

企業集団内における不当な取引の規制

——連結配当制度による規制——

原 秀 六

1. はじめに

子会社の取締役は、自己が選任される株主総会において多数の議決権を保有することにより支配力を有している親会社の統一的指揮・命令を無視できないので、いかに企業集団内の取引が子会社に不利益を課すものであったとしても、その取締役は、自己の地位を保全するためには、当該取引を承認せざるを得ない。子会社に不利益を課す企業集団内取引の例としては、親会社が自社製品を子会社に時価を越えて不当に高く売却する場合、逆に、親会社が子会社から子会社製品を不当に安価で仕入れる場合、親会社が子会社に時価を越えて土地等の資産を売却することによって利益を捻出しようとする場合、子会社との仮装取引によって不当な利益を計上する場合等が考えられる（このような取引は、親子会社間だけではなく、親会社の統一的指揮・命令のもとに子会社間でも行われうるので、本稿では特に“不当な企業集団内取引”と呼ぶ）。このような“不当な企業集団内取引”が行われるおそれが強いのは、不況時においてであろう。何故ならば、会社は不況に起因する減収減益から生じる経済的信用の失墜を回避したいからである。そのため、不況時においては、このような動機から、親会社は、予想される減収減益を補填するために、直接的には対子会社との取引において間接的には子会社間取引において、自己の経済的地位を利用することにより、ある子会社に不利な取引条件を押しつけ、このような取引にもとづいた仮装利益を親会社の個別財務諸表に計上することができる。その結果、親会社は減収減益を回避することができるかもしれない。

企業集団内取引を全面的に禁止し排除することは、企業集団が成立している現実のもとでは、不合理であると考えられるが、第二節において後述するように、子会社の少数株主・債権者の利益を侵害するような“不当な企業集団内取

引”は、またそのおそれが強い“不当な企業集団内取引”は、規制される必要があると考えられる。

“不当な企業集団内取引”が子会社の少数株主・債権者の利益を侵害する場合またそのおそれが強い場合において、このような“不当な企業集団内取引”を抑止できる規定は現行法上いくつか存在する。しかし、第二節において述べるように、各々の規定の適用要件のために、それ等の規定の適用範囲は限られてしまい、それ等の規定は十分な“不当な企業集団内取引”の事前予防効果を有しないと考えられる。

それに対して、連結財務諸表にもとづく開示規制（連結開示制度）と連結財務諸表にもとづく配当規制（連結配当制度）は、かなり広範囲にわたって“不当な企業集団内取引”を事前予防できる。

“不当な企業集団内取引”を事前予防するという連結開示制度・連結配当制度の機能を示した考え方はある。⁽¹⁾しかし、私の知る限りでは、連結開示制度の“不当な企業集団内取引”事前予防機能から出てくるその他の諸機能、連結配当制度の“不当な企業集団内取引”事前予防機能から出てくるその他の諸機能が十分に検討されているとは思われない。そこで、本稿は、以上の諸機能（第二節において述べる）を基本的視点とした上で、連結配当制度を検討することを、ねらいとする。なお、紙幅の関係上連結配当制度の検討に限定し、連結開示制度の検討は別稿に委ねる。

2. 連結配当制度の必要性

まず、現行法が“不当な企業集団内取引”を規制できる有効かつ適切な手段を有しているかどうかを、検討しなければならない。

現行法上、このような“不当な企業集団内取引”を規制するには、商法261条3項（商法78条2項・民法44条）、265条、266条1項5号、266条ノ3の1項等によらねばならないことになろう。しかし、以下述べるごとく、これ等現行法の規定はこの問題を解決するには十分ではない。

第一に、親社会の統一的指揮・命令に基づいた“不当な企業集団内取引”により子会社に不利益な行為が行われた場合に、親会社およびその取締役の子会社またはその株主もしくは債権者に対する責任が認められるかについては、現行法（商法261条3項、商法78条2項、民法44条）の解釈としては無理である

といわれている。⁽²⁾仮にこの責任を肯定するという解釈論を理論上承認したとしても、不法行為責任の成立要件の厳格さを考慮すれば、その立証の困難さから実際の適用場面はかなり限定されることになる。⁽³⁾

第二に、265条を適用するためには、すなわち取締役会の企業集団内取引への承認が必要となるためには、取引が行われる企業集団内会社間で兼任取締役が存在すること、当該兼任取締役（代表取締役であろうと平取締役であろうと）が当該企業集団内取引に直接関与すること、さらには、当該兼任取締役が当該企業集団内取引により会社の利益を犠牲にして自己または第三者の利益をはかっていることが認定されなければならない。しかし、企業集団内で兼任取締役が存在するとは限らないし、当該兼任取締役が取引に直接関与せずにダミー取締役を利用すれば、取締役会における承認を得ることなく、兼任取締役を有する会社間で容易に“不当な企業集団内取引”が行われ得るし、さらには、このような現実を考慮すれば当該企業集団内取引に関して会社と当該兼任取締役との間での利益相反の存在の認定が困難な場合も多々あり得る。それゆえ、現実問題としては、取締役の企業集団内取引への承認が必要となってくると考えられる場面はかなり限られてくることになろう。

第三に、親会社の統一的指揮・命令に服し“不当な企業集団内取引”により子会社へ不利益を課すことを強いられた子会社取締役に対しては、現行法解釈上、商法266条1項5号の損害賠償責任を負わせることが可能であると考えられる。何故ならば、親会社の統一的指揮・命令系統は単なる事実の問題であり、子会社の法人格が別個・独立のものである以上、子会社取締役は親会社の統一的指揮・命令系統に服するべきではなくもっぱら子会社のために行動すべきだからである（商法254条3項、254条ノ3の一般的義務）。しかし、266条1項5号の故意・過失等の適用要件の存在を考慮すれば、本規定の適用場面はかなり限られてくることになろう。

第四に、“不当な企業集団内取引”の結果、子会社の財政状態・営業成績が単に悪化するだけでは、当然には子会社取締役に商法266条ノ3の1項の対第三者責任は発生しないが、子会社の財政状態等の悪化のために、会社債権者が十分な弁済を得られなくなる時とか株主の持分が減少した時には、受任者としての義務違反または忠実義務違反として当該取引に直接関与した子会社取締役（取締役会決議にもとづいた場合には、決議に賛同した異議をとどめなかった

取締役（商法266条ノ3の3項、266条2・3項）も含まれる。取締役会決議にもとづかなかった場合には、監視義務違反の子会社取締役も含まれる）は、商法266条ノ3の1項の対第三者責任を負うことになる。しかし、266条ノ3の1項の悪意・重過失等の適用要件の存在を考慮すれば、やはり本規定の適用場面はかなり限られてくることになる。

第五に、商法294条ノ2を適用することにより、子会社取締役の責任を追及できる可能性も残されている⁽⁴⁾。すなわち、この考え方にもとづけば、子会社取締役が次の総会で解任されるのを恐れて親会社との間に、その要求する取引を行った場合には、同条に触れる可能性があるということになる。種々の適用要件が存在することからして、また、総会屋排除による株主総会活性化という本条の目的からして、“不当な企業集団内取引”の規制のために本条が適用される場面は限られてくると思われる。

第六に、法人格濫用の場合として、法人格否認の法理を運用することにより、子会社の取締役・親会社・親会社の取締役の、子会社の債権者等に対する責任を認定する方法も考えられる。しかし、法人格否認の法理は大株主でない取締役に適用できないので、同法理によっては、子会社の取締役・親会社の取締役の責任は追求され得ないと考えられる。また、同法理が一般条項的性格のものであるためその採用には慎重を期さねばならないことを考慮すれば、容易に同法理により親会社の責任を追求するわけにはいかない。

結局、以上述べてきたとおり、現行法上の規定が“不当な企業集団内取引”を規制できる局面は、具体的規定によって程度の差はあるものの、それぞれの適用要件のために、限られてしまうこととなる（例えば、悪意または重過失の存在が必要である場合の立証の問題等を想起せよ）。それ故、以上述べてきた現行法上の規定によるだけでは、本節において後述するように、子会社の少数株主・債権者の利益を侵害するまたはそのおそれが強い“不当な企業集団内取引”が有効かつ適切に規制されうる局面が限られてしまうので、これ等の規定の“不当な企業集団内取引”の事前予防効果が小さくなってしまう。

しかし、“不当な企業集団内取引”をかなりの広範囲にわたって事前予防できると考えられる手段は、存在する。それは、会計法からのアプローチである。すなわち、連絡財務諸表にもとづいて、開示規制・配当規制を行う方法である。

連結財務諸表の、連結会社相互間の債権債務・取引高を相殺消去するという

特質からしても、連結開示制度による“不当な企業集団内取引”の事前予防効果が生じよう。しかし、特に注目されるべきは、連結会社間取引にもとづいて捻出された内部利益を仮装利益として画一的・無差別的に消去するという特質であり、その特質ゆえに、“不当な企業集団内取引”が行われた場合には、親会社の個別財務諸表上には開示利益が計上されるが、連結財務諸表上には開示利益が計上されない事態が起こりうるのであって、その結果、連結開示制度により、親会社は、その財政状態・営業成績をより良く示すために、“不当な企業集団内取引”に頼って不当な利益を捻出しようとする動機を失うことになり、ひいては、連結開示制度のもとでは、親会社の個別財務諸表への利益の計上のみを目的とした“不当な企業集団内取引”は無意味となり、必然的に抑止されることになろう。ただ、連結開示制度は、“不当な企業集団内取引”を無効ならしめるとか、“不当な企業集団内取引”に賛成または関与した取締役に損害賠償責任または刑事罰を課すという直接的な規制ではない。しかし、いくら“不当な企業集団内取引”を行うことによって親会社がその財政状態・営業成績をより良く見せかけようとしても無駄であるという意味で、換言すれば、「繁栄の虚偽表示」を不可能にするという意味で、連結開示制度は、“不当な企業集団内取引”を事前に予防できるのである。そして、その事前予防効果は、特に、企業集団内取引にもとづく利益を内部損益として無差別的・画一的に消去する連結会計の特質ゆえに、本節において前述した現行法の種々の規制の有する“不当な企業集団内取引”の事前予防効果よりも、大きいであろう。

しかし、連結開示制度だけでは十分ではない。すなわち、連結財務諸表が連結会社間の取引にもとづいて生じた多額の内部利益を消去してしまうことが原因となって、さらに、子会社の財政状態・営業成績が悪いことが原因となって、連結財務諸表にもとづく開示利益（連結開示利益）が、親会社個別財務諸表にもとづく開示利益に比して極端に小さくなる場合も十分ありうる。この場合と重なりあって、現行配当制限規定（商法290条1項）が構想しているように、個別財務諸表に基づいて計算される配当可能利益（個別配当可能利益）が多くなる場合が発生することも、十分予想できる。このような二つの場合が重なると、親会社は、現行配当制限規定が個別財務諸表にもとづいていることに託つけて、“不当な企業集団内取引”を行うことにより、不況時における減配または無配という経済的信用の失墜を回避することができる。これでは、連結開示

利益が個別開示利益に比して極端に小さいという財務情報が有する機能（“不当な企業集団内取引”の事前予防機能）が十分発揮されない。このように、二つの場合が重なり合うような事態を想定すれば、連結開示制度の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能と並んで、内部利益の消去という前述の連結会計の特質に由来する連結配当制度の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能をも考慮することが必要となってくることが、明らかとなろう。

このように、連結開示制度と連結配当制度とが相互補完的になることにより“不当な企業集団内取引”が事前に予防されれば、さらに以下に述べる三つの付随する機能が明らかにされる。

第一に、子会社の少数株主の利益配当請求権の保護につながる。すなわち、子会社取締役は親会社の統一的指揮・命令を無視できないので、自己の地位の保全のためには、“不当な企業集団内取引”を承認せざるを得ない。開示規制・配当規制を個別財務諸表にもとづかせる現行法の下では、このような“不当な企業集団内取引”の結果、当然に子会社に帰属するはずであった利益が親会社に吸い上げられることになり、その分だけ子会社の配当可能利益が減少することになる。ひいては、その分だけ子会社の少数株主に配当されるべき利益額が減少することになる。

しかし、連結開示制度・連結配当制度を商法に導入すれば、⁽⁵⁾それ等の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能により、当然に子会社に帰属するはずであった利益が親会社に吸い上げられるということは抑止され、ひいてはその分だけ、子会社の少数株主へ配当されるべき利益額の減少が抑止されよう。

第二に、子会社債権者の利益の保護にもつながる。すなわち、子会社が企業集団に帰属することにより、例えば親会社からの補償・信用の増大等、様々なメリットはあるものの、当然に子会社に帰属するはずであった利益が親会社に吸い上げられるという事態を招来し、ひいては子会社の財政状態を不健全にしやすい。不況時においては、親会社が自らの営業成績の落ち込みを隠蔽するために子会社にとって不利な取引を増大させるという事態に、不況により子会社の対企業集団外営業成績が落ち込むという事態が重なって生じやすくなるので、場合によっては、親会社からの援助にもかかわらず、子会社が支払不能等により倒産することもあり得る。子会社倒産という事態のもとでは、「破産により営業を解体させて⁽⁶⁾弁済を受けることなく、営業の存続中に弁済を受けることを目的とする」債

権者（子会社債権者のこと）の利益は害されることになろう。また、倒産により当該子会社株式には転売による出資回収可能性がなくなるという意味で、当該倒産子会社株主の利益も害されることになろう。

しかし、連結開示制度・連結配当制度を商法に導入すれば、それ等の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能により、かような不当な取引を主な原因とする子会社の倒産は抑止されることになろう。その結果、子会社の債権者の利益（株主の利益も）は、保護されることになろう。

第三に、親会社の債権者・株主の利益の保護にもつながる。すなわち、個別財務諸表による規制を構想している現行法のもとでは、前述の要因（とくに“不当な企業集団内取引”）にもとづいて子会社が倒産した場合、親会社の株主の利益配当請求権が傷つけられやすくなろう。何故ならば、親会社の子会社に対する投資がほとんど無価値になること、通常子会社債務につき与えているであろう保証債務を履行する義務が発生する（ただ、親会社は債務保証損失引当金を設定しているであろう）こと、子会社に対する債務の弁済にせまられること、子会社に対する債権の回収可能額が減少する（ただ、親会社は貸倒引当金を設定しているであろう）こと、子会社の倒産以前からの配当継続による親会社財産の流出があったこと、子会社倒産による親会社の信用が傷つけられ金融上の不便をきたすおそれがあること等により、親会社の財政状態が悪化しやすくなるからである。ひいては、十分な弁済が得られないかもしれないという意味で親会社の債権者の利益も、また、出資回収可能性が低下するという意味で親会社の株主の利益も、傷つけられやすくなろう。

しかし、連結開示制度・連結配当制度を商法に導入すれば、前述したような子会社倒産に起因する、親会社の財政状態の悪化を、ある程度事前予防できるという意味において、親会社の債権者・株主の利益が保護されることになろう。

配当制限規定の倒産予防機能からして、連結配当制度が、あたかも一つの個別企業のようにみなされた一つの企業集団の過大配当による、財政状態の悪化または倒産を予防するのに資することは、いうまでもない。本稿の視点からはずれるが、付言しておく。

以上のように、連結配当制度の“不当な企業集団内取引”事前予防機能が働くためには、連結開示制度も同時に導入する必要があると思われるが、紙幅の関係上、本稿は連結配当制度の検討に限定し、連結開示制度の検討は別稿に

委ねる。

3 現行法解釈の限界

明治23年法・明治32年法・昭和13年法・昭和25年法・昭和37年法の配当制限規定は、個別企業を対象とした規定であり、企業集団を考慮していたとは思われ⁽⁷⁾ない。当時の産業構造・法技術のレベルからいって、無理からぬことであろう。

では、現行法解釈として、連結財務諸表（特に連結貸借対照表）を配当可能利益の計算手段として位置づける考え方は、あるのだろうか。

現行法のもとでも、「連結決算で連結利益がない場合に、親会社自体に利益があって配当しても、・・・場合によって解釈で商法281条の3の7号〔現在の281条の3の2項8号〕の「著しく不当な配当」⁽⁸⁾〕にあたる⁽⁹⁾として、解釈上連結財務諸表を配当可能利益の計算の基礎として認めようとする矢沢教授の立場がある。

しかし、このような解釈によったとしても、当該解釈が、「不当な企業集団内取引」を、さらには、そこから生じる仮装利益の捻出を事前予防するための有効かつ適切な手段であるとは認められにくいであろう。その理由として、監査報告書の謄本が単に定時総会召集通知の添付書類にしかすぎないこと、株式相互保有の進行に起因して、または、企業規模の拡大および民主化に伴って株式の分散度が著しく高まっている結果株主総会に無関心な株主が増加している⁽¹⁰⁾ことに起因して、経営者支配が確立しているので、現実問題として監査役が取締役に対して独立性を有するかどうか疑わしいため監査報告書に「著しく不当な配当」という記載がなされる可能性は小さいのではないかということ等があげられる。さらに、矢沢教授の立場自体にも明確さを欠く点がある。それは、矢沢教授は「場合によって」とされておられるがそれがいかなる場合なのか明かでないことである。

また、服部教授も、商法281条ノ3の2項7号〔現在の281条ノ3の2項8号〕という「著しく不当であるかどうかは、会社の財産状況のほか、会社の業績ないし損益の状況、好況・不況の経済情勢、企業結合関係（傍点筆者付加）、株主の利益、などを総合的に考慮して、監査役が判断す⁽¹¹⁾」べきであると、される。しかし、服部教授は、単に企業結合関係などを総合的に勘案すべきであると指摘されるのみで、連結配当制度が現行解釈上承認され得るかどうかについては、

明言されておられない。仮に、服部教授が連結配当制度は現行法上承認されるという解釈論を有しておられると解したとしても、この解釈論は、矢沢教授の立場と同じ欠陥を有するのである。

また、証券取引法上の連結開示制度にもとづく連結財務諸表を、商法開示規制上の書類とする考え方に立脚し、それをさらに一步進めて、証券取引法上の連結開示制度にもとづく連結財務諸表を配当規制の基礎にするという解釈論も考えられる。しかし、証券取引法上の連結開示制度にもとづく連結財務諸表を商法上の書類とみなすという解釈論は無用の混乱をきたすおそれがある点（当該解釈論による連結開示制度の適用は、証券取引法適用会社に限られるのか等が明確化されにくい⁽¹²⁾）、証券取引法上の開示規制は商法上の開示規制とは異なった独自の観点⁽¹²⁾を有している点等からして、当該解釈論には無理であろう。そのような状況において、証券取引法上の連結開示制度にもとづく連結財務諸表を商法上の書類とみなすという無理な解釈論をさらに一步進めて、証券取引法上の連結開示制度の連結財務諸表を配当規制の基礎にするという解釈論には、さらに無理があるといわざるを得ない。やはり、現行法のもとでは、配当可能利益算定基準となるのは個別財務諸表であろう⁽¹³⁾。さすれば、連結配当制度に関する実質的な規定の導入が検討されねばならないことになろう。

4 立法的解決

(1) 外国の連結配当制度の検討

ここで、制度化を検討するにあたって、まず、外国法に目を転じてみよう。

前世紀末より連結会計が行われていたアメリカ⁽¹⁴⁾においては、連結会計に関する議論がわが国のそれに比して進んでいる。そのような状況を下地にして、同国は、他に例をみない連結配当制度を生み出した。本節においては同国の判例法・成文法を検討する。

(ア) 判例の概観

具体的な内容の紹介は紙幅の関係上ひかえたいが、子会社利益の親会社による配当支払を肯定したと思われるいくつかの判例をあげてみる。例えば、Macy v. Ladd 事件 (219 N. Y. S. 449 (1926)), Irving Trust Co. v. Gunder 事件 (271 N. Y. S. 795 (1934)), Randall v. Bailey 事件 (23 N. Y. S. 2d 173 (1940)), Meyers v. Cowdin 事件 (47 N. Y. S. 2d 471 (1944)), Dohme v.

Pacific Coast Co. 事件 (68 A. 2d 490 (1949)) 等があげられる。

これ等の判例から、連結利益の配当の合法性を肯定するようなニュアンスを読み込むことができるかもしれないが、具体的・個別的事案により異なった利害関係を調整することを目的とする各判例がどの範囲まで各々の判断の射程距離を広げることを念頭に置いていたかは、容易には見極められない。例えば、Meyers v. Cowdin 事件においては、当事者の間で取り決められた契約における利益 (Incentive Compensation Funds の財源となり得る利益のこと) を個別ベースではなく連結ベースにもとづいて計算された親子会社の純利益と解するのが当事者の意思に合致するから、連結利益が財源となりうると判示された。この判例から、直ちに、連結配当制度が一般的に判例法上承認されたと結論づけるのは早計であろう。⁽¹⁶⁾

むしろ、アメリカにおいては、一般的・普遍的に連結利益の配当可能性を肯定した判例は一つもない、または、このことに関して判例は結論を出していない、という考え方が一般的だといえよう。そして、アメリカにおいて、代表的な判例として取り上げられているのは、Cintas v. American Car & Foundry Co. 事件 (25 A. 2d 418 (N. J. 1942)) であろう。Kays 裁判官は、「詐欺行為・脱法行為・不正行為を防止するために会社の独立性を否定することが必要である場合のみ、当該独立性は衡平法上否定されるであろう」と、述べたのち、⁽¹⁷⁾「実際には、親会社の計算書類と子会社の計算書類とが別々につけられている。・・・そのような状況のもとでは、配当額を確定するには、被告会社は別個独立の存在と考えられねばならない。そして、配当がその子会社により現実に宣言されてはじめて子会社利益は被告の株主の便益に資する」(傍点筆者付加、Kern v. Chicago & E. I. R. R. 事件においても、この Kays 判事の判断 (傍点部分) ⁽¹⁸⁾が援用されている (285 N. E. 2d 501, 504 (1st Dist. 1972))) と判示した。⁽¹⁹⁾

諸要因が複雑に絡み合った個別的・具体的事例における当事者間の妥当な利益調整を最大の任務としている判例の結論のみを大きくクローズアップすることにより、アメリカ判例法上一般的・普遍的に連結配当制度が承認されているとは、結論づけられまい。

しかし、連結配当制度を明文化した会社法がアメリカには存在する。1963年ペンシルバニア事業会社法と1977年カルフォルニア会社法である。まず、1963年ペンシルバニア法を検討してみる。

(イ) 1963年ペンシルバニア事業会社法

通常の配当は取締役会決議にもとづき利益剰余金 (earned surplus) から支払われる (702条A項1号) が、特定の場合には資本剰余金 (capital surplus) からも支払われ得る。

その特定の場合の一つとして、702条A項4号がある。すなわち、親会社が利益剰余金を有しないかまたは配当の結果有しなくなる場合には、親会社とその過半数所有子会社の未分配の (undistributed) ・無拘束の (unrestricted) ・無制約の (unreserved) 連結利益剰余金 (consolidated earned surplus) を限度としてならば、親会社の無拘束の (unrestricted) 資本剰余金を借方仕訳項目として、現金または現物での配当を、普通株主に対して、親会社株主総会の過半数賛成投票がなくとも取締役会決議でもって、宣言または支払うことができる。ここで、“無拘束の (unrestricted)” とは、自社株式を購入または償還する会社の権利の尺度 (measure) として使用されている剰余金は、当該購入価格または償還価格に等しい額で拘束されている (restricted) のであり、このように拘束されている間は、配当を支払うためには、または自社株式を購入又は償還するためには、当該剰余金は使用され得ないことを意味する。⁽²⁰⁾ また、“無制約の (unreserved)” とは、利益剰余金のうち、積立金 (reserve) として特定の目的のために設定されていないものを、意味する。⁽²¹⁾

本規定の目的は、本稿の基本的視点としているように“不当な企業集団内取引”を事前予防することではなく、「連結財務諸表によって関係会社集団の財務強度や業績を測定するという事実上異議のない現代会計慣行との調和をはか⁽²²⁾る」ことである。しかし、連結利益剰余金の算定にあたっては、すべての内部項目 (all intercompany items) を消去したうえで連結するものと規定している⁽²³⁾ことからして、同法の連結配当制度は、本稿の基本的視点たる“不当な企業集団内取引”を事前予防する機能を有するので、連結配当制度を日本法に制度化する際には、参考となろう。

同法の連結配当制度は、以下の二つの意義を有する。まず、同制度は、702条A項4号により、配当可能限度額はもちろんのこと、配当賦課項目も連結ベースによるものとする結論とほとんど同一の効果をもたらす可能性がある⁽²⁴⁾という点である。次に、同じような資本剰余金を財源としてはいても、703条の部分的清算 (普通株式を有する株主に対しても、一部清算分配としてなら

ば、通常の資産再評価益や修正簿価会計（adjusted—book—value accounting）にもとづき親会社持株比率相当の子会社利益のような利益を反映する資本剰余金からの配当を、許すもの）は社外にある各種の株式の少なくとも過半数の賛成投票を条件としなければならないのと異なり、702条A項4号の制度は資本剰余金からの配当の支払は、親会社の利益剰余金の消失等の事由が存在するならば、連結利益剰余金を限度として資本剰余金から株主総会の決議なしに取締役の決議のみで可能であるという点である。

（ウ） 1977年カルフォルニア会社法

次に、1977年カルフォルニア会社法を検討する。

同法は、会社の財務諸表は一般に認められた会計原則（Generally Accepted Accounting Principles、以下G A A Pと呼ぶ）に依拠して作成されねばならないこと（114条）⁽²⁶⁾、配当可能利益の計算は連結財務諸表、特に連結貸借対照表にもとづかなければならないこと（114条；500条）⁽²⁷⁾を明定した。

同法の連結配当制度を検討するうえで、以下三つの点が明らかにされねばならない。

第一に、同制度の立法趣旨である。1963年ペンシルバニア法の場合とは異なり、同法の連結配当制度の目的に関しては、私の知る限りでは、明確な指摘はない。私見では、同法の連結配当制度の目的は、1963年ペンシルバニア法の連結配当制度の場合と同様、アメリカにおいて成熟しすでに定着している連結ベースにもとづく開示規制（アメリカにおいては、個別財務諸表の報告はまれ）と調和させることであると、推測される。つまり、同法の連結配当制度の目的も、1963年ペンシルバニア法と同様、“不当な企業集団内取引”を事前予防することではないと、考えられる。しかし、配当可能利益の算定の基礎となる連結財務諸表を作成するにはG A A Pに依拠しなければならない（114条）関係上、グループ内部に残存する資産に含まれる内部未実現損益は消去される（114条→G A A Pに依拠→Accounting Research Bulletin No.51 par.6）ことになるということを考慮すれば、同法の連結配当制度も、“不当な企業集団内取引”を事前予防できる機能を有することになるので、連結配当制度を日本法に制度化する際には、参考となろう。

第二に、連結範囲の問題である。同法189条は、「・・・本法にいう会社の子会社とは、50%をこえる議決権（voting power）を有する株式が、本法にい

う会社により、直接、もしくは、一つまたは二つ以上の子会社を通じて間接に、所有されている会社を、意味する」と、規定している。議決権とは、第194・5条において規定されているように、基本的に取り締役を選出する際に投票を行うことができる権利のことである。そして、50%超の議決権を有しているとは、親会社が単独投票によったとしても子会社取締役の過半数を選出できるということである。⁽²⁸⁾つまり、同法は、連結範囲基準として、持株基準をベースに取締役会の構成を支配できるという基準（取締役会構成の支配力基準）を原則として採用していることになる。この原則的基準は、通常配当は取締役会の承認のみで行われる⁽²⁹⁾というカルフォルニア法の特質に由来していると、考えられる（配当額の決定が最終的には株主総会の承認をもってなされる日本法とは異なる）。

189条は、“間接に”所有されていることも明定しているので、例えば、甲会社が乙会社の50%をこえる議決権を有し、乙会社もさらに丙会社の50%をこえる議決権を有している場合には、丙会社も甲会社の子会社として連結対象となる。⁽³⁰⁾

しかし、連結会社の範囲を決定するにあたっては、同法はこれ以上別段の規定を置いていないので、その他の問題に関してはGAAPに依拠することになる。GAAPの検討は、紙幅の関係上、本稿では行わない。

第二に、いくら同法が連結財務諸表にもとづく配当規制を明定したとはいえ、親会社と子会社の法人格の異別性を完全に否定したわけではない。すなわち、子会社は⁽³¹⁾直接に親会社の株主に対して配当による分配を行うことはできない。まず、子会社がその少数株主と大株主（親会社）に対して配当を支払い、次に、親会社が自己の株主に対して配当を支払うという手続が必要である。

第三に配当可能利益の算定にあたって、いかなる場合に連結財務諸表を用いなければならないかという問題を検討しなければならない。例えば、甲会社が子会社を有していなければ、500条にもとづいた甲会社の配当可能利益の算定は、甲会社の個別財務諸表にもとづくことになる。しかし、もし甲会社が乙という子会社を有しているならば、500条のテストは、甲会社と乙会社との連結財務諸表にもとづくことになる。⁽³¹⁾それ故、同法の連結配当制度のもとでは、もし子会社の財政状態が良好でなければ、たとえ親会社が親会社自身の個別財務諸表にもとづいて配当可能利益が存在するとしても、親会社は子会社を連結

した結果として親会社が配当を行うことができなくなるという事態が起り得る。⁽³²⁾

(2) 制度化の際の基本的問題とその検討

以上、第四節(1)において検討したアメリカの二つの連結配当制度を参考にして連結財務諸表にもとづいた配当規制の日本商法上の制度化を検討しなければならない。制度化にあたっては、大小多数の問題が考えられるが、本稿はそのうちでも特に基本的なものに焦点をあてて検討する。

第一に、内部項目の消去問題について検討する。企業集団内における取引は、親会社の支配力ゆえに、子会社に不利益を課すおそれがある。そのおそれが現実化した場合、親会社には子会社を犠牲にして仮装利益を計上できることになり、不当に経済的信用を維持することができる。それ故、配当可能利益計算にあたっては、連結会計によって、企業集団内の取引によって取得したたな卸資産・固定資産・その他の資産に含まれる未実現損益の消去が行われなければならない。連結配当制度を日本法に導入する際には、ペンシルバニア法（702条A項4号2文）のように、明文規定が必要となつてこよう（ただ、同規定よりも詳細なものが望ましいであろう）。

第二に、連結範囲の基本線を明確にしなければならない。

特に“不当な企業集団内取引”の対象とさせられやすいのは、過半数所有子会社であろう。（その中でも特に行われやすいのは、100%子会社であろう）。すなわち、ペンシルバニア法・カルフォルニア法のように、基本的には過半数所有持株基準により連結範囲が確定されるべきであろう。なおかつ、この持株基準は、客観的にかつ恣意性がなく、“不当な企業集団内取引”が行われやすい会社の範囲を確定できる。ただ、日本商法上配当額の最終承認機関が株主総会である以上、取締役会決議のみで配当額の承認がなされ得るカルフォルニア法⁽³³⁾のように取締役会のメンバーの過半数を選任する権限を有するという支配力基準までも持ち出す必要はなく、連結配当制度を日本法に導入する際には議決権付発行済株式総数の過半数所有という持株基準だけでも足りると思われる。

ただ、この問題は、“不当な企業集団内取引”の事前予防という視点のみからでは解決を見出すことはできない。連結財務諸表上認識された子会社の利益のうち親会社の取得後に発生し増加したものが、通常の未実現利益であるかどうかという視点から検討することが必要である。これは、本稿の基本的視点からは

はずれるが、一言を付す必要があろう。何故ならば、過半数所有という持株基準の必要性が明らかになるからである。まず、親会社の過半数に及ぶ議決権の行使により、親会社はいつでも、親会社が子会社株式を取得した後に発生し増加した子会社の利益のうち、親会社の持分に相当する部分を、配当として、子会社に支払わせることができるので、そのような利益は親会社利益として実現されたと考えられる。⁽³⁴⁾次に、子会社利益が親会社に支払われる前に子会社が損失を被ることによって当該子会社利益は消滅しかねない、という批判に対しては、⁽³⁵⁾①いつも現金の形で利益を有していなければならないというわけではない⁽³⁶⁾（例えば売掛債権を想起せよ）という点で、また②親会社が自己の利益をもって機械等にくら再投資したとしても将来において当該機械の操業が親会社経営陣の失敗により不成功に終われば親会社の利益はすぐに消滅しかねないが、⁽³⁷⁾親会社は自己の意に沿う人材を多数子会社取締役として選任することができ、また現実そのように選任しなくとも過半数所有子会社の経営陣は事実上親会社の意向を無視できない点を考慮すると、過半数所有子会社の将来損失も、前述した親会社の操業の不成功同様、親会社経営陣の失敗に起因することにより、すぐに消失しかねないとも考えられる点で、過半数所有子会社の利益のうち親会社の持分に相当する部分も親会社の利益と同等視することができよう、と反論されよう。

つまり、過半数所有という持株基準は、親会社が過半数所有子会社の株式を取得した後に発生し増加した当該子会社利益のうち、親会社の持分に相当する部分が、親会社にとっては通常の未実現利益ではないことを、明らかにしてくれるのである。要約すれば、特に“不当な企業集団内取引”の相手方にさせられやすい会社を規制対象とすることができるという視点からも、また、持株基準が客観性を有するという視点からも、さらには、親会社が過半数所有子会社の株式を取得した後に発生し増加した当該子会社利益のうち、親会社の持分に相当する部分は、親会社にとって通常の未実現利益ではないという視点からも、基本的には議決権付発行済株式総数の過半数という持株基準は採用されねばならないことになろう。⁽³⁸⁾

しかし、さらに詳細に連結範囲を確定するにあたっては、連結配当制度の“不当な企業集団内取引”の事前予防という単一的な視点のみからでは限界があり、連結開示制度との関連をも含めた複合的な視点から検討される必要があ

ろう。その際、商法会計は開示規制と配当規制という二つの異なった目的を有している以上、次の二点が検討事項として浮び上ってこよう。すなわち、連結開示制度の連結財務諸表と連結配当制度の連結財務諸表とは同一である必要があるかどうかという問題、たとえ連結開示制度と連結配当制度とを同一の連結財務諸表にもとづかせるとしても、連結開示利益を算出するにあたって考慮されねばならない対象会社と連結配当利益を算出するにあたって考慮されねばならない対象会社とは同一でなければならないのかという問題である。

第三に、仮に連結配当制度を日本法に導入するにしても、ペンシルバニア型にとどめるのかそれともカルフォルニア型にまで拡張するのかという問題が検討されねばならないであろう。

ペンシルバニア法のもとでは、親会社が連結利益剰余金の範囲で配当できるのは、親会社が配当時または配当後に利益剰余金を有しない場合に限られる。親会社の営業成績が良好で、かつ、親会社が自己の個別財務諸表上に利益を計上できる場合には、連結配当制度は適用されないことになる。それ故、このように親会社の業績が良好に表示されうる場合には、同法の連結配当制度の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能は働かないことになる（つまり、この場合には“不当な企業集団内取引”は何ら事前予防規制を受けないことになり、野放しになってしまう）。

逆に、不況のために親会社の個別財務諸表上の利益がなくなると見込まれる場合にも、同法の連結配当制度の“不当な企業集団内取引”の事前予防機能が働かないおそれがある。何故ならば、このように業績が悪い場合にも、親会社が“不当な企業集団内取引”の回数をより多く行うことにより自己の個別財務諸表上に利益を計上しさえすれば、同法の連結配当制度が適用されなくなるからである。

このように、ペンシルバニア法の連結配当制度は、有効に“不当な企業集団内取引”を事前予防できる機能を有していないといえよう。それ故、第二節においてあげた連結配当制度の諸機能が働かなくなるので、子会社財産の減少をきたすおそれがある。⁽³⁹⁾

それに対してカルフォルニア法のもとでは、親会社が利益を有していようとまいとにかかわらず、また親会社の営業成績が良好であろうとなかろうとにかかわらず、連結配当制度が適用されることになる。つまり、カルフォルニア

法の連結配当制度のもとでは、減配・無配が必至な場合に、“不当な企業集団内取引”を行うことにより親会社の個別財務諸表に多くのいわば架空利益を計上し、ひいては減配・無配という経済的信用の低下を回避しようという親会社の動機は、無意味となろう。つまり、カルフォルニア法の連結配当制度は第二節において述べた諸機能を有することになるので、同法の連結配当制度のもとでは、親会社の株主への配当額の減少という事態が生じる可能性がある反面、企業集団全体の財政状態の健全化が期待できる⁽⁴⁰⁾。“不当な企業集団内取引”により親会社が子会社利益を吸い上げることにより、子会社の財政状態を悪化させることは、事前予防されやすくなるので、まず子会社の財政状態が健全化しやすくなる)。

以上のように、“不当な企業集団内取引”の事前予防という視点から検討した結果、連結配当制度を日本法に導入するには、ペンシルバニア型よりもカルフォルニア型の方がよりよい参考例となりうると考える。

5 むすび

以上、連結開示制度と一体となって“不当な企業集団内取引”をかなりの広範囲にわたって事前予防できる機能を有する連結配当制度について検討してきた。第二節においては連結財務諸表にもとづいた配当規制の必要性の検討、第三節においては、配当規制を連結財務諸表にもとづかせるという考え方は現行法解釈論としては無理があるという結論づけ、第四節においては、他に例をみないとされているアメリカの連結配当制度の紹介・検討、そして、参考例としてアメリカの制度を踏まえつつ、連結配当制度を日本法に導入する際の基本的問題の指摘と検討を、行った。その結果、1963年ペンシルバニア事業会社法の連結配当制度よりも1977年カルフォルニア会社法の連結配当制度の方が、“不当な企業集団内取引”を事前予防するという視点からは、よりよい参考例になりうると思われる。

「利益操作のための集団内部取引を、法的にも耐え得る証拠を揃えたうえで容易に創り出すことができる」⁽⁴¹⁾企業集団の特質と、限られた範囲でしか“不当な企業集団内取引”を規制できないという現行法上の諸規定の特質とを考えた場合、連結配当制度導入の必要性は明らかとなろう。

と同時に、連結配当制度と相互補完的になることによって、“不当な企業集

「⁽⁴²⁾ 団内取引」を広範囲にわたって事前予防できる連結開示制度の導入も検討されねばなるまい。

注

- (1) 連結開示制度の当該機能に関しては、田中誠二＝久保欣哉・全訂新株式会社会計法293頁(1980)、田代有嗣・新版親子会社の法律746頁以下(1979)等を参照。また、連結配当制度の当該機能に関しては、岸田稚雄・結合企業会計の法的規制139頁(1984)を参照。
- (2) 大隅健一郎・増補会社法の諸問題308頁(1962)、河本一郎・現代会社法(新訂第2版)513頁(1982)。
- (3) 不当な企業集団内取引により子会社に損害を与えた場合に、親会社またはその取締役は第三者たる共同不法行為者として子会社の取締役と連帯して子会社に対して損害賠償責任を負うとの解釈論(西島弥太郎「コンツェルン会社取締役の責任」経済1・4・55頁(1938)、未見であるが、本間輝雄・注釈会社法(4)(増補版)441頁(1980)より引用)に対しても、同様のことはいえる。
- (4) 河本一郎・前掲(注2)514頁。
- (5) 現行法上、連結開示制度を解釈上認めることは、無用の混乱をもたらすおそれがある。やはり、商法上明文規定をもって連結財務諸表にもとづく開示規制を制度化する必要があると思われる。なお、このことについては、第三節を参照のこと。
- (6) 矢沢淳「企業会計法の基本問題」田中先生還暦記念『商法の基本問題』516頁(1952)。
- (7) 明治23年旧商法の配当制限規定は、その立法過程から鑑みて、企業集団ではなく個別企業を対象としていたと思われる(会社条例編集委員会 第48回商社法第一読回筆記(1885・2・6)(日本近代立法資料叢書17巻251頁)、会社条例編集委員会 第52回商社法第二読会会議筆記(1886・2・9)(日本近代立法資料叢書17巻215頁)、磯部四郎・商法釈義677—680頁(1890))。

明治32年新商法・昭和13年改正法・昭和25年改正法・昭和37年改正法の配当制限規定に関しても、同様であると思われる(明治32年新商法に関しては、法典調査会 第41回商法委員会議事要録(1896・11・18)(日本近代立法資料叢書19巻241頁—242頁)、法典調査会 商法決議案(1897・2・24配布)(日本近代立法資料叢書20巻16頁)、法典調査会 商法修正案参考書(1898)(日本近代立法資料叢書21巻85—86頁)等を参照。昭和13年法に関しては、司法省民事局編纂・商法中改正法律案理由書(総則会社)(改訂第8版)158頁(1938)、島津嘉孝・逐条解説新商法・有限会社法・商店法釈義(完)151—152頁(1938)等を参照。昭和25年法に関しては、鈴木竹雄＝石井照久・改正株式会社法解説266—267頁(1950)、大隅健一郎＝大森忠雄・逐条改正会社法解説424—425頁(1952)等を参照。昭和37年法に関しては、鈴木竹雄＝矢沢淳＝上田明信＝味

- 村治「商法の一部改正一株式会社の計算規定」ジュリスト247号24頁(1961)(鈴木・矢沢・味村氏の各発言), 田中誠二 = 吉永栄助 = 山村忠平・四全訂コメント会社法 1171頁(1984)等を参照)。
- (8) 矢沢淳「会社の計算・公開に関する改正問題」旬刊商事法務825号16頁(1979)。
- (9) 商法283条2項。小会社に関しては、株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律15条により、監査報告書の添付を要しない。
- (10) 堀口巨・会社法111頁(1984)。
- (11) 服部栄三・注釈会社法(補巻)244頁(1980)。
- (12) 龍田節「企業結合と計算規定」私法37号98頁(1975)。
- (13) 神崎克郎「商法上の会社開示制度の拡充」企業会計32巻4号60頁(1980), 龍田節・前掲(注12)99頁。
- (14) 蓮井良恵「連結財務諸表法素描」大隅先生還暦記念『商事法の研究』226頁(1968)。
- (15) 清水忠之「連結財務諸表の法的規制—開示規制と配当規制」上智法学論集26巻3号188頁(1983)。
- (16) Simon, Consolidated Statements and the Law, 28 The Accounting Review 505, 509 (1953).
- (17) Baker & Cary, Cases and Materials on Corporations (Supp. 3rd ed. 1959) 1341; Hackney, Financial Accounting for Parents and Subsidiaries— A New Approach to Consolidated Statements, 25 U. Pitt. L. Rev. 9, 10 (1963); Filfis & Kripke, Accounting for Business Lawyers (1971) 541; Marsh, Marsh's California Corporation Law (Supp. 2nd ed. 1982) § 13・11.
- (18) 25 A. 2d 418, 421 (N. J. 1942).
- (19) 25 A. 2d 418, 422 (N. J. 1942).
- (20) 2条23号, 701条E項。 Hackney, supra note 17, at p.p.30—31.
- (21) 2条22号, 704条E項。
- (22) Hackney, supra note 17, at p.34.
- (23) 702条A項4号2文。
- (24) 清水忠之・前掲(注15) 181頁, 醍醐聰「連結財務諸表による配当規制の限界と不合理性」会計130巻5号62頁(1986)。
- (25) 同法のもとでの実務では、持分法を採用すれば、子会社の利益が計上された時点においては、親会社は借方投資・貸方投資損益という仕訳を行い、その後子会社が配当を宣言すれば、投資勘定の借方残高を宣言された配当額分だけ減じるという仕訳を行う。しかし、同法は、次のような仕訳をも容認することになろう。すなわち、まず子会社への投資を再評価する時点においては再評価積立金(もしくは資本剰余金)を借方項目として投資の増分を認識する。次に、子会社より配当が宣言された時点において、投資勘定の借方残高を宣言された配当額分だけ減じる(相手項目は未収配当金)という仕訳と、借方再評価積立金(もしくは資本剰余金)貸方 Dividend Income という仕訳とが、同時に行われ得る(Filfis & Kripke, supranote 17, at p.543)。

- (26) 114条の訳については、次の論文を参照のこと。伊藤邦雄「アメリカ株式会社会計制度の史的構造（一）」一橋大学研究年報商学研究23号228頁，同「連結財務諸表と配当可能利益」会計121巻4号88頁（1982）。
- (27) 500条の訳については、次の論文を参照のこと。伊藤邦雄・前掲（注26）一橋研究年報商学研究23号232頁。
- (28) Marsh, *supra* note 17, at § 14・11. なお、累積投票（cumulative voting: 708条(a)）に関しては、Marsh, *supra* note 17, at § 11・2を参照。
- (29) Marsh, *supra* note 17, at § 14・11.
- (30) Marsh, *supra* note 17, at § 13・11.
- (31) Marsh, *supra* note 17, at § 13・11.
- (32) Ballantine & Sterling, *California Corporation Laws*, (Supp.4th ed. 1986) § 141・06 [2]—[C].
- (33) Marsh, *supra* note 17, at § 14・11.
- (34) Filfis & Kripke, *supra* note 17, at p. 543.
- (35) Hackney, *supra* note 17, at p.27.
- (36) Hackney, *supra* note 17, at p.28.
- (37) Hakney, *supra* note 17, at p.28.
- (38) その他には、契約・定款規定にもとづく支配力基準（例えば、EC第7ディレクティブ1条(c)）、直近年度にある会社の取締役会の過半数のメンバーを親会社の単独の議決権行使により選任したことがあるという過去の実績にもとづく支配力基準（例えば、EC第7ディレクティブ1条(d) (aa)）、他の株主の同意にもとづいてならばある会社の議決権の過半数を支配するという支配力基準（第7ディレクティブ第1条(d) (bb)）等、が基本的な基準としてあげられよう。
- (39) 清水忠之・前掲（注15）196頁。
- (40) Ackerman, Jr. & Sterrett, *California's New Approach to Dividends and Reacquisitions of Shares*, 23 UCLA L. Rev. 1052, 1082—1083 (1976) 参照。
- (41) 田中誠二＝久保欣哉・前掲（注1）293頁。
- (42) 最近の連結開示制度の立法例として、以下のものが参考となろう。1983年EC第7ディレクティブ、1985年イギリス会社法229条・230条・736条等、1985年ドイツ商法典290条乃至315条、フランスにおける1985年「一定の商事会社および公企業の連結計算書類にかかる法律第85—11号」、357—1条以下。

（筆者の住所 〒186 国立市東3—30—10）