

親会社による子会社監督の 法理論について

小 松 卓 也

- 一 序 論
- 二 親会社による子会社監督のあり方
 - (1) 緒論
 - (2) コンツェルン指揮義務の観点
 - (3) 子会社の独立性との関係
 - (4) 親会社への情報移転に関する法規律
 - (5) 親会社の情報提供義務
- 三 子会社に対する監督の対価性
 - (1) 緒論
 - (2) コンツェルン割当金の議論
- 四 結 語

一 序 論

企業の活動においては、対外的な働きかけや取引を行なうことによって利益を得ることとならんで、企業内部の組織や機能を健全なかたちで維持あるいは活性化することが、必要である。そこで、会社の業務に携わる取締役においても、会社内部の監督が重要な職務となる。

ところで、単一の企業ではなく企業グループを対象としてみた場合、そうした監督に関する法的な仕組みについて、容易に論じることはできない。すなわち、企業グループにおける中核的な会社がグループ全体を監督するとすれば、その法理論的な根拠は何か、あるいは、そうしたグ

グループ全体の監督が容認される場合、そのグループを構成する個々の会社における経営機関が、それらの会社内部の監督を行なうこととの関係が、問題となる。

企業グループにおける個々の構成会社の対外的な営利活動という側面と、それらの内部の監督という側面とでは、さしあたり、前者の場合、それらの会社間で生じうる利益相反を如何に解決するかが、中心的な問題点となるのに対して、後者では、誰がどこまで監督すべきかあるいはどこまでの監督が許容されるか、という観点が重要となろう。そして、結合企業法の体系を研究するうえでは、双方の側面の相関関係を究明し見出すことは、重要な課題である。

本稿は、企業グループにおける子会社に対する親会社の監督のあり方の法規整⁽¹⁾について、ドイツ法の議論を素材としつつ、結合企業法の一側面という観点から、叙述したものである。なお、子会社の破綻等の状況下における親会社の監督ないし管理責任如何、といった問題を対象とするものではなく、継続的な企業活動が行なわれている状況下における、親会社の子会社監督のあり方に関する法理論を、対象とするものである⁽²⁾。

二 親会社による子会社監督のあり方

(1) 緒論

親会社の業務執行機関ないし取締役会が子会社の運営を監督すること

-
- (1) 本稿では、親会社、子会社いずれも株式会社である場合を念頭に置く。なお、「支配会社」および「従属会社」という表現は用いず、「親会社」および「子会社」という表現を用いた。また本稿では、基本的に、親会社とは企業グループの頂点に立つ支配会社をさし、子会社はそれ以外の下位にある会社をさす。
- (2) 「監督」とは何か、明快に定義づけることは容易ではないが、さしあたり、本稿では、会社における業務のうちで、営利追求のための積極的な活動でないもの、と捉えておく。

が、法的にはどう扱われるのかという問題に関して、ドイツにおいては、ひとつには、株式法91条2項の規定が問題となる。

同規定は、取締役会 (Vorstand) に対して、会社の存続を危険ならしめる展開を早期に察知しうるための、適切な措置をとること、とりわけ監視システムを整備すること、を義務づける⁽³⁾。もっとも、この規定は、あくまで、ある会社に対してその取締役会が負う義務を定めたものであ⁽⁴⁾る。親会社の取締役会にとっては、当該親会社に関する「会社の存続を危険ならしめる展開 (Entwicklungen)」を「早期に察知しうる」ことが、⁽⁵⁾問題となる。

(3) この規定は、1998年に成立した KonTraG により導入されたものである。同規定の紹介として、小宮靖毅「法遵守体制と『二層式』制度」明治学院論叢法学研究第73号86頁以下 (2002)、笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について(四)」法政研究第70巻3号566頁以下 (2003) 参照。

(4) Vgl. Spindler in Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, § 19Rn. 4f. (2006).

(5) 「会社の存続を危険ならしめる展開」について、立案理由は次のように述べている。「適切なリスクマネジメントおよび適正な内部監査を施すという取締役会の義務は、明確に示されなければならない。株式法76条に基づく取締役会の一般的な指揮職務には、組織に関するものも含まれるが、それを立法的に強調することが、ここでの問題である。そうした組織上の義務に対する違反は、株式法93条2項に基づく損害賠償責任を生む。その義務の具体的な形成は、各々の企業における、規模、業種、構造、資本市場との関係などにより左右される。こうした点は、法文上明示して言及する必要はない。会社の存続を危険ならしめる展開に該当するのは、とりわけ、リスクを伴う事業、会計上の不正、法令の違反であって、会社ないしコンツェルンの財産、財務、収益の状況に重大な影響を与えるもの、である。そうした展開を、早期にすなわち会社の存続を確保するための適切な措置を施すのに間に合う時点までに、察知することができる程度に、内部の監視措置が整備される必要がある。商法典290条における親会社の場合、会社の存続を危険ならしめる展開が子会社から発せられうる限りにおいて、現行の会社法の枠内で、コンツェルン規模でのこうした監視義務および組織上の義務を負うとみるべきである……」Vgl. ZIP 1997, 2059, 2061.

しかし、子会社の破綻が、その親会社に対して深刻な影響を及ぼしうることを考慮すれば、まさにそうした「展開」が子会社の内部から発生することも考えられる⁽⁶⁾。そこで、親会社においての、株式法91条2項にいう適切な措置ないし監視システムの整備は、親会社のみならず、その企業グループを構成する子会社の内部にも及ぶ、言い換えれば企業グループ全体の規模で行なう必要がある、とする立場もありうる⁽⁷⁾。とはいえ、同規定の一般的な解釈として、親会社による監視システムの整備などが子会社もその対象として含んでいる、とは断言しえないようである⁽⁸⁾。

なお、参照文献の所在につき、Vgl. Preussner/Becker, Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen durch die Geschäftsleitung, NZG 2002, 846, 847 (Anm. 3 における記述) (beck-online より参照)。なお、邦訳につき、小宮・前掲注(3)91頁以下も参照。

また、本規定は、いわゆるリスクマネジメントの整備に関するものとされているが、どのようなシステムをとるかは、それが適切である限り、取締役会のしかるべき裁量に委ねられているという。Hüffer, Corporate Governance: Früherkennung nach § 91 Abs. 2 AktG—Neue Pflichten des Vorstands zum Risikomanagement?, Festschrift für Imhoff, S. 95ff. (1998); Spindler, a. a. O. Fn. 4, § 19 Rn. 7. ただし、上場株式会社の場合、株式法91条2項の下で義務づけられた措置が適切なかたちで施されているか、および、同規定の下で整備された監視システムがその役目を果たしているか、決算検査役の評価を受けることになる(商法典317条4項)。なお、ここでこのリスクマネジメントの概念が、本稿で後述する学説が用いるリスクマネジメントの概念と、必ずしも合致するとは限らない。

- (6) Hommelhoff/Mattheus, Risikomanagement im Konzern—ein Problemabriss, BFuP 2000, 217, 220.
- (7) Vgl. Hefermehl/Spindler in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, § 91 Rn. 26 (2004).
- (8) 前掲注(5)で引用した立法理由には、「現行の会社法の枠内で」コンツェルン規模での義務を認めている。しかし、それは、直接的には、親子会社間で支配契約の締結や編入(Eingliederung)という特別な法律関係が存在する場合をさしているといわれている。Preussner/Becker, a. a. O. Fn. 5, S. 847. 本稿では、そうした特別な法律関係にない場合、すなわち、いわゆる事実上のコンツェルンや単なる持分所有による親子会社の形成の場合を対象とする。これらの場合には、いまだ結論は明確でないようである。

親会社による子会社監督の法理論について

また、かりに、同規定が子会社を含めた監視システムの整備であると解釈されうるにしても、さらに考慮すべき問題がある。株式法91条2項は、特定のシステム等を強制するものと解されるべきでないと言われているが、とりわけ、企業活動の多様性や創造性という要素を勘案すれば、内部の情報伝達システムと監督システムの構築に関して、各々の会社に相当の裁量権が認められるべきである、という⁽⁹⁾。企業グループを対象とする場合、そうした内部システムの構築は、まさに各々の企業グループの基本的な構造に関わってくる問題である。したがって、一般的な結合企業法の規整のあり方と関係してくるのである。つまり、子会社の監督の「あり方」に関しては、結合企業法上の体系を加味しつつ検討することの必要性が、示唆されているといえよう。さらに、同規定は、一定の事象を対象として、何らかの措置ないしシステムを義務づけるものである。すなわち、子会社に対する親会社の監督を一般的なかたちで定めるものではない。

加えて、株式法91条2項の規定自体の位置付けとして、当該規定は、株式法76条および同93条の一般規定に従来から含まれている責務を、具体化したものであると解するのが、通説的解釈のようである⁽¹¹⁾。このような考え方からすれば、株式法91条2項がその対象とする一定の監視システムを整備するなど以外の監督行為も、株式法76条ないし同93条に基づく義務として要求されうる⁽¹²⁾。しかし、そのように監督の範囲が拡張され

Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 6. Auflage, § 91Rn. 6 (2004).

(9) Spindler, a. a. O. Fn. 4, § 19Rn. 7.

(10) Löbbe, Unternehmenskontrolle im Konzern, S. 193f. (2003).

(11) Vgl. Spindler, a. a. O. Fn. 4, § 19Rn. 6; Hefermehl/Spindler, a. a. O. Fn. 7, § 91 Rn. 1; Fleischer, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen-Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291, 299. 株式法76条1項は、「取締役会 (Vorstand) は自己の責任の下で会社を経営する義務を負う」と定める。また、同93条1項1文は、「取締役 (Vorstandsmitglieder) は、通常の誠実な業務執行者の注意をもって業務を遂行しなければならない」と定める。

うるといっても、それらの一般規定は、あくまで、ある会社に対するその取締役ないし取締役会の職務について定めたものであるから、親会社の取締役会が負う監督義務の対象を子会社にまで拡張するという道筋が、当然に作られることにはならない。⁽¹³⁾

(2) コンツェルン指揮義務の観点

結合企業法に関する基本的な考え方のひとつに、企業グループを統一的に運営する親会社は、いわゆるコンツェルン指揮義務を負う、とするものがある。⁽¹⁴⁾そして、株式法91条2項の監視システムの整備等についての取締役会の義務は、コンツェルンを対象とする親会社の取締役会にも及び、それは、コンツェルン指揮義務に基づいて導かれる、という主張がみられる。⁽¹⁵⁾

論者は次のようにいう。まず、企業グループが、親会社の指揮の下で、いわばひとつの企業体として運営される場合、親会社は、コンツェルンに基づいて生じうるシナジー利益を最大化し、かつコンツェルン全体の収益を維持する、という目的のために、コンツェルン全体を指揮する義務を負う、とする。⁽¹⁶⁾

(12) Fleischer, a. a. O. Fn. 11, S. 299.

(13) たとえば, Preussner/Becker, a. a. O. Fn. 5, S. 847. は, 事実上のコンツェルンの場合, 株式法76条1項から, 親会社の取締役会は, 当該会社の資産としての子会社に関する責務を負い, 子会社の経営機関を監督することが要求される, という。

(14) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 222. なお, ドイツにおけるコンツェルン指揮義務に関する議論については, 野田輝久「子会社の業務執行に対する親会社の指揮・監督義務」青山法学論集第40巻第3・4合併号171頁以下(1999)も参照。

(15) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 222. なお, これには, 事実上のコンツェルンの場合も含まれている。A. a. O., S. 221.

(16) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 222. その具体的な法的内容は, 各々のグループの実際の構造によって様々であるという。A. a. O.

親会社による子会社監督の法理論について

そのような状況下では、ひとつの出来事が、複数のコンツェルン構成会社あるいはコンツェルン全体に影響を及ぼす度合いがより高まるのである、つまり、コンツェルンを構成するひとつの子会社におけるリスクが、コンツェルン全体にとってのリスクとなりうるのである。⁽¹⁷⁾したがって、株式法91条2項にいうリスクの早期察知を含めた、リスクマネジメントをコンツェルン全体として行なうことが、コンツェルン指揮における重要な要素となる、⁽¹⁸⁾という。

そこで、親会社が子会社におけるリスクを監督することが必要となるが、そのためには、親会社によるコンツェルン指揮の遂行が前提となる。ある子会社のみに関係するつまり他のコンツェルン構成会社に関係ないリスクを除いて、当該指揮によって、各々の子会社におけるリスクを察知、分析および伝達等をなす措置を企てなければならない。また、そのために、親会社にとって子会社内部の情報を入手することも必要となる。⁽¹⁹⁾もっとも、こうしたリスク管理のために行なう親会社の子会社に対する指揮は、利益を追求するという局面での親会社によるコンツェルン指揮に伴なう子会社経営の指揮と、その範囲ないし境界線において、⁽²⁰⁾合致することになる、とする。

たとえば、事実上のコンツェルンの場合、親会社の業務執行機関は、その株主に対して、子会社に起因するリスクを管理する義務を負うのであり、コンツェルン全体に及ぶリスク管理システムを構築する必要がある。しかし、株式法の下では、親会社は子会社に対して事実上の影響力を行使しうるにすぎない。他方、子会社は、自身の利益の観点から、それに応じるか否かを決めればよい。問題は、親会社による事実上の影響

(17) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 217f. すなわち、リスクが波及するのである。

(18) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 217ff.

(19) 以上, Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 224.

(20) Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 224f.

力行使を、法的にどう扱うかである、と。⁽²¹⁾

以上のような論旨に対しては、まずもって、親会社がコンツェルン指揮義務を負うとする立場に対する反論がなされている。すなわち、現行の株式法は、たとえば支配契約に関する規整のように、子会社における株主と債権者に対する相応な保護を前提としたうえで、親会社が子会社に対して直接的に影響力を行使できる、という考え方から発しているのであり、そのような指揮義務を広く認めることは、こうした考え方からすれば承服できない、と⁽²²⁾言われている。

また、ある論者によれば、親会社の取締役会が子会社の経営を指揮することは、場合によっては必要であるけれども、企業グループ全体を統一的に指揮するか、あるいは、子会社の業務執行機関に主体的に経営させて、ダイナミックかつ創造的な企業活動を発揮させるか、という選択は、シナジーの可能性や子会社の監督の必要性などを勘案した、親会社の取締役会の裁量によって判断されるべきことである、⁽²³⁾という。

さらに、コンツェルン全体についてのリスクマネジメントを行なううえで、子会社の経営機関それ自体が当該子会社内で支配力を維持しつつ親会社に協力するという状況が不可欠である、と指摘⁽²⁴⁾されている。そして、親会社のコンツェルン指揮義務を認めることは、当該指揮が行なわれる限りにおいて、子会社の取締役会の自己責任に基づく職務の遂行が妨げられる結果をもたら⁽²⁵⁾しうる、とも言われている。

(21) 以上, Hommelhoff/Mattheus, a. a. O. Fn. 6, S. 226f.

(22) Spindler, a. a. O. Fn. 4, § 19 Rn. 62.

(23) Götz, Leitungssorgfalt und Leitungskontroll der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, ZGR 1998, 524, 529f.

(24) Spindler, a. a. O. Fn. 4, § 19 Rn. 62.

(25) Götz, a. a. O. Fn. 23, S. 530. また、親会社の取締役会に対して、子会社の監督を要求することは、当該取締役会にとって過剰負担である、という見方もあるという。Vgl. Drygala, Bericht über die Diskussion, ZGR 1998, 547 (これは前掲の Götz の論文等に関するシンポジウムの報告書である)。

親会社による子会社監督の法理論について

(3) 子会社の独立性との関係

(イ) 現在のドイツ株式法では、311条以下における事実上のコンツェルン規整として、親会社の子会社に対する事実上の影響力の行使それ自体は容認しつつ、子会社における独立した経済的利益は保護される、という枠組みがとられている。しかし、対外的な利益追求において生じる親会社と子会社との利益相反という局面ではなく、親会社による子会社内部の監督という局面になると、そうした規整の枠組みで捉えるのが、より容易ではなくなるものと思われる。なぜなら、後者の場合、経済的な利害関係が、より見えにくくなるからである。以下では、そうした事実上のコンツェルン規整の下で、親会社による子会社の監督がどのようにして実践されうるか、という問題に関して、Marc Löbbe の論稿をみていくことにする。⁽²⁶⁾

まず、Löbbe は、親会社の取締役会において、いわゆるコンツェルン利益のために、企業グループ全体すなわちグループを構成する子会社を監督 (Kontrolle) することがその職務に含まれる、という⁽²⁷⁾。それは、子会社自体の利益を確保することを目的として行なわれる監督ではない。⁽²⁸⁾そこでいわれる「コンツェルン利益」とは、Löbbe によれば、コンツェルンを支配する親会社における企業利益と合致するものであり、それはコンツェルンを構成する子会社との関係も含めたうえで画定されるものである、という⁽²⁹⁾。そして、親会社は持分上の利益ないし出資としての利益を子会社から得るという点で、親会社の取締役会は、自身の会社の企

(26) なお、Löbbe の研究に示唆を与えたと思われるものとして、とくに Vgl. Götz, a. a. O. Fn. 23, S. 527f. この旨は、Löbbe の著書のはしがきにも記されている。

(27) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 181f.

(28) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 182.

(29) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 46ff. 「企業利益」とは、会社における存続の確保および継続的な利益を、重要な要素とするものである。A. a. O., S. 46ff.

業利益のために、子会社の経営に関しても責任を負う、とするのである。⁽³⁰⁾

次に、具体的な監督のあり方が問題となるが、Löbbe は、経営管理 (Controlling)、内部監査およびリスクマネジメントを⁽³¹⁾挙げる。これらは、経営学上の手法として用いられているものであるが、それが法的な取締役の注意義務の基準として導入しうするためには、次の条件を満たす必要があるという。すなわち、その手法が、現行法制度の枠内であり、経営学において確立したものであり、実務的に耐えうるものであること、および、それから導かれる行為義務が、個別具体的な場合において必要かつ十分なものであること、である。⁽³²⁾このようなアプローチないし手法の導入が支持されうるかはさておき、親会社の取締役会による子会社の監督が、具体的にどのような仕組みないしプロセスで行なわれるか、について丹念にみていくことは、我々がなすべき検討の基礎作りとして重要

(30) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 43. これは株式会社法76条から導かれる責務であるという。Löbbe は、単独企業における取締役会の監督行為の場合と対比して、次のように立論している。単独企業の場合、取締役会が株式会社法76条の下で責務とされている職務の遂行を、個々の取締役やさらに下部の組織に委ねたことの裏返しとして、それらを監督する責務を負うことになる。他方、コンツェルンの場合、そのような業務権限の委譲はないけれども、子会社に対してどのように事実上の影響力を行使するかという、親会社の取締役会の判断は、そうした単独企業における権限の委譲に相当するものといえる。したがって、たとえば子会社を積極的に指揮しないという判断をしたのであれば、むしろその埋め合わせとして子会社の監督をすることが要請される。A. a. O., S. 37f., 41ff.

(31) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 180. ‘Controlling’ の邦訳については、さしあたり「経営管理」とした。この訳語について、早川東三編・新コンサイス独和辞典 (1998) も参照。なお、株式会社法91条2項にいう「適切な措置」の解釈においても、これらの手法が考慮されるべきだとする。A. a. O., S. 187f.

(32) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 187f., 196. なお Löbbe は、その手法が、一般的に通用されており、それを考慮しなければ機能的な監督行為が確保されえない、というようなもの、とも表現している。A. a. O., S. 194f.

親会社による子会社監督の法理論について

である。以下では、これらの手法とその Löbbe による法的評価について、個別にみていくことにする。⁽³³⁾

(ロ) 経営管理とは、経営学上その概念はまだ確立されてはいないが、その主な役割は、経営者が、合理的かつ合目的な決定や措置をとることができるようにするための、企業情報の入手、分析、展開である、⁽³⁴⁾という。企業グループ全体を対象として親会社が行なう経営管理システムは、個々の子会社の状況や展開などを把握するものである。親会社がコンツェルン利益を積極的に実現するためにはどのように子会社を指揮すればよいか、すなわちグループ全体を効率的に管理するという観点からすれば、親会社にとっての有効な手法だといえる。⁽³⁵⁾具体的な経営管理については、コンツェルンのあり方に応じて、親会社が集権的に運営するものから、そうでない分権的なものまで、ありうる。とりわけ集権的な経営管理システムの場合、親会社の経営管理部門が個々の子会社の経営管理部門に働きかけ、そして、後者からの情報提供により前者が個々の子会社の情報を入手する、という手法が考えられる。ここで問題となるのは、そうした経営管理システムを構築すること自体が、子会社の独立した経済的利益を侵害するものであるか、である。⁽³⁶⁾

親会社がそのような集権的な経営管理システムを構築および運営する

(33) ところで、親会社による子会社監督のあり方の研究としては、幾つかのアプローチの仕方があろう。たとえば、子会社に対する指揮と監督を区別して考察するのではなく、各々の企業活動を類型化したうえで検討する方法も、考えられよう。たとえば、事業の計画・運営、効率的な組織の形成、財務面、および情報伝達といった分類をする者もある。Fleischer, Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund, DB 2005, 759, 762ff.

(34) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 199f. なお、こうした経営管理の概念からすれば、監督行為のみならず、積極的な事業戦略の局面も含む。Vgl. Auch a. a. O., S. 204.

(35) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 199, 202f.

(36) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 202ff.

とすれば、子会社の内部機能であるその経営管理部門に対して、親会社が介入するおそれが出てくる。また、このような情報の移転により、親会社はコンツェルン全体に関する情報を獲得することになるが、他方で、親会社は、それらの情報を恣意的なかたちで子会社に提供したり、不十分にしか提供しないかもしれない。要するに、親会社は子会社に対して、情報面で優位に立つことになりうる。Löbbe は、あくまで経営管理システムそれ自体の役割りは、情報の入手、選別、解析などを行うことであり、それだけでは子会社の取締役会における独立した経営上の決定は侵害されていないとする。しかし、集権的な経営管理システムの運営において、親会社が、当該システムによって得た情報を都合よく用いて、子会社の経営上の決定に対して影響力を行使することになれば、あるいは、親会社の目的に適うように子会社の内部機能であるその経営管理部門が利用されれば、情報の把握など経営上の決定の基盤が侵食されることから、子会社の取締役会における、株式法76条が定める自己の責任に基づく職務の遂行の義務が侵害されるおそれが出てくる、という。^(36a)

そして、Löbbe は次のようにいう。親会社の取締役会は、コンツェルンの運営を指揮しない場合であっても、子会社に対する出資上の利益を確保するために、子会社を監督し場合によってはその経営に積極的に介入することが、求められる。そのために、親会社は子会社に関する有用な情報を入手する必要がある。もっとも、親会社が、子会社の情報を、その子会社自身が必要とする以上に必要とすることは、グループ規模での経営管理システムを行なう分別ある組織においては、考えられないことであるから、子会社自身の独立した経営管理部門が独自に収集した情報が、親会社に提供されればよい。要するに、グループ全体に関する経営管理システムの遂行は、子会社における独立した経営管理部門の活動を前提としつつ、親会社が、子会社の取締役会に対して、その遂行の協

(36a) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 204ff.

親会社による子会社監督の法理論について

力を求めるために、事実上の影響力を行使するというかたちにおいて、はじめて許容されるものである。また、子会社の取締役会は、そうした情報提供に関係して子会社が不利益を受けないようにしなければならない⁽³⁷⁾、という。

結局、Löbbe の立論によれば、企業グループ全体にかかる経営管理システムに関する法的な評価としては、子会社の経営管理部門の独立性を損ねるようなかたちでの、集権的な経営管理システムを構築および運営することは、容認されないことになる。そのうえで、親会社が、その構築および運営を遂行するためには、子会社に対して事実上の影響力を行使する、という手段をとることになる。なお、経営管理の目的で子会社の情報を入手するために、親会社がとりうる手段については、後述する。

(ハ) 内部監査は、経営学上、独立した機関によって定期的ないし不定期的に行われる、企業内部の調査および検査の活動を意味する、という⁽³⁸⁾。企業グループ全体を対象とした内部監査が、親会社の取締役会の委託および支援によって行なわれるとすれば、問題は、当該監査が子会社の法的に保障された独立性に抵触しないか、および、当該監査のために必要な措置を親会社がとることが許されるか、である⁽³⁹⁾。

企業グループが複雑な構造である場合、親会社によって委託された監査機関がその全体に及ぶ内部監査を適切に遂行しうするためには、監査機関が独自に活動するだけでなく、それに対して親会社の取締役会が支援することが必要となりうる。Löbbe によれば、内部監査は、少なくとも本来の監査概念からすれば、経営管理とは異なり、もっぱら監督ないし

(37) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 206ff. また、一定規模以上の子会社については、独立した経営管理システムの構築が法的に認められる必要がある、という。A. a. O., S. 206.

(38) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 208. 経営管理が経営上の意思決定過程に随伴するものであるのに対して、内部監査はその決定過程とは別のものであるというA. a. O.

(39) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 211f.

監視のためのものであるから、親会社によって集権的に行なわれる監査を子会社の取締役会が受け入れることは、子会社の取締役会における自己の責任に基づく職務の遂行が侵害されるおそれを生じるというものではない。子会社に対する監査を実際に行なうためには、子会社の取締役会の同意が必要であると同時に、親会社による集権的な監査を子会社の取締役会が受け入れることも十分許容される、という⁽⁴⁰⁾。

もっとも、内部監査によって親会社は子会社の情報を入手しうることになるが、のちに、その情報によって子会社に不利益がもたらされてはならない。また、親会社には、たとえ緊急の場合であっても、子会社の取締役会の意思に反してまで内部監査を行なう権限はない。あくまで、親会社は、子会社に対する監査を一方的に遂行する法的な権限をもっていないのであり、子会社に対して、事実上の影響力を行使することで、監査を遂行するしかない、という⁽⁴¹⁾。

(二) リスクマネジメントの経営学上の概念とは、企業のリスクに関する、組織的な、認識、評価、監視 (Kontrolle) および克服である、とい⁽⁴²⁾う。それらの過程を順次みていくと、第一に、企業に現実ないし潜在的に存在するリスクを、できるだけ早期に認識すること、および、リスク察知のために定期的に点検することである。また、そのためのシステムの整備が基本となる。第二に、リスクの原因を調査し、それによって受ける損失の可能性などからリスクを評価することが、必要となる。第三に、リスクにかかる対策の程度や、リスク間での重要度の画定が、経営者によって決定される。それに基づいて、各担当部門において各々のリスク状況に対応する。第四に、リスクを回避すること、あるいは、リスクを受け入れた場合のありうる措置として、リスクの低減化、保険を付すこと、リスクの分散またはリスクにかかる損失の補償、などが問題と

(40) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 211ff.

(41) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 212f.

(42) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 213f., vgl. auch S. 214f.

親会社による子会社監督の法理論について

(43) なる。こうしたリスクマネジメントは、経営管理ないし内部監査におけるひとつの要素と位置付ける見方もあれば、独自の監督手法と位置付ける見方もあるという。いずれにせよ、リスクマネジメントを具体的に形成する目的は、企業の経営者および従業員の全員が、内部のリスクについて適切な意識をもつことにある⁽⁴⁴⁾。

親会社におけるリスクが子会社から起因して生じることからすれば、親会社が企業グループ全体についてのリスクマネジメントを実施することは、親会社自身のために必要である、という。それは、ある子会社におけるリスクそれ自体が関係してくるというだけではない。すなわち、各々の子会社がもつリスクがたとえ重大なものでもなくとも、子会社間でそれらのリスクが増幅されて、親会社の存続を脅かすものとなりうるのである。また反対に、各々の子会社のリスクが相殺されることで、親会社にとってリスクの縮減となることもありうる。要するに、企業グループ内での各子会社がもつリスクを相関的に分析することが、グループ規模でのリスクマネジメントの課題となる⁽⁴⁵⁾。

そこで、リスクマネジメントの法的な評価であるが、Löbbe は、上記の各過程を区別して考察する。まず、リスク克服の措置については、基本的には経営者の裁量に委ねられるが、企業グループ全体を対象とする場合には、当該措置が子会社にとって一方的に不利益となる、という結果を招いてはならない。他方、取締役がその注意義務を果たしたといいうる前提として、経営上の決定に関わるリスクを認識しかつ熟慮したことが必要である。したがって、リスクを認識ないし把握すること、そして、リスクを慎重に評価および監視することが、取締役の注意義務の内容として義務づけられる、という⁽⁴⁶⁾。

(43) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 214f.

(44) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 215.

(45) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 215f.

(46) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 217f.

もっとも、リスクマネジメントに関する理解がいまだ十分確立されていないことから、その具体的な行為義務の画定は難しい。他方、親会社の取締役会が、企業グループ全体にかかるリスクマネジメントを具体的に構築するためには、子会社に対して事実上の影響力を行使することが必要になる、という⁽⁴⁷⁾。また、親会社の取締役会は、子会社におけるリスクを把握するために、子会社に関する情報を入手する必要がでてくるが、当該情報収集についての Löbbe の議論は、次に述べる⁽⁴⁸⁾。

(4) 親会社への情報移転に関する法規律

(イ) 子会社を適切に監督するうえで、親会社は子会社に関する相応な情報が必要となる。他方で、結合企業法におけるひとつの基本的なあり方、すなわち、子会社の独立した経済的利益が保護されるという法制度を前提とすれば、子会社が保持する機密情報の保護が、問題となる。なぜなら、企業の経済的利益は、場合によってはその機密情報と密接に結びつくことがあるからである。

そこで、子会社における機密情報はいかに保護されるか、および、親会社が特別に子会社の情報を入手するという権利が認められるか、というふたつの側面に関しての法規整が問題となる。以下では、株式法上の規定およびその解釈論について、ここでも Löbbe の所説を追いながら、みていくことにする。なお、ここでも、特に断らない限り、これまでと同様に、事実上のコンツェルンの場合を対象とする。

(ロ) 子会社の情報を親会社が入手するうえで問題となる法規定として、まず、株式法93条1項2文がある。同規定は、会社における内密の指示や機密情報、とりわけ取締役会での活動から知りえた経営上または事業

(47) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 218.

(48) なお、Fleischer, a. a. O. Fn. 33, S. 763f. は、事実上のコンツェルンにおける企業グループ内監督の手法として、Löbbe と同様に、経営管理、内部監査およびリスクマネジメントを挙げる。

親会社による子会社監督の法理論について

上の内部情報について、取締役は守秘義務を負う、と定めている。⁽⁴⁹⁾また、株式法131条4項1文によれば、ある株主が、株主たる地位に基づいて総会以外の場で情報を受けたときは、その情報がたとえ総会における審議のために必要でないものであっても、当該情報は他の全ての株主に対して⁽⁵⁰⁾も提供される。⁽⁵¹⁾これは、情報に関しての株主平等原則を表したものである。他方で、同131条4項3文によれば、同1文の規定は、親会社のコンツェルン連結決算のために、子会社が親会社に情報を提供するという場合には、適用されない。また、ドイツ商法典294条3項2文によれば、親会社は、子会社に対して、コンツェルン決算書等の作成に必要な全ての説明および証明を要求することができる。

そこで、事実上のコンツェルンにおけるこれらの規定の適用であるが、ひとつには、株式法93条1項2文および同131条4項1文の例外とされるのは、上記のようなコンツェルン決算をするための場合に限る、という見方がある。他方で、親会社が、株主という地位からではなく、コンツェルンの指揮という目的で、子会社の情報を得る場合は、株式法131条4項の対象外であるとする見解、および、親会社への情報の移転によって、子会社が不利益を受けないかまたは不利益が補償されるという場合には、株式法93条の1項2文は適用されない、という見解もある。⁽⁵²⁾

(ハ) さて、Löbbe は以下のような論旨を展開する。まず、子会社の情報が親会社へ流出することは、当該子会社の利益が害されるという状況

(49) Vgl. Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 104f. 監査役についても職務上の守秘義務がある。株式法116条2文。

(50) 子会社から親会社への情報移転に関して、株式法93条および同131条などの規定に触れるものとして、野田輝久「親会社監査役の情報収集権限——ドイツ法を中心として——」久保欣哉先生古稀記念論文集・市場経済と企業法426頁以下（2000）参照。

(51) Vgl. Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 126.

(52) 以上、Vgl. Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 108f. 本文の記述は、Löbbe による諸学説の整理である。

を、直ちに意味するものではない。すなわち、子会社の保有する情報が、親会社ないしその企業グループを構成する他の子会社にも共有されることを容認し、グループ内での情報の移転を容易にすることは、情報が流出する子会社にとっても利益となる可能性をも伴っている。なぜなら、子会社の利益はその属する企業グループ全体の利益としばしば関連しているが、企業グループを構成する会社間でそうした情報の移転および共有がなされれば、会社間での協働がより可能となり、グループ全体の利益が増大することが期待できるのである。さらに、その情報が移転される子会社を含めて、情報の共有によるシナジーが実現されれば、直接その子会社が利益を得ることになる。他方で、子会社の情報が、当該子会社を犠牲にしつつ、グループ内における他社のために用いられるのであれば、その子会社にとって不利益となりうる。とりわけ、子会社がグループ内の他社と競争状態にある場合は、そうした危険性が高まる。要するに、株式法93条1項2文の下では、機密情報が全て保護されるのではなく、その外部への提供が許される場合もあると解すべきである、とするのである。⁽⁵³⁾なお、以上のように、親会社への情報の移転にはプラスおよびマイナスの両面があるけれども、ある情報が子会社から親会社へ移転される時、それが当該子会社にとってプラスであるかどうか、⁽⁵⁴⁾正確に判別することは不可能である、という。

また、株式法131条に関して、Löbbe は、このようなかたちでの情報の移転について子会社における株主平等を要求し、親会社が情報を専有できないとすることは、不当であるとする。しかし、事実上のコンツェルンを指揮する親会社は、まさに子会社の支配株主であるがゆえの支配力に基づいて、当該指揮を行なうことができるのだから、株主という地

(53) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 110f. なお、情報移転と企業グループ内における競争との問題については、たとえば、小松卓也「結合企業の競争規整にかかる問題点」神戸学院法学第34巻第2号75頁以下（2004）参照。

(54) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 113.

親会社による子会社監督の法理論について

位から子会社の情報を入手することを認めるべきである。したがって、それを認めたくえて同条の規整を免れるような論理が必要になる、とい⁽⁵⁵⁾う。

(二) そして、Löbbe は、株式法第311条以下の事実上のコンツェルン規整を検討する。すなわち、株式法311条以下においては、親会社は、補償を伴う限りにおいて、子会社の対して不利益となる影響力の行使をすることが容認されている。そうした支配株主としての影響力の行使に基づいて、親会社によるコンツェルン全体の統一的な運営が可能となる。まさにそれを適切に行なうためには、子会社の情報を親会社が入手する必要がある、とする⁽⁵⁶⁾。要するに、親会社が企業グループの指揮および監督を行なうための情報入手の権利をもつ法的根拠として、株式法311条以下が浮かび上がってくるのである。

Löbbe の論旨をより詳しく追ってみることにする。まず、親会社の取締役会は、子会社に対して事実上の影響力を行使するかたちで、その情報を入手することができる。しかし、株式法311条以下では、子会社の取締役会が親会社からの指示に従わないことも、認められている。もっとも、監督のために子会社の情報を入手することは、親会社の正当な利益であるから、当該指示に従わないという理由で、子会社の取締役を解任することは、基本的に容認されうる。とはいえ、迅速に子会社の情報を入手しうるためには、やはり、当該情報入手が法的な権利として、正

(55) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 124ff.

(56) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 113f. 311条以下の規整は、子会社の独立した経済的利益を「結果的に」保護する、と捉えることができる。なお、本文における前後の Löbbe の論旨においては、子会社に対する監督ではなく指揮に関する議論が前面に出ている。他方、Löbbe の立場では、親会社にとって、子会社に対する指揮は許容されているにすぎないのに対して、その監督は一定範囲において義務とされているのである。だとすれば、後者のための親会社の情報取得のほうが、必要性が高まるものと解される。Vgl. auch a. a. O., S. 166.

面から認められる必要がある、という⁽⁵⁷⁾。

つぎに、株式法311条以下は、支配株主に対して、株主たる地位に付着しつつも、たんなる株主という属性を超えた特別な権利義務関係を認めるものである。とはいえ、そこから直ちに、親会社の子会社の情報を入手できるという権利が認められることにはならない。すなわち、株式法311条以下の第一の目的は、子会社およびその少数株主と債権者を保護することであるから、その目的からすれば、親会社の当該情報入手の権利を認める必要性はない。もっとも、親会社の子会社の情報を入手することによって子会社が不利益を受けるのであれば、少数株主および債権者の保護という目的と、親会社の当該情報入手の権利とは、概して相容れない関係ではない、とする⁽⁵⁸⁾。

そこで、株式法311条以下においては、子会社の独立した経済的利益が保護される限りで、親会社が、子会社に対して支配力ないし影響力を行使して、「コンツェルン利益」を追求することが容認されている⁽⁵⁹⁾。まさに、そうした支配力の行使は、親会社の子会社の情報を入手できる権利と結びつくのである。それと同時に、株式法93条の取締役の守秘義務、および、株式法131条の情報に関する株主平等原則は、ここでは排除される⁽⁶⁰⁾、と論じるのである。

もっとも、株式法311条以下の規整は、ここでは直接には機能しえない。というのも、当該規整の下では、親会社は、子会社が受けた不利益

(57) 以上、Löbbecke, a. a. O. Fn. 10, S. 150ff., 162. なお、Löbbecke は、実際に企業グループ内で兼任取締役が広く存在していることを考えれば、グループ構成会社間での情報の移転を認めないことは現実的でない、という。A. a. O., S. 116f.

(58) 以上、Löbbecke, a. a. O. Fn. 10, S. 127, 156ff.

(59) Löbbecke は、こうした観点を、311条以下が規整する特別な法律関係のうちの、組織法的要素 (organisationsrechtliche Komponente) とよぶ。A. a. O., S. 161.

(60) 以上、Löbbecke, a. a. O. Fn. 10, S. 159ff.

親会社による子会社監督の法理論について

をのちに補償すれば、子会社に対して影響力を行使し不利益を与えることができるのであるが、情報の移転に基づいて子会社が不利益を受けたとしても、その不利益を算定することは困難である。また、親会社がその入手した情報をのちにどのように用いるかによっても、事情が異なってくる^(60a)、といった問題があるのだ。そこで、株式法311条の評価の基準時は、情報が子会社から親会社へ移転される時点であることから、子会社の取締役会は、個々の情報の移転のさいに、それによって子会社が不利益を受けうるかどうか検討し、また、子会社に不利益を与えないよう親会社と確約しておくことが、必要となりうる。しかし、そうすることは、煩雑であり情報移転の妨げとなる。したがって、親会社に対して、監督活動のなかで入手した子会社の情報は監督目的でしか用いないこと、および、それによって子会社を害さないこと、を包括的に義務づけておくことが考えられる。それが義務づけられていない場合、子会社の取締役会は、子会社に不利益となりうる情報の親会社への移転を拒否する権限をもつ⁽⁶¹⁾、とする。

(ホ) ところで、親会社によるコンツェルン指揮が行なわれていない場合、すなわち、親子会社の関係であっても、親会社が子会社に対して、支配力ないし影響力を常態的に行使していない、という状況の場合には、上述のように、支配力の行使を論拠として親会社の情報入手の権利を導くことは、できない。こうした「単なる支配・従属関係」の場合について、Löbbe は、次のようにいう。すなわち、実際にコンツェルン指揮が

(60a) グループ戦略のために情報を提供した子会社が、長期的にはその見返りを受けて利益を得る、ということも考えられる。具体的には、グループ自体の拡大という状況もあれば、他の子会社と比べて優遇されるという事情もあろうか。

(61) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 114f., 165. また、情報が監督目的以外にも流出するおそれがあるという懸念に対して、Löbbe は、親会社の取締役等の守秘義務によって対処できるという。そして、守秘義務の対象には、グループ構成会社の情報も含まれるとする。A. a. O., S. 116.

行なわれないのであっても、株式会社法93条および同131条に基づく情報移転の制限規整が排除される論拠が、なくなる訳ではない。看過されるべきでない点は、それ以前の段階で、コンツェルン指揮を行なうべきかどうか、また、行なうとすればどの程度すべきかについて、親会社の判断が存在していることである。コンツェルン指揮を行なわないという判断は、企業グループの運営のあり方についての、親会社のひとつの表現である。まさに、当該判断を適切に下すために、子会社の情報を入手する必要がある⁽⁶²⁾。加えて、将来的に影響力を行使する可能性も存続しているのであるから、親会社の情報入手の権利が認められる必要がある、という⁽⁶³⁾。

他方、親会社の情報入手の権利を導くために用いた、株式会社法311条以下の組織法的要素を、単なる従属関係の場合には、論拠とすることができない。しかし、株式会社法311条以下が規整する特別な法律関係それ自体は、単なる従属関係の状態と結びつくものである。さらに、親会社が、企業グループ内の子会社を監督する義務を果たしうることは、そのグループが親会社によって統一的に指揮されることとは、無関係である、とする⁽⁶⁵⁾。

(ハ) なお、上述のようにして、親会社が入手することのできる子会社の情報の範囲について、さしあたり確認しておこう。Löbbeによると、情報を入手する権利が認められるのは、親会社の取締役会がその企業グループを監督するにあたって必要な情報に限られる。また、当該監督のために情報を入手する必要性は、親会社がその企業グループを統一的に指揮することとは、別であるから、前者のための情報入手が認められる

(62) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 117f., 128.

(63) Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 164.

(64) 前掲・注(59)参照。

(65) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 163f. もっとも、大多数の学説によれば、単なる従属関係の場合、株式会社法93条および同131条による情報移転の制約がかかるという。Vgl. Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 109.

親会社による子会社監督の法理論について

権利は、後者によっては制限されない、という。⁽⁶⁶⁾

(ト) 以上のような Löbbe の論旨については、多少の難があるという感ももたれる。たとえば、株式法311条以下の規整の捉え方について、企業グループが統一的な指揮下にあるいわゆる事実上のコンツェルンの場合と、単なる従属関係の場合とで、異なるところがある点が挙げられる。また、支配的な学説は、事実上のコンツェルンおよび単なる従属関係の場合に、Löbbe が呈示するような、親会社における情報入手の権利を認めていないようである。⁽⁶⁷⁾とはいえ、こうした情報の移転に関する法的な論拠を究明するうえでの有益な議論として、参考となるものである。

(5) 親会社の情報提供義務

以上のように、Löbbe によれば、親会社は、子会社に対する監督活動をとおして、その企業グループ全体に関する情報を収集しうることになる。他方で、子会社側は、当該グループを構成する他の会社ないしグループ全体に関する情報を、当然のように入手している訳ではない。これに対して、Löbbe は、一定の場合には、グループ全体等に関する情報を子会社に提供することが、親会社に義務づけられる、という。⁽⁶⁸⁾

まず、Löbbe は、子会社の取締役会は、例外的に、その属する企業グループにおける他社の情報を必要とする場合がある、という。たとえば、企業グループ内で継続的な取引が行なわれており、相手方がその事業を止めるという場合、財務的に密接に関係している他社において危機が生じている場合、あるいは親会社の流動資産が低下している場合などである。こうした事態が現実化ないし深刻化すれば不利益を受けることにな

(66) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 166. なお、前掲・注(56)も参照。もつとも、監督を行なうためにあらかじめ必要な情報を画定することは、できないであろう。

(67) Vgl. Fleischer, a. a. O. Fn. 33, S. 765.

(68) 以上、Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S.373ff.

る子会社の取締役会は、前もって新たな事業戦略や資金調達を検討することが必要になる。ところが、まさに、そうした状況に関する情報は、親会社のみが把握できるものである。しかし、現行法においては、子会社が親会社に対してそうした情報を請求できる、という明文の法規定はない。⁽⁶⁹⁾

そこで、Löbbe は、次のようにいう。子会社がその属する企業グループの状況に起因して不利益を受けることを回避できる、ということが重要である。そのためには、子会社に対して著しい影響を及ぼしうのような、親会社ないし他のグループ会社における事象の全てを、親会社はその子会社に知らせなければならない、という義務が認められる必要がある。たとえば、上記に挙げたような場合に加えて、その子会社に不利益となる事業が当該グループ内で計画されているような場合が、それに該当する。⁽⁷⁰⁾

なお、このような親会社の情報提供義務は、子会社側からの請求を要件とするものではない。なぜならば、子会社側からの請求を必要とするのであれば、あらかじめ子会社の取締役等が、その提供されるべき情報に関する何らかの兆候等を察知しておくことが必要となるが、そうした兆候等が子会社側に察知されたあとでは、既に手遅れになっているおそれがあるからである。すなわち、親会社が自発的にそれらの事象を子会社に知らせることが必要とされる、という。⁽⁷¹⁾

(69) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S.374.

(70) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S.376f. この義務を認める法的な根拠について, Löbbe は, 子会社にそうした情報上の利益があるというだけではだめであり, 株式会社311条以下が定める, 親子会社間の特別な法律関係から導かれる, という。A. a. O., S.376.

(71) 以上, Löbbe, a. a. O. Fn. 10, S. 378. どのような情報がその対象となるかは, 親会社ないし他の子会社における機密情報を保持する利益と, 子会社が情報を受ける利益との, 衡量になるという。A. a. O., S. 378f.

三 子会社に対する監督の対価性

(1) 緒論

ところで、Löbbeによれば、親会社の取締役会は、子会社に関する情報を法的に許容された範囲内で入手しつつ、コンツェルン利益すなわち親会社の企業利益のために、子会社を監督する義務を負う、ということになる。そこで、これに随伴して、次のような点が、問題として浮かび上がってくる。すなわち、親会社の取締役会による子会社に対する監督活動が、あくまで親会社自身の利益のためとはいえ、それと同時に、子会社にとって利益となることもありうる。ひとつには、子会社に対して親会社から、その監督活動のさいに有益な情報提供や助言などが行なわれる、という場合である。そうした情報提供や助言などは、子会社の独立した経済的利益が確保されるという制度の下で、果たして法的にどう扱われるのであろうか。

要するに、当該監督活動が子会社にとっても利益となるとき、親会社は、子会社に対して、助言等の対価を請求できるのか、ひいては監督活動の見返りを請求できるのか、という問題が考えられうる⁽⁷²⁾。なお、ここでも、事実上のコンツェルンである状況を対象とした議論を行なう。

(2) コンツェルン割当金の議論

(イ) このような問題について、筆者が想起したことは、いわゆるコンツェルン割当金 (Konzernumlage) に関する議論である。コンツェルン割当金とは、子会社に対して親会社が行なった活動 (Leistung) の対価についての、決済処理上の扱いをさすものである。それらは、個別ないし一括して処理されうる。そして、このような活動は、三つの態様に区

(72) このような問題設定自体は、あるいは筆者の至らなさのためか、Löbbeの論稿からは見い出せなかった。次の(2)の議論は、筆者がドイツの学説の整理を試みたものである。

分することができるという。すなわち、協力的活動 (Assistenzleistung)、経営的活動 (Managementleistung) および監督的活動 (Kontrolleistung)⁽⁷³⁾である。ここでの問題は、子会社における独立した経済的利益が保護されるという制度の下で、コンツェルン割当金がどのような場合に認められるかである。すなわち、株式法311条以下に関する、解釈上の問題である。

(ロ) まず、論者が分類する協力的活動とは、子会社のために行なわれる、宣伝活動、市場調査、研究開発、ノウハウ等の使用許諾、その他のあらゆる助言行為などであり、またそれは、親会社だけでなくコンツェルンの外部にいる第三者も提供しうるような活動である⁽⁷⁴⁾。当該活動に関しては、子会社の意思に反してそれを押し付けることは許されないが、子会社の利益に合致する場合、あるいは、その活動を行なうことが子会社の現実の意思もしくは推測されうる意思に合致する場合には、それを行なった親会社が市場取引における通例的な対価を子会社に対して請求することが、容認されるという。つまり、協力的活動が行なわれたとき、相応する金額がコンツェルン割当金として認められる、というのが一般的な理解のようである⁽⁷⁵⁾。

次に、経営的活動とは、子会社における、生産計画、設備投資、人事政策、財務政策などについて、親会社が子会社の意思決定の過程に介入しないし影響を及ぼす、というものである。こうした活動は、まさに親会社が行なう企業活動であって、第三者が代替しうるものではない点で、協力的活動と本質的に異なる、といわれている⁽⁷⁶⁾。ところで、当該活

(73) 以上、Wiedemann/Strohn, Die Zulässigkeit einer Konzernumlage im Aktienrecht, AG 1979, 113.

(74) Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 113.

(75) 以上、Vgl. Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 120; Wiedemann/Fleischer in Lutter/Scheffler/Uwe H. Schneider (Herg.), Handbuch der Konzernfinanzierung, Rz. 29. 30 (1998).

(76) 以上、Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 113f. なお、厳密な意味で

親会社による子会社監督の法理論について

動がコンツェルン割当金として容認されるかどうかは、評価が分かっているようである。⁽⁷⁷⁾たとえば、子会社において必要とされる経営事項の一部に親会社が介入し、それによって子会社自身が利益を得るあるいは負担が削減されるという場合、その削減分の費用の請求は認められる、とする立場がある。他方、この場合にコンツェルン割当金の賦課を認めない論拠としては、子会社に対するそのような介入は、親会社自身の活動であり、要するに親会社が子会社に対して事実上の影響力を行使しているという行為であって、コンツェルン割当金を法的に根拠づけるものではない、という点が挙げられている。⁽⁷⁸⁾もっとも、否認する立場においても、そうした介入のなかには協力的活動として捉えうる場合もありうる⁽⁷⁹⁾ことが、考慮されている。

そして、監督的活動とは、親会社による子会社の監査ないし監視活動をさす。このような活動は、子会社に利益をもたらすようなものではないから、コンツェルン割当金の賦課は認められない、⁽⁸⁰⁾といわれている。もっとも、企業グループ全体で、親会社による集中的な監査システムが構築されており、かつ子会社が独自の監査体制をもたずに、当該監査システムの下で子会社の内部監査も行なわれる、という場合、その監査が子会社にとって必要とされるものであれば、⁽⁸¹⁾監査についての費用を子会社に対して請求することができる、という。

の経営的活動とは、子会社自身の経営の一部を親会社が引受けるものであって、コンツェルン全体の観点から子会社の意思決定過程に介入するという活動は含まれない、という。A. a. O., S. 114.

(77) Vgl. Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 116; Wiedemann/Fleischer, a. a. O. Fn. 75, Rz. 29. 30.

(78) 以上、Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 116ff. なお、否認する立場の論拠として、親会社にしかできない経営的活動は、客観的基準で評価できない、ということも指摘されている。A. a. O., S. 118.

(79) Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 118.

(80) 以上、Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 114, 118f.

(81) Wiedemann/Fleischer, a. a. O. Fn. 75, Rz. 29. 37. なお、Wiedemann/

(ハ) 以上のようなコンツェルン割当金に関する議論は、少なくとも、実際に安定した法的処理を行ないうるための素地を提供するという点で、意味があろう。他方で、たとえば Löbbe が監督行為として分類した、経営管理、内部監査およびリスクマネジメントとの関係でみた場合、それらを精確に把握することは、容易ではない。

そこで、さしあたり処理の一般的な基準としては、通常の誠実な業務執行者であれば、その親会社から提供される活動に対して対価を支払うかどうか、によって判断すべきであるという考え方が⁽⁸²⁾ある。その基準によれば、たとえば、事業再編などのコンツェルン全体の戦略に関するものや、子会社の事業活動の監督などを含めた、コンツェルン全体のために親会社が行なう活動については全て、子会社はその対価を支払う必要はない、という⁽⁸³⁾。もっとも、そのより詳しい論拠は明らかでないが、あるいは、コンツェルン全体のために行なうということは、親会社自身の経営活動であり、子会社の利益のための活動ではない、と捉えるのであ⁽⁸⁴⁾らうか。

また、Löbbe の議論に沿って考えると、親会社は、自己の利益のために、子会社を監督することが義務づけられる。だとすれば、当該監督活動は親会社自身の利益のための行為であるから、それに基づいてコンツェルン割当金を子会社に請求することは、基本的には容認されない、と考えることもできよう。しかし、子会社の側からすれば、その監督活動によって、負担が軽減したあるいは付随的に利益を得た、という場合はどうか。その子会社の利得分を親会社は請求できるのか、あるいは、子

Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 114. は、この場合の監査行為は、協力的活動として分類されるという。

(82) Wiedemann/Fleischer, a. a. O. Fn. 75, Rz. 29. 34.

(83) Wiedemann/Fleischer, a. a. O. Fn. 75, Rz. 29. 36.

(84) なお、親会社がコンツェルン全体を集権的に経営するという役割りを担い、その役目を果たす限りでの活動は、コンツェルン割当金の対象にならない、という。Wiedemann/Strohn, a. a. O. Fn. 73, S. 117.

会社の株主として間接的に親会社も利益を得ることができると考えれば、子会社側のそうした利得は黙認されるべきものなのか。この問題については、改めて検討することにした。

四 結 語

以上の内容は、親会社による子会社の監督に関してのありうる考え方を、全て整理したといえるようなものではない。さらに、本稿で取り上げたような問題、すなわち、親会社が子会社を監督する責務を負うことの是非、そして、当該責務を負うとした場合の、監督行為の具体的な態様、情報移転に関する規律、あるいは監督行為の対価性など、親会社が子会社の監督を行なうという局面についての法的な構造を明らかにするための、筆者自身の研究過程を、とりあえず纏めたにすぎないものである。

ともあれ、情報の移転あるいは伝達は、眼に見えるものでもなければ、数量的な評価を直接することも容易ではない。他方で、情報というものは、様々な経路ないし手段によって、流れていくものであるから、情報の移転それ自体に実効性ある規律を施すことは、非常に困難であろう。企業グループを対象とした規整に関しても、その理は当てはまる。したがって、企業グループ内で情報が移転されることを比較的緩やかに認めつつ、そのうえで、親会社による子会社監督の法的仕組みを展開した、Löbke の研究は、参考に値するものといえよう。

また、本稿で取り上げた議論から汲み取りうることとして、とりわけ、子会社に対する親会社の監督の法規整は結合企業法の枠組みとの関係で論じる必要がある、という点がある。それらの具体的な法規整の関係については、後日の論稿に委ねることにした。