

取締役の法令違反行為による任務懈怠責任の判断構造と 取締役の責任を否定すべき事由について

栗山 朋久

目次

序章 はじめに

第1章 法令違反行為による取締役の任務懈怠責任
の判断構造について

第1節 問題の所在と問題意識の背景

第2節 任務懈怠責任の類型と学説の概要

- (1) 一般の善管注意義務違反による任務懈怠責任（第1類型）
- (2) 会社法が個別に定める特別な法定責任（第2類型）
- (3) 取締役の責任発生の判断構造が条文上明らかでない法令に違反する行為による任務懈怠責任（第3類型）

第3節 証明責任の負担の観点

- (1) 両説における証明責任の負担
- (2) 善管注意義務違反の推定について

第4節 取締役の法令遵守義務の性質の観点

- (1) 両説における法令遵守に関する取締役の義務
- (2) 善管注意義務と法令遵守義務の捉え方についての考察

第5節 法解釈が確立していない法令に違反した場合の責任のあり方の観点

- (1) 総合的判断による責任認定の可能性
- (2) 二元説と債務不履行における帰責事由（過失）の解釈
- (3) 若干の私見

第6節 小括

第2章 取締役の任務懈怠責任を否定すべき事由について

第1節 問題の所在

第2節 法令違反の認識を欠いて違法行為を行った場合

- (1) 関連する判例の紹介
- (2) 各判例の整理
- (3) 法律専門家の意見聴取の有無

- (4) 関連する判例以外の観点—監視義務としてのチェック体制の整備—

第3節 適法行為の期待可能性がなかったと考えられ得る場合

- (1) 期待可能性がない場合における取締役の免責の可否
- (2) 関連する判例の紹介
- (3) 会社の利益のために、違法行為が必要やむを得なかった場合
- (4) 取締役個人の法益を保護するために、違法行為が必要やむを得なかった場合

第4節 法解釈が確立していない法令の場合

- (1) 経営判断原則について
- (2) 経営判断原則の根拠
- (3) 法令違反行為への経営判断原則の適用可能性と取締役の裁量の幅

終章 むすびにかえて

序章 はじめに

株式会社の取締役は各種の法令を遵守して会社経営をしなければならず、取締役は法令違反を理由に会社に対して任務懈怠責任を負いうる。本稿の目的は、法令違反に基づく取締役の任務懈怠責任発生の判断構造を明らかにした上で、取締役の責任を否定すべき事由を検討することである。具体的に説明すると次のようになる。

例えば、違法な利益供与を行った取締役の責任について、会社法は、証明責任の分配を明定している（120条4項）。他方で、例えば独占禁止法に違反する行為を行った場合、会社法423条1項からは「誰が何を証明する」ことで、取締役の会社に対する責任が発生するのかは読み取れない。このような法令違反行為に基づく任務懈怠責任の判断構造は、一般の善管注意義務違反の場合と同じ

なのか、別なのか、いわゆる「一元説」「二元説」という学説上の議論がある。論者の多くは、証明責任の負担の観点を重視するが、別の観点から結論を出す論者も存在する。そこで、第1章では、複数の観点を体系化して考察するという、先行研究には見られない論法で、どちらの学説が妥当なのかを検討する。

ただし、両説とも法令違反行為の事実ではなく、取締役責任を認めるべき何らかの事由が存在することで、任務懈怠責任が発生する。そのため、実務上、特に取締役にっては、具体的にどのような事由があれば、法令違反行為を行ったとしても、責任を否定されるかが重要である。取締役の責任が否定されるべき事由は、法令違反の類型によって異なるため、第2章では、判例の事例を参考に、法令違反をいくつかに類型化したうえで、具体的にどのような事由があれば、取締役は法令違反行為を行ったとしても、責任を否定されるかについて検討をしていく。

第1章 法令違反行為による取締役の 任務懈怠責任の判断構造について

第1節 問題の所在と問題意識の背景

取締役は会社との委任関係に従い（民法643条、会社法330条）、善管注意義務をもって職務を執行することを任務としている（民法644条）。そして、取締役がその任務を怠ったとき、すなわち、善管注意義務違反の行為により会社に損害を与えた場合、任務懈怠責任を負う（会社法423条1項）。ただし、条文の文言からは、法令違反行為を行った場合、「誰が何を証明する」ことで、任務懈怠責任が発生するのか、という判断構造までは読み取れない。

本章の目的は、任務懈怠責任発生判断構造が条文上明らかでない法令に違反した場合における取締役の責任の判断構造について、一般の善管注意義務違反の場合と同じか（一元説）、それとは異なるのか（二元説）という議論についての結論を探ることである。そもそもこの議論は、現行の会社法が施行される前の旧商法の時代から続いて

おり、会社法施行によって、より鮮明な問題として議論されるようになった¹⁾。具体的に説明すると次のようになる。

現行の会社法が施行される以前は、旧商法266条1項に会社法423条1項に相当する規定が置かれ、同項5号には、法令・定款違反によって、会社に対する損害賠償責任が発生する旨が明記されていた。そして、平成12年の野村証券損失補填事件・最高裁判決では、法令違反行為による任務懈怠責任の発生には、①取締役による法令違反行為の事実と②法令違反行為について取締役に故意または過失の2つの要件が必要で、②の不存在の証明責任は取締役にあるという現在の二元説的な考え方が採用された。

ところが、会社法が施行され、423条1項から「法令・定款違反」の文言が消え、任務懈怠責任の発生原因として、「任務を怠ったとき」のみが規定されたことで、従来の二元説的な考え方ではなく、一元説的な考え方がしやすくなった。つまり、最高裁が示した「法令違反の事実」と「取締役の故意・過失」の2要件による判断構造から、取締役の「会社が法令を遵守しないで行動するようなことをさせないようにする」注意義務違反の証明責任を会社が負うという判断構造に変更されたのではないかと、という問題が潮見佳男から提起された²⁾。

それに対して、旧商法266条1項5号「法令」には取締役の善管注意義務や忠実義務も含まれるため³⁾、会社法423条1項とは責任の内容が同質であり、加えて、会社法355条で取締役の法令遵守義務が明確に定められており、これに違反した場合もまた「その任務を怠ったとき」に該当するため、従来の二元説的な考え方が変わったとはいえ

1) 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—」北大法学論集61巻6号（2011）63頁。

2) 潮見佳男「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—」商事法務1740号（2005）40頁。また、潮見の問題提起を詳細に解説したものとして、得津晶・前掲注1）63頁、75頁。

3) 第2章の第2節で紹介する野村証券損失補填事件・最高裁判決。

ない、との主張もある⁴⁾。

以上のように、法令違反に基づく任務懈怠責任発生判断構造についての考え方が、より鮮明に対立することになった。次節において、典型的な3つの任務懈怠責任類型の判断構造を議論の入り口として紹介する。

第2節 任務懈怠責任の類型と学説の概要

(1) 一般の善管注意義務違反による任務懈怠責任 (第1類型)

①民法上の債務不履行責任 (不完全履行)

通説的見解によれば、取締役は会社と委任関係にあり、「行為債務 (なす債務)」の不完全履行に基づく債務不履行責任 (民法415条) が任務懈怠責任と位置付けられている⁵⁾。債務不履行責任について、債務者がその債務の本旨に従った履行をしなかったこと (債務不履行) の事実は、債権者が証明する責任を負い、債務者の責めに帰すべき事由 (帰責事由 = 故意・過失) がなかったことについては、債務者自身が証明する責任を負う。なお、過失については、「結果発生を予見・防止すべき具体的な行為義務違反」と近年理解されてきているため (過失の客観化)、行為債務における「履行不完全」の事実と、客観化された「過失」の評価根拠事実とが重なり合うことになる。したがって、履行不完全の事実が債権者により証明されると、過失が証明されたに等しいことになる⁶⁾。

②会社法上の取締役の任務懈怠責任

民法上の債務不履行 (不完全履行) 責任を会社法上の取締役の任務懈怠責任に置き換えると、取締役が負う債務とは、「善管注意義務を尽くして職務を執行すること」である。また、過失の客観化により「債務不履行の事実 = 善管注意義務を尽くさずに職務を執行したこと (善管注意義務違

反)」と「過失 = 善良な管理者の注意を尽くさなかったこと⁷⁾」とが事実上重なり合うことになる⁸⁾。

したがって、善管注意義務違反があったとして取締役の責任を追及する場合、会社 (株主代表訴訟の場合は株主) が取締役の善管注意義務違反を証明する必要があり、会社がこの証明に成功したら、取締役による自らの無過失の証明の余地がほとんどなくなるということになる⁹⁾。

(2) 会社法が個別に定める特別な法定責任 (第2類型)

例えば、株主への利益供与 (会社法120条4項) や剰余金の違法配当 (会社法462条1項・2項) に関しては、注意を怠らなかったことの証明責任を取締役に負わせる旨が明確に規定されている。したがって、第1類型とは異なり、取締役の責任を追及する会社 (もしくは株主) は、違法な利益供与や剰余金配当の各事実のみを主張・証明するだけで足りる。

(3) 取締役の責任発生判断構造が条文上明らかでない法令に違反する行為による任務懈怠責任 (第3類型)

本章で検討すべき類型であり、任務懈怠責任の判断構造について、いわゆる「一元説」と「二元説」といわれる学説上の争いが存在する¹⁰⁾。一元説とは、第1類型と同じ判断構造で考える見解である。法令違反行為の事実だけで債務不履行の事実を構成するのではなく、当該法令違反行為が善

4) 菅原貴与志「任務懈怠責任の法的性質と構造—要件事実的考察をふまえて—」山本爲三郎 編『新会社法の基本問題』(慶應義塾大学出版会、2006) 188頁、191頁。

5) 不完全履行とは、何らかの履行行為はあったが、それが債務の本旨に従わない履行であること。菅原貴与志・前掲注4) 182頁。

6) 菅原貴与志・前掲注4) 183頁。

7) 吉原和志「法令違反行為と取締役の責任」法学60巻1号 (1996) 24頁。

8) 吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」黒沼悦郎ほか 編『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 (上)』(商事法務、2007) 526頁。

9) ただし、全く何も主張できないわけではなく、「過失の評価障害事実」を抗弁として主張・証明する余地は残されていると考えられている。潮見佳男・前掲注2) 38頁。

10) なお、会社法の立法担当者は、任務懈怠と過失とを区別するかしないかという意味で「一元説」「二元説」という語を使っている。高橋英治「第23回 野村證券損失補てん事件最高裁判決」法学教室389号 (2013) 114頁。本稿では、立法担当者の使う意味とは異なる、学説上の意味として使用する。

管注意義務違反と評価されて初めて債務不履行となり、取締役は責任を負う、という考え方である。一方、二元説とは、第2類型と同じ判断構造で考える見解である。法令違反行為の事実だけで債務不履行の事実を構成し、任務懈怠となり、取締役に帰責事由（過失）が存在することで任務懈怠責任を負う、という考え方である。

一元説と二元説（以下、合わせて「両説」とする）は、取締役の任務懈怠責任の判断構造の違いについての学説であり、いずれにせよ、法令違反行為の「事実」だけで「責任」は発生しない¹¹⁾。責任を発生させるためには、一元説では取締役の善管注意義務違反、二元説では取締役の帰責事由が必要である。では、両説の妥当性は、どのように検討すべきであろうか。論者の多くは、会社（もしくは株主）と取締役が負うべき証明責任の負担という観点を重視するが¹²⁾、別の観点をも考慮すべきではないか。次節以降では、証明責任の負担を含む3つの観点の考察を通して、両説の妥当性を探ることにする。

第3節 証明責任の負担の観点

(1) 両説における証明責任の負担

一元説において、取締役の責任を追及する会社（もしくは株主）は、当該法令違反行為について取締役に善管注意義務違反があることを証明する責任を負う。一方、二元説において、会社は法令違反の事実を証明するのみでよく、取締役は当該法令違反行為について、自らに故意・過失がなかったことを証明する責任を負う¹³⁾。

(2) 善管注意義務違反の推定について

取締役によって会社が法令違反行為を行った場合、罰金や課徴金などによる会社財産の減少といった財産的損害のほか、株価下落やブランド価値の低下による損害を被ることになる。したがって、通常の証明責任の分配によると、かかる損害の回復を請求する会社が取締役の善管注意義務違反を証明する責任を負うことから、一元説の考え方が妥当であるように思われる¹⁴⁾。他方で、例えば専門家の意見聴取など、適法性を確保するための準備や支援体制、法的リスクの検討状況といった、取締役が責任を免れるべき事情は、会社内部にあり、しかもそのほとんどが取締役の関与領域内にある。したがって、その証明責任を取締役に負わせるべきと考える論者は、証明の容易さ（証拠との距離）という観点から二元説の妥当性を主張しているものと考えられる¹⁵⁾。

ところで、法令違反行為があれば、何らかの善管注意義務違反があったと推定することは、株主のみならず一般人の通常感覚であるように思われる。つまり、会社によって法令違反行為の事実が証明されると、取締役の善管注意義務違反が事実上推定され、取締役はこの推定を覆す「過失の評価障害事実」を証明する必要に迫られることに

14) 通常、証明責任の分配は、法律効果を権利発生、権利障害、権利阻止（または権利消滅）の3つに大別し、訴訟物たる権利関係を基準として、それぞれの法律効果が自己に有利に働く当事者が、その法律効果を基礎づける要件事実について証明責任を負う、と考える「法律要件分類説」に基づいて決する。法令違反行為に基づく任務懈怠責任における証明責任の分配を法律要件分類説に従った場合、訴訟物は損害賠償請求権であり、認められれば会社に有利に働くため、損害賠償請求権を基礎づける善管注意義務違反の事実を、会社が証明することになる。そして、会社の損害賠償請求権を否定する効果は取締役に有利に働くため、損害賠償請求権を否定する効果を基礎づける事実（善管注意義務を尽くしたこと）を、取締役が証明することになる。伊藤眞『民事訴訟法』（有斐閣、第4版、2011）356-357頁。

15) 前掲注12)。なお吉原は、吉原和志・前掲注8）533頁において、証明責任の負担の観点から、二元説の考え方の合理性に一応の理解を示しているが、二元説の学説に立つと明言しているわけではない。

11) 吉原和志「取締役の任務懈怠責任（商法から）」潮見佳男ほか 編『民・商法の溝をよむ』（日本評論社、2013）136頁。

12) 例えば、吉原和志・前掲注8）529頁、高橋英治・前掲注10）115頁、田中亘「利益相反取引と取締役の責任（下）—任務懈怠と帰責事由の解釈をめぐって—」商事法務1764号（2006）8頁など。

13) 正確には「違法の認識を欠いたことに過失がなかったこと（違法の認識を有するに至らなかったことにやむを得ない事情があること）」の証明である。森本滋「会社法の下における取締役の責任」金融法務事情1841号（2008）14頁。

なるだろう¹⁶⁾。筆者は、この点に注目したい。そうだとすると、一元説であっても、法令違反行為をただちに任務懈怠とする二元説と考え方が近づくことになり、論者のように証明責任の負担という観点を重視するべきとは必ずしもいえないのではないか。

ただし、会社法423条3項などとは異なり、あくまで解釈論から導かれた推定であるため¹⁷⁾、どの程度の推定が働くのかは、法令の種類や性格によって異なるため、その判断が難しいとの批判が予想される¹⁸⁾。しかし、次のような再反論が可能であろう。取締役の責任が現実の問題となる法令は、「その会社の経営に関わる法令」であると通常は考えられる。そして、取締役は本来そのような法令を把握するべきであり、法令違反行為について善管注意義務違反の推定が強く働くのが通常であろう。したがって、やはり一元説と二元説の距離はかなり近づくことになり、証明責任の観点を重視するべきではない。

第4節 取締役の法令遵守義務の性質の観点

(1) 両説における法令遵守に関する取締役の義務

一元説では、会社自身が法令を遵守すべき義務を負うのだから¹⁹⁾、会社に対する善管注意義務の一内容として、「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」を取締役は負うと考える²⁰⁾。一方、二元説は、具体的な法令違反行為と善管注意義務違反行為は性質が異なるとの理解を基礎にしている²¹⁾。つまり、一元説のように、法令遵守義務を善管注意義務（以下、合わせて「両義務」とする。）の一内容とは考えずに、別の義務として捉えるものだと考えられる。

(2) 善管注意義務と法令遵守義務の捉え方についての考察

(1)によると、一元説では法令遵守義務は会社に対して負うことは明らかであるが、二元説では誰に対する義務なのかが明確でない。この点と、任務懈怠責任の内容が会社に対する損害賠償責任である点とをシンプルに捉えると、一元説のほうが理論的には適切である。他方で、会社法355条に視点を移すと、会社に対する忠実義務としての法令遵守義務を取締役は負っているため、二元説に立ったとしても、会社に対する義務として説明することはできる。

ところで「注意義務」とは職務を行うにあたって注意を尽くすべき義務であり、「忠実義務」とは取締役が自己の利益を図ってはならない義務であると理解されることもある²²⁾。ただし、忠実義務について、通説・判例ともに「注意義務を一層明確にしたにとどまり、注意義務とは別個の義務ではない」との立場に立っている²³⁾。そうだとすると、会社に対する忠実義務としての法令遵守義務は、会社に対する善管注意義務の一内容としての法令遵守義務と解することが自然であり、二元説のように、両義務を別の義務と観念することは、不自然であるといえよう。

他方で、両義務の違反による会社の損害という視点にも留意するべきである。すなわち、法令遵守義務違反の損害には罰金や課徴金などの制裁金のほか、社会的信用の低下とそれに伴う収益の減少といったものまで含まれるため、通常の善管注意義務違反に比べて損害が大きくなる可能性が高い。したがって、二元説における基礎的理解²⁴⁾にも合理性はあるように思われる。

確かに、法令違反行為による会社の損害を考慮すると、二元説のように法令違反の事実のみで「任務懈怠」とすることにも意義はあるかもしれない。しかし、法令違反行為はあくまで任務懈怠

16) 吉原和志・前掲注11) 137頁。ただし、あくまで推定が働くだけであり、会社は取締役の善管注意義務違反を証明しなくてよい、というわけではない。この点につき、森本滋・前掲注13) 15頁。

17) 吉原和志・前掲注11) 137頁。

18) 吉原和志・前掲注7) 39頁。

19) 吉原和志・前掲注7) 31頁。

20) 潮見佳男・前掲注2) 38頁。

21) 適法性の確保と会社経営の効率性の確保とがそれぞれ異質である、とも言い換えられる。潮見佳男・前掲注2) 39頁。

22) 伊藤靖史ほか『会社法』（有斐閣、第3版、2015）217頁。

23) 八幡製鉄政治献金事件・最高裁判決（最大判昭和45年6月24日 民集24巻6号625頁）。

24) 前掲注21)。

を推測させる一事実に過ぎず²⁵⁾、当然推測が覆ることもあると考えるべきである。また、弁護士や監督官庁の意見を聴取するなど、善管注意義務を尽くして適法と判断したのに、裁判所によって事後的に違法とされた場合にまで（無過失を理由に免責される余地はあるにせよ一旦は）任務懈怠が認定されることへの違和感を指摘する論者も存在し²⁶⁾、株主代表訴訟の濫用にもつながる恐れもあるだろう。

したがって、法令違反行為による会社の損害を考慮したとしても、二元説は取締役にとって厳しすぎる結果となる可能性があり適切でなく、一元説の考え方が妥当である。

第5節 法解釈が確立していない法令に違反した場合の責任のあり方の観点

法令には様々な形の規定がある。例えば、不動産登記法における権利に関する登記の共同申請主義（60条）や、利息制限法における利率限度（1条）など、明確なルールを設定した規定のほか、独占禁止法における不当な取引制限の禁止（3条）や、不正な取引方法の禁止（19条）など、相当な幅の解釈が可能な規定もある。後者の規定の場合、具体的にどのような行為が不当な取引制限にあたるのか、どのような行為が不正な取引方法にあたるのか、といったように適法・違法の判断に関わる複数の解釈が可能である。そのような場合に、判例・学説上、明確な解釈が確立していない法令も存在する。

かかる規定について、行為時には適法だと判断し実行したものの、事後的に裁判所によって違法だと判断された場合、一元説と二元説のどちらが取締役の任務懈怠責任の有無を適切に判断しうるだろうか。とくに、総合的判断による責任認定をなしうるかが問題となる。なお、この点に関連して、第2章の第4節では、いわゆる「経営判断原則」の適用可能性について検討する。

25) 黒沼悦郎「株式会社業務執行機関」ジュリスト1295号（2005）71頁。

26) 森本滋「法令違反行為と利益相反取引に係る取締役の責任—取締役の責任再論—」金融法務事情1849号（2008）27頁。

(1) 総合的判断による責任認定の可能性

前述の通り、法令違反の中には、適法・違法の判断に関わる複数の解釈が可能な規定についての違反もある。この点について吉原和志は、当該行為の適法性は確実ではないが、適法である可能性と利益が高い場合には、法的リスクを冒すことが可能であると暗示的に示唆する²⁷⁾。また森本滋や田中亘は、経営判断として当該行為をすることができると解する²⁸⁾。森本は以上の見解を前提に、二元説のように個別的法令違反の事実のみで「任務懈怠」と画一的に整理することに対して疑問を呈し²⁹⁾、むしろ法令の種類や解釈状況、取締役の行為の内容などから、任務懈怠の判断が異なり得ることを指摘する³⁰⁾。

複数の解釈が可能な法令違反の場合、一元説によると、主な争点は「善管注意義務がつくされていたかどうか」であるが、積極的な経営のために創意工夫を凝らし、法的リスクをも考慮した経営判断がなされた場合、種々の事情を総合的に判断して善管注意義務違反は認められないとすることに合理性はあろう。

(2) 二元説と債務不履行における帰責事由（過失）の解釈

本章の第2節(1)で述べたが、取締役の任務懈怠責任は民法の債務不履行（不完全履行）の特則だとされている。また近年の民法学では、債務不履行における帰責事由（過失）を客観的に捉える「過失の客観化」が理解されつつあり、過失を履行過程における「結果発生を予見・防止すべき具体的な行為義務違反」と考える。したがって、行為債務では履行不完全の事実と過失とが重なり合うことになる。

以上を前提に田中亘は、帰責事由の意義は問題となっている場面に依じて相対的に解釈することができると考え³¹⁾、次のように主張する。すなわ

27) 吉原和志・前掲注8）532頁。

28) 森本滋・前掲注26）26頁、田中亘・前掲注12）10頁、注52。

29) 森本滋・前掲注13）15頁。

30) 森本滋・前掲注26）26頁。

31) 森本滋・前掲注26）27頁、田中亘「利益相反取引と取締役の責任（上）」商事法務1763号ノ

ち、法令違反を任務懈怠としつつも、帰責事由の意義を過失の客観化を踏まえた（一般的な）善管注意義務違反であると解釈することができるようになる。そうすると、帰責事由の有無で任務懈怠責任を判断する二元説の考え方と、善管注意義務違反の有無で任務懈怠責任を判断する一元説の考え方がほぼ重なり合うと考える。

つまり、二元説の立場に立ったとしても過失の客観化を踏まえることで、帰責事由の意義を柔軟に解釈し、一元説のような総合的な考慮が可能であると、田中は主張しているものと思われる。

(3) 若干の私見

第2章の第4節で詳細に述べるが、適法の確実性がないような行為を実行することについては、経営判断的な考え方が妥当し、学界や実務での解釈状況、実際の取締役の対応などを総合的に考慮して、善管注意義務違反の有無を判断することが適切であると考えられる。森本滋は、過失の意義をどのように捉えているのか明確ではないが、田中のように過失の客観化を踏まえた意義で捉えることも可能だと考えているのであれば、過失を柔軟に解釈することができる二元説と森本の一元説は、さほど変わらない結論となる。なぜなら、どちらの学説に立ったとしても、総合的な考慮は可能だからである。以上、本節での観点では、両説の妥当性についての結論は見出せないと考えられる。

第6節 小 括

本章では、一元説と二元説のどちらの判断構造が妥当であるかを、3つの観点を通して検討してきた。

証明責任の負担の観点において、一元説の「善管注意義務違反の推定」という働きを考えた場合、取締役が自ら過失（もしくは善管注意義務違反）がなかったことを証明する必要があることは、二元説と変わりなく、両説の妥当性についての結論は出せない。また、両説ともに総合的な考慮をもった任務懈怠責任の判断が可能であることから、

かかる観点からも、両説の妥当性についての結論は出せない。

一方、取締役の法令遵守義務の性質について、二元説のように法令遵守義務と善管注意義務を別個の義務として考えることは、忠実義務の理論的な解釈や実質的な考察からも必要性はなく、一元説のように善管注意義務の一内容としての法令遵守義務と考えることが適切であると考えられる。

したがって、取締役の法令違反行為に基づく任務懈怠責任は、法令違反行為が善管注意義務違反にあたることを会社が証明することで発生する（一元説）と考えることが妥当である。

第2章 取締役の任務懈怠責任を否定すべき事由について

第1節 問題の所在

第1章では、取締役の法令違反行為に基づく任務懈怠責任の判断構造を論じた。筆者は一元説が妥当と考えるが、一元説と二元説のどちらに立ったとしても、法令違反行為の事実だけで任務懈怠責任が発生するわけではない。過失（二元説）または善管注意義務違反（一元説）の存在が必要である。したがって、法令違反の際にどのような事由があれば、それが善管注意義務違反だとされるのか、または善管注意義務違反を否定されるのかということが重要であり、実務的な関心も高いところである。

そこで本章では、過去の判例や実務の観点から特に重要だと思われる法令違反の類型を3つに分け、どのような事由であれば、取締役の任務懈怠責任を否定すべき事由となり得るのか、について論じることにする。

第2節 法令違反の認識を欠いて違法行為を行った場合

ある行為が法令違反であることを知らない状態で行った場合、「法令違反だと知らなかった」ことについて、どのような事由が善管注意義務違反に当たるのか、が問題である。この問題を考える前に、法令違反の認識を欠いていた場合、なぜ責任が否定されることがあるのかを確認しておく必

↘ (2006) 9頁。

要がある。

そもそも刑法38条3項には、「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。」と規定されている。「法律を知らなかった」について判例は、「違法性を認識しない」ことを意味し、違法性の認識が欠けても責任に影響しないとしている³²⁾。確かに、他人に貸した物を自分の物だからといって勝手に持ち出した場合、通常ならば窃盗罪が成立するところ、違法だと思わなかったことを理由に無罪となることはない。

しかし、現代は社会が高度化・複雑化し、ある行為が適法か否かの判断も高度化・複雑化している。だからこそ、鳥袋鉄男は刑罰の対象ではなく、取締役の会社に対する損害賠償責任の存否に関わる場合には、違法性の認識そのものについての故意・過失を問題にしてもよいと考え、法令違反の認識が欠いている状態でも、免責の可能性を示している³³⁾。刑法と会社法がそれぞれ保護しようとする法益は、厳密には異なり、刑罰と損害賠償責任も異なるため、取締役の任務懈怠責任の存否に場合には、違法の認識欠如についての過失を問題にすることで免責の可能性を残すことに合理性はあろう。以下では、関連する判例を2つ紹介したうえで考察を進める。

(1) 関連する判例の紹介

【野村証券損失補填事件（最判平成12年7月7日民集54巻6号1767頁）】

〔事実の概要（要約）〕

野村証券（以下、A社）の大口顧客であるB社は、C信託銀行との間で特定金銭信託契約を締結し、10億円を信託していた。そして、この契約に

32) いわゆる「法の不知は恕さず」。ただし、刑法学界では判例以外にも学説が多数存在し、議論となっている。筆者自身、刑法学の議論に詳しくなく、ここでは違法の認識を欠いた状態が、なぜ免責され得るのかを説明する前提として書いた。前田雅英『刑法総論講義』（東京大学出版会、第3版、1998）296-297頁。ほかにも、斎藤信治『刑法総論』（有斐閣、第3版、1998）113頁。

33) 鳥袋鉄男「商法266条1項5号にいう「法令」の意義はか—野村証券損失補填株主代表訴訟上告審判決—」琉大法学65号（2001）171頁。

基づき、C信託銀行がA社に取引口座を開設し、A社がいわゆる営業特金という方法で、有価証券売買によるB社のための資産運用を行っていたが、株式市況の急激な悪化により、B社に約3億6000万円の損失が生じた。

他の証券会社が大口顧客に対して巨額の損失補填がなされていたという報道がなされる中、当時の大蔵省は「事後的な損失補填や特別の利益供与を慎むこと」旨の通達を行ったが、A社は、通達の主眼は営業特金の早急な解消を求める点にあると理解し、今後の取引関係への影響を考え、B社に生じていた損失を補填し、営業特金を解消した。

A社の株主Xらは、本件損失補填が、独占禁止法19条が禁止する「不公正な取引方法」に当たるとして、旧商法266条1項5号に基づく損害賠償責任を、取締役Yらに求める株主代表訴訟を起こした、という事案である。

〔主な争点〕

- ①本件損失補填は独占禁止法19条に違反し、また、旧商法266条1項5号「法令」に独占禁止法が含まれるのか。
- ②本件損失補填が独占禁止法19条に違反するという認識を欠いたことについて、取締役Yらに過失はあるか。

〔最高裁の判断（要約）〕

争点①について、本件損失補填は、独占禁止法19条が禁止する「不公正な取引方法」に該当し、旧商法266条1項5号「法令」に独占禁止法も含まれる。

争点②について、本件損失補填が一般の投資家に対して取引を勧誘する性質のものではなかったため、独占禁止法19条に違反するか、という問題には思い至らなかった。また、関係当局においても、本件損失補填が行われてから1年半もの間、証券取引に伴う損失補填が独占禁止法19条に違反するか、という問題が取り上げられることはなかった。さらに、公正取引委員会においても、損失補填が独占禁止法19条に違反するとの見解を採っていなかった。以上3点を根拠に、取締役Yらが、本件損失補填が独占禁止法19条に違反する

という認識を欠いたことについて、過失はないと判断した。

【集荷対策費支出事件（名古屋地判平成13年10月25日 判時1784号145頁）】

〔事実の概要（要約）〕

事件当時、青果物の卸売市場では、出荷者の権限が強く、卸売業者は弱い立場にあり、出荷者の希望価格に逆らうと出荷が停止され、その後の営業継続が著しく困難になる恐れがあったことから、実際の卸売価格が出荷者の希望価格を下回った場合、その差額を卸売業者が負担することを余儀なくされていた。

この実態の下、青果物の卸売業を営むA社は、出荷者との取引の継続と取引量の増大による利益獲得のため、出荷者に対して差額分を集荷対策費という費目で支出していた。A社の株主Xらは、本件支出が卸売市場法と名古屋市中央卸売業務条例（以下、「市条例」）に違反するものとして、旧商法266条1項5号に基づく損害賠償責任を、A社の取締役Yらに求める株主代表訴訟を起こした、という事案である。

〔主な争点〕

- ①本件支出は卸売市場法と市条例（以下、2つ合わせて「両法」とする）に違反し、また、旧商法266条1項5号「法令」には両法とも含まれるのか。
- ②本件支出が両法に違反するという認識を欠いたことについて、取締役Yらに過失はあるか。

〔名古屋地裁の判断〕

争点①について、本件支出は卸売市場法と市条例55条2項³⁴⁾に違反し、旧商法266条1項5号「法令」に両法は含まれる。

34) 「卸売業者は、前項の売買仕切書には、当該卸売をした物品の品目、等級、価格…、消費税額及び数量…を正確に記載しなければならない。」集荷対策費の支出の際、A社が作成した2種類の売買仕切書のうち一方に、せりなどで決定した売買代金とは異なる、集荷対策費を加算した金額を記載していた点が、正確な記載を行っているとはいえない、と判断された。

争点②について、集荷対策費の支出は、事件当時の青果卸売会社の経営に必要不可欠なものであり、仮に本件支出を行わなかった場合、A社を経営し、収益を上げることが事実上不可能であった。また、各地の同業者もA社と同様の支出を行っていた。さらに、名古屋市からは、本件支出の事実を把握され、支出の適正化に努めるように、との指導・勧告を受けるにとどまったのみであり、支出をただちに止めるように、との指導や勧告は受けていなかった。以上3点を根拠に、取締役Yらが、本件支出が両法に違反するという認識を欠いたことについて、過失はないと判断した。

(2) 各判例の整理

野村證券事件では、損失補填行為が独占禁止法に違反するという認識を欠いたことについての過失の有無を、監督機関である公正取引委員会の認識の状態で判断した。専門の監督機関が違法の認識を誤ることは通常はなく、その意味で非常に例外的な事例と思われる。ただし、(3)で詳細に触れるが、論者の多くは、法律専門家の意見を聴取していなかった点について、言及している。結果的に裁判所によって、損失補填行為が違法だと判断されているため、監督機関の認識だけでどこまで十分といえるのか、また、法律専門家の意見聴取はどのような場合に必要となってくるのかを検討する必要性を思わせる判例ともいえよう。

集荷対策費事件も、集荷対策費の支出が市条例等に違反するという認識を欠いたことについての過失の有無が争点となったが、同業他社の状況や集荷対策費の支出の不可欠性を理由に判断が下された。しかし、同業他社が同様の行為を行っていたことがなぜ、過失を否定する事由となり得るのかが、判決のみならず各評釈等にも言及がなされていない。したがって、同業他社の状況はなぜ、過失の有無の判断要素となり得るのか、同業他社の状況によって、法律専門家の意見聴取の必要性は変わってくるのかを、検討する必要があるといえよう。また、名古屋地裁は、集荷対策費の支出がA社の経営に必要不可欠でやむを得ないものであることを、違法の認識欠如についての過失を否定する事由の1つとしている。しかし、必要やむ

を得ないということと、違法の認識欠如についての過失とが結びつくことに疑問を感じる。なぜなら、違法を認識したうえで必要やむを得ず、違法行為を行う場合もあり得るからである。むしろ、必要やむを得ないということは、適法行為の期待可能性がないものとなり得るのかに結びつく問題ではないかと考えられる。この点については、次節において検討する。

(3) 法律専門家の意見聴取の有無

取締役は、「法律のプロ」ではないが、法令や定款を遵守する義務（会社法355条）に基づき、企業法務部や企業法務に詳しい弁護士、税に関しては税理士など、法律に精通した専門家の意見を取り入れた会社経営が求められる。ところが、野村証券事件では、法律専門家の意見を聴取していなかったという事実があった。この点について、吉原和志は、法務部門の職員や法律専門家の判断を仰いでいたかどうかを過失の考慮要素の1つと考えるべきだとし³⁵⁾、鳥袋鉄男も、企業の法令違反が社会に与える影響の大きさと取締役の法令遵守義務の重要性を考慮すると、違法の認識欠如に至る過程こそが問題とされるべきだと考え、本事件において法律専門家の意見を聴取していなかった点を問題視している³⁶⁾。法律専門家の意見は、適法か違法かについて信用度の極めて高い判断要素となるため重要である。

そこで、法律専門家の意見を聴取していなかったことが、法令違反の認識欠如についての善管注意義務違反となり得るかが問題であり、以下2つの状況から考察する。

①監督機関の状況

市場取引を監督する機関（野村証券事件では公正取引委員会、集荷対策費事件では名古屋市）の違法の認識状況によって、法律専門家の意見聴取の必要性は、どのように異なってくるのだろうか。

集荷対策費事件では、名古屋市がA社に是正勧告を出していたが、それは集荷対策費の支出が法

令違反だと判断したからである。したがって、名古屋地裁とは異なり、取締役Yらに違法の認識があったと考える見解が強い³⁷⁾。一方、野村証券事件において論者の多くは、公正取引委員会など市場取引を監督する機関までもが、損失補填は独占禁止法に違反するものだと認識していなかった状況の下では、仮に法律専門家の意見を聴取したとしても、法令違反の認識は得られなかったであろうと分析する³⁸⁾。この分析に対しては、コンプライアンスに関する問題が増え、企業への法令遵守の要求と重要性が大きくなっている現代には適合しない、という批判が予想される。

しかし、野村証券事件のように、取締役だけでなく監督機関も違法だと認識していなかった状況では、法律専門家の意見を聴取していなかった事実をもって、違法の認識欠如についての過失だと考えることは難しいと考えられる。なぜなら、弁護士や企業法務部よりも、監督機関のほうがその業界や取引に関する法的問題に精通していると考えられるからである。

ただし、監督機関が当該行為について警告や是正勧告を出さなかったからといって、当該機関に違法の認識がなかったとは限らない。監督機関に違法の認識がなかった野村証券事件の事例は非常に例外的な事案である。したがって、通常の業務として頻繁には行わない行為や経営判断（特別な価格設定、新事業や新地域への進出など）を行う場合は、顧問弁護士や企業法務部、監督機関への意見聴取をすることが重要である。

②同業他社の状況

自社と同様の違法行為が同業他社でも（違法と認識せずに）行われている場合、その状況によって、法律専門家の意見聴取の必要性は、どのように異なるのだろうか³⁹⁾。

37) 例えば、小林量「卸売市場で卸売業を営む会社の取締役による市条例に違反する集荷対策費の支出につき、取締役の会社に対する責任が否定された事例」私法判例リマックス27号（2003下）91頁。

38) 松井秀征「商法266条1項5号「法令」の意義―野村証券損失補てん株主代表訴訟最高裁判決―」法学教室245号（2011）119頁。

39) 集荷対策費事件では、監督機関である名古屋メ

35) 吉原和志・前掲注7）29頁。

36) 鳥袋鉄男・前掲注33）171頁。

その地域における業界の全ての関係企業が、「ある行為をすることが会社経営には必要不可欠である」といった状況の下、極端な例ではあるが、ほぼ全ての同業他社が同様の行為を行っている場合に法律専門家の意見聴取が必要だと取締役が考えることは難しいように思われる。なぜなら、当該行為はその業界では適法な行為だと考えてもやむを得ず、法律専門家の意見を聴取するにしても時間や費用がかかるからである。

ただし、「他の会社がやっているから適法」とは決してならない。同業他社も当然、法令遵守義務を負っており、“確実”な適法の認識をもって業務執行を行うよう努めなければならないが、他社が“確実”な適法の認識をもっているとは限らない⁴⁰⁾。“確実”な適法の認識の下、業務執行に努めるためには、法律専門家に法的な確認をとる必要があるため、ほぼ全ての同業他社が同様の違法行為を行っているというような例外的な場合を除いて、同業他社の状況は、取締役の責任を否定すべき事由の1つとなる可能性は低いと考えるべきである。

(4) 関連する判例以外の観点—監視義務としてのチェック体制の整備—

取締役は法令や定款を遵守した会社経営を義務付けられているため（会社法355条）、少なくとも会社経営に関わる法令や規定については、通常の企業経営者として熟知しておくべきである⁴¹⁾。し

かし、大企業の業務は多岐にわたり、取締役の担当業務等によっては個々の法令の熟知が難しいこともありうる。

大企業を前提とした場合、各取締役の行為の違法性を認識するためには、経営の意思決定の実現を図るための的確な行動を同僚の取締役が行っているかをチェックする体制の構築が必要である。チェック体制の構築義務は会社法で規定されている義務ではあるが（362条2項2号、4項6号7号）、ある行為の違法性の認識を惹起させるシステムでもある。例えば、あるプロジェクトの目的や方向性は取締役会で決定されるため、全ての取締役が当然把握することであるが、プロジェクトの目的を達成するために各業務担当の取締役が、具体的にどのような行為を行っているのかについてまで把握しているとは限らない⁴²⁾。

だからこそ、法務部門の設置や法律専門家と連携しあう体制を構築することで、各業務担当取締役の業務の内容が“見える”環境を整えておくことが、適法性の確保のために必要である。大企業においては、以上のようなチェック体制の構築状況が取締役の当該行為の違法性の認識につながるため、違法の認識欠如についての過失の考慮要素となり得ると考えられる。

第3節 適法行為の期待可能性がなかったと考え得る場合

違法行為であることの認識はもちつつも、その

↘市が違法を認識していた（と論者の間で考えられている）。したがって、違法の可能性を別の要素から把握していた以上、同業他社の状況は、この事例における善管注意義務違反の考慮要素には入らない。したがって、ここでは監督機関の認識状況については考えないことを前提に考察していく。

40) ここでいう“確実”な適法の認識とは、法律専門家（または監督機関等）だけでなく、裁判所によっても、事後的に違法と評価される可能性が極めて小さい、適法の認識をいう。

41) 集荷対策費事件において名古屋地裁は、A社は違法の認識ができなかったと判断した。しかし、卸売市場法と市条例がA社の事業を統制するための法令であったことは、取締役や名古屋市に違法の認識があったと論者が考える根拠の1つとなっている。後藤元「会社のためにした卸売市場法違反の支出と取締役の責任」ジュリスト1272号ノ

↘（2004）152頁。

42) 最近の事例だと、西松建設政治献金事件（東京地判平成26年9月25日 資料版商事法務369号72頁）。政治家への政治献金を行うために西松建設の取締役Yが行った献金スキームが、政治資金規正法に違反するものとして、Yらの責任が問われた事例。献金スキームの概要を知っていたとされる取締役は責任を肯定されたが、スキームの概要についての説明を受けていなかったために、知ることができなかったとされる取締役は責任を否定された。

また、スキームの概要を把握できた場合には、それを阻止する義務があるとも判示された。西松建設は法令遵守のためのチェック体制を整えており、スキームの概要が把握できれば、政治資金規正法違反にならない方法なのかを確認できる状態にあったはずだと、東京地裁は考えたのだろう。

違法行為を行わなければ会社や取締役自身に多大な損害が発生してしまうため、取締役がやむを得ずその違法行為を行った場合、言い換えれば、適法な行為をすることの期待可能性がなかったと考え得る場合、取締役の責任を否定し得るであろうか。また、否定し得るとすると、どのような場合に適法行為の期待可能性がないといえるか。

(1) 期待可能性がない場合における取締役の免責の可否

刑法学において、期待可能性とは、行為の際の正常な具体的事情のもとで、行為者に犯罪行為を避けて適法行為をなしたであろうと期待できることをいう。そして、具体的事情に異常性があるために期待可能性がない場合には、違法性の認識の可能性が存在しても、故意責任または過失責任を阻却すると説かれる（期待可能性の理論）⁴³⁾。この期待可能性の理論と同様の考え方は、取締役の任務懈怠責任の場面においても主張できるものなのであろうか。

前節の冒頭において、現代社会は適法か違法かの判断が高度化・複雑化しており、また刑罰と損害賠償責任の違いからも、法令違反の認識欠如の場合における損害賠償責任が否定される可能性を示した。適法か違法かの判断だけでなく、適法行為をなし得たか否かの判断もまた、高度化・複雑化した現代社会だからこそ難しくなっているように思われる。刑罰を科す刑法の分野において期待可能性の理論が肯定されるのであるから、条文上“金銭賠償”だけが科せられる取締役の任務懈怠責任の場面においても、期待可能性の理論と同様の考え方は適合し、免責の可能性はあると考えられる。

では次に、どのような事由であれば、適法行為の期待可能性がないものとして、責任を否定され得るのか、関連する判例を紹介したうえで検討する⁴⁴⁾。

43) 大谷實『刑法講義総論』（成文堂、新版第3版、2009）356頁。

44) 本章では、第1章とは異なり、任務懈怠責任の判断構造が明らかな法令違反についての責任否定事由も検討内容とする。したがって、取締役に

(2) 関連する判例の紹介

【前掲・集荷対策費支出事件】

第2節(1)重要判例紹介を参照のこと。

【蛇の目ミシン利益供与事件（最判平成18年4月10日 民集60巻4号1273頁）】

【事実の概要】

蛇の目ミシン工業（以下、A社）の筆頭株主であり、非常勤取締役であったBは、取締役Yらに対し、「自身（B）が保有するA社の株式を暴力団関係者に譲渡する」「ヒットマンがやってくる」などと脅迫し、300億円の利益供与をさせた。

A社の株主Xは、本件利益供与につき、旧商法266条1項5号に基づく損害賠償責任を取締役Yらに求める株主代表訴訟を起こした、という事案である。

【主な争点】

本件利益供与につき、取締役Yらに善管注意義務違反ないし忠実義務違反があるか。

【最高裁の判断】

Bの300億円の返済の意思と、取締役Yらの300億円を取り戻すあてはなかったため、Bへの300億円交付の必要性和合理性はなかった。取締役Yらは、暴力団関係者の介入を恐れてはいたものの、そのような者が株主となり、不当な要求をしてきた場合には、上場企業の取締役として、法令に従った適切な対応をすべき義務を有する。そして、Bの言動に対して警察に届け出るなどの適切な対応ができない状況ではなかった。以上より、本件利益供与につき、取締役Yらの善管注意義務違反ないし忠実義務違反を認めた。

(3) 会社の利益のために、違法行為が必要やむを得なかった場合

一般の経営判断とは異なり、法令を遵守するかどうかについての裁量は、取締役には認められないのが原則である（会社法355条）。しかし、会社

による無過失の証明責任が明記されている利益供与が問題となった蛇の目ミシン事件も、検討内容となることを留意されたい。

の利益のために違法行為が必要やむを得ないと考えられ得る場合にも、一切認められないのであろうか。会社の利益のための違法行為の類型として、(2)の判例ケースごとに検討していく。

①会社経営継続のための違法行為

会社経営継続のための違法行為について、適法行為の期待可能性の欠如を理由に取締役の責任を否定し得るか。この問題について近年、債務不履行責任における過失の意義（予見義務違反と結果回避義務違反）のうち、結果回避義務違反を中心とする考え方が有力に主張されている⁴⁵⁾。つまり、仮に法令違反の認識欠如について過失があったとしても、会社の利益という観点から法令違反をせざるを得ない状況の場合には、法令違反という結果を回避することができず、法令違反をしたこと自体についての過失がないとして、損害賠償責任が否定されるという⁴⁶⁾。

ただし、この考え方に賛同することはできない⁴⁷⁾。結果回避義務違反を中心に考えてしまうと、法令違反の認識ができた場合にも「倒産寸前の会社を救うため」という理由で取締役の責任が否定されることになる。しかし、2005年からの10年間で毎年約10,000～15,000社の会社が倒産している現代において、倒産寸前の場合には違法行為が許されるということを、法治国家である以上、認めるべきではない⁴⁸⁾。例えば、倒産寸前の会社の利益と従業員の雇用を守るため、食品衛生法を故意に無視した食品を大量に製造・販売し、その結果、消費者に健康被害が出た場合、上記の根拠を許す者はおそらくいないだろう。

したがって、「会社経営の維持のため、違法行

為は必要やむを得ないものだった」としても適法行為の期待可能性がないものとはいえず、取締役の責任を否定すべき事由にはならないと考えるべきである。

②会社に対する脅迫行為による違法行為

会社の法益を侵害する旨の脅迫が向けられている場合、適法行為の期待可能性がないものとして、取締役の責任が否定され得るか。脅迫による意思決定について永井和之は、取締役個人は多少の畏怖を感じることはあっても、会社への脅迫ならば、違法行為を行うことによって回復不可能なほどの大きな損害が会社に発生することを、客観的に考えたうえでの判断ができるはずだと考える⁴⁹⁾。

会社の法益を侵害する旨の脅迫を受けた場合、確かに取締役自身は多少の畏怖を感じることはあるかもしれない。しかし、脅迫により強要される行為の対象財産は、あくまで会社という他人の財産であるため、取締役自身は冷静な対応が不可能なわけではない。しかも、暴力団対策法の整備など、近年の暴力団排除の風潮からも、永井の理論に異論はない。会社の利益を侵害する旨の脅迫は、適法行為の期待可能性がないものとはいえず、取締役の責任を否定すべき事由にはならないと考える。

(4) 取締役個人の法益を保護するために、違法行為が必要やむを得なかった場合

(3)とは異なり、取締役個人の法益を侵害する旨の脅迫が向けられている場合、適法行為の期待可能性がないものとして、取締役の責任が否定され得るか。この問題について、企業コンプライアンスに重点を置き、自分の身を守るコストは自分で負担するべきで、会社という他人の財産に負担をかけた場合には賠償するのが筋であるとの考え方がある⁵⁰⁾。つまり、脅迫行為をうまく拒絶することが取締役の任務であり、拒絶できなかった以上、

45) 後藤元・前掲注41) 152-153頁。

46) 釜田薫子「卸売業務条例が禁止する集荷対策費を支出したことに関し取締役に対する株主代表訴訟が棄却された事由」商事法務1725号（2005）54頁。

47) 筆者以外にも批判は多い。詳細は後藤元・前掲注41) 153-154頁、釜田薫子・前掲注46) 54頁など。

48) データについて、東京商工リサーチ「倒産件数・負債額総額（全国企業倒産状況）」

<http://tsr-net.co.jp/news/status/transition/>（2015年11月27日 最終閲覧）。

49) 永井和之「蛇の目ミシン工業の株主代表訴訟控訴審判決—東京高裁判平成15年3月29日判決—」商事法務1690号（2004）9頁。

50) 若色敦子「取締役の義務違反と免責—蛇の目ミシン上告審判決—」熊本法学112号（2007）182頁。

「責任否定」ではなく「責任軽減」の問題になるという⁵¹⁾。しかし、たとえば目の前に銃を突きつけられて違法行為を行った場合を想定すると、取締役にとって過酷すぎる結果になる可能性がある。

それに対して永井は、人間としての取締役という面も考慮することが必要であり、取締役個人への脅迫や主観的な心理状態によって、責任の有無が左右されるべきであると主張する⁵²⁾。さらに、「抗しがたいような特別の事情」があれば、客観的な判断が下せず、取締役は免責され得るとも主張する⁵³⁾。取締役個人への脅迫の度合いと主観的な心理状態によっては、違法行為による会社の損害を客観的に考えることができず、「抗しがたいような特別の事情」にあたると、永井は考えているのであろう。

筆者は永井の理論に賛成である。蛇の目ミシン事件を例に、例えば「ヒットマンを3日後に向ける」という脅迫と「ヒットマンを今すぐ向ける」という脅迫を考えてみる。前者の場合、3日間は警察に届け出ることができるため、会社の損害を客観的に考えたうえでの判断が可能であろう。しかし後者の場合、目の前に生命身体への危険が迫っているため、会社の損害を客観的に考えることは難しく、「抗しがたいような特別の事情」に当たる可能性がある。脅迫による心理状態を客観的に把握することは難しく、永井の理論は主観的な心理状態が考慮されるという点で妥当なものと考えられる。

蛇の目ミシン事件の最高裁判決には、2つの問題点がある。蛇の目ミシン事件でなされたヒットマンの到来予告は、取締役個人を狙撃するという旨の脅迫であると考えるのが通常であり、最高裁はこの点を考えていなかった可能性がある。また、取締役は脅迫後、ガードマンをつけ、さらには自宅に帰らず偽名を使ってホテルを転々としていた程、恐怖を感じていた。法令遵守の要請がある一方で最高裁は、取締役個人の主観的な心理状態もある程度考慮するべきであったと考えられる。

51) 若色敦子・前掲注50) 169頁。

52) 永井和之・前掲注49) 9頁。永井と同様の立場として、得津晶・前掲注1) 86頁。

53) 永井和之・前掲注49) 7頁。

個人に対する脅迫が「抗しがたい特別の事情」に当てはまるものであれば、適法行為の期待可能性がないものとして、取締役の責任が否定されるべきであると考ええる。

第4節 解釈が確立していない法令の場合

第1節の第5節でも述べたが、法令の規定には明確なルールを設定した規定もあれば、広い解釈が可能となる規定もある。本節では、次のような場合を考えてみる。法務部や弁護士などに確認をとるなど、十分な調査を経たうえで適法な行為だと判断したとしても、広い解釈が可能となる規定の場合、判例もなく法学界で学説が分かれるなどの状況のため、当該行為の適法性は必ずしも確実ではない。つまり、このような場合、事後的に違法とも評価される可能性がある以上、当該行為を行うべきではないと考えるべきなのだろうか。

しかし、取締役が法律専門家の意見を十分に聴取・検討したうえで、適法である可能性と見込める会社の利益がそれぞれ高いと判断して実行することは、一種の経営判断であり、取締役に一定の裁量権を認めるべきだと考える論者が多い⁵⁴⁾。つまり、このような場合にいわゆる「経営判断原則」と同様の考え方が妥当するなら、取締役は当該行為の実行に踏み切ることができる可能性がある。

そこで、「経営判断原則」の考え方はこの事例に妥当するか。そして妥当するとして、一般の善管注意義務違反の場合と同様の裁量の幅が取締役には認められるか。以下ではこの点を検討する。

(1) 経営判断原則について

取締役の善管注意義務違反を審査するための手法として、「経営判断原則」という考え方がある。経営判断原則とは、当該状況において、通常の経営者であれば行うであろう情報収集を行い、当該

54) 例えば、吉原和志・前掲注8) 532頁、森本滋・前掲注13) 15頁、森本滋・前掲注26) 26頁、大杉謙一「取締役の責任—債権法改正と任務懈怠・帰責事由の概念—」伊藤滋夫『商事法の要件事実』（日本評論社、2015）149頁、伊藤靖史ほか『事例で考える会社法』（有斐閣、第2版、2015）167頁など。

経営者がその情報を基にして、株主の最善の利益を考えて選択した経営決定であれば、その決定の結果が事後的に妥当ではないと判断された場合でも、当該経営者は善管注意義務違反とはされない、という考え方である⁵⁵⁾。経営判断原則が適用される要件の1つとして、「法令違反を行っていないこと」がある⁵⁶⁾。確かに、取締役は法令を遵守した会社経営を行わなければならないため（会社法355条）、「法令を遵守するかないか」についての選択権はなく、この部分に経営判断原則は適用されるべきではない。

一方、当該行為の時点では適法か違法かの法解釈が確立しておらず、事後的に違法だと判断されてしまった場合にも、取締役の裁量の余地を否定することは妥当なのであろうか。この問題を検討するために、経営判断原則の根拠をみることにする。

(2) 経営判断原則の根拠

公開会社でも非公開会社でも、制度的には会社経営は経営者が行い、株主が行うものではない点に、経営判断原則の法的根拠がある。そのため、取締役の責任を追及する訴訟において、取締役の経営判断についての善管注意義務違反が主張されても、例外的にしか認められない。

そして実質的根拠として、次の3点が挙げられる。まず、①善管注意義務を非常に厳しくすると、取締役の経営決定が好結果を生まなかった場合、ほとんど責任を免れることができず、取締役はリスクない“安全運転”の経営を行ってしまうことである。会社は常に利益を追求していく集団であり、株主利益増大の観点からみると、リスクをとるべき時に“挑戦”をしなければ、会社は駄目になってしまうだろう⁵⁷⁾。また、②株主はハイリス

ク・ハイリターンの経営決定を望む傾向が多いことや⁵⁸⁾、③株主は取締役を選任し、会社の経営を委ねているため、経営判断についてのリスクは当然負担するべきである⁵⁹⁾、ということも根拠として考えられる。

(3) 法令違反行為への経営判断原則の適用可能性と取締役の裁量の幅

以上をまとめると、経営判断原則の趣旨は、経営の専門家である取締役の経営判断についての事後的な裁判所の介入や、会社・株主の利益増大のための挑戦的な経営判断を厳格なルールによって委縮させることを防ぐことにある。では、経営判断原則を法令違反の場合に適用しうるか。

①経営判断原則の適用の可能性

新地域への進出や新事業の参入、といった経営判断が失敗に終わった場合とは異なり、法令違反の場合には、罰金などの損害のほか、ブランドの信用低下や株価の下落などの損害が加わり、ダメージが大きくなる傾向がある。したがって、このような場合には、経営判断原則の適用により、取締役の救済の幅を広げることは妥当ではないとの主張が考えられる。また落合誠一は、取締役の裁量の余地を全く認めないわけではないが、経営判断原則ほどの裁量の余地はなく、一般の善管注意義務違反の判断枠組みで十分解決できると考えている⁶⁰⁾。

他方で、落合とは逆に大杉謙一は次のように考え、経営判断原則の適用の可能性を主張している。違法か適法かの法解釈が確立していないため、法律専門家の意見を参考にしたうえで適法の確率が高いと判断し、かつ当該行為をすることで会社・株主の利益が十分に見込めるとの検討を重ねて実行した場合、確かに法令の解釈は「経営上の専門的判断」とはいえない。しかし、①当該行為をすることで見込める会社の利益を検討するために、

55) 落合誠一『会社法要説』（有斐閣、2010）93頁。

56) 近藤光男によると、「法令違反を行っていないこと」のほかに、①積極的な経営判断を下していること、②会社（株主）の最善の利益のために誠実に行動していること、③経営判断を行う際に、十分な情報収集と検討を行っていることが挙げられる。近藤光男『判例法理 経営判断原則』（中央経済社、2012）8頁。

57) 落合誠一・前掲注55）93頁。

58) 落合誠一・前掲注55）94頁。

59) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之ほか編『新版 株主代表訴訟大系』（弘文堂、2002）87頁。

60) 落合誠一・前掲注55）97頁。

②法律専門家の意見を聴取・分析し、③当該行為の実行を判断することは、「①当該行為が経営上の専門的判断にゆだねられた事項についてのものであり、②意思決定の過程に著しい不合理性がなく、③意思決定の内容に著しい不合理性がないこと」という、最高裁判例を経て学説上で定着してきている経営判断原則の定式に当てはめられる、という⁶¹⁾。

取締役の法令遵守義務違反に基づく任務懈怠責任目的は、会社や株主の利益を保護することであるが、取締役の法令遵守義務が本当に会社や株主の利益保護につながるのかを考えることが重要である。法令違反が、罰金や社会的信用の低下といった形で会社に損害を与えることは確かである。しかし、激しい企業間競争が行われている現代の資本主義経済の下、企業の成長と利益を追求することは、通常株主が期待することであり、その意味で取締役の任務ともいえよう。規模の小さなベンチャー企業は、常に新しいことに挑戦することで利益を追求する集団であり、軌道に乗った事業を行う大手企業も、変化の激しい企業間競争の中で存続していくために、新しいことへの挑戦を常に続けている。以上の状況の中で、適法である確実性がないことを理由に、新しいことへの挑戦を避けることは、本当に株主の利益保護につながるといえるのであろうか。会社や株主の利益を獲得・保護するための挑戦は否定されるべきではなく、法解釈が確立していないような行為であっても、するかしんないかの決定は「経営上の専門的判断」と見るべきである。「経営判断原則」という名称でなくても、同様の考え方を適用する可能性は十分にあると考えられる。

②取締役の裁量の幅について

法令違反の場合にも経営判断原則（と同様の考え方）を適用する場合、通常の経営判断についての善管注意義務違反を判断する場合と同様の裁量の幅を取締役に認めるべきかが、問題である。なぜなら、①通常の経営判断の場合は、あくまで適

法な行為を前提としており、②法治国家である以上、法令遵守の要請があり、発生する損害も大きくなる傾向があるからである。したがって、①と②の側面があることから、通常の経営判断の場合と同様の裁量の幅が認められるべきかについては、検討が必要となる。

適法の確率が高いと判断したうえで「当該行為をするかしんないかを決定する」ことは、経営上の専門的判断と同じであり、裁判官は経営者などビジネス側の判断を尊重し、ビジネスの常識からみて、著しい不注意・不合理があるかを判断するべきではある⁶²⁾。しかし、「適法の確率が高いとの判断」はあくまで「法的な判断」であり、法律専門家など“ビジネス側でない”者の意見をより尊重するべきではないだろうか。

要するに、「適法か違法か」の判断については、通常の経営判断と同じ裁量権が取締役に与えられていると考えるべきではなく、この点についての調査・検討（例えば、複数の法律専門家の意見聴取や若干の判例・学説の分析など）が不十分であれば、経営判断原則によっても取締役は善管注意義務違反であると判断される可能性があると考えられる。

終章 むすびにかえて

第1章では、「一元説」と「二元説」のどちらが妥当なのかについて検討し、法令遵守に関して取締役が負う義務という観点から、一元説の妥当性を見出した。ただし、取締役など実際の実務を担う者にとって重要な内容は、判断構造ではなく、法令違反行為について善管注意義務違反となるべき事由、ならない事由であり、第2章ではその点を考察してきた。筆者の立場を大枠で示すならば、次のようになる。すなわち、取締役が業務執行として何らかの行為を行う際には、「確実」に近い適法の認識をもった状態が望ましい。たとえ適法な行為をすることが、会社存続の観点や違法行為の強要という観点から通常に比べ困難であっても原則的に許されるものではない。そのためには、

61) 大杉謙一・前掲注54) 148-149頁。最高裁判例については、アパマンショップHD株主代表訴訟（最判平成22年7月15日 判時2091号90頁）。

62) 落合誠一「アパマンショップ株主代表訴訟最高裁判決の意義」商事法務1913号（2010）11頁。

企業法務部のほか、市場取引を統制・監督する機関や弁護士、税法上の問題であれば税理士など、企業法務に精通した部門や機関との意思疎通を充実させておくことが重要である。つまり、取締役が法令違反行為を行ったことによる責任を否定されるためには、法律専門家との意思疎通をどれだけ充実させていたかが、最も重要なポイントになるのである。

平成27年の改正会社法施行により、社外取締役

の導入や体制の移行など、コンプライアンスを強く意識した動きが、大手企業を中心に始まっている。本稿の中心は、先行研究や判例の分析が中心で、実務の観点が十分に反映されているとはいえず、若干の未熟さが認められる。本研究で培った視点をもって今後のコンプライアンスに関する動きと結果を注視し、実務の観点から20年後30年後に向けた新たな視点を持つことが筆者に残された今後の課題といえよう。

