

# 名目的取締役の第三者に対する責任

——新会社法における機関構成をふまえて——

瀬 谷 ゆ り 子

## 1. はじめに

会社の経営活動に関与していない場合でも、登記簿上の取締役であることをもって、商法上の第三者に対する責任を負うのか。本稿では、正規の手続きにより選任され就任登記もなされているが、会社との間ではただ名前を貸してくればよいとの合意があり、取締役としての職務を事実上行っていない、いわゆる名目的取締役について、第三者に対する責任の判例を検証する。

財産的基礎が脆弱な小規模会社が倒産した場合に、会社に対する請求権を有する第三者が、会社財産だけから弁済を受けられる可能性はきわめて低い。そのために、取締役の個人財産を当てにして、商法266条の3を根拠に取締役の責任を追及するの<sup>(1)</sup>が一般化している。その際、会社の実権を握り、会社の業務を実際に担当していた取締役だけでなく、名目的ではあれ取締役として名を連ねている者に対して、法律上の責任が求められることがある。会社内部あるいは当事者間での取り決めは、外部の者にはわからないのであって、登記簿上、取締役としての地位にある者は、たとえ名目的な取締役であっても、法律上の取締役の権利を有し義務を負うと見ることができるからである。

しかしその一方で、学説では、一律に責任を認めることには否定的な見解も示されており、また下級審判例の傾向として、責任を否定するものも

多く見られるところである。中小会社の実態から、実質経営者に依頼されて名前を貸した取締役に、責任を負わせることに躊躇するとしても、理論的にそのような者の責任が否定される余地があるものなのかを、近時の判例で責任が肯定された事例と否定された事例を取り上げ、再検討する。

なお、名目的取締役が発生する背景には、すべての株式会社において取締役を三名以上求める現行法制に問題がある、との指摘がなされている<sup>(2)</sup>。これに対して、2005年6月に成立した新会社法では、株式会社で取り得るさまざまな機関構成が提供されており、取締役一人の会社も認められるようになる。その限りで、取締役を三名以上としていたことに伴う法制上の問題は解決されることになる。しかし同様の問題は、取締役一名でよいとされる現在の有限会社でもないわけではなく、新会社法下でも依然として問題は継続する可能性が残されていると考えられる。そこで現行制度のもとで、名目的取締役の第三者に対する責任はどのように展開してきたのかを整理し、新法の下ではこの問題ははたして解決されるのか、あるいはどのような問題が残るのかを模索することにする。

## 2. 最高裁判例（昭和）の流れ

商法266条の3の責任は、取締役が職務執行を行うに際して、悪意又は重過失により第三者に損害が生じてしまった場合に負うものである。最高裁判所は、266条の3は第三者保護のための特別の法定責任を定めたものであるとしたうえで、266条の3と民法709条との競合を認め、悪意・重過失は会社に対する取締役の任務を懈怠したことについて必要である、とする（判例①）。

名目的な取締役の場合、本来取締役が行うべき会社の業務執行には関与していないのであるから、自ら積極的な違法行為を行うものではない。このような名目的取締役が第三者に対して責任を負うべき根拠は、どこにあるのか。

この点について、昭和44年の最高裁判例は、代表取締役は他の代表取締

役等の職務執行上の重過失ないしは不正行為を未然に防止する義務があるとした（判例①）。これにより、名目的代表取締役は、他の代表取締役等に対する監視を怠ったことにより責任が肯定されうる。それでは、平取締役の場合はどうか。これについては、昭和48年の最高裁判例が、取締役の監視義務は取締役会の構成員たる地位に由来するとしたことで、平取締役にも代表取締役等の業務執行者に対する監視義務があることが明確にされた（判例②）。そうすると、名目的取締役の場合、代表権の有無にかかわらず、取締役に課された監視義務を怠ったことになるため、業務執行者等の行為により損害を負った第三者からこの義務違反を理由に責任追及される余地が生ずることとなった。その際、取締役が監視する対象は、取締役会に上程された事項にとどまらなるとされたことから（判例②）、取締役会が開催されていない会社において、あるいは取締役会に出席しない名目的取締役についても、監視義務は生ずることとなり（判例③）、また名目的であることを免責の理由として認めることもできないこととされた。

① 最判昭44. 11. 26民集23巻11号2150頁

「代表取締役が、他の代表取締役その他の者に会社業務の一切を任せきりとし、その業務執行に何ら意を用いることなく、ついにはそれらの者の不正行為ないし任務懈怠を看過するに至るような場合には、自らもまた悪意又は重大な過失により任務を怠ったものと解するのが相当である。」

② 最判昭48. 5. 22民集27巻5号655頁

「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする職務を有すると解すべきである」

③ 最判昭55. 3. 18判時971号101頁

「株式会社の取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事項についてのみならず、代表取締役の業務執行全般についてこれを監視し、必要があれば代表取締役に対し取締役会を招集することを求め、又は自らそれを招集し、

取締役会を通じて業務の執行が適正に行われるようにするべき職責を有するものである（最高裁昭和四六年（オ）第六七三号同四八年五月二二日第三小法廷判決・民集二七卷五号六五五頁）が、このことは、前記被上告人につき原審が認定したような会社の内部事情ないし経緯によっていわゆる社外重役として名目的に就任した取締役についても同様であると解するのが相当である」

### 3. 下級審（平成）の動向

以上のような最高裁判所判例の流れを前提とすると、基本的には、取締役は、取締役会構成員として、代表取締役等の業務執行行為全般に対する監視義務を負うのであるから、会社の業務に関与していない名目的な取締役は、取締役としての任務懈怠が認められることになる。

しかし、名目的な取締役であることをもって、第三者からの損害賠償責任が肯定されるかという点、下級審判例は、これを肯定するものと否定するものとに分かれており、現在に至るもいずれかに収束しているようには思われない。以下、近時の下級審における責任肯定例と否定例を概観する。

#### (1) 肯定事例

##### ④ 東京地判平11.3.26判時1691号3頁

##### [事案の概要]

開発中のゴルフ場「Aカントリークラブ」の会員募集に応じてゴルフ会員権を購入し、入会金及び預託金を支払った原告らが、当該募集は、入会金及び預託金名下に金員を詐取する目的で、超安値を売り物に、ゴルフ場の適正会員数を大幅に超過して大量にゴルフ会員権を販売した詐欺商法であると主張し、ゴルフ場の経営会社（B）、その親会社（C）、募集総代理店である株式会社（D）の各代表取締役、取締役及び監査役並びに募集を担当した募集代行業者である株式会社、その各代表取締役及び取締役らに対し、民法上の不法行為責任（民法709条、719条）または商法上の取締役等の第三者に対する責任（商法266条ノ3第1項）を根拠として、損害賠償を請求した事案である。

本件ゴルフ会員権の募集は、Cの代表者Y<sub>1</sub>及びB・Dの代表者Y<sub>2</sub>が販売

計画を立案したものであるが、当初から、募集価格を超低額にするかわりに、適正会員数を極端に上回る会員権の大量募集を行うものであった。募集方法は、Dのもとに募集代行業者として多数の株式会社と業務委託契約を締結し、Bの「支社」と称すること、各「支社」ごとにさらに5社に募集の下請け業務を委託し、これを「支店」と称することとして、募集を担当させた。Dは、これら募集代行業者には多額の販売手数料を約束する一方で、定期的に支社会議を開催し、大々的な募集を奨励して販売促進を指示した。この間、ゴルフ雑誌には、募集価格をこれ程までに低額に設定できた理由が不明朗であること、本件募集には、過去に会員の大量募集が問題となったゴルフ場のオーナーとして著名なCの代表者Y<sub>1</sub>の関与を指摘する内容の特集記事が掲載され、D及びBの否定にもかかわらず、会員権業界にはその旨の噂が流れていた。

最終的に会員権を購入する契約を締結し、入会金及び預託金を支払った者は五万人を超えるものであることが明らかになったため、B、C、Dが破産し、会員権は無価値なものとなった。

責任を追及されている者のうち、とりわけ大量募集・販売に関与した募集代行業者である会社の取締役の中には、直接会社業務に関与していないいわゆる名目的取締役もあり、これらの者についても責任が生ずるかが問題となった。

〔判旨〕一部認容、一部棄却（控訴）

「株式会社の取締役は、代表取締役の業務執行全般を監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集するなどして、業務執行が適正になされるようにすべき職責を負うところ、会社経営者との間で、就任に当たって名目上の取締役となる旨の合意がされ、実際にも、会社の経営に全く関与せず、また、株主総会や取締役会等の法定機関が全く機能していなかったことは、右職責を免れる理由となるものではなく、むしろ、その任務懈怠を最も明確に示す事情といい得るのであって、この理は、現実に違法行為に関与した代表取締役等が会社の経営を独断専行していた、いわゆるワンマン会社の場合でも異なるものではない。取締役において、職責を尽くすことが困難であると思料するのならば、就任を拒絶し、あるいは退任すべきであって、代表取締役等からその職責の事前免除を受けたことや、単に無報酬であること、日常業務に事実上関与しなかったことなどの故に、対第三者との関係において、任務懈怠に基づく責任を免除又は軽減されることはないものと解するのが相当である。」

「殊に、前記一に認定のとおり、Y<sub>1</sub>及びY<sub>2</sub>らが計画し、B、C及びDが、同メンバーズらその支社、その支店を総動員して組織的に実行した本件募集は、募集予定数を詐って、商品価値に乏しいか、あるいは全くの無価値であるゴルフ会員権を募集し、原告らを始めとする多数の消費者から多額の資金を詐取するという、犯罪的行為の範疇に属する性質のものであるといえるのであって、会社の業務上、ときに見受けられることのある、放漫経営ないし経営判断の誤りに基づく違法行為とは著しくその性質を異にするのである。右の事情のもとでは、本件募集に関与した会社の取締役期待される監視義務は、一層高度になるというべきであって、取締役が、かかる義務に違反し、代表取締役等の違法行為を漫然放置した場合は、相応の責を負わされることもやむを得ないものと思料する。

以上に判示の点は、会社の業務全般について職責を担う代表取締役の場合、より強く妥当するのであり、特段の事情がない限り、名目的な代表取締役であったこと自体が、悪意又は重過失ある任務懈怠になると解される。」

本件で実際に第三者に損害をかけた者の行為は犯罪的行為であり、従来しばしばみられるところの放漫経営の放置について登記簿上の取締役が責任追及された事例とは異なる、というものである。もっとも、犯罪的行為の範疇に属する性質のものであるから「高度の監視義務を期待する」との裁判所の見解に対しては、批判的な主張もなされている。本件では、募集代行会社において、ワンマン経営者が独断で業務を執行しており、近親者で無報酬の名目的取締役はその行為を止められる状況になかったとも言いうる。また、末端の募集代行業者には、上部の実行行為者が詐欺的計画の実態を秘して募集を行わせており、当該募集代行会社において、名目的平取締役が監視すべき対象たる代表取締役に責任がないとされるなら、その平取締役にも責任は否定されることになる。しかし、末端とはいえこの業界の代表取締役が、世間でも異常であるとの噂が流れたほどの極端な募集方法に気づかなかったことに重過失があるとされる余地はあるから、その限りで平取締役の監視義務も問題となりうる。

#### ⑤ 名古屋地判平3・4・12判時1408号119頁

##### [事案の概要]

会社の経営状態が悪化した状態のもとで事業を継続したために、当該会社

と取引した債権者に損害を被らせたとして、取引相手から取締役の任務懈怠により、取締役の第三者に対する責任が追及された事例である。その際、当該会社で名目的な取締役に就任していた代表取締役の親族にあたる者に対しても、責任があるかが問われたものである。

[判旨]

「被告は訴外会社の名目的取締役にすぎないから右のような職責を負わない旨主張する。そして、被告本人によれば、被告は訴外会社から報酬を受けていないこと、同社の業務に関して格別意見を述べたりまた意見を求められたりしたことはなかったことが認められるので、同被告は名目的取締役であったことはいえるが、右説示の職責は取締役の代表取締役に対する商法上の監視義務に基づくものであるから、同被告の述べるような事情によっては右職責を免れさせる特段の事情があるとは認め難く、他にかかる事情を認めるに足りる証拠もない。」

本件は、最高裁判所判例の流れに沿って、一般的注意義務を認めた上で、その義務を免れる余地があることを認めたものであるが、被告側が無報酬、会社業務への関与がなかったこと等から名目的取締役であることは免責の根拠とはならないとして、責任を認めたものである。

⑥ 大阪地判平4・1・27労働判例611号82頁

[事案の概要]

実質上の経営者の従業員であるにすぎないが名目上は代表取締役とされていた者について、会社が倒産したために、会社から給料および立替金の支払いを受けられなくなった従業員から、会社の事実上の代表者の違法な業務執行を放置したとして、商法266条ノ3により損害賠償請求がなされた事案である。

[判旨]

「被告Y<sub>1</sub>は被告Y株式会社の形式的な代表取締役にすぎず、実質上は被告Y<sub>2</sub>の従業員と目されるが、代表取締役の地位にある以上、被告Y会社の適正な運営、業務執行をなすべき義務を免れないところ、故意又は重過失により、被告Y<sub>2</sub>の前記違法な業務執行を放置したのであるから、商法266条ノ3により、原告に生じた前記損害を賠償する責任を負う」

本件は、名目上の代表取締役が適正な業務執行を行わなかったことにつ

いて、責任を問われたものである。代表取締役が、他の取締役あるいは使用人に会社業務を委ねることが全く許されないと解する必要はないであろうが、その場合も、業務状況の把握と監督は正措置をとらなければ、任務懈怠となる。また、平取締役の監視義務が基本的には取締役会を経由しているのに対して、代表取締役の場合、求められる監視義務の範囲は広くなることになる。

## (2) 否定事例

### ⑦ 名古屋地判平8.3.28先物取引裁判例集20巻52頁

#### [事実の概要]

被告Y会社は、海外商品先物取引所における先物取引の受託業務等を目的として設立された株式会社である。Y<sub>2</sub>は以前にも同種の事業を行う会社を設立したが、そこでは、客から先物取引の保証金名目で金員を出させた上で、客の出金要求に応じず、客に繰り返し売買をさせて結局客の勘定を損に持ち込んでいくという方法で金員を騙取するという違法な活動が行なわれていた。被告Y<sub>1</sub>は、被告Y<sub>2</sub>がY<sub>3</sub>とともに被告会社を設立する際に設立資金を提供し、社長に就任した。Y会社の業務は、取締役であるY<sub>2</sub>およびY<sub>3</sub>と、営業員であるY<sub>4</sub>およびY<sub>5</sub>があたっていた。原告らは、Y会社に対して、商品の先物取引を委託し、その保証金として金銭又は有価証券を預託したが、この預託は、当初から保証金名目で原告から金員をだまし取ることを共謀した被告会社役員・従業員によって、原告らが欺罔された結果であるとして、被告会社および役員・従業員らに、連帯して、不法行為ないし商法266条ノ3に基づき損害賠償を求めたものである。

#### [判旨]

##### 「被告Y<sub>1</sub>の民法と商法上の責任

被告Y<sub>1</sub>は、被告Y<sub>2</sub>、被告Y<sub>3</sub>が被告会社を設立する際に、両名に頼まれて名目上代表取締役社長に就任したものであり、被告会社の経営に現実具体的に関わったと認めるに足る証拠はなく、右両名や被告会社の営業員に対する監視をすべき立場に実質的にあったとも認められず、また原告らに対する詐欺に関わったと認めるに足る証拠もないから、原告に対して、民法709条、715条2項、719条、商法266条ノ3第1項に基づく責任を負うべき根拠はないとみるべきである。」

本件では、名目的代表取締役であるY<sub>1</sub>は、名目的であることをもって責任を免れる理由とされているようにみえる。確かに実行行為者は、詐欺的勧誘により不法行為が認められるのに対して、会社の業務に参与していないY<sub>1</sub>は、直接行っていない。しかし、名目的であっても代表取締役への就任を承諾しており、このことを免責の理由とするのは妥当でないとの従来の学説の批判が<sup>(5)</sup>そのまま当てはまる。すでに違法な活動を行っていた者から、同業の会社を新たに設立する際に代表取締役への就任を依頼されたものであり、Y<sub>1</sub>は単なる出資程度の認識しかなかったとしても、代表取締役への就任を承諾している以上、名目的であるからといって監視すべき立場にないとするのは疑問である。

#### ⑧ 東京地判平2・1・31金商858号28頁

##### 〔事案の概要〕

原告は、私設市場で先物取引を行うことを業とする会社の従業員から詐欺的勧誘を受け、その有する預金のほぼ全額を預託させられ、短期間のうちにその全額相当額の損害を受けたとして、同社の設立発起人、取締役、監査役等に対して損害賠償請求がなされた事案である。本件では、原告に対して直接詐欺的勧誘を行った社員の責任は認めたが、同社の取締役等の責任は否定された。

##### 〔判旨〕

「株式会社の平取締役の責任は、自身で行う業務遂行行為そのものが第三者に対する詐欺行為といった犯罪行為となり民法上の不法行為を構成するといった特段の事情のない限り、執行機関に対する業務執行についての監視義務違反を問題としての、商法266条ノ3の規定に基づき特別の法定責任を負う（但し、同法所定の要件を具備した場合に限ることはいうまでもない。）にとどまるはずであるところ、被告Y<sub>2</sub>は前示の経緯で、Y<sub>1</sub>に依頼されて取締役の名義を貸したものの、現実には取締役の任務を遂行することは全くなく、報酬も一切受けず、会社にもほとんど出社せず、取締役会の招集を受けたことは一度もなかったのであるから、……取締役に名義を貸したことは軽率であったが、いまだ、同被告には原告主張のような不法行為があったとも、商法266条ノ3所定の故意、重大な過失、原告の損害と取締役の任務の怠慢との間の相当因果関係があるものとも断じ難い」

本件では、名目的平取締役について、重過失を否定し、原告の損害と任務の怠慢との間の相当因果関係をも否定したものである。

⑨ 東京地判平6・7・25判時1509号31頁

[事案の概要]

破綻した抵当証券販売会社の元役員および従業員等に対して、不法行為および商法上の取締役・監査役の責任に基づき損害賠償請求をした事案である。このうち商法上の役員としての責任を問われた者のうち名目的であるとされた取締役について、職務を怠ったことは認めながら、原告の損害との因果関係を否定したものである。

[判旨]

「被告Y<sub>2</sub>はたとえ名目的であれ、取締役就任することを承諾しながら、A社の取締役としての職務に何ら従事しなかったもので、その職務を怠ったということではある。Y<sub>2</sub>は自ら別会社のオーナーとして抵当証券業務に従事しており、A社およびその関連会社のオーナーでありワンマン経営者である被告Y<sub>1</sub>に影響力を及ぼしうる地位にはなかったこと、Y<sub>2</sub>のA社の取締役としての在任期間は四か月余りで、無報酬であったこと、Y<sub>2</sub>は、取締役会開催の通知を受けたこともなく、前示のような短期間内に業務内容に精通して取締役としての職責を果たすことはきわめて困難というべきであること、また仮に取締役として意見を述べたとしても、前記のような経営者であるY<sub>1</sub>がY<sub>2</sub>の意見に従うということが可能であったとはいえないことなどを総合勘案すれば、Y<sub>2</sub>がA社の名目的取締役として職務を懈怠していたことと原告らの被った被害の発生との間には相当因果関係が存しないというべきである」

本件では、実際の業務に関与し第三者に対する不法行為が認められる者以外、商法上の責任は否定されている。名目的取締役については、在任期間が短い、報酬を得ていない、あるいは取締役会が開催されていないというだけで、当然にその責任を免れるものではないが、<sup>(6)</sup>本件ではこれらに加えて、行為者に対する影響力を問題にして、これらを総合的に勘案し実質的に監視義務を果たせる状況になかったことをもって、被害の発生との間の因果関係を否定した点に特長がある。

## ⑩ 東京地判平8・6・19判タ942号227頁

## 〔事実の概要〕

有限会社Kに商品を卸していたXが、K社が倒産したため代金一億円余りの回収が不能になったとして、K社の取締役Yに対して、有限会社法30条ノ3の責任に基づき損害賠償請求した事例である。YはK社の代表取締役であるTのもとで職人として働き、Tが行った取締役登記を承認したものであり、業務執行には関与していなかった。K社はTのワンマン会社で、同社の倒産は、Tが代表取締役を兼任するK社の親会社の負債返済に、TがK社の売上金を流用したためであり、これを監視すべきであったYに義務違反があるとして損害賠償の請求をしたものである。

## 〔判旨〕

「仮に被告がTの指示に背き、K社の資金を関連会社に投入しないようにしても、Tは別のものに命じてでも自己の方針を実現したであろうと考えられる。また、仮に被告がTの方針に異を唱え、右資金投入の方針の是正を勧告したとしても、Tはそれを聞き入れたとは考えられない。従って、K社の資産保管義務および代表取締役による監督義務のいずれの面から見ても、被告の対応とK社の倒産及び原告の損害との間には、因果関係はないといわざるを得ない」

本件は有限会社の事例である。有限会社の場合、各取締役に業務執行権が認められているが、代表取締役を定めた場合の平取締役の権限については議論のあるところである。そのような場合、代表権をもたない取締役は業務執行権も奪われたものと解し、平取締役の監視義務も軽減されているとするなら、株式会社の場合よりも責任が生ずる場合は少なくなろう。

## 4. 学説の動向と検討

### (1) 名目的取締役の地位と商法

取締役として適正な手続きに従いその地位に就任した以上は、たとえ名目的取締役であっても、法律上、取締役の権限を有し義務を負うことは当然である。名目的であれ就任承諾した者について、名目的であることを免責の理由とはしがたい。<sup>(7)</sup>これを認めると、取締役会が無機能なほど、また

取締役が怠慢なほど、責任が問われない不都合な結果となってしまうのであって、現行法が取締役会制度を採用し、取締役会を通じて業務執行者の行為を監視・監督することが期待されている関係から（商260条）、理論的にも政策的にも妥当でない。<sup>(8)</sup>内部的にどのような合意ないしは事情があったにせよ、就任手続きを経て登記簿上にも取締役として名を連ねている以上、取締役として商法上の義務と責任を求められることにはかわりはない。会社の都合で特異な取締役を創設することは許されず、職務に携わらない名義だけという特約は無効であって、監視義務違反による責任は免れない。内部関係における就任・在職の事情は、取締役の職務権限に影響を与えるものではない。<sup>(10)</sup>現行法は建前は名目だけの取締役に席を与えていない、とみるべきである。<sup>(11)</sup>このように取締役の地位に法的な意味を持たせる解釈を明確にするなら、当該取締役が名目上の存在であること自体を免責要因とする判例には批判的にならざるを得ない。

しかしその一方で、実際問題として、頼まれて名前を貸しただけのものに責任を負わせるのは酷ではないか、との反応も示される。<sup>(12)</sup>さらに、代表取締役に対する平取締役の監視義務を認める判例において、職務を行わない名目的取締役に監視義務違反が容易に認定されうることについては、疑問視する見解もある。<sup>(13)</sup>平取締役には積極的かつ不断の監視・注意まで要求されるものではないから、経営担当者の問題の行為を知りうる特段の事情がない限り、監督義務に違反したとはいえないのではないか、というものである。

ところで、266条の3が定める取締役としての責任を負うのは、株主総会の決議を経て（商254条1項）正規に選任された取締役であり、就任の意思がない者は、たとえ登記簿上に記載されているとしても、原則として取締役としての任務は負わない。しかし、商法の手続きが遵守されない零細会社では、選任決議に決定的な意味はなく、手続きを経ずに単に登記簿上に取締役と記載された者と、名目的に取締役となっている者の差はあまりない、あるいは偶然の要素に左右されるともいわれる。<sup>(14)</sup>そうすると、取締役としての報酬を受けず、出資の事実もなく、経営にも参画していない

者は、取締役として登記されていても同条の責任は負わず、取締役としてある程度の実体を伴うと評価された後にはじめて、同条固有の責任問題が議論されるべきである、とする見解も成り立ちうる。確かにこのように実体から、まず、266条の3の責任が問題となる取締役であるのか否かの選別を第一にすることも考えられよう。しかし、任務を負わないと解しうる者とは、それを名目的取締役というかは別として、その就任に自らの意思が働いていないと評価できるような、すなわち、単なる「登記簿上の取締役」として処理されうるような場合と考えればたりる、と思われる。

## (2) 一般的監視義務と範囲

最高裁判例、そしてほとんどの学説が、取締役が他の取締役の行為を監視する義務が、取締役会構成員であるところに由来するとしている。したがって、代表取締役はもちろん、代表権のない平取締役も、取締役会の構成員である以上、代表取締役の業務執行に対して監視義務を負う。しかも裁判所は、監視義務の範囲は取締役会上程事項に限定されない旨明らかにしている（判例②）。

そもそも代表取締役の場合、取締役会の構成員たる地位において監視義務を有し、また業務執行機関たる地位において、下部使用人の業務執行行為を監督する義務を有する。このように、少なくとも代表取締役は、業務執行者としての監視・監督義務を併有するところから、取締役会開催がないような会社でも、その義務は導くことが可能である。

これに対して、もっぱらその義務が取締役会構成員の地位に由来する平取締役の場合、監視義務の対象が取締役会上程事項に限定されるとすると、取締役会の開催がないような会社の場合、平取締役には監視義務が生じなくなる可能性がある。また、名目的な取締役の場合、仮に取締役会が開催されていても、出席していないから（出席していれば、名目的とは言えない）、責任が生ずる場面はごく少なくなってしまう。

そこで、最高裁の言うように、監視義務の範囲が非上程事項に及ぶ一般的監視義務が認められるなら（判例②）、とりわけ平取締役について責任

が問われる場面は広がる可能性が大きくなる。とはいえ、法の要求する取締役会の開催は三月に一度以上でたりるのであって（商260条4項）、業務執行権を持たない平取締役には、非上程事項について積極的かつ不断の監視までは要求されてはいないと見ることもできる。<sup>(17)</sup> 近時の責任否定判例は、この部分に関する監視義務の範囲を限定して、監視義務を軽減させているように思われる（判例⑧、⑨、その他、東京地判平6.4.26判時1526号150頁）。

とはいえ、非上程事項でも、平取締役が代表取締役等の違法行為を知った場合や、他の取締役の職務執行について信頼に反することを疑うべき事情がある場合は、違法行為等を阻止するための適切な措置を講ずる義務があり、事前の監査が可能であるのに監視発動に必要な措置が執られなかった場合は、監視義務違反の責任が認められる。著しい不注意や職務怠慢のため、代表取締役らの違法行為を知らずに、必要な行為をとらずに看過した場合も同様である。業務に無関心であったり、業務を代表取締役等に任せきりにして取締役としての職務を全く果たしていない場合は、監視義務違反が認められると解される。

### (3) 責任の発生要件

取締役には一般的な監視義務があり、会社の業務に関与していない名目的取締役は、この任務を懈怠しているとみることができよう。責任を肯定する判例は、ここからストレートに結論に至っているものも多い。<sup>(18)</sup>

これに対して、責任を否定する判例は、さらに任務懈怠につき悪意又は重過失があること、そして任務懈怠と第三者の損害との間に相当因果関係があることを強調し、そのいずれかを否定することで、責任はないという結論に至っているものが多い。

そこで、この点をもう少し検討してみる。

#### (ア) 悪意・重過失

監視義務を懈怠したことを理由に責任を問うには、重過失の存在が問題とされる。従来、病氣や多忙、遠隔地に居住する、あるいは専門知識の欠

如をもって、監視義務の懈怠は不可抗力であるとか、懈怠に重過失はない、とする理由にはならないとされてきた。<sup>(19)</sup>しかしこれに対して、重過失を否定する判例もある（判例⑧、その他大阪高判昭54.3.23判時931号119頁、東京地判平3.2.27判時1398号119頁など）。また、無報酬の名目的取締役の場合、会社業務に関与し相当の報酬を得ている取締役に比べて、注意義務の程度は相当軽減されるべきであって、名目的取締役を特に信用して取引した第三者に対してのみ、通常の実取締役と同一の責任を負うべきであるとの見解もある。<sup>(20)</sup>

しかし、取締役の個人的事情をとりあげて、監視義務懈怠の責めを免れさせる正当事由とすることには問題がある。個人的事情によって注意義務の程度が軽減されるならば、實際上取締役としての職務（業務執行の監視・監督）を十分に行うことができないような者が、取締役の地位に就任することによって、取締役の業務執行の監督を通じて適法かつ妥当な会社の業務執行を確保しようとする法の趣旨が没却されてしまう。<sup>(21)</sup>取締役として一般に要求される能力及び識見に応じた注意義務を基準に、客観的にその有無が判定されるべきである。<sup>(22)</sup>

#### (イ) 因果関係

266条ノ3の責任が認められるには、第三者に発生した損害と取締役の任務懈怠との間に、相当因果関係の存在が必要であるとされる（判例①）。確かに、一般に取締役として求められる職務を果たしたとしても、代表取締役等の行為を阻止できなかったと考えられる場合には、因果関係を否定することはできよう。

とはいえ、任務懈怠と第三者の損害発生との間の因果関係についても、取締役としての一般的監視義務が認められるなら、直接の経営担当者の責任が立証され、名目的取締役として任務懈怠の事実があり、実際に第三者に損害が発生していれば、この間の因果関係がないとは言い難いであろう。<sup>(23)</sup>

これに対して賠償責任を否定する近時の下級審判例は、名目的取締役が、代表取締役等の実際に業務執行行為を行った者の近親者や使用人である場合について、これら影響力のない者が監視義務を果たしたとしても、行為

者の専横を阻止できなかったとして、任務懈怠と第三者の損害との間の因果関係を否定する構成をとるものが見受けられる(判例⑧, ⑨, ⑩, その他, 東京地判平6.4.26判時1526号150頁, 東京地判平4.11.27判時1466号147頁, 東京地判昭58.2.24判時1071号131頁等)。とはいえこのような法律構成は、結局、名目的な取締役であるがゆえに、責任はないと言っているのと変わらない、ともいえるのであって、<sup>(24)</sup>そのことを正当化するための理由付けとして用いられているようにも思われる。

#### (ウ) 立証責任

以上のような責任発生要件について、第三者の側では、どの程度の立証が必要とされるのか。

平取締役の場合、通常、取締役会に現れない業務には関与し得ない。そこで、第三者の側で、代表取締役や他の取締役が取締役会の決議に基づかずにした違法行為について、被告取締役が当該違法行為を知っていたこと、または相当の注意をしなくても容易に知ることができたのに漫然と看過したこと、したがって事前監査が可能であったのに監視発動に必要な措置をしなかったことにつき故意または故意に準ずべき重過失があったことを立証すべきである、とした判例がある。<sup>(25)</sup>確かに、法が要求する取締役会の開催は三月に一度以上であり、定期的に取締役会が開催されている会社において、通常の職務を果たしている取締役の監視義務を問題とする場合は、このように言うことができよう。しかし、名目的取締役の場合、取締役会には出席しておらず、またそのような会社では取締役会が開催されていないことも多い。取締役会不開催の会社で、しかも名目的取締役の場合、そのことがかえって免責の理由とされてしまう。そもそも取締役は、名目的であると否にかかわらず一般的監視義務を負っているのであるから、責任を否定する名目的取締役の側において、業務執行者の不法行為等を未然に防止することが不可能であったことを立証する必要があるもの<sup>(26)</sup>と考える。

また、監視義務懈怠と損害の間の因果関係の存在も、第三者の側で立証しなければならない、とされる。<sup>(27)</sup>とはいえ前述のように、直接の経営担当者の責任が立証され、取締役としての任務懈怠の事実があり、実際に第三

者に損害が発生しているなら、この間の因果関係がないとは言い難い。ただ、第三者の側で任務懈怠が損害発生の原因となっていることを立証するのは困難を伴うのも事実である。

取締役の監視義務を肯定する以上、任務懈怠と損害発生との間の因果関係を穏やかに解する、あるいは因果関係を事実上推定してもよいのではないかと、との立場も示されている<sup>(28)</sup>。さもないと、怠慢な取締役に不当に寛大となってしまうからである<sup>(29)</sup>。

## 5. 責任否定判例の論拠と背景

判例の中には、名目的な取締役であることのみで、責任を否定していると見られるようなものもあるが、多くは、取締役の監視義務を認めつつ、以上のような責任発生要件のいずれかを否定することで、責任を認めないという結論をとっている。

根本的な問題として、中小会社における特殊事情、すなわち取締役の員数揃え、あるいは対外的信用を得るため、場合によっては一度経営に失敗した者が再起を期すにも自身が代表者になれないときに（例えば、商254条ノ2第2号）、他人の名義を借りることがしばしば行われてきた、という実態がある。そして、債権者の目から見ると、登記簿上に資産を有する者の名があることが、その会社と取引する際に重要な意味を持つてくるということにもなりうる。これに対して、頼まれて、好意で名義を使うことを許容した者が重い責任を追及されるのは「気の毒」とであるという感情的な面があることは否めない。名目的取締役に常に責任を負わせることで、倒産企業の連帯保証人的地位に立たされることも問題であろう<sup>(30)</sup>。

基本的には、法により取締役に監視義務が認められている以上、第三者に対する責任発生の有無は、当該取締役が、取締役に求められる一般的な監視義務をつくしたとして、実際の業務執行者の違法行為を阻止できたか否かに尽きるのであって、そのものが名目的であったか否かではない。とはいえ、株式会社の取締役会の開催は、法律上、三月に一度以上求めて

いるが(商260条4項),この程度の開催で,代表権のない取締役にとどのくらの監視を求めうるのか,余りに多くを期待しすぎていないか,また,そもそも中小会社において,法が予定しているような取締役会制度の活用が期待できる状態にあるのかも考えなければならない。下級審判例が,責任の有無を検討する際に,因果関係ないしは過失の有無を実態的な面から問題とするのも,その限りでしかたのない方法であったともいえよう。

## 6. 現行株式会社法制と新会社法

このような責任否定判例が生ずる背景には,現行株式会社法制に問題があるとされているのは前述の通りである。すなわち,実質的に一人で経営にあたっている中小会社においても,一律に取締役を三名以上とする画一的な立法である。株式会社制度を利用するには,そこで採用されている取締役会制度の趣旨を理解した経営が求められるといえなくもないが,実際問題として,取締役会制度の活用が期待できないような小規模の会社においても,員数あわせのためには取締役就任者が必要であり,とりわけ上下関係から就任を承諾させられた者について,監視義務を課することが酷であるとの配慮もある。

もっとも,名目的取締役に責任を認めるために監視義務を強調する解釈は,小規模会社について取締役一名でよいとし,取締役会を任意機関化するという立法的解決がなされるまでの過渡的なものとして意義を持つ,との主張も早くからなされていた<sup>(32)</sup>。

こうした議論をふまえ,今回の新会社法では,取締役会も含めて機関構成に多くのバリエーションが用意され,取締役も,現行法のように一律三名以上を求めるものではない(新会社法348条等)。また,取締役の欠格事由から,現行法に規定されている破産して復権前の者(254条ノ2第2号)が除外されている(新会社法331条参照)。したがって,員数揃えのための就任は不要となるはずであり,また,破産した者が,例えば身代わりに妻を名目上代表取締役に据えて会社を設立する,といった必要もなくなるは

ずである。そうすると、新法施行後は、名目的取締役の存在を立法の不備に求めて、責任回避を主張することは許されなくなるはずである。

もっとも、すでに取締役は一人でよいとされる現行有限会社で、このような問題はないかといえ、やはり名目的取締役が第三者責任を追及される事例は存在する。そしてここでも、判例では株式会社と同様の議論が展開されている（判例⑩、その他、東京地判平7・9・7判タ918号233頁、東京地判平6・4・26判時1526号150頁等）。

新会社法の下では、現行有限会社と同様の機関構成もとりうるところから、かえって最低資本金制度をはずした新制度の下で、会社が対外的な信用を示すために、信用の利用を求められて就任する者ができるかもしれない<sup>(33)</sup>。その限りにおいて、新法の下でも、取締役という法律上の地位を名乗るかどうかにかかわらず、実質経営者と、単なる名称を付された名目上の取締役という組み合わせは生じうる。なお、取締役会制度をとらない会社では、各取締役は業務執行権限をもつところから、代表取締役をおく会社の平取締役は、どの程度の職務を求められるのかについて、依然として議論が必要である<sup>(34)</sup>と考える。

〔注〕

- (1) 元木伸「小規模会社の取締役の責任追及事例〔上〕」商事法務855号7頁。
- (2) 青竹正一『小規模会社の法規整』（文眞堂、1979）432頁、加美和照『会社取締役法制研究』（中大出版、2000）547頁等、また、中小企業が遵守できるような立法の必要性を説くものとして、長谷部茂吉「中小企業と会社機関の改正試案」商事法務855号2頁。
- (3) 河和哲雄＝河野玄逸『理論と実務 取締役・監査役の第三者責任―判例からみた責任判断基準―』（商事法務研究会、1988）236頁以下。
- (4) 森田章「判批」商事法務1654号36頁。
- (5) 神崎克郎『取締役制度論』（中央経済社、1981）78頁、鳥袋鉄男「取締役の監視義務と商法二六六条ノ三」会社判例百選〔第6版〕122頁。
- (6) 岸田雅雄「判批」商事法務1523号38頁。
- (7) 神崎克郎『取締役制度論』（中央経済社、1981）76頁、藤原俊雄「取

- 締役・執行役の第三者に対する責任」酒巻俊雄＝尾崎安央編『新版 基本問題セミナー 1 会社法』（成文堂，2005）320頁。
- (8) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法（6）』（有斐閣，1987）〔龍田節〕334頁，加美和照・前掲（注2）546頁，青竹正一・前掲（注2）419頁。
- (9) 島袋鉄男・前掲（注5）123頁。
- (10) 塩田親文＝吉川義春「取締役の第三者に対する責任」『総合判例研究 叢書・商法（11）』（有斐閣，1968）12頁。
- (11) 青竹正一「最近の判例に見る名目的取締役の第三者責任」民商法雑誌 83巻3号334頁。
- (12) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編〔龍田節〕前掲（注8）334頁。
- (13) 近藤光男『会社経営者の過失』（弘文堂，1989）165頁。
- (14) 泉田文雄「名目的・表見取締役の責任」森本滋＝川濱昇＝前田雅弘編『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣，1997）343頁。
- (15) 取締役が技術担当であったこと，常務であったこと，または融資者であったこと，取締役会が開催され出席したこと，販売を担当していたこと，出資者であったこと，等が挙げられている。
- (16) 森田章「判批」ジュリスト昭和55年度重要判例解説109頁。例えば，東京高判平7.5.17金商1002号15頁では，「会社の経営にある程度積極的に関与していた場合には，名目的取締役ということはできない」として，名目的取締役であるとの主張を排斥し，第三者に対する損害賠償責任を肯定した。
- (17) 青竹正一・前掲（注2）419頁。
- (18) これに対する批判として，森田章「判批」商事法務1654号39頁。
- (19) 例えば，大阪地判昭43.12.24判タ232号208頁。
- (20) 後藤勇「商法二六六条の三第一項前段の取締役の任務懈怠と悪意又は重過失に関する二，三の問題」判例タイムズ357号60頁。
- (21) 加美和照・前掲（注2）555頁。
- (22) 塩田親文＝吉川義春・前掲（注10）80頁。
- (23) 清水忠之「判批」ジュリスト1112号145頁，岸田雅雄・前掲（注6）38頁。
- (24) 藤田友敬「いわゆる登記簿上の取締役の第三者に対する責任について」米田實先生古稀記念『現代金融取引法の諸問題』（民事法研究会，1996）35頁。なお，影響力がないとの理由は，むしろ監視義務についての重過失の有無につながるのではないと思われる。

- (25) 大阪高判昭53. 4. 27判時897号97頁。
- (26) 森本滋「取締役の第三者に対する責任の機能とその適用範囲の拡大」  
金融法務事情1212号14頁。
- (27) 塩田親文＝吉川義春・前掲（注10）189頁。
- (28) 加美和照・前掲（注2）546頁。
- (29) 青竹正一・前掲（注11）329頁。
- (30) 藤田友敬・前掲（注24）51頁。
- (31) 岸田雅雄・前掲（注6）38頁。
- (32) 青竹正一・前掲（注2）432頁。
- (33) もっともその場合は、自分は会社の業務執行に関わる意図はないにもかかわらず、真の業務執行者が誰かということを偽る外観を作り出して第三者を会社との取引に引き込んだ、との構成で責任を問いうる（藤田友敬・前掲（注24）37頁）。
- (34) 例えば、現行有限会社において、代表取締役をおいた場合の平取締役の権限については争いのあるところである。有限会社法は廃止になるとしても、有限会社そのものは新会社法のもとでも残り、また、株式会社であっても取締役に關し、現行有限会社法25条以下とほぼ同じ規定が新会社法348条および349条に設けられている。したがって、有限会社における議論は継続されることになるが、この点の詳細については別途行うことにしたい。

本稿は、財団法人全国銀行学術研究振興財団による研究助成の成果の一部である。