慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	企業結合における外部株主保護の法理
Sub Title	La théorie de la protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés
Author	宮島, 司(Miyajima, Tsukasa)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1985
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.58, No.5 (1985. 5) ,p.1- 26
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19850528-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

企業結合における外部株主保護の法理

宮島　司

一　はじめに
二　従属会社の外部株主保護制度に対する問題意識
三　基本法理の探究
(一)　会社・株主間の法律関係
(二)　会社・株主間の法律関係と株式買取請求権
(三)　支配・従属関係と事情変更の原則、契約不履行の一般原則
四　基本法理と企業結合法
五　まとめに代えて

一　はじめに

現在行なわれている大小会社の区分立法に引続いて、我々は、新たな分子構造をもつ企業結合法を制定する計画を有している。(1) 近時における株式会社の複雑な結合状態を考えると、現在の孤立した株式会社を念頭に置いた伝統的会社法観に基づく法制では、既に右の現象から生起する利害関係人の利益保護を図ることは不可能となってきているた

めである。[2] しかし、立法の必要性については衆目の一致するところであるとはいえ、ことが明治三二年以来深くわが国に根づいている伝統的会社法観に転換をせまるものだけに、また、複雑な現実との関連性という問題もあるために、具体化の方向へ進む段階では困難な論議を引き起こすことが予想される。[3]

もちろん、我々は、周辺の諸外国にいくつかの具体例を有しており、その精力的な紹介によって、それらを参考としうるということも確かである。[4] しかし、その単なる引きうつしであってはならないことは言うまでもないことであり、[5] そのためには企業結合法の基本問題がどこにあるかを十分見定めたうえで議論を行なわなくてはならない。後述するように、ヨーロッパにおいては、そもそも企業結合とりわけ支配・従属ということに対する問題意識からして我我とは認識を異にするものであり、[6] 従って利害関係人とりわけ外部株主の保護に関する問題意識もまた大きく隔たりを見せている。

我々の有するであろう企業結合法の内容が、私法としてのそれである以上、[7] 我々は私法体系に通ずる基本法理の探究からまず始めなくてはならない。いかなる状況により、いかなる利益が害され、その利益を守るためにはいかなる保護制度が妥当するかという問題は、この基本法理の探究なしには済まされないからである。

ここでは、企業結合とりわけ支配・従属関係を廻る各種の利害関係の中で、最も重大な外部株主を中心とする利害関係について考察する。

(1) 昭和五〇年六月一二日法務省民事局参事官室の意見照会「会社法改正に関する問題点」（ジュリスト五九三号三九頁）は、企業結合に関し、相互保有の制限、連結決算のほかに検討すべき問題があるかと質問を行なっており、また、昭和五六年五月一三日衆議院法務委員会において、引続き同年六月二日参議院法務委員会においても、「商法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」をもって、今後の商法改正にあたってすみやかに企業結合法制を導入すべきである旨が提案されている。

(2) 拙稿「フランスにおける "GROUPES DE SOCIÉTÉS" 法案の形成」慶應義塾創立一二五年記念論文集（法律学関係）三九四、三九五頁。

(3) 既に昭和四九年の段階より、私法学会といういわば公けの場においても大きな議論の対象とされ、報告者・質問者（河本教授、竹内教授）もそれぞれ異なった基本理念から企業結合法制を捉えていた（河本報告については私法三七号一六一、一六二頁、竹内報告については同一五八頁）。

(4) 九州大学産業法研究会（蓮井良憲、正井章筰、早川勝）「会社法改正に関する文献解題『企業結合』」法政研究四五巻一号一一九頁以下に掲げられた諸論文の他、近時のものとして、西独法については、河本一郎「西ドイツコンツェルン法成立の背景についての一考察」神戸法学二八巻三号、吉見研次「ドイツコンツェルン法と局外株主」私法四三号、服部育生「事実上のコンツェルンにおける従属会社の保護（一、二、三・完）」名大法政論集八五、八六、八七号、ヨーロッパ法案については、森本滋「ヨーロッパ株式会社法研究（三、四）」民商七七巻四号、七八巻一号、同「ヨーロッパ会社法セミナーの概要―コンツェルン法（上、下）―メストメッカー教授を招へいして―」商事法務八八九、八九〇号、フランス法については、井上明「フランスにおける局外株主の情報」成城法学一号、同「フランスにおける会社グループに関するクステ法案、についての若干の考察」成城法学七号、前掲拙稿などがある。

(5) この点は、つとに指摘されているところである。福岡博之「結合企業の概念及び種類」金融商事判例五九四号（結合企業法の研究）七頁。また、こうした問題意識からドイツ法を研究したものとして、河本前掲論文二五九頁以下がある。

(6) 五頁以下の本文及び注参照。ここで一点だけ指摘しておくと、ドイツにおいては、機関契約について税的な恩典が認められ、これが集中に役立ったのであり（Hans Würdinger, Les Groupes de Sociétés en Droit Allemand, Les Groupes de Sociétés (Liège), pp. 187 et suiv)、フランスにおいても、国家内レベルでの経済発展のため税的優遇措置がとられているということである（前掲拙稿四〇三頁）。

(7) 会社法制としての企業結合法と、社会政策・経済政策との関連あるいは新自由主義（Neoliberalismus）との関わりについては後述する。

二　従属会社の外部株主保護制度に対する問題意識

企業結合に関して既に存在する立法例としては、ドイツ株式法中の第三編及びこれを範としたブラジル株式会社法第二〇章、二一章であり、また法案の段階であるが具体的に条文化されたものとして、一九七五年のE・C会社法案

第七章以下及びフランスのクステ議員による前期（一九七〇年一〇五五号法案、一九七三年五二号法案、一九七四年一二一一号法案）・後期（一九七八年五二二号法案、一九八一年二五号法案）の二法案がある。これらのいずれの法及び法案も、沿革的に考えてみれば、すべて一九六五年ドイツ株式法の企業結合法制の影響を大きく受けているが[1]（クステ後期法案はほぼ同様）、それでもなおヨーロッパ法案とクステ前期法案はこれに対し際立つ特色を有している。すなわち、西独株式法における企業結合法制についていえば、基本的には、法上のコンツェルンと事実上のコンツェルンとに分け、二元的な構成を行なう。法上のコンツェルンとは支配契約及び利益供出契約等の企業契約に基づくコンツェルンをいい、支配会社の利益のためであれば従属会社にとっての不利益な指図も承認されるものであるが、ただこの場合には、右の契約中において外部株主に対する補償及び代償を定めておく必要があるとするものであるのに対し、支配契約に基づかず事実上支配力を行使するような事実上のコンツェルンの場合には、従属会社にとって不利益な法律行為または処置をとるように仕向けることは許されず、もしこれにより従属会社あるいはその株主に損害が生じたときには、支配会社に損害賠償責任を課すというものである[2]。支配契約があるか否かにより、包括的な指揮力を支配会社に与えるか否かを分け、これに応じた責任を課してくる、すなわち西独政府草案理由書によるところの指揮力とそれに応じた責任の連結という企業結合法[3]の核心問題、これをこのように解決しているのである（私見ではそこに核心があるとは思われない）。

これに対して、ヨーロッパ法案及びクステ前期法案では、基本的には前述の西独株式法と同様であるともいえるが[4]、事実上のコンツェルン、法上のコンツェルンとの二本建てではないところに大きな特色がある。もちろん、制度上、このヨーロッパ法案とクステ前期法案とでは細部において異なる点も多いが、基本的には、直接または間接に支配的影響力を行使しうるか否かをもって従属性の存否の判断基準とし、これらの会社が支配会社の統一的な指揮の下にある場合をグループ（コンツェルン）とする。そして、このような状態となり、あるいは裁判所による認定がなされると、

支配会社は従属会社に対して指揮力を完全に合法的に行使しうることとなるが、この場合には、外部株主に対する年次補償割当あるいは出資回収請求権の提案を必要とするとする。

法上のコンツェルン（グループ）、事実上のコンツェルン（グループ）といういわば二元的構成を採用するか否かという相違はあるが、西独方式であれ、またヨーロッパ・クステ方式であれ、いずれも支配会社の従属会社に対する指揮力＝支配を法律上認知する、そしてその対価として（西独では担保として）外部株主の利益保護制度を置くとする基本においては共通である。[5] いずれの法・法案も、会社法制中の一項目としてこれを採り上げつつも、孤立した会社を念頭に置く伝統的会社法の基本理念から一歩踏み出したものとして企業結合法を把握し、立法する傾向を有するものといってよい。伝統的会社法観に基づく法制では、既に律しきれない現実が我々の眼前には存在しているからであり、わが国においても、今まさにこうした西欧諸国におけると同様に問題が提起され、立法化へと歩み始めようとしている。

ところでその際、我々が注意しなくてはならないことは、我々が見本として有するこれらの立法例、法案例は、それぞれの歴史的、社会的、経済的、さらには地理的な環境において大きく異なるヨーロッパにおけるそれであるという点である。立法の沿革をみても明らかであり、[6] またそれぞれの法（案）の立法趣旨あるいは学者によるコメントも認めているように、こうした環境において必要であるが故に、集中促進的に企業結合法が機能することが望まれており、[7] 支配を法認するところにそれが集約して現われてきているのである。そのことはすなわち、法自体の存在が経済政策的色彩を濃厚に有することを意味することとなる。[8] しかし、我々の有すべき企業結合法は、経済政策がいかなるものであれ、そこからは独立した無色中立のものであるべきであり、[9] 結合企業を廻る利害関係人の利益保護がいかに図られるべきかが唯一の関心事とされるべきである。

そしてこのことはさらに、ヨーロッパにおける企業結合法制の外部株主保護の制度が、支配の法認（法的な認知）の

対価として（あるいは担保・代償として）把握されているということにも関連を有する。西独株式法が契約上のコンツェルンのみを法上のコンツェルンとして認知し、そこにのみ外部株主保護制度を置いているのはその現われであり、クステ法案の前文が外部株主の保護制度の意義を右のように明言し、[10] またヨーロッパ法案においても、その立法理由に対するコメントとして、「ヨーロッパプランからすれば各国立法者よりよりグループに期待が寄せられており、そのためには外部株主保護が必要である」[11] とされているのはその現われである。

しかし、支配を法律上認知すべきか否か、またその法認の対価として外部株主の保護を図るか否かということは、商法上の問題意識としてはむしろピントはずれである。我々の有する会社法は、わが国の法体系の中にあって私法体系の中枢の一部を占め、法律行為論を前提として秩序づけられているものであり、そうだとすれば、外部株主保護制度をもって支配の法認の対価として位置づけるのみでは、私法上の理解としては全く説明不足であると言わざるを得ない。支配を法認するから政策的に外部株主保護が図られるべきであるというのではなく、むしろ支配という状況それ自体のうちに我々は外部株主の保護が図られねばならない契機が存在するものと考えている。

あるいはその点、西独株式法、クステ後期法案におけるような支配契約なき場合の外部株主保護制度を基礎として立法するというあり方も考えられるかもしれない。すなわち、支配従属関係が存在する場合において、支配会社の従属会社に対する不利益な指図により従属会社あるいはその株主が損害を蒙った場合には、支配会社が従属会社あるいはその外部株主に対して直接責任を負う、また従属会社株主が代表訴訟により支配会社の責任を追及しうるとすることである。支配という状況を法律上認知するのではなく、そのことは放置し、現実に不利益方向への指図が行なわれ損害が発生したときに外部株主の保護が図られるべきである、とするこうした理解、方向は、既に述べてきた支配を法認する立法とは異なり、会社法的にも納得のゆく立法となるとも思われる。[12] しかし、もし、支配という状況のうちに、株主保護が図られねばならない私法上の根拠があるとするならば、右に述べたような方向も、おそらく一歩これ

に譲らざるを得ないことになるであろう。[13] そして、我々はその私法上の根拠があると考えている。そのことの基本法理の探究こそ我々のなすべき仕事であり、それによってはじめて、我々は真の外部株主保護制度を有することが可能となる。

後述するように、我々は、その基本法理を会社・株主間の法律関係の中に見い出せるものと考えている。支配を法認するから政策的に外部株主保護が図られねばならないとする考え方の下では、いかなる保護制度であるべきか、[14] また保護されるべき対象となる外部株主の範囲はどこまでかといった問題は、いずれもその政策から判断されるべきこととなるのに対し、[15] 我々のように基本法理を求め、とりわけ契約法理をもってこれを理解しようとする場合には、政策とは関わりなく、保護されるべき範囲の株主は誰であるか、またいかなる保護制度であるべきかが、右の契約法理から自ら出てくるものと思われる。

いかなる保護制度であるべきかの問題は後述の議論を俟つとして、ここでは、保護されるべき株主の範囲について若干述べてみることとする。我々は、契約法理に基礎を置き、外部株主は事情変更の原則、あるいは契約不履行の一般原則を援用する可能性が観念的にあると考えている。従って、支配従属状態に陥いる場合には、会社・株主間の信頼関係の破壊ないし給付内容の変更となるから、株主は会社に対する解除権を有する可能性を持つことになる。但し、この場合においても、これらの解除権等の発生は、信義則上契約内容に拘束することが苛酷、不適当とされることに根拠が求められるのであるから、こうした状況に至ることについての加功の存否ということが一つのメルクマールとして、外部株主となるか否かの判断がなしえよう。それゆえ典型的には、従属会社の株主であって、支配会社自身あるいは支配会社と利害関係を有する者等を除いた株主が考えられるのである。

我々は、極めて難解といわれていた企業結合に関するの多くの問題について、その基本法理の探究により多くは解

決されるものと考えている。[16] 以下では、その基本法理の探究をなすとともに、解決されるべき問題点の解明を行なおうとするものである。

(1) フランス法（クステ法案）のドイツ法導入に関する詳細については、前掲拙稿参照。ヨーロッパ法案について、そのドイツ法の影響を指摘するものとして、Petitpierre-Sauvain, Droit des sociétés et groupes de sociétés, p. 125, Ordre des Experts Comptables et des Comptables Agrées, Les groupes et groupements de sociétés, p. 246.

(2) Würdinger, Les Groupes de Sociétés en Droit Allemand, Les Groupes de Sociétés (Liège), p. 187 以下に詳しい。

(3) 慶大商法研『西ドイツ株式法草案および理由書（一九六〇年）』三六三頁。

(4) 西独の学者の眼よりヨーロッパ法案とクステ前期法案を眺めたとき、基本的にも西独株式法のそれとは異なるものとうつるようである。Würdinger は、「前者は（ヨーロッパ法案、クステ前期法案＝引用者注）伝統的会社法が同意している以上の何らの権利、権限をも認めるものではない。グループ法でも何らの制限なしに財産不可侵の原則が維持されているからである。」（一九二頁）とされる。また、フランスの学者の中にも、例えば、残留希望株主に認められる年次補償割当の債務者は従属会社（但し、必要な資金は支配会社が提供する）であるとする点について、「そこを去りたくない株主のために、従属会社での生活のフィクシィオンを維持することは、子供じみたことである」として、原始の会社法から一歩進めるべきであるとする評価もある（René Rodière, La Protection des Minorités dans Les Groupes de Sociétés, Rev. Soc., 1970, p. 263.）。ただ、多くの立場は本文のように考えているようである（P. Kersjak, Groupes de Sociétés en Droits Français et Allemand: Evolution, Gaz. Pal du 14, août, 1975, p. 487.）。

(5) フランスのクステ前期及び後期法案の内容及び形成の過程については、前掲拙稿三九三頁以下。参照条文については、拙訳「クステ前後期法案対照条文」法研五六巻一〇号七六頁以下。
また、ヨーロッパ法案、クステ前後期法案及び西独株式法の三者における企業結合規制と外部株主保護制度について比較検討したものとして、拙稿「企業結合における外部株主の保護」法研五七巻四号一頁以下がある。

(6) 本稿一注(6)参照。また、ドイツ法の形成の過程については河本前掲論文に詳しい。フランス法については前注の拙稿参照。

(7) クステ法案については、Proposition de Loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires et du personnel, Assemblée Nationale N° 1055 の動機の声明三頁が、集中の緊急の必要性がそもそもの発端であるとする。また、その他多くの論文も、イギリスやドイツとの関わりにおいて企業の再編成の必要性を強調する（Kersjak, op. cit., p. 485, Leblond, Une

lacune importante dans la proposition de la loi Coustè sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, Gaz Pal., 1971 (1er som), p. 186, PAILLUSSEAU, Faut-il en FRANCE un droit des groupes de sociétés? (à propos de la proposition de la loi Coustè), J.C.P., 1971, p. 239)。

ヨーロッパ法案については、BÉZARD, DABIN etc., Les Groupes de Sociétés une politique législative, p. 150。

ドイツ法については、ドイツ経済は主として輸出を中心として機能していたため、序々に国際競争力の問題が発生してきてしまい、そこで会社がグループを組むことができるよう商事会社に関する規定を再編成したのであるとする評価もある。(KRSJAK, op. cit., p. 485)。そして、集中に関する実態調査より以前に草案ができ上がっていたこと(河本前掲論文二六七頁)、及び法人税法上の慣行として存在していた機関契約をそのまま是認してきたこと等を考え併わせたとき、(WÜRDINGER, op. cit., p. 187)、本文のように言うこともできよう。さらに河本教授は、支配貫徹の法的基礎付けのために支配契約が使われることになったのではないかとの推測さえされる(二八〇頁)。

(8) BÉZARD, DABIN etc., op. cit., p. 150 は、ヨーロッパ法案に関して、中立性は全く表面的なものにすぎないとし、さらに、ヨーロッパプランからしても、国内プラン(フランス)からしても、グループこそ経営のよりよいテクニックであるからグループ化現象を認める強い根拠があるのであり、それゆえ法的承認となったのであるとする。

(9) この点については、商法とりわけ会社法の全法体系の中における位置づけに対する基本的な立場の相違から異を唱える者があるかもしれない。すなわち、一方において、フランスのクステ法案に対する評価を行なったある論者(KRSJAK, op. cit., p. 485 以下)のように、経済秩序に関わる立法は、歴史、社会、産業、経済により条件づけられるものであり、特にフランスにおいては、経済、産業を奨励した源泉は法そのものであると考える者にとっては、会社法は国家の経済政策と関わりなしには存在しえないのであって、企業結合法などは集中促進的な政策と深く関わりを有すると考えるのである(p. 485)。

また他方、西独における新自由主義(Neoliberalismus)の論者からすれば、これとはむしろ逆方向に、すなわち競争政策的に抑制すべき方向へと企業結合法が出来上がるべきとの主張になるとも思われる(田中(誠)・久保・福岡・坂本『会社法学の新傾向とその評価』)。

いずれにしても、これらの考え方によれば、商法、会社法、企業結合法は、いわゆる無色中立のものではありえないのである。

商法、会社法が全法体系において占める位置という根本的問題と関わりを有するため、本稿において即座に結論は出しえな

いものの、現在の段階では依然として商法中立説を維持しようと考えている。そして企業結合法に関しても、河本教授のように（私法三七号九二頁）、「商法上の規定は少なくとも建前としては中立でなければならない」というのではなく、実質的にも私法制度として無色中立であるべきものと考えている。時代によりまた社会・経済体制により、個々の経済主体間の利益調整の方法が全体経済に対する法的規制等に影響を受けることがあるとしても、そのことと個々の経済主体間の利益調整に関する法である私法としての商法、会社法と国民経済全体に関する法等の法的規制の目標がそれぞれ独自のものを有しているということとは別個の事柄であるからである（高鳥正夫『商法総則商行為法』一二頁）。

(10) 動機の声明三頁（Assemblée Nationale N° 1055）

(11) Bézard, Dabin etc., *op. cit.*, p. 150.

(12) 前田重行「企業の結合・分割に関する立法上の問題点」商法の争点（ジュリスト増刊）一九六、一九七頁。右のような規制方法は現行法の建前を維持し、一層これを徹底する方法であるともいえるとする点は、本文と同旨かと思われる。

(13) すなわち、不利益な指図により損害を蒙るというように、ある一定の行為により具体的な損害が発生するということ以前の問題として、従属会社と株主の間の法律関係が支配という状況により変容を受けるか否かがまず問われなくてはならないということである。

(14) 西独株式法三〇四条の政府草案理由書でも、「かかる契約を認める以上は、部外株主をその利益見込の減縮に対して保護することを要する」と述べるのみである（慶大商法研『西独株式法』四六七頁）。

(15) クステ前期・後期法案における外部株主の定義規定の変化（前掲拙稿（企業結合における外部株主の保護）四頁以下）はまさにこのことを物語っているものであるし、また Mémorandum sur un statut juridique des groupes de sociétés et la protection des actionnaires et personnel, p. 6 による提案――クステ法案の外部株主の定義についても、一九七〇年第一次E・C会社法案二二五条におけるグループ認知のための請求権者の資格要件と同様にしよう――もこの現われである。

(16) すなわち、現在までのこの問題に関する多くの研究が、まず「支配」とは何であるか、その法的意義づけを至上の命題のように考えていたことに難解さの原因があったと思われる（特にフランスにおいては、Champaud, Le pouvoir de concentration de société par action と Vanhaecke, Les Groupes de Sociétés の二大著書での論議以降これが顕著である。内容については奥島孝康『現代会社法における支配と参加』一八頁以下に詳しい）。

また、わが国でもそうした観点より議論がなされることが多い（池島宏幸（発言）「企業結合法の研究」金融・商事判例五

九四号四二頁)。しかし、この「支配」の概念を設定すること自体、後述するように必要のないことであるし、元来、経済上の概念であるそれを法的概念として把握しようとすることにも無理がある。支配を法認しようとするからこそこうした議論が登場せざるを得なくなるのであり、そのことからさらに、いかなる範囲でいかなる保護を与えるべきかという政策論に終始せざるを得なくなるのである。

三　基本法理の探究

(一)　会社・株主間の法律関係

ところで、いかなる形態であるにせよ、外部株主の利益保護を特別の制度により図ろうとするとき、いかなる利益がなぜ守られねばならないかをまず探究する必要がある。そして、そのためには会社・株主間にいかなる法律関係が認められるかを知る必要がある。すなわちヨーロッパの法制においては、支配の法認の対価として外部株主の出資回収権（代償）及び年次補償割当（補償）の二本建の制度を置くわけであるが、なぜかかる保護制度でなくてはならないのかという点になると必ずしも明らかでない。[1] おそらく、政策的にとする以外に理由を見出すことができず、その原因はいかなる点において外部株主の利益が問題とされるべきかの把握の不十分さにあると思われる。我々は、その点について支配を法認したからということに求めるのではなく、支配という状況それ自体のうちに求めるのである。そしてそれを明らかにするためには、今一度基本的に会社・株主間の法律関係に立ち帰る必要がある。

ところで、一般的には、この会社と株主との間の関係は株主権を媒介として観察され、論じられている。また、会社・株主間の関係が法律行為によって設定されていることも明らかである。ただ、いかなる法律行為によりこの関係が発生するのかということになると問題はさほど簡単ではない。例えば、会社の設立の際における問題を捉えてみても、株式引受行為によりいわば将来の会社の株主権を取得することになるわけであるが、この株式引受の法的性質を

廻っては学説上も古くから対立があり、現在もなお大きな争いのあるところである。[2] しかし、近時の一般的な傾向は、設立中の会社を認める立場にせよ個人法的に理解する立場にせよ、いずれも契約の一類型として株式引受を理論づけている。[3]

すなわち、ある者が株式を引受けようとするとき、そのある者の効果意思はあるあり方の会社の株主となるところにあるのであって、これが意思表示の重要な要素である。[4] 当初より、あるあり方の会社との株主関係の発生を目的とする団体的契約が、目的に相当した効果を発生するところに株式引受の法律上の意義が認められるのである。ただそのことは、株主権取得という比喩的な言葉で表わされるようないわゆる交換型の契約であることを意味しない。株式引受をもって相互に給付を終了し、契約関係がそこで切れてしまい、あとは社員関係が残存するのみというものではなく、その後も基本となっている契約関係を基礎として利益配当請求権をも含めた種々の権利関係が残存すると考えることが素直な見方である。[5][6] それゆえ、会社・株主間の法律関係は一種の継続的法律関係であると理解すべきである。[7][8] そして、また、ある種の信頼関係をその基礎としているということも、継続的法律関係である以上当然のことといえる。

もし、このように考えることが許されるとすると、我々はそこに一般の継続的法律関係を想像して議論を展開することが可能となる。[9] そしてこのことを支配従属関係との関わりにおいて考えてみると、契約の相手方である会社が従属状態に陥いることにより、会社・株主間の契約の内容ともなっている会社のあり方の変更となると考えうるとすれば、契約の一方の当事者である株主は、私法体系において我々が有する「事情変更の原則」あるいは「契約不履行の一般原則」の援用によって救済を求めることはできないであろうかという問題に直面する。すなわち、出資の回収は、原則として株式譲渡によるものであるとされている現在の株式会社法の体系のもとにおいて、前述したような法理により、いわば個人法的に解除（告知）をなすことが観念的にも認められないものであろうかということである。

(1) クステ法案に関していえば、わずかに、SUDREAU, Rapport (1975), p. 137 が「金融市場のせまさは、グループ入りしたくない株主に常に株式の処分を許すわけではない（非上場ではさらに）。そのため、彼らにはそこにとどまるか、あるいは公平な賠償を受けて出てゆくかの選択権を与えることが望ましい」と実態上の理由を述べるにすぎない。その他はすべてグループにとって重大にならないことと構成員の保護という二重の要請を考慮したからであるとするにとどまる（PAILLUSSEAU, *op. cit.*, p. 242）。

ドイツ法に関しては、旧法時の通説に従い、従属会社に対する加害行為は、局外株主及び債権者が予め相当の補償を与えられていた場合にのみ許されるとしたのであるとする（慶大商法研前掲西独株式法四八二、四八三頁、河本前掲論文二六〇頁、WÜRDINGER, *op. cit.*, pp. 187 et 188）。

(2) 古くは、西本博士と野津博士の論争が有名である。西本辰之助『私法学の諸問題』一頁以下。野津務「会社設立行為と入社行為」松本古稀一七三頁以下、同「株式引受論」法協四五巻一〇、一一、一二号、四六巻一、二、五、八、九、一一号。

大略次のように学説は分れる。組合契約説（松波『日本会社法』七一三頁）、単独行為説（岡野『会社法』二五六頁）、合同行為説（田中(誠)『再全訂会社法詳論上』一八七頁、大隅＝今井『新版会社法論上』三一頁）、折衷説（松本「会社設立行為論」商法解釈の諸問題一六三頁以下）、団体的契約説（西本前掲書）、入社契約説（田中(耕)『会社法概論』二七一頁、大森「会社の設立」株式会社法講座第一巻一九二頁）、債権契約説（松田『株式会社の基礎理論』二六九頁、八木『株式会社財団論』五五頁以下）。

(3) 通説は、権利能力なき社団たる設立中の会社という概念を認め、株式引受は申込人と設立中の会社の機関としての発起人との間の契約であって、申込人が設立中の会社に入社することを目的とする入社契約であるとし、申込は社団の構成員となる意思表示であり、割当は機関としての発起人のなす承諾であるとする。しかし、既に論難されているように、設立中の会社を法的概念として承認し、これをもって説明を試みる同一性説には賛成しえない（同一性説に対する批判として、高鳥正夫「会社設立行為の法律構成」会社法の諸問題、清水新『会社法論』三七頁、大野直治『株式会社不成立の場合における発起人の責任」埼玉大学社会科学論集一九号）。

(4) 高鳥正夫「会社設立行為の法律構成」会社法の諸問題一〇一頁、倉沢康一郎「発起人の損害賠償責任について」会社法の論理三七頁。倉沢教授は、当事者の意思に即した理解をするならば、設立中の会社への入社意思ではなく、将来成立すべき会社に対する入社行為と考えるべきであるとされる。

(5) この点は、株式の本質、さらには株式引受行為の法的性質や株式会社の本質論にも関わる重大な論点である。会社法の根本問題であるため、にわかに結論を出すことはできないが、現在私の抱いている疑問を呈示するとともに若干の検討を加えてみる。

すなわち、株主権を取得し、当該会社の株主となり、種々の権利を有するようになることをもって、株主権取得という交換型の契約があり、それにより株主となって種々の権利を持つと説明したのでは、当事者の意思という面からも、また会社・株主間の法律関係という面からも、十分納得のゆくものとはなりえない。

まず、当事者の意思という面から考えてみると、固定概念としてある株主権を買うということではなく、まさに契約として株主となるということではないかということである。株主権と株金額は商品と価格との関係にはないのであり、当事者の意思とりわけ引受人の意思は、出資して事業に参加することすなわち株主となることなのである（西本前掲書一八〇頁）。

次に、会社・株主間の法律関係という面もこれにあわせて考えてみよう。もし株主権取得という言葉を貫ぬいてゆくとするならば、このことは、例えば所有権を取得し、そこから支配権能等が流出するとする構成と同様とならざるを得なくなり、株主権をいわば所有権の変形物としての持分――ひいては株式会社組合観――と構成せざるを得なくなるとも考えられる（鈴木竹雄「共益権の本質」商法研究Ⅲ三頁以下）。

ところで、株式引受行為により株主となり種々の権利を有するということは、例えば、発電機を購入した結果電灯がつく状態となったことに類似するのであろうか、あるいは電気供給契約に基づく結果に類似するであろうか（この契約については継続的契約関係か否かにつき争いがある）。株主権関係はあたかも電気供給契約から発する効果と類似するのである。前者においては、電気のつく状態は発電機の売買契約とは直接の関連性を有さないこととなり、株主権関係のようなものが、このようにその取得契約と直接法的関係を有さないということなどは法的説明としては全く不十分となるであろう。

(6) 会社成立後、新たにその株主たる地位を取得しようとする場合（特に新株発行）を考えると一層このことは明らかになる。つまり、申込をさせ、割当をなし、株式引受となり、始めて新株主の収容となる。これはまさに、株主たらんとする者と法人の間に現実に双方の意思の合致を考えているものである。当事者双方の意思に基づいてなされ、その効果として当事者双方の間に相互に権利を有し義務を負うの関係を生ずるのであるから契約なのである（松本「入社契約論」商法解釈の諸問題一九〇頁）。

(7) ギールケ以来、一時的契約関係に対して継続的契約関係と称するのが一般的である（田中実「いわゆる継続的債権（契

約）関係の一考察」法研二六巻一二号一頁以下）。そして前者は、当事者の間に一時的な法律関係しか生じない契約（当事者の単なる履行によって目的を達する）であるとし、後者は、当事者間に継続的な法律関係を生ずる契約（一種の状態的な法律関係を設定しなければ目的を達せない）であるとしている。その他前者を交換型契約関係、後者を継続的契約関係と分類する者（戒能通孝『債権各論』三二頁）、同じく交換的機能の契約、支配的機能の契約と分類する者（石田文次郎「債権契約の二大型」契約法の基礎理論三頁以下）もみられる。

各種の契約の内容を考えてみた場合、時間的に長期にわたるか否かという問題もさることながら、内部的に単なる債権債務の関係たるに止まらず、むしろ一種の状態的関係を有しているか否かが重大なメルクマールとなるといえる（田中(実)前掲論文一〇頁、一五頁）。

(8) あるいはこの点、出資義務を履行した以上、株主は無責任となるような法のもとにおいても継続的法律関係といいうるかも問題とされるかもしれない。しかし、一方的継続的法律関係も存在するし、また状態的法律関係と解すれば言葉の問題ともいえそうである。さらに株主の側にも一定の責務があるとすれば、継続的法律関係に含まれるとしても差支えないであろう。

ところで、会社・株主間の関係について、株式債権論に立つものは、通常、継続的債権関係を形成していると説く（服部前掲書二八頁、松田前掲書一八八頁）。しかし、社員権論に立ったとしても、株式譲渡の場合にしろ、また入社の場合にしろ、社員資格に包含されている全法律関係への加入と捉えるのであるから、これをもって継続的法律関係として差支えないであろう。

(9) 松本博士は、従来の社員権論に立ちつつ、入社契約は入社者と法人との間の社員権関係の発生を目的とするものだから、債権契約、物権契約、親族権契約のいずれでもないが、財産的なものを中心とするから債権契約に類似する。従って、契約に関する民法の規定の大部分を適用して良いとされる（松本前掲論文一九〇頁）。

(二) 会社・株主間の法律関係と株式買取請求権

株主と会社との間の法律関係は一種の継続的法律関係であると前述したが、その法律関係の解消についても、会社法の中に既にこうした関係を前提とした規定を我々は見ることができる。

合併、営業譲渡、定款変更による株式譲渡制限の場合における株式買取請求権がこれであり、株式引受という団体

法的契約も、その解消の場面においては個人法的契約として登場することがあることを示している。もちろん、この制度がアメリカにおける組合契約観から発したものであり、多数者の圧力に対する少数者の保護、換言すれば多数者と少数者の間の調和こそアメリカ民主主義の基調であり、そこから発したものであることを知らないわけではない。[1] しかし、この制度が仮りに会社内部における少数者の保護の制度であるとしても、わが国の会社法体系のもとにおいて、株主の出資回収の途が、株式譲渡以外にも、このように団体法的契約を個人法的に解除（告知）するという方法によって認められているということも事実である。[2] この点、買取請求権をもって解除権としての出資返還請求権を意味するのではなく、適法な請求により、当該株式につき売買契約があったのと同様の法律関係を発生せしめる形成権であるとする見解もあるが、[3] 株主権取得のための契約が、その出資財産のあるあり方の会社の営業目的への使用ということを重要な内容としており、これが総会によってではあるにせよ重大な変更を加えられてしまうのであるから、契約内容を全く異にすることとなり、もはや契約関係からの脱退を認めざるを得ないこととなる。[4] それ故、やはり解除権としてこれを構成すべきが最も素直な見方となるであろう。

そして、こうした観点より会社・株主間の法律関係の解消を考えてみると、団体法的契約であるが故に個人法的な解除権、内容の改訂権（後述）が存在しえないというのではなく、団体法的契約にあっても論理的・観念的にはこうした権利も存在しうることが分る。ただ法は、ある一定の事項に限って、一定の要件のもとにこれを顕現せしめたと考えるべきである。すなわち、ある一定の状況の発現により、元来団体法的契約関係であった会社・株主間の関係が、個人法的契約関係に還元され、出資の払戻をなすべき場合があるということを法はそもそも予定しているのである。[5] もちろん、わが国においても、出資払戻禁止の原則が貫ぬかれていることは、いくつかの条文及び株式会社制度を考えると疑いのない事実である。しかしそのことは、会社・株主間の法律関係が、株式会社の非常に広く予想される自治の範囲を超えない状態にあることを前提としているはずである。それ故、株主が当初予想した会社のあり方に根本

的な変更が加えられるようなすべての場合[6]には、観念的には解除権が与えられると解すべきであろう[7]。そしてあとは、こうして認められる解除権が、出資払戻禁止との関わりにおいてどの範囲までに限定されてくるかという問題が残るのみである。

そして、現在制度上認められているこれら三場面における株式買取請求権は、いずれも株主が当初予想し出資した会社のあり方からは大きくずれるようなときにのみ認められているものである。合併により他の会社を吸収し、あるいは吸収される場合には、まさに実質的にも形式的にも当該会社のあり方は変更されるのであり、また営業譲渡の場合には、会社の運命に重大な影響を与えることが総会の特別決議を必要とする理由とされているように[8]、少くとも実質的には会社のあり方に基本的な変更があることを前提としている[9]。そうであるとすれば、少くとも実質的には同様の問題が発生するであろう支配・従属関係の場合にも、論理的・観念的には個人法的にその法律関係の解消（改訂）が考えられてもしかるべきである[10]。元来、個別の会社を前提としてその利益のみにおいて機能していたものが、以後は支配会社の利益との関わりにおいて機能することを余儀なくされるからである。

（1）島本英夫「株式買取請求権について」同志社法学一五巻四号一頁。

（2）解除権として構成するものとして、伊藤紀彦「アメリカにおける株式買取請求権の発生と発展」中京法学一巻一号二五七頁、長谷川雄一『注釈会社法(4)』一五六頁、松浦厳「株式買取請求権の問題点」東海大論叢商経研究二二号九二頁、西島弥太郎「株式買取請求権」株式会社法講座三巻九八二、九八三頁。これらはいずれも、投資解約権あるいは出資契約解除請求権（形成権）をその本体であるとする。

（3）菱田政宏「株主の株式買取請求権」法学演習講座会社法二五三頁、鈴木忠一「株式買取請求手続の諸問題」会社と訴訟（松田在職記念上巻）一四八頁、一六七頁、高鳥正夫『会社法』一四五頁、津田利治『会社法の大意上』二五四頁。

（4）Ballantine, On Corporation, p. 700.

西島前掲論文一〇〇三頁は、買取請求権の法的根拠を、株式取得の際の定款乃至会社の営業あり方に対する信頼の存在を前

提としているとしたうえで、さらに、多数株主により資本再編成的な重大な変更をうけるからここに少数株主の保護が制度化されたのであるとする（同九八三頁。基本的には賛成しうるものの、「資本再編成」をあえてとり挙げる必要もないと思われるし、またこれを根拠とした場合、定款変更による譲渡制限については説明に窮することになると思われる。さらにまた資本再編成すべての場合に常に買取請求権が認められるわけではない（服部栄三『株式の本質と会社の能力』二二二頁）ことから、本文のように考えれば足ると思われる。

(5) 伊藤前掲論文二六一頁、松浦前掲論文九二頁、西島前掲論文九八三、九九一頁。

(6) 具体的にどんな事項が根本的変更となるかについては、母法であるアメリカについても大いに対立のあるところである（島本前掲論文一頁以下）。

(7) 津田前掲書二五五頁は、「仮りに合理性があるならば、同様の事情のあるその他の場合にも、もっと一般的にこれを認むべきでありまして、たとえば会社の目的を変更するような重要な定款変更の場合には、営業譲渡などと同等またはそれ以上の大きな影響を与えますから、こういう場合にも買取請求権を認めて然るべきでありましょう。」とされる。

(8) 拙稿「商法二四五条一項一号における『営業譲渡』の意義」法研五三巻一二号三六二頁以下。本文のように考えるのが通説である。但し、私は通説のようには考えていない。

(9) 津田前掲書二五四頁は、この買取請求権が認められる場合というのは、いずれもカルテルあるいはコンツェルンなど、いわゆる企業合同の主要な形態に関するものであると述べられている（但し、定款変更による株式譲渡制限の場合の株式買取請求権が認められる以前の著書である）。

(10) アメリカにおける立法例（各州間）や判例をみても、概ね、会社のあり方に対する形式的な根本的変更（実質も含めて）及び実質的な根本的変更の場合に買取請求権が認められるようである。事実上の合併等についてこれを認める判例などは（伊藤前掲論文二六九頁）、日米両国における法系の相異は度外視しても、参考となるものと思われる。

㈢ 支配・従属関係と事情変更の原則、契約不履行の一般原則

前述してきたように、会社・株主間の法律関係が継続的法律関係であり、しかも観念的にではあるにせよ個人法的に右の法律関係を解除する途が残されているとすると、残る問題は、支配従属関係にある会社の外部株主にとっても

右の理があてはまり個人法的に法律関係を解消・変更しうることになるか、また可能であるとしていかなる法理をもってこれをなしうるかである。一般的な継続的法律関係を想起しうるのであるから、[1]我々はここに事情変更の原則と契約不履行の一般原則について検討してみることとする。

事情変更の原則は、契約締結後、その基礎となった事情が当事者の予見しえない事情の発生により変更し、当初の契約内容に当事者を拘束することが極めて苛酷となった場合に、契約の解除又は改訂が認められるかという問題である。[2]法理上は、勝本博士によれば、「主として債権関係を発生しむる法律行為が為されたる際に、その法律行為の環境たりし事情が、法律行為の後、その効果完了以前に当事者の責に帰すべからざる事由により予見し得ざる程度に変更し、その結果当初の意義における法律効果を発生せしめ、又は之を存続せしめることが、信義衡平の原則上、不当と認められる場合に於て、その法律効果を信義衡平に基づいて変更せしめることを言う」[3]として、信義則にその根拠が求められている。[4]また、一般に説かれるところによれば、事情変更とは契約の客観的基礎すなわちそれなしでは契約を考えることができない部分に関し生ずることが必要であり、また当事者の予見しまたは予見しえざるものであることを要し、さらに事情の変更が当事者の責に帰することのできない事由によって生じたことを要するとされている。[5]また、事情変更の効果は契約解除権（告知）の発生と契約内容の改訂である。

そこで問題は、契約の相手方である会社が他の会社と支配・従属関係に入ってゆく場合における、事情変更の原則と外部株主保護との関わりである。ところで、ある者がある会社と社員関係を締結しようと株式引受を行うとき、その効果意思はまさにあるあり方の会社の株主となるところにある。そのある会社とは契約の相手方を意味するのであるから、その形式的な名義がどうであれ、その実質的な相手方を意味する。このことはすなわち、X株式会社なる商号を有する一個の法人が相手方である以上に、事実上社会に存在する当該実質的なあるあり方の会社を意味するのである。従って、他の会社と一定の関係に立つことによって、相手方会社がその相手方としての実質的な変更に至らし

められる場合や、株式引受人の意欲したあるあり方の会社のそのあり方に実質的に大きな変更を来たすようなことになれば、このことは、契約の当然の前提とされていたところからは大いに逸脱することとなり、[6] それなしでは契約を考えることのできない部分に関する前提条件を欠いてしまうこととなる。

株主の出資の対象である会社が、他の会社によって事実上決定権限の行使に影響を及ぼされるようになる場合を、支配・従属関係にあると一応ここで言いうるとして、[7] こうした状況に至ることは資本多数決が機能しなくなるということであり、さらにこれと関連して、総株主の利益の総和としての会社の利益が、支配会社あるいはグループ全体の利益の中に埋没してしまうことである。個々の株主の意欲は、あるあり方の会社の株主に実質的にも形式的にもなることにあるのであって、その後の会社の変化により、実質的な支配機能をも与えられず、当該会社の利益に基づかず機能する会社の株主となることなどは全く予見しえざることである。なるほど形式的には株主が当初出資したある会社そのものではある。しかし、形式的なある会社ではありえても、株主が当初意欲したあるあり方の会社とは実質的には全く異なるものとなってしまっているのである。

判例等で現われるような全くの社会的要因（インフレ、戦争）のある場合に限って事情変更の存否を問うのであればともかくとして、[8] 遇然の事故等の外部的要因まで含むとする考えにしたがってこれを理解するとき、[9][10] 支配従属関係に入ってゆく場合にも右の事情に該当し、また当該会社及び株主にも帰責性の存在しない場合も考えうると思われ、事情変更の原則の適用ある一場面と評価しうるであろう。

前述したように、論理的、観念的には株主も個人法的に契約の解消をなしうるのであるから、支配従属に陥いることが右に述べたように事情変更に該当することとなれば、外部株主にはその効果である解除権、内容の改訂権が承認される可能性がでてくる。

そしてまた、こうした解除権等が発生するのは、事情変更の原則が、それなしでは契約を考えることのできない部

分に関する前提条件を欠くか否かが問題なのであるから、これは極めて実質的な判断であるということも重要である。[11]それゆえ、支配従属関係に入るとしても、ここにいう支配従属とは事情の変更となるものであるか否かが問題とされるのであるから、実質的な判断である。すなわち、支配従属とは、ヨーロッパにおいて大きな課題とされるようにその法的概念づけを必要とするような先決事項ではないのである。ヨーロッパの法制では、保護制度を支配の法認の対価とみることから、支配の概念が先決事項とされなければならないのである。

次に契約不履行との関わりについて考えてみよう。ここで問題とされるべきは、履行不能ないしは不完全履行についてであり、支配従属ということからすれば、帰責性という意味において、むしろ事情変更よりはこれらの場面が多く登場するのかもしれない。支配従属の状況に至ること、そのこと自体にそもそも株主がその会社の株式を取得するに至った基本的な条件を崩してしまうような契約内容の変更が生ずるということは前述した通りである。より詳細に言えば、株式引受行為は単なる株主権取得ではなく、あるあり方の会社の株主権取得であり、このことはすなわち会社のあり方を信頼の基礎とするものである。従って、もし会社のあり方に変更を来たし、会社・株主間の契約上の権利の重要なる変更を生ずることとなるときは、[12]社会の取引通念を基準として、本来の給付内容を目的とする権利を存続させることが不適当と考えられることとなり、[13]履行不能の状態となると思われる。あるいはまた給付される目的物に瑕疵がある又は契約の目的物と全然別種のものを給付することになるという意味で[14]不完全履行の問題としても提起されてくるであろう。[15]

ただいずれにしても、履行不能あるいは不完全履行となるか否かは、本来の給付内容との関わりを社会の取引通念において考察するのであるから、[16]ここでも支配従属の概念が前提として法的概念として定立される必要はなく、要は会社がある状態に陥ったときに、本来の給付がなしえなくなるか否かという極めて実質的な判断の問題となる。

(1) 事情変更の原則が問題となるのは、継続的契約関係の場合が通常といえる。しかし、事情変更の原則は、周知の通り、継

続的契約関係にのみ関わるものではなく、公法上も問題とされ、また扶養義務等においても問題とされる。

その意味でいうと、事情変更の原則にとって重要なのは、給付が一時的か継続的かということよりも、契約成立時と履行時までの間に時間的隔りがあるかどうかであるとも考えられよう（五十嵐清『注釈民法(13)』四八頁）。従って、この論理によると、私見のように、株主・会社間の法律関係を継続的契約関係ととらえずに、従来の考え方に従って構成することも可能となるであろう。

(2) 星野英一『民法概論Ⅳ（契約総論）』二二頁、我妻栄『債権各論上巻』一七八、一七九頁。

(3) 勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』五六七頁。

(4) 五十嵐清『契約と事情変更』一四九頁、中山充「事情変更の原則」現代契約法大系一巻七〇頁。

判例もまた「事情の変更が信義衡平上当事者を該契約によって拘束することが著しく不当と認められる場合には」としている（最判昭和二九年二月一二日民集八巻二号四四八頁）。

(5) 星野前掲書二四頁、五十嵐前掲書（契約と事情変更）一五二頁以下、同前掲書（注釈民法）四四頁以下、中山前掲論文七一頁、我妻前掲書二六頁。

(6) 津田前掲書二五三頁は、そもそも株主がその会社に株式投資をした基礎的な条件が失われてしまう例として、合併、営業譲渡を挙げられている。

(7) 従来より典型的な一つの企業結合の場面として考えられていたものである（前述したヨーロッパ諸国の立法例も同様）。大隅健一郎「会社の親子関係と取締役の責任」商法の諸問題二九九頁。

(8) 最高裁では、インフレ・戦争を理由とするものについて、事情変更の原則の適用を原則的には肯定するが、要件のいずれかを充足しないとして契約の解除を認めないものがほとんどである（最判昭和二九年一月二八日民集八巻一号二三四頁。最高裁の傾向に対する評価は、星野前掲書二三頁による）。これに対して、下級審では、事情変更の原則の適用により契約の解除を認めるものが多い（金沢地判昭和三一年三月二四日下民七巻三号七四一頁、東京地判昭和三四年一一月二六日判例時報二一〇号二七頁）。

(9) 我妻栄『債権総論』四七二頁。単なる外部的要因でも認められるものとされ、債務者の資産状態の急激な悪化は、保証契約締結の際に予測しえなかった特別の事情になると例示される。

(10) ただ、民法における近時の傾向は、要件を絞る方向に向っているとの印象は受ける。中山前掲論文八六頁、五十嵐前掲書

（契約と事情変更）一四九頁。これは、極めて適用範囲を広く採用していた勝本理論に対する反発ともいえる。しかし、これも定説といえる状況ではなく、すべての事情を考慮しながら、正義に反した堪えがたい結果を避けるために、契約的信義を破ることも止むを得ないという抽象的基準を採用する他はない（我妻前掲書（債権各論上）一七八、一七九頁）と現在のところ考えている。

(11) 事柄の本質上当然のことと思われる。

(12) 津田前掲書二五三頁。伊藤前掲論文二七二頁以下には、会社とその現在の株主との根本的な関係を変更せしめるような他会社とのいくつかの取引が挙げられている（アメリカ法上このような場合にも買取請求権が発生）。

(13) 我妻前掲書（債権総論）一四四頁。

(14) 我妻前掲書（債権総論）一五〇、一五一頁。

(15) この点に関しては、とりわけ民法五四一条を廻って、継続的契約関係にも同条の契約解除の適用があるか否かについて争われている（田中実「いわゆる継続的債権（契約）関係の一考察」法研二六巻一二号一頁以下は適用否定説に立たれる）が、一般的な契約解除（民五四一～五四三条）に関する規定の適用があるか否かについても問題とされる。通説は、継続的契約関係にもその適用を肯定し、当事者の一方に債務不履行がある場合に、相手方は相当の期間を定めてその履行を催告し、期間内に履行がなければ解約告知しうるとする（遠田新一『注釈民法(13)』三六九頁、森孝三「一時的債権契約と継続的債権契約」契約法大系九四頁）。継続的契約に関する規定は必ずしも契約解除の一般規定を排除しうるほど網羅的ではないし、また民法修正案理由書五四三頁（第六百二十七条）は、雇傭について、「本条ハ既成法典財産取得編第二百六十二条ノ規定ニ該当シ雇傭契約ニ特有ノ解除原因ヲ定ムルモノナレハ（中略）然レトモ既成法典ノ如ク右原因ノ一トシテ当事者一方ノ義務不履行ヲ掲クルハ聊カ蛇足ヲ加フルニ類シ本条ハ既ニ第五百三十九条乃至第五百四十一条ニ於テ債務不履行ニ本ツク契約解除ノ通則ヲ規定シタルニ因リ此ニ之ヲ規定スル必要ナシトス」と説明していることなどから、継続的契約関係においても、当該契約に固有の告知の規定のみならず、民五四一条以下の債務不履行の一般原則が本文のように問題とされるべきものと思われる。そしてもちろんその効果は、「解除」ではなく「告知」であることはいうまでもない（末川博『契約法上巻』一三八頁）。

(16) 星野前掲書八二頁、打田畯一「契約の解除」法学演習講座債権総論・各論二九七頁、我妻前掲書（債権各論上巻）一七二頁、一七五頁。

四　基本法理と企業結合法

このように理解してくると、伝統的会社法の枠内でも、その修正を行なうことによって、一応は外部株主の利益保護を図ることができる。事情変更の原則のところで述べたような解除権、内容の改訂権は（契約不履行についていえば、解除権の他、従属会社は存続しつづけるが故に、他の形態において履行を完全にしようとの要請が働き、目的の変更による更改、債務者の変更による更改に準じた法律行為が登場しうる）、支配・従属関係のような場合にも、観念的にではあるにせよ、個人法的に存在しうる基盤があるからである。しかも、物的会社であるという特有の事情による個人法的なそれらの主張の停止も、支配・従属関係の場合には、この停止状態の解除されている他の三場面と同様の理由が認められるところから、解除が可能だからである。

そしてさらに、企業結合法を外部株主保護の観点よりより効率あらしめるためには、こうした伝統的会社法の枠組を超えた理解をする必要もある。それが例えば、西独株式法中の代償、補償の制度であっても良いし、クステ法案に現われた出資回収権、年次補償割当であっても良い。いずれもまさに、我々流に言えば、右に述べた契約解除権たる代償（出資回収権）であり、また契約内容の改訂権たる補償（年次補償割当）の問題なのである。しかも、これらの制度は、遇然ではあるにせよ、基本法理から得られたその優先順位と西独法、クステ法案におけるそれとは一致している。すなわち、従前の契約に拘束されることは酷であるとはいえ、契約はできるだけ維持することが望ましいということから、事情変更においては第一次的には改訂権が認められ、第二次的に解除権が発生するものとされているが、[1]これと同様の結果が西独法その他では採用されているのである。[2][3]従って、こうした基本法理のもとに、西独法やクステ法案の考えた制度を考え併わせることは可能である。それは伝統的会社法の理解の下では、修正したにせよ、株主の解除権等の直接の相手方に対してしか認められるはずのないものを、支配会社に対しても及ぼしうることとなると

ともに、出資払戻禁止とも抵触しないで理解可能となるからである。西独・フランスは基本的には出資の払戻を知らず、また明文をもってこれを禁止するのであるから、(4) 企業結合法中に出資回収請求権をもつとしても、それは伝統的会社法に基礎を置く外部株主保護制度ということにはなり得ず、これらはすべて法政策によるものといわざるを得ない。これに対し、我々の有するであろうそれは、その基本法理において私法体系とりわけ法律行為論を基礎とした確固たる制度である。伝統的会社法から一歩踏み出した分子構造を有する企業結合法とは、まさにこうしたものであるべきである。

(1) 勝本前掲書五九八頁、福地「事情変更と代金額の修正」不動産取引判例百選一五八頁以下。下級審の傾向としてはこのように理解する傾向にある（東京高判昭和三〇年八月二六日下民六巻一六九八頁）。
しかし、学説上は、この両者の先後の関係については立法論上も解釈論上も問題があるとするものもある（星野前掲書二三頁、五十嵐清「事情変更の原則と行為基礎論」民法の争点二三一頁）。

(2) 前掲拙稿（企業結合における外部株主の保護）八頁参照。

(3) フランス法上は、この事情変更の原則にあたるものとして不予見理論（la théorie de l'imprevision）が存在する。しかし、この理論の下では、契約の改訂を認めることは契約の解除を認めることより重大な干渉となるとされており、結局改訂は認められていない。とすると、ヨーロッパ法案、クステ法案のそれは全く遇然の一致とみる他はない。

(4) PETITPIERRE-SAUVAIN, *op. cit.*, p. 150. 西独法五七条。

五　まとめに代えて

我々は、ある会社が、支配・従属関係に陥いることそれ自体に既に外部株主にとっては会社との関係を解消あるいは改訂する契機があることをみてきた。決して西独法やクステ法案のように、支配の法認の対価として外部株主保護の制度が考えられるといった性質のものではなかったのである。私法体系に通ずる基本法理からすれば当然のことともいえるが、むしろその当然さの故に忘れさられていた観がする。

さらに、我々は、支配・従属の概念は法的概念として先決される必要のないものであることも知った。私法体系における契約の前提条件ないし株主の意欲した目的を破壊することになるか否かという実質的判断の問題だからである。そしてそのことはさらに重要な意義を有する。すなわち、ヨーロッパにおけるいわゆる支配・従属関係を超えて、より広い意味における企業結合関係にもこの理解を援用しうるのではないかということである。すなわち、ヨーロッパにおける支配・従属の概念は極めて抽象的であるとはいえ、法的概念として定立されているものであるから、支配・従属関係にあるとして外部株主保護が図られる場面は限定されてくる。もちろんその他の結合関係についても、例えば、ディスクロージャー等の間接的な保護を置かないではないが、これらの場合においても、支配・従属に類するような形で会社のあり方に変更を生ぜしめるような場面も考えられる。そのように考えるとき、本稿におけるような実質的判断に委ねるとする方法論こそが、最も外部株主の利益に合致することとなろう。

そして最後に一言加えるべき点は、外部株主の意義についてである。なるほど典型的・実際的には、前述したように従属会社の外部株主のみが問題とされようが、右に述べてきたような基本法理に基づいてこれを考えてみると、会社・株主間の信頼の破壊ないし給付内容の変更をもって解除権等の発生を捉えるのであるから、このことからすれば、支配会社の株主であって、従属会社に対する支配とは関わりのない株主もここに加えられることとはならないかということである。その意味では、ここで問題にする外部株主というのは、あるあり方をもつ会社に出資したが、他の会社との間で企業結合関係に入った場合には、それぞれの株主が当初意欲した会社のあり方が大きく変わるものであるから、いずれの会社の株主についても外部株主が認められることになるであろう。