

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 －

山 本 将 成

第1章 はじめに－日本法の分析からの問題提起－

第2章 デラウェア州法

第1節 デラウェア州法における取締役の監督義務

第2節 アリスチャルマーズ事件

1 事案および原告の主張

(1) 事案の概要

(2) 原告の主張

2 判示

(1) 「第1の主張」：過去の不正行為の存在が内部統制システム構築義務を発生させるか

(2) 「第2の主張」：一般的に内部統制システム構築義務を負うか

3 アリスチャルマーズ事件判決に対する評価

(1) この判決を支える論拠

(2) 批判的な見解

(3) Clark 教授の見解

4 内部統制システム構築義務を発生させる「疑うべき事由」

－過去の不正行為の存在－

5 責任を否定する方向に働く事情

第3節 アメリカにおける内部統制概念の発展

1 海外腐敗行為防止法の制定（1977年）

2 取締役ガイドブック（1978年）

3 経営者円卓会議（1978年）

4 COSO レポート（1992年、2013年改訂）とその発表への経緯

5 連邦量刑ガイドライン（1991年）

6 ALI コーポレートガバナンス原則（1992年）

7 小括

（以上、本号）

第4節 ケアマーク事件

第5節 ストーン事件

第3章 不正行為を繰り返さないための体制の構築—アメリカ法からの示唆—

第4章 おわりに

第1章 はじめに —日本法の分析からの問題提起—

取締役は他の取締役や従業員に対する監視・監督義務を負い¹⁾、その一環として、一定規模以上の会社における代表取締役等の業務執行権限を有する取締役は内部統制システムを構築する義務を負う²⁾。

我が国において内部統制システム構築義務について判示した初めての最高裁判決である最高裁平成21年7月9日判決（判時2055号147頁）（以下、「最高裁平成21年判決」という）³⁾によれば、代表取締役は原則として「通常想定される…不正行為を防止し得る程度の管理体制」を整えることが要求される。もっとも、「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」、「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」が存在する場合には、それに対応し得る内部統制システムを構築することが要求される⁴⁾。

この最高裁平成21年判決からは、同様の不正行為が繰り返されていたなどの事情のある場合には、取締役はそれに対応し得るより高度な内容の内部統制システムを構築する義務を負うことを読み取ることができる。また、最高裁平成21年判決前後の裁判例においても、不正行為が繰り返さ

1) 江頭憲治郎『株式会社法』466頁（有斐閣、第6版、2015）、神田秀樹『会社法』228頁（弘文堂、第18版、2016）。取締役会設置会社以外の会社に関して、山本爲三郎「有限会社の取締役の監視義務について」法研60巻12号124-125頁（1987）参照。

2) 江頭・前掲（注1）467頁、神田・前掲（注1）228-229頁、大阪地判平成12年9月20日判時1721号3頁。

3) 最高裁平成21年判決の検討については、拙稿「判批」名法264号425頁以下（2015）を参照。

4) なお、最高裁平成21年判決は、会社法350条に基づく責任を否定した。

れているという事情をふまえて内部統制システム構築義務違反の有無を判断しているものがある⁵⁾。

このように過去に同様の不正行為が存在するという事情は、取締役に内部統制システム構築義務違反があるとの評価を導くものといえる。しかし、過去にその会社において同様の不正行為が発生していたという事情の存在が、内部統制システム構築義務へどのような影響を及ぼすかについては、検討が十分になされているとはいえない。

本稿は、日本法の検討から浮かび上がった問題点についてさらなる検討を試みるものである。以下で検討していくように、最高裁平成 21 年判決その他裁判例において示されている上記のような理解の仕方は、デラウェア州法においても支持されていると考える。そこで、本稿ではデラウェア州法における内部統制システム構築義務の基本的な考え方もふまえながら⁶⁾、特に不正行為が繰り返されているという事情に関して、デラウェア

5) 拙稿「繰り返される不正行為と内部統制システム構築義務」名法 267 号 83 頁以下 (2016) を参照。

6) アメリカ法をもとに内部統制システムについて研究したものととして、例えば、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 42 卷 1 号 55 頁 (1999)、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」上法 53 卷 3 号 101 頁 (2010)、王佳子「アメリカにおける取締役の内部統制責任に関する一考察—合理性基準から誠実性基準へ—」青山社会科学紀要 39 卷 2 号 219 頁 (2011)、大川俊「アメリカにおける内部統制概念の生成と公的承認」法学研究論集 25 号 127 頁 (2006)、大川俊「アメリカにおける内部統制概念の確立」法学研究論集 26 号 87 頁 (2007)、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 27 号 73 頁 (2007)、大川俊「取締役の誠実性と内部統制システム—Stone v. Ritter, 911 A. 2d 362 (Del. 2006).—」法論 80 卷 4・5 合併号 213 頁 (2008)、柿崎環「内部統制の法的研究」(日本評論社、2005)、柿崎環「SOX 法制定後の内部統制の展開と取締役の監視義務」尾崎安央＝川島いづみ編『比較企業法の現在—その理論と課題—石山卓磨先生・上村達男先生還暦記念』307 頁 (成文堂、2011)、柿崎環「海外子会社等による贈収賄リスクと内部統制」商事 2092 号 20 頁 (2016)、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)～(四)」法政 70 卷 2 号 23 頁 (2003)、70 卷 3 号 27 頁 (2003)、釜田薫子「内部統制システムに関する米国取締役の義務・責任—改正連邦量刑ガイドラインと判例法を参考に—」監査 504 号別冊付録、同志社大学監査制度研究会と日本監査役協会関西支部監査実務研究会との共同研究報告書「内部統制システムの新潮流と課題」36 頁 ((社)日本監査役協会関西支部、2005)、神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」曹時 34 卷 4 号 1 頁 (1982)、姜栄吉「米国における内部統制体制の構築と取締役の責任に関する考察」千葉大学人文社会科学研究 16 号 167 頁 (2008)、酒井太郎「米国の法令遵守体制と会社法上の問題」関英昭＝山部俊文編集代表『久保欣哉先生古稀記念論文集 市場経済と企業法』155 頁 (中央経済社、2000)、酒井太郎「会社の法令遵守体制と取締役の注意義務」泉田栄一＝ほか編『現代企業法の新展開—小島康裕教授退官記念—』(信山社出版株式会社、2001)、長畑周史「日米に

州法ではそのような事情が内部統制システム構築義務の内容にどのような影響を及ぼすかにつき、Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co, 188 A.2d 125 (Del. 1963) の再検討を通じて研究していく。

以下、第2章では、デラウェア州法における内部統制システム構築義務にかかわる議論の進展を検討するとともに、過去に同様の不正行為が存在したという事情が、内部統制システム構築義務の内容にどのような影響を与えるかという視点から、内部統制システムにかかわる取締役の義務について探究する。

第3章では、デラウェア州法において、過去に同様の不正行為が存在したという事情が内部統制システム構築義務にどのような影響を及ぼすかについて検討し、日本法への示唆を検討する。

第4章では、本稿における検討をふまえ、今後の検討課題等について述べる。

第2章 デラウェア州法

第1節 デラウェア州法における取締役の監督義務

アメリカ法のもとでも、取締役会は、コンプライアンスを実現するため、会社の経営活動を監督する責任を負う⁷⁾。取締役には、日常業務について

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—」法研 82 卷 12 号 593 頁 (2009)、丹羽はる香「社外取締役の監視義務の具体的内容—内部統制システム構築義務を中心に—」同法 65 卷 4 号 353 頁 (2013)、南健悟「企業不祥事と取締役の民事責任 (一)～(五・完)—法令遵守体制構築義務を中心に—」北法 61 卷 3 号 1 頁 (2010)、61 卷 4 号 53 頁 (2010)、61 卷 5 号 1 頁 (2011)、61 卷 6 号 99 頁 (2011)、62 卷 4 号 101 頁 (2011)、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 61 卷 2・3 号 209 頁 (2010)、行澤一人「事業リスクに対する取締役の監視義務—内部統制システムにおける事業リスク管理体制とコンプライアンス (法令遵守) 体制を区別することの意義—」上村達男ほか編『企業法の現代的課題—正井章作先生古稀祝賀—』535 頁 (成文堂、2015)、吉井敦子「内部統制システム構築義務と『赤旗の兆候・red flag』」法雑 60 卷 3・4 号 1043 頁 (2014) がある。

7) Corporate Laws Committee of the Business Law Section of the American Bar Association, Corporate Director's Guidebook 6th Edition 35 (2011), Geoffrey P. Miller, The compliance function: an overview, 393 New York University Law and Economics Working Papers 1 (2014), Claire Hill and Brett McDonnell, Reconsidering Board Oversight Duties after the Financial Crisis, 2013 U. Ill. L. Rev. 859 (2013).

逐一把握していることまでは要求されず、取締役会に出席するなどして、会社の活動にかかわる重要な情報を継続的に入手し、会社の事業やそれがどのように運営されているかについて基本的な理解をして、一般的な監視を行うことなどが期待されている⁸⁾。もっとも、それを超えて、取締役が会社の従業員等を能動的に監督する義務を負うかという問題との関連で、内部統制システム構築義務を負うか、その内容および程度についてどのように考えるべきか問題となる⁹⁾。

この問題に関し、取締役による監督についてのデラウェア州法の考え方は、会社の刑法の遵守に関して、取締役が監督する義務を負うかが問題となった一連の代表訴訟を通じて発展してきているともいわれる¹⁰⁾。そこで、本章では、デラウェア州におけるそのような代表訴訟の事案を中心に検討していく。

第2節では、過去に同様の不正行為が存在した事案として、アリスチャルマーズ事件について検討を行う。この事件では、取締役の一般的な内部統制システム構築義務¹¹⁾は否定された。もっとも、過去に同様の不正行為があったという事情について考慮がされ、このような事情が存在する場合には内部統制システム構築義務を負うと考えられていることを読み取ることができる。また、この事件では、結論としては取締役の損害賠償責任は否定されたが、その考慮過程において、過去の不正行為の存在との関連で、取締役の責任を否定する方向に働く事情についての検討がなされている。

第3節では、アメリカにおける内部統制システムに関する議論の発展、一般的な内部統制システム構築義務が肯定されるに至った背景について概観しながら、本稿の検討対象である再発防止のための内部統制システム構築義務について検討する。

第4節では、一般的な内部統制システム構築義務を肯定した裁判例と位

8) Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law* 3d Edition 181 (2015), *Corporate Laws Committee of the Business Law Section of the American Bar Association*, *supra* note 7, at 19-20.

9) See Robert C. Clark, *Corporate law* 130 (1986).

10) Arlen Jennifer, *The Story of Allis-Chalmers, Caremark, and Stone: Directors' Evolving Duty to Monitor*, 160 *New York University Law and Economics Working Papers* 1 (2008).

11) 本稿では、過去に同様の不正行為が存在したという事情がない場合にも求められる内部統制システム構築義務について、このような表現で示している。

置付けられるケアマーク事件について検討する。この事件では、代表訴訟における和解案の承認にかかわるデラウェア州衡平法裁判所の判断のなかで、不正行為の再発防止策の策定を取締役側が約していることも考慮して、和解案が承認された。このことから、デラウェア州法においても、取締役の義務の内容として、再発防止のための内部統制システムの構築が求められることがうかがわれる。

第5節では、内部統制システム構築義務の判断基準を明確にしたストーン事件を取り上げる。この事件では、内部統制システム構築義務にかかわる規範が、より具体的に提示されている。また、取締役の監督義務と red flag との関係についても判示の中で触れられている。

第2節 アリスチャルマーズ事件

アリスチャルマーズ事件¹²⁾は、大規模な会社における取締役の監督義務違反の有無について問題となった事案であり、デラウェア州法における内部統制システム構築義務に関するリーディングケースである¹³⁾。この事件は、過去に同様の不正行為が存在したという事情のある事案であり、過去の不正行為の存在と内部統制システム構築義務との関係について判断を行っていることが注目される。

1 事案および原告の主張

(1) 事案の概要

本件は、アリスチャルマーズ社の株主が、取締役らに対して、会社に生じた損害の賠償を請求した代表訴訟の事案である¹⁴⁾。アリスチャルマーズ社の従業員が、1956年から、反トラスト法に違反して価格協定を締結するなどしていたことに関し、取締役の義務違反の有無が問題となった。

12) *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963).

13) See Clark, *supra* note 9, at 130, Jennifer, *supra* note 10, at 5, Stephen M. Bainbridge, *Corporate Governance After the Financial Crisis* 149 (2012).

14) 内部統制システムのうち法令遵守体制の整備が問題となった事例と分類できる。

(2) 原告の主張

原告は、この反トラスト法違反の行為に直接は関与していない取締役の潜在的責任について焦点をあて、以下の2点を根拠に、取締役は反トラスト法違反の行為を防止するための内部統制システムを構築すべきとの主張をした¹⁵⁾。

「第1の主張」として、原告は、アリスチャルマーズ社の従業員が過去にも反トラスト法違反行為を行い、その結果下された1937年の2つのFTC¹⁶⁾による同意命令 (consent degree)^{17) 18)}の存在を指摘した。そして、これが反トラスト法違反の活動に関し取締役に対する警告にあたり、取締役に当該活動を洗い出し、それが繰り返されないように保証する積極的な措置をとる義務が生じると主張した。

「第2の主張」として、原告は、本件の取締役には、会社の出来事を積極的に監視し、経営するコモンロー上の義務に関し重過失が認められるとして、会社が被った損害について責任を負うと主張した。会社の従業員の一部による不正行為の疑いについて知らず、「第1の主張」のような警告がなかったとしても、取締役は、当該不正行為を知り得るようになるための有効な監視システムを一般的に設けておくべきであった旨を主張した。

2 判示

(1) 「第1の主張」：過去の不正行為の存在が内部統制システム構築義務を発生させるか

デラウェア州最高裁判所は、過去の同意命令の存在が警告にあたり、取締役に上記義務が生じるという原告の主張に関して、以下のように判示した。

「問題の命令は、コンデンサーとタービン発電機についての価格協定に参加したアリスチャマルズ社その他9社に対して1937年になされた同

15) Jennifer, *supra* note 10, at 5 は、内部統制システム構築義務にかかわるこの事件の枠組みをこのように整理している。

See Bainbridge, *supra* note 13, at 149, Geoffrey Christopher Rapp, Institutional Control and Corporate Governance, 2015 BYU L. Rev. 985, 1013 (2016).

16) 連邦取引委員会 (Federal Trade Commission)。

17) コンデンサーとタービン発電機の統一価格の修正の合意に参加したアリスチャマルズ社等に対する同意命令を指す。

18) See Bryan A. Garner (editor in chief), Black's Law Dictionary 10th Edition, 369, 497-498 (2014).

意命令である。命令によれば、それらの会社は、「異議申立てのための」手続上の面倒と費用を避けることのみを目的として同意した、とされている」。

「被告取締役のうち誰も、1937年においてアリスチャルマーズ社の取締役または役員ではなかった」¹⁹⁾。

「現取締役の3人のみが後に同意命令の存在を知ったものの、この3人の取締役はみな、アリスチャルマーズ社は法令違反行為をしていなかったと確信しており、費用の回避と会社を守るだけのために当該命令に同意したものと信じていた」。そして、この3人の取締役により、取締役会に対して将来の違法な価格協定の可能性について知らされていなかったのであるから、1937年の同意命令の存在は、取締役の義務を発生させるものではないとした。

(2) 「第2の主張」：一般的に内部統制システム構築義務を負うか

デラウェア州最高裁判所は、取締役が、従業員の行為の適法性を監視するシステムの導入を行う積極的義務を負うかについて、以下のように判示した。

「会社の業務を執行する会社の取締役は、通常の注意や同様の状況で分別ある者が用いるであろう相当な注意を用いる義務を負うことが明らかとなっている。その義務は統制に係るものであり、過失によって適切な統制を行うことを怠った責任を彼らが負うか否かは特定の事件の状況及び事実による」としたうえで、原告の有効な監視システムを設けておくべきとの主張に関し、「取締役は何らかの不正の疑いを生じさせる事情が発生するまで、下位の者の正直さと誠実さを信頼することができるということは明らかである。それが発生したが無視された場合には、取締役の責任が問題となることとなろうが、疑うべき事由が存在しない場合には、疑う理由の存在しない不正行為を捜し出すための諜報制度 (a corporate system of espionage) を導入し、運営する義務はない」とした。

そのうえで、取締役が、「明らかに信頼するに足りない従業員にむやみに信頼を寄せ、取締役としての職務を拒否または傲慢にこれを怠り、従業

19) なお、被告取締役や現役員は、1937年の時点では、平社員 (subordinate capacities) として雇用されていたか、会社とは未だ何ら関係を有していなかった。

員の不正の明らかに危険な兆候を故意にまたは過失により無視した場合には、法は彼らに責任を負わせることとなるだろう。しかしながら、疑うべき事由の存在が明らかになるやいなや、本件では取締役会は速やかにその不正行為を終息させ、再発を防止するための行動に出たものであるから、本件はそのようなケースではない」とし、取締役の責任を否定した。

3 アリスチャルマーズ事件判決に対する評価

本件は、電気機器の製造を行う大規模会社において、その従業員が反トラスト法に違反したことに関し、会社に生じた損害の会社への賠償を取締役が請求された事案である。取締役の内部統制システム構築義務に関し、デラウェア州最高裁は、この事件における過去の同意命令の存在はその義務を発生させるものではないとした。そして、「疑うべき事由が存在しない場合には、疑う理由の存在しない不正行為を捜し出すための諜報制度を導入し、運営する義務はない」とし、本件ではそのような疑うべき事由も見当たらないとして取締役の責任を否定した。

この判決に関して、内部統制システム構築義務を一般的に否定したものと評するものもある²⁰⁾。しかし、「疑うべき事由が存在しない場合には」という留保がついている。このことは、裏を返せば、疑うべき事由が存在する場合には、取締役に内部統制システム²¹⁾構築義務が課せられることを意味する。すなわち、疑うべき事由が存在するにもかかわらず、その疑うべき不正行為を防止するための内部統制システムを構築していない場合には、取締役は内部統制システム構築義務違反を問われる。この判決は、内部統制システム構築義務を完全に否定したのではなく、疑うべき事由の存在を根拠として、部分的に肯定したものととらえるべきである²²⁾。

20) 例えば、伊勢田・前掲(注6)63頁、南・前掲(注6)「企業不祥事と取締役の民事責任(二)一法令遵守体制構築義務を中心に」北法61巻4号58頁。

21) 本判決では「諜報制度」と表現されている。

22) もっとも、アリスチャルマーズ事件判決における段階では、不正行為について疑うべき事由が存在しない状態のもとでは、特に疑いのない不正行為の発生を防止するための一般的な内部統制システムを構築する義務は認められないと解される。この種の内部統制システムの構築に関しては、そもそも構築するか否かも含め取締役の裁量によると捉えられる。

(1) この判決を支える論拠

この判決を支える論拠につき、Jennifer 教授は、この当時、連邦刑法は、その適用範囲が比較的狭く、罰金の額も少額であったため、法令遵守にかかわる監督を取締役に要求する理由はほとんどなかったことを指摘する²³⁾。そして、会社が法令遵守体制を拡大することによって得られる利益はほとんどなく、むしろそれは会社に支出を生じさせるものであり、取締役が法令遵守に焦点をあてる理由はなかったとする²⁴⁾。

この見解は、内部統制システムを一般的に構築することを要求するのは費用対効果の観点²⁵⁾から妥当ではなく、一般的な内部統制システム構築義務を否定する余地があることを示している。

(2) 批判的な見解

アリスチャルマーズ事件判決については、取締役は、不正に気付いたときのみ責任を負うとするものであり、目を閉じた見張役 (shut-eyed sentry) となるとの批判がある²⁶⁾。そして、会社の不正行為が経営トップからはるかに下位において行われる規模の会社においては、取締役が有効な管理を行うことには限界があるから、組織的な内部監督体制を構築することが実質的なアプローチであるとする²⁷⁾。また、過失理論においては、適切な注意を払っていたら摘発できた違法行為を検知し損ねる場合が典型的であり、アリスチャルマーズ事件は、役員による合理的な監視を行う義務の違反を、原告が証明することに対する大きな障害となると指摘されている²⁸⁾。

23) Jennifer, *supra* note 10, at 2.

24) *Id.* at 6-7.

25) コンプライアンスは、一般的な段階としては、費用と便益の間のトレードオフにかかわるものであると指摘するものもある。Miller, *supra* note 7, at 2.

26) John C. Coffee, Jr., *Beyond the Shut-Eyed Sentry: Toward a Theoretical View of Corporate Misconduct and Effective Legal Response*, 63 Va. L. Rev. 1099, 1184 (1977).

27) *Id.* この見解は、大規模な会社であるという事実を、内部統制システム構築義務を肯定する要素としてとらえていると評価できる。

また、Clark, *supra* note 9, at 131 も、規模が大きいことを理由に取締役の職務を重要な方針の決定に限定する考え方は、的を外していると指摘する。

これに対し、本判決は、アリスチャルマーズ社が30000人の従業員を擁する大規模な会社であるという事実の評価に関して、必然的に個々の従業員については知ることができず、取締役の統制の対象を取締役会による会社指針の決定に限定せざるを得なかったと述べ、この事実を内部統制システム構築義務に関し少なくとも肯定的な要素とは考えていないものと思われる。

28) Coffee, *supra* note 26, at 1183.

この指摘は、アリスチャルマーズ事件の最高裁判決のように考えるならば、特に大規模な会社においては、従業員の行為の監視に関する義務違反が認められる可能性はほとんどなくなるのではないかという懸念に基づくものと思われる。

また、後述のように一般的に内部統制システム構築義務が肯定されるに至っている現状からのアリスチャルマーズ事件判決に対する評価について、例えば、ALIのコーポレートガバナンス原則の4.01条のコメントでは、「アリスチャルマーズ事件判決において、デラウェア州最高裁判所は、少なくとも監督手段、法令遵守プログラム的一种について、取締役会の受動的な役割を描いているように思われる。…アリスチャルマーズ事件は30年前に決定されたものであり、…今日、大規模又は複雑な会社において取締役として務める通常の分別ある者は、取締役会の監督の役割を援助する手続、プログラムその他手段の存在及び有効性に合理的にかかわる必要があることを認識すべきである」²⁹⁾とされている。アリスチャルマーズ事件の最高裁判決は、モニタリングモデルの発展前における取締役会の受動的な役割を想定したものであるが、その現代的意義は小さく、取締役会の監視義務に関する現在の見解と調和しないとも評される³⁰⁾。アリスチャルマーズ社が大規模な会社であるという事情についても、本判決は、取締役の義務を発生させる事情とは位置づけていないものと解されるが、このような位置づけも当時は未だ取締役会のモニタリング機能に対する考えが浸透していなかったことが背景となっているものと考えられ、現在の潮流には反するといえる³¹⁾。

29) American Law Institute, *Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations Volume 1*, 165 (1994).

30) Melvin A. Eisenberg, *The Board of Directors and Internal Control*, 19 *Cardozo L. Rev.* 237, 261 (1997). See E. Norman Veasey and William E. Manning, *Codified Standard— Safe Harbor or Uncharted Reef ? An Analysis of the Model Act Standard of Care Compared with Delaware law*, 35 *Bus. Law.* 919, 930 (1980).

なお、Eisenberg教授は、取締役会に内部統制システムの構築の責任を負わせるべき理由として、経営者と取締役会の間における情報の非対称性の是正と、経営者は短期利益の追求から機会主義的行動をとるために会社の指針や法的ルールによる統制を軽視しがちであることを指摘する。Eisenberg, *supra* note 30, at 244-250.

31) なお、信頼の権利との関係について、本判決は、取締役は何らかの不正の疑いを生じさせる事情が発生するまで、下位の者の正直さと誠実さを信頼することができる旨を判示している。これに関して、過度に会社内部の下位の者に対する信頼の権利を拡大すれば、取締役が究明をすればするほど信頼を不当なものとする疑いの兆候の検知につながりかねず、責任を負うリスクが高まることとなる。し

(3) Clark 教授の見解

Clark 教授は、アリスチャルマーズ事件の最高裁判決によれば、大規模会社の取締役につき、法令遵守システムを実行する一般的な積極的義務は否定されるものの、何らかの疑い (triggering event) が生じたときに限り、調査する義務を生じさせるとしている³²⁾。

Clark 教授は、本件における違法な価格協定が、会社や株主の利益を確保し、最大化するものであるという観点から、本判決をなした裁判所の動機をうかがうことができるとする³³⁾。会社の利益を最大化することのできない法令遵守プログラムの構築費用を負担させる決定については、少なくとも経営者の裁量に委ねられるべきものであるとして、法令上、内部統制システムの構築を会社に強制するべきではないと裁判所が考えている可能性を指摘する³⁴⁾。もっとも、取締役が、重要な刑事規定の違反を中間管理職へ命令する決定をしたり、違反が継続していること知っているにもかかわらず、何らかの対応をすることを意図的に避けることを裁判所は黙認するものではない、としている³⁵⁾。

Clark 教授も、「本節 3 (1)」の見解同様、会社の利益の最大化、費用対効果の観点から、取締役会の経営判断を尊重するべきという考え方を基礎におき、本判決の立場を説明していると考えられる³⁶⁾。

Clark 教授は、さらに、会社内部の監督に関し、triggering event approach と systemic approach が存在する旨を指摘する³⁷⁾。

Clark 教授は明示的に述べているわけではないが、systemic approach は、取締役に不正行為を防止するためのシステムを構築すべき義務を一般的に

たがって、このような判断枠組みのもとでは、無視をすることが、責任を意識する取締役にとって慎重な道であることとなり、取締役会がさらに疑いを投げかけるのを妨げることとなりかねないとの指摘がある。Eisenberg, *supra* note 30, at 261, Coffee, *supra* note 26, at 1189-1190.

32) Clark, *supra* note 9, at 132.

33) *Id.*

34) *Id.* at 132-133.

35) *Id.* at 132.

36) なお、ここで述べられていることは経営判断原則を認める根拠とも通じるものがあり、内部統制システム構築義務に関し取締役の裁量を尊重すべきことの論拠としてもあてはまるであろう。

もっとも、この事件では、原告の主張が取締役の不作為にかかわる責任の追及であったため、経営判断原則は適用されず、注意義務をみたしていたかどうかについて審理がなされたと指摘するものがある。Bainbridge, *supra* note 13, at 149.

37) *Id.* at 135.

課す考え方であるのに対して、triggering event approach は、不正行為が発生する何らかの疑いがある場合にのみ取締役にそれを防止する義務が発生するという考え方と整理することができよう³⁸⁾。

そして、Clark 教授は、会社内部の監督のために、triggering event approach か systemic approach のいずれを採用すべきかの決定を会社の経営陣の裁量に委ねることは、閉鎖的な会社に関しては妥当であるとしている³⁹⁾。閉鎖的な会社では、監督の対象とすべき者 (key participants) が少ないなどといった事情から、日常的な監視や相互的な確認がより実施可能であり、内部会計統制システムを採用するために投じた費用と期待される効果との間の釣り合いが取れないためである⁴⁰⁾。一方で、Clark 教授も、「本節 3 (2)」で紹介した見解と同様に、本判決のルールは、大規模公開会社のガバナンスに対しては、適したものではないと評している。

以上のような整理が適切であるとすれば、Clark 教授は以下のように考えていると理解することができよう。すなわち、systemic approach を採用するかについては、閉鎖的な会社については取締役に裁量が認められるものの、ある不正行為が発生したことがあるなど、何らかの疑うべき事情 (triggering event) がある場合には、それに対応するためのシステムを構築する義務を取締役は負うことになるのである。

4 内部統制システム構築義務を発生させる「疑うべき事由」一過去の不正行為の存在一

原告の「第 1 の主張」に関し、原告は、内部統制システム構築義務を発生させる根拠として、過去の不正行為の存在を基礎づける 1937 年の 2 つの同意命令を掲げている。

これに対して、デラウェア州最高裁判所は、その当時、被告取締役のう

38) See *id.* at 132.

39) 以下につき、*id.* at 135-136.

40) 小規模な会社における日本の事例として、名古屋高金沢支判平成 17 年 5 月 18 日判時 1898 号 130 頁では、過去に同様の違法行為が行われていたことも根拠として、内部統制システム構築義務を認めた。小規模な会社では、具体的な監視監督が容易であるとしても、直接監視監督ができない部分が存在する場合で、過去に同様の不正行為があった等のその不正行為の再発に対する予見が可能となる場合には、監視監督を実行するための組織的なアプローチをとることが要求されよう。拙稿・前掲 (注 5) 107 頁以下。

ち誰も取締役または役員ではなかったという事実、現取締役のうち3人のみが後に同意命令の存在を知ったものの、当該3人の取締役は、会社が法令違反行為をしてはいなかったと確信しており、したがって手続費用が生じるのを避けることなどだけのために当該命令に同意したものと信じていたという事実、取締役会に対して、その3人から将来の違法な価格協定の可能性について知らされていなかったという事実⁴¹⁾をもって取締役の内部統制システム構築義務の発生を否定した⁴²⁾。

このようにデラウェア州最高裁は、これらの一定の事実の存在を理由に、同意命令の存在は取締役の内部統制システム構築義務を生じさせるものではないとした⁴³⁾。一方で、仮にこれらの一定の事実が存在しない場合には、過去の不正行為の存在を示す同意命令の存在という事実は、取締役の内部統制システム構築義務を発生させる事情となり得ることを意味する⁴⁴⁾。そもそも過去の不正行為の存在が内部統制システム構築義務を根拠づけるものと位置付けていなければ、これらの取締役の義務の発生を否定する方向に働く一定の事実について評価をする必要もない。アリスチャルマーズ事件の最高裁自体も、過去の同意命令が不正行為についての警告として機能すると評価される場合には、取締役はこれに応じて行動すべき義務を負うという立場と解される⁴⁵⁾。

そして、過去に不正行為が存在したという事実は、アリスチャルマーズ事件の最高裁のいう「疑うべき事由」に該当し、内部統制システム構築義

41) なお、当時の体制に関して、同意命令の存在を知った取締役が存在するにもかかわらず、取締役会に報告される仕組みとなっていないという点については、情報報告体制に不備があると、あくまでも現時点に立てば、評価されよう。

42) 取締役の義務の発生を妨げる事情については「本節5」で検討する。

43) なお、「第1の主張」に関して、原告は、「最低限として、大陪審（Grand Jury）による調査の結果、本件の違法行為の事実について初めて注意するに至った1960年の時点で、取締役会は措置を講じるべきであった」とも主張した。これに対して、最高裁は、この事実を含めても、「1937年の同意命令の存在は、過去の不正行為について知った3人の取締役がその事実を取締役会に知らせていないという事実のもとでは、関係がない」としている。

44) 少なくとも本件についても、例えば、取締役が過去の不正行為の時点においても取締役の地位にあり、その違法性についても認識しており、取締役会にもその報告がなされていた場合には、過去の同様の不正行為の存在が「警告」となり、取締役にはそのような不正行為の再発を防止するための体制を整えるべき義務が生じると判断されたものと考えられる。

45) Jennifer, *supra* note 10, at 6.

務を発生させると整理できよう⁴⁶⁾。ここにいう過去の不正行為に関しては、アリスチャルマーズ事件で問題となった不正行為も、過去の同意命令にかかわる不正行為も、反トラスト法に違反する価格協定にかかわるものであり、両者が同様の態様によるものであることが前提とされているといえる。

Bainbridge 教授も、上記「本節 3 (1)」で述べた見解同様に、この最高裁判決は費用対効果の分析により正当化されるとの見解を示したうえで、以下のように述べている⁴⁷⁾。すなわち、Bainbridge 教授は、“every dog gets one bite.” という慣用句をもちだし、以下のようなコモンローの原則を参照しながら、アリスチャルマーズ事件判決について検討している。すなわち、犬の飼い主は、一度その犬が人に噛みついた以上は、その犬が人を噛む性質を有していることについて認識をしている⁴⁸⁾。その場合には、その犬が再び人を噛まないように対処すべきであり、再び人に噛みついたときには責任を負う。もっとも、そのような事情のない場合には飼い主は責任を負わない。そして、このような考え方についての経済的理論的な解釈としては、費用対効果の分析であり、その犬を柵などにより常に見張ることは費用がかかり、用心をする必要のないものについて、そのための費用をかけることは求められない旨を指摘している。

そして、このような考え方がアリスチャルマーズ事件における考え方に類似することは自明であるとし、以下のように指摘する⁴⁹⁾。犬の飼い主が、犬が噛む性質を有していることを知らない限り、責任を負わないのとまさに同じように、取締役は従業員が法に違反する性質を有していることを知るべき場合のみ、責任を負う。犬の飼い主が、その犬が以前に人を噛んだことにより、その犬の性質について認識するのとまさに同じように、過去の不正行為が、取締役に当該不正行為の再発可能性について認識を生じさせる。犬の飼い主が、本来的に悪い育ちである犬を統制する積極的義務を負うのとまさに同じように、取締役は明らかに信用する価値のない従

46) アリスチャルマーズ事件の最高裁がこのように明示して整理しているわけではないが、過去に同様の不正行為が存在する場合には、その事件における不正行為の発生に対する予見可能性が高まり、その事件における不正行為について「疑うべき事由」が存在すると評価されることとなろう。

47) 以下、本段落につき、Bainbridge, *supra* note 13, at 150.

48) その犬が人を噛む性質を有するという認識は、本文で示している場合のほか、本来的に違反をする性質であることに基づく指摘されている。

49) 以下、本段落につき、Bainbridge, *supra* note 13, at 150.

業員を監視することをむやみに怠ることは許されない。ただ一方で、法令遵守プログラムの構築には費用がかかり、そのようなプログラムを構築することを会社に合理的に期待できるのは、過去に違反が存在したという警告がある場合のみである。

このように、Bainbridge 教授も、過去に同様の不正行為が存在する場合には、それを防止し得るシステムの構築が要求されるとし、アリスチャルマーズ事件判決自体もこのような立場をとっていると解していると思われる。

さらに、デラウェア州最高裁は、原告の「第2の主張」に関して、本件の違法行為に対する取締役会の対応についても、取締役には義務違反は認められないとした。その理由としては、「取締役会の指示で、反トラスト問題に関する指針説明書が発行され、法務部門は反トラスト法に関係し得る分野の会社の全従業員とともに一連の講習会を始めるなど、将来のさらなる反トラスト法違反の可能性を除去するための対策を行った」ことを掲げている⁵⁰⁾。また、取締役の責任を否定するという結論を導く部分でも、取締役が、「疑うべき事由の存在が明らかになるやいなや」、「取締役会は速やかにその不正行為を終息させ、再発を防止するための行動に出た」ことをその理由としている。事件発覚後の対応に関しての部分においてであるが、取締役の義務の内容に関し、本件の不正行為をふまえ会社がどのような再発防止策をとったかについて検討をしている。

このように、アメリカでは、一般的には内部統制システム構築義務が認識されていないこの当時においても、会社自身に再発防止策としての内部統制システムの構築に対する意識があり、デラウェア州最高裁もそれを義務の内容と捉えていたといえる⁵¹⁾。

もっとも、アリスチャルマーズ事件では、次で詳しく検討する一定の事情の存在を前提に、同意命令が存在していたにもかかわらず、取締役には義務違反が認められないとした。すなわち、同意命令の存在は内部統制シ

50) See Jennifer, *supra* note 10, at 6.

51) 日本では、一般的な内部統制システム構築義務が肯定されるとの前提のもとで、再発防止のための内部統制システム構築義務が認められているという枠組みでとらえられているものと考えられ、論理を組み立てる順序が日米で逆になっている点は注目される。大阪地判平成12年9月20日前掲(注2)、最高裁平成21年判決参照。

また、再発防止策の具体的内容としては、ケアマーク事件における和解案とともに参考になる。

システム構築義務を発生させる「警告」にはあたらないとしている。これは、本件において、過去に同意命令が存在していたという事情は、次の「本節5」で検討する事情も考慮した結果、不正行為の再発を防止するための体制の構築を要求する十分なインシデントとはいえないことを意味している。

5 責任を否定する方向に働く事情

アリスチャルマーズ事件では、原告は、過去の反トラスト法違反の活動が会社の従業員により行われたことは、取締役に対する警告に該当するとして、1937年の2つのF T C による同意命令を指摘した。この主張は、過去の同様の不正行為の存在を内部統制システム構築義務違反の根拠として主張しているものと位置づけられる⁵²⁾。

もっとも、最高裁は、「本節2(1)」で述べた事実を理由に、同意命令の存在は、さらなる違法な価格協定の可能性を取締役が知るべき地位にあったことを基礎づけるものではなく、取締役の法令遵守プログラムを構築することについての義務違反を結論づけるものではないと判断した。

過去に同様の不正行為が存在することは、それを防止し得る体制を構築する義務を発生させる事由であると考えられる。とはいえ、アリスチャルマーズ事件の最高裁も示しているように、一定の事情の存在を理由に、取締役の内部統制システムにかかわる責任が否定される場合もある。そして、取締役の責任を否定する方向に働く事情、あるいは否定する前提条件となる事情について、この事件をふまえて検討すると、以下のように考えられる。

第1に、過去の不正行為につき、その取締役が適法であると信じていたことがあげられる。その行為自体の違法性が確定判決により認定されたものでなく、取締役にその違法性を認識することを要求することができない場合ともいえる。もっとも、違法行為やその兆候につき、適法であると単に信じていた場合にはこの限りでなく、違法でない信じていたことが不相当ではないことが求められよう。違法でない信じていたことが不相当ではないと認められる場合には、その不正行為に対する予見義務を課すべきとは評価されにくくなる。アリスチャルマーズ事件においては、過去

52) Jennifer, *supra* note 10, at 5-6.

の同意命令につき、費用の発生を避けることなどだけを目的として同意したことを、その当時の取締役や現在の取締役が信じていたという事情があった。一方で、過去の違法行為の種別や重大性、不正行為による会社の損害の大きさは、取締役の責任の有無の判断に影響を及ぼすものと考えられる。損害が大きいなどの場合には、結果を回避し、会社の損害を防止すべき要請が高くなるからである。

取締役に違法性に対する認識を要求することが相当とはいえないと評価されるためには、過去における不正行為の存在というインシデントが、正式な訴訟手続における事実認定に基づき違法とされたものではないことが前提となる。FTCによる同意命令は、審判手続を経て発せられるものではないため、違反事実を法的に認定したのもので、違法性を法的に確定するものでもない⁵³⁾。もっとも、このような性格を持つ同意命令等も、確定判決ではないものの不正行為につき予見すべき兆候を提供するものである以上は、その存在は基本的には内部統制システム構築義務を生じさせる方向に働く事情といえる。確定判決ではないことは、過去の行為についての違法性それ自体、または取締役の過去の不正行為についての違法性の認識を否定し得るものとして、責任が否定されるためのいわば前提条件のとして機能するものと考えられる⁵⁴⁾。

第2に、過去の不正行為が発生した当時、事件の被告となっている取締役が、その会社の取締役等でなかったなど、その不正行為を直接認識するものでなかったことがあげられる。この場合、現取締役のその不正行為に対する予見可能性を基礎づけるものではないと評価され得る。もっとも、取締役は過去のその会社における不正行為も把握しておくべきであることからすれば、この事情も、責任が否定されるための前提条件として機能するものと考えられる。

第3に、過去の不正行為の発生から、一定の期間が経過しており、その間に同様の不正行為が発生しなかったという事情があげられる。アリスチャルマーズ事件では、事件で問題となっている不正行為は1956年頃からなされていたとされており、過去の同意命令は約20年前の出来事であった。

53) 公正取引委員会ホームページ (<http://www.jftc.go.jp/kokusai/worldcom/kakkoku/abc/allabc/u/america.html>、2016年8月28日アクセス)。

54) 拙稿・前掲(注5)90、112-113頁参照。

またその約 20 年間に同様の不正行為が存在したという事実は認定されていない。この事情は、その会社において同様の不正行為が再発する可能性が低くなった、あるいは現在構築されている内部統制システムで防止し得るものとなった等を推認する事情として、現取締役の予見可能性を生じさせるインシデントとしては弱いものと評価され得るといえることができる。

以上のような事情を総合的に判断して、取締役に再発防止のための内部統制システムの構築義務を課すことが適当であるのか判断されるべきものと考えられる。

第 3 節 アメリカにおける内部統制概念の発展

アリスチャルマーズ事件においては、疑うべき事由が存在しない限り、取締役は内部統制システム構築義務を負わないと判示された。この事件の最高裁判決を前提とすれば、内部統制システム構築義務が課されるのは、限定的な場合に限られる。

しかしながら、取締役会の機能としてモニタリング機能に対する意識が高まるにつれ、取締役会は会社の業務執行を執行役員に委任する一方、その監視監督機能の強化が図られるべき⁵⁵⁾と考えられるようになっていった⁵⁶⁾。そして、取締役会のモニタリング機能を充実したものにするため、特に法令遵守に関し、より一般的に内部統制システムの構築を促進する立法や実務的な動きがみられた。

以下では、アリスチャルマーズ事件においては限定された事情のもとでのみ肯定されていた内部統制システム構築義務が一般化されていく変遷をみながら、本稿の検討対象である再発防止のための内部統制システムの構築に対する考え方の表れを検出していきいたい⁵⁷⁾。

55) モニタリングモデルについて、川濱昇「取締役会の監督機能」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』3頁以下（有斐閣、1997）参照。また、Eisenberg, *supra* note 30, at 239, 261。

56) See Bainbridge, *supra* note 13, at 151-152.

57) アメリカにおける内部統制概念の発達や法規制の経緯等については、柿崎・前掲（注 6）『内部統制の法的研究』、柿崎・前掲（注 6）「SOX 法制定後の内部統制の展開と取締役の監視義務」尾崎安央＝川島いづみ編『比較企業法の現在—その理論と課題—石山卓磨先生・上村達男先生還暦記念』307頁以下、柿崎・前掲（注 6）「海外子会社等による贈収賄リスクと内部統制」商事 2092 号 20 頁以下参照。

1 海外腐敗行為防止法の制定（1977年）

1977年の海外腐敗行為防止法（The Foreign Corrupt Practices Act）（以下、「FCPA」という）の制定およびそれに伴う1934年証券取引所法13条（b）（2）の改正により^{58）}、同法のもとでの登録会社に対して、内部会計統制システムの構築が連邦法上要求されることとなった^{59）}。FCPAの制定は、ウォーターゲート事件における調査を契機に発覚した企業不祥事の社会問題化や監査人による監査が十分になされていなかったことを受けて、SECが企業のコーポレート・ガバナンスを改善するためにとった対応の一環としてなされたものである^{60）}。

FCPAの制定およびそれに伴う1934年証券取引所法13条（b）（2）の改正^{61）}は、監査上の要請や経営者の自主性に委ねられていた内部統制システムの構築、運用を法的義務に引き上げるものとして意義を有する^{62）}。そして、この規制は、海外取引に従事している会社だけではなく、事実上すべての上場会社に適用され、その対象も、海外における賄賂の摘発にかかわる統制に制限されず、あらゆる種類の企業取引についての会計統制や財産の使用を規制するものであった^{63）}。

FCPAが採択されて以降は、内部統制概念の展開における重要な点が内部会計統制以外の分野へと拡大していった^{64） 65）}。

58) 現行法については、Section 13 (b) of the Securities Exchange Act of 1934, [15 U.S.C. § 78m], available at < <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-recordkeeping.pdf> > (2016年6月29日アクセス)。翻訳については、日本証券経済研究所編『新外国証券関係法令集 アメリカ(Ⅲ)証券法、証券取引所法』184-185頁（日本証券経済研究所、2008）を参照。

59) Eisenberg, *supra* note 30, at 242. また、町田祥弘『内部統制の知識』62頁（日本経済新聞出版社、第3版、2015）参照。

60) 柿崎・前掲（注6）『内部統制の法的研究』30頁、片木晴彦「会計監査人による監督」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』89-91頁（有斐閣、1997）、Joel Seligman, *Accounting and The New Corporate Law*, 50 Wash. and Lee L. Rev. 943, 946-947 (1993)。

61) 多くの賄賂事件において、取締役や上級役員らは、何が行われているか知らないと主張したので、議会は会計統制の規定も加えた。Clark, *supra* note 9, at 134.

62) 柿崎・前掲（注6）『内部統制の法的研究』31頁。

63) Clark, *supra* note 9, at 134.

64) Eisenberg, *supra* note 30, at 242. また、町田・前掲（注59）64頁参照。

65) FCPA法執行の近時の発展については、弥永真生編著『企業集団における内部統制』97頁以下〔柿崎環〕（同文館出版、2016）参照。

2 取締役ガイドブック (1978年)

1978年に発表された「取締役ガイドブック」においては、例えば、「情報の流れ」に関し、「取締役は、有効な報告体制の構築や維持に関心を払うべきである。」とされている。また、「法令遵守」に関し、「取締役は、会社が、国内外の法令の遵守に目をむけるプログラムを有していること、(適切な)方針書を従業員にいきわたらせること、当該遵守を監視する手続を維持すること、に関心を有するべきである。会社の法令遵守を促進させるために、常勤の顧問弁護士が取締役に適切にアクセスでき、会社はその方針が実行されるのを確保するために十分な法的サービスの提供を受けること、会社に法的サービスを提供するあらゆる法律家は、是正措置を取り得るようにするために、法令の不遵守が顧問弁護士の注意を引き、場合によっては、顧問弁護士により主任業務執行取締役に速やかに伝達されるのを確保するために、常勤の顧問弁護士と意思疎通する直接のルートを会社が確保することが望ましい。」とされている⁶⁶⁾。

このように、1978年に発表された「取締役ガイドブック」においても、情報報告体制や法令遵守のための体制を取締役は構築すべきことが求められており、専門家とも連携をし、それらを充実させることが望ましいと考えられていた⁶⁷⁾。

66) 以上につき、Committee on Corporate Laws, Section on Corporation, Banking and Business Law, American Bar Association, Corporate Director's Guidebook, 33 Bus. Law. 1591, 1608-1610 (1978)。

67) なお、取締役ガイドブックの第6版では、「法令遵守」につき、「よく考えられ、適切に実行された法令遵守プログラムは、法律や会社の方針の違反の発生を明らかに減らすことができる。それは、民事訴訟や刑罰、刑事訴追を減少または除去することもできる。連邦量刑ガイドラインは刑法違反の会社犯罪に対する刑罰を大いに重くしたが、それらは当該違反を防止し検知する有効なプログラムを会社が設置すれば、明らかに罰金が減少するということももたらす。取締役は、違反を検知し、一般的な法令遵守の問題や会社に対する請求への注意のみならず、重大な法律またはその他法令遵守の問題につき、取締役または取締役会の適切な委員会に適時に報告することも促進するために、適切なプロセスを設置することを、定期的に十分行うべきである。」とされている。

以上につき、Corporate Laws Committee of the Business Law Section of the American Bar Association, *supra* note 7, at 35-36。

アリスチャルマーズ事件判決当時は、「本章第2節3(1)」で紹介した見解にあるように、刑法の適用範囲が狭いことや、罰金の額が少額であり、内部統制システムを導入することによる効果は少なかったとされ、一般的な内部統制システム構築義務を取締役が負うことにつき否定的にも考えられていたのと対照的である。See Jennifer, *supra* note 10, at 2。

この他にも、本文中に述べた初出のものに比し、特徴的なのは、連邦量刑ガイ

3 経営者円卓会議（1978年）

1978年、経営者円卓会議⁶⁸⁾においても、「取締役やトップ経営陣は、大規模な会社において、あらゆる従業員や支配人の行為の適法性についての保証人となることはできない…。他方で、近時の会社の行為における不祥事により、会社における法令遵守の方針や手続の実施の必要性が強調されてきている。これらの方針や手続は、経営を執行するあらゆるレベルにおいて持続的かつ組織的なコンプライアンスを促進するように企図されるべきである」とされている⁶⁹⁾。

ここでは、特に大規模な会社を念頭において、取締役はあらゆる業務の監督は不可能である一方で、法令遵守のための方針や手続の策定によるコンプライアンスの強化を図るべきことが述べられており、取締役がそのような体制としての内部統制システムを構築すべきことを示すものといえる。アリスチャルマーズ事件判決の当時は、「本章第2節3(2)」でも述べた通り、会社の規模が大きいことが内部統制システム構築義務を発生させる根拠としては捉えられていなかったのと対照的である。

4 COSO レポート（1992年、2013年改訂）とその発表への経緯

1980年代、財務報告に関する不正を行った企業の倒産が相次ぐなか、1985年に不正な財務報告を引き起こす要因を識別し、その発生を減少させるための方策を明らかにする目的で、「不正な財務報告に関する全米委員会（National Commission on Fraudulent Financial Reporting）」（いわゆるトレッドウェイ委員会）が、米国公認会計士協会、米国会計学会、財務担当経営者協会、内部監査人協会、管理会計士協会の支援のもと設立され

ドラインも意識しつつ、コンプライアンスにかかわる問題を取締役会等に適時に報告されるプロセスとしての内部統制システムの構築が明示的に要求されていることである。また、構築したプロセスを定期的に書面にて評価することが要求されていること、従業員を含む会社組織全体の問題にも目を向けていることや、監査委員会をはじめとする委員会の活用が前提とされていることがうかがわれ、モニタリングモデルがさらに定着しているという背景を読み取れることも注目される。

68) 経営者円卓会議は、主要な会社の最高経営責任者をその構成員として、1974年に正式に組織された。The Business Roundtable, The Role and Composition of the Board of Directors of the Large Publicly Owned Corporation, 33 Bus. Law. 2083 (1978) . 69) *Id.* at 2101.

た⁷⁰⁾。1987年に、同委員会は、報告書⁷¹⁾を発表した。ここでは、公開企業の経営者と取締役、公認会計士、証券取引委員会等の機関、教育機関等に対して幅広く勧告が行われた⁷²⁾。

同報告書は、内部統制に関しても勧告を行い、財務報告に影響を及ぼす内部統制は、内部会計統制には限られないとしたうえで、統制環境、企業の行為要領、内部監査機能や監査委員会の重要性を特に強調した⁷³⁾。また、報告書では、内部統制の有効性についての経営者の評価を記した経営者報告書の重要性について確認されている⁷⁴⁾。

さらに、同委員会は、内部統制について統一的な定義や指針が公表されれば、内部統制の構築やその有効性の評価をするのに寄与するとし、トレッドウェイ委員会支援組織委員会 (Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission) に対して、内部統制に関するさらなる検討を行うことを求めた⁷⁵⁾。その成果として、トレッドウェイ委員会支援組織委員会は、1992年にいわゆる COSO レポート⁷⁶⁾を公表した。

COSO レポートにおいては、内部統制とは、「業務の有効性と効率性」、「財務報告の信頼性」、「関連法規の遵守」という「範疇に分けられる目的の達成に関して合理的な保証を提供することを意図した、事業体の取締役会、経営者およびその他の構成員によって遂行されるプロセスである」⁷⁷⁾と定義されている。そして、内部統制は、統制環境、リスクの評価、統制活動、情報と伝達、監視活動という5つの相互に関連がある要素から構成される

70) 柿崎・前掲 (注6)『内部統制の法的研究』92頁、トレッドウェイ委員会組織委員会著・鳥羽至英ほか訳『内部統制の統合的枠組み 理論編』162頁 (白桃書房、1996)、不正な財務報告全米委員会著・鳥羽至英＝八田進二訳『不正な財務報告—結論と勧告—』ix-x頁 (白桃書房、1991)。

71) National Commission on Fraudulent Financial Reporting, Report of the National Commission on Fraudulent Financial Reporting (1987)。

この報告書の邦訳として、不正な財務報告全米委員会著・鳥羽＝八田訳・前掲 (注70)。

72) 不正な財務報告全米委員会著・鳥羽＝八田訳・前掲 (注70) 20-21頁参照。

73) 不正な財務報告全米委員会著・鳥羽＝八田訳・前掲 (注70) 28-30頁。

74) 不正な財務報告全米委員会著・鳥羽＝八田訳・前掲 (注70) 49-52頁。

75) トレッドウェイ委員会組織委員会著・鳥羽ほか訳・前掲 (注70) 162-163頁、町田・前掲 (注59) 66-67頁。

76) Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal Control - Integrated Framework (1992)。以下、COSOレポートの邦訳について、トレッドウェイ委員会組織委員会著・鳥羽ほか訳・前掲 (注70) によった。また、COSOレポートについては、柿崎・前掲 (注6)『内部統制の法的研究』136頁以下も参照。

77) トレッドウェイ委員会組織委員会著・鳥羽ほか訳・前掲 (注70) 18頁。

とされている。

COSO レポートは、アメリカにおいて、内部統制に関し、根幹的な意義を有するものと扱われ⁷⁸⁾、理論的にも実務的にも重要な影響を与えた。COSO の統合フレームワークは、ほとんどの上場会社の監査人が、経営者による会社の内部統制に対する評価につき、評価するために採用しているといわれる⁷⁹⁾。COSO レポートは、アメリカにとどまらず、世界的に影響を及ぼした⁸⁰⁾。

なお、2013 年に COSO レポートは改訂された^{81) 82)}。

78) Eisenberg, *supra* note 30, at 244.

79) Miller, *supra* note 7, at 4.

80) 片木晴彦「内部統制と証券取引法」ジュリ 1249 号 62-63 頁 (2003)。

なお、COSO レポートと会社法上の内部統制システムとの関係については、それらは直接関係を有するものではないが、COSO レポートにおける業務執行機関内部における統制も会社法上の内部統制システムの重要な一部になるとしつつ、会社法はさらに進めて内部統制システムに業務執行機関外部の機関である監査役を取り込んでいるとされる。相澤哲ほか編著『論点解説 新・会社法』333 頁 (商事法務、2006)。

81) Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Internal Control - Integrated Framework* (2013). 改訂 COSO レポートの邦訳について、トレッドウェイ委員会支援組織委員会著・八田進二＝箱田順哉監訳、日本内部統制研究学会＝新 COSO 研究会訳『内部統制の統合的フレームワーク フレームワーク編』(日本公認会計士協会出版局、2014) 参照。改訂の理由については、ラリー・E・リッテンバーグ著・八田進二監訳・堺咲子訳『COSO 内部統制の統合的フレームワークー内部監査に活かす原則主義的実践ガイド』7-10 頁 (一般社団法人日本内部監査協会、2014) 参照。

82) 改訂 COSO レポートにおいては、「内部統制とは、事業体の取締役会、経営者およびその他の構成員によって実行され、業務、報告、およびコンプライアンスに関連する目的の達成に関して合理的な保証を提供するために整備された 1 つのプロセスである」と定義されている。トレッドウェイ委員会支援組織委員会著・八田＝箱田監訳、日本内部統制研究学会＝新 COSO 研究会訳・前掲 (注 81) 9 頁。改訂 COSO レポートでは、1992 年に発表された COSO レポートにおける 3 つの目的のうちの財務報告の信頼性について、単に報告と変更されており、非財務報告に関する体制の確保もその目的に含まれている。また、上記の 5 つの (構成) 要素に関し、17 の原則と、これらが存在し機能しているかを判断するための着眼点を示している。ラリー・E・リッテンバーグ著・八田監訳・堺訳・前掲 (注 81) 19-34 頁参照。

上記 17 の原則の具体的内容につき、ラリー・E・リッテンバーグ著・八田監訳・堺訳・前掲 (注 81) 20-29 頁を参照。

すなわち、統制環境に関しては、以下の 5 つの原則が掲げられている。「1. 組織は、誠実性と倫理観に対するコミットメントを表明する。2. 取締役会は、経営者から独立していることを表明し、かつ、内部統制の整備および運用状況について監督を行う。3. 経営者は、取締役会の監督の下、内部統制の目的を達成するに当たり、組織構造、報告経路、および適切な権限と責任を確立する。4. 組織は、内部統制の目的に合わせて、有能な個人を惹きつけ、育成し、かつ、維持することに対するコミットメントを表明する。5. 組織は、内部統制の目的を達

5 連邦量刑ガイドライン (1991 年)

1991 年、量刑改革法 (Sentencing Reform Act) の制定に基づき、アメリカ量刑委員会 (United States Sentencing Commission) は、連邦量刑ガイドライン (Federal Sentencing Guideline for Organization) を改正して、第 8 章「組織の量刑 (Sentencing of Organizations)」を加え、会社犯罪に対する新たな量刑政策を打ち出した⁸³⁾。

連邦量刑ガイドライン (1991 年版ガイドラインマニュアル) において、「法の違反を防止し検知する効果的なプログラム (Effective Program to Prevent and Detect Violations of Law)」を作成し実施することは、犯罪行為に対する量刑の減輕事由とされた⁸⁴⁾。連邦量刑ガイドラインのコメントに

成するに当たり、内部統制に対する責任を各個人に持たせる。」

リスク評価に関しては、以下の 4 つの原則が掲げられている。「6. 組織は、内部統制の目的に関連するリスクの識別と評価ができるように、十分な明確さを備えた内部統制の目的を明示する。7. 組織は、自らの目的の達成に関連する事業体全体にわたるリスクを識別し、当該リスクの管理の仕方を決定するための基礎としてリスクを分析する。8. 組織は、内部統制の目的の達成に対するリスクの評価において、不正の可能性について検討する。9. 組織は、内部統制システムに重大な影響を及ぼし得る変化を識別し、評価する。」

統制活動に関しては、以下の 3 つの原則が掲げられている。「10. 組織は、内部統制の目的に対するリスクを許容可能な水準にまで低減するのに役立つ統制活動を選択し、整備する。11. 組織は、内部統制の目的の達成を支援するテクノロジーに関する全般的統制活動を選択し、整備する。12. 組織は、期待されることを明確にした方針を実行するための手続を通じて、統制活動を展開する。」

情報と伝達に関しては、以下の 3 つの原則が掲げられている。「13. 組織は、内部統制が機能することを支援する、関連性のある質の高い情報を入手または作成して利用する。14. 組織は、内部統制が機能することを支援するために必要な、内部統制の目的と内部統制に対する責任を含む情報を組織内部に伝達する。15. 組織は、内部統制が機能することに影響を及ぼす事項に関して、外部の関係者との間で情報伝達を行う。」

モニタリング活動に関しては、以下の 2 つが掲げられている。「16. 組織は、内部統制の構成要素が存在し、機能していることを確かめるために、日常的評価および/または独立的評価を選択し、整備および運用する。17. 組織は、適時に内部統制の不備を評価し、必要に応じて、それを適時に上級経営者および取締役会を含む、是正措置を講じる責任を負う者に対して伝達する。」

83) 小坂重吉「連邦量刑ガイドラインの概要とコンプライアンス効果 [上]」商事 1537 号 26・27 頁 (1999)。

おそらく、健全なコンプライアンスプログラムの要件についての最も初期の文章は、1991 年にプログラムされた連邦量刑ガイドラインに含まれていると指摘するものもある。Miller, *supra* note 7, at 12.

84) United States Sentencing Commission, Guidelines Manual [Incorporating guideline amendments effective November 1, 1991], 364-365 (1991), available at < http://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/1991/manual-pdf/1991_Guidelines_Manual_Full.pdf> (2016 年 12 月 3 日アクセス)。また、小坂重吉「連邦量刑ガイドラインの概要とコンプライアンス効果 [下]」商事 1537 号 17 頁 (1999) 参照。

よると、「法の違反を防止し検知する効果的なプログラム」とは、「犯罪行為を防止し検知するのに一般的に有効なものとするように合理的に設計され、実行され、強化されるプログラムをいう」とされている⁸⁵⁾。そして、量刑ガイドラインが示す効果的なプログラムについての具体的内容のうち、本稿における検討対象である再発防止のための内部統制システムとの関係では、「(7) 違反が検知された後は、会社は違反に対し適切に対応し、さらなる同様の違反を防止するためのあらゆる合理的なステップを採っておかなければならず、ここには法の違反を防止し検知するプログラムの必要な修正も含まれる」とされている点が注目される⁸⁶⁾。

連邦量刑ガイドラインが、このような減輕事由を設けたことで、内部統制システムの構築の有無が刑法に違反した会社の法的地位に影響を与えることとなった⁸⁷⁾。すなわち、連邦量刑ガイドラインの改正は、内部統制システムを構築することにより罰金額の軽減という効果を生み出すものであり、その構築は、会社の利益のために行うべき取締役の義務の内容と捉

85) United States Sentencing Commission, *supra* note 84, at 352.

86) *Id.* 84, at 352. このほか、量刑ガイドラインは、効果的なプログラムというために、最低限、次のステップを採っていることが要求されるとしている。すなわち、「(1) 会社は、犯罪行為の可能性を減少させることができるような、その従業員その他代理人が従うべき法令遵守基準および手続を設けなければならない。(2) 会社の upper 職員の中の特定の者に、当該基準および手続の遵守を監督する全責任を負わせなければならない。(3) 会社は、違法行為を行う傾向があると会社が相応な注意を払うことを通じて知り、または知るべき個人に実質的な裁量権を委任しないよう注意をしなければならない。(4) 会社は、例えば、トレーニングプログラムに参加を要求したり、要求されることを実践的に説明する資料を配布することによって、全従業員その他代理人に有効に当該基準および手続を伝達する措置をとらなければならない。(5) 会社は、例えば、従業員その他代理人による犯罪行為を検知するように合理的に設計された監視および監査システムを利用することや従業員その他代理人が懲罰のおそれなく会社内の他人による犯罪行為を報告し得るような報告システムを設置し公表することにより、当該基準に基づき法令遵守を達成するために合理的な措置をとらなければならない。(6) 当該基準は、違反を検知することができなかったことについての個人責任に関する規律を適切に含む、適切な懲戒メカニズムを通じて一貫して強化されるものでなくてはならない。違反に対する個人責任の十分な規律があることは、強化の必要要素である。しかしながら、適切な規律の形式は具体的なケースによる。」とされている。

87) See Corporate Laws Committee of the Business Law Section of the American Bar Association, *supra* note 7, at 35.

えられるようになった⁸⁸⁾⁸⁹⁾。「第4節」で検討するケアマーク事件においても、連邦量刑ガイドラインの制定は、取締役に必要な内部統制システムの構築をする義務があることを認める根拠の一つとしてあげられている。

また、量刑ガイドラインでは、上記(7)において、違反が検知された場合の対応が定められている。ここでは、違法行為が検知された場合には、さらなる同様の違反を防止するための合理的な措置をとらなければならないとされている。過去に同様の違法行為が存在したという事情は、アリスチャルマーズ事件最高裁判決において、取締役の内部統制システム構築義務を発生させ得る「疑うべき事由」として、位置付けられるものといえる。

量刑ガイドラインからは、一般的な内部統制システムを構築することが取締役求められるということにとどまらず、不正行為が発生した場合にはその再発を防止するための体制を構築することが取締役の義務の内容となるということを読み取ることができる。

6 ALI コーポレートガバナンス原則 (1992年)

アメリカ法律協会 (American Law Institute) が、1992年に発表した「コーポレート・ガバナンスの原理・分析と勧告 (Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations)」(以下、「ALI コーポレートガバナンス原則」という)⁹⁰⁾の3.01条は、「公開会社[第1.31条]の業務執行は、取締役会により指名された主要上級執行役員[第1.30条]により、又はこれらの役員の監督の下に、取締役会若しくはこれらの役員により業務執行権限が授与されたその他の役員[第1.27条]及び従業員により、第3.02条に基づく取締役会の職務と権限に従って、執行されなければならない

88) 釜田・前掲(注6)39頁。

なお、我が国においても、両罰規定により法人の処罰が問題となる場合に、内部統制システムを構築しているという事実が、情状面で考慮され、罰金刑を軽減する効果をもたらすことが予想される。伊勢田・前掲(注6)80-81頁。

89) また、以下のように指摘するものがある。

量刑ガイドラインそれ自体は、取締役会に対してコンプライアンスプログラムの構築の責任を明白に負わせるものではないが、取締役会はこの責任を負うものと広く理解されることとなり、また会社に対し内部統制システムの構築に向けてのインセンティブを与える。Eisenberg, *supra* note 30, at 256.

会社は、犯罪が発生した場合に課される罰則を軽減させるという効果を通じて、法令遵守プログラムから直接重要な利益を享受できる。Jennifer, *supra* note 10, at 7, 9.

90) American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (1994).

い。」⁹¹⁾としている。3.02条(a)では、公開会社における取締役会の職務の内容として、「会社の業務が適切に行われているか否かを評価するための会社の事業活動の監督」⁹²⁾や主要上級執行役員の選解任等を掲げている⁹³⁾⁹⁴⁾。これらは、取締役会の主要な役割として、会社の業務執行の監督、すなわちモニタリング機能を果たすこと、またその機能を充実させるべきことを示している。

そして、取締役や役員の注意義務、経営判断原則に関して規定する4.01条のコメントには、内部統制システムに関し、以下のような記述がある⁹⁵⁾。

すなわち、「取締役会を援助する手続、プログラムその他手段(Procedures, programs, and other techniques to assist the board)」との表題に続いて、「取締役会の監視および調査の分野における一般的な注意義務の一側面として、取締役会による会社の事業の監督を援助するための…手続、プログラムその他手段の存在と、それらの有効性に関して、合理的にかかわる積極的な義務を取締役は負う。…かなりの大きさまたは複雑な会社においては、このような手段は取締役会がその監督の役割を適切に果たすことを援助するための基本的なメカニズムを意味する、という考え方は一般に受け入れられている」とされている。

また、「取締役ガイドブックや経営者円卓会議は、法的ルールというよりは、会社の実践として推薦されるものと企図されている。…法令遵守プログラムの積極的な構築および維持が、今日会社実務において広く受け入れられている。…／一律に用いられ得る監督手段について定まった方式があるわけではない。事業の規模、業務の多様性、および多くの同様の要素が、適切とされる監督手段の性質や範囲に影響を及ぼす。例えば、非常に小規模な閉鎖会社においては、プログラムや手続は必要ない。しかしなが

91) 訳については、証券取引法研究会国際部会訳編『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—』16-17頁(1994)によった。以下、同様である。

92) 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲(注91)17頁。

93) 証券取引法研究会国際部会訳編・前掲(注91)17頁参照。

94) また、3.03条には情報開示請求権についての定めを置き、3.04条は上級執行役員と重要な関係を持たない取締役の外部補助者を使用する権限について、3.05条は監査委員会の設置の義務付けについて定めている。証券取引法研究会国際部会訳編・前掲(注91)18-19頁。

95) American Law Institute, *supra* note 29, at 164-167.

ら、大規模な閉鎖会社においては、広範なプログラムや手続が必要とされる。また、法令遵守について、会社の法律顧問の能力や適性、会社がどれほど「遵守すべき」法令にかかわるかという特性（the nature of corporation's interfaces with the law）、過去の法令遵守にかかわる記録、法令遵守プログラムまたは手続にかかる費用等によって、何が合理的かは決定される。もちろん、取締役が、予期しない、新しい法令の遵守プログラムについて関わることを、期待することは合理的ではない。同様に、不明瞭または比較的重要な法分野について関わる合理的な理由もないだろう。／取締役が、4.01条(c)に従って行動する場合、取締役がどのような機能を委任するかや、もしするとすれば、監督機能を実施する助けとなるのに必要とする手続、プログラム、手段は何かについて決定するとき、経営判断原則による保護を受ける。…この点についての取締役会の判断は、会社の他の決定についての判断と異ならない。」とする。

ALIコーポレートガバナンス原則の4.01条のコメントでは、取締役は、注意義務の一環として、取締役会の監督機能を援助するような体制の構築を行う積極的義務を負う旨が述べられている。また、先に検討した取締役ガイドブックや経営者円卓会議についても紹介し、このような体制の構築は実務上も一般に受け入れられていることが述べられている。内部統制システムの具体的内容に関して、その内容は事業の規模等諸般の事情を考慮して定められるべきものであり、構築する内部統制システムの決定については経営判断原則の保護を受けるとされている。

また、法令遵守にかかわる体制に関して、会社がどれほど遵守すべき法令にかかわるかという特性や過去の法令遵守にかかわる記録をふまえて決定される旨が述べられている。一方で、取締役が予期しない新しい法令や、不明瞭な法分野に関する法令遵守プログラムの構築を要求することは合理的でないとする。

その会社において、ある違法行為が繰り返されている場合には、過去にその法令に違反した記録が存在することとなり、また会社がその法に触れやすい特徴を有するものといえる。また、その法に過去に違反したという事情が存在する以上は、取締役にとってその法自体が予期しないものであったり、不明瞭な法分野にかかわるものであるとはいえない。したがって、ALIの立場としても、過去に違法行為が存在し、特にそれが繰り返さ

れている場合には、それを防止するための内部統制システムを構築すべき要請が高まるものと解釈することができよう⁹⁶⁾。

7 小括

アリスチャルマーズ事件では、取締役が内部統制システム構築義務が課される場面が限定的に解されていた。しかし、その後アメリカでは、モニタリングモデルについての考え方の普及や、企業の不祥事も契機に、より一般的に内部統制システムを構築すべきとする考え方が、法的にも、実務的にも定着し、発展した。

また、アリスチャルマーズ事件においては、その会社が大規模な企業であるという事情は、内部統制システム構築義務を発生させる事情とはとらえられていなかった。しかし、大規模な企業であれば、あらゆる従業員等を監督することは不可能であるから、取締役による監督を実効的なものとするため、内部統制システムの構築が要求されるという考え方が一般的なものとなっていったことがうかがわれる。特に経営者円卓会議やALIコーポレートガバナンス原則では、このことが明示的に示されている。

さらに過去に不正行為が存在する場合には、その不正行為の発生を契機に、直ちに、その再発を防止し得る体制の構築が要求されることは、連邦量刑ガイドラインにて明示的に示されており、またALIコーポレートガバナンス原則からも読み取ることができる。過去に不正行為が存在したという事情は、アリスチャルマーズ事件において、内部統制システム構築義務を発生させる「疑うべき事由」に該当するものと考えられている。一般的に内部統制システム構築義務が肯定されるという考え方が普及する以前においても、過去に不正行為が存在する場合には内部統制システム構築義務が課せられると考えられていたことは、本節との比較を通じたアリス

96) さらに、ALIコーポレートガバナンス原則の4.01条のコメントでは、取締役会が監督義務を果たすのを援助する委員会の重要性についても触れられている。すなわち、「一般に、特に公開会社においては、取締役は、取締役会が監督および調査義務を実施するのを援助するための基本的な手続として、取締役会に委員会を設置し、有効な利用をすることに関わるべきである。」としている。

なお、小規模な閉鎖会社では、このような体制の構築が必要はない旨が述べられている。もっとも、小規模な会社に関して、「非常に小規模な」という限定を付していることからすると、一定程度の規模を有し、取締役による直接の監視監督が不可能となるような会社では、内部統制システム構築義務が課されると解釈し得る。拙稿・前掲(注5)107頁以下参照。

チャルマーズ事件判決の注目すべき部分といえる。

本節で検討してきた内部統制システムにかかわる議論の展開から、取締役は一般的に内部統制システムを構築する義務を負うと解される。それにとどまらず、過去にある不正行為が発生したという事情が存在する場合には、その再発を防止するための内部統制システムの構築が要求されることが本節の検討から読み取ることができる。

以上のような内部統制システムにかかわる進展を前提に、より一般的に内部統制システム構築義務を肯定したものととらえられる裁判例として、次にケアマーク事件を検討する(第4節)。ケアマーク事件においても、デラウェア州衡平法裁判所が和解案を承認する過程で、またその承認された和解案の内容自体から、再発防止にかかわる内部統制システム構築義務の存在およびその内容について読み取ることができることを確認していきたい。

