

《論 説》

結合企業法の課題

——スイス新株式法の結合企業法制(コンツェルン規定)をモメントとして——

青 木 英 夫

はしがき

1991年10月4日のスイス新株式法の改正の一般的目的は、改正において原則としてヨーロッパ的規制を選択することであり、その結果として、スイス法の今後の発展はEG法に則するものとならざるを得ないのであるが(vgl. Postmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, S. 68)、コンツェルン関係についても、不完全であるが、若干の規定を設けている。親子会社関係(商法211条ノ2)や企業契約(245条1項2号)およびこれらに関する規定を除いて、結合企業に関する規定を欠くわが商法会社法が、今後、結合企業関係について規定を設けるに際して、スイス法の規定の不完全さに対する批判が大いに参考になると思う。この批判は、この分野において先駆的法制を有するイギリス法やドイツ法を参照してなされるものだからである。そこで、スイス新株式法のコンツェルン規定を批判的に概観し、それによって示唆を受けんとするのが本稿の目的である。

コンツェルンの問題は、コンツェルンの経済的一体性と法人格の独立性との矛盾より生ずるものである。この解決のために学説は努力してきているが、スイス新法において、これがどの程度生かされているか問題となる。次の重要な問題に絞って検討する(vgl. Roland von Bürnen, Der Konzern im neuen Aktienrecht, in: Grundfragen des neuen Aktienrecht, Bern 1993, S. 50):

——コンツェルン概念、

- コンツェルン関係の開示、
- 従属会社の少数派株主の地位、
- 支配会社の利益を代弁する従属会社取締役（信託的取締役）の地位（拙著・結合企業法の諸問題、1995、26頁参照）、
- 支配会社またはその機関の責任。

一 スイス新株式法について

1 コンツェルン概念

(1) 緒論 従来、スイス法においては、コンツェルンについて明文の規定はなく、コンツェルン事実について、コンツェルンを推測させる規定をおいているに過ぎなかった（以下については、vgl. Roland, oben, S. 50 f.）。例えば、持株会社について利益準備金の積み立ての例外を定めるOR 671Ⅳ、取締役会における法人の代理人に関するOR 707Ⅲ、親会社の取締役の国籍・住所について例外を定めるOR 711Ⅱなどであるが、これらの規定においては、コンツェルン概念は使用されていないのである。新株式法において、初めてスイスの立法者はコンツェルン事実を把握し、その構成を図ったのである（vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, oben, S. 49）。これに対して、判例は個々の事件においてコンツェルンの要件を受け入れてきていた。

(2) コンツェルンの定義 新株式法はコンツェルン計算に関する株主の権利・義務を定める規定の中で、初めて、コンツェルンに関する定義をする。すなわち、OR 663e I は、次の様に規定する。

「会社が、議決権多数その他の方法によって、一以上の会社を統一的指揮下に統合する場合には（コンツェルン）、その会社は連結年度計算書（コンツェルン計算書）を作成するものとする。」

この定義によれば、コンツェルンは、次の二要件を充足するときに存在する（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 51）。

第一要件「会社の支配」：会社間に支配の可能性が存在することである。支

配は議決権多数によるものに限られない。もっとも、ドイツにおいて見られる支配契約は実際には存在せず、議決権多数によるものが普通である。役員派遣や事実的従属性によってもコンツェルン関係が成立し得ることを法は認めているのである。同一親会社の下にある一子会社が他の子会社を支配する場合が見られるが、このときも親会社の支配の可能性を背景としての事実上の支配力によって、指揮がなされるのだから、法的には多数参加によるコンツェルンである。

第二要件「支配の可能性が統一的指揮の手段とされていること」：支配の可能性が、コンツェルンにおける統一的指揮の貫徹手段として、実際に利用されていることである。問題は、どのような場合に会社が統一的指揮下にあるかであるが、法的には明確にされておらず、学説・判例に委ねられている。もっとも、明確に客観的に指揮が行使されることが証明される必要があるというのではない。支配会社の意思貫徹は、その影響力により、単なる希望・勧告・示唆であっても、従属会社にとっては命令であり得るからである。従属会社の取締役は、コンツェルン指揮者が何時でも議決権多数によってかれらを解任し、新たな取締役に差し替えることを十分に認識しているのだからである。いずれにしても統一的指揮の存在の証明が必要であるが、この点について反証を許す法的推定規定を設けるべきであったと批判されている。ドイツ株式法では、過半数参加に支配が推定され、支配から統一的指揮が推定されているのである（§ § 16-18AktG）。すなわち（慶応大学商法研究会、西独株式法、1969、20頁以下参照）。

「第16条 過半数被参加企業と過半数参加企業

(1) 法的独立な企業の持分の過半数が他の企業に属し、または議決権の過半数が他の企業に属する場合（過半数参加）、その企業は過半数被参加企業であり、他の企業は過半数参加企業である。

(2) 企業に属する持分の割合は、資本会社にあつてはその企業に属する総持分名目額の公称資本に対する割合により、鉱山法上の鉱山組合にあつては鉱山持分の数により計算される。自己持分は、資本会社にあつては公称資本から、鉱山組合にあつては鉱山持分から控除する。その企業の計算で他の者に属する

持分は、自己持分である。

(3) 企業に属する議決権の割合は、その企業に属する持分により行使できる議決権の議決権総数に対する割合により計算される。自己持分および第二項第三文により自己持分とされる持分の議決権は議決権総数から控除する。

(4) 企業に従属する他の企業または企業もしくはその他の企業の計算で他の者に属する持分は、企業に属する持分である。企業主が個人商人の場合は、その企業主のその他の財産である持分も企業に属する持分である。

第17条 従属企業および支配企業

(1) 従属企業とは、他の企業（支配企業）がその企業に支配的影響力を行使できる企業である。

(2) 過半数被参加企業は過半数参加企業に従属すると推定される。

第18条 コンツェルンおよびコンツェルン企業

(1) 一個の支配企業および一以上の従属企業が支配企業の統一的指揮の下に統合される場合、それらの企業はコンツェルンを構成し、その各企業はコンツェルン企業である。企業間に支配契約（§ 291）が存するときまたは企業の一つが他の企業に編入されているとき（§ 319）、それらの企業は統一的指揮の下にあると見做す。従属企業は支配企業とともにコンツェルンを構成すると推定する。

(2) 法的に独立な数個の企業が、他の企業に従属することなく、統一的指揮の下に統合される場合にも、それらの企業はコンツェルンを構成し、その各企業はコンツェルン企業である。」

(3) コメント コンツェルンの定義には、支配の可能性とそれを前提とする統一的指揮の存在が不可欠であるから、法的安全性のためには、推定規定を置くべきである。上述のように、ドイツ株式法は過半数参加の意義を明らかにし、過半数参加から支配を推定し、支配から統一的指揮を推定しているのである。また、支配契約および編入が存するときには、支配的影響力の行使について見做し規定を置いているのである。日本法において結合企業に関する規定を設ける際に、この点、留意すべきであろう。

2 コンツェルン関係の開示

1) 緒論 会社が結合企業関係にあるか否かは、会社の株主、債権者さらには労働者や投資家（将来の株主）にとって極めて重要なことである。そして、このことは、結合企業関係に組み入れられる段階にある会社においても、同様である。多数派株主と少数派株主との「会社の最善のため」に一致していた利益は、結合企業関係に入ることにより分裂し、一方の関心のあるのは支配会社の利益であり、他方の関心のあるのは従属会社の利益となるからである。また、債権者にとっても、その債権の担保である従属会社の財産は支配会社の管理下に置かれることとなり、従属会社労働者の労働条件の決定は支配会社となる可能性があるからである。現在、わが国における持株会社の規制緩和に関して、このことが重要な問題となっている（拙稿「純粹持株会社の規制および大規模会社の株式保有規制の緩和に関して」獨協法学43号532頁参照）。これらのことは投資家にとっても看過できないことだからである。スイス法はこれらの要請にどの様に応えているであろうか。

2) スイス法におけるコンツェルン関係の開示 (1) 参加関係開示の義務

(イ) 義務の内容 付属明細書の内容について定める OR 663b は、その Ziff. 7において「会社の資産および損益の状態を明らかにするための重要な参加」と定めている。したがって、開示の義務があるのは、会社の資産および損益の状態を判断するのに重要な参加のみである。

(ロ) 規定に対する批判 この様な留保条件が存することによって、開示義務は相対化されることとなる（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 53）。小コンツェルンにとって重要な参加が、大コンツェルンにとっては無視し得るものとなるからである。したがって、資産・損益状態の判断という主観的基準よりも、一定の割合を超える参加という客観的基準によるべきであった（例えば、OR 665a III は、20%以上の議決権付き持分を参加とする）。規定は、一面的に、支配会社の内部状況によって定められているのであって、それによって保護されるのは、支配会社の株主および債権者の利益のみである。従属会社の株主、将来の株主（投資家）、債権者および労働者にとっては、従属会社

に対する参加が支配会社の資産・損益状態に重大な影響を有するか否かと関係なく、自己の会社が経済的に独立であるかまたはコンツェルン化されているか否かを知ることが必要である。この点、OR 663b Ziff. 7の規制は失敗であった、といわれている。ところで、OR 663cは「重要な株主およびその参加を付属明細書で開示することを定めている（ここにいう重要な株主とは、全議決権の5%超の参加を有する株主または議決権拘束株主をいう）。この規定によって従属会社に対する参加は開示されるのではないかと思われる。しかし、この規定の適用を受けるのは、株式が取引所に上場されている会社である。従属会社にとっては例外的要件である。結局、新株式法はすべてのコンツェルン参加を開示することを要請していないのである。

(ハ) コメント 参加の開示に重要な利害を有する従属会社の株主・債権者その他の関係人が開示の名宛人とされていないという指摘は示唆を与える。わが国では、上場会社に限らず、計算書類規則によって、過半数資本参加を有する親会社および上位7名以上の大株主については参加が開示される（計算書類規則45条1項3.7号）。この点、スイス法に比べ優っているといえるが、この規定は小会社には適用されない（同条3項）。結合企業関係を会社の常態と考えるならば、この様な除外限定は設けるべきでないであろう。なお、証券取引法によって要求される「株券等の大量保有の状況に関する開示」（27条・27条の2）も支配会社の参加に関する開示に役立つが、これも証券取引法の適用を受ける会社に限られるのである（拙稿・前掲、獨協法学43号526頁参照）。この辺りがわが国における今後の問題であろう。

(2) コンツェルン計算書作成義務 (イ) 義務の内容 OR 663e Iによれば、支配会社は連結計算書（コンツェルン計算書）を作成しなければならない（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 54 f.）。コンツェルン計算書はコンツェルン損益計算書・コンツェルン貸借対照表・コンツェルン計算書付属明細書から構成されるが、コンツェルン年度報告書の作成は要求されていない。コンツェルン計算書は、正規の簿記の原則に従うことを要し、支配会社は連結基準・評価原則を付属明細書に示し、これに反するときには、付属明細書でそれを明らかにし、コンツェルンの資産および損益の状況に必要な情報を他

の方法で示めさなければならない（OR 663g）。新株発行に際して発行目論見書にコンツェルン計算書が記載される（OR 652a I 5）。コンツェルン計算書は、コンツェルンの統一の指揮がなされる場合に要求されるものであるから、純粹に投資のための持株会社はこれの作成を要求されない（（vgl. A. M. Forstmoser, Ungereimtheiten und Unklarheiten im neuen Aktienrecht, SZW 1992 58 ff., 68））。

(H) 義務者 (a) 原則 コンツェルン計算書の作成が要求されるのは、次の場合である（663 e III）：

- ① 会社が未償還社債を有するとき、
- ② 会社の株式が証券取引所に上場されているとき、
- ③ 株式資本の10%以上を有する株主が要求するとき、
- ④ 会社の資産・損益の状況に関する可及的信頼し得る判断のためにこの計算書が必要なとき。

(b) 例外 ① 小コンツェルン 次の3基準の中2基準を超えない場合には、小コンツェルンは作成を免除される（OR 663e II）：

- 貸借対照表合計額が10Mill. F.,
- 売上高20Mill. F.,
- 年間平均従業員数200。

意味深いことは、これらの基準は貸借対照表を連結して判断されることである（以下については、vgl. Roland, oben, S. 54 n. 32, n. 33）。立法者の意図は、コンツェルンは、連結が必要であるか否かを知るために、まず、連結しなければならないということである。そして、未償還社債を有するかもしくは株式を上場している親会社はこれらの基準に関係なく連結しなければならず、また、親会社の資産・損益の状況の判断に連結が必要な場合も同様である。株主の10%が作成を要求するときも、義務の免除はない。しかし、親会社の少数派の保護に連結義務は大して役立たないことは、コンツェルン実務が教えるところである。なぜならば、コンツェルン計算書は、少数派が興味を有するコンツェルン内の事柄をほとんどかまたは全然明らかにしないからである（例えば、連結会社相互間の取引項目が相殺・消去されるからである）。

② 中間会社（下位コンツェルン） OR 663f は、中間会社について、次の様に定める。

「(1) 会社が、スイス法又はこれと同等の外国法の規定により作成され監査される上位会社のコンツェルン計算書に含まれる場合であって、このコンツェルン計算書を会社の株主および債権者に会社の年度計算書と同様に開示するときは、特別のコンツェルン計算書を作成するを要しない。

(2) 会社が、会社の年度計算書の開示を義務づけられているときまたは株式資本の10%以上を有する株主が要求するときは、会社は特別のコンツェルン計算書を作成しなければならない。」

同等性は個別的に判断されるが、その際、国際会計基準ないしはEGの指針を順守していることが同等性を保証する（以下の説明については、vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, oben, S. 715）。相当な同等の情報を与えるという趣旨から、上位会社の計算書はスイスで一般に理解される言語および通貨で作成されていなければならない。年度計算書の開示を要求される場合とは、会社が、多国籍コンツェルンのスイス子会社であって、自らも子会社に参加しているときである。

(ハ) コンツェルン利益による制限 上の例外の適用がなく、会社がコンツェルン計算書作成義務を有する場合でも、コンツェルンに著しく不利益な情報はコンツェルン計算書に記載しなくてもよいが、ただ、この場合には、監査役にその理由を報告しなければならない（OR 663h I）。この規定は、会社の「保護に値する利益が害される」場合に、株主への情報提供を拒否できるという規定（OR 697 II）に類似する（以下の説明に付いては、vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, oben, S. 695）。前提となっているのは、その省略によって、コンツェルンが、僅少な不利益のみならず、著しい不利益を免れることである。したがって、この規定の適用には慎重でなければならない。法が意識的にコンツェルンに予期している不利益はここにいう不利益ではない。監査役は省略の適法性について検査しなければならない（OR 728 I）。省略が妥当と思われない場合には、総会は、必要に応じて、動議を提出し、年度計算書の限定的承認または完全な拒否をすることができる（vgl. OR 729 I）。

(ニ) コンツェルン計算書の開示 未償還社債を有する会社または上場会社にあつては、コンツェルン計算書および監査役報告書は、総会の検査後、SHAB (Schweizerisches Handelsblatt) で公示され、また、何人であれ、上の検査後1年以内に費用を負担して、これらの郵送を請求することができる (OR 697h I)。その他の上位会社においても、保護に値する利益を証明した会社の債権者には、これらの閲覧を認めなければならない (争いがあるときは、裁判所が決する、OR 697h II)。

(ホ) コメント コンツェルン計算書の閲覧は、従属会社の株主、債権者および従業員には認められないのである (以下の説明に付いては、vgl. Roland, oben, S. 55 f.)。しかし、たとえ閲覧が認められたとしても、コンツェルン計算書の開示には限界がある。なぜならば、支配・従属会社間の取引はコンツェルン計算書においては、相殺され、交換された給付・対価の相当性を具体的に判断するのは、實際上、不可能だからである。したがって、従属会社の株主・債権者が、コンツェルン利益によって会社が損害を受けたか否かの判断をすることは、不可能である。ただ、従属会社の株主には、総会での解説請求権と帳簿閲覧権を——会社の保護すべき利益および営業上の秘密という制限はあるが——行使できる (OR 697)。この権利は特別検査 (裁判所の選任する特別検査役が株主の要求する特定事項について調査しその報告書およびそれに対する取締役の意見が総会に提出される、OR697a~697g) の導入とともに相当な重要性を有することとなった。なぜならば、特別検査の回避を図る取締役は要求される情報を、予防的意味も兼ねて、むしろ積極的に与えらるるからである。しかし、債権者はこの権利を有しない。以上のことから、コンツェルン計算に関する新規定によってコンツェルン関係について透明度を促進したといわれるスイス法に関する間隙として、次の点を指摘することができる。

- ① 社債や上場株式を有しないコンツェルン上位会社の計算書は開示する必要はなく、したがって、上位会社の株主を除いて、上位会社の債権者 (一定の立証を果たした債権者を除いて) または従属会社の株主・債権者はこれにアクセスすることができない。
- ② コンツェルン計算書が一定の範囲の者に開示されるとしても、支配・従

属会社間の取引の相殺によって、その透明度は限定される。ただ、株主の解説請求権（特別検査を背景として強化されている）が、場合によっては、明晰さを促進するに過ぎない。

③ この解説請求権は支配・従属会社の債権者には与えられていない。

スイス法にはこのような欠陥があるが、これを克服する方法としては、支配契約を前提として、従属会社への指揮を認めると共に、従属会社の利益、その株主・債権者の利益を図り、支配契約の存在しない場合には、従属会社に損害を与える指揮は、それより生ずる損害を補償するときのみ許し、このため支配・従属会社間の取引を具体的に明らかにする「結合企業との関係に関する取締役の報告書」（従属性報告書）の作成を従属会社の取締役に命ずるドイツ株式法の方法がある。

3 従属会社の少数派株主の地位

(1) 緒論 新株式法は、新株引受権の保護（OR 652b）、転換権付きまたはオプション付き社債の引受権（OR 653c）、特別検査制度の導入（OR 697a ff.）、取締役の株主平等取扱義務の明定（OR 717 II）、株式資本の10%または株式の額面額 1Mio. 以上を有する株主の総会招集権または議案提案権（699 III）、さらに、解散の訴の要件の緩和（株式資本の20%以上から10%以上に変更された）（736 Ziff. 4）などによって、少数派株主の地位を強化した（以下の説明に付いては、vgl. Roland, oben, s. 56 f.）。しかし、従属会社における少数派株主（いわゆる「自由株主」）の特殊な地位は決定的な形では考慮されていない。もっとも、全ての株主（したがって、自由株主も）が、監査役の同一コンツェルンに属する会社からの独立性を要求できる規定もある（OR 727c II）。監査役は取締役および議決権の過半数を支配する株主からの独立性が要求されるが（OR 727c 1）、議決権の過半数を支配する株主とはコンツェルン上位会社であるから（vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz, Nobel, oben, S. 369）、統一コンツェルンに属する会社とは姉妹会社であり、姉妹会社を通して（コンツェルン関係によって）監査役の独立性が損なわれることが回避され得るのである。その限りにお

いて、従属会社の少数派株主の立場が考慮されていると心得る。しかし、このような規定は例外的である。さて、非従属会社と従属会社とにおける少数派株主の地位の決定的な相違は次の点にある：

- ① 非従属会社の多数派と少数派とが同一の利益を有しないことはあるが、両者は「かれらの会社が最善であることを望む」ことにおいては、完全に利害は一致する、
- ② 従属会社においては、少数派にとっては、かれらの会社が第一の関心事であるが、多数派にとってはコンツェルン利益が関心事であり、しかも、この利益が従属会社の利益と一致するとは限らない、ことである。

(2) 自由株主の保護の必要性 自由株主が、コンツェルン関係を認識した上で、従属会社の株式を取得した場合には、その特別の保護は余計であるかも知れない（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 57）。なぜならば、多数派株主がコンツェルン利益を代表することは予想されることであり、それにもかかわらず、株式を取得したからである。しかし、いわゆる「支配継承」の場合には、事情は全く異なる。この場合には、コンツェルンは、今まで独立であった会社の過半数参加を取得し、少数派の意思に関係なく、この会社をコンツェルンに編入するからである。

(3) 比較法的検討 (i) スイス法の立場 新株式法はこのような支配継承の場合における少数派の保護を考慮していない（以下の説明に付いては、vgl. Roland, oben, S. 57 f.）。これに対して、ドイツ株式法、イギリス会社法およびヨーロッパ株式会社法はどうなっているか。次にこれを見てみよう。

(ii) ドイツ株式法 支配契約および利益供給契約の締結の際には、少数派株主に対して、支配会社株式との交換を認めなければならないとされている（§ § 304-307 AktG）。もっとも、これらの規定にもかかわらず、少数派株主が困難な状態におかれることが指摘されている。これは交換の際の評価の問題に関連するものであり、裁判所の審査(vgl. § 306 AktG)も問題の困難さを緩和するものではないといわれている(vgl. Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, München 1989, S. 273)。

(iii) イギリス会社法 1985年イギリス会社法は、公開買付けの場合である

が、公開買付の対象会社の少数派株主に公開買付人に対する買取請求権を定めている（Company Act sec. 429-430A）。支配継承の場合に、少数派株主はこの買取請求によって、その利益を守ることができる。この場合に少数派株主に株式買取請求権を与えることが妥当であることは、支配継承によって会社の事実状態に大きな変化が生ずることから容易に理解できるであろう（拙著・前掲書、9頁参照）。

(二) ヨーロッパ株式会社法 1975年のヨーロッパ会社法案は、自由株主に対する保護として、支配会社株式との交換または配当保証を定めた（Art. 228 und 23、これについては、森本滋・EC会社法の形成と展開、1984,411頁以下参照）。支配関係の成立によって少数派株主に生ずる不利益は、支配従属関係から生ずるものであるから、従属会社から離脱しないとすると配当保証が適当な補償であると考えられる（拙著・前掲187頁参照）。もっとも、1991年5月16日の最近のもの（SE 1991）はこの様な規制を採用していない。

(三) スイス法において株式買取請求権を認めることの可能性 明文の規定なしにドイツ法やイギリス法などの解決策をとることは不可能であると考えられている（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 58）。ただ、例外は、自由株主が株式資本の10%を有する場合であり、このときには、株主は、重大な事由（支配継承の場合は重大な事由に該当すると考えられる）から、会社の裁判上の解散を請求することができ、このとき、裁判所は解散に替えて、「当事者に要求しうる相当な決定をすることができる」のである（OR 736 Ziff. 4）。したがって、自由株主に株式買取請求権を認めることも可能となる。もちろん、会社は自己株式を10%迄取得することもできるし、譲渡制限と関連して記名株式を取得するときには20%迄可能である。この限度を超えているときには、減資決議によって株式を消却する以外には方法がない（vgl. OR 732 ff.）。

(4) 日本法の概観 わが国においては、まず、証券法の5%ルールを上げることができる。すなわち、上場会社等の株券等を発行済株式総数等の5%を超えて保有する者（大量保有者）は、大量保有者となった日から5日以内に大蔵大臣に一定事項（保有割合に関する事項・取得資金に関する事項・保有の目的等）を記載した大量保有報告書を提出し、その写しを遅滞なく証券取引所ま

たは証券業協会および発行会社に送付しなければならない（証取法27条の1項・27条の27）。これらの報告書等は、大蔵省・証券取引所・証券業協会で公示されるので（同法27条の28）、上場会社に関する限り、従属会社の注意深い少数派株主には漸次的な支配継承に対処することが可能となろう（拙稿「会社グループの規整を巡る若干の問題(-)」獨協法学41号569頁参照）。上場会社の支配権に影響を与える株券等の有価証券市場外の取得は公開貸付けによらなければならないから（堀口亘・最新証券取引法〔新訂第二版〕193頁参照）、その限りで少数派株主は保護されることとなる。上場会社以外の会社の少数派は事後的に営業報告書における大株主の開示で知る以外はない（計算書類規則45条1項7号）。しかし、この開示は小会社においてはなされない（同条4項）。むしろ従属会社の多くは小会社に多いと考えられるのであるから、この開示によって、事後的であれ、少数派がその利益を守る機会が与えられることは少ないといえるのではないか。従属会社における支配継承に関して、商法上明文の規定によってその利益保護のために、支配継承の開示とともに、例えば、支配会社株式との交換・配当保証等を定めるべきではないか、と思われる。

4 従属的取締役

(1) 総説 従属会社の取締役は、二つのグループに分けることができる（以下の説明については、拙著・前掲25頁以下参照）。一は支配会社と特別の関係を有する取締役（以下、従属的取締役と呼ぶ）であり、二は支配会社から独立した取締役である。支配会社の指揮が実効性を有するためには、従属的取締役の存在を必要とする。このことは、逆に、従属的取締役の特性を決定する。すなわち、特定の者が従属的取締役として選任されるのは、支配会社の指揮によるのであって、その者の使命は支配会社の利益擁護にある。しかし、従属会社も、経済的自律性に服するといえども、法的独立性を有している。そこから、従属的取締役に特有の利益相反が生ずるのである。一方において、従属会社取締役としてその利益を代表し、他方において、支配会社の利益を擁護しなければならない、というディレンマに陥るのである（vgl. Roland, oben, S.

58)。

(2) スイス法における従属的取締役の状況 従属的取締役が、この様な解決不能な利益葛藤に入った場合、支配会社の利益を追求することは、従属会社に対する忠実義務に違反することとなる（以下の説明について、vgl. Roland, oben, 59）。もっとも、連邦裁判所の判例に、二人の取締役員の責任を軽減したもの（SAG 23[1950/51]182 ff.）がある。その理由はそれらの者が大株主の意思によって単に形式的にその地位に選ばれたに過ぎず、固有の業務は業務担当者に適法に委任されており、この者の選任は大株主の意思に基づくものだから、その選任に責任が無いというのである。しかし、その様な責任軽減は大株主に対してのみ主張できるものである（vgl. Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, 218 f. Anm. 1359）。また、支配会社の利益を優先した従属的取締役は株主平等の原則に違反する（OR 706 III Ziff. 3は総会による平等原則違反を禁止するが、OR 706 IIは取締役の平等原則違反を禁ずる。なお、この規定は従属会社の自由株主に意義を有する）。これらの違反行為を犯した取締役は自由株主の責任追及にさらされることとなる。これに反して、支配会社の利益に対して、従属会社の利益を擁護した取締役は、支配会社による解任の危険をおかすこととなる。

(3) スイス新株式法の対応 新株式法はこの利益葛藤から従属的取締役を救い出さず、そのまま放置している（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 59）。実務においては、このディレンマを除くために、一方において、従属的取締役がコンツェルン利益を守るとともに、他方において、コンツェルン上位会社が従属的取締役をあり得べき損害賠償請求から守る（sog <hold harmless>-Klausel）委任契約がしばしば締結されているといわれる（vgl. Peter Bockli, Das neue Aktienrecht, S. 443）。しかし、新法の立法者が、一方において、コンツェルンを経済的事実として受け入れながら（新法はコンツェルンの統一的指揮を認めている）、他方において、従属的取締役の矛盾的立場をそのままに放置していることは許されないのである。

(4) コメント 結局、従属的取締役の問題は、支配会社の地位とその責任と密接に関連している。なぜならば、従属的取締役をこの解き難い利益相反か

ら解放するには、従属会社に対するコンツェルン指揮の責任を確立することが必要であるからである。この責任が確立すれば、その結果、違法なコンツェルン指揮（従属会社に損害を与える指揮は違法な指揮である）から生じた損害について、従属会社、その株主および債権者は、支配会社の責任を追及することが可能となり、その限りにおいて、従属的取締役の責任発生および責任追及の機会が縮減されると考えられるからである（拙著・前掲書、64頁以下参照）。そこで、スイス法において、この問題がどの様に取り扱われているかを検討しよう（拙著・前掲書、第1章「従属会社における取締役の利益相反」参照）。

5 支配会社およびその機関の責任

(1) 緒論 支配会社は、その指揮機能に基づき、全体としてのコンツェルンの戦術を、したがって、従属会社の戦術をも決定する（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 60）。これは、場合によっては、従属会社の業務執行に対する重大な侵害となる。そこで生ずる問題は、従属会社の少数派株主および債権者は、従属会社の取締役と並んで、またはそれに替えて、支配会社またはその機関の責任をどこまで追及できるかというものである。新株式法は、コンツェルン指揮を承認しているのだから（vgl. OR 663e）、指揮が貫徹された結果、従属会社に生ずる効果について規制しておくべきであった。しかし、新株式法では、次に述べる OR 754 の場合を別とすれば、これをしていない。したがって、この問題の解決は判例・学説に委ねられているのである。

(2) 支配会社の機関への OR 754 の適用 改正法によれば、取締役員のみならず、業務執行に携わる者も、責任を負わされる（OR 754 I）。これは従来の判例・学説に従い、事実上の機関を認めるものである（以下の説明については、拙著・前掲書、第4章第4節「スイス法における事実上の機関」参照）。業務執行者の責任は、従属会社の形式的に選任された機関のみならず、法上の権限なくして、事実上従属会社について決定するコンツェルン指揮会社の機関にも及ぶのである（以下の説明については、vgl. auch Roland, oben, S. 61 f.）。すなわち、従属会社において、コンツェルン意思を貫徹する上位会社の機関

は、支配会社の株主および債権者のみならず、従属会社の株主および債権者に対して二重に責任を負うのである。どのような場合に事実上の機関を認め得るか問題であるが、「従属会社の単なる商事代理人に過ぎないが、他の一人の株主とともに従属会社の全株式を有し、会社を事実上指揮していた」者を隠れた管理機関と認定した判例（BGE 102 II 359）がある。ところで、支配会社の機関の責任は、従属会社の業務執行に携わったゆえの責任であるから、これを嚴格に解する限り、支配会社の代表者として、会社に帰属する株主権を従属会社において行使する限り、その責任は問われないこととなる（vgl. Forstmoser, oben, S. 223）。ましてや、議決権多数による支配の可能性を背景として、具体的指揮をすることなく、コンツェルン政策を示唆することによって行われる指揮の責任は全然とらえられないのである（vgl. Roland, oben, S. 65）。さて、それでは、スイス法において、支配会社の責任追及にどのような構成がなされているか次にこれを概観しよう。

(3) 支配会社の責任確立のための構成 (イ) 被派遣者を通しての支配会社の責任 株主が法人であるときには、その法人はその代表者（代理人）を従属会社の取締役派に派遣することができる（OR 707 III）。そこで、この規定に基づき、従属会社の取締役（事実上の取締役を含む）にその代表者が派遣（事実上の取締役の場合は指名）された場合の支配会社の責任が問題となる（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 61 ff.）。この場合、二つに分けることができる。

① 被派遣者が、全く自由にその判断で行為するとき：

この場合には、被派遣者が、自己決定の行為について、OR 754によって責任を負い、派遣者、すなわち支配会社の責任は問題とならない。

② 被派遣者が、派遣者（支配会社）の指示によってのみ行為するとき：

被派遣者は、支配会社の利益を従属会社において貫徹するのだから、支配会社は、その者を通して、従属会社の意思に関与でき、そのために、支配会社の責任が認められることとなる。この場合であっても、支配会社の代表者は、支配会社ではなく、従属会社の総会によって選ばれるのだから、支配会社には責任がないとする説（vgl. Forstmoser, oben, S. 226）もある。しか

し、従属会社の総会は形式的に選任するにすぎなく、実質的には支配会社によって決定されるのだから、このような事情のもとにおいては、支配会社の責任が認められると解される（vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrecht, 7 Aufl., Bern 1993, S. 442）。この責任の理論構成として、自己の代表機関の不法行為に対する法人の責任と解する考え方（OR 722は会社は機関の不法行為について責任があると定める）と自己の補助者の行為に対する使用者の責任とする考え方（OR 55は使用者の補助者の行為に対する責任を定める）とがある。前者と解せば、支配会社の指示がないときにも責任が問題となり、後者と解せば、使用者の免責が認められることとなり、妥当ではないと考えられる。

以上の様にいずれの構成も十分ではないので、支配会社は、その藁人形を通して、自ら従属会社の事実上の機関となったのであり、その結果、OR 754によって不法行為のみならず、被派遣者の義務違反についても責任があると解する説が有力である（vgl. Forstmoser, oben, S. 228. Böckli, oben, 543 も、OR 663e I の意味において、他の会社を自己の統一的指揮に従わず会社は「事実上の機関の地位に類似」するという）。支配会社にOR 754を適用することには反対説もあって、この説によれば、その規定は、その根本的考え方として、会社機関の義務違反に対する個人的責任を定めているというのである（vgl. Max Albers-Schönberg, Haftungverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 171; Pierre-Olivier Gehrig, Faktische Organ im Gesellschaftsrecht, Zürich 1979, 108 f.）。しかし、OR 727dは、明文をもって、法人が監査役に選任され得ることを定めており、OR 755は、それに応じて、義務違反行為についての責任を定めているのだから、反対説には理由がないとされる（vgl. Roland, oben, S. 63）。

(四) 支配会社の事実上の支配に対する Durchgriff 理論の適用 この理論においては、支配会社の独立性が完全に無視され、支配会社によって誘引された、従属会社における行為の全ての効果が支配会社に帰せられることになる（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 64 f.）。しかし、まず、問題となるのは、コンツェルン関係において、この理論を適用して、支配会社の責任

を扱った判例はない、ということである。あるものといえば、子会社の有する親会社株式の議決権の停止に関するものや（BGE 72 II 275）、一子会社が使用貸借を解約して転使用貸借の更新権行使を阻止し、他の子会社が新使用貸借を締結した場合における二子会社間における Querdurchgriff を扱ったものである（BGE 113 II 31）。また、学説において、コンツェルン関係へのこの理論の適用は、法人格の濫用の場合、すなわち、従属会社の過小資本・組織的空洞化・資産混和・事実上の保証などの場合である（拙稿「資産および業務の混和と社員の有限責任（一）・（二）」獨協法学35号1頁、36号1頁；同「過小資本と社員の有限責任」堀口亘先生退官記念論文集3頁参照）。Durchgriff理論の適用にはこのような限界があるが、さらに、その適用については、二点において問題があることが指摘されている。

① 各会社の資産の独立性が否定されることから生ずる問題

各会社の資産の独立性が否定される結果、各会社の債権者・株主は、単一の資産に関して、同一に取り扱われることとなり、法的安全性を害する恐れが生ずる（vgl. Blöckli, oben, 323）。

② コンツェルン内取引の不透明さから生ずる問題

コンツェルン内取引は、コンツェルン計算書においても、債権・債務は相殺されるなどその詳細は内部者以外は知り難く、支配会社は、その裁量権を十分に利用して、理論適用の前提である濫用を隠蔽し得る（vgl. Albers, oben, 130）。

（イ） 支配会社の責任確立のための理論構成の根本的欠陥 以上いずれの理論によるも、支配会社の責任追及の前提はコンツェルン指揮であるが、支配会社が何等の具体的な指揮をすることなく、その有する議決権多数によって、従属会社を自己の意思に従わず場合には、支配会社の責任は問題とならないのである（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 65 f.）。コンツェルンを法的に明らかにし、その指揮を肯定する以上、その指揮の責任について規定しておくべきである。個別的な任務違反や濫用の場合に限定して、指揮の責任をとらざるべきでないのである。支配会社の責任を法定するとすると、その指揮の責任であるから、会社指揮者、すなわち、取締役の責任に類似するものとなら

ざるを得ず（ドイツ株式法311条2項参照）、明文の規定がない以上、結局、支配会社を従属会社の事実上の取締役と解するのが妥当であろう。

(二) コメント 以上の様にスイス法は支配会社の支配の責任について無言であって、コンツェルンを承認しておきながら、その意味では怠慢であろう。

6 スイス法についての小括

立法者が、新株式法において、コンツェルン概念の法的定義およびコンツェルン計算に関する規定をもって、正しい方向に一步を踏み出したのは確かであり、コンツェルンの経済的実体を初めて明らかに認識したのは評価できる（以下の説明については、vgl. Roland, oben, S. 66 f.）。しかし、新株式法のコンツェルン規制は中途半端であり、二つの中心的問題を回避しているといえる：

- ① 従属会社における自由株主の地位に関して、殊に支配継承の場合において、
- ② 支配会社の責任に関して。

この欠陥を埋めるために、立法が要求されている。すなわち、支配と責任、法現実と法律とが、立法によって調和されなければならないと言われるのである。そのためには、コンツェルンを抑圧するのではなく、コンツェルン化された株式会社の特特殊性に応じて、株式法の規定を創造・適合さすことで十分であるといわれる。「法の間隙を生み出したのは立法者の責任であり、裁判所は立法者の怠慢を事後的に補完することはできない」（vgl. A. Meier-Hayot, Zur Typologie im Aktienrecht, FS Burgi, Zürich 1972, S. 263）というわけである。

二 スイス法からの示唆

(1) 緒論 スイス法から示唆される場所は、コンツェルンを法的に承認することは、法的に独立な数個の会社の経済的単一性と支配会社の統一的指揮権を承認することであるから、法的に要請されることは、その経済的単一性に

照応した連結決算とその開示、統一的指揮の結果としての従属会社における少数派株主・債権者の保護の必要、さらに、指揮に伴う責任の確立であるということであった。この点、スイス法が十分でないことについては、前述したところである。わが会社法をこの観点から次に検討することとする。

(2) コンツェルン概念の承認 商法211条ノ2は親子会社について定めている。その親子関係の基準は過半数資本参加である（同条1項本文）。過半数参加を子会社の総会で行使される議決権の過半数保有と解する説もあるが、商法は支配を全然問題とすることなく、親子関係を認定しているのであり、この認定はコンツェルンの承認とは関係がないのである（拙著・前掲書、285頁以下参照）。過半数参加を議決権の過半数保有と解する説は、この点において、妥当でないといえる。商法には親会社の統一的指揮を容認する規定は存在しないのである。ただ、過半数資本参加が、通常、議決権の過半数保有を伴い、その結果、親子会社間に支配従属関係が生ずるのは否定できないが、これはあくまでも事実上そうであるというに過ぎないのである。しかし、事実上のものであっても、コンツェルン関係は商法上に生ずるのである。その結果、支配従属関係より生ずる特殊コンツェルン的問題について商法はなんらの特別の規定を有しないのである。判例・学説が様々な理論、例えば、法人格否認の法理や親会社取締役論（事実上の取締役論）をもって解決せざるを得ないのはこのためである。立法に関与する者の怠慢であるといえる。この点、最近成立したストック・オプションに関する商法改正における議員立法は、極めて示唆的である。

(3) 連結決算 証取法の適用を受ける会社は連結決算書の作成および公示を要求される。すなわち、連結財務諸表が「支配従属関係にある二以上の会社からなる企業集団を単一の組織体と見なして、親会社が当該企業集団の財務状態及び経営成績を総合的に報告するために作成」される（連結財務諸表原則第1）。ここでは、親子間の支配従属が前提となっているのであるから、証取法の親子会社関係はコンツェルン関係をいうのであり、したがって、親子関係の認定基準も議決権過半数保有とされているのである（財務諸表等規則第8条3項）。この証取法の定義を商法上の親子会社関係の規定の解釈に持ち込むことの誤りについては、前述した。商法上、コンツェルンの認定がなされていない

結果、商法上においては、連結決算制度は要求されない。しかし、現在の企業の結合関係を考えれば、この商法の後進性は明白である。コンツェルンの認定規定を設けるとともに、商法上も、連結決算制度を導入すべきである。その際、従属会社の株主・債権者にもその閲覧を認めるべきである。事務的な問題は、会社の計算書類の登記所での公開の問題との関連で解決し得るであろう。

(4) 少数派株主の保護 特に支配継承の際における支配株式の集中をできるだけ早い段階に開示する必要がある。ドイツでは25%、フランスでは10%が開示の基準であるとされている。わが国では、1988年12月のECのディレクティブやスイス法と同様に、上場会社について、5%ルールがとられているが、非上場会社にも広げるべきであろう。これに関しては、上述したのでは繰り返さないこととする。

(5) 支配会社の責任 コンツェルン関係においては、支配会社の指揮がなされるのだから、当然、その指揮の責任が問われるべきである。しかし、コンツェルンを法的に認めていない商法には、支配会社の指揮の責任についての規定もない。そのため、学説で諸種の解釈的努力がなされているが、私としては、支配会社を従属会社の事実上の取締役と解して、指揮の責任をとらえるのが妥当であると考えている（拙著・前掲書はこれに関する私の研究を纏めたものである）。

（1997年2月28日稿）