

内部統制システム構築義務とその主張・立証責任の構造

永 石 一 郎[※]

- I はじめに
- II 内部統制システム
- III 内部統制システム構築義務
- IV 商法第266条第1項第5号違反を理由とする株主代表訴訟における論点の整理
- V 内部統制システム構築義務違反と商法第266条第1項第5号の関係
- VI 内部統制システム構築義務違反を帰責事由とする株主代表訴訟における主張・立証責任の構造

I はじめに

株主代表訴訟における取締役の責任追及原因として、内部統制システム（リスク管理体制、コンプライアンス体制）構築義務が問題とされる事案が増えてきている。内部統制システム構築義務の存在を正面から認めたのは、大和銀行事件における担保提供申立事件大阪高裁決定（大阪高決平成9.12.8資料版商事法務166・138頁）、同事件に関する本訴大阪地裁判決（大阪地判平成12.9.20判時1721・3頁）であろう。従業員が架空又は水増しの発注を行って、総額約6,000万円の裏金を作り追徴課税された事件における株主代表訴訟東京地方裁判所判決（東京地判平成11.3.4資料版商事法務182・244頁）で、原告は、「従業員による不正行為及び不正行為による危険を管理するシステムを構築せず」として取締役の監督義務違反を問うている。これも内部統制システム構築義務が問題となった事案といえるが、明確に内部統制システム構築義務という言葉は用いられていない。その後、大和銀行大阪地裁判決を契機として判例評釈など幾つかの内部統制システムに関する論文が多く発表された。それらはほとんど内部統制システム構築義務の存在を肯定しており、体系書である江頭憲治郎教授の「株式会社・有限会社

※ 弁護士 一橋大学大学院法学研究科総合法政策実務提携センター客員教授
『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第3巻第2号2004年6月 ISSN 1347-0388

法」においても、「ある程度以上の規模の会社の代表取締役には、業務執行の一環として、会社の損害を防止する内部統制システムを整備する義務が存在する」¹⁾と述べられ、また、神田秀樹教授も最近上梓された「会社法」において、「規模がある程度以上の会社になると、健全な会社経営のために会社が営む事業の規模・特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備する必要がある（コンプライアンス＝法令遵守体制の整備を含む）」²⁾と述べられるなど、わが国を代表する会社法の体系書において内部統制システム（リスク管理システム）についての説明がなされたことにより、この概念は市民権を得ているものといえる。内部統制システムとは、もともとは会計・監査に関する概念であったから、法律的検討は未だ途上にある³⁾。その結果、体系書においてもその内容の詳細を提示できず、未だ概念を説明するに止まっている。したがって、内部統制構築義務、過失、経営判断の原則との関係は明らかでない。本稿は、まず、内部統制システムの意味を明らかにし、次に、内部統制システム構築義務が何故問題とされるようになったのかを論じ、最後に内部統制システム構築義務を帰責原因とする株主代表訴訟の主張・立証責任の構造を明らかにしたい。

Ⅱ 内部統制システム

1 概念

内部統制とは、「ある目標達成のために活動する組織が、日常の行動の中で悪いことが発生する可能性と、発生した場合の影響を減少させるために構築した仕組みである。……それは日常業務に組み込まれて機能するもの」である⁴⁾。内部牽制、相互牽制ともいう。会計・監査の世界では、「組織の構成員がお互いにルールを踏み外さないようにチェックしあうこと」を意味し、職務の分離を行うことがその基本であるとされている。有名な大和銀行ニューヨーク支店事件にお

1) 江頭憲治郎「株式会社・有限会社法」362頁（有斐閣、第2版、2002年）

2) 神田秀樹「会社法」126頁（弘文堂、第4版補正版、2003年）

3) 宮島司「そもそも『内部統制』の概念自体商法学ではあまり議論されたことのなかった題材であり、また判例で登場したものの、あまり明確には意義づけられてはいなかった」ジュリスト1235号19頁（2002.12.1）

4) 土田義憲「財務報告に係る内部統制の実務」3頁（中央経済社、2003年）

いては、同一人が預り業務と投資業務を兼ねていたことにより、11年間もの長い間客からの預金を自転車操業で流用してデリバティブ取引を行い、その結果、同銀行に多額の損失を発生させたものである。これは職務の分離が行われていなかったこと、すなわち、内部統制システムが機能しなかったことが原因とされている。

2 概念の変容

内部統制という考え方がいつ頃から始まったのかは明らかでないが、資本主義の発達とともに、少人数の組織から大組織に移行するに従い当然に発生したものと考えられる。さらに経済取引のシステムが複雑になり、経営において管理すべきリスクが拡大するにしたがって内部統制の内容が変わってきているが、その重要性はますます高まっている。

内部統制の概念を最初に明確にしたのは、1992年にアメリカ CPA 協会、内部監査協会、財務担当役員協会等が産業界に提言した「内部統制の統合的枠組み」に関する COSO レポートである。COSO とは、アメリカのトレッドウェイ委員会組織委員会 (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission) の略称である。

トレッドウェイ委員会とは、アメリカ公認会計士協会、アメリカ会計学会、財務担当経営者協会、内部監査人協会および管理会計士協会の支援のもと、1985年に設立された研究組織である。その目的は、不正な財務報告の原因となる要因を識別し、その発生を減少させるための勧告を行うものである。

アメリカでは、1985年以前、海外の国家元首や政権中枢などに対する賄賂やバックリベートの支払が相次ぎ、企業の不正が国際的な政治問題にまで発展した (日本ではロッキード事件などが有名である)。ほかにも、粉飾事件など、経営者や経営幹部が自ら主導して行った不正が多発した。そこで、アメリカは、このような状況をそのまま放置すればアメリカ企業の信用は失墜し、市場や経済の信頼も損なわれるとの危機感を抱き、産学官共同の研究組織としてトレッドウェイ委員会を設立したのである。これはアメリカ経済社会の自浄能力の高さを示すものといえよう。そこでは、内部統制とは、「事業経営の有効性と効率性を高め、企

業の財務報告の信頼性を確保し、事業経営に係る法規の遵守を促すことを目的として企業内部に設けられ、企業を構成する者すべてによって運用される仕組み」をいうと定義されている⁵⁾。

さらに、内部統制とは、「事業目的を相応の確度で達成するために取締役、経営者、従業員全員が実施しなければならないプロセス」と定義され、企業の個別事業目的の基礎となる共通の事業目的として、①事業活動の効率性、②財務会計報告の信頼性、③法令遵守（コンプライアンス）を掲げ、以上の目的を達成するため内部統制システムを確立しなければならないとしている。すなわち、内部統制システムとは、事業活動の効率性を高めるための内部統制、財務報告の信頼性を高めるための内部統制、法令遵守のための内部統制の各々のシステムを構築しなければならないとするのである。そして、取締役、業務執行責任者、従業員全員がプロセスとしてこれを実施する体制を内部統制システムというのである。この全員参加型の内部統制システム確立のためには、①理念の定立、②機関の設置、③規範定立、④周知徹底、⑤モニタリング、⑥罰則の適用、⑦再発防止策の7つの段階を必要とするとしている⁶⁾。以上の7つの段階のシステムを確立しても背後に倫理観の高い企業文化（ビジネス倫理）がないと内部統制システムの確立は達成できないとされている。このことは、エンロン、ワールドコム事件により実証済みである。わが国におけるトヨタの試験問題漏えい事件、日本テレビの視聴率ごまかし事件もその例である。

しかし、コンプライアンスのための内部統制システム構築だけをみても、膨大な作業量が必要とされるので新たな雇用の必要など費用の増加は免れない。そこで、その費用の負担能力があるかどうかは企業の規模等に応じて異なるので、各会社の内部統制システムも自ずから異ならざるを得ない。

5) 清水毅「COSOによるエンタプライズ・リスク・マネジメントの枠組み」週刊経営財務2640号14頁（税務研究会、2003.9.22）

6) 大塚和成「内部統制システムの意義と法的スキーム」、伊藤暢裕「金融機関におけるコンプライアンスの諸問題」（特集「これからの内部統制システムとコンプライアンス」金融法務事情1669号6頁（2003.3.15）

3 リスク管理体制

近年、社会が不正や違法行為の防止、摘発に対する自律的機能の強化を企業に求め、企業側も、現業部門での営業活動、資産保全および事務活動の内部統制といった従来の内部統制の捉え方より広い、リスクマネジメント、さらには、コーポレート・ガバナンスの一環といった視点で内部統制を捉え始めている。リスクとは、目的達成を阻害する要因であり、企業目的をどのように捉えるかにより考慮すべきリスクの内容は異なる。COSO は、1992年に発表した「内部統制の統合的枠組み」の成果を踏まえ、企業その他の事業体を取り巻くリスクをマネージする共通の原則として、「リスク管理の枠組み」に関する草案を2003年7月に公表した。これは、すでに公表されている「内部統制の枠組み」を発展させてできたモデルであるから、当然「内部統制の枠組み」を包含するものとなっている。リスクには、金融機関においては、①流動性リスク（財務内容の悪化、信用力低下等により必要な資産確保ができなくなり、資金繰りがつかなくなる場合や、資金確保のため通常より著しく高い金利での調達を余儀なくさせられることなどにより損失を蒙るリスク）、②信用リスク（取引先の財務状況悪化により資産価値を減少ないし消失させるリスク）、③市場性リスク（金利、有価証券等の価格、為替等の市場リスクファクターの変動により保有する資産価値が変動し、損失を蒙るリスク）、④事務リスク（役職員が正確な事務を怠る、あるいは、事故、不正等により損害を蒙るリスク）、⑤システムリスク（システムのダウン、誤作動等により損失を蒙るリスクおよびコンピュータを不正使用されるリスク）などがある。その他の会社においては、取引先とのトラブルリスク、独禁法違反リスク、M&A リスク、PL リスク、セクハラリスク、企業秘密漏洩リスクなどさまざまなリスクが考えられる。

大和銀行事件の大阪地裁平成12年9月20日判決は、「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、たとえば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）

を整備することを要する。」とし、また、神田秀樹教授も「リスク管理体制の構築義務」⁷⁾という項目立てをしておられる。これは COSO の内部統制システムの考えの流れと一致するものであるが、リスク管理体制と内部統制システムは同じものであろう。

ちなみに、医療の世界においても、千葉大学における安全な医療体制の確立のため「事故防止システムの構築」および安全な医療を提供するためのリスクマネジメント（医療事故の未然防止、事故再発防止）の取組みが公表⁸⁾されているように、リスク管理は今や組織あるところすべてが直面する問題といえる。

4 アメリカの企業改革法（サーベンス・オクスレー法）

米国を震撼させたエンロン、ワールドコムなどの会計不正事件を機に、2002年7月30日、ブッシュ政権は、コーポレート・ガバナンスに関する新法である企業改革法（サーベンス・オクスレー法、Sarbanes-Oxley Act of 2002）の施行に踏み切った。エンロン事件においては、大手会計事務所アーサー・アンダーセンがエンロンの不透明な簿外取引⁹⁾を見逃し、書類破棄などの捜査妨害にまで関与していた。また、ワールドコム事件においては、通信網の維持費や外部に支払う通信関連費用を営業費用として損益計算書に計上しなければならないのに、無形資産として貸借対照表に計上して費用の資産化という手法により不正を繰り返し、それが破綻したものであった。エンロンのようなアメリカの一部企業は、自らの事業に将来性があるかのように見せかけ、投資家に自社株の買いを誘い、更に、自社株の価格を上昇させ、それを担保に新たな事業分野に進出し、そこでまた自社株の価格を上げ続けるという経営方針をとるものが多い。その結果、そのような企業は、自社株の価格を上げ続けるという行為を繰り返さなければならない宿命

7) 神田・前掲注2) 126頁

8) 判タ1133号4頁以下（2003.12.15）

9) エンロンは特定の目的のために設立した SPE（Special Purpose Entity・特別目的事業体）は、外部の出資者が3パーセント以上出資していれば、連結決算の対象としなくてよいとの条項を利用して3,000もの SPE を作り、自社株を担保に SPE と取引を行ったがそれは簿外の取引とすることができたので、エンロンの決算書上には表れなかった。

に陥らざるを得ないのである¹⁰⁾。このような問題行為は、エンロン、ワールドコムにとどまらずアメリカ企業社会全体ではかなりの数の会社においても行われているだろうという不信感を抱せるものであり、アメリカの会社においても社外取締役によるコーポレート・ガバナンスが機能していないことを露にしたというエポックメイキングな事件といえる。そこで、この愚の再発を防止するために、罰を重くして歯止めをかけるべく立法されたのがサーベンス・オクスレー法である。

同法は、米国の株式市場に対する投資家の信頼を回復する手段として、主としてコーポレート・ガバナンスの実効性を強化し、市場の透明性を高めるための諸規制を定めるものである。具体的には、①会計士業界を監視するため、公開会社会計監視委員会が設立された、②監査法人は同一企業に対して5年を超えて同一の会計士による監査をすることができなくなった、③監査委員会の独立性の向上、④財務報告書に対する最高経営責任者や最高財務責任者の責任の明確化、⑤不正行為への罰則の強化（たとえば、一定の詐欺罪の共謀や未遂にかかわる罰則の刑期を現行を禁固5年から20年に引き上げた）、などを柱とする11章からなる大部の規制法である。同法の制定により、各企業は、この法律を遵守する（コンプライアンス）体制を採り入れ、年次報告書に内部統制の仕組み（コンプライアンス体制）が効果的に機能しているかどうかを評価しなければなくなり、そこに虚偽の記載があれば、経営者は厳しい制裁を受けることとなった。すなわち、アメリカ市場で企業活動を行うためには、アメリカ企業のみならず日本やヨーロッパの企業も同様の義務を負うこととなった。同法に対しては、同法が要求する体制を備えるためにはそのコストが企業経営を圧迫するという点から批判も多いが、しかし、そこまで強力な仕組みにしないとコーポレート・ガバナンスが達成できないとするのがアメリカ社会の企業に対する考え方である。このように会計・監査の世界においては内部統制システム（コンプライアンス体制）の強化を一段と強めているのが現状である。

10) ちなみに、わが国における武富士盗聴事件も、同社が関連会社の資金調達のために自社株を担保にしていたため、その株価維持の必要から盗聴を行ったという事件である。

5 内部統制システムとコーポレート・ガバナンス、コンプライアンス、リスク管理体制の関係

コーポレート・ガバナンスは頻繁に「企業統治」と訳されているがその内容は一義的でない。この言葉が使われるようになったのは、アメリカにおいては1970年代頃からであるが、1980年代のアメリカでは企業買収が盛んになり、併せて、市場の活性化が叫ばれ、さらに、年金基金や投資信託などの機関投資家が会社の大株主になったことなどから、会社経営者に対して高い配当を求めるために株価重視の経営を迫るようになったことから一層この言葉が注目を浴びようになった。そして、上記の目的を達するためには、外部取締役などによる経営者に対する経営監視機能を強化することが企図された。わが国においても、コーポレート・ガバナンスという言葉は1980年代から認識されていたが、1990年代になって銀行の不正融資事件、証券スキャンダル、総会屋スキャンダルなど法令違反による企業不祥事が次々に発生し経営者の法令違反が問題となったことから、周知されるようになった。経営者の法令違反は、経営者に対するチェック（監督）が不充分であるから発生したものという意識が高まり、経営者に対する牽制システムとしてコーポレート・ガバナンスが注目されるようになった¹¹⁾。その意味では、わが国のコーポレート・ガバナンスはコンプライアンス（法令遵守）の観点からスタートしたという面もある。また、コーポレート・ガバナンスは、「会社は誰のものか」という問題からも論じられた。そして、会社は株主のものであるから会社は株主の利益を最大限に考慮しなければならない、すなわち、会社の企業効率・企業価値を最大化することが経営者の株主に対する責務であり、コーポレート・ガバナンスは、経営者にその目的を達成させるという視点から会社のあり方を考えるという傾向が強くなり、現在では、「企業統治」という訳語の下、主に、経営者の独断・専横を抑止する仕組み（取締役と監査役制度）・運用をどうすればよいか、という観点から論じられることが多い。

アメリカにおいては米国法律協会が「コーポレート・ガバナンスの原理—分析

11) ジュリスト1050号（1994.8.1、同年8.15合併号）には「コーポレート・ガバナンス」が特集として組まれている。

と報告」を公表したが¹²⁾、「会社は内部統制システムを構築し、従業員の不正行為を未然に防止すべきである。」と §4.01 のコメントで述べている¹³⁾。したがって、アメリカにおいてもコーポレート・ガバナンスにおいてコンプライアンスが重視されていたといえることができる。わが国のコーポレート・ガバナンスにも、もともとコンプライアンスから出発している面があることは先述したとおりである。アメリカでは、コンプライアンス・システムは、会社組織における内部統制システムにおいて「リスク管理」とならぶふたつの大きな柱のひとつであると理解されている¹⁴⁾。しかし、アメリカのコーポレート・ガバナンス、コンプライアンスは、エンロン、ワールドコム事件においてそれが機能しなかったという反省から、会計・監査に関する「企業改革法」においてコンプライアンスの一層の強化を図った。更に、2003年7月に公表された COSO の研究報告「エンタプライズ・リスクマネジメント・フレームワーク」において、「リスク管理の枠組み」は「内部統制の枠組み」を発展させてできたモデルと説明されているので、コンプライアンスはリスク管理の一環と把握されることになる。2004年度中にはその最終稿が発表される予定¹⁵⁾となっているので、両者の関係がより明らかとされるであろう。

以上を要約すると、会社の目的は企業価値の最大化を図ることであるが、それは、コーポレート・ガバナンス（経営者に対する監視）、その手段としてのコンプライアンスによって達成できる。コンプライアンスは、内部統制システムの大きな柱のひとつであるが、内部統制システムはリスク管理に包含されるから、コンプライアンスもリスク管理の一要素となる、というのが現在の各々の関係である。なお、コンプライアンスの対象は、法令にとどまらず、企業倫理、企業文化も含まれると解されている¹⁶⁾。

12) ALI, Principles of Corporate Governance : Analysis and Recommendations (1994).

13) Id. §4.01(a)(1)–(2)cmt.c.

14) 土田・前掲注4)

15) 清水・前掲注5)

16) 古川治次・大村多聞・須崎将人「三菱商事のコンプライアンス体制」NBL730号49頁(2002.2.1)

Ⅲ 内部統制システム構築義務

1 会社法と内部統制システム

以上にみたように、内部統制システムは主に会計・監査の観点から議論されていた。法律的観点からは、内部統制概念についてわずかに神崎克郎教授の「会社の法令遵守と取締役の責任」と題する論文¹⁷⁾で触れられていたくらいであった。この論文は昭和57年4月1日発表されているが、そこでは、「内部統制組織」を「会社の業務執行が適正に行われることを確保するための体制」と定義し、「会社の規模、営業の内容及び組織の集中度等に鑑み、会社毎に判断されるべきもの」であるとしている。さらに、「取締役は、会社の規模、営業の内容及び組織の集中度に鑑み、会社の業務執行が適法に行われることを確保するために必要と判断される合理的な内部統制組織が存在するか否か、それが所期の目的を達成するために機能しているか否かを確認すべきであり、このことに合理的に満足する場合は、特に業務執行の不適正を疑うべき事情が存在する場合を除いては、監視義務を尽くしたものとして、その違反を理由とする責任を追及されることがないものと解される」としている。この概念を広く知らしめたのは、大和銀行事件の株主代表訴訟における担保提供申立事件の大阪高裁決定（平成9.12.8資料版商事法務166・138頁）と、大阪地裁の大和銀行判決（平成12.9.20判時1721・3頁）である。両裁判所の判断に関しその後公表された判例評釈¹⁸⁾は、ほとんどが内部統制

-
- 17) 神崎克郎「会社の法令遵守と取締役の責任」法曹時報34巻4号856頁（1982.4.1）
18) 岩原紳作「大和銀行代表訴訟事件一審判決と代表訴訟制度改正問題」〔上・下〕商事法務1576号4頁、1577号4頁（2000.11.15）、中村直人「大和銀行事件判決と代表訴訟制度の在り方」ジュリスト1191号16頁（2000.12.15）、菊地伸「大和銀行株主代表訴訟判決に触れて」監査役436号5頁（2000.12.25）、川村正幸「大和銀行ニューヨーク支店損失事件株主代表訴訟第一審判決」金融・商事判例1107号56頁（2001.1.15）、鳥山恭一「銀行員による不正な簿外証券取引と取締役の対会社責任」法学セミナー553号109頁（2001.1）、森田章「取締役の注意義務と民事責任」金融法務事情1601号6頁（2001.2.5）、山田純子「取締役の会社に対する責任と株主代表訴訟」法学教室246号36頁（2001.3）、森本滋「大和銀行株主代表訴訟事件第一審判決」判例時報1743号200頁（2001.6.1）、川口恭弘「海外支店における従業員の不正証券取引と銀行の取締役の責任」ジュリスト1202号93頁（2001.6.10臨時増刊号）、近藤光男「銀行の海外支店における従業員の不正取引と取締役の責任」金融法務事情1620号75頁（2001.9.5）、大杉謙一「取締役等の内部統制システムに係る義務と外国の法令遵守義務」ジュリスト1244号284頁（2003.5.1）

システム構築義務を取締役の善管注意義務の一環として認めることに肯定的であり、また、その後に公開された体系書においても、内部統制システム整備義務、リスク管理体制構築義務¹⁹⁾としてその趣旨の概念を説明しているところから見ると、会社法の世界においても内部統制システムという概念は認知されたものといえる。内部統制システム構築義務とコーポレート・ガバナンス、コンプライアンスの関係は次のように考えるべきであろう。すなわち、企業の目的は、経営効率の改善、企業価値の向上である。その目的を達成するためにはコーポレート・ガバナンス（企業経営の監視）が必要であるが、それは内部統制システムを構築することにより達成される。内部統制システム構築の根幹にあるもののひとつが、コンプライアンス（法令遵守）である、ということができる。

2 内部統制システムとリスク管理体制、コンプライアンス・法令遵守体制と取締役の関係

先述した大和銀行大阪地裁判決は、「取締役は、取締役会の構成員として、また、代表取締役又は業務担当取締役として、リスク管理体制を構築すべき義務を負い、さらに、代表取締役及び業務担当取締役がリスク管理体制を構築すべき義務を履行しているか否かを監視する義務を負う」とし、さらに、「取締役は、自ら法令を遵守するだけでは充分ではなく、従業員が会社の業務を遂行する際に違法な行為に及ぶことを未然に防止し、会社全体として法令遵守経営を実現しなければならない。……この意味において、事務リスクの管理体制の整備は、同時に法令遵守体制の整備を意味する」としている。この判決は、取締役にっては、内部統制システムの構築とリスク管理体制の構築、法令遵守体制の構築を同じものと考えているとみてよい。そして、取締役の法令遵守やリスク管理のための内部統制システムの構築は、取締役の義務（監視・監督義務の一部）と認識され、内部統制システムをきちんと構築していなかったために損害が発生したとすれば、取締役の責任を問われるとされている（委員会等設置会社に関しては、商法施行規則193条5号、6号に明文化されたが、監査役設置会社についても先に述べた

19) 江頭・前掲注1) 362頁、神田・前掲注2) 126頁

ように同様の義務が裁判例により認められ、学説も同様である)。

3 内部統制システム構築義務が法律上問題となった裁判例

内部統制システム構築義務が問題となった主な裁判例として次の四つのものがある。

- (1) 大和銀行担保提供申立事件 (大阪高決平成9.12.8資料版商事法務166・138頁)
内部統制システムという言葉が最初に裁判書中に述べられたのは、大和銀行ニューヨーク支店における会社役員などの監督責任にかかる担保提供取消申立事件の本件決定である。

- (2) 東京電力事件 (東京地判平成11.3.4資料版商事法務182・250頁)
この事件の判決は、「取締役が会社に対して負うこれらの善管注意義務又は忠実義務として、従業員の違法・不当な行為を発見しあるいはこれを未然に防止することなど従業員に対する指導監督についての注意義務も含まれると解すべきである。ところで、取締役が従業員の業務執行について負う指導監督義務の懈怠の有無については、当該会社の業務の形態、内容及び規模、従業員の数、従業員の職務執行に対する指導監督体制などの諸事情を総合して判断するのが相当であり、もとより権限委譲の有無や会社規模のみにより一義的に決するものではない。」と述べ、取締役の内部統制システム構築義務を認めている。

- (3) 大和銀行本訴事件 (大阪地判平成12.9.20判時1721・3頁、判タ1047・86頁)
大和銀行ニューヨーク支店の従業員が11年間にわたり、預かり業務と投資業務を実質的に一人で担当していたことにより会社が無断で投資取引を行い、会社には1億ドルの損害を蒙らせた。原因は、同人が、投資で損失が生ずると預かっている証券を使って損失を糊塗し、それが巨額に及んだというものである。その事実を知った大和銀行はアメリカの財務当局にその旨を直ちに通報しなければならない義務を怠り、その結果、300数十億円という罰金を支払わなければならないようになった。同事件において大和銀行は、1995年11月3日、アメリカ銀行監督当局から90日以内にアメリカのすべての拠点における業務を停止するよう命令を受け、詐欺、重罪隠匿、金融機関検査妨害など24の罪で起訴された。そして、一人の行員に任せっぱなしで、会社としてかかる損失発生を防止あるいは

は損失額をミニマイズするシステムを構築していなかったのは取締役の責任であるとして株主代表訴訟が提起され、取締役が829億円もの巨額な支払を命じられたことで有名な事件となった。このように大規模会社においては、取締役に従業員個々の違法行為の監督責任を問うのは困難と見られるので、違法行為が発生しないような会社組織体制を構築する以外に対処方法はなくなっているという現実から、大会社の取締役を被告とする株主代表訴訟においては、内部統制システム構築義務が問題とされるようになったのである。

判決においては、内部統制システム構築義務という言葉ではなく、「リスク管理体制構築義務」、「法令遵守体制」という言葉を使っているが内容は同じである。

(4) 神戸製鋼所総会屋利益供与株主代表訴訟（神戸地裁平成14年4月5日和解）

以上のような内部統制システム構築義務の判例及び学説の状況を踏まえて、神戸製鋼所は、総会屋に対する利益供与株主代表訴訟において、内部統制システムを構築することを株主に約束して和解するという結末となった。この結果が内部統制システム構築は会社の義務となったことを公にしたものといえる。和解において次のような条項が加えられたことは今までに例がない。「会社は、本件代表訴訟の解決を契機として、すみやかに、同種事件の今後の再発防止を目的とする「(仮称)コンプライアンス委員会」を社内で立ち上げるとともに、コーポレート・ガバナンス推進に向けての決意表明を日本経済新聞及び朝日新聞の両紙に掲載するものとする。なお、コンプライアンス特別委員会の組織体制や活動のあり方、上記決意表明の内容については、利害関係人において原告らと協議をしたうえ、その意向を十分に尊重して具体的内容を決定するものとする。」として、その履行のため、コンプライアンス委員会の人選に関し、近畿弁護士連合会に2名の推薦をさせた。そして、そのうちの1名を委員会の委員長とする覚書が原被告間において交わされ、その結果、大阪弁護士会の中務嗣治郎弁護士が委員長に就任した。

4 なぜ株主代表訴訟において内部統制システム構築義務が問題とされるようになったのか

企業の大規模化は、グローバル化や経営の効率化の波の中で企業が生

き残るために必然の成り行きである。組織の大規模化は経営陣による管理の困難さを引き起こした。会社の取締役は従業員の業務執行につき監督義務を負うが、組織が大規模化すると監督が不可能となり、株主代表訴訟において株主が訴訟を提起しても、取締役に善管注意義務の一環として監督義務違反を主張することが難しくなった。そこで、直接取締役の監督責任が尽くせなくとも、従業員の不正、違法行為を阻止するためのシステムを構築すべき義務があると考えることができれば、取締役の「組織が大きく、個々の従業員の監督まで取締役に要求することは取締役に不可能を強いることになる」との抗弁を防ぐことができる。その結果、取締役責任追及の帰責原因として浮上・考案されたのが、内部統制システム構築義務違反である。俗っぽくいえば、取締役の責任逃れを防ぐためである。

理論的には、近時議論されている債務不履行と不法行為の競合問題も関係している。すなわち、一般的に債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権は競合するといわれている。建物賃貸借契約において賃借人が家屋を毀損した場合は、賃貸借契約に基づく債務不履行責任としての損害賠償請求権と、他人の不動産を毀損したとする不法行為に基づく損害賠償請求権とが競合するとされる。この場合、債権関係にありながら、なお不法行為に基づく損害賠償請求権も成立するのは、借主でない一般第三者が家屋を毀損した場合、家屋の所有者・貸主は、一般第三者に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を有するからである。貸主・借主間において債務不履行、不法行為の損害賠償請求権が競合するのは、借主が一般第三者の地位も有する所有者・貸主の法益侵害を行っているからである。しかし、従業員が不正を行わないような組織を取締役が作っていなかった結果、会社に損害を蒙らせた場合、もし、会社と取締役との間に内部統制システム構築義務関係が存在しなければ、会社は取締役に対して不法行為に基づく損害賠償請求権を行使することはできない。なぜなら、一般第三者はそのような義務を会社に対して負担しないから、会社が蒙った損害は不法行為に基づく損害賠償請求の対象とならないのである。すると、会社は取締役に責任を追及することができなく、会社の取締役に対するコーポレート・ガバナンスが機能しなくなる。このような不合理を避けるために考案されたのが内部統制システム構築義務である。その義務は取締役・会社間の委任契約から発生するものと考え

られている。安全配慮義務、契約締結上の過失など、本来の契約の目的以外の付随的注意義務も債務不履行の範囲に含めるとすることは、近時の「債務不履行責任の拡大」の一つとも評価できる。

5 内部統制システム構築義務の実体法上の根拠

内部統制システム構築義務は、取締役が会社に対し委任契約上負担する善管注意義務の中身の一部である監督義務、監視義務から導かれるものである。江頭憲治郎教授は次のような説明をしている。「取締役の善管注意義務違反には、他の取締役・使用人に対する監督（監視）義務違反を含む取締役の不作为につき問題となるケースが多い。監督義務に関しては、ある程度以上の規模の会社の代表取締役には、業務執行の一環として、会社の損害を防止する内部統制システムを整備する義務が存在する。」²⁰⁾。ここで述べられているこの義務の存在、内容については異論はなかろう。取締役が従業員をつきっきりで監督・監視していなくても従業員が独断で不正を働くことができない、すなわち、「従業員に不正を働かせない会社組織を構築していたこと、および、そうした仕組みを機能させるようなシステムを会社組織内に構築すること」、これを内部統制システム構築義務、リスク管理体制構築義務、法令遵守体制整備義務という。裁判例もこれを肯定していることは先述したとおりである。

6 内部統制システム構築義務と監督義務・監視義務の関係

内部統制システム構築義務については、従業員に対する監督義務を負う業務担当取締役・代表取締役は業務執行の一環として会社の損害を防止する内部統制システムを構築する義務を負い、代表取締役・業務担当取締役以外の取締役は代表取締役・業務担当取締役が内部統制システム構築義務を果たしているかどうかを監視しなければならない義務がある。監督義務とは、代表取締役・業務担当取締役が会社に対して負担する善管注意義務・忠実義務の一環であり、代表取締役・業務担当取締役が従業員の不正・違法行為を発見・防止するために負う従業員に

20) 江頭・前掲注1) 362頁

対する指導監督の義務をいう。したがって、従業員が違法行為を行った場合には業務執行の監督責任者である代表取締役・業務担当取締役は監督義務を尽くしていたか、が問題とされるのである。監視義務とは、代表取締役・業務担当取締役が行う業務執行において、従業員に対する監督義務違反がないかどうかを、他の取締役が代表取締役・業務執行取締役を監視しなければならない義務をいう。監督義務・監視義務の違いはその対象が従業員か、他の取締役かの違いである。しかし、先に述べたように、一定規模以上の会社においては、代表取締役・業務担当取締役が直接監督義務を果たすことが困難であるので、従業員の不正・違法行為を未然に防止するための体制、いわゆる内部統制システムを構築することが必要となるのである。たとえば、利益供与を総務課長が独断で行っていた場合、代表取締役・総務担当取締役は利益供与を防止する社内体制を築いていたかが問題となり、代表取締役・総務担当取締役以外の取締役は、代表取締役・総務担当取締役が従業員の利益供与を防止するシステムを構築していたか、ということ監視する義務を果たしていたかが問題となるのである。この場合、他の取締役が監視義務を尽くすのは取締役会を通じて行うのか、それとも個々の取締役が直接に監視活動を行うのか。現在、大企業においては取締役の人数が少なくなっており、個々の取締役の業務分担も広がっているであろうから、取締役会を通じてしか行えないということになろう。すると、取締役会の開催頻度、議題の多さなどから、取締役に監視義務を尽くさせるためにどのようにすべきか、新たな問題も出てくる。監督義務に関して問題となるのは、代表取締役は会社の業務全般の監督責任を負うから業務担当取締役と同様の責任を免れ得ないのか、それとも、たとえば総務部門の監督に関しては取締役会で業務分担が決定されたのであるから、総務担当取締役のみが監督責任を負い、代表取締役に対する総務部に関する監督責任の連鎖は断ち切れ、後は、代表取締役として業務担当取締役に対する監視義務違反が問題となるだけなのか、である。それは事案に応じて判断される。すなわち、それは会社の規模、業態、それまでの利益供与事案への遭遇度合い、時代の状況などにより具体的、個別的に解決を図らざるを得ない。監督義務違反と監視義務違反とは責任の内容は異なるのか、責任の重さは違うのか、などは明らかでない。取締役に企業価値を増加させるための経営に専念できるよう上記のよう

な問題について、肌理の細かい議論、研究がなされなければならない。

7 取締役が構築すべき内部統制システムの内容

内部統制システムをどの程度構築しておくべきかは会社の業態、内容、規模、従業員の数、時代により異なる。このことは、大和銀行事件判決において「健全な会社経営を行うためには、目的とする事業の種類、性質等に応じて生じる各種のリスク、たとえば、信用リスク、市場リスク、流動性リスク、事務リスク、システムリスク等の状況を正確に把握し、適切に制御すること、すなわちリスク管理が欠かせず、会社が営む事業の規模、特性等に応じたリスク管理体制（いわゆる内部統制システム）を整備することを要する。」と述べられていることから、内部統制システムは一義的に決められるものではなく、新たな会社のリスク管理の必要に応じて内部統制システムを構築しなおす必要があることも示唆している。要は、取締役が従業員につききりで監督していなくとも従業員が不正を働くことができない、すなわち、「従業員に故意・過失を問わず不正を働かせない会社組織を構築すること、及びそうした仕組みを機能させること」が内部統制システムの内容といえるであろう。従業員に対しては、取締役の監督義務としてこの考え方でまかなえるが、内部統制システムは、さらに進んで取締役間における監視義務遂行のための機能もシステムの中に組み込まれなければならない。

現状では、具体的にどのような内部統制システムを構築すべきか、は学説もその内容を提示していないし、判例数が少ない。金融機関に関しては金融監督庁がまとめた「金融検査マニュアル」（1999年7月）があるが、他の業種に関してはない。なお、金融監督庁が公表したこの「金融検査マニュアル」は、COSO 報告書に準拠しており、従来の資産査定中心の検査から、リスク管理重視の検査への転換を図っており、法令遵守体制、リスク管理体制のチェックがその中心となっている。

しかし、企業の実務においては、COSO 報告書が掲げる内部統制の五つのチェック事項に準拠し、そのシステムを構築しつつある。ここで述べられている五つのチェック事項とは、①統制環境（経営理念、コーポレート・ガバナンス、コンプライアンス体制の組織的確立など）、②リスク評価（企業を取り巻く種々

のリスクの数値的評価)、③統制活動(リスク対応のための方針や手続、規定の整備などリスクをコントロールするための活動)、④情報と伝達(内部統制システムを機能させるための透明性、情報伝達システムの確立など)、⑤モニタリング(内部統制システムが機能しているかどうかのチェック)である。

以上のように、内部統制システム構築のチェック事項は抽象的な表現になっているが、大企業の幾つかは上記の基準を参考にしながら手探りで内部統制システムを構築しつつあるのが現状である。このように内部統制システムは案件ごと、会社ごとにその内容は異なる。したがって、株主代表訴訟において、原告は、当該会社、案件に応じて、取締役が当該会社が構築すべき内部統制システムを提示し、それが構築されていないということを主張・立証しなければならない。このことは、原告が内部統制システムの内容を提示するまで被告は何ら応答しなくてもよいということを意味するものでないことは当然のことである。

8 内部統制システムが充分に構築され、チェック体制も整っていたが、社員が成績を上げるために暴走した場合の取締役の責任

内部統制システム構築の中身として、コンプライアンス体制の構築もその大きなものの一つである。コンプライアンス体制とは、企業活動で組織の末端まで法令違反をさせない仕組みである。ここに法令違反というが、コンプライアンス体制とは、地域社会や環境倫理を含むもので、法律にさえ違反しなければどんなことをしてもよいとするものではない。

たとえば、日本テレビの社員が視聴率を上げるためにモニターに謝礼を払って成績を良くしたケースや、トヨタの社員が試験問題を漏洩して合格率を高めようとしたケースにおいては法令違反の問題は生じないが、コンプライアンス体制の不完全さを世間に知らしめることになり、企業イメージを損なうことになる。その結果、リпутेशनリスクにより売上げが低下したという場合、法令違反もないし、現段階において内部統制システムも構築の仕様がなから取締役は免責されるのであろうか。しかし、企業の収益性向上を過度に意識するあまり、視聴率、合格率を上げることを至上命題とし、業務担当取締役、代表取締役が必要以上のはっぱをかけていた、あるいは、他の取締役がそれを知りながら放置して

いたということになれば、前者においては、監督義務違反、後者においては、監視義務違反となり、社員をビジネス倫理にしたがった指導監督をしなかったものとして善管注意義務違反が問題とされる。もっとも、原告にとって損害の主張・立証が難しかろう。

IV 商法第266条第1項第5号違反を理由とする株主代表訴訟における論点の整理

内部統制システム構築義務の主張・立証責任の構造に入る前に、商法第266条第1項第5号に関する株主代表訴訟における法律上の論点を整理しておく。

1 商法266条1項5号の「法令」に善管注意義務が含まれるか

「法令」には、取締役の善管注意義務・忠実義務が含まれる²¹⁾と解するのが通説である。

なお、本稿では取締役の責任について「法律違反」の場合と「善管注意義務違反」の場合とで抗弁事由が違うとの主張を行っているから、以下において「法令違反」という表現は用いず、「法律違反」と「善管注意義務違反」と区別して表現することとする。

2 取締役が商法266条1項5号の責任を問われる場合のパターン

先に述べたように5号の「法令」に善管注意義務違反が含まれるとすると、取締役が同号の責任を問われるパターンとしては次の三つが考えられる。

- ①取締役が業務執行か否かを問わず具体的法令について違反行為を行った場合
- ②業務担当取締役が業務執行行為遂行過程において会社に損害をもたらした場合

善管注意義務違反及び従業員に対する監督義務違反が問題となる

- ③取締役が他の取締役の業務執行行為、善管注意義務違反を看過した場合

21) 江頭・前掲注1) 359頁、近藤光男「注釈会社法6」上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編所収274頁など

善管注意義務の支分義務である監視義務違反が問題となる

3 取締役の善管注意義務の内容

取締役は大きく分けて二つの善管注意義務を負う。ひとつは、業務執行担当取締役として業務執行を行う際の善管注意義務、二つめは、他の取締役の業務執行に対する監視義務である。善管注意義務は二つといってもその内容は多岐に亘る。なぜなら、会社の業態、規模、時代などにより善管注意義務を負う局面は様々であるからである。たとえば、金融機関においては、業務担当取締役は従業員が違法な融資行為を行わないように監督する義務があり、「融資規定」や「担保評価基準」を定めておくという融資に関する内部統制システム構築義務も善管注意義務の一つである。業務担当取締役が融資に携わった場合は、「融資規定」に違反していないか、「稟議書」システムはクリアしているか、融資当時に回収可能性はあったか否かの検討は十分なされていたか、などが注意義務の内容となる。また、他の取締役としては業務担当取締役が上記の規定を設け、業務執行を適正に行っていたかを監視する義務が善管注意義務のひとつとなる。

4 善管注意義務違反と過失の関係

「過失」とは行為義務違反のことであり、「債務不履行という結果発生の予見義務を前提に、予見可能ならば、そのような結果の発生を回避する結果回避義務（行為義務）の違反を過失と考えるわけである」²²⁾。そして、過失責任を問うためには、行為者に結果発生の予見可能性と結果回避可能性が存在することが前提となる。取締役が会社に対して善管注意義務を負うとは、会社に損害を蒙らせないように（結果回避）業務執行を行う義務のことをいう。したがって、取締役が結果回避可能性があったのに、また、予見可能性があったのに善管注意義務を怠り、会社に損害を蒙らせた場合は、「過失」があると評価されるのである。

22) 淡路剛久「債権総論」144頁（有斐閣、2002年）

5 過失の主張・立証責任は原告が負担するのか被告が負担するのか

- (1) 履行遅滞、履行不能、不完全履行いわゆる債務不履行に基づく損害賠償請求において、民法は過失を要求している（履行不能については民法415条で、他の形態の債務不履行については判例・通説は解釈上認めている。）が、主張・立証責任の観点からは、「過失」は、被告が「無過失」を抗弁として主張すると解されている²³⁾。しかし、この結論は結果債務（売買契約とか賃貸借契約のように一定の結果の達成をもって債務の履行が完了する債務）においては妥当とするが、取締役が会社に対して負う善管注意義務、忠実義務など委任契約という行為債務（プロセス債務＝結果ではなく履行の態様、過程が問題とされる債務）から生ずるものについては別個の配慮が必要である。結果債務においては履行遅滞、履行不能、不完全履行の債務不履行は簡明に判断できる。しかし、弁護士や医者が依頼人、患者に対して負担する債務のように、依頼人、患者のために最善を尽くせば結果の如何にかかわらず免責されるという行為債務においては、履行遅滞、履行不能の債務不履行は一義的に判断できるが、不完全履行の場合は債務不履行か否かの判断は難しい。行為債務においては、受任者は委任者のために委任処理の過程において最善を尽くせばその義務を果たしたことになるから、結果が不完全であるからといって直ちに債務不履行責任を負うということはないからである。したがって、原告は請求原因において被告の義務違反の内容を明らかにし、その結果、損害を発生させたという因果関係を明らかにしなければならない点が他の形態における債務不履行との大きな違いとなっている。結果債務においては履行遅滞、履行不能の事実を主張・立証すれば過失や因果関係は推定されるが、行為債務における不完全履行の場合はそうではない。取締役が会社に対して負担する債務も上記のように考えられる。したがって、判例、通説が、結果債務の債務不履行における要件事実の構造において「過失がないこと」を抗弁とすることに不都合はないが、行為債務における不完全履行の場合、これとパラレルに原告に「過失」の主張・立証責任を負

23) 倉田卓次監修「要件事実の証明責任 債権総論」89頁（西神田編集室、1986年）

わせず、被告に「過失がないこと」を他の債務不履行の場合と同じく主張・立証させることは不都合な結果となる。なぜなら、不完全履行の場合、債務者のどの行為に義務違反があるか、を特定しなければ、被告はどのような義務違反に対して反論を加えるべきか対象が判然としないからである。そして、行為債務における不完全履行においては、上記の「債務者に履行可能な義務違反」の主張が「過失」の主張にあたる。

- (2) さらに、原告は、単に取締役が善管注意義務違反があったと抽象的に主張するだけでは裁判所も判断のしようがないので、善管注意義務の具体的内容（たとえば、金融機関においては不動産担保貸付の実行にあたり、担保価値を適正に評価すべき義務「担保適正評価義務」を負っているのにその義務を尽くさなかった）を主張しなければならない。すなわち、原告は被告取締役が尽くすべき行為規範及び被告取締役においてその義務履行が可能であったにもかかわらずその義務を尽くさなかった事実を明らかにしなければならない。この善管注意義務違反の主張・立証は「過失」の主張・立証にはかならない。すなわち、原告は、行為債務において結果が思わしくないときは、被告債務者に行為債務履行上、どのような義務を、本来どのように処理しなければならないのに、履行可能であるにもかかわらず、そのような処理をせず、結果として債務不履行と評価すべき事態を生ぜしめたという事実を主張・立証しなければならないのである²⁴⁾。そこで、内部統制システム構築義務違反を問題とする場合には、原告はその会社において本来構築すべき内部統制システムの具体的内容を示し、そして、それは会社にとっては履行可能であったがそれを履行していないこと、その結果、会社に損害を齎したことを請求原因において主張・立証しなければならないことになる。このことは、他の形態の債務不履行と異なり「過失」を請求原因で主張・立証しなければならないことを意味する。過失は規範的要件²⁵⁾と考えられているから、過失の評価根拠事実を請求原因で主張・立証するという位置づけになる。被告取締役は、過失をつぶすために抗弁として落ち度がなかったことを根拠付ける事実を主張・立証することになるが、これを「過

24) 拙稿（永石一郎）「株主代表訴訟における主張・立証責任の構造」金融法務事情 1552号14頁（1999. 7. 15）

失」の評価障害事実の主張・立証という。

6 法律違反があったら取締役は直ちに商法266条1項5号の責任を問われるか

- (1) 取締役が法律違反があっても商法266条1項5号の適用がなされるには取締役に過失が必要（野村証券損失補填事件 最判平成12.7.7判時1729・28頁）とするのが判例・通説である。野村証券損失補填代表訴訟判決の要旨は次のとおりである。「①被告らは、本件損失補填が一般の投資家に対して取引を勧誘する性質のものではなかったため、独占禁止法19条違反の問題には思いが至らなかったこと、②関係当局も、証券取引については大蔵省によって規制が行われるべきであるとの基本的理解から、証券取引に伴う損失補填の独占禁止法違反に関する問題は本件損失補填後1年半も取り上げなかったこと、③公正取引委員会が、証券会社の一連の損失補填が独占禁止法19条に違反するとして、同法48条に基づく勧告を行ったのは平成3年11月20日であること、などを指摘し、結局、『右事実関係の下においては、被告らが、本件損失補填を決定し、実施した平成2年3月の時点において、その行為が独占禁止法に違反するとの認識を有するに至らなかったことにはやむを得ない事情があったというべきであって、右認識を欠いたことにつき過失があったとすることもできないから、本件損失補填が独占禁止法19条に違反する行為であることをもって、被告らに本規定に基づく損害賠償責任を肯認することはできない。』とした。」。すなわち、行為者がある法規に違反する、あるいは、義務に違反する行為を行った場合は当然に過失があるとされるにかかわらず、取締役の会社に対する責任を定めた商法266条1項5号の適用に関しては、過失と認められるには更に「違法性の認識を欠いたことにつき過失があったこと」を必要とするのである。

- 25) 「経営判断の原則」という証明対象は直接立証することはできない。評価概念であるからである。したがって、「経営判断の原則」の適用があると評価されるためにその根拠となる事実群を主張・立証しなければならない。このように事実を規範的要件という。「過失」、「正当事由」などはその典型である。

なお、詳しくは拙稿（永石）「商法関係事例」伊藤滋夫・山崎敏彦編著「ケースブック要件事実・事実認定」所収335頁（有斐閣、2002年）参照。

- (2) この判決は、「株式会社の取締役が、法令又は定款に違反する行為をしたとして、本規定に該当することを理由に損害賠償責任を負うには、右違反行為につき取締役に故意又は過失があることを要すると解される」とする最判昭和51.3.23判決を引用して上記結論を導いている。すなわち、商法266条1項5号には「過失」が必要との文言はないが、判例により「過失」が要件として加えられ、また、判例は、「違法性の認識を欠いたことに過失がない場合は過失がない」としているので、一般の過失に比べて過失阻却事由が広く解されているといえる。一般には認められない法律の錯誤が、過失阻却事由となるということである。これは、経営意欲を失わせないように、取締役に過酷な責任を負わせることを避けるためのものであろう。一連の損失補填株主代表訴訟事件において、「取締役に当該行為が違法であることを認識することが困難な事情がある場合には、過失を否定して、過酷な責任を負わせる結果を避けるべきである」という配慮からである²⁶⁾と解され、妥当な方向である。

7 経営判断の原則と過失（善管注意義務違反）との関係

- (1) 経営判断の原則とは、アメリカ会社法上で認められているもので、デラウェア州最高裁判所によるとビジネスジャッジメント・ルール（経営判断の法理）とは、「経営判断を行うにあたり取締役が十分な情報に基づき、善意かつ真摯に当該行為が会社に資すると考えたであろうとの推測を意味する」²⁷⁾と理解され、その結果、「取締役・会社間に利害対立がなく、取締役が行う意思決定過程において善意かつ十分な資料に基づいて行われた経営判断について、後知恵により責任を判断することは行わない」²⁷⁾ことを意味する。すなわち、取締役が行った業務執行に関しては、事後的に裁判所は判断内容の合理性には踏み込むことを抑制すべきであるとする考え方を「経営判断の原則」と称している²⁸⁾。わが国の学説もこの考え方を導入するのが大勢を占めており、またその考え方

26) 川村正幸「代表訴訟における取締役の法令違反責任」判タ臨時創刊975号122頁(1999.8.10)

27) 八代英輝「米国ビジネス法実務ハンドブック」120頁（中央経済社、2003年）

28) 仮屋広郷「取締役の注意義務と経営判断原則—人間観と法の役割—」一橋法学3巻2号（2004年6月）掲載予定（本報告書掲載の論文）参照。

を参考にして判断をしている裁判例も見受けられるが、実体法上の意味、訴訟法上の位置づけは未だ明らかでない。したがって、わが国で使う「経営判断の原則」は、アメリカの「経営判断の原則」とはまったく機能を異にしていることに注意が必要である²⁹⁾。裁判例からすると、わが国は、アメリカの「経営判断の原則」、あるいは「経営判断の問題」を「善管注意義務違反の有無を判断する基準」として取り込んでいるようである。すなわち、取締役の業務執行によって、よしんば結果が悪く会社に損害を齎したとしても、取締役が業務執行を行う際、一定の要件を満たせば取締役に注意義務違反はない、よって取締役の責任を問わない、と理解しているようである。そして、「取締役の裁量の範囲内にあれば注意義務違反はない」という表現を用いて、それを「経営判断の原則」、「経営判断の問題」と称しているのである。すなわち、中京銀行事件判決（名古屋地判平成9.1.20判時1600・144頁、判タ946・108頁）は、取締役の善管注意義務違反について、「判断の基礎となる事実の認定または意思決定の過程に通常の企業人として看過しがたい過誤、欠落があるために、それが取締役に付与された裁量権の範囲を逸脱しているかどうかによって決定すべきである。」としている。ここで述べられている「裁量権の範囲を逸脱しているかどうか」が、「経営判断の原則」、「経営判断の問題」（以下、両者を併せて「経営判断の原則」という）と考えられているのである。経営判断の原則は、アメリカにおいて制度（訴訟委員会が株主代表訴訟において経営判断の原則の適用があると申立てた場合は株主代表訴訟は却下される）として取り入れられているものであり、わが国における経営判断原則の取り入れられ先、取り入れられ方は、「注意義務違反」との絡みであるが、その趣旨は、取締役の経営マインドを萎縮させないようにするため、取締役免責の道具としての攻撃防御方法として捉えようとするものである。当初は、経営判断原則は、注意義務の程度を引き下げるものであるという見解もあったが、取締役の注意義務を引き下げることとはありえないし、この見解は注意義務を刑法の「過失」的捉え方を

29) 正木義久「アメリカにおいて株主代表訴訟が提起された場合、裁判所は取締役会の請求拒絶の適否を判断する際に『経営判断の原則』が適用されるかどうかを検討する」週刊経営財務2661号12頁（2004.2.23）

していたのではないと思われる。そこで現在は、「経営判断の原則」を取締役の業務執行・意思決定が「裁量の範囲内にあるかどうか、すなわち、注意義務違反があるかどうかを判断する際の基準」と理解する見解が一般的であり、そして、ある経営判断が「裁量の範囲内にある」かどうかはアメリカの「経営判断の原則」の考え方を反映させていると理解することについては、学説、判例のコンセンサスが得られているといえる。なお、ここで、取締役の業務執行行為が取締役の裁量の範囲内にあるかどうかは、たとえば、金融機関の融資の是非が問題となる場合、地方の信用組合の理事の場合と国際的に大規模に取引を行っている都市銀行の取締役とでは、その範囲は自ずから異なる。案件により、また、会社の規模、業態などにより「裁量の範囲内にあるかどうか」の判断は異なるのであるから、一義的にその範囲は定められない。

アメリカにおいては、信認義務に基づく「注意義務 (Duty of Care)」は、「充分な情報に基づいた意思決定を行う義務」と解されており³⁰⁾、その延長で「経営判断の原則」も理解されているので、わが国の「善管注意義務」と「経営判断の原則」の関係とはその内容を異にするものと考えられる。したがって、わが国における「経営判断の原則」の内容としてアメリカのそれを横滑りさせることには問題があろう。

- (2) 株主代表訴訟において、経営判断の原則を判決中で明確に述べたのは野村證券第一審判決（東京地判平成5.9.16判時1469・25頁、判タ827・39頁）であろう。この事件は、野村證券の東京放送に対する3億6,000万円の損失補填について、取締役が1億円の損害賠償を求められたものである。そこでは経営判断の原則について次のように述べられている。「取締役の経営判断の当否が問題となった場合、取締役であればそのときどのような経営判断をすべきであったかをまず考えたうえ、これとの対比によって実際に行われた取締役の判断の当否を決定することは相当でない。むしろ、裁判所としては、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として、その前提となった事実の認識について不注意な誤りがなかったかどうか、また、その事実に基づく意思決定の過程が

30) 八代・前掲注27) 119頁

通常の企業人として著しく不合理なものでなかったかどうかという観点から審査を行うべきであり、その結果、前提となった事実認識に不注意な誤りがあり、又は意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合には、取締役の経営判断は許容される裁量の範囲を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務又は忠実義務に違反するものとなる」。すなわち、この判決は、経営判断の原則は経営判断そのものの当否を判断するのではなく、取締役がその採用した判断の決定過程を問題にするものであることを明らかにした。そして、野村證券は大口顧客である東京放送に、営業特金で損失を補填しなければ、野村證券の提供する情報について信用を失い、主幹事の地位を失うおそれがあるとの事実認識には不注意な誤りはなかったとし、よって被告取締役に善管注意義務違反はなかったとした。ただし、この判決において、経営判断の原則が攻撃防御方法として善管注意義務違反とどのような関係にあるかは明らかでない。

- (3) これに対して、セメダイン事件（東京地判平成8年2月8日資料版商事法務144・111頁）判決は、「前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、意思決定の過程・内容が企業経営者として特に不合理・不適切なものといえない限り、取締役としての善管注意ないし忠実義務に違反するものではない」として、判断の中身まで経営判断の原則適用の要件としている（同旨・大和銀行判決ほか）。このように経営判断の原則の適用要件について、判断の内容まで対象とするのか、手続要件に留めるのかについては、裁判例の見解は分かれている^{31,32)}。

- (4) 裁判例の中で「経営判断の原則」の項目を立てて検討しているのは、新しいところでは、りそなホールディングス株主代表訴訟第一審判決（大阪地判平成15.9.24金融・商事判例1177・31頁）である。そこでは、経営判断の原則について次のように述べている。「取締役は、営利を目的とする会社の経営を委ねられた専門家として、長期的な視点に立って全株主にとって最も利益となるように職務を遂行すべき善管注意義務及び忠実義務を負っている（商法254条3

31) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之・近藤光男編『株主代表訴訟大系』所収78頁以下（弘文堂、新版、2002年）

32) 田中亘「取締役の責任軽減・代表訴訟」ジュリスト1220号31頁（2002.4.1）参照。

項、民法644条、商法254条ノ3)。もっとも、事業を営み利益を上げるためには、時々刻々変化する諸々の要素を的確に把握して総合評価し、短期的・長期的な将来予測を行った上、時機を失することなく経営判断を積み重ねていかなければならないから、専門家である取締役には、その職務を遂行するに当たり、広い裁量が与えられているものといわなければならない。したがって、取締役に対し、過去の経営上の措置が善管注意義務及び忠実義務に違背するとしてその責任を追及するためには、その経営上の措置を執った時点において、取締役の判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがあったか、あるいは、その意思決定の過程、内容が企業経営者として特に不合理、不適切なものであったことを要するものと解するのが相当である。』ここで述べられている経営判断の原則の内容は、先の野村證券第一審判決と違って、取締役が下した経営意思決定の内容の当否もその判断対象としている。

- (5) 経営判断の原則について、札幌地判平成15年9月16日判決（銀行の取締役が経営困難となった会社に対する融資を承認する旨の決済をしたことについて、取締役の責任が問われた事案）は、「銀行の取締役の融資に関する注意義務」との項目の中で、「銀行の取締役の経営判断における裁量」という項目を立て、その中において「取締役の経営判断は、その判断をした時点において通常入手できる情報に照らしてその判断の前提となった事実に着しい誤りがあり、又は意思決定の過程若しくは結果が著しく不合理であった場合には、許容される裁量の範囲を逸脱したものとして善管注意義務違反又は忠実義務に違反するものとなり、その取締役に免責事由（故意、過失がないこと）がない限り損害賠償義務を負う」としている（判時1842号138頁）。ここにおいては、経営判断の「内容」は判断の対象とされていないようであるし、また、「経営判断における裁量」は抗弁と構成されていることが窺われる。

- (6) 上記の四つの裁判例、その他経営判断の原則に関する裁判例から判断すると、わが国における経営判断の原則の内容の最大公約数は、「取締役が業務意思決定を行った過程、決定した理由等、その決定をなした時点において、その判断の前提となった事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなく、その意思決定の内容が企業経営者として不合理、不適切なものとはいえない場合は、よしんば結

果として会社に損害をもたらしたとしても、それは取締役役に認められた裁量の範囲にあるものとわが国においては表現し、そのように判断された場合は、取締役役に善管注意義務、忠実義務違反となるべき任務懈怠はない」とすることであろう。取締役の経営意思決定、業務執行が、当該取締役の「裁量の範囲内」であれば、すなわち、経営判断の原則が適用され、取締役役に善管注意義務、忠実義務違反、任務懈怠はないとするのである。

- (7) 問題は、「経営判断の原則」(取締役の業務執行が取締役の裁量の範囲内にある場合には免責されるというわが国の概念)が請求原因事実(「裁量の範囲外であること」を原告が主張・立証しなければならない)か、抗弁事実(「裁量の範囲内にあること」を被告取締役が主張・立証しなければならない)かということである。上記四つの判決は新様式判決書³³⁾であるため、それがどちらかであるかは明らかでない。請求原因説は、取締役が裁量の範囲外の行為をした(経営判断の原則の適用がない)という事実を、原告は請求原因において主張・立証しなければならないと考えるのである。これに対して、抗弁説は、経営判断の原則は「過失」(注意義務違反)の阻却事由であると考ええる立場になるのである。請求原因説においては、内部統制システム構築義務違反が問題となっている場合は、原告は、請求原因において被告取締役が構築すべきであった内部統制システムの内容を特定し、被告取締役にはそれが構築可能であったにもかかわらず構築しなかったという事実を主張・立証するとともに、構築しなかったという経営判断が、アメリカにおける「経営判断の原則」的な同法理適用のメルクマールをクリアしていないこと、すなわち、「裁量の範囲内にはなかった」という事実まで主張・立証しなければならない。抗弁説によると、被告は、抗弁としてその業務意思決定を行うに際して、「事実の認識に重要かつ不注意な誤りがなかったこと、意思決定の過程、内容が企業経営者として特

33) 梅本吉彦「民事訴訟法」840頁(信山社、2002年)「従来の判決書は、事実の整理として請求原因事実、その認否、抗弁事実、その認否という具合に攻撃防御方法が論理的に整理されていたと記載されていたが、それでは裁判官の負担も大きい、当事者も理解しにくいということで事実の整理を行わず、争点についての判断だけを記載する判決書が平成2年より認められ、現在の判決書はほとんどが新様式判決書の体裁を採っている。」

に不合理、不適切でなかったこと」を主張・立証することになる。抗弁説によると、経営判断の原則は、被告の過失を認めたとえでの話になるから過失阻却事由と位置づけられるのである。私は、抗弁説を採る。その理由は、請求原因説によると原告の負担があまりに大きくなるからである。訴訟における原則のひとつに「武器対等の原則」がある。「経営判断の原則」の内容をみると、当事者でなければ分からない事情がほとんどであるから、それを相手方に主張・立証させるのは武器対等の原則を破るものであり、フェアでないと考えられるからである。したがって、「裁量の範囲内にあること」(経営判断の原則)は、取締役の不完全履行における過失阻却事由であると考ええる。そして、それは要件事実の分類としては、「過失」などと同じく規範的要件ということになる。なぜなら、経営判断の原則の適用を受けるべく、取締役の業務執行意思決定の手続に落ち度はなかったこと、その内容は当時の客観的事情からやむ得ない判断であることを主張・立証すると、それに対して、これらの事実とは両立するが、その評価を覆す事実の主張・立証が可能であるからである。このような事実は規範的要件と称されている。すなわち、被告が抗弁として「経営判断の原則」の評価根拠事実を主張・立証しても、原告が、これらの事実と両立しながらも、取締役が「経営判断の原則」により免責されないとする取締役の意思決定の過程、内容についての評価障害事実も、主張・立証しなければならないこともありうるのである。

- (8) 以上を整理すると、アメリカにおける「経営判断の原則」は、わが国においては、実体法である会社法に「経営判断の原則」という同じ言葉で輸入されたが、その内容は次のように理解される。わが国における「経営判断の原則」の実体法上の意味は、「取締役の業務執行が取締役の裁量の範囲内にあれば注意義務違反はない」という問題に置換され、「裁量の範囲内にあるかどうか」についてはアメリカの経営判断の原則の適用ルールを横滑り的に導入し、「裁量の範囲内にある」、すなわち、「注意義務違反はない」という構造になっている。訴訟法的には、「裁量の範囲内にないこと」を原告が主張・立証するのか、それとも、原告にその負担を負わず、原告には注意義務違反(過失)の主張・立証だけさせ、一旦過失(注意義務違反)があるとされた後、「裁量の範囲内

にある」ことを被告に抗弁として主張・立証させるか、ということが問題とされていると理解される。

要するに、「経営判断の原則」とは、取締役の業務執行、監督義務、監視義務履行過程において注意義務違反（過失）があったかどうかは、結果は悪くてもスタート時には会社に良かれと判断して行った業務意思決定・業務執行が、私利私欲を動機とせず、業務意思決定の手続・内容において不都合がなければ取締役を免責する、過失阻却事由との関わりで機能する、という考え方である。そして、「経営判断の原則」適用のメルクマールは、業務意思決定の内容の合理性と手続の適正が対象となる。わが国における裁判例の中には、内容の当否は裁判所の判断すべき問題ではないとして手続の当否のみについて審理しているケースもある。その理由は、裁判所にビジネスの判断をさせることは負担が大きいと考えるからであろう。

しかし、私は、「経営判断の原則」が過失阻却事由として機能するのであれば、一步進めて、「裁量の範囲にある」ということを取って注意義務違反と関連付けて理解する必要はないものとする。請求原因において注意義務違反が明らかにされれば、後は、裁量の範囲内にあると認めるに足る事由（アメリカにおける経営判断の原則が適用される）があれば過失が阻却されれば考えれば足りるのではないか。そうすると、「経営判断の原則」の中身としては、「業務意思決定の内容と手続の適正さ」のみならず、もっと広く、たとえば、「取締役がやむを得ずその業務意思決定を行わざるを得ない場合など」もその仲間に加えていいのではなかろうか。蛇の目ミシン事件（東京地判平成13.3.29判時1750・40頁、東京高判平成15.3.27判タ1133・271頁）などはその好例であろう。両判決は、取締役が融資名目で金員を喝取された場合には「善管注意義務違反があるといえるが、過失はない」として取締役の責任を免責しているが、これはまさに「やむを得ず行った業務執行である」という「過失ないし責任阻却抗弁」と解することができるので、無理に注意義務違反と関連付ける必要はないのではなかろうか。蛇の目ミシンの場合、「やむを得ず行った業務執行」を過失阻却事由と考えるか責任阻却事由と考えるかの議論はあろうが、その区分けはあまり意味がないので、ここではいずれも攻撃防御方法としての規範的要件

である「経営判断の原則」が抗弁となると理解する程度でよからう。

8 善管注意義務違反の場合は「経営判断の原則」が過失阻却事由となる

法律違反の場合は「裁量の範囲内にあること」の抗弁は立たない。法律に従うかどうかについて、取締役は裁量の余地がない（法律の不知は免責事由でない）からである。

「善管注意義務違反においても無過失の抗弁を提出できる」とする平成15年3月27日蛇の目ミシン控訴審判決（判タ1133・293頁）は、商法266条1項5号の「法令」に善管注意義務違反も含まれるとする通説の見解を前提として、法律違反の場合と同様「違法性の認識における無過失」の抗弁を認め、その構造をパラレルに見ようとするところからの帰結であると思われる。しかし、一旦、善管注意義務違反があった（過失あり）としながら、無過失の抗弁を認めることは要件事実の構造からはなじみにくい。しかし、判決のいう「取締役の被害者性」は、私が先に述べた「経営判断の原則」概念の捉え方によると、「過失ないし責任阻却事由」による抗弁と考えることができるので整合性はある。

9 過失阻却事由のまとめ

法律違反の場合は、抗弁として「違法性の認識をもたなかったことに過失がない」という過失阻却事由を主張できる（法律違反の場合は、その事実を主張・立証するだけで「過失」は推定されるから、後は抗弁として「過失阻却事由」つまり「違法性の認識を有しなかったことについて過失がなかったこと」を主張・立証できるのである）。善管注意義務違反、たとえば、内部統制システム構築義務違反が問題となっているときには、既に「過失」が主張・立証されているということである。したがって、後者においては、「経営判断の原則」（「裁量の範囲内にあること+取締役がそのような業務執行を行ったことにやむをえない事情があること」）のみが過失阻却事由として機能する。そこで、株主代表訴訟において、原告が被告取締役の「注意義務違反」（「過失」）を請求原因において主張・立証できた後は、被告取締役は抗弁として、法令違反が請求原因の場合は、「違法性の認識を有しなかったことに過失がないこと」を、善管注意義務違反が請求原因

の場合は「裁量の範囲内にあること」を抗弁として主張・立証することになる。

野村證券損失補填事件において、一審（東京地判平成5.9.16判時1469・25頁）、二審（東京高判平成7.9.26金商981・8頁）は裁量の範囲内にあるかどうかを問題としているが、最高裁が（最判平成12.7.7判時1729・28頁）それに触れていないのは、一審、二審では善管注意義務違反が問題となっているからであり、善管注意義務違反ではなく、法律違反で結論を導いているからであろう。

V 内部統制システム構築義務違反と商法第266条第1項第5号の関係

- 1 原告が内部統制システム構築義務違反を帰責原因とする株主代表訴訟を取締役に対して提起するかどうかを判断する場合のチャートは次のようになる。

(1) 取締役の作為、不作為により会社が損害を蒙ったか

損害がない限り商法266条1項5号を帰責原因とする株主代表訴訟は提起できない。

とくに、善管注意義務違反の場合は、会社に損害が発生しているといえるかどうか問題となる場合があるので注意しなければならない。東京地裁平成15年5月12日トーモク株主代表訴訟判決（金融・商事判例1172・39頁）は、先ず会社に損害があるかどうかを検討されなければならなかった事案と思われる。

(2) 取締役の作為、不作為は法律違反行為か

- ①取締役が法律違反行為（たとえば、利益供与を行ったケース）に関与している場合

取締役が関与していれば、従業員が法律違反行為を行った場合に問題となる内部統制システム構築義務違反を問うまでもなく、その行為を行った取締役自身が商法266条1項5号の「法律違反」の責任を負う。

- ②取締役が法律違反行為に関与していなくても、従業員の法律違反を知らながら放置した場合

取締役が関与していなくても、従業員の法律違反を知らながら放置した場合は関与した場合と同じ責任を負う。

この場合は、内部統制システム構築義務違反と同じく取締役が会社に対して負担する委任契約の不完全履行となるので、原告は被告取締役の「過失」を請求原因において主張・立証しなければならないが、「法律違反」の事実を主張・立証すれば当然に「過失」の主張・立証はされたことになり、その負担は小さい。

③取締役が法律違反行為に関与していない場合

取締役が関与していない場合は、従業員の違法行為に対して善管注意義務違反の支分義務（言葉として適当かどうかは別として）として、監督義務違反、監視義務違反が問題となり、その具体的義務の一つとして内部統制システム構築義務違反が検討の対象となる。

2 監督義務違反か監視義務違反か

- (1) 違法行為に取締役の関与がない場合に、はじめて内部統制システム構築義務違反として商法266条1項5号の善管注意義務違反が問題となる。業務担当取締役は、従業員の違法行為を防止するため監督義務の一環として内部統制システムを構築する義務があり、他の取締役は、業務担当取締役が従業員の違法行為を防止するための内部統制システムを構築しているかどうかを監視する義務がある。これらの義務は取締役の会社に対する委任契約により生ずるものである。従業員の違法行為を看過した場合の担当取締役の内部統制システム構築義務違反と、他の担当取締役が担当取締役の内部統制システム構築義務の監視義務を怠った場合の責任追及手段が、内部統制システム構築義務を帰責事由とする株主代表訴訟である。
- (2) 業務担当取締役以外の取締役に対して業務担当取締役の内部統制システム構築監視義務違反を問うためには、他の取締役が業務担当取締役の内部統制システム構築が不十分であることを知っていたこと、あるいは、知るべきであった具体的事実を主張・立証しなければならない（東京地判平成5.9.21判時1480・154頁、東京地判平成7.10.26判タ902・189頁）。内部統制システムは、形だけ構築していてもそれが機能していなければ構築義務を尽くしたとはいえない。

3 内部統制システム構築義務違反における業務担当取締役、他の取締役の責任の違い

(1) 業務担当取締役が内部統制システムを構築していない場合

一定規模以上の会社においては、構築していないこと自体が業務担当取締役の内部統制システム構築義務違反となり、他の取締役においては担当取締役の内部統制システム構築義務を監視すべき義務違反となる。

(2) 業務担当取締役が内部統制システムを構築している場合

①構築していてもシステムの内容が会社の規模、業態からみて不充分である場合

内部統制システム義務が尽くされていないとして善管注意義務違反となる。業務担当取締役においては構築義務違反が、他の取締役には監視義務違反が問われる。

②会社の規模、状況に応じた内部統制システムが構築されている場合

業務担当取締役は内部統制システム構築義務違反、他の取締役は監視義務違反を問われない。

4 内部統制システム構築義務を果たしていても取締役の善管注意義務の一環としての他の義務違反の問題は残る

大和銀行事件（大阪地判平成12.9.20判時1721・3頁 判タ1047・86頁）においては、内部統制システム構築義務は尽くしていたが、取締役ニューヨーク支店長は、業務担当取締役の善管注意義務として財務省証券の保管残高の確認方法が著しく不適切であったという理由で監督義務違反を問われている。

VI 内部統制システム構築義務違反を帰責事由とする株主代表訴訟における主張・立証責任の構造

以上を前提にすると、内部統制システム構築義務を帰責原因とする代表訴訟における攻撃防禦方法は次のようになる。

1 内部統制システム構築義務違反を損害賠償請求権発生原因とする場合の請求原因事実

- (1) 利益供与を問題として株主代表訴訟が提起されている場合を想定する。取締役が利益供与と行為に関与していれば、商法295条1項5号違反として責任を免れない。関与がなくとも取締役が従業員の利益供与を知らずながら放置していた場合は、不作為による関与行為と評価され監督義務・監視義務違反となる。まったく関与がない場合に、はじめて内部統制システム構築義務違反が問題となる。監督義務違反として、業務担当取締役・代表取締役が利益供与を発見・防止するための内部統制システムを構築していたか否か、その他の取締役については、監視義務の一環として業務担当取締役・代表取締役が内部統制システムを構築していないか、構築していてもそれが不十分であればそれを是正するために監視義務を尽くしたか否かが問題となる。尽くしていなければ、監督義務・監視義務（善管注意義務）違反として各々取締役はその責任を追及されることになる。問題は、構築すべき内部統制システムが会社の業態・内容・規模・従業員の数など会社ごとに異なること、また、案件により内部統制システムの程度・内容は異なり、一義的に決められないので、それぞれ案件（不当融資、証券取引法違反、利益相反取引、脱税、独占禁止法違反など）ごとに検討しなければならないことである。したがって、原告は、請求原因において、当該会社が利益供与を発見・防止するために構築すべき内部統制システムの内容を明らかにしなければならない。これは、原告に過大な負担をかけることになるがやむを得ない。なぜなら、任務懈怠責任を問うためには、行為規範を明らかにしない限りその違反を検討できないからである。原告が構築すべきとする内部統制システムと、被告が構築したと主張する内部統制システムのいずれが行為規範となるかは、裁判所の判断に委ねられる。原告の主張する内部統制システムを被告会社が構築しているということは、その内部統制システムが機能していたことも当然含まれる。いくら立派な内部統制システムを構築していてもそれが機能していなければ、それもまた取締役の監督義務・監視義務懈怠となる。システム構築というのは、プラン→ドゥ→チェックという過程を内包し

ているからである。機能のチェックにはそのための機関、たとえば、コンプライアンス部門が設置されていたか、内部業務監査部門を設けていたか、各々有効に機能していることをチェックしていたか、などが行為規範となろう。これは、監督義務としての内部統制システム構築義務の内容ということになろう。要件事実的に言えば、各々の事実は間接事実となる。瑕疵担保責任における「瑕疵」と同じく内部統制システム構築は評価規範であるが、規範的要件ではないことに注意しなければならない。なぜなら、構築すべき「内部統制システム」は当該会社が備えるべきという評価的事実であるが、評価障害事実がないからである。その「内部統制システム」が構築されていなかったことは、請求原因で明らかにしなければならない。したがって、原告は被告取締役に対する請求原因において構築されるべきであったシステムの内容（行為規範）と、それが構築可能であったのに構築されていなかった（任務懈怠・善管注意義務違反・内部統制システム構築義務違反）ということを主張・立証する必要がある。

(2) 内部統制構築義務違反を帰責原因とする損害賠償請求権発生の請求原因事実は、

①不完全履行の債務発生原因事実

会社と取締役との間に委任契約（商法254Ⅲ、民法644）が締結された事実。

②不完全履行が過失（善管注意義務違反）によるものであることの事実

i 業務担当取締役の場合

当該会社に相当な内部統制システムを構築すべきであったのに構築していない、あるいは、内部統制システム構築が不充分である事実。この場合の主張としては、単に「内部統制システムが構築されていなかった」という主張では足りず、当該会社においてどのような内部統制システムを構築すべきであったか、及びその構築が可能であったことを主張・立証しなければならない。原告の主張する内部統制システムはレベルが高すぎると考える被告取締役は、当該会社においては、被告らが構築した内部統制システムで充分であるとの反論をすることになり、どちらの内部統制システムが当該会社において構築されなければならなかったかは、裁判所の判断に委ねられる。

ii 他の取締役の場合

担当取締役が内部統制システムを構築していないことを知っていたことを

窺わせる事実、あるいは、知りうべきであったのに放置した事実。

③損害の発生

事案によっては先ず損害発生の有無について審理すべきケースもあろう。

④不完全履行と損害の因果関係

善管注意義務違反を帰責原因とする株主代表訴訟においては、過失と損害発生の因果関係の主張が難しい場合が出てこよう。

2 抗弁

(1) 抗弁の内容

一般の不完全履行における損害賠償請求と、商法266条1項5号の取締役に対する損害賠償請求との違いは抗弁にある。一つは、法律違反を帰責事由とする場合の過失阻却の抗弁であり、二つは、善管注意義務違反を帰責事由とする場合の経営判断の原則による過失ないし責任阻却の抗弁である。作為債務における一般の不完全履行における損害賠償請求で、「法の不知」は抗弁とならないが、取締役の会社に対する商法266条1項5号の適用に関しては、判例（野村證券損失補填事件 最判平成12.7.7判時1729・28頁）から判断すると、過失阻却事由の範囲が広いように考えられる。一般の不完全履行においては、過失に対する抗弁としては、「違法性の認識がなかったことはやむをえない」との主張は主張自体失当ということになるだろうが、商法266条1項5号の場合は、過失阻却事由としては主張に理由があるということになる。

(2) 違法性の認識をもたなかったことに過失がないこと

判例は、「外形的には忠実義務・善管注意義務違反があったといえるが、商法266条1項5号の損害賠償責任を問うためには、右違反行為について取締役が故意・過失が必要である（蛇の目ミシン代表訴訟・東京高判平成15.3.27判タ1133・271）」、「取締役が法令定款に違反する行為をしたとして、商法266条の責任を追及するには、右違反行為につき取締役の故意または過失（違法性）を必要とする（最判昭和51.3.23金法798・36、金商503・14）」としており、通説³⁴⁾もそのように解している。したがって、「違法性の認識を有しなかったことに過失がない」という事実は抗弁となる。上の二つの事案はいずれも法律違

反を帰責原因とするものである。すなわち、「違法性の認識がなかったことに過失がない」ことを理由に取締役の免責を認めるのは、いずれも法律違反を帰責原因とする場合である。

(3) 経営判断の原則

裁判所が、原告主張の内部統制システムを業務担当取締役は構築すべきであった、他の取締役はそれが構築されているか否かを監視すべきであった、と判断すれば、それが取締役に対する行為規範となり、善管注意義務としての内部統制システム構築義務違反かどうかの判断基準となり、構築していなかったとなると任務違背（過失＝善管注意義務違反）が認められることになる。そこで、被告業務担当取締役はそれを構築できなかった、ないしは構築しなかった事由を経営判断の原則という過失阻却事由で、他の取締役は業務担当取締役の内部統制システム構築義務違反を知りうる状況になかった、あるいは改善を求めたが省みられなかったという過失阻却の抗弁を各々主張・立証することにより、請求原因を潰すという構造になる。経営判断の原則の抗弁においては、被告業務担当取締役もその他の被告取締役も、構築していた利益供与防止のための内部統制システムで充分であると判断した前提事実不重要かつ不注意がなかったこと、そのシステム採用において意思決定の過程・内容が不合理、不適切でなかったこと、費用対効果の観点からシステムが被告主張のレベルにとどまったことなどを、経営判断の原則という規範的要件の評価根拠事実として主張・立証することになる。なお、法律違反の場合は、経営判断の原則を過失・責任阻却事由とする抗弁は立たない。なぜなら、法律違反に関しては、取締役に裁量の余地がないからである。すなわち、主張自体失当ということになる。

(4) 理論的には善管注意義務違反（過失）の評価障害事実が抗弁として考えられる。

3 再抗弁

「経営判断の原則」を規範的要件と考えると、「経営判断の原則」の評価根拠事実に対する評価障害事実が再抗弁となる。

34) 江頭・近藤 前掲注21)

* 本稿の作成に当たっては、仮屋広郷一橋大学助教授に原稿を見ていただき多くの有益な助言を戴きました。特にアメリカの「経営判断の原則」の理解については教えられることが多く、学者と実務家との力の差を痛感させられました。また、一橋大学法学研究科助手石橋雅子さん、私の法律事務所の事務局の山本恵さんには、本原稿の細かいチェックをして頂きました。ここに謝辞を述べさせていただきます。