

内部統制システムと経営判断原則

村 上 康 司

- 1 はじめに
- 2 経営判断原則
- 3 内部統制システム
- 4 取締役会等の責務と社外取締役の関与
- 5 結 語

1 はじめに

「会社法」が平成17年に成立して以来、初めてとなる改正作業が平成26年に行われ、平成27年5月に施行された。また、同年6月からは、コーポレートガバナンス・コード（以下、「コード」と称する）が適用されることとなった。それらの内容を概観してみると、会社、とりわけその取締役会の在り方に与える影響も少なくはない。平成26年改正会社法は、コーポレートガバナンスの強化を図り、また、コードは、会社が、株主をはじめ顧客・従業員・地域社会等の立場を踏まえた上で、透明・公正かつ迅速・⁽¹⁾果断な意思決定を行うための仕組みづくりを目指すものとされている。こ

(1) 東京証券取引所「コーポレートガバナンス・コード～会社の持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のために～」2015年6月1日 (<http://www.jpx.co.jp/equities/listing/cg/tvdivq0000008jdy-att/code.pdf>) 2頁。コードそのものに法的な強制力は

のコードは、実効的なコーポレートガバナンスの実現に資する主要な原則として、次の5項目を基本原則とする⁽²⁾。具体的には、①株主の権利・平等性の確保、②株主以外のステークホルダーとの適切な協働、③適切な情報開示と透明性の確保、④取締役会等の責務、⑤株主との対話がそれである。これらの基本原則が適切に実践されることは、それぞれの会社において持続的な成長と中長期的な企業価値の向上のための自律的な対応が図られることを通じて、会社、投資家、ひいては経済全体の発展にも寄与することとなるものと考えられている⁽³⁾。

コーポレートガバナンスの文脈においては、これまで、リスクの回避・抑制や不祥事の防止に重点を置く傾向があったが（「守りのガバナンス」）、コードは、会社の意思決定の透明性・公正性を担保しつつ、会社の迅速・果敢な意思決定を促すことを通じて、「攻めのガバナンス」を実現することを目指している⁽⁴⁾のであり、監督や評価といった枠組みをしっかりと整備することによって、経営陣が経営手腕をふるえる範囲を確保し、健全なリスクテイクを促進しようとしていると説明されている。

しかしながら、「攻めのガバナンス」実現のために取締役会に要求される経営判断とは、いったいどのようなものになるのかについて、具体的な検討は多くないように思われる。本稿の目的は、変動期にある取締役会制度にあって、従来、会社法上の問題点として議論されてきた経営判断原則との関係はどのようにとらえられるのかについて、若干の考察を行うものである。以下の構成は、2で経営判断原則の近時の理解を概観し、3では

ないものの、上場企業は、「コンプライン・オア・エクспライン（Comply or Explain）」との原則に基づき、上場企業はコードの規定する原則に従うか、従わない場合にはその理由を説明するよう求められる。なお、コンプライもエクспラインも行わない場合は、公表措置等の制裁の対象となる（有価証券上場規程508条1項）。

(2) なお、その他にも30の原則および38の補充原則を定めている。

(3) 東京証券取引所・前掲注1）2頁。

(4) 森本滋「取締役会のあり方とコーポレートガバナンス・コード」商事法務2087号（2015年）15頁注5参照。

コードとの関連性を意識した内部統制システムと経営判断原則との関係を整理し、4で取締役会等の責務への社外取締役の関与について若干の考察を加えることにしている。

2 経営判断原則

わが国における経営判断原則とは、一般的に、経営判断については取締役・執行役に裁量が認められ、判断の過程・内容に著しく不合理な点がない限り注意義務違反にはならない、という判断枠組み⁽⁵⁾として理解されている。すなわち、取締役は経営の専門家として株主から委任された者であるため、会社の利益を最大化するためにその能力を発揮し、職務を遂行することが期待されている。その過程において、取締役が下した経営判断は、たとえ、結果的に妥当なものとはいえなかったと評価しうる場合になったとしても、最大限尊重される必要がある。それゆえ、取締役は事後的に善管注意義務違反の評価を受けない原則といえる。

もっとも、経営判断原則についての理解は、アメリカのそれと全く同一というわけではない。アメリカでの経営判断原則は、経営判断の内容について裁判所による事後的な審査を排除する役割を有している。取締役の行為が会社の最善の利益のために適切に行われたと推定される場合には、裁判所はその経営判断の内容に立ち入って事後的な審査を加えないという考え方である。一方、わが国の裁判所は、経営判断原則の適用に当たって、経営判断に至る過程はもとより判断内容にも踏み込んで審査を行ってきた⁽⁶⁾。しかし、わが国の裁判所や学説では、その審査につき、若干の表現の

(5) 伊藤靖史＝大杉謙一＝田中亘＝松井秀征『リーガルクエスト会社法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）232頁。

(6) より厳密には、近藤光男編『判例法理 経営判断原則』（中央経済社、2012年）12頁によれば、わが国の経営判断原則に言及する裁判例を分析したところによると、大きく4つの類型に分類可能であるとする。そして、その多くは経営判断の判断過程と判断内容の両方を、特に不合理なものと評価できるか否かという同一の基

違いがみられる。例えば、東京地判平成16年9月28日判例時報1886号111頁は、「企業の経営に関する判断は不確実かつ流動的で複雑多様な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であり、また、企業活動は、利益獲得をその目標としているところから、一定のリスクが伴うものである。このような企業活動の中で取締役が萎縮することなく経営に専念するためには、その権限の範囲で裁量権が認められるべきである。したがって、取締役の業務についての善管注意義務違反又は忠実義務違反の有無の判断に当たっては、取締役によって当該行為がなされた当時における会社の状況及び会社を取り巻く社会、経済、文化等の情勢の下において、当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見及び経験を基準として、前提としての事実の認識に不注意な誤りがなかったか否か及びその事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否かという観点から、当該行為をすることが著しく不合理と評価されるか否かによるべきである」と判示し、経営判断の過程と判断内容につき同一の基準で審査している。また、最判平成22年7月15日判例時報2091号90頁〔アパマンショップ事件〕は、会社が、グループの事業再編計画の一環として子会社株主から株式を買い取る旨の決議をしたことが取締役の善管注意義務違反にあたるとして会社法423条1項に基づく責任を追及された事案であるが、「この場合における株式取得の方法や価格についても、取締役において、株式の評価額のほか、取得の必要性、参加人の財務上の負担、株式の取得を円滑に進める必要性の程度等をも総合考慮して決定することができ、その決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではないと解すべきである」と述べた。これは、最高裁判所は、経営判断原則を、取締役の経営判断につき善管注意義務違反があったかどうかを審査する基準として位置付けたと評価可能であり、これまで下級審の多くが採用した審査基準を踏襲してい

準を用いているものと整理されている。

るものにとらえられている。⁽⁷⁾

アメリカにおいては、経営判断原則が適用されるには、合理的な注意が実際になされたことが前提であると理解されており、経営判断の前に関連事実および入手可能な事実の確認に十分な注意を払わなかった取締役に対しては、経営判断原則は適用されないとの立場を採ってきた。⁽⁸⁾ 同様に、忠実義務違反についても同原則の適用はないと考えられてきた。⁽⁹⁾ 取締役は会社のためにその職務を遂行する義務を負っており、自己の利益を会社の利益よりも優先させることは認められない。取締役自身の利益と会社の利益が対立する時、取締役は一定の裁量を有することをよいことに、会社の利益の犠牲のもと自己の利益を追求してしまうおそれが常に存在する。そのような場合には、取締役の下した経営判断であるという外形をもって、これを尊重することが必ずしも妥当ではない場合も生じうるからである。もっとも、わが国においては、忠実義務は「善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであつて…通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものと解することができない」との最高裁判所⁽¹⁰⁾

(7) 事件そのものは刑事事件ではあるが、最決平成21年11月9日刑集63巻9号1117頁にも経営判断原則に言及がみられる。

(8) アメリカ法律協会（ALI）「コーポレート・ガバナンスの諸原理—分析と勧告（ALI Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations）」（1994年）が、アメリカにおける経営判断原則（Business Judgment Rule）につき、第4.01条c項で定型化を試みている。それによれば、1）取締役が経営判断の対象と利害関係を有していないこと、2）当該状況の下で適切であると合理的に信じる程度に情報を有していること、および3）その経営判断が会社の最善の利益に合致すると相当に信じたこと、を満たす場合には、取締役としての注意義務が果たされたと推定する。

(9) 例えば、支配株主との間で取引がなされるような場合など、利益相反が強く疑われる場合には、経営判断原則の適用は排除される。そのような場合には、いわゆる完全な公正の基準（entire fairness）によって審査されることになる。アメリカにおける経営判断原則と完全な公正の基準については、松中学「取締役の利益相反取引とその承認（一）（二・完）—アメリカ法における利害関係なき取締役による承認—」阪大法学57巻1号（2007年）75-101頁、同57巻2号（2007年）237-257頁参照。

の言及があるため、善管注意義務を一部具体化するものにすぎないとの理解（同質説）が一般的である。

3 内部統制システム⁽¹¹⁾

3.1 取締役会等の責務

コードは、基本原則④取締役会等の責務において、上場会社の取締役会は、株主に対する受託者責任・説明責任を踏まえ、会社の持続的成長と中長期的な企業価値の向上を促し、収益力・資本効率等の改善を図るべく、（１）企業戦略等の大きな方向性を示すこと、（２）経営陣幹部による適切なリスクテイクを支える環境整備を行うこと、および（３）独立した客観的な立場から、経営陣（執行役及びいわゆる執行役員を含む）・取締役に対する実効性の高い監督を行うこと、をはじめとする役割・責務を適切に果たすべきであるとする。こうした役割・責務は、監査役会設置会社（その役割・責務の一部は監査役及び監査役会が担うこととなる）、指名委員会等設置会社、監査等委員会設置会社など、いずれの機関設計を採用する場合にも、等しく適切に果たされるべきであるとする。

(10) 最判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁。

(11) 内部統制システムの内容については、会社法施行規則98条が規定している。すなわち、①当該株式会社の取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、②当該株式会社の損失の危険の管理に関する規程その他の体制、③当該株式会社の取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、④当該株式会社の使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制、⑤当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制、監査役設置会社以外の株式会社である場合には⑥取締役が株主に報告すべき事項の報告をするための体制、さらに監査役設置会社である場合には、⑦当該監査役設置会社の監査役がその職務を補助すべき使用人を置くことを求めた場合における当該使用人に関する事項、⑧⑦の使用人の当該監査役設置会社の取締役からの独立性に関する事項、⑨取締役及び使用人が監査役に報告をするための体制その他の監査役への報告に関する体制、⑩その他監査役の監査が実効的に行われることを確保するための体制である。

このように、コードは、意思決定過程の合理性を確保することにより、経営陣の法的責任追及リスクを軽減して、業務執行にかかるリスクテイクを後押しすることを企図するようである。そうすると、取締役の意思決定過程・判断内容の合理性と法的責任（任務懈怠責任）との関連性は、すでにみてきたように経営判断原則に関する一連の議論の中で意識されてきた点と通ずるものがある。

また、コードは、独立社外取締役の選任を強く要求しており、その結果、経営と監督の分離が促進されるということが期待される。以下ではまず、監視・監督機能に関する内部統制システムと経営判断原則との関連を整理したい。

3.2 内部統制システム構築義務

会社法の条文上、取締役会は、取締役の職務の執行を監督する（会362条2項2号）。最判昭和48年5月22日民集27巻5号655頁〔百選72〕が、「株式会社の取締役会は会社の業務執行につき監査する地位にあるから、取締役会を構成する取締役は、会社に対し、取締役会に上程された事柄についてだけ監視するにとどまらず、代表取締役の業務執行一般につき、これを監視し、必要があれば、取締役会を自ら招集し、あるいは招集することを求め、取締役会を通じて業務執行が適正に行なわれるようにする職務を有するものと解すべきである」と判示しているとおりである。取締役は、職務を行う際に、法令を遵守し、会社が大きな損失を被ることのないよう、適切にリスク管理をしなければならないのである。しかし、いくら取締役が上記の意味で監視義務を負わなければならないとしても、特に上場会社においては、個々の従業員等の行為までを監視することは非現実的と言わざるを得ない。そのため、監視義務の内容は、会社の業務が法令を遵守して行われるための体制や、その他のリスク管理体制を含めて、取締

(12) 森本・前掲注(4)7頁。

役会が内部統制システムを構築する義務へと深化してゆくこととなった。取締役会は、従業員の行為を含めて、会社に生じる可能性のあるリスクを未然に防止する、あるいは発生した場合には拡大の防止・軽減に努める必要が生じ、それゆえ、十分な内部統制システムが構築・整備されていなかったと評価されれば、すなわち取締役としての任務懈怠（監視・監督義務違反）を構成することを意味することになった。取締役会設置会社においては取締役会の決議事項、取締役が2人以上いる取締役会非設置会社の場合には取締役の過半数による決議事項として、取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」を規定しなければならない（会348条3項4号、362条4項6号）。

3.3 内部統制システム構築と取締役・監査役の監視・監督義務違反が問題とされた裁判例

・大阪地判平成12年9月20日判例時報1721号3頁、判例タイムズ1047号86頁〈事案の概要〉都市銀行ニューヨーク支店の行員が、無断かつ簿外で米国財務省証券の取引等を行ったことにより、当該行員の勤務する都市銀行に約11億ドルの損害を与えたことに関し、代表取締役・ニューヨーク支店長であった取締役は、内部統制システムを構築すべき義務に、その他の取締役・監査役は、代表取締役が内部統制システムを構築しているか監視すべき義務にそれぞれ違反したとして株主代表訴訟を提起した事案。

〈判旨〉「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、例えば、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。そして、重要な業務執行については、取締役会が決定することを要するから（商法二六〇条二項〔筆者注：会社法362条4項〕）、会社経営の

根幹に係わるリスク管理体制の大綱については、取締役会で決定することを要し、業務執行を担当する代表取締役及び業務担当取締役は、大綱を踏まえ、担当する部門におけるリスク管理体制を具体的に決定すべき職務を負う。この意味において、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のであり、これもまた、取締役としての善管注意義務及び忠実義務の内容をなすものと言うべきである。監査役は、…業務監査の職責を担っているから、取締役がリスク管理体制の整備を行っているか否かを監査すべき職務を負うのであり、これもまた、監査役としての善管注意義務の内容をなすものと言うべきである。」と判示し、内部統制システム構築義務と善管注意義務との関係につき言及した。

・東京高判平成20年5月21日金融・商事判例1293号12頁、判例タイムズ1281号274頁

〈事案の概要〉乳酸菌飲料等の製造販売を主たる業とし、東証一部上場の株式会社である訴外会社の株主である控訴人らが、同社の取締役等であった被控訴人らに対して、同社が本件デリバティブ取引により巨額の損失を被ったことについて、同社に対して損害賠償等を求めた事案の控訴審。

〈判旨〉「会社の業務執行を全般的に統括する責務を負う代表取締役や個別取引報告書を確認し事後チェックの任務を有する経理担当の取締役については、デリバティブ取引が会社の定めたリスク管理の方針、管理体制に沿って実施されているかどうか等を監視する責務を負うものであるが、ヤクルト本社ほどの規模の事業会社の役員は、広範な職掌事務を有しており、かつ、必ずしも金融取引の専門家でもないものであるから、自らが、個別取引の詳細を一から精査することまでは求められておらず、下部組織等（資金運用チーム・監査室、監査法人等）が適正に職務を遂行していることを前提とし、そこから挙がってくる報告に明らかに不備、不足があり、これに

依拠することに躊躇を覚えるというような特段の事情のない限り、その報告等を基に調査、確認すれば、その注意義務を尽くしたものであるべきである。

また、その他の取締役については、相応のリスク管理体制に基づいて職務執行に対する監視が行われている以上、特に担当取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しない限り、担当取締役の職務執行が適法であると信頼することには正当性が認められるのであり、このような特段の事情のない限り、監視義務を内容とする善管注意義務違反に問われることはないというべきである。

また、監査役は、「取締役ノ職務ノ執行ヲ監査」すべき職責を負い（旧商法274条）、平成17年法律第87号による廃止前の株式会社の監査等に関する商法の特例に関する法律22条1項が適用される場合を除き、取締役の職務執行の状況について監査すべき権限を有することから、上記リスク管理体制の構築及びこれに基づく監視の状況について監査すべき義務を負っていると解されるが、…監査役自らが、個別取引の詳細を一から精査することまでは求められておらず、下部組織等（資金運用チーム・監査室等）が適正に職務を遂行していることを前提として、そこから挙がってくる報告等を前提に調査、確認すれば、その注意義務を尽くしたことになるというべきである。」

・最判平成21年7月9日判例時報2055号147頁、判例タイムズ1307号117頁〈事案の概要〉 上告人の従業員らが営業成績を上げる目的で架空の売上を計上したため、有価証券報告書に不実の記載がされ、その後同事実が公表されて上告人の株価が下落した。これに対し、公表前に上告人の株式を取得した被上告人が、損害を被ったと主張して、上告人に対し、損害賠償を求めた事案の上告審。

〈判旨〉「(1) 職務分掌規定等を定めて事業部門と財務部門を分離し、(2) C事業部について、営業部とは別に注文書や検収書の形式面の確認を担当するBM課及びソフトの稼働確認を担当するCR部を設置し、そ

これらのチェックを経て財務部に売上報告がされる体制を整え、(3) 監査法人との間で監査契約を締結し、当該監査法人及び上告人の財務部が、それぞれ定期的に、販売会社あてに売掛金残高確認書の用紙を郵送し、その返送を受ける方法で売掛金残高を確認することとしていたというのであるから、上告人は、通常想定される架空売上げの計上等の不正行為を防止し得る程度の管理体制は整えていたものといえる。そして、本件不正行為は、C事業部の部長がその部下である営業担当者数名と共謀して、販売会社の偽造印を用いて注文書等を偽造し、BM課の担当者を欺いて財務部に架空の売上報告をさせたというもので、営業社員らが言葉巧みに販売会社の担当者を欺いて、監査法人及び財務部が販売会社あてに郵送した売掛金残高確認書の用紙を未開封のまま回収し、金額を記入して偽造印を押捺した同用紙を監査法人又は財務部に送付し、見掛け上は上告人の売掛金額と販売会社の買掛金額が一致するように巧妙に偽装するという、通常容易に想定し難い方法によるものであったといえる。

また、本件以前に同様の手法による不正行為が行われたことがあったなど、上告人の代表取締役であるAにおいて本件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も見当たらない。

さらに、…売掛金債権の回収遅延につきBらが挙げていた理由は合理的なもので、販売会社との間で過去に紛争が生じたことがなく、監査法人も上告人の財務諸表につき適正であるとの意見を表明していたというのであるから、財務部が、Bらによる巧妙な偽装工作の結果、販売会社から適正な売掛金残高確認書を受領しているものと認識し、直接販売会社に売掛金債権の存在等を確認しなかったとしても、財務部におけるリスク管理体制が機能していなかったということとはできない。」

・東京地判平成21年10月22日判例時報2064号139頁

〈事案の概要〉新聞等を発刊する会社の従業員がインサイダー取引を行ったことについて、取締役らには従業員の不正行為を防止することを怠った任務懈怠があり、それによって会社に損害を生じさせた任務懈怠責任を追

及した事案。

〈判旨〉「株式会社の取締役は、会社の事業の規模や特性に応じて、従業員による不正行為などを含めて、リスクの状況を正確に把握し、適切にリスクを管理する体制を構築し、また、その職責や必要の限度において、個別リスクの発生を防止するために指導監督すべき善管注意義務を負うものと解される（旧商法254条3項、民法644条）。

…補助参加人は、経済情報を中心として日経新聞など5紙を発行する我が国有数の報道機関であり、その報道機関としての性質上、多種多様な情報を大量に取り扱っており、その従業員は、報道部門や広告部門なども含めて、業務遂行上、秘密性のある情報や未公表情報などのインサイダー情報に接する機会が多いといえる。したがって、補助参加人の取締役としては、それらの事情を踏まえ、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ものと解される。」

・大阪地判平成25年12月26日金融・商事判例1435号42頁

〈事案の概要〉破産会社の管財人であるBが、同社の監査役であった原告を相手方として、破産裁判所に対し、原告に対する損害賠償請求権の額を8,000万円と査定するよう求める役員責任査定を申し立てたところ、破産裁判所は、原告には善管注意義務違反があるものの、同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、原告と破産会社との責任限定契約に基づき、原告に対する損害賠償請求権の額を648万円と査定する旨の本件査定決定を行った。原告が、本件査定決定を不服とし、原告には善管注意義務違反がないから損害賠償債務は負わないなどと主張して、被告管財人に対し、同決定の取消しを求めて同決定に対する異議の訴えを提起した事案。

〈判旨〉「監査役は、取締役に対する業務監査権限に基づく善管注意義務の一環として、取締役がリスク管理体制を構築する義務を果たしているか、

構築したリスク管理体制が妥当なものであるかについて監視することが義務付けられている。そして、監査役は、会社において、リスク管理体制が構築されていない場合や、これが構築されているとしても不十分なものである場合には、取締役に対して、適切なリスク管理体制の構築を勧告すべき義務を負うと解される。」

・大阪高判平成27年5月21日金融・商事判例1469号16頁

〈事案の概要〉上記大阪地判平成25年12月26日の控訴審。

〈判旨〉控訴人が「平成3年8月から日本公認会計士協会近畿会に所属する公認会計士であり、平成13年3月に破産会社の社外・非常勤監査役に就任し、平成23年3月30日に辞任するまでの間、同社の監査役であった者であって、また、…平成22年度の監査役の監査業務の職務分担上、経営管理本部管掌業務を担当することとされていたことに加えて、取締役会への出席を通じて、〈代表取締役：筆者注〉による一連の任務懈怠行為の内容を熟知していたことをも併せ考えると、控訴人には、監査役の職務として、本件監査役監査規程に基づき、取締役会に対し、破産会社の資金を、定められた用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があったといえることができる。そして、控訴人が、破産会社の取締役ら又は取締役会に対し、このような助言又は勧告を行ったことを認めるに足りる証拠はないのであるから、控訴人が上記助言又は勧告を行わなかったことは、上記の監査役としての義務に違反するものであったといえることができる。」

・東京地判平成27年4月23日金融・商事判例1478号37頁

〈事案の概要〉会社が河川法に基づく取水許可に関する条件に違反し、当該許可を取り消されることになったことにつき、株主が、同社取締役および監査役には任務懈怠があったため、関係する自治体へ多額の寄付をせざるを得なくなったとして株主代表訴訟を提訴した事案。

〈判旨〉「Zは、本件規則所定の最大取水量及び維持流量を遵守すべく、

内部規程等を設けて、信濃川発電所の従業員に対し最大取水量及び維持流量を遵守した運営をするよう指図していたこと、就業規則等において、その従業員が法令等の遵守義務や懲戒事由を定めたり、その役員及び従業員における事実関係の調査や所属長への報告義務を定めるなどしているほか、法令遵守に関する事務を担当する部署の設置、法令遵守及び企業倫理に関する指針の約定や、コンプライアンス・アクションプランの配布等を行っていたことが認められる…。そして、Z は、信濃川発電所における実際の取水量及び放水量の測定に関しても、あらかじめ H-Q 曲線を作成した上で、水位計によって計測された水位に基づいてコンピュータ処理により算出するという、それ自体としては十分な合理性を有するシステムを導入・運用し、当該システムにより測定された取水量等は、監督官庁たる北陸地方整備局長（河川事務所）に対して報告されるものとされていたことが認められ、信濃川発電所において当該システムを実際に運用する従業員についても、ダム管理主任技術者の資格を持つ従業員を養成・配置するなどの措置をとっているのであって、当該従業員の知識や技能が不足していたとみるべき事情はうかがわれない。

これらの事情に照らせば、Z は、信濃川発電所において、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認めるのが相当である。

他方、前提事実及び前記認定事実によれば、本件不正取水行為は、当時の信濃川発電所の従業員が、取水量等の測定結果を巧妙に歪める上下限設定を取って行い、そのことを Z の本社や取締役等に伝達しない（…監督官庁たる北陸地方整備局長から、相当具体的な指摘を伴う本件自主点検指示②を受けた際においても、上下限設定の存在は報告されていない。）、というような意図的な行為に及んだことによって生じたものである。そして、そのようにしていったん上下限設定が行われた後は、取水量及び放流量の測定及び記録はコンピュータによる自動処理に委ねられ、その過程に人の行為が介在しなくなる上、その測定結果にも、実際の数値を人為的に操作したこと

について具体的な疑いを生じさせるような不自然な点はなく（前述のとおり、取水量等が河川事務所に報告されていたにもかかわらず、平成20年8月20日に至るまで、不正取水の疑いを指摘されたことがなかった。）、信濃川発電所の外部の者が上下限設定や本件不正取水行為に気づくことは著しく困難であったと認めるのが相当である。そうすると、本件不正取水行為を防止することができなかったことをもって、Zの上記管理体制に特段の不備があったと認めることはできない。

以上によれば、上記被告らが、現に構築されていた管理体制に加えてさらに前記アのチェック体制構築等を行う義務を負っていたということではできない」ので、各被告は「チェック体制構築等の義務違反を理由とする損害賠償責任を負うということではできない。」

3.4 内部統制システムと取締役の監視・監督義務の関係に関する学説

次に、内部統制システムと取締役の監視・監督義務の関係について、学説はどのように理解してきたのかを概観することとする。

・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14頁、16頁（1982年）

「取締役は、会社の具体的な業務執行をみずから個別的に監視することは不可能であるが、会社の業務執行が適正に行われることを一般的に確保するための体制が会社内に設けられているか否か、それが十分に機能するにあるか否かを監視することはできるのであり、このような体制が機能しており、そのもとで業務執行が不適正なものとなることを疑うべき事情が認められないことに取締役が合理的に信頼する場合には、それによって取締役会の監督権能は、会社の業務執行の適正を確保するために大きな機能を発揮することができる」。業務執行が適正に行われることを確保するための体制には、「法令遵守」と「情報収集」の2側面がある。「法令遵守」については、「取締役は、会社の業務執行が法令にしたがって適法に行われることを一般的に確保するための合理的な体制が会社内に設けられて

おり、かつそれが機能していることに合理的に満足すべきであり、そのような体制が機能していることに合理的に満足し、かつ業務執行が法令に違反することを疑うべき事情が存しないときは、たまたま違法な業務執行が行われても、監視義務の違反による責任を追及されることがないが、そのような体制が会社内に設けられていない場合は、たとえ具体的な業務執行が法令に違反することを疑うべき事情を知らないときにおいても、監視義務の違反による責任を問われるものと解される。「情報収集」については、「会社の業務執行の全般を把握するために、常時、自ら会社の帳簿・書類等の閲覧をしなければ監視義務を尽くさなかったとされるものではない。すなわち、会社の営業及び財産の状況の監督についての会社の内部統制が信頼しうる組織のもとにあり、変動する会社の業務執行の状況を各取締役が適切に把握するのに必要な頻度で取締役会での報告を通じまたはその他の方法で、そのような内部統制のための組織を通じて作成された会社の情報が取締役に提供されるときは、そのような内部組織が適切に機能していないと疑うような特段の事情がない限り、会社の業務執行の状況を正確に把握するための取締役の義務は尽くされているものと解される。

・吉井敦子「内部統制システム構築義務と『赤旗の兆候・red flag』」法学雑誌第60巻第3・4号193-194頁、214頁（2014年）

取締役は事業活動上のリスクについて評価・分析しなければならないため、内部統制システム構築義務は、「的確な経営判断」に基づき「当該リスクとの関係で合理的なもの」として内部統制システムが整備・運用されていたかによって判断されなければならない。通常に起こりうるリスク相応の内部統制システムが構築されていたとしても、「認知し、対応すべき『赤旗の兆候』が現れていた場合には、当該内部統制システム構築義務を負う役員は、「不正事実の存在を疑い、調査等しかるべき措置をするべき義務が、内部統制システム整備ないし運用義務として生じ、「取締役として経営上の会社のリスクを適確に分析・検討した上で、そのリスクに応じた合理的な内部統制システムの構築義務が問われる」。

3.5 小括

まず、これらの裁判例は、いったい何を示唆するのであろうか。第一の特徴として、いずれの裁判例も、取締役会社に会社の規模や事業の特性に応じて、リスク管理体制を構築すべき義務を負っていることに言及していることを指摘することができる。また、取締役にとどまらず監査役についても同様に言及するものもある。

ここで、内部統制システムの構築についても、経営判断原則の適用があるのか否かという問題が生じてくる。裁判例を分析してみると、取締役・監査役には、「通常想定される」不正行為や、「一般に予見できるような」違法行為は、あらかじめ防止できるような体制をひいておくことが要求されている。これ自体は、全体の意味合いとしては共感を得られやすい説明といえることができるが、その具体的な内容は必ずしも明らかとはいえない。大阪地判平成12年9月20日が「整備すべきリスク管理体制の内容は、リスクが現実化して惹起する様々な事件事故の経験の蓄積とリスク管理に関する研究の進展により、充実していくものである。したがって、様々な金融不祥事を踏まえ、金融機関が、その業務の健全かつ適切な運営を確保するとの観点から、現時点で求められているリスク管理体制の水準をもって、本件の判断基準とすることは相当でないと言ふべきである。また、どのような内容のリスク管理体制を整備すべきかは経営判断の問題であり、会社経営の専門家である取締役に、広い裁量が与えられていることに留意しなければならない」と、説示していた点があらためて注目されよう。したがって、内部統制システムの水準は、画一的に定まるものではなく、それゆえ、取締役には、多角的な視点から、どの程度の内部統制システムが必要なのかについて、広い裁量が認められてよい。通常想定されるリスクに対応できる程度の管理体制を整えていた場合には、取締役の義務は果たされていると評価できることになろう。

二つ目の特徴として、これは、一つ目の特徴も裏返しということになるが、仮に内部統制システムが一応構築されていたとしても、取締役は不正

行為の存在や上がってくる情報に疑念を抱くような特段の事情が存在する場合には、合理的な調査を行い、必要な正措置を講ずる義務を負うことを意味するというを指摘できる。すなわち、取締役は、自社の内部統制システムが効率的かつ適切に構築されているのかについて、常に注意を払わなければ、義務違反を生じるのである。

次に、学説からの示唆は何であろうか。かつては内部統制システムは、「本来経営者がその業務執行の適正さを確保し、経営効率を向上させる目的で、任意的に構築されるものである。その意味では、従来、内部統制システムを構築するか否か及びその具体的な内容の決定については代表取締役をはじめとする会社の業務執行者の裁量に委ねられている」とする見解⁽¹³⁾も見られたが、明文で規定の設けられた現在では、より積極的に義務付け⁽¹⁴⁾られている。また、適切な内部統制システムの構築の局面に限られず、不祥事が発生した場合の事後的対応方法にも、取締役には広い裁量が与えられてよい。そのような状況下では、取締役には、関係するすべてのステークホルダーにきちんと説明できるような透明性を持った対応をすることが求められており、経済的損失にとどまらずに、企業としてのブランド価値の喪失といった総合的にみて致命的なダメージを回避するために、さまざまな判断要素を考慮できるという意味で、広い裁量が認められるべきである⁽¹⁵⁾。学説は、多少の表現の差異はあれども、基本的に裁判例の理解と方向

(13) 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」金澤法学42巻1号84頁（1999年）。

(14) 田中亘『会社法』（東京大学出版会、2016年）268頁も、「内部統制システムの整備には、費用が掛かる以上、システムの内容は、対費用効果を考慮して決定する必要があり、高度な経営上の知見・経験を必要とする。したがって、どのような内部統制システムを整備するかについては、取締役に広い裁量が認められるべきであり、義務違反の審査は、経営判断原則の枠組みによって行うことが適当である」とする。

(15) 神作裕之＝松井秀樹＝松木和道＝井上由理＝本村健「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] 一果敢なりリスク・テイクとプレーキの発揮のために」商事法務2089号15-16頁（2016年）〔松井発言〕。

性は一致していると考えてよい。

4 取締役会等の責務と社外取締役の関与

社外取締役とは、会社法2条15号のすべての要件を満たす者をいう。現在、その会社や子会社の業務執行に携わっている、あるいは過去に業務執行に携わったことのある者、大株主や親会社の出身者等は、第三者の立場からの適切な監視が期待できないため、社外取締役には該当しない。当該要件は、平成26年会社法改正によっていっそう厳格化されている。

もっとも、コードそのものは、独立社外取締役について定義を置いていない。コードの原則4-9は、取締役会に対し、金融商品取引所が定める独立性基準を踏まえ、独立性判断基準を策定・開示することを求めているに過ぎない。社外取締役の独立性を判断する基準を金融商品取引所が定める独立性基準に委ねている⁽¹⁶⁾。この基準によって独立性が否定される者は、「独立社外取締役」に該当しないと判断されることになる。また、取引所の定める基準によらない場合には、一般社団法人日本取締役協会が公表している「取締役会規則における独立取締役の選任基準〔モデル〕」⁽¹⁷⁾が独立性の基準を提示している。いずれにせよわが国の現状では、独立性の高い社外取締役が取締役に占める割合は、諸外国と比較しても低いものにとどまっている。

しかしながら、記述の通り、コードが社外取締役の選任を要求しているため、今後は、一層社外取締役が経営の意思決定に関与する度合いが高まるものと期待される⁽¹⁸⁾。この時、業務執行取締役には、一定の条件の下、経

(16) たとえば、東京証券取引所が定める独立性基準は「上場管理等に関するガイドライン」(http://jpx-gr.info/rule/tosho_regu_201305070043001.html) III 5.(3)の2において定められている。

(17) 一般社団法人日本取締役協会のHPより平成27年5月25日補訂版を入手可能(http://www.jacd.jp/news/odid/150525_01report.pdf)。

(18) 東京証券取引所のリサーチによれば、平成28年7月14日時点での上場会社（市

営判断原則が適用されるべきであると考え、社外取締役については、経営判断原則の適用はあるのであろうか。以下では、特に社外取締役の担う役割をコードの規定する取締役会全体の債務との関連から若干の考察を加えてみたい。

社外取締役の位置づけに関しては、経営陣からの提案について、経営陣の判断の基礎となった情報と経営陣の考えをしっかりと聞いたうえで、その合理性・妥当性を検討し、経営陣からの提案を「是」とするときは、経営陣幹部を積極的に支援することになるが、経営陣の提案するリスクテイクを断念するよう説得することが必要な場合もある。また、社外取締役は、高度なリスクテイクにかかわる経営事項については適時適切に事後報告を受け、当該経営判断の妥当性を再チェックし、前のめりになりがちな経営陣幹部に適切なアドバイスをすることも求められる。経営陣幹部を支援するアクセル役となることは容易であるが、ブレーキ役としても機能しなければならない位置づけと説かれる⁽¹⁹⁾。

また、業務執行取締役であるか社外取締役であるかの違いによって、善管注意義務の水準が変わることがあるのかという問題については、取締役の善管注意義務は高度に客観化されていること、さらには、高度に客観化されていることに加えて強行法規化されており、義務違反の責任については、例えば原則として全株主の同意がないと免除できないといった会社法一連の免責に関する規律とあいまって、取締役は基本的には社外取締役かどうかということは問わず、善管注意義務の水準は同一であり、誰であろうと当該状況・地位にある取締役に対して通常期待される合理的な注意をもってその職務を遂行する義務があると考えられる。そのうえで、個々の

場第一部) 1,966社のうち、2名以上の独立社外取締役を選任する上場会社(市場第一部)の比率はで全体の79.7%(1,566社)、独立社外取締役を選任する上場会社(市場第一部)に至っては、その比率は97.1%(1,909社)に達する。全上場会社の状況を含めた詳細データは(<http://www.jpx.co.jp/news/1020/20160617-01.html>)より入手可能。

(19) 以上、森本・前掲注(4)7頁。

取締役の任務の範囲が違う、あるいは善管注意義務に基づき生じる具体的な行為規範は異なる⁽²¹⁾と考えるべきである。社外取締役一人ずつが有する専門性や知識・能力にはおのずと差があり、それゆえ、それぞれに期待される役割は当然異なってくる。その者が弁護士資格や公認会計士資格を有する場合などには、その専門的知見をいかんなく発揮することが株主から期待されているはずである。その場合に、専門的知見を有する者とそうではない者との任務の範囲に差が出ることはむしろ自然であり、各自がこれをこなすことが、それぞれの善管注意義務を果たすことを意味すると理解すべきである。この意味で、善管注意義務違反の判断にあたって、社外取締役に⁽²²⁾も経営判断原則の適用は肯定されるものと解される。

5 結 語

本稿において、経営判断原則は、取締役の善管注意義務違反の有無を判断するための、より積極的には、取締役の裁量を広く認め、合理的な判断を期待するための枠組みとして活用されていることが確認された。企業価値ひいては株主の利益を最大化するために、株主の期待を込めて選任された取締役に経営判断の柔軟性を与えようとするものであるといえ、この理解自体には、わが国においても、アメリカにおいても特に異論はみられない。しかしながら、経営判断原則の具体的な内容を突き詰めてみると、実は未解明な部分が残されたままであることが再認識された。次に、内部統制システム構築義務との関係においても、経営判断原則が基本的には妥当するものといえるが、コードが要求するように、社外取締役が積極的に経営の意思決定に関与することになった場合に、これをどのように位置づけ

(20) 神作裕之＝松井秀樹＝松木和道＝井上由理＝本村健「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〔下〕—果敢なリスク・テイクとプレーキの発揮のために—」商事法務2090号28-29頁（2016年）〔神作発言〕。

(21) 神作ほか・前掲注（20）29頁〔神作発言〕。

(22) 神作ほか・前掲注（20）29頁〔松井発言〕。

るべきであるか、現段階で検討を試みた。実務においては、より実態に即した議論を展開する必要があると大きく、その意味で本稿は、入り口の問題点を再確認したにとどまり、もとより検討としては不十分な内容である。特に、平成26年改正会社法で企業集団にかかる内部統制等の体制整備が求められることになったことから、取締役らの個別の問題にとどまらず、子会社の管理にも関連して、いわゆる信託⁽²³⁾の権利の問題などがあらためて検討されなければならない。

残された多くの部分については、今後の議論の進展に留意しつつ、引き続き、今後の研究テーマとして、取り組んでいきたい。

(23) 信託の原則を認めたと評価することが可能と思われる裁判例はいくつかみられるが、例えば次のようなものがある。東京地判平成16年12月16日判例時報1888号3頁は、「会社において、このようなりスク管理体制が構築され、これに基づき個々の取締役の職務執行に対する監視が行われている限り、個々の取締役の職務執行が違法であることを疑わせる特段の事情が存在しない限り、他の取締役が、代表取締役や担当取締役の職務執行が適法であると信託することには正当性が認められることから、仮に、個々の取締役が、違法な職務執行を行い会社が損害を被った場合であっても、他の取締役について、監視義務を内容とする善管注意義務違反を問われることはないというべきである」とし、東京地判平成25年10月15日 LEX/DB 25515853は、監査役の任務懈怠が問われた事例であるが、「監査役が、個別的な商取引について、逐一その証憑書類の有無・内容等を精査、確認すべきとすることは現実的でないから、監査役は、会計監査人の監査の方法及び結果が相当でないと疑われる事情がある場合を除いては、会計監査人の監査結果を前提として自らの職務を遂行することができるというべきであり、さらに、内部監査室、コンプライアンス室及び内部統制委員会といった会社の業務の適性確保等を目的とした内部統制システムが導入されている場合には、これらの組織の整備及び運用状況等が適正なものと認められる限り、監査役は、当該組織による報告や情報提供等を前提に職務を遂行することができるものというべきである」と述べる。

なお、信託の権利を内部統制システムとの関連でとらえた場合、内部統制システムが導入されているのであれば、この整備・運用状況を確認することが前提であり、この前提を欠く場合には、任務懈怠を構成する。また、そもそも取締役の任務懈怠が内部統制システムの不備によって生じた場合には、他の取締役には内部統制システム構築義務違反にもとづく責任が生じることになる。