

コンツェルン指揮と取締役*

青 木 英 夫

I

経済政策を実現するのが経済法である¹⁾。現在経済法の中心のひとつとして独占禁止法が存在する。同法は独占禁止を通しての国民経済の健全な発達を期している。²⁾

ところで最近新たな企業の再編成が問題とされている。それは独禁法第9条の持株会社の禁止の結果、法的に株式の相互保有、役員派遣という形で行われ、企業間の関係も合理的・組織的なものとして形成されている。これは独禁法下における企業の順応というものであろう。³⁾

本稿はこの企業再編成により生じた系列企業の経営にどのような法的問題があるかを取り扱わんとするのであるが、その対象として統一的指揮下にあるもの、即ちコンツェルン企業に限定し、⁴⁾ コンツェルン指揮の法律問題を若干考察しようと思う。

II

問題は具体的にコンツェルン利益と会社利益、両利益に対する取締役の地位という形で現われる。

1. 現行商法ではどのように理解されているか。取締役は会社に対し受任者の立場に立ち<sup>(商25
4条Ⅲ)</sup>、かつ忠実義務を負う<sup>(商254
条2)</sup>。この忠実義務をどのように解するかについて説がわかれているけれども、⁵⁾ いずれの立場に立ってもコンツェルン利益のために

企業系列化には2種あり、1は大企業のもとへの中小企業の結合、2は大企業相互間の業務提携または企業のグループ化とよばれるものであるけれども、本稿で考えているのは、第1のものである。

* 本稿については、吉永栄助先生より有益な示唆を受けたことを感謝する。

- 1) 吉永栄助「経済法の性格」(「現代法学の諸問題」所収) p. 36, なお同博士「経済秩序と経済法」(「法学研究」5) p. 181 以下参照。
- 2) 吉永博士の説かれる《経済法の全体性原理の能動性》である(「経済法の性格」p. 37参照)。
- 3) 御園生等「日本の独占」pp. 165~187, とくに pp. 186~187参照。
- 4) ドイツ株式法草案(Entwurf eines Aktiengesetzes) 17条参照。
- 5) この点については吉永栄助「取締役の一般的義務」(「一橋論叢」29—4) 参照。

会社利益を犠牲にすることは許されぬ。¹⁾従ってコンツェルン構成会社(以下コンツェルン会社とする)の取締役に対するコンツェルン指揮はコンツェルン会社の取締役の側よりすれば会社利益に反するものは法的理由づけを失う。従ってかような指揮に従い会社に損害を与えたときには取締役は会社に対し賠償義務を負う(商²⁶⁾。これが商法学者の見解である。コンツェルン会社の取締役は特定の行為の判断に当たっても永続的な営業結合または利益の共通関係をも顧慮して、個々の利益よりも全体的利益に重きをおきうるものであり、或る範囲に於てはコンツェルン全体の利益に従ってその行動を決しようとする学説²⁾もあるけれども、そこにいう或る範囲とはコンツェルン会社の利益と結果的に一致する範囲というのであり、具体的にはコンツェルン会社の利益を通して判断すべきであるというのである以上、またコンツェルン会社の取締役は、コンツェルン全体の立場よりの判断をなしうる地位に実際しないのであることを考えれば、コンツェルン会社の取締役は会社の利益を追求すべきであるという説とその適用においてさまで相違がないであろう。

私は上の結論を正当であると考え、単独企業を基礎とする商法にあっては、コンツェルン利益も会社利益という側面から規制されるのは当然である。蓋しコンツェルン会社は実定商法上個別的に把握されているのであって、各会社における株主及び債権者の保護は個別的になされるのであり、個々のコンツェルン会社を越えたコンツェルン全体の立場より株主及び債権者の保護がなされているのではないからである。

《契約によるコンツェルン》に関するコンツェルン指揮の法律問題は別の機会に検討を加える。

他方コンツェルン契約(商²⁴⁵)という形をとればともかく、実定法上支配契約³⁾は認められぬのであるから指揮関係は事実関係であって、従って指揮に基く行為の結果生ずるコンツェルン会社の損害に対する損害賠償義務の帰属につき不合理が生ずる。蓋し真の責任者はコンツェルン指揮者であるにもかかわらず、法形式的にはコンツェルン会社の取締役の責任が追求されるからである。これは《指揮と責任との相関》という会社法の原則を破壊するものである。⁴⁾

以上要するにコンツェルン指揮は事実上のものであって、本来各コンツェルン会社の取締役の評価をうけねばならぬものなのである。これはコンツェルン指揮にとって非常な障害となるけれども、實際上あまり問題にされていない、ということはそれだけ事実上の指揮力が強力であるということである。これはまたその責任の帰属をますます不合理ならしめるのである。これに対する解決は後述するところに譲る。

2. 次に企業合同に対して日本法にくらべより理解を示している1937年ドイツ株式法においてこの問題がどのように考えられているかを考察しよう。

1) 例えば松田二郎「会社法概論」pp.412—413参照。

2) 大隅健一郎「企業合同法の研究」pp.249—255。

3) 支配契約とは、甲会社がその指揮を乙会社のもとにおく契約である。

4) B.Kropff, Konzernrechtliche Vorschriften im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, NJW, '59 Heft 5, S.173.

これは第 101 条Ⅲの《保護すべき利益》に関して問題となった。ここにいう《保護すべき利益》がコンツェルン利益を含むかいないかについて争われたのである。

第 1 説は取締役は通常のかつ誠実なる会社指導者の注意義務を負わされるのであって、この義務違反より生じた会社の損害につき賠償義務を負わされるのであり⁽⁸⁴⁾、彼の行為がコンツェルン指揮に従ったものなるときにはその指揮者も連帯して賠償責任をおうと解する⁽¹⁹¹⁾。1) この説によれば取締役は会社利益に反してコンツェルン利益を追求しえぬ。これに対し第 2 説は会社利益はコンツェルン利益に一步を譲るとして《保護すべき利益》にコンツェルン利益が含まれると解する。2) 尤もコンツェルン指揮のすべてがそうであるというのではないのであって、具体的に決せらるべきであるとする。そして場合を二つにわかす³⁾。① **コンツェルン会社に外部株主が存在しないとき**。このときにはコンツェルン会社の取締役はコンツェルン指揮に服することにより免責される。蓋し会社の株主の損害はコンツェルン支配会社の損害となるのだから、取締役はコンツェルン利益と会社利益との比較秤量することなく、コンツェルン指揮に従ってよい。② **外部株主の存するとき**。このときには会社の取締役はコンツェルン利益と会社利益とを比較秤量すべきであるけれども具体的には会社の少数株主の利益に影響を与えるコンツェルン指揮はそれにより生ずる少数株主の損害に対して相当の補償が予定されているときのみ従うことを許されると解する。しかしこれに対する批判としてこういわれる。4) コンツェルン会社の取締役がコンツェルン指揮に判断をくわえ、それに従うや否やを決しうるならばコンツェルン指揮はどうてい行われ難いであろうし、またコンツェルン会社の取締役の地位は、コンツェルン利益に正当な判断をなしうるものではない。ましてや問題が裁判上のものとなったとき裁判官にそのような判断を期待しえぬであろう、と 4)。

以上のようにコンツェルン指揮と取締役の地位はドイツ株式法でも明確ではない。5)

3. 結局日本法においてもドイツ現行株式法においてもコンツェルン指揮と会社の取締役との関係は多くは事実面で解決されてきたのであって、法律上明確なものではない。しかしこれは会社経営が円滑に行われているときには比較的問題は生じぬとしてもひとたび会社が経済的困難に直面すれば重大な問題を生ずるのである。6)

なお《保護すべき利益》にかんしては、vgl. Friedländer, Konzernrecht, '54 SS.136 ~137.

III

1) Kropff; a. a. O.S.177.

2) Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts (Bericht der Studienkommission des deutschen Juristentages) S.53.

3) H. Rasch; Deutsches Konzernrecht, '55, SS.101—102.

4) Rasch; a. a. O.O.101.

5) Kropff; a. a. O.S.177.

6) Kropff; a. a. O.S.178.

従来税法上 *Organshaft* なる概念が認められ、それは、甲会社が事実関係のあらゆる面よりして、金融的、経済的かつ組織的に乙会社に編入されているとき存するものとされた。そしてこれを前提として、*Organsvertrag* がなされるのであり、その結果、甲会社は乙会社の指示に服することとなる。このような契約が株式法上許容されるか。殊に取締役の責任と調和するものか、が疑われた。草案は、この問題を立法により解決せんとする (*Kropff, a. a. O. S. 175*)。

1. 上述のような事情を考慮して1960年に発表されたドイツ株式法草案はコンツェルン指揮の問題解決のために特別の法制度を設けているので次に概観することとする。

2. **支配契約 *Beherrschungsvertrag*.** コンツェルン指揮はまず契約関係として扱えられる。1) 支配契約とは甲会社がその指揮を乙企業のもとにおく契約をいう (*282*条)。

契約締結に当り株主に対する充分な保護が払われているのであり、まづ契約は書面に記載され会社の営業所において各株主の閲覧に供せられたのち、総会に提出され、特別要件をもってする総会の同意が必要である (*282*条_{I, II})。そして商業登記簿への登記により効力を生ずる (*II*)。

さらに株主に対する保護として、コンツェルン利益を会社利益に優先せしめる結果株主に対し相当の補償を契約は定めねばならぬ (*293*条_I)。相当性に争あるときは裁判所が決する (*II*)。また株主の社員としての地位は支配契約により重大な影響をうけることを考慮して2) 乙企業が国内に住所を有する株式会社であるときには甲乙の合併を仮定して契約に定められる合併比率に従って乙の株式を甲のそれと交換することを請求する権利が甲の株主に与えられる (*294*条_{II, III})。乙が従属会社であるときには上の請求権と選択的に契約に定める相当の賠償を請求する権利を甲の株主に与えられる (*II*)。それ以外の場合現金賠償のみ請求しうる (*II*)。相当性の争は裁判所が決する (*II* V, 2)。

甲及びその債権者に対する保護として契約存続中甲に生じた年度欠損を乙は填補しなければならぬ (*296*条_I)。

このような甲、その株主及び債権者の保護を前提として乙に指示権 *Weisungsrecht* が与えられる。その結果契約に別段の定ない限り乙は甲に不利な指示もなしうる (*297*条_{II}) 甲の取締役はこの指示に従うを要する (*II*)。乙の指示はコンツェルン利益を限界とするのみである (*II*)。3)

乙の指導者は指示を与えるさい通常の会社指導者の注意義務を払うを要す (*298*条_I)。この義務に違反するときには甲に対しそれより生じた損害の賠償義務をおう (*II*)。

甲の取締役は乙の指示に従い行動する限りその行為により生じた甲の損害に対して賠償義務をおわぬ (*299*条_{III})。

このように指揮関係は法的に把握され明確にされるとともに指揮に伴う責任も明定され4) かつコンツェルン会社の株主及び債権者の保護が計られているのである。5)

3. さらに草案は一層強力なものとして合併に近接する制度を設けている。

編入 *Eingliederung*. 甲会社が乙会社の株式の100%又は額面総額が資本の95%に

1) 正確には、定款類似の特殊会社法的制度 (*Kropff; a. a. O. S. 177*)。

2) *Begründung zum Entwurf, S. 226*。

3) *Begründung, S. 228*。

4) *Kropff; a. a. O. S. 173*。

5) *Kropff; a. a. O. S. 177*。

当る株式を所有することを前提とする(309条I)。このときには乙の株主の保護は問題とならず、また乙の債権者も乙の資産のみよりは甲乙両会社の連帯責任により満足を与えることが望ましいからである。1)

国内に住所を有する甲が乙の全株式を所持するとき乙の総会で編入の決議をなし甲の総会が特別決議で承認し、かつ乙の住所地の登記簿に登記されたとき編入の効力が生ずる(208条I, II, III)。甲が乙の資本の95%に当る株式を所有するとき同様な手続で編入がなされるのであるが(209I, 208条I, II~IV)、乙の株主保護のため特別の措置がなされている。編入の効力発生とともに乙の株主の株式は法上当然に甲に移転するのに対し(309条I)、乙の株主は甲乙の合併を仮定して定められる合併比率に従い甲の株式の交付をうける権利を取得するが、甲が従属会社のときはそれに代えて相当な現金賠償を請求しうる(209条V)。相当性に争があるときには裁判所が決する(同IV)。

上の甲を主会社 *Hauptgesellschaft*、乙を被編入会社 *eingegliederte Gesellschaft* という。甲は編入前及び編入中に乙に生じた全債務に連帯責任をおう(310条I)。

甲は乙に対し支配契約と同様な指示権を取得する(311条297条II, III, 298, 299条)。

甲乙の経済的単一性を反映して、甲の株主は乙の事務につき報告を請求しうる(315条I)。

4. 以上のように草案はコンツェルン指揮の法制度を設けるとともに他方事実関係にもとづくコンツェルン指揮を禁止した(300条I)。

コンツェルン指揮は法律上明確にされるとともにそれに伴う弊害が可及的に防止されている。複合企業を株式会社の社会的存在構造として明確に把握しその上立っての法律的構成は全く正当である。2)

IV

1. 前述の如く現行商法ではコンツェルン利益は会社利益の前で後退し、しかもコンツェルン指揮は事実面に放置される。コンツェルン指揮に従うや否やはコンツェルン会社の取締役の地位とコンツェルンとの事実関係によって決せられ³⁾指揮に従った結果会社に損害を生じたなら当取締役のみの責任という不合理な結果を生ずる(254条²同条² 266条)。この指揮関係の不安定性及び責任の不当な帰属解決の余地を現行法は有しないのだろうか。私見によれば最終的解決は立法にまつとしてもあるていど可能である。

2. 結論よりいえば法人取締役の承認により問題はあていど解決される。甲支配会社が乙被支配会社の取締役に就任すれば甲の乙への指揮は、乙とその取締役との法律関係に吸収される、甲の指揮は法律的に基礎づけられるとともに指揮権(つまり業務執行権)の当然の制限として乙の利益尊重が表面にでてくる。それは従来の乙の取

Organschaft および Organsvertrag については、vgl. Achim v. Winterfeld; Organschaft und Konzernhaftung, NJW. '49 Heft 3. S. 92; E. J. Meßmacker: Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, '58, S. 287 ff.

1) Begründung, S. 236.

2) 吉永栄助, 「法の所与について」(「一橋論叢」8—5) 参照。

3) Rasch; a. a. O. S. 103.

ドイツでもかつては法人、例えば信託会社または銀行を清算人を選ぶことが認められていた (Friedländer, a. a. O. S. 136).
 [以上欄外補注は初稿脱稿後に加筆した]

締役の地位にかせられた義務によるコンツェルン指揮への不服従ではない。コンツェルン指揮に従うか否かは乙の取締役の地位とコンツェルンとの事実関係によって決せられるのではない。指揮権に内在する制限として乙の利益の優先がおかれるのであり、その結果不当な指揮——〔正確には業務執行〕——即ち、乙の利益の犠牲によるコンツェルン利益の追求は指揮者に乙に対する賠償責任を生ぜしむるものである(商²⁶⁶条1③)。このようにして指揮と責任という会社法の根本秩序が回復されるのである。¹⁾

3. 取締役は自然人としての活動を要するという理由で²⁾通説は法人取締役を認めない。しかし理論上このように解すべき理由はない。³⁾ 会社はその代表者を選び職務を行わしむればよい。⁴⁾ しかも上述のように法人取締役を承認することによって会社法の基礎へのコンツェルン関係の侵入にともなう破綻が多少なりとも治癒されることを考えれば積極的に法人取締役を認めるとともにコンツェルン指揮を可及的にこの方法を採用することによって行わしむべきである。

4. 比較的にみれば1960年ドイツ株式法草案は明文をもって法人取締役を禁止するのであるけれども、それは前述のごとくコンツェルン指揮のための法制度を設けていることによって認容しうるものである。明文の定を欠くフランス法においては法人取締役が許されることについては異論がないのである。⁵⁾

V

最後にむすびとして一言しよう。株式会社の社会的存在構造は複合企業である。⁶⁾ この事実を前提としてアプローチしなければならぬ、そうすれば単独企業を基礎とする商法の欠陥が如実に理解されるのであり、最終的には立法によるべきであり、その際ドイツ株式法草案が模範を示してくれとしても、現実において出来る限りの解決が計らねばならぬ。この意味において法人取締役の有効性を主張したのである。

あとがき：本稿に続くものとして拙稿「コンツェルンと法人取締役」(「一橋論叢」47—2)がある。参照頂けると幸である。(36.10)

- 1) Kropff ; a. a. O. S. 173
- 2) 松田・前掲書・p. 22; 大浜信泉「取締役と取締役会」(「株式会社法講座」第三卷) p. 1040. は取締役はその職務の性質上個人的信頼関係にたつからという。
- 3) この点については：田中誠二「会社法」上巻 p. 280; 大隅健一郎「会社法論」中巻 p. 86; 大森忠夫「会社法講義」, p. 172参照。
- 4) Wahl, 《Journal des sociétés》, 1905, p. 543. なお, Vanhaecke, 《Les groupes de sociétés》 118suiv.; 拙稿「会社支配と取締役」「一橋研究」7号p. 8.
- 5) Ripert, 《Traité élémentaire de droit commercial》'59, p. 543.
- 6) vgl. Isay, Das Recht am Unternehmen, 1910. ただしイザイの主張の如く経済的単一体即法律的単一体とまでいうつもりはない。この点については大隅「企業合同法の研究」pp. 178—182 参照。なお, 田中誠二「改正会社法提要」(上) 98頁参照。