

「共同子会社と二重組織」

ー スイス会社法における共同子会社の取扱いー

早 川 勝

- I. はしがき
- II. スイス法上の単純会社と株式会社
- III. 二重組織の形式における共同子会社
- IV. 共同契約と共同子会社の定款
- V. 共同子会社のモデル化事例
- VI. 結語にかえて

I. はしがき

複数の会社が共同事業を遂行する一手段としていわゆる共同子会社とよばれる会社形式^①を利用することが多いといわれている。この場合、二ないしそれ以上の会社が一定の経済的目的を達成するために、まず共同事業に関する基本契約^②を締結し、つぎに右契約にもとづいて契約当事者が構成員たる会社を共同で設立し、さらに共同設立子会社を当事者の契約によって運営する方法がとられている。共同子会社設立に代わって既存の会社に資本参加することによる共同子会社化の方法も可能である。

契約の実現手段として会社形式が利用されるという側面から、共同子会社は「契約的結合を資本的結合によって補充した会社形態」であると

いわれたり、共同子会社が現代経済社会において有する機能を直視して、すなわち、高次の資本集中機能や契約的結合形態を介する競争制限的機能から、「結合企業の経済的機能をきわめて典型的に体现する企業形態」と特徴づけられている⁽³⁾

共同子会社の右のような現代的な位置づけの外に、共同子会社自身が、あらかじめ定められた契約により設立、運営されており、構成員たる契約当事者が会社において会社法上形成する意思の外に、会社外での決定並びに当事者の合意によっても拘束をうけるという点にも特色があると思われる。したがって、当事者の利害関係の調整にあたっては、当事者間の契約をいかなる範囲まで会社法上考量すべきかについて限界がしかれよう。法は、独立した単独の会社が自己の意思決定により判断し営利を追求するという建前としているからである。

また、現行法は上に述べたような共同子会社のすべての諸関係を一つの法形式として一律に規制してはいない。そこで、共同子会社において生起する種々の法律問題については、各法分野において問題に応じた個別的な処理がなされることになるであろう。

たとえば、複数の会社による共同子会社設立により協調関係が生じ、市場の競争秩序に及ぼす影響が問題となる場合は、いわゆる独禁法上の領域の問題として⁽⁴⁾、また、複数の会社と共同子会社との間の支配従属関係については、親会社の共同子会社に及ぼす影響力の行使からどのようにして共同子会社の局外株主、債権者を保護するかという、いわゆる企業結合法特有の問題⁽⁵⁾についての規制が前面にでてこよう。さらに、共同子会社において生じる利益の取扱いをめぐる税法上の問題⁽⁶⁾も生じよう。当事者間における契約上の問題については一般債務法上の規制をうけようし、共同子会社自体における利益調整に関しては、株式会社や有限会社の法形式がとられている場合は商法および有限会社法上の問題となろう。

会社法上の範囲においても、共同子会社については、契約上の自由と会社法の強行法規性との関係をどのように考えるか、あるいは、共同子

会社の「契約的」および「閉鎖的性格」の特殊性が、会社法規定の取扱いにどのような影響をもつのか、困難な問題が生ずる。

本稿では、共同子会社の会社法上の問題を単純会社と株式会社との二重組織 (Doppel gesellschaft) という構成の下で扱う Zihlmann⁽⁷⁾ の見解を概観し、あわせて筆者の今後の共同子会社の研究のため一応の整理を試みたい。

- (1) 共同子会社の呼称として、その他に合弁会社、共同投資会社、共同出資会社などの用語が用いられる。合弁会社という名称は、一般的には外国の会社とわが国の会社が共同事業の遂行のために設立した会社について使用される。なお、フランスでは、*filiale commune*、ドイツでは、*Gemeinschaftsunternehmen* あるいは *gemeinsame Tochtergesellschaft* アメリカでは、*joint venture* という呼称が用いられるといわれる (参照、浜田「アメリカ閉鎖会社法」290頁、奥島「共同子会社の理論研究序説」早法51巻1・2号201頁)。本稿では以下において共同子会社という呼称を用いる。
- (2) 基本契約、合弁事業基本契約、合弁会社設立に関する基本契約、合弁契約、合弁会社契約、合弁会社設立契約などと呼ばれている。次節からは、主として共同契約という用語を用いる。
- (3) 奥島、「前掲論文」199頁以下、同「現代会社法における支配と参加」85頁以下。
- (4) 参照、西川「共同子会社(設立)と反トラスト法」青山社会科学紀要2号64頁以下。
- (5) 参照、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。
- (6) 参照、坪田「合弁事業・技術契約」国際取引実務講座I 330頁以下。
- (7) Zihlmann, *Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 1972, 317ff.

II. スイス法上の単純会社と株式会社

既存の相互に独立する複数の、主に二つの会社が(1)共同計画を結合の手段で実現するため長期の企業連合 (Konsortium) に合体し、(2)この企業連合を通じて共同目的を実現するため同時に共同で法人、たいていの場合株式会社を設立して結合する (*assoziiieren*)。このような場合、Zihlmanは、共同事業 (*Gemeinschaftsunternehmen*) の実現のために

アメリカでの用法による“joint venture”を二重組織と呼称する⁽¹⁾つまり、ここでは、二つの会社が存在すると構成するからである。すなわち、最初の結合組織を単純会社 (Die einfache Gesellschaft)、ついで設立された株式会社 (ここでいう共同子会社) である。そして、この双方の会社は経済上単一体を形成するので、これらを総称して二重組織というのである。

共同子会社に与えられる経済的機能は、個々の場合にまったく異なっており、その経済的現象形式は多様性にとんでいるが、「共同子会社は自己の活動を親会社間に存するパートナーシャフト (Partnerschaft) に依存している」ことが共通のメルクマールとされる⁽²⁾

ところで、単純会社はスイス債務法 530 条ないし 551 条で規定されている会社の一形式である。同法 530 条は、「共同の力または財産をもって共同目的を達成するために 2 人以上結合した」場合に、これを単純会社という一つの法形式として規制する。参加者が明確に他の法形式を選択しなかったとき、つまり他の会社形式の要件が具備されていないときに補充形式として単純会社とされ、カルテルやその他の共同形式のために、法律上独立している企業の結合のための組織形式として広く普及しているといわれる⁽³⁾。単純会社においては広範囲に任意規定が存するために当事者の個人的な要求に適合しやすく、ゆるやかな結合から社団に類する組織をもつ継続的結合まであらゆるニュアンスの結合を可能にすること、商業登記簿への登記義務がなく、公示規定もないため国家による検査はなく、また第三者の好ましくない介入を妨げることからよく利用されているといわれる⁽⁴⁾

単純会社は、構成員の人格に依存しており、各構成員は同等の権利をもち (OR § 533)、特別の合意がない限り構成員の地位は譲渡できず、また相続することもできないとされている人的に関連づけられた組織形式すなわち人的会社である。社員は、会社債務について連帯して無限責任を負う。単純会社は、法人格 (Rechtspersönlichkeit) を欠いている。

会社の内部関係では、まず社員の出資給付義務については、各社員は

金銭・物・債権または労力を問わず出資義務を負い（OR § 531）、給付の方法・範囲については当事者が任意に定めることができ、共同目的を遂行できるものであればいかなる出資も可能である。

利益と損失についての持分は当事者が任意に定めうるが、合意がなければ、各社員はその出資の種類および範囲に関係せず損益について同一の持分を有し（OR § 533 II）、また、共同の目的のために労力を出資する社員が利益についての持分を有し損失を分担しない旨の合意も有効とされる（Vgl. OR § 533 III）。

会社決議については、総社員の同意を必要とするが、合意により多数決の原則をとり入れることが許される。この場合は、頭数によって決せられる（OR § 534 I, II）。また、出資額により議決権を行使する合意も許される。

業務執行については、特別の定めがなければ、各社員が会社の事務を執行する権限を有し（OR § 535 I）、特定の重要な法律行為については、総社員の同意を必要とする（Vgl. OR § 535 III）。業務執行権限のない社員は、会社事業の経過報告を受ける権利をもち、さらに、会社商業帳簿および証書の閲覧権をもつ（OR § 541）。

外部関係では、業務執行社員が総社員の名前で取引をするときには、代表に関する一般的規定の適用をうけ、社員が自己の名前で会社の計算において第三者と取引するときは、第三者に対してはその社員のみが権利を有し義務を負う（OR § 543 I, II）。

社員の退社は会社の解散を生ぜしめるが（OR § 545. Ziff. 2）、契約により社員の退社にも拘わらず会社を存続させることは可能である。社員の地位の譲渡および他の社員の加入は、他の社員全員の同意が必要であるが（OR § 542 I）、会社契約で簡易にすることも可能である（たとえば、過半数決議あるいは相続の場合におけるように特定人物の一般的許容により）。

以上簡単に単純会社についてのスイス債務法の規制を概略したが、上で述べた企業の共同事業（Assoziation）において、単純会社および株

式会社それ自体を別々にとらえることは当事者の意思に応じた規制をするためには十分ではないといわれる。Zihlmann によれば、この場合、株式会社の機能は、当事者間の契約上の基本的結合 (Grundverbindung) の組織的強化に貢献することであり、双方の会社は相互に補充作用を有するという⁽⁵⁾

まず、単純会社の機能としては、(1)当事者間で任意に作為・不作為義務について合意できる、(2)、当事者の共同管理権 (Mitspracherrecht) を個別的に形成できる、(3)、社員の範囲が閉鎖的である、(4)、合意の秘密を保持できる、という諸点があげられるのに対して、他方、株式会社の機能としては、(1)株式会社は、存続の脅れなしに構成員の相異なる利益を考量するのに適した法形式であり、(2)、株式会社の創設は内部と外部の財産上の明確な区別をもたらし、(3)、株式会社の慣用化の結果商業的には株式会社の利益について一般的な理解がある。最後に、(4)、株式会社の設立は当事者に有限責任を享受させる、という諸点について特徴がある⁽⁶⁾

ところで、有限会社形式は、それ自体物的会社の要素も人的会社の要素も合一しているけれども、スイスにおいては、二重組織構成のかわりに法形式として有限会社が選択されることは殆んどまれであるといわれている。その理由として、(1)、法律上有限会社は大事業については資本的基礎の制約があること、法律外の原因としては、(2)、信託会社および公証人のアンケート調査では、匿名性の欠缺が短所としてあげられており、(3)、判例上、基本持分の譲渡・社員の変更は、商業登記簿に登記し公開を必要とされている⁽⁷⁾ことがあげられている。

(1) Zihlmann, a. a. O. S. 317.

(2) derselbe, a. a. O.

(3) Meier - Hayoz / Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrecht, zweite Aufl. (1976), SS. 204 ff.

(4) derselbe, a. a. O.

(5) Zihlmann, a. a. O. S. 318.

(6) derselbe, a. a. O.

(7) derselbe, a. a. O.

Ⅲ. 二重組織の形式における共同子会社

共同子会社を二重組織と構成するZihlmannの見解は、単純会社と株式会社との2つの組織の結合面の二重性に着眼した結果である。かつて、Naegeliは、二重組織について、二もしくはそれ以上のものが二つの会社を創設し、この二つの会社を経済上統一体に接合する場合つねに存在し、一方の会社は他方の会社の従属的業務執行機関として活動する点に特徴があると性格づけた¹⁾たとえば、一定の経済目的を共同して達成するためにカルテルを民法上の形式で形成する場合、カルテルの無権利能力を補うため権利の担い手、業務執行機関として貢献する特別の法人が必要である。しかし、この法人は、カルテル構成員の意思に完全に従属して活動し、自己の利益はもとめない。つまり、法人自体は強力な組織形式であるが、下位の単なる補助的形体にしかすぎない、という。そして、二つの組織の法律関係は会社法上区別して取扱われ、したがって法的統一体を創設するものではないが、一定の観点の下で、特定の分野においては、たとえば税法の一定の領域、財産法・責任法において法的統一体として扱われる²⁾と述べた。

それに対して、Schleupは、二重組織は二つの法的に独立する基本会社(Grundgesellschaft)と機関会社(Organgesellschaft)の経済的統一体のための結合である。機関会社は、基本会社の構成員ではないが、基本会社の意思に完全に服しており(実質的従属性)、かつ、その目的は、基本会社の目的を実現することのみ向けられている(機能的従属性)³⁾という。Schleupによれば、機関会社は基本会社の構成員たりえないという点でNaegeliの概念と異なるが⁴⁾この相異は実質的なものでなく、形式的なものにすぎないとされており、とすれば両者は概念において相異がないことになる。なお、Schleupは、複数の企業が販売共同体について合意し、共同関係を観念的に構成する単純会社と並んで、法人格を有する第二の会社を設立するのは、共同関係を外部に対して統一体と

して示す目的をもつにすぎないものとして、むしろ、第二の会社の単純会社への従属性に重点をおいているように思われる⁵⁾

上述のように共同子会社を二重組織として構成する場合に、それでは単純会社と株式会社との結合により構造上の矛盾が生じないかという問題がまず第一に生ずる。つまり、二重組織においては人的会社と物的会社の結合により人的株式会社 (eine personenbezogene AG) が生ずるのであり、これはその内部の経済的構造からみれば物的な公開会社よりもむしろ合名会社に類似するからである。Zihmann は、この点に関して、人的会社に対する株式会社の特有性を、株式会社においては固有の実体 (Sonderexistenz) が内部関係においても参加者 (Teilhaber) に対して現われる点に求めるとしても、人的株式会社において固有の実体が内部関係において完全に放棄されていないので株式会社特有の機能を失っていない⁶⁾と主張する。なお、彼は、二重組織は特殊な混同形式に導くものでもないことを付け加える。

つぎに、それでは二重組織は株式法上の付随的給付義務の禁止 (OR § 680 I) に反するのではないかという問題がある。明確な否定説を主張するのは Schlep である。彼は、スイス債務法 680 条 I 項の法文の用語を分析し、同条は単なる定款上の付随的給付義務を禁止するのであり、一般的禁止の趣旨ではないという。それ故に、社員の地位の拘束の外で自治的に義務を負担すること、また自由な商議により反対給付をもたらすことに反するものは何もないという立場⁷⁾に立つ。Zihmann は、この点に関して特別の理由を述べることなく、定款上の付随的給付義務は無効である、契約上の義務を解釈すること (Umdeutung) は許されない、とする判例を引用するのみである⁸⁾

したがって、契約上合意された付随的給付義務を株式法上の定款から明確に区別しておくことが得策となる。しかしながら、当事者の債務法上有効な合意自体も株式会社に対して実施することはできない。それは法的に独立している共同子会社を拘束することはないからである。違反の制裁としては原則として損害賠償に限られる⁹⁾ことになる。

- (1) Naegeli, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmenszusammenschüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, I (1936) S.9. Vgl. Meier - Hayoz / Forstmoser, a. a. O. S.205.
- (2) Naegeli, a. a. O. SS. 7～8.
- (3) Schleup, Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 1973, SS. 470—471.
- (4) しかしながら, Naegeli は, 別の箇処で構成員たることを明らかに承認している。derselbe, Bd II (1941), S. 446.
- (5) Vgl. Schleup, a. a. O. S. 471.
- (6) Zihlmann, a. a. O. S. 319.
- (7) Schleup, a. a. O. SS. 472—473.
- (8) BGE 25 II 14ff. zit. nach Zihlmann, a. a. O.
- (9) Zihlmann, a. a. O. S. 319.

Ⅳ. 共同契約と共同子会社の定款

共同子会社を二重組織の形式で構成する場合においても, すでにみたように, 通常の場合共同契約 (Konsortialvertrag) が締結され, 右契約に共同子会社の運営について定められることにはかわりがない。右契約は, 共同子会社の定款と共生の関係にある。そこで, いかなる場合に契約上の合意が定款により強化され, あるいは補充されるのか検討を要することになる。ただ, 契約当事者が合意内容について秘密保持を必要とする場合には定款に採り入れられない。その場合には, 契約内容の実現がむつかしくなる。何故ならば, 債務法上有効な当事者の合意は法的に独立している会社に対して拘束力をもたず, したがって実施することができなくなるからである⁽¹⁾。

以下においては, まず共同契約における契約条項の内容と, つづいて共同子会社の定款の規定を, Zihlmann の分析⁽²⁾にしたがって具体的にみることにする。

A. 共同契約における契約条項

①共同子会社の設立および割当株式の引受義務。

株式会社の設立に関して, 当事者は単純会社を形成する。当事者は,

契約上割当てられた割合に応じて株式を引受ける。

②議決権の拘束。

特定の場合に既定の方法で議決を行使する個別的規定にもとづく以外に、一般条項によって、当事者は共同子会社において自己の議決権を共同契約に合致して行使し、かつ契約により取得した当事者の権利を共同子会社において配慮する義務を約定する方法とがある。さらに当事者間で一致する場合にのみ決議がなされる決議事項のリストが含まれ、これが議決権拘束の中心部分を形成する。

この議決権拘束は、通常の株主契約 (Aktionärkonsortien) と異なる。すなわち、前者は、議決権の行使を契約上定められた行為と一致させることを保障し、少数者保護に役立つ機能をもつものに対し、後者は、それとは逆に支配的株主の力の安定化をめざすもので、総会前にあらかじめその時々に応じた意思形成を必要とする。

議決権の拘束は、契約に反しても履行強制することが困難であることから、制裁規定もしくは定款による定足数の規定により拘束力を強めることが考えられる。

③比例代表制による理事会の員数 (Verwaltungsratsproporz) の規定。

総会は理事を選任する。そこで、理事会構成員の所定数について各当事者の選任権が約定される。右合意は、議決権の拘束を意味する。そこで、少数者は、議決権拘束期間中自己の代表者を選出する権利をもつことになる。総会の単純多数により理事を解任する権利は強行的なものとはスイス会社法上解されていない⁽³⁾

当事者の選任提案は重要な理由にもとづいて拒否できると契約上規定されている場合、右合意に反する選任も有効である。契約当事者は、株式会社に対して株式法上の請求権をもたないからである。

④共同子会社の機関を指図する義務。

たとえば、「当事者は、共同子会社における自己の代表者が本契約を遵守することを保障するように指図する義務を負う」、あるいは、結果にお

いて同様であるが、「当事者は、総会および理事会において自己の代表者による議決権の行使を常に契約に合致させることを保証する」旨、約定される場合がある。

このような共同契約における約定以外に、親会社の指図により行為する義務を負担させる、いわゆる委任あるいは信託契約 (Mandats- oder Treuhandvertrag) によっても、共同子会社の理事は拘束されることになる。理事への指図 (Verwaltungsauftrag) は、当事者が共同して作成した営業政策の綱要をなしている。

理事 (会) を当事者企業の従順な道具にする理事への右の指図は、法秩序のわく内で原則として許されるとするのが一般的見解である⁴⁾。ここでは、株式会社の株主への従属性が法的に意欲されていると考えるからである。

しかし、Zihlmann は、この指図の妥当性を疑問視する⁵⁾。理事への指図がたとえ過半数株主にもとづいている場合でもその拘束力は確定的ではないのである。まず、右の指図は、総会の決議つまり団体内部で形成された意思の表現ではない。つぎに、理事は、法秩序によれば総会決議にたんなる手足として (willenlos) 従うのではない。それは会社機関の権限分配の原則に反する。

それ故に、過半数株主にあって一人もしくは複数の株主の指図権は、法的妥当性を何らもたない。理事は、過半数によって選任されたとしても株主全体に対して義務を負うのであり、利害の対立が存すると判断する場合には、契約上の拘束にも拘わらず、株主グループの指図に反して行為できなければならない⁶⁾。

⑤罰則についての合意。

罰則の約定は、共同子会社に対してそれ自体実施できない当事者の請求権の履行を確保するためになされる。議決権の拘束は、これによりことに強化される。

⑥共同子会社の株式処分制限。

株式の譲渡制限は、定款の規定によるほか契約によっても可能である。

しかし、約定違反の場合実施は困難であり、また当事者が自然人である場合には、制限株の相続による取得の問題もある。

共同契約における権利義務と株式取得とを結びつける契約上の合意は、譲渡制限として作用する。

譲渡制限措置は、株式所有者と当事者の地位の分裂、かくして共同子会社に対する共同的 (Konsortial) 支配的地位の喪失を阻止するものである。したがって、契約上の義務の履行確保に役立つ制裁の合意と類似するものである。

⑦当事者と共同子会社間の契約上の義務。

契約上の義務の内容と範囲は、締結される個々の契約において非常に異なる。

当事者の共同子会社との法律関係に関する契約上の義務は、共同契約においては当事者相互の義務とされる。共同子会社設立後には、当事者に共同子会社との契約締結請求権が付与される。当事者は、共同契約により理事を指図する義務を負担しており、契約の締結が保証される。

⑧共同契約の存続期間。

共同子会社の存続期間は、しばしば約定される。その結果、株式会社の解散は契約の終了に導く。右の期間は長期とされる。存続期間が不明瞭な場合、契約をのぞまない当事者は、契約は期間の定めのないものとして、解約告知するという危険がある。

⑨少数当事者の株式会社解散請求権。

過半数株主が、総会における少数者の株式会社解散申立に同意することを共同契約において約定する場合、右の少数者の権利は議決権拘束の特別の場合を意味する。共同子会社が固有の営業をいとまない限りにおいて、特別の場合に少数者の威喝手段の可能性が存することになる。なお、定款では解散決議について定足数を軽減することにより同様な効果がえられる。そのような定款上の規定も有効とされる。

⑩共同契約終了の効果。

契約の終了は、共同子会社においてただちに招集された総会で解散決

議をなすことを当事者に義務づけるという苛酷な結果をもたらす。このような規制は、共同契約を強引に (mmutwillig) 破滅させるという威嚇になる限りにおいて意味をもつ。

共同契約終了後も株式会社は、契約の終了とは関係なく存続する。この点は、二重組織形式の長所の一つである。かつての当事者は、株主として株式法上の議決権に応じて対決することになる。

新しい事態は、契約の終了をもたらすので、あらかじめ契約の終了の際に特定の者または相手方の所有株式買取を可能にしておくことが好ましい。同時に、買取価格決定方法について取り決められるべきである。逆にいえば、過半数株主の株式買取義務により、株式法上の少数当事者が保護されることになる。なお、買取権および買取義務は、定款で定めることもできる。

⑪ 仲裁条項。

共同契約には仲裁条項がしばしばとり入れられる。これは、合意の私的性格に対応している。つまり、私的自治にもとづく自主的紛争解決の手段である。仲裁条項が同時に定款にとり入れられると、仲裁裁判所の権限の範囲の拡大と強化になる。

B. 共同子会社の定款上の規定

① 総会決議の定足数規定。

一定の決議について特別多数 (qualifiziertes Mehr) を要求する定款上の規定により、少数当事者は拒否権をもつことになる。

このような規定は議決権協定の補充を可能にする。たとえば、一定額をこえる投資は両当事者の合意を要する旨約定するかわりに、一定額をこえる投資計画については総会の決議事項とし、さらに決議要件を加重し、株式資本の四分の三の同意がある場合にのみ決議が成立すると定款上規定する場合である。株主総会の決議要件を加重する定款の定めは、違法ではない (Vgl. OR § 627. Ziff. 11)。

② 総会決議権限についての規定。

共同子会社において少数当事者は、通常の場合いわゆる阻止少数 (Sperrminorität) を有している。したがって、過半数派による多数決議は不可能となる。

阻止少数者の地位は、定款で、株式資本全体の三分の二あるいは四分の三をこえるものが出席することを要する旨規定することにより強化される。その反面、当事者の意見が対立する場合、共同子会社は意思決定ができず、行為無能力になりうるので慎重な配慮が必要である。

③総会への権限の付与。

業務の執行が一人の手中に帰属しているがなお当事者が決議において同等な権限を有している場合がある。この場合、平等権限をさらに拡大するため総会の権限の範囲が業務執行の方向に拡大される。そして、総会の同意を要する共同子会社の行為 (Geschäftsakt) の範囲が定款上確定される。各機関の権限秩序が相違しているので、右の行為を列挙することが必要である (Vgl. OR § 717 u. § 721 II)。

④理事の比例代表選挙制。

理事会の構成員の選任について、債務法 708 条 V 項では、少数者もしくは株主の個々のグループを保護するため選任方法につき定款で別段の定めをなすう、旨規定している。しかし、右の定款規定も単純多数決により定款変更が可能であるので、少数者保護にならない。そこで、このような変更について①で述べた特別多数を要する決議事項とする旨規定することができる。

実務では、A株式、B株式という2種類の株式が利用され、それぞれの株式の所有者が自己の提案により所定数の理事をそれぞれ選任するという方法がとられている。

⑤理事会決議と決議権限。

理事の選任および④の2種類の株式につき定款に規定がある場合はさらに理事会決議および決議権限に関する定めにより補充されている。つまり、決議は、出席および行使された議決の単純多数により成立し、その有効のためには少くとも一種類の株式所有者により任命された理事の

同意を要する、とされる。当事者が他方当事者をだしぬくの阻止するためには、各種類の株式所有者の代表者の出席を必要とする方法が考えられる。

⑥株式の譲渡制限。

株式の定款上の譲渡制限は、第三者および会社に対して物的効力 (dingliche Wirkung) を有する予防的保障措施である、といわれている⁽⁷⁾

- (1) Zihlmann, a. a. O. S. 319.
- (2) 本稿では、彼の分析 (319頁~323頁) を叙述の便宜上契約条項の内容と定款規定の内容とに区別した。
- (3) Glattfelder, Die Aktionärsbindung- Verträge, ZSRNF 78 II (1959), S.: 293a.
- (4) F. v. Steiger, Die Rechtsverhältnis der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR1943, S. 283a. u. S. 300a : F. Oesch, Der Minderheitenschutz im Konzern nach schweizerischem und amerikanischem Recht (1971) S. 136; Caffisch, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Reclt der Aktiengesellschaft (1961), S. 143.
- (5) Zihlmann, a. a. O. SS. 321-22.
- (6) 但し、株主全体が同意する場合には問題とならない。derselbe, a. a. O. S. 321. u. FN38.
- (7) Glattfelder, a. a. O. S. 327a.

V. 共同子会社のモデル化事例

以上、当事者の契約上および共同子会社における会社法上の手段について、Zihlmann の分析を概観した。しかしながら、個々の場合に、当事者は共同事業特有の封鎖 (Blockierung) と多数派に対して安全のために廻り道を必要とする。各々のパートナーシャフト (Partnerschaft) は、平等の故に相互の封鎖の危険を自分自身で担うかあるいは一方の優勢により他方の側が損失負担の危険にさらされているかどちらかである⁽¹⁾

Zihlmann は、具体的事情に応じたモデルを検討し、分析的結果の総合化を試みる。以下に、彼のモデル事例とするところをみたい。

①当事者間の平等という一般的原理²⁾

当事者が単純会社においては契約上、共同子会社においては会社法上も平等な権限をもって対峙している場合、各当事者は資本の50%とそれに対応する議決権を所有しており、全員一致の原則がパートナーシップ全体を支配している。

(1)共同子会社の製品を市場で、したがって親会社の市場機能の中に契約上継ぎ目なく統合する可能性が与えられている場合、および(2)共同子会社が自己の固有の営業をもたないかまたは共同事業の財政的および機能上重要でない営業部門をもつにすぎない場合、平等に組織されたパートナーシップが考えられる。平等に構成された会社の設立のさいには、営業政策・目的達成のあり方および方法について契約上の合意がみられる。

共同の販売組織 (Verkaufsorganisation) の設立が問題になる場合、対立に導きうる本質的な諸点を契約で十分正確に規定しておく (例、製品・価格・金融政策の決定など) ことは、経済的情况をみとめおすことを可能にする。

諸関係の継続のためには、当事者が会社設立時に理事の選任につき合意しておくことを要する。予期しない退社による理事の欠員については、当事者の平等の故に新理事の選出が困難となる。この場合、形式的には理事の選出を仲裁裁判所に任せることを約定することができる。しかし、その実施可能性につき問題がある。理事に法人の選任を許す法制の下では、各当事者が支配する法人を理事会に派遣する限りにおいて解決される。つまり、理事の任期中一方または他方当事者の同意を要せず任意に理事を交代させうることになる。

いわゆる決議無能力の状態 (dead lock) は、定款上理事会議長に理事会および総会において決定投票権を認めることによりさけることができる。また、2種類の株式が発行されている場合、議長の輪番による選任を定めることにより形式的には当事者間の平等が作りだされる。

理事会を拡大し、契約上第三の中立理事の共同選出について合意し、

中立理事に総会における決定的な議決権行使のために一株を付与することも一つの方法である。ただ、そのような中立の人物についての合意をみいだすことが困難であり、また中立理事に結びつく責任の点で実施可能性に問題がある。

②固有の営業をもたない共同子会社設立による株式法上の少数者の保護⁽³⁾

共同契約では当事者の全員一致による決議の成立が合意されるが、共同子会社では当事者の一方が少数者で、いわゆる阻止少数を有している場合がある。このように当事者の共同審議的地位 (Mitsprach rechtliche Stellung) が、一方で契約上の領域で、他方で株式法上の分野で相互に分裂しているのは種々の理由がある。少数者が、共同子会社の経済的存続は本質的に少数当事者自身の営業からの給付に依存することを納得している場合、共同事業のパートナーシップがみられる。この場合、少数者は共同子会社への給付の供給について処分権を留保しており、したがって、たとえば長期間契約上拘束されない。右の経済状態においては、少数者は均衡のとれた「対抗力」を留保している。

たとえば、商品供給者が必要なコンタクトと知識をもたずにある外国市場を開拓しようとする場合、その国のパートナーとの共同事業を決意するであろう。外国では共同設立の販売会社において少数株 (Minderheitspaket) を甘受せねばならない状態におかれることは容易に判断される。実務においては、このような場合に商品供給者が自己のパートナーと課税負担の少ない国で利益取得会社を共同設立し、これを通じて商品を供給する。両者はこの会社に平等の割合で参加する。中間会社は販売会社と販売および商品販売委託契約 (Vertrieb- u. Konsignationslagervertrag) を締結する。営業の主要活動・商品仕入は、当事者の直接的影響分野の外で平等にコントロールされる企業の所有において保持される。

③共同子会社が当事者との関係につき服する契約上の拘束による株式法上の少数者の保護⁽⁴⁾

共同子会社が、その市場機能的観点から親会社の市場機能の必要性に

組織的に従うように目的設定されている場合がある。たとえば、競争関係に立つ当事者は、全く別個に行っている研究に必要な試験材料の製造に関して協同することができる。この場合、契約および参加についてつぎのような側面をもとう。

すなわち、(1)、テスト材料を生産する共同子会社への当事者の財政上および株式上の参加は、予算化された需要の割合でなされる。(2)、共同子会社は第三者に対する供給につき当事者に特権を与える。僅少生産の場合には、製品分配方法が当事者間で定められる。(3)、当事者は、自己のテスト材料を共同子会社より購入する義務を負う。(4)、当事者の材料購入が予算額にみえない場合、生産能力の不十分な利用により増大した生産コストを補償する。(5)、財政金融、計算制度、経営支配などについて、当事者の他の付随的給付義務が共同子会社のために詳細に規定される。

このように、重要な商業上の基本問題を契約において包括的に規定することにより、多数決主義の危険（Majorisierungsfahr）を免れることが可能になる。

- (1) Zihlmann, a. a. O. S. 323.
- (2) derselbe, a. a. O. S. 324.
- (3) derselbe, a. a. O. SS. 324—325.
- (4) derselbe, a. a. O. S. 325.

VI. 結語にかえて

前節で概略したZihlmannの共同契約および共同子会社の定款の分析、およびそれにもとづいた総合的観点からのモデル化とわが国実務との比較検討は、限られた紙幅の関係上今後の機会に譲りたい⁽¹⁾

さて、Zihlmannは、共同子会社を二重組織という法律構造において把え、契約的結合とそれと補充関係に立つ資本的結合を同時に体现する共同子会社の結合の二重性を、契約の自由という側面と定款自治の限界という面より法律関係の一体的説明を試みた。そこで、最後に、わが国において共同子会社は二重組織の法律構造による構成が可能なのか、また

その場合共同子会社の法的性質論にどのような視点をなげかけるのかを検討し、結語にかえたい。

共同子会社は、「人的に近い閉鎖的会社」といわれる特有性の故に、会社法が建前とする会社形態と異なる一つの企業形態といえよう。このような共同子会社から生ずる諸問題については大まかにわければ二つのアプローチが考えられると思われる。すなわち、立法論的検討⁽²⁾と現行会社法のわく内での解釈論の展開である。後者の観点からするものとして、これまで二つの方向からの歩みよりが顕著であると思われる。その一つの方向⁽³⁾は、共同子会社の閉鎖的性格から閉鎖会社という枠内での検討で、それはわが国特有の閉鎖会社に対する法規整の提言と同時に共同子会社の法形式として適合する有限会社形態の利用の普及をめざす啓蒙的努力にまでつながる。それに対して、他の一つは⁽⁴⁾いわば類型論的試みともいうべきものである。つまり、二人会社という典型的企業形式における法理論の解明である。両者において共通するのは、紛争を未然に防止するため、いわゆる予防法学的配慮が大きなウエイトをしめしていることであろう。前節でみたように、Zihlmann にもこのような角度からの分析がみられ興味深いものがある。

ところで、共同子会社の法構造の解明は最近とみに注視がなされているところである⁽⁵⁾。それでは二重組織の構成は、右の問題にどのような鍵をあたえるのであろうか。

二重組織は、わが国においてカルテルについてはすでに早くから知れていた。企業合同を法的に解明された大隅博士は、二重組織についても詳細にメスを加えておられる。大隅博士は、「販売カルテルにおいて、加盟企業者が、その生産品の共同販売をなす目的をもって、共同販売機関として独立の会社を設立し、また利益協同関係を組成する会社が、協同関係の業務執行機関として、独立の会社を設立する場合において、そのカルテルまたは協同関係の全組織を法律上二重組織と呼ぶ⁽⁶⁾とされ、カルテルの二重組織における法律関係を明らかにされた。そこで引用されているライン・ウエイトファリア石炭シンジケートの組織を具体的にみ

れば、二重の結合関係の存在は、カルテルの共同販売所の機能を引き受けさせるために炭鉱主によって組織されたライン・ウエイトファリア石炭シンジケート株式会社と炭鉱主相互間並びにこれと右の株式会社との間で締結されたカルテル契約から成立している。カルテル契約の当事者は、加盟炭鉱主および共販会社であり、その内容としてカルテルに固有な組織とカルテルの生産品を共同販売するために必要な加盟者の権利義務の確定を含んでいる。

このカルテル契約により、加盟者の間に一つの団体の成立が認められる。大隅博士は、この団体の法的性質を民法上の組合とされる。何故ならば、二重組織のカルテルにおいては、企業者の結合が社団的な組織を有する場合においても、結合体としては法律取引に現われることなく、その外部に対する取引は特にその目的のために作られた共販会社が自己の名においてこれをなすことが、全組織の原理的規定をなしているからである⁹⁷⁾

つぎに、独立に組織された会社と企業者の団体との法的地位の問題に関して、共販会社は、民法上の組合であるカルテルの組合員ではなく、生産品の販売・財産の管理および外部に対する代表の目的のためのカルテルの業務執行者である、と論理構成される。その結果、二重組織においては、「企業者は一方組合たるカルテルに結合すると同時に他方その業務執行を彼等自ら組織したる株式会社に委任する⁹⁸⁾と帰結される。共販会社と組合との関係は委任であるので、双方の間の法律関係については事情が許される限り民法の委任に関する規定の適用がある⁹⁹⁾ことが理論的に確定されることになる。

それでは、二重組織はカルテルだけに特有なものであろうか。

共同契約の実質的内容は、まず発起人組合契約の性質を有する部分、つぎに会社定款に定めるべき主要事項とそれを補充する事項、さらに会社の業執行に関して当事者が負担する義務に関する事項から構成されている¹⁰⁰⁾つまり、そこでは会社の設立を合意の内容とするだけでなく、会社の管理・運営についても約定されるのが通常であるといえる。そこか

ら、共同契約は会社を設立し、それを管理・運営するための株主間の契約あるいは社員間契約であるとする見解¹⁰¹が生ずる余地がある。しかし、共同契約は、複数の人または会社が共同してある特定の事業を営むことを目的とする契約であり、「共同の事業を営む」ということが本質的部分である、といえよう。したがって、共同企業を営むために共同出資した複数人の結合を組合と解することは、民法667条の法意に反するものではないと思われる¹⁰²。その結果、一方で共同契約当事者間の契約的結合と他方では共同で設立された共同子会社における資本的結合という二重の結合の存在がみられ、右の本来異質な結合の二重性を二重組織という構成に導く糸口がみいだされてくる。

ただ、つぎにカルテル契約と共同契約との相違の検討が必要であろう。カルテルにおいて共販会社はカルテル契約当事者であるが、共同子会社は共同契約を締結しない。カルテルにおいては共販会社と別個の組織たるカルテル機関が設けられるが、共同契約においてはこのような機関はみられない。しかし、カルテルにおいても特別の機関を設けず共販会社の機関をもってあてる場合もあり¹⁰³、この点は本質的な相違とはならない。カルテルにおいて共販会社は自己利益を有せず、カルテルへの完全な従属がみられるが、共同子会社の親企業への従属性の程度は個々の場合によって異なる。そこで、両者の本質的な相違は、設立された会社が契約当事者となるかどうかに求められる。しかし、共販会社がカルテル契約の当事者となるのは、カルテル契約固有の独自性に由来するもので、二重組織の構成つまり、結合の二重性とは切り離された別個の問題といえよう。これに対して、共同子会社においては共同契約の拘束力を確保するため、同様な内容を定款にもりこむという特有の取扱いがみられる。

以上のことから、共同子会社を二重組織の構成において把える道が開かれたと思われる。つまり、共同事業を遂行する一手段として共同子会社を設立する場合には共同契約当事者間には一方で民法上の組合が成立しており、他方で独立した共同子会社の構成員となるため、当事者の間には二重の結合関係が存在し、この全体の組織をして二重組織というこ

とができよう。二重組織は、大隅博士の見解と同様民法上の組合と考えられる。

つぎに、共同子会社と民法上の組合たる当事者の団体との法律関係については、共同子会社は契約当事者ではないので民法上の組合の組合員とは考えられない。共同子会社は、共同契約当事者が共同事業を遂行するために設立したものであり、自ら共同事業を遂行するための組織である。それは、独立の法人格を有する法律取引の主体である。したがって、共同子会社は、共同事業を外部に対して代表するための共同事業の業務執行者の地位をもつものといえよう。組合の業務執行を第三者に委任することは可能であり、その第三者は自然人のみならず法人でもよい⁽⁴⁾といわれている。それ故に、共同契約の当事者は、一方で民法上の組合に結合すると同時に他方でその業務執行を自ら組織した共同子会社に委託するものといえよう。そして、右の委任関係については、民法上の委任の規定が適用されることになる。通常の場合、共同企業の当事者は、共同子会社の構成員となるので地位の同一性がみられ、組織と結合の二重性は、強固にまた高度に維持されている。

以上のように二重組織において共同子会社を把握することは、その法的性質を明確にするのみならず、当事者の実質的な法律状態にもっともよくあてはまるものと思われる。多くの見解が、共同子会社は組合同的契約関係を中核とする⁽⁵⁾もので、実質的には組合であり⁽⁶⁾さらに共同子会社の本質が組合契約⁽⁷⁾であるとし、共同子会社の「組合」性を重視した立場に立っているのは、上述した法律構成により明確に根拠づけできるとと思われる。その意味において、共同子会社が株式会社の形式をとる場合でも当事者間の利害を「組合」という角度から調整を図ろうとする態度の妥当性が首肯されるものと思われる。

(1) わが国においては、合弁会社について実務上の経験が蓄積されてきた。参照、大原「合弁会社の設立手続」商事法務研究459-509号、小林「日本の合弁会社」、松枝「合弁会社の法律実務」、通商産業省企業局産業資金課編「ジョイント・ベンチャー—契約と設立の実際」、国際投資研究所「合弁会社の設立より決

- 算まで」、抜山「合弁契約」実務法律体系二巻国際取引所収、川上「合弁会社」国際契約ハンドブック所収、国際商事仲裁協会「合弁契約に関する研究」、同「合弁事業基本契約」、坪田「国際取引実務講座Ⅰ合弁事業・技術契約」。
- (2) 立法により共同子会社を独立の法形式として会社法上一般的に法認する方法と、特別法により合弁会社契約書を定款とする会社の設立を可能にする方向が考えられる。参照・川上「前掲書」358頁。
 - (3) 浜田「アメリカ閉鎖会社法」290頁以下、松枝「合弁会社の法律実務」109頁以下も参照。
 - (4) 正亀教授の2人会社に関する一連の研究。正亀「合弁会社の諸問題—二人会社の内部関係・その一—」法経論集13巻2号1頁以下、同「二人会社について」神戸法学雑誌19巻3・4合併号275頁以下、同「二人会社について」私法32号145頁以下。
 - (5) 奥島「現代会社法における支配と参加」とくに85頁以下、同「共同子会社の理論研究序説」早法51巻1・2号187頁以下、福井「共同子会社の運営に関する問題—1974年8月1日のパリ商事裁判所判決を中心として—」早法52巻1・2合併号153頁以下。
 - (6) 大隅「企業合同法の研究」85頁。
 - (7) 大隅「前掲書」99頁、ここでは、権利能力なき社団を組合より区別すべき決定的標準を二つの点に求められている。すなわち、(1)法人組織の方法における独立の組織体であることと、(2)法人と同様取引上それ自身の独自の存在と生活を有する点である。
 - (8) 大隅「前掲書」103頁。
 - (9) 大隅「前掲書」105頁。
 - (10) 通商産業省企業局産業資金課編「前掲書」108頁。
 - (11) 坪田「前掲書」38頁および42頁、菊池「折半出資の合弁会社の運営」国際商事法務1974年2巻10頁以下。
 - (12) 参照、松枝「前掲書」58頁以下および62頁以下。
 - (13) 大隅「前掲書」35頁。
 - (14) 大隅「前掲書」40頁および103頁、森泉「注釈民法(17)」78頁。
 - (15) 正亀「二人会社について」神戸法学雑誌19巻3・4合併号299頁。
 - (16) 福井「前掲論文」早法52巻1・2合併号161～2頁。
 - (17) 奥島「前掲論文」早法51巻1・2号200頁。