

西ドイツにおける会社分割をめぐる法状況

吉 田 正 之

一 はじめに

一つの会社をいくつかに分割し、新たに会社を設立したり、他の会社に譲渡する行為は、従来から、会社の大規模化に伴う経営効率の低下を回避するため、危険を伴う営業部門を独立させることによる危険の限定のため、また会社内部の衝突を解消するためなど様々な動機で行われてきた。

会社法上の会社分割の立法例としては、一九六六年に制定されたフランスの商社会社法が最初のものである。⁽¹⁾ ECにおける会社法調整においても、まず第三ディレクティブの草案の中で株式会社⁽²⁾の分割が合併類似行為として取り上げられた。しかし、西ドイツが株式会社⁽³⁾の分割

についてはなお慎重な検討を要するとしてこれを第三ディレクティブに取り入れることに反対したために、結局それは削除されたが、後の第六ディレクティブ⁽²⁾において加盟国に強制しない形で株式会社⁽³⁾の分割が規定された。

このように、ECにおいて会社分割の法制度が実際の立法課題の一つとして捉えられたのに対応して、西ドイツにおいても会社⁽³⁾の分割を対象とする若干の議論が見られる。本稿は、西ドイツにおいて、会社分割と同様の結果をもたらすために行われうる現行法上の手続および会社分割制度の整備に関する考察におけるこれらの議論を概観することを目的とする。ただし、周知のように我が国においても従来より株式会社⁽⁴⁾の分割制度の整備が求められている関係上、我が国商法との比較という観点から

本稿では株式会社の分割に限定して論述することとする。

二 分割の用語と概念

EC第六ディレクティブによれば、会社分割は合併分割 (Spaltung durch Übernahme) と新設分割 (Spaltung durch Gründung) とに分類される⁽⁹⁾。合併分割とは、ある会社がそのすべての積極・消極財産を清算手続を経ない方法により複数の既存の会社に移転し、かつ解散会社の株主に取得会社の株式を交付するものであり(二条一項)、新設分割とは、ある会社がそのすべての積極・消極財産を清算手続を経ない解散の方法により複数の新たに設立される会社に移転し、かつ解散会社の株主に新設会社の株式を交付するものであると定義される(二一条一項)。いずれの場合にも、解散会社の株主に株式にかえて現金を交付することができるが、分割交付金は解散会社の株主に交付される株式の券面総額の一〇%を超えてはならない。ただし、加盟国法が一〇%を超える分割交付金の支払いを認める場合(二四条)、および全財産を移転した分割会社が消滅しない場合を認めるときには(二五条)、分割類似行為として分割に関する規定が

準用される⁽¹⁰⁾。

それに対して、西ドイツの株式法には会社の分割について明文の規定がないので、会社の分割については論者によってそれぞれに用語が用いられ、それぞれの概念規定がなされている。そこで本稿では便宜上、従来の諸説を踏まえたうえで分割を定義し、用語および概念の統一を試みている。Duvirage の分割概念および分類に従って諸説を検討し、論を進めて行くこととする⁽¹¹⁾。

まず、Duvirage は "Spaltung" の語義の検討から始め、分割を合併の反対現象であるとしたうえで、分割について次のような三つの要件を挙げている⁽¹²⁾。

その要件とは、第一に、分割とは会社を部分としての企業 (Unternehmensteil) に分離し、新設会社または既存会社に移転すること、第二に、会社が分割によって消滅する場合だけではなく、一つの企業領域 (Unternehmensbereich) だけの分離であって当該会社が存続する場合も分割に含まれること、そして第三に、取得会社の株式は分裂会社ではなくその社員が受け取ることである。彼は以上の要件からさらに分割を次のように分類する。

まず、分裂会社が消滅する場合において、分割されるべ

き会社の個々の企業領域 (Unternehmensbereich) がそのために新設される取得会社に移転され、法的に独立されるときには „Gründungsspaltung“ と名付けられ、分裂会社の財産が既存の企業に移転されるときには „Fusions-spaltung“ と名付けられる。⁽¹¹⁾ 次に、分裂会社がその財産の一部だけを分離した後もその法的存在に影響を受けない場合において、分離された財産がそのために新設される取得会社に移転されるときには „Gründungsspaltung“ と名付けられ、分裂会社の財産が既存の会社に移転されるときには „Fusionsabspaltung“ と名付けられる。⁽¹²⁾

以上の要件および分類を他の諸説と比較すると、まず第一から第三の要件に当てはまる分割を想定しているは Reichmann である。⁽¹³⁾ しかし、彼は分類の点で „Gründungsspaltung“ と „Fusionsabspaltung“ との區別を行っていない。⁽¹⁴⁾ また Duden/Schilling も、概ね第一から第三の要件に当てはまる分割を想定しているといえるが、彼の述べる „Abspaltung“ が第三要件に該当しない場合をも含んでいる点で Duvinage の所説との若干の相違が見られる。⁽¹⁵⁾ また Duden/Schilling の場合、分類の点でも

„Fusionspaltung“ を取り上げず、これより狭義でこれに含まれると思われる „vertikale Spaltung“ を取り上げている点で、Duvinage との相違が見られる。⁽¹⁷⁾ 以上のほかに、Kroph の述べる „Ausgliederung“ は、第一・第二の要件を満たしているが、第三要件を満たさないので、本稿における分割には該当せず、これに類似する行為であるといえる。

最後に、会社の分割またはこれに類似する行為の際に移転の対象とされるものは何であるかについて述べなければならぬ。これについては、論者によって必ずしも明確に定義されているわけではない。⁽¹⁸⁾ Duvinage によれば、移転の対象となるのは会社の一部 (Teil) でありまたは企業領域 (Unternehmensbereich) であるとされている。⁽¹⁹⁾ 次に、Reichmann によれば、分割により独立されるのは部分としての企業 (Unternehmensteil) または企業体 (Unternehmensinheit) でありかつ持続を旨し繁栄する経済単位であるとされている。⁽²⁰⁾ また、Duden/Schilling によれば、分割によって移転される対象となるのは企業 (Unternehmen) または営業 (Betrieb) でなければならぬが、⁽²¹⁾ いずれにせよ移転する財

産の所屬が明らかな組織的一体 (eine organisatorische Einheit) が移転されなければならぬとされている⁽²³⁾。ただ、Kropp だけは比較的明確に行為の対象を規定している。彼によれば „Ausgliederung“ の範圍は企業 (Unternehmen) である。この場合の企業とは、より大きな企業の中の一部としてもまた法律上独立した企業としても営まれうる経済活動を目的として創設された組織における物・権利および非物質的価値 (営業関係、ノウ・ハウ) の統合として理解されている⁽²⁴⁾。以上のことから、分割における移転の対象に関する觀念を明確に規定することは困難であるが、共通して考えられているのは一定の企業的特徴を有する組織的な会社財産が移転の対象となるということであろう⁽²⁵⁾。当面この考え方を妥当と考へる。

三 会社分割と同様の結果をもたらす現行法上の 手続

1 „Gründungsspaltung“ の場合

この場合には、分裂する会社においては会社財産の現物出資および当該会社の清算の問題として、また取得会

社においては現物出資による会社設立の問題として捉えられる。

まず分裂会社では、どのようにしてこの行為の決定がなされるかが問題となろう。分裂会社としては全財産を譲渡することになるので、譲渡契約の締結にあたり、株主總會の特別多数による同意を経なければならぬと考へられる (株式法三六一條一項)⁽²⁶⁾。また、分裂会社は全財産を分割出資し解散するのであるから、当然、株主總會による解散決議を経なければならぬ (株式法二六二條一項二号)。そしてその後、清算手続が行われることになる (株式法二六四條以下)。

現物出資の取得会社から交付された株式を分裂会社の株主に分配するためには、次のような方法を取らなければならぬ。分裂会社は現物出資により一旦株式を取得するが、その株式は残余財産として取り扱われるので、清算の際の債権者保護の規定により、分裂会社の清算手続を経た後、一年間の停止期間の満了後でなければ分裂会社の株主に分配され得ない (株式法二七一條一項、二七二條一項)⁽²⁷⁾。その分配は原則として株式の券面額の割合に従って行われなければならない (株式法二七一條二

項)。すべての株主は平等に取り扱われなければならないが、その要求が満たされる限り、各株主が各取得会社の株式をその所有する株式の券面額の割合に従って受け取る方法と、各株主がその所有する株式の券面額の割合に従ってそれぞれ別の取得会社の株式を受け取る方法とが考えられる。⁽²⁸⁾

次に取得会社においてはそれが新設会社であるので、当然、通常の設立手続を必要とするが(株式法二三条以下)、現物出資による設立となるのでその特則に従わなければならない(株式法二七条等)。

また、会社の設立に際しては、少なくとも五人の発起人が必要とされているが(株式法二条)、このような取得会社の設立の際には、実務上、単なる名義上の発起人による設立が普通に行われており、今日その法的有効性は認められて⁽²⁹⁾いる。

特に、ここに取り上げる行為の場合には、現物出資の対象が企業であると評価され得るので、監査役の選任につき特別の規定に服さなければならないと考えられる。

その特則とは、現物出資の目的物として、企業または企業の一部の出資が定款に定められたときには、発起人は、

自己の見解によればその出資の後監査役会の構成につき基準となると考えられる法律(例えば、共同決定法)の規定に従い、総会により選任されなければならない員数だけの監査役員を選任しなければならないとするものである(株式法三一条一項一文)。

設立の際、会社は登記のため裁判所に届け出られなければならない(株式法三六条一項)。そして、原則として、現物出資は登記の前に完全に行われなければならない(株式法三六条二項・三六a条二項一文)⁽³⁰⁾。

このようにして分裂会社から取得会社へと財産が移転されるが、合併の手続による場合を除いて、株式法は企業の包括的な移転を予定していないので、現行法による分割の場合に移転の対象となる個々の財産は個別的な承継の方法によって移転されなければならない。そしてこのことは、ここで説明された“Gründungsspaltung”の場合だけでなく、以下に説明される各形態においても同様である。

2 „Fusionsspaltung“ の場合

この場合には、分裂する会社においては、“Gründungsspaltung”の場合と同様に、会社財産の現物出資

および当該会社の清算の問題として捉えられるが、出資を受ける取得会社においては新株発行による資本増加の問題として捉えられる。したがって、ここでは取得会社における手続についてのみ見ることとする。

資本の額は定款の記載事項であるので（株式法二三条三項三号）、通常の場合には、取得会社における資本増加は取得会社の定款変更に関する株主総会決議を経なければならぬ（株式法一八二条⁽³⁴⁾）。その決議は商業登記簿への登記のために届け出られなければならない（株式法一八四条）、資本増加は登記によって初めて有効となる（株式法一八九条）。

西ドイツでは新株発行に際して各株主に新株引受権が認められている（株式法一八六条一項）。しかし、例えばA社の財産がB社に現物出資される場合には、A社に対して新株が発行されるので、B社の株主の新株引受権は、従来からA社がB社の株主でなかった場合にはその全部が、またA社が従来からB社の株主であった場合にも（B社が一人会社でなければ）その一部が排除されなければならない。新株引受権の排除は、株主の利益、特に持ち株比率に直接かかわる問題であるので、これを行

うためには、株主総会の資本増加の決議において、特別の多数による同意を必要とする（株式法一八六条三項⁽³⁵⁾）。さらに、取得会社が認可資本を定めている会社である場合も考えられる（株式法二〇二条ないし二〇六条）。

このような会社では、認可資本の枠内であれば資本増加の際にも定款変更の必要がないので、取締役会が監査役会の同意を得て新株の発行を決定することができる（株式法二〇四条一項）。引受権の排除については、定款に取締役会がこれを決定する旨が定められていない場合には、株主総会の決議によって決定されなければならない（株式法二〇三条一項・二項）。

3 „Gründungsabspaltung“ の場合

この場合には、分装する会社においては、前に述べた二つの „-spaltung“ の場合と異なり、会社財産の一部の現物出資および資本減少の問題として、また取得会社においては „Gründungsspaltung“ の場合と同様に、現物出資による会社設立の問題として捉えられる。したがって、ここでは分裂会社における手続について見ていくこととする。

分裂会社はその財産の一部を他に譲渡した後も、その

法人格を維持したまま存続する場合には、分裂会社においてその財産を譲渡するにつき株主総会の決議を得る必要があるか否かが問題となる。

会社が一定の企業たる財産を譲渡してもその会社はいつでも同じ分野で活動することができるので、そのような譲渡に際しても定款変更の必要はなく、したがって、その決定につき、原則として株主総会の決議を必要としないとも考えられる⁽³⁶⁾。しかし、譲渡される財産が譲渡会社にとって重要な財産である場合には、株式法三六一一条が株主保護を目的とするとの立場からこれを類推適用すべきであるとの学説が主張されている⁽³⁷⁾。

また、判例によれば、分裂する会社がその財産の一部を他に譲渡した後に、制限された範囲においてであつても定款所定の目的を追及するのに十分な営業財産を残しているときには、そのような財産譲渡は株式法三六一一条の規定する財産譲渡には当たらないが、このような場合であっても、譲渡される財産が会社財産の重要な一部であるときには、株式法一一九条二項の規定に従つて、取締役会は株主総会の決議を求めなければならないとされている⁽³⁸⁾。

もっとも、分裂会社が取得した株式を株主に分配するためには資本の減少を行わなければならないのでいずれにせよ株主総会の決議は必要である。株主に株式を分配するために行われる資本の減少は、通常の資本減少（株式法二二二条以下）と会社による株式の取得後の消却による資本減少（株式法二三七条以下）という二つの方法によつて行うことができる。

通常の資本減少の場合には、その決定は株主総会の特別多数によつて行われ、その決議においては資本の減少の目的も定められなければならない。資本の減少は、その決議の登記をもつて効力を発し、分裂会社が取得した株式の当該会社の株主への分配⁽³⁹⁾は、債権者保護のために定められた期間の終了後でなければこれを行うことはできない（株式法二二五条二項⁽⁴⁰⁾）。

また、株式の消却による資本減少の場合にも、株主総会の決議要件は通常の資本減少の場合と同様であるが、株主総会において、一定の株式の収集、その対価および支払い条件、資本の引き下げ額、さらに資本減少の目的が定められなければならない⁽⁴¹⁾。株式の分配については、株式の消却による資本減少の場合には、通常の資本減少

の場合とは異なり、分裂会社の株主には株式の交換によって取得会社の株式が与えられることとなる。⁽⁴³⁾

資本増加の場合と同様に、資本の減少は定款の変更をも意味するので、どちらの方法による場合にでも定款変更に関する規定に服さなければならない（株式法一七九条・一八一条）⁽⁴³⁾。

4 „Fusionsabspaltung” の場合

この場合には、分裂する会社においては、“Gründungsabspaltung” の場合と同様に、会社財産の一部の現物出資および資本減少の問題として、またそれを取得する既存会社においては、“Fusionsabspaltung” の場合と同様に、新株発行による資本増加の問題として捉えられる。したがって、分裂会社および取得会社における手続は前述したとおりである。

四 立法における留意点

西ドイツにおいても、合併の取消の場合の措置⁽⁴⁴⁾として、または連邦カルテル庁の解体命令に対する措置⁽⁴⁵⁾としてだけではなく、その他の経済上の理由から広義の会社分割は必要とされ、現に行われている⁽⁴⁷⁾。しかし、上述したよ

うに、現行法によって会社を分割する場合には非常に複雑かつ繁雑な手続を必要とする。そこで、会社の分割に関する法制度を整備するべきであるとの主張とともに、その立場から立法に関して若干の意見が出されている。

分割制度を整備するに当たっては多くの問題が解決されなければならないが、ここでは、基本的な問題として、会社財産の包括的承継、会社の資本維持および分裂会社の債権者保護の問題に限って、分割制度の立法における留意点を概観することとする。

1 包括的承継

現行法に従えば、会社財産の移転は個別的な承継の方法によって行われなければならない、その手続は非常に複雑となる。そこで、会社の分割においてもその実行を容易にするためには、包括的な承継による企業の移転が定められるべきである。

ところが、分割の場合には分裂後も分裂会社が存続する場合も認められており（Gründungsabspaltung および Fusionsabspaltung の場合）、このような場合にも包括的な承継による企業の移転が可能かどうかが問題となる。伝統的な会社法上の包括的承継の場合には、それまで

の権利主体は常に消滅する。⁽⁴⁸⁾ 例えば、合併の場合には譲渡会社が合併登記と同時に消滅し(株式会社三四六条四項、三五三条六項)、組織変更法(Umwandlungsgesetz)によれば組織変更の登記をもって譲渡会社は解散する(組織変更法五条二文)。また、判例にもこの原則を裏付けるとされるものが見られる。⁽⁴⁹⁾ この原則は確かに、一定の対象物について誰が権利者であるかという、法的安定性の要請にも対応するのである。⁽⁵⁰⁾

しかし、包括的な承継が従来の権利主体が消滅する場合にのみ行われようという原則には例外が存することが指摘されている。⁽⁵¹⁾ 組織変更法五〇条によれば個人商人は自己が営む、その商号が商業登記簿に登記されている企業を、株式会社または株式合資会社に組織変更することができる。そのためには、株式会社または株式合資会社の設立および営業財産の移転を含む組織変更宣言が必要である(組織変更法五一条)。そして、この営業財産は商業登記簿への新会社の登記をもって包括的な承継の方法で株式会社または株式合資会社に移転する(組織変更法五五条一項)。この場合には、移転される企業とは個人商人の全財産である必要はなく、当該個人商人がいく

つかの企業を営む場合には、そのうちの一つまたはいくつか、もしくはすべてを一つまたはいくつかの株式会社または株式合資会社に組織変更することができる。⁽⁵²⁾

もっとも、個人商人は自然人であるので、以上の規定を直接的に株式会社に適用することは認められない。⁽⁵⁴⁾ また、例外としての包括的な承継は原則上類推適用することはできない。⁽⁵⁵⁾ しかしながら、このような例外が存するところから、会社の分割を容易にするために、会社の一部だけの包括的承継をも立法上認める可能性は存すると考えられる。⁽⁵⁶⁾

次に、会社財産の部分的な包括的承継は可能か、すなわち会社財産を分離譲渡される企業ごとに区分することができかどうかという問題が生じる。この場合にも組織変更法が参考になると思われる。組織変更法は、移転すべき目的物をすべて掲載し商業登記簿に届け出られる一覧表をもってこの問題を解決している(株式会社五二条四項、五四条一項三号)。しかしこのような方法によっても移転される企業の範囲を完全に確定することは困難であろう。したがって、結局は分割に関する契約の解釈の問題に帰着するものと思われる。

2 資本維持

分割が行われた場合には、分裂会社から移転される企業は、他の企業と結合する場合 (Fusionsspaltung) または Fusionsabspaltung の場合) だけではなく、単独でも会社として設立される (Gründungsspaltung) または Gründungsabspaltung の場合) ことから、それは独立して継続されうる経済単位でなければならぬと考えられる⁽⁵²⁾。それゆえに、分離された企業においても資本が確保され維持されなければならない。このことから、会社の設立の手續に相当する手續が必要となる。したがって、資本金が明らかにされなければならないこと、株式は額面以下では発行されてはならないこと (株式法九条一項)、さらに出資財産は一定の検査を受けなければならないこと⁽⁵³⁾、などが留意されるべきであると考えられている。

3 債権者保護

現行法に従って分割が行われた場合で、取得会社が分裂会社の商号を引き継ぐときには、取得会社は HGB 二五条一項一文に従って、分裂会社の債権者に対して責任を負わなければならないか否かが問題となる。これについては、取得会社は HGB 二五条所定の責任を負わない

旨主張する学説も存するが⁽⁵⁹⁾、これに対する批判もあり⁽⁶⁰⁾、なお明確ではない⁽⁶¹⁾。その他、清算および資本減少の制度において個々に債権者保護について規定されているが (株式法二二五条、二六七条、二七二条一項等)、これらの規定は債務の移転を予定したものでないので、分割制度の整備に当たっては異なる考慮を必要とすると考えられる。

分裂会社における債権者の保護は、会社側と債権者側との利益衝突のためにかなりの困難をとまなう⁽⁶²⁾。そこで、フランス法における債権者保護制度が注目されている⁽⁶⁴⁾。その制度とは、分裂会社と取得会社とは原則として分裂会社の債務につき連帯債務を負うが、当事者である会社間の協議によりこの連帯債務を排除することができ、この場合には分裂会社の債権者は裁判所に対して異議を申し立てることができ、これが認められたときには会社は即時弁済または担保の設定を行わなければならないとするものである。

五 結びにかえて

以上において、西ドイツにおける会社分割と同様の結

果をもたすための現行法上の手続および会社分割制度の立法における留意点を概観した。

上述のように、西ドイツにおいても現行法によって会社分割と同様の結果をもたらす場合にはその手続が繁雑であることは我が国の事情と同様である。さらに、財産の個別的な譲渡によって、場合によっては財産の移転に数年を要し、また移転対象の有機的連係を破壊するため取得会社にとって費用の浪費がもたらされることも指摘されている⁽⁶⁵⁾。また立法に際しては、本稿に触れたような原則的な問題だけではなく、手続上の問題、さらに会社法に限らず様々な視点から検討が加えられなければならないことはいうまでもない。

西ドイツ会社法と我が国会社法とは、株式会社の機関構成をはじめ諸手続等にも様々な相違が存し、単純な比較は不可能である⁽⁶⁶⁾。したがって、西ドイツにおける議論から直接的に有益な示唆を得ることは困難であるので、差し当たり、本稿においては上述の検討から我が国において分割法制を検討するについて留意すべきであると思われる点を指摘するに止める。

西ドイツにおいては、立法論としては移転の対象を企

業であると規定し、それに対して明確な定義を与えないことが妥当であるとする見解が出されている⁽⁶⁷⁾が、しかしその場合には、解釈上、移転の対象としての企業範囲の確定は会社財産の包括的な承継の範囲の確定との関係で重要な問題である。今後、西ドイツにおいても会社の分割について立法化の機運が高まりさらに議論された場合には、分割法制に対応した適切な企業概念も追及されることであろう。このような企業概念の追及は、我が国の分割法制を考えるうえにおいても当然有益な示唆を与えらるものと思われる。

また、西ドイツでは分割後も会社が存続する形態をも分割に含ませようとする傾向にある。このような分割形態は、実際上の要求にも答えるものと思われるし、また我が国の立法私案にも取り入れられている⁽⁶⁸⁾。しかし、この場合には分裂会社の責任免除の問題と債権者の保護の問題との衝突によって両者の利益調整は困難となる⁽⁶⁹⁾。他方、このような形態はフランス法においては分割の中に含まれていない。したがって、このような形態をも分割として規制すべきか否かを含めて慎重な考慮が必要であろう。

本稿では会社分割制度の立法化に対する具体的な議論を取り上げることができなかった。また、会社分割を法制化すべきか否かという根本的な議論も必要であるが、これらは別の機会に譲ることとする。

- (1) Loi n° 66—537 du 24 juillet 1966, sur les sociétés commerciales. 会社の分割は三七一条ないし三八七条に規定されている。詳細については、Mercadal, Janin et Gambier, *Memonto pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 17^e éd. 1986 n° 3430 et s.; 大野実雄「株式会社の分割と分割合併」一九七〇年、拙稿「フランス法における株式会社の資産の一部出資」一橋研究一二巻四号（一九八八年）一三二頁以下参照。
- (2) 6. 1 Sechste Richtlinie vom 17. Dezember 1982 (Spaltungsrichtlinie) (82/891/EWG)
- (3) 森本滋「E〇会社法の形成と展開」一九八四年、三四六頁以下参照。
- (4) 商事法務研究四六三号（一九六八年）五五頁、居林次雄「会社の分割に関する法制整備問題」商事法務研究四六五号（一九六八年）九頁、元木伸／稲葉威雄／濱崎恭生『商法改正に関する各界意見の分析』別冊商事法務五一号（一九八一年）四二頁。
- (5) 森本・前掲書三五〇頁参照。
- (6) Marcus Lutter, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2.

Auf. 1984, S. 159.

- (7) このような、E〇のディレクティブの分割概念に対して、上記の第六ディレクティブのもととなった第三ディレクティブ案に関しては若干の記述が見られる。また、Meyer-Ladewig は会社の分割とは、その全財産がいつかの会社に移転されることであるとだけ考えているように見える。Vgl. Jens Meyer-Ladewig, *Der Kommissionsvorschlag für eine Dritte Richtlinie des Rates zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Nationale Fusion)*, BB 1970, S. 1520. ちひひ、Sonnenberger は、ネ〇二一条に規定されている合併類似行為、特に分割合併 (Spaltungsfusion) は、ドイツ法においては不可能であると述べており、またドイツ連邦議会の法務委員会もディレクティブ案に関する報告書に基いて合併類似行為について決定的に否定的な分割 (Spaltung) の意味内容について明らかにしている。Vgl. Hans-Jürgen Sonnenberger, *Interne Fusion von Ahtiengesellschaften im Gemeinsamen Markt*, AG 1971, S. 82; Bf-Drucks. IV/3071, S. 2.
- (8) Peter Duvinage, *Die Spaltung von Personengesellschaften* 1984. 彼の分類が最も網羅的に分割を捉えているように思われ、また最近の教科書にも採用されている。Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht* 1986, S. 302 ff.
- (9) Duvinage, a. a. O., S. 24 ff.

- (10) Duvinage, a. a. O., S. 26 ff.
- (11) この場合に用いられる „Spaltung“ の語は、会社の消滅をともなした完全な分裂という措置を表している。Duvinage, a. a. O., S. 33 ff.
- (12) この場合に用いられる „Abspaltung“ の語は „Spaltung“ とは異なる方法の企業分割に対する総称であり、分裂会社が財産の移転後も消滅せず存続することを特徴とする。Duvinage, a. a. O., S. 34.
- (13) Arndt Teichmann, Die Spaltung einer Aktiengesellschaft als gesetzgeberische Aufgabe, AG 1980, S. 85 ff.
- (14) 彼は、会社がその財産の一部だけを他の会社に譲渡するが会社自体は残りの財産を保持して存続する行為を „Abspaltung“ と名付けているが、これを必ずに分類することは行っていない。Teichmann, AG 1980, S. 87.
- (15) Konrad Duden/Wolfgang Schilling, Die Spaltung von Gesellschaften, AG 1974, S. 202 ff.
- (16) Duden/Schilling は、この „Abspaltung“ とは「または複数の企業または営業が株式の付与と引き換えにそのために設立される一または複数の新会社または既存の会社に移転されるが、ただし、譲渡会社はその財産の移転後も存続するという形態である」とされる。そして、この形態にはすべての企業または営業が法的に独立した会社に移転されるまたはそれによって新会社が設立されることによって一つの会社からコンツェルンの持ち株会社が創設される場合も含める。Duden/Schilling は „Abspaltung“ を財産を譲渡した後も譲渡会社が存続する企業分割の総称であると述べて、注(12)に見たように Duvinage も同様に述べて „Abspaltung“ の語を「同じで用いられる „Abspaltung“ と同じ意味に用いられる」としているが、このような理由から納得できない。Vgl. Duvinage, a. a. O., S. 34; Duden/Schilling, AG 1974, S. 203, 212.
- (17) „vertikale Spaltung“ は „Aufspaltung“ と呼ばれることがある。この形態にせよこれはコンツェルンに組み込まれた企業が対象とされることが „Konzernspaltung“ と呼ばれている。これは、コンツェルンの親会社がその全財産をいくつかの子会社に移転し解散して、子会社の株式が親会社の株主に分配されると言う形態である。Duden/Schilling, AG 1974, S. 203, 206.
- (18) Bruno Kropff, Über die „Ausgliederung“, Festschrift für Geßler 1970, S. 111 ff. 彼は、会社の構造変更のため、会社全体ではなくその部分的な領域だけを法的に分離独立させるための法規制が必要であると述べて会社をいくつかに分割する措置の問題を上げている。
- (19) Vgl. Marcus Lutter, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Barz 1974, S. 199 ff.
- (20) Duvinage, a. a. O., S. 30.
- (21) Teichmann, AG 1980, S. 85, 87, 89.
- (22) Duden/Schilling は企業と営業とを区別している。

- であるが、支配的見解によれば企業と企業とははた同一意味で用いられる。Vgl. Thomas Raiser, Das Unternehmen als Organisation 1969, S. 123.
- (23) Duden/Schilling, AG 1974, S. 209.
- (24) Kropff, a. a. O., S. 113.
- (25) Vgl. Bernd Kottmann, Die Spaltung einer Aktiengesellschaft 1986, S. 2.
- (26) この規定は財産譲渡の実施による規定となすべからざるべしとの契約締結の要件を定むたものなり。Vgl. Schmidt, a. a. O., S. 730.
- (27) 残余財産は原則として現金を分配するなり、株主総会の決議による現物による財産の分配を拒むるべしとす。Alfons Kraft, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Aufl., § 271 Anm. 6; Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 271 Anm. 2.
- (28) Kraft, a. a. O., § 271 Anm. 10.
- (28) Kottmann, a. a. O., S. 90.
- (30) Kropff, a. a. O., S. 114.
- (31) BGHZ 21, 378; Joachim Mayer-Landrut, in: Großkommentar Aktiengesetz, 3. Aufl., § 2 Anm. 16.
- (32) Vgl. Schmidt, a. a. O., S. 600.
- (33) Kropff, a. a. O., S. 120 ff.; Kottmann, a. a. O., S. 22 ff.
- (35) さらに、株式法一八六条四項は次のように規定する。引受権が全部または一部排除される旨の決議は、その排除を明示的かつ法規に公告されたときのみ（株式法一四一条一項参照）なされることと許される。取締役会は株主総会に於いて引受権を部分的にまたは完全に排除する理由を授け、かつ提案された発行価格による認許する報告書を提出しなればならぬ。
- (36) Lutter, a. a. O., S. 209; Kropff, a. a. O., 119; Wolfrann Timm, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze 1980, S. 129; Kottmann, a. a. O., S. 20.
- (37) Timm, a. a. O., S. 114 ff.; Schmidt, a. a. O., S. 704 f.
- (38) BGHZ 83, 122; 考證しつゝなを支持する見解が見らるゝ。Kropff, a. a. O., S. 120; Kottmann, a. a. O., S. 21.
- (39) Marcus Lutter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 1. Aufl., § 225 Anm. 31.
- (40) Kottmann, a. a. O., S. 37 ff.
- (41) Lutter, a. a. O., § 237 Anm. 47.
- (42) Kottmann, a. a. O., S. 39; Lutter, a. a. O., § 71 Anm. 12. ただし、この場合にならぬ自己株式の取得は、資本の額の10%未満に限定されたる（株式法七一一条一項一々参照）。
- (43) Lutter, a. a. O., § 237 Anm. 45.
- (44) Duvinage, a. a. O., S. 27.

- (54) Kottmann, a. a. O., S. 11 ff.
 (46) 分割はその各称から連想される分散的機能だけでなく、分割された会社の一部が他と結び付くことにより、集中の機能をも發揮する。Kropff, a. a. O., S. 111 ff.; Kottmann, a. a. O., S. 6 ff. 「*ゲゼルシャフト*」が「*コンツェルン*」競争法上の問題として取り扱われる。
- (47) Uwe Fischer, Die Teilung von Kapitalgesellschaften im Lichte neuer Entwicklungen des Unternehmensrechts 1983, Diss. Frankfurt am Main, S. 9 ff.
 (48) Kropff, a. a. O., S. 121.
 (49) BGHZ 3, 1.
 (95) Kropff, a. a. O., S. 122.
 (15) Kropff, a. a. O., S. 122.
 (32) Kropff, a. a. O., S. 123.
 (33) BT-Drucks. V/3165 S. 14.
 (34) Kropff, a. a. O., S. 123.
 (35) Kropff, a. a. O., S. 124.
 (96) Kropff, a. a. O., S. 124.
 (57) Vgl. Teichmann, AG 1980, S. 89.
 (38) Teichmann, AG 1980, S. 89.
 (65) Duvinage, a. a. O., S. 54 ff.
- (98) Joachim Schulze-Osterloh, Probleme einer Spaltung von Personengesellschaften, ZHR 1985, S. 619.
 (19) この理由から分割制度が整備されるべきであると主張が見られる。Schmidt, a. a. O., S. 303.
 (29) Teichmann, AG 1980, S. 90.
 (93) ノルンベリ商事会社法三八一条参照。
 (37) Teichmann, AG 1980, S. 90; Duden/Schilling, AG 1974, S. 221.
 (59) Kropff, a. a. O., S. 121.
 (99) ノルンベリ・ヴァルティンガー／河本一郎編「ドイツと日本の会社法《改定版》」一九七五年、参照。
 (97) Vgl. Duden/Schilling, AG 1974, S. 209.
 (98) 商法改正研究会「商法改正要綱私案」商事法務研究五〇一号（一九六九年）一一頁以下、田村諄之輔「第九会社分割（私案第八）」私法三二二号（一九七〇年）一一四頁以下参照。
 (69) もっとも、会社にとって重要な債権者であれば当初から分割計画にかかわるはずであるので、実務上はそのような債権者については事情は異なるだろう。Vgl. Fischer, a. a. O., S. 75.

(一橋大学大学院博士課程)