって、株主の手中に営業 (Gewerbebetrieb) が存在していること<sup>注3)</sup>が必要である。そこにあつては、利益衝突の危険が存在することがまず前提となっており、その前提が存在する場合に企業性の判断が問題となってくるのである。そして、企業性は、営業を営む経済的統一体が、その営業との関連において自己の参加に基づく会社への影響を行使する場合容認されよう。

企業概念を広く解し、コンツェルン法上の規制を広範囲に及ぼそうとする右の見解も、無制限には妥当しないであろう。企業概念を株式法の個々の規定の内部でさえ異って解釈する必要はないかというRaisch<sup>注4)</sup>の問題提起に遭遇するからである。従来の見解は右の問題から出発していない。従って異なる観点からの研究も今後予測されよう<sup>注6)</sup>。その場合にも以上の考察は新たな段階への些かな一応の整理となろう。

注1) 法の論理構造を分析して、Luchterhandt は、通知義務に関する規定が企業結合法において特別な地位を占めることを留意するが、徹底的な論究はされておらず単なる指摘にとどめている (a a O. S. 150~1)。企業概念の抽出を法の目的から引き出す場合には、法が意図した法政策的目標設定により刻印されがちであり、他の企業を支配する主体としての地位と関連する企業概念の要素が取り扱われる傾向があつた。(Koppensteiner, a a O. S. 307. Fußn. 48) このことは、後述のRaischの問題提起と関連しよう。

注2) Koppensteiner, a a O. S. 306~11

注3) Raisch によれば近時このメルクマールを必要とする見解は支配的の見解になったといわれている。(ZHR. a a O. S. 184)。大野前掲論文 (105~106, 112, 114, 117~118頁)では、すでにこの見解が主唱されている。

本稿も大野説と主旨は同じである。大野説に対する異議は、その用語の使用に向けられよう。つまり、株式法からは私的株主と企業株主とを区別することはできない (Koppensteiner, a a O. Fußn. 44.) のであり、その区別の基準も實際上役立たない (derselbe, a a O. Fußn. 52) からである。それを区別する場合は、統一的指揮の存在に依存する結果になるのではと思われる。(Vgl. Müller/Rieker, a a O. S. 198)

注4) Raisch, ZHR a a O. S. 187. 法の論理構造ことに支配の主体の地位に重点を置く場合、他の規定の射程距離や基準・機能との関連から、コンツェルン法上の企業概念は存在しないと Koppensteiner も述べている。その場合、将来の展望としては、各規定をグループ毎に類別し、規定の機能から引き出しうる特別な基準によりグループ毎に別個に構成要件を定めてゆく方向も考えられようか。(Koppensteiner, a a O. Fußn. 48)