

# 支配株主等の法的責任と監視機能（三）\*

洪 濟 植

## 目 次

### 序 章

#### 第一編 支配株主等の法的責任

##### 第一章 問題提起

##### 第二章 支配株主等に対する法的規制の必要性

##### 第三章 支配株主等の法的責任（以上、『八戸大学紀要』三二号所収）

##### 第四章 韓国の業務執行指図人等の責任

###### 第一節 序

###### 第二節 取締役の法的責任

###### 第三節 業務執行指図人等の責任に関する法的性質

—— 九八年改正韓国商法第四〇一条の二に関する法規範論的分析

###### 第一款 業務執行指図人等の責任の立法目的

###### 第二款 諸外国の立法例

###### 第三款 韓国の業務執行指図人等の責任の主體的類型

###### 第四款 業務執行指図人等の責任の法的要件

###### 第一項 背後取締役の主観的要件

###### 一 序

###### 二 「会社に対する影響力の利用」

###### 1 影響力の概念化とその問題点

###### 2 影響力の保有者の人的範囲とその問題点

###### (1) 持株会社

###### (2) 支配会社

###### (3) 機関投資家

(i) 機関投資家の意義およびその機能

(ii) 機関投資家の経営参加方法と本条一号との関連性

(以上、『八戸大学紀要』三三号所収)

###### (4) 債権者

###### 三 取締役の業務執行への指図行為の要件

###### 1 指図行為の相手方

###### 2 指図行為の方法

###### 3 指図行為の内容

###### 第二項 無権代行取締役の主観的要件

###### 一 無権代行取締役の意義

###### 二 表見取締役との相違点

###### 三 無権代行取締役の適用範囲と法解釈上の問題点

###### 四 日本法との比較検討

###### 第三項 表見取締役の主観的要件

- 一 表見取締役の意義
- 二 立法趣旨
- 三 表見取締役の要件および用例
- 四 表見代表取締役との比較検討
- 第五款 韓国商法第四〇一条の二第一項の法的性質
  - 第一項 序
  - 第二項 責任の法的性質
    - 一 不法行為責任説
    - 二 機関責任説
    - 三 比較検討
  - 第三項 責任の内容
    - 一 損害賠償責任
    - 二 連帯責任（以上、本号）
- 第三節 取締役の第三者に対する責任
- 第四節 業務執行指図人等の責任と社外取締役との法的関係
- 第五章 事実上の取締役法理の再考察
- 第二編 支配株主等の監視機能
- 第一章 金融機関ガバナンス構造改善の必要性
- 第二章 諸外国の社外取締役制度
- 第三章 日本の社外取締役制度
- 第四章 機関投資家の役割と法的諸問題点
- 終章

## 注

### \*【追記】

「韓国商法第四〇一条の二 [業務執行指図人等の責任]

① 次の各号に掲げる者は、指図行為を行い、または執行した業務に関し、第三九九条[会社に対する責任]・四〇一条 [第三者に対する責任] および第四〇三条 [株主の代表訴訟] の適用において、これを取締役とみなす。

- 一 会社に対する自己の影響力を利用し、取締役に業務執行を指図した者
- 二 取締役の名称をもって直接に業務を執行した者
- 三 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できる権限を有するものと認められる名称を付し、会社の業務を執行した者

② 前項の規定において、会社または第三者に対し、損害を賠償すべき責任を負う取締役は、前項の各号に規定された者と連帯してその責任を負う。（本条新設 1998.12）」韓国法制処総合法令情報センター（<http://www.klaw.go.kr>）現行法令参照。

（拙稿）「支配株主等の法的責任と監視機能（一）（二）（三）」の研究内容の一部につき、「会社経営への影響力行使者の法的責任に関する一考察」という題名で平成一九年三月二七日・二八日南山大学法科大学院にて開かれた関西企業法研究会において中間報告の形で発表を行い、同研究会にご参加なさった諸先生方から多くのご教示をいただいた。

同研究会においてご報告を申し上げる以前、私は大阪市立大学大学院法学研究科修士課程に在学した際の恩師藤田勝利教授（現、近畿大学ロースクール）には、「影響力の保有者の人的範囲と関連しては「持株会社」または「支配会社」の責任をどう捉えるかが重要な論点となる」、という貴重なご教示をいただいた。また本研究テーマの一部について、同博士課程在学中にゼミ報告を申

し上げた際、恩師北村雅史教授（現、京都大学ロースクール）には、「韓国商法においても日本法と同様に表見代表取締役の責任規定が設けられているにもかかわらず、表見取締役制度を立法化する趣旨は何か、また両制度の相違点は何かについて比較分析を行う必要がある」、というご指摘などをいただくとともに、本研究の構成の細部にわたり、丁寧なご指導をいただいたことに思いを馳せる。

関西企業法研究会でのご報告を終了後、質疑応答の時間において、岸田雅雄教授（早稲田大学大学院ファイナンス研究科）から、「日本においては、事実上の取締役の責任を立法化することに対し、経済的または法的観点に鑑みると、まだ多くの困難な側面が存する」ということについてご教示をいただいた。また、吉井敦子教授（大阪市立大学大学院ロースクール）からは「支配株主の法的責任と株主有限責任の原則との関係をどのように捉えているのか」という議論すべき中心課題についてのご質問を受けるとともに、貴重なご教示をもいただいた。

そして早川勝教授（同志社大学ロースクール）には、「韓国商法第四〇一条の二の内容については関連箇所而言及はしているものの、なるべく条文内容を一括して提示した方が拙稿を参考する者には分かりやすい」、というお言葉をいただいた。それだけでなく、早川勝先生からは、同志社大学法科大学院第七回国際シンポジウム「TOBにおける武器の対等化」、および同第八回国際シンポジウム「日中韓における現代会社法の課題」（文部科学省法科大学院等専門職大学院教育推進プログラム）において、「韓国における敵対的 M&A と経営権防御制度に関する一考察」、ならびに「韓国における公開買付規制とその問題点について」という題名でのご報告の機会をいただくとともに、企業結合法における多くの問題点についてもご指導を頂戴した。

さらに本研究の第二編（未完）と関連しては、高橋英治教授（大阪市立大学ロースクール）には、拙稿“Changing Structures in Korean Corporate Governance; a review of recent legislation affecting Boards of Directors” *The Journal of Interdisciplinary Economics*, 2006, Vol. 17 を執筆する際に、草稿の段階から脱稿にいたるまで丁寧なご指導をいただいた。欧文論文の校正段階においては渡辺活教授（八戸大学英語担当）と、オーストラリア出身の Mr. IANN [釜山広域市元本部長洪完植氏（現、二〇〇八年開催第四回世界社会体育大会組織委員会事務総長）のご紹介をいただいた] のご協力を得た。諸先生方にこの紙面を借りてお礼を申し上げたい。

最後に、八戸大学に着任する直前に教育・研究に臨む緊張を解すことができなかつた私は、小柿徳武（大阪市立大学ロースクール）先生より、教育・研究に向けての激励のお言葉を賜った。その後、教育準備と講義などを行うことに精一杯だった私は、研究計画のとおり研究が捗らなくなり、小柿徳武先生に研究成果のご報告を申し上げる時点までにはまだ至っていないように思う。先生のお言葉を忘れず、なおかつ諸先生方のご教示を念頭に置きながら、論文を最後まで完成すべく、踏ん張って研究に取り組みさせていただくとともに、研究成果のご報告を申し上げてご教示・ご指導をいただけるよう、頑張っていく所存である。

#### (4) 債権者

前述のとおり、支配株主等が会社経営に対する事実上の影響力を行使する方法としては、議決権のある支配株式を通じて株式会社(以下、「会社」という)経営に関与することが一般的であるが、その他にも企業集団の企業系列化における各種取引の業態に鑑みると、① 親会社が支配契約に基づいて子会社の経営に関与する方法<sup>1</sup>、ならびに② 親会社の役員派遣によって系列子会社や関係会社の経営に関与する方法<sup>2</sup>、および③ 親会社(母体企業=大企業)と系列子会社(下請企業=中小企業)や関係会社との間における各種取引の需給関係の優劣により、下請会社や関係会社の経営に関与する(いわゆる下請管理)方法などが挙げられる<sup>3</sup>。

かかる支配株式の保有、または支配契約の締結、もしくは役員派遣などによって他の会社の経営に関与する方法があるが、これ以外にも例えば企業集団の中核として系列会社や関係会社の株式を所有している大株主としての金融機関は、系列融資・協調融資を行う債権者として債務者(借り手企業である系列会社や関係会社等)に対する優越的地位を濫用することにより、借り手企業の経営に関与することも想定できよう<sup>4</sup>。

周知のように債権の意味とは、民法上、「特定の者に対し、一定の行為を請求することができる権利」であると解されており、民法の定める債権の発生原因としては、① 契約、② 事務管理、③ 不当行為、④ 不法行為が挙げられるが<sup>5</sup>、会社における債権発生の主たる原因は会社内部または外部間の各種契約によって発生する場合が多い。

会社の本質上、会社は会社成立後に会社経営の合理化を図るとともに、企業規模の拡大をねらい、株式や社債を発行し、募集する等の多様な方法を通じて資金調達を行う<sup>6</sup>。かかる社外からの資金調達における契約関係では、株主または社債権者は会社に対し、一定の行為を請求す

ることができる権利(社員権・金銭債権)を有し、とりわけ債権者の債権規模が大きい場合には債務を弁済すべき義務を負う取引先企業の経営に対して事実上の影響力を行使できるともいえよう。

会社法上、かかる債権者として、企業内部においては株主、会社の役員・使用人等のような多様な利害関係者を想定できるが、これらの者以外にも企業が企画した事業を戦略的に遂行していくために必要とする事業資金の貸付けを行う銀行等の金融機関、または会社が発行する社債券を有する社債権者、もしくは会社が経営戦略に基づいて各種サービスや生産用品等を生産するために必要とする原材料等を供給する者、もしくは会社が経営の効率性を高めるべく、戦略的提携を積極的に推し進める場合に必要とする事業資金の提供を行う者等も会社に対する債権者として存する。

かかる債権者は、例えば会社に貸し付ける事業資金等の対価として、元本や利息を回収するための債権を有し、債権行使の安全性を確保すべく、契約上債務者の所有物に抵当権の設定を受けるなど、債務者が債務不履行に陥ったときの対応策として様々な保護条項を契約書に盛り込むのが一般的であろう。

ところが、例えば債務者である会社の経営実績が悪化されることにより、債権を回収することが非常に困難な場合には、債権者は債権者保護手続によって当該会社の業務執行に対しての諸々の権限行使が可能であり、場合によっては債権を取り立てるべく、当該会社の破産または解散を強要し、または株主とともに当該会社の整理計画へ参加するなどの方法をもって当該会社の運営・管理に本格的に介入するか、もしくは少なくとも当該会社の経営に大きな影響力を及ぼすことができる法的地位を有するものと考えられる。

ここで問題とすべき点は、会社法の定める合法的な手続によって債権を行使するところにあるのではなく、例えば金融機関等のような債権

者が事業資金融資上の優越的地位を利用して借り手企業の経営に介入し、または影響を与えることにより、会社または第三者の利益を侵害するおそれのあるケースである。

この点につき、会社の経営に対する債権者の影響力行使は、韓国商法の定める四〇一条の二〔業務執行指図人等の責任〕の適用対象となるかどうか問題となる。この問題に対し、学説における見解では否定説と適用可能説とに分かれている。

まず否定説の立場によると、例えば金融機関等のように事業資金融資上の優越的地位から借り手企業の経営に対して影響力を行使する者は、資金提供の契約の本旨に従って正当な権利を行使することにと止まるから、たとい債権者の権限行使により会社または第三者の損害が生じる場合であっても、韓国商法四〇一条の二第一項の定める業務執行指図人等の責任に関する規定は、支配株主等が法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行に対する指図を行うか、または執行した業務に関して取締役に関する責任規定を適用することを要件としているので、債権者等の正当な影響力の行使の場合は、本条の対象外であると解している<sup>7</sup>。

すなわち、本条第一項一号の定める背後取締役の責任を追及するための規定を設けた立法趣旨は、企業集団（財閥）の会社経営における支配株主等の事実上の影響力行使を抑制することを念頭に置いて定めた規定であり、金融機関または労働組合もしくは下請業者に対する母体企業の権限行使のような場合には、社外からの正当な手段に基づいて影響力を行使することに過ぎないから、背後取締役としての責任追及に困難な側面があると考えられる<sup>8</sup>。

したがって、債権者等の影響力行使により、会社または第三者に損害が生じた場合には、会社法上当該会社の法律上取締役等の業務執行（関与）者に対する責任追及を行うか、または民法上の不法行為に基づく責任追及を行えば、十分であると解されている<sup>9</sup>。

その次に否定説では、韓国商法四〇一条の二第一項一号における法解釈上の危険要素についての問題点を指摘している。ちなみに、企業の経済活動に深くかかわる行政官庁が大統領令に基づいて会社経営に対し事実上の影響力を行使した場合の責任追及の要件が明白でないので、場合によっては本条の拡大解釈によって行政官庁の経営関与公務員に対してもその責任の追及が可能ではないかと、法解釈上の問題点を提起している<sup>10</sup>。

これに対し、上記の事例においても韓国商法四〇一条の二第一項の定める業務執行指図人等の責任に関する規定を適用することが可能であるとする適用説では、業務執行指図人等の経営関与行為を規制する立法趣旨は支配株主等の会社経営に対する事実上の影響力行使を抑制し、企業の経営透明性を確保することにあるということ認めつつ、他方では法解釈上「会社の債権者または継続的な取引関係において優越的地位を有する者」の場合においても、会社経営に対する影響力の行使者として本条の対象となりうると解している。

さらに適用説では、公法の観点から、政治的または行政的優越な法的地位を有する者に対しても、会社経営に対する影響力を行使しうる者として捉えたうえで、その責任を追及することも可能であるとの意見を提示している<sup>11</sup>。

けだし、会社に対して債権を有する者は、契約の本旨に従い、会社の外部から会社経営にかかわる特定の業務執行に対して債権回収のための影響力の行使も可能であると考えられる。しかし、一般的には会社経営とのかかわりにおいて影響力を行使するのではなく、契約締結により発生する法的権利である債権を回収する一環として正当な権限を行使するにすぎず、会社経営に対して債権に基づく影響力を行使して自己の利益を追求するためのものではないと解される。

しかも、かかる債権者の権限行使の目的は、債権の回収にあり、債権回収のための権限行使も

持続的かつ反復的に行われるものとは考え難いので、債権行使により会社または第三者に損害が発生した場合には、① 民法上の契約責任、② 不法行為責任、③ 法律上取締役等の業務執行（関与）者の義務違反に基づく責任追及で紛争解決を図ることが十分可能であると考えられる。

したがって、私見としては、韓国商法四〇一条の二第一項一号に関する法解釈上、背後取締役の責任を追及するための適用範囲としては、法的安定性を確保するためにも会社経営にかかわる業務執行との関連において拘束力のある指図行為を行うものでなければならず、かつかかる指図行為は会社経営に対して自己の私利を図るべく、会社の法律上取締役等の業務執行（関与）者に対して持続的に事実上の影響力を行使する場合に限定すべきであると思われるので、債権者等の権限行使による損害発生に対しては、本条の適用を避けるべきではないかと思われる。

### 三 取締役の業務執行への指図行為の要件

韓国商法第四〇一条の二第一項一号は、法律上会社経営を担う者が行う業務執行行為を規制するための規定ではなく、支配株主等のように会社経営に対して事実上の影響力を有する者が法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行に対し、自己の私利を図るべく、「指図」を行った場合には取締役としての職務を遂行したものとみなしたうえで、その経営責任を追及しようとする規定である<sup>12</sup>。

いわゆる背後取締役の経営責任を追及するためには、法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行行為にかかわる指図行為の法的要件が問題となる。そこで、以下では、背後取締役の経営責任を追及するための前提条件となる指図行為の法的要件につき、指図行為の① 相手方、② 方法、③ 内容の順に沿って検討を進めることとする。

## 1 指図行為の相手方

韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める背後取締役とは、例えば支配株主または一人株主のように取締役でない者が「会社に対する自己の影響力を利用して取締役の業務執行に対して指図を行った」場合を示すものと解されている<sup>13</sup>。すなわち、背後取締役は、① 会社経営に対する自己の事実上の影響力の利用、および② 会社の取締役に対する業務執行の指図行為というふたつの要件を充たした者をいう<sup>14</sup>。

しかし、指図行為の相手方に関する法的問題点としては、業務執行指図人が取締役以外の登記していない役員、または支配人もしくはその他の使用人が行う職務遂行に対しても指図行為を行った場合にも、背後取締役に関する責任の主体となり得るかが問題となる<sup>15</sup>。

ただし、法文上における指図行為の相手方は、取締役となっているが会社の業務執行に対する組織体系に鑑みると、法的な指揮体系および監督体系により指図行為が行なわれるのが一般的であろう。

したがって、会社における業務執行の指揮体系に鑑みると、指図行為の相手方の主体範囲としては、取締役のみに限定するのではなく、その指揮・監督の下にある者（例えば、部長、課長などのように会社の事業にかかわる使用人）に対する指図行為をも含むべきであるとみるのが妥当ではないかと思われる<sup>16</sup>。

## 2 指図行為の方法

背後取締役の責任に関する法的要件を充たすためには、支配株主等のように事実上の影響力を有する者が、取締役の会社の業務執行につき、その背後から指図行為を行うことを要する<sup>17</sup>。

しかし、上記のような明白な指図行為のみでなく、会社経営に対して専門的領域における助言や勧告を行なう場合には、背後取締役の責任を構成する主観的要件に該当するかどうかが問

題となる。

背後取締役の経営関与行為を規制する法的趣旨は、取締役でない者の経営関与行為によって発生する損害について、取締役の責任を準用せしめるところにその法的評価のねらいがあるので、その認定要件は厳格に解釈すべきであると考えられる。例えば、一九八五年イギリス会社法第七四一条第二項の但し書においても、弁護士や会計士などのような専門的資格を有する者がその専門的な知識に基づいて正当な目的をもって会社経営に関与した場合には、背後取締役として認定していない<sup>18</sup>。

したがって、「指図行為の方法」に属するカテゴリーとしては、① 指図行為、② 業務執行に関する命令、③ すでに企画された法律上取締役等の業務執行（関与）者の経営判断を覆すような強力な勧告に限定すべきであり、会社の経営諮問などに応じて消極的に自己の経営専門的な意見を経営陣に表明した場合のようなところまで、責任の範囲を拡大することは企業組織法上の安定性を害するようと思われる<sup>19</sup>。

ただし、背後取締役の責任に関する法解釈の拡張問題においては、たとい会社経営に対して行われた助言や勧告などの場合であっても、会社の業務執行についての法律上取締役等の業務執行（関与）者の職務範囲を拘束できる強制性を有するような例外的な場合には、法文解釈の拡張により指図行為として認めるだけの余地はあるのではないかと考えられる。すなわち、背後取締役の指図行為の方法における制限はないと解されるが、法律上取締役等の業務執行（関与）者の職務遂行に対して強制性を有する指図行為であるかどうかをもって「指図行為の方法」の判断基準とすべきであろう。

また、背後取締役の指図行為は、法律上取締役等の業務執行（関与）者に対して必ず直接的な方法により行う必要はなく、たとい間接的または迂回的方法により行う場合であっても指図行為に該当すると解されている<sup>20</sup>。さらに背後取締役の指図行為は、明白な意思表示による

必要はなく、黙示的な意思表示による指図行為の場合にも認められるとの意見がある<sup>21</sup>。

### 3 指図行為の内容

背後取締役が行う指図行為の内容は、会社の取締役が担う「業務執行」に対して行うものでなければならない。そこで、本条第一項一号でいう「業務執行」の概念に関する法文解釈を明白にする必要がある。

ここでいう「業務執行」とは、会社または第三者の利害関係に影響を及ぼす事業上または事業外のすべての経営活動を示すものと考えられるので、事業とかかわる法律行為以外にも、例えば会計作成、経営管理、商品管理などのように会社経営にかかわる事実行為をも含むものと解されている<sup>22</sup>。

さらに、契約締結のような新たな法律関係の形成に関する事項のみでなく、契約履行にかかわる指図を行う場合にも「業務執行」に対する指図行為の内容に該当するかどうかが問題となる<sup>23</sup>。けだし、本条第一項一号でいう取締役が行う「業務執行」の範囲は、会社の目的を達成すべく、会社の事業活動にかかわるすべての業務と把握すべきであると考えられるので<sup>24</sup>、社内および社外における会社の事業活動と関連のある法律行為だけでなく、事実行為（例えば、会社が提供するサービスや生産用品に必要な原材料等の供給）をも業務執行の範囲に含むべきであろう<sup>25</sup>。

ところで、本条第一項一号でいう「業務執行」それ自体を指すものではないが、会社の基本的事項を変更せしめる法律行為——例えば、① 定款の変更、② 企業組織の再編行為（組織変更、合併、会社分割、株式交換および株式移転）、③ 事業譲渡（事業の重要な一部の譲渡、または事業の全部の譲受け、および業務委託）等——も「業務執行」という範囲に含まれるかどうか問題となる<sup>26</sup>。

この点につき、例えば会社の経営に対して事

実上の影響力を有する支配株主等が、会社の基本的事項を変更せしめる法律行為を行うことにより、非支配株主または少数派株主の利益を犠牲にして不当な利益を得るような場合が多く存することに鑑みると、支配株主等によるこれらの法律行為に対しても「業務執行」に準じてその責任を問うべきであるとの意見がある<sup>27</sup>。

かかる見解に対して、会社の基本的事項を変更せしめる法律行為は、株主総会の特別決議によるものであり、法律上取締役等の業務執行(関与)者の独自の経営判断に基づいてなされる法律行為ではないがゆえに、本条第一項一号でいう「業務執行」の範囲に属する行為とみるのは妥当な考えではないと反論する意見も示されている。ちなみに、かかる反対意見によれば、支配株主等が会社の基本的事項を変更せしめる法律行為により、自己の不当な利益を図った結果、被支配株主または少数派株主に損失を与えた場合には、支配株主等の権限濫用行為または支配株主の忠実義務違反等の法理に基づいて解決すべきであると、主張している<sup>28</sup>。

けだし、会社の基本的事項を変更せしめる法律行為は、株主総会の特別決議を要するものであり、確かに法律上取締役等の業務執行(関与)者の独自の経営判断により定款変更等の基本的事項を変更できるものとは考えにくい。しかし、企業ガバナンス構造上、支配株主等(法人株主を含む)が法律上取締役等の業務執行(関与)者の経営判断に対して事実上の影響力を行使し、会社の基本的事項を変更せしめることにより、自己の不当な利益を図ることを阻止できる会社法上の法的枠組みが存していない以上、一概に現行法理の文理解釈に偏って判断すべきものではないように思われる。

したがって、支配株主等の会社の基本的事項を変更せしめる法律行為が本条第一項一号でいう「業務執行」行為に該当するかどうかで判断するよりも、支配株主等の権限濫用行為を抑制せしめるべく、明確な判断基準についての立法措置を取ることが望ましい。

また株主の社員権のうちで重要な権利として、株主総会における議決権行使が挙げられるが、たとい支配株主が株主総会で議決権行使を通じて法律上取締役等の業務執行(関与)者に対して間接的な影響力を行使する場合にも、本条第一項一号でいう指図行為の内容に該当するかどうか問題となる。

この問題は、とりわけ定款変更を通じて取締役会または代表取締役の法定権限以外の決定事項を株主総会の決議事項として委譲した後、株主総会の決議を通じて間接的に会社経営に関与する場合には、問題となりうるであろう。ただし、議決権行使を通じての影響力行使の場合は、かかる法律行為が法令・定款に違反し、または決議内容に瑕疵があれば、問題となりうる。しかし、支配株主が会社の基本的事項を変更せしめる法律行為を通じて不当な利益を得た場合には、支配株主の非支配株主または少数派株主に対する忠実義務の法理や議決権濫用などに対応する諸規定(例えば決議取消または無効の訴え、反対株主の株式買取請求権など)によっても十分に解決できるように思われる。

したがって、この場合においては背後取締役の責任規定を適用することによって問題解決を図ることにつき肯定的にみる見解もみられるが、議決権行使は社員権の行使であるがゆえに、支配株主によるこれらの行為は法律上取締役等の業務執行(関与)者が行う業務執行への「指図行為」の内容には該当しないものとみるべきではなからうか。

その次に法解釈論上、本条第一項一号でいう法律上取締役等の業務執行(関与)者が遂行する「業務執行」への指図行為が通常の業務関係により派生することを要するものなのかどうかについても問題となる。

この点につき、一九八五年イギリス会社法七四一条第二項によれば、背後取締役の要件のうちで指図行為は通例的かつ慣行的なものであるべきとされているが<sup>29</sup>、韓国商法第四〇一条の二においては「…指図行為を行い、または執

行した業務に関して…」と規定されているところに鑑みると、背後取締役の指図行為が継続的に行われてきた慣行的な経営関与行為であるかどうかについて、明確な要件を示していない。

それゆえ、たとい支配株主等が法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行に対し慣行的経営関与行為として指図を行う場合であっても、本条第一項一号でいう「当該業務執行」に対する指図行為がない場合には、文理解釈上背

後取締役の責任を追及し切れない場面も想定できよう。しかし、かかる問題点においては、法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行に対する指図につき、慣行的経営関与行為の一環として行なわれ、しかも継続的かつ通常のものとして一般的に判断される場合に限って、当該業務執行に対する指図行為があったものと認定しても差し支えないように思われる。

## 注

1. 韓国商法四〇一条の二の定める業務執行指図人等（いわゆる事実上の取締役）の責任に関する規定は、韓国的企業がバナンス構造の問題点を改善すべく、導入された法制度である。とくに、企業集団における支配株主等（個人の支配株主やその側近経営陣）の権限を抑制し、企業経営の透明性や経営責任の明確性を高めることが立法趣旨であったといわれる。  
しかし前述のとおり、持株会社の許容などにより、支配会社（親会社＝法人株主）、または支配会社における代表取締役、もしくは支配会社における法人支配株主が、本稿において検討する① 背後取締役（＝業務執行指図人）、② 無権代行取締役（①の業務執行指図人と②を併せて、いわゆる「背後取締役」と呼ぶ場合もあるが、本稿では両方を使い分ける）、③ 表見取締役に該当するかどうかの問題となる。  
けだし日本と同様に、韓国現代資本制社会においても「法人資本主義」へと急速に変化しつつあり、被支配会社（＝子会社）等における利害関係者の損害につき支配会社の代表取締役の責任を認めるべきかどうかの問題は、今後の重要な立法課題として残っており、明確な判断基準を設けるのが望ましい（例えば、ドイツ株式法三一七条〔支配的企業およびその法定代理人の責任〕第三項では、支配企業とその法定代理人の連帯責任を科している）鄭勝旭「大企業における事実上の取締役の責任とその限界」（韓国語）上場協（秋季号）六頁（一九九八年）、関俊彦『会社法概論（新訂版）』七一～九六頁（商事法務、二〇〇四年）、慶応義塾大学商法研究会訳『西独株式法』四九六頁（慶応義塾大学法学研究会、一九七六年）参照。
2. 龍田節『会社法（第一〇版）』四三四～四三七頁（有斐閣、二〇〇五年）、奥村宏『会社本位主義は崩れるか』五九～六九頁（岩波新書、一九九二年）参照。
3. 前掲（注2）、（拙稿）「支配株主等の法的責任と監視機能（二）」八戸大学紀要第三三号八四頁参照。
4. 奥村宏『法人資本主義の構造（新版）』一四八～一五〇頁（社会思想社、一九九三年）参照。銀行を始めとする金融機関が融資を背景にして借り手企業に対して行う各種要請等の実態とその問題点（例えば、借り手企業の事業活動への関与、関連会社等との取引の強要、競争者との取引の制限など）については、「金融機関と企業との取引慣行に関する調査報告書（概要）」二頁以下（公正取引委員会、二〇〇六年）参照。
5. 内田貴『民法Ⅲ（第三版）債権総論・担保物権』四頁（二〇〇六年、東京大学出版会）。
6. 江頭憲治郎『株式会社法』六三一頁（二〇〇六年、有斐閣）参照。
7. 孫珠瓚『商法（上）第一〇訂増補版』（韓国語）八五六頁（博英社、二〇〇〇年）参照。
8. 鄭東潤『会社法』（韓国語）四五八頁（法文社、二〇〇〇年）参照。
9. 崔基元『新会社法論（改正商法）第一〇大訂版』（韓国語）六三二頁（博英社、二〇〇〇年）参照。

10. 例えば、証券政策の遂行上、証券市場の活性化を図るべく、担当行政庁である金融監督委員会が証券投資信託会社に対して大量の株式の買い集めを強力的に勧誘したことにより、当該会社に多大な損害が発生した場合にも、本条の法文理解釈を拡大すれば、法理論上では適用可能であると指摘している。李哲松『会社法講義第八版（二〇〇〇年施行改正商法）』（韓国語）六〇二頁（博英社、二〇〇〇年）参照。
11. 李・前掲（注10）六〇一頁参照。ただし、韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める法文では、適用要件を「会社」に対する影響力の行使と定めているので、例えば「取締役の個人的な債権者が当該取締役に一定の業務執行を強要する場合など」のように法律上取締役等の業務執行（関与）者との私的な利害関係に基づく影響力の行使の場合には、本条の適用外であると解している。
12. 林泓根『会社法』五二九頁（法文社、二〇〇〇年）参照。
13. 孫・前掲（注7）八五五頁参照。
14. 崔・前掲（注9）六三二頁，李・前掲（注10）六〇一頁，鄭・前掲（注8）四五八頁参照。
15. 孫・前掲（注7）八五七頁，鄭勝旭「業務執行指図人の責任」商事法研究第一七巻二号二七八～二七九頁（一九八八年）参照。
16. ドイツ株式法一一七条第一項によれば、指図行為の相手方に関しては、取締役会の構成メンバーである取締役以外にも、監査役会の構成メンバーである監査役ならびに支配人および使用人に対する影響力の行使をも含むと定めている。（拙稿）「支配株主等の法的責任と監視機能（三）」八戸大学紀要第三三号八八頁（注63）（二〇〇六年）参照。
17. 孫・前掲（注7）八五七頁参照。
18. SEC.741(2) [“Shadow director”] In relation to a company, “shadow director” means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.  
However, a person is not deemed a shadow director by reason only that the directors act on advice given by him in a professional capacity. See J.H Farrar & B.M Hannign “*Farrar’s Company Law*” (4<sup>th</sup> ed, 1998), at 337, L.C.B Gower “*Principles of Modern Company Law*” (5<sup>th</sup> ed, 1992) at 143-144, Brenda Hannigan “*Company Law*” (Lexis, 2003), at 141, Geoffrey Morse “*Company Law*” (5<sup>th</sup> ed, 1995) at 313-314.
19. 崔・前掲（注9）六三三頁参照。
20. 前掲（注19）参照。
21. 孫・前掲（注7）八五七頁参照。
22. 崔基元『商法学新論（上）（第九全訂増補版）』七九五頁（博英社、一九九八年）参照。
23. 前掲（注21）参照。
24. 例えば、支配株主等が法律上取締役等の業務執行（関与）者に対し、「業務執行」にかかわる不法行為の指図を行った場合にはいうまでもないが、法形式上の適法な指図行為の場合にも、業務執行にかかわる指図行為の内容に含まれると考える。前掲（注23）参照。
25. 前掲（注24）参照。
26. 前掲（注19）参照。
27. 前掲（注19）参照。
28. 鄭・前掲（注8）四五九頁参照。
29. “A Key requirement, and one of most difficult to establish, is that in heading (iv) above, of ‘accustomed so to act’. The directors must act on the directions or instructions of the shadow director as a matter of regular practice over a period of time and as a regular course of conduct.” See J.H Farrar & B.M Hannign supra note 18.

## 第二項 無権代行取締役の主観的要件

### 一 無権代行取締役の意義

韓国商法第四〇一条の二第一項二号では、取締役の名義をもって会社の業務を直接に執行した者である「無権代行取締役」の業務執行行為を規制している<sup>30</sup>。

ここでいう無権代行取締役とは、特定の者（例えば、支配株主〔controlling shareholders〕）が名目上の取締役（dummy director）を選任して置き、名目上の取締役の名義をもって会社の業務を代わりに執行する者をいう<sup>31</sup>。すなわち、支配株主等のように取締役ではないが、法的地位を有する名目上の取締役の名義をもって会社の業務を執行するところから、無権代行取締役とも呼ばれているわけである<sup>32</sup>。

前述のように韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める「背後取締役（shadow director）」の立法趣旨は、法律上会社の業務執行の主体として、かつ実務においても会社の事業活動を行っている法律上取締役等の業務執行（関与）者への指図行為を通じて間接的に会社経営にかかわる行為を規制するところにあるのに対し、本条第一項二号の定める無権代行取締役のねらいは、取締役でない者が名目上の取締役の名義をもって直接に会社経営に携わることを抑制することにあると推察される<sup>33</sup>。

### 二 表見取締役との相違点

本条第一項二号の定める無権代行取締役に関する規定は、例えば支配株主等が取締役の名義をもって直接に業務執行を行うというところにおいて本条第一項一号の定める背後取締役が法律上取締役等の業務執行（関与）者への指図行為を行うことと対比される。かかる無権代行取締役の業務執行行為においては、会社経営にかかわる業務執行を行った者とその名義人が一致

していない。

これに対して本条第一項三号の定める表見取締役に対比してみると、表見取締役は例えば名誉会長・会長・社長等のように会社の業務を執行できる権限のあるものと認められる名称を用いるとともに、実際に業務執行を行う場合であるので、業務執行を行った者とその名義人が同一の者として一致しているところが後述する表見取締役と異なる<sup>34</sup>。

韓国的企業ガバナンス構造上、大企業では支配株主がその側近経営陣である法律上取締役等の業務執行（関与）者の経営行為に対して指図を行い、会社経営を実際に指揮する場合が一般的であるといわれるが、中小企業の場合には支配株主が名目上の取締役の名義をもって直接に会社経営を行う場合が多くみられるので、中小企業においても会社経営の透明性を確保する必要性があることから、無権代行取締役の業務執行行為を規制したものではないかと推察される<sup>35</sup>。

## 三 無権代行取締役の適用範囲と法解釈上の問題点

本条第一項二号の定める無権代行取締役に関する規定は、適法な取締役ではないが、取締役の名義をもって実際に業務執行を行う者に対しても適用できると認識している見方もある。

すなわち、かかる無権代行取締役と関連しては、「登記簿上の取締役」の責任が比較的論点として提示されている<sup>36</sup>。ちなみに、① 株主総会における取締役としての選任決議は存しないが、取締役として登記されることを承諾した者、② 辞任後もなお積極的に取締役として会社経営にかかわる業務執行行為をあえてしたか、または不実の登記を残存させることにつき登記申請権者に明示的な承諾を与えることにより、取締役としての辞任登記を未了した者、③ 株主総会における選任決議をもって取締役として選

任されたが、後日、無効または取消判決が確定された者が行った会社の業務執行行為に対しても、無権代行取締役に対する責任規定が適用されるとの見解がある<sup>37</sup>。

①・②でいういわゆる「登記簿上の取締役」は、日本においては昭和四七年最高裁の判決を機に古くから論じられてきた論点である<sup>38</sup>。登記簿上の取締役とは、不実の取締役就任登記の出現に加功した者または辞任登記を未了した者であり、法解釈上、不実の登記を信頼し取引を行った善意の第三者を保護する観点から、登記簿上の取締役は韓国商法三九条〔不実の登記〕<sup>39</sup>の類推適用により、不実の登記による取締役であることをもって善意の第三者に対抗できないと解されうる。日本の下級審判例では、登記簿上の取締役は正規の取締役ではないが、何らかの意味で登記簿上の取締役としての経営関与行為を認定したうえで、善意の第三者に対する責任を認めた判例が三件ほど存する<sup>40</sup>。

しかるに、登記簿上の取締役による業務執行関与行為によって第三者が損害を被った場合にも無権代行取締役の責任に関する規定の適用が可能であると類推的に解する実益は何だろうか。

けだし外観保護法理に基づく不実の登記の法的効力に関する規定は、不実の登記を信頼した善意の第三者に限定し、取引の安全性を高めるところにそのねらいがあると考えられる<sup>41</sup>。ところが、韓国商法において登記簿上の取締役の業務執行に対しても無権代行取締役の責任規定を適用し、外観保護法理を拡張解釈しようとするのは、韓国の中小企業ガバナンス構造上、不実の登記を信頼した第三者をより厚く保護する必要性が求められるからであろう<sup>42</sup>。

しかしながら、①と②のようなケースにおける不実の登記へ取引上の信頼を寄せた善意の第三者を保護すべきであるという法形式上の解釈に鑑みると、韓国商法四〇一条の二第一項二号の定める無権代行取締役の適用問題につき、登記申請権者である当該会社が登記事項の不実

であることをもって悪意の第三者には対抗できると反対に解されうることに比べれば、不実の登記に加功した登記簿上の取締役であるという法形式上の外観のみを根拠にして、悪意の第三者にも外観保護規定の拡張解釈により保護を図るということは、法衡平上、合理的な判断であるとはいい難い側面がある。

さらに③の場合につき、無権代行取締役の責任規定をもって解決しようとするねらいは、韓国における中小企業のガバナンス実態上、企業の実質的な所有者が名目上の取締役を選任する代わりに、会社経営に関する実質的な経営権限の行使は実質的な企業所有者である支配株主等が行うにもかかわらず、業務執行に対する法的責任を負わないという従来の問題点を是正し、中小企業においても経営責任の体制を構築することにより、経営の透明性を確保するところにある。

ちなみに、従来韓国の小規模閉鎖的会社においては、例えば企業組織法上経営権限のない支配株主が手元に保管している名目上の取締役の印鑑を用いて直接に業務執行を行う取引慣行が多く存するといわれてきた。

そこで、かかる中小企業における支配株主の業務執行により、会社または第三者に損害が生じた場合には、当該支配株主を無権代行取締役とみなしたうえで、その責任を追及することにより、中小企業における経営責任の所在を明確にするとともに、中小企業経営の健全性を高めようとしたものと推察される<sup>43</sup>。

#### 四 日本法との比較検討

①および②のケースは、日本においても「表見取締役」または「登記簿上の取締役」と称され、事実上の取締役法理の一環として論じられてきたものである<sup>44</sup>。表見取締役は、取締役としての責任を負うべきなのか、負うとするならばその法的根拠は如何なる法理論をもって構成すべきであろうか。

この点につき、表見的取締役は適法な取締役ではないがゆえに、取締役としての責任は負わないといえるが、登記簿上における取締役としての外観を有するため、取引における善意の第三者を保護すべく、表見的取締役も取締役としての責任を負わせる必要があると判断した日本の判例理論（外観保護法理）を学説においても肯定する見解が多い<sup>45</sup>。

したがって、登記申請権者である当該会社が不実な登記を理由にして善意の第三者に対抗できないのと同じように、不実の登記に加功した者も日本会社法九〇八条第二項〔不実な事項の登記に関する効力〕の類推適用により、善意の第三者に対抗できない結果、日本会社法四二九条第一項〔役員等の第三者に対する損害賠償責任〕、および四三〇〔役員等の連帯責任〕の責任を負うという法理的理論構成を採っている<sup>46</sup>。

また③のケースにおいては、取締役の選任決議が取消または無効として確定された場合の当事者である取締役を指して「事実上の取締役」とも呼ぶ。かかるケースでは、例えば取締役の選任決議が取消または無効の判決が確定された場合、その判決の効果として遡及効が及ぶことになる結果、善意の第三者が不測の損害を被るおそれがある。

そのため、第三者の不測の損害を防止するための解釈論として、外観保護法理の観点から、④ 登記に関する規定（日本会社法九〇八条〔登

記の効力〕第二項<sup>47</sup>、ならびに⑤ 表見責任規定（日本会社法第三五四条<sup>48</sup>、および⑥ 表見代理にかかわる規定（日本民法第一〇九条、第一一〇条、第一一二条<sup>49</sup>）を類推適用することにより、既存の法律関係の体制を維持しながら、善意の第三者を保護することも可能であるように思う。

しかし日本では、上記の外観保護法理以外にも、実際に選任手続に瑕疵のある取締役として存在していた期間中に行われた業務執行行為にかかわる責任問題を解決すべく、有用な理論的根拠を提示する法理論として第五章で後述する「事実上の取締役の法理」が用いられている<sup>50</sup>。

ちなみに取締役としての適法な地位を有しないが、取締役としての権限を行使する事実上の取締役については、その責任の前提として取締役と同等の地位を有すると擬制されるから、事実上の取締役として行った業務執行によって会社または第三者に損害が生じた場合、会社法上の責任規定が認められるという点においては、日韓両国の一致するところである。

それゆえ、選任手続に瑕疵のある取締役も会社法上の経営責任を負うと考えられるので、法律上取締役等の業務執行（関与）者の会社または第三者に対する責任規定の要件を充たした場合には、法理論的に取締役としての責任を負うといえよう<sup>51</sup>。

## 注

30. 李・前掲（注10）六〇四頁参照。
31. 崔・前掲（注9）参照。
32. 無権代行取締役は、韓国における中小規模の企業グループや会社において起こりうる蓋然性が高いものであるが、例えば、支配株主（または支配会社もしくは親会社）が保管している名目上の取締役（被支配的結合関係にある系列会社または中小企業における取締役）の印鑑を用いて業務執行を行う場合が多くみられることから、取締役の名義をもって会社の業務執行を行う者をいわゆる「事実上の取締役」の責任主体として定めたものである。
33. 崔・前掲（注9）六三三頁参照。
34. 第三号の定める表見取締役との共通点は、支配株主等のように取締役ではない者が、取締役の名義または取締役として認められるような名称を用いて直接に業務執行を行うところである。

35. 前掲(注19)参照。韓国における大規模の企業集団ではなく、とりわけ中小規模の企業グループまたは会社においては、名目上の取締役を経営上の実権を与えず、会社経営にかかわる重要な事項については支配株主等が取締役の名義をもって業務執行を直接に行う場合が多いといわれる。
36. 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」米田實先生古希記念・現代金融取引法の諸問題一五頁以下(民法研究会,一九九六年)。
37. 除憲濟『会社法(事例中心体系)』(韓国語)四三四頁(法文社,二〇〇〇年),崔・前掲(注9)六三四頁参照。
38. 最判昭和四七・六・一五民集二六卷五号九八四頁。
39. 日本会社法九〇八条第二項
40. 前橋地高崎支判昭和四九・一二・二六判時七八〇号九六頁,福井地判昭和五五・一二・二五判時一〇一一号一一六頁,大阪地判昭和六二・三・三〇判時一二四〇号三五頁(藤田・前掲(注36)一九頁(1)判例の一覧)参照。登記簿上の取締役の第三者に対する責任に関する主要判例については,第五章の日本における事実上の取締役の法理を再検討する際に詳細に検討することとする。
41. 関俊彦『商法総論総則(第二版)』二八三頁(有斐閣,二〇〇六年),藤田=北村『プライマリー商法総則商行為法(第二版)』四三頁(法律文化社,二〇〇六年)参照。
42. ①と②の場合は,法解釈上,適法な取締役でないの,法原則に従えば取締役としての法的責任を負わないと解しうる。しかし,外観法理上,登記簿上では取締役としての地位を有するものと解されるため,外観を信頼した第三者を保護すべく,登記簿上の取締役の責任を追及する必要がある。  
したがって,韓国商法第三九条(日本会社法九〇八条第二項)により,登記申請権者である会社が不実の登記を理由にして善意の第三者に対抗できないのと同じく,不実の取締役就任登記の出現に加功した者または辞任登記を未了した者も取締役としての名義をもって直接に業務を執行した場合には善意の第三者に対抗できないと類推的に解されうる。藤田・前掲(注36)一六~一八頁,藤田=北村・前掲(注41)四三頁(コラム3)参照。
43. 鄭・前掲(注1)二~三頁参照。
44. 江頭・前掲(注6)四五七頁参照。
45. 山田泰彦「第三者に対する事実上の取締役の責任」酒巻俊雄先生還暦記念公開会社と閉鎖会社の法理六〇七~六〇八頁・七〇〇頁(商事法務研究会,一九九〇年)参照。
46. かかる判例の理論構成については,例えば第三者が悪意である場合は当該会社に対して責任を問えない者が,不実の登記のみを理由にして取締役の第三者に対する責任の追及を可能ならしめるのは,第三者を著しく保護する不合理な側面もあるのではないかと指摘がある。今井潔「判批」商事六一九号一八頁参照。
47. 韓国商法三七条[登記の効力],第三九条[不実の登記]参照。
48. 韓国商法第三九五条[表見代表取締役の行為および会社の責任]参照。
49. 韓国民法第一二五条[代理権授与の表示による表見代理],第一二六条[権限逾越による表見代理],第一二九条[代理権消滅後の表見代理]参照。
50. 石山琢磨「事実上の取締役概念の多義性」酒巻俊雄先生還暦記念公開会社と閉鎖会社の法理五九~六二頁(商事法務研究会,一九九〇年)参照。
51. 韓国商法第四〇一条の二の定める業務執行指図人等の責任に関する規定は,たとえ取締役の選任に瑕疵のある者が背後から法律上取締役等の業務執行(関与)者の業務執行に対して影響力を行使するなどの場合には,本条各号で提示する責任要件のパターンに従って解釈したうえで異に適用するべきであろう。

すなわち、① 選任に瑕疵のある取締役が背後から、法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行に対し、事実上の影響力を行使する場合には第一号（背後取締役）、② 他の取締役の名義をもって業務を直接に執行した場合には第二号（無権代行取締役）、また③ 会社の業務を執行できる権限を有するものと認められる名称を使用して業務執行を行う場合には第三号（表見取締役）を適用することによって解決することがより合理的な方法であるように思われる。

### 第三項 表見取締役の主観的要件

#### 一 表見取締役の意義

韓国商法四〇一条の二第一項第三号の規定は、取締役ではないが名誉会長・社長・副社長・専務・常務・取締役その他会社の業務を執行できる権限を有するものと認められる名称を付した場合には、当該名称を用いた者が行った会社の業務執行については、第三九九条〔会社に対する責任〕<sup>52</sup>、第四〇一条〔第三者に対する責任〕<sup>53</sup>、第四〇三条〔株主の代表訴訟〕の適用において取締役とみなすと定めており、これを「表見取締役」と呼ぶ<sup>54</sup>。

#### 二 立法趣旨

本条第一項三号は、支配株主等の指図行為を受けるか、または自発的に支配株主等の利益を図ろうとする者、例えば大会社の企画調整室長等の責任を追及すべく、表見取締役を会社または第三者に対する損害賠償責任の主体として定めた法制度である。

これは、第一号の定める背後取締役や第二号の定める無権代行取締役と異なる点は、上記のような会社の業務を執行できる権限を有するものと認められる名称を付した者が法律上取締役等の業務執行（関与）者へ指図行為を行うか、または業務執行を代行するのではなく、表見取締役が直接に会社の業務を執行する場合である。

上記のような名称を用いる者が実際には取締役としての役割を遂行しながら、その業務執行に対する責任を負わないのは、法的整合性を欠くことであり、これらの商法上の問題点を補う

べく、四〇一条の二第一項第三号で表見取締役の責任を設けたとみられる。

#### 三 表見取締役の要件および用例

表見取締役の要件としては、名称上の制限はなく、「会社の業務を執行できる権限を有するものと認められる名称」を付する必要がある。

例えば、企業集団の企画調整室長または秘書室長などの名称を付した者が法律上取締役等の業務執行（関与）者の業務執行へ指図行為を行う場合には、第一号の定める背後取締役に該当すると考えられる。

表見取締役として考えられる具体的な例を挙げてみると、第一に、企業集団における各系列会社の事業を総轄している者としては名誉会長・会長、第二に、支配株主の指図行為を受け、または自発的に支配株主の利益を図ろうとする者としては企画調整室長等の役員、第三に、取締役ではないがその他会社の業務を執行できる権限を有するものと認められる名称を付した者が実務関係上において多く存在しており、かかる登記していない役員等が実際に会社の業務を直接に執行するものとみられる<sup>55</sup>。

#### 四 表見代表取締役との比較検討

韓国商法四〇一条の二第一項三号の定める表見取締役制度が商法第三九五条の定める表見代表取締役の行為に関する規定と類似の内容となっているものの、その立法趣旨ならびに法的要件および法的効果について異なる側面があると考えられる。

ちなみに第一に、責任主体および立法趣旨の

差異では、韓国商法第三九五<sup>56</sup>は、会社を代表する外観を信頼した善意の第三者に対する外観保護法理の規定として対外的な行為の有効性に関する会社の責任規定であるのに対し、韓国商法四〇一条の二第一項三号はいわゆる事実上の取締役の法理に属する一ファクターを立法化したものであり、取締役の会社代表権ではなく、取締役の外観(業務執行権)を前提に業務執行指図人等の責任の免脱を防止するためのものと推察される。

第二に、第三者の利益を保護するための外観保護法理の規定である表見代表取締役の場合は、第三者がその外観を信頼することを要件とするものである。これに対して、表見取締役の場合は、損害賠償を請求する第三者が当該表見取締役の名称を信頼したのかどうかは問題とならない。すなわち、表現代表取締役に関する第三九五条の規定においては、「…会社は、善意の第三者に対し責任を負う」と定められているが、表見取締役を規制する四〇一条の二第一項三号においては、これらの文言がない。

第三に、名称使用の許容があったのかどうかについては、表現代表取締役の場合は、会社が

第三九五条の責任を負うためには、名称の使用を明示的または黙示的に認めた場合でなければならない。しかし表見取締役の場合には、これらの要件が問題とならない。したがって、表現代表取締役制度により救済を受けられない第三者の場合にも四〇一条の二第一項三号の規定により救済される。

第四に、取締役の要件についての差異としては、表現代表取締役の場合は取締役が要件となるために、取締役ではない者が名称を使用しても会社の責任は生じない。しかし、表見取締役の場合には、取締役でない者がかかる行為をした場合には、行為者の責任が生じる。

第五に、損害を被った第三者の責任を追及する方法として、四〇一条の二第一項三号の定める表見取締役の場合には、四〇三条<sup>57</sup>の定める株主代表訴訟によって責任追及が可能であるが、第三九五条の定める表見代表取締役の場合には、表見代表取締役の業務執行行為により損害を被った善意の第三者に対する損害賠償の責任は、会社が負う点において、相違点がみられる。<sup>58</sup>

## 注

52. 日本会社法四二三条第一項 [役員等の株式会社に対する損害賠償責任]。
53. 日本会社法四二九条第一項 [役員等の第三者に対する損害賠償責任]。
54. 李・前掲(注10)六〇四頁。
55. 崔・前掲(注9)六三三頁。
56. 日本の旧商法二六二条, 日本の現行会社法三五四条 [表見代表取締役]。北村=前田『新会社法全条文』一六四頁(三省堂,二〇〇五年)参照。
57. 日本の旧商法二六七条, 日本の現行会社法八四七条第三項 [株主代表訴訟]。北村=前田・前掲(注56)三四七頁参照。
58. 表見代表取締役との比較については、主として孫・前掲(注7)八五八~八五九頁参照。

## 第五款 韓国商法第四〇一条の二第一項の 法的性質

### 第一項 序

会社法上、株主は——民法上の不法行為責任については別論にして——、たとい法律上取締役等の業務執行（関与）者の経営について事実上の影響力を行使する場合であっても、株主有限責任制度に基づいて法的責任を負わないのが原則である。

ところが、實際上、支配株主等が法律上取締役等の業務執行（関与）者に対する事実上の影響力ないし支配力を背景に当該会社の経営に関与し、または実質的に会社経営を主宰することにより、会社・非支配株主（または少数派株主）・債権者などを犠牲にして自己または第三者の利益を図るタイプの取引が多く存在し、その蓋然性も高いといわれる<sup>59</sup>。

韓国では、法律上取締役等の業務執行（関与）者と同様に支配株主等も会社または第三者に対する損害賠償責任を負わせるべく、業務執行指図人等を規制する責任規定を設けている。そこで、以下では業務執行指図人等の責任に関する法的性質について検討することとする。

### 第二項 責任の法的性質

韓国商法四〇一条の二の第一項によると、会社の① 背後取締役、② 無権代行取締役、③ 表見取締役に属する者は、取締役でないが、取締役への指図行為を行い、または執行した業務に関しては、第三九九条〔取締役の会社に対する責任〕、第四〇一条〔取締役の第三者に対する責任〕、第四〇三条〔株主の代表訴訟〕の適用において取締役とみなすと定めている。

とりわけ韓国商法四〇一条の二第一項各号のうち、一号の定める背後取締役の責任に関する法的性質については学説上の争いがある。これは、背後取締役を会社の機関としてみなすべき

ものなのか、または民法上の不法行為者としてみなすべきものなのかという意見が対立しているためである<sup>60</sup>。

### 一 不法行為責任説

韓国商法三九九条によれば、取締役が法令または定款に反する行為を行い、またはその任務を怠ったときは、会社に対し、これによって生じた損害を連帯して賠償する責任を負うとされている。すなわちこの規定は、商法上課された法定任務を怠った取締役の会社に対する責任を問う規定である。

ところが、韓国商法の定める背後取締役の責任に関する規定によれば、会社に対する自己の影響力を利用して取締役の業務執行へ指図行為を行った者は、当該指図行為につき、会社に対する責任規定の適用において取締役とみなすと解されている。ちなみに、韓国商法三九九条第一項と四〇一条の二第一項の相違点について考えてみると前者においては取締役の会社に対する責任の要件として取締役の「任務懈怠」を法律効果の前提とするのに対し、後者の場合には取締役の「任務懈怠」を責任発生要件として求めておらず、「取締役の業務執行への指図」行為のみを韓国商法第三九九条の適用要件としていることが窺われる。

したがって、韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める背後取締役の会社に対する責任は、背後取締役の指図を受けた取締役が指図内容に従って業務執行を行った結果、当該取締役の任務懈怠により会社または第三者に損害が生じた場合に限り韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める背後取締役の責任要件を充たすことになる。

すなわち、背後取締役の責任は、取締役としての任務懈怠を為す指図を行ったことを原因として生じるものであるといえよう。

それゆえ、背後取締役は会社の機関ではないがゆえに、会社に対する取締役としての任務（善

管注意義務・忠実義務)を負担せず、よって背後取締役は会社に対する任務懈怠を理由にして責任を負うものでなく、会社の取締役に任務懈怠への指図を行った不法行為を根拠にして背後取締役の責任を認めるべきであると解している<sup>61</sup>。

## 二 機関責任説

機関責任説は、背後取締役の責任につき、支配株主等のように背後取締役に該当する者が実質的に法律上取締役等の業務執行(関与)者と同様の業務を執行したことに対する責任であるので、取締役の地位に基づく機関責任であるという、見解を示している<sup>62</sup>。

ちなみに機関責任説は、背後取締役の責任を機関責任として考える根拠について韓国商法四〇一条の二第一項一号の法文における背後取締役の指図行為に関しては、会社または第三者に対する責任もしくは株主の代表訴訟において会社の取締役とみなすと定めていることを挙げている<sup>63</sup>。

したがって、かかる機関責任説によれば、支配株主等のように背後取締役に該当しうる者は、会社の取締役等の業務執行(関与)者の業務執行に対する経営関与行為が会社に対する任務懈怠に該当する場合にのみ責任を負うと考える。すなわち背後取締役は、取締役の責任と連携して責任を認めないと解している<sup>64</sup>。

## 三 比較検討

けだし、韓国商法四〇一条の二第一項一号の定める背後取締役の責任に関する法解釈上、背後取締役を第三九九条ならびに第四〇一条および第四〇三条の適用において取締役とみなすと定められているので、法形式上では取締役としての機関ではないといえるが、背後取締役に關する立法趣旨に鑑みると、機関責任説の方が妥当な意見ではないかと思われる。

法解釈上、機関責任説が合理的な意見であるとする理由は、第一号の定める背後取締役の責任要件においては、取締役の業務執行に対する任務懈怠につき、支配株主等のように背後取締役に該当しうる者が法律上取締役等の業務執行(関与)者の任務懈怠行為への指図につき背後取締役の故意または重過失を求めておらず、法律上取締役等の業務執行(関与)者の業務執行への指図を行ったことのみを単純に要するものと解されているので、背後取締役の責任につき不法行為責任として法律構成するのは適切ではないように思われるからである<sup>65</sup>。

ただし、機関責任に基づいて背後取締役の責任を問う場合には、背後取締役に取締役としての法定義務があるかどうかが問題となるが、韓国商法第四〇一条の二は法定責任として位置付けられているので、商法上の取締役ではない者が業務執行に関与するときには取締役としての法定義務を負うものと解しても差し支えないように思われる。

## 第三項 責任の内容

### 一 損害賠償責任

韓国商法第四〇一条の二第一項に該当する者(背後取締役・無権代行取締役・表見取締役)は、法令または定款に違反する行為をし、もしくはその任務を懈怠する場合には、会社に対して責任を負う<sup>66</sup>。

また、かかる業務執行指図人等が悪意または重大な過失により、その任務を懈怠する場合には、第三者に対しても損害賠償責任を負うと解されている<sup>67</sup>。

### 二 連帯責任

業務執行指図人等が韓国商法四〇一条の二第一項に基づいて責任を負う場合には、これらの者の指図に従って業務執行を行った取締役なら

びに取締役の名義を貸した者、およびこれらの者の行為が取締役会の決議によるときには、その決議に賛成した取締役またはその決議に参加した取締役として異議提起を記した議事録がな

い取締役も、法令もしくは定款に違反し、もしくは任務懈怠がある場合には、業務執行指図人等とともに、連帯責任をおわなければならないと定められている<sup>68</sup>。

## 注

59. 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第二版）』三四三頁（有斐閣，二〇〇二年）参照。
60. 崔・前掲（注9）六三〇参照。
61. 業務執行指図人等の責任に関する法的性質に関しては、主として李・前掲（注10）六〇三頁参照。
62. 鄭・前掲（注15）二七四～二七七頁参照。
63. 鄭・前掲（注8）四六〇頁参照。
64. 孫・前掲（注7）八五四頁・八六〇頁参照。
65. 崔・前掲（注9）六三一頁参照。
66. 韓国商法第四〇一条の二第一項，および三九九条第一項（日本会社法四二三条第一項）参照。
67. 韓国商法四〇一条の二第一項，および四〇一条第一項（日本会社法四二九条第一項）参照。
68. 韓国商法第四〇一条の二第二項参照。