

多数者支配に問われる「一定の具体的理由」とは（別府）

多数者（多数所有者）支配（＝法律上の支配）に問われる「一定の
具体的理由」とは——西独判例研究を契機として——

——経営管理の抑制措置の研究（その五）——

別 府 三 郎

——はじめに——

- 一 これまでの研究経過
- 二 一九七七年一月二十九日西独連邦裁判所判例とその意義
- 三 一九七八年三月一三日西独連邦裁判所判例とその意義
- 四 結びに代えて

——はじめに——

これまでの研究活動を旅にたとえれば、確固たる「一里塚」らしきものが建てられず、霧の中をさまよい歩く情況が続いている。局所的には里程碑らしきテーマを建て、興味本位に論考を重ねていることになるが、このたびのテーマも旅路をさまよい歩きながらの試論にすぎず、くたびれたやつがみつけた一里塚になりかねない。より極端な形で問題を整理すれば、多数者（多数所有者）支配¹になんらの制限も加えられる必要はないかをめぐる検討の一つとなると思う。一般に多

数決原理は「平等の原理」に重点があるわけである。これをもっと具体的に考えてみると、多数決をもって広義の基本的人権を否定するようなことがあってはならないとする立場があり、それに依拠してみると、²⁾多数者支配による少数者の利益侵害行為を現代的会社法の認識論および価値論においても、より一層警戒して再検討してみる必要があるのではないかと思に至る。ここであらかじめおことわりしておきたいことは、報告の顛末はわが国の現代的会社法論の新たな基本認識にもなるのではないかについて確証があるわけではなく、その点をおわびしておきたいのである。

ただ最近の西独における判例・学説の動向を辿ってみると、³⁾そこには多数者支配行動の再検討の契機があり、その動向に見出される「一定の具体的理由ある多数者支配」という構想論の展開に、報告の意義を求めたにすぎない。テーマは昭和五五年一〇月三十一日の東北大学商法研究会（於・東北大学法学部）における西独会社法の判例研究（新株引受権を排除した増資決議をめぐる判例動向）を手掛りに、これを契機としてこれまでの研究過程を補足し、発展させようとしたものである。報告のテーマは仮りの里程標であり、多数者（多数所有者）支配（＝法律上の支配）の行動に、不文法の要件として「一定の具体的理由」を付加することにより、現代的会社法論における少数者保護＝勢力濫用規制の判断基準になにか変化が生ずるものかを考えてみたいためのものである。なおこの「一定の具体的理由」とはドイツ語（sachliche Gründe）⁴⁾の意訳であるが、それは多数者の支配行動の「必要性」と「比例均衡性」とにより形成される必要・十分条件の表現である。

(1) 株式会社の支配形態である「多数者（多数所有者）支配」とか、「少数者（少数所有者）支配」、あるいは「経営者支配」等の概念使用には十分留意すべきであるが、拙稿のテーマの選択は北沢正啓著現代法学全集18『会社法』二三五頁以下に依拠したものである。その他の多数の重要文献はすべて割愛したことをおことわりしたい。

(2) たとえば、利光三津夫・森征一・曾根泰教著『満場一致と多数決・ものの決め方の歴史（日経新書）』一七九頁以下参考になる。なお資本多数決との関係で「株主平等原則」の再検討を通して、私法団体上の「株主平等原則」の法的根拠論を展開する研究が発

表られ、多くの示唆を受けた論考として、出口正義「株主の議決権制限の法理」上智法学論集一九卷一七五頁以下、出口正義「株主平等の原則の基礎理論」(1)(2)(3)・(完)旭川大学紀要七号、八号、九号がある。そこには拙稿にも「通底」する思考方法がある。

(c) Dr. Marcus Lutter/Dr. Peter Hommelhoff/木内富彦「西ドイツにおける企業法」会社法の動向」シットムート七一七号一〇頁以下(以下木内・シットムート七一七号と略す)参照。特に以下の文献で帰するところが大抵。

Marcus Lutter, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses, ZGR 3/1979, S.401 ff.
Klaus-Peter Martens, Der Ausschluss des Bezugsrechts: BGHZ 33, S.175—Zum Interesse an wirtschaftlicher Selbständigkeit—in Festschrift für Robert Fischer(1979), S.437 ff. Herbert Wiedemann, Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2/1980, S.147 ff. Günter H. Roth, Höchststimmrecht: Furcht vor den Ölscheichs oder Vonselbständigung des Managements?, ZRP 9/1975, S.204 ff. Zu den Voraussetzungen eines Bezugsrechtsausschlusses bei einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen: § § 183, 186, 243, 255 AktG: Kali- und Salz-Fall (BGH vom 13.3.1978), in Die Aktiengesellschaft 7/1978, S.196 ff. AktG 1965 § 134 I 2 (Stimmrechtsbeschränkung durch Satzungsänderung ohne Zustimmung der betroffenen Aktionäre), in NJW, Heft 11/1978, S.540 ff.

(4) 本文に「一定の具体的理由ある多数者支配」と述べているが、このような概念用法は、以下のようなドイツ語の文意から捉えた造語であり、それが十分に熟している概念でないことをお詫言わねばならない。下線部分は筆者による注意。

(a) So hat der BGH formuliert, daß der Ausschluss des Bezugsrechts bei einer Kapitalerhöhung nur zulässig sei, wenn er durch sachliche Gründe im Interesse der Gesellschaft gerechtfertigt sei (Kali+Salz Fall: BGHZ 71, 45)

(b) Macht darf nicht unsachlich ausgeübt werden - auch Kapitalmacht nicht (Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980,

S.156)

(e) Es müssen Sachgründe vorliegen, die die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs belegen (Klaus-Peter Martens, a.a.O., S.446). Auch der Abschluß eines Beherrschungsvertrags bedarf mithin einer sachlichen Rechtfertigung.

(d) Im Grundsatz bedarf jeder Eingriff der Mehrheit in Position der Minderheit einer sachlichen Rechtfertigung unter den Gesichtspunkten der Erforderlichkeit und der Angemessenheit (Marcus Lutter, ZGR 3/1979, S.411)

(e) Darf man das Kali-&Salz Fall dahin verallgemeinern, daß sich in Zukunft jede Mehrheitsentscheidung sachlich rechtfertigen lassen muß? (Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.157)

以上(a),(b),(c),(d),(e)の意味内容から判断すると「一定の具体的理由ある多数者支配」という構想は法律体系上の企業組織法という観点でも、確信をいだかせる概念になるのではないかと思う。

一 これまでの研究経過

(1) 報告のテーマをこれまでの研究過程^①の一端と関連づけてみると、大株主(支配株主)の支配行動に「一定の具体的理由」が加えられることによりその行動の恣意性や主観性の排除に寄与する思想となり、あるいはこのことにより株式会社^②の持分共同体の中における多数者と少数者の相互関係を規定する「共生」の思想を補充する思想を展開できるのではないか、さらには現代的会社法論における株主たる地位におけるパーソナルな利害状況に無関心であってはならぬこと、資本構成員とされる株主もそれぞれのパーソナルな面を有する権利主体(人間)であることを無視してはならぬ思想などを知り得る証左になるのではないか、という期待につながる。

後述(二、三)の西独判例の検討を通して報告のテーマを捉えると、私見にすぎないが現代的株式会社における株主た

る地位には個別資本の形式的側面（構造的側面）だけでなく、「意識的で、かつ倫理的な生活的側面」が位置づけられる必要があるのではないかと、思い至るのである。そのことはまさに現代資本主義社会における生活の変化と現代的会社法の課題との接点で捉えられる株式会社法上の「人間の復権」の思想に値し、あるいは企業倫理の確保の問題が文字通り「企業自体」に関連して問われるべき現代的要請とも関連づけられる思考態様を基礎づけるのではないかと、自問している。後述(三)(7)のH・ヴィデマンは近時「企業法と会社法の中の法倫理的規準」と題する論説において、資本金会社法における「少数者保護」を展開しているが、その中で「権力は一定の具体的理由なしに行使されてはならず、資本勢力の行使もまさにその通りである」旨を論じているのである。⁵⁾

(2) 報告は西独の判例・学説の動向に基づいて組み立てたものであるが、「多数は多数なり」(Mehrheit ist Mehrheit)という資本法理イコール正義の実現にも、一定の抑制法理がありはしないか、結局は多数所有者とその仲間達である経営管理者の勢力抑制の法理を発見することにもなりはしないか、と注目したものである。

換言すると、より極端な形ではあるが、もし「一定の具体的理由ある多数者支配」という認識が原則化（法理念化）されることになれば、法形式上の多数者（多数所有者）支配は法律上の支配イコール正義とされる法理念になんらかの変化が考えられ、その変化は現代的会社法論における企業倫理的要請に基づく勢力抑制法理として裁判規範になることを構想できはしないだろうか。その思想を通して現代的会社法の認識論と価値論（法解釈論）に寄与しようと思案している。つきに、多数者は少数者の持分たる地位を恣意的に侵害してはならず、「会社利益」・「自分達の利益」と「少数者の利益」とを十分に比較較量した後にのみ、多数者は法律上の支配者として少数者の利益を侵害してよいという思想をはっきりさせることになる。後述の判例(二)ではこのことは上限つき議決権の実施をめぐる判例では「少数者の利益」と「会社利益」との比較較量はずでに立法的に解決済である（西独株式法一三四条一項二文）と判示するところに意義がある。

結局、多数者による少数者たる地位の利益侵害は「必要性があり、かつ比例均衡している」という「一定の具体的理

由」により、正当化されるものと構成されることになるが、それはいうまでもなく常にケース・バイ・ケースに、具体的判断毎に答えられるものである。後述(三)するように西独の見解では、新株引受権排除による多数者の増資行為にも「一定の具体的理由」(必要・十分条件)を求める考え方が肯定され、このような思考について、近時の西独の学説(K・P・マルタン、M・ルッターおよびH・ヴィデマンなど)¹⁾は賛意をあらわしている。むしろ以上のような私見による構想を積極的に評価する立場にあるとも思われるのである。

(3) これまで「株主間の直接的法律関係の可能性」を追求する中で、現代的会社法が破綻しないためには倫理的適応性(義務本位思想)も検討すべきではないかと、我田引水に陥りながらも、拙論を展開してきた。株主たる地位に社会倫理的で、かつ法倫理的思考を盛り込みながら、現代的会社法が解釈されるべきこと、支配勢力の特権行使に対する抑制法理的の発見に努力すべき旨を主張し、株主たる地位に社会倫理的でかつ法倫理的な要素が負荷されるべき旨も展開してきた。このような企業倫理思想(義務本位思想)には市民生活の普通の程度以上の社会倫理的義務履行の観念が内在しているべきであり、これが株主の「社会的当為性」を制約するものと考えたい趣旨も述べてきた。

つぎに、株主の地位の互換可能性を前提においた株主間の利益調整論には限界があり、むしろそれは社会正義実現のために硬直化していることを認識した上、社団法的構成の限界と再検討を試みるべきこと、支配勢力の利益と「会社利益」、その他の「公益」とを「平衡操作」する調整理論の必要なことも指摘してきた。この意味での利益調整理論が問われるべきことになるが、多数者支配と少数者の利益侵害との比較較量はこの点に示唆を与えるものであり、多数者支配の利益が「会社利益」・「少数者利益」に「比例均衡」していることが不可欠な条件となる。第三に、持分共同体たる株主相互間を法的に認識し、平等に取り扱うことは法益不均衡の是正策として現代的会社法論に不可欠であること、これは反作用としての少数者保護の思想でもあること。²⁾

こうして「会社利益」の実現の思想は異質な利益を尊重する思想でなければならぬ旨を述べた。支配勢力が他の株主

を公正に取扱う義務思想も言及してきたが、アメリカ法やスイス法の研究からは会社経営者と株主との間ならびに株主間の直接的な法律関係（信頼関係）を再検討して、そこから直接的に社会的当為性として支配株主の義務を、そして企業倫理の確立を推論する方向が、比較法上の検討課題となつてゐることを述べてゐる。そして大株主の行動規範は少数者の利益確保を中心とする勢力濫用規制の一環であるとする立脚点を確保することを試みてゐる。

(4) 西独株式法と同様に、わが国会社法でも、株式会社法が発展する中で株主たる地位（権利行使）に内在する義務の側面はほとんど考慮されずに、無視されてきてゐる。もつともドイツの古典的判例には「多数決という方法で同時に少数者のためにも決議し、多数決でもって間接的に会社に結びつけられる財産権を処分する権限を有することから、会社全体の利益の枠内で、少数者の正当な利益をも較量し、かつ少数者の権利を不当に縮小しないようにすべき多数者の義務があることは明らかである」とする旨の規範がある。他方、これまで株主たる地位は形式的側面（構造的側面）でのみ法的に位置づけられてきた。その株主の意識的で倫理的な生活的側面における機能や現代社会における具体的資格（株主は市民であるという思想）が法的に問われることはなかった。この意味で株主なる地位に内在する義務の側面（倫理的側面）は無視されてきたのである。¹⁰⁾ただ公序良俗違反的な加害行為や少数者を犠牲にした特別利益の追求は一般には禁止されると解釈・構成されてきているにすぎない。株主たる権利行使は一般的私法行為とほとんど区別されず、特別に「会社法」から強制されることはないように展開され、株主行動は個人的恣意の自由の意味で、私的自治の原則に結びつけられるものと観念されてきている。多数者はこのいわば自分の意向次第になる恣意的特権行使により会社の基本構造（社団）を統制できるものとして、多数者の資格は「会社法」の形式的必要条件に服するだけにすぎないとされている。

このように、多数者の私的自治の特権行使の自由に対する制衡装置の一つを現代的公司法における勢力濫用規制に位置づけることを狙うと、具体的ケースにおいて多数者の支配行動は「一定の具体的理由」に拘束される多数者支配であるべきであるという認識論になり、その法理念的構想には現代的会社法論の進歩を意義づける方向性があるように思われ

る。この意味で株主間の基本関係が意識的・法倫理的に形成された要素で埋めあわせられることにより、「多数は多数なり」という正義も、さらに一段と現代的意義をもつことになり、そのことが現代的会社法の抑制法理を担保することになると同時に、経営者は当該会社の企業政策にその法理念を反映させる義務が課されることになる。それ以上に株主間を意識的・法倫理的に関係づけることが、投資家保護を含めた会社利益保護（＝異質な利益保護）となり、それを現代的会社法的に規範化することにより、法的価値が認められるのではないか、と同時に、そのような法理念が資本と労働の協働を通じた現代企業の経営管理面でも一段と重要になるのではないか、と思う。しかるに、以上のような株主の生活的側面への理念的要請は多数者支配はイコール法律上の支配（正義）であるとすると法理念に、一定の制約をもち、そこには「一定の具体的理由ある多数者支配論」をつなぐ必要がある。このことが肯定されるならば、その理念論の実質は支配勢力者の支配行動を規制する一般的規準として機能させるべきであり、勢力濫用規制の法理になるものと解されるだろう。この規準は個々の支配行動の内容に即応して、各利益への作用はそれぞれ異なるから、段階づけが必要である。一般には多数決が少数者の利益へどの程度反作用しているか、対向する多数者の利益と比べると、当然少数者の利益はどれぐらいあると測定しなければならぬかの問題になる。¹²⁾

このような利益の比較較量の点でわが国会社法に比べると、西独株式法はすぐれていて、少数者の利益確保を中心とした勢力規制法理の思想に裏打ちされていると解される。多数決によって合法化される支配契約の締結でも少数者の利益への重大な侵害となることから、立法者は両者の利益を比較較量して、少数者に代償請求権および補償請求権を保証して（西独株式法三〇四条・三〇五条）、立法的に解決しているものと評価されるのである。この立法的解決の意味するところは少数者の利益侵害の救済の要件が一般の損害賠償の義務から構成されることは困難であることから、その利益侵害の救済の「必要性と比例均衡性」とを証明する「一定の具体的理由」が解決済であることを示すものと考えられる。

ここには「一定の具体的理由ある多数者支配」という構想が法理念化されることにより、裁判所の司法判断によるコン

トロールに服するための一般的規準化の意味も生ずる。留意しなければならないことは、多数者と少数者との関係が法的に結びつけられることが強ければ強いほど、それだけ一層裁判所が当該会社の企業政策上の規制対象と対決しなければならないことが多くなり、裁判官がその企業政策論争に追い込まれる危険性が増大することである。¹⁸この点につき現代的会社法論として考えた場合、裁判官が当該企業政策の決定の自治（企業組織の自治）へ関与して、外部から現代社会の中の現代法秩序を確定すること（断固たる処置をとること）に発展する方向性はのがれられないようにも思われる。こうした傾向が回避されるべきならば、現代企業法の体系上必要な私的自治原則から演繹される多数者支配の限界が明確にされておく必要がある、ますます現代企業政策の対象が判決によりコントロールされる傾向が不可避の中で、株主として多数者たる地位に、意識的にかつ倫理的な生活的側面を求めめる根拠もあるのではなからうかと思う。

(1) これまでの研究方向では、外国法制の研究から株式会社法の体系・構造の理念論を展開しようとして、現代的会社法の視座を「株主間の直接的法律関係における利益調整法理（積極的義務）の発見」にすえて、大株主の抑制法理を探求することに挑戦してきた。拙稿「西ドイツの株主機能について」鹿兒島大学法学論集一〇巻二号八一頁以上、拙稿「弱小株主の積極参加とその意義」鹿兒島大学「法学論集」一一巻一号四七頁以下、拙稿「弱小株主の積極参加とその意義（続）」鹿兒島大学法学論集一二巻一号三七頁以下、拙稿「大株主の積極的義務についての一試論」鹿兒島大学「法学論集」一三巻一号二七頁以下、拙稿「株主間の直接的法律関係の可能性」私法四一七〇頁以下、拙稿「大株主（または支配株主）の抑制法（積極的義務）の展開（英米法に関連して）」鹿兒島大学「法学論集」一四巻二号二三頁、拙稿「大株主（または支配株主）の行動規範（積極的義務）をめぐる一考察（イス会社法上の誠実義務に関連して）」鹿兒島大学「法学論集」一五巻二号三一頁以下など参照していただければ幸いである。

以上の拙稿に対し、東京経済大学の福岡博之教授より、以下のような大きな示唆が与えられたことを感謝申し上げる次第である。すなわち「大規模株式会社の内外にわたる資本所有間の階層分化の進展に伴って、支配株主と支配企業との力の行使により、当該会社から従属会社の局外株主の権利の実質的崩壊がもたらされる場合を典型として、資本所有者間に現われる著しい法益不均衡の妥当

な解決」の問題は、株式会社の社団法的構成という伝統的法律的構成論の枠組みに即して考える限り、株主相互間に直接的法律関係の成立が否認される結果、解決困難であるが、このことはまさしく伝統的社団法律の枠組みが支配株主と群小株主との間の決定的な法益不均衡を隠蔽する機能を営んできたことの反面にはかならない。支配株主、群小株主間の決定的な法益不均衡の妥当な解決が商法上重要な課題となっているのに、この法律の一律的適用を前提とするのは、きわめて硬直した概念法学的態度であり、むしろ社団法的構成の妥当な限界を検討することが利益調整の機能的観点からも重要である」(福岡博之「日本の大企業とは何か―その法的構造と問題点」総合特集シリーズ14『現代の企業』五七頁による指摘)。

他方に北海道大学法学部『比較法(米国企業とその法的環境)講義』におけるデニス・S・カルジャラ准教授の講義を受けた一読者(角田敏男氏)から前掲の拙稿文献について貴重な読者感想が寄せられた。デニス・S・カルジャラ准教授の講義では「内部者取引の規制論」が展開され、支配株主売買の規制、あるいは主要大株主の事実上の支配力・影響力規制はアメリカ法上では少数者保護論、会社債権者保護論の展開の中に位置づけられるべき旨が方向づけられたことである。今回の報告のテーマはこの方向の展開ではないが、Diamond v. Oremuno 24, N.Y.S. 2d 494 (1959)の文献(神崎克郎「アメリカ法一九七七年一二二頁以下」) W.Cary, Federalism and Corporate Law (83 Yale L.J. 663 (1974))の文献(浜田道代「アメリカ法」九四頁以下)など参考今後も研究を継続するつもりである。

なおデニス・S・カルジャラ「誇張される経営者と株主との利害対立―米国における連邦規制の動きへの疑問―」(ジュリスト七二六号一〇五頁以下)は経営者と株主の会社組織に焦点を絞りながら、株主と会社経営者の利害対立を前提においた株民主主義的発想による現代法の対応を批判している。

(2) 拙稿・前掲法学論集一五巻二号三三頁以下。

(3) たとえば奥島孝康「社会構造の変化と会社法の課題」法学セミナー三〇二号一九頁以下にある人間の復権の思想は拙稿にも通底するものがあると確信する。

(4) たとえば松田二郎「群小株式会社の追放―企業倫理確立のために―」(月刊法学教室一九八〇年一〇月号(創刊号)一〇六頁)。

松田二郎「株式会社法改正についての一提言」（総合特集シリーズは『現代の企業』一二三頁以下）によれば企業倫理の確立の重点は取締役の責任加重論に求めるべきよりも、群小会社を排除した大企業そのものに求むべき旨の指摘がある。この示唆は拙稿にとつては大規模株式会社における資本所有者間の法益不均衡の是正論として発展させるべきではないかという指摘になる。伝統的社団法理の限界を打破することができると利益調整論（平衡操作論）に努力することが企業倫理の確立の一環であるように思われる。

(5) Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S. 156: "Macht darf nicht unsachlich ausgeübt werden - auch Kapitalmacht nicht."

(6) Dietrich Schäfer, Wann ist der Grossaktionär Unternehmer?, in NJW 1967, Heft 38, S. 1741 ff.

(7) 木内・シヨンスケ「九号一一二頁」 Marcus Lutter, ZGR 3/1979, S. 411, Hebert Wiedemann, ZGR 2/1980, S. 157, Klaus-Peter Martens, a.a.O., S. 442 ff.

(8) 拙稿・前掲法学論集一五巻二四〇頁以下
Vgl. Rudolf Tschani, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts - Die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer strukturellen Unternehmenskontrolle - illustriert am Verhältnis von Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht— (1978) S. 96 ff.

(9) Klaus-Peter Martens, a.a.O., S. 444: RGZ 132, S. 163

(10) H・ウィデマンやR・フッシュャーに依拠すると、現代的会社法の「法倫理的基準」としてつぎのように考察すべきであるとする指摘があり、大きな示唆を受ける。すなわち資本所有者間の構成の自由は各社員と会社自体の間の利害衝突の比較較量の問題、つまり会社内部構造の多数者と少数者の利益の比較較量の問題であるばかりでなく、その資本構成の自由は保護すべき「公衆」の利益、特に誠実な取引者の利益をも危険に陥れる重大なことである、と云うことを配慮しなければならぬ。Herbert Wiedemann, a.a.O., S. 150, Robert Fischer, Neue Wege im Recht der Personengesellschaften?, ZGR 2/1979, S. 262

(11) Vgl. Klaus-Peter Martens, a.a.O., S.445

(12) Klaus-Peter Martens, a.a.O., S.445

(13) Klaus-Peter Martens, a.a.O., S.446

二 利害関係株主の同意なしに行われた定款変更による「上限つき議決権」制度の導入をめぐる判例とその意義（一九

七七年二月一九日西独連邦裁判所判例⁽¹⁾)

(1) 西独の最近における株式法上の実例にはひそかに注目すべき現象が生じている。マンネスマン、ドイチェバンク、BASF、バイヤなど著名巨大公開会社は相次いで資本の三パーセントないし五パーセントの「上限つき議決権制の導入」によって株主の議決権を制限してきている⁽²⁾。一方、たとえば新聞報道（日本経済新聞昭和五六年一月九日特集「政府とは何か」マンネスマン事件）にもある通り、マンネスマン会社の経営者は親会社から製鉄部門を切り離し、子会社の鋼管部門と合併させる合理化案を提案し、同社の監査役会はわずか一票差で、経営陣の提案した子会社合併を含む合理化プランを承認しているのである。それによりマンネスマン会社は親会社の鉄の売り上げ比率は大幅に低下して、「鉄鋼会社」からただの持株会社になり、その結果、経営の最高意思決定機関（監査役会）における労使対等を定めたいわゆるモンタ法（鉄鋼業、石炭業にのみ適用）から逃れることができる。ちなみに、西独の労働分配率は一九六五年の六五・六パーセントから、一九六九年六六・一パーセント、一九七九年七〇・九パーセントと上昇している。それだけ資本の取り分、つまり企業の利潤率は低下しているわけであり、西独ではバイの分配をめぐる労使の対立は一層きびしさを増す経済環境にあるという（以上、前掲日本経済新聞による）。

以上のような社会・経済情勢の中で、西独の巨大企業の経営者が時の利をいかして、少くともアラブの「石油資本攻勢の恐怖」から国内資本を庇護する方策をとっていることを伺い知るのである⁽³⁾。以下に展開する判決は「マンネスマン判

決」といわれるものであるが、一九七三年の石油ショック後、会社の定款に「上限つき議決権」(Höchststimmrechte)を追加するようになって、現実の意味をもつことになった例でもある。問題はどのような議決権制限を追加することが定款変更の方法で決められるかにある。後述の通り、西独連邦裁判所はその点を許容する見解を採り注目されたのであるが、テーマの報告との関連ではその見解がuggiのように構成される点に意義がある。

換言すると、西独株式法では大株主が会社に対し支配的影響力をもつことを防止するため、特に突然の支配勢力の出現に対処する予防処置として、株式法により株主の議決権制限を認める一連の措置を規定している(西独株式法一三四条)。この立法措置を前提にして、後述の本件判例の理解の仕方では、既に西独株式法一三四条一項二文では立法者により当該関係株主の「利益」と「会社利益」との間の比較較量はすでに行われているから、「上限つき議決権」を定款に追加するにあたっては定款変更に必要な多数決に「一定の具体的理由」による正当化は必要でないと解するのである。

その点がテーマに関連して検討に値する点である。

(2) 一九七七年二月一九日判例の事実の概要はuggiの通りである。すなわち、原告は被告会社の株主である。被告会社の臨時総会は五百一三万四千五百四一株の株主が出席して開かれたが、審議すべき日程の第三点について、賛成四百三十六万六三株・反対五拾万二千六百八六株・保留二六万八千七百九二株により、被告会社の定款一六条にuggiの新项目(2)を追加することが承認された。『(2)会社の資本金の五パーセントをこす額面額の株式を所有する株主がいる場合、その者の議決権は資本金の五パーセントの額面額の株式にあたる投票数に限る。自己の負担で他人に属する株式もその者に属する株式に算入する。企業が株主である場合、その企業に従属している企業、またはその企業に支配されている企業、またはその企業とコンツェルン関係にある企業、あるいはそのような企業の負担で第三者に属する株式も、当然企業に属する株式に算入する』と。

原告は額面額二万八千マルクの株式をもって右総会に出席して、本件決議に反対し異議を議事録に述べた。原告は本件

決議の無効を争ったが、下級審はいずれも原告の訴を棄却した。

連邦裁判所は「上限つき議決権は定款変更による資本多数決により、かつ利害関係株主の同意なし導入できる」として上告を棄却した。

(3) 而して原告の申し立てによると、会社の資本金五パーセント以上の株主が現実に存在している場合、その者の同意なしに行われた本件件決議は法律違反であり、無効ではないか、と主張して争ったのである。この主張を裁判所は認容しなかったのであるが、以下(4)には本件判決の理由を要約しながら、判例は「いかなる内容が既に立法者により是認されて立法的解決済である」と判断したかを述べておく意義はあるのではないかと思う。

(4) 本件の問題を報告のテーマに即してみると、一般的問題としては定款変更による議決権制限は、それがあつた株主に不平等に不利を与え、利害関係株主がその制限に同意しない場合にも、許されるかどうかということになる。この点につき本件判決によれば、(イ)定款変更に必要な多数をもって株主総会が「上限つき議決権」を決定できることは株式法の沿革(一九三七年株式法一一四条一項、それ以前の商法二五二条一項)から明らかであること。(ロ)確かにこのような議決権制限は株式相場において株主に損失をもたらすが、株式相場の下落はすべての株主に平等にそれぞれの持分に比例して生ずるもので、それは法律上の利益侵害とはいえず、法律外の経済的偶然にかかわることであること。(ハ)上限つき議決権の設定当時すでに上限率を越えて株式を有する大株主がいても、その者から当該株式を高い相場価格により売却する可能性を奪うことになつても、それは法的な不利益ではなく、不確かな経済上偶然な可能性を奪うにすぎないこと。(ニ)必要にして十分な多額の資本が当然企業の「全体利益」のために必要と判断し、それにより追求される目標が法的に必要・十分条件を満たしていると認められる場合には資本多数者の恣意性はないと解され、株主には社員たる地位の利益侵害を認容しなければならぬ場合がある。(ホ)このことは議決権を上限額で会社設立後に制限する場合にもありうることであり、こうした解釈は西独株式法の各条文の法体系上からも支持され、このように優越した「会社利益」の追求のために必要な資本多数

決があれば当該株主の同意なしにも議決権制限は可能であるばかりでなく、「一定の具体的理由ある利益の比較較量」は立法化されているかぎりでも不要であると考えられる。株主はそのような議決権制限を甘受しなければならないこと。(6)ここで考えられる「優越した会社社利益」としては当該会社の過度の外国資本勢力の攻勢からの庇護、経営者の独立性強化、公開会社の指導原理を保護する必要性などがあり、このための手段が議決権制限でもあると解してよい。この手段の必要性は会社の設立のときばかりでなく、設立後でも生じ、また一人または複数の大株主が突然出現する場合にも手段を講ずる必要がある。(7)現行株式法上も、ある株主が議決権のような社員たる地位の利益を侵害されることがあることは認められており、たとえば新株引受権の排除による資本増加は旧株主の議決権率を変更できるし(西独株式法一八六条三項・二〇三条二項、なおこの点については後述(三))の判例研究を参照されたし)、無議決権株が優先権を失うと、議決権をもつような場合、他の株主の議決権力は比例的に減少してしまう例(西独株式法一四一条四項)がある。その他同様に、議決権率の変更または社員たる地位の喪失をもたらす例は編入(西独株式法三二〇条)、合併(西独株式法三三九条以下)、財産譲渡(西独株式法三五九条以下)、あるいは必要多数決による組織変更(組織変更法九条以下)といった例にもある。これらは株主全員の同意が必要なものではなく、たとえそれが議決権制限より強力に「株主の経営管理権」を侵害することになったとしても、特別多数があればよい。(8)たとえば西独株式法三二〇条に基づく編入あるいは組織変更法九条に基づく組織変更により排除される少数株主と異なり、西独株式法一三四条一項二文に基づく「上限つき議決権」設定に伴って、議決権を侵害される株主には、当該株主が支配株式の期待を失うことにより、株式相場の経済的不利益を蒙ることが生じた場合でも、損害賠償の請求権はない。

(5) 以上のように捉えて、西独連邦裁判所は本件判決において「上限つき議決権」を定款変更の方法により許容できる旨を再確認したのであるが、西独大企業による「上限つき議決権導入」の近時の傾向に対し、G・H・ロートは警告して、批判論を展開している。G・H・ロートの要約によると、近時の議決権制限の傾向に対し、以下の三重の批判を行う必要が

あるという。①ごまかしのレットルに終わってしまうこと。上限つき議決権は企業経営者の権力者たる地位を強化することにはなっても、弱小株主の地位を強化するものではないこと。②抑制なしに権力はないこと。上限つき議決権は大公開会社における現実の勢力関係を明確にすることを助けることになり、それだけ一層企業経営者の受託者としての法的拘束性および企業経営者の有効な制禦論も明確にしなければならぬ。③証券取引相場の発展の結果には無益なこと。上限つき議決権は積極的に相場に影響することはなく、十中八九はマイナスに作用すること。

換言すると、西独の大会社の「株主通信」にあるような「所有権者としての弱小株主の地位を強化することが重要であるといった」ような、上限つき議決権導入の口実はごまかしのまやかしであると、G・H・ロートは批判する。彼の見解によると、大公開会社制度では弱小株主の「所有権者支配」の行使が重要なのではなく、現実に弱小株主の行動は会社の意思決定において期待されている役割に矛盾しており、現行の会社法体制における全員の恒常的積極参加という民主主義的に構想される制度は実際には達成できない。他方、株主の所有権者たる地位は大株主の突然の出現によって「活性化」され、大株主は「こわい化け物」と化してしまいが、これは法律が予想している有効な所有権者支配という理想の状況とならぬからわからないことである。弱小株主にとっては大株主の出現はこわいことかもしれないが、自分の持分を清算するか、維持していくか、いずれをとるかは株主の自由であること。¹⁰⁾

而して、上限つき議決権導入の意義は企業経営者の事実上の優越的な支配ないし独占支配を法的に確定づけ、企業に新たな第三勢力の成立を阻止する意義はあるという。すなわち「上限つき議決権導入」は新しい勢力の成立の阻止のための古典的装置の一つではあるが、近時の議決権制限導入の現象は「VW事件」¹¹⁾とも異なり、議決権代理の制限もなく、まさに銀行も企業内の体制側権力に属することになり、当該企業の体制側権力を保持するために、「上限つき議決権」を実施している点に特徴がある。G・H・ロートによると、以上のように定款により議決権を制限することは事物の本質上会社法典外における企業組織の継続的發展を問題にすることであり、これは「所有権者支配による企業体制」という伝統的な観

念への挑戦の第一歩となる。しかるに上限つき議決権の実施による経営者支配の法制度化を阻止するためには、少くとも経営者は株主の受託者たることを法理論的に義務づけ、特に、経営者を制禦する理論が要請されるのであり、一般的に考へれば、企業経営者の会社法外からの抑制理論は現代公開会社に固有の「企業組織法」の問題である」と認識されるべきであることをG・H・ロートは本件判決の傾向を批判する中で展開してゐる。⁽¹⁷⁾

(1) 木内宣彦・シヨットト七一九号一二頁「AktG 1965 § 134 Abs. 12 (Stimmrechtsbeschränkung durch Satzungsänderung ohne Zustimmung der betroffenen Aktionäre)」。BGH vom 19.12.1977, in NJW 1978, Heft 11, S.540 ff.

(2) “Aktionärsbrief des BASF-Vorstands vom 9.5.1975”。Günter H. Roth, Höchststimmrecht: Furcht vor den Ölscheichs oder Verselbständigung des Management?, in ZPR Heft 9/1975, S.204 ff.

(3) Günter H. Roth, a.a.O., S.204

(4) Wolfgang Zöllner, Köhler Kommentar zum Aktiengesetz, S.1379 ff.

(5) BGH vom 19.12.1977, in NJW 1978, Heft 11, S.540 Urt. vom LG und OLG, in Die Aktiengesellschaft 1976, S.215 ff.

(6) Vgl. Wolfgang Zöllner, a.a.O., S.1382 BGH vom 19.12.1977, in NJW 1978, Heft 11, S.541

(7) BGH vom 19.12.1977, in NJW 1978, Heft 11, S.541

(8) BGH vom 19.12.1977, in NJW 1978, Heft 11, S.542

(9) Günter H. Roth, ZPR Heft 9/1975, S.206 Günter H. Roth, Das Treuhandmodell des Investmentrechts (1972), S.175 ff. Dieter Reuter, Rezensionenabhandlungen: Das Treuhandmodell des Investmentrechts, ZHR, 137 Bb. 5/1973, S.412

Vgl. Günter H. Roth, Die Herrschaft der Aktionäre in der Publikums-AG als Gegenstand rechtssoziologischer Betrachtung, in Festschrift Paulick, SS.81-100 (1973).

Vgl. Günter H. Roth, Supervision of Corporate Management : The outside director and the German experience,
51 N.C.Law Rev. 1369-83 (1973)

(9) Günter H. Roth, ZPR Heft 9/1975, S.205

(11) フォルクス・ワーゲン (VW) 会社を普通の私的会社に戻すため「上限つき議決権制度」が実施され、その限度は〇・〇一パーセントにおかれた上、その他銀行預託議権も制限された。VWでは経営者を庇護することが主張されたのではなく、VWの資本のそれぞれ二〇パーセント 所有の二大株主の保護が目的とされた。この二大株主は上限つき議決権からはずされた (Günter H. Roth, ZPR Heft 9/1975, S.205)

(12) Günter H. Roth, ZPR Heft 9/1975, S.206

三 新株引受権を排除した増資決議をめぐる判例とその意義 (一九七八年三月一三日西独連邦裁判所判例)

(1) 西独株式法においては、資本増加の際の株主の新株引受権の排除はいかなる条件がそろえば認められるかについて争われてきた。⁽²⁾ この点の規制につき現行株式法一八六条三項によれば(旧商法二八二条一項、一九三七年株式法一五三条三項参照)、新株引受権は増資決議に際してその全部または一部を排除することができるが、この場合にはその決議は法律または定款において資本増加のための要件以外に、議決に際し代表される資本の少なくとも四分の三以上の多数を必要とする。定款はこれより以上の資本多数およびその他の条件を定めることができる。しかるにこれまでのところ、増資の際の新株引受権の排除は株主総会における多数者の自由裁量にまかされてきた。もともとこの裁量行為は公序良俗違反の禁止、株主平等原則等によって制約されてはいるが、それに抵触しないかぎり、多数者支配にまかされていた。これに対し最近の学説によれば、新株引受権の排除が認められるのは、「会社利益」がそれを必要とし、株主の引受利益を較量した後でも、その者の新株引受権の排除に正当性がある場合にのみ認められるという見解であった。⁽³⁾ 本件の連邦裁判決は右の

見解に賛成している点に意義がある。

それと同時に本件判決の原則は一九七九年七月一日施行の「株式会社設立並びにその資本維持と変更についての保護規定の同等化に関する第二ヨーロッパ共同体原則の実施のための法律」(ヨーロッパ共同体資本原則実施法第二綱領)⁴に結びつくことになり、西独株式法も修正されることになった点で注目すべきである。このたび西独株式法の重要な修正変更として、株式法五三条による株主平等取り扱いの明文化、株式法七一条の定める自己株式に関する規制の改善などがなされているが、本稿との関連でも重要な改正点は、西独株式法一八六条四項に変更が加えられたことである。すなわち、会社法の統一化のためのヨーロッパ共同体委員会第二綱領第二九条三項の実施に際して、一九七九年七月一日以後施行のつぎの二文が、現行株式法一八六条四項に補足されたのである。すなわち「取締役は新株引受権の一部または全部の排除理由について書面による報告書を株主総会に提出しなければならない。その報告書には提案された発行価額を理由づけなければならない」⁵と。

(2) ところで法定の新株引受権が排除されることは株主の地位への重大な侵害となり、そのことは株主にとって自己の株式相場の低下の危険をもたらし、議決権率の下降推移を生ぜしめ、利益持分・清算持分の相対的減少をもたらすことになるが、本件判例は「新株引受権を排除される株主にとってその結果をしかるべく較量したにもかかわらず、一定の具体的理由 (sachliche Gründe) により、会社利益のため、新株引受権排除が正当化される場合にのみ新株引受権の排除は認められる」と結論づけた。その場合、多数者支配の正当性は当該増資によってもたらされる目標が株主全部に新株引受権を与える方法では実現できないところまでおよびなければならないと解される⁶。新株引受権の排除が正当かどうかの査定は会社利益・多数者の利益と少数者の利益との比較較量と、目的と手段の均衡性の較量とを含む判断ということになる。判例は学説に賛成しながら、具体的には必要な多数決による新株引受権の排除が「一定の具体的理由」により少数者に対しても正当と認められるためには、当該新株引受権の排除が「必要」であり、かつそれが「比例均衡」していなければならない

ないという規準を原則化しているのではないか、と解されるのである。

(3) 本件判決は多数決による決議を「一定の具体的理由」あるコントロールに服せしめる突破口を開いた判例とも評価されているが、判決の今後の示唆は「会社利益」の下で「一定の具体的理由」の有無を判断する必要性と比較較量の原則が他の株主総会決議にも応用できるかの検討が期待される⁽⁷⁾ところである。この点にはわが国会社法の営業譲渡、合併、任意解散などに必要な当該総会決議の正当性を判断する場合にも参考になると思料される。わが国への示唆の点は本稿では留保しておくが、以下には本件判例の概要とそれに対する学説の見解を展開しておきたい⁽⁸⁾。

〔事実の概要〕 原告は一九七二年七月までは Salzdefurth Aktiengesellschaft (以下SAGと略す)と称する被告会社の株主である。原告は一九七二年七月一日に行われたSAGの株主総会の議事日程の第四点・第五点について出席済資本の $\frac{3}{4}$ 以上の多数で行われた決議を取り消し、議事録に異議を申し立てたのである。右決議は、株主の新株引受権を排除したものである。すなわち、SAGの一億二千五百万マルクの資本金は一億七百一十二万二千五百マルク増えて、二億三千二百一十二万二千五百マルクに増加され、さらに一千七百八十八万七千五百マルクは取締役⁽⁹⁾に授権された。新株引受については Wintershall AG (以下Wと略す)とその子会社である Burbach Kaliwerke AG (以下Bと略す)にだけ割り当てられた。WとBは Kali+Salz AG (以下K+S)会社と略す)の資本総額の半額を現物出資として払い込む必要がある⁽¹⁰⁾が、他方ではその他の半額は現在では消滅している旧(K+S)会社の商号を承継した被告会社(SAG)が所有していた。Wは払い込み済の額面八千五百六十九万マルクの旧(K+S)会社の持分の代わりに、SAGの新株を額面一億七百一十二万二千五百マルク・株価比率四対五で引き受けた。それに応じて商業登記手続により、旧(K+S)会社の財産は組織変更法一五条一項により被告会社(SAG)へ譲渡されたのである。Bは旧(K+S)会社の株主として額面一千四百三十一万マルクの持分をもって退社したことになり、法定の代償を現物出資としてSAGへ払い込み、その代りに一九七二年七月一三日の総会で取締役⁽¹¹⁾に認許された資本金のうち新株一千七百八十八万七千五百マルクの額を、つまり株価比率四対五

で受け取った。ところで、(W)は本件増資前にはSAGの持分を四三・四%をもっていたが、増資後はその子会社(B)と合算すると、新(K+S)会社に七一・七%の持分をもつ大株主になった(次頁図解参照)。なお四対五の評価比率は両会社の経済検査士によって調査・確認されたものである。

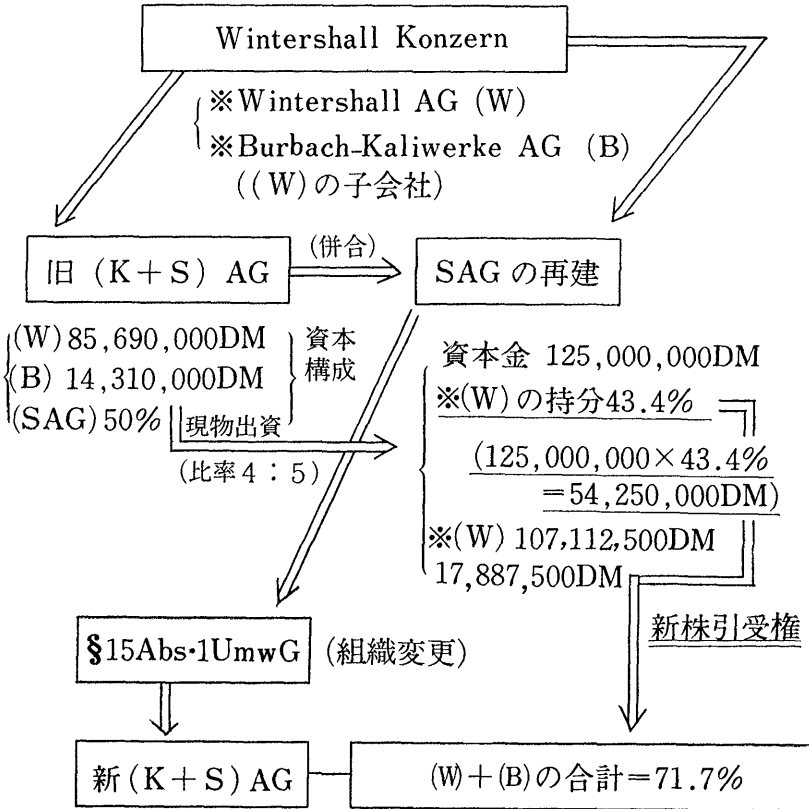
ところで、被告会社(SAG)の主張によると、本件増資行為は会社の再建のため必要な行為であった旨を主張したのに対し、原告はその陳述ならびに増資の基礎をなしている株価の正当性をも疑問として争った。しかるに当該取消の訴はどの審級でも認められなかったが、上告されたので、西独連邦裁判所は新株引受権排除の問題を現行株式法にいかん位置づけるべきかを問われることになった。

〔判旨〕（上告棄却） 一、会社は理性ある商人的判断に従って、当該増資で得られる利益が新株引受権を排除される株主の比例的持分喪失と議決権喪失とを償うに足り、その緊急の必要性が当該目的物の取得にあり、それを期待できる場合——給付と反対給付を適正に評価しながら——現物出資による増資が認められる。

二、右の前提要件を欠く場合には、増資決議を取り消す株主に原則として立証責任があるが、会社は当該決議を決定した理由を具体的に報告する必要がある(以下省略)。

(4) 本件の問題は株主の新株引受権の排除が結びつけられる總會決議には株式法の要件以外に「一定の具体的理由」ある要件を満たす必要があるかどうか問題になった。以下にはM・ルッターの判例批評の一部を要約しながら、必要な範囲で報告のテーマに関連づけておきたい。すなわちM・ルッターによると、本件判例に基づいて西独の株式法上の実務は以下のような一般原理を前提にすることができるといふ。⁽⁹⁾ (a) 新株引受権を排除した増資には特別な「会社利益」が存在しなければならぬ。原則として、注意深い「比較較量」によれば当該会社の「最善」に役立つと思われるすべての目標が追求できる。(b) しかし、新株引受権の排除が企図された目標達成に「必要」でない場合、「会社利益」は新株引受権の排除を認めるものではない。このことは、一つは新株引受権の排除は当該会社利益の追求のため「最適」な手段であること、それ

1978年3月13日判例 (Kali-und Salz Fall)(K+S事件)
 原告(SAGの株主) ^{決議取消} → 1972年7月13日SAG株主総会
 被告(Salzetfurth AG)(=SAG) → 新(K+S)AG



$\left\{ \begin{array}{l} \text{(資本金 250,000,000)} \\ \text{※(W)の持分合計} \\ \text{54,250,000DM} \\ \text{107,112,500DM} \dots\dots\dots \\ \text{+ 17,887,500DM} \dots\dots \text{(B)の代償} \\ \text{179,250,000DM} \end{array} \right\}$	$\left(= \frac{179,250,000}{250,000,000} \right)$	$\left. \vphantom{\left\{ \right.} \right\}$		
				} <u>新株引受権</u>

上に——会社利益の実現のためには他に複数の方法があっても——新株引受権を排除した増資が「最善」であること、換言すると、それに代わりうる解決はないこと、を含むものである。以上の観点から捉えると、本件で撰ばれた方法（現物出資）は問題の旧（K+S）会社の持株の取得に関連して、現金増資より経費は安く、よりベターなものであったと評価される。(c)以上のように、「必要性」の要素とともに、新株引受権排除の認められる場合と認められない場合とが生じたならば、第二の適切な「選択」は目的と手段との「比例均衡性」の観点のもとで行われる。つまり、「一定の具体的理由」ある合法性の検証の重点は相反する少数者の利益と新株引受権排除による必要な資本増資の会社利益との比較較量にある。ここで以下のようにいくつかの段階に分けて検証する必要がある。

すなわち(aa)まず究極的に狙われている目標の達成に関する「会社利益」の程度が究明される必要がある。その際新株引受権を排除した資本増加と比べいかなる代替が考えられるか、および当該会社にとりその不利益ほどの程度のものかを再び確定しなければならない。

(bb)つぎに、株主にとっては新株引受権を排除した増資の不利益ほどの程度のものであり、この不利益は軽減されるかどうか、場合によっていかにしてその不利益は緩和されるかを調査することが重要である。

(cc)第三に、一方には目標達成に関する会社利益と代替可能な解決方法の不適正、他方には新株引受権の排除により利益を侵害される株主利益とが相互に対照されなければならない。そしてつぎに、それ以外の方法に代えて、新株引受権を排除した資本増加により、企図された目標を追求することが正当かどうか、比較較量しなければならない。¹⁰⁾

以上の(aa)・(bb)・(cc)を本件に適用すると、①本件被告会社(SAG)の財政建て直しに、旧(K+S)会社との併合が「必要」であり、かつ株主利益と会社利益とを比べて、比例均衡していたかどうか、②併合のためにWにより保有されている株式の取得が「必要」であり、株主利益と比べて比例均衡していたかどうか、③右のWの株式取得のため、新株引受権を排除した資本増加が「必要」であり、株主利益と比べて比例均衡していたかどうか、を調査しなければならない。そ

の際には右④⑤のいずれの段階でも代替可能な解決を認めるべき問題はあつたらう、とM・ルッターは要約している。

連邦裁判所の見解では現物出資による増資はその現物出資を調達できる者に限定しているから、株主平等原則違反ははじめから問題なく、重要なことは、「理性ある商人的判断」によれば当該会社がその現物出資の対象物を取得する緊急の「必要性」があること、それにより得られる利益、そして全株主にもたらされる利益は新株引受権を排除される株主の持分比率および議決権比率を比例均衡的に埋め合わせることが期待できることである。この理由づけにM・ルッターは十分に納得しているわけではないが、右述した(a)(b)(c)のように一般論を展開していることを注目したい。⁽¹⁾

(5) 結局、本件をめぐる連邦裁判所の判決は新株引受権排除の「必要性」と「相当性」を裁判所がチェックできること、当該会社が比較較量に基づいて、その新株引受権の排除は一定の具体的理由に基づき正当化されると判断したかどうかについて裁判所がチェックできることを認めたことになる。すなわち「一定の具体的理由」ある必要・十分条件を裁判所がチェックできることを認めることは、当該企業の商人的判断を裁判所が代替できることを意味することになる。既述(1)した改正株式会社一八六条四項二文は、以上のような考察を前提に立法化したことになるが、取締役は株主総会に新株引受権の一部または全部の排除をした理由を書面により報告することが義務づけられることになる。この改正点をめぐってM・ルッターは以下のように要約している。⁽²⁾

(f) 取締役の右報告書の内容は新株引受権排除の「理由」であり、それは狭く理解されてはならない。この報告書が株主総会の正当な意思形成のために提出されるべきならば、これは内容的に必要・十分条件を満たしていなければならず、ある特定の主張に限定されてはならない。

(g) まず報告書は総会の決定に重要な事実を完全に与えなければならず、株主総会に重要な情報を不当に知らせないことであつてはならない。報告書は新株引受権排除による増資以外を選択するより、当該会社の利益にとってはその新株引受権を排除した増資の選択の方に価値が認められること、当該株主の利益損害を認めた上で、なおかつ会社利益と株主利益と

を相互に比較較量する状態に、株主総会を置くものでなければならない。報告義務の限界として、西独株式法一三一条三項（取締役が解説を拒絶できる場合）だけが株主総会のすべての情報請求権の制約要素として考慮に入れられるにすぎない。それ以上に、取締役は了解済の事実そのものを注意深く評価し、かつ取締役の見解によればなぜ新株引受権の排除は当該会社の利益のために必要であり、利益侵害される株主利益に比べても新株引受権を排除した増資が相当性があることを説明しなければならぬ。けだし、法律上説明すべき新株引受権排除にとつての「理由」は単に事実の報告の中にあきらかであるのではなく、その事実を評価してはじめて明らかになることだからである。株主総会は事実をあてにしなければならぬ一方、データの評価および比較較量に際して、自己の見解を形成しなければならぬから、事実とその評価との間はあきらかに区別しなければならない。

(イ) 株式法は書面形式の報告書を要求する。その報告書は取締役により株主総会に提出しなければならない。株主は報告されたデータを沈着に受け取り、評価し、その他のデータと比較し、解決の選択を熟慮する状態でなければならないわけであるが、この目的は株主総会においてはじめて提出される報告（口頭によってであれ、書面によってであれ）で達成できるわけではない。情報は株主総会前に与えられるべきこと。株主総会だけでは比較較量は十分には行いえないからである。その他以上の趣旨はすでに株式法の他の規定で実現されていて、これらは右の報告書にも適用される（西独株式法一七五条二項、三四〇条三項、三六一一条二項参照）。

(ニ) 改正された西独株式法一八六条四項二文による報告書が内容的に必要・十分条件に合致していない場合、新株引受権の排除に関する総会決議は取り消すことができる（西独株式法二四三条一項）。通説によれば、「法律違反」と「決議内容」との間に因果関係がなければ、一般に取消は問題にならない。なるほど西独株式法二四三条四項による取締役による解説の不当拒絶の場合、株主総会がその解説拒絶は当該決議内容に影響はなかった旨を明らかにすることによってその因果関係はないことを証明できたことにはならないが、一般に解説拒絶の場合でも、たとえば多数者が精通していたことから、そ

れが総会決定へなら影響を与え得るものでなかったとして、取消は当然に問題にならない場合がある。これに対し、株式法に新しく追加された新株引受権排除の報告書が不十分な場合、右述のような理解はとり得ないと解される。それどころか新株引受権の排除をめぐる総会決議は、当該報告書が内容的に必要・十分条件を満たしていないときには、常に総会決議を取り消すことができると解すべきである。そのことは新株引受権排除が「一定の具体的理由」ある条件の下にあり、しかも裁判所が当該株主総会の決定を代替可能であるというコントロール権限があることの必然的帰結でもあるわけである。こうした考察を背景にした上で、裁判手続が資本多数者（勢力者）の支配力（勢力）規制に特別な意義があることがわかる。なお、株主はすべて総会の意思形成に積極参加できる状態にあるわけではないが、連邦裁判所の見解によれば、データの評価は株主総会の問題であり、裁判所の問題でなく、株主総会に完全な情報が与えられている場合、新株引受権排除による増資行為以外の代替的決定が資本多数者により行われたかどうか——このことはすでに株主総会の判断権限へ裁判所が介入することにはなるが——について、判定を下すことが裁判所の権限に属するわけではない、という。

(b) 書面による報告が内容的に不完全で、それでは見通しがつかず、その内容を理解できない場合、株主総会において取締役がこの点につき情報を追加して、明確にすることに、報告書の不備を取り除くように努めた場合でも、新株引受権排除をめぐる総会決議は取り消すことができる。なぜなら、注意深く情報を教え込み、判断形成を可能にするため、そして株主すべてに正当な判断形成への積極参加を相当程度確実にするため、書面形式でもって解説を求めている立法目的は、口頭による情報では達成されないからである。形式にあわない情報開示は内容的に不十分な情報開示とかわらないからである。但しそのことは書面による報告の内容上の瑕疵が軽微なもので、口頭による追加情報の開示により法の目的が害されていない場合には適用されない。そのときは取締役はその瑕疵を口頭による情報開示により取り除く権限があるばかりでなく、株主も株主総会において口頭による情報開示を要求することが義務づけられる。取締役がそれに従ったならば、単なる形式の瑕疵に基づく取消は不当な権利行使になるだろう。

(6) 以上(3)～(5)において、一九七八年の西独連邦裁判所の判例を、報告のテーマに関連する範囲で取捨選択しながら、展開した。本件判例にはその他取消訴訟をめぐる立証の問題など評論すべき点が多くある。それらの点についてはこの報告では割愛せざるをえない。なお本件の西独連邦裁判所の判断は新株引受権排除の問題だけを決定したもので、それ以上の判断を下したのではないと捉えられるかもしれない。それにもかかわらず、既に(一)(2)指摘したように、つぎのような「思想」が一般原理としてはつきり姿をあらわしてきている、と解することができるように思われる。報告のテーマは本件判決に流れる思想の積極的評価を狙っているわけであるが、前掲M・ルッターの展開、K・P・マルタンの見解も、さらに後述⁽⁷⁾のH・ヴィデマンの認識も本件判例の底流をなし、つぎの思想をはつきりと是認している。

すなわち、多数者は少数者の持分者たる地位を「恣意的」に害してはならず、ただ「会社利益」と「当該株主の特別維持利益」との間を比較較量した後でのみ、少数者たる地位の利益を侵害してよいという思想が一般原理として姿をはつきり現わしているということである。

既述(二)の上限つき議決権導入をめぐるマンネスマン判決も、立法的解決を達成しているわけであるが、既に立法者が会社社利益と当該株主利益との必要な比較較量を行った立法的解決であると解するところに、本件判決の底流をなす思想と同じ底流の思想があることを思料できるのである。この点に報告のテーマの意義があるのであり、原則として『多数者による少数者たる地位へのすべての利益侵害は必要性と比例均衡性(相当性)の観点の下における「一定の具体的理由」ある正当化が必要である』と展開してよいのではないかということになる。それでは右のような思想は具体的にいづくに現われているかということになるが、会社法自身が立法的に表明している場合と、会社法以外の外部から方向づけられる「予防措置」に表明される場合とが期待できる。前者は文字通り立法解釈の価値論の展開になるが、後者の場合は多数者支配における勢力規制法理として「一定の具体的理由ある多数者支配」を構想できる証左になるのではないかということである。もちろんのことであるが、ある支配行為に「必要性」と「比例均衡性」ある一定の具体的理由がある

行為として、正当化されるべきかどうかの問題は常に具体例の中の個別判断に委ねられることになる。既述(二)の連邦裁判所の判例および既述(三)(3)の連邦裁判所の判例は西独の株式法に「通底」する思想⁽¹³⁾を具体化して、はっきりさせている例と思われるのである。周知の通り、わが商法と異り、西独株式法は株主が新株引受権を有する建前⁽¹⁴⁾の下で、新株引受権は株主総会の四分の三の多数決により排除可能である。なおかつ西独法では株主の新株引受権が排除されて、株式が第三者に不当に低い価額で割り当てられた場合には、株主は訴によって増資決議を取り消すことができる(西独株式法二五五条二項)。こうした建前の中で判例は新株引受権の排除を資本多数者の自由意思に任すのではなく、「会社利益」の中にその排除の正当性が認められなければならない旨を判示したのである。排除される少数者の利益、少数者の清算持分率の低下、議決権率の低下、場合によって決議阻止少数者の議決権の利益侵害や、一般の少数株主権の利益侵害をもたらすことに歯止めをかけた判例でもあったわけである。その具体例として新株引受権の排除は「一定の具体的な理由」を必要とし、排除される少数者の利益(形式的側面と生活的側面)の侵害が重大になればなるほど、多数者支配は「きびしい前提条件」が付加されなければならないと考えられるのである。新株引受権を排除される株主がどの程度の不利益をうけ、その不利益はいかに救済されるか、そのための手段や方法がほかにあるかなど、検証標識が必要になるところである。いざにせよ、株主総会は「多数者支配」を正当化するために、広範な情報を有していなければならず、常に株主にはその情報に接する手段と方法が要請されるのである。既述したように一九七九年七月一日以後の西独株式法は株主平等取り扱いを明文化し(西独株式法五三条参照)、さらに新引受権の排除に関する取締役の報告義務を明文化するに至った(西独株式法一八六条四項二文)。こうして取締役が株主総会に書面をもって新株引受権排除の理由を報告することを義務づける立法的解決の意義の一つは株主への情報開示の強化にあるが、一つは資本多数者とその仲間である経営者の経営管理の抑制手段になる意義がある。新株引受権排除理由の完全な報告を裁判手続によりチェックできるように理論構成することにより、支配勢力の濫用規制の法理の発展が期待できるように思料される。この意義は大きいと思うが、今後の検討課題と

して、以上のような「会社利益」に一定の具体的理由を求める思想（必要性と比例均衡性）は、他の株主総会決議（たとえど合併、営業譲渡、任意解散など）にいかに応用できるか、その結果が現代的会社法論における少数者保護¹⁴と勢力濫用規制の判断基準にいかにか寄与するかにつき、具体的な検証が必要であることはいうまでもないだろう。

(7) 小括とH・ヴィデマンの見解¹⁴ 株式会社における多数者と少数者との間の関係には「責任倫理」規制法理の欠落していることが指摘できる。わが国会社法と同様、西独法の法理もここ数十年來「少数者の利益」に関しては重きをおかれずに経過してきた。一九〇七年の独乙帝國裁判所の判決であるヒベルニア判例¹⁵は、多数者が会社の経営管理についておよび会社利益や株主の利益のために何を行い、何を認めてやるかについて決定することは法律上一般に行われている多数決原理の不可避的結果である、としていることはわが国会社法上でも周知である。株式を取得する者はすべて右の事実を承認していなければならないというわけである。ただH・ヴィデマンの理解によれば、会社法学者はその折々に資本勢力（経済勢力）の論理に屈してきたことを確認できるとしている。その点では指導的な英米法領域に影響されながら、第二次大戦後になつてはじめて、多数決を「一定の具体的理由」ある制禦に委ねる考え方が生じてきたと、分析している。既述(三)(3)に展開した判例はまさに多数決を一定の具体的理由ある制禦に委ねる思想に加担したものとして現代的な意義がある。この点につき一九六五年株式会社法制が「多数は多数である」であるという法理の状態にあることを思えば、画期的な意義があるわけである。多数者には定款変更に必要な法律（手続）上の前提条件以外は守る必要はないように思われるが、西独裁判所の判例はそれとは異なる判断を示したといえる。すなわち、株式会社においては、多数者は株主総会の時点からみて、新株引受権を排除される株主の結果を当然に考慮している場合でも、「一定の具体的理由」により「会社利益」が正当化される場合にのみ、新株引受権の排除を決定できると、裁判所は判断した。しかるに裁判所が法律上の要件以外に、「不文法的構成要件」を加えたことになる。これを一般化して、権力は一定の具体的理由なしに行使されてはならず、資本勢力（経済勢力）もまさにその通りであると、H・ヴィデマンは展開するのである。H・ヴィデマンの見解によれば多

数者の少数者に対する忠実義務 (Loyalitätspflicht) は支配勢力の法的制御を可能にし、各種の会社法上の利害関係者間の利益の比較較量を強いるものと構想している。これに対して、これまでの拙論では「株主間の直接的法律関係の可能性」を探求するため、大株主または支配株主の「積極的義務」について展開してきた⁽¹⁾。これは弱小株主の利益侵害、「公益」侵害、合併・営業譲渡・解散・組織変更などの会社の基本組織の行動、定款変更、株式・社債の発行に伴う利害関係人の利益侵害、取締役・監査役の選・解任行為、経営管理機関の不当行為あるいは法令・定款の不遵守行為、計算書類の承認に伴う不当行為などに対して、大株主という資本勢力の濫用規制の手段として、考えたものである。右掲の各利害関係人の利益侵害に対して、各自が救済されるべきであり、現代的会社法には、従業員利益も、あるいは消費者利益も、そして公益も、「会社利益」それ自体に含めて捉えるべき要請が社会的に内在している。私見によるこれまでの研究経過にある大株主の積極的義務はそれらの利害関係人の利益侵害に作用する調整義務となるのであるが、この構想を手段として資本勢力の濫用阻止理論の発見に狙いがあるのである。重要なことは伝統的社団法人論の限界を認識しながら、現代的会社法論において株主の会社に対する義務、株主の他の株主に対する誠実義務、すなわち「積極的義務」を強調することに意義があるのではないかということであった。多数者が一定の具体的理由なく利得をして、結果としてその他の利害関係人の利益が不当に侵害される場合、各利害関係人にいかなる救済が認められるかにある。それが損害賠償請求権や行為差止請求権により救済されるかぎりでは問題はないだろうが、そのような構成要件ができない場合、常に多数は多数であるという正義感だけで現代の市民社会を納得させうるものではない時代背景にあることを認識すべきであろう。

以上のように捉えてみると、形式的な多数決に「一定の具体的理由」ある規準を追加することは平等原則をめぐる一連の問題を浮かびあがらせることになる。その意義はすべての多数決が一定の具体的理由により正当化されなければならないところまで一般化できるかにあるが、H・ヴィデマンはこれを積極的に肯定するのである。そうすると私見によるこれまでの研究経過においても、既述した「一定の具体的理由ある多数者支配」という思想は積極的に採り入れるべき思想構

成になると思料されるのである。

H・ヴィデマンによれば、多数者の裁量の自由（恣意的決定）は経営管理に無関心な株主が経営者の意向通りになるように法的手段を与えることになるから、少数者あるいは各株主に対する多数者のいかかなる権限領域でも許されてはならないという。換言すると、ある措置に関する多数者の裁量の自由は少数者や各株主の「間接強制」のために利用されることになるから、多数者の恣意的決定は許されないというのである。¹⁸⁾

その原理は多数決に敗れた少数者に、選択的であれ、賠償的にであれ、「代償請求権」が成立するような場合にも妥当することである。そのような清算請求権は損害賠償の性格ではなく、補償の性格を有することになる。逆にそのことが多数者決定の不死性を、つまり法的有効性を前提にしていることになる。ここで多数者の規範的義務拘束の内容の問題を答えることはかなり困難ではあるが、一般には裁量の余地は多数者の自由にかかされていなければならないものとして、ただその多数者の行動（処置）は一定の具体的理由をもって「会社利益」に代替できるものであることが立証されなければならないということになる。西独やスイスにおいても、公法領域で展開されてきた公益原則とか、平等原則とか、比例原則とかが認められ、利害関係者の利益侵害の必要性や比例性の判断にそれらが使われてきている。換言すると、法が株式会社に自由裁量を認めるのは会社の背後にある資本勢力（多数者）の恣意に委ねる意味ではなく、公益目的に合し、株式会社の目的を実現するからである。この目的を無視し、多数者の利己的目的のために裁量権を使うとか、恣意的に著しく公平を欠く裁量を行うとか、または全く同一条件にあるに拘らず、一定の具体的理由なく差別的取り扱いをするとかして、その結果著しく現代的会社法の目的に反する場合、単に社会経済的に不当なだけでなく、違法行為として訴訟の対象となる思想の形成が不可欠である。このような考え方は資本の功利主義倫理の中でも必要になってきた原価計算であり、「会社利益」と「少数者利益」とを比較量算することを義務づける費用計算は個別具体例で具体化されるものである。

以上はH・ヴィデマンの諸説を参考に自説の見解も付加してきたが、報告のテーマとの関連では、西独の判例および学

説が株式会社法における議決権行使ならびに契約自治の行使を再検討して、かつ多数者支配をチェックしようとしていることをはっきりさせていることに意義がある。残念ながら、これまでの見解には多数者に多数決決定の一定の具体的理由ある相当性についての「立証責任」を義務づけるような推考は見当たらない。総会意思決定に重要な情報やデータは多数者（支配グループ）の手中にあるから、多数者が内容説明の責任も、立証責任も負うべきであり、現代的会社法論における少数者保護は以上のような特別問題の中でなお発展させることができるものではないかと思う。⁽²⁰⁾

(1) BGH, Urteil vom 13.3.1978: BGHZ, S.40 ff. Zu den Voraussetzungen eines bezugrechtsausschlusses bei einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen: § 183, 186, 243, 255 AktG; "Kali- und Salz-Fall", in Die Aktiengesellschaft 7/1978, S.196 ff.

(2) Marcus Lutter, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, S.334, S.346 ff. Wolfgang Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, S.804 ff.

(3) Marcus Lutter, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, SS.304-305

(4) Marcus Lutter, Europäisches Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft (1979) S.55 ff.

木内宣彦・シヨリスト七一九号一一一頁以下、法務大臣官房司法法制調査部編ヨーロッパ会社法案参照。

(5) § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG mit Wirkung vom 1. Juli 1979: "Der Vorstand hat der Hauptversammlung einen schriftlichen Bericht über den Grund für den teilweisen oder vollständigen Ausschluss des Bezugsrechts vorzulegen; in dem Bericht ist der vorgeschlagene Ausgabebetrag zu begründen".

(6) Marcus Lutter, ZGR 3/1979, S.402 ff.

(7) Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.157

(8) Marcus Lutter, Materielle und förmliche Erfordernisse eines Bezugsrechtsausschlusses — Besprechung der Entscheidung BGHZ 71, 40 (Kali+Salz) —, in ZGR 3/1979, S.401 ff.

- (6) Marcus Lutter, ZGR 3/1979, S.403 ff.
- (7) Marcus Lutter, ZGR 3/1979, S.404
- (11) Marcus Lutter, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, S.348, Klaus-Peter Martens, Der Ausschluß des Bezugsrechts: BGHZ 33, S.175 — Zum Interesse an wirtschaftlicher Selbstständigkeit —, in Festschrift für Robert Fischer (1979) S.437 ff. Wolfgang Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, S.805 ff. Marcus Lutter, ZGR 3/1979, SS. 408-411
- (12) 本文(9)(10)(11)(12)M・ネットターの要約でも。
- (13) Marcus Lutter, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, S.346 ff. Wolfgang Zöllner, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, SS.804-808
- (14) Herbert Wiedemann, Rechtserhische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2/1980, S.147 ff.
- (15) RGZ 68, S.246
- (16) Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.156
- (17) 拙稿「株主間の直接的な法律関係の可能性——大株主（または支配株主）の積極的義務についての一試論——」私法四一七〇頁以下、拙稿「大株主（または支配株主）の行動規制（積極的義務）をめぐる一考察（スイス会社法上の誠実義務に関連して）——経営管理の抑制措置の研究(4)——鹿兒島大学法学論集一五卷二号三二頁以下。なお右拙稿につき福岡博之「特集一九八〇年学界回顧」法律時報一九八〇年十二月号七九頁参照。
- (18) Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.157
- (19) 拙稿・前掲鹿兒島大学法学論集一五卷二号五五頁以下、田中二郎著行政法総論（法律学全集9）二九四頁以下、Arthur Meier-Hayoz und Martin Zweifel, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in Festschrift für Harry Westermann (1974) S.393, Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.157
- (20) Herbert Wiedemann, ZGR 2/1980, S.158

四 結びに代えて

(1) 拙論の冒頭の「はじめに」のところでおことわりしたが、西独における以上の判例・学説の動向に見出される「一定の具体的理由ある多数者支配」という構想がわが国の現代的会社法論の実践にいかなる役割を果すかは全く確信があるわけでない。その意味では粗雑な推蔽であることをおわびしなければならぬ。それにもかかわらず、ここでもしいくらかの臆断が許されるならば、拙稿の「一定の具体的理由ある多数者支配」の思想を前提にして、わが国会社法上の「営業譲渡」をめぐる判例・学説の対立にいくらかの新たな寄与ができるのではないかと思う。これは例示にすぎないが、それ以外の総会の多数決をめぐる具体的事項（普通決議事項と決議方法、特別決議事項と決議方法）についての検討は本稿では割愛せざるを得ず、他日に機会を譲りたい。しかして、これまでの拙論の経過からひとこと付加すると、総株主の同意、すなわち全員一致による法律要件以外の多数決は「必要性」と「相当性」に裏付けられ、その必要・十分条件がすべての総会決議事項に要請されることになるのではないだろうかと思っている。換言すると、少数者の利益確保を中心とした勢力規制法理に裏打ちされながら、それぞれの総会決議事項の再検討を試みてみる必要があるのではないかということになり、「一定の具体的理由ある多数者支配」の構想論はそのことを示唆しているようにも思われる。

そこで、「重要財産の譲渡と総会の特別決議の要否」をめぐる判例・学説^①を、以上に展開された構想論の下で捉えなおすと、結論的には「総会決議必要説」といわれる実質説（営業用財産包含説、少数説）に新たな理論的要件を付加する意義があるのではないかと思に至る。すなわち、決議必要説（少数説）は会社法上の営業譲渡は商法総則とは異なり、営業活動の承継は必要としないが、組織化された有機的体をなす財産の譲渡が商法二四五条一項一号の重要財産の譲渡であると解し、その結果、それを失えば実際に営業を廃止するか、または当該会社にとっては重大な影響をうけるような場合、株主総会の特別決議（過半数・三分の二という決議要件）を必要とするものと解されていることは周知の通りである。

これに対し多数説である決議不要説（形式説・営業限定説）は一定の営業目的のため組織化された有機的一体として機能する財産の譲渡が「重要財産の譲渡」であると解し、その結果、たとえ会社にとって重要な財産であっても、営業活動の承継を伴わないかぎり、総会の特別決議は不要であると解していることも承知のことである。決議不要説は取引安全の保護を、決議必要説は譲渡会社ないし株主利益の保護を重視していると解されて、なお両者の利益保護を調整する折衷案も展開されている。最高裁判例（最（大）判昭和四〇年九月二二日民集一九卷六号一六〇〇頁・同昭和四一年二月二三日民集二〇卷二号三〇二頁）の多数意見はいずれも決議不要説を支持する段階にある。しかるに、拙論において展開された西独の判例・学説の思想から、わが国の重要財産の譲渡をめぐる右のような見解の対立を検討すると、つぎのように概説できる。

多数者は少数者の持分たる地位を恣意的に侵害してはならず、「会社利益」・「多数者利益」と「少数者利益」との比較較量後をはじめ、多数者は法律上の支配者としてその行動が有効になるといふ思想、換言すると「一定の具体的理由ある多数者支配」という思想を前提に考えてみると、右に掲げた重要財産の譲渡と総会の特別決議の要否をめぐるわが国の学説の対立では、少数説である「決議必要説」が当然の立法解釈となるのではないかとということである。すなわち、それを失えば当該会社の営業活動が停止したり、当該会社の「会社利益」と「少数者利益」に重大な影響を与えるような行為は経営管理者にも、当該会社の多数者にも許されていないわけであり、その意味で「法定の形式的要件」は満たす必要がある。株主の過半数・三分の二の決議要件を充足した株主総会決議であるかぎり、多数者の利益と少数者の利益とは比較較量された立法的解決である、と法律判断が下されるのである。商法二四五条の立法趣旨はその意味で「一定の具体的理由ある多数者支配」の法理を含んでいると解して、そのための手段として「不文法的要件」である必要性和比例均衡性を付加して考えると、少数説たる「決議必要説」が立法解釈として妥当であり、重要財産の譲渡には利益の比較較量が必要ということになる。

(2) 私見であるが、現代的会社法秩序が破綻しないために「倫理的適応性」の考慮も不可欠と考えるに至っている。わが国の会社法秩序がいかなる範囲で法形式(構造)的規制以外に、法倫理的規準(生活的側面を含む)を内包しているか、つまり組織活動の経過を統制し、必要な限度で、上位にある価値のために経済主体の行動範囲を修正する利益の比較量を包括しているかを検討することが私に課せられた課題であらう。拙論はその一端のつもりで展開した。既述(一)、これまでの研究経過)した現代的会社法の義務本位思想をめぐり、わが国の判例・学説がその法的認識を明らかに変遷してきていることを証することはなかなか困難であるが、経済社会(市民社会)の変遷とともに「法の機能的メカニズム」の変遷とともに、「法の体系的メカニズム」も移り変わっている。つまり現代企業にとっては、一方に資本所有者、信用提供者、従業員労働者との関係(企業内部法)の問題、他方に経済生活環境との関係、市場参入者、消費者、一般公衆との関係(企業外部法)の問題を双肩にかかえている。右双方ともまずは組織(構造)問題に關係して、会社法では社員総会の権限と経営管理機関の権限を確定し、相互関係を限界づけなければならない。法令または定款は各種会社の社員の持分権ならびに解説請求権やコントロール権を秩序づけなければならない。会社債権者のためには適切な責任構造・財産構成を配慮しなければならない。現在では従業員のためにもそれ相応な「参加権」を準備しなければならない状態にある。まさに経営参加の問題は時のテーマであるが、さらに企業結合法では競争過程そのものを保証する秩序づけが現代の課題となっている。競争秩序は経済取引の制度となり、その道案内である。ただ企業監視の制度も、事業部内に限定され、保険業とか銀行業などに、その機能的メカニズムの「ひづみ」を是正する監視制度があるだけで、企業ディスクロージャー・フィロゾフィも経済競争に十分に反映しない。他方において、私的経済が競争の機能的メカニズムとしてよりも、魂のないメカニズム(倫理的生活的側面のないメカニズム)として非難されることに、いかに対処し、適応し、その問題解決に貢献できるかを問うことはまさに現代の課題である。この意味で企業の社会的責任は資本勢力行使をいかに現代経済の競争秩序の有効化に役立たせるべきかの問題であり、市民生活のモラルは経済社会の中の資本使用の過程における責任法理を整える制度にも存

するのである。最近西独でも、法人による経済的支配体制の構造を研究し、あるいは会社法にあるコントロールされていない権力の偽装（カムフラージュ）を警告する研究が顕著である。わが国では「法人資本主義」の実態に警告を発する奥村宏氏によれば、法人資本主義では、法人が自然人の顔をし、自然人が法人の顔をする、この自然人は経営者であるが、法人は経営者となつて自由に役割転換するところに大きな問題があることを指摘する。そして、さらに同氏は「人間性のために」として、つぎのように喝破するのである。「大企業という法人をバックにしているからこそ、経営者は日本の社会を動かすだけの力を持っている。(略)：経営者の弱さの意識・不安の観念こそが、逆に裏返しにされると、専制的な権力意識のかたまりにさせる。そして法人という組織の上に立っている限り、なにをしてもよいという神を恐れぬ無責任を生んでいく。それは、「組織エゴイズム」という形をとつて、法人のためにはなにをしても許されるし、すべての自然人はこの法人の前にひれ伏すべきだという態度を生んでいく。身体のない、そして思想のない法人が経営者の姿をとつてこの世に現われるとき、そこにはもはや、ニヒリズムしかない。これが社会、文化、教育、そしてひとびとの思想まで操作するとき、それは荒涼とした、魂を失つた世界になる」(傍点筆者)。以上の喝破に追いつく法的認識の変遷が現代の会社法論に必要である。それは忙がねばならないと思う。より極端な形で問題を整理した「一定の具体的理由ある多数者支配」の構想論はここにも意義を求めることにより、はじめて多数者支配の行動は法律上の支配行動であるといえる。そのためには「不文法的要件」を付加してでも、現代的会社法論における勢力濫用規制の一環を組みたてるべきではないかと思う。ここに、現代的会社法論における少数者保護の反作用論の生きる道があるのではないかと思つている。

- (1) たとえば上柳克郎「営業譲渡」新商法演習―会社(1)二四一頁以下、蒼原菊志「重要財産の譲渡と総会決議の要否」判例と学説5一八頁以下、田村淳之輔「重要財産の譲渡と総会決議の要否」商法の争点七六頁以下、竹内昭夫「重要財産の譲渡と特別決議」会社判例百選(第三版)五四四頁以下、蓮井良憲「重要財産の譲渡と特別決議」セミナー法学全集12商法Ⅱ会社一九五頁以下、など参

説
論

照。その他詳細な文献については割愛した。

(2) 以下は Herbert Wiedemann, Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2/1980, S.148 ff の基本テーゼを採る。

(3) Vgl. Claus Ott, Recht und Realität der Unternehmenskorporation (1977) — Ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person — S.121 ff. bzw. S.127 ff.

(4) 奥村宏著企業集団時代の経営者(日経新書)三二頁〜三六頁、一六四頁以下。

(5) 奥村宏・前掲書一七七頁—一七九頁。

(昭和五六年一月三十一日 記)