

# 企業結合・企業再編に関する法規制の現状と課題

早川 勝

## 目次

はじめに

### 第I章 合併

第一節 合併実務

第二節 ドイツ法との主要な相違点

第三節 合併法制に関する改正計画

### 第II章 会社分割

第一節 分割法導入の経緯と規制の基本的構造

第二節 会社法と労働法との交錯―商法改正附則と労働契約承継法との関係

### 第III章 持株会社（株式交換・株式移転）

第一節 持株会社の原則的解禁の経緯

第二節 持株会社創設に関する商法上の規制の特徴

第三節 持株会社における責任の問題―ドイツコンツェルン法における新たな判例の展開からの示唆

おわりに

## はじめに

日本の企業は、大企業集団であれ中小規模の会社であれ、合併や企業再編によるリストラクチャリングにより、経営の合理化、競争力の強化、不振部門の立直しを<sup>(1)</sup>図っている。その成否は、企業結合法制および企業再編規制が機能しているかどうかによるところが多く、そのため会社法は特に大きな役割を担っている。

現在頻繁に利用されているこのような企業結合や企業再編は、一九九七年（平成九年）から二〇〇〇年（平成一二年）までの間に行われた法律の整備によるものである。それは、まず一九九七年（平成九年）の独占禁止法の改正に遡る。同法は、憲法九条と同様に従来タブー視されてきた九条の持株会社禁止規定を原則的に解禁した。さらに、同年、商法改正による合併手続の簡素化・合理化が実現した。その後、一九九九年（平成一一年）の商法改正における株式交換・株式移転制度の導入によって完全親子会社関係の設立を可能とし、持株会社の簡易な創設方法が商法上制定された。また、その翌年の二〇〇〇年（平成一二年）年の商法改正においては、会社分割規制が導入され、企業組織の再編に関して他の先進諸国とほぼ同様な法制度が整い、企業再編法という名称を冠することができるような分野が生成・発展してきた。これら一連の商法改正については、一昨年から特に頻繁に繰り返されてきた経済における基本法である商法の改正も含めて、政治的色彩が色濃くなっていることから、果たして産業政策実現のための政策立法に経済基本法である商法がその最前線に立ったりあるいはこれに追従するようなことが本来の姿かどうかについて批判的な指摘がある<sup>(2)</sup>。それに対して、企業結合・企業再編に関する法律の整備は、これを推進しようとする観点から

は、日本企業の競争力強化や企業経営の効率化の目的で企業のリストラクチャリングを容易化するための手法を拡大することであると説明される<sup>(3)</sup>。もちろんそのような側面を持っていることは否定できないが、比較法的にみれば、この法分野の法制度がかなり不備な状況にあったことからすれば、むしろ、わが国の会社制度を国際的水準に高めるために必要な改正であったことは否めない。

以下では、わが国とほぼ同じ時期に同様な経済的環境の下で会社法の分野において制度改革を実施してきたドイツを意識しながら、まず、企業再編法の基礎となる手続を定める合併法制について触れ、つぎに、それぞれの企業結合・企業再編制度について、改正されたり、新たに導入された規制について、その概要を紹介し、それぞれの問題点について指摘し、さらに、立法課題などについて整理紹介して、猛スピードで改正街道をまっしぐらに突進してゆく商法（会社法）の歩みをフォローするための準備作業としたい。

(1) 合併、分割、営業譲渡については、独占禁止法上、公正取引委員会に事前に届け出ることになっている。しかし、一九九八年（平成一〇年）に独占禁止法第四章関係の届出・報告の対象範囲に関して、資産規模を基準とする改正がなされた結果、届出の対象範囲が縮小されることになった（合併の場合には、総資産が一〇〇億円を超える会社と総資産一〇億円を超える会社との合併の場合であり、この基準が原則的に共同新設分割・吸収分割、営業譲渡に採り入れられている、同法一条二項、一五条の二第二項・第三項、一六条）。公正取引委員会によれば、平成一二年度には一七〇件、一三年度には一七二件であり、減少傾向にある。大元慎二・商事一五六七号二七頁以下（二〇〇〇年）、同・商事一五九八号二四頁以下（二〇〇一年）、石谷直久・商事一六三四号一二頁以下（二〇〇二年）参照。なお、東京商工リサーチが行なった官報公告掲載数の調査結果によれば、合併については、一九九五年度は二、七二四件、一九九六年度は二、四〇四、一九九七年度は、

二、三二七、一九九八年度は三、〇八四件、一九九九年は三、七五八件で、前年度よりも増加している。分割については、二〇〇二年四月から二〇〇三年三月末までの一年間に、六五〇社で前年度（三八社）よりも増加している（東京商工リサーチ二〇〇三年四月一四日公表）。

(2) 森本滋『会社法講義』二五頁（有信堂・二〇〇一年）、同旨、川村正幸「会社法大改正の経緯と意義」金融商事判例増刊号一一六〇号（二〇〇三年）四頁。

(3) 参照、川村・前掲注(2)七頁。

## 第1章 合併

### 第一節 合併実務

合併には吸収合併と新設合併の方法がある。実務では、新設合併の利用はまれで、吸収合併の方がよく利用されている。その理由は、新設合併の場合には、解散会社を受けていた営業の許可・認可を承継ができないこと、証券取引所の上場資格などが消滅し、再度申請が必要となること、すべての当事会社が解散すれば、どの会社の株券も回収して新株権と交換しなければならず、公開会社の場合には、その間、株式売買が停止すること、登録免許税額が高くつくなどのためである。<sup>(4)</sup> これらの理由により、経済的に対等合併といわれるケースでも、吸収合併の手続が利用される。<sup>(5)</sup>

#### (1) 合併手続の概要

実際に良く利用されている、吸収合併の手続は、二社の合併を例にとれば、次のような順序で行われる。

まず、両当事会社の代表者が、直接、あるいは、金融機関などの第三者の仲介により、合併の可能性や条件について交渉や協議を重ねる。協議が調えば、合併契約書を作成する。通常は、合併契約書の作成に至る交渉の過程で、基本的な合意事項について、当事会社の代表者間で、「合併覚書」と呼ばれる書面が作成され、公開会社の場合には、報道機関に対して合併の公表がなされる<sup>(6)</sup>。合併契約書は電磁的記録による作成が可能である(商四〇八条二項)。合併契約書は株主総会の特別決議によって承認する(商四〇八条一項・四項)<sup>(7)</sup>。代表者が合併契約書に調印してから承認決議をする例が多いが、その順序は逆でもかまわない。合併承認決議があつた後二週間前から両者の合併資料を各本店に備え置いて、株主と債権者に閲覧させる(商四〇八条ノ二)(事前開示)。承認決議があつた後二週間内に債権者保護手続をとる(四一二条)。株式の割当比率が複雑なときには、株式を分割または併合して単純化する。株式併合のためには株券提出等の手続をする。合併期日に消滅会社の財産を存続会社に引き渡し、消滅会社の株主に存続会社の株式を割り当てる。保有している自己株式を割り当てることもできる。この手続が終了した段階で合併は実質的に完了するが、合併の効力が生ずるためには登記が必要である(商四一四条一項、四一六条一項、一〇二条)。その後、六か月間、合併手続の経過や財産承継の状況等を示す資料を本店に備え置いて、株主と債権者に閲覧させる(商四一四条ノ二)(事後の開示)。存続会社にあまり影響を及ぼさない合併の場合は、承認決議は不要であるが(簡易合併)、消滅会社の決議は省略することができない<sup>(8)</sup>。

## (2) 合併に関する解釈上争いのある問題

合併に関して争いがある主要な問題は、後述する立法的検討が明確な問題を除けば、次の問題である。

(a) 交付金合併 (cash-out merger)

アメリカの州会社法では、消滅会社の株主に対して、消滅会社の株主に対して支払われる一定額の金銭である合併交付金を支払うだけで、存続会社株式の割当をしない合併が認められている。わが国では、合併交付金は、割当比率の調整のため、または消滅会社の決算期が合併承認決議後・合併期日前に到来するが、合併期日前に定時総会が開催できないので、その株主に対して最終の利益配当・中間配当ができない場合に、それにかえるために合併交付金が合併契約書に定められる(商四〇九条四号、四一〇条四号)のが通例である。通説は、割当比率の調整に必要な限度を超えて合併交付金を交付することは違法と考える。<sup>(9)</sup>これに対して、規定の文言・母法であるイタリヤ法およびドイツ法の比較法的考察、ならびに立法の沿革に照らしても株式を全く発行せずに合併交付金の交付だけで合併することが認められるとする見解が主張されている。<sup>(10)</sup>実際にも、閉鎖会社の合併では、存続会社側のみならず、解散会社の株主の側にも閉鎖会社の株主になるより現金を交付された方がよいとして、支持する見解もある。<sup>(11)</sup>この方法による場合には、譲渡損益の計上繰り延べを認め、解散会社の繰り越し欠損金等を存続会社が承継できる税制上の優遇措置である「適格合併」の要件を充足しないので(法人税法二条一二号の八)、当事会社およびその株主の税制上の負担は重たくなる。したがって、解釈上可能としても、税法上の措置が維持される場合、実務における利用は制限されよう。

(b) 外国会社との合併

日本法に基づき設立された会社と外国会社との合併が認められるかどうかについては、見解が対立している。外国

会社との合併は認められないとする見解は、その理由として、外国会社は、日本法上相互に合併できる会社の種類に当たらないこと、さらに、登記所（法務局）に審査する能力がないことを根拠にあげる。<sup>(12)</sup> 実務もこの立場を支持している。<sup>(13)</sup> これに対して、国際私法上のいわゆる配分的適用の問題であるという観点から、適用すべき実質的な法規範については、外国会社は、法律または条約によって認許された外国法人は、日本に成立する同種の者と同一の私権を有することを認める民法三六条二項が定める「同種の者」と解することができ、したがって、相互に合併が認められる種類の会社間（たとえば日本の有限会社とドイツの有限会社）であれば可能であるとする見解が主張されている。<sup>(15)</sup> 認容説は、存続会社の従属法が十分な救済手続を設けていなければ、日本の解散会社の株主・債権者が不利益を被ることになる。そのため、その場合には、解散会社の旧本店所在地の地方裁判所に合併無効の訴えの管轄を認めるべきだと主張する。<sup>(16)</sup> 株主・債権者がこのような方法で保護されるなら、解釈上、日本と外国の同種の会社の合併を認めることに問題はないと思われる。<sup>(17)</sup>

## 第二節 合併法制の基本構造―ドイツ法との主要な相違

### (1) 一九九七年商法改正による手続の合理化

#### (a) 報告総会の廃止

一九九七年改正前には、吸収合併の実質的な手続が完了すると合併の経過を説明する報告総会を合併期日から合併登記の間に開催しなければならなかった（旧商四一二条）。しかし、総会開催の意味は少ないだけでなく、開催しな

いと登記ができず、費用と時間がかかり、さらに開催までに法律関係や会社財産が変更すると合併契約書で記載した事項など明確性を欠いてしまうことになるという問題があった。そこで、合併報告総会を廃止して、その代わりに合併の効力が発生した後に報告資料を備え置く制度を設けたのである。<sup>(18)</sup> この改正の際に、それ以外の合併手続も簡素化・合理化され、さらに合併手続の簡素合理化、情報開示の充実・強化、合併記載事項の整備が行われた。<sup>(20)</sup> 合併法制は、その後の商法改正の際に、それぞれの改正に対応した手直しがなされたが、合併法制の重要な基礎は、一九九七年の改正によって改築されたものである。<sup>(21)</sup>

つぎに、債権者保護手続の合理化に関する改正として、債権者に対する異議申述の催告手続や異議申述があったときの会社の対応について大幅に緩和した。とくに、異議の申述について官報および定款で定めた日刊新聞紙(会社公告紙)においても掲げて公告するときは、知れた債権者に対する各別の催告は不要となった(商一六六条一項九号・四項)。さらに、債権者が合併に異議を述べたときは、会社は、弁済をなすか相当の担保を提供するなどは従来と同様であるが、合併によって債権者を害するおそれがないときは不要とした(商四二二条・一〇〇条三項)。従来のように知れた債権者に対する各別の催告手続は会社にとって過大な負担であったし、債権者にとっても、合併後に弁済期が到来した時に債務が確実に弁済されることが最大の関心事であるので、そのことが確保されさえすればこのような手続の緩和は問題とならないからである。改正法が個別の催告を一定の公告方法と結びつけたことにより従来の債権者に対する保護の水準が維持されると考えられた。<sup>(22)</sup> 逆に、合併手続を遅延させる目的でいやがらせのために異議の申立が利用される可能性は少なくなる。債権者の利益を害するおそれの有無については会社が判断して、それを証明



する書面を変更または設立の登記の申請書に添付する（商業登記法九〇条三号、九一条一号）。それに対して、債権者が自己の利益が害されると判断するときは、合併無効の訴えを提起する（商四一五条）（事後的保護）。債権者保護手続は、合併登記による合併の効力発生までに完了する必要がある。合併無効の訴えの提起による債権者の司法救済は、従前のような合併に関する異議の申立という事前の保護から、事後的保護に重点が移行している。そのため、債権者は、その前提として、事後にも備置書類の閲覧権が認められている。しかし、このような保護措置が機能するためには、与えられる情報が適切でかつ適時に行われる必要がある<sup>(23)</sup>。

(b) 合併に関する情報開示の充実

合併手続の簡素化と合理化が、株主・債権者の利益保護の水準を低下させないようにするために、一九九七年改正法は、合併契約書の記載事項を追加して合併情報の質を改善し、総会の前後における情報の開示および開示期間と合併決議の無効の訴えの提起期間とを結合させている。

合併情報について事前の開示を充実させるために、備置すべき書類として、従来は貸借対照表だけでよかったが、さらに、総会の前六月以内に作成された新しい合併貸借対照表（商四〇八条ノ二第一項三号）、最終貸借対照表（同項四号）、合併比率算定理由書（同項二号）のほか損益計算書（同項五号、六号）の書類が追加された。

さらに、事後開示制度の創設が重要な保護措置となる。つまり、合併登記によって合併の効力が発生した後にも、合併に関する事項は引き続き継続して開示される。これは、直接には、報告総会・創立総会の廃止に伴う代替措置である。開示される書類は、改正前に大会社の場合には、報告総会・創立総会の招集通知に添付書類として株主に送

付されていたものと同様である(商四一四條ノ二第一項)。六か月間という本店における書類の備置期間も合併無効の訴えを提起するかどうかの判断資料を提供することを目的とするので、合併無効の訴えの提起期間(商四一五條三項・一〇五條一項)に合わせている。適正な合併手続がなされることに対し株主および債権者の重要な武器となる。<sup>(25)</sup>

(2) 合併の公正さの維持

適正な合併比率の確保は、株主の利益に重要な影響を与える。そこで、ドイツにおいては、裁判所の選任する合併検査役が合併条件が公正かどうか調査する(ドイツ組織変更法九條―一二條)。これに対して、わが国では、現物出資の場合のような検査役の調査は、合併の場合には行われない。それでは、合併条件の公正を手続的に保障するためどのような制度になっているのであろうか?

合併比率は、当事会社が決定制し、それが合併契約書に記載される(商四〇九條二號・四一〇條二號)。合併契約書は、総会決議によって承認されるので、合併比率の算定の基準に関する情報として算定理由書を作成し、総会の二週間前から合併の日(合併登記)後六か月を経過するまで、本店に備置して、株主がこれを閲覧して賛否を判断し、救済措置を求めるかどうかの資料として利用できるようにしている(商四〇八條ノ二第一項二項)<sup>(26)</sup>。しかし、通常の株主が、そのような資料によって合併比率が公正であるか適切に判断できるかどうか問題である。したがって、企業価値または株価の評価に関する専門家がこの理由書を作成するのが望ましいとされる。<sup>(27)</sup>しかし、専門家による評価についても、その適正性の確保が株主の利益確保に必要不可欠であるとして、わが国でも検査役の調査を要求する立法論が主張されている。<sup>(28)</sup>

合併に関する判例も合併比率の適正さに関する事案が目立っている。まず、不当な合併比率による合併の場合にも、株主間の不公平が生ずるだけで、合併後の会社自体には損害が生じないとして株主代表訴訟によって取締役の責任を追求することを認めないとする判例がある<sup>(29)</sup>。さらに、裁判所は、株式買取請求権が認められていることを理由に、合併比率の不公正が合併無効事由にならないとする<sup>(30)</sup>。しかし、特別利害関係人の議決権行使によって著しく不当な合併条件が決定されたときは、合併承認決議の取消事由（商二四七条一項三項）となる<sup>(31)</sup>。いずれにしても、合併自体には賛成であるが、合併比率に反対の株主は、株式買取請求権を行使して会社から離脱するしかない。ドイツにおけるように、不公正な比率の問題を切り離して別の手続で是正し救済を図る方法が立法的に参考になる<sup>(32)</sup>。

### (3) 簡易合併

一九九七年改正法のいわば目玉とされているのが、諸外国でも認められている簡易合併制度である。これには「鯨が小魚を呑む」という比喻で説明されるように、大規模会社が小規模会社を吸収合併するとき、存続する大規模会社では、株主総会の合併契約書承認決議を省略できるとする制度で、株式会社についてのみ認められる（商四一三条<sup>(33)</sup>ノ三）。鯨である存続会社の株主の利害に重要な影響を及ぼさないからである<sup>(34)</sup>。従って、株主の利益に影響を及ぼす合併によって消滅する小規模会社では、合併承認総会決議を省略することができない。

簡易合併の要件は、株式会社を存続会社とする吸収合併であり、①存続会社が合併に際して発行する新株の総数がその会社の発行済み株式総数の二〇分の一を超えず、かつ、②消滅会社の株主に支払いをなすべき金額（合併交付金）が最終の貸借対照表により存続会社に現存する純資産額の五〇分の一を超えないときである。

株主および債権者保護の要となるのは、合併情報の開示である。存続会社は、合併契約書の作成の日から、二週間以内に、総会決議なしで簡易合併をする旨を公告し(商一六六条一項九号・五項)または各株主に通知しなければならない(商四一三条ノ三第四項・四九八条一項二号)。さらに、同じ期間内に、債権者に対して合併異議の申述の催告をしなければならない(商四一三条ノ三第九項)。存続会社は、右の公告・通知のいずれか早い日から、合併契約書・合併条件算定理由書等の備置・閲覧を開始する(商四一三条ノ三第九項)。合併に反対の株主は、公告・通知の日から二週間以内に会社に反対の意思を書面で通知した後に株式買取請求権を行使できる。会社の承諾があれば、電磁的方法によって行うこともできる(商四一三条ノ三第七項・電磁政令(二〇〇二年政令二〇)五条、商法施行規則(二〇〇二年法務二二)六条)。存続会社の総株主の議決権の六分の一以上を有する株主が、反対の通知をした場合には簡易合併を行うことができない(商四一三条ノ三第八項、商業登記法九〇条九号)。もし総会が招集される場合には、特別決議による合併の承認を阻止できることになるからである。<sup>(36)</sup>

親会社は、簡易合併制度を利用すれば、子会社を吸収合併する場合に煩瑣な手続をとらなくて済む。子会社吸収合併の場合には、反対株主の株式買取請求権が親会社社会社の少数株主の保護として機能する。<sup>(37)</sup>これに対して、ドイツにおける簡易合併の要件は、親会社が発行済み株式総数の九〇パーセント以上を有する子会社を消滅会社とする合併をなす場合に限り、合併承認総会決議が不要とされる(ドイツ組織変更法六二条一項)。したがって、ドイツでは、日本の場合と異なり、消滅会社についても合併承認総会決議を不要とすることができる。日本においてもこのような規制が参考となる。

なお、簡易合併とは異なるが、完全親子会社相互間の合併については、各取締役会が決定する。重要な事項については、親会社の取締役会決議が必要である。<sup>(38)</sup>

#### (4) 株式買取請求権

合併の承認決議に反対した株主は、会社に対して自己の株式を公正な価格で買い取することを請求することができる<sup>(39)</sup>。(商四〇八条ノ二)。

反対株主が株式買取請求権を行使するためには、総会前に書面(電磁的方法も可能である)で会社に反対の意思を通知し、総会で反対しなければならぬ(商四〇八条ノ三第一項)。決議後二〇日以内に限り株式の種類と数を記載した書面(電磁的方法も可能である)を会社に提出する(商四〇八条ノ三第二項・二四五条ノ三第一項)。

株主が、株式買取請求をしたときは、会社は、当然に、株式を公正な価格で買い取るべき義務を負う。公正な価格とは、決議がなされなかったならば有したであろうと客観的に認められる価格である。<sup>(40)</sup> 買取価格については、まず株主と会社が協議して決定し、決議の日から六〇日以内に協議が調わない場合は、株主は、その後三〇日以内に裁判所に価格の決定を請求することができる(商四〇八条ノ三第二項・三四五条ノ三第四項・非訟事件手続法一二六条一項・一三二条ノ六)。市場価格が存在する場合においても、株価、資産の時価評価額、将来にわたる収益力等が統合比率の算定に当たって基準となる。しかし、経営人や従業員の立場やメンツにもこだわる企業の風潮があり、実務では重要な影響を及ぼしていることについてはすでに指摘した。買取価格に関する決定方法に関する手続きについては既述した規定が設けられているが、市場価格がない場合の決定方法は複雑である。<sup>(41)</sup> 企業会計審議会は、企業合併会計に

ついで、被買収企業の資産などを時価評価する時価評価方式を原則とする方向を決定したと伝えられる<sup>(42)</sup>。これによつて、株式買取価格の会計額上の算定方式の一層の明確性が期待される。

### 第三節 合併法制に関する改正計画

#### (1) 改正理由

政府は、二〇〇五年には、企業活動の国際化の進展に伴い、国際的な企業再編を容易にするという観点の下で、企業再編を容易にするために、合併手続の大幅な規制緩和を企図している<sup>(43)</sup>。検討の対象は、既述した金銭合併<sup>(44)</sup>や持株会社を設立するための方法である、存続会社である親会社の株式を合併対価とする三角合併である。さらに、合併会計処理の合理化もまもなく実現する予定である。つぎに、合併会計の問題について簡単に述べる。

#### (2) 合併会計

一九九七年商法改正は、合併会計に関する改正案については積み残したため明確なルールを欠くことになるとの批判<sup>(45)</sup>があつた。

わが国の実務では、存続会社が合併により消滅会社の財産・債務を承継する場合に、原則として、持分プーリング方式<sup>(46)</sup> (pooling of interests method) <sup>(46)</sup> が利用され、合併差損を消去する必要がある場合に、資産の評価替え・のれんの計上が行われている<sup>(47)</sup>。これに対して、国際会計基準は、合併の経済効的実質が一方当事会社による他方の取得の場合

であるときには、パーチェス方式 (purchase method)<sup>(48)</sup> を強制し、当事会社が対等でどちらが取得側か識別できないときにし適用を認めない (IAS 22)。金融庁の企業会計審議会は、今年四月に、企業合併の会計処理を、原則として、時価評価方式に統一する方針を決定した<sup>(49)</sup>。資産などを時価評価して含み損益を表面化させて、合併当事会社の株主に對して透明性を高めるためである。合併する両企業の資産や負債を簿価のまま新会社に引き継ぐ持分プーリング方式も対等合併の場合に例外的に限定的に認められる。新方式は、二〇〇六年四月から適用される予定である。

### (3) 三角合併<sup>(50)</sup>

銀行などの金融機関が、持株会社 (銀行持株会社) を創設する手段として、三角合併の制度が一九九七年に銀行持株会社法の特例法 (銀行持株会社のための銀行などにかかる合併手続の特例などに関する法律) において認められた。これによれば、既存の銀行 (A) が銀行持株会社となるべきBを子会社として設立し、かつ、Bが子会社C (存続銀行) を設立した上で、CがAを吸収合併し、消滅会社Aの株主が、Cから取得した合併新株を合併契約書の定めに従い現物出資の目的としてBに給付することによって、Aの旧株主を株主とする銀行持株会社を創設することができる<sup>(51)</sup>。

このように、三角合併は、存続会社または消滅会社の親会社の株式を合併対価として行われる。この方法によれば、閉鎖会社の企業再編が行いやすくなること、アメリカの会社との統合も促進できる<sup>(52)</sup>ことになる。

しかし、この方式がかなり複雑であるため、制定された後に果たして実務において実際に利用されるかどうか疑問がある。銀行の持株会社化を促進するために制定された「銀行持株会社法」は、この方法を基本構想としていたが、

その手続きの複雑さのために、これまでのところ利用されることなく、別の方式による持株会社の実現したからである。

- (4) 吸収合併であれば、合併による資本増加額の一〇〇〇分の一・五であるのに対して、新設合併の場合には、新設会社の資本金の一〇〇〇分の一・五である（登録税別表第一「一九」（一）ホ・ヘ）。
- (5) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第二版）』六三七頁（有斐閣・二〇〇二年）。住友化学と三井化学とは、まず、二〇〇三年（平成一五年）一〇月に持株会社「三井住友化学」を設立して、両者の傘下の事業会社を吸収し、経営統合するとの計画を三月末に白紙撤回した。両者は、基本合意から二年四か月の間に、首脳人事、人事・賃金制度、組織まで決定してきたが、最後までこだわった「対等の精神」のために統合比率を巡る資産評価で折り合うことができなかったことが統合破局の理由とされる、平成一五年四月三日付日経社説参照。統合を発表していた大正製薬と田辺製薬、石川島重工業と川崎重工業、帝人と杏林製薬の破談も「対等」への呪縛が原因とされる。
- (6) 公開会社は、合併について公表がなされると遅滞なく、内閣総理大臣に臨時報告書を提出しなければならない（証券取引法二四条ノ五第四項、企業開示法一九条二項七号の二）。合併は、インサイダー取引の関係で重要事実とされている（証券取引法一六六条）。非公開会社でも、発行する新株の発行価格の総額が一億円以上に相当する合併を行う場合には、内閣総理大臣に対して有価証券通知書を提出しなければならない（証券取引法四条第五項、企業開示法六条）。
- (7) 特別決議の要件については、二〇〇二年の商法改正によって、出席株主の定足数が総株主の議決権の三分の一以上に低減されたので（商三四三条二項）、決議の成立が従来よりも容易となった。
- (8) 公開会社の場合には、合併の一方当事会社が、上場会社・店頭登録会社であれば、合併に関して取引所・証券業協会に通告しなければならない（東京証券取引所・上場有価証券の発行者の通告等に関する規則五条三項）。市場における公正な価格形成と投資家保護の保護をはかるためである。さらに、競争制限となる合併は独占禁止法上禁止されており（独占禁止法



一五条一項)、一定規模以上の合併は、公正取引委員会に事前に届け出なければならず、届け出た会社は、届出受理の日から三〇日を経過するまでは合併してはならない(独占禁止法一五条二項・四項)。これらの証券取引所等への通告や公正取引委員会への届出は、合併当事会社間の合併交渉が成立する前の段階で行われる。

(9) 合併の本質については、当事会社が合体する組織法上の特別の契約であるとする見解(人格合一説)(鈴木竹雄||竹内昭夫『会社法(第三版)』四九八頁(平成六年・有斐閣))と消滅会社とその財産を現物出資し、それによって存続会社が資本を増加しまたは新設会社が設立されると考える説(現物出資説)(大隅健一郎『会社合併の本質』『商事法研究(下)』一三三頁(有斐閣・一九九三年))とが対立している。しかし、いずれの立場によっても具体的問題の解決には相違は見られない、田村諄之輔『合併手続の構造と法理』一九頁以下(有斐閣一九九五年)参照。しかし、右の現物出資説によれば、存続会社の株式を割り当てない合併が認められないことがより明確に説明できる。

(10) 柴田和史「合併法理の再構成(六・完)」法学協会雑誌一〇七巻一号六〇頁(一九九〇年)。しかし、既存の会社を解散会社、その多数派株主だけを株主とするペーパー・カンパニーを存続会社とする交付金合併の場合には、少数派株主の追い出し(squeeze-out)に利用される可能性があると批判されている、中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』一四六頁以下(信山社・一九九九年)。

(11) 江頭・前掲注(5)六三四頁注二。なお、参照、同『結合企業法の立法と解釈』(有斐閣・一九九五年)三〇六頁。

(12) 龍田節「国際化と企業組織法」『現代企業法講座二・企業組織』三二七頁(東京大学出版会・一九八五年)。「会社法論(初版)下II」四六頁(有斐閣一九九一年)は、商法の合併に関する規制は、内国会社に関するもので、外国会社は、商法上の会社でないことを理由とする。

(13) たとえば、菊池伸一『合併・営業譲渡』七頁(中央経済社・一九九七年)。

(14) 早川吉尚「国境を越えたM&Aの抵触法的規律」立教法学五九号二五八頁(二〇〇一年)、同「外国会社との合併・株式交換をめぐる法的規律(一)問題の所在・国際私法からの分析」商事法務一六二二二号(二〇〇二年)三〇頁。

(15) 日本の当事会社の株主・債権者で、外国会社と合併することにより不利益を被ると思う者は、株式買い取り請求権を行使

し、または債権者保護手続上異議を述べることができるところから、抵触法上は、各当事会社の従属法が定める手続要件が充足されることにより合併は成立する、江頭憲治郎「商法規定の国際的適用関係」『国際私法年報』二〇〇〇年(二〇〇〇年)、同・前掲注(5)・六三九頁。なお、落合誠一「国際的合併の法的対応」『ジュリスト』一一七五号三八頁(二〇〇〇年)は、当事会社の準拠法を結合ないし連結することによって可能である、とする。

(16) 江頭・前掲注(5)・六四〇頁注(5)。

(17) 結論同旨、稲葉威雄『改正会社法』一一七頁(金融財政事情研究会・一九八二年)。

(18) 新設合併については、創立総会と設立委員会の制度が廃止された。

(19) 総合的検討としては、以下の特集がある。特集「平成九年商法改正」『ジュリー』一一一六号(一九九七年)、倉沢康一郎「新しい合併手続」六頁以下、田村諄之輔「簡易合併」一二頁以下、江頭憲治郎「合併会計」一九頁以下。特集「平成九年商法改正」『金融法務事情』一四八七号(一九九七年) 菊地洋一「新しい合併手続のポイント―平成九年の商法改正―」六頁以下。特集「商法等改正案の論点・合併手続の簡素化・合理化」『企業会計』四九卷六号(一九九七年) 田村諄之輔「改正の背景と実務への影響等」一八頁以下、柴田和史「合併に関する情報開示制度の変更点―報告総会の廃止―」二五頁以下、吉原和志「債権者保護手続の合併化」三三頁以下、龍田節「簡易合併の導入」三九頁以下、岸田雅雄「計算などに関する改正点」四五頁以下。なお、拙稿「合併手続の改正」『法学セミナー』五一六号五六頁以下(一九九七年)も参照。

(20) 法案提出理由によれば、改正の目的は、「会社をめぐる最近の社会情勢に鑑み、会社の合併制度の整備を図るため、株式会社について、吸収合併の場合の報告総会及び新設合併の場合の創立総会の廃止、合併の際の債権者保護手続の合理化、株主総会の承認手続きを要しない簡易な合併手続の創設、合併に関する情報の開示の充実などの措置を講ずるとともに、(合併により)有限会社の設立を認めること…」にある、北沢正啓『北沢正啓先生古稀祝賀論文集・日本会社立法の歴史的发展』五三七頁以下(商事法務研究会・一九九九年)。菊池洋一『平成九年商法改正に伴う会社の合併法制の解説』別冊商事二〇二号(平成一〇年)三頁以下、法務省参事官室編『一問一答平成九年改正商法』(平成一〇年・商事法務研究会)七頁以下も参照。

- (21) その後も、「風の中の羽のようにいつも変わる日本の商法」と喩えられるように、商法改正は頻繁に繰り返されてきた。たとえば、平成一三年・一四年の額面株式の廃止などの株式制度の大幅な改正に対応した修正がなされ、さらに、平成一四年改正における株券提出手続に関する合理化、貸借対照表の作成方法や技術革新に対応して電磁的記録を採用することに伴う変更に合わせた改正が行われている。なお、本稿脱稿後に、法制審議会会社法部会は、七月三〇日、株式公開会社に株券のペーパーレス制度などを設ける改正要綱案を公表した。
- (22) 債権者に対する合併異議に関する情報の周知を一層徹底させるため、今後は、インターネット上に官報掲載情報を開示したり、登記所の端末の利用などIT技術の発達により情報の伝達方法の工夫は必要である、吉原和志「債権者保護手続の合理化」前掲注(19)企業会計四九巻六号三七頁。
- (23) 拙稿「合併」金融商事判例一一六〇号(二〇〇三年)一二頁以下参照。
- (24) 定款の変更、合併をすべき時期(合併期日)、利益配当等の限度額および新たな取締役または監査役に関する事項を追加した(商四〇九条一号・六号、七号、八号、四一〇条)。有限会社にも同様の規定が設けられた(有六三条一項、商四〇九条・四一〇条)。最後の事項は報告総会の廃止に伴う措置である。同様に、新設合併の創立総会が廃止されたので、商法特例法上の大会社の場合には、新設会社の会計監査人の氏名または名称を記載する(商法特例法三条六項)。
- (25) 早川・前掲注(23)一四頁。
- (26) 合併条件の不公正さは合併無効事由とはならないため、後述する株式買取請求権(商四〇八条ノ三)による救済となる。
- (27) 上場会社の合併については、証券取引所が第三者の作成した合併比率算定書の提出を求めている、山崎克也「上場会社の最近の合併・営業譲渡等に関する実体調査(上)」商事法務一四〇五号三三頁(一九九五年)。
- (28) 中村建「合併比率の公正確保」竹内昭夫編『特別講義商法I』三〇三頁以下(一九九五年)、吉本健一郎「合併比率の適性確保」法教二四三三号(二〇〇〇年)八頁。
- (29) 大阪地判二〇〇〇年五月三二日判例時報一七四二号一四一頁。これに対して、土田亮「合併比率の公正確保と株主代表訴訟」田村諄之輔先生古稀記念『結合企業法の現代的課題と展開』一三九頁以下(商事法務・二〇〇二年)。

- (30) 東京地判平成元年・八・二四資料版商事六六号九五頁、東京高判平成二・一・三二資料版商事法務七七号一九三頁、(判例評釈、遠藤美光・判例百選(第六版)一八〇頁以下)、最判平成五・一〇・五資料版商事一一六号一九七頁。しかし、学説の多数説は、著しく不公正な合併比率は無効原因となるとする。
- (31) 東京地判平成元年・八・二四判例時報一三三二号一三六頁。合併成立後は合併無効事由になる、江頭・前掲注(5)・六四四頁注(2)。
- (32) 拙稿「会社合併をめぐる訴訟類型」判タ九一七号一八一頁注22(一九九六年)。
- (33) 有限会社の場合には、定款の変更が必要となるために、社員総会の承認を省略できないので、簡易合併は認められない。
- (34) 詳細については、菊池洋一「平成九年改正商法の解説(Ⅲ)」商事一四六四号(一九九七年)一三三頁、田村諄之輔「合併手続の構造と法理」五二頁以下(有斐閣・一九九五年)、同「簡易合併」前掲ジュリ一一一六号一二頁以下、丸山秀平・基本法コンメンタール『会社法三(第七版)』一一八頁(日本評論社・二〇〇一年)など。
- (35) 二〇〇二年商法改正によって認められた委員会設置会社では、取締役会決議によって執行役に合併契約書の内容の決定を委任することができる(商法特例法二二条ノ七第三項(二二号))。
- (36) このような簡易手続は、合併の場合の他に、簡易な営業全部の譲り受け(商二四五条ノ五第一項)、簡易吸収分割(商三七四条ノ二三第一項)および簡易株式交換(商三五八条一項)においても認められている。反対株主は、同様に、株式買取請求権を有する(商二四五条ノ五第三項・三七四条ノ二三第五項・三五八条五項)。
- (37) 周田憲二「ドイツにおけるコンツェルン合併」島大法学四六巻一号(二〇〇二年)二六頁。
- (38) 龍田節『会社法第九版』四〇八頁(有斐閣・二〇〇三年)。
- (39) 株式買取請求権は、少数派の保護の強化手段として、一九五〇年の会社法大改正の際にアメリカの州会社法にならって導入された。合併の場合以外に、営業譲渡等(商二四五条ノ二・二四五条ノ五第三項―五項)、株式譲渡制限のための定款変更(商三四九条)、株式交換・株式移転(商三五五条・三五八条五項―七項・三七一条二項)、会社分割(商三七四条ノ三・三七四条ノ二三第五項―七項・三七四条ノ三一第三項)または株式会社から有限会社への組織変更決議(有限会社法六四条

ノ二・六七条五項)のような会社の基礎の変更をもたらす場合等において、持分の払戻の禁止の例外として、決議に反対の少数株主に認められている権利である。特に閉鎖会社においてその少数派の救済に役立つ。総会決議取消(商二四七条)の救済手段は、決議内容が不当であるか、違法であることが必要であるのに対して、株式買取請求権は、それとは無関係であるという利点を有する、神田秀樹「資本多数決と株主間の利害調整(1)」法学協会雑誌九八巻六号(一九八一年)八一五頁。さらに、会社財産が社外に流出するために、多数派を慎重にさせる効果もある、江頭・前掲注(5)六五五頁注(6)。既述した簡易合併の場合のように、株式買取請求権を総会決議と切り離して、少数株主保護措置として拡大されてきている、これについては、Hayakawa, *Appraisal rights in Japanese Company Law-Can They Be Used as Modern Weapon for Minority Shareholders?* in: Einhorn, ed., *Spontaneous Order, Organisation and the Law* — Lieber Amicorum Ernst-Joachim Westmacker, 2003, pp. 183 et seq. 参照。

(40) 株式に市場価格がある場合には、公正な価格としての買取価格は、原則として、直近何か月間の市場価格の終値の平均によって算出される、東京地決昭和五八・二・一〇判例時報一〇六八号一一〇頁、東京地決昭和六〇・一一・二二判例時報一七四号一四四頁。

(41) 算定方法については、江頭・前掲書注(5)一二頁、六五六頁注(9)参照。

(42) 日本経済新聞平成一五年四月四日。

(43) 始関正光「平成一三年・一四年会社法改正の全体像と今後の課題」金融法務事情一六五〇号一一頁(二〇〇一年)参照。

(44) 現金交付合併については、通商産業省産業政策局産業組織課編『会社合併・分割の現状と課題』別冊商事法務一八七号五六頁以下(平成八年)参照。しかし、現行法の下でも少数有力説はこれを認めているので、解釈による解決で十分可能である、江頭・前掲書注(5)六三四頁注(2)。

(45) 江頭憲治郎「合併会計」ジュリ一一六号(一九九七年)二〇頁など。

(46) 消滅会社の資産・負債の評価替え、または、のれんの計上を行わずに、従来の帳簿価格をそのまま引き継ぐ方式である。簿価方式によれば、合併後に時価よりも低い簿価で継承した財産を売却すれば利益がえられる。さらに、日本の経営者は対

等合併の精神を重視し、合併で相互の優劣を決めることを避ける企業風土があり、このこともこの方式を好むことが多い、といわれる。

(47) 江頭・前掲注(5)・六三七頁。

(48) わが国で時価会計方式が利用されない理由として、再評価により評価益が出ても配当可能利益が増えず、かつ、合併後の減価償却・のれんの償却の負担が増えることがあげられる、江頭・前掲注(5)・六三七頁。

(49) 四月中に、その草案が公表される予定である、日本経済新聞。前掲(42)。

(50) 三角合併については、中東・前掲注(10)一七一頁以下、四〇一頁以下に、アメリカ法上の三角合併(triangular merger)に関する詳細な研究がある。

(51) これは制度が複雑なために利用例がなく、金融機関は、一九九九年に新設された株式移転の方法によって持株会社を新設している、江頭・前掲注(5)六七〇頁注(4)。

(52) 国境を越える国際的完全親子会社の創設には株式交換という方法が考えられる。しかし、この方法は、対象外国企業の準拠法に株式交換制度が設けられている必要がある。アメリカの州法では三角合併を認めているが、この方法による場合には、日本においては、子会社による親会社の株式取得の禁止(商二二一条ノ二)や合併貸借対照表かについて合併当委員会以外の株式を付与できるかという商法上の問題が生ずるために、立法的に解決する必要がある。

## 第Ⅱ章 会社分割

### 第一節 分割法制導入の経緯と規制の基本的構造

(1) 会社分割制度の導入理由と制度の特徴

会社分割制度は、経営の効率化のため営業の一部を別会社化したり、グループ企業における不採算部門を法律上簡

単に分離できるようにする目的で、一九八九年（平成二年）の商法改正によって初めて導入された企業再編のための制度の一つである。会社分割には、営業の全部または一部を分離して新たに設立する会社（設立会社）に承継させる方法（商三七三条・有六三条ノ二第一項・六三条ノ三第一項）（新設分割）と既存の他の会社（承継会社）に承継させる方法（商三七四条ノ一六・有六三条ノ七第一項）（吸収分割）の二方式がある。会社の分割の際に、設立会社・承継会社が発行する株式の全部が分割会社に割り当てられる場合（分社型分割または物的分割）と分割会社の株主に割り当てられる場合とがある（分割型分割または人的分割）ので、合計四タイプの会社分割類型が存在する。会社分割は、ドイツ法と同様に（ドイツ組織変更法一二三条―一七三条<sup>(53)</sup>）、合併と逆方向の合併に類似する組織的な行為として構成された。そのような仕組みにした理由は、商法改正前には、分社化のために、現物出資、財産引受、事後設立などによる子会社の設立または営業譲渡の方法があったが、そのために、裁判所の選任する検査役の調査（商一七三条・二八〇ノ八・二四六条二項・三項）や財産の個別移転や債務引き受けが必要であった。しかし、合併に類似した組織法的な行為と位置づけることにより、これらの手続を省略できるためである。<sup>(54)</sup>

実務においては、新設分割よりも吸収分割の利用が多いと指摘されている。企業グループ内で営業部門を分社する場合でも吸収分割が利用されることが多い主要な理由として、分割の日から営業を開始するために必要な許認可・免許などの申請・取得などにおいて、分割期日までに申請手続きを始めておく必要があることなどのためである。<sup>(55)</sup>

以下では、簡易会社分割制度（商三七四条ノ六第一項、三七四条ノ二二第一項）など合併と同様な制度については省略し、主として、合併と異なる点について言及する。

## (2) 会社分割法制の特徴

### (a) 分割の対象

分割の対象は、会社の営業の全部または一部である。会社分割法は、比較法的には、ドイツ法を継承したものと指摘されているが、ドイツ法では、この点について、会社の一部の財産が会社分割の目的となっている（ドイツ組織法一二三条）。そこで、分割対象となる財産が明確に確定されない場合、財産がいずれの会社に帰属するのかわという問題が生ずる。商法においても、営業についてとくに定義していない。したがって、何が営業かについては、具体的に営業に含まれる分割される財産の確定の問題となり、解釈によって決めることになるが、商法総則（二四条以下）または総会の特別決議を要する営業譲渡（二四五条）<sup>(56)</sup>の場合の営業の概念とは一致しない。分割の場合には、「一定の営業目的の為に組織化され、有機的一体として機能する財産」という字義を超えない範囲で、正当に、目的論的に柔軟に解釈される<sup>(57)</sup>。実務においても、営業活動の承継と競争禁止義務については厳格に解釈していない<sup>(58)</sup>。

人的分割の場合、株式を分割会社の株主の持株数に対応しない割当（非按分型会社分割）については規定がないが、総株主の同意があれば可能であると解釈されている<sup>(59)</sup>。

### (b) 債権者保護手続

分割当事会社の株主にとっては、会社の資産状態と分割の条件が重要な問題となる。そのために、代表取締役が分割計画書・分割契約書を作成し（電磁的記録も認められる）、それを当事会社の株主総会において特別決議によって承認する（商三七四条一項、五項・三七四条ノ一七第一項、五項）<sup>(60)</sup>。また、会社分割は、分割会社の権利義務を包括



承継の形で移転する点で合併に類似するが、分割会社の債権者・使用人など権利の義務の相手方にとって、合併よりも不利益である可能性が高い。そのため、合併と異なる手続が規定されている。

分割により移転する営業に属する債務は、新設会社または承継会社だけが債務者となる形で移転することができる（免責的債務引受）。その場合には、債権者の個別の同意なしに債務者が交代する。移転されずに残る営業に属する債務については、債務者の交代はないが、債権の引き当てになる会社財産が分割により変動する。債務弁済の見込みが、分割の前後で変化しうるので、（合併の場合に近い）債権者保護手続をとる。すなわち、分割会社・承継会社は異議を述べる機会を一月以上与え、異議を申し出た者に、弁済・担保提供・弁済用財産の信託のいずれかをしなければならぬ（商三七四条ノ四・三七三条ノ二〇）。

これに対して、合併の場合とは異なる分割特有の手続がある。まず、物的分割の場合には、分割会社の資産総額に変動がないので、分割後も同社に全額を請求できる債権者については、後述の株式交換の場合と同様に、保護手続は不要である（商三七四条ノ四第一項但書・三七四条ノ二〇第二項）。つぎに、官報のほかに会社公告紙に公告しても、知れた債権者に対する個別催告は省略できない<sup>(61)</sup>。分割債権者の利益にとって、合併よりも影響が大であるからである。最後に、個別催告を受けなかった債権者に対しては、分割計画書または分割契約書で債務者としなかった会社も、分割時の財産額または承継時の財産額を限度として弁済の責任を負う（商三七四条ノ一〇第二項・三七四条ノ二六第二項）。

## 第二節 会社法と労働法との交錯—商法改正附則と労働契約承継法との関係

### (a) 平成二二年商法改正法改正附則第五条一項

会社分割は、分割計画書などの株主総会における承認によって有機的一体としての営業が包括的に承継される手続である。したがって、営業の承継に伴う債務の移転について債権者の個別の同意は不要となる。これを会社債権者である労働者の立場からみれば、同意なしに営業の承継に伴って地位が変更することを意味し、そのような変更に対する何らかの保護措置が必要となる。そのため、平成二二年商法改正法附則は、会社分割における労働者保護のために、分割計画書または分割契約書を開示する前に労働者と事前に協議しなければならないとする議員立法が実現した(同附則五条一項)<sup>(62)</sup>。さらに、同条第二項は、労働者保護に関して特別法を制定することを定めているが、これを受けて、「会社分割労働承継法」が制定され、会社分割の通知と労働者の異議権について労働者の利益に合致するような内容の保護措置を具体例に基づいて個別的に定めた。このような商法上の立法措置は、たとえ商法改正附則における規定ではあるが、会社法上の労働者保護と労働法との接点が初めて明らかに示されたという意味において画期的なことであるといえよう。<sup>(63)</sup>

それでは、労働者の保護を定めた商法改正附則五条一項の規定を無視して会社分割について労働者と協議することなく総会の特別決議が成立した場合には、分割決議の効力に何らかの影響を与えるであろうか。つまり、全く協議がなされなかった場合に分割決議無効原因となるかどうかという商法上の問題がある。この点について、立法担当者の見解によれば、会社が労働者との協議を一切しなかった場合には、分割手続きに重大な瑕疵があるとして分割は無効

になる、と説明される。本規定は、協議の成立まで要求しているわけではないが、協議するとは、分割により承継される営業に従事する労働者に係る労働契約について労働者に必要な説明を行ない、その意見を聴いて決定することを意味するからである。<sup>(64)</sup>したがって、その場合には、分割を承認しない債権者として、分割無効の訴えを提起できることになろう（商三七四条ノ一二第二項、三七四条ノ一八第三項）。しかし、この見解には疑問が残る。まず、立法の経緯によれば、商法上に労働者保護の規定を設けることは私法体系上問題であることから、通常は施行日や経過措置などを定める附則の場所に規定することになったことがあげられる。つぎに、要件の点については、協議の成立が要件となっているのではなく、忠実に協議をすることを定めたにすぎないと解説されている。<sup>(65)</sup>このことは、むしろ、立法担当者と反対の解釈を正当化するものである。なぜなら、商法改正附則中の規定は訓辞規定か単なる会社側の努力目標を定めたに過ぎないと解されるからである。もしそうであれば、たとえ商法本体の中で定められていた場合でも、訓辞規定または努力目標規定であるかぎり、その違反は無効とはならないものと解することができる。さらに、分割実施後に分割を無効としても分割以前の状態に戻すことが実際上不可能である場合があり、したがって必ずしも適切な労働者保護とはならないこともこのような解釈を支持しよう。

この問題は、労働者保護のための法律と商法上の労働者保護とが重なる部分で、それが抵触した場合にどのような解決を図るべきかという一般的問題を含んでいる。繰り返しになるが、以下のように整理することができよう。立法過程を跡づける場合、形式的には、保護規定が商法典中に置かれるかまたは附則に置かれるかは重要な差異となる。実質的に、改正附則五条一項と二項についてみれば、第二項の規定は特別法が制定された後では経過措置としての使

命を果たし終えている。これに対して、第一項は商法上の別個な手続きを定めているので、第二項と異なる性質を帯びている。<sup>(66)</sup>この点からすれば、協議が行なわれない場合には、会社分割手続の商法手続上の瑕疵となり、したがって、決議の効力に影響を与えるかどうか検討を要することになる。換言すれば、商法上の労働者保護と労働法上の問題とが交錯している場合に、どちらを優先的に扱うかという問題となる。この場合、事例毎に錯綜する利益の調整方法が考えられるが、会社の基礎の変更については、商法上、経済的所有者である株主の意思がこれについて決定するという原則に立ち返ることが必要である。このような観点からは、株主の意思が優位することを認めざるをえないであろう。だからといって、けっして労働者の保護を看過してよいということではない。個々の労働者の地位は、民法や労働法上個別的な保護措置が存在しており、これらの司法的救済に委ねることができる。これらの保護手段は、分割決議の有効・無効を問題としないので法律関係の安定性の問題を惹き起こさないという点において優れた解決といえる。したがって、実質的に考えれば、保護規定が商法典に規定されるかあるいは附則に定められるかという形式問題は重要でないとと言える。

(b) 労働者の異議申出手続

労働者は会社債権者であり、包括承継の原則に従って分割計画書・分割契約書の記載によって個々の労働者の承諾なしに権利義務の帰属が決まる（商三七四二条二項五号・三七四二条ノ一七第二項五号）。しかし、労働契約の特殊性から、労働者保護のために、事前協議など特別な手続が分割労働承継法と呼ばれる特別法において定められた。<sup>(67)</sup>つまり、会社は、分割会社が雇用する労働者で、承継される営業に主として従事する者（承継営業主要従事労働

者) および分割計画書・分割契約書に労働契約を承継する旨の記載がある者(指定承継労働者)に対して、法定事項を事前に書面により通知しなければならない(分割労働承継法二条一項<sup>(68)</sup>)。承継する営業の主要従事労働者は、自己の労働契約の承継が記載されていない場合には、異議を申し出れば、分割の効力が生じたときに承継会社に承継される(分割労働承継法四条四項)。これに対して、指定承継労働者は、異議を申し出れば、労働契約は承継されない(同法五条三項)。

会社分割は、企業再編の重要な法的手段であるが、これに類する法的手段として商法上、営業譲渡が設けられている(商二四五条以下)。会社分割の制度と同様に、総会の特別決議が要求されているが、営業譲渡について判例において展開された「営業」概念および包括承継でなく営業の個別承継という法律効果の面で大きな相違がある。しかし、このような商法上の相違が正当化されるものか企業再編制度における利害関係者の保護という側面から全体的に再検討する必要があるように思われる。この点に関して、厚生労働省は、二〇〇二年に、労働者保護の観点から、「企業組織再編に伴う労働関係上の諸問題に関する研究会報告」を公表している。本報告においては、営業譲渡の場合には、特定承継のために労働者の同意が必要であり、このような個別事案に即して具体的に妥当な解決が図られていることから、特別の立法の必要がないという結論に到達している。労働者の個別同意の必要性は、労働者の地位を保護する重要な手段であるが、労働契約承継法において構築された通知や異議権も保護として重要な役割を果たす。企業再編の法的手段におけるこのように異なる保護の態様は、保護規制の回避への誘惑を法が用意することを意味する。<sup>(69)</sup>このような相違が果たして合理的なものとして是認できるかどうか疑問といえよう。その意味で、企業再編に

おける等質な労働者保護の立場からする本報告に対する強い批判は正当なものとして支持できる。<sup>(70)</sup>

- (53) 会社分割制度を導入するために、比較法の対象として、当初は、ヨーロッパ的アプローチとアメリカ的アプローチとが検討された。前者については、田村諄之輔「会社分割法制についての一考察」竹内昭夫先生追悼『商事法の展開―新しい企業法を求めて』五三一頁以下（有斐閣・一九九八年）、拙稿「ドイツにおける会社分割規制―株式会社分割手続を中心として」同法四八巻五号（一九九七年）九四頁以下など参照。後者については、江頭憲治郎「会社分割」『比較会社法研究（奥島孝康教授還暦記念第一巻）』一九七頁以下（成文堂・一九九九年）、村上裕「アメリカ型会社分割に関する一考察―利益配当として子会社株式を分配することの可否を中心に―」東北法学二二号（二〇〇三年）一三五頁以下など参照。改正商法は、比較法的には、ドイツ法上の会社分割制度を継受していると指摘されている、泉田栄一「会社分割―比較法的考察」『現代企業法の新展開』九七頁（信山社・二〇〇一年）。
- (54) 参照、江頭・前掲注（5）六九八頁。さらに、準備金や配当可能利益の引継も可能となる。合併と異なり、分割会社が分割後も存続するので、包括承継という概念の使用は適切でないことになる。さらに、人的分割の場合には、分割会社から財産が流出するが、対価である新設会社または承継会社の株式は分割会社の株主に交付するために、分割により分割会社の財産がなくなる恐れがある、神田秀樹『会社法（第四版）』（弘文堂・二〇〇三年）二五〇注（1）、二五一頁。
- (55) 武井一浩「施行一年半を経過した会社分割制度の実務・解釈上の論点」金融商事一一六〇号（二〇〇三年）四一頁。会社分割の実施状況について、官報に基づく東京商工リサーチによれば、二〇〇一年度は、会社分割は五三八件、そのうち新設分割が三一六件、吸収分割が三〇一件あり、二〇〇二年度は六五〇社で二〇パーセント増加し、重複分を含めると、そのうち新設分割が四五一件、吸収分割が三六七件である。
- (56) 最高裁判所大法廷の判決によれば、営業譲渡における営業とは、一定の目的のため組織化され、有機的一体として機能する財産であり、単なる営業用財産または権利義務の集合では足りない、最判昭和四〇・九・二二民集一九巻六号一六〇〇頁、最判昭和四一・二・二三民集二〇巻二二二頁。これにより、通説は、有機的一体性、営業活動の承継、商法二五条

で定める競業義務の負担という三つの要件を導く。

- (57) 神作裕之「会社分割における『営業』の意義」法教二四三三号(二〇〇〇年)二六頁、江頭・前掲注(5)六九一頁注(2)。なぜなら、規制の重点が異なるからである、龍田・前掲注(38)四一七頁注(a)。
- (58) 武井・前掲注(53)金融商事一一六〇号三九頁。
- (59) 原田晃治「会社分割法制の創設について(上)」商事一五六三三三(二〇〇〇年)一〇頁、江頭・前掲注(5)六九五頁注(9)、七〇七頁、神田・前掲注(52)二五一頁、拙稿「非按分型会社分割」法教二四三三三(二〇〇〇年)二八頁以下。
- (60) ただし、分割会社に株式譲渡制限の規定がなく、承継会社にその定めがある場合に、新設会社または承継会社に制限規定を置くときは、分割会社の承認決議は株式譲渡を置く定款変更と同じ要件となる(三七四一条一項、四項・三七四一条ノ一七第四項―八項)。
- (61) 吸収分割の承継会社の場合にのみ、官報のほか会社公告紙によって公告したときは、知れたる債権者への個別催告は省略することができる(三七四一条ノ二〇第一項但書)。利害状況が合併の場合と変わらないので合併の場合と同様に認められたのである。
- (62) 規定の趣旨は、「会社分割というのは労働者の地位に重大な影響を及ぼす、だから分割会社は労働者本人と協議をし、その意向を十分に聞いて、労働契約の承継について決めるべきである」ということにある、原田晃治(講演)「会社分割と商法改正―その成立の経緯と論点―」菅野和夫Ⅱ落合誠一『会社分割をめぐる商法と労働法』別冊商事法務二二六号(平成一三年)一九頁。
- (63) 開示される分割計画書および分割契約書には、雇用契約の記載が要求される(三七四一条二項五号、三七四一条ノ一七第二項五号)。したがって、法の建前では、時間的順序によれば、承諾の成否は別として、まず労働者と協議して、その後分割計画書を開示することになる。このような手続きからすれば、会社法上における労働者の地位については他の債権者よりも重要視されており、その点から労働者の保護が厚いと評価できよう。
- (64) 原田晃治「会社分割法制の創設について(中)」商事一五六五五号(二〇〇〇年)一〇頁。

(65) 原田・前掲(60)二〇頁。同旨、厚生労働省労政担当参事官室編『改訂版労働契約承継法の実務』四六頁(日本労働研究機構・平成一四年)。

(66) この点に関して、労働契約承継法七条は、会社の努力目標として、別個に、商法改正附則の規定と同じ内容の労働者との会社分割協議義務を設けている。

(67) 会社の分割に伴う労働契約の承継などに関する法律(二〇〇〇年法一〇三号)。土田道夫「純粹持株会社と労働法上の諸問題」日本労働研究雑誌四五号(一九九七年)三頁以下、同「企業組織の再編と雇用関係」自由と正義五一巻一二号(二〇〇〇年)五八頁以下。本法の法律案については、萬戸隆令「企業組織の再編と労働契約の承継」『会社分割に伴う労働契約の承継などに関する法律案』について「労働法律旬報一四七八号(二〇〇〇年)六頁以下、本久洋一「会社分割と労働関係」『会社分割に伴う労働契約の承継などに関する法律案』の検討」労働法律旬報一四七八号(二〇〇〇年)一三頁以下、同法については、労働省労政局労政課「労働契約承継法の概要」商事一五六五号(二〇〇〇年)二四頁以下、荒木尚志「合併・営業譲渡・会社分割と労働関係」労働契約承継法の成立経緯と内容」ジュリ一八二二号(二〇〇〇年)一六頁以下、本久洋一「労働契約承継法の検討」省令・告示等をふまえて「労働法律旬報一五〇八号(二〇〇一年)六頁以下、山川隆一「会社分割と労働関係」会社法の分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」法教二四二二号(二〇〇〇年)八一頁以下、安枝英訳「企業再編と労働契約」労働判例七八四号(二〇〇〇年)九一頁以下、同「会社分割と労働関係」法教二四三三号(二〇〇〇年)三二頁以下、同「会社分割法制と労働契約承継法」労務事情九七一号六頁以下(二〇〇〇年)、柳屋孝康「会社分割と労働法上の諸問題」日本労働研究雑誌四八四号(二〇〇〇年)四九頁以下、岩出誠「労働契約承継法の実務的検討(上)(下)」商事一五七〇号四頁以下、一五七二二号(二〇〇〇年)一四頁以下、菅野和夫「落合誠一・前掲書七二頁以下参照。

(68) 分割会社が労働組合と労働協約を締結しているときは、当該労働組合に通知しなければならない(分割労働承継法二条二項)。

(69) もっとも、労働契約承継法においては社員の個別的同意に関する規定を設けていないことが問題とされる。日本IBMは



ハードディスク駆動装置（HDD）部門を新設会社に分割し、社員約八八〇人を転籍した。元社員二四人が、社員の同意のない転籍は無効として同社の社員としての地位確認を求めて訴えを提起している。事実関係は明確ではないが、元社員は、同部門の売却は事実上の営業譲渡であり、転籍には社員の同意が必要であると主張している、日本経済新聞二〇〇三年（平成一五年）五月二二日。なお、山下教授は、営業譲渡についての最終的決定権は、株主総会の専権事項であると主張される、山下眞弘『営業譲渡・譲受の理論と実際』（信山社・一九九九年）二二五頁。

(70) 毛利勝利「倒産をめぐる労働問題と倒産労働法の課題」日本労働研究雑誌五一号（二〇〇三年）四頁以下、本久洋一「営業譲渡に際しての労働契約の帰趨に関する立法の要否について―『企業組織再編に伴う労働関係上の諸問題に関する研究会報告』の検討」労働法律旬報一五五〇号（二〇〇三年）六頁以下。

### 第三章 持株会社（株式交換・株式移転）

#### 第一節 持株会社の原則的解禁の経緯

##### (1) 独占禁止法上の持株会社制度の改正

占領軍（GHQ, General Head Quarter）は、財閥が第二次世界大戦による敗戦に至るまで、軍国主義の経済的支柱の役割を果たしていたという理由で、ピラミッド型の巨大企業集団である財閥の解体を命じた。その後、アメリカ法に倣って制定された独占禁止法がその方針を引き継いで、財閥の復活を防ぐために持株会社を禁止した（平成九年改正前独占禁止法九条）。しかしながら、この場合にも、事業活動を営みながら株式を所有して他の会社を支配する事業持株会社、いわゆる事業持株会社は認められていた。

経済のグローバル化・自由化の進展につれて、経済界は、経営戦略手段としての持株会社の有用性に注目して、企業の国際競争力を高めるためには、持株会社の禁止という厳格な規制を廃止する必要があるとして、規制の撤廃を強く要望してきた。さらに、財閥と軍国主義との堅い結びつきという図式が時の経過につれて薄れてきたということも背景に、独占禁止法が一九九七年（平成九年）に改正され、持株会社が原則的に解禁され、事業支配力が過度に集中することになる場合のみ禁止した。さらに、二〇〇二年の改正法（法律四七号）は、会社が、他の国内の会社の株式（持分）を所有することによって事業支配力を過度に集中することを禁止することにした（独占禁止法九条一項・二項<sup>(71)</sup>）。改正法の下では、持株会社とは、総資産中に占める子会社株式の割合が五〇パーセントを超える会社と定義され（同法九条五項一号）、子会社の範囲は、商法の場合と同様に（商二二一条ノ二<sup>(72)</sup>）、総株主の議決権の過半数基準による（独占禁止法九条四項）。持株会社で総資産（子会社分との合計）が六〇〇〇億円以上のものは、公正取引委員会に定期的に事業報告をしなければならない（同法九条五項一号<sup>(73)</sup>）。以上の改正は、実質的支配という観点を中核に捉えようとする点で、企業結合の実態をより正確に法規制に反映させた改正という面で評価することができる<sup>(74)</sup>。

## 第二節 持株会社形成の商法上の規制の特徴

### （一）株式交換・株式移転制度の創設

前述のように、一九九七年に持株会社の原則的に解禁されたものの、商法上、持株会社（含む、親会社）を創設するには容易ではなかった。たとえば、A社がB社を設立して、A社の営業のすべてを現物出資、財産引受、事後設立

によってB社に移転する方法（抜け殻方式）や、B社がA社を設立して、A社がB社の株主から公開買付などでB社の株式を買う方法（買収方式）、B社がA社を設立して、B社がA社を設立して、A社がB社の株式の現物出資を受けてB社株主に新株を発行する方法（第三者割当増資方式）がある。しかし、これらの方法による場合には、検査役の調査が必要で、そのため時間と費用がかかり、また全部の株式の買い取りが困難であったり、個々の資産・債務の移転手続を行い、さらに多額の資金が必要であるという事情のために、企業には利用しにくい方法であった。そこで、持株会社を簡易に新設する手続が商法上必要であるという直接の動機に加えて、一般的に、既存の子会社を完全会社化する手続が必要であるとの認識がたかまり、一九九九年（平成十一年）の商法改正によって、株式交換と株式移転の制度が設けられた。株式交換は既存の会社の一つが完全親会社になる手続であり、株式移転は完全親会社になる会社を新たに設立する手続であり、ともに完全親子会社関係の創設を目的とする。<sup>(77)</sup> 両制度は、完全子会社になる会社B社の株主が、各自の持株を完全親会社になるA社の株式と交換する点において合併の場合と共通する。そこで、手続全体と効果を合併に相応した仕組みにすることによって、現物出資構成に拠らずに、したがって、合併と同様に検査役の調査を不要として、株主総会の特別決議によって可能にさせたのである。<sup>(78)</sup> 以下では、合併と比較した場合の両制度の特徴について焦点を当てることにする。

## （2）株式交換・株式移転手続の特徴

株式交換は、既存の株式会社A（完全子会社となる会社）の株主の有する全株式が一定の日に既存の他の株式会社B（完全親会社となる会社）に移転し、A社の株主は同じ日にB社の株主となる、会社の行為である（商三五二条二

項)。換言すれば、完全子会社となる会社Aのすべての株式を完全親会社となる会社Bが取得し、その対価としてAの株主がBの株式を取得するのである。この場合には、各当事会社A・Bの株主には、相手会社の資産状態と株式交換の条件が重要となる。合併の場合と同様に、各当事会社の代表取締役が法定事項を記載した株式交換契約書(電磁的記録も許される)を作成し、契約を締結して、株主総会の承認を求め、株式交換により当事会社の財産に変動はないので、会社債権者保護手続をとる必要はない。A社の株式が、契約書に記載された株式交換の日にB社の株式が交付され、株式交換の効力が発生する(商三五二条二項<sup>(80)</sup>)。

これに対して、株式移転は、既存の株式会社A(完全子会社となる会社)の株主の有する全株式が手続中に新設される他の株式会社B(完全親会社となる会社)に移転し、A社の株主はB社の株主となる、会社の行為である(商三六四条二項)。言い換えれば、完全子会社となる会社Aのすべての株式を新しく設立する完全親会社Bが取得し、その対価としてAの株主がBの株式を取得するのである。手続として、代表取締役が法定事項を記載した株式移転計画書を作成し、完全子会社となる会社の株主総会の承認を受ける(商三六五条一項)。株式移転によって完全子会社となる会社Aの財産に変動はないので、会社債権者保護手続はとる必要がない。設立する完全親会社の設立登記(商三六九条)が、株式移転の効力発生の要件である(商三七〇条・三六四条二項)。

株式交換・株式移転が合併と異なる点は、既存の会社の法人格の存続の有無にある。合併の当事会社は、存続会社以外はすべて消滅するのに対して、株式交換・株式移転では、消滅する会社はないのである。したがって、消滅会社の財産・債務の承継に関する複雑な問題は生じない。また、完全子会社となる会社の株主が完全親会社となる会社の

株式の割当を受けることが要件とされているので（商三五二条二項・三六四条二項）、合併における合併交付金に相当する処理が認められていない。さらに、各当事会社の株主は交代するが、財産の変動がなく債権者の利益が害される危険が少ないので、いずれの会社においても会社債権者保護の手段がない点に特徴がある<sup>(81)</sup>。

(71) 過度に集中すれば、公正取引委員会が株式の処分などの排除措置を命じる（独占禁止法一七条の二第二項）。事業力の過度の集中かどうかの判断基準については、二〇〇二年公正取引委員会「事業支配力が過度に集中することになる会社の考え方」<http://www.jftc.go.jp/dokusen/3/motikabu.pdf>。参照。

(72) 二〇〇一年商法改正は、親子会社の認定基準を「発行済総数の過半数」から、「総株主の議決権の過半数」保有に変更し、同様に、親会社の少数株主の子会社情報請求権の権利行使も議決権数を基準とした（商二九三条ノ八・二九四条二項）、これについての最近の詳細な検討については、酒巻俊雄「企業再編と親子会社統治機構の課題」『現代企業法の理論と課題』三頁以下（信山社・二〇〇二年）参照。

(73) さらに、総資産額八兆円以上の銀行・保険・証券会社、および総資産額二兆円以上のその他の会社は、定期的な事業報告義務を負う（独占禁止法九条五項二号・三号）。持株会社の改正に関する詳細については、菅久修一・小林渉『平成十四年改正独占禁止法の解説―一般集中規制と手続規定等の整備―』（商事法務・二〇〇二年）参照。

(74) 企業結合における企業の支配に注目した商法上の改正として、連結決算および平成一四年商法改正に伴う改正商法施行規則における支配力という基本的構想以外に、親会社・子会社の定義（商二二一条ノ二第一項）、子会社による親会社株式の取得制限（同条三項）、子会社の有する親会社株式の議決権の休止（商二四一条）、子会社の計算による財産上の利益の供与の禁止（商二九四条ノ二第一項）がある。

(75) 企業買収または既存の子会社の完全子会社化等に利用される、江頭・前掲注（5）六六九頁。

(76) 既存の一家がその持株会社を創設する場合、または既存の二社以上が一つの持株会社の下に経営を統合する場合等に利用

される、江頭・前掲注(5) 六六九頁。

(77) 強制的な完全子会社化の面では、ドイツ株式法上の編入(Eingliederung)(ドイツ株式法三一九条―三二七条)に類似している。

(78) 龍田・前掲注(38) 四四二頁、江頭・前掲注(5) 六七三頁、中東正文「株式交換・株式移転」金融商事一一六〇号(二〇〇三年) 二二頁、拙稿「株式交換による完全親会社の創設」西澤脩編『グループ経営ハンドブック』一五八頁以下(中央経済社・二〇〇一年)。

(79) 委員会設置会社において、執行役への委任はできない(商二六〇条二項、商法特例法二一条の七第三項十八号)。

(80) 合併・会社分割・株式移転の場合と異なり、新株発行による登記(商一八八条二項五号・六号、三項)は、株式交換の効力発生要件ではない。

(81) 龍田・前掲注(38) 四四二頁、江頭・前掲注(5) 六六九頁、六七三頁。

### 第三節 持株会社における責任の問題―ドイツコンツェルン法における新たな判例の展開からの示唆

(1) ドイツにおける変態的事実上の有限会社コンツェルン克服の試み―ブレーマー・ブルカン事件判決

一定の場合に独占禁止法上認められた持株会社の利用を活発にさせるため、商法上、完全親子会社の創設を容易にする規則の整備が図られた。近時の商法の改正は、親子会社関係、つまり企業結合関係に関する規制について、形式的基準ではあるが内容的にはようやく支配という実質を直視しようとする規制に向かう姿勢をとり始めた。しかし、商法上親会社の支配力を法認する段階には至っていない。したがって、親会社は、子会社支配を事実上行っているにすぎない。それに伴う責任論については、学説上多くの解釈論が展開されてきた。比較法的にみれば、ある企業の他の

会社に対する支配力に対して法規制を欠いている点では、ドイツの有限会社コンツェルンも同様である。この法分野においては、一九七三年の有限会社法改正政府草案が事実上のコンツェルン規制（政府草案二四七条以下の規定）において株式法に相応したコンツェルン法を目指していたため、経済界の強力な反対にあつて挫折した。そのため、二人三脚のように学説と密着して展開された判例法が重要な役割を果たしてきた。そのなかでも、特に、有限会社法改正法研究会による政府草案に対する批判がその後の判例の方向に大きな影響を与えた。その批判は、株式会社と有限会社との基本的構造の相違に基づいた規制が必要であるという構想から出発する。つまり、有限会社では、株式会社と異なり、業務執行者が総会の指示に拘束され（ドイツ有限会社法三七条一項）、総会は業務執行について決定でき（同法四五条一項）、業務執行者は総会によって直接選任されるので（同法四六条一項五号）、過半数社員は会社に対して非常に強力な支配が可能となる。そこで、研究会は、総会の支配を介して従属会社の業務執行に対する広範囲で継続的かつ濃密な影響力を行使できる場合には、これを変態的事実上のコンツェルン（qualifizierter faktischer Konzern）として、株式法上の契約コンツェルンと同様な規制が必要であると提案した。<sup>(82)</sup>立法として結実しなかったものの、この提案は裁判実務に大きな影響を与えた。しかし、裁判所は、このような特殊な事実上のコンツェルンの明確化と責任の根拠づけとに成功せず、結局、個々の事案において責任の構成と効果に関する議論について統一かつ体系的な整理ができずに出口のない迷路に入り込んでしまった。<sup>(83)</sup>

しかし、連邦通常裁判所は、最近、このような低迷状態からの脱出を試み、まず変態的事実上のコンツェルンの構成を離れて異なる方向に進むことを示唆した。そして、その後の判例において、コンツェルン法ではなく一般会社法

上の責任把握理論への傾斜を明らかにした。前者は、すぐつぎに扱うブレーマー・ヴルカン（Bremer Vulkan）事件判決<sup>(84)</sup>であり、後者は、KV B事件判決である。以下では、まず、従来の流れからの離脱を図る有限会社の事実上のコンツェルンに関する新たな判例を見ることにする。

「ブレーマー・ヴルカン事件判決における事実関係」 旧東ドイツW州にあった造船会社M有限会社には、B株式会社（現ブレーマー・ヴルカン）が二パーセント、V有限会社（B株式会社の完全子会社）が九八パーセントで参加していた。X（信託公社）は、その完全子会社D有限会社と一緒にあって、B社とS社の持分を譲り受けた。B社は、グループの資金を一括管理・運用するキャッシュ・マネジメント・システム（Gesamtgleichbetrag cash）を導入し、西ドイツ内の別のコンツェルン企業の流動性を確保するためにM社に対する補助金も利用したため、M社は投資補助金を自己の資金として利用できないことになった。一九九六年四月にB社の財産に対して破産手続が開始された。そこで、Xは、B社の旧取締役Yに対して、合意に反して、M社に供与された投資補助金の使用、特に投資計画の実施のために一九九五年九月二〇日に認められた補助金一億九、四〇〇万ドイツマルクを使えなくしたとして、そのうち九七〇万ドイツマルクについて損害賠償を請求した。請求の理由として、Xは、Yに対して、譲渡された権利に基づき特に誤ったコンツェルン業務執行、背任および詐欺により、また自己の権利に基づいて背任と詐欺を主張した。Xは地裁・高裁で敗訴。上告審では、民法上の不法行為が認められるとして（民法八一三条二項）、Yの責任を認め、原判決を破棄し、差し戻した。

〔判旨〕 連邦通常裁判所は、変態的事実上のコンツェルンまたは単純な事実上の有限会社コンツェルンの分野にお



ける株式法三〇九条二項<sup>(86)</sup>および三一七条三項<sup>(86)</sup>に準ずる損害賠償請求権については、以下のように判示して、これを否定した。すなわち、「単独社員の侵害 (Eingriff) に対する従属有限会社の保護は、株式法のコンツェルン法の責任制度 (株式法二九一条以下) から導くことができない。保護は、有限会社法四二条三項<sup>(87)</sup>の範囲では業務執行者も責任を負う同法三〇条<sup>(88)</sup>以下の規定の意味における資本の維持、および、単独社員が会社財産と取引の機会を侵害する場合に任意に処分できない会社の固有の利益に対して適切な配慮を払わなければならないという意味における従属会社の存続保護の保障に制限される。従属有限会社がその単独社員による侵害のために自己の債務をもちや履行することができない場合には、その自己利益に対する適切な配慮を欠いている。しかし、そのような存続を不可能にする侵害は、有限会社の債権者に対する返済能力が有限会社法三二条<sup>(89)</sup>に基づいて返済された資本によっても回復できない場合にだけ、単独社員が支配する有限会社の債務に対して単独社員の責任に導く。」

「**本判決の意義**」 本判決では、単独社員の侵害に対する従属有限会社の保護の範囲が問題とされ、侵害に対する単独社員の直接責任を認めた事案である。判決の引用部分は傍論で述べられている判示部分であるが、株式法二九一条以下のコンツェルン法の責任制度による従属有限会社の保護を明確に否定している点が特に注目される。そのため、本判決に対しては、変態的事実上のコンツェルンに対する訣別宣言であり、TBB判決を確認したものとしてこれを歓迎することができる<sup>(90)</sup>と評価する見解もある。

(2) 会社の存続を不能にする支配企業の責任—責任把握 (Durchgriffhaftung) 理論の適用—KBV事件判決<sup>(91)</sup>  
ブレーマー・ヴルカン判決が、変態的事実上のコンツェルンという迷路からの脱脚を試みた後に、裁判所が一体ど

のような責任法理を展開するのに関心の的になる。この問題は、次のK B V事件判決によってその歩みの第一歩が示された。

〔K B V事件判決における事実関係〕 K社は資本金一〇万ドイツマルクの有限会社で、社員 $Y_2$ が四〇パーセント、業務執行者 $Y_3$ が六〇パーセントを出資し、 $Y_3$ はK社に社員貸付をしていた。K社は営業不振のために、社員 $Y_2$ がその固定資産を取得し、その売買代金について、 $Y_2$ は、K社に賃貸していた営業所と工場の未払い賃貸料およびリースしていた営業資産の未払いリース料と相殺した。K社は、営業をやめて、その人員を $Y_1$ が引き継ぐことを決議し、一九九六年、K社の債権全額と全ての在庫商品を $Y_2$ を代表者とする $Y_1$ 社に譲渡した。 $Y_1$ 社は、K社の債権全部を譲り受け、一部の債務だけを引き受けた。Xは、K社と締結した請負契約にもとづく未払報酬約八万ドイツマルクについて、責任把握に基づき $Y$ らが履行すべきこと、および民法八二六条に基づく損害賠償を求めた。地方裁判所と控訴裁判所はXの訴えを棄却したので、Xが上告。連邦通常裁判所は、次のように判示して、原判決を破棄し訴えを原審に差し戻した。

〔判旨〕 まず、民法八二六条に基づく $Y$ らに対するXの損害賠償請求については、認定した事実関係の下では、Xを含むK社の債権者は、財産の縮減によって害されている。 $Y_2$ と $Y_3$ は、計画的に債権者の犠牲でかつ $Y_2$ の利益のために財産を剥奪したものととして、同条に基づく請求を肯定できるとし、また $Y_3$ に対しては、業務執行者として、 $Y_2$ の重大な違法行為を会社および会社債権者のために阻止すべき義務に違反したものと述べた。

つぎに、存続不能行為に基づく責任については、次のように判示している。「単独社員または合意の上で行為する

社員は、債務の履行のために必要な財産を会社から剝奪することによって会社債権者に生じた不利益に責任を負わなければならない。」有限責任の制度は、「会社の名前で生じた債務の履行のために必要な会社財産は、債権者に弁済するために会社に保持されなければならない、それ故、——有限会社法においてはその他において非常に広範囲な——社員の裁量権に属するものではないという前提に基づいている。」「社員には財産を会社から剝奪しかつそのことによって債務を——全部もしくは少なくともその一部分を——履行する可能性を会社から奪うことは許されない。清算においてもまた清算外においても、会社債務の履行に必要でなくなった残余財産を受領することだけが社員に認められるにすぎない。有限会社が存続する間は、会社財産と社員財産との分離が必要であり、また会社財産を会社債権者に対する——優先的——弁済のために厳格に拘束しなければならない。両者——財産分離とその拘束——は、社員が自己の責任を会社財産に制限することを要求できるための不可欠な前提である。一方ではこの財産分離と財産拘束の相互作用のみが、および、他方では有限責任が、有限会社一三条<sup>(92)</sup>二項の責任制限の特典を正当化することができる。社員が会社財産拘束の目的のために必要な配慮を無視して、公然にまたは隠れて会社から財産価値を剝奪し、そしてそのことによって会社の債務履行能力を著しく侵害する場合には、∴侵害によって有限会社に加えられた全部の不利益をすでに有限会社法三〇条、三一条によって完全には補償できないか、または会社財産を十分に補償しない限りにおいて、責任制限の特典の喪失に導かなければならない有限会社の法形式の濫用が存在する。そのことは、欠損の場合に、そしてその場合に初めて妥当する。したがって、債権者は、倒産手続によることなく、会社から弁済を得ることができない限りにおいて、自己の債権を直接に社員に対して主張する権限を有する。」「Y<sub>2</sub>とY<sub>3</sub>が合意によってK社の財産に対し

て行った侵害、つまり、会社の債権者の弁済に必要な財産価値を会社から剝奪したことによって、債権者に弁済するために財産を使用する手続によって会社の清算を妨げ、破産財団の財産喪失に導いた。被告は、責任を会社財産に制限する権利が依拠する前提要件を自ら放棄したので、その結果について会社債権者に直接かつ無制限に責任を負う。「自らは何も収受しなかったとはいえ、財産の剝奪に同意して会社の存続不能に加担した社員も、いわゆる存続を不能にする侵害という観点の下では、その結果について債権者に責任を負う。」この責任は、 $Y_3$ に認められる。

〔本判決の意義〕 本判決によれば、連邦通常裁判所が変態的事実上のコンツェルンの構成から完全に方向転換したことが明らかになる。本判決の結論は支持されているが、学説は本判決のような責任把握論以外の構成によって責任を根拠づける種々の見解を主張している。本判決の理由においては、社員が会社財産拘束の目的に対する必要な配慮を無視して、公然とまたは隠れて会社から財産価値を剝奪し、かつ、そのことによって重大な範囲で会社の債務履行能力を侵害する場合には、それによって生じた不利益を補償するかあるいは会社財産を補償できないときは、責任制限の特典は有限会社の法形式の濫用のために喪失する、と述べているだけである。本判決の結論は、責任把握理論の適用を前提としたものと読み取ることができるとはいえ、本判決においてその適用を正面から認めるとする明確な表現はなく、また要件事実の詳細な展開もなされていない。したがって、本判決が責任把握理論に傾斜していることを肯定できるとしても、判決が依拠する責任把握理論が、財産混同事例としての責任把握事例と位置づけるのか、<sup>(94)</sup> または第三の新しい類型としての責任把握事例としているのか、その評価は一致していない。裁判所が今後有限会社コンツェルンにおける支配会社の責任をもっぱら責任把握理論により構成するかどうかは、本判決だけからはまだ確定的

に断定することができない。本判決の事案におけるように、会社の存続を不能にさせるような侵害行為が認定できる場合には、ほとんどの場合に、不法行為に基づいて単独社員の責任を肯定できよう。しかし、正当に指摘されているように、変態的事実上のコンツェルンにおける構造責任に関する判例と本判決とを比較すれば、際限のない責任を単独社員に負わせる危険はほぼ九分九厘なくなったものと言えよう。<sup>(95)</sup> その点からすれば、連邦通常裁判所が示した責任把握理論の方向に沿って検討する意義が十分存在する。

### (3) 法人格否認の法理の適用による親会社の責任構成

上述したドイツにおける有限会社コンツェルンに関する判例の方向転換は、この法分野における立法が実現されまでの間の応急措置として位置づけることができるのか明確ではない。責任把握理論は、あくまでも会社法上の一般原則であり、適用要件を明確に示さない地図をもたずに独り歩きすれば法的安定性にもとることになる。したがって、この分野における判例の集積が必要であり、それはまた、将来の立法のための法的解決手段を準備するものとして参考となろう。そこで、以下では、まず、KBV事件判決が責任把握理論の適用を前提としたものと解する場合、責任把握がどのような要件の下で認められることになるのか検討する。ついで、昭和四四年に最高裁判所が初めて法人格否認の法理を導入して以来、一時的に急速に隆盛を極め、学説の比較法的研究に根差した批判的検討に直面して急速に醒めていった法人格否認の法理が、わが国でも持株会社を含む企業結合の分野でも一定の役割を果たしうるかについて問題にする。ここでは地裁の二つの適用肯定判例をとりあげ、学説の対応も視野に入れて将来の可能性について検討する。持株会社の設立が独占禁止法上解禁され、それを受けて商法上も持株会社（完全親会社）の創設手続を導

入し、さらに親子会社の定義や連結決算の対象の範囲が企業結合関係における実質的支配という生の姿に迫ろうとする規制の実現等、正に近時急激に法状況が大きく変更<sup>(96)</sup>してきている。かかる大変革も同法理の再検討を促す重要な背景である。

(a) KBV判決における責任把握理論の適用要件

単独社員による会社の存続を不能とするような会社財産の剥奪、およびそれより生じた空洞化した財産の補填が不可能である場合には、法人格の濫用として、直接責任を肯定するKBV事件判例の結論は肯定されよう。問題は責任の根拠づけが明確であり法的安全を害しないといえるかである。それでは、連邦裁判所のKBV事件判決は、いかなる要件の下なら、責任把握理論を適用して支配会社の責任を肯定できるものと構成しようとするのであろうか。この点については、今後の学説の展開と判例自体の集積により次第に輪郭が明らかになるものと思われるが、現時点では、判例の立場と異なり、親会社の責任を誠実義務から導くウルマー (Ulmer)<sup>(97)</sup>による整理が最も明確である。それは、責任把握理論が適用される新たな類型を提唱するもので、次のようにまとめることができる。

すなわち、責任把握理論の適用を認めるためには、まず、①社員が会社財産を侵害し、その結果、会社が自己の債務の全部または一部を履行することが不可能になることが必要である。換言すれば、責任発生<sup>(97)</sup>の基礎は、(単独社員または当該社員との合意に基づいて行為する社員による)債務の履行に必要な財産の剥奪、および、会社債権者にそれに対応した不利益な結果が発生することである。責任は、あくまでも、第一次的責任が有限会社にあり、社員の責任は補充的なものにすぎない。この剥奪を認定できる指標としては、a)有限会社のための資本拘束の目的を適切に配

慮せずに行った社員の側における会社財産の剝奪、および、⑥会社の債務の履行能力の全部又はその一部がそのこと  
によって著しく侵害されたことである。つぎに、②侵害によって発生した不利益を有限会社法三〇条、三一条によつて補償できないこと。最後に、③結合企業内部で財産の移転があることである。これは事実上推定される。支配的社員は、以上の要件が充足される場合、責任把握によつて補充的責任を会社債権者に対して直接に負うことになる。

わが国においては、ドイツ有限会社法三〇条、三一条に相應する明文規定は存在しない。したがって、ウルマーによる第二の要件は、わが国においては問題とならない。もっとも、出資の払戻しは、資本会社の性質上許されないことは解釈上認められているが、その点を除けばわが国においても企業結合関係に法人格承認の理論を適用する際に参考にすることができよう。

(b) 結合企業における法人格否認の法理の適用判例

わが国においても、地方裁判所の判決であるが、企業結合に法人格否認の法理の適用を肯定した二つの商事判例がある。そこで、これらの判決を、ドイツの判例事案と比較してみよう。

(ア) 仙台川岸工業事件判決<sup>(99)</sup>

本判決は、最高裁判所が法人格否認の法理を認めてまもなく、結合企業間に同法理の適用を正面から初めて認め、さらに詳細に独自の要件および効果を展開したものととして非常に注目された判決である。本判決の結論は妥当とされているが、論理構成については多くの適切な批判が集中したため、裁判所は、本判決以後この法分野における同法理の適用に慎重にならざるをえなくなったものと思われる。

〔**事実関係**〕 本判決の事案は、子会社である訴外A会社の従業員であったXらは、昭和四二年六月分の賃金未払いのまま翌月解散したことを理由に解雇されたので、A会社の親会社Yに対して、不当労働行為性を隠蔽するための解散権濫用であると主張し、法人格否認の法理を根拠として右賃金の支払いを求めたものである。裁判所は、同法理の適用を認め、その請求を認容した。本判決では、子会社と親会社とは、親子両会社の経済的一体性がきわめて強固であるとされ、以下の事実の存在が認定されている。まず、親会社Y会社が子会社であるA会社の全株式を取得・保有していること、つぎにA会社の役員・主要幹部職員にはY会社の役員や出向社員が就任していること、A会社はY会社の専属的下請関係にあり、Y会社の営業案内書などでは、同社の直営工場として取り扱われていたこと、さらに、Y会社の全投融資額の二九・九パーセントにのぼる利益を計画的に収奪し、A会社の赤字を増大させたこと、最後に、Y会社は、A会社の賃金など労働条件などについて具体的に指示していたことである。

〔**判旨**〕 このような事実関係の下では、子会社は、Y会社に資本的にも業務的にも現実的統一的に完全に支配されており、法人格否認の法理が適用されるとして、以下の理由を述べる。まず、(1)法人格否認の法理は、会社形骸化論によつて、「社員個人が、会社の財産業務などを事実上完全に支配してその個別的独立性に一線を画することができず、事実上社員たる個人と会社たる法人が法的形式的には独立した法主体性を有するに拘わらず社会的経済的にこの二者が包括した一つの単一体とを構成していること（例えば右二者が人的物的又は業態上混同しているような場合に着眼して）」適用される。つぎに、(2)株主有限責任の原則は、「債権者の犠牲のうえに個人株主に対し有限責任の原則の享受しすぎ（二重三重の有限責任）を積極的には認するものではない。」法人格否認の法理は、「株式所有による



親子会社には個人株主によって構成される株式会社よりは会社自体の形骸性を問題にしなくとも容易に適用される場合が多い」。最後に、(3)親会社が子会社の責任を自己の責任として負担する場合の条件として次のことを掲げる。すなわち、①第一に、親子両会社が財産的物権的に混同している状態に至らない場合でも、「親会社が子会社の業務財産を一般的に株主権を行使して支配しうるに足る子会社の株式を所有すること（一人会社がその典型である）を持つて足りる」が本件においては、親会社が子会社を企業活動面において現実的統一的に管理支配していること、第二に、②親会社において責任を負担する債権者は、「子会社に対する関係で受動的立場にあるところの債権者に限る」。親子会社間に「第一の支配関係があるときは子会社の受動的債権者に対する債務関係は常にしかも重疊的に親会社において引受けている法律関係にある」。『支配あるところに責任あり』の法原則からしてもこのことは容易に首肯することができる。

〔本判決の意義〕 本判決については、その結論に賛成する見解が多いが、理論構成について一般論としては批判に耐えることができないとする手厳しい指摘がある。<sup>(100)</sup> その理論的難点として、本判決が述べるような有限責任に関する個人株主と会社との間の相違が根拠がないこと、さらに、支配するに足りる株式保有あるいは現実的統一的管理支配という基準が抽象的すぎるために、その認定は個別事案毎に争いが生じる可能性があること、能動的債権者と受動的債権者との区別および法人格否認の法理の適用を後者に限定する点が指摘されている。<sup>(101)</sup>

仙台工作事件判決に対する正当な批判によって、裁判所は、法人格否認の法律の適用の主張に対して、その後、親子会社関係における子会社債権者の保護のために同法理を適用することから、つぎに取り上げる判決まで長い間遠ざ

かつてきた。

(イ) 有料老人ホーム伊勢の郷事件判決<sup>(2)</sup>

津地判の有料老人ホーム伊勢の郷事件判決は、仙台地判が定立した親会社の責任負担の要件に変更を加えるものではないが、子会社の業務財産を一般的に完全に支配し得る全株式を所有すること、および子会社を企業活動の面において現実的統一的に完全に管理支配するという事実から、法人格否認の法理の適用を認めた最近の判例である。

〔事実関係〕 本件では、有料老人ホームY<sub>1</sub>の開設四年後も居室数二五八室に対して一七室しか入居せず、原告Xらの入居者が入居契約に定められた内容と著しく異なる施設、サービスおよび不十分な経営状況のために同ホームを退去し、設置経営者Y<sub>1</sub>、その親会社Y<sub>2</sub>および役員Y<sub>3</sub>に対して不法行為もしくは債務不履行等に基づいて慰謝料、管理費の償還、家具などの動産処分による損失等の賠償を求めた事案である。原告らは、親会社Y<sub>2</sub>らに対しては、Y<sub>1</sub>は、老人ホームを設置運営するにあたり課せられる社会的責任を回避するためにY<sub>2</sub>らが会社法を濫用して設立運営したもので、Y<sub>1</sub>の法人格を認めることは法人格の目的に反するとして、法人格否認の法理の適用を予備的に主張した。裁判所は、有料老人ホームの設置者には特別な注意義務があることを認め、Y<sub>1</sub>らの設置者が契約内容の履行が完全に不可能になることが予測可能であったにもかかわらず、原告らと入居契約を締結し、ホームに入居させて損害を与えたことに過失責任があるとして不法行為責任を認容し、さらに設置者の親会社についても本件認定事実関係においては、設置者と同一の責任を負うことが認められると判示した。本判決では、親子会社関係については、次のような事実の存在が認定されている。すなわち、被告Y<sub>1</sub>は、その親会社Y<sub>2</sub>の一〇〇パーセント子会社であること、Y<sub>1</sub>の本社を共通に

していること、両会社の役員兼任、Y<sub>1</sub>の重要事項、特に資金繰りなどの経理をY<sub>2</sub>が決定し、多額の請求書はそのままY<sub>2</sub>に送付し、Y<sub>2</sub>が帳簿を作成していたこと、社員の人事交流が頻繁でその給与はY<sub>2</sub>が支払っていたこと、Y<sub>1</sub>の建物はY<sub>2</sub>の土地に建てられていたが借地契約は締結されていなかったこと、主要な資金援助はY<sub>2</sub>が行いY<sub>1</sub>の役員も借入金額を知らないことなどである。しかし、本判決では、親子会社の財産の混同、子会社における総会や取締役会の不開催、親会社Y<sub>2</sub>による子会社Y<sub>1</sub>の利益の収奪などは認定されていない。

〔判旨〕 本判決は、このような親子会社関係の下で、「Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>の事業として計画され、遂行されたもので、Y<sub>1</sub>の設立後はその経営全般にわたってこれを支配してきたものであり、形式的には別法人の事業とされているが、両会社は実質的には損益を共通にした一つの事業体であると評価しうるものであり、対外部との関係ではともかく、特にY<sub>1</sub>の入居者であった原告Xらに対する関係においては、Y<sub>2</sub>はY<sub>1</sub>と共同体的な会社として同一の責任を負うべきものと解するのが相当である」と説示して、Y<sub>2</sub>らに対してY<sub>1</sub>と同様の責任を認めたとした。

〔本判決の意義〕 本件においては、原告は法人格の濫用事例として主張しているが、本判決は濫用事例に当たるか形骸化事例についてかは詳細に検討することなく、親会社と子会社の一体性だけを認定して、親会社が子会社の責任を負うと結論づけている。両者の一体性を導く諸要素は仙台工作事件判決と殆ど同様な要素であるが、本件では、親会社が子会社を解散させておらず、逆に親会社Y<sub>2</sub>の関連会社に子会社Y<sub>1</sub>の空室を売却して資金を捻出し、Y<sub>2</sub>の資金援助によって子会社の倒産を免れ、Y<sub>1</sub>の従業員の努力により経営を継続していたことが仙台地裁判決の事案と大きく異なっている。つまり、子会社を企業活動の面において現実的統一的に完全に管理支配する事実が認定されているが、

管理支配そのものの不当性は全く問題となっていない。持株会社ならば全く普通の事柄にすぎないと言えよう。企業が新規事業を行う場合、予測されるリスクに対処するため、別会社を設立して市場に参入する行為は、通常の経済活動の範囲内のものでそれ自体違法な行為ではない。したがって、本判決で認定された事実関係だけでは、法人格形骸化事例における要件も法人格濫用事例における要件も充足しておらず、法人格否認の法理の適用を肯定するには無理があり、判決の結論は問題である。親会社は、老人ホームを維持してその永続性を図る義務に違反しているとされるが、判決の認定事例によれば、それは、有料老人ホームを営利事業とする者が長期的な経営の見通しも立っていないのに入居させたという「有料老人ホームの特質に対する理解・配慮及び対応が十分でなかった」ためである。そのような社会的非難に基づいて法人格否認の法理の適用を認めた本判決の説示部分については、十分な根拠が示されたとはいえずあまりにも安易な解決である。

(c) 第二の法人格否認の法理適用事例——会社財産の収奪

企業結合間に法人格否認の法理の適用を認めた上述した両判決からは、同法理をいかなる場合に適用できるか明確な指標を導き出すことは困難である。これに対して、学説においては、早くから、企業結合関係にも法人格否認の法理を適用できるとの有力な指摘があった。これらの見解は、大まかに次のように整理されよう。すなわち、わが国で初めて最高裁判所が法人格否認の法理の適用を認めた昭和四四年二月二七日の第一小法廷判決（民集二三卷二号五一頁）は、同法理の適用を法人格の形骸化事例と濫用事例の場合に認めた。しかし、この最高裁判決が、同法理の適用を法人格の濫用と形骸化にのみ限定しているのか、他の場合にも適用する必要があるのかは検討の余地があるとす

る見解が主張された<sup>(104)</sup>。しかし、その後の判例は、同法理を右の二つの事例に限定して適用して、それぞれの場合の要件および効果について展開してきており、諸判例の蓄積によってもはや最高裁の限定的立場が確立され揺るぎのないようにも思える。しかし、既述したように、残念乍ら数は少ないが、親子会社関係に関する下級裁判所の判例についてみる限り、この分野における法人格否認の法理の適用について、同様な状態と言えるかどうか疑問であると言わざるをえない。

この観点から、ここで特に注目されるのは、龍田教授の見解である<sup>(105)</sup>。龍田説によれば、形骸化論の中核は支配なので広い意味での形骸化事例に含めることも可能であるが、不当な行使を可能ならしめるほどの強力な支配、それに基づく緊密な一体性、および、この点が重要なのであるが、支配力の不当な行使がある場合には、これを法人格否認の法理適用の第三類型として区別することができる。形骸化の認定指標として、通常、財産の混同、業務活動混同の反復継続、収支の区別の欠如、総会、取締役会の不開催などの手続面の無視が例示されるが、コンツェルン関係の場合には財産や収支が分別処理されているのが通常であるから形骸化そのものとはならない。持株会社の場合も同様と見えよう。そして、この第三の類型においては、支配力が不当に行使されたのかどうかは客観的に判断されることになる。

法人格否認の法理の適用が可能な第三の独立類型を認めることができるかどうかは、さらに、法人格否認の法理の適用に慎重な立場からの検討も必要である。江頭教授は、法人格否認の法理の適用は、大別すれば、制度的利益の擁護、および法的効果による相違に応じて個別的利益の調整を二分し、それにより三つの類型に区別できるとされる。

ここで問題としている事例は、会社法制度を擁護するため法人格否認の法理の適用が認められる第一類型に属する。この類型の法人格否認の法理は会社債権者全体の保護という要請のために認められ、資本の拠出・維持調整、つまり過少資本・財産移転（会社搾取）・財産混同に関する規制が中心となる。<sup>(106)</sup> 親会社によって損害を被った子会社の損害を親会社に請求する場合には、それを立証できるかどうかにかかっており、その立証は、親会社による子会社の搾取を否認の直接理由とすることによって可能である、と主張される。<sup>(107)</sup> 江頭説によれば、会社財産の剝奪・搾取は、独立の類型に格上げされてはいないが、法人格否認の法理の適用が認められる一つの類型において中核部分をなすものと位置づけられている。

以上紹介した龍田説も江頭説も親会社の子会社に対する支配を直接に捉え、その支配力が具体的にどのように行使されたのかを問題とする点で共通している。支配力の不当な行使という要件は抽象的表現であり、その具体例が子会社の搾取である、ということができるとすれば、両者の見解には内容上それほど差異がみられないということになる。なぜなら、いずれの見解によっても、子会社の利益を収奪し倒産させたという事実の主張によって親会社の支配力の不当な行使を立証でき、法人格否認の法理を適用できるからである。この点について、既に触れた比較法的観点に立ち戻れば、前述したドイツ通常連邦裁判所のブレーマ・ヴルカン事件判決およびKBV事件判決は、ウルマーが指摘したように、子会社の実質的支配が中心とされる単なる会社法人の形骸化の事例ではなく、むしろ、子会社の存続を不能とする行為、つまり子会社財産の収奪を法人格否認の法理適用の第三事例として、独立の適用事例として区別できることを示唆するものと言えよう。ここでは、支配や支配力それ自体ではなく、支配力の行使の態様を責任の

根拠とするので、その場合の要件事実の明確化を容易にする長所がある。つまり、親子会社関係に法人格否認の法理を適用できる第三事例の場合には、①親会社が子会社に対する支配力を行使して子会社財産を収奪し、②それによって、子会社の存続が不能となった場合に、親会社は法人格否認の法理により子会社の債権者に対して直接に責任を負うのである。この方向に沿った判例の集積により、個別事案における同法理の適用のための指標がさらに明確化されよう。この新しい類型である第三事例において認められた親会社の責任は、子会社の責任を補充する副次的な責任と位置づけられる。

(82) 有限会社法改正法研究会は、変態的事実上のコンツェルンについては、株式法上の事実上のコンツェルン規制ではなく、契約コンツェルン規制の適用、つまり代償による離脱(株式法三〇五条)および年次欠損の填補(同法三〇二条)が必要であることを提案した(二五五条a)。詳細については、高橋英治『従属会社における少数株主の保護』一七七頁以下、一八九頁以下(有斐閣・平成一〇年)。

(83) その混迷の様子については、拙稿「変態的事実上の有限会社コンツェルンについて」産大法学二四卷三・四号(平成三年)一三七頁以下、同「変態的事実上の有限会社コンツェルンにおける支配企業の責任―近時における連邦通常裁判所の判例を中心として」同法四五卷一・三号(平成五年)四三頁以下、江頭憲治郎『結合企業の立法と解釈』三〇八頁以下(有斐閣・一九九五年)参照。連邦通常裁判所は、一九八五年九月一六日のアウトクラーン判決(BGHZ 95, 330)で変態的事実上のコンツェルンの観念を承認して、株式法三〇三条を類推適用し、支配企業の責任(構造責任と行為責任の折衷)を認め、一九九一年九月二三日のビデオ事件判決(BHG, Urt. 23. 9. 1991-II ZR 135/90, BGHZ 115, 187)において、契約コンツェルン規定(株式法三〇二条および三〇三条)の類推適用を認めて構造責任を確立した。しかし、一九九三年三月二九日のTB B判決(BGH ZIP 1993, 589)では、支配企業による従属会社の利益侵害行為を責任の根拠とする大方向転換をした(行為責

任)。個々の判例の詳細については、高橋・前掲書(注82)一八六頁、マークス・ルッター||木内宜彦編著『日独会社法の展開』一九七頁以下(中央大学出版部・昭和六三年)、丸山秀平『ドイツ企業法判例の展開』二三五頁以下(中央大学出版部・一九九六年)参照。

(84) Urteil vom 17. 9. 2001—IIZR 178/99, BGHZ 149, 10; DB 2001, 2338 f. = ZIP 2001, 1874 f. 本判決は、高橋英治「ドイツ法における子会社債権者保護の新展開—変態的事実上のコンツェルンから法人格否認の法理へ—」法学六七卷六号所収予定(関俊彦教授退官記念号)において詳細に検討されている。

(85) 支配企業の法定代理人の責任に関する株式法三〇九条二項は、支配企業の法定代理人が自己の(通常かつ誠実な営業指揮者の)注意義務に違反したときは、発生した損害について連帯債務者として会社に対して賠償責任を負う。支配企業の法定代理人が通常かつ誠実な営業指揮者の注意を払ったかどうか争いのある場合には、支配企業の法定代理人が挙証責任を負う、旨定める。

(86) 支配企業およびその法定代理人の責任に関する株式法三二七条三項は、会社に法律行為または措置をさせた支配企業の法定代理人は、支配企業とともに、連帯債務者として責任を負う、旨定める。

(87) 業務執行者の責任に関する有限会社法四三条三項は、特に、出資の払戻しの禁止を定める三〇条の規定に違反して、資本の維持に必要な会社財産から支払いがなされるか、自社持分の取得制限に関する三三条の規定に違反して会社の持分を取得した場合には、業務執行者は賠償義務を負う。損害賠償請求権の放棄に関する九条b第一項における規定は、賠償請求権について準用する。賠償が会社の債権者の弁済のために必要である限りにおいて、業務執行者の義務は、これが社員決議に基づいて行われたことによって消滅しない、旨定める。

(88) 払戻しの禁止に関する有限会社法三〇条は、資本の維持のために必要な会社財産は、社員に支払うことは許されない(第一項)。払い込まれた追加出資金は、資本の欠損の填補に必要でない限りにおいて、社員に返還することができる。返還は、払戻決議が会社の公告について定款で定められた会社公告紙によって公告され、およびそのような公告紙がない場合には、商業登記簿の公告について定められた公告紙に公告された後三か月が経過する前に行うことは許されない。追加出資払



込請求に関する二八条二項の場合には、追加出資金の返還は、資本の完全な払込の前に行うことは許されない。返還された追加出資金は、徴収されなかったものとみなす（第二項）、旨定める。

- (89) 禁止された出資の払戻の返還に関する有限会社法三二条の規定は、三〇条の規定に違反して給付された支払いは、会社に返済しなければならぬ（第一項）。受領者が善意であるときは、返済が会社債権者の弁済のために必要である限りにおいてのみ、受領者に返済を要求することができる（第二項）。受領者から返還してもらえない場合は、返還されるべき額については、会社債権者の弁済のために必要である限りにおいて、他の社員が自己の持分の割合に応じて責任を負う。個々の社員から返還してもらえない場合は、他の社員に持分割合に応じて割り当てられる（第三項）。前項の規定に基づいて給付しなければならぬ支払いは、義務者に支払いの免除をすることができない（第四項）。会社の請求権は、五年で時効消滅する。時効期間は、返還が請求され支払給付する日から進行する。義務者が悪意の立証責任を負う場合には、規定は適用されない（第五項）。三項の場合に給付された支払いの返還については、給付された支払いに過失のある業務執行者は社員に対して補充的賠償義務を負う（第六項）、旨定める。

- (90) Ulmer, Von "TBB" zu "Bremer Vulkan" — Revolution oder Evolution? — Zum Bestandsschutz der abhängigen GmbH gegen existenzgefährdende ihres Alleingeschäfters, ZIP 2001, 2021 f., 2029. さらに K. Schmidt もこの点に賛成して、有限会社を支配する社員は、有限会社法三〇条以下によって資本の維持について責任を負う。有限会社の存続保護に関し有責な侵害措置について過失責任を負う。倒産をもたらした責任は、過少資本または会社の資金調達の基礎の侵害に依拠できる。単なる業務の危険の具体化については責任を負わない、と主張する。Karsten Schmidt, Gesellschafterhaftung und "Konzernhaftung" bei der GmbH — Bemerkungen zum "Bremer Vulkan" — Urteil des BGH vom 17. 9. 2001, NJW 2001, 3577 f., 3581. 本判決の評釈および問題を扱うものとして以下の文献がある。Almheppen, Grundlegend Neues zum "qualifiziert faktischen" Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH — Zugleich Besprechung des BGH vom 19. 9. 2001—II ZR 178/99 "Bremer Vulkan", ZIP 2001, 1874 f.; Wilken, Cash-Management und qualifiziert faktische Konzernierung, — Neue Perspektiven nach der Bremer Vulkan-Entscheidung des BGH vom 17. 9. 2001 — IZR 178/99, DB 2001, 2383 f.; Luttermann, Unternehmensfinanzierung, Geschäftsleipflicht und

Haftkapital bei Kapitalgesellschaften, BB 2001, 2433 f.; Bitter, Der Anfang vom Ende des "qualifiziert faktische GmbH-Konzerns" — Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH, WM 2001, 2133 f.; Cahn, Verlustübernahme und Einzelausgleich im qualifizierten faktischen Konzern, ZIP 2001, 2159 f.; Wellensiek, Erfahrungsbericht zum Vulkan-Konkurs, ZGR 1999, 235 f.

(61) Urteil vom 17. 9. 2001 — IZR 178/99 (OLG München), ZIP 2002, 1578 = JZ 2002, 1047. 本判決に関する評釈および問題を扱う文献として、Altmeppen, Zur Entwicklungen eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 24. 6. 2002—IZR 300/00, ZIP 2002, 1578, ZIP 2002, 1553 f.; Ulmer, Anmerkung, JZ 2002, 1049 f.; Wiedemann, Reflexionen zur Durchgriffshaftung — Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 — 高橋・前掲(注84)がある。

(92) 有限会社二三条二項は、会社債務については、会社財産だけが債権者に対して責任を負う、旨定める。

(93) Altmeppen, (Fn. 91) ZIP 2002, 1553 f.

(94) Ulmer, (Fn. 91) JZ 2002, 1049 f. は、有限会社法三〇条、三二条の資本維持規定が優位するので、侵害による存続不能に基づく責任把握による社員の責任は、実務上は過大評価できない、と判決の積極的評価には慎重である。

(95) Ulmer, (Fn. 91) JZ 2002, 1049 f.

(96) 二〇〇三年二月から施行された中小企業挑戦支援法は、事業を営んでいない創業者が資本金一円で会社を設立することを認め、その場合五年以内に現行の最低資本金を充足しなければならない旨、定める。最低資本金一円と資本金を全く必要としない制度の実際上の相違は大きくない。この制度の下では法人が子会社を設立することは認められていない。この制度は、経済産業局に届け出て創業者の確認書を発行してもらう。時限法であるが、政府は、二〇〇五年の商法改正で現行商法上の最低資本金制度を完全に廃止する方針である、と伝えられている、日本経済新聞二〇〇三年(平成一五年)六月三日。もしこのような恒久的資本制度が一般的制度として確立されるならば、責任の回避や危険を制限するために、親会社として極小子会社を設立するという深刻な社会問題が生じる可能性を否定することができないであろう。親会社の責任追及が可能であることがこのような制度を支える担保となるが、裁判所を介した司法救済を求めることを期待できるのは時間と費

用に余裕のある当事者に限られるのが実情であるからである。

- (97) Ulmer, (Fn. 91) JZ 2002, 1051. 高橋・前掲注(84)は、支配的社員の会社債務に対する直接責任を責任把握理論によって導いたKBV事件判決は、社員の直接責任要件(①社員が会社財産を剝奪し、その結果、会社が債務を履行できなくなること、②かかる不利益を社員が有限会社法三〇条、三一条に基づいて会社に補償することができないこと)については、ブレイマー・ヴルカン判決を継承している、と指摘される。

- (98) その他の判例については、拙稿「企業の結合関係と法人格否認の法理」産大法学二二巻一・二号二七一頁(一九八七年)参照。ここでは、支配会社の指揮を子会社における事務管理と構成できないか検討している。しかし、すでに触れたように、支配力を直視する法状況が整いつつある現在の状況の下では、支配力と支配状態を前提として、本稿で検討するような「支配力の行使の態様」という新たな視点の下での再検討が必要になってきたものと考ええる。酒巻俊雄・前掲注(72)一七頁も、持株会社に法人格否認の法理の適用が必要な場合があると正当に指摘される。なお、拙稿「親子会社と法人格否認の法理」判タ九七五号(一九九八年)五頁以下、Hayakawa, Zur Anwendung des Prinzips der Durchgriffshaftung auf die Holdinggesellschaft, in: Recht in Japan, Heft 13, SS. 43-87, 2002を参照。

- (99) 仙台地判昭和四五年三月二六日判時五八八号三八頁。本判決については商法の観点と労働法の立場からする数多くの評釈がある。前者に属するものとして、龍田節・判例評論一四〇号一三八頁以下、福岡博之・金融商事二八三号二頁以下、河本一郎・別冊ジュリスト(会社判例百選(初版))一二頁以下。志村治美・法時四二巻一〇号一五七頁以下、蓮井良憲・別冊ジュリスト四五号(労働判例百選(第三版))一一四頁以下、久保欣也・ひろば二五巻四号六四頁以下、加美和照・会社法基本判例(一九八九年)一二頁以下。後者の観点からの検討として、橋詰洋三・季刊労働法七六号一〇六頁以下、秋田成就・ジュリ四八三号一五三頁、伊藤博義・法学三四巻三三九頁、同・ジュリスト労働法の判例(一九七二年)五六頁、和田肇・別冊ジュリスト一〇一号九八頁以下がある。

- (100) 橋詰・前掲(99)季刊労働法七六号一一五頁以下、龍田・前掲(99)判例評論一四〇号一四二頁。

- (101) 龍田・前掲(99)判例評論一四〇号一四二頁、同「法人格否認の法理の最近の展開」商事五三四号四頁、八頁以下、一一

頁（昭和四五年）、蓮井・前掲（99）別冊ジュリスト一一五頁、志村・前掲（99）法時四二巻一〇号一六〇頁、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』一〇八頁以下、四〇九頁以下（東大出版会・一九八〇年）。

(102) 津地判平成七年六月一日判時一五六一号九五頁。

(103) 適用を否定する最近の判決として「チッソ子会社事件判決」では、水俣病未認定患者Xらが、有機水銀を排出したY<sub>1</sub>会社に対して、またその完全子会社などY<sub>2</sub>、Y<sub>3</sub>、Y<sub>4</sub>会社に対しては、法人格の形骸化および法人格の濫用にもとづいて法人格否認の法理の適用ができるとして、共同不法行為責任を主張したが、京都地裁と東京地裁は、両方の要件が充足されていないとして、請求を正当に棄却した（京都地判平成五年一月二六日判例時報一四七六号三頁）。本判決の評釈として、拙稿・前掲判タ九七五号五頁以下がある。東京地判平成四年二月七日判タ七八二号六五頁。本判決の評釈として、宮島司・ジュリ一〇二四号（平成四年重要判例）一〇四頁以下、井上和彦・金融・商事八九六号四四頁以下、加美和照・判タ九四八号五頁以下、高橋英治「法人格の承認」家近正直編『現代裁判体系第一七巻会社法』六頁以下（新日本法規出版・一九九九年）がある。つぎに、「筑豊じん肺訴訟第一審判決」では、炭坑の坑内外の各種粉じん作業によりじん肺に罹患した元作業員ないしその相続人であるXら四八〇名が、炭坑会社Y<sub>1</sub>ないしY<sub>6</sub>に対して安全配慮義務違反を理由に、国であるY<sub>7</sub>に対して国賠法一条による過失責任を理由に損害賠償を請求し、前者の請求が認められた事件である。本件においては、親会社にも法人格否認の法理に基づき安全配慮義務があると主張されたが、裁判所は、子会社の法人格の形骸化および子会社の濫用の場合に、子会社の法人格は本来の目的に照らして許されず、その実体である親会社の行為と認め、直ちに親会社の責任を追及できると説示するが、「子会社の設立に際して親会社が資本金全額を出資し、役員を派遣したこと、子会社が親会社から同社経営の炭鉱そのほかの資産を譲り受けたこと、親会社又は関連会社との吸収合併を繰り返したこと、親会社において、子会社が炭坑から採掘した石炭を全て買い上げていることなどの事実」によれば、子会社は、「親会社と異なる、独自の目的・組織又は資産などを有して」いるとして、正当に子会社法人格の否認を認めなかった（福岡地裁飯塚支判平成七年七月二〇日判例時報一五四三三号）

(104) 蓮井・民商六一巻六号一九二頁、龍田・前掲（99）判例評論一四〇号一四〇頁、志村・前掲（99）法時四二巻一〇号五九

頁など。

(105) 龍田・前掲(99)判例評論一四〇号一四一頁、同・前掲(101)商事五三四号九頁。

(106) 江頭・前掲書(注101)二九〇頁以下。

(107) 江頭憲治郎「法人格否認論の形式と法構造」法協九〇巻四号六四九頁以下、五号八二三頁、同・前掲書(注101)四一二頁以下。

(108) 高橋・前掲注(84)は、法人格否認の法理を適用する場合、支配の状況・親会社の主観的要件・親会社による侵害行為の態様・債権者の種類・その他すべての状況を考慮した利益衡量が可能のため、妥当な結論を導くことができるとして、同法理の積極的活用により、子会社債権者の保護を図ることを正当に強調される。

## おわりに

近時における企業結合・再編に関する法制度は、急速な進展をみ、また著しく充実して、比較法的に見ても、高い水準を保ちながら、わが国における企業の要望にも応たえる内容となっている。本稿では、今後の立法の動向および課題について触れたにすぎない。わが国における再編法制においては、合併手続が中核的な手続として位置づけられており、他の再編制度が合併に関する基本的な考え方を参考としていることが主要な特徴である<sup>(109)</sup>。

合併法制においては、検査役の検査または調査を手続の公正さの最終的な担保にしている点の問題となる。特に、合併比率の公正さは株主利益にとって重要な問題であるが、検査役制度に代替するものとして合併に関する情報の事前開示と事後開示が構想されている。したがって、これらの法制度が今後有効に機能するかどうかは、合併に関

する情報について適切かつ正確な内容の開示と、その内容が公正であることが制度と実務において強固に裏付けされているかどうかによる。一定の水準の内容の質と公正さを担保する制度の充実が不可欠な前提である。その意味で、近く予定されている会計処理の改革は、開示制度の充実の面においても非常に重要な役割を担っている。そのことは、会社債権者の保護<sup>(10)</sup>手続が十分かどうかについても大きな影響を及ぼす。その他、利害関係者が手続の公正さを事後的に実現できるために、司法的救済の仕組みが合理化され容易に利用できるようになることも重要である。

さらに、分割制度においては、商法本体でなく改正法附則といういわば日陰の目立ちにくいような場所で、商法における労働者保護に関する規定が設けられた。このことは、わが国において初めて、労働者保護が商法と特別法であるが労働法の分野において複層的に定められ、このような交錯した問題について商法上どのように捉えるかという一般的问题の出発点を形造った。この問題は、まだ明確に意識されているとはいえないが、商法サイドの立法担当者の見解とは異なり、このような会社の基礎的な変更に関する重要な事項については、所有者としての株主の意思が優位するという立場が正当なものと考ええる。労働者の利益保護は、労働法分野の本来の領域で図るべきであり、また図るようにはしなければならない。

持株会社は、商法上の手段を利用して創設される場合は、他の会社の支配を目的とする完全親会社である。近時の商法改正においては、親会社の支配を正面からみすえようとする規制への重たい歩みが始まっている。しかしながら、商法上は、親会社による支配力の行使を正面から法認した上でその行使に伴う責任を規制をすることにはまだ踏み切っていない。したがって、持株会社における責任問題の解決は、解釈に委ねられている。法状況の顕著で急激

な変化に相応する時代に適った解釈論の展開が要請されている。その意味において、ドイツにおける最近の判例の展開においては、支配力そのものを問題とするよりも、むしろ支配力の行使のあり方、特に従属有限会社の財産の剝奪という点を重視した責任構成に転換していることが特に注目される。判例法に依存してきたドイツ有限会社コンツェルン法の分野では、これまで構築されてきた変態的事実上のコンツェルンという枠組みが学説の予測したように崩壊して、法人格否認の法理の新たな適用事例が出現してきているのである。このことは、わが国においても、最高裁が認めた法人格の濫用と形骸化という二つの事例に加えて、持株会社における責任問題の解決の一方向として、上述した龍田説のように、法人格否認の法理の第三の適用事例を独立化させることが示唆されよう。詳細な検討は将来の課題となるが、仙台工作事件判決の再検討と裁判実務においてこれをバトン・タッチする必要性、およびこの方向に沿った展開が大いに望まれる。判例の集積が、将来の立法化に際していかに積極的な役割を果たすかは経験測から明白であるからである。

本稿では、めまぐるしく進展してゆく今後の改革の方向について、現在進行している最先端の議論の現状を整理することを目指したが素措に終わった。それでも、近時の商法改正は実に速やかにあっさりとなつて勝負がついてしまつていくという立法の現実に鑑みれば、このような予備的作業も全体的な流れを概観するためにそれなりの意味があるのではないかと思料する。

(109) 永井和之「会社の組織変動と会社法改正」商事一五六九号(二〇〇〇年)四四頁以下。

- (110) 会社法全体における債権者保護のための規制の緩和に関しては、その背後にあるアメリカのような健全な市場の存在および司法制度を中心とする柔軟な制度に支えられていることが必要であると適切かつ正当に指摘するものとして、岩原紳作「会社法改正の回顧と展望」商事一五六九号(二〇〇〇年)六頁以下。

(筆者注) 本稿の執筆については、労働契約継承法に関し、本学の土田道夫教授、上田達子助教授に貴重なご意見を聞く機会があり、また、上田助教授には資料収集について格別のお世話になった。ここに記して感謝の意を表したい。

〔追記〕 脱稿後、金融庁の企業会計審議会は、八月一日、企業合併に関する会計基準の草案を公表した。これによれば、本文一四頁で説明しているように、合併で存続会社に吸収される側の資産・負債を時価で評価するパーチェス方式に原則として統一され、資産を帳簿価格のまま引継ぐ持ち分プーリング方式は、対等合併の場合に限定される。