

# 繰り返される不正行為と 内部統制システム構築義務

山 本 将 成

## 目次

### 第1章 はじめに

### 第2章 不正行為を繰り返さない内部統制システム

#### 第1節 不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務 － 出版社における名誉毀損事例－

##### 1 新潮社フォーカス事件

###### (1) 事案の概要

###### (2) 大阪高裁平成14年11月21日判決

###### (3) 検討

A 不正行為を繰り返さない管理体制の構築と取締役の義務

B 不正行為を繰り返さない管理体制の内容

##### 2 週刊新潮事件

###### (1) 事案の概要

###### (2) 東京高裁平成23年7月28日判決

###### (3) 検討

A 第一審判決とフライデー事件判決との結論の相違

B 控訴審の検討

(A) 大阪高裁平成14年判決をふまえた体制の構築と取締役の裁量

(B) 構築義務を発生させる不正行為に関する事情－違法とされたものと違法とはいえないとされたものの混在－

(C) その不正行為に対する具体的認識と内部統制システム構築義務の関係

第2節 過去の不正行為と「同様」かの判断

－役員責任査定決定に対する異議事件－

1 事案の概要

2 大阪高裁平成27年5月21日判決

3 検討

(1) 総論

(2) 不正行為が「同種又は類似した態様」のものかの判断基準

第3節 小規模な会社における内部統制システム－食品会社の事例－

1 事案の概要

2 名古屋高裁金沢支部平成17年5月18日判決

3 検討

(1) 総論

(2) 小規模な会社と内部統制システム構築義務

第3章 検討

第4章 おわりに

## 第1章 はじめに

一定規模以上の会社の取締役は、善管注意義務の一環として、内部統制システムを構築し、それを運用<sup>1)</sup>する義務を負う<sup>2) 3)</sup>。内部統制システム構築義務やその運用義務に関しては、多くの判例裁判例が存在し、義務違反の判断枠組み、およびその具体的内容についても明確になってきている。

本稿では、ある会社において、不正行為が繰り返されてきたという事情

---

1) 会社法施行規則118条2号参照。

2) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」曹時34巻4号14頁(1982)、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79頁(1999)、江頭憲治郎『株式会社法』403、467頁(有斐閣、第6版、2015)、神田秀樹『会社法』228-229頁(弘文堂、第18版、2016)、大隅健一郎ほか『新会社法概説』207-208頁(有斐閣、第2版、2010)、伊藤靖史ほか『会社法』181-182頁〔大杉謙一〕、234-235頁〔伊藤靖史〕(有斐閣、第3版、2015)、永石一郎「内部統制システム構築義務とその主張・立証責任の構造」一法3巻2号369頁(2004)、清水毅「取締役の監視・監督義務と内部統制システム構築義務」野村修也=松井秀樹編『実務に効く コーポレート・ガバナンス 判例精選』142頁(2013)。

3) 会社法上、一定の会社においては、内部統制システムの整備にかかわる決定をすることも義務付けられている(会社法348条3項4号・4項、362条4項6号・5項、399条の13第1項1号ロハ・2項、416条1項1号ロホ・2項)。

が特に存在する場合に、内部統制システムの構築・改善という見地から、取締役が負う義務の内容を検討する。この義務の違反が、実際に争われるのは、不正行為が繰り返されたことにつき、取締役の責任が追及される場面である。通常の場合ではなく、不正行為が過去に繰り返されてきたという事情がある場合に、それ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特化した検討は、これまで十分になされていなかった。

そこで、本稿では、不正行為が繰り返されるのを防止するために、内部統制システムとの関連で、取締役がどのような義務を負うかを明確化していくことを目指す。

検討にあたっては、不正行為が繰り返されてきた事情がある下級審の事例を参考にして、日本システム技術事件最高裁判決<sup>4)</sup>の分析<sup>5)</sup>を深める。第2章では、この最高裁の判断枠組みを確認し、本稿での検討対象を明確にしたうえで、不正行為が繰り返し行われてきたという事情がある最高裁前後の裁判例を検討していく。第3章では、本稿での検討の結果を示したうえで、第4章にて、今後の課題を示す。

以上の検討を通じて、その会社で不正行為が繰り返されてきたという事情がある場合、取締役の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していきたい。

## 第2章 不正行為を繰り返さない内部統制システム

第2章では、不正行為が繰り返されているという事情のある裁判例について検討していくが、その前提として最高裁平成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）の判断枠組みについてまず確認し、本稿の検討対象を明確にする。

最高裁平成21年判決は、内部統制システム構築義務について初めて判断をした最高裁判決である。最高裁平成21年判決では、内部統制システム構築義務に関し、2段階の判断枠組みが採用された<sup>6)</sup>。

---

4) 最判平成21年7月9日判時2055号147頁。

5) 日本システム技術事件最高裁判決の分析については、拙稿「判批」名法264号425頁以下（2015）。

6) 以下の検討につき、拙稿・前掲（注5）437頁以下を参照。

1段階目として、「通常想定される」「不正行為を防止し得る程度の」内部統制システムを構築することが代表取締役には要求されるとした<sup>7)</sup>。これは、取締役は、通常想定される不正行為を防止し得る内部統制システムを構築すれば、原則としてその義務を果たしたものと評価されることを意味する<sup>8)</sup>。

2段階目として、最高裁は、「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」の有無を検討している。これは、その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ある場合には、さらにそれをも防止し得る内部統制システムを構築することが要求されることを意味する<sup>9)</sup>。最高裁は、「特別な事情」の例示として、「本件以前に同様の手法による不正行為が行われたこと」を掲げている。

本稿では、最高裁平成21年判決のいう「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」の内容につき検討を行う。「特別な事情」の例示として、「本件以前に同様の手法による不正行為が行われたこと」が掲げられているが、最高裁平成21年判決は、そのような「特別な事情」が存在した事案ではなかった。そのため、「特別な事情」の具体的内容や、「特別な事情」が存在する場合には取締役の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という問題は明確となっていない。そこで、本

7) 同様の表現は、東京地判平成27年4月23日金判1478号37頁でも用いられている。この事件は、東日本旅客鉄道株式会社が運営する水力発電所において、発電に供する水を取水するために受けていた河川法に基づく許可に付された条件に違反する取水を行い、その許可が取消されたことにつき、取締役や監査役である被告らに任務懈怠がある等と主張して、その結果生じた損害の賠償を求める株主代表訴訟の事案である。判決では、内部統制システム構築義務違反の有無に関し、「通常想定される範囲の違法取水等を防止し得る程度の管理体制を整えていた」とされた。

8) その不正行為が通常想定されるものかは、画一的に判断されるものではなく、特に同業他社における事件・事故の蓄積も考慮し、内部統制システムの水準に関する日々の発展もふまえたなかで、その不正行為が行われた時点で、当該会社において経験則上、発生することが想定されたかが問題となる。神作裕之ほか「新春座談会 ハイブリッドモデルの取締役会等における経営判断と攻めのガバナンス」上―果敢なリスク・テイクとプレーキの發揮のために― 商事2089号15頁〔松井秀樹発言〕(2016)、清水・前掲(注2)144-145頁。

また、具体的な義務違反が認められるか否かの判断にあたっては、費用対効果も加味して、当該会社において、その不正行為を防止し得る体制を構築すべきであったかという規範的な評価も介することとなる。

9) 王子田誠「判批」金判1353号10頁(2010)、高島志郎「判批」商事1876号30頁(2009)、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1067頁以下(2014)参照。

稿では、この問題意識をもって、最高裁平成 21 年判決前後の下級審判決ではどのように争われ、考えられてきたかを中心に検討をしていく。

具体的には、①どのような事情があれば、その不正行為の発生を予見すべき「特別な事情」があるとされ、内部統制システムが不十分であるとして、その不正行為をも防止し得る内部統制システムの構築義務が取締役に課されるのか、②通常の場合との相違を含め、その内部統制システムの程度と、構築にかかわる取締役の裁量はどのように考えられるか、③不正行為が「同様」のものか否かはどのように評価すべきか、という視点から検討を行う。これらの視点に基づく不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務の全体像については、本章での検討に基づき、第 3 章で示す。

なお、最高裁平成 21 年判決では「不正行為」との語が用いられているが、以下で取り上げる裁判例の中には「違法行為」との語を用いるものがある。最高裁平成 21 年判決が、「不正行為」という語をどのような意義で用いているかは明確ではないが<sup>10)</sup>、本稿では、「不正行為」という語を違法行為も含むものとして用いる<sup>11)</sup>。

## 第 1 節 不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務

### －出版社における名誉毀損事例－

第 1 節では、不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務について、出版社における名誉毀損事例を通じて検討を行う<sup>12)</sup>。事例の検討から上記①②の内容を明らかにしていく。

---

10) 最高裁が、どのような事情につき、また会社にどのような影響・損害を及ぼすものを、ここでの「不正行為」として想定しているかという問題については、検討の必要があろう。

11) 衆議院法制局法制執務研究会「条文の読み方 法制執務用語解説 第 18 回『違法』『不法』『不正』『不当』」法教 360 号 51-53 頁 (2010) 参照。

これらの語に関し、例えば役員の解任の訴えにかかわる会社法 854 条 1 項では、実質的要件として、「不正の行為」または「法令…に違反する重大な事実」の存在が掲げられている。このうち「不正の行為」について、取締役がその義務に違反して会社に損害を生ぜしめる故意の行為をいうとか(上柳克郎ほか編集代表『新版 注釈会社法 (6) 株式会社の機関 (2)』74 頁 [今井潔] (有斐閣、1987)、江頭憲治郎=門口正人編集代表『会社法大系 組織再編・会社訴訟・会社非訟・解散・清算 第 4 巻』358 頁 [福田千恵子] (青林書院、2008))、故意の忠実義務違反をいうとか(江頭憲治郎=中村直人編著『論点体系 会社法 6 組織再編Ⅱ、外国会社、雑則、罰則』238 頁 [前田修志] (第一法規、2012)) されている。

12) 以下の事例では、不正行為が繰り返されてきたことを明示して内部統制システム構築義務の内容を導いている。

## 1 新潮社フォーカス事件

この事件は、違法な名誉毀損行為が繰り返されてきたこと等を考慮して、代表取締役の対第三者責任を認めた事件である。

### (1) 事案の概要

和歌山市内で発生したカレーライスへの毒物混入事件等における刑事被告人 X が、法廷内写真やイラスト画などを掲載した記事が雑誌に掲載されたことにつき、名誉毀損等を理由として、出版社である株式会社 Y1、同社の取締役ら（代表取締役 Y2 ら）<sup>13)</sup>、編集長および発行人であった Y3 に対し、損害賠償請求等を行った事案である。

取締役らに対しては、旧商法 266 条ノ 3（現、会社法 429 条 1 項）に基づき請求が行われた。第一審の大阪地裁平成 14 年 2 月 19 日判決（判タ 1109 号 170 頁）では、一部認容、一部棄却の判決が言い渡された。以下で検討する差戻前控訴審の大阪高裁平成 14 年 11 月 21 日判決（民集 59 卷 9 号 2488 頁）は、損害額を一部減額したほかは、第一審の判断を支持した。上告審である最高裁平成 17 年 11 月 10 日判決（民集 59 卷 9 号 2428 頁）は、一部上告棄却、一部放棄差戻しとの判決を言い渡した。差戻後控訴審である大阪高裁平成 18 年 4 月 25 日判決（2006WLJPCA04250007）では、差し戻された部分に関し損害額を一部減額する旨の判決を言い渡した。

最高裁では X の権利侵害の有無についての判示が中心となっており<sup>14)</sup>、

---

13) 被告として、代表取締役以外の取締役についても、訴えが提起されているが、第一審の大阪地判平成 14 年 2 月 19 日判タ 1109 号 170 頁では、その責任は認められなかった（これらの取締役に対する請求については、控訴もされていない）。なお、第一審は、代表取締役以外の取締役については、「日常における業務内容、記事内容の判断に関する能力及び適正、業務分担の合理性という観点から、代表取締役及び本件写真週刊誌の担当役員による前記義務の履践（体制の整備等）を妨げないという消極的な義務を負うに留まると解するのが相当である」としている。

また、写真週刊誌の（訴外）担当取締役は、第一審の口頭弁論終結時には、すでに死亡していた。

14) 本件の最高裁判決に関しては、肖像権侵害等に関し、憲法学からの視点や不法行為法の視点から、分析する文献が多数ある。例えば、藤田憲一「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』106 頁（2005）、竹田稔「判批」コビ 541 号 22 頁（2006）、石井智弥「判批」政経学会雑誌 83 号 51 頁（2013）、金子順一「判批」判タ 1245 号 83 頁（2007）、法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇 平成 17 年度（下）（7 月～12 月分）』773 頁〔太田晃詳〕（法曹会、2008）、上村都「判批」セレクト 2006・7 頁（2007）、太田晃詳「判批」ジュリ 1323 号 171 頁（2006）、飯屋篤子「判批」速報判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊 速報判例解説』

また差戻後控訴審では取締役の責任に関しては差戻前控訴審と同様の判示がなされているため、差戻前控訴審の判示内容について検討する。

## （2）大阪高裁平成 14 年 11 月 21 日判決

Y1 社では、「特に本件写真週刊誌の取材・報道行為に関し少なからざる違法行為がなされてきたもの、すなわち、Y1 社の本来の目的の遂行そのものに関して違法行為が繰り返されてきたものである。したがって、Y1 社としては、社内的にこのような違法行為を繰り返さないような管理体制を取る必要があったものといわなければならない」。そして、担当取締役が必要な法的知識、法的能力を有していなかったことを指摘したうえで、以下のように判示した。「本件写真週刊誌の取材・報道行為に関し違法行為が繰り返されていることからすると、従来から本件当時までの本件写真週刊誌に関する管理体制は不十分であったといわざるをえない。…Y2 は Y1 社の代表取締役として、本件写真週刊誌の取材・報道行為に関し、Y1 社を被告として提起された訴訟をすべて知っていたと認められるので、報道により肖像権を侵害しあるいは名誉を毀損した場合における被害者の被害は深刻であることも考慮すると、Y2 としては、Y1 社の代表取締役として、本件に至るまでに、肖像権の侵害等を防止するために従来の組織体制につき疑問を持ってこれを再検討し、肖像権の侵害や名誉毀損となる基準を明確に把握して、本件写真週刊誌の取材や報道行為に関し違法行為が発生しそのため当該相手方等に被害を生ずることを防止する管理体制を整えるべき義務があったというべきである。しかし、…Y2 は、本件写真週刊誌の編集に関しては、〔訴外担当〕取締役に一任しており、このような管理体制を整えなかったことが認められるから、Y2 には、…その職務の執行につき重過失があったものといわざるをえない。」

## （3）検討

### A 不正行為を繰り返さない管理体制の構築と取締役の義務

大阪高裁平成 14 年 11 月 21 日判決（以下、「大阪高裁平成 14 年判決」という）は、Y1 社が、書籍および雑誌の出版等を目的とする相当規模の

---

Vol1』89 頁（2007）、渡辺康行「判批」平成 17 年重判解 9 頁（2006）。

株式会社であり、その職務の執行にあたっては、各取締役を担当業務が分担されていたことを前提に、Y1社における本件写真週刊誌に関する管理体制の十分さについて検討をしている。その際に、重視している事情として、本件写真週刊誌の取材・報道行為というY1社の本来の目的の遂行そのものに関して違法な行為（民事）が繰り返されてきたことや、本件同様に法廷内で写真を隠し撮りし、本件写真週刊誌に掲載したこと等<sup>15)</sup>をあげ<sup>16)</sup>、会社として、「このような違法行為を繰り返さないような管理体制」を構築することが要求されるとしている<sup>17)</sup>。そして、不正行為が繰り返さ

15) 過去の不正行為に関し、大阪高裁平成14年判決によると、「Y1社が昭和54年以降に発行した雑誌の記事について名誉毀損等の不法行為責任が認められた裁判例が16件あること、法務省人権擁護局がY1社の発行する雑誌の記事に人権を侵害する事実があったと認定してY1社に勧告を行ったことが、平成9年以降で3件あること、和歌山地裁所長が本件写真の撮影及び掲載についてY1社に抗議し、これを掲載した本件写真週刊誌の販売中止・回収及び謝罪を要求したこと、Y1社は本件写真週刊誌の販売中止や回収に応じなかったこと」や、それとは別に、「本件写真週刊誌の記事について名誉毀損等を理由としてY1社に賠償金の支払を命じた裁判例が少なくとも4件ある（うち1件は控訴審で取り消し、1件は控訴審で和解成立）こと、Y1社が原告に和解金を支払って和解した事案が少なくとも12件あること、Y1社は第一事件以前にも法廷内写真を隠し撮りし、これを本件写真週刊誌に掲載したことがあること、Y1社は、当該法廷写真を、平成13年に再度本件写真週刊誌に掲載したこと、東京法務局がY1社に少年法違反等を理由に勧告をしたことが5回あることの各事実」が認められるとされている。

16) なお、大阪高裁平成14年判決にて認定された過去の不正行為にかかわる事実のうち、過去に法務省人権擁護局により勧告がなされたという事実について、悪意重過失で内部統制システムを構築しなかったことの評価根拠事実とすることは相当でないとする見解がある（梅田康宏「判批」コピ609号47-48頁（2012））。その理由としては、判断基準の相違や、このような勧告は対審構造や反対尋問を経ない事実認識による処分にすぎないことを掲げる（梅田・前掲（注16）47-48頁）。確かにこのような勧告の存在は、違法とされた確定判決の存在とは区別すべきものであるが、過去における不正行為の存在を、一定の根拠に基づき示唆するものであるから、そこで摘示された不正行為が繰り返し発生し得ることについての特別の予見を生ぜしめる。したがって、勧告を受けたにもかかわらず、これに対応するための内部統制システムの必要性につき調査や検討等もせず、再び同様の不正行為が発生した時点で、その不正行為を防止し得る内部統制システムを構築していなかった場合には、取締役の責任を基礎づける事情となり得ると考える。

17) 構築すべき内部統制システムの内容や水準は、不正行為が繰り返されてきたことをふまえて判断されることを示していることに、大阪高裁平成14年判決の意義がある。同様の視点に立っている文献として、以下のものがある。

過去に不祥事が発生すれば、その原因を分析し、再発防止策を策定・実施することは基本的な対応であり、このような対策がとられていることが、内部統制システム構築義務の水準となることを本判決は示していると指摘するものがある。大塚和成ほか編『内部統制システムの法的展開と実務対応』129頁〔高谷裕介〕（青林書院、2015）。

また、本判決同様に代表取締役Y2の責任を肯定した本件の第一審判決に関して、違法行為が反復されていたことを理由に、職務分担による免責を認めなかつ



れているという事情から、Y1社において構築されていた内部統制システムは不十分であったと評価されている。

内部統制システムが不十分であったとしても、そのことにつき取締役に戻責できるのはどのような事情がある場合かについて、大阪高裁平成14年判決では、同様の不正行為が繰り返されてきたことを前提に、代表取締役Y2が、これまで提起された訴訟をすべて認識していたことや、報道機関の不正行為による損害の重大性という事情が掲げられている。そして、編集にかかわる業務に関し、担当取締役に一任し、不正行為を防止し得る体制を整えなかったとして<sup>18)</sup>、旧商法266条ノ3にいう重過失を認めている。過去に不正行為が発生していた以上は、それが再発される状態を排除するために、代表取締役自身が、同様の不正行為の発生による違法状態がないことをチェックし得る体制の構築が求められることが示唆される。

大阪高裁平成14年判決では、代表取締役に過去の不正行為にかかわる訴訟について認識があることが、内部統制システム構築義務を発生させる一要素とされている。過去の不正行為に対する取締役の認識が、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、取締役が過去の違法行為を認識している場合には、結果発生についての予見可能性が高まり、それを防止するために重い義務が求められるとする指摘<sup>19)</sup>がある。このような評価手法自体は妥当なものと考えられるが、代表取締役がその会社における過去の不正行為について、直接、知らなかったことをもって、直ちに免責されるとの意味ではないであろう。この問題については、第3章と第4章で述べる。

## B 不正行為を繰り返さない管理体制の内容

本件にあるように、過去に同様の不正行為が繰り返し行われていたという事情は、最高裁平成21年判決にて、「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」として、例示されているものである。過去に同様の不正行為が存在し、「特別な事情」があると評価される場合には、本件に

---

たと評するものもある。大塚和成「判批」銀行法務21・630号99頁(2004)。吉井・前掲(注9)1075-1076頁も参照。

18) 梅村悠「判批」ジュリ1428号128頁(2011)。

19) 山田晴子「判批」龍岡資晃=小出篤監修、神谷隆一ほか編『企業不祥事判例にみる役員責任〔別冊金融・商事判例〕』142、145頁(経済法令研究会、2012)。

則していえば、違法な取材、雑誌への掲載という繰り返される不正行為がクローズアップされることとなる。したがって、同様の不正行為の再発防止のための体制に関しては、通常想定される不正行為を防止し得る体制に比し、より緻密な内容の管理体制の構築が求められよう。

大阪高裁平成 14 年判決は、繰り返される不正行為の発生を受けて、その不正行為についての予見が可能となった特別な事情が認められる以上、それを防止し得ない現状の内部統制システムでは足りず、より高度な内容の内部統制システムの構築が要求されることを示唆している。

## 2 週刊新潮事件

この事件も新潮社にかかわる名誉毀損事件である。特に控訴審判決では、大阪高裁平成 14 年判決や事件前に発生した不正行為を考慮して、内部統制システム構築義務違反の有無を検討していることが注目される。

### (1) 事案の概要

本件は、元横綱で相撲部屋を運営する原告 X1、およびその妻である原告 X2 が、「週刊新潮」を発行する Y1 社と、同社の代表取締役である Y2、その編集長である Y3 に対して、夫婦の不仲、部屋の権利証書の持出し、八百長問題、借金問題、相続問題等に関し、X1 らの名誉を毀損する内容の記事を「週刊新潮」に掲載したことにつき、損害賠償請求等を行った事件である。Y2 に対しては、旧商法 266 条ノ 3 に基づき損害賠償請求がなされた。

第一審の東京地裁平成 21 年 2 月 4 日判決（判時 2033 号 3 頁）は、出版社の代表取締役は、第 1 に従業員教育、第 2 に事前のチェック体制、第 3 に事後の検討体制<sup>20)</sup>を構築すべきであった旨を判示し、代表取締役の責

---

20) 事後の検討体制に関し、公刊後の段階で、「客観的な意見を提示し得る第三者視点をもった者によって構成される委員会等を置いて、」出版物中の記事の適否を検討、協議する等し、「名誉毀損等の権利侵害行為に該当する記事がある場合には、その原因を探究し、同様の権利侵害行為が再び惹起されることを防止するため、法的知識を確認したり、原因となった取材方法の欠陥を是正する方策を研究、考案するなどの方法が考えられる」としている。

この判示は、過去の不法行為等やそれについての検討をふまえ、再発防止策を検討するという意味で、「特別な事情」に基づく内部統制システムを構築すべきことを示唆するものといえる。

任を肯定した<sup>21)</sup>。

(2) 東京高裁平成 23 年 7 月 28 日判決

東京高裁平成 23 年 7 月 28 日判決(事件番号 平成 21 年(ネ)第 1423 号。Lexis AS ONE (LexisNexis JP)) は以下のように判示した。

Y1 社においては、「和歌山カレー事件に関する訴訟の判決において、Y1 社の…社内体制が構築、整備されていなかった旨を認定されたことを契機に」、Y2 は経験が豊富な担当取締役 G を中心とするチェック体制の整備をし、G により従業員教育（2 年に 1 度の勉強会）が実施され、また Y2 は法律専門家への相談体制や、Y2 への報告体制を整備していたと認定し、一応の社内体制を整えるなどの対応をしていたとした。

「もっとも、…本件各記事が掲載された時期に近接した時点の民事訴訟において、Y1 社の名誉毀損による不法行為責任が認められた判決が相当程度に多数存在〔し〕、上記の社内体制が当時十分に機能していなかったと評価できる面があるが、しかし他方、ほぼ同時期以降において、Y1 社の不法行為責任が否定された判決等が相当数あ〔り〕、上記の社内体制が機能不全に陥っていたとまでは認定できないというべきである。そうすると、本件各記事が掲載された当時においては、違法行為防止のために Y2 が構築、整備した社内体制は、不十分ながらもその役割を果たしていたと評価すべきであり、これを前提とすると、上記の社内体制の構築、整備についての不備（義務懈怠）が存するとしても、Y2 に、その職務を行うについての」悪意重過失があったとは認められない。

控訴審では、代表取締役の責任は否定された。

(3) 検討

A 第一審判決とフライデー事件判決との結論の相違

週刊新潮事件第一審では、その控訴審と異なり、代表取締役 Y2 の責任が肯定されている。週刊新潮事件第一審は、大阪高裁平成 14 年判決を踏

---

21) 第一審は、研修体制および事前のチェック体制については不十分であり、事後的な点検等の体制を含むその他の体制は構築されていなかったと認定し、Y1 社において構築されていた体制は不十分であったとして、Y2 はその任務を重過失で怠ったと評価した。

襲している一方、出版社において構築すべき内部統制システムを具体的に示している点に特徴がある<sup>22)</sup>と評価されている<sup>23)</sup>。

同じ原告らが、同時期に類似の請求を行った事件であるにもかかわらず、週刊新潮事件第一審と結論を異にするものとして、フライデー事件（東京地裁平成21年3月13日判決（2009WLJPCA03138010））<sup>24)</sup>がある。この判決では、週刊新潮事件第一審とは異なり、代表取締役に対する請求については、代表取締役に悪意重過失による体制構築義務の懈怠はなかったとして、棄却された<sup>25)</sup>。

新潮社と講談社の内部統制システムは類似しているにもかかわらず<sup>26)</sup>、

- 22) 弥永真生「判批」ジュリ1379号53頁（2009）、山田・前掲（注19）141頁。  
石山卓磨『最新判例にみる会社役員義務と責任』150頁（中央経済社、2010）は、週刊誌の出版社における内部統制システムの内容を具体的に示す裁判例として有益であると評価する。梅村・前掲（注18）128頁も参照。
- 23) もっとも、週刊新潮事件第一審は「これらの仕組、体制の整備は、個々の出版企業の実情に応じて具体的に検討されるべき事柄である」としており、判決で示された体制を整えることが適法とされるための必要条件というわけではない。  
第一審のいう体制の設置を義務付けるといふ趣旨であれば、妥当ではないとの指摘もある（梅田・前掲（注16）43-44頁）。特に、事後の検討体制に関し同旨の立場をとるものとして、梅村・前掲（注18）128頁、山田・前掲（注19）142頁。  
このうち山田・前掲（注19）142頁は、現実的になしえないことによる業務の萎縮は回避されるべきであり、出版前の充実したチェックシステムの構築を前提として、公刊後は、名誉毀損等の権利侵害行為が発覚した場合に、さらなる防止措置を講じればよいとする。この見解は、過去にあった不正行為の存在を前提に、それに応じて内部統制システムを改善すべき義務が取締役に生じることを指摘するものであり、過去に同様の不正行為が存在したことは、その不正行為を予見すべき「特別な事情」にあたるとする最高裁平成21年判決と軌を一にするものといえる。  
なお、大阪高裁平成14年判決でも、「本件写真週刊誌に登載する記事をすべて事前に取締役会で検討することを必要とする趣旨ではない」とされている。
- 24) この事件は、Y1社と同様に雑誌・書籍の編集・発行等を業とする株式会社（講談社）が、その発行する週刊誌「フライデー」において、原告らの名誉を毀損する記事を掲載し、原告らのプライバシー権ないし肖像権を侵害する写真を撮影および掲載したとX1らは主張して、講談社（使用者責任）、同社の代表取締役（旧商法266条ノ3）、同誌の編集長（不法行為）を被告として、損害賠償請求等を行った事件である。
- 25) 具体的には、代表取締役の対第三者責任につき、講談社において当時構築されていたデスク、編集次長、編集長による雑誌発行前の3重のチェック体制などを検討し、代表取締役について、悪意重過失による体制構築義務の懈怠があったとは認められなかったとされた。  
なお、講談社および編集長に対する請求については一部認容されている。
- 26) 両社の出版物発行に関するチェック体制に関しては、週刊新潮第一審でも、フライデー事件でも、基本的には、編集部内における数重のチェックを経て、校了に至る体制が構築されていたことを示す事実が認定されている。もっとも、取締役の責任が肯定された週刊新潮事件では、さらに担当取締役によるチェック体制も存在したが、個々の判断は編集部に任せるといふ方針の下、編集長の説明に対

この結論の違いが生じた理由はどこにあるのかが問題となる。この問題について、必ずしも明確ではないとしつつも、新潮社では、名誉毀損が繰り返されてきたことが、責任を認める根拠とされた可能性があるとの指摘<sup>27)</sup>がある。また、週刊新潮事件第一審に関し、過去にも違法行為を繰り返していたY1社においては、より慎重なフォローアップをすることが求められていたと考えられるとの指摘<sup>28)</sup>もある。このような指摘は、過去の不正行為の存在がその不正行為についての予見を具体化させることにより、同様の不正行為が繰り返されることを防止するための体制の構築が要求されるということを示すものといえる。

## B 控訴審の検討

### (A) 大阪高裁平成14年判決をふまえた体制の構築と取締役の裁量

Y1社における内部統制システムの具体的な内容の検討に関しては、Y2が編集の経験が豊富な担当取締役を中心とするチェック体制の整備をした等の事実をもって、「一応の社内体制を整えるなどの対応をしていた」と評価されている。これらの事実は、Y1社が大阪高裁平成14年判決において、内部統制システムが不十分と評価されたことを契機に、Y1社にて整備されたシステムであるとされており、控訴審は、このような背景事実もふまえて<sup>29)</sup>、不正行為が繰り返されるのを防止し得る体制の整備がなされていたかを検討していると解される。

例えば、法律専門家への相談体制の構築に関していえば、大阪高裁平成14年判決で、担当取締役の法的知識等が不足している点が指摘されたの

---

し、いくつか質問したりする程度にとどまっていたと認定されている。両社とも、少なくとも担当取締役以外の取締役が、個々の記事についてチェックする体制までは構築していない。

なお、大阪高裁平成14年判決は、「取締役に出版物の記事を個別に検討してその適法性を判断する義務を負わせるのが不合理であることはいうまでもない」としている。

以上に照らせば、本文で紹介する指摘のように、過去の不正行為の存在が結論を分ける要素であったと考えるのには合理性がある。

27) 弥永・前掲（注22）53頁。

この見解に対し、この事件においては、本件各記事における名誉毀損行為につき代表取締役は認識をしていないため、即応したシステム構築は困難であったなどとするものとして、山田・前掲（注19）144頁。

28) 梅村・前掲（注18）128頁。

29) 大塚ほか編・前掲（注17）114頁〔高谷裕介〕。

をふまえて設けられたものと思われる<sup>30)</sup>。このことも含めて、控訴審が、一応の対応をしていたと評価していることからすれば、内部統制システムの内容に関し、ここでは編集活動の法的適正性の確保という目的達成の手段につき、取締役に一定の裁量を認めているものと考えられる。

(B) 構築義務を発生させる不正行為に関する事情

－違法とされたものと違法とはいえないとされたものの混在－

X1らは、控訴審にて、大阪高裁平成14年判決を契機に構築された内部統制システムの不備等を指摘する際、そのシステム自体の内容に加え、「本件各記事に係る不法行為の予見可能性の明白性（及び予見可能な特別事情の顕著な存在）」として、近接した時期における同種事案において敗訴した事例が存在することを掲げ、「本件のような不法行為の発生を通常容易に予測しうるところであった」と主張している。裁判所も、控訴審では、最高裁平成21年判決以前に判決がなされた第一審とは異なり<sup>31)</sup>、近接した時期における同様の違法な行為（民事）の存在について、特に評価し、取締役の義務違反の有無を検討している。これらの主張や判断は、第一審判決後になされた最高裁平成21年判決を意識したものとも考えられる<sup>32)</sup>。

もともと、控訴審は、近接した時期の民事訴訟で、名誉毀損による不法行為責任が認められた判決が多数存在するという事情から、社内体制が十分に機能していなかったと評価できる面があるとしつつも、同時期以降においてY側の不法行為が否定された判決等も相当数あることから、社内体制が機能不全に陥っていたとまではいえないとした<sup>33)</sup>。

---

30) 第一審では、事前のチェック体制に関し、公刊前の段階で、「相応の法的知識、客観的判断力等を有する者に、記事内容に名誉毀損等の違法性がないかをチェックさせる仕組み」の重要性が指摘されている。この点は、大阪高裁平成14年判決でも指摘されていたところである。

これに関し、梅田・前掲（注16）44頁は、必要最低限度を超えて、チェック担当者に法的知識を要求することは経営判断原則に反するとし、専門性を有する法務部の設置や、顧問弁護士を適切に配置すれば、必ずしも詳細な法的知識を備えさせておく必要はないとする。

31) 重過失の評価に関して、第一審でも、過去に不正行為が反復されていたにもかかわらず、ほとんど内部統制システムの不備を是正してこなかったことを認定すべきであったと指摘するものがある。梅村・前掲（注18）129頁。

32) 第一審と異なり、控訴審でこの事情が特に考慮されたのは、X1らによる本文に記載の主張を受けてのものと考えられる。

33) 控訴審の事実認定によると、平成12年7月以降に、同誌に掲載された記事につき、損害賠償の訴えが提起されて、Y1社が敗訴したものは「別紙3記載2及

控訴審は、民事訴訟の結果について、「近接した時期」のものを判断の基礎としている。勝訴または請求権不存在確認の和解をしたものについては、特に平成15年以降のものを検討の対象としている<sup>34)</sup>。これは、大阪高裁平成14年判決をうけ、またそれ以降に、Y1社において内部統制システムが改善されていることをふまえ、そのシステムのもとで発生した同様の事件の裁判結果を中心に考慮し、内部統制システムの十分さを検討しているものと思われる。また、大阪高裁平成14年判決以降に、違法とはされなかった判決等が相当数あることを特に認定し、重過失を否定する事情の存在を示している。

控訴審は、Y1社の社内体制は不十分ながらもその役割を果たしているとして、取締役には義務の懈怠が存在するとしても、会社法429条1項の悪意重過失までは認められないとしている<sup>35)</sup><sup>36)</sup>。控訴審では、内部統制システム自体は不十分なものであったとしても<sup>37)</sup>、責任が否定された事例の存在と、一定程度は内部統制システムが構築されていたという事情もふまえ、会社法429条1項の重過失<sup>38)</sup>があるとまでは評価できないと判断されたものと思われる<sup>39)</sup>。

---

び4ないし22のとおりである」とされている。一方で、平成15年以降に、同誌に掲載された記事につき、損害賠償の訴えが提起されて、Y1社が勝訴または請求権不存在確認の和解をしたものは、「別紙4記載1ないし11のとおりである」とされている。

- 34) この理由については、弁論主義の観点から当事者の主張の範囲に画されたものなのか、裁判所がその範囲について判決の基礎とするのが有用であると判断したものなのかは必ずしも定かではない。
- 35) 岩原紳作編『会社法コンメンタール9—機関(3)』381頁〔吉原和志〕(商事法務、2014)参照。
- 36) なお、この事件に関し、大塚ほか編・前掲(注17)115頁〔高谷裕介〕は、控訴審判決は、社内体制が当時十分に機能していなかったことや、あくまでも記事掲載時の判断であり、その後の状況によることを留保するなどしており、限界事例であったことを示唆しているとしている。
- 37) 近接した時期に不法行為が認められた判決が存在する場合には、不正行為が繰り返される可能性が明らかとなり、同様の不正行為の再発についての予見が可能となるとともに、その会社の社内体制が不十分であることを根拠づける。したがって、このような場合に、内部統制システムに関し、何ら対策をとらないことは、許されない。
- 38) 最判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁。洲崎博史「判批」江頭憲治郎ほか編『会社法判例百選』146頁(第2版、2011)。
- 39) 報道行為による名誉毀損等にかかわる事案では、被告による真实性や相当性の立証の困難性等から、不法行為が繰り返しなされていることをもって、直ちに内部統制システム構築義務違反についての悪意重過失があると評価することには慎重であるべきとの指摘がある。そして、過去の不法行為の存在が、内部統制シス

(C) その不正行為に対する具体的認識と内部統制システム構築義務の  
関係

ここでは、過去の不正行為というよりむしろ、その事件において問題となっている一連の不正行為についての兆候が存在する場合には、取締役の義務にどのような影響を及ぼすかについて検討する。

その事件の原告により抗議がなされたという事実が存在する事案として、週刊・月刊現代事件（東京高裁平成 22 年 9 月 29 日判決（平成 21 年（ネ）第 4005 号、平成 21 年（ネ）第 6277 号。Lexis AS ONE (LexisNexis JP)）<sup>40)</sup> <sup>41)</sup>がある。この判決では、名誉毀損の有無が問題となっている記事に関して、チェック体制が構築されていたと認めるに足る証拠が存在しない旨を判示したうえで、次のように判示している。すなわち、代表取締役が名誉毀損による権利侵害の危険を認識していたことや、X1 より本件記事に対する「嚴重抗議を申し入れる旨の通告書が送付されたのに対し」、「平成 17 年 6 月 17 日付けの回答書を送付している」ことをもって、「より一層 X1 に対する名誉毀損の状況を認識していたというべきところ、この回答書にもかかわらず、…何らかの具体的な対策を講じた形跡を窺うことはできない」としている。そして、「本件各記事掲載当時、名誉毀損等の権利侵害の発生を防止するための実効性のある体制が取られていたとは到底窺えず、代表取締役としての職務執行について、重大な過失による任務懈怠があった」

---

テムの構築義務違反を根拠づけるのであれば、過去の事案においてもリーガルリスクを負担するという判断が経営判断原則に反する程度に不当であったかを問題とすべきであったとする。以上につき、梅田・前掲（注 16）45-47 頁。

不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務の内容についても、その企業の特質等の特殊性は、通常の場合と同様に考慮されるべきである。大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判時 1721 号 3 頁参照。

真実性や相当性の立証の意味に関しては、最判昭和 41 年 6 月 23 日民集 20 卷 5 号 1118 頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』189-192 頁（岩波書店、第 6 版、2015）、長岡徹「表現の自由と名誉毀損」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』128 頁（2008）参照。

40) この事件も、週刊新潮事件やフライデー事件と同様の原告が、被告会社の発行する週刊現代、月刊現代に掲載された記事により名誉を毀損され損害を被ったと主張して、その会社（使用者責任）、代表取締役（旧商法 266 条ノ 3）、使用人（不法行為）の損害賠償責任等が問題となった事件である。

41) この判決につき、弥永真生「判批」ジュリ 1421 号 60 頁（2011）参照。

第一審は、東京地判平成 21 年 7 月 13 日裁判所ウェブサイト。控訴審である東京高判平成 22 年 9 月 29 日は、控訴棄却、附帯控訴に基づき原判決を一部変更するとの判決をした。



とされている<sup>42)</sup>。

前段落で示した判示部分につき、新潮社フォーカス事件や週刊新潮事件の判決と似た判断枠組みをとっているようにも思われる。しかし、原告による通知文の送付は、過去の不正行為の存在を示すものというより、その事件において問題となっている一連の不正行為についての兆候を示すものである。この判示部分は、名誉毀損行為に違法性が認められ、またそのことを代表取締役が認識すべき状態に至ったことを前提に、不正行為の兆候が発覚した後における代表取締役の対応についての義務違反を問題としたものといえよう<sup>43) 44)</sup>。

他方、事件で問題となった記事が掲載されたのと、同時期に発行された「他誌」に掲載された記事に関し、X1が偏った報道姿勢であるとして嚴重抗議した事件として、「本節2(3)A」でも検討したフライデー事件がある。この事件では、X1による抗議に対して、講談社は、当該他誌編集長名義で、「記事内容は真実と信じるに足るものと考えているが、今後はX1に対し

42) この事件では、被告側の体制が不十分であることを根拠付ける事実を、原告側が主張立証できているかが審理の主な対象となっていると思われる。その審理の中で、不正行為が存在している以上、内部統制システムも不十分であったという考慮は、結果責任を問うこととなりかねない点で疑問はあるが、原告側が内部統制システムの内容そのものを主張立証し、その不十分さを主張立証することが困難と考えられるため、このような審理過程をとることに合理性も認められる。

また、この判決では、被告とされている執筆者が「控訴人会社の編集長や法務部が、記事の裏付けの有無や名誉毀損に当たるかをチェックしている旨供述する…が、その具体的な内容等は明らかでなく、上記供述から直ちに、控訴人会社において実効性のあるチェック体制が整備されていたとは認め難い」とし、被告側が積極的に内部統制システムの十分性を主張立証すべきことも事実上要求されているように思われる。第4章でも触れる東京地判平成21年10月22日判時2064号139頁でも、一般的に予見できる使用人によるインサイダー取引を防止し得るシステムを構築していたか否かの検討にあたり、はじめに被告会社側のシステム自体を検討し、合理的なシステムが構築されていたと評価したうえで、原告らの主張を採用できるか否かを検討するという順序となっており、同様の審理方式がとられていると考えられる。

43) 大阪高判平成18年6月9日判時1979号115頁参照。

44) 週刊新潮事件控訴審では、Y側は、「本件の」各記事に関して、X1らから名誉毀損に関する訴訟を提起されたことはなく、抗議を受けたこともないことを理由に、担当取締役のチェック体制に問題があったとしても、これを知る機会はなく、現行の社内体制について再検討をすべき事情を認識できなかったと主張している。しかし、過去の不正行為に関し問題とすべきものは、「同様の」不正行為であり、その事件にかかわる特定の不正行為ではない。

このように特定の者に対する特定の内容の違法行為を現に認識しうる場合には、本文でも述べている通り、内部統制システム構築義務違反の有無の問題というよりも、より端的に、その違法行為を防止する具体的な義務が発生し、その違反の有無が争点化されるものと考えられる（梅田・前掲（注16）48頁）。

て取材機会を持ちたいと考えているとの回答書を送付した」という事実が考慮されている。裁判所は、この事実を認定しつつも、代表取締役役に体制構築義務の懈怠は認められないとしている。裁判所がこのような判断をしたのは、抗議の存在が、名誉毀損行為の違法性を直ちに基礎づけるものではないことが前提にあると思われる<sup>45)</sup>。そして、事件で問題となっている雑誌が、当該他誌と同種の雑誌であり、他誌と同様のチェック体制等が構築されているとするならば、この事実の存在は、他誌にかかわる体制の不十分さを根拠づけるものではなく、これに並行して、問題となっている雑誌にかかわる体制の不十分さを根拠づけるものでもないことを示している<sup>46) 47)</sup>。

## 第2節 過去の不正行為と「同様」かの判断

### －役員責任査定決定に対する異議事件－

第2節では、以下の事件を通じて、③不正行為が「同様」のものか否かはどのように評価すべきかを中心に検討する。

## 1 事案の概要

---

45) 出版社においては、多くの抗議やクレームがなされることも想定され、違法性が明確な場合でない限り、これに応じて体制を見直すことを要求することは現実的でもなかろう。もっとも、その抗議を受けて、不正行為の兆候に個別に対応すべき義務が取締役に生じることはいうまでもない。

46) 仮に、この抗議にかかわる事実が、内部統制システムを見直すべきことを根拠づける場合でも、同時期に発生した事情であるため、当時においては、未だ内部統制システムの改善がなされていないと、責任が問えないと考えられる場合もあろう。

なお、他誌である以上、この事件における雑誌にかかわる不正行為に対する具体的な予見可能性が生じるものではなく、したがって具体的な対応策をとるべき義務を、直ちには生じさせるものとはいえない。

47) なお、フライデー事件では、過去の不正行為に関連して、裁判所が講談社において当時構築されていた内部統制システムの十分さを検討するに際し、X1から、事件で問題となっている記事が掲載された約2年前である、同誌の平成15年6月23日号に掲載された記事に関して、当時の編集長に対し、記事の内容が事実無根であるとの抗議がなされたのをうけ、編集長は、平成16年1月23日、X1に対し、謝罪文を送付したとの事実も考慮されている。裁判所は、この事実等をふまえても、代表取締役役に体制構築義務の懈怠はないとしている。この事実は、過去における同様の不正行為の兆候ということができようが、訴訟事件にまで発展しておらず、その行為につき、必ずしも違法と評価されたものではないから、その行為の違法性を根拠づけるものとはいえない。そのため、その事実のみでは、さらに内部統制システムを改善する義務を発生させる不正行為が存在したとまでは捉えられていないものと考えられる。

破産会社 A の代表取締役であった B が、平成 22 年 12 月 29 日、取締役会で決定された使途に反し、株主割当てにより払い込まれた資金のうち、8000 万円を出金の上、第三者に交付したところ（以下、「本件金員交付」という）、破産管財人 X は、本件金員交付が任務懈怠行為であることを前提に、A 社の社外監査役であった Y を相手方として、Y は、B の上記任務懈怠行為に関して、破産会社の監査役として、善管注意義務に違反して、破産会社に上記同額の損害を生じさせたと主張して、Y に対する損害賠償請求権を 8000 万円とする役員責任査定（破産法 178 条）の申立てをした。

本件では、B が、平成 21 年 8 月頃から同 22 年 12 月の間、任務懈怠行為を繰り返し行っていたという事情のもとで<sup>48)</sup>、本件金員交付が行われた。

X による上記申立てに対し、破産裁判所は、Y には善管注意義務違反につき悪意重過失があったとは認められないとして、Y と破産会社 A の間の責任限定契約に基づき、Y に対する損害賠償請求権の額を、648 万円と査定する旨の決定をした。

これに対し、Y はこの決定に対する異議の訴えを提起し（第 1 事件）、X は、この決定に対する異議の訴えを反訴として提起した（第 2 事件）<sup>49)</sup>。

第一審の大阪地裁平成 25 年 12 月 26 日判決（判時 2220 号 109 頁）は、Y に重過失はなかったとして、上記査定決定を認可した。

---

48) 具体的には以下のような事情があった。

A 社が債務超過の状態にあるなか、B は、第三者割当てによる新株予約権の行使にかかわる払込金を原資として、監査役の反対にもかかわらず、C 社に 3000 万円の貸付けや、C 社との業務提携契約の内入金として 2000 万円の支払いを行った。

また、B は、現物出資財産の価額が著しく不足する現物出資をさせ、募集株式の第三者割当てを行った。具体的には、D 社が保有する 5 億円を上回らない山林につき、評価額を 20 億円とする決定が行われた。これにつき、監査役は、不動産の評価に関し疑義があるとして、反対の意見書を提出している。なお、B は、この現物出資に関し金融商品取引法違反（偽計取引）の被疑事実で逮捕、起訴されている。

さらに、B は、複数回にわたり、総額約 11 億円に及ぶ約束手形の振出を、監査役や一部の取締役の反対にもかかわらず、また一部は取締役会の承認も経ずに行っていた。

49) 第 3 事件は、省略する。

なお、第 1 事件で異議の訴えを提起したのは監査役であるが、本稿では役員責任査定の申立てを行った破産管財人を X、その責任の有無が問われている監査役を Y として表記している。

## 2 大阪高裁平成 27 年 5 月 21 日判決

控訴審である大阪高裁平成 27 年 5 月 21 日判決（金判 1469 号 16 頁）（以下、「大阪高裁平成 27 年判決」という）は、以下のように判断した<sup>50)</sup>。

まず、取締役および監査役が、B による本件金員交付を予見できたかに関し、以下のように判断した。「本件金員交付に至るまでの間に行われた…B の各行為は、ア 有価証券届出書に記載した使途に反する破産会社の資金の流用（〔一部〕については、事前にと取締役会の承認決議を経ていない）、イ 増資額の水増しによる会社財産の希薄化…、ウ 返済可能性が低い状況の下での、多額の約束手形の振出し（〔一部〕については、取締役会の承認決議を経ていない）に大別することができるところ、本件金員交付は、有価証券届出書に記載した使途に反する破産会社の資金の流用（上記ア）や、多額の約束手形の振出し（上記ウ）と、実質的にみて、会社の資金を不当に流出させるという点において、同種又は類似した態様の違法行為であるといえることができる。」

平成 22 年 11 月 15 日の取締役会において、手形取扱規程が制定された後も、B が同 16 日から、取締役会の承認決議を経ないまま、多額の約束手形を振り出し、そのことが、遅くとも同年 12 月 7 日には明らかになったのであるから、「取締役ら及び監査役らは、同日の時点において、B が、本件募集株式の発行に係る払込金が入金された機会等に、破産会社の資金を、定められた使途に反して合理的な理由なく不当に流出させるといった任務懈怠行為を行う具体的な危険性があることを予見することが可能であったといえることができる。」

そのうえで、取締役の内部統制システム構築義務に関して、以下のように判示している。「会計監査人である N 監査法人は、平成 22 年 3 月 31 日現在の財務報告に係る破産会社の内部統制は有効である旨の、破産会社の内部統制報告書の評価は適正であると評価しており、破産会社の財務に関しては、同日の時点では、通常想定されるような不正行為を防止しうる程度の内部統制システムが整えられていたと認められる。」

「破産会社の取締役らには、〔同年 12 月 7 日〕の時点で、B が、破産会社の資金を、定められた使途に反して、合理的な理由なく不当に流出させ

---

50) 上告審では、上告受理申立不受理とされた。最決平成 28 年 2 月 25 日（2016WLJPCA02256005）。

るといった任務懈怠行為を行う可能性があることを具体的に予見することが可能であったということができるのであるから、…経営管理本部長…に就任していた取締役…は、財務担当の取締役として、上記のような事態の発生を防止するための内部統制システムを、取締役会において整備すべき義務を負っていたということが出来る」。

以上を前提に、監査役 Y の責任に関し、Y につき「破産会社の資金を、定められた使途に反して合理的な理由なく不当に流出させるといった行為に対処するための内部統制システムを構築するよう助言又は勧告すべき義務」等を認めた。本件では、これらの義務違反は認められるものの、「監査役会は、B によって行われた一連の任務懈怠行為に対して、取締役会において度々疑義を表明」するなどしており、「取締役会において、代表取締役である B の職務の執行の監督や内部統制システムの整備が全く行われていなかったわけでもない」という事情を考慮して、Y に重過失があったとは認められないとした。

本件の査定決定は認可された。

### 3 検討

#### (1) 総論

大阪高裁平成 27 年判決では、会社法 427 条（責任限定契約）との関係で、監査役職務執行についての重過失が認められるかが問題となった<sup>51)</sup>。監

51) 大阪高裁平成 27 年判決では、内部統制システムを構築するよう助言または勧告すべき義務につき、「破産会社が、日本監査役協会が定めた『監査役監査基準』や『内部統制システムに係る監査の実施基準』に準拠して本件監査役監査規程や本件内部統制システム監査の実施基準を定めていることからすると、監査役義務違反の有無は、本件監査役監査規程や本件内部統制システム監査の実施基準に基づいて判断されるべきである」とされており、監査役義務に関し、日本監査役協会が定めた監査役監査基準をそのまま自社の監査役監査規程として採用している場合には、これに連動して、把握されていると評価しうる点も注目される。岡田昌浩「判批」セレクト 2014〔Ⅱ〕19 頁（2015）、高橋均「判批」ジュリ 1469 号 107 頁（2014）、遠藤元一「判批」商事 2078 号 11 頁（2015）、柿崎環「判批」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch』18 号 105 頁（2016）、日本監査役協会「監査役監査基準の改定について」3 頁（2011 年 3 月 10 日、[http://www.kansa.or.jp/support/ei001\\_100315\\_01a.pdf](http://www.kansa.or.jp/support/ei001_100315_01a.pdf)（2016 年 4 月 23 日アクセス））。一方、監査役監査規程が、監査役の法的義務に直接的に影響を及ぼすことにつき、否定的な見解として、伊藤靖史「判批」平成 26 年度重判解 102 頁（2015）、伊藤靖史「判批」椿寿夫ほか編『私法判例リマックス』50 号 2015〔上〕平成 26 年度判例評論 93 頁（2015）。松井秀樹「判批」監査 627 号 44 頁（2014）参照。

また、監査役監査規程の位置づけのほか、取締役の任務懈怠行為（内部統制シ

査役の業務監査について、任務懈怠が認められるには、取締役の職務執行につき善管注意義務違反が認められることが前提となる<sup>52)</sup>。この事件では、取締役の任務懈怠が認められるかに関し、内部統制システム構築義務違反が認められるか等が問題となっており、この部分に焦点をあてる。

第1に、Bが、会社の資金を、使途に反し不当に流出させるといった任務懈怠行為を行う具体的な危険性についての予見可能性の有無を問題としている。そして、Bが任務懈怠行為を繰り返してきたことを前提に<sup>53)</sup>、本件金員交付についての予見可能性を肯定している<sup>54)</sup>。なお、予見の対象については、本件金員交付そのものではなく、同様の不正行為を行う具体的な危険とされている<sup>55)</sup>。

第2に、取締役らの内部統制システム構築義務違反に関し、通常想定されるような不正行為を防止し得る程度の内部統制システムは整えられていたとしている<sup>56)</sup>。これは、最高裁平成21年判決の1段階目の部分に符合

システム構築義務違反等)や、その前提となる繰り返される任務懈怠行為(Bによる不当な資金流出)に具体性が認められる場合には、監査役の義務が具体化することを示唆するものともとらえることができ、今後他の事案とも比較しながら、さらなる検討の余地がある。

監査役の責任にかかわる論点について、他で参照した文献のほか、以下の文献を参照。第一審の評釈として、田路至弘ほか「判批」商事2031号72頁(2014)、松田真治「判批」関院90号327頁(2015)、塩野隆史「判批」法時186巻12号134頁(2014)、満井美江「判批」金判1464号16頁(2015)。控訴審の評釈として、弥永真生「判批」ジュリ1484号2頁(2015)、本村健ほか「判批」商事2074号68頁(2015)。

- 52) 林孝宗「判批」新・判例解説編集委員会編『新・判例解説 Watch』15号141頁(2014)、「判批」金判1435号48頁(2014)。
- 53) 取締役についてではなく、監査役Yの予見可能性に関してではあるが、Bが取締役会の承認手続等を無視した手形振出等を繰り返し、手形取扱規程の制定後も手形を振り出していたことが、取締役会にて判明した時点では、その後もBが不正に会社財産を流出させる等の抽象的な違法性のリスクを予見可能であった(柿崎・前掲(注51)105頁)とか、代表取締役により専断的な財産処分が行われた経緯から、同様の不正行為が予見される(長畑周史「判批」法研88巻3号55頁(2015))と指摘されている。
- 54) 控訴審では、原審と異なり、本件金員交付を、過去に繰り返されてきた不正行為とは分離した1個の任務懈怠行為とし、その予見可能性を問題としていると、指摘されている。得津晶「判批」ジュリ1490号122頁(2016)。
- 55) 大阪高裁平成27年判決は、「破産会社の取締役ら及び監査役らが、…Bによる本件金員交付そのものを具体的に予見していなかったとしても、」結論を左右しない旨を判示している。
- 56) 大阪高裁平成27年判決は、破産会社Aの内部統制は有効である旨評価する内部統制報告書につき、監査法人が適正であるとの評価をしていることを根拠に、破産会社Aの財務に関しては、通常想定されるような不正行為を防止し得る程度の内部統制システムを構築していたとした。

する。そのうえで、上記の予見可能性の存在を前提に、本件金員交付を防止し得る内部統制システムの構築義務を肯定し、その違反を認めている。ここでは、Bにより繰り返されてきた任務懈怠行為の存在を、最高裁平成21年判決の「特別な事情」と位置付け（2段階目）、通常想定される不正行為に対応し得る内部統制システムでは足りず、本件金員交付にも対応し得る内部統制システムの構築義務を肯定したものととらえられる<sup>57)</sup>。判決で示された構築すべき内部統制システムの具体的な内容については、代表取締役により繰り返されてきた不正行為の特性をふまえた内容となっている<sup>58)</sup>。内部統制システム構築義務の判断枠組みは、最高裁平成21年判決と同様のものとなっていることがうかがわれる。

なお、Yは、「取締役らが、内部統制システムを改めたり…しなかったとしても、そのことが『経営判断の原則』からして不合理であるとはいえない旨主張」したのに対して、大阪高裁平成27年判決は、Bが繰り返してきた任務懈怠行為の内容を掲げ、「およそ経営判断の原則が妥当するような問題ではない」としている。Bが、本件のような任務懈怠行為を繰り返してきた状況下で、内部統制システムを改善しないということは許されないということを示しているものととらえることができる<sup>59)</sup>。

---

内部統制報告書については金融商品取引法24条の4の4第1項、公認会計士・監査法人による内部統制報告書の監査証明については同法193条の2第2項を参照。近藤光男ほか『金融商品取引法入門』287-288頁、290頁（商事法務、第4版、2015）参照。

- 57) 松井秀樹「判批」金判1439号5頁（2014）も、最高裁平成21年判決の判断枠組みを参照しながら、本件金員交付が、取締役会で決定した用途を無視したものであり、通常想定される不正行為ではないことを前提に、それを防止し得る程度の内部統制システム構築義務を認めるには、以前と同様の手法による不正行為があった等の特別な事情の存在があるか否かが検討されなければならない、とする。
- 58) 構築すべき内部統制システムの具体的な内容に関して、「具体的には、…本件手形取扱規程を即時施行することが必要であったことはもとよりであるが、…破産会社においては、同年9月15日開催の臨時取締役会において、本件募集株式の発行が決定され、…本件募集株式の発行に係る払込金が入金されることが見込まれる状況にあったのであるから、〔財務担当の取締役〕において、…本件手形取扱規程に準じた、現金及び預金の管理規程を制定し、即時、これを施行することを取締役会に提案し、取締役会においてこれを決定すべき義務を負っていたことができる」としている。
- 59) 遠藤・前掲（注51）9頁は、監査役の助言勧告義務が生じる場面に關し、違法行為等を阻止するために構築すべき内部統制システムの内容が明確であり、ただちに構築しなければ取締役の任務懈怠が肯定される場合の存在を前提としている。そして、金員がBにより引き出され社外流出する蓋然性が高い状況であれば、これを阻止するための内部統制システムを構築する等の措置をとらなければ、任務懈怠であるとしている。

## (2) 不正行為が「同種又は類似した態様」のものかの判断基準

通常想定される不正行為を防止し得る体制の整備を超えて、通常は想定されない「ある不正行為」を防止し得る体制の整備を要求するには、当該「ある不正行為」についての予見可能性の存在が前提となる。その予見可能性を肯定する根拠としては、自社で、不正行為が繰り返されてきたという事情は重要な要素となる。もっとも、過去に異なる種類の不正行為が存在しても、「ある不正行為」への予見可能性に結びつくものではない。最高裁判平成 21 年判決も示す通り、「特別な事情」に該当するには、「同様の手法による」不正行為の存在が認められる必要がある。大阪高裁判平成 27 年判決では、本件金員交付と、繰り返されてきた任務懈怠行為が「同種又は類似した態様の違法行為」に該当するかについて検討が行われている。

この検討にあたり、大阪高裁判平成 27 年判決では、「実質的」にみて、「会社の資金を不当に流出させる」という点で、同種のものかを問題としている<sup>60)</sup>。完全に同一の不正行為はおおよそ観念しえないのであり、同種性を形式的に判断するべきではなく、不正行為者の立場、不正行為の手法・性質・目的、損害の内容等の要素を考慮して、実質的判断を行うこととなろう。

実際、大阪高裁判平成 27 年判決でもこれらの要素が考慮されていると思われる。大阪高裁判平成 27 年判決では、本件で繰り返されてきた任務懈怠行為のうち、有価証券届出書に記載した用途に反する破産会社の資金の流用や、多額の約束手形の振出しについて、本件金員交付との同種性を肯定している。これらの行為は、用途に反して、または、代表取締役 B が専断的に、会社の資金を不当に流出させ、会社に多額の損害を与えている行為という点で、本件金員交付と共通している<sup>61)</sup>。一方、現物出資について

---

本件では、B により会社の資金を不当に流出させる行為が、繰り返されてきたことで、このような蓋然性が高い状況にあった、すなわち最高裁判平成 21 年判決のいう「特別な事情」があったとすることができる。そして、このような場合には、内部統制システムを改善しないということは許されない。

60) 得津・前掲（注 54）122 頁は、本件における同質性について、「会社に出資金が入るとすぐに代表取締役が第三者の元に社外流出させる」という表現でとらえている。

61) 松井・前掲（注 57）5-6 頁では、以下のような指摘がなされている。本件金員交付と C 社に対する貸付や出金は、定められた用途に反する資金の流用という点では類似する。しかし、C 社に対する貸付や出金については資金使途も明確にしたうえで、取締役会にも一度は付議されていることや、本件金員交付は B が資金調達に奔走していた状況下で行われたものであるという相違点を指摘している。約束手形の振出については、手元に資金がない場合の資金調達目的であるか、資



は、本件金員交付との同種性を肯定していない。これは、株式価値の希薄化という結果をもたらすものではあるとしても、他の行為と異なり、会社から資金が流出する行為ではなく、資金調達という性質を有するものである<sup>62)</sup>。したがって、その行為の性質や目的をふまえ、実質的にも、本件金員交付と同種のものとは評価されなかったものと思われる。

### 第3節 小規模な会社における内部統制システム 一食品会社の事例一

第3節では、内部統制システム構築義務にかかわる議論が小規模な会社にも妥当するのか、特にこれまで検討してきた不正行為が繰り返されてきたという事情が小規模な会社における内部統制システム構築義務にどのような影響を与えるのかについて、検討する。

#### 1 事案の概要

本件は、牛乳等の製造販売業を営む株式会社が、同社製造の牛乳を飲用した多数の児童を被害者とする食中毒事件後に解散し、従業員を解雇したことに関して、同社の従業員であった者らが、上記食中毒事件は、代表取締役としての職務を行うにつき悪意重過失による任務懈怠があったために発生したなどと主張して、旧商法266条ノ3に基づき、代表取締役Yに対し、損害賠償請求を行った事案である<sup>63)</sup>。

第一審の金沢地裁平成15年10月6日判決（判時1898号145頁）は、原告の請求を一部認容した。

---

金がある場合の出金かに分けて考える必要がある。そしてA社で手形取扱規程は策定されたものの、出金の取扱規程は設けられていないから、本件金員交付のような出金とは、区別されていたようにも考えられると指摘している。

しかし、本件で、繰り返されてきた不正行為の本質は、Bが、専断的に、会社の資金を不当に流出させ、会社に損害をもたらす行為であるところにあり、詳細な手法や背景にかかわらず、この点において共通している以上は、不正行為の発生につき具体的な予見を生じさせるに足るものとして、実質的に同種であると判断すべきと考える。

本件金員交付との同種性については、遠藤・前掲（注51）10-11頁も参照。

62) 松井・前掲（注57）5頁。

63) なお、第一審の口頭弁論終了後に、Yは死亡し、その相続人である妻、子らが控訴人となった。

## 2 名古屋高裁金沢支部平成 17 年 5 月 18 日判決

控訴審である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）（以下、「名古屋高金沢支部平成 17 年判決」という）は、以下のように判断した（原判決を一部変更）。

「Y は、雪印乳業事件及び金沢市保健所の本件指導により、それまでの本件会社における牛乳等製品の再利用には食品衛生法に違反する再利用があることを知ったのであるから、本件会社の代表取締役として、直ちに同法に違反する再利用を廃止する措置を講ずるのはもとより、すみやかに今後同様の違法な再利用が行われることのないようにするための適切な措置（牛乳等製品の再利用に関する取扱基準の策定、従業員に対する牛乳の再利用に関する教育・指導等の徹底等）を講じて、法令を遵守した業務がなされるような社内体制を構築すべき職責があったものというべきである。そして、上記職責を有する Y としては、上記措置を自ら講ずることなく、会社内の職掌分担に従ってこれを部下に任せるとしても、部下が取った措置の内容及びその結果を適宜報告させ、法令違反状態が解消されたこと等を確認し、仮になお法令に適合しない再利用がなされている状態が残存する場合には、自ら速やかに是正を指示するなどの指揮監督権限を行使して、違法な牛乳から牛乳への再利用をしない社内体制を築くべき義務があったものというべきである。」

そして、「Y には、上記職責に違反する任務違背があった」としたうえで、「本件会社が製造して販売する牛乳という商品は、…一旦その製造についての安全管理に対する信頼が失われた場合には、本件会社の維持存続に関わる事態となることは容易に予見できたのであるから、Y においては、金沢市保健所からの本件指導があるまでは本件会社で違法な牛乳の再利用が繰り返されていたという実情を踏まえて、本件会社の代表取締役として、違法な牛乳の再利用を防ぐための社内体制を速やかにかつ確実に構築することが急務であったのに、上記のような措置あるいは対応しかなかったのであるから、Y の任務懈怠における過失は重大であるというべきである。」

取締役の責任は肯定された。

### 3 検討

#### (1) 総論

名古屋高金沢支部平成 17 年判決は、違法な行為が繰り返し行われ、保健所による指導等により、その「違法性」を代表取締役が認識したにもかかわらず<sup>64)</sup>、出荷されていない牛乳の再利用に関し、特段の措置を講じず、F 部長に一任していたこと等を根拠に内部統制システム構築義務違反を認めた。そして、牛乳の安全に対する信頼が失われた場合には、会社の存続にかかわる事態となることは容易に予見できたことも考慮して<sup>65)</sup>、その職務についての重過失を認めた<sup>66)</sup>。

#### (2) 小規模な会社と内部統制システム構築義務

本件の特徴としては、会社の従業員数がピーク時で正社員 38 名、パート社員 15 名、またその資本金が 1000 万円であったなど<sup>67)</sup>、比較的小規模

64) 違法な再利用がなされていたという事実そのものではなく、その違法性についての認識が生じたことを根拠としている点に特徴がある。これにより、その不正行為が繰り返されることについての予見可能性が生じ、それに対応し得る内部統制システム構築義務の発生を根拠づけるものと思われる。もっとも、裏を返せば、その行為自体について認識していたとしても、保健所の指導等が行われるまでは、その行為の違法性を認識していなかったことについて合理性があるとして、内部統制システム構築義務の発生を根拠づけるものではなかったということも示している。

一方、刑事法分野においては、犯罪「事実」に対する認識、認容があれば刑事責任が問われうる。単に法律につき不知であったのみでは、原則として刑事責任は否定されない。裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案』100 頁、266 頁（司法協会、3 訂補訂版 補正版、2008）。

65) 南健吾「判批」労旬 1625 号 34 頁(2006)。大内伸哉「判批」労判 913 号 9 頁(2006)、松井雅典「判批」龍岡資晃＝小出篤監修、神谷隆一ほか編『企業不祥事判例にみる役員責任〔別冊金融・商事判例〕』135 頁（経済法令研究会、2012）参照。

66) なお、本件では、出荷されるに至らなかった牛乳等製品の再利用を防止するための体制の構築がなされていなかったことが特に問題とされているのに対し、本件における不正行為は一旦出荷した牛乳の再利用であった。したがって、Y が職責を果たしていれば、本件の不正行為を防止しえたか、すなわち相当因果関係の有無が問題となる。

この問題について、名古屋高金沢支部平成 17 年判決は、再利用を一切しないという社内体制を構築していれば、F 部長においても再利用を決意せず、あるいは従業員が再利用の指示を受けたとしても、それに反対して再利用が無然に防がれたものと推認されるとしている。

出荷されるに至ったか否かにかかわらず全体としての再利用の防止のための体制を構築していなかったことと、本件の不正行為との関連性を検討しているものと評価できる。

67) 本件会社は、Y の父を創業者として設立された会社で、本社は Y の自宅におかれていた。本件会社の組織は、Y が代表取締役をつとめ、その長男（Y の相続

な会社での事案であることがあげられる。小規模な会社では、取締役は、個々の取締役や使用人を直接指揮監督しうる環境にあり、取締役の不作为についての責任が問題となる場面でも、直接的な監視・監督義務の違反が争点化されるのが通常である。その意味で、規範的にも、実際の訴訟の場面でも、取締役に内部統制システム構築義務が課され、それにかかわる責任が追及されることは想定しにくい<sup>68)</sup>。本件会社が小規模会社であることや Y と F 部長との直接の指揮命令関係を指摘して、内部統制システム構築義務違反に言及する必要はなく、監督義務の履行について判断すべき事例であったという指摘<sup>69)</sup>もある。確かに、本件では代表取締役のみが被告とされており、他の取締役の責任が追及されていないこともふまれば、組織体制の問題ではなく、代表取締役の個別の監督義務違反の問題にかかわる判示とも評価し得る。

しかし、小規模な会社であっても、従業員が複数人存在し、その各々にまで目が行き届かない場合に、その監督を実効的なものにするためには、一定の社内体制の構築が必要である。そして、それが主として上場会社を想定した内部統制システムの概念<sup>70)</sup>に合致するかは別としても、一定の社内体制を構築する義務が取締役に善管注意義務の一環として要求されることは、否定されないように思われる<sup>71)</sup>。そして、この判決もそのような

---

人の一人であり、控訴審においては控訴人)が専務取締役として営業全般を統括し、製造部門は F 製造部長が統括していた。Y は、その長男・F の両名に各業務をほぼ一任し、自らは、両部門を統括して随時相談等にのるほか、経理関係の決裁、対外的な交渉の業務にあたっていた。本件会社は平成 13 年 5 月 17 日に解散決議が成立し、その当時の発行済株式総数は 8000 株であり、Y1 が 3000 株、妻および長男が各 2000 株、長女が 1000 株を保有していた。

68) See American Law Institute, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations Volume1, 164-167 (1994).

69) 南・前掲(注 65) 34 頁、吉村信明「判批」熊本県立 14 卷 1 = 2 合併号 128 頁(2007)。

70) See Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, Internal Control - Integrated Framework (2013)。

また、企業会計審議会「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準並びに財務報告に係る内部統制の評価及び監査に関する実施基準の設定について(意見書)」(2007 年 2 月 15 日)の中にある「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準」も参照。

71) 南・前掲(注 65) 34 頁、久保寛展「判批」平成 25 年度重判解 115 頁(2014)、松嶋隆弘「中小企業にも求められる内部統制の整備 第 1 回 いま内部統制の時代」税理 50 卷 1 号 98-100 頁(2007) 参照。

大阪地判平成 12 年 9 月 20 日前掲(注 39)においても、「事業の規模」等に応じた内部統制システムを構築すべき義務が取締役には課されると述べているにと

意味での、内部統制システム構築義務を問題としていると考える<sup>72)</sup>。実際、名古屋高金沢支部平成17年判決が示す具体的な社内体制の要素（基準の策定や従業員教育）も、内部統制システムにかかわる事項といえる<sup>73)</sup>。

さらに、この判決からは、取締役による監視監督の実効性を確保し、会社の業務執行の適正を確保するため、不正行為が繰り返され、違法状態が継続しているような場合には、それを排除し、その再発を防止し得る社内体制を整えることが、このような小規模会社においても、特に要求されることがうかがえる<sup>74)</sup>。この場合、同様の不正行為の発生についての予見可能性が高まり、またこのような体制づくりを要求することは、小規模会社ゆえに、取締役にとって過大な任務となるものでもない。加えて、Fの本件再利用が、会社の方針に反する異例なもので、予見ができなかったと評価されている本件のような場合に、直接の監督が不可能であったからといって、直ちに、繰り返される不正行為につき適切な対応をしなかった取締役が免責されると解するべきではない。このような場合、Yの責任の存否については、社内体制の構築にかかわる任務懈怠を問題とすべきことになろうし、原告もそのような主張を行うこととなると思われる<sup>75)</sup>。このような小規模会社においては、「特別な事情」が存在しない場合に通常構築することが要求されるシステムに上乗せ的に構築が要求される場合のみならず、通常は構築することが要求されない部分について、「特別な事情」の存在を根拠に、システムの構築が要求される場合もあると考える。

---

どまり、一般論として小規模会社における内部統制システム構築義務を否定してはならないと考えられる。これに対し、森田章「判批」金法1601号8頁(2001)は、一般の会社に内部統制システム構築義務を認めることについて疑問なしとはしないとしている。

72) 本件が内部統制システム構築義務を肯定していると指摘する、あるいはそうであることを前提とするものとして、例えば、大内・前掲（注65）9頁、南・前掲（注65）34頁、齊藤武「判批」龍谷42巻1号128-129頁（2009）、島田邦雄ほか「判批」商事1743号63頁（2005）、吉村・前掲（注69）116-117頁、大塚ほか編・前掲（注17）95頁〔高谷裕介〕。

また、松井・前掲（注65）136-137頁は、この判決により、会社の規模にかかわらず、内部統制システム構築義務が認められる可能性があることが明らかになったとし、実務対応とし、少なくとも、内部統制システムと同視できるだけの体制等を設定する必要があるとしている。

73) 久保・前掲（注71）115頁、大塚ほか編・前掲（注17）119頁〔高谷裕介〕参照。

74) 少なくとも、本件に関しては、違法とならないための金沢市保健所による指導内容を履行できる体制は構築すべきであった。松井・前掲（注65）137頁。

75) 大内・前掲（注65）9頁、吉村・前掲（注69）128-129頁参照。

構築すべき内部統制システムの内容に関しては、この名古屋高金沢支部平成17年判決も新潮社フォーカス事件同様、同様の不正行為が繰り返されていたという事実を、その違法性も含めて認識していた以上は、その違法状態やそれが繰り返される状態を解消するために、それを担当者に一任することは許されず、同様の不正行為の発生による違法状態がないことを代表取締役自身がチェックし得る体制の構築が求められることを示唆している<sup>76)</sup>。

### 第3章 検討

以上の検討をふまえ、第2章冒頭で掲げた①ないし③の視点に基づき、不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務の内容について検討する。

第1に、どのような事情があれば、その不正行為の発生を予見<sup>77)</sup>すべき「特別な事情」があるとされ、内部統制システムが不十分であるとして、その不正行為をも防止し得る内部統制システムの構築義務が取締役に課されるのか(①)については、以下のように考えられる。

過去に同様の不正行為が存在するという事情がある場合には、その不正行為の発生を予見すべき「特別な事情」に該当し、その不正行為が繰り返されることを防止し得る体制を構築する義務が生じる<sup>78)</sup>。

過去に同様の不正行為が存在したことを示す事情に関して、第2章第1節の出版社の事例では、違法とされた確定判決が存在することがあげられている<sup>79)</sup>。勧告や取締役の責任を認める和解がなされた場合にも、一定の

---

76) 大塚ほか編・前掲(注17)95頁〔高谷裕介〕は、この判決に関し、取締役が事前に違法状態を認識していた場合には、その違法状態を解消させるレベルの内部統制システムの構築、運用が求められると厳格にとらえられているとしている。そして、この視点は、新潮社フォーカス事件と共通する視点であるとしている。

77) 予見の対象については、当該不正行為そのものではなく、同様の不正行為を行う具体的な危険である。第2章第2節の検討参照。

78) このような義務は、特定の業種のみではなく一般論として認められることが、一連の裁判例の検討からうかがわれる。

79) 一方、ある同様の不正行為に関し、近接した時期に違法とされた判決と違法ではないとされた判決等が混在する場合には、その不正行為に対する予見「可能性」という観点からは、その可能性が高まる以上、それに対応し得る体制を構築すべき義務が生じ得るが、一定程度の内部統制システムが構築されていたことを前提に、会社法429条1項にいう職務を行うについて重過失があったとまでは評価さ

根拠に基づき不正行為の存在が肯定され、同様の不正行為についての予見可能性が高まるから、少なくともそれを防止し得る体制の構築について検討のうえ、対応することが要求される。会社の行為に対し、抗議がなされたという事情のみでは、必ずしもその行為が違法であることを示すものではない等から、体制の不十分さやそれに対応しうる体制の構築義務が直ちに導かれるものではない。一方、第2章第2節の事例ように、代表取締役が繰り返してきた不正行為が任務懈怠行為に該当することが明白である場合もある。また第2章第3節の事例ように、繰り返し行われていた行為の違法性が、保健所の指導等により明らかになる場合もある。要は、過去における同様の不正行為とその違法性を示す事情の存在が求められる。

また、この義務を発生させる事情として、取締役が過去の不正行為について認識していることが裁判例では、触れられることがある<sup>80)</sup>。しかし、例えば、取締役の交代等により、取締役が過去の不正行為について認識していなかった場合に、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請されないとすれば、内部統制システムの目的でもある中長期的な視点から業務の適正を確保し、継続的な利益を追求することを不可能なものとする。取締役という人単位ではなく、その会社単位での機関としての取締役が、過去の不正行為の存在を継続的に把握し、業務執行等を行っていくべきである。したがって、取締役に、過去の不正行為についての認識がないことを理由に、直ちに、不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務が否定されるものとは考えるべきではない。内部統制システム構築義務が否定されるのは、例外的な事情がある場合に限られると解すべきである<sup>81)</sup>。

第2に、通常の場合との相違を含め、その内部統制システムの程度と、構築にかかわる取締役の裁量はどのように考えられるか(②)については、以下のように考えられる。

不正行為が繰り返されている場合には、その不正行為に対応し得る体制の構築が要求される以上、その内容は、通常想定される不正行為を防止し

---

れない場合もある。

80) 新潮社フォーカス事件の検討参照。

81) この問題については、第4章を参照。

得る体制よりも具体的かつ高度なものとなる<sup>82)</sup>。不正行為が繰り返されているという事情の存在が、責任の有無を分ける分水嶺となる可能性があることも、裁判例の検討からうかがわれる<sup>83)</sup>。もっとも、不正行為が繰り返し発生したからといって直ちに責任が問われるものではなく、取締役には、あくまでもその不正行為を防止し「得る」体制の整備が要求される<sup>84)</sup>。

不正行為を繰り返さない体制を構築するにあたっては、システムのうち不正行為の発生を防止できなかった要素を改善することが求められる。不正行為が繰り返されることを防止するという目的達成ために構築すべき内部統制システムについても、その具体的な内容に関しては、取締役に一定の裁量が認められる<sup>85)</sup>。もっとも、このことは不正行為が繰り返されている場合に、何ら適切な対応をとらないことを許容するものではない<sup>86)</sup>。この問題については、名古屋高裁平成25年3月15日判決（判時2189号129頁）<sup>87)</sup>も参考になる<sup>88)</sup>。この事件では、同様の行為について違法とする判決が過去に下されたことや、主務省から行政処分を受け、そのなかで内部管理体制の不十分さも指摘されていた等という事情をもとに、内部統制

82) 構築すべきシステムの内容に関して、不正行為が繰り返され得る状態にある場合、不正行為の再発防止につき、下位の者に一任することは許されず、同様の不正行為の発生による違法状態がないことを取締役自身がチェックし得る体制の構築が求められることがあり、過去に同様の不正行為があったにもかかわらず、その不正行為が行われた部署における担当者に、不正行為防止のためのチェック等を一任していたときには、義務違反を問われる可能性がある（新潮社フォーカス事件の検討や第2章第3節参照）。

また、その不正行為が行われた場合におけるその会社の業務の特質からくる被害の重大性は、この義務を根拠づけ（新潮社フォーカス事件の検討参照）、または違反の有無の判断において（第2章第3節の検討参照）考慮される。

83) 特に、週刊新潮事件第一審とフライデー事件の比較検討を参照。

84) 最高裁平成21年判決参照。

85) 週刊新潮事件控訴審の検討参照。

86) 第2章第2節の検討参照。

87) 本件は、Xが、Y1社に委託して行った商品先物取引において損失を被ったことにつき、Y1社の担当従業員らには、適合性原則違反、説明義務違反等の違法な行為があったとして、担当従業員ら、Y1社、取締役らに対し、不法行為に基づいて請求するほか、Y1社に対しては会社法350条または債務不履行（信託法違反）に基づき、Y1社の取締役らに対しては会社法429条1項等に基づき、損害賠償を求めた事案である。なお、第一審は、名古屋地判平成24年4月11日判時2154号124頁。

88) 久保・前掲（注71）115頁は、Y1社の内部統制システムは最低水準をも下回るものであり、取締役の裁量が否定される状況にあったことが重要であると指摘している。また、他の取締役の職務を運用面でも信用できる状況ではなかったと指摘している。黒沼悦郎「判批」現消25号73頁（2014）も参照。



システムが不十分であるにもかかわらず、適切な対応をとることを怠ったとして、会社法 429 条 1 項に基づく責任を認めている<sup>89)</sup>。

第 3 に、不正行為が「同様」のものか否かはどのように評価すべきか (③) については、不正行為者の立場、不正行為の手法・性質・目的、損害の内容等を考慮して、実質的に判断されるべきである<sup>90)</sup>。

以上のことは、大規模な会社のみならず、小規模な会社においても妥当しうであろう<sup>91)</sup>。

## 第 4 章 おわりに

本稿では、不正行為が繰り返されているという事情と内部統制システム構築義務との関係について検討してきた。不正行為が繰り返されている場合には、その不正行為への予見可能性が高まり、最高裁平成 21 年判決のいう「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」が存在するものとして、それをも防止し得るさらに高度な内容の内部統制システムを構築する義務が生じる。

本章では、このような本稿での検討結果をふまえて、今後の課題を 2 点示したい。

第 1 に、本稿では、最高裁平成 21 年判決のいう「特別な事情」に関し、自社において「本件以前に同様の手法による不正行為が行われた」という事情を検討してきた。もっとも、最高裁平成 21 年判決は「特別な事情」に関し、過去における同様の不正行為の存在という事情「など」としており、他にどのような事情がこれに該当するのかを検討する必要がある<sup>92)</sup>。

この問題について、参考となる裁判例として、東京地裁平成 21 年 10 月

---

89) 久保・前掲 (注 71) 115 頁は、主務省等による処分等から、当時、内部統制システムが無機能化していた可能性が推認され、かつ改善もなされていなかった状況にあり、取締役の内部統制システム構築義務違反を追及しやすい事情があったとしている。

90) 第 2 章第 2 節の検討参照。

91) 第 2 章第 3 節の検討参照。

92) 最高裁平成 21 年判決でも、自社において過去に同様の不正行為が存在したこと以外に、どのような事情が「特別な事情」に該当するかは明示されていない。

22日判決(判時2064号139頁)<sup>93)</sup>がある<sup>94)</sup>。この判決では、「一般的に予見できる従業員によるインサイダー取引を防止し得る程度の管理体制を構築していただだけでは足りず、本件インサイダー取引のような従業員による不正行為を予見して、これを防止するために具体的に何らかの指導監督をすべき職責や必要があったのか」の検討に関し、自社において同様の不正行為が過去に存在したか否かを問題としている<sup>95)</sup>。一方で、他社でのインサイダー取引事件の存在についても検討がなされており、この判決では自社において直接的に本件インサイダー取引を予見すべき事情となるものではないと判示されているが、他社における事例が「特別な事情」に該当し得

93) この事件は、日本経済新聞等の日刊紙を発行する株式会社日本経済新聞において、その使用人が、同社が管理するコンピューター内の広告主の株式分割にかかわる法定公告に関する情報を利用してインサイダー取引を行い、その一部につき刑事責任を問われたことについて、同社の株主である原告らが、取締役らに当該使用人によるインサイダー取引を防止することを怠った任務懈怠が認められ、それにより、会社に損害が生じたと主張して、取締役らに対して損害賠償請求を行った株主代表訴訟の事案である。

94) 東京地判平成21年10月22日は、内部統制システム構築義務に関し、取締役は、「一般的に予見できる従業員によるインサイダー取引を防止し得る程度の管理体制を構築し、また、その職責や必要の限度において、従業員によるインサイダー取引を防止するために指導監督すべき善管注意義務を負う」と判示した。

この判決は、最高裁平成21年判決と類似した判断枠組みを採用しているといわれる(神谷隆一「判批」龍岡資晃＝小出篤監修、神谷隆一ほか編『企業不祥事判例にみる役員の実務責任〔別冊金融・商事判例〕』118頁(経済法令研究会、2012)。島田邦雄ほか「判批」商事1897号57-58頁(2010)参照)。

この事件における内部統制システムの具体的内容の検討については、西川義晃「判批」速報判例解説編集委員会編『法学セミナー増刊 速報判例解説』7号137-138頁(2010)、長畑周史「判批」青森法政論叢11号108-110頁(2010)、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一近時の裁判例を素材として」日法76巻2号322-323頁(2010)、「日経インサイダー取引事件の教訓」商事1882号50頁(2009)参照。

95) 東京地判平成21年10月22日では、「本件インサイダー取引事件が発覚するまでは、補助参加人の従業員が、インサイダー取引を行ったという前例も、アドバンス内の情報を不正に漏洩ないし使用したとの前例もない」ことも理由として、取締役の善管注意義務違反を否定している。

る場合がないのかはなお検討の余地がある<sup>96)</sup> 97)。

第2に、不正行為が繰り返されているという事情が存在しても、取締役の責任が否定される方向に働く事情が存在するのではないか、またどのような事情がそれに該当するかについてである。本稿で検討した通り、ある不正行為が過去に存在するという事情は、同様の不正行為が繰り返されることに対して具体的な予見可能性を生じさせ、その不正行為が繰り返されないための内部統制システムを構築する義務を発生させる。しかし、同様

96) これまで、「自社」において過去に同様の不正行為が存在したことを前提に、「特別な事情」の内容について検討してきたが、「他社」における同様の事例が、予見可能性を基礎づける「特別な事情」に該当する場合はないか等についてさらに検討が必要であろう。例えば、企業グループ内で発生した事例は、たとえ他社におけるものであっても、自社における内部統制システムを構築するにあたり加味すべき要請は高まると思われる。

なお、東京地判平成21年10月22日は、このほか、「報道機関としてインサイダー情報が集中することや、不正アクセス禁止法や個人情報保護法が施行」されたという事実についても、一般的な予見可能性を超えて、本件のインサイダー取引のような不正行為を予見して、具体的に何らかの指導監督をすべき職責を基礎づけるものではない旨判示している。

97) このほか、取りまく諸事情から将来不正行為が発生することが予見できたと主張されたものとして、東京地判平成27年4月23日前掲（注7）がある。この事件では、原告は、この事件における不正行為につき具体的な予見可能性を生じさせる事情として、「①補助参加人が民間企業に移行した以上、管利至上主義を、法令を無視ないし軽視することが強く予想されること、②小千谷第2発電所の使用の開始に伴い、増加された最大取水量での大量取水によって信濃川が枯渇する危険があり、少しの取水量超過や維持流量を下回ることで信濃川に与える影響が大きく、最大取水量及び維持流量違反に対して取水許可の取り消しなどの厳格な処分が下される可能性があること、③平成2年から大量取水が始まり信濃川が枯渇し始めており、超過取水及び過小放水がされている可能性があること、その場合には本件流水占用許可の取り消しなどの厳格な処分が行われる可能性があること、④株式が上場されれば、取締役が違法行為を行い、会社に損害を与えたときには、不特定多数の株主から株主代表訴訟を提起される可能性があるから、あらかじめ法令遵守システムを構築する必要がある上場前よりもはるかに強く生ずること、⑤建設省による信濃川河川環境管理基本計画の見直し、改正河川法の成立、地元団体等からの取水量の見直しを求めた要請や公開質問がされていたこと、⑥地元の署名運動や河川事務所から適法な取水になっていないのではないかと指摘されたこと、国の信濃川中流域水環境改善検討協議会が開催されていたことなどを指摘」した。これに対し、裁判所は「いずれの事情も、本件不正取水行為のような態様の不正取水行為の存在を具体的に疑わせるほどの事情であるとはいえない」と判示した。

この事件等で否定された事情も含め、過去に同様の不正行為が存在したという事情以外に、どのような事情が、「特別な事情」に該当し得るのか、さらに検討する必要があると考える。

検討にあたっては、不正行為の性質も考慮する必要があると考える。具体的には、違法性につき見解の対立があるか否かや、違法性判断につき一定の評価過程を介するものか、あるいはこの事件のように許可等に反した行為として違法性が一見して明確なものか等もふまえなければならない。

の不正行為が過去に存在しても、具体的な予見可能性を生じさせるのを妨げる事情があれば、「特別な事情」の存在は認められず、義務は発生しないと思われる。

例えば、その不正行為に関する取締役の認識があったことが、その義務を根拠づける要素として、裁判例上、掲げられることがある。しかし、第3章でも述べた通り、義務の発生の前提として過去の不正行為に対して認識があったことが要求されるとは考えるべきではない。もっとも、この認識を欠いていたという事情が義務の発生を否定する考慮要素の一つとはなり得ると考える。そして、この認識にかかわる問題を含め、取締役の責任が否定される方向に働く事情も総合的に考慮した結果、不正行為が繰り返されているという事情が存在しても、義務の発生が否定される場合はあり得る<sup>98)</sup>。

責任を否定する方向に働く事情として、どのような事情があるかという問題については、今後さらに検討を要する<sup>99)</sup>。この問題については、デラウェア州における *Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*, 188 A.2d 125 (Del. 1963) が参考になるとと思われる。この事件は、デラウェア州法における内

98) この立場を前提とした場合、過去の不正行為につき認識がなかったことが、不正行為を繰り返さない内部統制システムの構築義務違反との評価を障害する一事情（抗弁事由）とはなりうる。そして、例えば、過去の不正行為につき認識しえない（認識していないことに過失がない）場合には、高度なシステムを構築すべき義務は生じないように考えられる。この場合は、今回の事件をふまえて認識するに至ったものとして、その時点以降、高度なシステムを構築すべき義務を負うこととなる。

また、この立場を前提とすれば、原告は、請求原因レベルでは、過去に同様の不正行為が存在する場合には、「特別な事情」として、過去の不正行為の存在や、それと今回問題となっている不正行為との同種性の主張も含め、さらに高度な内容の内部統制システムが構築されていなかったことを主張立証すべきこととなり、かつ、それで足る（請求原因として、過去の不正行為について認識していたことを主張立証する必要はない）。過去の不正行為の存在の有無により、主張立証責任自体は変化するものではないが、評価を根拠づける事実の内容や事実の根拠づけの程度は異なってくる。拙稿・前掲（注5）444頁参照。

以上の理解は、過去に不正行為が存在する場合には、それに対応し得るシステムの構築が原則として要求され、例外的に構築義務を負わなくてよい場合があるという本文で述べた実体法上の関係と符合する。

99) 例えば、相当程度過去に行われたものであり、その不正行為への予見を生じさせない場合や、過去の不正行為自体やその違法性についての認識がないことについて合理性がある場合や、法令違反ではなく、かつ損害が小さい場合等、それに対応する体制を整えないことが取締役の裁量の範囲内と判断される場合のように、過去に同様の不正行為が存在しても、それをふまえた体制を構築する義務が生じない場合はありうる。

部統制システム構築義務にかかわるリーディングケースと位置付けられるものであり、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も、事例判断の中で検討している。この事件では、原告が過去の不正行為の存在を、その事件における不正行為についての「警告」にあたると主張した。これに対し、裁判所は一定の事情の存在を理由に、この事件で主張された過去の不正行為にかかわる事情は、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旨判示している<sup>100)</sup>。この判示部分については、従来、十分に検討がなされてこなかったと考える。このデラウェア州の判例を中心に引き続き検討をし、示唆を得ることを今後の研究課題としたい。

さらに検討を進め、内部統制システム構築についての取締役の行為規範にかかわる議論の深化を図っていきたい。

---

100) 反対に、この事件において裁判所の認定した一定の事情のない場合には、同様の不正行為が過去に存在したという事情は、それに対応するための内部統制システム構築義務を発生させるということも示唆される。