

西ドイツ新商法による『結合企業』概念

その他のタイトル	Die verbundenen Unternehmen nach dem deutschen Handelsgesetz
著者	大和 正史
雑誌名	関西大学法学論集
巻	39
号	4-5
ページ	937-975
発行年	1990-02-20
URL	http://hdl.handle.net/10112/00024985

西ドイツ新商法による『結合企業』概念

大
和
正
史

- 第一 はじめに
- 第二 商法二七一条二項による結合企業概念の定義
- 第三 商法における結合企業概念の欠陥
- 第四 抽象的なコンツェルン会計義務に基づく結合企業の範囲
- 第五 結合企業概念の規制目的とE.C第七指令四一条
- 第六 E.C指令に適合する解釈
- 第七 むすびに代えて

第一ははじめに

西ドイツでは、一九八五年二月一九日に「会社法調整のためのEC関係理事会第四、第七および第八指令の実施のための法律」(以下、会計指令法という)が成立し、一九八六年一月一日から施行されている。⁽¹⁾この会計指令法は、新商法二七一条二項により『結合企業』についての新たな定義規定を導入したが、それは一九六五年株式法一五条に規定されている従来の定義規定とは異なっている。しかし、この新规定は会計報告に関して設けられたものであるから、その適用範囲は新商法の第三編、つまり会計報告規制に関する領域に限定される。したがって、コンツェルンの実体制制を定める一九六五年株式法における『結合企業』概念と会計報告規制に適用される商法の『結合企業』概念とが当分の間、併存することになるわけである。

新たな『結合企業』概念を規定した商法二七一条二項の解釈については、同項の規定のしかた自体が、「バビコンの言語混乱」⁽²⁾と評されるほど複雑かつ判読しがたいものとなっているため、鋭い見解の対立がある。それに加えて、同項がEC加盟国の会社法の調整を要求する一九八三年七月一三日のEC理事会第七指令⁽³⁾に基づいて国内法化されたものであることから、EC指令と国内法との関係および指令の条項(四一条)の解釈をめぐる見解の相違が右の対立をより複雑なものにしているのである。本稿では、こうした西ドイツ新商法の『結合企業』概念をめぐる議論について紹介し、若干の検討を加えてみることにする。

(1) Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebenten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts (Bilanzrichtlinien-Gesetz), BGBl. I 1985, 2355. ただし、個別決算

書に関する規定については一九八七年一月一日以後に始まる営業年度から、また、コンツェルン決算書に関する規定については、一九九〇年一月一日以後に始まる営業年度から適用される(商法施行法二三三条二項・三項参照)。なお、この法律の概要については、黒川全紀編・解説西ドイツ新会計制度——規制と実務(一九八七)、森川八洲男「西ドイツ新商法会計制度をめぐって——一九八五年『会計法』を中心として」(1) (2)「会計三一三巻四号(一九八七)五五五頁以下、ヘーター・シユレヒトリーム(山下友信訳)「ドイツ連邦共和国における商法・会社法の発展(一九八五—一九八七)——会計指令法」日独法学一二号(一九八八)五三頁以下、等を参照。また、EC会計制度の調整については、黒田全紀・EC会計制度調和化論(一九八九)、新商法に基づくコンツェルン決算制度については、清水忠之「西ドイツのコンツェルン決算制度——一九八五年西ドイツ改正商法における連結範囲について」明治学院大学法学部二〇周年論文集『法と政治の現代的課題』(一九八七)所収一六九頁以下を参照。

(s) Vgl. Bieg, Ermessensscheidungen beim Handelsbilanzausweis von „Finanzanlagen“ und „Wertpapieren des Umlaufvermögens“ - auch nach neuem Bilanzrecht?, in: DB 1985, Beilage 24/1985 zu Heft 41/1985, S. 16.

(c) The Council of the European Communities, Seventh Council Directive of 13 June 1983 based on Article 54 (3)

(g) of the Treaty on consolidated accounts (83/349), Official Journal of the European Communities, Vol. 26 L 193, 18. 7. 1983, p. 1 seqq.

第二 商法二七一条二項による結合企業概念の定義

1 定義の適用範囲

EC第七指令四一条の轉換によって商法二七一条二項で新たに規定された結合企業概念の定義は、もっぱら商法第三編(二三八条から三三九条)の範囲内において適用される。さらに年度決算書および状況報告書の作成義務を定める開示法五条一項二文が同条項を引いていることから、商法のこの定義は、開示法に従って人的企業(個人企業・人的会社)により作成された年度決算書にも準用される⁽²⁾。しかし、それ以外の領域、とりわけ株式法三一二条に従って

作成される従属報告書の場合には、従前と同様に株式会社一五条の結合企業概念がそのまま適用される。

商法の結合企業という概念の適用範囲は、具体的には次のような諸規制を包含している。すなわち、財務固定資産として結合企業に対して有する持分・貸付金（商法二六六条二項AⅢ一号・二号）、流動資産として結合企業に対して有する債権・持分（商法二六六条二項BⅡ二号・BⅢ一号）ならびに結合企業に対する債務（商法二六六条三項C六号）は貸借対照表において他と区別して表示されなければならない。また、商法二五一条による結合企業に対する責任関係については、貸借対照表の欄外または付属明細書において別個に記載されなければならない（商法二六八条七項後段）。さらに損益計算書においては、結合企業からもたらされる収益（参加的持分に基づく収益のうち結合企業からのもの、受取利息など、商法二七五条二項九号〜一〇号）および結合企業に対する支払利息（商法二七五条二項一三号・三項一二号）を他と区別して表示することを要する。その外に、付属明細書においては、商法二八五条一号・二号所定の債務以外のもので、貸借対照表に掲げられず、また商法二五一条によりその欄外にも記載されないが、しかし財務状態の判断のために意義を有するその他の財務的責務（finanzielle Verpflichtungen）の総額の記載が要求されるもののうち、結合企業に対するものについては別個に説明されなければならない（商法二八五条三号）。

さらに、結合企業概念は決算監査における法規制においても適用される。すなわち、決算書監査人（Abschlussprüfer）の独立性を確保するため、経済監査士（Wirtschaftsprüfer）または宣誓帳簿監査士（vereidigter Buchprüfer）等が法人の法定代理人であって、その法人が監査すべき資本会社と結合企業関係にあるなどの場合には、決算書監査人となることができず（商法三一九条二項三号・四号、三項一号・三号参照）、また、決算書監査人は義務違反によ

る損害賠償責任を監査すべき資本会社に対してのみならず、その結合企業に対しても負う(商法三二二条一項三文)。
 なお、新商法は、別に『参加的分分 (Beteiligungen)』⁽³⁾ という概念も導入し(商法二七一条一項)、参加的分分を有する企業との関係についても年度決算書において他と区別して表示することを要求する。一つの企業関係が、参加的分分関係と結合企業関係の双方に該当するときは、結合企業としての取り扱いが優先する。したがって、この限りでは、結合企業概念を定める商法二七一条二項は、同条一項に対して特別法の関係にある。⁽⁴⁾

2 商法二七一条二項による結合企業概念の定義構造

商法二七一条二項は、結合企業の定義について以下のように定めている。

「本編にいう結合企業とは、親企業または子企業(商法第二九〇条)として、第二節に従って最も広範囲のコンツェルン決算書を最上位の親企業として作成しなければならない——作成が行われない場合を含む——か、もしくは第二九一条に従ってまたは第二九二条に基づき制定される法規命令(Rechtsverordnung)に従って免責的コンツェルン決算書(Befreiender Konzernabschluss)を作成するかまたは作成することができることになる親企業のコンツェルン決算書に全部連結(Vollkonsolidierung)に関する規定に従って組み入れなければならない企業をいう。第二九五条または第二九六条により組み入れられない子企業も結合企業とする。」

この定義は、結合企業概念規定の出発点を、明らかにコンツェルン決算書の作成に関する義務を規定する商法二九〇条に関連づけている。すなわち、商法第三編の意味での結合企業とは、原則として、商法二九〇条の意味での親企業または子企業として、最上位の親企業として最も広範囲のコンツェルン決算書を作成しなければならない親企業

のコンツェルン決算書に組み入れられなければならないすべての企業である。親子企業を出発点とするのであるから、つねに従属関係ないし支配関係が前提とされることになるが、どのような企業がコンツェルン内の親企業または子企業とみなされるかについて、商法二九〇条は二つの視点から規定している。

まず、商法二九〇条一項によれば、国内に住所を有する資本会社が他の企業に対して統一的指揮を行使し、かつ同時に当該他企業に対して商法二七一条一項の意味での参加的持分を有するときは、この資本会社は親企業であり、その統一的指揮に服する当該他企業は子企業と定義される。ここでは、株式法と同じくいわゆる統一的指揮基準が採用されている。⁽⁵⁾

第二に、国内に住所を有する資本会社が他の企業（子企業）において商法二九〇条二項に個別的に掲げられている一定の法的地位を有するときも、この資本会社は親企業とされる。同項が掲げる一定の法的地位とは、ある資本会社が、他の企業の社員の議決権の過半数を有する場合（同項一号）、他の企業の管理機関、指揮機関または監督機関の構成員の過半数を任命あるいは解任する権利を有し、かつこの資本会社が同時に当該他企業の社員である場合（同項二号）、もしくは、他の企業と締結した支配契約に基づきまたはこの企業の定款規定に基づき支配的影響力行使する権利を有する場合（同項三号）である。⁽⁶⁾ これらは、アングロ・サクソン系のいわゆるコントロール基準を採用したものである。

右に加えて、一方では、親企業の有する権利には、他の企業に対して子企業が有する権利および親企業の計算もしくは子企業の計算において取引を行う者が有する権利（商法二九〇条三項一文）、ならびに、当該他企業の他の社員との約定に基づいて親企業または子企業が行使することのできる権利（同項二文）が付加される。他方、親企業の有

する権利からは、親企業または子企業が他人の計算において保有する持分と結合する権利（同項三文一号）、もしくは、担保として保有する持分と結合する権利で、当該権利が担保権設定者の指図に従って行使されるか、または金融機関が持分を貸付金の担保として保有していて担保権設定者のために行使される場合のもの（同項三文二号）が除かれなければならない。なお、商法二九〇条二項一号の算定の基準となる議決権総数からは、子企業自体、その子企業の子企業の一つまたは当該企業の計算において他人の所有する自己持分に基づく議決権が除かれなければならない（同条四項二文）。

結合企業の二番目の定義基準として、商法二七一条二項の文言には、商法二九〇条によりコンツェルン決算書の作成を義務づけられた最上位の親企業の連結範囲への帰属可能性が掲げられているが、ここでは明文をもって全部連結の方法による組入だけが考慮されている。この全部連結の方法での組入は、親企業・子企業関係についてのみ許されるのであって、他の企業との共同の経営のもとにあるにすぎない共同企業（*Gemeinschaftsunternehmen*）⁽⁷⁾（商法三一〇条）ならびに関連企業（*assoziiertes Unternehmen*）⁽⁸⁾（商法三一一条一項）は商法二七一条二項の意味での結合企業ではない。

さらに、親企業が商法二九一条に従って、または商法二九二条により公布される法規命令に従って免責的コンツェルン決算書を作成しもしくは作成することができることになる場合にも、結合企業の範囲の画定に影響を及ぼす。すなわち、EC域内に住所を有する外国コンツェルン頂上企業が商法二九一条または二九二条に従って免責的コンツェルン決算書を作成・開示するため、国内に住所を有する最上位の親企業が商法二九〇条によるコンツェルン決算書の作成義務を免除される場合にも、この国内の最上位の親企業およびその子企業は、外国コンツェルン頂上企業および

その子企業との関係では商法二七一条二項の意味での結合企業とされる。さらに、コンツェルン頂上企業がその住所を国内に有するが、しかし資本会社の法形態をとっていない場合であっても、この頂上企業はやはり免責的コンツェルン決算書を作成でき（商二九一条一項二文）、その結果、このような事例においても、国内の最上位の資本会社はその子企業とともにコンツェルン頂上企業およびそのすべての子企業と結合企業関係にあることになる。

なお、結合企業関係の認定については、国内の最上位の企業がそのコンツェルン会計義務に従って実際にコンツェルン決算書を作成するかどうかは問題とならない。商法二七一条二項は、コンツェルン決算書の作成が行われない場合も、結合企業関係を認定する妨げにはならないことを明記している。また、ある企業が組入禁止（商法二九五条）または組入選択権（商法二九六条）の規定に基づき最上位の親企業のコンツェルン決算書に組み入れられない場合であっても、この非組入企業を結合企業とみなすことに変わりはない。

- (1) 西ドイツ商法上、資本金会社（株式会社・株式会社合資会社・有限会社）等の作成すべき計算書類は、年度決算書（貸借対照表・損益計算書・附属明細書）と状況報告書である（商法二七四条一項一号・二九七条一項・三三六条一項一号、開示法五条二項・一三条二項参照）。本稿では、便宜的にこの両者を合わせて年度決算書と表現する。
- (2) 開示法一条一項によれば、資産総額一億二五〇〇万マルク超、年間売上高二億五〇〇〇万マルク超および被雇用者数五〇〇〇人超の三つの基準のうち二以上を充足する人的企業（個人企業、合名会社、合資会社）は年度決算書の開示・監査義務を有する。
- (3) 参加的分（「資本参加」とする訳例も多い）とは、他企業との間に持続的結合関係を確立することにより、自己の営業活動に寄与せしめることを目的とする持分であり、疑いのある場合には、他の資本会社に対する持分であって、その券面額の合計が当該会社の公称資本金の二〇パーセントを超えるものは、参加的分とみなされる（商法二七一条一項参照）。
- (4) Vgl. Adler/Düring/Schmalz, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Kommentar zum HGB, AktG,

GmbHG, PublG nach den Vorschriften des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, 5. Aufl, 1987, § 271 HGB Tz. 26.

(5) 株式法によるコンツェルン決算書規制については、拙稿「EC第七指令による連結の範囲——西ドイツ株式法との比較」法学論集三五卷一号（一九八五）九九頁以下参照。

(6) つまり、商法二九〇条二項によれば、もはや統一的指揮はコンツェルンの存在についての不可欠の前提ではない。同条三号に掲げられた場合においても、支配的影響力の実際の行使ではなくて、かかる支配的影響力を行使する権利が問題とされよう。Vgl. Bieg, Kommentierung des § 271 HGB, in: Kriting/Weber, Handbuch der Rechnungslegung, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, 2. Aufl, 1987, Rn. 43.

(7) 共同企業とは、組入企業と非組入企業との共同の指揮 (gemeinsame Führung) のもとにある企業であり、比例連結 (anteilmäßige Konsolidierung) または持分法によってコンツェルン決算書に組み入れることが認められる。共同企業については、特別の事例においては、二以上の親企業の共同の統一的指揮下にありうるから、選択的に全部連結または比例連結の方法で組み入れらるゝとする見解も主張されてよう。Vgl. Zilius, in: Handbuch für Rechnungslegung, Prüfung und Beratung (WP-Handbuch) 1985/86 II, 9. Aufl, 1986, S. 707.

(8) 関連企業とは、営業政策・財務政策につき連結企業 (比例連結企業を含む) が重要な影響力 (maßgeblicher Einfluß) を及ぼすような企業をいう。

(9) 商法二九一条は、コンツェルン決算書の作成免除につき定める。同条一項によれば、親企業で同時にEC加盟国に住所を有する親企業の子企業であるもの (中間親企業) は、その上位の親企業により同条二項に定める条件に適合したコンツェルン決算書 (免責的コンツェルン決算書) が公表される場合には、そのコンツェルン決算書およびコンツェルン状況報告書 (いわゆる部分コンツェルン決算書) を作成することを要しない。この免責的コンツェルン決算書を作成できる企業は、その法形態、規模を問わない。また、商法二九二条により、連邦司法大臣は、法規命令をもって、この免責的コンツェルン決算書に関する規定を一定の条件のもとにEC加盟国以外に住所を有する親企業にも適用する権限を与えられている。詳しくは、森川・前掲・会計一三三卷四号五六一頁、清水・前掲一八六頁以下参照。

第三 商法における結合企業概念の欠陥

商法二七一条二項の解釈をめぐっては、結合企業の範囲の画定基準として、商法二九〇条一項・二項の意味での親子関係の存在で十分なのか、それともコンツェルン決算書への組入義務あるいは免責的効力を有する組入可能性という要件も充たされなければならないのか、という問題が議論されている。同項前段がコンツェルン決算書への組入義務および商法二九一条、二九二条に基づく免責可能性を引用していることからすれば、後者の意味で理解されなければならないことになろう。同項の後段についても、結合企業概念を商法二九五条（組入禁止）、二九六条（組入選択権）によりコンツェルン決算書に組み入れられない子企業にも拡張しているのであるから、同様の趣旨として理解できる。つまり、結合企業の範囲に属するのは、コンツェルン決算書に組み入れられなければならないか、あるいは免責的コンツェルン決算書に組み入れられることになる親子企業だけだということになる。多くの見解もこのように解釈する。^①しかし、コンツェルン決算書の作成に関する具体的な義務を前提にして結合企業関係を認定する場合には、以下にみていくように、種々の不合理な結果を生じうることが指摘されている。

1 商法二九三条に基づく規模による免除

商法二九〇条は、資本会社の法形態を有する親企業にコンツェルン決算書の作成を義務づけるが、他方、商法二九三条一項は、このような親企業であっても一定の規模基準値を下回る小規模コンツェルンについては、コンツェルン決算書の作成義務を免除する。すなわち、①親企業およびコンツェルン決算書に組み入れるべき子企業の貸借対照表総額の合計額四六八〇万マルク、売上高合計額九六八〇万マルク、被雇用者数合計五〇〇名の三基準のうち二以上を超過しないか（同項一号）、または、②親企業の年度決算書（個別決算書）の貸借対照表総額三九〇〇万マルク、売

上高合計額八〇〇〇万マルク、被雇用者数五〇〇名の三基準のうち二以上を超過しない(同項二号)ときは、コンツェルン決算書を作成する⁽²⁾必要がない。

商法二七一条二項は「作成が行われない場合を含む」旨を規定するが、これは通常の文言解釈からすれば、コンツェルン決算書を作成しなければならないにかかわらず、その義務に違反して作成が行われない場合でも、コンツェルン決算書に組み入れられるべき企業は結合企業であることを意味しているものと解される⁽³⁾。それゆえ、「第二節に従って……コンツェルン決算書を作成しなければならない」という商法二七一条二項の文言は、右のような規模によりコンツェルン決算書の作成義務を免除されるコンツェルンにおいては、そのコンツェルン企業間に結合企業関係も存在しないことを明らかにしているものと解することが可能である⁽⁴⁾。

2 コンツェルン頂上に非資本会社が位置する場合

商法二九〇条は、国内の資本会社たる最上位の親企業にのみコンツェルン決算書の作成を義務づける。他方で開示法一条は、コンツェルンの頂上に非資本会社が位置する場合であっても同条一項所定の規模基準値を充足するとき⁽⁵⁾は、かかる非資本会社にもコンツェルン決算書の作成を義務づける。しかし、このようなコンツェルン決算書は商法第三編第二節に従って作成されなければならないわけではないから、商法二七一条二項の文言を厳格に解釈すれば、かかるコンツェルン決算書に組み入れられている企業は結合企業とは認定されない可能性が考えられる⁽⁶⁾。

3 一段階コンツェルン

右に述べたように、開示法二一条の規模基準値を充足する非資本公司たる親企業は、コンツェルン決算書を作成する義務を負い、そして同法二三条は、このコンツェルン決算書が商法二九一条による免責的効力を有する旨を定める。また、商法二九一条によれば、EC域内に住所を有するコンツェルン頂上企業は、その法形態・住所を問わず——したがって開示法二一条によりコンツェルン決算書の作成を要求されない国内の非資本公司も——免責的コンツェルン決算書を作成する権限を有する。

しかし、義務に従って作成されるかあるいは任意に作成されるかを問わず、これら免責的コンツェルン決算書の免責的効力は、下位に位置する国内の資本公司の側でも自ら部分コンツェルンの親企業としてコンツェルン会計義務を有していることを前提とする。したがって、いわゆる一段階コンツェルンの場合、たとえばEC域内に住所を有する外国コンツェルン頂上企業が複数の国内資本公司の過半数議決権を有しているが、これら資本公司の側でその下位の企業とともに部分コンツェルンを形成していないときは、たとえこの頂上企業が国内資本公司を組み入れたコンツェルン決算書を作成したとしても、その免責的効力を論ずる余地はない。なぜなら、資本公司自身は商法二九一条に従ってコンツェルン決算書を作成する義務を有しておらず、それゆえ商法二九一条による免責的コンツェルン決算書がそもそも問題にならないからである。その結果、外国コンツェルン頂上企業と国内資本公司の間に結合企業関係は認められず、国内資本公司相互もまた結合企業ではないことになる。⁽¹⁾

4 免責的コンツェルン決算書の免責的効力の阻止

右の3の場合とは異なり、商法二九〇条による具体的なコンツェルン会計義務が存する場合、たとえば国内の非資

本会社がコンツェルン頂上企業であり、その統一的指揮のもとにある資本金会社自身もさらにその子企業の親企業であるといういわゆる多段階コンツェルンの場合であっても、問題が生じうる。すなわち、商法二七一条二項の文言解釈によれば、コンツェルン決算書に組み入れられた企業は、商法二九一条による免責の効力が現実に存するときのみ結合企業関係を認定されることになるが、こうした理解は次のような不合理な結論を導くのである。

右の例の場合、資本金会社は——商法二九三条による規模による免除を無視すれば——コンツェルン決算書を作成する義務を負い、また、コンツェルン頂上企業は、商法二九一条による免責のコンツェルン決算書を作成する権限を有する。しかし、この資本金会社に少数社員が参加している場合で、その少数社員がコンツェルン決算書の作成を要求し、あるいはその少数社員が免責に同意しなかったときには、免責の効力は阻止される(商法二九一条三項)。つまり、コンツェルン頂上企業は免責的コンツェルン決算書を作成できず、資本金会社の側では部分コンツェルン領域についてコンツェルン決算書を作成しなければならない。もちろん、この資本金会社とその下位の企業は確かに結合企業とみなされることになるが、しかし、この連結範囲に含まれる企業とコンツェルン頂上企業およびこの頂上企業によって統一的に指揮される他の企業との間には、結合企業関係は存しない。⁽⁸⁾つまり、個別決算書についても、結合企業とみなされるのはすべてのコンツェルン企業なのか、それとも部分コンツェルンの企業のみなのかは、商法二九三条三項による少数社員の行動に左右されることになるわけである。⁽⁹⁾

コンツェルン頂上に位置するのがEC域内に住所を有する外国企業であり、その子企業である国内資本金会社の側でも国内の親企業として部分コンツェルンを形成しているという事例にあっても、同様の問題を生ずる。この場合もやはり、コンツェルン頂上企業は、商法二九一条によって免責的コンツェルン決算書を作成する権限を有する。しかし、

国内の子企業の少数社員が商法二九一条三項により部分コンツェルン決算書の作成を要求する場合には、免責的効力を阻止される。その場合には、確かにこの部分コンツェルン決算書に組み入れられたすべての企業が商法二七一条二項により結合企業ということになるが、しかし、コンツェルン頂上企業は免責的コンツェルン決算書を「作成しあるいは作成できることになる」わけではないから、この頂上企業およびこれによってコントロールされている他のすべての国内および国外の企業との関係においては、結合企業関係は存しないことになる。⁽¹⁰⁾

5 EC域外の親企業の免責的コンツェルン決算書に関する法規命令

コンツェルン頂上企業がその住所をEC域外に有する場合にも問題が生ずる。この場合、その頂上企業が免責的コンツェルン決算書を作成できるか否かは、商法二九二条による法規命令の公布にかかっている。そのような法規命令が公布されない限り、EC域外に住所を有するコンツェルン頂上企業が国内の親企業たる資本金会社およびその子企業を組み入れてコンツェルン決算書を作成したとしても、商法二九二条による免責的効力は排除される。つまり、コンツェルン頂上企業は商法二九二条に規定された法規命令に対応する免責的コンツェルン決算書を作成できず、それゆえ国内資本金会社およびその子企業との関係では結合企業でないことになる。同様に、当該コンツェルン頂上企業の子企業ではあるが、同時に国内資本金会社の子企業ではない企業は、この国内資本金会社およびその子企業とは結合企業関係にないことになる。⁽¹¹⁾

(10) Zilius, a. a. O., S. 704; Biener/Berneke, Bilanzrichtlinien-Gesetz, 1986, S. 186 ff.; Pankow/Gütike, in: Beck'scher Bilanz-Kommentar, 1986, § 271 HGB, Tz. 34, 36; Baumbach/Duden/Hopt, Kommentar zum HGB, 27. Aufl., 1987, §

271 HGB Anm. 2; Bieg, a. a. O., Rn. 40; Schulze-Osterloh, Die verbundenen Unternehmen nach dem Bilanzrichtlinien-Gesetz, in: Festschrift für H.-J. Fleck, 1988, S. 314 ff

- (2) 株式会社、コンツェルン企業のうちかの企業の株式または有価証券が取引所で取引されている場合には、所定の規模基準値を下回るコンツェルンにいつてもコンツェルン決算書の作成が要求されるから（商法二九三条五項）、以下に述べるような問題は生じない。

- (3) Vgl. Küting, Verbundene Unternehmen nach HGB und AktG - zugleich eine kritische Analyse des § 271 Abs. 2 HGB, in: DSIR 1987, S. 347, 351.

- (4) 上のような結論を導くことに「vgl. Pankow/Gültike, a. a. O., § 271 HGB, Tz. 36; Küting, a. a. O., S. 351.

- (5) 開示法二一条一項は、人的企業であつても、他の企業を統一的に指揮しており、かつ、資産総額一億二五〇〇万マルク超年間売上高二億五〇〇〇万マルク超および被雇用者数五〇〇〇人超の三つの基準のうち二以上を充足する企業については、コンツェルン決算書の作成を要求する。

- (6) Pankow/Gültike, a. a. O., Tz. 36; Küting, a. a. O., S. 354. 上のような結論を導くことに。

- (7) Zilius, a. a. O., S. 735; Küting, a. a. O., S. 352; Schulze-Osterloh, a. a. O., S. 323 f.

- (8) 商法二九一条三項によれば、株式会社または株式合資会社についてはコンツェルン決算書の作成を免除されるべき部分コンツェルンの（中間）親企業の持分の百分の一〇以上、有限会社についてはその百分の二〇以上を有する社員は部分コンツェルン決算書の作成を要求することができる（同項一文）。また、親企業が免除されるべき中間親企業の持分の百分の九〇以上を有するときは、その他の少数社員の同意を得た場合に限り、親企業は免責的コンツェルン決算書を作成することができる（同項二文）。

- (9) Vgl. Kropff, „Verbundene Unternehmen“ im Aktiengesetz und im Bilanzrichtlinien-Gesetz, in: DB 1986, S. 364, 365.

- (10) Vgl. Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 43.

- (11) Vgl. Kropff, a. a. O., S. 366. Kropffによれば、会計指令法によるコンツェルン決算書は、一九九〇年一月一日以降に始まる営業年度について初めて作成されるべきなのであるから、たぶんその後、商法二九二条による法規命令が公布さ

れることになり、本文で述べたような状態はかなり長く続く可能性があるという。

第四 抽象的なコンツェルン会計義務に基づく結合企業の範囲

もっぱら商法二七一条二項の文言を抛り所に解釈するときは、前節でみたような事例における企業について結合企業関係が認められないことになり、その結果、結合企業の範囲は著しく制限されることになる。しかし、このような問題点の指摘に対しては、文言解釈を重視する立場にたつ論者から、コンツェルン会計義務ないし免責的コンツェルン決算書の作成可能性を抽象的に捉えるならば、その多くは解消できるとの反論がなされている。

その所説によれば、まず、商法二九〇条一項・二項がコンツェルン決算書の作成義務を国内に住所を有する親企業に限定していること自体は、それほど重大な障害にはならないされる。なぜなら、結合企業関係は、商法二七一条二項によれば、問題の企業が商法二九一条により免責的コンツェルン決算書に組み入れられ、あるいは商法二九二条により公布される法規命令に従って組み入れられる可能性がある場合にも存在するからである。すなわち、結合企業の範囲は、商法二九一条により、E C域内に住所を有する企業が作成するコンツェルン決算書に組み入れられる可能性のある企業にまで拡大されるのであり、この場合、そうした免責的コンツェルン決算書が実際に作成されるかどうかは結合企業の認定にとって関係がないという^①。さらに商法二九二条は、免責的コンツェルン決算書を作成する可能性をE C域外に住所を有する親企業にまで拡大する。もちろん、このコンツェルン決算書は当該法規命令が公布されて初めて現実の免責的効力を有しうる。しかし、年度決算書において表示すべき結合企業の範囲は、コンツェルン決算

書に関する法規命令の公布に依存すべきものではない。それゆえ、EC域外に住所を有するすべての企業が、擬制的コンツェルン決算書の最上位の親企業としたうえで結合企業の範囲を決定する適格性を現在すでに有しているというのである。⁽²⁾

商法二九三条の規模による免責については、これを商法二七一条二項の規制範囲に取り込むことを否定する。なぜなら、同条項が引用する商法二九一条一文の規定によれば、親企業はその規模を考慮することなしに免責的コンツェルン決算書を作成することができるのであり、もし同時に商法二九三条所定の規模基準値を充足することが結合企業の認定のための前提として要求されるならば、右の規制と調和しないことになるからだという。⁽³⁾したがって、商法二九三条が規定するコンツェルン会計義務の規模による免除は、これを問題視する考え方に反して、商法二七一条二項の意味での結合企業関係を排除するものではないとされる。⁽⁴⁾

また、免責的コンツェルン決算書の免責的効力については、部分コンツェルンの親企業に参加する少数社員は商法二九一条三項に基づきその上位の親企業によって作成されるコンツェルン決算書の免責的効力を阻止できるが、こうした少数社員の行動によって結合企業の範囲が縮小されるものではないとする。なぜなら、このように免責的効力が阻止されたとしても、当該上位の親企業がその子企業を組み入れて自己のコンツェルン決算書を作成する可能性は排除されないからであり、商法二七一条二項の適用の可否の判断にあたっては、このような作成可能性で十分であるというのである。⁽⁵⁾

以上のように、コンツェルン会計義務あるいは免責的コンツェルン決算書の作成可能性を抽象的に捉える解釈方法によって、前節でみた不合理な結論の多くは回避できることになる。しかしながら、一段階コンツェルンにおける問

題はやはり解消されないとされる。すなわち、結合企業関係を根拠づける商法二九一条、二九二条による免責的コンツェルン決算書の作成可能性は、下位に位置する資本会社が自らもコンツェルン会計義務を負うことが前提となっており、この前提は、資本会社が自身の子企業を有して商法二九〇条一項・二項所定の企業関係の一つが存在する場合にのみ充たされる。そうでない場合は、共通の親企業が免責しうるはずの本来のコンツェルン会計義務が存在せず、したがって、両者間および資本会社相互は商法二七一条二項の意味での結合企業とは認められないことになる。⁽⁶⁾また、たとえ共通の親企業たる人的企業が開示法二七一条所定の規模基準値を充足してコンツェルン会計義務を負う場合でも、商法二七一条二項はかかる義務をその規制範囲に取り入れていないのであるから、やはりこの結論に変わりはないとされる。⁽⁷⁾

もちろん、商法二七一条二項の文言を重視する論者たちにしても、こうした結論が不十分なものであることは認めている。しかし、それが同条項の解釈方法を根本的に変更しなければならぬ誘因とはなりえないと考えるのである。つまり、商法による新しい定義が、株式法のそれと比べて結合企業の範囲を限定する結果をもたらすであろうことは立法過程においてすでに知られていたし、⁽⁸⁾そもそも結合企業概念を連結範囲に依存させることはE.C第七指令四一条の規定しているところなのであるから、⁽⁹⁾コンツェルン会計義務との関連性を放棄することは、少なくとも会計報告規定の領域については許されない。株式法の視点からみてどのみち存在する新規定の不十分さを考えれば、個別事例における修正によっては、⁽¹⁰⁾年度決算書の報告価値は改善されるものではないとするのである。

(1) Zilius, a. a. O., S. 706, 735.

(2) Biener/Berneke, a. a. O., S. 189.

- (3) Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 321.
- (4) Zlitas, a. a. O., S. 716 f.; Biener/Berneke, a. a. O., S. 187. 同様に結論すべき。
- (5) Zlitas, a. a. O., S. 717 f.; Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 321.
- (6) Zlitas, a. a. O., S. 694; Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 324.
- (7) Zlitas, a. a. O., S. 709 f.; Pankow/Gülhke, a. a. O., Rdn. 36; Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 324.
- (8) Vgl. Begründung zu § 236 Abs. 3 HGB i. d. F. des Entwurf des Gesetzes zur Durchführung der 7. und der 8. Richtlinie, BT-Durcks. 10/3440, S. 35. 所謂は、新商法の結合企業概念が株式法のそれとはかなり異なっていることが指摘されていた。主要な相違は次の点にある。株式法一六条では過半数持分と過半数議決権の双方が結合企業のメルクマールとされるが、商法の場合は後者のみを規定する(商法二九〇条二項一号)。株式法一七条の意味での従属性が商法二九〇条二項二号・三号所定の支配可能性を基礎としていない場合、たとえば単に人的ないし経済的な従属性に基づいて存在する従属企業については、商法上は結合企業関係が認められない。また、株式法一九条にいう相互参加企業(各企業が他の企業の持分をその四分の一を超えて所有することにより結合する企業)は、株式法一五条では結合企業とされるが、商法二九〇条所定の要件を充足しない限り商法上の結合企業とは認定されない。また、株式法一五条は、株式法二九一条、二九二条に掲げられた種々の企業契約(支配契約、利益供出契約、他の企業の企業のためにする企業の経営、利益共同関係、一部利益供出契約、経営貸借および経営委任契約)について結合企業関係を認めるが、商法の場合には、同法二九〇条二項三号の意味での支配契約以外のものであるときは、企業契約の当事者は結合企業関係にはない。Vgl. auch Bieg, a. a. O., Rdn. 48 ff.
- (9) EC 指令自体が結合企業概念をコンツェルン会計義務に関連づけているとの理解については、後述第六三参照。
- (10) Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 325.

第五 結合企業概念の規制目的とEC第七指令四一条

第三で述べた各事例は、もっぱら商法二七一条二項の文言を抛り所に解釈した場合、不合理な結論を導くことを示

している。また、たとえ同条項にいうコンツェルン会計義務あるいは免責的コンツェルン決算書の作成可能性を抽象的に把握したとしても、一段階コンツェルンにおける問題はやはり解消されないことが明らかとなった。つまり、商法二七一条二項の文言解釈によれば、企業間の本来はまったく同種の関係が、一定の事情によって結合企業関係と認定されない結果となるのである。そして、このような結論は、経営経済学からみて不満足で、規制の目的に合致せず、しかも、同条項において転換されるはずであったEC第七指令四一条の内容にも適合しないと批判される。そして、商法二七一条二項の文言を離れ、結合企業概念の規制目的に従った、また、EC指令四一条に適合する解釈が主張されることになるわけである。そこで、本節ではまず、結合企業概念の規制目的およびEC指令四一条の規制内容について検討する。

1 結合企業概念の規制目的

第二でみたように、商法は、結合企業関係が認められるときは、かかる結合企業との関係を当該年度決算書項目および附属明細書において明らかにすることを要求する。確かに、結合企業概念は決算書監査人の資格などにも関連する。しかし、その主要な目的は結合企業との財務的な関係を明らかにすることであり、そのために、商法二七一条二項は、年度決算書において開示されるべき結合企業の範囲を画定しなければならないのである。⁽⁴⁾

このように商法が結合企業関係を明示することを要求するのは、結合企業間の関係がかかる関係がない企業間とは異なった性格を有しているという認識に基づいている。⁽⁵⁾ すなわち、ある会社が他の企業に対して一定の影響力を行使することができ、また逆に他の企業のほうから会社に対して影響力を行使できる場合、たとえば債権や債務の発生、

弁済期、利率といったものは、そうした影響関係のない企業間の通常の条件とは乖離して設定されう⁽⁶⁾る。信用供与や債務の支払延期は、結合企業間においては容易に行われようし、貸付はしばしば低利で、場合によっては無利息でなされる⁽⁷⁾。さらには、商品の供給やサービスの給付についての清算価格 (Verrechnungspreis) の設定が、支配企業の指図により、利益や損失を結合企業間の他の企業に移転する形で行われう⁽⁸⁾る。したがって、通常とは異なる特性を有すると考えられる決算書項目を他と区別して表示することにより、こうした企業間の財務的關係を明らかにする必要があるのである。これらの決算書項目の重要性は、商法二六七条二項所定の中規模会社に対する開示義務の軽減が、結合企業関係に係る決算書項目については商法三二七条一号により制限されていることによっても強調されることになる⁽⁹⁾。

結合企業概念をコンツェルン決算書への組入義務に関連させる場合には、コンツェルン決算書の連結範囲に含まれる企業についてのみ結合企業関係が認められることになる。しかし、右に述べた規制目的からすれば、コンツェルン企業間の財務的關係につき、どうしてコンツェルン決算書で開示される場合にのみ個別決算書においても開示されるべきものとされるのか、理解しがたいといえよう。コンツェルン従属企業の少数社員および債権者の利益を考えれば、このような結合企業関係の開示は、むしろコンツェルン決算書から明らかにならない場合にこそ有意義なものとなるのである⁽¹⁰⁾。

2 EC第七指令四一条

EC指令は、加盟国の立法機関に対し、指令に沿った適切な内容の国家法を制定することを義務づけるものであり、⁽¹¹⁾

商法二七一条二項はこの義務に従ってEC第七指令四一条が国内法に転換されたものである。したがって、同条項の解釈に際しては、指令四一条を参照することが可能であるし、また、国内法化されたものに欠陥が認められるときは、むしろ指令に遡って解釈することが要請される。⁽¹²⁾つまり、指令の規制内容は、国内法の解釈のためにも明らかにされる必要があるのである。

指令四一条一項は、結合企業の意義について以下のように定める。

「第一条第一項a号、b号およびd号bbにいう関係が存する各企業、ならびにこれらの企業のうちのいずれかとの右の関係が存するその他の企業は、78/660/EEC（EC第四指令）および本指令の意味での結合企業である。」⁽¹³⁾

前段に掲げられた指令一条一項a号はある企業が他の企業の株主または社員としてその議決権の過半数を有する場合、b号はある企業が他の企業の管理機関、指揮機関または監督機関の構成員の過半数を選任または解任する権利を有し、かつ同時に当該他企業の株主または社員である場合、d号bbはある企業が他の企業の株主または社員であり、かつ当該他企業における株主または社員との約定に基づき、単独で当該他企業における株主または社員の議決権の過半数を支配する場合をいい、それぞれ商法二九〇条二項一号～三号（同条三項二文を含む）に転換された。後段は、ある共通の親企業の子企業も結合企業であり、孫企業も相互に、またかかる範囲にあるすべての他の企業とも同様に結合企業関係にあることを表している。

さらに、指令四一条二項によれば、加盟国がコンツェルン会計に関する他の基準も採用する場合には、結合企業の範囲が拡大されることになる。すなわち、

「加盟国が第一条一項c号、d号aa、第一条二項、または第一二条一項に基づく連結計算書類の作成義務を課し

ている場合には、右各条項にいう関係の存する各企業、およびこれらの企業のうちのみならず右の関係または第一項にいう関係が存するその他の企業も、第一項にいう結合企業である。」

指令一条一項c号は、ある企業が他の企業と締結する契約または他の企業の定款により、株主または社員として参加している当該企業に対して支配的影響力を行使する権利を有する場合をいい、また、同条二項は、ある企業が他の企業に対し参加的分を有する場合であつて、かつ支配的影響力を現実に行使している場合(同項a号)または当該企業および従属企業が当該企業の統一的指揮に服している場合(同項b号)をいい、前者は商法二九〇条二項三号により、後者のb号は商法二九〇条一項によつて転換された。指令一条一項d号aa(ある企業が他の企業の株主または社員であり、当該企業の管理機関等の構成員の過半数を、もつばら当該企業による議決権の行使のみにより選任している場合)、同一条一項a号および二条一項(並列コンツェルンの場合)は国内法には転換されなかつた。

指令四一条三項の選択権⁽¹⁵⁾は、会計指令法においては行使されなかつた。指令四一条四項は同二条および三条二項を準用しているが、前者は議決権の算定に関するものであり、商法二九〇条三項・四項によつて転換された。また、指令三条二項の算入規定⁽¹⁶⁾も結合企業の定義に適用され、この規定によれば、ある子企業の子企業は同時にその親企業の子企業とされる。

さらに、指令四一条五項は、非資本会社の法形態で指令四条二項によりコンツェルン会計義務を有しない企業について、たとえその子企業が資本会社であるときも、結合企業と認定しないことができる旨の選択権を加盟国に与えている⁽¹⁷⁾。

以上によつてEC指令は、結合企業概念を定義する。基本的な定義を定めているのは指令四一条一項・二項である。

が、Kropff や Adler/Düring/Schmalz は、この両項がもっぱら商法二九〇条一項・二項に転換されているような企業間の関係を引用することによって結合企業概念を定義していることから、コンツェルン決算書の具体的な作成義務や組入義務あるいは免責要件といったことは問題にならないと解している。⁽¹⁸⁾

なお、指令四一条が結合企業概念の定義について、コンツェルン決算書の作成義務や免責的コンツェルン決算書の作成可能性を考慮していないことは、その成立史からも伺い知ることができるといわれる。すなわち、同条は、EC 第七指令の原始提案⁽¹⁹⁾および変更提案⁽²⁰⁾の五条から発展させられたものであるが、すでに原始提案五条についての理由は、**「『結合企業』という概念は、企業間の一連のさまざまな結合関係を包含するけれども、それらの関係はすべて種々の視点からみて個別決算書にもコンツェルン決算書にも記載されなければならないほどに密接なものである」**としていた。変更提案においても、その理由書では、**「もっぱら企業結合の種類に従って結合企業関係を定めていた。これらにおいてもやはり、コンツェルン会計についての具体的な義務や免責的コンツェルン決算書の作成可能性は問題にされていなかったのである」**⁽²¹⁾

- (1) Küting, a. a. O., S. 357.
- (2) Kropff, a. a. O., S. 366.
- (3) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 44.
- (4) Schulze-Osterloh, a. a. O., S. 317.
- (5) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 28; Küting, a. a. O., S. 348, 357.
- (6) Kropff, a. a. O., S. 367.
- (7) Vgl. Küting, a. a. O., S. 348.
- (8) Vgl. Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 28.

- (6) Kropff, a. a. O., S. 364.
- (9) Kropff, a. a. O., S. 367.
- (11) Lutter, Europäisches Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft 1, 2. Aufl., 1984, S. 3, 6.
- (12) Ulmer, Begriffsvielfalt im Recht der verbundenen Unternehmen als Folge des Bilanzrichtlinien-Gesetzes, in: Festschrift für R. Goerdeler, 1987, S. 646; Lutter, a. a. O., S. 20; Lefson, Transnationale Einflüsse auf das deutsche Bilanzrecht, in: Festschrift für K. v. Wyzsocki, 1985, S. 6.
- (13) EC 第七指令の訳出に ついで、山口幸五郎・山口賢・清原泰司「コンメンタール計算書類に関するEC指令について」(1)～(6)「阪大法學」三三二号(一九八四)二二九頁以下を参照した。
- (14) EC 指令一条一項の号では、但書はあらず、加盟国は親企業が子企業の株主または社員である旨を定めることを要しないものとされており、西ドイツの立法者は、この選択権を行使した。
- (15) 指令四一条三項は、加盟国は、指令一条一項の号もしくは号 a^a、一条二項または二一条一項に基いて連結計算書類の作成義務を課しない場合にも、指令四一条二項の適用に ついて定めることができるものとされる。
- (16) 指令三条二項によれば、子企業のすべての子企業は、同一条一項に於て連結すべき子企業の頂点に位置する親企業の子企業とみなされる。
- (17) この選択権を西ドイツの立法者が行使したのかどうか定かではないが、少なくとも立法関係資料からは、その形跡は何わけらぬとされる。 Vgl. Adler/Düring/Schmaltz, a. a. O., Tz. 56, 44 ff. 指令四一条五項をめぐる問題に ついては後述参照。
- (18) Kropff, a. a. O., S. 366; Adler/Düring/Schmaltz, a. a. O., Tz. 47, 51.
- (19) Vorschlag für eine siebente Richtlinie des Rates aufgrund von Artikel 54 Abs. 3 Buchst. g) des EWG-Vertrags über den Konzernabschluß vom 5. 4. 1976, ABIEG Nr. C 121 vom 2. 6. 1976, S. 2.
- (20) Geänderter Vorschlag einer siebenten Richtlinie des Rates nach Artikel 54 Abs. 3 Buchst. g) des EWG-Vertrags über den Konzernabschluß vom 12. 12. 1978, ABIEG Nr. C 14 vom 17. 1. 1979, S. 2.
- (21) Biener/Schatzmann, Konzern-Rechnungslegung, 7. EG-Richtlinie (Konzernbilanzrichtlinie), 1983, S. 145 f.
- (22) Biener/Schatzmann, a. a. O., S. 145 f.

(32) Kropff, a. a. O., S. 366; Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Trz. 49.

第六 E C指令に適合する解釈

結合企業概念の規制目的およびE C第七指令四一条の規制内容を上述のように理解した場合、結合企業概念をコンツェルン決算書の作成義務ないし免責的コンツェルン決算書の作成可能性に関連させるのは無意味だということになる。Kropff は、こうした見解に立って、結合企業概念を次のように定義することを提案する。すなわち、①他の企業を統一的に指揮しておりかつ参加的分を有している企業と当該他企業との間、または、②他の企業における議決権の過半数を有しもしくは商法二九〇条二項二号または三号に基づく権利を有する企業と当該他企業との間、に結合企業関係が存する⁽¹⁾。Adler/Düring/Schmalz も Kropff と同様、E C指令の規制内容および結合企業概念の規制目的に適合する解釈の方向を示すが、その論証はきわめて詳細である。

1 Adler/Düring/Schmalz の見解

Adler/Düring/Schmalz の見解によれば、まず、商法二七一条二項の結合企業概念が商法二九〇条の意味での親子関係を前提としていることは議論の余地がなく、また、共通の親企業の子企業相互が結合企業とされることについても異論はない。残る問題は、同条項がE C指令を背景にコンツェルン決算書の作成義務および上位の企業のコンツェルン決算書による免責可能性を指示していることがいかなる意義を有するの⁽²⁾かということだとされる。

ところで、指令四一条一項・二項の規定からは指令一条、つまりは商法二九〇条の意味での親子企業は、コンツェ

ルン決算書の具体的な作成義務ないし組入義務とは無関係に結合企業であることが明らかとなった。そして、指令一
 条の親子関係はEC域内の国境を越えて存在するから、EC域内に住所を有する外国資本会社の子企業である国内資
 本会社も結合企業でなければならない。⁽³⁾ もっとも、指令一条は加盟国に選択権を与えているため、他のEC加盟国が
 ドイツ商法二九〇条とは異なる親子関係を規定する場合が生ずる。たとえば、イギリスは統一的指揮基準を採用しな
 いであろうから、⁽⁴⁾ イギリスに住所を有する資本会社がコントロール基準を充たすことなくドイツの資本会社を統一的
 に指揮する場合、親子関係の判断はイギリス法とドイツ法のどちらを基準にすべきかが問題となる。結合企業の定義
 も当該外国法の連結規定に連動するとの見解に従えば、⁽⁵⁾ イギリスの資本会社とドイツの資本会社は結合企業ではない
 ことになる。しかし、指令四一条の結合企業概念の定義にとっては、年度決算書を作成すべき資本会社が住所を有す
 る加盟国の法によって連結義務の要件とされている企業間の関係が決め手となることを前提にすれば、右の場合、結
 合企業であるかどうかはドイツの資本会社についてはドイツ法の視点から判断されなければならない。そして、この
 ように解してこそ、結合企業概念によって追求された目的に合致する。⁽⁶⁾

さらに、国内資本会社が子企業を有しないためコンツェルン決算書を作成する必要がなく、その結果、外国親企業
 のコンツェルン決算書が商法二九一条一項所定の免責的効力を有しないことになっても、EC域内の外国資本会社の
 子企業である国内資本会社は、結合企業として認定されなければならない。そうだとすると、「第二節に従った」国
 内におけるコンツェルン会計義務というものは、結合企業の認定のための要件として妥当しえないことになる。した
 がって、商法がコンツェルン会計義務およびコンツェルン決算書の免責可能性を指示しているのは、コンツェルンが
 国境を越える場合であっても、その頂上に位置する親企業のすべての子企業が相互に結合企業であると定義される、

という意味でしか理解することができないという。⁽⁷⁾

なお、指令四一条五項も、具体的なコンツェルン会計義務を結合企業の認定のための要件とする根拠にはならないとされる。この規定は、資本会社が親企業である場合に限ってコンツェルン会計を義務づける加盟国にあっては、他の法形態の親企業を結合企業の範囲から除外できるものとする。しかし、このような除外によって、資本会社である子企業相互も結合企業でなくなることを意味するわけではない。それにもかかわらず、商法二七一条二項の文言解釈からすれば、一段階コンツェルンにおいては、非資本会社の法形態の親企業だけでなく、かかる親企業と親子関係にある資本会社をも結合企業の範囲から除外することになる。⁽⁸⁾むしろ、商法二九一条一文によれば、もし資本会社であればコンツェルン決算書の作成義務を負うことになるすべての企業がその法形態や規模の如何を問わず親企業でありうるのである。とすれば、たとえば人的会社が資本会社の議決権の過半数を有する場合であっても、資本会社としての親企業であれば商法二九〇条二項一号により右の資本会社をコンツェルン決算書に組み入れることを義務づけられることになるのであるから、この両企業は親子企業である。⁽⁹⁾したがって、国内において人的会社が最上位の親企業となっている事例においても、この人的会社とその子企業は商法二七一条二項の意味での結合企業であるという前提から出発しなければならぬとするのである。⁽¹⁰⁾

右のような基本的な理解から、Adler/Düring/Schmaltz は次のように結論づける。すなわち、結合企業とは、当該企業間に親子関係が存する企業および子企業相互である。子企業の子企業も親企業の子企業とみなされるから、結合企業の範囲はコンツェルン頂上に位置する親企業およびその子企業のすべてに拡大される。また、結合企業概念にとっては、コンツェルン会計義務が存するかどうか、上位の企業のコンツェルン決算書が免責的効力を有するかどう

か、あるいはコンツェルン決算書が実際に作成されるかどうかは問題にならない。さらに、ある企業が連結範囲に組み入れられねばならないかどうか、あるいは組入選択権や組入禁止の可能性といったことも関係ない。⁽¹⁾

2 個別問題の解決

結合企業概念を右のように解するとき、第三でみた各事例の問題点は、以下のように解決されることになる。

まず、商法二九〇条によりコンツェルン会計義務を負う国内の最上位の親企業が商法二九三条の規模基準値を下回るためその義務を免除される場合であっても、コンツェルン会計についての具体的な義務は問題にならないから、この親企業と子企業ならびに子企業相互は商法二七一条二項の意味での結合企業である。⁽²⁾

次に、一段階コンツェルンにおいて、EC域内に住所を有する外国資本会社が国内資本会社の過半数議決権を有する場合、これら企業は指令一条一項の意味での親子企業であり、したがって両企業は指令四一条一項の意味での結合企業である。この認定にとっても商法によるコンツェルン決算書の具体的な作成義務は無関係であるから、商法二九一条による国内資本会社のコンツェルン会計義務の免責可能性が考慮されないこともまた問題にならない。商法二七一条二項における同二九一条の指示は、EC指令四一条の強行的な定義に対する制限という結果をもたらし⁽³⁾ことは許されないから、この場合も国内および外国の資本会社は商法二七一条二項の意味での結合企業である。

EC域内の非資本会社たる外国企業が国内資本会社の過半数議決権を有する場合において、たとえその外国企業が住所を有する加盟国の法が指令四一条五項の選択権を行使して非資本会社を結合企業の範囲から除外していても、そのことは国内資本会社が当該外国企業との関係を結合企業関係として表示する必要がないということまで意味するわ

けはでない。そのように解さなければ、国内資本会社までその適用から除外されてしまうからである。⁽¹⁴⁾ 同様な理由から、EC域外に住所を有する親企業との関係においても、ドイツ法の基準による親子関係が充足されている限り、国内資本会社の視点からは結合企業である。さらに、指令四一条一項を考慮した商法二七一条二項の意味内容からは、子企業相互もまた結合企業であることが明らかになる。⁽¹⁵⁾

国内の人的会社と資本会社との関係においては、開示法一条は、同条所定の規模基準値を充足する人的企業が資本会社に対して統一的指揮を行使する場合にのみ、当該人的企業にコンツェルン決算書の作成を義務づける。⁽¹⁶⁾ しかし、結合企業関係の認定については、商法による具体的なコンツェルン決算書の作成義務や免責可能性といったことは問題にならず、むしろ二九〇条で規定された企業間の関係が判断基準となる。したがって、右の場合のみならず、両会社間に商法二九〇条二項所定のコントロール関係が存するときも、開示法一条はコンツェルン決算書の作成を要求していないけれども、やはり結合企業関係が存することになる。⁽¹⁷⁾

多段階コンツェルンについては、商法二九一条が免責的コンツェルン決算書の作成可能性を指示していることから、コンツェルン頂上に位置する企業を資本会社と擬制すれば商法二九〇条の意味での親企業とされうる場合には、その法形態および規模を問わずに結合企業と定義される。⁽¹⁸⁾ このことは、ある資本会社が他の企業との関係で親企業であり、他方、この資本会社に対して人的会社が統一的指揮を行使している（あるいは人的会社が商法二九〇条二項所定の法的地位を有する）という事例において、この人的会社との関係において商法二九〇条にいう子企業とみなされうるすべての企業が相互の関係においても結合企業であることを意味する。⁽¹⁹⁾

最上位の国内親企業の上位に位置する外国資本会社が他のEC加盟国に住所を有するとき、この外国資本会社がド

イツ国内の親企業およびその子企業を連結範囲に組み入れる必要があるかどうかという問題については、商法二九一条一項二文によれば、そのつどEC第七指令に適合するEC加盟国法に従って判断されなければならない。当該外国会社がドイツ国内の親企業を統一的に指揮しているだけで、指令一条一項所定のコントロール基準を充足しない場合であって、当該加盟国法が統一的指揮基準を採用していないときは、ドイツ国内の親企業およびその子企業は当該外国会社のコンツェルン決算書に組み入れられない。⁽²⁰⁾しかし、結合企業概念の定義にとっては、もっぱらドイツ法において規定されている企業間の関係、つまり商法二九〇条所定の関係が判断基準となるから、右の事例の場合も、両者間には、それぞれの子企業相互を含めて、結合企業関係が存在する。⁽²¹⁾

EC域外に住所を有する上位の親企業についても、商法二七一条二項の意味での結合企業の定義を考慮すれば、右の理解が妥当する。結合企業の定義にとっては、コンツェルン決算書が作成されるか、あるいはドイツにおいて免責的コンツェルン決算書として承認されるかといったことは法律上問題にならず、商法二九〇条所定の関係が判断基準となるのである。⁽²²⁾

3 若干の検討

EC指令および規制目的に適合する解釈は、第三でみたすべての事例について不合理な結論を回避し、妥当な解決を図る。しかし、このような解釈については、もちろん商法二七一条二項の文言を重視する立場から、多くの批判が加えられている。

まずは、Kopffらの解釈は許容される法解釈の限界を超えており、また、EC指令の規定の直接適用も法的には

求可能であるとの批判である。⁽²³⁾しかし、すでに第五²でも述べたように、加盟国がE E C条約およびその実施のために制定された二次的な共同体法において引き受けた法調整の義務は、転換された国内法の解釈に際して、共同体法、ここではとりわけ指令に適合する解釈を行うことによっても顧慮されなければならないのである。⁽²⁴⁾また、指令の直接適用性については、指令が加盟国に対し国内法への転換に関していかなる例外や条件をも認めない義務を規定するなど一定の要件を備えているときは、これを可能とするのが支配的見解である。⁽²⁵⁾したがって、右の批判は根拠のないものだと考えられる。

次に、Kropff, Adler/Düring/Schmalzなどが、指令四一条がコンツェルン会計義務とは無関係に結合企業概念を定義していると理解する点に対しては、商法二七一条二項は指令の要求に従ったものであるとの批判が加えられる。たとえばZillasは、改正草案二二六条に関する政府草案理由書においても、「……第七指令四一条の選択権は、結合企業を親企業および子企業としてあるコンツェルンのもっとも広範囲のコンツェルン決算書に全部連結に関する規定に従って組み入れられなければならない企業とする趣旨で行使されている。したがって、この概念は、コンツェルン会計に関する義務ないし免責的コンツェルン決算書の作成可能性に……照準を合わせている」⁽²⁶⁾とされており、そして、同条の定義は「法典編纂上の変更」のみをもって現行商法二七一条二項に受け継がれたのであるから、⁽²⁷⁾商法二七一条二項は指令によって求められたものと一致していると⁽²⁸⁾する。この政府草案理由書は、Biener/Schatzmannによってなされた指令四一条についての説明に従ったもの⁽²⁹⁾のようであるが、しかし、Kropffらは、このような指令の理解が間違っていると⁽³⁰⁾するのであるから、Zillasの批判は当たらないといえよう。

これに対し、Schulze-Osterlohの場合は、指令四一条自体がコンツェルン会計に関する義務を前提に結合企業概

念を定義しているのだとして、Kroff らの見解を批判する。彼は、指令四一条一項がコンツェルン決算書への組入義務との関係を明確にすることなく、指令一条の連結要件の一部を引用することによって結合企業の範囲を定めている点は認めながらも、なお、結合企業の範囲はそのつどのコンツェルン決算書への組入義務に依存するとの主張が、同条二項によって根拠づけられるという。すなわち、この規定によれば、加盟国が指令一条一項 c 号・d 号 aa、一条二項または一二条の選択権を行使してコンツェルン会計義務の拡張を定めたときは結合企業の範囲が拡大されるのであるから、この場合、結合企業の範囲に属するかどうかは、コンツェルン会計義務の範囲によって直接的に画定されることになるというのである。その上、指令四一条三項は、コンツェルン会計義務との連動から出発しているとする。この規定は、加盟国が、結合企業の範囲について当該加盟国のコンツェルン会計規制に対応するものより広く画定することを例外的に認めており、結合企業の範囲に属するかが否かが連結範囲と無関係であるなら、このような規定は不要なはずであるというのである。⁽³⁾しかし、彼の批判は的を射ていないように思われる。指令四一条二項は、加盟国が同条所定の選択権を行使して連結範囲を拡張した場合に、その連結範囲にある企業間の「関係」をもって結合企業関係とみなすことを認めているのであり、また、同条三項は、連結範囲を拡張せずに右の「関係」だけを結合企業関係とみなすことを認めているに過ぎないからである。

さらに、Kroff らが EC 第七指令の原始提案やその変更提案の文言を拠り所にして論証している点についても、批判が加えられる。つまり、提案段階の指令の内容は最終的に確定された指令四一条の文言から推論することができないほど本質的に異なっており、重要視することはできないというのである。⁽³⁾確かに、指令の原始提案および変更提案は、株式法と類似したかたちで、その一条は関連企業 (assoziiertes Unternehmen) を、二条で支配企業および従

属企業を、三条は統一的指揮基準に基づいて垂直コンツェルンを、そして四条は並列コンツェルンを定義し、さらに五条は、第四指令および第七指令の意味での結合企業とは右の一条から四条の関係にある企業であると規定していた。これに対して確定指令は、一転してコンツェルン概念の原則的基準をアングロ・サクソン系のコントロール基準に変更した。したがって、この点に関する限りでは、原始提案・変更提案と確定指令との間では、その規定内容はまったく異なっている。しかし、問題は、結合企業概念の定義について、コンツェルン関係ないし親子企業関係を判断基準としたのか、それともコンツェルン会計義務に連動させたのかということである。これについて、原始提案・変更提案ではその一条から四条までに規定された企業間の関係を基準とすることが明示されていたのに対し、確定指令でこれが変更された旨の明確な資料が提示されていないのであるから、前者には一定の意義が認められようと思われる。

商法二七一条二項の文言を重視した解釈方法によっても、コンツェルン会計義務あるいは免責的コンツェルン決算書の作成可能性を抽象的に理解するときは、問題点として指摘されるものが多くが解決された。しかし、残された一段階コンツェルンの問題に関するこの見解の結論は、まったく不可解である。それによれば、国内資本金会社が自身の子企業を有しないため外国企業あるいは国内の非資本金会社のコンツェルン決算書の免責的効力が考慮されず、したがって両者間において結合企業関係が認められなかったにかかわらず、当該資本金会社が自身の子企業を有するに至った途端、外国企業あるいは国内非資本金会社は免責的コンツェルン決算書を作成できるようになり、その連結範囲にある企業間に結合企業関係が存在することになるというのである。⁽³³⁾このような不合理な結論を導く解釈は、維持されがたいように思われる。⁽³⁴⁾

- (1) Kropff, a. a. O., S. 366.
- (2) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 50.
- (3) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 51.
- (4) イギリスに於ては、第7指令の国内法化前の一九八五年会社法七三六条一項は、いわゆるコントロール基準により結合企業親を規定して居る。Johnson, B./M. Patient, Accounting Provisions of the Companies Act 1985, 1985, p. 157.
- (5) Vgl. Biener/Berneke, a. a. O., S. 188.
- (6) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 53. もつと、外国親企業の免責的コンツルン決算書における連結範囲の画定については、第7指令の範囲内での外国法規定の差別禁止 (Diskriminierungsverbot) に基づき、子企業に於てのコンツルンの定義からの離反が認められなければならないものとされる。Vgl. a. a. O., Tz. 76.
- (7) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 54.
- (8) Vgl. Kropff, a. a. O., S. 366.
- (9) Vgl. Biener/Berneke, a. a. O., S. 187 f.
- (10) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 55, 56.
- (11) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 57.
- (12) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 59.
- (13) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 63.
- (14) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 64.
- (15) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 65.
- (16) Kropff 25. この場合には、合意の明示法一条に基づいて作成されたコンツルン決算書を、商法第三編第二節に従って作成されたものと見なすが、これと同視せるとして考案方を提案する (a. a. O., S. 365)。しかし、本文のように解す必要はない。「同視」は必要なく、むしろ、
- (17) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 67~70; vgl. auch Biener/Berneke, a. a. O., S. 188.
- (18) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 71.

- (19) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 72. もつと、このように解した場合も、資本会社の上位にある企業はコンツェルン決算書を作成しうる立場にあること、つまり資本会社の形態で経営されることが前提となる。かかる立場にたつことができるのは、商人の簿記について義務を負う経済的ないし法的な単一体、つまり個人商人、人的会社、資本会社および公企業 (Unternehmen der öffentlichen Hand) のみである。これに対して、商人ではない私人、あるいは連邦や地方公共団体 (Gebietskörperschaften) を擬制した親企業たるべきもの (vgl. Ausschussbericht zu § 291 HGB, BT-Drucks. 10/4268, S. 113; Biener/Berneke, a. a. O., S. 188; Kropff, a. a. O., S. 366 Fn. 3; Ulmer, a. a. O., S. 631, Fn. 21.)、この結論は、旧法に対して著しい変更をもたらすとされる。すなわち、株式法においては、地方公共団体等も支配企業たりえ、それゆえこれらに対しても結合企業に関する規定が適用されうるとする見解が非常に有力であった (vgl. Koppensneider, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1 Lfg. 1, 2. Aufl., 1986, § 15 Rdn. 39 ff. mit Zusammenfassung Rdn. 52.)。しかし、会計指令法によれば、このような論証の手がかりは失われてしまふ。地方公共団体等はもはや親企業ではあらず、それゆえまた結合企業ではあらずなり得ない。Vgl. auch Schulze-Osterloh, a. a. O., S. 322 f.
- (20) この点でコンツェルン決算書では、西ドイツにおいて免責的効力を有するものと認められること、Vgl. Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 75.
- (21) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 74.
- (22) Adler/Düring/Schmalz, a. a. O., Tz. 77. もつと、当該外国企業がコンツェルン決算書を作成しない場合、ドイツ企業が結合企業の範囲を完全に把握することは不可能であることが指摘されてくる (a. a. O., Tz. 78.)。
- (23) Zilius, a. a. O., S. 704, Fn. 3.
- (24) Ulmer, a. a. O., S. 632. によれば、統一化された国内法の領域におけるこうした解釈基準は、解釈に疑いのあるところ、加盟国を拘束する指令の当該箇条の文言、目的、体系的連関を他に優先して指向すべきことを命じるところ。
- (25) 口口箇条の直接適用性については、vgl. Bleckmann, Die Richtlinie im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Deutschen Recht, in: Lefson/Rückle/Großfeld, Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, 1986, S. 11 ff.
- (26) BT-Drucks. 10/3440 S. 34 f.

- (27) BT-Drucks. 10/4268 S. 106.
- (28) Zllias, a. a. O., S. 704, Fn. 3.
- (29) Biener/Schatzmann, a. a. O., S. 71. そのでは、「(指令四一条によれば) 結合企業とは、それぞれの個別決算書にとつて基準となる法により親企業または子企業としてコンツェルン決算書に組み入れることを要することになるすべての企業であり、コンツェルン決算書が作成されるかどうか、あるいはこれが第五条(持株会社)、第六条(一定規模のコンツェルンの免除)または第一五条(一定の親企業の免除)に基づいて作成されないかどうか、もしくはあるコンツェルン企業が第一三条(連結選択権)および第一四条(連結禁止)に基づいて連結から除外されるかどうかといったこととは無関係である」と説明されていた。
- (30) Kropff, a. a. O., S. 366; Adler/Düring/Schnaltz, a. a. O., Tz. 48.
- (31) Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 315 f.
- (32) Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 316.
- (33) Schultze-Osterloh, a. a. O., S. 324.
- (34) なお、Kütting は、旧論文においては、経営経済学的には不満足としながら商法二七一条二項の文言にきわめて忠実な解釈を展開していたが(a. a. O., S. 355)、その後改訂して、商法二七一条二項は指令に適合するようになり、もっぱらコンツェルン要件、つまり親子関係の存在に照準を合わせて解釈されるべきだとを主張している。ders., in: Kütting/Weber, Handbuch der Konzernrechnungslegung, 1989, Recht der verbundenen Unternehmen, Vorbemerkung (S. 727 ff.), Rn. 89. (この論文は、前掲第三注③の論文の大部分が再録されたものであるが、一本書を換えられた箇所がある)。

第七 むすびに代えて

以上、西ドイツ新商法によって新たに導入された結合企業概念をめぐる議論を紹介し、若干の検討を加えた。このような混乱ともいえる状況を呈しているのは、株式法の結合企業概念に手をつけることなく、会計報告規制に関わる

領域についてのみ適用される同音異義の別の概念を設定しようとしたことにある。また、立法の不手際が影響しているとの感を拭えない。このような状況は、予定されている結合企業の実体規制に関するEC第九指令が採択されるまでの過渡的なものであり、かつすでに体系的な企業結合規制を有している西ドイツに特有なものとも考えられる。

もっとも、結合企業関係の開示に関する西ドイツないし広くはEC各加盟国の規制は、日本企業にとってまったく無縁のものではない。一九九二年のEC市場統合に向けて、日本企業は、とくに現地法人の設立というかたちでEC諸国への進出を活発化させている。現地法人が資本金の形態をとる場合、日本の親企業との関係を結合企業関係に係る決算書項目として開示しなければならないのである。また、EC域外の親企業の免責的コンツェルン決算書に関する法規命令が公布され、その要件を充たすときは、日本の親企業が作成する連結財務諸表は、免責的効力を有することになる。

なお、結合企業概念の定義をめぐる議論においては、単に商法二七一条二項の解釈についての問題にとどまらず、EC指令と国内法の関係、たとえば国内法の解釈基礎としてのEC指令、あるいはEC指令の直接適用をめぐる問題といったものも提起されており、興味深いものがある。こうした問題については、別稿で改めて検討を加えてみることにしたい。