

事実上の取締役の第三者に対する責任

総合判例研究・取締役の第三者に対する責任〔平成編〕

竹 瀨 修

1. はじめに

事実上の取締役とは、多くの場合、広義には、登記の有無にかかわらず、法的には正規の取締役選任手続を経ないまま、あるいはその手続に瑕疵がありながらも、実質的に会社の取締役の業務を執行している者のことをいう¹⁾。しかし、事実上の取締役の概念は、いろいろな目的から多様に概念規定され、必ずしも一致を見ているわけではない²⁾。加えて、事実上の取締役といわれる者を正規の取締役と同列に取り扱うべきか否か、同様の責任を負うとしてその法的根拠は何かについてもなお議論がある。したがって、わが国では、事実上の取締役という概念を説明し、その範囲に属する者は商法266条ノ3（会社法429条）の責任を負うことがあるから、個別事例において、ある者が事実上の取締役に該当するか否かという規範の当てはめだけが問題になるという状況にはない。むしろ、「事実上の取締役」概念によって何を解決しようとするのか、その目的との関係で、「事実上の取締役」概念はどのように定義されるべきか、換言すれば、どの範囲の者に事実上の取締役として一定の責任を負わせることが妥当であるのかという基本的な考察がなお要請される。下級審判例および学説には、「事実上の取締役」も商法266条ノ3が定める取締役の第三者に対する責任を負うことがあるという考え方を採るものがある。本稿では、主として平成以

降の下級審判決の検討を通じて、「事実上の取締役」の第三者に対する責任の法理が成立しうるのか否か、そのような法理が成立するとすれば、どの範囲の者を「事実上の取締役」と解すべきか、すなわち、とくに事実上の取締役となる者の要件について検討する。

なお、商法266条ノ3の規定は、その内容が実質的に平成17年会社法429条に受け継がれており、細かな文言に相違はあるが、基本的に前者に関する解釈論が実質的に後者にも妥当すると考えてよいと思われる。その意味で、本稿は、新会社法の下での「事実上の取締役」に関する問題をも検討することを視野に入れている。

2. 判例の状況

(1) 前史 事実上の取締役の責任が認められるまで

最大判昭和44・11・26民集23巻11号2150頁が、取締役の第三者に対する責任の性質について、会社に対する取締役の任務懈怠を基礎とする、不法行為責任と並立する特別の責任であると解したことから、判例ならびにこれを支持する多数説は、266条ノ3の責任を認める前提として、まず取締役の会社に対する任務懈怠責任を要求することになる。

ところが、最判昭和47・6・15民集26巻5号984頁が、正規の選任手続を経ていない登記簿上のみの名目的代表取締役について、商法14条の類推適用により同人が故意または重大な過失で不実の登記の出現に関与した場合には、善意の第三者に対する関係では、取締役でないことを主張し得ないことから、266条ノ3の責任を負うと判示した。これによれば、実質的に何も職務のない取締役でない者が、他の実質的な取締役の責任を善意の第三者に対していわば無条件に保証する形で、「任務懈怠責任」を負うという構図が成立する。しかし、実態的に見て、任務のない者に「任務懈怠責任」を問うという奇妙な結果となっている。これは、善意の第三者と不実の登記を出現させた者との間の比較衡量から、このような結論が導かれ

ている向きが感じられる³⁾。

しかし、この判決後の下級審判決は、必ずしも昭和47年最高裁判決の額面どおり登記簿上の名目的取締役の責任を認めているわけではない。むしろ多くの判決は、登記簿に取締役として登記されることに承諾しただけの事実から取締役の責任を認めるよりは、登記簿上のその取締役が何らか業務執行に関与した場合か、真の経営者が表面に出ることが不都合であるため、取引関係者の目を欺く目的で、名目的代表取締役がそのことを知りつつ登記されることを承諾している場合に、名目的取締役の責任を認めると指摘されている⁴⁾。実態的には、裁判所は、取締役の任務があることをやはり重視している面があると考えられよう。

その後、最判昭和 62・4・16 判時1248号127頁は、退任登記未了の取締役の第三者に対する責任を問題にした事案において、「株式会社の取締役を辞任した者は、辞任したにもかかわらずなお積極的に取締役として対外的又は内部的な行為をあえてした場合を除いては、辞任登記が未了であることによりその者が取締役であると信じて当該株式会社と取引した第三者に対しても商法（略）266条ノ3第1項前段に基づく損害賠償責任を負わないものというべきである（最高裁昭和33年（オ）第370号同37年8月28日第三小法廷判決・裁判集民事62号273頁参照）」が、不実登記の残存に明示的な承諾を与えていたなどの特段の事情がある場合に、商法14条の類推適用により同人が266条ノ3第1項の責任を免れないとした。これは、辞任して取締役でなくなった者は、たとえ登記が残っていても、原則として取締役の任務がないので、損害賠償の責任を負わないと考えるのであろう。反対に、取締役を辞任しておきながら、なお取締役としての業務を行った場合は、そのことにより責任を負うことがある旨が判示されている（最判昭和63・1・26）⁵⁾。事実上の取締役の理論を最高裁が承認しうる基礎は、この部分に見出すことができよう⁶⁾。

事実上の取締役については、昭和62年および同63年の最高裁判決に先立って、東京地判昭和 55・11・26 判時1011号113頁が、「取締役として登

記されていない者で原告の主張する『実質上の取締役』という立場にある者に対して商法266条の3に基づく責任を追及しうるかについては、疑問の存するところであるが、仮にこれを肯定する見解を採るとしても、ある者につき右『実質上の取締役』たる立場を肯認するためには、その者が、實際上、取締役と呼ばれることがあるのみでは足りず、会社の業務の運営、執行について、取締役に匹敵する権限を有し、これに準ずる活動をしていることを必要とすると解すべきである。」と述べていた。問題の人物 Y_2 は、社員から専務と呼ばれ、その会社の東京支店で、被告 Y_1 が原告 X から受領した売買代金を被告 Y_3 に渡す際に同席していたほか、会社の事務に従事したことがある。しかし、判決は、このような「事実によっては、 Y_2 を被告会社の『実質上の取締役』と推認することはできず、他にこれを認めるに足りる証拠はない。」として、 Y_2 に対する請求を棄却している。

この後、実質上の取締役の266条ノ3第1項の責任を認めた判決ではないが、実質上の取締役であると認めた裁判例がある。横浜地判昭和58・3・17判時1095号150頁は、当初は従業員であったが、後には経営に参画し、出資もし、開業後3ヶ月を経過した頃には経理部長となって会社の経営上重要な地位を占め、形式的には取締役会と称されたが、実質的な株主総会である出資者たちの会議で、取締役に選任されながら、なお登記はされていなかった者 X が、会社の破産により未払いの給料、貸付金等の損害の賠償を266条ノ3により取締役に請求した事案である。このような場合には、 X は「実質上取締役となったものである。したがって訴外会社の倒産が代表取締役 A の放漫経営によるものであり、且つ取締役たる被告らが訴外 A の業務執行を監視すべき義務を怠ったとしてこれが責任を負担すべきものとしても、 X もまた実質上の経営担当者であり且つ取締役としてその責任の一端を担うべきものであるから、仮に訴外会社の倒産により出資金及び貸金の返還を受けられず、その他給与、立替金の支払いを受け得られなかったとしても、 X は商法第266条の3第1項の第三者に該当しないものというべきである。」という。この X は、明らかに取締役の実質を有

する者であり、事実上の取締役の理論が成立する場合には、第三者から266条ノ3の責任を追及されうる立場にあるといえよう。

昭和50年代の段階までは、裁判所は、事実上の取締役の理論を法理として認めるかどうかについて、東京地判昭和55・11・26に見られるように、「仮にこれを肯定する見解を採るとしても」という表現を用いて、慎重な立場を崩していないが、前記横浜地裁判決の事案では、実質上の取締役であると明言している。いずれの判決も、事実上の取締役になりうるかに関し、形式的に取締役と呼ばれていたかどうかではなく、その者の現実の業務執行および取締役としての任務の有無を重視していると思われる。

(2) 事実上の取締役の責任を肯定した判例

初めて事実上の取締役の第三者に対する責任を肯定した判決は、東京地判平成2・9・3判時1376号110頁である。

東京地判平成2・9・3判時1376号110頁

〔事実の概要〕

Y₁株式会社は、横浜市内で内科等の6科の診療所（形式上は医師Pが開設者）を経営していた。同社は、Y₃が自己資金で設立し、役員にはなっていなかったが、重要事項の決定権を有する実質的経営者であった。Y₁会社の取締役は、Y₃が経営する他の会社の従業員をあて、代表取締役Y₂も同様の立場の者であった。Y₃は、日常的な業務の意思決定と執行をY₂に任せていたが、重要事項はすべてY₃が掌握し、主要な点はY₂がY₃に相談しその指示を仰いでいた。同診療所の経営は改善しつつもなお赤字が継続していた関係で、人件費節約のため、Y₃は、Y₂らの協力を得て、エックス線撮影に無資格者を従事させていたが、これが発覚し、診療所の信用を失い、Y₁会社は倒産するに至った。Y₁会社に医薬品を販売していたXは、Y₁会社に代金請求をするとともに、Y₂、Y₃に対して、適正な診療を行って営業を継続し、会社倒産を回避すべき義務に故意または重

過失により違反したとして266条ノ3第1項の適用および類推適用による損害賠償を請求した。

〔判旨〕 一部認容。

「以上の認定事実によれば、 Y_2 は Y_1 会社の代表取締役であったのであり、代表取締役として診療所を経営するにあたっては、適正健全な運営を行うことを心掛け、診療所を継続、発展させ、不正な診療等を行い、診療所としての信用を失い、その業務が出来なくなり、ひいては Y_1 会社を倒産に至らせることがないようにすべき義務があり、また Y_3 は Y_1 会社の取締役にはなっていなかったものの、対外的にも対内的にも重要事項についての決定権を有する実質的経営者（事実上の代表取締役）であったのであるから、本件においては Y_3 は Y_2 と同様の義務を負うものと言うべきである。

……中略…… Y_1 会社の右事実上の倒産は、 Y_3 及び Y_2 らにおいて故意に不正な診療を行わせ、それが発覚した場合診療所の経営が立ち行かなくなることがあり得ることを認識していたか、又はわずかな注意を払えば容易に予見し得たにもかかわらずこれを怠り、不正な診療を継続したことによるものであり、 Y_3 、 Y_2 は重大な過失により前記義務に違反して Y_1 会社を事実上倒産させたものというべきである。

……中略……

以上によれば Y_2 は商法266条ノ3第1項により、 Y_3 はその類推適用により X が被った損害を賠償する責任があると言うべきである。」

〔批評〕

本件 Y_3 は、 Y_1 会社のオーナーというだけではなく、実質的に経営を指揮しており、判旨が認定するように、経営上の主要な事項に関する業務執行を継続的に自己の責任において行っている。 Y_3 は、 Y_2 に対して単に助言をするという程度の関与ではなく、自らが判断し、それを実行に移すように Y_2 らに指示している。 Y_3 は、 Y_1 会社における取締役としての任務を引き受けており、会社側（取締役）もそれを認め、さらに、取引先に対しても代

表者であるように振舞っていたと認定されている。このような者に対して、会社債権者が取締役の任務懈怠責任を追及できないとしたら、商法が定める取締役の責任に関する規定の多くが潜脱されることになる。すなわち、実質的に取締役としての権限を有し、会社の経営を担当しながら、何ら取締役としての責任を負わない地位を作り出すことになってしまう。もちろん、法人格否認の法理という一般法理により、かかる潜脱行為に対処することも考えられるが、本件Y₁会社は、個人と会社との間の関係が、形骸化しているわけでもなく、法人格を濫用している事例といえるかどうかは、なお問題が残るであろう。また、個別の法条の解釈で対処が可能である場合に、一般法理を直ちに用いることにも抵抗感がないわけではない。そうだとすると、本件のような場合に、「事実上の取締役」理論により、実質的な取締役の責任を追及する方法が認められる意味があると考えられる。もちろん、その法的根拠および「事実上の取締役」の要件については、なお検討を要することはいうまでもない。この点、本件判旨は、いかなる要件の下に、事実上の取締役の第三者に対する責任を認めるのか、その一般的解釈については十分に明らかにしていない⁷⁾。しかし、本件判旨では、事実上の取締役とされたY₃が、実質的経営権をもつのみならず、それを継続的に現実に行使して、取締役として行為し、必要な資金調達などしながらその経営者としての責任も引受けていたことが重視されていると思われる。最終的には、Y₃がとくに無資格者をエックス線撮影に従事させるという誤った判断をして、Y₁会社を倒産させてしまったことは、取締役の会社に対する任務懈怠とみることができる。これに対し、Y₃がY₁会社に出資し支配はしているが、その経営をY₂に委ねていた場合であれば、果たしてY₃を事実上の取締役であるということが出来るかは相当に疑問であるように思う。その意味で、本件判旨は、やはりY₃の実質的経営責任を重視していると思われる。

次の大阪地判平成4・1・27労働判例611号82頁は、本判決の1年数ヶ月後である。

大阪地判平成 4・1・27 労働判例611号82頁

〔事実の概要〕

Y₃は、いくつかの会社の代表者であり、甲グループの総帥として活躍し、取引先の接待と自己利用のため、酒場・ラウンジの経営等を目的とするY₁株式会社を設立し、Gという店を営業していた。Y₁会社では、形式的な代表取締役Y₂がおり、Y₃は、監査役にすぎなかったが、実質的な所有者として「オーナー」を自称し、従業員は社長と呼び、経理関係については、自己の信頼するA（甲グループの他の会社の従業員）に統括させ、運転資金の手当てや責任ある従業員の採用・解雇も決定し、Y₃がY₁の営業の内容をすべて掌握していた。Xは、G店のホステス（雇われママ）として稼働し、基本給や口座料、立替金の債権をY₁に対して有していたが、Gの閉店およびY₁の事実上の倒産により未払いとなったので、Y₁にはその債権の支払いを、Y₂およびY₃には266条ノ3による損害賠償を求めた。

〔判旨〕 一部認容。

「以上の事実によると、Y₃は、事実上の代表取締役として、Y₁の業務の運営・執行を行っていたと認められる。

2 Y₃の任務懈怠（人証略）

Y₃は、Y₁の事実上の代表として全権を有しながら、Gの経営が不良なまま、改善の手段を講じることなく漫然と営業を続け、累積赤字を増大させたばかりか、Xに対し給料等の不払を頻発し、Xをして退職の止むなきに至らしめ、遂にはGの維持・再建の意思をも放棄し、Y₁を事実上の倒産状態に陥らせたと認められる。

3 以上によると、Y₃は、故意または重大な過失によって、Y₁の事実上の代表者としてY₁に対し負う忠実義務を怠り、その結果、Xに対し前記損害を被らせたというべきであるから、商法266条の3の類推適用により、Xに対し右損害賠償責任を負うと解される。

六 Y₂の責任

Y₂は、Y₁の形式的な代表取締役に過ぎず、実質上はY₃の従業員と目されるが、代表取締役の地位にある以上、Y₁の適正な運営、業務執行をなすべき義務を免れないところ、故意または重過失により、Y₃の前記違法な業務執行を放置したのであるから、商法266条の3により、Xに生じた前記損害を賠償する責任を負う。」

〔批評〕

本件判旨でも、事実上の取締役の概念および要件は、266条ノ3の一般の解釈論としては提示されていない。しかし、Y₃が、正規の選任手続なく、実質的に代表取締役としての業務を行っていたことは明らかであるし、その任務を引き受けていたことも見て取れる。かかる場合に、Y₃を正規の取締役ではないから、266条ノ3の責任を追及することができないという解釈は、法の潜脱を許す結果になる。その点で、前記東京地判平成2・9・3の事案と同種の中身を持つものといえよう。また、Y₃自身がY₁会社の支配的地位を有しているから、いつでも取締役に選任されることは可能であり、実質的なオーナー経営の形であったという点も同じである。

京都地判平成4・2・5判時1436号115頁

〔事実の概要〕

株式会社Aは、呉服卸業を営み、資本金1000万円で、Y₁が代表取締役、妻Y₂（後に離婚）が監査役の会社であった。A社は、Y₂の亡父が営んでいたいくつかの個人企業を法人成りさせた会社のうちの一社の一部を暖簾分けされたような会社で、Y₂が代表取締役であるB有限会社の完全子会社であった。B社は、不動産の賃貸、保有、管理を主目的とする会社で、同社の監査役であるY₁がその業務を担当し、A社に対し、本社ビルの賃貸、資金援助および物上保証をしており、A社の存続にはB社の信用が不可欠であった。Y₂は、A社のために、担保を設定するに際して、B社を代表して承諾を与え、A社に対し個人的にも資金援助および物上保証をしていた。しかし、A社は、赤字体質から抜け出せず、昭和62年

度には累積損失2億100万円に達していたため、A社およびY₂はB社所有のA社本店土地の売却により銀行債務の支払に充て、新社屋へ移転して再建を開始したが、その頃からY₂がA社に向いて帳簿を見たりし、同じ頃、Y₁は、格安品を商う現金問屋のXから仕入れをし、6ヶ月満期の約束手形を代金支払のために交付していた。しかし、Y₂は、利益の極めて薄いXとの取引は経費倒れになるおそれがあるとして善処を申し入れたり、生活態度の良くないY₁に対し、取引先Pの社長から助言をしてもらうなどしたが、効果がなく、Y₂は、B社代表者または個人の融資者として、A社の主要取引銀行に対し以後手形割引をしないよう申し入れ、同行は、今後貸出および手形割引をしない旨をA社に通告した。その後、Y₂はA社の監査役辞任届を提出した。A社は、格安品を販売したため、多くの返品トラブルに遭い、資金に窮し、赤字覚悟の現金安売りや高利金融業者からの手形割引などにより急場凌ぎをしたが、B社の不動産に取引先Pが仮差押登記をし、Y₂もB社を代表してA社への融資を打ち切った。このため、A社は倒産し、破産宣告を受けた。Xは、Y₁が買入れ当時から代金決済の見込みなく商品を買入れたものであり、Y₂は監査役として業務財産を調査する義務があるとともに、A社の親会社の代表取締役であり、A社の事実上の取締役としてY₁の業務を監視する義務があり、これらを怠ったとして代金の回収不能による損害賠償を請求した。

〔判旨〕 一部認容。

「Y₁は、利益を上げる見込みもなく、その商品の品質も充分調査しないで、それまで扱ったことのない品質のよくない安売品である本件呉服類をXから買入れ、その代金の支払いのため、確実な支払い見込みがない約束手形を振り出したものであり、これは、Y₁の重大な過失によるA(会社)に対する任務懈怠であるというべきである。」したがって、Y₁は、Xに対し266条ノ3第1項に基づきXに損害賠償の責任を負う。

「Y₂の言動とA社の経営状況の浮沈との間には密接な対応関係がみられるのであって、Y₂は、A社の経営と相当に深い関係をもっており、親会

社であるB社の代表取締役として、また、会社創設者であるCの相続人で、A社の実質的所有者として、事実上A社の業務執行を継続的に行い、A社を支配していたものであって、A社の事実上の取締役に当たるといふべきである。……中略……

……A社は、昭和63年1月新社屋に移転したものの、親会社の資金援助とか、他からの借入金などを当てにしたものであって、確実な代金支払いの目処もないのに、その支払いのため満期を6か月先とする約束手形を振り出し、Xから本件格安商品を買って受けて、成算の持てない極めて利益の薄い安売りを続け、同年4月以降は返品が続出もあってXからの仕入れた本件商品を原価割れのダンピングをするなどして急場を凌いでいたものである。

(ニ) Y₂自身も、この頃、A社の経営不振について危機感をもち、帳簿類を調査したこともあるのに、単に利益の薄い取引であることを指摘して、注意を喚起したにすぎず、その後、自ら、取引銀行のS銀行やPに対して、取引打切りの申し出をしている。

(ホ) A社は、Xから本件商品を当初の同年1月の仕入れは175万5,000円であったが、同年2月以降同年4月まで月額1,000万円を超過する金額に達しており、同年5月は638万6,500円となり、急激に取引金額を増加させている。

(ヘ) Xとの取引による商品の代金は当初から一切支払われていない。

(2) 以上の各事実、弁論の全趣旨に照らすと、Y₂は、A社の事実上の取締役として、重大な過失によりY₁の前認定の任務懈怠行為に対する監視義務を怠ったものといふべきであって、Y₂はこれにより生じたXの損害を事実上の取締役の第三者に対する責任として商法266条ノ3第1項により賠償すべき責任がある。」

〔批評〕

本件判旨も、事実上の取締役と認める要件として、登記の有無とは関係なく、会社の継続的な業務執行を要求していると解される。さらに、事実

上の取締役の監視義務違反による責任を認めた点に特徴が見られる。

上述 の 2 判決は、事実上の取締役が積極的に経営上の判断を行い、継続的に指揮してきたことが認定されているが、本件の場合には、そのような積極性は、必ずしも認められず、Y₂が、実質的所有者であるという会社支配の状態が重視されており、代表取締役の任務懈怠行為に対する取締役としての監視義務違反を問われている。このため、本件判旨に対しては、Y₂について、継続的な業務執行が認められず、事実上の取締役である要件を満たしていないという反対説が多い⁸⁾。Y₂の行ったことは、A社の帳簿を調べ、利益の薄い格安品の取引を善処すべき意見を述べ、取引先から警告されて、その取引先にY₁へ注意をしてもらったことという程度である。その他の行為は、個人的な資金援助者、物上保証人としての行為であり、A社の業務執行という性質の行為ではない。多数の見解がいうように、この点では、Y₂を事実上の取締役であるとした判旨に疑問がある。

ただ、事実上の取締役についても監視義務違反が成立するとした点については、一般的な解釈としてありうるであろう。会社の経営に事実上の取締役として正規の取締役と同等の地位を認められて参画し、積極的にその役割を果たしている場合、この者は、取締役としての職務を自ら引き受けていると解され、その者が、たとえば、重過失により代表取締役の不当な行為を防止しなかった場合、そこに監視義務違反、つまり任務懈怠を認めることは、事実上の取締役としての積極的な活動による責任を問うのと同様に肯定できると考える⁹⁾。もちろん、本来、取締役でない者が勝手に取締役と称し、会社がそれを認めていたとしても、実際には取締役としての業務を行わせていない場合、会社との関係でその者には取締役としての任務はないのであるから、監視義務違反を問うことは難しいと思われる。

(3) その後の判例

上記 3 判決後には、事実上の取締役の責任を認めた判決例は公表されていない。反対に、有限会社法30条ノ3に基づく請求であるが、これを明確

に否定する判決がある。

東京地判平成 5・3・29 判タ870号252頁

〔事案の概要〕

A社は、皮革製品の加工を業とする有限会社で、Y₁が代表取締役であり、妻Y₂もかつては同社の取締役であったが、その後辞任しその登記もされていた。Xは、A社に対し商品を継続的に販売し、約束手形の振出し、交付を受けていたが、A社が手形の不渡りを出して倒産したため、手形金の回収が不能となった。Xは、Y₁に対し支払見込みのない手形の振出しおよび会社財産管理の懈怠につき、有限会社法30条ノ3に基づく取締役の責任を追及し、Y₂に対しては、事実上の取締役として同条に基づく責任を追及した。

〔判旨〕 請求棄却。

「当裁判所としては、およそ取締役として登記されていない者に対しては、仮にX主張のような行動が認定できたとしても、いわゆる『事実上の取締役』であることを理由として有限会社法30条の3に基づく取締役の責任を追及することは許されないものと解する。したがって、XのY₂に対する本訴請求はこの点において、既に理由がないものというべきである。

なお、付言するに、仮に、いわゆる『事実上の取締役』であることを理由として有限会社法30条の3に基づく取締役の責任を追及することを肯定する立場をとったとしても、ある者が右にいう『事実上の取締役』であると認めるためには、その者が實際上取締役と呼ばれるなどして取締役の外観を呈しているだけでは足りず、会社の業務の運営、執行について取締役に匹敵する重大な権限を有し、継続的に右のような権限を行使して会社の業務執行に従事していることを必要とするものと解すべきであるが（東京地裁昭和55年11月26日判決判例時報1011号113頁等参照）、本件においては、証拠上、Y₂には右のような要件に該当する事実が認め

られず、『事実上の取締役』ということはできないから、いずれにしても、Xの請求は失当であり、棄却を免れない。

すなわち、証拠……中略……及び弁論の全趣旨を総合すれば、(1) Y₂がAの営業に際して取引先等に配布していた名刺には、『専務』ないし『取締役』等の肩書きは記載されていなかったこと、(2) Aには4名ないし5名の従業員がいたが、Y₂は、Aの他の従業員及びAの取引先から『奥さん』、『おかあちゃん』などと呼ばれており、X会社においてAとの取引を担当するPも、Y₂のことを『おっかさん』(北海道方言で『おかあさん』又は『おかみさん』の意)と呼んでいたこと、(3) 毎年12月に行われるAのバーゲンセールでは、Y₁が陣頭指揮をとり、Y₂は他の従業員と共にこれを手伝っていたもので、また、Aの新年のあいさつ回りの際には、Y₂は、代表取締役であるY₁に他の従業員と共に随行していたこと、(4) Y₂は、Y₁の不在の際には、仕入品の発注や製品の受注を行うこともあったが、取引先との間で仕入品の種類、数量、仕入価格や製品の販売価格の交渉は行っていなかったこと、(5) Y₂は、自らの判断で手形を振り出すことはなく、取引先に対する決済のための手形も、Y₁が既に振り出しておいた手形を、単に取引先の担当者に手渡すだけであったこと、(6) Y₂は、Aの経理、人事には関与しておらず、主に、一般従業員と共に皮革の裁断・裁縫、製品の仕上げ、デザイン及び接客等に従事していたこと、が認められるところ、右各事実によれば、Y₂は、Aの代表取締役であるY₁を単に妻又は従業員として補助していたにすぎないと認められ、Y₂について、取締役としての外観も、取締役に匹敵する職務権限ないし継続的業務執行も、到底認められない。」

3. 理論的検討

(1) 事実上の取締役が責任を負うべき法的根拠

上述の判決例が述べるように、事実上の取締役が第三者に対して責任を

負うべきであると考えられる場合、その条文上の根拠を求めるとすれば、通常は、商法266条ノ3または有限会社法30条ノ3（以下、便宜のため、266条ノ3とのみ記すが、有限会社法30条ノ3についても同様の考え方が妥当する。平成17年会社法施行後は、同法429条1項）になるであろう（不法行為の要件を満たすときに、民法709条等による場合は別に考えられる）。そうすると、事実上の取締役は、正規の取締役ではないから、266条ノ3（会社法429条1項。以下同じ）の適用要件をつねに満たしておらず、そのため、同条を根拠規定とする限り、類推適用にならざるをえない。266条ノ3が、株式会社における取締役の職務執行が第三者に影響することが大きく、会社に関係する第三者をとくに保護するために設けられたという趣旨から、重要な職務を行う事実上の取締役にも同様の責任が認められるべきであると説明する見解がある¹⁰⁾。これは、事実上の取締役が現実に業務執行をしているという事実を重視し、266条ノ3の趣旨を汲んだ解釈をして、その拡張適用で対処すれば足りるという立場である。同条の趣旨の及ぶ範囲が明確であれば、それで足りるともいえようが、判例・通説のいう特別の法定責任という見解は、その趣旨を汲んだ適用範囲がそれほど明確であるとはいえない。また、類推適用するには、類推を妥当とする理由が必要である。同条の責任が取締役の任務懈怠責任である以上、事実上の取締役が会社に対する関係で任用契約もなく、なぜ職務を負うことになるのか、また、正規の取締役でもないのに、会社債権者などの第三者に対して責任を負うことになる、会社に対する「任務懈怠」はどのようにして生ずるのか、という問いにも答えなければならないであろう¹¹⁾。結論として、266条ノ3を類推適用することは適当であるとしても、その解釈を基礎づける論理が必要である。

同条の類推適用か直接適用と考えるのかは判然としないが、いずれにしても同条によって事実上の取締役に第三者に対する責任を認めるべきであるとする実質的理由として、商法の定める取締役の責任諸規定が無意味になることの防止を挙げる見解がある。株式会社の取締役について、商法は、

忠実義務に従った業務執行を要求し、株主・経営者間の利害調整をし、第三者に対しても一定の範囲で責任を負わせることによって、行動規制をしている。このような規範に服さない者が会社の業務執行をすると、商法の用意した利害調整（取締役の行動準則の設定）が無意味になる。このため、事実上の取締役は、266条ノ3により第三者に対して責任を負うという¹²⁾。この見解は、事実上の取締役に同条を適用ないし類推適用すべき実質的理由を的確に説明する。しかし、そうであるとしても、なぜ取締役でない者が正式の取締役任用契約もなく会社に対する関係で義務を負い、第三者に対して法定の特別責任である、その任務懈怠責任を問われるのか、この点の説明はなお十分ではない。事実上会社の業務を執行するだけで義務および責任を負う根拠は何かはなお説明される必要がある。

事実上の取締役が責任を負うべき根拠は、やはりその者が会社の業務を執行する意思および行為とそれについて会社の許容があることによって、明示か黙示かを問わず、取締役と同種の責任を負うべき法的関係（契約と構成すべきであろう）にあると解すべきであろう。従来の判決例や学説が、事実上の取締役の要件として、継続的な業務執行を挙げているのは、そのことによって事実上の取締役である者の業務執行の意思が明らかとなるだけでなく、会社もそれを許容していることが通常見て取れるからであろう。昭和61年に公表された「商法・有限会社法改正試案」二13bが、事実上の取締役の要件として、その者の業務執行と会社の許容を挙げているのも¹³⁾、以上のような意味で理解することが可能であるように思われる。

もっとも、会社の許容とは何を指すのか必ずしも明確ではない¹⁴⁾。その解釈としては、事実上の取締役が職務を行うことについて取締役会や代表取締役、支配株主が認容または了解していること、選任決議を経ない任用契約、事実上の任命行為などが考えられよう¹⁵⁾。

(2) 事実上の取締役の要件

上述の法的根拠の考え方によれば、事実上の取締役として266条ノ3の

責任を負うべき者は、法的に正規の選任手続を経ないで、会社の許容する範囲で、実質的に取締役の業務を引受け、これを執行する者をいう。敷衍すれば、第一に、(a) 実質的に取締役としての業務を行った者でなければならない。次に、(b) その者が、その業務を行ううえで、取締役と同様の権限を引き受ける意思が必要である。さらに、(c) その者が取締役としての業務を行うことについて会社の承認ないし許容が必要である¹⁶⁾。

(a) 実質的な取締役としての業務執行

事実上の取締役の理論によれば、取締役選任の正当な法的手続を経ていない者が、取締役としての業務を行ったことにより、その者が取締役と同様の責任を問われる。したがって、実質的に取締役としての業務を行ったことが、通常は、その者の責任を問う要件になる。ただし、次の(b)の要件とも関連するが、事実上の取締役に監視義務違反を問いうるかという問題がある。監視義務は、正規の取締役であれば、他の取締役が不当な行為をしないように監視するという中身をもつが、取締役でない者がそのような監視をする任務があるのかという問題である。しかし、有効な選任決議はなくとも、会社が実質的に取締役と認め、取締役として活動させ、本人も取締役と実質的に同じ権限・地位を引き受けているときには、この者に監視義務違反の責任を認めることも考えられる。かなり限定された場合であるかもしれないが、このような場合を解釈上排除する必要まではないであろう。

(b) 取締役としての権限の引受

事実上の取締役である者があくまで従業員として正規の取締役の承認を得て、取締役に類する言動をしていたとしても、それは、たとえば、営業部長としての立場である。事実上の取締役は、やはり経営者、取締役としての権限を引き受ける意思が必要であると解される。それなしに、経営者に助言を与え、経営者がそれを信頼して、その助言に従っていたとしても、そのみで事実上の取締役とは認められない。従業員であっても、取締役に助言し、報告し、必要な措置を取ることを求めることはしばしば見られ

る事態である。事実上の取締役という場合には、それを超えて、経営者としての立場、権限を引き受ける意思が認められなければならないと考えられる。

したがって、取締役の下で、いわゆる執行役員として活動する者は、ここでいう取締役としての権限の引受はないものと解すべきであろう。この場合は、執行役員の活動の責任を負うのは、担当の取締役であると解される。この取締役が問題の執行役員の行為に関し悪意・重過失のない限り、自己の悪意・重過失による職務懈怠は認め難いと考えられる。もっとも、名称は執行役員でも、実態としては、取締役と同等の相対的に独立の執行権限を与えられ、事業経営を担当する者は、^(a)の要件とも関わって、取締役としての権限を引き受けていると解されるので、取締役と同様に第三者に対する責任を負うべきである。

ちなみに、委員会等設置会社の執行役が第三者に対する責任を負うことは、会社の業務執行権限の存在から見て、当然の結論である（商特21条の22、会社429条1項）。委員会等設置会社の取締役会が、執行役ではないがそれと同等の権限を与えた者を選任し、その者が経営に参加した場合あるいはそのような地位を事実上認めていた場合は、この者にも執行役と同様に第三者に対する責任が生じうることを認めるべきであろう¹⁷⁾。

なお、取締役の欠格事由に該当する者が、実質的に取締役としての活動をし、それが会社において認められていた場合、その者は、当然に、取締役としての権限を引き受けて会社経営に参加しているのであるから、取締役の第三者に対する責任が生じうると解すべきである。取締役の欠格事由に該当することによって取締役の第三者に対する責任を免れられることは、法の潜脱を許す結果にもなりうるからである¹⁸⁾。

(c) 会社の許容

実態的に取締役としての活動があったとしても、それを会社が許容していない場合には、その者の活動は結果として有効な行為とはならないであろうし、少なくとも会社内部では、有効な行為とは認められない。そうで

あるとすれば、その者の行為は、いわば勝手な判断による自称取締役にすぎない。この者に会社は、何も任務を与えていないのであり、266条ノ3を適用ないし類推適用する前提としての任務懈怠が観念できない。したがって、事実上の取締役として責任を負うべき者は、やはり会社からその取締役としての活動を許容されている者でなければならない。許容の態様は、いろいろな形がありうる。積極的に取締役として事実上任用しているような場合もあれば、消極的に黙認しているような場合まで考えられる。誰の許容をもって会社の許容と解するかという点については、取締役の選任に決定的な影響力を有する支配株主、代表取締役や取締役会の過半数のメンバーが考えられる。事実上の執行役については、(b)に述べたように、取締役会の明示または黙示の選任で足りると解される。

なお、会社内部において実質的に取締役としての職務を遂行しているのであれば、債権者である第三者から見て取締役としての外観を有するか否かは、絶対的な要件ではないと解すべきであろう。内部的な業務のみを担当する取締役も考えうるからである。

- 1) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法⁽⁶⁾』339-340頁〔龍田節〕(有斐閣, 1987年), 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第4版〕』431頁(有斐閣, 2005年)等。
- 2) 石山卓磨「事実上の取締役概念の多義性」公開会社と閉鎖会社の法理・酒巻俊雄先生還暦記念51頁以下(商事法務研究会, 1992年), 中村信男「判例における事実上の主宰者概念の登場」判タ917号108頁以下(1996年)等。比較法的研究として, 石山卓磨『事実上の取締役理論とその展開』(成文堂 1984年), 南保勝美「事実上の機関 西ドイツ法を中心として」法律論叢60巻4=5号553頁以下(1988年), 山田泰彦「第三者に対する事実上の取締役の責任」公開会社と閉鎖会社の法理・酒巻俊雄先生還暦記念695頁以下(1992年), 石山卓磨「英国における事実上の取締役と影の取締役との関係」『比較会社法研究 奥島孝康教授還暦記念第1巻』3頁以下(1999年), 中村信男「イギリス法上の影の取締役規制の展開および法的位置づけの変容と日本法への示唆」21世紀の企業法制・酒巻俊雄先生古希記念537頁以下(2003年), 中村信男=鄭世喜「経営指揮者とその会社・第三者に対する責任 韓国商法上の背後理事規制と日本の判例における事実上の主宰者の責任法理」『比較法学』38巻1号207頁以下(2004年)等がある。青木英夫『結合企業法の諸問題』(税務経理協会 1995年)は, 親会社を子会社の事実上の取締役にする見地からの比較法的研究である。
- 3) たとえば, 江頭憲治郎・判批・法協90巻10号107-108頁(1973年), 加美和照「会社法人

格否認の法理と商法266条ノ3の責任」判タ917号139頁(1996年)参照。米津昭子・判批・民商68巻2号339-340頁以下(1973年)は、正規に選任されておらず、本来、任務のない者に266条ノ3の責任は問えないという。吉川義春『取締役の第三者に対する責任』305頁(1986年)は、266条ノ3の責任が会社に対する任務懈怠を帰責事由とする以上、表見取締役のように本来任務がなく、登記のみがある者に任務遂行の期待可能性はなく、また会社の業務執行に容喙すべき者でもないから、責任を問うことはできないはずであるが、商法14条の類推適用により表見取締役に266条ノ3の責任を認める判例は、本条の責任とは異質な外觀法理・禁反言の法理による結果責任を認めるものであるといわれる。同・判批・判タ671号50頁(1988年)も同旨を展開されている。

- 4) 藤田友敬「いわゆる登記簿上の取締役の第三者に対する責任について」『米田實先生古希記念 現代金融取引法の諸問題』16-26頁(民法研究会 1996年)。
- 5) 最判昭和63・1・26 金法1196号26頁も同旨を述べる。
- 6) 藤田・前掲注4)論文32-33頁参照。
- 7) 落合誠一・本件判批・ジュリスト1063号130頁(1995年)。
- 8) 石山卓磨・本件判批・法律のひろば46巻9号71頁(1993年)、吉本健一・本件判批・リマークス1994上131頁(1994年)、神崎克郎・本件判批・商事法務1405号39頁(1995年)、井上健一・本件判批・ジュリ1081号121頁(1995年)、判旨賛成、青木英夫・本件判批・金判916号49頁(1993年)。
- 9) 神崎・前掲判批40頁も「事実上の取締役は、實際上、会社の業務運営について取締役に匹敵する権限を有し、これに準ずる活動をしていることから、その責任負担に関しては、取締役に準じた任務を負うものとみなされ、その懈怠があれば、監視義務の懈怠をも含め、任務懈怠に責任を負うものと解すべきである。」といわれる。
- 10) 畠田公明「事実上の取締役の責任」沢野直紀ほか編『企業ビジネスと法的責任』143頁(法律文化社、1999年)。
- 11) 小橋一郎・判批・判例時報1449号208頁(1993年)。
- 12) 藤田・前掲注4)論文40頁。
- 13) 資料「商法・有限会社法改正試案(昭和61年5月15日法務省民事局参事官室)」商事法務1076号15頁(1986年)。
- 14) 森本 滋「取締役の第三者に対する責任の機能とその適用範囲の拡大(下)」金法1213号23頁(1989年)参照。
- 15) 喜多了祐「事実上の取締役」金判755号88頁(1986年)参照。
- 16) 吉川・前掲注3)書136-138頁は、「事実上の取締役」は、法律上の取締役ではないが、既成事実の尊重の観点からその責任が認められるから、継続的職務執行、決定的影響力の行使、業務執行の事実上の関与、瑕疵ある選任行為などが要件となすといわれ、この段階では、必ずしもその要件論は明確でなかったが、その後に表示された、同「取締役の第三者に対する責任の理論問題」立命館法学231・232号538頁(1994年)では、「継続的職務執行」ないし「業務執行の事実上の関与」と「取締役の外觀」の要件が具備されるときには、事実上の取締役となり、266条ノ3の責任を負うといわれる。取締役の外觀の具備という意味は、単に取締役として振舞っているというだけでなく、おそらく会社がそのことを

事実上の取締役の第三者に対する責任（竹瀨）

許容していたことを含むのではないかと思われるが、この点は必ずしも明らかではないままである。

- 17) 稲葉威雄「新しい会社法制を求めて（ ） 会社法現代化要綱試案に関連して」民事法情報213号5頁（2004年）は、委員会等設置会社の執行役ではない、いわゆる執行役員について、取締役・執行役の第三者に対する責任が問題となる可能性を示唆している。
- 18) 塩見 淳「事実上の取締役について」京都大学法学部創立百周年記念論文集第二巻公法・国際法・刑事法534頁，562頁等（有斐閣 1999年）は、刑事法の適用の観点からであるが、取締役の欠格事由に該当している者が、実質的に会社を経営しながら、他の者を形式的に取締役とすることにより刑事責任を免れることの不当性の問題をも指摘している。

〔付記〕 本研究は、(財)全国銀行学術研究振興財団より研究助成を受けて行われたものである。