

グループ経営における経営指揮と責任

Management Command and Responsibilities in Group Management

河 合 正 二
Shoji Kawai

目 次

1. はじめに
2. 企業集団における機関構成員の義務の方向性
 - (1) 「自社の利益」を優先すべきか, 「企業集団の利益」を優先すべきか
 - (2) 親会社の場合
 - ① 子会社救済の場合
 - ② 子会社清算の場合
 - ③ 小括
 - (3) 子会社の場合
 - (4) 兼任の場合
 - ① 兼任取締役の経営判断によって親会社に損失が生じた場合
 - ② 兼任取締役の経営判断によって子会社に損失が生じた場合
3. グループ企業の経営責任を検討するうえでの基本的考え方

1. はじめに

一連の数次の商法改正により、合併手続の簡素・合理化、株式交換・株式移転手続の新設とそれに伴う純粋持株会社の創設、会社分割制度の新設等、企業再編手法が多様化・弾力化され、グループの形成が格段に促進されることとなった。また、新会社法の制定によって、機関設計が多様化・柔軟化され、非公開会社を中心に、取締役会非設置会社や監査役非設置会社も認められるようになった。これによって、非公開会社を含めた多数の子会社を擁する親会社は、より一層効率的なグループ経営の推進が可能となった。

このような規制緩和を狙いとした企業再編手法や機関設計の多様化も、そしてグループ経営も、ともに企業が競争に打ち勝つための重要な経営戦略であり、その意味では、グループ経営の中に、多様化した企業再編手法や機関設計をいかに有効に取り込んでいくか、ということがグループをつかさどる親会社取締役の極めて重要な経営責任である

ことは論を待たない。

ところがその一方において、純粋持株会社の創設等に伴う株主権の縮減の問題⁽¹⁾や、それにも関連するが、親会社取締役による不当な支配等、統一的指揮に基づく企業グループの適正な経営の実現という観点からは、多くの課題を残している⁽²⁾。

そしてさらに問題となるのは、「グループ経営における適正な経営の実現」といった場合の、「適正な経営」とはどのような状態をいうのか、企業集団においてはこの点が単体企業の場合と比べて、極めて複雑な様相を呈している。

単体企業における「適正な経営」とは、それぞれの会社は、自社の利益増大のために活動を行うことを目的としているという前提のもとに、それぞれの会社の機関構成員の負う善管注意義務等の義務は、自己が所属する会社の利益の増大に向けて予定されていると解されている⁽³⁾。

ところが、このような考え方が、企業集団においても全面的に妥当すると解してよいのかが問題となる⁽⁴⁾。

(1) 「株主権の縮減」とは、株式交換・株式移転による持株会社化等により、持株会社や親会社の株主にとって、その株式価値に大きな影響を持つ子会社の事業活動の管理・監督や調査を行うことができなくなることをいうとされている(那須野太「企業関連法制度の重点課題」旬刊商事法務1920号(2011年)68頁)。

(2) 酒巻俊雄「企業再編と親子会社統治機構の課題」酒巻俊雄・志村治美編『中村一彦古稀記念・現代企業法の理論と課題』(信山社、2002年)23~24頁。

(3) 江頭憲治郎「株式会社法(初版)」(有斐閣、2006年)19頁。

(4) 船岡浩司「『グループ経営』の義務と責任(一)」法学協会雑誌125巻2号(2008年)225頁。

なぜならば、企業集団内においては、親会社、子会社双方において、自社の利益とグループ全体の利益が必ずしも一致しない場合が想定されるからである。このような場合、自社の利益よりも、企業集団の利益を優先すべきという規範が与えられているとすれば、たとえば親会社の取締役は、子会社の取締役に対して、子会社よりもグループ全体のために行動することを要求したとしても、「グループ経営における適正な経営の実現に尽力していない」とまでは言えないであろう。

また、企業集団においても、親会社、子会社ともに、自社の利益を優先すべきという単体企業と同様の規範が与えられていたとしよう。この場合において、親会社取締役が子会社取締役に対して、グループ全体のために行動することを要求し、その要求に従った子会社に不利益が発生したとしても、グループ全体として利益があがったとすれば、当該親会社取締役及び子会社取締役は、「グループ経営における適正な経営の実現に尽力していない」とまで言えるのであろうか。

また、親会社取締役がグループ全体の利益のために行動することによって、親会社に不利益が生じることもある。その典型的なケースとしては、経営危機に瀕した子会社救済や子会社清算があげられる。このような経営指揮を行った親会社取締役のグループ経営における責任はどうなるのであろうか。

さらに、企業集団内においては、親会社取締役が子会社役員を兼務することが当然のごとく想定される。このような兼任取締役の場合、「自社の利益」という場合の「自社」とは、親会社・子会社どちらをさすのであろうか。

このようにグループ経営における経営指揮とその責任について論じる場合には、企業集団における親会社および子会社の取締役は、兼任の場合も含めて、グループ全体の利益を優先すべきなのか、自社の利益を優先すべきなのか、という点をまずは明らかにしなければならない。

次に検討しなければならないのは、親会社からの事実上の支配力の行使を受けた子会社に不利益が発生した場合の子会社の少数株主・債権者の保護の問題である。

既に、「グループ経営の法的構造と諸問題（Ⅰ）」⁽⁵⁾において述べたものではあるが、親会社取締役による不当な支配力の行使によって、特定の子会社に損害が発生した場合に、当該子会社の少数株主や債権者保護のための実体的規整は、現行法においては存在していない。そこで子会社株主等が親会社取締役に対して直接責任を追及できる法的根拠として、親会社を「事実上の取締役」と解する等⁽⁶⁾、様々な解釈論が展開されている⁽⁷⁾。その一方で、子会社株主等の保護の観点から、明確な立法化を望む声もでてくる。

これらの見解に対し、前述の拙稿においては、たとえ子会社株主等の保護のための立法化がなされたとしても、実際にそれらの法制度が行使されるかとなると、それは甚だ困難であると言わざるを得ないという実務上の観点から、グループ全体として、いかに健全性を確保していく制度を構築できるか、という視点で検討していくべきであると論じた。

すなわち、親会社取締役に子会社に対する不当な支配力を行使させないために、親会社における社外取締役等の導入、親会社監査役を中心とした「グループ監査役会」の運営、グループ全体としての内部通報制度の設置等、主に親会社の側からの抑止・牽制手段を講じ、提言した。

ここでは、これら以外に、株主権の縮減の問題とも関連させ、グループ経営における適正な経営を実現していくために、親会社および子会社の取締役の経営指揮とその責任はどうあるべきかという観点から、すなわち、企業グループにおけるコーポレート・ガバナンスの向上・確立のために⁽⁸⁾、どのような法整備、どのような運用をしていく必要があるのか、という点に関し検討していきたい。

(5) 拙稿「グループ経営の法的構造と諸問題（Ⅰ）」(名経法学第27号(2011年))75～85頁。

(6) この説は、支配株主である親会社を子会社の「事実上の取締役」と解し、親会社に旧商法266条(会社法423条・430条・462条・369条・120条・424条・425条・426条・427条)および266条の3(会社法429条・430条)の規定を適用しようというものである(青木英夫「コンツェルン指揮と責任」私法28号121頁)。

また、これに近い考え方として、子会社取締役が支配株主たる親会社の直接的な指示に基づいて業務執行を行う場合には、子会社取締役は、親会社の藁人形ないし道具に過ぎず、実質的な経営担当者あるいは行為者は、支配株主たる親会社または親会社取締役にはほかならないとして、支配株主である親会社を子会社取締役の概念に含め、取締役の責任規定を拡張適用すべきであるとするものもある(酒巻俊雄「取締役の責任と会社支配」44頁)。

(7) (6)の考え方以外にも、親会社の取締役が、その影響力を行使して子会社取締役に対して、子会社に負っている善管注意義務や忠実義務に違反させた場合には、子会社取締役は、子会社に対し債務不履行責任を負うことになる。ところがこの場合には、同時に親会社取締役も、子会社が子会社取締役に対してもっている債権を侵害したことになり、親会社取締役の子会社に対する不法行為が成立し、さらに親会社自身の子会社に対する不法行為も成立する、といったものもある(大隅健一郎・今井宏「会社法中巻(第3版)」519頁)。

(8) 酒巻俊雄「会社法における内部統制の概要と検討課題」『内部統制制度の運用と課題』(中央経済社、2009年)5頁。

2. 企業集団における機関構成員の義務の方向性

(1) 「自社の利益」を優先すべきか、「企業集団の利益」を優先すべきか

企業集団における親会社あるいは子会社の取締役は、誰に対して善管注意義務等の義務を負っているのであろうか、すなわち、企業集団における親会社および子会社の取締役は、自社の利益を優先すべきなのであるか、あるいはグループ全体の利益を優先すべきなのであるか、まずはこの点を明らかにしておきたい。

これは、会社法の根本的な指導原理にかかわってくる問題であるが、やはり、それぞれの会社の機関構成員の負う善管注意義務等の義務は、自己が所属する会社の利益の増大に向けて予定されていると考えるべきであろう⁽⁹⁾。

なぜならば、会社法の規整は、個々の株式会社ごとに定められており、各会社の機関構成員は、グループ全体との間で委任契約を締結しているわけではなく、それぞれの会社の株主との間で委任契約を取り交わしているからである。

したがって、企業集団内においても、親会社取締役は親会社の利益を、子会社取締役は子会社の利益を、それぞれ優先に考えて業務を執行していかなければならないことになる。

このように考えると、親会社取締役や子会社取締役が自社の利益を犠牲にして、グループ全体の利益を優先するような経営判断を行った場合には、当該取締役は、自社に対する善管注意義務違反を構成するということになるはずである。

ところが、企業集団においては、この問題はそれほど簡単に片付けることはできない。そもそも企業集団を形成し、グループ経営を推進するその動機は何なのであるか。

その最大の理由は、親会社と子会社等、企業集団が協働することによって、単独で行動する場合よりも、大きな利益が企業集団内の各会社に発生することを想定しているからである⁽¹⁰⁾。

このことは、グループ経営が時代の潮流となった背景として、世界的規模での企業間競争の激化の中で、企業が競争に打ち勝つためには、企業単体としてではなく、グループ全体として立ち向かっていかなければならない、ということに各企業が着目したことからも明らかである。

企業集団として協働するということは、当該企業集団を

構成する各会社の取締役も単独で行動するのではなく、協働すべきことが要請されていると考えられる⁽¹¹⁾。

そして協働していく中で、たとえば、親会社と子会社の間で利害が一致しない場合も想定されることになる。このような場合、グループ全体の利益を考慮することなく、自社の利益を常に優先すべきであるということまでをも、会社法は要請しているのであるか。

これに対しては、持株会社の設立は、「企業集団としての利益の最大化を目指したものである」といった見解も述べられている⁽¹²⁾。

このような見解とも関連するが、企業集団内における各会社（特に親会社）の利益と企業集団全体の利益が区別されるのであろうか、ということも考えていく必要がある⁽¹³⁾。

そこで、企業集団内においても、各会社は自社の利益を優先すべきであり、各会社の機関構成員は、それぞれ自社の利益を追求することを義務付けられている⁽⁹⁾ということをも前提としたうえで、自社と企業集団全体の利害が一致しない場合としてどのような場合があるのか、また、そのような状況において、各会社の取締役が、善管注意義務等の義務違反を構成するとしたらそれはどのような場合なのか、という点に関して、親会社・子会社それぞれ場合に分けて検討していきたい。

(2) 親会社の場合

親会社の利益と企業集団の利益とは、相反する関係にないと思えるのが一般的ではあろう⁽¹⁴⁾。

ところが親会社の利益を犠牲にして、グループ全体の利益を確保できると考えられるケースも存在する。その典型的なケースが、経営危機に瀕した子会社の救済、あるいは、子会社清算の場合である。このような場合、親会社取締役は善管注意義務違反等を構成するのであろうか。まずは子会社救済のケースからみていきたい。

① 子会社救済の場合

親会社取締役が子会社を救済するために、親会社の負担で救済策を講じる場合に、親会社取締役が親会社のために行動したといえるためには、学説においては、親会社が子会社の救済を行う必要性または親会社が子会社救済によって得るメリットが具体的でなければならぬとされて

(9) 船岡・前掲(注4)275頁。

(10) 船岡・前掲(注4)280頁。

(11) 船岡・前掲(注4)280頁。

(12) 高橋均「完全親子会社形態における完全子会社取締役の責任の追及のあり方」旬刊商事法務1793号(2007年)26頁。

(13) 船岡・前掲(注4)287頁。

(14) 船岡・前掲(注4)278頁。

いる⁽¹⁵⁾。

特に、親会社の救済にかかる負担が大きければ大きいほど、親会社にとっての救済の必要性またはメリットが具体的であることが強く要請されている⁽¹⁶⁾。

したがって、親会社取締役の子会社救済判断が、親会社にとっても必要性またはメリットに基づくものではなく、子会社救済の実際の動機が、子会社の経営の失敗を隠す等の親会社取締役自身の保身、または親会社取締役が将来子会社役員に就任することを意図して、そのために救済するといったような場合には、親会社取締役の救済行為は、忠実義務違反等に問われる可能性が高くなる⁽¹⁷⁾。

一方、子会社等の救済が失敗に終わった場合の親会社等の取締役の経営判断の妥当性、あるいは救済行為自体にかかる親会社等の取締役の経営判断の妥当性が争われた事例において、判例の立場は、「経営判断の原則」⁽¹⁸⁾を適用し、概ね親会社等の取締役の忠実義務違反・善管注意義務違反を否定している⁽¹⁹⁾。

これは親子関係が明確であり、かつ事業上の関連性が深い子会社もしくは子会社に準じる合弁会社の救済の場合に限らず、子会社ではなく主力下請業者という事業上の密接な関係にある会社の救済の場合、あるいは事業上の密接な関係にない子会社・系列会社、さらには同一企業グループに属する会社についても、一定の理由をあげて救済行為が忠実義務違反等に該当しないと解している⁽²⁰⁾。

そして判断内容においても、親会社取締役の経営判断の妥当性を、善管注意義務等の視点から考察するにあたっては、子会社救済行為が親会社にもたらす危険性がある程度客観的に判断可能であるのに対して、子会社救済にかかる親会社のメリットは、必ずしも客観的評価が容易ではないとの指摘がなされながらも⁽²¹⁾、そのことが、親会社取締役の子会社救済行為や救済の失敗に関し、善管注意義務違反と判断される有力な証拠と解されることにはならないとされている⁽²²⁾。

むしろ、子会社救済に伴う経営判断の困難さは、救済行

(15) 中村直人「代表訴訟と子会社救済」JICPA448号（1992年）47頁。

手塚裕之「子会社・グループ会社救済と取締役の責任」別冊商事法務172号（商事法務研究会，1995年）18～19頁等々。

(16) 志谷匡史「親子会社と取締役の責任」小林秀之・近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（2002年，弘文堂）144～145頁。

(17) 近藤光男「金融支援と取締役の責任」金法1424号（1995年）8頁。

(18) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『新版株主代表訴訟大系』（2002年，弘文堂）80頁。

(19) 志谷・前掲（注15）144頁。

(20) 具体的な事件の概要と判決内容は以下の通り。なお、事件の概要に関しては、志谷・前掲（注16）142～144頁を参照した。

① 福岡高判1980年10月8日（高民33巻4号341頁）

親会社取締役が経営破綻に瀕した子会社に対して救済融資を実施したが、結局子会社は倒産し、子会社に対する融資の大部分が回収できなかった事案である。この事案において、子会社に救済融資を行った親会社取締役の忠実義務違反は認められなかった。忠実義務違反が否定された根拠としては、救済融資を決定し、それを実行した取締役は、親会社の利益のために行動したという事実認定によるものとされている。

② 東京地判1996年2月8日（資料版商事法務144号111頁）

親会社の事業と密接な関連性を有する海外合弁会社の救済融資をした本事案においては、もし合弁会社を救済せずに倒産に至られば、親会社の今後の海外事業の展開に深刻な悪影響が予想されたことが、親会社取締役の救済判断の重要な要素であったと認定して、取締役が自己または第三者の利益のために救済を決定したと疑うべき根拠がない旨判示し、救済策として合弁会社から持株をすべて買い取る等の行為を行った取締役の忠実義務違反を否定した。

③ 大阪高判1986年11月25日（判時1229号144頁）

経営破綻に瀕した主力下請業者の救済が結局失敗した本事案においては、救済融資が一部会社関係者のためになされたものではなく、会社の経営方針に基づくものであり、競合他社との関係および将来的展望にたつて融資が継続されたと伺われるという事実認定に基づき、取締役の忠実義務違反が否定された。

④ 名古屋地判1995年9月22日（資料版商事法務139号208頁）

銀行による系列ノンバンク救済に関する本事案においても、取締役の忠実義務違反の成否について、1. 当該ノンバンクが銀行の系列会社であることが取引社会一般の認識となっていたこと、2. 行政当局により、系列ノンバンクは母体行によって全面的支援を行うよう、指導がなされていたこと、3. 当該ノンバンクの経営破綻が、銀行の当該ノンバンク向け既存融資の貸倒れを招き、銀行に多額の損失を及ぼす危険性があったこと、4. 当該ノンバンクの経営破綻が金融システム崩壊の契機になりかねない状況にあったこと、以上の事実認定に基づき、忠実義務違反の前提となる自己の利益を図る意図が存在したとは容易には認められず、第三者の利益を図る意図が存在したとも認めがたい旨判示された。

⑤ 東京地判1986年10月30日（判タ654号231頁）

同一企業グループに属する2社間の救済融資等に関し、両者間の資本関係および事業上の関連性に特に言及することなく、同一グループ内の関連会社として共存共栄を図るべき間柄であったことを、救済融資等を実行した取締役の忠実義務違反を否定する根拠の一つとされた。

(21) 中村・前掲（注15）47頁。手塚・前掲（注15）18～19頁。

(22) 志谷・前掲（注16）148頁。

為が高度な専門的経営判断事項であることを意味すると解され、取締役の経営裁量を認めざるをえない事項であるとして⁽²³⁾、親会社取締役の経営判断が尊重されている。

ところが、最近になって破綻金融機関に対する救済行為が、善管注意義務や忠実義務に違反するとして、親会社の取締役等の責任を肯定する裁判例もでてくるようになった⁽²⁴⁾。

これらの判例においては、救済を実施した場合の損失と救済をしなかった場合の損失を比較して救済の合理性を判断する傾向があり、特に、救済行為を行わない場合の損失を具体的かつ厳密に評価したうえで、親会社の取締役等が子会社救済の意思決定を行うことが重要であるとの判断基準を有しているように思われる⁽²⁵⁾。

ところがこの基準は、結局のところ、子会社が親会社による救済行為によって再建できるのか、救済をしたとしても再建は不可能なのではないであろうか、といった判断をどのようにして行ったのか、という問題に帰結するのではないであろうか。そうだとすれば、当該基準は、事実の認識に重要かつ不注意な誤りはなかったか、そして意思決定の過程内容が、親会社取締役として不合理、不適切でなかったか、ということを検討するうえでの一つの内容であり、その意味では、まさに「経営判断の原則」を適用させるか否かの判断基準と同じと考えることができるのではないであろうか。

本稿では、会社法における「株主有限責任の原則」の観点から、親会社取締役が子会社に対する救済行為を行うべきか否かは慎重に決定すべきであると考え⁽²⁶⁾。

また、この株主有限責任の原則を考慮した場合、親会社においては、自社の利益とグループの利益は相反する関係にないかと考えるのが一般的ではあるが、あくまで親会社取締役が目指すべきものは、まずは自社の利益でなければならず⁽²⁷⁾、グループ全体の利益の確保は、それを踏まえた上でのものでなければならぬであろう。

② 子会社清算の場合

子会社の経営再建がおぼつかないと判断された場合、親

会社の対応としては、子会社の円滑な清算を図るために、親会社の負担で子会社向け債権の放棄、子会社債務の肩代り、または子会社株式の買取り等の措置を講じてきたとされている⁽²⁸⁾。

この子会社清算の場合は、子会社救済の場合と異なり、子会社の清算状況においては、親会社の損失はもはや確定しており、子会社再建による損失回避の可能性を主張することはできない。この状況下において、親会社が子会社の取引先等に救済措置を図ることは、親会社の利益のために行ったといえるのか、という疑問が生じることになる⁽²⁹⁾。

株主有限責任の原則の観点からみると、子会社に対する救済行為が失敗した場合よりも、親会社取締役が責任を免れるための要件は厳しくなるものと思われる。

ところが子会社の清算といっても様々な方法・類型があり、ひとくくりに考えることはできない。

たとえば子会社向け債権の放棄や子会社債務の肩代りといった方法での子会社清算であれば、親会社に損失が発生し、その一方において、子会社その他のグループ会社に利益が生じるということは考えづらい。もちろん子会社債務の肩代り等によって親会社に社会的信用が生じるといったことや、債権者の強い要請等の必要性がその背景にある場合も考えられる。

ところが親会社の受けるメリットがあるとしても、それは間接的・抽象的なものに過ぎず⁽³⁰⁾、むしろ親会社が被る損失が直接的で多額にのぼる点が問題とされている⁽³¹⁾。

その意味では親会社の損失は確定しているとみることができる。したがって、このような場合には、子会社清算において親会社取締役が善管注意義務違反等を免れるための要件は、子会社救済の場合よりも厳しくなることが考えられる。

ところが、グループ再編のように、経営資源をより効果的に活用するための一環として、子会社株式の買取りを行う、といった方法による子会社清算の場合には、必ずしもそのような要件の厳格化はあてはまらないのではないであろうか。

なぜならば、このような子会社清算は企業の競争力強化

(23) 志谷・前掲（注16）148～149頁。

(24) 東京高判1996年12月11日資料版商事法務161号167頁（東京都観光汽船事件）。

大阪地判2002年3月27日判タ1119号194頁（なみはや銀行事件）。

東京地判2002年4月25日判時1793号140頁（長銀初島事件）。

(25) 澤口実「新しい役員責任の実務」商事法務研究会（2005年）78頁。

(26) 船岡・前掲（注4）289頁。

(27) 船岡・前掲（注4）278頁。

(28) 手塚・前掲（注15）27頁。

(29) 志谷・前掲（注16）149頁。

(30) 志谷・前掲（注16）150頁。

(31) 中村・前掲（注15）48頁。手塚・前掲（注15）28～29頁。

のためのものであり、不採算子会社の整理・統合により、グループはもちろんのこと、親会社にも新たな利益が創出される可能性もでてくるからである。これはたとえ子会社株式の買取価格が市場価格等と比べてかなり高価であったとしても、同様であると考えることが可能であろう。

このような企業再編の一環としての子会社清算における親会社取締役の善管注意義務違反の有無を検討するにあたって、格好の裁判例が生じることとなった。

この裁判例とは、平成22年(2010年)7月15日の最高裁判決、いわゆる「アパマンショップ株主代表訴訟事件」である⁽³²⁾。

事件の内容に関しては、詳細は割愛するが、本稿の見解にも重要な影響を及ぼす事件であるため、その概要を簡単に記しておきたい。

持株会社であるアパマンショップホールディングス(以下「Z会社」という)は、機動的なグループ経営を図り、グループの競争力強化を実現するために、関連会社の統合・再編を進めていた。その一環として、一つの関連会社(以下「A会社」という)を別の完全子会社(以下「B会社」という)と合併させ、当該合併会社に不動産賃貸管理業務等を含む主要事業を担わせることとした。そしてA会社をB会社と合併する前に、完全子会社化する必要があると考え、そのための手段として、A会社の株主から任意で株式を買い取るという方法を選択した(完全子会社化の手段として株式交換という方法を用いず、株式の買取りという任意の方法を選択したのは、Z会社の円滑な事業遂行を図る観点であったとされている)。この株式の買取価格として、払込金額である5万円が算定され(なお、A会社の株式の評価額は、一つの評価方法においては、一株9709円と

算定されていた)、同金額で3160株を総額15800万円で買い取った。この株式取得価額が高額に過ぎるということで、この決定・実行を行ったZ会社の取締役は、善管注意義務に違反しているとのZ会社株主の主張により、株主代表訴訟が提起されたものである⁽³³⁾。

この事案における最高裁の見解は、原審判決を破棄・自判して、Z会社の取締役には会社に対する善管注意義務違反はないとの判決を下している。

この判決に関しては様々な見解が出されているが、「経営判断の原則」との関係から、経営者の経営判断が尊重され、裁判所による吟味・介入は、例外的な場合に限定されるとした最高裁の判断は、概ね好意的にとらえられているといえるであろう⁽³⁴⁾。

当該事件においては、判決に示されている通り、Z会社が子会社の株式買取価格を決定するにあたり、Z会社及びその傘下のグループ企業各社の全般的な経営方針等を協議する機関である経営会議においてそれが検討されていること、また、その検討を行うにあたって弁護士の見解も聴取されていること等、株式買取価格を決定するにあたり、適切な手続が履践されているからである。

その意味では、当該事案においては、経営行為を決定するにあたっての過程およびその内容において、経営者の経営判断に著しい不注意や著しい不合理があったとまでは言えないであろう。

また、Z会社と対立して訴訟にも発展している株主が存在し、当該株主は5万円でも買取りには応じないという事情が存在しており、他の株主に対して不用意に5万円より低い価格で交渉を開始すれば、他の株主からの反発を招き、再編計画が円滑に進まなくなるといった事態も考えられて

(32) 資料版商事法務316号(商事法務研究会, 2010年)157頁。

金融・商事判例1347号(経済法令研究会, 2010年)12頁。

(33) 事件の概要に関しては、落合誠一「アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義」旬刊商事法務1913号(2010年)4~5頁を参照した。

なお、本事件は、第1審判決においては、被告であるアパマンショップホールディングス(以下「Z会社」という)の取締役の善管注意義務違反を否定して、Z会社の株主の請求を棄却したのに対し、その控訴審判決である原判決においては、Z会社取締役の善管注意義務違反を肯定して第1審判決を取り消し、原告株主の請求を一部認容した。それに対し、Z会社取締役が上告し、その上告審判決である本判決においては、原判決を破棄・自判して、原告株主の請求を棄却した第1審判決に対する原告株主の控訴を棄却した。

(34) 落合誠一氏は、前掲(注33)「アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義」の中(6~7頁)で、非上場会社の株式取得の事案においては、取引マーケットが存在しないため、本来的にその価格の算定は難しく、ピンポイントで決められないこと、また、会社が経営政策上の必要から非上場会社の株式を取得する場合においては、一般的には企図される経営政策との重要性との見合いにおいて会社の支出として許容される取得価格の範囲が定まる関係にある、と述べたうえで、次の理由から、本最高裁判決は、先行判例の流れに沿う判断であり、妥当なものといえる、と評している。

「原審判決は、交通事故の運転手の注意義務違反の有無を判断する場合にきわめて近い態度をもって本件取締役らの注意義務違反の有無を判断しているのに対して、本最高裁判決および第1審判決は、経営者の経営判断についての注意義務の判断は、非経営者の判断に関する注意義務判断とは大きく異なることを明確かつ十分に意識しており、経営者の判断に対する裁判所の吟味・介入に抑制的な態度をとっている。すなわち、本最高裁判決は、経営者の経営判断には、一般の注意義務判断の場合と異なり、経営判断原則の適用があるから、原則的に経営者の経営判断は尊重されることになり、裁判所による吟味・介入は例外的な場合に限定されるとしているのである。」

いた⁽³⁵⁾。そういった意味では、子会社株式の買取価格を5万円に設定する必要も認められるであろう。

このように考えた場合、Z会社取締役の善管注意義務違反を否定した本件最高裁判決は的を得たものであると言えるであろう。

ただし、子会社清算が債務の肩代りや債権放棄を伴う事案であったならば、果たして同様の判断が下されたであろうか。グループ再編という新たな利益を創出する可能性のある事案であったからこそ、すんなりと「経営上の合理的判断がなされた」と認定されたものと考えられる。

子会社債務の肩代りや子会社に対する債権放棄に伴い、親会社に新たな利益が創出される可能性が極めて少ない、あるいは新たな利益が創出されたとしても、それを上回る直接的な損害が親会社に発生し、他のグループ会社にも代替的な利益が生じないことが明らかであったといった場合には、合理的な経営判断がなされたとは認められず、親会社の取締役が善管注意義務違反があったと認定される可能性は多分に存在したであろう。

ところが、債務の肩代りや債権放棄といった親会社に直接的な損害が生じる可能性が極めて高く、その一方で代替的なものも含めて、親会社に利益が生じない、あるいは生じたとしても間接的・抽象的であることが明らかな場合であれば、親会社取締役が善管注意義務違反等を免れるための要件が当然に厳しくなるかという点、必ずしもそうとは言いきれないであろう。

たとえば子会社債権者から債務の肩代り等を強く要請された場合などにおいても、当該要請に応じることが合理的な経営判断であると考えられる局面もでてくるはずである。もちろん単に子会社債権者に要請されたというだけで、当該行為を行なった親会社取締役が責任を免れることにはならないであろう。ところが子会社債務の肩代りを求めてきた子会社債権者が、親会社あるいは他のグループ会社にとっても重要な顧客であり、当該顧客との良好な関係を今後も続けていく必要が高いような場合であれば、当該顧客の求めに応じて、債務の肩代り等を行なった親会社取締役の経営判断は尊重されてしかるべきである。

この点に関し、破産管財人の求めに応じて債権放棄を決断した取締役の忠実義務違反を否定した判例が目される⁽³⁶⁾。

この事案においては、子会社の法的整理において最大債権者であった親会社に対して、破産管財人が一般債権者の配当比率をあげるために破産債権の放棄を求めることは、

「わが国の経済社会の意識に適合する」ことを根拠に、債権放棄を決断した親会社取締役の忠実義務違反が否定されている⁽³⁷⁾。

すなわち、破産管財人という公的な立場に立つ者からの合理的要請が親会社になされた⁽³⁸⁾ということが、親会社取締役の責任を否定する重要な要素となっている。

前述の親会社にとっても重要な債権者とは、公的な立場にたつ者ではないとしても、当該債権者がたとえば金融機関であり、親会社を含めグループ全体が融資を受けているといったような状況においては、当該債権者の要請に応じて、子会社の債務を肩代りするといった場合においても、やはり「わが国の経済社会の意識に適合する」といえるであろう。

③ 小括

以上の検討により、親会社取締役が、子会社救済や子会社清算によって自社に損害を与えた場合において、当該取締役が善管注意義務違反や忠実義務違反を免れるための要件としては、次のように考えられる。

子会社救済、子会社清算を問わず、それを実践することによって、たとえ親会社に損失が発生することがかなりの蓋然性を有している場合であったとしても、それによって親会社に新たな利益が創出される可能性が想定される場合には、親会社の取締役の経営判断が尊重されることになる。

すなわち、親会社取締役は、その経営判断を行なうにあたって著しい不注意や著しい不合理がない限り、善管注意義務違反、忠実義務違反は問われないということになるであろう。ここでの親会社に生じる新たな利益とは、親会社自身に限らず、子会社あるいは他のグループ会社に利益が生じる場合も含まれる。

なぜならば、親会社の場合には、親会社に直接的な利益が生じなくても、子会社に利益が生じている限り、保有する子会社株式の価値の増大を通じて、親会社の利益となって反映される。また、親会社に直接的な損失が生じる場合であっても、当該損失を補って余りある保有株式の価値の増大がある場合には、当該行為が要請される場合も考えられるからである⁽³⁹⁾。

一方、親会社に損害が発生する蓋然性が高く、将来的、代替的に考えても、親会社に新たな利益が創出される可能性がない、あるいはその可能性が極めて低い場合には、さらに2つに分けて考える必要がでてくる。

(35) 落合・前掲 (注33) 7頁。

(36) 東京地判1995年10月26日資料版商事法務140号190頁。

(37) 志谷・前掲 (注16) 150頁。

(38) 志谷・前掲 (注16) 150頁。

(39) 船岡・前掲 (注4) 281頁。

すなわち、当該行為を行なうことが、わが国の経済社会の意識に適合する場合には、親会社に新たな利益が創出される可能性がある場合と同様に、原則的には、取締役の経営判断が尊重され、善管注意義務違反等を問われる場合としては例外的な局面に限定されることになると考えられる。

それに対し、公的立場に立つ者からの要請等、わが国の経済社会の意識に適合するという状況が考えられないような場合には、親会社取締役が善管注意義務違反等を免れるための要件は厳格となるであろう。

以上のようにある経営行為に対して、親会社取締役に善管注意義務違反が認定されるか否かを検討するにあたっては、2つの場合に分けて考える必要があるが、いずれの場合においても、親会社取締役の経営判断が尊重されるための前提として、次の2つの要件が充足されていることが必要となる。

一つは、取締役がその経営判断をなすにあたって、経営者の常識に従い、それが会社の最善の利益（株主共同の長期的利益）に適うものと誠実に確信して決定したものであること、そしてもう一つは、当該経営判断が適法なものであるということである⁽⁴⁰⁾。

(3) 子会社の場合

企業集団における親会社の取締役と同様に、子会社の取締役も自社、すなわち子会社自身の利益を追求することが義務付けられている。なぜならば子会社の取締役は、子会社である会社との間で委任契約を締結しているからである。

ところが子会社も企業集団の一員として、親会社あるいは他のグループ内企業との間で協働を行なっていくなかで、自社と企業集団全体の利害が一致しない場合も当然にでてくることになる。否、親会社の利害とグループ全体の利害は、一般的には相反しないと考えられているが、それに対し子会社の場合は、親会社の事実上の支配力を背景として、むしろ利害が一致しない場合が発生する可能性が高いと考えられる。

このような場合、具体的には、子会社に直接的な利益が生じなくても、あるいは子会社に損失が生じたとしても、親会社または他のグループ会社に利益が生じた場合には、最終的には子会社の利益につながるという場合がありうるであろうか。

繰り返しになるが、親会社の場合には、親会社に直接的な利益が生じなくても、子会社に利益が生じている限り、保有する子会社株式の価値の増大を通じて、親会社の利益

となって反映される。また、親会社に直接的な損失が生じる場合であっても、当該損失を補って余りある保有株式の価値の増大がある場合には、当該行為が要請される場合もありうるであろう⁽³⁹⁾。

ところが、子会社の場合には、親会社の場合と異なり、自社である子会社以外の主体（親会社あるいは他のグループ内企業）の利益を追求することによって、自社の利益が増大するということは考えられないであろう⁽⁴¹⁾。

そうすると、子会社の取締役が、自社である子会社以外の親会社等の利益を追求するために行う経営行為は、善管注意義務違反を構成するということになるはずである。このことは子会社の少数株主、すなわち親会社以外の子会社株主保護の視点からも肯定される。

したがって、子会社取締役は、親会社と協働していく中で自社と利害が対立する場合には、まずは子会社の利益を優先した経営行為を行なっていかなければならないということになる。

ところがこのような結論を導くにあたっては、2つの大きな問題点が浮かび上がってくることになる。

一つは、子会社の取締役の選解任権は親会社がもっており、子会社取締役は、常に親会社の意向を配慮しつつ行動しなければならないということである⁽⁴²⁾。すなわち、親会社は子会社に対し事実上の支配力を有し、子会社取締役は、その支配力による影響を受けながら、子会社のために行動しなければならないということである。

もう一つの問題点は、仮に、子会社が独立性を有し、子会社取締役の独自の判断において経営行為を行なうことができる環境にあった場合、当該子会社取締役の経営行為に何らかの問題があったとしても、親会社取締役は、親子会社間的人的な関係があるために、当該子会社取締役の責任追及を懈怠するのではないかと、という懸念である⁽⁴³⁾。

そして親会社取締役が子会社取締役の責任追及を懈怠した場合に、親会社の株主が、子会社取締役の責任を追及する制度（多重代表訴訟）は、現行法上は認められていない。

これらの問題点に対し、立法論も含め、どのような解決策が考えられるのであろうか。

まず一つめの問題点である親会社の事実上の支配力への配慮が不可欠な状況において、子会社取締役は自社の利益のために行動しなければならないという点に関しては、本来、子会社の取締役は、どのような責任を負うべきなのか、ということをまず確定することが重要であろう⁽⁴⁴⁾。

(40) 落合・前掲（注33）11頁。

(41) 船岡・前掲（注4）281～282頁。

(42) 北村雅史、加藤貴仁、北川浩、三苦裕座談会「親子会社の運営と会社法<下>」旬刊商事法務1922号（2011年）53頁（加藤発言）。

(43) 北村、加藤、北川、三苦・前掲（注42）53頁（加藤発言）。

(44) 北村、加藤、北川、三苦・前掲（注42）53頁（加藤発言）。

このことはとりもなおさず、親会社取締役の子会社に対する指揮権とそれに基づく具体的指図権を認めるべきである、という議論と一対にして考えていかなければならない問題である。

ただし、親会社取締役の子会社に対する指揮権と具体的指図権を明文化した場合には、子会社の独立性、すなわち子会社に対する大幅な権限委譲に基づく円滑なグループ経営が阻害されるという重大な問題が生じることになる。

そこで、グループの実体を考慮して、親会社取締役に子会社に対する指揮権等を付与するか否かは、各グループにおいて判断することとし、それを定款に反映させるという、いわゆる定款自治に委ねるという方法も検討されるべきであろう。

また、二つめの問題点である子会社取締役に対する責任追及の方途に関しては、多重代表訴訟制度を導入すべきか否かという議論と深くかかわってくることになる。

この多重代表訴訟に関しては、別稿にて取り上げて検討することとしたい。

(4) 兼任の場合

これまでに、企業集団内における各会社は、あくまで自社の利益を優先すべきであり、各会社の取締役は、自社の利益を追求することを義務付けられているということ、そして、親会社取締役は、たとえ親会社に損失が生じているとしても、子会社にそれに代わる利益が生じている限り、親会社の利益となって反映される、したがって親会社取締役の経営判断によって、親会社に直接的な損失が生じたとしても、それだけで親会社取締役は善管注意義務違反等の義務を構成し、責任を負うというわけではないということ、一方、子会社の場合は、子会社に損失が生じたとしてもそれによって親会社等に利益が生じるという関係にはなっていない、したがって子会社取締役が子会社を犠牲にして、親会社の利益を生じさせるような経営判断を行なった場合には、善管注意義務違反等に基づき責任を負うことになる、といったことについて検討してきた。

ところが、企業集団内においては、その頂点に立つ親会社の取締役が、傘下に属する子会社の役員を兼任している場合が多々ある。

このような場合、すなわち、親会社の取締役が子会社の役員を兼任している場合、当該取締役は、親会社・子会社どちらの利益を優先すべきなのであろうか。当該取締役は、親会社との間で委任契約を締結しているだけではなく、子会社との間でも委任契約を締結していることから問題となる。

親子会社間で取引が行なわれた場合はもちろんのこと、親会社が子会社のために、あるいは子会社が親会社のため

に、第三者との間で取引を行なう場合を含めて、当該取引によって親会社に損失が生じた場合、または子会社に損失が生じた場合、それぞれに場合分けして検討していきたい。

① 兼任取締役の経営判断によって親会社に損失が生じた場合

ここで問題となる局面としては、親会社に損失が発生し、子会社にも利益が生じていない場合である。

この場面において、親会社に損失が発生することがかなりの蓋然性をもって予測されたとしても、それによって子会社に利益が生じる等、親会社に新たな利益が創出されることが想定されていた、あるいは、親会社に新たな利益が創出される可能性に関しては、将来的・代替的に考えても極めて低い場合であったとしても、当該行為を行うことが、公的立場に立つ者からの要請等わが国の経済社会の意識に適合していた、こういった場合においては、兼任取締役は、親会社の取締役としての立場であっても、子会社の取締役の立場であっても、ともに善管注意義務違反等に基づき、責任を負う可能性は低いと考えられる。

ところが、それ以外の場合、すなわち元々親会社に損失が生じる蓋然性が高く、それに代わる子会社の利益等、親会社に新たな利益が創出される可能性も低く、取締役が行なった経営判断が、わが国の経済社会の意識にも適合していたとは考えられないような場合においては、当該取締役は、親会社の取締役として、善管注意義務違反等を免れるための条件は厳しくなるであろう。

このような場合においては、当該取締役は、親会社の株主から代表訴訟によって責任を追及されるということになる。

② 兼任取締役の経営判断によって子会社に損失が生じた場合

子会社の場合は、親会社の場合と異なり、自社である子会社以外の主体（親会社あるいは他のグループ内企業）の利益を追求することによって、自社の利益が増大されるということは考えられない⁽⁴¹⁾。

したがって兼任取締役が、子会社の利益を犠牲にして、親会社等の利益を優先させるといった経営判断を行なった場合には、当該取締役は、子会社の取締役の立場として、子会社に対する善管注意義務違反等を構成することになる。

このような場合には、当該取締役は、子会社の株主から代表訴訟によって責任を追及されることになるであろう。したがって、子会社に少数株主が存在する場合には、当該少数株主は、子会社の利益を犠牲にした当該子会社取締役の責任を追及することによって、損害の回復を図ることが

可能となる。

また、当該子会社が親会社の完全子会社である場合には、親会社取締役が、当該子会社取締役の責任を追及することが可能となる。

一方、親会社の事実上の支配力に伴い、子会社取締役としてはやむを得ず親会社の利益を優先した経営判断を行なう場合も考えられる。

ところが、兼任の場合には、事実上の支配力を行使した親会社取締役と、それに応じた子会社取締役が同一人物であるため、この点は特に問題なく、当該子会社取締役の責任追及が可能となってくる。

ただし、完全親子会社の場合には、親子会社間の人的関係により、親会社が当該子会社取締役の責任追及を懈怠するという恐れがでてくる。

このような状況を想定した場合、やはり、親会社株主による当該子会社取締役の責任を追及する方が必要となってくるであろう。

3. グループ企業の経営責任を検討するうえでの基本的考え方

親子関係の会社間においては、実質的には、親会社の取締役および取締役会における意思決定が、下位に存在する各子会社に貫かれるという形で、事実上の支配力たる政策決定力が及んでいるのが一般的である。

このような統一的指揮に基づく企業グループにおける適正な経営を実現していくためには、株主権の縮減の問題とも関連するが、事前に親会社株主の意思を反映するしくみが必要となってくる⁽⁴⁵⁾。

このことから親会社における株主総会の権限強化の必要性が議論されている。具体的には、早稲田大学グローバルCOEの『「公開会社法要綱案」(第11案)の概要一補正版』あるいは民主党公開会社法プロジェクトチームの「公開会社法(仮称)制定に向けて」等において、子会社の重要な意思決定に関しては、重ねて親会社の株主総会で承認を要する旨の規定などを明文化すべきであるとして、これら制度の導入に積極的な姿勢が示されている⁽⁴⁶⁾。

ところが親会社株主を親会社総会の権限強化によって保

護するという考え方は、ガバナンスの実効性という視点からみた場合、限界があるのではないかと考えられる。

その根拠としては、まずは経済状況の変化があげられる。すなわち、意思決定の迅速性が求められるグローバル化した経済状況を考慮した場合、原則として、年に1回しか開催されない総会に意思決定をゆだねることは、非現実的であると云わざるを得ない⁽⁴⁷⁾。

もう一つの根拠としては、株主総会の意思決定が、一株一議決権の原則に基づく資本多数決によって行なわれている限り、それは常に支配的多数派株主の意思であるに過ぎず、少数派株主の意思は排除され続けることになるからである⁽⁴⁸⁾。これでは親会社総会の権限を強化しても、少数株主の保護としては弱いと言わざるを得ない。

このように考えた場合、統一的指揮に基づく企業グループの適正な経営を実現していくという観点から、次に検討されなければならないのが、取締役の経営行為の公正を確保するためのしくみの制度的な整備であろう⁽⁴⁹⁾。

取締役の経営行為の公正を確保するためには、違法行為を行った親会社取締役およびグループ内の取締役の責任を追及するための制度を整備する必要がある。この一環として、多重代表訴訟制度を導入すべきとの議論が活発化しているが、この点に関しては別稿において本稿の立場を明らかにしたい。

また、翻って考えてみると、取締役の経営行為の公正を確保するためには、取締役の経営行為を事前事後にわたって牽制し、場合によっては、すなわち、代表取締役を含めた取締役が善管注意義務等に反するような行為を行なった場合には、当該取締役の意思とは無関係に、当該取締役の地位を失わせることのできるしくみが何よりも必要なのではないであろうか。そのためにはどのような機関設計が必要であり、また、どのような法制度を整備しなければならないであろうか、次稿においてその点に関し、詳細に検討していきたい。

完

(45) 酒巻・前掲(注2)24頁。

(46) 早稲田大学グローバルCOEの『「公開会社法要綱案」(第11案)の概要一補正版』では、「重要な子会社における重要財産の処分、支配の移動を伴う新株発行、企業再編等については、親会社における株主総会の承認を要する」とあり、民主党公開会社法プロジェクトチームの「公開会社法(仮称)制定に向けて」においては、「子会社の重要な意思決定は、親会社の株主総会で承認を要する」としている。

(47) 松岡・前掲(注4)242頁。

(48) 新山雄三「監査役(会)制度の過去・現在・そして未来～コーポレート・ガバナンスにおける監査役(会)制度の意義(下)～」月刊監査役558号(日本監査役協会, 2009年)65頁。

(49) 酒巻・前掲(注2)24頁。