

内部統制

一橋大学大学院法学研究科助教授 酒井太郎

1. 問題の所在・検討の対象

内部統制とは、効果的かつ効率的な業務遂行、信頼性ある財務報告、資産の保全、そして法令の遵守を合理的に保証するため、企業が遂行する一連のプロセスをいうものと一般に定義されている¹。かつては会計学の領域において議論されるにとどまっていたが、やがて企業経営全般に関わる仕組みであると認識されるようになり、最近では、主として企業活動の適法性を制度的に担保するという観点から、会社法学でも注目されてきたところである。

2005 年に制定された会社法では、全ての大会社につき、会社業務の適正を確保するために必要な体制に関する決議を取締役会が行うよう義務づけられている。企業開示や法令遵守、リスク管理のため有効な内部統制を整備すべきことは、すでに判例でも取締役の善管注意義務の範疇に含まれるものと説示されており、会社法上の制度も、これを確認したものであると理解できる。さらに、本年 6 月に成立した金融商品取引法では、有価証券発行会社に対し内部統制報告書および確認書の提出が義務づけられ、内部統制の整備状況に関する経営者評価と監査とが強制されるという新たな規制の段階を迎えた。

このように内部統制の整備が会社の責務であることが法律上明確にされたことにともない、取締役会および取締役の義務と責任に何らかの変化が生じるものと理解してよいだろうか。また、いわゆるモニタリング・モデルの採用により、業務執行権限を有する取締役と、業務執行権限を持たず監視監督に特化された取締役とが分化したが、業務への精通の度合いが違うことを根拠に、両者の取締役の監視義務を区別して考えるべきか、それとも、情報収集能力の格差を埋めるものとして内部統制が機能しうることを念頭に、違いはないというべきだろうか。

本報告は、このような問題意識の下、取締役の監視義務違反にかかる責任追及の枠組みが内部統制整備の法的義務化によりどのような変容を受けるか、試論を展開しようとするものである。まず内部統制整備に関する法制度の状況を概観し、若干の考察を行い、続いて監視義務の問題を論じることとする。

¹ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, INTERNAL CONTROL – INTEGRATED FRAMEWORK (1992). 邦訳として、トレッドウェイ委員会組織委員会編・鳥羽至英・八田進二・高田敏文共訳『内部統制の統合的枠組み 理論篇』（白桃書房、1996 年）。企業会計審議会内部統制部会「財務報告に係る内部統制の評価及び監査の基準案」（2005 年）。

2. 内部統制をめぐる法制度の動向

2.1. 金融商品取引関連

現行制度概況（内閣府令および東京証券取引所の確認書制度）

米国でサーベンス・オクスレー法（SOX 法）が 2002 年に制定されたのをはじめとして、内部統制報告書の作成と監査を法的に義務づける制度は先進諸国において普及する傾向にある²。日本でも、2004 年に東京証券取引所が上場会社の代表者に対して有価証券報告書および半期報告書の記載内容が適正であることの確認を義務づけたほか、内閣府令でも、有価証券報告書の提出会社について、報告書の記載内容が適正である旨の確認書を提出することができるものとしている。

証券取引法は、公益または投資者保護のために必要かつ適当なものとして内閣府令に定める書類を有価証券報告書等の提出書類に添付しなければならないと定めている（証取法 5 条 5 項、24 条 6 項、24 条の 5 第 1 項）。これを受けて企業内容等の開示に関する内閣府令では、添付すべき書類に含まれるものとして、有価証券報告書等の記載事項が適正であることにつき会社代表者が確認した旨を記載した書面を挙げている（企業開示府令 10 条、17 条、18 条）。ただしこの確認書の提出は任意であるとされている³。

内閣府令の確認書については、様式・内容に関する具体的な定めはなく、記載事項が適正であることの根拠を明示すべきことも条文上求められていない。ただし、金融庁の「企業内容等開示ガイドライン」では、記載内容が適正であることを確認したことに加えて、当該確認を行うにあたって財務諸表等が適正に作成されるシステムが機能していたかどうかを確認した旨とその内容を明らかにすべきものとしている（同ガイドライン 5-29-2）。

つぎに、東京証券取引所の確認書制度とは、同取引所の上場企業の代表者に対して、「有価証券報告書等（有価証券報告書および半期報告書をいう）の記載内容の適正性に関する確認書」の提出を義務づけるものである。この確認書においては、有価証券報告書の提出企業の代表者が、提出時点において同報告書に不実の記載がないと認識している旨とその理由が記載される。不実の記載がないとの認識に至った理由として、有価証券報告書の記載の適正さを担保しうる社内体制が整備されていることを代表者自身が確認したことなどが例示されている⁴。なお、この確認書は内閣府令の確認書をもってかえることができる。確認書を提出したにもかかわらず、有価証券報告書の虚偽記載が認められた場合には、上場廃止の対

² フランスでは、2003 年金融安定化法 (loi de Sécurité Financière) により改正された商事会社法により、内部統制に関する報告書が経営報告書の添付書類とされている。蟹江章「内部統制議論の変遷と課題」企業会計 57 巻 3 号 23 頁（2005 年）。ドイツでは 1998 年の企業領域における統制および透明化のための法律（KontraG）により改正された株式法および商法により、株式会社にリスク管理体制の構築が義務づけられるとともに、上場会社については当該体制につき会計監査人の監査が必要とされている。小柿徳武「ドイツにおける会社法改正の動向」森本滋編著『比較会社法研究』50-54 頁（商事法務、2003 年）。英国では、ロンドン証券取引所の統合規定において、上場会社に内部統制の整備を義務づけるとともに、取締役は内部統制のレビューを行い、株主に結果を開示するものとしている。川島いづみ「英国における内部統制システム」監査 474 号 42 頁以下（2003 年）。

³ 金融庁「有価証券報告書の作成・提出に際しての留意事項について」

<<http://www.tse.or.jp/jokan/sensei/index.html>>。

⁴ 確認書ひな型（東京証券取引所）<<http://www.tse.or.jp/listing/syorui/kabu/sensei/03kakuninsyo.doc>>。

象になる。

金融商品取引法の内部統制報告書制度

2006年7月に成立した金融商品取引法では、有価証券発行会社に対して、上記内閣府令の確認書の提出（24条の4の2、24条の4の8）と、財務報告にかかる内部統制報告書の作成と監査そして提出（24条の4の4）が義務づけられている。内部統制報告書制度とは、財務報告にかかる内部統制の有効性を業務執行権者に評価させ、その評価結果を内部統制報告書として作成させるとともに、外部監査人が内部統制監査を行い、内部統制報告書に示される経営者の評価に誤りがないことを内部統制監査報告書の形で表明して、それぞれの報告書を事業年度ごとに開示するというものである。内部統制報告書制度の基本的発想は、財務報告の監査人が不正の発見に全面的に責任を負わない代わりに、内部統制の有効性について評価をし、経営者や取締役会に改善を促すとともに、評価結果を外部公表することで不正の抑止に貢献することにある⁵。確認書・報告書に不実記載があったときの法的責任については後述する。

2.2. 会社法

会社法制定以前、商法特例法においては、委員会等設置会社において、監査委員会の職務の遂行のために必要なものとして法務省令で定める事項につき、取締役会が業務決定を行うものとしていた（商特21条の7第1項2号）。これを受けて商法施行規則は、監査役会の運営体制に関する事項のほか、リスク管理や効率的業務執行⁶、法令遵守にかかる体制の整備を具体的権限事項として定めていた（商施規193条）。会社法および会社法施行規則では、解釈上の疑義に対応するため規定内容に若干の整理が加えられたほか、上記の体制を整備すべき会社の範囲がすべての大会社に拡張されている。

会社法上構築すべき内部統制の概要

会社法上、大会社に対して整備が義務づけられている内部統制は、2種類に分けられる。すなわち、業務執行の適正を確保するための体制（会社362条4項6号・416条1項1号ホ、会施規100条1項・112条2項）と、監査業務を補助するための体制（会施規100条3項・112条1項）である。

会社法制定以前に内部統制構築義務の法的根拠とされていたのは、商法特例法21条の7第1項2号に基づいて定められた商法施行規則193条であるが、同条は、委員会設置会社において常勤の監査委員の選任が義務づけられていないことを考慮して、主として監査委員会の活動を組織的に補助するという観点から、委員会設置会社が構築すべき社内体制を規定していた⁷。これに対して大会社が整備すべき体制として会社法および会社法施行規則に定

⁵ 山浦久司「実態監査機能強化の要求と内部統制報告書の導入」企業会計53巻1号78頁（2001年）。

⁶ 効率的な業務執行を法で要求することの意味はあらためて考えられなければならないが、ここでは問題の指摘にとどめる。神田秀樹「新会社法と内部統制のあり方」商事1766号37頁参照（2006年）。

⁷ 中村直人「新会社法における株主総会の位置づけ」商事1758号31頁（2006年）。この規定の形式から、常勤監査役のある監査役設置会社には内部統制の整備は不要との誤った認識が一部で生じたといわれている。

められている一連の事項は、業務執行の適正に関するものと監査体制の補助に関するものが区別され、内容も若干具体的になっている。

取締役会（取締役）が行うべき決議の内容

上記の体制、すなわち会社法上の内部統制にかかる決定権限を有するのは取締役会（取締役会非設置会社は取締役の過半数）であるが、いかなる内容の体制を整備すべきかは取締役会の裁量に委ねられており、最低限盛り込んでおくべき要素ないし水準も定められていない。会社法が大会社に義務づけているのは、会社法上の内部統制を整備することではなく、内部統制の整備に関する決議を行うことである。そのため、論理的には「会社法上の内部統制を整備しない」という決議もできないわけではないが⁸、取締役が会社業務に対して行使すべき監視監督権限の具体的発現として会社法上の内部統制が論じられるに至った経緯を考えれば、取締役の監視監督義務が別途履行されているとの確証を得ないまま、「整備しない」という決議を行うことは考えにくい。つまり、会社法上の内部統制が実質的に完備されていて、新規に整備すべき体制はないことを確認する旨の決議ならば可能と見るべきであり⁹、その場合には当然、会社にすでに行われている業務手順を、業務執行権限者を通じて確認し¹⁰、法の定める体制に相当するとの判断をすることが必要であるといえる。ただ、事業報告で開示すべき事項は決議内容にとどまり、当該決議をした根拠までは問われないので、取締役が行った判断の当否は責任追及訴訟等の場において論じられることとなる。この点に関する詳細は後述する。

すでに会社に業務の適正を確保するための仕組みが備わっていることなどを理由に、上記のごとく「整備しない」との決議を行った場合であっても、企業集団全体で業務の適正を確保するための体制（会施規 100 条 1 項 5 号、112 条 1 項 5 号）の整備のように、企業集団に属する企業の多くについて、新規に対応が必要と思われるものが存在する。なお、親子会社法制的先取りともいわれている¹¹この制度は、企業集団を形成する会社が法人格の枠を越えた統合的な内部統制を構築することを求めるものではなく、親会社と子会社の二者関係において、相互に適切な管理・提携が行われ、支配関係を背景とした不当な要求等が行われないうようにするための方針の策定を意味するものと解されている¹²。

会社法上の内部統制の整備にかかる決議において、一定の内容・水準の内部統制を備えていることを示す必要性はない。それゆえ、監査も事業報告に当該決議の内容が含まれ、会社法および会社法施行規則に掲げる各種体制に該当するかどうかを見れば足りることとなる。

る。

⁸ 相澤哲＝葉玉匡美＝郡谷大輔編著『論点解説 新会社法』（商事法務、2006 年）334 頁。

⁹ 相澤ほか・座談会「会社法関係法務省令案の論点と今後の対応」商事 1754 号 8 頁（相澤発言）（2006 年）。

¹⁰ それゆえ、業務執行権限者（取締役または執行役）の相当の関与がなければ取締役会は決議を行うことができない。取締役会は業務執行権限者が提出した決議案の内容について監視監督権限を行使するという受動的な立場に置かれており、主体的に決議内容を定め、決議内容に従って内部統制を構築することまでは要求されていないというべきである。柿崎環「内部統制と新会社法」法教 78 巻 5 号 39 頁（2006 年）。

¹¹ 中村直人・前掲注 7、30 頁。

¹² 相澤＝葉玉＝郡谷、前掲注 8、338 頁。

内部統制にかかる監査役監査のあり方¹³は、金融商品取引法で内部統制報告書制度が導入されたこととの関係で、あらためて論じられなければならないと思われるが、時間の都合上、本報告では割愛する。

2.3. 内部統制と法規制のあり方

金融商品取引法の内部統制報告書制度と、会社法上の内部統制整備規定との比較

財務報告にかかる内部統制については、内部統制報告書制度の施行により上場会社にその整備と有効性評価が義務づけられるとともに、近々策定される予定である内部統制監査基準に基づいて外部監査人が監査を行う。すなわち、内部統制の有効性について経営者（業務執行代表者）が加えた評価は、内部統制監査基準に依拠した監査を経ることで、客観的な正確さを担保しているものとして扱うことができ、会社の利害関係者は、事業年度ごとの開示を通じて、継続的に内部統制の整備状況を把握することが可能になる。

これに対して会社法では、内部統制の整備に関する決議は大会社に義務づけられているが、決議に従った取り組みが業務執行権者により行われ、取締役会の当初の見込みどおりに体制が機能しているかどうか、取締役会が確認することまでは法律上義務づけられていない。開示対象も取締役会決議の内容（会施規 118 条 2 号）にとどまり、当該決議の達成の有無にかかる、取締役会の判定の結果は含まれていない。つまり会社の業務の適正がどれだけ確保されているかを会社外部から把握する方法はきわめて限定されている。また、会社法上の内部統制の定義や構成要素に関して、一般に公正妥当とされる考え方が確立していないため、各会社の開示内容には統一性がなく比較可能性を欠くほか、各会社の決議が内部統制にかかる方針として相当の内容を備えたものであるかどうか判断することが難しい。

業務の適正さの確保に対する会社の取り組みを利害関係者が把握していく上でも、また、後述の責任追及訴訟の場面における原告・被告双方の立証負担の問題を考える上でも、会社法上も内部統制報告書類の制度を設けることが立法論として望ましいように思われる。しかし会社法上の内部統制は、財務報告の正確性確保と法令遵守という 2 つの領域を除くと、（たとえば業務効率の確保のように）経営者の裁量に委ねられるべき部分がかなり大きい。また、リスク分散能力の観点から、業務執行権者に法律上の義務として内部統制整備状況に関する報告を求めることが適切であるかどうか疑問¹⁴もある。それゆえここでは問題を提起するにとどめたい。

¹³ 日本監査役協会は、業務の適性の確保にかかる取締役会決議の相当性が監査対象となったことを受けて、2006 年 9 月 28 日改訂の「監査委員会の監査報告書ひな型について」および「監査報告のひな型について」を公表した。

¹⁴ 有効な内部統制を整備したとの報告を会社役員等に行わせることは、会社損害が内部統制上の問題によるのか企業活動固有の不確実性に由来するのか明確でない状況において、内部統制上の問題を理由とした役員等への責任追及を多発させる結果を生むと指摘される。Larry Ribstein, *Sarbanes-Oxley after Three Years*, U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE05-016, at 372 <<http://ssrn.com/abstract=840484>> (2005).

内部統制の受益者と費用負担の帰属

内部統制によって恩恵を受ける者は、内部統制の整備により確保されることとなる諸目的に応じて多様である。内部統制の整備にかかる費用は最終的に会社株主の負担に帰するが、内部統制により株主にもたらされる利益は、必ずしもその負担とつりあうものではない。

財務報告にかかる内部統制に関していえば、現在すでに会社となんらかの関係を有している者に限らず、投資先を検討中の投資者といった、将来会社と関係を結ぶ可能性のある潜在的利害関係者が受益者として考えられる¹⁵。会社の財務状況に関する正確な情報を入手できる限りにおいて、あらゆる会社の利害関係者は共通の利益を得るといってよい¹⁶。

他方、潜在的利害関係者と比べ、株主・債権者等、会社の現在の利害関係者は、自身が現に会社に対して有すべき利益を確保・維持するため、経営者の代理費用を節減したり会社の不正を防止したりする体制の機能向上について、より大きな利害関心を有しているといえる。これに対して潜在的利害関係者の場合、代理費用の程度、会社不正の可能性にかかる現時点でのデータが得られればよく、会社の現状を改善するために費用が投じることについては、とくに強い関心を有していないとも指摘されている¹⁷。会社法上の内部統制規定は、法務省令に規定されている内容に照らすと、まさにこの部分を主として担うものであると考えることができる。

¹⁵ 米国公開企業会計監視委員会 PCAOB の監査基準第 2 号のパラグラフ 6 では内部統制報告書制度の受益者として、投資者、債権者、取締役会および監査委員会、そして特定業種の規制当局が列挙されている。

¹⁶ R. C. Clark, CORPORATE LAW, 133 (Foundation Press, 1986).

¹⁷ See, Donald C. Langevoort, *Internal Controls After Sarbanes-Oxley*, available at SSRN website: <http://ssrn.com/abstract=808084>, at 17-18 (2005).

3. 内部統制と取締役の監視義務

3.1. 取締役の監視義務と内部統制との関係

会社の業務執行に関して適切な判断を行うとともに、他の取締役および使用人の職務執行を監視することは、取締役が会社に対して負う善管注意義務の主たる内容である。これら2つの職責を果たす前提として、会社の業務・財産状況を日常的に把握しておくこともまた、取締役の善管注意義務の中に含まれるものと解される¹⁸。

過去10年ほどの間に、企業不正発覚のたびに形成される厳しい世論と、企業に対する規制が事前的・後見的なものから事後的なものへと移行したことに呼応して、会社の違法行為に対する民事上・刑事上・行政上の制裁が強化され、これに伴い会社経営においても、とりわけ違法行為により生じる会社損害の回避が強調されるようになった。さらに、法令違反に伴う損害を含む、諸般のリスクを効果的に管理するための組織的な対応が、判例・学説を通じて取締役会に対し求められるようになった。また、大規模公開企業においては、いわゆるモニタリング・モデルの採用により、通常業務に関する経営判断よりも、戦略的経営方針の決定と、会社の適切な管理の面に取締役の活動の比重が移り、組織的な監視・監督を効果的に行うための仕組みを整備することは取締役会の義務であるとの認識が一般化し、内部統制整備への関与が当然視されるようになった。

3.2. 取締役会の内部統制への関与のあり方

内部統制整備に対する取締役会の職責を強調する際に問題となるのは、取締役会の内部統制への関与のあり方である。取締役会が内部統制にかかる大綱を定め、代表取締役または代表執行役がこれに基づいて細目を定めて実施するという考え方がある¹⁹。しかし、取締役会が内部統制の整備に主体的に関わることは期待されていないし、現実的でもない。内部統制は、法令遵守や業務効率の確保等、一定の目的の実現を確保するために組み合わされた業務執行の流れ全体であるといえるから、監視機関としての取締役会の機能を強調すればするほど（いいかえれば、個別具体的な業務執行から取締役会が隔たっていればいるほど）、会社の内部統制を構成する具体的な組織・手続等の詳細を取締役会に把握させることは困難といわなければならない。それゆえ、内部統制の整備に関して取締役会が果たすべき職責は、(1) 内部統制に関する基本方針を正しく定めること、(2) この基本方針に従って適切な業務管理を行っているかどうか業務執行責任者に報告を求め、報告内容に誤りがないか確認すること²⁰の2点に絞られると考えられる。

¹⁸ 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」曹時 34 卷 4 号 10-11 頁（1982 年）。

¹⁹ 伊勢田道仁「会社の内部統制システムと取締役の監視義務」金沢法学 42 卷 1 号 84-85 頁（1999 年）、神作裕之「委員会等設置会社における業務執行に対するコントロール」学習院大学法学会雑誌 38 卷 1 号 104-107 頁（2004 年）。

²⁰ 階層化された組織を有する大規模会社において、取締役は疑いを抱かせる特段の事情がない限り、社内組織や配下の人員の活動に信頼することができる（畠田公明『コーポレート・ガバナンスにおける取締役の責任制度』75 頁（法律文化社、2002 年））。先述のように取締役は会社の状況を常時把握すべき義務を負っており、これが果たされていないと、疑いを抱かせる事情がなかったとの抗弁は認められない。内部統制が有効であることの確認は、取締役が会社の業務が適正に行われていることの確認を意味し、上記

このうち（１）の基本方針は、詳細なものであれば業務執行責任者のなすべき事柄を明確に指示することができるが、取締役会が業務執行にかかる決定権限を持たなければ（あるいは持っても、監視機能が強調されるならば）概括的・抽象的なものとならざるを得ず、それ自体が何らかの到達基準としての具体性を有することはあまりないといえる。

むしろ問題となるのは、上記（２）の確認である。業務執行責任者の判断に誤りがないことを確認するためには、取締役会が設定した重点項目（基本方針）に照らして、会社の管理体制がいかなる状態にあれば一応疑いを抱かしめる状況にないと判定できるか、その基準と判定手続とを定めなければならない。しかし現在のところ、一般に公正妥当と認められる判定手法が存在しないため、取締役会自らが相当と考える検討材料と手続とを用いた上で、業務執行責任者の報告に重大な誤りが含まれないということを確認すれば足りるといった考え方を取らざるを得ない²¹。

内部統制が有効に機能しているとの判断（ないし信頼）が、相当の判断材料と手続とをもって取締役会によりなされているならば、役員・使用人による行為により会社に生じた個別の損害について、取締役個々人の監視義務違反が問われても、取締役は有効な内部統制に基づいて監視監督にあたっているとの推定が働くこととなる²²。有効な内部統制であるとの評価は、内部統制が完全であることの保証まで意味するものではない。したがって、相当の方法を用い、相当の注意を払って内部統制の評価を行っている限り、内部統制上の問題に起因して会社に生じた損害について、取締役会メンバーは監視義務違反の責任を追及されることはない。

3.3. 内部統制構築義務違反の諸類型・金融商品取引法違反の効果

上記のように内部統制の整備にかかる取締役会の義務を考えた後に問題となるのは、その義務に違反した場合の効果である。内部統制整備にかかる義務の違反が争われる状況としては次の３種類が考えられる。

第一の類型は、内部統制上の問題から、取締役会が会社の状況を正確に把握することができず、その結果、会社にとり著しく不当な決議が行われたとして、決議に基づく行為の事前差止めが争われる場合である²³。

第二の類型は、内部統制上の問題から取締役の監視監督が適切に行われず、会社に損害が発生し、取締役個人の法的責任が追及された場合である。これについては次節以降の部分で

の信頼を寄せる上での前提をなす。

²¹ このことは、取締役会の判断の当否が争われる局面において、取締役会の用いた判断プロセスが適切であったかどうか、当該事案の事実にもつらに基づいて審査されること、それがゆえに基本的に取締役会の裁量が尊重されることを意味する。もっとも、判断プロセスの相当性が問われていることを考慮すると、一般の経営案件にかかる判断内容の当否とは区別して論じる必要があると思われる。

²² 法的責任追及の場面では、責任を追及する側が、取締役会による有効性の評価がなされていないこと、または相当の根拠なくして評価がなされたことを挙げて、監視監督が実質的に行われていないことを主張することとなる。

²³ この場合には会社にまだ損害は発生していない点が第二の類型と異なるが、取締役会の裁量を尊重する考え方が用いられる部分では共通する。See, William E. Knepper & Dan A. Bailey, LIABILITY OF CORPORATE OFFICERS AND DIRECTORS, § 2.01, 2-6 (7th ed., Matthew Bender, 2003).

詳述する。

第三の類型は、金融商品取引法の問題であるが、内部統制が有効であるとの評価がなされたにもかかわらず、不実の情報開示が現実には行われてしまい、開示情報に信頼した投資者が損害を蒙り、会社、会社役員、内部統制監査人の法的責任が追及された場合である。

金融商品取引法では不実開示をした会社の無過失損害賠償責任（21条の2第1項）が規定されており、投資上の損害を蒙った者が不実開示の原因を生み出した者の責任を個別に問うという手間は、基本的には必要とされない。会社に資力がなければ役員の損害賠償責任が追及されることとなるが、この責任は、役員側に挙証責任が転換された過失責任であると規定されている（22条、24条の4、21条2項1号）。内部統制報告書の不実記載もまた、有価証券報告書等の不実記載と同様に取り扱われる（24条の4の6）。内部統制報告書の不実記載につき、関係者である役員等が損害賠償責任を免れるためには、報告書の内容に関して、不実であることを知らず、かつ相当の注意を払ったことを立証する必要がある（21条2項1号）。相当の注意を払ったことの立証は、内部統制の評価（報告書に記載されるべき事実の把握）と報告書の作成・検討をするにあたり、判断の前提となった情報と判断手続の双方について重大な過誤が見出されなかったことを明らかにして、行われるものと解される²⁴。

さて、会社の無過失損害賠償責任については、不実開示と因果関係ある損害額の推定規定（21条の2第2項）が設けられているものの、役員の損害賠償責任についてはそのような推定規定がない。したがって、役員に対して賠償請求をする場合、内部統制報告書の不実記載に起因して生じた損害の額は、原告である投資者が立証しなければならないこととなる。

なお、賠償責任を負担した会社が取締役に求償する場合、会社（または株主）は会社法の枠組みに従い通常の任務懈怠責任を追及しなければならないので、取締役が資力があっても求償が実現する保障はない。さらに、求償が認められても、取締役に重過失がないときは責任制限契約・責任軽減決議の適用対象となりうる。ただ、内閣府令の確認書（金商法24条の4の2）を作成した取締役、そして、内部統制を有効であると評価し、報告書にその旨を記載した取締役についていえば、確認書または内部統制報告書の記載にもかかわらず有価証券報告書等の不実記載がなされたならば、法令違反のないこと、または不実記載が生じるような脆弱な体制ではないということを宣言している以上、確認書または内部統制報告書の作成にあたり任務懈怠が推定されるものと解される。

3.4. 監視義務違反の諸類型

取締役が監視義務違反に基づいて責任を負う場合とは、損害発生の原因となった作為・不作為をなした本人（当該行為が取締役会決議による場合には、当該決議の参加者を含む）として責任を負う場合以外のすべての場合、すなわち当該作為・不作為と損害との間に直接的な因果関係が存在しないすべての場合である。これは、損害発生原因にかかる事実についての認識の程度に応じて、次の3種類に大別される。すなわち、

²⁴ 当然のことであるが、記載内容を理解できなかったことは抗弁にならない。神崎克郎=志谷匡志=川口恭弘『証券取引法』364頁（青林書院、2006年）。

(1) 損害発生を直接もたらした者ではないが、損害が発生することを事前に把握していた場合、

(2) 損害発生を疑わせる事実を把握しながらこれを放置したり、調査を十分行わなかったりした場合、

(3) 損害発生まで、その発生原因をまったく把握していなかった場合である²⁵。
内部統制上の問題を理由とした取締役の監視義務責任が問われる状況としては、このうちの(2)と(3)が考えられる。

(2) の状況はさらに2つに分けられる。1つは、

(2a) 損害発生の可能性(兆候)を示す情報であることを取締役が理解しておきながら、または、高い蓋然性をもって理解していたはずなのに、なんらの対応もとらなかったという場面である。

もっとも、

(2b) (財務データなど、それを通じて損害発生を予見できたかもしれない)情報の提供は受けたものの、分析能力や意欲を欠いていたため、意味までは正確に理解できなかった、という場合も現実にはありうる。

これまで、(2b)の状況は(2a)とは明確には区別されておらず、取締役が情報内容を正しく理解できず適切な対応を取れなかったことが、当該取締役の職務内容・権限に照らして非難に値する怠慢であると評価されれば、帰責性があると考えられてきたように思われる。この考え方の前提には、一定の地位・権限を有する取締役に期待される合理的行動というのが想定されているといえるが、実際には、組織的な業務支援体制を欠いているために、取締役が適切に職務を遂行できない場合もありうる。ある取締役が有する権限から、なされるべき行動を観念的に演繹し、これを具体的状況に当てはめて取締役の不作为の可否を決定してしまうと、現場に近い取締役ばかりが責任を追及されることになるし、ひいては、リスクな業務があれば担当取締役を置いてこれに一任し、他の取締役は実質的にほとんど関与しないほうがいいという意識を植え付けてしまいかねない。大規模会社であれば、管掌事項であっても担当取締役が理解できる事柄には制約があると考えられるところ、その制約を克服するための努力を当該取締役が行ってもなお、会社全体レベルでの組織的な対応に問題があれば(つまり内部統制にかかる取締役会の対応に問題があれば)、そのことを理由に取締役は責任を負わない旨を主張できるのではないかと考える(「3.7 賠償すべき損害の範囲」参照)。

さらに、情報収集と分析にかかる支援体制が整っていれば、業務執行権限がなく監視監督を主たる任務とする取締役にあっても、適切な行動を取ることを促すことができるものと考ええる。従来は、社外取締役等の業務執行に携わらない取締役については、会社の業務から隔絶されていることがいわば動かしがたい前提とされ、会社の業務を把握していないことはや

²⁵ 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(7・完)」法政研究 72 巻 1 号 49 頁(2005 年)。

むをえないという印象がある。しかし、内部統制の整備が進み、専門的能力を有する人材を配置して意見具申させるなど、取締役の能力の不足を補い、問題を生じさせない仕組み²⁶が整えられていくにつれて、そのような理解は必ずしも通用しなくなる。むしろ今後問題となりうるのは、内部統制への過度の信頼、すなわち、「内部統制が機能しているから疑念を抱く余地はなく、また疑念を抱かしめる情報であればそのことが伝えられているはずだ」との慢心から、取得した情報を通じて取締役が損害発生の兆候を読み取ることができない状況²⁷である。当然のことながら、この場合は、内部統制が有効であると信じたことにつき、重大な認識の誤りがあったかどうか、責任認定に際して考慮されることになる。

(3) の状況には、

(3a) 故意または重大な過失により任務を怠った結果、損害発生につながる状況を把握しなかった場合（職務放棄、または会社業務に対する極端な無関心）と、

(3b) 有効な内部統制を整備していなかったがために、損害発生原因にかかる情報を事前に把握したり、未然に是正措置を講じることができなかった場合が含まれる²⁸。なお、取締役の監視監督が業務の末端に到達できない規模・組織の会社の場合、内部統制の整備は、取締役の善管注意義務の一環として求められているものであるから、内部統制を整備しないことはそれ自体職務の放棄にあたる。すなわち、内部統制を整備しなかった結果、損害発生原因にかかる事実を把握できなければ、前記（3a）の場合と同様であると評価することができる。もっとも、内部統制、いいかえれば会社の適切な管理のための体系的な仕組みというものを一切欠く会社というものは観念することが困難であって、ここでは、内部統制は一応備わっているが、取締役・取締役会の関与が事実上まったく見られない場合が、取締役の職務の放棄にあたるものと考えられる。

3.5. 任務懈怠をめぐる立証と抗弁

上の分類のうち、(1) と (2a) そして (3a) については、責任を追及する側である会社または株主は、取締役が一定の情報を（その意味を含めて）把握しながら損害回避のための措置を講じなかった事実、または、職務を放棄していた事実を示し、さらに、何らかの行動（是正措置や調査活動）をとっていれば損害を回避しえたことを明らかにすれば、任務懈怠の立証をしたものと評価される。この立証が行われたときに取締役が責任を免れるには、任務懈怠と損害との間に因果関係のないこと、すなわち、取締役の行動に関わらず損害発生が不可避であったこと（対応が奏功しないこと）を立証しなければならない。

つぎに (2b)、すなわち損害発生を示唆する情報を提供されたが取締役がその意義を解し得なかった場合、責任を追及する側は、当該情報が取締役の注意を喚起するに足りる程度の内容であったこと、そして何らかの行動を取らなかったことを明らかにすることで、任務懈

²⁶ たとえばサーベンス・オクスレー法 301 条（監査委員会の職責）参照。

²⁷ See, Lisa M. Fairfax, *The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations*, 76 St. John's L. Rev. 953, 958-59 (2002).

²⁸ 笠原・前掲注 25、49 頁。

怠の事実を立証することとなる。取締役としては、上に挙げた抗弁に加え、帰責性がないことの立証として次の２種類の抗弁を加えることができると考える。

１つは、会社の状態を把握するための組織的な取り組みがなされていた（情報の収集・分析に関する内部統制が整備されていた）にもかかわらず、会社損害の事実がつかめなかったというものであって、伝統的に信頼の抗弁が成立する場合として理解されてきたものである。上述したように、取締役会による内部統制の整備への関与は、抽象的な方針の策定で完了するものでなく、この方針に適合する適切な体制が実施されているかどうかの確認を含むのではないと思われる。したがって、ここでの立証も、基本方針があることを示すだけでは足りず、体制の整備状況に関する報告を受け、不審を抱かなかった事実への言及が必要と解される。

もう１つは、会社の状態を組織的に把握するための仕組みが欠けていたために、取締役の行動に制約が生じ、会社損害の事実がつかめなかったというものである。取締役本人としては最善を尽くしているが、その行動内容は客観的に見るとはなはだしく不十分であると評価される場合であって、上述のように、その置かれた地位に基づいて取るべき行動を類推すると、取締役個人の責任が認められやすくなる状況である。ここで取締役が自己に過失がないことを主張するためには、取締役の側で、組織的な対応の必要性を取締役会・代表取締役など訴えたり、ある案件について取締役会の判断を仰いだりしたのに、等閑視されたといった事情を明らかにする必要があると考える²⁹。この結果、監視義務違反の責任は他の取締役にも及ぶ余地が生まれてくる。

以上は取締役が会社損害に関する何らかの手がかりを得られた（または得られたはずであった）場合であるが、上の分類の（3b）は、その手がかりすらつかめなかった場合である。原告としては、有効な内部統制が機能していれば、損害回避に有益な情報は得られたはずであるという想定を立てて、取締役の不作为を追及することとなる。ただ、具体的にいかなる体制を整えればよいのかは、経営判断に委ねられているがゆえ、事前に決まったものがあるわけではない。したがって原告としては、取締役がいかなる内部統制を整備すべきであったかを、その根拠を含めて明らかにしなければならない。訴訟の原因となった損害を回避する上で役立つ一般的な手法・実務慣行があれば、整備すべき体制の概要とその必要性の主張はおおよそこれに依拠することになるが、それでも、当該標準的体制と比較するために必要な事実、すなわち会社が具体的にどのような体制を整備していたかという事実は、原告側が調査して明らかにすることが求められる。

内部統制の整備を、会社法上日常的に履行すべき義務と考えるならば、当該義務の履行結果である整備状況を事業報告の一環として開示させることも検討に値しよう。これは、責任追及訴訟における原告の調査の手がかりとなるとともに、標準的な体制を整備している会社にあっては、損害発生が企業活動固有の不確実性に由来するものであるとのシグナルを送る

²⁹ なお、会社に著しい損害を及ぼすおそれのある事実は、監査役または監査役会への報告事項である（会社 357 条）。

ことにもつながる。

3.6. 損害との因果関係

任務懈怠の有無にかかる立証の次に問題となるのは、任務懈怠と損害との間の相当因果関係を、原告がどの程度まで立証しなければならないかという点である。これは、当該状況において整備が期待される内部統制の中身（＝任務懈怠の立証内容）とも関連性を有する問題である。

会社の損害発生の確実性ないし高い蓋然性を取締役が把握しているような状況（上記の（1）および（2a）の場合）については、一定の措置が講じられなかったことと会社が発生した損害との間には、一般に相当の因果関係があると見てよい。

これに対して、（2b）および（3b）、すなわち、取締役が会社の損害発生につながりうる情報をつかんでいたのにその意義を解しなかったとか、内部統制に問題があったため会社損害を未然に（ここでは、取締役の介入を待たずに）抑止することも、損害発生の兆候を示す情報を入手することもできなかったという場合、因果関係は 2 層構造をなしている。まず損害回避のための直接的な対応が取れなかったことが損害発生につながったという因果関係がある（第一の因果関係）。つぎに、有効な内部統制が整備されていなかったため、会社損害に関する情報が取締役に届かず、その結果、損害回避のための直接的な対応が取れなかったという、第一の因果関係の前提となるべき因果関係がある（第二の因果関係）。

会社において日常的に発生しうるか、または、会社周辺の状況に照らして発生の可能性が高いと判断される特定の損害であれば、これに対応するための内部統制というものはある程度明確なものとしてイメージでき、また、これが整備されなかった場合の損害との間の因果関係（とりわけ上記第二の因果関係）を認めることも容易であるといえる。会社が損失発生につながるリスク要因を適切に把握している場合、損害は種類と原因ともどもある程度具体的なものとして想定することができ、これに対する対策を怠れば、やはり上記第二の因果関係は認められやすい。

問題なのは、リスク要因の把握をきちんと行っていない会社の場合である。特定のリスクの把握と対策が業界の慣行などとして当然に期待される状況であれば、上記（3a）の類型に属する問題として対応することができる。それ以外の場合、原告はまず、任務懈怠の中身として、会社に損害を生じさせた原因への事前対応の必要性を取締役が認識可能であったことと、取締役が実際に講じておくべきであった措置の中身を、それぞれ原告は立証しなければならない。さらに、上記第二の因果関係があることを示すために、この措置がもし実際に講じられていれば、会社損害の回避につながる方策を見出せた可能性が高いことを明らかにしなければならない。その立証に難しい問題が含まれていることは上述したとおりである。

3.7. 賠償すべき損害の範囲

任務懈怠と相当因果関係の立証に原告が成功したと仮定すると、今度は、監視義務違反を認められた取締役が賠償すべき損害の範囲は、どこまで及ぶかという問題が出てくる。損害

賠償が損害填補を目的としたものであると理解すれば、因果関係ある損害のすべてが（直接の行為者と連帯して）賠償されるべきこととなる。裁判例においては、取締役の任務懈怠が損害に及ぼした影響度を詳細に検討して相当因果関係の認定を行い、実質的に賠償額の軽減を図る方法が用いられることがある（寄与度減責または割合的因果関係の認定）³⁰。しかし、責任軽減の妥当性は認めつつも、客観的な基準によらないことを問題視する見解もある³¹。

なお、取締役の非難可能性が小さいものについては、重過失がないとして責任軽減規定（会社法 425 条以下）の適用により取締役の過大な負担をある程度は回避できる。もともと、たとえ責任軽減規定の適用がなされても、取締役の行動を萎縮させるほどに責任は重いとの指摘がある³²。

監視機能に特化された取締役会（二層式モデルを採用した取締役会）では、取締役は積極的に会社損害を招致したり、その事実を事前に直接把握できる立場にないので、取締役に業務執行権限があることを前提とした、従来の責任制度の枠内で賠償の範囲を決めることは、再検討を要する問題なのかもしれない³³。監視にかかる取締役の意欲を高める見地からは、損害の填補よりも、報酬など取締役の得た利益の範囲で賠償額を定めることのほうが現実的

³⁰ 複数取締役各人の寄与度を論じたものとして、日本航空電子株主代表訴訟事件・東京地判平成 8 年 6 月 20 日判時 1572 号 27 頁、大和銀行株主代表訴訟事件・大阪地判平成 12 年 9 月 20 日判時 1721 号 3 頁参照。有責取締役（1 名）の不作为の割合的因果関係を考慮したものとして、ダスキン株主代表訴訟事件・大阪地判平成 16 年 12 月 22 日判時 1892 号 108 頁参照。

³¹ 黒沼悦郎「取締役の義務と責任——Ⅳ 取締役の投資家に対する責任」商事 1740 号 20 頁（2005 年）。

³² 久保利ほか・座談会「企業統治に関する商法改正法の実務への影響」商事 1617 号 17 頁（久保利発言）・23-24 頁（宮廻発言）（2002 年）。

³³ 合併契約書を精査しなかった社外取締役に重過失ありとして注意義務違反を認めたトランスユニオン事件（*Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del. 1985)）と、その反動として 1986 年に追加されたデラウェア州会社法 107 条 (b) (7) は、監視義務違反の責任を考える上で極めて示唆的である。この条文（およびこれに依拠した定款規定）の存在により、米国では州会社法上の注意義務違反に基づく取締役の責任追及はあまり期待できない状況にある。1996 年のケアマーク事件デラウェア州衡平法裁判所和解所見（*In re Caremark International Inc.*, 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996)）では、法令遵守体制が整備されていなければ、末端における違法行為を把握していなかったとの取締役の抗弁は認められず、上記 107 条 (b) (7) の責任免除の前提である誠実性 *good faith* 要件を欠くと述べられている。これは内部統制構築義務違反のある取締役の責任追及の道を開いたものとして、全米の取締役を当時震撼させたが、じっさいには上記和解所見でウィリアム・アレン裁判官が述べているごとく原告の立証負担が重過ぎて、その後の事例を見る限り先例としての意義はほとんど有していないといわれる（Eric Lindau, Shawn Harpen, and Kristel A. Massey, *Revisiting Caremark and a Director's Duty to Monitor*, CORPORATE COMPLIANCE INSTITUTE 2004, VOLUME 2 (Practicing Law Institute, 2004)）。しかしその後発覚したエンロン・ワールドコム事件は、社外取締役に對する規律付与が不十分であることを強く印象付けた。これに対する会社法学からの反応として、デラウェア州会社法 107 条 (b) (7) の制約を回避するために考案された、（注意義務、忠実義務に続く）第 3 の信認義務カテゴリである、誠実義務なるものが提唱されるに至っている（E. Norman Veasey, *State - Federal Tension in Corporate Governance and the Professional Responsibilities of Advisors*, 28 J. Corp. L. 441, 447 (2003)）。この義務概念を取り入れたとされる近時の事案として、*In re Walt Disney Company Derivative Litigation*, 825 A.2d 275 (2003)、邦語文献として川口恭弘「経営判断原則と取締役の誠実義務」商事 1730 号 31 頁（2005 年））。ただし、ここでは詳しく論じることができないが、誠実義務違反の中身は未必の故意に相当するほどの失当行為 *recklessness* であって、これに該当するケースは相当狭い（大半が注意義務違反の認定要件である重過失に分類されてしまう）のではないかと思われる。以上の米国会社法の現状を見たとき、サーベンス・オクスレー法 404 条に代表される米国連邦証券法令の体系的かつ厳格な規定と、規制当局（SEC）による強力な法執行が実施されていることの意義ないし必然性というものが（日本の状況とはやや異質なものとして）理解できるように思われる。

であるとも考えられる³⁴。その一方、原告の立証責任が重い現状において、取締役の賠償額を最初から低めに見積もることは、取締役の意識に好ましくない影響を与えるかもしれない。

最後に、内部統制上の問題を放置したことが会社の過失にあたるとして、取締役が過失相殺を主張できるかどうかの問題となる。取締役自身が内部統制に問題があることを知りつつこれを放置したり、内部統制の有効であることの確証が得られないまま安易に信頼したため、会社損害が生じた場合は論外である。ただし、先述のように、内部統制に重大な問題があること、または一定の内容を備えた体制を講じるべきことを報告・提言していたにもかかわらず、取締役会または代表取締役による対応がなされなかったために会社損害が発生した場合には、会社側にも過失があったとして検討する余地があると考えられる³⁵。

³⁴ 米国での議論として、森田章「取締役の義務と責任——Ⅱ 取締役の民事責任の制限」9-10 頁参照（2005 年）。

³⁵ 野村證券株主代表訴訟事件・最判平成 12 年 7 月 7 日民集 54 卷 6 号 1785 頁（河合伸一裁判官の補足意見）参照。