

共同子会社の理論研究序説

奥 島 孝 康

- 一 問題の提起
- 二 共同子会社の形成
- 三 共同子会社の性格
- 四 共同子会社の機能
- 五 共同子会社の法理

一 問題の提起

昭和四五年六月二日、最高裁大法廷は、いわゆる政治献金事件判決⁽¹⁾において、以下のごとく述べた。すなわち、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされ

た場合、政治の動向に影響を与えることがあったとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない」と。

右の判決において争われた中心的論点は、当然のことながら、会社の政治献金をめぐる法的評価であったが、本稿で問題として取り上げようとしているのは、判決の言葉を借りれば、はたして、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」のか、換言すれば、株式会社ははたして憲法上の基本的人権を一般的に享有しうるか、という点である。⁽³⁾ 現代の経済社会において株式会社の占める地位がいかに大きなものであろうとも、その存在が憲法秩序に反するものであってはならないことは、改めて指摘するまでもない。また、株式会社の本質についてはさまざまな説明が可能であるとはいえ、結局のところ、それは自然人の経済活動の手段にすぎないのではないか。したがって、株式会社の存在が自然人の人権を圧迫・侵害することは認められないばかりか、現代経済社会において株式会社の圧倒的に強大な経済力が「人権」の美名のもとに放任されなければならない理由も見出しえないのである。

株式会社の「人権」を法理論上いやおうなく問題とすべききっかけを与えたのは、一九七三年後半のいわゆる石油危機の発生であった。それまでも、わが国の企業は、海外においてはエコノミック・アニマルの悪名を流し、国内的にも公害列島とかカルテル列島と自嘲される状態を招来せしめ、また買占め・売惜みなどの行為によりこの状態に拍車をかけて、地価・物価の高騰はもとより、肉体的安全すらおびやかす原因をつくりだしてきていたが、石油危機にいたり、企業性悪説が説かれるほどさまざまな弊害を一挙に噴出せしめた。⁽⁴⁾ 世は、まさに企業不信の時代へ突入し

たのである。こうした企業の行動に対する法的規制策は、周知のごとく、商法改正、独禁法改正などとして現在取り組まれているが、株式会社の法的規制の理論的基礎を説明しないかぎり、十分に説得的な規制たりえないばかりか、効果的な立法政策をも展開しえないのではないかと思われる。わたくしは、その理論的説明の手がかりを、ここでは「株主の法人化現象」に求めてみた。⁽⁵⁾

いうまでもなく、株主の法人化は、株式相互保有の増大、結合企業の進展を意味する。そして、結合企業の出現は、現行会社法の予想する自主独立の原子論的会社像とは異質の会社像の誕生をもたらしたのである。株式会社の構造変革といわれる事態がまさしくそれである。わたくしは、かかる事態を理論的に検討するために、共同子会社に着目した。なぜならば、「共同子会社は、一面では、その高次の資本集中機能において、他面では、その契約的結合形態を介する競争制限的機能において、結合企業の経済的機能をきわめて典型的に体现する企業形態として注目される」からである。⁽⁶⁾ 本稿では、共同子会社の資本構造と経済機能を説明するために、フランスにおける《sociétés de sociétés》の理論を素材にして、現代株式会社法と憲法秩序との関連を検討する一つの基礎的視点を提供してみた。

(1) 民集二四卷六号六二五頁。

(2) その優れた研究として、富山康吉・現代商法学の課題(昭五〇)第五章を参照。なお、奥島「会社の政治献金」法学セミナー二四一号(一九七五)一一二頁以下。

(3) 判決のこの部分に関しては、鈴木教授も、「判旨は会社も広く自然人と同様の政治的活動の自由を有し、その一環として政治資金の寄附もできるのだというが、政治資金の寄附の否定を排撃するために、このような前提を立てる必要はない。とんだ勇み足の議論というほかないであろう。」と述べられている(鈴木竹雄・商法研究Ⅲ(昭四六)三三二頁)。

(4) その一端については、宮崎義一・現代の日本企業を考える(岩波新書・一九七四)を参照。

(5) 株主法人化現象のもたらす弊害については、河本教授が以下のごとく的確に要約されている。すなはち、「第一に、法人株主は、容易に株式を売ろうとしないから、市場における株式需給の層を薄くし、流通の円滑性、公正な株価の形成を損うことになる。このことは、……株主がその所有株を換金する場であるところの証券市場の機能を低下させることになる。第二に、株式持合いが極端になると、相互に株主権が相殺されて実質的に少数の経営者支配となりやすく、株式会社制度のチェック・アンド・バランス機能をゆがめるおそれがある。第三は、株式の持合いによる名目的な資本増加は、資本充実の原則に反し、企業の財務体質を不健全なものとする。第四に、株式が法人に過度に集中するならば、国民と企業との結びつきが弱まり、資本主義経済(自由企業体制)の健全な発展を阻害することになる。第五に、法人による政策的な株式取得は、個人の純投資を妨げる結果となり、これによって国民一般が有望な企業に利潤分配面で参与し、健全な資産形成を図る場を狭めるおそれがある」と(河本一郎「商法—会社法」法学セミナー二三八号(一九七五)四四頁)。また、奥村氏は、「相互支配体系のもとでの経営者はたえず同業他社との比較において成績をあげておけばよく、長期的な企業の将来に対して責任を持たない。ここに日本の企業社会における『無責任経営』の本質がある」と指摘されている(奥村宏・法人資本主義の構造(一九七五)二五八頁)。

(6) 奥島・現代会社法における支配と参加(昭五一)八七頁。

二 共同子会社の形成

共同子会社は、フランス法では、当初《sociétés de sociétés》と呼ばれていたことから知られるように、まさに「会社を構成員とする会社」⁽¹⁾である。したがって、それは、企業集中現象の一形態である。もともと、共同子会社の出現は、企業集団ないし結合企業に較べると、時期的には比較的新しい現象である。いうまでもなく、会社が他会社の株主となるいわゆる法人株主現象は、かなり早い時期に現われたと推測されるが、株主全員が法人である共同子会

社の出現は、おそらく、今世紀に入ってからであろうと思われる。ちなみに、フランスにおいて、この問題を初めて法的に検討したアンリ(A. Henry)の論文が発表されたのは、一九一九年のことであった。

フランスにおいては、会社が他会社の構成員となることに法律上の重大な障害はなにとつ存在しない。たとえば、日本商法第五五条の「会社ハ他ノ会社ノ無限責任社員ト為ルコトヲ得ズ」といった規定は過去において一度も存在しなかったのである。したがって、フランスでは、株式会社が発起人となり合名会社を設立することすらまれではない。⁽²⁾しかし、解釈上問題となった点は、すべて究極的には株主の有限責任性に関連している。

(1) 法人発起人 法人発起人(société-fondateur)について、詳しい検討を行なったのはジェグウ(Gégout)である。⁽³⁾まず、持分会社(société par intérêts)と呼ばれる合名会社と合資会社の場合、設立に必要な最小限の要件は、社員間の契約(会社の運営および清算の方法に関する合意)と法律の要求する公示手続にすぎない。もともとかかる人的会社では、社員間の信頼関係という人的要素(intuitus personae)を存立の基礎とするのであるから、たとえそれが法人間の信頼関係を基礎とするものであろうと、実質的に発起人たる社員相互間の内部関係の問題にすぎない。したがって、すべて普通法(民法)の原則にしたがって解決されればたりる。問題は、合名会社の商号に関して生じた。当時、合名会社の商号(raison social)は社員の名を含めねばならないのに対して(商法典旧二二条、新会社法一一一参考)、株式会社の商号(nom social)は事業目的を示さねばならないばかりか、それに社員の名を使用することができなかった(商法典旧二九条、旧三〇条、新会社法七〇参考)。なぜならば、商号に使用された社員名は無限責任社員を意味したからである。そこで、株式会社を社員とする合名会社の設立には疑問が生じた。しか

し、実際には、ワラ人形 (homme de paille) を利用し、そうしないまでも、株式会社は、その商号を合名会社の商号中表示し、その財産を限度として無限責任を負う社員となることも可能なのである。⁽⁴⁾

ところが、同じ持分会社ではあっても、有限会社については、いくらか事情が異なる。というのは、一九二五年三月七日法によって創設された有限会社は、合名・合資会社に比して、その設立手続が複雑であり、かつ、厳格であるからである。とりわけ問題であったのは、一九二五年法の第一〇条（一九六六年新会社法四一条参照）である。すなわち、これによると、有限会社の設立無効につき責を負うべき社員には、当該設立無効から生ずる損害に対して民事責任が課されていたが、それは、文字通り「社員」に対する責任であり、「発起人」に対する責任ではなかった。これに反して、他方、一八六七年の旧会社法第四二条（新会社法二四二条は、設立無効から生ずる損害について「発起人」が責を負うべき旨を明定していた。したがって、有限会社の発起人に關する特別の規定はまったく存在しないわけである。しかし、このことは、有限会社の設立證書（定款）に署名した最初の社員全員に民事責任を課す趣旨にほかならず、法人は、形式的に有限会社の発起人たりうるか否かにかかわらず、実質的な発起人である最初の社員として、有限会社の設立に参加しうるのである。では、株式会社の発起人はどうか。会社法は、旧会社法はもとより新会社法⁽⁵⁾も、発起人の資格にまったく制限を加えていない。したがって、発起人の資格は裁判所の判断に委ねられている。ところが、発起人が誰であるかを明らかにする目的は、誰に発起人としての民事上の責任および刑事上の責任を負わすべきか、という観点からの裁判所の判断が必要なかぎりにおいてのみ存在する。したがって、裁判所の判断においては、発起人が自然人であるか法人であるかは、もともと重要な意味をもちえないのである。

では、一般的に、法人は株式会社の発起人たりうるであろうか。たしかに、法人が設立中の会社の発行株式を引受けたからといって、直ちに発起人となるわけではない。しかし、株式の引受や定款の作成について積極的役割をはたした場合には、発起人に関する規定の適用が可能であり、とりわけ、定款に発起人として署名した場合には、その署名者が法人であるか自然人であるかを区別すべき必要性は存しない。このように、実質的に発起人として行動した者を発起人とするフランス会社法の考え方からすれば、⁽⁶⁾法人が発起人となりうる資格を有することは、きわめて明らかである。

(2) 法人取締役 ところで、共同子会社は、その社員がすべて法人である点に特徴をもつが、それにもかかわらず、会社としては、自然人のみを社員とする通常の会社と変わるところはない。⁽⁷⁾ いわば、共同子会社は、その社員構成の点で特殊性をもつが、その他の点では通常の会社としての一一般性をもつといつてよいのである。それゆえ、共同子会社といえども、それが株式会社形態を採っている以上は、取締役という必要的機関を欠くわけにはいかない。ところが、取締役には、資格制限が存し、株主たることが要件とされている(旧会社法二二条、新会社法九五条一項)。共同子会社の株主はすべて法人である。では、どうすればよいか。共同子会社においては、法人株主を取締役とする以外にないではないか。したがって、法人取締役理論は、いわば共同子会社理論の必然的帰結とされねばなるまい。ここに、法人取締役理論と株主の法人化現象(共同子会社の発展)との密接な内的関連がある。いいかえれば、法人取締役理論は、共同子会社の出現とともに発達した理論といつてよからう。⁽⁸⁾

法人取締役理論を、最初に論じたのは、おそらく、ウパン(Houpin)が一九〇一年に発表した論文であったと思わ

れる。⁽⁹⁾ ただ、当時フランスにおいて、法人取締役が存在したかどうかはかならずしも明らかではなく、ウパンは、彼自身その例を知らなかったのであり、むしろ理論的な興味からこの問題を論じたようである。したがって、これが現実の問題とされるにいたったのは、親子会社関係形成の普及、すなわち、共同子会社の問題が現われた段階たる一九二〇年代後半のことであった。この段階における親子会社関係から生みだされた弊害の最大のものは、いわゆる「自己取引」であったといつてよい。もっとも、旧会社法第四〇条第一項は、取締役が直接間接に利益を有する会社との取引および営業について、株主総会の認許がある場合を除いてこれを禁止していた(新会社法一〇一条以下参照)、しかし、自己取引の規制としてはこのままでは不十分である。そこで、一九四三年法は、旧会社法第四〇条に、第五項を追加して、「自然人取締役」にかぎり、いかなる形式によるのであれ、会社から借入れの契約をなし、交互計算その他の方法により無担保貸付を承諾させ、または自己の第三者に対する債務につき、会社に保証もしくは手形保証させることを禁止したのである(新会社法一〇六条参照)。このことは、法人取締役理論を考える上で重要な意味をもっていると思われる。

旧会社法第四〇条第五項(新会社法一〇六条一項)の適用範囲を自然人取締役に限定していることは、その反対解釈として、法人取締役にについては、金銭貸付、保証等の契約を許容することを意味する。しかし、親会社の子会社の取締役になっている場合、かかる行為は、常に、取締役と会社との間の取引および営業の範囲に含まれると解することができるから、取締役会の認許を要する。すなわち、親子会社間の取引の規制は、自己取引規制をもって代替させることが可能だったのである。⁽¹⁰⁾ それだけではない。子会社の損失において親会社の利益をはかるかかる行為については、

法人取締役の場合、取締役としての親会社の責任を追及することも可能であり、法人取締役を認めることが親子会社に対する法的規制の効果が大きいと考えられさせたよりである。こうして、一九六六年のフランス新会社法第九一条は、法人取締役制度を会社法上最初に法認した立法例となったのである。⁽¹¹⁾

(3) 法人株主 では、法人は株主となりうるであろうか。これについて、フランスでは、とりたてて論じられることはなかったが、⁽¹²⁾ 共同子会社の成否の問題こそがおそらく実質的にそれに代わる問題であるといつてよからう。

アンリは、企業の結合をカルテル、匿名組合、合併等の検討を通じて、アングロ・サクソン法系のトラストにおける株主の権利の面に現われる特殊な現象——利益参加権と経営参加権の分離——に着目した。そして、このような企業集中の最高形態こそ、フランスにおける《société de sociétés》であると解した。⁽¹³⁾ では、こうした形態の会社はフランス法のもとにおいて有効に成立しうるであろうか。アンリは、これをさまざまな角度から検討して、共同子会社の成立を妨げる障害はなにひとつない⁽¹⁴⁾と述べている。たとえば、株式会社によって共同子会社が形成される場合を取り上げると、最大の難問は、株式会社は取締役となりうるか、という問題であったが、これについてはすでに検討したとおりである。しかし、ドゥモンテは、もう一つの問題点を指摘している。それは、一九一三年法によって改正された旧会社法三一条の解釈である。この規定は、特別株主総会の決議をもってするも、なお、株主の義務の加重(augmentation des engagements des actionnaires)を禁止した(新会社法一五三条一項参照)。もつとも、株主の全員一致による義務の加重は、株主の権利の放棄であると解しうるからこれを認めてもさしつかえなからう。では、共同子会社の設立は、なにゆえにその社員たる親会社の株主の義務の加重と解される余地があるのだろうか。そ

これは、親会社の資本のみならず、その配当可能利益（主として利益準備金）までも、共同子会社の株式取得に充當される結果、親会社株主の利益配当請求権が減退するからである。しかし、その後、判例は、株主の権利の縮減はその義務の加重とならないという解釈を確立したので、この規定は、共同子会社設立を妨げるものではなくなったのである。⁽¹⁵⁾

ところで、理論的に最重要問題として注目されるのは、ドゥモンテ (E. Demontes) の指摘した共同子会社の危険性である。ドゥモンテによると、会社には、会社の計算の操作とか、債権者の追及権の切断といった危険性がある。そして、この危険性は、共同子会社においては倍加しているのである。もともと、会社は自然人の団体と理解されており、社員たる自然人は、ここでは、特別の法的保護ないし法的な配慮がないとしても、その監視権を行使することにより、自らの利益を確保することができる。ところが、共同子会社の社員は、いわば、その親会社であり、親会社の社員たる自然人は、実際上もまた法律上でも、共同子会社の直接の監督を禁止されている。⁽¹⁶⁾ また、ドゥモンテは、共同子会社形成の特異性こそが法人格 (personnalité morale) を一定の範囲で変質せしめるにいたるものと理解しているようである。すなわち、法人格は、自然人の団体について擬制されるものであるのか、自然人たるその構成員の財産とは峻別される団体固有の財産の一種として実在するのか。この点についてフランスでは、長い間法学者の間で問題とされてきた。しかし、共同子会社の出現は、法人実存説がしだいに確立してきていることを示しているようである。⁽¹⁴⁾

この指摘は実に鋭い。ドゥモンテの指摘は、おそらく、つぎのごとき含意をとまなうと考えられるのではないか。

すなわち、共同子会社は、一般の会社と異なるところはなにひとつない。しかし、この会社の構成員がすべて法人であるという特徴は、たんなる形態上の特徴にとどまらず、その本質と深く結びついているのである。たとえば、株式の相互保有を考えよう。この相互保有は、通常、親子会社間で行なわれるが、それにとどまるものではない。株式の相互保有の進展は、究極的には、自社の株主は自社であるという段階にまでも到達しうるであろう。この段階における会社は、結局、自然人構成員をすべて排除するにいたる。では、会社はだれのものか。会社はだれによって支配監督されるのか。共同子会社は、いわばこうした解答困難な理論上の問題につきあたった状態にある会社形態といわねばならない。そうだとすると、共同子会社の支配権を親会社がつことは、いわば自然人による支配監督のおよばない会社それ自体の存在を認めることでなければならぬ。しかし、それにもかかわらず、共同子会社は、実際には、その構成員たる法人の背後に隠れている自然人に利用され、かつ、その者の利益を達成する手段であるにすぎない。法人実在説が説得力を増してくる現実の状況においてこそ、それを否定しなければならない理論状況が生ずるのである。

ともあれ、フランスにおいては、共同子会社の成立の可能性に関して、法律上の障害は存せず、また、これを否定する学説も存しないが、ドゥモンテのごとく、いちはやくその危険性を指摘し、その法的規制の必要を主張する学説が存在したことは、この問題を考える上で、後述のごとく、理論上大きな手がかりを与えてくれるものである。

(1) Claude Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, 1962, p. 272.

(2) カトネギヤク B. Mercadal, P. Janin et C. Gambier, *Mémento pratique des sociétés commerciales*, 5^e éd., 1974, p.

933. 参照。

- (3) Maurice Gégout, Filiales et groupements de sociétés—Étude juridique de l'intervention d'une société dans la constitution dans le fonctionnement d'une autre sociétés, 1929, pp. 115-120.
- (4) A. Henry, Des sociétés de sociétés, Journal des sociétés, 1919, pp. 175-178; E. Demontés, Les sociétés de sociétés, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1928, pp. 45-47.
- (5) Gégout, op. cit., pp. 120-122.
- (6) Gégout, op. cit., p. 125. 以下に対して、日本では定款に署名した者を發起人とするいわゆる形式説が確立している。
- (7) Gégout, op. cit., p. 325.
- (8) Henry, op. cit., pp. 181-182; Demontés, op. cit., 56-57.
- (9) C. Houpin, Société anonyme.—Administrateur.—Société, Journal des sociétés, 1901, p. 385.
- (10) 奥島・前掲書一〇九—一一〇頁、一一九—一二〇頁を参照。
- (11) 以下について、その詳細は、奥島・前掲書第二章を参照。
- (12) アメリカにおけるこの問題については、奥島「株式相互保有の規制原理」企業法研究二四九輯(昭五一)において、若干検討したことがある。
- (13) Henry, op. cit., pp. 166-167.
- (14) Henry, op. cit., p. 198.
- (15) Demontés, op. cit., pp. 51-54; Mercadal et al., op. cit., p. 573.
- (16) Demontés, op. cit., p. 62.
- (17) Demontés, op. cit., pp. 63-64.

三 共同子会社の性格

共同子会社は、あくまでも、会社 (societies) の一種にすぎない。もつとも、会社といつても、わが商法第五二条ないし第五四条にいう「営利社団法人たる会社」にかぎらない。たとえば、フランス新会社法第一編第七章(四一九条以下)には、匿名組合が含まれているが、わが商法では、第五三五条以下に定める一商事契約にすぎない。このように、わが国では、「会社」を営利社団法人に限定しており、「組合」という契約法の分野における共同企業と峻別している。しかし、ここでは、かかる立法政策の相異は問題ではない。問題は、共同子会社がいかなる企業形態を採るか。その採用した企業形態の相異が、共同子会社の性格にいかなる影響をもつのか、にある。結論を先に述べておこう。共同子会社がいかなる企業形態を選択するかは、その基本的性格にさしたる影響をもたないと考えられるのである。

かつて、アンリは、共同子会社が法律上成立可能なりや否やについて検討した際、非営利社団から始め、営利組合(民事会社)、合名会社、合資会社、株式合資会社、株式会社について検討したが、現在のフランスにおいては、共同子会社は、人的会社(合名会社、合資会社)、匿名組合、有限会社ならびに株式会社および株式合資会社の形態を採るといふ⁽²⁾。したがって、共同子会社は、その目的を達成するために、もつとも適した、かつ、もつとも有利な企業形態を選択するのであって、企業形態の選択それ自体は便宜的なものにすぎない。では、その性格にはいかなる特徴がみられるであろうか。

(1) 契約的性格 共同子会社は、「子会社」である。ということは、親会社が、後に検討するように、一定の経済的目的を達成するための手段として設立する会社を意味する。もつとも、会社の設立自体が営利目的の達成のためであることは明らかであり、子会社の設立が親会社の経済的目的達成の手段であることはいうまでもない。しかし、共同子会社の設立は、一般の会社設立や通常の子会社設立とは違った特色がある。それは、共同子会社においてはその構成員の交代が予定されていない点にある。

社団法人の特質の一つは、構成員の変更が社団の存在に影響をおよぼさない点にある。これに対して、組合は、契約的結合関係からして、契約当事者の変更によりその存在自体が大きな影響を受ける。ところで、共同子会社は、複数の親会社によって設立される企業形態であり、親会社間の共通の目的を達成する手段である。したがって、共同子会社は、親会社間の一定の契約 (contrat inomé) を前提としてのみ存在する一種の匿名組合 (association en participation) であり、企業形態として株式会社形態が選択されたとしても、その実質は組合契約にすぎない。このように、共同子会社の本質が組合契約であることは、その存在の基礎を規定すると同時に、その活動の基礎をも規定する。まず、会社の存在の基礎は社員にある。人的会社ともかく、物的会社において、社員の個性が理論上無視されるのは、出資財産こそ会社存在の基礎だからである。しかし、共同子会社の場合、社員たる親会社の出資は、たんなる投資を目的とするものではない。むしろ、親会社の事業遂行の一部をなすものであり、少なくとも、その事業遂行ときわめて密接な関連において行なわれるものである。それゆえ、社員の事業と会社の事業は一体的な関係にあり、社員固有の事業との関連を離れて、共同子会社独自の事業を考えることは、あまり意味がない。また、共同子会

社の機関は、実質的には、社員によって構成されるのが通常であり、その意味で、いわゆる「所有と経営の分離」現象はここには存在しない。共同子会社は、名実ともに、社員の共同事業形態なのである。

共同子会社は、フランスでは「*filiale commune*」と呼ばれ、ドイツでは「*Gemeinsame Tochtergesellschaft*」と称され、アメリカでは「*Joint Venture*」と呼び、また、わが国では、合弁会社ないし共同投資会社と称している。そして、わが国ではジョイント・ベンチャーという用語がもつとも親しまれていると思われるのみならず、この用語の語感が比較的的確に共同子会社の契約的性格を伝えていとも思われるので、アメリカにおけるジョイント・ベンチャーについて、若干触れておこう。たとえば、ヘン(Henn)によると、「ジョイント・ベンチャーないしジョイント・アドベンチャーは、通常特定の事業を遂行するために設立され、その事業目的の達成によって解散するがごとき、二人以上の者から成る他の営利企業とは異なる。通常、いかなる形式も必要としない。一般的な相互代理とはされていない例がむしろ多いのであるが、パートナーシップ法の諸原則の適用がいくらかある。ジョイント・ベンチャーの構成員は相互に信認関係にある。その責任は無限責任である。ジョイント・ベンチャーは、アソシエーションとしての特質に欠けているので、通常パートナーシップとして課税される⁽⁴⁾。」と。また、ジョイント・ベンチャーの不可欠の要素は、合意(明示たると黙示たるとを問わない)、共通の利益(出資目的)、利益分配(損失分担―無限責任を通常含む)、相互の監督権であり、その性格は、基本的には、パートナーシップである⁽⁵⁾。このように、アメリカでは、ジョイント・ベンチャーは、まさに共同事業そのものを指し、かならずしも、共同子会社を意味しないが、それゆえにかえって、共同子会社の組合契約的性格を強調することになったといつてよからう。

フランスにおいては、シャンポオも、共同子会社をして、「契約にもとづく会社」(société conventionnée)としており、一九六七年九月二三日法律第六七一八二二号により創設された「経済的利益団体」(Groupements d'intérêt économique)との類似性を指摘している。⁽⁶⁾ この経済的利益団体は、いわば中小企業の事業者団体に該当し、契約によって創設される新しいタイプの法人なのである。

(2) 閉鎖的性格 共同子会社の契約的性格が明らかとされた以上、その当然の帰結として、閉鎖的性格が指摘されねばならない。共同子会社が基本的に組合契約の一種であるとすれば、契約当事者の個性が問題となる。すなわち、人的要素を重視する必要があるであろう。ところで、共同子会社は、たとえ物的会社の形態を採っている場合でも、その実体は人的会社に近い企業形態であるとされている。⁽⁷⁾ すでに指摘しておいたごとく、その実質が組合契約である以上、いかなる企業形態を選択するかは、経営技術的な問題にすぎないからである。

では、共同子会社が閉鎖的組合的企業形態であるということは、会社法上どのような理論的意義をもちうるであろうか。それは、いわゆる企業の所有と経営の分離という命題との関連で考えられる必要がある。いうまでもなく、物的会社、とりわけ株式会社においては、経済的には、株式の分散によって、法律的には、取締役(会)への権限集中によって、所有と経営の分離が進行しているが、これは、もともと基本的には、株式の公開という方式を前提として始めて可能となったといわなければならない。それゆえにこそ、株式の自由譲渡性は、近代的株式会社成立の重要な指標の一つとなりえたのである。ところが、株式の公開は、現代では、株式会社にとってかつてほどの重要性をもたない。かつては、遊休資本を動員・吸収するところに、株式会社の輝かしい未来が約束されていた。したがって、

そこでは、無機能資本の活躍の場が、それなりに予定されていたといえなくもない。しかるに、現代では、無機能資本の活躍の場が著しく縮減されている。いうまでもなく、法人株主ないし機関株主の増大がそれを象徴している。そして、また、この法人株主の増大化現象は、株式の相互保有にもとづく企業結合の進展を反映するものでもある。共同子会社は、まさに、この段階における典型的な企業形態といわねばならない。すなわち、共同子会社は、それが株式会社形態を採っている場合には（危険分散をはかるため、これが通常の場合でもあるが）、親会社という機能資本のみによって構成された企業形態であり、機能資本を社員としている点に、他の会社形態との決定的な差がある。それゆえ、共同子会社においては、所有と経営が逆に一致しており、一般の株式会社におけるように、いわゆる資本多数決という民主制的外観のフィクションを用いることにより、所有と経営の統一をはかった結果ではない。

このように、共同子会社が閉鎖的な性格をもつのは、その本質が「子会社」であることに由来する。一般の子会社では、支配的株主は親会社一社であることから、その実質的な閉鎖的性格はあまりにも明らかであるが、その場合でも、株式が公開されていることが少なくないから、これをはたして閉鎖的会社と呼ぶことが適当であるか否かは大いに疑問がある。しかし、共同子会社の場合には、社員たる親会社間の実質的関係ないし事業目的が出資比率に表現されているばかりか、会社外で結ばれた社員間の基本契約にしたがって、組織・運営が実現されるわけであるから、その閉鎖的性格はほぼ決定的といってもよいと思われる。結局、共同子会社の閉鎖的性格は、その契約的性格の反面であるにすぎないといつてよい。

- (3) 過渡的性格 共同子会社が企業集中の一現象である点は、これまでの検討から明らかであろう。すなわち、

共同子会社は、一面では契約的結合関係であり、他面では、それを越えた資本的結合関係にまで進んでいるが、いまだ企業集中の究極的段階たる合併にまではいたっていない。したがって、契約的結合と資本的結合とがオーバラップした企業の結合形態であるが、基本的性格は、どちらかといえば、契約的結合たる側面にウェイトがある。

たとえば、共同子会社が、同一系列の資本間で設立された場合には、この結合関係はまさに資本的結合の契約による補強であるが、異系列の資本間で設立される場合には、契約的結合関係が資本的結合の形態を借用しているにすぎない。しかし、重要なのは、共同子会社が、たとえ資本的結合形態の借用とはいえ、契約的結合関係を踏みこえて、資本的一体化への過渡的段階 (*echelon intermédiaire*) にある点である。⁽⁸⁾ それゆえ、社員たる親会社の資本系列によって、親会社間の結合度に強弱の差が存するとはいえず、共同子会社を介する企業結合は、たとえ異系列資本間の場合であっても、単一資本系列ないし同一資本系列への傾斜を促進する過渡的な性格をもつものと思われる。現実には、業務提携や技術提携がさらに資本参加に進み、やがて合併にまでいたる例が少なくないことを想起すれば、共同子会社の企業結合形態における右のごとき位置づけは明らかであろう。

- (1) Henry, *op. cit.*, pp. 168-184.
- (2) Mercadal et al., *op. cit.*, p. 933.
- (3) Henry, *op. cit.*, p. 164.
- (4) Harry G. Henn, *Handbook of the law of corporations and other business enterprises*, 2nd ed., 1970, p. 77.
- (5) Henn, *op. cit.*, p. 78.
- (6) Claude Champaud, *Les méthodes de groupement des sociétés*, *Revue trim. droit comm.*, 1967, p. 1019.

(7) Champaud, Les méthodes, p. 1018.

(8) Gérard Farjat, Droit économique, 《Thémis》, 1971, p. 135.

四 共同子会社の機能

共同子会社の基本的性格が組合契約的關係にあるのは、その内部組織への経済的機能の反映であるといつてよい。シャンポォが、共同子会社の経済的目的は、「支配」(Domination) 關係の設定というよりも、むしろ「協力」(collaboration) 關係の確立にあるとしたことは、⁽¹⁾その意味できわめて示唆的である。すなわち、共同子会社の社員たる親会社間の「相互協力」の内容は、一面では、市場における競争制限のための協力關係であり、他面では、資金・業務・技術に関する協力關係であつて、換言すれば、前者は競争制限機能であり、後者は資本集中機能ともいえるであらう。

(1) 競争制限機能 共同子会社出現の経済的必然性は、そのカルテル的機能ないし合併類似機能にあつたと思われる。合併類似機能については、後に資本集中機能を検討する際に触れることにし、ここでは、カルテル的機能を中心に検討しておこう。カルテルには、低級カルテル(価格カルテル、生産カルテル、販路カルテル)と高級カルテル(利潤分配カルテル、供給分配カルテル、注文分配カルテル)とがあるが、共同子会社は、高級カルテルの一種であり、かつ、基本契約(カルテル契約)と会社との二つの組織を有するので、「二重組織のカルテル」である。⁽²⁾フランスでも、高級カルテルたる「生産シンジケート」(syndicat de production)と⁽³⁾把えられていたようである。このよう

に、共同子会社は、そのヤミカルテル (entente secrète) たる實質にもかかわらず、カルテルの欠点たる脆弱性・不安定性を克服するために、会社形態を借用した企業形態である。⁽⁴⁾

共同子会社の経済的機能は、その発起人の設立目的によって決定する。⁽⁵⁾ 発起人たる親会社は、親会社が各々別個に追求し、競争している会社目的を、共同子会社の設立により共同で達成するのである。したがって、その反競争的影響は明らかである。しかしながら、ここで注意されなければならない点は、共同子会社が「子会社」である点にある。すなわち、子会社には、親会社が唯一の出資者である場合と、出資の重要な部分を負担する親会社により支配されている場合と、複数の会社による共同支配を受ける共同子会社の場合との三種がある。⁽⁶⁾ そして、いずれもコンツェルンを形成するもつとも主要な方法である。こうしたコンツェルン (フランスではグループ・ドゥ・ソシエテ) は、程度の差こそあれ、いずれも反競争的機能を営む可能性をもっている。けれども、共同子会社が他の子会社と決定的に異なる点は、異系列資本間で設立される場合がありうるばかりか、競争関係にある会社間においてさえ設立される可能性が少なくない点である。したがって、共同子会社を介して市場における競争制限がはかられる可能性は、他の子会社の場合に比して著しく高いといわねばならない。⁽⁷⁾

また、共同子会社とはいっても、その資本構造からして、二つの類型を区別しうる。第一は、株式の大部分を一事社が保有し、残りの小部分を独立の会社、場合によってはワラ人形たる自然人が保有する共同子会社であり、第二は、競争会社間に株式が分散している共同子会社である。⁽⁸⁾ しかし、第一の類型の子会社を共同子会社に分類することに疑問があることは、すでに明らかである。しかし、同一系列の資本間で設立された共同子会社の場合には、競争制限機

能はそれほど高くはないが、高度の資本集中機能の点で、これを共同子会社として分類しておく実益があろう。

(2) 資本集中機能 共同子会社に固有の危険性は、ほぼ二つあるとされている。一つは、その巨大な経済力の形成 (formation de grandes puissances économiques) であり (一般的危険)、他の一つは、本来自然人を対象として作成された会社法上の強行規定の適用回避である (特別の危険⁽⁹⁾)。会社は、法人という技術を介して、経費の節減、競争の制限、資金調達の便宜などにより、危険の分散および利益の増大をはかることを制度的に保障するものである⁽¹⁰⁾。そして、共同子会社は、かかる保障機能をさらに格段に高めることを可能とした。その中でも、とりわけ重要な意義をもつのが、資本集中機能である。

フランスにおいて、共同子会社が経済社会で重要な役割をはたし始めたのは、第一次世界大戦後の復興期であった⁽¹¹⁾。戦後の荒廃した産業を再建するためには巨大な資金を必要とする。しかし、個人はもちろん、一企業による資金調達にはおのずから限界が存する。この資金調達の限界を突破するために工夫されたのが、共同子会社であったといってもよいと思われるのである。共同子会社を設立することは、資本の効率的使用という観点から有利なばかりか、競争制限的効果すらもともなう。それゆえ、共同子会社の設立には、資金調達上の限界ないしネックを突破しようとして、共通の目的のために協力する親会社たる発起人の存在が前提となる。

ところで、共同子会社は、資本集中機能を発揮するのにきわめて適した企業形態である。なぜならば、第一に、その企業形態が単純であり (formule simple)、第二に、その企業組織が柔軟である⁽¹²⁾ (formule souple)。第一の形態上の単純性は、共同子会社と結合企業とを対比すれば明らかである。いずれも資本参加をテコとするが、共同子会社は

自主独立の単一会社にすぎないのに対して、結合企業はあくまで複数の会社間の支配従属関係である。また、第二の企業組織上の柔軟性は、共同子会社が組合から株式会社まで、さまざまな企業形態を選択しうることから明白であろう。では、共同子会社は、なにゆえに、企業集中の究極的形態たる合併 (fusion) にいたらないのであろうか。共同子会社は、「柔軟な集中」(Concentration souple) であり、⁽¹³⁾ いわば、カルテルと合併との中間段階の結合形態である。それゆえ、これは、カルテルの欠点たる組織上の脆弱性と合併の短所たる租税回避・危険分散機能の不十分性を克服するための、いわば中間的解決方法であると解されるのである。⁽¹⁴⁾

したがって、共同子会社は、親会社の経済的自主性と法的独立性をそこなうことなく結合目的を達成する企業集中の一形態であり、親会社間の相互依存性にもとづいてその法的独立性を確保した合併類似の経済機能を有する会社形態であるといえよう。⁽¹⁵⁾

- (1) Champaud, Les méthodes, p. 1018; Champaud, Le pouvoir, p. 271.
- (2) この点についてはの詳しい研究として、大隅健一郎・企業合同法の研究(昭一〇)八五頁以下を参照。
- (3) Henry, op. cit., p. 163.
- (4) Demontés, op. cit., pp. 38-39; Henry, op. cit., pp. 163-164.
- (5) Champaud, Le pouvoir, p. 270; Champaud, Les méthodes, p. 1017.
- (6) Champaud, Le pouvoir, p. 268.
- (7) アメリカにおけるシュイメント・メンチャーの反競争的影響に関する詳細な研究として、西川 昭「共同子会社(設立)と反トラスト法」青山社会科学紀要二号(一九七四)六四頁以下を参照。
- (8) Champaud, Les méthodes, p. 1017. また、Demontés, op. cit., pp. 39-40. を参照。

- (9) Demontés, op. cit., pp. 40-41 et 44.
- (10) Demontés, op. cit., pp. 37-38.
- (11) Henry, op. cit., p. 162.
- (12) Henry, op. cit., p. 167.
- (13) Champaud, Les méthodes, p. 1015.
- (14) Demontés, op. cit., p. 39.
- (15) Champaud, Les méthodes, p. 1015. なお、Henry, op. cit., p. 185. を参照。

五 共同子会社の法理

共同子会社は、近代的公司法の予定する会社形態とは異質の会社形態であった。それゆえにこそ、フランスでは、その成立自体が法的に疑問視されたのである。一九〇七年のナポレオン商法典はもとより、一八六七年の旧会社法でも、法文は自然人構成員を予定して作成されて⁽¹⁾いた。したがって、法人取締役の問題に典型的に現われているように、解釈論上の争いは避けることができなかったのである。しかし、こうした事態は、ひとりフランスのみにおいて生じた問題ではなく、たとえば、アメリカにおいても、事業会社が他会社の株式を取得しうるや否や⁽²⁾について判例上争われた結果、その解決のためには州会社法による立法措置が必要であったことを想起すべきであろう。では、そのことは、法理論上、いったいなを意味するのであろうか。しかし、その問題を検討する前提として、共同子会社に着目した理由を再度確認しておく必要がある。

すなわち、第一に確認しておくべき点は、共同子会社が、一方では、近代的会社法の予定する会社像とは異質のものであるとはいへ、他方では、法の予定するきわめて典型的な会社たる実質をそなえているという側面である。一九三〇年代の株式会社法の構造変革は、会社立法にきわめて大きな影響をおよぼし、それ以後、いわゆる所有と経営の分離が法制度的に促進されてきている。その結果、事実上のみならず、法律上においても、株式会社は、無機能資本によつて形成される典型的な企業形態へと転化してきた。しかし、いまだに株式会社が株主の私的自治の領域にとどまっている以上、法の建前自体も、株式会社をして無機能資本から成る共同企業形態へ転換させるにいたつたと考えるわけにはいかない。もしそうだとすれば、共同子会社は、親会社という機能資本のみから成る企業形態であり、いわば私的企業の理念型に近い形態といわねばなるまい。ところが、その存在自体は、株式相互保有の進展の結果として現われた株主の法人化現象という法の予定するところとは異なつた基盤に立つものである。こうしたパラドクシカルな存在に対して法理論上はたしてどのような評価を与えるべきであろうか。第二に、共同子会社は、企業結合の一つの形態であるにもかかわらず、複数の企業よりなる結合企業とは異なり、単一の企業であつて、いわば、結合企業の経済機能を典型的に体现する企業形態であるという点である。しかも、資本系列すらも超えた結合関係を形成する。したがつて、きわめて高度の資本集中機能と競争制限機能を一身に体现している企業形態であるといつてよい。要するに、共同子会社は、その組織面では、《supersociété》⁽³⁾であり、機能面では、《supergroupe》⁽⁴⁾なのである。では、こうした共同子会社を一般の会社と法律上同一の取扱いをしてもよいものであろうか。

いうまでもなく、ここでは、共同子会社という特殊な企業形態を素材にして、一般に、会社がその構成員を自然人

から法人に代え、原子論的な自主独立の単位企業から分子構造式の複合企業へ転化した段階でも、法律上同じ扱いをすることに疑問がないか、を問題としているのである。さらにいえば、人間という主人のいない文字通り資本それ自体の規範的現象形態ともいべき会社法人を、「人」として認めることにまったく疑問の余地がないものかどうか、再検討すべき時機が到来しているとも思われるのである。

(1) 法人企業の権利主体性　すでに検討したごとく、フランスにおいては、社員がすべて法人である共同子会社の法人性は、従来の法人擬制説をもつてしてはもはや説明しえない段階にいたったことが指摘されている⁽⁵⁾。もちろん、そこでの問題は、共同子会社の法人性の説明を法人実在説によって行なえば、さしあたりことはたりのるのであって、そこでは、たんに法人擬制説の実態的限界が指摘されていたにすぎないのである。けれども、この議論は、別の観点からすれば、きわめて示唆的であるように思われる。すなわち、近代的会社法の予定するところによれば、社員が自然人であることを前提としていたことは、その法文上ほぼ明らかと思われる。しかも、このことは、同時に、自然人の団体であることを前提として、法人が構想されたのではないか、との推測を可能にする。

法人が、自然人とはその性質を異にするにもかかわらず、権利主体性を承認されるという立法政策の基底には、もともとそれが権利主体たる自然人の集合体であるという考慮が働いたことは推測に難くない。そしてまた、企業に法人格を与えるのは、それが自然人の目的達成の手段にすぎないからであることも、当然の理であろう。問題は、法人が今日のごとく国富の大部分を管理し、国家類似の機構と機能をそなえ、社会的権力に転化して、自然人と対立するにいたった段階においても、なお、その権利主体性を自然人と同様に確保しなければならぬものかどうか、にある。

そして、右のような事態を招来する直接の原因が、株主の法人化であることは否定しえないところであろう。

もつとも、法人が立法政策の所産である以上、立法政策のいかんによっては、法人の権利主体性に一定の制約を課すことはさして困難ではない。現に、わが国では、独禁法はそうした存在として、理解することも可能である。しかし、この問題にとつてもつとも大きな困難は、財産権の自由を保障する憲法第二九条であることは否定しえないところであろう。すなわち、法人企業も「人」である以上、憲法上の人権保障を受けうると解されているからである。

(2) 巨大企業と憲法秩序　ところが、共同子会社に体现されている競争制限機能と資本集中機能は、現代の巨大企業ないし結合企業に共通する経済機能でもある。そして、かかる巨大企業は、その数はごく少数であるにもかかわらず、経済全般に圧倒的ともいえる影響力を有しており、この力量の源泉が、その巨大な資金力と総合的な経済力にあることは明らかである。こうした圧倒的な力の行使がはたして憲法秩序に合致すると考えられるであろうか。

たしかに、会社企業のレゾン・デュエールは資本集中機能にある。しかし、共同子会社のごとく、資本の大部分を他の法人企業にあおぎ、主要株主がすべて法人である現代株式会社は、憲法秩序のもとにおいて「許される危険」の限度をこえているというべきではないか。すでに、一部の巨大企業(集団)は、社会的権力に転化しているといつてもさしつかえない現状において、権力が憲法の民主主義秩序に反する存在であるという視点を確立する必要性はかならずしも少なくないと考えられるのである。

では、巨大企業(集団)の権力が、人権の美名のもとに保障される現状に対して、法理論上いかなるアプローチが可能であろうか。そのためには、各個別法領域における効果的規制手段の確保が急務であるが、その立法政策をパッ

ク・アップする法理論の確立の必要性もまた否定しえない。それは、巨大な財産権（経済的権力）の行使に対して、その制約原理としてのいわば権利濫用理論的な法的構成を確定することであり、端的には、巨大企業（集団）の財産権（経済的権力）の人権性の否定の方向を明確にすることである。では、その財産権の行使が制約されるべき限界線をどこに引くか。それが、共同子会社理論の示唆する企業内部の組織構造の差異である。

近代株式会社法は、極論すれば、一面、たしかに形式的にはその機構に民主主義的擬制（fiction démocratique）を与えざるをえなかったが、他面、実質的には株式民主主義（*democratic par actions*）を採用することにより、資本集中機能を高度に確保し、⁶⁾独占的な経済権力へ転化する可能性を承認した。しかし、この危険性は、あくまでも、株主が自然人であることを前提とした株式会社企業に対して、その「許される危険」の限界内での危険性にすぎないと考えられるのである。ところが、株主の法人化が極端に進行している現代の巨大企業（集団）の有する財産権の行使は、逆に、この「許される危険」の限度をこえるものとの評価が可能ではないか。もともと、資本主義経済体制とは市場経済体制（自由企業体制）を意味する。したがって、ここでは、弱肉強食・優勝劣敗の法則にもとづいた不断の闘争＝競争が予定されている。その結果、かかる経済体制を保障する憲法秩序のもとにおいても、強大な経済力の形成とその自由な行使にともなう弊害の発生という危険性は、憲法が容認する危険であるといわねばならない。しかし、この危険にも許容限度がある。それは、いうまでもなく、憲法秩序に反する権力の行使であり、具体的には、法人の権力（財産権）の行使が自然人の権利（生存権）と対立するにいたった段階における危険性であると思われる。それゆえ、法人の強大な財産権の行使は、自然人のそれと同視することのできる条件（自然人株主から成る会社とし

ての実質の確保)を前提としてのみ、憲法秩序に反しない力の行使とされているにとどまり、進んで、法人の経済的権力一般が人権として憲法上の保障を承認されているわけではないと考えることができるのである。

したがって、もし右のごとく、巨大企業(集団)の財産権行使が憲法上の人権保障を受けえない場合を法理論上確定しうるならば、その行使を効果的に規制するためのあらゆる立法政策の展開が可能となるのではなからうか。今後、いっそうかかる角度からする研究を深めてゆきたいと思う。

- (1) Henry, *op. cit.*, pp. 167-168; Demontés, *op. cit.*, p. 44.
- (2) Bonbright and Means, *The holding company*, 1932, pp. 55 et seq. なお、奥島・前掲企業法研二四九輯二四頁参照。
- (3) Henry, *op. cit.*, pp. 188 et 190.
- (4) Farjat, *op. cit.*, p. 135.
- (5) Demontés, *op. cit.*, p. 63.
- (6) Champaud, *Les méthodes*, p. 1018.
- (7) なお奥島・前掲書八七一八八、二七八―二七九頁を参照。

[後記] 本稿は、当初、富山康吉教授や伊藤正己教授・下山英二教授・福岡博之教授・小島康裕助教授の会社基本権に関する研究を十分に検討することを予定していたが、雑務に追われ、ついに時間切れとなってしまった。後日、再度本格的に取り組む予定でいるが、こうしたいわば覚書に類する論文を大野先生に捧げる結果になってしまったことは、なんとしても残念である。他日を期して、先生のお許しを得たいと思う。