

## 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(四)

笠原, 武朗  
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3859>

---

出版情報：法政研究. 70 (3), pp.27-77, 2003-12-18. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：



# 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(四)

笠原武朗

第一章 検討の対象と問題の所在

第二章 取締役の監視・監督義務の具体的内容と責任の判断枠組の一般論

第三章 内部統制システムに関する取締役の義務

第一節 序説

第二節 アメリカ法―総論

第三節 アメリカ法―破綻金融機関に関する裁判例の分析

第一款 序説

第二款 金融機関の経営上の判断の実体的内容に関する従来の裁判例における試み

(以上、六九卷四号・七〇卷一号・二号)

第三款 一九八〇年代の金融危機における破綻金融機関に関する裁判例

第四款 アメリカにおける理解

第五款 分析

第四節 ドイツ法

第五節 日本法への示唆（以上、本号）

第四章 商法二六六条一項の意義—複数の任務懈怠取締役がいる場合

第五章 減責の可能性—複数の任務懈怠取締役がいる場合

第六章 総括

第三章 内部統制システムに関する取締役の義務

第三節 アメリカ法—破綻金融機関に関する裁判例の分析

第三款 一九八〇年代の金融危機における破綻金融機関に関する裁判例

一 一九八〇年代のアメリカにおける金融危機において破綻した金融機関の取締役や役員に対するFDICやRTC等による責任追及活動において見られる新たな手法として注目されるのは、取締役や役員の実責任を論ずる際に、金融機関自身が定める内部的な方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に関する言及がしばしば為されていることである。ただし、これは全体的な傾向としては明らかであるものの、必ずしも全ての裁判例に共通するという訳でもなく、またそのような言及が各々の裁判例の中でいかなる意義を有しているかは実に多様である。従って、本款以降においては、金融機関の取締役や役員の実責任に関する新傾向を理解するためにいくつかの裁判例を素材とし、内部的な方針・基準・手続や内部統制といったものが取締役や役員の実責任の文脈でどのように現れているかを分析することとした。

い。

本款では素材となる裁判例を紹介していくが、一つの裁判例を別の観点より分けて紹介している場合もある。

二 まず、金融機関が自身で定めた方針・基準・手続の違反やその不存在、あるいはその不適切さが取締役や役員義務違反あるいは重過失を基礎付けるものとして機能した裁判例をいくつか見てみよう。最終的に裁判所により賠償が命じられた事例として次のようなものがある。

① FDIC v. Robertson (1989)<sup>(12)</sup>

本件は、破綻した州法銀行 Kansas American Bank (KAB) の元取締役 Robertson に対する FDIC による責任追及訴訟である。Robertson は KAB の CEO や頭取を務めていたが、KAB の実権は多数株式を握る取締役である Henzen 兄弟にあった。KAB では独自の融資方針が定められており、そこでは、融資の承認に先立ち融資先から最新の正確な財務情報を入手し、現実的な返済計画を設定すべきこと、融資が適切な担保で保全されるべきこと、融資目的が明確にされるべきこと、あるいは、誠実性に疑問のある者への融資を行わないこと等が求められていた。この融資方針はよき銀行実務の一般的基準に適合するものであったとされる。

FDIC が問題とした行為には、Robertson の就任前に実行された融資の更改の承認や新規融資の実行の承認等様々なものが含まれていた。判旨はそれらの一つ一つについて検討し、それぞれの行為につき Robertson の義務違反を認めた<sup>(13)</sup>。その義務違反の認定のパターンは、融資の実行や更改の承認に先立ち融資先の最新の正確な財務情報を入手していないこと、返済計画が設定されていないこと、適切な担保を徴していないこと、融資目的が特定されていないこと、あるいは、融資先の誠実さに疑問が残ること等の事情をいくつか認定した上で、当該取引の承認

はKAB自身の融資方針及びよき銀行実務に反するものであるとしてRobertsonの義務違反を認める、というものであった。裁判所はこれらの義務違反から生じた損害として、Robertsonに対して総額約五五〇万ドルの賠償を命じた。

被告Robertsonが肩書きは別として実際にはどのような立場にあったのかは判旨からはよく分らないが、Robertsonが抗弁として、たとえ反対しても承認が為されたであろうから責任を負わないと主張していること等から見ると、少なくとも各融資の更改や承認を積極的に推進していたということではなさそうである。Robertson自身に利害関係のある取引は含まれていないし、Henzen兄弟の利害関係がある取引についてもそのこと自体が義務違反の認定上考慮されている訳でもなく、<sup>(15)</sup>Henzen兄弟にも利害関係のない場合についても義務違反が認められている。また、RobertsonのCEOあるいは頭取としての資格から特に義務違反の認定をRobertsonにとって厳しくしているようにも思われない。従って、判旨の言う義務違反は、あくまで各取引を承認した取締役会の構成員としてのRobertsonの行為を問題としているものと見られる。

本件判旨で義務違反の認定に際して考慮されている個々の事情については、それらの事情がありながら承認したが故に義務違反があるというのではなく、それらがKAB自身の融資方針に反していたことをもって義務違反の根拠とされている点が注目される。すなわち、本件は金融機関内部の融資方針が取締役の義務違反を判断する基準として機能した例として理解することができるのである。融資方針を持ち出すことなく判断してもやはり義務違反が認められる可能性も十分にあったのだが、社内的な基準に反して承認されたことを指摘する方が裁判所にとってより容易なことであったのではないか。

次の二つの裁判例は、被告の summary judgement 申立てに対する判断ではあるが、内部的な方針・手続の違反が取締役の義務違反を基礎付け得るものとして捉えられていると理解できるものである。

② FDIC v. Schreiner (1995).<sup>(註)</sup>

本件は破綻した州法銀行 Chas. Schreiner Bank (CSB) 及び Ingram State Bank (ISB) の元取締役ら及び元役員らに対する FDIC による責任追及訴訟であり、本決定は被告らの summary judgement 申立てに対する判断である。FDIC は、内部者を含むいくつかの融資先に対する CSB による融資の承認・更改等に関する被告の重過失及び信認義務違反、あるいは ISB によるそれらの融資に対する参加に関する被告の重過失及び信認義務違反に基づく責任を主張していた。被告の申立ては、重過失を示す証拠が提出されていないこと、ビジネス・ジャッジメント・ルールによる請求の遮断、信頼の抗弁、等を理由とするものであった。

重過失の問題につき、判旨は、FDIC により提出された証拠は重過失の有無を真正な事実問題とするのに十分であるとして、被告らの summary judgement 申立てを却下した。その中心は、様々な証拠を検討して被告らの重過失及び信認義務違反を結論付けた専門家証人の宣誓供述書であり、ここでは、例えば、Priour 及びその関連会社に対する融資<sup>(註)</sup>については次のようなことを指摘して重過失ありとされていた。融資とその更改は、Priour の古くて矛盾のある財務書類、及び Priour の関連会社の不適切で古い、しかもそれ自体逼迫した財務状況を伝える無監査財務諸表に依拠し、Priour の資産や債務、信用状況についての確認、担保価値や事業の成否についての独立の調査、あるいは返済計画の設定等も怠った上で承認された。ハイリスクな融資先集中であり、更改は未払利子を元本に組み入れて行われていた。表面上融資返済の状況を示しながらもその実、CSB の融資方針において規定され、分別ある銀行実務において要求される融資基準の全くの不遵守となる、ミスリーディングで詐欺的な融資の実

行及び更改であった。

本決定の被告には様々な立場の者が含まれているようであり、問題とされている融資の融資先になっている取締役もしくは役員 (Priour) から、取締役会に出席していなかったことを抗弁として主張する取締役までいるが、<sup>(12)</sup> 上で見た論点に関しては全員まとめて論じられているため、取締役一般の問題として捉えてよいものと思われる。

専門家証人の宣誓供述書において重過失の認定の際に挙げられている事情には、融資及び更改の実体的内容に対する非難と、融資及び更改の承認の検討プロセスに対する非難—融資先の信用状況の適切な分析の欠缺—とが含まれている。すなわち、如何に危険な融資であったかという点のみならず、如何にいい加減に承認されたかという点をも重視しているのであるが、そのいずれもがCSBの融資方針にも規定され、一般慣行にも沿う融資基準の不遵守であるとされている。判旨はこれを、RTCの主張がsummary judgement申立てに耐えるに十分な証拠だとしている。

③ RTC v. O'Bear, Overholser, Smith & Huffer (1995).<sup>(13)</sup>

本件は破綻した連邦S&LであるHometown Federal Savings Bank (Hometown) の元取締役らに対するRTCによる責任追及訴訟であり、<sup>(14)</sup> 本決定は被告のsummary judgement申立てに対する判断である。RTCはS&Lの業務規制緩和後にHometownが行った五件の融資に関して被告らの重過失を主張し、被告らは法律問題として重過失はないと主張した。RTCが証拠として提出した専門家証人の宣誓供述書には次のような内容が含まれていた。被告らは本件融資の承認に際して無頓着にも彼等自身の方針と手続を無視し、融資仲介者、融資先、あるいは参加融資の主幹事融資者により準備された情報に過度に依存し、彼等の義務を果たさなかった。また、業務地域外の共同住宅建設融資の引受に際して必要なより高度の能力と注意を用いなかった。これらの義務違反が損害の原因

である。判旨は、この宣誓供述書を指摘し、合理的な陪審であればこれを受け入れる可能性があるとして、summary judgement 申立てを却下した。

被告らについては、頭取であった一人を除くと、取締役であったことしか明らかではない。問題とされている五件の融資についても、規制緩和後に行われたハイリスクな融資（恐らく商業目的不動産融資）であること以外は明らかではない。従って、RTCによる非難は、取締役らが自身で設定した方針と手続に反して融資を承認した点にあり、それが損害をもたらした重過失であると考えている。このような主張と証拠が summary judgement 申立てに耐えたとされた事例である。

次の裁判例は、請求を基礎付けるのに十分な主張が為されていないことを理由とする被告の却下申立てに対する判断の中で、不適切な基準や手続、あるいは書面による融資方針の不存在が取締役の重過失を基礎付け得るという一般論を示したものとして理解できる。

④ RTC v. Franz (1995)<sup>(132)</sup>.

本件は破綻した連邦S&LであるClyde Federal Savings and Loan Association (Clyde) の元取締役ら及び役員らに対するRTCによる責任追及訴訟であり、本決定は被告らの却下申立てに対する判断である。RTCの主張によると、被告らは収益強化プログラムの一環としてオプション取引プログラムを開始したが、直後にFHLLB（連邦住宅貸付銀行理事会）が当該プログラムの不適切な引受基準及び記録保持、限度額の不存在等を理由として批判していた。この批判にもかかわらず、被告らは収益強化プログラムを適切に監視せず、結局、オプション取引

により多額の損害が生じた。また、被告らは共同土地付きマンション建設のための融資への参加を承認したが、これはClydeにとって初めての州外融資であった。にもかかわらず、被告らは書面による適切な融資方針も設定せず、当該融資が為されれば手数料を受け取ることとなる仲介業者により分析・提供された情報に依拠していた。結局これはデフォルトとなり、Clydeに多額の損害が発生した。以上のようなRTCの主張に対し、被告らは重過失に基づく請求を維持できるだけの十分な事実が主張されていないとして却下を申し立てた。<sup>(13)</sup> 判旨は、RTCの主張は重過失に関する十分な主張を含んでいるとして、申立てを却下した。

RTCの主張の要諦は、オプション取引に関しては、規制監督機関からプログラムの不適切さに関して指摘を受けながらも、被告らが適切な処置を講じなかったこと、マンション建設融資に関しては、被告らは書面による適切な融資方針を設定せずに、利害関係ある者からの情報に依拠して融資を実行したことにあり、共に重過失の主張として十分であるとされている。前者に関しては、不適切な基準や手続に基づいてオプション取引が為されていることを取締役が知っていた場合として理解でき、後者に関しては、書面による融資方針を欠いていたことが批判されている点が注目される。

三 次に、金融機関が定める方針・基準・手続の不遵守があつたとされる場合、あるいは方針・基準・手続が不適切なものであつたとされる場合に、取締役や役員の実行責任を追及する側にとって大きな障害として通常機能しているビジネス・ジャッジメント・ルールや信託の抗弁の適用が否定された裁判例を挙げることができる。ただし、いずれも summary judgement 申立てや却下申立てに対する判断である。

② FDIC v. Schreiner (1995).<sup>(註)</sup>

被告らの summary judgement 申立てに対する判断であるこの裁判例においては、被告はビジネス・ジャッジメント・ルールに基づき請求は遮断されるべきであるとも主張した。これに対して、判旨は、FDICは重過失及び信認義務の重過失による違反を真正な事実問題とするのに十分な証拠を示しており、それらはテキサス州のビジネス・ジャッジメント・ルールによって保護されるものではないとした。

また、判旨は、被告らの主張する信頼の抗弁に対しても、FDICは被告らの従業員その他に対する信頼が許されるものであったかを真正な事実問題とするのに十分な証拠を示しているとした。すなわち、専門家証人によると、融資や更改に際して被告らに提供された情報は古く、不確実、不完全かつ不適切で、多くの場合全く欠落しており、従って、融資や更改に際して遵守すべき融資基準が事実上ないままに、またCSB自身の融資方針に反して行われていることは被告らにとって明らかであったので、被告らの信頼は正当化されない、というのである。更に、被告らは銀行検査官により度々融資業務の欠陥について警告を受けていたことも指摘されている。

以上により、被告らの summary judgement 申立ては却下された。

判旨が注目する専門家証人の宣誓供述書では、CSBの融資方針にも規定され、一般慣行にも沿う融資基準の不遵守が指摘されていた。そのような状況にある場合には、ビジネス・ジャッジメント・ルールによる保護が否定されることを明らかにしたものととして理解できる。

本決定で注目すべきことは、被告の信頼の抗弁に関する判断である。専門家証人は、融資基準の不存在、融資方針違反の状況で融資及び更改が為されていることは被告にとって明らかであったから、被告の信頼は正当化されないとしている。広く認められている信頼の抗弁を覆すために、社内の方針や基準に言及している点が注目される。判旨は、これ

説 論  
も summary judgement 申立てに耐えるに十分な証拠だとしている。

本決定でも、規制監督機関による非難・警告が事前にあつたことが言及されている。このような非難・警告がなかつた場合にいかなる判断が下されたかは明らかではないが、いずれにしても、その非難・警告の内容も融資基準の不存在や融資方針の違反であり、そのような事柄に関する取締役の義務の存在を裏付けるものである。規制監督機関による非難・警告は、そのような事情についての取締役の知・不知を問題とする必要をなくす機能を果たしているものと思われる。

⑤ RTC v. Gladstone (1995).<sup>(135)</sup>

本件は破綻した連邦S & LであるHome Federal Savings Bank of Worcester (Home Federal) の元役員ら及び取締役らに対するRTCによる責任追及訴訟であり、本決定は被告らのsummary judgement 申立てに対する判断である。RTCは信認義務違反、行為自体で成立する過失 (negligence per se)、重過失等を訴因とし、被告らは様々な主張によりそれを争った。ここでは、連邦法の下でRTCの請求はビジネス・ジャッジメント・ルールにより遮断されるかという問題についての判示のみを取り上げる。<sup>(136)</sup>

被告らは、それぞれ頭取、CEO、取締役会長、執行委員会 (executive committee) 委員、最高融資責任者 (chief loan officer) を務めた、Home Federalの中心的な取締役・役員であつた。一九八〇年代後半にHome Federalは住宅関連固定金利融資のポートフォリオを売却して商業目的不動産融資プログラムに乗り出したが、そこで実行されデフォルトとなつた一九件の融資についての責任が問題とされた。<sup>(137)</sup> Home Federalの商業目的不動産開発融資プログラムに関しては、FHLBBの検査報告書において、FHLBBのMemorandum R41cの不遵守<sup>(138)</sup>を含むHome Federalの商業目的融資業務の欠陥が指摘されていた。更に、FHLBBより改善を求められた

Home Federal は、最も高い水準の融資方針を設定すること、適切な手続を設定・履践すること等を約していた。それにもかかわらず、被告らは Home Federal の内部的融資方針にも、Memorandum R41c にも従っていないかったと RTC は主張している。

被告らは、ビジネス・ジャッジメント・ルールにより RTC の請求は遮断されると主張した。判旨は、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用の前提として適切な注意を果たしたことが要求されることを指摘した上で、RTC は被告らが Home Federal の取締役あるいは役員として適切な注意を果たさなかったことを示す証拠を提出しているとして、被告の summary judgement 申立てを却下した。すなわち、被告らが FHLBB 及び Home Federal 取締役会が商業目的不動産融資に関して設定した手続に従わず、投機的な不動産取引に対する融資のリスクについて情報を得ていなかったという RTC の主張は記録により支持できるとしたのである。

本決定の被告はそれぞれ Home Federal の要職にあつた取締役及び役員であるが、そのような取締役会構成員としての資格を超える地位にあつたことが判旨の結論に影響を与えているか否かは読み取れなかった。判旨の表面上はそのような影響を認めることができる部分はない。ただし、被告らが要職にあつたが故に、FHLBB による指摘がある状況では、問題とされる融資や融資方針の不遵守についての知・不知等がそもそも問題とはならないという影響があつたと言えるかもしれない。

本件における手続の不遵守とは、Home Federal の融資方針や Memorandum R41c で要求されている、融資に先立つ適切な評価レポートの作成、あるいは執行委員会 (executive committee) による承認等を行わなかったことである。要するに、融資方針及び規制により要求される適切な評価や検討を行わずに漫然とハイリスクな融資を承認・実行した場合に関して、ビジネス・ジャッジメント・ルールによる保護を否定した事例として理解できる。

ただし、本件においては、内部的に定められた方針の不遵守の他に規制監督機関による規制の違反についても言及されており、むしろこちらの方に重きが置かれているようにも思われる。明文の規制があり、その違反があったのであるから言及がなされるのは当然であるが、本件でそのような事情がなかった場合にどのような判断されたかは明らかではない。しかし、本件で問題とされている規制が取引の実質的内容に関するものではなく、取引の承認・実行の手續について定めたものであったことは留意すべきである。

⑥ RTC v. Lucas (1993)<sup>(註)</sup>

本件は破綻した州S&LであるMidwestern Savings Association (Midwestern)の元役員ら及び取締役らに対するRTCによる責任追及訴訟であり、本決定は被告らの却下申立てに対する判断である。RTCの主張によると、Midwesternの取締役会・経営陣・スタッフは従来の業務地域外のハイリスクな不動産開発融資参入プログラムを開始したが、被告らはこのような融資の引受・承認・実行・モニタリングの訓練も経験も有していない状態であった。取締役会は不動産開発融資をコントロールし、経営陣を監視し、あるいは規制監督機関による規制の遵守を図るための書面による方針・手続・基準などを設定していなかった。取締役会及び経営陣は不動産開発融資に関して適切な注意を用いず、きちんと情報を得た上で意思決定を行わなかった。このようなRTCの主張に対して被告らはビジネス・ジャッジメント・ルールを主張して請求の不十分さを争ったが、判旨はRTCの主張はビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除する意思決定過程における注意の欠缺を十分に主張しているとし、被告の申立てを却下した。

却下申立てに対する判断であり、ビジネス・ジャッジメント・ルールの排除に関しては意思決定過程における注意の

欠缺と述べるだけであるが、RTCの主張の要点は適切な融資方針や手続、あるいは基準を設定することなく、むやみにハイリスクな融資に参入したとする点にあり、判旨の言う注意の欠缺もこのようなRTCの主張を前提としたものである。方針・基準・手続の不存在が取締役の注意の欠缺を基礎付け、ビジネス・ジャッジメント・ルールによる保護を否定するという一般論を示した裁判例として理解できる。

四 最後に、具体的な内部的方針・基準・手続の不存在や不適切さというよりも、もう少し漠然とした内部の管理体制や内部統制の不備を理由として、取締役や役員の不作為を認めたり、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用を否定したと理解される裁判例が挙げられる。最終的に裁判所により賠償が命じられた事例として次の裁判例がある。

⑦ FDIC v. Stanley (1991), *aff'd sub nom. FDIC v. Bierman* (1993).<sup>(4)</sup>

本件は破綻した州法銀行 Allen County Bank (ACB) の元取締役に対するFDICによる責任追及訴訟であり、両判決はその一審及び二審である。FDICはACBによる計八件の参加融資や債権の買取りに関して被告らの責任を追及した。ACBは破綻の数年前から、FDICや州の規制監督機関により資産内容の悪化や内部管理体制の欠陥等を繰り返し指摘され、資産内容の改善や詳細な融資及び回収方針の設定や改正を含む内部管理体制の改善を求められていた。問題とされている各取引は以上のような状況の下で実行されていた。

一審は非陪審審理により、問題とされている取引のうち三件について被告らの責任を認めた。判旨は、これら三件の取引で得た債権は財務状態の悪い債務者に対する不十分な担保に基づくものであり、取引実行時の債務者の資産状態の調査も不十分であったとした一方、その他の五件の取引で得た債権については、実行時に十分に調査がな

され、その時点では債務者の良好な債務状態及び十分な担保が確認されていたものであったとした。そして、その三件の取引について利害関係ありとされた社内取締役に関しては取引の公正さの立証が果たされていないとして、また、利害関係のない社外取締役に關しては、各債権の銀行資産としての質の低さについて知っていたか知るべきであったのであり、銀行業務につき合理的な統制と監視を行うべき義務を怠っていたとした。また、取締役会に參加していなかった被告 Biernan 及び Boley に関しては、不参加は免責の理由とはならないとした。

二審は一審の判断を支持したが、特に Biernan 及び Boley の責任に關しては詳しく判示している。Biernan の抗弁は自分は名目的な取締役であるということであり、Boley の抗弁は自分は一、二度しか取締役会に出席していないというものであつて、要するに両者とも取締役会には殆ど参加していなかったので取引より生じた損害について責任がないというものであつた。これに對して判旨は次のように判示して両者の責任を認めた。Biernan 及び Boley は、ACB の融資業務を批判し、取締役会による監視の必要性を強調していた検査報告書、あるいは ACB の不十分な融資方針や慣行を強調していた当局の覚書きについて知っていたかあるいは知るべきであつたのであつた。また、Biernan 及び Boley は取締役としては他の取締役よりも古株であり、利益相反取引の可能性について知っていたか知るべきであつた立場にあつたにもかかわらず、監視の為に何らの手段も採らなかつた。更に、Biernan 及び Boley は、ACB の融資方針では六万ドル以上の参加融資は他の融資と同様に取締役会の承認が必要とされていたがそれは無視されており、また、その後の融資方針の改定で融資限度額内の全ての融資につき頭取等の承認のみで済むこととなつたことにより濫用の危険が高まつたことに気付くべきであつた。このような状況においては、Biernan 及び Boley は更なる調査を為すべき義務があり、ACB の業務に關与するか辞任する義務があつたのだが、彼等は全くの無関心であつた。この義務違反と損害との間には因果關係がある。<sup>(註)</sup>

本件で責任の基礎とされた取引については、債務者の財務状態や担保価値についての調査の不十分さが指摘され、そのような調査を為すべき取締役の義務についても言及されているものの、非難の中心は、取引時点で債務者の財務状態が既に悪化していたこと、にもかかわらず不十分な担保に基づき取引を実行したことに置かれている。責任の基礎とされなかった取引についても、判旨はしばしば十分な調査が為されたことに言及しているが、やはり取引時点では債務者の財務状態は悪化しておらず、担保も十分であったという点を被告らの責任を否定する際のポイントとしている。要するにこれは取引内容に着目した判断であり、一番の言葉を借りれば「慎重な銀行人であれば（このような取引は）行わない」ということである。

調査の十分さと取引内容の是非とは本来別の問題であるが、実際に裁判所が評価する場合には、実はかなりの程度連動したものであるように思われる。すなわち、裁判所が危険な取引内容のものであると評価する場合には調査も不十分であったと評価され易く、安全な取引内容のものであると評価する場合には調査も十分行われたと評価され易い。これが正しいとすれば、一番の判旨のように細かに取引内容を検討している場合には、調査の十分さ、不十分さに対する裁判所の指摘はそれ程重視すべきではないことになる。そして、このような取引内容の是非から行う判断は従来の裁判所的手法を踏襲するものであり、その困難さや不安定さは先に見た通りであって、本件で責任の基礎となった取引とならなかった取引の区別は、判旨が言うほど説得的なものではないように思われる。

いずれにしても、責任を基礎付けるとされた各取引に関して、各被告の責任の有無がその立場に応じて検討されている。ここで注目するのは *Bierman* 及び *Boley* の責任についての二審の判示である。*Bierman* 及び *Boley* はそれぞれ理由は異なるものの、定期的に取り締役会に出席していなかったため、各取引については知らない者であった。二審が詳しく説いたところによれば、彼等の責任が認められる根拠は、積極的に行動するべき義務が生じるような状況にありながら、それを怠ったということにある。その状況というのは、要するに、A C B の内部の体制がかなりルーズで、濫用

的な取引の実行を許してしまうような状態にあったことである。規制監督機関による度々の指摘等、そのような状態について知っていたか知るべきであったと評価される客観的な状況があったことは看過すべきではないが、Bierman及びBoleyについては、ACBの内部統制が非常にルーズであったという評価を介して責任が認められたものと理解することができる。

次に、被告の summary judgement 申立て、あるいは却下申立てに対する判断ではあるが、内部管理体制あるいは内部統制の不備に言及している裁判例が挙げられる。

⑧ RTC v. Ascher (1994).<sup>(註)</sup>

本件は破綻した連邦S&LであるAlpine Federal Savings and Loan Associationの元役員ら及び取締役らに対するRTCによる責任追及訴訟であり、本決定はそのうち元取締役であったAscher及びSteinbergの summary judgement 申立てに対する判断である。Ascher及びSteinbergに対しては、四つの取引に関する過失、行為自体で成立する過失 (negligence per se)<sup>(註)</sup>、及び信認義務の違反に基づき責任が問われていたが、ここでは過失に基づく請求に対する summary judgement 申立てに対する判断について取り上げる<sup>(註)</sup>。Ascher及びSteinbergの主張は、問題とされる取引に関して彼等が合理的な経営判断を行ったか否かについて真正な事実問題が存しないというものであった。

判旨は、四つの取引のうち、Ascher及びSteinbergの就任直後に承認・実行された融資については、合理的な陪審であればこれを防がなかったことを過失とすることはできないとして summary judgement 申立てを認容した。他の三つの取引については、以下のように論じて申立てを却下した。ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用の

前提として、取締役は合理的な注意を用いていなければならない。ここでの中心的な問題は、法律問題としてビジネス・ジャッジメント・ルールに訴えるのに十分な程度に、Ascher及びSteinbergのAlpine経営陣に対する信頼が保証されたものであったか否かである。この点に関し、Ascher及びSteinbergが取締役就任時にAlpineの損失や子会社の役員の無権限取引について知らされていたことに加え、経営陣の能力不足や内部管理体制の欠陥を指摘する内部調査や外部からの指摘があり、取締役会で度々議論されていたという事実がある。従って、合理的な陪審であれば、Ascher及びSteinbergは経営陣に必要な改善を行わしめるべく意を用いず、また、経営陣によるそのような統制の無視あるいは不遵守につき取締役として知っていたか知るべきであったと結論付け得る。

Ascher及びSteinbergは社外取締役であったようである。問題とされている取引の内容は明らかとされていないが、判旨の考え方からすると、それを主体的に進めた者には責任が発生するようなものであったことは恐らく前提となっている。そして、Ascher及びSteinbergのような立場の者の責任については、内部統制が非常にルーズであるままにそのような取引を承認してしまったことに根拠を求めているのである。もしAscher及びSteinbergが内部統制の欠陥を知っていたか知るべきであったのであれば、彼等の経営陣に対する信頼は保証されたものとは言えず、そのような場合には問題とされている取引に関して責任を負うという理屈の下で、本決定は、そのような内部統制の欠陥に対する認識の点についてFDICはsummary judgment申立てに耐えるに十分な証拠を提出していると判断したものと理解することができる。

ただし、本件においては、認識を示す証拠として、Alpine自身の内部調査や外部(監査人や銀行検査官)からの指摘があったことには留意しなくてはならない。

⑨ FDIC v. Gonzalez-Gorrondona (1993).<sup>(14)</sup>

本件は破綻した州S&LであるCaribankの元役員ら及び取締役らに対するFDICによる責任追及訴訟であり、本決定は被告らの却下申立てに対する判断である。<sup>(15)</sup> 判旨はFDICの過失に基づく訴因につき、12 U.S.C. § 1821(k)の解釈として重過失に基づく請求が許されるとした。その上で、被告のビジネス・ジャッジメント・ルールの主張について判示した。判旨は、FDICの請求は被告らの不誠実と不当経営、特に適切なモニタリング手続を設定しなかったこと等を主張しているので、ビジネス・ジャッジメント・ルールの保護範囲外の行為を十分に主張しているとして、この点に関する被告の却下申立てを退けた。

本件の具体的な事実関係はあまり明らかではないが、本決定は、適切なモニタリング手続を設定しなかったことが取締役の不誠実を示すものとなり、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除することとなることが一般論として示されたものと理解できる。

⑩ RTC v. Fortunato (1994).<sup>(16)</sup>

本件は破綻した州S&LであるFirst Savings Bank of Zion (First Savings) の元取締役Fortunatoに対するRTCによる責任追及訴訟であり、本決定はFortunatoの却下申立てに対する判断である。<sup>(17)</sup> その中で、RTCの請求は重過失に関して十分な主張を行っているかが一つの争点となった。判旨は、RTCの主張はFortunato及びその他の取締役は定められた手続に従わず、連邦規制に違反し、不適切に権限を委譲し、投資活動を適切に監視することを怠り、故意に連邦の指令を無視したこと等を含んでおり、重過失を十分に主張しているとして、Fortunatoの申立てを却下した。

本決定は、内部的に定められた手続を遵守しなかったこと、及び、不適切な権限委譲という内部の体制の不備を理由として、取締役の重過失が認められるという一般論を示しているものとして理解できる。

#### 第四款 アメリカにおける理解

一 以上の裁判例の他に、アメリカにおいてこの問題がどのように理解されているかについて見ておきたい。学説という程のものではなく、論文の中に見られる非常に断片的な認識ではあるが、裁判例の傾向の分析の手掛かりとなるものである。

過去から近時までの裁判例における裁判所の手法を分析したある論者は、近時の裁判例の特徴として、「ここ数年<sup>(148)</sup>、裁判所は融資引受基準及び内部統制の無視、あるいはそれらを全く欠いたことに関して取締役の責任を繰り返し認めてきている<sup>(149)</sup>」ことを指摘し、このような変化は会社法全体の同様の変化を反映したものであるとする。すなわち、このような変化の理由は、「金融機関の取締役によつて果たされる役割に関する裁判所の認識の変化にある。一九世紀始めにおいては、一般的に金融機関の取締役が融資を実行することの最終的な判断を行っていた。このような機能は一九世紀の半ば頃から役員に委譲され始め、今日では、融資の量と迅速性の要求から、取締役会は融資を実行するという判断を殆どレビューしていない。しかしながら、融資の手続が実際どのようなことに行われているかということに関する裁判所の認識は大きく遅れ、長い間（現実に）追いついていなかった。∴金融機関の取締役は個々の融資の承認に殆ど関係していないという現実を裁判所が法に反映させ始めるに至ると、裁判所の考える実体的基準の違反に関して取締役に責任を負わせるための唯一の公正な方法は、そのような基準を内部的な引受基準に採り入れ、その遵守を監視することを取締役の法的な責務とすることが明らかとなった。<sup>(150)</sup>」

この指摘からは二つの意味を読みとることができる。一つは、金融機関の取締役の責任の文脈において内部的な融資

引受基準及び内部統制が言及されるようになったのは、一般事業会社の場合と同様の取締役の役割に関する裁判所の認識の変化が背後にあるということである。もう一つは、融資引受基準及び内部統制に関する取締役の義務を認めることにより、取締役が個々の融資についての認識を欠いている場合であってもそれらにつき責任を認めることが可能になるという考え方である。

二 また、そのような取締役の義務が実際に裁判例においてどのような意義を有するようになったかについて、他の論者はもう少し細かな指摘をしている。まず、「取締役は融資方針に関してある一定の義務を負っており、この義務を履行しない場合には責任を負う可能性がある。融資方針の設定に際しては、取締役は安全性・健全性を成長性・収益性とバランスさせた方針を設定する職責がある。方針を設定し、経営陣がそれを遵守していると想定するだけでは不十分であり、その遵守を確保する手段を採るべきである。書面による融資方針が望ましく、それは経営陣に対してよりよいガイドランスを提供し、融資の実行のための統一的で客観的な基準を示すことになる。FDICはその検査において、実際の融資の実行が融資方針を遵守しているか否かをレビューする。重大な繰り返された違反は融資担当者の適切な監督の欠如を示すものとなり、更に、自身がその設定に関与した書面による基準に反する融資を取締役が承認したような場合には、金融機関の実務に関して未経験とか疎いといったことに基づいてその取締役が抗弁することは難しくなるであろう。」<sup>(四)</sup>

ここで言われている対象は直接的には融資方針に関する取締役の義務であるが、経営陣によるその遵守を確保するための手段を採るべき取締役の義務についても述べられており、内部管理体制や内部統制に関する取締役の義務も考慮されている。そのような取締役の義務の一般論は先の論者とも共通するものであり、勿論重要ではあるが、ここで注目したいのは、それではそのような義務があるとした場合にそれが取締役の責任について検討する際にどのような意義を有

することとなるかについての指摘である。まず、裁判例においてもしばしば見られる方針の「重大な繰り返された違反」が取締役による適切な監督の欠如を示すということは、経営陣による方針の遵守を確保する手段を採り、その違反を発見・是正するような内部管理体制や内部統制を構築する取締役の義務を介して、比較的客観的に認定しうる方針の「重大な繰り返された違反」から、そのことについての認識を欠くような取締役の責任をも認めうるということを意味している。また、「自身がその設定に関与した書面による基準に反する融資を取締役が承認した場合には、金融機関の実務に関して未経験とか疎いといったことに基づいてその取締役が抗弁することが難しくなる」という指摘は、方針を設定すべき取締役の義務を介して、日常の業務に関与しない立場にあるが故に許されない内容の融資であったとは知らなかったとか（不知の抗弁）、融資の妥当性について経営陣を信頼していた（信頼の抗弁）とかいった取締役の抗弁を封じることが可能となるという論者の認識を示していると言える。

なお、同じ論者は、信頼の抗弁に関しては次のような指摘もしている。「取締役及び役員は検査報告書及び規制監督機関（による批判）に関しても義務を負っている。取締役及び役員は検査報告書を精査し、規制監督機関の批判と警告に適切に対応しなくてはならない。：検査報告書が取締役に対して（金融機関の）問題点について知らしめていた場合、FDICは（取締役の）信頼の抗弁に対して殆ど同情しないであろう。」<sup>102</sup> 規制監督機関による批判がたびたび言及されているのは紹介した裁判例で見た通りであり、それが意味を持つのは信頼の抗弁の文脈においてだけではないが、日常の業務に関与しない取締役の責任という困難な問題に対する一つの対処として規制監督機関による批判を指摘している点が注目される。ただし、「逆は必ずしも真ではなく、検査報告書が何らの批判を含んでいなかったとしても取締役や役員の職責や責任が必ず免除されるという訳ではない」ということは当然である。

以上をまとめると、金融機関内部の方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に関する取締役の義務は、金融機関の取締役会の果たす機能の現状を反映するものであり、信頼の抗弁や不知の抗弁を退け、個々の取引に関して

具体的な認識を欠く取締役の責任を認める根拠となり得るといふ認識を示す見解があるといふことである。

三 以上とは少し異なつた視点から捉えることのできる指摘もある。それは、取締役会は方針・基準・手続を設定し、役員や取締役はそれを遵守しなくてはならないという命題は、「金融機関に自分自身の実体的な融資引受基準を設定し、解釈する裁量を与える」といふ新しい哲学<sup>(14)</sup>の出現を意味しているといふものである。これは、裁判所が経営判断の実体的内容に関してあれこれと制限を課そうとするのではなく、金融機関自身にそのような制限を設定させようとする規制の新たな手法であるとされる。このような手法は規制監督機関による規制においても見られ、先に見た一九九二年のガイドラインはその顕著な例である。<sup>(15)</sup>

このような手法の長所として、金融機関の外部からの過剰な規制を回避できること、業界内のコンセンサスに部分的ながら規制における影響力を持たせることができること、業界の基準が改善されていくとすると、そのような基準を取締役や役員<sup>(16)</sup>の責任を判断する際の新たな実体的基準として利用することができること等が挙げられるが、その反面、外部からの何らかの圧力がない限り、金融機関が自ら適切な基準を設定することの保証がないといふ欠点<sup>(16)</sup>が指摘されている。

## 第五款 分析

一 以上の裁判例及び断片的に示された理解から、金融機関の内部的な方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制といったものが、破綻金融機関の取締役及び役員<sup>(16)</sup>の責任の文脈においていかなる意義を有するようになっていくかを検討したい。先に述べたように、この問題の扱われ方には多くのパターンが存在し、どの程度自覚的に処理されているかもよく分からないため、推測に基づく分析がしばしば為されていることをお断りしておく。

金融機関の内部的な方針・基準・手続や内部管理体制・内部統制は各裁判例において様々な形で現れている。まず、方針・基準・手続が取締役や役員<sup>(1)</sup>の義務違反や重過失の有無を判断する際の基準として機能することがある。具体的には、方針・基準・手続の不遵守が義務違反や重過失の判断の際に言及される場合<sup>(2)(3)</sup>と、方針・基準・手続の不適切さや不存在が義務違反や重過失を基礎付けるものとされる場合<sup>(4)</sup>である。また、そのような方針・基準・手続に関する言及が、従来取締役や役員<sup>(5)</sup>の責任追及において原告にとっての大きな障害となっていたビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除したり<sup>(6)(7)</sup>、信頼の抗弁を否定する<sup>(8)</sup>ものとして機能することがある。更に、具体的な方針・基準・手続と言うよりも全般的な内部管理体制や内部統制の不備についても、それが取締役や役員<sup>(9)</sup>の義務違反や重過失を基礎付けるものとされたり<sup>(10)</sup>、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除するものとして機能したり<sup>(11)(12)</sup>している。⑧RTC v. Ascherでは、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用の前提として、社外取締役の経営陣に対する信頼が保証されたものであったか否かということが論じられており、内部管理体制や内部統制の不備が信頼の抗弁の局面において機能することも考えられる。以上のように各金融機関の定める方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に対する言及が様々な形で現れてくるのは、各訴訟の段階における原告(FDICやRTC)や被告の主張に応じた結果であろうが、全体として見れば、これらの事項に関する義務を取締役や役員<sup>(13)</sup>の責任を認める基礎と考える方向性は明らかである。先に見た「裁判所は融資引受基準及び内部統制の無視、あるいはそれらを全く欠いたことに関して取締役の責任を繰り返して認めてきている」という指摘の通りである。

ただ、そのような傾向を言うだけではあまり意味がない。従来の裁判例の問題点との関係で、方針・基準・手続や内部管理体制・内部統制に関する義務を認めることがどのような意義を持っているのかを探ることが目的である。そこで以上で挙げたそれぞれについてももう少し詳しく検討してみよう。

二 金融機関が自ら定めた方針・基準・手続を遵守せずにある取引を承認・実行したことが取締役や役員<sup>(158)</sup>の義務違反や重過失を基礎付けたり、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用を排除するものとなるというのはいかなる意義を有するの<sup>(159)</sup>か。方針・基準・手続の不遵守には二つの側面があるように思われる。まず、不遵守が「重大な繰り返された」ものであった場合には、それは「融資担当者の適切な監督の欠如を示すもの」として、具体的な取引や不遵守についての認識を欠いている取締役の義務違反等を基礎付けることとなるという側面である。これは内部管理体制や内部統制の不備がある場合と考えてよい。

次に、方針・基準・手続の不遵守に着目する場合、従来のようにある取引が、例えば健全性・安全性という見地から考えられるある基準に適合しているか否かという点から裁判所が判断を行うのではなく、金融機関の取締役や役員が自己の設定した基準に反してある取引を承認・実行したという点に非難の重点を置くことを可能にしていることが注目される。「金融機関に自分自身の実体的な融資引受基準を設定し、解釈する裁量を与えるという新しい哲学」により、裁判所は経営判断の実体的内容に関して適切な制限を課し、具体的なルールを提示する能力を有していないのではないかという問題を回避する可能性が開けることとなる。問題は、取締役や役員は「通常の慎重な」取締役や役員の義務を果たすことを求められているのに、何故金融機関内部の方針・基準・手続といったものが取締役や役員の責任を考<sup>(160)</sup>える際の基準となり得るのかということである。内部的な方針・基準・手続に反した取引であるということと、取引の内容が取締役や役員<sup>(161)</sup>の義務の一般的基準に照らして非難されるべきものであるということとは本来別の問題なのではないか、という疑問である。おそらくそれは、裁判所は方針・基準・手続に反する取引の内容の妥当性に着目しているのではなく、方針・基準・手続に違反して取引を承認・実行したという取引の手続的な側面に取締役や役員<sup>(162)</sup>の義務違反等の徴憑を見ているということであろう。その結果として、内部的な方針・基準・手続が取引の内容に対する制限の基準として機能しているように見えるのではないだろうか。ここに、金融機関の取締役や役員は金融機関の行う取引に関して方

針・基準・手続を設定し、その範囲内で具体的な取引の承認・実行を行わなくてはならないという発想を見ることができらる。

三 金融機関内部で定められた方針・基準・手続が不適切であるとして、そのことが取締役や役員 of 義務違反や重過失を基礎付け、あるいはビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用を排除するものとされる場合については、方針・基準・手続の不遵守が問題とされる場合はやや異なった事情が注目される。それは、検査報告書などを通じた規制監督機関による方針・基準・手続の不適切さに関する指摘の存在である。理屈だけを言えば、適切な方針・基準・手続を設定することが取締役や役員 of 義務であるとする、不適切な方針・基準・手続しか設定しなかったことはそれだけで取締役や役員 of 義務違反を基礎付けることとなるはずであるが、実は裁判所が自身である方針・基準・手続を不適切なものであると判断することには、裁判所がある取引の実体的内容に関して非難を加える場合と同様の、裁判所 of 能力的限界を理由とする判断の不安定さ、あるいは謙抑的態度という問題があるのである。そこで、規制監督機関によつて方針・基準・手続が不適切であるという指摘が為されていたことを挙げることにより、当該方針・基準・手続は不適切なものであり、取締役や役員もそのことを認識していながら対応を怠つたというストーリーに説得力を持たせているものと考えられる。

四 金融機関の内部管理体制や内部統制の不備を根拠に取締役や役員 of 義務違反や重過失が認定されたり、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用が排除されたりすることもある。方針・基準・手続が遵守されていなかったり、不適切なものであったり、あるいは全く存在しなかったりすることというのも、⑦ FDIC v. Stanley, *aff'd* FDIC v. Biernan を見れば分かるように、内部管理体制や内部統制の不備の具体的な例として捉えることができる。

内部管理体制や内部統制の不備のその他の具体的内容として、モニタリング手続の欠缺(⑨)や不適切な権限委譲(⑩)等が裁判例上見られるが、ここで注目したいのは、方針・基準・手続の不適切さの場合と同様に、内部管理体制や内部統制の不備に関しても規制監督機関による様々な指摘があったことが挙げられている点である。これも、内部管理体制や内部統制に関する取締役や役員義務の違反に基づく責任を課そうとする裁判所の判断に説得力を持たせる機能を果たしていると考えられる。

内部管理体制や内部統制の不備の場合に限られたことではないが、規制監督機関による批判が裁判例において果たしている役割にはもう一つの側面があるように思われる。それは、内部管理体制や内部統制が不備であることや、方針・基準・手続が不適切であることについて取締役が認識していたかとか、認識すべきであったかという問題について検討することを回避することを可能にしているということである。先に見た、検査報告書に規制監督機関による批判が含まれていた場合には取締役が経営陣に対する信頼を主張することは難しいだろうとの指摘も同じことを言っている。その反面、ここでは本来、取締役の義務のより細かな具体的内容として、取締役は方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制にどのように、どの程度関わるべきかということが問題となるはずであるが、規制監督機関による批判の存在はそのような問題を裁判例から分析することを困難にしている。

五次に、以上のような、方針・基準・手続の不遵守・不適切さ・不存在、あるいは内部管理体制や内部統制の不備がビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用を排除するものとして機能していることについて、もう少し詳しく考えてみたい。

ビジネス・ジャッジメント・ルールが取締役や役員経営判断が裁判上問題となった場合に取締役や役員責任からの保護に資してきたことは周知の通りであり、その積極的意義は看過されてはならない。とは言え、一般にビジネス・

ジャッジメント・ルールにおいては彼等がきちんと情報を得るなど一定の注意を用いたことが要求されるが、この注意を尽くしたかどうかが具体的なケースにおいては原告や裁判所にとって難しい問題となり、そこがあやふやなままということもあり得るといいうのも事実であろう。また、信頼の抗弁も、問題とされる取引に直接関与していないような取締役の責任からの保護の為に重要な役割を担ってきたものであり、その積極的意義も過小評価されてはならない。しかし、一般にその信頼が許されるものであるためには信頼が「合理的な」ものでなければならぬとされ、<sup>(10)</sup>ここでも取締役や役員側の何らかの義務履行が前提とされているのだが、その義務が果たされたか否かの判断もなかなか難しい問題なのである。ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用の前提とされているこれらの問題の困難さが、裁判所による判断の不安定さ、あるいは謙抑的態度を導いている一つの要因であったことは想像に難くない。

これに対して、破綻金融機関の取締役や役員に関する近時の裁判例では、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の前提となるこれらの注意義務の不履行を示すものとして、方針・基準・手続の不遵守・不適切さ・不存<sup>(11)</sup>在、あるいは内部管理体制や内部統制の不備がしばしば挙げられている。これは、漠然とした注意義務の内容の一つの具体化、すなわち、取締役や役員は適切な方針・基準・手続を設定・遵守し、あるいは適切な内部管理体制や内部統制を確立しなければならないという<sup>(12)</sup>ことを通じて、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁の適用範囲を一面から画しているものと理解することができる。ただし、具体化とは言っても、方針・基準・手続の不適切さや内部管理体制や内部統制の不備といったことについては裁判所にとっての曖昧さは残る。ここでも、規制監督機関による指摘の存在が果たす役割は注目されてよい。

六 以上のように考えると、金融機関自身が定める内部的な方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制への言及は、従来の裁判例でネックとなっていた事情<sup>(13)</sup>に対して一応の対処となっていることが分かる。その事情の一つは、

裁判所はある取引に関する経営判断の内容に関して適切な制限を課す能力を有していないかという事情である。金融機関が行う業務に関して適切な方針・基準・手続を設定し、遵守し、遵守させる取締役や役員義務があるとする場合、裁判所がある一定の基準、例えば健全性・安全性の見地から、あるいはそれと成長性・収益性とのバランスの見地から経営判断の内容の妥当性を検討するのではなく、取締役や役員が自己の設定した方針・基準・手続に反して取引を実行したこと、不適切な方針・基準・手続しか設定しなかったこと、あるいはそのような方針・基準・手続を全く欠いていたことに非難の重点を置くことが可能となる。そしてこのような非難が取締役や役員義務違反や重過失を基礎付け、あるいはビジネス・ジャッジメント・ルールの適用を排除したりするものとなることで、経営判断の内容に関する裁判所の不安定な判断や謙抑的態度の問題を一応回避することを可能ならしめているものと理解することができる。

従来の裁判例でネックとなっていた事情のもう一つは、被告とされた取締役が問題とされる取引に関して実際には知らない（不知の抗弁）、あるいは承認に際して取引の妥当性に関して経営陣を信頼していた（信頼の抗弁）と主張することが多く、そのような取締役に責任を課すことがためらわれたという事情である。この問題に関しても近時の裁判例における新たな傾向が一定の意義を有するに至っている。すなわち、内部管理体制や内部統制の不備がある中で承認・実行された取引が責任を生ぜしめるような問題あるものであった場合に、内部管理体制や内部統制に関する取締役の義務を介して、取締役の「知らなかった」という主張に対しては「知るべきであった」、「経営陣を信頼していた」という主張に対しては「信頼が許される状況にはなかった」等としてそれらを退けることが可能となるのである。また、方針・基準・手続に関する取締役の義務も、方針・基準・手続の重大な繰り返し返された不遵守があったということが取締役が担当者の適切な監督を怠ったことを示す事実となるという形で取締役の責任を基礎付けるものとなり得、更に、自身が設定に関与した方針・基準・手続に反する取引を取締役が承認した場合には、当該金融機関の実務に疎く、経営陣を

信頼したという理由で取締役が争うことを困難にするのである。<sup>(16)</sup> 結局、方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に関する取締役の義務を認めることで、彼の不知や信頼が許されるものであるための前提を覆しうることとなり、社外取締役を含む様々な立場の被告取締役の責任を認める根拠となつていゝものと理解することができよう。

とは言え、以上のような手法が、方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に関する取締役や役員を認めるだけで常にうまく機能するという訳ではない。強力な調査権限・訴追権限を持つFDICやRTCが原告となつていゝことその他に、何度か繰り返してきたことであるが、金融機関の破綻前に検査報告書等を通じて表明された、金融機関の方針・基準・手続、あるいは内部管理体制や内部統制に対する規制監督機関による批判が実際上大きな役割を果たしていゝことがある。まず、規制監督機関による批判が金融機関の方針・基準・手続が不適切なものであるとか、内部管理体制や内部統制が不備であるとする裁判所の判断を支えるものとして機能していゝ。更に、検査報告書の内容や規制監督機関と金融機関との間のやりとりについては取締役は当然把握しておくべきであるといゝことを前提として、そのような報告書ややりとりの中に含まれていゝた規制監督機関による批判、ひいては方針・基準・手続の不遵守や不適切さ、不存在、あるいは内部管理体制や内部統制の不備について、取締役の不知の主張を退けたり、そもそも知・不知を問題としないことを可能としていゝ。

以上のような分析は、直接的には金融機関に関わるものである。しかし、そこから得られた結論は、他の会社についても示唆あるものである。まず、内部統制システムに関する取締役の義務とビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁との関係である。また、そのような義務が規制監督当局の活動を梃子として取締役の民事責任のあり方に影響を与えていゝ様は、同様に監督当局による密な監督・規制の下にある業種の会社や部分的にそのような監督・規制を受けらる会社についても同様に妥当し得るものである。

## 第四節 ドイツ法

一 ドイツにおいては大型倒産や資本市場のグローバル化への対応という視点からコーポレート・ガバナンスの改善の必要性が認識され、度重なる政治的議論を経て、一九九八年に「企業領域における統制と透明性に関する法律 (KonTraG)」<sup>(16)</sup> が成立した。この法律は株式法・商法を中心とする企業及び資本市場に関わる多くの法律を改正するものであり、企業の統制及び透明性の改善・確保を通じてドイツ企業並びに資本市場の国際社会における競争力を向上させることを狙いとしている。KonTraGの成立後も同様の目的をもった法改正の動きは続いており、二〇〇二年には「透明性と公開性に関して株式法及び貸借対照表法を更に改革する為の法律 (TransPuG)」<sup>(17)</sup> が成立し、「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準」<sup>(18)</sup> が公表されている。

このようにドイツもコーポレート・ガバナンスに関する一連の改革の最中にあるが、それを網羅的に見ることはもとより本節の目的ではない。本節で注目するのは、そのような動きの中でKonTraGにより新設された、「監視システム」(Überwachungssystem) に関する取締役 (Vorstand) の義務について言及する株式法九一条二項である。以下で見るように、同条で求められているのはアメリカ法で想定されている内部統制システムとは異なり、言うなればその極めて限定的な一部でしかない。しかし、企業内組織のあり方に配慮する義務であることには変わりはなく、それがドイツの株式会社の機関構成の下でどのように理解されているかについて見ることで、日本法における内部統制システムに関する取締役の義務の理論的な位置付けについて検討する際の視点を得ることができるかもしれない。

二 KonTraGにより新設された株式法九一条二項は、「取締役は、会社の存続を危うくする展開を早期に発見することを可能とする適切な措置、特に監視システムを整備しなくてはならない」と定めている。これは、「取締役は自

己の責任において会社を指揮しなくてはならない」とする株式会社法七六条一項による取締役の包括的な指揮義務の下で認められる義務の一部を明確化したものであるとされる。<sup>(16)</sup> 本条により具体的に何が求められているのかについては論者により微妙に異なっているように思われるが、少なくとも、これは経営経済学や監査論で言われているような包括的なリスク管理・リスク管理システムを要求しているのではないという点ではほぼ一致が見られる。<sup>(17)</sup> 法文上も、株式会社法九一条二項が問題としているのはリスク全般ではなく、あくまで「会社の存続を危うくする展開」であり、それを「早期に発見することを可能とする措置」である。論者により見解が異なっている点としては、例えば、早期認識の為の措置の内容について、抽象的・潜在的なリスクではなく、具体的に既に生じている「展開」の認識である点を強調する見解や、そのような「展開」の把握のためにはリスクの捕捉・評価・情報伝達が不可欠であるとして、それをシステムティックに行うための一連の措置としての早期認識システムが求められているとする見解がある。<sup>(18)</sup> また、「監視システム」は早期認識のための措置の遵守を監視するためのものであるという理解が一般的だが、その具体的内容等についての見解も様々である。<sup>(19)</sup>

なお、株式会社法九一条二項で求められている早期認識の為の措置及び「監視システム」は、決算検査役(Abschlussprüfer)の検査対象とされている。すなわち、KonTraGにより新設された商法三一七条(検査の目的及び範囲)四項は、上場会社<sup>(16)</sup>についての検査では、取締役が株式会社法九一条二項により義務付けられた措置を適切な方法で果たしているか否か、整備された監視システムがその役割を果たし得るか否かについて評価されなければならないとしている。上場会社のみについてはあるが、決算検査役検査の対象として法定されたことも、株式会社法九一条二項につき限定的な規定の仕方や解釈が採られた理由の一つであろう。

ただし、注意しなくてはならないのは、株式会社法九一条二項で求められているのはリスク管理ないし内部統制の一部に止まるということは、取締役がその包括的な指揮義務の問題としてリスク管理に配慮する必要がないということを意味

するものではないということである。KonTraGの制定を巡る議論が本格化する以前からも、情報の把握・分析・伝達を担うものとしての「内部監視システム」への配慮を取締役の共同の義務として指摘する見解があった。<sup>(16)</sup> また、例えばSchmidtは、株式法九一条二項の意義がいかなるものであるにせよ、「リスクに対する注意が払われ、それが企业内部で制度化されなければならぬことは明らかである」と述べている。<sup>(17)</sup> 勿論これは取締役の裁量の問題として考えるべきことであるが、<sup>(18)</sup> 会社の規模や業種に応じた考慮は必要であり、完全に自由という訳にはいかないだろう。「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準」四・一・四でも、取締役の職責の一つとして「企業における適切なリスク管理とリスク統制について注意する」ことが挙げられている。

三 株式法九一条二項による義務にしる、包括的な指揮義務に基づくリスク管理への配慮にしる、その主体として論じられているのは以上のように取締役である。ドイツ株式会社の機関構成においては取締役は経営者・経営陣であり、日本における取締役会構成員たる取締役とは異なる。それでは、取締役に対する監督機関である監査役会 (Aufsichtsrat) についてはどのように考えられているのであろうか。

この問題に直接関わる規定はないが、監査役会の一般的な監視義務 (株式法一一一条一項) の問題として、<sup>(19)</sup> 監査役会は取締役による上述のような義務の履行を監視する職責を有するとされている。また、先に述べた商法三一七条四項に基づく上場会社の決算検査役の評価は検査報告書に記載されることになっており (商法三二二条四項)、検査報告書を通じて決算検査役の評価が監査役会に報告される仕組みになっている。決算検査役が検査報告書に取締役の義務履行に対して何らかの特別な評価を記載した場合には、監査役会は特別な注意を払わなければならないとも指摘されている。<sup>(20)</sup>

以上は当然と言えば当然のようにも思えるが、ここで注意しなくてはならないのは、監査役会は株式法九一条二項で要求されている「措置」や「監視システム」、あるいはリスク管理ないし内部統制に関して直接関わるのではなく、あ

くまで取締役が義務を果たしているか否かについて監視すると理解されていることである。例えば、Hommelhoff及びMattheusは、「監査役会は自ら『統制』の職責を果たすべきではないので、その監視は（決算検査役の評価に依拠しながら）取締役が十分かつ効果的な保安システム・統制システムを整備しているか否かということのみ関係する」としている。また、Claussen及びKorthは、「監査役会は取締役を監視するのであって、その下にある組織のレベルを監視するのではない」、「監査役会はリスク管理を引き受けたり、統制部門及び内部監査部門を監視したりする必要はない」とする<sup>(182)</sup>。更に、KonTraG制定前のものであるが、Baumsも次のように述べている。「監査役会の監査委員会に内部監査あるいは取締役に課せられた内部統制の職責を委ねることは望ましくないように思われる。もしそれを認めるならば、明確な職責分担が失われ、取締役は彼に課せられた指揮及び統制の義務から解放され、免除されたように感じるようになる。監査役会及びその委員会の監視の職責は、取締役の側で十分かつ効果的な保安システム・統制システムを整備しているか否かに関連し、またそれについてのみ関連したものでなくてはならない。監査役会あるいはその監査委員会は、取締役に代わって、ある程度でも自身でこのような統制の職責を果たすべきではない。」<sup>(183)</sup>

四 以上のように、ドイツにおいては、リスク管理・内部統制のような企業内組織のあり方について配慮するのは取締役の指揮・統制に属することであって、監査役会による監視の対象ではないと考えられている。監査役会の監視の対象は取締役であり、企業内組織のあり方に関して、取締役に對する監視を通じていわば間接的にしか関わらない（あるいは関わってはいけない）のである。

勿論、アメリカにおいても内部統制に最も影響力を有し、その具体的な設計・運用に関わるのは取締役会（Board of Directors）ではなく経営者であるから、以上のようなドイツ法における理解が内部統制システムと経営者に対する監督機関の關係のあり方に実際上の差異をもたらすことはないのかもしれない。しかし、例えば、TransPuGや

「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規準」のもととなったコーポレート・ガバナンス政府委員会(185)の報告書は、監査役会またはその監査委員会が企業の内部監査部門に特定の領域について調査させることができるようにすべきであるという提案に対して、内部監査部門は取締役の指揮命令に服しているから監査役にそのような権限を認めるべきではないとの結論を出している。(186)このような考え方が一般的なものであるとすると、取締役会 (Board of Directors) と内部監査部門との連携の重要性を説くアメリカ法の立場とは対照的であり、ドイツ法における理解が理論的な問題に止まらず、実際上も差異をもたらす可能性を示しているように思われる。(186)

## 第五節 日本法への示唆

一 本章の最後に、以上の検討をもととして、日本法への示唆についてまとめることとしたい。

取締役に会社の内部統制システムの存在や適切さについて注意を払う義務があることは、アメリカにおいては比較的早くから学説や各種の推奨において認められてきた。その対象は初期においてはコンプライアンス・プログラムに関するものであったが、その後、取締役会の監視・監督機能が及ぶべき様々な領域において内部統制システムに関する取締役会・取締役の義務が言及されるようになった。このように様々な局面で内部統制システムに関する取締役の義務が認められるようになったのは、違法行為、会社内部の会計の不備、不適切なリスク管理による破綻、不正確な情報開示等、その時々認識された問題に対し、その対処法の一つとして取締役会が一定の役割を果たすことが期待され、その度に内部統制システムに関する取締役の義務への言及が為されてきた結果である。このように徐々に広く理解されるようになった内部統制システムに関する取締役の義務は、今や監査論における包括的な内部統制概念と結合されて把握されるに至っている。

日本においても、既に内部統制システムという考え方が用いられるのはコンプライアンスの問題に限らず、取締役会が果たすべき監視・監督機能が及ぶべき様々な領域に広まりつつあるが、このような傾向は支持できるものと考えられる。ある程度以上の規模の会社において取締役の義務を与えられる情報に通じておくことだけに限定すると、その監視・監督の機能が実質的な意味を失うことは日本においても同様である。

ところで、日本でも比較的早くから注目されていたコンプライアンス・プログラムが対象とするのは全従業員、会社全体のコンプライアンスの確保である。近時言及されるリスク管理体制に至っては、会社全体の業務の行われ方に関わる。要するに、内部統制システムに関する取締役の義務の認識により、少なくとも結果的には、取締役は会社経営の仕組みやあり方の全体に対して（内部統制システムを介して）注意することが求められていることになる。委員会等設置会社を導入した平成一四年商法改正に象徴されるように、近時のコーポレート・ガバナンスを巡る議論においては取締役会の会社経営に対する監督機能が重視されているが、内部統制システムに関する取締役の義務の認識はそのような動きと整合的である。取締役会は会社経営の全体に対する監督・統制の中心となることが期待されているのである。

二 ところが、日本の商法は、取締役会は「取締役ノ職務ノ執行ヲ監督ス」と定め、委員会等設置会社についても、「取締役及び執行役の職務の執行を監督する」としている。これに対して、以上のような取締役会の役割に対する期待に対応した取締役の義務の内容はこれらの規定とは一見異なる内容を含んでいるようにも思われる。つまり、取締役会及び取締役の職責は単に取締役や執行役の業務執行に対する監督を行うに止まらず、（少なくとも結果的には）会社経営全体に対する監督にまで及んでいるのである。この点についてはどのように理解すべきであろうか。取締役会がもとも会社の経営を行う機関であり、その権限の委譲関係から取締役会の監督機能を把握するアメリカ法においては、取締役会及び取締役の職責が内部統制システムを介して会社経営全体に及ぶことには理論上何も問題はない。しかし、日

本においては、法文上、監督の対象は「取締役ノ職務ノ執行」とされているために、以上のような理論的な問題が提起され得るのである。

この問題に関して、説明の方法は三通り考えられる。一つ目は、取締役会が、会社の業務執行ラインの上層に位置する者として会社経営全体に及ぶ監督義務を負う代表取締役等に対する監督を行うべきことの結果として、取締役会及び取締役は会社経営全体に対する監督を行うことになるというものであり、商法の規定により忠実な説明である。ドイツの監査役会についてはこのような説明が妥当する。二つ目は、取締役会による監督は、商法が定める取締役に対する監督は当然として、本来そもそも会社経営全体に及ぶべきものであり、取締役会及び取締役が内部統制システムを介してそれに対する監督を行うことが求められるようになったことはむしろ当然のことであるというものである。アメリカの取締役会についてはこのように解することができる。三つ目は、取締役会の監督が会社経営全体に及んで見えるのは、会社経営全体のあり方を決めること自体が重要な業務執行に関する意思決定であり、従って意思決定機関としての取締役会がそれについて責任を負うことの結果であるというものである。

ここで思い至るのが、日本における代表取締役と取締役会の権限の関係に関する並立機関説と派生的機関説の対立である。<sup>(註)</sup> 取締役会を業務執行の意思決定機関、代表取締役をその執行行為及び代表を担当する機関として、それぞれ別個かつ独立の機関であるとする並立機関説においては、代表取締役に対する取締役会の監督の根拠は、代表取締役は取締役会により選任・解任されるという代表取締役の下部機関性に求められるため、取締役会による監督はあくまで法文通り、代表取締役に対するものであるという理解に馴染みやすい。つまり、上の一つ目の説明の可能性と結びつきやすい。もつとも、並立機関説においても、上の三つ目の説明の可能性、すなわち取締役会の意思決定機関性に根拠を求める説明も可能である。これに対して、会社の業務執行権限の全ては本来取締役会にあり、代表取締役の権限は取締役会に由来するものであるとする派生的機関説においては、取締役会の全般的・包括的業務執行権限の転換物であるところの監

督機能は、本来会社経営全体に及ぶべきものであることになり、上の二つ目の説明の可能性に結びつくこととなる。

三 以上の問題と関連するのが、内部統制システムに関して究極的な責任を負うのは取締役会であるのか代表取締役であるのかという問題である。

ドイツにおいては、取締役 (Vorstand) による指揮と監査役会 (Aufsichtsrat) による監視という、それぞれ完全に別個の機関の職責分担の維持という観点が重視され、会社の内部的な統制は会社の業務の指揮に関わる事項であるので、監査役会の職責は取締役の側で十分かつ効果的なシステムを整備しているか否かのみに関連し、ある程度でも自身で統制の職責を果たすべきではないと論じられている<sup>(188)</sup>。従って、内部統制システムに関する究極的な責任は経営者・経営陣たる取締役にすることになる。アメリカにおいては、内部統制システムに関する究極的な責任は取締役会にあると解され、その根拠をモニタリング・モデルの下での利益相反モニタリングに求める見解もあるが、それはあくまで究極的な責任を取締役に負わせる積極的意義付けのためのものであつて、取締役会が究極的な責任を負うことは、会社の業務執行権限は全て取締役に由来するというアメリカ法における制度理解の理論的帰結と言えよう<sup>(189)</sup>。

日本ではこの点について自覚的に論じられているとは言えないのであるが、一方には、内部統制システムに関する究極的な責任は代表取締役を頂点とする業務担当者であり、取締役会はその監視の職責として代表取締役らのそのような職責の履行に対して注意すると理解する見解がある<sup>(190)</sup>。他方には、内部統制システムに関する究極的な責任は取締役にあり、その具体的・細目的な整備に関して代表取締役等に委ねていると理解する見解がある<sup>(191)</sup>。

どちらの見解に立つべきかは、二で述べた説明のうちのいずれを是とするかによる。すなわち、代表取締役等に対する監督の職責を通じた間接的なものとして理解する一つ目の説明を採用するのであれば、内部統制システムに関する究極的な責任は代表取締役を頂点とする業務担当者にあることになる。これに対して、取締役会による監督は本来そもそ

も会社経営全体に及ぶものであるとする二つ目の説明、あるいは、取締役会による監督が会社経営全体に及ぶものであるように見える根拠を取締役会の意思決定機関性に求める三つ目の説明を採用するのであれば、究極的な責任は取締役会にあるということになる。

四 二及び三をまとめると、日本法において採り得る考え方は次の三つが考えられる。①並立機関説に立ち、取締役会による監督はあくまで「取締役」を対象とするものであるから、取締役会による監督が会社業務全体に及ぶのは間接的なものであると理解し、従って内部統制システムに関する究極的な責任は代表取締役らにあるとする考え方。②並立機関説に立ち、取締役会は業務執行の意思決定機関として会社経営全体のあり方を決めべき立場にあるため、取締役会による監督が会社経営全体に及ぶものであるかのように見えると理解し、従って内部統制システムに関する究極的な責任は取締役会にあるとする考え方（派生的機関説と矛盾するものではないが、派生的機関説においてはこのようなやや複雑な説明をする必要はない）。③派生的機関説に立ち、取締役会による監督は本来そもそも会社経営全体に及ぶものであると理解し、従って内部統制システムに関する究極的な責任は取締役会にあるとする考え方。

いずれの考え方を採るかは説明の巧拙の問題であるようにも思われるが、コーポレート・ガバナンスにおける取締役会の中心的役割、内部統制システムという発想がコーポレート・ガバナンスの様々な領域において用いられ、取締役会がその構成要素として関与することがアメリカと同様に日本においても今後ますます求められるであろうこと、更に、内部統制のような会社全体の業務の行われ方というのは経営者に対する拘束という側面をも有することを考えると、取締役会が内部統制システムに関する究極的な責任を負うと解すべきであるように思われる。大阪地裁平成一二年九月二〇日判決（大和銀行株主代表訴訟事件<sup>109</sup>）は、リスク管理体制の大綱は取締役会が決定すべきことを明言しているが、取締役会がそのような役割を果たすべきことも取締役会に究極的な責任があることによりよく説明することができ

る。ドイツの監査役会については、「(決算書監査人の評価に依拠しつつ) 取締役が十分かつ効果的な保安システム・統制システムを整備しているか否かということのみ」<sup>(94)</sup>その監視が及ぶとされていることと対比されたい。また、代表取締役に内部統制システムに関する究極的な責任があると解することで、「内部監査部門は取締役の指揮命令に服しているから監査役に企業の内部監査部門に特定の領域について調査させる権限を認めるべきではない」というドイツの議論<sup>(95)</sup>と同じような結論が導かれることになるのであれば、以上の問題は説明の巧拙に止まらず、実際上の差異をもたらすことになり得ると思われるが、COSO報告書が言うように取締役会と内部監査部門との連携は内部統制が機能するためには不可欠である。

ところで大和銀行株主代表訴訟事件であるが、その判旨は、「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」、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るべき職責を負う<sup>(96)</sup>」というものであり、②の考え方に立つものである。この考え方を採った理由として推測されるのは、取締役会による監督は「取締役」に対するものであるとする商法の規定との関係を考慮したということである。しかし、この考え方では、取締役会による監督の対象が会社経営全体に及ぶようになっていいる現象に対して、取締役会が内部統制システムの大綱を決すべき立場にあるが故にそのように見えるのであると説明せざるを得なくなるが、このような説明はやはりやや回りくどいように思われる。従って、③の考え方を採り、取締役会による監督が会社経営全体に及ぶのは本来そもそも当然のことであると考えるのが最も妥当であると考えられる。アメリカ法における制度理解に類似する派生的機関説に立つて取締役会を位置付け、商法の規定における監督対象としての「取締役」は例示的なものであると理解したい。

五 以上のような私見の根本にあるのが、取締役会を本来全ての業務執行権限を有するものとして理解する派生的機関説である以上、一般の会社における取締役会であっても、委員会等設置会社の取締役会であっても、同じように理解してよいと思われる。特に委員会等設置会社については、「執行役の職務の執行が法令及び定款に適合し、かつ、効率的に行われることを確保するための体制に関する」事項（商法施行規則一九三条各号）が「監査委員会の職務の遂行のために必要なもの」として取締役会の専決事項とされているし（商法特例法二二条の七第一項二号）、取締役会が決すべき「監査委員会の職務を補助すべき使用人に関する事項」（商法施行規則一九三条一号）に言う「使用人」には内部監査部門も含まれると解されるため、<sup>(97)</sup>取締役会が経営トップをも拘束するような会社内の業務の行われ方について究極的な責任を負っているというのは理解されやすいであろう。<sup>(98)</sup>そしてまた、（運用次第であろうが）そのような責任をきちんと果たすことが期待し得る制度設計になっている。

しかし、一般の会社については、現状を前提とする限り、内部統制システムの構成要素として取締役会に期待される役割を実際の程度果たすことができるかは問題である。すなわち、モニタリング・モデルにおいては取締役会は経営陣から独立した機関であることが強調され、そのような理解を前提として、ともすれば短期的利益や自己の利益を優先しがちな経営陣に対する牽制としても、監査委員会を中心とする取締役会が内部統制システムの重要な構成要素となることが期待されている。日本の取締役会は、少なくとも実務の現状においてはその独立性は極めて乏しい。そのような取締役会をアメリカと同様に内部統制システムの重要な構成要素として位置付けても、勿論従業員や比較的下位の業務担当取締役に対する統制としての意味はあるが、代表取締役等に対する監督の実効性確保の手段としての意味は殆どないだろう。従って、現状において取締役会が果たす役割に対する期待はアメリカよりも小さくならざるを得ない。これを改善しようとするれば、一般の会社においても取締役会の独立性を確保する為の制度を導入することを考えなければならぬが、一般の会社についてはむしろ監査役の独立性を強化する方向が明らかとなっている。それでは、アメリカで

取締役会ないしその監査委員会に期待されている役割を現在の社外監査役が果たしうるかと言えば、適法性監査という監査役<sup>(199)</sup>の職責に関する理解を改めない限り難しいであろう。内部統制は業務の効率性の問題も含んでいるからである。

以上に対して、内部統制システムの構築・維持について取締役会や取締役がどの程度関与することが期待されるかについては、基本的にはアメリカにおいても日本においても同様であろう。すなわち、取締役会や取締役が個々の具体的な内部統制システムの細目まで決定したり関与したりする必要はなく、あくまで全般的に配慮することが求められる。社外取締役を前提とするアメリカ法においては時間的制約等から当然のことであるし、日本の取締役においても自己の担当領域以外については同様のことが言えよう。ただし、そのような限界はあるものの、取締役が内部統制システムに関して注意するのは何かシステムに欠陥があることを疑わしめるような事情がある場合に限られるのではなく、取締役会の議題にする等して普段から注意を払うことが期待されていることは確認しておくべきであろう。大和銀行株主代表訴訟事件でも、「…取締役は…、取締役会上程事項以外の事項についても、監視義務を負うのであり、リスク管理体制の構築についても、それが適正に行われているか監視する義務がある<sup>(200)</sup>」とされている。

六 アメリカ法において、取締役会が内部統制システムについて普段から積極的に注意を払っていないなければならないということは、取締役の義務の具体的内容として、内部統制システムに注意することが取締役が普段から果たすべき義務であることを意味する。このことは、取締役が与えられる情報の正確性にどの程度コミットする必要があるのかという観点からも理解することが可能である。この点についての従来のコモン・ローでは、取締役の信頼の権利と相俟って、基本的には疑いを生ぜしめる事情がない限り、取締役は与えられる情報を信頼することが認められていたと言つてよい。ところが、ある程度以上の規模の会社を前提とすると、このようなアプローチでは取締役の監視の義務は殆ど意味を持ち得ないこととなり、内部統制システムに関する取締役の義務を考える必要が出てくる。Clarkは、従来のコモンロー

を“triggering event approach”、内部統制システムに関する取締役の義務を考えるアプローチを“systemic approach”として称して整理し、systemic approachはある程度の規模の会社に関するものとして理解し、小規模閉鎖会社においてはtriggering event approachの方が効率的であるとする<sup>(通)</sup>。このsystemic approachは裁判例においても採用されているが(Caremark判決)、あくまで「通常の慎重な取締役」が普段果たすべき職責の内容として論じられており、会社の規模に応じて「通常の慎重な取締役」という基準の内容が異なる一例である。

日本においても同様に、善良なる管理者の義務の内容として、ある程度以上の規模の会社の取締役については内部統制システムに関して注意することが、与えられる情報の正確性に対する関与として普段から果たすべき職責となる。すなわち、監視・監督義務違反に基づく責任の判断枠組において「知りうべき」という判断の前提となる義務としての位置付けである。一方、小規模な会社については内部統制システムに関する取締役の義務という考え方をとる必要はない。先に検討したように<sup>(通)</sup>、取締役が疑いを生ぜしめる事情を認識していた場合の調査義務を認めることによって、規模の小さな会社においては取締役の監視・監督の義務の履行につき、民事責任の可能性によるエンフォースメントが十分に期待できるからである。

七 以上のような義務があるとした場合、そのような義務の違反により因果関係のある損害が発生すれば、当然のことながら取締役の会社に対する責任が発生する。しかし、アメリカ法においては、一般論としてはそのような義務の違反は容易には認められない、あるいは認められるべきではないと考えられている。Caremark判決は、取締役の責任が生じるのは「合理的な情報と報告のシステムが存在することを確かめようと全くしなかつた場合のように、継続的な、あるいはシステムティックな取締役会の監督懈怠」の場合であるとす。判旨の考え方は、ビジネス・ジャッジメント・ルールを始めとする、取締役の注意義務に関するアメリカ法の考え方と整合的である。

大和銀行株主代表訴訟事件は、「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」としており、日本においても、どのような内部統制システムが適切かについて当然取締役の裁量が認められる。また、取締役会構成員としての取締役の義務は基本的には内部統制システムの大綱について注意することにあるのだから、個々の具体的なシステムの細目的な不備については、疑いを生ぜしめる事情がない限り、責任を負わないということになろう。同判決も、「ニューヨーク支店における財務省証券の保管残高の確認方法について疑念を差し挟むべき特段の事情がない限り、不適切な検査方法を採用したことについて、取締役としての監視義務違反を認めることはできない」としている。結局、取締役の内部統制システムに関する義務の違反が認められるのは、アメリカ法とほぼ同じような場合であると考えられる。

八 内部統制システムに関する義務の違反に基づく取締役の責任については、一般的には以上のように言えるとしても、アメリカにおける破綻金融機関の事例の分析で見たように、内部統制システムに関する取締役の義務の認識は、取締役の会社に対する責任の判断においては更に異なる意味を持つことがある。すなわち、取締役や役員が行った経営判断につき裁判所が取締役らの責任の有無を判断するに際して、内部統制システムが不備であることや、内部統制システムの内容として会社が内部的に定めた業務に関する方針・基準・手続の違反があったという事実が、ビジネス・ジャッジメント・ルールや信頼の抗弁、あるいは不知の抗弁の適用の前提を覆す機能を果たすことがある。例えば、きちんと情報を得た上での判断ではない、自らが定めた基準に違反する判断である、合理的な信頼ではない、内部統制システムが機能していれば知ることができたはずである等として、ある経営判断を行ったことに義務違反を認めたり、ある取引が行われたこと自体を知らなくても責任を認めたりすることが可能となっているのである。日本においても、裁判所が経営判断の実体的内容についての判断を行うことは極めて困難であり、また規模の大きな会社においては、ある具体的取

引について被告取締役が実際に知らないということは容易に想定される事態である。そのような状態に対し、内部統制システムに関する取締役の義務の認識は、ある経営判断に関して様々な立場にある取締役の責任を裁判所が認める理論的な基礎となる可能性を有するものである。<sup>(26)</sup>

ただし、以上のような理論的可能性は全ての会社において認められるものであるが、実際に裁判所がそのような可能性を実現させることには困難がある。というのは、内部統制システムやある具体的な方針・基準・手続が不適切であると判断することは、やはり裁判所にとって困難な作業だからである。<sup>(26)</sup> また、ある具体的な欠陥が認められるとしても、そのことを被告とされた取締役が知っていたか、知るべきであったと言える場合はそれ程多くないからである。Care-mark判決の言うように取締役に広い裁量が認められるべき事柄である以上、以上のような理論的可能性が実際に実現することは、一般の会社の通常の業務の文脈においては、「継続的な、システムティックな」違反がない限り殆どないと考えられる。

この点で、金融機関の場合には事情が異なる。規制監督機関が内部統制システム（リスク管理体制）の整備を求め、ガイドラインを示し、検査対象として不備があれば指摘するという活動を行っており、実際の裁判例においてはそのような規制監督機関の活動が裁判所の判断において重要な意味を持っているのである。理論的には、規制監督機関が内部統制システムの不備を指摘しなくても不備なものも不備であるとの指摘があっても取締役や役員は裁量の範囲内であるものは範囲内のものであるのだが、実際には、裁判所よりも適した判断主体である（と裁判所が認識している）規制監督機関の判断が尊重されているのである。また、規制監督機関による指摘があったことは、具体的な内部統制システムの欠陥についての取締役の認識・認識可能性の判断にとっても、取締役に不利な事情となる。日本においても、金融機関に関しては、金融検査マニュアルでリスク管理等に関する内部統制システムが検査対象となっており、<sup>(27)</sup> それに基づいた検査がきちんと実施されるのであれば、内部統制システムの不備等が裁判所の判断においてアメリカ法

におけるのと同様の意味を持つことが可能となる。また、このことは金融機関にのみ妥当することではなく、同様に健全性の確保の必要性等から監督当局により比較的密な規制・監督を受けている業界の会社や、部分的にそのような監督・規制を受ける会社についても、監督当局が金融機関におけるのと同様に適切な内部統制システムの整備を積極的に求めるという規制手法を採るのであれば同様に妥当しうることである。アメリカにおいてはそのような手法は既に広く普及している。

- (127) FDIC v. Robertson, No.87-2623-S, 1989 U.S. Dist. LEXIS 9292 (D. Kan.1989).
- (128) FDICは信認義務違反、黙示の契約違反、過失 (negligence) をそれぞれ訴因としていたが、本決定は各訴因を区別することなく同時に論じている。 *Id.* at\*10.
- (129) *Id.* at\*23.
- (125) Robertsonの義務違反を認定する際に、内部者に対する融資限度を定めるカンザス州法及び連邦規制 (Regulation O, 12 C.F.R. pt.215.4(c)) の違反が考慮されている部分はある。 *Id.* at\*15, \*17.
- (126) FDICやRTCによる取締役や役員、あるいは他の専門家(会計士等) に対する責任追及は、多くの場合和解により解決しているが、和解に達するためにはある程度の訴訟活動が必要となる。FDIC, Managing the Crisis: The FDIC and RTC Experience 271 (1997). summary judgement 申立てに対する裁判所の判断が出れば、多くの場合、和解による解決に移行しているものと思われる。
- (127) FDIC v. Schreiner, 892 F. Supp.869 (W.D. Tex.1995).
- (128) Priourは被告の一人となっており、またPriourに対する融資につき内部者に対する融資限度を定める連邦規制 (Regulation O, 12 C.F.R. pt.215.4(c)) 違反が指摘されていることから見て、PriourがCSBの取締役かあるいは役員であったことは確かであるが、具体的にどのような立場にあった者かは不明である。
- (129) Schreiner, 892 F. Supp. at 877-8.
- (130) RTC v. O'Bear, Overholser, Smith & Huffer, 886 F. Supp.658 (N.D. Ind.1995).
- (131) 法律顧問の責任も追及されているが、割愛する。

- (132) RTC v. Franz, 909 F. Supp.1128 (N.D. Ill.1995).
- (133) 他に、RTCの過失、信託義務違反及び契約違反に基づく訴因に対する却下申立てがあり、これらに関しては被告らの主張が認められて申立てが認容されている。
- (134) *Schreiner, supra* note 127.
- (135) RTC v. Gladstone, 895 F. Supp.356 (D. Mass.1995).
- (136) 判旨を要約すると、まず、州法と連邦法のいずれが適用されるかという問題につき連邦法が適用されるとして、RTCの請求が州法に基づく限りで被告の summary judgement 申立てを容れた。連邦コモン・ローと12 U.S.C.1821(k)の関係について論じ、12 U.S.C. 1821(k)は連邦コモン・ローを覆らないとした。その結果、連邦法上のような請求が可能かという問題となり、そこでビジネス・シヤットメント・ルールがRTCの請求を遮断するか否かということが争点となった。また、行為自体で成立する過失に基づく請求の可否については、Memorandum R41cは連邦預金保険加盟金融機関を不当経営から守る目的で定められた公式解釈であるから、破綻金融機関の管財人であるRTCは、この訴因に基づく請求を維持できるとした。他に、提訴期間徒過による請求の遮断(消極)等についても論じられている。
- (137) 被告の一人、S. Gladstoneの利益相反取引についても問題とされているが、割愛する。
- (138) FHLBB Memorandum R41c 号、12 U.S.C. § 1461 以下に基づきFHLBBにより制定された12 C.F.R. § 563.170の公式解釈であった。12 C.F.R. § 563.170はFHLBBによる検査について定めており、その中で記録の保持等が求められていた。
- (139) RTC v. Lucas, No.92-1317, 1993 U.S. Dist. LEXIS 9892 (C.D. Ill. Mar.25, 1993).
- (140) FDIC v. Stanley, 770 F. Supp.1281 (N.D. Ind.1991), *aff'd sub nom.* FDIC v. Bierman, 2 F.3d 1424 (7th Cir.1993).
- (141) 頭取が「反対があれば取引を行わなかった。」と証言していることが根拠に挙げられている。
- (142) RTC v. Ascher, No.92-B-424, 1994 U.S. Dist. LEXIS 1827 (D. Colo. Feb.14, 1994).
- (143) 行為自体で成立する過失については、実際に連邦規制の違反があったとして、信託義務の違反については、本文の過失に基づく訴因について述べたことと同じであるとして、summary judgement 申立てを却下している。 *Id.* at \*22-\*28.
- (144) FDIC v. Gonzalez-Gorrondona, 833 F. Supp.1545 (S.D. Fla.1993).
- (145) FDICは過失、信託義務違反、契約違反を訴因としていたが、信託義務違反と契約違反に関しては、請求を基礎付ける事実の主張がない、あるいは不法行為的請求と排他的であるとして被告の却下申立てを認めている。
- (146) RTC v. Fortunato, No.94 C 2090, 1994 U.S. Dist. LEXIS 12326 (N.D. Ill. Sept.1, 1994).
- (147) 却下申立てはいくつかの主張を含んでいたが、州法に基づく請求に対する却下申立ては却下され、契約違反に基づく請求に対

する却下申立ては認容されている。

(148) この記述は一九九五年のものであり、ほぼR T Cの存在した時期と一致する。

(149) McCoy, *supra* note 87, at 1073-74.

(150) *Id.* at 1077.

(151) Kroener, *supra* note 85, at 256. 筆者は一九九五年以降、F D I Cの法律顧問となっている者であるが、ここで引用されている論文は一応F D I Cの見解を示すものではないとされている。

(152) *Id.* at 257.

(153) *Id.*

(154) McCoy, *supra* note 87, at 1078.

(155) 国際的に活動する銀行の自己資本比率に関する最低基準を定める、いわゆる「B I S規制」の見直しに関する第二次市中協議案(平成一三年一月公表)においても、金融業とそれが直面するリスクの複雑高度化に対応するために、当局管理型規制から自己管理と市場規律を中心とする規制への移行が図られ、リスクテイキング自体は自由化し、銀行自身が自己資本戦略、リスク管理の手法・基準を定め、当局によるレビュー及び開示を通じた市場規律に服するという方向が示された。その後、意見照会を経て第三次市中協議案(平成一五年四月公表)が示され、平成一五年七月末まで同案に対する意見照会が行われた。平成一五年中の最終案の公表後、平成一八年末までの実施が予定されている。国際決済銀行(B I S)のホームページ(<http://www.bis.org>)参照。

(156) *Id.* at 1078-9.

(157) *Id.* at 1073-74.

(158) Kroener, *supra* note 85, at 256.

(159) McCoy, *supra* note 87, at 1078.

(160) *Id.*

(161) See, e.g., Principles § 4.01(c)(2)-(3).

(162) See, e.g., Principles § 4.02-03.

(163) 内部統制システムが、ビジネス・ジャッジメント・ルールの適用の前提となる、きちんと情報を得ていたことに関わる問題であることを指摘するものとして、Joel Seligman, *Accounting and the New Corporate Law*, 50 Wash & Lee L. Rev. 943, 945 (1993).

(164) 本節第一款・第二款参照。

(165) Kroener, *supra* note 85, at 256.

- (196) Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. 4. 1998, BGBl 1998 I, 786. KonTraGの内容を網羅的に紹介したものととして、加藤恭彦「ドイツ監査制度の新動向とコーポレート・ガバナンスの視点」加藤恭彦編著『EUにおける会計・監査制度の調和化』（中央経済社、平一〇）、「遠藤久史「ドイツ株式法・商法等の改正とコーポレート・ガバナンスへの対応（一）（二・定）」会計一五四巻六号一三五頁（平一〇）」一五五巻一号一三三頁（平一一）等参照。
- (197) Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19. 7. 2002, BGBl 2002 I, 2681.
- (198) Deutscher Corporate Governance Kodex, abgedruckt in: AG 2002, 236. TranspuGにより新設された株式法一六一条は、上場会社の取締役と監査役会に対し「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規程政府委員会」による勧告の遵守状況を毎年明らかにすることを求めている。この規定により「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規程」は単なる推奨以上の意義を有することとなる。TranspuG及び「ドイツ・コーポレート・ガバナンス規程」については、早川勝「ドイツにおけるコーポレート・ガバナンス規程の任意性と対応宣言義務—二〇〇二年『透明性と開示のための法律』における監査の効率化—」酒巻古稀『21世紀の企業法制』五八九頁（商事法務、平一五）、「正井章裕「ドイツの『透明化法・開示法』について」同書七一―七二頁参照。
- (199) Peter Hommelhoff/Daniel Mattheus, Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, 249, 251; Carsten P. Claussen, Wie ändert das KonTraG das Aktiengesetz?, DB 1998, 177, 181; Holger Altmeyden, Die Auswirkung des KonTraG auf die GmbH, ZGR 1999, 291, 300.
- (200) Vgl. Wolfgang Lück, Betriebswirtschaftliche Aspekte der Einrichtung eines Überwachungssystems und eines Risikomanagementsystems, in Döner/Menold/Pfizer(Hrsg.), Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und Prüfung, 1999, S.139.
- (201) Jens Hüffer, Corporate Governance: Früherkennung nach § 91 Abs.2 AktG—Neue Pflichten des Vorstands zum Risikomanagement?, in Festschrift für Hans-Dieter Imhoff, 1998, S.95ff; Uwe Hüffer, AktG, 4. Aufl., 1999, § 91 Rz.8; Tim Drygala/Anja Drygala, Wer braucht ein Frühwarnsystem? Zur Ausstrahlungswirkung des § 91 Abs.2 AktG, ZIP 2000, 297, 299; Ulrich Seibert, Die Entstehung des § 91 Abs.2 AktG im KonTraG—„Risikomanagement“ oder „Frühwarnsystem“?, in Festschrift für Gerold Bezenberger, 2000, S.436ff; a.A. Lück, a.a.O. (Fn.170), S.141ff. ただし「政府の立法理由書が、本条において「適切なリスク管理及び適切な内部監査に注意を払うべき取締役の義務が明確となる」等と述べたが、(RegBegr., BT-Drucks.13/9712, S.15.)「議論を複雑にする原因となる」として「この点」を「思われぬ」。
- (202) U. Hüffer, a.a.O.(Fn.171), § 91 Rz.6 u.7; Seibert, a.a.O.(Fn.171), S.437.

- (173) Drygala/Drygala, a.a.O.(Fn.171), S.299.
- (174) 本条の「特に」という文言からすると、「監視システム」は「展開」の認識を可能とする為に企業内の事象を何らかの形で監視するシステムを意味するのではないかと考えられるが (Drygala/Drygala, a.a.O.(Fn.171), S.299. はしばしばそのように誤解されているとする)、一九九六年に公表された改正試案では株式法九三条一項一文の後に次のような条文が挿入されることになっていた。「取締役員は、会社…の性質及び規模を斟酌し、会社…の存続を危うくする展開…を早期に認識することを保証するため適切な措置を講じなければならない。以上には、第二文に従って講じられるべき措置の遵守を監視する役割を果たす監視システムを構築することも含まれる。」Reffé abgedruckt in: ZIP 1996, 2129, 2131. 試案の公表後、ドイツ弁護士協会等による批判(個々の取締役員の義務として規定するのは不適切である、「措置」と「監視システム」という二段階の規定は不要である等 (Vgl. DAV, ZIP 1997, 163, 165f.))を受け、現行法のような位置・文言に改められたが(立法過程につき Seibert, a.a.O.(Fn.171). 参照)同じく「監視システム」が早期認識の為の措置の遵守を監視するものであるという理解は引き継がれているようである。そして、その内容としては、早期認識の為の措置の遵守を監視する内部監査とする見解 (Drygala/Drygala, a.a.O.(Fn.171), S.299.)、早期認識の為の措置の不可欠の構成要素としての統制と内部監査とする見解 (J. Hüffer, a.a.O. (Fn.171), S.103f.)、対応がきちんとなされているか、特に、内部監査や統制部門が得た認識を適時に取締役へ伝達しているかについての企業内的なチェックも含むとする見解 (U. Hüffer, a.a.O. (Fn.171), § 91 Rz.8.) 等がある。
- (175) Kontrahによる改正では「その株式が公定の相場をもつて取引されている株式会社」を対象としていたが、Transprungにより「上場株式会社」に改められた。
- (176) Heinrich Götz, Die Überwachung der Aktiengesellschaft im Lichte jüngerer Unternehmenskrisen, AG 1995, 337, 338.
- (177) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S.818.
- (178) U. Hüffer, a.a.O.(Fn.171), § 91 Rz.9.
- (179) Hommelhoff/Mattheus, a.a.O.(Fn.169), S.252; Carsten P. Claussen/H. Michael Korth, Anforderungen an ein Risikomanagementsystem aus der Sicht des Aufsichtsrates, in Festschrift für Marcus Lutter, 2000, S.328ff.
- (180) Hommelhoff/Mattheus, a.a.O.(Fn.169), S.252.
- (181) Hommelhoff/Mattheus, a.a.O.(Fn.169), S.252f.
- (182) Claussen/Korth, a.a.O.(Fn.179), S.330.
- (183) Theodor Baums, Der Aufsichtsrat—Aufgaben und Reformfragen, ZIP 1995, 11, 16f.
- (184) Kontrah制定後のコーポレート・ガバナンスの更なる改善のための勧告を行うことを目的として二〇〇〇年五月に設置

された委員会（正式名称は「コーポレート・ガバナンス—企業経営—企業統制—株式法現代化」政府委員会）である。

(185) Theodor Baums(Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rz.58.

(186) 小宮靖毅「法遵守体制と『二層式』制度—モニタリングモデル受容の—過程を考える小論」明治学院論叢法学研究七三号—六頁は、ドイツの議論では「内部監査体制を監査役会の問題として移しかえることができない」可能性を指摘する。

(187) 第一章二及び三参照。

(188) 本章第四節参照。

(189) 本章第二節第二款三参照。

(190) 注(11)参照。

(191) 注(12)参照。

(192) 本章第二節第二款二及び三参照。

(193) 判時一七二一—号三頁。

(194) Hommelhoff/Mathews, a.a.O. (Fn.169), S.252f.

(195) 本章第四節四参照。

(196) 判時一七二一—号三二頁。

(197) 森本滋「委員会等設置会社制度の理念と機能〔下〕—監査委員会と監査役制度の比較を中心に—」商事法務一六六八号一五頁（平一五）。

(198) ただし、片木晴彦「監査役と監査委員会」民商法雑誌一二六卷四・五号一一五頁（平一四）は、委員会等設置会社についても「内部統制システムを整備し、運営する責任は経営者にある」とされる。

(199) 神作・前掲注(12)八一頁は、「内部統制に多数の従業員が従事し監査役がそれを統括するとすれば、内部統制が会社の経営方針やリスク戦略と密接に関連するがゆえに監査役が業務執行に深く立入らざるを得ず、監査役を純粹な監督機関にとどめておくことの当否が問われよう」とされる。

(200) 判時一七二一—号三八頁。

(201) 本章第二節第三款三。

(202) 第二章第四節四。

(203) 判時一七二一—号三三頁。

(204) 判時一七二一—号三八頁。

(205) 信頼の権利に関して、伊勢田・前掲注(6)八三頁以下。

(206) 大和銀行株主代表訴訟事件判決は、財務省証券の保管残高の確認方法につき不備を認めて担当取締役の義務違反を認めただが、そのような点を不備であるとしたことや、その他の点(抜き打ち検査を行わなかったこと)を不備ではないとしたことについては批判がある。岩原・前掲注(9)一二頁以下。

(207) 注(5)・(7)及び本文参照。

(未完)