慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Director's duty of care for internal control : a comparative study of Japan and the U.S.
Author	長畑, 周史(Nagahata, Shushi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.12 (2009. 12) ,p.593- 610
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091228-0593

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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――

長畑周史

一　問題の所在
二　内部統制に関する裁判例
(一)　大和銀行株主代表訴訟事件、ダスキン株主代表訴訟事件
(二)　ケアマーク事件
(三)　日本における近時の裁判例（日本システム技術事件）
三　まとめ

一　問題の所在

大和銀行株主代表訴訟事件[1]を契機にわが国でも、取締役の善管注意義務の一部として、取締役や従業員の不正を発見し、会社の損失を未然に防ぐための体制を整備する義務があると考えられるようになってきた。このようないわゆる内部統制に関する決定は、平成一四年改正で委員会等設置会社に導入され、平成一七年で新設された

会社法で監査役設置会社の大会社にも同様に導入されている。[2]

このように現在では、委員会設置会社や大会社においては内部統制に関する決定が強制され、さらに善管注意義務の一部として適切な内部統制を構築する義務があると考えられる。また、内部統制に関する決定が法令で求められない会社においても、善管注意義務の一部として適切な内部統制を構築する義務を有する。

それでは、どの程度の内部統制を構築することが求められるのか、内部統制について決定を行っていたが損失が発生した場合に、経営上の判断として保護されるのかという疑問が生じる。このような問題について、前者の疑問はすでに別稿にて検討を行った。[3] 本稿は、後者の問題をさらに検討するための足がかりとして、日米の裁判例の一部を取り上げて、取締役の注意義務違反について裁判所の考え方の違いを検討するものである。

二　内部統制に関する裁判例

(一)　大和銀行株主代表訴訟事件、ダスキン株主代表訴訟事件

日本において、内部統制と経営判断の関係に言及するものはいくつかあるが、本稿では取締役の責任について検討を行っている重要なものとして、大阪地判平成一二年九月二〇日（大和銀行株主代表訴訟事件）と、大阪地判平成一六年一二月二二日[4]（ダスキン株主代表訴訟事件）の二つの裁判例を取り上げる。

大和銀行株主代表訴訟事件は、大和銀行ニューヨーク支店で証券保管業務及び有価証券の投資業務を行っていた従業員が、自ら生じさせた損失を埋めるために大和証券や顧客の保有する証券の無断売買を行い多額の損失を生じさせたというものである。同事件では、同一の従業員が投資業務と有価証券の保管業務を行っていたため、不正行為が長期間発見されなかった。このような管理体制について、株主が、当時の取締役らは適切な内部統制

を構築しておく義務があったなどとして、代表訴訟を提起したものである。判旨では、「会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。……これもまた、取締役としての善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである」と述べて取締役の内部統制構築義務に初めて言及した。そして、さらに続けて、「また、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは、経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量が与えられていることに留意しなければならない」として、内部統制と経営判断の関係についても述べている。

このように大和銀行株主代表訴訟事件では、内部統制の構築も経営判断の問題であることに言及しているが、それでは取締役が善管注意義務の一部として課されている内部統制構築義務が適切に履行されていたかどうかについて、裁判例は、どのような評価をしたのかを確認してみたい。

判旨では、まずリスク管理体制の存在について、取引部門（フロント・オフィス）と、その売買確認書と取引伝票などを確認する事務管理部門（バック・オフィス）の分離が必要であることを指摘し、ポジション枠、損切りルール等の取引に関する制限、並びに取引担当者と照合担当者を別人にするという限度であるが、フロント・オフィスとバック・オフィスの分離を実施しており、その後、順次、様々な仕組みを追加し整備してきたことから、これらの体制は、「整備されていなかったとまではいえない」としている。しかし、その体制の適切さについては、財務省証券の保管残高の確認は、カストディ業務に内在する事務リスクを適切に管理するのに最も基本的かつ効果的であり、欠くことの出来ない仕組みであり、他にどのような仕組みを組み合わせようとも、適切な残高確認を欠いたリスク管理体制は十全とは言い難いとして、「その方法において、著しく適切さを欠いていたものと評価される」とした。そして、「大和銀行のリスク管理体制は、この点で、実質的に機能していなかったものと言わなければならない」と評価している。

この内部統制が十分でないことを根拠に、検査部の担当取締役は、業務担当取締役あるいは使用人兼務取締役として任務懈怠の責を負うとした。この他、検査部でも任期の短い取締役は、その検査方法を是正しないことについて任務懈怠の責を負わないとし、頭取などの業務を直接担当しない取締役には監視義務違反を認めていない。

判旨では、被告らの主張する①大和銀行は、大蔵省による検査及び日本銀行による考査を受けており、財務省証券の保管残高の確認方法について不適切であるとの指摘を受けたことがないから、同行のリスク管理体制は、金融当局が期待する水準に達していた、②ニューヨーク支店は、ニューヨーク州銀行局及びＦＥＤによる検査を受けており、財務省証券の保管残高の確認方法について不適切であるとの指摘を受けたことがないから、同支店のリスク管理体制は、当時の他の都市銀行と比較して見劣りするものではなかった、③保険無断取引及び無断売却を発見、防止できなかったのは、当該従業員の異常に巧妙な隠ぺい工作によるものであって、そのような隠ぺい工作にも耐え得るようなリスク管理体制を整備することは、法が要求する取締役及び監査役としての善管注意義務の範囲を超えるなどと主張する。

これに対して裁判所は、大蔵省、日本銀行、ニューヨーク州銀行局及びＦＥＤが、大和銀行が採用していた財務省証券の保管残高の確認方法について検査した上これを適切であると評価していたものと認める証拠はないこと、大和銀行は、顧客から預かり保管していた財務省証券の残高確認を行うに当たり、証券の性質に応じた現物確認という欠くべからざる方法を採らないという、正に重大な過誤を犯したために、本件無断売却を発見できなかったのであり、当該従業員が異常に巧妙な隠ぺい工作を採ったから本件無断売却を発見できなかったという訳ではないと評価している。

このような判断は、リスク管理体制の判断時の予見可能性の審査よりも、後知恵による裁判所の事後的評価が強調されているように思われ[5]、銀行業という特殊性を考慮してもその認定は妥当とはいえない[6]。

また、ダスキンのフード部門で、国内未承認の添加物が入った肉まんを販売して回収する事態となったことについて、これらを防止するようなリスク管理体制を駆逐する善管注意義務があったとして、株主が同社取締役らの責任を追及した事例である大阪地判平成一六年一二月二二日（ダスキン株主代表訴訟事件）及びその控訴審判決である大阪高判平成一八年月九日[7]（ダスキン株主代表訴訟事件控訴審判決）でも、大和銀行株主代表訴訟事件の判旨を引用する形で、内部統制の構築も経営判断の問題であると述べる。それでは、本件ではどのような評価を行っているのか。

ダスキン株主代表訴訟事件の判旨では、「ダスキンは、当時、担当取締役は経営上の重要な事項を取締役会に報告するよう定め、従業員に対しても、ミスや突発的な問題は速やかに報告するよう周知徹底しており、違法行為が発覚した場合の対応体制についても定めていた」ことなどから、「ダスキンにおける違法行為を未然に防止するための法令遵守体制は、本件販売当時、整備されていなかったとまではいえない」としている。

これに対して、原告は、違法行為等があれば即座に「コンプライアンス部門」又は「品質管理機関」を通して取締役会に報告される体制を構築して周知徹底しておかなければならなかった旨主張するが、判旨では、食品を販売する会社であれば一律に、違法行為等の情報を収集し取締役会に報告する、食品の企画・製造・販売の部門から独立した機関としての「品質管理部門」を設置しなければならないとまではいうことができないとして内部統制構築義務について、善管注意義務違反はないと評価している。[8]

さらに判旨は、本件で問題となっている国内未承認の薬品が使われていることを、フードサービス事業グループ以外の機関（取締役会を含む）に報告していれば、本件販売が決定されなかった可能性は結果論として否定できないとしながらも、フードサービス事業グループは一つの企業のように独立して一定の権限と責任を与えられた一つの事業部門であり、その指揮命令系統に従って当該事業部門の最高責任者にも報告されていたものである

から、フードサービス事業グループの指揮命令系統は正常に機能していたとする。そして、本件は、事業部門の最高責任者とこれに次ぐ地位にあった者が、稟議規定に違反して取締役会に報告せず秘密裏にあえて違法行為を行う意思決定をしたものであり、そのような場合をも想定して、従業員に対し、自己の属する事業部門の指揮命令系統に従って情報を伝達するのみならず、当該事業部門の外にある機関にも同じ情報を伝達することを義務づける体制を構築しておかなければならなかったとまではいうことができないと述べる。

このようにダスキン株主代表訴訟事件では、リスク管理体制を設置する時点においての予見可能性に基づいた評価がなされているようであり、この点は評価できる。

(二) ケアマーク事件

アメリカにおいて、内部統制と経営判断の関係に言及する裁判例は、いくつかあるが、本稿ではリーディングケースである、ケアマーク事件[9]を取り上げる。内部統制の適切性の評価については、事案の背景や会社がとっていた対策なども重要であると思われるので、少し詳細に取り上げたい。

ケアマーク（Caremark）社は、イリノイ州ノースブロックに本部を持つデラウェア州法による会社で、一九九二年に Baxter 社から会社分割によって設立された。同社は傷病者医療（patient care）と総合的健康管理（managed care service）の二つのヘルスケア事業を行っていたが、前者が同社の収入の大部分を占めていた。また、他にもヘルスケア事業として、導入療法、ホルモン増加療法、ＨＩＶ関連治療、血友病療法なども行っていた。

ケアマーク社の事業の実質的収入は、メディケア（老齢者医療保険制度）、メディケイド（低所得者医療扶助制度）からの払戻しと、保険会社、それ以外の第三者からの支払いによっていた。メディケアとメディケイドの支払いは紹介謝礼禁止法（Anti-Referral Payments Law, ARPL）の条件に従うもので、ヘルスケアサービス提供者

がメディケアとメディケイドの患者を誘引して、報酬を得ることを禁止していた。事件の発端は、ケアマーク社が、病院、医師、助言やサービスを提供するヘルスケア事業者と様々な契約を行い始め、同様に製薬会社との販売契約を一九九二年の同社設立の前身の段階から行っていたことに始まる。特に同社は、医師とサービスに関する契約（専門家との相談契約や研究援助）を行う慣習を持っており、少なくともそれらの医師は、メディケアやその他の患者に同社の製品の処方や推薦を行うなどしていた。これらの契約はＡＰＲＬによって禁止されてはいなかったが、違法なキックバックの可能性が生じるものであった。

少なくとも一九八九年には、ケアマーク社の前身の会社は「契約関係の手引き（以下ガイドという）」を発行し、従業員が医師や病院と契約することを管理していた。このガイドは弁護士によって毎年確認されて更新されていた。しかし、それが対価であるかどうかは明白ではなく、ＡＲＰＬの解釈に不確かな部分があると弁護士は述べていた。

保健福祉省（ＨＨＳ）は、一九九一年に「免責」（“safe harbor”）に関する行政規則を定めて、ヘルスケア事業者と患者紹介の経済的関係はそれが医師とのものでも、この条件の下ではＡＲＰＬに違反しないとした。ケアマーク社は狭められた規則が、同社の使用している多くの合意を制限すると主張したが、それは免責に入るものではなかった。このため、同社の前身の会社は、ヘルスケア提供者との合意を修正し、ガイドを改正して、新しい規則に従うよう試みた。

しかし、一九九一年八月、保健福祉省の監察総監室（ＯＩＧ）はケアマーク社の前身の会社から継続的に行っていた前述の行為の捜査に着手した。この捜査への対応として、ケアマーク社は七〇〇〇名の従業員と九〇の支店を持つ会社であったが、これに先立つ五月に支店の管理強化のため、中央集権的システムに改めると主張した。また、同年一〇月一日に、同社の経営者は、メディケアやメディケイド患者へのサービスについて医師への管理

費用の支払いは行わないと述べ、そのような支払いが現存する法の下で違法になるとは信じていなかったと主張した。

この間、ケアマーク社の取締役会は、ガイドとＡＲＰＬが適合し法令遵守が保証されるように、いくつかの付加的措置をとってきた。一九九二年四月、同社は第四版となるガイドを出したが、それは明白に、ＡＲＰＬとその他の規則を遵守し、メディケアとメディケイドの患者を除外するものだった。加えて、同年九月、同社は地域管理者、地区長を設ける方針を示し、これらの者に同社と医師との契約を承認させることとした。

また、内部、外部の弁護士はそれらの契約は法と一致するとケアマーク社の取締役会に助言していたが、同社は正しい法解釈について、いくつかの不確実さがあることを認識していたという証拠が存在する。一九九二年の年次レポートでは、同社は政府の捜査が継続中であることを公表し、もし罰則が会社に科せられれば、同社取締役は同社のビジネスに重大な悪影響を与えるに違いないことを認めていた。

政府の捜査の間中、ケアマーク社はビジネスと倫理方針についての法令遵守を保証するための内部監査計画を持っていた。加えて、同社は外部監査機関としてプライスウォーターハウス社を採用した。一九九三年二月八日、ケアマーク社の倫理委員会はプライスウォーターハウス社からのレポートを受け取り確認したが、その内容は、同社の統制構造に重要な欠陥はないというものだった。プライスウォーターハウス社の肯定的評価にもかかわらず、一九九三年四月二〇日に、監査・倫理委員会は、法令遵守方針の包括的な確認と、それらの方針についての従業員倫理ハンドブックの編纂を求める新しい内部監査規定を採用した。

この他、ケアマーク社の経営者は、取締役会に従業員の継続的教育や契約形式が社内弁護士によって承認を得ていることを確認させることや、各地方支店の支店長が倫理プログラムに従った法令遵守を確保するために、ヘルスケア提供者との合意による支払いについての承認を確認することを求めるなど監督の増強を行っていた。

一九九四年八月四日、ミネソタ州連邦大陪審は、ケアマーク社と二名の執行役、Genentech 社の販売促進員とミネアポリスのブラウン (David R. Brown) 医師を長期間にわたるＡＲＰＬ違反容疑で起訴した。起訴状によるとケアマーク社は一一〇万ドル以上をブラウン医師に支払い、プロトロピンの販売促進をしていた。この薬は成長ホルモン剤であり、ケアマーク社が販売していた。支払いは一九八六年から一九九三年まで続いており、いくつかは「研究補助金」や「コンサルタント契約」の形をとっていた。起訴状によれば、例えばブラウン医師は実質的にはコンサルティング機能について何もしていなかったにもかかわらず、返金を求められておらずケアマーク社から将来もらえる助成金がなくなるということもなかった。さらに、ブラウン医師は従業員や職場の維持費もケアマーク社から受けており、それには留守番電話やファックスのレンタル費用まで含まれていたというものであった。

この起訴とその後の手続きに対して、一九九四年に代表訴訟が提起された。ケアマーク社は、起訴に関する不正を否定し、経営者は、契約は法令を遵守しているという認識だったと繰り返し述べた。さらに、この後、五つの代表訴訟が裁判所に提起され、この訴訟に統合された。最初の訴訟は一九九四年八月五日に提起され、ケアマーク社の取締役は適切に同社従業員を監督する又は正しく評価して指示を与えるという注意義務を怠ったので、同社を罰金と責任にさらすことになったと主張された。また、さらにいくつかの同種の不正についても起訴が認められ、訴状に追加されることになった。

一九九五年一月に、ケアマーク社は、在宅点滴、血友病、ホルモン増加事業における医師との経済的関係をすべて終了させると発表した。また、受給者の中に同社への患者紹介があった研究助成プログラムを終了させた。そして、同年五月に、同社は州政府と連邦議会と和解交渉を始めた。同社による手紙に関する詐欺についての有罪の答弁、刑事上の罰金、実質的な民事上の損害賠償の支払い、ＯＩＧの捜査に関する部分の連邦の調査への協

力の代わりに政府は和解を認めて、同社にメディケアとメディケイドへの参加継続を認めた。

本件の和解交渉は一九九五年五月に開始され、原告の提案が基礎となった。これらの交渉は、一九九五年六月七日の覚書（MOU）という結果に達し、六月二八日に和解合意が行われた。これが本件の主要部分である。この和解合意は、新しい法令遵守委員会を作ることや、同委員会が取締役会への報告することなどを要求するもので、六月一五日に取締役会で承認された。

以上が、事件の概要である。事実認定によると、ケアマーク社は、違法な可能性を認識しつつビジネスを行っていたが、経営者は明確に違法行為をしようという意思はなく、むしろ、違法行為とならないように、ある程度の予防措置はとっていた。このような事案の和解について、アレン判事は取締役の注意義務について次のように説明する。

適切な注意を行使する義務の違反に対する取締役の責任は、理論上は、性質が異なる二つの状況において生じる。第一に、そのような責任は、決定が誤った助言又は過失のために損失を出す結果となったような、取締役会の決定に原因があるときと言われる。第二に、会社の損失に対する責任は、議論のあるところではあるが、相当の注意が損失を防いだであろうという状況において、取締役会の熟慮がなかったことによる失敗によって生じると言われる。事例の第一分類は、取締役を保護する経営判断原則（business judgment rule）の下で確認されることになるということであり、その場合、決定は誠実で慎重に考慮されているか、そうでなくとも、相当な注意が払われた過程の結果だと推定される。これは、事件の後にその事柄を検討する裁判官や陪審員が、本質的に間違った決定であったと信じるかどうかということであり、会社利益増大のための誠実な努力を行っているか、相当な過程を採用していると裁判所が認める場合には、「おろかしい」という程度から「実にひどい」、「理性を失った」という程度まで広がる間違いの程度は、取締役の責任の根拠とはならないのである。決定の「客観的」評価

が許されるような、別の基準を採用することは、準備の不十分な裁判官や陪審の実質的な後知恵批判に取締役をさらすことになり、長い目で見て、投資家の利益を害するものである。それ故、経営判断原則は、すべての誠実な取締役会の決定に対する深い尊重による、考えを状況に合わせて調整した過程と、情報を得た過程なのである。

確かに、道徳的には、株主が取締役の誠実な決定を不合理であるとか、理性的でないとして攻撃することに驚くかもしれない。取締役が実際に情報を得た上で誠実な努力を行い適切な判断を行っているところでは、取締役は十分な注意義務を尽していると考えるべきである。もし、株主が取締役の行った業務執行とは別の種類の判断をすると考えるならば、その時に株主は別の取締役を選ぶべきだったのである。

一九六三年にデラウェア最高裁は、Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co. 事件[10]で、損失に対する取締役会の潜在的責任の問題について明らかにした。この事件では、会社の下級従業員の行為を取締役が知っていた結果、責任を負うという要求はなかった。それどころか、この事件では、取締役はそれを知るべきであり、もし知っていれば、会社に法令を遵守させ、損失から会社を守るようにする義務があったとする要求が主張されている。デラウェア最高裁は、明らかにされた事実の下では、取締役が会社の継続的業務執行で情報を得ておく義務に違反したという事実的基礎はないと結論づけた。言い換えると、裁判所は、取締役は、疑いの存在の理由や原因がないのに、不正を探し出すための諜報システムを設置し、作動させる義務はないとし、この事件では疑いの基礎は存在しないと認定する。それ故、取締役は、気付かないという、会社への責任を導く行為について、非難の余地はないと結論付けた。

しかし、この判決を今日どうやって一般化するだろうか。今日では、次のように言うことができる。法違反の疑いが浮上するような、いくつかの基礎がないとき、会社の取締役は、会社情報の収集や上級経営者に誠実な試みを代理するような報告システムの存在や、重要な行為や出来事、会社の状態について取締役会が持つべき情報

（それには適用のある法律や規定の遵守を含む）を保証する義務はないのだろうか。私はそうでないと明確に信じる。私はグラハム判決によるそのような取締役会の普遍化は、一九六三年の最高裁によって承認されたものではないと思う。この事件は、詐欺の疑いの根拠なく、従業員の誠実性や会社利益のための誠実な取引を単に信じたことで、取締役会や上級役員は間違いの責任を課せられることはないという命題を意味するものとして、より狭く解釈されたものに違いないのである。

私の意見としては、最高裁のグラハム判決で述べる、取締役会が会社に関して合理的に情報を得る義務を満たすということを意味する「諜報活動」は間違いだったと結論付けられる。しかし、それは、組織に情報・報告システムを存在させ、それが合理的に設計され、上級役員と取締役会自身に適時に正確な情報が提供され、会社の業務執行と法令遵守の両方が情報に基づいた判断に達するような範囲で、正確な情報を経営者や取締役会に利用可能にしてあることを確実にするものでもない。

明白に、詳細なレベルでは、そのような情報システムの適切性は経営上の判断の問題である。また、明白に、理性なく構築された情報・報告システムは、会社が法や規則に違反する可能性や、上級役員または取締役が誤った方向に導くことや、会社の法令遵守に必須の行為を合理的に発見することに失敗するという可能性を取り去ってしまう。しかし、取締役の会社の情報・報告システムについての誠実な判断を行うことは、その構想と設計の適切性において取締役の注意を確実にするために重要である。なぜなら適切な情報は、通常の業務執行の事柄として適時に、その注意を向けることになることから、このためにその責任を満たすことになるからである。

それ故、私は、取締役の義務には、取締役会が適切だと結論付けたものが存在し、ある状況の下でそれをしないという間違いが、少なくとも理論的には、法令の不遵守を原因とする損失について、ある取締役に責任を与えるような、会社の情報・報告システムを確実にするために誠実に行為する義務を含むと考えるのだ。

このように、ケアマーク事件の決定要旨では取締役が情報を得た上での誠実な判断を求めており、その判断の適切性は広く保護しようと考えているようである。そして、このときの審査基準は相当性の基準を排除していない。[11] この点で、どのような内部統制を構築しておくかは、経営上の判断であり、そこに経営判断原則が関係してくることが示唆されている。

それでは、最後に、本決定とは対照的に、日本において取締役の予見可能性に着目した裁判例が近時登場したので、これを紹介して比較したい。

(三) 日本における近時の裁判例（日本システム技術事件）

近時の裁判例として、最判平成二一年七月九日[12]がある。この事件の概要は次のとおりである。ソフトウェアの開発及び販売を行う会社において、従業員らが営業成績を上げる目的で、正式な注文がない段階で注文書を偽造するなどして実際に注文があったかのように装い、売り上げとして架空経常する扱いをするように事業部長が営業担当の部下に指示し、この従業員らが偽造印を用いて販売会社名義の注文書を偽造し、その後も架空の取引が発覚しないように売掛金残高確認書を偽造するなどしたため、有価証券報告書に不実の記載がされた。この事実が公表されて同社の株価が下落したことについて、公表前に同社の株式を取得した株主が、同社代表取締役に従業員らの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があるとして、会社に対して三五〇条（代表者の行為についての損害賠償責任）に基づく損害賠償を求めたものである。[13]

当該事件の第一審[14]及び控訴審判決[15]は、「控訴人に前記リスクが内在しており、控訴人代表者はそれが現実化する可能性を予見すること及びそれを排除ないし低減させる対策を講じることは可能であり、また経理規定等を財務部が忠実に順守していれば本件不正行為を未然に防止し、又は速やかに発見することが可能であったと認める

ことができる」と述べて、予見可能性の存在から、取締役は適切なリスク管理体制を構築する義務を怠ったとした。

これに対して、最高裁判決では、「本件不正行為は、GAKUEN 事業部の部長がその部下である営業担当者数名と共謀して、ビジネスマネージメント課の担当者を欺いて財務部に架空の売上報告をさせたというもので、営業社員らが言葉巧みに販売会社の担当者を欺いて、監査法人及び財務部が販売会社あてに郵送した売掛金残高確認書の用紙を未開封のまま回収し、金額を記入して偽造印を押捺した同用紙を監査法人又は財務部に送付し、見掛け上は上告人の売掛金額と販売会社の買掛金額が一致するように巧妙に偽造するという、通常容易に想定し難い方法によるものであったということができる。

また、本件以前に同様の手法による不正行為が行われたことがあったなど、上告人の代表取締役……において、本件不正行為の発生を予見すべきであったという特別な事情も見当たらない。

さらに、前記事実関係によれば、売掛金債権の回収遅延につき元事業部長らが挙げていた理由は合理的なもので、販売会社との間で過去に紛争が生じたことはなく、監査法人も上告人の財務諸表につき適正であるとの意見を表明していたというのであるから、財務部が、営業部長及び営業社員らによる巧妙な偽装工作の結果、販売会社から適正な売掛金残高確認書を受領しているものと認識し、直接販売会社に売掛金債権の存在等を確認しなかったとしても、財務部におけるリスク管理体制が機能していなかったということはできない。

以上によれば、上告人の代表取締役……に、元事業部長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があるということはできない」とする。

このように、本事案では、裁判所は、適切な内部統制の構築について、リスクを予見することができたか否かを検討しているようである。この点で、前述したケアマーク事件の決定要旨の取締役が情報を得て誠実な判断を

行っているか否かという審査基準とは、異なるといえる。もちろん、情報を得た上での誠実な判断の中には、多くの場合で予見可能性を含むと思われる。予見可能であるということは、損失の可能性を検討するために、これに関する情報を得ていることを意味するであろうし、その可能性がある場合、誠実な取締役であれば、その危険に何らかの対処を行うはずだからである。しかし、日本の裁判例が述べるように、予見可能性から取締役の責任を考える場合、その判断要素は過失の有無であるから、ケアマーク事件の決定要旨が述べるような、相当性がある場合は含まないということになる。相当性がない場合とは、首尾一貫した説明ができないときなどと言われる(16)から、その基準はかなり低い。この点でケアマーク事件の決定は理論的には日本と異なる点があると言える。ただし、実際的な差異は後述するような理由から、ほとんどないのではないかと考える。

ところで、本裁判例の評価として、最高裁の判断は妥当であると考える。本件は、販売会社の偽造印を作成するなど、最高裁が認定するように従業員の不正行為が非常に巧妙である。また、このような手法が以前に行われたことがないことなどからすれば、これを予見できる可能性はなかったといえる。予見可能性の有無は、あくまでリスク管理体制の構築時で判定されるので、その時点で顕在化しているリスクがない限りは、判断時に認識しているリスクを越えるような過剰な管理体制を構築する義務はなく、損失発生後に予見可能性を厳しく評価することは適切ではないと考えるからである。

三　まとめ

このように、アメリカにおけるリーディングケースであるケアマーク事件においては、取締役が情報を得た上で行う誠実な判断が強調され、日本の裁判例においては、予見可能性に基づく適切な対応がなされているか否か

が審査基準となっているようである。この点で、アメリカと日本における審査基準には、理論的には差異があるように思われる。

しかし、日本における内部統制に関する判断については、アメリカにおける経営判断原則の要件[17]を多くの場合で満たすことになる。具体的には、内部統制に関する決定が行われていた場合は、経営判断原則の前提条件である、決定が行われていたことを満たし、要件としての、（1）利益相反のないことは日本の会社法では、別の条文に明文規定を設けていて経営判断の問題としないこと、（2）当該状況の下で適当であると合理的に信ずる程度に知識を有していることと、（3）当該判断が会社の最善の利益に合致すると信じたことは、内部統制に関する決定を行っていれば、そこに不正の意図がない限り、これらの条件を満たすこととなる。

このような場合、日本においても、予見可能性はなかったと評価される可能性が高いのではないだろうか。その意味で、日本とアメリカにおける審査基準は異なるが、実質的に同じなる可能性があることを指摘しておきたい。

（1）大阪地判平成一二年九月二〇日、判例時報一七二一号三頁、判例タイムズ一〇四七号八六頁、金融商事判例一一〇一号三頁、資料版商事法務一九九号二六四頁。なお判例評釈として、森田章・金融法務事情一六〇一号六頁（二〇〇〇年）、岩原伸作・商事法務一五七六号四頁及び一五七七号四頁（二〇〇〇年）、鳥山恭一・法学セミナー四六巻一号一〇九頁（二〇〇一年）、川村正幸・金融商事判例一一〇七号五六頁（二〇〇一年）、山田純子・法学教室二四六号三六頁（二〇〇一年）、森本滋・判例評論五〇八号二〇〇頁（二〇〇一年）、近藤光男・金融法務事情一六二〇号七五頁（二〇〇一年）、川口恭弘・ジュリスト臨時増刊一二〇二号九三頁（二〇〇一年）、山田剛志・法政理論三四巻一・二号一三八頁（二〇〇一年）、伊藤靖史・私法判例リマークス二三巻一〇〇頁（二〇〇一年）、草間秀樹・法律論叢七四巻六号三〇九頁（二〇〇二年）、吉田直・青山法学論集四四巻一号六三頁（二〇〇二年）、込山芳之・判例タイムズ

一〇九六号一二四頁（二〇〇二年）、柿崎環・企業会計五五巻四号一〇〇頁（二〇〇三年）、大杉謙一・ジュリスト一二四四号二八四頁（二〇〇三年）、片木晴彦・商事法務一七〇五号一〇八頁（二〇〇四年）、畠田公明『現代ビジネス判例』一一三頁（二〇〇三年）、野村修也・別冊ジュリスト一八〇号（会社法判例百選）一二四頁（二〇〇六年）。

（2）会社法三四八条第三項第四号、三六二条第四項第六号、四一六条第一項第一号ホ。

（3）拙稿「内部統制と経営判断の関係について」法学政治学論究七六号二三七頁（二〇〇八年）。

（4）判例時報一八九二号一〇九頁、判例タイムズ一一七二号二七一頁、金融商事判例一二一四号二六頁。なお判例評釈として、大塚和成・銀行法務二一・四九巻七号六六頁（二〇〇五年）、阿南剛・JICPAジャーナル一七巻一一号六三頁（二〇〇五年）、高橋均・金融商事判例一二三五号五七頁（二〇〇六年）、中野修・金融法務事情一七六七号二〇頁（二〇〇六年）、伊勢田道人・法と政治五七巻一号八五頁（二〇〇六年）、小林量・私法判例リマークス三二巻八〇頁（二〇〇六年）、その他、同事件を検討するものとして、松島隆弘・税理五〇巻二号一三六頁（二〇〇七年）、五〇巻四号一三一頁（二〇〇七年）及び五〇巻六号八二頁（二〇〇七年）、松井秀征・商事法務一八三五号二〇頁（二〇〇八年）及び一八三六号四頁（二〇〇八年）、藤原俊雄・民事法情報二六六号二七頁（二〇〇八年）。

（5）同様に裁判所による事後的判断であるとするものとして、田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト一二二〇号三一頁、大杉謙一・前掲二八九頁。

（6）大和銀行事件で生じた損失のリスクが、内部統制構築時に予見されていたとはいえないのではないかと思われ、後述する最判平成二一年七月九日と対照的な認定であるといえる。

（7）大阪高判平成一八年六月九日、判例タイムズ一二一四号一一五頁、金融商事判例一二九三号一二頁、資料版商事法務二九一号一一六頁。なお判例評釈として、後藤啓二・ビジネス法務二〇〇六年一一月号一〇六頁（二〇〇六年）、中村信男・月刊監査役五二三号一〇頁及び五二四号三一頁（二〇〇七年）、竹内朗・NBL八六〇号三〇頁（二〇〇七年）、畠田公明・ジュリスト一三三二号一〇二頁（二〇〇七年）、松島隆弘・判例タイムズ一二四五号一五八頁（二〇〇七年）、野口葉子・月刊監査役五四七号四〇頁（二〇〇八年）。

（8）なお、当該業務担当取締役には、国内未承認の添加物が入っていたことを知っていたにもかかわらず、その事実を社長に報告しなかったことから善管注意義務違反が認められている

(9) In re Caremark International Inc. Derivative Litigation, No.13670, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). なお、邦語の判例評釈として、伊勢田道仁・商事法務一五二六号四四頁。邦語で紹介するものとして、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」金沢法学四二巻一号七一頁（一九九九年）、笠原武朗「監視・監督義務違反に基づく取締役の会社に対する責任について（三）」法政研究七〇巻二号七〇頁（二〇〇三年）、大川俊「取締役の内部統制システム構築義務の法的性質に関する一考察―アメリカ法を参考に―」法学研究論集二七号八三頁（二〇〇七年）。

(10) 41 Del. Ch. 78, 188 A.2d 125 (1963).

(11) 取締役の注意義務の審査基準を説明するものとして、メルビン・A・アイゼンバーグ「アメリカ会社法における注意義務〔Ⅱ〕」商事法務一七一三号四頁（二〇〇四年）。

(12) 金融商事判例一三二一号三六頁（二〇〇九年）、商事法務一八七四号六三頁（二〇〇九年）。なお、判例評釈として、髙島志郎・商事法務一八七六号二〇頁（二〇〇九年）。

(13) 本件は、代表取締役の不法行為責任を検討するものであるが、その前提として善管注意義務に基づく内部統制の適切性も検討していると考えられ、参考にできるものと考える。

(14) 東京高判平成二〇年六月一九日、金融商事判例一三二一号四二頁（二〇〇九年）。

(15) 東京地判平成一九年一一月二六日、金融商事判例一三二一号四三頁（二〇〇九年）。なお判例評釈として、川島いづみ・金融商事判例一三二〇号一四頁（二〇〇九年）、木村真生子・ジュリスト一三七四号一〇〇頁（二〇〇九年）。

(16) 神崎克郎「注意義務及び経営判断の原則」『コーポレートガバナンス―アメリカ法律協会「コーポレートガバナンスの原理：分析と勧告」の研究―』一六三頁（日本証券経済研究所・一九九四年）、前掲メルビン・A・アイゼンバーグ六頁（二〇〇四年）。

(17) American Law Institute, Principle of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 4.01(c), (1994).

〈付記〉 本論文は、二〇〇八年度社団法人日本内部監査協会研究助成による研究成果の一部である。