

親会社とその一〇〇%子会社との間の法律関係に関する一考察

加藤 一昶

第一序

一 現行商法は明治三二年に制定され、その後数次の大改正があったが、昭和四九年に至るまで親会社と子会社との関係を律した規定はまったくなかった。

昭和四九年の商法改正において、親会社と子会社の関係について次のような規定がおかれた。

第一に、甲株式会社が乙株式会社の株式または乙有限会社の出資口数の過半数を有している場合に、甲会社を親会社、乙会社を子会社と定め、甲会社の監査役は、その職務を行うため必要あるときは、乙会社に営業の報告を求め、乙会社の業務および財産の状況を調査することができるという、いわゆる子会社調査権が与えられた⁽¹⁾(商法一七四条ノ三第一、二項)。なお、乙会社が丙株式会社の株式もしくは丙有限会社の出資口数の過半数を有しているとき、または甲会社と乙会社が合わせて丙会社の株式または出資口数の過半数を有しているときにも、甲会社と丙会社の関係は親子会社とされている(二二一条ノ二第三項)。

第二に、親会社の監査役は、子会社の取締役支配人その他の使用人を兼ねることができないとされた(二七六条)。

これは、監査役の地位の独立性を保つためである。子会社の取締役等は、結局は親会社の取締役の支配を受ける立場にあり、そのような者が親会社の取締役の監査を十分に行うことは期待できないからである。⁽²⁾

第三に、子会社株式の評価について低価法によることができないとされた(二八五条ノ六第二項)。子会社株式は長期に保有するものとして取得しているからである。

二 もつとも「株式会社

の貸借対照表及び損益計算書に関する規則」(いわゆる「計算書類規則」)においては、昭和三八年の制定時から、貸借対照表には、親会社または子会社に対する金銭債権は他の金銭債権と区別して記載しなければならぬこと(九条、二〇条)、金銭債務についても同様とすること(二九条、三〇条)、損益計算書には、親会社または子会社との営業取引による取引高を注記しなければならないこと(四〇条)が規定されていた。

そして、昭和四九年改正により、右規則の題名が「株式会社の貸借対照表、損益計算書及び附属明細書に関する規則」に改められ、貸借対照表には、子会社の株式または持分を他の株式または持分と区別して記載しなければならぬこと(二三条)、附属明細書には、支配株主⁽³⁾および子会社に対する債権の明細、子会社の株式または持分の明細、支配株主との間の取引の明細を記載しなければならないこと(四五条一項三、四号、二項)が規定された。

三 その後、昭和五六年の商法改正において、次のような規定がおかれた。

第一に、子会社は原則として親会社の株式を取得することが禁止された(二二一条ノ二)。これは、一方が他方を支配できる程度に株式を保有した場合において、被支配会社が支配会社の株式を保有することは、自己株式取得の際に生ずる弊害である、資本の空洞化、株主総会決議の歪曲化、内部者取引のおそれが生ずるからである。⁽⁴⁾

第二に、株主の取締役会議事録の閲覧または謄写の請求について、これを裁判所の許可にかからしめたるうえ、会社またはその親会社、子会社に著しい損害を生ずるおそれがあるときは、裁判所はこれを許可することができないこととされた（二六〇条ノ四第五項）。もっとも、この規定は、株主の取締役、監査役に対する質問権について、とくに親会社または子会社の利益を考慮し、これを制限した明文の規定が設けられていないこと⁽⁵⁾（二三七条ノ三）、小数株主の帳簿閲覧権についても同様であること（二九三条ノ七）との均衡からいうと問題がないわけではない。⁽⁶⁾

四 さらに昭和五七年、計算書類規則は「株式会社の貸借対照表、損益計算書、営業報告書及び附属明細書に関する規則」と改題され、貸借対照表には、親会社の株式は流動資産の部に他の株式と区別して記載しなければならないこと（一二条二項）、営業報告書には、親会社との関係、主要な子会社の状況、上位七名以上の大株主およびその持株数と当該大株主への出資の状況を記載しなければならないこととされた（四五条一項三、七号）。さらに附属明細書には、支配株主に対する債務の明細、各子会社が有する当該会社の株式の数（四七条七、八号）、小会社以外の会社は、担保として取得している親会社の株式の明細、子会社との間の営業取引の明細、各子会社に対する債権、債務の増減（四八条一項一号、三号）を記載しなければならないこととされた。

なお、昭和五七年に制定された「大会社の監査報告書に関する規則」においては、会社がした子会社又は株主との通例的でない取引について取締役の義務違反があるときは、監査役は監査報告書に他の事項と区別して記載しなければならないこととされた（七条一項三号）。

五 右にみるように親子会社との間の規制については、未だ商法における実体的な規定は散発的であり、計算書類規則

における開示の規定はそれよりも相当に先行しているとはいふものの、必ずしも網羅的であるとはいえない。

このような法制下において、親会社が子会社の株式の一〇〇%を有している、いわゆる完全子会社については、種の法律関係において、これを子会社とみるかそれとも親会社そのものとみるかという問題がある。甲会社の一〇〇%子会社である乙(1)会社と乙(2)会社とが、丙会社の株式の五〇%ずつを有している場合の甲会社と丙会社についても同様である。

このような場合における問題は、証券取引法、税法さらには企業会計上もあるのであるが、本稿は、商法における法律関係に限り、さらに親会社、子会社とも株式会社である場合について考察するものである。

(1) 監査役は「取締役ノ職務ノ執行ヲ監査ス」(二七四条一項)るのが職務であるが、ここでいう「取締役」はいうまでもなく当該会社すなわち親会社の取締役であるから、監査役が「其ノ職務ヲ行フ為必要アルトキハ」(二七四条ノ三第一項)というのは、親会社の監査のため必要があるとき、たとえば親会社の子会社に対する債権の存否を確認する必要があるときというような場合である。

子会社調査権といつても、親会社の監査役に子会社自体の問題についてまで監査する権限を与えたわけではない。それを監査するのは子会社の監査役の職務である。

(2) 親会社の監査役が子会社の監査役を兼ね、または親会社の取締役、支配人その他の使用人が子会社の監査役を兼ねることは禁止されていない。子会社の監査役の選任については、子会社の取締役の選任と同様に、親会社の意向、すなわち親会社の取締役の意向によって決定されることになり、その点では、地位の独立性といつても、子会社の監査役のそれは、はなはだ心もとないものともいえる。しかし、二七六条は、親会社の監査役としての独立性を保持するための規定であり、その者が他方において日常の業務執行について親会社の取締役の支配を受けることにより、親会社における監査が掣肘されることを防ごうとしたものである。

(3) 支配株主とは、親会社のみならず、その他の者で会社の発行済株式総数の過半数を有するものである(九条二項)。

(4) 子会社が親会社株式を質権の目的として保有することは、自己株式の場合とは異なり、無制限に認められている(二二〇条との対比)。この場合にも、二二〇条の場合と同様に、譲渡担保が株式の取得とみるのか質権の設定とみるのかという問題がある。これは株式の譲渡担保を法律的形式の面からみて所有権の移転として考えるか、経済的実体の面からみて質権の設定と同様に考えるかという問題である。しかも、株

式の場合には譲渡の場合も(二〇五条)、質入れの場合も(二〇七条)、株券の交付が成立条件となっていて、客観的要件が同一であるという事情がある。

(5) 株主の質問権については「株主共同ノ利益ヲ著シク害スルトキ……其ノ他ノ正当ノ事由アルトキハ此ノ限ニ在ラズ」という規定があるから(二三七条ノ三第一項但書)、この解釈によっては同一の結果になると考えられるが、厳密にいうと、ここでいう株主は当該会社の株主であり、正当の事由は、当該会社にとっての正当の事由ということになる。

(6) これは、株主の権利行使について、当該会社のみならず、親会社および子会社の利益の面からどのように制限するかということを一般的に検討し法制化されたわけではないことから生ずる不均衡である。

(7) 一〇〇%子会社でなくても、七〇%あるいは八〇%でも親会社そのものとみるべき場合があるのではないかという見解もあるが、その限界が不明確である。その限界を定めるには現行法の解釈では困難であり、立法を待たなければならない。

第二 各種規制に関する問題

一 定款所定の目的について

1 株式会社はその目的を定款に記載し、登記しなければならぬ(二六六条一項一号、一八八条二項一号)。会社の権利能力が、この目的によって制限され、目的外の行為が無効であるか否かについては争いがある。民法四三条は、人は定款所定の目的の範囲内において権利を有し義務を負うと定めている。商法にはこのような規定はないが、民法の起草者は、法人の権利能力は定款所定の目的によって制限されるという能力外の理論(Ultra vires doctrine)をイギリス会社法の判例からとり入れ、同条は公益法人にも会社にも適用であると考えていたようである(北沢正啓・会社法二二二頁)。

2 判例は、一貫して会社の権利能力は定款所定の目的によって制限されるという立場をとっている。もっとも、判

例は、当初、この目的の範囲をきわめて厳格に解していたが、経済取引の実態に即さないため、これを広く解釈する方向をとり、現在は「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに含まれるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的の遂行上現実に必要であったかどうかをもってこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならぬのである」(最判昭四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁)としている。

学説においては、通説は、会社は一定の目的をもって設立され、社員はその目的のために運用されることを期待して出資したのであるから、この社員の利益を保護する必要がある、また、会社の目的は登記によって公示されるから会社と取引する者に不利益を与えることはないことを理由として判例と同一の結論をとる。

これに対して、会社は、公益法人と違って、活動の範囲が広汎なこと、その存在が私益的なものにすぎないこと、乱用の危険が大きいことなどから、目的による会社の権利能力の制限を否定する見解、会社の権利能力は定款所定の目的によっては制限されないが、すべての会社に通ずる一般的な営利の目的によって制限されるとする見解、定款所定の目的はたんに機関の権限に対する制限として悪意者に対して主張しうるにすぎないとする見解が有力になりつつあるが、立法論としてはともかく、会社の目的が登記され第三者に対抗しうるとされていること(二二条)から、このような説は解釈論としてはやや無理がある。

しかし、いずれにしても、現在は、判例上、ある行為が定款所定の目的の範囲外と判断されることはほとんどなく、したがって、これによる能力制限の原則は実質的に廃棄されるに至っているということが出来る(鈴木竹雄・新版会社法九〇二頁)。

このような学説、判例の展開のもとで一〇〇%子会社の定款の目的は親会社の定款の目的とどのような関係になければならないであろうか。

3 実務においては、会社は種々の理由から一〇〇%の子会社を設立して事業を営むことがある。たとえば、新規事業を展開するため、既存のある部門を独立させるため、銀行、保険、証券、電力、ガス、鉄道会社のように免許事業であって目的が制約されているとき、⁽¹⁾などがある。

この場合に、子会社の目的が親会社の目的の範囲内にあるか、少くとも関連行為として解しうるのであれば問題ないのであるが、その範囲外であれば、親会社の取締役はその株主総会の承認をうけることなく、勝手に事業の拡大をすることができることになってしまうのではないかという問題がある。

これは、前述の会社の権利能力は定款所定の目的によって制限されるかどうかというのとは、やや異なる問題である。会社の権利能力が定款所定の目的によって制限されないという説をとったとしても、取締役は法令および定款の定めを遵守して会社のため忠実にその職務を遂行する義務を負うのであるから(二五四条ノ三)、定款所定の目的外の新規事業を行おうとするときは定款変更の手続きをとるべきだからである。

これについて法務省民事局の見解は一〇〇%子会社の目的は親会社の目的の範囲内でなければならぬとしている(商事法務昭五八・八・二五号四〇頁)。そして、公証人が会社設立の際の原始定款を認証する際に、発起人に他の株式会社社がなっているときは、設立する会社の目的が他の株式会社社⁽²⁾の目的の範囲内であるかどうかを確認したうえ定款の認証をすべきものとしつづも(法務省民事局長回答昭三五・六・八民甲一四二二号)、設立登記申請の際には、登記官は、法定の添付書類から会社設立の発起行為、すなわち子会社の目的が親会社の目的に包含されていないことが明らかでないかぎり申請を受理すべきものとしている(法務省民事局長回答昭五六・四・一五民四一三〇八七号)。

もつとも、登記上の問題としては、一〇〇%子会社というものも、実質をいつているのであって、株式会社の設立手続きからいえば、七人以上の発起人があり、その者は少なくとも一株以上の株式引受人になるのであるから、形式上は、申請の際に一〇〇%子会社というものは存在しない（例外として、甲の下にいずれも甲の一〇〇%子会社であるA、B、C、D、E、Fがあり、甲、A、B、C、D、E、Fが発起人となって乙会社を設立するというようなことであれば形式上も乙は甲の一〇〇%子会社といふことができるが、実務上はこのようなことはまずない）。一〇〇%子会社にするには、設立登記後、親会社となるべき会社が、他の株主から株式を全部取得するという形式によって行われるのである。実務上はしばしば、親会社となるべき会社は当初から発起人になっていないことさえある。そもそも前記回答が発起人である会社の引受株数の多少を問わず公証人に右のような審査義務を負わせているのは行きすぎであるし、さらに会社成立後の株式の全部取得による子会社化ということを考えると、その実効性には疑問がある。しかも、会社成立後の定款変更による目的事項の変更登記の際には、公証人は一切関与せず、登記官が親会社の目的の範囲内かどうかを知りうる書面は添付されないから（親子会社の関係にあることも分らない）、なおさらである。

また、親会社の目的が子会社の権利能力を制限すると解すると、子会社と取引をする者は親会社の定款の目的まで調査しておかないと、不測の損害を被るおそれがある。ところが、会社登記簿には、その会社の株主が誰であるかは記載されておらず、外部から親子会社の関係が分る仕組みにはなっていない。

私は、設立の際に一〇〇%子会社の目的が親会社の目的の範囲内にあるべきであるという点には賛成であるが、公証人や登記官の審査の対象になるべきものではなく、取締役の忠実義務の問題としてそうあるべきである⁽³⁾と考える。また、その場合に親会社は自らその事業を営むのではなく、一〇〇%子会社とはいっても別会社で行うのであるから、親会社の目的を、そのようなものとして許されているかどうかという観点から、いっそう広く解すべきであるし、ま

た、いったん子会社が設立された以上は、子会社の権利能力が親会社の目的によって制限されることはないと解すべきである。

親会社が、一〇〇%子会社の株式の一部を他に譲渡して、そうではなくなり、その後またそれを買戻すというようなことも起りうるのであるが、そのつど親会社の目的による制限がかかったり、かからなくなったりするのも不都合である。

(1) 実質的な理由としては、新規事業が既存の事業とまったく異質であるため、先行きについて危険性があり撤退する可能性があるため、親会社より低い労働条件で労働者を使用したため、定年退職者の処遇のため、不採算部門切離しのためなどの理由がある。

(2) 公証人の審査と登記官の審査との間に差異があるのは、商業登記法により登記申請の際の添付書類は法定され、登記官はそれのみによって審査しなければならないとされているからである。しかし、公証人の審査の場合でも、子会社の目的が親会社の目的外であると判断できるところは、実際上まずありえない。たとえば、機械メーカーが、遊休の土地の利用のため一〇〇%子会社を設立してテニスクラブを経営した例があるが(その例では親会社の定款変更をしている)、これと、遊休の土地ではなく、これから広大な土地を取得してテニスクラブを経営する場合とを区別することは不可能であろう。また、登記申請の際に親会社の目的が分る書類を添付することはしない。したがって、法務省民事局の見解も建前を示しているだけであって、実際には指導的な意味しかないと思われる。

(3) 取締役の、このような義務と解することは、子会社が相応以上の収益をあげている以上は、この義務違反による損害賠償責任は生じないことになる。

二 親会社株式の取得について

1 会社が自己株式を取得することは一定の事由ある場合を除いて禁止されているが(二二〇条)、昭和五六年の商法改正で原則として発行済株式総数の五%まで自己株式を質受けすることが認められた反面(同条の改正)、子会社が親会社株式を取得することも一定の事由ある場合を除いて禁止された(二二一条ノ二)。

ところで右の改正前も、一〇〇%子会社が親会社株式を取得した場合には親会社が自ら株式を取得したのと同じく解すべきであることに異論はなかったが（竹内昭夫・改正会社法解説八六頁、稲葉威雄・改正会社法一一六頁）、このような事例が、右の改正は従来の規制を緩和する趣旨ではないので、従前どおり二二〇条違反と解すべきか、それとも二二一条ノ二に一〇〇%子会社を除外する旨の規定が設けられていない以上、形式的には同条に該当するのだから同条違反とすべきかという問題が生ずる。

もつとも、右の改正後は、自己株式も親会社株式も取得そのものは禁止されているのであるから、私法上の問題としては、一〇〇%子会社が、親会社株式をその発行済総数の五%をこえて質受けすることが認められるかという問題になる。

2 これについて立法担当官は「子会社による親会社株式の担保取得については、特に制限はされていない。ただし、一〇〇%子会社については親会社における自己株式の担保取得とあわせて数量規制がされることになろう」（稲葉・前掲一一八頁）と述べている。この見解は一〇〇%子会社は実質的に親会社の一部であると考えられるもので、右の数量規制は、親会社と子会社が担保取得した親会社株式の数が、親会社の発行済株式総数の五%以内でなければならぬとするものである。

なお、右の見解からは、当然一〇〇%子会社が親会社株式を取得することは二二〇条の問題とならう。

3 罰則については、自己株式の場合には刑事罰であり（四八六条）、子会社による親会社株式の取得の場合は過料（四九八条一項二号ノ二）という違いがある。この違いは、前者が刑事事件として捜査の対象になり、時には逮捕、勾留という強制力に服することになるのに対し、後者は利害関係人の申立により非訟事件手続法により裁判所が決定するといふものであることから、いずれに該当するかについては実務的には重大な関心を持たざるを得ない。

四八六条は、その主体として「第四八六条第一項ニ掲ゲル者」としており、結局そのうちの取締役、清算人、その職務代行者、支配人、権限のある使用人ということになるが、本例についていえば、あくまで親会社のこれらの者ということになる。一〇〇%子会社といっても、会社の機関としては別々に存在するのであるから、子会社の取締役等を親会社の取締役等と同一視することは、とうてい不可能だからである。

そうすると、一〇〇%子会社による親会社株式の取得の場合には、親会社の取締役等と子会社の取締役等の間に、共同正犯（刑法六〇条）ないし教唆犯（同法六一條）または幫助犯（同法六二條）の関係がなければ犯罪としては成立しないことになる（子会社の取締役等は同法六五條の身分なき者の加功ということになる）。

もっとも、同条のもう一つの要件である「会社ノ計算ニ於テ」については、実質的な財産の一体性の観点から、一〇〇%子会社が親会社株式を取得したときには、親会社の計算において取得したものと解しうるであろう。

結局、罰則の関係では、一〇〇%子会社による親会社株式の取得は、右のような要件を充たしているときには刑事罰が適用されるが、そうでない場合（たとえば、子会社の取締役が親会社の取締役不知の間に取得した場合）は過料ということになる。

4 自己株式は、流動資産の部に他の株式と区別して記載しなければならないが（計算書類規則二二條一項）、親会社の貸借対照表の自己株式には一〇〇%子会社が取得している親会社株式が入らないことは当然である。⁽¹⁾しかし、親会社の附属明細書には、子会社が有する会社の株式の数として記載されることになる（同規則四七條一項八号）。そして、子会社の貸借対照表には、親会社株式として、流動資産の部に他の株式と区別して記載される（同規則二二條二項）。

また、小会社以外の会社は、附属明細書に、担保として取得している自己株式及び親会社株式の明細を記載しなければならないが（同規則四八條一項一号）、一〇〇%子会社が担保として取得している親会社株式については、子会社の

附属明細書において親会社株式の明細として記載されることになる。

これらの点では、親会社と子会社は厳然と区別されているということになる。

(1) 龍田節教授は、昭和五七年改正前の計算書類規則についてはあるが、少くとも一人子会社が保有する親会社株式を自己株式に該当しないことを前提とする同規則は商法二二〇条の解釈を誤っているものといわれるが(子会社による親会社株式の取得)鈴木竹雄先生古稀記念・現代商法学の課題下一四六七頁)、親会社の貸借対照表の自己株式に子会社が有している親会社株式も含めて記載することは、その資本金の部に何らかの手当をしないかぎり無理である。なお、同改正前の同規則においては親会社株式の取扱いを定めた規定は存在しなかった。

三 競業取引および自己取引について

1 取締役が自己または第三者のためにする会社の営業の部に属する取引、いわゆる競業取引をするには、取締役会においてその取引について重要な事実を開示してその承認を受けなければならないこととされ(二六四条一項)、また、取締役が自己または第三者のための会社との取引、いわゆる自己取引をするには、取締役会の承認を受けなければならない、会社が取締役以外の者との間で会社と取締役との利益相反する取引をするときも同じであるとされている(二六五条一項)。いずれも会社の利益を害する危険が大きいからである。

2 ところで、右両者が親子関係にあり、親会社が子会社の株式を一〇〇%有している場合に、大隅教授は、競業取引については、「たとえ両会社が同種の営業を目的としていても、親会社の取締役が子会社の代表取締役となり、または子会社の取締役が親会社の代表取締役となるには、右の株主総会の認許決議は要らないと解してよいと思う(筆者注……当時は就任について株主総会の認許を要した)。両会社は完全に経済的の一体であって、その間に実質上利害衝突のおそれはないからである」とされるが、自己取引については、「同様に……双方の会社の取締役を兼ねている者が、

その一方または双方を代表して、両会社間の取引をなす場合にも、取締役会の承認(商二六五)を必要としないものと解してよいのではないかと考える。この場合、その取引により親会社の利益において子会社に損害が加えられたとしても、子会社を代表して取引した代表取締役の商法二六六条一項四号または五号による会社に対する責任は問題となりえないであろう。けだし、この規定により取締役の会社に対する責任を生ずるとしても、その責任の原因たる取引自体が子会社の唯一の株主たる親会社との間になされたものであるから、当該の責任については総株主の同意による免除(商二六六Ⅳ)があるものと解せられるからである。もちろん、会社がその取締役に対して有する損害賠償請求権はその会社の債権者に対する弁済の担保をなすものであるが、その取締役の責任も総株主の同意があれば免除しうるものとされている以上、右の結論を覆すことは困難であると思う。しかし、この場合においても、親会社との間の取引により子会社に損害を加え、ひいて子会社の債権者に損害を及ぼしたときは、商法二六六条ノ三の定める要件が充たされるかぎり、子会社を代表してその取引をした取締役は子会社の債権者に対して、同条による損害賠償債権を免れることはできない(大隅健一郎「会社の親子関係と取締役の責任」商事法務昭四〇・一〇・五―一五合併号三五頁)とされる。

競争取引について、立法担当官は、株主総会の認許を要するとしていた従前の法制下において、その認許を得る困難さの故に、会社の利害と実質的に衝突するものと狭く解釈していたことを批判し、「実際には、親会社の取締役が同種の営業を行う子会社の代表取締役に就任するということはしばしば行われているところであり、取締役に よる競争には、一般的に、会社を害するおそれがあるからこそ嚴重な制限が付せられているのに、その制限手続きが実際には働かないこととなってしまう。……今回の改正においては……おおよそ形式的にも競争とみられるものについては、すべて、それが会社にどのような利害を及ぼすかを審査し、これを承認するか否かを決定することのほ

うが妥当であるとの立場がとられている」(元木伸・改正会社法逐条解説二二六頁)と述べている。この見解からは、一〇〇%子会社という特殊な場合についてどう考えるのかは明らかでないが、もし、形式論によって、このような場合にまで取締役会の承認を要するものだとすると、賛同できない。法が二六四条違反の効果として会社の介入権を認め(二六四条三項)、会社の損害についての推定を認めていることから(二六六条四項)、実質的な利益と損害の関係が前提となっていると考えられるからである(同旨・大隅・今井・新版会社法論中巻I二〇七頁)。

また、自己取引について、大隅教授は、競業取引の場合とは異り、親会社の利益において子会社に損害が発生することがありうるものとしている。なるほど、親会社が子会社に不当に高い価格で商品売りつけたような場合には、形の上ではそれぞれ利益、損害が発生するが、一〇〇%子会社の損害は結局親会社の損害になるということから、実質的には利益、損害とも発生していないと考えるべきである。競業取引の場合でも、代表取締役が大口の取引を親会社に帰属させるか、子会社に帰属させるかという点では利害の衝突がありうるのであるが、財産の実質的な一体性から、実質的な利害の衝突はないと考えられるのであり、この点から、自己取引を競業取引とは別に、取締役の責任の問題として取扱う必要はない。

また、たしかに、子会社の債権者保護の問題はあろうが、そのことを問題にするのであれば、右の場合に、子会社の債権者は親会社そのものに請求できるのでなければ不徹底であるし、そもそも二六四条や二六五条は債権者の利益までは考えていず、これは別の問題であると思われる。

いずれにしても、自己取引についても、一〇〇%子会社の場合には二六五条の承認を要しないというのが一般的な取扱いである(田代有嗣「親子会社の取締役の兼任」取締役ハンドブック二五一頁)。

3 ところで、附属明細書には、会社と取締役との間の取引の明細(取締役が第三者のためにするものを含む)を記載し

なければならぬこととされているが⁽¹⁾（計算書類規則四七条一項一〇号）、取締役に関するかぎりは商法二六五条と同趣旨であるから、もともと同条に基づく取締役会の承認を受けることを要しない取引については記載する必要はないと解する⁽²⁾（稲葉・前掲三二九頁、須藤純正「一〇〇パーセント子会社のためにする取締役の自己取引と附属明細書の記載」商事法務昭五九・九・二五号四八頁）。しかし、子会社の側で支配株主との間の取引の明細について記載すべきことは、二六五条とは直接関係のない規定であるので、どのように解すべきであろうか。立法担当官は「これ（筆者注……取締役のこと）との横並びで、支配株主と監査役についても、会社法は直接実体についての規制をしていないが、附属明細書には同じ範囲の取引を記載すべきものとされている」と述べており、やはり同じ扱い、すなわち一〇〇%親会社との取引については記載の要がないことになるものと思われる。

- (1) 同号の解釈について、会社と取締役等との利益が相反するもの、という文言が全体にかかるという解釈があるが、正しくない。これは、第三者との間の取引のみかかると解すべきである。そうでなければ、二六五条と均衡がとれない。
- (2) 同規則四八条一項三号の「子会社との営業取引の明細」として記載する必要がある。

四 営業譲渡について

1 株式会社が営業の全部または重要な一部を譲渡するには、株主総会の特別決議が必要である（二四五条一項一号）。これは営業譲渡が会社経営の基礎に重大な影響を及ぼし、株主にとって重大な利害関係があるからで、この手続は営業譲渡の効力要件と解されている。

ところが、一〇〇%子会社に対しこれを譲渡する場合には、この手続が不要ではないかという問題がある。

これについて「営業譲渡は、会社の合併が組織法的・団体的なものであるのと違って、行為法的、取引法的性格

のものであるから、その意味では会社の業務執行の問題に属するが、実質的に考えると、会社は営業譲渡によってもその事業のあり方に根本的な変更を生ずる場合があるので、このような営業譲渡を取締役会の権限からはずして株主総会の特別決議を要するとしたものであるが、実質的に完全な同一体をなしていると認められる一〇〇%所有親子会社間の営業譲渡の場合には、事業の根本的な変更を生ずるものとはいえないので、株主総会の特別決議を要しないとする見解がある（田代有嗣、新版親子会社の法律四六〇頁）。

しかし、これに対して「商法上親子会社について直接的または間接的に規定した条文をみてみますと、その数は少なく、二二一条ノ二の子会社による親会社の株式取得の禁止、二七四条ノ三の親会社の監査役の子会社調査権、二七六条ノ六の子会社株式の評価に関する四カ条にとどまり、二四五条一項の適用を除外する規定は置かれておりません。したがって形式的には一〇〇%所有親子会社間の営業譲渡であることを理由に、株主総会の特別決議を不要とするにはならないと考えます。また、実質的にも、いかに親会社と子会社が経済的に同一体であるとはいっても、両者が法律的にはまったく別個の独立した人格であることは否定できません。親会社の株主は子会社に対して、たとえ一〇〇%子会社であってもその株主と同一の地位に立つとはいえませんし、現在の一〇〇%子会社が将来とも一〇〇%子会社でありつづけるという保障はありません。親会社の営業の全部または重要な一部を譲渡することは、親会社の利害、ひいては株主の利害に大きく影響します。」として株主総会の特別決議を必要とするという見解もある（会社法質疑応答集昭和五八年版九六頁）。一〇〇%子会社を形式的にみれば別個の人格であることは当然であるから、これは財産の帰属関係という実質論を主張する説に対しては説得力のある理由にはならない。右の見解で注目すべき点は、現在の一〇〇%子会社が将来ともそうであるという保障はないという、一点である。

2 田代教授は親会社と一〇〇%子会社との間に利害相反することはなく、また実質完全同一体であるので、その間

の財産の移動は同一企業内の営業移転とひとしく、親会社、子会社ともに株主総会の特別決議は不要であるとしておられるのであるが（一〇〇%子会社の法律・税務六五頁）、営業譲渡の後、親会社が所有する一〇〇%子会社の株式を他に譲渡したり、その子会社が増資をして第三者に割当てをして、そうでなくなったような場合、また一〇〇%子会社が譲受けた営業をさらに他へ譲渡したような場合についてはどうなるのであろうか。その段階で親会社の株主総会の特別決議が必要だということにはならないと思うが、もしそうだとということになると、もしその決議が得られなかったときは、法的安定性の観点から当初の営業譲渡が無効になるとは、とうていなしえないであろう。いずれにしても、困難な問題が生ずる。

3 たしかに、親会社と一〇〇%子会社との間の自己取引とか競業取引において取締役会の承認を不要とするのは、両社の財産の実質的一体性という理由に基づいており、営業譲渡についても同じことがいえるというのも、一理あるかのごとくであるが、一步踏みこむと、財産の実質的一体性から、営業譲渡行為がなかったのと同じことになるのか、株主総会の決議があったのと同じことになるのか、それともその他の理由づけがあるのか不明である。

自己取引および競業取引は、本来、会社対会社としては、そのような取引をすることについては何ら制限はないのであるが、取締役が両社を兼務していることから利害衝突が生ずるために、その兼務している取締役に対する規制として設けられた規定であって、その立法趣旨から、形式的にはそうであっても実質的に利害衝突が生じえないような場合には、この規定が適用されないと解釈することは、きわめて合理的である。

しかるに、重要な営業譲渡について株主総会の決議を必要とするのは、譲渡人と譲受人との間で利害衝突が生ずるといふからではなく、取締役は株主からの信任に基づいてその営業を自ら直接に業務執行をしなければならぬところ、これを他に譲渡するという異例の措置をとるのであるから株主の利益を保護する必要があるからである。かりに

譲受人が一〇〇%子会社であっても、いったん譲渡されたのちは、その営業について親会社の株主の支配は及ばないことになり、また親会社の取締役の経営権も間接的にならざるをえないのであるから、この場合に右の手續を不要とすることは、きわめて問題である。

実体から考えてみても、自己取引とか競業取引は原則として個別の完結的な取引であるから、その取引が行われるときに実質的な利害の衝突がなければその後に問題が生ずることはない。もっとも、この場合でも実務界でしばしば行われる基本契約書に基づく継続的な取引については、一〇〇%子会社でなくなった時に、その後の取引について取締役の承認を受けなければならぬと考えられる。

これに対して重要な営業譲渡は、将来にわたって会社の基盤に重大な影響を及ぼすものであって、その影響はいわば継続的なものである。

以上の理由から、現行法のもとでは、親会社と一〇〇%子会社との間であっても主要な営業譲渡については株主総会の決議が必要である⁽²⁾と考える。

(1) 回答者は法務省民事局第四課職員であるが、当局としての見解ではない。

(2) ただし、営業の全部譲渡の場合に、譲受人である子会社の株主総会の決議は不要と解する余地はある。親会社の取締役会の決議によって、実質的には子会社の株主総会の意思も決定されていると考えられるからである。

五 取締役の報酬について

1 取締役の報酬については定款にその額を定めなるときは株主総会の決議をもってこれを定めることとなっており(二六九条)、監査役についても同様である(二七九条一項)。

上場会社においては定款で右の報酬額を定めている例は皆無であり、株主総会で定めた場合の決議の効力についての期間的限界には疑問がないわけではないが、実務上は改訂の決議がなされるまでは効力が永続するものとして扱っている。

2 ところで、ある会社の取締役が一〇〇%子会社の取締役を兼務して——典型的な場合は代表取締役を兼務しているとき——両方から報酬の支払を受けているときに、法的な問題はないのであろうか。

子会社の株主総会において報酬額の決議をするときに、株主として出席するのは親会社の代表取締役のみであって、親会社の株主が関与する余地はまったくない。そこにおいては、後にそこから報酬をもらうこととなる者あるいはその者と同じ側に立つ者の意思によって、その金額を定めうることとなる。

同じようなことは、たとえば代表取締役が一〇〇%株式を所有している会社、あるいは代表取締役と他の取締役のみが株式を有している会社においても起りうる問題であるが、この場合には、報酬の過大支払による財産の減少は、その有する株式の価値の減少となるのみであって、他人の財産を侵害するわけではない。もっとも、取締役が過半数の株式を有し、他はそれ以外の者が有しているときに過大な報酬額が決議された場合には後者の利益を害することになるのであるが、この場合には特別利害関係人の議決権行使による不当決議として取消の対象になりうる（取締役の報酬額の決議について、これを否定する見解もあるが、取締役である株主は特別利害関係人となるというのが通説である（菱田政宏・注釈会社法(4)八一頁）。もっとも、上場会社では、通常、取締役である株主の議決権の占める割合はわずかなものであり、結果に影響することはまったくないので、否定説も、その限りでは妥当である。しかし、前述のように極端な場合に否定説が適当ではないことは明らかである）。

ところが、設問の場合には、過大支払による子会社の財産の減少は、終局的には親会社の株主の財産の減少となる

のであり、親会社の株主が、これに反対するどころか、当初からまったく関与することができないようになっていくというところに重大な問題がある。

そこで、子会社の報酬額は親会社の報酬額に含まれるべきであるという見解がある。いいかえれば、親会社と子会社の支払報酬額を合算しても、親会社における決議報酬額の範囲内でなければならぬというものである。この場合にも、子会社の支払報酬額は、子会社の決議報酬額の範囲内でもなければならぬであろう（上田明信「取締役・監査役報酬の実務」七一頁は、「子会社の取締役に対する報酬は、親会社の定款または株主総会の決議をも必要とするものと解すべきである。」というが、これは必ずしも親会社の株主総会において親会社の取締役の報酬額と別に子会社の取締役の報酬額を決議しなければならぬという趣旨ではないと思われる。お手盛の危険をさけるということであれば、親会社と子会社の分を別々に決議する必要はないからである）。

これについて、子会社の報酬額は、親会社の株主総会において、親会社の報酬額と別個に決議されるべきで、かつそれをもって足るといふ見解はない。これは子会社の機関をまったく無視するもので、とうてい認めるわけには行かないからである。

しかし、これに対しては、一〇〇%子会社といっても親会社の役員が一部しか兼務していない場合も、まったく兼務していない場合もある。このような場合にまで親会社の株主総会の決議を要するといふのは行きすぎではないかとも思われる。

3 一〇〇%子会社といっても独自に営業を展開して、それ相当の利益を出していることも珍しくはない。法人税等の負担は別々にしているのであるから、このような場合に子会社が相当額の役員報酬を負担するのは、むしろ当然のことである。親会社の株主総会が規制しないと他に規制する者がいないためお手盛の危険があることはそのとおりで

あるが、ある会社の機関で決定された事項について他の機関でも決定されないと効力が生じないとか、そのことを他の機関で決定すべきだというようなことは、立法論としてはともかく現行法の解釈としては無理である。

役員報酬については、もっと大きな問題として使用人兼務の場合の使用人給与という問題がある。これらの問題を合わせて立法措置を講ずる必要がある。

4 附属明細書には、取締役および監査役に支払った報酬の額をそれぞれ記載しなければならないこととされているが（計算書類規則四七条一項一―号）、親会社の附属明細書に100%子会社において支払った分も加算して記載すべきかという問題がある。しかし、定款または株主総会で決定された報酬枠との関係で、その必要はないと解する。ただし、注記する等の方法でその実態を親会社の株主に知らしめるといふようなことは望ましい方向として考えられよう。

六 その他の問題について

1 計算書類規則による親子会社間の債権、債務、取引高の記載については100%子会社だからといってこれを除外することにはならない。右の記載の趣旨は、親子会社間の債権債務についてはいずれか一方の財産状況の悪化により他方も同様となり回収不能となる危険が高いこと、架空の計上がされるおそれがあることなどから定められているものであるから、100%子会社の場合には記載する必要性がむしろ高いのであり、親子会社間の取引は、それとして厳然と存するものだからである。

2 株主の質問権、帳簿閲覧権の限界として、100%子会社に対するものは、当該会社に対するものと同様に扱ふべきであるか。同様の問題は証券取引法一九四条に基づく「上場株式の議決権の代理行使の勧誘に関する規則」八条一項による株主から会社に対する資料請求についても存する。

これらはいずれも困難な問題であるが、株主質問権についていえば、一〇〇%子会社の問題が二三七条ノ三の親会社に自身の問題となるかということであるが、たんに形式的に別会社のことであるといつてこれを避けることはできないであろう。

しかし、帳簿閲覧権と勧誘規則についていえば、一〇〇%子会社といつても、その帳簿は、親会社の帳簿とは別に保管されているのであるし（とくに親会社と子会社がある場合）、それを保管しているのは子会社の取締役であるから、株主から親会社に対する請求が子会社の取締役に及ぶとするのは無理がある⁽¹⁾と考える。これを拒絶した場合の過料の規定を考えるとなおさらである。もっとも、そうだとすると、親会社の取締役は、子会社を利用して親会社の株主から不都合な事実を隠ぺいするおそれもあるが、これはまた別の問題として解決すべきものである。

(1) 親会社と子会社の取締役を兼任しているときは、別の解釈の余地がある。

第三 ま と め

以上概観したように、一〇〇%子会社を親会社と同一視するかどうかは、それぞれの法律関係ごとに異なり、実務上混乱が生じていることも無視できない。今後の立法において親会社と子会社との関係、ひいては一〇〇%子会社との関係が一定の思想のもとに規定されることが望ましい⁽¹⁾。

しかし、法務省民事局参事官室から今後の改正問題として昭和五九年五月公表された「大小（公開・非公開）会社区分立法及び合併に関する問題点」においても、右の問題には触れられていない。中期的な検討課題にでもなれば幸い

である。

(1) 少なくとも開示に関しては、一〇〇%子会社は親会社と同じように取扱う必要があると考える。