

不文の総会権限による親会社の株主保護

—ドイツ法を中心として—

蔡 英 欣

目 次

序章	268
一 問題の所在と会社法上の可能な対処方法	268
二 考察の対象	269
第一章 ドイツの状況	269
第一節 ドイツ株式法におけるコンツェルン法の不備	269
第二節 法的不備に対する学説の展開	270
第三節 裁判所による法の継続的發展	271
一 Holz Müller判決	271
二 Holz Müller判決をめぐる議論	275
第四節 不文の総会権限による親会社の株主保護	278
一 概観	278
二 不文の総会権限の展開	279
三 不文の総会権限の新たな展開	285
四 不文の総会権限による親会社の株主保護の限界の所在	287
五 まとめ	288
第二章 日本の状況	289
第一節 親会社の株主保護に関する現行法の状況	289
第二節 親会社の株主総会の権限の再考察	290
一 親子会社の形成に関する親会社の株主総会の権限	290
二 子会社の一定の決議事項に関する親会社の株主総会の権限	291
結語	294

序 章

一 問題の所在と会社法上の可能な対処方法

近時、日本においては、一九九七年の独占禁止法改正による持株会社の解禁を始めとして、一連の企業再編に関する法制が整備された⁽¹⁾結果、今後、持株会社を用いた企業グループを組織する動きが広がることは間違いない。ところで、結合企業という企業組織形態においては、親会社の株主の株主権に関し以下のような問題が生ずる⁽²⁾。

親会社と子会社とは法律上はそれぞれ別個独立の会社であるが、実質的には親会社と子会社とは一個の経済的単一体を形成する。持株会社を用いた企業グループにおいては、その経済的単一体における企業活動はほとんど階層の下部にある子会社において行われており、親会社の株主に配当される利益の全部あるいは大部分は、子会社の企業活動から生み出される。従って、親会社の株主が子会社に対する事業の支配に関与するためには、その議決権の行使がこの子会社の企業活動に対して影響力を有しなければならないはずである。しかし、現行会社法は単一会社における利害調整ルールを設定するものにすぎず、親子会社における利害調整ルールを用意していないのが現実である。それ故に、現行法上、親会社の株主は、親会社に関する事項については決議をすることができるが、親会社の支配に服する子会社に関する事項については決議をすることができないこととなる。このような親会社においては、本来の企業活動の全部あるいは大部分が、証券代位を通じて対外的支配活動に変形され、実質的経営が、事実上だけでなく法律上も親会社の株主の監督から逸脱して、もっぱら親会社の取締役に出される結果、親会社の株主の株主権が縮減されるという問題が生ずる。

通常、この問題に対しては、会社法上、三つの対処方法が考えられる⁽³⁾。まず、縮減した株主権そのものを実質的に復元する方法ではなく、従来⁽⁴⁾の会社法の枠組みを維持したままで解決を図るといふものがある。すなわち、親会社の取締役を通

じて子会社の事業活動を実効的にコントロールする仕組みを確保するという方法である。そして親会社の取締役による子会社の事業活動に対するコントロールが実効的に行われるかどうかは、親会社の取締役の職務執行に対するコントロールが実効的に行われるかどうかにかかっている。そのためには二つの要件が満たされなければならない。第一に、親会社の取締役の職務執行が適正に行われているかどうかについて親会社の株主が情報を得ることを可能とするために、子会社の財産状況や業務の経過に関し親会社の株主に一定の情報収集権が認められなければならない。第二に、親会社における取締役会、監査役、会計監査人による監督・監査体制の充実が図られなければならない。

二つ目の対処方法として、親会社の株主が子会社の経営者に対してより直接的に権利行使することを認めることが考えられる。例えば、未だ損害は発生していないが、子会社の取締役の違法な業務執行によって損害が発生することが合理的に予想される場合には、親会社の株主の子会社取締役に対する予防的な権利行使（例えば、取締役に対する違法行為差止請求権あるいは新株発行差止請求権のような権利行使）を認めるという方法が考えられる。また、子会社の取締役の違法な業務執行によって損害が生じ、親会社にも損害が発生した場合に、親会社の株主に、直接子会社の取締役に対して子会社に対する損害を賠償するよう責任追及できる手段、いわゆる二重代表訴訟を認めることも考えられる。もちろん、これらの手段を用いる前提としても、親会社の株主の情報収集権が確保されなければならない。

最後に、親会社の株主が子会社の株主総会における一定の決議事項について参加することを認めることが考えられる。決議事項としては、通常、子会社の定款変更、営業譲渡、合併等会社の基礎ないし営業の基本にかかわるものと、子会社の取締役・監査役の選任、解任にかかわるものが主張されている。そして、このような子会社の意思決定に親会社の株主を関与させるとした場合、それには大別して二つの方法が考えられる。一つは、

子会社における前記の事項の決議において議決権を行使するのはあくまでその株主たる親会社であるが、どのように議決権を行使するかについての決定は親会社の株主総会に行わせるという方法である。もう一つは、子会社での決議において直接親会社の株主に議決権を行使させるという方法である。

二 考察の対象

本稿は、親会社⁽⁴⁾の株主保護の問題についての議論がかなり蓄積してきたとみられるドイツの状況を紹介した上で、日本においては、親会社株主の株主権を保護するために親会社の株主総会の権限がどの程度まで拡大されるか、を検討することを目的とする。ドイツにおいても、親会社株主の株主権の縮減の問題について制定法はほとんど規定していない。この状況に対し、学説は一定の事項について、法が定めていないにもかかわらず、親会社の株主総会の関与が必要な事項、いわゆる不文の総会権限 (ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit) を提唱し、また、一九八二年のドイツ連邦通常裁判所は、Holzmüller事件判決⁽⁵⁾によりこの不文の総会権限を初めて認めた。その後、Holzmüller判決における法律構成やそこで未解決の問題について活発な議論が続いている。それ故、日本における同種の問題の解決にとって有益な、ドイツにおける親会社の総会の不文の総会権限の生成過程の議論から一定の示唆が得られるのではないかと思われる。

むしろ、親会社株主の株主権の縮減の問題は、前述したように、親会社の取締役を通じた子会社に対するコントロール、及び、親会社の株主による子会社の経営者に対する監督是正権によってある程度解決される。また、経済界は、親会社の株主総会の権限の拡大という対処方法は機動的・柔軟な企業グループの再編の妨げになる面があるとしばしば指摘している⁽⁶⁾。しかし、事前予防の観点から見て、この問題が親会社株主総会の権限拡大という方法によって、より早い段階にかつ直接に解決されるということとは否定できない。も

しろん、企業グループの再編の迅速性を損なわないために、この方法が実際にどのような範囲で認められるべきかということも検討されなければならない。なお本稿では、親子会社とも株式会社を想定している。

第一章 ドイツの状況

第一節 ドイツ株式法におけるコンツェルン法の不備

一九六五年ドイツ株式法におけるコンツェルン法は、従属会社の少数株主と債権者のための保護法 (Schutzrecht) として通常理解されてきた。ただし、厳密にいえば、ドイツ株式法第三編の規定には、コンツェルンそのものについての規定は存在しない。これらの規定は、すでに従属関係に陥った従属会社の少数株主と債権者を、かかる企業結合によって蒙るであろう不利益から保護するための規定にすぎない⁽⁷⁾⁽⁸⁾。親会社における株主の保護については、企業契約の締結と編入の場合に、支配会社になる会社と主会社 (Hauptgesellschaft) になる会社のそれぞれの株主総会の特別決議が必要である旨の規定 (ドイツ株式法二九三条及び三一九条)、及び、株主が年次株主総会においてコンツェルン全体と各コンツェルン会社の全てにおける法的、経済的及び人的事項に関し質問権 (Fragerecht) 並びに結合企業に対する会社の法律上及び営業上の関係に関し解説請求権 (Auskunftsrecht des Aktionärs) を有する旨の規定 (ドイツ株式法三三七条四項及び一三一条一項二文) だけが定められている。しかし、實際上、ドイツにおいては、コンツェルンの形成が企業契約の締結と編入によってなされる場合は少なく、他の会社への出資によってなされる場合、つまり事実上のコンツェルンの場合が多い。従って、親会社における株主は、ドイツ株式法上、コンツェルンの形成及びコンツェルン形成後の子会社の運営事項をコントロールする権限をほとんど有していないといえよう。その一方、一九六五年のドイツ株式法制定後、コンツェルン形成によって機関相互間の権限分配及び親会社の株主の権利が

影響を受けることの認識が徐々に形成されてきた。このような認識に基づき、コンツェルン指揮に関する論議、及び、上位会社の株主に対する特別な保護の要求がなされるようになった⁽⁹⁾。

第二節 法的不備に対する学説の展開

もっともこの問題については、すでに一九六五年ドイツ株式法の改正よりかなり前の段階から Wieland が認識していた。Wieland は次のように述べている⁽¹⁰⁾。「仮に親会社が子会社のすべての株式を所有し、かつ、その株式が親会社の総財産である場合に、親会社の総会は、子会社における基本出資の増加及び総会権限に属するその他の措置について決議しなくてもよいか。また親会社の総会の同意なしに親会社の代表者は他の会社に巨額の出資を行うことができるか。ここでは、この二つの会社の独立性が考えられなければならない。たとえ参加会社がその内部関係において定款上の会社目的の変更を行うことを必要とするとしても、法的に完全に制限されていない代表機関の代表権に基づいて参加会社の代表者が行ったすべての出資行為は、有効である。同じ理由によって、親会社の代表者だけが、子会社の総会において親会社の議決権を行使することができ、しかも、その議決権の行使は親会社の総会の承認に依存しない。しかし、場合によっては、企業参加あるいは子会社の株主総会において親会社が決議する事項が重要である場合には、親会社の代表者は、内部関係においてこれらの事項を親会社の総会に提案しなければならない。そして、どのような場合にこれに該当するのか、どの程度の企業参加額で親会社の代表者が義務を負うべきかということの判断は、注意義務の枠内での彼の裁量に委ねられるべき問題である。」

その後、Mestmäcker は次のようなことを指摘していた⁽¹¹⁾。「コンツェルン支配力は、株式会社において最も高い階位の管理力 (Verwaltungsmacht) である。支配会社の影響力を確保するコンツェルン契約から生ずる持分及び権利は、支配会社の財産の構成要素の部分である。これは、

社員権上の権利あるいは企業が他の会社を支配するという契約上の権利を基礎づける。これによって、この部分の会社財産は支配会社の株主の影響から離れる。……専ら代表機関は株主としての支配会社に属する権利を行使する。……株主としての株式会社に自然人と同じような権利を与えるという法的秩序は、この株式会社の内部構造についての問題を解決できない。このような状況から生じる諸利益衝突は、代表機関の法的責任事項においては考慮されうる。」

さらに、一九六五年ドイツ株式法の制定後も、Kropff は、立法論として、会社の貸借対照表上の資産の十分の一以上にあたる、重要な財産の分割 (Ausgliederung) については支配企業における株主総会の決議が必要である、と主張している⁽¹²⁾。

さて、この問題につき、独自の見解を展開した一連の論文を発表し、その後の判例の発展に大きな影響を与えたのが Lutter である⁽¹³⁾。支配企業における合併に類似した経済的效果を生じる場合、例えば子会社における他の会社との合併の場合について、従来の通説は、株式法上支配企業の株主総会の権限として定められていない以上、これらの事項の決定を支配企業の取締役が行うべきことを当然としていた。これに対し Lutter は、会社機関の法定権限について形式的に考えるのではなく、機能面からの見直しの作業を行うべきだと主張し、従来の通説に反対する⁽¹⁴⁾。その理由は、一九六五年ドイツ株式法の立法者が株主の地位の改善、特にコンツェルンにおける株主の地位の強化、という立法課題を掲げ、そして株主と取締役との間の利益調整を一連の規定によって行った以上、規定のない事項を全て総会権限ではなく取締役の権限としてみなすことは許されない、というところにある⁽¹⁵⁾。

このような法的不備に対し、Lutter は、下位会社の管理 (Verwaltung) につき上位会社の株主が共同管理権 (Mitverwaltungsrecht) を有するという観点から⁽¹⁶⁾、下位会社における一定の事項につき上位会社の株主総会の承認が必要である、と主張する。すなわち、下位会社における増資と

下位会社株式の譲渡、及び、下位会社による支配契約や（一部）利益供出契約の締結、他会社との合併の場合には、上位会社の株主総会の承認が必要であるというのである⁽¹⁷⁾。

まず、下位会社における増資と株式譲渡の場合については、ドイツ株式法一八六条三項の新株引受権の趣旨から、上位会社の株主総会の承認の必要性を説明する。Lutterは、同条は社員権に化体された財産価値の保護、及び、参加構造（Beteiligungsstruktur）の保護という二重の意味を有しており、取締役は、直接もしくは間接に社員権に対し介入措置をとる場合に、同条の保護範囲を守る義務を負う、と述べる。例えば、下位会社において第三者に引受権を認める増資によって、下位会社が100%子会社でなくなり、あるいは、下位会社における持株比率が大きく変動する、という結果が生じる場合を考えてみる。この場合、上位会社の一部財産が譲渡された場合と同じように、同条の財産価値の保護という考えには関係がない。しかし、下位会社において、新株主を受け入れることによって、上位会社の株主の影響力が変更されるため、同条の参加構造の保護という考えには関係する。従って、ドイツ株式法一八六条三項の趣旨に鑑みると、下位会社において第三者に引受権を認める増資の場合には、上位会社の株主総会の特別決議が必要となる。また、下位会社株式の譲渡の場合にも、増資の場合と同様に、第三者の受け入れによって上位会社の株主の影響力に変化が生じる。従って、ドイツ株式法一八六条の保護範囲に含まれることとなるから、この場合にも上位会社の株主総会の特別決議が必要である⁽¹⁸⁾。

さらに、下位会社による支配契約や（一部）利益供出契約の締結、他の会社との合併の場合には、上位会社の株主総会の特別決議が必要である理由は、以下のとおりである。まず、下位会社による支配契約と（一部）利益供出契約の締結は、下位会社において企業上の基本的な決定に属する。従って、上位会社の株主総会の承認が必要である⁽¹⁹⁾。また、下位会社が他の会社と合併する場合

は、法律上かつ事実上、上位会社の下位会社に対する指揮権限は損なわれ、他の会社の共同決定権に服することになる。従って、上位会社の合併と同様に、上位会社の株主に影響が及ぶため、株式法二九三条一項に要求される特別決議が必要である⁽²⁰⁾。

第三節 裁判所による法の継続的發展

一九八三年にドイツ連邦通常裁判所は、右のLutterの主張に影響を受けて、上位会社の株主権の縮減の問題に関し、画期的な判決—Holzmüller判決—を下した。

一 Holzmüller判決

〔事案の概要〕

原告Xは、基本資本三二〇万マルクを有する被告Y株式会社に対し、二五万マルクを出資している株主であった。Y社の定款二条によれば、Y社は木材とその他の商品の荷役及び貯蔵場の経営、並びに木材業務の仲介、実施と融資を会社の目的としていた。さらに、原定款二条一項三号によれば、木材業と類似の業務の事業に対する資本参加、必要がある場合に事業の引受及び取得をも会社の目的としていた。そして、Y社は一九七二年七月に行われた株主総会において、定款二条二項を「会社は他の企業の設立、取得及び資本参加を有する権限を有する。会社はこれらの企業に営業の全部又はその部分を譲渡することができる」とする旨の定款変更を決議し、Xもこの決議に賛成した。

当該株主総会において、Y社の取締役はその定款変更の目的を次のように説明した。Y社の港湾事業をY社から分割し、これをY社が新たに設立した株式合資会社に譲渡するためにY社は定款変更を必要とし、Y社は持株会社としてその株式合資会社の株式と引換に港湾事業を譲渡する。Y社の港湾事業は、Y社が一九六七年に完全な積替権を取得した後、初めから主要な業務であった木材業務と木材仲介業務と並んで、組織上、独立の企業部門として発展してきた。

一九七二年六月にY社が訴外A有限会社を設立した後、Y社、A社と他の三人の発起人は同年一

一月に、基本資本四八〇万マルクを有する訴外B株式合資会社を設立し、A社をB社の無限責任社員とした。Y社は定款によって、一株額面五〇マルクのB社の株式九五、九九七株を引き受け、港湾事業を帳簿価額で出資した。Y社は現在、そのB社の株式と無限責任社員であるA社の全部の基本資本を単独で所有している。

Xは、この港湾事業がY社の中心部分であるのに対し、Y社に残存している財産部分、特に木材業務はY社における収益上の重要性を失っているため、港湾事業の分割にはドイツ株式法三六一条⁽²²⁾によって株主総会の特別決議が必要であったとし、株主総会の同意なしになされた港湾事業の分割がドイツ株式法三六一条に違反すること、会社目的を不法に変更したこと、更にドイツ民法一三八条（良俗違反）に違反することを理由として、その分割行為が無効であると主張した。また、Xは、港湾事業の分割によって、将来性のある港湾事業に対しY社の少数株主の参加なしに増資を行い、更に新株引受権を排除するという可能性があるとして、以下のようなことを求めた。

- 1 主位的に、B社に対する港湾事業の現物出資、及び、これに関連するすべての法的行為が無効であることの確認。
- 2 予備的に、Y社がB社の一人社員である地位に基づいて、B社に対しY社に港湾事業を返還することを求めるべきこと。
- 3 予備的に、Y社がB社の一人社員である地位に基づいて、次の義務を負うことの確認。
 - (1) B社における、法律上株主総会の少なくとも四分の三の特別決議が要求されるすべての事項について、Y社の株主総会において同じ特別決議による同意を求めること。
 - (2) 特にB社の増資について、すでにB社の定款に定められている場合であっても、Y社の株主総会において、当該増資につき法律上要求されている多数決決議を求めること。

原審・控訴審とも原告の請求を棄却したが⁽²²⁾、ドイツ連邦通常裁判所は、原告3(2)の請求を認容

した。

[判決の要旨]

一 Xの主位的請求である無効確認訴訟の適法性は認められるが、法的行為を無効とする理由は存在しないとして、この請求は棄却されている。その中で、判決は重要な財産の分割の場合における株主総会与取締役との権限分配について、以下のように重要な判断を示している。

「……譲渡された港湾事業がY社の重要な企業部門であるにもかかわらず、その譲渡時点では、Y社に残存している木材業によって、定款上の会社目的を、たとえ限定された範囲であっても、自ら追求することが十分に可能である以上、本件の譲渡は、株式法三六一条が規定しているように、会社の総財産をB社に譲渡したものではない。…また、本件の譲渡は、事実上の定款変更、つまり株式法一七九条による形式的決議のない定款上の会社目的の変更または拡大による定款違反にはあたらない。というのは、Y社の定款新规定である二条二項は、Y社が設立、取得または参加した他の会社に自己の営業の全部または一部を譲渡することを許容している以上、そこに子会社への営業財産の譲渡は含まれるからである。

……株主総会の権限が法律上定められている場合、例えば株式法二九三条あるいは三六一条の場合に、これらの規定が強行法の性質を持つことに鑑み、定款はこれらの権限を排除することができない（株式法二三条五項）。しかし、これらの規定には該当しないが、それと類似する事項であっても、しかも定款で総会の権限とされていないものについても、取締役の株主総会提案義務は例外的に認められうる。確かに、他の規定がない限り、取締役が自己の責任を軽減させる（株式法九三条四項一文）ために株式法一一九条二項によって株主総会決議を得ることを欲するかどうかは、原則として取締役の自由裁量にある。しかしながら、取締役の対外的代表権によっても、株式法八二条二項により制限された業務執行権限によっても、さらには定款によっても、形式的には取締役の権限の範囲内にあるが、株主の社員権や所有権に化

体された株主の財産利益に対し深くかかわるため、取締役が株主総会を参加させることなく専ら自己の責任で行うことは許されない、という基本的な決定事項が存在する。このような場合に、取締役が、同法一一九条二項の可能性を利用しないと、注意義務違反となる。

港湾事業の分割と新設会社への移転は、会社にも株主にも影響を及ぼす措置であり、取締役は株主総会を無視することが許されなかった。というのは、この措置が企業活動の中心部分を分割し、もっとも価値のある企業部門にかかわっており、しかも会社構造を根本的に変更したからである。……従って、取締役は、Y社の総会の承認決議を得ずにこれを行うことは許されなかった。

しかしながら、上記の（内部的）提案義務の違反は、Xが争った措置の対外的な効力を害するものではない。というのは、株式法八二条一項によれば、取締役の代理権は法律によってのみ制限されるにすぎないからである。」

二 Xの第一の予備的申立については、判旨は原則論として、株式法上の根拠を有するものとしているが、Xの訴訟提起が不当な遅延によるものであることを理由としてXの請求を斥けている。

「Xは、各々の株主と同様に、会社が株主の社員権に配慮すること、及び、法律と定款の範囲を超えて会社を侵害するすべての措置を差し止めることに対し、社団法上の請求権を有する。この請求権は、取締役が、総会の決議を求めるべき状況にあるのに、株主総会を排除し、そうすることによって個々の株主をも排除する場合には、侵害されるのである。株主がこれに対し抵抗しようとする場合、社員と直接の法律関係に立たず、それゆえドイツ株式法一一七条一項二文の特別の場合以外では、不法行為の観点においてのみ株主の請求を受けることがありうる取締役に対する訴訟を指示される必要はない。なぜなら取締役がその代表権限に基づき、彼の義務に従って株主総会を内部的に関与させることなく、独断的に対外的な活動をする場合、彼はこれを会社の機関として行っているのであるからである。従って、機関を介して

その弊害を除去し、関係株主を満足させ、その社員権を将来的にこれ以上侵害されないようにすることは会社がなすべきことなのである。

これにより根拠づけられた差止めまたは以前の状態への復帰を求める株主訴訟は、指示や禁止により個人的な形で単純な業務執行措置に介入することは、それが仮に義務に合致した行動を目的とするものであったとしても、非業務執行社員には許されないということによって妨げられるものではない。なぜなら、ここでは日常的な、代表機関が単独で責任を負うべき業務執行措置が問題となるのではなく、取締役が内部では株主と共同して決定すべき事項に対し、株主を無視したということが問題となるからである。……権利のない状態におかれるべきではない株主としては、自己の権利保護のために適切な株式法上の救済が自由に講じられない場合や、または迂回的な方法によってのみ目的を達成できるにすぎない場合に、訴えを提起することができる。……

Xの港湾業務返還請求権も、他のすべての請求と同様に、株主が会社に対して負う配慮義務に反して行使されてはならないという留保のもとにある。不当に遅延することなく請求権を行使することは、この留保に属する。本件のように、総会が決議しなかった取締役の行為によって、株主の社員たる地位が侵害されたかまたは危殆化された場合に、株主が訴訟を提起するまでにかかった時間は、ドイツ株式法二四六条所定の一ヶ月の提訴期間を考慮して、不相当なものであってはならない。よって、XのY社に対する原状回復請求は、不当な遅延によるものであることが故に認められない。」

三 Xの第二(1)の予備的申立については、判旨はあまりにも一般的であるとして、認めなかったが、親会社における株主の株主権の縮減の問題及びその解決方法としての親会社の株主総会の権限拡大について以下のように言及している。

「株式会社が自己の営業財産の重要な部分を子会社に譲渡する場合、親会社が子会社の全持分を所有するときですら、親会社の株主の法的地位は、

このような構造変更により弱体化する。つまり、分割された営業財産の利用やその損失のリスク、その収益の使用につき、株式法一一九条によって株主総会に留保される権限範囲において、直接に影響を与えるという可能性がなくなる。というのは、100%子会社の場合に、親会社の取締役が子会社においてすべての社員権を行使するからである。重要な決定は、このような方法によって譲渡された会社財産と共に親会社から子会社に移転される。これに加えて、取締役が第三者と企業契約を締結すること、あるいは、増資によって外部の社員を受け入れることによって、親会社の株主の社員権を完全に空洞化する危険がある。そして、同時に、具体的な財産損失が、これと結びつくこともありうる。

しかし、株式法はこのような侵害に対し、明文上は支配会社の株主に不十分な保護しか与えていない。……

これに対し、一部の学説は、子会社における構造変更措置の実施によって、株主が自己の法的地位に影響を受ける場合に、親会社の株主総会に不文の総会権限を認めるよう主張する。すなわち、株式会社のような資本会社においても、そこに妥当する厳格な権限秩序にかかわらず、人的会社において非業務執行社員の共同管理権が分離された法的に独立している企業部門に及びうのと同様に、一定の要件の下で株主の参加権は子会社にまで拡大される。そのことは、親会社の株主の法的地位に事後的に影響する子会社における重要な決定に関し、子会社においてこれらの決定がなされる前に、同様な決定につき親会社に適用される形式及び決議要件によって、親会社の株主が親会社の内部で参加を要求することができる、ということの意味する。

しかし、本件の事案においては、当裁判所は、コンツェルンに特殊な内部秩序の問題を現行法上でどの程度解決しうるのか、経済的な実態と一致するのか、そして実務上実行可能であるのか、ということ論究する必要がない。当裁判所は、営業財産の実際上かつ収益上の重要な部分が子会社

に譲渡され、それにより、子会社における法的行為によって親会社の株主の社員権と財産権が害される懸念がある、という本件の事案についての判断すればよい。……つまり、少なくとも本件の事案においては、経営陣が子会社においてなした基本的な決定を通じて、すでに分割により縮減された株主権をさらに間接的に弱めるために、自己の代表権限に基づいて自ら作り出した状態を利用する危険から株主を保護する必要がある。この場合には、体系及び価値判断に依存して補填されなければならない欠缺が株式法には存在している。

現行法上株主に与えられている保護は、本件の事案においては、次のような方法で有効に達成される。すなわち、学説が主張しているように、親会社の株主が、子会社における基本的な、自己の法的地位にとって重要な決定には、親会社において同じ決定が問題となる場合と同様に、親会社の総会を通じてその参加を要求するという方法である。右の請求権は個々の株主に帰属する。ただし、株主総会が特別決議によって分割を事前にもしくは事後に承認した場合に、この請求権が認められるか、あるいは、このような法的効果が他の要件に依存するか、ということここでは決定する必要はない。というのは、このような決議がY社には存在しないからである。さらに、どのような決定が親会社の株主総会の決議を必要とするか、ということも詳細に論究する必要はない。

確かに、子会社において特別決議を要する事項は、通常、親会社の株主にとって特別な意味を有し、そしてその決議の結果は親会社にも影響を及ぼすだろう。この場合として、企業契約と増資のほかに株式法三六一条による会社財産の譲渡または解散決議（同法二六二条一項二号、二八九条四項）が考えられる。しかし、常に親会社の株主にとって特別な意味を有するわけではない。例えば、営業所の移転、商号の変更、あるいは一定の業務執行事項につき監査役会の同意が必要である、といった親会社及びその株主の法的・経済的關係にほとんどもしくは全く影響を及ぼさないような定款変更の場合には、親会社において（株主と取締

役の間の) 力関係が全く変わらない。……」

四 Xの第二(2)の予備的申立については判旨は以下の理由でこれを認容した。

「重要な企業部門の分割により成立した子会社における増資は、親会社の株主にとっては特別な危険を有している。たとえ親会社が自ら支配する無限責任社員を通じて業務執行を行っている場合であっても、増資は、親会社の株主の社員権の侵害、参加価値の希釈化及び新株引受権の空洞化を間接的に導く。……本件の事案においては、株主保護のために、最高決議機関による内部的関与は事実上不可欠である。取締役が子会社の唯一の株主としての親会社の新株引受権を行使しようとするケースも、原則としてそのような場合からは除外されない。というのは、この場合にも、株主の承認を得ずに行われた分割の実施の結果、親会社の株主は、資本を自己の企業(親会社)に投資することによって自己の投資を量的及び質的に改善する機会を失うからである。つまり、株主が投資した経営資金は親会社から取り去られて、他の権利主体(子会社)に与えられ、その結果資本投下の重点とその危険、及びそれに対応する投資資本の管理権限はより一層子会社に移行することとなる。また、株式法一八六条三項による新株引受権に関する特別な規定(特別多数決による株主の新株引受権の排除)を用いない増資決議がなされたとしても、そのことは、取締役が外部の引受人の便宜を図って、親会社の新株引受権の行使を一部あるいは全部放棄したりすることを無条件に保証するものではない。少なくとも、その後持分の譲渡によって外部の社員を受け入れる可能性も、増資とともに増加している。

それ故に、B社における増資が外部の引受人を引き受けるという条件の下で実施されるか、あるいはY社の引受権が排除され、その代わりに株式法一八六条一項、二項と五項を準用して、Y社の株主に引受権が認められるかという決定は、Y社の株主総会に委ねられなければならない。その場合に必要な承認決議は、Y社自身が応じる資本調達措置につき同法一八二条以下の規定により守ら

なければならない場合と、同一の規定と決議要件に従われなければならない。」

二 Holz Müller判決をめぐる議論

Holz Müller判決に対し、学説上及び実務上、多くの議論がなされている⁽²³⁾。その後の一連の下級審判決もHolz Müllerの判決の結論に基づいて判示されている⁽²⁴⁾。本判決の重要な意味は、ドイツ連邦通常裁判所が、立法者が規制しなかった人的会社と有限会社のコンツェルン法におけるような法創造にではなく、一九六五年ドイツ株式法制定によって詳細に規定されている株式会社(と合資会社)のコンツェルン法を継続的に発展させることにある、とされている⁽²⁵⁾。また、本判決は、従来議論されている、コンツェルン形成規制(Konzernbildungskontrolle)とコンツェルン指揮規制(Konzernleitungskontrolle)との区別を判例上初めて認めるものと考えられている⁽²⁶⁾。

そもそも、親会社における株主保護の問題をめぐって、本判決が採用したアプローチは、学説上提唱されているコンツェルン組織法(Konzernorganisationsrecht)(詳細は後述する)の枠組で解決するというアプローチとは異なって、株主権の侵害という概念(Eingriffsgedanke)を強調した上で、単一会社の権限秩序を規制対象とする現行の株式法の範囲内で解決するものである⁽²⁷⁾。すなわち、ドイツ連邦通常裁判所は、本件事案のようにもっとも価値のある会社財産が子会社へ分割される場合につき、次の二点を示している。まず第一は、かかる措置を可能とするために、事前に定款変更がなされたとしても、このような措置は株主の社員権及び持分所有権に化体されている財産利益に深くかかわり、総会を関与させずに専ら取締役の自己責任に基づいて行われることが許されない基本的な決定(grundlegende Entscheidung)であるために、株式法一一九条二項によって取締役の総会への提案義務が発生するということである。そして第二に、もっとも価値のある会社財産の分割により成立した子会社における増資によって、親会社の株主の社員権の侵害、参加価値の希釈化及び新株引受権の空洞化が間接的にもたらさ

れる故に、その場合には親会社の株主総会の不文の総会権限が認められるということである。しかしながら、このようなアプローチは、現行法上の権限分配の秩序とは相容れず、さまざまな批判がなされている。以下、本稿のテーマに関連する判旨一、三、四の法律構成に対する学説上の議論を紹介しよう⁽²⁸⁾。

(一) 重要な財産の分割の場合の親会社の取締役の提案義務

重要な財産の分割が、株主総会の同意を必要とする総財産の譲渡に該当するかという点につき、本判決は、もっとも価値のある、独立している企業部門の分割の場合であっても、会社に残存している財産で会社が存続し続ける以上、株式法一七九条a項の前提はみたされていない、と判示した⁽²⁹⁾。この判断は、従来の判例・学説⁽³⁰⁾に沿ったものであり、特に異論はない⁽³¹⁾。他方、本件判旨では、Y社が重要な財産を子会社に分割するために、Y社の総会における定款変更の手続が事前に行われたが、重要な財産の子会社への分割という措置は株主の社員権及び持分所有権に化体された財産利益に対し深くかかわる、いわゆる基本的な決定である場合に、取締役は、ドイツ株式法一一九条二項に基づいて、株主総会に対する当該措置の提案義務を負うべきだとされている⁽³²⁾。しかし、通説によれば、このような措置は定款に基礎がおかれている以上、総会ではなく、原則として取締役が、場合によっては取締役が監査役会と共同で、これを決定する、とされている⁽³³⁾。そのため、判旨の法律構成に対し、学説上、様々な疑問が呈されている。

まず、本判決においては、コンツェルン組織上の事項—分割—が株主の社員権と財産権に深くかかわる場合には、取締役が総会に関与させずに、排他的に自己責任で決定することは許されない、という基本的な決定事項が存在し、そのような場合に取締役が株式法一一九条二項によって総会に提案しなければ、取締役は注意義務に違反する、と判示されている⁽³⁴⁾。しかし、通常、このような分割によって株主権が侵害されるとしても、株主

総会の権限は認められないと考えられてきた⁽³⁵⁾。株主の参加権の一般条項のような拡大 (general-klauselartige Erweiterung der Aktionärsmitwirkung) は、ドイツ株式法一一九条一項 (株主総会の権限) による列挙主義に違反し⁽³⁶⁾、ドイツ株式法における強行法である機関間の権限秩序をも乱したというのである⁽³⁷⁾。

次に、ドイツ連邦通常裁判所が、ドイツ株式法一一九条二項を取締役の提案権限から取締役の提案義務に拡大解釈したことは、同項の立法目的に反する、という反論がなされている⁽³⁸⁾。株式会社においては、総会の権限は、法律及び定款に明示的に定められる事項に限られる (ドイツ株式法一一九条一項参照)。取締役は総会によってその権限の枠内で議決された措置を実行する義務を負う (ドイツ株式法八三条二項参照)。つまり、取締役は、総会がその権限の枠内で決議した事項を執行する機関にすぎない⁽³⁹⁾。この結果、その他の業務執行事項は、専ら取締役に、場合によっては監査役会との協力で、行われる。そして、業務執行の問題に関しては取締役がこれを要求するとき限り、総会は決定することができる (ドイツ株式法一一九条二項)。この取締役の提案権限の規定は、二つの目的を有する⁽⁴⁰⁾。一つは、ドイツ株式法一一九条一項によって固定された総会と取締役会との間の権限配分を柔軟化するという目的である。すなわち、取締役の提案によって、もともとは取締役に属する業務執行権限が、総会に付属的に帰属することになる。もう一つは、取締役が、業務執行によって負担しうる自己リスクを、自己の裁量によって軽減できるようにするという目的である。というのは、その業務執行の決定過程に株主を参加させた以上、取締役の責任は免除される (ドイツ株式法九三条四項一文参照) からである⁽⁴¹⁾。従って、この規定は、株主側のために用意された規定ではなく、むしろ取締役の責任を緩和する規定といえる。

さらに、ドイツ株式法一一九条二項の拡大解釈は、分割だけではなく、企業政策の領域において、株主がこれに頻繁に関与するという結果を招く点

でも問題があると指摘されている⁽⁴²⁾。すなわち、本判決で述べられた株主の社員権や財産権が侵害されるという観点からみれば、法形式上重要な措置、例えば分割や子会社の設立と法形式上中立的な企業内部の措置、例えば企業部門の閉鎖やリスクの大きい巨額の資本投資とを区別する決定的な理由は存在しない。株主の社員権や財産権に対する重大な侵害は、コンツェルン企業のみならず、単一会社においても生じうるものであり、この場合にも株主の関与が義務づけられる可能性がある、というのである⁽⁴³⁾。

最後に、ドイツ株式法一一九条二項を適用する場合には普通決議が要求されるにすぎないため、親会社の少数株主保護の観点からみて本件のような理論構成は妥当であるか、という疑問も呈されている⁽⁴⁴⁾。

(二) 子会社における重要な決定に関する親会社の総会の関与の必要性

本判決においては、重要な財産の分割によって親会社の株主の株主権が縮減されるという問題が言及されている。すなわち、親会社とその重要な財産を子会社に分割する場合には、親会社が子会社の全持分を所有するときですら、この構造変更自体によって分割された財産につき当該事業資本の用途、その損失の危険及び収益の処分に関して、親会社の株主が直接影響力を与えることができなくなるということ、あるいは、分割された財産をもって親会社から子会社に重要な決定が移行され、取締役が第三者との企業契約の締結や増資によって外部社員を受け入れることを通じて、親会社における株主の社員権を完全に空洞化するという危険があるということである⁽⁴⁵⁾。また、現行法には、コンツェルン的な結合に基づく法的、経済的な不利益に対する支配会社の株主の保護の規定がほとんどない、という法的不備についても指摘されている⁽⁴⁶⁾。

しかしながら、具体的に、親会社の株主にとって子会社におけるどのような決定が重要であるか、子会社におけるいかなる決定が親会社の株主総会の承認に拘束されるかといったことに対し、ドイ

ツ連邦通常裁判所は明確な判断基準を示さなかった。営業所の移転や商号の変更、一定の業務執行事項につき監査役会の同意が必要であるといった定款変更の場合、親会社における株主と取締役の間の力関係に影響は及ばないが、企業契約の締結や増資、総財産の譲渡、解散決議といった総会の特別決議を必要とするような場合には、親会社に影響が及ぶと述べるにとどまり、それ以上の理由は説明されていない。従って、何故子会社の解散決議によって親会社の株主の社員権や財産権が著しく侵害されるのかという疑問が学説から投げかけられている⁽⁴⁷⁾。また、「重要な決定」の判断基準が明確になされていないために、実務上、法的に不安定な状態をもたらすおそれがあるとも指摘されている⁽⁴⁸⁾。

子会社における増資の場合に関しては、親会社の株主は、あたかも親会社それ自体の業務が問題となっているかのごとくに、子会社の株主総会に関与する権利を有すると判示された。その結果、ドイツ株式法一一九条一項に列挙されていない株主総会の権限、いわゆる学説上主張されている不文の総会権限を判例上初めて認めることになった。しかしながら、この判断には幾つかの問題点があるといわれる。

まず、株主総会が特別決議によって分割を事前に承認し、もしくは、事後に追認した場合に、子会社において行われる増資は依然として親会社の総会の関与を必要とするかどうかは未解決のままに残されているという指摘がある⁽⁴⁹⁾。また、一〇〇%子会社の増資の場合（新株引受権の排除問題がない場合）にまで親会社の株主の参加権が認められていることから、ドイツ連邦通常裁判所は、親会社の株主の財産権の侵害という問題より、むしろ株主の社員権の縮減の問題を重視している、との指摘もなされている⁽⁵⁰⁾。

(三) 小括

ドイツ株式法の構造、すなわち、株主には時間や専門知識上の限界があるため、彼らは主たる業務執行事項に関し決定権限を有するにとどまり、他の業務執行は取締役の自己責任のもとに委ねら

れ、そしてその業務執行は監査役会の監督の下でコントロールされるという構造に鑑みると、ドイツ株式法における機関権限分配の枠外に親会社の株主権を拡大した本判決は、確かに会社経営の効率性や共同決定法の規定とは相容れず、特に大企業においては迅速な判断ができなくなり、取締役の権限の縮減によって会社の対外的な競争力が低下するという結果をもたらす可能性がある⁽⁵¹⁾。しかし、本判決は、親会社の株主に対するコンツェルン法上の保護が不十分であることを正面から肯定し、子会社における一定の措置につき、親会社の株主権の保護を試みたことに意義を有する。また、実務においても、本判決のきっかけに親会社の株主総会決議を求める例が増えている⁽⁵²⁾。

さらに、本判決の射程に関してであるが、上述したように、判旨自体がどのような場合に親会社の総会決議が必要であるかということについて具体的な基準を明確に示さなかったため、その射程を広く解する見解は少なく、せいぜい子会社に対する親会社の営業資産の分割及びその子会社における増資に限定して株主権を拡大するものと理解すべきだと主張されている⁽⁵³⁾。また、ほとんど個人株主によって構成される公開株式会社に対しては、本判決は妥当しないという指摘もある⁽⁵⁴⁾。

以上にもかかわらず、ドイツにおける現在の議論の重点は、本判決の結論が妥当であるかどうかということよりも、むしろいかなる要件が充たされる場合に親会社の株主総会決議が要求されるか、その場合にどのような多数決と手続が必要であるか、また、現行法上規定されていない構造変更の場合に株主総会の決議要件と招集手続がどうなるか、さらに、個別承継 (Einzelrechtsnachfolge) による分割を規制しない一九九四年の新組織変更法 (Umwandlungsgesetz) と本判決との関係をどのように理解するか、といった点にある⁽⁵⁵⁾。

第四節 不文の総会権限による親会社の株主保護 一 概観

Holz Müller判決が下される前から、すでに学説は親会社における株主保護の問題につき、コン

ツェルンという事象を時間の流れに沿ってコンツェルン形成規制及びコンツェルン指揮規制という段階に区分し、これを議論してきた⁽⁵⁶⁾。すなわち、ドイツ株式法におけるコンツェルン法が、コンツェルン関係 (あるいは支配従属関係) がすでに形成された従属会社における少数派株主と債権者に対する保護を中心とするのに対し、コンツェルン関係が形成されてしまうと、会社の構造が大きく変化し株主の利益が害される蓋然性が高くなることに鑑み、従属会社の設立やコンツェルン化といった事項につきより早い段階での関係会社の株主の参加によって株主の利益を保護する、いわゆる予防的保護 (Präventivschutz) が主張されている。これに加えて、コンツェルン形成後、親会社の活動が子会社に移行されること、及び、子会社における利益準備金の積立によって親会社の株主権が縮減されることを防ぐために、親会社の株主は子会社の一定の措置の決定につき参加することができるとする、いわゆるコンツェルン指揮規制も主張されている⁽⁵⁷⁾。また、このような区別は学説上だけではなく、Holz Müller判決後の判例でも用いられてきた⁽⁵⁸⁾。しかし、議論の中心はほとんどコンツェルン形成規制に据えられている⁽⁵⁹⁾。

ところが、最近では、親会社の株主保護の問題についての上記のような時間の流れに沿った区分、あるいは、コンツェルン形成規制の優位性を認める見解は妥当であるかという疑問が上がっている。その理由は以下のようなものである。

まず、従来のコンツェルン形成規制とコンツェルン指揮規制の区分は、その境界線が明らかではない。すなわち、その区分の判断基準は、子会社が設立されたかどうかということに依存しているが、もしそうであれば、Holz Müller判決のように親会社が重要な財産を設立した子会社に分割する場合はコンツェルン指揮規制の範疇に属するものであるはずである⁽⁶⁰⁾。また、従来のコンツェルン形成規制の優位性に関する議論によれば、コンツェルン形成措置とコンツェルン指揮措置との主な相違点は、前者の場合には単に会社の既存の株主の利益にかかわるのみであるのに対し、後者の場

合には権利の担い手のほかに、会社外部の第三者、すなわち下位会社及び一〇〇%子会社でない下位会社における少数株主に（間接的な）影響、いわゆる第三者効力（Drittwirkung）が生ずるということにあるとされている。そして、コンツェルン指揮措置についての決定権限が親会社の取締役から親会社の株主へと移転されるとすると、従属会社及びその局外の第三者が事実上侵害されるおそれがあるとされている。従って、子会社が一〇〇%子会社でない場合には、親会社の株主総会は企業グループに関する事項を決定することができないと主張されている⁽⁶¹⁾。しかし、コンツェルン指揮措置の場合、親会社の株主総会にせよ、親会社の取締役の側からみれば、コンツェルン指揮に関する重要な事項については親会社の総会の意向を伺いそれに従うべき義務がある⁽⁶⁵⁾。

しかし、以上のような立法論としてのコンツェルン組織法の定義及び内容に関して学説上の合意が得られたとは言えないのが現状である。これに対して、法解釈論としての親会社の総会の不文の総会権限を認めるという方法に関しては、その根拠に関する学説上及び判例上の見解は多岐であるが、少なくともこの方法による親会社の株主保護という手法はある程度認められてきたといえる。本節では、後者の従来の議論及びその新たな展開を概観した上で、その法解釈論自体に存在する限界を検討する。

以上のような立場から、形成・指揮という区分の代わりに、個々の論点に機能的観点から、株主保護の必要性を明らかにするとともに、現行ドイツ株式法と組織変更法の認める株主総会権限との体系的整合性に留意しながら、親会社の総会の権限範囲を画すべきであるとする主張がなされている。

さらに、親会社の株主保護の問題につき、法解釈論としてではなく、立法論としてもう一つの解決方法が提案されている。すなわち、主に単一会社を想定しているドイツ株式法のほかに、コンツェルン構成会社の法律上及び組織上の独立性を問わずに、コンツェルン構成会社の全体を一個の企業としてその内部秩序を規制するコンツェルン組織法（KonzernverfassungあるいはKonzernorganisationsrecht）の構築が唱えられている⁽⁶³⁾。コンツェルンは、単一会社と同様に構成会社の設

二 不文の総会権限の展開

（一）不文の総会権限による対処事項

前述したように、Lutterは子会社レベルの合併（Teilfusionen）の場合には親会社における合併に類似した経済的効果が生じる以上、親会社の株主の参加権が認められなければならないと主張しており、これは不文の総会権限に関する議論の嚆矢とみられている⁽⁶⁶⁾。その後、Holzmüller判決及び一連の学説の展開によって、不文の総会権限に関する議論の範疇は、コンツェルン形成措置及びコンツェルン指揮措置に拡大してきた⁽⁶⁷⁾。

まず、通常、コンツェルン関係の形成には、営業あるいは会社財産の一部の新設子会社あるいはすでに設立した子会社への分割、現金出資による子会社の設立、及び、株式の取得による支配権の獲得、という三つの類型が考えられる⁽⁶⁸⁾。いずれの方法によっても、コンツェルン形成に伴い株主権が強制的に縮減される結果、コンツェルン形成後、親会社の株主権はもはやコンツェルン形成前

の株式会社における株主権と同様に取り扱われることができなくなる⁽⁶⁹⁾。

次に、コンツェルン指揮措置に関し、親会社における株主総会の承認が不要である措置、つまり親会社の取締役の権限に帰属する措置について子会社が同じ措置を行う場合には、これらの措置は依然として子会社の取締役の権限に帰属し、親会社の株主総会の権限領域から除外されることはいうまでもない⁽⁷⁰⁾。ここで議論されるのは、子会社の措置によって親会社が受ける影響が、親会社において同じ措置が行われた場合と同様であり、かつ親会社がこの措置を行うに際し常に株主総会の承認が要求されるような子会社の措置について、子会社の株主総会の承認だけではなく、親会社の株主総会の承認も必要であるかどうか、ということである⁽⁷¹⁾。もっとも、子会社において株主総会の特別決議を要するすべての措置が、親会社の株主総会の承認と結びられるわけではなく、親会社とその株主との法的・経済的関係にほとんど影響しない措置、例えば子会社の本店所在地の移転や商号の変更、法形態の変更、会社内部資金による増資、減資のような場合には、親会社の株主総会決議の必要性は生じない⁽⁷²⁾。なお、親会社の株主総会がコンツェルン形成措置に対し承認を行った場合でも、コンツェルン指揮措置について親会社の株主総会の承認は依然として必要であると主張されている⁽⁷³⁾。

ところで、子会社の規模を問わずに、すべてのコンツェルン形成措置及びコンツェルン指揮措置について、親会社の株主総会の決議が必要とされるか。もしそうであれば、株主がそれらの措置を決定するために株主総会が頻繁に招集されるという状態に陥る。また、大手結合企業は、その傘下にある多数の子会社や孫会社、曾孫会社を實際上、容易にコントロールすることができなくなる。このことに鑑み、学説上、株主保護の利益と企業支配のために必要な自由裁量との調和を図るために、子会社の重要性の基準を設けなくてはならないと主張されている⁽⁷⁴⁾。

子会社に関する重要性の基準については多様な

見解が主張され、それらは大別して二種類に分かれる。その第一は、株主の投資決定にどのような結果をもたらすか、あるいは、会社の特色が著しく変化するかどうか、という質的な基準である⁽⁷⁵⁾。第二は、数量的な基準、例えば、親会社の基本資本五〇%⁽⁷⁶⁾、総資産の二〇から二五%⁽⁷⁷⁾、あるいは、総資産⁽⁷⁸⁾または売上高⁽⁷⁹⁾、基本資本、自己資本⁽⁸⁰⁾の一〇%である。このような主張の中では、総資産の一〇%という基準が、裁判上採用されただけではなく⁽⁸¹⁾、一九九四年組織変更法改正後の六二条一項一文においても導入されている⁽⁸²⁾。

(二) 不文の総会権限の法的根拠

不文の総会権限の対処事項は以上のように説明されているが、次にこのような株主の参加権を現行法の枠組みの中にどのような根拠によって組み入れるのが検討されなければならない。この検討に先立ち、現行法上株主総会の権限がどのように規制されているのかについて見ておこう。

ドイツ株式法一一九条一項によれば、株主総会の権限は法律及び定款で明示的に定められる事項に限られる。この規定は強行法規であるため、法律及び定款に明示的に定められていない事項については株主総会は決議することができない。この規定により権限分配は強制的に固定化され、すべての（潜在的な）権限が株主総会におかれることが排除される。その目的は、株主総会と取締役との間の権限配分（Machtverteilung）を固定化させることにある⁽⁸³⁾。

法律に定められる株主総会の権限内容は、三種類に大別することができる。第一は、監査役の選任や利益処分、取締役及び監査役の免責といった反復的な通常の措置（regelmäßig wiederkehrende Maßnahme）である。第二は、定款変更や資本措置、解散といった構造措置（Strukturmaßnahme）である。第三は、前述の反復的な通常の措置にも、構造措置にも属しない措置であって、例えば検査役の選任や事後設立に対する同意といった特別な場合（Sonderfall）である。

すでに述べたように、ドイツ株式法において、コンツェルン関係が形成される場合に親会社の株

主の参加を認める規定は、企業契約の締結と編入に関する規定(ドイツ株式法二九三条と三一九条)に限られる。また、一九九四年組織変更法の改正⁽⁸⁴⁾により、コンツェルン形成措置の一つとして認識される包括承継(Gesamtrechtsnachfolge)による分離分割(Ausspaltung)が明文上認められている。この場合には、譲渡会社と譲受会社のそれぞれの株主総会の特別決議が必要である(組織変更法一二五、一三条)。いずれにせよ、事実上のコンツェルン形成の決定権限は株主総会に帰属するものではない。

次に、コンツェルン形成措置及びコンツェルン指揮措置についての親会社の総会権限が法律で明示的に定められないとしても、定款において定めることもできると考えられる(ドイツ株式法一一九条一項)。ドイツにおいては、ほとんどの株式会社の定款にはコンツェルン形成権限(Ermächtigung zur Konzernbildung)、いわゆるコンツェルン一般条項が定められている。これは通常の会社目的とはやや異なっている。つまり、会社目的は、取締役を拘束するためにその行動の枠組み(Handlungsprogramm)を具体化したものである。これに対し、コンツェルン一般条項は、他の会社に投資することを通じて、会社目的を間接的に追求しようとするか否かということに関して取締役に義務を負わせるものではなく、むしろ彼の裁量におかれる権限規定(Ermächtigungsnormen)を意味するものにすぎない⁽⁸⁵⁾。通常、コンツェルン形成のためにはコンツェルン一般条項が、定款に記載されなければならないとされる⁽⁸⁶⁾。その理由は、コンツェルン形成、及び、これによる自治的目的達成の放棄と独自の収益目的の放棄によって、取締役の業務地位、及び、親会社の株主の取締役会と監査役会に対するコントロール可能性も根本的に変更されるからである⁽⁸⁷⁾。従来を通説は、コンツェルン一般条項が定款に記載された場合には、総会ではなく、原則として取締役がコンツェルン形成措置を決定する権限を有すると主張していた。なぜなら、株主総会は定款自治によって、これらの措置につき一定の条件や内容を

事前に調整することができる以上、その後、これらの措置に関する株主総会の同意は必要ではないと考えられたからである⁽⁸⁸⁾。しかし、この見解は、次のことを見落としていた。すなわち、コンツェルン一般条項は、実質的意味にではなく、形式的意味にのみ株主保護の機能を有するにすぎないから、株主、特に少数株主を保護するためには、保護道具としての定款だけでは十分とはいえない、ということである⁽⁸⁹⁾。通常、定款で定めた一般の権限から、株主が自らの支配権及び財産権に影響を及ぼす会社の個々の措置をすでに了承したという結論はえられない。それ故に、コンツェルン一般条項は、一般の権限の意味において、せいぜい組織範囲(Organisationsrahmen)内に境界線を描ることができるのみであり、そして会社がこの組織範囲において具体的に行動するに際し、コンツェルン形成の個々の措置につき定款変更が必要ではないということの意味するものにとどまる⁽⁹⁰⁾。また、コンツェルン形成措置による株主権及び株式会社の全体構造への影響に鑑みると、一般には、コンツェルン一般条項によって、株主総会の参加権が事前に放棄されるとすることは許されない⁽⁹¹⁾。

それでは、定款はコンツェルン指揮措置における親会社の株主保護の問題に適切に対処することができるか。確かに、一部の学説が主張しているように、親会社の株主は、定款に適切な規定、例えばあるコンツェルン指揮措置について親会社の株主総会の決議がなされなければならないというような規定を定めることを通じて、コンツェルン指揮措置による親会社の株主権の縮減の問題を解決することができる⁽⁹²⁾。しかし、そうはいつでも、もし親会社の定款にこのような規定がなければ、コンツェルン指揮措置による親会社の株主権の縮減の問題は依然として解決されていない。この場合には、親会社の株主保護の問題はやはり不文の総会権限の枠組に戻らなければならないということになる。

前記のように、法律に定められる株主総会権限によれば、株主権を縮減させるようなコンツェル

ン形成措置（ドイツ株式法上の規定及び組織変更法による包括承継による分離分割を除く）及びコンツェルン指揮措置の場合にも、親会社の株主の参加権は認められない。他方、定款におけるコンツェルン一般条項は、実質的意味にではなく、形式的意味にのみ株主保護の機能を有するにすぎない。このような現状に対し、学説上、総会の権限が法で限定されているのにもかかわらず、一般的な不文の総会権限を認めることは文言に反しないと主張される。その主な理由は次のようなものである⁽⁹³⁾。確かにドイツ株式法一一九条一項によれば、株主総会の権限は法律及び定款に明示的に定められる事項にとどまる。しかし、同法が株主総会の権限に関し、一般的な類推適用を禁止する規定、及び、不文の総会権限を完全に排除する規定を有しない以上、不文の総会権限の存在自体は同項の文言や立法趣旨に反しない。そして判例上もこの見解が採用されている⁽⁹⁴⁾。さらに、学説上、不文の総会権限は、強制的規定としてドイツ株式法一一九条一項に属するものであるから、このような権限は定款によって制限されたり、あるいは他の機関に譲渡されたりすることができないとされている⁽⁹⁵⁾。ただし、以上のような共通認識があるにもかかわらず、コンツェルン形成規制及びコンツェルン指揮規制における不文の総会権限の根拠については多様な主張がなされており、未だに明らかな状態とはいえない。以下、その根拠をめぐる学説上及び裁判上の議論について概観する。

1 ドイツ株式法の規定に依拠する見解

(1) 取締役の総会への提案権

まず、Holzmüller判決においては、株主の社員権及び財産権に深くかかわる基本的決定事項について、親会社の総会の不文の総会権限は、一部の学説が主張するように⁽⁹⁶⁾、ドイツ株式法一一九条二項により根拠づけられた。すなわち、コンツェルン組織上の事項—分割—には、それが株主の社員権と財産権に深くかかわるが故に、取締役が総会に関与させずに、排他的に自己責任で決定することが許されないような基本的決定事項が存在し、そのような場合に取締役がドイツ株式法一一九条

二項に基づいて株主総会に対して提案を行わなければ、取締役は注意義務に違反するという考え方である⁽⁹⁷⁾。

しかし、このような考え方に対し、以下のような反論がなされている。まず、この規定は、株主のために定められたものではなく、むしろドイツ株式法九三条四項一文と関連し、取締役がその責任に属する業務執行事項を総会に提案することを通じて、その責任を軽減するものである。また、取締役がこの規定によって株主総会に提案するかどうかについては、株主の利益にかかわらず、決定の裁量権を認められる以上、ここで取締役の裁量権収縮（Ermessensreduzierung）の問題は生じない⁽⁹⁸⁾。さらに、Holzmüller判決によれば、ある措置が株主の社員権及び財産権に深くかかわる基本的決定であるかどうかは、取締役の裁量によって決められ、一旦このような基本的決定であるとされれば、この措置の決定権限は、取締役から株主総会に移転されることになる。しかし、株主総会の権限が存在するかどうかということは、取締役の判断に委ねられるべきものではなく、専ら客観的法（objektive Recht）によって決められなければならない。そして、仮に取締役の判断に委ねれば、ある事項の決定権限は、場合によっては株主総会に、場合によっては取締役に属するという結果が招かれる⁽⁹⁹⁾。結局、ドイツ株式法一一九条二項を親会社の総会の不文の総会権限の根拠とすることが妥当であるとは学説上認められていない⁽¹⁰⁰⁾。

(2) 取締役の総会の招集義務

一部の学説は、ドイツ株式法一二一条一項を、コンツェルン形成措置に関する不文の総会権限の根拠とする⁽¹⁰¹⁾。同項によれば、取締役は法律または定款に定められた場合だけではなく、会社の福祉がそれを要求する場合にも総会を招集する義務を負う。後者の場合については、ある措置について総会はその決定権限を有しないが、会社の福祉のためにその措置が総会において検討されなければならない場合であると説明される⁽¹⁰²⁾。そして、会社財産の子会社への分割や企業参加といっ

た措置は、株主の社員権及び株主の所有権に化体された財産権を害するおそれがあるというだけでなく、会社の利益として理解される会社の福祉とも関連する。従って、これらの措置について、株主総会の権限が明文上定められていないとしても、会社の福祉のために総会において検討されなければならないと主張される⁽¹⁰³⁾。

これに対し、通常、同項にいう会社の福祉のための取締役の総会招集義務は、会社の緊急な利益のためにある措置が総会において決議されなければならないという場合、例えば無能の監査役の解任や必要な増資等の場合にのみ生じると解されている。すなわち、会社に損害が発生しそうな場合に、株主総会の決議によってそれを回避することを目的とすると考えられているのである。しかも、これらの場合は株主総会の権限事項にとどまり、権限外の事項を含まない。さらに、同項は、取締役が株主総会の招集を義務づけられ、この招集によってこれらの措置が総会において検討されることができるとするものにすぎず、総会の決議権限を具体的に根拠づけるものではない⁽¹⁰⁴⁾。最後に、ドイツ株式法一一九条二項の場合と同様に、ドイツ株式法一二一条一項が一般条項として不文の総会権限の手がかりとなることは、列挙された株主総会の個別の権限 (punktuelle Einzelzuständigkeit) という原則に反する⁽¹⁰⁵⁾。従って同項がコンツェルン形成措置に関し親会社の株主総会の不文の総会権限の根拠とされることは適切ではない、と指摘される⁽¹⁰⁶⁾。

2 全体類推 (Gesamtanalogie) の概念

コンツェルン形成措置及びコンツェルン指揮措置に関する親会社の総会の不文の総会権限の根拠について、通説は、ドイツ株式法の現存の権限配分から取り出される一般的法原則の適用 (Anwendung eines allgemeinen Rechtsgedankens) を出発点とする。すなわち、ドイツ株式法一七九条一項及び二九三条二項、三一九条二項、三四〇c条一項 (現在の組織変更法一三条一項)、三六一條 (現在のドイツ株式法一七九条a項)、一八六条三項、二二一条一項の規定には、株主持分の

構造または価値に直接に影響を及ぼす決定は株主総会の参加権に依存しなければならない、という共通点がある⁽¹⁰⁷⁾。つまり、これらの規定から、株主総会は会社の法的・経済的構造と関連するすべての問題を決定しなければならない、という株主総会権限の一般原則が導かれる⁽¹⁰⁸⁾。

コンツェルン形成措置の場合には、親会社の組織構造変更に伴い、株主のリスク範囲及びその持分の価値と構造は影響を受ける。従って、これらの措置が、上記の規定の場合と同じように会社の構造措置である以上、上記の諸規定の類推によって株主総会の承認が求められなければならない⁽¹⁰⁹⁾。さらに、もともと親会社の株主に決定されるべきである重要な事項の決定権限は、コンツェルン形成後に、子会社に譲渡された財産とともに、子会社の株主総会に移転される。その結果、親会社の株主の社員権及び財産権は実際上縮減されることになる。このような株主権の侵害に対し、子会社における構造変更措置の実施によって株主自身の法的地位に影響を与える場合には、親会社の株主総会の参加権も認められなければならないと主張される⁽¹¹⁰⁾。

もちろん、このような全体類推の導入が現行の株式法の体系に反するとして、個々の構造措置から導き出された法的基本価値 (Grundwertung) からコンツェルン形成措置についても親会社の株主の参加権を認めるということではできない⁽¹¹¹⁾という批判がなされるのは当然なことである。しかし、このような批判は以下のことを見落としていた。すなわち、一見明確なかつ完全な法律上の規定 (vermeintlich eindeutige und vollständige gesetzliche Regelung) も、事実上また法的な発展に基づいて補充される必要があり、そして補充することができる。また法の不備及びその解決の許容性は、特に法律が過去の立法過程に従属されなければならないということから、その正当性を得られる⁽¹¹²⁾。一九三七年ドイツ株式法一〇三条一項 (現在の一一九条一項に相当する) は、総会は会社の経済的・法的構成と関連するすべての問題について決定すると定めた。この規定によれば、

立法者は、会社の経済的・法的構成と関連するすべての問題に関し株主総会の参加が重要であると考へた、ということが分かる。その後、一九六五年ドイツ株式法は、この趣旨を全く変えずに、むしろ株主の法的地位を強化し、特に会社の経済的共同所有者としての資格をより強く考慮した⁽¹¹³⁾。そしてドイツ株式法一七九条、二九一条以下、三一九条、三三九条以下（現在の組織変更法二条以下にあたる）に関する決定は特に株主の経済的・法的地位に影響を与えるため、これらの決定は、立法者の理解によれば、企業の支配機関、すなわち取締役の権限範囲には含まれない。このことによつて、会社の経済的・法的構造にかかわる事項につき、株主総会の権限が明示的に定められていない場合にも、取締役の権限が存在しないことがありうるということが導き出される、という反論がなされうる⁽¹¹⁴⁾。しかし、いずれにせよ、全体類推から導かれる、会社の構造あるいは持分の価値に直接に影響を与える措置という法原則は非常に抽象的である。この法原則によつて、具体的などのような措置が株主総会の承認を必要とするかどうかを決めることは、かなり困難であるといわれている⁽¹¹⁵⁾。

3 組織変更法の類推適用

新組織変更法の制定後、最も議論されているのは、組織変更法における分離分割の規定、特に株主総会の特別決議の規定を個別承継による財産の分割に類推適用することができるかどうかということである。そして、Holzmüller判決については、親会社の重要な財産が子会社に移転されるという個別承継による財産の分割の場合に、親会社の株主総会の決議が必要とされるという判決の結論と、新組織変更法との関係についてどのように理解されるということも議論されている。

これまでの裁判例は、個別承継による財産の分割の場合に、新組織変更法の保護規定である分割報告書の作成（組織変更法一二七条）や中間貸借対照表の供覧（同法六三条一項三号、一二五条）の規定が類推適用されるかどうかということに関し、見解が分かれている⁽¹¹⁶⁾。また、一部の学説

は、包括承継による分離分割に関する株主総会の決議の規定は個別承継による分割の場合に類推適用されうる、と主張する⁽¹¹⁷⁾。その理由は次のようなものである。第一に、新組織変更法の立法過程からみれば、包括承継による分離分割の場合に限り、株主総会の決議が要求されることは、新組織変更法に定められない財産の分割の場合には株主総会の決議が必要ではない、という意味を有しないことが分かる。政府草案理由書において、Holzmüller判決の結論は明示的に認められている⁽¹¹⁸⁾。そして、組織変更法にこれを組み入れなかった理由は、単に当時の議論において均衡のとれた解決案が見つからなかったということにある⁽¹¹⁹⁾。第二は、包括承継による分離分割と、個別承継による財産の分離が併存していると言っても、そのことにより、個別承継の場合に利益保護の必要性がなくなるということにはならない。第三は、組織変更法一条二項による類推適用禁止の意味は、保護規定の類推適用を禁止することではなく、組織変更法において定められた組織変更の構成要件が類推適用によつて拡大されるということを禁止するにすぎない⁽¹²⁰⁾。

しかし、通説は、株主総会の決議に関する組織変更法の規定が個別承継による財産の分割の場合に類推適用されることに反対する。その理由は次のようなものである。第一に、組織変更法一条二項において組織変更法の類推適用の禁止が定められているからである⁽¹²¹⁾。すなわち、組織変更法以外の連邦法及び州法が明文で規定したときのみ、組織変更法一条一項の意味での組織変更は、組織変更法において定められない場合にも行われることができるというのである。従つて、連邦法及び州法が明文で規定しない場合には、組織変更法の類推適用によつてその適用範囲を拡大することは禁じられる。第二に、組織変更法の立法者は、組織変更法における包括承継による分離分割と、個別承継による財産の分割を併存させることを明示したからである⁽¹²²⁾。もし組織変更法の類推適用が認められれば、これは、両者に対する選択の自由（Wahlfreiheit）という組織変更法の問題と

矛盾するだけではなく、従来から行われてきた個別承継による財産の分割が使われなくなる。第三に、組織変更法の手続に関する規制の性質である。すなわち、組織変更法は一定の組織変更の形式のために自由に使われ、これらの形式のために従わなければならない手続き（報告書、株主総会の準備、株主総会の決議、登記）を詳細に定めており、株主総会の承認決議の必要性はこれらの手続の中心的構成要素である。このような手続の側面が強調された結果、多数の技術的規定が置かれており、そしてこれらの規定は、その法技術的性質のために類推適用の対象になるのは適切ではないことになる⁽¹²³⁾。第四に、分離分割に関して株主総会の特別決議を要している組織変更法の規定は、株主保護の観点からではなく、むしろ包括承継による財産移転という事象に着目し、法形式的な体系性 (systematisch-ordnende Regelungstechnik) を重んずる立場から、譲渡会社における株主総会の権限事項とされたと説明される⁽¹²⁴⁾。

三 不文の総会権限の新たな展開

以上、不文の総会権限の法的根拠をめぐる従来の論争を概観した。しかし、近時においては、親会社の総会の不文の総会権限の範囲について、コンツェルン形成規制とコンツェルン指揮規制という区別のもとに分析するという手法に対して消極的な見解を示し、現行ドイツ株式法及び組織変更法の認める株主総会の権限の体系から導き出される一般原則に照らして、親会社の総会の不文の総会権限を画定するというアプローチが学界の主流となっている。以下、その中の代表者とみられる Mülberty の学説を紹介する⁽¹²⁵⁾。

(一) 親会社の株主の支配権の縮減の主張に対する反論

Mülberty は、Holzmüller 判決及び学説が主張するように、コンツェルン形成措置によって上位会社の株主の「支配権」が縮減されるということ、親会社の総会の不文の総会権限の根拠と解することに対し否定的である。その理由は次のようなものである。一九六五年ドイツ株式法において株主保護の重点は株主持分の価値 (Beteiligungswert)

におかれる。その結果、株主の参加権限は、主に会社財産価値の侵害及び株主持分の価値の侵害にかかわる。唯一の例外は、株主の支配権の保護を目的とする、新株引受権の排除について株主総会の特別決議を要求するドイツ株式法一八六条三項の規定である⁽¹²⁶⁾。しかも、この規定は、取締役と株主との間の利益衝突に関するものではなく、単に新株引受権を排除するに際し、株主の参加によって取締役が株主間の支配権を変動させることを防止するものである⁽¹²⁷⁾。

次に、Mülberty はこのような前提の下に、一〇〇%子会社及び一〇〇%でない子会社を区別し、それぞれの場合に親会社の株主の支配権がどのように影響を受けるのか、そしてこれを親会社の総会の不文の総会権限の根拠と解することができるかを検討する。確かに、親会社の財産が一〇〇%子会社に譲渡される場合に、親会社の株主の支配権は侵害される。しかし、この場合の侵害は、Holzmüller 判決が判示したように、多数株主の少数株主に対する侵害⁽¹²⁸⁾より、むしろ上位会社の権限秩序及び財産秩序が事実上、取締役に移転されることを指す。それにもかかわらず、上記のように新株引受権に関するドイツ株式法一八六条三項は、株主から取締役への事実上の権限移転の場合の親会社の株主総会の参加権限に関して参考となるものではない。また、権限機関の間の事実上の権限移転という理由だけでは上位会社の株主総会の権限を認める根拠とはなり得ない⁽¹²⁹⁾。さらに、親会社の財産の一〇〇%でない子会社への譲渡の場合にも、Holzmüller 判決が判示したように、第三者が子会社に参加する以上、親会社の株主の支配権が間接的に侵害される⁽¹³⁰⁾が、一九六五年ドイツ株式法において、このような株主の支配権の間接的な侵害に対し保護は提供されていない。また、そもそもドイツ株式法一八六条三項が取締役の恣意的行為から株主を保護するものである以上、この規定は、親会社の株主の支配権が子会社において第三者の参加によって間接的に侵害されるということがドイツ株式法上重要な問題であることの論拠にならない⁽¹³¹⁾。結局、いずれの場合

にも親会社の株主の「支配権」の縮減は親会社の総会の不文総会権限の根拠にならない。

(二) 親会社の株主の財産権の縮減に対する再考察

さらに、Mülbertは、コンツェルン形成措置あるいはコンツェルン指揮措置によって上位会社の株主の「財産権」が縮減されるということを親会社の総会の不文の総会権限の根拠と解する、という従来の見解に対し、独自の見解を展開する。彼は、企業グループの形成・再編に関する一定の措置が株主総会の権限とされているのは、主として、会社財産の価値及び株主の持分価値の侵害から株主を保護するためである、と主張する⁽¹³²⁾。そして彼は、企業グループにおけるグループ形成・再編にかかわる措置について、「広義の分離措置」(Ausgliederungsvorgang im weiteren Sinne)と「その他のグループ形成措置」(sonstiger Gruppenumbildungsvorgang)を分ける⁽¹³³⁾。その区別の基準は、前者が第三者に対する既存株式あるいは新株の交付を伴うのに対し、後者はそれを伴わないという点になる。この基準によると、コンツェルン形成規制の問題とされる子会社への財産の分割と重要な持分の取得、及び、コンツェルン指揮規制の問題とされる子会社の増資と合併、(組織変更法上の)会社分割の措置は「広義の分離措置」に属し、それ以外の措置は「その他のグループ形成措置」に属することとなる。そして、それぞれの場合について、現行ドイツ株式法及び組織変更法から導き出される株主総会の権限についての五原則に照らして、株主総会の権限の必要性の有無が決められる⁽¹³⁴⁾。

1 広義の分離措置について

Mülbertは、広義の分離措置の場合について、以下のように論じている。親会社の取締役が第三者に対し有利な条件で子会社の新株を発行し、または既存の株式を交付する結果、親会社の株式の価値が水割りされる危険に対し、親会社の株主の参加を求める必要がある。もちろん、親会社の株式の価値が水割りされるすべての業務執行事項に対し、親会社の株主の参加が求められるわけでは

なく、新株主が旧株主の株式の価値が水割りにより、株式を安く取得する場合にのみ、親会社の株主の参加が求められる必要がある⁽¹³⁵⁾。このような結論によれば、合併会社の設立、第三者と共同設立した子会社への財産譲渡、新株引受権を排除した子会社の新株発行、子会社と第三者との合併、子会社株式の譲渡の場合には、いずれも第三者が不当に安く子会社の株式を取得するおそれがあるために、親会社の株主の参加が求められなければならないことになる。このことは、現行ドイツ株式法二九三条二項、三一九条二項一文と結び付いた三二〇条一項三文、組織変更法一三条一項及び一二五条の規定にも見られる⁽¹³⁶⁾。そして、Mülbertは、広義の分離措置のうち、一〇〇%子会社の設立や一〇〇%子会社への財産の分割、一〇〇%子会社における新株引受権を排除しない増資の場合には、親会社の株主の参加が不要であると主張する。その理由は、これらの場合にはそもそも子会社という会社財産が親会社のより広範囲の企業活動のために親会社に保有され、株主の財産権が間接的な価値の下落から保護され、また、いずれの場合でも第三者に対し不当に低い価額で株式が交付されることによりその価値が水割りされる危険がないからである⁽¹³⁷⁾。

2 その他のグループ形成措置について

他方、その他のグループ形成措置の場合には、子会社の増資と合併、(組織変更法上の)会社分割の措置を除いて、子会社における措置は従来議論されてきたコンツェルン指揮規制と同じように取り扱われる⁽¹³⁸⁾。まず、彼は、Holzmüller判決における、子会社において基本的かつ親会社の株主にとって意味のある措置の場合に、親会社の株主総会の権限が認められるという判断基準⁽¹³⁹⁾に対し、以下のような反論を述べる。Holzmüller判決において、株主権の侵害概念(Eingriffsgedanke)と結び付いた定式は明らかに厳密なものではない。しかも、この判決における論述においては、親会社の株主総会の権限を認める構成要件を明確化するための、他の何らかの根拠も提供されていない。特に、親会社の株主の支配

権にも財産権にもかかわらない子会社の解散の場合には、いかなる理由によって、子会社による企業契約の締結や子会社における増資、子会社の総財産の譲渡の場合と同等に取り扱われるかが明らかではない⁽¹⁴⁰⁾。これに対し、彼は、その他のグループ形成措置の場合には、親会社の団体目的及び親会社の株主の社員権の同一性が影響を受けないことを言明した上で、問題とされるのは親会社の総財産の喪失の危険だけであると指摘する⁽¹⁴¹⁾。さらに、契約コンツェルンの締結（ドイツ株式法二九三条二項一文）及び基本資本の九五%以上を保有する株式会社の編入（ドイツ株式法三一九条二項一文と結び付いた三二〇条一項三文）の規定の類推から、以下の原則が導き出されるとする。すなわち、第三者の企業活動の結果、無制限の責任を負うリスクが生ずる場合に株主の意思決定への関与を要するという一般原則である。この観点から、親会社が子会社の存続について無制限のリスクを負う場合に、当該子会社が他の会社について同様の責任リスクを引き受けるには、親会社の株主総会の決議が必要であるとする。例えば、子会社と孫会社との間に契約コンツェルンが形成される場合や、孫会社が子会社に編入される場合、子会社がコンツェルン契約によって他の会社の支配会社あるいは編入によって（編入の）主会社となる場合、子会社が結合関係にない会社の損失を無制限に保証する（Verlustdeckungszusage）場合、子会社が結合関係にない会社に対し支援宣言をする（Patronatserklärung）場合が挙げられる⁽¹⁴²⁾。これ以外の場合、例えば、子会社の解散や、子会社と外部企業との利益共同契約・一部利益供出契約・経営賃貸借契約・経営委任契約の締結、子会社の総財産の譲渡については、親会社が一〇〇%子会社一社だけを通じて事業活動を行う持株会社であるという例外的な場合を除き、親会社の株主総会の決議は不要とされる。このような措置によって親会社に全財産の喪失の危険がもたらされることはないからである⁽¹⁴³⁾。

四 不文の総会権限による親会社の株主保護の限界の所在

不文の総会権限の決議要件及び決議の効力について、Holzmüller判決においては、親会社の財産の子会社への分割の場合にドイツ株式法一一九条二項が不文の総会権限の根拠となると判示された結果、この場合には親会社の株主総会の普通決議しか要求されず、また親会社の株主総会の決議を経ずに行われた財産の分割は対外的に依然として有効であるとされる。これに対し、構造措置の規定に関する全体類推の見解にせよ、個別承継による財産の分割の場合に組織変更法の規定を類推適用する見解にせよ、コンツェルン形成措置については、定款変更と同じように親会社の株主総会の特別決議が要求されている⁽¹⁴⁴⁾。しかし、親会社の株主総会の決議を経ないでなされた行為の効力は、法的安定性のために対外的に有効とされている⁽¹⁴⁵⁾。この場合に各々の株主は、不当な遅延なしに、会社に対し差止訴訟または給付訴訟を請求することができる。そして、会社がこの措置によって損害を被った場合に、会社はドイツ株式法九三条及び一一六条、一一七条によって取締役及び監査役に対し損害賠償を請求することができる。しかし、實際上、この場合に会社が重大な損害を被る可能性は少ない⁽¹⁴⁶⁾。さらに、親会社の株主総会の決議が必要とされるコンツェルン指揮措置について、通説は、Holzmüller判決と同様に、親会社の株主総会の特別決議を要求する。しかしその決議を経ないでなされた行為の効力は、コンツェルン形成措置と同じように、対外的に有効とされている⁽¹⁴⁷⁾。

しかし、上位会社の株主総会を経ないでなされた行為の効力が、対外的には有効であるとする、株主保護の観点から必ずしも十分な解決になり得ないのではないかと、との疑問も提起されている。確かに、不文の総会権限を認める目的は、親会社の株主に不文の総会権限を通じて、これらの措置を解消する可能性を与えることにある⁽¹⁴⁸⁾から、株主保護の観点からするとこのような結論は十分とはいえない。さらに、上位会社の少数派株主にとっては、社団法上の解決は、株式買取請求権と結びつかない限り余り意味がないことはいうまで

もない⁽¹⁴⁹⁾。従って、不文の総会権限という社団法上の保護に限界がある以上、ほかの解決方法が講じられなければならない。その解決方法の一つとして、親会社の取締役の責任強化の主張がしばしば唱えられている⁽¹⁵⁰⁾。

五 まとめ

不文の総会権限の法的根拠をめぐって、学説上及び裁判上、以上のように様々な論争が展開されている。それにもかかわらず、これらの見解の間には少なくとも一つの共通点がある。すなわち、親会社の株主の株主権がコンツェルン形成措置及びコンツェルン指揮措置によってある程度縮減されるということを認識し、現行法が親会社の株主保護の必要性という問題に対し十分な対応策を提供していないため、親会社の株主の社団法上の保護を積極的に模索していることである。しかし、それぞれが異なるアプローチを採用している結果、各主張は不文の総会権限を認める範囲を若干異にすることになる。

第一に、Holzmüller判決においては、裁判所は子会社に対する親会社の営業資産の分割が形式的には親会社の取締役の権限の範囲内にあることを認める一方、これは親会社の株主の社員権や所有権に化体された株主の財産利益に対し深くかかわる措置であるとして、親会社の取締役が取締役の総会に対する提案権に関するドイツ株式法一一九条二項を利用して総会を関与させなければ、取締役の注意義務違反となることを判示している。確かに、裁判所の立場から見ると、現行法上明示に定められていない総会の権限を直接に認めるよりも、なるべく現行法の解釈の枠組み内でその根拠を見つける方が論理的に妥当であると考えられるのであろう。しかし、このような解釈はドイツ株式法一一九条二項による取締役の責任軽減という趣旨に反するだけでなく、「株主権の侵害」という抽象的な概念を不文の総会権限の判断基準とすることは適切ではないと考えられるため、多くの反論を招くことになる。

裁判所は、子会社の増資の場合には親会社の株主の社員権の侵害、参加価値の希釈化及び新株引

受権の空洞化が間接的に導かれることを指摘している。他方、親会社が全て引き受ける一〇〇%子会社による増資の場合であっても、親会社の株主総会の関与が依然として必要であると判示している。しかし、この場合には、親会社の株主の財産権の観点から見ると、その参加価値には何らの影響もないはずであり、裁判所は親会社の株主の財産権の縮減よりも、むしろ親会社の株主の社員権の縮減というところに重点を置いているものと考えられる。すなわち、もともと親会社の株主が決めるべきである事項の決定権限が、子会社が介入することによって親会社の取締役に移転されるということが重視されているのである。

第二に、確かに、通説といわれる全体類推説は親会社の総会の不文の総会権限について、Holzmüller判決と同じようにコンツェルン形成措置あるいはコンツェルン指揮措置による親会社の株主の社員権及び財産権の縮減を出発点とする。しかし、全体類推説は、ドイツ株式法一一九条二項による取締役の総会に対する提案権ではなく、ドイツ株式法の規定から導き出される、株主持分の構造または価値に直接に影響を及ぼすすべての決定が総会の参加権限に依存しなければならないという原則を不文の総会権限の根拠とする。また、全体類推説によって不文の総会権限を認める範囲は、コンツェルン形成措置においても、コンツェルン指揮措置においても、Holzmüller判決において認められた範囲よりもかなり広範囲にわたる。

第三に、少数説である、取締役の総会の招集義務説及び組織変更法の類推適用説は、ともにコンツェルン形成措置に関する不文の総会権限の根拠を示したものである。しかしいずれも不文の総会権限の根拠とはなり得ない。前者の最大の欠点は、たとえコンツェルン形成措置が会社の福祉であり、これによって取締役が総会の招集義務を果たさなければならないと解しても、この招集によって当該措置が総会において検討されるということにとどまるということにある。後者についても、組織変更法において包括承継による分離分割の場合に株主総会の特別決議が必要とされるのは、株主の

保護の観点からではなく、単に包括承継による財産移転という事象に着目し、法形式的な体系性を重視するものであるため、これを類推適用の対象とするのは適当ではないという欠点がある。

第四には、親会社の株主保護の問題について新たに展開してきたMülbertの所説は、従来の議論と同様に不文の総会権限の存在を前提とする。しかし、Mülbertは、Holzmüller判決及び全体類推説のように親会社の株主の支配権の縮減を不文の総会権限の根拠と解することに對し否定的である。またMülbertは、全体類推説と同様に、現行株式法及び組織変更法から株主総会の権限に関する原則を見出すが、全体類推説のように法的・経済的構造にかかわる事項について株主総会の権限が存在するというような単一の原則を導き出さない。むしろ、ドイツ株式法及び組織変更法の認める総会権限から五原則⁽¹⁵¹⁾を導き出し、企業グループにおけるグループ形成・再編にかかわる措置ごとにこの五原則に照らして株主総会の権限の必要性を判断する。

そして、Mülbertはコンツェルン形成及びコンツェルン指揮という区分を採用せず、企業グループにおけるグループ形成・再編にかかわる措置を広義の分離措置及びその他のグループ形成措置に分ける。その区別の基準は、前者が第三者に対する既存株式あるいは新株の交付を伴うのに対し、後者はそれを伴わないという点にある。その結果、広義の分離措置に含まれるもののうち、子会社の増資・合併・(組織変更法上の)分離分割を除くものが、従来のコンツェルン形成規制の問題とされてきたものということになる。Mülbertは、広義の分離措置について、新株主に有利な持分価値を与えるような侵害の可能性のない場合(例えば一〇〇%子会社への財産の分離)には、親会社の株主総会は不要であるとする。この点では、Mülbertの所説は従来の学説よりも親会社の株主総会決議を要求する範囲が狭いということになる。

また、Mülbertのいう広義の分離事象のうち子会社の増資・合併・(組織変更法上の)分離分割、さらにその他のグループ形成措置と呼ばれる子会

社の総財産の譲渡や解散などは、従来はコンツェルン指揮規制の問題とされてきた。Mülbertは、親会社が子会社の存続について無制限のリスクを負う場合に、当該子会社が他の会社について同様の責任リスクを引き受けるには、親会社の株主総会決議を要すると主張する。この点では従来の学説よりも親会社の株主総会決議が要求される範囲が若干広いことになる。

第二章 日本の状況

第一節 親会社の株主保護に関する現行法の状況

一九九七年の独占禁止法改正による持株会社の解禁を契機として、親子会社における株主の保護や持株会社の創設方法について議論が盛んになり、これを受けて、法務省参事官室は、翌年に「親子会社法制等に関する問題点」を公表した。この中で、親会社の株主権の縮減についての対処方法も検討課題としていた⁽¹⁵²⁾。その後、一九九九年の会社法改正によって親会社の株主保護のために以下のような規定が整備された。第一に、親会社の株主は子会社の業務内容に対し一定の情報収集権をもつこととされた(商法二四四条四項、二六〇条ノ四第四項、二六三条四項、二八二条三項、二九三条ノ八、二九四条)。第二に、親会社の監査役の子会社の調査権が拡大された(商法二七四条ノ三)。

しかし、これらの諸規定が親会社の株主による事前の牽制の機能を果たす可能性は極めて乏しいといえよう。まず、親会社の株主が子会社に対し情報収集権を行使する前提として裁判所の許可を得なければならないため、一定の時間が必要となり、株主提案権(商法二三二条ノ二)、及び、総会での取締役・監査役に対する説明請求(商法二三七条ノ三)の権利行使期間との関係で、通常、子会社に関する情報の取得を待つことができなくなる。結局、営業報告書における親会社との関係、重要な子会社の状況その他の重要な企業結合の状況に関する記載(計算規則四五条一項三号)等に基づく説明請求にとどまらざるを得ない。その意味では、前記の子会社の業務内容の開示強化は、

せいぜい事後的に親会社の取締役の責任追及の補助手段として利用されるのが実情である⁽¹⁵³⁾。また、親会社の取締役の職務執行の監査のためには、子会社に対する全面的な調査が必要であり、親会社の監査役に子会社に対する一般的な調査権限を与える必要がある。しかし、現行法上、親会社の監査役は子会社に対する調査の事項を特定して行わなければならない、子会社の一般的営業の状況を調査することができないため、その監査の機能が十分に果たされるとはいえないであろう。

もちろん、親会社の株主保護のためにこれらの規定がさらに改善される余地はある。これに加えて、親会社の株主保護のために、事後的な責任追及制度によるのではなく、事前に親会社の株主の意思を反映させる仕組みによる解決方法も考えられる⁽¹⁵⁴⁾。

このような解決方法に対し、以下のような反論がなされている。まず、株主権が縮減される親会社の株主になることにつき当該株主の同意があれば、そもそも株主権について一定の制限を受けるのが当然であるという反論である⁽¹⁵⁵⁾。しかし、親会社の株主となることに同意があるからといって、株主権の縮減まで理解した上で同意がなされるとは通常いえないし、かりにそれを理解して同意がなされるにしても、これらの株主権を放棄することが、将来どのような状況で問題となるかを同意の時点で予見することは通常不可能である⁽¹⁵⁶⁾。第二の批判としては、子会社のリストラを行うにあたって親会社の総会決議を要するとすると、子会社の意思決定の迅速性を損なう可能性があり⁽¹⁵⁷⁾、また親会社と子会社がそれぞれ独立した法人である以上、親会社の株主は親会社の取締役会を通じて子会社をコントロールすることで満足すべきであるというものがある⁽¹⁵⁸⁾。しかし、子会社の意思決定の迅速性という理由で、子会社の一定の決議事項に関する親会社の総会の参加を全面的に排除することはあまりにも行き過ぎであると思われる。また、現行法上子会社の情報開示制度及び子会社に対する親会社の監査役の調査権には未解決の問題が残っている以上、親会社の株

主は、親会社の取締役会を通じて子会社を完全にコントロールすることができるとは期待できないであろう。従って、事前的株主保護の観点から、子会社の一定の決議事項に関する親会社の総会の参加権を認めることを検討することに、一定の意義があると思われる。

第二節 親会社の株主総会の権限の再考察

親会社の株主保護の問題は、現行法の解釈論としてある程度解決されうることは否めない。特に、ある企業グループが事業活動のほとんどを一つの子会社を通じて行うとき、この子会社の営業全部の譲渡や子会社株式の全部の譲渡、子会社の合併のような場合には、解釈論として、商法二四五条一項一号を適用あるいは類推適用して、親会社の株主総会の関与を必要とすることもできよう⁽¹⁵⁹⁾。しかし、企業グループの類型が様々であり、上記のような場合には限られない以上、この問題が解釈論のレベルで完全に解決されるとは言い難い。これに加えて、ドイツにおいては、学説及び裁判例が現行法の権限秩序の枠組みの中で親会社の不文の総会権限を認めていることに対し、法的不安定性を招くおそれがあるという批判がよくなされている。これらのことに鑑みると、以上のような法的安定性を欠くことを防ぐためにも、立法論からの手当が必要であると思われる。

一 親子会社の形成に関する親会社の株主総会の権限

親会社の株主の権利の保護のために、子会社のいかなる決議事項について親会社の株主総会の決議が必要であるかという問題を検討する前に、まず親子会社の形成に関し、現行法上親会社の株主総会は、どの程度までに関与することができるのかを検討しておきたい。前節に述べたように、日本における現在の議論では、親子会社関係の形成後の「親会社における株主権の縮減」を解釈論や立法論でできるだけ防ごうという傾向が強い。しかし、ドイツのように、予防的保護の観点から、コンツェルン形成の際に親会社になる既存会社の株主に対しその決定への参加を保障するという枠

組により、コンツェルン形成関係の成立自体を阻止することに一定の株主保護の機能が存在することは否定できない。なお、本稿の関心は、親会社になる既存会社の株主保護の問題である。従って、親会社になる既存会社の立場から親子会社の形成方法を見てみると、以下のように分類できる。

まず、新設の株式交換制度及び分社型（物的分割）の分割制度による親子会社の形成においては、いずれも親会社になる既存会社の株主総会の特別決議を必要とする（商法三五三条一項、三七四条一項、三七四条ノ一七第一項）⁽¹⁶⁰⁾。また、前者の場合には反対株主の株式買取請求権が与えられる（商法三五五条一項）。次に会社分割制度を創設する前によく使われた方法として、既存会社が子会社を設立し、これに対して一定の財産を、現物出資等によって移転するというものがある。この場合、親会社から子会社へと財産が譲渡されるため、この譲渡が商法二四五条一項一号の要件をみたすときには、親会社の株主総会の特別決議は必要となり⁽¹⁶¹⁾、決議に反対する株主は株式買取請求権が与えられる（商法二四五条ノ二）ことになる。そうすると、第一章で紹介されたHolzmüller判決の事案のように、親会社が親会社の資産の約六〇%にあたる重要な営業を子会社に譲渡する場合には、日本においては必ず親会社の株主総会の決議が必要であるから、Holzmüller判決のような議論をする余地はないと思われる。

さらに、ある会社が他の会社の株式（支配権を取得する程度の株式）を取得し、あるいは既存会社が巨額の資金を出資して子会社を設立する方法が考えられる。いずれの場合にも、現行法上、会社の株主総会の決議は必要とされない⁽¹⁶²⁾。この点につき、二〇〇一年四月一八日付けで法務省参事官室から公表された「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案」（以下「中間試案」と略称する）の「会社の機関関係」と題された部分のうち、第十一（子会社の株式の譲渡等）においては、会社は他の株式会社の株式全部を譲り受ける場合には、会社の株主総会の特別決議を得なければならず、反対の株主に株式買取請求権を認めると提

案されている。中間試案の解説によれば、経済的実態として、子会社は親会社の営業の一部と同視できる場合があるから、会社が他の株式会社の株式全部を譲り受けるときは、会社は他の会社の営業全部の譲受の場合と同様に、株主総会の特別決議が必要であるとされている。しかし、他の会社の全株式を譲り受けていなくても、あるいは会社が巨額の資金を出資して子会社を設立する場合であっても、親子会社関係は形成されるため、親会社になる既存会社の株主にとって、これらの措置は会社の組織形態を変更する重要な機関行為を意味する以上、既存会社の株主総会の特別決議も必要とされるべきだろう。ただし、第一章第四節において紹介したドイツの学説が指摘するように、すべての親子会社関係の形成措置について親会社の株主総会の決議が必要だとすると、これらの措置を決定するために株主総会が頻繁に招集されるという状態になりかねないため、子会社の重要性の基準が設けられなければならない。一つの考え方として、これらの措置は上記の分割措置と類似するから、簡易分割（商法三七四条ノ六第一項、三七四条ノ二二第一項）の規定、すなわち会社の最終の貸借対照表の資産の部に計上する額の合計額の二〇分の一を超えないときには、株主の利益には著しくかわらないものとして、株主総会の決議を不要とする規定が参考となる。

二 子会社の一定の決議事項に関する親会社の株主総会の権限

以上の検討のもとで、次のような論点が生ずる。親子会社関係の形成という組織形態の変更について、既存会社の株主がどのような形で承認する機会を与えられるかという問題は、親子会社関係の形成後、「親会社における株主権の縮減」を完全に防止する必要があるのかという問題と相互に関連する。すなわち、もし「親会社における株主権の縮減」に対する手当が立法的に十分になされたとすれば、親会社形態への移行の段階でのチェックの比重は相対的に低くなりうる。逆に、親子会社関係形成についての承諾手続きいかんによっては「親会社における株主権の縮減」を完全に防止す

る必要があるのかという問題提起がなされている⁽¹⁶³⁾。このような論点そのものは、ドイツにおけるコンツェルン形成規制のコンツェルン指揮規制に対する優位性の議論の発想⁽¹⁶⁴⁾とかなり類似していると思われる。しかし、通常、株主が親子会社関係の形成に関し承認を与えたとしても、株主が株主権の放棄まで理解した上で同意がなされるとは考えにくい。また、このような論点によれば、親子会社関係の形成後に親会社に参加する新株主は、具体的に与えられる株主総会権限の範囲を、株主総会が親子会社関係の形成に関しすでに参加したかどうかということに依存することになるという事態を招くかもしれない⁽¹⁶⁵⁾。従って、親子会社の形成段階において親会社の株主になることにつき当該株主の同意を得る仕組みさえ整えておけば、その後の株主権の縮減の問題には何らかの手当も要しないとするような主張は否定すべきだと思われる。

前述したように、親子会社の形成後の親会社の株主の株主権の縮減の問題については三つの解決方法が考えられる。ここでは、その中の一つである、親会社の株主が子会社の一定の事項に関する一定の権利を行使することを認めるという方法について検討する。ただし、本稿の検討対象は、子会社の構造措置である、子会社の営業の全部または重要な一部の譲渡、及び子会社の合併、子会社株式の譲渡、子会社の定款変更に限定することとする⁽¹⁶⁶⁾。なお、子会社の一定の決議事項に親会社の株主を関与させるとした場合に、親会社の株主は子会社の株主総会においてではなく、親会社の株主総会において議決権を行使すると解すべきである⁽¹⁶⁷⁾。また、親会社の取締役が、親会社の株主総会に関与させることなしに子会社の株主総会において議決権を行使した、あるいは、親会社の株主総会において決定された内容に即して子会社の株主総会において議決権を行使することを怠った結果、親会社が損害を被る場合には、親会社取締役は親会社に対し損害賠償責任を負うべきである⁽¹⁶⁸⁾。なお、取引の安全のために、子会社の株主総会決議は、親会社の株主総会決議の有無

にかかわらず、有効とされるべきである⁽¹⁶⁹⁾。ただし、後述するように、もし子会社の営業の譲渡先や合併の相手方、子会社株式譲渡の譲受人が親会社の他の子会社であれば、取引の安全を考慮する余地がないため、子会社の株主総会決議は例外的に無効とすべきである。

なお、この解決方法の適用範囲は、親会社が非公開会社である場合に限られるべきであると思われる。その理由は、以下のようなものである。第一に、親会社が公開会社である場合には、商法上だけでなく、証券取引法上の情報開示規制に従わなければならない以上、親会社の株主は子会社に関する十分な情報を得られるはずである。第二に、公開会社の株主は、親子会社の経営方針を受け入れない場合に、市場を通じて会社から容易に退出することができるのに対し、非公開会社の株主はこのような選択肢を有しない。従って、現行法の下での非公開会社の株主の財産権を保護するために、その子会社に対する一定の関与権を株主に与えることが重要となる。

(一) 子会社の営業譲渡

通常、重要な子会社が営業の全部または重要な一部を譲渡することは、親会社の構造変更と同視することができるから、親会社の株主を関与させる必要があることはほとんど異論がないといえよう。重要な子会社の基準について、分社型の新設分割・吸収分割の場合に、分割によって分割会社から切り離される財産の帳簿価格が、分割会社の最終の貸借対照表上の資産の二〇分の一を超えない場合に分割会社の株主総会決議の省略が許されており、これらの規定（商法三七四条ノ六第一項、三七四条ノ二二第一項）はまさに譲渡人たる分割会社の立場からなされるものであるから、ここで問題になっている譲渡人たる会社にとっての子会社の営業譲渡の重要性の基準の参考になると思われる⁽¹⁷⁰⁾。なお、親会社の株主総会の関与を潜脱するために子会社が営業を細かく分けて譲渡するおそれがあるため、重要性を判断するに際しては、一定期間内の営業譲渡を合算すべきであると解される。

次に、子会社の営業譲渡の相手方によって、親会社の株主総会の関与の必要性が変わるかという問題について検討する。一部の学説は、相手方が同じ企業グループに属する会社であれば、そのような営業譲渡は親会社の基礎的変更と同視することができるほどの影響を親会社株主に及ぼすものではないから、親会社株主を関与させる必要はないと主張している⁽¹⁷¹⁾。確かに、譲渡会社及び譲受会社がともに一〇〇%子会社である場合に、親会社の株主には影響をほとんど及ぼさないため、その関与を不要とすることは妥当であろう。しかし、少数株主が存在する子会社の場合には親会社の株主総会の関与は排除されるべきではないと思われる。その理由は、次のようなものである。通常、親会社が一〇〇%子会社に営業の全部または重要な一部を譲渡する場合に、営業が子会社に譲渡された後では親会社の株主のコントロールが及ばなくなるという理由で、親会社の株主総会決議が必要であると解されている。この趣旨に鑑みれば、子会社が少数株主が存在する他の子会社に営業を譲渡する場合には、親会社の株主にとっては、譲渡された営業に対する影響力が低下する可能性が否定できない以上、親会社の株主総会の関与は排除されるべきではない。

(二) 子会社の合併

親会社の株主にとっては、重要な子会社の合併は親会社の構造変更と同視することができるから、この場合にも親会社の株主総会の関与が必要と考える。ここで、重要な子会社とは、重要な子会社の営業譲渡の場合と同様に、分社型の簡易新設分割・吸収分割の規定における分割会社の株主総会の必要性の有無の判断基準を参考とし、当該子会社の資産額が親会社の資産額の二〇分の一を超える場合と解すべきである⁽¹⁷²⁾。ただし、子会社と合併の相手方がともに一〇〇%子会社である場合に、親会社株主の関与は不要であると思われる。というのは、この場合、親会社・親会社の株主にとっては単に会社財産の混同であるからである。そして、一部の学説は、子会社の合併の相手方が同じ企業グループに属するであれば、そのような合

併には親会社の株主を関与させる必要はないと主張している⁽¹⁷³⁾。この点につき、筆者は、ドイツの近時の学説が主張するように⁽¹⁷⁴⁾、合併の相手方が同じ企業グループに属するとしても、その会社に少数株主が存在する場合には、親会社の株主は不公正な合併の交換率を通じてその財産権を害される可能性があるから、この場合には親会社の株主総会の関与は依然として必要であると考えられる。

(三) 子会社株式の譲渡

重要な子会社株式の譲渡は、親会社の営業の重要な一部の譲渡と同視することができる。特に、そのような子会社株式の譲渡によって、親会社が子会社に対し支配権を確保できなくなる場合には、そのような譲渡は親会社の構造変更措置に相当するから、親会社の株主総会の関与が必要であると考える。この点について、「中間試案」の「会社の機関関係」と題された部分のうち、第十一（子会社の株式の譲渡等）においては、会社はその有する重要な子会社の株式の全部を譲渡する場合には、会社の株主総会の特別決議を得なければならず、株式譲渡に反対の株主には株式買取請求権を認めると提案されている。しかし、親会社が保有する重要な子会社の株式の一部を譲渡することにより、親会社の株主の利益に重大な影響を及ぼし得る場合にも、親会社の株主総会の特別決議が必要だろう（この点につき、「中間試案」第十一の注1はさらに検討するとしている）。ただし、譲受人が親会社の一〇〇%子会社である場合に、親会社の株主総会の関与は不要である。ここで、親会社株主の関与を必要とする子会社株式の譲渡としては、ドイツの学説の主張を参考とすると⁽¹⁷⁵⁾、子会社が一〇〇%子会社でなくなる場合、または、子会社における持株比率が大きく変動する場合が挙げられる。なお、親会社の株主総会の関与を潜脱するために子会社株式を細かく分けて譲渡するおそれがあるため、一定期間内の当該子会社株式の譲渡を合算すべきであると思われる⁽¹⁷⁶⁾。

さらに、實際上、子会社の増資は、子会社株式の譲渡と同様の問題を生じることがある。ドイツにおいて、学説上及び裁判上、よく議論されてい

るのはむしろこの場合である。これに対し、日本においては、子会社の増資の際に親会社の株主総会の承認を要するかについては、ほとんど議論されていない⁽¹⁷⁷⁾。その主な理由は、ドイツの新株発行についての規制が日本とは異なるからである。すなわち、ドイツ法の下では、増資権限は原則として株主総会にあり、取締役が増資権限を授与する期間は総会の授権決議から五年以内に限られ、また株主は新株引受権を有するとされている。これに対し、商法二八〇条ノ二の規定によれば、新株を発行することは原則として取締役会が決定する。また、新株引受権を法定せず（例外は定款に株主の新株引受権に関する規定がある場合）、しかも場合によっては取締役会は四倍額増資をも行いうるといふ強力な新株発行権限を与えられている。ただし、株主以外の者に対し特に有利な発行価額で新株を発行する場合には、株主総会の特別決議が必要である⁽¹⁷⁸⁾。現行法のもとでは、親会社の株主総会は原則として親会社の増資でさえ決定権限を有しないのであるから、子会社の増資についてもとよりその関与を要しないというのが通常の考え方である。

しかしながら、子会社の増資、特に大量新株発行の場合には、重要な子会社株式の譲渡の場合と同様に、親会社の子会社に対する持株比率は大きく変動し、その結果、親会社の子会社に対する支配権が確保されなくなるという可能性がある以上、後者の場合に親会社の株主総会の関与が必要であるのに対し、何故前者の場合には必要でないのかという疑問を持たざるを得ない。確かに、現行法の規制は資金調達や資本提携を迅速に行いうるといふ利便性がある。しかし、新株発行には、単なる財務調達の側面だけではなく、組織法的な側面をも有することが念頭におかれなければならない。特に大量の新株を発行する場合には、会社の支配関係は決定的な影響を与えられる⁽¹⁷⁹⁾。立法論として、先に株主の新株引受権を法定すべきか（特に閉鎖会社の場合には）、大量の新株を発行するには株主に新株引受権を付与しない限り株主総会の同意を要求すべきか、といった新株発行の組織

法上の問題が議論される余地があると思われる⁽¹⁸⁰⁾。本稿では、子会社の増資についての親会社の株主総会の関与の必要性についての具体的な結論は留保しておく。

四 子会社の定款変更

重要な子会社のすべての定款変更の場合に、親会社の株主総会の関与が必要であるわけではない。少なくとも、ドイツの学説上及び裁判上示されたように、親会社とその株主との法的・経済的關係にほとんど影響しない定款変更、例えば、子会社の本店所在地の移転や商号の変更といった場合には、親会社の株主総会の関与は不要であると解されるべきである。ここで最も問題になる子会社の目的の変更の場合を検討しよう。通常、会社の事業目的が定款に記載され、登記されることは、株主の利益を保護するために取締役の業務執行権限を（内部的に）制限することを目的とするといわれる⁽¹⁸¹⁾。すなわち、株主は、このような記載を通じて、予測外のリスクを負うことが避けられる。そして、重要な子会社の事業目的の変更は、親会社の事業目的の変更と同視することができるから、親会社の株主総会の関与が必要であると解される。ここで、重要な子会社とは、重要な子会社の合併の場合と同様に、当該子会社の資産額が親会社の資産額の二〇分の一を超える場合と解すべきである。

結 語

本稿では、親会社の株主の株主権の縮減問題に対する会社法上の対処法の一つである、親会社の株主総会の権限の拡大について、ドイツにおける議論を参考に、親子会社関係の形成及び子会社における一定の決議事項への親会社の株主総会の関与についての立法の可能性を検討してきた。

ドイツ株式法においては、親会社の株主保護に関する規定がほとんど定められていないにもかかわらず、学説及び判例は、親会社の株主保護の必要性を認識して、現行法の権限秩序の枠組の中で親会社の総会の不文の総会権限を積極的に模索している。その結果、一定のコンツェルン形成措置

及びコンツェルン指揮措置に対する親会社の株主総会の関与を認めるという点でコンセンサスが形成されている。ただし、その根拠、さらに範囲をめぐって、学説及び判例の見解は錯綜し、一定の合意には達していない。一つの例としては、従来の通説及び判例は、親会社の株主総会の権限の拡大の理由はコンツェルン形成措置あるいはコンツェルン指揮措置による親会社の株主の支配権及び財産権の縮減にあると主張するのに対し、近時の学説は、親会社の株主の支配権の縮減に対し消極的な態度を取り、専ら親会社の株主の財産権の縮減という点だけを重視しているため、各主張において認められる親会社の総会の不文の総会権限の範囲が異なってくる事が挙げられる。

本稿の検討から、立法論により以下のような手当がなされることが必要であると考え。まず、親子会社関係を形成する方法としては、ある会社が他の会社の株式(支配権を取得する程度の株式)を取得し、あるいは既存会社が巨額の資金を出資して子会社を設立する方法が考えられるが、現行法上、いずれも会社の株主総会の決議は必要とされていない。しかし、これらの措置は、会社の組織形態を変更する重要な機関行為を意味するから、親会社の株主総会の決議を要求する立法が必要である。ただし、これらの措置が会社の最終の貸借対照表の資産の部に計上する額の合計額の二〇分の一を超える場合にのみ総会の決議は必要であるとする。

次に、親子会社関係を形成するに際し、親会社になる既存会社の株主の同意が得られたとしても、その後の親会社の株主の株主権の縮減の問題には何らかの手当が依然としてなされるべきであると思われる。本稿では、考えられる手当の一つである、親会社の株主が子会社の一定の事項に関して議決権を行使するという方法について検討した。このような解決方法の適用範囲は、親会社が非公開会社である場合に限られるべきであると思われる。その理由は、公開会社の場合には、親会社の株主保護の問題は、株主総会の権限拡大よりも、情報開示制度の整備によって解決される方がより

適切であること、及び、株主は、会社の経営方針を受け入れない場合には、市場を通じて会社から容易に退出することができるからである。このような前提の下で、本稿は、子会社の営業の全部または重要な一部の譲渡、及び子会社の合併、子会社株式の譲渡、子会社の定款変更の場合について、親会社株主の株主権の縮減を理由として、親会社の株主総会を要求する立法を提案した。ただし、いずれの場合にも、子会社の規模に関わる重要性の基準は設けられなければならない。また、子会社の営業譲渡や合併、あるいは子会社株式の譲渡の相手方が親会社の一〇〇%子会社であれば、親会社の株主総会の関与は必要ではない。

本稿の検討は、親会社株主の株主権の縮減に対し親会社の株主総会の権限がどこまで拡大されるかということを検討したものにすぎず、本稿が積み残した課題は多い。序章に述べたように、親会社株主の株主権の縮減の問題に対処するためには、親会社の株主総会の権限の拡大という方法のほかに、親会社の取締役の経営責任の強化、親会社の株主の情報収集権あるいは親会社の株主の二重代表訴訟権といった方法が考えられる。そして、これらの対処方法を総合的に考慮することが重要であると考えている。これらの対処方法の考察は今後の課題としたい。

- (1) 商法においては、一九九七年には会社合併手続の簡易化に関する改正、一九九九年には株式交換・株式移転制度の創設、子会社情報などの開示強化に関する改正、二〇〇〇年には会社分割制度の新設等が行われた。
- (2) 大隅健一郎『新版株式会社法変遷論』一七九頁以下(一九八七、初版一九五三)。アメリカ法上この問題を指摘し、明晰な分析を行うものとして、Eisenberg, *The Structure of the Corporation*, 277 ff. (1976).

さらに、親会社の株主権の縮減はとりわけ純粋持株会社において深刻に現れるといわれる。その理由は、事業持株会社においては親会社の株主は当該親会社の本業たる事業をコントロールないし

チェックすることで、おおよそその利益は確保されるから、株主権の縮減はさほど深刻な問題とはならないのに対し、純粋持株会社の株主にとっては、自己の出資が危険に曝されるのは実質的・経済的には従属会社の事業活動であって、株主に配当される利益の源泉となるのもまた従属会社の事業活動であるからである。前田雅弘「持株会社」商事法務一四六六号二三頁、二五頁（一九九七）。しかし、このことは、株主権の縮減問題が単に純粋持株会社の場合により顕在化するというにすぎず、純粋持株会社にせよ、事業持株会社にせよ、親会社の株主保護の必要性は変わらない以上、本稿の問題設定の対象は純粋持株会社の場合に限らない。

- (3) 牛丸與志夫=川口恭弘=黒沼悦郎=近藤光男=田村詩子=行澤一人「親子会社法制の立法論的検討(上)」金融法務事情一五三七号六頁、八頁以下（一九九九）参照。
- (4) ドイツ株式法においては、過半数参加を受ける企業 (in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen)・過半数参加をする企業 (mit Mehrheit beteiligte Unternehmen) (ドイツ株式法一六条)、従属企業 (abhängige Unternehmen)・支配企業 (herrschende Unternehmen) (ドイツ株式法一七条)、Konzernunternehmen (ドイツ株式法一八条) といった概念が用いられる。簡単にいうと、法律上独立の企業に対し他の企業 (支配的企業) が直接または間接に支配的影響を行使することができるものは従属的企業である (ドイツ株式法一七条一項)。多数参加を受ける企業が自己に対し多数参加をする企業に従属していると推定される (ドイツ株式法一七条二項)。そして一個の支配的企業と一個または数個の従属的企業とが支配的企業の統一的指揮の下に総括されているときは、これらの企業は一つのKonzernをなす (ドイツ株式法一八条一項一文)。本稿では、文献でよく使われる子会社 (Tochtergesellschaft)・親会社 (Muttergesellschaft) という語を用いるが、これは従属会社・支配会社を意味するものとする。また、引用文献の原文において「上位会社」(Obergesellschaft) とされている箇所については「上位会社」と訳することとする。なお、本稿の日本法を論ずる部分で親子会社という場合は、商法上の親子会社 (商法二二一条ノ二) を念頭に置いている。
- (5) BGHZ 83, 122.
- (6) 例えば、西川元啓「会社機関の見直しについての考え方」取締役の法務八六号四頁、六頁 (二〇〇一)。
- (7) 例えば、支配契約等の締結によって、支配企業が従属会社にとって不利益な指図をなすことが可能であるため、支配企業が従属会社の少数株主と債権者を保護することを義務づけられる (ドイツ株式法三〇〇条以下)。また、契約によらないKonzern, いわゆる事実上のKonzernの場合には、支配企業が従属会社の取締役にとって不利益な法律行為をなすようにその影響力を行使することは禁止されるが、この禁止に反した場合、支配企業は従属会社に対し損害賠償責任を課せられる (ドイツ株式法三一七条一項)。
- (8) 一九六五年のドイツ株式法の立法者がKonzern形成規制を落とした趣旨については、通常次の二つのものが考えられている。一つは、現行のドイツ株式法が既存の結合企業の秩序を主にして特徴付け、それ故に原則としてKonzern範囲の不変性 (Unabänderlichkeit der Konzerneinbeziehung) から出発するものであるから、その規制重点がKonzern形成前の予防的保護ではなく、既存の結合企業の保護にあるということである。もう一つは、ドイツ株式法の立法者がKonzernの存続保護を整えるに際し専ら従属会社及びその少数株主、債権者の保護に集中したということである。Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 74f. (6 Aufl. 1997); Begründung des RegE, Vorbermerkung zum Dritten Buch, bei Kropff, AktG, 374 (1965).
- (9) Schneider, Der Konzern als Rechtsform für Unternehmen - Zum Regelungsgegenstand eines Konzernverfassungsrechts, in Mestmäcker/Behrens (Hrsg.), Das Gesellschaftsrecht der Kon-

- zerne im internationalen Vergleich, 563 (564) (1991).
- (10) Wieland, Handelsrecht, Band II, 383f. (1931).
- (11) Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 97 (1958).
- (12) Kropff, Über die "Ausgliederung", in FS Gessler, 111 (124) (1971).
- (13) Lutter, Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen, DB 1973, Beil. Nr. 21 zu Heft 46; ders., Teilfusionen im Gesellschaftsrecht, in FS Barz, 199 (1974); ders., Zur Binnenstruktur des Konzerns, in FS Westermann, 347 (1974). また, Lutter学派といわれるSchneiderとTimm, Hommelhoff等も同じ問題を指摘した。Schneider, Die Personengesellschaft als herrschendes Unternehmen im Konzern, ZHR 143, 485ff. (1979); Timm, Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze (1980); Hommelhoff, Die Konzernleitungspflicht (1982).
- (14) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht) S. 211.
- (15) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 360.
- (16) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 350.
- (17) しかし, Lutterは, 子会社に親会社の営業財産の一部を譲渡する場合, 親会社の株主総会の参加は不要であると主張する。その理由は, この場合に株主の参加権が分離された企業部門にまで与えられていることを仮定しているという点にある。Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht) S. 211f. また, 下位会社における利益準備金の積立を下位会社の取締役及び監査役が行う場合に(ドイツ株式法五八条二項), 上位会社から事実上の影響力を行使されることにより必要以上の積立を行ったとすると, 積立限度額に関する規定は実質的に潜脱され, 上位会社の株主の利益配当請求権が侵害される。しかし, この場合には上位会社の実質的な損害にならないから, ドイツ株式法九三条(取締役の注意義務及び責任)と一一六条(監査役の注意義務及び責任)を適用することができない。この問題に対し, Lutterは, この場合には取締役の行為に関し完全な開示を求める株主の解説請求権が一定の効果をもつことを強調し, また取締役は子会社の積立を行うに際しこれを適切に考慮する義務を負うと述べている。Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 361ff.; ders., in Kölner Komm. AktG § 58 Anm. 38ff. [2 Aufl. 1988].
- (18) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 364f.
- (19) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 367f.
- (20) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht) S. 212f.
- (21) 現在のドイツ株式法一七九a条にあたり, 会社の総財産の譲渡について株主総会の特別決議を必要とする。
- (22) 原審判決LG Hamburg, Die AG 1980, 199. 控訴審判決OLG Hamburg, JZ 1981, 231. 原審判決の評釈として, Timm, Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze—zugleich Überlegungen zum Urteil des LG Hamburg vom 1. 10. 1979, Die AG 1980, 172, 控訴審判決の評釈として, Grossfeld, JZ 1981, 234がある。また, 本件について, 原審と控訴審を含めて詳細に紹介するものとして, 早川勝「コンツェルンにおける上位会社の局外株主の保護—Holzmüller判決を中心として」産大法学一九巻四号三八五頁(一九八六), 松浦寛「株式会社における業務執行権の制限について—いわゆるホルツミュラー判決を中心として」明治大学短大紀要三九号一頁(一九八六)を参照。なお, 本判決をめぐる学説の議論あるいは関連判例の紹介については, 伊藤靖史「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」同志社法学五一巻二号一八二頁(一九九九), 神作裕之「純粹持株会社における株主保護(中)—ドイツ法を中心として」商事法務一四三〇号九頁(一九九六), 周田憲二「西ドイツにおける

株式会社の分割」広島法学一二巻三号三八一頁、四〇二頁（一九八九）を参照。

- (23) この判決の評釈について、判旨の結論に反対するものとして、Götz, Die Sicherung der Rechte der Aktionäre der Konzernobergesellschaft bei Konzernbildung und Konzernleitung—zugleich auch eine Besprechung der “Holzmüller” —Entscheidung des Bundesgerichtshofs, Die AG 1984, 85; Heinsius, Organzuständigkeit bei Bildung, Erweiterung und Umorganisation des Konzerns, ZGR 1984, 383; Martens, Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die “Basisdemokratie” in der Aktiengesellschaft—Anmerkungen zu BGHZ 83, S. 122 (“Holzmüller”), ZHR 147, 377 (1983); Semler, Einschränkung der Verwaltungsbefugnisse in einer Aktiengesellschaft, BB 1983, 1566; Süner, Aktionärsschutz und Aktienrecht—Anmerkung zur Seehafenbetriebe—Entscheidung BGH, Die AG 1983, 169; Werner, Zuständigkeitsverlagerungen in der Aktiengesellschaft durch Richterrecht?—Besprechung der Entscheidung BGHZ 83 S.122ff., ZHR 147, 429 (1983); 判旨の結論の一部に賛成するものとして, Westermann, Organzuständigkeit bei Bildung, Erweiterung und Umorganisation des Konzerns, ZGR 1984, 352, 結論に賛成するものとして, Grossfeld/Brondics, Die Aktionärsklage—nun auch im deutschen Recht—Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 25. 2. 1982—II ZR 174/80, JZ 1982, 589; Lutter, Organzuständigkeiten im Konzern, in FS Stimpel, 825 (1985); Reh binder, Zum konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft—Besprechung der Entscheidung BGHZ 83, 122 “Holzmüller”, ZGR 1983, 92がある。
- (24) LG Stuttgart, WM 1992, 58; LG Berlin, Die AG 1992, 91; LG Köln, Die AG 1992, 238; OLG Köln, WM 1993, 644; LG Frankfurt, ZIP 1993, 830; OLG München, Die AG 1995, 232; LG Hamburg, Die AG 1997, 238; LG Frankfurt, ZIP 1997, 1968; LG Karlsruhe, Beschl., ZIP 1998, 385; LG Heidelberg, Die AG 1999, 135; LG Düsseldorf, Die AG 1999, 94; OLG Frankfurt, Die AG 1999, 378.
- (25) Reh binder, a.a.O. (Fn. 23) S. 93.
- (26) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O. (Fn. 8) S. 76.
- (27) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 844f.
- (28) 株主訴訟に関する判旨二の判断及び学説の状況を詳細に紹介するものとしては、伊藤雄司「会社の内部関係における株主保護—ドイツでの株主訴訟をめぐる議論を中心に」本郷法政紀要七号二八七頁（一九九八）、早川勝「西ドイツ株式法における個人株主訴訟」産大法学一八巻二号一四一頁、三号一七九頁（一九八五年）参照。
- (29) この点につき、ドイツ連邦通常裁判所の結論は、一審と二審裁判所の結論と同様に、ドイツ株式法三六一条（現在のドイツ株式法一七九条a項）の適用を認めなかったが、それぞれの総財産に関する判断基準は異なった。一審と二審裁判所は、会社の譲渡資産と残存資産とをのみ比較し、純資産額を問題にしなかったのに対し、ドイツ連邦通常裁判所は、同条は民法四一九条のように執行目的物の喪失に対し会社債権者を保護する目的を有するものではなく、会社とその社員の意思なしに、定款上の企業活動の基礎としての会社財産を完全に手放すことに対し社員を保護しようとするものであると述べ、資産の比較だけではなく、消極財産も収益も考慮すべきもの、と判示した。
- (30) Schilling in Großkomm. AktG § 361 Anm. 4 [3 Aufl. 1974]; Kraft in Kölner Komm. AktG § 361 Anm. 9 [2 Aufl. 1990]. ここにいう総財産の譲渡とは、会社に帰属する財産価値の総体としての財産の譲渡であると理解されている。もし残存している財産が極めて重要であり、かつ有機的であって、従来の企業の継続的経営のために有用である場合には、たとえ残存財産が小規模であっても総財産の譲渡にあたらぬ。
- (31) ただし、一部の学説は、本件のような事案でも同条を類推適用し、株主総会の同意が必要とされる余地があると主張している。なぜなら、数多くの事業目的を追求する会社が、その中心部門で対外的に主に活動していると認められ、他の部門に

については会社の活動の第二次的あるいは制限された範囲で行われるにすぎない場合には、当該中心部門は、会社そのものと同視され、その譲渡は、会社の総財産の譲渡を意味すると考えられるからである。Hübner, Die Ausgliederung von Unternehmensteilen in aktien- und aufsichtsrechtlicher Sicht, in FS Stimpel, 791 (793) (1985); Timm, aa.O. (Fn. 13) S. 114ff.しかしこの学説に対しては、どの活動が会社を特徴付けるのか、あるいはその重点をどこに置くか、という限界付けの問題に対して、異なった判断がなされるため、同条の類推適用は法の不安定性をもたらす、という批判がある。Kraft in Kölner Komm. AktG § 361 Anm. 11 [2 Aufl. 1990].

(32) ただし、本件のように重要な企業部門の分割に定款の規定が要求されるかどうかについては、ドイツ連邦通常裁判所は明示していない。この点につき、学説上の見解は分かれている。通説は、事実上の定款変更 (faktische Satzungsänderung) の観点から、一定の場合に、コンツェルン形成に関する株主のコントロールは、株式法一七九条a項と同様に問題となり、例えば親会社はその財産を子会社に分割する場合に、子会社の定款所定の会社目的は親会社の会社目的の範囲を超え、あるいは、分割によって親会社のあらかじめ規定されていた会社目的が放棄される場合に、親会社の会社目的の変更が必要であるとす。Rehbinder, Ausgründung und Erwerb von Tochtergesellschaften und Rechte der Aktionäre, in FS Coing II, 423 (434) (1982); ders., aa.O. (Fn. 23) S. 96; Schneider, aa.O. (Fn. 13) S. 517; Timm, aa.O. (Fn. 13) S. 100ff.; ders., aa.O. (Fn. 22) S. 177ff.; Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 120 (4 Aufl. 1981).これに対し、一部の学説は、重要な企業部門の分割が会社の総財産の譲渡 (ドイツ株式法一七九条a項) 及び経営委任契約、経営貸借契約 (ドイツ株式法二九二条) とは異なり、この分割によって子会社の企業活動は親会社の会社目的の達成に役立つから、定款変更は不要であると主張している。Götz,

aa.O. (Fn. 23) S. 90ff.; Hommelhoff, aa.O. (Fn. 13) S. 271ff.

(33) Heinsius, aa.O. (Fn. 23) S. 389; Hommelhoff, aa.O. (Fn. 13) S. 401f.; Koppensteiner in Kölner Komm. AktG § 291 Anm.21 [2 Aufl. 1987]; Kropff, Zur Konzernleitungspflicht, ZGR 1984, 112 (123); Semler, aa.O. (Fn. 23) S. 1570; Süner, aa.O. (Fn. 23) S. 169f.; Werner, aa.O. (Fn. 23) S. 438; Westermann, aa.O. (Fn. 23) S. 363. なお、本件の分割が行われる前に子会社をすでに設立していた以上、これはコンツェルン形成の事項ではなく、取締役の業務執行事項に属するものである、というような指摘もある。Rehbinder, aa.O. (Fn. 23) S. 97.

(34) BGHZ 83, 122, 131.また、本件において、ドイツ連邦通常裁判所は、コンツェルン形成の領域においては、ドイツ株式法一一九条二項を拡大解釈することによって、コンツェルン指揮の領域においては、親会社の株主総会の不文の総会権限を認めることによって、親会社の株主の参加権を根拠づける。なお、結論として取締役の義務を認めなかったが、コンツェルン指揮の領域においても、ドイツ株式法一一九条二項の観点から取締役の義務を判断した下級審判決がある。OLG Köln, WM 1993, 644 (649).

(35) Kropff, aa.O. (Fn. 12) S. 119; Lutter, aa.O. (Fn. 13, Teilfusionen in Gesellschaftsrecht) S. 211f.; Mertens, Unternehmensgegenstand und Mitgliedschaftsrecht, Die AG 1978, 309 (311).

(36) Hommelhoff, 100 Bänd BGHZ: Aktienrecht, ZHR 151, 493 (503) (1987).

(37) Martens, aa.O. (Fn. 23) S. 384.

(38) Martens, aa.O. (Fn. 23) S. 383.

(39) Timm, aa.O. (Fn. 13) S. 18.

(40) Mülberr in Großkomm. AktG § 119 Anm. 8 [4 Aufl. 1999].

(41) ドイツ株式法九三条四項一文は、「取締役の行為が総会の適法な決議に基づくときは会社に対して賠償義務は発生しない」と定めている。邦訳として、慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』慶

応義塾大学法学研究会・一九六九年参照。

- (42) Mertens in Kölner Komm. §76 Anm. 51 [2 Aufl. 1988].
- (43) Martens, a.a.O. (Fn. 23) S. 381ff.; Rehbinder, a.a.O. (Fn. 23) S. 99.
- (44) Hübner, a.a.O. (Fn. 31) S. 795.
- (45) BGHZ 83, 122, 136f.
- (46) BGHZ 83, 122, 137.
- (47) Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 413 (2 Aufl. 1996).
- (48) Heinsius, a.a.O. (Fn. 23) S. 397ff.; Werner, a.a.O. (Fn. 23) S. 435.
- (49) Werner, a.a.O. (Fn. 23) S. 434.
- (50) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 414.
- (51) Martens, a.a.O. (Fn. 23) S. 377.
- (52) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O. (Fn. 8) S. 77.
- (53) Thomas, Rücklagebildung im Konzern, ZGR 1985, 365 (373).
- (54) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 20 Fn. 59.
- (55) Reichert, Ausstrahlungswirkungen der Ausgliederungsvoraussetzungen nach UmwG auf andere Strukturänderungen, in Habersack/Koch/Winter (Hrsg.), Die Spaltung im neuen Umwandlungsrecht und ihre Rechtsfolgen, 25 (26f.) (1999).
- (56) Timm, a.a.O. (Fn. 13) 参照。
- (57) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O. (Fn. 8) S. 73f.
- (58) BGHZ 83, 122, 138ff.; LG Köln, Die AG 1992, 238 (239f); OLG Köln, Die AG 1993, 86.
- (59) そもそも学説上, コンツェルン形成規制のコンツェルン指揮規制に対する優位を主張するのが通常である。その理由は, コンツェルン形成措置の場合の方が, コンツェルン指揮措置の場合より株主が著しく害されるからである。Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 848; Westermann, a.a.O. (Fn. 23) S.367.
- (60) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 365.
- (61) Westermann, Grundfragen der Rechtsfortbildung im Aktienkonzernrecht, in FS Pleyer, 421 (430) (1986).
- (62) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 366f.
- (63) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 826ff.; Timm, a.a.O. (Fn. 13) S. 47.
- (64) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 827f.; ders., Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Missbrauch oder Organisationsrecht?, in Druey (Hrsg.), Das St. Galler Konzernrechtsgespräch, 225 (226) (1988).
- (65) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 832f.
- (66) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht) S. 199.
- (67) 最近では, その議論の対象はさらに拡大している。すなわち, Holzmüller判決において判示された, 不文の総会権限を基礎づけた「株主権の侵害」という概念の影響を受けて, コンツェルンとは関係なく, 単一会社における基本的な構造措置, 例えば会社の重要財産の譲渡, 会社の上場・上場廃止等が議論の対象となっている。Lutter/Leinekugel, Kompetenzen von Hauptversammlung und Gesellschafterversammlung beim Verkauf von Unternehmensteilen, ZIP 1998, 225; dies., Der Ermächtigungsbeschluss der Hauptversammlung zu grundlegenden Strukturmaßnahmen—zulässige Kompetenzübertragung oder unzulässige Selbstentmachtung?, ZIP 1998, 805; Riegen, Gesellschafterschutz bei Ausgliederungen durch Einzelrechtsnachfolge, 38ff. (1999) 参照。
- (68) Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 7 [2 Aufl. 1999]. またその中に財産分割と現金出資との組み合わせによる子会社の設立の場合も含まれる。Wahlers, Konzernbildungskontrolle durch die Hauptversammlung der Obergesellschaft, 46f. (1995). 従来親会社にとって重要ではなかった子会社において基本資本額がかなり増加し, かつ親会社の総財産が現物出資として子会社に譲渡される場合はコンツェルン指揮規制の範囲ではなく, コンツェルン形成規制の範囲に含まれる。その理由は, その後の財産譲渡による親会社の株主の支配力への影響が, 第一次的財産譲渡による親会社の株主の支配力への影響よりはるかに重大であるからである。Hirte, Bezugsrechtsausschluß und Konzernbildung, 177 (1986).

- (69) Mecke, Konzernstruktur und Aktionärsentscheid, 57f (1992); Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 93.
- (70) Timm, a.a.O. (Fn. 13) S. 11.
- (71) Koppensteiner in Kölner Komm. AktG Vorb. § 291 Anm. 41ff. [2 Aufl. 1987].
- (72) Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 37 [2 Aufl. 1999].
- (73) Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht Komm. Vorb. § 311 Anm. 17 [1998]; Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 34 [2 Aufl. 1999].
- (74) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 200. 他方, コンツェルン形成規制による予防的保護, 及び, 法的安定性の観点から, 重要性の基準の設定に反対する見解がある。Koppensteiner in Kölner Komm. AktG Vorb. § 291 Anm. 19 [2 Aufl. 1987]; Kropff, a.a.O. (Fn. 33) S. 132.
- (75) Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 182ff., S. 192f.
- (76) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 220.
- (77) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 850.
- (78) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O. (Fn. 8) S. 88; Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 436f.; Seydel, Konzernbildungskontrolle, 434 (1995)
- (79) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Teilfusionen im Gesellschaftsrecht) S. 214 Fn. 36 (部分的合併の場合にのみ); Timm, a.a.O. (Fn. 13) S. 162f.
- (80) Gessler, Einberufung und ungeschriebene Hauptversammlungs-Zuständigkeiten, in FS Stimpel, 771 (787) (1985).
- (81) LG Frankfurt, ZIP 1993, 830 (832).
- (82) 組織変更法六二条一項一文は, 譲受株式会社が譲渡する物的会社の資本の少なくとも一〇分の九を所有する場合に, 譲受株式会社の合併決議は, 譲渡会社を吸収するためにはこれを不要とすると定めている。そして, 組織変更法一二五条において, 右記の規定は会社分割の場合に準用される。
- (83) Mülbert in Großkomm. AktG § 119 Anm. 7 [4 Aufl. 1999].
- (84) 一九九四年組織変更法の改正によって, 消滅分割 (Aufspaltung), 存続分割 (Abspaltung), 分離分割 (Ausspaltung) という三つの類型の分割が認

められた (組織変更法一二三条)。その定義を簡単にいうと, 消滅分割とは, 譲渡会社が清算せずに解散し, その全財産を分割し特別の権利承継の方法でその財産の一部を少なくとも二個の別の既存会社または新設会社に, 合併と同様に譲渡会社の株主に対し譲受会社もしくは新設会社の持分の付与と引換に譲渡する分割である。さらに, 存続分割とは, 譲渡会社が存続し自己の財産の一部だけを一個または複数の別の既存会社もしくは新設会社に, 譲渡会社の株主に対して, 既存会社もしくは新設会社の持分の付与と引換に譲渡する分割である。最後に, 分離分割とは, 譲渡会社が自己の一個もしくは複数の財産だけを既存会社または新設会社に譲渡し, 既存会社もしくは新設会社の持分が譲渡会社自体の財産に帰属する分割である。ここで, 注意すべきことは, 組織変更法における分離分割の規定がコンツェルン形成にかかわる分割か否かで区別せず, 分離分割の財産規模を問わずに, 一律に適用されるという点である。しかし, 後者の点につき, 包括承継によって行われる小規模な分離分割にまで総会の権限とするのは広げすぎるという批判がある。Feddersen/Kiem, Die Ausgliederung zwischen "Holzmüller" und neuem Umwandlungsrecht, ZIP 1994, 1078 (1081-1082). 一九九四年組織変更法の改正については, 早川勝「ドイツにおける会社分割規制—株式会社の分割手続を中心として」同志社法学四八巻五号九四頁 (一九九七年), 同「ドイツにおける有限会社分割規制について」同志社法学四九巻一号一頁 (一九九七年), 同法の政府草案及び同法の邦訳については, 同「ドイツにおける『組織変更法整備法』政府草案について」産大法学二八巻一号二五頁 (一九九四年), 同「ドイツ組織変更法」同志社法学四九巻四号二三四頁 (一九九八年) を参照。

- (85) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 142.
- (86) Hirte, a.a.O. (Fn. 68) S. 159; Koppensteiner in Kölner Komm. AktG Vorb. § 291 Anm. 18, 25f. [2 Aufl. 1987]; Timm, a.a.O. (Fn. 13) S.89ff., S. 130ff. この通説に対し, 一部の学説は, 会社財産の子会社への分割や企業参加が親会社の定款上の営業領

- 域 (statutarische Branchenbereich) に含まれる限り, これは専ら取締役の権限に属するものであり, 定款において特別な権限が定められなくてもよい, と主張する。Mertens in Kölner Komm. AktG § 76 Anm. 51 [2 Aufl. 1988].
- (87) Kropff, a.a.O. (Fn. 33) S. 130.
- (88) Heinsius, a.a.O. (Fn. 23) S.407f; Koppensteiner in Kölner Komm. AktG Vorb. § 291 Anm. 21, 26 [2 Aufl. 1987]; Werner, a.a.O. (Fn. 23) S. 450f.
- (89) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 847; Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 159.
- (90) Hirte, a.a.O. (Fn. 68) S. 161; Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 151.
- (91) Emmerich/Sonnenschein, a.a.O. (Fn. 8) S. 85f.; Hirte, a.a.O. (Fn. 68) S. 160ff.; Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 847; Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 206; Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 54f. (1988).
- (92) Heinsius, a.a.O. (Fn. 23) S. 405ff.
- (93) Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 13) S. 86ff.; Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 165f.; Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 396f.
- (94) LG Frankfurt, Die AG 1998, 45, 46.
- (95) Mülbert in Großkomm. AktG § 119 Anm. 62 [4 Aufl. 1999]; Wiedemann in Großkomm. AktG § 179 Anm. 77 [4 Aufl. 1995].
- (96) Timm, a.a.O. (Fn. 13) S. 175ff.; ders., a.a.O. (Fn. 22) S. 184.
- (97) BGHZ 83, 122, 131. しかし, 本判決においては, コンツェルン指揮措置の場合に親会社の総会の不文の総会権限が認められる根拠は, ドイツ株式法一一九条二項にではなく, ドイツ株式法の規定の類推的援用 (analoge Heranziehung) により導かれた。BGHZ 83, 122, 138ff.
- (98) Joost, "Holzmüller 2000" vor dem Hintergrund des Umwandlungsgesetzes, ZHR 163, 164 (169) (1999). 通常, 「裁量権収縮」は公法上使われる概念である。その意義は行政機関に委ねられた裁量権の範囲が, 具体的状況に応じて収縮することである。通常は, 行政庁が自己の裁量判断に委ねられた権限を行使しないとき, 社会的危険が極限に達しているような場合には, その裁量の幅がゼロまで収縮して権限行使義務が発生するという「裁量権のゼロ収縮」を指す。金子宏=新堂幸司=平井宜雄 (編集), 法律学小辞典, 四三〇頁 (第三版・一九九八) 参照。ここでは公法上の概念を使って, 取締役の裁量権を収縮する前提要件は満たされていない。つまり取締役の裁量権の行使は株主の利益に依存しないから, 取締役の裁量権収縮の問題は生じないのである。
- (99) Joost, a.a.O. (Fn. 98) S. 171.
- (100) Koppensteiner in Kölner Komm. AktG Vorb. § 291 Anm. 21 [2 Aufl. 1987]; Mertens in Kölner Komm. AktG § 76 Anm. 51 [2 Aufl. 1988].
- (101) Gessler, a.a.O. (Fn. 80) S. 776ff.
- (102) Gessler, a.a.O. (Fn. 80) S. 778.
- (103) Gessler, a.a.O. (Fn. 80) S. 778.
- (104) Werner in Großkomm. AktG § 121 Anm. 17 [4 Aufl. 1993].
- (105) Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 36) S. 507.
- (106) Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 154; Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 142.
- (107) Reh binder, a.a.O. (Fn. 23) S. 98. また, この見解と同じ方向であるが, その根拠はドイツ株式法一七九条一項によってのみ裏付けられるとする学説がある。その理由としては, コンツェルン形成措置によって財産構造及び業務構造, 権限構造が影響を受ける程度は, 通常の商品目的の変更によって受ける程度に劣らないから, 総会の承認が必要であるとされる。Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 184. このような見解に依拠する判例としてはLG Frankfurt, Die AG 1998, 45がある。
- (108) まず, ドイツ株式法二九三条二項によれば, 支配契約あるいは利益供出契約の締結は総会が同意する場合に限り有効となるとされている。通常, 企業契約の締結後, 会社の固有の, 自治的支配可能性が放棄される結果, 株主のリスク範囲に影響を与えるという親会社の法的組織構造の変更が導かれるから, 親会社の株主総会の特別決議が必要となる。また, ドイツ株式法三一九条二項によれば, 編入に関する決議は将来の主会社の総会が同

意するときに限り有効となるとされている。この場合には編入前及び編入中に設定された編入会社の債務について主会社が連帯責任を負い（ドイツ株式法三二二条一項）、また編入会社に生ずるすべての貸借対照表上の損失が公然の準備金の額を超過する限り、主会社がこれを補償する義務を負う（ドイツ株式法三二四条三項）ために、主会社の株主は従来より多くのリスクを負担するから、株主総会の特別決議が必要である。このような一般的法原則、つまり会社の組織構造の変更による株主リスク上昇の場合に株主の参加が必ず必要であるということは、会社総財産の譲渡（ドイツ株式法三六一条、現在の一七九条a項）及び定款変更（ドイツ株式法一七九条一項）、合併（ドイツ株式法三四〇条一項、現在の組織変更法一三条一項）の場合にも妥当する。さらに、新株発行（ドイツ株式法一八二条以下、特に一八六条三項による新株引受権の排除）及び転換社債・利益配当付社債の発行（ドイツ株式法二二一条）の場合に、株主持分の価値と構造は影響を及ぼされるから、株主総会の特別決議が必要である。

- (109) Timm, Minderheitenschutz und unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Mutterunternehmen, ZHR 153, 60 (69) (1989); Wiedemann, a.a.O. (Fn. 91) S. 55.
- (110) Hirte, a.a.O. (Fn. 68) S. 182ff.; Rehbindler, a.a.O. (Fn. 23) S. 102.
- (111) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 185.
- (112) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 185.
- (113) Begründung des RegE, Allgemeine Begründung, bei Kropff, AktG, 14ff. (1965).
- (114) Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 162ff.
- (115) Riegen, a.a.O. (Fn. 67) S. 55.
- (116) LG Hamburg, DB 1997, 516 Wünsche事件においては、裁判所は、個別承継による財産の分割の場合には、株主が決議事項の通知及び営業報告書によって情報を十分に得られるため、会社側に分割報告書を提出する義務はないと判示した。これに対し、LG Karlsruhe, Beschl., ZIP 1998, 385 Badenwerk事件においては、裁判所は、組織変更

法による分離分割と個別承継による財産の分割との差が単なる財産譲渡の法的技術の部分 (rechtstechnisches Detail der Vermögensübertragung) にあるため、組織変更法の保護規定である分割報告書の作成、中間貸借対照表の供覧の規定は会社財産の重要な部分が個別承継によって従属会社に分離される場合にも類推適用される、と判示した。同じ立場の裁判例はLG Frankfurt, Die AG 1998, 287がある。

- (117) Emmerich / Habersack, Aktienkonzernrecht Komm. Vor. § 311 Anm. 19 [1998]; Joost, a.a.O. (Fn. 98) S. 179ff.; Riegen, a.a.O. (Fn. 67) S. 86ff. 株主総会の決議の規定（組織変更法一二五条、一三条）の他に、組織変更法の個々の保護規定の趣旨を考慮しつつ、場合によっては、個々の規定は、個別承継による分割に類推適用されうると主張される。例えば、分割報告書の規定（組織変更法一二七条、八条一項二文から四文及び二項と三項）は、個別承継による財産の分割の場合に類推適用されるべきであると主張される。これに対し、当事会社間の連帯債務責任に関する規定は譲渡会社の債権者の保護のために定められたものであるが、個別承継による財産の分割の場合には、譲渡会社がすでに債権者の同意を得ている（ドイツ民法四一四条、四一五条参照）ために、組織変更法一三一条一項一号の規定が類推適用される必要はない。
- (118) Begründung eines Gesetzes zur Bereingung des Umwandlungsrechts, BT-Drucks. 12/6699, 103.
- (119) Riegen, a.a.O. (Fn. 67) S. 66.
- (120) 組織変更法一条一項は、「国内に住所を有する権利の担い手は、次の方法によって組織変更することができる。1 合併 2 分割（消滅分割、存続分割、分離分割） 3 財産譲渡 4 法形式の変更」と定めており、同条二項は「第一項の意味における組織変更は、本法において規定された場合のほか、本法以外の連邦法及び州法が明文で規定した場合にかぎりこれを行うことができる」と定めている。
- (121) Lutter in Lutter (Hrsg.), UmwG, § 1 Anm. 23 [2 Aufl. 2000].
- (122) Begründung eines Gesetzes zur Bereingung des

Umwandlungsrechts, BT-Drucks. 12/6699, 80.

- (123) Riegen, a.a.O. (Fn. 67) S. 91.例えば、譲渡会社の株主総会の決議は、単に組織変更法による登記の前提要件とされる他、取締役の代表権を制限するものにとどまっている。この決議に関する規定は、株主保護の観点ではなく、単に法技術の観点から置かれたものにすぎず、個別承継による財産の分割の場合に類推適用される根拠にはならない。Mülbert in Großkomm. AktG § 119 Anm. 27f. [4 Aufl. 1999].
- (124) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 197f, S. 394.
- (125) Mülbertの見解を詳細に紹介するものとして、伊藤・前掲(注22)「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二一六頁以下、神作裕之「純粹持株会社における株主保護(下)—ドイツ法を中心として」商事法務一四三一—一三頁、一五頁以下(一九九六)がある。
- (126) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 416.
- (127) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 417.
- (128) BGHZ 83, 122, 139.
- (129) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 417.
- (130) BGHZ 83, 122, 142.
- (131) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 419.
- (132) Mülbertはコンツェルン関係の存在の基準としての「統一的指揮」の概念を捨象し、支配・従属関係の存在を軸とする企業グループにおける問題を取り扱う。その結果、従来より幅広い企業グループを問題とする。Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 52ff.
- (133) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 373.
- (134) 現行ドイツ株式法及び組織変更法の認める株主総会の権限から、以下の五つの場合に、株主の意思決定への参加が求められているとする。第一は団体目的の変更(Änderung des Verbandszwecks)である。第二は社員権の同一性の変更(Identitätsänderungen in Mitgliedschaft)である。第三は会社の総財産の喪失の危険(Gefährdung des gesamten Gesellschaftsvermögens)である。第四は新株主に有利な持分価値の侵害(Beeinträchtigungen des Beteiligungswerts zugunsten neuer Aktionäre)で

ある。第五は包括承継による会社財産の譲渡(Vermögensübertragung durch Gesamtrechtsnachfolge)である。Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S.160ff. これについては、伊藤・前掲(注22)「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二一八頁以下参照。

- (135) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 431.
- (136) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 431. 確かに、合併会社の設立、第三者と共同設立した子会社への財産譲渡、新株引受権を排除した子会社の新株発行、子会社と第三者との合併、子会社株式の譲渡の場合には、親会社の立場からみれば、第三者が参加する子会社は、単に親会社の一部の財産にすぎない。これに対し、契約コンツェルンの締結(ドイツ株式法二九三条二項一文)や基本資本の九五%以上を保有する株式会社の編入(ドイツ株式法一九条二項一文と結び付いた三二〇条一項三文)、合併(組織変更法一三条一項)、組織変更法上の会社分割(組織変更法一二五条)の場合には、いずれも親会社は第三者の持分を自己株式またはその売却金をもって取得する。しかし、親会社の株式の価値が減少する点では、子会社の株式が不当に安く取得される場合も変わらない。Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S.431f.
- (137) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 421, S. 431.
- (138) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 441.
- (139) BGHZ 83, 122, 140.
- (140) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 444.
- (141) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 447.
- (142) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 447f.
- (143) Mülbert, a.a.O. (Fn. 47) S. 449.
- (144) Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 11 [2 Aufl. 1999].また、一部の学説は、株主総会の特別決議だけではなく、決議内容の実質的な規制(Sachkontrolle)も必要である、と主張する。その論拠は、Kali und Salz事件(BGHZ 71, 40)において、新株引受権の排除が引受権が排除される株主の利益を考慮した上に、会社利益において正当化される場合にのみ認められる、という原則が

導き出されたために、コンツェルン形成措置の決議にも同様のことが考慮されなければならない、ということにある。つまり、コンツェルン形成措置は、会社構造の措置として親会社の会社利益が存在し、しかもこの措置が必要かつ相当である場合にのみ認められるとする。Hirte, a.a.O. (Fn. 68) S. 165ff.これに対し、個々のコンツェルン形成措置の場合に、会社の利益のため必要性及び相当性は、實際上判断されるのが不可能である以上、この実質的規制の主張は行き過ぎではないかという批判がなされている。Mecke, a.a.O. (Fn. 69) S. 142ff.

(145) Wahlers, a.a.O. (Fn. 68) S. 195ff. これに対し、一部の学説は、親会社の株主総会の決議を経ずに行われたコンツェルン形成措置は無効である、と主張する。その理由は、以下のようなものである。ドイツ株式法の権限秩序の観点からは、会社の構造変更の措置の場合に、株主の保護が法的安定性より優先するということが認められる。従って、会社の構造変更の措置とみられるコンツェルン形成措置も、取締役の不可制限の代表権の例外とされており、その措置の対外効力は、株主総会の同意に依存しなければならない。Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 13) S. 100f.

(146) Emmerich/Habersack, Aktienkonzernrecht Komm. Vor. § 311 Anm. 18 [1998]; Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 12 [2 Aufl. 1999].

(147) Krieger, MünchHdb. AktG § 69 Anm. 41f. [2 Aufl. 1999].この点につき、Mülberrtの見解によれば、広義の分離措置については、取引保護のために、親会社の株主総会の決議に対世的効力が認められないのに対し、その他のグループ形成措置については、親会社が子会社の存続について無制限の責任リスクを負い、かつ、当該子会社が他の会社について同様の責任リスクを引き受ける場合には、取引保護の利益は明らかでなく、株主総会決議を経ずに行われた措置は無効となる、すなわち親会社の株主総会の決議は対世的効力を有する、とされている。Mülberrt, a.a.O. (Fn. 47) S. 438, S. 449.

(148) Werner in Großkomm. AktG § 121 Anm. 20 [4 Aufl. 1993].

(149) Wiedemann, a.a.O. (Fn. 91) S. 65.

(150) Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 13) S. 77f.; Lutter, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180, 84 (114ff.) (1989) 参照。

(151) 注134参照。

(152) 「親子会社法制等に関する問題点」第一編第二章、ジュリスト一四〇号三六頁（一九九八）参照。

(153) 酒巻俊雄「日本における会社法の最近の動向と課題」商事法務一五七六号一五頁、二〇頁（二〇〇〇）。

(154) 原田晃治=関一穂=范揚恭=市原義孝「親子会社法制等に関する各界意見の分析—親子会社法制・金融資産の評価—」別冊商事法務二一一号一四頁（一九九八）。

(155) 通商産業省産業政策局編・企業組織の新潮流—急がれる持株会社規制の見直し五〇頁（一九九五）。

(156) 前田・前掲（注2）「持株会社」二七頁。

(157) 高橋英治「持株会社の株主の権利義務」法学教室二二〇号一八頁、二〇頁（一九九九）。

(158) 原田=関=范=市原・前掲（注154）「親子会社法制等に関する各界意見の分析—親子会社法制・金融資産の評価—」一四頁。

(159) 伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二六二頁、神作・前掲（注125）「純粹持株会社における株主保護(下)—ドイツ法を中心として—」二三頁、前田重行「持株会社株主総会の子会社に対する権限の拡大と株主総会の運営」現代企業法学の研究五四七頁以下（二〇〇一）。

(160) 例外としては、以下のようなものがある。完全親会社になる会社が株式交換に際して発行する新株の総数とその会社の発行済株式の総数の二〇分の一を超えず、かつ株式交換交付金が交換会社の純資産額の五〇分の一を超えないときに、その会社は商法三五三条一項の株主総会の承認を得る必要がない（商法三五八条一項）。また、分割による新設会社あるいは分割による承継会社が分割会社に対し分割に際して発行する株式の総数を割当する場合に、分割会社が分割による新設会社あるいは

は分割による承継会社に承継させる財産について、分割会社の会計帳簿に記載する価額の合計額がその会社の最終の貸借対照表の資産の部に計上する額の合計額の二〇分の一を超えないときには、分割会社は商法三七四条一項の承認を得る必要がない（商法三七四条ノ六第一項、三七四条ノ二二第一項）。

- (161) 一部の学説は、親会社の一〇〇%子会社への重要な財産の譲渡の場合には、親会社の株主総会の決議を要しないと主張する。その理由は、通常の一〇〇%子会社への営業譲渡が親会社の経営戦略の一環としてなされるため、その場合には、両者の利益は一致する、あるいは、親会社と子会社は実質的に完全な同一体であるため、事業のあり方に根本的変更を生ずるものとはいえないからであると述べられている。周田憲二「親子会社における営業譲渡」平成法学二号一頁，五六頁（一九九七），田代有嗣・親子会社の法律と実務二四五頁（一九八三）。これに対し、通説は、同じ営業が会社本体で行われる場合と子会社形態で行われる場合とでは、その営業に対して親会社の株主が関与しうる範囲が異なる以上、株主保護のために親会社の特別決議を必要であるとする。落合誠一・新版注釈会社法(五)二四五条注釈一三（一九八七）。
- (162) もちろん、いずれの場合でも重要な財産の処分及び譲受にあたる時は、取締役ではなく、取締役会がこれを決定しなければならない（商法二六〇条二項一号）。
- (163) 藤田友敬「持株会社の設立」商事法務一四三一号四頁，八頁，一二頁注四四（一九九六）。
- (164) Lutter, a.a.O. (Fn. 23) S. 848; Westermann, a.a.O. (Fn. 23) S. 367.
- (165) Mülbart, a.a.O. (Fn. 47) S. 368.
- (166) この点につき、一九九八年七月八日付けで法務省参事官室から公表された「親子会社法制等に関する問題点」第一編第二章において、子会社の取締役及び監査役の選任・解任、子会社の営業譲渡、子会社の定款変更、子会社の合併、子会社の株式の譲渡といった事項が明示的に列挙されている。しかし、筆者は、子会社の取締役及び監査役の選

任・解任といった事項について親会社の株主の参加権を認める必要はないと考えている。その理由は、これらの事項は親会社株主の株主権の縮減の問題とほとんど関連しないからである。確かに、不適任な子会社の取締役が子会社に損害を与える場合に、親会社の株主にとっては、事後的に不適任な子会社の取締役候補者を提案した取締役の責任を追及するしか道は残されていないし、またその責任を追及することは損害の算定や因果関係の立証問題で挫折するという問題があると指摘されている。西尾幸夫「子会社運営に関する親会社株主の権限」ジュリスト一一四〇号一〇頁，一四頁（一九九八）。しかし、法が親子会社の各自の法人格を認めている以上、親会社の株主の子会社に対する関与は最小限にとどめられなければならない。従って、親会社の株主にとって株主権の縮減に著しくかわる子会社の構造措置にかかわる事項に限定すべきであると考えられる。

- (167) この点につき、一部の学説では、親会社株主が子会社の株主総会において直接に議決権を行使することができるようにすべきとの見解がある。西尾・前掲（注166）「子会社運営に関する親会社株主の権限」一五頁。しかし、子会社は親会社と別の法人格である以上、親会社を通じた規制の方が適切ではないと考えられる。牛丸=川口=黒沼=近藤=田村=行澤・前掲（注3）「親子会社法制の立法論的検討(上)」九頁。
- (168) 牛丸=川口=黒沼=近藤=田村=行澤・前掲（注3）「親子会社法制の立法論的検討(上)」九頁。
- (169) 牛丸=川口=黒沼=近藤=田村=行澤・前掲（注3）「親子会社法制の立法論的検討(上)」九頁。
- (170) 一部の学説は、事後設立に関する商法二四六条一項や、簡易合併に関する商法四一三条ノ三第一項を判断基準とすると主張する。牛丸=川口=黒沼=近藤=田村=行澤・前掲（注3）「親子会社法制の立法論的検討(上)」一三頁注一〇，注一一，西尾・前掲（注166）「子会社運営に関する親会社株主の権限」一三頁。これに対し、事後設立・簡易合併においてはいずれも譲受人である会社が問題となるため、これらの規定は譲渡人たる会社に

とっての重要性の基準の直接の参考とすることは適切ではないと反論されている。伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二四八頁。

(171) 伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二四六頁。

(172) 伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二五一頁。ただし、この見解は、子会社の合併の相手方が企業グループに属しないことを前提とし、かつ、重要な子会社であるかどうかを判断するに際し、その計算の分母は親会社の純資産額ではなく、企業グループ全体の純資産額であるとする。一部の学説は、簡易合併の規定（商法四一三条ノ三）を参考としながら、存続会社である子会社が合併に際し発行する株式の総数が、親会社の保有する子会社株式の総数の二〇分の一以上に相当する場合には親会社株主の同意を必要とすると主張する。牛丸＝川口＝黒沼＝近藤＝田村＝行澤・前掲（注3）「親子会社法制的立法論的検討(上)」八頁、一三頁注一二。しかし、子会社の営業譲渡のところで述べたように、この規定は、譲受人たる会社の立場からなされるものであるから、子会社の合併の場合には相当しないと思われる。

(173) 伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二五〇頁。

(174) Mülbart, a.a.O. (Fn. 47) S. 431.

(175) Lutter, a.a.O. (Fn. 13, Zur Binnenstruktur des Konzerns) S. 364f. また、この点について、日本においては、「支配を確保できるだけの持分比率を維持できるかどうか」という主張もなされている。川浜昇「持株会社の機関」資本市場研究会『持株会社の法的諸問題』六六頁、八五頁（一九九五）。

(176) 川浜・前掲（注175）「持株会社の機関」八五頁。

(177) この問題点を指摘したものとしては、伊藤・前掲（注22）「子会社の基礎的変更への親会社株主の

関与—ドイツにおけるコンツェルン形成・指揮規制に関する議論を参考に—」二五三頁、周田・前掲（注161）「親子会社における営業譲渡」六三頁、川浜・前掲（注175）「持株会社の機関」八五頁参照。これに対し、一部の学説は子会社の増資という企業金融に関する決定は機動的に行われることが望ましいから、親会社の株主総会の承認を要する必要はないと述べている。牛丸＝川口＝黒沼＝近藤＝田村＝行澤・前掲（注3）「親子会社法制的立法論的検討(上)」九頁。

(178) 「中間試案」の「株式関係」と題される第一の二の2においては、発行済株式の総数の一定の比率（例えば、五分之一）を超える第三者に対する新株発行の場合には、株主総会の特別決議を必要とすることが提案されている。

(179) 森本滋・新版注釈会社法(七)二八〇条ノ二注釈三（一九八七）。

(180) 洲崎博史「不公正な新株発行とその規制（二・完）」民商法雑誌九四巻六号七二一頁、七三一頁（一九八六）、森本滋・新版注釈会社法(七)二八〇条ノ二注釈四（一九八七）。

(181) 森本滋・会社法五二頁（第二版・一九九五）。