

第5章 親子会社関係における子会社の保護

前田重行

1 問題の所在

従来からわが国の企業社会においては、資本参加等により企業結合関係が形成されてきており、このような結合関係として親子会社関係（支配従属関係）が多数存在してきていることは周知の事実である。特に近年において独禁法上持株会社制度が解禁され、持株会社が広く普及することによって明確化された親子会社関係が広範囲に存在してきている。企業間に親子会社関係が存在する場合には、企業についての多様な法領域においてこれに対処することが必要となるが、企業についての基本法ともいべき会社法においても種々の法的問題が生じ、多様な角度から親子会社関係に対する法規整を検討することが必要となる。

親子会社関係についての会社法上の法規整を検討する場合に、まず問題となるのは規整の対象としての親子会社関係をどのように把握するかという点であり、親子会社関係の定義の問題である。そして次に親子会社関係の存在を前提として、その法規整を考える場合に、親会社側および子会社側の双方において、検討が必要となる。親会社側における問題としては、親会社の支配・管理に対する適切な法規整および親会社株主保護の問題が考えられる。すなわち親会社の子会社に対する支配・管理に関する法規整の問題としては、親会社の子会社に対する支配力の行使がいかんにか正当化されうるかという点が挙げられる。従来から親子会社関係を問題とする場合に、当然親会社が子会社に対して支配力を行使するものと考えられてきているが、そのことは議決権行使による子会社株主総会の意思決定の支配可能性を背景とした影響力が行使されることを意味しており、いわば事実上の支配力の行使が前提となっているに過ぎない。したがって、親会社の支配力の行使が会社法上当然に正当化されるわけではないし、子会社経営者もまた親会社の指揮命令に法的に拘束されるわけではない。むしろ伝統的な会社法の建前は、子会社経営者といえども他からの影響を受けることなく独立して会社の業務執行を行うべきであるとされている⁽¹⁾。それゆえ、親子会社関係の問題として親会社の子会社に対する支配力

(1) 大隅健一郎「会社の親子関係と取締役の責任」商事法研究（下）（有斐閣、1993）103頁、川浜昇「持株会社の機関」資本市場法制研究会編・持株会社の法的諸問題—資本市場法制研究会報告—（資本市場研究会、1995）73頁、柴田和史「子会社管理における親会社の責任（上）商事法務1464号（1997）67頁、前田重行・持株会社法の研究（商事法務、2012）（以後「持株会社法の研究」と略称する。）128頁以下等参照。

の行使について会社法上どのように扱うのかという問題が常に生じてくる。換言すれば、親子会社関係に現実に存在する支配力およびその行使と会社法の規整とをどのように調和せしめるかという問題である。この点については、すでに別稿⁽²⁾で詳細に論じているので、その検討は別稿に譲る。

また親会社株主の保護の問題は、いわゆる株主権の縮減の問題として考えられ、その対策としては親会社株主の参加権の拡大（親会社株主総会の権限の子会社への拡大）であり、親会社株主の子会社経営者に対する責任追及手段の創設（多重代表訴訟制度の導入）であろう⁽³⁾。

他方子会社側における検討課題としては、親会社の支配・管理に対する子会社、子会社株主および子会社債権者保護の問題であり、いわば会社法上の親子会社関係に関する古典的問題ともいべき問題点である。本稿では、この問題を取り上げ、主として親子会社関係における子会社保護の問題に焦点を当てて、考察することとしたい。この問題については、すでに他の論稿⁽⁴⁾においても検討してきているので、本稿はその論稿を基礎として、これを種々の点で補充し、さらに最近の立法の動向を加えてまとめたものである。

2 会社法における親子会社関係の把握（親子会社関係の定義とその開示）

(1) 親子会社の定義

① 緒論

親子会社関係に対して法規整を行う場合には、当然親子会社関係を規整対象として把握しなければならない。すなわち親子会社関係を、いかに定義して、法制度の中に取り込むかという問題である。この点について従来は、発行済み株式総数または総株主の議決権数の過半数の所有という形式的基準で把握してきたが（平成17年改正前商法212条ノ2第1項）、そのような

(2) 前田重行「持株会社による子会社支配と持株会社の責任（その1）」法曹時報58巻3号（2006）1頁以下（持株会社法の研究に所収）、同「持株会社による子会社の支配と管理—契約による指揮権の確保—」金融法務研究会編・金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス・金融法務研究会報告書（13）（全国銀行協会（金融調査部）2006）43頁以下（持株会社法の研究に所収）

(3) 親会社における株主権の縮減の問題とその対策については、前田重行「持株会社における経営参加権の確保—比較法的観点からの分析—」遠藤美光・清水忠之編・企業結合法の現代的課題と展開・田村諄之輔先生古希記念論文集（商事法務、2002）181頁以下（持株会社法の研究に所収）、同「持株会社株主総会の子会社に対する権限の拡大と持株会社株主総会の運営」筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集刊行委員会編・現代企業法学の研究・筑波大学大学院企業法学専攻十周年記念論集（信山社、2001）537頁以下（持株会社法の研究に所収）参照。また多重代表訴訟については、本報告書の別稿参照。

(4) 前田重行「持株会社による子会社支配と持株会社の責任（その2・完）」法曹時報58巻5号（2006）1頁以下（持株会社法の研究に所収）

形式的基準のみでは、支配従属関係を有する事実上の親子会社関係を適切に把握できないという問題が存在した。そして改正前商法の下での親子会社関係に適用される種々の規定の趣旨から見ても、親子関係を形式的基準のみで判断するのではなく、実質的支配基準によって判断することが適切であること等の理由により⁽⁵⁾、平成17年改正前商法における親子会社の定義に対して、現行会社法は親子会社を実質的基準で把握することとし、新たな定義を定めた。なお実質的支配基準による親会社、子会社の定義はすでに当時の証券取引法（現在の金商法）に基づく財務諸表規則に採用されており（財務諸表の用語、様式及び作成方法に関する規則8条3項・4項）、会社法における実質的支配基準による親会社・子会社の定義は、この財務諸表規則における定義に倣ったものと考えられ、ほぼ同様の内容となっている⁽⁶⁾。

② 子会社の定義

会社法は親会社、子会社につきそれぞれの定義規定を置いている。子会社については、会社法がその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社法がその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいうものとしており（会社法2条3号）、経営の支配という実質的基準を導入して子会社性を判断することとしている。そしてこの会社の経営の支配という実質基準の具体的内容については、法務省令（会社法施行規則）に委ねている。会社法施行規則によれば、会社の経営の支配とは、会社が他の会社等（同規則2条3項1号）の財務および事業の方針を支配している場合をいうとしており（会社法施行規則3条1項）、そのような場合としてさらに以下の場合が具体的に定められている（同条3項）。すなわち、a）会社が他の会社等の議決権の総数に対する自己（その子会社および子法人等を含む）の計算において所有している議決権の割合が100分の50を超えている場合（同項1号）（ただし民事再生法等の倒産法等による手続きを受けている会社等であって、有効な支配従属関係が存在しないと認められるものは除かれる（同号イ、ロ、ハ、ニ））、b）上記a）の議決権の割合が100分の40以上であって、次の要件のいずれかに該当する場合である（同項2号）（ただし民事再生法等の倒産法等による手続きを受けている会社等であって、有効な支配従属関係が存在しないと認められるものは除かれる（同項1号イ、ロ、ハ、ニ））。上記b）の場合としては、i）自己所有等議決権（自己の計算において所有している議決権、自己との緊密な関係により自己の意思と同一内容の議決権を行使すると認められる者が所有している議決権および自己の意思と同

(5) 相澤哲・岩崎友彦「会社法総則・株式会社の設立」相澤哲編著・立案担当者による新・会社法の解説・別冊商事法務295号（商事法務、2006）13頁以下

(6) 神田秀樹・会社法〔第15版〕（弘文堂、2013）31頁、逐条解説会社法第1巻総則・設立（中央経済社、2008）45頁（川村正幸）

一の内容の議決権を行使することに同意している者が所有している議決権をいう。)の数の当該会社の議決権総数に対する割合が100分の50を超えていること(2号イ)、ii)当該他の会社等の取締役会その他これに準ずる機関構成員の総数における自己の役員、使用人等(当該他の会社等の財務および事業の方針の決定に影響を与えることができる者のみ)の割合が100分の50を超えていること(ロ)、iii)自己が他の会社等の重要な財務および事業の方針の決定を支配する契約(一種の支配契約)が存在すること(ハ)、iv)当該他の会社等の資金調達額の総額に対する自己が行う融資額の割合が100分の50を超えていること(ニ)、v)その他自己が当該他の会社の財務および事業の方針の決定を支配していることが推測される事実が存在することである(ホ)。c)その他自己所有等議決権数が100分の50を超えている場合で、上記b)のii)ないしv)の要件のうちいずれか一つが満たされた場合も支配関係の存在が認められる(同規則3条3項3号)。

以上の定義規定によれば、一方の会社等が他方の会社によりその議決権総数の100分の50超を所有されている場合には、前者は子会社となるわけであり、さらに議決権総数の100分の40以上の保有の場合でも、財務および事業の方針の決定に影響を及ぼしうると考えられる実質的な関係があれば、上記の形式的要件にそれらの実質的な関係の存在を加えて、会社の経営の支配が存在し、子会社であるとされるのである。この子会社の把握・定義は実質的基準によるしつつも、形式的基準を補助的に用いているわけである。結局会社法および会社法施行規則が定める実質的基準は、厳密には議決権の保有という形式的な判断基準とその他の支配を推測させる種々の事実を組み合わせた判断基準ということになる。

③ 親会社の定義

親会社については、上記定義規定による子会社概念にそのまま対応して親会社の定義が定められている。すなわち、会社法2条4号は、親会社とは株式会社を子会社とする会社その他の当該会社を支配している法人として法務省令で定めるものをいうと定めており(会社法2条4号)、同法務省令(会社法施行規則)に定めるものとしては、株式会社である会社を支配している(当該会社の財務および事業の方針を決定している)会社等(会社(外国会社も含む)、組合(外国における組合に相当するものも含む)およびその他これに準ずる事業体(会社法施行規則2条3項2号))をいうとしている(会社法施行規則3条2項・3項)。

なお上記の親会社の定義によれば、株式会社が株式会社以外の会社その他の事業体を支配している場合には、当該会社は会社法2条4号にいう親会社には該当しないことになり、子会社による親会社株式の取得禁止の規定が適用されないことになる。そこでこの点の不都合に対処

し、会社法 135 条 1 項にいう親会社の場合には、子会社による親会社株式の取得禁止の規定を株式会社以外の子会社にも及ぼすために、株式会社以外の子会社も同法 2 条 4 号における株式会社と見なされることになる（会社法施行規則 3 条 4 項）⁽⁷⁾。

④ 小括

会社法および会社法施行規則による親子会社の定義は詳細で、広範囲に親子会社関係の存在を把握しうる。しかし実質的基準としての支配を推測させる事実関係の存否については、形式的に判断しうる基準もあるが、不明確あるいは曖昧な要素を含む基準も存在し、実際上の判断においては、かなり困難な面も存在するように思われる。また判断基準に実質的基準を導入すると、法的安定性の面で問題が残ることになるが、この点は避けがたいのかも知れない。

またこの親子会社の基準およびそれによる定義は会社法上の種々の規整を行うための要件であり、その限りでは有効であるが、親子会社関係の基本的問題である実体的な子会社保護ないしは子会社の少数株主債権者保護とは結びついておらず、包括的かつ詳細な規定であるにもかかわらず、その本来的な親子会社規整の面には結びついていないという問題は残っている。

(2) 会社法における親子会社関係についての開示

① 会社法上の親子会社関係についての開示としては、まず事業報告における開示が挙げられる。すなわち、公開会社の事業報告においては、i) 重要な親会社および子会社の状況の開示（会社法施行規則 119 条 1 号・120 条 1 項 7 号）、ii) 株式に関する事項の中で 10 位までの大株主の開示（会社法施行規則 119 条 3 号・122 条 1 号）、および iii) 会社役員に関する事項の中で、重要な兼職関係の開示（会社法施行規則 119 条 2 号・121 条 7 号）が要求されている。上記 i) の開示要求に関しては、連結計算書類を作成している会社では、この事項については企業集団の現況に関する事項として記載してもよいとされている（会社法施行規則 120 条 2 項）。また上記 iii) については、他の法人等の業務執行取締役、執行役等の業務執行を担当する役員を兼ねていることが、上記 iii) における重要な兼職に該当する場合には、当該役員についての兼職の状況の明細を事業報告の附属明細書に記載しなければならないとされている（会社法施行規則 128 条 2 項）。上記 ii) および iii) に関しては、必ずしも親子会社関係の存在自体を示す開示ではないが、ii) については、開示された大株主の持株状況に応じて、親子会社関係の存在を認識しうる要素にもなるし、iii) については、親子会社関係が存在する場合には

(7) 相澤哲・郡谷大輔「会社法施行規則の総論等」相澤哲編著・新会社法関係法務省令の解説・別冊商事法務 300 号（商事法務、2006）7 頁参照。

親子会社間における役員の兼職の有無およびその状況を認識しうる情報を意味するものである。

② また事業報告における親子会社関係の開示規制としては、上記の他に企業集団における業務の適正を確保する体制（内部統制体制）についての決定（会社法施行規則 100 条 1 項 5 号）の内容の開示（会社法施行規則 118 条 2 号）があり、親子会社関係にある企業結合においてリスク管理やコンプライアンス体制が適切に構築されているかどうかの判断についての必要な情報を提供する意味を有することになる。特にこの点については、上述の決定に対しては、その内容の相当性の監査が要求されている（会社法 436 条 1 項・2 項 2 号・会社法施行規則 129 条 1 項 5 号・130 条 2 項 2 号・131 条 1 項 2 号）。

③ 会社法は、さらに支配従属関係における子会社の保護のための若干の開示規定を置いている。すなわち、会社と関連当事者との間の重要な取引について個別注記表の記載事項として記載を要求する（会社計算規則 98 条 1 項 15 号・112 条）。また上述の関連当事者取引に関して、会計監査人設置会社以外の会社が会社計算規則 112 条 1 項但し書きで取引内容、取引の種類別の取引金額および取引条件等の記載を省略した場合には、公開会社においては省略した事項を附属明細書に記載しなければならないとされている（会社計算規則 117 条 4 号）。これらの開示規定による個別注記表等における関連当事者取引についての記載は監査役等による監査の対象とされていることから（会社法 436 条 1 項・2 項、会社計算規則 112 条 1 項・4 項 1 号）、親会社子会社間の取引に関して開示および監査が適切になされれば、親子会社間における取引を子会社側において一応チェックし、不公正な取引により子会社が被る不利益をある程度防止することが可能であるかも知れない。しかし上記の開示規定では、親子会社間の取引が子会社にとって不利益か否か判断するための情報提供としては十分ではないし、かつ子会社の監査役等にとって取引の適正さを監査する上で必要な情報を得るための手段も与えられていないことから⁽⁸⁾、現行の開示、監査制度のもとでは、関連当事者取引の適正さを確保し、子会社の不利益を防止するためには必ずしも有効な制度とはいえないであろう。

なおこの点については、後述するように法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」（2012 年 9 月）で改善措置が提案されている⁽⁹⁾。

(8) 子会社側において関連当事者取引の適正さを監査するためには、親会社側の情報が必要であるが、現行会社法で子会社による親会社に対する調査権は認められていない（江頭憲治郎・株式会社法（第 4 版）（有斐閣、2011）491 頁参照。）。

(9) 後記 6（2）⑦参照。

3 親子会社関係における親会社の支配力の行使と子会社株主等の保護

(1) 親子会社関係においては、親会社はその従属関係にある子会社の取締役に対して一定の行為の示唆やアドバイスといった程度の間接的な影響力の行使から直接的な指図に至るまでの多様な段階における支配力を行使して、子会社の経営に関与することになる。親会社のこのような支配力の行使により子会社に不利益ないしは損害が発生する場合が考えられる。そのような典型的な場合としては、親子会社間の取引（関連当事者取引）が子会社に不利益な場合（親子会社間の不公正取引）や姉妹会社間の不公正取引が親会社によって強制される場合が考えられる。また親会社の支配力の行使が子会社の経営者に対して一定の作為または不作為を強制し、その結果子会社が不利益を被ることになるが、そのような子会社の不利益ないしは損害は子会社の株主の損害に結びつくことになる⁽¹⁰⁾。ただ子会社株主が不利益を被るといっても、多数派株主である親会社は、親会社の支配力の行使により、子会社株主としては損失を被るが、他面では支配会社としての利益が存在し、その利益によって子会社株主としての不利益は十分カバーされるのに対して、少数株主は不利益を受けるのみの状態におかれる。したがって、親子会社関係が完全親子会社関係にある場合には、子会社の株主は親会社のみであり、子会社には少数株主は存在せず、少数株主の保護の問題は存しない。しかし完全親子会社関係においても、子会社債権者保護の問題は残ることになる⁽¹¹⁾。

(2) 前記(1)で述べたように、親子会社関係における親会社の支配力の行使により子会社が損害を被ることにより子会社株主（少数株主）および債権者が最終的には損害を被ることになり、親子会社関係においてはこれらの株主、債権者の保護・救済が問題となる。この保護・救済に関しては、保護策として、親会社の支配力の行使に関して、まず開示、監査による対処が考えられる。親会社の支配力の行使についての開示に関しては、その開示が、子会社株主にとって支配力の行使の是非を判断できる程度の効果を持った開示であり、かつ監査役や監査委員会の監査によって支配力の不当な行使をチェックできれば、相当程度は損害賠償責任を問題にすることなく、子会社、その少数株主および債権者の保護が図れるものと考えられる。しかし前記2(2)で述べたように、現行会社法における開示、監査では親会社の子会社に対する支配力の不当な行使をチェックし抑制する効果は必ずしも十分なものとはいえない。そもそも

(10) 持株会社法の研究 142 頁

(11) 持株会社法の研究 142 頁以下参照。

開示、監査により、支配力行使をチェックし、不当な支配力の行使を抑制することはある程度可能であっても、それだけでは子会社、その少数株主および債権者の保護・救済を図るには十分とはいえない。結局、最終的には親会社等の子会社等に対する損害賠償責任を問題にするほかはない。

以上のように最終的には、子会社、その少数株主および債権者の保護・救済に関しては親会社の損害賠償責任、子会社取締役の損害賠償責任および親会社の取締役の損害賠償責任が問題となる。

上記関係者のうち子会社取締役は第一次的に子会社自体に責任を負う立場にあることを考えると、まず子会社取締役の損害賠償責任による救済が問題となり得よう。しかし、後述するように、子会社取締役の責任を問うことによって会社や少数株主の救済が効果的になし得るかは疑問が残る。また親会社取締役については、多くの場合は親会社自体の責任が問題とされ、直接子会社に対する責任が問われるのは、例外的である。むしろ子会社に対する親会社の取締役の責任の問題は、直接の不利益指図の責任の問題よりも、親会社による子会社に対する適切な管理・監督を欠いたことによる親会社自体に対する損害賠償責任が問題となろう⁽¹²⁾。

結局子会社等の保護・救済に関しては、親会社の子会社に対する損害賠償責任の有無の問題が子会社株主、債権者救済の基本となろう。けだし、親会社が子会社の損害発生の原因となった支配力行使の直接の当事者であること、親会社はその子会社を適切に支配し、管理する立場にあること、子会社株主、債権者の救済の実効性の確保を図る上で、親会社を関与させることがもっとも妥当であることなどから、親会社の子会社に対する損害賠償責任の問題が重要な意味を持つことになるからである⁽¹³⁾。

4 親会社の支配力の行使と子会社取締役の責任

(1) 現行会社法の下では、親会社の支配の下にある子会社といえども、当該子会社取締役は独立した会社の取締役として会社外から影響を受けることなく自己の責任で会社のために業務を執行することが要求されている。したがって、子会社が親会社の支配力の行使により子会社に不利な関連当事者取引を行い、またはその他子会社に不利な行為を行いもしくは適切な行為を行わなかったことにより会社に損害を与えた場合には、当該取締役は善管注意義務違反によ

(12) 親会社取締役の子会社に対する責任の問題については、持株会社法の研究 207 頁、208 頁参照。また親会社取締役による子会社の適切な管理・監督を欠いたことによる親会社自体に対する責任も問題となり、近年はこの問題も関心を持たれてきている（持株会社法の研究 208 頁以下参照）。

(13) 持株会社法の研究 143 頁

り会社に対して損害賠償責任を負うことになる（会社法 423 条 1 項）。上記親会社の支配力の行使が親会社の子会社に対する指図という形で行われた場合には、当該子会社の取締役は親会社の指図といえどもそれに拘束されるわけではなく、従う義務がない以上、そのような指図に従った結果、会社に損害が生じた場合には、当該取締役は任務懈怠責任を負うことになる。

他方、親子会社間で子会社経営者が親会社の経営上の指揮に従うことを内容とする経営委任契約が締結されている場合には、親会社は子会社経営者に対して指揮権の行使として経営に関する指図をする権限が与えられており、子会社取締役はそれに拘束されることになると考えられる⁽¹⁴⁾。すなわち会社法 467 条 1 項 4 号の経営委任契約の類型に連なる企業契約として受任会社が委任会社に対して支配的地位に立ち、損益も委任会社に帰属し、かつ委任会社は事業全部を受任会社に委ねるのではなく、重要事項の決定を委ねるのに過ぎないような特別の経営委任契約が考えられる⁽¹⁵⁾。親子会社間で上記のような「特別の経営委任契約」を締結することによって、親会社に子会社を支配し、子会社の経営に関与する法的根拠を与えることが可能となり、指揮権の行使を是認しうることになろう⁽¹⁶⁾。したがってこのような特別の経営委任契約が締結されている場合には、子会社取締役が親会社の指図に従って経営を行った結果、会社に損害が生じた場合であっても、当該子会社取締役は任務懈怠責任を当然に負うわけではない。もちろんこの場合においても、親会社の指図に従うことが子会社に不利益を与えるような場合には、それに従うことは子会社取締役として負っている善管注意義務に違反することになり、任務懈怠責任を免れないが、しかし子会社取締役が親会社による指図が特別の経営委任契約に定められた委任の範囲に含まれ、契約に定められた方法により実行されていることを確認して、指図に従って一定の措置をとった場合には、そのような措置をとれば子会社に損害が発生するおそれを示す特段の事情（独立企業の経営者としての通常の判断によれば、そのような措置をとるべきではないことが明らかな場合）がない限り、当該子会社取締役は注意義務を尽くしたものとして、任務懈怠責任は負わないものと考えられる⁽¹⁷⁾。なお子会社取締役の上記のような親会社の指図に従うことによって生じた任務懈怠責任については、親会社が子会社の唯一の株主である場合には、免責される可能性がある。

(14) 親子会社間の支配従属関係を法的に構成するための特別な経営委任契約については、すでに柴田和史「子会社管理における親会社の責任（下）商事法務 1465 号（1997）69 頁以下、前田・前掲注（2）法曹時報 58 卷 3 号 16 頁以下（持株会社法の研究 132 頁以下、200 頁以下）において提案されている。

(15) 会社法 467 条 1 項 4 号の経営委任契約については経営管理契約および狭義の経営委任契約の二つのタイプに区分されているが、特別の経営委任契約はそのいずれにも該当せず、新たな企業契約のタイプである。

(16) 前田・前掲注（2）「持株会社による会社の支配と管理」金融法務研究会・金融持株会社グループにおけるコーポレート・ガバナンス 58 頁以下（持株会社法の研究 133 頁以下）参照。このような特別の経営委任契約の詳細については、持株会社法の研究 132 頁～136 頁、200 頁～214 頁参照。

(17) 持株会社法の研究 145 頁

(2) 子会社取締役の責任に関しては、上記(1)で述べてきた親子会社間で特別の経営委任契約(一種の支配契約)が締結されていない場合で、子会社取締役が親会社の指図に従って子会社の経営について一定の行為を行い、または適切な行為を行わなかったときには、原則として、当該子会社取締役は会社に善管注意義務違反による任務懈怠責任を負うことが考えられる。そして子会社の少数株主は、この取締役の任務懈怠責任については、株主代表訴訟によって責任を追及し得る。また債権者に関しては、会社による責任追及または株主代表訴訟によって子会社取締役の損害賠償責任が履行されれば、その不利益は填補されるが、自ら子会社取締役に対して直接会社への損害賠償を請求させることはできず、会社の損害が填補されなければ救済されないことになる。もっとも会社の損害が填補されず、その結果債権者に対する債務の履行ができなくなった場合には、当該債権者は子会社取締役に対して直接損害賠償責任を追及することが可能な場合も考えられる(会社法429条1項)。なお子会社株主が債権者と同様に子会社の取締役に対して会社法429条1項により、直接自己の損害につき賠償請求できるかという点については、考え方は分かれているが、裁判例⁽¹⁸⁾および学説の多くは否定的である⁽¹⁹⁾。

(3) 以上に見てきたように、親会社の支配力行使により子会社が不利益を被った場合に、子会社の少数株主および債権者の保護の方策としては、親会社の指図に従って子会社に不利益をもたらした子会社取締役に対して損害賠償責任を負わせ、この責任を追及することが考えられる。ただこの損害賠償責任については、会社が責任追及をしない場合には株主代表訴訟によって直接責任追及ができるが、債権者にとっては会社法429条1項による取締役の第三者責任の追及か債権者代位権の行使というかなり迂遠な方法しか存在せず、必ずしも十分な救済方法といえるかどうか疑問が残る。

また少数株主が代表訴訟によって直接追及できる子会社取締役の損害賠償責任の負担にしても、必ずしもそれによって適切に子会社の少数株主が救済されるかどうか問題がないわけではない。すなわち子会社取締役が親会社の指図に従って一定の行為を行い、または行わなかった結果、会社に損害が生じた場合には、子会社取締役は任務懈怠による損害賠償責任を負うことが問題となるとしても、責任を肯定するための善管注意義務違反の認定は容易ではない。けだし、子会社取締役の置かれている地位から見て親会社の指図が子会社に不利益を与えるおそれがあるとしてもそれに従うことを拒絶することは容易ではないし、また子会社取締役にとって

(18) 東京地判平成8年6月20日判時1578号131頁、東京高判平成17年1月18日金融・商事判例1209号10頁。

(19) 否定説としては、大隅健一郎・新版会社法論中巻I(有斐閣、1983)245頁、246頁、龍田節・会社法大要(有斐閣、2007)96頁等。これに対して、竹内昭夫・会社法の理論Ⅲ(有斐閣、1990)287頁以下は肯定説を主張する。

は親会社からの指図の内容に関しても指図をした親会社に比べてその有する情報が乏しく、指図が子会社にとって不利益なのかどうかの判断が困難な場合が多い。したがって、親会社の指図が子会社にとって不利益であることが明白な場合はともかくとして、指図に従うことが子会社にとって不利益か否か必ずしも明らかではない状況の下で、親会社の指図に従った子会社取締役の任務懈怠の責任を問うことは慎重に行うべきである。結局このような子会社取締役の地位とその置かれた状況を考えると、指図に従った子会社取締役の善管注意義務違反の認定は相当慎重に行うべきであり、親会社の支配力行使による子会社の損害に関して子会社取締役の責任を判断するに際しては、その責任の肯定については抑制的な立場をとらざるを得ないであろう⁽²⁰⁾。

以上のように考えてくると、親会社の支配力の行使によって子会社が損害を被った場合であっても、子会社取締役の任務懈怠責任の認定に関しては、容易でない面があり、子会社の少数株主の株主代表訴訟による責任追及が可能であるとしても、實際上子会社の取締役に損害賠償責任を課すことについてはかなり限定的に考えざるを得ない。

5 会社法の下での親会社の子会社に対する責任について

(1) 緒論

親子会社関係において、親会社が子会社に対して支配力（影響力）を行使して、子会社に不利益を与えた場合に、子会社をどのようにして救済するかということは、親子会社関係に対する法規整上の基本的問題である。具体的には、親会社の子会社に対する不利益行為に対して、親会社がいかなる責任を、どのようにして負うことになるのかという問題である。この問題に関しては、わが国会社法においては、特に手当はされておらず、問題の解決はもっぱら解釈論に委ねられているが、そもそも具体的な法規整が存在しないせいも、問題がそれほど顕在化していないようである。

このような親子会社間における親会社の支配力（影響力）の行使による子会社の不利益の救済については、ドイツ株式法においては、具体的な手当がなされてきている。ドイツ株式法では従属子会社の救済制度の前提として、まず親会社・子会社関係の基本的要素たる支配従属関係にある企業（支配企業と従属会社）間に関して、いわゆる契約コンツェルンおよび事実上のコンツェルンに区分して一定の法規整を行う。支配企業従属会社間に支配契約が締結されている契約コンツェルンの場合には、同契約に結びつけられた補償措置等ならびに支配企業の法定

(20) 持株会社法の研究 146 頁、147 頁

代理人および従属会社の理事者についての責任規定により従属会社の少数株主および債権者の保護を図るが、支配契約等を締結しない支配企業従属会社間（事実上のコンツェルン）においては、支配企業はその従属会社に対して不利益になるような支配力（影響力）を行使してはならないとされているが、ただ支配力の行使による不利益が同時に補償される場合には、従属会社の不利益になる支配力（影響力）の行使も許される。

結局ドイツ株式法において支配従属関係にある親子会社が支配契約等を締結しない場合には、事実上のコンツェルンについての法規整を受けることになり、同規整によれば、支配企業たる親会社は従属会社たる子会社に対してその不利益になる支配力（影響力）の行使が原則として禁止される。ただ不利益に対する補償がなされれば、不利益になる支配力の行使も是認される。この不利益に対する補償が適時になされない場合には、子会社は支配企業に対して損害賠償責任を追及することになる。以上に述べたようにドイツ株式法における支配契約等を締結していない事実上のコンツェルンとしての親子会社関係においては、親会社は子会社に対して子会社の不利益にならない限り支配力を行使することは許されるが、不利益行使がなされた場合には、一足飛びに親会社が損害賠償責任を負うのではなく、まず子会社の不利益に対する補償措置を行うことが求められ、それがなされない場合に、次の段階として、子会社は親会社に対して損害賠償請求権を有することになる⁽²¹⁾。

わが国においては、前記のように親会社の子会社に対する支配力の行使により子会社に不利益を与えた場合に関する子会社の救済については特に手当はなされておらず、子会社の救済は一般的な損害賠償責任の追及によるほかはなく、もっぱら解釈論の問題として検討することになる。会社が子会社との取引を通してまたは子会社経営者に対して作為・不作為を強制する等の指図を行うことにより、子会社が不利益を被った場合には、親会社が子会社に対して損害賠償責任を負うのか否かについては、従来から種々議論されてきているが、近年は多くの学説において親会社の責任が肯定されてきている。もちろん、現行法上親会社の子会社に対する支配力の行使が是認されているわけではなく、親会社の直接的な指図のみならず、その意向の表明や示唆に対して子会社取締役はそれに拘束されることなく、独立して子会社の業務執行を行うべきであるとする会社法の一般的な解釈の下では、子会社に対する親会社の責任を肯定するのは困難であり、その理論構成は容易ではない。

(21) ドイツ株式法における親子会社関係を含めたコンツェルン規整については、持株会社法の研究 139 頁、140 頁、190 頁ないし 199 頁参照。

(2) 現行会社法における親会社の責任についての考え方

親会社の責任を肯定する考え方としては、以下の①から⑤のような多様な学説が主張されてきている。①親会社の子会社に対する支配力の行使により、親子会社間の取引において子会社が不利益を被った場合には、親会社は子会社株主として株主に対する出資返還禁止原則に違反する不当な給付を得たことになるとして、親会社が当該子会社に対してその給付の返還を義務づけられるとする⁽²²⁾⁽²³⁾。②親会社が子会社の支配株主として子会社に対する支配力の行使に対して子会社を害してはならないとする誠実義務を負うことを前提として、親会社の支配力行使により子会社が損害を被った場合には、支配株主の誠実義務違反により損害賠償責任を負うとする⁽²⁴⁾。③親会社が子会社に対してその支配力を行使して損害を与えた場合には、親会社は子会社の事実上の取締役として行動した者として評価され、取締役としての責任を負うことになるとする⁽²⁵⁾。④親子会社間の取引において親会社の支配力により子会社が取引上不利益を被る場合には、その不利益措置は、子会社が株主の権利行使に関して株主たる親会社に財産上の利益を供与したものと解して、親会社は子会社に対して利益の返還義務を負うものとする⁽²⁶⁾。⑤親会社取締役の不法行為につき会社が責任を負うとする（会社法 350 条による親会社の責任）。この⑤の考え方は、さらに二つの解釈に分かれている。一つは、i) 親会社の支配力行使につき、親会社取締役の債権侵害による不法行為の存在を認め、この不法行為につき会社法 350 条により親会社も子会社に対して責任を負うことになるとする。すなわち、親会社の支配力行使により子会社が損害を被った場合には、子会社取締役が善管注意義務に違反することになるが、この債務不履行につき、親会社取締役がその不利益指図等により加功したものと解し、この不法行為につき会社法 350 条により親会社も子会社に対して責任を負うことになるという構成であり、子会社取締役の善管注意義務違反を経由して親会社が責任を負うとする考え方である⁽²⁷⁾。二つ目は、ii) 親会社取締役が親会社の機関として指図を行った行為を子会社に対する直接的な不法行為と捉え、会社法 350 条により親会社が損害賠償責任を負うとする。

(22) 長浜洋一・株主権の法理（成文堂、1980）188 頁以下、田代有嗣。新版親子会社の法律（商事法務研究会、1979）419 頁以下、田中誠二「子会社の債権者保護の法理」金融・商事判例 594 号（1980）19 頁以下。

(23) 同説は、わが国においてもドイツ株式法上の出資返還禁止原則と同一の原則が存在することを前提とする。

(24) 出口正義・株主権法理の展開（文眞堂、1991）103 頁以下

(25) 青木英夫「コンツェルン指揮と責任」私法 28 号（1966）202 頁、酒巻俊雄・取締役の責任と会社支配（成文堂、1967）44 頁以下。

(26) 大和正文「利益供与の禁止規定について」関西大学法学論集 32 巻 3・4・5 合併号（1982）325 頁以下、新版注釈会社法（9）（有斐閣、1988）255 頁～256 頁〔関俊彦〕。

(27) 江頭憲治郎・会社法人格否認の法理（東京大学出版会、1980）410 頁、同・結合企業法の立法と解釈（有斐閣、1995）101 頁。

この考え方は、親会社が会社法 350 条による責任を負うことについて、子会社取締役の責任を経由せず直接親会社取締役、親会社として責任を負う考え方である⁽²⁸⁾。

(3) 上記(2)の考え方に対する批判

上記①～③の考え方は比較法的な観点に依拠するかまたは新たな理論に基礎をおいた考え方であるが、これらの基礎となる理論はわが国会社法の下で定着しているわけではなく、現行法の解釈論として説得力を有しているとは言い難い⁽²⁹⁾。

これに対して④および⑤ i) は、わが国会社法上の解釈論として説得力を持っていると解されるが、④は、確かに関連当事者取引の場合には、子会社に対する不利益が親会社に対する利益供与と考えられ、取引における子会社の不利益が金額等の数量的に把握できる場合には、責任追及の手段として有効であり、かつ株主代表訴訟が認められている点で、株主の救済策としても効果的である。しかし親子会社間に具体的な取引が認められる場合と異なり、親会社の支配力の行使が不利益指図等による場合には、子会社の損害としての具体的な利益供与額を把握することは困難な場合が多いように思われる。また会社法上の利益供与禁止規定を適用する場合には、同時に子会社取締役等の刑事責任も問題とすることとなり、親子会社関係の私法上の問題解決に利益禁止規定を持ち出すことが適切かどうか問題がないわけではない⁽³⁰⁾⁽³¹⁾。他方⑤ i) の考え方は、親会社の支配力の行使が不当な場合には、債権侵害による不法行為となるという理論構成であり、現行会社法上親会社の責任追及を可能にする考え方として説得力を有し、かつ関連当事者取引から不利益指図等に至るまでの多様な形態の親会社の支配力行使を捉えうる広範囲で柔軟な理論構成という点で優れていると考えられる⁽³²⁾。

ただ上記⑤ i) の考え方に関しては、親会社の取締役による行為等が子会社に損害を与える場合であっても、それが過失による場合には債権侵害は成立せず、親会社は責任を負わないことになる点⁽³³⁾、あるいは親会社側の支配力の行使により子会社が損害を被った場合でも子会社取締役の善管注意義務違反がなく、その責任が認定されない場合には、親会社の子会社に対

(28) 以上の学説の詳細については、持株会社法の研究 148 頁以下参照。

(29) 持株会社法の研究 149 頁参照。

(30) 持株会社法の研究 150 頁。その他利益供与禁止規定を親子会社関係に対する規整に用いることに対する疑問を提起する学説としては、川浜・前掲注(1) 89 頁注 17 参照。

(31) 以上の①～④の学説における問題点の詳細については、持株会社法の研究 149 頁以下参照。

(32) 持株会社法の研究 151 頁

(33) 親会社取締役の債権侵害が成立するためには、親会社取締役の加功行為としての故意が必要であるとされており、過失による場合には債権侵害は成立しないとされているため、子会社に対する親会社取締役の指図等の行為につき故意が認められず、過失にすぎない場合には、親会社の責任は認められないことになる(江頭・前掲注(27) 結合企業法の立法と解釈 102 頁注 10)。

する責任は生じないことになる点等の問題が存在する⁽³⁴⁾。もっとも、後者の点については、親会社の支配力の行使には、子会社取締役の行為を介在させているのが通常であるから、子会社取締役の責任が否定される場合はあまり考えられないかも知れない。しかし、親会社の指図により子会社が損害を被った場合であっても、子会社取締役の地位やその置かれた状況、さらには親会社の指図等の総合的な考慮から子会社取締役の善管注意義務違反を問えない場合も考えられる。特に前記の特別の経営委任契約のようなタイプの企業契約を締結している場合には、上述のように子会社取締役の注意義務違反が生じないことも十分考えられる。しかし、子会社取締役に責任がない場合であっても、子会社の少数株主や債権者の保護を図るためには、親会社の責任を問うることが必要である。そうだとすると、子会社取締役の責任を経由せずに親会社の責任を問うる考え方として前記⑤ ii) の考え方が注目されるが、このような考え方に対しては、従来において否定的な見解⁽³⁵⁾も有力であり、また上記⑤ i) の理論構成に比べて便宜的すぎるようにも思われる。

以上のように考えてみると、親会社の支配力行使により子会社が損害を被った場合の親会社の責任を追及し得るための理論構成としては、上記⑤ i) の考え方が、上記のような問題点を有しつつも、一応妥当ではないかと考えられる。ただそのように評価するとしても、なお、子会社の株主が親会社の責任を直接追及し得ないこと、すなわち直接の提訴権は認められないこと、および債権者も直接の提訴権を持たないという点が問題として残る。前者の問題に対しては、結局子会社株主の親会社に対する一種の代表訴訟を認めるという立法的解決を考える他はないであろう⁽³⁶⁾。後述の法務省民事局による会社法の見直しに関する中間試案では、このような代表訴訟制度の導入が親会社の責任規定とともに提案されていたが⁽³⁷⁾、法制審議会による改正要綱⁽³⁸⁾では採用されなかった。また後者の債権者については、債権者代位権の行使が認められ得ることも状況によっては考えられよう。ただ子会社が親会社に対して損害賠償請求権を有するにもかかわらず、自ら請求権を行使しない場合には、子会社債権者は債権者代位権を行使するという点に関しては、債権者代位権行使の要件（民法 423 条）との関係で、実際

(34) 持株会社法の研究 151 頁～152 頁。その他の問題点としては、親会社取締役の子会社に対する指図等についての行為に関して、立証上の困難性も残る。すなわち、子会社の取締役の債務不履行としての善管注意義務違反に親会社取締役が加担したことが必要であることから、明確な指図行為があればともかく、示唆や協議等の形態をとった不利益指図がなされた場合には、立証上の困難性が存在する（持株会社法の研究 151 頁～152 頁。）

(35) 大隅・前掲注 (1) 107 頁

(36) 持株会社法の研究 163 頁、177 頁（補注 5）

(37) 法務省民事局「会社法制の見直しに関する中間試案」（平成 23 年 12 月）（以後中間試案と略称する。）
第二部第二 1 [A 案] ④

(38) 法制審議会「会社法制の見直しに関する要綱」（平成 12 年 9 月）（以後要綱と略称する。）

上その行使は困難であろう。従って、この点についても立法的解決が必要となろう⁽³⁹⁾。

(4) 特別の経営委任契約の下での親会社の責任について

前記で述べた特別の経営委任契約が親子会社間で締結されている場合には、親会社の指図による子会社の損害は、親会社の受任者としての善管注意義務違反として構成される。すなわち親会社が子会社に対して契約上是認されている指揮権を行使する場合には、親会社は子会社の不利益にならないよう行使すべき注意義務が課されており、これに違反した場合には損害賠償義務を負うことになる。もっとも、親会社の指図が契約上委任された範囲内の事項について行われたもので、かつ契約で定められた方法で実施されている場合には、当該指図による措置の実施によって子会社に損害が発生することが予想される特段の事情がない限り、親会社は指図に際して受任者としての注意義務を尽くしたものとして、当該指図による損害賠償責任を負わないことになるものと考えられる⁽⁴⁰⁾。

6 子会社に対する親会社の責任についての立法の方向（立法論）

親会社が子会社経営を指揮し、その一環としての指図により子会社に損害を与えた場合における子会社の少数株主および債権者の救済については、現行会社法の下でも親会社による不当な支配力の行使に対して一定の責任を課しようとするような理論構成が考えられてきている。しかし、これらの理論構成に関しては、それを採用することに関して種々難点がある。もっとも妥当性を有する解釈論として、前記5(2)⑤i)の考え方が挙げられるが、それによっても少数株主や債権者が適切に保護され得るかどうかは疑問なしとしない。したがって、この点については、立法的手当がどうしても必要となろう。

(39) 持株会社法の研究 165 頁。債権者代位権の行使に関しては、被保全債権の存在、当該被保全債権の履行期の到来、債務者である子会社が無資力であることが必要である（民法 423 条）。これらの要件のうち、無資力要件に関しては、この要件を厳格に解すると、親会社の不当な指揮により子会社が損害を被っても、それにより子会社が支払不能にならない限り、子会社債権者は債権者代位権を行使し得ないことになる。債権者保護の観点を重視すれば、子会社が破綻するまで待つことなく、子会社債権者は債権者代位権を行使しうることが必要であろう。また子会社債権者の債権の履行期の到来という要件については、到来しなくても行使しうることが必要である。そのためには現行法の下では、裁判上の代位によるほかはない（非訟事件手続法 72 条以下）。裁判上の代位は保全の必要性がある場合に認められるが、裁判上の代位によらなければならないということは、子会社債権者にとってはかなり負担になる。立法論としては、債務者の無資力要件を外し、かつ債権者の債権の履行期についての要件も外すということが考えられよう。いわば、会社法 463 条 2 項のような権利を債権者に与えることが必要であろう（持株会社法の研究 176 頁注（95）参照）。

(40) 持株会社法の研究 135 以下参照。

(1) 支配力行使に対する親会社の責任に関する一般的規定の導入

親子会社関係において、親会社がその支配力を行使して子会社に損害を与えた場合には、親会社が損害賠償責任を負うべきであると考えられ、そのためには親会社の損害賠償責任を定める一般的責任規定を会社法に定めることが必要であることは、すでに多くの立法論において主張されてきていることである。ただそのための一般的な抽象的規定を会社法に導入するだけでは、問題は解決しない。問題はこのような責任規定が有効に機能するためにいかなる立法的措置が必要であるかという点であり、そのような措置と合わせて一般的責任規定を定めることが重要である。特に問題となるのは、親会社の責任は当該会社が支配力を行使したことにより生じることを問題とするわけであるから、支配力の行使という事実の存在と支配力の行使により子会社に損害が発生したという因果関係の存在である。親会社の子会社に対する支配力の行使（一種の影響力の行使）は、多様な形で行使され、明確に認定することが困難な場合が多い。また支配力の行使と子会社の損害発生との因果関係の認定にも困難性が予想される。したがって、親子会社関係における親会社の子会社に対する一般的責任規定を設けるに際しては、親会社の支配力の行使およびそれと損害との因果関係についての認定を容易にするための工夫が要請されることになる⁽⁴¹⁾。

上記のような点を考慮した一般的責任規定の導入案としては、さしあたり次のような立法論が考えられよう。すなわち、親会社の支配力（影響力）の行使により、子会社が損害を被った場合には、親会社は子会社に対して損害賠償責任を負うものとする一般的責任規定を定めるとともに、親会社の子会社に対するなんらかの作為・不作為を望むことについての意思を示す行為が、直接的な指図のみならず、助言、協議を通しての意見表明等その形態を問わず存在する場合には、親会社の支配力（影響力）の行使があったものとみなすこととする。そしてさらに、子会社の損害に対応して親会社に利益が生じている場合には、当該損害は親会社の支配力の行使によって生じたものと推定する⁽⁴²⁾。また子会社の損害に対する親会社の責任は無過失

(41) 立法論としては、親会社が子会社に責任を負う場合として親子会社間の関連当事者取引に焦点を当て、当該取引が通例的でない取引として行われ、その結果として子会社に損害が発生した場合には、親会社は無過失責任を負うが、親会社の支配力の行使によるその他の行為により子会社が損害を被った場合には、親会社は過失責任を負うことになるとする考え方（江頭・前掲注（27）結合企業法の立法と解釈103頁以下）や、親会社としての大株主と子会社との関係において子会社に損害が発生した場合に、その損害に対応して親会社が利益を得た場合には、当該子会社の損害は大株主たる親会社の影響力によって生じたものと推定するという考え方（江頭憲治郎・岸田雅雄「企業結合」商法改正要望事項・別冊商事法務77号（1986）60頁以下）などが主張されている。これらの考え方は、親会社の支配力の行使（影響力）により子会社に損害が生じた場合に、親会社の責任を効果的に問うるための措置を工夫している。またいずれの考え方も子会社の少数株主に代表訴訟提訴権を認めている。

(42) 江頭・岸田・前掲注（41）別冊商事法務77号60頁

責任とするか、または過失責任としつつも立証責任を転換して親会社は無過失の立証責任を負わせることが必要であろう⁽⁴³⁾。

(2) 会社法制の見直しに関する中間試案における提案

① 平成 22 年以来法制審議会会社法制部会で会社法制の見直しの検討が行われてきており、平成 23 年に会社法改正についての「中間試案」⁽⁴⁴⁾ が公表された。そこでは親子会社の規律の問題も扱われ、いくつかの立法提案がなされているが、その中で注目された提案として、親会社の子会社に対する責任についての規律案が示されている。

もっとも上記試案における立法提案は、平成 24 年 9 月に発表された改正「要綱」⁽⁴⁵⁾ には盛り込まれなかったことから、直近に予定されている会社法改正における企業結合に対する法規整の問題としては、検討する意味を有しなくなったともいえる。ただ、親会社の子会社に対する責任の問題は、近い将来には無理としても、いずれは具体的な立法の問題として避けることのできない問題であり、上記試案における提案は、法制審議会会社法制部会という公的な機関での試案であり、かつパブリック・コメントにも付された案であることから、同案の妥当性や問題点を検討しておくことは、将来の立法提案に寄与するものと考えられ、意義を有するものと思われる。

② 上記提案は、親会社とその子会社たる株式会社との間で利益が相反する取引が行われ、当該子会社が不利益を被った場合には、当該親会社はその不利益に相当する額を子会社に支払う義務を負うものとするという立法案である⁽⁴⁶⁾。そしてこの場合の不利益の有無および程度は、当該取引の条件のほか当該子会社と親会社と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ものとする⁽⁴⁷⁾とされ、さらに上述の親会社の義務は、当該子会社の総株主の同意がなければ免除し得ないものとする。また上記親会社の義務に対しては株主代表訴訟の対象とするものとされている⁽⁴⁷⁾。なお、上記の義務は、その有する議決権の割合等に鑑み、親会社と同等の影響力を有すると考えられる自然人も負担し、同様の規律を受けるものとする⁽⁴⁸⁾と提案されている。

上記の立法提案は、親会社の支配力の行使により子会社が親会社との不利益な取引を強制され、子会社が不利益を被った場合の救済策を会社法の中に盛り込むことを提案したものであ

(43) 持株会社法の研究 162 頁～163 頁

(44) 前掲注 (37) 参照。

(45) 前掲注 (38) 参照。

(46) 中間試案第二部第二 1 【A 案】①

(47) 中間試案第二部第二 1 【A 案】④

(48) 中間試案第二部第二 1 【A 案】④注

る。特に、親子会社間においては、しばしば利益が相反する取引により子会社が不利益を被ることが生じうると考え得ることから、上記立法案は、このような子会社の不利益を救済する方策として有益であると考えられる。さらに、この提案では、親会社の影響力（支配力）の行使態様を具体的に特定することを要せず、かつこの親会社の責任を追及するに際して、当該子会社の取締役が責任を負うことを前提としないとされており⁽⁴⁹⁾、責任追及が容易になし得るものと考えられる。

③ しかしながら、上記立法提案には次のような問題点が存在する。まず同案では子会社が不利益を受けたかどうかの算定に関しては、当該利益相反取引がなかった場合と比較して算定するものとしているが⁽⁵⁰⁾、このような算定基準についての妥当性については疑問がある。取引の公正さの判断に際しては、当事者が相互に独立して、不当な影響を受けずに取引条件を決定し得たかどうかという観点からの判断が重要であり、親子会社間の取引に関しても、この観点からその取引の公正さを判定すべきであることを考えると、不利益を受けたかどうかの算定基準も独立当事者間取引基準を用いるべきであろう。特に、子会社の事業内容が主として親会社との取引が中心となっているような場合には、親子会社間の取引の公正さを算定する基準として取引がなかった場合との比較ということでは不自然であり、子会社の被る不利益の判定に際しては妥当性を欠くのではないかと考えられる。

また上記提案においては、子会社の不利益の有無および程度は、当該取引の条件のほか当該子会社と親会社と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ものとされており⁽⁵¹⁾、このことは「親会社の責任の有無については、個別の取引のみではなく、継続的な親子会社間の関係の総体として考慮すべきであると考えられることによるものである。」とされている⁽⁵²⁾。おそらく親子会社間の利益相反取引において直接子会社が不利益を被った場合であっても、親子会社間の他の取引やその他の点において子会社に何らかの形で補償的な措置がとられていれば、親会社の責任は生じないものとするを意味しているものと思われる。このこと自体は適切な規整方法であると考えられるが、ただそのためには親子会社間の取引等において漠然と利害のバランスがとれているというようなことではなく、具体的に認められる補償的措置の存在が必要になると考えられ、立法に際してはそのことを明確な要件にすべきである。この点については、さらに利益相反取引により子会社に不利益を与えても、親子会社関係総体の利益になるならば、親会社が免責されるという解釈も導くことも考え

(49) 法務省民事局参事官室「会社法制の見直しに関する中間試案の補足説明」(平成23年12月)(以後補足説明と略称する。)第二部第二1(2)ア

(50) 中間試案第二部第二1【A案】①

(51) 中間試案第二部第二1【A案】②

(52) 補足説明第二部第二1(2)ア

られる。換言すれば、親子会社間の利益相反取引によって子会社に不利益が生じても、親子会社を含む企業集団全体の利益になる場合には、親会社は免責されることになるという解釈を導く可能性もあり得よう。しかしこのような解釈の可能性を肯定することは妥当ではない。このような考え方では、結局子会社自体の不利益は填補されないわけであり、その少数株主や子会社の資産を担保財産とする会社債権者の不利益を救済し得ないからである。したがって、上記提案における親子会社関係における一切の事情の考慮による親会社の免責については、具体的な補償措置の必要性を要件とすべきであろう。

④ なお試案におけるような親会社の子会社に対する不利益措置に対する補償義務の制度については、ドイツ株式法上のコンツェルン規整における支配企業の支配力の行使による従属会社の不利益に対する補償についての規整が参考になろう。同法 311 条は、支配企業とその従属会社間に支配企業の従属会社に対する不利益指図を許容する支配契約等が締結されていない場合には、支配企業は従属会社に対して不利益になるような支配力（影響力）を行使してはならないと定めるが（同法 311 条 1 項 1 文）⁽⁵³⁾、ただその不利益が同時に補償される場合には、従属会社の不利益となる支配力（影響力）の行使も許されると規定している（同法 311 条 1 項 2 文）。この補償措置については、不利益が生じた営業年度中になされるか、または営業年度の終了までに、何時、いかなる利益により不利益が補償されるのか定めることにより、行われなければならないとされている（同法 311 条 2 項）⁽⁵⁴⁾。そして上記補償の定めによる利益の供与は、従属会社の支配企業に対する請求権を構成するものとされる（同法 311 条 2 項 2 文）。さらに上記の補償措置の定めは、支配企業による一方的な意思表示によるのではなく、契約によってのみ是認されると解されている⁽⁵⁵⁾。結局上記補償は、営業年度中に事実上の補償として何らかの利益が従属会社に給付されるか、または年度末までに一定の給付を行う契約の締結で行われなければならないことになる⁽⁵⁶⁾。このように見てくると、ドイツ株式法では、従属会社の被る不利益に対しては、支配企業に従属会社の不利益が生じた営業年度中に具体的な補償を行うか、または当事者間で具体的な補償についての合意を結ぶことを要求しており、支配従属会社間の漠然とした利害のバランス関係で支配企業の免責を認めていないことに注意すべきである。

(53) ドイツ株式法における親子会社関係に関する法規整については、前記 5（1）参照。

(54) 支配企業による不利益およびそれに対する補償措置の有無については、従属会社の取締役が、業務執行についての注意義務（株式法 93 条 1 項 1 文）の一環として検査義務を負うことになる（Emmerich, V./M. Habersack, Konzernrecht, 9. Aufl. 2008, S. 435.）。

(55) Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl. § 311 Rn.46.

(56) Emmerich/Habersack, a.a.O., S. 436, Hüffer, a.a.O., § 311 Rn. 44~46.

⑤ その他、試案の実効性に関しては、試案におけるように親子会社間における利益相反取引によって親会社が責任を負うことが認められることとしても、子会社自体が適切な責任追及をしない場合には問題となる。親子会社関係において子会社取締役は事実上親会社によって選任されることを考えると、親会社に対して子会社が責任追及を怠る場合が生じることは十分考え得る。そこでこの場合の対策が必要となる。試案は、このような場合に備えて子会社株主が代表訴訟により責任追及を行う道を開いている⁽⁵⁷⁾。したがって、子会社の少数株主はこの株主代表訴訟によって保護されることになる。これに対して、親会社の責任追及が行われない場合の子会社債権者の保護については、試案では特に手当がなされていない。もっともこの点については、試案では子会社債権者は債権者代位権の行使により自らの保護を図りうると考えられているようである⁽⁵⁸⁾。ただ民法423条による債権者代位権の行使は容易ではないことから、債権者代位権の行使についてのなんらかの要件の緩和を図るべきであろう⁽⁵⁹⁾。

なお親会社による子会社に対する不利益措置に対して、子会社が親会社にその補償措置を求め、あるいは責任を追及することが効果的にされるためには、子会社側において親会社による不当な支配力の行使を的確に把握し、子会社の業務執行機関および監督機関において適切に対処しうることが重要である。すなわち、子会社の取締役が親会社との取引やなんらかの影響力の行使につき、それが子会社にとって不利益を与えるものか否かを適切に判断し、さらにその判断を取締役会や監査役（会）が妥当か否かの監査を行いうるコーポレート・ガバナンス・システムを構築することが必要である。そのようなシステムが構築されれば、事後的な救済が有効になされるだけでなく、親会社側に対しても不当な支配力の行使につき抑制的な態度をとらせることとなり、事前の予防的効果を有することとなる。またこのような親会社による不当な措置についての子会社側のチェック体制は、子会社の少数株主、債権者への情報開示とも結びつくことによって、少数株主等が自ら救済を図るうえで必要な情報の提供という意味を有する点も重要であろう。

⑥ 上記の子会社におけるチェック体制については、以下に述べるようなドイツ株式法上の従属報告書の制度が参考になる⁽⁶⁰⁾。前記のように、ドイツ株式法におけるコンツェルン規整においては、不利益指図を許容する支配契約等を締結していない事実上のコンツェルンである親子会社関係においては、親会社は子会社に対して不利益となる支配力の行使は許されず、これに違反した親会社等の支配企業、その法定代理人は子会社およびその株主に対して損害賠償責任を負っている（株式法317条）。もっとも前述のように子会社に対して補償がなされれば、

(57) 中間試案第二部第二1【A案】④参照。

(58) 補足説明第二部第二1（3）ア

(59) 前掲注（39）参照。

(60) ドイツ株式法上の従属報告書の制度については、持株会社法の研究139頁以下参照。

不利益となる支配力の行使も是認されている。このような事実上のコンツェルン規整においては、親会社による不当な支配力の行使に対する子会社の救済は、適切な補償措置または事後的な損害賠償によることになるが、そのような救済が有効になされるためには、支配企業たる親会社による不当な支配力の行使やそれに対する補償措置の有無等が把握されなければならない。すなわち従属会社たる子会社において支配企業たる親会社の不当な支配力行使の存否についての効果的なチェックを行うための方法ないしシステムが必要である。

上述のようなチェック・システムとして、ドイツ株式法は従属報告書（Abhängigkeitsbericht）の制度を定めている。すなわち、ドイツ株式法 312 条 1 項は、従属会社たる子会社の取締役に対して営業年度ごとに従属会社が支配企業を相手方として行い、または支配企業の誘発もしくはその利益のために行った法律行為およびその他の行為の一切を記載し、さらに不利益に対する補償についても記載をする報告書の作成を要求している。そして同報告書においてはその最後に上記の記載事項についての取締役の判断を示すことが必要であるとされ（同法 312 条 1 項・3 項）、かつ、同取締役の判断は営業報告書への記載も要求される（同法 312 条 3 項 3 文）。またこの従属報告書に対しては、決算検査役および監査役会の監査が行われなければならない、その監査結果は、株主総会に提出される監査報告書にも記載され（同法 313 条・314 条）、株主に開示されることになる。

このように支配契約等を締結していない事実上の親子会社関係においては、親会社による不当な支配力の行使とそれによる子会社の被った不利益および補償措置の有無については、従属報告書のシステムによってチェックされ、監査の対象となることから、従属報告書の制度は、子会社の取締役の立場を強化し⁽⁶¹⁾、コーポレート・ガバナンスにおいて親会社の不当な支配力の行使に対抗する体制を築くことを可能とする。またこの従属報告書の制度によって、子会社の少数株主や債権者に、親会社による不当な支配力の行使に対して、親会社およびその法定代理人に対する損害賠償請求権の行使に途を開くことになると考えられる⁽⁶²⁾。もっとも、この点については、株主等に対しては、従属報告書自体が直接開示される制度にはなっておらず、株主等は営業報告書や監査報告書を通して取締役の判断や監査結果を知り得るにすぎない。したがって、株主等にとっては、従属報告書における取締役の判断や監査報告を通して間接的に責任追及の可能性が与えられるに過ぎない⁽⁶³⁾。結局、株主は従属報告書の記載自体から親会社の子会社に対する支配力の行使が妥当か否か判断することはできないことになる。株主は従属報告書についての監査報告等において疑義が示されている場合にのみ、裁判所に特別

(61) Emmerlch/Habersack, a.a.O., S. 444.

(62) Emmerlch/Habersack, a.a.O., SS. 443, 444.

(63) Emmerlch/Habersack, a.a.O., S. 443.

検査を申し立てることができるにすぎず（ドイツ株式法 315 条）、検査結果に基づき親会社またはその法定代理人に対する損害賠償請求権の行使が実質的に可能となるわけである。その意味では従属報告書の制度は、親会社の支配力の行使に対して、その不当な行使を抑制し、子会社およびその取締役の立場を強化するという効果を有するが、子会社の少数株主や債権者の救済を図るための情報開示制度としては、限界が存在し、必ずしも十分なものとはいえない⁽⁶⁴⁾。

⑦ 以上のようにドイツ株式法では、親子会社関係の下での子会社の被る不利益に対する救済を図る上での子会社側におけるチェック・システムとして、従属報告書の制度を設けている。これに対して、前記中間試案でも、前記のような親会社の子会社に対する不利益措置についての責任規定と合わせて、「個別注記表又は附属明細書に表示された株式会社とその親会社等との間の取引について、監査報告等による情報開示に関する規定の充実を図るものとする。」という提案も行っている⁽⁶⁵⁾。この立法提案は、前記親会社等の責任についての法規整が効果的に運用されるために、必要な情報開示の充実を図ることを意図したものと見える。すなわち、親子会社間で利益相反取引が行われた場合に、子会社経営者や子会社の少数株主にとって、親子会社間の利益相反取引によって子会社が不利益を被ったかどうかを的確に知り、その不利益の内容を具体的に判断しうるための情報が確保されねばならない。そのような情報の確保の手段として開示制度の充実が不可欠であり、この情報開示の立法提案は妥当である。

ただ上記開示の充実を図る場合に、親子会社間の取引についての開示を行うだけではなく、開示されている親子会社間の取引について、当該子会社の取締役（会）や監査役（会）等がそのような取引によって当該子会社が不利益を被ったか否かについていかなる判断を行ったのかという点も開示させることが必要であろう。さらに不利益が生じている場合には、それに対する親会社からの何らかの補償的措置がなされたのかどうかについても、開示させるべきである。この点に関して、同試案についての補足説明によれば、立法化に際しては、子会社に対する親会社またはその他の支配者との間の取引につき、監査役の意見を監査報告の記載事項とすることが考えられていたようである⁽⁶⁶⁾。この点は妥当であるが、監査役の他に取締役（会）の判断も示すようにすべきであり、さらに開示事項には親会社による補償的措置の有無および措置の内容も盛り込むべきであるとの指摘もなされていた⁽⁶⁷⁾。そしてこの中間試案における提案を受けて、要綱では個別注記表等に表示された親会社等の利益相反取引に関し、子会社の利益を害さないように留意した事項、当該取引が子会社の利益を害さないかどうかについての

(64) もっとも近年においては、従属報告書の制度は支配企業による不利益指図を抑制する予防的効果をも有すると評価されている（Emmerlich/Habersack, a.a.O., S. 444.）。

(65) 中間試案第二部第二 2

(66) 補足説明第二部第二 2

(67) 坂本三郎外「会社法制の見直しに関する中間試案」に対する各界意見の分析〔中〕商事法務 1964 号 (2012) 28 頁における意見参照。

取締役（会）の判断およびその理由等を事業報告の内容として、これらの意見を監査役（会）等の監査報告の内容とするものとするという提案がなされた⁽⁶⁸⁾。この提案では、親子会社間の利益相反取引の有無の開示だけでなく、子会社の利益が害されたか否かについての子会社の業務執行機関の判断を事業報告に記載させ、それに対する監査役等の監査を義務づけることとしており、監査機関による取引の適否についての判断をも開示させるものとしている⁽⁶⁹⁾。このような要綱における利益相反取引に関する開示および監査についての制度の導入は、前記ドイツ株式法における従属報告書に類似する制度として親子会社関係に対する法規整に関する一つの進展であり、親会社の子会社に対する不当な支配力の行使に対する予防的効果を持つといえよう。

7 むすび

親子会社関係に関する実体的な法規整を会社法に導入し、体系的に整備することは、わが国会社法の現代化を図るための重要な課題であり、その必要性が従来から学説上指摘されてきているところである。しかし、有効な法制度を構築することについての立法技術上の問題やそのような法規整の必要性についてのコンセンサスがいまだ得られているとは言い難いことから⁽⁷⁰⁾、会社法における親子会社関係に対する実体的、体系的な法規整のための改正は近々には実現しそうにない。上述の法規整の必要性についてのコンセンサスが未だ得られていないという点については、特に実務界において、親子会社関係に対する法規整の導入は、持株会社等の親会社とその子会社から形成される企業集団・企業グループの効果的な運営を阻害し、持株会社制度や企業のグループ化のメリットを奪ってしまうという懸念が存在している点に理由が求められよう。確かに、親子会社関係に対する法規整の導入は、一面では、従来かなり自由に運営されてきた企業グループや企業集団の管理に対してある程度の制約を課すことになることは否定できない。しかし、制約を課すといっても、それは親会社や持株会社の子会社に対する支配を否定するわけではないし、支配力の行使もそれが子会社に不利益を与えない限り法的にも是認しようとするものである。むしろ親子会社関係における親会社の支配力の行使についての法的根拠を与えようとするものであり、親会社に対する制約ないし負担を課すといっても、それは親会社の支配力行使によって子会社に不利益を与えてはならず、不利益を与える場合にはそれを何らかの方法で補償するよう義務づけるものに過ぎないともいえる。そのような制約

(68) 要綱第二部第一（後注）

(69) 岩原紳作「会社法制の見直しに関する要綱案」の解説〔Ⅲ〕商事法務1977号13頁（注55）

(70) 岩原・前掲注（69）商事法務1977号12頁参照。

や負担は現行会社法の下でも当然課せられていると考えられる。いわば、親子会社に対する法規整の導入は、本来的に親会社の子会社およびその利害関係人に負っている責任を立法により明確化し、子会社やその利害関係人により責任追及を容易になし得るようにすることであるといえよう。親会社に対する上記のような制約と負担は、親子会社関係を中核とする企業の集団化、グループ化のための必要最小限度のコストであるということができよう。

ところで、前述したように平成23年の中間試案では、一定の範囲に関して親子会社関係に対する実体的な法規整案が示されたが、その実体的な法規整案としての利益相反取引に対する子会社の救済案は改正要綱の中に盛り込まれなかった。このような法規整を含めた親子会社関係に対する体系的な法規整の導入は将来の課題となっている。ただ今回の立法提案では、本稿ですでに取り上げたもの以外にも重要ないくつかの改正提案がなされている点が注目される。多重代表訴訟制度の新設、親会社による子会社の株式等の譲渡についての親会社株主総会の承認の必要性およびキャッシュ・アウト制度の創設である⁽⁷¹⁾。いずれも改正要綱に採用されており⁽⁷²⁾、法案化が予定されている。前二者は、親子会社関係における親会社に関する新たな規律の導入であり、親会社株主における株主権の縮減に対処するものとして、親会社株主の保護を図るものである。このような親会社株主の保護の強化策の進展に対して、本稿で主として取り上げた子会社の少数株主等の保護は遅々として進んでおらず、ややアンバランスな状況が生じてきているように思われるが、いずれにせよ、前二者の制度の導入は部分的ながら親子会社関係の法規整の発展を示すものとして有益であると考えられる。

(71) 中間試案第二部第一1【A案】、2、第三

(72) 要綱第二部第一一、三、第二