

近時の裁判例における「事実上の取締役」

中 村 康 江*

目	次
はじめに	
一	概 説
二	近時の裁判例
三	評 価
おわりに	

はじめに

「事実上の取締役¹⁾」とは、適法な選任手続きによって選任された取締役以外の者や、取締役を辞したあと、取締役の権利義務者（会社法346条1項）にも当たらない者に対し、その者を取締役と同視するにふさわしい事情がある場合に、取締役の第三者に対する責任（会社法429条1項、平成17年改正前商法266条ノ3第1項（以下、単に「商法」というときは平成17年改正前商法を指すものとする。））を追及するための理論的基礎とされる概念である。取締役として適法に選任されていない者、あるいは、取締役を退任し、権利義務者（会社法346条）にも当たらないにもかかわらず、まだ退任登記がなされていない者については、業務執行の実態がない場合であっても、登記に対するその者の同意を根拠に、いわゆる「登記簿上の取締役」として、不実登記に関する規定（会社法908条2項）を類推

* なかむら・やすえ 立命館大学大学院法務研究科教授

1) 日本における「事実上の取締役」の定義については、石山卓磨『事実上の取締役理論とその展開』（成文堂、1984年）164頁、219頁等、を参照。

適用し、その者の対第三者責任を追及することが認められている²⁾。また、会社の取締役ではない者が、一人株主として会社を意のままに支配しており、会社を実質的に個人企業と同視できる場合は、その者を会社の背後者として、いわゆる法人格の否認の法理を用いて、形式的に会社のなした行為に関する責任を直接に追及することも考えられる³⁾。「事実上の取締役」は、これらの諸制度とともに、会社法上、取締役が会社の債権者に対して負う責任を、適法に選任された取締役以外の者にも拡張する概念として機能してきたといえる。

「事実上の取締役」に関する明文の定めは商法・会社法に存在しないが、原告が、責任追及の相手方たる被告を「事実上の取締役」であると主張して、その責任を追及した裁判例は、1970年代より散見されてきた。その後、一時的にその数は減少したものの、会社法の制定・施行後に当たる平成20年以降、同様の主張がなされる裁判例が増加しており、そのうちのいくつかににおいて、裁判所は、被告が「事実上の取締役」であることを認容するに至っている⁴⁾。

本稿は、近時の裁判例を参考に、現時点における「事実上の取締役」の要件について考察することを目的としている。まず、その前提として「事実上の取締役」に関する旧来の裁判例と学説を概観する。その上で、近時、「事実上の取締役」について裁判所の判断が示された裁判例を紹介し、これらの裁判例を参考に、「事実上の取締役」という概念の現在の到達点を示し、私見を述べる。なお、本稿の主たる対象は、取締役の第三者に対する責任の分野における「事実上の取締役」概念の分析であるため、いわゆる「事実上の主宰者」については取り扱わない⁵⁾。

2) 最判昭和47年6月15日民集26巻5号984頁、参照。

3) 最判昭和44年2月27日民集23巻2号511頁、最判昭和62年4月16日判時1248号127頁、参照。

4) 高橋美加「事実上の取締役の対第三者責任について」岩原伸作＝山下友信＝神田秀樹(編代)『会社・金融・法[上]』346頁(商事法務、2013年)。

5) 「事実上の主宰者」とは、ある会社の取締役が、他の会社を意のままに支配して競争

一 概 説

1. 裁判例とその評価

(一) 裁判例

以下では、裁判所の判断において、「事実上の取締役」ないしこれに類する概念（「実質上の取締役」、「実質上の経営者」、「事実上の代表取締役」）という表現が用いられた初期の裁判例について概観する⁶⁾。

① 東京地判昭和55年11月26日判時1011号113頁（事実上の取締役：否定）⁷⁾

《事実の概要》

Xは、Y社から不動産を購入したが、後に他人物売買であることが発覚したため、所有権を取得できなかった。そこで、売主であるY社、事件当時の代表取締役Y1、取締役Y2の不法行為責任およびY1・Y2の商法266条ノ3に基づく責任を追及したのみならず、監査役Y3が「実質上の取締役」にあたるとして、Y3に対しても、商法266条ノ3に基づく責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、取締役として登記されていない者に対して「実質上の取締役」として責任を追及しうるかについては疑問を呈しつつも「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

↘取引や利益相反取引を行い、当該会社の利益を侵害するような事案であり、主に第三者に対する損害賠償責任との関係で問題となる、判例上の「事実上の取締役」とは区別される概念であると考え（北村雅史「事実上の主宰者と事実上の取締役の責任」『現代裁判法体系⑩会社法』227-228頁（新日本法規出版、1999年））。

6) 下記、①～⑤の判決の概要については、竹濱修「事実上の取締役の第三者に対する責任」立命303号301-310頁（2005年）を、②～⑤判決については、藤田友敬「いわゆる登記簿上の取締役の第三者責任について」41-43頁米田実先生古稀祝賀記念論文集刊行委員会編『現代金融取引法の諸問題』（民事法研究会、1996年）、も参照。

7) 評釈として、田中啓一「本件判批」ジュリ827号88頁（1984年）がある。

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」と述べた。その上で、Y3が、(1) 会社の社員から専務と呼ばれていたこと、(2) 本件売買代金を受領した際に同席したこと、(3) Y社の事務に従事したことがあることを認めたが、これのみによっては「事実上の取締役」であると認めるには足りないとし、Y社、Y1とY2の不法行為責任のみを認め、その余は否定した。

② 東京地判平成2年9月3日判時1376号110頁(事実上の取締役：

肯定)⁸⁾

《事実の概要》

医薬品卸業を営むXは、診療所を経営するY社が、診療所の経費節減を図るために無資格者をX線照射等の不正診療に従事させたことを理由として行政処分および刑事処分を受けた結果、診療所を廃業し、倒産したため、売掛代金相当額の損害を被った。そのため、Y社、Y社の代表取締役Y1およびY社の実質的経営者とされたY2に対し、商法266条ノ3第1項およびその類推適用による責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y2の責任を認める根拠として次の事実を認定した。(1) 発起人・株主については知人や従業員の名義を借用し、株式払込費用も自己がすべて負担して、Y社を設立し、自己の部下であったY1などを取締役にしたこと、(2) Y1は日常的業務の意思決定と執行を任されていたが、主要な点はすべてY2に相談していたこと、(3) 診療所は医師の名義を借りて開設したが、Y1は「所長」、Y2は「理事長」と呼ばれ、Y2が主に診療所の

8) 本判決には次の評釈が存する。畑肇・判評394号204頁(1991年)、本健一・法セ445号140頁(1992年)、丸山秀平・金判888号41頁(1992年)、梅本剛正・商事1363号101頁(1994年)、松岡啓祐・専法61号(1994年)、落合誠一・ジュリ1063号130頁(1995年)。

運営に携わり、資金調達や重要事項についての決定をしていたこと。裁判所は「以上の認定事実によれば、診療所は形式的には医師訴外Aが開設者になっていたものの、実体はY社そのものであったというべきであり、またY2は登記簿上Y社の取締役にはなっていないものの、Y社の実質的経営者（事実上の代表取締役）であったものというべき」と述べた。また、診療所の経営についても、「Y1はY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Y2はY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Y2はY1と同様の義務を負うものと言うべき」と判示した。そして、「Y2及びY1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、Y2、Y1は重大な過失により前記義務に違反してY社を事実上倒産させたものというべき」と認め、Y1に商法266条の3第1項、Y2には同項の類推適用に基づく責任を認容した。

③ 大阪地判平成4年1月27日労働判例611号62頁（事実上の取締役：肯定）

《事実の概要》

Y社の営むラウンジGの雇われママXは、昭和63年10月末に退職したが、昭和62年7月21日から退職日までの給与等と、その期間中にY社の委託を受け他のホステスに給与として支払った立替払い金の支払いを受けていなかった。その後、Y社が多額の負債を抱え、事実上の倒産状態に陥っ

たため、Xは、Y社の代表取締役Y1に商法266条ノ3第1項の責任を、Y社を含む企業グループの「総帥」とされた監査役Y2には、同項の類推適用による責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y2の責任を認める前提として次の事実を認容した。(1) Y社を含む企業グループに属する会社の代表者であり、グループの総帥として活躍していること、(2) 取引先の接待と自己利用のためにY社を設立し、Gを開店したこと、(3) Y社において実質的所有者として「オーナー」を自称し、従業員から「社長」と呼ばれ、XもY2がY社の代表者と信じていたこと、(4) 信頼していた従業員訴外Kを通じてGの営業内容をすべて掌握していたこと、(5) Gの運転資金はすべてY2が手当てしており、日々の営業に関し、ママ、チーフ・マネージャーといった責任のある従業員の採用・解雇を自ら決め、Xにも細目の指示を与えていたこと、(6) Y社がGの経営と別に行っていた化粧品取引はY2が業務執行に当たっていたこと、(7) Y社およびGの運営、業務執行について余人の容喙する余地はなかったこと。その上で、「Y2は、Y社の事実上の代表者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も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、Y社を事実上の倒産状態に陥らせた」と認定した。そして、Y1については、商法266条ノ3の責任を、Y2について、同条の類推適用による責任を認めた。

④ 京都地判平成4年2月5日判時1436号115頁(事実上の取締役：肯定)⁹⁾

《事実の概要》

呉服卸売業を営むA社は、不動産の賃貸・管理等を目的とするB社の完

9) 本判決には次の評釈が存する。春田博・法セ463号53頁(1993年)、石山卓磨・法律のメ

全子会社であり、夫Y1はA社の代表取締役、妻Y2はB社の代表取締役であった。B社は、A社に対し、本社ビルの賃貸、資金援助、物上保証を行うなどの支援をしていたが、A社は赤字体質から抜け出すことができず、昭和62年度の累積損失は2億円に達した上、昭和62年1月より格安呉服品を扱うX社からA社が仕入れた商品に返品等のトラブルが相次いだため、資金繰りにも窮するようになった。Y2は、昭和63年2月25日にA社の監査役に就任し、A社の帳簿をチェックして、Xとの取引を止めるように進言したり、Y1の素行を改めるように助言したりしたが、Y1に反省の色がないと知り、同年5月中旬、取引銀行に対し、以降、A社の手形割引に応じないように申し入れ、銀行もそれに応じた。また、Y2は、同年5月20日にA社の監査役を辞した上、6月下旬にはY1と協議離婚し、7月には、B社の代表取締役としてB社からの融資も打ち切った。同年9月、A社は破産宣告を受けたため、Xは、Y1が、代金支払のために振り出していた6ヶ月満期の約束手形の支払が受けられなくなった。Xは、Y1がA社において決済の見込みがないにもかかわらず商品を仕入れ、手形の振り出しを行ったとして、商法266条ノ3第1項による責任を追及した。また、Y2については、監査役としての責任に加え、親会社であるB社の代表取締役として、A社の事実上の取締役としてY1の業務を監視する義務を怠ったとして、代金の回収不能によって生じた損害の賠償を請求した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y2の責任を認める前提として次の事実を認定した。(1) A・B両社はY2の亡父が生前営んでいた個人企業を法人成りさせたものであり、A社はY2が代表取締役を務めるB社の完全子会社であること、(2) A社の存立にはB社の信用が不可欠であったこと、(3) Y2はA社のために担

↘ひろば46巻9号66頁(1993年)、青木英夫・金融・商事判例916号45頁(1993年)、小橋一郎・判評411号205頁(1993年)、本健一・リマ8号121頁(1994年)、江口真樹子・早法69巻3号73頁(1994年)、畠田公明・岡山商大論叢31巻1号1頁(1995年)、井上健一・ジュリ1081号119頁(1995年)、神崎克郎・商事1405号37頁(1995年)。

保を設定する際、B社を代表して承諾を与えたのみならず、個人としても、A社に資金援助および物上保証をし、また、B社所有の土地建物を買取し、A社の負債の返済に充てていたこと、(4) A社の監査役に就任し、帳簿を閲覧し、利幅の薄いXとの取引を善処するように意見を述べていること、(5) Y1の素行について注意を与え、聞き入れられなかったため、取引銀行に手形割引の打ち切りを求め、同時期に監査役を辞任していること、(6) Y1と離婚した後、B社を代表してA社への融資を打ち切っていること、など。そして、これらの事実より「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、会社創設者である亡父の相続人で、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ない、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」と判示している。その上で、「Y2は、A社の事実上の取締役であり、A社は、親会社たるB社及びY2の資産と信用を頼りに、銀行から資金を借入れ営業を存続させていた」と認めた。また、Y2が、「A社の経営不振に危機感をもち、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」ないため、その後、Xとの取引額が増加していたにもかかわらず、A社は一切代金を支払っていなかったことも認定した。以上を理由として、「Y2は、A社の事実上の取締役として、重大な過失により」Y1の任務懈怠行為に対する監視義務を怠ったと認め、「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」と判示した。

⑤東京地判平成5年3月29日判タ870号252頁（事実上の取締役：否定）

《事実の概要》

Y1は、皮革製品の加工を業とする有限会社A社の代表取締役であり、Y2は、昭和56年9月15日から昭和63年6月22日までA社の取締役の地位

にあった。Xは、A社に対して継続的に商品を販売し、その支払代金の一部としてA社から約束手形の振り出しを受けていた。しかし、平成2年8月にA社が手形不渡りを出して倒産したため、XはA社からの手形金の一部の回収が不可能となった。そこで、Xは、Y1に対して、有限会社法30条ノ3に基づく取締役の責任を、Y2に対しては事実上の取締役であるとして同条に基づく責任を追及した。

《判旨》請求棄却。

Xは、Y2が取締役辞任後も平成2年8月初め頃まで事実上の取締役の地位にあったと主張するが、裁判所は次のように述べてその請求を退けた。

「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条ノ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条ノ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』ということとはできないから、いずれにしても、原告のY2に対する請求は失当であり、棄却を免れない。

すなわち、……弁論の全趣旨を総合すれば、(1) Y2がA社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』等の肩書は記載されていなかったこと、(2) A社には4名ないし5名の従業員がい

たが、Y2は、A社の他の従業員及びA社の取引先から『奥さん』、『おおかちゃん』などと呼ばれており、X社においてA社との取引を担当するB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社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社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社の経理、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社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職務執行も、到底認められない。]

(二) 評 価

①は、「事実上の取締役」ないしこれに類する概念(「実質上の取締役」, 「実質上の経営者」, 「事実上の代表取締役」)という表現が初めて現れた裁判例である。①は、結論として、Y3が「実質上の取締役」に当たらないと判示したが、仮にその責任を認めるためには、「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」との見解を示した。そして、その要件に照らして、Y3が「専務」と呼ばれていたこと、また会社の業務に従事していたことは認めたと、これのみでは「実質上の取締役」の要件は充足しないと

判示した。また、⑤は、事実上の取締役としての責任追及自体を許さないとする立場をとるものの、仮に、事実上の取締役であることを理由として責任を認めるとした場合は、①の示した基準に照らして判断するべきであると述べ、Y2の名称および具体的な行為から、Y2が「A社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職務執行も、到底認められない」と判示している。

②は、事実上の取締役の責任を初めて明確に肯定した裁判例であり、③はこれに続いて責任を肯定した裁判例である。②は、認定事実より、Y2が、「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）」に当たると結論づけたものの、いかなる要件のもとで「事実上の取締役」が第三者に対する責任を負うのかについて明らかにしたとは評価されていない¹⁰⁾。③も、様々な事実から総合的にY2が「事実上の取締役」に当たると判断しつつも、判決において、その根拠となった一般的な要件を提示してはいなかった。しかし、③において示された事実は、①が定立した、(1)取締役ないしこれに類する権限が認められるような名称で呼ばれていること、(2)会社の業務執行について取締役に匹敵する権限があり、これに準ずる活動をしていること、という要件を充足していることがうかがえる。なお、事実上の取締役の要件との関係では、②が、(2)に関して、「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）」であったことを、③では、「事実上の代表者として全権を有し」ていたことを認定した上で、事実上の取締役であるとの結論に至ったことに注目すべきである。すなわち、②③において事実上の取締役と判断された者は、会社の業務執行において、適法に選任された他の取締役を超える強い権限を有していたと認定されたのである。②③が、事実上の取締役として認められるためには、①の示した「(2)取締役に匹敵する権限とそれに準ずる活動」という基準では

10) 落合・前掲注(8)130頁、竹濱・前掲注(6)303頁。

足りないという趣旨でそのような認定を行ったかは判然としませんが、後に触れるように、この判断は、後の裁判例や学説にも影響を与えている。

④は、親会社の代表取締役であり、一時期、子会社の監査役を務めていた者が、子会社の事実上の取締役として、その代表取締役の業務執行を監視する義務を有していたと認定した点で、他の裁判例とは事案を異にしている。④判決は、②③と同じく、事実上の取締役と認められるための一般的要件は提示せず、様々な事実より、Y2を事実上の取締役であると認めている。しかし、④においては、①で提示された要件のうち、(1)子会社の取締役であるかのような名称で呼ばれていたという事実も、(2)子会社の業務執行について取締役に匹敵する権限があったという事実も認定されていない。④において、裁判所は、Y2が子会社を含む企業集団をその亡き父から相続し、これを全体的に支配していたため、Y2の言動と子会社の浮沈に密接な関連性があったことが、Y2が事実上の取締役であると認められた理由であると認定している。しかし、④のY2のように、取締役ないしこれに類する名称で呼ばれていた事実もなく、また、自ら業務執行を行う権限を有していたとはいえない者をも、事実上の取締役であると認めることについては、強い反論が示されている¹¹⁾。

2. 学 説

(一) 初 期

1970年代までの学説においては、「事実上の取締役」は、いわゆる「名目的取締役」の名の下に論じられるいくつかの類型のうちのひとつに過ぎず、選任決議が取り消されたか、そもそも有効に存在しなかった等の理由

11) 落合・前掲注(8)130頁。上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫(編)『新版注釈会社法(6)』340頁〔龍田節〕(有斐閣, 1987年)は、事実上の取締役は、取締役としての職務を実際に行うことがその認定要件であるため、何もしないこと責任を問うことはできず、したがって、監視義務違反の責任を負わせるには慎重でなければならないとする。また、江頭憲治郎『株式会社法〔第六版〕』508頁(有斐閣, 2015年)は、④でなされた事実上の取締役の認定は、法人格の否認の法理とのバランスを欠くと指摘する。

により、遡及的に取締役の地位にないものとされた者が行った業務執行の効力を論じるために「事実上の取締役」という語が用いられたといわれる¹²⁾。その後、米国¹³⁾および英国における「de facto director (事実上の取締役)」概念が紹介されて以降は、日本においても、「事実上の取締役」という語が一般的に用いられるようになった。英国の「de facto director」は、(1) 取締役としての外観と(2) 継続的業務執行の要件を備えた者については、適法に選任された取締役でなくとも、その対内的・対外的業務執行行為を原則として有効とし、その者に法律上の取締役と同様の義務と責任を課すという制度であると説明されている¹⁴⁾。

昭和61年に公表された「商法・有限会社法改正試案」は、「取締役の職務行為は、その選任に瑕疵があることが後に確定しても、その効力は妨げられない」(試案二13a)、「取締役と称する者による会社の業務執行に付き、会社がこれを許容しているときは、会社は、第三者に対し、その業務執行による責任を負う。この場合において、当該取締役を称した者も、会社及び第三者に対し、取締役としての責任を負う」(同13b)という定めを設けることを提案した。この試案は、有効な選任手続を経ないまま、取締役としての外観のみを備えた者の行為の効力を会社に帰属させ、またその者に取締役としての責任を負わせるための規定の整備を提唱するものであるが、立法には至らなかった¹⁵⁾。

(二) 平成初期以降

平成に入ってからのは、①～⑤までの判決を受け、事実上の取締役の定義

12) 竹内昭夫『判例商法I』298頁(弘文堂、1976年)、高橋・前掲注(4)348-349頁。

13) 石山・前掲注(1)50頁。

14) 石山・前掲注(1)164頁。

15) 森本滋「商法・有限会社法改正試案と取締役」曹時38巻9号11頁(1986年)は、その理由のひとつとして、事実上の取締役のような例外的現象に対処する詳細かつ複雑な規整を立法化することに努力するよりも、判例による法形成を積極的に評価して、判例法理の発展を通じて具体的な妥当な解決を図るべきという主張にも合理性がある、と述べる。

を確立する試みがなされるようになった。その中で、事実上の取締役として認められるためには、(a) 実質的に取締役としての業務を行っており、(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あり、(c) 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諾があること、という要件が提示されている¹⁶⁾。また、英国と同じく、取締役としての外観と継続的な業務執行の二つを必要とする見解¹⁷⁾や、事実上の会社業務への関与と会社の容認を要件とする見解¹⁸⁾も示されており、日本における事実上の取締役の定義はいまだに一致をみたとの評価はなされていない¹⁹⁾。しかし、一般には、事由の如何、登記の有無にかかわらず、取締役として適法に選任されていないか、その選任に瑕疵がある者であっても、会社の業務執行に関与していることを理由として、法律上の取締役と同等の責任を負うことが、(広義の)事実上の取締役の要件と考えられてきたと指摘されている²⁰⁾。

二 近時の裁判例

1. 概 説

裁判所が被告を事実上の取締役に当たると認定した裁判例は、⑤以降しばらくみられなかったが、近時(2008年・平成20年前後)になって、またこの点に対する裁判所の判断が示されるようになった。以下では、事実上の取締役に関する認定部分を中心に、近時の裁判例を紹介する。なお、原告側が被告を事実上の取締役にあたると主張したものの、裁判所がその旨

16) 竹濱・前掲注(6)313頁。

17) 石山卓磨『現代会社法講義〔第2版〕』205頁(成文堂, 2009年)。

18) 吉本健一『レクチャー会社法』200頁(中央経済社, 2008年)。

19) 中村信男「事実上の取締役・執行役の行為に関する効果の確保」ジュリスト増刊・会社法の争点136頁(有斐閣, 2009年)。

20) 岩原紳作(編)『会社法コンメンタール9-機関[3]』402-405頁〔吉原和志〕(商事法律, 2014年), 江頭・前掲注(11)508頁。

の判断を示さなかった事案は多数あるが、ここでは割愛する²¹⁾。

⑥ 京都地判平成18年9月29日 LEX/DB 文献番号28112203 (事実上の取締役：否定)²²⁾

《事実の概要》

X (京都市) は、Y社が、介護保険法の指定居宅サービス事業者等の指定の要件を満たしていないにもかかわらずそれらの指定を受けるなどの「偽りその他不正の行為」により、居宅介護サービス費などの介護給付費を受給したとして、介護保険法22条3項に基づき、平成12年4月から平成15年3月までに支払った介護給付費の返還等を求めるとともに、Y社の役員であったY1、Y2、Y3、Y4およびY5に対し、商法266条ノ3第1項に基づき、原告の損害を賠償するよう求めた。Xは、Y3について、平成12年2月に取締役の地位を辞した後も、事実上の取締役として活動していたと主張し、その責任を追及した。

《判旨》一部認容。

「Xは、Y3がY社の事実上の取締役であったと主張するが、Y3は、平成12年2月21日に取締役を辞任しており、上記認定のとおり、それ以前からI株式会社での勤務で忙しく、Y2がY社を主に運営するようになっていたと認められるのであり、Y3がY社の業務の運営ないし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たと認めることはできないから、Y3が事実上の取締役として商法266条ノ3第1項の責任を負うものであったということとはできない。」

21) 東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁、東京地判平成20年5月28日先物取引裁判例集52巻224頁、等、多数存在する。

22) 評釈として、小島晴洋・社会保障判例百選〔第4版〕(別冊ジュリスト191号)232頁(2008年)がある。

⑦ 東京高判平成20年7月9日金判1297号20頁(事実上の取締役:否定)²³⁾

《事実の概要》

Y1, Y2およびY3(以下「Y1ら」とする。)は, 株式会社産業再生機構の支援によるA社の再建に際し, スポンサーとしてファンドY社に出資したが, A社の普通株主であるXらは, Y社がA社の種類株式を買い受けると同時に, 自己の有する普通株式を公開買付けによって取得しなかったため, 保有株式が無価値になったことがYらの不法行為に当たるとして, Yらに損害賠償を請求した。Xらは, Y社の行為はY1らがA社の支配株主になった後に行われたものであり, 支配株主の権利濫用に当たること, また, Y1らはA社の業務に関与し, 役員を派遣していることから, 事実上の取締役としての責任を負う旨を主張した。

《判旨》一部認容。

「旧商法266条ノ3の責任は商法で認められた特別の責任であることに照らすと, 株主総会において取締役として選任され, 就任を承諾した取締役ではない者に対して, この旧商法266条ノ3の規定を類推適用して, 会社に対する任務懈怠を理由に, 第三者に対する損害賠償責任を負わせることができるかどうかについてはそもそも疑問があるところである。仮にこれを肯定する説に立ったとしても, 取締役でない者に第三者に対する損害賠償責任を負わせるためには, その者が会社から事実上取締役としての任務の遂行をゆだねられ, 同人も事実上その任務を引受けて, 会社に対し, 取締役と同様の, 善良な管理者としての注意義務を負うに至っていると評価されるような事実関係があり, かつ, 実際にその者が取締役であるかのように対外的又は対内的に行動して, 当該会社の活動はその者の職務執行に

23) 次の評釈が存する。田中信隆・商事1852号4頁(2008年), 松尾直彦・金判1304号1頁(2008年), 太田洋・金法1854号35頁(2008年), 丹羽繁夫・NBL 923号96頁(2010年), 島田志帆・法研82巻9号197頁(2010年), 加藤貴仁・ジュリ1403号184頁(2010年), 金香子・六甲台(法学政治学篇)57巻1=2号59頁(2011年)。

依存しているといえるような事実関係があることが必要であるというべきである。しかしながら、本件でY1ら3ファンドにつきそのような事実関係があったことを認めるに足る証拠はない。したがって、旧商法266条ノ3に基づく請求は理由がない。」

⑧ 大阪地判平成21年5月21日判時2067号62頁（事実上の取締役：否定）²⁴⁾

《事実の概要》

Xは、平成12年5月から平成15年10月まで、商品取引員であったA社に約5000万円を預託し、商品先物取引を委託したが、A社は、取引による損失が6000万円を超えたため、預り金の全額を損失金・手数料に充当したとしてその返還を拒んだのみならず、平成17年6月に破産手続開始決定を受けた。Xは、A社の実質的な大株主であるY1が事実上の取締役に当たるとして、取締役・監査役であるY2～5と併せて、その責任を追及した。

《判旨》一部認容。

「Y1は、A社の大株主として会社の経営を一定程度支配していたものと認められるが、その支配の態様は……あくまで株主としての立場から、代表取締役社長のB、代表取締役副社長のY6、専務取締役のY2、監査役のY3、Y4およびY5……らを通じて間接的に行われたものにすぎない。したがって、Y1が、事実上の取締役として実質的に会社の経営を支配していたとまでは認められないから、Y1には、商法266条ノ3第1項による第三者に対する損害賠償責任は認められない。」

24) 事実概要については、高橋・前掲注(4)356-357頁も参照。

⑨ 名古屋地判平成22年5月14日判時2112号66頁（事実上の取締役：

肯定）²⁵⁾

《事実の概要》

XらとA社との間で締結された建物建築工事請負契約に基づいてA社が建築した建物に瑕疵があったため、Xらが損害を被ったとして、A社に対し損害賠償請求権を取得した。しかし、A社が事実上倒産したため、Xらは、A社を含む企業グループの大株主であったが取締役ではないYが、A社の事実上の取締役であるとして、会社法429条1項の類推適用により、その責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所の認定した事実によれば、Yは、自己の設立した研究所の資金流用のために3社の会社を設立しており、A社はそのひとつであった。三社は同じビルの一室で仕事をしていたが、職場ではYは「所長」と呼ばれ、絶対的存在であったため、裁判所は、Yが、A社の経営を「実質的に支配している」ことを認定した。さらに、YはたびたびA社の預金をグループ内で流用したり、あるいは私的に取得したりしていたことも認められている。その上で、「Yによる個人的な金員の取得ないし流用がなければ、A社の経営が破綻することはなく……Xらの損害を賠償することは容易であったと認められるから、事実上の（代表）取締役であるYの任務懈怠により原告らが損害を被ったということが出来る」と判示した。

⑩ 東京地判平成23年6月2日判タ1364号200頁（事実上の取締役：

一部肯定）²⁶⁾

《事実の概要》

XはA社の社外取締役兼筆頭株主であるY1からA社の株式を譲り受け

25) 本判決の評釈として、中村信男・金判1379号2頁（2011年）、鳥山恭一・法セ685号119頁（2012年）、隅谷史人・法研86巻1号39頁（2013年）がある。

26) 本件の評釈として、高橋美加・ジュリ1451号100頁（2013年）、金光寛之・税経通信68

たが、その価格は、A社が行っていた架空の循環取引によって偽装された売上に基づいており、実態はほぼ無価値であった。Xは、Y1のほか、Y1の父親であるY2に対し、A社の事実上の取締役としての会社法429条に基づく責任と、不法行為責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y2が、(1) A社の支配株主Y1の父であり、Y1から株主としての権限行使を委任されており、最高実力者であったこと、(2) 代表取締役を自ら指名したこと、(3) 相談役として取締役会に参加するのみならず、A社の営業所の閉鎖を提案したほか、投資活動については代表取締役とともに取締役会の一任を受けていたこと、(4) A社の資本政策・持株比率を決定していたこと、(5) Y1名義の株式譲渡の事前交渉を担当するのみならず、これを独断で決定したのちに取締役会の承認を得ていたこと、(6) 責任追及を免れる目的で、X社の代表者に刑事、民事の責任追及はしないという文言の文書を作成してほしいと依頼し、文案を作成したこと、Y2が事実上の代表取締役であり、本件株式譲渡について実質的決定権を有するものであったと認定した。さらに、A社の行っていた架空の循環取引についてもY2が認識していたことを認め、「Y2は、本件株式が実質上無価値ないしそれに近いものであり、Xが事情を知れば……本件株式譲渡契約……を締結せず、その代金……を支出することはなかったであろうことを知り、又は知り得たものというべきであり、原告に対し、不法行為責任を負うものというべきである」と判示した。

① 大阪地判平成23年10月31日判時2135号121頁（事実上の取締役：

肯定）²⁷⁾

《事実の概要》

Xらは、平成18年7月31日、商品先物取引の仲介業を営んでいたA社の

↘ 卷8号161頁（2013年）がある。

27) 本判決の評釈として、洪濟植・金判1413号2頁（2013年）、鈴木千佳子・法研86巻5

破産手続開始決定がされる前に、A社と商品先物取引をした顧客である。A社の元取締役Y1らは、破産手続き前にA社の資産を関連会社等に流出させるなどの種々の違法行為を行い、その財務状態を悪化させ、その後、これを取り戻すべく、Xらを含むA社の顧客に対し、適合性原則違反、不当勧誘、両建取引及び一任売買等の過当営業行為を繰り返した。Xらは、Aにつき破産手続が開始され、これにより損害を被ったとして、Y1らに対し、平成17年改正前商法266条ノ3第1項または不法行為に基づく損害賠償を請求した。

《判旨》一部認容。

被告のうち、Y1は、平成13年8月までA社の取締役の地位にあった。しかし、退任後も、A社を含むグループ企業のオーナーであり、グループ傘下各社の役員及び従業員から、「会長」などと呼ばれる存在であったこと、A社株式の8割を保有する支配株主であり、A社から給与名目で、月額270万円という他の役員や従業員の給与等にも突出して高額な金員の支払を受け続けていたこと、A社の組織の頂点に立ち、A社における種々の事業執行について、自ら決裁するなどしてこれを執り行っていたことなど、「Y1の地位、A社の他の役員等に対する影響力、A社の実際の業務に対する関与度合いや高額な対価の受領等の各事情に照らせば、Y1は、取締役の退任登記を経た後も、その実質において、A社の経営を支配していたというほかはなく、A社の事実上の取締役として、……破産会社の役員及び従業員による過当営業行為を防止するための社内体制の構築その他適切な措置を講ずべき職務上の注意義務を負っていたというべき」と判示された。そして、裁判所は、Y1が、上記注意義務を重過失によって懈怠した結果、「A社においては、平成13年以降も、Xらを含む多数の顧客との間で、継続して、適合性原則違反、新規受託者保護義務違反、断定的判断の提供、欺罔行為、仕切り拒否、両建て勧誘、一任売買、無断売買、無

ㄨ号41頁(2013年)、伊藤雄司・ビジネス法務14巻4号150頁(2014年)、金澤大祐・新・判例解説 Watch 16号131頁(2015年)がある。

意味な反復売買といった過当営業行為が行われ、しかも、A社の営業部門の取締役……によっても、このような過当営業行為が行われていたというのであるから、Y1は、上記の過当営業行為によって顧客が被った損害の賠償義務を免れない」として、Y1が、Xらに対し、「商法266条ノ3第1項に基づき」損害賠償責任を負うことを認めた。

⑫ 静岡地判平成24年5月24日判時2157号110頁（事実上の取締役：否定）

《事実の概要》

XらはA社との間で建物建築請負契約を締結したが、A社は、多額の債務超過に陥っており工事を完成させることが不可能な状態であったにもかかわらず、これを粉飾経理により隠ぺいして原告らから請負代金の前払金を受領した後、平成21年1月29日に裁判所に破産手続開始を申し立てた。その結果として損害を被ったと主張したXらは、A社の代表取締役Y1らに対して、会社法429条1項及び民法709条・719条に基づき、損害賠償請求をなした。請求当時のA社の取締役はY1のみであり、Y2・Y3は平成17年10月1日（登記簿上は平成18年5月24日）に退任するまで取締役の地位にあった。Y2は、退任後はA社の副社長、平成20年末からは参与を務めていた。Y3は、退任後は経営本部長の役職にあり、平成21年当初からは、統括本部長を兼務していた。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y1の責任は認めたが、Y2・Y3について、A社の支払遅延が生じた平成20年11月頃にはすでに取締役の地位になかったことを認めた上で、「取締役として登記されていない者について事実上の取締役たる立場を肯定するためには、その者が、実際に会社の業務の運営、執行について取締役に匹敵する権限を有し、継続的にかかる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と解すべき」と述べた。そして、Y2が社長に次ぐ地位にあり、Y3とともに社内で重要な職務を担当してい

たことを認めたものの、A社はY1のワンマン経営が行われていた会社であり、Y2・Y3は、取締役退任後、A社の破産に至るまで「経営の根本に関する事項を決定し、あるいはかかる意思決定に関与する立場にあったと認めるに足りない」と判示して、事実上の取締役に当たらないと結論づけた。

⑬ 東京地判平成25年10月22日 LEX/DB 文献番号25515476（事実上の取締役：肯定）

《事実の概要》

A社の従業員から株式を購入した顧客であるXは、A社が金商法上の免許を取得せず、Xに未公開株式の違法な売買を行わせたとして、A社の取締役Y1と、事実上の取締役とされたY2に対し、不法行為または会社法429条1項に基づく損害賠償責任を追及した。

《判旨》一部認容。

裁判所の認定した事実によれば、A社は、Y2とBが未公開株の売却を経営目的として半額ずつ出資して設立した会社である。Y2の妻であったY1は、取締役として登記されていたが、Y2は取締役の選任およびその旨の登記についてY1の承諾を得ていなかった。裁判所は、「したがって、Y1には、A社の他の取締役や従業員に対する監督義務を認めることもできないから、Y1は、本件売買について責任を負わない」と判示した。

Y2については、「A社の取締役として登記されていないが……Bと共に……未公開株式の売買によって直接に利益を得る目的でA社を設立し、自らの意向で取締役や代表取締役を選任し、1週間に2、3日程度は出社して経営状況を確認し、その経費等を負担していた上、A社の役員や従業員から「社長」と呼ばれていたことが認められる。これらの事実を鑑みれば、Y2は、本件会社の実質的な経営者であり、その業務の遂行に重大な影響を与え得る事実上の取締役であったということが出来る」ことが認められた。そして、裁判所は、「Y2は……上記の地位ないし立場にあったところ、A社ないしその従業員が行った違法な営業活動によって顧客（第三

者) に対して損害を与えた場合には、会社法429条1項の類推適用によってその責任を免れないと言わざるを得ない」と判示した。

⑭ 高松高判平成26年1月23日判時2235号54頁(事実上の取締役：
肯定)²⁸⁾

《事実の概要》

A に対して保証債権を有する X は、Y 社に対し、主位的に、Y 社と A が締結した、A が荷主に対して有する運送代金債権につき、その送金先を Y 社の預金口座に変更し、Y 社が運送代金を受領する旨の契約が詐害行為に当たるとして、その取消しならびに同契約により送金を受けた金額の一部の支払を求め、予備的に、債権者代位権、名板貸し責任及び不法行為責任に基づき損害賠償金の支払を求めた。さらに、Y1 に対し、主位的に、Y 社が詐害行為、名板貸し、不法行為を、A が詐害行為、名板借り、不法行為をそれぞれ行うにつき、Y1 が Y 社の事実上の取締役として会社法429条の責任を負うとして、損害賠償金の支払を求め、予備的に、X をして Y 社と訴外 B 社が同一会社であると誤認させ、取引を行わせる不法行為を行ったとして、損害賠償金の支払を求めたところ、原審が、原告の請求をいずれも棄却したため、原告が控訴した事案において、原判決を取り消し、主位的請求をいずれも全部認容した。

《判旨》請求認容(上告)。

裁判所の認定によれば、Y1 は、B 社の代表取締役の父であり、Y 社についても、自ら設立し、取締役に就任した後、その営業に関心を示した訴外 C に株式を譲渡して、取締役に退いたが、C が代表取締役に就任した後も、「会長」としてその活動を支援していた。また、本件保証契約の締結に至る交渉において、C は、「会長に確認してみないと、わかりません。」などと述べ、Y1 に決定権があることを示唆している。そして、Y1 は、Y

28) 本件の評釈として、片山直也・リマ51号26頁(2015年)がある。なお、本判決は、高裁が事実上の取締役の責任について認めた初めての裁判例である。

社の会長として連帯保証することを了承した上で、詳細はCと協議してほしい旨述べていること、CはY1に対し、Y社の経営ができなくなれば、B社に運送業務委託代金を支払うこともできなくなることを報告していること等も認められている。これらの事実に照らし、裁判所は、「Y1は、B社の代表者……やCの上位に立ち、Y社の経営を主宰していた者と認めるべきであるから、特段の事情のない限り、Y1の指示がないのに本件送金先変更契約が締結されることは考え難いところ、本件では上記特段の事情を認めるに足る証拠はない。したがって、本件送金先変更契約は、Y1の指示によって締結されたもの」と認めた。

「Y1は、本件送金先変更契約の当時、Y社の取締役ではないものの、Y社の経営を主宰していた者であるから、会社法429条1項の責任を負うべき事実上の取締役というべきところ、本件送金先変更契約の締結は、B社の財産の散逸を目的とするもので、同社の取締役としての忠実義務に反することは明らかであり、Y1は、そのことに悪意又は重過失があったと認められる。したがって、Y1は、会社法429条1項により、本件送金先変更契約によってXが被った損害を賠償すべき義務がある」として、本件送金先変更を詐害行為として取消し、これによってX社が被った損害についてY1にその賠償責任を認めた。

⑮ さいたま地判平成26年12月24日 LEX/DB 文献番号25505570 (事実上の取締役：肯定)

《事実の概要》

注文住宅の建築及び販売等を業とするA社との間で建物建築請負契約を締結したXらは、A社が平成20年12月初旬には破綻状態になっていたにもかかわらず、A社の役員または事実上の役員であったY1らに対し、A社が破綻状態にあることを認識し、又は認識し得たにもかかわらず、同月以降、従業員をして、Xらに対し、着工前に請負代金の入金をさせ、その結果、Xらに当該請負代金相当額の損害を被らせたなどと主張して、Y1ら

に対し、損害賠償請を請求した。

《判旨》一部認容。

裁判所は、Y1が、実質的にY社の「1人株主であり、Y社の重要事項の決定に関与し、その業務の執行をしていたものと認められ、実質的経営者の地位にあったことから、いわゆる事実上の代表取締役にあたる」と認め、他の法律上の取締役とともに、429条1項の類推適用または不法行為による責任を認めた。

⑩ 大阪地判平成27年3月31日 LEX/DB 文献番号25540227 (事実上の取締役：一部肯定)

《事実の概要》

生コンの製造販売を目的とするA社は、経営合理化に反対する従業員との交渉が決裂したため、代表取締役Y1らの主導により、会社分割を行って新たにB社を設立し、A社の事業をすべてB社に移転して、A社の事業を閉鎖し、従業員Xらを実質解雇した。Y1は、会社分割後ただちにA社の代表取締役を辞し、Cが後任となった。また、B社の代表取締役はDが務めている。Xらは、民法709条、719条、会社法429条1項に基づき、A社の取締役らに損害賠償の請求を行った。請求に際し、Y1は会社分割と同時にA社の代表取締役を退任したため、Xらは、Y1およびY2 (Y1の母であり、A社の最大株主) に対しては、事実上の取締役に当たるとしてその責任を追及した。

《判旨》一部認容。

「Y1は、A社の代表取締役として本件会社分割を計画したことは同人も認めており……臨時株主総会ではY1一人が出席してこれを承認し、C及びDにそれぞれ本件分割後のB社及びA社の代表取締役となることを依頼している……ことなどからも、Y1が上記不法行為を行ったことは明らかであるから、民法709条及び民法719条に基づき、本件組合及びXらに対し損害賠償責任を負う。

また、Y1は、平成22年11月1日にA社の取締役を退任しているが、前述のとおり、Cは名前だけの代表取締役であり、Y1は、取締役退任以降も実質的にA社を支配していたことが認められるから、Y1につき、会社法429条が類推適用される。そして、Y1は、本件組合員らをA社から排除することを目的として本件会社分割及び事業閉鎖を行っており、これが不法行為に当たることは前述のとおりであり、かかる行為は取締役としての善管注意義務にも違反し、かつ、違反することについて悪意であることは明らかであるから、これによりXらに生じた経済的損害について、同条に基づき、損害賠償責任を負うと解するのが相当である。」

裁判所は、Y2については、「創業者の妻であり、当時の代表取締役であるY1の母親であることから、株式を有し、本件会社に債権を有しているが、株主総会での決議も含め、本件会社の経営については息子であるY1に任せて特段関与していないということはあるところである」として、経営への関与を否定した。その上で、「Y2が本件会社分割の分割計画書を承認する決議に賛成する委任状を提出していること及び本件会社分割に伴い、B社に事業用資産を貸与する旨の契約に合意する旨の書面に押印していることをもって、同人がY1と共謀して本件会社分割を行ったと認めることはできないし、違法な目的を認識し得たとも認めるに足りない」と述べ、Y2の責任を否定した。

2. 小 括

<事実上の取締役であることの肯定・否定>

これまで挙げた裁判例において、被告を事実上の取締役とする主張が、どのような請求に関連してなされたか、その請求が認容されたか、認容された場合の根拠条項について、以下に紹介する。

	裁判例情報	請求内容	事実上の取締役 該当性	責任の根拠 (肯定例のみ)
①	東京地判昭和55年 11月26日 判時1011号113頁	他人物売買	否定	
②	東京地判平成2年 9月3日 判時1376号110頁	倒産責任 (間接損害)	肯定	商法266条ノ3第1項 類推適用
③	大阪地判平成4年 1月27日 労働判例611号62頁	給与債権	肯定	商法266条ノ3第1項 類推適用
④	京都地判平成4年 2月5日 判時1436号115頁	倒産責任 (直接損害)	肯定	商法266条ノ3第1項
⑤	東京地判平成5年 3月29日 判タ870号252頁	倒産責任 (間接損害)	否定	
⑥	京都地判平成18年 9月29日 LEX/DB 文献番号 28112203	違法行為	否定	
⑦	東京高判平成20年 7月9日 金判1297号20頁	一般株主への 詐害	否定	
⑧	大阪地判平成21年 5月21日 判時2067号62頁	商品先物取引	否定	
⑨	名古屋地判平成22 年5月14日 判時2112号66頁	建物建築請負 契約と会社の 倒産	肯定	会社法429条1項 類推適用
⑩	東京地判平成23年 6月2日 判タ1364号200頁	架空の循環取 引による株式 評価の誤り	一部肯定	民法709条

近時の裁判例における「事実上の取締役」（中村康）

⑪	大阪地判平成23年 10月31日 判時2135号121頁	商品先物取引	肯定	商法266条ノ3第1項
⑫	静岡地判平成24年 5月24日 判時2157号110頁	建物建築請負 契約と会社の 倒産	否定	
⑬	東京地判平成25年 10月22日 LEX/DB 文献番号 25515476	未公開株売買	肯定	会社法429条1項 類推適用
⑭	高松高判平成26年 1月23日 判時2235号54頁	詐害行為取消 し	肯定	会社法429条1項
⑮	さいたま地判平成 26年12月24日 LEX/DB 文献番号 25505570	建物建築請負 契約と会社の 倒産	肯定	会社法429条1項類推 適用、民法709条
⑯	大阪地判平成27年 3月31日 LEX/DB 文献番号 25540227	不当労働行為	一部肯定	会社法429条1項 類推適用

三 評 価

1. 事実上の取締役の「要件」

以下では、①～⑯までの裁判例において言及された、事実上の取締役の要素に照らし、その「要件」について検討する。①においては、事実上の取締役について、「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」ことを、その一般的な要件とする。また、⑤は、①を参照裁判例として挙げた上で「その者

が実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」と述べていた。両者は、事実上の取締役と呼ばれるためには、(1)「取締役」と呼ばれるなどの「外観」の存在、(2)取締役に匹敵する権限、の二つの要件を定立した点が共通する、⑤は、(2)について、①取締役に匹敵する「重大な」権限を有すること、および②継続的にその権限を行使すること、という要件を付加しているとも読むことができる。以下では、(1)取締役としての「外観」一名称の使用、と(2)取締役に匹敵する権限の二つの要素に分け、この要件について検討する。

(1) 取締役としての「外観」一名称の使用

上記の裁判例において、裁判所が認定した事実の中で、被告が事実上の取締役とされた根拠として、その付されていた名称について言及があったのは、①(専務)、②(理事長)、⑨(所長)、⑩(会長)、⑬(社長)および⑭(会長)であり、そのうち、①以外の、②、⑨、⑩、⑬および⑭について、責任が認められている。これらの裁判例からは、ある者に会社経営に関する権限を与えられていることを示唆するような名称を付されていることが、決定的な要素ではないにせよ、やはり、裁判所の心証に一定の影響を与えていることがうかがえる。

他方、④、⑩、⑮および⑯は、名称について裁判所の認定がなかったにもかかわらず、事実上の取締役であるとの認定がなされ、責任が認められた事案である。しかし、これらの事案では、後述するように、支配株主等として、会社の経営を支配していた事実その他、実質的に会社の経営に強い影響力を及ぼしていたことが推認される事実が認定されている。

(2) 取締役に匹敵する権限

事実上の取締役は、正規に選任された取締役でないにもかかわらず、

取締役と同様の責任を問われる前提として、当然に、会社の業務執行に関与している必要がある。一2. (二)において検討したいくつかの学説においても、事実上の取締役として認められるための要件には、必ず、業務執行への関与が含まれている。事実上の取締役の責任について言及する裁判例においては、常に一定の要件が示されることはなく、ひとつひとつの事実を詳細に認定する手法が採られることが多い²⁹⁾。しかし、事実上の取締役としての一般的要件を提示した裁判例も存在し、そこは、一般に、適法に選任された取締役と同レベルの権限を有することを示唆する文言を要件としている(「取締役に匹敵する権限(①, ⑤, ⑥, ⑫)」。しかし、このような一般例を提示した裁判例においては、被告が事実上の取締役に当たるとの認定はなされていない。他方、より強大な権限、すなわち、適法に選任された他の取締役を超え、会社経営の決定権限を有していたなど、いわば会社を支配する権限について言及した事案の多くで、被告が事実上の取締役に該当することが認められている(「重要事項についての決定権を有する実質的経営者(②)」、「事実上の代表者として全権を有し(③)」、「A社を支配(④)」、「会社の活動(は)その者の職務執行に依存している(⑦)」、「実質的に会社の経営を支配していた(⑧)」、「A社を実質的に支配している(⑨)」、「A社の経営を支配(⑩)」、「(会社の)業務の遂行に重大な影響を与え得る(⑬)」、「Y社の経営を主宰していた者(⑭)」、「重要事項の決定に関与(する)実質的経営者(⑮)」、「実質的にA社を支配(⑯)」*⑦および⑧は責任を否定)。初期の裁判例である、①⑤と②③の比較においても論じたが、これらの文言が、事実上の取締役の一般的要件に「法律上の取締役の裁量権を奪い、それを自己の指揮命令系統におくほどの強い『支配』」を必要とする趣旨であるかについては、なおも疑問は残る。このような傾向は、事例によって異なるものであるとする見解もあ

29) 高橋・前掲注(4)は、あえて一般論を提示せず、事例判断の形をとることによって、請求者の主張に対して柔軟な認定を行っているのではと指摘する。

る³⁰⁾が、少なくとも、裁判例は、適法に選任された取締役と「同等」の権限を持ち、業務を執行する者を「事実上の取締役」とすることについてやや謙抑的な姿勢を有しているとの指摘は可能であろう。

(3) その他の要件

一 2. (二)において検討した学説の中には、事実上の取締役が職務を行うことについて会社の許諾を有するとする見解も存している。裁判例のうち、⑦は、事実上の取締役を認めるならば、「その者が会社から事実上取締役としての任務の遂行をゆだねられ、同人も事実上その任務を引受けて」という形で、会社からの業務の委託という形で、会社の許諾という要件に言及している。他の裁判例は、会社からの許諾や会社の承認について明示してはいない。しかし、上述した「支配」の要件の中に、実質的に「許諾」が含まれていると理解することも可能であろう³¹⁾。

2. 「事実上の取締役」と他の概念

1. (2)で述べたように、裁判所が、事実上の取締役としてその責任を認めた者については、その者が、適法に選任された取締役と「同等」ではなく、その者に与えられた権限を越えて、当該会社の経営を支配していたことが認定されている。しかし、このような「支配」の要件は、実質的に、法人格否認の法理の要件と重複し、その境界を曖昧にすることが夙に指摘されている³²⁾。また、支配株主が事実上の取締役としての責任を問われた⑧、⑮のような事例に関連しては、事実上の取締役という概念によって、支配株主がその責任を問われる局面が拡張されているとの指摘もなされている³³⁾。

30) 高橋・前掲注(4)367頁。

31) 竹濱・前掲注(6)315頁も、黙示の選任の存在を示唆する。

32) 江頭・前掲注(11)508頁。

33) 高橋・前掲注(4)369頁は、支配株主が事実上の取締役として認められる背景に、株主有限責任のモラルハザードの存在を指摘する。

おわりに

「事実上の取締役」という文言は、条文にはない概念であり、また、法律上、確立されてもいないため、その解釈のみならず、要件についても、裁判例の集積や解釈に委ねられる部分が多い。本稿では、近時の裁判例を題材として、事実上の取締役の要件論について検討を試みた。紙幅の都合もあり、要件論の詳細や、他の制度との比較にまで踏み込むことはできなかったが、本稿の分析をもとに、さらなる検討を進めたい。