



Title	取締役の内部統制システム構築義務の法的本質（2・完）： 米国法との比較において
Author(s)	何, 家林
Citation	阪大法学. 2024, 73(5), p. 75-107
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/93895
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

取締役の内部統制システム 構築義務の法的本質（2・完）

——米国法との比較において——

何 家 林

はじめに

第一章 内部統制概念の拡大

第一節 米国——会計監査における内部牽制から法学上の内部統制概念まで

第二節 日本——形式的な内部統制から実質的な内部統制の導入

第三節 米国と日本との比較による検討（以上、73巻4号）

第二章 日米における内部統制システム構築義務

第一節 米国における内部統制システム構築義務に関する議論

第二節 米国判例における内部統制システム構築義務

第三節 日本法における取締役の内部統制システム構築義務

第四節 日本判例における内部統制システム構築義務

結びに代えて（以上、本号）

第二章 日米における内部統制システム構築義務

第一章では、日米における内部統制概念の変遷を考察し、それぞれの内部統制の機能を検討し、どのような経緯で内部統制概念が法制化されたかについて論じた。日本でも、米国でも、内部統制に期待される機能は基本的に同じであるが、日本において、内部統制の機能は結局コンプライアンス体制に重点を置いている。このことは、内部統制システム構築義務にどのような影響を与えているか。以下では、米国と日本について、内部統制システム構築義務に関する

規制を比較しながら、それぞれの規制に存在する問題点を洗い出したうえで、取締役の内部統制システム構築義務の法的本質を解明する。

第一節 米国における内部統制システム構築義務に関する議論

第一款 内部統制システムに関する最終責任者

米国では、1980年代に金融危機やエンロン事件などの企業不祥事が発生した。一部の経営者は責任を従業員に転嫁し、⁽⁷⁶⁾責任を取る者が現れず、企業価値や投資家の信頼が失われた。このような責任転嫁による問題が発生した背景の下で、誰が責任を負うべきかという問題が浮上した。

そこで、内部統制システムに関する責任を、取締役会に負わせるべきだという発想が生まれる。その1つの重要な原因は、取締役会と経営者の間における情報の非対称性を解決できるからである。⁽⁷⁷⁾米国において、取締役会は会社における合議制の組織として、多くの場合、コンセンサスに基づいて意思決定を行うことが期待されている。⁽⁷⁸⁾このことから分かるように、取締役は、会社を代表して行動する権限を持たず、取締役会の構成員として会社の経営に参加しているのである。

しかし、米国における取締役会の大半を占めるのは、非常勤の社外取締役である。取締役会によって選任されたCEOが、会社の業務を執行する。このように、会社の業務を決定する者と、業務を執行する者とは異なっており、いわゆるモニタリング・モデル⁽⁷⁹⁾が採用されている。取締役会は、業務を決定する際には、様々な情報を集め、それらの情報に基づいて意思決定を行う。そして、CEOは、取締役会に情報を提供する。しかし、CEOには、業務執行に直接的な利害関係がある。したがって、情報提供者には、情報を歪曲し、業務を決定する者に自分の都合の良い決定を下させるようにする動機がある。⁽⁸⁰⁾

経営者はこの情報の非対称性を用いて、取締役会に、経営者が会社を発展させるための最善の行為であると判断した決定を、そのまま承認・執行させるかもしれない。⁽⁸¹⁾そして、経営者は、自分が経営上の成果を上げていると取締役会に思わせることで、⁽⁸²⁾留任や昇進を勝ち取ってしまう。

したがって、取締役会が監視機能および経営決定機能を果たせるように、取
(阪大法学) 73 (5-76) 956 [2024.1]

締役会は十分な情報を得る必要がある。しかし、もし経営者が、取締役会が得られる情報をコントロールすれば、取締役会はこれらの2つの機能を果たすことは期待できなくなる。そこでこの問題の解決策として、競争関係にある情報源を作ることが挙げられる⁽⁸³⁾。なお、この解決策を実現しようとすれば、内部統制システムが有用である⁽⁸⁴⁾。すなわち、情報の非対称性に対する解決策という側面からすると、内部統制システムは、取締役会に信頼できる情報源を提供することができる。より詳しくいうと、内部統制システムは、経営者による情報の歪曲を防止することを通じて、取締役会に届く前の情報の信頼性を確保することができる。このような機能を実現するためには、内部統制システムについての最終責任者は、取締役会でなければならない。その理由は、責任者を経営者⁽⁸⁵⁾とすると、内部統制システムを通じて情報の非対称性を解決するという目的に合わないからである。

内部統制システムに関する最終責任者を取締役にするもう1つの理由は、経営者による経営機会主義を抑制できることである⁽⁸⁵⁾。米国において、経営者は取締役会によって選任され、その任期は通常、一定の制約がある。したがって、経営者は、常に再任を求め、短期的な経営結果を追求している⁽⁸⁶⁾。そして、短期的利益を追求するために、経営者は、法令や会社方針に違反して経営活動を行うおそれがある⁽⁸⁷⁾。このような不正な経営活動が発覚すると、会社に大きな損害をもたらすことは通常想定できる。

さらに、経営者にとって、内部統制システムの構築は、コストがかかり、ある程度で自分の経営活動に対する制限を設けることである。したがって、経営者は、内部統制システムの構築について消極的であるといえる。そのため、取締役会には、内部統制システムの設計と管理において重要な役割を果たすことが期待されている⁽⁸⁸⁾。

第二款 内部統制システム構築義務と監視義務

米国においては、取締役会が監視義務を適切に果たすために、内部統制システムの構築が必要であるという考え方が一般的である。取締役ガイドブックが取締役に構築・運用を求めるコンプライアンス体制は、内部統制システムの一⁽⁸⁹⁾

内容であるから、内部統制システムの構築・運用を求めることも導かれるだろう。そして、コンプライアンス体制の構築は、取締役会がその監視義務を履行するにあたり要求されるため、取締役会の内部統制システム構築義務は、取締役会の監視義務に由来すると考えられる。

前述したように、経営者は、会社の業績を上げるために、リスクの高い経営活動や違法行為を行う可能性がある。2008年世界金融危機の発生には、様々な要因が挙げられるが、経営者による過度な利益追求はその原因の1つであると⁽⁹¹⁾考えられる。2008年金融危機から窺えるのは、取締役会はより積極的に監視・監督を行うべきであるということである。⁽⁹²⁾それゆえ、取締役会は会社に損害を与えやすい経営者の行為に対する監督・監視を強化し、株主ひいては社会全体の利益を保護すべきである。

取締役会は、日常の業務執行に基本的に参加していないが、その構成員としての取締役は、経営者とその職務に相応しいこと、および経営者の経営活動が株主利益最大化の原則の下でなされていることを監視する必要がある。取締役は、不在所有者（absentee owner）である株主の利益を守り、あらゆる適切な方法をもって株主の長期的な利益を促進する。⁽⁹³⁾

また、取締役は、監視義務を負うと同時に、その信頼の権利も法律によって保護されている。デラウェア州一般会社法141条（e）項で定められているように、「取締役会の構成員、または取締役会が選任した委員会の構成員は、その職務を遂行するにあたり、会社の記録、および会社の役員、従業員、取締役会の委員会、またはその他当該事項に関して専門性を有し、会社が合理的な注意を払って選んだ者によって提供される情報、意見、報告、声明に善意かつ誠実に信頼することは完全に保護されるものとする」⁽⁹⁴⁾。さらに、模範事業会社法8.30条（b）項も、ほぼ同様の内容を規定している。⁽⁹⁵⁾このように、取締役は内部統制システムから得られる情報を合理的に利用することが可能となる。これによって、取締役会は、より信頼できる情報を獲得するために、より完備な内部統制システムを構築するというインセンティブを持つようになる。なぜならば、取締役の内部統制システムから得られる情報を信頼する権利が法律によって与えられ、保護されているからである。

しかしながら、内部統制システムの構築は、取締役会がその監視義務を果たすための方法であり、内部統制システムの構築によってその監視義務が果たされたというわけではない。また、上記のような規定があっても、取締役会は、会社における重要な事項について積極的かつ直接的に監視することを怠ることを許されるというわけではない。監視義務は、注意義務の履行における局面の1つである以上、取締役は、会社の経営に関する重要な行動を積極的に監視する義務を負うべきである。

取締役会が監視を怠ったという理由で信認義務違反を主張する訴訟は、株主にとって勝算の低い訴訟の1つとして有名である⁽⁹⁶⁾。それらの判例からすると、信認義務をどのように解釈するかという問題は極めて重要である⁽⁹⁷⁾。ストーン事件⁽⁹⁸⁾以降、取締役会の監視義務は誠実義務（duty of good faith）と同一視され、忠実義務の副次的要素とされている⁽⁹⁹⁾。そのため、誠実義務の違反を証明するには、明確な不誠実性が必要である。例えば、故意による不作為、また、ほかの取締役が行うべき監視を怠ったことを無視することである。しかし、米国では、取締役が故意にそのような監視を怠った事案はほとんど存在しないため、株主が勝訴することは極めて難しい⁽¹⁰⁰⁾。この点について、次節で詳しく説明する。

第二節 米国判例における内部統制システム構築義務

本節では、米国の判例法における内部統制システム構築義務の内容を考察する。以下では、内部統制システム構築義務について、いくつかの重要な事件を取り上げ、判例研究を行ったうえで、内部統制システム構築義務の法的本質について検討する。

第一款 アリスチャルマーズ事件⁽¹⁰¹⁾

米国における内部統制システム構築義務についての考え方は、一連の株主代表訴訟を通じて発展してきた⁽¹⁰²⁾。その中で、アリスチャルマーズ事件は、取締役の監視義務懈怠の問題を取り扱ったデラウェア州最高裁判所判例であり、内部統制システム構築義務に関する代表的な事案である。本件は、レッドフラッグ・ルールを採用した事案である。

アリスチャルマーズ社の株主は、同社の取締役および価格協定に関与した4名の従業員に対して損害賠償を求め、代表訴訟を提起した。デラウェア州衡平法裁判所は、原告の請求を棄却したため、原告が上告した。デラウェア州最高裁判所は、原審の判断を支持した。原告は、アリスチャルマーズ社において、1937年に同様の反トラスト法違反事件があり、そのとき連邦取引委員会（Federal Trade Commission）が取締役らに対して警告として同意命令を下したことがあったため、取締役らは同様の不正事件の再発を防止するための積極的な措置を講じる義務があったと主張した。また、原告は、アリスチャルマーズ社の取締役には、会社業務に対する積極的な監視を行うコモンロー上の義務に関し重過失を犯したとして、本件において会社が被った損害について責任があったと主張した。すなわち、アリスチャルマーズ社の取締役が、会社の業務について監視すべきであり、同社では過去に同様の不正事件があった以上、通常の注意より深くかつ慎重な監視を行う義務を負うため、実際に従業員の違法行為を知らなかったとしても、そのような違法行為を把握できるようにするための有効な監視システムを設置しておくべきであると、原告は考えていたようである。しかし、この2つの主張は、いずれもデラウェア州最高裁判所によって退けられた。

アリスチャルマーズ事件に対するデラウェア州最高裁判決は、取締役の義務を狭くとらえる理解が当時は一般的であったことを反映している。デラウェア州最高裁判所は、本件において、取締役には監視義務があることを認めたが、取締役は従業員の違法行為を発見するための内部統制システムを構築する義務はないとした。当初、取締役の監視義務は消極的であり、取締役は、「何かの間違っていると疑われるような事態が発生した」場合にのみ、従業員の違法行為を阻止する責任がある。こうして、疑うべき事由が存在する場合には、取締役が内部統制システムを構築する義務があるという理解ができる。しかしながら、取締役が下級従業員による反トラスト法違反行為に対する実際の認識やそれを疑うべき理由がないことを原因として、責任を免除することは、監視義務の形骸化につながるという指摘がある。⁽¹⁰³⁾
⁽¹⁰⁴⁾
⁽¹⁰⁵⁾

そして、本件のように、会社の不正行為が上位の経営陣ではなく、相当下位
〔阪大法学〕 73 (5-80) 960 [2024.1]

の従業員によって行われる場合、取締役は組織的な会社の業務執行を監視するシステムを構築し、それが有効に機能しているかどうかを確認する義務を負うべきであるという見解があった。⁽¹⁰⁶⁾このような見解は今日からみると当然なことと考えられるが、当時においては、少数説であった。本件において、監視義務は、取締役会が合理的な努力をしていれば発見することができたものよりも、取締役会が見逃してはならないものによって定義されるべきであるとされている。⁽¹⁰⁷⁾それは、より良い情報を得ようとする取締役は、結局自らに潜在的責任を負わせることになるからである。⁽¹⁰⁸⁾すなわち、取締役は内部統制システムを構築する以上、当該システムから得る情報に基づいて、会社で何かの不正事件が発生しているかもしれないという疑いがあるときに、それに対して十分な注意を払い、さらに措置を講じる義務も生じる。本件判決は、デラウェア州会社法が監視義務を消極的に定義していることを証明した。⁽¹⁰⁹⁾その結果、取締役が内部統制システムを構築するインセンティブもなくなるだろう。

本件判決について、株主利益最大化かつ費用対効果の観点から分析し説明する見解もみられる。この見解によると、従業員による価格協定が、結局会社およびその株主の利益になったため、デラウェア州最高裁判所は本件判決を下したとされる。⁽¹¹⁰⁾すなわち、本件のような反トラスト法違反行為は、消費者の利益を害することになるが、会社およびその株主にとっては有益である。⁽¹¹¹⁾このような行為は違法であるが、ある意味では冒険的な経営行為ともいえる。結局、そのような行為を行うかどうかは、取締役の経営判断の問題である。⁽¹¹²⁾この意味では、取締役が有効な法令遵守体制を構築することは、必ず会社の利益になるということではない。⁽¹¹³⁾なぜならば、法令遵守体制の構築には、費用がかかり、その効果についての評価も、会社で不正事件が発生しない限りできないからである。法令遵守体制の構築の意味としては、取締役の監視義務が尽くされたということであり、会社および株主の利益に関する限り、無意味であると評価されることになりかねない。それゆえ、デラウェア州最高裁判所は、株主でない者の利益保護を目的とした法令遵守に関する内部統制システムの構築を会社に対して強制してはいない、という考え方を示したとされる。⁽¹¹⁴⁾しかし、違法行為を経営判断とすることは、法を軽視することであり、妥当ではないだろう。また、

一旦このような不正行為が発覚すると、会社により多くの損害を与え、株主の利益にも多大な損害を及ぼす以上、法令遵守に関する内部統制システムの構築と、会社および株主の利益との間において関係性はないという見解は矛盾していると考えられる。

本件当時、内部統制についての検討は、あくまで会計統制までに限定され、本件のような違法行為を阻止するという法令遵守に関する内部統制の発展は、前述のように、そこまでの認識はなかった。当時、会計統制の構築は、取締役の義務であるとはまでは認識されておらず、まして法令遵守に関する内部統制システムの構築はいうまでもない。結局、本件について、内部統制システムの構築に関する判示は、当時における取締役の監視義務についての考え方を反映したものであり、取締役が内部統制システムを構築することは、会社および株主の利益になるかどうかという問題とは関係がないと考えられる。また、当時における連邦刑法の適用範囲は比較的狭く、罰金も少額であったため、取締役に法令遵守を監視するよう求める理由はほとんどなかったことも指摘される。⁽¹¹⁵⁾

第二款 ケアマーク事件⁽¹¹⁶⁾

前章で述べたように、1990年代中期までに、連邦企業刑事法と実務は劇的に変化した。その変化は内部統制システム構築義務違反による責任の認定にも影響を及ぼした。この背景の下で、効果的な法令遵守体制を構築することは、企業にとって大きなメリットとなる。それゆえ、1990年代の米国において、実務慣行として法令遵守に関する内部統制システムの構築が提唱された。ケアマーク事件において、デラウェア州衡平法裁判所は、取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うとして、ある意味でアリスチャルマーズ事件判決を覆した。

Baxter 社（現ケアマーク社）は、紹介謝礼禁止法（以下、ARPL とする）に違反する可能性のある行為を継続的に行い、1991年8月に、保険福祉省監察総監室（HHS Office of the Inspector General）による捜査を受けた。取締役会はいくつかの付加的措置を講じたが、捜査の結果、ケアマーク社は ARPL に違反する行為を行ったことが確認された。1994年8月4日、ミネソタ州の連

邦大陪審は、ケアマーク社と2名の執行役、および医師の David R. Brown を被告として提訴した。その後、5件の株主代表訴訟が提起された。最初の株主代表訴訟では、ケアマーク社の取締役が従業員の行動を適切に監督せず、是正措置も講じなかったことにより注意義務違反が認められるべきであると主張された。本件の審理対象は、1995年6月に成立した株主代表訴訟に対する和解案⁽¹¹⁷⁾である。和解案が会社および既存の株主にとって公平かつ合理的であるか否かが、本件の争点である。Allen 判事は、本件和解は公平かつ合理的であると判断した。

デラウェア州衡平法裁判所は、本件において、アリスチャルマーズ事件判決における「疑うべき事由」⁽¹¹⁸⁾の有無にかかわらず、取締役の一般的な内部統制システム構築義務を肯定した。すなわち、取締役会は、会社において違法行為を監視するための内部報告システムとコンプライアンス管理体制、いわゆる内部統制システムがあることを誠実に確認する積極的な義務があるとされた。Allen 判事は、アリスチャルマーズ事件判決に基づいて、この義務を、会社に対して、誠実に、十分な情報に基づいて監視するという取締役の義務から当然に導かれるものとした。そして、取締役は、会社の経営活動や法令遵守に関する情報を会社内部から取得できるようにしなければ、この義務を果たすことができないと結論づけた。⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾

こうして、デラウェア州裁判所による強い経営判断原則の適用、および CEO の経営に対する尊重の規範によって過度に消極的となった取締役の監視インセンティブ⁽¹²¹⁾を機能させるために、Allen 判事はケアマーク事件判決を通じて、取締役の監視義務を拡大した。⁽¹²²⁾また、Allen 判事は、取締役の監視義務違反による責任は、不注意な怠慢によるものではなく、故意によるものに限定した。⁽¹²³⁾デラウェア州最高裁判所は、取締役が主観的に誠実に (in good faith) 行動していたとしても、客観的に著しく不合理な行動を取った取締役に責任を負わせることができるという見解を示したため、Allen 判事はその審査基準について強い懸念を抱いた。⁽¹²⁴⁾

Allen 判事は、その審査が、裁判所の介入を最小限に抑えるという経営判断原則の中心的な方針に反していると考えた。⁽¹²⁵⁾その結果、取締役がリスクを過度

に回避し、監視に多くの費用をかけることになると懸念した。したがって、Allen 判事は、取締役の内部統制システム構築義務を肯定しながら、誠実義務に違反しない限り、当該義務違反による責任を負わせることはないとした。

本件判決の後、取締役会は、会社で適切な法令遵守体制が構築されていることを確認するよう求められることとなった。その結果、多くの会社が法令遵守体制の構築に力を入れた。しかし、このような法令遵守体制は形式的であり、取締役が自分の判断や行動に責任を持つような組織文化や倫理観を育む効果はないと指摘されている⁽¹²⁶⁾。

また、本件判決は、取締役が会社の法令遵守体制を積極的に監視する義務を認めているが、その方法や基準については具体的に示していない。そのため、取締役はその義務を果たすためにどのような行動をすべきかわからず、経営陣が提案する事業計画や戦略に対して批判的な態度をとりにくい⁽¹²⁷⁾。さらに、取締役に過大な責任を負わせることは、監視費用との関係からみても否定されるべきであり、経営判断原則により、費用対効果の観点から最低限であっても、自社に適合したコンプライアンス体制を構築したと判断した取締役、もしくはコンプライアンス体制を構築しないことが合理的であると判断した取締役も保護されるべきであるという見解もある⁽¹²⁸⁾。

しかしながら、内部統制システムの構築が実務上も法律上も求められるという背景の下で、取締役の一般的な内部統制システム構築義務を肯定した本件判決には、デラウェア州会社法と1991年改正連邦量刑ガイドラインとの間のギャップを、衡平法裁判所が実際に最高裁判所の判決を覆すことはできないという前提の下で、アリスチャルマーズ事件判決に対する巧妙な再解釈を通じて埋めた点に、意義があると考えられる。

第三款 ストーン事件⁽¹²⁹⁾

デラウェア州最高裁判所は、ケアマーク事件で示した取締役の誠実義務について、ストーン事件で再確認した。同事件判決では、内部統制システム構築義務の違反が誠実義務の違反であることや、その由来について詳しく説明されている。

AmSouth Bank（以下、A銀行とする）は、デラウェア州法によって設立された AmSouth Bankcorporation（以下、B社とする）の完全子会社である。2004年、B社とA銀行は、連邦銀行機密法（以下、BSA とする）および反マネーロンダリング規制（以下、AML とする）によって要求されている「疑わしい取引に関する報告書（Suspicious Activity Reports）」の提出を怠り、政府および規制当局による調査を受け、4000万ドルの罰金と1000万ドルの民事制裁金を支払った。そこで、B社の株主が、B社の現任の取締役および元取締役に対して、BSA および AML 違反を防止するための十分な内部統制システムを構築していなかったことが信認義務違反であるとし、株主代表訴訟を提起した。

B社は、原告が事前の提訴請求をしなかったことを理由として、訴え却下の申立てを行ったが、原審デラウェア州衡平法裁判所は、原告が事前請求の無益性を示す具体的事実を主張していないとして、衡平法裁判所規則23.1条に基づいて株主代表訴訟を却下した。原告は、不服とし上告したが、デラウェア州最高裁判所は、衡平法裁判所の判断を支持した。

本件では、デラウェア州最高裁判所は、取締役がコンプライアンス体制の存在を確認するために誠実に行動する義務を負っており、悪意で行動を行った場合のみ責任を負うとする Allen 判事の考え方を支持した。⁽¹³⁰⁾

しかし、ケアマーク事件判決における監視義務は注意義務の一内容であるとする Allen 判事の考え方とは異なり、デラウェア州最高裁判所は、ケアマーク事件判決における監視義務を誠実義務と同一視している。さらに、そのような監視義務は、注意義務ではなく、忠実義務の一部であるとされている。こうして、監視義務違反の認定の際に、定款の修正によって責任の免除もできなくなる。⁽¹³¹⁾ デラウェア州最高裁判所は、この解釈を通じて、取締役の潜在的責任負担を制限しようとしているのかもしれない。⁽¹³²⁾

ケアマーク事件判決は、取締役が監督義務を果たさなかった場合に重過失があれば責任を問うことを認めている一方、本件判決は、取締役が自分の信認義務を果たしていないのを知っていたことを原告が証明しなければならないとしている。⁽¹³³⁾ これについて、取締役は、会社の最善の利益に適合した情報報告システムの構築のために誠実に努力することによって保護されるが、取締役にとつ

てそのような義務を果たすことは容易であるという批判がみられる。⁽¹³⁴⁾ 本件判決は、監視義務の本質を明らかにしている一方で、監視義務が取締役会の活動に対する意欲に与える影響を弱めるため、取締役会による積極的なリスク管理を求める当時提唱された観点からすると、適切ではないという見解がある。⁽¹³⁵⁾

内部統制システムの構築について、4つの場面が想定できる。第一に、取締役会が内部統制システムを構築し、違法行為を防止した場面である。この場面では、取締役は何の責任も負うことはない。第二に、取締役会が、内部統制システムを構築したが違法行為を防ぐことができなかった場面である。このような場面であれば、本件判決の下で、取締役会が、会社経営に対する監視を故意に怠り、注意すべきだったリスクや問題を知らなかった場合にのみ、責任が生じる。第三に、取締役会が内部統制システムの構築について検討したが、それを構築しないと決定した場面である。本件判決のアプローチに基づいて、取締役会が十分な情報を得たうえで内部統制システムを構築しないという決定をしたことを証明できれば、責任が免除されるだろう。最後に、取締役会が、内部統制システムの必要性を認識しなかった場面である。この場面において、取締役会の不作為が重過失に相当することを証明する必要がある⁽¹³⁶⁾、取締役の不作為と会社の受けた損害との間における因果関係も証明しなければならないだろう。このように、ケアマーク基準を適用すれば、取締役会の責任を追及できる可能性がある。しかし、本件判決によると、取締役会に責任を追及できないおそれがある。すなわち、取締役会は、内部統制システムの構築を完全に怠った場合に、取締役は自分が信認義務を履行していなかったことを知っていた場合に限り責任を負うことになるだろう。⁽¹³⁷⁾

そもそも、従業員の信頼性を評価することさえできない取締役会は、責任を負うべきであろう。⁽¹³⁹⁾ しかし、本件判決の下で、その取締役会は、責任から逃れることができるかもしれない。⁽¹⁴⁰⁾ 内部統制システムの構築について検討しなかった取締役が責任を免れるということは不合理であるが、以上の分析によると、本件判決はそのような結果になることを認めていると理解できるだろう。逆にいえば、取締役が内部統制システムについて検討をしなかったということを不誠実とし、その行為によって会社に損害をもたらすかどうかにもかかわらず、

直接に取締役責任を負わせることも同様に不合理であろう。このことからすると、ストーン事件判決による誠実性のアプローチは柔軟性を欠いており、Allen 判事による注意義務の分析が、より適切であると考えられる。⁽¹⁴¹⁾

第四款 ストーン事件判決以降の判例における内部統制システム構築義務

一 Wood 事件⁽¹⁴²⁾

Wood 事件において、デラウェア州最高裁判所は、取締役会が、適切な会計・財務報告管理体制を構築しなかったことを理由とする監視義務違反の主張について審理を行った。同事件判決は、原告が取締役が違法行為に故意に関与したことを立証できていないとした。また、デラウェア州最高裁判所は、取締役が、虚偽記載を含む公的書類に署名したこと、後に不適切であることが判明した取引を承認したこと、および疑わしい会計処理を発見できなかった監査委員会の構成員であったことから、違法行為を実際に知っていたとする原告の主張を却下した。⁽¹⁴⁴⁾ 取締役の誠実性の欠如は、取締役が知っておくべきであったことや不正行為を発見できる多くの機会があったことに基づいて推論することはできず、むしろ、取締役が不正行為を知っていたこと、もしくはそれに関与していたことからのみ推論できると、デラウェア州最高裁判所の判断が示されている。⁽¹⁴⁵⁾

二 AIG 事件⁽¹⁴⁶⁾

AIG 事件では、AIG の役員が行った一連の不正行為が問題となった。デラウェア州衡平法裁判所は、AIG の取締役や役員であった2名の被告が、不十分な内部統制システムを故意に容認し、部下の行為を故意に監視しなかったとした。⁽¹⁴⁷⁾ 同裁判所は、その地位から被告が不正行為を知っていたと推認しており、それによって、被告が何も知らずに違法取引が行われた可能性は低いとした。⁽¹⁴⁸⁾ また、本件において、原告は、被告が不正行為を直接的に知っているという証拠を提出していなかったが、裁判所は、AIG による不正行為の規模と一貫性、および被告は会社の取締役兼上級役員であること、という2つの理由から原告の請求を認めた。すなわち、被告が何も知らないで、本件のような大規模な不

正行為が行われているとは考えられない。さらに、Strine 副判事は、被告が不正行為や違法行為にかかわる会社の部門を直接にコントロールしていると指摘した。⁽¹⁴⁹⁾その支配力の強さから、裁判所は被告が不正行為を知っていることを容易に推論できる。しかし、このような推論は、本件被告と同じレベルの支配力を持つ取締役でなければできないと考えられる。本件の事情から、裁判所は、取締役が不正行為を知っていると推定し、取締役に監視義務を遵守させることは、おそらく多くの事例で再現できないだろう。⁽¹⁵⁰⁾

三 Citigroup 事件⁽¹⁵¹⁾

Citigroup 事件は、監視義務の実質的な限界を示唆した。本件において、原告は、取締役が会社のリスク管理を適切に監督せず、サブプライムローン市場の悪化を示すいくつかのレッドフラッグを無視したとし、監視義務違反を主張した。デラウェア州衡平法裁判所は、以下の2つの理由に基づいて原告の主張を却下した。第一に、取締役会はビジネスリスクの監視を怠ったことに対して責任を負うべきではない。⁽¹⁵²⁾裁判所は、取締役会が企業活動の不正行為や、違法行為を監視するための内部統制システムを構築することだけを必要としており、リスク管理体制としての内部統制システムの構築を要求することは、取締役の経営判断を侵害することになるとしている。⁽¹⁵³⁾第二に、後知恵で賢明ではないと認定した経営決定をした取締役に責任を負わせることはできない。⁽¹⁵⁴⁾なぜならば、監視義務を拡大し、取締役に不適切な経営判断による結果の責任を負わせることは、裁判所を、後知恵をもって取締役会の経営判断を評価するという不適当な立場に置くからである。⁽¹⁵⁵⁾

また、企業の経営者や取締役は、その経営決定が悪い結果をもたらしたとしても、個人的な責任を問われない。取締役会がビジネスリスクを監視できたか否かを評価することは、事後的に経営決定の良し悪しを判断することになる。デラウェア州衡平法裁判所は、このような評価を認めることは、後知恵という危険な扉を開けたとしている。⁽¹⁵⁶⁾

本件判決について、リスク管理体制とコンプライアンス体制は根本的に異なるものではないため、監視義務の内部一貫性が損なわれるという見解がある。⁽¹⁵⁷⁾

Chandler 判事は、監視義務をビジネスリスクまで拡大しない原因は、経営判断原則を損なうからであるとしている。⁽¹⁵⁸⁾しかし、本件当時、COSO-ERM はすでに発表されていたため、リスク管理体制もコンプライアンス体制も内部統制システムの内容であることは周知されているはずである。したがって、この理由付けは、監視義務を過度に狭く解釈していると考えられる。

ケアマーク事件判決が指摘しているように、取締役会は、適時かつ正確な情報を十分に取得できるような情報報告システムが会社に存在することを保証すべきである。⁽¹⁵⁹⁾したがって、Allen 判事は、ケアマーク義務が単なる法令遵守にとどまらず、ビジネスリスク管理などの問題を含んでいることを明らかに意図している。⁽¹⁶⁰⁾リスク管理における取締役会の役割は、企業のあらゆるリスクに対する識別、評価および管理を行うことができる体制が会社に存在することを確保することである。⁽¹⁶¹⁾これは、法令遵守に関して効果的な報告体制を確保することが取締役会の義務であるというケアマーク事件判決の主張とかなり類似しているといわれる。⁽¹⁶²⁾また、Chandler 判事の意見と反対に、取締役会が適切な経営決定をしたかどうかは問題ではなく、そのような経営決定をした後に何をしたかが重要であるとする見解がある。⁽¹⁶³⁾すなわち、取締役会がその経営決定をフォローアップせず、問題が明らかになっても無視した場合、不作為となり、監視義務違反になる。

四 Hughes 事件⁽¹⁶⁴⁾

Hughes 事件は、Kandi 社の監査委員を務める取締役が、自社の内部統制システムについて義務を十分に果たさなかったことなどを根拠として提起された株主代表訴訟である。デラウェア州衡平法裁判所は、Kandi 社は、原告による帳簿および記録の閲覧請求に対して、監査委員会の議事録などの資料を提出しなかったことに基づき、内部統制システムの構築および管理を怠ったとし、ケアマーク義務に違反したと判示している。⁽¹⁶⁵⁾本件判決は、2019年の Marchand 事件および Clovis 事件⁽¹⁶⁶⁾に続いて、取締役がケアマーク義務に違反したと認める判決である。⁽¹⁶⁷⁾

米国では、この展開について、見解が必ずしも一致するわけではない。

Marchand 事件および Clovis 事件はいずれも極端であり、その射程も広く理解することは適切ではないという主張がみられる。⁽¹⁶⁸⁾ また、Hughes 事件判決の影響として、内部統制システム構築義務の違反に関する訴訟においては、原告が勝訴することが以前より容易となっているかもしれない。⁽¹⁶⁹⁾ 実際に、Hughes 事件判決以降、デラウェア州裁判所は2つの事件で、原告の主張がケアマーク基準に達したと判示した。⁽¹⁷⁰⁾

しかし、これらの事件からすると、いずれもコンプライアンス体制としての内部統制システムが問題となっている。したがって、射程は必ずしも広範ではないと考えられる。

第三節 日本法における取締役の内部統制システム構築義務

第一款 会社法上の内部統制システム構築義務

会社法の規定によると、内部統制に関する事項は、重要な業務執行の決定であり、取締役会で決議しなければならない、代表取締役や代表執行役に委任することはできない（362条4項・5項、399条の13、416条）。しかし、委任できないのは、「基本方針」の部分であり、それ以下の具体的な構築は、代表取締役等に委任することは可能である。その理由としては、内部統制システムの効率的な整備を図ることができること、業務執行取締役に対する取締役会の監督・監視によって内部統制システム整備の適切性を担保することができること⁽¹⁷¹⁾が挙げられている。また、取締役会でどの程度詳しく決議する必要があるかについて、具体的な規定は存在していない。

ただ、会社法上の内部統制システムの具体的な項目は、会社法施行規則100条で定められている。その条文を見ると、リスク管理体制という大きな項目もあれば、情報の保存管理という個別の項目もあり、さらには効率性の体制などという企業価値向上策まで取り上げられている。しかし、情報の保存管理体制などは、ある意味でリスク管理体制の一部であるともいえるため、重複感がある。そして、大会社でも指名委員会等設置会社でも監査等委員会設置会社でもない株式会社は、各社の実情に応じて、取締役（会）が内部統制システムを構築しないという判断をすることも可能である。⁽¹⁷²⁾

COSO 報告書では、内部統制について、統制環境、リスク評価、統制活動、情報と伝達、およびモニタリングという5つの構成要素がまとめられ、それなりに体系性や網羅性があるが、日本の会社法制の項目はそれとも全く異なっている。結局、日本会社法は、重要だと考えられる項目をいくつか取り上げて決定義務の対象としているに過ぎない。⁽¹⁷³⁾

第二款 金融商品取引法における内部統制システム構築義務

金融商品取引法上は、内部統制について、内部統制報告書とその監査制度が設けられている（金融商品取引法24条の4の4第1項、193条の2第2項）。内部統制報告書は、経営者が自ら会社の内部統制の有効性について評価するものである。内部統制が有効であれば有効であると記載し、内部統制に開示すべき重要な不備があればその旨記載する（内部統制府令4条）。内部統制報告書の監査は、内部統制報告書の記載事項について監査し、経営者の内部統制についての評価が適切かどうかを表明する。開示すべき重要な不備がある場合に、内部統制報告書に開示すべき重要な不備があると記載してあれば、それは正しい記載であるので、監査報告書にも、「適正に表示している」（無限定適正意見）と記載される（内部統制府令6条5項）。

しかし、内部統制報告書は、あくまでも開示制度の一部であり、企業の経営のあり方そのものを規制するものではない。内部統制システムを構築せよということを定めているものではない。そもそも、そのようなことは金融商品取引法の所管範囲ではない。金融商品取引法は、あくまでも市場の規制であり、会社の経営ぶりについて定めるものではない。したがって、金融商品取引法は、財務報告の内部統制の構築を義務づけてはいない。そして、前述の通り、会社法も内部統制システム構築義務を直接定めていないため、内部統制システム構築義務についての法律上の明文規定はないといえるだろう。

第三款 内部統制システム構築義務の由来

前述したように、会社法も金融商品取引法も、内部統制システム構築義務についての明文規定をもたない。会社法では、内部統制整備に関する規定も、そ

の基本方針を決定する義務を取締役（会）に課しているに過ぎない。したがって、その規定をもって、直ちに取締役の内部統制システム構築義務を導くことはできないと解される。⁽¹⁷⁴⁾

取締役は、会社との間で委任関係に立つ（会社法330条）。したがって、取締役は、会社に対して、善管注意義務に従い業務執行を行う（民法664条）。また、取締役は、取締役会の構成員として、取締役会に上程された事項だけではなく、代表取締役の全般的な業務執行について、これを監視し、取締役会を通じて業務執行が適正に行われるようにする監視義務を負う。⁽¹⁷⁵⁾

監視義務と善管注意義務との関係について、様々な議論がなされてきた。旧有限会社法の時代では、取締役の監視義務について、旧有限会社の場合と株式会社の場合とを分けて、説明されていた。旧有限会社の場合には、取締役が善管注意義務に従って業務執行権限を行使しなければならないことは、監視義務の根拠であると考えられていた。⁽¹⁷⁶⁾ところが、株式会社の場合には、意見が分かれていた。すなわち、取締役の監視義務は、取締役会の監督権限から導かれるとする見解がみられた一方、⁽¹⁷⁷⁾善管注意義務ないし忠実義務を根拠とする見解もあった。⁽¹⁷⁸⁾なお、最判昭和44年5月22日民集27巻5号によれば、取締役会の監督権限から、取締役の監視義務が導かれるとしている。しかし、同判決の述べる取締役の監視義務の対象はあくまでも、代表取締役の業務執行であるため、代表取締役の監視義務とは異なる。結局、有限会社制度が廃止され、取締役会が株式会社の必置の機関ではない会社法の下では、取締役の監視義務を善管注意義務の一部として理解することが整合的であると考えられる。⁽¹⁸⁰⁾

そして、内部統制システム構築義務については、学説上、取締役の監視義務から生じるとの見解がある一方、⁽¹⁸¹⁾内部統制システムの目的は、違法行為の防止や早期発見だけではなく、会社の従業員など全体を対象とし、経営上のリスク管理も含まれるため、その構築は、自らの積極的な行為義務である以上、内部統制システム構築義務は取締役の善管注意義務から生じるとの見解もある。⁽¹⁸²⁾

前述のように、日本において、内部統制システムの主要な機能は、取締役の職務の執行が法令および定款に適合することを確保することである。この点においては、矛盾しているところがある。会社法によると、内部統制に関する事

項は、取締役会の重要な業務執行の決定であり、取締役会の決議によらなければならない、代表取締役らに委任することもできない。しかし、委任できないのは、内部統制システムの基本方針であり、具体的な構築に関する部分は、代表取締役や各業務執行取締役に委任することは可能である。

その結果、取締役は内部統制システムを構築・運用し、自分の職務の執行が法令および定款に適合することを確保するということになる。したがって、取締役の内部統制システム構築義務は監視義務から生じるとすれば、取締役は自分の職務を監視することとなるだろう。そもそも、取締役が自分の行為を監視・監督すること自体は期待できないと考えられる。

ある内部統制の重要な不備の事例に対する実証研究によると、2017年4月1日～2018年3月31日の内部統制に関する重要な不備の発生原因の中で、不正および不正の疑いによるものが42.9%で最も多く、その不正の実行者については、役員が関与しているものが61.1%、役員が関与せず従業員のみが実行しているものが27.8%となっている⁽¹⁸³⁾。このように、内部統制システムの具体的な構築を担当する取締役らが、自ら会社の不正行為に関与することは、内部統制システムの形骸化につながる。そして、この内部統制システムの形骸化を解消するために、取締役の内部統制システム構築義務違反による責任を認定するハードルを下げることで、取締役により効果的な内部統制システムを構築させるべきであると考えられる。

一般的に、ある部門の業務執行取締役は、当該部門の内部統制システムを構築する。そして、取締役には、他部門の内部統制システムに基づいて、ほかの取締役の業務執行を監視することも期待できないと考えられる。無論、各取締役が、会社における各部門の業務執行を逐一監視することはできないと想定され、信頼の権利が認められている。すなわち、取締役は、他の取締役や使用人による業務執行において疑わしい内容がない限り、その業務執行が適切に行われていると信頼することが許され、仮に他の取締役や使用人の業務執行に任務懈怠があったとしても、監視義務違反による責任を負わない。そして、もし内部統制システム構築義務は監視義務から生じるとすると、内部統制システム本来の監督機能も期待できなくなるだろう。なぜならば、内部統制システムの構

築により、各取締役は、各部門の内部統制システムを信頼すると主張すれば、責任を容易に逃れられるからである。

また、日本の取締役会制度は、米国の取締役会制度とは異なる。米国においては、取締役会の監督機能が重視されているが、日本における伝統的な取締役会制度は、その経営管理機能を優先している。すなわち、通常、日本の取締役会（指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社を除く）は経営陣である一方、米国における経営陣は取締役会によって選任され、取締役会は、経営者選解任や経営者報酬のような間接的な手法、または、監査委員会による直接的な監査を通じて、経営陣の経営活動を監督する。これも、日本において、コンプライアンス体制としての内部統制システムが重視されている原因であろう。

より詳しくいうと、日本において、経営管理を担当する取締役は、業績を上げるために、リスクな経営活動や不正行為を行うおそれがある。そのような事態を防ぐために、コンプライアンス体制としての内部統制システムの機能が多くの方面で強調されている。対して、米国の取締役会にとって、内部統制システムは会社の経営情報を把握するためのツールとして機能しており、それに基づいて経営者の経営活動を監視する。

さらに、次節で詳しく検討する大和銀行事件判決⁽¹⁸⁵⁾では、「取締役は、従業員が職務を遂行する際違法な行為に及ぶことを未然に防止するための法令遵守体制を確立すべき義務があり、これもまた、取締役の善管注意義務および忠実義務の内容をなすものというべきである」と判示されている。

以上の検討を踏まえると、内部統制システムは、取締役が監視義務を履行するための道具であり、取締役が内部統制システムを構築することは、その業務執行の一環として捉えられ、善管注意義務の一内容であろう。

しかし、善管注意義務という概念は、本来注意の水準を示すものであり、ここから特定の内容の義務を導くわけではないため、善管注意義務から内部統制システム構築義務が導かれると解するべきではないという主張がみられる。⁽¹⁸⁷⁾ところが、善管注意義務を注意の水準を示す概念として解釈するとすると、⁽¹⁸⁸⁾そもそも日本における善管注意義務と忠実義務は同質であるとする通説とは整合性がとれなくなってしまう。すなわち、忠実義務は取締役に実質的な内容を求め

る義務であるので、善管注意義務も実質的な内容を求めているはずである。したがって、取締役の善管注意義務の概念はただ注意の水準を示すものではないと考えられる。

また、会社規模が大きくなればなるほど、取締役が不正行為を早期に把握する余地はなくなり、その責任を問うことも難しくなる。この場合には、監視義務違反による責任を問うことの意味も乏しくなる⁽¹⁸⁹⁾。そこで、取締役が会社の具体的な業務執行を自ら監視することは不可能であることを前提に、会社の業務執行が適切に行われることを一般的に確保するための体制、いわゆる内部統制システムの構築が必要である⁽¹⁹⁰⁾。言い換えると、取締役が法令や定款等を遵守し、会社経営の健全性を確保するためには、そのような場合に取締役が任務懈怠責任を全く負わないというのは相当ではないため、直接の監視監督を前提としない規律を考える必要がある⁽¹⁹¹⁾。この内部統制システム構築義務の位置づけからすると、内部統制システム構築義務は監視義務の補足であり、バックアップのようなものであると考えられる。

結局、内部統制システム構築義務と監視義務は、善管注意義務の異なる側面であり、それぞれ別々の義務内容が存在する。

第四節 日本判例における内部統制システム構築義務

本節では、内部統制システム構築義務についての重要判例を考察したうえで、前節で述べた内部統制システム構築義務の法的本質について、判例からも同じな結論が導かれるかについて検討する。

第一款 大和銀行事件⁽¹⁹²⁾

大和銀行ニューヨーク支店の従業員Aは、11年間にわたって、米国財務省証券の取引を行い、約11億ドルの損失を生じさせ、それを隠ぺいするために、同銀行所有の米国財務省証券や顧客の保有する証券を無断かつ簿外で売却し、同銀行に約11億ドルの損害を与えた。大和銀行は、Aによる無断取引が発覚した後も、米国当局に直ちに通知せず、虚偽記載のある文書の提出などの隠蔽工作を行った。その結果、大和銀行は米国で24個の訴因について、刑事訴追を受け、

司法取引により罰金3.4億ドルを支払った。

そこで、大和銀行の株主Xらは、当時の取締役および監査役であったYら合計49名に対し、内部統制システムを構築しなかったことによる善管注意義務および忠実義務の履行を怠ったとして、Aの無断取引によって大和銀行が被った損害約11億ドルに加え、大和銀行が支払った罰金および弁護士報酬合計3.5億ドルを求め、株主代表訴訟を提起した。最高裁は、株主の請求を一部認容した。

本件判決は、取締役は内部統制システム構築義務を負うと明言した点で意義を有する。本件判決の後、内部統制概念の法制化が始まり、内部統制システム構築義務についての規定が会社法で設けられた。これも、日本における内部統制概念の発展の結果である。

本件判決は、取締役が監視義務を履行するために何をなすべきかという問題について、内部統制の視点から論じている。本件において、大和銀行ニューヨーク支店におけるリスク管理体制は整備されていなかったとまではいえないとしながら、その中の一部としての財務省証券の保管残高の確認方法に不備があったとされた。しかし、内部統制システムの有効性を評価する際には、システム全体を対象として評価すべきであり、その中の一部だけを取り出して評価することは妥当とはいえない。⁽¹⁹³⁾すなわち、内部統制システムには、リスク管理体制のみならず、コンプライアンス体制もある以上、本件のようにリスク管理体制だけについて、内部統制システムの効果を評価することは適切ではない。また、システム全体を対象として評価することによって、大和銀行ニューヨーク支店における内部統制システムは多数の不正を防止することができると信じ⁽¹⁹⁴⁾た支店長には、過失はなかったともいえる。

本件判決は、日本における最初の内部統制システム構築義務についての判例として、当時の内部統制概念がまだ発達していない背景の下で、取締役は内部統制システム構築義務を負うと判示し、内部統制概念の発展を促進した。

しかし、本件判決から、監視義務の履行が必ずしも内部統制システムの構築および運用を意味すると導けるわけではない。米国において、そのように理解することは可能である。なぜならば、米国の取締役会は、業務を執行しない取締役が大多数を占め、取締役会の監督機能が重視されているからである。日本

の取締役会の多くは、業務執行取締役である。したがって、そのような理解は、取締役による監視義務の履行を容易化するおそれがあり、会社経営の不正行為を防止するために、取締役が積極的に監視義務を履行することが求められている現在において、適切ではないと考えられる。結局、本件判決の、取締役の内部統制システム構築義務を善管注意義務の内容としているという理解は妥当であろう。

第二款 日本システム技術事件⁽¹⁹⁶⁾

Y社（被告、控訴人、上告人）は、ソフトウェアの開発や販売などを行っており、パッケージ事業本部にはGAKUEN事業部が設置されている。Aは、Y社の代表取締役である。GAKUEN事業部は、大学向けの事務ソフトウェアの販売を担当しており、注文書や検収書の処理などを行っている。Bは、GAKUEN事業部の部長であり、売上総額11.4億円を架空に計上する偽造行為を行った（以下、本件不正行為という）。本件不正行為の公表によって、Y社の株価が下落した。そして、その公表前にY社の株式を取得したX（原告、被控訴人、被上告人）が、Y社の代表取締役Aに不正行為を防止するためのリスク管理体制の構築を怠った過失があり、その結果Xは損害を被ったなどと主張して、Y社に対し、不法行為に基づく損害賠償を請求した。最高裁は、Aに、Bらによる本件不正行為を防止するためのリスク管理体制を構築すべき義務に違反した過失はないとし、Xによる損害賠償請求を認めなかった。

本件判決は、代表取締役の内部統制システム構築義務およびそれを機能させる義務について判断がなされた初めての最高裁判決である。大和銀行事件から本件までの間、学説や裁判例において、内部統制システム構築義務の存在が一般的に認められている。本件の重要な争点は、代表取締役に、従業員による不正行為を防止するための適切な内部統制システムを構築すべき義務に違反する過失があったか否かである。⁽¹⁹⁷⁾

最高裁は、Y社における内部統制システムが通常想定される不正行為を防止することができることを認めたうえで、本件不正行為の特殊性を認めている。すなわち、Bによる本件不正行為は、通常想定し難い方法で行われたとされている。

そのうえで、Y社において以前に同様の手法による不正行為が発生したという「特別な事情」も見当たらないと認めている。通常想定し難い不正行為でも、社会的な一般論からすると、同じ手法による不正行為が過去にあったなら、再発防止のための内部統制システムを構築する義務がある。それを怠れば、内部統制システム構築義務違反であるとの判断は、合理的かつ現実的である。⁽¹⁹⁸⁾しかしながら、通常想定される不正行為は、単に不正行為の発生頻度から論じられており、実際にどのような内部統制システムが通常想定される不正行為を防止できるかについて、取締役は、会社の所属業界、およびその会社の規模等を総合的に考慮したうえで、適切な内部統制システムを構築するだろう。また、本件判決は、Y社の内部統制システムについての監査法人の評価が存在したとして、Aの義務違反を認めていない。これは、信頼の権利による保護であろう。

以上については、2つの状況に分けて考える必要がある。まず、過去に同様の不正事件が発生する前に、当該会社において既に内部統制システムが存在した場合に、そのような不正事件があったにもかかわらず、取締役は内部統制システムに関して何らの措置もとらず、また同じような不正事件が再発したときは、取締役は、善管注意義務の内容としての内部統制システム構築義務ではなく、監視義務の内容としての内部統制システム運用義務に違反したとの考え方がある。⁽¹⁹⁹⁾この場合、取締役は不正行為を知り得るべきである場合に当てはまり、取締役会の招集請求権等を利用し、必要な措置を講じる必要がある。これは、取締役の監視義務の内容である。

もう1つは、過去に同様な不正行為があったが、当時当該会社には内部統制システムはなかった場合で、そのような不正行為が発生したにもかかわらず、当該会社の取締役は同様な不正行為の再発を防止するための内部統制システムを構築せず、その結果同様の不正行為が再発したという場合である。この場合、不正行為が発生した時点で、取締役の善管注意義務として、そのような不正行為の再発を防止するために最善を尽くすべきであり、内部統制システムを構築しなければならないというのが本件判決の立場であると理解することも可能である。⁽²⁰⁰⁾

結びに代えて

これまで、取締役の内部統制システム構築義務について比較法研究を行ってきた。その中で、日本法における内部統制システムに期待される機能および内部統制システム構築義務に関する会社法規定の矛盾について、米国法における議論を参照して検討した。ここでその検討結果を再度説明することは省くが、本稿が残した3つの課題を提示することによって、結びに代えたい。

第一に、平成9年独占禁止法の改正によって、純粋持株会社が解禁され、大規模会社のみならず中小企業においてもグループ経営が普及してきているが、本稿は、もっぱら単体会社を想定した検討のみにとどまる。しかしながら、企業集団の属性から、その内部統制システムの構築は、単体会社における内部統制システムの構築とは異なるとしても、親会社取締役の善管注意義務の内容として、内部統制システム構築義務についてどう理解すべきか、なお検討する必要がある。

第二に、取締役の内部統制システム構築義務違反による責任を認定する際に、経営判断原則が適用されるのが通常であるが、本稿で主張したように、取締役により有効な内部統制システムを構築させるために、その義務違反による責任の認定基準を、経営判断原則と内部統制システム構築義務との関係から、再考察する必要がある。

第三に、日本において、内部統制システムの意義を、コンプライアンス体制としての「守りのガバナンス」とにとどまらず、リスク管理体制としての「攻めのガバナンス」として再認識することが重要である。その場合、リスク管理の失敗に基づく取締役の責任についてどのように理解するべきかという問題が生じる。そして、この問題は、日本における会社組織規模の拡大という背景の下で、リスク管理体制の重要性の増大に伴い、十分な研究意義があると考えられる。これらの3つの課題については、別稿で検討することとする。

- Internal Control Systems*, 48 J. FIN. 831, 852-53 (1993).
- (77) Melvin A. Eisenberg, *The Board of Directors and Internal Controls*, 19 CARDOZO L. REV. 237, 244 (1997).
- (78) STEPHEN M. BAINBRIDGE, *CORPORATE LAW* 85 (Robert C. Clark et al. eds., 3d ed. 2015).
- (79) モニタリング・モデルについての詳しい考察は、藤田友敬「『社外取締役・取締役会に期待される役割——日本取締役協会の提言』を読んで」商事法務2038号(2014) 4—17頁、津野田一馬『役員人事の法制度——経営者選解任と報酬を通じた企業統治の理論と機能』(商事法務、2020) 29—52頁参照。
- (80) 情報を歪曲する手法には、様々な形がある。例えば、事実に関して意識的に偽装をすること、自分に不利な情報を抑制すること、および自分に有利な点を強調して情報を提示し、取締役会に自分の都合の良い決定を下させるよう促すことである。See Paul Milgrom & John Roberts, *AN ECONOMIC APPROACH TO INFLUENCE ACTIVITIES IN ORGANIZATIONS*, 94 AM. J. SOC. S154, S156 (Supp. 1988).
- (81) Eisenberg, *supra* note 77, at 245.
- (82) *Id.*
- (83) Paul Milgrom & John Roberts, *Relying on the Information of Interested Parties*, 17 RAND J. ECON. 18, 19-20 (1986).
- (84) Eisenberg, *supra* note 77, at 246.
- (85) *Id.* at 247.
- (86) LUCIAN A. BEBCHUK & JESSE M. FRIED, *PAY WITHOUT PERFORMANCE: THE UNFULFILLED PROMISE OF EXECUTIVE COMPENSATION* 25-26 (2004).
- (87) 経営者には、株主利益最大化原則の下で経営活動を行うことが求められているが、経営者と株主の利益は常に一致するわけではない。エージェンシー理論において、エージェントたる経営者は、プリンシパルたる株主の利益に反して、自分の利益を追求しようとするインセンティブがあると指摘されている。See Michael C. Jensen & William H. Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FIN. ECON 305, 309 (1976). 津野田・前掲注(79) 7 頁も参照。
- (88) Eisenberg, *supra* note 77, at 250-51.
- (89) 「取締役会の監視義務 (the board's duty to monitor)」は、日本法の下では觀念しえないだろう。その理由は、日本法の考え方によると、取締役会は会議体であるため、監視義務を負わないからである。ところが、米国の場合、「取締役会の監視義務 (the board's duty to monitor)」という用語は、よく使われている。
- (90) See Committee on Corporate Law, Section of Business Law, A.B.A., *Corporate*
- (阪大法学) 73 (5-100) 980 [2024.1]

Director's Guidebook — Sixth Edition, 66 BUS. LAW. 975, 999 (2011).

- (91) See Amit Bhaduri, *Understanding the Financial Crisis*, 44 ECON. & POL. WKLY. 123, 123-24 (2009); Lorraine E. Talbot, *The Coming of Shareholder Stewardship: A Contextual Analysis of Current Anglo-American Perspectives on Corporate Governance* 29 (Warwick Sch. of Law Research Paper, Paper No. 2010/22, 2010), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1676869.
- (92) Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Reconsidering Board Oversight Duties after the Financial Crisis*, 2013 U. ILL. L. REV. 859, 859-860 (2013).
- (93) Warren E. Buffett, *The Essays of Warren Buffett: Lessons for Corporate America*, 19 CARDOZO L. REV. 1, 39 (Lawrence A. Cunningham eds. 1997).
- (94) DEL. CODE ANN. tit. 8, § 141(e) (2019).
- (95) See MODEL BUSINESS CORPORATION ACT § 8.30(b) (AM. BAR ASS'N. 2023).
- (96) See Robert T. Miller, *The Board's Duty to Monitor Risk after Citigroup*, 12 U. PA. J. BUS. L. 1153, 1153-63.
- (97) 米国では、取締役と会社との間における関係は、信託受託者と受益者との関係に類似し、両者は、信託関係 (fiduciary relationship) に立つものと解されてきた。そして、信託関係に基づき、取締役は信託義務を負う。デラウェア州最高裁判所は、信託義務が注意義務と忠実義務という異なる2つの義務から構成されるとしていた。このうち、注意義務は、取締役が会社の経営に従事する際に、積極的に、勤勉に、かつ慎重に行動すべき義務をいう。酒井太郎「米国会社法における取締役の信託義務規範（1）」一橋法学11巻3号（2012）783—792頁参照。
- (98) *Stone v. Ritter*, 911 A.2d 362 (Del. 2006).
- (99) See Claire A. Hill & Brett H. McDonnell, *Executive Compensation and the Optimal Penumbra of Delaware Corporate Law*, 4 VA. L. & BUS. REV. 333, 333-41.
- (100) *Id.* at 342-53.
- (101) *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963). 日本語による判例評釈として、神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報34巻4号（1982）857—860頁、伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢法学42巻1号（1999）63—67頁、南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任（二）——法令遵守体制構築義務を中心に——」北大法学論集61巻4巻（2010）1256—1258頁、山本将成「不正行為の再発防止と内部統制システム構築義務（1）——*Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*の再検討から——」法政論集271巻（2017）38—52頁等がある。
- (102) Jennifer Arlen, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors'*

Evolving Duty to Monitor 1-5 (N.Y. Univ. Law & Econ. Research Paper, Paper No. 08-57, 2008), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304272.

- (103) *Id.* at 6.
- (104) *Allis-Chalmers*, 188 A.2d at 130.
- (105) Coffee 教授は、本件判決からすると、取締役は目を閉じた見張役となると批判している。See John C. Coffee Jr., *Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and an Effective Legal Response*, 63 V.A. L. REV. 1099, 1184 (1977).
- (106) See *id.*
- (107) *Allis-Chalmers*, 188 A.2d at 130.
- (108) Eric J. Pan, *A Board's Duty to Monitor*, 54 N.Y.L. SCH. L. REV. 717, 722 (2010).
- (109) William L. Cary, *Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware*, 83 YALE L.J. 663, 684 (1974).
- (110) ROBERT C. CLARK, CORPORATE LAW 132 (2d ed. 1986).
- (111) *Id.*
- (112) *Id.*
- (113) *Id.*
- (114) *Id.* at 133.
- (115) Arlen, *supra* note 102, at 2.
- (116) *In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). 日本語による判例評釈として、伊勢田道仁「判批」商事法務1526号（1999）44—47頁、長畑周史「日米における内部統制に関する取締役の注意義務：ケアマーク事件を中心に」法学研究82巻12号（2009）598—605頁、酒井太郎「米国会社法における取締役の信任義務規範（2・完）一橋法学12巻1号（2013）219—224頁、南・前掲注(101)1271—1277頁、山本将成「不正行為の再発防止と内部統制システム構築義務（2）——Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.の再検討から——」法政論集273巻（2017）77—87頁等がある。
- (117) 和解条項の内容については、山本・前掲注(116)78—79頁参照。
- (118) *In re Caremark*, 698 A.2d at 970.
- (119) *Id.*
- (120) *Id.*
- (121) 1960年代後半から1970年代前半にかけて、ほとんどの上場企業の実務取締役会は、経営陣が主導する非活動的な組織であり、多くの場合、経営陣の単なる「ゴム印」として機能していた。See Charles M. Elson, *Director Compensation and the*

Management-Captured Board-The History of a Symptom and a Cure, 50 SMU. L. REV. 127, 128-31 (1997).

(122) See Arlen, *supra* note 102, at 17 n.88.

(123) See *id.* at 18 n.90.

(124) See Dennis C. Carey et al., *How Should Directors be Compensated?*, DIR. & BOARDS, Special Report No.1, 1996, at 3-4; STEPHEN M. BAINBRIDGE, CORPORATION LAW AND ECONOMICS 296-97 (2002).

(125) See Arlen, *supra* note 102, at 18.

(126) Charles M. Elson & Christopher J. Gyves, *In Re Caremark: Good Intentions, Unintended Consequences*, 39 WAKE FOREST L. REV. 691, 692 (2004); Mercer Bullard, *Caremark's Irrelevance*, 10 BERKELEY BUS. L.J. 15, 16 (2013).

(127) Arlen, *supra* note 102, at 22.

(128) 理論的に、行動を取らないという決定は、行動を取るという決定とは異ならない。See BAINBRIDGE, *supra* note 124, at 296.

(129) 日本語による判例評釈として、大川俊「判批」法律論叢80巻4・5号（2008）213頁以下、南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任（三）——法令遵守体制構築義務を中心に——」北大法学論集61巻5巻（2011）1686—1690頁、近藤光男「判批」近藤光男＝志谷匡史編著『新・アメリカ商事判例研究〔第2巻〕』（商事法務、2012）316頁、山本・前掲注(116)87—96頁等がある。

(130) 原告が取締役の不誠実性を立証するためには、①取締役が情報報告システムや統制を全く構築しなかったこと、②取締役が構築したシステムや統制を故意に監視・監督せず、リスクや問題を知らないまま行動したこと、のいずれかを証明しなければならない。Stone, 911 A.2d at 364-65.

(131) See DEL. CODE ANN. tit. 8, § 102(b)(7)(i) (2019).

(132) BAINBRIDGE, *supra* note 78, at 183.

(133) Stone, 911 A.2d at 370.

(134) Stephen F. Funk, *Recent Developments in Delaware Corporate Law: In Re Caremark International Inc. Derivative Litigation: Director Behavior, Shareholder Protection, and Corporate Legal Compliance*, 22 DEL. J. CORP. L. 311, 322 (1997).

(135) Pan, *supra* note 108, at 733.

(136) See McCall v. Scott, 250 F.3d 997, 999 (6th Cir. 2001).

(137) *In re Caremark*, 698 A.2d at 971.

(138) Stone, 911 A.2d at 370.

(139) Stephen M. Bainbridge et al., *The Convergence of Good Faith and Oversight*,

55 UCLA L. REV. 559, 600 (2008).

(140) *Id.*

(141) *In re Caremark*, 698 A.2d at 967-71.

(142) *Wood v. Baum*, 953 A.2d 136 (Del. 2008).

(143) *Id.* at 142.

(144) *Id.* at 142-43.

(145) *Id.* at 143-44.

(146) *American Int'l Grp. v. Greenberg*, 965 A.2d 763 (Del. Ch. 2009).

(147) *Id.* at 799.

(148) *Id.* at 796-99.

(149) *Id.* at 797.

(150) *Pan*, *supra* note 108, at 736.

(151) *In Re Citigroup, Inc. S'holder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).

(152) Chandler 判事は、特定の事例においては、取締役が会社のビジネスリスクの監視を怠ることで監視義務違反となる可能性があると表明したが、どのような事例において監視義務違反に当たるかについて具体的な例を示さなかった。また、Chandler 判事は、経営判断原則の存在、デラウェア州一般会社法102条（b）項（7）号による保護、およびケアマーク基準から、会社のビジネスリスクの程度を確認しなかったことによる取締役の個人的な責任を主張することは、原告にとって極めて高い負担となることを認めた。*Id.* at 124-26.

(153) *Id.* at 129-31.

(154) *Id.* at 130.

(155) *Id.* at 124-26.

(156) *Id.* at 124 n.50.

(157) Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 J. CORP. L. 967, 979 (2009).

(158) *In re Citigroup*, 964 A.2d at 126.

(159) *In re Caremark*, 698 A.2d at 970.

(160) *See* Troy A. Paredes, *Too Much Pay, Too Much Deference: Behavioral Corporate Finance, CEOs, and Corporate Governance*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 673, 754 (2005).

(161) Bainbridge, *supra* note 157, at 967-68.

(162) *Id.* at 980.

(163) *Pan*, *supra* note 108, at 739.

(164) *Hughes v. Xiaoming Hu*, No. 2019-0112-JTL, 2020 WL 1987029 (Del. Ch. Apr.

27, 2020). 日本語による判例評釈として、木村健登「判批」商事法務2258号（2021）51—58頁がある。

(165) *Id.* at *50.

(166) Blue Bell Creameries USA 社の製品を購入した顧客らが、リステリア菌が混入していたアイスクリームを食べた後死亡した。それによって会社に損害が生じた。原告は、取締役が、汚染リスクを知らながら無視し、会社の食品製造安全を監視しなかったことにより、ケアマーク義務に違反したと主張した。デラウェア州最高裁判所は、Blue 社には取締役会レベルで内部統制を遵守するためのシステムが一切存在しなかったことを合理的に推認し、原告の主張はケアマーク基準に達したと判示した。Marchand v. Barnhill, 212 A.3d 805 (Del. 2019). 日本語の判例評釈として、釜田薫子「判批」商事法務2271号（2021）83—87頁、大川俊「判批」獨協法学118号（2022）291—306頁がある。

(167) Clovis Oncology 社は、市場規模が年間30億ドルと推定される肺がんの治療薬の Roci を開発していた。Roci は、臨床試験の初期段階では良好な成績を収めていたが、臨床試験の後期に得られたデータから、この薬はFDA による販売承認を得られない可能性が高いことが判明した。しかし、取締役会はこれについて何の対応もとらなかった。また、経営陣もデータを偽造して研究結果を報告した。偽造報告が発覚した結果、同社の株価が約70%急落し、同社は約10億ドルの損失を被った。原告は、ケアマーク基準に基づき、内部統制システムを構築しなかったこと、および、レッドフラッグを意識的に無視したことを主張し、株主代表訴訟を提起した。デラウェア州衡平法裁判所は、原告の主張は、ケアマーク基準に達したと判示した。*In re Clovis Oncology, Inc. Derivative Litig.*, No. 2017-0222-JRS, 2019 WL 485. 日本語の判例評釈として、大川俊「判批」獨協法学119号（2019）259—306頁、吉井敦子「判批」商事法務2295号（2022）54—58頁がある。

(168) Kevin LaCroix, *Caremark Duties Include Duty Not Only to Establish Oversight Processes but Also to Monitor Them*, D&O DIARY (Oct. 7, 2019), <https://www.dandodiary.com/2019/10/articles/director-and-officer-liability/caremark-duties-include-duty-not-only-to-establish-oversight-processes-but-also-to-monitor-them/>.

(169) See Stephen M. Bainbridge, *Is Caremark still the hardest claim for plaintiffs to win in corporate law?*, BLOG (May 3, 2020), <https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridgecom/2020/05/is-caremark-still-the-hardest-claim-for-plaintiffs-to-win-in-corporate-law.html>.

(170) See *Teamsters Local 443 Health Services & Insurance Plan v. Chou*, 2020 WL 5028065 (Del. Ch. 2020) ; *In re Boeing Co. Derivative Litig.*, 2021 WL 4059934 (Del. Ch. 2021).

論 説

- (171) 山本爲三郎「内部統制システムの整備と役員等の責任」法律時報80巻3号(2008) 38頁。
- (172) 山本爲三郎「会社法が定める内部統制システム整備の法的位置づけをめぐって」慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集『慶應の法律学 商事法』(慶應義塾大学法学部、2008) 258頁。
- (173) 中村直人『ケースから考える内部統制システムの構築』(商事法務、2017) 21頁。
- (174) 岩本文男「取締役の内部統制システム構築義務について」近畿大学法科大学院論集14号(2018) 94頁。
- (175) 最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁。
- (176) 山本爲三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法学研究60巻12号(1987) 127—128頁。
- (177) 酒巻俊雄「取締役の会社に対する責任——商法266条の研究」早稲田法学41巻1号(1965) 29頁、本間輝雄「計算書類の不実表示と取締役・監査役の責任」商事法務360号(1965) 49頁、喜多了祐「判批」判例評論178号(1973) 32頁等。
- (178) 宗宮信次「株式会社重役の損害賠償責任」日本法学24巻5号(1958) 489頁、倉澤康一郎「判批」法学研究34巻7号(1961) 80頁、神崎克郎『取締役制度論——義務と責任の法的研究——』(中央経済社、1981) 11頁等。
- (179) 藤田・前掲注(2) 361頁。
- (180) 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『株式会社法大系』(有斐閣、2013) 325—326頁、高橋美加ほか編『会社法〔第3版〕』(弘文堂、2020) 195頁〔高橋美加〕、野上誠一『判例法理から読み解く裁判実務 取締役の責任』(第一法規、2022) 135—136頁、森田章「取締役の善管注意義務——コーポレートガバナンスの法的構造論——」(有斐閣、2019) 205頁、神田・前掲注(73) 254頁、田中・前掲注(73) 288頁等参照。
- (181) 神崎・前掲注(102) 868—870頁、森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務1858号(2009) 8頁、清水毅「取締役の監視・監督義務と内部統制システム構築義務」野村修也・松井秀樹編『実務に効くコーポレート・ガバナンス判例精選』(有斐閣、2013) 142頁等。
- (182) 岩原伸作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題〔上〕」商事法務1576号(2000) 11頁、小林秀之編『内部統制と取締役の責任』(学陽書房、2007) 48頁〔今戸智恵〕、落合誠一『会社法コンメンタール8』(商事法務、2009) 219頁〔落合誠一〕、伊勢田道仁『内部統制と会社役員の法的責任』(中央経済社、2018) 15頁、江頭・前掲注(71) 422頁、神田・前掲注(73) 242頁、山本・前掲注(172) 257—258頁、田中・前掲注(73) 283頁、中村・前掲注(173) 28頁、町(阪大法学) 73 (5-106) 986〔2024.1〕

取締役の内部統制システム構築義務の法的本質（2・完）

田・前掲注(60)15頁等。また、「内部統制システムの整備自体は、各社の事情に応じて、業務執行者の善管注意義務の一環として求められるもの」とされている。相澤哲・弥永真生ほか「座談会 会社法関係法務省令案の論点と今後の対応」商事法務1754号（2006）24頁（立法担当者・相澤哲氏の発言）。

- (183) 田子晃「財務会計の視点に基づく内部統制の構築」栗濱竜一郎ほか編『内部統制に関する研究』（愛知大学経営総合科学研究所、2020）5—6頁。
- (184) 津野田・前掲注(79)7—8頁。
- (185) 大阪地判平成12年9月20日前掲注(59)。
- (186) 山本・前掲注(172)269頁。また、監視義務と内部統制システム構築義務は親子の関係ではなく、兄弟の関係であるとの比喻を用いて、監視義務と内部統制システム構築義務の根拠は取締役会の監督権限であるという主張もみられる。藤田・前掲注(2)378頁参照。
- (187) 藤田・前掲注(2)376—377頁。
- (188) 善管注意義務と忠実義務の関係について、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻4号455頁以下、龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第3版〕』（有斐閣、2022年）101頁、江頭・前掲注(71)448—450頁、田中・前掲注(73)279頁に詳しい。
- (189) 仮屋・前掲注(75)517頁。
- (190) 神崎・前掲注(101)866—868頁。
- (191) 仮屋・前掲注(75)518頁、野上・前掲注(179)191頁。
- (192) 大阪地判平成12年9月20日前掲注(59)。
- (193) 森本滋「判批」判例評論508号（2001）47頁。
- (194) 中村直人「大和銀行事件判決と株主代表訴訟制度の在り方」ジュリスト1191号（2000）19頁。
- (195) 近藤光男「判批」金法1620号（2001）77頁。
- (196) 最判平成21年7月9日判時2055号147頁。
- (197) 従前の裁判例では、取締役が内部統制システム構築義務に違反した場合に、会社に対する任務懈怠責任が問題となることが多かった。野村修也「判批」神作裕之ほか編『会社法判例百選〔第4版〕』（2020）104—105頁参照。
- (198) 町田・前掲注(60)117頁。
- (199) 中村直人「裁判所のゆらぎと最高裁の真意」金判1323号（2009）1頁。
- (200) 大川俊「判批」沖縄大学法経学部紀要16号（2011）75頁。