一人株主との職務不関与の合意により名目的代表取締役の善管注意義務・監視義務が免除された事例

國　友　順　市

東京高裁平成15年９月30日判決（15(ネ)587号，損害賠償請求事件）
判例時報1843号150頁――控訴棄却（上告・上告受理申立）

【事　　実】

原告X_1とX_2は，ともに霊園の開発・設計等を目的とする会社である。X_1およびX_2の全株式を所有する唯一の株主であった訴外Ａは，X_1およびX_2の全株式を訴外Ｂに売り渡し，さらに，Ｂは，X_1およびX_2の全株式を第三者に売り渡した。ＢがX_1およびX_2の全株式を第三者に売り渡した後，X_1およびX_2は，Ａ，Ｂ，X_1の代表取締役Y_1とX_1およびX_2の顧問税理士であるY_2らが，X_1から仮払金の名目で支払を受けて２億4672万円を不当に領得し，また，Ａ，Ｂ，X_2の代表取締役Y_3は，X_2から仮払金の名目で支払を受けて１億5050万円を不法に領得したことが判明したと主張し，Y_1およびY_3に対して，不法領得のほか，取締役としての善管注意義務および監視義務に違背したなどを理由に，また，顧問税理士であるY_2に対しては顧問契約上の義務違反を理由に，損害賠償を請求した。一審は，Ｘらの本訴請求を棄却したので，Ｘらは，これを不服として控訴した。

判決は，Ａは，資本金の全額を出資してX_1を設立したが，かつての部下Y_1を代表取締役に就ける一方で，自らは「会長」として経営の全般を掌握し，また，資本金の全額を出資してX_2を設立したが，Y_3を名目的に代表取締役に就ける一方で，自ら「会長」として経営の全般を掌握していたものであるが，X_1およびX_2の経理，会計事務担当者に指示して銀行預金から払い戻すなどして金員を不法に領得し，また，X_1およびX_2の全株式を譲り受けたＢは，会社の経営に介入するとともに，X_1の預金口座から払い戻しを受けた金員などを自らのために費消するなどして不法に領得したと認定した。

【判　　旨】

「X_1およびX_2の一人株主であったＡおよびＢは会社の主催者として経営の全般を掌握し，自らがその経営にあたっていたものであり，経理，会計事務についても，経理担当者を直接指揮監督していたものである一方で，Y_1およびY_3らは全く取締役としての職務を行うことはなく，単なる名目上の代表取締役にすぎなかったものであり，特に経理，会計

事務については，Aからこれに関与することを禁止されるなどして，一人株主と事実上の合意，了解の下に全くこれに関わることがなかったのである。このように，Y_1およびY_3らは，一人株主との事実上の合意，了解の下に，取締役としての職務，とりわけ経理，会計事務には全く関与していなかったものであるから，その限度において取締役としての善管注意義務や監視監督義務を免除されていたというべきであり，会社の債権者その他の第三者に対する関係や責任についてはともかく，善管注意義務や監視監督義務の責任を負わないものと解する」。また，Y_2の責任については，X_1の顧問契約は，税務申告および税務相談を内容とするものであり，X_1の経営や経理・会計についての監査を含むものでないから，X_1の経理・会計事務が適正に処理され，仮払金等が不法に領得されることがないように助言すべき義務を負うのものではなく，Y_1およびY_3の不法領得については顧問契約上の義務違反はないとした。

＜参照条文＞　商法266条ノ３第１項，商法260条１項・２項３号，商法261条１項

【研　　究】

１　株式会社・有限会社の取締役がその職務を行うにつき悪意・重過失がある場合には，その取締役は，第三者に対しても連帯して損害賠償責任を負う（商266条ノ３第１項，有30条ノ３第１項）。この責任の性質につき，判例は，これら会社の経済社会に占める地位および取締役の職務の重要性を考慮し，第三者保護の立場から，取締役が悪意・重過失により会社に対する任務（善管注意義務・忠実義務）を懈怠し第三者に損害を被らせたときは，当該任務懈怠行為と第三者の損害との間に因果関係がある限り，直接損害・間接損害のいずれであるかを問わず取締役に損害賠償の責任を負わせたものと解している[1)]。

株式会社においては，株主により選任された３人以上の取締役の全員で構成される機関としての取締役会に業務執行の権限が集中している。取締役会は，業務執行に関する意思決定をなすだけであり，業務執行は，代表取締役・業務担当取締役（およびその指揮下の使用人）が行う。取締役会は，これら取締役の職務の執行を監督し（商260条１項後段），不適任と認めた場合にはそれらの者を解任しなければならない（商261条１項･260条２項３号）。各取締役は，単に取締役会に上程された事項のみについて受動的に監視するだけでなく，業務執行全般にわたる能動的な監視義務を負う。そして，この取締役会の監督監視機能に資するため，各取締役にその招集権ないし招集請求権を認め（商259条２項），また，代表取締役は，３か月に１回以上業務執行の状況を取締役会に報告しなければならない（商260条４項）。したがって，代表取締役などの不当・違法な行為を看過・黙認して，取締役会に何らの処置をもとらないときには，会社に対する善管注意義務あるいは忠実義務（商254条３項）違反として，責任を免れえない。この責任を負う取締役は，事実上の取締役であるか名目上の取締役であるかを問わない[2)]。

1）最判昭44・11・26民集23巻11号2150頁。

2　しかし，この監督機能の実態は，公開会社と閉鎖的会社では異なる。まず，公開会社の現状では，取締役会による取締役の職務執行の監督が容易ではない。公開会社の取締役会は，多くの場合セレモニー化し，取締役の人数が多いため実質的意思決定の場に適していない。さらに，代表取締役等の職務執行の監督の面でも，構成員のほぼ全員が代表取締役（社長）を頂点とする執行担当階層組織の一員であるために，その頂点にいる代表取締役を効果的に監督することは事実上困難である（この弊害を改めるべく平成14年改正により委員会等設置会社の設置が認められた)[3]。

次に，閉鎖的株式会社の取締役は，自身が大株主であるか株主から派遣された者（子会社・合弁会社)，員数あわせのための名目的存在か（中小企業の場合)，いずれにせよ株主から独立した存在ではない。しかし，だからといって，取締役会において株主の意思の集結が行われることはむしろ稀である。取締役会がワンマン経営者の諮問機関的存在であればよい方で，まったくその開催がなく，実質的意思決定は株主（合弁会社の当事者）の間でなされるなど，取締役会は形式のみという例も多い[4]。

閉鎖会社においては，たとえば代表取締役が支配株主である場合，たとい取締役会が代表取締役を解任したところで，株主総会の議決権行使により取締役会の構成を変えるという報復を受けるので，取締役会が代表取締役を監督することは事実上難しい。そのような閉鎖会社の代表取締役を事実上監督できる者がいるとすれば，金顧機関，大口取引先，同業者の先輩等であろうが，会社法上問題となるのは，取締役がどこまでの行為をすれば監督義務を履行したことになるのかという点である[5]。特に本件で問題となっている名目的取締役の監督義務をどの範囲まで認めるのか問題となる。

3　名目的取締役とは，取締役の法的地位を有しているが，会社との間で職務を免除する旨の特約がなされるなど，現実に取締役の任務に就かない取締役をいう。しかし，会社法の各規定は，外部関係に関するものも内部関係に関するものも，原則として強行法規であるべきで[6]，会社の都合で無闇に特異な無責任取締役を創設することは許されないし，総株主の合意があっても，増資や株式譲渡の都度名目的取締役の責任免除契約の効力が浮き沈みすることになり不合理である。したがって，この種の特約は無効であって，名目的取締役も商法266条ノ３第１項の責任を免れないし，その職務解怠は取締役一般と同一基準によって測られてよいであろう[7]。

名目的取締役の第三者に対する責任は，中小企業の取締役が代表取締役の業務執行を何

2）最判昭48・5・22民集27巻５号655頁。
3）江頭憲治郎・株式会社・有限会社法（第３版）300頁（2004年）
4）江頭・前掲注(３)301頁。
5）江頭・前掲注(３)320頁。
6）田中耕太郎「組織としての商法と行為法としての商法」商法学一般理論244頁（1954年)，大隅健一郎＝今井宏・新会社法論＜上＞(第３版）５頁（1991年)，鈴木竹男＝竹内昭夫・会社法（第３版）34頁（1994年)。
7）吉川義春・取締役の第三者に対する責任11頁（1986年)，塩田親文＝吉川義春・総合判例研究叢書(11)12頁（1968年)。

ら監督監視しなかった点を重過失による任務懈怠であるとして追及されるケースが多い。判例も名目的取締役について同様に解しており[8]，最高裁も，取締役の監視義務は「名目的に就任した取締役についても同様である」と説き，このことを明言している[9]。

しかし，取締役会の前述したような事情の下において，ことに閉鎖的会社における名目的取締役に重い責任を課すのは酷であるとして，近時の下級審判例は，名目的取締役の一般的監督監視義務は肯定しながらも，具体的事案において責任を問う場合を限定し，責任を否定する事例が多い。すなわち，名目的取締役の遠隔地居住，専門的知識経験の不存在，報酬の欠如・過少，出資の欠如，会社内の影響力の薄弱等を理由にその責任を減免するものである[10]。これは，商法266条１項の責任が過度に膨張するのを抑制しようとの試みであろう。任務解怠がない[11]，重過失がない[12]，因果関係がない等の理由で[13]責任を否定し，あるいは，報酬を一切受けない等の名目的取締役に重過失による任務懈怠がないとの理由で[14]，あるいは，中小企業の名目的取締役がたとい監督監視義務を尽くしてもワンマン社長の業務執行を是正するのは不可能であったとの理由で任務懈怠と第三者の損害との間の

8）①名目的取締役が商業使用人兼務の常務取締役に会社業務を一任し，その悪意・重過失により寄託物を亡失した事例として，最判昭45・3・26判時590号75頁，②代表取締役の権利義務の重大性から考えて，名目だけで会社の業務に一切関係しないという約束で代表取締役に就任することは到底許されないとした事例として，東京高判昭47・7・28下民集23巻５～８号410頁，③著名財界人の被告が詐欺前科のある専務取締役から依頼されて代表取締役に就任したが，専務の放漫経営により倒産した事例として，東京高判昭50・12・25判時818号88頁，④元金が安全で有利であるといって一室のマンションに多数人を出資させ詐欺的マンション経営を行った事例として，東京地判昭51・8・23判時824号31頁。なお，⑤商法14条を類推適用して商法266条ノ３の責任を追求した事例として，最判昭和47・6・15民集26巻５号984頁も同旨の前提をとっている。

9）最判昭55・3・18判時971号101頁（監視義務と取締役会を通じて業務の執行が適正に行われるようするべき職責を尽くさなかったとして名目的平取締役に対し責任を認めた事例）。

10）取締役の責任ないし義務を通常の取締役のそれより軽減または免除することを認めたものとして，①遠隔地居住を理由とする東京地判昭53・3・16金商561号38頁，②出資・報酬の欠如また専門的知識経験も有しないことを理由とする大阪高判昭54・3・23判時931号119頁，③出資・報酬の欠如また経営への不参加を理由とする大阪地判昭55・3・28判時963号96頁，④取締役会の不開催また営業報告の不受理を理由とする東京地判昭55・4・22判時983号120頁など。報酬の欠如を理由とする⑤福井地判昭55・12・25判時1011号116頁，⑥東京地判昭56・9・17判時1044号434頁，⑦東京高判昭57・3・31判時1048号145頁，⑧浦和地判昭58・6・29判時1087七号220頁，⑨浦和地判昭59・3・23判時1121号122頁，⑩東京高判昭59・11・13判時1228号147頁など。

11）東京高判昭46・11・25判時657号71頁。事案は，代表取締役に会社業務を一任した名目的平取締役が競売開始後の建物の賃貸・占有を認める取締役会議事録に押印したが，代表取締役が建物明渡等に応じないのは会社の営業遂行の支障を避けるためであるとして建物所有者からの名目的平取締役に対する商法266条１項の請求を認めたもの。

12）東京地判昭50・10・24判時八一四号一四七頁。

13）①東京地判昭50・5・27判時795号93頁，②東京高判昭51・3・31判タ3339号280頁，③東京地判昭51・8・23判時849号114頁など。

14）①東京高判昭57・4・13判時1047号146頁，②仙台高判昭63・5・26判時1286号143頁，③東京地判平2・1・31金判858号28頁。

因果関係を否定する判例もある[15]。また，取締役の権利義務を有する者（商258条１項，有32条）につき，退任後長期間経過後の監督監義務不履行は重過失に当たらないとする判例もある[16]。

4　本件は，「Y_1およびY_3らは，一人株主との事実上の合意，了解の下に，取締役としての職務，とりわけ経理，会計事務には全く関与していなかったものであるから，その限度において取締役としての善管注意義務や監視監督義務を免除されていたというべきであり，会社の債権者その他の第三者に対する関係や責任についてはともかく，善管注意義務や監視監督義務の責任を負わない」と判示している。

判決文を読む限りでは，取締役の職務を第三者や債権者などに対する対外的な責任と善管注意義務や監視監督義務などの対内的な責任とに分け，対内的責任は，「一人株主との事実上の合意，了解」があれば，その限度において免責事由になると判示している。しかし，「職務に対する関与禁止の合意（特約）」は，その限度において，善管注意義務・監視義務等の会社の内部的責任を免除する理由となりうるのか疑問である。

まず，取締役の自己取引に関する議論であるが，株主が一人で，その者が取締役である会社が同人と取引をする場合には，実質的な利害対立が生じないことを理由に，取締役会の承認は不要であるとするのが通説である[17]。すなわち，取締役は自己取引において，たとえ会社に不利な取引を行っても，結局その損失は一人株主に帰属するから，実質的な利害衝突は生じないからである。本件の場合も，ＡおよびＢはX_1およびX_2の一人株主であることからして，会社に損害が発生した場合には，結果的には自らがその損害を負うことになる。したがって，本件判旨は，Y_1およびY_3の業務執行によって損害が発生したとしても，それは一人株主であるX_1およびX_2が結果として負担することとなるので，取締役の自己取引における考えを援用して，取締役就任当初からY_1およびY_3に責任を問わない契約（損害不担保契約）も有効であるとするのであろうか。ただし，本件の場合，ＡおよびＢは取締役ではないので，これを取締役の場合と同様に考えてよいか問題となる。

次に，取締役の就任契約において，上記のような損害不担保契約を有効としうるのか。仮に，有効であるとしても，第一に，善管注意義務を免除する取締役就任契約は，「委任契約」として法的に評価しうるのか疑問である。もちろん，契約は当事者の合意があれば有効であるとも言えるが，会社の場合には，会社をめぐるさまざまな利害関係人を有していることを考えれば，取締役としての義務を免除するような契約はそもそも認められないであろう。善管注意義務を免除する特約を有効であるとすれば，実質的には取締役でなくても，取締役の法定数のみを満たす「形式的」な取締役を認めることにもなりかねず，法が本来予定している取締役制度自体の崩壊にも繋がりかねないであろう（本件のY_1およびY_3も名称は代表取締役および取締役であるが，実体は従業員でしかない）。問題は，支

15）①大阪地判昭和59・8・7 判タ541号242頁，②東京地判平成 6・7・25判時1509号31頁，③東京地判平成 8・6・1 判タ942号227頁。

16）東京高判昭和63・5・31判時1279号146頁。

17）竹内昭夫・判例商法Ⅰ259頁。瀧田節・会社法（第 9 版）259頁（2003）。

配株主の会社への加害に対する監視をだれがどのような方法で行うかである。支配株主は，総会の議決権を通じて取締役・監査役を自己の支配下に置けるからである。この点については，立法的解決が望まれる[18]。

５　本件は，まさに閉鎖会社に特有の事案であり，このような事案の特殊性を考えれば，取締役の善管注意義務・監視義務の事前の免除契約があったとする本判決の理論構成も首肯しえなくもない。しかし，取締役の責任は，対会社責任であれ，対第三者責任であれ，それが名目的取締役であったとしても，取締役として選任された以上は取締役としての任務を遂行しなければならないという法の建前からすれば，一人株主との「特約」であったとしても，それをもって取締役としての責任を免除する理由とはならず，むしろ取締役の一員として実質的経営者であるＡおよびＢの業務執行を積極的に監督監視すべき義務が生じるものと思われる。

会社の都合で無責任取締役を創設することは許されないし，名目的取締役の責任免除契約等この種の「特約」は無効と解すべきであって，名目的取締役も商法266条ノ３第１項の責任を免れない[19]。取締役会が全く開催されず会社業務に全く関与しなかった，あるいは会社業務への無関心・不関与が免責事由になるとすれば，取締役会が機能していなければいないほど，そして，職務に怠慢な取締役ほど責任を問われない不合理が生じる。また，代表取締役の独断専行のため，監視監督が困難であるからといって，取締役の職責を全く果たさなくてよいとはいえない。

本件は，対会社責任に限定してはいるが，責任免除契約を有効と認めている。そのような「特約」が免責事由に該当するとすれば，商法266条ノ3の解釈論あるいは適用範囲の拡大となるが，その場合でも，会社の内部的責任に限定するのか，第三者責任等の対外的責任とでは異なるのか等，疑問が残る。本件の場合，特約が免責事由に該当するというな理論構成を持ちだすのではなく，取締役としての一般的な義務は認めながらも，結果として，過失がないあるいは因果関係がなかったという理由で，$\mathbf{Y}_1$および$\mathbf{Y}_3$の責任を否定すべきであった事案であったと考えられる。

さらに，近時の下級審判例は，名目的取締役の一般的監督義務を肯定しながらも，具体的事案において責任を問う場合を限定し，免責事由を拡大する方向にあるが，いかなる場合が免責事由に該当するのか，その射程範囲を明確にする必要があろう。

※　本件は2004年度特別研究費の成果の一部である。

18）江頭・企業結合法の立法と解釈105頁（1995），高橋英治・従属会社における少数派株主の保護118頁（1998）。

19）平成14年改正法では取締役も含めた社外取締役の責任を軽減・免除する規定が設けられたが（商266条18項），これは取締役の善管注意義務あるいは忠実義務を初めから軽減・免除することを認めているわけではない。