

事実上の取締役の第三者に対する 責任に関する再論

——最近の裁判例を題材に——

The Restudy of Civil Liability to the Third Party of de facto Corporate Directors : The Study of Recent Cases

高橋 紀夫

目次

- 1 はじめに
- 2 事実上の取締役の第三者に対する責任に関する平成20年以降に公表された裁判例の検討
 - (1) 東京高裁平成20年7月9日判決
 - (2) 大阪地裁平成21年5月21日判決
 - (3) 名古屋地裁平成22年5月14日判決
 - (4) 大阪地裁平成23年10月31日判決
- 3 結びに代えて

1 はじめに

会社法429条1項に定める取締役の第三者に対する責任規定は、「法人格否認の法理」の代替的機能を果たしている。わが国に数多く存在する中小企業においては、その財産的基盤が脆弱であるため、会社倒産という事態が生じた場合には、損害を受けた取引先（会社債権者）その他の第三者は、その倒産原因について悪意・重過失による任務懈怠のある取締役に対して責任を追及することになる。そして、その際、取締役としての法的要件を欠いていて（法律上の取締役ではなく）、しかも登記されていない者についても、実質的経営者（事実上の主宰者）として会社活動に立ち現れ、会社の業務執行に関与している場合には、この者を法律上の取締役と同様・同等に評価して、法律上の取締役と同一の責任を負担させる理論構成の必要性が肯定されるべきである。そうであるとすれば、「事実上の（代表）取締役」という理論のもつ責任拡張機能が重要な役割を果たすことが期待される。

事実上の取締役はその立場・地位のゆえに法律上の取締役に準じた任務を負うものとみなし、その懈怠につき法律上の取締役に準じた責任を課すような理

論構成（会社法429条1項の類推適用ないし拡大適用）は可能であると考ええる。事実上の取締役と認定されるためには、権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していることの要件を充足する必要がある。しかし、その際、ある程度の業務執行への関与は最低限必要不可欠であろうが、その関与の態様ないし継続性の程度については具体的事情・状況によって相当の幅をもって考えてよい（責任主体の範囲の拡大を考える必要がある）と思われる¹⁾。

本稿では、以下において、事実上の取締役の第三者に対する責任が問題となった裁判例のうち²⁾、平成20年以降に公表された最近の4件の裁判例、すなわち①東京高裁平成20年7月9日判決、②大阪地裁平成21年5月21日判決、③名古屋地裁平成22年5月14日判決、④大阪地裁平成23年10月31日判決を題材に、「事実上の(代表)取締役」概念の援用による会社法429条1項の類推適用(拡大適用)というアプローチによる解釈論について再度考察することにする。

2 事実上の取締役の第三者に対する責任に関する平成20年以降に公表された裁判例の検討

(1) 東京高裁平成20年7月9日判決（金判1297号20頁、資料版商事297号181頁、民集64巻7号1912頁）

【事実の概要】

本件は、カネボウ株式会社（以下、「A社」という。）の普通株式を有するXが、株式会社産業再生機構（以下、「IRCJ」という。）の支援決定を受けたA社のスポンサーとなった3ファンドおよび3ファンドが出資または運営にかかわ

1) 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論文集（文眞堂、1998年）221頁以下および同論文で掲げた文献を参照。
2) 事実上の取締役に対する旧商法266条の3第1項（会社法429条1項）・旧有限会社法30条の3の適用（類推適用）の可否が問題となった過去の下級審裁判例において、責任を肯定したものとして、①東京地裁平成2年9月3日判決（判時1376号110頁、金判880号24頁）、②大阪地裁平成4年1月27日判決（労判611号82頁）、③京都地裁平成4年2月5日判決（判時1436号115頁）があり、責任を否定したものとして、④東京地裁昭和55年11月26日判決（判時1011号113頁）、⑤横浜地裁昭和58年3月17日判決（判時1095号150頁、判タ504号156頁）、⑥京都地裁平成3年11月25日判決（判時1423号126頁）、⑦東京地裁平成5年3月29日判決（判タ870号252頁）がある。また、事実上の取締役に対する不法行為責任（民法709条）の適用の可否が問題となった過去の下級審裁判例において、責任を肯定したものとして、⑧東京地裁平成9年12月18日判決（判タ970号235頁）、⑨東京地裁平成11年1月29日判決（判時1687号94頁）がある。

るいわゆる買収の受皿会社であるY₁らに対して、不法行為等に基づいて損害賠償を請求した事案である。Xが第1に主張する違法事由は、①Y₁が、A社の支配権を取得するために、A社のC種類株式（A社は、普通株式のほか、利益配当請求権等のみを有し、議決権を有しないA種類株式およびB種類株式、議決権等のみを有し、利益配当請求権を有しないC種類株式を発行していた。なお、C種類株式は一定時期以降普通株式に転換することが可能である。）をIRCJおよびカネボウ化粧品株式会社（以下、「B社」という。）から買い付ける（以下、「本件各買付け」という。）に際し、公開買付けによらなかったことが平成17年法律第87号による改正前の証券取引法（以下、「平成17年法」という。）27条の2第1項に違反し、不法行為となるというものである。また、Xが第2に主張する違法事由は、②3ファンドがA社の支配権を取得した後、A社の主力3事業を他社に譲渡し、譲渡代金債務をY₁に免責的に債務引受けさせ、減資のうえ、最終的に解散させるという一連の行為が少数株主を排除するもので、支配株主の権利の濫用ないし信託義務違反として不法行為に当たるといものである。ところで、上記営業譲渡に関しては、A社の一般株主から株式買取請求権の行使がされ、東京地方裁判所に株式買取価格決定申立事件が係属していたところ、本件控訴審係属中に同裁判所の決定が出された。Xは、上記決定により、営業譲渡が不当に安値でされたことが明らかになったとして、③平成17年法律第87号による改正前の商法（以下、「旧商法」という。）266条の3に基づく請求、さらには、3ファンドがA社の取締役に善管注意義務に違反する行為をさせたことが不法行為に当たるとい主張を控訴審で追加した。なお、Xは、原審においてその所有するA社の普通株式1500株について損害賠償を求めていたところ、控訴審において、請求を減縮し、上記1500株のうち、株式買取請求権を行使していない100株についてのみ損害賠償を求めた。

本件の争点は、①Y₁がIRCJおよびB社からC種類株式を公開買付けによらないで買い付けた行為が平成17年法に違反するか、②本件各買付けや営業譲渡等の一連の行為は、支配株主であるY₂ないしY₄の権利の濫用ないし信託義務違反として違法であるか、③Y₂ないしY₄は、A社の事実上の取締役に旧商法266条の3の責任を負うか、④Y₂ないしY₄は、派遣したA社の取締役に

善管注意義務違反の行為をさせたことにより不法行為責任を負うか、という点である。ところで、Xは、②ないし④については、A社の上場廃止前における一般的な価格であった600円または株式買取価格決定申立事件の決定額360円と残余財産分配額107円との差額である4万9300円ないし2万5300円等を損害額として主張していた。

以下では、本稿の主題に関連する争点③のみに言及することにする。Xは、「Y₂ないしY₄（3ファンド）は、業務としてA社の経営に関与し、派遣した取締役らが、少なくとも831億円の価値のあるものを434億円で事実上の譲受人であるY₂ないしY₄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266条の3の責任を負う。」と主張した。これに対して、Y₂ないしY₄は、「Y₂ないしY₄は、A社およびA社の取締役とは全く別の法人格を有し、独自の事業活動を展開しているのであり、A社の取締役と同一の責任を負う根拠は何もない。」と主張した。

【判決要旨】 請求棄却。

「旧商法266条の3は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意又は重大な過失により会社に対する善良な管理者としての注意義務に違反し、これによって第三者に損害を被らせたときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係がある限り、会社が上記任務懈怠の行為によって損害を被った結果、ひいて第三者に損害を生じた場合であると、直接第三者が損害を被った場合であるとを問うことなく、当該取締役が直接第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したものである（以上、最高裁昭和39年（オ）第1175号同44年11月26日大法廷判決・民集23巻11号2150頁参照）。このように旧商法266条の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条の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き受けて、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な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。しかしながら、本件でY₂ないしY₄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条の3に基づく請求は理由がない。」

【検討】

本判決は、旧商法266条の3第1項（会社法429条1項）に定める対第三者責任の法的性質についての判例・通説である法定責任説の立場からみて、「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条の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。」とした上で、「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き受けて、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な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。しかしながら、本件でY₂ないしY₄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条の3に基づく請求は理由がない。」と判示している。すなわち、XによるY₂ないしY₄がそのような立場にあるとの主張立証がないとして、旧証券取引法（平成17年法）上の手続を履践せずにA社株式の買付けが行われた

こと（本件各買付け）および営業譲渡等の一連の行為により損害を被ったXに対するY₂ないしY₄（3ファンド）の損害賠償責任を否定している³⁾。

なお、この争点（3ファンドの事実上の取締役としての責任）については、本件の原審である東京地裁平成19年5月29日判決（金判1297号36頁、資料版商事297号198頁、民集64巻7号1896頁）では、Xからの主張がないため、言及されておらず、また本件の上告審である最高裁第二小法廷平成22年10月22日判決（判時2098号154頁、判タ1337号98頁、金判1353号19頁・1360号29頁、金法1916号81頁、資料版商事320号202頁、民集64巻7号1843頁）では、判決文のなかでふれられていない。したがって、本件は、事実関係からみて、Y₂ないしY₄（3ファンド）を事実上の取締役と認定するために必要とされる権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していたとの要件を充足していない事案であり、私見の立場からも本判決の結論についてはやむを得ないものと考ええる。

（2）大阪地裁平成21年5月21日判決（判時2067号62頁）

【事実の概要】

Xは、平成12年5月19日から平成15年10月9日までの間、商品取引員であった株式会社A（以下、「A社」という。）に5000万円を預託して商品先物取引を委託したが、A社は、平成17年6月10日、破産手続開始決定を受けた。そこで、本件は、Xが、A社の代表取締役、取締役ら役員、営業部長であるYらに対し、違法営業、杜撰経営等により損害を被ったと主張し、民法709条、平成17年法律第87号による改正前の商法（以下、「旧商法」という。）266条の3に基づき8968万円余の損害賠償を請求した事案である。

以下では、本稿の主題に関連するY₁の責任を中心に述べることにする。Y₁は、Y₅の父で、商品取引員であるB商事株式会社（以下、「B社」という。）の代表取締役会長であり、平成9年6月からA社の相談役を務めていたが、A社の取締役または監査役に選任されたことはない。Xは、（1）本件取引の違

3) 佐々木好一「『事実上の取締役』の責任～会社経営への関わり方～」会社法務A2Z2012年6月号(2012年)16頁。

法性について、①平成12年5月の未登録外務員による当初勧誘、②平成12年6月以降の証拠金不足での両建て、③平成12年9月以降の無断売買、証拠金の返還拒否・回避、④平成13年7月白金暴落後の証拠金不足での両建て、無断売買、⑤平成14年6月の株券預託後の更なる証拠金不足による取引拡大、証拠金返還拒否・回避、無断売買を指摘し、さらに、より具体的に、本件取引は、①未登録外務員による勧誘、②適合性原則違反、③説明義務違反、④新規委託者保護義務違反、⑤両建て勧誘（両建て勧誘回避義務違反）、⑥証拠金徴収義務違反、⑦証拠金の返還拒否・回避、⑧無断売買、⑨事実上の一任売買、⑩過当取引の違法性があり、Yらの不法行為に当たると主張した。また、Xは、(2) A社の会社ぐるみの違法不当な営業活動および杜撰経営ならびにその結果としてのA社の破綻について、Y₁は、平成8年9月に、それまで新日本証券の系列会社であったA社を企業買収して、監査役として次男Y₅を送り込んだが、その後まもなく（平成9年6月）既往役員を更迭して、自らは相談役ながら、Y₅を取締役としY₅を介しつつA社の経営を総括・支配し始めた。その後、A社の経営を強化するため、それまで同業者＝商品取引員の株式会社C（以下、「C社」という。）に在籍していたD・Y₂をスカウトして、平成12年4月に代表取締役社長・副社長にとりたて、専務取締役となったY₅とともに経営に当たさせた。このとき同時に、長男Y₃を監査役に送り込んだ。Y₁は、①実質においてA社の株式の大半を保有し、②株主総会に出席して経営指導を行い、③子息を取締役・監査役に据え、④代表取締役であるD・Y₂から定期的に直接の経営報告を受け、かつ、必要な直接の指示を行い、⑤更には時に親しくA社の事務所を訪問して経営指導を行う、社員旅行に同行する等して、A社の経営を統括し、支配していたと主張した。その上で、Xは、(3) Y₁の責任について、Y₁は、A社の最高実権者である「事実上の代表取締役会長」として、本来ならば経営陣であるD、Y₂らによる過当営業や彼ら（Y₅を含む。）の放漫経理を避止し是正する職務を負っていた。それにもかかわらず、過当営業を反復継続して表面上の売上げを増加させると共に、その獲得資金を高額の報酬・加給金として受け取る放漫経理の方針を承認・称揚したばかりか、その地位を利用して、種々の名目で、会社資金を自己またはその支配下にある関係会社に引き

出し、はなはだしく職務をないがしろにした。過当営業に関し、Y₁による監視・是正義務違反は民法709条の不法行為に該当する。Y₁において過当営業の先にXを含む顧客が存在していること、過当営業によって顧客に損害が発生することを認識していたことはいうまでもない。また、同義務違反は、Y₁の事実上の取締役としての職務違反行為であり、それは悪意もしくは重過失によるものである。また、Y₁は、過当営業、放漫経理を承認称揚したことにより、A社を自己破産に至らしめ、Xの同社に対する損害賠償債権を同社から回収することを不可能に帰せしめた点でもその職務を遂行するに当たって悪意もしくは重過失があると主張した。

【判決要旨】 請求一部認容、一部棄却。

I 本件取引当時のA社の営業状況

ア 不当な歩合給の支給

「C社の営業手法が取り入れられたことにより、営業担当者に対する報奨金（歩合給ないし加給金とも言われていた。）の支給時期が、手数料の発生時点から委託証拠金の受入時に繰り上げられた。これは、収益が実現されないうちに顧客からの預かり金が外務員らに歩合給として分配される仕組みであり、手数料稼ぎを目的とする過当営業を誘発する危険性の高い仕組みといえる。このような不当な歩合給の支給方法は、D及びY₂がC社から移籍するに当たって持ち込んだ営業方式であり、大株主であるY₁もC社での営業方法をA社に持ち込むことは包括的には承認していたものであるが、Y₁がこのような不当な支給方式を具体的に知らされていたと認めるべき証拠はない。Dは、毎月、月次報告書に基づき、大株主であるY₁又はその代理としてのY₃に、A社の営業状況を報告していたが、その報告内容は、会社の損益の概況が把握できる程度のものにすぎず、歩合給の支給基準といった具体的な給与体系や紛議の内容、顧客の構成にまで立ち入ることはなかった。Y₁が、報告に対し、交際費が過大ではないかと指摘をしたことがあったが、Y₁やY₃が、営業の具体的な方針等に立ち入って指示することはなかった。Y₁は、営業会議や、株主総会の際に、A社の大阪本社を訪れて、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。」

イ 不適切な経理

「会計監査人の上記要望事項により不適切な会計処理がされていることを知ったY₁らは、会計監査人と共に調査の上、Y₂をはじめとする経理担当の取締役及び従業員の責任を追及し、平成14年1月、Y₂は、取締役を辞任し、他の関係者も退職した。この調査の過程で、Y₂による交際費の私的流用の疑いも判明した。」

ウ その他の経費支出について

「A社は、平成12年5月から平成13年10月までの17か月間、B社の関連会社でY₁が実質的に支配しているE社又はF社に対し、情報提供料として月額210万円（合計3570万円）を支払った。情報提供の内容は、B社で作成した相場情報誌の内容を表紙を変えるだけでそのまま提供を受けるものにすぎず、実質的にはY₁がA社の株式取得のために投資したことに対する見返りを得る趣旨であると理解できるものである。しかし、少なくとも相場情報誌は実際に提供されていることからすると、対価としてはやや高額であった疑いは残るが、その支出を不当であるとまではいえない。ほかにこの支出が根拠のない不当なものであったと認めるに足る証拠はない。」

II 本件取引の違法性について

「Xに十分な知的能力と商品先物取引の知識・経験があったとしても、受託者自らの手数料収入を図るため、Xの財産の状況や投資の目的に照らして不適當と認められる過大な商品先物取引の勧誘・受託をして委託者の保護に欠けたものであって、これは、個々の取引勧誘における両建て勧誘や証拠金徴収義務違反の違法性にとどまらず、取引全体において、商品取引所法136条の25第1項の適合性の原則に違反する違法な取引勧誘が行われたものであって、不法行為としての違法性を有するものと認めるのが相当である。」

III 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、代表取締役社長のD、代表取締役副社長のY₂、専務取締役のY₅、監査役のY₃、……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、旧商法266条の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。なお、Y₁が、取次手数料や情報提供料として関連会社を通じて利益を得ていたとしても、その支払が不当であるとは認めるに足りないし、ましてそれによって会社の経営を破綻させたともいえない。」「また、Y₁が大株主としてD社長やY₂副社長らをC社から移籍させて受け入れ、A社の個人顧客に対する営業を強化しようとしたことは認められるが、D社長らが、実際に違法な営業を行い、顧客に損害を与える営業活動をしていることを具体的にY₁が認識していたとは認められないから、Y₁が、違法な営業活動による顧客の損害を具体的可能性として予見できたとは認められない。もちろん、投機性の強い商品先物取引の性質上、顧客との紛議は避けられない面があり、そのために商品取引所法も所要の規制をしているところである。そして、個人営業の強化ということは必然的に紛議の増加を招くことになると思われるが、しかし、会社として具体的に顧客に損害を加えるような組織体制をとっていることを認識していたなど特段の事情がある場合は別として、一般的に個人営業の強化により法の見解に争いのあり得る紛議が増加することを予見していたからといって、それをもって顧客の損害の発生についての不法行為法上の予見可能性と評価できるものではない。そして、Xが主張するような株主であるY₁も含め、A社が、組織全体として、過当営業を容認していたとまでは認めるに足りないのである。」「また、Y₁が、大株主として、平成13年12月ころまでには、G公認会計士の監査報告やY₄ら監査役あるいは専務取締役であるY₅からの報告等により、Y₂らによる杜撰経理や過当営業によると思われる顧客からの損害賠償請求の多発の事実を認識したことは認められるが、そうであるからといって、取締役や監査役を越えて株主の立場にすぎないY₁がこれを改善する措置を講ずべき法的義務を負っていたとまでいうことはできない。」「したがって、Y₁は、本件取引によるXの損害の発生に対する直接的な損害賠償責任も、XのA社に対する損害賠償請求権が同社の破綻によって実現不能になったという間接的な損害賠償責任も、そのいずれについても過失があったとは認められないから、民法709条の不法行為による損害賠償責任（719条による共同不法行為責任を含

む。)を負わない。』

【検討】

本判決は、本件取引当時のA社の営業状況のうち、まず不当な歩合給の支給について、「このような不当な歩合給の支給方法は、D及びY₂がC社から移籍するに当たって持ち込んだ営業方式であり、大株主であるY₁もC社での営業方法をA社に持ち込むことは包括的には承認していたものであるが、Y₁がこのような不当な支給方式を具体的に知らされていたと認めるべき証拠はない。Dは、毎月、月次報告書に基づき、大株主であるY₁又はその代理としてのY₃に、A社の営業状況を報告していたが、その報告内容は、会社の損益の概況が把握できる程度のものにすぎず、歩合給の支給基準といった具体的な給与体系や紛議の内容、顧客の構成にまで立ち入ることはなかった。Y₁が、報告に対し、交際費が過大ではないかと指摘をしたことがあったが、Y₁やY₃が、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。Y₁は、営業会議や、株主総会の際に、A社の大阪本社を訪れて、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することはなかった。」と認定している。次に、A社で行われた不適切な経理について、「会計監査人の上記要望事項により不適切な会計処理がされていることを知ったY₁らは、会計監査人と共に調査の上、Y₂をはじめとする経理担当の取締役及び従業員の責任を追及し、平成14年1月、Y₂は、取締役を辞任し、他の関係者も退職した。この調査の過程で、Y₂による交際費の私的流用の疑いも判明した。」と認定している。そして、B社の関連会社でY₁が実質的に支配しているE社又はF社に対し、情報提供料として月額210万円（合計3570万円）を支払ったA社の経費支出について、「情報提供の内容は、B社で作成した相場情報誌の内容を表紙を変えるだけでそのまま提供を受けるものにすぎず、実質的にはY₁がA社の株式取得のために投資したことに対する見返りを得る趣旨であると理解できるものである。しかし、少なくとも相場情報誌は実際に提供されていることからすると、対価としてはやや高額であった疑いは残るが、その支出を不当であるとまではいえない。ほかにこの支出が根拠のない不当なものであったと認めるに足る証拠はない。」と述べている。その上で、本件取引の違法性については認めたが、

Y₁の責任については、「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、その支配の様子は、……あくまで株主としての立場から、代表取締役社長のD、代表取締役副社長のY₂、専務取締役のY₅、監査役のY₃、……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、旧商法266条の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。なお、Y₁が、取次手数料や情報提供料として関連会社を通じて利益を得ていたとしても、その支払が不当であると認めるに足りないし、ましてそれによって会社の経営を破綻させたともいえない。また、Y₁が大株主としてD社長やY₂副社長らをC社から移籍させて受け入れ、A社の個人顧客に対する営業を強化しようとしたことは認められるが、D社長らが、実際に違法な営業を行い、顧客に損害を与える営業活動をしていることを具体的にY₁が認識していたとは認められないから、Y₁が、違法な営業活動による顧客の損害を具体的可能性として予見できたとまでは認められない。……会社として具体的に顧客に損害を加えるような組織体制をとっていることを認識していたなど特段の事情がある場合は別として、一般的に個人営業の強化により法的見解に争いのあり得る紛議が増加することを予見していたからといって、それをもって顧客の損害の発生についての不法行為法上の予見可能性と評価できるものではない。そして、Xが主張するような株主であるY₁も含め、A社が、組織全体として、過当営業を容認していたとまでは認めるに足りないのである。また、Y₁が、大株主として、平成13年12月ころまでには、G公認会計士の監査報告やY₄ら監査役あるいは専務取締役であるY₅からの報告等により、Y₂らによる杜撰経理や過当営業によると思われる顧客からの損害賠償請求の多発の事実を認識したことは認められるが、そうであるからといって、取締役や監査役を越えて株主の立場にすぎないY₁がこれを改善する措置を講ずべき法的義務を負っていたとまでいうことはできない。したがって、Y₁は、本件取引によるXの損害の発生に対する直接的な損害賠償責任も、XのA社に対する損害賠償請求権が同社の破綻によって実現不能になったという間接的な損害賠償責任も、そのいずれについても過失があったとは認められないから、民法709条

の不法行為による損害賠償責任（719条による共同不法行為責任を含む。）を負わない。」と判示している。

本件では、Y₁がA社の経営を支配株主として一定程度支配していたことを認めつつ、その支配の態様があくまで株主の立場から、D・Y₂等を通じて間接的に行われたものにすぎず、したがって、Y₁がA社の経営を実質的に支配していたとまでは認められないとして、その責任を否定している⁴⁾。しかし、Y₁は、長男Y₃（監査役）および次男Y₅（専務取締役）の父で、A社と同業の商品取引員であるB社の代表取締役会長であり、A社の取締役または監査役に選任されたことがないとはいえ、平成9年6月からA社の相談役を務めていたのである。その意味では、Xは、「A社の会社ぐるみの違法不当な営業活動および杜撰経営ならびにその結果としてのA社の破綻について、Y₁は、自らは相談役ながら、Y₅を取締役（その後、専務取締役）としY₅を介しつつA社の経営を総括・支配し始め、さらにY₃を監査役に送り込んだ。Y₁は、①実質においてA社の株式の大半を保有し、②株主総会に出席して経営指導を行い、③子息を取締役・監査役に据え、④代表取締役であるD・Y₂から定期的に直接の経営報告を受け、かつ、必要な直接の指示を行い、⑤更には時に親しくA社の事務所を訪問して経営指導を行う、社員旅行に同行する等して、A社の経営を統括し、支配していた。」と主張しているのだから、事実認定の問題であるとはいえ、裁判所としては、もう少し的確かつ丁寧に、Y₁につき事実上の取締役と認定されるための要件と考えられる権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していたかどうかを検討するべきであったのではないかと、つまり、私見の立場によれば、ある程度の業務執行への関与は最低限必要不可欠であるが、その関与の態様ないし継続性の程度については具体的事情・状況によって相当の幅をもって考えてよい（責任主体の範囲の拡大を考える必要がある）と思料するため、本件のように、A社の営業の実体を知りうる地位・立場にあり、X（顧客）の損害回避を指導でき、かつ、A社の自己破産を防げたはずのY₁については、総合的に諸事情を勘案して実質的経営者（事実上の

4) 中村信男「会社法429条1項の類推適用による『事実上の取締役』の損害賠償責任」金判1379号(2011年)5頁。

主宰者)と判断し、事実上の取締役としての責任を肯定する余地があったのではないかと考える。したがって、本判決の結論には疑問が残る。

(3) 名古屋地裁平成22年5月14日判決⁵⁾ (判時2112号66頁)

【事実の概要】

本件は、Xらを注文者、株式会社A(以下、「A社」という。)を請負人とする建物建築工事を目的とした本件請負契約に基づきA社が建築してXらに引き渡した本件建物に瑕疵がある前提で、Xらが、A社の事実上の取締役であったというYに対し、会社法429条1項の類推適用に基づく損害賠償請求として、本件建物の瑕疵によってXらが被ったという損害の賠償を求めた事案である。

A社は、建築工事の請負、設計、施工、監理等を目的として、平成12年11月17日に設立された発行済株式総数200株、資本金1000万円の株式会社であり、Yは発起人の一人である。設立当初のA社の取締役はB(Yの息子)、C、Dの3人であり、Bが代表取締役であったが、平成13年5月19日に、Dが取締役を辞任し、Bが代表取締役を辞任し(取締役は続けている)、一級建築士のEが代表取締役に就任した。A社の発行済株式は、設立当時、うち50株をYが、100株をBが、50株をCが有していた。A社の設立の際に出資された合計1000万円については、Yの指示により、平成12年12月11日に980万円、同月26日に20万円と、その全額がA社の預金口座から引き出された。

Fは、Xらの娘であり、XにYを紹介されて大学卒業後にA社に就職し、平成13年4月から平成15年1月までA社ないし株式会社G(以下、「G社」という。)の従業員として仕事をしていた。Y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、自身が所長であるH研究所に国から研究費が出るようになってから、A社、G社および有限会社Iの三社(以下、「本件三社」という。)を設立したが、本件三社は、同じビルの一室で仕事をしており、Yはパーティーションで仕切られた所長室にいた。職場では、Yが絶対的な存在であり、取締役であるCもBも同人の部下のような関係にあった。また、Eも「雇

5) 本判決の評釈として、佐々木・前掲注3)14頁、中村・前掲注4)2頁、鳥山恭一・法セ685号(2012年)119頁、大塚和成・銀法742号(2012年)119頁がある。

われ社長」と自称しており、従業員も、実質的な経営者はYであると認識しており、Eのことは「社長」とは呼ばず、「Eさん」と呼んでいた（Yは「所長」と呼ばれていた）。

Xらは、平成13年5月、A社との間でXらの居宅となる本件建物の新築工事を目的とした本件請負契約を締結した。請負代金は5061万円で、工期は同年8月1日から同年12月20日までであった。本件建物が引き渡されるまでの間に変更・追加工事があったため、XらがA社に対して支払った請負代金は合計7376万4338円となった。Xらは、本件建物には、①屋根の軒先部分にほとんど勾配がついていない（これを主たる原因として雨漏りが生じた）、②外壁にクラックがある、③2階バルコニー内の外壁が剥離しているといった瑕疵があり、これによりXらは、(ア) 補修費用・カーテン代相当額として合計706万6205円、(イ) 不動産取得税の軽減措置が受けられる範囲の床面積で建築を依頼したのに、A社の代表取締役であったEがその床面積を勘違いしたため、本件建物の床面積が軽減措置を受けられる床面積ではなくなったことによる当該不動産取得税の増加額として36万円、(ウ) 慰謝料として100万円、(エ) 弁護士費用として80万円、以上合計922万6205円の損害を被ったとして、Eから支払を受けた和解金550万円を控除した残金372万6205円について、A社の事実上の取締役であったというYに対し、その損害を求めた。Xらは、YがA社の事実上の取締役としてXらに対して損害賠償責任を負う理由として、そもそもA社はYが個人的に設立した会社であることに加え、Yは、対内的にも対外的にもA社の経営者、支配者として振るまい、そのように認識されていたのであり、YはA社の実質的経営者すなわち事実上の代表取締役であった。YがA社の財産を着服する等の行為を繰り返し、A社を事実上倒産させた行為は、A社に対する忠実義務違反、任務懈怠に該当することを挙げて、Yは、会社法429条1項の類推適用によって、Xらに対して前記損害を賠償する責任を負うと主張した。

【判決要旨】 請求一部認容、一部棄却（確定）。

I 本件建物の瑕疵及びXらの損害について

「本件建物には、①屋根の軒先部分にほとんど勾配がついておらず、これを主たる原因として雨漏りが生じ、②外壁にクラックが生じ、③2階バルコニー

内外壁の剥離が生じるという瑕疵が生じた。これによりXらには次のとおりの損害が生じたことが認められ……以上の合計が706万6205円である。」「仮に、軽減措置が受けられていれば、本件建物の評価額1554万4212円から1200万円が控除されるため、354万4212円に3%を乗じた10万6326円で足りるところ、1554万4212円の3%である46万6326円の不動産取得税を負担することになった。以上の事実によれば、Xらは、その差額である36万円の損害を被ったことが認められる。」「本件建物の瑕疵の程度や補修に要した費用等からすれば、本件建物の瑕疵によるXらの精神的損害に対する慰謝料としては10万円が相当である。」「以上の……合計である752万6205円から当事者間に争いのないXらがEから本件に関する和解金として受領した550万円を控除すると、残額は202万6205円である。」「弁護士費用分の損害賠償額としては25万円を認めるのが相当である。」「したがって、Xらの損害額残額は227万6205円である。」

II YがA社の事実上の取締役であることについて

「本件三社は、同じビルの一室で仕事をしていた。Yはパーティーションで仕切られた所長室におり、E、B、Cは他の従業員と同じ部屋で仕事をしていた。」「Y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研究所に国から研究費が出るようになってから、本件三社を設立した。」「職場では、Yが絶対的な存在であり、取締役であるCもBも同人の部下のような関係にあった。また、Eも『雇われ社長』と自称しており、従業員も、実質的な経営者はYであると認識しており、Eのことは『社長』とは呼ばず、『Eさん』と呼んでいた（Yは『所長』と呼ばれていた）。」「本件建物の引渡しが完了した後、本件工事の下請業者に対する未払いがあり、A社は下請業者から代金支払いの催促を受けるようになった。Yは、ビルの保証金やコピー機などの差押えを受けないように、A社の名義になっている財産をG社などに移すようにBなどに指示をしていた。また、Yの指示で、A社の登記簿上の住所をEの自宅の住所に移したりした。」「少なくとも、……合計1906万4087円は、YがBに払戻をさせ、同人から受け取った金員であると認めるのが相当である。そして、……A社の設立時に出資された1000万円の全額がYの指示により同社の預金口座から引き出されていることを併せ考慮するならば、Yは、A社の経営に関与していな

いどころか、実質的な経営者として、同社の財産を管理していたとすることができる。」「また、A社の主たる業務が、H研究所からの委託研究（報告書作成等）と本件請負契約とであったところ、前者については、上記のとおり、それによりH研究所から振り込まれた対価の多くをYが取得していること（仮に、Yが供述するように、YがこれをBに管理させているだけであるとしても、YがA社の経営を実質的に支配していることを物語るものであることに変わりはない。）、後者については、もともとYがXらとの間で決めた話であり（ただし、正式な契約締結を行ったのはA社の代表取締役就任したEである。）、そのことから、Yが息子のBからEに代表者を変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の意思で運営していたものと認めるのが相当である。A社の従業員となるFやアルバイトのJ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というべきである。」「そして、実際上も、A社において、代表取締役（当初はB、後にE）を含め、すべての役員、従業員がYの部下のような状況であり、従業員らもYを実質的な経営者とみていた。」「以上の諸事実からすれば、Yは、A社の事実上の（代表）取締役であったと認められる。」

Ⅲ Yの任務懈怠について

「Yは、H研究所からA社の預金口座に振込入金された金員のうち、少なくとも1906万4087円を取得したことが認められる。」「そして、Yが個人的に取得したのか、Gグループ内の他の企業の経費に流用したのかにかかわらず、Yが取得ないし流用した額と同額の損害をA社に与えたということになる。したがって、これは、A社の事実上の（代表）取締役であるYのA社に対する任務懈怠に該当する。」「そして、これらの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、Xらの主張するその余の用途不明金について判断するまでもなく（なお、Yが、Eに対して不信感を抱いていない段階〔下請業者に対する滞納を認識する前〕からH研究所からの振込金については全額引き出していたことを認める旨の供述をし

ていることからすれば、同研究所からの振込金以外の振込金〔その主たるものは、本件請負契約に基づくXらからの振込金である。〕の中にも、YがBに引き出させて取得ないし流用しているものがあることがうかがわれる。)、Yは、会社法429条1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。」「以上によれば、Xらの請求は、Yに対し、227万6205円及びこれに対する平成14年3月1日から支払済みまで年5分の割合による金員の支払を求める限度では理由があるから認容することとし、その余の請求は理由がないから棄却する。」

【検討】

本判決は、YがA社の事実上の取締役であることについて、「職場では、Yが絶対的な存在であり、取締役であるCもBも同人の部下のような関係にあった。また、Eも『雇われ社長』と自称しており、従業員も、実質的な経営者はYであると認識しており、Eのことは『社長』とは呼ばず、『Eさん』と呼んでいた（Yは『所長』と呼ばれていた）。Yは、ビルの保証金やコピー機などの差押えを受けないように、A社の名義になっている財産をG社などに移すようにBなどに指示をしていた。また、Yの指示で、A社の登記簿上の住所をEの自宅の住所に移したりした。少なくとも、……合計1906万4087円は、YがBに払戻をさせ、同人から受け取った金員であると認めるのが相当である。そして、……A社の設立時に出資された1000万円の全額がYの指示により同社の預金口座から引き出されていることをも併せ考慮するならば、Yは、A社の実質的な経営者として、同社の財産を管理していたとすることができる。また、A社の主たる業務が、H研究所からの委託研究（報告書作成等）と本件請負契約とであったところ、前者については、上記のとおり、それによりH研究所から振り込まれた対価の多くをYが取得していること（仮に、Yが供述するように、YがこれをBに管理させているだけであるとしても、YがA社の経営を実質的に支配していることを物語るものであることに変わりはない。）、後者については、もともとYがXらとの間で決めた話であり、そのことから、Yが息子のBからEに代表者を変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の意思で運営していたものと認めるのが相当である。A社の従業員

となるFやアルバイトのJ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というべきである。そして、実際上も、A社において、代表取締役（当初はB、後にE）を含め、すべての役員、従業員がYの部下のような状況であり、従業員らもYを実質的な経営者とみていた。」と認定し、「以上の諸事実からすれば、Yは、A社の事実上の（代表）取締役であったと認められる。」と述べている。その上で、Yの任務懈怠について、「Yは、H研究所からA社の預金口座に振込入金された金員のうち、少なくとも1906万4087円を取得したことが認められる。そして、Yが個人的に取得したのか、Gグループ内の他の企業の経費に流用したのかにかかわらず、Yが取得ないし流用した額と同額の損害をA社に与えたということになる。したがって、これは、A社の事実上の（代表）取締役であるYのA社に対する任務懈怠に該当する。そして、これらの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いうことが出来る。したがって、Yは、会社法429条1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。

本判決に対しては、会社の資金管理・財産管理等、A社の重要業務に対する取締役への指揮指図の存在をもってYをA社の事実上の取締役と捉えるものであって、取締役としての外観は事実上の（代表）取締役の認定要件の1つとして求めているとの指摘もある⁶⁾。また、本判決も、事実上の取締役の認定基準について、(ア)会社との関係—資本金を用意するなどして会社設立に中心的にかかわったり、親会社・グループ会社の代表取締役として会社の業務に関与する立場にあった場合には事実上の取締役と評価されやすい、(イ)業務執行事項の決定、財産管理などの対内的な行動—会社の重要事項の決定を自らの支配下で管理（本件のように代表取締役に指示して入出金を支配するなど）している場合には事実上の取締役と評価されやすい、(ウ)対外的な業務執行へ

6) 中村・前掲注4) 6頁。

の関与の度合い—取引先との間で具体的な取引内容（本件であれば建築内容など）を交渉するなどしている場合には事実上の取締役と評価されやすい、（エ）会社や取引先の認識—他の取締役や従業員、あるいは取引先がその者を社長やオーナーであると認識しているような場合には事実上の取締役と評価されやすくなる、以上の（ア）～（エ）の点を総合的に考慮した上で、「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」か、あるいは「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き受けて、会社に対し、取締役と同様の、善良な管理者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」かという視点から判断しているものと思われるとの指摘もある⁷⁾。

私見の立場によれば、事実上の取締役と認定されるためには、権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していることの要件を充たす必要がある。本件は、まさしくかかる要件を充足している典型的な事案であるといえ、本判決の結論は妥当であると評価できる。

（４）大阪地裁平成23年10月31日判決（判時2135号121頁）

【事実の概要】

本件は、破産者株式会社A（以下、「A社」という。）との間で、その破産手続開始決定がされる前に、A社の仲介により商品先物取引をした顧客であるXら28名が、A社の元取締役、元監査役および関連会社であるYらに対して、Y₁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、両建取引および一任売買等の違法な取引の勧誘および取引行為（以下、これらを併せて「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、

7) 佐々木・前掲注3) 18—19頁。

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、平成17年法律第87号による改正前の商法（以下、「旧商法」という。）266条ノ3第1項または不法行為に基づく損害賠償を求めた事案である。

以下では、本稿の主題に関連するY₁の責任を中心に述べることにする。Xらは、A社と商品先物取引委託契約を締結して取引を行った委託者であり、いずれも、A社またはY₂もしくはY₃に対し、債務不履行または不法行為に基づく損害賠償請求権等を内容とする債務名義を有している。A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り、平成18年7月31日、Xらの一部による申立てを受け、同年10月12日、大阪地方裁判所において、破産手続開始決定を受けた。Y₁は、平成5年6月24日から平成13年8月16日までの間、A社の代表取締役または取締役の地位にあった者である。Y₁は、遅くとも平成5年から現在に至るまで、株式会社B（以下、「B社」という。）および株式会社C（以下、「C社」という。）の代表取締役ならびに株式会社D（以下、「D社」という。）の取締役を務め、かつ、現在、これらの会社により構成され、食品、リゾート、ゴルフ、不動産等の各種事業を展開するSKグループの会長の地位にある。

A社は、平成8年から平成9年にかけて、Y₁に対し、役員賞与として、合計2282万7600円を支払った。A社は、平成10年3月31日、日本橋税務署長から、上記金額は、Y₁が個人的に費消するための金銭として供与されたものであるから、損金算入することができないとの指摘を受けた。

Xらは、(1) Y₁にA社の取締役としての悪意または重過失による任務懈怠等（旧商法266条ノ3第1項、民法709条）があったと主張した。すなわち、①関連会社等への利益供与取引および重加算税等負担行為が悪意または重過失による任務懈怠を構成する。②悪意または重過失による任務懈怠を構成する財務諸表への虚偽記載があった。③実体的違法および手続的違法があり、本件銀行株式投資が悪意または重過失による任務懈怠を構成する。④Y₁の取締役退任前（平成13年8月16日以前）および取締役退任後（平成13年8月17日以降）の過当営業行為および行政処分の招来が悪意または重過失による任務懈怠ないしXらに対する不法行為を構成する。次いで、Xらは、(2) Y₁の任務懈怠等と

Xらの損害（直接損害および間接損害）との間に因果関係があると主張した。すなわち、①Xらの直接損害との間に因果関係がある。②（ア）関連会社等への利益供与取引および重加算税等負担行為との間の因果関係、（イ）財務諸表への虚偽記載との間の因果関係、（ウ）本件銀行株式投資との間の因果関係、（エ）過当営業行為による行政処分の招来との間の因果関係、（オ）上記（ア）～（エ）の各行為（総体）との間の因果関係があり、Xらの間接損害との間に因果関係がある。さらに、（3）消滅時効の成否および（4）過失相殺が争点となった。

【判決要旨】 請求一部認容、一部棄却。

「Y₁は、平成2年9月、C社やB社とともにA社の株式を取得して、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、その後、平成6年にかけてA社の業績は低迷した。そのため、Y₁は、同年8月、A社の代表取締役に辞任して取締役となった。」「Y₁は、平成12年9月にA社が行政処分を受けたことに伴い、平成13年8月、A社の取締役を辞任した。しかし、Y₁は、その後も、自己及びD社等のSKグループを構成する会社を併せて、A社の発行済み株式の80%を超える株式を所有し、A社から給与名目で毎月270万円の金員の支払を受け続けた。」「Y₁がA社の取締役を辞任した後も、A社の組織図の頂点には、『SKグループ会長 Y₁』との記載がされていた。また、A社の各種稟議申請書の左上端には、別枠で『会長』名の決裁欄があり、Y₁は、A社における種々の事業執行について、自筆で決裁をしていた。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。」

I Y₁にA社の取締役としての悪意又は重過失による任務懈怠（旧商法266条ノ3第1項）があったか—過当営業行為及び行政処分の招来が悪意又は重過失による任務懈怠を構成するか

「A社の取締役であったY₁は、遅くとも平成10年以降、A社の取締役を退任した平成13年8月に至るまで、重大な過失によって上記の注意義務を怠り、その任務を懈怠していたものといわざるをえない。」「そして、Y₁は、平成13年8月に取締役の退任登記を経た後も、従前同様、（自己の名前を冠したと思わ

れる) SKグループのオーナーの地位にあり、A社を含むSKグループ傘下各社の役員及び従業員から、『会長』又は『SKグループ会長』などと呼ばれる存在であったこと、自己及びD社等のSKグループを構成する会社と併せてA社の発行済み株式の80%を超える株式を所有し、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比べて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、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。」「Y₁は、……平成6年8月に至るまで、約4年間にわたってA社の代表取締役の地位にあり、その後も、引き続き平成13年8月に至るまで、約7年もの間、A社の取締役の地位にあったから、その間、商品先物取引及びその受託業務に関する知識及び経験を積み重ねたはずであり、仮に、このような長期間にわたってA社の取締役の地位にありながら、なお商品先物取引に関する知識等に乏しかったというのであれば、それ自体、A社の取締役としての職務を放棄し、その任務を懈怠したものと いわざるを得ない。」「Y₁がA社の取締役在任中に受けた行政処分等には、委託保証金を規定どおり徴収しないまま建玉をさせていたとか、習熟期間中の委託者の売買において、無意味な売(買)直しをさせていた

ほか、帳尻益金を証拠金に振り替えて増建玉をさせていたなどといった、顧客との間の個別取引の違法を理由とするものが数多く含まれていた。」「これらの事実は、A社における商品先物取引の受託業務の根幹に関わる重大な問題であり、指摘を受けた主務省等に対して改善措置を講じた旨の報告もしていたのであるから、その経過は当然にA社の取締役であったY₁にも報告されていたはずである。」「また、Y₁自身、平成8年には、顧客からの紛議が多いことを認識し、平成12年9月の行政処分の際には、主務省から呼出しを受けたことを自認しているのであって、これらの事実に照らせば、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。」「そして、……仮に、A社の取締役会等に出席していなかったとしても、A社の業務状況については報告を受けていたというのであるから、それに伴い、A社における営業行為の実態等についても十分に把握し得たはずであって、これらのY₁の主張が、上記の任務懈怠を否定する理由となり得ないことは明らかである。」

II Y₁の任務懈怠とXらの損害との間に因果関係があるか—Xらの直接損害との間に因果関係があるか

「Xらは、いずれも、平成10年から平成18年にかけて、A社との間の商品先物取引によって損害を被り、……A社又はY₂若しくはY₃に対する不法行為又は債務不履行に基づく損害賠償請求権等を内容とする確定判決等の債務名義を有している。」「そして、前記のとおり、Y₁は、上記の期間、A社の取締役又は事実上の取締役として、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義務があったにもかかわらず、その任務を懈怠して、A社の顧客であったXらに対して損害を与えたのであるから、Y₁の任務懈怠とXらの直接損害との間に因果関係があることは明らかである。」

III 消滅時効の成否及び過失相殺

「旧商法266条ノ3第1項に基づく損害賠償請求権の消滅時効期間は、民法167条1項により、各Xの取引終了時から10年とされるべきであるところ、XらのA社との取引終了時は、そのうち最も早いものであっても平成11年9月1

日であり、他方、本件訴訟は、平成19年12月5日に提起されているから、Xらの旧商法266条ノ3第1項に基づく損害賠償請求権について、消滅時効が完成しているとはいえない。」「Xらは、いずれも、A社又はY₂若しくはY₃に対する債務名義を有する者らであるところ、Xらのうち、少なくとも（対席の）確定判決又は和解調書を有する者らについては、これらの債務名義上の損害賠償額等の算定に当たり、Xらの過失が既に考慮されており、重ねて過失相殺を認めることは相当でないし、それ以外のXらについても、本訴において、Xらの過失を認めるに足りる確たる証拠はない以上、やはり、過失相殺を認めることはできない。」

IV 結論

「以上によれば、Y₁は、すべてのXらに対し、旧商法266条ノ3第1項に基づき、各Xが有する債務名義上の金額（ただし、各Xの主張額を上限とする。）から各Xが自認する回収額を控除し、これに本件事案の難易、審理の経過等を考慮して1割の弁護士費用相当額を加算した……金額について損害賠償責任を負う。」「ただし、Xらの請求のうち遅延損害金の支払を求める部分については、旧商法266条ノ3第1項に基づく損害賠償債務は、履行の請求を受けた時に遅滞に陥るものと解すべきであるから、XらがY₁に対して同項に基づく損害賠償債務の履行を請求したことが明らかである本件訴状送達の日（Y₁については平成20年1月17日）の翌日から起算するものとする。」「よって、Xらの請求は、主文の限度で理由があるから、これらを一部認容し、その余はいずれも理由がないからこれらを棄却する。」

【検討】

本判決は、Y₁にA社の取締役としての悪意または重過失による任務懈怠（旧商法266条ノ3第1項）があったかについて、「A社の取締役であったY₁は、遅くとも平成10年以降、A社の取締役を退任した平成13年8月に至るまで、重大な過失によって上記の注意義務を怠り、その任務を懈怠していたものといわざるをえない。そして、Y₁は、平成13年8月に取締役の退任登記を経た後も、従前同様、（自己の名前を冠したと思われる）SKグループのオーナーの地位にあり、A社を含むSKグループ傘下各社の役員及び従業員から、『会長』又は『SK

グループ会長』などと呼ばれる存在であったこと、自己及びD社等のSKグループを構成する会社と併せてA社の発行済み株式の80%を超える株式を所有し、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比べて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、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、……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。Y₁は、……平成6年8月に至るまで、約4年間にわたってA社の代表取締役の地位にあり、その後も、引き続き平成13年8月に至るまで、約7年もの間、A社の取締役の地位にあったから、その間、商品先物取引及びその受託業務に関する知識及び経験を積み重ねたはずであり、仮に、このような長期間にわたってA社の取締役の地位にありながら、なお商品先物取引に関する知識等に乏しかったというのであれば、それ自体、A社の取締役としての職務を放棄し、その任務を懈怠したものとわづらざるを得ない。また、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。そして、……仮に、A社の取締役会等に出席していなかったとしても、A社の業務状況については報告を受けていたというのであるから、それに伴い、A社における営業行為の実態等についても十分に把握し得たはずであって、これらのY₁の主張が、上記の任務懈怠を否定する理由となり得ないことは明らかである。」と述べた上で、Y₁の任務懈怠とXらの損害との間に因果関係があるかについて、「Xらは、いずれも、平成10年から平成18年にかけて、A社との間の商品先物取引によって損害を被り、……Y₁は、上記の期間、A社の取締役又は事実上の取締役として、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義務があったにもかかわらず、その任務を懈怠して、A社の顧客であったXらに対して損害を与えたのであるから、Y₁の任務懈怠とXらの直接損害との間に因果関係があることは明らかである。」と判示している。

本判決は、Y₁の取締役退任登記を経た後の行動を捉えて、事実上の取締役と認定したY₁について旧商法266条ノ3第1項（会社法429条1項）の対第三者責任を肯定している。私見の立場によれば、事実上の取締役と認定されるためには、権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していることの要件を充たす必要がある。本件では、Y₁は、取締役退任登記を経た後においても、取締役在任中と同様の立場・地位にあると評価できる取締役としての振舞い（権限を行使しているとの外観）があり、一定の職務執行を継続的に行っていた（経営に関与していた）のであるから、実質的経営者（事実上の主宰者）に該当し、事実上の取締役としての要件を充足していると思われる。したがって、本判決の結論は妥当であると考えられる。

3 結びに代えて

学説においては、従来、事実上の取締役をめぐっては、取締役としての外観と継続的職務執行という要件が充足される場合には、既成事実尊重の観点から、公序に基づいてその者の行った対内的・対外的職務執行行為は原則として有効となり、この者には法律上の取締役におけるのと同様の権利・義務および責任が認められるとする立場が有力とされてきた⁸⁾。

これに対して、取締役ではない者が、取締役の背後にあってこれを自己の道具として利用し、会社経営を意のままに動かしている「事実上の主宰者」について、法律上取締役でないということを理由に、会社法上取締役に適用されるべき義務や責任に関する規定が適用されないとすれば、会社法の用意した利害調整システムが無意味になるとし、事実上の主宰者は代表取締役に匹敵するあるいはそれ以上の業務を継続して執行していると評価できるから、対第三者責

8) 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（1996年）108頁以下参照。

任のコンテキストでは、事実上の代表取締役として会社法429条1項の責任を問い得る。同条の責任は取締役としての地位に基づく責任であるから、事実上の主宰者とまではいかない事実上の取締役にも類推適用することが可能である。これは取締役としての登記や取締役らしい名称への信頼に基礎を置く責任ではなく、取締役としての業務執行を継続的に行ったという事実に基づく責任であり、その者が取締役でないことを知っている第三者に対しても責任を肯定してよいとする見解がある⁹⁾。また、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、取締役としての外観、会社の許容、および第三者の主観的要素（信頼・善意等）は、必要ではないと解される。もっとも、取締役としての外観や会社の許容がある場合、これらは、実際上取締役としての職務を継続的に執行していることを推定させるものと考えられる。取締役としての外観に対する第三者の信頼ないし善意、会社の帰責事由としての会社の許容などは、事実上の取締役の理論の問題では考慮されるべきではないと主張されている¹⁰⁾。さらに、「事実上の取締役」は、事実上の主宰者・影の取締役という会社の実質的支配者の経営関与を理由とする帰責法理であり、その認定要件として、取締役としての外観の存在は必要ないというべきであるとか¹¹⁾、あるいは事実上の取締役の法理は、会社業務に対する（直接または〔法律上の代表取締役を介した〕間接の）指揮または支配という事実上の行為に基づく帰責法理であり、外観に対する信頼を保護する外観法理とは異なり、取締役としての外観の存在は適用の要件にはならないと解されると主張されている¹²⁾。

私見の立場も、基本的には、会社の実質的経営者・事実上の主宰者である事実上の（代表）取締役の第三者に対する責任は、帰責法理として理論構成すべきであると考え。ただし、その際、「事実上の取締役」の認定にあたっては、経営関与という実質的要件をより一層明確にするために、その者の指揮または支配に基づく資金管理・財産管理等の会社業務へのかかわりを対内的・対外的

9) 北村雅史「事実上の主宰者と事実上の取締役の責任」家近正直編『現代裁判法大系（17）会社法』（新日本法規、1999年）227頁、237頁。

10) 畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』（法律文化社、2002年）87頁。

11) 中村・前掲注4）6頁。

12) 鳥山・前掲注5）119頁。

に明瞭に裏付ける要素を取り込んだ要件を定立するべきであると考え。したがって、この意味においても、事実上の取締役はその立場・地位のゆえに法律上の取締役に準じた任務を負うものとみなし、その懈怠につき法律上の取締役に準じた責任を課すような理論構成（会社法429条1項の類推適用ないし拡大適用）は可能であり、事実上の取締役と認定されるためには、権限の外観（取締役としての振舞い）を備えて継続的に職務執行していることの要件を充たす必要があると料する。しかし、その際、判断基準として、ある程度の業務執行への関与は最低限必要不可欠であろうが、その関与の態様ないし継続性の程度については具体的事情・状況によって相当の幅をもって考えてよい（責任主体の範囲の拡大を考える必要がある）と思われる¹³⁾。本稿で取り上げた事実上の取締役の第三者に対する責任が問題となった平成20年以降に公表された最近の4件の裁判例のうち、①東京高裁平成20年7月9日判決、②大阪地裁平成21年5月21日判決では、責任が否定され、③名古屋地裁平成22年5月14日判決、④大阪地裁平成23年10月31日判決では、責任が肯定されている。これらの事案に私見の立場をあてはめてみたとき、①・③・④判決の結論については妥当であると考えが、②判決の結論については疑問が残らざるを得ない。今後、私見の立場を進めて、事実上の取締役の義務・責任に関して、解釈論を展開しつつ、同時にこの問題に関する判例法の解明、さらには立法論についても考察していくつもりである。

13) 高橋・前掲注1) 237—239頁参照。