

利益供与の禁止規定について

その他のタイトル	Über das Verbot der Vorteilszuwendung
著者	大和 正史
雑誌名	関西大学法學論集
巻	32
号	3-5
ページ	645-666
発行年	1982-12-01
URL	http://hdl.handle.net/10112/00025557

利益供与の禁止規定について

大
和
正
史

目次

- 一 はじめに
- 二 利益供与の禁止規定の制定経過
- 三 利益供与の禁止の根拠と内容
- 四 適用上の若干の問題
- 五 おわりに

一 はじめに

三十一年ぶりに大改正された昭和五六年改正商法は、いよいよ十月一日から施行される。大改正と言われるだけに、その改正点は多岐にわたっているが、その目玉のひとつとされるのは、二九四条ノ二の規定の新設である。この利益供与の禁止規定は、今回の改正作業の経過からも明らかのように、株主総会が形骸化している大きな理由のひとつとしてあげられるいわゆる総会屋の活動を封じることが念頭において設けられたものである。⁽¹⁾そして、規定のしかたは、総会屋の存在自体はもちろん問題であるが、同時に、総会屋に対して安易に金銭を供与する会社の姿勢にも問題があるという判断に立って、株主の権利の行使についての会社による利益供与を禁止し、これに反して利益が供与された場合にはさまざまな民事上、刑事上の制裁が科されることとしている。

ところで、本規定の解釈、適用についての議論のほとんどは、右のような立法の経緯から、総会屋対策との関連で行われてきた。しかし、規制対象として総会屋が念頭におかれているとしても、法文のなかに、本条はいわゆる総会屋に適用されるとの文言があるわけではない。したがって、本条については、その要件に該当する限り、総会屋問題以外に結合企業間の問題などについても、当然に適用されると考えられる。

そこで、以下では、二九四条ノ二の制定までの経過を、出資払戻禁止の原則との関連も考慮しながら概観し、次に、本条の規制の理論的根拠を改めて検討したうえで、さらに、適用上の若干の諸問題について考察してみることとする。

(一) 元木伸『改正商法逐条解説』二〇六頁(一九八一)参照。

二 利益供与の禁止規定の制定経過

(一) 会社機関改正試案までの議論

今回の商法改正の発端は、昭和四十九年商法改正に際して衆・参両院の法務委員会でなされた附帯決議による全面見直しの要請にあった。そして、この要請に依えて、法制審議会商法部会では、まず会社法の問題点を洗い出すこととし、法務省では、これらの問題点をまとめて「会社法改正に関する問題点」と題する意見照会を関係各方面に対して行った。⁽²⁾

この意見照会のなかの株主総会制度の改善策の題目では、株主総会が形骸化し、あるいはその運営が必ずしも適正に行われていないという現状に対し、会社運営の適正を図るといふ見地から、総会屋問題については、次のような見解が示された。⁽³⁾ すなわち、議決権の行使等に関して「不正ノ請託ヲ受ケ財産上ノ利益」の收受等をした者を罰することにしてはいる商法四九四条を、昭和一三年改正の際における当初の政府原案のように「不正ノ請託」がなくても不正の利益(賄賂)の收受等をすれば、これを罰するものとする、という方向での改正である。⁽⁴⁾ しかし、こうした方向は、途中から放棄された。その理由は、四九四条の罪を、「請託」を必要としない単純贈収賄の罪とすることにより、株主等の行為を公務員の贈収賄と同じように扱うことは、やはり刑事政策上妥当ではないと考えられたからである。⁽⁵⁾

そこで、新たに別の規制方法を創出する必要に迫られることになった。そして、学説上ではまず、会社は、株主権の行使に関し、いかなる名義をもってするかを問わず、株主または株主の指定する者に対し寄附をしてはならないこ

とし、これに違反して寄附をした者および寄附を要求または勧誘した者を刑罰に処する、という見解が、竹内昭夫教授によって提唱された。⁶⁾ さらに、その際、取締役が違反行為がなされようとしていることを知りながらその防止に必要な措置を講じなかったときは、独占禁止法九五条の二に倣い、その取締役も処罰することにすれば、直接手を汚さなかったことを理由として経営者が責任を免れるのを防止できることを指摘されていた。総会屋に対する支出が、利益供与の禁止という形で初めて取り上げられたのは、この見解においてであろうと思われる。

しかし、他方では、河本一郎教授により、西ドイツ株式法にならって、わが国の商法においても出資払戻禁止の原則を明定する案が提示された。⁷⁾ この原則は、利益配当などの適法な場合を除き、株主に対してその株主としての地位を考慮して会社資産を供与することを出資の払戻しに該当するものとして禁止するものであり、総会屋に対して、これらの者がうるさい株主であるからという理由で金銭を供与することは、まさにこの出資の払戻しに該当するものである。そして、この出資払戻禁止の原則は、たとえ明文の規定がなくても、会社法の大原則である資本充実・維持の原則からわが国においても当然に認められるものであるが、明文規定がないために総会屋に対する支出の規制策としてはなほだ弱いものとなっていることから、これを明文化するように主張されたわけである。また、昭和五三年一月の私法学会における「株式会社法の根本改正」についてのシンポジウムで、龍田節教授は、株主に対する寄附は、出資の払戻ししないし隠れた利益配当であり、資本充実・株主平等の原則に反するから、むしろ一律に禁止した上で、正当な理由（主張者が立証責任）のあるものだけ例外を認める、という考え方を報告された。⁸⁾

(二) 出資払戻禁止の原則をめぐる議論

利益供与の禁止規定について

ところで、出資払戻禁止の原則をめぐっては、総会屋問題に関連してではないが、従来から議論のあったところである。

わが国においても、旧商法（明治二三法三二）では、出資払戻禁止の原則についての明文規定が設けられていた。⁽⁹⁾しかし、現商法（明三二法四八）では、制定当時からこの規定は設けられず、現在に至っている。⁽¹⁰⁾この理由については、出資払戻禁止の否定を意味するのではなく、わかりきったことで不必要であるという理由で除かれたと解するのが一般的である。⁽¹¹⁾そして、出資払戻禁止の原則は、現在のわが国の商法においても当然に認められる不文の原則である、とするのが多数説的見解であるが、この原則について論じる意義は、どういふ点にあるのであろうか。そこで注目されるのは、西ドイツにおけるこの原則の展開である。

西ドイツ株式法は、五七条一項において、株主に出資が払戻されることは許されないものとし、五八条五項では、会社の解散前には、貸借対照表上の利益のみが株主に分配されうるものとする。したがって、利益配当等の適法なものを除き、会社から株主に対してなされるすべての財産的利益の分配が、出資の払戻しとして原則的に禁止されるわけである。⁽¹²⁾それゆえ、出資払戻禁止は、単に資本に対応する会社財産ばかりでなく、未だ貸借対照表上の利益に転換されていない限り、すべての会社財産を拘束することになる。⁽¹³⁾また、この禁止は、取引行為を仮装して会社財産が株主に移転されること（いわゆる隠れた利益配当）にも及ぶ。⁽¹⁴⁾以上ことから、出資払戻禁止の原則は、資本の充実・維持の原則、株主平等原則、会社機関間の権限配分の維持、貸借対照表上における適正な利益の表示を確保する機能を有しているとされるわけである。⁽¹⁵⁾

この出資払戻禁止の原則のうち、とくに重要なのは、取引行為を仮装して行われる会社財産の株主への移転

を禁止することにある。このことは、もちろん、会社・株主間の取引をすべて禁止するものではない。株式が広く分散している現在において、会社・株主間の取引を禁止したりすれば、会社の活動を窒息させることになってしまふからである。むしろ、かかる取引において、株主は、団体法上の株主としてではなく、取引法上の第三者として登場していると言える。⁽¹⁷⁾しかし、株主としての地位が取引内容に影響を及ぼして、会社と無関係な第三者には得られないような過大な給付を株主が得る場合、それはまさに隠れた利益配当であり、出資払戻禁止の原則に違反することになる。⁽¹⁸⁾さらに、株式会社法五七条以下は、会社の計算において第三者から株主に給付がなされる場合にも適用があるし、逆に、会社が株主と親密な関係にある者（株主の親戚や株主が資本参加している他の会社など）に対して給付する場合にも適用される。⁽²⁰⁾したがって、子会社から親会社への財産移転のみならず、コンツェルン内部における姉妹会社間の財産移転をも規制しようになっているわけである。⁽²¹⁾

出資払戻禁止の原則は、右のような機能を有することから、結合企業を規制する規定を持たないわが国において、この原則が認められるならば、結合企業間の取引を規制する有効な手段となると考えられたのである。⁽²²⁾しかし、これに違反した場合の法律効果については、明文規定がないために、見解が分かれている。すなわち、出資払戻禁止の原則を、商法全体の建前と精神から認められるところの原則と解するか、⁽²³⁾あるいは、商法二九〇条を根拠規定とするかである。⁽²⁴⁾とくに債権者に関しては、株主が不当利得したものにつき、前者によれば、債権者代位権を定める民法四二三条の自己の債権を保全するためという要件を充足する場合に限り、会社に代わって返還を請求することができるが、後者の場合には、商法二九〇条二項の類推適用により直ちに返還請求でき、債権者により厚い保護を与えることになる。

もつとも、出資払戻禁止の原則をわが国においても不文の原則と認めることについては、ドイツ法においてすら、株式法五七条と有限会社法三〇条とは拘束される会社財産の範囲が異なっていること、また、「隠れた利益処分(配当)」も違法配当という規制に含めるかどうかは、立法政策の問題と考えられ、現にアメリカには、まったくドイツ株式法的な資本維持といった発想はないことなどを理由として、これを否定する見解もある。⁽²⁵⁾

(三) 株式会社の機関に関する改正試案

昭和五年一月二五日に法務省民事局参事官室から公表された「株式会社の機関に関する改正試案」(以下、試案)は、出資払戻禁止の原則の明文化という方法は採用せず、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することを禁止する、という方法をとった。

試案は、会社が、一部の株主に対し、株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与することを禁止し(試案第一・二八 a)、これに違反して会社から財産上の利益を受けた株主は、これを会社に返還しなければならないものとした(同 b)。また、b による返還請求を会社が行使しない場合のために、株主に代表訴訟を提起する権限を認め(同 c)、さらに、b による返還請求または取締役に対する損害賠償の請求に関しては、無償でされた財産上の利益(反対給付に比し著しく過大な給付を含む)の供与は、株主の権利の行使に関してされたものと推定するとされた(同 b)。なお、罰則も用意され、かかる違反行為をした取締役、その職務代行者または会社の使用人は、これを処罰するとし(第一・三 c)、また、かかる違反行為を勧誘し、または要求した者も処罰されるものとした(同 d)。

試案がこのような規制方法をとったのは、出資払戻禁止の原則を明定する条文を設けてみて、それはやはりはな

はだ抽象的な規定であるから、総会屋に対する利益供与をやめさせるためには、もっと直截的な規定が望ましいこと、⁽²⁶⁾また、他方では、一部の株主に対する利益供与を一律に禁止することは、株主が公益法人の場合に公益事業のための寄附もできなくなるし、株式の持ち合い先に救済融資をすることもできなくなって、現実的ではないことが考慮されたようである。⁽²⁷⁾そこで、株主について単純贈取賄を禁止するという趣旨で、一部の株主に対して、株主の権利の行使に関して財産上の利益の供与を禁止するのであり、特に、会社理事者による一部の株主に対する利益の供与は株主平等原則に違反し、会社および他の株主に対する背任行為となること、さらには企業の社会的責任をはたすゆえんでないことも禁止の根拠となる、と説明された。⁽²⁸⁾

このような試案の立場に対する各界の意見は、株主のみに対する利益供与の禁止は、有効な総会屋対策にはならぬいから、株主以外の者にも対象を広げるべきだとする見解などもあったが、概ね賛成する立場にあったようである。⁽²⁹⁾しかし、慈善事業や教育事業に対する寄附について、とくに第三者と株主とを区別せず、原則として利益の供与を認め、例外的に株主の権利の行使に関するものを禁止すべきであるという立場をとると解される試案の立場に対しては、財団法人のように受贈者が株主である場合、内部的に隠れた利益配当の問題が考えられ、また、株主の権利の行使に關しという要件の立証が困難であるなどの理由から、一部の株主に対する利益の供与を一律に禁止したうえで、正当な理由（主張者が立証責任）のあるものだけに例外を認める見解をとるべきとする批判があった。⁽³⁰⁾また、出資払戻禁止の原則を認める立場からは、試案の規定と出資払戻禁止の原則の關係が問題にされ、両者は並立しうるものであり、ただ試案の規定の要件を満たせば、代表訴訟が認められ、さらに立証責任の轉換を生ぜしめるが、疑問も残ることから、立法論としては、出資払戻禁止の原則を別に明定してそこに統一すべきである、との見解も示されていた。⁽³¹⁾

なお、商法四九四条の規定から「不正ノ請託」を削除することについては、前述のように途中で断念されたが、試案には、「不正ノ」という文言だけを削除する案が示されていた(試案第一・三a)。しかし、この案は、株主の権利は、あくまで私益の確保を目的としたものであり、これをどのように行使するかは株主の自由であるから、その行使が賄賂によって歪められることがあっても、そのこと自体を刑法上も違法とするのは行き過ぎであるとの観点から、商法四九四条においては、不正の請託を受けた場合に限り罪となるとしたのである、とする有力な学説⁽²²⁾があったこと、また、「不正ノ」を削除したとしても「請託」の要件が残り、会社と総会屋の間の巧妙なやり取りのなかにこの「請託」の存在を認定することは、困難な場合が少なくない、などの理由から、最終的には、試案のような改正は行われなかった。

(2) 改正の経緯の詳細については、山一証券経済研究所『改正商法の要点』三頁以下(一九八一)、三枝一雄「昭和五六年商法改正過程の研究」法律時報五三卷一〇号・一一号(一九八一)参照。

(3) 昭和五〇年六月二〇日法務省民事局参事官室「会社法改正に関する問題点」第二、二(四)。

(4) なお、商法四九四条の昭和一三年当時の制定事情の詳細については、河本一郎「株主に対する不法な利益供与の禁止(その1)」法学セミナー一九七九年九月号六八頁以下参照。

(5) 神崎克郎「利益供与の禁止」民商法雑誌八五卷三号一八頁(一九八一)参照。

(6) 「株主総会制度改正の諸問題(下)」商事法務七八七号一七頁(一九七七)。

(7) ディスクロージャーによる企業行動のコントロール——総会屋に対する支出に関連して「法と権利」民商法雑誌七八卷臨時増刊号(四)一五頁以下(一九七八)。

(8) 商事法務八一四号一二頁(一九七八)。なお、龍田教授は同時に、開示による規制として、株主に対する寄附をすべて営業報告書に、会社と株主との取引(定型的なものを除く)をすべて附属明細書に、それぞれ記載させる案を示されていた。

(9) 旧商法には、次のような規定があった。

第一八四条 払込ミタル株金額及び会社財産中ノ持分ハ会社解散前ニ於テハ之ヲ取戻サント求ムルコトヲ得ズ

第二一六条 会社ハ株金ノ全部又ハ一部ヲ株主ニ払戻スコトヲ得ズ

② 若シ払戻シタルトキハ基金額ハ会社又ハ其債権者直接ニ之ヲ取戻サント求ムルコトヲ得

- (10) 出資払戻禁止規定が削除された詳細な理由は明らかでないが、旧商法二一六条二項について、『商法修正案理由書』(一八九八)は、「現行商法第二百六条第二項ニ於テハ株金ヲ払戻シタル結果ヲ規定スト雖ドモ是レ資本ノ減少ニ関スル規定ニ從フヲ以テ足レリ別ニ規定ヲ設クルノ必要ナキガ故ニ本案ハ之ヲ削除シタリ」(一三五頁)としている。

(11) 田中誠二「子会社の債権者保護の法理」、『結合企業法の研究』金融・商事判例五九四号)二〇頁(一九八〇)参照。

- (12) 大隅健一郎・八木弘『独逸商法Ⅲ株式法』一四四頁(一九三八)河本・前掲注(8)文献四二二頁、田代有嗣『新版親子会社の法律』四〇三頁(一九七九)田中・前掲注(11)文献二〇頁、長浜洋一「会社と株主との取引——株主の責任追及」『株主権の法理』一八八頁以下(一九八〇)参照。

(13) Vgl. Lutter, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Köln 1970, § 57 Anm. 3.

(14) Vgl. Barz, in: Großkommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1973, § 57 Anm. 3.

(15) Vgl. Großkommentar, a. a. O. (Fußn. 14), § 57 Anm. 3.

- (16) Vgl. Kölner Kommentar, a. a. O. (Fußn. 13), § 57 Anm. 2; Großkommentar, a. a. O. (Fußn. 14), Anm. 3. なお、出資払戻(返還)禁止の原則の詳細についてのわが国の文献として、田代・前掲注(12)文献四二四頁以下、服部育生「事実上のコンツェルンにおける従属会社の保護」名大法政論集八五号三二頁以下(一九八〇)、八六号二〇四頁以下(一九八一)、拙稿「会社・株主間の取引の規制——隠れた利益配当を手がかりにして」六甲台論集二六卷四号二九頁以下(一九八〇)等参照。

(17) このような会社・株主間の取引行為の法的二重性については、長浜・前掲注(12)文献一七八頁参照。

(18) Vgl. Kölner Kommentar, a. a. O. (Fußn. 13), Anm. 10.

(19) Vgl. Godin-Wilhelmi, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., Berlin/New York 1971, § 57 Anm. 6.

- (20) Vgl. Weiber, Der Gewinn der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft und Aktionären, Berlin 1962, S. 115; Großkommentar, a. a. O. (Fußn. 14), § 57 Anm. 4.

利益供与の禁止規定について

- (21) もっとも、西ドイツにおいては、一九六五年株式法に結合企業規定が設けられ、契約コンツェルンについては、五七条以下の適用が排除される(株式法二九一条三項)。しかし、事実上のコンツェルンについては、こうした明文規定はなく、五七条以下と三一一条以下の抵触が問題となる。このことについては、服部・前掲注(16)文獻八六号二〇四頁以下参照。
- (22) 田中・前掲注(11)文獻二二頁、田代・前掲注(12)文獻四一九頁以下等参照。
- (23) 田代・前掲注(12)文獻四一五頁以下参照。
- (24) 長浜・前掲注(12)文獻一八八頁以下、田中・前掲注(11)文獻二二頁参照。
- (25) 江頭憲治郎『法人格否認の法理』三九二頁(一九八〇)参照。なお、西ドイツの株式法と有限会社法のそれぞれの財産拘束制度に「最近」、両者は本質的に一致していることを主張する見解があるが(Wilhelm, Die Vermögensbindung bei der Aktiengesellschaft und der GmbH und das Problem der Unterkapitalisierung, in: Festschrift Flume, Köln 1978, S. 337 ff.; Fabritius, Vermögensbindung in AG und GmbH—tiefgreifender Unterschied oder grundsätzliche Identität?, ZHR 144 (1980) S. 624 ff.)、その詳細についてはの検討は別稿に譲る。
- (26) 河本一郎「株主に対する不法な利益供与の禁止(その2)」法学セミナー一九七九年一〇月号三八頁参照。
- (27) 前田庸「株主総会」ジュリスト六八六号四四頁(一九七九)参照。
- (28) 稲葉威雄「株式会社社の機関に関する改正試案の解説」〔5〕株主総会」商事法務八二八号一五三頁(一九七九)。
- (29) 元木伸「株式会社機関改正試案に対する各界意見の分析」〔4〕商事法務八六一号一八五頁以下(一九八〇)参照。
- (30) 中村一彦「利益の供与の禁止」〔4〕会社機関改正試案の研究』金融・商事判例五七二号(一九七九)参照。なお、中村教授は、利益の返還につき、商法二九〇条二項の違法配当返還の場合のように、債権者にも権利を認める必要性のあることを指摘されていた。
- (31) 田中・前掲注(11)文獻二二頁参照。
- (32) 藤木英雄『注釈会社法(8)のII』四一五頁(一九七〇)。
- (33) 河本・前掲注(26)文獻三七頁参照。

三 利益供与の禁止の根拠と内容

(一) 利益供与の禁止の根拠

改正商法二九四条ノ二は、総会屋は必ずしも株主であるとは限らず、場合によっては、当該会社の株主にならないことを条件として会社から不正に利益を享受する事例も多いことから、⁽³⁴⁾第一項において、会社は、何人に対しても株主の権利の行使に関して財産上の利益を供与してはならないものとした。また、第二項においては、会社が、特定の株主に対して無償で財産上の利益を供与した場合には、これを株主の権利の行使に関して供与したものと推定し、さらに、特定の株主に対して有償で財産上の利益を供与した場合でも、会社の受けた利益が供与した利益に比べて著しく少ないときは、同じく、株主の権利の行使に関してなされたものと推定することになっている。

こうした規制の根拠については、どのように考えるべきであろうか。試案の規定のように、規制の対象を「一部の株主」に限定するのであれば、不正な利益供与を禁止する理論的根拠として、株主平等原則に違反するものである点をあげることが可能であった。しかし、二九四条ノ二は、規制対象を株主に限定しておらず、したがって、株主平等原則違反を禁止の根拠として持ち出すことはできなくなった。そこで、およそ、株主として会社に対して有する権利の行使に関して会社の財産を供与する行為は、会社の目的の範囲内にあるものではなく、そのような会社財産の使用は、会社法上認められないものである⁽³⁵⁾、とか、株主権の行使は会社の所有者としてこれを行うものであるので、それに対して会社がその計算において金銭を供与するということはおよそ本来あってはならないことである⁽³⁶⁾、といった根拠があげられている。ところが、このような根拠に対しては、理解困難であり、明白な根拠とは認め難いとし、株式

会社についての弊害の最大のものである総会屋を排除しようという政策的理由を立法理由として説けば足りる、とする批判がある。⁽³⁷⁾

しかし、利益供与の禁止という規制が、どういう根拠からなされるものであるかは、以下で検討する利益供与の禁止の内容や適用上の問題と密接に関連すると思われるので、やはり、確認しておく必要がある。

会社が総会屋に対して利益を供与する行為を分析してみると、そこには、ふたつの側面が考えられる。ひとつは、営利法人として、利益を生じうる事業を営み、そこで得た利益を社員に分配することを目的としなければならない会社、営利性のないことに会社財産を浪費するという側面であり、もうひとつは、財産的利益を供与することにより、株式の取得をやめさせ、あるいは、株主権の行使に影響を与えることを意図するという側面である。そして、二九四条ノ二の規定は、後者の側面に着目し、会社運営の健全性を保持すること自体が法律上保護するに値する利益と認めることによって、かかる行為を抑制しようとするものである。しかし、こうした行為を禁止する理論的根拠としては、やはり、株主の権利行使に関して会社の計算において財産上の利益を供与することが会社財産の浪費である点に求めるべきだと考えられる。⁽³⁸⁾

(二) 利益供与の禁止の内容

商法二九四条ノ二によって、まず、財産上の利益供与が禁止される。財産上の利益の供与である限り、対価関係の有無を問わない。したがって、無償の利益供与に限られるわけではなく、法律的には有償であっても、経済的に通常の場合よりも相手方の対価が少ない場合には、財産上の利益供与になる。⁽³⁹⁾ また、通常の対価が提供されていても、本

条の禁止の根拠との関係で、その取引が会社財産の浪費にあたる場合にも、財産上の利益供与になる。⁽⁴⁰⁾

次に、かかる財産上の利益供与が、株主の権利の行使に関してなされることを要する。「株主の権利の行使に関して」とは、「株主の権利の行使に影響を与える趣旨で」の意味であり、⁽⁴¹⁾かかる趣旨が含まれていれば、会社と総会屋間のみならず、結合企業間においても、また、株式相互保有の会社間においても、利益供与の禁止は問題となりうる。⁽⁴²⁾さらに、供与の相手方が株主である必要はない。したがって、ある子会社が、親会社の株主の権利の行使に関して姉妹会社に財産上の利益を供与する場合も、前述の出資払戻禁止の原則(二(二))のように、「株主と親密な関係にある者」という概念を用いなくても、利益供与の禁止の直接の対象となる。

ところで、類似する機能を有すると思われる出資払戻禁止の原則と利益供与の禁止規定は、どのような関係にあるのであろうか。出資払戻禁止の原則は、会社財産が株主たる地位を考慮して株主に移転されることを禁止するのに対し、利益供与の禁止の方は、株主の権利の行使に関して会社の計算において利益を供与することを禁止するものであり、その供与の相手方を株主に限っていない。これらの相違のうち、「株主たる地位を考慮して」と「株主の権利の行使に関して」の点は、前者は結局株主の権利行使を考慮することに帰着するのが通常であるので、⁽⁴³⁾両者にほとんど差異はないものと思われる。しかし、相手方の問題については、出資払戻禁止の原則は、その名の通り、会社財産が不適法な形で株主に移転することが出資の払戻しになるために禁止するのであって、株主の権利行使に関していけば供与の相手方が何人たるかを問わない利益供与の禁止規定とは、明らかに異なっている。さらに、出資払戻禁止の原則は、会社財産が無償もしくは相当な対価関係がなくして移転することを規制するが、二九四条ノ二は、対価関係の有無を問わず、株主の権利行使に関して供与されるものである限り、通常の対価が提供されていても、違法とされる可

能性がある。⁽⁴⁴⁾ このような相違点を考慮すれば、両者はやはり別個の制度と言わざるをえない。

しかし、前述のように、二九四条ノ二には、会社運営の健全性の保持と同時に、会社財産の浪費を防止する趣旨が含まれているのであるから、出資払戻禁止の原則と同様に、子会社の少数株主および債権者の保護という目的を有しているものと思われる。⁽⁴⁵⁾ とはいえ、株主の権利の行使に関して利益供与がなされたと認められない限り、会社・株主間の取引がたとえ不相当な対価関係で行われても、違法とされない可能性があり、また、債権者保護を実質的に担保する規定が用意されていないことから、わが国において出資払戻禁止の原則を認める意義は、現在もなお残っていると言える。

- (34) 竹内昭夫『改正会社法解説』二二四頁以下(一九八一) 参照。
- (35) 元木伸¹¹稲葉威雄「商事等の一部を改正する法律の概要」『改正商法の概要』(別冊商事法務50) 五一頁(一九八一)。
- (36) 元木・前掲注(2)文献二〇六頁以下。
- (37) 田中誠二「改正会社法の法理上の新問題点」商事法務九二四号三頁(一九八一)。
- (38) 竹内・前掲注(34)文献二二六頁は、「理論的にいっても、総会屋に対する利益供与が問題とされるのは、株主平等原則に反するというよりは、会社財産の浪費だからである」とされる。
- (39) 竹内昭夫「株主の権利の行使に関する利益供与」商事法務九二八号一九頁(一九八二) 参照。
- (40) 「浪費」という言葉は、法律用語としてなじみにくいとも思われるが、あとで述べるように、必ずしも会社財産の減少を来たすわけではない取引行為でも、場合によっては本条の規制の対象となりうることから、「費消」では多少限定的に過ぎると考えられるので、本稿ではさしあたり「浪費」を用いることにする。
- (41) 稲葉威雄『改正会社法』一八三頁(一九八二)。
- (42) 商法二九四条ノ二が結合企業にも適用されることを指摘しているのは、河本一郎『現代会社法(新訂第二版)』三八八頁、五一四頁(一九八二)、田中・前掲注(37)文献二頁、神崎・前掲注(5)文献三九二頁、稲葉・前掲注(41)文献一八四頁。

(43) 田中・前掲注(37)文献二頁参照。

(44) 対価関係の相当性に関連する問題については四で詳述するが、具体的には、相当な対価関係での取引の場合、会社財産の減少を生じないから出資払戻禁止の原則の規制対象にはならないのに対し、商法二九四条ノ二の場合は、親会社から相当な対価関係にはあるが不必要な商品を購入するとき、あるいは、大株主たる銀行から通常の利率ではあるが不要な融資を受けるときなどは、違法とされる可能性があるわけである。

(45) 田中・前掲注(37)文献五頁は、「子会社の株主および債権者の適法な利益の保護を目的とすることは、総会屋の排除と親会社に対する子会社の保護とに共通であり、これが二九四条ノ二の基本的立法理由と考えるべきである」とされている。

四 適用上の若干の問題

前述のように、商法二九四条ノ二は、結合企業間においても当然適用される規定であると考えられるが、以下では、本条の総会屋への適用についての議論と関連させながら、結合企業への適用上の若干の問題を検討してみたい。

とくに問題となるのは、株主権の行使に関して供与されるものである限り、たとえ通常の対価が提供されていても、会社のなす財産上の利益の供与は違法と解されている点である。具体的には、⁽⁴⁶⁾総会屋が物品販売業を営んでいる場合に、その物品を正当な価格で購入したとしても、あるいは、生命保険の代理店を經營する総会屋と会社の計算で保険契約を締結する場合に、その保険料が正当なものであったとしても、そうすることによって、総会場で会社に有利な発言をすることが期待されていれば、そうした取引は、違法となると解されている。しかし、このような解釈を結合企業間の取引にあてはめるとすれば、相当微妙な問題を生じることになると思われる。

すなわち、結合企業関係は、親会社が子会社の株式を保有することによって成立している。そして、親会社は、そ

の保有する株式に基づいて、子会社の取締役の選・解任権を掌握している。したがって、子会社の取締役としては、親会社の意向を無視することは不可能な立場にある。こうした関係において親子会社間で取引が行われる場合、当然親会社が主導権を持っているわけであるが、その背景には、親会社の株主としての権利が存在し、子会社の取締役は、これを常に考慮していると言えるのではないだろうか。そして、相当の反対給付を受けることになっていても、それに対する対価には相当の利潤が含まれているから財産上の利益供与にあたる⁽⁴⁷⁾とされるならば、親子会社間の取引は、いわば常に二九四条ノ二に触れることになってしまうであろう。もちろん、こうした結論が現実的でないことは、明らかである。

さらに、こうした事例においては、民事責任と刑事責任の間で、不都合な結果を生じることになる。すなわち、総会屋の経営するサービスマン業者に対して正当な価格で発注した場合について、これも二九四条ノ二に違反するとしても、会社が給付を受けたもの(ビルの清掃、運送等)を返還しようにもそれ自体を返すことは不可能で、それに相当する価額を返還するほかなくなるが、そうなる⁽⁴⁸⁾と、結局、相手方より返還を受ける代金と相殺ということになる。しかし、この場合にも、取締役の法令違反の事実⁽⁴⁹⁾は残り刑罰の対象にはなる、とされる点である。

会社にとっては、いずれにしても、当該取引は必要なものであり、その取引の相手方が総会屋以外の誰であっても、同様な取引内容のものになるはずであった。しかし、たまたま相手方が総会屋であり、取締役において、この者取引の相手方⁽⁴⁹⁾にしておいてやれば、総会場で会社に有利な発言をしてくれるであろうという意識が働いていたから、当該取引は二九四条ノ二、四九七条に違反するとすることは、両規定の解釈として、少し広過ぎると感じられるのである。そのうえ、対価関係は相当であったことから、会社と相手方の双方の返還請求は相殺される関係にあり、實際上

二九四条ノ二、三項の規定が働く余地はなく、また、当該取引自体が会社にとつてもと必要なものであったのであるから、二六六条一項五号にいう会社の蒙つた損害も存しない。それにもかかわらず、刑事責任に関して、所定の要件を備えているから、四九七条の適用を受けるとすることは、妥当な結論とは思われないのである。

それでは、対価関係に相当性があれば、常に財産上の利益供与に当たらないと言えるであろうか。たとえば、生命保険契約において、社会常識からみて異常に多額な保険金額であったり、不必要な追加契約である場合、あるいは、物品の購入に際して、当該会社の規模、業績に照らして、過大な購入であったり、不必要な仕入れであった場合などの問題である。このような場合については、対価関係の相当性のみならず、当該取引そのものの相当性を考慮する必要があると思われる。なぜなら、不必要な物品の購入、原材料の仕入等によって、会社は余分な商品を在庫の形で抱えることになり、その結果、運転資本は減少し、そうした取引をしなければ会社はより有利な投資ができたにかかわらず、それが不可能になったことにより、会社に損害が生じると考えられるからである。したがって、対価関係が相当なものであったとしても、当該取引そのものに相当性がなく、かかる取引が株主の権利の行使に關してなされた場合には、利益供与の禁止に違反すると解することができると思われる⁽⁵⁾。そして、このように解するならば、結合企業間の取引についても、不都合な結果を生じないと考えられる。むしろ、押込み販売などを規制する手段にもなるであろう。

もっとも、結合企業間の取引においては、取引価格の相当性の評価そのものに難しさがあり、会社と総会屋の間の取引の問題ほど容易ではない。会社が、総会屋に対して、通常の取引の形式をとりながら財産上の利益を供与する場合、たとえば、総会屋が発行するわずかな部数の新聞や雑誌に広告料名義で多額の支払いをなす場合、一般紙との比

較により、それが供与した利益に比べて会社の受けた利益が著しく少ないかどうかを判断することは、それほど困難ではない。しかし、結合企業間の取引には、独立企業間の取引にはない特殊性が存在する。たとえば、子会社が親会社から技術援助を受けていたり、あるいは、資金援助を受けている場合には、そうした親子会社間の取引価格の相当性を、單純に当該商品の市場価格と比較して判断することはできない。また、子会社が、親会社に対して、全商品ないしほとんどの商品を供給している場合には、販売機構に関する費用や宣伝費、運送費などをほとんど必要としないこともあり、このような場合には、同一商品の市場価格から、そうした費用の減少分を控除したうえで比較する必要がある。⁽⁴⁵⁾しかし、これらの要素を考慮してもなお取引価格に相当な対価関係が認められない場合、たとえば、子会社に相当な利潤がほとんど生じないような価格が設定されている場合には、親子会社の前述のような関係からして、株主の権利の行使に関して利益供与がなされたという事実上の推定が可能なのではないかと思われる。

(46) 河本・前掲注(42)文献三八六頁参照。

(47) 稲葉・前掲注(41)文献一八五頁参照。

(48) 河本・前掲注(42)文献三八九頁参照。

(49) 対価として相当の反対給付を受けていても四九七条の罪が成立するとする見解に対して、刑法学者の中森喜彦教授は、「一応通常の取引関係である行為にまで刑法が介入することは、妥当とは思われない。本罪は刑罰もそれほど重くなく、法定の要件が備われれば直ちに適用が可能だとされているのであるが、その対象は、本来、私人間の経済的関係にすぎない。このような場合には、刑法の介入には明確な利益の侵害のあることが要求されるべきであり、会社運営の健全性といった抽象的な概念が一人歩きすることは戒められるべきである」(「利益供与罪の新設」判例タイムズ四七二号三頁(一九八二))と批判されている。

(50) 稲葉・前掲注(41)文献一八五頁は、「相当の反対給付を受けることになっていても、それに対する対価には相当の利潤が含まれているのが普通であるから、それによって総会屋は利益をあげることができる。この場合、その対価として得たもの

が会社にとって必要なものであったかどうか、株主の権利の行使に関する利益供与かどうかの状況証拠として重要な意味をもつことになる」とされている。しかし、私見は、対価として得るものが会社にとって必要なものであるならば、取引の相手方が誰であっても相当の利潤を含んだ対価を支払わなければならないのであるから、この場合には、利益供与の禁止に該当しないと考えるのである。

(51) 結合企業間の取引価格の問題については、江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護(三)」法学協会雑誌九七巻九号一七頁以下(一九八〇)、拙稿「結合企業間の取引行為の規制(一)」法学論集三〇巻一号一四七頁以下(一九八一)参照。

五 おわりに

以上、本稿では、総会屋問題と関連させながら、利益供与の禁止規定を結合企業間の取引に適用する場合に、この規定がどのような意味を持つか、そして、適用上の問題として若干の点について検討した。

総会屋対策の有効な手段として大きな期待を持たれている利益供与の禁止規定は、この問題にのみ適用されるものならば、より広範な事例に適用できるよう、可能な限り拡大して解釈するのが適当であろう。しかし、一般的な形で定められている本規定は、その立法の動機にかかわらず、適用対象をみずから広げていく。総会屋に適用する場合とそれ以外の事例に適用する場合とで、内容が違っているということなどは許されないことである。「株主の権利の行使に関して」という要件にしても、厳格に解せば、相当認定の困難な要件である。また、逆に、緩く解するならば、予想していなかった事例に適用される可能性も考えられる。少なくとも、自己取引のうち、中小企業における事例の場合は、取締役が同時に大株主であるのが通常であるから、税法上でよく問題になる低価譲渡の問題などは、利益供

与の禁止との関連が考えられる。また、過大報酬などの問題も同様である。

利益供与の禁止規定は、適用対象をどこまで広げられるかと同時に、不適切な効果を生じないようにする歯止めも必要であり、慎重な検討を続ける必要があると思われる。