慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	親子会社を巡る諸問題
Sub Title	Some questions about parent-subsidiary corporations
Author	豐泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantaro)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication	2008
year	
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.11 (2008. 12) ,p.45- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	慶應義塾創立151年記念号上巻 論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara id=AA1203413X-20081225-0045

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

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

親子会社を巡る諸問題

豊 泉 貫太郎

はじめに

- I、会社法令規定の内容に関する検討
- Ⅱ、親子会社法制の必要性

はじめに

元号が平成に変わって20年経ったが、この間商法の改正は目まぐるしい程のものであり、平成16年までに13回の改正があり、更に平成17年には会社法の制定となったものである。20年間に14回もの改正ということ自体異常といえるが、これらの改正の主要な点としては企業再編に関するものがある。即ち平成9年の改正では合併制度の整備、合理化と簡易合併制度の創設、平成11年の改正では株式交換、株式移転による完全親子会社創設規定の新設、平成12年の改正では会社分割制度の新設、平成14年改正では連結計算書類の導入、平成15年では商法施行規則を改正し、連結計算書類につき詳細な定めを置いたのであった10。これら新設された規定を活用して企業は活発に企業再編を為し、現在相当数の会社で完全親会社、いわゆるホールデイングカンパニーと呼ばれるものが成立した。勿論絶対数においては未だ少数といえるが、しかし我国を代表する金融業、小売業、製造業などに多く見られ無視しえない状況となっている。更に我国の上場会社など、大企業といわれる会社は必ずや複数の子会社を擁している

¹⁾ その詳細に関しては豊泉、河和他 株主総会想定問答集(平成17年版)4頁以下 なおより学問的検討を加えているものとして、また平成10年までの改正に関し「日本会 社立法の歴史的展開」(北沢正啓古稀)がある。

ものといえる。しかし平成9年迄独占禁止法において純粋持株会社の存在を禁止していたことから、この点に関する会社法上の研究がなされていなかったものである。ところで平成17年に成立した会社法は上記の平成年代の各改正を基本的に踏襲したものといえるが、親子会社の存在が時とともに注目される事態であることに鑑み会社法に関するこれら種々の点を検討しようとするものである²⁾。

I、会社法令規定の内容に関する検討

親子会社に関連する会社法、法務省令の規定内容としては以下の点を検討する。

1. 連結計算書類の作成、承認に関し

(1) 会社法444条によれば1項で会計監査人設置会社は各事業年度に係る連結計算書類を作成できるとし、同条3項では、大会社であって金融商品取引法の規定により有価証券報告書提出を義務付けられている会社は連結計算書類(当該会社及びその子会社からなる企業集団の財産及び損益の状況を示すものとして法務省令で定めるもの……会社計算規則93により連結貸借対照表、連結損益計算書、連結株主資本等変動計算書、連結注記表)の作成が要求されている、元々有価証券報告書には連結財務諸表の記載が要求されているところ、この作成につき適用される連結財務諸表規則では必要な注記事項(同規則14の2以下)、連結貸借対照表(同規則17以下)、連結損益計算書(同規則48以下)、連結株主資本等変動計算書(同規則17以下)の作成規定があり、毎事業年度に各社でこれらが作成されていることから会社法において作成を強制しても特段の負担はないとしたものと考える。こうして会社法では法444条1項、3項で会社は連結計算書類

²⁾ 既に現在の親子会社法制が不十分なものであり、早急の法手当が必要あることを指摘を したものとして、拙稿「親子会社法制——商法改正に関連して」東弁 平成11年度秋期研 修講座115頁以下

を作成するとし、4項で監査役、会計監査人の監査を受けることとし、その後に監査を受けた連結計算書類を取締役会で承認するよう要求している³⁾。その上で定時株主総会の招集通知に際し提供することと(同条6項)、その内容を定時株主総会で報告することを要求している(同条7項)。ところで連結計算書類とは当該会社と原則全ての子会社の集合体としての資産状況、損益状況を明かにする為のものであり、親子会社間の取引等相殺処理するものを除き会社と子会社の各数値を合算することとなる。

(2) ところで子会社は子会社自身として事業年度毎に計算書類を作成し(法435 II)、監査役、会計監査人の監査を受けた(法436 I、II)後、取締役会の承認を受けることとなる(法436 II)。それ故親会社取締役は自社に関する決算数値に関しては会社法435条 2 項により業務執行取締役がその権限で把握することとなるが、子会社自身に関する決算数値は子会社(取締役)からの報告を受ける外ないのである。ところで子会社から親会社への各子会社に関する決算数値の報告に関し、会社法は何の規定も置いていないのである。親会社(取締役)の報告請求権又は子会社(取締役)の報告義務の規定を当然設けておき、親会社が子会社から情報を確保できる法的手当てをした上で、始めて親会社取締役に連結決算書類作成義務を課し得るのである。法は可能の世界において始めて義務を課し得るのであり、可能という前提を欠いた状態において法的義務を課すことは近代法の精神に反するものといえる⁴。この点監査役、会計監査人の監査に関しては法381条 3 項、396条 3 項でそれぞれ「その職務を行うため必要があるときは」として子会社調査権を規定しており、子会社を調査出来ること

³⁾ 旧商法特例法19の2では、大会社の取締役が連結計算書類を作成し、取締役会の承認を得た後、監査役、会計監査人の監査を受けることとしていたものを、会社法444では監査役、会計監査人の監査の後で取締役会の承認を受けるとし、順序を逆にしている。おそらく監査の段階で指摘事項があったときこれを踏まえて修正された後に承認した方が妥当と考えたものと思われる。また旧商特法では連結計算書類の作成者を取締役としていたのに対し、会社法は会社を作成者としている。監査する機関、承認決議をする機関を規定している法444の体裁から考えれば作成者も会社機関を表示すべきものといえ、旧法に比べ条文表記の正確さに欠けたものといえよう。

から連結計算書類の監査は可能なのである。

- (3) 同様に法444条 5 項では連結計算書類につき取締役会の承認を求めているが、親会社の個々の取締役には子会社を調査する権限も、子会社取締役に対する報告請求権も存在しないのであり、承認すべきか否かを判断できる前提を欠いたものといえる。元々判断できる立場にしておかないで承認を要求していることは全く無意味な規定となっている。特に法976条 7 号によれば計算書類につき虚偽の記載をしたときは取締役は100万円以下の過料の制裁を受けるとされているが、子会社から提供された数値の正確性を親会社取締役が検証しえない以上、不当な行政罰といえる。同様に計算書類の不作成も同様の過料制裁規定があるが、子会社が決算数値の提供を拒否したことから連結計算書類の作成ができなかった場合5)のように法的に請求できる立場にない者に作成を命ずることは不当な立法といえる。立法担当者は子会社は「事実上」親会社の意向に従う、指示に逆らえないというと考えるが、「事実上」可能だとしても「法的」に可能でない以上は「法的義務」を創設すべきではないはずである。
- (4) 実は同様のことが事業報告に関しても言えた。会社は法435条2項により法務省令の定めに従い事業報告の作成を義務付けられるが、会社法施行規則120条2項で「連結計算書類を作成している場合は……当該株式会社及びその子会社から成る企業集団の現況に関する事項とすることができる」としているが、これとても「企業集団」の現状を親会社において正確に知る得る為の手当てがなされていない以上、法的には偶然に委ねたものといえよう⁶⁾。ただ会社法施行規則120条2項はあくまで「企業集団」という方法での報告も「できる」としているのであり、もし正確性に疑問があるというのであれば原則に戻り当

⁴⁾ 実はこの点金融商品取引法(旧証券取引法)において有価証券報告書の内容として連結 財務諸表作成、提出義務を課した段階で問題とすべきものといえたが、機関相互間の権限、 義務の規定は金融商品取引法自体が規定すべき事項でなく、会社法で規定すべき事項であ るとして放置されていたものである。

⁵⁾ 一般には考えにくいというのであろうが、敵対的M&Aをかけられ、意に反して子会社と された会社の社長が子会社情報を親会社に提供することが法的義務でないと判ったとき情 報提供に不熱心になることは十分予測できるところといえる。

該会社単体の現況を報告することとし、併せて子会社に関しては同規則1項7号の「重要な親会社及び子会社の状況」の内で親会社において正確に大株主として知りえた情報のみの報告を選択すれば足りるものといえる⁷⁾。

2. 株主総会での説明等に関し

(1) 定時株主総会にあっては事業報告の内容を報告し(法438II)、計算書類に関しては承認(法438II)を受けるか又は報告することとなる(法439)。上場会社は勿論会計監査人設置会社となっている大規模会社の殆どは計算書類も報告事項となる。更に連結計算書類作成会社はその内容を報告しなければならない(法444VII)。こうして会議の目的事項としての報告事項とされたことから、株主からの質問に対しては説明義務を負うこととなる(法314)⁸⁾。

(2) 説明範囲について

⁶⁾ ただし純理論的に考えたとき法435条2項は「株式会社は法務省令で定めるところにより、各事業年度に係る……事業報告……を作成しなければならない」としており、その会社の事業報告として何を報告事項とするかを法務省令に委ねたものであるところ、法務省令、会社法施行規則120条2項は勝手にその会社に代えて企業集団でも良いとしたものであり、本来的には委任の範囲を超えたものという問題がある。

⁷⁾ この点旧商法当時である昭和57年に改正された会社計算規則45条の営業報告書の記載事項となっていた「親会社との関係、重要な子会社の状況その他の重要な企業結合の状況」という規定が昭和63年に改正され「(その経過及び成果を含む)」と追加され、旧商法施行規則103条に移行したものである。その当時「成果」をどう記載すればよいのか、子会社の協力を得られなかったときはどうするか真剣に議論され、連結数値の外、概数でも良い、それが不可能なら傾向を文章表現することも可としていたものである。この様に子会社情報の入手の法的手当てがないことから子会社の協力の有無、程度に応じての親会社の種々の対応を認めていたにも拘わらず、今回これらの議論を無視しての規定となったのは残念である。詳細は大谷他「昭和63年改正計算規則、ひな型の解説」別冊商事法務№104参照。なお付言するに旧商法施行規則は「親会社との関係、重要な子会社の状況」としていたものを会社法施行規則120条では「重要な親会社及び子会社の状況」としている。これは親会社の内にも重要でない親会社も存在するかの如きものといえるが不適当といえる。重要か否かの判断をすべきものはあくまで子会社に関してといえよう。

⁸⁾ 以前は株主総会における説明義務に関し報告事項に関しても説明義務があるかの争いが あったが、一応これを肯定した上で立論する。

- ア)旧商法時代営業報告書において「営業の経過及び成果」として当社単体 の年間売上高、前年比を各事業分野毎に分けて報告するとともに「重要な子会 社等の状況 | として会社名、資本金、持株比率、主要事業内容を記載する外、「経 過及び成果 | として連結売上高と前年比、連結当期利益程度を記載するのが一 般といえた。即ち旧商法当時子会社情報はあくまで付加情報、補助情報に止ま っていたものであり、会社の営業自体の内容とは別の情報と位置付けられてい たといえよう。それ故子会社に関する質問があったとき、営業報告書に記載さ れた「重要な子会社」に関しては、その売上高、赤字か黒字か程度の説明で十 分であり、子会社自身の事業別売上高や前年比、各工場の所在地、生産能力等 の質問がでても、それは子会社自身の株主総会で議論すべき事柄であるとして、 会議の目的事項外として拒否できると解されていた。しかるに会社法が制定さ れ、会社自らの意思で会社法施行規則120条2項による「企業集団の現況」を 報告することを選択したときは、主要な営業所、工場の状況や主要な借入先、 事業の経過及び成果、直前3事業年度の財産、損益の状況を「会社及びその子 会社からなる企業集団 | として報告することから、これら企業集団を構成する 各重要なる子会社毎の年間売上高、前年比、各セグメント毎の状況、工場の稼 働率、生産主要品目等の質問がでたとき「企業集団」として報告した以上、そ の内容を一回り詳しくするくらいが説明範囲とすることから考えれば説明範囲 は拡大したものといえる。(勿論会社法は当該会社に関する事業年度毎の報告事項 として何が適当かを法務省令に委任したにも拘らず法務省令が委任範囲を超えて企 業集団単位で定めたことの当否を問えようが、反面会社自身の意思で選択した以上 は、それによる不利益も覚悟すべきものといえる)
- イ)特に純粋持株会社の株主総会を考えたとき持株会社はあくまで傘下の完全子会社である各事業会社からの利益配当を受ける外は目ぼしい収入は無いのであり、完全親会社の株主総会において当該親会社に関してのみの事業に関する質問となれば子会社株式の保有状況と各子会社からの配当金受領状況及び各子会社の株主としての権利行使状況のみが説明内容となり余りにも空虚なものとなろう。純粋持株会社の株主としての正当な関心事は、現実に利益計上に努

力している各子会社の事業の内容、状況、将来の見通し等につき正当な関心を 有するのであることから、これらにつき質問があったとき持株会社としては子 会社の事項であるとして拒否できないと解する。即ち持株会社の株主総会にお ける説明義務の範囲はその傘下にある各事業子会社の株主総会における説明義 務の範囲をそのまま持ち上がったものと解することとなろう⁹⁾。

ウ) 説明義務者

法314条では「取締役、会計参与、監査役及び執行役は」「株主から説明をも とめられたときは説明しなければならない | としてある。ここにいう「取締役 | 「監査役」は株主総会を開催している当該会社の取締役、監査役を指すと解さ れている。問題は前述のとおり「企業集団」の状況を報告内容とするとき特に (イ)の純粋持株会社の株主総会において事業子会社に関する質問がでたとき、 これに対する説明者としての子会社取締役、監査役を法314条の取締役、監査 役に含められないかということである。勿論現在にあっても取締役の説明義務 を全て取締役本人が行わなくても補助者を用いても良いと解されている¹⁰⁾ こ と、現に多くの会社で執行役員を説明補助者として総会当日出席させているこ とから、子会社取締役を説明補助者という立場で出席させることは可能といえ るので、独自の地位を考慮する利益は余りないといえる。ところで報告事項で ある事業報告は法435条で会社(正確には業務執行取締役と解されるが)が作成し た上で法436条3項により取締役会で承認した上で定時株主総会で報告するも のであり、その報告内容を最終的に確定したのは当該会社の取締役会であるこ とから、その最終決定権を有する取締役会の構成員が行うべきものといえ、こ の作成に関与しなかった子会社取締役には独自の権限としての説明義務者とい う地位はないものと考える。それ故現行法の解釈として子会社取締役を法314 条の取締役に含ませることは無理といえる¹¹⁾。

⁹⁾ このように事業子会社に関する質問につき親会社の存在を無視し、パスする形での立論 は解釈論か立法論かという問題があるが、ホールデイングカンパニーの特性及び会社法施 行規則の規定等から考えて、現行法の解釈論として述べるものである。

¹⁰⁾ 豊泉、河和他 株主総会想定問答集(平成20年版)65頁等通説である。

3. 内部統制体制の構築決議につき

法362条1項6号には取締役会決議事項として「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制」を定めるとともに同条5項では「大会社である取締役会設置会社においては、取締役会は前項第6号に掲げる事項を決定しなければならない」とし、取締役会設置の大会社ではいわゆる内部統制体制の構築決議義務を課している¹²⁾。これを受けて会社法施行規則100条では1項で取締役に関し、又3項では監査役に関して具体的な規定を設けている。その内の1項5号には「当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制」につき決議することを求めている。旧商法特例法21条の7第1項2号、商法施行規則193条において委員会(等)設置会社について定めたものを全ての大会社に拡大したものといえる。しかし本条に関しては以下の如き問題点が存する。

①「企業集団」に関して規定できるか

法362条 4 項は「取締役会は……重要な業務執行の決定」を行うものとし、重要財産の処分、多額の借財、重要な使用人の選、解任などと併せて「株式会社の業務の適正」の為に必要な体制として「法務省令で定める体制」ということであり、あくまで法務省令に委任したのは当該株式会社自身に関することのみであり、その会社以外の法人格を有する子会社、親会社を含めた体制に関し

¹¹⁾ もし法314条の取締役に含まれるとなれば子会社取締役は説明義務履行者として総会への出席権を主張できることともなりかねない。しかしだれを出席させるかの議場構成は親会社において決定すべきものといえよう。

¹²⁾ この点法務省民事局検事の解説の内に設置するかしないかの決議をすることを規定しているもので、構築しない決議をすることもその内容に含むとする解説(相澤=葉玉=郡谷「論点解説 新会社法」334頁)も存するが、条文の解釈から考えて誤りであろうと考える。「会社の業務の適正を確保するために必要な……体制の整備」という事項を決議すべしということは、当然規模、程度は別として必要な体制の整備に関する決議をする義務が存するということである。

ては何ら委任してないのであり、この点法務省令は委任範囲を超えて勝手に規 定したものといえる¹³⁾。

②子会社が親会社を含めた企業集団の適正体制の構築は可能か

そもそも法362条4項6号から企業集団に関する決議をなし得るかは別とし て、親会社が子会社を含めた企業集団全体のことを考え、また親会社(大株主) という立場で子会社の株主総会での議決権行使、子会社人事の決定等株主権限 を行使することでその経営を支配することから、子会社を含めての体制の構築 を決議することは、その事業上の力関係、法律上の力関係から考えて可能とい える、この範囲内ですることは有益なことといえる。これに反し親会社に支配 されている子会社において親会社を含む企業集団の内部統制体制」に関する決 議をしても何ら実効性を有するものでないことは、その力関係から考えて明か であろう。親会社の職務の執行の適法性につき子会社が如何なる決議をなして も全く無意味という外はないものと考える。この点法務省担当者の解説によれ ば「(イ)取引の強要等親会社による不当な圧力に関する予防、対処方法、(ロ) 親会社の役員等との兼任役員等の子会社に対する忠実義務の確保に関する事 項、(ハ)子会社の監査役と親会社の監査役等との連絡に関する事項等につい て決定することが考えられる」¹⁴⁾という。しかし(イ)(ロ)はあくまで子会 社だけに関する問題であり、親会社を含む「企業集団」における業務適正の問 題ではない。更に(ハ)は監査役に関することであり子会社取締役会で干渉す べき事柄ではないし、干渉すること自体法律違反といえる。このように法務省 担当者の挙げる例が不適切なものになるのは元々の省令の規定自体が不適切だ からといえよう(ここでいう不適切とは単に委任範囲を逸脱しているという形式上 の問題に止まらず、規定内容においても不適切という実質的な問題としてである)。

¹³⁾ 今回制定された法務省令即ち会社法施行規則、会社計算規則の内に委任範囲を超えた、それ故法的には無効ともいうべき規定が多く存することは、本会社法の制定に法務省法制審議会特別部会長として中心的役割を荷った江頭教授自身認めているところである。酒巻 = 龍田 逐条解説会社法 I 19頁で「法律上法務省令に委任されていない事項を法務省令で定めていると疑われる点もある」と断定している。

¹⁴⁾ 相澤哲編「立案担当者による新会社法関係法務省令の解説」(別冊商事法務№300) 33頁。

③内部統制に関しては以上の外にも種々疑問点が存するが、親子会社関係と は別のことなので省略する。

4. 常勤監査役の業務につき

監査役会設置会社にあっては監査役は三人以上でなければならず(注335Ⅲ)、 監査役会で常勤監査役を選定しなければならない。「常勤」とは「他に常勤の 仕事がなく、会社の営業時間中原則としてその会社の監査役の職務に専念する 者」であり「常勤監査役を二社以上兼任することはできない |¹⁵⁾ と一般に解さ れている。しかし兼任が禁止されているというのは法335条2項における監査 役の使用人兼務の禁止とは異なり法律上の禁止ではなく「常勤」としての職務 遂行が困難、不可能ということからの制約といえよう。ところで法規上の概念 としてではないが取締役の内にもその職務遂行状態として常勤取締役と非常勤 取締役が存在しているのであり、A社の常勤取締役(例えば社長とか業務執行取 締役)が他社の常勤取締役を兼任できるかは取締役の会社に対する義務である 善管注意義務(法330、民644)、忠実義務(法355)から考慮されるべきものと いえ、監査役にあっても常勤の兼任が可能か否かは監査役の会社に対する職務 遂行につき定型的に義務違反といえるかから考慮するほかない。しかるに純粋 持株会社のような場合持ち株会社の常勤取締役(社長)が併せて事業子会社の 常勤取締役(社長)を兼務することは良く見られるところであり、こうするこ とでグループ経営の統一性、一貫性が確保でき、何ら善管注意義務、忠実義務 違反¹⁶⁾ といえないというのであれば同様に完全親子会社や持株会社と事業会 社の両社の常勤監査役を兼任することは親子会社が同一建物内に存する等の状 況下にあれば許されるのではないかと考える。特に近時企業集団の統一的経営

¹⁵⁾ 江頭 株式会社法 (第二版) 485頁等通説である。

¹⁶⁾ 善管注意義務と忠実義務が同一のものか異別のものかについては学説上争いがあるが、 判例(最判昭和45, 6, 24. 民集24-6-625) は実質同一のものと解しており、私見もこれ に賛するものである。そうだとすれば取締役の会社に対する善管注意義務と監査役の善管 注意義務とは基本的に同一といえ、監査役における常勤状態が善管注意義務から生じると いうのであれば取締役の常勤状態も同様に問われるべきものといえよう。

を図る目的で子会社の社長等を親会社取締役に就任する事案もみられるのであるが、そうであれば監査役に関しても親子会社を同一監査役が常勤で就任することも監査の実効性確保に有益であり、一概に否定すべきではないと考える。

Ⅱ、親子会社法制の必要性

解釈の限界と法の危機

(1) 前述のとおり平成9年に独占禁止法が改正され純粋持株会社が解禁となり、これに対応する形で平成11年に株式交換、株式移転制度が商法改正により創設され、今日この制度を利用して相当数の持株会社、ホールデイングカンパニーが設立されているのである。

ところで独占禁止法改正に際し、衆議院にあっては「持株会社株主の子会社 事業への関与や子会社関係者の権利保護のあり方等について検討を行うこと」 とする付帯決議がなされたが、持株会社成立後の親子会社の関係、特に親会社 株主の子会社事業に関する関与権限の有無や、子会社少数株主保護の為の手当 て等について全く手当てがなされないまま今日に至っている。

- (2) しかし現実に巨大な事業子会社を擁する大持株会社が相当数出現し、現実の運営において何ら指針となるものが存在していないという状況は異常といえることから現行法の解釈として何らかの打開案を出すべく、精力的な研究が行われている¹⁷⁾。しかし最早解釈論では賄えないものといえ、早急な法制定が必要なときと考える。以下その代表的な事項を挙げれば
 - ①完全親会社株主による事業子会社運営への関与

持株会社の主な事業は子会社の支配管理であり、その収入源の主たるものは 子会社からの配当といえる。しかるに収入の源となる子会社の事業に関し、現

¹⁷⁾ 前田重行「持株会社法制における序説的考察」平出、高窪古希記念(下)858以下、同 氏「持株会社株主総会の子会社に対する権限拡大と株主総会の運営」筑波大学企業法学十 年記念論集537以下、周剣龍「子会社の重要な事項に関する親会社株主の議決権行使」久 保欣哉古希251以下等

行法は持株会社の執行機関が唯一の株主として決定できるとする一方、持株会社の株主は単に持株会社の事業(これとても子会社の株式を保有し、配当を受領すること)にのみ関与するに過ぎない。しかし現実に利益確保の為の事業を行っている子会社の重要な変更等に関しては親会社株主に何らかの関与を認めるべきだとするものといえる。この点一般に株主の出資判断は持株会社の事業内容ではなく、その傘下の事業子会社の事業の将来性、規模、収益性で判断していることからの当然の要請といえよう。

- ②しかも親子会社の体制を利用することで実質、法の潜脱といえることも可能となっている。例えばA持株会社が、その主要子会社であるB社を他の会社 C社に吸収される型での合併を考えたとき、B社としての合併承認は全株式を保有するA社が承認すれば現行法上足りることとなる。しかしB社の営業が親会社の主要なものというのであれば、実質的にみればA社の事業の一部譲渡(法467)とも評価できるのであり、A社の総資産の5分の1以上であればA社の株主総会での特別決議を要するところ(法309 II ハ)、親子会社制度を利用することでA社株主に重大な影響を与えるB子会社の傘下からの離脱を可能としているのであり、一つの潜脱ともいえよう。
- ③この点ドイツの判例においては「株主総会の不文の権限」によるとか、又は「法の自由な継続的発展」によるとして、親会社の株主総会での権限を認めんとしての工夫、努力がなされているが¹⁸⁾、それ自体不明確との批判が同地においてなされていることに加え、我国においても法295条2項では、取締役会設置会社にあっては「この法律に規定する事項及び定款で定めた事項に限り決議できる」としており、明文に反する解釈は困難といえる。
- ④しかし反面現在の大多数の持株会社は以前個々の事業会社であったものが、商法に株式交換、株式移転の制度が創設されたことで持株会社となったものであり、株主は以前は個々の事業会社毎に、その収益性、社風、将来性を判断して株主となったところ、本人の意思ではなく、会社の特別決議で持株会社

¹⁸⁾ 詳細は高橋英治「ドイツと日本における株式会社法の改革 | 特に144以下

の株主に変更された上、その親会社の意向によりかつて出資した子会社が傘下から分離するという際に旧株主が何ら関与できないということへの事実上の不当性、不満も存するはずである。株式交換、株式移転は株主有する財産権の強制提供との面もあり、少なくとも現時点において権利内容の実質同一性の確保こそ要求されるべきものといえる。

- (3) 同様のことは少数株主を擁する子会社取締役の忠実義務の問題でもいえる。大株主である親会社からの不当な要求に対し、如何に子会社自身の正当な利益を確保するかにつき、単に忠実義務のみを宣言するだけでは実効性がないのであり¹⁹⁾、逆に大株主の権利抑制の法理の研究もなされているが²⁰⁾、より端的に親会社が不当な要求をしたときはこれにつき親会社(の取締役)の責任追及を可能とする法制度の創設が必要と考える²¹⁾。
- (4) 新たな企業社会での問題点として既に幾つかの法制定の要求が現実に生じているのであり、これらは現行法の解釈で賄えないものとなっている。無理して法解釈で処理しようとすることは逆に法解釈の限界を放棄させ、恣意的解釈の是認という法の危機を生じさせよう。法は社会の需要に適切に対応して改正されなければならないところ、この点が放置されていることが残念である²²⁾。

¹⁹⁾ この点既に以前指摘したところである。抽稿「親会社法制——商法改正に関連して——」 東弁平成11年度秋季弁護士研修講座128頁、なお高橋英治(注18)文献38頁にも「株式交換、 株式移転の合憲性」を論じているが、憲法29条2項の問題としているが、本件は3項の問 題といえよう。

²⁰⁾ 例えば別府三郎 大株主権力の抑制措置の研究などがある。

²¹⁾ ドイツ株式法317条参照

²²⁾ 注(19) の拙稿137頁で強く求めていたものである。