

論 説

親子会社関係規制は必要か—中間試案の問題点

西 尾 幸 夫

はじめに

平成23年12月7日に法制審議会会社法制部会は「会社法制の見直しに関する中間試案」（以下、中間試案）および「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」（以下、補足説明）を公表した。本講は、その中でも、第2部「親子会社に関する規律」第二「子会社少数株主の保護」を取り上げ、その問題点や課題を検討することにする。

中間試案は、「親会社等の責任」について、A案とB案とに分けており、A案は親会社との利益が相反する取引により子会社が不利益を受けた場合に親会社の責任を立法化するとするものであり、B案は明文を設けないとするものである。

法制審議会会社法制部会の審議では、平成23年7月27日開催の第11回会議において「親子会社に関する規律に関する論点の検討（1）」、平成23年10月26日第14回会議において「会社法制の見直しに関する中間たたき台（2）」が出されており、両会議⁽¹⁾ではそれに関する議論がなされているが、親子会社取引規制の内容は今回の中間試案とほとんど同じものであり、補足意見もその部会資料および審議内容を反映されたものとなっている。

A案は、親子会社間の（利益相反）取引に限っているとはいえ、一定の規制をすべきだとしており、わが国でこれまで長い間立法化されてこなかった親子会社関係に一定のルールを定めるものとして高く評価されるべきであるが、以下では、まず規制すべきではないとするB案は妥当か、ま

た規制しなくても現行法および不法行為責任で足りるのか、第二に、(利益相反)取引に限定したとしても、「独立当事者間取引基準」(以下、独立当事者基準)ではなく、いわゆる「なかりせば基準」で足りるのか、第三に、規制すべきとしても、中間試案のように(利益相反)取引に限ってよいのか、事業機会の配分や経営指導料の問題を取り扱わなくてもよいのか、第四に、債権者保護を考えなくてもよいのか、を検討する。最後に、親子会社関係規制する場合、親会社は子会社を自己のために利用できるとしても、その限界をどこに求めるべきか、またそこで保護すべき(利益)主体は誰なのか、といった基本的な問題は避けて通れないのではないのか、という議論を展開する予定である。

もっとも、本稿は、中間試案の「親会社等の責任」に焦点を当てているために、多重代表訴訟やセル・アウトの制度など、親子会社関係で取り上げるべき課題は多いが、それらはまた別個に検討することとしたい⁽²⁾。

(一) 規制すべきか否か

立法化すべきでないとするB案の根拠として大きくは2つを挙げることができようと思われる。1つは、そもそも立法による規制をすれば、親子会社組織ないしは企業集団が目的とする(経済)効率性が損なわれ、企業集団を通した合理的な経営判断を阻害することになるとするものである⁽³⁾。たとえば、親子会社といっても、別個独立の法人格を有し、法的にはそれぞれの会社機関においてその利益を確保すべきものであり、親会社が影響力を行使したとしてもその法的独立性は揺るがないのであるから、親会社規制は現行会社法の体系に合致しないとか、親子会社を規律するとしても、その関係は多種多様で、親会社は一方的に指図命令するような場合だけではなく、立法による一律の規制は企業の組織選択に多大な影響を及ぼし、経済発展を阻害するといったことが挙げられている。そして

また、A案のように、親子会社間取引を「利益相反取引」として捉えるならば、親子会社間の取引すべてが利益相反の疑いがかけられ、それをめぐる訴え提起のリスクにさらされることになるのであり、子会社の判断で親会社に貢いでいるようなケースはその規制の対象からも外されるべきである、といった意見も出されている。

立法化する必要がないとするあと一つは、主として、子会社の少数株主はその子会社の取締役の責任を追及することで足り、そうであれば、現行法で十分だとするものである。

その典型的なものは、親子会社といえども、法的には独立の人格を有するのであり、そもそも親子会社間の取引関係を規律することは、親会社のもつ多数派株主ないしは支配株主としての権限において、子会社を支配することが容認されていることと矛盾することになる、とする見解である。このプリミティブな見解は従来からも企業経営者ないしはその関係者から唱えられてきたものである。

これらの見解は、親子会社それぞれの法的独立性を前提にしている関係で、その関係において経済的な従属性が見られるとしても、後者は事実上のものであり、およそ法的規制の対象にすべきではない、というものである。この見解に対しては、現行会社法においても、多数派株主はその株主としての行動に「正当性」ないしは「公平性」が求められていることの指摘で足りるように思われる。

会社法は、210条2号、212条1号、247条2号、285条1項1号、733条3号、831条1項1号、3号、865条1項・4項において「著しく不公正」な場合を規制の対象としている（ただし、831条1項3号は「著しく不当」）。

210条2号等は、「著しく不公正」な行為等において、差止めの対象となり、法的効力を否定する取り扱いをしている。これは、取締役の権限濫用を防止するためだけではなく、このような取締役の背後にいる多数派株主の濫用行為をも防止する意味をも有する。さらに、831条3号は、特別利

害関係人が決議に参加することで、著しく不当な結果が将来された場合に決議取消事由になるとしており、ここでも多数派の権限行使に一定の制約を課しているものと考えられる。

さらに、吸収型再編に係わる合併等対価の柔軟化により、組織再編行為において消滅会社の株主に交付される財産の種類に限定がなくなったため、会社法782条1項、794条1項（施行規則182条1項1号、191条1号など）は、合併等対価についての定め自体の相当性を開示事項としている。これも多数派による少数派株主の不当な取り扱い（経済的利益の侵害）を防止しようとするものである。

会社法120条における利益供与の禁止規定は、利益供与をもって議決権に係する事項を歪めてはならないとしており、これも多数派の不正行為の防止という意味をもっている⁽⁴⁾。

さらに、支配権の争奪において、議論はあるものの、この間、会社の価値を毀損する買取者に対しては、一定の対抗措置を講じうるとされており、これも多数派を握ろうとする株主（多数派株主）の行動を制約する意味をもっている。最高裁はブルドックソース事件⁽⁵⁾において、「特定の株主による経営支配権の取得に伴い、会社の存立、発展が阻害されるおそれが生ずるなど、会社の企業価値がき損され、会社の利益ひいては株主の共同の利益が害されることになるような場合には、その防止のために当該株主を差別的に取り扱ったとしても、当該取扱いが衡平の理念に反し、相当性を欠くものでない限り、これを直ちに同原則の趣旨に反するものということとはできない。」とまで述べており、続いて「最終的には、会社の利益の帰属主体である株主自身により判断されるべきものである・・・。」としている点に問題はなくはないが⁽⁶⁾、一般的には多数派株主・支配株主といえども「企業の価値を毀損できない」という一定のルールを設定したものと捉えられるであろう。多数派株主ないしは支配株主と親会社とは異なるというのであれば、当該株主が会社ないしは企業であれば、なぜその

行為が許されるのか、その理由が明らかにされなければならないが、(支配的・多数派)株主であれば企業価値を毀損する行為を採ることは認められないが、(親)会社であれば許されるとは考えられない。親会社であってもその影響力を行使することで子会社の企業価値を毀損することは認められないと言うべきであろう。

以上のように、会社法は、たんに利益相反関係がある場合を規制の対象としているだけではなく、多数派の持つ影響力が一定の限界を超えた場合には、それを抑制しようとしているともいえる。従って、少なくとも親子会社関係はたとえそこでの取引であってもおよそ規制の対象とすべきではないとする立論は成り立たないであろうと思われる。

また、この意味においても、A案はわが国において初めて親子会社間の取引につき一定のルールを設けようとするものであり、後述のように様々な問題を抱えてはいるが、A案が実現されるべき意義は非常に大きいと言える。

(二) 次に取り上げるべきは、親子会社規制については、現行法で十分であり、新たに立法化をはかるべきではないとする見解である。

本稿では、その代表的な見解として、松井教授の論文⁽⁷⁾を取り上げることにする。

松井教授は、いわゆる非通例的取引の設例として、「A株式会社はメーカーであり、B株式会社はA会社の販売子会社である。A会社は、ここ数期にわたって財務状況が悪化していた。そこでこれを改善するために、当期に限ってB会社にその製品を卸す際に本来の価格より2割高い価格で卸すように求め、B会社の内部に留保している現金をA会社に吸い上げた。」を挙げ、法的に問題となるのはつぎの3つの条件が充足する場合だとする。すなわち、(1) 親子会社間における非通例的取引により子会社から親会社への財産の流出、あるいは子会社間における非通例的取引により会社間で

財産の移転が起こっている場合、(2) 当該非通例取引等によって特定の子会社の不利益について、他の措置等によって償われていないと評価できる場合、さらに (3) 不利益の生じている子会社に少数株主・取引債権者等の利害関係者が存在する場合である。

そして、子会社の取締役は、親会社からの当該取引の要請を受けて、非通例的取引を行うことは取締役としての善管注意義務違反するのであり、違法行為の差止請求(360条、385条、407条)の対象となるとともに、会社に対する賠償請求(423条1項)を根拠づけるものとされる。この点では、子会社取締役の責任で対処すべきで、かつそれで十分であるとされる。

松井教授は、親子会社間におけるいわゆる非通例的取引により財産の流出または子会社間で非通例的取引により子会社間で財産の移転が生じ、かつその不利益が他の取引等により補償されないような場合には、当該行為について子会社取締役に善管注意義務違反が認められることから、まず株主等による差止請求(360条、385条、407条)が考えられるとする。

理論的には差止請求も考え得るが、親子会社間において、継続的な関係の中で、どのような不利益補償がいつなされるのか容易には判断できない。場合によれば、年度末になって欠損部分を何らかの形で補償するということも十分に考えられるために、非通例的取引を差止めるには事実上の補償がなされる可能性がないことを証明しなければならないことから、差止請求権が行使される可能性は非常に乏しいといえる。ましてや、外部者ともいえる株主がこのような差止を求めることは「回復しがたい損害」(360条3項)の場合しか行使できないことを含め、容易には考えられない。

子会社取締役の任務懈怠に基づく会社に対する賠償請求(423条1項)では、子会社の少数株主が代表訴訟でもって当該請求権を行使することは考えられないことはない。ただし、当該取締役においても非通例的取引を行わざるを得ないときに必ずそれに基づく不利益補償について親会社に約束

を取り付けなければ善管注意義務違反を問われるのか、それとも事実上の補償を期待し、かつその期待がこれまでの親会社との関係において合理性をもつような場合（しかし、結果的には補償がなされなかった）にも子会社取締役の任務懈怠責任を問いうるのか、必ずしも明らかではない。事実上の補償がなされなかったという結果でもって責任を問われうるとすれば、まさに非通例的取引を行うこと自体（結果的には補償とは関係なしに）取締役の賠償責任の原因となり、かつ無過失責任だということになるであろう。そして、子会社取締役が補償の伴わないような非通例的取引を行うことで任務懈怠責任を問われうるとなれば、子会社の取締役は他の取締役と比べて特別に重い義務を課せられていることになる。現行法の解釈として、取締役の責任を、しかも取引との関係で、ここまで問うことは無理であろう。

だとすれば、親会社からの指図・命令に従って子会社に不利な取引を行ったとしても、損失補償の可能性があり、かつその予測に合理性がある限りでは、子会社の取締役は当該会社に対する賠償責任を負わず、また親会社も責任を負う必要はないことになる。つまり、この場合の損失は子会社が一方的に負担することになる。

このような結論は、子会社の経済的独立性が強く、親会社の命令であっても、それを拒絶する余地があるような場合には妥当だといえても、経済的独立性が弱く、親会社の命令に従わざるを得ないような親子会社関係では結果的には親会社が免責されるだけに終わることになるであろう。

松井教授は、つぎに、親会社のみならず、企業グループとして必要かつ有用な取引であってもつぎのような要件がそろえば「不法行為」と捉えられるとする。上の事例とは違い、(1) 子会社から親会社に流出する財産が大きく、かつこれにより不利益を受ける利害関係者が現に存在すること、(2) 他の措置等により子会社の不利益が十分に償われない可能性が高いこと、(3) 当該取引が企業グループ経営にとって合理性が乏しく、当該取引

を止めることによるコスト（義務を課されることによって生じる費用）が低いことである。

ここでは、子会社の取締役の責任追及で足りるとする場合に比べて、非侵害利益の重大性、損害発生の蓋然性を特に重視されている。そして、松井教授は、この場合には、不法行為に基づいて子会社の親会社に対する賠償請求が可能であり、子会社の債権者は子会社の親会社に対する不法行為債権を債権者代位により行使すれば（民423条）足りるとされる。

不法行為責任が認められるとしても、それを追及するのは子会社であり、かつその（代表）取締役である。ところが、すでに見たように、事実上の補償を受けられる見込み（可能性）がないにもかかわらず、非通例的取引を行った場合には、当該取締役も会社に対して任務懈怠に基づく賠償責任を負わなければならないが、そのような取締役が果たして親会社の責任を追及することになるであろうか。つまり、親会社の責任の追及が自己の責任を根拠づけることにもなるのであり、このような場合において、当該取締役が親会社の不法行為責任（が認められるとして）を追及することが考えられるのだろうか。ここでは、子会社の株主に対して親会社の責任を子会社に代わって追及できる代表訴訟を認めざるを得ないことになる。その代表訴訟を認めずして、親会社の不法行為責任を云々しても絵に描いた餅に過ぎなくなる。松井教授は、この代表訴訟を認めない場合や子会社が完全子会社の場合には、責任追及の主体が事実上欠如することから、この責任追及の主体としては子会社の債権者しか考えられないとしているのか、必ずしも明らかではない⁽⁸⁾。

より基本的な問題であるが、そもそも不法行為責任が認められるかどうかである。

一般に取引においては、営業の自由との関係で、自由競争の範囲内で自由かつ公正な取引であると判断されれば当該行為は正当化されるのであり、反良俗的・反倫理的な行為あるいは加害の故意があることで違法・不

当な行為と判断されない限りは、不法行為責任を問えないというのが、これまでの債権侵害などで説かれてきたところである⁽⁹⁾。松井教授の説かれるように、親子会社間の取引であっても、そこに被侵害利益の重大性、損害発生の可能性がある場合には、不法行為を成立させるといえるかどうかである。

たとえば、独禁法上の「優越的地位の濫用」や「下請代金支払遅延」でも問題となるように、親子会社間の取引では、文字通り関係特殊な投資に該当することが多く、取引等がロックインされる（換言すれば、親会社ないしは企業集団を度外視すれば、取引ないしは事業そのものが成り立たない）ことからして、親会社の機会主義的な交渉力の濫用に対して、契約の効力を否定する（あるいは不法行為による損害賠償義務を認める）ことも考えられないことはないが、独禁法上も「不当性」が強く、値引き等についての合意の効力が否定されるなどの特段の事情のない限り、問題とすることが難しいとされている⁽¹⁰⁾。このような現状からして、「通常支払われる対価に比し著しく低い下請代金の額を不当に定めること」（下請代金支払遅延防止法4条1項5号）に相当するような規定が設けられない限り、被侵害利益の重大性といった一般的な枠組みでは、親子会社間の取引を規制するには不十分であろう。

不法行為を問題とするとしても、どのような場合を違法ないしは不当な行為と捉えるべきかは、民法等の議論を見る限りにおいて、その保護されるべき範囲はいわば限定的で、かつその境界は曖昧だといえる。そして、これまで、事実上の取締役の理論や利益供与禁止規定あるいは事実上の利益処分として捉えるべきだ、あるいは支配株主（多数派株主）は少数派株主に対して信託義務を負うと解すべきだとされてきたものの、その要件が曖昧とされてきたものの、これは要件の問題というよりは、いかなる場合に、親会社の行為が違法・不当なものと解すべきかが不確定であったことに因るのであり、少なくとも、十分な議論を経ないままに根拠となる理論

の是非が議論されてきたとも言えない。

つまり、不法行為責任で足りるといった場合でも、またどの根拠を持ち出すにせよ、これだけでは解決しない問題ではないだろうか。

以上の意味において、少なくともA案が示しているような基準を設定することは、親子会社の取引規制を考える場合には不可避といえるであろう。

(三)「独立当事者間取引基準」(以下、独立当事者基準)か、 「なかりせば基準」か

「独立当事者基準」か「なかりせば基準」かについて、補足説明では、独立当事者基準は、当該取引が独立当事者間であれば合意されたであろう条件によって行われたと仮定した場合と比較して株式会社が不利益を受けたかどうかという基準であり、「なかりせば基準」は「親会社との利益相反取引により、他の全ての事情を考慮してもなお、当該取引が行われなかったと仮定した場合と比較して株式会社が不利益を受けたといえる場合」を基準として考えるとするものである⁽¹¹⁾。そして、後者の例として、株式会社がその親会社のために製品を製造し、その原価を下回る不当に低い金額でこれを親会社に販売すること等により、当該株式会社に損失が生じ、他の全ての事情を考慮してもなお、当該株式会社が不利益を受けたものといえる場合が挙げられている。

明確でない点もあるが、「独立当事者基準」は、個々の取引を独立当事者間であれば合意されるであろう条件と比較して子会社にとって不利な場合に、それを不利益として認識するものであるが、「なかりせば基準」は原価も回収できないような価格でもって取引を行うことで子会社に不利益が生じた場合にはじめて法的な補償・賠償の対象となる不利益として認識するものであろう。たとえば、子会社がある商品を他の非関連会社あるい

は市場で販売すれば1200万円で販売できるにもかかわらず、親会社に1000万円で譲渡したような場合には、独立当事者基準では子会社に200万円の不利益が生じるものと認識されることになるが、「なかりせば基準」では当該商品の原価が800万円であるにもかかわらず親会社は600万円で価格を設定して初めて200万円の不利益が認識されることになる。原価に何を含めるべきかは難しい問題を含むが、それを措くとしても、原価も回収できないような取引では子会社に配当すべき利益が生じないし、それが続けば資本欠損、債務超過にも陥りかねない。問題はなぜ「なかりせば基準」で足りるのかである。

現実には、原価割れ取引が強要された結果として配当利益が生じないとか、債務超過に陥るなどの特別な場合でしか現実問題にはならないだろうということも理解できないではないが、ではなぜ親子会社関係の取引であれば「なかりせば基準」で足りるとかいふことができるのであろうか。親子会社という関係では、「なかりせば基準」で足りる権限が親会社に付与されているのはなぜだろうか。

会社法上、「著しく不公正」といった「著しい」という文言が使われているが、本件でも「著しく不当な取引条件が押しつけられた場合」として、「著しい」という言葉が用いられるとしても、この場合になぜ「著しい」で足りるのか。

会社法上「著しい」という文言が用いられている357条（取締役の株主・監査役への報告義務）、360条1項（株主による取締役の行為の差止め）、385条（監査役による取締役の行為の差止め）等において「著しい」の意義はもっぱら機関の権限分配のあり方に由来するといえよう。また、371条6項の取締役会議事録の閲覧を制限する規定は、閲覧を認めることで会社に著しい損害が生じる場合であるが、これは会社の利益と株主の権利との接点を「著しい」ことで定めている。

子会社の株主ないしは会社債権者は「なかりせば基準」で甘受しなけれ

ばならない理由は、会社法上の規定からは直接出てこない。「独立当事者基準」では許され、「なかりせば基準」であれば許されないのはなぜなのか。親子会社取引規制において「なかりせば基準」でなければならない理論的根拠は乏しいように思われる。

「なかりせば基準」で足りるとするのは、親子会社関係を含むグループ経営では、集団の利益のためには一時的に特定の子会社が不利益を受けることはあっても、中長期的にはその不利益を事実上補填ないしは補償することが期待されるために、「独立当事者基準」でなくても子会社の保護をはかることができると考えているからであろう。しかし、「独立当事者基準」に合致しない取引が集積され、それが結果的に子会社の企業価値を毀損する場合もあり、それでも「なかりせば基準」で足りるとするのは、親会社はグループ経営を成り立たせるためには不利益補償を行うだろうという期待ないしは予測を前提に考えているからではないであろうか。しかし、このような期待・予測が実現しないことがあるからこそ親子会社間の取引を法的に規制すべきだと考えているのだとすれば、「独立当事者基準」を前提とすべきであろう⁽¹²⁾。

(四)「取引」に限定されるべきか。

中間試案のA案は、親子会社間の利益相反取引に限定して規制を加えようとしている。この場合に、さらに直接取引に限るのか、間接取引を含めるのかについては議論はあるものの、現行法上も、親子会社関係において利益相反取引においては役員兼任関係がある場合には、会社法上の規定を適用することについては異論を見ないところである^(＊13)。そうだとすれば、今回の中間試案は、現行法の解釈を拡大し、およそ役員の兼任関係の有無を問わず、親子会社関係のあるところには、利益相反規制を及ぼそうという趣旨なのであろうか。

中間試案では、「不利益の有無及び程度は、当該取引の条件のほか、当該株式会社と当該親会社の間における当該取引以外の取引の条件その他一切の事情を考慮して判断される」として、不利益の有無等においてその他の諸事情をも考慮すべきだとして、当該取引に限った不利益等の判断を避けるべきだとしている。

一定の方針の下に生産計画等が立てられ、子会社が設備投資等を行ったにもかかわらず、それを中止させたり、他の子会社に割り当てるなどして、事業機会が親会社の方針転換により奪われたような場合にどのように考えるのか。あるいは、生産を始め、初期投資の回収も終わらないうちに、方針転換がなされたために、子会社に莫大な損失が残るような場合をどう考えるのか。中間試案では、当該措置は、親子会社関係の取引関係ではないため、規制の対象とならないことになる。

また、直接取引に限定することは、親会社も事業会社で、取引関係があることを前提としているが、そうだとすれば、いわゆる純粋持株会社は規制の対象から外されていることになる。審議では、「親子会社間に直接取引があるというケースにとりあえず限定して」規制すべきだとする見解も主張されているが、企業集団を考えれば、親会社ないしは子会社間の取引においても、当該子会社が何らかの形で関与することもありうるからすれば、果たして、直接取引に限定する意味はどれほどあるのであろうか。

たしかに、事業機会の配分は、グループ経営全体にかかわり、親会社や持株会社はグループ経営の大きな方向・方針を定め、グループを全体として運営することからすれば、事業機会の配分にも法的な規制が及ぶとすれば、親子会社関係からなるグループ運営そのものがうまく機能しないおそれもありうる。また、事業機会の配分といっても、集団ごとにその意味合いが異なり、集団内での緩い結合か、堅い結合かによっても、その内容は異なりうる。そして、事業機会の配分から特定子会社に著しい不利益が

生じる場合には、親会社はグループ経営を維持するために当該子会社の不利益を事実上補償するなどの措置を講じることになるであろう。しかし、これは事実上期待されるだけであって、つねに補償がなされるとは限らないであろう。

なお、経営指導料は親子会社間取引規制の対象にすべきではないという見解もある⁽¹⁴⁾。経営指導料については、とりわけ純粹持株会社では、当該会社の株主へ配当財源等との関係で、子会社からどのような名目で経営指導料を徴収するかが問題となるといわれてはいるが、指導料にも「正当性」が必要なことは否定できないであろう。つまり、経営指導料は、まさにサービスに対する対価として、そのサービスに相当するだけの対価性（相当性）が必要になるのであり、それを超えて指導料を徴収することはおよそ許されないといわなければならない。取引の中でも経営指導料だけを除外することは適切とは言えないであろう。

（五）債権者保護は必要ないのか

A案においては、子会社の債権者は、子会社から債権回収を図ることができない場合には、子会社が親会社に対して有する損害賠償請求権を代位行使（民法423条）ことは可能であり、また子会社株主の総株主の同意により親会社の責任が免除されても、詐害行為取消権（424条）を行使することで、免除の意思表示を取り消すことができる⁽¹⁵⁾。この限りにおいて、A案は債権者保護にも役立ちうる。ただ、A案を採った場合でも、かかる請求権が生じるのは、「取引」に限られ、取引以外の措置により損害が生じた場合には、代位行使あるいは取消権は行使できないという問題は残る。

また、代位権行使あるいは詐害行為取消において、（親会社の支配下において子会社にもたらされた）不利益が親会社により事実上補償されない

ような場合に子会社の親会社に対する（損害）賠償請求権が発生するとしても、どの時点までに親会社は補償をすべきかという問題は残ることになる。

B案を採った場合には、子会社債権者が上のような代位行使や取消権を行使しうるのは、子会社が親会社に対して不法行為責任を問いうる場合に限られる。

前述のように、親子会社関係において、いかなる場合に不法行為を構成するのか非常に曖昧な上に、これまでの不法行為の法理からして容易には賠償責任を問いうることにはならないであろう。また、法人格否認の法理の適用を考える場合でも、これまでの判例等のあり方⁽¹⁶⁾からして、その法理の適用は容易には期待できない。そうだとすれば、子会社債権者を保護する趣旨においても、少なくともA案の採用は不可欠であるといえる。

そして、子会社に少数株主が存在しない完全子会社である場合、補償を伴わない非通例的取引も通常は問題とならないであろうから、子会社の債権者が親会社に対して代位行使するとしても、親子会社間の取引が著しく不公正でかつそれに伴う不利益の補償がなされていない、という事実を主張立証しなければならない。それに必要な情報の収集は株主以上に困難となることが予測される。

以上のことから考えて、子会社が企業グループに完全に組み込まれ、当該子会社の事業が親会社の指揮の下にすべて行われ、実質的な下請け事業者と同じように親会社にロックインされ、子会社独自の事業展開が考えられないような場合には、およそ子会社の取締役には裁量の余地（親会社の指図を拒否できる可能性）は考えられないであろうから、子会社の債権者に対して債務を保証するべき責任を課すなどの措置が必要になるであろう。これが下請事業者であればまだ個々の取引その他の措置にかかわる親企業の命令に対してそれを同意するか、拒否するかとの余地があることも考えられないこともないが、親子会社でかつ完全子会社のような場合には、

やはり何らかの制度的保護が必要となるであろう。そして、親子会社関係において、一定のルールが法的に設定されれば、法人格否認法理の適用も容易になることが考えられるであろう。

おわりに

A案は、わが国で初めて親子会社間の取引を規制しようとする意思を表明するものであり、その立法化はこれからの親子会社のあり方を考える上でも非常に重要な意味をもつことになるであろう。

親会社は支配的な株主として子会社という別の法人を少なくとも理論的には意のままに操作できるとした場合、それにより不利益・損害を被る可能性のある株主・会社債権者をなぜ会社法上保護すべきなのであるか。これは、独禁法上の不公正な取引規制の一環である「優越的地位の濫用」においてもいえることであるが、およそ親子会社間には競争関係がなく、子会社に自己決定権が存在しないとすれば、会社法も私法の1つとして担うべき公正な取引・関係が維持できなくなるために、会社法の内在的要請（株主・会社債権者保護）から、親子会社間の取引・関係を規制する必要が生じるといえるであろう。つまり、親子会社間では通常、独立の会社間ではその存在が前提とされる競争関係が欠如し、その関係に公正性がおよそ期待できないところでは、法的にもその公正性を維持すべき必要があるのであり、この公正性の確保は資本多数決制度をもってしても超えられないものだと言えないであろうか。また、親子会社関係の規制は、会社株主・債権者の利益保護だけではなく、実際には、親子会社間の公正な関係の維持や会社従業員等の保護にも繋がるのであり、この意味では、独禁法や労働法といった法律で擁護すべき利益とも関連をもつものである。親子会社関係でのルールの設定は、この意味では、「公共性」確保というより大きな意味をもっていると言えるであろう。

もちろん、親子会社取引規制を考える場合には、その法的根拠だけではなく、株主や債権者が有する請求権を行使しうるだけの情報をどのように収集するのか、また請求権行使にかかわる要件事実の主張・立証責任のあり方が重要であるが、本稿では取り上げることができなかった。また、親子会社規制に関するもう一つの大きな問題である多重代表訴訟も取り上げることができなかった。これらも別途検討したいと考えている。また脚注でも必要最小限度に限り、これまでのさまざまな研究やドイツのコンツェル法の実態等の比較法的検討を行った資料等についても挙げていない。

追記 2012年3月末をもって龍谷大学法学部を退職される武久教授は、手形小切手法の研究だけではなく、会社法についても「所有」に基づく理論的研究を続けてこられ、市場経済におけるあるべき会社法を常に模索されてこられた。この小論は、武久教授の問題意識の一端にも応えられていない、拙いものであるが、35年にわたり龍谷大学において活躍してこられた武久教授に捧げるものである。

- (1) 議事録については、第11回は<http://www.moj.go.jp/content/000079164.pdf>、第14回は<http://www.moj.go.jp/content/000081570.pdf>を参照。
- (2) 中間試案では、セル・アウト制度（新たに支配株主が出現した場合、および議決権を有する総株式の90%以上を有するを株主がいる場合において、少数派株主は支配株主に対して売却する権利を付与する）は設けないとされているが、親子会社関係における少数株主保護を考えた場合には、親子会社関係の規制とともに、この制度は重要な意味を有すると思われるが、なぜか外されている。
- (3) 親子関係規制の問題については、法制審議会会社法部会の第7回会議（<http://www.moj.go.jp/content/000060893.pdf>）においても取り上げられており、そこにおいても、規制に消極的な見解が述べられている。
- (4) 周知のように、利益供与の禁止規定は総会屋対策としての制定当初の趣旨に限定すべきで、多数派株主の権限濫用行為を規制するために使われるべきではないとする見解もあるが、蛇の目ミシン事件では、最高裁（平成18年4月10日判決・民集60巻4号1272頁）は会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利を行使することを回避する目的で、当該株主から株式

を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為は株主の権利の行使に関する利益を供与する行為だと判示しており、このことは取締役の違法な行為を規制するとともに、その背後の多数派株主の行動をも規制する意味をもっていることを示している。

- (5) 最高裁判平成19年8月7日決定民集61巻5号2215頁。
- (6) 差別的な新株予約権の無償割当ては、強行法規としての株主平等原則からして、株主総会の特別決議があっただけで正当化されるものではないこと、株主は公開買付者の提示する公開買付価格が対象会社の現経営陣が実現すると考える株価より高ければ公開買付に応募するのであるから、強圧性の問題があれば別であるが、支配権取得後に対象会社の企業価値が毀損させられるか否かを株主に判断させることはできないことなどから、株主総会決議の存在を持ち出すことは問題であり、株主総会は取締役を選ぶ権限を有するが、他の株主が誰であるかを選ぶ権限を当然には有しているわけではないとする。中東政文・ジュリスト1346号20頁以下、近藤光男・金融法務事情1833号19頁、田中亘・商事法務1810号23頁参照。
- (7) 松井秀征「親会社の子会社に対する責任」商事法務1950号4頁以下。
- (8) 松井・前掲11頁は、この代表訴訟を濫用のおそれがあることから認めるべきではないとされる。
- (9) 潮見佳男「取引的不法行為」民法の争点（Jurist増刊、新・法律学の争点シリーズ）282頁参照。
- (10) 富山地判高岡支部昭和62年10月15日（日本高周波事件）、東京地判昭和63年7月6日判時1309号109頁（東洋電装事件）、なお、曾野裕夫「競争秩序の実現における私法の論理」吉田克己編「競争秩序と公私協働」（2011年2月）67頁は、このような場合には、下請法あるいは独禁法とは無関係に私法独自の論理に基づいて契約の効力を否定することで当事者の保護を図るべきことを説いている。
- (11) 第14回会議において、「なかりせば基準」の曖昧さが取り上げられ、その内容を明確にすべきであるとする意見が多かった。
- (12) 第11回会議において、中東幹事は「親子会社間の個別の取引は、税法の規定により独立当事者間取引で行われているということでございますので、今やっていただいているとおり、そのままやっていただければいいだけの話で、何ら規制のコストはないのではないのでしょうか。むしろ、きちんとやっていないところはきちんとやることになるだけで、全然問題はないことだと思っています。」と述べられている。
- (13) 江頭憲治郎・株式会社法第3版410頁。
- (14) 第11回会議において、三原幹事から、経営指導料も利益相反規制の対象となるとすれば、グループ経営に相当大きな影響が出る旨の指摘がなされている。しかし、サービスに対する対価であれば、そこには相当性は無視できないであろう。

- (15)「会社法制の見直しに関する中間試案のたたき台(2)」、補足説明第2部第2(3)「部会において議論されたその他の関連問題」参照。
- (16) 周知のように、仙台地裁昭和45・3・26判時588・52は、法人格否認法理の適用につき、「親会社の子会社の業務財産を一般的に支配し得るに足る株式を所有すると共に親会社の子会社を企業活動の面において現実的統一的に管理支配していること」のほか、当該債権者は原則として子会社に対する関係で受動的立場にあるところの債権者に限る（能動的債権者の場合にも法人格法理の適用を認めることは、自己責任の原則に合致せず、債権者を過度に保護することを理由とする）としている。この事例では、子会社の幹部社員は親会社からの派遣であり、子会社が親会社の専属的な下請け事業者であり、かつ子会社の経営は人事・給与・生産等すべて親会社の統一的支配下にある実態が存在することが前提となっているが、親子会社関係においてこの事件のような実態を見いだすことは容易ではなく、また子会社の取引業者などの能動的債権者は除かれることから、法人格否認法理の適用は非常に限られた役割しか果たさないことになる。