

匿名組合契約と結合企業法

小 松 卓 也

- 一 緒 論
- 二 典型的な匿名組合の場合
- 三 部分的利益供与契約は結合企業法の範疇か？
- 四 非典型的匿名組合契約
- 五 結語

一 緒 論

現行の日本の商法典では、商行為の一形態として匿名組合に関する法規定が置かれている。その一方で、会社法においては、結合企業に関する纏まった法制度は設けられていない。匿名組合と結合企業、これらは、一瞥して全く別個のもののように捉えられるであろう。それらの共通点といえば、さしあたり、何らかの企業活動をするうえで選ぶ形態とといった程度のものであろう。

ところで、ドイツ法に視線を移してみれば、匿名組合（Stille Gesellschaft⁽¹⁾）は、ドイツ商法典（HGB）においてその定めが置かれている。また、結合企業に関しては、株式法（AktG）のなかで詳細な法規定が置かれている。こうした点だけをみれば、ドイツ法においても、匿名組合と結合企業とは、別個のものとして扱われているといえる。

とはいえ、ドイツ法での議論、とりわけ学術的な議論においては、匿

(1) BGH 230条以下。匿名組合の基本的構造については、日本の商法典が定めるものと同じである。

名組合と結合企業との関係性に言及するものが散見される。そして、本稿筆者もまた、その議論状況に関心をもつとともに、そうした研究から、企業活動の態様あるいはその学術的な捉え方として、新たな視点が得られるように思われた。以下の内容は、本稿筆者の所見も交えつつ、ドイツにおけるその議論状況を、網羅的とはいえないが、取り上げるものである。⁽²⁾

なお、本稿では、匿名組合契約における営業者 (der Inhaber) が株式会社であり、匿名組合員 (der stille Gesellschafter) が営業者の支配株主である場合を前提とし、かつ、双方の間で支配契約等の結合企業法上の特段の関係が形成されていない、すなわち、事実上のコンツェルン関係にある、という状況を想定する。

二 典型的な匿名組合の場合

(1) 部分的利益供与契約との関係

ドイツの HGB において定められている匿名組合の規定は、任意規定であると解されており、匿名組合員がどのような権限をもつかは、各々の具体的な匿名組合契約の内容によって左右されることになる。ここでいう典型的な (typisch) 匿名組合とは、匿名組合員が、営業者の事業活動に対して、一定程度以上に関与する権利を有せず、かつ、営業者の企業活動に基づいて一定の利益の分配を受ける、という内容のものをいう。⁽⁴⁾

(2) なお、匿名組合に関する研究論文が日本においても近時幾つか出されているが、それらは本稿が企図するところと直接関係するものはないので、ここでそれらを列挙することは省略させていただく。

(3) Bachmann/Veil, Grenzen atypischer stiller Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, ZIP 1999, 348.

(4) Etwa vgl. K. Schmidt, Konzernrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für typische stille Beteiligungen an Kapitalgesellschaften?, ZGR 1884, 295, 297f. なお、こうした典型的匿名組合契約においても、解釈上、営業者に

匿名組合契約と結合企業法

ところで、判例および支配的学説においては、株式会社である営業者と匿名組合員との間における典型的な匿名組合契約は、結合企業法規整の一類型すなわち契約コンツェルンにおける企業契約のひとつである、株式法292条1項2号で定められた部分的利益供与契約に該当する、と捉えられている⁽⁵⁾。

部分的利益供与契約においては、その供与側である株式会社に生じた利益の一部が当該契約相手方である受領側に供与されることになる。他方、匿名組合契約の場合、営業者である株式会社からその利益の一部が匿名組合員に分配されるのであり、そうした取引のあり方において、双方の同一性が認められると解されている⁽⁶⁾。これは、契約の一方当事者である株式会社の利益の一部を他方の契約当事者が受け取る、という取引関係に着目したものである。他方、具体的に供与される利益の範囲等については、各々の契約で定められるものであるから、そこまでの同一性をいっている訳ではない⁽⁷⁾。

における事業内容の継続の有無や企業組織の基礎的な変更に対して、匿名組合員の同意が必要であると考えられている。Vgl. Berninger, Errichtung einer stillen Gesellschaft an einer Tochter-AG bei bestehendem Beherrschung- und Gewinnabführungsvertrag zwischen Mutter- und Tochter-AG, DB 2004, 297, 298; auch K. Schmidt, a. a. O., S. 297. もっとも、本稿が検討の対象とする営業者が株式会社である場合には、別段の考慮を要する。つまり、営業者である株式会社の運営たとえば株主や取締役会の責務や権限は株式法で定められているところ、営業者の事業内容の変更や組織再編について匿名組合員の同意を要するというあり方は、株式法のそれらの規律が強行規定であることから、受け入れられない、と指摘されている。Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 349f.

(5) Etwa vgl. Koppensteiner in KölnerKommentar zum AktG, 3. Auflage, §292 Rn. 61 (2004). なお、判例については、小松卓也「利益と結合企業法」神戸学院法学第43巻4号1112頁以下(2014)参照。

(6) Schulze-Osterloh, Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, ZGR 1974, 427, 449 f.; K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 299; Großmann, Wirksamkeitsvoraussetzungen von Teilgewinnabführungsverträgen im Vertragskonzern der GmbH, S. 249 (2022).

なお、部分的利益供与契約においては、株主総会での4分の3の多数による承認（AktG 293条）およびその旨の商業登記（AktG 294条）が必要となる。これに関して付言しておく、株式会社である営業者を当事者とする匿名組合契約が締結される場合、その株主等の保護の観点から株主総会の承認などが要請されるという理由で、匿名組合契約が部分的利益供与契約に該当すると捉えるべきである、という論理ではないと解される。あくまで双方の取引の構造が同一であると考えられているのであろう。

もっとも、それには異論もある。ひとつには、株式会社である営業者を相手方とする匿名組合契約では、当該株式会社の収益とは別に、営業者と匿名組合員とが共通の利益を協働して追求するのであり、「匿名組合」に生じた利益が匿名組合員と営業者に分配されるのであるから、株式会社の利益が営業者に対して供与されるという部分的利益供与契約の仕組みとは違っている、という見方である。⁽⁸⁾これに対しては、匿名組合契約の特徴は、匿名組合員が営業者の事業に出資するという点であり、匿名組合員が営業者と共同の事業体を形成することではない、つまり、当該契約の目的は、営業者である相手方が得た利益に匿名組合員が参加することである、と指摘されている。⁽⁹⁾そして、匿名組合契約においては、通常は営業者に生じた利益の全てが匿名組合員に分配されるのではないことから、基本的に部分的利益供与契約と同視できる、という。⁽¹⁰⁾

また、上記の議論とも関係するところではあるが、匿名組合契約においては営業者と匿名組合員との間で共通の目的が存在することがその要件のひとつであるが、部分的利益供与契約の場合には当事者間での共通

(7) Vgl. Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 449 f.

(8) Vgl. K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 300; Blaurock, Kapitalgesellschaft als Unternehmensvertrag, in Festschrift für Großfeld zum 65. Geburtstag, 83, 85 (1999); Koppensteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn 61.

(9) Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 85.

(10) Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 85.

の目的の存在はその要件ではなく、そこをどう捉えるかが問題となる。⁽¹¹⁾
考え方としては、匿名組合契約の対象はあくまで営業者が遂行する事業
であり、営業者である株式会社の企業活動が匿名組合員と営業者との間
の「共通の目的」となる点で、部分的利益供与契約および匿名組合契約
における双方の間での相違はない、といわれている。⁽¹²⁾あるいは、匿名組
合契約において想定されている共通の目的と同種のものが部分的利益供
与契約にも存在するとは必ずしもいえないが、部分的利益供与契約にお
いても商取引による利益の追求という次元での共通の目的が認められる、
という見解もみられる。⁽¹³⁾

さらに、ドイツ株式法が定める結合企業法制のなかでは、部分的利益
供与契約が企業契約の一類型として定められている。そこで、結合企業
法制との関係から、異論が示されている。論者によれば、企業契約は、
企業間で締結されるものでありかつコンツェルン関係を法的に実現させ
るものである。そこでは、通常、上位会社の下位会社に対する重要な出
資が伴なわれている。したがって、匿名組合契約が部分的利益供与契約
に該当するといえるのであれば、匿名組合員は「企業」であることになり、
重要な出資が行なわれ、匿名組合契約は企業契約ということになる。し
かし、支配的学説はそうした事情を考慮していない、という。⁽¹⁴⁾そして、
株式法の結合企業規整は少数株主および債権者の保護を主眼としている
のであるが、匿名組合契約の締結において相応な対価関係が定められる

(11) Vgl. Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 429; Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 251.

(12) Koppenssteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn 61.

(13) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 251f. なお、以上の議論は、あくまで典型的匿名組合契約に関するものであり、匿名組合員が一定程度以上営業者の事業活動に関与するという非典型的匿名組合契約については、改めて後述する。

(14) 以上、Uwe H. Schneider/Reusch, Die Vertretung und die Mitwirkung der Gesellschafter bei der Gründung einer GmbH & Still, DB 1989, 713, 714. なお、同論文では、株式会社の場合と有限会社の場合に分けて論じている。

のであれば、営業者である株式会社の少数株主等の保護の必要性はないので、部分的利益供与契約の規律は適用されない、とする。もっとも、⁽¹⁵⁾そうした相応な対価関係が実現される場合としては、結合企業関係ではない当事者すなわち独立した当事者間で匿名組合契約が締結される場合が念頭に置かれているのである。⁽¹⁶⁾要するに、この論者によれば、部分的利益供与契約と匿名組合契約とは、法制度上の基本的な位置付けにおいて合致するものではないから、当然に同一視することはできないことになる。とはいえ、利害関係者の保護の観点から、コンツェルン関係にある当事者間での匿名組合契約の締結においては、株式法293条以下の類推適用によって株主総会の承認などが要求される、としている。⁽¹⁷⁾

(2) 株式法292条2項の適用除外について

会社が得た利益の一部が取引先に供与されるという契約は、企業活動の様々な局面で行なわれる。そうした場合と部分的利益供与契約との関係については後で扱うとして、ここでは、株式法292条2項の、「会社の取締役、監査役ないし従業員との間における会社の利益に参加する旨の取決め、ならびに、継続的取引関係あるいはライセンス契約の下での会社の利益に参加する旨の取決めは、部分的利益供与契約ではない。」という定めに触れておく。とりわけ問題となりうるのは、上記の継続的取引関係との区別である。すなわち、株式会社とその支配会社との間で長期的かつ継続的な取引関係が形成されつつ、前者の利益が何らかのかたちで後者に供与されるという内容の契約が締結されるという場合が、想定されうる。⁽¹⁸⁾そこで、双方の間でそうした利益の供与が定められた匿名組合契約が締結される場合、同項の除外規定における継続的取引関係に

(15) Uwe H. Schneider/Reusch, a. a. O. Fn. 14, S. 714 f.

(16) Uwe H. Schneider/Reusch, a. a. O. Fn. 14, S. 715.

(17) Uwe H. Schneider/Reusch, a. a. O. Fn. 14, S. 715.

(18) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 215 f.

含まれるとして、それが同法292条1項2号の部分的利益供与契約には⁽¹⁹⁾該当しないのではないかと考えられる。

この問題に関しては、同法292条2項における「継続的取引関係」とは通例的な取引活動を想定するものであるのに対して、匿名組合契約を締結する行為は通例的な取引には当たらないため、匿名組合契約の締結は当該除外規定の対象とはならない、つまり部分的利益供与契約ではないとはいえない、と考えられている。⁽²⁰⁾

なお、一般的に上記の除外規定の継続的取引関係に該当するか否かの問題については、そうした通例的取引に当たるかどうかといういわば取引の性質が判断基準になるという見方と、取引の経済的な重要度が基準になるという見方があるといわれている。⁽²¹⁾ つまるところ、除外規定に該当するのであれば、株主総会の承認といった規律は不要となり、その取引は業務上の判断の下で迅速に遂行することが可能となる。⁽²²⁾ そこで、取引の経済的重要度という観点からすれば、供与される利益の規模あるいは取引当事者間の関係などを含めて個々の場合に依りて、除外規定の対象になるか否か、柔軟に判断することになる、と指摘されている。⁽²³⁾

ところで、こうした問題状況は、部分的利益供与契約それ自体の捉え方が十分安定していないことに起因していると考えられる。本稿では、匿名組合契約に関して、部分的利益供与契約との関係だけでなく、結合企業法制との関係について検討することを企図するものであることから、つぎは、匿名組合契約の問題から若干離れて、部分的利益供与契約の位

(19) なお、Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 223. は、株式法292条2項の対象となる場合であっても、部分的利益供与契約の概念自体には含まれるのであり、同法293条以下の規律が適用されないものとして、それらを捉えるべきであるという。

(20) K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 301 f.; Koppensteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn. 64.

(21) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 237 f.

(22) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 236.

(23) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 240 ff.

置付けについての議論を取り上げることにする。

三 部分的利益供与契約は結合企業法の範疇か？

(1) 法的規律の目的

ここでは、一般の会社法とは別に、結合企業を対象とした一定の法的規律いわゆる結合企業法制の存在を前提としたうえで、部分的利益供与契約⁽²⁴⁾について検討する。

ところで、株式会社に生じた利益に関する処分権限は、基本的に株主総会が有するところ、その利益に連動した対価が相手方に供与されるという契約が締結され、かつ、それが業務執行上の必要な措置である場合⁽²⁵⁾がありうる。そこで、1937年制定の株式法においては、そうした利益が供与される契約に関して、会社の利益の75%以上が供与されるという場合にのみ株主総会の承認が必要とされ、それ以外の場合は取締役会にその締結権限が認められていた。⁽²⁶⁾他方、現行の株式法では、株主総会決議

(24) 結合企業法制とは、さしあたり、従属会社における少数株主や債権者の利害を特段に考慮したうえで、支配従属関係が存在している場合や、そうした結合企業に至る形成過程あるいはその解消過程に対して、体系的な法的規律を施したもので、としておく。

(25) たとえば、先述の除外規定にあるライセンス契約においては、ライセンスの使用許諾を受けた対価として、売上高に連動する支払いが定められる場合、会社の利益が供与される状況にあると捉えることができる。Vgl. Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 245 f.

(26) Vgl. Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 431 f.; Koppensteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn. 56. そのように取締役会に大幅な権限が認められていた事情としては、会社における決算上の利益が計上されるに至るまでに取締役会がその権限で行なう業務上の措置と、株主総会の権限である利益処分行為とは、利益発生までの過程をどうするかもしくは成果として生じた利益をどうするかという違いにすぎず、前者は、会社の最終的に計上される利益の規模を左右することから、ひいては株主総会の利益処分権限の規模にも影響を与えるという点で、双方の権限の境界線を明確に画定することが容易でない、と指摘されている。Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 432 f.

匿名組合契約と結合企業法

の必要性という観点から、その利益供与を目的とする契約が看過しうる程度でない利益の供与が行なわれる契約であるかどうか、問題とされる⁽²⁷⁾。

つまり、現行制度の下では、部分的利益供与契約はその契約の内容自体が焦点となるのであり、立法者は、部分的利益供与契約を特殊な債務法上の交換契約 (Austauschvertrag) と位置付けたのである⁽²⁸⁾。しかし、結合企業法制とは、企業組織において単独の会社の場合とは別段に扱うことを基本的な考え方とするものであるといえるが、部分的利益供与契約を契約法におけるひとつの問題として位置付けることは、そのような結合企業法制の考え方と合致するものではない。そこで、部分的利益供与契約が結合企業法制における企業契約に含まれる理由としては、利益供与側である株式会社およびその株主にとっての当該契約の重要性を考慮して、法政策的な観点から規律を施す必要を認めたものである、といわれている⁽²⁹⁾。

なお、K. Schmidt は、上記の利益供与側である株式会社とその株主にとっての重要性という点について、つぎのように論じている。株式会社が部分的利益供与契約を締結する場合には、株式法293条の株主総会決議を要することになるが、その理由は、利益処分にかかる株主総会の権限が利益供与によって間接的に侵食されるという点にある。しかし、そうした間接的な株主の利益を侵食する行為はそれ以外の取引によっても生じうる。そこで、部分的利益供与契約が株式法293条以下の規律に服することの根拠については、それが他の取引における会社の不利益性と量的に異なるという点にそれを認めるのではなく、会社の業績に対して持分割合に応じて利益を享受しうる少数株主の存在が関係していること、および、部分的利益供与契約での利益供与にかかる対価が相応であ

(27) Koppenssteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn 56.

(28) Vgl. K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 304; Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 148.

(29) 以上, K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 304.

るか否かについて、取締役会がそれを評価するのが容易でないこと、これらの点から、部分的利益供与契約の場合には、取締役会の権限ではなく、株主による予防的な対応が必要であると考えられたのである、と⁽³⁰⁾いう。

(2) コンツェルン状況

部分的利益供与契約は、コンツェルンを構成する会社間で締結されることを前提とするものではなく、独立した当事者間で締結される局面もそれに含まれることは、匿名組合契約の場合と同じである。とはいえ、現行株式法においては、部分的利益供与契約は結合企業法制の一類型と

(30) 以上、K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 306 f.; vgl. auch Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 84. なお、本稿が検討対象とするような支配株主と株式会社が部分的利益供与契約を締結する場合には、株主総会での決議(4分の3以上による承認)を要するといっても、対価が相応であることを確保するという点で、実効的な条件とはならないとも考えられる。さらに、部分的利益供与契約の場合には、支配契約の締結の場合のように、従属会社に対する損失保証(AktG 302条)という手当ても適用されないと解されている。Vgl. Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 151. もっとも、対価が不相応である場合には、支配的学説の下では、隠れた利益配当に当たり当該契約が無効になると解されている。Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 161 f. とはいえ、コンツェルン状況下において、対価が相応であるか否かの評価は容易でないと考えられる。この問題については、つぎに本文で扱う。

ところで、かりに部分的利益供与契約が企業契約ではなく支配企業と従属会社との間のたんなる債権債務関係として扱われるとすれば、株式法311条以下の事実上のコンツェルン規整の下で処理されることになる。事実上のコンツェルン規整においては、従属会社が支配企業との取引において支配企業の影響の下で不利益を受けることになれば、不利益補償が施されることになる。しかし、その場合、不利益の内容が画定され数値化されうることが要請される。コンツェルン状況下でなされる部分的利益供与契約においては、果たしてそうした不利益の具体化および数値化が可能であるかが問題となる。なお、直接関係するものではないが、小松卓也「結合企業法規整の不利益補償について」神戸学院法学第48巻第2号237頁以下(2019)も参照。

して位置付けられている。それに関して、Großmann は、コンツェルンに特有の事情を考慮したうえで、部分的利益供与契約が結合企業法制に含まれる事情を説いている。以下では、そうした Großmann の議論を取り上げる。

まず、支配的学説は、株式法291条が定める支配契約や全部利益供与契約といった結合企業法制の企業契約では、従属会社の企業組織のあり方および株主と会社との関係が直接的に変更されることになり、いわゆる組織契約に該当するが、他方、部分的利益供与契約は、そうした変更を伴うものではなく債務法上の契約にすぎないとして、同291条の企業契約と部分的利益供与契約とを区別している⁽³¹⁾。これに対して、Großmann は、たしかに全部利益供与契約等のほうが従属会社に対する支配会社の影響力の強度が高いとも考えられるが、部分的利益供与契約も複数にわたって行なわれるとすれば、全部利益供与契約の場合と従属会社の利害状況や支配会社の問責の程度も、全部利益供与契約と比べて大差ないものとなりうる、という⁽³²⁾。また、コンツェルン内において、支配会社が従属会社の利益をばく奪することを企図するのであれば、全部利益供与契約を選択するのであり、そうでなく、支配会社が部分的利益供与契約を選択する場合には、従属会社の将来的な収益を享受することが企図されているのであって、かつそれが長期間にわたる契約となれば、従属会社の株主の保護が特段に要請されることになる、とする⁽³³⁾。

(31) Vgl. Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 107 ff. なお、支配契約や全部利益供与契約の場合には、従属会社に対する損失保証 (AktG 302条) なども施される。他方、部分的利益供与契約の場合には、同条の規律が適用されない代わりに対価の相応性が要求される。以上、Vgl. Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 151.

(32) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 113 f.

(33) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 124. ところで、K. Schmidt, a. a. O. Fn. 4, S. 304 f. によれば、立法者は、部分的利益供与契約を全部利益供与契約とは質的に異なるものと捉えていたのであり、全部利益供与契約との関係から企業契約と位置付けられたのではない、という。

さらに、上記の支配会社が従属会社の将来的な収益を享受することを企図して部分的利益供与契約を選択する、という点を詳しく見ていこう。そもそも企業契約において株主総会の承認などを必要とする株式法293条以下の規律は、支配会社が長期間にわたって従属会社の業績に対して影響力を及ぼしかつその利益を享受するという、コンツェルン特有の危険性が存在することを念頭に置いたものである。⁽³⁴⁾ 他方、部分的利益供与契約においては、当事者が支配従属関係にあることはその要件ではないが、典型的には、コンツェルン状況下⁽³⁵⁾にありかつ長期間にわたる企業間関係であることが想定される。そこでは、支配会社が、従属会社の事業に関与しそれに働きかけることによって、従属会社の業績を向上させるという側面がある一方で、従属会社から供与される利益は、支配会社にとってその報酬的な要素をもつ、という意味合いの下で、部分的利益供与契約⁽³⁶⁾が締結されるのである。そして、支配会社が従属会社を経済的に長期間拘束することを前提に、従属会社の収益性が上昇するであろうと予測される場合⁽³⁷⁾にのみ、支配会社は部分的利益供与契約を選ぶのである。そのさい、従属会社の収益性が高まることを確保するために、従属会社においてその業務運営が支配会社の同意を条件とすることやその業務執行者の人事権を支配会社がもつといった、従属会社に対する支配会社の⁽³⁷⁾関与権が定められる。

(34) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 216.

(35) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 198 ff. und 215 f.

(36) Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 201.

(37) 以上, Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 146. ここでは、支配会社から従属会社の経営に対して一定の影響力が行使されることが、前提とされている。Vgl. Auch, a. a. O., S. 201. とはいえ、部分的利益供与契約それ自体においては、利益供与側である株式会社の取締役会が自律的に経営を行なうことが基本的に想定されており、その業務運営に対して利益受領側が関与することは、当然に想定されているわけではない。Vgl. auch Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 352. しかし, Großmann, a. a. O, S. 257 f. は、部分的利益供与契約において利益受領側のそうした関与権が当該契約内容として定め

匿名組合契約と結合企業法

そうした結果、支配会社と従属会社とが協働してより多くの利益を達成するという状況が生まれ、ひいては従属会社における少数株主も、部分的利益供与契約の締結によって、その利益配当額が上昇するのである。とはいえ、部分的利益供与契約の締結によって従属会社の利益が上昇するという予測が妥当か否かを承認する点で、および、当該少数株主が得る利益の規模が増大するといっても、支配会社は配当金に加えて当該契約の下で利益供与を受けるのであるから、一般的な株主の権利が侵食されるという点で、株主総会の承認が必要である、とする。⁽³⁸⁾

四 非典型的匿名組合契約

(1) 着眼点

上記のような Großmann の議論から、利益供与側である従属会社の経営に対して利益受領側である支配会社が積極的に関与する、というかたちの部分的利益供与契約は、結合企業法制が有する特徴を含んだものである、と捉えることができる。しかし、そうした部分的利益供与契約は、典型的な匿名組合契約に相当する内容のものではない。要するに、少なくともこれまでの議論からは、典型的匿名組合契約と結合企業法制との関係性を積極的に認めることはできない。

他方、匿名組合契約において、営業者が行なう業務に対する匿名組合員の関与権が定められたもの、すなわち非典型的匿名組合契約が締結さ

られることも許容されるとしている。他方で、かりに部分的利益供与契約ではなく（非典型的な）匿名組合契約として、そうした関与権が約定された場合には、株式法が定める取締役会の権限との関係でその効力が問題となる。Vgl. Bachmann/Veil, a. a. O. しかるに、部分的利益供与契約ではそれが単純に許容されると解するのは問題となろう。これに関して、Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 258. は、約定された関与の程度が大きい場合には、もはや部分的利益供与契約ではなく（隠れた）支配契約が存在するとして処理する必要がある、としている。なお、非典型的な匿名組合契約については、本文でつぎに扱う。

(38) 以上、Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 146.

れる場合、匿名組合契約と結合企業法制との関係性が注目されることになる。以下では、そうした議論を取り上げることとする。

(2) 対等な関係が形成される場合

たとえば、匿名組合契約において、営業者が行なう一定の業務上の措置に対して匿名組合員が拒否権をもつあるいは対等な関与権をもつという旨が、定められている場合はどうか。その場合、匿名組合契約の対象となる事業は営業者の企業活動ではあるものの、その業務の遂行は営業者の自律的に形成される意思とは異なったかたちで行なわれることになる。⁽³⁹⁾ そのような匿名組合契約について、Schulze-Osterloh は、結合企業法制における企業契約のひとつである株式法292条1項3号の経営付託契約 (Betriebsüberlassungsvertrag) に相当するといふ。⁽⁴⁰⁾ ところで、同規定の下での経営付託契約においては、付託側の株式会社は、付託による対価を得るとともに、その名義で対外的取引が行なわれる。他方、その経営は被付託側が担いかつその計算によって行なわれる。⁽⁴¹⁾

そこで、Schulze-Osterloh によれば、上記のような内容の匿名組合契約の場合には、当該契約の対象となる事業は営業者と匿名組合員との協働で行なわれるのであり、ひいてはその事業活動は匿名組合という存在に付託された⁽⁴²⁾とみることができる。また、その匿名組合の活動は対外的

(39) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 452; Vgl. auch Koppensteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn. 62.

(40) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 456.

(41) 以上, Vgl. Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 454; Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 86.

(42) なお, Koppensteiner, a. a. O. Fn. 5, Rn 62. は, Schulze-Osterloh の説においては, 営業者である株式会社とは別の独自の企業体として匿名組合が形成されると捉えられているのであり, そうした匿名組合とは内部的な社団を意味するものとなるが, 経営を付託されるのは匿名組合員ではなく匿名組合であるから, 経営付託契約の実質的な相手方は匿名組合員でなく匿名組合それ自体である, と指摘している。

匿名組合契約と結合企業法

には営業者の名義で行なわれ、かつ、利益の分配は当該契約に基づいて定められる。⁽⁴³⁾したがって、このような匿名組合契約の締結にあたっては、経営付託契約と同様の規律すなわち株主総会での4分の3の多数による承認などを要する、⁽⁴⁴⁾という。

これに対する批判としては、そうした匿名組合契約が締結される場合であっても、あくまで営業者である株式会社の計算の下で匿名組合員の業務活動がなされるのであり、被付託側の計算で経営が行なわれる経営付託契約とは異なる、⁽⁴⁵⁾という指摘がある。もっとも、Schulze-Osterlohの説を敷衍すれば、この場合の匿名組合契約においては、典型的匿名組合契約の構造である、営業者に生じた利益を基準として匿名組合員に利益が分配されるというかたちがそもそも変更され、営業者とは別の匿名組合の利益というものを認めそれが基準となって、営業者と匿名組合員とに利益が分配されるのであるから、その批判は当たらない、⁽⁴⁶⁾ということになる。

また、上記の匿名組合契約が経営付託契約に該当するとなれば、付託側である営業者は付託の対価を得るのみであり、すなわち営業者である株式会社がいわば「年金会社 (Rentengesellschaft)」の状態に置かれることになる、⁽⁴⁷⁾と批判されている。この点に関する Schulze-Osterloh の見

(43) 以上, Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 455 f.

(44) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 456.

(45) Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 86.

(46) なお, Schulze-Osterloh は, 典型的匿名組合契約は部分的利益供与契約に該当することを認める一方で, 匿名組合員が営業者の業務への関与権等を有する非典型匿名組合契約では, 部分的利益供与契約には該当しないと考えている。Vgl. Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 440 ff. und 450 f.; vgl. Auch Großmann, a. a. O. Fn. 6, S. 256. 他方, Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 86. は, 営業者それ自体の利益が基準となって匿名組合員に利益が分配されることが匿名組合契約の特徴であり, その点は, 典型的匿名組合契約であろうと非典型なそれであろうと変わりはない, としている。

(47) Blaurock, a. a. O. Fn. 8, S. 86.

解は不明であるが、そうした匿名組合契約において、経営付託契約に相当するようなかたちで利益の分配などが定められる場合には、結合企業法制の下で経営付託契約が認められていることから、当該匿名組合契約も許容される、という趣旨であろうか。

さらに、上述のような関与権に基づく営業者と匿名組合員との協働的な事業活動について、Schulze-Osterloh は匿名組合に付託されると捉える点に対しては、あくまで営業者である株式会社の取締役会の意思形成に匿名組合員が影響を及ぼすにすぎず、当該取締役会が自己の責務で判断した事項に対して匿名組合員が承認することに限られており、依然として当該株式会社が事業主体であることに変わりはないのである、と批判⁽⁴⁸⁾されている。たしかに、Schulze-Osterloh のいうような、営業者と匿名組合員との協働的な活動ということから、匿名組合員ないし匿名組合に経営が付託された状態になる、という論旨の展開は、一見すると飛躍があるように思われる。Schulze-Osterloh がどのような状況を念頭に置いているのかは必ずしも明らかでないが、たとえば、本稿が念頭に置くような状況すなわち支配従属会社関係が匿名組合員と営業者との間に存在するという場合、匿名組合員が拒否権や関与権を持つという状況下においては、事実上、匿名組合員である支配会社の主導の下で事業活動⁽⁴⁹⁾が行なわれる、と想定することもできようか。

(3) 支配契約との類似性

また、Schulze-Osterloh は、営業者である株式会社の業務執行に対して匿名組合員が広範囲にわたって指図権を有する、という内容の匿名組

(48) Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 352. この見解が支配的学説であるという。Bachmann/Veil, a. a. O., S. 352f.

(49) もっとも、支配会社の主導で事業が行なわれるとすれば、経営付託契約ではなく支配契約に該当するとも考えられる。Vgl. Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 354. この問題については、本文でつきに触れる。

合契約も許容されることを前提としつつ、そうした匿名組合契約についても、ある種の経営付託契約として捉えることができる、としている。⁽⁵⁰⁾ 支配会社が従属会社に対して法的に指図権を有するという関係からすれば、経営付託契約ではなく支配契約が想起される。⁽⁵¹⁾ Schulze-Osterlohによれば、支配契約における指図権は支配会社またはコンツェルン全体の利益のために支配会社によって行使されるのに対して、匿名組合契約の場合には営業者である株式会社の利益のために匿名組合員が指図権を行使するという規律になるのであるから、匿名組合契約で指図権が定められてもそれを支配契約として捉えることはできない、とする。⁽⁵²⁾

他方で、Bachmann/Veilは、ある種の匿名組合契約と支配契約との関連性を肯定的に捉える議論を展開している。Bachmann/Veilの記述は本稿筆者にとって必ずしも簡明なものとはいえないが、以下のような論旨であろうと解される。

まず、かりに匿名組合契約において支配契約に類似するような営業者と匿名組合員との関係が形成されるとしても、⁽⁵³⁾そこでの匿名組合員である支配会社は、通常は、支配契約の下で有する指図権のようなものには有用性を見い出さない反面、営業者である従属会社の業務執行に対する

(50) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 456 ff. これは前掲注(49)該当の本文の見方に沿うものであろう。

(51) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 456.

(52) Schulze-Osterloh, a. a. O. Fn. 6, S. 458 f. 営業者である株式会社は、匿名組合契約の一方当事者として、自身の利益に合致するかたちの指図権を内容とする契約でなければ、締結することは許されない。Schulze-Osterloh, a. a. O.

(53) ここでいう支配契約に類似した内容の匿名組合契約とは、匿名組合員である支配会社との関係で営業者である従属会社が不利益を受けることを容認しつつ、従属会社やその少数株主などの利益が株式法302条以下の規律に沿ったかたちで保護される、といった旨の内容を含むものである。Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 353 ff.

承認権をもつことは望むであろう。なぜならば、指図をすること自体、その内容の是非も含めて、支配会社の負担を伴うものである反面、承認権のみを支配会社が有する場合であっても、従属会社の取締役会はその承認を得るために自発的に支配会社の意向をくむであろう。つまりは、支配会社は、承認権をもつことのみであっても、従属会社に影響力を及ぼし管理下に置くことができるのであって、支配契約を締結する場合と同様の利益を享受することができるのである。⁽⁵⁴⁾

ところで、株式法が定める支配契約においては、支配会社の従属会社に対する指図権の行使が想定されているところ、支配契約のあり方として、支配会社が積極的な指図権を行使するのではなく承認権をもつ程度の内容の契約でも許容されるかが、問題となる。指図権が支配会社に付与される場合であっても、指図の内容それ自体について許容されるものとそうでないものがありうる点からすれば、法的安定性の観点から、あらかじめ当事者間で指図権の内容を具体的に画定しておくことも容認されるべきである。さらに、かりに支配会社が承認権のみをもつ場合であるとしても、それは従属会社の取締役会の意思形成への作用を十分にもつのであり、指図権を有する場合と同様の効果をもつといえるから、承認権にとどまる内容を当事者で取り決めるというかたちの支配契約も許容されるべきである。⁽⁵⁵⁾

そこで、こうした支配契約は部分的支配契約として捉えることができるが、上記のような匿名組合契約はそれに相当するものといえることができる。この場合、支配契約の締結の場合と同様の規律の下に置かれるが、指図権を含む支配契約の場合と比べて従属会社に対する支配会社の影響力の程度が弱いことを考慮して、従属会社の少数株主の保護などのあり方について別途検討が必要である。⁽⁵⁶⁾

(54) 以上, Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 353 f. なお, Bachmann/Veil の記述を多少敷衍している。

(55) 以上, Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 353 ff.

匿名組合契約と結合企業法

以上のような Bachmann/Veil の見解は、Schulze-Osterloh が経営付託契約に該当するとした匿名組合契約について、それを支配契約として捉えるものと解することができる。つまり、双方ともに、匿名組合員が営業者の業務執行に対して承認権ないし拒否権をもつという内容の匿名組合契約を認める一方で、それと現存する結合企業法制との関係については、異なる理解をしているのである。とはいえ、結合企業法制と匿名組合契約との関係性について興味を喚起するものといえよう。

五 結 語

ところで、匿名組合契約と、結合企業法制として位置づけられる企業契約とりわけ部分的利益供与契約との間の、本稿で触れたような関係は、結合企業法制がない日本の会社法において何を意味するのであろうか。ドイツ法では、結合企業法制が既に存在しており、それと匿名組合契約との関係性を議論することは、既存の法制度に対して何らかの洞察を得ることになろう。他方で、結合企業法制が現存していない状況下では、こうした議論は無意味なものであろうか。あるいは、株式会社において匿名組合契約が発展的に活用されることによって、結合企業法制の制定への新たな展開がみられることになりうるのだろうか。

(56) 以上, Bachmann/Veil, a. a. O. Fn. 3, S. 354 f.