

企業結合法制の歴史と課題*

高 橋 英 治

I はじめに

沖縄国際大学法学部は、沖縄における法学研究の中心的存在の一つであり、『沖縄法学』および『沖縄法政研究』という日本の法学にとって重要な研究誌が公刊されています。その沖縄国際大学法学部で講演できることは、私にとりまして大変光栄であります。講演にお招き下さいました沖縄国際大学沖縄法政研究所所長・大山盛義先生に、心から感謝申し上げます。本日は、「企業結合法制の歴史と課題」というテーマでお話させていただきます。

2009年に日本で政権交代があり、現在、新政権の下での法制審議会において親子会社法制のあり方が議論されています¹。親子会社規制は、日本にとって重要な立法課題であります。それでは日本はどのようにして親子会社法制を整えていくべきでしょうか。

本日の講演の本論に先立ちまして、日本の法制をつくりあげていく上で心に留めなければならないと、私が思っていることをお話ししたいと思います。周知のように明治23年に日本で最初の商法典（旧商法）が成立しました。その草案を起草したのは、ドイツのローストック大学の教授であったヘルマン・ロesslerでした。ロesslerは、商法草案の起草にあたり、世界最新の原理に基づく商法典を日本においてつくりあげるという野心を

* 本稿は筆者が2011年3月11日に、沖縄国際大学法学部で行った同題名の講演を基にする。講演の形式は維持されている。

¹ 親子会社法制が法制審議会の審議対象になった経緯について、神田秀樹「上場会社に関する会社法制の将来」金融法務事情1909号26頁以下参照（2010年）、松井秀征「会社法見直しの背景にある問題意識」MARR12月号26頁以下（2010年）。

抱いていました²。ロェスレルは、ドイツの他に、イギリス・フランス・オランダ・スペイン・エジプト等7カ国以上の商法および商法典を調査し、当時の最新の原理に基づく商法典を日本に導入しました³。日本が本格的な企業結合法制を導入する場合、外国法についての最新の情報に基づきこれをつくりあげるというロェスレル以来の日本商法の源点の精神は、忘れてはならず、現代の会社法の立法者にも受け継がれていくべきです⁴。

それとともに、日本が心がけるべきことは、外国法の経験に学ぶという点です。明治以来日本は、書物を通じた西洋文化の移入に力を注いできました。しかし、これからの研究者は、外国に出て、外国の制度のうまくいっていないところもよく見て、外国法の経験に関する情報を新しい立法に活かすべきです。書物に書いてある外国法は、いわば魚の標本のようなものにすぎません。真に外国法を知るには、魚が現地の海で泳いでいるところを観察しなければなりません。

沖縄国際大学法学部の坂本達也准教授は、『影の取締役の基礎的考察』という大変優れた著書を公刊されました⁵。坂本准教授は、オーストラリアのシドニー大学およびイギリスのロンドン大学に留学して、現地の会社法の生きた姿を観察し、最新の判例を調べ上げ、その研究成果を基に、この著作を完成させました。日本の研究者が親子会社法制について立法提案をする場合、書物に書かれた外国法の情報を摂取するだけでなく、現地に赴き外国法の最新の情報とともに、その経験を直接摂取することにも努めなければな

² Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Erster Band, Tokyo 1884 (Nachdruck 1996), Einleitung I; Takahashi, Rezeption des Aktienrechts in Japan, in: Senn/Soliva (Hrsg.), Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität, Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag, Bern 2001, S. 320; 高田晴仁「ロェスレル商法草案『緒言』」法学研究(慶應義塾大学)82巻12号670頁以下(2009年)。

³ Baum/Takahashi, Commercial and Corporate Law in Japan, Legal and Economic Developments after 1868, in: Röhl (edit.), History of Law in Japan since 1868, Leiden 2005, S. 355 f.

⁴ 高橋英治『会社法概説』6頁(中央経済社、2010年)。

⁵ 坂本達也『影の取締役の基礎的考察——イギリスにおける会社法形成史および従属会社の債権者保護の視点からの考察』361頁(多賀出版、2009年)(以下「坂本・影の取締役」と引用する)。この著作は第15回大隅健一郎賞受賞作である。

りません。

日本が親子会社法制を整備する上で、参考となる法制があります。それは、ドイツの株式法（株式会社を対象とした法律）における企業結合規制です。ドイツの株式法は、1965年、世界で初めて体系的な企業結合規制を導入しました。この「株式コンツェルン法」あるいは単に「コンツェルン法」と呼ばれる規制については、その導入から半世紀近くが経過し、その欠陥も指摘されています。本日は、ドイツにおける企業結合規制の歴史と問題点をお話して（Ⅱ、Ⅲ）、その後で、日本が本格的な親子会社法制を導入するにあたって、ドイツ法の経験から何を学ぶことができるのかについて、お話しし（Ⅳ）、最後に、これからの日本の企業結合法政のあり方についての私見を提示したいと思います（Ⅴ）。

Ⅱ ドイツの企業結合法の体系

ドイツの株式法が定める企業結合規制の特徴は、契約主義（Vertragsprinzip）という言葉で表現できます。すなわち、親会社が子会社をその傘下に置いて支配する場合、親子会社間で、支配契約および利益供与契約（これらは「企業契約」と呼ばれます）を締結しなければなりません。支配契約が締結されると、親会社は子会社を統一的に指揮する権利を得ます（株式法308条1項1文）。利益供与契約が締結されると、子会社は自己があげた利益を親会社に供与する義務を負います。また、支配契約および利益供与契約が締結されると、親会社は、子会社の年次損失を引き受け（損失補償、株式法302条1項）、子会社の少数派株主に対し配当を保証し（配当保証、株式法304条1項）、子会社の株式を相当な価格で買い取る等の義務（代償、株式法305条1項）等を負います。

では、親子会社関係が形成されているにもかかわらず、親子会社間で企業契約が締結されない場合にはドイツ法上どうなるのか。この場合、親会社は、不利益補償をしない限り、子会社に対し支配的な影響力を行使して、子会社にとって不利益な行為を行わせてはならないと定められています

(株式法311条1項)。

要するに、ドイツ株式法の企業結合規制は、「親会社が子会社を統一的に指揮したいときには、契約を結びなさい。契約を結ばないと子会社に対する指揮は法的に正当化されません。ただし、契約を結んだ場合には、親会社は子会社および子会社の少数派株主および債権者を保護する義務を負う」という仕組みになっています。

では、このような仕組みはどのような契機で出現したのでしょうか。

III ドイツの企業結合法の歴史

ドイツの企業結合法上の契約主義が出現した背景には、ドイツの親子会社に対する課税上の優遇措置がありました。1920年代後半、ライヒ財政裁判所は、機関理論という法理を導入し、子会社が親会社に財政的経済的かつ組織的に編入され、両者が経済的に一体化している場合、親会社と子会社の損益を一体化して課税できると判示しました⁶。例えば、親会社に1万ユーロの損失があり、子会社に1万ユーロの利益がある場合、機関理論の適用がない場合、子会社に生じた1万ユーロの利益は常に課税の対象になります。これに対し、機関理論の適用がある場合、親会社は子会社の1万ユーロの利益を親会社のもとに移転して、その損失である1万ユーロと合算してゼロとすることにより、親子会社は全体で課税を免れることができます。このため、当時のドイツ企業は、経済的一体化の要件を満たすために、親会社は子会社をその支配下に置く契約や、子会社の全利益を親会社のもとに移す契約を締結するようになりました。これらの契約は機関契約と呼ばれました。

これらの機関契約は、戦後、子会社および子会社の少数派株主の保護と

⁶ Spindler, Recht und Konzern, Tübingen 1993, S. 17 ff.; Spindler, Kriegsfolgen, Konzernbildung und Machtfrage als zentrale Aspekte der aktienrechtlichen Diskussion in der Weimarer Republik, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. 1 Entwicklung des Aktienrechts, Tübingen 2007, S. 523 ff.; 高橋英治『企業結合法制の将来像』14頁(中央経済社、2008年)(以下「高橋・将来像」と引用する)参照。

⁷ 以下の叙述につき、高橋英治「ドイツコンツェルン法の発展と日本法への展望」同『ドイツと日本における株式会社法の改革—コーポレート・ガバナンスと企業結合法制』88頁以下(商事法務、2007年)(以下「高橋・改革」と引用する)参照。

いう観点から疑問視されるようになりました⁷。ドイツ株式法では、会社が株主に出资を払い戻す行為が禁止されていますが（株式法57条）、子会社が自己のあげた全利益を親会社に供与する義務は、この出資返還禁止に反すると主張されました⁸。また、立法論として、機関契約が締結された場合、親会社は子会社の少数派株主の配当を保証する義務を負うべきであると主張されました⁹。さらに、立法論として、機関契約は、株主総会において特別決議で承認され、かつ登記されてはじめて有効になると主張されました¹⁰。

この自主的に締結されていた機関契約を、1965年株式法の立法担当官の Ernst Geßler博士は、子会社の利益を親会社に移転する契約と子会社を支配する契約とに分けて、これらの契約が締結された場合を、「契約コンツェルン」として規制しました（株式法291条以下）。その基本的な規制方針は、親会社が子会社を支配する場合には、支配契約を締結しなければならないというものでした（株式法291条1項）。支配契約が締結される場合、親会社による子会社に対する支配は正当化され、親会社は子会社を指揮する権限を得て、子会社取締役は親会社の指図に従う義務を負う（株式法308条）。利益供与契約が締結された場合、親会社は、子会社の年次損失を引き受け（株式法302条1項）、子会社の少数派株主の配当を保証する（株式法304条1項）等の義務を負う。かかるコンツェルン法上の契約主義は、租税法上の実務とこれに対する学説上の解釈・立法論を基礎としていました¹¹。

IV ドイツの企業結合法の問題点

1965年株式法成立以降、契約主義を基にするドイツ企業結合法の問題点

⁸ Ballerstedt, Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft, DB 1956, 837.

⁹ Ballerstedt, DB 1956, 340.

¹⁰ Ballerstedt, DB 1956, 839.

¹¹ Takahashi, Konzern und Unternehmensgruppe in Japan - Regelung nach dem deutschem Modell?, Tübingen 1994, S. 60 ff.

が指摘されるようになりました。その最大の問題は、親子会社間で実際には支配契約等が締結されず、事実上の支配がなされるという点にありました¹²。親会社は支配契約を締結しなくとも、議決権等を通じて子会社を事実上支配することができます。支配契約等が締結されると、親会社は子会社の少数派株主を配当保証等により保護する義務が生じますが、これは親会社にとってコストの増大を意味します。現在のドイツの大多数の親会社は子会社との間に支配契約等を締結せずに、単に議決権によって子会社を事実上支配しています。

そこで、ドイツ法にとって、契約のない会社支配すなわち事実上のコンツェルンの規制が重要になりますが、この事実上のコンツェルン規制も、成功しているとはいえません。その原因は一言で言えば、事実上のコンツェルン規制は厳格さに欠けるということです。少し詳しくみてみましょう。

まず、第一に、ドイツ株式法では、親会社が子会社と取引をして子会社に損害が生じた場合、直ちに、親会社に対する子会社の損害賠償請求権が発生するという建て付けになっていません。株式法によると、親会社にはその営業年度末までに子会社に生じた不利益の補償を行う機会がまず与えられ、期間内に不利益補償を親会社が実行しない場合に、子会社に対する親会社の損害賠償責任が生じるという仕組みになっています（株式法311条・317条）。このような仕組みは、親会社および子会社双方にとっては都合がよいと考えられていました。親子会社間では、様々な取引や指示が交わされますから、それらによって個別に損害賠償責任が生じるとすると、子会社は親会社の指示に従った結果として自社に不利益が生じた毎に、いちいち親会社を訴えなければなりません。それには多くの労力と費用がかかります。営業年度末に、まとめて子会社に生じたマイナス分が補償されるのなら、子会社は親会社を個別に訴える手間が省けますし、親会社も子会社から訴えられるリスクを少なくできます。

しかし、実際には、この不利益補償の制度は、子会社の地位を弱める結

¹² 高橋・将来像59頁以下参照。

果になりました。すなわち、不利益補償の制度がなかったとすれば、親会社が子会社の取締役に対し子会社にとって不利な行為を行うように指示した場合、子会社の取締役は、かかる行為を行うことは子会社の利益を害するから、かかる指示に従うことは自己が会社に対して負う義務（株式法76条1項）に反すると述べて、不利益な指示に従うことを拒否できます。しかし、期限付の不利益補償の制度が存在するため、子会社の取締役が子会社にとって不利益な行為を行うように親会社から指示された場合、かかる指示は直ちに違法とはならないため、子会社の取締役は、かかる指示にいったんは従うことを余儀なくされ、従った後に営業年度末までに不利益を補償をするように親会社に要求するということになっています。

第二の問題は、事実上のコンツェルンの関係にある親子会社間の取引や交渉の開示の要請です。ドイツ株式法には従属報告書という制度があります。これは、前世紀のドイツにおいて最も重要な私法学者の一人であった Werner Flume博士が1957年に発案したものです¹³、事実上のコンツェルン関係にある親会社・子会社間の取引および親会社の利益のためになされた子会社の措置について、子会社の取締役が報告書を作成し（株式法312条）、この報告書を子会社の監査役会と決算検査役に提出し、その検査を受けるというものです（株式法313条以下）。しかし、この従属報告書に実際に親子会社間の取引と交渉が詳細に個別記載されているのかについては、疑問がもたれています¹⁴。ゲッチンゲン大学法学部のUlrich Immenga教授は、EC第9指令（コンツェルン法指令）の草案の策定に深く関与され、この草案作成のためにドイツ国内で実態調査を指揮されましたが¹⁵、従属報告書においては、親子会社間の個別取引等が詳細に記載されることはなく、問題になるような行為はなかったという記述が数行なされるにす

¹³ 高橋・将来像45頁以下。

¹⁴ 高橋英治「ドイツの企業結合法の問題」高橋・改革180頁以下。

¹⁵ Täger, Final Report, "Das deutsche Konzernrecht von 1965 - Rechtstatsachen und Erfahrungen", Eine empirische Befundanalyse zu ausgewählten Fragen, Erstellt für Professor Dr. U. Immenga, Universität Göttingen zur Vorlage für die Generaldirektion XV der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, München im November 1989 (Nicht zur Veröffentlichung bestimmt).

ぎないと主張されました。1965年株式法の制定直後にドイツの会社法の実務雑誌に、従属報告書のひな型が掲載されているのですが¹⁶、これには個々の取引を個別に記載するのではなく、親子会社間の取引は、生産物、商品、原料という項目ごとに取引高のみが記載されるようになっており、各取引の内容が個別的に明らかになるようにはなっていない。ここから考えると、Immenga教授の見解は正しいようにも思われます。

しかし、これに対して、1992年にハノーバーで開催されたドイツ法律家会議の鑑定書を作成したハイデルベルク大学法学部のPeter Hommelhoff教授は、従属報告書には、親子会社間の取引等が基本的には個別具体的に記載されていると主張されます¹⁷。しかし、Hommelhoff教授の見解も決算検査役等の実務家に対するインタビューを基礎にしたものであり、決め手に欠けます。マインツ大学法学部のDirk A. Verse教授は実務家として従属報告書の作成に関与されたことがあるそうですが、御自身の経験として従属報告書には親子会社間で行われた個々の取引の内容が具体的に記載されていると述べていますが、親子会社間のすべての取引や措置が記載されているかについては、確かなことはいえないとします¹⁸。ドイツでも親会社との取引によりその利益を侵害された子会社が親会社を訴えた例はほとんどありません。その原因の一つとして、親子会社間取引の開示が十分になされないということが考えられます。そこで、かつての多数説は、従属報告書は、親子会社間取引等の開示の手段としては十分でないと考えているわけです。

ヨーロッパでは、1980年代に、ドイツの株式コンツェルン法をモデルにして、当時のEC加盟国のコンツェルン法を調整する動きがありました（1984

¹⁶ Klusmann, Eizelfragen zu Inhalt und Gliederung des Abhängigkeitsbericht nach §312 AktG 1965, DB 1967, 1489; Wollert, Der Abhängigkeitsbericht nach dem Aktiengesetz 1965, DB 1966, 1283.

¹⁷ ただし、親会社からのほたらきかけにより、子会社がある措置なすことを断念した場合には、これは従属報告書には記載されないという。Hommelhoff, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht, ZHR 156 (1992), 298.

¹⁸ 以上の点につき、2010年8月30日の講演者との議論におけるDirk A. Verse教授の見解。

年のEC第9指令草案)¹⁹。この指令案には、従属報告書に相当する報告書とその開示のシステムがあり（特別報告書、EC第9指令草案7条5項）²⁰、ドイツ法をヨーロッパの手本にすることが予定されていましたが、この調整案は実現されませんでした。現在、ヨーロッパ・コンツェルン法フォーラムが、EU加盟国の企業結合規制を調整しようと試みていますが²¹、そこでは従属報告書に相当する報告書の制度はなく、ドイツ法は将来のEU企業結合法のモデルとされていません。

VI 将来の日本の親子会社法制はどうあるべきか

1 ドイツ法の経験から学ぶ

日本の親子会社法制はどうあるべきでしょうか。日本の将来の親子会社規制はドイツ法の経験を踏まえて、ドイツ法よりも優れたものにならなければなりません。

今述べましたように、ドイツの親子会社規制が登場した1950年代および60年代においては、企業結合関係の開示という考え方は十分に発達していませんでした。1958年の株式法参事官草案は親子会社間の取引を報告ないし開示する仕組みを有していませんでした。1960年株式法政府草案策定に際して、Flume博士の発案により、従属報告書の制度が導入されました（株式法312条）。しかし、この従属報告書の制度も、子会社の取締役が作成し子会社の決算検査役および監査役会が検査するのみであり、開示の手段とはなっていません。そこで、親子会社関係の開示をおし進めるという

¹⁹ Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, ZGR-Sonderheft 1, 3. Aufl., Berlin 1991, S. 279 ff.第9指令の邦訳として、早川勝「企業結合に関するEC第九ディレクティブ草案（試訳）」産大法学23巻2号1頁以下（1989年）。

²⁰ EC第9指令案の特別報告書は、計算書類とともに株主に直接開示されることが予定されていた（EC第9指令7条5項）。

²¹ Forum Europeam Konzernrecht, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.このフォーラムの提案について、早川勝「ヨーロッパ・コンツェルン法（1）～（3）」同志社法学53巻8号195頁以下（2002年）、54巻1号401頁以下（2002年）、55巻3号351頁以下（2003年）参照。

ことが重要な立法課題であると認識されるようになってきました。

ドイツの株式コンツェルン法の改正目標として従属報告書を株主に直接開示する必要があるという議論がかつて有力でした。しかし、従属報告書を子会社保護のための有効な手段としようとする場合、従属報告書には親子会社間の取引に関する情報が個別具体的に記載されなければならない、これが株主に直接開示されるとすると、親子会社の企業秘密が子会社の株主に漏れてしまいます。例えば、子会社の競争相手たる企業は、子会社の株式を取得して子会社の株主となり、従属報告書を直接閲覧することにより、子会社の取引相手や原材料の仕入れ価格等の重要情報を得ることができません。すなわち、従属報告書を子会社の株主が直接閲覧するという方法は、企業秘密保護の観点から問題があります。そこで注目されているのが、検査役による検査（特別検査）を拡充するという方法です²²。すなわち、子会社の株主の申請により裁判所が検査役を選任し、この検査役が親子会社関係を調査し、その調査結果を子会社の株主に報告するというものです。この方法によると、子会社の企業秘密が子会社の株主の目に直接接触することがありません。この特別検査は、現在EUにおいてその拡充が試みられている項目ですが、未だ実現していません。しかし、この特別検査制度の拡充という方法も十分ではありません。なぜなら、子会社の株主が検査役選任を申請するにはその前提として親子会社間取引により子会社の利益が害されたという疑問を持つ足りる十分な情報が与えられていなければならないからです。検査役選任申請の前段階として株主が企業結合間の取引やコミュニケーションに関する情報を得る仕組みを作り上げることは、将来のヨーロッパの企業結合規制の重要な課題であり、日本が子会社の少数派

²² 森本滋教授は、立法論として、子会社の取締役が親会社による支配的影響力の行使に関する報告書の作成を命じ、これを子会社の監査役が調査し、その監査結果を監査報告書に記載することのほか、子会社の監査役または少数株主の請求にもとづいて、裁判所の選任した特別監査役が調査することが考えられると論じられる（森本滋『会社法・商行為法手形法講義〔第2版〕』276頁（成文堂、2011年））。この提言はドイツの株式法の規制（株式法312条以下参照）を基にする（高橋英治「ドイツの企業結合法——総括と展望」法学雑誌55巻1号11頁以下（2008年参照））。

株主保護を目的とした親子会社規制を導入する場合においても重要な課題となるでしょう。その際、企業結合間情報の開示と企業秘密の保護という二つの相反する要請を調和させなければなりません。

日本においては、検査役による検査の仕組みは既に存在します。すなわち、株式会社の業務執行に関し不正の行為があることを疑うに足りる事由があるときは、議決権または株式の3パーセント以上を有する株主は、裁判所に対し、検査役の選任を申し立てることができます（会社358条1項）。この3パーセントの議決権あるいは株式保有基準は高いので、これを例えば1パーセント（株式法142条2項参照）に下げる立法措置が必要でしょう²³。それとともに、親子会社については、ドイツ株式法315条をモデルにして²⁴、子会社の監査役・決算検査人が従属報告書等に対して承認を拒絶した場合についてすべての株主が裁判所に申請できる検査役選任制度が導入されるべきでしょう。

日本における開示規制としては注記表が存在し、子会社の注記表には、親会社との重要な取引の内容が記載されます（会社計算112条1項4号）。この制度の趣旨は、一定の利害関係者との取引等会社の財産・収益状況に影響を与えている事実を適正に開示させるとともに、そのような取引を行う業務執行者の業務執行のあり方の適正性の判断に資するという点にあると説明されています²⁵、取引の内容は概括的に記載され、また取引金額も総額が記載されるに止まり、子会社の少数派株主保護のために必要な、親子会社間の取引が公正であるか否か判断するために必要な情報を提供する仕組みにはなっていません。将来に親子会社立法においては、この注記表の記載を工夫して、親会社との取引により子会社が害されたという疑いを持つに足る情報を子会社の株主が得ることができるようにする必要があるでしょう。

²³ 高橋英治「日本における閉鎖的資本会社の発展と法」商事法務1914号11頁（2010年）、Takahashi, Zur Reform des Gesellschaftsrechts in Japan und deren Wirkung auf geschlossene Kapitalgesellschaften in der Praxis, AG 2010, 823.

²⁴ Godin/Wilhelmi. Aktiengesetz, 4. Aufl., Berlin 1971, S. 1742; Hans-Friedrich Müller, in: Spindler/Spilz (Hrsg.), AktG, 2. Aufl., München 2010, § 315 Rdnr. 4.

²⁵ 郡谷大輔「関連当事者の取引に関する注記」商事法務1768号28頁（2006年）、黒野葉子「上場子会社における少数株主の保護と金融商品取引法」ビジネス法務11巻1号126頁（2011年）。

2 日本の企業組織の特色

日本の親子会社規制は、日本の親子会社の実態を反映したものでなければなりません。

そこで日本人の組織およびそれが決定を下す過程の特殊性について述べたいと思います。国際会議などに出席するドイツ人から、よく言われることは、国際会議における日本代表が、会議で日本の提案を採択させようとするとき、日本人が採る方法とドイツ人が採る方法とは根本的に異なるという点です。日本人は、国際会議の場で、日本と反対の立場に立つ国からの反対提案に対して、「その反対提案はまったくだめだ」と強圧的な態度で、一方的に主張することはほとんどないそうです。日本人は、国際会議の前に、他の国を個別に訪問してその国の代表者と事前に「根回し」をした上で、国際会議の場で日本の立場を主張する。つまり、一方が他方に相手の考え方を一方的に押しつけるということは少なく、相手方の同意を得ることが日本人にとっては非常に重要なわけです。

日本の親子会社の特徴は、企業の決定方法が分散化していることにあります。親会社が子会社に一方的に命令するということはまれであり、通常は子会社に業務執行に関する広い裁量の余地を与えます。これにより、子会社は、自己が置かれている環境に合わせて、その時点で最も適切な措置を即時に決定実行することができます。ただし、重要な決定事項については、子会社から親会社に伺いを立てて、親会社の決定を仰ぐ。したがって、かかるボトムアップと呼ばれる決定方法では、重要事項の決定には時間がかかります。これに対して、ドイツには、子会社に自由裁量の余地を広く与える経営を行うという発想は伝統的には少ない。ドイツのコンツェルンにおいては、親会社は子会社に一方的に命令を下します。そのため、子会社を改革しようとしている場合には、ドイツ型のトップダウンの意思決定方法により、親会社は子会社の徹底的なリストラを短時間に実現することができます。

この日本の分散型意思決定とドイツの集中型の意思決定との、どちらが優れているかということは一概にいえません。好況下で、顧客の嗜好等の環境の変化に迅速に対応するには、日本型の決定方法が有効であります、

子会社が倒産の危機に直面して子会社自身が徹底的な改革を必要としている場合、ドイツ型の決定方法が有効であるといえます。

かかる国民性の違いに起因する企業組織間における決定方法の相違は、親会社の規制を設計する上で、どのような相違点を生み出すでしょうか。まず、日本の親会社では、親会社が子会社に対し書面で命令を下す場合が少ないため、子会社の少数派株主が親会社を訴える場合、親会社が下した命令についての証拠をつかむことが難しいと考えられます。子会社の利益を害する指示を出した場合の親会社の責任規制においては、親会社の関与を推定する規定が必要であります。子会社がなした子会社の利益を害する行為が親会社の利益になる場合、それは親会社の指示によりなされたと推定する規定が設けられるべきでありましょう。

その他にも、日本には三井・三菱・住友のような6大企業集団が存在します。かかる企業集団では、複数の企業がほんの数パーセンの株式を相互に持ち合っていますが、企業集団全体で一つのメンバー企業の20パーセント以上の株式を有している場合もあります。これらの企業集団には社長会というものがあります。これは企業集団の非公開の会議体であり同時に情報交換の場であり²⁶、そこで企業集団の政策が議決されるということはほとんどありませんが、あるメンバー企業が危機的な状態に陥っている場合には、その救済策等について、社長会を機会に、メンバー企業相互で情報交換等が行われると推測されます。私は、1993年にドイツのゲッティングゲン大学に提出した博士論文において、企業集団を念頭に置いて、複数の企業がある企業に対して共同で支配権を行使した結果として被支配企業に損害が生じた場合、支配権を行使した当該複数の企業は連帯して損害賠償を負うべきであると書きました²⁷。しかし、その後、企業集団においては集

²⁶ Takahashi, Japanese Corporate Groups under the New Legislation, European Company and Financial Law Review (ECFR), Vol. 3 No. 3 (2006), 289; Takahashi, Change in the Japanese Enterprise Groups? in: Baum (edit.), Japan: Economic Success and Legal System, Berlin 1997, S. 232; Takahashi, Japanese Corporate Groups, Yesterday and Tomorrow, The Journal of Interdisciplinary Economics, Vol. 9 No. 1 (1998), 9.

²⁷ Takahashi, Konzern und Unternehmensgruppe in Japan - Regelung nach dem deutschem Modell?, S. 111.なお、高橋英治＝洪濟植「韓国法上の業務執行指図人等の責任」法学雑誌58巻2号239頁（2011年）参照。

団の結束力が低下する傾向も見受けられたため、日本で発表した論文では、企業集団における共同支配力行使の結果メンバー企業が損害を被った場合についての損害賠償責任の導入については、未だその必要性について見解を明らかにしていません。しかし、今日の日本では株式の相互持ち合いが復活する傾向もあり²⁸、議決権相互保有のネットが張られた複数の会社がある一つの会社に対して共同で支配的影響力を行使しその結果として当該被支配会社に損害が生じる場合につき、当該共同支配企業の損害賠償責任に関する規定を設ける必要は今後出てくるかもしれません。

さらに、日本独特の現象として上場子会社が多いということが挙げられます。子会社上場という現象はドイツにも存在します。日本では、子会社上場を禁止するという議論があります。この議論が生ずる理由として、上場した子会社では、親会社の利益のために子会社の少数派株主が搾取される危険が独立した会社と比較して大きいということが挙げられるでしょうが²⁹、ドイツの代表的な会社法学者の一人であるゲッチンゲン大学法学部のGerald Spindler教授は、上場子会社に投資をする株主は投資時に投資対象の会社が子会社であることを知っているし、ドイツ法においては、コンツェルン法および株主の誠実義務によって上場子会社における少数派株主の保護が法的に可能であるから、通常の子会社よりも上場子会社において子会社の少数派株主が害される危険が高いということはいえ、ドイツでは上場子会社を禁止するという考え方は支持されないであろうと述べています。日本においても、上場子会社を禁止するのではなく、上場子会社の少数派株主を事前かつ事後的に保護する立法をすることが望ましいのではないのでしょうか³⁰。

²⁸ 高橋英治「新会社法とコーポレート・ファイナンス——敵対的企業買収との関連を中心に」高橋・改革319頁、高橋英治「日本における敵対的企業買収と法の発展——資本市場・企業組織・法意識」法学雑誌55巻3＝4号1030頁（2009年）。

²⁹ 宍戸善一＝新田敬祐＝宮島英昭「親子会社上場をめぐる議論に対する問題提起〔上〕——法と経済学の観点から」商事法務1898号38頁（2010年）。

³⁰ 宍戸善一教授らは、事前の規制として、子会社少数株主の利益を代表する社外取締役の選任の義務づけ、事後的規制として、支配株主の忠実義務の導入を提案される（宍戸＝新田＝宮島・前掲注（29）商事法務1898号43頁以下）。また、黒野葉子准教授は、仮に子会社上場を認めるならば、子会社利益の「搾取」のリスクを可能な限り低下させ、利益相反という子会社上場の弊害をできる限り軽減することが、子会社株式という金融商品の市場適格性を認めるための必須条件であると指摘される（黒野・前掲注（25）ビジネス法務11巻1号130頁）。

3 親会社の責任規制

親会社の責任規制は、これから導入される親子会社法制の核となる規制であります。現在、法制審議会において親会社の責任規制のあり方を巡って、議論がなされています。

現在のわが国の学説は、子会社に対する親会社の損害賠償責任に関する明文規定が設けられることが望ましいという点においては、見解の一致を見えています。しかし、親会社の損害賠償責任の具体的あり方を巡っては、見解が分かれています。

まず、第一に、親会社の責任規制は、上場会社を対象とした「公開会社法」の中に設けられるべきであるか、それとも、会社法の中で、すべての株式会社を対象に設けられるべきであるか、という問題があります³¹。親会社の影響力行使により子会社に損害が発生する危険は、子会社が上場会社である場合に限定されず、むしろ、金商法上の開示規制（企業内容等の開示に関する内閣府令1条27号の2、財務諸表規則8条の10）が及ばない上場会社でない子会社の方が、上場会社の場合より、親会社により侵害される危険が高いといえます。また、上場子会社の株主は会社経営に対して不満を持つ場合、いつでもその株式を資本市場で売却して投下資本を回収することができますが、上場会社でない子会社の株主は、その株式の売却相手を見つけることが著しく困難であります。以上の理由から、親会社の責任規制は、会社法の中に設けられるべきでしょう。

第二に、かかる損害賠償責任の主体に関する問題があります³²。現在の通説の見解は、責任の主体は、会社とすべきであると説いています³³。しかし、この見解によると、会社ではない自然人である大株主が会社に指図をして会社に損害を与えた場合、かかる大株主の責任を、新立法によっ

³¹ 日本取締役会・金融資本市場委員会の公開会社法要綱案第11案は、企業集団に対する規制を公開会社法の基本要素とする（日本取締役会・金融資本市場委員会『『公開会社法要綱案』（第11案）の概要——補正版』4頁（2010年1月10日補正））。

³² 法制審議会会社法制部会資料では、「親会社の責任の在り方を見直すこととする場合には、親会社に該当しない支配株主の責任の在り方についても同様に見直すべきかどうか、併せて検討を要する」とされている（平成20年11月24日法制審議会会社法部会資料5「親子会社に関する規律に関する検討事項（2）——子会社株主・債権者保護に関する規律」2頁参照）。

³³ 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』103頁（有斐閣、1995年）（以下において「江頭・結合企業法」と引用する）。

て把握することができないということになってしまいます。

この点は、親子会社に関する新立法の趣旨をどこまで広げるかという問題と関わっています。新立法の目的を、親子会社間において生ずる特別の利益相反に起因する危険に対処することに置くと、責任を負う主体は親会社に限定されるべきこととなります。この場合、自然人である大株主の責任については、別途一般会社法上の規定が設けられるべきであります³⁴、それが実現できない場合、株主の誠実義務³⁵や影の取締役等の一般条項に委ねられるべきであるということになります。しかし、責任規制の目的を、大株主が会社である場合と自然人である場合とで、大株主と会社との間に生ずる利益相反に質的な違いが生じないと考え、株主と会社間に生ずる利益相反一般に対処する一般会社法上の規定を、新立法において設けるとする場合、責任の主体は支配的な地位を有する株主であれば足りるということになります。

ドイツ法は、従属会社が株式会社である場合には責任の主体は「支配企業」とされていますが、従属会社が有限会社である場合には、会社債権者保護との関係で支配的地位にある有限会社社員の責任を不法行為責任と構成し、責任規制の主体を企業に限定しない方法を取っています³⁶。またドイツ法では従属的有限会社の少数派社員保護についても、支配的地位にある社員の会社に対する責任は社員の誠実義務違反に基づく責任であると構成されているため³⁷、当該責任が認められるためには当該社員が企業として

³⁴ このように説くものとして、高橋英治「ドイツコンツェルン法における企業概念の変遷——連邦通常裁判所の判例を中心として」菅原菊志先生古稀記念『現代企業法の理論』377頁（信山社、1998年）。

³⁵ 株主の誠実義務の概念の日本法への導入を説くものとして、出口正義「株主の誠実義務」同『株主権法理の展開』104頁以下（文真堂、1991年）、潘阿憲『会社持分支配権濫用の法理』177頁以下（信山社、2000年）、高橋英治「ドイツにおける株主および会社の誠実義務の発展——誠実義務の時代依存性と普遍性」関俊彦先生古稀記念論文集『変革期の企業法』43頁以下（商事法務、2011年）。宍戸善一教授らによる共同研究も、近時、特に親子会社関係を念頭において、米国法に倣い、支配株主の忠実義務を会社法によって導入すべきであると主張されている（宍戸善一＝新田敬祐＝宮島英昭「親子上場をめぐる議論に対する問題提起〔下〕——法と経済学の観点から」商事法務1900号43頁（2010年））。

³⁶ BGHZ 173, 246, Trihotel.本判決およびそれ以降の連邦通常裁判所判決につき、武田典浩『『会社の存立を破壊する侵害』法理の新動向』比較法雑誌43巻1号113頁以下（2009年）参照。またTrihotel判決につき、高橋・将来像241頁以下参照。

の属性を有する必要がないと解されています³⁸。

日本では、ドイツ法と異なり、支配的地位を有する社員の誠実義務は認められていません。イギリス法では、影の取締役について、影の取締役には会社以外の自然人もこれになることができると解されています³⁹、日本において、事実上の取締役に会社法429条1項の責任が認められた下級審裁判例はいくつか存在しますが、影の取締役の法理が正面から判例上認められた例は存在しません。したがって、日本においては、自然人である大株主の議決権の濫用につき、法律上の規定を設ける必要性は高いといえます。かかる状況下では、影響力を濫用した者の責任につき、企業主体や従属性を特に前提とせずに、英国法上の影の取締役やドイツ法上の株主の誠実義務に関する判例・学説を参考にして株主・会社間の一般的利益相反に関する規定として企業結合法内に設けることも、立法の方向性としては、十分にありえます。つまり、親会社の責任とするのではなく、支配者（自然人を含む）の責任とするわけです⁴⁰。なぜなら、親会社に対し議決権行使等により影響力を行使した者が、会社としての属性を有しないという理由から免責されるのは妥当でないからです⁴¹。

第三に、親子会社間の直接取引の場合とそれ以外の親会社の影響力行使

³⁷ BGHZ 65, 15, ITT. 本判決の詳細について、早川勝「コンツェルンにおける有限会社の過半数社員の誠実義務について・ITT事件を手がかりとして」下関商経論集20巻2号63頁以下（1976年）、マークス・ルッター＝木内宜彦編著『日独会社法の展開』184頁以下（中央大学出版社、1988年）、高橋・将来像216頁以下参照。

³⁸ ドイツ法上、誠実義務違反に基づく責任の主体が「企業」である必要がないことにつき争いがない。

³⁹ なお、イギリスの判例法上、親会社が影の取締役たりうることは判例上認められている（高橋英治＝坂本達也「影の取締役制度——支配会社の責任の視点から」企業会計62巻5号108頁以下（2010年））、親会社が実際に影の取締役として損害賠償責任が課された事例は存在しない（高橋＝坂本・前掲企業会計62巻5号110頁、坂本・影の取締役356頁以下）。イギリス法上の影の取締役に関する従来の研究として、中村信男教授の一連の研究が挙げられる。中村信男「総株主の同意による株式会社の役員等の対会社責任の免除に関する若干の考察——総株主同意による責任免除とその限界」早稲田法学85巻3号939頁注4の文献（2010年）参照。

⁴⁰ 高橋・将来像273頁、高橋英治「ドイツの企業結合法——総括と展望」法学雑誌55巻1号21頁（2008年）参照。

⁴¹ 高橋英治「親会社の責任規定の在り方について」MARR2011年5月号33頁以下（2011年）。

の場合とで、親会社の責任規制の原理を区別する必要があるかが問題となります。この問題については、親子会社間の直接取引の場合とそれ以外の場合とで規制原理を変えずに統一した要件の下で親会社の責任を定める見解と、両者を区別し、親子会社間取引の場合には親会社の責任を無過失責任とし、それ以外の場合にはこれを過失責任とする見解とがあります。前者の立場を採る者としては、2007年9月に発表され、2010年1月10日に補正された日本取締役協会・金融資本市場委員会の「公開会社法要綱案」(第11案)があり、本要綱案4.03第1項は、指示に関する親会社の責任を過失責任としています⁴²。

これに対して、江頭憲治郎教授は、子会社が親会社(当該親会社の他の子会社も含む)との通例的でない取引により損害を被った場合とそれ以外の場合とで、責任原理を異にする立法案を提案されています。すなわち、江頭教授は、親子会社間取引については親会社に無過失責任を負わせ⁴³、それ以外の影響力の行使については、過失責任を負わせる立法案を提起されています⁴⁴。イギリスおよびオーストラリアにおける影の取締役制度を歴史的に研究された坂本達也准教授も、親子会社間の直接取引については親会社の責任を無過失責任とし⁴⁵、それ以外の指揮の場合については、親会社の責任を過失責任とすることを提案されています⁴⁶。またフランスにおける親会社の責任について優れた研究をされた清水円香准教授も、子会社と直接取引をした親会社の責任を無過失責任とするという考えを支持されていると伺っています。中東正文教授も、「立法で、親会社の影響力の行使によって子会社が損害をこうむった場合には、親会社に子会社に対する無過失責任を負わせるべきである」と説かれています⁴⁷。

以上のように、通説の見解によると、親会社と子会社との間の通例的で

⁴² 公開会社法案4.03(指示に関する親会社の責任等)第1項。

⁴³ 江頭・結合企業法103頁。

⁴⁴ 江頭・結合企業法103頁。

⁴⁵ 坂本・影の取締役361頁。

⁴⁶ 坂本・影の取締役356頁以下。

⁴⁷ 中東正文「企業結合」商事法務1940号35頁(2011年)。

ない取引により子会社が損害を被った場合には、親会社は無過失責任を負うべきであります。その理由としては、坂本准教授は、かかる直接取引においては、親会社が自己の利益を抑え子会社の利益を優先させて自己の知識等を誠実に用いるのか疑問視する立場が出発点とされるべきであり⁴⁸、かかる直接取引においては親会社の有する利害程度はその他の場合と比較して高まると主張されています⁴⁹。しかし、かかる無過失責任は、親会社に対し過酷ではないでしょうか。ヨーロッパにおける近年の企業結合規制の調整プロジェクトの中心人物であるドイツのマックス・プランク国際私法外国私法研究所のKlaus J. Hopt教授は、私法において無過失責任は非常に例外的なものであると主張され、ヨーロッパ・コンツェルン法上の親会社の業務執行者の免責規定をフランス法上の判例法理⁵⁰に従って構築しようと主張されています⁵¹。ドイツの株式法の立法過程においても、支配企業に対し無過失責任を課すという立法案は存在しましたが⁵²、支配企業に対し過酷であるという理由から、この案は実現しませんでした⁵³。私も、次の理由から、親会社がやむをえない事由によることを証明して、その責任を免れる機会を与えるべきであると考えます⁵⁴。

すなわち、親会社がその所有する非上場株式を子会社に売却する場合、当事者である親会社および子会社が、専門家の鑑定意見に従い、その株式

⁴⁸ 坂本・影の取締役360頁。

⁴⁹ 坂本・影の取締役382頁注166。

⁵⁰ ローゼンブルーム・ドクトリン。フランス法上のこのドクトリンの詳細につき、清水円香「グループ利益の追求と取締役の義務・責任（1）」法政研究（九州大学）77巻3号454頁以下（2010年）、清水円香「グループ内取引におけるグループ利益の追求と取締役の義務・責任」森本滋先生還暦記念『企業法の課題と発展』267頁以下（商事法務、2009年）、清水円香「グループ利益の追求と取締役の義務・責任」私法73号216頁以下（2011年）、Gräbener, Der Schutz außenstehender Gesellschafter im deutschen und französischen Kapitalgesellschaftsrecht, Baden-Baden 2010, S. 105 ff. 参照。

⁵¹ ヨーロッパ・コンツェルン法上のローゼンブルーム・ドクトリンにつき、Forum European Konzernrecht, ZGR 1998, 712 ff.; 早川勝「ヨーロッパ・コンツェルン法（2）」同志社法学54巻1号422頁以下（2002年）、高橋・将来像94頁以下参照。

⁵² 1958年株式法参事官草案284条1項。本条項につき、高橋・将来像32頁参照。

⁵³ 高橋・将来像34頁以下参照。

⁵⁴ 高橋英治「親子会社法制の展開に向けて」永井和之＝中島弘雅＝南保勝美編『会社法学の省察』465頁（中央経済社、2012年）。

の評価額が正当であり取引の条件が公正であると信じたが、当該専門家が採用していた評価方法が適切な方法ではなく当該株式が不当に高く評価されていたことが後の裁判において判明し、結果として子会社に損害が生じたという場合、当該取引は客観的に見て通例的でない取引ではあるが⁵⁵、親会社は責めに帰すべき事由がないということ自ら立証することにより免責される余地を与えるべきではないでしょうか。同様の評価方法の誤認は、親会社がその所有する土地等を子会社に売却・賃貸する場合にも生じます。親会社の無過失責任の導入を主張される論者は、子会社との間で直接取引をなした親会社に無過失責任を課す論者は通例的であるか否かの規準を示さない方針を採っているのですから⁵⁶、当事者である親会社と子会社は通例的な取引であると信じたが、実際には通例的でなく子会社が損害を被った場合、親会社がやむをえない事由により免責されなければならない事例は頻繁に現れるのではないのでしょうか。

さらに、これは親子会社間の直接取引に限らず、親子会社間の取引・措置等によって親会社が子会社に対して損害賠償責任を負うべき場合において、親会社が子会社に生じた損害を事前に補償した場合には、親会社は損害賠償を免れるとしてよいでしょう（株式法311条参照）。ただし、ドイツ法の立場とは異なり、親会社が免責されるためには、子会社に対して不利益的行為等を行う前に補償が実行されていなければならないと考えます。なぜなら、不利益補償の制度に株式法311条1項のような「補償しうる期間」を設定する場合、親会社の取締役から子会社の取締役に対して子会社にとって不利益な行為をなすように指示する場合、この指示は直ちには違法にならないため、子会社の取締役は、いったんはこの指示に従わざるを得ず、指示に従った後で、補償を後から要求するという弱い立場に置かれるからです⁵⁷。

⁵⁵ 本取引の取引条件が子会社の同意により決定されていることをもって、本取引が「通例的である」取引であるとみる考え方もありうるが、ここでの子会社の同意は、事実上親会社により選任が決定される子会社の取締役の同意であり、子会社の同意があったという一事をもって本件取引の条件が公正であったとはみなしえないであろう。

⁵⁶ 江頭・結合企業法103以下。

企業結合法上の経営判断原則も認められるべきです⁵⁷。企業結合法上の経営判断原則は、親子会社間の直接取引以外の局面において、親会社の命じた措置により子会社に損害が生じた場合につき、親会社の置かれている具体的状況に照らして親会社の過失の存在を否定する法理として機能させるべきです⁵⁸。すなわち、親会社が、十分な情報収集に基づき子会社利益にとって最善であると考えてある措置を採るべきことを命じ、子会社の取締役がこの命令に従い当該措置を実行したが、その後の子会社を巡る周辺環境の急激な変化により当該措置が結果として子会社に対し不利益をもたらした場合、当該措置がこれを行った当時親会社の置かれている環境に照らし著しく不合理でなかった場合、親会社にはその責めに帰すべき事由がなかった、換言すれば過失がなかったことを理由に、免責を認めるべきです。

V 結語——これからの企業結合法研究のあり方

以上、日本における親子会社法制のあり方についてお話ししました。本日は、沖縄国際大学法学部の学生・大学院生方々もいらしていると伺っています。これからの若い世代を中心とした方々が、単に世界の最低水準を満たせばよいという消極的態度ではなく、外国法の経験を積極的に吸収して、世界の法制をリードし国際的標準モデルとなるような新しい立法を実現することが期待されています。

将来の企業結合法の研究は、比較法を基にしたものでなければなりません。EUにおいては、比較法を基にしたEUコンツェルン法づくりが始まっています。Spindler教授は、将来のEUコンツェルン法のモデルは、イギリス・フランス・イタリアの企業結合規制の混合したものになるであろう

⁵⁷ 高橋・将来像180頁以下参照。

⁵⁸ 高橋英治「利益相反と企業結合法」法律時報80巻11号45頁以下（2008年）参照。

⁵⁹ 取締役の損害賠償責任（会社法423条1項）の局面における経営判断原則が、取締役の過失を否定する法理として理解されるべきことにつき、高橋英治「取締役の任務懈怠責任」法学教室362号30頁（2010年）参照。

と予測されています⁶⁰。

Verse教授も、ドイツ法を基にしたEC第9指令が実現しなかったことを根拠として、将来のEUコンツェルン法のモデルはドイツ法を基にしたものにはならないであろうと予想されています⁶¹。しかし、Verse教授は、ドイツではフランス法の判例法をモデルにしたヨーロッパ・コンツェルン法フォーラムのローゼンブルーム・ドクトリンが批判されているという点も指摘されます。マックス・ブランク租税法研究所のWolfgang Schön教授の議論を契機として、ローゼンブルーム・ドクトリンが、親会社がグループ利益のために子会社が受けた不利益を見通しできる期間内において利益による補償することを認めていることが、EU資本指令が定める資本保護に反するという批判が学説上主張されるようになっていきます⁶²。ドイツのコンツェルン法学の第一人者であるミュンヘン大学法学部のMathias Habersack教授はローゼンブルーム・ドクトリンがあまりにも漠然としており、親会社に対する損害賠償訴訟を提起するための具体的な条件を子会社の少数派株主に明確に示していないと批判されています⁶³。Verse教授によると、EU委員会がヨーロッパ・コンツェルン法フォーラムの提言を受け入れてEU法コンツェルン法の草案づくりに直ちに取りかけられるかについては疑問であり、将来のヨーロッパ・コンツェルン法に関する指令が出来るとしたら、それは詳細なものでなく、大きな枠組みが定められるに過

⁶⁰ 2010年8月16日の講演者との議論におけるGerald Spindler教授の見解。

⁶¹ 2010年8月26日講演者との議論におけるDirk A. Verse教授の見解。

⁶² Schön教授は、ドイツ法上、一定の期間内に補償をすれば、支配企業が従属会社の財産を自己に移転することができる点に着目して(株式法311条参照)、この不利益補償の制度が、補償が行われないリスクを従属会社債権者に負わせるという点で、債権者利益のために会社資本の維持を要求し会社財産の株主に対する払い戻しを禁じた資本指令15条・16条に反すると説いたが(Schön, Deutsches Konzernprivileg und europäischer Kapitalschutz - ein Widerspruch?, Forster/Grunewald/Lutter/Semler (Hrsg.), Aktien- und Bilanzrecht, Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997, S. 295)、この批判は見通しできる期間内における不利益補償を認めるローゼンブルーム・ドクトリンにも当てはまると考えられている(2010年8月26日の講演者との議論におけるDirk A. Verse教授の見解)。なお、ドイツにおけるローゼンブルーム・ドクトリンに対する評価につき、清水・前掲注(50)法政研究(九州大学)77巻3号484頁参照。

⁶³ Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel, NZG 2004, 8.

ぎないであろうと予想されます⁶⁴。

企業結合法研究において外国法の研究は重要であります。日本における外国法研究として、アメリカの企業結合法については、江頭憲治郎教授の研究があります⁶⁵。イギリスの企業結合法について、坂本達也准教授の研究があります⁶⁶。フランスの企業結合法については、清水円香准教授の研究⁶⁷があります。将来のコンツェルン法研究は、ドイツ法研究の成果を基礎にするだけでなく、これらのEU諸国さらにはアメリカ法研究の成果を踏まえて、より優れたモデルを日本の企業結合法としてつくりあげる必要があります。

これから日本がつくりだす企業結合規制が、日本企業の実態に適合したものとするとともに、世界の模範となることを期待して、本日の講演を終えたいと思います。

長時間にわたる、ご静聴どうもありがとうございました。

⁶⁴ EU委員会において、「経済不況と立法」というテーマで研究会が開かれ、そこで銀行を中核とした企業グループにつき、経済不況のための立法の例外を設けるべきではないかという点が議論された。そこでは、親会社を子会社に生じたリスクから遮断するために、特に銀行グループを対象としたローゼンブルーム・ドクトリンを導入することが意図されていた（Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and social Committee, the European Court of Justice and the European Central Bank, An EU Framework for Cross-border Crisis Management in the Banking Sector, Brussels, 20.10.2009, SEC(2009) 1407 final, Rdnr. 59 ff.).

⁶⁵ 江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護（1）～（8）——アメリカ法を中心として」法学協会雑誌96巻12号1542頁以下（1979年）、97巻2号147頁以下（1980年）、97巻9号1229頁以下（1980年）、98巻1号44頁以下（1981年）、98巻3号319頁以下（1981年）、98巻10号1235頁以下（1981年）、98巻12号1664頁以下（1981年）、99巻2号145頁以下（1982年）、江頭・結合企業法42頁以下。

⁶⁶ 坂本・影の取締役13頁以下。

⁶⁷ 清水円香「グループ利益の追求と取締役の義務・責任（1）（2・完）」法政研究（九州大学）77巻3号443頁以下（2010年）、78巻1号49頁以下（2011年）、清水円香「フランスの企業結合に関する情報開示と監査」森本滋編著『企業結合法の総合的研究』246頁以下（商事法務、2009年）、清水円香「フランスの親会社株主保護」森本滋編著『企業結合法の総合的研究』313頁以下（商事法務、2009年）、清水・前掲注（50）私法73号216頁以下、清水円香「フランスにおける多重代表訴訟に関する議論」葉玉匡美（研究主幹）『多重代表訴訟についての研究報告——米・仏の実地調査を踏まえて』19頁以下（21世紀政策研究所、2012年）。

質疑応答

質問者・眞喜志康平（沖繩国際大学）：

「株主の誠実義務はどのようなものか。また、誠実義務制度はどのように発展したのか。」

回答

「本日の講演において十分に説明できなかった部分を補足する大変よい質問です。株主の誠実義務は、その起源において、ドイツ法において戦前に会社法の倫理性を強調するナチス時代の判例によって認められた概念です。ドイツでは、戦後、株主の誠実義務は、ナチス色が強い概念として、1950年代までは、判例・学説上、拒絶されていました。しかし、戦後、人的会社の要素も有すると解されている有限会社法の領域で有限会社の社員の誠実義務が、企業結合法上の事例である多数派社員による少数派社員の侵害の事例において認められ、現在では、株式会社においても、通説・判例上、株主は会社との関係において、また他の株主との関係において、誠実義務を負うと解されています。株主の誠実義務を一般抽象的に言うと、「会社において力を有する株主はその力を行使する際に、会社における当該株主の利益以外の他の利益に配慮しなければならない」という義務です。ドイツ法上の株主の誠実義務の発展については、2011年の3月に公刊された関俊彦先生の古稀記念論文集における私の論文を御参照下さい⁶⁸。」

質問者・知念香菜美（沖繩国際大学）：

「検査役に資格はあるのか。また、子会社の企業秘密の保護と子会社の株主への開示との調和を図るためには検査役としてどのような人物が適任か。」

⁶⁸ 高橋・前掲注 (35) 43頁以下。

回答

「将来の企業結合法制の実務上の問題点を指摘する大変優れた質問です。検査役は裁判所が選任するものであり、裁判所は信頼のできる人物を検査役として選任するため、将来の企業結合法制においては、法令により、その資格を限定するという必要性少ないと考えられます。ただし、親会社の役員・会計監査人は、検査を行うにあたり利益相反の可能性があるため、子会社の企業結合上の特別検査を行う検査役にはなれないとすべきでしょう。現在の検査役に関する実務を前提とする限り、裁判所は通常弁護士を検査役として任命すると考えられます。弁護士は、職務上、秘密保持義務を負っているため、子会社の企業秘密の保護という面では問題がないでしょう。しかし、現在の検査役に関する実務を前提とする限り、会社法に詳しい弁護士が検査役に選任されると考えられます。日本では、会社実務に詳しい弁護士の方は、一部の例外を除いて会社側の利益を日常代表される方が多いように見受けられます。したがって、検査役として任命された弁護士は、通常会社側の視点から、親子会社間の取引の検証を行うと考えられるため、子会社の少数派株主保護という局面では若干問題がある運用がなされる可能性があります。」

質問者・安里巧巳（沖縄国際大学）：

「親会社が子会社に対して損害賠償の責任を負う場合、損害賠償の責任の範囲はどのようにして決めるのか。」

回答

「将来の企業結合法制の中心に位置する親会社の責任規制の責任原理の根幹に関わる問題を指摘する大変よい質問です。出発点として確認すべきことは、親会社の責任は、支配から生ずる企業結合構造に特有の危険が実現した場合についての損害賠償責任であるということです。したがって、親会社から示唆されて子会社が行ったすべての行為につき、親会社は無過失責任を負うと解すべきではなく、子会社のある行為が、企業結合に特有の

支配構造から生ずる危険の実現とみることができる場合、その行為から生じた損害について、親会社は損害賠償責任を負うというべきです。したがって、子会社が行った行為が、通常の会社の誠実な業務執行者であるならばだれでも行うと考えられる行為であり（株式法317条2項参照）、支配の危険の実現すなわち支配の結果であるとみることができない場合、親会社はかかる行為を行ったことにより子会社に生じた損害を賠償する責任を負いません。たとえば、親会社の勧めにより子会社が新事業を着手したが、この新事業が、当時の経済状況の突然の変化、例えばリーマンショックや日本のバブル崩壊のような誰にも予測できない事態により、子会社に損害を与えた場合、この損害については、親会社は賠償する責任を負いません。しかし、親会社が、子会社に対し、その意思を拘束し、強制的に行わせた措置については、そこから生じた損害については、合理的に予見可能な範囲で（相当因果関係説）、親会社は子会社に対し賠償責任を負うと解すべきでしょう。例えば、親会社が、自社あるいは自社が属する企業グループの将来の事業の展開にとって都合がよいということで、親会社が製造する製品の原料となる部品の生産・販売に着手させた場合、当該事業に着手したことから子会社に生じた損害については、親会社は合理的に予見可能な範囲で賠償する責任を負うというべきでしょう。」

質問者・宮城ゆりえ（沖繩国際大学）：

「特別検査の拡充はEUにおいて導入が試みられているが、その特別検査とドイツの特別検査には違いがあるのか。また、もし違いがあるなら日本ではどちらを採用すべきか。」

回答

「この質問は、ドイツ・ヨーロッパ法の現状と問題点について熟知している専門家だけができる大変高度な質問です。EUにおいて一時導入が提唱された特別検査制度は、現在その導入が見送られており、草案はなく、その内容は明らかになっていませんが、一般会社法の枠組み内の特別検査制

度であり、おそらく指令の形で導入される場合には、株主または会社に対して著しい不利益を与えるおそれがある場合には、その疑いを裁判所に疎明することにより、一定の持株要件を満たした少数株主が、検査役の選任を裁判所に申し立てることができるという内容のものになると思われます。ドイツ法上、このような一般会社法上の特別検査制度が存在しますが（株式法142条以下）、この他に、企業結合法上の特別規制としての特別検査役制度が存在します。それは、株式法315条が規定する特別検査制度であり、決算検査役や監査役会が従属報告書に異議を唱えた場合または子会社の取締役が親会社により子会社が侵害されたにもかかわらずその不利益が補償されていないと宣言する場合、すべての株主が検査役の選任を裁判所に申し立てることができるとされています⁶⁹。1998年のヨーロッパ・コンツェルン法フォーラムの提言は、当時EU指令により実現されると考えられていた特別検査制度に期待をかけ、株式法315条のような企業結合法上の特別の特別検査制度を導入することは予定していません。

日本法においては、ドイツ法のような検査役制度が存在します。すなわち、会社の業務執行に関し、不正の行為または法令もしくは定款に違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、3パーセントの議決権もしくは株式数を有する株主は、会社の業務および財産の状況を調査させるため、裁判所に対し検査役の申立をすることができます（会社法358条1項）⁷⁰。将来の会社法改正においては、この一般会社法上の検査役制度の申立要件をドイツ法にならひ拡大し、1パーセントの議決権もしくは株式数を有する株主は検査役選任を裁判所に申し立てることができるとする⁷¹とともに、企業結合法上の特別の特別検査制度を導入するべきであると思います。それは、企業結合法上の要請に基づく検査役の選任の要件が、将来導入されるべき従属報告書制度を前提に具体的に構築されるべ

⁶⁹ Hüffer, Aktiengesetz, 9. Aufl., MünchKbN 2010, §315 Rdnr. 2.

⁷⁰ 高橋英治『会社法概説』183頁（中央経済社、2010年）。

⁷¹ 高橋英治「日本における閉鎖的資本会社の発展と法」商事法務1914号4頁以下（2010年）、Takahashi, Zur Reform des Gesellschaftsrechts in Japan und deren Wirkung auf geschlossene Kapitalgesellschaften in der Praxis, AG 2010, 817 ff.

きであり、そもそも決算検査役や監査役会が従属報告書の承認を拒絶した場合にはすべての株主に検査役選任を裁判所に申請できるとすべきであるからです(株式法315条1項参照)。それは、現行の日本法上の株主代表訴訟の体系を前提とすると(会社法847条3項参照)、親会社の子会社に対する侵害行為を理由とする親会社の損害賠償責任追及のための代表訴訟は子会社の株主であればだれでも提起できるとすべきでしょうが、検査役選任申立権は、その代表訴訟提起の前提をなす調査等を株主が行わせるための権利であり、代表訴訟提起権が単独株主権として構成されている以上、そのための調査等の請求権も、単独株主権とされるべきであるからです。」

質問者・新津和典(岡山商科大学法学部准教授)

「ドイツにおけるコンツェルン形成の出発点は税制優遇措置であったとお教えいただきました。これをめぐっては、ドイツでは特に前世紀の前半、経済集中の必要性から、企業を集中させ経済を集中させなければ国家経済そのものが成り立たないという認識のもとに、国家主導で、この税制優遇措置というインセンティブを企業に与える形で、意識的にコンツェルンが形成されてきたとされ、このようなドイツの特殊事情が我が国には存在しないと指摘されてきました。

ドイツのコンツェルン法からわが国が示唆を受けるに際して、かかるドイツの特殊事情をどのように捉えるべきか、先生のお考えをお教えいただければ大変ありがたく存じます。」

回答

「新津先生、先生の御専門のドイツ会社法からの深い御指摘と御質問、どうもありがとうございました。ドイツ株式法上のコンツェルン規制は、今日お話ししましたように、契約主義と呼ばれる特殊な規制方式を採用しており、その導入の背景としては、租税法上の優遇措置が存在しました。ドイツのような、租税法上の特殊事情がない日本におきましては、契約コンツェルンの制度を導入しても、日本の親子会社が、自らすすんで企業契約

（コンツェルン契約）を締結するのか、疑問であります。したがって、日本が将来本格的な企業結合法を導入する場合には、事実上のコンツェルンを規制の中心にすえるべきであると思います。」

質問者・清水円香

（九州大学大学院法学研究科准教授。現在、立命館大学法学部准教授）
「高橋先生へのご質問は以下の通りです。

1 事実上のコンツェルン規制の不利益補償制度における不利益の算定の仕方について

たとえば親子会社間の取引において、独立当事者間取引における取引条件と当該取引における取引条件の差がそのまま子会社の不利益として算定されるのか、あるいは、独立当事者間取引と比較すると子会社に不利な取引であるが、企業グループ全体の利益を考慮すれば、当該取引を行うことが長期的には子会社の利益につながるという場合、そのような長期的利益を差し引いて子会社の不利益が算定されるのか。

2 親会社の指図により子会社取締役がなした行為や措置の子会社株主への開示について

この点について、高橋教授は、株主への情報開示の要請と同時に、コンツェルンにおける営業秘密の保護の要請にも配慮をしなければならないとして、ドイツの事実上のコンツェルン規制における従属報告書の制度を日本法にも取り入れつつ、営業秘密の保護のため、これを株主に開示することはせず、株主への情報開示の要請には、特別検査により対処するという方法を提案される。その際、株主が検査役を選任するために必要な情報収集の手段がさらに必要となるという問題が残ることを指摘される。これについて、フランス法では、会計監査役が支配従属会社間の取引に関する報告書を作成し、株主総会に提出することが要求されている（フランス商法L225-40条3項）。フランスの学説では、会計監査役を介在させることにより、株主に対し整理された情報が通知されることのほか、営業秘密等競業者に公開することが望ましくない事項をそのままの形で開示せずに済む

点で、この制度は評価されている。また、この制度の下では、特別検査のように、検査役選任のための情報収集手段が必要となるという問題が解消される点でも優れているように思われる。高橋先生はこのようなフランス法の解決方法をどのように評価されるか。以上です。フランス法の会計監査役職務等については、鳥山恭一「フランス会社法とコーポレート・ガバナンス論」奥島先生還暦記念『比較会社法研究』（成文堂、1999年）において説明がなされております。

よろしくお願ひ致します。」

回答

「清水先生のようなフランスの企業結合法研究の第一人者から御質問を頂くことは、私にとりまして、大変光栄であります、

まず、一点目ですが、戦前のドイツにおいて、大株主が故意に会社に対する影響力を利用して会社に損害を与えた場合、「保護に値する利益」にとって有益な利益を取得するために影響力を行使する場合、当該損害賠償責任は発生しないという規定がありました（1937年株式法101条3項）。この規定における「保護に値する利益」について、株式法の公式理由書は、これは「コンツェルン利益」のことを指すと解していました。かかる解釈は、コンツェルン全体の利益が個々の子会社の利益に優越するという戦前のドイツの全体主義的発想からくるものであると考えられます。1965年株式法におけるコンツェルン規制は、戦前の全体経済重視の姿勢に対する反省から生じました。その基本思想は、子会社の利益を標準に考えるというものであります。ドイツ株式法が、不利益補償制度（株式法311条）などの例外を除いて、独立当事者間取引の思想を基本的に維持するというようなことは、以上のような戦前の全体主義に対する反省から生じたものであります。現在の通説によると、親子会社間の取引において、独立当事者間取引における取引条件と当該取引における取引条件の差がそのまま子会社の不利益として算定されます。現在の通説上、コンツェルンへの帰属を不利益補償における利益とみなすと子会社の保護が十分にはかけないとして、

この考えを支持する者は、私の知る限り存在しません。以上の点について興味を持たれた方は、高橋英治『企業結合法制の将来像』20頁以下（中央経済社、2008年）を御参照下さい。

続いて、第二点目ですが、フランス法では、会計監査役が支配従属会社間の取引に関する報告書を作成し、株主総会に提出することが要求されているという点につきまして、大変興味深い御指摘どうもありがとうございました。私も、清水先生の御指摘のとおり、以上の会計監査役の制度は、営業秘密漏洩を防ぎ、同時に支配従属会社間の取引を監督するために有効な制度であるとは思いますが、しかし、私は、子会社の保護という点では、この制度は十分であるとは思えません。例えば、子会社がある新事業に進出しようとして親会社にお伺いを立てたところ、親会社は同種の事業に着手しようとしていたために、子会社に新事業の着手を断念させた場合、以上のフランス法の会計監査役の報告書制度では、この不作為の事実は報告書にはそもそも記載されないと想定されます。また、会計監査役には、かかる不作為が子会社の利益に対していかなる影響を与えたか算定する能力がそもそも欠けているといつてよいでしょう。会計監査役による報告書制度の有効性は親子間取引関係の監査に限定されるのではないのでしょうか。」