

論 説

経営指揮者とその会社・第三者に対する責任
——韓国商法上の背後理事規制と日本の判例における
事実上の主宰者の責任法理——

中 村 信 男
鄭 世 喜

- 1 はじめに
- 2 韓国商法上の「背後理事」規制とその概観・分析
- 3 日本の判例における事実上の主宰者の責任法理の形成と展開
- 4 結びに代えて——今後の日韓法制への示唆——

1 はじめに

韓国では、従来、財閥会長（オーナー）が系列子会社等の取締役とはならず財閥の最高経営責任者として各系列会社の取締役の背後から経営上の指揮を行うことで実質的に会社経営をコントロールしながらも、取締役の地位にないことを理由に法律上の責任を免れる弊害が、会社経営の健全性確保すなわちコーポレート・ガバナンスの観点から問題とされてきた。この問題に対し、IMFの勧告を受けて1998年に改正された韓国の商法⁽¹⁾が、イギリス会社法等に倣って、このような経営指揮者を「業務執行指示者」（背後理事）として明文をもって規制し、実質的に業務執行に関与していることの法的責任を課すに至ったことは注目に値する。

（1） 1997年の経済危機後にIMFの管理下で行われた韓国商法等の改正の経緯および概要については、王舜模「韓国におけるコーポレート・ガバナンスと商法の最近の動向〔上〕・〔下〕」商事法務1571号18頁、1572号24頁を参照。

一方、日本でも、中小会社や親子会社の場面でほぼ同様の問題のあることがこれまで指摘されてきたが、1997年の独占禁止法改正による純粹持株会社の設立許容により取締役の背後から経営指揮を行う者の法的責任を結合企業法の整備の一環として明確にすることの必要性が一層高まった。これを受け、1998年に法制審議会商法部会が公表した「親子会社法制等に関する問題点」は、第1編・第2章の4(2)において、親会社の子会社に対する経営指揮に伴う責任を法律上明らかにすることを提案していたが、産業界の強い反対もあって立法化には至らなかった。しかし、下級審判例では、こうした立法の不備を補うために、自らは取締役とならずに背後で取締役を指揮し操る経営指揮者に対して法的責任を負わせる法理が登場しており、こうした経営指揮者を「事実上の主宰者」と呼び実質的な取締役と把握して、取締役の責任に関する商法の規定（日商266条ノ3第1項）を類推適用するケースが数件報告されている⁽²⁾。司法レベルでは、実質的な経営者に対する責任追及の法理が除々に形成されつつあるといえよう。

このように日本の下級審判例は、韓国商法がすでに導入した「背後理事」に対する法的規制を、取締役概念の実質的把握とそれに伴う現行法の関連規定の弾力的運用によって先取的に導入していると評価することもできるが、韓国商法の「背後理事」規制については、その機能領域や責任

(2) 日本の下級審判例の分析については、中村信男「判例における事実の主宰者概念の登場」判例タイムズ917号108頁以下参照。

なお、日本の下級審判例では、いわゆる山崎製パン事件判決（東京地判1981年3月26日・判例時報1015号27頁）を嚆矢として、別会社の事実上の主宰者として当該会社の取締役を背後から指揮し、競業禁止義務（日商264条）、利益相反取引規制（日商265条）の潜脱を図ろうとする会社取締役について、これを当該別会社の事実上の主宰者（実質的な代表取締役）と認定し、問題となる競業取引等を第三者のために行うものとして扱うことで、所要の規制に服せしめるケースも数件報告されている。本稿は、経営指揮者の法的責任に焦点を当て日韓の比較法研究を目的とするため、この種の問題を扱った判例はとり上げないこととする。この問題については、中村・前掲論文のほか、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37巻2・3・4号337頁以下も参照。

発生の要件等をめぐって学説上、見解の対立が見られるだけに、韓国法の概観と学説の分析は、日本において経営指揮者の責任を法律上明記する場合の立法のあり方ないし方向性を示唆するとともに、日本における法運用上の問題点をあらかじめ明らかにしてくれる点で有益であると考えられる。その意味でも、韓国法は日本にとって先行立法として参考に値する⁽³⁾が、それだけにとどまらず、わが国の下級審判例での展開が見られる「事実上の主宰者」の責任法理についても、その責任の内容や要件の如何について再検討を促す契機ともなるように思われる。他方、韓国では、これまでのところ業務執行指示者（背後理事）の責任を扱った判例が報告されていないようであるが、日本では前述のように経営指揮者を事実上の主宰者と認定しその責任を認めるケースが見られるだけに、そこでの経営指揮の認定や商法関連規定の類推適用のし方等は韓国法上の背後理事の責任規定の運用を考える上で示唆に富むものといえよう。

本稿は、われわれのこうした問題意識から経営指揮者の責任をめぐる韓国商法と日本の判例法理の比較研究を行うものである⁽⁴⁾。

(3) 日本に対する直接的な立法提言という形をとっているわけではないが、OECD, White Paper on Corporate Governance in Asia, 2003, paras. 12, 51, 290, 292, 297は、アジア諸国におけるコーポレート・ガバナンスについて、影の取締役、すなわち正規の取締役の背後から経営を指揮する実質的経営者に対する責任の法定・明確化の必要性を説き、すでにその面での立法的対応を行っている韓国、オーストラリア等の法制を参考に、その他のアジア諸国が同様の規制を導入すべきことを提言している。後述する日本の下級審判例の状況に鑑みると、この提言は日本にとっても示唆に富むものと考えられる。

(4) 本稿は、2003年に韓国・東亜大学校研究基金より研究資金の援助を受けた中村信男と鄭世喜の共同研究の成果として発表するものである。

2 韓国商法上の「背後理事」規制とその概観・分析

(1) 1998年韓国改正商法による 「背後理事」規制の導入とその背景

韓国は、1997年に入っていくつかの財閥企業の破綻とこれに端を発する多数の中小企業の連鎖倒産により経済危機に陥ったため、同年12月にIMFによる緊急融資を受けることとなり、IMFの管理下において社会・経済構造の改革が急速に進められることとなった。その一環として、韓国企業のコーポレート・ガバナンスの改善措置が講じられることとなったが、その際、韓国の大企業の一般的形態ともいわれている財閥企業⁽⁵⁾のガバナンス改革が主たる課題とされた⁽⁶⁾。

周知のとおり、韓国では、現代、三星等の財閥企業が主要な経済主体として経済発展を主導してきたが⁽⁷⁾、その一方で、一般に財閥企業は、株式保有のピラミッド構造、財閥企業間における株式の相互保有または相互出資等を通じて企業集団を形成したうえで、財閥オーナーとその一族が、秘書室、企画調整室、グループ社長会等のグループ統括機構を通じて財閥内系列各社の経営に対して支配的な影響力を行使し実質的に関与をしてきたといわれている。そこでは、財閥オーナー個人のグループ企業に対する出資比率がわずか2%ないし3%程度でしかないにもかかわらず、財閥オーナー(会長)が上記のような仕組みを利用することで財閥グループ内の系列各社の取締役の任免権を実質的に掌握し、その経営を背後からコントロール

(5) 池尾和人・黄圭燦・飯島高雄『日韓経済システムの比較制度分析』（日本経済新聞社、2001年）143頁。

(6) 王舜模「韓国におけるコーポレート・ガバナンスと商法の最近の動向」〔上〕商事法務1571号19頁。

(7) 韓国の財閥形成の経緯については、例えば、池尾ほか・前掲（注5）119頁以下を参照。

することができる一方、正規の取締役でないがゆえに法的な責任を一切免れることができってしまう問題が指摘されていた⁽⁸⁾。また、財閥以外の企業でも、支配株主が取締役の選任・解任権を背景として取締役に業務執行上の指揮を行い、会社経営を背後から操る例が少なくなかったといわれているが、ここでもこうした支配株主に対して取締役としての法的責任を追及することができない法制度上の問題があったとされている⁽⁹⁾。

1998年の韓国改正商法は、こうした韓国企業の構造的な問題に対処し、法的責任を伴わない支配株主等による経営指揮によって会社経営の適正が歪曲化されることを防止するために、会社に対する自己の影響力を利用して取締役に對し業務執行を指示した者を、取締役の会社に対する責任に関する規定（韓商399条）と取締役の第三者に対する責任に関する規定（韓商401条）および株主代表訴訟に関する規定（韓商403条）の適用に関して、取締役とみなし、正規の有責取締役とともに連帯責任を負うべき旨の規定（韓商401条の2第1項・第2項）を新設することとなった⁽¹⁰⁾。

-
- (8) 王・前掲（注6）22頁、鄭勝旭「大企業における事実上の理事の責任とその限界」上場協38号（1998年10月）91頁、鄭東潤『会社法〔第7版〕』（法文社、2001年）456-457頁。
- (9) 朴吉俊・孫珠瓚・梁承圭・鄭東潤『改正商法逐條解説』（博英社、1999年）55頁（梁承圭）、李哲松『会社法講義（第10版）』（博英社、2003年）611頁、孫珠瓚『商法（上）（第14訂版〔全訂版〕）』（博英社、2003年）811頁。
- (10) 韓国商法401条の2は、このほかに、(ア)取締役の名義をもって直接業務を行った者、(イ)取締役ではないが名誉会長、会長、社長、副社長、専務、常務、取締役その他会社の業務を執行する権限があると認められる名称を使用して会社の業務を執行した者についても、その関与した業務について取締役としての会社または第三者に対する法的責任を免れない旨を定めている。(ア)は、名目上取締役が選任されるものの、支配株主が自らその取締役の名義をもって会社業務を行う場合を想定したものとされている。朴ほか・前掲（注9）59頁（梁承圭）、李・前掲（注9）615頁、孫・前掲（注9）815頁。これに対し、(イ)は、イギリス法にいう事実上の取締役（de facto director）に倣ったものであろうが、取締役としての地位にあるかのごとき外観のもとで業務執行を行い、会社または第三者に対し損害を被らせた者の責任を導くものとされている。朴ほか・前掲（注9）59-60頁（梁承圭）、李・前掲（注9）616頁、孫・前掲（注9）815-816頁。

その立法化に際しては、ドイツ株式法117条に定める影響力行使者の責任規定、イギリス会社法上の影の取締役 (shadow director)⁽¹¹⁾ に倣ったとされている。なお、法文上は、「会社に対する影響力を利用して取締役に対し業務執行を指示した者」との文言が用いられているが、韓国では講学上、この者を「背後理事」と称することもあり、その英訳として shadow director の語があてられている。

(2) 韓国商法上の背後理事規制の概観

韓国商法401条の2によれば、会社に対する自己の影響力を利用して取締役に対し業務執行を指示した者（以下、背後理事と略称する）は、取締役の会社および第三者に対する責任、ならびに、株主代表訴訟に関する規定の適用において取締役とみなされる（韓商401条の2第1項1号）。したがって、背後理事は、第1に、会社取締役がその指示に従って業務執行を行ったところ、法令または定款に違反し、または、任務を懈怠したために会社に損害を被らせた場合は、当該取締役と連帯して（同条2項）、会社に対し損害賠償の責任を負わなければならない。また、この責任は株主代表訴訟の対象となるため、会社（監査役が会社を代表する）が背後理事の責任追及を怠っているケースでは、所定の要件を満たした株主の提起する代表訴訟の被告とされ、責任を追及されることとなる。第2に、背後理事の指示を受けた取締役が悪意または重大な過失によって任務を懈怠し、もって第三者に損害を被らせた場合は、背後理事も当該有責取締役と連帯して当該第三者に対して損害賠償の責任を負わなければならないとされている。

ちなみに、背後理事として認定されるためには、法文上、取締役にに対し業務執行を指示したことが要件のひとつとされている。この点、まず指示の相手方として法律上規定されている取締役にについては、代表取締役のほ

(11) イギリス1985年会社法 (the Companies Act, 1985) 741条2項。イギリス法上の影の取締役については、中村信男「イギリス法上の影の取締役」早大法研論集51号165頁以下を参照のこと。

か会社業務を担当するその他の取締役に対する指示でも足りると解されている⁽¹²⁾。また、業務執行にかかる指示であれば、それが部長・課長などの使用人に対してなされたものも含まれるとする見解が一般的である⁽¹³⁾。会社の業務執行に関する指示には、資金調達、営業の過程で行われる各種取引に関する指示はもちろん、営業に関連してなされる各種の事実行為に関する指示も含まれるが、定款の変更、営業譲渡、会社の解散・合併等の行為に対する指示は含まれないと解されている⁽¹⁴⁾。もっとも、違法な利益配当と関連する粉飾決算の指示は、業務執行に関する指示に含まれよう⁽¹⁵⁾。

他方で、取締役等に対する業務執行の指示は、通例的なものであることを要するのか、1回限りのものでも足りるのが問題となるが、韓国法上この点は必ずしも明らかではない。背後理事の責任の根拠は、会社の業務執行指示者として実質的に会社業務の担い手というべき地位にあることに由来すると考えられるから、その責任の前提として、イギリス会社法のように、業務執行にかかる指示が通例的になされていることを要するというべきであろう⁽¹⁶⁾。また、指示の形態としては助言、命令、提案など形態の如何を問わないほか、指示の内容が会社以外の者の利益を図るものである必要もないとされている⁽¹⁷⁾が、いずれにせよ取締役等が拒否しがたいほどの強制性を有していることを要すると解するのが一般的である⁽¹⁸⁾。

なお、韓国法上も、取締役の会社に対する責任については、総株主の同

(12) 朴ほか・前掲（注9）58頁（梁承圭）。

(13) 孫・前掲（注9）815頁、朴ほか・前掲（注9）58頁（梁承圭）。

(14) 鄭東潤・前掲（注8）459頁、孫・前掲（注9）814-815頁。朴ほか・前掲（注9）59頁（梁承圭）も同旨か。

(15) 孫・前掲（注9）815頁、朴ほか・前掲（注9）61頁（梁承圭）。

(16) 同旨、鄭東潤・前掲（注8）459頁。イギリス会社法によれば、影の取締役とは、その者の指揮または指図に従い会社の取締役（the directors）が行為するのを常とする者をいうと規定されており、指揮が通例的であることが要件とされている。

(17) 李・前掲（注9）614頁、孫・前掲（注9）815頁。

意があればこれを免除することができる」とされているが（韓商400条），背後理事の会社に対する責任については，総株主の同意による免責が認められないと解する説が有力である⁽¹⁹⁾。こうした見解に従えば，背後理事の会社に対する責任は10年の消滅時効が完成するまでは消滅しないと解されることとなろう。

(3) 背後理事概念の機能領域・責任の性質等をめぐる 学説の状況とその検討

① 背後理事概念の機能領域

ところで，韓国商法の背後理事に関する規定については，第1に，その構成要件として支配株主などの限定的な要素がなく，会社に対する影響力をもって取締役に対し業務執行を指示するとの要件に該当する者がすべて包摂される仕組みとなっているため，運用次第では，その機能領域が相当広範なものとなる余地が残されている。もっとも，前述の立法趣旨に照らすと，背後理事がもともと取締役の選任・解任権を背景に業務執行上の指示を行う支配株主（controlling shareholder）をその規制対象として想定していることは疑いがなく，学説上こうした理解にほぼ異論はない。

その一方で，支配株主以外で取締役に対し経営上の指示を行う者については，学説上，「会社に対する影響力」の意義の理解のいかんともあいまって，背後理事該当性の有無をめぐる見解の対立がみられる。そこでは具体的に，(ア)子会社の取締役に対し業務執行上の指揮を行うことが少なくない親会社ないし持株会社と，(イ)大口債権者として経営に関与する主要取引銀行，(ウ)下請会社に対し継続的取引関係に基づいて優越的な地位を有する元請会社，(エ)所管官庁の公務員がそれぞれ背後理事に該当するかどうかの問題とされている。

(18) 孫・前掲（注9）814頁，鄭東潤・前掲（注8）459頁，李・前掲（注9）614頁。

(19) 朴ほか・前掲（注9）63頁（梁承圭）。

この点、韓国の財閥企業におけるコーポレート・ガバナンスの改善を図るための一方策として背後理事の責任規定が設けられたという前記立法趣旨に照らし、株式の所有など会社法上の支配手段を有する者がこれを不当に利用して業務執行にかかる影響力を行使する場合に初めて、背後理事と認められると解するべきであるとする論者は、第1に、親会社ないし持株会社が子会社に対し影響力を行使する場合であっても、コンツェルン関係においては親会社・持株会社が子会社に対し経営指揮を行うことを法は予定していることから、原則として背後理事には該当せず、ただ、親会社・持株会社が子会社の利益を犠牲にしてもっぱら親会社等の利益のみを図る不当な指示を行う場合に限り、背後理事としての責任が問題となりうるとする。また、この論者は、第2に、金融機関や元請企業が債務者たる会社または下請企業に対して影響力を行使している場合であっても、それ自体不当ではなく、しかも会社の外部において影響力を及ぼすだけであるから、背後理事に該当しないとし、第3に、政治家や行政府の官吏がその地位を利用し銀行等に圧力をかけて貸出を行わせる場合も、非会社法的手段により影響力を及ぼす点で背後理事に該当しないとする⁽²⁰⁾。

その一方、背後理事の認定要件のひとつである「会社に対する影響力の利用」とは、会社の業務執行機関をして自らの意図する通りに意思決定を行わせることのできる事実上の力を意味すると考えられることから、多様な類型が存在しうるとする論者は、支配株主はもちろん、会社債権者や継続的な取引において優越的な地位を有する者（例えば、下請企業に対する元請企業）、公法的または政治的な関係において影響力を有する者も、その影響力に基づいて取締役に対し業務執行を指示している限りは、背後理事と認定されるものと解しており⁽²¹⁾、前説に反対する。この説は、業務執

(20) 鄭東潤・前掲（注8）458-459頁。(ア)と(イ)および(ウ)についてほぼ同旨の見解として、鄭勝旭・前掲（注8）95-96頁。なお、鄭勝旭・前掲（注8）95-96頁は、公務員については言及していないが、おそらく鄭東潤教授と同様の理解に立たれるのであろう。

(21) 李・前掲（注9）613頁。ちなみに、李・前掲（注9）613-614頁は、証券市

行に対する指示こそ背後理事概念の核心であると捉えるのであろうが、親会社ないし持株会社についても、子会社の取締役に対する業務執行上の指示が行われている限り、子会社の背後理事に該当すると解したうえで、責任の有無を指示と損害との因果関係等の問題によって処理することになるのであろう。

前説に立脚すれば背後理事の機能領域は後説を基調とした場合よりも狭く把握されることになるが、その狙いは、背後理事規定の適用が広がり過ぎることによる企業経営・企業取引への支障を考慮したものであろう。しかし、この規定の究極の目的は、これまで法律上不問に付されてきた経営指揮者の責任を明確にして支配と責任の一致を実現するとともに、そのことを通して会社経営の適正確保を実現することにあると考えられるから、どのような形・態様の影響力行使に基づくものであれ、取締役を指揮し業務執行を実質的にコントロールしている者を基本的にはすべて背後理事概念に包摂し、責任追及の対象とするアプローチの方が立法趣旨にもかかった合理的解釈といえるのではなかろうか⁽²²⁾。

場活性化のために政府の関係省庁が証券投資信託会社に対し株式の大量買入れを要請し、それを実行した会社が損失を負ったケースがあったが、この場合には、当該会社に対しそのような株式買入れを要請した公務員が背後理事に該当するとされる。ほぼ同旨、朴ほか・前掲（注9）58頁（梁承圭）。なお、孫・前掲（注9）814頁は、親会社は子会社に対し業務執行の指示を行っている限り、その背後理事として扱われる一方、金融機関や主要取引先が取引上の関係に基づいて影響力を行使し業務執行について指示を行うケースは、背後理事に該当しないとする説を唱えている。

- (22) 同旨、朴ほか・前掲（注9）58頁（梁承圭）。韓国商法が立法の参考にしたイギリス会社法では、支配会社（holding company）は従属会社（subsidiary company）の取締役（the directors）に対し通例的に経営上の指揮を行っていても、直ちに従属会社の影の取締役とはみなされない旨が規定されているが（1985年会社法741条3項）、イギリス会社法では主に取締役の利益相反取引規制の適用について影の取締役を取締役に準じて扱うことから、上記の除外規定もグループ内取引を妨げないようにとの政策的配慮に基づくものである。影の取締役の会社または会社債権者に対する責任を問題とする1986年支払不能法（the Insolvency Act, 1986）等にあっては、支配会社を従属会社の影の取締役

ちなみに、韓国商法が立法の参考としたイギリス会社法では、専門的立場において取締役に対し業務執行上の指示を行う者を原則として影の取締役から除外する旨の規定が置かれているが（1985年会社法741条2項後段）、韓国商法401条の2にはそのような規定が存在しない。おそらく会計士、コンサルタント等の専門家については通常、会社に対する影響力を持たないものとして背後理事規定の適用を排除することになるのであろうが、解釈上の疑義をなくすためにもその旨の明文規定を設ける必要があるように思われる。

② 背後理事の会社に対する責任の法的性質と帰責要件等

第2に、現行韓国商法では、背後理事を取締役の責任規定等の適用において取締役とみなすと規定するのみであることから、その指示に基づいてなされた会社業務執行による会社または第三者の損害につき背後理事が責任を負わされるための要件はどのようなものなのかが必ずしも明らかでない。そのため、学説上、帰責要件の問題として、業務執行の指示について背後理事に任務懈怠があることが必要とされるのか、それとも、背後理事の指示に従う取締役について業務執行上の任務懈怠があれば、それによる会社または第三者の損害について背後理事にも当然に責任が及ぶこととなるのか、背後理事概念の本質およびその責任の法的性質の理解のいかんとも関連して争われている。

この点、背後理事をもっぱら会社および第三者に対する責任面でのみ正規の取締役に準じるものとして把握する説によれば、韓国商法の定める背後理事の責任はあくまでも法定責任であって、任務懈怠に基づくものではないと解されることになる⁽²³⁾。その上で、この立場にたたれる李哲松教授は、背後理事の行う業務執行上の指示について任務懈怠を觀念することはできず、指示を受けた取締役の行った業務執行行為について会社に対す

から除外する旨の上記規定が置かれていないことに注意すべきである（1986年支払不能法251条参照）。

(23) 朴はか・前掲（注9）61頁（梁承圭）、李・前掲（注9）615頁。

る任務懈怠が認められると、直ちに背後理事の責任が発生すると解されている⁽²⁴⁾。もっとも、同じ法定責任説に立ちながら、背後理事が、法令または定款に違反する行為を取締役に指示し、それによって会社または第三者に損害が発生した場合に責任を負うとする、李哲松教授とは若干解釈を異にする見解も示されている⁽²⁵⁾が、いずれにせよ結論において実質的な相違は認められないものと考えられる。

これに対し、背後理事については帰責法理にとどまらず業務執行の担い手という面でも取締役たる地位を擬制したものと解する立場からすれば、明文の規定はないものの背後理事についても会社に対する注意義務・忠実義務が観念できることとなるから、背後理事の対会社責任はこうした会社に対する義務ないし任務の懈怠に基づく一種の機関責任として構成されることになる⁽²⁶⁾。第三者に対する関係でも、背後理事は、悪意または重大な過失による会社に対する任務懈怠の結果として第三者に生じた損害につき責任を負うべきものと解されている⁽²⁷⁾。ちなみに、こうした立場の論者の中には、背後理事が新規事業進出や事業拡張などのように通常の営業過程で行われる業務について指示を行ったところ、それが失敗に帰し会社または第三者に損害を被らせた場合については、経営判断の法則が適用されるとし、その面でも正規の取締役の責任と同様に扱おうとする見解を唱える者もいる⁽²⁸⁾。

もちろん、後者の見解（任務懈怠責任説）には法定責任説の立場が強く反対しており⁽²⁹⁾、背後理事の法的把握およびその帰責要件の理解をめぐってアプローチの違いが見られるが、おそらく法定責任説にあっても、背

(24) 李・前掲（注9）615頁。

(25) 朴ほか・前掲（注9）61頁（梁承圭）。

(26) 鄭勝旭・前掲（注8）98-99頁，宋鐘俊「業務執行指示者の責任」考試研究1999年8月号55頁。孫・前掲（注9）817頁，鄭東潤・前掲（注8）460頁も同旨か。

(27) 鄭勝旭・前掲（注8）100頁，宋・前掲（注26）57頁。

(28) 鄭勝旭・前掲（注8）98-99頁。

(29) 朴ほか・前掲（注9）61頁（梁承圭），李・前掲（注9）615頁。

後理事による業務執行の指示が内容的に法令・定款に違反する場合でも、その結果として生じた会社または第三者の損害について直ちに背後理事の責任を肯定しないのであろう。法定責任説の立場であれ、任務懈怠責任説の立場であれ、会社に対する責任については、少なくとも背後理事に自己の行った業務執行上の指示が法令・定款に違反することについての過失が必要とされるのであろうし、対第三者責任との関係では、悪意または重過失が帰責の要件と解されよう。また、業務執行の指示が具体的な法令・定款規定に違反しないものの、その内容が合理的経済人を基準として明らかに合理性を欠いているものである場合には、やはりそのことについて背後理事に過失（対会社責任）または悪意・重過失（対第三者責任）が認められるときに初めて、当該背後理事の会社または第三者に対する責任が問題とされることになるのではなからうか。業務執行の指示について背後理事に結果責任を課するのは行きすぎというべきであろう。その意味では、背後理事の帰責要件をどのように解するのかは、その責任の法的性質ひいては背後理事それ自体の法的把握のいかんを問わないというべきであるが、ともあれ今後、韓国において判例が背後理事の帰責要件をどのように解するのかが注目されるところであるし、その点では、すでに韓国法上の背後理事に相当するというべき「事実上の主宰者」の責任を認めている日本の下級審判例におけるこの面での取扱いも参考に値するものと考えられる。

一方、背後理事の責任は、あくまでも会社に対する自己の影響力を利用した業務執行の指示にもとづくものであるため、基本的には監視義務違反が問題にならないとの指摘⁽³⁰⁾がなされているが、その当否はともかく、経営指揮者の責任のあり方を考える上で重要なポイントといえよう。

(30) 鄭勝旭・前掲（注8）100頁。明言こそしないものの、李・前掲（注9）615頁、朴ほか・前掲（注9）61頁（梁承圭）も同旨であろう。法定責任説からすれば、当然の帰結といえなくもない。ただ、背後理事の責任を任務懈怠責任（契約責任ないし機関責任）と解する立場からは、監視義務違反の責任を問える余地がないとはいえないとの指摘もある。鄭勝旭・前掲（注8）100頁。

(4) 小 括

1988年韓国改正商法が導入した背後理事の責任規定については、これまで取締役の背後に隠れていた実質的経営者が取締役就任する結果をもたらすケースがみられる等、いわば「あぶり出し効果」を挙げつつあるとの比較的積極的な評価⁽³¹⁾があるものの、前述のように、なお法運用面で明確な点が残されていることも事実である。また、その責任を追及する側において、業務執行の指示の存在に加え、指示と損害との因果関係を立証する必要があるとされているが、これが現実には往々にして困難と考えられるために、背後理事規制の機能的限界も指摘されている⁽³²⁾。それだけに、今後これらの点が裁判実務上どのように取り扱われることになるのかが目される。とりわけ立証責任の問題は韓国商法401条の2を訓示規定化させかねないだけに、その面での法運用上の工夫も求められようが、業務執行の指示の存在の立証に関しても、事実上の主宰者の責任を認めている日本の下級審判例の事実認定のしかたが参考になろう。また、指示と損害との因果関係については、韓国でも一部の学説から、背後理事の指示が通例的に行われていれば、損害発生の原因行為についても指示がなされたものと推定し、その点での立証責任の転換を図るべきであるとする注目すべき見解が提唱されている⁽³³⁾が、その点でも今後、韓国の裁判所による法運用の如何が制度の実効性確保にとってきわめて重要な鍵を握ることになるだけに、判例の動向が目される。

(31) 王・前掲（注6）22頁。

(32) 鄭勝旭・前掲（注8）97頁、宋・前掲（注26）53頁。

(33) 鄭勝旭・前掲（注8）97頁。

3 日本の判例における事実上の主宰者の責任 法理の形成と展開

(1) 日本の下級審判例にみる事実上の主宰者の責任法理

以上の韓国法の状況を踏まえつつ、次に、経営指揮者の責任に関する日本法の状況をみてみよう。前述のように、日本では、立法の必要性がこれまで指摘されていながら、韓国商法のように、取締役の背後から経営を実質的に指揮・支配する者の責任が法律上明記されていない。日本では、現在、2005年の通常国会での法案成立を目途として会社法制の現代化を図るための法改正作業が鋭意進められているが、パブリック・コメントを求めするために法案作成のたたき台として公表された「会社法制の現代化に関する要綱試案」（法制審議会会社法（現代化関係）部会、2003年10月22日）でも、その問題にまったく言及していない。その意味では、日本法には、韓国商法が導入した背後理事の責任規定が設けられる可能性が極めて低いといわざるを得ないのであろうが、そうした立法の不備ないし遅れを日本の裁判所は弾力的な法運用によって補おうとしている。それが、近時、日本の下級審判例に登場している「事実上の主宰者」概念である。まずは、経営指揮者の責任を扱った判例の状況を概観しよう。これまで日本では、経営指揮者の責任を肯定した判例として、(i)東京地判1990年9月3日・判例時報1376号110頁と、(ii)大阪地判1992年1月27日・労働判例611号82頁、および、(iii)京都地判1992年2月5日・判例時報1436号115頁の3件が報告されているが⁽³⁴⁾、いずれも取締役の第三者に対する責任（日商

(34) このほか、経営指揮者の責任を直接問題としたものではないが、日本では最近、東京高判2003年9月30日・判例時報1843号150頁が、一人会社の株主が会社の主宰者として経営の全権を掌握し、実質的に会社の経営を取り仕切っており、代表取締役が単なる名目上の存在に過ぎなかった事案について、会社債権者その他の第三者に対する関係はともかく、会社に対する関係では、当該会社

266条ノ3第1項)が問題とされた事案であって、今までのところ会社に対する責任を問題としそれを認めた判例は見受けられない。以下、事案の概要と判旨を紹介する。

(i) 東京地判1990年9月3日・判例時報1376号110頁

【事実の概要】 この事件の被告 Y 3 はもともと不動産会社を経営していたが、事業拡大のために酒類等の販売を目的とする Y 1 会社(被告)を設立し、その際、発起人・株主について他人の名義を借りながらも設立費用・株式払込金を自己資金で全額負担する一方、Y 1 会社の代表取締役には、自己の部下である Y 2 をあてるとともに、他の取締役についても Y 3 経営の別会社の従業員をあてた。Y 3 は、Y 1 会社の取締役にはならず、日常業務に関する意思決定・執行を Y 1 に任せていたものの、重要事項については自ら掌握していた。また、Y 2 も主要な業務執行事項については Y 1 の相談を仰ぎ、その指示を受けて行っていたほか、Y 3 自身が対外的にも会社代表者のように振舞うことが多かった。

1982年ころ、Y 3 は、Y 1 会社の事業目的として病院・診療所の運営を加え、Y 2 に指示してその開設準備に当たらせるとともに、自らも医療器具や医薬品の購入等に奔走した。また、診療所の運営は主として、理事長と呼ばれていた Y 3 と、所長と称されていた Y 2 とがこれを行って

が名目上の代表取締役に対し善管注意義務や監視義務の違反を理由とする責任を問うことはできない旨を判示している。本稿では、紙幅の関係もあり、この判決についての詳細な検討は行わないが、同判決は、本件の控訴人・原告会社では一人株主が業務執行に関する指揮を行い、経営の実権を掌握していたことから、この一人株主こそ経営の担い手であって、登記簿上の代表取締役はその手足に過ぎないとの法的評価を前提としているのであろう。韓国商法では、このようなケースでも一応、名目上の取締役に任務懈怠があれば背後理事との連帯責任を問われるが(韓商401条の2第2項)、経営指揮者の責任が認められた場合における登記簿上のダミー取締役の責任のあり方を考えるうえで、きわめて示唆に富む判決であると考えられるし、韓国商法にとっても参考に値する裁判例といえよう。この判決については、本稿の筆者の一人である中村信男が後日、別稿で検討・分析を加える予定である。

いたほか、診療所経営に必要な資金の調達はおそらく Y 3 が行っていた。さらに、診療に必要な機材・医薬品の購入・仕入れ等も、Y 3 と Y 2 とが相談して行っていたうえに、重要事項についてはやはり Y 3 が決定をしていた。

こうした状況のもと、Y 1 会社は無資格者にエックス線撮影を行わせていた事実が発覚したことから診療所を廃止せざるを得なくなったうえに、多額の負債を抱えるに至って事実上倒産したため、同社に医薬品を継続的に販売していた X 会社（原告）は医薬品の売掛金の回収が不可能となった。そこで、X 会社は、医薬品の売買契約が Y 1 会社との間で成立したものであると主張して、Y 1 会社に対し代金債務の履行を求めた。それと同時に、X 会社は、Y 1 会社の経営破たんの引き金となったエックス線の無資格者撮影は Y 3 が発案・要望し、これに Y 2 等が従って、Y 2 の甥に行わせていたものであることから、この Y 3 と Y 2 の行為によって X に医薬品の代金回収不能による損害が生じたものであると主張し、Y 2 に対しては商法266条ノ3 第1項を理由として、また Y 3 に対しては、同条の類推適用または民法709条により、損害の賠償を求めたものである。

【判旨】（i）判決は、本件医薬品の売買契約が X 会社と Y 1 会社間に成立したと認定し、X 会社の Y 1 会社に対する請求を認容したうえで、Y 2 については、重過失による任務懈怠によって Y 1 会社を倒産させ、その結果、X に代金回収不能による損害を与えたとして、商法266条ノ3 第1項の責任を認めた。同時に、Y 3 についても、同判決は、(ア) Y 1 会社の設立費用や株式払込金を実質的に Y 3 が自己資金で全額負担していること、(イ) Y 3 は、Y 1 会社の取締役ではないものの、代表取締役その他の取締役に自己の部下をあて、少なくとも会社業務の重要事項については自ら掌握し、Y 2 らに指示を与えていたこと、(ウ) Y 3 が対外的にも代表者のごとく振舞うことが多かったこと等から、「Y 3 は登記簿上 Y 1 会社の取締役にはいっていないものの」、「対内的にも対外的にも重要事項に

についての決定権を有する（Y 1 会社の）実質的経営者（事実上の代表取締役）であったのであるから、……Y 2 と同様の義務を負うものというべきである」のに、重大な過失によりその義務を怠り Y 1 会社を事実上倒産させて、その結果 X 会社に売掛代金相当額の損害を与えたと判示して、商法266条ノ 3 第 1 項の類推適用による損害賠償責任を認めている。

（ii）大阪地判1992年 1 月27日・労働判例611号82頁

【事実の概要】 第 2 の事案は次の通りである。被告 Y 1 会社は、ラウンジ G（以下、G 店）を営んでおり、Y 2 が代表取締役、Y 3 が監査役であった。1986年 7 月 1 日より原告 X は、G 店のホステス（雇われママ）として稼働し、1988年10月末日をもって同店を退職したが、1987年7月21日から退職日までの間の給料等の支払と、その期間中に Y 1 会社から委託を受けて他のホステスに給与として支払った立替払金の支払を受けていなかった。Y 1 会社はもともと、Y 3 が率いるグループ企業の取引先の接待等のために設立され、G 店も同様の目的のために開店したことから、Y 1 会社の預金通帳の保管、G 店の経理事務・帳簿管理は、Y 3 が代表者をつとめる訴外 B 会社の従業員で Y 3 の意を受けた訴外 C がこれを統括して行っていた。そのために、Y 3 は Y 1 会社の監査役でありながら、同社のオーナーを自称し、同社の経営する G 店の営業全般を掌握していたことから、Y 会社と G 店の運営については他人の容喙する余地はなかった。しかし、Y 1 会社がその後、多額の借入金を抱えて事実上支払不能の状態に陥ったため、X は未払い給与等の支払を受けることができず、同額の損害を被った。そこで、X が、Y 1 会社の代表取締役 Y 2 を相手取って損害賠償を訴求するとともに、同社の監査役であった Y 3 についても、Y 1 会社の実質上の代表者に該当するとして、同様に損害の賠償を求めたのが本件である。

【判旨】（ii）判決は、Y 3 が自他ともに認める Y 1 会社のオーナーであるうえに、その意を汲む C に Y 1 会社と G 店の経理事務を統括させた

り、G店の運営方針も自ら決定してXその他の従業員に細目の指示を与えたりするなど、Y1会社等においては絶対的存在であったこと等の認定事実より、「Y3は、事実上の代表取締役として、Y1会社の業務の運営・執行を行っていたと認められる」とする。そのうえで、同判決は、「Y3は、Y1会社の事実上の代表取締役として全権を有しながら、G店の経営が不良なまま、改善の手段を講じることもなく漫然と営業を続け、累積赤字を増大させたばかりか、Xに対し給料等の不払を頻発し、Xをして退職の止むなきに至らしめ、遂にはG店の維持・再建の意思をも放棄し、Y1会社を事実上の倒産に陥らせた」ことから、「Y3は、故意または重大な過失によって、Y1会社の事実上の代表者としてY1会社に対して負う忠実義務を怠り、その結果、Xに対し……損害を被らせたというべきである」と説示して、商法266条ノ3第1項の類推適用によりXに対する損害賠償責任を免れないと判示した。

（iii） 京都地判1992年2月5日・判例時報1436号115頁

以上の2判例が個人の支配株主の責任を認めたものであるのに対し、第3の京都地判1992年2月5日は、非公開・中小規模ながらも、子会社の監査役を兼務する親会社代表取締役について、子会社の実質的経営者としての責任を認めたものであり、親子会社の局面において経営指揮者（背後理事・事実上の主宰者）概念が親会社・親会社取締役の責任を導く法理として機能しうることを示した注目すべき判例である。

【事実の概要】 呉服の卸業を営む訴外A株式会社は、不動産の賃貸・保管等を目的とする訴外B有限会社の完全子会社であり、いずれもB会社の代表取締役Y2（被告）の亡父Mが生前営んでいた個人企業を法人成りさせた小規模閉鎖的な会社であった。B会社はA会社に対し本社ビルの賃貸、資金援助、物上保証等を行う等していたため、A会社の存続にとってはB会社の信用が不可欠であり、Y2自身もA会社に対し個人的に資金援助や物上保証を行っていた。A会社では、Mの死亡後、Y2

の夫の Y 1（被告）が代表取締役役に就任したが、M 死亡後の相続争いのために次第に取引先や取引銀行との関係が悪化したことや、業界の不況等によって、それまで毎年利益を計上してきたのとは対照的に毎年のように数千万円の赤字を計上するようになり、1987年度の決算期には累積損失が約 2 億円となった。しかも、1987年11月頃、Y 1 の見込み違いから A 会社の子会社が経営に失敗し、A 会社の当該子会社に対する貸付金が回収不能となったことから、A 会社の累積損失は増大した。

その後、経営再建に着手した A 会社では、Y 1 が 1988 年 1 月より格安品を扱う X（原告）から呉服類を仕入れていたが、同商品につき返品トラブルが相次いだため資金繰りに窮し、現金売りダンピングなどで急場を凌いでいた。同年 2 月 25 日付けで Y 1 会社の監査役に就任した Y 2 は、それ以前にも A 会社の帳簿をチェックするなどしていたが、X との取引が極めて薄利で経費倒れになる恐れがあると考え、Y 1 に対し善処を求めた。また、Y 1 が女性関係を改めないことを知るや、Y 2 は、取引銀行の S 銀行に対し、以後手形割引に応じないように申し入れるなどし、S 銀行もこれに従った。そのため、A 会社は、商品の現金売りダンピングや高利金融業者による高利の手形割引のほか、B 会社と Y 2 からの融資により急場を凌がざるをえない状態に追い込まれた。さらに、その後、B 会社が A 会社に対する融資を打ち切ったことから、A 会社は資金繰りに窮して支払不能に陥り、事実上倒産した。

そこで、X は、呉服類の売掛債権が回収不能となり同額の損害を被ったとして、Y 1 に対しては商法 266 条ノ 3 第 1 項の責任を追及するとともに、Y 2 に対しても、主位的請求として、Y 2 の監査役としての任務懈怠を理由とする対第三者責任を追及したうえで、予備的請求として、A 会社の親会社 B 会社の代表取締役である Y 2 は、A 会社を実質的に支配しており、同社の事実上の取締役として、商法 266 条ノ 3 第 1 項の責任を負い、仮にそうでなくとも A 会社の取締役を背後から操っていた者として、Y 1 とともに共同不法行為に基づく連帯責任を負うと主張し、その

損害賠償責任を訴求した。

【判旨】 (iii) 判決は、Y 1 について重過失による任務懈怠があったとしてその責任を認めたが、Y 2 については、A 会社が商法特例法上の小会社であって、同社の監査役 Y 2 は業務監査権限を有しないことから、監査役としては、Y 1 の任務懈怠に対する監視義務違反を理由とする責任を負う余地がないとして、X の主位的請求を棄却した。

その一方で、同判決は、(㉞) A 会社は Y 2 が代表取締役をつとめる B 会社の完全子会社であるとともに、Y 2 の亡父 M の設立した B 会社の同属的系列会社であるうえ、A 会社の存続には B 会社の信用が不可欠であったこと、また、Y 2 も個人的に A 会社に資金援助等を行い経営に関与していたこと、(㉟) Y 2 は Y 1 と相談のうえ B 会社所有の土地建物を売却しその代金をもって A 会社の銀行債務の支払いに充てていること、(㊱) Y 2 は、A 会社の監査役就任と符節を合わせるかのように、X との取引に関して、帳簿を閲覧のうえ Y 1 に対し善処を求めているほか、A 会社の主要取引銀行に対し、A 会社を相手とする手形割引の中止を申し入れたこと、そのため、A 会社は手形割引を受けられなくなって資金繰りに窮するに至ったこと等の認定事実にもとづいて、「Y 2 の言動と A 会社の経営状況の浮沈との間には密接な関係が見られるのであって、Y 2 は、A 会社の経営と相当深い関係をもっており、親会社である B 会社の代表取締役として、また、会社創設者である M の相続人で、A 会社の実質的所有者として、事実上 A 会社の業務執行を継続的に行ない、A 会社を支配していたものであって、A 会社の事実上の取締役にあたるというべきである」と説示する。その上で、同判決は、Y 2 自身も、A 会社の経営不振について危機感をもち、その帳簿類を調査したこともあるのに、単に薄利の取引であることを指摘して注意を喚起したにすぎず、その後は却って取引銀行等に対し A 会社との取引打切りを申し出ていること等の事実から、「Y 2 は、A 会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266条ノ3第1項により賠償すべき」であると判示した。

(2) 判例における事実上の主宰者概念と その有用性・認定要件

① 事実上の主宰者概念の有用性

以上がこれまで日本の下級審判例において経営指揮者の責任を認めたケースである。いずれの判決も、問題となった経営指揮者について「実質的経営者」または「事実上の取締役」という用語を用いている。他方、本稿ではとり上げていない、取締役が別会社を背後からコントロールして行う競業取引・利益相反取引について日本商法264条・265条の適用を認めた下級審判例（東京地判1981年3月26日・判例時報1015号27頁、大阪高判1990年7月18日・判例タイムズ734号218頁）では、「事実上の主宰者」という概念を用いている。両者の関係については、中村がすでに発表した論文「判例における事実上の主宰者概念の登場」⁽³⁵⁾の中で論じているので、ここでは説明の重複を避けるが、下級審判例が経営指揮者を事実上の取締役（実質的経営者）または事実上の主宰者と認定するに至った事実を比較検討してみると、第1に、その認定要件として、(ア)経営指揮が会社の経営全般か、少なくとも重要な業務執行に関して行われ、これに代表取締役または取締役全体が従っているのを常としていること、および、(イ)経営指揮を行う者が実質的に会社の支配株主であることを指摘する点で共通している⁽³⁶⁾。もっとも、(イ)の点は問題となった事案において、事実上の取締役または事実上の主宰者が支配株主であったことを確認的に述べたにすぎないものであろう。その意味では、事実上の取締役・事実上の主宰者とも、会社業務に関する通例的な指示の存在が認定されれば足りると考えられる。しかも、第2に、事実上の取締役（実質的経営者）と事実上の主宰者の捉え方を見

(35) 中村・前掲（注2）113頁以下。

(36) 中村・前掲（注2）114頁。

でも、いずれの判例も、問題となる会社の実質的な代表取締役として捉えている。このように、認定要件の点でも、法的な把握という点でも、日本の下級審判例にいう事実上の取締役と事実上の主宰者とは法律上、同内容の概念として理解することができると考えられるであろう⁽³⁷⁾。本稿で事実上の主宰者⁽³⁸⁾という語を用いるのは、日本の判例法理に対するこうした理解によるものである。

ところで、取締役の背後で経営をコントロールする会社支配者に経営責任を負わせるために、取締役概念を実質的に把握し責任規定の射程を深化させるものとして、日本の判例が経営指揮者の責任法理として形成しつつある事実上の主宰者概念については、その有用性を否定する見解が日本では比較的有力である。そうした見解に立つ論者は、まず第三者に対する責任については、日本商法266条ノ3第1項の責任の法的性質を取締役の責任強化を目的とした特殊不法行為責任であると解したうえで、取締役を指揮し行為させた経営指揮者を、民法719条2項の適用により不法行為の教唆者として取り扱い、その者には有責取締役の業務執行行為により損害を被った第三者に対して共同不法行為に基づく損害賠償責任が課されること

(37) 中村・前掲（注2）115頁。

(38) 日本の判例に見られる事実上の主宰者概念については、事実上の取締役概念の多義性という観点からこれを広義の事実上の取締役（de facto director）として説明し、事実上の取締役理論の具体化の一場面と理解する立場が日本では有力である。その代表的論者として、石山卓磨「事実上の取締役概念の多義性」石山卓磨『現代会社法・保険法の基本問題』（成文堂，1997年）91-93頁。しかし、こうした理解は、事実上の取締役理論の核心を却って曖昧なものとしかねないうえに、事の本質を見誤るおそれなしとしない。イギリスでは、韓国商法にいう背後理事、日本の判例に見られる事実上の主宰者にあたる影の取締役（shadow director）と事実上の取締役とは概念的にも機能的にも異なるとの理解が一般的である。この問題については、中村信男「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」石山卓磨ほか編『（酒巻俊雄先生古稀記念）21世紀の企業法制』（商事法務，2003年）537頁以下で、論証を試みている。日本の判例における事実上の主宰者概念は、司法における合理的・弾力的な法運用によってイギリス法上の影の取締役概念が日本法に導入されたものと理解すべきであろう。

になると主張する⁽³⁹⁾。また、会社に対する責任についても、この論者は、経営指揮者は、その指揮に従った取締役が任務懈怠により会社に損害賠償責任を負う場合は、会社の取締役に対する任用契約上の債権を侵害した者として、不法行為（債権侵害）を理由とする損害賠償責任が課せられると述べ、事実上の主宰者という取締役概念を実質化・深化させるアプローチの有用性を否定している⁽⁴⁰⁾。

しかし、第1に、事実上の主宰者アプローチの有用性を否定し、もっぱらその者の責任を不法行為責任として処理する理解は、日本商法266条ノ3第1項の責任の法的性質を不法行為責任と解する立場を前提としているため、同条の取締役の責任を不法行為責任とは異質の法定責任と理解し、不法行為関連規定の適用・類推適用を基本的に認めない判例⁽⁴¹⁾・多数説⁽⁴²⁾の立場では、責任追及に窮することになる。取締役就任その背後から経営を指揮し実質的に業務執行に関与する者についても経営責任が課されるべきと解する点にほぼ異論がないと思われるだけに、取締役の第三者に対する責任の法的性質をめぐる理解の如何にかかわらず、経営指揮者の第三者に対する責任を基礎付けることのできる理論構成が模索されるべきであろう⁽⁴³⁾。そのような観点からすれば、日本商法266条ノ3第1項に定める取締役の対第三者責任の法的性質をどのように捉えようとも、経営指揮者の責任を導くことができる事実上の主宰者概念はきわめて合理的な解釈アプローチといえるであろう⁽⁴⁴⁾。

第2に、会社に対する責任についてみても、事実上の主宰者アプローチの有用性を否定し、経営指揮者の責任を債権侵害を理由とする不法行為責任として捉えると、日本の商法では、株主代表訴訟が、法定の例外を除い

(39) 大隅健一郎「親子会社と取締役の責任」商事法務1145号41頁、45-46頁。

(40) 大隅・前掲（注39）44頁。

(41) 最大判1969年11月26日・民集23卷11号2150頁。

(42) 上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(6)』（有斐閣、1987年）302頁（龍田節）。

(43) 中村・前掲（注2）116頁。

(44) 中村・前掲（注2）116頁。

て取締役・監査役・執行役という会社機関ないし機関構成員以外の第三者に対して会社が有する損害賠償請求権の実現については提起できないとされているだけに、経営指揮者の責任が認められても、それが不問に付される（提訴懈怠）可能性が大きくなるという問題をはらむことになる。これに対し、事実上の主宰者概念を用いれば、その者の会社に対する責任の追及方法として株主代表訴訟の提起が認められることになる。韓国商法において背後理事の会社に対する責任が株主代表訴訟の対象となる旨を明記した理由が、最も責任を問われるべき者の法的責任が不問に付されることの不当性を解消することにあるとされている⁽⁴⁵⁾ことは、看過されるべきでない。殊に、日本法では、1993年の商法改正により株主代表訴訟の提訴手数料面での合理化が図られているだけに、経営指揮者を代表訴訟の被告に引き込めるアプローチの方が責任追及の効率性の点でも優れているといえよう⁽⁴⁶⁾。

② 事実上の主宰者の認定要件と立証責任

事実上の主宰者概念は経営指揮者の法的責任の追及を可能にする上で有用性が認められるが、その認定要件はどのように考えるべきであろうか。

第1に、日本の学説上は、取締役に対する通例的な経営指揮の存在に加え会社の支配株主たる地位にあることという2要件の充足を要すると解する説⁽⁴⁷⁾もあるが、問題の核心は経営指揮と責任との一致にあることから、韓国商法にいう背後理事と同様、取締役に対する業務執行の指示が認定されれば必要十分であると考えられる。前述のように、(i)ないし(iii)の各判例が、経営指揮者が会社の実質的オーナーである点に言及するのも、事実を確認的に述べたに過ぎないものというべきであろう。したがって、取締役に対する通例的な経営指揮は、前掲の諸判例の事案にもみられるように支配株主がこれを行うケースが通常であろうが、これだけに尽きるわけで

(45) 朴ほか・前掲（注9）63頁（梁承圭）。

(46) 中村・前掲（注2）116頁。

(47) 丸山秀平「東京地判1990年9月3日判批」金融・商事判例888号41頁，田中誠二『三全訂会社法詳論〔上巻〕』（勁草書房，1991年）302-303頁。

はなく、経営指揮者の地位のいかんは問題とされるべきではあるまい⁽⁴⁸⁾。韓国ではこの点について背後理事の該当者の範囲を限定的に解するか否かをめぐり学説の対立があることは前述したが、制度趣旨からみて人的範囲を特に制限すべきでないとする説が有力であり、日本でも同様に解するべきであろう。

第2に、事実上の主宰者の認定については、日本でも、取締役に対する業務執行の指揮・指示が継続的・通例的に行われていることが必要なのか、1回限りの指揮・指示があれば足りるのが問題となるが、そこでは実質的な経営の担い手としての責任が問題とされる以上、単発的に1回限りの指示があっただけでは事実上の主宰者概念は成立しないと考えられる。韓国法上の背後理事についても、同様に解されていることは前述した。

第3に、取締役に対する業務執行の通例的な指揮は、日常業務を含む経営全般について日常的に行われていることが必要か、少なくとも取締役会の決議事項に相当する重要事項についてのみ行われていれば足りるのかも問題となる。韓国での議論にあつては、この点が必ずしも明らかではないようであるが、日常業務は代表取締役その他に委ねつつも重要業務執行事項について指揮を行っている者は経営統括者の立場にあるともいえることから、事実上の主宰者と認定してよいと考えられる⁽⁴⁹⁾。韓国でも同様に解するべきであろう。

ちなみに、事実上の主宰者による業務執行の指示が取締役（代表取締役もしくは業務担当取締役または取締役全体）に対してなされることを要するかどうかについては、日本ではこれまでほとんど議論されていない。会社

(48) 中村・前掲（注2）118頁。したがって、大口債権者が債務者たる企業の経営について指揮を通例的に行っている事実があれば、事実上の主宰者としての扱いを受けることになろう。また、ベンチャー企業に対し出資に加えて経営参加を行うベンチャー・キャピタルについても、事実上の主宰者と認定される余地はあろう。

(49) 中村・前掲（注2）118頁。その意味で、(i)判決の説示は妥当といえよう。

の業務執行において権限委譲が行われ、実際の業務の担い手が執行役員や部長、課長などの使用人である場合もありうるだけに、韓国の学説が指摘するように、会社業務の指揮がなされていれば必要十分ともいえるのであって、それが必ずしも取締役に対して向けられたものであることを要しないというべきであろう。

もっとも、事実上の主宰者の認定要件を以上のように解しても、その責任を追及する会社債権者等が取締役に対する通例的な業務執行の指示の事実を立証することは現実問題として、多分に困難であろう。韓国でもその問題が指摘されていた。この点、日本の下級審判例(i)ないし(iii)のうち(i)・(ii)では、主として、自己に忠実な部下を取締役に据えているという間接事実から取締役に対する業務執行の通例的な指揮の存在を認定しているようであり、その手法は基本的に妥当なものと考えられる⁽⁵⁰⁾。韓国法上の背後理事の認定にあたっても参考に値するものといえよう。ただ、注意すべきは、こうした認定があくまで事実上の主宰者ないし背後理事の該当性の問題にとどまるものであり、そのことから直ちに指揮に伴う責任が導かれるわけではないことである。その責任を問うためには、別途、帰責要件の充足を必要とするが、この点は後述する。

(3) 事実上の主宰者の責任

① 事実上の主宰者の第三者に対する責任

事実上の主宰者との認定がなされると、その者の経営指揮に伴う責任が問題となる。まずは、判例上すでに認められている第三者に対する責任からみると、事実上の主宰者は、その通例的な指揮に従うのを常としている取締役が職務遂行に際し悪意または重大な過失による任務懈怠により第三

(50) OECD, *supra* note 3, at paras. 291, 293では、社内的地位の低い者や経験不足の者が取締役に就任する場合には、その背後で支配株主が経営を指揮しているケースが少なくないとの認識を示したうえで、会社に取り締役の背景・経歴、株主との関係等を開示させれば、そのことが、経営指揮の事実を示す間接的な証拠たりうることを指摘する。

者に損害を被らせた場合は、日本商法266条ノ3第1項にもとづき当該第三者に対し、基本的には行為取締役と連帯して損害賠償の責任を負うことになる⁵¹⁾と解するべきであろう。前掲(i)ないし(iii)の判例は、この点でいずれも妥当な結論を示していると評価できる⁽⁵¹⁾。問題は、事実上の主宰者について、正規の取締役と同様に、経営指揮を行ううえで悪意または重大な過失による任務懈怠があったことを帰責要件として必要と考えるのかどうかである。主観的要件こそ異なるものの、会社に対する責任でも同様に問題となるが、いずれにせよ、韓国における学説状況の検討からわかるように、任務懈怠を観念するかどうかはいわば言葉の問題にすぎまい。したがって、法令・定款に違反する業務執行を指示し、そのことについて悪意または重過失が事実上の主宰者に認められる場合はもちろん、具体的な法令・定款の規定に違反しないものの、その当時の状況から判断して著しく合理性を欠くような業務執行を指示し、そのことについて事実上の主宰者に悪意または重過失が認められる場合には、対第三者責任が肯定されるべきであろう。

他方、責任を追及する者としては、事実上の主宰者の指揮と損害との因果関係を立証しなければならないか。原告に具体的な業務執行の指揮の事実を立証させ、それと損害との因果関係の立証を求めると、責任追及を極めて困難ならしめるおそれがあることから、法運用上は、責任を追及する会社債権者等の原告が経営指揮の事実を立証すれば、一応は事実上の主宰者の責任を追及することができると解したうえで、事実上の主宰者とされる者が、自らの経営指揮と、損害発生を引き金となった業務執行行為との

(51) もっとも、(iii)判例が、親会社の代表取締役であり子会社の監査役でもあったY2を当該子会社の事実上の主宰者と認めたことについて、これを疑問視する見解がある。吉本健一「京都地判1992年2月5日判批」私法判例リマークス1994年〈上〉131頁。この事案では、創業者の相続人であったY2が実際には親会社・子会社の実質的オーナーとして両社の経営を一定の範囲で掌握していたのであろうから、結論としては妥当と考えるが、同判決はその点を事実認定の中で明確にしておくべきであったと思われる。

関連を否定し、かつ、経営統括者たる地位にある者として相当の措置を講じたことを立証すれば、責任を免れると解することで、バランスを図るべきものとする。これが裁判実務において受け入れられる解釈と評価されるのであれば、因果関係の立証についても責任を追及する側において行う必要があるとされている韓国商法の運用にとっても参考となろう。

② 事実上の主宰者の会社に対する責任とその追及方法等

第2に、事実上の主宰者と認定された者については、取締役に対し法令・定款に違反する業務執行を指示した場合はもちろん、具体的な法令・定款の規定に違反しないものの実行されれば取締役の注意義務・忠実義務違反を構成することとなる業務執行を指示し、それを取締役等に実行させた場合にも、過失がある限り、それにより会社が被った損害を賠償する責任を負わなければならないと解される。もっとも、このように事実上の主宰者の会社に対する責任を肯定した場合、その者と会社との間に経営指導契約等の契約関係が存在しないときは、事実上の主宰者に注意義務・忠実義務を観念することができず、したがってその責任を任務懈怠責任として構成することは理論上不可能ではないかとの疑問が生ずる。韓国の学説でも、こうした疑問から、背後理事の会社に対する責任を法定責任と構成する立場が有力であることは前述した。この点、日本の学説には、ドイツにおける事実上のコンツェルンの議論を参考に、事務管理法理にもとづいて事実上の主宰者の会社に対する義務（日民697条1項）が認められると解することで、会社に対する任務懈怠責任を基礎付けようとする説が唱えられている⁽⁵²⁾が、事実上の主宰者に会社のためにする意思を観念できるかどうか疑問なしとしない。とはいえ、通例的な経営指揮を行う事実上の主宰者を当該会社の経営機構の一部を担う者と捉え、それに相応の義務・責任を課すことで会社経営の適正化を図ろうとする立場からすれば、事実上の主宰者についても会社に対する注意義務・忠実義務が課されると解する余地が認められるのではなからうか。従来、イギリスでは、影の取締役があ

(52) 小橋一郎「京都地判1992年2月5日判批」判例評論411号209頁。

くまで制定法上の創造物 (statutory creature) であると解し、判例法上認められている取締役の注意義務・忠実義務を負わないとする説が多数説であったが、近時、影の取締役についても取締役としての受託者の義務を課すべきであるとする見解が有力化しており、最近の会社法改正作業においてもその方向での法改正 (明文化) が示唆されている⁽⁵³⁾。OECD 白書「アジアのコーポレート・ガバナンス」でも影の取締役に受託者としての義務・責任を課すべき旨を勧告している⁽⁵⁴⁾。こうした外国の立法動向等も、義務肯定の根拠となろうが、注意義務等の肯定のいかんはある意味で言葉の問題かもしれない。

ともあれ、事実上の主宰者としての認定に基づいて会社に対する責任が認められれば、その責任追及の方法として株主代表訴訟の提起が認められることになろう⁽⁵⁵⁾。韓国法がその旨を明文で規定していることは、日本法の解釈にとって参考となろう。

一方、事実上の主宰者の会社に対する責任については、総株主同意による免責 (日商266条5項) の対象となりうるか、また、株主総会特別決議等による一部免除 (日商266条7項, 12項) の対象となりうるかの問題は日本ではこれまでほとんど議論されてこなかった。韓国の学説ではこれを否定する見解が有力であるが、日本においてもこれと同様に解すべきかどうかはなお検討を要するようと思われる。

(4) 事実上の主宰者の競業避止義務・利益相反取引規制

さらに、事実上の主宰者を当該会社との関係において取締役として扱う立場からすると、その者についても競業避止義務等の各種行為規制を及ぼすべきかどうかが問題となる。事実上の主宰者が実質的な代表取締役ないし経営統括者の地位に立つものといえる以上、競業避止義務・利益相反取

(53) この点については、中村・前掲 (注38) 551頁参照。

(54) OECD, *supra* note 3, at para. 290.

(55) 中村・前掲 (注2) 120頁。

引規制の趣旨を没却させないためにも、事実上の主宰者もそうした各種行為規制の対象とするべきであろうし、報酬規制についても同様である⁽⁵⁶⁾。また、取締役の利益相反取引等については、貸借対照表等における開示規制の対象ともされているが（日商施規71条，84条，103条1項10号，107条1項10号，11号），現行法上の解釈論としても，事実上の主宰者が同様の開示規制に服するものと解するべきであろう。この点，韓国商法は，あくまで取締役の対会社責任・対第三者責任との関係でのみ背後理事を取締役とみなすと規定するにとどまるが，やや狭きにすぎよう。こうした日本法のもとでの解釈を参考に利益相反取引規制等との関係でも背後理事を取締役に準じて扱う方向で現行韓国商法の見直しが図られるべきものと考える。

4 結びに代えて——今後の日韓法制への示唆——

日韓両国とも親子会社の局面でとりわけ問題とされてきた経営指揮に伴う法的責任の問題について，韓国商法がIMFからの勧告という外圧によるとはいえ，明文の規定を設け，経営指揮者の責任の所在を法律上明らかにしたことは高く評価されてよいであろうし，日本が21世紀に相応しい会社法制を構築するうえで，韓国法に倣うべき点が少なくないと思われる。韓国の学説上は議論があるが，ともかく韓国商法が経営指揮者の責任を一種の機関責任として法定し，会社に対する責任については株主代表訴訟の対象とする旨を明記したことは，日本における解釈論・立法論の方向性を探るうえできわめて示唆に富むものであるし，日本のこの面での立法の不備を際立たせることにもなろう。韓国の学説の議論も，例えば責任免除の可否等，日本ではこれまであまり議論されなかった問題を提起するものがあり，今後の日本における学説の展開にとって参考になることは前述した。ともあれ日本においても，親子会社の局面に限定するかどうかは別と

(56) 中村・前掲（注2）120頁。

して、経営指揮者の責任を明文化すると同時に、各種行為規制の対象にも含める立法措置が講じられる必要があるものとする。

その一方で、韓国ではいまだ背後理事の責任を扱った裁判例が報告されていないだけに、現実の裁判実務において背後理事の認定とその立証、責任発生の要件等がどのように扱われるかが不明確である。この点、日本では、前述した若干の判例がすでに事実上の主宰者の責任を認めており、判例に見られる事実上の主宰者の認定事実・要件、責任発生の要件等についての説示は、今後の韓国商法の運用を考えるうえで、理論的にも実務上も示唆に富むものであろう。殊に、韓国商法の背後理事の責任追及については、原告側が業務執行にかかる指示の存在、それと損害発生との因果関係を立証することの困難が指摘され、それがひいては背後理事規制の実効性を阻害しかねないとの懸念も示されている。その意味で、日本の下級審判例の分析は韓国法の運用にとってはきわめて重要な先行ケースともいえるであろう。それだけに、本稿の成果が韓国における裁判実務に多少なりとも貢献しうるものと思われる。また、韓国商法では取締役の責任規定についてのみ背後理事を取締役として扱う立場を採用するが、日本における解釈論やイギリス会社法を参考に、背後理事の行為規制の整備を立法論として検討する必要もあるのではなかろうか。

いずれにせよ、韓国商法上の背後理事と日本の判例に登場した事実上の主宰者概念は、日韓両国において整備が遅れている結合企業規制の一つとしての展開が期待できることはすでに指摘されている⁽⁵⁷⁾。EU の近時の議論でも、結合企業における支配会社・親会社の子会社債権者・少数株主に対する責任のあり方を考えるうえで、イギリス法上の影の取締役アプローチが注目を集めている⁽⁵⁸⁾。日韓法制においても、背後理事・事実上の主

(57) 日本では、酒巻俊雄「親子会社の取締役の責任」酒巻俊雄『取締役の責任と会社支配』（成文堂、1967年）37頁、稲葉威雄『大小会社区分立法に関する諸問題』（別冊商事法務73号）（商事法務研究会、1984年）61-62頁、法制審議会商法部会「親子会社法制等に関する問題点」（1998年）第1編・第2章の4(2)など。韓国では、鄭勝旭・前掲（注8）102頁。

宰者の概念を，子会社の経営を指揮する親会社・親会社取締役の責任法理の基礎にすえる方向を模索すべきであろう。この問題の検討は日韓比較法におけるわれわれの次の課題として，他日を期したい。

*This article was supported by *the Dong-A University Research Fund in 2003*.

(58) Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, 4 November 2002, p. 97.