

## 不正行為の再発防止と 内部統制システム構築義務（2・完）

—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、本誌 271号）

#### 第4節 ケアマーク事件

- 1 事案の概要
- 2 和解条項の内容
- 3 衡平法裁判所の判断
- 4 本判断の検討
  - (1) ケアマーク事件の意義
  - (2) 本判断に対する評価
  - (3) 再発防止のための内部統制システム
  - (4) 小括

#### 第5節 ストーン事件

- 1 事案の概要
- 2 判示
- 3 本判決の検討
  - (1) 本判決の概要
  - (2) 信認義務における内部統制システム構築義務の位置づけ
  - (3) ストーン事件判決の示す内部統制システム構築義務
  - (4) 小括

### 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1節 再発防止のための内部統制システム構築義務

- 1 Red Flags と再発防止のための内部統制システム構築義務
- 2 再発防止のための内部統制システム構築義務の内容
- 3 再発防止のための内部統制システム構築義務と個別的な監督義務

#### 第2節 過去に不正行為が存在するにもかかわらず取締役の責任が

否定される場合

### 第4章 おわりに

（以上、本号）

## 第4節 ケアマーク事件

ケアマーク事件<sup>1)</sup>では、「疑うべき事由」が存在する場合に限らず、取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うことが示された。すなわち、衡平法裁判所は、取締役会の監督機能に対する期待や会社実務において内部統制システム構築への要請が高まってきたなかで、取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うと判示した<sup>2)</sup>。

特に本稿との関係では、取締役は、一般的な内部統制システム構築義務のみならず、再発防止のための内部統制システム構築義務も負うことがわかる。その内容については、一般的な内部統制システムとは異なり、問題となっている不正行為を防止し得る個別的なシステムをも備える必要があることが示されている。

### 1 事案の概要

ケアマーク社は、ヘルスケア事業を営む会社<sup>3)</sup>である。本件において、同社の従業員は、ヘルスケアの提供者が患者の紹介を受けて、これに対する報酬を支払うことを禁止する紹介謝礼禁止法（Anti-Referral Payments Law）（以下、「ARPL」という）<sup>4)</sup>に違反する行為を行った。

同社の株主は、取締役が従業員の違法な行為を適切に監督しなかったこと、その是正のための適切な措置をとらなかったことにつき、取締役に注意義務違反が認められると主張し、代表訴訟を提起した<sup>5)</sup>。

---

1) In re Caremark Int'l, Derivative Litigation, 698 A.2d 959 (Del.Ch. 1996).

2) Geoffrey P. Miller, The compliance function: an overview, 393 New York University Law and Economics Working Papers 1, 6 (2014).

本判断についての邦語の文献として、伊勢田道仁「従業員の違法行為と取締役の監視義務」商事1526号44頁（1999）。

3) ケアマーク社は、1992年11月に設立され、ニューヨーク証券取引所に上場した。当時、同社の従業員は7000名であり、同社は70店の支店運営を行っていた。ケアマーク社の経営構造は分権的なものであった。

4) 訳について、伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢42巻1号70頁（1999）、南健悟「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75頁（2010）に倣った。

5) ケアマーク社の取締役は、従業員による不正行為に関し、当該行為が行われていたことは知っていたものの、その行為は違法ではないと判断していた。すなわち、衡平法裁判所は、同社の取締役が、同社における法令違反の存在を知っていたかどうかに関し、「確かに、取締役会は、会社が医師や研究者やヘルスケア提供者と様々な契約を締結したこと」等は知っていた。「取締役会は、患者の治療に関し

1995年5月から代表訴訟にかかわる和解交渉が開始され、同年6月に和解に達した。和解条項において、原告は取締役に対する責任追及を放棄する一方、ケアマーク社は患者の紹介の対価としていかなる報酬も今後は支払わないとされた。また不正行為の再発を防止するための体制として、ヘルスケアに関する法規整について取締役会で定期的に審議することや、取締役会に対する報告体制の整備等が定められた。

本件では、和解案が会社および既存の株主にとって公正かつ合理的（fair and reasonable）なものであるかが最終的な争点となった<sup>6)</sup>。

## 2 和解条項の内容

和解条項は、7項目あり、その概要は以下のとおりである。

- 1 患者の紹介の対価として、いかなる形式の報酬の支払いもしないこと
- 2 患者の紹介の対価として、医師やヘルスケア提供者等に対して、報酬の支払いをしないこと
- 3 取締役会で重要な法改正について、半年ごとに議論すること
- 4 患者の紹介の対価として報酬を提供するための人員配置を取り止めること
- 5 ケアマーク社とヘルスケア提供者等の財務状況を患者に書面で開示すること

---

て会社が頻繁に報酬を提供していることを政府系の情報源から知らされていたし、当該サービスがARPLの対象となることも知らされていた。しかし、取締役会は、会社の行為は、争い得るものの適法であると専門家から通知を受けていると考えていた。当該報告が不合理であると信じる証拠はなかった」としている。

このように、仮に構成要件に該当する事実については認識があったとしても、当該事実が法令に違反していないと合理的に信じている場合には、取締役はその行為に関する責任を負わないということが示されている。名古屋高金沢支判平成17年5月18日判時1898号130頁も、行為の違法性を知ったことを、責任を負うための根拠としており、同様の立場かと思われる。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109頁（2016）参照。

また、ある行為が違法かどうか不明確であったという事情は、取締役の責任を否定する事情となると解し得る。

- 6) この事件は、デラウェア州衡平法裁判所において、代表訴訟における和解の承認に関する判断がなされた事件である。

アメリカ法では、代表訴訟における和解案につき、裁判所の承認を得ることが要求される（デラウェア州衡平法裁判所規則23.1条(c)）。また、MBCA §7.45も参照。See Robert W. Hamilton and Richard D. Freer, *The Law of Corporations in a nutshell* 6th Edition, 368 (2010).

- 6 取締役会は、ARPL 遵守について、事業部門を監督すること。具体的には、取締役4人（うち2人は非業務執行取締役）で構成されるコンプライアンス・倫理委員会を設け、少なくとも年4回は同委員会を開催し、事業部門における適法性につき半年ごとに取締役会へ報告すること
- 7 事業部門に対して責任を負う会社役員は、コンプライアンス役員として、半年ごとにコンプライアンス・倫理委員会に報告すること。また、同役員は、外部のカウンセラーとともに、既存の契約を評価し、新たな契約について事前に承認を得ること

以上のように、ケアマーク事件において裁判所により承認された和解案では、不正行為を繰り返さないための方策が重視されている。

### 3 衡平法裁判所の判断

「取締役会は経営陣により適切な情報報告体制が構築されることを確保する責任を負わない、と判示したアリスチャルマーズ事件判決を拡張して解釈することは現在のデラウェア州最高裁判所には受け入れられないだろう。その理由として、第1に、近年、デラウェア州最高裁判所は、会社法において取締役会の役割が重要であることを明確にした…。第2に、デラウェア会社法141条のもとでの取締役会の監視監督の役割を十分なものにするためには、関連するかつ適時な情報が重要である…。第3に、量刑ガイドラインの事業組織への潜在的な影響がある。」

「取締役の義務には、取締役会が適切と考える会社の情報報告体制を誠実に確保する義務が含まれる」。

「一般に、会社の損害に関する取締役の責任追及が会社内での不作為による懈怠を問うものである場合に、取締役が責任を負うのは次のような事案と考えられる。すなわち、合理的な情報報告体制の存在を確保することを全くしなかった事案のように、取締役会が監視監督を行うことにつき持続的または組織的な任務の懈怠が認められるときのみ、その責任を生じさ

せる必要条件である誠実性の欠如 (lack of good faith)<sup>7)</sup> を構成する。」

「提案された和解案は、とても適度な利益をもたらす。和解合意のもとで、原告には、ケアマーク社が将来、一段と集中化された積極的な監視システムをもつという明確な保証が与えられている。特に、和解案では、新たに設けられたコンプライアンス・倫理委員会が継続的に行うべき職務を定め、下位の事業部門における法令遵守の監視のための責任が高められている。和解案のもとで要求されている解決策を採用することで、ケアマーク社は、紹介者に対する報酬提供の禁止に関する方針を一層明確にした」<sup>8)</sup>。

#### 4 本判断の検討

##### (1) ケアマーク事件の意義

衡平法裁判所は、取締役は取締役会が適切と考える情報報告体制<sup>9)</sup>を構築する義務を負うと判示し、一般的な内部統制システム構築義務を肯定した<sup>10)</sup>。この点で、「疑うべき事由」が存在する場合に限って、内部統制シス

7) 本稿では、便宜上「good faith」を「誠実」、「誠実性」と訳す。なお、「good faith」概念の研究については、酒井太郎「米国会社法学における取締役の信認義務規範(一)(二・完)」一法11巻3号49頁以下(2012)、12巻1号89頁以下(2013)参照。

8) 結論として、衡平法裁判所は、提案された和解案を承認した。

9) ケアマーク事件衡平法裁判所は、「取締役会は、通常の業務事項として、取締役会が適切な情報に対し適時に注意を払うことを可能とする情報報告体制につき、検討し、設計することに関して誠実な判断を行うことが重要である」としている。

10) Claire Hill and Brett McDonnell, *Reconsidering Board Oversight Duties after the Financial Crisis*, 2013 U. Ill. L. Rev. 859, 861 (2013); 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, 3 (2008).

本件は、和解案が公正かつ合理的なものが判断の対象となっており、取締役が法令遵守プログラムを構築する義務を負うかについては間接的に扱っているにすぎないが、Allen判事の意見中の傍論によれば、取締役はそのような義務を負うといえる。Stephen M. Bainbridge, *Corporate Governance After the Financial Crisis*, Oxford University Press 151-152 (2012).

Jennifer教授は、ケアマーク事件において、Allen判事は、和解案の承認を求められたのみであるにもかかわらず、同事件を取締役の監視義務の範囲とその違反の評価基準についての意見を発する機会としたと指摘する。和解案の承認を申し立てられた裁判所は、請求の実体について評価することは求められるが、書面でその意見を作成することは一般には求められない。以上につき、Jennifer, *supra* note 10, at 3, 9, 17. See Geoffrey Christopher Rapp, *Institutional Control and Corporate Governance*, 2015 BYU L. Rev. 985, 1014 (2016).

テム構築義務が生じると判示したアリスチャルマーズ事件判決とは異なる<sup>11)</sup>。

11) アリスチャルマーズ事件最高裁判決に関して、ケアマーク事件衡平法裁判所は以下のように判示している。

すなわち、「[アリスチャルマーズ事件最高裁判決]の判示を一般化することはできるか。今日でも、法令違反の疑いを生じさせる何らかの事由がない限り、会社の取締役は、法令遵守を含む、会社内の重要な行動、出来事、状況についての情報を、上級の経営陣や取締役会に提供するための誠実な努力として、会社情報の収集および報告に係るシステムを存在させることを確保する義務を負わないといえるだろうか。私は、そうではないと確信している。グラハム事件[アリスチャルマーズ事件]の判示をそのように広く一般化することは1963年に最高裁によって受け入れられたものではなかっただろう。この判示は、不正行為の存在を疑う事由が存在しない限り、会社の取締役会も上級役員も、従業員が正直であり、また従業員が会社のために誠実に取引を行っていると単に考えていたことを理由に、その不正行為につき責任を負うものではないという立場に賛成するものとして、限定して解釈されるべきである」と判示した。

また、「[誤報]に係るグラハム事件[アリスチャルマーズ事件]の最高裁判決は、…取締役会、経営陣や取締役会が会社の法令遵守と事業活動の両方につき見識ある判断を行うために、十分な情報を適時にかつ正確に上級経営陣や取締役会に提供するように合理的に設計された情報報告体制を組織の中に確保することなく、会社に係る情報を合理的に取得する義務を果たし得るということの意味する、と考えるのは誤りだろう」と判示している。

なお、Hill and McDonnell, *supra* note 10, at 862は、「会社の法令遵守と事業活動の両方につき」という判示を指摘して、ケアマーク事件衡平法裁判所のAllen判事は、ケアマーク事件における監督義務の考え方は、法令遵守に関する監督を超えて、より一般にビジネスリスクに対する監督へと拡大できることを提案していると思われるとする。

リスク管理は、会社の営む事業活動から生じ得るリスクを事前に把握し、それをコントロールすることを意味する。片木晴彦「内部統制と証券取引法」ジュリ1249号65頁(2003)。また、リスクマネジメントの手法について、甲良好夫=堀裕監修・伊藤勝教著『インターナル・コントロール—内部統制システム構築の手引き—』43頁以下(商事法務研究会、2001)参照。

もともと、内部統制システムに関し、法令遵守にかかわる分野と事業活動にかかわる分野とを区別して捉え、分野により取締役の経営判断が保護される程度は異なると考え得る。この視点に関して、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61巻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—正井章彦先生古稀祝賀—』535頁(成文堂、2015)を参照。See American International Group, Inc., Consolidated Derivative Litigation., 965 A.2d 763 (Del.Ch. 2009); In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation., 964 A.2d 106 (Del.Ch. 2009); In re The Goldman Sachs Group, Inc. Shareholder Litigation., 2011 WL 4826104 (Del. Ch. 2011)。

American International Group事件についての邦語の文献として、吉井敦子「保険会社による不正取引とリスク管理システムの構築義務」商事2054号73頁(2014)。Goldman Sachs Group事件についての邦語の文献として、大川俊「報酬計画の承認に関する取締役の信託義務—In re The Goldman Sachs Group, Inc. Shareholder Litigation., 2011 WL 4826104 (Del. Ch.)—」法論85巻1号377頁(2012)。本稿の検討対象は、法令遵守にかかわる取締役の監督責任であるが、本稿の視点

一般的に内部統制システム構築義務が生じるとされた背景には、取締役会の機能に対する考え方や期待される役割の変化がある（本章第3節参照）<sup>12)</sup>。衡平法裁判所も、会社法における取締役会の役割の重要性、その監視監督機能を十分なものとするための情報収集の重要性<sup>13)</sup>、連邦量刑ガイドラインの制定による影響について言及している。このうち連邦量刑ガイドラインの制定に関して、内部統制システムを構築していれば、会社が受ける刑罰を軽減できるという効果が生じることから<sup>14)</sup>、取締役はその構築義務を負うことが導かれる（本章第3節5参照）<sup>15)</sup>。

そして、衡平法裁判所は、監督にかかわる任務を持続的または組織的に懈怠した場合のみ、内部統制システム構築義務違反が認められるとした。また、本判断では、構築すべき内部統制システムの内容の決定に関しては経営判断の問題であるとも判示されており、取締役に広い裁量が認められ

---

が事業リスク管理体制にも参照することができるかについては、今後の検討課題である。例えば、過去に会社においてなされた事業活動にかかわる決定が、結果として会社に損害を生じさせた場合に、同様の損害が生じるのを防止するために、取締役はどのような体制を構築する義務を負うか問題となる。

- 12) 取締役ガイドブックやALIコーポレートガバナンス原則においても内部統制システムに言及されており、実務上、内部統制システムの構築は取締役の責務であると認識されていた。
- 13) もっとも、衡平法裁判所は、「情報収集を誠実に行う義務は、企業の業務のあらゆる側面にかかわる詳細な情報を保有することを取締役に要求するものとは考えることができない」とも判示している。情報収集体制は効率性とバランスを考慮することも必要としていると解される。
- 14) 量刑ガイドラインに関して、衡平法裁判所は、「1984年の量刑改革法に従い、1991年、アメリカ量刑委員会は、会社に対する刑事上の制裁による将来的な影響に重要な効果をもたらす連邦量刑ガイドラインを採用した。…ガイドラインは、今日、会社に対して、法律違反を検知するためのコンプライアンスプログラムを設置することや、違反が検知されたときには迅速に公的機関へ違反を報告することや、迅速かつ自主的に是正措置を行うことについて、強力なインセンティブを付与している」としている。そして、「組織的なガバナンスに関する責任を誠実に果たそうとする関係者は、…刑罰の強化、その定める罰則を軽減するための機会について考慮する義務がある」としている。

- 15) Jennifer, *supra* note 10, at 9.

また、適切に内部統制システムを構築していれば、罰金額が減額され、代表訴訟が提起されにくくなる可能性もあると考える。

なお、刑事事件において、不正行為を行った会社を訴追するか否かの判断においても、その会社における過去の不正行為や、その会社においてとられた是正措置も判断要素の一つとなる。The United States Department of Justice, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations (2015), available at <<https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.600>> (2017年1月23日アクセス)。See Miller, *supra* note 2, at 16.

ている<sup>16)</sup>。取締役は内部統制システム構築義務を一般的に負うとする一方で、取締役の責任が生じる場合を限定したといえよう<sup>17)</sup>。

結論としては、原告が本件の請求を放棄する一方で、取締役側が本件の不正行為をふまえて再発防止のための積極的な内部統制システムを構築する、という内容の和解案を衡平法裁判所は合理的なものと判断して承認した。その理由として、原告の請求はその根拠が薄弱である一方<sup>18)</sup>、ケアマーク社は一定のコンプライアンス確保のための委員会をすでに有しており、和解案がさらなる監視システムの構築を約するものであるとしている<sup>19)</sup>。

16) 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—』196頁(信山社出版株式会社,2001)は、ケアマーク基準は、会社に損害を生じさせた違法行為と監視義務違反との関係を経営判断原則により切断するものとして意義を有すると分析する。また、伊勢田・前掲(注4)74-75頁も参照。

また、経営判断原則が適用される可能性を示唆するものとして重要な意義があるとする見解もある。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巻3・4号1056頁(2014)。

ALIコーポレートガバナンス原則の4.01条のコメントにおいても、内部統制システム構築にかかわる決定に関し、経営判断原則が適用されるとしている。

もっとも、ケアマーク事件における衡平法裁判所の判断によれば、内部統制システム構築義務は監視義務として不作為の義務と分類されており、理論的には内部統制システム構築義務には米国法上、経営判断原則の適用はない。南健悟「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—」北大法学論集62巻4号124頁(2011)も参照。

後述のストーン事件最高裁判決では、「誠実性の欠如」は忠実義務違反の必要条件と位置づけられており、このことから経営判断原則の適用は否定される。

17) 衡平法裁判所も、裁判所の示している取締役の責任の判断基準は、原告が内部統制システム構築義務違反について責任追及するにあたり、かなりハードルの高いものである旨を判示している。

吉井・前掲(注16)1056頁は、原告の立証の難しさについて指摘したうえで、本判決は、原告が、内部統制システムが構築されていたならば損害の発生を免れたことのみならず、具体的にいかなる行為をしていれば損害が生じなかったかを主張立証しなければならぬと判示したと指摘している。

See Bainbridge, *supra* note 10, at 152.

18) 衡平法裁判所は、本件では「被告取締役が、監督機能を果たすことにつき、継続的な懈怠があるという証拠がない」としている。この判示から、衡平法裁判所は、ケアマーク社の取締役は内部統制システム構築義務を果たしていたと判断していたと思われる。

ケアマーク社では、取締役会がコンプライアンスについてのマニュアルを定期的に改訂するなどしていたとされており、直接コンプライアンスを評価するとか、医師との契約に対し監査を行ったり、独立した者からの法的なアドバイスを得ていなかったとしても、本件では不誠実(bad faith)に該当するものではない、と衡平法裁判所は考えていたと思われる。Jennifer, *supra* note 10, at 20.

19) Miller教授は、コンプライアンスプログラムは、民事訴訟によって影響を受けると指摘する。そして、不正行為に関して争われる代表訴訟では、しばしば内部統制システムを含む会社内部のガバナンスについての「予防的な」改善を行うことを会社が約する和解が締結されるとする。以上につき、Miller, *supra* note 2, at 11.

(2) 本判断に対する評価

ケアマーク事件衡平法裁判所は、「疑うべき事由」の有無にかかわらず、取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うと判示した。アリスチャルマーズ事件の当時は、取締役会は最低限疑わしい不正事由を排除、是正するような仕組みを構築すれば義務を果たしていると評価されていた。ケアマーク事件の判断は、この限りで、アリスチャルマーズ事件を実質的に変更したものと評価できる<sup>20)</sup>。

ケアマーク事件については次のような評価がされている。すなわち、ケアマーク事件以前は、役員や従業員を監視するために、取締役会がCEO中心のモデルを構築することはほとんど要求されていなかった<sup>21)</sup>。これに対し、ケアマーク事件衡平法裁判所は、取締役会に、内部統制システムや情報報告体制を構築し、かつ、それらが適切かについて評価することと、会社の法的あるいは経済的な環境について検討することの両方の責務を課している。

Jennifer 教授は、ケアマーク事件の判断には2つの目標が考慮されているとする<sup>22)</sup>。第1に、会社のコンプライアンスの監督に関し、取締役がより積極的な役割を果たすことである。第2に、取締役は具体的にどのような行動すべきか、取締役の決定が客観的に合理的かについて裁判所が介入しないことを確保することである。第2の点に関して、「誠実性」という評価基準を用いることにより、取締役が責任を負う場合を、意識的にその義務に反した場合に限定しようとした。

もともと、Jennifer 教授は、ケアマーク事件における監督義務は、社外取締役が、コンプライアンスプログラムの構築や内部調査を積極的に監督することを促進するには不十分であったとする<sup>23)</sup>。また、取締役に対して実質的な抑止力を提供するものではなかったとも指摘している<sup>24)</sup>。

---

20) 南・前掲(注4)76頁参照。

一方、吉井・前掲(注16)1055頁は、ケアマーク事件では、一般論として内部統制システム構築義務が認められたが、その萌芽は既にアリスチャルマーズ事件判決にみられたとする。

21) 以下本段落につき、Eric J. Pan, A Board's Duty to Monitor, 54 N.Y.L. Sch. L. Rev. 717, 726 (2009)。

22) 以下本段落につき、Jennifer, *supra* note 10, at 3, 18。

23) Jennifer, *supra* note 10, at 4。

24) Jennifer, *supra* note 10, at 22。

Bainbridge 教授も、取締役会が、内部統制システム構築の費用がその便益を上回ると決定した場合には、特定の内部統制システムを構築しないと意識的に決定することを許してしまうと批判する<sup>25)</sup>。また、Rapp 教授によれば、実際の訴訟においても、ケアマーク事件以降のほとんどの事件で「ケアマーク請求（Caremark claims）」は認められていない<sup>26)</sup>。

### （3）再発防止のための内部統制システム

ケアマーク事件の判断によれば、取締役は、一般的な内部統制システム構築義務に加えて、アリスチャルマーズ事件のいう「疑うべき事由」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義務を負う。すなわち、過去に不正行為が存在した場合には、その再発を防止するための体制の構築が求められる。一般的な内部統制システム構築義務と、「疑うべき事由」の存在を根拠とする内部統制システム構築義務の内容につき、各々検討する意義があると考え<sup>27)</sup>。

ケアマーク事件における和解決項は、この事件における不正行為の発生を契機に、ケアマーク社において、同様の不正行為の再発を防止するという観点から定められている。それは、企業社会において一般的に求められる内容というよりは、ケアマーク社で問題となった不正行為を想定し、同様の不正行為の再発を防止するための内容である。その内容は、ある不正行為が発生したというケアマーク社の特有の事情に対処するために、一般的な内部統制システムに上乘せするものといえる<sup>28)</sup>。

ケアマーク事件の衡平法裁判所も、和解合意により構築されるシステム

---

25) Bainbridge, *supra* note 10, at 155.

26) Rapp, *supra* note 10, at 1016.

27) 例えば、それぞれの内部統制システム構築義務の水準は異なってくると思われる。一般的な内部統制システムは、ケアマーク事件の判断内容をふまえれば、経営判断に関する事項として、その構築に関する取締役の裁量は広いと考えられる。一方、「疑うべき事由」がある場合には、それに対応し得る内部統制システムの構築が求められると考えられ、取締役の裁量は狭くなると思われる。

また、内部統制システム構築義務違反が問題となる事案での主張・立証責任の構造について検討する足掛かりともなろう。拙稿「判批」名法 264 号 439-440 頁、444 頁（2015）参照。

28) ケアマーク事件では、事件発生当時において、一般的な内部統制システムは構築されていたと衡平法裁判所は判断していると思われる（本稿（注 18））。そのうえで、今回の事件をふまえ、さらに個別的な内容の内部統制システムを構築することを取締役に要求している。

に関し、「一段と集中化された積極的な監視システム」とか、「法令遵守の監視のための責任が高められている」とか、「報酬提供の禁止に関する方針を一層明確にした」という表現を用いている。そのシステムには、従来構築されているシステムに比べて、特定の不正行為への対応を想定した個別的な内容が求められていることが窺われよう。

和解条項に定められた具体的内容については、患者の紹介に対し報酬の支払いを禁止する条項のほか、例えば不正行為にかかわっていた部署への人員配置を取り止めるとし、不正行為発生の原因を除去している。また、財務状況を患者へ書面開示することで、外部からのチェックとそれによる透明性確保により不正行為を再発させないように牽制している。

さらに、取締役会全体でヘルスケアにかかわる規制に関し定期的に議論をすることを定め、コンプライアンス・倫理委員会の設置に関しても、具体的目的や開催頻度等の具体的な数値まで含むものであり<sup>29)</sup>、本件不正行為の再発防止を念頭に置いている。また、委員会への情報集約のための体制等の構築も、ARPL 違反行為の再発防止のために取締役会の監督機能の強化を図ろうとするものと思われる<sup>30)</sup>。

過去の不正行為というインシデントが存在する以上、取締役としてもその不正行為の発生に対して予見が容易となるとともに、同様の不正行為の再発により会社に損害を生じさせることは一段と強い非難に値すると思われる。このことから、衡平法裁判所は、不正行為が発生した以上は、その不正行為の再発を防止し得る体制を構築する責任を取締役は負うと考えていると思われる<sup>31)</sup>。

#### (4) 小括

ケアマーク事件衡平法裁判所は、内部統制システムを構築すべきと法的

---

29) 「疑うべき事由」が存在することを根拠とする内部統制システム構築義務については、一段と個別的かつ具体的な内容の内部統制システムを構築することが要求されることを示している。

30) もっとも、和解条項に掲げられている要素は、その程度に差異はあり得るとしても、取締役会での議論や情報体制、委員会の活用等、一般的な内部統制システムの内容としても重要な要素が含まれている。

31) 和解案の承認の判断にあたり、衡平法裁判所は、不正行為発生時ではなく、審理終結の時点や将来におけるケアマーク社の取締役の義務の具体的内容として、和解案で示されているような内部統制システムを構築すべきとしていると思われる。

にも実務的にも考えられていた背景のもとで（本章第3節参照）、取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うと判示した。アリスチャルマーズ事件では、内部統制システム構築義務が生じるのは、過去に同様の不正行為が存在するなどの「疑うべき事由」が存在する場合に限られていたが、そのような事由の有無にかかわらず取締役は内部統制システム構築義務を負うことが明らかになった。

また、ケアマーク事件の判断によれば、一般的な内部統制システム構築義務を負うとの前提のもとでも、ある不正行為が発生した場合には、再発防止のための内部統制システムを上乗せ的に構築することが取締役に求められる。

次で検討するストーン事件でも、ケアマーク事件におけるこのような判断内容は再確認されており、内部統制システムにかかわる議論の深化をみてとることができよう。

## 第5節 ストーン事件

ストーン事件最高裁判決<sup>32)</sup>は、一般的な内部統制システム構築義務の判断基準に関し、ケアマーク事件における判断内容を是認したうえで、詳細化させた点に意義がある<sup>33)</sup>。構築すべき一般的な内部統制システムの具体的内容についても、本件において構築されていた内部統制システムの内容を認定する過程から分析できる。また、ケアマーク事件において示された「誠実性」は、忠実義務を果たしたとされるための前提条件とした。

本稿との関係では、red flagsに言及していることが注目される<sup>34)</sup>。red flagsが存在する場合には、その不正行為に対応し得る内部統制システム構築義務が生じることが示唆されている<sup>35)</sup>。

---

32) Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006).

33) 本件に関する邦語の文献として、近藤光男「Stone v. Ritter, 911 A.2d 362 (Del. 2006) 従業員に対する監視義務と誠実義務」近藤光男=志谷匡史編著『新・アメリカ商事判例研究【第2巻】』316頁（商事法務、2012）。

34) 吉井・前掲（注16）1060頁。

35) red flagsと取締役の監督義務、内部統制システム構築義務との関係については第3章で検討する。

## 1 事案の概要

本件は、アラバマ州の会社である AmSouth Bancorporation（以下、「AmSouth 社」という）<sup>36)</sup> の現旧取締役 15 名に対して提起された代表訴訟である。

AmSouth 社とその完全子会社である AmSouth Bank（以下、「AmSouth 銀行」という）は、主として連邦銀行機密法 (Bank Secrecy Act) (以下、「BSA」という) や様々な資金洗浄防止 (anti-money-laundering) 規制 (以下、「AML」という) によって要求される「疑わしい活動に係る報告書」(Suspicious Activity Reports) (以下、「SARs」という) の提出をその銀行の従業員が怠ったことに関し、4000 万ドルの罰金と 1000 万ドルの民事罰を支払った。原告は、取締役が、この違反を防止し、義務を遵守することを確保するための監視、報告または情報統制を何も構築していなかったことが、取締役の信義義務違反にあたりと主張し、損害の賠償を求めた。なお、原告は、取締役が「red flags」に直面している状態になかったことを自認していた<sup>37)</sup>。

株主が代表訴訟を提起する場合には、原則として、取締役会に会社が訴えを提起するように事前請求 (demand)<sup>38)</sup> することを要する。もっとも、事前請求が無益である場合には、事前請求は免除される<sup>39)</sup>。本件において、

---

36) AmSouth 社は、アラバマ州の会社であり、アラバマ州のバーミンガムに本店を置いていた。AmSouth 社の完全子会社である AmSouth 銀行は、米国南東部の 6 つの州に約 600 行の銀行支店を有しており、その従業員の数は 11600 人以上であった。

37) ストーン事件最高裁判決では、原告は、「この上訴において、違法行為の存在につき、取締役は認識しておらず、かつ、認識すべきといえなかった」ことを認めていたとされた。そのうえで、本文のように red flags は存在しなかったと言い換えている。この判示からは、red flags が存在すると評価されるのは、不正行為の兆候を示す事実の存在に加え、その事実に対する取締役の認識可能性がある場合とも読める。しかし、認識可能性のないことは、取締役に義務違反や過失がなかった等により責任が否定される事由と解するべきである。red flags は、取締役の義務を生じさせる「事実」と捉えるべきである。

なお、ストーン事件最高裁は、以下のようにも判示している。すなわち、「衡平法裁判所は、原告は『red flags』の存在、すなわち『AmSouth 社の内部統制が不十分であり、それゆえに違法行為を引き起こし、取締役会はその問題について悪意であったにもかかわらず何も対応しないという選択をした』ことを示す事実については、弁論しなかったと認定した」としている。

38) 訳については、カーティス・J・ミルハウプト編『米国会社法』122 頁〔江平亨担当、安藤麻紀子副担当〕(有斐閣、2009) に倣った。

39) 代表訴訟を提起しようとする株主は、訴訟を提起する前に、会社自らが訴訟を提起するように取締役会に請求することを要する (アラバマ州会社法 141 条 (a) 項参照)。

会社が訴訟を提起するか否かについての決定は取締役会の権限に属し、その決定には経営判断原則が適用される。もっとも、訴訟を提起するか否かの決定を適

原告は、AmSouth社の取締役会に対して事前請求をせずに代表訴訟を提起した。そこで、事前請求の無益性の有無に関して、取締役の責任が認め

切に行うことが取締役会に期待できない場合、すなわち取締役が信認義務を果たしておらず、訴訟提起の可否についての決定に経営判断原則の適用がないような場合には、代表訴訟を提起する必要性が認められる。そこで、このような状況を調整する要件として、事前請求をすることが求められている。株主は、事前請求を拒否したことが取締役の信認義務に違反する場合のみ、代表訴訟を提起できる。デラウェア州においてはデラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条のもとで、代表訴訟における事前請求が無益である場合には事前請求が免除される。この場合、訴訟においては事前請求の無益性が争点となる。以上につき、ミルハウプト編・前掲（注 38）120-123 頁〔江平亨担当、安藤麻紀子副担当〕。

デラウェア州衡平法裁判所規則 23.1 条 (a) 項では、原告は、「訴状において、取締役またはそれに相当する権能を有する機関に、原告の要求する訴訟を提起させるために行った努力がある場合にはその努力と、原告がその訴訟を提起させることができなかった理由、または、そのような努力をしなかった理由を主張しなければならない」と定められている。これは、代表訴訟を提起する要件として、原告が事前請求を行ったこと、または事前請求を行うことが無益であることの主張をしなければならないことを意味する。そして、同規則 41 条 (b) 項では、原告が、同規則または裁判所の命令に従わなかった場合、被告は却下 (dismissal) の申立てをすることができ、裁判所はこの被告の主張が認められる場合には、却下の判決を言い渡すことができるとされている。

また、ALI コーポレートガバナンス原則 7.03 条 (a) 項においても、「代表訴訟を提起する前に、所持人〔第 1.22 条〕又は取締役〔第 1.13 条〕は、会社の取締役会に対し、訴訟を提起するか又は適切な是正策をとることを、書面により要請することを求めなければならない。ただし、7.03 条 (b) 項よりは是正要請が免除されている場合は、このかぎりでない。…」とされている。同 7.03 条 (b) 項では、「取締役会に対する是正要請は、原告が、さもなければ会社に回復しえない損害が生じるであろうことを明確に申立てる場合においてのみ、免除されなければならない。…」とされている。以上の訳について、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—』39 頁（日本証券経済研究所、1994）。

一方、事前請求が免除される場合には本案の審理に移行し、具体的な義務違反の有無等の訴訟原因について判断される。ミルハウプト編・前掲（注 38）28 頁〔江平亨担当、安藤麻紀子副担当〕。

このように事前請求が無益であり、免除されるか否かは、本案審理前に検討されるものであり、裁判所は事前請求が無益ではないとの被告の申立てを認める場合には、原告の請求を棄却ではなく、却下する。アメリカの代表訴訟における事前請求の無益性の要件は、日本法に照らしていえば、訴訟要件に当たり、それが認められない場合に言い渡される判決は訴え却下判決となる。証券取引法研究会国際部会訳編・前掲（注 39）39 頁も、ALI コーポレートガバナンス原則 7.03 条 (d) 項の訳に関し、同 7.03 条 (b) 項に規定された場合を除き、是正要請に対する取締役会等の応答に先立って提起された代表訴訟については、裁判所はそれを「却下」しなければならないとしている。

却下判決の効力について、デラウェア州衡平法裁判所規則 40 条 (b) 項によれば、管轄権のない裁判所に訴訟を提起した場合等の一定の場合を除き、本案判決と同様の機能を有するとされている。したがって、代表訴訟の提訴に関して事前請求の無益性が認められず、原告の請求を却下するとの判決についても、本案判決と同様、既判力等の効力は認められる。ロバート・W・ハミルトン著、山本光太郎訳『アメリカ会社法』406 頁（木鐸社、1999）も参照。

られるかが争点となった<sup>40)</sup>。

デラウェア州衡平法裁判所は、事前請求を行うことの無益性が十分に主張できていないとし、原告の訴えを却下した。原告は、上訴したが、デラウェア州最高裁判所は衡平法裁判所の判断を支持した<sup>41)</sup>。

## 2 判示

「ケアマーク事件判決や本判決が誠実性の欠如を『責任の必要条件』と判示しているのは、意識的なものである。誠実に行動するという要件は『根幹的な忠実義務 (the fundamental duty of loyalty)』の『副次的要素 (subsidiary element)』、すなわち前提条件であることを理由に、誠実に行動しなかったことによって責任が生じ得る」<sup>42)</sup>。

「ケアマーク事件判決は、取締役の監督責任が生じる必要条件について述べたものであると判断する。すなわち、(a) 取締役が報告や情報に關す

40) ストーン事件が参照した *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927 (Del. 1993) の示した判断基準によれば、事前請求が免除されるためには以下の要件をみたす必要がある。すなわち、訴状の提出時に、取締役会が事前請求に対して、独立かつ利害関係なく経営判断を行うことを期待できることについての合理的な疑いを訴状で示さなければならぬ。ストーン事件では独立性の有無に関し、被告取締役の責任が認められるか否かが問題となった。以上につき、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 220-223 頁 (2008) 参照。

41) ストーン事件最高裁は、同事件の衡平法裁判所の判断につき、以下のように述べている。

「衡平法裁判所は、この代表訴訟を却下する際、以下のように結論づけた。／『…この事件は、効果的ではない内部統制システムゆえに、情報が取締役会に到達しなかったケースである。…後知恵をもって判断すれば、連邦銀行機密法や様々な資金洗浄防止規制の遵守にかかわる AmSouth 社の内部統制は不十分であったことには疑いない。…内部統制の欠如が 5000 万ドルもの多額の罰金を引き起こしたことも当事者は争っていない。しかしながら、これらの損失の発生のみを理由に、…AmSouth 社が訴訟を提起すべきとの請求について、取締役会の構成員の多数が検討するのは不適切であると裁判所として結論づけることはできない。』」

42) ストーン事件最高裁は、*Guttman v. Jen-Hsun Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003) を参照し、「衡平法裁判所が *Guttman* 事件において適切に位置づけたように、「取締役は、その行為が会社の最善の利益となると誠実に信じて行動しない限り、会社に対して忠実に行動したものであるということができない」と判示している。

*Guttman* 事件判決は、「[ケアマーク事件衡平法裁判所] の意見は、取締役が誠実に注意を払うのを怠つたことによる忠実義務違反を示すことが要求される監督の懈怠に関して、責任の基準を明確に示している」としている。

*Bainbridge*, *supra* note 10, at 153 は、ストーン事件が確認したことは、*Guttman* 事件におけるケアマーク事件の再解釈であったと指摘する。

るシステムまたは統制の構築を完全に怠っている場合、あるいは（b）そのシステムまたは統制を構築していたとしても、意識的に業務の監視または監督を怠った結果、注意を払うべきリスクや問題を〔取締役が〕認識することができなかった場合である。いずれの場合も、責任を負わせるためには、取締役が信認義務の不履行について悪意であることの証明が要求される。」

デラウェア州最高裁は、KPMG による報告<sup>43)</sup>を主な根拠に、取締役会による法令遵守方針の策定や、コンプライアンス面の監視体制、取締役会が定期的に報告を受領する体制等の構築がされていたと認定して、内部統制

---

43) KPMG Forensic Services(KPMG) は、連邦準備制度理事会 (the Federal Reserve) とアラバマ州銀行局 (the Alabama Banking Department) が、2004年10月12日に、BSA/AML プログラムの改善を要求する改善命令 (Cease and Desist Order) を AmSouth 社に出したなかで、AmSouth 社に対し独立したコンサルタントを雇うことを要求したのを受け、独立したコンサルタントの役割を果たし、2004年12月10日に報告を提出した。

デラウェア州最高裁は、KPMG の報告の内容、すなわち AmSouth 社の内部統制システムについては、以下のように認定している。

「合理的な報告体制の存在／KPMG の報告は、AmSouth 社の長年にわたる BSA/AML 遵守プログラムの様々な構成要素について評価した。KPMG の報告は、AmSouth 社の取締役会が、BSA/AML 遵守プログラムにつき考え得る資源について掲げ、それが遵守されることを確保するための数多くの手続とシステムを設置したことを示している。KPMG によると、プログラムの様々な構成要素は、法令遵守の程度が高度なものから低度なものまで存在するとされている。／KPMG の報告には、AmSouth 社が BSA を遵守することを監督し、その違反を経営陣および取締役会に報告するために、取締役会によって設置された数多くの AmSouth 社の従業員、部門、委員会が示されている。」

またデラウェア州最高裁は、「KPMG の報告によれば、取締役が情報報告システムを構築する監督責任を履行したことのみではなく、そのシステムは、AmSouth 社が BSA/AML 規制を遵守しているかについて、取締役が定期的に監視することができるよう設計されたものであることも証明されている。例えば、2004年に KPMG が記したところによれば、AmSouth 社の指定 BSA 役員は『ここ5年間毎年、取締役会に対しハイレベルな年次報告を行っている』。さらには、取締役会の監査伝達責任委員会（監査委員会）は、四半期ごとに AmSouth 社の BSA/AML 遵守プログラムの監督をした。KPMG の報告には、『BSA 役員は毎年取締役会に BSA/AML 教育を提供し、『また取締役会に社内安全教育も提供している』と記されている。／KPMG の報告によれば、AmSouth 社の取締役会が、書面で、BSA と AML 規制の遵守を確保するように設計された方針や手続を何度も定めていたことが示されている。例えば、取締役会は、銀行に普及している改正『BSA/AML 方針』を2003年7月17日に採用した（これは AmSouth 社が政府調査の対象となることに気付く4か月前である）。…そのほかには、2003年7月17日、BSA/AML 方針が、AmSouth 社の全従業員に、直ちに疑わしい取引を BSA/AML 遵守部門または社内安全部門に報告するよう命令していることがあげられる」と判示している。

システム構築義務は果たされていたとした<sup>44)</sup>。そのうえで、以下のように判示した。

「red flags が存在しない場合、監督における誠実性は『合理的な情報および報告システムの存在を確保する』取締役の行動によって評価されなければならない、たまたま不利益な結果をもたらした従業員の行為の発生後に、後知恵的に評価されてはならない。」

### 3 本判決の検討

#### (1) 本判決の概要

ストーン事件は、アリスチャルマーズ事件やケアマーク事件同様に従業員による違法行為に対する監督義務違反の有無が問題となった事案である。本判決は、ケアマーク事件衡平法裁判所の示した判断基準について、初めて扱ったデラウェア州最高裁判所の判決である<sup>45)</sup>。完全子会社における従業員の違法行為に対する監督が問題となっているところにも本件の特徴がある<sup>46)</sup>。

#### (2) 信認義務における内部統制システム構築義務の位置づけ

デラウェア州最高裁は、事前請求の無益性の判断において、本件では AmSouth 社の基本定款に含まれるデラウェア会社法 102 条 (b) 項 (7)<sup>47)</sup> に

---

44) ストーン事件最高裁判決の結論に関して、一定の内部統制が存在したので、それが機能していたかが争われたが、内部統制システムは機能していたとの取締役による反証が認められた。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」尾崎安史・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』321 頁（成文堂、2011）。

45) Stephen M. Bainbridge, *Corporate Law* 3d Edition 182 (2015).

ケアマーク事件において衡平法裁判所が示した判断は、それが傍論であり、アリスチャルマーズ事件における最高裁の判断と矛盾するものであったとしても、良法として衡平法裁判所により受け入れられたが、この間、デラウェア州最高裁は、その判断の妥当性について正面切って判断する機会がなかった。Id.

Jennifer, *supra* note 10, at 4, 21 は、ストーン事件において、デラウェア州最高裁は、コンプライアンスの管理についての持続的かつ組織的な懈怠という「誠実性の欠如」が認められる場合のみ取締役は責任を負うというケアマーク事件の Allen 判事の見解を受け入れたとする。

46) 完全子会社の従業員の違法行為につき、その完全親会社の取締役の監督責任が問われており、企業集団における親会社取締役の監督義務、内部統制システム構築義務が問題となっている事案とも整理できる。

47) デラウェア会社法 102 条 (b) 項 (7) は、定款の定めにより取締役の信認義務違反に基づく損害賠償責任の免責や制限をすることを認めるが、忠実義務に違反した場合や「誠実でない、または意識的に行われた不正行為や故意の法令違反に

よる免責を受けられるかが重要であるとした。そのうえで、取締役が「誠実」でなかったか、または、取締役に忠実義務違反が認められるかを検討した。

デラウェア州最高裁は、ケアマーク基準における「誠実性」は、忠実義務を果たしたとされるための前提条件とした<sup>48)</sup>。「誠実性の欠如」が忠実義務違反を導く必要条件であるとする帰結について、ストーン事件最高裁判決は以下のように判示している。すなわち、第1に、「誠実」に行動する義務は、注意義務や忠実義務と同列のものとして独立した信託義務を構成するものではない<sup>49)</sup>。第2に、忠実義務は、会社と取締役間に利益相反が生じる場合に限定されない<sup>50)</sup>。

Bainbridge 教授は、デラウェア州最高裁が「誠実性」は忠実義務を果たしたとされるための前提条件としたことに関して、ケアマーク事件の先例を実質的には変更したとする。すなわち、ストーン事件最高裁は、ケアマーク事件の判断を曲解したものであるとし、その理由として、裁判所が取締役の潜在的な責任の危険を制限しようとしている可能性を指摘している<sup>51)</sup>。

関する作為または不作為」がある場合には、責任の免責や制限を否定する。なお、北沢正啓＝浜田道代訳『新版 デラウェア会社法』7頁（商事法務研究会、1994）によれば、「善意でないか、もしくは意識的な非行もしくは法の故意の違反を伴う行為もしくは不作為」と訳されている。

48) なお、ストーン事件最高裁判決は、*In re The Walt Disney Company Derivative Litigation*, 916 A.2d 27 (Del. 2006) を参照し、ケアマーク事件判決において示された基準は、ディズニー事件判決において判示された「不誠実 (bad faith)」の定義に一致するとしている。

49) Bainbridge 教授は、ストーン事件最高裁判決は適切な救済を作り出すことを難しくしたとする。また、「誠実性」を欠いたとして忠実義務違反の有無が問われるということは、責任が認められるために、教義的に (doctrinally) 因果関係の存在が要求されるという困難な問題も生じさせていると指摘する。以上につき、Bainbridge, *supra* note 45, at 181。

50) See *id.* at 180.

なお、日本における善管注意義務と忠実義務の関係につき、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商 81 巻 4 号 455 頁以下（1980）参照。

51) Bainbridge, *supra* note 45, at 183.

また、Bainbridge 教授は、ケアマーク事件の立場では取締役に重過失が存在する場合に責任が問われ得るのに対し、ストーン事件の立場では義務違反の事実について悪意であることが要求され、一段と厳格な主観的要件を課しているとする。ただ一方で、ケアマーク事件における基準を「誠実性」へと包含することで、デラウェア会社法 102 条 (b) 項 (7) による免責ができなくなったことにより、取締役の責任が拡大する可能性も指摘している。以上につき、*id.* at 183-184。

このほか、ストーン事件最高裁判決について、①監視義務を「誠実義務 (duty of good faith)」と同視し、②「誠実義務」を忠実義務に包摂させ、③故意 (scienter) を「不誠実」の要素として解釈することで、監視義務違反の責任に関しデラウェア会社法 102 (b) 項 (7) の免責規定の適用がないものとする一方、取締役の監視義務違反を示すことは困難になったとするものもある。Pan, *supra* note 21, at 727.

このほか、「誠実性の欠如」を忠実義務違反の必要条件と考える場合には、経営判断原則の適用はない<sup>52)</sup>。もっとも、ケアマーク事件やストーン事件において示された判断基準のもとでは、取締役が、内部統制システム構築に関して責任を負うのは最小限の努力すら怠った場合に限られよう<sup>53)</sup>。

### (3) ストーン事件判決の示す内部統制システム構築義務

ストーン事件最高裁判決では、ケアマーク事件衡平法裁判所の判断と同様に取締役は一般的な内部統制システム構築義務を負うとされ、その義務違反が認められる場合の類型が示されている。ストーン事件最高裁によれば、取締役が内部統制システム構築に関し責任を負うのは以下の場合である。

まず、①取締役が内部統制システムの構築にかかわる職務をおよそ怠っている場合である<sup>54)</sup>。次に、②内部統制システムを構築したとしても、その後の監督を意識的に怠った場合である。②は、内部統制システムの運用義務についての判示といえる<sup>55)</sup>。すなわち、必要な内部統制システムは構築されていたとしても、それが適切に機能しているかについて監督を怠ったため、内部統制システムを通じて本来得られるべき情報を得ることができなかつた場合である。

52) ミルハウプト編・前掲(注38)77頁〔斉藤真琴ほか担当、村上玄純＝望月信孝副担当〕、Miller, *supra* note 2, at 6.

53) *Id.*

すなわち、取締役が責任を負うのは義務違反にかかわる事実を認識しながら、その状態を意識的に継続する場合に限られる。また、取締役会の経営判断の合理性については、審理の対象から除かれることとなろう。以上について、Jennifer, *supra* note 10, at 18, 20.

また、ストーン事件最高裁も、一般的な内部統制システム構築義務違反の有無について、後知恵的に評価してはならないと判示している。

この判断枠組みの評価に関し、Miller教授は、このようなデラウェア州のアプローチは効果のないものとして非難されるかもしれないが、取締役会の心構えに影響を与え、弁護士が顧客に対してコンプライアンスへの取組みをアップグレードするように奨励するきっかけを与えると指摘する。また、Rich ex rel. Fuqi Intern., Inc v. Yu Kwai Chong, 66 A.3d 963 (Del.Ch 2013)を参照し、実際に取締役の責任が発生するのは、ガバナンスがあまりにひどい状態であったり、国外にて運営されているガバナンスの評判が悪い会社の事案となる傾向を指摘する。以上につき、Miller, *supra* note 2, at 6.

54) 同旨、吉井・前掲(注16)1059頁。

Hill and McDonnell, *supra* note 10, at 874は、情報統制システムの監視を意識的に怠ったか否かに関して、裁判所は、取締役会または監査委員会が、システムによってもたらされた情報の評価やそのシステム自体の評価のために一定の時間を費やしたという証拠を探すべきであると指摘する。

55) 同旨、吉井・前掲(注16)1059頁。

そして、取締役が①または②の義務の不履行にかかわる事実について悪意であることが立証されれば、「誠実」に義務を履行するのを怠ったことを理由に、忠実義務違反が認められる。

構築すべき具体的な内容に関しては、KPMGの報告の内容<sup>56)</sup>を検討する。ストーン事件では、同報告に記載された内容の内部統制システムが構築されていたことを理由に、内部統制システム構築義務違反は認められないとされた。裁判所が判断する過程でいかなる事実が重視されているか参考になる。

同報告によれば、社内指針の作成や従業員教育に加え、社内における違法行為を検知し、これを上位の機関に報告するための人的資源が投入されている。具体的には、AmSouth社は本件の違法行為に対処するための役員や部門を設置し、疑わしい活動を検知・報告するための部署や委員会の設置を行っている。このことから、取締役は内部統制システム構築義務を果たしていたとされたのであろう（上記①の義務）。さらに、取締役会や監査委員会による定期的なシステムの監督もなされており、内部統制システムを運用する義務も果たしていたと判断されたといえよう（上記②の義務）。

ストーン事件では、社内の違法行為検知のための体制や報告体制に関し、担当部署や委員会の設置等による人的資源の配置が詳細に認定されていることが注目される<sup>57)</sup>。

---

56) KPMGによる報告の内容については、本稿（注43）参照。

57) ケアマーク事件でも、ケアマーク社において以下のような内部統制システムが構築されていたと判示されている。すなわち、問題となっている違法行為を防止するためのガイドの作成・改訂によって、社内方針や業務執行の適法性を保証する仕組みが整備されていた。また、従業員倫理マニュアルの作成や従業員教育の実施により、違法行為の防止に向けた意識を従業員に根付かせていた。一定の取引行為については、責任者の承認を求めたりするなど、経営構造の集中化を図るチェック体制が構築されていた。このほか、社内外に法律カウンセラーをおいたり、監査・倫理委員会を設けるなど、会社の法令遵守方針に関して会社の内外から助言や評価を受ける体制も構築されていた。

従業員教育、社内方針の作成、情報を上位の機関に集約する体制の構築、システム評価のための委員会の設置などは、ストーン事件において構築されていた体制と共通する。

以上をもって、ケアマーク事件衡平法裁判所は、ケアマーク社の取締役は内部統制システム構築義務を果たしていたと考えたのであろう（本稿（注18）参照）。

(4) 小括

ストーン事件は、一般的な内部統制システム構築義務違反の有無が問題となった事案である。ストーン事件最高裁判決では、取締役が内部統制システム構築義務違反を問われる類型が示された。そのうえで、ストーン事件最高裁は、KPMGの報告の内容を検討し、取締役に内部統制システム構築義務違反は認められないと判断した。

ストーン事件は red flags が存在しない事案であったが、最高裁は red flags についてあえて明示的に言及している。ストーン事件最高裁判決は、red flags 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の構築義務が生じることを示唆している。red flags と内部統制システム構築義務との関係については、第3章でアリスチャルマーズ事件やケアマーク事件における裁判所の判断も参照しながら検討する。

### 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—

デラウェア州法において、過去に同様の不正行為が存在するという事実は red flags に該当し、再発防止のための内部統制システム構築義務を発生させる。この立場は、日本法における最高裁平成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)その他の裁判例の立場と同様であると考えられる<sup>58)</sup>。すなわち、最高裁平成21年判決では、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の「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の構築義務が生じるとされた<sup>59)</sup>。

再発防止のための内部統制システム構築義務については、アメリカ法の検討から、以下で述べるような内容を読み取ることができる。日本において、どのような事情が再発防止のための内部統制システム構築義務を生じさせるか、その義務の内容をどのように考えるべきかにつき示唆を与えるものといえよう。

---

58) 吉井・前掲(注16)1060頁以下参照。また、拙稿・前掲(注27)425頁以下、拙稿・前掲(注5)83頁以下も参照。

59) 吉井・前掲(注16)1067頁、拙稿・前掲(注27)440頁参照。

## 第1節 再発防止のための内部統制システム構築義務

### 1 Red Flags と再発防止のための内部統制システム構築義務

red flags は、不正行為の兆候を示す事実であり、それに対応し得る内部統制システム構築義務を発生させるインシデントとなる<sup>60)</sup>。

ストーン事件最高裁は、red flags が存在しない場合には、取締役の義務違反の有無は、合理的な情報報告システムの存在を確保していたかによって評価されると判示している。一方で、red flags が存在する場合には、一般的な内部統制システムに上乘せ式的に、red flags に対応し得る内部統制システムを構築することが取締役に要求されると同最高裁は考えていると思われる。

red flags とアリスチャルマーズ事件における「疑うべき事由」との関係は、以下のように整理することができよう。アリスチャルマーズ事件で問題となった過去に同様の不正行為が存在したこと等の「疑うべき事由」<sup>61)</sup>は、それに対応し得る内部統制システム構築義務を発生させる事由という点で、red flags と同義と考える<sup>62)</sup>。

取締役は再発防止のための内部統制システム構築義務を負うという考え方は、一般的な内部統制システム構築義務が肯定される以前から、デラウェア州最高裁により採用されていた<sup>63)</sup>。もっとも、アリスチャルマーズ事件最高裁判決では、過去に不正行為が存在したにもかかわらず、一定の事情の存在を理由に内部統制システム構築義務違反は認められなかった（第2章第2節5、本章第2節参照）。その後、量刑ガイドラインやALIコーポレートガバナンス原則では、過去に同様の不正行為が存在する場合には、直ちに再発防止のための内部統制システムを構築すべきことが示された（第2章第3節5および6参照）。ケアマーク事件では、一般的な内部統制シ

---

60) 吉井・前掲（注16）1060頁。

61) アリスチャルマーズ事件最高裁判決によれば、過去に同様の不正行為が存在するという事情は、再発防止のための内部統制システム構築義務を生じさせるインシデントとなる（第2章第2節）。

62) Hill and McDonnell, *supra* note 10, at 859 にも、アリスチャルマーズ事件における「疑うべき事由」と red flags が同義であることを前提とする記載がある。また、吉井・前掲（注16）1052頁参照。

63) アリスチャルマーズ事件（第2章第2節）を参照。この事件では、一般的な内部統制システム構築義務は否定され、内部統制システム構築義務が生じるのは「疑うべき事由」が存在する場合に限定されていた。

テム構築義務が認められたが、加えて再発防止のための内部統制システムも構築することが求められている。そして、ストーン事件最高裁は、red flags という概念を用いた。red flags の存在を理由とする内部統制システム構築義務についての裁判所の意識は強くなっているといえよう。このような経緯から、過去に同様の不正行為が存在する場合には、原則として再発防止のための内部統制システム構築が求められるという考え方は、デラウェア州法において一層根付いてきていると考えられる。

red flags となる過去の不正行為の内容に関して、アリスチャルマーズ事件やケアマーク事件では会社の主要事業に関連する法令の違反が念頭に置かれてきた。このような自社における過去の重大な不正行為が、red flags に該当することは明らかである。のみならず、red flags に該当する過去の不正行為は、現在では、このような重大な不正行為に限られないと推測される。再発防止のための内部統制システム構築義務への意識が強くなるにつれて、将来損害を生じさせるインシデントを取締役が予見・認識することに対する要請は強くなると思われる。また後述のように、red flags は、現に生じている不正行為の兆候に対処する義務との関連よりも、内部統制システム構築義務との関連に重点をおいて論じられるようになってきている。このことからすれば、何らか不正行為の兆候が存在する場合、取締役は、将来それがどのような影響をもたらすかについて考慮することが求められるよう。以上のように考えると、例えば、それ自体は重大とまではいえない不正行為であっても、重大な不正行為に結びつき得るものや会社に重大な損害を将来もたらし得るものは、red flags に該当すると考える。

## 2 再発防止のための内部統制システム構築義務の内容

再発防止のための内部統制システム構築義務の内容は、以下のように考えられる。red flags が存在する場合には、対処すべき不正行為の対象も明確となる。その内容は一般的な内部統制システムに比べて、個別的な内容となろう<sup>64)</sup>。具体的には、不正行為の発生原因を除去したうえで、その再

---

64) Hill and McDonnell, *supra* note 10, at 872 が、ビジネスリスクに対する監視義務に関して、信認義務の一般論に依るべきとしたうえで、その義務は、潜在的な損害が最も大きく、取締役が予期することが最も容易な場合に、最も強くなると指摘しているのも参考になる。

リスク管理にかかわる監督と法令遵守にかかわる監督について、程度 (degree)

発防止のためのシステムを強化することが求められよう<sup>65)</sup>。

red flags に対応するための内部統制システムは、すでに構築されている一般的な内部統制システムに上乘的に構築される場合が多いであろう。加えて、一般的な内部統制システム構築義務の対象外とされていた部分に関して、それに対応し得る内部統制システム構築義務を発生させる根拠ともなり得ると考える<sup>66)</sup>。自社における過去の不正行為にかかわる例ではないが、例えば、同業他社において不正行為が発生したこと（red flags）により、自社においても同様の不正行為を発生させないための内部統制システムを構築することが要求される場合がある<sup>67)</sup>。また、会社の主要事業に関連する法改正等が行われたこと（red flags）により、その法令の遵守のための体制を新たに構築すべき場合なども考えられよう。

---

の違いが存在するのみで、その性質（kind）において異なるものではない。Stephen M. Bainbridge, *Caremark and Enterprise Risk Management*, 34 Iowa J. Corp. L. 967, 982 (2009)。この点については、本稿（注11）も参照。

このように考えるならば、上記の指摘は法令遵守にかかわる監視義務についても同様に考えられると思われる。そして、過去に同様の不正行為が存在する場合には、取締役はその不正行為の再発可能性について認識すべきといえるから、その再発を防止すべき義務を負う。

- 65) Rapp 教授は、法規制に違反するリスクが大きくなればなるほど、より強度な内部統制システムを構築しなければならないと説く。会社が red flags を覚知すればするほど、内部統制システムの質について徹底的に評価しなければならないとする。以上につき、Rapp, *supra* note 10, at 1017。

Rapp 教授のこの指摘は、red flags が存在する場合には、内部統制システムを改善し、再発防止のための一段と強固な内部統制システムを構築することが取締役要求されることを意味すると思われる。

- 66) アリスチャルマーズ事件の時代には、「疑うべき事由」の存在は、一般的な内部統制システムの構築が要求されていない状態のなかで、限定的に内部統制システム構築義務を生じさせる事情として位置づけられていた。これに対し、一般的な内部統制システムが認められるとの前提のもとでは、red flags にも対応し得る内部統制システムを上乘的に構築する義務が課されるという判断枠組みで発展したと理解することができよう。

もっとも、理論的には、本文中述べるように内部統制システムの存在しない部分について、ある不正行為の発生を根拠に内部統制システム構築義務が生じ得るとしても、不正行為に対する予見可能性の向上や、内部統制システムにかかわる議論の発展に伴い、そのような事案が生じることは想定しにくくなっていくものと思われる。

- 67) 名古屋高金沢支判平成 17 年 5 月 18 日前掲（注 5）はそのような事案であると解される。この事件では、牛乳等製品の再利用が問題とされた雪印乳業事件や保健所の指導により、自社における牛乳等製品の再利用につき法令違反があると代表取締役が知ったこと等を理由に、内部統制システム構築義務にかかわる任務の懈怠について重過失（会社法 429 条 1 項）があるとされた。この事件では、同業他社における不正行為が、自社における内部統制システム構築義務を生じさせるインシデントとなっていると思われる。吉井・前掲（注 16）1076-1077 頁。また、拙稿・前掲（注 5）107 頁以下も参照。

### 3 再発防止のための内部統制システム構築義務と個別的な監督義務

red flags が存在する場合には、取締役の監視監督義務に関し、以下のような2つの義務を生じさせる。すなわち、①現に存在する不正行為（の兆候）について調査し、是正すべき個別的な監督義務<sup>68)</sup>と、②中長期的な視点から、その再発防止のための内部統制システム構築義務<sup>69)</sup>が生じる<sup>70)</sup>。アリスチャルマーズ事件判決も、「疑うべき事由」が存在する場合には、その不正行為を「終息」させる義務と、その不正行為の「再発を防止」する義務が生じることを示している。

アリスチャルマーズ事件の当時は一般的な内部統制システム構築義務は観念されておらず、同事件判決では「その不正行為を終息させ、再発を防

68) 南・前掲(注16)105頁は、「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」とする。山田純子「取締役の監視義務—アメリカ法を参考にして—」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』230-231頁(有斐閣、1997)も参照。

red flags の存在は、疑うべき事由が存在しない場合には下位の者を信頼することができるとする信頼の原則(信頼の権利)の文脈での疑うべき事由としても位置づけられることを意味する。すなわち、取締役が、他の取締役や従業員を信頼することが許されないと評価される特段の事情とも位置づけられよう。信頼の原則に関し、中東正文ほか『会社法』85頁〔白井正和〕(有斐閣、2015)、落合誠一編『会社法コンメンタール—機関(2)』228頁〔落合誠一〕(商事法務、2009)、畠田公明「取締役の監視義務とその信頼の保護」民商102巻1号69頁(1990)を参照。

69) 吉井・前掲(注16)1060頁。

70) 不正行為の事前の予防・再発防止に関する内部統制システム構築義務と、不正行為につき事後的な対応をする監督義務は区別される。

なお、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) ダスキンの事件②」税理50巻6号86-87頁(2007)は、以下のように指摘する。すなわち、敵対的買収における区分を参考に、内部統制についても「平時」と「有事」を区別できるとする。ダスキンの株主代表訴訟事件(大阪高判平成18年6月9日判タ1214号115頁)においては、「平時」については対応がなされていたものの、「有事」すなわち不正行為を経営陣が認識した後の対応が不適當であったと指摘している。松嶋隆弘「会社法上の内部統制システムにおいて要求される水準と措置について—近時の裁判例を素材として—」日法76巻2号324-325頁(2010)も参照。

もつとも、ここで述べられているダスキンの株主代表訴訟事件を念頭に置かならば、有事とは不正行為発覚当時の対応ということとなり、過去の不正行為をふまえた内部統制システムの構築とは範疇が異なる。有事における取締役の義務は、不正行為に対する個別的な監視監督義務、または内部統制システムを運用する義務の問題であると考えられる。すなわち、③の義務にかかわるものといえよう。

南・前掲(注16)162頁は、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としつつ、取締役の法的責任を考える上では、一応内部統制システム構築義務とは区別して考えるべきとする。

止する」と判示されていた。このことから、アリスチャルマーズ事件判決では、現に生じている不正行為に対応するという面が重視されており、上記④⑤の義務を区別する意識が弱いものと思われる。一方、ストーン事件最高裁判決では、内部統制システム構築義務の文脈で red flags について判示されている。このように、red flags は、現に生じている不正行為に対処する義務よりも、内部統制システム構築義務との関連に重点をおいて議論されるようになってきているといえよう<sup>71)</sup>。

## 第2節 過去に不正行為が存在するにもかかわらず取締役の責任が否定される場合

過去に同様の不正行為が存する場合には、取締役にその再発防止のための内部統制システムを構築する義務が発生する。もっとも、そのような事実が存在する場合でも、一定の事情を考慮した結果、取締役の責任が否定されることはあり得る。

アリスチャルマーズ事件は過去に同様の不正行為が存在した事例であった。同事件判決では、取締役が過去の不正行為について適法であると合理的に信じていたこと、取締役が過去の不正行為の当時にその会社の取締役等ではなく、過去の不正行為を認識したものではないこと、過去の不正行為の発生から時間が経過しており、これまで再発していないこと<sup>72)</sup>が、取締役の責任を否定する事情とされた。これらの事実は、過去に違法な行為が行われていたことに関する取締役の認識や認識可能性を否定する事実として、取締役の責任は認められないとの評価を導くと考える<sup>73)</sup>。

日本の裁判例でも、取締役が、過去の不正行為それ自体や不正行為の違法性について認識していなくともやむを得ないと裁判所により判断される場合には、取締役は損害賠償責任を負わないとの「判断基準」を示すもの

---

71) 第2章第3節のアメリカ法における内部統制システム構築義務の発展の歴史から、過去の不正行為の存在は内部統制システム構築義務を生じさせるインシデントとなることが検出できる。このことから、red flags が内部統制システム構築義務を生じせる根拠として重視される方向にあることを窺うことができる。

72) もっとも、量刑ガイドライン等の立場によれば、現在では、不正行為が発生した場合にはそれに対応するための内部統制システムを直ちに構築する義務を取締役は負うと考えられる。

73) 本稿（注37）参照。

がある<sup>74)</sup>。例えば、大阪高裁平成14年11月21日判決（民集59巻9号2488号）では、代表取締役が過去の不正行為にかかわる訴訟について認識していることが、取締役の責任を肯定する根拠とされている<sup>75)</sup>。名古屋高裁金沢支部平成17年5月18日判決（判時1898号130頁）では、自社において繰り返されてきた牛乳等製品の再利用の違法性を代表取締役が認識したことを理由に、取締役は法令を遵守した業務がなされるような体制を構築する責任を負うと判示されている<sup>76)</sup>。このように、日本においても、取締役が過去の不正行為について認識を欠いていた等により、不正行為の発生につき具体的な予見可能性が認められない場合には、取締役の責任が否定される<sup>77)</sup>。

この日本法の裁判例の立場は、アメリカの判例法に則しても、支持され得るといえよう。

## 第4章 おわりに

本稿では、過去に同様の不正行為が存在するという事情によって、内部統制システム構築義務にどのような影響が生じるのかという視点から、アメリカ法における内部統制システム構築義務の展開について検討を行った。

アメリカにおいても、日本においても、過去に同様の不正行為が存在する場合には、その再発防止のための内部統制システムを構築する義務が取締役に課される。

もっとも、このような視点からの研究は日本においてもなされていたが<sup>78)</sup>、歴史的な経緯を読み解きつつ詳細に検討はなされてこなかった<sup>79)</sup>。こ

---

74) 拙稿・前掲（注5）91、109、113頁。

なお、以下で紹介する2つの事件では、両者とも代表取締役の責任が肯定されている。

75) 拙稿・前掲（注5）89、91頁。

76) 拙稿・前掲（注5）108-109頁。

77) 拙稿・前掲（注5）117-118頁。

78) 本稿は、吉井・前掲（注16）1043頁と問題意識を共有している。

79) 本稿では、過去に同様の不正行為が存在したことが、内部統制システム構築義務にどのような影響を与えるかを明確に示すことを試みた。過去の不正行為の存在等と内部統制システム構築義務との関係につき、アメリカの裁判例や内部統制の発展の歴史から検出して考察を行った。考察に際しては、アメリカと日本における内部統制概念の変遷の相違も意識した。

のことは、アメリカ法における内部統制システム構築義務概念の発展の歴史と日本におけるそれが異なっていたことも、理由の一つとなっているであろう。すなわち、アメリカ法では、一般的な内部統制システム構築義務が肯定される以前から、過去に同様の不正行為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義務が取締役に課されることが重視されてきた。一方で、日本法では、大阪地裁平成12年9月20日判決（判時1721号3頁）をはじめとする内部統制システム構築義務にかかわる代表的な裁判例が示してきた内容は、一般的な内部統制システム構築義務を想定したものであった<sup>80)</sup>。

日本でも最高裁平成21年判決において、過去の不正行為等の「特別な事情」の存在は、それに対応し得る内部統制システム構築義務を発生させると判示された。このことから、本稿において提示した視点から内部統制システム構築義務の内容について、さらなる研究を行っていく意義がある<sup>81)</sup>。

80) 内部統制システムの構築は、過去の不正行為の検討も含め、構築する時点で会社にどのようなリスクがあるか想定し、どのようなシステムを構築するか決定するという手法となると思われる。内部統制システムの構築の際には、過去の不正行為の存在という事情は、会社がその時点あるいは将来において対処すべきリスクを想定する際の一事情として扱われるにすぎない。このことも、再発防止のための内部統制システムが、一般的な内部統制システムと、特に区別されてこなかった背景と考え得る。

一方で、事後的に取締役の責任が問題となる場面では、事件発生時において、取締役がその不正行為をどの程度予見し得たかという視点から検討される。この場面では、過去に同様の不正行為が存在した場合には、その不正行為に対する予見可能性は高まる。したがって、過去に同様の不正行為が存在したという事情を、そのほかの事情と区別して検討する意義があろう。

81) 一般的な内部統制システムに比して、再発防止のための内部統制システムに関しては、構築すべき内容が、より個別化かつ具体化される。一般的な内部統制システムについては、会社の事業の規模・性質等に応じて構築すべきとされる（大阪地裁平成12年9月20日判時1721号3頁参照）。これに対し、再発防止のための内部統制システムについては、当該会社の過去の事例等をふまえて、その不正行為の再発を防止するための体制の構築が求められることとなる。具体的対応として、不正行為にかかわる部署への人員配置を取り止めること等も求められる（ケアマーク事件参照）。不正行為が発生している以上は、構築すべき内容も特定され、何ら対応をしないことは基本的には許されないこととなろう。再発防止のための内部統制システム構築義務については、経営判断原則の適用も否定的に解されると思われる。

また、訴訟の場面においても、取締役の内部統制システム構築義務違反にかかわる責任を追及する際に、過去に同様の不正行為が存在したという事実は、義務の発生を導く重要な事情となる。すなわち、過去に同様の不正行為が存在したという事実を主張立証すれば、最高裁平成21年判決のいう「特別な事情」があることとされ、取締役はその不正行為を防止し得る内部統制システムを構築する義務を

どのような事情が内部統制システム構築義務を発生させる「特別な事情」に該当するか<sup>82)</sup>、その場合における内部統制システム構築義務の内容はどのようなものか、個別的な監視義務と内部統制システム構築義務との関係はどのように捉えるべきか等について、デラウェア州における比較的近時の裁判例<sup>83)</sup>や日本における裁判例の今後の推移も注視して、さらなる研究が不可欠である。これらの比較法的考察については、今後の課題としたい。

---

負うと考えられる。これに対し、取締役は、その過去の不正行為について認識すべきとまではいえなかったという事情等を抗弁として主張立証していくこととなろう。拙稿・前掲(注27)444頁も参照。

このように、過去に同様の不正行為が存在する場合には、訴訟において主張立証すべき事実の持つ意味やその推認力の強弱も変化してこよう。

- 82) red flags に関し、第3章第1節1で検討したように、重大な不正行為はもちろん、それ自体は重大とまではいえなくとも、重大な不正行為に結びつき得るものや会社に重大な損害をもたらし得るものは、「特別な事情」に該当するものと考えられる。

このほか、同業他社やグループ企業内の不正行為等をどのように考えるかも問題となろう(第3章第1節2参照)。

- 83) 例えば、*South v. Baker*, 62 A.3d 1 (Del. Ch. 2012); *Rich ex rel. Fuqi Intern., Inc v. Yu Kwai Chong*, 66 A.3d 963 (Del.Ch. 2013)。