

# 企業不祥事と取締役の民事責任（五・完）

——法令遵守体制構築義務を中心に——

南  
健  
悟

第一章 日本法における問題点

序文

第一節 取締役の監督義務序論——監督義務の法的根拠と法令遵守体制構築義務

第二節 本稿の検討対象

- 第三節 法令遵守体制構築義務に関する裁判例の変遷と法制度
  - 第四節 法令遵守体制構築義務をめぐる学説
  - 第五節 本稿の検討対象と従来の裁判例・立法・学説における議論
  - 第六節 考察の順序
- 第二章 アメリカにおける取締役の法令遵守体制構築義務の歴史的展開
- 第一節 序論—アメリカにおける取締役の監督義務
  - 第二節 *Graham v. Allis-Chalmers* 事件判決—法令遵守体制構築義務の否定
  - 第三節 内部統制システム・法令遵守体制に関する議論の展開
  - 第四節 *Caremark* 事件判決—法令遵守体制構築義務の肯定
  - 第五節 小括
- 第三章 「誠実性の欠如」の意義—取締役の誠実義務と監督の懈怠
- 第一節 取締役の信認義務の動揺
  - 第二節 取締役の誠実性 (Good Faith)・誠実義務 (Duty of Good Faith)
  - 第一款 裁判例の展開
    - (一) デラウェア州最高裁判所における展開
    - (二) デラウェア州衡平法裁判所における展開
    - (三) *Disney* 事件判決
    - (四) *Stone v. Ritter* 事件判決
  - 第三節 取締役の監督義務と忠実義務
  - 第四節 小括
- 第四章 *Caremark* 事件判決における審査基準の検討
- 第一節 検討対象
  - 第二節 *Caremark* 事件判決における審査基準とその評価
- (以上、六一卷五号)
- (以上、六一卷四号)

- 第三節 Caremark 事件判決以後の裁判例
- 第四節 取締役の責任強化?
- 第五節 小括
- 第五章 Red-Flag 対処義務
  - 第一節 Red Flag 対処義務の内容と位置づけ
    - 第一款 Red Flag 対処義務の内容
    - 第二款 Red Flag 対処義務の位置づけ
  - 第二節 Red Flag 対処義務が争われた裁判例
    - 第一款 裁判例
      - (1) McCall v. Scott 事件判決
      - (11) In re Abbott Laboratories 事件判決
    - 第二款 裁判例の検討
      - (1) 提訴請求の無益性
      - (11) Red Flag 対処義務の裁判例における位置づけ
      - (111) Red Flag の内容
  - 第三節 Red Flag の種類・発見・是正方法
    - 第一款 Red Flag の種類
    - 第二款 Red Flag の発見の過程 (情報伝達過程)
    - 第三款 Red Flag の是正方法
  - 第四節 小括
- 第六章 日本法への示唆と検討
  - 第一節 アメリカ法における議論の総括
    - 第一款 法令遵守体制構築義務

(以上、六一卷六号)

- (一) 誠実義務へと位置づけたことによる影響
- (二) 法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係
- (三) 小括

## 第二款 Red Flag 対処義務

### 第二節 日本法への示唆

#### 第一款 法令遵守体制構築義務と取締役の責任

- (一) 法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか
- (二) 法令遵守体制構築義務違反の責任主体
- (三) 法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係
- (四) 法令遵守体制の内容に対する司法審査のあり方

#### 第二款 不正行為対処義務と取締役の責任

### 第三節 積み残された課題

(以上、本号)

## 第五章 Red-Flag 対処義務

### 第一節 Red Flag 対処義務の内容と位置づけ

#### 第一款 Red Flag 対処義務の内容

前章までは、アメリカ法における取締役の法令遵守体制構築義務について論じてきた。次に、本章では、本稿のもう

一つの論点である法令遵守体制構築後、不正行為・違法行為が発覚した場合の取締役の義務について検討を行う。本稿は、法令遵守体制を構築しさえすれば、取締役は監督義務を適切に履行し、ひいては善管注意義務違反・忠実義務違反とならないと考えてよいのか、ということについても視野に入れていっている。そこで、本章ではアメリカ法において、取締役の監督義務の消極的側面とされる、Red Flag 対処義務について検討を行うことで、日本法においても、同様の問題をどのように考えればよいのか、ということについて示唆を得たい。まず、取締役の Red Flag 対処義務とはどのような義務であるのか、ということから論じることとする。

Red Flag 対処義務とは、取締役が社内において何らかの不正行為等の兆候を発見・認識した際には、そのような不正行為等を是正し、何らかの対処をして、同行為を継続させないようにする義務である<sup>(1)</sup>。また、Eisenberg の表現によれば「モニタリングシステムもしくは他の方法を通じて得られた懸念材料となる情報に適切に対処しなければならぬ」義務とされる<sup>(2)</sup>。この義務自体は、決して目新しい義務ではないし、判例法上、Graham v. Allis-Chalmers 事件判決<sup>(3)</sup>がそのルーツとされる<sup>(4)</sup>。同判決では、取締役の監督義務について「取締役らに何らかの不正があるとの疑いを生じさせるようなことが発生するまでは部下の正直さや尊厳を信頼する権利が取締役に与えられているということは明らかである。もし、そのようなことが発生し、それを隠蔽し続けていけば、取締役の責任が発生しうる」と述べている。換言すれば、何らかの不正があるとの疑いを生じさせるようなことが発生し、それを認識しつつ、隠蔽すれば注意義務違反となることを示唆する<sup>(5)</sup>。

このような考え方は、デラウェア州の判例ではないものの、取締役の監督義務に関する問題でもよく言及される古典的な事案である Francis v. United Jersey Bank 事件判決<sup>(6)</sup>においても見られる。

「違法行為が発見された場合、取締役は、異議を唱える義務を負い、もし、会社がその行為を是正しない場合には、

退任する義務を有している。ある特定の状況においては、取締役の義務を履行するためには、単に異議を唱えたり、退任したりする以上の行為を要求するかも知れない。ときに、取締役は、弁護士のアドバイスを求めなければならない。あるニュージャージー州の判例は、銀行の契約書の意味について疑念があった場合には、銀行の取締役は弁護士にアドバイスを求めることになる<sup>(8)</sup>と認識している。弁護士の助言を求める義務は、会社の証書を解釈すること以外の分野にも拡張させることができる。現代の会社実務においては、時折、取締役は社外のアドバイスを求めるべきであるというところが認識されている。取締役は、ある行為に関して疑念を生じた場合には、会社の顧問弁護士に、その妥当性について法的なアドバイスを求めなければならない。取締役の義務は、社外の弁護士に依頼する以上のことを求めるときもある。取締役は、同僚の取締役による違法行為を抑止するための合理的な手段（時には、これには訴訟を<sup>(9)</sup>するとの脅しも含まれるだろう）をとる義務を有している（取締役が異議を唱え、退任し、株主による訴訟グループを作り、訴訟すると脅した場合には、その取締役は責任を免除される<sup>(7)</sup>）。

また、法令遵守体制構築義務に関する Caremark 事件判決<sup>(7)</sup>においても、直接この問題を扱ったものではないが、次のように判示されている。

「Caremark 社の取締役が同社の従業員を適切に統制しなかったことにつき注意義務に違反したということ<sup>(8)</sup>を証明するためには、原告は（一）当該取締役が、法令違反が発生している<sup>(9)</sup>ことを知り、または（二）知るべきであった、ということのいずれかを証明し、（三）当該取締役が、その状況を回避または是正しようと誠実な努力を行わず、かつ（四）そのような懈怠によって、主張されている損失が生じた<sup>(9)</sup>こと<sup>(9)</sup>の因果関係…を証明しなければならない。」

つまり、少なくとも（一）と（三）の証明は、Red Flag に対処しなかったこと<sup>(10)</sup>についての責任を導く可能性を指摘していた。

したがって、これらの裁判例から考えるに、判例法上、取締役が何らかの違法行為または不正行為等（Red Flag）を認識した場合には、それに対して、取締役には何らかの行動を取るべき義務があるとされ、<sup>(11)</sup>それがRed Flag対処義務として位置づけられてきた。

## 第二款 Red Flag 対処義務の位置づけ

ところで、以上のような取締役のRed Flagに対処する義務は、Caremark事件判決以前の判例法上、注意義務（duty of care）の一種として認識されてきた。ところが、この義務も、取締役の法令遵守体制構築義務と同様に誠実義務（ないし忠実義務）に内包される義務として位置づけられることになる。その契機となったのも、Caremark事件判決におけるこの義務に関する表現である。すなわち、同判決において、本件被告取締役らが会社の法令違反を知っていたか、それとも知らなくとも、その監督機能をきちんと履行していたかどうかを判断する際、結論部分において、以下のように述べている。

「この段階における記録から、被告らが、その監督責任の履行において、または意識的に会社による法令違反が発生していることを容認して、誠実性を欠いていたという結論を導くことはできない。<sup>(12)</sup>」

つまり、本判決を担当したAllen判事は、Graham v. Allis-Chalmers事件判決を、Red Flag 対処義務について述べた判決であると限定し、当該義務に違反した場合には、取締役の行為（不作為）が誠実性の欠如を構成するということを明らかにしている。このように、Red Flag 対処義務違反が取締役の誠実性の欠如を構成することによって、デラウェア州一般会社法一〇二条（b）項（七）による取締役の免責が認められないことになる。そして、このCaremark事件

判決の「誠実性の欠如」の類型が、第三章で概観した Disney 事件判決<sup>(13)</sup>によって、不誠実な行為の第三類型（「故意の義務の放棄、意図的な責任の無視」）として位置づけられている。このように、Carenmark 事件判決及びその後の Disney 事件判決による不誠実な行為の類型化によって、意識的にリスクを無視し、または明らかな危険を無視して行為することを故意に回避した取締役は誠実性の問題を引き起こすことになる<sup>(14)</sup>。

そして、学説上、この Red Flag 対処義務の位置づけについて、誠実義務を履行するためには、取締役は自らの会社及びその業界における他社について注意を払い、質問を行い、かつその回答を疑わなければならぬと述べる見解もあり、誠実義務の問題として扱われている<sup>(15)</sup>。また、別の論者も、取締役の誠実義務は、積極的に従業員の不正行為の警告サインに対して対応することを求める<sup>(16)</sup>、と述べ、誠実義務の一つとして位置づけている。次に、このような Red Flag 対処義務について、明確な形で問題となった近時の裁判例を検討し、どのような形で当該義務が争われているのか、ということを考察する<sup>(17)</sup>。

## 第二節 Red Flag 対処義務が争われた裁判例

### 第一款 裁判例

#### (一) McCall v. Scott 事件判決<sup>(18)</sup>

(事実の概要)

本件は、C社に代わって、その会社の現在及び前取締役・役員に対する株主代表訴訟である。C社はテネシー州ナッシュ

ビルに本店と事業拠点を置くデラウェア州の会社で、同社は全米において多くの病院やヘルスケアセンター等を経営する会社である。C社の上級経営陣が、取締役会も認識している中で、不適切に利益を水増しするスキームを採用し、従業員に対して詐欺を行わせるような強いインセンティブを与える経営哲学を継続していた。経営者が一五〜二〇%という成長目標を設定し、法令に違反せずに達成することができないほどの成長目標を設定していた。社内における詐欺的な慣行として、以下のようなものがあつたとされる。（一）患者の状態を、より深刻な程度を持つ病気として「高く設定」していた。（二）広告費やマーケティング費の補償を求めるように不適切な費用報告を行い、外来患者による利益を増しさせたり、ある部門から他の部門へと費用を付け替えたり、経営者の報酬を保障するものとして、買収費用を偽るための資本取引をしていた。（三）外科医にメデイケアの患者に対してC社を利用してC社を利用して推薦させるために金銭的インセンティブを与えていた。（四）買収対象会社の経営者に対して報酬を渡し、その会社と外科医との関係を妨害していた。また、被告取締役らのうち数人がインサイダー取引も行っていた。本件で主張されている損害には、株主及び内部告発者による訴訟、のれんの損失、同社の株価の下落が含まれている。なお、本件は株主による提訴請求がなされていないため、提訴請求の無益性が争われている。

（判旨）

「会社の取締役が、義務の無視を通じて会社に損害を生じさせたことについて責任を負うかどうかという問題は、事例ごとに判断される。もし、取締役が無謀にも明らかに信用できない従業員に信頼を置いていたならば、取締役としてその義務を履行することを傲慢に無視していたならば、または意識的にもしくは不注意にも従業員の不正行為の明らか危険サインを無視したのであれば、法は、当該取締役に対して責任を負わせ得る。」

…法が無謀な行為に対しても取締役を保護しているかどうかは、まずもって明確ではない。無謀な行為が認識されているリスクの意識的無視を含む範囲において、それは誠実になされたものではないと主張することができ、かつ新たな立法の下で免責され得ない。

…我々は、具体的な事実から、…C社の取締役の少なくとも五人については重大な責任発生の可能性をもたらすものであるのに充分であると認定する。

…原告らは、被告取締役らの不作為はC社経営陣によって採用され、促進されていた組織的な詐欺を示す Red Flags を意図的にまたは無謀に無視した結果であると述べる。特に、原告らは、意図的または無謀な無視が、監査報告、継続中の買収手法、C社に対する刑事的民事訴訟 (qui tam action)、広範な連邦調査、同社の広告に対する New York Times 社の調査に直面しても、一九九七年七月二六日以前の取締役会では何も行動しなかったということによって推測されうると主張する。

…申立によれば、…取締役会がC社の全米施設で組織的に行われていた不適切な方針や実務を認識し、または無謀にそれを無視していたということが推論できるのでに十分な事実が存在している。実際、主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する。」

本判決では、Red Flag 対処義務の存在を前提に、取締役としてその義務を履行することを無視した場合には、取締役の責任を課す旨判示した。これは、*Graham v. Allis-Chalmers* 事件判決に依拠したものである。<sup>(19)</sup> すなわち、本判決は同判決の「会社の取締役が、義務の無視を通じて会社に損害を発生させたことについて責任を負うかどうかという問題は、事例ごとに判断される。もし、取締役が無謀にも明らかに信用できない従業員に信頼を置いていたならば、取締役

としてその義務を履行することを傲慢に無視していたならば、または意識的にもしくは不注意にも従業員の不正行為の明らかな危険サインを無視したのであれば、方は、当該取締役に対して責任を負わせ得る」という部分を引用する。

(11) In re Abbott Laboratories 事件判決<sup>(20)</sup>

(事実の概要)

本件は、イリノイ州のヘルスケア会社であるA社の取締役らを訴えた事案である。同社は、製薬、診療製品・病院用医療品を製造販売する会社である。同社の製品は、アメリカ食品医薬品局(Food and Drug Administration, FDA)によって厳格に規制され、current Good Manufacturing Practices (cGMP) や Quality System Regulation (QSR) の要求に従って製造されなければならず、これらの規制は、明示的に法遵守を確保するための責任を会社の経営者に負わせていた。そして、FDAは、定期的に、法令遵守を確保しているか製造工場を調査していた。FDAは、A社に対して、一九九三年〜一九九九年にかけて、A社の関連施設に対して計一三回の調査を行った。各調査後、FDAは、A社に対して、数回、警告文書を送付した。それには一九九三年四月と五月にcGMPに適合しない試験管内の診療製品に不良品が混じっていたこと、そして、是正されなければ規制権限を発動する旨が含まれていた。一九九四年には、試験管内の診療テストキットが、cGMPに従っていない旨が警告されていた。そして、一九九五年には、FDAとA社の共同により総合的任意法令遵守計画が策定されたが、一九九九年に再度FDAの地方官が試験管内の診療キットにおける不良品等が発見された旨の警告文書を送付し、当該文書には法令遵守の適切性について判断するための再調査を行う旨記載されていた。その後、警告文書についてBloombergによる報道がなされ、一九九九年九月にはcGMPやQSRに従っていないなかったことにより、FDAから注意を受けたとのプレスリリースを行った。そして、法令遵守に関することについてFDAと

問題となっている旨、SECに開示フォームを提出した。結局、FDAによる準司法手続により、一億ドルにもほる課徴金の支払い、診療キット等のアメリカ市場からの引き揚げ等について同意審決に応じることとなった。そのため、A社に対して、多額の損害が生じたとして、株主が同社の取締役らに対して、損害賠償責任を追及した事案である。なお、本判決も、*McCall v. Scott* 事件判決と同様に事前の提訴請求の無益性が争われている。

(判旨)

〔提訴請求の免除の審査について〕 取締役会議長は、一九九四年と一九九九年の早い段階で二つの警告文書のコピーを受け取っている。地方裁判所は、警告文書の内容を『単なる定型文 (Boilerplate)』である…と述べたが、六ヶ月以上にもわたる連邦規制違反を継続したことは、軽視できない。取締役のうち数人は、規制に関するコンプライアンスリスクを評価する役割を担っていた監査委員会のメンバーであった。また、取締役らは、SECに『包括的政府規制』に従う信認義務を負い、かつ、…『会社は、(これらの規制に関する)さまざま主張ないし法的手続に参与している』と述べつつ、政府規制に係るコンプライアンスを認識し、責任を負っていることを認めつつSECのフォームに署名した。

…A社…のプレスリリース自体、会社と同様に取締役会が問題と、FDAがA社に対して差し止めを行うという脅威を発動するということを認識していた事実を示す。

…A社の広範な書類の痕跡と当該問題に対する推測された認識を所与の前提とすると、当該事実は、取締役らが法令違反を認識し、その状況を回避又は是正しようとしなかったという状況において、『監督を行う取締役会の継続的かつ組織的な懈怠』が存在し、そのような尋常ではない時間的経過においていかなる行為をもしなかったということが、実質的に会社の損害を生じさせ、それが誠実性の欠如を構成するという合理的な推定を示すものである。

…裁判所においては、『主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する』とされる。A社における違反規模と継続期間は、あまりに大きく、FDAによって課された最高額の制裁金を生じさせた。我々は、明らかに、FDAの批判も世論の注目も、McCall事件判決における約二年間と比較して、取締役に対して、六年間にもわたる問題についていかなる行動をもさせる動機付けを与えていないことについても考えることになる。

取締役の意識的な不作為にもとづく提訴請求について、我々は、原告らは、当該主張がもし真実であるならば、取締役の行動が経営判断原則の保護の範囲外であると合理的に結論づけられるような誠実義務違反の主張を充分行っていると認定できる。…したがって、提訴請求の無益性の原理の下では、本件提訴請求は免除されるべきである。』

本判決も、McCall v. Scott 事件判決と同様に、FDAによる制裁や各種報道があったにもかかわらず、被告取締役らが六年間にもわたって違法行為を是正することがなかったという事案であり、Red Flag 対処義務が問題となっている。これは、Caremark 事件判決<sup>(21)</sup>や Stone v. Ritter 事件判決<sup>(22)</sup>と異なり、取締役らが社内における違法行為を認識しつつ、それを放置した事案である。つまり、Caremark 事件判決は社内の違法行為について取締役会が認識していなかった事案であるが、本判決はそのことを取締役会が認識していたという点で区別される<sup>(23)</sup>。本判決では、A社は適切な手続を行わず、政府規制について従うとしてIOKsを提出し、署名までしていたが、その際に調査等を行っておらず、漫然と形式だけを整えていたことが認定されている。また、監査委員会のメンバーもFDAにより示された警告文書のコピーを受け取っていた。つまり、監査委員会も法令違反を知り、かつ、FDAによる違法行為の是正指導を知っていたということも明白であった<sup>(24)</sup>。

## 第二款 裁判例の検討

## (一) 提訴請求の無益性

ところで、Red Flag 対処義務そのものを検討する前に、以上二つの裁判例においては、直接的に取締役の責任が認められた事案ではないということに留意する必要がある。アメリカの多くの州法では、株主が代表訴訟を提起する場合、取締役会に対し、事前に提訴請求しなければならない<sup>(25)</sup>。しかし、その一方で、当該提訴請求が無益 (fruitless) である場合には、免除される。そして、連邦裁判所規則二三・一条によれば、株主は当該事件において事前の提訴請求が無益である理由を具体的事実により主張しなければならない<sup>(26)</sup>。

まず、McCall v. Scott 事件判決では、事前の提訴請求の無益性の判断基準は Rales 基準とされた。これは取締役の監督の懈怠といった不作為類型において用いられる判断基準である。Rales 基準を定立した Rales v. Blasband 事件判決<sup>(27)</sup>は以下のように定式化する。すなわち、「裁判所は、訴えを提起された時点において、取締役会の多数が適切に提訴請求に対応して独立し、かつ利害関係なく、事前の提訴請求についての経営判断をなすことができたということにつき合理的な疑義が発生する具体的事実が主張されているかどうか」によって判断すべきであり、具体的には「取締役に重大な責任発生の可能性が含まれている具体的な主張があった場合には、取締役の公平無私について合理的な疑義が生じるとされる。」

他方、In re Abbott Laboratories 事件判決では、無益性の判断基準は具体的な経営判断がある場合に、提訴請求の無益性の要件に関する Aronson 基準が用いられた。通常、取締役の Red Flag 対処義務といった監督類型の場合、具体的な経営判断がなされていないため、Aronson 基準は用いられず、前述した Rales 基準が用いられる。しかし、同判決では、

当該事件の具体的事実関係から、具体的な経営判断がなされた事例として位置づけられている。すると、従来、取締役の監督類型（不作為類型）とされていた事案でも、具体的な事実関係から経営判断類型（作為類型）として、位置づけられる可能性が示唆される。Aronson 基準を定立した Aronson v. Lewis 事件判決は以下のように定式化する。すなわち、有効な経営判断の履行がなされているかどうか—経営判断原則による推定<sup>(29)</sup>が働くかどうか—により提訴請求の無益性が判断され、株主は当該原則を覆すような具体的事実を主張していた場合には、提訴請求は無益であるとされる<sup>(30)</sup>。『re Abbott Laboratories 事件判決では、この Aronson 基準に則して判断し、提訴請求の無益性を認めた。

以上二つの裁判例はこの事前の提訴請求の無益性が争われた事案であるが、それぞれ用いられている無益性の判断基準が異なっている。ここではその違いに着目し、従来、取締役の監督の懈怠の事案（不作為類型）とされていたものが、事案によっては、何らかの経営判断があった事案（作為類型）となり得る可能性があることを付言しておきたい。

(11) Red Flag 対処義務の裁判例における位置づけ

McCall v. Scott 事件判決では、一般論として、取締役の誠実性の内容について言及し<sup>(31)</sup>つ、無謀な行為のうち「認識されているリスクの意識的無視」の場合には、不誠実なものと認定されうるということを明示する。本判決は、その後、所属裁判官全員による法廷での、再弁論を求める申立てがなされているが、それを拒否している。しかし、その際、取締役の注意義務の意図的または無謀な義務違反についてより詳しく言及している。すなわち、「被告らは、自ら注意義務違反に基づく主張についてC社の責任放棄条項の下で責任を負わないことになる」と主張する。原告らは、取締役らの注意義務の主張は、重過失に基づくものではなく、むしろ、無謀かつ意図的な作為または行為に基づくものであり、よって責任放棄条項によって排除されないと主張する。しかしながら、原告らの『無謀または意図的な注意義務違反』

の主張は、容易にデラウェア州の会社法の用語法にはそぐわない。実際、デラウェア州の裁判所は、重過失よりも、有責的な主観的状态という文言で注意義務違反を議論したことはなく、むしろ、意図的または無謀な取締役の不正行為の主張は、忠実義務違反または誠実義務違反として共通して位置づけられている。：デラウェア州法の下では、誠実義務は取締役が会社に対する義務を意識的に無視し、それによって株主に損害を発生させた場合に違反となる。ここで、原告らは、単に取締役らが経営上の義務を『継続的に無視したこと』(sustained inattention)を非難しているだけでなく、むしろ、『C社内における詐欺的な実務を示す red flags への意図的な無視』及び『意図的な盲目 (willful blindness)』を非難している。したがって、：原告らは認識されているリスクの意識的な無視であり、その行為は、証明されれば、誠実になされたものとはならないと考える。」と述べており、<sup>(33)</sup>ここでも Red Flag 対処義務違反が誠実義務違反に位置づけられていることがわかる。

### (三) Red Flag の内容

次に、それぞれの事件における Red Flag とは何だったのだろうか。McCall v. Scott 事件判決は、特定の出来事が Red Flag といえるかどうか、そして、それによって、さらなる調査が必要とされる<sup>(34)</sup>というところを取締役に認識させるものであるかどうか<sup>(35)</sup>に焦点を当てて、原告側の主張の審査を行っている。そして、もし取締役が認識されているリスク (Red Flag に相当するもの) を意識的に無視したのであれば、信認義務違反に基づく責任の可能性が発生し、さらに、そのような行為は誠実になされたものとはいえないから、誠実義務違反を構成し、被告取締役側の免責規定の援用が許されない<sup>(34)</sup>ことになる。それでは、本判決における Red Flag とは具体的に何だったのだろうか。

本判決では、A) の Red Flag として、(一) 監査情報<sup>(36)</sup>、(二) 買収の手法<sup>(36)</sup>、(三) C社に対する刑事的民事訴訟<sup>(37)</sup>、(四)

大規模な連邦当局による調査<sup>(38)</sup>、(五) C社の請求書作成に関する実務に対するNew York Times社の調査<sup>(39)</sup>が挙げられている。そして、この五点から、提訴請求の無益性との関係上、取締役<sup>(40)</sup>に重大な責任発生の可能性が含まれている具体的な主張があったとされ、その審査基準を満たし得るものであったとする。加えて、本判決に対しては、①C社における問題は少なくとも三年間も継続していたということ、②ヘルスケア産業というのは、その規制当局が濫用の可能性と重大な詐欺が行われる可能性があることを理解している業界であること、③違反に対する制裁が民事及び刑事双方に渡っていたこと、④報道機関によって注目されていたこと、⑤買収手法の不適切性や請求書発行に関する訴訟が提起されていたことが、Red Flagとして捉えられると考えられている。なお、たとえば、これらの訴訟や報道がなかったとしても、社内における法令違反の継続性といった点が裁判所の判断において重視されたと考えられる<sup>(41)</sup>。

一方、In re Abbott Laboratories 事件判決についてはどうか。本判決では、まずFDAによる数回の調査と警告文書の送付がRed Flagとされた。FDAはA社の製品に重大な問題があるということを調査によって指摘し、そのことを警告文書という形で経営陣に対して送付している。にもかかわらず、同社の取締役や上級役員らは特段の対応策を考へることもなく、形式的に従うという形だけの対応をとっていた。他方、重大なRed Flagとして、BloombergやWall Street Journalによる報道も挙げられている。これらの報道に対して、その影響を否定しようとしたプレスリリース自体も、取締役らが本件問題を認識していることを示すものとして扱われている。これらのRed Flagに対して、A社の取締役らは、六年間も漫然と放置を続け、株価下落やFDAからの高額な制裁金の支払いを命じられるなど、会社に対して重大な損害を発生させたことが明らかである。本判決の事実認定等を全体的に見ると、取締役はRed Flagを無視していたと考えることができるであろう<sup>(42)</sup>。そして、Red Flag対処義務に違反したことは、Caremark基準に照らして、取締役の誠実義務違反を構成することが明らかであり、Aronson基準の下で、被告取締役らによる訴訟却下の申立て

が却下された。本判決によって、「ひどい」と評価される状況または継続的な状況の下で、義務放棄の主張や監督義務違反の主張は、将来、取締役の責任に重要な責任を加える根拠となり得ると指摘されている。<sup>(43)</sup>

### 第三節 Red Flag の種類・発見・是正方法

#### 第一款 Red Flag の種類

次に、Red Flag 対処義務について、各論的な検討を行いたい。より具体的には、第一に、どのような徴候が違法行為（不正行為）を示す Red Flag であるのかということ、第二に、Red Flag を発見する過程（情報伝達過程）、第三に、取締役が Red Flag に直面した場合、具体的にどのような行為を行えば、責任を免れるのかということ、この三つについて検討を行うこととする。なお、一般論の検討に当たって、数が少なく一般論の抽出が難しいため、前記裁判例だけではなく、Red Flag 対処義務に関する学説も参照する。

まず、どのような徴候が違法行為（不正行為）を示す Red Flag として認定されるのか。この問題については、*McCall v. Scott* 事件判決及び *In re Abbott Laboratories* 事件判決は、「主張されている不正行為の規模と継続期間が、行動すべき取締役の懈怠が誠実性の欠如を構成するかどうかを判断する際に関係する」と判示する。<sup>(44)</sup> また、学説上、Red Flag となり得るものとして、その違法行為等の情報が、頻繁に<sup>(45)</sup>、そして、重大で、それが取締役に直接もたらされている情報等を挙げている。<sup>(46)</sup> もちろん、Red Flag といっても、どのような徴候が Red Flag になり得るかは事実ごと、会社ごとによって異なってくると思われる。しかし、少なくとも、その不正行為によって会社に生じる損害額や、<sup>(47)</sup> その不正行

為がどの程度継続して行われてきたのかという時間的要素は、前記裁判例に照らしても、重要な条件として考えることができる。<sup>(48)</sup> すなわち、不正行為が *McCall v. Scott* 事件判決では約二年間、*In re Abbott Laboratories* 事件判決では約六年間継続し、その不正行為を示す徴候が幾度となく取締役会にもたらされており、それに加え、当該不正行為によって生じた会社の損失額が大きかったという点から、取締役の *Red Flag* 対処義務が肯定され、それに対する義務違反が認定されたと考えられる。したがって、どのような徴候が *Red Flag* たり得るかは事案ごとに判断されるが、一般論としては、その徴候が長期にわたって取締役会にもたらされていたにもかかわらず、何も対処しなかったということが、義務違反の重要な要素と考えることができよう。

他方、特定の企業問題についての新聞やその他のメディアによる報道や継続中の公的機関による調査が取締役会の注意を引くものとされ、*Red Flag* の問題として考えられる。<sup>(49)</sup> また、重要な産業や広範囲にわたる政府についての報道や会計問題もまた *Red Flag* として考えられ得る。

#### 第二款 *Red Flag* の発見の過程 (情報伝達過程)

第二に、*Red Flag* を発見する過程 (取締役会への情報伝達過程) についてである。どのような徴候が *Red Flag* たり得るかという点でも述べたが、*Red Flag* 対処義務違反を認定するための一つの要素として、その徴候が取締役会にもたらされていることが必要である。*Red Flag* 対処義務を負うとしても、そもそも *Red Flag* が取締役会にもたらされていなければ、それに対応することは不可能であるからである。ここで、重要なことは、少なくとも、*Caremark* 事件判決や *Stone v. Ritter* 事件判決によって承認された法令遵守体制を含む情報報告システムの設置が欠かせない。その意味

で、取締役の法令遵守体制構築義務が重視される。取締役が当該義務を全く満たしていない場合には、法令遵守体制構築義務違反が認定されるが、ある程度の体制を構築している場合には、Red Flag 対処義務が問題となる。

では、取締役が無視することが許されない Red Flag はどのような形で取締役会にもたらされるのか。Red Flag の現れ方には様々存在する。前記裁判例を分析すると、大きく分けて二つのタイプがあることがわかる。一つは、従業員らの違法行為を示す会社内部の情報である。例えば、McCall v. Scott 事件判決では、監査委員会からの報告がそれにとるといえよう。また、それ以外にも、内部告発制度による情報取得も挙げられる<sup>(51)</sup>。そうすると、内部告発によって得られた社内情報を調査等せず、取締役会（監査委員会<sup>(52)</sup>）が放置した場合には、Red Flag 対処義務違反となり得る。他方、もう一つが、社外から情報をもたらされる場合である。McCall v. Scott 事件判決では、第三者からの訴訟、連邦当局による調査、そして New York Times による報道が、それである。また、In re Abbott Laboratories 事件判決では、FDA による数度の調査と警告文書、Wall Street Journal による調査・報道が、それである。つまり、取締役会に社内での不正行為の徴候は、単に社内からもたらされるだけではなく、社外からもたらされることもある。そして、社外からもたらされた不正行為の徴候についても放置し続ければ、義務違反の可能性が高まる。この情報伝達過程は、法令遵守体制構築義務の問題ともリンクする。すなわち、Red Flag 対処義務を履行するには、その前提として、違法行為等の情報が取締役会に伝達されなければならないからである。

### 第三款 Red Flag の是正方法

では、取締役会が Red Flag に直面した場合（違法行為等の情報を取得した場合）、どのような行動をとれば責任を課

せられないか。この問題も事案ごとに一様ではないが、少なくとも、何も行動しないという判断は取締役の不誠実性が認定される。このことは、*In re Abbott Laboratories* 事件判決で明確にされている。取締役（会）が違法行為等の情報の真偽等について調査を行い、真偽調査後、社内外の弁護士やその他の専門家を交え、取締役会にて善後策を検討し、<sup>53</sup> 必要があれば、公表することが求められる。そして、公表しなかったときに、当該違法行為等の情報が表面化したこと<sup>54</sup>によって発生するであろう会社の損害を少しでも軽減しようとする策を考慮することが重要である。<sup>55</sup>そして、重要な点は、取締役会の対処までの時間である。<sup>56</sup>違法行為等の情報を取得してから、速やかな対応が要求される。

#### 第四節 小括

以上、Red Flag 対処義務について、第一に、Red Flag といえるような違法行為等の徴候がどのようなものであるのか、ということについては、その規模や継続期間が重要な要素として考えられる。第二に、どのような形で取締役らにその Red Flag がもたらされるか、ということについては、社内に限らず、社外からの報道や規制当局による指摘も重視されているということが分かった。第三に、Red Flag に対処する際も、何らの検討もせず、放置することは不誠実な行為であるとされ、取締役の責任が認定されるといえよう。

前章まで検討してきた取締役の法令遵守体制構築義務違反とは対照的に、数は少ないものの、取締役の Red Flag 対処義務違反に係る責任が積極的に課されていることが示唆される。デラウェア州における判例法においては、取締役の監督義務にもとづく責任について、次の二つの場合に責任が生じるとされる。すなわち、取締役がいかなる情報報告システムや統制を全く構築しなかった場合、もしくは、そのようなシステムを構築しても取締役が意識的にその運用を監

視しなかった場合である。したがって、大規模公開会社において、Sarbanes-Oxley 法や証券法、証券取引所法等に従って内部統制を構築している場合、取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任は、ほとんど認められないといえよう。<sup>(57)</sup>したがって、取締役の法令遵守体制構築義務に係る Caremark 事件判決の基準に基づいて、株主による取締役の責任追及は難しいとされている。しかし、一方で、取締役の Red Flag 対処義務に基づく責任に焦点を当てることによつて、取締役の規律付けを企図しているとも考えられる。同じ取締役の監督義務が問題となる事案であっても、法令遵守体制構築義務よりも受動的な側面である Red Flag 対処義務が問題となる事案の方が、責任が認定されやすい傾向があるといふことが指摘できる。<sup>(58)</sup>

## 第六章 日本法への示唆と検討

### 第一節 アメリカ法における議論の総括

#### 第一款 法令遵守体制構築義務

取締役の法令遵守体制構築義務は Caremark 事件判決によって明確化されて以来、現在に至るまで、当該義務の信認義務上の位置づけの問題はあるにせよ、アメリカ法においてもその存在は肯定されてきた。Caremark 事件判決では義務を肯定した上で、当該義務違反となるのは「継続的又は組織的な誠実性の欠如とされるような監督の懈怠の場合」であるとされた。しかし、その後の裁判例で取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認められた事案は、日本

と同様ほとんど存在しない。そこで、以下では、前章までで検討したアメリカ法における議論から、その理論的背景を考察したい。

（一）誠実義務へと位置づけたことによる影響

では、なぜ、アメリカ法において取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認められた事案がほとんどないのか。その第一の理由として、法令遵守体制構築義務が誠実義務とリンクしていることが挙げられる。

Caremark 事件判決では、法令遵守体制構築義務違反となる審査基準が「誠実性の欠如」を構成するような継続的または組織的な監督の懈怠の場合とされたため、誠実性の欠如との関係が問題となった。取締役の誠実性は、既に論じたように<sup>(59)</sup>、様々な形で議論されてきた。そして、一連の Disney 事件判決によって<sup>(60)</sup>、「不誠実」とされる取締役の態様として、①主観的な不誠実、②相当な注意の欠如―ただし、重過失があったことの主張がなされるだけでは不誠実にはならない、③故意の義務の放棄、意図的な責任の無視と一応定立された。そして、取締役の監督義務違反がある場合は、Stone v. Ritter 事件判決において、特に③と強く関連づけられた。そのため、Stone v. Ritter 事件判決では、取締役の法令遵守体制構築義務違反が認められるのは、(a) 取締役がいかなる情報報告システムまたは統制を全く構築しなかった、もしくは (b) そのようなシステムまたは統制を構築したものの意識的にその運用を監視または監督せず、それによって、取締役の注意を必要とするリスクまたは問題が取締役らに伝達されなかった場合とされ、ここには、Gutman v. Jen-Hsun Huang 事件判決<sup>(61)</sup>における Strine 判事の影響が見られる。そのため、取締役の法令遵守体制構築義務違反が認定される場合は、当該体制が全く存在していなかった場合を除き、意識的に当該体制の運用を怠ったことが主張立証された場合となる。このように、取締役の法令遵守体制構築義務違反に基づく責任が認定されにくい一つの背景として、

取締役の誠実性とリンクすることとなったため、「意識的」、「意図的」または「故意」といった取締役の主観的要件の証明が要求されることになったことが挙げられよう。<sup>(62)</sup>

(二) 法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係

次に、より日本法との関係で重要なのは、法令遵守体制の構築と取締役の裁量についてである。Caremark事件判決では、前述した審査基準に加え「会社において要求される情報報告システムの詳細なレベルは経営判断の問題である」と判示されている。このように述べたAllen判事自身、その点について、以下のようにこの審査基準を採用した理由を述べている。すなわち、「取締役会の経営判断の場合と同様、そのことで、有能な取締役による誠実履行義務を促進するものとしての役割を果たし、その一方で、そのような有能な人物によって取締役会の職務を果たしうることになるから」である。<sup>(63)</sup>では、このことからアメリカ法においては、法令遵守体制の構築について経営判断原則が適用されると解されているのだろうか。結論から言えば、答えは否である。アメリカ法においては、取締役の法令遵守体制構築義務はあくまで監督義務の問題であって、取締役の不作为による任務懈怠の類型としてほぼ一貫して把握されている。伝統的に、取締役の不作为が問題となる場合について、理論的帰結として、経営判断原則の適用はないとされてきたため、取締役の不作为類型の問題として位置づけられている法令遵守体制の構築についても同様に解されてきたのである。しかし、そうであるならば、なぜ取締役の法令遵守体制構築義務に基づく責任が認められてこなかったのだろうか。これにはもう一つの理論的背景が存在すると思われる。それは、法令遵守体制の構築について経営判断原則は適用されてこなかったが、経営判断原則を支える理論的根拠が法令遵守体制の構築についても妥当する部分があると考えられるからである。確かに、日本において、リスクの高い法令遵守体制を構築すること——不祥事発生の可能性を減らさないような体

制を構築すること—で、ハイリターンの結果が返って来るという図式が成立しないため、法令遵守体制の構築について経営判断原則が適用されないと有力に唱えられてきた。<sup>(64)</sup> しかしながら、経営判断原則の理論的根拠はそれに限られるものではない。他の理論的根拠についても、同じく法令遵守体制の構築については妥当しないのだろうか。

第一に、Allen判事がCaremark事件判決で危惧したように、過度に取締役に責任を課すと、経営者はより慎重になつてしまい、結果として有能な人間が取締役として職務を行おうとしなくなるとの根拠は、法令遵守体制の構築についてでも当てはまるように思われる。Allen判事が述べた審査基準より取締役にとつて厳格な基準を設定すると、有能な取締役候補であればあるほど就任することが躊躇われてしまい、ひいては株主利益が減少してしまうため、そのような事態を防ぎたかつたことを表しているといえよう。一方で、何らかの経営判断の場合、リスク回避的な行動が取られることによつて株主利益が減少するおそれがあるといえるが、法令遵守体制の場合、会社の法令違反を防止するためのシステムである以上、リスク回避的な行動とは関係ないのではないか、という批判も考えられる。しかし、取締役が自らの責任を回避するために過度に不必要であると思われるほどの法令遵守体制を構築するとなれば、それ自体からは利益が生み出されない以上、株主が得られたであろうパイが減少することになる。裁判所が高度な水準の体制を要求することになると、結局、そのような事態も充分想定されるために、Allen判事としては、このような容易に満たし得るようなレベルを設定したものと解される。

第二に、裁判所には経営判断を行う能力がないということが挙げられる。<sup>(66)</sup> すなわち、裁判所は法律の専門家であり、経営の専門家ではないことから根拠付けられてきた。<sup>(67)</sup> この根拠を法令遵守体制との関係で検討すると、法令遵守体制の専門家ではない裁判所によつてその内容の相当性を判断することができるのだろうか、という疑問が出てくる。そもそも合理的な法令遵守体制（内部統制システム）がどのようなものであるかは、各会社ごとに異なってくる。そのため、

問題となった会社の組織体制全体に対する見識も必要となる。そして、法令遵守体制を含む内部統制システムのレベルは実務や研究によって、逐次変容されていくものであることからすれば、合理的な内部統制システムの水準は裁判所にとって自明ではない。結局、どのような法令遵守体制であれば、社内における違法行為を防止することができたのか、ということになると、後知恵のリスクは避けられない。既に発生している違法行為を防止するための体制は結果から見れば、比較的容易に判断できるからである。したがって、アメリカ法においては、そのような最低水準として、会計不正の文脈では監査委員会の設置とすることを一つの要素として考えているのではないかと思われる。<sup>(70)</sup> 一部の州を除いて任意設置機関ではあるが、監査委員会はニューヨーク証券取引所等の上場規則上、設置が要請され、上場会社であれば既に設置されている体制を最低限の体制として捉えていると考えられる。また、それ以外の違法行為についてはその他のコンプライアンスに関する部署の設置や当該担当役員の選任、従業員教育によって、その水準が満たされると考えられる。<sup>(71)</sup>

第三に、経営者は企業特殊的人的資本の拠出者であり、その投資を分散することはできないが、一方で、株主代表訴訟を提起する株主は株式の分散投資によって経営リスクから自分自身を保護することができるから、このような訴訟原告による経営者責任の追及は抑制されるべきではないかとの考えがある。<sup>(72)</sup> この根拠は法令遵守体制構築義務違反に基づく責任についても同様の問題が生じるため、妥当しよう。

第四に、経営の失敗は裁判所が判断するのではなく市場によって判断がなされるべきであって、裁判所による介入は少ない方が望ましいという考え方があり、つまり、不適切な経営判断を行って企業の業績が低下すれば、企業の価値が下落し、その企業の経営者は買収者によって取って代わられることになる。そして、経営判断の妥当性を判断する能力は、裁判所よりも株式市場の方が優れているという発想に由来する。<sup>(74)</sup> この発想の背景には、裁判所はある事案について「正

しく「判断したいと思うかもしれないが、裁判所には多くの職務に対してより多くの報酬を受け取ることはできないし、機敏な市場の評価によって報酬を受け取ることにはないが、他方で、経営者は競争的なプロセスによって選ばれる。また、裁判所は全ての記録を提示された上で事案を判断し、あまりにも短期間のうちに不完全な情報の下で行動する（せざるを得ない）経営者を非難することになる。市場による圧力がかからない裁判所によって経営者を審査するよりも、正直な判断をその審査から保護した方がよい、<sup>(76)</sup>という考え方がある。この根拠と法令遵守対の構築との関係は、当該法令遵守体制の内容が相当であるのか否かを裁判所が判断するのではなく、株式市場によって判断させることが重要となる。もし、不合理な法令遵守体制を構築しているような場合には、当該企業価値の減少が見込まれ、結局、経営者は買収者によって取って代われることになる。そして、経営者はそのような事態にならないように、相当な法令遵守体制を構築することになる。<sup>(76)</sup>

これら経営判断原則を支える理論的根拠と法令遵守体制の構築というものを考えてみると、法令遵守体制の内容については、裁判所による実質的な判断に対して一定の制限をかけるべきであるという議論も充分にあり得るのではないかと考えられる。そもそもアメリカ法において法令遵守体制の構築について経営判断原則の適用がないとされてきたのは、このような理論的根拠が当てはまらないからではなく、専ら取締役の不作为類型の問題として捉えられてきたからという側面が強い。つまり、取締役の監督義務が問題となる事案で、経営判断原則の適用が認められないのは、「何もしない」という不作为が問題とされ、経営判断原則の適用が認められる「判断」がないからである。しかし、取締役の監督義務が問題とされる事例には、そのような「判断」がない場合も含まれるが、その一方で、「取締役会がある情報を得た上で、Xを監視し、Yを監視しない」との「判断」は充分あり得る。<sup>(77)</sup>また、法令遵守体制の構築についても、どのような体制を構築するのかというのは充分、経営「判断」に値するといえよう。<sup>(78)</sup>このことは、ALIのコーポレート・ガバナンス

原理においても「一見『不作為』」の状況である場合に、取締役が注意深く関連する情報の優先順位をつけ、そのリスクを評価し、特定の反トラスト法遵守プログラム、または、コンピューター・セキュリティ・プログラムを構築しないという判断を実際に行ったとする。その場合には、取締役が誠実に、かつ、利害関係なく行動したとされれば、経営判断原則によってもたらされるセーフ・ハーバーが有効に働く<sup>(79)</sup>と述べられている点にも現れている。加えて、法令遵守体制構築義務ではないが、Red Flag 対処義務が問題とされた事案のうち、In re Abbott Laboratories 事件判決において、事前の提訴請求の無益性の基準について、取締役の監督義務が問題となる類型において用いられる Rules 基準を採用せず、何らかの経営判断があった場合に用いられる Aronson 基準が採用されているということも、監督義務の問題と経営判断の問題との境界の不明瞭性を表しているといえる。従来、アメリカ法において取締役の監督義務違反に対する審査基準について、経営判断原則の適用はないもの<sup>(80)</sup>、取締役の責任をある程度限定してきたことの背景には、経営判断原則を支える理論的根拠が妥当する場面が存在していたからだとも考えられる。

### (三) 小括

以上のことに鑑みると、Caremark 事件判決から Stone v. Ritter 事件判決へと至る判例の傾向を検討すると、アメリカ法において、取締役の法令遵守体制構築義務は、形式的な義務のように位置づけられ、実際に義務違反となるような事案は、違法行為の存在を知っていたような場合や名目的取締役がその職務を果たしていないような事案でしか見られないということが指摘できる。確かに、Sarbanes-Oxley 法による内部統制条項については、取締役の信認義務とりわけ法令遵守体制構築義務に重大な影響を及ぼすおそれがあるとの指摘がなされていたが、<sup>(81)</sup>誠実義務の重視という側面を除き、ほとんどその影響は見られず、法令遵守体制の水準が連邦法によって上昇したという事実は認められなかった。

逆に、取締役の誠実性に着目した結果、「故意」といった取締役の主観を主張立証しなければならなくなったというところからすれば、責任は認められにくくなったともいえよう。したがって、アメリカ法においては取締役の法令遵守体制構築義務は積極的監督義務として展開し、肯定されてきたものの、判例の変遷を観察していくと、現時点では取締役の信認義務法の分野においては、積極的な意義が見られる義務とはいえずと考えられる。これはやはり、Caremark事件判決におけるAllen判事の指摘通り、義務違反とされる可能性が高いほど実質的な義務にすれば、取締役のなり手が減少する結果、ひいては株主利益を害するおそれがあるとの危惧が共通した認識となつているからだと思われる。これは、まさしくアメリカ法において発展してきた経営判断原則の背景と同じであると考えられる。

## 第二款 Red Flag 対処義務

取締役の法令遵守体制構築義務に積極的な意義が見られない一方で、取締役の責任を認めるために用いられている監督義務がRed Flag 対処義務である。取締役の法令遵守体制構築義務違反が認められるような事案はほとんどないものの、従来判例法によって確立されたもう一つの監督義務であるこの義務は、取締役の責任を認めるための一つの根拠として重視されている。

Red Flag 対処義務についても、法令遵守体制構築義務と同様、現在では、誠実義務の文脈で捉えられており、「故意」等の取締役の主観の立証が要求されているはずであるが、法令遵守体制構築義務と異なり、明確に取締役の「故意」や「意識」が立証されていない場合であっても、当該事件の具体的事実から責任が肯定されやすい傾向が見られる。第五章で検討したように、著名な二つの裁判例であるMcCall v. Scott事件判決及びIn re Abbott Laboratories事件判決は、い

ずれも会社内で発生した違法行為等について、長期間にわたり取締役らはそれを認識していたにもかかわらず、積極的にそれを是正しようとしなかった結果、会社に様々な制裁が科されるなど会社に損害や損失が生じたとして、株主から代表訴訟を提起されたものである。これらの裁判例では、取締役らは何らかの違法行為等の徴候、すなわち Red Flag を認識しつつ、積極的にそれを是正・対処しようとしなかった場合には、取締役の誠実性が欠如することになると判断されている。ただ、その取締役の認識についても、直接取締役の主観を立証するのではなく、長期にわたる違法行為の継続等から、それを認識していたと認定されている。すなわち、「時間的な要素」を主張立証することで、不誠実性を証明することを事実上認めているといえよう。なお、誠実性が欠如することになれば、取締役の責任免除規定を援用することはできない。これらの裁判例と学説を素材に Red Flag 対処義務について検討した。より具体的には、どのような徴候が Red Flag となり得るのか、そして、Red Flag の伝達過程、そして、その是正方法がどのようなものであるべきなのかという点を検討した。

まず、Red Flag となり得る徴候についてであるが、もちろん、事案ごと、会社ごとによって異なると考えられるが、少なくとも、一般論として、当該違法行為等によって会社に生じるであろう損害の大きさと、その違法行為がどの程度の期間継続していたのか、ということが重要な要素となると考えられる。当然、違法行為によって生じる会社の損害額が大きくなればなるほど、取締役らはそれに対して対処しなければならぬし、また、違法行為が長期にわたって継続していれば、対処しなければならぬ Red Flag として認定され、もし、それに対する是正措置が何ら行われていなければ、裁判所は取締役に責任を課す可能性が高い。

次に、その Red Flag が取締役会にもたらされる過程であるが、裁判例の傾向として、内部監査部門等による社内調査や内部告発はもちろんのこと、当局による指導、マスコミによる調査・報道が挙げられる。この点は、法令遵守体制

の構築についても示唆がある。アメリカ法においては、前述したように、監査委員会の設置でもって情報報告システムの構築があつたとみる傾向があるが、それだけではなく内部告発制度の採用ということも一つのメルクマールとなり得ることを付言しておく。

第三に、その Red Flag に取締役会が直面した場合、どのような対処・是正義務を負うのだろうか。この点についても、事案ごとに一様ではないが、少なくとも、違法行為・不正行為の調査、企業内弁護士やその他の専門家を交えつつ取締役会にて善後策を検討し、必要があれば公表することが必要となる。ただし、この場合も経営判断原則が適用される可能性は否定されず、当該対処方法の内容そのものについては裁判所の司法審査が抑制される可能性はある。しかし、少なくとも、何も対処しないという「判断」は、*In re Abbott Laboratories* 事件判決に照らせば、不誠実な経営判断であるとして認定されるであろう。

以上、アメリカ法における取締役の法令遵守体制構築義務と Red Flag 対処義務について検討してきたが、前者の義務は形式的な義務であるかのような状況が見え、取締役に対する規律付けは、後者の義務によって図られている側面が強いと思われる。すなわち、現在のアメリカ法においては、企業不祥事の発生に伴う取締役の民事責任については、Red Flag 対処義務をより重視した解決策を用いているといえよう。

## 第二節 日本法への示唆

### 第一款 法令遵守体制構築義務と取締役の責任

本稿が提示した論点をアメリカ法における検討を通じて、一定の結論を導くこととする。アメリカ法における検討をそのまま日本法に導入した場合、本稿が提示した論点——ここでは法令遵守体制構築義務に関するものに限定する——に対する回答は以下のようになる。

(一) 法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか

第一の問題である「法令遵守体制構築義務は肯定されるべきか」という論点については、日米について大差はない。少なくとも、アメリカ法においては Caremark 事件判決によって取締役の情報報告システム構築義務の肯定されて以来、その一つである法令遵守体制構築義務は肯定され、それに対する批判はほとんどないといえよう。この点については、ほとんど問題ないと思われる。

(二) 法令遵守体制構築義務違反の責任主体

本稿が中心的に扱う、法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係について論じる前に、そもそも法令遵守体制構築義務違反に基づく責任を負う主体について付言しておく。従来の裁判例では、法令遵守体制構築義務違反に基づき対会社責任（四二三条）、対第三者責任（四一九条）を負う主体について若干の違いが見られた。そこで、アメリカ法における責任主体の問題から日本法への示唆を得ることにより、理論的統一を図ることとしたい。

まずアメリカにおける判例においてはどのようなように考えられているのか。明示的に法令遵守体制構築義務違反に基づく責任主体について述べたものは見られないが、この点も Caremark 事件判決から推測することが可能である。Caremark 事件判決では、繰り返しになるが、取締役の情報報告システム（法令遵守体制）の構築義務が明示された事

案であるが、同判決では「継続的又は組織的な取締役会の監督の懈怠」の場合に責任が問われるとされている。このことは、Caremark事件判決後の裁判例でも同様の判示がなされている。したがって、ここでは法令遵守体制の構築義務違反の責任主体は機関としての取締役会であることが示唆されている。

では、学説上、法令遵守体制構築義務の責任主体はどのよう<sup>(82)</sup>に考えられているのか。この問題については、Eisenbergは次のように説く。Eisenbergは、内部統制システム構築の究極的な責任は「取締役会」にあると明示する。そこには二つの理由があると述べる。すなわち、第一に、取締役会と経営者との間の情報の非対称性によって生じる問題、第二に、経営者の機会主義的行動を挙げる。

前者の取締役会と経営者との情報の非対称性によって生じる問題とは、次のようなものである。取締役会はその経営機能と監督機能の両方を果たすためには情報を信頼しなければならぬ。そして、経営者は取締役会よりも情報を有しているため、そこには情報の非対称性が存在する。そのため、経営者が会社にとって最善の利益となると信じることを取締役会がなし、経営者は自身の地位の維持、昇進を促進するために取締役会が経営者のパフォーマンスを肯定的に見ようとすることを確保するために情報の非対称性を経営者は利用し、その情報の非対称性を利用して、自らの都合の良い情報を取締役に伝達するおそれが存在する。では、この情報の非対称性によって生じる問題を克服するためにはどうすればよいのか。一つは、情報提供者を疑う姿勢をとること、もう一つは、競合的な情報源を創設することである。情報提供者を疑う姿勢をとるという克服方法は情報提供者が特定できる場合には有効であるが、会社組織の場合にはそれは当てはまらない。そのため、後者による克服方法が重要となるが、その競合的な情報取得装置としての内部統制システムが重要であると指摘する。

次に、経営者の機会主義的行動の観点からの根拠は以下のように説明される。すなわち、経営者は短期的な任期で職

務を行い、もし経営者がその地位を維持し、昇進しようとするならば、短期的な利益を追求するインセンティブが働く。そのため、たとえ、会社のポリシー（長期的利益の追求、その他会社の利益を脅かさない方法）や法令に違反するような行為であっても、機会主義的に経営者がその利益を追求する可能性がある。そして、その防止策として内部統制システムが存在する、と。この二点から Eisenberg は内部統制システム（法令遵守体制）に関しては、機関としての取締役会が究極的な責任を負う主体となるべきであると指摘する<sup>(83)</sup>。

では、日本法においても、取締役会が法令遵守体制の構築につき究極的な責任主体となるだろうか。日本法においても、取締役会は経営機能のみならず監督機能を果たしており、その意味ではアメリカ法上の取締役会と類似する。そうであるならば、Eisenberg が述べたような根拠は日本法においても妥当するように思われる<sup>(84)</sup>。また、会社法は、取締役会設置会社（委員会設置会社も含む）において、法令遵守体制を含む内部統制システムの決定権限を取締役に委ね、当該システムの決定権を代表取締役等個々の取締役に委ねることを禁止する（三六三条四項六号、四一六条一項一号ホ・同二項三項）。この点、立案担当官による解説によれば、取締役会で決定すべき内部統制システムはその要綱で充分であり、より詳細な内容は代表取締役又は業務執行取締役に委ねても構わないと説明されている<sup>(87)</sup>。ただ、前述した Eisenberg による見解と現行法における内部統制システムの決定権限の所在に鑑みれば、究極的な責任主体は機関としての取締役会にあると見てよいと思われる。

### （三）法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係

次に、「法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係」という問題である。この点が、本稿がもつとも重要な検討対象として据えた論点である。この論点について、まず一般論として、そのままアメリカ法における議論をそのまま引き

継ぐとすると、デラウェア州の判例法理では、そもそも法令遵守体制構築義務は取締役の監督義務の積極的側面に過ぎず、取締役の監督義務が問題となる局面、すなわち、取締役の不作为が問題となる場面においては、基本的に経営判断原則の適用がないと考えられてきたから、否定的に解される。法令遵守体制構築義務が問題となった事案で明示的に経営判断原則を「適用」した事案はない。

まず、最初の論点として、法令遵守体制を構築しないという積極的な「判断」は経営判断原則による保護を受けられるか、ということが問題となる。この問題については、Caremark 事件判決、Gutman v. Jen-Hsun Huang 事件判決、Stone v. Ritter 事件判決においては「情報報告システムを全く構築していなかった場合」には取締役の誠実性が欠如するということが明確に示されている以上、アメリカ法においては「不誠実な」経営判断として位置づけられよう。そして、不誠実な経営判断となれば、経営判断原則の適用条件である「誠実性」が失われているため、適用要件を欠くことになる。したがって、日本法においても、同様に、法令遵守体制を構築しないという経営判断は、裁量を逸脱した不合理な経営判断とされ、任務懈怠責任が発生するであろう。

次に、アメリカ法における法令遵守体制の水準は、どのように解されているのか。日本法においては、最低限の法令遵守体制については裁量はなく、それを超えてどこまで充実させるかという点についてのみ裁量が働くと指摘されてきた。アメリカ法においては、COSO による内部統制に関する基準の設定、企業不祥事の続発、Sarbanes-Oxley 法の制定があったにもかかわらず、責任が発生する法令遵守体制の水準は低いままである。その意味で、連邦立法等による影響はほとんどなかったといえよう。そして、その水準は、より具体的にいえば、会計不正の文脈では、一部の州を除いて任意設置機関である取締役会の監査委員会の設置が最低限の水準であると考えられている。しかし、取締役会の監査委員会はニューヨーク証券取引所等による上場規則<sup>(89)</sup>により、上場会社においては事実上必置機関として考えられている

上、様々な規制が監査委員会に対してなされているということに鑑みると、それらの規則を遵守している限り、上場会社にとっては、Caremark事件判決で述べられた水準を容易に達成することができると思われる<sup>90</sup>。他方、会計不正以外の企業不祥事の場合には、Stone v. Ritter事件判決のように、コンプライアンスに関する部署の設置、担当役員の選任、従業員教育等により、その水準は満たされると考えられる。そうすると、アメリカ法における最低限の法令遵守体制は、監査委員会の設置またはコンプライアンスに関する部署の設置、従業員教育等の存在であるということができそうである。そして、少なくとも、当該体制について専門家等によって欠陥が指摘されていなければ、裁判所が当該体制の内容から取締役の責任を認めることはほとんどないといえよう。

そこで、このようなアメリカ法における議論を日本法に導入することは可能だろうか。アメリカ法における議論は、当然、アメリカ法が有している背景事情に沿った形で展開されているのであって、日本法にそのまま接続させることができるからは別の考慮を必要とするからである。

第一に、Allen判事がCaremark事件判決で述べたような有能な取締役が就任するインセンティブが失われるという点については、アメリカと異なり社内取締役が多く、その取締役の多くは従業員出身であるという日本の経営実態からすれば、有能な人物が取締役になりたがらないという指摘は妥当しないようにも思われる<sup>91</sup>。しかし、他人の違法行為によって高額な賠償責任が課せられる可能性があれば、<sup>92</sup>いくら社内取締役といえども、その就任を躊躇う可能性があり、充分その根拠はあると思われる<sup>93</sup>。

第二に、法令遵守体制の内容について裁判所が審査することが困難であるという点については、以下のような反論ができるであろう。日本法の文脈では金融商品取引法適用の会社については、金商法上の内部統制は、財務報告目的に限定されるという制約はあるものの、内容が比較的明確であり、また、各種の基準やマニュアルが発達している場合が多

く、これらに沿って制度構築がなされているかを裁判所は審査することは可能ではないか<sup>(94)</sup>、との反論である。しかしながら、金商法適用会社については問題が少ないかもしれないものの、金商法はあくまで財務報告に係る内部統制を対象としていることからすれば、財務報告とは関係しにくい違法行為、例えば、食品偽装等による食品衛生法違反や景品表示法違反といった違法行為等については対象としにくい。また、そもそも会社法しか適用されない会社については基準も設定されているわけではないため、裁判所は問題となつてはいる会社の法令遵守体制の内容を基準なしに判断する必要性に迫られる<sup>(95)</sup>。確かに、前述したように企業の収益がリスク・テークの裏返しであることからすれば、どの程度のリスクを許容するかは経営戦略の問題ではあるが、冒険的な内部統制システム(法令遵守体制)の構築を奨励する必要はないとの指摘は一般論としては首肯しうるが、実際に、法令遵守体制を構築するという経営判断をするにあたって、コンプライアンス・リスクをどの程度許容するかも経営戦略の問題、すなわち、社内において違法行為発生コストを防止する利益と法令遵守体制の構築コストを比較するという経営戦略すら認められないのか、という反論もあり得る。法令遵守体制を構築しないという場合には経営判断原則によつて保護されない(=取締役会にそのような判断する裁量が与えられていない)としても、法令遵守体制の内容については、それこそ経営戦略の問題であつて、裁判所による審査になじみにくいと考えられる。そして、法令遵守体制の設計や監督というのは、基本的な企業の構造や運営に影響を与える中央集権的な監督と分散化された行為との兼ね合い(Trade-offs)となる以上、裁判所は実質的な経営判断をせざる得なくなるため、取締役の法令遵守体制に関する判断の合理性審査は特に困難と思われる<sup>(96)</sup>。また、社内組織自体について、どのような組織体系を構築するのかということは、まさに経営判断、経営戦略の問題であつて、それに対して、裁判所が法令遵守体制を含めた組織体系が合理的であるのか否かという点について判断を下すことは、組織論や経営論について裁判所が一定の見解を経営者に押しつける可能性も孕む<sup>(97)</sup>。

次に、経営者が人的資本抛出者であること、そして、裁判所による審査ではなく株式市場による審査の妥当性については、日米において、差異は見られないと思われる。しかし、ここで一点指摘すべきことは、株式市場による審査の前提として、法令遵守体制の内容がきちんと株式市場に開示されていることが必要である。日本の現行法は、第一に、会社法四三五条二項により事業報告書を作成することになっており、当該事業報告書には会社法上の内部統制システムに関する決定・決議の内容の概要を含むこととなっており（会社法施行規則一一八条二号<sup>98</sup>）、当該会社の株主には事業報告書が提供される。第二に、有価証券届出書・有価証券報告書の中で「コーポレート・ガバナンスに関する情報」に関する開示が求められているが、その「コーポレート・ガバナンスの状況」として、「提出会社（単体又は連結）の企業統治に関する事項」の記載が求められ、その中で内部統制システムの整備の状況、リスク管理体制の整備の状況が記載事項として例示されている（金商法二四一条一項、企業開示内閣府令一五一条一項イ）。第三に、金商法上、財務報告に係る内部統制システムについて内部統制報告書を内閣総理大臣に提出しなければならないならず、それを通じて株式市場に対してその内容が開示される（金商法二四条の四の四第一項<sup>99</sup>）。また他にも、東京証券取引所の適時開示規則により、上場会社に「コーポレートガバナンスに関する報告書」の提出を求め、その中で「内部統制システムに関する基本的な考え方及びその整備状況」が記載事項とされており、当該項目の具体的な記載事項として、①内部統制システムについての基本的な考え方、②内部統制システムの整備状況、③反社会的勢力排除に向けた基本的考え方、反社会的勢力排除に向けた整備状況の記載が求められ、金融商品取引所のホームページ等において公衆縦覧に供されている<sup>100</sup>。以上のような法制度等を充分活かすことが必要である。なお、会社法四三五条二項及び同法施行規則一一八条二号の決定・決議内容については、実務上、何をどこまで記載すればよいか問題になるとの指摘があり、また、概要ではなく全て記載すべきこととすると、取締役の決定や取締役会の決議においては大綱的なことのみを定めるインセンティブが働き、他方、コ

ストが多くなりすぎるということから、概要記載にとどめたとの趣旨もあるが、Web開示によるコスト削減を併用しつつ、法令遵守体制（内部統制システム）の内容がある程度明確になるような概要が望まれる<sup>(108)</sup>。

以上、法令遵守体制の構築と経営判断原則との関係を日本法の文脈においても検討してきたが、日本法においても、取締役の法令遵守体制の構築について、広範な裁量を認めるべきである<sup>(109)</sup>。取締役の法令遵守体制構築義務が問題となる場合、合理的な法令遵守体制がどのようなものであるのか、を判断することが裁判所にとって難しい上に、違法行為を防止する法令遵守体制を後知恵的に判断する可能性も高く、取締役に萎縮効果をもたらすということを考えれば、日本法においても、アメリカ法のような議論を接続することは可能であると考える。

一方で、アメリカ法においては取締役の法令遵守体制構築義務は誠実義務（忠実義務）へと位置づけられたことにより、当該義務違反が成立する場合は、法令遵守体制を全く構築しなかった場合のほか、法令遵守体制を構築したものの「意識的に」その運用を監視または監督せず、社内の問題等が取締役らに伝達されなかった場合に限定されていた。では、日本法においても、同様に「意識的に」その運用を監視または監督しなかった場合にのみ義務違反を認定すべきかが問題となる。確かに、日本法においても、前述したように、経営判断原則の理論的根拠が法令遵守体制の構築についても妥当し、謙抑的な司法審査が望ましいと考えられる。しかし、「意識的な」運用の懈怠という基準は、誠実義務・誠実性概念の問題と直結している。そもそも取締役の誠実義務の議論はデラウェア州法における取締役の免責規定による保護をいかに排除するのかという議論とリンクし、また、アメリカ法においても取締役の誠実義務論について一定の理論的一致を見ていないこと、そして、取締役の義務について、日本法では法令上、善管注意義務と忠実義務以外に誠実義務を認める余地に乏しいことから、積極的に誠実義務を認めることはできない。

したがって、法令遵守体制の内容に対する司法審査の謙抑性については日本法についても妥当すると考えるが、他方

で、法令遵守体制構築義務違反の認定について、取締役の主観にのみ依存するのは妥当ではないと考える。

(四) 法令遵守体制の内容に対する司法審査のあり方

しかし、ここで留保を付しなければならないのは、確かに、日本においても経営判断原則を支える理論的根拠が妥当するとはいつても、従来から、日本法においては、経営判断原則を適用していても、実質的な経営判断内容の審査を行ってきたとされる<sup>(106)</sup>。また、過度に融和的な日本の取締役会の現実を前提とするならば、裁判所が一定の役割を果たしうる可能性はあるから、その点についてある程度の合理性を認める見解もある<sup>(107)</sup>。そうすると、法令遵守体制の内容について裁判所が積極的に合理性審査を行うことが要求されるのかもしれない。また、取締役の法令遵守体制の構築について広範な裁量が認められるといつても、裁判所は当該体制の内容審査を全くしないとなつては、取締役は形式的な法令遵守体制のみ構築する可能性がある。

この点、アメリカ法においては、繰り返しになるが、取締役の主観（「故意」の認定）でもつて、責任を認定しているが、これは誠実性概念とリンクしているのであつて、日本法においても同様に解することは難しいように思われる。

では、日本法において法令遵守体制の内容に対する司法審査はどうあるべきか。従来の裁判例においては、法令遵守体制が全く構築されていなかった事案<sup>(108)</sup>か、具体的な体制の主張立証がなされていない事案を除くと、次のように指摘<sup>(109)</sup>できる。

まず大和銀行ニューヨーク支店事件判決では、取締役の任務懈怠を認定するにあたって、「損害を発生させる不正行為を未然に防止する体制」を先に想定した上で、大和銀行における体制とを比較した結果、その体制が存在していないことをもつて任務懈怠を認定しているように見える<sup>(110)</sup>。

他方、ダスキン株主代表訴訟判決では、原告が主張する内部統制システム（法令遵守体制）と実際にダスキン社内において整備されていた体制とを比較検討し、実際の社内体制の水準が、取締役の裁量の範囲内にあったか否かによって判断し、結果的に、原告が主張する内部統制システムであれば問題を防止し得たかもしれないが、実際の社内体制の内容が裁量の範囲内であると認定している。<sup>(11)</sup>そして、ヤクルト株主代表訴訟判決でも同様の手法が用いられている。<sup>(12)</sup>

したがって、大和銀行ニューヨーク支店事件判決における認定手法は、特定の体制を想定した上で、それが存在しているか否かによって任務懈怠の有無を判断するが、他方で、ダスキン株主代表訴訟判決等における認定手法は、実際に構築されていた体制と原告が主張する体制との乖離が取締役の裁量の範囲内にあるか否かによって、任務懈怠の有無を判断していると考えられる。少なくとも、前者による認定手法は後知恵による責任認定の可能性が高く、取締役に対する萎縮効果が生じやすいと思われる。もし、後知恵による責任認定を回避するには、損害発生の予見可能性および結果回避可能性を検討することになると思われるが、ピン・ポイントに当該損害発生を防止しうる体制を、法令遵守体制を構築する段階で予測し、当該不正行為等を防止することができるかということを考えれば、例えば、以前から同様の不正行為が発生していたというような事情があれば格別、その立証および認定は極めて困難である。<sup>(13)</sup>そして、後者による認定手法の場合には、何らかの基準がなければ、取締役の裁量の範囲内であるか否かの裁判所による審査は困難となる。<sup>(14)</sup>

では、裁判所はどのような認定手法を採用したらよいのだろうか。本稿では、アメリカ法におけるRed Flag対処義務における議論を法令遵守体制構築義務における議論の参考とすべき、との提案をしたい。

すなわち、日本法においては、法令遵守体制の整備・運用について何らかの欠陥があったとの報告が取締役会にもたらされていたにもかかわらず、それについて是正措置をしなかったという点に法令遵守体制構築義務違反の根拠を見い

だすべきである。これは、アメリカ法における Red Flag 対処義務の観点から法令遵守体制の構築・運用の場面にも導入したものである。しかし、この前提として、法令遵守体制はいつたん構築しただけでは不十分であり、定期的な体制の監査と報告が行われていなければならないことが重要である<sup>(17)(18)</sup>。換言すれば、定期的な監査や報告がなされていないければ、それ自体が義務違反と認定されると考えられるが、内部監査部門等による定期的な体制に対する監査が行われ、疑念を差し挟むべき特段の事情にあたるような体制の欠陥があったとの報告がなされていない場合には、基本的に法令遵守体制構築義務違反との認定を免れると考える<sup>(19)</sup>。そして、法令遵守体制の欠陥が報告され、取締役会にその情報もたらされた場合には、当然、どのような是正措置をとるべきかを検討する必要がある、少なくとも、是正措置をとらなかつたという場合には義務違反の認定がなされるだろう。

## 第二款 不正行為対処義務と取締役の責任

以上のように、内部統制システムないし法令遵守体制構築義務の責任認定の困難さやその背後にある思想という点から、当該義務が取締役の民事責任の局面では実質的に機能しにくいという問題が明らかになった。しかしながら、当該義務が機能しにくいからといって、取締役が企業不祥事を促進したり、隠ぺいしたりすることが認められないことは明白である<sup>(20)</sup>。そこで、その不正行為がどのような形で取締役会にもたらされ、それに対してどのような対処を行ったのか、という点に重点を置いて、取締役の義務違反を認定することが重要であると考えられ、それらを具体化することによって、取締役を規律付けるべきである。そこで、参考に値するのは、アメリカ法における Red Flag 対処義務であると考えられる。そして、日本法においても、この義務を重視することで、取締役に対して一定の規律付けを図っている事案

がある。それは、ダスキン株主代表訴訟判決である。

ダスキン株主代表訴訟判決は、前述したように法令遵守体制構築義務違反は認められなかった。しかし、同判決は違法な食品添加物の混入、不正支払等についての情報が取締役会にもたらされたにもかかわらず、そのまま不正行為を隠ぺいし続けたことに対して「被告らはそのための方策〔信頼喪失の損害を最小限度に止める方策―筆者註〕を取締役会で明示的に議論することもなく、『自ら積極的に公表しない』などというあいまいで、成り行き任せの方針を、手続き的にもあいまいなままに黙示的に事実上承認したのである。それは、到底、『経営判断』というに値しないものといえない。」と判示している。もちろん、これはRed Flag対処義務の場合に、不正行為について何らの是正措置をとらないという判断は経営判断原則の適用を受けないというアメリカ法の議論とは異なる意味で用いられていると考えられるが、少なくとも、日本法における議論でもアメリカ法のRed Flag対処義務の議論が妥当する一つの例であると考えられる。

ダスキン株主代表訴訟判決におけるRed Flagは、販売中の「大肉まん」にTBHQが混入した事実と、それを販売し続けたこと、また口止め料として不正な支払がなされたという事実である。そして、それを知った被告代表取締役社長以下、取締役会の構成員である被告取締役らはその事実に対して「TBHQの混入の『大肉まん』による実際の健康被害は考えられず、商品回収や官庁届出も今となつては不可能であり、他方、公表すれば消費者からの非難は免れず、食品販売事業を営む企業としての信頼を損ねることが明らかであるところから、最高経営顧問の意見も参考にした上で、経営判断として、自ら積極的に公表しないの方針を決定した」のである。そして、その決定に際して「〔訴外A―筆者註〕からマスコミへの情報が提供された場合にダスキンが受けるおそれのある打撃の重大さや、それへの積極的な対応策の可能性の検討を併せて行っておく必要があったのに、一審被告らは、その必要性を軽視したまま『自ら積極的に

は公表しない』というあいまいな決定で、事態を成り行きに任せることにした<sup>(12)</sup>のである。もちろん、いかなる是正措置をとるべきかは経営判断の問題であって、具体的に何をすべきだったのか、<sup>(12)</sup>ということは一概に指摘することはできないが、少なくとも、「公表した後に予想される社会的な非難の大きさにかんがみ、隠せる限りは隠そうということにしたもので、現に予想されたマスコミ等への漏洩や、その場合に受けるであろうより重大で致命的な損害の可能性や、それを回避し最小限度に止める方策等について」きちんと検討を行うことが重要であったと考えられる<sup>(13)</sup>。この点、アメリカ法においては、時間的要素も重視されている。すなわち、取締役の任務懈怠の認定において、どれくらいの間、不祥事に係る情報が取締役会にもたらされ、どの程度長期にわたって当該情報を放置していたかが重要視されている。日本法においても、同様に解することができよう<sup>(14)</sup>。

確かに、事前の違法行為・不正行為防止に関する体制も重要であろうが、企業が巨大組織であればあるほど、そこで働く従業員や取締役らによる違法行為等を完全にゼロにすることは無理であるから、その違法行為等が発覚した場合には適切に対処することがより重要なことであると考えられる<sup>(15)</sup>。

### 第三節 積み残された課題

本稿では、取締役の法令遵守体制構築義務について検討を行ってきた。同時に取締役の Red Flags 是正義務についても、アメリカ法における議論を参照して検討を行ってきた。

本稿の結論は、第一に、取締役が構築すべき法令遵守体制の水準は、アメリカ法の場合、かなり低く、取締役がその職務を放棄しているような場合（たとえば、取締役会を一度も開催しないとかの場合など）に限り、責任が認められ、

機能している監査委員会を設置していた場合(会計不正の類型)やコンプライアンスに関する部署や役員等が存在していることをもって義務違反に問われないことが明らかになった。そして、法令遵守体制の水準と経営判断の問題については、それは、経営判断原則が法令遵守体制構築義務に適用されるか否かという問題ではなく、経営判断原則を支える理論的根拠と類似の場面で、取締役に広範な裁量が認められるという意味であることを明らかにした。ただし、法令遵守体制を構築しないという経営判断については誠実性が欠如する判断として、アメリカ法においては責任が肯定される可能性があることを指摘した。また、日本法においては、経営判断原則を支える根拠の妥当性から、当該義務は取締役の民事責任の局面においては、実質的に機能しにくい義務であるということ(26)を明らかにした。他方、アメリカ法及び日本法いずれにおいても、*Red Eagle*が企業内に発見された場合については、取締役会は慎重な検討を行った上、積極的な行動をとることが求められ、このような義務が、取締役の民事責任による規律付けとして機能することを指摘した。

しかしながら、本稿において残された課題としていくつか指摘できると思われる。

第一に、確かに、取締役の法令遵守体制構築義務はさまざまな状況から実質的に機能しにくい義務であると論じたが、法令遵守体制自体は企業にとって今や欠かせないものと言える。前述したように、法令遵守体制構築義務違反が認められにくいということになると、取締役に對する当該体制の構築のインセンティブが働かなくなるのではないか、という疑問が出てくるだろう。これに對して、いかなる制度でもって規律付けを図るかということについては今後さらに検討していかねばならない問題である(27)(28)と考える。

第二に、本稿では主として取締役の民事責任を中心に考察したが、法令遵守体制構築義務や*Red Eagle* 対処義務に関して、監査委員会が重要な役割を担うことがアメリカ法の検討の中で明らかになった。しかしながら、本稿では、具体的に日本法の文脈において法令遵守体制構築義務や*Red Eagle* 対処義務に関して、監査役や監査委員会がどのような役

割を果たすべきかについて検討することができなかった。

第三に、本稿では「法令遵守体制」に限定して取締役の責任論について考察した。しかし、現在では、序章<sup>(128)</sup>で述べたように、より広く「内部統制システム」一般の問題として検討されることが多い。しかし、近時のアメリカにおける裁判例においては、内部統制システムのうちリスク管理体制については監督義務の問題ではなく、取締役の経営判断の問題として位置づけ、経営判断原則を適用している。内部統制システム一般の問題として、どこまで同じように考察できるか、ということについても今後の検討課題である。<sup>(130)</sup>

(1) 日本におけるこの義務の紹介として、山田純子「取締役の監視義務」森本滋・川濱昇・前田雅弘『企業の健全性確保と取締役の責任』(有斐閣、一九九七年)二二〇頁～二二二頁。

(2) メルビン・A・アイゼンバーク／松尾健一(訳)「アメリカ会社法における注意義務」同志社大学日本会社法制研究センター編『日本会社法制への提言』(商事法務、二〇〇八年)「初出：商事法務一七二二号(二〇〇四年)」一九一頁。実務上において、会社は、何らかの問題が発生したと信じた場合には、社内で正確に何が発生したのか、そして、なぜ発生したのかを調査すべきであり、会社の誠実性(integrity)を確立し、民事責任や刑事責任を限定するために必要なことであると認識されている。Robert S. Bennett et al. *Internal Investigations and the Defence of Corporations in the Sarbanes-Oxley Era*, 62 Bus. Law. 55 (2006), at 60.

(3) 188 A.2d 125 (Del.1963).

(4) Thomas Rivers, *How to Be Good: The Emphasis on Corporate Director's Good Faith in the Post-Enron Era*, 58 Vand. L. Rev. 631 (2005), at 664. なお、テラウェア州の裁判例ではないが、それより以前にも *Bates v. Dresser*, 251 U.S. 524 (1920) 事件判決が同趣旨の判断を下している。同判決によれば、会社の経営者は少なくとも、社内における違法または疑義のある行為について認識したときには質問・調査義務(duty of inquiry)を負う。しかしながら、この質問・調査義務はどの

ような場合に取締役や役員に課されるかは不明確な部分が多かった。

- (5) Graham v. Allis-Chalmers 事件判決に対して、警告サインに対する取締役の「無謀」かつ「意識的」無視と関係している点に注目する。Rivers, supra note (4), at 664.
- (9) 432 A.2d 814 (N.J.1981).
- (7) 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996).
- (8) Hillary A. Sale, *Monitoring Caremark's Good Faith*, available at <http://ssrn.com/abstract=963448> (2007), at 734.
- (6) 698 A.2d 959, at 970.
- (10) See, Regina Burch, *Director Oversight and Monitoring: The Standard of Care and the Standard of Liability Post-Enron*, 6 Wyo. L. Rev. 481 (2006), at 494.
- (11) *Ibid.*
- (12) 698 A.2d 959, at 971.
- (13) 906 A.2d 27 (Del.2006).
- (14) CG Hintmann, *You Gotta Have Faith: Good Faith in the Context of Directorial Fiduciaries Duties and the Future Impact on Corporate Culture*, 49 St. Louis U. L. J. 571 (2005), at 579.
- (15) Sale, supra note (8), at 734.
- (16) Rivers, supra note (4), at 664.
- (17) なお、この点で検討する二つの裁判例はいずれもデラウェア州裁判所で争われたものではない。一般論として、デラウェア州裁判所で Red Flag 対処義務に言及する裁判例もあるが (Ash v. McCall, 2000 Del.Ch.LEXIS 144 (Del.Ch.2000), Saito v. McCall, 2004 Sel.Ch.LEXIS 205 (Del.Ch.2004))、直接争点となったものではない。その上で、本稿では、より明確に Red Flag 対処義務の履行について争われた連邦裁判所における裁判例を素材とする。
- (18) 239 F.3d 808 (6th Cir.2001).
- (19) John L. Reed and Matt Neiderman, "Good Faith" and the Ability of Directors to Assert §102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defence to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of

- Fiduciary Duty*, 29 Del. J. Corp. L. 111 (2004), at 133.
- (20) 325 F.3d 795 (7th Cir.2003). 本判決に関する邦語文献として、伊勢田道仁「会社の法令違反行為を認識しつつ対応策をとらなかつた取締役の責任」商事法務一八〇三号（二〇〇七年）二六頁。
- (21) 698 A.2d 959 (Del.Ch.1996).
- (22) 911 A.2d 362 (Del.2006).
- (23) Lawrence Scheinert, *Heuret-Packers's Spy Games and the "Duty of Caremark"*: How Consistent Standards Governing a Director's Duty of Care Disregards a Company, 18 U. Fla. J. L.&Pub. Pol'y 447 (2007), at 459.
- (24) Sale, *supra* note (8), at 741.
- (25) アメリカ法における事前の提訴請求の目的は、株主代表訴訟は、株主が会社に代位して行う訴訟であることから、会社自身に、提訴または適切な是正措置を講ずる要請をすることにより、取締役や第三者の責任追及の機会を付与するためである。すなわち、取締役らの責任追及をし、会社としての訴権を行使するか否かの決定を行うのは会社の義務であり、会社に再度調査し提訴するなどの機会を付与する意味があるとされる（高橋均『株主代表訴訟の理論と制度改正の課題』（同文館出版、二〇〇八年）一三六頁）。
- (26) 事前の提訴請求の無益性の判断基準は各州法に委ねられており、*In re Abbott Laboratories* 事件判決はイリノイ州法が適用される事案であるが、同州もデラウェア州の判例法に依拠するルールが確立しているため、デラウェア州の基準に則して判断されている（前掲註二〇・伊勢田二七頁）。
- (27) 634 A.2d 927 (Del.1993).
- (28) 473 A.2d 805 (Del.1984). なお、本判決につき、伊勢田道仁「代表訴訟提起の事前請求が免除される場合と経営判断原則」近藤光男・志谷匡史編『新アメリカ商事判例研究』（商事法務、二〇〇七年）二二頁以下参照。
- (29) 「経営判断をなすに当たり、取締役が情報に基づき、誠実に、かつ当該行為が会社の最善の利益に資すると正直に信じて行動した」ということの推定である。
- (30) *Aronson v. Lewis* 事件判決によれば、原告は具体的事実を主張することにより、取締役らの過半数が、利害関係なく、かつ、独立していること、または、当該取引において有効な経営判断の履行がなされていることについて、合理的な疑義を生

じさせなければならない(カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』(有斐閣、二〇〇九年)一三三頁)。

(31) 本判決は、少なくとも、「意図的に会社に損害を生じさせる行為」については不誠実な行為として判断される可能性を示唆する。そして、同時に、意図的な行為のみが不誠実であり、デラウェア州一般会社法一〇二条(b)項(七)の免責規定から排除されるとする主張を否定している点も重要である。John L. Reed and Matt Neiderman, "Good Faith" and the Ability of Directors to Assert §102(b)(7) of the Delaware General Corporation Law as a Defence to Claims Alleging Abdication, Lack of Oversight, and Similar Breaches of Fiduciary Duty, 29 Del. J. Corp. L. 111 (2004), at 133.

(32) 250 F.3d 997 (6th Cir.2001).

(33) Sale, supra note (8), at 736.

(34) Hintmann, supra note (14), at 589.

(35) C社の監査委員会は同社の内部監査人のプログラム、監査結果、同社の内部統制及び会計慣行の適切性を審査する責務を負っていた。また、監査委員会は、その他の取締役会のメンバーに報告を行うことにもなっていた。同社の返済実務に関する監査人によって提供された情報は、不適切な実務が社内で行われていたことを示す徴候であった。特に、同報告によれば、政府に提出する報告書と部外秘の報告書との間での不一致を示していた。このように監査委員会による報告書において既に不正行為が明らかにされていたにもかかわらず、取締役会はそれを無視していた。

(36) C社による買収前、被買収会社の取締役はC社の不適切な買収手法に気づいていた。ただ、全ての取締役が不適切な買収手法について気づいていたのではなく、一部の取締役が両当事会社の合意が法令違反であることを認識していたことが暗に示されていた。

(37) 本判決の前に、同社は患者の紹介や詐欺的な請求書の作成につき不適切な動機があったかどうかについて争われた刑事的民事訴訟を提起されていた。本判決では、当該状況の下で取締役会が何も行動を起こさずまたは調査を行わないことは誠実になされたものではないとして、この刑事的民事訴訟を重視した。

(38) C社に対して、一連の不正行為を受けて、連邦捜査局(Federal Bureau of Investigation, FBI)等いくつかの連邦当局による調査が入っている。本判決は、連邦調査をRed Flagとして捉え、それに対応したかどうかをもって取締役の責任を判断している。

(39) 一九九七年三月二〇日、二一日及び二八日にC社に関するNew York Timesの記事が発行されている。記事によれば、同社の請求書発行に関する問題に対する政府調査について書かれていた。なお、本判決の原審は、この点、これらの記事が出されてから二週間以上何もなかったことについて合理的であると判断し、取締役会はその調査を認識していたという主張を拒否している。

(40) Sale, *supra* note (8), at 738.

(41) *Ibid.*

(42) *Id.* at 742.

(43) Reed and Neiderman, *supra* note (19), at 137. したがって、Red Flag に対してあえて何もしないという判断は、取締役の義務放棄と考えられ、それが究極的には誠実性の欠如ないし誠実義務違反を構成することになる。そして、このことにより、従来、取締役の責任を限定するデラウェア州一般会社法一〇二条(b)項(七)にもとづく免責規定を援用することができなくなったため、責任が認められる可能性が増大した。

(44) See, Rivers, *supra* note (4), at 664.

(45) Anne Tucker Nees, *Who's the Boss? Unmasking Oversight Liability within the Corporate Power Puzzle*, 35 Del. J. Corp. L. 199 (2010), at 242-244. は、「何度も取締役会にもたらされる情報であれば、Red Flag であると認められ、かつ、取締役の義務違反が意識的になされた」と認定されやすいと指摘する。しかし、逆に、頻繁にもたらされていないものであっても、定期報告等からもたらされた場合には、対処すべきRed Flag となり得るとも指摘する。

(46) See, Burch, *supra* note (10), at 498; Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 Iowa J. Corp. L. 967 (2009), at 986.

(47) Nees, *supra* note (45), at 244. は単に発生損害額によって判断するのではなく、会社の資産から見て、重大であるかどうかで評価すべきであると述べる。

(48) See, Sale, *supra* note (8), at 741. また、Sale は別稿で「実際に、問題の継続期間が長ければ長いほど、裁判所はそれが red flags の問題であると認定しやすくなる」と指摘している。Hillary A Sale, *Good Faith's Procedure and Substance*, *In re Caremark International Inc., Derivative Litigation*, in Jonathan Macey ed., *The Iconic Cases in Corporate Law*

- (Thompson West, 2008), at 292.
- (49) *Ibid.* また、各種報道や政府当局による調査が Red Flag となり得ると指摘するものとして、Jeffrey T. Dinwoodie, “Unpatric” Profits: The Risks Companies Face from International Business Activities and the Need for a Heightened Duty of Oversight for Corporate Directors, 34 U. Dayton L. Rev. 377 (2009), at 400-401.
- (50) 一連の Caremark 類型の訴訟から考えれば、少なくとも会計不正のような場合には、監査委員会の設置が重要な要素として挙げられているため、監査委員会やそれに代わるシステムを全く構築していない場合となるだろう。
- (51) この点、既に Sarbanes-Oxley 法八〇六条は、(明示的に内部告発制度を構築すべきことまでは規定していないが) 内部告発制度を前提に、内部告発を行った従業員の保護に関する規定を置いている。
- (52) 従来の法令遵守体制構築義務に係る裁判例を概観すると(第四章第三節第一款参照・六一卷六号一〇七頁以下)、監査委員会の有無、開催頻度等が重要な考慮要素として考えられる。
- (53) Sale, *supra* note (8), at 293.
- (54) この点、これら一連の行為に関して、取締役会による何らかの判断がなされた場合、経営判断原則による保護が与えられる可能性はある。
- (55) Red Flag への対処の際に、取締役らが新たな法令違反等を起こさないことは言うまでもない。この点、Gross v. Babbio, 2006 WL 3692932 (Del.Ch.2006), The1199 SIU Greater New York Pension Fund v. Dunn, 2006 WL 3616991 (Cal.2006) として、Hewlett-Packard 社に係る一連の株主代表訴訟が興味深い。本事件は、取締役会のメンバーのみが知るはずの情報が Wall Street Journal に漏洩した際に、同社の取締役会議長と CEO が弁護士法人に依頼し、社内調査を行ったものの、情報漏洩者を特定できず、その後も情報の漏洩が発生したため、上記議長の後任が再度調査を行った際に、法令違反行為がなされたものである。当該再調査において、調査対象者の通話記録を傍受したり、ジャーナリストの記録の入手や電子メールの傍受をしたりしていたため、アメリカ司法省、SEC、連邦通信委員会の調査がなされた。そのため、これらの違法な手段を用いたスパイ活動は、多大な費用を同社に支出させ、同社の評判等を下げることとなった。原告株主らは、取締役らが違法活動に関与し、かつ/または、それを監督または統制していなかったことにつき取締役の信託義務に違反したと主張した。被告取締役らが、他の取締役による情報漏洩について、何らの対処も行わなければ、Red Flag 対処義務に違反

する可能性があったが（情報を漏洩した取締役は別にインサイダー取引も行っており、それを是正するためにも被告取締役らは調査活動を行っていた）、一方で、当該違法行為等の情報への対処として、調査活動を行う際に、違法な手法を用いることは同時に責任原因になることを示唆する。したがって、Red Flagへの対処の際に、法令違反に該当するような調査や対処を行うのではなく、弁護士などの専門家の意見を交えつつ、慎重な対応が求められる。Scheinert, *supra* note (23), at 448-453.

(56) Nees, *supra* note (45), at 241.

(57) Id. at 238. Lyman P. Q. Johnson, *CORPORATE COMPLIANCE SYMPOSIUM: The Audit Committee's Ethical and Legal Responsibilities: The State Law Perspective*, 47 S. Tex. L. Rev. 27 (2005), at 49.

(58) この理論的背景は後述するが、法令遵守体制の内容や水準について、取締役に広範な裁量が認められる一方、違法行為等の情報を得た段階においては、取締役の裁量の幅が狭められるということが挙げられよう。

(59) 第三章・六一巻四号及び同五号参照。

(60) 2005 Del.Ch.LEXIS 113 (Del.Ch.2005), 906 A.2d 27 (Del.2006).

(61) 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).

(62) Eric J. Pan, *A Board's Duty to Monitor*, 54 N.Y.L. Sch. L. Rev. 717 (2009), at 733-734.

(63) それに加え、Allen 判事は、たとえ取締役が責任の脅威がなくなるとも、明確に示された法的義務に従うはずであるとの取締役の道徳的規範にも依拠する（第四章第二節第二款・六一巻六号一〇四頁参照）。

(64) 野村修也「内部統制への企業の対応と責任」企業会計五八巻五号（二〇〇六年）一〇〇頁。この見解は、経営判断原則の根拠の一つとして、リスクテークが事業経営にとって重要であり（Franklin A. Gevurtz, *Corporation Law* (West, 2nd ed., 2010), at 301.）、まずい結果が出たときにそれによって制裁が加えられた経営者は、人的資本の拠出者であるため、その資本を分散することができないから、よりリスクの少ないプロジェクトを行う傾向にある（Frank H. Easterbrook and Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law* (Harvard University Press, 1991), at 91.）。しかし、事業経営にはリスクがつきものであるし、逆にリスクのある事業を行うことが株式会社という制度の役割であり、そのような株式会社の活動を通じて資本主義経済が発展する（伊藤靖史Ⅱ大杉謙一Ⅱ田中亘Ⅱ松井秀征『リーガルクエスト会社法（第

- 二版)『伊藤靖史執筆』(有斐閣、二〇一一年)二二〇頁)との根拠が法令遵守体制の構築には妥当しないことを強調する。なお、片木晴彦「経営判断原則」沢野直紀・高田桂一・森淳二朗編『企業ビジネスと法的責任』(法律文化社、一九九九年)四二頁、酒巻俊雄・龍田節『逐条解説会社法第四卷機関1』(藤原俊雄執筆)(中央経済社、二〇〇八)二五六頁も参照。
- (65) Easterbrook and Fischel, *supra* note (64), at 94.
- (66) *Ibid.* Stephen M. Bainbridge, *The New Corporate Governance in Theory and Practice* (Oxford University Press, 2008), at 120.
- (67) ただし、この根拠に対しては、他の専門的領域についても妥当し、例えば、医療過誤訴訟のような場合に、医療行為に対する専門的知識が欠如していることを理由に、裁判所が当該医療行為の相当性について判断しないわけではないとの批判がなされている(吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系(新版)』(弘文堂、二〇〇二年)八六頁・八七頁)。また、医療に関わる判断または他の専門家の判断が、受け入れられている臨床試験の科学的適用にまでルーチン化されているという考えは神話に過ぎないとも指摘されている(Gevurtz, *supra* note (64), at 299)。しかし一方で、医療行為との違いについては、医療行為は、自然科学的な行為であり、専門的・知識がありさえすれば―裁判所が専門家の鑑定意見等を参考にすれば―、「最適」な行為内容を特定することが相対的に容易であるとの指摘もある(森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務一八五八号(二〇〇九年)七頁)。
- (68) 始関正光「平成一四年改正商法の解説〔V〕」商事法務一六四一号(二〇〇二年)二三頁、前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説」商事法務一六二三号(二〇〇二年)一九頁参照。
- (69) See, Bainbridge, *supra* note (66), at 121.
- (70) Guttman v. Jen-Hsun Huang, 823 A.2d 492 (Del.Ch.2003).
- (71) Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del.2006).
- (72) See, Easterbrook and Fischel, *supra* note (64), at 99.
- (73) 前掲註六七・吉原八六頁。しかし、それに対しては、分散投資をするといっても、経営リスクをゼロにすることはできないし、全ての投資家が分散投資をすることができないわけではないという批判もある。Gevurtz, *supra* note (64), at 302.
- (74) 前掲註六七・森田一二頁。

- (75) Easterbrook and Fischel, *supra* note (64), at 100.
- (76) 当然のことながら、この根拠が妥当するためには法令遵守体制の内容について、きちんと開示されていなければならない。
- (77) ALI, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994), §4.01(a), first paragraph, Comment g.
- (78) Caremark 事件判決で情報報告システムの詳細なレベルは経営判断の問題であると述べた点はそのことを表していると考えられる。もし、過失 (negligence) や重過失 (gross negligence) といった客観的基準を監督義務に対する審査基準とするならば、裁判所は体制の構築についての取締役会の判断の内容について審査しなければならない。このことによつて、今まび回避されてきた取締役会の経営判断の内容も審査する、ことを意味しよう。Robert T. Miller, *The Board's Duty to Monitor Risk after Citigroup*, 12 U. Pa. J. Bus. L. 1153 (2010), at 1166.
- (79) ALI, *supra* note (77), at §4.01(c), Comment c.
- (80) See, William E. Knepper and Dan A. Bailey, *Liability of Corporate Officers and Directors* (LexisNexis, 8th ed., 2009), §2.05.
- (81) 第四章第四節第一款 (二) 参照・六一巻六号一四二頁。
- (82) Melvin A. Eisenberg, *The Board of Directors and Internal Control*, 19 *Cardozo L. Rev.* 237 (1997), at 244-250.
- (83) このような Eisenberg の見解に対しては「理論的整合性、説明の巧拙という点からのみで考えるのではなく、モニタリング・モデルを前提として、取締役会に内部統制についての究極的な責任が置かれるべき積極的理由を見出そうとするものであると評価できる」と評される (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 (二〇〇三年) 三七頁)。
- (84) 前田雅弘「経営管理機構の改革」商事法務一六七一号 (二〇〇三年) 三二頁も、この Eisenberg の見解を引用しつつ、委員会等設置会社 (当時) において、内部統制システムは、執行役の便宜のためだけの制度ではなく、取締役会の監督機能を従事させるための制度でもある。内部統制部門からの報告は、執行役に対してなされるだけでなく、取締役会または監査委員会に対してもなされなければならない。執行役自身の行為をカバーできないような内部統制システムは、不備というべきではなからうか、と指摘する。
- (85) 相澤哲「葉玉匡美」郡谷大輔『論点解説 新・会社法―千問の道標』(商事法務、二〇〇六年) 三三五頁。法令遵守体制に限れば、所轄部署としてコンプライアンス部門を設置するとしても、取締役会において、同部門を構成する担当者の人

- 数や人選等の詳細まで決定する必要はないとされる(森・濱田松本法律事務所編『内部統制—会社法と金融商品取引法』〔浜口厚子執筆〕(中央経済社、二〇〇九年)二八頁)。なお、持永勇一・吉田良夫『内部統制の理念—金融商品取引法・会社法』(第一法規、二〇〇七年)一四二頁も参照。
- (86) 目標の設定、目標達成のために必要な内部組織およびその権限、内部組織間の連絡方法、是正すべき事実が生じた場合は是正方法等に関する重要な事項とされる(前掲註八五・相澤・葉玉・郡谷三三五頁)。
- (87) 具体的には、取締役会による内部統制システムの基本方針の決定、代表取締役(代表執行役)等業務執行者による内部統制システムの細目決定、運用、見直し、事業報告の作成、株主総会で報告という形がとられる(経営法友会法務ガイドブック等作成委員会編『内部統制システム構築・運用ガイドブック』(商事法務、二〇〇七年)二七頁参照)。
- (88) コネチカット州は一〇〇人以上の株主を有する会社に対して、二人以上の取締役からなる監査委員会の設置を義務づけよう。Conn.Gen.Stat. §33-753(c)(1)。
- (89) 現在、NYSEは上場会社に対して、最低三人以上からなる監査委員会を設置することを義務づけている。NYSE Listed Company Manual 303A.06. なお、See, SEC, Notice of Filing of Proposed Rule, Rel. No. 34-13245 (Fed. 4, 1977)。
- (90) Johnson, supra note (57), at 49.
- (91) 近藤光男『経営判断と取締役の責任—「経営判断の法則」の適用の検討』(中央経済社、一九九四年)一〇五頁参照。
- (92) 大和銀行ニューヨーク支店株主代表訴訟判決(大阪地判平成二二年九月二〇日判例時報一七二二号三頁)における当初の賠償額を想起せよ。
- (93) 高額な損害賠償責任の可能性に対しては、取締役等による責任免除に関する定款規定を置いたり(四二六条一項)、社外取締役等とは責任限定契約を締結したりして(四二七条一項)、ある程度その責任額を減少させることができるとの反論もあり得る。しかし、現実問題として、定款変更議案を株主総会に提出した場合に、株主の反発によって総会運営に支障が出るのではないかとの不安もあり、二〇〇八年の段階で定款による責任軽減規定を新設した会社は全体の半数にも満たないとの報告もあり、事実上、取締役の責任軽減制度は機能していないのではないかとの指摘がなされている(渡邊顕編『取締役の善管注意義務のはなし』〔佐藤弘康執筆〕(商事法務、二〇〇八年)一七二頁—一七三頁)。
- (94) 大川俊「適正と認められる内部統制システムの判断基準について」明治大学大学院法学研究論集二四号(二〇〇六年)

六〇頁〜六一頁参照、青木浩子「会社法と金融商品取引法に基づく内部統制システムの整備」浜田道代・岩原紳作編『会社法の争点』(有斐閣、二〇〇九年)一五三頁参照。金商法二四条の四の第二項は、「財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制」について、その内容を内閣府令に委ねており、財務計算に関する書類その他の情報の適正性を確保するための体制に関する内閣府令(平成一九年内閣府令第六二二号)は、その第一条で「金融商品取引法第二四条の四の四の規定により提出される内部統制報告書の用語、株式及び作成方法は、この府令の定めるところによるものとし、この府令において定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる財務報告に係る内部統制の評価の基準に従うものとする。」と定めており、財務報告に係る内部統制に関する様々な評価基準が内部統制府令ガイドラインや内部統制報告制度に関するQ&A等という形で明確にされている。

- (95) 前掲註九四・青木一五三頁。梅村悠「内部統制に関する情報開示制度の意義と正確性の確保」上智法学論集五三卷二二号(二〇一〇年)一三九頁〜一四〇頁は非財務情報の正確性を担保するためのシステムの構築・評価を義務づけることを提示する。
- (96) Jennifer Arlen, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, *Law & Economics Research Paper Series Working Paper No.08-57, available at <http://ssrn.com/abstract=1304272>* (2008), at 18, n.93. 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(四)」法学研究七〇巻三号(二〇〇三年)五六一頁においても「適切な方針・基準・手続を設定することが取締役や役員義務である」とすると、不適切な方針・基準・手続しか設定しなかったことはそれだけで取締役や役員義務違反を基礎付けることとなるはずであるが、実は裁判所自身がある方針・基準・手続を不適切なものであると判断することには、裁判所がある取引の実体的内容に関して非難を加える場合と同様の、裁判所の能力的限界を理由とする判断の不安定さ、あるいは謙抑的態度という問題がある」と指摘されている。

- (97) この点がまさに問題となったのが、ダスキン株主代表訴訟判決(大阪高判平成一八年六月九日判例タイムズ一九七九号一一五頁)であろう。同判決は、原告株主がカンパニー制度を設けて事務部門の独立性を認める場合にも取締役の監視義務は全社に及ぶのであるから、当該事業部門限りで情報がとどまることがないように、現場からの情報が複数のルートを通じて伝達されるように体制作りをする必要があるとの主張に対して、「事業部門の独立性を高めるのは、当該会社が多岐に亘る事業経営をしているため、一定の基準を設けて、その範囲内では当該部門内部で処理が可能なこととして経営効率

の向上を目指すものであるから、情報のすべてを他の部門に伝達することを要求するのはその趣旨に反する。」と述べ、また、不正な口止め料の支払いとの関係についても、「全事業部門を『完全資金独算会社』とし、権限と責任を各事業部門の責任者に委譲する旨の稟議規定の改定を行っており、フードサービス事業グループの場合、三〇〇〇万円以下の案件についてはA〔本件別訴被告取締役―筆者註〕及びBの共同決裁によって、原則として一審被告Y<sub>3</sub>や取締役会の決裁を要することなく処理することが認められていた。ダスキンのように全く種類の異なる分野にまたがって事業を展開する会社において、事業分野ごとに当該事業を取り巻く環境等様々な考慮要素を的確に把握して総合的に評価し、時機を失することなく経営判断をすることを可能にする、本社部門が全社戦略に専念することを可能にする等の観点から、各事業分野ごとに自律性・独立性の高い組織（事業部、事業部門、カンパニー等）を設け、当該事業部門に権限と責任を委譲することは、会社の組織のあり方として一定の合理性を有する。そして、そのような組織体制を構築する以上、事業部門がその権限の範囲内で支出する場合に、本社部門が常はその支出の必要性、相当性等を審査しなければならぬとまではいことができず、本社部門にどのような内容の経理体制を整備すべきかは、基本的に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というべきである。」と判示した。法令遵守体制ないし内部統制システムと密接に関わる組織体系について、どのような内容で構築するかは経営戦略の問題であり、裁判所の審査能力という観点から、広範な裁量が認められなければならないと思われる。法令遵守体制ないし内部統制システムを含めた社内組織について、法や裁判所が一律に定めることは不可能であるし、またそれには経営学の視点も入ってくる可能性がある。裁判所は経営組織論について一定の見解を示す場ではないということはいまでもない。（日本取締役協会編・井口武雄Ⅱ落合誠一監修『経営判断ケースブック―取締役のグッドガバナンスの実践』（中村直人執筆）（商事法務、二〇〇八年）一七頁参照）。そして、このような考え方が背後にあるため、アメリカ法においては、極端な場合でしか、法令遵守体制構築義務違反が認められないと考えられる。なお経営学の立場から、内部統制につき、特定の方法を法律で強制することに疑問を投げかけるものとして、吉村典久「日本における内部統制報告制度の導入に関する一考察」和歌山大学経済学会研究年報一四号（二〇一〇年）四四一頁も参照。

(98) 本号は、内部統制システムに関する事項について取締役が決定し、または取締役会が決議した場合には、その株式会社が大会社であるか否か、委員会設置会社であるか否かを問わず、その決定または決議の内容の概要を事業報告に記載する

- ことを要求している（弥永真生『コンメンタール会社法施行規則・電子公告規則』（商事法務、二〇〇七年）六五九頁）。
- (99) ただし、金商法上の内部統制報告制度に対して、日本における内部統制報告書によって、一般投資者は、内部統制の充実に向けた経営者の取り組み内容や、それがどのように具体化したのかを知ることができず、内部統制報告書に記載される情報によって、経営者が高い意識を持って誠実に内部統制やコーポレート・ガバナンスの充実に取り組んだかどうかを判断・評価することは容易ではないとも指摘されている（蟹江章「会計時評 内部統制報告制度はどこへ向かうのか？」企業会計六二巻一号（二〇一〇年）一三三頁～一三三頁）。
- (100) これらの内部統制の開示について、前掲註八五・浜口Ⅱ児島一〇四頁～一一〇頁参照。
- (101) 黒沼悦郎「企業内容の公示・開示」浅木真一Ⅱ小林量Ⅱ中東正文Ⅱ今井克典編『濱田道代先生還暦記念 検証会社法』（信山社、二〇〇七年）五三一頁。
- (102) 前掲註九八・弥永六六〇頁。
- (103) その他のものとして、株主総会における情報開示もあり得る。取締役会による内部統制システムの決議内容の概要は、事業報告において記載されているから、定時株主総会における報告事項となり（四三八条三項）、それと同時に会議の目的事項（二九八条一項）にもなるため、株主からその内容について質問される可能性はある（前掲註八五・浜口Ⅱ児島一〇九頁～一一〇頁）。法律上は説明義務の範囲として、補足する程度でよいと思われるが、本文で述べた視点からすれば、企業不祥事が頻発する昨今の状況と合わせて、会社としての取り組みの内容を丁寧に説明すべきであるように思われる（前掲註九七書・西村賢執筆）一五七頁参照）。
- (104) 法令遵守体制の構築について、経営判断原則が適用されることを詳細に検討したものととして、中村直人「判例に見る会社法の内部統制の水準」（商事法務、二〇一一年）五八頁。また、青竹正一「取締役・執行役の会社に対する責任」岩原紳作Ⅱ小松岳志編『会社法施行5年理論と実務の現状と課題』（有斐閣、二〇一一年）二五頁も適用を認める。
- (105) 大杉謙一「企業不祥事の前後」法学教室三六〇号（二〇一〇年）八三頁。
- (106) 江頭憲治郎『株式会社法（第三版）』（有斐閣、二〇〇九年）四三五頁。
- (107) 宮本航平「取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任（二・完）」法学新報一一五巻七／八号（二〇〇九年）九八頁。
- (108) そもそも法令遵守体制を全く構築していなかったような事案は比較的容易に義務違反を認定することが可能と思われる。

形式的にすら体制を構築していないこと自体が任務懈怠を構成するといえよう。

(109) 大和銀行ニューヨーク支店事件判決とダスキン株主代表訴訟判決・ヤクルト株主代表訴訟判決等における一般論の部分は大きな差はない。なお、司法審査の方法につき、前掲註一〇四・中村一三二頁～一三三頁、一五六頁～一五八頁参照。

(110) 「店内検査、内部監査担当者による監査、検査部による臨店検査、米州企画室による検査、会計監査人による監査のいずれの場合においても、検査対象であるニューヨーク支店あるいはカストディ係にバンカーズ・トラストから財務省証券の保管残高明細書を手付けさせ、その保管残高明細書と同支店の帳簿とを照合するという確認方法を採用していたため、甲野が本件無断売却の事実がないように作り替えた保管残高明細書と、同支店の帳簿とを照合する結果となり、本件無断売却および本件訴訟因に係る行為を発見、防止することができなかった。したがって、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ための、財務省証券の保管残高を確認する仕組みは、整備され、かつ実施されていたものの、その検査方法は、検査対象者に隠ぺいの機会を残すものであった」とする。そして、損害との因果関係について「ニューヨーク支店が保管していた財務省証券の保管残高を確認する適切な検査方法を採用していれば、甲野が訴訟因に該当する行為を行うことを未然に防止できた」。

(111) なお、ダスキン株主代表訴訟判決は内部統制システムの限界事例として位置づけることも可能であるとも考えられる（土田義憲『会社法の内部統制システム―取締役による整備と監査役の監査（第二版）』（中央経済社、二〇〇六年）九四頁～九五頁参照）。通常、内部統制システムの限界として「経営者による内部統制の無視」というものが上げられる。事業部長や事業単位責任者などが定められた方針や手続を無視することによって内部統制が有効に機能しない場合があるとされる。本件でも事業部門の最高責任者らが、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という意思決定をしたことが認定されている。このことから、本件は内部統制システムの限界の一例としても位置づけることができると思われる。にもかかわらず、内部統制システムの限界であることを明示している論稿は少なく、逆に、情報が従業員から担当取締役にもたらされていても、それが取締役会に伝わらなかったという事実からそれ自体が内部統制システムの不備と捉える見解もある（伊勢田道仁「大阪地判平成一六年二月二二日判批」法と政治五七巻一号（二〇〇七年）九二頁）。

(112) 裁量の範囲内にあるか否かを判断するに当たっては、「デリバティブのリスク管理体制の主なチェック項目」、「金融派生商品の管理に関するガイドライン」、他の事業会社において採用されていたリスク管理体制とを比較している。

(113) 加えて、三菱商事株主代表訴訟判決においては、主張立証の方法についてであるが、会社の具体的な体制とその不備と具体的に構築すべき体制との乖離が取締役の裁量の範囲内にあるか否かを主張立証させている。

(114) また、当該体制による結果回避可能性を問題にし、実際に従業員等の不正行為等が行われ、会社に損害が生じた場合には、裁判所は当該不正行為等の発生ひいては損害の発生について予見可能性、結果回避可能性があったか否かによって判断を行うこととなる。この点については、日本システム技術開発事件最高裁判決（最判平成二十一年七月九日判例タイムズ一三〇七号一一七頁）も参照。しかし、もしそうであるならば、予見可能な違法行為等が発生しないように適切な監督をすべき義務を措定することになる。

(115) この点、裁量の範囲内にあるかどうかは、既に存在する内部統制基準や同業他社等の基準によって判断することも考えられる。しかし、たとえ、内部統制基準があったとしても金融商品取引法適用会社ではない場合や同業他社等における法令遵守体制がそのまま問題が生じた会社においても有効であったかの判断は困難であると思われる。ある一定の実務指針（例えば、COSOによる基準等）を利用する見解もあるが（前掲註九四・大川六二頁参照、See, Michelle M. Harner, *Ignoring the Writing on the Wall: The Role of Enterprise Risk Management in the Economic Crisis*, 5 J. Bus. & Tech. L. 45 (2010), at 53, 56）、単に実務指針に従っていないことを理由に責任を認めるとすると、当該実務指針を法定の基準と同一視しうることとなり妥当とはいえない。

(116) 加えて、この認定手法の場合、因果関係の認定がより難しくなるように思われる。なぜならば、たとえ裁量の範囲内になるような法令遵守体制を構築していたとしても当該不正行為等を防止できたかということ立証することが難しいからである。これに対し、アメリカ法においては、法令遵守体制構築義務違反を忠実義務違反として位置づけ、因果関係概念を必要としないとの見解もあるが（James Griffith Jr., *Director Oversight Liability: Twenty-First Century Standards and Legislative Controls on Liability*, 20 Del. J. Corp. L. 653 (1995), at 684-688）、少なくとも、日本法においてそのような主張を行うことはできないと思われる。これはいわゆる古典的な善管注意義務と忠実義務の峻別論に帰着する問題と思われる。すなわち、善管注意義務と忠実義務を区別し、忠実義務違反類型の場合には善管注意義務違反類型の場合と異なる要件や効果を発生させるとい議論の焼き直しである。伝統的には、忠実義務は昭和二五年商法改正によってアメリカ法から忠実義務を日本法に組み入れたという点から、日本法においても取締役の公正な業務執行を担保するために厳格に要求され

る義務として理論上區別して考えるべきであるとされるが（赤堀光子「取締役の忠実義務（四・完）」法学協会雑誌八五巻四号（一九六八年）五三二頁）、判例（最判昭和四五年六月二四日民集二四巻六号六一五頁）・通説は同質のものと考へてきたということと反する。

また、現在、アメリカ法において法令遵守体制構築義務を忠実義務へと位置づけたのは、誠実義務という新たな信認義務の枠組みが登場したためであり、その誠実義務も取締役の免責規定を排除するためという側面が強く、そのような誠実性要件でもって取締役の責任を免除することにはなっていない日本法においては困難であるように思われる。

そして、法令遵守体制構築義務を忠実義務に位置づけることがたとえ可能であったとしても、日本法上、取締役の会社に対する損害賠償責任は四二三条一項が適用されるため、同条が「その任務を怠ったときは、株式会社に対し、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」と規定しており、その要件において因果関係を不要とするのは法文上乖離するため、アメリカ法における主張をそのまま日本法において唱へることは不可能であると考へる。

(117) 監査役設置会社においては、当該体制の整備についての取締役の決定・取締役会の決議の内容が相当でないと認めるときは、監査役は、監査報告にその旨及びその理由を記載しなければならぬとされる（会社則二一九条一項五号）。また、委員会設置会社においては、監査委員は、取締役会が設ける内部統制部門を通じて監査を行うことから、内部統制システムが適切に構成・運営されているかを監視することが要求される（前掲註一〇六・江頭四八五頁、四八六頁、五一頁、五一九頁参照、高岸直樹「内部統制システムにおける監査役職務」日本法学七五巻三号（二〇一〇年）六六頁以下、佐藤丈文「会社法の内部統制システムと実務上の課題」岩原紳作・小松岳志編『会社法施行5年理論と実務の現状と課題』（有斐閣、二〇一一年）五一頁以下参照、長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス新会社法（第三版）』（商事法務、二〇一〇年）三九六頁参照）。

(118) アメリカにおける判例が既に制度として存在している監査委員会を重視しているという点からも一つの示唆が得られると思う。すなわち、改めて法令遵守体制という概念を用いずとも、既に存在している制度を十分に活かすという観点も必要である。日本法においては、代表取締役・業務担当取締役による取締役会への報告義務（三六二条二項）、監査役の調査権限（三八一条一項・二項）、取締役への報告義務（三八二条）といった制度が既に用意されている。これだけでは不十分かもしれないが、ある意味でこれらも法令遵守体制として位置づけることができるのではなからうか。そうすると、取締

役の法令遵守体制構築義務違反の判断もこれらの取締役会や監査役（会）による監督機能に資する制度が機能していたか否かも重要になると思われる。

- (119) 裏を返せば、監査役等により不適切とされた内部統制を放置して、それに起因する不祥事が発生して、会社に損害が発生したときには責任を問われ得る（酒巻俊雄「龍田節編『逐条解説会社法第四卷機関1』」（川村正幸執筆）（中央経済社、二〇〇八年）五二二頁。なお、小林秀之「高橋均編『会社役員の法的責任とコーポレート・ガバナンス』」（亀井洋一執筆）（同文館出版、二〇一〇年）六八頁も、内部統制システムに欠陥がなかったかどうか、あれば修復されたかなどの検証は必要であるが、内部統制システムの機能状況が業務執行取締役の業務執行報告として行われた場合、他の取締役等は、報告内容が正しいかどうか疑うべき特段の事情がなければ、その報告を事実と判断してよいと述べる。前掲註一〇五・大杉八三頁。
- (120) 敵対的企業買収防衛策が有事の場合と、平時の場合とで区分されるように、本稿で論じた内部統制システムないし法令遵守体制の構築を、「平時」の内部統制と位置づけ、経営陣の不正行為認識後の対応を「有事」の内部統制と位置づけられるならば、不正行為対処義務は「有事」における内部統制システム構築義務の一種として考えることができるかもしれない（松嶋隆弘「中小企業にも求められる内部統制の整備 第4回 裁判例にみる内部統制（3）ダスキン事件②」税理二〇〇七年四月号八六頁〜八七頁）。しかし、取締役の法的責任を考える上では、一応法令遵守体制構築義務とは区別して考える方がよいと思われる。
- (121) 本件高裁判決の口頭弁論において、裁判長からの「（不祥事を）公表しないことによる会社にとってのメリット・デメリットは何か？」という質問に対して、被告である代表取締役社長は「公表しないメリットは世の中からの非難を避けられること、デメリットは無いというふうに判断した」という趣旨の回答をしているが、裁判長から「そのメリットというのは、ずっと隠しおこせられたら、もたらされるものですね」と指摘された（加藤真朗「坂野真一」最高裁判決二〇〇八―弁護士が語る ダスキン株主代表訴訟―たった一人の原告、苦難を乗り越えて」法学セミナー六五一号（二〇〇九年）一七頁）。
- (122) 本件は、不祥事を公表すべき義務を裁判所が認めたという指摘がなされるが、本判決をそのように読むべきではないだろう（前掲註一一・伊勢田九五頁、前掲註一〇五・大杉八六頁）。また、債権者その他の利害関係人に対する社会的責任として、本件のような事実の開示を、これを当然のこととして取締役の善管注意義務の中に位置づけるとする見解もあるが（菊田秀雄「会社の不祥事を後に認識した取締役らの公表義務」早稲田法学八四巻一号（二〇〇八年）一三四頁、同旨、

石山卓磨「最近の判例にみる会社役員員の経営責任」愛知学院大学論叢法学研究四八巻三号（二〇〇七年）四三頁、善管注意義務はあくまで会社に対して負うものであって、そこに直接に社会的責任まで含ませることは難しいのではなからうか（落合誠一「企業法の目的―株主利益最大化原則の検討」『現代の法7・企業と法』（岩波書店、一九九八年）一三三頁参照）。

(123) たとえば、考えられる方策として、専門家の助力を得るなどして迅速に情報を入手し、そのうえで、どのような対応をとることがベストであるかについて、慎重な判断を下すとか（日下部真治「製品安全・事故に関わるリスク管理の落とし穴」Business Law Journal 一四号（二〇〇九年）四三頁参照）、会社に対する消費者の不安・不信を招くことを回避し、会社の蒙る損害を最小限に抑制するために、事実を公表しかつ広く人体への無害性を訴え、消費者からのクレーム対応や、賠償に應じるなど、より積極的な行動をとることが求められるであろう（前掲註一一・伊勢田九五頁）。他にも、自発的公表の必要性が高まっていることや、外部意見の聴取方法について指摘を加えるものとして、竹内朗「ダスキン事件高裁判決で取締役課された信頼回復義務―大阪高判平成18・6・9にみるクライシスマネジメントのあり方」NPL八六〇号（二〇〇七年）三七頁。

(124) これは実務的に見ても異論はないと思われる（梅林啓「不祥事公表の要否とタイミング」ビジネス法務二〇一一年九月号一二頁以下、栗原正一「10のケースでみる企業不祥事の初動対応―その評価と対策」同三八頁以下、田中正博「会社を守るクライシス・コミュニケーション」（産業編集センター、二〇一一年）五一頁以下参照）。

(125) 示唆的な発言として「[会社が―筆者註] 実際に問題を全く起こさないようにすることは、実を言うとかかなり難しいのではないかと思います。問題が起こったあとの対処をどうするのかということが、実は重要ではないかと私自身は思っています。」（「座談会」『特集―会社をめぐる環境変化と法的リスク 内部統制と監査―実務と理論上の諸問題』（河内隆史発言）法律時報八〇巻三号（二〇〇八年）一二頁）。

(126) 前述したように、取締役の法令遵守体制構築義務が問題となる裁判例において、裁判所による当該体制の審査を謙抑的にすべきであるとの主張に対して、取締役に対する規律付けが減少するのではないかとの批判もあり得よう。しかしながら、第一に、本文で論じているように、企業不祥事を完全に除去することは不可能であるという観点に立ちつつ、一度発生してしまった不祥事に対して適切な是正措置をとらせるといふ形での規律付けが可能であると思われる。第二に、裁判所による法令遵守体制の内容審査によって過大な責任を取締役に負わせることによる萎縮効果等、負の側面も少なくない。

そして、第三に、法令遵守体制の構築も含め、企業不祥事の防止を取締役の責任によって企図することが本当に適切であるのか、ということである。つまり、取締役を規律する仕組みは何も損害賠償責任だけでなく、ガバナンスは法制度だけでなく、市場等も含め全体として考慮すべきであり、全体として適切な水準の規律を与えているかどうかが重要であると思われる（前掲註六四・伊藤二〇三頁）。なお、企業不祥事による取締役に対する規律付けについて、行政処分・社内処分等によるものを例示するものとして、白石賢『企業犯罪・不祥事の法政策―刑事処罰から行政処分・社内処分へ』（成文堂、二〇〇七年）一八四頁。

(127) 逆にこれらの規律付けを法制度が行わず、すべて株式市場に委ねるといふ選択肢もなくはない（ただし、筆者はそこまです極端な議論が好ましいとは思わない）。ただ、少なくとも、そもそも内部統制システムないし法令遵守体制の構築について、取締役に高度な注意義務を課し、義務違反を認めやすくして、支払うことが不可能なほど高額な損害賠償額を取締役個人に負わせるというある種の「劇薬」に頼らざるを得ないと考えるには現段階においては躊躇を覚える（前掲註六七・森田一一頁参照）。

(128) アメリカ法において法令遵守体制の構築が促進されてきた経緯として、組織に対する連邦量刑ガイドラインの存在があるということも一つのヒントとなるのではないか。日本法においては、どちらかというところ、取締役の責任を課すことで法令遵守体制の構築を促進してきた側面がある（例えば、取締役の法令遵守体制構築義務の措置、金商法における内部統制報告書制度）。しかし、アメリカ法においては、それだけではなく、法令遵守体制を構築させることによって取締役の責任の軽減化が図られてきたという側面もある（第二章第三節第六款参照・六一巻四号七一頁参照）。同様の制度を日本法に導入することは、困難かもしれないが、いわゆるアメとムチの使い分けによって、法令遵守体制の構築を促進するという方向性もあるのではないか（直接このことを明示するものではないが、従業員の違法行為があっても法令遵守体制が構築されていれば取締役は免責されるとする免責機能としての法令遵守体制の位置づけにつき、神田秀樹「会社法入門」（岩波書店、二〇〇六年）六二頁参照）。

(129) 第一章第一節・六一巻三号七頁参照。

(130) なお、この点についてアメリカにおける近時の裁判例を紹介・検討したものととして、南健悟「リスク管理と取締役の責任―アメリカにおけるAIG事件とCitigroup事件の比較―」商学討究六一巻二・三号（二〇一〇年）二〇九頁参照。

〔付記〕

本稿は北海道大学審査博士（法学）学位論文〔二〇一〇年三月二十五日授与〕「企業不祥事と取締役の民事責任―法令遵守体制構築義務を中心に」に補筆したものである。なお、本稿は、平成三三年度―平成二五年度科学研究費若手研究（B）二二七三〇〇九〇の研究成果の一部である。