

# 事実上のコンツェルンと 西独有限会社法草案

早 川 勝

目	次
I	はしがき
II	改正の動向
III	改正草案における事実上のコンツェルン
	(1) 改正草案の概要
	(2) 反対説
	(3) 賛成説
IV	結語にかえて
	— 諸家の立法提案について —

## I はしがき

昭和50年6月の法務省民事局参事官室「会社法改正に関する意見照会について」は、その第6企業結合において「企業結合に関し、株式の相互保有の制限、連結決算制度の導入のほかに、検討すべき問題があるか」と問う。意見照会における他の項目と比べ企業結合において検討すべき内容はあまりにも大まかである。しかしながら企業結合の問題に対する社会の対応の仕方を一応除外しても立法担当者の側で企業結合自体に対する問題意識が公式的に表明されたという点を考慮すれば、わが国にお

る将来の企業結合法理の発展の上で重要な一里塚を築いたということは否定できないように思われる。もちろん立法の前提作業となる法的事実の把握ひとつにしても企業結合の法的規制への道ははるかに遠いといえよう。

ところで比較法的考察に目を転ずるとき、現代会社法の全面的改正はいかに容易でないかということのをわれわれに教える。ことに立法化の作業に着手して以来いまだに成立をみていない西独有限会社法草案はその好例であろう。立法化阻止要因の分析<sup>(1)</sup>もさることながら、ここで筆者の関心をひくのは同草案が規定している企業結合の規制である。この規制については事実上のコンツェルンに関する規定が論争の中心点であったといわれる<sup>(2)</sup>。株式法における事実上のコンツェルンの規制がその実効性の面からドイツにおいて批判が集中していることはすでにわが国において指摘されている<sup>(3)</sup>。そしてわが国では上位会社が下位会社に対して事実上の支配力を行使しているのが企業結合内部の実態であるかのような印象をうける。この意味において事実上のコンツェルンに関する西独有限会社法草案の取扱いを概観することも何らかの参考になりうるのではないと思われる。本稿では右のような問題意識から企業結合における事実上のコンツェルン規制の問題をもつばら学説における論争に沿いながら考察してみたいと思う。

(1) 平等共同決定法の導入という華々しい政治的問題の登場と共に、改正事業の運命は政治的な駆引の後奥深くにおいやられたような様相を呈し、現在ではその成立さえ不確かなものとされているようである。

Vgl, Emmerich, AG 1975, S. 253; Sonnenschein, BB 1975, S. 1088 Fußn 1; 河本「社会構造の変化と株式会社法」神戸法学雑誌23巻1・2号4頁以下

(2) Gessler, DB 1971, S. 29

(3) 例えば「会社法改正に関する問題点の研究」における河本発言。「会社法根本改正の論点」(商事法務) 102頁

## II 改正の動向

有限会社法改正の試みは早くから計画されすでに1938年に非公刊なが

ら参事官草案が作成されている。これは第2次大戦の勃発により改正の実が結ぶことなく終了した。その後1965年株式法が改正されたことも手伝い、1969年4月には連邦法務省が参事官草案を<sup>(1)</sup> 公けにし改正論議の火種を用意した。1971年12月政府は参事官草案に対する批判を斟酌した形の政府草案<sup>(2)</sup> を連邦議会に提出したが、翌年の国会解散のため可決されなかった。政府はさらに同草案を変更することなく1973年新たに連邦議会に提出<sup>(3)</sup> した。しかし1974年以来審議がすすめられていないので坐礁したものとみなすむきもある。

ところで、有限会社法にコンツェルン規制をとり入れる必要性は一体何故生じるのであろうか。まず考えられるのは株式法の適用範囲の問題である。株式法は有限会社が企業結合している場合その射程距離に入らないので従属有限会社は株式法上の保護を享受することはできない。ここでは従属株式会社の保護が考慮されているにすぎない。裏返しにみれば企業は厳格な株式法上の拘束を常に可能な有限会社への組織変更によって回避することになり、その結果株式法と有限会社法との間に危険な格差が生じよう。このような状態を立法者は望んでいないと説明される<sup>(4)</sup>。さらにコンツェルンにおける利害衝突に対する特別規制、つまり有限会社コンツェルン法の展開は法政策的課題ともいわれる<sup>(5)</sup>。右のような事情にくわえて草案理由書はさらに次のように述べている。すなわち、実際上有限会社もしばしばコンツェルン手段として利用されているが、他の企業と結合している有限会社の社員と債権者の保護に対し株式法上の規定に相応する規制を法が欠いている。この法の沈黙からは不当な帰納的推論が引きだされるかあるいは法的に不安定な状態を生むという危険が生ずる。株式法上の規制を類推適用する場合、有限会社の特殊性は斟酌されないという結果になる。そこで有限会社の特殊な構造について株式法と異なった規制が必要となるのである<sup>(6)</sup>。

しかしその場合、立法者は株式会社と有限会社の法事実的相異にも拘わらず、会社実務においては両方の法形式が変更可能であることから企業結合において提起される問題は株式会社におけるのとまったく同様に

規制の中心をなすものであるという仮定に基づくことができるとされ<sup>(7)</sup>、じじつ参事官草案は株式法上のコンツェルン法によりかかっているといわれる。

事実上のコンツェルンに関する株式法上の規制はごく簡単につきのように要約されよう。すなわち、支配企業は原則として自己の勢力を行使して従属会社にとって不利益な法律行為や措置をさせることが禁じられる。しかし与えた不利益を補償すれば例外的に許される（1965年株式法311条）。右の不利益補償がなされないか、補償にあてられた利益に対する請求権が与えられない場合支配企業は損害賠償義務を負担する（同法317条）。右の不利益補償を実効あるものにするため補完的に従属報告書の制度がとりいれられている（同法312条）。この制度は従属会社の取締役に従属報告書の作成義務を毎年課すことにより補償が確実になされることを担保しようとするものである<sup>(8)</sup>。

1969年の参事官草案は株式法上の模範に従い、資本的有限会社を志向した。その第2編で規制する結合企業法は次のように区分されている。すなわち、契約コンツェルン（234条ないし250条）、事実上のコンツェルン（251条ないし259条）、編入会社（260条ないし268条）、相互参加会社（269条、270条）。それに対し両者の規制はつぎの点で相違する。

- (1) まず局外社員に対する補償を定めている場合には企業契約の変更、取消し、および解約告知について、また年度決算額補償の放棄および和解について局外社員の同意を必要とする点<sup>(9)</sup>。
- (2) つぎに有限会社においては法定準備金制度がないのでこれを補充することは不要である点<sup>(10)</sup>。
- (3) さらに従属報告書は社員の閲覧権が排除されている場合にのみ作成されることを要する。この場合には全社員の同意により従属報告書の作成が放棄できる点<sup>(11)</sup>。
- (4) さいごに計算規定の相違である。

右の相違にも拘わらず参事官草案は人的有限会社の特殊性を広範囲に無視し株式法によりかかったものとして多くの批判が後述の如くなされ

た。これらの批判は政府草案にあまり反映されず僅かな点に止まったといわれる。つぎに章を改めて政府草案における事実上のコンツェルンの規制の概要をみたい。

- (1) 参照、渋谷「ドイツ有限会社法改正報告者草案および理由書について」商事法務505号2頁以下、石田「西ドイツにおける有限会社法改正の動向」上智法学15巻2号49頁以下
- (2) Bundestag Drucksache VI / 3088; この草案の訳出は、石田・吉川・出口「西ドイツ有限会社法改正の方向」上智法学16巻1号、2号、3号同17巻1号、2号、3号同18巻1号、2号、詳細な検討については渋谷「西ドイツ有限会社法改正の方向」法協89巻11号1581頁以下
- (3) Bundestag Drucksache VII / 253
- (4) Emmerich・Sonnenschein, Konzernrecht (1973), S. 165  
Emmerich, AG 1975, S. 255
- (5) Rehbinder, Die GmbH als Konzernunternehmen, in, GmbH-Reform (1970), S. 128. 但し規制の必要性について疑問視するものもある。Vgl, Pleyer・Westermann・Lieser, Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzern, in Stellungnahmen zur GmbH-Reform, S. 57
- (6) Bundestag Drucksache VI / 3088, S. 209
- (7) Emmerich・Sonnenschein, aaO. S. 165
- (8) 参照、河本・ヴェルディングガー「ドイツと日本の会社法（改訂版）」商事法務335頁以下。Vgl, Würdinger, Aktien- und Konzernrecht (1973) 3. n. Aufl. S. 294 f
- (9) Vgl, Gessler, BB 1971, S. 669; Emmerich・Sonnenschein, aaO. S. 169
- (10) 参事官草案 238条Ⅱ項1文, 240条Ⅱ項1文, 244条Ⅰ項
- (11) 支配契約あるいは利益供与契約の締結の場合には現金代償を提供することを要するにすぎない（参事官草案246条）
- (12) 参事官草案 252条Ⅰ項1文および2文

### Ⅲ 改正草案における事実上のコンツェルン

#### (1) 改正草案の概要

政府草案は第8条で結合企業の定義をなし第二編を結合企業にあて第一章 企業契約（230条—243条）、第二章 企業が従属関係にある場合の指揮権および責任（244条—255条）、第三章 編入会社（256条—264条）、

#### 第四章 相互参加企業（265条—266条）の四章にわけて規定する。

本稿で扱う事実上のコンツェルンは同草案第二章「企業が従属関係にある場合の指揮権および責任」の第2節「支配契約の存しない場合」の規制全体が対象となる。それは、第247条 影響力の制限、第248条 閲覧権を排除または制限している場合の業務執行者の報告書、第249条 専門の検査役による検査、第250条 検査役の任命および選出、第251条 監査役による検査、第252条 特別検査、第253条 利益供与契約が存在する場合の報告書の不要、第254条 支配企業およびその法定代理人の責任、第255条 会社役員の実務責任の各規定よりなる。

つぎに政府草案の構想について理由書による説明をまずみってみる。そのことにより立法者の立場が知れよう。

草案はコンツェルン結合を原則として特別な契約関係いわゆる支配契約関係すなわち支配契約により統一的指揮の下に統括されるコンツェルンと単に事実上の支配力にもとづいて指揮されるにすぎないコンツェルンにわかつ。そしていわゆる編入会社は支配契約による結合と本質的に同一視される。しかし有限会社においてはその基本的組織構造から従属会社を適法な会社法上の基礎にもとづいて広範囲に支配することが可能となる。すなわち社員の議決権の行使あるいは定款で規定される固有権によってそれが達成される。この点に有限会社の特殊性が存する。草案は会社法上の権限にもとづく社員たる他の企業による支配が純粹に事実上の支配権にもとづく支配と同様な規制によって規律する。

さらに草案は契約によらない支配関係にあって従属報告書の作成義務を度外視する。この規制は株式法と大きく異なる。有限会社にあっては社員は自己の解説請求権や閲覧権自体により会社の状態および結合企業との関係を知りうる地位にあることにその理由が求められる。

それ故に報告書作成義務は閲覧権の制限もしくは排除に密接に関連づけられている。しかし会社の業務執行者は特別の責任を課せられている<sup>(1)</sup>。

ところで既述の如く、草案は株式法上のいわゆる事実上のコンツェルン規制を模範としている。草案第247条—第255条は株式法第311条—第

318条に相応する。したがって草案に対する批判と株式法に対する異議は相互にオーバーラップすることになる。以下においてはまず草案<sup>(2)</sup>に反対する見解と支持する立場にわけてその評価を両面よりみることにする。

## (2) 反対説

草案に対する消極的評価を概観する前に株式法上の事実上のコンツェルンに関する論争をかいま見ることは廻り道とはならないであろう。有限会社法上のコンツェルン法は株式法に盲目的によりかかりすぎているという批判が聞こえるからである<sup>(3)</sup>。

さて、先入観をもっていなくても株式法上の事実上のコンツェルンの規制が株式法改正のみごとな失敗作であったという評価は極論としても<sup>(4)</sup>、従属報告書制度が当初予想されていたような成果をあげていないのではないかという疑問は文献にあつては打ち消しがたいものとされているように思われる<sup>(5)</sup>。

さらに事実上のコンツェルン規制の解釈にも対立がみられる。事実上のコンツェルンの許容は法律上承認されており、補償は支配会社が従属会社に不利益な指揮を適法なものにするというのが通説的見解である。これに対してMestmäckerは異論を唱える。彼によれば統一的指揮が許されることを前提として責任法上の限界を決定する解釈学的出発点は統一的指揮権の許用範囲を責任法上の限界から導く立場と従属会社の保護と従属会社の統一的指揮の下への拘束とが衝突する領域でその相違を鮮明にするといわれる。支配的見解によれば次のような結果になろう。すなわち参加者全員の財産利益の平等な保護が維持されるべき法領域では従属会社に関する規定は統一的指揮が可能となるように緩和されよう。しかし賠償規定の意味と目的はつぎの点にある。つまり会社がもし依然として独立企業を営み続けていたとしたらえていたであろう経済的成果を支配企業が従属会社に与えることである。Mestmäckerは賠償規定をコンツェルンの支配の許容基準に使用するのである。そのことにより事実上のコンツェルンそれ自体を制限的にのみ許そうと思われる<sup>(6)</sup>。

株式法規制に対する消極的評価をさらに一步すすめて有限会社法改正を機会に、事実上のコンツェルンを許用すべきでないという主張がなされた。ここではこのような主張を否定説と呼称しておきたい。

Kronstein は事実上のコンツェルン規制の有限会社における一般的放棄を事実上のコンツェルンに関する株式法上の規制の効果が疑わしいことに根拠を求め<sup>(7)</sup>、また Würdinger は、コンツェルンの要請は企業契約に関する規定の中に十分みたされており、無制限の指揮権が必要である場合には支配契約が締結されるべきであると述べる<sup>(8)</sup>。さらに株式法改正にあつて参事官草案はもともと事実上のコンツェルン規制を知らなかったという沿革上の理由および近時増加の傾向を示す有限会社形式をとる共同投資会社への配慮からもその一般的禁止に導く<sup>(9)</sup>。

否定説は事実上のコンツェルンにおいて支配企業の影響力の可能性自体を否認することを基調としている。右の観点にもとづき Martens は以下のような提案を試みる。

- (1) 会社法上の権限により支配企業が純粹に事実上の支配権限にもとづいて形成する事実上のコンツェルンを禁止する。
- (2) のみならず社員の地位にもとづく会社法上適法な支配も指揮権を可能にする限りにおいて社員の議決権あるいは定款上の固有権（現行有限会社法45条）を制限する。
- (3) さらにその補強のために社員決議における議決権行使により業務執行者または監査役員、支配人または商事代理人が加害行為をなす場合に損害賠償義務を負わないとする規定（参事官草案126条8頁）を削除すること。
- (4) 社員決議が会社または他の社員の損害において特別利益の追求を目的とする場合取消原因となることを何らの留保もなしに承認すること（したがって参事官草案197条2項の削除）。
- (5) 従属会社が事実上のコンツェルン結合に収用されている場合有限会社の社員は会社に対して支配契約締結請求権を有する旨の規定を新設すること。

(6) さいごに留保することなく業務執行者に従属報告書作成義務を課すべきこと、を主張する<sup>(10)</sup>。

しかし上述した一般的禁止論に対しても他方ではつぎのような批判がまちうけている。すなわち事実上のコンツェルンがしばしば存在しているという現実の実態を無視しており、事実上のコンツェルンの形成自体を事実上阻止できるという考え方は非現実的である。したがってその一般的放棄というテーゼは維持することはできない<sup>(11)</sup>とする現実論からの批判である。それでは現実論から草案はいかなる評価をうけているのであろうか。つぎに上述の反対説に真向うから対立する賛成論を概観する。

## (2) 賛成説

事実上のコンツェルンの存在を既成の事実とする現実論は株式法上の規制あるいは有限会社法改正案を積極的に支持する。以下にこの立場にたつ2つの主張をまずRehbinderの、そしてつぎにBallerstedtの見解にみる。

### イ) Rehbinderの見解。

彼によればコンツェルン法は独立の会社に対して利益を要求する場合における回答を意味する。この利益の要求は会社形式において異ならない。これに対し利益状況は異なる。社会的実態、参加者利益の法的評価、共同体の価値の規範化 (Normierung von Gemeinschaftswerten)、独立の会社の法律上のタイプなどが相違する。通常この相違は異なる会社形式のコンツェルンに反映する。

しかし株式法と有限会社法における統一的でないコンツェルン法の規制は右の利益状況、問題を考慮しても、実務上承認しがたい。原則として統一的な会社形式という理念からも遠のく。株式法における些細な欠缺および解釈問題を有限会社法の改正において解決することは困難なことではない<sup>(12)</sup>。それ故に先例としての株式法上のコンツェルン法を継承する立法者の態度は是認される<sup>(13)</sup>。そして個々の点については以下のよ

うな解釈がなされる。

(1) 影響力の行使について。改正案は下位会社を支配する純粋に事実上の力が生じかつまた行使できる従属関係を事実上のコンツェルンの規制に服せしめる。この従属関係は会社法上の基礎にもとづく指揮権からも生じうる。影響力の行使は、コンツェルン利益すなわち上位会社もしくははそれと結合する会社の企業者の利益に結びつけられてはいない。このことは賛成できる。上位会社は下位会社をそれがあたかも独立しているかのように指揮する必要はない。しかし下位会社の財産上および収益上の独立性は完全に保障されなければならない。影響力を私的目的のために行使することを法的に許すことはその正当化の基礎を踏みこえている<sup>(14)</sup>。

(2) 補償規定について。補償規定は少数社員の利益保護に役立つ。改正案は、下位会社の独立性を強化しかつ少数社員の利益保障に役立つ他の措置を考慮していない。しかし補償規定自体は正当である。コンツェルン力の行使による局外社員の社員権の侵害はその法形式に依存しない。それ故法律上の保護および補償措置は株式法と有限会社法の平行を前提とする。

上位会社と下位会社との間に人的からみあいがある場合、たとえば下位会社の機関であるとき、あるいは上位会社の代理人が下位会社の業務執行者を占めるとき影響力の行使はもはや上位会社のもとの性格づけることはできないであろう。しかし、上位会社はいかなる地位にあっても下位会社のために行為することあるいはもし利益相反行為になるならば下位会社に補償を与えることは確保すべきである。ここでは独立の会社の営業指揮者に妥当する注意義務が基準となる<sup>(15)</sup>。

(3) いわゆる従属報告書について。上位会社の下位会社に対する以上の措置は報告書に記載されかつ検査される。株式法上の経験は樂觀主義にくみしよう。株式会社と有限会社との相異はコンツェルン実務において段階的なもの (ein gradueller) にすぎない。有限会社にあっても従属報告書は少数社員のために立証機能と予防機能を果しうることが認

められる。

しかし、改正案は従属報告書の作成を社員の閲覧権の有無によらしめる。ここでの前提は少数社員が閲覧権によって従属報告書によって与えられる判断をなしうるということである。しかしそれは実際的ではない。有限会社では会社と上位会社とこみ入ったコンツェルン関係の有効なコントロールは容易ではない。一定の企業規模に応じて区別<sup>(16)</sup>されよう。

大会社では常に従属報告書の作成を要する。しかし総社員の同意により例外的に作成不要とされる。小会社では従属報告書の作成は回避しえないが、義務的検査は必要である。その代わりに社員総会に提出することを要する<sup>(17)</sup>。

(4) 債権者保護について。債権者の保護については補償規制による下位会社の財産的独立性の確保を目標とすることが法政策上適切である。実際に補償が下位会社に与えられたかどうか会社外にある債権者は知りえない。そこで債権者保護の実効性は立証問題が決定的な役割を果すことになる。従属報告書が作成されかつ検査されるところでは債権者は十分保護されている。しかし、上位会社がなさしめた行為もしくは措置(die Veranlassung durch die Obergesellschaft)の立証問題について立証責任の転換が必要である。なぜなら債権者はコンツェルンの内部について知りえないからである<sup>(18)</sup>。立証責任の転換についてのRehbinderの主張は政府草案において結実した。これにより(局外社員の)請求権行使につき必要な通常の場合困難な証明の問題は取り除かれることになる<sup>(19)</sup>。つづいてもう一つの現実論をフォローする。

ロ) Ballerstedtの見解。

彼はコンツェルン立法の目標は究極的には統一的コンツェルン法の創設におかれるとする。参事官草案の基本的立場は積極的に擁護される。立法者は2種類の物的会社間にいかなる格差も生じさせてはならないからである。それ故に有限会社コンツェルン法は有限会社の特殊性を無視しない程度において可能な限り株式法と一致させることにつとめねばならない<sup>(20)</sup>。

ところでコンツェルンと関係のない少数社員の地位は弱い。この状態が改正されるべきであることには疑問の余地がない。そこで参事官草案の規制は、少数社員の保護をはかっているかおよび保護の機能を十分に果しうるものか検討を要する。換言すれば従属会社に不利益な行為もしくは措置をさせることを禁止し、あるいは従属報告書制度、上位会社の責任規制によって少数社員の地位の効果的改善が図れるのかという問題が提起される。彼は右の問題を原則的に肯定する。しかし、個々に解明すべき問題としてつぎの点が指摘される。

(1) 従属報告書について。従属報告書の機能には修復的機能 (eine reparatorische Funktion) と予防的機能がある。前者はコンツェルンと関係のない少数社員が上位会社の影響力の行使にもとづく法律上の請求権を行使する手段を (たとえば資料提供) えるという機能で、後者は業務執行者が過半数社員による介入に対して自己の報告義務を援用して阻みうるという機能である。株式法においては予防的役割がより重要と考えられる。有限会社では社員総会が公衆性を欠いている。そこで報告義務にどちらの機能のみとめるかは留保されている。

- ① 小会社にあつて従属報告書の検査は社員の要求のある場合にのみ義務づけられる。検査はもっぱら少数社員の利益が問題である限りにおいて選択的になされる。
- ② 従属報告書の作成は閲覧権の排除もしくは制限に関連させるべきでない。閲覧権は場合によっては検査を補充することができるが報告書の作成を補充するのではない。
- ③ 社員決議により従属報告書作成は免除される。これにより過半数社員と少数社員との合意の可能性が開かれており、少数社員は一定の方法でコンツェルン上位会社との取引の監督に参加できるからである。
- ④ 従属報告書の内容についての正当な利害関係者の範囲は狭められるべきでない。会社が義務的監査役 (ein obligatorische Aufsichtsrat) を有するときは、従属報告書の作成およびその検査は放棄されず監

査役の検査を要する。従属報告書は業務執行とその責任との関係を透明にする重要な補助手段である<sup>(21)</sup>。

(2) 債権者保護について。株式会社とパラレルな規制は完全に承認できる<sup>(22)</sup>。

以上改正草案に反対の見解と賛成の見解にわけて学説の対立をみた。上にみた学説は主として改正草案に沿った論議ないし改革提案であるがその他に独自の立法提案もみられる。以下では改正草案と離れて比較的自由に独自の立法を試みる諸家の提案を章をあらためて概観する。

(1) Bundestag Drucksache VI / 3088, 210 SS. 210.211

(2) ここでとりあげる見解は参事官草案に対するものを政府草案に対するものと同様に扱っている。このような取扱いは参事官草案があまり変更をみることなく政府草案にひきつがれたという事情 (Vgl. Emmerich · Sonnenschein, aa O. S. 170) を考慮すれば許されよう。

(3) Vgl. Emmerich · Sonnenschein, aaO. S. 165. しかしこのような評価について Emmerich は態度変更か? (Vgl. AG 1975 S. 287) 但し、逆に当然視するのは Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S 383ff

(4) Martens, DB 1970, S 885; Vgl. Kronstein, Aktienrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Konzentration; in: Festschrift für E. Gessler (1970), S. 223. Fußn. 12

(5) たとえば記載内容の点では不利益評価が問題とされ、さらに株主が従属報告書をもとにコントロールすることが不可能なことがあげられている。Emmerich · Sonnenschein, aaO. SS. 149ff. 157ff.

(6) Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen

Unternehmen; in: Festgabe für H. Kronstein (1967) SS. 29 147;

Martens, DB 1970, S. 866. 統一的指揮の法的許用問題の論争については拙稿「事実上のコンツェルンにおける指揮力と責任」下関商経論集16巻3号 137頁以下

(7) Kronstein, aaO

(8) Würdinger, Die GmbH als verbundenes Unternehmen und in

Konzern; in: Probleme der GmbH-Reform (1970), S. 256. 厳格な責任を負担しなければならないので、企業に対する契約コンツェルン締結への圧力が効果的にはたらくようになろう。Vgl. Emmerich-Sonnenschein, aaO, S. 175

(9) Würdinger はこれについてつぎのように述べる。

有限会社形式をとる共同投資会社には企業だけが参加し、参加企業の一つが

過半数所有することはまれではない。ここでは共同契約 (Konsortialvertrag) により社員権の行使が規制される。合意を欠く場合過半数参加企業が補償を給付すれば有限会社に加害行為をなすことが許されよう。このことは共同投資会社ではたえることができない。社員のすべてが非企業である場合と何故ことなるのであろうか、と。(aaO, S, 128)

さらにMartensはこの議論を事実上のコンツェルンの全体的禁止に拡張でき、それは一般的に妥当するという。有限会社は共同的営利活動体であり、有限会社はその目標設定上共同体法 (Gemeinschaftsrecht) である。この共同体思想から事実上のコンツェルンの影響力可能性の排除を導く。なお西ドイツコンツェルン法における共同投資会社の取扱いについては拙稿「西ドイツコンツェルン法と共同投資会社」証券経済学会年報11号 168頁以下。

- (10) Martens, DB 1970, SS. 867~869
- (11) Pleyer · Westermann · Lieser, aaO, S.58; Gessler, BB 1971, S. 669  
Emmerich, AG 1975, S.287
- (12) たとえば、企業概念との関連では過半数社員の企業性の有無の問題について法政策的決定が必要であるとし、事実上のコンツェルンの規定については後述するように単なる従属性に結びつけることは問題であるとして少数社員に対する特別の保護を主張する (Rehbinder, aaO, S. 146)。
- (13) Bundestag Drucksache VI / 3088 S. 209; Rehbinder, aaO, S. 144
- (14) Rehbinder, aaO, SS.156~157
- (15) Rehbinder, aaO, S.158
- (16) 参事官草案第138条で規定する貸借対照表の額 (Bilanzsumme) から区別されうるとするが、具体的な区分基準は掲げられていない。Vgl. Rehbinder, aaO, S, 159 .
- (17) Rehbinder, aaO, SS.159~160
- (18) Rehbinder, aaO, S.163
- (19) Bundestag Drucksache VI / 3088 S.219
- (20) Ballerstedt, ZHR 135 (1971), SS. 400~401
- (21) Ballerstedt, aaO, SS.404~407
- (22) Ballerstedt, aaO, S.408

#### IV 結語にかえて — 諸家の立法提案について —

前述の議論とつぎの諸提案は基本的につぎのような類型化が許されよう。まず契約コンツェルンと事実上のコンツェルンの規制を2分化して規制する立場、つぎに契約コンツェルンの規制を放棄して事実上のコン

ツェルンの規制を中心にすえる見解。逆に契約コンツェルンの規制のみに導く見解である<sup>1)</sup>以下に諸提案を詳わしくみてみよう。

(1) Pleyer・Westermann・Lieser の提案

この提案は包括的な法的事実の調査の上株式法上の実務経験に立脚し、改正案の実務での実施可能性を問題にする。それ故に実務上の主張を代表するものといえよう。

考察の基礎に契約上の規制を有するコンツェルンとそれを伴わないコンツェルンが存するという認識があるが、指揮権が契約にもとづいて行使されない事実上のコンツェルンが有限会社コンツェルン法の中核とされる<sup>2)</sup>。

① 有限会社法においてまず事実上のコンツェルンは結合企業法の基礎におかれる。そのため(弾力性のある)一つの支点となる基本的組織(eine ansatzweise Verfassung)が考慮される。

過半数参加がコンツェルン目的のためにする企業の利用は正当化される。その限りにおいて少数社員および債権者の権利が与えられるにすぎない。何故ならば、コンツェルンにはめこまれることは有限会社の繁栄(Wohl)にもなるからである。そこで「企業結合」「コンツェルン」の概念は株式法にならうことが現実的である。それによりあまりにも簡単な法形式変更に対する魅力が断ちきれる。しかし有限会社の特殊性の故に株式法と異なる法的効果を引きだしうる<sup>3)</sup>。

② 従属報告と不利益補償は削除すべきである。そのかわりにコンツェルン結合している有限会社の債権者を支配企業の法定保証によって保護する。少数社員には強行的には配当保証が与えられる。そして現金代償および支配企業が株式会社である場合「乗り換え」権がそれぞれ選択的に与えられる。

従属報告書と不利益補償は多くの出費と労苦にも拘わらず当初予測された機能を實際上果していない。従属報告書は支配会社の点的な不利益な指図ということを前提としており、それについての正当性の判断がむつかしく現実的でもない。支配会社の統一的指揮とは包括的で広範囲な

(breit flachtig) 影響力の行使なのである。不利益な個々の指図という観念はたとえば包括的な資金計画の例が示すようにほとんど現実生活と密接なものということとはできない。

従属報告書が果たす債権者保護の効果は疑問である。つまり従属報告書と不利益補償の制度はまず債権者にあまり役に立たず、その上会社に対して事情によっては法外な負担となるのである。他の少数社員保護措置、たとえば社員の解説請求権あるいは会社外の特別利益をはかる決議の取消権はコンツェルン結合している有限会社に止まる少数社員の保護に役立つ。有限会社における過半数取得は少数社員の将来の地位に関する契約上の合意 (Konsortialvertrag) を伴う。この契約により少数社員は業務執行あるいは監督機関に適切な代表者をおくる機会が開かれている<sup>14)</sup>。

法定保証に関し上位会社に対する請求権は事実上のコンツェルンにおいてのみ常に存在する。過半数参加ならびに議決権の多数の場合統一的指揮が推定される。しかし推定は論ばくされうる。右の上位会社の保証義務は統一的指揮の行使の下で生じた債務について生じるにすぎない。したがってコンツェルン開始以前の下位会社の債権者は一般規定によってのみ債権の満足をうるにすぎない。保証義務の引受により下位会社に不利な指図が合法的とみなされる。ここでは事実上法律上の問題をひきおこす合法性のテストと不利益保障の結合をさける。他の責任類型に対しては、支配会社の責任が民法上の体系の中に上まること、先訴の抗弁により支配会社に準備期間が与えられること、結果責任と相違し適時に責任を求めうるという長所をもつ。さらに予測されうる保証義務により財政的理由から責任を履行できないときはコンツェルン化の創設を阻止する。この点に防止機能がみられる。

さて少数社員の上位会社の責任による間接的な保護は配当保証請求権により強化される。これについては株式法304条の基準が引き出される。また少数社員が自己の共同管理権の喪失により有限会社からの脱退を望む場合にのみ任意的なものとして選択的に金銭代償もしくは株式代償が

与えられる。以上の保護措置は実務において実施を可能とする保護手段である<sup>15)</sup>。

## (2) Arbeitskreis GmbH-Reformの提案

右の提案に対し利害関係から独立しできるだけ公平無私の解決 (eine sachgerichte Lösung) をめざしているのがつぎにみる Arbeitskreisの提案である。この有限会社法改正研究会は会社法の領域における代表的法律家から構成されているといわれる。それは株式法の図式的な有限会社法への移行をさけ、その特殊性に応じたコンツェルン法の展開を意図する。しかし、それはあくまでもドイツコンツェルン法の体系に内在する継続的発展の準備を試みることにある。留意すべき株式会社と有限会社との本質的な相異はまず業務執行の有限会社社員への依存度である。つまり支配企業は有限会社の社員総会において議決権の行使により形式的に適法な支配権を行使できる。業務執行に対する指図は任意の範囲で可能である。定款上の固有権はその範囲をさらに拡大する。したがって、有限会社では統一的指揮は株式法におけるよりも簡単にかつ包括的に行使されるのである。つぎに社員権の内容の豊富さであり、権限の範囲の広さである。さいごにそこから由来する法事実的範囲の相異である<sup>16)</sup>。

以上の観点からつぎのように提案される。

① 事実上のコンツェルンの2分化 株式法および改正草案は単なる従属会社とコンツェルン会社とおよび統一的指揮の程度に応じた区別をみない。たしかにこの限界づけはむつかしい。事実上のコンツェルンの統一的考察は局外有限会社社員と会社債権者の要求はかなえない。またコンツェルンにおける統一的指揮と従属企業のコンツェルン利益の調節が異なることを考慮しない。したがってコンツェルン化の異った段階に応じた区別が必要である。ここではそれは単純コンツェルン (einfache Konzern) と変態コンツェルン (qualifizierte Konzern) にわけられる。変態コンツェルンでは、従属会社の業務執行は支配企業の利益のために広範囲に調整される。そのような利益単一体 (Interesseneinheiten) を特別に取扱うことは許される。従属有限会社の取引が支配企業のため

に調整される変態コンツェルンでは少数社員のみならず債権者の保護に対しても広範囲な特別規制を要する。すなわち事実上のコンツェルンの一般的規制のかわりに補充的に局外社員のためには補償請求権を、債権者のためには損失引受を保証するのである<sup>(7)</sup>。

しかし右の区分の難点は変態コンツェルンの前提要件を確定できないことである。それ故に支配企業の負担で法定の推定が設けられる。提案は政府草案255条につぎの規定<sup>(8)</sup>を付けくわえる。

第255条 a 変態コンツェルンにおける責任

- (1) 支配企業が存在せずかつ従属有限会社の自己利益が支配コンツェルン企業によって行使された影響力の結果えられた損害が持続するとき、局外社員は相当な現金代償とひきかえに脱退することができる。現金代償は社員の脱退時における会社の財産および収益状況を斟酌することを要する。
- (2) 支配企業は影響力行使期間中に生じたすべての年度欠損額を補償することを要する。第240条Ⅰ項およびⅢ項は準用される。
- (3) 従属有限会社と支配企業がコンツェルンを形成するときは従属会社の自己利益は継続的に害されるものと推定される。
- (4) ことに従属会社の固有の利益はつぎの場合に侵害される。
  - ① 従属会社の事業生産計画が支配企業もしくは支配企業とコンツェルン結合する企業の事業に調整されるとき。
  - ② 機関構成員もしくは支配企業の指揮的従業員あるいはそれとコンツェルン結合している企業が業務執行者の地位を占めるときあるいは共同の執行機関が設立されるとき。
  - ③ 従属会社の重要な企業的機能の一部が代償なしに分離されるかあるいは支配企業もしくはそれとコンツェルン結合している企業によって利用されるとき。
- (5) 第247条ないし第255条は局外社員の代償に関係しない。

株式法および政府草案では立法者は無制限の統一的指揮を許す。統一補償請求権により不利益が防止できるとする。この観念は比較的独立しているコンツェルン子会社像に由来する。ところが完全かつ継続的に構成された従属企業を経済的に編入する補償請求権で満足できるか疑問である。したがって一方で統一的指揮の許用について規定の制限的解釈が他方で立法的救済が必要となる。

変態コンツェルンの限界づけのために、従属会社の自己利益の不利益な一客観的に包括的かつ時間的に継続している一侵害という抽象的メルクマールが基準にもちいられる。この基準は論ばくできる推定と論ばくできない推定とにより補強される。4項における個別的構成要件は論ばくできない。しかしたとえば投資計画に関する共同決定、統一的事业政策原則の作成ならびに領域協定の存在などについて推定は論ばくされよう<sup>(9)</sup>。

有限会社の社員は過半数社員が従属会社の事業を支配企業の利益と同等にするときこれを阻止できない。また経験によれば有限会社の業務執行者は自己を選任した過半数社員に人的に依存している。それ故に局外社員に強行的に剝奪しえない代償権の附与が必要となる。局外社員は変更された条件の下でも有限会社に止まるかあるいは現金代償をえて脱退するかを選択する可能性をもつべきである。それは支配企業に要求不可能な負担を課するものではない。

債権者の保護が統一的指揮創設の時点により左右されてはならない。支配企業は債権者との関係においてコンツェル支配と個々の不利益との因果関係につき免責の立証をなすことを要する。債権者の損害賠償請求権は補償が与えられなかったことを前提とするので給付された場合消滅する。補償は措置をなす際に損害の予測可能性により測定される。それは損害賠償ではない。それ故に補償と損害は合致する必要はない。支配企業により損失引受義務を課するのは従属会社を経済的統一的に用益する法的結果である<sup>(10)</sup>。

② 会社内部における通知義務 人的会社においては会社外の第三者に従属する社員がその第三者のために社員権を他の社員が知ることなく行使することが禁止される。その点に特殊性がみられる。そこでこの従属関係を他の社員に通知し公開する必要がある。したがって草案の8条につきの規定<sup>(11)</sup>が加えられる。

#### 第8条 a 内部通知義務

(1) 持分の譲渡が定款により制限されているかまたは排除されている場合にはそ

の会社が第8条の意味における他の企業と結合しているときはそれに参加する企業のすべてはこの旨を会社に遅滞なく通知をしなければならない。

- (2) 前項の第一文前段の前提の下で同一の通知義務は社員に他の企業持分の四分の一をこえて帰属するときはただちにあるいは社員が合名会社の社員もしくは合資会社の無限社員となる場合にはその社員に妥当する。
- (3) 1項あるいは2項により通知義務ある社員に帰属する持分による権利は社員が通知をなさなかった間は行使されることはできない。

この規定により参加所有は強行的に内部に公開され、有限会社の内部でさらに社員に通知される。その結果として会社内部の意思形成に決定的な会社外の状態が反映されるが、その影響を社員は知ることができる。それは社員の相互信頼を基礎とする有限会社の特殊性にも相応する<sup>(12)</sup>。

### (3) Emmerichの見解

さいごに立法提案ならびに現行法上有効な責任体制の確立を志向するEmmerichの見解にふれる。彼は完全な不利益補償をしない少数者の加害を嚴重に禁止することを出発点とする。そこで右の禁止を実施する有効な責任体系の確立が重要な課題とされる。その際まず少数者保護のための強行法体系の創設が必要である。結局それは事実上のコンツェルンにおける責任体系の確立につながるという。

まず現行法の解釈上からひきだされる責任体系は、① 過半数社員の業務執行者と同様な会社に対する誠実義務、② 従属会社に不利益を与える決議の取消可能性および無効原因、③ 社員の過半数社員に対する損害賠償請求権、④ 業務執行者の取消可能な決議の通知義務を内容とする<sup>(13)</sup>。

それにつづくのが事実上のコンツェルン規制である。それは事実上のコンツェルンについての規制を、通常の従属関係つまりまったくゆるやかな事実上のコンツェルンに対する規制と上部からの厳格な指揮により構築された中央集権的コンツェルンの規制とに区別する。後者の事実上のコンツェルンは完全コンツェルン(ein durchgeführte Konzern)と呼称される。ここでは従属会社の財産的独立性という基準が保護基準とならない点にその根拠が求められる<sup>(14)</sup>。以下により詳わしく右の提案を

みる。

⑤ 完全コンツェルン 中央集権的に強固に構築されたコンツェルンにおいてはコンツェルンスピッツの影響力の行使は全般的かつ包括的である。ところで支配契約により構築される契約コンツェルンにおいては支配企業の包括的指図権がその特徴をなす。しかし有限会社においては支配契約が存しない場合にも総会を通じあるいは定款上の固有権にもとづき同一の事態が生ずる。それ故に事実上のコンツェルンにおいても契約コンツェルン規制の直接的適用あるいは準用がめざされることは事柄の性質上当然といえる。完全コンツェルンにおいては過半数社員はコンツェルン利益のために指図権を主張する。右の意味において契約コンツェルンの本質的メルクマールを示すことが確定される。契約コンツェルン規制の適用のためには過半数社員が従属会社を自己のコンツェルンに収用する目的をもって包括的指図権を行使したということだけで足りる。そこでここでは局外社員は代償権および完全な代償のかわりに脱退権が与えられる。債権者保護のためには株式法第 302条に相應する損失引受義務が認められる。その結果過半数社員に支配契約の締結を強制するという有益な結果を生むであろうと述べる。<sup>(15)</sup>

## 6. 批判的検討

上述の提案は詳細の検討の上Gesslerの批判をみる。ここでは簡単にその主要な点を取りあげ要約にかえたい。

(1) Pleyer・Westermann・Lieser の提案に対するGesslerの批判。

① 事実上のコンツェルン規制を結合企業の中核にもってくることについての批判。それはコンツェルン法の体系に適合しないかあるいは適合しにくい。提案は株式法がコンツェルン法を事実上のコンツェルン、契約コンツェルン、編入コンツェルンとに区別するという前提を基礎とする。しかしこの理解は誤っている。株式法の規制は編入コンツェルンを別とすれば契約コンツェルンと従属会社、その株主および債権者の保護を内容とする。そして事実上のコンツェルンについては何ら固有の規制を設けていない。提案によれば従属会社が株式会社であるか有限会社

であるかにより著しく異なるコンツェルン法が適用される。統一的な法形式をめざさないコンツェルン法はもはや問題ではありえない<sup>(16)</sup>

② 法定保証についての批判。法定保証は有効な債権者保護であり従属会社にあまり多くの出費を要求しないと提案は説明する。しかし誰が法定保証請求権を有し、それをどのように行使するのか問題である。提案によればコンツェルン関係の創設時点により債権者が異なって取扱われる。法定保証により保護される債権者は他人の支配の下で生じた債権の所有者だけである。それ以前の債権者の引当では従属会社の財産だけである。提案は不利益補償を同時に廃止するので従属会社に生じた年度欠損は填補されず、その結果従属会社自体は保護されない。したがって債権者の地位は不安定になる。コンツェルン化に伴い従属会社の構造は変更をうける。つまり独立している会社の従属化およびコンツェルン形成による従属会社の財産侵害すなわちコンツェルンへの持ちだしが生ずる。参事官草案の構想する保護措置を廃止する場合には法定保証はその債務の発生時点を区別せずすべての債権者に拡張されるべきであろう。また債権者は統一的指揮の推定にもとづいて支配企業に法定保証請求権を行使できる。しかし支配企業は統一的指揮の推定をくつがえすことができる。したがって債権者はこの推定の論ばく可能性による法の不安定性を負担することになる。立証の困難を伴う債権者保護は期待することができない<sup>(17)</sup>。

以上の批判的検討よりGesslerは事実上のコンツェルンを固有なものとして規制せず事実上のコンツェルン関係および純粹の従属関係に対する統一的な債権者保護の規制への進路変更を示唆するのである<sup>(18)</sup>。

(2) Arbeitskreis GmbH-Reformの提案に対するGesslerの批判。

一般的にみてこの提案は有限会社コンツェルン法を株式法上の規制に比べ複雑なものにするという。

変態コンツェルンについてはその限界づけの実施可能性の面で問題を残す。その補助手段としての推定規定も疑いが消えやらない。また、会社の固有の利益の侵害と不利益の付与を同一視することが許されるのか問

題である。独立会社における債権者保護に比べて債権者は組織的独立性でなく財産上の独立性に利益を有する。法政策上相当な目標はむしろ独立性保障の手段としての法律上の補償規制を債権者のために効果的にすることでなければならない。そこから債権者保護を強化する損失引受に関する疑問が深まる<sup>(19)</sup>。

Emmerichの完全コンツェルンについての構想は基本的にはArbeitskreisの提案と方向を同じくするものといえよう。それ故に変態コンツェルンについてのGesslerの批判がここでも同様にあてはまるものと思われる。

以上諸定案とその批判の概略をみた。そこでは出されたすべての議論が網羅されているのではない。しかし以上の議論から、事実上のコンツェルンのコンツェルン法における扱いをいかに苦慮しているかその一端がうかがえる。そこでの問題は結局独立会社が他の企業に支配される場合にどのように従属会社、その社員および債権者の保護をはかるのかという困難で古ぼけた問題に立ち返ることになる。つまり独立会社の従属化による構造変化に直面して利害関係者の利害をいかに調整するのかという課題に法がこたえねばならないのである。有限会社コンツェルン法におけるこの点の苦悩は深まる一方であるかのような印象をうける。

ところで、ここで今一度留意しておきたいのは、一部の議論においてみたように、コンツェルン法を統一的に規制する必要性<sup>(20)</sup>についてである。つまりそれは株式法あるいは有限会社法において別々の規制をなすことをさけ、統一的コンツェルン法において大綱を定め株式会社法および有限会社法においてその特殊性に応じた規制をもたらすということであろうか。

しかしながら他の点で上にみた議論がいかなる程度および範囲においてわが国の実状に及ぼしうるのかを検討する重要な作業は今ここでようやくその出発点にたどりついたにすぎない。それは今後の課題として残される。その前にドイツコンツェルン法と異なった方向にむかっているとされているヨーロッパ会社法草案<sup>(21)</sup>における問題も比較法的考察の対

象に入れねばならないであろう。この点についても将来の検討に委ねる以外にない。

- (1) Vgl. Gessler, BB 1971, S. 669
- (2) Pleyer · Westermann · Lieser, aaO. 58
- (3) derselbe, aaO, SS. 58, 61, 68
- (4) derselbe, aaO, S. 61
- (5) derselbe, aaO, SS. 65~66
- (6) Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Bd. 2 (1972) SS. 48~49
- (7) derselbe, aaO, SS. 49~50
- (8) derselbe, aaO, SS. 59~60
- (9) derselbe, aaO, SS. 67~68
- (10) derselbe, aaO, SS. 69~70
- (11) derselbe, aaO, S. 56
- (12) derselbe, aaO, 61~62
- (13) Emmerich, AG 1975, SS. 287~288
- (14) derselbe, AG 1975, S. 288
- (15) derselbe, AG 1975, SS. 288~289
- (16) Gessler, DB 1971, SS. 29~30
- (17) derselbe, DB 1971, S. 30
- (18) derselbe, DB 1971, SS. 30~31
- (19) derselbe, DB 1973, SS. 50~52
- (20) Vgl. Ballerstedt, ZHR Bd. 135 (1971), S. 401
- (21) ヨーロッパ会社法草案についての議論は、ハンス・ヴェルディングー（河本訳）「ヨーロッパ株式会社法案の改正について」国際商事法務（1975）3巻19頁以下4巻9頁以下、森本「第二次ヨーロッパコンツェルン法案について」商事法務 723号2頁以下、奥島「ヨーロッパ会社法案の新展開」国際商事法務（1975）3巻11頁以下を参照。