

結合企業と商法の特別背任罪

清野 惇

一、はじめに

今日、経済構造改革の一環として企業の再編成が推進されており、連日、企業間の結合が経済紙上を賑わしていることは周知の通りである。企業結合（KONZERN）は、主として企業の競争力強化による市場支配を目的とするが、企業結合による市場支配については独占禁止法によって厳しく規制されていることもこれまた周知のところである。⁽¹⁾

企業結合には種々の態様があるが、ここでは、いわゆる親子会社を中心に企業結合が商法（会社法）の定める罰則の一つである特別背任罪（第四八六条）の適用にいかなる影響を及ぼすかを考察してみたい。

「企業結合」は、企業集中、企業合同あるいは企業集団という用語とともに、企業間の一定の結合関係を総称する表現である。これらの表現は、その用いられる文脈によつて意味内容を異にし、一義的な概念ではない。

独占禁止法上、企業の結合関係は「ゆるい結合」と「かたい結合」に区別され、一般的に後者を企業結合と称する。それは企業組織上の手段による事業活動全体の統一的支配を基本的メルクマールとする。⁽²⁾

なお独占禁止法は、強固な企業の結合関係から競争制限ないし私的独占の生じるおそれがあるため、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる株式保有（同法第一〇条一項）、役員兼任（同第一三条一項）、合併（同第一五条一項）及び営業の譲り受け等（同第一六条）を禁止している。これが独占禁止法における企業結合規制といわれるものである。

(1) 森本 滋は、企業結合についての独占禁止法と会社法との規制目的の違いにつき、「独占禁止法が全体経済の立場（自由かつ公正な競争秩序の維持）から、経済的一体として取引界にあらわれ、競争を実質的に制限することとなる企業の結合関係を規制するのに対して、会社法は、法的には独立性を維持しながら支配従属関係ないし経済的一体性または財産的一体性を有する会社の結合関係をめぐる各個の経済主体の利害の調整をその企業結合規制の中心課題とする。法的独立性と経済的従属性・財産的一体性の矛盾（法的形式と経済実体との乖離）をどのように解決するかの問題である。」とする《現代企業法講座2 企業組織》一九八五年 東京大学出版会一〇〇頁。

(2) 今村成和《独占禁止法・新版》有斐閣・法律学全集 七〇頁。

一、親子会社の定義

商法第二二一条ノ二は「他ノ株式会社ノ総株主ノ議決権ノ過半数又ハ他ノ有限会社ノ総社員ノ議決権ノ過半数ヲ有スル会社」を親会社とし、他の会社又は有限会社を子会社としている。すなわち商法は、過半数株式所有基準（過半数資本参加基準）を採用し、形式的に親子関係を定義しているのである。

商法及び有限会社法は、この「親子会社」について、それぞれ特別の取り扱いを定めている（商法第二四一条（親会社

の株式についての子会社の議決権)、第二七四条ノ三(親会社の監査役の子会社調査権)、有限会社法第二四条、四一条、株式会社の計算書類規則第九条、一二条、二〇条、二九条、三〇条、四〇条、四九条)。

また証券取引法は、投資者保護の観点から、同法第二四条(有価証券報告書の提出)に基づき大蔵大臣が制定した「財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則」(昭和三八年一月二七日大蔵省令第五九号・以下単に財務諸表等規則という。)において、親会社とは「他の会社等の財務及び営業又は事業の方針を決定する機関を支配している会社をいい、子会社とは「当該他の会社をいう。」と定義した(第八条三項)うえ、「他の会社等の意思決定機関を支配する会社」に該当する場合を同条四項は一号、二号及び三号に分けて詳しく規定し、実質的基準を設定している。さらに同条五項では「関連会社」の定義をし、八項では「関係会社」について定義している。このように企業の「結合」関係については、商法は親子会社しか規定していないのに対して、証券取引法は、これをその結合の度合や態様により、親子会社、関連会社及び関係会社の三種類に分類している。

なお財務諸表等規則第八条五項は、この規則において「関連会社」とは、「会社(当該会社が子会社を有する場合には、当該子会社を含む。)が、出資、人事、資金、技術、取引等の関係を通じて、子会社以外の他の会社等の財務及び営業又は事業の方針の決定に対して重要な影響を与えることができる場合における当該子会社以外の他の会社等をいう。」とし、また「関係会社」とは、「法の規定により財務諸表を提出すべき会社(以下財務諸表提出会社という。)の親会社、子会社及び関連会社並びに財務諸表提出会社が他の会社等の関連会社である場合における当該他の会社等をいう。」と規定している。

三、商法第四八六条の特別背任罪

商法第四八六条一項は「発起人、取締役、監査役々々自己若ハ第三者ヲ利シ又ハ会社ヲ害センコトヲ図リテ其ノ任務ニ背キ会社ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタルトキ八十年以下ノ懲役又ハ千万円以下ノ罰金ニ処ス」と規定している。この罰則規定は刑法第二四七条の背任罪の身分による加重類型といわれている。

問題は、一体化した結合企業を取締役の行為について、この特別背任罪の罰則規定を適用する場合、結合企業全体例えば親子会社自体を「会社」とみるべきか、それとも当該取締役が所属している単体としての企業自体を「会社」とみるべきかである。

もし複数の企業が結合して一体化し（ただし合併にまで至らない場合）、その実態が単体の企業と同視できるならば、結合企業全体例えば親子会社そのものを、同条の「会社」に含めることも可能になる。

このように一体化した結合企業を一個の会社企業とみることができるとすれば、結合関係にある複数の企業間の取引等の事業活動は、一個の企業の内部的行為、例えば本店と支店の間の行為と同様に評価されうることになり、そこには取締役の任務違背行為によって利を図られる「第三者」なるものもそもそも存在しないことになるし、またたとえ結合関係にある複数の会社の間で資産の損益的移動が生じても、それは結合企業の内部における資産の移動に止どまり、結合企業全体として何ら財産的損益を齎すものではないことにもなる。

したがって「親子会社」のような結合企業においては、「第三者」とは、当該結合企業の外にある会社企業を指し、その意味での第三者との間の取引行為についてのみ、同条の適用が問題となるにすぎないことになる。

このことは結合企業を商法第四八六条の適用対象とする場合には、専ら単体企業を念頭に置く同条の解釈に何らかの修正が必要ではないかという問題を提起することになる。⁽¹⁾

(1) 森本 滋・前掲「現代企業法講座2」一一〇頁は、「株式所有を基礎として支配従属関係が形成されるとき、支配会社と従属会社との間に財産的一体性が生じるが、支配会社の個別的計算書類によつては、その財産や収益の状況を正確に現わすこととはできず、企業集団全体の財産や収益状況を示す連結計算制度が必要となる。これは従属会社を利用する支配会社の不当な経理操作を抑止する機能も合わせもつが、これらの目的を達成するためには、支配従属関係ないし財産的一体関係に配慮して、会社の経済的独立を前提とする現行会社法規定の適用範囲や要件を修正する必要がある。」とする。

四、企業結合と利害関係者

経済界は、国際競争力を付けるため企業の再編成に大童わであり、連日上場企業間の連携や結合が新聞紙上を賑わしているが、企業の合併による一体化は別として、グループ化（集団化）による企業結合の場合、グループ内での取引活動に対して、従来通りの法解釈で商法四八六条を適用することは企業活動の現実に沿わない結果となる虞れがある。

それでは企業結合による一体化や集団化を理由にして、特別背任罪の規定の解釈を当該条文の可能な範囲でどのように修正できるかが検討課題となる。

ところで取締役の忠実義務違反の行為により、会社が財産的損害を受けた場合、誰が不利益を被るかといえ、内部的には従業員であり、外部的には株主と会社債権者である。

特別背任罪は、会社の経営の衝にある取締役の背信的行為により会社が財産的損失を蒙り、その結果として株主や会社

債権者が損害を受けることを防止するために特別に規定されたものである。

したがってその「財産上の損害」は、あまねく財産上の価値の減少を指し、積極的損害、消極的損害を問わないが（大判大一一・九・二七集一・四八三頁）、それはあくまでも経済的評価によるべきであり（大判大一一・五・九・二三集五・四二七頁）、金銭的に表示しうる損害でなければならないことはいうまでもない。

今日の親子会社は、既述の如く、会社の合併とは異なり、それは別法人である複数の会社企業間の支配・従属の関係であり、その関係に立つ各会社には出資者の株主もいれば会社債権者や従業員もいるのであって、複数の会社に跨がる従業員はいても（兼務・出向）、株主とか会社債権者はあくまでも単体としての企業のそれに止どまり、会社債権者については、親子会社相互間にそれぞれの会社債権者に対する連帯保証関係が契約によって成立する場合があるに過ぎない。したがって親会社にしても、また子会社にしても、両者間の支配・従属関係を理由に、その固有の株主や会社債権者らの利益を無視することは許されない。⁽¹⁾

親子会社を含む結合企業に対する法規制（いわゆる結合企業法）の中心課題は、まさにこれらの単体企業の利害関係者の権利や利益を、企業の結合による再編成の中でいかに保護して行くかにあるが、我が国ではドイツの株式法（AKTIENGESETZ）のような結合企業に関する総合的な法規制は現在のところ存在しないのである。

このように企業の結合は、企業の再編成の手段として広く利用されているが、証券取引法は上場会社（公開会社）については、昭和五三年三月期決算以降、連結財務諸表を有価証券報告書等の添付書類として作成し大蔵大臣に提出させることにし、上場会社に対して連結決算を義務付けているのであり（届出省令第一七条一項一号⁽²⁾）、また平成一四年四月から法人税の申告・納税に関し、親会社と親会社が全株式を所有する完全子会社との間の連結納税制度が実施されることに

なつてはいるが、会社法上結合企業に関する法規制が整備されていない我が国では、今日のところ、親子会社は統合された一体的企業としてではなく、親会社も子会社も、それぞれ経済的に独立した単体の企業として、それぞれの企業活動による成果（損益）を各自別々に計算しなければならず、したがって上場企業の場合は、子会社との連結財務諸表と上場会社自体の個別の財務諸表との双方を作成することが義務付けられることになる。

商法第四八六条の特別背任罪の規定も、このような経済的に独立した単体としての企業（会社）を当然の前提として立法されており、今日企業社会の中心をなす親子会社のような結合企業を想定していないことはいうまでもない。

(1) 青木英夫「結合企業法の諸問題」財務経理協会（平成七年）は、連結企業の提起する会社法上の重要課題である「指揮と責任」の問題を、親会社を子会社の事実上の取締役と解する立場から解決しようとする論策である。

(2) 連結財務諸表は、連結貸借対照表、連結損益計算書及び連結剰余金計算書により構成され、企業集団の財政状況及び経営実績に関する真実な内容を表示し、特に親会社の利害関係者に対して企業集団の財政及び経営の状況に関する判断を誤らせないために必要な財務情報を明瞭に表示しなければならない。議決権の過半数基準に従った子会社が親会社の連結の範囲に含くまれ、これが企業集団を構成するが、重要でない子会社は連結の範囲から除くことができる。連結財務諸表は、個々の連結会社の財務諸表を基礎として、連結会社相互間の項目を消去して作成される。親子会社を単一の会社企業として、親子会社と子会社間の取引を本・支店間の取引とみなして財務諸表を作成するのである。

連結財務諸表制度は、証券取引法上の制度であり、商法（会社法）上の制度ではないが、会社間に支配従属の関係が形成され、これらが経済的の一体として企業活動を行う場合、このような企業集団の財政・収益の状況を明らかにすることは、支配会社の財政・支配状況の把握に不可欠であり、連結財務諸表制度は従属会社を利用した支配会社の利益操作を事実上困難にするため、商法への連結財務諸表制度の導入が検討課題となっていた。昭和五四年二月二十五日に法務省民事局参事官室が公表した「株式会社計算・公開に関する改正試案」は、会計監査人監査強制会社にあつては、取締役は、毎決算期に、連結貸借対照表及び連結

損益計算書を作成し、これを株主に送付するものとしていた。

この試案は、連結財務諸表の作成義務者の範囲を広げ、株主にこれを直接開示することを目的としていたが、経済界から時期尚早を理由に反対され、昭和五六年の商法改正では実現しなかったという経緯がある。なおこの連結財務諸表制度は平成一四年の商法の一部改正法案に再度その採用が提案され、同年五月に成立した商法の一部改正法（平成一四年法律第四四号）は、商法特例法上の大会社について連結財務諸表を採用するに至った（同法第一九条ノ二第一項、第二二条ノ三二第一項）。

五、結合関係にある企業間の取引と第三者「図利」の目的

ところで、このような場合はどうであろうか。

例えば、衣料品等の販売を業とする甲会社の代表取締役Aが、同時に、当該衣料品を製造して甲会社に販売する乙会社の代表取締役をも兼ねており、しかも甲会社が乙会社の全株式を所有している場合、Aが、乙会社が流行遅れのため経済価値の殆どない衣料品を多量にストックして、資金繰りにも困っているのを見かねて、その不良在庫品を抱える財務体質の改善と資金繰りを支援する目的で、Aが独断で甲会社をして、この不良在庫品を製造原価（帳簿価格）で買い取らせる行為は、商法第四八六条の特別背任罪に該当するかである。この不良在庫品の買い取りは、子会社の乙会社にとっては利益であっても、親会社である甲会社としては、経済価値のない不良在庫品を損を覚悟で買入れたことで不利益な取引をしたことになる。

今日の学説・判例によれば、その買い取り行為の動機が単に乙会社の財政を支援するためだけならば、おそらく躊躇なしに代表取締役Aの甲会社に対する特別背任罪の成立を肯定するであろう。

ところが、もしその動機が乙会社の不良在庫品による含み損を解消し資金繰りが容易になるよう財務体質の改善を図るとともに、乙会社からの衣料品の安定的供給を確保することにあつたとすればどうであろうか。またもしこのような財政支援を行わなければ乙会社が経営危機に陥る虞れのある場合はどうであろうか。

判例は「自己または第三者の利益を図る目的と本人の利益を図る目的とが併存する場合には、いずれが主たる目的であるかを判断し、主たる目的が前者にあるときは背任とすべきである」とする（最判昭二九・一一・五集八・一一・一六七五）。

しかし右の設例の場合は、当面の目的は、乙会社の不良在庫品の消化と資金繰りの支援にあるとしても、同時に乙会社の財政を支援することで、その経営を健全化し、乙会社から甲会社への製品の安定的供給を確保するという意図もAにあつた場合、いずれをもつて主目的と解するかである。

その判断にあつては、子会社である乙会社の財務内容は、直ちに親会社である甲会社が保有する乙会社の株式の価値に反映することも忘れてはならない。すなわち乙会社の財務の改善は即甲会社の資産内容の改善にも直結するのである。

ところで目的の主従を決定する基準は何かである。判例の考え方は取締役をして任務違背の行為に向かわせた動機の強弱（何が決定的動機か）によつて主従を決定する基準としていいが、親子会社の場合、親会社が子会社との間で商取引等の事業活動を行うときは、その衝にあたる取締役は、常に親子関係を念頭において行為しているはずであり、親会社の取締役が親会社の利益・不利益を意識しないで子会社と取引をするということはまずありえないのである。もしあるとすれば、それは取締役としての職務上の行為ではなく、職務を装った私的行為であり、それこそ正に特別背任罪の適用の対象とすべき行為といつてよい。

このように親子関係等結合関係にある企業相互間で事業活動を行う場合は、結合関係の強弱により、意識の程度に違いはあるにしても、その事業活動を決定する判断要素の一つとして結合関係の維持発展という視点があることは否定できないであろう。

企業が子会社を創設する理由には種々なるものがあるが、子会社は概ね親会社の経営や事業活動の便宜のために設立されているといつてよい。

企業社会では、子会社は親会社及び親子会社という企業集団の事業活動に協力するものであり、その代わりに親会社は子会社の経営を支援するものと一般的に理解されている。

この結合企業間における相互扶助の意識からすれば、子会社が財政的に困っているときに、これを支援することが親会社の責務であり、それは同時に親会社もしくは親子会社全体の共同利益に合致することである。換言すれば子会社の利益を図ることは、同時に親会社にも利益をもたらし、また親会社の利益を図ることは、延いては子会社の存立基盤の強化につながるようになるのである。

このような親子関係のある会社相互間の取引について、判例のように行為動機の主従によって第三者「凶利」の有無を判定して特別背任罪の成否を論ずることが適当か、さらにまたそもそも動機の主従を判定すること自体可能かが問題となる。

結合企業間の事業活動について、その行為を決定した取締役の心理状態を分析し、当該行為遂行の決定的動機がなんであるかを判断することは必ずしも容易ではなく、またその判断を当該取締役の供述にのみ依拠することも適当ではない。

「凶利」目的の有無、したがってまた行為動機の主従は、行為者である取締役の意図だけでなく、当該行為によって取

引当事者双方に齎される利益・不利益をも考慮して判断すべきであるが、親子会社の場合は、通常、当面の目的と本来的でないしは最終的目的が併存しているといつてよい。例えば親会社が子会社を支援するために資金供与あるいは債務保証を行う場合は、当面の目的は子会社の資金援助であるが、それによって子会社の経営を支援することにより、親会社の責任を果たすと同時に子会社の経営の安定によって親会社に齎される利益の享受を期待しているのである。

このような場合いずれの目的ないし意図を主とし、或は従とみるのか、判例の立場でも微妙である。

そもそも親会社が子会社を財政的に支援するのは、通常、親会社にとって必要なことであり、また利益になることである。その必要と利益というのは、具体的には、子会社の財政を支援することにより、親会社所有の子会社の株式の価値の維持に資すること、子会社の財務内容を改善し経営の安定を図ることにより子会社に対する貸付金の回収を容易にすること、また仮に子会社の経営が破綻した場合、その債権者等に対して負担を余儀なくされる保証もしくは補償責任を免れること、更にはまた子会社を支援することにより親会社及び親子会社の対外的信用を維持すること等を指す。

設例の場合、乙会社に対する財政的支援を主目的と見るべきか、それとも乙会社の経営を安定させて製品の円滑な仕入の確保を主目的と見るべきか、さらには製品の円滑なる供給と販売の確保による甲乙両会社の一体的発展こそを真の主目的と解すべきか、極めて困難な判断を迫られることになる。

その目的の主従の判断に当たっては、前述の如く、単なる意図だけではなく、その意図の実現によって子会社が得る利益と親会社に生じる損益との比較考量も必要になるであろうが、この場合親会社に生じる損益は金銭的に評価困難である場合（例えば信用の維持をどう評価するか等）の多いことを考えると実際には比較は容易ではなく、したがって主従の判断もまた殆ど不可能に近いといつてよい。

そうであれば、結合企業の場合には、図利の目的の主従を論ずるよりは、当該取引行為が直接的には子会社に利益を齎すものであっても、その取引が親会社にとって必要かつ有益であるならば、その取引は親会社のためになされた行為とみるべきであると考ええる。

それでは親会社に必要かつ有益かどうかの判断は、何人によつてなされるべきかである。取締役会規則において当該案件が取締役会の決議事項とされている場合は勿論のこと、その定めがない場合でも、それが特に代表取締役社長の専権事項と認められていない限り、一般的には親会社の取締役会の決議か、或いはそれに代わる方法で、少なくとも過半数の取締役が、当該取引行為により子会社を財政的に支援することが、親会社の経営政策として必要かつ有益であると判断することが必要であろう。

またその経営判断は企業社会の常識からみて明らかに不当であるとされる場合は別として、原則として尊重し⁽¹⁾、当該取引行為は親会社の利益を図る目的でなされた取引行為と認め、第三者図利の「目的」を欠く行為として特別背任罪の成立を否定すべきであろう。

このような観点からは、当面の目的とされているところは、むしろ手段であり、本来の目的は子会社の経営の安定を図ることによつて得られる親会社の利益にあるとみることも可能であろう。そのように考えるならば、当該取締役の行為は、原則として本人の利を図つたものとして、第三者「図利」の目的を欠き特別背任罪は成立しないことになるであろう。

なお設例の場合は、子会社の乙会社に不利益を及ぼす行為ではないから、ここでは結合企業における子会社保護の問題は生じないことはいうまでもない。

このように企業結合の一形態である、いわゆる「親子会社」においては、支配会社である親会社が、従属会社である子

会社に対して、資金の援助を行ったり、あるいは売買取引を装って不良在庫品の消化に協力することもありうる。取引の現象面だけを見て、子会社の「図利」を目的とする不当な取引行為と認定することは、結合企業の財務の実情を無視するもので、正当とはいえない。

親会社による子会社の支援は、親会社の支配力の強弱により、また親会社の経済力の有無により、その程度・内容を異にするが、支援が法的義務かどうかは争いがあるとしても、子会社の取引関係者からは一般的に期待されていることは否めないし、世間もその支援を当然のこととして受け止めているといつてよい。これとは反対に子会社が財政的に、又は取引的に親会社を支援する場合も有り得るが、この場合は親会社の支配力が作用するのが通常なので、子会社の保護が問題となりうる。

右は親子関係にある会社を、それぞれ経済的に独立した別法人の企業としてとらえ、特別背任罪の構成要素である第三者「図利」の目的の有無を問題としたが、仮に主たる動機が、乙会社の支援にあったとしても、甲会社の代表取締役Aが、当該取引を甲会社に対する「任務違背」行為と認識していたかどうかは相当に疑問である。

もし当該取引行為を任務違背行為と認識していなければ、故意を欠くことになるし、また当該取引は結果的に親会社にも利益をもたらすと判断したのであれば、親会社に「財産上の損害」を与える認識もなかったことに帰するので、これまた故意を欠き、特別背任罪は成立しないことになる。

いずれにしても結合企業である親子会社を、一体的企業としてではなく、経済的にも法的にも独立した会社間の連携ないし結合関係とみる限り、従来の解釈論の枠組みの中で特別背任罪の成否を判断せざるを得ないのであるが、親子会社間の取引行為について同罪の成否を論ずる場合には、結合企業の特長である企業の連結性や一体性の視点をも忘れてはなら

ないことはいうまでもない。

このように特別背任罪の成否の判断にあたって、特別の考慮を必要とする親子会社は、過半数株式所有基準もしくは議決権過半数基準により親子関係が認められる会社同士であれば足り、親会社が子会社の全株式を所有している必要はないのである。

(1) 経営が破綻に瀕した子会社に対する融資の継続と親会社の取締役の忠実義務について福岡高裁昭和五五年十月八日民事四部判決(判例時報一〇二二号一一七頁)は以下のように判示している「およそ、商法第二百五十四条の二が定める取締役の忠実義務は、取締役が会社に対して負担する委任関係から生じる善管義務を具体的注意的にふえんして規定したものにすぎないものであって、これと異質の高度の注意義務或は結果責任を課するものでないのはもとより、企業は自己の責任と危険においてその経営を維持しなければならぬものであるから、親会社の取締役が新たな融資を与えることなくそのまま推移すれば倒産必至の経営不振に陥った子会社に、危険ではあるが事業の好転を期待できるとしてあらたな融資を継続した場合において、たとえ会社再建が失敗に終わりその結果融資を与えた大部分の債権を回収できなかったとしても、右取締役の行為が親会社の利益を計るために出たものであり、かつ、融資の継続が打ち切りかを判断するに当たり企業人としての合理的な選択の範囲を外れたものでない限り、これをもって直ちに注意義務に違反するものとはいえないと解すべきである。」と。

六、完全親子会社と商法第四八六条

ところで企業社会では、その結合の強弱の度合いにもよるが、親子会社を経済的、財産的に一体化された企業ないし企業集団として理解しているところ、商法は親子会社を一体的企業としては取り扱わず、あくまでもそれぞれ法的に独立した企業として取り扱っており、そこに乖離があることを既に述べた。

このように親子会社間取引行為について、特別背任罪の構成要件該当性を判断するにあたり、結合企業の特性を反映させるとしても、それだけでは、法的形式と経済的実体との乖離の溝を埋めることにはならない。問題はその乖離をどのように解決するかである。

ところで完全子会社である乙会社の利益は、同時に親会社である甲会社の利益でもあり、財務面からすれば両者一体と見てよく、結合企業としての両会社の経営実績は、両者の財務の連結により始めて正確に把握されることになる。投資者保護のために親子会社等の企業集団について連結決算が要請される所以である。しかも親子関係にある両会社の取締役が互いに兼務関係にある場合は、その両会社の経営もまた実質的に一体的と見てよい。

このように企業の財務面及び経営面が一体化している親子会社においては、親子関係にある企業間の取引活動は、一体化した結合企業の内部行為（いわば本・支店間の行為と見てよい。）であり、損益という財産上の効果を齎すものではないので、そもそも商法第四八六条の対象外ではないかという疑問が生じる。

勿論その内部行為に対しては、それぞれの企業内部における職務規範により、その当否が評価されることはあるにしても、商法第四八六条の背任罪は、会社に財産的損害を齎す取締役の任務違背行為を対象とする財産犯であるから、その性質上財産的損益にかかわりのない行為は、そもそも同条の「任務違背」行為には該当しないとわざるをえない。

設例の如く、乙会社は甲会社の完全子会社で、しかも甲会社と乙会社の代表取締役が兼任の場合は、財産的一体化に止どまらず、企業経営の面でも一体化されており、このような実態をもつ親子会社は、合併会社に準じた存在とみるべきで、Aの地位は単に甲会社及び乙会社の代表取締役にとどまらず、正に一体化した結合企業としての甲乙親子会社の代表者（コルチエールン指揮者）と見てよく、Aもしくは甲会社の取締役会の判断は、結合企業としての甲乙親子会社の経営判断と

考えることができる。

のみならず親子関係にある乙会社から甲会社への商品の移動（取引）行為は、一体化された親子会社の内部行為に過ぎず、その行為の可否を甲乙それぞれの会社の立場で論ずべき行為ではないとすれば、かかる行為の可否は、そもそも経営判断の名に値いしないから、勿論甲会社の取締役会の決議も不要といわざるをえないのである。

また親子会社を一体的企業と考えるならば、親会社が子会社を資金的に支援することは、あたかも本店から支店へ支払い資金を融通するのと同視できるので、その財政的支援は内部的行為として「第三者」の利益を図ったことにはならないから、図利の目的をも欠くことになる。

このように結合企業としての一体性を強調するならば、甲会社と乙会社との間の取引行為は、外觀はともかく、その性質上親会社としての甲会社に何ら財産的損益を生じさせるものではないから、財産的損益と無関係な取引行為は、そもそも商法四八六条の構成要件要素である「任務違背」行為とは無縁であって、その行為の当否を論ずること自体無意味といつてよい。

したがって商法第四八六条の適用をみるのは、親会社と子会社間の行為ではなく、甲乙両会社とそれ以外の企業との間の取引行為と解すべきことになる。このように親子関係にある会社相互間の財産移転行為について商法四八六条を適用することは、結合企業の経済活動の実情に沿わないことはいうまでもないとしても、親子会社だからといってその結合の度合いを考慮せずに、また株主や会社債権者等の利害関係者の存在を無視して同条の適用を排除することは問題である。

七、親子会社と商法第四八六条

商法は、その会社の発行済株式の総数の過半数に当たる株式を有する会社を親会社としているので（二二一条ノ二）、五一パーセントの株式を所有する親会社もあれば、一〇〇パーセントの株式を所有する親会社もある。一〇〇パーセントの子会社（完全子会社）の場合は、親会社と子会社とは資本構成面ではまさに一体的といえる。五一パーセント保有の場合も親会社が子会社の経営を支配することは可能であるが、残り四九パーセントの株式を所有する株主（仮に少数株主という。）の権利を無視することは許されない。また親会社が一〇〇パーセント子会社の株式を所有している場合でも、子会社の会社債権者や従業員の保護は重要である。なんとなれば子会社の少数株主や会社債権者らにとっては、法律的には子会社の資産こそ、その権利の実効性を担保するものであるからである。

子会社に代わって親会社にその権利や利益の保証を求めることは、「法人格否認の法理」等の活用により可能な場合もあるが、⁽¹⁾今日の法制度の下では、一般的には困難といわざるをえない。

ところで会社法は、経済的に独立した会社企業の法制として存在しており、会社の損益もすべて単体としての会社毎に計算する仕組みを採用している。そこに結合企業としての親子会社を単一の企業並に取り扱う証券取引法（いわゆる連結決算制度）や法人税法（いわゆる連結納税制度・平成一四年四月より実施）等との間に、法的扱いの上で乖離があることは前述の通りであるが、その結果として、今日、証券取引法の適用を受ける上場会社（公開会社）では、連結財務諸表の外、商法に従い単体としての会社毎の財務諸表をも作成しているのである。

いずれにしても、子会社の少数株主や会社債権者等の権利保護について親会社が責任を負う法律制度が整備されていない

我が国においては、親会社が子会社の少数株主に対して子会社の株式の買取請求権を認め、また子会社の債権者に対して連帯保証責任を認めているような場合は別として、親子会社を経済的、財産的一体性を理由に単一企業並に考え、親会社と子会社間の取引を本・支店間の取引とみなすことはできないし、また親会社の取締役が親子会社全体の経営判断を委ねることも認め難いのである。

したがって今日のところでは、親会社が子会社の全株式を所有し、子会社の利害関係者(会社債権者及び従業員)に対する親会社の保証責任が十分確立されている場合はともかく、そうでない場合は、商法第四八六条の適用においては、あくまでも結合企業の構成分子である個々の会社毎に同条の適用を考えざるをえないのである。とはいえこの場合でも、同罪の構成要件要素である第三者「凶利」の目的、取締役の「任務違背」及び「財産上の損害」の発生等の有無の判断にあたっては、企業結合の経済的実態に鑑み、当該取引行為が親会社や親子会社全体の資産状態や対外的信用に与える影響を十分に斟酌する必要のあることは前述したところである。

親会社と子会社間の当該取引行為が、外観的には、親会社にとって不利益なものであっても、親会社もしくは親子会社という企業集団全体の立場からは必要かつ有益なものであれば、その取引は親会社または親子会社全体の利益のためになされた取引として子会社に対する凶利の目的は否定されるべきであろう。

その逆の場合、すなわち子会社の取締役が親会社又は当該企業集団の指示で、親会社と子会社との間の取引において、子会社にとって不利益な取引をした場合にも、その取引が親会社又は当該企業集団の必要によるものであるときは、子会社の取締役会又は過半数の取締役の承認の下になされる限り、当該取引行為の「任務違背」性は否定すべきであろう。この場合その行為によって子会社の株主や債権者が損害を蒙ったときは、当該親会社は子会社の運営(当該取引の決定)に

関与した「事実上の取締役」としての責任（商法二六六条ノ三）を問われることになるであろう。⁽²⁾

(1) 江頭憲治郎「企業の法人格」前掲・現代企業法講座2—企業組織八一頁以下

(2) 青木英夫「事実上の取締役論」前掲・結合企業法の諸問題三一頁以下

八、結合企業と第三者の凶利

判例は、凶利の利益は財産上の利益に限らないとする（大判大三・一〇・一六録二〇・一八六七頁）一方、前述のように「第三者」の利を図る目的と同時に本人の利益を図る目的も併存している場合には、その目的の主従により判断すべきであるとする。

すなわち判例の立場では、目的の主従は、任務違背の行為によって実現を意図した利益の主従ではなく、専ら動機（主観的意図）の主従で背任罪の成否を論じることになる。判例が目的主従論を採用したのは、銀行の取締役が銀行の信用維持のため違法配当をした事案についてである。この事案では違法配当という行為自体の性質からその主たる目的が銀行の信用維持にあったと認め易かったものと思われるが、考えようによっては、目的の併存はなく、目的は銀行の信用維持で違法配当はその手段としてなされたと見ることも可能な事案であった。

いずれにしても動機の主従を、行為者の意図という主観面だけで判断することは必ずしも容易ではなく、複数の動機によって発起する任務違背行為により実現される利益の帰属先が複数（例えば子会社のみならず親会社にも利益を与える場合）であれば、帰属利益の対比によって行為者の意図を客観化しなければ、目的の主従の判定は困難のように思われる。

ところで親子会社のような結合企業の場合は、その連携性や一体性から、目的の併存は考え難く、一見併存しているように見えても、それは前述の如く、目的と手段である場合が少なくないことに注意する必要がある。

設例は、経済価値のない在庫品を製造原価で買入れるという方式で子会社(乙会社)の財政を支援した親会社(甲会社)の代表取締役Aの行為が、甲会社に対する背任罪を構成するかどうかが論点である。

ところでAが甲会社の代表者の立場で、乙会社の財政を支援することによって乙会社の経営の安定を図る意図で当該在庫品を買入れた場合であっても、乙会社が当該取引により得た利益(取引代金額)は、乙会社に止どまらず、甲会社に反射的利益(乙会社の財務の健全化による甲会社所有の乙会社の株価の維持や甲会社に対する商品の安定的供給の確保等)を齎すことにも留意する必要がある。

経済界では、親会社が子会社の資金繰りを支援するのは当たり前のことであり、しかも回収を予定しない財政支援もあるのであって、実際にも上場会社が提出する有価証券取引報告書掲載の財務諸表には「子会社支援損失」なる科目が散見されるのである。⁽¹⁾

親会社の子会社に対する可能な財政的支援は、子会社の信用維持延いては親会社の信用確保にもなるのであって、親会社に期待される必要的支出と見るべきであり、そもそも財産的損益を問題にすべきではないとの考えも成り立ちうるのである。

また親子会社等の結合企業においては、親会社は勿論子会社においても、その企業活動は常に親子会社の共同利益の実現という使命を担っており、純粹に経済的個体としての子会社もしくは親会社の利益のみを図ることは、企業結合の趣旨に反するといつてよい。

したがって親会社及び子会社の取締役の企業活動は、商法の建前はともかく、実際には、結合企業全体の損益という観点からの制約（場合によっては結合企業の支配・統制機関の指示）を免れることはできないのであって、自己の所属する会社の利益のみを目的として結合関係にある他の企業と事業活動を行うことは現実にはありえないし、あつてはならないのである。

前掲最高裁判例の目的主従論は、取締役の行為の起動力となった複数の動機の主従により目的の主従を決めようとしているが、この考え方からしても、親子会社のような結合関係ある会社相互間での取引行為は、企業社会の常識からみて明らかにならざるべきであらう。それが結合関係に立つ一方の企業の利益を図るようにはみえる場合でも、その取引行為は他のもう一方の企業もしくは結合企業全体の共同利益を図る行為として、第三者図利の目的を欠き、背任罪は成立しないと解すべきである。

さらにまた既述したように、設例の場合の甲会社の代表取締役Aの真の目的は、親会社である甲会社及び甲・乙親子会社という企業集団の経営上の利益であつて、子会社である乙会社に対する財政支援は、前述の如く、その手段ないし過程に過ぎないとの見解も成り立つ。そうであれば矢張り第三者図利の目的を欠くことになる。

のみならず親子会社相互間の取引活動において、結局は親会社もしくは親子会社全体の利益に帰する行為をする当該取締役には、取締役会の決議の有無に拘らず、通常「任務違背」の認識はないといつてよいので（特に企業集団の取り決めに従つて行う場合には、その傾向は顕著である）、背任罪の故意を欠くことになり、この点からも背任罪の成立は否定されることになる。

結合企業の規制の目的のひとつは、子会社に犠牲を強いる親会社から子会社を保護することにあるので、親会社が子会

社を支援するために、子会社と親会社との取引において子会社の利を凶るることについては、会社法は格別の規制はしていないが、親会社の存立をおびやかすような子会社に対する支援は、同時に子会社の存立基盤ないしは経済的支柱を損なうことにもなり、子会社支援の限界を越え、親子関係設定の趣旨にも悖るといわざるをえない。

いずれにしても、企業結合の度合いにより程度の差はあるが、企業社会では親会社はその資力の範囲で子会社の経営を支援すべき責任があると考えられている。この責任は、子会社の債務発生時の債務保証という法的形式で現実化される場合もあれば、子会社の倒産に伴い損害賠償もしくは補償責任として後発的に現実化することもある。もし親会社がその責任を果たさないときは、親会社の対外的信用は大きく損なわれるのが企業社会の現実である。

企業結合の度合いが強まれば強まるほど、子会社の少数株主や会社債権者、さらには従業員も子会社に対する親会社の支援や救済を期待する。この期待にこたえて親会社としての可能な支援を行うのが経済界の常識といつてよい。

(1) 法人税の基本通達の第九章「その他の損金」第四節寄付金の第一款(寄付金の範囲)は、子会社等を整理する場合の損失負担等について「法人がその子会社等の解散、経営権の譲渡等に伴い当該子会社等のために債務の引き受けその他の損失負担又は債権放棄等(以下損失負担等という。)をした場合において、その損失負担等をしなければ、今後より大きな損失を蒙ることになることが社会通念上明らかであると認められるためやむを得ずその損失負担等をするに至った等そのことについて相当の理由があると認められるときは、その損失負担等により供与する経済的利益の額は、寄付金の額に該当しないものとする」(九―四―一)と定め、又子会社等を再建する場合の無利息貸付け等に関しては「法人がその子会社等に対して金銭の無償もしくは通常の利率より低い利率の貸付け又は債権放棄等(以下無利息貸付け等とする。)をした場合において、その無利息貸付け等が例えば業績不振の子会社等の倒産を防止するためにやむを得ず行われるもので合理的な再建計画に基づくものである等その無利息貸付け等をしたことについて相当な理由があると認められるときは、その無利息貸付け等により供与する経済的利益の額は、寄付金

の額に該当しないものとする」(九—四—二)と定めており、親会社が子会社に供与するこれら経済的利益の額については損金処理が認められることになる。

九、結合企業における取締役の兼任と忠実義務の衝突

企業結合において支配会社たる親会社は、従属会社としての子会社を支配するため、通常自社の役職員を取締役や監査役として子会社に派遣したり、自社の取締役の子会社の取締役を兼任させたりしている。これらの取締役は親会社の指示や意向にしたがって子会社の運営に参画することになる。籍が子会社にある以上子会社に対して忠実義務(商法第二五四条ノ三)を負うことはいうまでもないが、現実問題としては親会社の指示や意向に反する行動をとることは困難である。しかし場合によっては子会社の取締役会でその指示に反する決議がなされることもありうる。それゆえに親会社は、その所有株式数にものをいわせて株主総会における取締役選任決議の主導権を握り、自己の意向に沿った取締役を選任して取締役会の支配権を掌握することになる。

問題なのは、親会社の代表取締役が子会社の代表取締役を兼任する場合である。事案によっては、この兼任代表取締役は双方の会社に対する忠実義務の狭間に立たされ進退極まる場合がある。

親会社と子会社との間の取引は、その支配・従属関係から、えてして利益相反の行為となりがちである。商法第二六五条の規定する取締役会の承認制度は、その場合の解決策を示しているといえるが、親子会社間の利益相反的取引に果たしてこの制度が妥当するかどうかは極めて疑問である。実際上も十分に機能しないように思われる。

利益相反取引について取締役会の承認を得ることが取締役の忠実義務の内容をなすことはいうまでもないが、取締役会

の承認決議の有無のみが特別背任罪における取締役の「任務違背」の有無を決定する唯一の要素ではないし、また承認決議を欠くため当該取引行為が無効になっても、そのために特別背任罪の成否が左右されるものではないことはいうまでもない。

重要なのは当該取引行為が会社に損失をもたらす不利益な行為である否かである。たとえ利益相反の取引行為であっても、それが実質的に会社に利益を齎すものであれば、取締役会の事前又は事後の承認決議を欠いても、その手続違反の故に、当該取引を行った取締役について特別背任罪の成立が肯定されるわけではなく、反対に取締役会の承認があつたからといって、常に特別背任罪の成立が否定される訳ではないことに注意する必要がある。⁽¹⁾ 取締役会の承認決議が有用なのは、いわゆる「冒險的取引」の場合、すなわち会社に利益を齎すか否か容易に判断できない取引の場合といつてよいであろう。いずれにしても、この代表取締役の忠実義務の衝突の問題は、親子関係にある甲乙両会社それぞれ経済的に独立した会社であることを前提としてのことであり、結合企業として一体化した親子会社においては、経営判断も一体化され、前述のように、その判断は親会社の取締役会もしくは代表取締役によつてなされるべきものと解するならば、そこではもはや義務の衝突は起こり得ないのである。

(1) 大森・矢沢編集代表・注釈会社法(8)のII「株式会社の解散、精算、外国会社、罰則」有斐閣・三九〇頁(藤木英雄担当部分)。なおポケット注釈全書・刑法(第三版)有斐閣五六七頁は「事務処理に関して法令、定款、事務処理規則、契約等により手続的制約が加えられている場合に、これに違反すればつねに任務違背ありとすべきではなく、任務違背かどうかは実質的に信義則に基づいて判断されなければならない。」とする。

十、おわりに

親子会社等結合企業に対する商法四八六条の適用をめぐる問題は、法的形式と経済実態との乖離に起因するといつてよく、同条の適用を解釈論によって結合企業の経済的実態に適合したものとすることには、おのずと限界があるといわざるをえず、まずもって会社法の規定を結合企業の実態に即したものとする必要がある。いわゆる結合企業法（コンチエルン法）の整備である。

企業再編による企業の競走力の増強は、今後益々活況になることが予想されるが、同条の「凶利」の目的や取締役の「任務違背」の有無、さらには「財産上の損害」の発生の有無等の認定にあたっては、結合企業の特性に十分配慮し、従来の解釈に固執して企業再編の勢いに水を指すことのないよう留意する必要がある。

たまたま親会社の社長が、自ら社長を兼ねる子会社を財政的に支援する目的で、子会社の抱える不良在庫品を帳簿価格で親会社に買い取らせたことが商法違反（特別背任罪）に問われた事件の弁護を依頼されたのを機会に従来論じられることの少なかつた結合企業に対する商法第四八六条の適用問題を考察したのが本稿である。粗雑な議論を問題提起と受け止めていただければ幸である。

以上