

共同研究

## ドイツにおける企業法・会社法 (14)

Unternehmens- und Gesellschaftsrecht in Deutschland (14)

日独比較企業法研究会  
(代表 小宮靖毅)\*

ドイツおよび EU の規制影響評価における  
「同族企業テスト」導入の提案について

**Ein Vorschlag zur Einführung eines „Familienunternehmen-Tests“  
zur Gesetzesfolgenabschätzung in der Bundesrepublik Deutschland  
und der EU**

木村領介\*\*

### 目次

- I. 序
- II. ドイツにおける「同族会社」の概念と特徴
- III. ドイツおよび EU における「同族企業テスト」導入の提案
- IV. 結びにかえて

---

\* 所員・中央大学法学部教授

\*\* 嘱託研究所員・明治大学法学部助手

## I. 序

### 1. はじめに

ドイツでは、自動車・化学・製薬企業など広範な産業分野において創業から長い歴史を持つ著名な「同族企業」(Familienunternehmen) が多数存在している。このような同族企業の多くは会社形態を用いて「同族会社」(Familiengesellschaft) として大規模に営まれており、ドイツの国民経済においても重要な地位を占めているとされる<sup>1)</sup>。また、このような同族企業の経済的重要性は、ドイツだけでなく EU レベルでも認識されるようになってきている<sup>2)</sup>。

ドイツや EU における「同族会社」への認識の高まりもあり、近年、ドイツや EU の立法手続においてなされている「規制影響評価」(Gesetzesfolgenabschätzung: GFA: Regulatory Impact Assessment: RIA) に、規制案による「同族企業」への特別な負担を評価するための「同族企業テスト」(Familienunternehmen-Test) を導入することが提案されている。EU 議会では「同族企業テスト」導入に向けた調査および検討を促す決議も採択されており<sup>3)</sup>、ドイツ語圏における同族企業の業界組織である Stiftung Familienunternehmen からは、以下で紹介するような具体的なテスト案も示されている<sup>4)</sup>。

---

1) Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim und vom Institut für Mittelstandsforschung Mannheim, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), *Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen*, 5. Auflage, München 2019.

2) EU における同族企業の経済的重要性については、KMU Forschung Austria, *Overview of family business relevant issues*, Vienna 2008, S. 39 ff.

3) Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. 9. 2015 zu Familienunternehmen in Europa (2014/2210 (INI)), ABl. Nr. C 316/05 vom 22. 9. 2017, S. 57.

4) Stiftung Familienunternehmen, *Stiftung Familienunternehmen legt Modell für Familienunternehmen-Test in deutscher und europäischer Gesetzgebung vor*, vom 8.

近時、わが国の会社法学説でも「同族会社」について、これまで小規模閉鎖会社の法的規整の議論の延長と位置づけて捉えてきたことは正確とはいえず、それを捉え直す必要があると指摘されている<sup>5)</sup>。本稿は、同族会社の法的規整をめぐる比較法的検討として、EUおよびドイツにおける「同族企業テスト」の導入の議論について、とりわけ、具体的なテスト案を示している Stiftung Familienunternehmen<sup>6)</sup>が委託し、ミュンヘン大学 Mathias Habersack 教授によって作成された報告書「同族企業のための規制影響評価——ドイツおよびEUにおける同族企業テストについて」<sup>7)</sup>(以下では「報告書」とする)を考察することで、わが国の会社法学説への示唆を得ることを試みる。

以下では、それに先立って、ドイツおよびEUにおける「規制影響評価」について簡単に概観することとしたい。

## 2. ドイツおよびEUにおける「規制影響評価」

ドイツやEUにおける現代的立法の構成要素とされる「規制影響評価」とは、法律の重大な作用であり、その作用には意図した作用と意図しない副次的作用が含まれる「規制影響」(Gesetzesfolge)を把握、分析および

---

6. 2020 (<https://www.familienunternehmen.de/de/pressebereich/meldungen/2020/2020-06-08/modell-fuer-familienunternehmen-test> (2023年1月29日最終閲覧))。

5) 仲卓真「同族会社に関する基礎的考察」齊藤真紀ほか(編)川濱昇先生・前田雅弘先生・洲崎博史先生・北村雅史先生還暦記念『企業と法をめぐる現代的課題』1頁、7-9頁(商事法務, 2021)。

6) 同財団については、Stiftung Familienunternehmen, *Die Stiftung Familienunternehmen* (<https://www.familienunternehmen.de/de/die-stiftung-familienunternehmen> (2023年1月29日最終閲覧))。

7) Mathias Habersack, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), *Gesetzesfolgen für Familienunternehmen abschätzen — Ein Familienunternehmen-Test für Deutschland und EU*, München 2020; なお、同内容の簡略版が ders, ZIP 2020, 2093 ff. に掲載されている。

記録することとされる<sup>8)</sup>。ドイツの連邦各省共通職務規程 (GGO)<sup>9)</sup>は、法律案起草段階において規制影響評価をなし、その結果を立法理由書 (Begründung) に記載しなければならないと規定を置いている (§§ 43 Abs. 1 Nr. 5, 44 GGO)<sup>10)</sup>。連邦各省の立法担当官は、「規制影響評価」として、連邦法律を遵守したことによる市民、経済および行政の時間的コストおよび費用負担の総体としての「遵守負担」(Erfüllungsaufwand)<sup>11)</sup>を析出し、提示しなければならない (§ 44 Abs. 4 GGO)。

共通職務規程は、規制案が与える経済への影響評価のための要素として、中小企業への規制影響を示さなければならないと定める (§ 44 Abs. 5 Nr. 1 GGO)。その際に立法担当官が中小企業の「遵守負担」を評価する基準として用いるのが、連邦政府、国家法規監理委員会および連邦統計局により作成された「立法影響評価における中小企業の懸念を考慮するための手引き」、いわゆる、「中小企業テスト」(KMU テスト)<sup>12)</sup>である。

KMU テストは、従業員 4 名 (当該企業の所有者を含む) で、年商 (Jah-

---

8) Carl Böhret/Götz Konzendorf, *Moderner Staat-Moderne Verwaltung, Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, 2000, S. 6.

9) Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien vom 30. 8. 2000, GMBL S. 526 (Nr. 28).

10) なお、ドイツにおける法律作成に関する規制については、正井章彦「法務省令 (会社法施行規則) の問題点と評価」森淳二郎 = 上村達男 (編) 『会社法における主要論点の評価』45頁, 77-81頁 (中央経済社, 2006) が詳しい。

11) ここでの「遵守負担」の法律上の定義は、「国家法規監理委員会法」(Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates (NKRK) vom 14. 8. 2006, BGBl. I S. 866.) に基づいている (§ 2 NKRK)。なお、同法については、斎藤純子「ドイツの国家法規監理委員会法—法規による行政手続事務負担の軽減に向けて」外国の立法 (国立国会図書館調査及び立法考査局) 231号99頁 (2007) が詳しい。

12) Leitfaden zur Berücksichtigung der Belange mittelständischer Unternehmen in der Gesetzesfolgenabschätzung von 30. 12. 2015 (以下では「KMU-Test」と引用する)。

resumsatz) が60万ユーロの企業を想定して<sup>13)</sup>、第1段階で(i)規制案が中小企業に関係するののか (→ Ja/Nein)、(ii)規制案が経済全体に対して100万ユーロ以上または1企業あたり100ユーロ以上の遵守負担の増加をもたらすことが推定されるか (→ Ja/Nein)<sup>14)</sup>を判定する。当該規制案が第1段階の(i)、(ii)に該当する場合には、第2段階に進み、どのような事例において中小企業における負担およびその他の費用を発生させるのかを具体的に特定する。続けて第3段階においては、どのように適切な代替案や支援措置によって中小企業の負担を軽減することができるかが検討される。より具体的には例外規定 (企業規模などによる規制の実施方法の区分や適用除外など) を駆使することや規制の対象となる中小企業に対する情報提供のためのキャンペーンの実施や公的な支援策の導入 (助成金などの資金援助や助言サービス) などが考慮される。なお、適切な代替案や支援措置が全くない場合にはその旨を記述すべきとされる<sup>15)</sup>。

EUにおいても規制影響評価として“guidelines”と“toolbox”が確立されている<sup>16)</sup>。“toolbox”には、ドイツのKMUテストに相当する“SMEテスト”<sup>17)</sup>があり、EUにおける中小企業政策を規制案に反映しており、これは2013年6月29日EU貸借対照表指令 (BinlanzRL)<sup>18)</sup>における会社の規模

13) KMU-Test, Einl. S. 2.

14) 前者の「経済全体に対して100万ユーロ以上の負担増」という基準は、規制案が10万社に影響する場合に1企業あたり毎年10ユーロの負担増が見込まれれば満たされるとされる (vgl. KMU-Test, S. 3 Fn. 3)。後者の「1企業あたり100ユーロ以上の負担増」という基準は、規制案が影響する企業が1万社未満である場合のみ適用され、これ以外は前者の基準によって評価される (vgl. KMU-Test, S. 3 Fn. 4)。

15) KMU-Test, S. 6.

16) “guidelines”と“toolbox”については、[https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation\\_en](https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation_en) (2023年1月29日最終閲覧)

17) Vgl. European Commission, *Better regulation toolbox*, 2021, S. 181 ff.

18) Richtlinie 2013/34/EU, ABl. Nr. L 182/19 vom 29. 6. 2013. 同指令については、高橋英治『ヨーロッパ会社法概説』178-199頁 (中央経済社, 2020) 参照。

に応じた会計制度や零細企業および中小企業のための簡素化措置などに表れている。

### 3. 「同族企業テスト」の必要性

現行のドイツおよびEUの規制影響評価の実務では、同族構成員による支配的影響力、世代を超えた事業という特性、それらと結びついた企業金融の制約や持続的な事業活動への強い関心を持つといった「同族企業」の特殊性が考慮されておらず、立法担当官も同族企業に特殊性があることや同族企業が多く法規定との特別な関連性があることを、ほとんど認識していないと指摘される<sup>19)</sup>。Habersack 教授の報告書によれば、「同族企業テスト」の導入は、同族会社に特有な行動についての意識を高め、同族会社および国民経済を予期せぬ悪影響から守ることに役立つとして、その必要性を説いている<sup>20)</sup>。

これに加えてKMUテストは、従業員4人（当該企業の所有者を含む）で、年商60万ユーロの企業を想定するに過ぎず、大規模な同族企業は含まれないほか、中小規模の同族企業にとっても、同族企業としての特殊性が反映されないことから、同族企業にとっては不十分なものといえ、EUのSMEテストも同様である<sup>21)</sup>。また、KMUテストもSMEテストも中小企業の「遵守負担」というコスト面での懸念を特定するための評価基準であり、規制案が与える同族企業に対する「特別な負担」の配慮を組み込んでおらず、「同族企業テスト」による補完が必要であると説く<sup>22)</sup>。

以下では、Habersack 教授による報告書の内容に沿って、まず、「同族企業テスト」が想定する「同族企業」について概観することで、ドイツに

---

19) European Commission, *Final Report of the Expert Group — Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies*, November 2009, S. 12.

20) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 1 f.

21) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 3 f.

22) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 5.

において「同族企業」がどのように捉えられるのか、その理論状況について考察してゆく(Ⅱ)。続けて、報告書における具体的な「同族企業テスト」の提案について検討する(Ⅲ)。最後に、わが国への示唆を示すことで結びにかえたい(Ⅳ)。

## Ⅱ. ドイツにおける「同族会社」の概念と特徴

### 1. 総 説

報告書が対象とする「同族企業」とは、「同族会社」(Familiengellschaft)であるとされ、それは家族的な結合状態にある社員が支配的影響力を持つ会社であるという。それは同族企業の世代を超える特性や特徴的な持続的経営への執着が、同族会社の場合は、会社契約上の合意やその他の債務法上の合意の結果として、いわば制度化されている。また、税法や相続法は個人企業の世代交代にも関連するが、個人企業には適用のしようのない会社法の規定、貸借対照表法や資本市場法の規定の適用が「同族会社」の懸念となっていることから<sup>23)</sup>、検討の対象は「同族会社」に絞るべきとする。

そのうえで報告書は、同族会社の概念・特徴について整理するものの、「同族企業テスト」にとって「同族企業」の定義は必要ないとする。これは「同族会社」という概念が、法形態には関係なく、社員の家族的結合に係る特徴(Charakteristika)を考慮して構築すればよいという考えに基づいている<sup>24)</sup>。

### 2. 同族会社の概念——法律における概念と現在の有力な概念

ドイツでは、1985年貸借対照表指令法(BiRiLiG)<sup>25)</sup>によって改正される

---

23) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 7.

24) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 8.

25) Gesetz zur Durchführung der Vierten, Siebten und Achten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts,

以前までは、株式法のなかに「同族会社」の定義規定が存在していた (§ 157 Abs. 4 Nr. 2 AktG a.F.)<sup>26)</sup>。また、現行の法律のなかにも「3分の1参加法」(DrittelbG)<sup>27)</sup>に「同族会社」の定義規定が残されている。同法1条1号1文が、1994年8月10日以前に登録された株式会社も、従業員数500人未満であれば共同決定の対象とされ、同2文で同1文の適用は「同族会社」につき免除している。そして、同3文が「株主が唯一の自然人からなる又はその株主が、国税通則法 (Abgabeordnung) 15条1項2号から8号までの意義における血族 (verwandt) または姻戚関係 (verschwägert) にある者からなる株式会社」を「同族会社」とみなすと規定している。

このような「同族会社」の定義は、共同決定法のための定義であり、一般的な「同族会社」の定義とはなり得ない。家族的結合による法形態の選択には、株式会社 (AG) だけでなく、有限会社 (GmbH) や人的会社 (Personengesellschaft) といった企業形態も含まれなければならない、これでは「同族会社」の概念を捉え切れているといえない。

これに対して、現在、有力に主張される「同族企業」の定義が, Stiftung Familienunternehmen によって示されている。これは概ね EU での定義<sup>28)</sup>に準じており、以下の通りである。

“規模を問わず、同族企業とは：

1. 決定権の多数 (派) が、当該企業を設立した自然人、当該企業に資本参加した自然人、または、それらの配偶者、親、その子もしくはその子の直接の相続人により所有されており、且つ、

---

BGBI. I 1985, S. 2355.

26) 1965年制定当初の株式法157条4項は損益計算書の項目区分を規律していた。なお、同規定における「同族会社」の定義は、後述する「3分の1参加法」の規定と同旨である。

27) Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von 18. 3. 2004, BGBI. I S. 974.

28) European Commission, a.a.O. (Fn. 19), S. 9 f.



2. 決定権の多数（派）が直接または間接的に成立しており、且つ／あるいは、
3. 同族の代表者またはその関係者が、少なくとも一名、当該企業の指揮（Leitung）あるいは監督（Kontrolle）に、事実にではなく地位を得て（offiziell）関与している企業である。

これを取引所上場企業に当てはめると、企業を設立した自然人または企業に資本参加した自然人、またはその親族もしくは子孫が、会社資本に対する持分に基づいて、決定権の25%以上を保有している、もしくは保有することになる。

この定義には、第一世代からの交代を経ていない同族企業も含まれる。また、個人事業主（Einzelunternehmer）や自営業者（Selbstständige）も含まれる（譲渡可能な法的統一体である限りで）。<sup>29)</sup>

基本的に会社形態でなされる「同族企業」を想定しながら、この定義は合名会社（OHG）、合資会社（KG）または有限会社（GmbH）といった人的性格が強い中小企業のための会社形態、大規模な企業が想定される株式会社（AG）や株式合資会社（KGaA）、また、取引所に上場している会社も含まれる会社の規模や企業主体の法形態に左右されないものとなっている。

この定義における「同族企業」の要件として重要なのが、同族構成員（Familienmitglieder）が会社の業務執行に重要な影響力を行使できることである。ここでの「同族」とは、設立者等の本人ほか、その配偶者、その親ならびに直接および間接の子孫であり、「同族構成員の影響力」は、同族の構成員に帰属する議決権（Stimmrecht）に表れるとして、閉鎖的会社の場合は、同族構成員による決定権の多数（派）形成を前提とし、資本市場を用いる公開会社であれば、通常、株主総会では議決権の40%から60

---

29) Stiftung Familienunternehmen, *Definition Familienunternehmen* (<https://www.familienunternehmen.de/de/definition-familienunternehmen> (2023年1月29日最終閲覧)).

%しか行使されないことを鑑み、20%から30%の資本参加<sup>30)</sup>の前提が想定されている。加えて、決定権の多数（派）の成立については、同族による決定権の多数（派）が直接的に成立する場合だけでなく、持株会社（Zwischenholding）などを介して間接的に成立する場合でもよい。

ただ、この定義によれば同族構成員の経営参加を「同族会社」の必須の要件とはしていない。これは学説でも議論があるが<sup>31)</sup>、少なくとも同族の構成員または関係者の一名が、指揮や監督に事実的ではなく地位を得て参加することは、同族会社の要件なのか、または、同族の重大な影響力にともなって現れる事実的な現象なのかということは、理論的性質の問題に過ぎない。ただ、報告書は同族が第三者に指揮を任せ、監査役会（Aufsichtsrat）や顧問会（Beirat）のかたちで<sup>32)</sup>、監督から手を引いていても、それは紛れもなく「同族会社」といえるから、一部の学説のように同族の経営参加を重視するのは疑問があると指摘している<sup>33)</sup>。

### 3. 同族会社の特徴

報告書によると「同族企業テスト」にとって重要なのは、上のような同族会社の要件や個々のメルクマールではなく、むしろ、この要件の背後に

---

30) 企業買収法（WpÜG）29条2項は、「支配」（Kontrolle）は対象会社における議決権の30%以上と定義する。

31) 反対するものとして、Max Foerster, *Zusammenspiel von Familienverfassung und Verbandsverfassung in der Familiengesellschaft*, BB 2019, 1411, 1415; Knut Werner Lange, *Corporate Governance in Familienunternehmen*, BB 2005, 2585, 2586.

32) 有限会社では、定款に規定を設けることで、企業共同決定に関する法律の適用がなくても任意に Aufsichtsrat を設置したり、Beirat などの名称で任意の機関を設置したりすることができる（高橋英治『ドイツ会社法概説』349頁（有斐閣、2012）参照）。また、同族会社における Beirat の実態については、Michael Woywode/ Detlef Keese/Jan Tänzler, *Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften -insbesondere Familienunternehmen- unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichtsgremien*, ZGR 2012, 418, 431 ff.

33) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 10.

ある事情であり、それと典型的に結びついている法的小よび経済的な状況や結果にあると指摘している<sup>34)</sup>。

a) 同族の影響力確保と信託に準ずる資本参加

同族会社としては、会社の業務執行に対する重要な（間接または直接の）影響力を、世代を超えて永続的に確保し、それにより同族外の第三者を犠牲にして企業への影響力の喪失を防ぐという同族社員（Familiengesellschafter）の努力があることが重要といえる。

そのために同族社員が具体的な影響力確保の手段として用いるのが「保護共同関係契約」（Schutzgemeinschaftsvertrag）である。これは典型的に、一方で、同族構成員または一族同士で統一的な議決権行使を確保するための議決権拘束合意であり、他方で、保護共同関係において、企業への参加を永続的に同族または一族同士で維持するための相互の取得権（Erwerbsrecht）および先買権（Vorkaufrecht）並びにそれに対応する売渡権（Andienungsrecht）を含むものである<sup>35)</sup>。

同族会社と同族財団との機能的類似性は、特に、持分を譲渡しようとする社員が、まずは当該会社の別の社員（同族会社の社員または保護共同関係の構成員）に当該持分を売り渡さなければならないとされ、さらに、その別の社員は一般的な取引価格よりも安い価格で当該持分を取得する権限があるという典型的なケースのなかで示されており、また、退社しようとする社員の代償請求権（Abfindungsanspruch）が一般的に制限されていることにも表れている。このような現象は同族社員の資本参加が、経済財（Wirtschaftsgut）というよりも、信託財産（Treuhandgut）や中世ドイツの荘園制度であるレーエン（Lehen）のような特徴を持つものであり、意識的な投資決定や資本の投入に基づいて得られるのではなく、同族への帰

34) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 11.

35) 保護共同関係契約の典型的な内容については、連邦通常裁判所（BGH）民事第2部による2つの判決によって示されている（BGH Urt. v. 13. 6. 1994 – IIZR 38/93, BGHZ 126, 226; BGH Urt. v. 24. 11. 2008 – IIZR 116/08, BGHZ 179, 13）。

属や相続人という地位に基づいて得られるという背景があることに起因している。

b) 自己金融の支配的地位

同族社員による影響力確保のための努力は、保護共同関係契約だけでなく、局外第三者による自己資本の供給を、多かれ少なかれ断念する傾向にあることにも表れており、これは法形態に関係なく同族会社全般に通用する。

株式会社では、無議決権優先株式を発行でき（§ 139 AktG）、これにより株主の影響力を高めることなしに、自己資本を増加させることができる。このような優先株式は実際に Porsche Automobilholding SE, Volkswagen AG, BMW AG や Henkel AG & Co. KGaA などで行われている。ただ、投資家は株式に埋め込まれた議決権の価値を理解しており、影響力を持ち得ない危険資本の負担を敬遠する現在の実務において、このような優先株式の新規発行はほとんどなされていないとされる。また、かつての Fresenius SE が、2011年に優先株式を普通株式に転換する際には、SE & Co. KGaA を採用して、必要な影響力を確保するために Else Kröner-Fresenius Stiftung を設立している<sup>36)</sup>。

株式会社以外の法形態でも無議決権持分の発行は可能である<sup>37)</sup>。例えば、Robert Bosch Stiftung は Robert Bosch GmbH に議決権なしで92%の資本参加をしている。ただ、上のように財団と組み合わせている場合を除いて、投資家が有限会社や人的会社に影響力なく参加するのは例外的であ

---

36) Fresenius SE & Co. KGaA における会社支配の構造については、小宮靖毅「上場にふさわしい株式」名城法学69巻1・2号127頁、132-134頁（2019）を参照。

37) 有限会社では定款規定により無議決権持分とすることができる（vgl. Angela Bartl, in: Harald Bartl/Angela Bartl/Klaus Beine/Detlef Koch/Eberhard Schlarb/Michaela Schmidt (Hrsg.), *GmbH-Recht*, Heidelberg 2019, § 47 Rn. 17）。また、人的会社でも無議決権持分とすることが可能とされる（vgl. Carsten Schäfer, in: Mathias Haberesack/ Carsten Schäfer, *Das Recht der OHG*, Berlin 2010, § 119 Rn. 66 f.）。

る。

無議決権持分は受け入れられていないが、局外第三者にも発行される議決権のある持分には躊躇があるとすれば、同族社員は増資で発行された持分を自分で引き受けるか、徹底した内部留保 (Thesaurierung) によって積立金を強化することで、会社の資金需要を満たすことになる。それと同時に、同族社員は、社員が退出する際に、過度な資本の流出への予防措置をなす必要があり、代償の制限を導入しなければならない。

また、同族会社では他人資本の受入れも限られた範囲しかできない。同族会社でも、通常のコバナンツでなされるような協議権 (Mitspracherecht) を放棄すれば、貸付けに応じる。また、転換社債 (Wandelanleihe) の発行は、転換権者が自己の債権を持分に転換して、社員になる権利を与えることになるから同族会社では論外とされる。

このように同族社員は世代を超えて影響力を確保するために高い代償を払っている。同族会社の資金調達は、同族社員による新たな自己資本の供給と内部留保でなされており、また、社員の退出の際にはその他の共同社員の取得権や代償請求権の制限によって過度な資本流出を防止している。これらはすべて同族会社における信託に準ずる資本参加が裏づけている。

#### 4. 小 括

同族会社の定義づけは困難といえ、報告書も「同族企業テスト」に拠っては「同族会社」の概念それ自体は重要ではないとして議論を進めている。現在、ドイツやEUで有力となっている Stiftung Familienunternehmen による定義は、①会社の決定権 (= 議決権) の多数 (派) が同族構成員 (= 設立者等、その配偶者、その直接および間接の子孫) に属すること、②その決定権の多数 (派) が直接的または間接的に成立することを必須の要件とし、付加的に、③同族構成員の経営参加を要件に挙げていた。なお、③については同族構成員の経営参加を重視する見解もあり論点となっていた。

また、報告書は「同族会社」の特徴として、「同族の影響力確保・信託

に準ずる資本参加」と「自己金融の支配的地位」を挙げており、これらは非同族会社にはない特徴的なメルクマールがあると指摘する。ドイツでは、これらの特徴が同族社員間でなされる保護共同関係契約や同族会社における局外第三者による自己資本の投入や他人資本の受入れの断念として現実に表れているとされる。

このようなドイツやEUにおける「同族会社」の概念および特徴の議論は重要な示唆を含んでいる。ドイツやEUでの有力な定義は、決定権の多数派の具体的な割合や同族の経営参加を必須要件に含むかなどの問題があるが、わが国において「同族会社」の概念を定めるのに参考になる。また、「同族会社」の実態を捉えるため実証的な調査における調査項目の策定にあたって、報告書が示した「同族の影響力確保・信託に準ずる資本参加」や「自己金融の支配的地位」という同族会社の特徴の利用が検討されるべきといえる。

### III. ドイツおよびEUにおける「同族企業テスト」導入の提案

#### 1. 総 説

続けて、報告書は「同族企業テスト」の基礎とするために、現在の法体系において同族企業が置かれる法状況を分析しており、同族会社が影響を受けるおそれがある「特別な負担」(spezifische Betroffenheit)を特定する。

#### 2. ドイツおよびEUにおける「同族企業」の法状況

##### (1) コーポレートガバナンス

##### a) 上場会社の職務休止期間 (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG)

同族企業である上場株式会社または上場株式合資会社を考慮する規定が、株式法100条2項1文4号にある。同規定によれば、過去2年間に同一の上場会社の取締役役員であった者は、議決権の25%以上を保有する株主の提案で選任されなければ、監査役会の構成員となり得ないとされる。こ

の規定は「旧取締役役員が新しい取締役会 (Vorstand) を妨げて、自身の取締役役員在任期間からの戦略的失敗の払拭や不正の排除を妨げる」<sup>38)</sup>という懸念への対処を目的としている。ただ、それと同時に、この規定に関して立法者は、「重要な所有者 (例えば、同族株主、財団)」が「取締役会での知識・経験や能力を断念したくない」という意見を持つことがある<sup>39)</sup>ということに配慮しており、かつて取締役役員であった者を監査役員に任命することを禁ずるのは適切ではないとしている。

このような立法上の配慮の恩恵を受けるのは、同族会社に限定されないが、立法者は明らかに同族会社の事情を考慮するものである。これは同族会社において同族社員自身が取締役役員を務めていたが監査役員に横滑りすることを望む場合や同族社員の望む経営をおこなった第三者を候補者として新しい経営陣の監督に当たらせる場合に当てはまる。

b) 性別割当 (§ 96 Abs. 2 AktG)

取引所に上場しており、且つ、共同決定法 (MitbestG)、モンタン共同決定法 (MontanMitbestG) およびモンタン共同決定法補充法 (MontanMitbestGErgG) の対象となる株式会社または株式合資会社は、2016年から監査役員における性別割当ルールが適用され、いわゆる、クオータ制 (Geschlechterquote) が導入されている (§ 96 Abs. 2 AktG)。これは監査役会を女性が最低で30%、男性が最低で30%で構成すべきとするものであり、この最低要件に違反する選任は無効とされ、空席 (leerer Stuhl) と扱われる (§ 96 Abs. 2 S. 6 AktG)。

ドイツでは約100社がクオータ制の対象になっており、同族会社にも適用されている。監査役会に株主代表を送ることになっているが、法律で求められている割合を満たすほどの性別の候補者が同族構成員にいなかったり、取締役会が主導し、監査役会がこれに協力することで、監査役会にお

38) *Begründung Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses*, BT-Drs. 16/13433, S. 11.

39) *Begründung Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses*, BT-Drs. 16/13433, S. 11.



いて同族株主に対する予期せぬ多数派を形成するおそれがあったり、複数の家族で経営されている会社で、法律に求められている候補者がいないために、家族間で選任に関して争いが起こったりする可能性がある。そのため、通常では均衡が取れているはずの経営陣における同族の均衡が脅かされる。

## （2）社員の交替

### a) 人的会社持分の承継

人的会社の持分承継に関する基本的な判断として、連邦通常裁判所（BGH）第2民事部1977年2月10日判決<sup>40)</sup>がある。BGHは、わずかに商法典131条3項1文1号・139条と民法典727条でしか規律されていない人的会社において人的責任を負う社員の持分の承継の問題に、実務と同族会社の利益に即した方法で答えている。社員の死亡を受けて会社を解散する場合も、死亡した社員が代替することなしに会社から退社する場合も、会社にとって利益はない。すなわち、会社の解散は清算（Liquidation）に繋がり、死亡した社員の交替なき退社は会社に相続人に対する代償を義務づける。BGHはその解決として、(i)会社契約上の承継条項によって持分を相続することが可能であるとし、この条項で指定された者が相続人となることを要件として、当該指定された者に持分を移転させると解釈している。また、(ii)変態承継条項（qualifizierte Nachfolgeklausel）が定められている場合は、当該条項で指定された者が相続人であることを前提として、指定された者による持分全部の直接取得を認めている<sup>41)</sup>。これにより会社の代償義務を軽減した円滑な世代交代が実現されている。

### b) 有限会社持分の承継

有限会社も、人的会社と同じような関心を持っており、死亡した社員の

---

40) BGH Urt. 10. 2. 1977— IIZR 120/75, BGHZ 68, 225, 235 ff.

41) ドイツの人的会社では、定款の変態承継条項によって、持分は指定した相続人に帰属させ、持分以外の相続財産を相続人共同体に帰属させる「特別な権利承継」が可能となっている（詳細は、大野正道『企業承継法の研究』199頁、203-205頁（信山社、1994）参照）。



相続人への代償や複数の相続人が無秩序に会社へ参加してくることを避けたいと考えている。ただ、人的会社とは異なり、有限会社法15条1項で持分の譲渡と相続が可能であると明文で規定されており、相続法に基づく包括承継が原則となるから、人的会社の変態承継条項のように、指定した相続人に持分全部を取得させる特別な権利承継が認められない。そのため、有限会社では、定款に譲渡条項 (Abtretungsklausel)<sup>42)</sup>を置くことによって、相続人が承継人に指定された者に対して相続した持分を譲渡するように義務づけるようにすることで死亡した社員の持分の承継の問題に対処している。

### (3) 持分の外部管理

これに関しては、特に実務において未成年社員の後見人 (Vormund) の選任や世話人 (Betreuer) の選任に関連して問題が生じている。例えば、社員権の行使に副後見人 (Gegenvormund) や副世話人 (Gegenbetreuer) の関与並びに家庭裁判所の許可が必要かという問題がある<sup>43)</sup>。また、世話を回避するための民法1896条2項2文の「事前配慮代理権」 (Vorsorgevollmacht) についても問題があり、これも法的不安定と結びついている。会社法の原則と包括的な事前配慮代理権が合致するのかということだけでなく、任意代理人の権限の範囲や不正行為の制裁も問題となっている<sup>44)</sup>。これらに関しては連邦通常裁判所の判決もまだない。

成年後見制度や世話制度は会社法と縁遠い法分野と思われていても、一般の会社にとっても同族会社にとっても強く関連している。立法者は、特に成年後見法や世話法での新たな規制を置くことを試みる場合には、この関連も念頭に置くべきといえる。

42) ドイツの定款における譲渡条項については、大野・前掲注41) 275頁。

43) その他社員に世話が開始された場合の持分管理の法的問題につき、Carsten Schäfer, *Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht*, ZHR 175 (2011), 557, 560 ff.

44) 事前配慮代理権と持分管理の法的問題につき、Schäfer, a.a.O. (Fn. 42), 566 ff.

(4) 開示

a) 計算

EU 指令は、中規模以上の企業<sup>45)</sup> および社員が事実上有限責任を享受している一定の人的会社（GmbH & Co. KG など）に対して、個別企業またはコンツェルン企業としての年度決算書（Jahresabschluss）および状況報告書（Lagebericht）を開示する義務を課しており（Art. 30 ff. BilanzRL）、ドイツ法もこれに準じている（§§ 325 ff. HGB）<sup>46)</sup>。

このような EU およびドイツにおける企業の開示義務は、いまやアメリカ以上の水準ともいわれており<sup>47)</sup>、その開示規制は、企業の秘密保持の利益を害するかたちで、競争に対して一方にある情報の利益とその裏側にある開示義務のある企業の秘密保持の利益との双方の緊張関係を容赦なく解消している。これは欧州司法裁判所（EuGH）の判例<sup>48)</sup>が、当時のドイツ法で開示を強制する申立てを、開示義務のある企業の競合他社も行使できると判断し、私人である第三者も開示情報の利用に正当な利益を持つことが認められることから示されている。開示書類によって同族社員の持株比率や利益配分が導かれることから、同族会社は広範囲にこのような開示制度の影響を受ける。

---

45) EU における「中規模企業」とは、零細企業・小規模企業ではないもので、連続する2事業年度の決算日に①貸借対照表総額2,000万ユーロ、②売上高4,000万ユーロ、③年間平均従業員数250名という3つの要件のうち2つを満たさない企業を指す（Art. 3 Abs. 3 BilanzRL）。「大規模企業」とは、中規模企業の要件を2つ以上満たす企業を指す（Art. 3 Abs. 4 BilanzRL）。なお、ドイツ法の区分も同様である（§ 267 Abs. 2, 3 HGB）。

46) ドイツ商法における企業開示規制の詳細については、拙稿「株式会社の計算開示と会社債権者保護」明治大学大学院法学研究論集55号237頁、243-245頁（2021）。

47) Wolfgang Schön, *Informationspflichten der Unternehmensleitung zwischen Aktionärsinteresse, Kapitalmarktinformation und sozialer Verantwortung*, FS Karsten Schmidt, 2019, S. 391, 397 ff.

48) EuGH, Urteil vom 23. 9. 2004 – C-435/02, C-103/03, Slg. 2004, I-8663 – Axel Springer.

## b) 透明性登記簿 (Transparenzregister)

多くの企業は年度決算書および状況報告書の開示義務に加えて、商法、会社法、資本市場法および税法上で開示義務が課されているが、近年、これに加わったのが2018年5月30日第5次EU資金洗浄防止指令 (GwRL)<sup>49)</sup>の規律であり、ドイツの立法者は2019年12月12日国内法化法<sup>50)</sup>で、同指令30条5項cに従って、いかなる場合にも「経済的受益者 (wirtschaftlich Eigentümer) の氏名、生年月、居住地および国籍、並びに、その経済的利益の種類および程度」に関する情報について、何人であっても接することができるとしている<sup>51)</sup>。これまでの閲覧にあたっての正当な利益という要件が削られ、届出者に閲覧を気づかれずに、また、妨げられずに届出義務のあるデータを閲覧できるようになった。資金洗浄防止法 (GwG) 23条2項2文1号に基づく経済的受益者による閲覧停止の申立て (Sperrantrag) はあるものの、開示される会社の計算と併せて、透明性登録簿によって、まったくの第三者が、届出義務のある社員の収入および財産状況を調査することができるようになっている。

このような資金洗浄防止法の新規制は、憲法上やEU法上も問題ないとしても、関係する当事者の正当な秘密保持の利益は考慮されていない。特に同族会社の場合は、資金洗浄防止法3条2項1文3号、19条3項1号bの「その他の方法での支配権の行使」という要件を広く解釈すると、同族社員と形式的に社員の地位を行使しない同族構成員との債務法上の合意のもとにあるような者も規制の対象となり得るといえ、このような新規制に

49) Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. Nr. L 153/43 vom 19. 6. 2018.

50) Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. 12. 2019, BGBl. I S. 2602.

51) 詳細は Heinz-Dieter Assmann/Hilmar Hütten, *Das elektronische Transparenzregister – Mitteilungs- und Angabepflichten*, AG 2017, 449, 453 ff.

よって広範囲にわたる同族社員が影響を受けることになっている。

(5) 資金調達

同族社員による影響力確保の努力が避けられない同族会社にとって、影響力を失わずに自己資本を受け入れる方法は重要であるといえるが、関連する会社法の規定が各会社形態に無議決権持分の発行を認めているのは、同族会社にとっても好意的に評価できる。その一方で、同族会社が同族社員による新たな自己資本の投入と内部留保によって資金調達をする限り、他人資本に関する税制上の優遇が受けられないために、非同族会社に対して競争上不利となっている状態にある。

(6) 会社・社員の移転

大規模な同族企業は、国際的な競争のもとで事業を展開する企業も多く存在しており、国境をまたぐ組織再編や所在地の移転についても関心を持つ。また、同族社員も移転について関心を持っている。報告書が作成された2020年当時は、Brexitに関連した対外取引税法（Außensteuergesetz）による出国課税（Wegzugsbesteuerung）の脅威があった。

### 3. Habersack 教授による「同族企業テスト」の提案

Habersack 教授は、以上のような法状況をふまえて、「立法影響評価における同族企業に関する懸念を考慮するための主導的問題」（Leitfragen zur Berücksichtigung der Belange von Familienunternehmen in der Gesetzesfolgenabschätzung）、いわゆる、「同族企業テスト」を構築する<sup>52)</sup>。KMU テストが「遵守負担」というコストの特定を目的としているのに対して、報告書が提案する同族企業テストは、規制案が同族会社に与える「特別な負担」の特定を目的としており、以下の項目に沿って検証される：

- (i) コーポレートガバナンスに関する法規制につき、同族会社は特別な負担を受けるか？
- (ii) 世代交代に関して、同族会社に特別な負担はあるか？

---

52) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 27 ff.

- (iii) 会社持分の外部管理の法規制に関して、同族会社は特別な負担を受けることはあるか？
- (iv) 開示・透明化義務やこれらの義務と結びついた開示義務のある企業における企業秘密の保護の利益につき、同族会社に特別な負担はあるか？
- (v) 企業の資金調達に関して同族会社に特別な負担はあるか？
- (vi) 会社および社員等の移動・移転に関して、同族会社に特別な負担があるか？

同族会社において(i)~(vi)に関する「特別な負担」があると評価される場合には、ドイツでは KMU テストに準じて「特別な負担」を具体的に解消するための段階に移行してゆくことになり、EU では toolbox の手順に従って「特別な負担」を解消するためのプロセスに移行する<sup>53)</sup>。

## IV. 結びにかえて

### 1. 「同族企業テスト」の評価

Habersack 教授による「同族企業テスト」に挙げられる(i)コーポレートガバナンス、(ii)世代交代、(iii)持分の外部管理、(iv)開示規制、(v)資金調達、(vi)会社および社員等の移動・移転という6つの検討項目は、EU 域内市場における「資本移動の自由」が保障されるEU やその加盟国の特殊事情を反映する(vi)を除いても、わが国における同族会社の法状況を検証するのに参考となる。

「同族企業テスト」が挙げる事項に基づいて、わが国における同族会社の法状況を、特に会社法に関して概観してゆくと、まず、(i)に関しては、ドイツでは、同族会社におけるコーポレートガバナンスの問題が、上場会社における取締役役員・監査役員を選任に関連して生じていることが指摘されている。特に同族会社への懸念として、監査役会におけるクォータ制

---

53) Habersack, a.a.O. (Fn. 7), S. 29 ff.

は、当該性別の同族構成員がいないなどの理由から、不意に同族構成員間の均衡を害するおそれが指摘されていた。現状、わが国ではクォータ制導入にまで至っておらず、また、コーポレートガバナンス・コードにおいても社内の多様性確保の一環として女性の活躍促進を推奨するに留まっている（基本原則2-4）。将来的にわが国でもコーポレートガバナンス・コードや法律上の規制でクォータ制が導入されるとすれば、報告書に指摘されるような問題が生じ得よう。

(ii)では、ドイツ連邦通常裁判所の判例が、退社にともなう代償による会社からの財産流出を防ぎつつ、迅速な世代交代が実現されていることが同族会社にとって有益と評価されていた。わが国の研究においても、非公開会社・閉鎖の会社における株主間の事前の利害調整、少数派株主の保護や株式の相続といった論点は、同族会社とも関連させて頻繁に議論されている<sup>54)</sup>。

(iii)に関して、成年後見法に関連する法改正が与える同族社員の持分管理への影響について考慮するように立法者に促していた。近年、わが国でも成年後見制度の利用が促されており、令和元年会社法改正で成年被後见人および被保佐人が取締役の欠格事由とされなくなった（改正前会社331条1項2号）。株式の管理に関して、意思無能力者、未成年者、被後见人、被保佐人、被補助人および任意後見契約における本人の取扱いは、同族構成員の影響力を左右し得るといえ、立法担当官はこれを加味して成年後見制度等に係わる法改正に取り掛かる必要がある。

(iv)に関しては、報告書が同族企業として同族社員に関する情報について秘密を保持する利益があると想定しているのが興味深い。同族企業において企業開示と企業の秘密保持の利益が衝突するのは、いまやアメリカ以上となっている企業開示の法規制や透明性登記簿制度を擁するドイツやEUに特有の問題ともいえる。そもそも同族企業において同族社員に係わる情報を保護すべきかそれ自体を検証する必要はあるが、秘密保護の必要があ

---

54) 伸・前掲注5) 5-6頁。

ると仮定して、わが国の開示規制を考慮すると、特に金融商品取引法における開示規制、例えば大量保有報告制度（金商27条の23）に関しては同族企業への懸念が生じ得ると指摘できよう<sup>55)</sup>。

(v)については、同族会社にとって同族社員が影響力を失わずに自己資本の供給を受け入れることができる機会は重要といえ、ドイツでは関連する会社法の規定が各種の企業形態において無議決権株式・持分の発行を許容しており、同族会社にとって有益といわれる。わが国の会社法では種類株式として無議決権株式を発行することが許容されており（会社108条1項3号）、同族会社が影響力を確保しつつ資金需要を満たす手段は確保されている。ドイツでは無議決権優先株式が上場されていることがあるが、無議決権株式が上場されるのにふさわしいかという問題はある。

## 2. 日本法への示唆と今後の検討課題

わが国にはドイツやEUのように体系化された立法手続における「規制影響評価」も中小企業の負担を考慮する「KMUテスト」の枠組みも存在しない。このようなプロセスは立法に対するアセスメントの手続である。現在のように規制緩和等の副作用や規制の効果も捕捉されないというのは問題があり<sup>56)</sup>、わが国では「規制影響評価」それ自体が積極的に検討すべき課題といえる。

「同族企業テスト」の提案は、同族企業のための区分規律の導入を意図したものではないが、立法において「同族企業」という企業実態を捉えようとしていた。わが国においても企業実態にふさわしい法運用や法規制のために、会社規模の大小、取引所への上場の有無や譲渡制限の有無などで

---

55) ドイツの資本市場法でも、企業開示に関連して同族企業に特有の懸念があるとの指摘がある（Holger Fleischer/Jannik L. Maas, *Bösennotierte Familiengesellschaften im Kapitalmarktrecht*, AG 2021, 893, 894 ff.）。

56) 会社法の制定時に、立案担当者によって任意法規化や規制緩和の副作用が考慮されていなかったと指摘がある（正井・前掲注10）82頁参照）。

会社を区分する立法は議論されているが<sup>57)</sup>、ドイツやEUは、わが国よりも一歩進んで「同族企業」という企業実態に焦点を当てており注目すべき傾向であった。

また、わが国への示唆としては、Habersack教授による「同族企業テスト」が挙げた検討項目のうち、(i)コーポレートガバナンス、(iv)開示規制や(v)資金調達といった項目は、非公開会社・閉鎖的会社の延長と位置づける議論が多いわが国の会社法学説に対して、上場同族会社や大規模同族会社を想定した同族会社の法的規整の検討課題を示しており、このような「同族会社」を想定した議論に示唆を与えるものである。

ドイツおよびEUにおける「同族企業テスト」の議論の推移に注目しつつ、(Ⅱ)4で指摘したようなわが国における同族会社の実態を捉える調査・研究やHabersack教授による「同族企業テスト」の提案が挙げている各項目について具体的に検討を進めてゆくことは今後の課題である。

---

57) 最近でも、日本私法学会シンポジウムにおいて「株式会社法における区分と規律」がテーマとされている（尾崎安央「総論」商事2303号4頁（2021）参照）。