

国際会計基準に関する会社法上の論点
についての調査研究報告書

平成24年3月

株式会社商事法務

分配規制と債権者保護

——単体の計算書類を国際会計基準に従って作成することが許容

または強制されている国について——

筑波大学ビジネス科学研究科教授 弥永真生

目次

I	国際会計基準の導入と分配規制上の対応	1
1	EU 諸国.....	1
(1)	デンマーク.....	3
(2)	フィンランド.....	4
(3)	ギリシャ.....	6
(4)	アイルランド.....	7
(5)	イタリア.....	9
(6)	オランダ.....	10
(7)	ポルトガル.....	11
(8)	スペイン.....	12
(9)	連合王国.....	13
(10)	拡大により EU に加盟した国々.....	19
2	ノルウェー.....	20
3	ニュージーランド.....	22
4	オーストラリア.....	23
5	カナダ.....	25
6	日本法への示唆.....	26

II 「資本と負債との区分」と会社法上の問題..... 29

1	国際会計基準における資本と負債との区分.....	29
2	連合王国.....	32
(1)	国際会計基準によった場合の貸借対照表上の表示.....	32
(2)	会社法上の取扱い.....	32
(3)	ICAEW ガイダンス.....	33
3	アイルランド.....	35
4	ギリシャ.....	36
5	イタリア.....	37
6	その他のヨーロッパ諸国.....	38
7	国際会計基準審議会の動向.....	41
(1)	基本的所有アプローチ.....	41
(2)	資本の特徴を有する金融商品に関する公開草案作成に向けた動き.....	44
8	わが国に対する示唆——単体計算書類へのIAS32適用を許容または強制した場合の若干の問題点.....	46
(1)	資本金および資本準備金の額.....	46
(2)	自己株式の取得.....	46
(3)	自己株式の消却.....	47
(4)	新株予約権.....	47

III 会社債権者保護の方策..... 49

1	EU 諸国.....	49
(1)	デンマーク.....	51
(2)	フィンランド.....	53
(3)	ギリシャ.....	56
(4)	アイルランド.....	58

(5)	イタリア	6 1
(6)	オランダ	6 5
(7)	ポルトガル.....	6 8
(8)	スペイン	7 0
(9)	連合王国	7 2
2	ノルウェー	7 6
3	ニュージーランド.....	7 8
4	オーストラリア	8 0
5	カナダ.....	8 2
6	日本法に対する示唆	8 7
	Abbreviation.....	9 0
	Bibliography.....	9 2

I 国際会計基準の導入と分配規制上の対応

1 EU 諸国

EC 会社法第 2 号指令¹の 15 条は、引受資本²の減少の場合を除き、前事業年度の決算に際し、年次計算書類に計上された純資産の額が、引受資本の額に法律または定款により分配が禁止されている準備金の額を加えた額を下回っているか、または分配によって下回ることとなるときは、いかなる分配も株主に対してすることができない(1 項 a)とするとともに、株主に対する分配の額は、前事業年度の利益の額に繰越利益および分配のために使用可能な準備金の取崩額を加えた額から繰越損失および法律または定款に従って準備金として積み立てるべき額を減じて得た額を超えてはならない(1 項 b)と定めており、これを、EU 構成国は国内法化している。このため、(単体の) 計算書類を国際会計基準に従って作成することを許容し、または要求している EU 構成国における対応は、大きく 3 種類に分かれる。すなわち、(1)特に対応していない国、(2)公正価値評価に対して(必ずしも IFRS 導入を契機としたものとは限らないものの)分配不能準備金として公正価値準備金などの設定を要求する国(イタリアなど)、および、(3)分配可能額算定にあたって支払不能テストや実現利益テストが追加されている国(スペインや連合王国など)である((2)と(3)の両方の方策を講じている構成国もある)。

¹ Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (OJ L 26, 31.1.1977, p. 1).

² ヨーロッパ諸国においては、分割払込みが認められているため、引受資本と払込済資本とは必ずしも一致しない。

	IFRS 準拠の計算書類に基づいて 分配可能額を算定することが強制 または許容されているか	公正価値評価に対して分配可能額 算定上の対応がなされているか
オーストリア	N	N/A
ベルギー	N	N/A
デンマーク	Y	Y
フィンランド	Y	Y
フランス	N	N/A
ドイツ	N	N/A
ギリシャ	Y	Y
アイルランド	Y	Y
イタリア	Y	Y
ルクセンブルク	N	N/A
オランダ	Y	Y
ポルトガル	Y	Y
スペイン	Y	N?
スウェーデン	N	N/A
連合王国 (イギリス)	Y	Y

(1) デンマーク

株式会社及び有限会社に関する法律(Lov om aktie- og anpartsselskaber [Lov nr. 470 af 12. juni 2009]). 以下「会社法」という)179条2項は、会社の業務執行機関は、分配が、会社の財政状態、さらに、親会社の場合には企業集団の財政状態に照らして合理的な額を超えないようにしなければならない(連結ベースの分配規制の併用)、かつ、分配は会社またはその債権者に損害をもたらすものであってはならないとし(支払不能テスト)、また、法令または定款により定められた分配不能準備金を確保しなければならないとする。同180条は、株主総会は計算書類に記載された分配可能額をどのように配当によって分配するかを決定しなければならないと定め、配当は、分配可能準備金、すなわち、会社の直近の承認済計算書類上の繰越利益と法令または定款の下で分配可能な準備金との合計額から繰越損失を控除した額からのみ配当できると定めている。

年度決算書法(lovbekendtgørelse nr. 323 af 11. april 2011)41条は、会社は、有形固定資産および子会社・関連会社に対する投資を公正価値で再評価することができるが、無形資産は再評価してはならないとする(1項)。そして、正の再評価差額金は、再評価差額金として資本の部に計上しなければならないが、再評価差額金は欠損填補に充てることはできない(3項)³。

同 43a 条は、子会社または関連会社株式を持分法により評価することを認めている(1項、2項および4項参照)⁴。そして、内在的価値の変動額は損益に含めてはならず、子会社等の株式の帳簿価額を増加させた額に相当する額は、持分法適用による純増価準備金(Reserve for nettoopskrivning efter indre værdis metode)として、資本の部に計上しなければならないが、純増価準備金は負の額であってはならない。純増価準備金は欠損の填補に充てることはできるが、分配不能準備金である(5項)。

³ 実現した時または使用を廃止した時、回収可能価額が低下したために減損を認識する時、その資産について繰延税金負債を認識する時または見積りの変更があった時に、減少させまたは解消することができる。

⁴ 直訳すると、内在的価値(indre værdi)により計上できるとされている。

(2) フィンランド

2003年5月に、法務省が設けたワーキンググループが会社法草案(OMTR 2003:4, *Osakeyhtiölakityöryhmän mietintö*)⁵を作成し、これを受けて、法務省は、2004年12月に会社法政府草案を公表した。ワーキンググループ草案および政府草案においては、国際会計基準第39号およびフィンランドの簿記法(*Kirjanpitolaki 30.12.1997/1336, § 5: 2 a*)⁶で認められている公正価値オプションを適用した結果生ずる公正価値準備金は、原則として、分配可能とすることが提案されていた(第8章1条)。しかし、2005年6月になって、法務省は、事業税法と会社法における未実現損益の取扱いを統一するという観点なども考慮に入れることとし、最終的な政府草案(HE 109/2005 vp, *Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi, p.93*)においては、公正価値準備金などは配当不能準備金とされた⁷。

すなわち、株式会社法(*Osakeyhtiölaki 21.7.2006/624*)第8章1条1項は、会社の資本は、拘束資本と非拘束資本とに分けられ、拘束資本には株式資本、会計法にいう公正価値準備金(*fonden för verkligt värde*)および再評価準備金(*uppskrivningsfond*)が含まれ、非拘束資本には当期および前期以前の利益やその他の準備金が含まれるとしている。これを受けて、第13章5条は、原則として、会社は非拘束資本である準備金から定款の規定により留保すべき資産を控除したものを分配することができるかと定めている。

なお、第13章1条は、会社の資産は、利益の分配および非拘束資本である準備金からの財産の分配などとして行われるとし、第13章2条は、分配の決定をする時点において、会社が支払不能であり、またはその分配が会社の支払不能を生じさせることを知り、または知るべきであるときには、財産を分配してはならないと定める⁸。第13章3条は、財産の分

⁵ <<http://www.om.fi/19380.htm>>.

⁶ 簿記法第5章2a条は、金融商品を公正価値で評価することを認め、公正価値の変動額は、損益計算書において収益または費用として認識するか、貸借対照表の資本の部に公正価値準備金として計上すべきものとしている。また、17条は、固定資産として計上されている、土地および水または2a条にいう金融商品以外の証券について、その見込まれる売却価格が取得原価よりも明白に高く、それが持続的である場合には、継続性と十分な慎重性をもって、評価増を行うことを認めているが、その再評価差額は再評価準備金として資本の部に計上すべきこととされている。

⁷ See also TaVM 7/2006 vp *Talousvaliokunnan mietintö*.

⁸ 株式会社法は、支払不能テストとの関係で分配が可能であることを裏付けるような計算書の作成は要求していないが、低い収益性、よくない財政状態または経営成績その他業務執行者が会社が近い将来に弁済期が到来する債務の弁済に支障をきたす可能性があることを知っている場合には、十分な検討を加えなければならないと解されている(See Manne Airaksinen, Pekka Pulkkinen ja Vesa Rasinaho (2007), *Osakeyhtiölaki II*, p.23)。そして、経営者は、実務上は、経営判断原則の下で要求される程度の正当な注意をもって支払不能テストを行うことを要求されるとも指摘されている(Ahti Kaarenoja ja Seppo Suontausta (2007), *Maksukyvyttömyys ja osakeyhtiön varojenjako, Defensor Legis 2007*, pp. 254-255; Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö I*, pp. 112-115)。どのように支払不能テストを行ったかは、株式会社法第22章1条3項の下での過失の推定にも影響を与える。すなわち、正

配は、最終の、承認され、かつ監査済み⁹の計算書類に基づいて行われなければならないとし、計算書類の作成日後に会社の財政状態に重要な影響を与える事象は、配当にあたって考慮に入れなければならないとする。なお、公正価値の決定、損益計算書または貸借対照表においてどのように変動額を認識するかおよび注記すべき事項などについては、通商産業大臣(現在は労働・経済大臣)の命令によって定めるものとされている。

当な注意を払って行為したことを証明できない限り、損害は過失によって生じたと推定される(Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö III*, p. 290)。

⁹ 法律または定款により会計監査人を選任しなければならない会社においては、計算書類は監査を経ているなければならない。

(3) ギリシャ

減資に関する規定による場合を除き、株式会社法[Νόμος 2190/1920 «Περί Ανωνύμων Εταιρειών» (ΦΕΚ Α' 37/30.3.1963)]42c 条に規定される標準貸借対照表上の株主持分総額が株式資本(払込未催告のものを除く)および法律または定款の定めにより分配不能とされている準備金の合計を、最終の事業年度の末日において下回っているとき、あるいは、分配によって下回る事となるときには、株主に対して分配することはできない(株式会社法 44a 条 1 項)。株主に分配する額は、最終の事業年度の利益額に過年度からの繰越利益額および株主総会の決議により利用が認められた分配可能準備金の額を加え、過年度からの繰越損失額と法律および定款の規定により準備金として積み立てるべき額を控除した額を超えてはならない(株式会社法 44a 条 2 項)。法定準備金としては、株式資本の 3 分の 1 に達するまで純利益の 20 分の 1 を積み立てなければならないものとされている(株式会社法 44 条)。

一部の金融商品については、公正価値により評価することが認められており(公正価値オプション)、公正価値で金融商品进行评估したときは、その変動額は原則として、当該事業年度の損益とされるが、当該金融商品が繰延ヘッジ会計におけるヘッジ手段である場合、その変動額が在外企業に対する純投資の一部をなす貨幣項目について為替換算差額である場合、および、その変動額がデリバティブではない売却可能金融商品について生じたものである場合には、その変動額は純資産価値準備金としなければならない。

(4) アイルランド

アイルランドにおける分配規制はおおむね連合王国における分配規制と平行である。

すなわち、関連計算書類(relevant accounts)¹⁰における数値に基づき、分配可能額は定まるが(1983 年会社(改正)法 49 条)、会社は、分配可能な利益からのみ配当することができ(1983 年会社(改正)法 45 条 1 項)、分配可能な利益とは、実現利益の累計額のうち、分配または資本組入れに用いられていないものから、実現損失の累計額のうち、適法に減資または資本の更生によって切り捨てられていないものを控除して得た額をいう(1983 年会社(改正)法 45 条 2 項)。そして、会社のすべての固定資産またはのれん以外の会社のすべての固定資産の再評価による、固定資産の価値の減少に関するものを除き、引当金(provision)は実現損失として扱われる(1983 年会社(改正)法 45 条 4 項)。他方、固定資産の再評価がなされた場合において、再評価以後に、その資産について減損が認識され、または、減価償却がなされた場合には、再評価がなされなかった場合に比べて増加した減損損失額または減価償却費は実現利益として取り扱われる(1983 年会社(改正)法 45 条 6 項)。会社の取締役がすべての合理的な調査を行っても、その就任前に生じたある利益が実現したものなのか未実現のものなのかを決定できないときには、実現したものと取り扱ってよく、そのような調査をして、ある損失が実現したものなのか未実現のものなのかを決定できないときは、未実現のものとして取り扱ってよい(1983 年会社(改正)法 45 条 8 項)。

このほか、実現利益であるかどうかの判断にあたっては、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会(ICAEW)が作成したガイダンス(TECH 02/10 *Guidance on the Determination of Realised Profits and Losses in the Context of Distributions under the Companies Act 2006*)が参照されるのが一般的である。

また、公開会社においては、さらに、会社の払込催告済株式資本と分配不能準備金を純資産が下回らず、かつ、分配後にも下回らない場合にのみ、その限度で、配当をすることができる(1983 年会社(改正)法 46 条 1 項)。

ここで、公開会社における分配不能準備金とは、株式払込剰余金、資本償還準備金、未実現利益の累計額のうち資本組入れに用いられていないものから、未実現損失の累計額のうち、適法に減資または資本の更生によって切り捨てられていないものを控除して得た額、本法または定款の定めにより分配を禁じられているその他の準備金をいうものとされている(1983 年会社(改正)法 46 条 2 項)。

¹⁰ ほとんどの場合、関連計算書類は、直近の監査済計算書類であるが(1983 年会社(改正)法 49 条(2)(a), (3))、最終の監査済貸借対照表日から提案される配当の宣言日までの間の期間に係る損益計算書および貸借対照表から成る臨時計算書類(interim accounts)を用いることも許容されている(1983 年会社(改正)法 49 条(2)(b), (5))。臨時計算書類は監査済であることを要しない。なお、直近の監査済計算書類について無限定適正意見が表明されていないときには、その除外事項を生じさせている問題が提案されている配当を宣言し、支払う会社の能力に影響を与えない旨の監査人の意見があることが要件となっている(1983 年会社(改正)法 49 条(3)(c))。

なお、会社の利益によって株式を償還した場合には、それによって減少した株式資本 (share capital)¹¹の額(1990 年会社法 208 条(a))と同額を¹²、新株発行による手取り金によって株式を償還しまたは買い入れ、かつ、手取り金の総額が償還しまたは買い入れた株式の額面金額の総額よりも少ないときは、その差額を、それぞれ、資本償還準備金としなければならない(1990 年会社法 208 条(b))。金庫株を消却したことによって、株式資本を減額したときには、同額を資本償還準備金としなければならない(1990 年会社法 209 条 4 項(a), 208 条(a))¹³。資本償還準備金は株主に対する株式の無償交付を行う場合の払込みに充てることができるほかは(1990 年会社法 208 条(e))、その減少には、株式資本の減少に関する規定が適用される(1990 年会社法 208 条(b))。

¹¹ 日本における資本金に相当する。

¹² たとえば、

利益剰余金 ××/現金預金 ××
株式資本 ××/資本償還準備金 ××
というような仕訳がなされる。

¹³ 株式資本 ××/資本償還準備金 ××
というような仕訳がなされる。

(5) イタリア

現実に稼得され(*realmente conseguiti*)、適法に承認された貸借対照表上の利益からのみ配当することができるものとされている(市民法典 2433 条 1 項)。そして、会社の資本に欠損がある場合には、その資本が回復されるか、対応する額まで減資しない限り、利益の配当は認められない(市民法典 2433 条 2 項)。

法定準備金としては、資本の 5 分の 1 に達するまで、年度の純利益の 20 分の 1 以上を積み立てることが要求されており(市民法典 2430 条)、法定準備金が資本の 5 分の 1 に達するまでは株式払込剰余金は配当することができない(市民法典 2431 条)。

売買目的の金融商品および取引所取引によって決済されるものに係る評価益を除き、公正価値評価または持分法の適用による評価益に相当する額を、株主総会の決議により、公正価値準備金としなければならない(2005 年委任立法令第 38 号 6 条 1 条)。公正価値準備金は配当不能準備金であり(6 条 2 項)、公正価値準備金は資本組み入れに用いることもできない(6 条 4 項)¹⁴。しかも、法定準備金がゼロとなった後でなければ欠損填補に充てることはできず、欠損填補に充てたときは、その後の利益によって回復することが求められる(6 条 5 項)¹⁵。

¹⁴ なお、法定準備金の積立義務(資本の 20%に達するまで、当期純利益の 5%)との関係は解釈に委ねられているようである。

¹⁵ なお、資本の欠損の補てん義務(資本の 3 分の 1 以上の欠損により、最低資本金を下回った場合には、減資をし、かつ、最低資本金額まで回復するか、他の会社形態への転換を株主総会で決定しなければならない。市民法典 2447 条)の有無は、歴史的原価会計による数値によって判断される。

(6) オランダ

配当は、会社の純資産が発行済資本に係る拠出済額および払込催告済額ならびに法律または定款の定めにより留保すべき準備金額の合計額を超える範囲で行うことができる(民法典 2:105 条第 2 項)。

法定準備金(wettelijke reserves) としては、持分法適用利益準備金(民法典2:389条6項)、有形固定資産、無形固定資産または棚卸資産(農業棚卸資産を除く)の再評価差額金(民法典 2:390条1項)などが規定されている(民法典2:373条4項)。

再評価差額金が法定準備金とされている背景には、民法典2:384条は、資産・負債の評価原則として、取得原価主義と現在価値(actuele waarde)主義¹⁶の両方を認めつつ(1項)、評価原則は慎重に適用されるべきであり、利益は、貸借対照表日において実現したものに限られるべきであるとしていることがある(民法典2:384条2項)。他方、民法典2:384条7項は、金融商品、その他の投資、および農業棚卸資産であって、頻繁な市場の相場が存在するものについて、現在価値を付した場合には、第8項が定める例外を除き、その変動額をその事業年度の損益とすることができる¹⁷。ただし、ヘッジ手段として用いられている金融商品については、ヘッジ会計の目的を実現する限度においては、価値変動額を再評価差額金に反映させなければならない(民法典2:384条8項)。

¹⁶ 民法典 2:384 条 4 項の規定を受けて、王令(Besluit van 14 juni 2005, houdende regels over de inhoud, de grenzen en de wijze van toepassing in de jaarrekening van waardering tegen actuele waarde (Besluit actuele waarde))が定められている。

¹⁷ すなわち、頻繁な市場の相場が存在する場合には、再評価準備金を設定する必要はない(民法典 2:390 条 1 項)。

(7) ポルトガル

2009年法律(Decreto-Lei n.º 185/2009 de 12 de Agosto(Diário da República, 1.ª série, N.º 155, 12 de Agosto de 2009, p.5226))による改正後商事会社法(Código das Sociedades Comerciais. Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, republicado no Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março)は、株式資本の減少に関する規定による場合を除き、適法に作成され、承認された計算書類に基づく当該事業年度の純利益を含む会社の純資産の額が資本額と法令または定款により株主に分配することができない準備金の額との合計額を下回る場合または分配によって下回ることとなる場合には、株主に会社の資産を分配することはできないと定めている(32条1項)。そして、会社の株主への財産の分配との関連では、公正価値評価による純資産の増価(利益が増加することによる増価を含む)は、増価が生じている項目または権利が譲渡され、行使され、消滅し、手仕舞われ、または、有形固定資産または無形固定資産の場合には、その使用によって、実現する(*resultado liquid*)場合でなければならぬとされている(32条2項)¹⁸。

また、当該事業年度の利益から過年度からの繰越損失および法律または定款により設定しなければならない準備金への繰入額を控除した額を超えて分配することはできないとされている(商事会社法 33条1項)。ただし、創立費および研究開発費が資産計上されているときには、準備金の額に利益額を加算し、繰越損失額を控除した額がそれらの貸借対照表計上額を超えない限り、利益の分配はできないものとされている(商事会社法 33条2項)。また、貸借対照表上、その存在と額が明らかにされている準備金だけが株主への分配に用いることができるとされている(商事会社法 33条3項)。

商事会社法は、法定準備金として、まず、資本の5分の1に達するまで、会社の利益の20分の1以上を法定準備金に組み入れることを要求している。定款において、より高い組入れを定めることもできる(295条1項)。また、株式発行時、新株予約権付社債および転換社債に対する新株発行時ならびに現物出資時における払込剰余金、欠損填補に充てることを要しない貨幣再評価益、異なる用途が指定されていない場合の無償で取得した資産および会社に属する証券に帰属させられるボーナスならびに利息の額も法定準備金とされる(295条2項)。

¹⁸ 2009年改正法の前文では、公正価値による測定は会社の財務情報の質を高めるという面があるが、公正価値による評価益を分配することには一定の限界があるべきであると指摘されている。しかし、公正価値による評価損については、慎重性の原則により、そのまま、分配可能額の算定に反映させる(分配可能額がそれだけ減少する)としたとされている。なお、新たな会計標準化システム推進委員会の報告書(*Comissão de Acompanhamento do Novo Sistema de Normalização Contabilística (2009), Novo Sistema de Normalização Contabilística Alterações introduzidas após o processo de audição pública*)では、商事会社法 33条の文言を改正して、規制市場における相場があるもの以外の公正価値による評価から生ずる評価益については、利益の分配として分配することができないものとするのが提案されていた。

(8) スペイン

資本会社法(Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital))は、株式会社について、法令に別段の定めがない限り、純資産が株式資本を下回らず、配当の結果下回らないときには、利益または分配可能準備金からのみ配当することができるが、資本直入される利益は分配の対象とはならず¹⁹、また、過年度の損失により会社の純資産が株式資本の額を下回っているときには、まず、利益によって、その欠損を填補しなければならないとしている(273条2項)。また、研究開発費が資産として計上されている場合には、その計上額と同額以上の準備金が存在しない限り、利益の分配は許されないとされ(273条3項)、のれんが資産として計上されている場合には、その額と同額に達するまで、のれんの額の5%以上を利益から分配不能準備金として積み立てなければならず、利益がないときまたは十分な利益がないときには分配可能準備金から積み立てなければならぬものとされている(273条4項)。

さらに、資本会社法 277 条は、取締役は配当の支払いに十分な流動性を有することを証拠づける計算書を作成し、それを年度計算書類の注記に含めなければならないと定め(1項)、支払不能テストが黙示的に前提とされている。また、同条は、利益配当することができる額は、最終の事業年度後に稼得した総利益から過年度からの累積損失、スペイン法または会社の定款に従って準備金として積み立てなければならない額、および当該利益に対して支払うべき税金の見積額を控除した額を超えてはならないと定めている(2項)。

¹⁹ これは、資本会社法による廃止前株式会社法(Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas)213条2項が定めていた規律と同じであるが、反対解釈をすると、公正価値会計の結果、損益計算書に反映された利益については、追加的な配当規制が特に定められていない、分配可能であることを意味する。株式会社法 231 条2項の下でのこのような解釈については、たとえば、Luis Fernández del Pozo (2008), *El requisito de mantenimiento de la integridad del capital social tras la reforma contable* (Ley 16/2007, de 4 de julio)参照。

(9) 連合王国

1) 会社法上の分配規制

会社は、分配可能な利益からのみ配当することができ(2006 年会社法 830 条 1 項)、分配可能な利益とは、実現利益の累計額のうち、分配または資本組入れに用いられていないものから、実現損失の累計額のうち適法に減資または資本の更生によって切り捨てられていないものを控除して得た額をいう(2006 年会社法 830 条 2 項)。

また、公開会社においては、さらに、会社の払込催告済株式資本と分配不能準備金を純資産²⁰が下回らず、かつ、分配後にも下回らない場合にのみ、その限度で、配当をすることができる(2006 年会社法 831 条 1 項)。

ここで、公開会社における分配不能準備金とは、株式払込剰余金、資本償還準備金(capital redemption reserve)、未実現利益の累計額のうち、資本組入れに用いられていないものから、未実現損失の累計額のうち適法に減資または資本の更生によって切り捨てられていないものを控除して得た額、本法または定款の定めにより分配を禁じられているその他の準備金をいうものとされている(2006 年会社法 831 条 4 項)。

なお、会社の利益によって株式を償還しまたは買い入れ、その株式を消却し、株式資本を減少した場合には、同額を資本償還準備金としなければならないとされている(2006 年会社法 733 条 2 項)。同様に、新株発行による手取り金によって株式を償還しまたは買い入れ、かつ、手取り金の総額が償還しまたは買い入れた株式の額面金額の総額よりも少ないときは、その差額を資本償還準備金としなければならない(2006 年会社法 733 条 3 項。ただし、私会社についての適用除外あり)、金庫株を消却したことによって、株式資本を減額したときには、同額を資本償還準備金としなければならない(2006 年会社法 733 条 4 項)。資本償還準備金は株主に対する株式の無償交付を行う場合の払込みに充てることのできるほかは(2006 年会社法 733 条 5 項)、その減少には、株式資本の減少に関する規定が適用される(2006 年会社法 733 条 6 項)。

会社の計算書類との関連での「実現利益」および「実現損失」とは、その計算書類が作成された時点において、会計上の目的のための実現利益および損失決定との関連で一般に認められた会計原則に従って実現したと取り扱われる利益または損失をいうと定義されているが(2006 年会社法 853 条 4 項)、固定資産を再評価する場合には、再評価益は未実現利益とされ、価値減少引当金として認識される再評価損は実現損失とされる(2006 年会社法 841 条 2 項)。ただし、固定資産のすべてまたはのれんを除く固定資産のすべてを再評価する場合の価値減少引当金は未実現損失とされる(2006 年会社法 841 条 3 項)。また、未実現利益とされた再評価益については、それ以後にその資産につき減価償却を行った場合には、再評価を行ったことによって増加した減価償却費部分は実現利益として取り扱われる(2006 年会社法 841 条 5 項)。また、開発費を資産計上した場合には、原則として、その額は実現損失と取り扱われる(2006 年会社法 844 条 1 項)。さらに、株式資本の減少から生じた準備金

²⁰ 純資産とは資産総額から負債総額を控除して得たものをいう(2006 年会社法 831 条 2 項)。

は実現利益と取り扱われる(2008 年会社(株式資本の減少)命令(SI 2008/1915))。

2) ICAEW のガイダンスにおける「実現利益」の定義

2006 年会社法の明文の規定に加え、実現利益であるかどうかの判断にあたっては、イングランド・ウェールズ勅許会計士協会が作成したガイダンス((TECH 02/10 *Guidance on the Determination of Realised Profits and Losses in the Context of Distributions under the Companies Act 2006*))が参照されるのが一般的である。

ガイダンスでは、現金の形または合理的な確実性をもって最終的に現金として実現すると考えられる資産の形で実現した時にのみ、その利益は実現したと取り扱われるべきであると指摘している(para.3.3)。そして、「利益(profit)」には、会計基準審議会の『財務報告概念書』で定義され、国際会計基準審議会(国際会計基準委員会)の『フレームワーク』(*Framework for the Preparation and Presentation of Financial Statements*)に定義される、所有主からの拠出から生じたものではない所有主持分の増加である「利得(gains)」と、所有主からの資産の無償拠出、および、2006 年会社法の 611 条または 612 条の下で認められている株式払込剰余金の認識免除に対応する、いわゆる「合併積立金」の計上額を含む法律上の利益または利益として取り扱われるその他の金額を含むとする(para.3.8)。

3) 実現利益と適格対価

これを前提として、利益が、会社の受取対価が「適格対価」である取引、会社が対価を提供しない状況の下で会社が受け取る「適格対価」を生じさせる事象、適用すべき会計原則(relevant accounting standards)または会社法に示された測定のガイダンスに従って公正価値が決定された場合に、公正価値の変動を容易に現金化できる範囲で、公正価値の変動を計算書類で認識すること、外貨建ての「適格対価」にあたる貨幣性資産または負債の換算、以前に実現したとされた損失の解消、以前に未実現とされた利益[再評価準備金、合併準備金その他類似の準備金]のうち以前に受け取った対価が「適格対価」となること、会社の受取対価が「適格対価」である取引における当該資産の処分、当該資産の廃棄または処分による実現損失の認識、当該資産の減価償却、償却、価値下落、または減損による評価減の認識による実現損失の認識、未実現利益が関連する資産の現物配当、または、未実現利益が関連する投資の帳簿価額から受取配当額が控除されるため利益が認識されない場合における「適格対価」の形での配当の受領の結果として実現したものとなる利益、または、認識された変動が容易に現金化できる範囲で、負債の再測定から生じた場合には、一般に認められた会計実務上、利益が実現するとしている。(para.3.9)。

なお、適格対価とは、金銭、容易に現金化できる資産、会社の負債の全部または一部の免除、または他の者による弁済や引受け、債務者が合理的な期間内にその債務を弁済する能力があり、弁済を求められたとき決済できる能力があることが合理的に確実であり、その債権は弁済されると予想される場合における適格対価で支払いを受けることができる債

権、および、株主に対する債権と同額以下の分配を株主に対して行う意図および会社が株主に対する債権(全部または一部)とその分配とを相殺することによって分配を行う意図が会社にあり、それらの意図が結合している場合において株主から支払いを受けることができる債権をいうとされている(para.3.11)。ここでの弁済には、同一の者に対する負債との相殺による決済を含む(para.3.11A)。

4) 「容易に現金化できる」の意義

資産または資産もしくは負債の公正価値の変動は、(a)資産または負債について、交渉やマーケティングなしに、その資産、負債または公正価値の変動を金銭に変換し、またはその資産、負債または公正価値の変動を手仕舞う取引が行われる時に、その日の状態で、価値を決定することができ、(b)価値を決定するにあたって、価格、レートその他市場参加者であれば価格を決定にするにあたって考慮する情報が観察可能であり、かつ、(c)会社の状況が、その資産、負債または公正価値の変動を直ちに金銭に変換しまたは手仕舞うことを妨げない(たとえば、清算し、その事業の規模を相当程度縮小し、またはその取引を不利な条件で行う意図または必要なしに、会社が、その資産、負債または公正価値の変動を処分し、または手仕舞うことができなければならない)ときには、容易に現金化できると解されるとしている(para.3.12)。

そして、金融商品については、その金融商品が活発な市場で取引されているか、変数が観察可能な市場からのデータのみである評価技法を用いて、その金融商品が評価されている場合には、通常、マーケティングまたは交渉の期間なしに短い期間のノーティスで価値の変動を金銭に変換する取引をすることができる(para.4.3)。その商品が活発な市場で取引されていない場合であっても、観察可能な市場データに基づいて、ある取引が直ちに行われる価格を提示してくれる多くの機関が存在することがある。利益にあたる、そのような価値の変動は実現したものと扱われる。

他方、変数に観察可能な市場からのデータ以外のものが含まれる評価技法を用いて、ある金融商品が評価されている場合には、利益にあたる、その金融商品の公正価値の変動は未実現であると扱われる。ただし、利益の一部を残部とは独立に手仕舞うことができる場合には、その部分は実現していることがある(para.4.4)。金融資産、金融負債またはそれらの公正価値の変動は、それが直ちに手仕舞うことができる、すなわち、関連契約または原市場リスク・ポジションが市場において直ちに相殺することができ、市場における通常の実務がこのようにポジションを手仕舞うことである場合(たとえば、デリバティブの場合)には、容易に現金化され得るという要件を満たすことがある(para.4.5)。

契約全体が公正価値で評価され、変動額が利益または損失とされる場合を除き、主契約の経済的特性とリスクとは密接に関連していないときには、組込デリバティブは、会計上、主契約と分離して、公正価値で評価すべきものとされるが、利益にあたる、その

公正価値変動額は、その組込デリバティブをパラグラフ 4.5 において示されたように手仕舞うことができるか、主契約と組込デリバティブがともに「容易に現金化できる」というテストを満たす場合にのみ、実現利益に含まれる(para.4.8)。

この解釈を前提として、非上場持分投資や投資不動産については、処分のために交渉やマーケティングのための期間が通常必要であるため、「容易に現金化できる」というテストを満たす可能性は低く(paras.4.10 and 4.13)、戦略投資についてはパラグラフ 3.12(c)の条件をみたさないことになると指摘されている(paras.4.11-4.12)。

また、自己が債務者である負債の公正価値が信用力の低下のために下落したことによる変動益は、会社が財政的困難にあるときには、実現利益にはあたらないが、会社が財政的困難にないときには、債務を公正価値で決済することができる場合が多く、負債の公正価値の下落が利率その他の市場ファクターの変動に起因するものなのか、自己の信用力の低下に起因するものなのかを分析する必要はないとされている(para.4.14)。ただし、債務の額が大きい場合には、交渉なしに大量の債務をリファイナンスすることができない可能性を考慮に入れる必要がある(para.4.15)。

さらに、活発な市場において取引されている証券の公正価値の変動が実現利益にあたるか否かを考察する際に、ブロック・ディスカウントを考慮する必要がありうることも指摘されている(paras.4.16-4.21)。

5) 実現損失

法律、会計基準またはガイダンスに別段の定めが置かれている場合を除き、損失は実現したものとして扱われるべきであるとされている(para.3.10)。

6) 実現利益および実現損失の例

ガイダンスでは、実現利益の例として、投資または適格対価の形でのその他の受取債権(income receivable)の受取りまたは発生、払戻しが適格対価の形でなされる場合における投資についての資本の払戻しから生ずる利得、適格対価の形で受け取る贈与(資本の寄附など)、実現損失とされた負債または損失に対する引当金の繰戻し、実現損失とされた評価減、資産の価値減少または減損に対する引当金の繰戻しが(para.3.14)、実現損失の例として、記録されている純資産の減少をもたらす費用または経費(株式資本準備金への組入額を除く)、資産の売却その他の処分または除却から生じた損失、資産の評価減または減価償却、償却、価値減少もしくは減損のための引当て(〔のれんを除く〕資産全部の再評価の場合を除く)、全体として記録されている純資産の減少をもたらす負債または損失のための引当金の設定または増額(一定の場合の繰延税金負債のための引当てを除く)、全体として記録されている純資産の減少をもたらす会社による贈与(または会社が有する債権の全部もしくは一部の免除または会社による債務引受け)、その資産または負債の再測定益が実現利益と取り扱われるものについての公正価値会計から生じた損失が(para.3.15)、それぞれ挙げられている。

個別項目についてのガイダンスとしては、前述したものに加え、まず、繰延税金負債の増加額は原則として実現損失として取り扱われるが、資産が再評価され、その評価益が未実現として取り扱われる場合には、その評価益に対応する繰延税金負債は当該未実現利益の減額として取り扱われるとされている(para.3.17)。また、資産売却の対価の一部が適格対価で、対価の一部が適格対価ではない場合には、適格対価の形で受け取った対価の公正価値の範囲でのみ利益は実現していると扱われる(para.3.18)。ヘッジ会計との関係では、ヘッジ関係の両側を併せて、利益または損失が実現しているかを判断すべきであるとしつつ(para.3.19)、ヘッジ手段またはヘッジ対象に係る公正価値変動額が仮にヘッジ関係を無視すると未実現として扱われるときには、公正価値ヘッジについては、ネットで損失が生じているときは、その損失部分は実現損失と扱われ、ネットで生じている利益は未実現であると扱われるとしている(paras.5.2-5.5)。キャッシュ・フロー・ヘッジについては、ヘッジ取引が損益に影響を与えるまでは未実現として取り扱われるが、純資産に影響を与え、キャッシュ・フロー・ヘッジ準備金は未実現損失として、公開会社の分配可能額を減少させる効果がある(paras.5.7-5.9)。純投資ヘッジ²¹については、キャッシュ・フロー・ヘッジと同様に処理される(para.5.10)。

7) 退職後給付制度

確定拠出型制度の場合には、拠出すべき額として費用計上された額は実現損失である(para.8.3)。

これに対して、確定給付型制度の場合には、年金制度との関連での準備金の累積純増額(cumulative net debit in reserves)は、それが全体としての純資産の減少をもたらす負債または損失に対する引当金の設定または増額から生じる場合には実現損失にあたる(para.8.11)。他方、年金制度との関連での準備金の累積純減額(cumulative net credit in reserves)は、それが、年金制度の受託者によって合意された還付により戻ってくる資産に反映され、かつ、その還付が適格対価の形をとる限度で実現利益にあたる(para.8.12)。年金制度との関連での準備金の累積純減額が合意された還付を超える範囲においては、それは未実現であるが、それは、年金制度との関連で実現損失であると認識される将来の準備金の累積純増額と相殺される範囲で、将来の期間において実現する(para.8.13)。

ここで、準備金の累積純減額または累積純増額は、税効果考慮前の積立余剰額または積立不足額にその年金制度に関連してなされた累積純拠出額から還付額を控除して得た額を、まれなケースではあるが、法人化されていない事業を取得した際に、単体の計算書類において年金資産または年金負債を認識した場合には、その当初認識額を、加減したものに等しい(para.8.14)。もっとも、法人化されていない事業を取得した際に、単体の計算書類において年金資産または年金負債を認識したというまれなケースを除いては、年金負債が貸借

²¹ ただし、単体の計算書類との関係では、これは、支店を外国拠点として取り扱う場合(IAS21)にのみ問題となる。

対照表上認識されている場合には、このような計算を要しない(この場合には累積純拠出額は負の値をとらないからである)と、年金資産が認識されている場合にも、累積純拠出額が年金資産の額を超える場合にはこのような計算を要しないと、それぞれ指摘されている(para.8.18)。

なお、年金資産に関する繰延税金負債との関連での準備金の累積純減額は実現損失と、年金負債に関する繰延税金資産との関連での準備金の累積純増額は原則として未実現利益と扱われるべきであるとされている。もっとも、年金資産に関する繰延税金負債との関連での準備金の累積純減額が実現しているときには、年金負債に関する繰延税金資産との関連での準備金の累積純増額は、前者(実現損失)の減額と扱われるべきであるとしている(paras.8.22 and 8.23)。

(10) 拡大により EU に加盟した国々

	IFRS 準拠の計算書類に基づいて分配可能額を算定することが強制または許容されているか	公正価値評価に対して分配可能額算定上の対応がなされているか
ブルガリア	Y	N
チェコ	Y	N
エストニア	Y	N
ハンガリー	N	N/A
ラトビア	Y	N
リトアニア	Y	N
ポーランド	Y	N
ルーマニア	N	N/A
スロバキア	Y	N
スロベニア	Y	N

KPMG (2008), pp.319-321

拡大後 EU に加盟した国々は、上述した拡大前 EU 諸国とは異なり、IFRS 準拠の計算書類に基づいて分配可能額を算定することを強制または許容している国が多いのみならず、そのような国でも、分配可能額算定上、IFRS の特性を考慮した対応は行っていないとされている。これは、これらの国々は、旧社会主義国であり、資本主義の下での企業会計のフレームワークが確立していないため、すなわち、IFRS と対比されるような会計基準あるいは会計原則が確立していなかったためであると推測される。

2 ノルウェー

承認済の直近の事業年度に係る損益計算書上の当期純利益その他配当可能な純資産額から填補されていない損失、研究開発費、のれんおよび繰延税金資産の帳簿価額、取得または担保として受け取った自己株式の額面、株主に対する信用供与または株主のためにする担保の提供によって分配可能純資産に制約が加わるとき(公開有限会社法[Lov 1997-06-13 nr 45: Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)]8-7 条、有限責任会社法[Lov 1997-06-13 nr 44: Lov om aksjeselskaper (aksjeloven)]8-7 条)はその額、および、法律または定款に従って、その年度の利益から分配不能準備金として積み立てなければならない額もしくは配当として分配できない額を控除したものを配当することができる(公開有限責任会社法 8-1 条 1 項、有限責任会社法 8-1 条 1 項)。自己資本が貸借対照表の資産総額の 10 分の 1 を下回る場合には、減資の手続を経なければ配当することができない(公開有限責任会社法 8-1 条 2 項、有限責任会社法 8-1 条 2 項)。さらに、貸借対照表日の後に生じているかもしれない、あるいは生ずるに違いない損失を正当に考慮した上で、慎重かつ健全なビジネスの実務に合致する額を超えては配当することができない(公開有限責任会社法 8-1 条 4 項、有限責任会社法 8-1 条 4 項)。

また、会社は常に会社の活動の範囲とそのさらされているリスクに基づき、健全なレベルの純資産を有しなければならないとされ(公開有限責任会社法 3-4 条、有限責任会社法 3-4 条)、取締役会は、会社の純資産のレベルが健全なレベルを下回ったと考えられるときにはただちに行動をとらなければならない、株式資本の 2 分の 1 を下回ったときには、株主総会を招集し、改善策を講じることを検討しなければならない、改善策が見当たらない場合または改善策が実行されない場合には、解散することを提案しなければならないものとされている(公開有限責任会社法 3-5 条、有限責任会社法 3-5 条)。

なお、株式払込剰余金は減資と同じ手続によらない限り、配当に充てることはできない(公開有限責任会社法 3-2 条、有限責任会社法 3-2 条)。また、会社が子会社、関連会社またはジョイント・ベンチャーに対する投資を持分法によって評価し、または比例的連結を行っている場合には、帳簿価額と初期投資額との正の差額を価値変動準備金としなければならない(ただし、投資家と会社との間の取引から生じた利得は、その利得が当該投資家にとっての未実現利益を超えないことを条件として、価値変動準備金とすることを要しない)(公開有限責任会社法 3-3 条、有限責任会社法 3-3 条)。さらに、資産を公正価値で評価した場合には、会計法 5-8 条²²に従って金融商品进行评估するとき、外貨建貨幣性項目进行评估するとき、研究開発費・のれん・繰延税金資産进行评估するとき、および大臣が定める規則に定められ

²² 金融商品およびコモディティ・デリバティブのうち、流動資産、再販売目的で保有するトレーディング・ポートフォリオに含まれるもの、証券取引所、公認市場または同様に規制されている外国の市場で取引されているものまたは所有の分散および流動性が十分であるものは公正価値で評価すべきものとされている。

た項目を評価するときを除き、帳簿価額と取得価額との正の差額を、税効果を考慮した上で、未実現利益準備金としなければならない、これは、負債を公正価値で評価した場合も同じである(公開有限責任会社法 3-3a 条、有限責任会社法 3-3a 条)。

3 ニュージーランド

取締役会は、分配が行われた後においても弁済期が到来した債務(debts)を会社が履行できること、および、偶発債務(contingent liabilities)を含む負債(liabilities)の価値を会社の資産の価値が上回ること(併せて、支払不能テスト)について、合理的な根拠を有する場合に配当を決定することができ(1993 年会社法 4 条 1 項)、配当を決定する取締役は、支払不能テストを満たすと考える旨およびその根拠を示した証書(支払能力証書[solvency certificate])に署名しなければならない(1993 年会社法 52 条 2 項)。債務(debts)には、優先株式に対する固定額の優先分配が含まれ、固定額の優先分配には、清算あるいはそれ以前の償還における請求権が含まれるものとされている(1993 年会社法 52 条 4 項)。

取締役は、会社の直近の計算書類のみならず、知り、または知るべきである、会社の資産および負債に影響を与え、または与える可能性のあるすべての状況を考慮に入れなければならない(1993 年会社法 4 条 2 項)。偶発債務については、その事象発生の蓋然性およびそれを減殺すると合理的に考えられる請求権を考慮に入れることができる(1993 年会社法 4 条 4 項)。

なお、ニュージーランド GAAP に対応した評価方法であることを要せず、その状況の下で合理的な評価方法を用いることができると解されてきており、これは、IFRS を取り入れた現在においても変わりはない。

このような支払不能テストを採用していることは、会社法上の目的からは、資本と利益の区分は意義を有しないことを意味していると解されている²³。

²³ Cf. Michael J. Ross (1994), Evaluating New Zealand's Companies Law, *Agenda*, vol.1, no.2, p.192.

4 オーストラリア

従来は、配当は会社の利益からのみ、なし得るとされていたが(2001 年会社法 254T 条)、何が「利益」であるかは会社法上定義されていなかった。判例法上、資産の再評価から生じた未実現資本利益は、能力を有する評価人によって善意で再評価がされていること、当該増価が永続的な性格を有することに疑念がないこと、再評価がえり好みでも不完全でもないこと、および再評価から生じた剰余が損益計算書に振り替えられることを条件として、配当可能であるとされてきた(*Industrial Equity Ltd. v. Blackburn* [1977] HCA 59; (1977) 137 CLR 567. See *Dimbulla Valley (Ceylon) Tea Co. Ltd. v. Laurie* [1961] Ch 353)。

また、過年度において配当に充てられなかった利益は、過年度または当該年度の損失によって失われていなければ、配当に充てることができると解されてきた(See *Marra developments Ltd. v. B.W.Rofe Pty Ltd.* [1977] 2 NSWLR 616)。さらに、特定の事業年度における収益(income)が費用(expenditure)を上回る部分が利益であり(See *Re Spanish Prospecting Co Ltd.* [1911] 1 Ch 92)、ある資産の将来における予想される価値減少を考慮に入れる必要もなく、過年度の累積損失があっても、当該事業年度の利益から配当をすること(nimble dividend)が当然に妨げられるわけではないという立場が採用されていた(*Ammonia Soda Co. Ltd. v. Chamberlain* [1918] 1 Ch. 266, See also *Marra developments Ltd. v. B.W.Rofe Pty Ltd.*[1977])。もっとも、たとえば、*Peter Buchanan Ltd v. McVey* [1955] A.C. 516 は、配当によって会社がその債務を弁済期に弁済することができなくなるようなときには配当を宣言してはならないとしており、支払不能テストに服すると解されていた。また、配当の支払いが、支払不能状態における取引にかかる法規定にいう債務を生じさせる取引にあたる可能性がある。すなわち、支払不能²⁴時の取引(insolvency trading)を防止する取締役の義務を定める 2001 年会社法 588G 条が、会社が支払不能時に債務を負担しあるいはその債務を負担することによって支払不能となる場合において、その債務負担時にそれを疑う根拠に気づいていたまたは会社において同様の地位にある合理的な者であれば、その会社の状況において気づいたであろうときには、債務負担時に取締役であった者は、民事罰の対象となり(1317E 条(1))、また、債務負担時に会社が支払不能であり、またはその債務その他の債務を負担することによって支払不能となることを疑い、かつ、会社がその債務を負担することを防止しなかったことが不誠実であった場合には、債務負担時に取締役であった者は刑

²⁴ 95A 条は、会社がすべての債務を、その弁済期に、完全に弁済することができなければ、その会社が支払不能であるとしており、裁判所は、会社の既存債務、近い将来の債務、それぞれの債務の弁済日、ならびに会社の現在および期待されるキャッシュの源泉(cash resources) およびそれらを受け取ることができる日を、会社がそのすべての債務を、その弁済期に、完全に弁済することができるかどうかを決定するためには、考慮に入れなければならないといわれている(R.P. Austin and I.M. Ramsay (2007), *Ford's Principles of Corporations Law*, 13th ed., p.980)。

事罰の対象となると規定していることによる。588G 条では、債務の負担の一類型として配当の支払いが明示的に定められている(1A 項)。

ここでいう支払不能テストとは、キャッシュ・フロー・テストのみをいうのではなく、資産、負債、金銭、資産売却や借入れによる資金調達の可能性、会社の信用力など、会社の財政状態すべてを考慮に入れることを求めるものであり、一定の状況の下では、キャッシュ・フロー・テストと貸借対照表テストの両方を行わなければならないと解されてきた(*Quick v. Stoland* [1998] 29 ACSR 130, [Emmett J.])。

しかし、2010 年会社改正(会社財務報告改革)法により、2001 年会社法 254T 条が改正され、会社は、配当が宣言される直前の会社の資産がその負債を超え、その超過額が配当の支払いに十分であり、配当の支払いが全体としての会社の株主にとって公正かつ合理的であり、かつ、配当の支払いが債務者に対する会社の弁済能力を大きく(materially)損なうものではない場合でない限り配当してはならない(支払不能テスト)と定めるに至った(1 項)。そして、第 2 項は、資産および負債はその時点において効力を有する会計基準に従って算定されなければならないと定めており、結果的には、オーストラリア会計基準として採用された IFRS に従って算定されることになる。

この改正により、改正後 254T 条が定める支払不能テストを満たす限り、会社は、株式資本に相当する額からも、株主に対して配当を支払うことができることとなった(*Corporations Amendment (Corporate Reporting Reform) Bill 2010, Explanatory Material, paragraph 3.11*)。

5 カナダ

配当を宣言するためには、配当を支払うと弁済期が到来した負債を会社が支払うことができなくなると考えるべき合理的な根拠がないこと、および、会社の資産の実現可能価値 (realizable value) がその負債および表示資本の合計額を下回ると考えるべき合理的な根拠がないことという2つのテストを満たすことが要求されている(1985年カナダ事業会社法 42条)²⁵。後者のテストとの関係では、カナダ GAAP に対応しないがその状況の下で合理的な評価方法を用いることができるというのが判例²⁶である。

他方、ブリティッシュ・コロンビア事業会社法は、定款に別段の定めがない限り、会社は、利益、資本その他から配当を宣言し、支払うことができると定めつつ(70条1項)、会社が支払不能である、またはその配当の支払いによって会社が支払不能となると考える合理的な根拠がない限り、金銭を含む財産の配当を宣言し、支払うことができるとする(70条1項(b)、2項)。

また、ケベック会社法は、会社の資本を毀損するような配当をすることはできないと定めつつ(79条1項)、年度配当は準備金(reserve fund)からもできると定めている(79条2項)。同様に、プリンス・エドワード・アイランド会社法 62条は、配当によって資本が毀損される場合には配当をし、または配当を宣言することはできないとし、同 65条は、会社が支払不能のときに、あるいは配当あるいは配当の支払いが会社の資本を毀損するときに、会社の取締役が配当を宣言し支払ったときの民事責任を定めている。他方、ノバ・スコシア会社法 159条は、会社の利益からのみ配当を支払うことができると規定している。

²⁵ アルバータ事業会社法 43条、オンタリオ事業会社法 38条3項、サスカチュワン事業会社法 40条、ニュー・ファンドランド・ラブラドル会社法 76条、ニュー・ブランズウィック事業会社法 41条、マニトバ会社法 40条は同様の規定である。

²⁶ See e.g. *Clarke v. Technical Marketing Associates Ltd. Estate* (1992), 8 O.R. (3d) 734, *Re Summer Fisheries Ltd.* (1996), 40 C.B.R. (3d) 250.

6 日本法への示唆

国際会計基準の導入に対応するために、EU 構成国が行った対応は、主として、特定の項目からの未実現利益に相当する額を分配可能額算定上、控除させるというものであった。これは、EU 会社法第 2 号指令が定める分配規制を前提としていることに起因している。また、少なからぬ国(たとえば、デンマーク、フィンランド、スペイン)においては、——国際会計基準に従った単体の計算書類の作成を許容し、または要求することとは、必ずしも直接的に結びついているわけではないにせよ——支払不能テストを併用している。また、従来から連合王国およびアイルランドは、一般的・包括的な実現利益テストを併用してきたが、国際会計基準の導入を背景として、ポルトガルも——連合王国と比べるとより具体的な規定ぶりであるが——一般的・包括的な実現利益テストを採用するに至った。

他方、EU 構成国ではないノルウェー、カナダ(事業会社法および多数の州会社法)、オーストラリアおよびニュージーランドは、支払不能テストを採用し、また、併用している。とりわけ、オーストラリアが支払不能テストに切り替えたのは、国際会計基準の導入を背景とするものである。

これらの比較制度の結果を背景とすると、分配規制について、現在の会社計算規則 158 条のような個別的な対応など、貸借対照表上の数値と資本制度とに基づく分配規制²⁷から根本的なパラダイム転換を行うことを、日本でも検討することが考えられてもよいであろう。単体の計算書類を国際会計基準に従って作成することを許容する場合は——過不足なく、首尾一貫した規定を書き下せるのか、国際会計基準の改訂に適時に対応できるかなどの問題があるため——もちろんのこと、現在の日本の会計基準の下でも、負ののれんを分配可能額算定上控除しないことはバランスを欠いているように思われるし²⁸、オフバランスであるため、未認識の数理計算上の差異や過去勤務費用を分配規制上考慮することをまったく要求していないことは、分配規制の実効性を損なってしまうおそれがあるからである。

²⁷ 貸借対照表上の数値に基づくある 1 つの数値を分配可能額とする分配規制には、ある一時点におけるスナップショットに基づくものであるため、会社債権者保護という目的に適合しているのかという問題が内在する。また、資産代替という問題に対応できないという欠点がある(たとえば、斎藤静樹(1993)「日本の会計基準とディスクロージャー制度」金融研究 12 卷 3 号 81-82 頁、後藤元(2007)『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』96-102 頁など参照)。See Jonathan Rickford (2006), *Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance sheet tests and solvency tests*, *European Business Organization Law Review*, vol.7, no.1, pp.166-167. See also Rüdiger Veil (2006), *Capital Maintenance*, in: Marcus Lutter (ed.), *Legal Capital in Europe*, p.88, High Level Group of Company Law Experts (2002), *Report on a Modern Regulatory Framework for the Company Law in Europe*, pp.79, H.E. Boschma, M.L. Lenmarts en J.N. Schutte-Veenstra (2005), *Alternative Systems for Capital Protection*, p.6, Fédération des Experts Comptables Européens (FEE) (2007), *FEE Discussion Paper on Alternatives to Capital Maintenance Regimes*, pp.33-34.

²⁸ 弥永真生(2003)「商法からみた企業結合会計のあり方」企業会計 55 卷 10 号参照。

そこで、貸借対照表上の数値と資本制度とに基づく分配規制からの根本的なパラダイム転換の選択肢としては、たとえば、①支払不能テストの導入および/または②実現利益テストの導入が考えられる。

まず、今後の選択肢の1つとしては、抽象的な善管注意義務の問題として捉えるのではなく、明示的に、支払不能テストを導入することが考えられる²⁹。もっとも、支払不能テストを導入する場合には、取締役にとって、明確な線引きができず、取締役の責任が過重になるのではないか、専門家の助力を求めることができる大規模な会社においては適用可能であるとしても、小規模な会社については非現実的ではないか、そうだからといって、大規模会社あるいは会計監査人設置会社とそれ以外の会社とで分配規制が異なることになることは適当ではないのではないか、などの多くの難問が存在することもまた現実である。また、支払不能テストには、キャッシュ・フロー・テストと流動性テストが含まれるが、ニュージーランドなどのように、取締役による支払能力についての言明書を作成させること³⁰が考えられるし、また、外部の会計専門家等による保証業務の対象とすることなどの関与を求めること³¹が実効性確保の観点から重要かもしれない。

もう1つの選択肢としては、一般的な実現利益テストを併用することが考えられる³²。これによって、少なくとも、形式的には首尾一貫した規律を及ぼすことになるし、会計基準の変更・改廃にピースミール的に対応する必要はなく、控除すべき項目・額として明文で定められたものに多少の漏れがあっても重大な問題は生じないと期待されるからである。たしかに、この場合にも、中小規模の会社においては適用がさほど容易ではないのではないかと、会社間で扱いがばらばらになるのではないかとという問題が想定できるが、扱いの収斂は連合王国における ICAEW ガイドラインのようなガイドラインの公表を通じてある程度図ることができる³³と期待できるし、『企業会計原則』においても、収益については実現主義という考え方がとられてきたという沿革などを考慮すれば、経営者にとって、実現利益テストの併用が求められても、対応は可能なのではないかと推測される。

国際会計基準——企業会計基準委員会または企業会計審議会が公表した企業会計の基準も程度の差はあれ、同じ特徴を有するが——では、見積りが多く求められ、また、公正価

²⁹ 吉原和志(1985a/b/c)「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護——より実効的な規制への展望」法学協会雑誌 102 卷 3 号・5 号・8 号、伊藤邦雄(1996)『会計制度のダイナミズム』など参照。

³⁰ See H.E. Boschma, M.L. Lenmarts en J.N. Schutte-Veenstra (2005), *Alternative Systems for Capital Protection*, pp.67-68. 詳細な検討を加えたものとして、たとえば、FEE (2007), *FEE Discussion Paper on Alternatives to Capital Maintenance Regimes*, pp.29-31 参照。

³¹ FEE (2007), *FEE Discussion Paper on Alternatives to Capital Maintenance Regimes*, pp.31-32.

³² これもスナップショットに基づくものであるため、会社債権者保護の観点からの実効性は必ずしも十分であるとはいえない。

³³ もっとも、Jonathan Rickford (2006), *Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance Sheet Tests and Solvency Tests*, *European Business Organization Law Review*, vol.7, no.1, p.170 は、このアプローチはコストがかかるとして批判的である。

値(時価)による測定が求められる場合も少なくない。このような特徴を踏まえると、国際会計基準あるいは企業会計基準委員会または企業会計審議会が公表した企業会計の基準に従って単体の計算書類を作成することを要求しまたは許容する場合には、作成者(取締役等)による恣意的な測定に対する歯止めが、分配可能額算定の観点からも情報提供の観点からも必要とされ、外部の会計専門家によるチェックがあることが前提となるべきであるとも考えられる。逆に、外部の会計専門家によるチェックが行われない場合には、少なくとも分配可能額算定の局面においては、外部との取引などによって確認された客観的な測定値を用いることが原則とされるのが穏当であり³⁴、その点からも、実現利益テストは重要であるといえそうである。

³⁴ なお、企業結合会計において、パーチェス法を用いる場合に、外部の会計専門家のチェックが入らなければ、識別可能資産の過大計上やのれんの過大計上あるいは負債の過少計上のリスクがあり、その他資本剰余金の分配財源性を認める場合には、分配規制上の重大な懸念が残る。その他資本剰余金の額に注目するものであるため、この問題については、実現利益テストの導入では対応できず、この懸念に対処する方法としては、その他資本剰余金の財源性をまったく否定するということも考えられるが、現在の会社計算規則 158 条のように、のれんの全部または一部に相当する額を分配可能額算定上控除することを、併せて定めることが必要になる。

II 「資本と負債との区分」と会社法上の問題

1 国際会計基準における資本と負債との区分

国際会計基準においては、概念フレームワーク上、貸借対照表の貸方は負債と資本とに2区分することとされ、資本は資産から負債を控除した残額と定義されている(The Conceptual Framework for Financial Reporting, para. 4.4 (c))。

また、国際会計基準第32号『金融商品:表示』(以下「IAS32」という)は、「金融商品とは、一方の主体(entity)にとっての金融資産と、他方の主体にとっての金融負債あるいは持分金融商品の双方を生じさせるあらゆる契約である」と定義し、金融負債を以下のように定義している。

- ① 次のいずれかの契約上の義務
 - ア) 他の主体に現金その他の金融資産を引き渡す契約上の義務
 - イ) 金融資産または金融負債を当該主体にとって潜在的に不利な条件で他の主体と交換する契約上の義務
- ② 自己の持分金融商品によって決済され、または決済することができる契約のうち、次のいずれかであるもの
 - ア) 自己の可変数の持分金融商品を交付する義務を負い、または交付する義務を負う可能性がある非デリバティブ
 - イ) 固定額の現金その他の金融資産と自己の固定数の持分金融商品との交換以外の方法で決済されるか、またはその可能性があるデリバティブ

(ここでは、自己の持分金融商品には、a)それ自体が自己の持分金融商品の将来の受け取りまたは引渡しである金融商品、b)持分金融商品であると分類されるプット可能商品、c)清算の際にのみ純資産の比例的な取り分を他の主体に引き渡す義務があるが一定の要件により持分金融商品として分類される金融商品を含まない)

そして、持分金融商品とは、主体のすべての負債を控除した後の残余財産権を証する(evidence)契約であるとされている(IAS32, para.11)。

さらに、IAS32は、金融商品の発行者に対して、契約の実質ならびに金融負債および持分金融商品の定義に基づいて、金融商品またはその構成要素を、金融負債または持分金融商品として区分することを求めている(IAS32, para.15)。

したがって、①当該金融商品が現金その他の金融資産を引き渡す契約上の義務も金融資産または金融負債を潜在的に不利な条件で他の主体と交換する契約上の義務のいずれも含んでおらず、かつ、②当該金融商品が自己の持分金融商品で決済されるか、またはその可能性がある場合には、可変数の自己の持分金融商品を交付する義務を負い、または交付する義務を負う可能性がある非デリバティブまたは固定額の現金その他の金融資産と自己の固定数の持分金融商品との交換以外の方法で決済されるか、またはその可能性があるデリ

パティブであること、という2つの要件を満たす場合であって、その場合に限って、当該金融商品は、持分金融商品ということになる(IAS32, para.16)。

具体的には、優先株式のうち、一定または決定可能な将来の日において、一定または決定可能な金額で発行体の強制償還を規定しているもの³⁵や、特定の日以後に、一定または決定可能な金額で当該金融商品を償還することを発行体に対して要求する権利を保有者に与えているものは、金融負債であるとされている(IAS32, para.18(a))。この結果、取得請求権付株式(IA32, para.18(b))や基礎数値の変動に応じて交付株式数が増減する新株予約権などは、負債として表示すべきことになる(IAS 32, para. 22)。

そして、金融負債に分類された株式が償還された時にも、資本の構成要素に影響を与えることなく、負債残高がそれだけ減少することとなる。また、負債として認識されている株式に対する配当支払いは、損益計算書上、社債に対する利息と同様に、費用として取り扱われる(IA32, paras.35-36)³⁶。

また、金融負債と資本の両方の要素を含むデリバティブでない複合金融商品については、金融負債の要素と資本の要素に区分して取り扱うこととされている (IAS32, para.28)。新株引受権付社債および転換社債は、社債とそれに付随する権利を分離処理し、新株引受権部分および転換権部分は資本に表示される。なお、分離処理における各部分の測定(たとえば、転換社債について行われる、普通社債部分と転換権部分への転換社債全体の対価の配分)は、負債である普通社債部分の公正価値をまず測定し、転換権部分は、転換社債全体から得た対価から普通社債の公正価値を控除することによって測定される (IAS 32, para. 32)。

役員や従業員が提供したサービスに対する報酬としての株式オプションや新株予約権などについては、資本の部に表示され(IFRS 2, paras. 10, BC106-118)、これは、日本における株主資本に該当するため、失効時にも、利益とはされず、資本の部の内で振り替えられることになる(IFRS2, BC218-BC221)。

したがって、国際会計基準を導入すると、日本の現行会計基準(および会社計算規則)と異なり、まず、日本法上の取得請求権付株式および一部の取得条項付株式は負債の部に計上され、ストック・オプション/新株予約権は株主資本に区分されることになる。また、転換社

³⁵ アメリカの財務会計基準書第150号(SFAS150)では、強制償還義務株式の例として、金融機関が設立した信託その他の事業体が発行し、特定日(または決定可能な日)に償還される信託優先証券(SFAS150, paras.A4-A5)や、保有者の死亡に伴い償還される株式

(SFAS150, para.A6)が、条件付償還義務株式の例としては、発行会社に対する支配の変更があったときから6ヵ月後に償還される株式(SFAS150, para.A8)や、償還期限のある普通株式への転換予約権付優先株式で未だ転換予約権の行使期限が過ぎていないもの(SFAS150, para.A9)が挙げられていた。

³⁶ 持分金融商品の保有者に対する分配は、関連する税効果を控除した後、資本の部に直接借方計上しなければならないが、金融負債である金融商品またはその構成要素に関連した利息、配当、損失および利得は、損益計算書において収益または費用として認識しなければならない(傍点一筆者)。

債型新株予約権付社債の新株予約権部分は資本の部(日本では純資産の部)に区分表示すべきことになり(区分法)、一括法は許容されない。

2 連合王国

(1) 国際会計基準によった場合の貸借対照表上の表示

優先配当	固定額での強制償還条項	貸借対照表上の分類
固定額	あり	金融負債
会社側に配当の裁量あり	あり	資本要素(償還額の現在価値)は金融負債/配当要素は持分金融商品
固定額	なし	金融負債
参加型(固定額の配当に加えて普通株式に支払われる額まで参加できるもの)	なし	固定配当要素は金融負債/配当のうち参加部分は持分金融商品

Holgate and Buckley (2009), p.159

(2) 会社法上の取扱い

2006年会社法831条にいう「払込催告済株式資本(called-up share capital)」は、547条で定義されており、「その株式について催告がなされた(それらが払込済みか否かにかかわらず)総額に等しい株式資本ならびに払込催告なしに払い込まれた株式資本および定款、当該株式の割当条件その他それらの株式の払込みについての取決め(arrangement)の下で将来の特定の日に払い込まれる株式資本」をいうとされている³⁷。また、会社が株式を額面金額を超える額で発行した場合には、払込剰余金の総額に等しい額を株式払込剰余金勘定としなければならないのが原則である(610条)。ところが、株式資本および分配不能準備金の額は関連計算書類(relevant accounts)に示された額を参照して決定されることとされているから(836条1項(c))、文言上、負債として計上された「株式資本および払込剰余金」の額は、831条の適用上は、株式資本および払込剰余金の額とはされないことになる。1985年会社法について、経済産業省(DTI)が公表した『1985年会社法の報告および会計の条項の改正についてのイギリスの会社のためのガイダンス』(DTI (2005))においては、1985年会社法264条および270条2項(2006年会社法831条および836条1項がこれに相当)を併せ読むと、優先株式が負債として分類される場合には、それらは純資産テスト³⁸との関係では負債として扱われるべ

³⁷ なお、548条は、「持分株式資本(equity share capital)」とは、発行された株式資本のうち、配当との関係でも資本(capital)との関係でも、分配において一定額を超えて参加することができないものをいうと定義している。

³⁸ 公開会社においては、会社の払込催告済株式資本と分配不能準備金を純資産が下回らず、かつ、分配後にも下回らない場合にのみ、その限度で、配当をすることができるとするも

きであり、払込催告済株式資本および分配不能準備金として扱われるべきではないと指摘されていた(para. 6.5)。

(3) ICAEW ガイダンス

ガイダンスの第6章においては、IAS32から生ずる問題が詳細に分析され、10の原則が示されている。

① 分配または資本の払戻しは、それが、会計上は、損益計算書において利息費用として表示されているとしても、法律上は損失ではない(para.6.7)。

② 将来の配当または資本の払戻しの事前認識は、分配または資本の払戻しは、それが、会計上は、損益計算書において利息費用として表示されているとしても、法律上は損失ではない(para.6.10)。

③ 配当または資本の払戻しは、それが支払われた時または株主総会において会社によって宣言された時に、分配可能額を減少させる(para.6.12)。

④ 発行者が受け取った、自己の持分株式を発行しまたは買い戻す売建オプションに対するプレミアムは、法律上、受け取った時に利益となる(para.6.16)。

⑤ 法的には債務(debt)である複合金融商品を会社が発行したときには、区分法により、当初認識される会計上の資本項目の増加は、法律上は利益ではない。当初認識される資本項目の増加は、法律上は損失ではない会計上の費用が発生し、負債の帳簿価額が増加することによって消去される(para.6.19)。

⑥ 法的には株式である複合金融商品を会社が発行したときには、区分法により、当初認識される会計上の資本項目の増加は、法律上は株式資本(および、場合によっては払込剰余金)である。会計上、負債要素として記録されている額を増加させる会計上の費用は、法律上は損失ではない(para.6.21)。

⑦ ある株式をIFRSの下で完全に負債として取り扱うこと自体は、2006年会社法831条が定める公開会社にとっての純資産テストの適用に影響を与えず、したがって、分配可能利益を減少させない(para.6.24)。

⑧ 将来の配当または資本の払戻しの事前認識による資本項目の減少は、831条にいう株式資本および分配不能準備金に影響を与えず、したがって、831条の下での公開会社にとっての分配可能利益を減少させる(para.6.31)。

⑨ 当初認識において、複合金融商品を区分法で会計処理することは831条の下での公開会社にとって分配可能利益を減少させない(para.6.35)。

⑩ その商品が法的に債務(debt)でない限り、複合金融商品の負債要素の増価は、831条の下での公開会社にとって分配可能利益を減少させる(para.6.38)。

そして、強制償還条項付優先株式(額面株式であることが前提)については、会計上、その

の(2006年会社法 831 条 1 項)。

全部または一部が負債として認識されていたとしても、償還時には、額面額は会社法733条の要求に基づき資本償還準備金とされ、当初の手取り金が額面額を上回る部分は払込剰余金となるような会計処理が求められる(See Appendix 2, examples 6 and 7)。この取扱いは、転換株式であるが、転換されない場合には強制的に償還される株式についてもあてはまる。すなわち、転換された場合には、額面額が株式資本、当初の手取り金が額面額を上回る部分が払込剰余金となるのに対し、転換されず、強制的に償還された場合には、額面額は会社法733条の要求に基づき資本償還準備金とされ、当初の手取り金が額面額を上回る部分は払込剰余金となるような会計処理が求められる(See Appendix 2, example 8)。

3 アイランド

1983年会社(改正)法46条にいう「払込催告済株式資本(called-up share capital)」とは、「その株式について催告がなされた(それらが払込済みか否かにかかわらず)総額に等しい株式資本ならびに払込催告なしに払い込まれた株式資本および定款、当該株式の割当条件その他それらの株式の払込みについての取決め(arrangement)の下で将来の特定の日払い込まれる株式資本」をいうとされている(1983年会社(改正)法2条1項)。また、会社が株式を額面金額を超える額で発行した場合には、払込剰余金の総額に等しい額を株式払込剰余金勘定としなければならないのが原則である(1963年会社法62条1項)。しかし、関連計算書類(relevant accounts)における数値に基づき、分配可能額は定まるとされており(1983年会社(改正)法49条)、文言上、負債として計上された「株式資本および払込剰余金」の額は、1983年会社(改正)法46条1項の適用上は、株式資本および払込剰余金の額とはされないことになる。

4 ギリシャ

国際会計基準に従って計算書類を作成する会社について、ギリシャ株式会社法138条は、本法において、会計数値に関する問題が規制され、会計数値を参照するときは、それらの数値は、EUによって採用された国際会計基準に従って作成された計算書類上の数値であるとし、会計数値とは計算書類上に反映された貨幣的な金額またはその小計もしくは合計であるとしている。したがって、IAS32の下での資本と負債の区分を理由とする特段の調整は加えられていない。

5 イタリア

IAS32における資本と負債の区分が分配規制に与える影響について検討する必要性は認識されているものの³⁹、特段の対応がなされているわけではない。

³⁹ See e.g. Mario Bussoletti (2008), L'influenza degli IAS/IFRS su determinazione degli utili e impiego delle reserve, in: AA.vv., *IAS/IFRS la modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Marcello Tarabusi (2007), Strumenti finanziari partecipativi, diritto di recesso e principi contabili internazionali: esiste ancora il sistema del netto?, *Giur.comm.* 2007, I.

6 その他のヨーロッパ諸国

IAS32における資本と負債の区分が分配規制に与える影響について検討する必要性は認識されているものの⁴⁰、特段の対応がなされているわけではないようである。もっとも、明示的に、国際会計基準に従って作成された計算書類上の数値に基づいて、分配可能額を算定できるとしていることはまれであり(すなわち、黙示的なものにすぎない)、これまでのところ、IAS32における資本と負債の区分への対応が図られていないのは、法的に株式とされるにもかかわらず、会計上は負債とされるものの金額的重要性などが乏しいことに拠るのかもしれない。

⁴⁰ たとえば、Fédération des Experts Comptables Européens (FEE) (2007), *FEE Discussion Paper on Alternatives to Capital Maintenance Regimes*, p.12. また、オランダについては、C.J.A. van Geffen (2004), *De grens tussen eigen en vreemd vermogen*, *Ondernemingsrecht* 2004, 72, J.M. van Dijk (2004), *'Van prefs die vreemd vermogen zijn*, *Ondernemingsrecht* 2004, 73, C.M. Harmsen (2005), *Financiële instrumenten en de rubricering ervan in de jaarrekening onder IFRS*, *Onderneming & Financiering*, 2005, nr. 66, H.K.O. Reimers (2004), *Aandelen met kenmerken van eigen en vreemd vermogen onder IAS 32*, *Ondernemingsrecht*, 2004, 242 など参照。

[参考資料]

執行決定に関する European Enforcers Co-ordination Sessions のデータベース⁴¹からの抜粋

EECS/0809-08 資本金に関する開示

事業年度末日：2008 年 3 月 31 日

論点の分野：金融商品及び資本金

関連基準書：IAS 第 32 号

執行決定日：2008 年 11 月 30 日

事実関係

クローズド・エンド型ファンドである発行者の株式資本は、発行者の利益分配には加わらない 2 名の発起人引受株式（各 1 ユーロ）と、貸借対照表上は「参加型の株主資本」の構成要素として分類される、5,000 万株を超える参加型の優先無額面株式から構成されていた。発行者の財務諸表では、その参加型株式及び発起人引受株式は、発行者の定款に従って、資本として分類されたと記述されていた。参加型優先株式は、発行者の存続期間である 15 年が満了した時点で償還される。

執行決定の根拠

IAS 第 32 号第 18 項は、「金融商品の法的形式ではなく実質が、企業の貸借対照表における分類を決定する」と述べている。同じように IAS 第 32 号第 15 項では、金融商品の発行者に対して、「当初認識時に、契約の実質並びに金融負債、金融資産及び持分金融商品の定義に従って、金融負債、金融資産又は持分金融商品に当該金融商品进行分类する」ことを求めている。

執行者は、15 年という発行者の有限の存続期間が満了すると強制的に償還可能となるため、株式は金融負債として表示されなければならないという結論を下した (IAS 第 32 号第 11 項)。

⁴¹ これは、ヨーロッパにおける執行当局である ESMA(欧州証券市場監督機構)(以前は欧州証券規制当局委員会[CESR]) に寄せられた事例を集めたものである
<<http://www.esma.europa.eu/page/IFRS-Enforcement-0>>。

EECS/0209-10 持分金融商品、優先株式

事業年度：2007 年6 月期

論点の分野：持分金融商品、優先株式

関連基準書：IAS 第32 号

執行決定日：2008 年9 月18 日

事実関係

発行者は、償還されない優先株式を、貸借対照表において持分金融商品として表示した。

当該持分金融商品の発行条件では、所有者に対して、定額の金銭配当を毎年受け取る契約上の権利と普通株式に対して支払われる配当に基づいて参加配当を受け取る権利とが与えられている。定額の配当及び参加配当のいずれも、配当として損益計算書の税引後利益の後で表示されている。

執行決定の根拠

(2003 年改訂後) IAS 第32 号に準拠すると、優先株式は資本と負債の両方の要素をもつ、複合金融商品として取り扱われることになる。資本部分の価値は、複合金融商品全体の公正価値から個別に決定された負債部分の価値を控除した後の残額である(第31 項)。IAS 第32 号の下では、実質的に発行者の優先株式の簿価のすべてが負債部分に配分され、定額のネットの金銭配当が、財務費用として取り扱われることになる。

7 国際会計基準審議会の動向

(1) 基本的所有アプローチ

1) FASB 予備的見解と IASB ディスカッション・ペーパー

2007年11月に、アメリカの財務会計基準審議会(FASB)が予備的見解『資本の特徴を有する金融商品(financial instruments with characteristics of equity)』を公表して、意見募集を行ったが、この FASB の予備的見解が国際会計基準審議会(IASB)の議論の適切な出発点となるかどうかという観点から、国際会計基準審議会は、2008年2月にディスカッション・ペーパー『資本の特徴を有する金融商品(financial instruments with characteristics of equity)』を公表した。このディスカッション・ペーパーでは、FASB 予備的見解で示された3つのアプローチと現行の IAS32 とがどのような点で相違しているかを簡略に示していた。

3つのアプローチにおける資本と負債との区分			
	基本的所有金融商品	その他無期限金融商品	間接所有金融商品
基本的所有アプローチ	資本	負債	負債
所有-決済アプローチ	資本	資本	資本
REO アプローチ	資本	負債	資本

FASB 予備的見解では、基本的所有アプローチ(Basic Ownership Approach)、所有-決済アプローチ(Ownership-Settlement Approach)⁴²、REO アプローチ(Reassessed Expected Outcomes Approach)⁴³という3つのアプローチが検討され、基本的所有アプローチが最も望ましいとされていたが⁴⁴、損失吸収アプローチ(Loss Absorption Approach)⁴⁵も請求権アプ

⁴² 基本的所有商品、その他の無期限商品、および、関連する基本的所有商品を発行することにより決済される間接所有商品が資本とされる。

⁴³ 発行された基本的所有商品(償還され得るものを含む)、および、基本的所有商品を原資産とするデリバティブが資本とされる。

⁴⁴ FASB は、所有-決済アプローチは、複雑であり、基本的所有アプローチに比べ、企業が望んだ分類となるように金融商品を設計できることなどを理由として (A42 項)、REO アプローチは、金融商品を分解し測定するために用いられる算式が複雑であり、導入に伴うコストがそれにより得られる便益を上回ってしまうとして (B21 項)、それぞれ、適切ではないとし、損失吸収アプローチについては、必ずしも十分には詰めなかった。なお、損失吸収アプローチについては、PAAinE (2008), *Distinguishing between Liabilities and Equity* において詳細に検討が加えられている。

ローチ(Claims Approach)やメザニン・アプローチ(Mezzanine Approach)などとともに言及されていた。

基本的所有アプローチによると、「基本的所有商品 (basic ownership instruments)」が資本に分類され、基本的所有要素と負債 (または資産) の要素とを併せ有する金融商品は、分解され、基本的所有要素のみが資本に分類される(17 項)。基本的所有商品でないすべての金融商品および基本的所有要素でないすべての要素は負債 (または資産) に分類される(27 項)。ここで、基本的所有商品とは、分類の決定を行う日に発行会社が清算すると仮定した場合に、その金融商品の所持人が他のいかなる請求権にも優先しない発行会社の資産に対する請求権を有していること、および、その金融商品の所持人が、すべての優先的な請求権に応じた後に残る発行会社の資産に対して割合的権利⁴⁶を有していること、という 2 つの特徴を有する金融商品をいうものとされていた(18 項)。

したがって、発行会社が清算すると仮定した場合に優先権が認められるのであれば、それは発行会社の純資産に対して最も優先順位が低い請求権とはいえないので、基本的所有商品には該当せず(24 項)、無期限商品 (優先株式等) であったとしても基本的所有商品に該当しないこととなり、負債に分類される(17 項)。また、金融商品に強制償還条項または償還請求権が付されていたとしても、分類を行う日において清算すると仮定した場合におけるその金融商品の償還金額が、所持人に与えられている発行者の純資産に対する割合的権利と同額であり⁴⁷、かつ、他の基本的所有商品よりも優先順位の高い金融商品の請求権を毀損する償還を禁止する旨が、金融商品の契約条項として定められている場合には、その金融商品は基本的所有商品の特徴を有している(20 項)、資本に分類される。

他方、基本的所有商品の授受を伴うものであったとしても、すべての先物契約およびオプション契約は、負債 (または資産) として分類される(28 項)。

2) 日本における(種類)株式の内容と基本的所有アプローチ

基本的所有アプローチの下では、まず、優先残余財産分配株式 (会社法 108 条 1 項 2 号) は、「他のいかなる請求権に対しても優先しない企業の資産に対する請求権」しか有しない基本的所有商品よりも優先する請求権を有する株式であるので、負債に分類されることになる(予備的見解 17 項)。さらに、参加型の優先残余財産分配株式には、普通株式の残余財

⁴⁵ 企業に損失が生じたときに、ある金融商品の純資産に対する請求権が減少すれば、その金融商品または要素は資本に分類され、企業に損失が生じたとしてもある金融商品の純資産に対する請求権が変動しないのであれば、その金融商品または要素は負債に分類される。

⁴⁶ 所持人の割合的権利は、最も優先順位の低い請求権のすべてに対する割合に依存しており、残余財産の額以外にはその金額について上限も下限も存在しない。

⁴⁷ 償還金額の算定式が金融商品またはその金融商品の所持人が有している発行会社の純資産に対する割合的権利の公正価値に近似するように設計されていること、および、その金融商品に活発な市場が存在しないか、またはその金融商品が報告会社とのみ交換可能であること、という 2 つの要件とともに満たしている場合には、帳簿価額を基礎としてその金融商品の償還金額が算定されているときでも、この要件を満たしていると認められる。

産分配請求権の対象となる残余財産に対しても、普通株式と同じ内容の分配請求権が認められるが、この財産分配請求権は基本的所有要素にあたる。したがって、参加型の優先残余財産分配請求権付株式は、負債要素(発行時(取引日)における優先的な残余財産分配請求権の公正価値)と基本的所有要素とに分解されることとなるが、優先残余財産分配請求権の公正価値がその割引現在価値に等しいとし、継続企業を前提とすると、その公正価値はゼロに近い値となり、その株式の価格のほとんど全部が基本的所有要素になると考えられる。他方、非参加型の優先残余財産分配株式には、基本的所有要素はないから、その株式の価格全額が負債に分類されることになる。

剰余金優先配当株式(会社法108条1項1号)については、会社に分配可能額が存在することが前提となるものの、優先配当の額が定額で定められている場合には、発行会社が優先配当を行う義務は負債要素と考えられ、負債要素と基本的所有要素とに分解することが必要となり、その株式に係る将来の優先配当額の公正価値が負債要素となり、その残額が基本的所有要素として資本に分類される。ただし、継続企業を前提とすると、非参加的・累積的であれば、将来の優先配当額の割引現在価値とその株式の価格とは一致すると考えられるので、結局は、負債に分類されることになると考えられる。

取得請求権付株式(会社法107条1項2号、108条1項5号)の取得対価として、株式以外の財産(当該株式会社の社債、新株予約権、新株予約権付社債を含む)が(会社法107条2項2号)、取得請求権付株式が種類株式である場合には、さらに、当該株式会社の他の種類株式も認められている(会社法108条2項5号ロ)。基本的所有アプローチによれば、償還される可能性のある基本的所有商品は、①償還金額が、分類を行う日において清算すると仮定した場合に当該基本的所有商品を有する株主に与えられる会社に対する割合的権利と同額であり、かつ、②他の基本的所有商品よりも優先順位の高い金融商品の請求権を毀損するような償還が禁止されていれば、資本に分類されることになる。そして、取得請求権付株式の取得対価が発行会社の株式以外の財産である場合には、取得請求権付株式の株主による取得請求は、取得対価として交付する財産の帳簿価額の合計額が当該取得請求の日における分配可能額を超えていない場合のみ認められていることから(会社法166条1項)、②の要件は満たしていると考えられ、①の要件を満たす取得請求権付株式は、基本的所有アプローチに基づいても、資本に分類されることになり、そうでなければ負債に分類されることになる。

取得条項付株式(会社法107条1項3号、108条1項6号)についてもパラレルに考えることができる(会社法170条5項参照)。

他方、基本的所有アプローチでは、基本的所有商品である普通株式の授受を伴うオプション取引(新株予約権を含む)は、すべてが負債(または資産)として分類され、公正価値で再測定されることになる。

(2) 資本の特徴を有する金融商品に関する公開草案作成に向けた動き

ところが、2009年12月に開催されたIASB・FASB合同会議においては、FASB予備的見解に示されたアプローチによる検討が断念された。これは、FASB予備的見解やディスカッション・ペーパーへ寄せられたコメントの多くが、FASB予備的見解に示された3つのアプローチのどれをも支持しなかったためである。基本的な所有アプローチは資本に分類される金融商品の範囲をかなり狭めるものであったため、基本的な所有アプローチに対しては批判的意見が多く表明され、多くのコメントが、現行のIAS32には基本的に欠点はないとし、それを出発点として検討を進めることを支持した。

このような背景の下で、2010年に、IASBとFASBは、資本の特徴を有する金融商品に関する公開草案作成の開始を決定し、いくつかの暫定的決定がなされた⁴⁸。

まず、期間を特定しないで発行された永久金融商品（償還を決定しない限り償還されない金融商品）、および、存続期間が限定された企業が発行したまたは保有者の選択により清算が強制される名目的な永久金融商品は資本となる金融商品とすることとされていた。

その上で、保有者が任意に償還請求できるプット可能な金融商品および存続期限のある企業により発行される金融商品は、発行者がこれらの金融商品を償還する義務を含んでいるが、プット可能な金融商品および存続期限のある企業により発行される金融商品をより多く資本として分類することを可能にすることが提案されていた。すなわち、企業の清算時、ある保有者が退出を希望する際に現在の株主グループが企業への支配を維持することを許容している場合、および、企業活動に参加する目的で金融商品を所有する保有者が、活動への参加を中止する場合のいずれかの状況においてのみ償還可能な場合は、プット可能な金融商品および存続期限のある企業により発行される金融商品であっても、全額資本に分類するという提案を行っていた。

さらに、その他のプット可能な金融商品(たとえばミューチュアル・ファンド・ユニット)などは、負債と資本の構成要素に区分され、負債構成要素は公正価値で測定され、取引価格の残余は資本構成要素に配分される。たとえば、ある金融商品が公正価値で償還可能な場合には、売建プット・オプションの価値はきわめて小さくなるので、資本構成要素の帳簿価額はその金融商品の取引価格の近似値となる。

以上に加えて、現在のIAS32の下では、固定数の株式を固定価格で交換して総額を決済するデリバティブのみが資本に分類するものとされているが（固定交換条件）、特定価格で特定数の株式の発行を行うデリバティブは、全額を資本へ分類すること（特定交換条件）が提案されていた。特定数の株式には、発行日時点の発行済株式総数に対する特定の割合で表わされる可変数の株式が含まれ、株主の国の通貨または機能通貨が、発行企業が持分

⁴⁸ For details, see Financial Instruments with Characteristics of Equity (formerly Liabilities and Equity)—Joint Project of the FASB and IASB, SUMMARY OF DECISIONS REACHED TO DATE (As of October 22, 2010)
<http://www.fasb.org/fi_with_characteristics_of_equity.shtml#decisions>.

金融商品を自国の株主に発行する通貨と異なる場合に、株主の国の通貨または機能通貨で価格を特定することができるということが提案されていた。

他方で、株式を発行することになる金融商品に関して、発行企業が株式を発行するのに十分な授權株式を有する場合に限って、資本構成要素を有するとみなすことが暫定決定されていた。すなわち、株式を発行することになる金融商品を資本に分類する場合は、企業は報告日ごとに十分な授權株式があるかどうかを評価しなければならず、授權株式資本がこれらの金融商品を決済するのに十分でない場合、その金融商品は負債に再分類され、消滅まで負債として分類されるべきものとするとしていた。

また、保有者の任意で特定数の持分金融商品に転換できる社債は、資本と負債の構成要素に区分すること、転換社債の転換により発行される株式は、発行日の公正価値で認識することが暫定決定されていた。そして、転換社債を負債と資本の構成要素に分解する場合には、負債構成要素について、帳簿価額と転換日時点の（類似の単独の負債性金融商品の公正価値に相当する）公正価値との差額を損益として認識し、発行した株式の公正価値の残余金額（株式の公正価値の合計から負債の構成要素の公正価値を差し引いた金額）と資本構成要素の帳簿価額との差額は、資本に直接計上するものとしていた。

もっとも、IASB と FASB が、2010 年 10 月の合同会議において、現状ではこのプロジェクトの論点を議論するための時間をとることができないことを認め、当初の予定に従って近い将来公開草案を公表することを見合わせることを暫定的に合意したため、現在のところ、議論は進展していない。

8 わが国に対する示唆——単体計算書類へのIAS32適用を許容または強制した場合の若干の問題点

(1) 資本金および資本準備金の額

会社法は、株式会社が、設立時または会社成立後に、株式を発行する場合、株主となる者が当該株式会社に対して払込みまたは給付をした財産の額を資本金とすると定め、その一部を資本金としない場合にも、資本金としない額については資本準備金として計上しなければならないものとしている（会社法445条1項3項）。

したがって、IAS32に従って、取得請求権付株式、取得条項付株式、残余財産分配優先株式および配当優先株式などが負債として計上され、あるいは、それらの負債的要素が負債の部に計上されることがあり得るとすると、資本金および資本準備金の額にどのような影響が及ぶのかということが問題となる。

たしかに、法的には、取得請求権付株式、取得条項付株式、残余財産分配優先株式および配当優先株式も株式であり、その引受人が払込みまたは給付をした財産の額の中に、会計上、負債(債務)の性格を有する部分に対する対価が含まれていても、「株主となる者が当該株式会社に対して払込みまたは給付をした財産の額」にあたるという解釈が自然であることは否定できない。しかも、たとえば、会社計算規則14条1項は、「募集株式を引き受ける者の募集を行う場合には、資本金等増加限度額は、第1号及び第2号に掲げる額の合計額から第3号に掲げる額を減じて得た額に株式発行割合…を乗じて得た額から第4号に掲げる額を減じて得た額…とする。」と規定し、たとえば、同項1号は、会社「法第208条第1項の規定により払込みを受けた金銭の額(…)」と定めており、この規定からは、募集株式の発行等を行う場合には払込金額として定められた額が資本金および資本準備金の額の算定の基礎となることは明らかであるようにも思われる。

このように、会計基準に基づく貸借対照表上の表示と会社法上の資本金および資本準備金の額とは異なるものであると解することができるのとすると、株式を発行する時点での会計処理としては、IAS32が分配可能額算定上の深刻な問題を生じさせるわけではないということも言えそうであるが、数値を、簿外で、別途、管理する必要が生ずるという問題は生じる(ただし、(3)参照)。

(2) 自己株式の取得

会社計算規則24条1項は、「株式会社が当該株式会社の株式を取得する場合には、その取得価額を、増加すべき自己株式の額とする」と定めている。他方、IAS32の下では負債に分類される自己株式を取得した場合に、会計上、債務の弁済(負債の減少)と会計処理するとすれば、当該株式の取得対価は自己株式として会計帳簿には記載・記録されないことになり、貸借対照表上も、資本(純資産)の控除項目としては表示されないことになる。

そこで、仮に、国際会計基準の適用を単体の計算書類の作成にあたって認めた場合には、

会社計算規則 24 条 1 項との適用の優劣関係が問題になる。資本金や資本準備金とは異なり⁴⁹、自己株式は、単なる分配規制上の概念ではなく、会計上の概念だからである。もし、国際会計基準の適用を許容する規定が優先適用されると解すると、分配可能額算定上、自己株式の帳簿価額を控除するという規律が及ばないことになるという問題が生じ得る。他方、仮に、そのような自己株式の取得対価も分配可能額算定上控除すべき旨を明文で定めるとすると、会社としては、その金額を簿外で管理する必要が生ずるという問題がある。

(3) 自己株式の消却

(1)で示した解釈とは異なる解釈を行うと、IAS32 の下では負債に分類される自己株式の取得・消却を行った場合に問題が生じ得る。すなわち、会社法 445 条 1 項の「設立又は株式の発行に際して株主となる者が当該株式会社に対して払込み又は給付をした財産の額」については、同条 4 項とは異なり「法務省令で定めるところにより」という文言が入っておらず(同条 5 項とも対照)、会社計算規則の規定にかかわらず解釈することができるかと解する余地がまったくないわけではなく、「設立又は株式の発行に際して株主となる者が」会社の資本(負債の部に計上されるべきものを除くという意味)として「当該株式会社に対して払込み又は給付をした財産の額」と限定解釈する余地がないわけではないかもしれない。そうであるとすると、負債として計上される額については、——資本金や資本準備金の額がそれだけ少なく計上されることになることに加え⁵⁰——たとえば、当該株式が取得条項付株式、取得請求権付株式あるいは全部取得条項付種類株式である場合などに、会社が当該株式を取得し((2)参照)、消却したときには、分配可能額算定上、控除されるべき額が、従来の規律の下でそれよりも少なくなってしまうという問題が生ずる。

もっとも、立法論としては、この問題に対しては、たとえば、保険相互会社において、基金を償却する場合にはその償却する金額に相当する金額を、基金償却積立金として積み立てるべきこととされている(保険業法 56 条)のと平行に、当該取得対価額については、同額を配当不能準備金とし、資本金額の減少と同じ手続によらなければ、その額を減少させることができないものとするなどの対応(連合王国やアイルランドにおける資本償還準備金と同様の発想)が考えられよう。

(4) 新株予約権

株主資本には計上されないため、その取得・処分等は分配可能額に影響を与える(処分差損益や失効益は当期純損益に反映される)。

⁴⁹ 企業会計の理論からは、資本金や法定準備金という項目は当然には導出されないから、現在、資本金や法定準備金の額はもっぱら分配規制の観点から定められている。

⁵⁰ これは、会社法が、大会社の定義に資本金の額を含め、大会社に会計監査人の設置を要求していること、公開会社である大会社には委員会設置会社でないかぎり監査役会を設置することを要求していること、および、有価証券報告書提出会社である大会社には連結計算書類の作成を要求していることとの関係で無視できない問題となりうる。

これに対して、IAS32 の下では、新株予約権は資本として認識すべきこととされており、これは、日本における株主資本に区分するという事なので、国際会計基準に従って単体の計算書類を作成することを認める場合には、行使されずに行使期限が経過した場合には、分配可能額を増加させないが、どのように表示することを要求すべきかという問題も生ずる。

III 会社債権者保護の方策

1 EU 諸国

EU 会社法第 1 号指令に代わるものとして定められた指令⁵¹の 2 条は、加盟国は、1 条に規定する会社による、少なくとも次の文書および事項の強制的開示を確保するために、必要な措置をとらなければならないと定め、同条 f 号は、会社法指令第 4 号⁵²、会社法指令第 7 号⁵³、銀行等会計指令⁵⁴および保険会社会計指令⁵⁵に従って公表されなければならない各事業年度に係る会計文書を挙げている。

また、EU 会社法第 4 号指令の 51 条および第 7 号指令の 37 条では、法定監査人⁵⁶による監査が求められている。そして、単体の計算書類について、法定監査人の監査を受けることを構成国が免除できるのは、会社が総資産額 440 万ユーロ以下、純売上高 880 万ユーロ以下、平均従業員数 50 名以下という 3 つの規準のうち 2 つ以上に該当する場合である(11 条)。

他方、EU 会社法第 2 号指令⁵⁷の 17 条は、引受資本につき重大な欠損が生じた場合には、会社を解散すべきか、他の措置をとるべきかを検討させるために、加盟国の法制が定める期間内に、株主総会が招集されなければならないと定め(1 項)、加盟国の法制は、第 1 項に

⁵¹ Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent (OJ L258, 1.10.2009, p. 11).

⁵² Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54(3)(g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies (OJ L 222, 14.8.1978, p. 11).

⁵³ Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54(3)(g) of the Treaty on consolidated accounts (OJ L 193, 18.7.1983, p. 1).

⁵⁴ Council Directive 86/635/EEC of 8 December 1986 on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions (OJ L 372, 31.12.1986, p. 1).

⁵⁵ Council Directive 91/674/EEC of 19 December 1991 on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings (OJ L 374, 31.12.1991, p. 7).

⁵⁶ 法定監査人の資格などについては、Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council of 17 May 2006 on statutory audits of annual accounts and consolidated accounts, amending Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC and repealing Council Directive 84/253/EEC, (OJ L 157, 9.6.2006, p. 87)が定めている。

⁵⁷ Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent (OJ L 26, 31.1.1977, p. 1).

いう重大とみなされる欠損の額について、引受資本の半額を超える額を定めることはできないと規定している(2項)。

(1) デンマーク

1) 資本欠損時の対応

株式会社の取締役会は、法定資本の 50%以上の欠損が生じたとき、または、純資産が 62,500 デンマーククローネ⁵⁸未満となったときは、6 カ月以内に、株主総会を招集し、会社の財政状態および必要なときは会社の解散を含む方策について意見を述べなければならない(会社法 119 条)。有限会社法(Anpartsselskabsloven [Lovbekendtgørelse nr.10 af 01 september 2002])の下での有限会社とは異なり⁵⁹、株主総会において、株主資本と純資産との関係を回復することについて決議をする必要はなく、取締役会は、倒産法上、倒産手続開始の申立てをしなければならないことがあることは格別、会社法上は、任意解散を申し立てる義務を負わない。もっとも、判例上、取締役会は会社の財政状態について、詳細な開示を行う義務を負っているとされており⁶⁰、この義務に違反した場合には、取締役は、契約締結上の過失の法理に基づき、会社債権者に対して損害賠償責任を負う。

なお、商業及び会社庁は、会社の経営者が払込催告済株式資本と純資産との対応関係を回復しなかった場合には、破産裁判所に対して、強制的解散を申し立てることができる(会社法 225 条 1 号 5)。また、その瑕疵を治癒すべき期間を定め、その期間内に治癒されなかったときには、その会社は強制的に解散させられるべきであると決定することもできる(会社法 225 条 2 項)。

2) 法人格否認の法理

法人格否認の法理は学説上広く認められており⁶¹、1997年の最高裁判所の判決(U1997.1642H)もこの法理を適用している。もっとも、この判決は、同一人によって支配さ

⁵⁸ 株式会社の最低資本金は 50 万デンマーククローネとされている(会社法 4 条 2 項)。

⁵⁹ かつて、有限会社の取締役会は、法定資本の 40%以上の欠損が生じたときは、6 カ月以内に、社員総会を招集し、会社の財政状態および必要な方策について意見を述べなければならないとされていた(有限会社法 52 条)。そして、会社を解散・清算するか、株式資本と純資産の関係を調整するか、いずれかを決議しなければならず、後者の場合は、株式資本を最低資本金額まで減少させる、出資によって株式資本を増加させる、法定資本に影響を与えずに出資を行うという 3 つの選択肢があった。後者の場合の期限は法定されていなかったが、商業及び会社庁は期限を定めることができ、株式資本の調整が極端に遅延するときには、取締役会は任意解散を申し立てることができた。

⁶⁰ e.g. UfR 1940 s.563, UfR 1961 s.515, UfR 1985 s.1029.

⁶¹ 詳細については、たとえば、Christian Schwarz- Hansen (2001), Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, *Nordisk Tidsskrift for selskabsret*, 3. årg, nr. 4; Erik Werlauff (1997), Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, *Tidsskrift for Skatteret* 1997.822; Nis Jul Clausen (1989), Disregard of Legal Entity - Danish Case Law, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 31; H. V. Godsk Pedersen (1985), Civilretlig identifikation i relation til kreditorer, *Ugeskrift for retsvæsen*, 1985, B; O.A. Borum (1971), Disregard of Legal Entity, in: *Festskrift til Folketingets ombudsmand professor, dr. jur. Stephan Hurwitz 20. juni 1971* 参照。

れている2つの会社の間での法人格否認を認めたものである⁶²。

学説上は、会社の過小資本(会社の事業がさらされているリスクと会社の純資産との著しいまたは継続的な不均衡)、経営に対する頻繁かつ立ち入った影響が直接に行使されていること、会社の稼得利益が株主その他の者に移転されることによって、会社が立ちいかなくなっていること、株主が負っている義務を回避するために会社が用いられていること、会社支配者の忠実義務に照らして、会社における決定または会社のためになされる決定が、会社がするのでなければ実質的に違法であり、その決定が、支配株主その他の者に重要な経済的その他の利益を移転するものであることなどが、法人格否認の法理が適用される要件として挙げられている。

⁶² また、法人格否認の法理の適用により、一方会社に対する債権を他方会社に請求できるとされた債権者は租税当局であった。

(2) フィンランド

1) 資本欠損時の対応

取締役会は、会社の純資産の状況を監視する義務を負っているという前提の下で、会社の純資産が法定資本の2分の1を下回っていると取締役会が考える根拠があるときには、直ちに臨時貸借対照表を作成し、外部監査人に監査を求めなければならない(株式会社法(2006/624)25章23条3項・1項)。その臨時貸借対照表に基づくと会社の純資産が法定資本の2分の1を下回っていると認められるときは、遅滞なく、会社の財政状態を改善するための方策を討議するため、株主総会を招集しなければならない(株式会社法25章23条3項)⁶³。また、会社が債務超過となっていることに気づいたときは、取締役会は、直ちに、その旨を登記所に通知しなければならない(株式会社法25章23条1項)。なお、第12章が定める劣後債は、ここでいう純資産とみなされ、実際の償却額と計画償却額との差額(償却差額)および任意準備金は純資産の算定にあたり考慮に入れられる。さらに、資産の推定時価が一時的に帳簿価額を大幅に上回っている場合を除き、資産の推定時価と帳簿価額との差額を純資産の算定にあたり考慮することができる(株式会社法25章23条2項)。

なお、任意清算を適時に申し立てなかったことによって、会社債権者に損害を与えた場合の役員の実責任は、一般条項によって規律されている⁶⁴。すなわち、株式会社法22章1条1項は、取締役、監査役および業務執行者は、その任務の遂行にあたり、故意または過失によって、第1章8条が定める善管注意義務(会社の経営者は正当な注意をもって行動し、会社の利益を増進しなければならない)に違反し、会社に損害を与えた場合には、その損害を賠償する責任を負うと定めるが、同条2項は、取締役、監査役および業務執行者は、その任務の遂行にあたり、故意または過失によって、株式会社法のその他の規定または定款に違反し、会社、株主または第三者に損害を与えた場合には、同様に、その損害を賠償する責任を負うと定める⁶⁵。そして、任意清算を適時に申し立てることは、善管注意義務の問題であると解されている⁶⁶。

⁶³ 以前の株式会社法(734/1978)13章2条2項は、その株主総会においては、会社を解散するか否かを決定しなければならないとしていたが、現在の会社法では、そのような要求はない。

⁶⁴ See SOU 1999:36 *Likvidation av aktiebolag*, p.71.

⁶⁵ 同条3項は、第1章に定める原則に単に違反した場合を除き、会社法に違反したことによって、損害が生じたときには、行為者が正当な注意を払って行為したことを証明しない限り、過失によって引き起こされたものとみなされると定めている。また、関連当事者(第8章6条2項によると、会社とある者との間に一方が他方を支配し、または他方の財政上または事業上の意思決定に重要な影響を与えることができる関係にあるときに、当該ある者は関連当事者とされる)のためにする行為によって損害が生じた場合にも同様であるとする。

⁶⁶ Leif Gustafsson (ed.) (1998), *Business Laws in the Nordic Countries – Legal and tax aspect*, p.588.

2) 株主の責任

株式会社法22章2条は、故意または過失により、株式会社法または定款に違反することに寄与することによって会社、他の株主または第三者に損害を与えた株主は、その損害を賠償する責任を負うと定め(1項)、その損害が関連当事者のためにする行為によって生じた場合には、株主が正当な注意を払ったことを証明しない限り、その損害は過失によって引き起こされたとみなされる(2項)。

3) 法人格の否認

法人格の否認は、会社の法的別人格性を否定して、株主その他の法的主体が会社の債務について責任を負うという類型(直接責任)と株主その他の主体が会社に対して有する請求権が会社の破産の際には認められないという類型(間接責任)とに分けられるといわれている。そして、法人格の否認は、きわめて例外的な場合にのみ認められるが、直接責任は、会社が他の主体の利益のために行動していること、当事者間に現実の事業上の関係が存在しないこと、ある主体が会社を支配していること、複数の会社が共通の管理下にあること、従業員が会社間で相互に移籍していること、複数の会社が共通の経済的目標を有していること、会社間の事業上および経済上の関係が不明確であること、株式資本が不十分であること、株主の権限が濫用されていることなどの要素が考慮されると指摘されている(Leppänen (1991))。

間接責任が認められるかどうかの判断にあたって考慮される要素は、直接責任が認められるかどうかの判断にあたって考慮される要素と同じであるが、間接責任が認められるかどうかは、ある有限責任会社が倒産した場合に、親会社や兄弟会社がその会社に対して有する債権に対する配当が認められるかという形で問題となる。そして、裁判所は、債権を行使しようとする法的主体は、事実上、倒産会社と分離された存在ではないとして、行使を認めないことがある。

判例上、株主の直接責任が認められたものの圧倒的多数は、関連会社の倒産により未払いとなった賃金についての会社の責任に関するものである。フィンランドにおいては、使用者が倒産した場合の未払い賃金は、国が社会保障の一類型として負担するのが一般的であるが、国と労働当局が、従業員の労働が契約上の使用者である会社ではなく、会社の株主の利益のためになされていたことを立証して、法人格の否認が認められる(会社の株主が未払い賃金の支払責任を負うとされる)ことがある。最高裁判所の1982年3月15日判決(KKO 1982-II-23)⁶⁷は法人格の否認という理論構成にはよっていないが、直接責任を認めたものであり、以後の立法および判例に重要な影響を与えた。また、トゥルク控訴裁判所の1989年4月21日判決(HO Turku 1989-T-326)は、親会社は、完全子会社の従業員の労働によって現実に利益を受けていた場合には、当該完全子会社と連帯して、子会社の債務につい

⁶⁷ 最高裁判所は、法的主体が未登記の会社に代わって行為をすることによって責任を負うことがあると判示した(この法理は、現在は、会社法2章10条2項として明文化されている)。

て弁済をする責任を負うと判示した⁶⁸。

労働当局が賃金を立替払いした事案において、最高裁判所は、1996年1月4日判決(1996:2)において、ふたたび、法人格の否認を認めた。これは、1991年にある合資会社が倒産したが、その年に設立された有限責任会社に責任が認められたというものである。その合資会社は2人の兄弟によって所有されていたが、そのうちの1人の息子がその有限責任会社の株主であり、その有限責任会社は、その合資会社が破産宣告を受ける前に、その合資会社から事業の譲渡を受けていた。そして、その合資会社の従業員の一部は、その有限責任会社に移籍した。ヘルシンキ地方裁判所は、合資会社の事業は、現実の支配は同一人にあり、かつ、従業員と得意先関係は以前と同じ状態で、有限責任会社の形で継続されていることに注目して、有限責任会社の責任を認め、控訴裁判所もこの判決を是認した。最高裁判所は、労働契約法上、合資会社と有限責任会社との間の契約は事業譲渡であると解されるので、労働契約法7条2項により、事業譲渡後は、新しい使用者(有限責任会社)が賃金の支払義務を負うとする一方で、事業譲渡前の賃金については、会社間の契約全体を考慮に入れ、有限責任会社の株式資本を有する、合資会社の所有者の1人の息子がその有限責任会社の事業に対する現実の支配を有しているとは考えられないとして、有限責任会社は以前の合資会社の所有者によって支配されていると認定した。そして、事業の譲渡は、賃金支払義務を免れる一方で、異なった会社の名の下で事業を継続するために行われたとして、法人格の否認を認めた。すなわち、賃金保障法の誤用は許されるべきではないことを根拠として、法人格否認がなされた。

このように、判例上は、賃金保障法を誤用するために、株主がその権限を濫用したことが、賃金支払いとの関係で、法人格を否認する根拠となっているが、親会社と子会社との間に真の事業上の関係がないこと、会社の創業者としても行動する1つの主体に権限が集中していること、親会社および子会社の経営者が共通すること、会社の従業員が会社間で移籍していることおよび複数の会社が同じ経済上の目的を有していることなどがファクターとして挙げられている。

他方、最高裁判所が、間接責任を認めた歴史は古く、親会社または兄弟会社が会社の倒産手続において債権を有することを主張したのに対し、1929年1月29日判決(KKO 1929-II-54)は、倒産会社は、親会社または兄弟会社から別個独立の存在ではないとして、その債権に係る配当を認めなかった。

⁶⁸ トゥルク控訴裁判所の1989年12月8日判決(HO Turku 1989-T-1121)は、3つの会社の本社が同じ場所にあり、3つの会社の所有者が同じであり、同じ者が経営者であったという事案において、それらの会社は1つの主体を形成しており、現実には、どの会社が、従業員の労働から利益を得ていたか明らかではないとして、法人格を否認した。

(3) ギリシャ

1) 資本欠損時の対応

純資産が株式資本の 2 分の 1 を下回った場合には、取締役会は、その事業年度の末日から 6 カ月以内に、会社を解散すべきか、他の措置をとるべきかを決定する株主総会を招集しなければならない(株式会社法 47 条)。そして、純資産が株式資本の 10 分の 1 を下回り、かつ、株主総会が何らの措置も講じない場合には、正当な利益を有する者の申立てにより、裁判所の裁判により、会社を解散することができるものとされている(株式会社法 48 条)。裁判所は、それが無益であると根拠をもって判断できる場合を除き、判決を下す前に、解散原因を治癒するための合理的な猶予期間を与えることとされており、その期間は 2 カ月以上 6 カ月以下とすることができ、さらに 3 カ月延長することができる。

取締役は、会社はその債務を弁済することができなくなつてから 15 日以内に、倒産手続の開始を申し立てないと、開始を申し立てるべき日と実際に倒産宣告された日との間に発生した会社債務について弁済責任を負うことがある(倒産法[Nόμος 3588/2007 «Πτωχευτικός Κώδικας» ΦΕΚ Α' 153/10.7.2007]98条1項、5条2項)。また、過失または故意による、その行為または不作為により会社の倒産をもたらした取締役は、会社債権者に対して、弁済責任を負う(倒産法98条2項)。

取締役は、会社の経営にあつての過失に起因する損害を賠償する責任を負うとされ、とりわけ、会社の真の状況を隠ぺいする貸借対照表の不実記載あるいは不記載について責任を負うとされている(株式会社法 22a 条 1 項)。ただし、取締役が、慎重なビジネスマンとしての注意を払って会社の経営を行っていたことを立証すれば責任を免れることができ、この責任は、株主総会の適法な決議に基づいてなされた、または、十分な情報に基づき、かつ、会社の利益のみを図って行った合理的な事業上の決定に該当する作為または不作為については生じないとされている(株式会社法 22a 条 2 項)。

2) 法人格の否認

法人格の否認は認められており⁶⁹、とりわけ、船舶の差押えおよび親子会社などとの関連で裁判例が集積している。法人格の否認は、とりわけ、企業集団について議論がなされており、両方の会社を 1 人の株主が直接的にまたは密接関連者を通じて間接的に完全にまたは実効的に支配しているか、両方の会社のすべてのまたはほとんどの株式を保有しており⁷⁰、

⁶⁹ 詳細については、英語文献としては、やや古いですが、Dimitris K. Avgitidis (1996), *Groups of Companies: The Liability of the Parent Company for the Debts of its Subsidiary*, pp.5-6 参照。ギリシャ語文献としては、Th. Liakopoulos (1993), *Lifting of the corporate veil in case-law* (Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία), 2nd ed., pp.54-59, Dimitris K. Avgitidis (2002), *Lifting of the corporate veil in law on company limited by shares* (Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στο δίκαιο της ΑΕ), in: E.Peraki (ed.) *Law of the Company Limited by Shares* (Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας), vol. 1, pp.245-247 など参照。

⁷⁰ Πιρέας控訴裁判所判決 No. 1277/1990 (ΕφΠειρ 1277/1990, ΕΝΔ 19, p. 226); 破毀院

1 人の株主が直接的にまたは選任した名目的な者を通じて間接的に両方の会社の取締役または経営者としての権限を行使しており⁷¹、かつ、その会社自体が背後者である自然人の名目または表向きの顔になっているかのように活動していると認められる⁷²ことが、判例上の要件である。

もっとも、学説上は、裁判所がこれらの規準を恣意的に適用しているくらいがあるという批判があり、1人または複数の自然人が会社を設立しており、それは、法人を用いた企業活動を行う権利の濫用にあたる場合にのみ法人格は否認されるべきであると論じられている⁷³。たとえば、法律上または契約上の義務を潜脱するために会社を設立し、用いている場合や第三者に経済的損害を与えるために会社を用いている場合には法人格が否認されるべきであるといわれている。

3) 社員・株主の債権の劣後

社員の会社に対する貸付金の劣後規定が有限会社法[Νόμος 3190/1955 «Περί Εταιρειών Περιορισμένης Ευθύνης» (ΦΕΚ Α' 91/16.4.1955)]には設けられている。すなわち、倒産の場合には、経営に重要な影響を与えることができる社員の会社に対する貸付金は劣後するものとされ、社員からの貸付金については担保を設定することできない(32条1項)。また、他の債権者への弁済に支障をきたすときは、会社は社員に対して弁済を拒絶できる(32条2項)。

(areios pagos)判決 No. 1046/1990 (ΑΠ 1046/1990 ΕΝΔ 19, p.15); 破毀院判決 No.591/1988 (ΑΠ 591/1988, ΕΕμπΔ 1988, σ. 496); Πιρέας第1 審裁判所単独部判決 No. 1990/1988 (ΜονΠρΠειρ 1900/1988, ΕΝΔ 17, p. 212)など。

⁷¹ アテネ控訴裁判所判決 No. 8734/1986 (ΕφΑθ 8734/1986, ΕΕμπΔ 1986, p. 665); Πιρέας第1 審合議体判決 No. 230/1988 (ΠΠρΠειρ 230/1988, ΕΝΔ 16, p. 441); Πιρέας第1 審単独部判決 No. 1900/1988 など。

⁷² Πιρέας控訴裁判所判決 No. 1514/1988 (ΕφΠειρ 1514/1988, ΠειρΝ 1988, p. 536); アテネ控訴裁判所判決 No. 11452/1986 (ΕφΑθ 11452/1986, ΕΕμπΔ 1987, p. 374)など。

⁷³ K.Pampoukis (1991), *Law of the Company Limited by Shares*, Issue A, 3rd ed., p.379, L. Georgakopoulos (1965), *Law of the Companies*, vol. I, pp.551-552, Th. Liakopoulos (1993), *Lifting of the Corporate Veil in Case-law*, p.10.

(4) アイルランド

1) 資本欠損時の対応

取締役は、純資産が払込済資本の2分の1を下回ったときには、これに対して何らかの措置をとるべきか、とるべきであるとすれば、どのような措置をとるべきかを検討するため、そのような欠損が発生したことを知った日から28日以内に56日以内の日を会日とする臨時株主総会を招集しなければならない(1983年会社(改正)法40条1項)。そのような株主総会を招集しないことを故意に承認し、または許容し、または招集すべき期間を経過した後に、株主総会を招集しないままにしておくことを故意に承認し、または許容した取締役は罰則の対象となる(1983年会社(改正)法40条2項)。

連合王国における不当取引とパラレルな制度として、無謀取引(reckless trading)に関する規定が設けられている。すなわち、1990年会社法138条による改正後1963年会社法297A条1項は、会社の解散などの過程において、ある者が、会社の役員(officer)である間に、故意に会社の事業を無謀な(reckless)方法で遂行した者であった、あるいは、故意に会社の債権者またはその他の者の債権者を害する意図をもって、または詐害の意思で、会社の事業を遂行した者であったと認められるときは、裁判所は、管財人、検査役、清算人または会社の債権者もしくは出資者(contributory)の申立てにより、適当と考えるときは、当該者が、責任の限定なく、裁判所が指定する会社の債務その他の負債の全部または一部の支払義務を負うことを宣言することができることと定める。同条2項は、(a)会社の役員は、その事業を遂行した者であり、かつ、同じ地位にある者に合理的に期待される通常の見識、技能および経験に照らし、自己の行為または会社の行為が会社債権者全体またはその一部に損害を与えることを知るべきであったとき、または、(b)会社を代表して債務を約定した者であり、会社がその債務を弁済期に(偶発負債および見積負債を考慮に入れた)他の債務ともども弁済することができるという合理的な根拠があると誠実に考えなかったときには、故意に会社の事業を無謀な(reckless)方法で遂行したとみなされると規定する。

他方、2項(b)に示されている根拠に基づいて、命令を発することが適切かどうかを判断するにあたって、裁判所は、その債権者が、会社がその債務を負担した時に、会社の財政状態を知っていたかどうか、また、知っていたとしても、債務の負担に同意を与えたかどうかを考慮に入れなければならないとする(4項)。

そして、裁判所は、この宣言を行うときに、宣言に実効性を与えるために、適切と考える追加的指示を行い、とりわけ、この宣言に基づいてある者が負う債務について、会社がその者に対して負う債務または義務、その者、もしくは、その者のために会社その他の者が有し、または責任を負う者からのまたは負う者を通じた譲受人⁷⁴であると主張する者もし

⁷⁴ 「譲受人」には、責任を負う者の指示に基づき、その者に対し、またはその者のために債務、義務、モーゲージまたは担保権が設定され、発行されまたは移転され、持分が創設された者を含むが、有償の約因(婚姻による約因を含まない)による、善意、かつ、その宣言がなされる根拠となった事柄についての通知を受けていない譲受人を含まない(10項)。

くはその者のために行為する会社その他の者の会社の財産上のモーゲージ、担保権、モーゲージまたは担保権に対する権利に対する担保権を設定し、また、そのような担保権を実行するために必要な命令を折に触れて下すこと、および、本条の下で取り戻される金額が、ある者またはあるクラスの者に、宣言において定められる金額または割合で、時期に、それらの者の中での優先順位に従って、支払われるべきことを定めることができるとされている(7項)。

なお、この規定との関連での「役員(officer)」には、取締役や秘書役など(1963年会社法2条1項)のほか、監査人、清算人、管財人または影の取締役(会社の取締役会がその者の指示(directions or instructions)に従うことを常とする者。1990年会社法27条1項)が含まれる(10項)。

さらに、1990年会社法139条は、裁判所に対して、いかなる種類の会社の財産であれ、譲渡、移転、モーゲージ、担保、貸付によってまたは直接または間接を問わず、作為または不作為により処分されたことおよびその処分が会社、その債権者または社員に対する詐欺を働く結果になることを示すことができたときには、清算中の会社の清算人、債権者または出資者の申立てにより、裁判所は、それが公正かつ衡平であると考えるときには、その財産またはその財産の売却もしくは変化の代金を使用し、支配しまたは占有すると考えられる(appear)者に対して、それを交付しまたはそれについての額を、裁判所が適切である(fit)と考える条件を付して、清算人に対して支払うことを命じることができるとしている(1項)。ただし、命令を下すことが公正かつ衡平であるかどうかを判断するにあたって、裁判所は、申立ての対象となっている財産に対する権利を善意(bona fide)かつ有償で取得した者の権利を考慮に入れなければならない(3項)。

なお、取締役の資格剥奪制度も設けられている(1990年会社法160条)。

2) 法人格の否認

Salomon v. Salomon & Co. Ltd. [1897] AC 22 が先例的価値を有しているが、法人格が否認される可能性があるものとして、代理関係が存在する場合^{75,76}、会社が法的義務を回避するメカニズムとして用いられている場合(*Cummings v. Stewart* [1911] 1 IR 236, *Mastertrade (Exports) Ltd. v. Phelan* [2001] IEHC 171)、企業集団において、その事案における正義を実現

⁷⁵ ただし、*Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation*, [1939] All ER 116 が挙げた6つの規準については、一般的に適用できるものではなく、本判決に限定して、妥当するものと理解すべきであると指摘されている(Keane, R. (2000) *Company Law*, 3rd ed., p.130)。

⁷⁶ なお、*Gibson* 判事は、*Munton Bros Limited v. Secretary of State*, [1983] NI 369 において、会社が株主の代理人であると認めることには謙抑的であるべきであるが、子会社が親会社の代理人であると認めることについて謙抑的であるべきこととは異なると判示した。これに対しては、たとえば、*Courtney* が、社員・株主が自然人であるか法人であるかということには依存しないと考えるべきであるとの批判を加えている(T.B. Courtney (2002), *The Law of Private Companies*, 2nd ed., p.216)。

するためには、その企業集団内の会社を1つの経済的主体とみなすべき場合⁷⁷および裁判所の命令の遵守を確保するために法人格を否認する必要がある場合(e.g. *Dublin County Council v. Elton Homes Limited* [1984] ILRM 297.この事案では、会社に対する差止命令に加え、会社の取締役に対する差止命令も発せられた)が挙げられている。

⁷⁷ *DHN Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlet London Borough Council* [1976] 3 All ER 462 [Denning L.J.], *Power Supermarkets Ltd. v. Crumlin Investments Ltd. and Dunnes Stores (Crumlin) Ltd.* (22 June 1981, unreported, High Court [Costello J]), *Re Bray Travel and Bray Travel (Holdings) Ltd.*, (July 13, 1981, unreported, Supreme Court). 他方、*The State (McInerney & Co Ltd.) v. Dublin County Council* (12 December 1984, unreported, High Court)などは、法人格の否認を認めなかった。また、*Allied Irish Coal Supplies Ltd. v. Powell Duffryn International Fuels Ltd.* [1998] 2 IR 519 (H. C.), [1998] 2 IR 529 (S. C.)も、*Salomon* 判決に言及して、親子会社関係という密接な関係があることのみでは、親会社が子会社の債務について責任を負わないものとした。

(5) イタリア

1) 資本欠損時の対応

資本の欠損が法定資本の 3 分の 1 を超えているが、純資産が最低資本金額を超えている場合には、取締役会⁷⁸は、直ちに、株主総会を招集しなければならない。また、会社の財政状態についての報告書を作成し、監査役会または監査人の意見を付して、閲覧に供さなければならない。次の事業年度の末日において、欠損が法定資本の 3 分の 1 以下になったときは何もしなくてよいが、そうでないときは、欠損額に相当する額だけ法定資本を減少しなければならない。株主総会が減資の決議をしない場合には、取締役会と監査役会は地方裁判所に対して、強制的な減資を命ずることを申し立てる義務を負う(市民法典 2446 条)。もちろん、株主総会は、1 年待つことなく、減資の決議をすることができるし、法定資本を増加することなく、出資することもできる。

他方、資本の欠損が法定資本の 3 分の 1 を超えており、かつ、純資産が最低資本金額を下回っている場合には、取締役会(取締役会が招集しないときは監査役会)は直ちに株主総会を招集し、減資の決議を行い、かつ、最低資本金額に純資産が達するような出資をすることにつき合意するか、会社を組織変更する決議をするか(市民法典 2447 条)のいずれかを株主総会に求めなければならない。株主総会がいずれの決議もしない場合には、会社は解散する(市民法典 2484 条 1 項 4 号)。

取締役会が、2484 条に従って解散の手續を行わなかった場合あるいは遅延した場合には、取締役は、会社、株主および第三者に対して損害賠償責任を負う(市民法典 2485 条)。また、取締役会が、2446 条または 2447 条に違反した場合には、取締役は、一般原則を定める市民法典 2392 条⁷⁹および 2393 条⁸⁰により、会社に対して損害賠償責任を負うほか、2394 条により会社債権者に対する損害賠償責任を負う。すなわち、2394 条は、取締役は会社財産の維持に関するその任務を懈怠したことにつき、会社債権者に対して損害賠償責任を負うとし、会社債権者⁸¹は、会社財産がその債権の満足を得るために不十分である場合には訴えを提起することができるとする。さらに、2395 条は、取締役の悪意、詐害または過失の結果、直接損害を被った個々の株主または第三者が、損害賠償の一般原則に基づいて、損害賠償を

⁷⁸ 3 つの機関構造が認められているが、ここでは、従来型の機関構造を有する株式会社を前提とする。

⁷⁹ 取締役は法令または定款の定めによって課されている任務を受任者の注意をもって遂行しなければならないが、そのような任務を懈怠したことによって会社に与えた損害を賠償する責任を負う。また会社の経営全般を監視し、または会社に不利益を与える行為に気づきつつ、その行為を防止し、またはその有害な結果を除去あるいは軽減するためになし得たことをしなかった場合には、損害賠償責任を負う。

⁸⁰ 取締役に対する責任追及の訴訟は株主総会の決議に基づいて提起するものとされ、その決議は年度決算書の承認の際にすることができる。

⁸¹ 破産または特別清算の場合には、破産管財人または清算人も訴えを提起することができる。会社が取締役に対する訴権を放棄した場合であっても、債権者が行使することは妨げられない。

求めることができることを明らかにしている。

なお、事実上の契約関係(*rappporti contrattuali di fatto*)により、債務を負うことがあり得ると、民法の解釈上解されており⁸²、従来、罰則⁸³との関係で発展してきた事実上の取締役(*amministratore di fatto*)という考え方が、取締役の民事責任との関係でも意義を有するに至っている⁸⁴。たとえば、破産院は、事実上の取締役とは、株主総会により適法に選任されていないにもかかわらず、会社の業務を経営者として反復・継続的に行っている者としてい⁸⁵。そして、責任が認められるか否かの判断にあたっては、当該行為が経営者としての権限の範囲内であるか否かが重要であると指摘している (Cass. 27 febbraio 2002, n. 2906, *Giust.civ.* 2002, I, 952, e Cass. 14 settembre 1999, n. 9795)。

また、市民法典は明示的には定めていないが⁸⁶、倒産法 217 条 4 号が罰則を定めていることから、会社が支払不能となったときは、倒産手続開始を申し立てる義務があると解されている⁸⁷。

2) 法人格の否認

2003 年改正⁸⁸前市民法典 2362 条は、会社の支払不能の場合、株式が 1 人にのみ帰属していたことが明らかである期間中に生じた会社の債務については、この者が無限に責任を負うと定めていたが、現在はそのような規定は設けられていない。他方、法人格の濫用をめぐる議論⁸⁹はこれまでもなされてきた⁹⁰。

⁸² E. Betti (1957), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I, 1957, p.353, L. Ricca (1965), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. 最近のものとして、たとえば、Tranfaglia M. Elena e Piccini Elisabetta (2010), *I rapporti contrattuali di fatto* がある。

⁸³ e.g. Cass. Torino, 3 dicembre 1884, *Riv.pen.* 1885, p. 331. Cass. pen., 16 febbraio 1933, *Ann.dir.proc.pen.* 1934, I, p. 357, Cass. pen., 28 febbraio 1936, *Ann.dir.proc.pen.*, 1937, p. 181, Cass. pen., 18 dicembre 1942, *Giur.it.* 1943, II, c. 39, Cass. pen., 19 dicembre 1952, *Giur.compl.Cass.pen.* 1952, II, p. 412, Cass. pen., 29 maggio 1954, *Giust.pen.* 1954, II, p. 918, Cass. pen., 23 marzo 1954, n. 791, *Giur.compl.Cass.pen.*, 1954, II, p. 334.

⁸⁴ Franco Bonelli (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, p.131.

⁸⁵ e.g. Cass. 12 marzo 2008, n. 6719, *Giur.comm.* 2009, II, 309, Cass. 23 aprile 2003, *Guida al Diritto*, n. 26/03, p. 56, Cass. 14 settembre 1999, *Giur.it.* 2000, 1434, Cass. 6 marzo 1999, *Giust.civ.Mass.* 1999, p. 511. *See also* Cass. pen., 16 febbraio 1933, *cit.*.

⁸⁶ 1882 年商法典 685 条は明示的にこのような義務を定めていたが、現在の民法典が明文の規定をもたないことから、反対解釈として、そのような義務はないと解する余地もある。しかし、多数説は、倒産法の基礎的原則と目的に照らして、そのような反対解釈は適切ではないという立場をとっている。 *See e.g.* Umberto Navarrini (1939), *Trattato di diritto fallimentare second la nuove legislazione*, 3^a ed., p.109.

⁸⁷ e.g. Piero Pajardi (2004), *Codice del fallimento*, 5^a ed., p.61, Giuseppe Ragusa Maggiore (1994), *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2^a ed., pp.70-72.

⁸⁸ D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, *Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge delega 2 ottobre 2001*, n. 366.

⁸⁹ N. Distaso (1971), *Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e*

法人格の否認の効果を説明するために、まず、隠れた企業家(*imprenditore occulto*)という理論構成が提唱されてきた。すなわち、企業家(*imprenditore*)とは、財またはサービスを生産し、または流通させるために組織的に、経済活動を専門的に引き受ける者であるとされており(市民法典2082条)、企業家は、その活動を自己の名において引き受けるのが原則である⁹¹。しかし、企業家は、リスク負担を軽減するために、会社形態(とりわけ、過少資本の会社形態)を用いるのが現実であることに鑑み、隠れた企業家という法律構成が提唱され⁹²、この法律構成によって、会社の背後者の責任を認めることの可能性が論じられてきた⁹³。

なお、破産法147条1項は、会社の破産宣告にあたって、無限責任社員の破産を宣告するという形で、責任の拡張を定めている。これは、社員は、会社を通じて事業を行う「間接的な企業家」であるという根拠に基づくものである⁹⁴。しかし、これは、無限責任社員についての規定であるため、人的会社または株式合資会社については適用があるものの、株式会社の株主については適用がないという限界を有している。他方、同条2項は、会社の存在は明白であるときの隠れた社員の責任に関するものであるが、これは会社の存在も明らかではない場合の隠れた社員の責任にも適用されると解されており、隠れた企業家の責任という考え方を反映していると評価されている。

また、特定の事業のために財産の分離を行うことが認められているが(市民法典2447bis条以下)、2447quinquies条は、財産の分離が行われた場合であっても、会社は、不法行為から生じた債務については無限に責任を負うと定めており、このことは、株式会社などについて、会社の不法行為(*fatto illecito*)に関して、法人格を否認する途を開いたと評価されている⁹⁵。

以上に加えて、不法行為に基づく責任との関連で、法人格の否認が認められる余地があ

ordinamento giuridico italiano, in: Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, p. 161 e ss, F. Galgano (1983), *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, *Giur.comm.* 1983, I, 14 e ss 参照。

⁹⁰ See App. Roma, 19 febbraio 1981, *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 145, App. Roma, 28 ottobre 1986, *Giur.it.* 1987, I, 2, c. 460 e Trib. Genova, 3 aprile 1984 (*citata da* Francesco Galgano (1987), *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione)*, *Contratto e impresa* 1987, p.377).

⁹¹ e.g. Angelici e G.B. Ferri (a cura di) (1991), *Manuale di diritto commerciale*, p. 101 e ss.

⁹² Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, *Id.* (1962), *Difesa dell'imprenditore occult.*

⁹³ 判例上も学説上も、必ずしも広い支持を受けてきたわけではないが、検討の対象とはされてきた。See Tullio Asacrelli (1954), *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, *Riv.dir.comm.* 1954, I, p. 264 e ss. See also Cass., 11 novembre 1986, *Mass.Foro it.* 1986, 1324.

⁹⁴ Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, p.89 e ss.

⁹⁵ B. Inzitari (2003), *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*, *Contratto e impresa*, 2003, p. 164. See also G.Giannelli (2004), sub. art. 2447-quinquies, in : G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali, commentario*, pp. 1240-1241, C. Comporti (2003), sub art. 2447 quinquies, in: M. Sandulli e V.Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2, tomo II, p. 986 e ss.

るといことが学説上受け入れられている⁹⁶。これは、有限責任は絶対的なものではないと解されているためである⁹⁷。すなわち、有限責任の原則は、法人に適用される特別のルールに従い、会社の機関に関する規範に従っていることを前提としていると考えられている⁹⁸。Galvanoは、株式会社においては、株主が会社債権者に対して責任を負わない代わりに、会社の適切な管理運営を確保するための厳格な統治組織と会社財産の健全性を確保する規律が定められていると指摘し⁹⁹、この前提を欠く場合には、市民法典2740条が定める責任の一般原則が適用されると主張した¹⁰⁰。

3) 社員・株主の債権の劣後

破産院は、1980年に、株主からの資金が将来の資本増加のために区分されていた場合には、株主はそれを資本として扱う意図を有していたと推定されると判示した(Cass., 3 dicembre 1980, n.6315, *Giur.comm.* 1980, II, 895)。これを背景として、下級裁判所も株主からの借入金をその性格に応じて、資本であると法性決定することがしばしば見られる¹⁰¹。

他方で、2003年1月17日法律による改正により、有限会社および企業集団に属する株式会社について、株主からの借入金の劣後化が規定された。すなわち、会社が破産した場合には、貸付が会社の純資産に照らして過度に不均衡な結果をもたらす時またはより多くの資本を確保することが合理的であった時になされた株主・社員の会社に対する貸付金等は、その他の債権者が有する債権に劣後し、破産宣告前1年以内に株主に弁済されたものについて株主は会社に返還しなければならないものとされた(市民法典2467条、2497quinquies条)。

⁹⁶ Fulvio Mecenate (1993), *La teoria della persona "relativa", l'amoeba giuridica di Carnelutti: i precedent storici della teoria delle forme intermedie di soggettività*, *Rassegna di diritto civile*, anno 14, numero 2, Claudio Capponi (1988), *Superamento della personalità giuridica?*, *Riv.dir.comm.* 1988.

⁹⁷ Francesco Galvano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv.dir.civ.* 1965, I, p. 619. *See also* T. Ascarelli (1954), *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, *Riv.dir.comm.* 1954, I, p. 202.

⁹⁸ Francesco Galvano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 624 e 630, Pavone la Rosa (1967), *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, *Riv.dir.civ.* 1967, I, p.669, nota 84.

⁹⁹ Francesco Galvano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv.dir.civ.* 1965, I, p. 630. *See also* G.L. Pellizzi (1978), *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, *Banca, borsa e titoli di credito* 1978, I, p.267.

¹⁰⁰ Francesco Galvano (1965), *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, *Riv.dir.civ.* 1965, I, p.566.

¹⁰¹ Trib. Milano, 5 dicembre 1988, *Riv. dir. comm.* 1990, II, 75, Trib. Milano, 25 marzo 1993, *Società*,1993, 534, Trib. Treviso, 18 dicembre 2001, *Banca, borsa e titoli di credito* 2002, II, 723, Trib. Milano, 28 giugno 2001, *Banca, borsa e titoli di credito* 2002, II, 723. *For details, see* L. Parrella (2002), *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, p. 17 e ss., G. Tantini (2004), *I versamenti dei soci alla società*, in: G.E. Colombo e G. B. Portale (dir.), *Trattato delle società per azioni*, vol. 1, tomo 3, UTET, p.795 e ss.

(6) オランダ

1) 資本欠損時の対応

払込済株式資本および払込催告済株式資本の 2 分の 1 を超える資本の欠損が生じたことを把握したときまたは明白なときは、3 カ月以内に、取締役会は、株主総会を招集しなければならない(民法典 2:108a)。監査役会も株主総会を招集することができる(民法典 2:109)。株主総会を招集しない場合には、取締役および監査役は、破産の場合の責任の一般原則を定める 2:138 条に基づいて、善管注意義務に違反したことを理由として、会社に対して損害賠償責任を負うことがある。すなわち、取締役は、その任務を不適切に行っていたことが明白であり、かつ、それが倒産の重要な原因となったことが説得力を有するときには、他の資産の換価によっては破産財団が満足を得ることができなかつた限度において、会社の負債について連帯して責任を負う。そして、2:10 条または 2:394 条に定められている義務を遵守していなかった場合には、任務を不適切に行っていたことにあたり、そのような不適切な任務の遂行が倒産の重要な原因となったと推定される(2:138 条 2 項)。2:394 条は年度決算書の公示を定めているが、2:10 条 1 項は、業務執行者は法人の財政状態およびその活動に関連するすべてのことを管理し、法人の権利義務をいつでも確かめることができるように活動に関連する帳簿、記録およびデータベースに記録しなければならないと定めている。

ただし、倒産状態にある会社の取締役会に倒産手続開始を申し立てる義務を定める明文の規定はなく、申し立てなかったことについての罰則も定められていないため¹⁰²、会社債権者は、取締役の対第三者責任の一般原則に従って、損害賠償を求めることになる。たとえば、*Beklamel* 判決¹⁰³は、会社が債務を履行することができないことを知り、または知るべきであったにもかかわらず、新たな取引を行うことを承認した取締役は、取引先(債権者)に対して損害賠償責任を負うとしている¹⁰⁴。

2) 法人格の否認

オランダ法曹協会の 1977 年の大会において、法人格の否認が、主として、子会社の債権者に対する親会社の責任という形で論じられ¹⁰⁵、これまでのところ、不法行為法、取締役の

¹⁰² cf. Cecile Bervoets (2005), *Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften*, in: Susanne Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Linde, S.632.

¹⁰³ HR 6 october 1989, NJ 1990, 286 (m.nt. J.M.M. Maeijer).

¹⁰⁴ 契約債権者ではない債権者や支払不能状態になる前に債権を取得した債権者の保護は、この理論では図ることができない。そこで、株式会社の資本による保護に関する法についての報告書(M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *Versoepeling van het BV-Kapitaalbeschermingsrecht*)では、連合王国における不当取引の規定に対応するような、倒産手続開始を申し立てなかったことに対する責任について明文の規定を設けることが提案された(pp.89-92)。

¹⁰⁵ H.L.J. Roelvink (1977), *Door rechtspersonen heen kijken. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel*

責任および同一視(Vereenzekviging)¹⁰⁶という形で、法人格の否認が実現されている¹⁰⁷。

すなわち、まず、最高裁判所は、*Osby-Pannan/Las* 事件判決¹⁰⁸において、親会社の子会社の経営に対して影響力を及ぼし、子会社の事業の性質に照らして、子会社が十分な資産を有していないために、子会社の新たな債権者が害されることを、親会社が知り、または知るべきであったときには、親会社が子会社の債権者に対して不法行為責任を負うと判示した。

また、親会社の子会社の日常の経営に重要な影響を与えている場合には、取締役に準ずる者として取締役が任務を懈怠した場合の責任を負うと解されている¹⁰⁹。すなわち、上述した民法典 2:138 条の責任は、事実上の取締役も負うこととされており(2:138 条 7 項)、親会社は事実上の取締役にあたることもあり得るとというのが、立法過程における理解であった¹¹⁰。

さらに、同一視によって、複数の会社が 1 つの法人であるかのように取り扱われ、一方の会社の行為と負債が他方の会社に帰属するかのように扱われる¹¹¹。この法理は、たとえば、*Heuga* 判決¹¹²において認められた。同一視がなされるか否かにあたっては、一方の会社が他方の会社を支配しているか否かが最も重要な要件とされているが¹¹³、会社の経営に対する濃密な関与、第三者による信頼、資産の混同、株主、取締役、住所などの重複・共通なども重要な判断要素である¹¹⁴。もともと、判例上、同一視が認められることは少なく、活動の密接な混同のみでは同一視が認められないし、ほとんどすべての株式を保有する株主と会社

1, eerste stuk, M.J.G.C. Raaijmakers (1977), *Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, eerste stuk.*

¹⁰⁶ S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn (2000), *Van het concern*, p.219.

¹⁰⁷ See e.g. S.M. Bartman and J. Roest (1994), *Piercing the corporate veil in the Netherlands and Germany: a convergent legal development*, in: K. Boele-Woelki, K. et al. (eds.), *Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou.*

¹⁰⁸ HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 (m.nt. J.M.M. Maeijer).

¹⁰⁹ M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, pp.185-186.

¹¹⁰ See M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, pp.185-186, S.M. Bartman and A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, p.237.

¹¹¹ H.L.J. Roelvink (1988), *De "corporate veil" in recente rechtspraak*, in: S.C.J.J. Kortman en A.V.M. Struycken et al., *Van vennootschappelijk belang*, p.217, S.M. Bartman (1996), *Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen snel thuis?*, WPNR 6248, p.877.

¹¹² HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 (m.nt. J.M.M. Maeijer). 完全親会社が完全子会社の取締役でもあり、完全親会社のただ 1 人の取締役が完全子会社の取締役としての職務を遂行していたという事案に関するものである。

¹¹³ S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn (2000), *Van het concern*, p.220.

¹¹⁴ K. Vanderkerckhove (2000), *Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen*, T.R.V. 2000, p. 277. See also R.C. van Dongen (1995) *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, pp.262-263.

とが 1 つの経済的統合体を形成している場合であっても、通常は、その株主が会社の契約上の債務について弁済責任を負うとされるわけではない¹¹⁵。そして、学説上も、同一視は、制限的に適用されるべきであるという見解が多数を占めている¹¹⁶。

3) 株主・社員の債権の劣後化

法令上の明文の規定はなく、裁判例も分かれている。2008 年 12 月 17 日アムステルダム地方裁判所判決(Rechtbank Amsterdam 17 december 2008, JOR 2009, 171)は、法令に明文の規定がないことを理由として、劣後化は認められないとしたが、たとえば、2005 年 11 月 5 日アムステルダム控訴裁判所判決(Gerechtshof Amsterdam, 5 november 2005, JOR 2007, 51)や 2010 年 7 月 7 日ブレダ地方裁判所判決(Rechtbank Breda, 7 juli 2010, JOR 2010, 293)は、株主の会社に対する貸付金の劣後化を認めている。

¹¹⁵ K. Vanderkerckhove (2000), *Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen*, T.R.V. 2000, p. 277.

¹¹⁶ See e.g. A.L. Mohr (1996), *Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport*, WPNR 6243, p.790. See also L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, p.243, L. Timmerman (1996), *Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen*, TVVS 1996, p.137, L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs (1993), *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, pp.888-893.

(7) ポルトガル

1) 資本欠損時の対応

会社の年度決算書または臨時決算書に基づき、株式資本の2分の1にあたる欠損が生じたことが明らかになったとき、あるいは、いつでも、そのような欠損が生じたと考える正当な理由があるときは、その状況を知らせ、適切な措置を講じることを目的として、業務執行者は直ちに総会を招集し、または取締役会は速やかに総会を招集しなければならない(商社会社法 35 条 1 条)。会社の純資産が株式資本の2分の1以下であるときには、株式資本の2分の1が欠損したとみなされる(商社会社法 35 条 2 項)。そして、その株主総会の招集通知には、少なくとも、議題として、会社の解散、純資産を下回らない額までの株式資本の減少(減資)、会社の資本を回復するための社員による出資を含めなければならない(商社会社法 35 条 3 項)。

業務執行者または取締役は、故意または害意をもって行ったのではないことを証明できない限り、その法律上または契約上の義務の懈怠に起因する行為または不作為によってもたらされた損害を賠償する責任を負う(商社会社法 72 条 1 項)。また、会社の財産の保全のための法令または定款の規定に故意に違反したことによって、会社財産が会社の債務を弁済するに足りなくなるときには、業務執行者または取締役は会社債権者に対して責任を負う(商社会社法 78 条 1 項)。会社が有する損害賠償請求権を会社または社員が行使しない場合には、民法典(Código Civil)606 条から 609 条の規定に従って、会社債権者はそれを代位行使できる(商社会社法 78 条 2 項)。さらに、業務執行者または取締役は、その任務の遂行から直接生ずる損害を被った社員または第三者に対して損害賠償責任を負う(商社会社法 79 条)。

2) 社員・株主の責任

社員が1人のみの会社が破産宣告を受けた場合には、その社員は、すべての持分または株式を有するに至った後に会社が負担した債務について、すべての持分または株式を有している期間中、会社の純資産がどのように債務の弁済に充てられるべきかを定める法律の規定が遵守されていなかったときには、無限責任を負う(商社会社法 84 条 1 項)。この規定は、社員の数が複数に復した後に、会社が破産宣告を受けた場合にも適用される(商社会社法 84 条 2 項)¹¹⁷。

¹¹⁷ なお、自分のみでまたは社員間契約に署名した他の社員と併せた行使可能議決権に照らして、業務執行者、取締役または監督役員を選任することができる社員は、その社員および社員間契約署名した他の社員が議決権を行使し、その行使した議決権数が出席し、または代理された他の社員の行使議決権の2分の1以上であった結果、当該選任決議がなされた場合において、被選者が会社または社員に対して損害賠償責任を法的に負うときには、当該被選者と連帯して損害賠償責任を負い、その選任について過失があったとされる(商社会社法 83 条 3 項)。同様に、自分のみでまたは社員間契約に署名した他の社員と併せた契約上の権利または有する議決権数に照らして、業務執行者、取締役または監督役員を解任し、

3) 法人格の否認

判例上¹¹⁸、法人格の濫用があるとされる場合に、法人格の否認¹¹⁹が認められてきた。すなわち、法人格が不法かつ濫用的に、第三者を害するために用いられている場合には、事業上の倫理や信義誠実を含む一般規範または一般原則に反するとして、法人格の否認が行われ、株主・社員が会社の債務について責任を負うことになる¹²⁰。すなわち、法律上あるいは契約上の義務を潜脱するために会社の法人格が用いられている場合に、裁判所は法人格の否認を認めてきた。さらに、他に会社または社員の行為を無効とする法的根拠がない場合であっても、親子会社関係がある場合のように従属的な性格(*carácter subsidiário*)が存在すると考えられるときに法人格の否認がなされることがある¹²¹。

4) 社員・株主の債権の劣後

倒産時には、社員の会社に対する債権は劣後するものとされている(商事会社法245条3項)。

または解任を求めることができ、かつ、それらの者にある行為または不作為をさせるように不当な影響力を行使した者は、それらの者が、当該行為または不作為のために、商事会社法の下で、会社または社員に対して損害賠償責任を負うときには、連帯して責任を負う(商事会社法 83 条 4 項)。

¹¹⁸ See e.g. Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 03-03-2005, Processo 1119/2005-6 <www.dgsi.pt>.

¹¹⁹ 詳細については、たとえば、António Pedro Cordeiro (2008), *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 3ª ed., Maria de Fátima Ribeiro (2009) *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"* など参照。

¹²⁰ e.g. Inocêncio Galvão Telles (1979), *Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades*, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 39, Ricardo Costa (2004), *Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão*, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 30.

¹²¹ e.g. Tribunal da Relação do Porto, datado de 13-05-1993, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVIII-1993, Tomo III, págs. 199 a 201, Tribunal da Relação do Porto, datado de 13-06-2005, Processo 0540646, com o n.º convencional JTRP00038212 <www.dgsi.pt>, Tribunal da Relação do Porto, datado de 25-10-2005, Processo 0524260, com o n.º convencional JTRP00038440 <www.dgsi.pt>. See also e.g. João Nuno Zenha Martins (2001), *A Descentralização produtiva e os grupos de empresas ante os novos horizontes laborais*, *Questões Laborais*, Ano VIII-2001, n.º 18, José A. Engrácia Antunes (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2.ª edição, págs. 128, 152, 161, 167, 265, 597 e segs. e 799, Francisco Manuel de Carvalho Serra Granjeira (2002), *Breves Notas sobre A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas*, *Verbo Jurídico*, Março de 2002, Ricardo Costa (2004), *Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão*, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 30.

(8) スペイン

1) 資本欠損時の対応

取締役は、会社が支払不能である場合(倒産手続開始を申し立てなければならない¹²²)を除き、会社の純資産が法定資本の 50%を下回ったときには、2 カ月以内に、株主総会を招集しなければならない。そして、株主総会は、会社を解散するか、議題とされている場合には、解散原因を治癒するための措置を決議しなければならない(資本会社法 363 条 1 項 d、365 条)。解散原因を治癒する措置としては、最低資本金額を割り込まない限りにおいて、減資することなどがある。

取締役会が株主総会を招集しないとき、あるいは、株主総会において解散が否決され、または決議されなかったときには、利害関係者は、裁判所に対して、裁判による解散を申し立てることができる(資本会社法 366 条 1 項)。また、取締役は、株主総会において解散が否決され、または決議されなかったときには、裁判所に対して、裁判による解散を申し立てなければならない(資本会社法 366 条 2 項)。

なお、最低資本金を下回る減資の決議がなされて 1 年以内に組織変更、解散または株式資本の最低資本金以上への増加が登記されないときは、会社は当然に解散するものとされている(資本会社法 360 条 1 項 b 号)。そして、組織変更、解散または株式資本の最低資本金以上への増加が登記されないで 1 年を経過した後は、取締役は、会社の債務について、連帯して支払う責任を負う(資本会社法 360 条 2 項)。

そして、取締役は、2 カ月以内に、解散を決議するための株主総会を招集せず、または、株主総会の会日として予定された日あるいは解散決議が否決された日から 2 カ月以内に裁判による解散を申し立てなかったとき(あてはまる場合には倒産手続開始を申し立てなかったとき)には、会社債務について連帯して責任を負う(資本会社法 367 条)。

また、倒産手続開始を申し立てることは資本会社法上の義務なので、取締役の責任の一般原則を定める資本会社法 236 条の適用もある。236 条は、法律上の取締役または事実上の取締役は、法律もしくは定款に違反した行為もしくは不作為またはその任務の遂行に必要な義務を果たさなかったことによって、会社、株主および会社債権者に生じた損害を賠償しなければならないと定めている。

2) 取締役の責任

破産法の167条から174条は、責任査定手続(*sección de calificación*)を定めており、倒産が偶発的(*fortuito*)なのか有責(*culpable*)なのかについての判断がなされる(破産法163条、172条)。倒産手続開始の申立てが遅れた場合には、「悪意または重過失(*dolo e culpa grave*)」などが推定されるが、反証は可能である(165条1項1号)。当該倒産が有責であるとされた場合には、会社の法律上または事実上の取締役または清算人、代表者ならびに倒産宣告前2年以内に取り締が行う職務を行った者は、会社債権者が破産財団からの配当によって弁済を

¹²² この規定は、破産法(Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal)の改正の際に導入された。

受けることができなかつた債権の一部または全部について支払うように裁判所によって命じられることがある(破産法172bis条1項)。この場合には、債権者の申立てに基づいて、裁判所はそのような責任を負う者の財産の差押えを命じることができる(破産法172bis条2項)。また、有責であるとされた者は、倒産手続において有し得る権利を喪失し、不当に債務者(倒産会社)または破産財団から取得した財産を返還し(破産法172条2項)、与えた損害を賠償しなければならない(破産法172条3項)

また、裁判所は、有責であるとされた者について、2年から15年の間の期間を定めて、他人の物を管理し、または法人を経営しもしくは代表する資格を有しないものことができるとされており(破産法172条2項)、これは、イギリスにおける取締役の資格剥奪制度に相当する制度であると位置づけることができる。

3) 法人格の否認

法人格の否認が、学説上も判例上も認められている¹²³。

まず、1980年1月8日最高裁判所判決は、傍論であるが、法的形式にとらわれず、会社の背後にいる真の者を見ること(*investigar el fondo real de la persona jurídica sin detenerse en la forma*)が適切な場合があると判示し、業務執行者に対する請求は会社との関係で時効を中断するかが争われた事件に関する1984年3月28日最高裁判所判決(RJ 1984, 2800)は、法人格否認の法理に基づき、会社と株主との厳格な分離を否定した。そして、この判例を踏襲して、会社支配者が会社債権者に対して直接責任を負うことがあることは、下級審裁判例において広く認められている¹²⁴。

4) 社員・株主の債権の劣後

破産法は、会社に対して特別な関係がある者(10%以上[上場会社の場合は5%]以上の持分割合を有する株主など。93条)が会社に対して有している貸付債権は他の債権に劣後するものとしている(92条)。これは、会社の危機時に貸し付けられたものであるか否かを問わない。そして、倒産手続の開始前になされた、劣後化対象債権の弁済あるいはそれに対する担保の供与は、債権者を詐害するものと推定され、推定が覆らない場合には、否認され得る(71条3項)。

¹²³ e.g. Carmén Boldó Roda (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 3ª. Edición.

¹²⁴ José Miguel Embid Irujo (1998), Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica, *Revista de Derecho de Sociedades*, Año 1998, N°. 11, pág. 364. See also Carmen Boldó Roda (2002), Veinte años de application de la doctrina del levantamiento del velo jurídico por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, in: *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, pág. 26, Catalina Ruiz-Rico Ruiz (2000), El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas, tendentes a reducir su aplicabilidad, *Anuario de Derecho Civil*, Vol.53, N°.3, pág. 923ss.

(9) 連合王国

1) 資本欠損時の対応

公開会社の取締役は、純資産が払込済資本の2分の1を下回ったときには、これに対して何らかの措置をとるべきか、とるべきであるとすれば、どのような措置をとるべきかを検討するための臨時株主総会を招集しなければならない(2006年会社法656条1項)。すなわち、そのような欠損が発生したことを知った日から28日以内に株主総会を招集し、56日以内に株主総会を開催しなければならない(2006年会社法656条2項3項)。そのような株主総会を招集しないことを故意に承認し、または許容し、または招集すべき期間を経過した後、株主総会を招集しないままにしておくことを故意に承認し、または許容した取締役は罰則の対象となる(2006年会社法656条4項5項)。

2) 取締役の責任

2006年会社法の下では、取締役は、その権限内で行動する義務(171条)、会社の繁栄を促進する義務(172条)、他者に左右されず経営判断を下す義務(173条)、相当の注意力、手腕および配慮を用いる義務(174条)、利益相反を避ける義務(175条)、第三者から便益を受けない義務(176条)および利害関係を公開する義務(177条)を負うことが明文化されている。そして、これらの規定に違反した場合には、コモン・ローのルールおよびエクティの原則が適用され(178条1項)、174条の義務を除き、これらの義務は、取締役が会社に対して負っている他の信認義務と同様に強制可能であるとされている(178条2項)。したがって、取締役がこれらの義務に違反した場合には、会社には、差止め請求、損害賠償、会社財産の原状回復、契約の取消し、得た利益の吐き出しなどの救済を求める権利が認められる。

そして、会社の清算手続においては、清算人が会社の名においてこの権利を行使するが、1986年支払不能法(Insolvency Act 1986)の212条が略式な救済を認めている。すなわち、会社の清算において、清算人、債権者などの申立てにより、会社の役員(取締役、業務執行者、秘書役を含む)などが、会社の金銭その他の財産を不正に使用しもしくは取得した場合、または失当行為(misfeasance)もしくは会社との関係における信認義務その他の義務の違反の責任を負うと認められる場合には、裁判所は、それらの者の行為を調査し、裁判所が正当である(just)と考える率の利息を付して、金銭の払戻しもしくは財産の回復を強制すること、または損害賠償として裁判所が正当であると考えた額を会社財産に拠出させることができる。

3) 不当取引

支払不能法214条は、不当取引(wrongful trading)について規定している¹²⁵。すなわち、清

¹²⁵ 不当取引については、たとえば、齊藤真紀(2001)「子会社の管理と親会社の責任(二)」法学論叢149巻3号17頁以下、佐藤鉄男(1991)『取締役倒産責任論』(信山社)129頁以下、本間法之(1996)「イギリス倒産法における『不当取引 Wrongful Trading』」『民事訴訟法学の

算人の申立てに基づき、裁判所は、不当取引を行った取締役に対して、裁判所が適当である(proper)と考える額を会社資産に拠出する責任を負う旨を宣告することができる。また、裁判所は、不当取引をした者に対して、その者が会社に対して有する債権の劣後的取扱い(支払不能法215条4項)および取締役の資格剥奪(1986年会社取締役資格剥奪法6条)¹²⁶を命じることができる。会社が支払不能による清算に入ったこと、会社の清算手続開始以前のある時点(支払不能の予見可能時)において、会社が支払不能による清算を回避することができる合理的見込みがないことをその者が知っていた、あるいは、当然にそのように結論付けるべき状況にあったこと、支払不能の予見可能時に、その者が会社の取締役であったこと、および、その者との関係で、支払不能の予見可能時であるといえる状況になった時点以降、会社債権者に対する潜在的な損失を最小限にとどめるために当然にとるべき必要なすべての手段を尽くしていなかったことという要件が満たされれば、不当取引を行ったとされる。この不当取引についての規整は、適法に選任された取締役のみならず、事実上の取締役¹²⁷や影の取締役¹²⁸にも及ぶ。ここで、会社の取締役会がある者の指図に従って行動することを常とする場合には、その者は影の取締役とされる(支払不能法251条)。

4) 法人格の否認

法人格の否認¹²⁹については、*Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22が支配株主と会社とは別個の法人格を有しているとした。そのため、法人格の否認は、会社の独立した法人格を保護することを正当化できるような事情がないといえるような場合に例外的に許容されるという位置づけが与えられてきた¹³⁰。

まず、不適切な動機(債権者に不利益を与えるというような目的)に基づく資産の移転が法

新たな展開』(成文堂)574頁以下、中島弘雅(1998)「新再建倒産手続の1つの方向(下)」ジュリスト 1142号 95頁以下などがある。なお、1986年支払不能法213条は、詐欺的取引について定めており、会社の清算の過程において、会社債権者またはその他の者の債権者を詐害する意図または詐欺的な目的をもって会社の事業が行われたことが明らかになったときは、裁判所は、清算人の申立てに基づき、そのような事業経営を故意に行った者に対して、裁判所が適当である(proper)と考える額を会社資産に拠出する責任を負う旨を宣告することができる。

¹²⁶ イギリスにおける取締役の資格剥奪について、詳細は、たとえば、中村康江(2000/2001)「英国における取締役の資格剥奪」立命館法学 273号 2236頁以下、277号 884頁以下、中島弘雅(1999)「倒産責任としての取締役資格剥奪について」『社団と証券の法理』(商事法務研究会)437頁以下参照。

¹²⁷ 石山卓磨(1984)『事実上の取締役理論とその展開』(成文堂)など参照。

¹²⁸ 中村信男(1989)「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集 51号 165頁以下、石山卓磨(1999)「英国法における事実上の取締役と影の取締役の関係」『比較会社法研究』(成文堂)3頁以下、坂本達也(2009)『影の取締役の基礎的考察』(多賀出版)など参照。

¹²⁹ なお、1985年会社法24条は1人会社の社員の責任を定めていた。すなわち、6カ月以上社員が1人しかいないことを知りつつ事業を遂行した社員は、その期間内に契約した会社の債務について会社と連帯して支払義務を負うものとしていた。

¹³⁰ Clive M. Schmitthoff (1976), *Salomon in the Shadow*, *Journal of Business Law* 1976, p.306.

人格否認の根拠となると解されている¹³¹。

また、法人格の濫用を理由として、法人格の否認が認められることは広く受け入れられている(*Adams v. Cape Industries Plc.* [1990] Ch. 433)。もっとも、判例上は、背後にいる株主が現実の状況を隠すために用いている法人が単なる見せかけ(*sham*)またはうわべ(*façade*)にすぎない場合に限定されており、背後者の欺罔の意図が重要であるとされている(*Adams v. Cape Industries Plc.* [1990] Ch. 433, 542)。ある時期においては、うわべという要件は欺罔の要件と表裏一体の関係にあるととらえられ、しかも、ここでいう欺罔は刑事法上の意味における欺罔であると解され、法人格を否認することによって、会社が脱税した場合において株主に支払いを求めることができるという結論を導いた裁判例は多数存在する(e.g. *Regina v. Allen* (1999) T.L.R. 13.10.1999, *Re H and others* [1996] 2 All ER 401)。しかし、近年では、刑事法上の意味における欺罔に限定せず、法人格を否認する傾向がみられるようになってい (e.g. *Trustor AB v. Smallbone (No.2)* [2001] 3 All ER 987)。

さらに、*Smith, Stone and Knight v. Birmingham Corporation* [1939] All ER 116 においては、子会社が親会社の代理人にあたるとして、法人格の否認が認められたが、子会社が親会社の代理人にあたるかを判断するにあたって、子会社の利益が親会社の利益として扱われているか、子会社の事業を遂行する者が親会社によって選任されているか、親会社が取引上の冒険を行うか否かを決定する中枢(*head and brains*)か、親会社はその冒険を支配しているか、子会社の利益が親会社の技量と指示によって生み出されているか、親会社の子会社を実効的かつ継続的に支配しているかという6つの要素が考慮された¹³²。

他方、単一の経済的単位または企業主体性が法人格否認の根拠となり得るかが問題とされるが(*Adams v. Cape Industries plc.* [1990] Ch. 453¹³³)、単一の経済的主体性のみを根拠として法人格を否認するという考え方は現在では受け入れられていない¹³⁴。すなわち、*Dennings* 卿は、企業集団を構成する会社は全体として1つの企業であると評価できるという発想を示したが(*Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. Inland Revenue Commissioners* [1969] 1 WLR 1241, *D.H.N. Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council* [1976] 1 WLR 852)、こ

¹³¹ *Yukong Line Ltd. of Korea v. Rendburg Investments Corporation of Liberia (No.2)* [1998] 1 WLR 294. See also *Jones v. Lipman* [1962] 1 WLR 832, *Creasy v. Breachwood Motors Ltd.* [1993] BCLC 480.

¹³² ただし、この規準については、批判が強く、この事案にのみ妥当するという学説が支配的である。See e.g. S. Ottolenghi (1990), From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring It Completely, *The Modern Law Review*, vol.53, no.3, J Harris (2005), Lifting the Corporate Veil on the Basis of an Implied Agency: A Re-Evaluation of *Smith, Stone and Knight, Company and Securities Law Journal*, vol. 23, no. 1.

¹³³ この事件においては、将来の法的債務を企業集団内の他の会社に負わせるという形で会社形態を用いた場合には、会社がその法的義務を免れようとしたことを根拠として法人格を否認することはしないとされた。

¹³⁴ L.C.B. Gower and Paul L. Davis (2003), *Principles of Modern Company Law*, 7th ed., pp.184-185.

のような考え方に対しては、企業集団の中の会社も別個の法的権利義務を有する別個の法人であるという批判が加えられ(e.g. *The Albazero* [1975] 3 WLR 491, at 521, *Woolfson v. Strathclyde Regional Council* [1978] SC 90)、*Bank of Tokyo Ltd. v. Karoon* [1987] 1 AC 45においてはこのような見解は受け入れられないとされ (at 64)、*Ord v. Belhaven Pubs* [1998] 2 BCLC 447においても同様の判断が下された¹³⁵。また、資産の混同があるのみでは、法人格の否認は認められない傾向がある(e.g. *Wallersteiner v. Moir* [1974] 1 WLR 991, *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Ltd., the Coral Rose (No. 3)*, [1991] 4 All ER 783)¹³⁶。さらに、判例上は、過少資本も法人格否認の根拠としては認められないのが一般的である(e.g. *Re F.G. (Films) Ltd.* [1953] 1 All ER 615, *Atlas Maritime Co. SA v. Avalon Maritime Ltd., the Coral Rose (No. 3)*, [1991] 4 All ER 783)。

なお、*Gower*は、裁判所が法人格を否認するのは、法令、契約その他の文書を解釈する場合であって、会社が真実を隠すための「単なるうわべ(façade)」であると認め、かつ、会社が支配者または社員の、それが法人であれ自然人であれ、代理人であることが証明された場合に限られるように思われると整理している¹³⁷。

5) 社員・株主の債権の劣後化

Cork 報告書¹³⁸においては、完全子会社に親会社はその事業資金の多くを貸し付け、その完全子会社の経営は親会社の利益を図って行われ、その利益は親会社が吸い上げ、その完全子会社は親会社をトップとする企業集団に属することを背景として、外部から与信を受けていたが、倒産し、清算に入ったという事案において、親会社が相当部分の配当を受けるという結論が生ずることを認める法は、疑いなく欠陥のある法であると指摘されていた(pp.435-436)。しかし、それにもかかわらず、連合王国においては、未だ、会社が支払不能に陥った場合において、株主の会社に対する債権を劣後化させる一般的な規定は設けられていない。

¹³⁵ Clive M. Schmitthoff (1976), *Salomon in the Shadow*, *Journal of Business Law* 1976, p.305.

¹³⁶ ただし、*Gencor ACP Ltd. v. Dalby* [2000] BCLC 734 参照。

¹³⁷ L.C.B. Gower (1992), *Modern Company Law*, 5th ed., pp.133-134.

¹³⁸ Review Committee (1981), *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee*.

2 ノルウェー

1) 資本欠損時の対応

公開有限責任会社法第3章3-4条は、会社は常に会社の活動の範囲とそのさらされているリスクに基づき、健全なレベルの純資産を有しなければならないと定めている。これを受けて、同3-5条は、会社の活動の範囲とそのさらされているリスクに基づき健全であると考えられるレベルを純資産が下回った場合には、取締役会は直ちに措置を取らなければならないと定め、また、純資産が株式資本の2分の1を下回ったときも同様であるとする。すなわち、合理的な期間内(遅くとも6カ月以内)に、取締役会は株主総会を招集し、株主総会に会社の財政状態を報告しなければならない。会社が3-4条に従った十分な純資産を有しないときには、これを是正する方策を株主総会に提案しなければならない。

取締役会は、倒産手続開始を申し立てる義務を負っていないが、上記の株主総会に是正策を提案できないとき、あるいは、提案した是正策を実施できないときは、株主総会に解散を提案しなければならない(3-5条2項)。なお、株主が適切な措置を講じなかったときには、株主は、第17章17-1条(会社、株主その他の者は、執行役員、取締役、株主などに対して、それらの者が、その資格において、故意または過失によって損害を与えたときには損害賠償を求めることができる。そのような損害を生じさせることにつき寄与した者も同じである)に基づき、会社に対して損害賠償責任を負うことがある。また、適時に倒産手続開始を申し立てないことに対しては、刑法上の罰則が定められており¹³⁹、執行役員や取締役が損害賠償責任を負うことがある。

2) 取締役の責任

取締役は、会社債権者に対して、契約締結上の過失の法理に基づき、会社債権者に対して損害賠償責任を負うというのが判例¹⁴⁰・通説¹⁴¹である。すなわち、取締役は、会社が深刻な財政的危機に瀕している場合には、取引をしようとする相手方にその旨を伝えなければならない、その事実の開示を怠ったときは、相手方が信頼したことによって被った損害を賠償する責任を負うと解されている¹⁴²。

¹³⁹ 刑法典(Lov 1902-05-22 nr 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven))284条および287条2項。事実上の取締役も罰則の対象となっている。

¹⁴⁰ NRt 1939, s.679, NRt 1975 s.198.

¹⁴¹ e.g. Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsesmedlemmers erstatningssvar i aksjeselskaper*, s.558ff., Rolf Dotevall (1989), *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, s.514.

¹⁴² e.g. Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsesmedlemmers erstatningssvar i aksjeselskaper*, 1994, s.561.

3) 法人格の否認

ある状況において、別個の法人格を有していることを理由として、責任を負わないとすることが債権者との関係で不合理であると考えられる場合または別個の法人格を有すると評価することが適当ではない法人間の業務・財産等の混同がある場合に法人格の否認がなされ得る¹⁴³。

なお、司法・警察省は、1989年¹⁴⁴および2006年¹⁴⁵に、環境損害について、法人格否認を法定することを検討したが、有限責任は株式会社法制における基本的な法原則であり、有限責任が事業に対する投資の前提となっていることに鑑み、早急に導入することは適当ではないという結論に、いずれも至り¹⁴⁶、現時点では明文の規定は設けられていない¹⁴⁷。

¹⁴³ Rt. 1996, s. 672 og Rt. 1996, s. 742 (*Kongeparken og Minnor*) og Rt. 1999, s. 353. See e.g. M.H. Andenæs (2006), *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, pp. 39-41, Per Brunsvig (1988), *Hva eier en aksjeeier?*, in: Thor Falkanger (red.), *Lov, Dom og Bok, Festskrift til Sjur Brækhus*, s.71. See also Ot.prp. nr. 23 (1996-97) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)*, 12 Ansvarsgjennombrudd og erstatningsansvar for tap voldt ved selskapets drift.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 33 (1988-89) *Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m v (Erstatningsansvar ved forurensningsskade)*, p.68.

¹⁴⁵ Justis- og politidepartementet, Ot.prp. nr. 55 (2005–2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningen mv.*, pp.125-126. See also Utenriksdepartementet, St.meld. nr. 10 (2008-2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi*, 8.2 Sivilt erstatningsansvar.

¹⁴⁶ 2006年の司法・警察省の意見は、Aarbakkeの意見書(Magnus Aarbakke (2004), *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksjeog allmennaksjeselskapsforhold*)を踏まえたものであった(Ot.prp. nr. 55 (2005–2006), p.125)。

¹⁴⁷ ただし、たとえば、*Hempel* 判決(2010年3月10日最高裁判所判決[HR-2010-00443-A, (sak nr. 2009/896)])は、環境法令の解釈として、実質的に法人格の否認を行った。この判決は、通常債権者が有する請求権とは異なる性質を有すること、社会的利益を保護するという観点から会社法上の有限責任の解釈については、限定的に解することが適切であることを理由中で指摘していたが、同時に、当該事件は企業集団が存在する場合であり、親会社が通常、子会社を支配することができ、子会社の事業に対して経済的利害を有していることを指摘した。しかし、裁判所が最も強調したのは、会社の合併、分割やリストラクチャリングによって、責任を負わない、支払能力を有する主体を創設するという結果をもたらすこと—これが当該事件にあてはまるということは認定されなかったが—は適当ではないという点であった。

3 ニュージーランド

1) 資本欠損時の対応

EU 構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU 会社法第 2 号指令 17 条に対応するような規律(資本欠損時の対応の要求)は行われていない。

2) 無謀取引

無謀取引(reckless trading)についての規定が 1993 年会社法 135 条および 136 条として設けられている。すなわち、135 条は、会社の取締役は、会社の債権者に深刻な損失を生じさせる重大なリスクをもたらす可能性が高い方法で、会社の事業を行うことに同意し、または、会社の事業が行われるようにし、またはそれを放置してはならない旨を定め、136 条は、会社の取締役は、その時点において、合理的な根拠に基づき、会社がその債務を弁済すべき時に履行できると考える場合でない限り、会社が債務(obligation)を負担することに同意してはならないと定める。

しかし、これらの義務は、会社に対する義務であり、株主に対する義務ではなく、債権者に対して直接負う義務でもないと考えられている。これは、株主の取締役に対する個人訴訟について定める 169 条が、135 条および 136 条が定める義務は、会社に対して負うものであって、株主に対して負うものではないと定めているからである。したがって、135 条または 136 条に違反したことのみを根拠として、会社債権者が取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起できる可能性は低い。しかも、165 条から 168 条が株主代表訴訟について定めていることから、会社債権者が会社を代表して 135 条または 136 条違反を理由として、取締役に対して訴えを提起することを裁判所が認めることは想定されていない。

ただし、1993 年会社法 301 条は、会社の清算の過程において、裁判所が、会社の現在または過去の取締役、業務執行者などであった者が、会社の金銭その他の財産を不正に使用しもしくは取得し、それについて責任を負い、または過失、債務不履行または会社との関係における義務違反もしくは信託違反の責任を負うと認めるときには、清算人、債権者または株主の申立てに基づき、裁判所は、取締役等の行為を調査し、裁判所が正当である(just)と考える率の利息を付して、金銭の払戻しまたは財産の回復もしくは損害賠償として裁判所が正当であると考えた額の財産の拠出を、または、債権者が申し立てた場合には、裁判所が正当である(just)と考える率の利息を付して、その債権者への金銭の払戻しまたは財産の回復を命じることができると定めている(1 項)。したがって、301 条の下では、債権者は 135 条違反を理由としても裁判所に申し立てることができるが¹⁴⁸、会社に対する義務違反を

¹⁴⁸ 1955 年会社法 189 条および 275 条(1993 年会社法 135 条および 301 条に相当する)が適用された事案として、*Nippon Express (New Zealand) Ltd. v Woodward & Nutt* (1998) 8 NZCLC

根拠するときは全債権者の利益のためにしなければならない¹⁴⁹というのが判例であり (*Mitchell v Hesketh* (1998) 8 NZCLC 261,559)、135 条違反を理由とするときは全債権者の利益のためにしなければならない。

3) 法人格の否認

連合王国におけるコモン・ローの原則を踏襲して、法人格の否認が認められており、法人格の否認は例外的な状況の下でのみなされるとされている¹⁵⁰。

そして、おおむね 3 つの場合、すなわち、会社が株主の代理人にすぎない場合、単なる見せかけ(*sham*)またはうわべ(*façade*)にすぎない場合(*Official Assignee v. 15 Insoll Avenue Ltd.* [2001] 2 NZLR 492)、および、会社が詐欺を行うためまたは法令上もしくは契約上の義務を潜脱するために用いられている場合(*New Zealand Seamen's Union IUOW v. Shipping Corporation of New Zealand Ltd.* (1989) 2 NZELC 96708, *Hesketh Henry v. Aotearoa Television Ltd.* (1999) 8 NZCLC 262,089, *Bentley Poultry Farm Ltd. v. Canterbury Poultry Farmers Co-operative Ltd.* (No. 2) (1989) 4 NZCLC 64,780. See also *Gilford Motor Co. Ltd. v. Horne* [1993] 1 Ch. 935)に、法人格の否認がなされると指摘されている¹⁵¹。

261 がある。他方、1993 年会社法 136 条違反が認められたものとしては、*Ocean Boulevard Properties Ltd. v Everest*, (2000) 8 NZCLC 262 がある。

¹⁴⁹ これに対して、会社財産の不正流用などの場合には、自己の利益のために申し立てることができる。

¹⁵⁰ e.g. *Bomac Laboratories Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.* (2002) 7 NZBLC 103,627 (H.C.), *Chen v. Butterfield* (1996) 7 NZCLC 261,086, *NZI Bank Ltd. v. Euro-National Corporation Ltd.* [1992] 3 NZLR 528 (C.A.), *Re Securitibank Ltd. (No.2)* [1978] 2 NZLR 136 (C.A.), *Savill v. Chase Holdings (Wellington) Ltd.* [1989] 1 NZLR 257.

¹⁵¹ R. Grantham and C. Rickett (2002), *Company and Securities Law: Commentary and Materials*, p.222.

4 オーストラリア

1) 資本欠損時の対応

EU 構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU 会社法第 2 号指令 17 条に対応するような規律(資本欠損時の対応の要求)は行われていない。

2) 支払不能時取引

連合王国における不当取引規制に類似した制度として、支払不能時取引(*insolvent trading*)についての規定が 2001 年会社法 588G 条以下に設けられている。

すなわち、ある者が会社が債務(*debt*)を負担した時に取締役であったこと、債務を負担した時に会社が支払不能(*insolvent*)であったか、その債務を負担したことによって支払不能となったこと、会社が債務を負担した時に、会社が支払不能であるか、その債務を負担することによって支払不能となることを疑うべき合理的根拠があったこと、および、債務を負担したときに、その取締役が会社が支払不能であることを疑うべき合理的根拠があることを気づいていた(*is aware*)こと、またはその会社の同様の地位にある合理的な人であれば、その会社の状況にあれば気づいたであろうこと、という要件を満たすときに、588G 条により、その者(取締役)は責任を負うことになる。ここでいう取締役には、事実上の取締役および影の取締役が含まれる(2001 年会社法 6 条)。事実上の取締役とは、適法に選任されていないが取締役として行動しているものをいい、影の取締役とは、会社の取締役がその者の指示または希望(*wishes*)に従って行動することを常とするものをいうとされている。

588G 条にいう支払不能時の取引にあたる場合には、会社の清算人は、その取締役に対して、会社が支払不能であった時に会社が負担した債務に係る債権者が被った損失または損害に相当する額の損害賠償を求めて訴えを提起することができる(2001 年会社法 588M 条)。また、個々の債権者も、会社が清算中であり、会社の清算人から書面での同意を得れば、自ら、取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起することができる(2001 年会社法 588R 条)。また、清算人からの同意を得なくとも、裁判所の許可を得れば、債権者は、自ら、取締役に対して損害賠償請求の訴えを提起することができるが(2001 年会社法 588T 条)、会社の清算人が取締役に対して訴えを提起している場合には、訴えを提起することはできない(2001 年会社法 588U 条)。

3) 親会社の責任

会社法 588V 条により、子会社が支払不能であり、またはその債務を負担したまたはその債務を含む債務を負担することによって支払不能となった場合には、債務を負担した時点において、子会社が支払不能であることまたは支払不能となることを疑うべき合理的な根拠があり、かつ、会社または 1 人以上の取締役がそのように疑うべき根拠があることに気づ

いているか、子会社の活動に対する親会社の支配の性質と範囲および他の関連する状況に照らして、同じ状況にある親会社またはその 1 人以上の取締役であれば気づいたであろうと合理的に期待できるときには、子会社が負担した債務について親会社は責任を負うことがあり得る。

4) 法人格の否認

会社はその株主から分離独立した主体(*separate entity*)であるとしたイギリスの *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] AC 22 は、オーストラリアにおいても、先例としての意義を有する。しかし、オーストラリアにおいては、きわめて限定された範囲においてであるが、法人格の否認が認められている¹⁵²。法人格の否認はアド・ホックに行われており、ある明確な、共通の、統一された原則に従っているわけではないが(*Briggs v. James Hardie & Co. Pty Ltd. et al.* (1989) 16 NSWLR 549, 567)、事実上または法律上、ある集団内の会社間にパートナーシップが存在すること、会社が役割を演じている単なる見せかけ(*sham*)またはうわべ(*façade*)であること¹⁵³、または会社の設立もしくは利用が法律上の義務もしくは信認義務を潜脱し、または詐欺を働くことを狙っていること¹⁵⁴が認められる場合には、裁判所は、法人格を否認すべきであると解されている¹⁵⁵。また、会社がある株主の代理人といえるほどにその株主が会社を実効的に支配している場合には、代理の考え方を応用して株主に会社の債務について責任を負わせるという法人格否認もみられるが¹⁵⁶、企業集団内の会社間の法人格否認¹⁵⁷のほうが会社と株主との間の法人格否認よりも認められる傾向がある¹⁵⁸。

¹⁵² *Hadoplane Pty Ltd. v. Edward Rushton Pty Ltd.* [1996] Qd. R. 156, at 160. See also *Halsbury's Laws of Australia* [120-3010] Lifting the corporate veil.

¹⁵³ *Donnelly v. Edelsten* (1994) 13 ACSR 196, 256, *Sharment Pty Ltd. v. Official Trustee in Bankruptcy* (1988) 19 FCR 449, 456. ただし、*Peate v. Federal Commissioner of Taxation* (1964) 111 CLR 443, 480 [Windeyer J.]。

¹⁵⁴ J.Farrar (1998), Legal issues involving corporate groups, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, p.185, J. Payne (1997), Lifting the corporate veil: a reassessment of the fraud exception, *Cambridge Law Journal*, vol.56, no.2, p.290.

¹⁵⁵ *Dennis Wilcox Pty Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1988) 79 ALR 267, 272. See also R. Baxt and T. Lane (1998), Developments in relation to corporate groups and the responsibilities of directors – some insights and new directions, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, p. 646.

¹⁵⁶ *International Harvester Company of Australia Pty Ltd. v. Carrigan's Hazeldene Pastoral Co.* (1958) 100 CLR 644, 652. See J. Harris (2005), Lifting the corporate veil on the basis of an implied agency: a re-evaluation of Smith, Stone and Knight, *Company and Securities Law Review*, vol.23, p.7ff..

¹⁵⁷ ただし、持株会社と子会社との間に代理契約(黙示のものを含む)があるという証拠がなければ、子会社が親会社の代理人とされ、親会社が子会社の債務について責任を負うということにならない(*Briggs v. James Hardie & Co. Pty Ltd. et al.* (1989) 16 NSWLR 549, 556. See also *Norwich Fire Insurance Society Ltd. v. Brennans (Horsham) Pty Ltd.* [1981] VR 981)。

¹⁵⁸ *Varanigan Pty Ltd. v. OFM Capital Ltd.* [2003] VSC 444, [143] [Dodds-Streeton J.]. See also I.

5 カナダ

1) 資本欠損時の対応

EU 構成国とは異なり、資本金に相当する会社財産を維持することによる会社債権者保護は目指されていないため、EU 会社法第 2 号指令 17 条に対応するような規律(資本欠損時の対応の要求)は行われていない。

2) 不当取引

連合王国における不当取引規制に類似した制度は存在しないが、導入が議論されたことはある。すなわち、たとえば、1970 年の *Tassé* 報告書(*Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*)においては、会社財産の不足がある場合の取締役の責任を規定することが提案されていたが、立法には反映されなかった。また、1986 年の *Colter* 報告書(*Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency, Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*)においては、イギリスの不当取引規制と類似した提案として、不当な行為(*wrongful conduct*)が破産財団に損失を与えている場合には、「責任を負う者(*responsible person*)」に対して、裁判所は損害賠償を命じることができるものとするを提案していたが(p.115)、これは立法化されなかった。

3) 取締役の責任

伝統的に、取締役は債権者に対して義務を負っておらず、不法行為法または契約法の下で義務を負う可能性を別とすれば、取締役は債権者の利益を無視することができると思われてきた¹⁵⁹。

カナダ事業会社法 122 条 1 項は、取締役の忠実義務と注意義務を規定しているが、*Re Trizec Corporation* 事件において、*Forsyth* 判事は、「株主に対する特定の義務は、弁済期が到来した債務を弁済する会社の能力に疑問が生じたときには、債権者に対する義務と混ざる」と判示し(*Re Trizec Corporation* (1994), 158 A.R. 33 (Q.B.))、*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* 事件の第一審判決において、*Greenberg* 判事もこの考え方を踏襲した(*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise* (1998), 23 C.B.R. (4th) 200 (Qc. Sup. Ct.))。

しかし、ケベック控訴裁判所は、第一審判決を破棄し、取締役の義務の拡張は裁判所の役割ではなく、立法論の問題であるとした(*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2003] R.J.Q. 796 (C.A.), paras. 95 and 96)。そして、カナダ最高裁判所も、取締役の信託義

Ramsay and G. Stapledon (1998), *Corporate Groups in Australia*, p.20.

¹⁵⁹ *Royal Bank of Canada v. First Pioneer Investments Ltd.* (1979), 106 D.L.R. (3d) 330 (Ont. H.C.J.). Jacob S. Ziegel (1993), *Creditors as Corporate Stakeholders: The Quiet Revolution - An Anglo-Canadian Perspective*, *University of Toronto Law Journal*, vol. 43, no.3, p.517.

務の拡張には消極的な立場を示し、原審判決を支持した。最高裁判所(*Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461)は、信認義務の遂行にあたって、取締役会は、株主、従業員、供給者、債権者、消費者、政府の利益および環境を考慮に入れることはできるが(para.42)、取締役は、会社に対して信認義務を負っているのであって、会社の利益は債権者その他のステークホルダーの利益と混同されてはならないとした(para.43)¹⁶⁰。したがって、取締役は、会社の財政的危機を緩和しようとするにあたって、会社の最善の利益を図るため誠実かつ善意で行動しなければならず、そうすれば、会社を救済しようと試みるか否かにかかわらず、法令上の信認義務には違反しないとした(para.67)。

ただし、この判決は、122条が定める注意義務は、少なくともケベック州においては、債権者との関係でも取締役は負っていることを前提としており、会社の弁済能力が十分であったとしても、個々の会社債権者は、この履行を求めて訴えを提起できると考えられる¹⁶¹。

カナダ事業会社法241条¹⁶²は、抑圧(oppression)に対する救済を定めており、これは、債権者も申し立てることができる¹⁶³。すなわち、会社またはその取締役が、証券所持人、債権者、取締役または役員に抑圧的または不公正に損害を与え、またはそれらの者の利益を不公正に無視するように行動したと認めるときは、裁判所が適切であるとする暫定的または終局的救済を与える。ここで、「抑圧的な」行為とは、負担となり(burdensome)、過酷であり(harsh)また不当(wrongful)なものであると、「不公正に損害を与える」とは、不衡平であり不公正であると、債権者の利益を「不公正に無視する」とは不公正にまたは正当な理由なしに、債権者の利益に注意を払わないことをいうと解されている¹⁶⁴

もっとも、裁判所は倒産の危機時になされた場合にのみ、債権者に救済を与えるのが一

¹⁶⁰ この立場は、BCE 事件判決(*BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, 301 D.L.R. (4th) 303)においても踏襲されている。

¹⁶¹ Stéphane Rousseau (2005), *Directors' Duty of Care after Peoples: Would it be wise to worrying about liability?*, *Canadian Business Law Journal*, vol.41, p.225.

¹⁶² ブリティッシュ・コロンビア会社法では株主または裁判所が適切であると認める者に申立人適格を認めており、プリンス・エドワード・アイランド会社法およびケベック会社法にはこのような規定は設けられていないが、それ以外の法域では、同一または類似の規定が設けられている。アルバータ会社法 242 条 2 項、マニトバ会社法 234 条 2 項、ニュー・ブランズウィック事業会社法 166 条 2 項、ニュー・ファンドランド・ラブラドル会社法 371 条 2 項、ノバ・スコシア会社法第 3 附則 5 条 2 項、オンタリオ事業会社法 248 条 2 項、サスカチュワン事業会社法 234 条 2 項など。

¹⁶³ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, paras. 47-51. See *Levy –Russel Ltd. v. Shieldings Inc.* (1998), 41 O.R. (3d) 54 (Ct.J. (Gen. Div.)), *Danylchuk v. Wolinsky*, 2007 MBQB 65, [2007] 6 W.W.R. 453, *Dylex Ltd. (Trustee of) v. Anderson* (2003), 63 O.R. (3d) 659 (Sup. Ct. J.). See also Janis P. Sarra and Ronald B. Davis (2002), *Director and Officer Liability in Corporate Insolvency*, p.35.

¹⁶⁴ *Heap Noseworthy Ltd. v. Didham* (1996), 137 Nfld. & P.E.I.R. 240 (S.C.), para.15, *Westfair Food Ltd. v. Watt* (1990), 106 A.R. 40 (Q.B.), paras. 46-61, *Stech v. Davies* (1987), 80 A.R. 298 (Q.B.), paras. 14-20.

般的であると指摘されている¹⁶⁵。

4) 取締役の資格剥奪

Tassé 報告書(Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation, *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*)においては、倒産会社の取締役の資格剥奪を規定することも提案されていた。しかし、この報告書に沿った法案は結局成立せず¹⁶⁶、取締役資格剥奪制度は導入されなかった。1986 年にも Colter 報告書において、取締役の資格剥奪制度の導入が提案された。すなわち、「責任を負う者(responsible person)」によって不当な行為(wrongful conduct)が行われたときは、管財人、公的管理人その他債権者を含む利害関係者は、裁判所に対して、裁判所が十分であると認める期間、当該「責任を負う者」を会社の取締役となる適格を有しないものとするを申し立てることができることが提案されていた(p.114)。2002 年の報告書(Marketplace Framework Policy Branch (2002), *Report on the Operation and Administration of Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*)においても、取締役の資格剥奪は取り上げられ、そのような制度の有効性は認められるものの、そのような仕組みにおけるエンフォースメントのコストおよび能力がある者が取締役となることを控えるおそれがあるという問題が指摘されていた(pp.45-46)。

ただ、州の証券法の下で、証券取引委員会に、証券発行者の取締役または役員に辞任を命じ、また、発行者の取締役または役員となることあるいは取締役または役員として行為することを禁止する権限が与えられているのが一般的である¹⁶⁷。

5) 法人格の否認

一般論としては、法人格の否認がなされるべき場合があることは認められているが、現実に、認められた事案は少ない¹⁶⁸。

¹⁶⁵ D.Thomson (2000), *Directors, Creditors and Insolvency*, University of Toronto Faculty of Law Review, vol.58, p.31.

¹⁶⁶ この経緯については、たとえば、Corporate Law Policy Directorate (2001), *Insolvency Law in the Global Knowledge-Based Economy*, pp.7-9 参照。

¹⁶⁷ オンタリオ証券法(R.S.O. 1990, c. S-5)127 条、アルバータ証券法(R.S.A. 2000, c. S-4)198 条、ブリティッシュ・コロンビア証券法(R.S.B.C. 1996, c. 418)161 条、マニトバ証券法(R.S.M. 1988, c. S50)148 条、ニュー・ブランズウィック証券法(S.N.B. 2004, c. S-5.5)184 条、ニュー・ファンランド・ラブラドル証券法(R.S.N. 1990, c. S-13)127 条、ノバ・スコシア証券法(R.S.N.S. 1989, c.418) 134 条、135A 条、136A 条、145 条、プリンス・エドワード・アイランド証券法(R.S.P.E.I 2007, c.17)58 条から 63 条、ケベック証券法(R.S.Q. v.1.1, S-42.2)262. 1 条、サスカチュワン証券法(S.S.1988-99, c. S-42.2)134 条、134.1 条、135.1 条、135.2 条など。

¹⁶⁸ See e.g. *W.D. Latimer Co. v. Dijon Investments Ltd.* (1992), 12 O.R. (3d) 415, 801962 Ontario Inc. v. MacKenzie Trust Co. [1994] O.J. No.2105. また、*Phillips v. 707739* (2000), 259 A.R. 201 においては、法人格が形骸化しており、法人格否認の必要性が認められるとしつつも、先例に照らすと、カナダにおいて法人格否認が認められるのは、アメリカにおけるより狭い範囲に限られ、法人

たとえば、例外的な場合に法人格は否認され、会社が不当な(wrongful)行為をするという明示的な目的で設立された場合、設立後に不当な行為をするように明示的に指示する、支配に服している場合、詐欺がある場合、一方の主体が他方の主体の代理人として行動している場合、2つの一見分離独立した主体が実際には1つの企業である場合および会社が支配株主の単なる代理人または分身(alter ego)である場合に法人格は否認され得ると整理されている¹⁶⁹。

Clarkson Co. Ltd. V. Zhelka et al. (1967), 64 D.L.R. (2d) 457 (Ont. H.C.)は、*Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* [1897] A.C. 22 に言及して、法人格を否認しないことが、「目にあまるほど(flagrantly)正義に反する場合に」、裁判所は法人格を否認できるとし、「公正かつ衡平」の観点から、法人格が否認される場合があると判示した。そして、*Constitution Insurance Company of Canada et al. v. Kosmopoulos et al.* [1987] 1 S.C.R. 2 は、裁判所が、ある会社が支配株主または親会社の単なる代理人あるいは操り人形¹⁷⁰に過ぎないとして、法人格を否認するのは、必ずしも一貫した原則に基づいているわけではなく、せいぜい、事業体は分離独立しているという原則を適用することが、正義、便宜または課税当局の利益に反し、「目にあまりすぎる」結果をもたらす場合である¹⁷¹と指摘した。

Gregorio v. Intrans-Corporation et al. (1994), 18 O.R. (3d) 527 (Ont. C.A.)においては、「一般に、子会社、それが完全子会社であっても、親会社の完全な支配下にあり、かつ、親会社が責任を免れるための道具(conduit)にすぎない場合を除き、親会社の分身とはみなされない。分身原則は、それを認めなければ申立人から権利を不公正に奪うことになるような詐欺に近い行為を防止するために適用される」と判示された(p.536)。また、*Transamerica Life Insurance Company of Canada v. Canada Life Assurance Co. et al.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Gen. Div.)は、会社の分離独立した法人格を無視するのは、会社が完全に支配され(dominated and controlled)、詐欺的なまたは不当な行為のための盾として用いられているときであるとした。そして、「完全な支配(control)」とは所有以上のことを意味し、この要件を満たすためには、完全な支配(domination)があり、子会社が、事実上、独立して機能していないことを示さなければならないとし、詐欺的なまたは不当な行為のための盾として用いられているという要件は行為の性質に関連し、それを認めなければ申立人から権利を不公正に奪うことになるような詐欺に近い行為があったかが問われなければならないとした。そして、この定式

格の否認は認められないとされた(もともと、*Schilligford v. Dalbridge Group Inc.* (1996), 28 B.L.R. (2d) 281 (Alta. Q.B.) および *Patton v. Yukon Consolidated Gold Corporation* [1934] O.W.N. 321 (C.A.)などに照らして、会社の背後者である自然人は会社と連帯して支払義務を負うとされた)。

¹⁶⁹ Charlotte Neff and Elizabeth Portman (1998), Corporations, in: *Canadian Encyclopedic Digest* (Western), vol.8, 3rd ed., §§83-90 (pp. 37-201-37-205).

¹⁷⁰ *Anderson Exploration Ltd. v. Pan-Alberta Gas Ltd.* (1998), 224 A.R. 109, at 112. See also *Palmolive Manufacturing Co. v. R.*, [1933] 2 D.L.R. 81, *Aluminum Company of Canada v. Toronto*, [1944] 3 D.L.R. 609.

¹⁷¹ この定式を適用して、法人格を否認したものとして、たとえば、*Canada (Attorney General) v. Gardner*, [1998] O.J. No.3201 (Ont. Gen. Div.)がある。

に基づいて、たとえば、*Sylvan Lake Golf & Tennis Club* 事件判決¹⁷²は、法人格を否認した。

¹⁷² *Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd. V. Performance Industries Ltd.* (1999), 246 A.R. 272, affirmed (2000), 255 A.R. 329 (C.A.), appeal dismissed [2002] 1 S.C.R. 678.

6 日本法に対する示唆

債権者保護をどのようにして図るのかについては、各国において、相違が存在するが、国際会計基準の導入との関連では、たとえば、以下の点が検討に値するものと考えられる。

第1に、仮に、国際会計基準の導入によって、資本制度と組み合わされた貸借対照表上の数値に基づく分配規制の実効性・有効性あるいは的確性が失われるとすると、イギリスにおける不当取引に関する責任のような、倒産危機時における行為(作為・不作為)を理由とする取締役の責任の重要性が高まることが考えられる。実際、相当数のヨーロッパ諸国において、イギリスの不当取引のような制度がなくとも、会社債権者の保護が図れると考えられているのは、資本欠損時の対応についての規定が設けられ、その対応を適切に行わないことが取締役の会社および/または第三者に対する責任の根拠となるからであるという指摘もなされてきた。日本の現行法は、資本欠損時の対応について定めておらず、この点からは、国際会計基準の導入とかかわりなく、不当取引のような制度の導入が検討されてもよいといえるが、国際会計基準の導入によって、分配規制の実効性が損なわれるおそれがあるのであれば、なおさら検討が必要であるということになる。

また、国際会計基準の導入により、資本制度と組み合わされた貸借対照表上の数値に基づく分配規制の実効性が失われるおそれに対して、Iでみたように、ヨーロッパ諸国では、支払不能テストの導入が提案され、また、いくつかの国々では、現に併用され、コモンウェルス諸国では支払不能テストが導入されている。このように支払不能テストを導入する場合には、支払不能に陥るおそれがある時期における取締役の行為について、イギリスの不当取引のような制度を導入することが首尾一貫する、あるいは、支払不能テストの実効性を高めると評価することができるかもしれない。上述のように、カナダを除く、コモンウェルス諸国では、イギリスの不当取引に相当する制度が設けられている。

第2に、国際会計基準の導入により、分配規制を通じた実効的な会社財産の確保に何らかの懸念が生ずるとすると、会社の財産および損益の状況に関する開示の重要性が少なくとも交渉力を有する任意債権者(契約債権者)の保護の観点から重要になる。日本の場合、ヨーロッパ諸国とは異なり最低資本金制度も有していないことを考えると、情報開示を強化しなければならないはずであるが、本研究の対象国と比較するとかなり見劣りがする。したがって、貸借対照表上の数値を基礎とする分配可能額を用いた分配規制を実効的に行えなくなり、かつ、それに代わる適切な分配規制を導入できないという場合には、情報開示の充実を図る必要があるだろう。EU構成国およびノルウェーでは、EU会社法第1号指令に代わるものとして定められた指令(2009/101/EC)を背景として、商業登記所などにおける計算書類の開示¹⁷³ (現在では、実際には、電子的方法による開示)が定められており、オーストラリ

¹⁷³ やや古いが、弥永真生(1997)「計算書類の登記所における公開」商事法務 1474 号 8 頁以下参照。

ア¹⁷⁴においても計算書類の開示の仕組みが確立している(ただし、ニュージーランド¹⁷⁵およびカナダ¹⁷⁶では上場会社等のみに要求されている)¹⁷⁷。しかも、これらの国々では、日本と比べて、圧倒的に多くの割合の株式会社が外部の専門家(日本の公認会計士・監査法人に相当)による法定監査の対象となっており¹⁷⁸、これは、公開される計算書類に含まれる情報の信頼性を高めている。

第3に、株主または取締役の責任についての再検討が必要かもしれない。国際会計基準の導入によって、仮に、貸借対照表上の数値に基づく分配を的確に行うことが困難になると、分配可能額を超えた分配に係る支払義務によって会社財産の回復を図ることが困難になる可能性がある。少なからぬ国々においては、違法配当に係る責任との関連では、善意の株主に対する責任追及は認められないと解されている一方で、上述したように、会社の支払不能時において、支配株主、とりわけ、親会社の責任が認められていることが少なくない¹⁷⁹。わが国においても、親会社が子会社の財産および損益の状況を知りつつ、分配に関する決議において賛成をすること、あるいは、子会社が債務を負担することに影響を与えること

¹⁷⁴ 2001年会社法314条(1AA)ではウェブ上での公表が要求され、319条では、オーストラリア証券取引委員会(ASIC)への提出が義務付けられている。

¹⁷⁵ ニュージーランドにおいては、発行者(資金公募を行った会社および上場会社など)は、財務諸表を登記所に提出することが求められており(1993年財務報告法18条)、閲覧に供される。

¹⁷⁶ カナダ事業会社法においては、証券が流通している会社(distributing corporation)(上場会社や募集を行った会社)のうち複数の株主が存在するものは、財務諸表を局長(2条1項・260条)に提出することが求められている(160条)。

¹⁷⁷ なお、会社が支払不能となったことによって、債権者が債務の履行を受けることができなくなった場合につき、債権者に十分な情報を与えなかったときには、契約締結上の過失の法理に基づいて、取締役が債権者に責任を負うという考え方が北欧などではとられている。

¹⁷⁸ オーストラリアにおいては小規模非公開会社(small proprietary company)および保証有限会社を除き監査を受けることが要求されている(2001年会社法301条)。なお、EU構成国については、EU指令が最低限度を定めており、構成国が、EU指令が要求するよりも広い範囲の資本会社(株式会社・有限会社など)に外部監査を義務付けていることが少なくない(See European Commission, DG Internal Market (2005), *Report on impacts of raised thresholds defining SMEs*, p.23)。ノルウェーにおいても、記帳義務が課されている事業体・事業者は、外部監査を受けることが義務付けられてきた(監査及び監査人に関する法律[Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven)]2-1条)。他方、カナダ事業会社法においては、証券が流通している会社ではない会社において、外部監査人を選任しない旨の決議を行った場合には外部監査を受けることを要しないものとされている(163条)。また、ニュージーランドにおいては、発行者は外部監査を受けることが要求されているものの(1993年財務報告法15条)、それ以外の会社においては、全員一致で選任しない旨の決議をすれば、外部監査人の監査を受けることを要しない(1993年会社法193条)。

¹⁷⁹ かつては、株主・社員が実質的に1人である場合に、そのような株主・社員は会社の債務について無限・連帯責任を負うとする法制がヨーロッパ諸国ではみられたが、現在では、そのような規定はなくなっている。上述した、連合王国やイタリアのほか、ギリシャの有限会社法などもそのような規定を有していた。

が想定できることに鑑みると、とりわけ、連結計算書類を作成しているような場合には、子会社の支払不能時には、親会社の子会社の債権者に対して弁済責任等を負担するというようなことも、検討に値するかもしれない。また、すでに、日本においても、会社更生手続などにおいて、劣後化が行われることがあるが、株主(とりわけ、支配株主・親会社)や取締役の会社に対する債権の劣後化が分配規制の不十分さをカバーし、あるいは、支払不能テストを適切に行うインセンティブを与えることになることは十分にあり得るのではないかと思われる。

以上に加えて、支払不能テストを導入する場合には、その実効性は、結局のところ、取締役の適切な判断、支払不能をもたらすような分配を行わないという判断がなされるかどうか依存することを考慮すると、支払不能の可能性を高めるような分配を行わないというインセンティブを取締役に与えることが重要になる。この点から、取締役の資格剥奪制度の導入も考慮に値するかもしれない。

なお、本研究において対象とした国々の中には、法人格否認の法理がまったく認められない国は見られず、法人格の否認が各国において、謙抑的にはあれ、債権者保護の観点から一定の機能を果たしていることは認められる。しかし、調査した限りにおいては、国際会計基準の導入が法人格の否認の範囲を拡張することにつながるという議論は見当たらず、国際会計基準の導入により、仮に、債権者保護の観点から何らかの問題が生ずるとしても、その問題の解決が法人格の否認という形で図られることは想定しにくいようである。

Abbreviation

AC	Appeal Cases
A.C.	Canadian Reports, Appeal Cases
All ER	All England Law Reports
ALR	Australian Law Reports
<i>Ann.dir.proc.pen.</i>	<i>Annali di diritto e procedura penale</i>
A.R.	Alberta Reports
BCLC	Butterworths Company Law Cases
B.L.R.	Business Law Reports
C.B.R.	Canadian Bankruptcy Reports
Ch.	Chancery
CLR	Commonwealth Law Reports
D.L.R.	Dominion Law Reports
ΕΕμπΔ	Επιθεώρηση Εμπορικού Δικαίου [Corporate Law Review]
ΕΝΔ	Επιθεώρηση Ναυτικού Δικαίου [Maritime Law Review]
FCR	Federal Case Reports
<i>Giur.comm.</i>	<i>Giurisprudenza commerciale</i>
<i>Giur.compl.Cass.pen.</i>	<i>Giurisprudenza completa della Corte suprema di cassazione - sezioni penali</i>
<i>Giur.it.</i>	<i>Giurisprudenza italiana</i>
<i>Giust.civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>
<i>Giust.civ.Mass.</i>	<i>Giustizia civile - massimario annotato dalla Cassazione</i>
<i>Giust.pen.</i>	<i>Giustizia penale</i>
IEHC	Ireland High Court of Ireland
ILRM	Irish Law Reports Monthly
IR	Irish Reports
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
<i>Mass.Foro it.</i>	<i>Massimario della giurisprudenza italiana</i>
Nfld. & P.E.I.R.	Newfoundland & Prince Edward Island Reports
NI	Northern Ireland Law Reports
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NSWLR	New South Wales Law Reports
NZCLC	New Zealand Company Law Cases
NZELC	New Zealand Employment Law Cases

NZLR	New Zealand Law Reports
O.J.	Ontario Judgments
O.R.	Ontario Reports
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
O.W.N.	Ontario Weekly Notes
ΠειρΝ	Πειραϊκή Νομολογία [Decisions of Piraeus]
Qd. R.	Queensland Reports
<i>Rass.dir.civ.</i>	<i>Rassegna di diritto civile</i>
<i>Riv.dir.civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv.dir.comm.</i>	<i>Rivista dei diritto commerciale</i>
<i>Riv.pen.</i>	<i>Rivista penale</i>
<i>Riv.soc.</i>	<i>Rivista delle società</i>
RJ	Repertorio de jurisprudencia
R.J.Q.	Recueil de Jurisprudence du Quebec
Rt.	Norsk Retstidende
SC	Session Cases
SCC	Supreme Court of Canada
S.C.R.	Supreme Court Reports
SOU	Statens Offentliga Utredningar
St.meld.	Stortingsmelding
T.L.R.	The Times Law Reports
T.R.V.	<i>Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap</i>
TVVS	<i>Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen</i>
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen
VSC	Victoria Supreme Court
VR	Victorian Reports
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
W.W.R.	Western Weekly Reports

Bibliography

- Magnus Aarbakke (2004), *Medvirkeransvar og identifikasjonsansvar i aksjeog allmennaksjeselskapsforhold*, 19. oktober 2004,
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/medvirkeransvar-og-identifikasjonsansvar/2.html?id=278396# >
- Kristin Normann Aarum (1994), *Styrelsemedlemmers erstatningsnsvar i aksjeselskaper*, Ad Notam Gyldendal
- Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency (1986), *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*
- Manne Airaksine, Pekka Pulkkinen ja Vesa Rasinaho (2007), *Osakeyhtiölaki II*, Talentum
- M.H. Andenæs (2006), *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utg., Lobo Media
- C. Angelici e G.B. Ferri (a cura di) (1991), *Manuale di diritto commerciale*, UTET
- Tullio Asacrelli (1954), Considerazioni in tema di società e personalità giuridica, *Riv.dir. comm.* 1954 (anno 52), I: 245-270, 333-349 e 421-443
- Dimitris K. Avgitidis (1996), *Groups of Companies: The Liability of the Parent Company for the Debts of its Subsidiary*, Ant. N. Sakkoulas
- Dimitris K. Avgitidis (2002), *Lifting of the corporate veil in law on company limited by shares* (Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στο δίκαιο της ΑΕ), in: E.Peraki (ed.) *Law of Company Limited by Shares* (Το δίκαιο της ανώνυμης εταιρείας), Εισαγωγικό μέρος και γενικές διατάξεις (άρθρα 1-7 κ. ν. 2190 / 1920)(Introductory part and general provisions (Articles 1-7 of N. 2190/1920)), vol. 1, Νομική Βιβλιοθήκη
- S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyjn (2000), *Van het concern*, 4e dr., Gouda Quint
- S.M. Bartman and J. Roest (1994), Piercing the corporate veil in the Netherlands and Germany: a convergent legal development, in: K. Boele-Woelki, K. et al. (eds.),

Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration in honour of Dimitra Kokkini-Iatridou, Nijhoff: 3-14

Robert Baxt and Timothy Lane (1998), Developments in relation to corporate groups and the responsibilities of directors – some insights and new directions, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, no.8: 628-653

E. Betti (1957), Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, I, 1957: 353-371

Cecile M. Bervoets (2005), Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften, in: Susanne Kalss, *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Linde: 593-655

Walter Bigiavi (1957), *L'imprenditore occulto*, CEDAM

Walter Bigiavi (1962), *Difesa dell'imprenditore occulto*, CEDAM

Franco Bonelli (1992), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè

O.A. Borum (1971), Disregard of Legal Entity, in: *Festskrift til Folketingets ombudsmand professor, dr. jur. Stephan Hurwitz 20. juni 1971: Liber amicorum in honour of professor Stephan Hurwitz LL.D*, Juristforbundet: 75-85

H.E. Boschma, M.L. Lenmarts en J.N. Schutte-Veenstra (2005), *Alternative Systems for Capital Protection*, Institute of Company Law

Per Brunsvig (1988), Hva eier en aksjeeier?, in: Thor Falkanger (red.), *Lov, Dom og Bok, Festskrift til Sjur Brækhus*, Universitetsforlaget

Mario Bussoletti (2008), L'influenza degli IAS/IFRS su determinazione degli utili e impiego delle reserve, in: AA.vv., *IAS/IFRS la modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Giuffrè: 153-192

Claudio Capponi (1988), Superamento della personalità giuridica?, *Riv.dir.comm.*, 1988 (anno 86, fasc. 1/2), II: 4-18

Francisco Manuel de Carvalho Serra Granjeira (2002), *Breves Notas sobre A teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas*, *Verbo Jurídico*, Março de 2002,
<<http://www.verbojuridico.com/doutrina/comercial/scoligadas.html>>

Comissão de Acompanhamento do Novo Sistema de Normalização Contabilística (2009), *Novo Sistema de Normalização Contabilística Alterações introduzidas após o processo de audição pública*

C. Comporti (2003), sub art. 2447 *quinquies*, in: M. Sandulli e V.Santoro (a cura di), *La riforma delle società*, vol. 2, tomo II, G. Giappichelli: 985-990

António Pedro Cordeiro (2008), *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 3ª ed., Universidade Lusíada Editora

Corporate Law Policy Directorate (2001), *Insolvency Law in the Global Knowledge-Based Economy*

Corporations Amendment (Corporate Reporting Reform) Bill 2010, Explanatory Material (2009-2010 The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives),
<http://www.treasury.gov.au/documents/1677/PDF/Draft_Explanatory_Material.pdf>

Ricardo Costa (2004), *Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão*, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 30: 10-14

Edoardo Courir (1997), *Limiti alla responsabilità imprenditoriale e rischi di terzi*, Giuffrè

Nis Jul Clausen (1989), *Disregard of Legal Entity - Danish Case Law*, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 31: 79-94

T.B. Courtney (2002), *The Law of Private Companies*, 2nd ed., Butterworths

Department of Trade and Industry (DTI) (2005), *Guidance for British companies on changes to reporting and accounting provisions of the Companies Act 1985*,
<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.berr.gov.uk/files/file21617.doc>>

- J.M. van Dijk (2004), Van prefs die vreemd vermogen zijn, *Ondernemingsrecht* 2004, 73: 211-214.
- N. Distaso (1971), Superamento della personalità giuridica nei casi di abuso della stessa e ordinamento giuridico italiano, in: Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Personalità giuridica e gruppi organizzati*, Giuffrè: 161-180
- R.C. van Dongen (1995), *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, Kluwer
- Rolf Dotevall (1989), *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör*, Norstedts Juridik
- José Miguel Embid Irujo (1998), Protección de acreedores, grupo de sociedades y levantamiento del velo de la personalidad jurídica, *Revista de Derecho de Sociedades*, Año 1998, N.º. 11: 363-373
- José A. Engrácia Antunes (2002), *Os Grupos de Sociedades*, 2.^a edição, Almedina
- European Commission, DG Internal Market (2005), *Report on impacts of raised thresholds defining SMEs*
- John H. Farrar (1998), Legal issues involving corporate groups, *Company and Securities Law Journal*, vol.16, no.3: 184-203
- Fédération des Experts Comptables Européens (FEE) (2007), *FEE Discussion Paper on Alternatives to Capital Maintenance Regimes*
- R.P. Austin and I.M. Ramsay (2007), *Ford's Principles of Corporations Law*, 13th ed., LexisNexis Butterworths
- V.C.A. Funaioli (1952), I rapporti di fatto in materia contrattuale, *Annali dell'Università di Ferrara*, vol.10, I: 103 e ss
- Francesco Galgano (1965), Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica, *Riv.dir.civ.* 1965, I: 553-633

Francesco Galgano (1968), Il costo della persona giuridica, *Riv.soc.* 1968 (anno 13, n.1): 1-16

Francesco Galgano (1983), Le società e lo schermo della personalità giuridica, *Giur.comm.* 1983 (anno 10), I, 5-16

Francesco Galgano (1987), L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito (e negli «obiter dicta» della Cassazione), *Contratto e impresa*, 1987 (anno 3, fisc.2): 365-381

Francesco Galgano (2004), *Diritto civile e commerciale*, vol.III, tomo 2, CEDAM

Inocência Galvão Telles (1979), Venda a descendentes e o problema da superação da personalidade jurídica das sociedades, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 39: 513-562

C.J.A. van Geffen (2004), De grens tussen eigen en vreemd vermogen, *Ondernemingsrecht* 2004, 72: 207-211

Leonidas N. Georgakopoulos (1965), *Law of the Companies* (Το δίκαιον των εταιρειών), vol. I, Athens [n.a.]

Gianvito Giannelli (2004), sub. art. 2447-*quinquies*, in: G. Niccolini e A. Stagno D'Alcontres (a cura di), *Società di capitali, commentario*, Jovene: 1240-1247

H. V. Godsk Pedersen (1985), Civilretlig identifikation i relation til kreditorer, *Ugeskrift for retsvæsen*, 1985 (119. årgang), B: 352-360

Roy Goode (1998), Insolvent Trading under English and Australian Law, *Company and Securities Law Journal*, vol. 18, no. 3: 170-175

L.C.B. Gower (1992), *Modern Company Law*, 5th ed., Sweet & Maxwell

L.C.B. Gower and Paul L. Davis (2003), *Principles of Modern Company Law*, 7th ed., Sweet & Maxwell,

R. Grantham and C. Rickett (2002), *Company and Securities Law: Commentary and Materials*,

Brookers

Leif Gustafsson (ed.) (1998), *Business Laws in the Nordic Countries – Legal and tax aspect*,
Norstedts Juridik

C.M. Harmsen (2005), Financiële instrumenten en de rubricering ervan in de jaarrekening
onder IFRS, *Onderneming & Financiering*, 2005, nr. 66: 17-21

J. Harris (2005), Lifting the Corporate Veil on the Basis of an Implied Agency: A
Re-Evaluation of Smith, Stone and Knight, *Company and Securities Law Journal*, vol. 23, no.
1: 7-27

High Level Group of Company Law Experts (2002), *Report on a Modern Regulatory
Framework for the Company Law in Europe*,
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf>

Peter Holgate and Elizabeth Buckley (2009), *Accounting Principles for Non-Executive Directors*,
Cambridge University Press

L.G.H.J. Houwen, A.P. Schoonbrood-Wessels en J.A.W. Schreurs (1993), *Aansprakelijkheid in
concernverhoudingen*, Kluwer

B. Inzitari (2003), *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lettera a, c.c.)*,
Contratto e impresa, 2003 (anno 19, fisc.1): 164-180

Ahti Kaarenoja ja Seppo Suontausta (2007), Maksukyvyttömyys ja osakeyhtiön varojenjako,
Defensor Legis 2007, N:o 2: 239-256

R. Keane (2000) *Company Law*, 3rd ed., Butterworths

KPMG (2008) *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by
the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the
impact on profit distribution of the new EU accounting regime -Main Report*,
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/capital/feasibility/study_en.pdf>

M.L. Lennarts (1999), *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer

- M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra (2004), *Versoepeling van het BV-Kapitaalbeschermingsrecht*,
 <<http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2007/01/26/versoepeling-van-het-bv-kapitaalbeschermingsrecht/kapitaalbescherming.pdf> >
- Tatu Leppänen (1991), Vastuun samastus osakeyhtiön konkurssissa, *Hakemisto oikeustiede - Jurisprudentiassa*, XXIV: 271–332
- Th. Liakopoulos (1993), *Lifting of the corporate veil in case-law* (Η άρση της αυτοτέλειας του νομικού προσώπου στη νομολογία), 2nd ed., Αφοί Π. Σάκκουλα (Bros P. Sakkoulas)
- Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö I*, Sanoma Pro
- Jukka Mähönen ja Seppo Villa (2006), *Osakeyhtiö III*, Sanoma Pro
- Gianmaria Marano (2004), *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n.57
- Marketplace Framework Policy Branch (2002), *Report on the Operation and Administration of Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*
- Fulvio Mecenate (1993), La teoria della persona “relativa”, l’amoeba giuridica di Carnelutti: i precedent storici della teoria delle forme intermedie di soggettività, *Rass. dir.civ.* 1993 (anno 14, n.2): 380-410
- A.L. Mohr (1996), Vereenzelviging; beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, WPNR 6243, 789-790
- Umberto Navarrini (1939), *Trattato di diritto fallimentare second la nuove legislazione*, 3^a ed., Nicola Zanichelli
- Charlotte Neff and Elizabeth Portman (1998), Corporations, in: *Canadian Encyclopedic Digest* (Western), vol.8, 3rd ed., Carswell
- S. Ottolenghi (1990), From Peeping behind the Corporate Veil, to Ignoring It Completely,

The Modern Law Review, vol.53, no.3: 338-353

K.Pampoukis (1991), *Law of the Company Limited by Shares* (Δίκαιο ανώνυμης εταιρίας), Issue A, 3rd ed., Σάκκουλα (Sakkoulas)

Piero Pajardi (2004), *Codice del fallimento*, 5^a ed., Giuffrè

L. Parrella (2002), *Versamenti in denaro dei soci e conferimenti nelle società di capitali*, Giuffrè

J. Payne (1997), *Lifting the corporate veil: a reassessment of the fraud exception*, *Cambridge Law Journal*, vol.56, no.2: 284-290

G.L. Pellizzi (1978), *Personalità giuridica e infrazioni valutarie*, *Banca, borsa e titoli di credit*, 1978 (anno 41), I: 257-270

G.L. Pellizzi (1981), *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota formula* (Esperienze delle banche), *Riv.dir.civ.* 1981 (anno 27): 481-493

Pro-active Accounting Activities in Europe (PAAinE) (2008), *Distinguishing between Liabilities and Equity*

Luis Fernández del Pozo (2008), *El requisito de mantenimiento de la integridad del capital social tras la reforma contable* (Ley 16/2007, de 4 de julio),

<<http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2008/03/EI%20requisito%20de%20mantenimiento%20de%20la%20integridad%20del%20capital%20social%20%20tras%20la%20reforma%20contable.pdf>>

M.J.G.C. Raaijmakers (1977), *Over verschuivingen in het toerekeningspatroon bij rechtspersonen. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging*, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, eerste stuk, W.E.J. Tjeenk Willink: 5-80

Giuseppe Ragusa Maggiore (1994), *Istituzioni di diritto fallimentare*, 2^a ed., CEDAM

Giuseppe Ragusa Maggiore (2000), *Premessa semantica ad una teoria sulle società per azioni*, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali* 2000 (anno 75), I: 945-976

- I. Ramsay and G. Stapledon (1998), *Corporate Groups in Australia*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation
- H.K.O. Reimers (2004), Aandelen met kenmerken van eigen en vreemd vermogen onder IAS 32, *Ondernemingsrecht*, 2004, 242: 627- 629
- Review Committee (1981), *Insolvency Law and Practice: Report of the Review Committee*, Cmnd 8558 (Cork Report)
- Maria de Fátima Ribeiro (2009), *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Edições Almedina
- L. Ricca (1965), *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Giuffrè
- Jonathan Rickford (2006), Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders: Balance sheet tests and solvency tests, *European Business Organization Law Review*, vol.7, no.1: 135-179
- Jonathan Rickford *et al.* (2004), Reforming Capital: Report of Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, *European Business Law Review*, vol. 15, no.4: 919-1027
- Carmén Boldó Roda (2000), *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 3ª. Edición, Editorial Aranzadi
- Carmen Boldó Roda (2002), Veinte años de application de la doctrina del levantamiento del velo jurídico por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, in: *Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, vol. I, McGraw-Hill Interamericana de España: 25-52
- H.L.J. Roelvink (1977), Door rechtspersonen heen kijken. Preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereniging*, deel 1, eerste stuk, W.E.J. Tjeenk Willink: 81-176
- H.L.J. Roelvink (1988), De "corporate veil" in recente rechtspraak, in: S.C.J.J. Kortman, A.V.M. en Struycken *et al.*, *Van vennootschappelijk belang* (Liber Amicorum Prof. Mr. J.J.M Maeijer), W.E.J. Tjeenk Willink: 217-226

- Pavone la Rosa (1967), La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi, *Riv.dir.civ.* 1967 (anno 13), I: 623-686
- Michael J. Ross (1994), Evaluating New Zealand's Companies Law, *Agenda*, vol.1, no.2: 189-196
- Catalina Ruiz-Rico Ruiz (2000), El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas, tendentes a reducir su aplicabilidad, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 53, N° 3: 923-937
- Stéphane Rousseau (2005), Directors' Duty of Care after *Peoples*: Would it be wise to worrying about liability?, *Canadian Business Law Journal*, vol.41, no. 2&3: 223-235
- Janis P. Sarra and Ronald B. Davis (2002), *Director and Officer Liability in Corporate Insolvency: A comprehensive guide to rights and obligations*, Butterworths
- Clive M. Schmitthoff (1976), Salomon in the Shadow, *Journal of Business Law* 1976: 305-312
- Christian Schwarz- Hansen (2001), Fordele og ulemper ved et hæftelsesgennembrudsinstitut i dansk koncernret, *Nordisk Tidsskrift for selskabsret*, 3. årg, nr.4: 433-448
- Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation (1970), *Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*
- G. Tantini (2004), I versamenti dei soci alla società, in: G.E. Colombo e G. B. Portale (dir.), *Trattato delle società per azioni*, UTET, Vol. 1, tomo 3: 743-800
- Marcello Tarabusi (2007), Strumenti finanziari partecipativi, diritto di recesso e principi contabili internazionali: esiste ancora il sistema del netto?, *Giur.comm.* 2007, I: 456-483
- D.Thomson (2000), Directors, Creditors and Insolvency, *University of Toronto Faculty of Law Review*, vol.58, no.1: 31-52
- L. Timmerman (1996), Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen, *TVVS* 1996/5: 134-137

- M. Elena Tranfaglia e Elisabetta Piccini (2010), *I rapporti contrattuali di fatto*, CEDAM
- K. Vanderkerckhove (2000), Vereenzelviging en het doorbreken van de rechtssubjectiviteit van verbonden vennootschappen, T.R.V. 2000: 275-283
- K. Vandekerckhove (2007), *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International
- Rüdiger Veil (2006), Capital Maintenance, in: Marcus Lutter (ed.), *Legal Capital in Europe*, De Gruyter: 75-93
- R. Weigmann (1994), La responsabilità limitata delle società di capitali di fronte ai fatti illeciti, in: P. Cendon (a cura di), *Studi in onore di R. Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, tomo 2, Giuffrè: 1231-1254
- Erik Werlauff (1997), Hæftelsesgennembrud for skattegæld og anden tvangsmæssig gæld, *Tidsskrift for Skatter og Afgifter*, Vol. Nr. 46, No. Artk. 822: 2150-2160
- João Nuno Zenha Martins (2001), A Descentralização produtiva e os grupos de empresas ante os novos horizontes laborais, *Questões Laborais*, Ano VIII-2001, n.º 18: 190-235
- Jacob S. Ziegel (1993), Creditors as Corporate Stakeholders: The Quiet Revolution - An Anglo-Canadian Perspective, *University of Toronto Law Journal*, vol. 43, no.3: 511-531
- 石山卓磨(1984)『事実上の取締役理論とその展開』(成文堂)
- 石山卓磨(1999)「英国法における事実上の取締役と影の取締役の関係」『比較会社法研究第1巻』(成文堂): 3-19
- 伊藤邦雄(1996)『会計制度のダイナミズム』(岩波書店)
- 後藤元(2007)『株主有限責任制度の弊害と過少資本による株主の責任』(商事法務)
- 斎藤静樹(1993)「日本の会計基準とディスクロージャー制度」金融研究12巻3号: 75-96
- 齊藤真紀(2001)「子会社の管理と親会社の責任(二)」法学論叢149巻3号: 1-30
- 坂本達也(2009)『影の取締役の基礎的考察』(多賀出版)
- 佐藤鉄男(1991)『取締役倒産責任論』(信山社)
- 中島弘雅(1998)「新再建倒産手続の1つの方向(下)」ジュリスト1142号: 95-100
- 中島弘雅(1999)「倒産責任としての取締役資格剥奪について」『社団と証券の法理』(商事法務研究会): 437-460

中村信男(1989)「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集51号: 165-192
中村康江(2000)「英国における取締役の資格剥奪(1)」立命館法学273号: 2236-2293
中村康江(2001)「英国における取締役の資格剥奪(2)」立命館法学277号: 884-929
本間法之(1996)「イギリス倒産法における『不当取引 Wrongful Trading』」『民事訴訟法学
の新たな展開』(成文堂): 563-584
弥永真生(1997)「計算書類の登記所における公開」商事法務1474号: 8-12
弥永真生(2003)「商法からみた企業結合会計のあり方」企業会計55巻10号: 1481-1489
吉原和志(1985a)「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護—より実効的な規制への展望
(1)」法学協会雑誌102巻3号: 423-491
吉原和志(1985b)「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護—より実効的な規制への展望
(2)」法学協会雑誌102巻5号: 881-977
吉原和志(1985c)「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護—より実効的な規制への展望
(3)」法学協会雑誌102巻8号: 1431-1531

Ot.prp. nr. 33 (1988-89) *Om lov om endringer i lov 13. mars 1981 nr 6 om vern mot
forurensninger og om avfall (forurensningsloven) m v (Erstatningsansvar ved
forurensningsskade)*

Ot.prp. nr. 23 (1996-97) *Om lov om aksjeselskaper (aksjeloven) og lov om allmennaksjeselskaper
(allmennaksjeloven)*<<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/19961997/otprp-nr-23-1996-97-/12.html?id=299759>>

Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) *Om lov om endringer i aksjelovgivningene mv.*
<<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/regpubl/otprp/20052006/otprp-nr-55-2005-2006-.html?id=401810>>

Utenriksdepartementet, St.meld. nr. 10 (2008-2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global
økonomi*
<<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ud/dok/regpubl/stmeld/2008-2009/stmeld-nr-10-2008-2009-.html>>

SOU 1999:36 *Likvidation av aktiebolag*