

取締役の法令遵守義務に係る責任の再検討(1)

—— 新たなビジネス創出を促進するために ——

濱 村 実 子

目次

I. 問題意識

II. 取締役の法令遵守義務に関する従来の議論

(1) 会社に法令遵守が要請される理由

①法令遵守の意義

②有益な「故意の法令違反」を想定した議論

(2) 法令遵守義務が課される「法令」の意義

(3) 取締役の法令遵守義務に係る責任の構造

①法令遵守義務に係る任務懈怠責任の構造：「一元説」と「二元説」の対立

②法令遵守義務に係る任務懈怠責任の構造：主張・立証責任の所在に関する 対立としての理解

(4) 取締役の法令遵守義務に係る責任の判断

①法令違反に当たるか否か明確でない場合

②法令違反が明確だが、法令を遵守することが会社の不利益になる場合

③法令違反行為の経営判断における、過失に関する考慮要素（以上、本号）

III. 米国における法令遵守に関する議論

I. 問題意識

日本は、従来製品・サービスの改良による「持続的イノベーション」を中心に経済発展を遂げてきたのに対して、従来製品・サービスの価値を破

壊する、いわゆる「破壊的イノベーション」¹による経済成長がなされてこなかったと指摘される²。その要因の一つに法制度による障壁が挙げられている。すなわち、破壊的イノベーションを産む新たなビジネスはそもそも既存の法制度が存在を想定していないものであるため、当該ビジネスの登場自体が法制度により阻害されてしまう³。

このような障壁の克服を目的として、ロビイングの環境整備が進められている。ロビイングとは、新たなビジネスを開始する前にその適法性を確保するために行われるものである⁴。日本では、例えば「規制のサンドボックス制度」が運用されており、これは、実験的に場所・範囲を限定して、官庁の認可を受けた上で新たなビジネスを行うことができ⁵、そこで得られた情報やデータを用いて既存の規制の見直しに繋げていく、という制度である⁶。ただし、同制度を活用するために主務大臣から「新技術等実証計画」の認定を受けなければならないところ、当該計画の内容が、関係法令に違反しないものとして認められなければならない（産業競争力強化法 8 条の 2 第 4 項 3 号）⁷。すなわち、規制のサンドボックス制度では、場所や範囲を限定するなどして、あくまで現行の関係法令に違反しないための工夫をすることが要請されている。

-
- 1 クレイトン・クリステンセン著（伊豆原弓訳）『イノベーションのジレンマ：技術革新が巨大企業を滅ぼすとき〔増補改訂版〕』9 頁（翔泳社、2001）。
 - 2 情報通信白書平成 25 年版（総務省）305 頁（available at <https://www.soumu.go.jp/johotsusintokei/whitepaper/ja/h25/pdf/25honpen.pdf>）
 - 3 情報通信白書平成 25 年版（前掲注（2））310 頁。やや古い資料ではあるが、法制度によるイノベーションの障壁をどのように克服するべきかについては、後述のとおり現在も議論がなされている。
 - 4 得津・後掲注（12）55-56 頁。
 - 5 得津・後掲注（12）56 頁。
 - 6 内閣官房 新しい資本主義実現本部事務局 新技術等社会実装推進チーム「規制のサンドボックス制度（新技術等実証制度）について」3 頁（available at https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/s-portal/pdf/underlyinglaw/Japans_Regulatory_Sandbox.pdf）
 - 7 例えば、電動キックボードのシェアリング事業の実施に向けた走行実証計画では、免許を有しない者が公道で電動キックボードを運転すると法令違反になるため、公道ではない大学構内を活用することとし、認定がなされた（内閣官房資料・前掲注（6）10 頁）。

このように日本では、事前の適法性を確保したうえで、新たなビジネスを一般的に展開するといった官民共創の取り組みが促進されている。これに対して、海外では近年、法令違反の疑いが強いながらもビジネスを先行させ、規制当局が禁止することのできない規模にまで成長し、法ルールに変革を迫る企業が台頭している⁸。そのような企業が展開する新たなビジネスは、自国以外のユーザーから支持を得るほど広範囲に、かつ、急速に拡がるものがあり、他国も法ルールの見直しを迫られるほどの影響力を有することもある。

ロビイングによって事前に適法性を確保したうえで新たなビジネスを展開する場合と、ロビイングを行わず、事前の適法性確保を経ずに新たなビジネスが先行し、事後的に法ルールの変革がなされる場合とで、いずれの方が、破壊的イノベーションの創出を産む可能性が高いといえるか。恐らく、後者の場合であると考えられる⁹。なぜなら、上記のとおり、日本における規制のサンドボックス制度では、実証計画実施後に法ルールの見直しが見込まれるとしても、実証計画段階で関係法令に違反しない工夫が求められており、イノベーションの創出に関係法令の制限が及んでいると考えられるためである。

また、日本では、社会にとって利益的なビジネスであり、かつ、関係する法ルールに変更の余地があると考えられるとしても、企業が敢えて既存の法ルールに反して当該ビジネスを先行させることは、現状想定しがたい。その理由の一つとして、会社法制度上、取締役にはそもそも法令遵守義務

8 典型例として、ライドシェアサービスを展開する Uber や、民泊サービスを展開する Airbnb が挙げられている。なお、このような、起業家によって法令違反のビジネスが敢えて実施され、法ルールを容容させ、社会に富を生む事情は“Regulatory Entrepreneurship”と呼ばれるという（得津・後掲注（12）56-57 頁。Elizabeth Pollman and Jordan M. Barry, *Regulatory Entrepreneurship*, 90 S. Cal. L. Rev. 383-448（2017）.）。

9 なお、ロビイングについては、既存の政治過程のもつバイアスをどうしても克服できないという問題点が指摘される（得津・後掲注（12）61 頁。Pollman & Barry, *supra* note 8, at 435.）。また、ロビイストと議員との間に生じ得る対価関係についてどのように評価するかという問題がある（刈圭吾「多様な私益が『公益』へと収斂する過程とその規律」法時 96 巻 9 号 34 頁（2024））。

が課されていることが挙げられる¹⁰。社会にとって利益的なビジネスであるとしても、敢えて既存の法ルールに違反する行為は、故意の法令違反そのものであり、会社あるいは第三者に損害が生じた場合には、取締役個人が損害賠償責任を負うこととなる¹¹。

株式会社が社会に対して大きな影響力を有する存在であることから、その意思決定を実際に行う取締役が法令を遵守することは、社会の秩序を維持するために重要である。一方で、上記の通り、既存の法ルールには違反するものの、社会に富をもたらし得る新たなビジネスがイノベーションを創出するという現象が実際に生じている。よって、法令遵守を例外なく徹底して、日本におけるイノベーション創出の可能性を排除してしまうのではなく、故意の法令違反ではあるものの、新たなビジネス展開を試みる取締役の行為・意思決定につき、一定の場合にはその責任を課さない方向で、法令遵守義務を解釈することが有用であると考えられる¹²。本稿では、そのような解釈論の検討を目的とする。

以下では、次のような順序で検討を進める。Ⅱでは、取締役の法令遵守義務に関する従来の議論を整理する。Ⅲでは、米国における取締役の法令遵守義務に関する議論、および、企業の効率的な法令違反行為の是非に関する議論を整理する。米国の議論を参照するのは、法令に違反するビジネスを先行させ、法ルールの変容を迫ることに成功したといえる企業が米国に際立っており、企業および取締役の法令遵守に関する同国の法制度や議論がどのように影響しているかを考察することが有用と考えられるため

10 得津・後掲注(12) 57 頁。

11 得津・後掲注(12) 57 頁。他の要因として、日本の経営者の保守性・消極性や、消費者や取引相手が厳格な法令遵守を求めるといった文化的・経済的な背景があるだろうと指摘される。

12 先行研究として、得津晶「取締役の法令遵守義務の帰責原理—法の変革における私人の役割?」神作裕之・藤田友敬選『商法学の拡がり』55-78 頁(商事法務、2025)。

See also, Jack Wroldsen, Creative Destructive Legal Conflict: Lawyers as Disruption Framers Entrepreneurship, 18 U. Pa. J. Bus. L. 733, 760 (2016). (創造的なイノベーションとは、言うなれば創造的な破壊であるとし、法的な衝突がその核心に位置づけられるとする。)

ある。最後にⅣでは、米国の議論から得られる示唆より、日本の会社法における取締役の法令遵守義務について、とりわけ故意の法令違反行為が問題となる場合の義務違反の責任の判断のあり方について、検討を行う。

Ⅱ．取締役の法令遵守義務に関する従来の議論

（1）会社に法令遵守が要請される理由

①法令遵守の意義

従来、取締役がその業務を遂行するに際して、会社をして法令違反行為をさせてはならない何らかの義務があり、会社による法令違反行為は、そのような取締役の会社に対する義務に違反したものと評価される結果、取締役に、会社に生じた損害の賠償責任が課されることが前提とされてきた¹³。一方で、「一般に取締役が法令遵守義務を負っているといっても…、会社ないし株主の利益を高めることに必ずしも役立たない場合であっても取締役は法令を…遵守しなければならないのか」¹⁴というように、会社あるいは株主の利益と直接関係のない法令遵守が求められることに疑問を呈する議論や、「取締役が個人として行動するときには、一般人と同様に法令の義務のもとにあるが、このことは、取締役という会社の機関として行動するとき、会社との関係において法令を遵守するということとは別の問題である。」¹⁵というように、そもそも、何故、取締役が会社機関として法令遵守義務を負わなければならないか、根本的な理由を追及する議論もなされてきた。

吉原（1996）は、アメリカ法律協会の「コーポレート・ガバナンスの

13 船津浩司「法令遵守に係る取締役の義務と責任に関する基礎的考察：外国法令の遵守を素材として」同志社 61 巻 2 号 340 頁（2009）。吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学 60 巻 1 号 16 頁（1996）。近藤光男「法令違反に基づく取締役の責任」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』269 頁、278 頁（有斐閣、1997）。

14 吉原・前掲注（13）30 頁。

15 近藤・前掲注（13）278 頁。

原理—分析と勧告」¹⁶を参照し、同説明において、会社の利益増大の要請を制約する義務として、会社に自然人と同程度に法令を遵守する義務を認めている点に着目し、日本の会社法においても同様に考えることができると説く¹⁷。すなわち、法令を遵守すべきことは自然人にも会社にも等しく妥当する最低限の社会規範であり、会社であるがゆえに特に厳しい要求を課しているわけではない。よって、会社自身が法令を遵守すべき義務を負っているのだから、その機関である取締役も注意義務の一内容として、会社をして法令に違反させないようにする義務を会社に対して負っているというべきであるとする¹⁸。さらに、この見解に対して予想し得る反論に再反論するかたちで、次の3点を主張する。第一に、取締役は会社ないし株主の利益を高めることを託されており、その目的以外の法令を遵守すべきというのは当然ではないのではという反論を挙げる。これに対して、会社の利益増大の要請が制約されることがなければ、法令違反が発覚する可能性が小さければその行為によって会社の利益を高めることが奨励されるべきとの思考を生みかねず、通常の道徳観念にも反するとする¹⁹。第二に、違法行為により会社が利益を得ている間は問題とせず、損害を被ったときには取締役に責任を負わせるのはおかしいのでは²⁰という反論を挙げる。これに対しては、「何ら不当なことではない」とするも、その理由は述べられていない²¹。第三に、抜け駆け的な法令違反をする会社に対して法令を遵守する会社が不利になるのではという反論に対して、そのような会社に

16 American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, § 2.01 (b), 1994.

17 吉原・前掲注(13) 30-31頁。同様の論拠に基づく見解として、豊澤佳弘「判解」最判解民事篇平成12年度601頁(2003)。

18 吉原・前掲注(13) 31頁。

19 吉原・前掲注(13) 31-32頁。

20 匿名「商事法務トピック ハザマ事件における贈賄行為と取締役の責任—東京地裁平6・12・22判決の意味」商事1377号95頁(1995)。同論考では、法令違反により得た利益ではなく、法令違反によって会社の信頼が失墜したことにより被った損害(工事受注のための競争入札の指名停止を受けるなど。)を、損害賠償責任の損害として挙げる。

21 吉原・前掲注(13) 32頁。

はむしろ制裁を厳しくすべきとする²²。

会社に法令遵守が要請されるのは、それが、会社が株主利益の追及を目的とすることができる前提であるためとする見解もある。例えば、川村（1997）は、企業は健全な市民としてのみ存在し得る社会的存在であり、当然に法令に従った合法的な企業活動によってのみ利潤を追求すべきであるとする²³。そして、「取締役が負う法令遵守義務は、取締役と会社・株主との間の委任契約に直接的に依拠する善管注意義務・忠実義務と異なり、公的秩序・公的規制の遵守が株主の意思・利益に合致するとの理念的な前提の下で、取締役に課される義務である。」²⁴とし、取締役の法令遵守義務を、会社との委任の関係からは導かれない特別な義務に位置づけている²⁵。

舩津（2009）は、吉原（1996）や川村（1997）などいずれの論拠に依拠するにしても、法令を遵守することが会社にとって不利益になる場合であっても、当該法令違反行為について取締役が賠償責任を負うのは何故か、という問いを提起する。そして、会社は法令を遵守すべきと説く上記学説は、いずれも、会社の利益のために法令違反行為が行われるのを防止するため、取締役に對し、損害賠償責任を用いて威嚇するという発想（抑止機能）により説明がなされているとする²⁶。ただし、会社法以外のすべての

22 吉原・前掲注（13）32頁。

23 川村正幸「判批」判タ948号149頁（1997）。他、石原全「野村証券事件上告審判批」判例評論512号214頁（2001）。

24 川村・前掲注（23）149頁。神田秀樹『会社法〔第27版〕』293頁注2（弘文堂、2025）は、取締役に法令遵守義務が課される理由は、「すべての法令を遵守して経営を行うことが株主の通常の合理的意思ないし期待であることに求められるべきである。」とする。

25 舩津・前掲注（13）342頁は、会社は自然人と同程度に法令を遵守することが求められるとする説も、企業を社会的存在としてみる説も、その論拠の最大公約数は法秩序を含めた公益の維持に求められるとする。

26 舩津・前掲注（13）343頁。なお、損害賠償責任の損害填補機能の観点からは、遵守することが会社にとって不利益になる法令に違反する場合における、取締役の賠償責任を理づけることは難しいとされる。なぜなら、その場合には（その法令に違反することが会社にとって利益となるため）会社には経済的な意味での価値の減少がないためである（同360頁注49）。ただし、前掲注（20）の

法令についても、取締役の賠償責任によるエンフォースを会社法が受け持たなければならないという論理必然性はないとして、当該法令自体が備えている抑止装置を勘案し、当該法令違反の責任の発生を判断するという見解を提示する²⁷。

②有益な「故意の法令違反」を想定した議論

得津（2005）は、新たなビジネス創出のためには取締役の法令違反の責任を一定の場合には免責すべきであり、適切な免責の範囲の検討を試みることを前提としたうえで²⁸、取締役の法令遵守義務の意義を次のように解することを主張する²⁹。すなわち、法令遵守義務には「法令遵守は当然である」という哲学的基礎・命題があるとする。ただし、この命題は、法哲学上、社会にとって望ましくないことを論証できる場合には、そのような法ルールに従わないことを認めるものであるという。すなわち、世の中には社会にとって望ましくない（と少なくとも事後的には判断できる）法ルールが存在することがあるが、そうであっても、社会を成り立たせるために1つの結論を採用しなければならない場面がある。しかし、個別のルールについて望ましくないことが論証できた場合には、法令に従う義務は解除される。このような「一応の義務」としての遵法義務を取締役の法令遵守義務の根拠と捉えることが提案される。

見解も参照。

27 船津・前掲注（13）343-344頁。なお、両罰規定等により会社と直接的に違反行為を行った取締役個人との両方に金銭的制裁が課（科）される場合、抑止機能を重視するとしても、取締役個人の金銭的制裁とは別に会社の金銭的制裁をも取締役の責任の形で負担すべきという議論には必ずしもならないという。なぜなら、両罰規定の場合、取締役個人に対する制裁は当該法令が定める当該額で十分であることが想定されているとの理解も成立しうるため、とされる（同論考361頁注54）。

一方、取締役の責任規定（会社法423条1項）は損害填補のための規定であり、他の法令は会社法を通じた抑止機能を期待し、許容していないとの見解もある（松井秀征「会社に対する金銭的制裁と取締役の会社法上の責任」江頭憲治郎選『企業法の理論〔上巻〕』549頁、586頁（商事法務、2007））。

28 得津・前掲注（12）57頁。

29 以下、得津・前掲注（12）72-76頁。

（2）法令遵守義務が課される「法令」の意義

会社が何故法令を遵守しなければならないかという問題については、現在のところ上記（1）の議論状況に帰着していると思われる。

旧商法³⁰下において、上記問題と供により盛んに議論された論点³¹が、取締役の法令遵守義務の適用範囲である。すなわち、旧商法 254 条ノ 3 で「取締役ハ法令…ヲ遵守シ会社ノ為忠実ニ其ノ職務ヲ遂行スル義務ヲ負ウ」と規定され、この義務違反により会社が損害を被った場合、取締役は会社に対して損害賠償責任を負うことが規定されていたところ（旧商法 266 条 1 項 5 号）、「法令」には、旧商法の個別規定および善管注意義務や忠実義務といった取締役の一般的な義務内容を定める規定だけでなく³¹、個別具体的な法令のすべてが含まれるのか、それとも、含まれる法令の範囲は限定されるのかという議論である³²。

「法令」の範囲を限定的に解する見解（限定説）のうち、有力説とされていた見解は、「法令」には会社・株主の利益保護を図った規定や公の秩序に関する規定に限定され、それ以外の規定については、当該規定に違反することが取締役の注意義務違反になるかという観点から検討すべきであるとする³³。また、「法令」は、会社の財産の健全性を確保することを直接または間接の目的とする法令を意味すると解するのが合理的であるとの見解もある³⁴。これら限定説については、「法令」にあらゆる法令が含まれる

30 平成 17 年会社法制定以前の商法を指す。

31 一般的な義務内容を定める規定が「法令」に含まれるか否かにつき争いがあったが、含まれるとの見解が通説である（上柳克郎ほか編『新版 注釈会社法（6）株式会社の機関（2）』258 頁、274 頁〔近藤光男〕（有斐閣、1987）。鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法〔第三版〕』296 頁（有斐閣、1994）。）。これに対して、一般的な義務内容を定める規定は「法令」に含まれないとする見解として、伊澤孝平『注解新会社法』448 頁（法文社、1950）。宗宮信次「株式会社重役の損害賠償責任」日法 24 巻 5 号 17 頁（1958）。佐伯直秀「商法第 266 条 1 項 5 号にいう、いわゆる『法令』の意義について：通説に対する疑問」鹿児島大学法学論集 13 巻 2 号 1-17 頁（1978）。

32 「法令」の範囲が議論されるようになったのは、当時、株主代表訴訟が盛んになったという背景があったためと指摘される（船津・前掲注（13）335 頁）。

33 近藤・前掲注（13）289-290 頁。

34 森本滋『会社法〔第二版〕』253 頁注 5（有信堂高文社、1995）。

と解すれば、会社に対する取締役の責任が拡がりすぎるとの意識があるのではと指摘されていた³⁵。

「法令」の範囲は限定されないとする見解（非限定説）は、取締役が法令に違反しても、直ちに任務懈怠として認められるわけではなく、当該違法行為につき取締役に故意または過失があったことを要するため、「法令」の範囲によって責任が過度に拡大するわけではない旨を指摘する³⁶。そのうえで、法令を遵守すべきであることは自然人にも会社にも等しく妥当する最低限の社会規範であり、会社が遵守すべき法令は、会社ないし株主の利益保護に係る法令には限られないとする³⁷。なお、非限定説では、限定説に立つと、会社や株主の利益保護を目的とする法令や公序に当たる法令以外の法令について、遵守する場合と遵守しない場合とで予想される利害得失を考慮して、遵守するかどうかを判断するのを許容することになるとして、利益衡量のうえ法令遵守に係る判断をすることが批判的に捉えられている³⁸。

「法令」の意義に関する議論は、野村証券事件最高裁判決³⁹が出されたことで決着がつけられた。同判決において最高裁判所は、「〔旧〕商法 266 条は…取締役を名あて人とし、取締役の受任者としての義務を一般的に定める〔旧〕商法 254 条 3 項（民法 644 条）、〔旧〕商法 254 条ノ 3 の規定…及びこれを具体化する形で取締役がその職務遂行に際して遵守すべきすべての規定もこれに含まれるものと解するのが相当である。」として、「法

35 吉原・前掲注（13）22 頁。船津・前掲注（13）354 頁注 17 も参照。

36 吉原・前掲注（13）22 頁。

37 吉原・前掲注（13）31 頁。非限定説として、他に、中村一彦「取締役の社会的責任論の具体的適用」田中誠二追悼『企業の社会的役割と商法』295 頁（経済法令研究会、1995）。上村達男「日本航空電子工業代表訴訟判決の法的検討〔上〕」商事 1433 号 6 頁（1996）（ただし、取締役の法令違反の責任の有無を判断する際には、違反した法令の公益性、強行法規性に対する評価を要し、それによって取締役の対応の評価が変わると説く）。島袋鉄男「野村証券事件第一審判批」リマックス 9 号 114 頁（1994）。

38 吉原・前掲注（13）30 頁。上村・前掲注（37）5 頁。島袋・前掲注（37）114 頁。

39 最判平成 12 年 7 月 7 日民集 54 巻 6 号 1767 頁。

令」の範囲は限定されないと解する旨を判示し⁴⁰、取締役が会社に法令違反行為をさせた場合には、善管注意義務違反に当たるか否かを問うまでもなく、旧商法 266 条 1 項 5 号に違反する行為に該当する旨を判示した。

（3）取締役の法令遵守義務に係る責任の構造

①法令遵守義務に係る任務懈怠責任の構造：「一元説」と「二元説」の対立

野村証券事件最高裁判決において、「法令」の範囲は限定されないことが明らかになった。一方で、同判決から、取締役の法令遵守義務に係る責任の構造をどのように理解すべきか、という問題が検討されることとなった。

同判決において最高裁判所は、法令違反行為に係る責任追及では善管注意義務に当たるか否かを問わないとした一方で、従来の判例を踏襲し⁴¹、「株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要するものと解される」と判示した。そして本件事案では、被告取締役に法令違反であることを認識していなかったことにつき過失がなかったとして、責任を否定した。

すなわち、このような判断枠組みでは、取締役の法令違反行為の責任を追及する場合には、まず、取締役の行為が具体的な法令に違反するかどうかの問題となり、違反があれば旧商法 266 条 1 項 5 号の要件を充足することとなる。ただし、取締役が帰責事由としての故意または過失がないことを主張・立証すれば責任を免れる⁴²。

野村証券事件最高裁判決が示した上記の判断枠組みを踏まえて、旧商法下における「法令」の意義を巡る議論につき、潮見（2005）が法令違反行為に係る取締役の責任の判断構造の視点から次のようにとらえることができるとの見解を示した⁴³。

40 豊澤・前掲注（17）603 頁、605 頁。

41 最判昭和 51 年 3 月 23 日金判 503 号 14 頁。

42 田中亘「利益相反取引と取締役の責任〔下〕」商事 1764 号 7 頁（2006）。

43 潮見佳男「IV 民法からみた取締役の義務と責任—取締役の対会社責任の構造」

まず、債務の性質を結果債務と手段債務に区分した場合、取締役の会社に対する善管注意義務は手段債務に分類される⁴⁴。次に、「法令」の意味をめぐる従来の議論は、「①具体的な法令に対する違反の場合と、②それ以外の取締役の注意義務違反の場合とで、会社に対する取締役の責任の判断構造に違いがあるか」という点に関する議論として捉えられるとする⁴⁵。そして、①の場合と②の場合とで判断構造が異ならない考え方、すなわち、具体的な法令違反が問われる場合には、「会社に法令違反をさせないように注意して行動すべき義務の違反」（＝「善管注意義務違反」＝「任務懈怠」＝「過失」）の有無が判断されるとの考え方を一元説とする。対して、①の場合と②の場合とで判断構造を分けてとらえる考え方、すなわち、具体的な法令違反が問われる場合には、具体的法令違反をもって直ちに任務懈怠とされ（「法令違反」＝「任務懈怠」≠「過失」）、取締役の側に無過失の主張・証明責任が転換されるとの考え方を二元説とする⁴⁶。

潮見（2005）の見解は、平成 17 年会社法制定を機に提示されたものであるところ、論者は、取締役の法令遵守義務に係る責任を任務懈怠責任（会社法 423 条 1 項）の構造において理解するにあたって、一元説を採用する旨主張する。その理由は、取締役の行為に対する評価が任務懈怠の有無に関する判断にとって不可欠であるとみるならば、一元説であれば、取締役の責任を問う際には「会社が具体的な法令に違反したこと」という事実そのものではなく、「取締役・会社間での契約関係の中で取締役が会社に対しどのような行動をとるべきだとされるのか」が決定的であるため、理論的に一元説の方が優れているためであるという⁴⁷。

商事 1740 号 32-42 頁（2005）。

44 潮見・前掲注（43）34-35 頁。

45 潮見・前掲注（43）38 頁。

46 潮見・前掲注（43）39 頁。

47 潮見・前掲注（43）40 頁。

得津晶「取締役法令遵守義務違反責任の帰責構造：最高裁判決、会社法、そして債権法改正」北大 61 巻 6 号 76 頁（2011）によると、潮見（2005）は、一般的義務規定であれば一元説、具体的法令違反であれば二元説を判例は採用していることを暗黙の前提としているが、この理解は必ずしも判例の理解と整

潮見（2005）の上記見解に対して、会社法立案担当者による解説は、会社法 423 条 1 項はそのようには解されない旨主張する⁴⁸。まず、潮見（2005）が、会社法 423 条 1 項の責任は「取締役・会社間で締結された事務処理契約上の債務の内容になることを前提」としていると解する点を否定する。取締役の任務には、当事者の意思にかかわらず法律上当然に生じ、取締役・会社間の契約によっても免除できない任務もある。このような任務については、取締役の行為が客観的に法律上の要件を満たさない場合には、それを違法と評価せざるを得ない。ただし、具体的状況に応じて、過失の有無の判断によって取締役の免責の可否を判断する、という構造を採ると説明される⁴⁹。

②法令遵守義務に係る任務懈怠責任の構造：主張・立証責任の所在に関する対立としての理解

「一元説」「二元説」の上記のような対立は、現在、取締役の法令遵守義務違反の責任追及の場面における、立証責任の分配の問題に帰着すると整理されている。すなわち、一元説によれば、取締役の責任を追及する会社または株主は、具体的な法令違反だけでなく、取締役が注意義務に反したことを主張・立証する必要があるのに対し、二元説によれば、会社または株主は法令違反を主張・立証すれば足り、それに対して取締役の側が、法令違反について帰責事由（過失）がないことを主張・立証することになる⁵⁰。

合的とは限らないと指摘する。

48 以下、相澤哲・石井裕介「株主総会以外の機関〔下〕」商事 1745 号 22-23 頁(2005)。

49 立案担当者の見解の解説として、得津・前掲注(47) 76-78 頁。

50 田中・前掲注(42) 8 頁。後藤元「蛇の目ミシン工業事件上告審判批」法協 124 巻 9 号 191 頁注 44 (2007)。北村雅史「競業取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠責任」森本滋還暦『企業法の課題と展望』193 頁、209 頁以下（商事法務、2009）も参照。

取締役の責任を否定すべき事情を、善管注意義務の有無の判断の中で考慮することとなるか（一元説）、帰責事由の有無の中で考慮するか（二元説）、とも言い換えられる（吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」江頭還暦・前掲注(27) 521 頁、529-532 頁）。

現在の商法学説では、二元説をとる立場が多数のようである⁵¹。その理由は、取締役の過失の存否に関わる事情、すなわち、取締役が経営判断の際にその適法性を確保するためにどのような体制を組み、どのような措置を講じていたか等の事情は、ほとんどが取締役の関与する領域内にあるため、それらの立証は取締役側に課すべきと考えられるからである⁵²。そして、適法性を確保するための措置等としては、例えば、法令違反のリスクをどれだけ検討していたか、それに関して専門家の意見を求めていたか、といった事情が挙げられ⁵³、それら事情が取締役の免責事由として認められるか否かは、当該法令の種類や重要性、会社の業務との関連性等が考慮される⁵⁴。

なお、野村証券事件最高裁判決は二元説を採用したとみることができ⁵⁵、同判例の解釈は会社法における法令遵守義務の解釈に引き継がれる⁵⁶。

(4) 取締役の法令遵守義務に係る責任の判断

では、二元説を前提とした責任の判断構造の枠組みの中で、実際の事件ではどのような事情が法的問題として考慮されるのか。以下では、取締役の法

なお、潮見・前掲注(43) 39頁は二元説につき「取締役の職務遂行における『法令遵守』に絶対的な価値を置く」考え方であると説明していた。このように具体的な法令遵守の違反に他の善管注意義務違反行為よりも相対的に重い価値を置く考え方は、それまでの学説や裁判例の多くに表れていると指摘される(船津・前掲注(13) 337-338頁)。

51 伊勢田道仁「会社の法令違反行為と取締役の任務懈怠責任」近藤光男古希『コーポレート・ガバナンスのフロンティア』241頁、247頁参照(商事法務、2024)。

52 田中・前掲注(42) 8頁。吉原・前掲注(50) 533頁。大杉謙一「役員の責任—経営判断原則の意義とその射程」江頭憲治郎編著『株式会社法大系』307頁、317頁(有斐閣、2013)。南健悟「野村証券事件上告審判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選〔第4版〕』98頁、99頁(2021)。「法令違反行為に対する責任追及が容易になることで法令遵守経営を促すことができると考えられることから、本判決の立場が妥当である。』。

53 田中・前掲注(42) 8頁。

54 吉原・前掲注(13) 43頁。

55 最判平成12年7月7日前掲注(39)・河合伸一裁判官補足意見参照。田中・前掲注(42) 8頁。南・前掲注(52) 99頁。

56 神田・前掲注(24) 293頁注2、注3。江頭憲治郎『株式会社法〔第9版〕』498頁注1(有斐閣、2024)。

令遵守義務違反行為が問題となる場合を第一のケース、第二のケースに分類し、各判例・裁判例および関連する議論を参照する。第一は、取締役の行為がその行為時に法令に違反することが明確ではなかったケース、第二は、取締役の行為が法令に違反することは明確だが、当該法令を遵守することが会社の不利益になる（ゆえに、取締役は当該法令に違反した）ケースである。

①法令違反に当たるか否か明確でない場合

第一のケースとして、野村証券事件⁵⁷が挙げられる。

〔事案の概要〕有価証券の売買やその媒介等を目的とする訴外 A 証券会社は、大口顧客である訴外 B 社を委託者、訴外 C 信託銀行を受託者とする、いわゆる営業特金⁵⁸による取引を行っていた。平成元年 12 月 26 日、大蔵省（当時）は、法令上の禁止行為である損失保証による勧誘、事後的な損失補填、特別の利益供与等を厳に慎むこと、特金勘定取引については原則、顧客と投資顧問業者との間に投資顧問契約が締結されたものとする旨の通達を発した。A 社における管理部門の最高責任者であった取締役 Y₁ は、B 社の営業特金について、有価証券市場が好調であった当時から損失が生じており、将来の B 社の証券発行に際して主幹事証券会社の地位を失う恐れがあることも考慮して、損失填補を実施する必要があると判断し、A 社は損失填補を実行した。しかし、後に A 社は、大蔵省から行政指導を受け、日本証券業協会から 500 万円の懈怠金が課された。さらに、顧客との取引関係の維持・拡大のために損失填補を行うことは独占禁止法に違反するとして、公正取引委員会から勧告を受けた。

A 社株主 X らは、当時の代表取締役 Y₂ を含む取締役 Y らに対し、損害賠償責任（旧商法 266 条 1 項 5 号）を追及するための株主代表訴訟を提

57 最判平成 12 年 7 月 7 日前掲注（39）。

58 営業特金とは、委託者が受託者である信託銀行と締結した特定金銭信託契約に基づき、信託銀行が、証券会社にそのための口座を開設し、委託者の指図に従い有価証券の売買等を行う取引（特金勘定取引）のうち、委託者が投資顧問業者として投資顧問契約を締結することなく、専ら証券会社が委託者に代わって信託銀行に指図することで運用されるものであった。

起した。

第一審⁵⁹、原審⁶⁰ともXらの請求を棄却し、Xら上告。

〔判旨〕上告棄却

最高裁判所は、「会社がその業務を行うに際して遵守すべきすべての規定」が、取締役が職務遂行に際して遵守すべき法令に含まれること、そして、法令違反行為をしたときは、その行為が善管注意義務違反となるか否かを問うことなく、旧商法 266 条 1 項 5 号に違反することとなる旨を判示した⁶¹。そのうえで、法令違反行為を理由に損害賠償責任を負うには取締役が故意または過失があることを要するとし⁶²、本件事案では次のような事情から、行為時に独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったのはやむを得なかったとして、Yらの過失を否定した。「(一) Yらは、本件損失補てんが旧証券取引法あるいは本件通達に違反するものでないかどうかについては重大な関心を有していたが、それが一般の投資家に対して取引を勧誘するような性質のものではなかったことから、独占禁止法 19 条に違反するか否かの問題については思い至らなかった、(二) Yらのみならず、関係当局においても、証券取引については所管の大蔵省によって証券取引法及びその関連法令を通じて規制が行われるべきであるとの基本的理解から、証券取引に伴う損失補てんが独占禁止法に違反するかどうかという問題は、本件損失補てんが行われた後一年半余にわたって取上げられることがなかった、(三) …公正取引委員会が、本件損失補てんを含む証券会社の一連の損失補てんが不公正な取引方法に該当し独占禁止法 19 条に違反するとして、同法 48 条 2 項に基づく勧告を行ったのは、同年〔平成 3 年：筆者注〕11 月 20 日であった」。

59 東京地判平成 5 年 9 月 16 日民集〔参〕54 卷 6 号 1798 頁。

60 東京高判平成 7 年 9 月 26 日民集〔参〕54 卷 6 号 1812 頁。

61 前掲注 (40) とその本文参照。

62 前記のとおり、本判決後に展開された、法令遵守義務に係る責任の構造に関する「一元説」「二元説」の議論に照らすと、本判決は二元説に立っていると解される（前掲注 (55) とその本文参照）。すなわち、本判決は無過失免責の余地を認めている（船津・前掲 (13) 336 頁）。

〔検討〕本件には、バブル崩壊後、証券会社各社が、大口顧客に対して顧客が証券取引により被った多額の損失を事後的に填補する行為が行われていたことが明らかとなり、社会問題となったという背景がある⁶³。判旨のとおり、本件は、営業特金が独占禁止法に違反するか否かについて明らかでなく、法令違反行為当時、関係当局の判断が明確に示されていなかったといった事情があった。すなわち、本件は、取締役の行為時に当該行為が法令に違反するか否かについて明確とはいえなかったケースに分類できる。

通常、違法行為に対する故意・過失とは、行為に対する故意・過失であるが⁶⁴、本判決では取締役の違法性の認識そのものが過失の問題とされている⁶⁵。この点について、社会が高度化・複雑化するにつれ、ある行為が違法か否かの判断も複雑・高度化していくことから、違法性の認識そのものを過失の問題とすることは許容されると理解される⁶⁶。ただし、取締役が違法性の認識を有しない場合には常に免責されるということではなく、当時の当該行為の違法性に対する一般の認識や、違法性の判断について取締役がとった措置等が具体的に検討されるべきと説かれる⁶⁷。この点について、本件において Y らは法律家等の専門家の意見を徴しておらず、過失が否定されたことにつき疑問を呈する見解がある⁶⁸。対して、仮に専門家の判断を仰いだとしても、当時の状況からすると Y らは違法性の認識を得られなかっただろうとの指摘もあり、見解が分かれる⁶⁹。

63 黒沼悦郎「野村証券事件上告審判批」舟田正之ほか編『経済法判例・審決百選〔第2版〕』246頁、247頁（2010）。

64 黒沼・前掲注（63）255頁。

65 島袋鉄男「野村証券事件上告審判批」琉大法学 65号 171頁（2007）。

66 島袋・前掲注（65）171頁。

調査官の解説によれば、過失の本質が、違法な結果の発生ないしその可能性を予見し、これを回避するための適切な措置を講ずるのに必要な注意の欠如に対する非難であるといえるところ、法令の解釈に争いがあるときや、当該法令の適用の有無等につき誤解してもやむを得ない事情があるときなどは、違法な結果の予見について過失が否定されることもあり得ると説明される（豊澤・前掲注（17）613-614頁）。

67 島袋・前掲注（65）171頁。

68 石原・前掲注（23）45頁。

69 松井秀征「野村証券事件上告審判批」法教 245号 119頁（2001）。中村一彦「野

なお、本件で問題となった営業特金・損失填補は、証券会社が取引先との取引関係を維持するために（関係を維持することで損失填補額を上回る利益を得られるがために）行われたものであるが、その判断が、取締役の経営裁量を逸脱していなかったか否かが問われるべきであったとの指摘がある⁷⁰。というのも、損失填補をしなくとも取引関係を維持できていたかもしれないからである⁷¹。この見解は、関係法令の解釈等が不明確な場合には、当該法令に抵触する可能性のある行為以外の方法で、同じ目的（本件でいえば取引関係の維持）を実現できないかどうかを検討することが取締役には求められ、そういった検討がなければ、経営裁量を逸脱していたと評価し得る可能性があることを示唆するものと思われる。

②法令違反が明確だが、法令を遵守することが会社の不利益になる場合

(i) 蛇の目ミシン工業事件最高裁判決

第二のケースに該当する代表的な事件として、蛇の目ミシン工業事件⁷²が挙げられる。

〔事案の概要〕いわゆる仕手筋として知られていた A は、B 社（当時東証第一部上場）の筆頭株主となり、取締役に就任し、B 社を脅迫して、保有株式の高値での買取りを要求した。B 社側が要求に応じなかったところ、A は、保有する B 社株を暴力団関連会社に売却したと示唆し、これを取り消したいのであれば 300 億円を用立てるよう要求した。これを受け、B 社取締役会では、B 社から 300 億円を A に迂回融資するかたちで交付することが決定された。その後も、B 社は A の要求を受け、A 関連会社の債務 966 億円の肩代わりを行った。債務を肩代わりした B 社関連会社に返済能力はなく、支払不能となれば B 社が最終的に当該債務を引き受け

村証券事件上告審判批」判タ 1057 号 80 頁（2001）。豊澤・前掲注（17）615-616 頁。

70 黒沼・前掲注（63）255 頁。真に問われるべき争点はこの点であり、法令違反の認識を欠いたことにつき過失がなかったか否かという点ではないとの指摘である。

71 黒沼・前掲注（63）255 頁。

72 最判平成 18 年 4 月 10 日民集 60 巻 4 号 1273 頁。

ざるを得ない状況であった。その後、Aは証券取引法違反の容疑で逮捕され、関係者間の和解により、B社が、迂回融資による300億円および肩代わり債務430億円分を引き受けることとなった。

B社およびB社関連会社の元取締役であり、かつ、B社株主であるXは、B社取締役Yらに対して損害賠償責任を追及するための株主代表訴訟を提起した。第一審⁷³および原審⁷⁴は、ともにYらの責任を否定した。上告審では、Yらの忠実義務・善管注意義務違反（旧商法266条1項5号）および株主への利益供与（旧商法266条1項2号）に係る責任が問題となった。

〔判旨〕破棄差戻し⁷⁵

「Aには当初から融資金名下に交付を受けた約300億円を返済する意思がなく、Yらにおいてこれを取り戻す当てもなかったのであるから、同融資金全額の回収は困難な状況にあり、しかも、B社としては金員の交付等をする必要がなかったのであって、上記金員の交付を正当化すべき合理的な根拠がなかったことが明らかである。Yらは、Aから保有するB社株の譲渡先は暴力団の関連会社であることを示唆されたことから、暴力団関係者がB社の経営等に干渉してくることにより、会社の信用が毀損され、会社そのものが崩壊してしまうことを恐れたというのであるが…会社経営者としては、そのような株主から、株主の地位を濫用した不当な要求がされた場合には、法令に従った適切な対応をすべき義務を有するものというべきである。…本件において、Yらは、Aの言動に対して、警察に届け出るなどの適切な対応をすることが期待できないような状況にあったということとはできないから…〔Aへの巨額の金員交付を〕やむを得なかったものとして過失を否定することは、できないというべきである。」

「…会社から見て好ましくないと判断される株主が議決権等の株主の権利

73 東京地判平成13年3月29日判時1750号40頁。

74 東京高判平成15年3月27日民集60巻4号1306頁。

75 差戻控訴審（東京高判平成20年4月23日金判1292号14頁）において、B社の損害額583億6039万8183円が確定した。

を行使することを回避する目的で、当該株主から株式を譲り受けるための対価を何人かに供与する行為」は、株主への利益供与に当たる。「事実関係によれば、B社は、Aが保有していた大量のB社株を暴力団の関連会社に売却したというAの言を信じ、暴力団関係者がB社の大株主としてB社の経営等に干渉する事態となることを恐れ、これを回避する目的で、上記会社から株式の買戻しを受けるため、約300億円というおよそ正当化できない巨額の金員を、う回融資の形式を取ってAに供与したというのであるから、B社のした上記利益の供与は、商法294条ノ2第1項にいう『株主ノ権利ノ行使ニ関シ』されたものであるというべきである。」

〔検討〕本件は、暴力団関係者の干渉や会社の信用毀損など会社に不利益を及ぼし得る恐れがある状況の中、法令違反という結果の回避可能性があったといえるか否かが問題となった点に特徴があった事案といえる。原審はYらの過失を否定したのに対し、本判決では結果回避可能性がないとはいえないとして過失を認めた。学説では、原審は、Aによる脅迫およびB社の存立を守ろうとするYらの動機を重視し、Yらに巨額の責任を負わせるのは酷であるとの見方があったとされる⁷⁶。

Yらの過失を否定した原審に対して、過失を肯定した本判決はどのように評価されるか。本判決は、過失を認めるにあたり、警察に届け出るなどの適切な対応をとることが期待できないわけではなかったと述べる。しかし、当時そのような措置に実効性があったとはいえなかったとの指摘がなされるところであり、最高裁判所は、取締役には実効性などと無関係に法令に従った対応を行う義務があり、それすら行わずに会社に損害を与える可能性の高い違法行為を行えば、結果回避可能性を否定しないという立場を示したといえる⁷⁷。さらに本件の事情を加味すると、本件において仮に

76 松中学「蛇の目ミシン工業事件上告審判批」商事1885号53頁（2009）。原審に批判的な見解として、宮廻美明「蛇の目ミシン事件原審判批」ジュリ1309号135頁（2006）。

77 松中・前掲注（76）53頁。太田晃詳「蛇の目ミシン工業事件上告審判解」曹時59巻5号473頁、493頁参照（「[本件のような]巨額の利益供与が会社資産を浪費し、会社運営の公正を害するおそれがあることは否定できず…取締役

警察への届出がなされたとしても、相手方からの脅迫・報復が十分予想され（取締役の生命の保護の必要性）、また、会社に仕手筋の関与があったことで生じる会社の信用失墜が免れないと予想できた（会社の存立の保護の必要性）との事情があったものの、被告取締役の責任を認めたことから、最高裁判所は、このような事情があっても利益供与を行うことは認められないと考えている、と分析される⁷⁸。

ただ、本件については、もし無過失免責の余地を広げてしまえば、利益供与の要求に対して取締役に妥協の余地が生じ、総会屋等に退出路を保障することになってしまうという事情があったことを考慮する必要があるとされる⁷⁹。このような事情は、利益供与禁止規制以外の法令一般に当てはまるわけではなく、本判決の射程はそのような意味で限定的であると解され、他の法令違反に係る判断について費用便益分析的な観点から免責する余地を一切排除するものではないと見るべきとされる⁸⁰。

ただし、費用便益分析的な観点からの免責の可否を、裁判所がどのような基準で判断するかは現状明らかではない。蛇の目ミシン工業事件は、利益供与という違反に対して厳しいサンクションを課す方が望ましく、費用便益分析的な観点からの免責の余地を小さくすべき場合であったと考えられるが⁸¹、取締役に費用便益分析的な観点から免責の余地を与えてもよい場合とはどのように判断されるかという点が、さらに問題となる。

の責任を否定することはできないと思われる。』。

78 後藤・前掲注（50）180-182 頁。

79 後藤・前掲注（50）182 頁。高間佐知子「蛇の目ミシン工業事件控訴審判批」法学新報 111 巻 1・2 号 556 頁（2004）。穴戸善一「蛇の目ミシン工業事件上告審判批」ジュリ 1332 号 106 頁（2007）も参照（「仮に、その際の取引価格が、市場価格に基づいた公正な価格であった…場合であっても、総会屋の持株の会社による引取りないし斡旋を認めないとするのが、利益供与禁止規定の趣旨であると思われる。』）。

80 後藤・前掲注（50）183 頁。本判決は、本件の各法令違反行為が会社の利益になるにもかかわらず過失を肯定したわけではなく、会社にとって不利益な行為であることに言及しているから、会社の利益のための法令違反行為をすべて否定する趣旨ではないと捉えるべきとされる（松中・前掲注（76）54 頁）。

81 松中・前掲注（76）54 頁参照。

(ii) 名古屋地判平成 13 年判決

第二のケースの 2 件目として、名古屋地判平成 13 年 10 月 25 日判時 1784 号 145 頁（以下「名古屋地判平成 13 年判決」という）を挙げる。

〔事案の概要〕A 社は青果卸売業を営む株式会社であり、名古屋市中央卸売市場において卸売業務を行っていた。A 社はこれまで、出荷者との取引を継続させるために、市場内の競り売りで決まった卸売価格が出荷者の意に沿わない金額であった場合には、出荷者に対し「集荷対策費」を支払ってきた。A 社の株主 X は、そのような集荷対策費の支出は、卸売市場法および名古屋市中央卸売市場業務条例に違反するとして、A 社代表取締役 Y らに対し、支出額相当の 6 億 3000 万円余りにつき、損害賠償責任を追及するため株主代表訴訟を提起した。

〔判旨〕請求棄却（確定）

裁判所は、野村証券事件最高裁判決を踏襲し、法令違反行為は善管注意義務に違反したか否かを問うまでもなく旧商法 266 条 1 項 5 号に該当すること、本件における集荷対策費の支払いは法令違反行為に該当すること、そして、「損害賠償責任を負うにはその違法行為について故意又はその行為が法令に違反するとの認識を欠いたことに過失があることを要する」とし、本件では Y らに法令違反の認識がなかったところ、認識の欠如に過失があったか否かにつき次のように判示した。「集荷対策費の支出は、青果卸売会社を経営するには必要不可欠であり、仮にこれを行わないとすると、A 社を経営し、収益を上げることは事実上不可能であ〔り〕…各地の同業他社も、名称は異なることがあっても、同様の支出を行っていたこと、…名古屋市からは、集荷対策費を支出している事実について把握されていたにもかかわらず、『支出の適正化に努めること。』などの勧告を受けるにとどまっていた…。A 社が、業務停止処分を受けること、過料の支払をしなければならないことはなかった。」「これらの事情によれば、Y らが集荷対策費の支出を決定し実施した当時、卸売市場法及び市条例等に違反するという認識を有するに至らなかったとしてもやむを得なかった面があるというべきであり…商法 266 条 1 項 5 号の規定により損害賠償の責任を負

うに足る過失があったと認めることはできない。」

さらに裁判所は、集荷対策費を支出するという経営判断に善管注意義務（旧商法 254 条 3 項等）の懈怠があったか（取締役の裁量の範囲を逸脱していたか）どうかを争点に挙げ、これを否定した⁸²。

〔検討〕本件には、当時の青果卸売市場の実態として、出荷者の出荷権を背景とした発言権の強化により、卸売業者が出荷側の希望価格に従わないときは出荷が停止されるという事態が生じていたという背景があった。

本件において裁判所は、違法性の認識に関する事情を過失の問題としている。しかし、学説では、本件で問題となったのは A 社の営業自体を規制するための法律であり、Y らがこれを知悉していなかったとは考えにくく、当局も、集荷対策費について違法と評価しつつ事情を考慮して処分を行っていなかったと解するのが自然であるとの指摘がなされている⁸³。

そうであるとすれば、本件は、法令違反が明確である（取締役に違法性の認識もある）が、法的な制裁がなされるか否かが不明確であったケースといえる。論者によれば、本件では、違法性の認識の欠如ではなく、当該法令違反行為をしたこと自体についての過失を問題として考えることができた⁸⁴。そして、会社の利益という観点から法令違反をせざるを得ないような場合には、法令違反という結果を回避できず、法令違反行為をしたこと自体についての過失がないとして、帰責事由ひいては賠償責任が否定さ

82 裁判所は、「当該行為をするにつき、その目的に社会的な非難可能性がないか否か、その前提としての事実調査に遺漏がなかったか否か、調査された事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か、その事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かなどの観点から、当該行為をすることが著しく不当とはいえないと評価されるときは、取締役の当該行為に係る経営判断は、裁量の範囲を逸脱するものではなく、善管注意義務又は忠実義務の懈怠がないというべき」として、経営判断原則の言い回しを用いているが、判断内容自体は、違法性の認識の欠如を再度問題としており、経営判断原則を適用した判断を行ったわけではない。

83 後藤元「名古屋地判平成 13 年判決判批」ジュリ 1272 号 152 頁（2004）。小林量「名古屋地判平成 13 年判決判批」リマークス 27 号 91 頁（2003）。岩原紳作「金融機関取締役の注意義務—会社法と金融監督法の交錯」落合誠一選『商事法への提言』173 頁、219 頁（商事法務、2004）。

84 後藤・前掲注（83）152 頁。

れ得るという⁸⁵。

ただし、本件の事情に照らした場合に、会社の利益のために集荷対策費を支出するという判断をしたことについて過失の有無をどのように判断すべきか、学説は分かるところである。一方で、取引実態の発展により法律の規定が時代遅れのものとなっているような場合等に限定して過失の否定を認めれば、違法行為抑止の観点からも問題は小さいとの見解がある⁸⁶。他方で、会社の経済的利益を追求するために法令違反の回避を取締役に期待できないと判断することには無理があるとの見解もある⁸⁷。

③法令違反行為の経営判断における、過失に関する考慮要素

上記①②では、問題の行為が法令違反に当たるか否か明確でなかったケース、および、問題の行為につき法令違反であることは明確であったが、当該法令を遵守することが会社の不利益になるケースとこれらに関する議論を概観した。本稿では、「社会にとって利益的なビジネスのために取立て既存の法ルールに違反する行為を取締役が判断し実行する局面」を想定し、取締役の法令遵守義務の検討を目的とするところ、上記①②の各ケースおよびこれらに関する議論を踏まえると、法令遵守義務違反に係る責任を裁判所が判断するにあたって（特に、過失の有無を判断するにあたって）、取締役が法令違反行為の実行を決定・判断する過程がどのように考慮されるのか、また、取締役が法令違反行為の実行を判断する際に、費用便益分析的な経営判断が許容されるのか、という問題が検討すべき事項として挙げられると考える。

野村証券事件最高裁判決は、取締役が違法性の認識を欠如していた点に不合理がなかったかを過失の問題として判断した。同判決では、取締役が法律家等の専門家の意見を徴していなかった点を問題としなかったが、近年では、会社の事業活動の法律適合性について、政府機関や弁護士など外

85 後藤・前掲注（83）152-153 頁。

86 後藤・前掲注（83）154 頁。

87 釜田薫子「名古屋地判平成 13 年判決判批」商事 1725 号 54 頁（2005）。

部の専門家に意見を求め、リーガル・チェックを行うことは一般化してきている⁸⁸。

本稿は、新たなビジネスの展開を企図して敢えて（故意に）法令に違反する局面の検討を想定しているが、法令の解釈が不明確な分野・領域を狙うという局面もあり得る。いずれにせよ、違法性の可能性や関係法令の解釈に関する議論の現状について、まったく把握しようとすることなく、一切のリーガル・チェックを行わない場合には、違法性の認識の欠如につき過失が肯定されると考えられる。問題は、違法性の可能性や関係法令の解釈に関する議論の状況を把握するための過程を経て、法令違反のリスクがある（高い）と認識しつつも、当該行為を行うと取締役が判断し、その責任を問われた場合に、責任の有無の判断にその過程がどのように考慮されるかである。

学説では、法令違反に当たるか否か明確でない場合に、取締役がリーガル・チェックを行ったうえで法的リスクを把握し、法令違反のリスクを取ることで予想されるメリットが予想されるデメリットを上回る場合には、法令違反のリスクを取ることは許容されるべきであるとの見解がある⁸⁹。法令違反のリスクを取ることを許容する見解は、法規制が技術の発展に追いついていない場合があること⁹⁰、一切の法令違反のリスクを許容しなければ、社会や技術の発展が著しく阻害されてしまうことを⁹¹、その理由として挙げる。

では、法令違反のリスクを取った結果、事後的に裁判所や当局によって

88 伊勢田・前掲注（51）259頁。

89 田中・前掲注（42）10頁注52。大杉・前掲注（52）317頁。松尾健一「米国における経営判断原則の正当化根拠をめぐる議論の状況」民商154巻3号23頁（2018）。渡部友一郎ほか「法令化希釈が未確立の場合におけるリスクテイクと取締役責任—無過失の評価根拠事実としてのISO31022（リーガルリスクマネジメント）の運用」国際商事法務49巻5号634-635頁（2021）も参照。

対して、株主のcash flowレベルでの費用便益分析（利害得失計算）は、免責事由と解せないとの見解がある（得津・前掲注（47）86頁）。

90 松尾・前掲注（89）23頁。

91 大杉・前掲注（52）318頁。

違法であると評価され、取締役の責任が追及された場合はどのように考えられるか。学説では、取締役が、法的リスクを確認し、費用便益分析において善管注意義務を果たしたと証明できれば、責任は否定されるべきであり、その判断には経営判断原則が妥当し、取締役の判断に裁量の幅があることを肯定すべきとの見解が示される⁹²。

ただし、法令違反のリスクを許容する上記学説は、法令違反に当たるか否か明確でない場合を前提としており、法令違反が明確な場合は前提としていないと思われる。なぜなら、同論者は、法令違反行為の発覚の可能性を加味して、費用便益分析の判断をして法令違反行為をすることは許容されないとの見解を示しており、法令違反が明確である場合には（発覚の可能性を問わず）、その行為は行うべきでなく、有責であることを前提としていると捉えられるためである⁹³。では、法令違反が明確な場合には、取締役の免責の余地の有無についてどのように考えることができるか。

得津（2005）は、故意の法令違反を善管注意義務違反として認めつつも、「当該法ルールが社会的に望ましくないこと」を取締役の側で論証することができ、かつ、当該違法行為が、①社会全体の利益を目的としたものか、②積極的かつ公に行われたか、という要素によって、免責の可否が判断されるという定式を提唱している⁹⁴。

蛇の目ミシン工業事件最高裁判決は、会社の存立や取締役の生命の保護といった必要性に迫られる事案ではあったが、株主への利益供与につき、結果回避可能性がなかったわけではないという理由により取締役の過失を肯定し、責任を認めた。学説では、当該事件当時の社会的な背景や法制度の状況、利益供与という行為が性質上隠蔽しやすいものであること等を鑑

92 大杉・前掲注（52）318頁。松尾・前掲注（89）417-418頁。対して原則、すべての法令違反の場合に経営判断原則は適用されないとの見解として、近藤光男『経営判断と取締役の責任—「経営判断の原則」適用の検討』126頁（中央経済社、1994）。その理由は、たとえ経営者の判断とはいえ、裁判官が法令に違反する判断について取締役の裁量を認めることは不当であるためとされる。

93 田中・前掲注（42）10頁注52。吉原・前掲注（13）42頁。

94 得津・前掲注（12）76頁。

みると、敢えて厳しいサンクションを課し、当該行為を強く抑止する必要があったとの分析がなされている⁹⁵。

名古屋地判平成 13 年判決に関する議論では、法律の規定が時代遅れのものとなっているような場合等に限定して取締役の過失の否定を認めるとの見解もあれば⁹⁶、法の趣旨自体（当該事案の関係法令でいえば、公正な取引を確保するという趣旨。）が生きていると解されれば、その違反につき過失は否定されないとの趣旨の見解もある⁹⁷。

これらの議論を踏まえると、法令違反が明確な場合における、取締役の経営判断上の過失に関する判断（経営裁量の逸脱の有無に関する判断）との関係においては、違反した法規制がどのような法規制として評価されるかが問題になるといえそうである。蛇の目ミシン工業事件最高裁判決に関する議論を踏まえると、厳しいサンクションを課し、強く抑止すべき行為に対する法規制であるのか、それとも、強く抑止することに迫られない行為に対する法規制であるのかが考慮要素となるといえ、そうであるとすれば、その違いはどのように判断されるのが問題となり得る⁹⁸。得津(2005)の提案、および、名古屋地判平成 13 年判決に関する議論を踏まえると、経済・取引実態に合っていない法規制なのか（当該法規制が社会的にもはや望ましくないのか）、そうではないのか、という点も考慮要素として挙げられる。

以上

95 松中・前掲注（76）53-54 頁。

96 前掲注（86）とその本文参照。

97 小林・前掲注（83）91 頁。

98 前掲注（81）と本文参照。