

タイトル	わが国の裁判例における事実上の取締役：主に対第三者責任に関する裁判例の分析を中心に
著者	草間，秀樹； KUSAMA, Hideki
引用	北海学園大学法学研究，48(4)：545-601
発行日	2013-03-30

わが国の裁判例における事実上の取締役

—— 主に対第三者責任に関する裁判例の分析を中心に ——

草 間 秀 樹

《目 次》

- 一 はじめに
- 二 事実上の取締役理論と影の取締役理論
 - 1 事実上の取締役理論
 - 2 影の取締役理論
- 三 事実上の取締役について言及している裁判例
- 四 まとめ
- 五 結びに代えて——今後の課題——

一 はじめに

法律上の取締役とは、創立総会または株主総会において選任された取締役のことをいい、そのような者でなければ、

本来、取締役としての権利を有し、義務を負うことはない。しかし、株主総会で取締役に選任されたわけではないが、取締役の就任登記に承諾を与えたのであれば、当該者は不実の登記の出現に加功したといえることから平成一七年法律八七号による改正前の商法（以下では「旧商法」という。）^① 一四条（会社法九〇八条二項）の類推適用により、善意の第三者に対して取締役でないことを主張することはできず、その結果として、当該善意の第三者に対して旧商法二六六条ノ三第一項（会社法四二九条一項）にいう取締役としての責任を免れることはできないとした判例（最判昭和四七年六月一五日民集二六巻五号九八四頁）や、取締役であつた者が、当該会社の代表者に対し辞任登記を申請しないで不実の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていたなどの特段の事情が存在する場合には、当該者は、旧商法一四条（会社法九〇八条二項）の類推適用により、善意の第三者に対して取締役でないことを主張することはできず、その結果として、当該善意の第三者に対して旧商法二六六条ノ三第一項（会社法四二九条一項）の責任を免れることはできないとした判例（最判昭和六二年四月一六日判時一二四八号一二七頁）がある。そして、このような法律上の取締役ではないが取締役として登記されている者については旧商法一四条（会社法九〇八条二項）の類推適用により取締役としての責任を負わされ得るという立場は、その後の判例においても踏襲されている。^②これに対して、法律上の取締役ではない者が、取締役として登記されていることは関係なく、事実上の取締役と評価されることがある。事実上の取締役という用語は、従来わが国では既往の法律関係を維持するための説明概念として用いられてきた。すなわち、株主総会における取締役選任決議は外見上一応成立しているが、決議内容に法令・定款違反があつたり、あるいは決議の成立過程に瑕疵があつたりするため、選任決議が無効となりまたは取消されたとき、登記ないし表見代理に関する規定の適用によって既往の法律関係を維持する場合に、最初から取締役でなくなつた者を事実上の取締役と称していた。^③しかし近時ではむしろ、法律上の取締役ではないが、例えば会社の業務執行に関与している

者の行為、責任などを法律上の取締役のそれと同視することを正当化するための概念として、事実上の取締役という用語が用いられてきており、本稿でもこれに焦点を合わせて検討していく。

現行法には事実上の取締役に關する明文の規定はないが、昭和五九年五月九日に法務省民事局参事官室が公表した「大小（公開・非公開）会社区分及び合併に關する問題点」の二一七b（以下では、「前記問題点二一七b」という。）において、「事実上の取締役に關して規定するとの意見があるが、どうか」、例えば、「取締役にない者が取締役に稱して会社の業務執行をしている場合において、株主又は社員がこの行為を明示又は黙示に認容しているときは、会社は、善意の第三者に対し、その業務執行による責任を負うものとする。この場合において、当該取締役に稱した者も、会社及び第三者に対し取締役として責任を負う」との意見があるがどうか、という提案がなされていた。これに關する担当官の解説の中で、事実上の取締役の問題の一つの面として、「影の取締役というか、表面上は別人が取締役であるが、実際はいわゆるワラ人形であり、實質的には形式上の取締役でない者が取締役としての意思決定その他の行為をしている」という場合、「このような事実上の取締役の責任は何とか追及される必要はあろうが、これをどのように把握し、どのような責任を課するかは解決の難しい問題である」と述べられていた。⁴その後、昭和六一年五月一日に法務省民事局参事官室が公表した「商法・有限会社法改正試案」の二一三b（以下では、「前記試案二一三b」という。）においても、「取締役を稱する者による会社の業務執行につき、会社がこれを許容しているときは、会社は、第三者に對し、その業務執行による責任を負う。この場合において、当該取締役を稱した者も、会社及び第三者に對し、取締役としての責任を負う」という事実上の取締役に關する規定を設けることが提案された。これに關する担当官の解説によると、「二一三bは、法律上の選任行為が形式的にもなく、事実上取締役と稱して業務執行に当たっている場合の責任關係について規定するものであり、ここにいう「業務執行は、主として対外的な業務執行行為が考えられている」

とされていた⁽⁵⁾。

事実上の取締役という概念はもともと曖昧なところがあり多義的に用いられやすいものではあるが、前記担当官の解説からすると、このような概念を使用する意図として、法律上の取締役ではないが自ら会社の業務執行に当たっている者だけでなく、法律上の取締役ではないが意思決定を行い法律上の取締役をワラ人形のように扱っている者（いわゆる影の取締役）にも責任を負わせるべきであるという考えがあつたことが窺える。そして、前記問題点二17bおよび前記試案二13bに対しては、概ね賛成するという意見が多数を占めてはいたが、立法化には慎重な態度を示す見解も強く主張されていた。例えば、前記試案二13には残された多くの検討事項が注記されていたが、これだけでも事実上の取締役について過不足のない規定を設けることの難しさを示している⁽⁶⁾、また、「事実上の取締役」の概念自体多義的であるので、「事実上の取締役」という文言を用いたとしても統一的なものではなくなる可能性があることが懸念される⁽⁹⁾、さらに、性急な立法的解決は未解決につながる等の見解が主張され、事実上の取締役の問題に関しては判例の展開に委ねられることとなったのである⁽¹⁰⁾。

そこで本稿では、「前記試案二13b」の公表から四半世紀が経過し、その間に蓄積されてきた事実上の取締役に關するわが国の裁判例を考察し、従来曖昧であると言われてきた事実上の取締役に對して整理・分析することを目的とする。それに当たり、一口に事実上の取締役とはいっても、その中には少なくとも、法律上の取締役ではないが、会社の業務執行を行っている者だけでなく、自ら業務執行を行っているわけではないが法律上の取締役を指揮している者が包含され得るため、まず、両者の意義に關する学説上の議論を概観する。そのうえで、（一）わが国の裁判例では、どのような者を事実上の取締役として認定しているのか——事実上の取締役として認定されるための要件をどのようなに把えており、そして、どのような事実があればその要件が満たされ、またはどのような事実だけではその要件は満

たされないのか――、(2)事実上の取締役として認定された者の中には、法律上の取締役たちを指揮することにより間接的に会社経営を支配しているいわゆる影の取締役のような者も含まれているのか、(3)仮に含まれていると考えられる場合、それらの者は自ら会社の業務執行に継続的に関与しているという意味での事実上の取締役とは明確に区別され得るのか、(4)明確に区別され得ない場合には、当該者は事実上の取締役と影の取締役とのいずれにより親近性を有する者であるといえるのかという観点から、各裁判例の分析を試みる。そして、今回の分析結果と今後の課題を示し、本稿の結びとする。

二 事実上の取締役理論と影の取締役理論

1 事実上の取締役理論

学説上、事実上の取締役という概念を用いて問題の解決を図ることについて否定する見解も見られるが、多くの論者が同概念を用いること自体には同意している。¹³⁾そして、事実上の取締役に責任を負わすべき根拠については、第一に公序を挙げる見解がある。すなわち、事実上の取締役という概念は、既存の法理論によつては妥当な結論が得られないという状況において、ある特定の法律問題の解決のために便宜的にかつ窮余の策として使用されるものであり、この概念は究極的には公序とか衡平としかいいようのない一般条項的法理念によつて正当化づけられるが、この場合の公序とは、既成事実尊重の理念であると主張している。¹⁴⁾第二に、第三者保護という旧商法二六六条ノ三第一項(会社法四二九条一項)の趣旨を挙げる見解がある。すなわち、この規定は、株式会社における取締役の職務執行が第三者の利害に影響するところが大きいことから、第三者保護のために第三者に対する責任を認めているところ、このよ

うな規定の趣旨から、取締役でない者が實際上取締役として重要な職務を執行する場合には、同規定の類推適用により第三者に対する責任が肯定されるべきであると主張している。第三に、会社法の利害調整機能（取締役の行動準則の設定）を挙げる見解がある。すなわち、株式会社取締役に対して、会社法は忠実義務に従った業務執行を要求することで、株主・経営者間の利害を調整し、また、これに加えて第三者——特に債権者——に対しても一定の範囲で責任を負わせることによって、取締役に對して一定の行動をとらせようとしているところ、もしこのようなルールに服することなく業務執行をなしうる者が存在し、現にそのような者によって業務執行が行われるとすると、前述のような会社法の用意した利害調整（取締役の行動準則の設定）が無意味となってしまうと主張している。¹⁶

そして、事実上の取締役としての認定要件については、学説の有力な見解によると、アメリカ会社法における判例法理として著名ないわゆる事実上の取締役理論から着想を得て、①取締役としての「外觀」と②「継続的職務執行」の二要件を満たした者は狭義の事実上の取締役と呼ばれており、学説の中には、この二つを要件とする説、¹⁷「取締役としての職務執行」、「権限の引受」、「会社の許可」を要件とする説、¹⁸取締役に就任していると評価されることを要件とする説、¹⁹さらには、必ずしもあらゆる場面において要件が同一である必要はないとする説など多岐に分かれている。²⁰しかし、少なくとも取締役としての継続的職務執行ないし会社の業務執行への継続的関与が必要であるとする見解が多く見られるため、²¹以下では特に断らない限り、法律上の取締役ではないが自ら取締役としての職務を継続的に行っている者ないし自ら会社の業務執行に継続的に関与している者を「事実上の取締役」と呼び、後述する「影の取締役」と区別することにする。²²

2 影の取締役理論

二〇〇六年イギリス会社法二五一条一項では、影の取締役とは、会社に対する関係で、その者の指揮または指図に従って会社の取締役が行為することを通例とする者を意味すると定められている。⁽²⁴⁾ 影の取締役は真実の取締役ではないため、会社のために行動したりあるいは取締役会に出席したりする権限などを当然に有しているわけではないが、会社法が真実の取締役に課している特定の義務や制限を、あたかも支配的な取締役に取締役会に及ぼしている影響力と同種の影響力を現に取締役に及ぼしている者にまで拡張して課していくことを可能とすべく一九八五年イギリス会社法において創造されたものであり、イギリスでは影の取締役と事実上の取締役とは概念的にも機能的にも異なるものであるとの理解でほぼ一致しているといわれている。⁽²⁶⁾ わが国の学説の中にも、このようなイギリス法上の影の取締役概念を参考に、ある者の通例的指揮に従っている法律上の取締役が職務執行に際し悪意または重大な過失により第三者に損害を被らせた場合には、当該行為取締役は当該通例的指揮者の道具にすぎず、実質的な経営担当者ないし統括者は当該通例的指揮者にほかならないから、責任追及に際してはこの者こそ取締役そのものと捉えられるべきであるとする見解がある。⁽²⁷⁾ なお、ここにいる通例的指揮については、日常業務を含む経営全般にわたってなされていることを要するのか、重要事項のみについて指揮または指図が行われさえすれば足りるのかが問題となり得るが、後者のケースでも当該指揮者がいわば経営を統括する立場にあるといえるため、基本的要件の充足を認めてよいと解する見解が有力である。⁽²⁸⁾

三 事実上の取締役について言及している裁判例

1 事実上の取締役として認定されなかった事例

〔東京高判平成二〇年七月九日金判一二九七号二〇頁〕 判例へ1

A株式会社の株式を保有しているX（原告・控訴人）が、株式会社産業再生機構の支援によるA社の再建に關しスポンサーとなったY（被告・被控訴人）らが運営するファンドは、業務としてA社の経営に關与し派遣した取締役らが少なくとも八三一億円の価値のあるものを四三四億円で事実上の譲受人であるYらに売却するなどの善管注意義務に違反する行為を行った結果、A社に損害を与えひいてはA社の少数株主であるXに損害を与えたのであるから、A社の事実上の取締役として少数株主であるXに対して旧商法二六六条ノ三の責任を負うと主張し、損害賠償を求めて本訴を提起した。

本判決は、「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」ところ、「Yら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」と判示して、Yらの責任を否定している。

本判決は、事実上の取締役として認定されるための要件として、（1）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ること、(2)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依存しているといえるような事実関係があることを挙げている。本判決の立場は、前述した学説のうち、「取締役としての職務執行」、「権限の引受」、「会社の許可」を事実上の取締役の要件とする説と同様の立場に立っていると考えられる。この説によると、取締役でない者が実態的に取締役としての活動をしていたとしても、それだけでは当該者の行為はいわば勝手な判断による自称取締役によるものにすぎず、この場合に当該会社は当該者に何らの任務も与えていないのであり、当該者に対第三者責任を負わせる前提としての会社に対する任務懈怠を観念できないと説明されている²⁹⁾。そのため、事実上の取締役として責任を負うべき者は、当該会社から当該活動を許可されていなければならず、ここにおいて会社の許可には色々な形があり得るが、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黙認しているような場合などが挙げられている³⁰⁾。なお、この立場に立つと、後述するが、取締役でないにもかかわらず取締役として活動している者が社内で従業員から取締役らしい名称で呼ばれているというような事実だけでは「会社の許可」があつたとはいえず、当該者は事実上の取締役として認定されないことになろう。

〔東京地判平成五年三月二九日判タ八七〇号二五二頁〕 判例へ2

原告Xは、皮革及び化学繊維の販売並びにこれらの製品の販売等を業とする株式会社であり、A社は、皮革製品の加工を業とする有限会社である。Y1は、A社の代表取締役であり、Y1の妻であるY2については、A社の商業登記簿上、昭和五六年九月一五日に取締役に就任し(同年一〇月一日登記)、昭和六三年六月二日に取締役に辞任した

(同年六月二八日登記)旨の記載がある。X社は、A社に対して、昭和五七年一月ころから、毎月末日締切り翌月二〇日払いの約定でX社の商品を継続的に販売していたところ、平成二年三月以降にA社に販売した商品の代金の一部として、Y1から約束手形の振出し、交付を受けたが、A社は平成二年八月一日、手形不渡りを出して倒産したため、X社はA社から手形金を回収することが不能となった。そこで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、旧有限会社法三〇条ノ三に基づく取締役の責任を追及し、Y2に対しては取締役辞任後も事実上の取締役の地位にあったのであり、Y1の日常の業務執行について監督すべき義務を怠ったとして同条に基づく取締役としての責任を追及した。

当該裁判所は、「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ものと解すべきであるが(東京地裁昭和五五年一月二六日判決判例時報一〇一一号一一三頁等参照)^①、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、……(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社には四名ないし五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』、『おかあちゃん』などと呼ばれて……いたこと、(3) 毎年一二月に行われる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いかったこと、(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」と判示している。

本判決は、事実上の取締役と認定するためには、①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、②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が必要であることを示している。この部分だけを見ると、本判決は、会社の業務執行に継続的に従事していることを要件としていることは明らかであるが、それに加えて取締役としての外観を呈していることを要件としているかは必ずしも明らかではない。しかし、本判決では、取締役としての外観を呈しているといえるためには実際上取締役と呼ばれていることなどが必要であるとし、本件Y2は「A社の他の従業員及びA社の取引先から『奥さん』、『おかあちゃん』などと呼ばれて」おり、「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」という事実から、Y2には取締役としての外観は到底認められないと判断しているところからすると、取締役としての外観を有すること自体を事実上の取締役の要件として捉えていると考えられる。つまり、本判決では、取締役としての外観を呈していることに加えて、会社の業務執行に従事していることが必要であるという立場をとっているものと思われる。このような立場に立つ学説の中には、

取締役としての外観については、さらに第三者がそれを信頼したことを要すると主張する見解が見られる。この点について本判決は明示しているわけではないが、事実上の取締役と認定するためには、「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……」と述べていることからすると、本判決は、外観の要件について、当該者が取締役らしい名称を使用して活動しており、第三者が当該者は取締役であると信頼したことまでは必ずしも要求しておらず、単に社内で従業員から取締役らしい名称で呼ばれているにすぎない場合にも充足されるという立場をとっているように思われる。換言すると、本判決は、前記判例へ1」とは異なり、ある者を事実上の取締役と認定するためには、その者が会社から事実上取締役としての任務の遂行を委ねられ、同人も事実上その任務を引受けていることまでは必ずしも要求していないと考えられる。

なお、本判決は、Y2が継続的にA社の業務執行に関与していたか否かにつき、Y2が、Y1の不在の際には仕入品の発注や製品の受注を行ったこと、Y1が既に振り出しておいた手形を取引先の担当者に手渡したこと、主に皮革の裁断・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は、単にY1の妻又はA社の従業員として補助していたにすぎないと判断している。この点に関して、本判決では、どのような場合に取締役に匹敵する権限を有し、会社の業務執行に従事しているといえるのかについて明示しているわけではないが、本判決で認定されている前記(4)～(6)の諸事実を見ると、本件A社のような会社では、当該者が仮に、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を行っており、自らの判断で手形を振り出すこともあり、さらに当該会社の経理、人事にも関与していたのであれば、取締役に匹敵する権限を有し、会社の業務執行に従事していると判断され得ることを示唆しているように思われる。

〔静岡地判平成二四年五月二四日判時二二五七号一一〇頁〕 判例へ3

本件はA株式会社との間で建物建築請負契約を締結した注文者Xらが、A社が多額の債務超過に陥り工事が完成することが不可能な状態であるのに、これを粉飾経理により隠蔽してXらから請負代金の前払金を受領した後に破産したことに付き、Xらは、既払金から出来高及びA社の破産管財人から受けた金額を控除した残代金相当の損害を被ったとして、A社の代表取締役Y1に対しては会社法四二九条一項に基づき、また、A社で過去に取締役であったY2およびY3に対しては事実上の取締役であると主張し、会社法四二九条一項の類推適用により損害賠償を求めた事案である。

当該裁判所は、まず事実上の取締役の要件に関して、「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である」と述べた上で、Y2については次のように判示している。すなわち、「確かに、Y2は、従前A社の取締役であり、取締役退任後も、常務執行役員事業本部長、専務執行役員事業本部長といった要職に就いていたほか、平成二〇年四月一日からは副社長執行役員事業本部長といった社長に次ぐ地位にあることを示す名称の役職に就任しており、また、実際の職務としても、事業本部長として各事業部をとりまとめるという、社内での重要な職務を担当していたことが認められる上、……Y2は、A社において、代表取締役社長であるY1や各事業部長等、要職にある者のみが参加する朝会に必ず出席し、同社が破産申立てに関して相談するために弁護士事務所に出向いた際にも同行する等、同社の重要な局面に臨場しているものであって、同社におけるY2の立場が他の者にも増して上位にあったことは否定し難いことであるといわざるを得ない。しかしながら、……A社は、創業者でもあるY1のワンマン経営が行われていた会社であったことがうかが

われるところ、そもそもY2が取締役に就任しあるいは取締役から退任したのはY1の独断によるものであって、……Y2が取締役に任中あるいは退任後において、事業本部長という範囲を超えて経営の根本に関わる事項を決定し、あるいは意思決定に関与したとか、それができる立場にあったとまで認めるのは困難である。……以上によれば、Y2が、A社が支払遅延を生じさせた平成二〇年一月五日ころにおいて、単なる幹部社員という立場を超えて、会社の業務の運営、執行に関する意思決定に関与する事実上の取締役であったと認めることはできないというべきである。そして、Y3についても同様の理由により、事実上の取締役であることを否定している。

本判決は、事実上の取締役の要件として、「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」のみを挙げおり、取締役としての外観については一切言及していないところが特徴的である。たしかに、本件Yらは、「常務執行役員事業本部長」、「専務執行役員事業本部長」、「副社長執行役員事業本部長」といった名称の役職に就任しているために、取締役としての外観については備わっており、あえて言及するまでもないと判断された可能性は否定できないが、本判決は、事実上の取締役と認定するためには継続的に会社の業務執行に従事していることが必要であり、取締役としての外観についてはそれに付随して生じるものにすぎない——つまり、外観を呈していること自体は要件ではない——という学説の立場に依拠しているようにも思われる。

そして、本判決では、本件Y2およびY3はA社内で重要な地位に就いてはいるが、A社の経営の根本に関わる事項を決定したり、あるいは意思決定に関与したりしたとか、それができる立場にあったとまでは認められないため、事実上の取締役とは認められない旨示されている。これに関して、どのような活動をしていれば当該者は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いるといえるかについては一概には言えず、基本的には事実ごとに

判断されるべき性格を有していると思われるが、取締役は、取締役会の構成員として会社の業務執行の決定に関与するという職務を有していることから、これを継続的に行つていれば当該要件を満たすことになるであろう。ただし、本判決のように、それを不可欠な要素とすべきかについてはさらに検討を要する。

〔大阪地判平成二二年五月二二日判時二〇六七号六二頁〕 判例へ4

原告Xは、平成二二年五月一九日から平成一五年一〇月九日までの間、商品取引員であつたA株式会社に五〇〇〇万円余を預託して、商品先物取引を委託した（以下「本件取引」という。）が、A社は、本件取引による損失が六〇〇〇万円を超えたため、上記五〇〇〇万円余の全額を損失金・手数料等に充当したとしてXに返還せず、その後、平成一七年六月一〇日に破産手続開始決定を受けた。そこで、Xは、A社の取締役らに対して、違法営業、杜撰経営等により損害を被つたと主張し、民法七〇九条、七一九条、旧商法二六六条ノ三第一項に基づき損害賠償を請求した。なお、Xは、A社の取締役ではないが同社の実質的な大株主である被告Y1に対しても、A社を統括する支配者として実質的な取締役であると主張し責任を追及しているが、以下ではこの点に絞つて考察していく。平成八年九月、商品先物取引業を営むB社の代表取締役社長であるY1は、同業のC社の代表取締役社長であつたDから、A社（当時の発行済株式総数は一六七万株）を買収することを持ちかけられ、Dが経営する関連会社の名義で一四二万株を買取り、そのうちの七〇万株はY1が経営するE社が実質的に所有していた。Y1は平成九年六月からA社の相談役を務めていたが、A社の取締役又は監査役に選任されたことはなかった。買収当時、A社の経営は年間二億円を超える赤字であつたため、DとY1は、経営の立て直しを図るため、従来の経営陣を一掃し、平成二二年四月、当時業績を伸ばしていた同業のF社のG、被告Y2がA社の代表取締役社長、副社長に就任した。A社の社長であるGは、毎月、月次

報告書に基づき、大株主であるY1にA社の営業状況を報告していた。Y1はその報告に対して、交際費が過大ではないかと指摘したことはあったが、Y1がA社の営業の具体的な方針等に立ち入って指示をすることはなかった。また、Y1は、営業会議や、株主総会の際に、A社を訪れて訓辞を行うことがあったが、その際にも具体的な営業方針について指示をすることはなかった。当該裁判所は、Y1の責任について、「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G、代表取締役副社長Y2……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は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、商法二六六条の三第一項による第三者に対する損害賠償責任は認められない」と判示している。

これまで考察してきた裁判例は、事実上の取締役の要件についてすべてが一致しているわけではないものの、取締役としての継続的職務執行（会社の業務執行への継続的関与）を要件としているという点では共通していた。それらに対して、本判決は、取締役としての継続的職務執行（会社の業務執行への継続的関与）については一切言及せずに、「Y1は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」と述べている。つまり、本判決は、これまで考察してきた裁判例とは異なり、事実上の取締役＝会社経営の実質的支配者と捉えている点で独自性を有している。ただし、ここにいる実質的な支配者とは具体的にどのようなことを意味しているのかについては明らかではない。もちろん、取締役でない者が実質的に取締役としての活動をしていたとしても、それだけで当該者は会社経営を実質的に支配しているとはみなされないであろう。この点について、本件に照らして考えてみると、本判決では、Y1は社長であるGからの営業報告に対して、「交際費が過大ではないかと指摘したことはあったが、Y1がA社の営業の具体的な方針等に立ち入って指示をすることはなかった」し、「Y1は、営業会議や、株主総会の際に、

A社を訪れて訓辞を行うことがあったが、その際にも具体的な営業方針について指示をするとはなかった」という事実が認定されているが、このことは、仮に、Y1がA社の営業の具体的な方針等にまで立ち入って指示をすることがあれば、Y1はA社の経営を実質的に支配していたと認定される可能性があることを示しているようにも思われる。換言すると、本判決は、法律上の取締役でない者が、取締役としての外観を有しておらず、かつ会社の業務執行に直接的に関与していなくても、法律上の取締役たちに対して会社経営につき継続的に指示していれば、いわゆる影の取締役のような実質的な支配者として責任を負わされる可能性があることを示唆しているように思われる。

2 事実上の取締役として認定された事例

〔大阪地判平成四年一月二七日労働判例六一一号八二頁〕 判例へ5

被告Y3は、いつくつかの会社の代表者であり、A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に、酒場・ラウンジの経営を目的とする被告Y1株式会社を設立し、Y1社は昭和五八年八月頃からBというお店を営んでいた。Xは、昭和六一年七月一日からB店のホステスとして稼働し、昭和六三年一〇月三十一日に退職した。Xは、Y1社に対し、昭和六二年八月二五日から昭和六三年一〇月三十一日までの未払給料の支払いを求め、またY1社は事実上、支払不能であるからXは同額の損害を被ったとして、Y2およびY3に対して旧商法二六六条ノ三に基づく損害賠償を求めて本訴を提起した。以下では、Y3の事実上の代表者としての責任に焦点を合わせて考察する。

本判決は、「Y3は、Y1社の事実上の代表者として全権を有しながら、B店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B店の維持・再建の意思をも放棄し、Y1社を事実上の倒産状態に陥らせたと認めら

れる」。したがって、「Y3は、故意または重大な過失によって、Y1社の事実上の代表者としてY1社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、商法二六六条ノ三の類推適用により、Xに対し右損害賠償責任を負うと解される」と判示している。本判決は、次のような事実に基づいて、Y3は「事実上の代表取締役」として、Y1社の業務の運営・執行を行っていたと認められるとしている。すなわち、①Y1社の代表取締役はY2であり、Y3は同社の監査役の地位に止まるが、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、XもY3をY1社の代表者と信じていた。②Y3は、自己が代表者を務めるC株式会社の従業員で信頼しているDに、B店の経営関係を統括させることにより、B店の営業内容を全て掌握していた。③Y3は、B店の運転資金の手当てをし、日々の営業に関して責任のある従業員の採用、解雇を自ら決め、Xに対しても細目の指示を与えていた。④Y1社はB店の他に化成品の取引を行い、Y3が業務執行に当たっており、Y3によるY1社及びB店の運営、業務執行について他の人が口をはさむ余地はなかった。

本判決は事実上の（代表）取締役として認定されるための要件を明示していないが、本件Y3には取締役としての外観とそれに対するXの信頼、そして会社対内的・対外的業務執行への関与が見られることから、Y3を事実上の代表取締役であると認定した本判決に対して学説からの異論は少ないものと考えられる。⁽³⁵⁾もつとも、学説の中には、本件Y3はY1社のオーナーでもあったことから、Y3の責任が会社の業務執行だけに基礎づけられているといえるかは疑問が残るとする見解も見られる。たしかに、Y3はY1社のオーナーであること、Y3は自己の部下に経営関係を統括させることによりB店の営業内容を全て掌握していたこと、そして、法律上の取締役であるY2に関しては、Y1社の形式的な代表取締役にすぎず実質上は従業員と目されること、さらにY3によるY1社の業務執行については他に口を挟む人が存在しなかったなどの事実により、Y3の責任はY1社の経営を実質的に支配していたことに基

礎づけられていると判断することも可能である。しかし、Y3はオーナーではあるが、少なくとも、法律上の取締役であるY2らに指示を与えるなどして彼らを操っているというような事実は認定されておらず、むしろY3自身がY1社の実質的な代表取締役として積極的に経営行為を行っていたケースであると評価できる。

〔大阪地判平成二三年一〇月三一日判時二二三五号二二頁〕 判例へ6

A株式会社は、商品取引所における上場商品等の先物取引およびその受託業務等を業としていた会社である。被告Y1は自らが事業を営む複数の会社を設立し、これらの各社によりBグループを形成していた。そして、Y1は自らが代表取締役を務めていた会社を通じて、A社の発行済株式の約八七%を取得し、A社をBグループの傘下に収めるとともに、A社の代表取締役に就任したが、商品先物取引についての知識、経験等に乏しかったこともあり、A社の業績は低迷した。そのためY1は、A社の代表取締役を辞任して取締役となり、その後A社が行政処分を受けたことに伴い、平成一三年八月にA社の取締役を辞任した。これと同時にY2が、その後Y3が、それぞれA社の代表取締役に就任した。原告Xらは、A社との間の商品先物取引によって損害を被り、同社またはY2もしくはY3に対する不法行為または債務不履行に基づく損害賠償請求権等とする確定判決等の債務名義を有していたが、同社が破産手続開始決定を受けた結果として、XらのA社に対する損害賠償請求権は、一部の金額について回収されたほか、回収不能の状態となった。そこで、Xらは、Yらに対し、Yらは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、その財産状態を悪化させ、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、違法な取引の勧誘及び取引行為（以下「過当営業行為」という。）を繰り返し、A社に再三の行政処分をもたらして、その信用を失墜させ、そのためA社につき破産手続が開始され、これによって損害を被ったなどと主張して、旧商法二六六条ノ

三第一項に基づく損害賠償を求めて本訴を提起した。なお、Xらは、Y1は取締役退任後においても、Bグループのオーナーの地位にあり、いわゆるワンマン社長としてA社の業務全般を支配し統括してきたため、他の取締役らの過当営業行為についても、事実上の取締役として悪意又は重過失による任務懈怠責任を負うと主張しており、以下はこの点に焦点を合わせて考察する。

当該裁判所は、「A社の取締役であったY1は、……Y2及びY3を始めとするA社の営業部門の役員及び従業員による営業活動の実態を把握し、これらの従業員等が過当営業行為を行うことのないように指導監督する職務上の注意義務を負っていたというべきである。しかるに、Y1は、A社の営業収益の向上にのみ関心を持ち、A社の従業員等による営業活動の問題点について具体的な対処をすることがなかった。……そして、Y1は、平成一三年八月に取締役の退任登記を経た後も、従前同様、……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、Y2及びY3を始めとするA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である。しかるに、Y1は、重大な過失によって上記の注意義務を怠り、その任務を懈怠した結果、A社においては、平成一三年以降も、Xらを含む多数の顧客との間で、継続して、……過当営業行為が行われ、しかも、A社の営業部門の取締役であったY2及びY3によっても、このような過当営業行為が行われていたものであるから、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」と判示してY1の責任を肯定しているが、その前提として次のような事実に基づいてY1を事実上の取締役であると認定している。すなわち、①Y1は、平成一三年八月に取締役の退任登記を経た後も、従前同様、Bグループのオーナーの地位にあり、A社を含むBグループ傘下各社の役員及び従業員から、「会長」又は「Bグループ会長」などと呼ばれる存在であった。②Y1は、Y1およびBグループを構成している会社

と併せてA社の発行済み株式の八〇％を超える株式を所有していた。③Y1は、A社から給与と名目で、月額二七〇万円という他の役員や従業員の給与等に比べても突出して高額な金員の支払を受け続けていた。④Y1は、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。⑤Y1以外のA社の取締役らが、Y1の意向に反してA社の意思決定をしたことはなかった。

本判決においても、事実上の取締役と認定するための要件については明示されていない。ただし、本件Y1は、平成一三年八月に取締役の退任登記を経た後も、従前同様、A社を含むBグループ傘下各社の役員及び従業員から、「会長」又は「Bグループ会長」などと呼ばれる存在であったことから、少なくとも対内的にY1は取締役としての外観を有していたといえるであろう。また、Y1はA社における種々の事業執行について自ら決裁していたことから、業務執行への継続的な関与もあり、本判決ではこれらの事実を重視してY1を事実上の取締役と認定していると考えられる。⑤。その一方で、本判決は、右①～⑤の事実^⑤に照らして、「Y1は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……」と判示しているところからすると、本判決はY1がA社を支配していたという事実を重視して、Y1に責任を負わせているとも考えられなくはない。そこで、ここでいう支配というのは具体的にどのような状態にあることを示しているのかについて考察してみると、一つには、本件Y1はA社に対して実質的に大きな影響力を及ぼし得る立場にあることを挙げることができる。つまり、Y1は、自らがオーナーとしての立場にあるBグループ傘下の会社とY1自身とでA社の発行済み株式の八〇％を超える株式を所有していた。したがって、Y1は大株主として株主総会を通じてA社の取締役を選任したり、解任したりすることができるという意味でA社を実質的に支配し得る立場にあったとはいえる。しかし、これだけをもってしてY1が事実上の取締役と認定されることは考えられない。本判決は、このような事実に加えてあるいはそれ以上に、「Y1が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」という事実を重視して、Y1はA社を支配していたと判断したと思われる。この部分に関してもう少し詳しく考察してみると、本判決では、「A社の各種稟議申請書の左上端には、別枠で『会長』名の決済欄があり、Y1はA社における種々の事業執行について、自筆で決済をしていた。この点は、Y1がA社の取締役を辞任した後も、特に変わることはなかった。そして、Y1以外のA社の取締役らが、Y1の意向に反して、A社の意思決定をしたこともなかった」という事実が認定されているが、これらからY1はA社を支配していたと判断しているものと思われる。

しかし、本判決では、このようにY1はA社を支配していたと評価しながらも、Y2、Y3はA社の取締役に就任した後、Y1の指示のもと過当営業行為を推進したというような事実は認定されておらず、むしろ、Y1がA社の取締役在任中に受けた行政処分等には、過当営業行為を理由とするものが多数含まれていたことからすると、「Y1は、A社の役員及び従業員らによる種々の違法行為を十分に認識しながら、これを放置していたといわざるを得ない」と述べられている。これらのことから、本件は、Y1がA社の組織上の頂点にいる者として重要な業務執行については自ら決裁していたものの、Y2、Y3は自らの判断のもと過当営業行為を繰り返し、それが原因でXらが損害を被ったというケースであるといえる。したがって、本判決では、Y1はA社を実質的に支配していたと述べられているが、Y1は過当営業行為をY2らに指図したことについていわゆる影の取締役のような者としての責任を負わされているというよりむしろ、「会長」という取締役としての外観を呈しているY1はA社の業務執行に自ら携わっているところ、Y2らの過当営業行為を認識していながら放置したことについて責任を負わされているといえる。

〔東京地判平成二年九月三日判時一三七六号一一〇頁〕 判例へ7

被告Y3は、不動産業等を目的とする会社等を経営していたが、自己の事業を拡大するため、酒類、タバコ、食料品の販売等を目的とする被告Y1会社を設立した。Y1社の代表取締役には、自己の部下である被告Y2をあて、他の取締役にも自己の経営する会社の従業員をあて、自己は取締役にはならなかった。Y1社は当初外国から食料品を輸入し販売を行ったことがあったが、その後Y3は、自らが経営する不動産業等を目的とする会社が手掛けていた地区の再開発事業に資することもあり、内科、小児科、眼科等を有する診療所をY1社に経営させることにし、Y1社の目的として病院、診療所の経営を加え、Y3自らもその開設のために県の衛生部に赴いたり、医療器具の購入や医療品の納入について種々奔走した。診療所の経営については、理事長と呼ばれていたY3と所長と呼ばれていたY2が主に携わっていたほか、Y1社の取締役であった者たちが従事していた。そして、診療所の経営に必要な資金の調達はもっぱらY3が行っており――診療所の経営のために必要な資金の多くはY3個人またはY3が経営している会社から出されている――、診療所に必要な器材の購入、リース契約による導入、医薬品の仕入れ、従業員の採用は、Y3、Y2らが相談して行い、重要な事項については実権のあったY3が決定していた。診療所の累積する赤字は増加する一方であったところ、Y3、Y2は、経費を切り詰めるために、昭和五八年三月からY3の甥に無資格であるにもかかわらずエックス線撮影をさせることにしたが、昭和五九年六月にY2、Y3はこのことで逮捕され、その後診療所は廃止された。Y1社は診療所を廃止したことで倒産するに至り、そのためY1社に継続的に診療所用の医薬品を売り渡していたX社は、売掛金六六七万五六一円を回収できなくなった。そこで、X社は、代金相当額の損害を被ったとして、Y1社に対しては売買契約に基づく代金請求を、Y2に対しては旧商法二六六条ノ三第一項により、Y3に対しては同項の類推適用または民法七〇九条により損害賠償を求めて本訴を提起した。

本判決は、Y3は「Y1社の取締役にはなっていないかったものの、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）であつたのであるから、代表取締役として診療所を経営するにあつては、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Y1社を倒産に至らせることがないようにすべき義務を負うところ」、「重大な過失により前記義務に違反してY1社を事実上倒産させたものというべきである」と判示し、旧商法二六六条ノ三第一項の類推適用によりY3の責任を認めているが、その前提として次のような事実に基づいて、「Y3は登記簿上Y1社の取締役にばなっていないものの、Y1社の実質的経営者（事実上の代表取締役）であつた」と認定している。すなわち、①Y3は、Y1社の設立に当たり、その費用については全額Y3の資金から支出し、株式の払込金もY3が捻出していた。②Y3自身はY1社の取締役にばななかつたが、Y1社の代表取締役にはY3が経営する会社の部下であるY2をあて、日常的な業務についての意思決定と執行についてはY2に任せていたが、重要な事項については全てY3が掌握し、Y2も主要な点はY3に相談し、その指示を仰いでいた。③Y3は対外的にも代表者のように振る舞うことが多かつた。④診療所の経営については、理事長と呼ばれていたY3と所長と呼ばれていたY2が主に携わっていたが、重要な事項については実権のあつたY3が決定していた。⑤Y3はY2とともに、X社と診療所への薬の納入について交渉した。

本判決は、事実上の取締役の要件について明示してはいないが、Y3は「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）であつた」と判断している。本件では、Y3が「対内的に」重要事項について実際上の決定権を有していたということは明らかではあるが、その一方で、「対外的に」重要事項についての決定権を有していた、というのは具体的にどのようなことを意味するかは明らかでない。たしかに、本判決

において認定されている右③の事実に着目すると、本判決では事実上の代表取締役と認定されるためには、代表取締役らしい名称を使用して対外的に活動していることが必要であると暗に示しているようにも思われるが、本判決では、Y3のどのような行為からY3は対外的に代表者のように振る舞っていたと認定しているのか具体的に示されていない——これに関連するとも考えられるものとして、右⑤の事実を挙げることができるが、これだけをもってY3が代表者のように振る舞っていたといえるかについては疑義がある——ため、この点については不明確であると言わざるを得ない。本判決にはこのような難点があるものの、判例評釈を見る限りにおいて、学説は本判決の結論自体については支持している。^{③⑨}その理由づけについては分かれており、一方では、本件Y3は、取締役としての外観と継続的職務執行という二つの要件を満たしているために、本判決は事実上の取締役に關する典型的な事例であると評価する見解がある。他方においては、本件Y3は、業務執行に基づく責任というよりも、むしろ、会社のオーナーが部下である代表取締役に指示を与えるなどして当該会社を支配していたことに基づく責任が問われた事例であると評価する見解も見られる。たしかに、Y3は重要事項について決定権限を有していたことからすると、Y3はY1社の経営を實質的に支配していたと判断することは可能であると思われるが、少なくとも対内的には理事長という實質的経営者（事実上の代表取締役）としての外観を呈しているY3が、対外的にも代表者のように振る舞うことが多かったという事実を考慮すると、本件Y3は、實質的な支配者が法律上の取締役に對して背後から指揮していたいわゆる影の取締役というよりも、自ら積極的に経営活動をしていた事実上の取締役に對して評価されるべきであると考えられる。なお、外観に対する相手方の信頼が必要であるのか否かについては、本判決からは明らかではない。^{④②}

〔名古屋地判平成二二年五月一四日判時二二二二号六六頁〕 判例へ8

A株式会社は、平成二二年一月一七日に設立された発行済株式数二〇〇株、資本金一〇〇〇万円の株式会社である。設立当初の取締役はC(被告Yの息子)、D、Eの三人であり、Cが代表取締役であったが、平成一三年五月一日に、Cが代表取締役を辞任し——取締役は続いている——、Bが代表取締役に就任した。原告Xらは被告Yらに対し、XらとA株式会社との間で平成一三年五月一九日に締結された建物建築工事請負契約(以下「本件請負契約」という。)に基づいてA社が建築し、Xらに引き渡した建物(以下「本件建物」という。)に瑕疵があり、Xらが合計九二二万六二〇円の損害を被り、A社に対し同額の損害賠償請求権を取得したが、YはA社の事実上の取締役であり、A社の財産を着服する等の忠実義務違反行為、任務懈怠によりA社を事実上倒産させ、これによりXらのA社に対する瑕疵修補請求、損害賠償請求等の行為ができなくなるといふ損害をXらに被らせたとして、会社法四二九条一項の類推適用により、損害賠償を求めて本訴を提起した。

本判決は、「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Xらが損害を被ったとすることができる。したがって、……Yは、会社法四二九条一項の類推適用により、Xらの上記損害を賠償すべき義務がある」と判示しているが、その前提として、次のような事実に基づいてYをA社の「事実上の(代表)取締役」と認定している。すなわち、①A社の設立当時における発行済株式総数は二〇〇株であり、そのうち五〇株をYが、一〇〇株をC(Yの息子)が、五〇株をDが有していた。②Yは、自身の研究が国のミレニアムプロジェクトの認定を受け、H研究所(Yが所長)に国から研究費が出るようになってから、A社、F社(Yが代表取締役、C、Dが取締役)、G社(Dが唯一の取締役)(以下「本件三社」という。)を設立し、本件三社は同じビルの一室で仕事を

していたが、職場ではYが絶対的な存在であり、A社の法律上の取締役であるC、DはYの部下のような関係にあり、Bも雇われ社長と自称していたことから、従業員も、Bを社長とは呼ばず、Bさんと呼び、所長と呼ばれているYが実質的な経営者であると認識していた。③H研究所は、本件三社に研究を外注し、外注費を本件三社に送金していたが、送金されるとYは、F社の分についてはA社ないしF社の従業員であるKに、A社の分についてはCに、G社の分についてはDに金を引き出してくるよう指示し、三人は、引き出した金をYに渡していたことから、Yは、実質的な経営者としてA社の財産を管理していた。④A社は下請業者に対する未払いがあり、代金支払の催促を受けるようになったが、その際、Yは、ビルの保証金やコピー機などの差し押さえを受けないように、A社名義となっている財産をF社などに移すようCなどに指示したり、A社の登記簿上の住所をBの自宅の住所に移すよう指示したりしていた。⑤本件請負契約についてはYとXとの間で決めた話であり——ただし、本件請負契約の代金額や追加工事、変更工事の代金は、XとA社の代表取締役であるBとの間で決められ、正式な契約締結を行ったのもBである——、そしてYが代表者を息子のCからBに代えていることからすれば、Yは、A社の主たる業務自体も実質的にYの意思で運営しており、また、A社の従業員の採用面接をYが行い、その採用を決めていることからしても、YはA社の経営の実務も実際に行っていた。

本判決では、YはA社の事実上の（代表）取締役としてA社の取引先であるXに対する責任が肯定されており、この点では前記判例（7）と類似している。ただし、判例（7）では、当該者が対外的に当該会社の代表者のように振る舞うことが多かったとされているのに対して、本件Yに関してはそのような事実も認定されていない。この点について関連性があるとも思われる部分について考察してみると、本件請負契約は元々原告（X）とYとの間で決められたものである——正式な契約締結はBが行っているが——ことからすると、ある意味ではYもA社の事実上の代表者

らしく振る舞っているといえなくもないが、XはYからA社の代表取締役はBであることを直接伝えられているため、Yについては、Xとの関係において代表者らしく振る舞っていたと認定することは困難である。それにもかかわらず、Yは事実上の代表取締役であると認定されているということは、本判決では少なくとも、当該者の代表取締役としての外観に対する相手方の信頼は、当該者を事実上の代表取締役と認定するための要件ではないという立場をとっている。なお、そもそも外観を呈していること自体を事実上の取締役として認定するための要件としているのかについては、本判決においても明示されていない。しかし、この点については、Yは所長と呼ばれていたが、そのような名称をもって事実上の（代表）取締役としての外観を呈していると解するのは困難であると思われる。それでは何ゆえに、Yは事実上の（代表）取締役として認定されたのであろうか。一つの考え方としては、前記⑤の事実から、「Yは、A社の主たる業務自体も実質的にYの意思で運営しており、また、A社の従業員の採用面接をYが行い、その採用を決めていることからしても、YはA社の経営の実務も実際に行っていた」ため、Yは会社の業務執行に直接関与していた事実上の（代表）取締役であると認定することも可能であろう。その一方で、YはA社の経営を実質的に支配している者としての性格を有しているとも言える。つまり、A社の株式を実質的に七五%保有しているYは、A社内において絶対的な存在であり、Yの部下であるA社の法律上の取締役たちに対して、A社における重要な事項について指示を出すなどして会社業務を実際に動かしていた。学説の中には、このような点に着目して、本件Yは取締役たちを背後から指揮し操る影の取締役⁽¹³⁾というべきものであるとする見解がある。たしかに、Yの指示を受けたA社の取締役たちはそれに忠実に従っていることを考えると、Yは影の取締役としての要素をも有しているといえる。

〔京都地判平成四年二月五日判時一四三六号二一五頁〕 判例へ9

A 有有限会社および繊維製品の卸売業を主たる目的とする B 株式会社は、被告 Y 2 の亡父 C がかつて個人企業を法人成りさせた会社の一つないしそれらから分離独立した会社であり、Y 2 は、昭和四九年二月より A 社の代表取締役に就任し、Y 2 の夫被告 Y 1 は、昭和五五年六月より B 社の代表取締役に就任した。また、昭和六三年二月二五日付で Y 2 が B 社の監査役に就任した旨の登記がなされている。昭和六三年一月頃から同年五月二〇日までの間、B 社の代表取締役 Y 1 は、バツタ屋といわれる現金問屋の原告 X 社から格安の呉服を仕入れて、その代金支払のため約束手形を振り出したが、その満期前に B 社は自己破産の申立をして倒産した。そこで、X 社は、本件呉服類の売買代金債権ないしその支払のための約束手形金が回収不能となり、四六〇〇万円の損害を被ったと主張し、Y 1 に対して、取締役の第三者に対する責任（旧商法二六六条ノ三第一項）、Y 2 に対して、主位的に監査役の第三者に対する責任（旧商法二八〇条第一項・同二六六条ノ三第一項）、予備的に親会社の代表取締役たる地位に基づく子会社の実上の取締役としての第三者に対する責任（旧商法二六六条ノ三第一項）による損害賠償をそれぞれ求めて本訴を提起した。以下では、Y 2 の事実上の取締役としての責任のみに焦点を合わせて考察する。

本判決は、「Y 2 は、B 社の事実上の取締役として、重大な過失により Y 1 の……任務懈怠行為に対する監視義務を怠ったものというべきであって、Y 2 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二六六条の三第一項により賠償すべき責任がある」と判示しているが、その前提として次のような事実に基づいて、「Y 2 の言動と B 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、Y 2 は、B 社の経営と相当深い関係をもっており、……B 社の実質的所有者として、事実上 B 社の業務執行を継続的に行い、B 社を支配していたものであって、B 社の事実上の取締役に当たると認定している。すなわち、① A 社は、その完全子会社である B 社

に対して本社ビルの賃貸、資金援助および物上保証をしており、B社の存続にとってA社の信用は不可欠であった。

② Y2は、B社のために担保を設定する際、A社を代表して承諾を与えていた。③ Y2個人もB社に対して資金援助および物上保証をしていた。④ Y2は、Y1と相談して、B社の本社店舗として使用していたA社所有の土地建物を他へ処分して、B社の銀行債務の支払いに充てている。⑤ B社の帳簿を見ていたY2は、X社との取引が利益の極めて薄いもので、経費倒れになる恐れがあると考え、Y1に対して善処するよう意見を述べている。⑥ Y2は、B社の取引先の社長からB社の経営実体につき注意を受けるや、同社長からY1に注意を与えてもらい、これが聞き入れられないと知って、親会社であるA社の代表者および個人融資者として、B社の取引銀行に対してB社の手形の割引をしないで欲しい旨を申し入れ、その結果、当該銀行は、今後貸出しや商業手形の割引はしないとB社に通告している。

本判決では、B社の代表取締役であるY1の妻(Y2)に対してB社の事実上の取締役としての責任が追及されているが、この点においては前記判例へ2と類似している。判例へ2では、当該会社の代表取締役の妻は当該会社の仕事に従事していたものの、関与している仕事の内容・重要性に鑑みて、当該妻は取締役に匹敵する権限を持ち継続的に取締役としての職務を執行したのではなく、あくまでも当該会社の代表取締役の妻としてあるいは従業員として補助的な行為をしていたにすぎないと判断され、事実上の取締役であることは否定されている——もともと、判例へ2では当該妻は取締役としての外観も認められないと判示されているが——。本判決(判例へ9)に関する評釈においても、本件Y2の行為はB社に対する資金援助者あるいは経営補助者としてのものであって、B社の取締役としての積極的な経営行為とはいえない⁽⁴⁴⁾という見解が多くみられるが、本判決では特に右④⑤⑥の事実を見ると、本件Y2の行為はB社の経営に対して大きな影響を与えるものであり、その行為自体から判断するとY2はB社の取締役に匹敵する権限を有して行動しているようにも思われ、本判決はこの点を重視してY2を事実上の取締役と認定し

た可能性があることについては否定できない。とはいえ、仮にそのように解したとしても、Y2は、B社と原告(X)との本件取引については利益の極めて薄いもので経費倒れになる恐れがあると考え、Y1に対して善処するよう意見を述べていることからすると、Y2に監視義務違反に基づく責任を認めたのは行き過ぎであろう。⁽⁴⁵⁾

なお、本判決においては、事実上の取締役と認定されるためには取締役としての外観を呈していることが必要であるか否かについて明らかにされていないが、特徴的であるのは、Y2は「B社の実質的所有者として、事実上B社の業務執行を継続的に行い、B社を支配していたものであって、B社の事実上の取締役に当たると判示している点である。つまり、本判決では、ある者が取締役としての外観を呈していなくても当該会社を支配していれば、事実上の取締役と認定され得るという意味では、前記判例へ4」に近い立場をとっているようにも思われ、⁽⁴⁶⁾学説の中にも、本判決は、一般に言われている事実上の取締役理論というよりは、むしろ、取締役がある者の指示に従って行為するのが常態である場合にその指示者を「影の取締役」とするイギリス法上の理論により親近性を持つものであると評価する見解がある。たしかに、Y2はB社の取締役としての外観を呈していないため、Y2の行為がB社における実質上の取締役としての立場から行ったものであるとは解しにくい面があり、その分だけY2は影の取締役により親近性を有する者であるように思われるが、Y2は少なくともY1の指示に従って行為することが常態であったとはいえず、その意味では結論としてY2を影の取締役と認定するのは困難であると思われる。

3 事実上の主宰者として認定された事例

以下の判例へ10」および判例へ11」はこれまで考察してきた対第三者責任に関する裁判例とは異なり、ある会社の取締役が同業他社の取締役ではないにもかかわらず、当該同業他社の「事実上の主宰者」と認定され、競業避止義務

等の違反に基づく会社に対する損害賠償責任が肯定されたケースであるが、法律上の取締役ではないにもかかわらず、責任を負わされるべき者のタイプを整理するうえで有益であると考えられるため、考察していくこととする。

〔東京地判昭和五十六年三月二六日判時一〇一五号二七頁〕 判例〈10〉

原告X社は、パン・菓子類の製造・販売を営む株式会社である。X社の代表取締役である被告Yは、徹底的なワンマン体制をとり、X社における業務方針、人事はもとより日常業務に至るまですべてY自身が決定するという姿勢を貫き、取締役会は全く開催されず、必要に応じて、役員の一部及び担当部長等を幹部会と称して招集し、必要な情報を聴取するとともに、自己の考えを明らかにして聞かせることもあったが、少しでもYの方針等に反対したり、批判したりする者があると、激怒して痛罵し、時にはこれに暴行を加える等してその意見を押し込み、更には、その者を解職ないしは転勤させ、もしくは退職させることも少なくなかったため、幹部会は常にYの方針や意見を聞く場となっていた。Yは、X社と同地域を市場としている同業他社（A社）の発行済株式総数の約八〇%を取得して（Yの妻が取得したA社の株式を併せると、Yは実質的にA社の発行済株式総数の九〇%を保有している）、YはA社の代表取締役はもとより取締役にもならなかったが、X社の取締役に諮ることなく独断で、何らの対価もなく合計五〇八店ものX社の販売店をA社に移管させるなどした。そこで、X社は、YはA社の事実上の経営者であると主張し、Yに対して競業禁止義務、忠実義務・善管注意義務の違反に基づく損害賠償を求めて本訴を提起した。

当該裁判所は、Yの行為はX社に対する競業禁止義務、忠実義務・善管注意義務に違反する旨判示しているが、その前提としてYを次のような事実に基づき、A社の「事実上の主宰者」と認定している。すなわち、①YはX社と同種の事業を営むA社の発行済株式総数の九〇%を実質的に保有する支配株主である。②Yは、X社におけるのと同様

絶対的な存在としてA社に君臨し、その経営を意のままに動かし、A社の業績が向上しないとして、何らの対価も支払わないまま、X社の取締役会にはかることなく独断で、五〇八店のX社の販売店をA社に移管させた。③A社が発足した後に代表取締役を務めてきた者たちはいずれも名目的な存在にすぎず、長期間に渡って代表取締役であったBについても、専用の机、椅子すらなく、月に数回出社する存在でしかなかった。④A社の日常的管理及び営業行為のコントロールはX社の管理組織を通して行われており、A社の全従業員がすべてX社の出向社員であったことや、X社がその営業報告書、広報、広告等であったかもA社がX社と資本関係の強い関連会社であるかのごとく扱っていたため、A社は、その株式構成においてX社とは極めて弱い関係でしかないのに、その実体及び外見においては、X社の完全子会社的存在であった。

本判決では、「事実上の主宰者」として認定されるための要件については明示していないが、本件YはX社と同様絶対的な存在としてA社に君臨し、その「経営を意のままに動かし」ていたと認定されている。意のままに動かしていたことの具体的内容については不明であるが、この点についても「X社と同様」であるならば、A社においても取締役会が開催されることはなく、A社のすべての事柄をYが決定していたことになる。そして、Yが対外的にA社を代表して何らかの行為を行ったわけではないが、A社の日常的管理及び営業行為のコントロールは「X社の管理組織を通して」行われていたということであるから、Yが決定した事柄をX社におけるYの部下たちに指示することによりA社の経営はなされていたと考えられる。したがって、本件は、YがA社の取締役として実際に活動していたというよりもむしろ、自分の部下たちをいわば人形のように操ることにより間接的にはあるがA社を現実的かつ統一的に支配していたというケースであるといえるであろう。

〔大坂高判平成二年七月一八日判タ七三四号二一八〕 判例〈11〉

X会社（原告・控訴人）は、ゴム靴塗料の製造・販売を目的とする株式会社であるが、その代表取締役である被告Yは、ワンマン経営者で、他の取締役を無視して取締役会も全く招集しないほか、監査役Aにもその職務を執行させず、X社の帳簿類も一切閲覧させていなかった。また、Yが自己の意にそわない従業員に対して降格等の苛酷な処分を行うため、X社の従業員がいずれもYを恐れてその意向に反する言動を一切取らないなど、X社内ではYを批判する者は皆無であった。訴外B会社（Yおよびその家族でB社の発行済株式総数の約三〇％を保有している。）は、化学薬品の製造・販売等を目的とする株式会社であるが、YがX社の代表取締役就任に就任した翌日に、X社の従業員CらがB社の取締役に加わり、翌年にはX社の従業員DがB社の代表取締役に就任した。X社は当初、履物用接着剤をB社に販売していたが、その後、B社は、X社から機械設備を割安な価格で譲受け、X社の製品と競合する接着剤の製造を開始し、それによりX社はB社に対する売上高を減少させたばかりか、逆に必要な接着剤をB社から購入せざるを得なくなった。また、X社は、長年使用し取引先にも信用のあった商標の使用を取りやめ、B社が制定したばかりの商標を借用するに至り、その使用料は年間三〇〇万円を下らなかった。そこで、こうした状況の下、X社は、自己の傀儡であるDを形式上B社の代表者に就けてB社を自己の意のままに経営しているYは、X社の代表取締役の地位を利用して自己の利益を図るため、違法な競業取引・利益相反取引を行いX社に損害を与えたと主張し、損害賠償を求めて本訴を提起した。

当該裁判所は、Yの行為は、競業禁止義務・利益相反取引に違反することは明らかであるという判断を下しているが、その前提として、Yを次のような事実に基づいて、「YはB社の『事実上の主宰者』として、その経営を支配してきたものと認めるのが相当である」と判示している。すなわち、①Yは、X社の代表取締役に就任して以来、ワンマ

ン社長としてX社を経営してきたが、自己に忠実なX社の管理職であるDをB社の代表取締役役に、Cらを取締役にそれぞれ就任させ、その後B社に対し、X社の機械設備の譲渡、従業員の出向、X社の従業員によるB社のための営業活動、B社の商標の有償使用等人的物的援助を与え続け、B社をX社と競合する有力な会社に成長させた。②たといYがB社の発行済株式総数の過半数を保有していないとしても、B社においては、Yに對抗し得る株式を保有する株主は他に存在せず、株主の大部分は少数の株式を保有するX社の従業員ばかりであり、株主総会も開かれておらず、Yに逆らう者もない状況にあった。

本判決は、B社の大株主であるYが同社の経営を意のままに動かしていた旨明示してはいないものの、学説からは、前記判例へ¹⁰と同様、Yが自己に忠実な部下たちを通じてB社の経営を掌握しているというケースであるとの評価がなされている。この点に関して、例えば、親会社社の代表取締役が自己に忠実な部下を子会社社の代表取締役に就任させるという判断をすることはあり得ると思われるが、そのことだけをもつてして当該会社が当該子会社社の事実上の主宰者であると認定されることはないであろう。そうであるならば、本件Yが事実上の主宰者と認定された特別の事情とはどのようなものであるのかが問題となる。これについては、まず、YはX社内において従業員が恐れを抱くほどの徹底的なワンマン経営者であったということが挙げられる。次に、X社の競業会社であるB社の機関が完全に形骸化していたことを挙げることができる。すなわち、B社では株主総会が開催されたことは一度もなかった——なお、Y及びその家族でB社株を約三〇％保有していたということであるが、B社の他の株主のほとんどがX社の従業員であり、Yに逆らう者がいなかったことから、YはB社の株主総会を実質的に支配し得る立場にあった——。また、当該裁判所によって認定されている事実をより詳細に見てみると、B社では取締役会が開催されたことも一度もなく、DはB社の代表取締役であるもののDがどのような経緯でその地位に就任したのかは不明であり、その他の取締役たちも

同様であるが、ただX社の従業員のB社の役員就任等については、すべてX社の就業規則に基づきYによって承認されている。そして、B社は、X社の機械設備を割安の価格で譲り受けた後、X社からの出向者八名(技術者及び工員)により、X社の製造技術を利用して接着剤の製造を開始している。さらに、Yの明示又は黙示の指示によって、X社の接着剤関係の得意先の一部がB社に移っているという事実が認定されている。このような状況下においては、Dらは彼らの裁量でB社を経営していたとみなす余地はなく、判例へ10と同様、YがB社を現実的かつ統一的に支配していたと評価し得るケースであるといえる。

判例へ10および判例へ11においても、当該会社のワンマン社長が同業他社の取締役となっているわけではないが、当該同業他社においても絶対的存在として君臨しており、同社の取締役たちが名目的存在にすぎない場合には、当該者を同社の「事実上の主宰者」と認定している。そのうえで、両裁判所とも、当該者の当該会社に対する競業禁止義務違反を認めたということは、当該者を当該同業他社の「事実上の代表取締役」と認定したということと同じである。^④そうであるならば、両裁判所はなぜ「事実上の代表取締役」ではなく、「事実上の主宰者」という用語を用いたのであろうか。たしかに、当該者による経営指揮は、当該同業他社の経営全般または少なくとも会社の重要な業務執行に関してなされていることは両事件において共通しており、その点では当該者は代表取締役としての性格を備えているといえなくもない。しかし、両事件においては当該者自身が対外的に当該同業他社を代表して何らかの行為を行っていたわけではなく——代表者らしく振舞っていたわけでもなく——、形式的には彼の部下がそれを行っていたことに配慮して、両裁判所では、事実上の代表取締役ではなく、「事実上の主宰者」という用語が用いられたとも考えられる。⁽⁵⁰⁾いづれにせよ、両裁判所では、当該者が、当該同業他社において事実上取締役として活動していたことではなく、彼の部下を通じて当該同業他社を実質的に支配していたという事実を重視して、当該者の責任を肯定していると考えら

と判示しており、実質的に会社経営を支配している者を事実上の取締役として捉えている点が特徴的である。ここでは、具体的にどのような場合であれば実質的に会社を支配していることになるのかについて必ずしも明らかにされているわけではないが、判例へ4の事案に照らすと、仮にY1が株主としての立場を超えて、当該会社（A社）の営業の具体的な方針等にまで立ち入って法律上の取締役たちに対し指示をするようなことがあれば、Y1自らが会社の業務執行に直接関与しなくても、実質的な支配者として認定される可能性があることを示唆しているように思われる。これは、イギリス法上の影の取締役のような者に対しても対第三者責任を負わせようとする姿勢を示すものであり、注目に値する。そして、このような会社経営に関する指示と実質的支配との関係について考察するうえで参考になるのが、前記判例へ10および判例へ11である。これらは共に取締役の対第三者責任に関するものではなく、競業禁止義務等の違反に基づく会社に対する責任に関するものではあるが、当該者はいずれも「事実上の主宰者」と認定されている。この二つの裁判例において共通しているのは、ある会社の取締役（ワンマン社長）が、自己の部下たちを同業他社の取締役に就かせ、彼らを意のままに操ることにより当該同業他社を現実的かつ統一的に支配していたという点である。前記判例へ4の立場に立つと、仮に当該者がこのような形で当該会社を支配していたのであれば、当該者自身が当該会社の業務執行に直接関与しなくても事実上の取締役である——たとえ名称は事実上の取締役とされるにしても、その実質としては影の取締役である——と認定され、対第三者責任を負わされる可能性があるといえよう。ただし、一口にある者が会社経営を実質的に支配しているといっても、実際には様々なケースが考えられる。そこで、以下では便宜上大きく三つに分けてさらに分析を試みる。なお、当該会社の株式の多数を保有している者は当該会社の経営に大きな影響力を及ぼしやすく、本稿で検討してきた裁判例において事実上の取締役と認定されている者も、実際に当該会社の株式を相当程度直接的もしくは間接的に保有しているが、それだけで当該者は事実上の取締

役ないし影の取締役と認定されるわけではなく、また相当程度の株式を保有していなくても当該会社を実質的に支配し得ることは否定できないため、⁽⁵⁴⁾以下では相当程度の株式を保有していることは除いて検討していく。

当該会社を実質的に支配しているといえる場合として、第一に、当該者自らは当該会社の業務執行に直接関与していないが、当該会社の法律上の取締役たちを指揮することにより、当該会社を思うままに経営しているというケースを挙げることができる。まさに前記判例〈10〉および判例〈11〉がこのケースに属するわけであるが、これらの裁判例における当該者はいわば典型的な影の取締役であるといえよう。第二に、当該者は、当該会社の業務執行をすべて独断で行うなどして実質上当該会社の全権を有しており、社内において彼に口を出す者はいないというケースを挙げることができる。このようなケースにおける当該者はいわゆるワンマン社長としての要素を備えているといえる。検討してきた裁判例の中でこのようなケースに属するものとして、前記判例〈5〉を挙げることができる。判例〈5〉は、当該会社（Y1社）の代表取締役であるY2は形式的な代表取締役であり実質上は従業員に過ぎず、その一方で監査役であるY3が社内では全権を有しており、従業員からは社長と呼ばれ——原告もY3が代表者であると信じていた——、実際に当該会社の全般に渡って業務執行に当たっていた——これに関して口を出す者はいなかった——ところ、Y3は事実上の代表取締役と認定されたというケースである。本判決では、Y3はY1社を実質的に支配していたと述べられてはいないが、Y3はY1社を実質的に支配していたという表現を用いることは可能であろう。とはいえ、ここでいう支配とは、当該者がワンマン社長のような立場で積極的に自ら当該会社経営に関与していることを意味し、右第一のケースのようにいわば陰から法律上の取締役たちを意のままに操っている場合に使われる支配とは意味が異なる。換言すると、第二のケースに属するような裁判例における当該者は、影の取締役としての要素は希薄で、むしろ典型的な事実上の取締役であるといえよう。判例〈5〉は、事実上の取締役と認定されるための要件につ

いて明示していないが、Y3は取締役としての外観を呈し——さらに原告の信頼があり——、かつ、取締役としての職務を継続的に行っているということを重視して、Y3を事実上の代表取締役と認定していると考えられる。

そして、当該会社を実質的に支配しているといえる第三の場合として、当該会社における日常的な業務執行については法律上の取締役に任せているが、重要な業務に関する事項の決定については当該者が行っているというケースを挙げることができる。このようなケースは、前記第一と第二のケースのいわば中間領域に当たるものであり、当該者は事実上の取締役と影の取締役とのいずれにより親近性を有するといえるのか、裁判例の中には判断するのが困難なものもある。このようなケースに属している裁判例で、当該者が事実上の取締役に親近性を有すると考えられるものとしては、前記判例へ6を挙げることができる。判例へ6は、事実上の取締役としての要件を明示しているとは必ずしも言えないが、A社の取締役であったY1は取締役を退任した後も、「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、……注意義務を負っていた」と判示している。本判決では、Y1が「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つて」おり、「Y1以外のA社の取締役らが、Y1の意向に反してA社の意思決定をしたことはなかった」という事実を重視して、Y1は「A社の経営を支配していた」と判断しているものと考えられる。そのため、判例へ6は前記第二のケースにとっても近いように思われるが、ここではY1が実質上A社の全権を有しており、A社の法律上の取締役たちは形式的な存在であったというような事実は認定されてはいない。むしろ、営業部門を担当している法律上の取締役たちがY1の指示を受けることなく、「自らあるいはA社の従業員をして、多数の顧客との間で、過当営業行為を繰り返していた」ことから、Y1はA社の経営全般について支配しているワンマン社長とまではいえず、その意味では第三のケースに属するといえる。しかし、Y1には法律上の取締役たちに対して陰から指図している影の取締役として

の要素はなく、経営組織上のトップの地位にある「会長」という取締役としての外観を有するY1が自ら会社の業務執行に参与していたことをもって事実上の取締役と認定されたケースであるといえよう。また、前記判例へ7は、当該者（Y3）は自己が経営する会社の部下（Y2）をY1社の代表取締役に充て、日常業務に関する決定および執行についてはY2に任せていたが、重要事項についての決定権限はY3が有していたという点で、本判決では支配という用語は用いられていないものの、第三のケースに属するといえる。本判決は、Y3は「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）であつた」と判断しているが、ここでは、「理事長」という実質的経営者（代表取締役）としての外観を有するY3が重要事項についての決定権限を有し、対外的にも代表者のように振る舞うことが多かつたという事実を重視して事実上の取締役と認定されたケースであるといえる。

そして、前記判例へ8も第三のケースに属するものであると考えられる。本判決でも支配という用語は用いられていないが、YはA社内では絶対的な存在であり、同社の法律上の取締役たちはYの部下のような関係にあつたことから、YはA社を実質的に支配していたと表現することは可能であろう。ただし、Yは事実上の取締役と影の取締役とのいずれにより親近性を有しているといえるのか、判断するのが困難な面がある。A社の従業員は所長と呼ばれているYを実質的な経営者であると認識しているのに対して、同社の法律上の代表取締役であるBは雇われ社長と自称し、従業員からも社長ではなくBさんと呼ばれていたものの、Bは必ずしも単なる形式的な代表取締役にすぎないというわけではなく、原告（X）との本件請負契約の代金額や追加工事、変更工事の代金等はXとBとの間で決められていることからすると、YがA社の全権を有していたとまではいえないであろう。ただし、Yは、Bら法律上の取締役に對してA社にとって重大な事項について——例えば、A社財産をF社などに移したり、A社の登記簿上の住所を

自宅の住所に移したりするよう——指示を出し、彼らもそれらに忠実に従っている。そして、A社の経営実体については詳しく述べられていないため、YがA社の経営全般につき具体的にどのような形で関与しているのか不明なところもあるが、Y自身もA社の従業員の採用面接を行いその採用を決定していることから、Yは部下に対して指示するだけにとどまらず、Y自らがA社の業務執行に直接関与している面もある。いずれにせよ、A社において最も影響力を有している者の行為によりXが損害を被っていることからすればYは免責されるべきではないが、当該者を事実上の取締役と認定し責任を負わせている他の裁判例と比較してみると、判例〈8〉におけるYは事実上の取締役としての要素が少し薄いようにも思われる。つまり、Yは「事実上の（代表）取締役」として認定されてはいるが、本件原告（X）はYが代表取締役でないことを知っており——Yが取締役でないことまで知っていたかどうかは不明であるが——、またYは社内で「所長」と呼ばれていたがそのような名称でもって代表取締役としての外観を有していたといえるか疑義がなくはない。さらに、仮に外観は不要であるという立場に立つとしても、従業員の採用面接を行いその採用を決定していることをもって、取締役としての職務を「継続的」に行っていたといえるのかについても疑義がなくはない。このようなYによる従業員の採用決定という点を除くと、Yはむしろ部下たちを指揮することによって会社を支配している影の取締役に近い親近性を有しているように思われる。

また、前記判例〈9〉も第三のケースに属すると言えるであろう。本判決では、B社の完全親会社であるA社の代表取締役を務めており、B社の監査役に就いているY2について、Y2は、B社の代表取締役であるY1と相談して、B社の本社店舗として使用していたA社所有の土地建物を他へ処分してB社の銀行債務の支払いに充てていること、B社の帳簿を見ていたY2は、原告との取引が利益の極めて薄いもので経費倒れになる恐れがあると考え、Y1に対して善処するよう意見を述べていること、Y2は、B社の取引先の社長からB社の経営実体につき注意を受けるや同

社長からY1に注意を与えてもらい、これが聞き入れられないと知って、親会社であるA社の代表者および個人融資者として、B社の取引銀行に対してB社の手形の割引をしないで欲しい旨を申し入れ、その結果、当該銀行は、今後貸出しや商業手形の割引はしないとB社に通告しているなどの事実から、「Y2の言動とB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、B社の経営と相当深い関係をもっており、…B社を支配していたものであって、事実上の取締役に当たる」と認定している。A社の法律上の代表取締役であるY1は、原告との取引も含め日常的な業務については、Y2の指示に従って行っているわけでもなく、また、Y2と協議のうえで決定しているわけでもないが、Y2は右のようにB社の経営に対して大きな影響を及ぼしていることから第三のケースに属するといえる。それでは、Y2は事実上の取締役と影の取締役とのいずれに親近性を有するといえるであろうか。

Y2は、B社の取引銀行に対してB社の手形の割引をしないで欲しい旨を申し入れ、その結果、当該銀行は、今後貸出しや商業手形の割引はしないとB社に通告しているなどの事実をみると、Y2は取締役に匹敵する権限を有して行動している事実上の取締役であるとも考えられなくはないが、本判決では、Y2はB社の取締役としての外観を呈していたという事実は認定されていない。前述したように、学説上、Y2の行為はB社に対する資金援助者あるいは経営補助者としてのものであって、B社の取締役としての積極的な経営行為とはいえないという見解が多くみられるが、当該者が取締役としての外観を呈していない場合には、概してこのような評価に傾くことになると思われる。たしかに、Y2は、原告との取引が利益の極めて薄いもので経費倒れになる恐れがあると考えY1に対して善処するよう意見を述べており、この点については、Y2は事実上の取締役としての要素を有しているとも考えられる。しかし、これをもって「継続的」に取締役としての職務を果たしているというのは困難ではなからうか。Y2は事実上の取締役というよりもむしろ影の取締役により親近性を有するものであると言える。つまり、Y2を、前記判例へ4）に関す

る考察に基づいて考えてみると、Y2はB社の監査役および同社の親会社であるA社の代表取締役という立場を超えて、B社の営業の具体的な方針等にまで立ち入って法律上の取締役であるY1に対して、Y2自らないし他者を通じて指示（ないし助言）をしているといえなくもなく、そのような意味では、Y2は影の取締役としての要素を有しているように思われる——ただし、Y1はそれらに必ずしも従っているわけではないので、結論としては影の取締役としても認められないケースであると考えられる——。

五 結びに代えて——今後の課題——

事実上の取締役に関する規定の設置に向けて尽力されていた当時の担当官によると、事実上の取締役の問題の一つの面として、いわゆる影の取締役の責任については何とか追及される必要があるが、影の取締役をどのように把握し、この者に対してどのような責任を課すかは解決の難しい問題であると述べられていた。その問題を少しづつクリアしていくことを目的として、まずは本稿において、これまで蓄積されてきたわが国における事実上の取締役に言及している裁判例を主に対第三者責任に関するものを中心に考察し、（１）どのような者を事実上の取締役として認定しているのか——事実上の取締役として認定されるための要件をどのように把握しており、そして、どのような事実があればその要件が満たされ、またはどのような事実だけではその要件は満たされないのか——、そして、（２）事実上の取締役として認定された者の中には、法律上の取締役たちを指揮することにより間接的に会社経営を支配している影の取締役のような者も含まれているのか、（３）仮に含まれていると考えられる場合、それらの者は自ら会社の業務執行に継続的に関与している事実上の取締役と明確に区別されているのか、（４）明確に区別され得ない場合には、当該者は事実上の取締役と影の取締役とのいずれにより親近性を有する者であるといえるのかという観点から、各裁判例の分

析を試みた。その結果については前述したとおりであり、ここでは主に今後の課題について述べることにする。

前記判例へ8)における当該者(Y)は、事実上の取締役と影の取締役とのいずれにより親近性を有する者であるのか判断しにくい面があったが、その理由について考えてみると、Yは取締役としての外観を呈しているとは言い難いということもその一つとして挙げることができるように思われる。つまり、Yは部下であるA社の法律上の取締役たちに對して同社にとって重要な事項を指示し、彼らはそれらに忠実に従っているが、YにA社における取締役としての外観がないと、社内におけるYの実質上の立場が分かりにくく、その分だけいわばYの影の色が濃くなり、影の取締役としての要素が強くなるように思われる。そして、イギリス法上の影の取締役の要件をそのままYに当てはめると、Yの指図にA社の取締役たちは常に従っていることから、Yは影の取締役と認定されるべき者のようにも思われる。しかし、イギリスではそもそもなぜ「影の取締役 (shadow director)」と呼ばれているのであろうか。「影の (shadow)」という用語からすると、当該者は周りから見えにくいということが連想される。そうすると、例えば、当該者が当該会社の取締役会などに参加していたり、あるいは当該会社の代表的な立場で取引先と交渉したりしているなど、いわば表に出る回数が増える分だけ当該者の影の色は薄くなり、反対に、自ら積極的に会社経営に関与する事実上の取締役としての要素が強くなるように思われる。この点につき、前記判例へ8)の当該者(Y)は、当該会社(A社)の従業員の採用面接をY自身が行いその採用を決めていることからすると、Yは事実上の取締役としての要素をも有していることになるが、業務執行に直接関与している場合にはそもそも影の取締役と認定される可能性はないのか、換言すると、いわば陰から法律上の取締役たちを指揮することが要求されているのかについて、イギリス法を中心に影の取締役理論を検討していきたい。⁽⁵⁵⁾

また、前記判例へ9)における当該者(Y2)についても判断するのが困難な面もあるが、前述したように、事実

上の取締役よりもむしろ影の取締役に親近性を有しているといえるであろう。しかし、Y2は原告(X)に損害を生ぜしめる原因となつた行為を法律上の取締役であるY1に指示したわけではない。このような場合でも、Y2は影の取締役と認定され責任を負わされる余地はあるのだろうか。ある者がある会社の経営を実質的に支配しているといえるのは、実質的に当該会社の経営の全権を有する者が、法律上の取締役に指示を与えることにより当該会社を現実的かつ統一的に支配しているという場合だけでなく、当該者は当該会社にとっての重要事項については決定権限を有しているものの、それ以外の日常業務に関する事項の決定等については、法律上の取締役たちの裁量に委ねていたような場合も含まれると考えることができる。そうすると、仮に、当該法律上の取締役たちの判断に任されていた範囲内の取引をめぐり彼らの任務懈怠により損害が生じた場合、当該取引に関し何らの指示を与えていない者は責任を負わされる余地はないのであろうか。⁽⁵⁶⁾この点に関して、重要事項について実質的な決定権を持ち、法律上の取締役たちに対して通例的に指示を出せるということは、当該者は当該会社の経営全般については法律上の取締役たちに形式と大差はないように思われる。このような場合、仮に、日常業務に関する事項については法律上の取締役たちに形式上その判断が委ねられており、彼らは当該者から直接指示を受けていないとしても、實際上、当該者の影響を全く受けずに——当該者がこれまでなしてきた判断などを考慮に入れずに——、彼ら自身の裁量で決定することを一般に期待できるかは疑問がある。換言すると、もし法律上の取締役たちがそのようにできているのであれば、むしろ当該者は当該会社の経営を実質的に支配しているという表現を用いることに違和感を覚える。一般的に、重要事項について通例的に指示を出せる者は、日常業務に関する事項についても把握しているか、少なくとも把握し得る立場にあると考えられるところ、影の取締役理論というものは、法律上の取締役たちがなしている違法な行為を止めさせることができる立場にありながらそれを黙認しているというような場合にも、当該者に責任を負わせる余地のあるものである

のか、それともあくまでも実際に不正な指示を与えたことに対して当該者に責任を負わせるものであるにすぎないのかについても、イギリス法を中心に検討していきたい。もちろん、法律上の取締役でない者に対して取締役としての責任を負わせるための理論は、事実上の取締役理論と影の取締役理論だけに限られるわけではないが、二つの制度が併存しているイギリスでは両者の関係についてどのような議論がなされているのかを考察することは、わが国の事実上の取締役に関する制度を整えていくうえで、有益な示唆を与えてくれると思われる。

【注】

- (1) 最判昭和六三年一月二六日金融法務事情一一九六号二六頁。
- (2) 石山卓磨「判批」法律のひろば四六卷九号（平成五年）六八頁参照。なお、本文で後述する昭和五九年五月九日に法務省民事局参事官室が公表した「大小（公開・非公開）会社区分及び合併に関する問題点」の二一七aでは、「事実上の取締役について規定するとの意見があるが、どうか」、例えば、「取締役の行為につき、その選任又は資格に関して瑕疵があることが後に確定されても、その効力は妨げられない旨の規定を設ける」という意見があるがどうか、という提案がなされ、その後の昭和六一年五月一日に法務省民事局参事官室が公表した「商法・有限会社法改正試案」の二一三aにおいても同様に、「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」との提案がなされていた。
- (3) 河本一郎「今井宏」森田章編著『会社法辞典』（中央経済社・平成六年）一六二頁（石山卓磨）。
- (4) 稲葉威雄「大小会社区分立法に関する諸問題——次期商法改正の課題——」（別冊商事法務七三号）（商事法務研究会・昭和五九年六〇）六二頁。
- (5) 稲葉威雄「大谷禎男『商法・有限会社法改正試案の解説（別冊商事法務八九号）』（商事法務研究会・昭和六一年）四五～四六頁。なお、当該提案については、大谷「商法・有限会社法改正試案の解説（4）——経営管理（運営）機構——」（商事法務一〇八〇号（昭和六一年）一六頁以下でも詳しく解説されている。
- (6) 稲葉「『大小会社区分立法等の問題点』に関する各界意見の分析」法務省民事局参事官室編『大小会社区分立法等の問題点 各界意

見の分析(別冊商事法務七七号)』『商事法務研究会・昭和六〇年 四七頁、大谷『商法・有限会社法改正試案』に関する各界意見の分析』法務省民事局参事官室編『商法・有限会社法改正試案各界の意見の分析(別冊商事法務九三号)』(商事法務研究会・昭和六二年) 四三頁参照。

- (7) 商法・有限会社法改正試案の二一三については次のような事項が注記されていた。すなわち、1. aおよびbを表見代表取締役を含む表見取締役一般の規定として商法二六二条に代置することの可否については、代表取締役、業務担当取締役及び取締役それぞれ職務執行の位置づけとの関連で、なお検討する。2. 商法二六二条又は一四条の改正の要否(例えば表見代表取締役を取締役でない者に拡大すること)及びその改正によってa及びbが必要となるかどうかについては、なお検討する。3. 対外的な行為につき悪意の第三者に対する免責を認めるかどうか、対内的な行為につきどのような効力を認めるかについては、なお検討する。4. 取締役就任の登記との関連、特にbの取締役を称する者について就任の登記がされているときは、会社は、第三者に対し、その善意悪意を問わず、取締役を称する者の業務執行による責任を負うものとすることの可否については、(注3との関連で、なお検討する。5. 事実上の取締役についても、取締役に対する罰則を適用することについては、その方向でなお検討する(稲葉Ⅱ大谷・前掲注(5) 一二九～一三〇頁参照)。

- (8) 北澤正啓『会社法改正試案解説』(税務経理協会・昭和六一年) 五九頁。

- (9) 南保勝美「事実上の機関——西ドイツ法を中心として——」法律論叢六〇巻四・五号(昭和六三年) 五八〇頁。

- (10) 喜多了祐「事実上の取締役」金融商事判例七五五号(昭和六一年) 八九頁。

- (11) 森本滋「商法・有限会社法改正試案と取締役」法曹時報三八巻九号(昭和六一年) 一一頁は、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、判例法理の発展をとおして、具体的妥当な解決を図るべきことを主張することにも合理性がある、と述べている。

- (12) 例えば、大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」商事法務一四四五号(昭和六三年) 四四〇四六頁は、旧商法二六六条ノ三第一項(会社法四一九条一項)の法的性質を不法行為責任と解したうえで、取締役を指揮し行為させた者については、民法七一九条二項の適用によりこれを不法行為の教唆者として取扱ひ、共同不法行為に基づく損害賠償責任を課すことができるから、事実上の取締役という概念を介して問題の解決を図る必要はないと主張している(田中誠二『三全訂会社法詳論上巻』(勁草書房・平成五年) 三〇二～三〇三頁も同旨と思われる)。また、小橋一郎「判批」判例評論四二一号(平成五年) 四五〇四七頁は、事実上の取締役は義務なくして会社のために事務の管理を行うのであり、事務管理者としてその事務の性質に従い最も本人の利益に適すべき方法によってその管理

をなすことを要する（民法六九七条一項）と解釈できるとすれば、事実上の取締役は会社に対して事務管理上の義務を負っており、その義務は正規の取締役の任務と同じであろうから、その義務に違背すれば任務懈怠となり、旧商法二六六条ノ三第一項による損害賠償責任を負うと解釈できると主張している。

- (13) なお、学説上、前掲注(12)の事実上の取締役という概念を用いることに反対する見解に対する批判として、例えば、大隅説に対しては、親子会社関係における親会社およびその取締役の責任に関して立論されたものにすぎず、会社を支配しない者の事実上の取締役としての責任を対象として主張されるわけではなく（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』（法律文化社・平成二十一年）一四二頁）、また、教唆に基づく行為取締役との共同不法行為責任と構成するには、その前提条件として取締役の対第三者責任の法的性質を不法行為責任と解する必要があるが、現在の判例・多数説である法定責任説では当該者に対する責任追及に窮することになる（中村信男「判例における事実上の主宰者概念の登場——事実上の主宰者への取締役関連規定の適用事例」判例タイムズ九一七号（平成八年）一一六頁）という批判がなされている。そして、小橋説に対しては、事実上の取締役にも報酬請求権が認められるのであろうか（吉本健一「批判」私法判例リマックス一九九四年度（上）（平成六年）一三一頁）という疑問が、そして両説に対して、このような民法の既存の規定（不法行為・事務管理）を根拠とすると、その要件の関係で取締役としての職務を執行する事実上の取締役に責任を負わせるべき場合が限定されてくるのではないか（畠田・前掲一四三頁）という懸念も示されている。

- (14) 石山・前掲注(2) 六八頁。

- (15) 畠田・前掲注(13) 一四三頁。

- (16) 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」『現代金融取引法の諸問題』（米田實先生古稀記念）（民事法研究会・平成八年）四〇頁。

- (17) アメリカにおける事実上の取締役の意義および事実上の取締役理論の本質等については、石山『事実上の取締役理論とその展開』（成文堂・昭和五九年）三〇五三頁で詳しく論じられている。

- (18) 石山「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』（商事法務研究会・平成四年）五五頁。

- (19) 吉川義春「取締役の第三者に対する責任の理論問題」立命館法学二二・一二三二号（平成五年）五三八頁、高橋紀夫「事実上の取締役の第三者に対する責任」戸田修三先生古稀記念図書刊行委員会編『現代企業法学の課題と展開』（文真堂・平成一〇年）二三七〜二三八頁。

(20)

この説は、取締役と同種の責任を負うべき法的関係にある者とは、会社の許容する範囲内で、実質的に取締役の業務を引受け、これを執行する者をいい、具体的には、第一に、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ず、次に、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受ける意思が必要であり、さらに、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と主張する（竹濱修「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〕」立命館法学三〇三号（平成一七年）三二—三五一頁。これに対して学説の中には、会社の帰責事由としての会社の許容などは、事実上の取締役理論の問題においてではなく、むしろ表見代理の規定や禁反言の法理・外観理論に基づく規定において考慮されるべきものであり、事実上の取締役の会社・第三者に対する責任の認定要件としては不要である（畠田・前掲注（13）一四三頁）との見解も見られる。

(21)

この説は、いわゆる登記簿上の取締役の対第三者責任について、旧商法一四条類推適用説を採用し、保護される第三者を善意者に限定している最高裁判例（最判昭和四七年六月一五・日民集二六巻五号九八四頁）の立場に対して、第三者との契約上の責任でもない旧商法二六条ノ三の責任については、第三者の善意・悪意を問題とすべきではなく、取締役に就任したと認められる者はすべて取締役としての責任を負わせるべきであるところ、取締役として登記されることに承諾を与えたということは、取締役に就任するという最も明瞭な意思表示の一つであり、これは積極的に取締役としての対外的又は内部的行動をあえてした場合に相当すると主張している（竹内昭夫『判例商法Ⅰ』（弘文堂・昭和五一年）二九六—二九八頁、畑肇「判批」判例評論三九四号（平成三年）六四頁。三枝一雄「登記簿上の取締役の対第三者責任」法律論叢五九巻一号（昭和六一年）一一頁も、「事実上の」という言葉は多義的であることから、わが国の実情に鑑み「登記簿上取締役として存在」すること自体をも、これに含めることは理論的に不可能ではないし、そのことに固執する理由もないと述べている。学説の中にはこのような立場に立ち、①事実上の取締役とは具体的な法律問題において法律上の取締役と同等視されることが公序に基づき正当とされる者を用いるのであるから、取締役として登記されることに承諾を与えた者や、最判昭和六二年四月一六日判時一二四八号一二七頁で示された「当該株式会社の代表者に対し、辞任登記を申請しないで不实の登記を残存させることにつき明示的に承諾を与えていた」者は、継続的職務執行がなくても「広義の事実上の取締役」として認定され（石山・前掲注（17）一二六頁）、②後述するイギリス法上の影の取締役についても、広義の事実上の取締役の一類型を認める際の有用な基準になると主張する見解がある（石山・前掲注（18）六八頁）。なお、この説の右①の主張に対しては、学説上、既成事実尊重という事実上の取締役理論の基礎を越えるもので比較法的にみても疑問であり、新たな混乱を生む恐れが少なくない（吉川『取締役の第三者に対する責任』（日本評論社・昭和六一年）一三八頁）という批判があり、また、右②の主張に対しても、事実上の取締

役概念の多様性という観点から、会社支配に伴う義務・責任を問題とする影の取締役会概念を包摂し、これをも公序で説明することは、かえって事実上の取締役理論の核心部分を曖昧ならしめる点で問題がある（中村・前掲注（13）一一七頁）との批判がなされている。

（22） 吉本「判批」法学セミナー四四五号（平成四年）一四〇頁。

（23） 例えば、川内克忠「判批」判例タイムズ九四八号（平成九年）一〇一頁、吉本・前掲注（13）一三二頁、加藤徹『商業登記の効力』（成文堂・平成四年）二一七頁、井上健一「判批」ジュリスト一〇八一号（平成七年）一二二頁、畑・前掲注（21）六四頁、西川昭「判批」金融商事判例七三一号（昭和六〇年）四七頁、青竹正一「登記簿上の取締役の対第三者責任」平出慶道・今井潔・浜田道代編『現代株式会社法の課題』（北澤正啓先生還暦記念）（有斐閣・昭和六一年）二三頁など。なお、学説の中には、取締役として職務を行っているか否かを何によって判断するのか必ずしも明確ではないので、事実上の取締役として責任を負わせるためには、会社の業務執行への決定的影響力を要件とすべきである（青木英夫「判批」金融商事判例七一二号（昭和六〇年）五〇～五一頁）という見解も見られる。

（24） なお、二〇〇六年イギリス会社法における影の取締役規制については、川島いづみ「イギリス二〇〇六年会社法（2）」比較法学四一巻三号（平成二〇年）二〇二頁注（9）・注（10）、中村「イギリス二〇〇六年会社法における影の取締役規制の進展と日本法への示唆」比較法学四二巻一号（平成二〇年）二二〇～二三一頁で詳しく述べられている。

（25） 石山「英国法における事実上の取締役と影の取締役との関係」奥島孝康教授還暦記念論文編集委員会編『比較会社法研究』（奥島孝康教授還暦記念第一巻）（成文堂・平成一一年）八頁。

（26） 中村「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」石山卓磨・上村達男・川島いづみ・尾崎安央編『二一世紀の企業法制』（商事法務・平成一五年）五四九頁、同「イギリス法上の影の取締役」法研論集五一号（平成元年）一七二頁～一七四頁参照。

（27） 中村・前掲注（13）一二〇頁。また、学説の中には、親子会社に関するものであるが、支配株主たる親会社の直接的な指示に基づいて子会社の取締役が業務を執行するような場合にあっては、子会社の取締役は親会社の藁人形ないし道具にすぎず、実質的な経営担当者あるいは行為者はむしろ支配株主たる親会社または親会社の取締役にほかならず、このような場合に関する取締役の責任規定の解釈にあたっては、取締役の意義を実質的に捉えることが必要であり、子会社の取締役を自己の傀儡ないし道具として利用し行為せしめた支配株主たる親会社を取締役の概念中に包摂させて、取締役の責任規定を拡張適用すべきである（酒巻俊雄「取締役の責任

と会社支配（成文堂・昭和四二年）四四～四五頁）と主張する見解がある。

- (28) 中村・前掲注(13) 一一八頁、高橋英治＝坂本達也「影の取締役制度——支配会社の責任の視点から」企業会計六二巻五号（平成二年）一一〇頁。

- (29) 竹濱・前掲注(20) 三二四～三一五頁。

- (30) 竹濱・前掲注(20) 三二五頁。なお、同説に対しては、会社の帰責事由としての会社の許容などは、事実上の取締役理論の問題においてではなく、むしろ表見代理の規定や禁反言の法理・外観理論に基づく規定において考慮されるべきものであり、事実上の取締役の会社・第三者に対する責任の認定要件としては不要である（畠田・前掲注(13) 一四三頁）という批判がある。

- (31) この判決の事実の概要は次のとおりである。すなわち、原告Xは、昭和四八年五月二一日に被告Y1株式会社及びA会社の代表取締役である被告Y2との間で、一五〇〇坪の本件の土地につき、売主をY1社・A社とし、買主をXとする売買契約を締結し（以下、「第一の契約」という）、また同日にXはY2との間で、本件の土地上に建設される建物に使用されるべき温泉権につき、第一の契約と同様に、売主をY1社・A社とし買主をXとする売買契約を締結した（以下、「第二の契約」という）。被告Y3は、Y2の使者として、右両売買契約締結のためのXとの交渉及び契約の締結行為をした。この両契約に基づいて、XはY2に対し四〇〇〇万円を支払った。これらの売買契約の締結はY2とY3の合意によって実行されたものであるが、本件の土地は第一の契約当時、第三者の所有するところであって、Y1らがXに対し、契約に従って本件の土地の所有権を移転しかつ引き渡すことができない状態にあり、Xは、右所有権を取得することも、右引渡しを受けることもできなかった。そこで、XはY1社、代表取締役Y2、Y3、監査役Y4に対して、不法行為、旧商法二六六条ノ三あるいは法人格否認の法理に基づいて、支払った代金相当額の損害賠償を求めて本訴を提起した。Xは、Y4は事実上の取締役であり、他の取締役の不法行為を放置した点に悪意又は重大な過失による義務違反があると主張し、Y4に対して旧商法二六六条ノ三に基づく責任を追及しているが、この点について当該裁判所は、「Y4らがY1社の取締役として登記されている者ではなかったことはXの自認するところである。……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。そこで、Y4について、この点を考えて見るに、……Y4は、Y1社の社員から専務と呼ばれていたこと、Y2が、Y1社の東京支店において、Y3から、Y3がXから受領した本件売買代金を受領した際に同席したこと、Y1社の事務に従事したことがあることを認めることができるが、右認定の事実によつては、Y4をY1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」と判示している。本判決は、

事実上の取締役と認定するためには、①實際上、取締役と呼ばれているだけでは足りず、②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が必要であると判示している。右①および②は、学説上事実上の取締役の要件として有力に主張されている(i)取締役としての外観を呈していること、および(ii)会社の業務執行へ継続的に関与していること(取締役として継続的に職務を執行していること)に対応するものであるように思われる。しかし、本判決は、取締役としての外観については、単に「實際上、取締役と呼ばれているだけでは足りず」と述べるにとどまり、どのような場合に外観を呈しているといえるのか——例えば、本件Y4のように社内で専務と呼ばれることで足りるのか、それとも自ら取締役と称して対外的活動を行っているということまでも要求されるのかなど——、そして本件Y4は取締役としての外観を呈しているのかについて明示していないために、本判決において、そもそも外観を呈していることが事実上の取締役の要件とされているかは不明確である。これに対して、本判決では、ある者を事実上の取締役と認定するためには、当該者が取締役に準ずる活動をしていることが必要である旨明示されているところからすると、いかなる行為をもって取締役に準ずる活動といえるのかについては示されていないものの、「Y4をY1社の『実質上の取締役』と推認することはでき(ない)」と判断されているのは、Y4は「Y2が、Y1社の東京支店において、Y3から、Y3がXから受領した本件売買代金を受領した際に同席したこと、Y1社の事務に従事したことがあることを認めることができるが」、それをもって取締役に準ずる活動をしているとはいえないということに基づいているものと思われる。

(32) 江口眞樹子「判批」早稲田法学六九巻三号(平成五年)九〇頁は、旧商法二六六条ノ三第一項(会社法四二九条一項)において事実上の取締役の責任を認める根拠は、取引界において権限ある取締役として立ち現れる者を信じた第三者を保護する必要性にある、と述べている。ただし、学説においては、そもそも旧商法二六六条ノ三(会社法四二九条)の責任は外観を信頼して取引をした第三者とは直接関係がない(青木・前掲注(23)五〇頁、畑・前掲注(21)六四頁)という批判や、相手方の信頼とは、当該者が相手方との取引に関与していたことを裏付けるものではあるが、本来事実上の取締役であるとの認定にとつて相手方の信頼を厳格に要求する必要がある(松岡啓祐「判批」専修法学論集六一号(平成六年)二七二頁)という見解、内部的な業務のみを担当する取締役も考へ得るため、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み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る(竹濱・前掲注(20)三一五頁)という見解が有力に主張されている。

(33) 畠田・前掲注(13)一四三頁。

(34) 泉水文雄「名目的・表見取締役の責任」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣・平成九年)三六九頁注(63)

参照。

(35) 畠田・前掲注(13) 一三九～一四〇頁参照。

(36) 藤田・前掲注(16) 四四頁。

(37) 最判昭和六二年四月一六日判時一二四八号一二七頁は、傍論ではあるが、「株式会社A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、商法二六六条ノ三第一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」と判示している。つまり、この昭和六二年の最高裁は、辞任して取締役でなくなった者は、たとえ取締役就任登記が残っているも原則として損害賠償の責任を負わないが、辞任後もなお取締役として積極的に行為をした場合には、登記の有無とは関係なく責任を負うことがあるという立場に立っているところ(藤田・前掲注(16) 三二～三三頁参照、判例へ6)におけるY1はA社の取締役を退任した後も同社の「内部的行為」を積極的に行っているため、Y1は最高裁が例外的に責任を負わされる場合として掲げた枠組みの中に包含されるものである。

(38) 落合誠一「判批」ジュリスト一〇六三号(平成七年) 一三〇頁は、「対外的な決定権限とは、……おそらくここでは外部の人からみて決定権限があると思われることと考えられ、そうすると、「そうした決定権限があるかのような名称の使用もその要素になり得るから、本件判旨も取締役等の名称使用を要求する趣旨と考えられる」と述べている。

(39) 畑・前掲注(21) 六〇頁、松岡・前掲注(32) 二六七頁、落合・前掲注(38) 一二九～一三〇頁、丸山秀平「判批」金融商事判例八八八号(平成四年) 四三頁、梅本剛正「判批」商事法務一三六三号(平成六年) 一〇三頁など。

(40) 石山・前掲注(18) 六七頁。

(41) 藤田・前掲注(16) 四三頁、丸山・前掲注(39) 四七頁、中村「判批」金融商事判例一三七九号(平成三年) 六頁。

(42) 丸山・前掲注(39) 四六頁。

(43) 中村・前掲注(41) 五頁。

(44) 石山・前掲注(2) 七一頁、吉本・前掲注(13) 一二二頁、竹濱・前掲注(20) 三〇三～三〇八頁、川内・前掲注(23) 一〇二頁、

江口・前掲注(32) 八八～八九頁、畠田「判批」岡山商大論叢三二巻一号(平成七年) 一六頁、神崎克郎「判批」商事法務一四〇五号(平成七年) 三九頁。

(45) 理論上、取締役に準ずる活動をしている事実上の取締役が監視義務違反に基づく責任を問われることはあり得る(神崎・前掲注(44)

- 四〇頁参照)。ただし、事実上の取締役として認定されるためには取締役としての職務を継続的に行っていることが必要であると解されるところ、取締役としての職務をまったく放置しているような場合にはそもそも事実上の取締役として認定されないため、監視義務違反のように不作為が問題となる場合には慎重に判断すべきであろう(上柳克郎「鴻常夫」竹内昭夫『新版注釈会社法(6)』(有斐閣・昭和六十二年)三四〇頁(龍田節)、江口・前掲注(32)八九頁、梅本・前掲注(39)一〇四頁、吉本「判批」判例タイムズ九七五号(平成一〇年)二〇頁参照)。
- (46) 学説の中には、本判決の結論を積極的に支持しているとまではいえないものの、Y2の行為はB社の業務執行への関与というよりもむしろB社のオーナーとして事実上の影響力を行使したものとみるべきである(藤田・前掲注(16)四四頁)という見解や、Y2はB社のオーナー兼親会社(A社)の代表取締役として、B社の経営上の意思決定を一定範囲で掌握していたものと想像し得るので、本判決は判例へ5)及び判例へ7)と本質的な違いは見出せない(中村・前掲注(41)六頁)として、本判決の結論に一定の理解を示している見解も見られる。
- (47) 井上・前掲注(23)一二二頁。
- (48) 中村・前掲注(13)一一三〜一一四頁。
- (49) 石山・前掲注(2)七〇頁、同・前掲注(18)六七頁。
- (50) 畠田・前掲注(13)一三五〜一三六頁は、『事実上の主宰者』概念を用いるわが国の裁判例は、その概念の重要な認定要件として、会社の経営指揮を行う者が実質的に会社の支配株主である事実を挙げていることから、事実上の主宰者概念には経営支配を伴わない取締役としての職務執行を行う者は含まれないものと考えられる。しかしながら、このような事案において、会社支配について代表取締役としての実際上の職務執行が認定できれば、判例にいう事実上の主宰者は事実上の代表取締役と認定されるであろう」と述べている。
- (51) 中村・前掲注(13)一二七頁は、『判例にいう事実上の主宰者は、その認定要件事実からもうかがえるように、会社の実質的オーナーとして取締役に對して行う通例的な経営指揮を問題として、事実上の主宰者に相応の義務・責任を負わせるものであるため、事実上の取締役理論において問題とされる継続的職務執行についての義務・責任というよりも、むしろ、取締役を通じて行う会社支配にかかわる義務・責任を問題とする法理であり、その意味で、事実上の主宰者概念と事実上の取締役概念とは異質のものといえるし、判例が事実上の主宰者概念を登場させた理由も、既成事実の尊重ではなく、むしろ支配と責任との一致にあるといえよう」と述べている。なお、判例へ10)および判例へ11)では、当該者を事実上の主宰者と認定するに当たり、当該者は実質的に支配株主であったとの事

実を挙げっており、この点に関して学説の中には、事実上の主宰者とは単に競業会社の経営権を掌握している（実質上、競業会社を経営している）だけでなく、それに加えてその会社の株式の大部分を所有している者である（砂田太士「利益相反取引における『事実上の主宰者』——その概念・法的位置づけ——」法学論叢三七巻二・三・四号（平成五年）一六頁）とする見解も見られるが、これらの裁判例は、一般的に当該会社の支配株主たる地位を有する者は当該会社の経営指揮を行いやすいことを補足的に示しているにすぎず、支配株主であることを事実上の主宰者と認定するための要件と捉えているわけではないであろう（中村・前掲注（13）一七〇—一九頁参照）。

(52) 中村・前掲注（13）一一八頁。

(53) 畠田・前掲注（13）一三六頁参照。中村・前掲注（13）一一八頁は、「わが国の判例にいう事実上の主宰者概念も実質的にはイギリス法上の影の取締役概念が判例による合理的な法運用を通じてわが国に導入されたものと理解すべきであろう」と述べている。

(54) 中村・前掲注（13）一一八頁は、「取締役に對する通例的指揮は、支配株主たる地位にもとづいてなされることが通常であろうが、これだけに尽きるわけではなく、金融機関等の大口債権者による経営管理という形をとることも、また純然たる経営指導契約にもとづくこともないとはいえない」と述べている。

(55) この点については、坂本達也『影の取締役の基礎的考察』（多賀出版・平成二十一年）一五八—一六二頁・一七〇—一七七頁によると、イギリスの判例においても次のように見解が分かれているようである。すなわち、*Re Hydromam (Corby) Ltd* 事件判決では、「事実上の取締役および影の取締役に区別することなく、被告が事実上の取締役または影の取締役として行動したとする主張は困らせるものである。……それらは、重なるものではない。それらは二者択一のものであり、お互いに相容れないものである。事実上の取締役は、取締役として行動することを引受ける者である。その者は現実には有効に取締役として選任されていないが、会社上により取締役に称しない。影の取締役は取締役にない」と主張する。……影の取締役は、取締役として行動すると主張せずまたそのように称しない。影の取締役は取締役にない」と主張する。その者は、自らを除外して会社の取締役であるとすると他の者の背後に逃れ、陰の中に隠れる」と述べられている。これに対して、*Secretary of State for Trade and Industry v Devereil* 事件判決では、「影の取締役は陰に隠れるということは影の取締役に認定にとつて必要ではない。時折、関係する者全てが知るところで、所有者は何をすべきかを取締役に指揮を与えるが、自らは当該会社の経営に加わらない。……その所有者は、当該会社の業務において果たす役割を隠すための手立てを講じないにもかかわらず、影の取締役にとされる。陰に隠れることは、起こりうるが、影の取締役に認定にとつて重要な要素ではない」と述べられている。

(56)

この点に関して、中村・前掲注(13)一一九頁は、「事実上の主宰者の指揮に従って取締役が業務執行を行うのを常としている状況下で、取締役が会社または第三者に損害を被らせた場合の責任関係については、損害発生を引き金となった当該業務執行行為が取締役の裁量に委ねられていることもありうるので、取締役が責任を負うべきときには事実上の主宰者も常に連帯して責任を負わなければならない」と、かえって不公平な結果を生じさせる」ため、「事実上の主宰者の側で、自らの経営指揮と当該業務執行行為との関連を否定し、かつ、経営統括者の地位にある者として要請される相当の措置を講じたことを立証すれば、責任負担者の範囲から除外されることになる」と解することで、均衡をはかるべきものと思われる」と述べている。