

国際取引法分野における刑罰規定の規範化概念の 進展と域外適用の交錯

——英国 Senior Management Regime、米国 FCPA、Computer Fraud and Anti-Abuse Act、ドッド・フランク法とグローバル内部統制を中心に——

藤 川 信 夫

序章—問題意識—

本稿は、英国金融法制に係る Senior Management Regime (SMR) とコーポレート・ガバナンス・コードに関し、国際取引法分野の刑罰規定における規範化概念の進展と域外適用の交錯、Senior Management Regime (SMR) における刑事罰規定のあり方の試論などに焦点を絞り、コーポレート・ガバナンスの新たな視点からとり纏めを図るもの

国際取引法分野における刑罰規定の規範化概念の進展と域外適用の交錯 (藤川)

二八三(五一五)

である。

英国金融監督に関しては Approved Persons Regime (APR 役職員承認制度) が既に導入され、更に二〇一六年導入に向けて銀行業界の上級管理者向けに Senior Management Regime (SMR) 施行が予定される。主要経営陣対象の Senior Managers' Regime¹⁾、主要な従業員も対象に含む Certification Regime の二つからなるが、Senior Managers' Regime については二〇一八年に導入が延期される見通しとなっている等、内容面はなお細部が調整中である。業務執行者である上級管理者機能 (SMFs) のあり方、規律付けなどが課題となる。

英国 Senior Management Regime (SMR) とコーポレート・ガバナンス・コード (CGC) に関しては別稿において考察を行ってきた¹⁾。本稿はその後の SMR に係る制度設計の変容を踏まえて、刑法領域における規範的概念と域外適用の交錯につき国際私法ならびに国際金融法制の視点から更なる考察を進めたものである。背景として米国 FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977) あるいは英国 BA (UK Bribery Act 2010) など規制当局はグローバル企業に対する個人責任追及から刑事・民事罰を含む両罰規定の域外適用を強めつつある。また近時の裁判例において全般的に刑罰規定の規範化概念の進展がみられ、域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬などの両面から考察を進める。かかる議論の顕現化する局面として、SMR における刑罰規定と域外適用のあり方を軸に検討する。SMR の今後の制度設計およびグローバル金融機関のグループ内部統制への影響、更に CGC などソフトローによる上場企業規律のあり方、会社法上の義務にも敷衍させたい。

第一章 英国 Senior Management Regime とローポレート・ガバナンス・コード

I. Approved Persons Regime から Senior Management Regime への転換と上級管理者機能

英国 Approved Persons Regime (APR) は、二〇〇〇年に発効の FSMA2000 (Financial Services & Market (Banking Reform) Act 2000 英国金融サービス(銀行改革)法) section59が根拠となる法令(条項)であり、この法令に基づき FCA/PRA Handbook に詳細に規定されている。金融危機後の二〇〇九年に発表されたウォーカー報告書(Walker Review)で、取締役会議長(会長)である Chairman や非業務執行取締役(Non Executive Director NED)の責任と役割の明確化ならびに取締役会の内部委員会であるリスク委員会(Risk Committee) 設置などのリスク管理態勢強化が提言され、当時の英国金融庁に当たる FSA (Financial Service Authority) もこの提言に基づき APR の一部変更を進めたが、有力金融機関(米系)のロビー活動などにより、従前のルールが概ね継続した状態にある。英国 CGC も Walker Review の提言を受けて改訂されている。

かかる Approved Persons Regime (APR) に関して行政審決事例が既に生じており、三つの防衛線(three lines of defense)⁽²⁾のうち内部監査部門によるリスク遮断を念頭にリスク許容度については Mitsui Sumitomo Insurance Company (Europe) (8 May 2012) 事件、コンプライアンス・金融犯罪については Standard Bank (22 January 2014) 事件が注目される。民事制裁金の課徴のほか、我が国独特の論功行賞的な人事ローテーションが否定されること、経営判断原則で本来は免責される領域ともいえる経営戦略面での齟齬を追求した側面があることなど、グローバル企業に大きな影響を及ぼしている。

APRは二〇一五年以降、特に銀行業界を対象に Senior Management Regime (SMR) への転換が予定される。NEDのみならず、上級管理者機能 (Senior Management Function SMFs) の役割の議論と合わせて検討が進められ、英国金融業界において大きな反響を呼んでいる。

我が国では金融機関に対しては会社法、上場企業として金融商品取引法、更に銀行法などの業界規制が三層にかかる。更に上場企業に対して日本版スチュワードシップ・コード (SWC) が二〇一四年導入され、二〇一五年六月日本版コーポレート・ガバナンス・コード (CGC) が東京証券取引所の遵守すべき規制として策定された。英国でも一般法としての英国会社法、CGCとSWCに加えてコード規律の内容として、特に銀行業界のみならず保険業界 (Solvency II firms) など金融機関を対象にSMRの規制がかぶせられることになる。⁽³⁾

II. Senior Management Regime の問題意識ならびに背景—大審院審決の存在—

Approved Persons Regime (APR) に関して、英国 Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS) がSMRの新たな制度を提言している。現在 Approved Person として FCA (Financial Conduct Authority)・PRA (Prudential Regulation Authority) の管理下にある銀行員は全体の一〇%程度であるが、新制度では更に裾野を広げて、直接 FCA・PRA が管理できる人員数を増やすことが趣旨となっている。

Senior Management Regime (SMR) の枠組みは、英国金融サービス市場法を根拠法とし、一連のコードなどにより形成されるソフトローミックスである。従前の上級管理者を対象とした規制当局の個別の事前承認制度である Approved Persons Regime (APR) を下部経営層や従業員にまで継承・拡大し、実際に企業価値創造を担う執行陣に対する規律である点で、とかく独立性や多様性、専門性などの議論が主となっていた監視機能を担う独立社外取締役

にかかる議論とは、関連性は強いが一線を画するものといえる。コーポレート・ガバナンスの根幹をなす議論として、投資家の観点に立つスチュワードシップ・コードよりも企業経営の実践の現場に近い領域の考察となる。

背景には、国際的な金融危機、近年のLibor金利不正に加えて、ロンドン金融資本市場の国際競争力向上、規制コスト削減などの競争政策上の思惑、更にはUBS事件において英国金融規制機関のFCAの行政処分が大審院審決において覆されたことも存在する。二〇一二年UBS事件(John Pottage v. FSA (FS/2010/0033))において、Approved Persons に関する第七原則(Principle 7 of the Statements of Principle for Approved Persons)違反が問われたが、規制当局が証明責任を負う個人責任の追及ができなかったことがSenior Management Regimeへの転換の一因とされている。集団的意思決定、経営判断による個人責任の追及が困難となり、不正・コンプライアンスに止まらず、戦略面にかかると意思決定、即ち適切なリスクテイクを採って企業価値向上を図らなかつたという経営戦略・実行面の積極的妥当性に関する経営陣の責任も含めて論点となったものと思料する。

英国の金融監督体制改革をみると、二〇一二年金融サービス法により二〇一三年四月をもってFSA (Financial Services Authority 金融サービス機構)が解体され、FCA (Financial Conduct Authority)とPRA (Prudential Regulation Authority)に分割し、PRAは個別会社の監視・監督を担当する健全性監督機構、FCAは消費者保護および市場参加者の行為規制を担当する金融行為監督機構として機能させることとなった。⁽⁴⁾その上でPRAをイングランド銀行(BOE)の傘下におくことを改革の主内容とする。

Ⅲ Senior Management Regime の意義と要諦

1 Senior Management Regime の導入の意義

Approved Persons Regime (APR) に関しては、実効性確保などの点から問題点が指摘され、企業価値創造を実際に担っている上級管理者の Senior Management 層への対象拡大、登録制度導入、エンフォースメントとしての刑事罰規定の導入、民事罰の面で拳証責任転換等を骨子とする SMR の導入へと改革が進められる。取締役会など集団的意思決定においては個人責任が免責されがちであったことに鑑み、個人の説明責任、更に経営破綻を引き起こさない判断ミスは不正として扱い、責任追求を凶らんとするところに主旨がある。経営面の積極的妥当性と消極的妥当性、経営陣の責任を問いやすいコンプライアンス違反と責任を問にくい戦略など経営面の著しい不正といった境界領域の議論ともなる。

またプリンシプルベースからルールベースへの揺り戻し、米国 FCPA (連邦海外腐敗行為防止法 [The Foreign Corrupt Practices Act of 1977]) あるいは英国 BA (賄賂防止法 UK Bribery Act 2010) などの国際不正行為防止法、コンプライアンス・プログラムおよび内部統制規定等のスキームの接近が窺われる。英国銀行改革法を根拠法令とし、また民事罰から踏み込んで刑事罰を導入する限りは構成要件などの明確化も必要となる。従前の SWC 等における Comply or Explain のアプローチの枠を超えるものとも思料されよう。

日本版コーポレート・ガバナンス・コード (CGC)⁽⁶⁾ の実践においては、Comply or Explain のアプローチに関して、具体的な問題毎に使い分けられることが想定され、独立社外取締役導入に関しては、導入しないことにより逆に企業価値が向上するなどの説明が求められ、政策投資保有株式に関しても同様とされる。上場企業においては事実上の強

制となりかねない面もある一方、一般的な説明を持って足りる規定もあるとされる。英国のような刑事罰規定の導入ではないが、さりとて罰則のない訓示規定というわけでもなく、我が国のコード導入については中間段階のものといえようか。そもそも英国ではロンドン金融市場における Libor 金利不正などの経営面のコンプライアンス問題が制度導入の基底にあるところ、我が国では成長戦略の根幹としての動機があり、英国とは誘因が異なる。日本版 C G C の導入・実践において、直ちに刑事罰規定導入まで視野に入る局面ではなく、S M R のうち企業の自主的認定措置である Certification Regime 導入が現実的となろう（私見）。

2. Senior Management Regime の概要

Senior Management Regime (S M R) の内容について、Approved Persons Regime (A P R) の比較も交えて改めて検討していきたい。議会 (Parliament) からの委任を受け、英国規制機関は銀行における個人責任を規律する新しい体制作りに取り組んでいる⁽⁶⁾。英国 F C A と プルーデンス規制を担う P R A は、近時、個人の説明責任の基準を高め、銀行、住宅金融共済組合、信用組合と P R A 指定の投資会社で働く個人に対する規制を強化するために二〇一四年七月三〇日共同諮問文書 (the Joint Paper)⁽⁷⁾ 等を次々に公開している。

議会提案によれば、広義の S M R は取締役と他の上級経営陣 (directors and other senior individuals) のための狭義の Senior Managers' Regime、下級従業員のための証明制度 (Certification Regime CR) を含むものとなっている。これに伴い、個人の行動を管理する F C A と P R A において新しい行動規則 (new conduct rules) が発出される。この二つの体制は、現状の A P R および A P R のための原則とコード (statements of principle and code of practice) に置き換わるものとされる。もつとも最近になって両制度の併存を図り、業界の動揺を少なくせんとする動きも模索されるなど流動

的な面がある。

かかる提案は、二〇一三年六月に銀行基準に関する議会委員会 (the Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS)) から出された最終報告書 (Changing Banking for Good) における提言 (recommendations) の内容を基にしている。端的にいえば、現状のAPRの下では個人の責任追及の範囲が狭く、効果的なエンフォースメントも十分なしえないことがPCBSにおいて述べられ、二〇一三年金融サービス法において新しい体制に対するフレームワークが包摂されたものである。

対象は英国法人の銀行、住宅金融共済組合と信用組合 (UK-incorporated banks, building societies, and credit unions)、PRA指定投資会社 (UK-incorporated and PRA-designated investment firms (collectively, banks)) となる。二〇一四年一月一七日財務省は銀行サービス法に関して海外銀行の英国支店もSMRの対象範囲とする内容の協議文書を出している。

SMRはSMFsを実行する個人に適用され、SMFsは金融機関の規制活動に関連し、深刻な結果をもたらしかねないリスクを内包した業務の管理責任があることを内容とする。

3. Senior Management Regime (広義のSMR) の要諦

(1) Senior Managers' Regime (狭義のSMR)

第一に、Senior Managers' Regime についてみていきたい。協議文書 (the Joint Paper) によれば、新たな承認制度はその行動と決定が金融セクターと顧客に重要な影響を及ぼす上級管理者 (Senior Managers) に対するものとなる。具体的には銀行の取締役会、Executive Committee (EC) のメンバー (および同等の者)、特定の基準 (certain criteria)

を満たす重要な事業の長、銀行内における重要なビジネス、コントロール、または行動に焦点を置いた機能に対して責任を有する個人、そして銀行の意思決定に対する重要な影響力を及ぼすグループあるいは親会社によって雇用されているこれらの個人を含むものである。

P R Aで特定されたSenior Management機能を担う個人は、F C Aの同意と共にP R Aによる事前承認を必要とするが、該当する機能がF C Aにより指定される場合は、F C Aによる事前承認が必要とされることになろう。S M Rへの移行の一部として、現在のA P Rにより承認された個人は、Senior Managersに該当する場合、移行期間が設けられる。F C A、P R Aに対する適用において、個人が銀行の事業領域に関する責任について企業による声明の提出が求められる。当局の承認のプロセスにおいては重要な役割を果たすもので、個人の担う責任の重要な変化がある場合、声明は関連の規制機関に再提出する必要がある。

(2) Certification Regime (C R)

第二に、共同諮問文書においては、新たに証明制度 (Certification Regime C R) が含まれる。Senior Managers Regimeの規律には服さないが、規制活動に関連した役割を果たし、従って銀行あるいは顧客に重要な危害 (significant harm to the bank or its customers) を引き起こす可能性がある従業員に対して適用される社内で自主的な証明を図る制度である。P R Aにおいてはこの証明体制は重大な危険を引き受ける者 (material risk-takers) に適用され、F C Aにおいては顧客に直面する役割、証明を求められる従業員 (certified persons) を監督する個人、Senior Managers Regimeではカバーされない、例えばベンチマーク提示者等の役割を担う者が全て該当する。Senior Managersは関連する下級従業員の評価と証明 (the assessment and certification) に対して責任を担い、毎年その適合性

と適切性 (their fitness and propriety) を評価することを要求される。これは銀行においては重要なデュー・デリジェンス (DD) を行うべきプロセスとなる。

(イ)、(ロ)を含む広義のSMRの対象はAPRの対象よりも拡大するが、(イ)の狭義のSenior Managers' Regime 自体の対象はAPRの対象よりも狭くなる。APRの対象からSenior Managers' Regime の対象を差し引き、新たに下級従業員を加えたものがCertification Regime (CR) の対象となる⁽⁹⁾。適合性と適切性 (fitness and propriety) 行動規則 (conduct rules) ・二層 (two tiers) のルールに続き、規制のエンフォースメントを考察していきたい。

(3) 証明責任の転換、潜在的な刑事責任追及リスク

エンフォースメント (enforcement) に関して、規則違反が生じた領域に関して責任を有するSenior Managers は、民事責任における推定、証明責任の転換 (Reversal of the burden of proof in cases of civil misconduct) により、違反の防止に向けて合理的な措置をとったことにつきFCA、PRAに対する説明責任を負担する。金融サービス法では、現状のAPRのスキーム以上に幅広い範囲の銀行の従業員に対して処分を科すことができるようになる。国内外のいかなる場所であろうとFCA、PRAは責任追及が可能となる旨が記される。更に英国法人の銀行、住宅金融共済組合とPRA指定投資会社に勤務するSenior Managers は、金融機関を破綻に追い込む原因になった戦略面の決定に関して、新しく設けられた処罰規定の下では潜在的に刑事責任 (禁固・罰金) 追及に晒されることになる。

(4) 責任マップとタイムテーブル

FCAとPRAは銀行が自らのマネジメントとガバナンスに関して、就中、一般的な経営責任、レポートイングリイン、組織構造の配置について詳細かつ最新の責任マップ (Responsibilities maps 責任の図解) を策定することを提唱す

る。財務省による最近の協議文書（二〇一五年一月三〇日に期限切れを迎える）によれば、実施に向けたタイムテーブルが二〇一五年度にずれ込むことを示している。概してPRAは英国支店に対して、プルーデンス（健全性）規制に関してより負担の軽いライトアプローチ（a lighter approach）を採用し、またFCAも英国の銀行に向けてかなり類似したアプローチをとることが予想される。

第二章・Senior Management Regimeにおける国際私法的規律

—海外銀行英国支店の取り扱いと域外適用の可能性—

1. Senior Management Regimeと外国銀行の英国支店に関する説明責任

PRAは二〇一五年二月一六日協議文書「外国銀行の英国支店に関する説明責任の強化」(CP9/15)⁽⁶⁾において、Senior Management Regimeが必要な限りにおいて外国銀行の英国支店にも適用されることを提案している。EU法下の英国EEA支店にPRAの権限が及ぶ限度内で、英国non-EEA支店に対しても権限が及ぶとする内容である。

新たな英国non-EEA支店に対しては、上級管理者機能(SMFs)を有する海外担当の長に対して事前承認が求められる。更にCFO（最高財務責任者）、CRO（最高リスク責任者）ならびに内部監査部長もSMFsに対応して承認が求められる。他のグループ企業(group entity)であっても、当該支店においてGroup Entity Senior Managerとして英国国内での規制された活動に関する経営管理や行動面の意思決定を行う場合、PRAの承認が必要となる。例として欧州中近東アフリカ地区担当のグループ・マネジャーとして、英国国内業務につき上位者としての決定を行う場

合は、英国支店に常住しない場合も承認を求められよう。

この場合、本社所在地において海外事業部門の指揮・命令系統が存在する場合、本社部長も承認が求められ、ひいては不祥事などにおける責任を追及、あるいは課徴金・刑罰を科されることになるかが議論となろう。

II. Certification Regime への行動ルール

Certification Regime への行動ルール (Conduct Rule) についても Senior Management Regime へ同様に non-EEA 支店に適用される。例として、PRA の報酬規則において重大なリスクを負っている個人 (Material Risk Takers) として認定されたスタッフなどが該当する。

III. 英国外銀支店ならびに銀行の役職員個人に関する規制の邦銀への影響

— エンフォースメントと海外銀行の英国支店に係る域外適用の懸念 —

SMR では、エンフォースメントに関して、金融サービス法により、APR のスキーム以上に幅広い範囲の銀行の従業員に対して、国内外のいかなる場所であろうと FCA、PRA は責任追及が可能となる。更に金融機関を破綻に追い込む原因になった戦略面の決定に関して、新しい処罰規定により潜在的な刑事責任追及にも晒されることを述べた。これまで財務省は海外銀行の英国支店の Senior Managers にはかかる処罰規定を適用しない旨を定めている。該当行為の域外的な適用はなされても、海外銀行の現地法人の Senior Managers には刑事責任の追求はされないものと現状では理解されるが、課徴金などの民事責任追及規定は適用されるものと思料され、海外銀行の英国支店に関する規制の動向には未確定な要素がある。

Ⅳ. 英国外銀支店ならびに銀行の役職員個人に関する規制の邦銀への影響

英国外銀支店に関する F C A、P R A の直近の二つの協議文書における各規制に関して上級管理者機能 (S M F s) に係る規制枠組みと合わせ本邦金融機関に及ぼす影響と問題点等、域外適用を念頭に置き、犯罪履歴など本稿と関連するものに焦点を絞って具体的に検討を進めたい。⁽¹⁰⁾

二〇一五年三月 F C A 提案の E E A (欧州経済圏 European Economic Area) 域外金融機関の在英支店に係る認定制度について、英国の監督上の方針では以前から大規模支店を準子会社とみなし、支店内の業務管理に完全な責任を負うことを要求している。また、S M R に規定する上級管理機能 (senior management function SMFs) の扱いに関して、本社も含めたグループ企業全体への影響も実質的な域外適用として懸念される。

S M R の域外適用などに関しては、英国の監督方針では以前から大規模支店を準子会社とみなし、支店内の業務管理に完全な責任を負うことを要求しているため、在英支店内の全管理職を S M F s として登録する必要はないこと、外銀子会社・支店が現地マネジメントにより適切に統治されている場合は法域を超えて親会社個人に対する規制適用 (域外適用) は必要最低限に抑えられるべき旨を全国銀行協会が要望している (二〇一五年五月)。

1. 英国外銀支店に係る規制

(1) P R A 提案の E E A 域外金融機関の在英支店に係る上級管理者の役割

P R A 提案の E E A 域外金融機関の在英支店に係る上級管理者の役割 (S M F s) について、在英支店の戦略実施に責任がある役職者は在英支店内の役職者であり、既存の A P R で在英支店戦略立案に携わり登録している本国の役職員は S M R の新制度の下では S M F 7 (Group Entity Senior Manager) (Appendix 1.7 パラグラフ 6.2、本文パラグラフ 2.6、

213、5.3）としての登録は不要となること、外国銀行支店の上級管理者は刑事罰（禁固・罰金）不適用の記載があるが、銀行破綻時に限定されることが不明確なことなどについて全銀協から疑問が提示されている。以下の(1)、(2)では各疑問点を掲記したい。

(2) F C A 提案の E E A 域外金融機関の在英支店に係る認定制度

F C A 提案の E E A 域外金融機関の在英支店に係る認定制度（C R）に関して、英国顧客と取引を行っている英国外の個人の適用は、英国顧客との取引の関与の度合いに応じた規則上の責任配分が図られるように適切に実施すべきであること。ホールセール顧客の大口取引について、顧客の関係構築のために英国外の上級管理者に対して顧客の帯同訪問などを在英支店から要望することが想定され得るが、この場合に英国外の上級管理者は英国顧客との取引で実務上の重要な役割を果たすことはなく、英国外の上級管理者に認定制度を適用することは不適當な場合もあり得ること。英国の監督上方針では、以前より大規模な支店を準子会社とみなし、当該支店は支店内の業務の管理について完全な責任を負うことを要求しているため、英国外の個人に対する規制適用は必要最低限に抑えられるべきこと。犯罪履歴確認は S M R のみならず、認定制度（C R）においても必要か明確にすべきこと。

2. 銀行の役員個人に関する規制―犯罪経歴確認、資料提供の提案など―

二〇一四年七月三〇日 P R A ・ F C A 協議文書「銀行の説明責任の強化…銀行の役員個人に関する規制の枠組み」が公表され、二〇一四年一〇月三十一日全銀協が以下のコメントを発売している。職業規範や企業文化、コーポレート・ガバナンス等の強化を目的とした役員等個人の責任に係る規制強化の必要性は認識されるが、英国におけるガバナンスという意味では外銀子会社や支店が現地マネジメントによって適切に統治されている場合、その親会社や

本社の個人を規制の対象とする必要は必ずしもないと考えられる。外国の親会社の個人を規制の対象にすることは、英国の法域を超えて外国の企業を規制することに繋がり、国際的協調の観点からも適切でない可能性があることが述べられる。⁽¹¹⁾

① P R AおよびF C Aによる(a)犯罪経歴確認、(b)資料提供の提案に関して、外銀の英国子会社・支店における親会社・本社からの派遣行員の適格性について英国子会社が親会社の雇用プロセスが十分高い基準にもとづいていると判断する場合は親会社による推薦に依拠することを許容する条項を追加すべきこと。

上級管理者となる親会社の出向者は、様々な国で職務に従事してきた経歴をもつことがあり、全ての国の当局から無犯罪証明書を取得することは事務的、時間的負担が過大となる。かかる従業員は親会社に採用されている時点およびそれ以降に犯罪歴がないことは自明であり、親会社の推薦、過去の犯罪歴等の書面確認が必要性に乏しいことから、犯罪経歴確認を対象外とすべきである。

親会社・本社からの派遣行員以外に関して、

(a) 犯罪経歴確認については手続きの効率性を高める工夫が施されるべきである。多くの国で適格性評価の原則の遵守のため、犯罪経歴を入手する要件が課され、親会社からの出向者を除けば本提案は妥当なものと考えられるが、無犯罪証明手続は国ごとに統一されておらず、各国当局間での様式の統一、当局相互のリファレンスによるカバー等、実効性、効率性を高める工夫が施されるべきである。

(b) 資料提供については、適切に対応するために一定期間が必要で、調査が行われている場合の資料提供は不要とし、資料提供は違反が証明された場合のみとし、更なるガイダンスが提示されるべきである。当該対象者に不満を抱

いた雇用主が当該制度を濫用することになりかねず、また開示不要の違反行為も懲戒処分同様に資料提供が必要とすれば、当該企業に対する機密保持義務・守秘義務を損なう懸念がある。このため、更なるガイダンスが必要である。

② 顧客保護ならびに市場行為(規則四、五)がFCAの追加的な具体的規則として示されているが、当該企業(銀行)で顧客保護ポリシーとして採用されており、要素に欠缺がない限り重ねて新たに制定する必要はないと考えること。規則四、五は顧客と相対している部署をターゲットとしており、顧客保護については顧客に相対しない従業員にとりどのような研修が実施可能かは不明瞭である。市場行為については、企業のPAD (Personal Account Dealing) ポリシーにおいて、誠実行為の違反の例として挙げられ、担保されている。

第三章 Senior Management Regime (SMR) の展望

— Senior Management Regime に関する刑事罰規定を含む未調整項目の克服に向けて—

I. 英国内設立企業(海外銀行の子会社を含む)に関する未調整項目

Senior Management Regime (SMR) の展望に関する最新の動向として、制度導入時期を前にして精力的に各種の協議文書、ガイダンスなどが発出されているが、刑事罰規定を含み未調整となっている項目も少なくない¹²⁾。調整済みの項目も含め、英国内設立企業、non-EEA銀行の支店、EEA銀行の支店に分け、各要点を整理しておきたい¹³⁾。SMRの根幹に関わる部分もあり、こうした検討を通じてガバナンス全体の議論、考察も深まろう。

II. Senior Managers' Regime

調整済みの項目についても改めて概要を整理する。①視野(Scope)：小規模のCRR企業(総資産規模二五〇百万ポ

ンド未満)についてはより制限的なSMRの適用を受ける。PRAのルールのみ、CEO、CFO、Chairman(取締役会議長)が対象となる。②SMFs(上級管理者機能)…調整済みの項目であるが、PRA、FCAに分けて整理する。

(a) PRA

各企業において最低限要求されるSMFs機能として、Chief Executive、Chief Finance、NEDs (Chairman)があり、加えて規制の適用可能なSMFs機能として、Chief Risk、Head of Internal Audit (内部監査長)、Chair of the Audit Committee (監査委員会委員長)、Chair of the Risk Committee (リスク委員会委員長)、Chair of the Remuneration Committee (報酬委員会委員長)、Senior Independent Director (上級独立取締役)が掲げられる。

PRAの管轄に関して、SMF6 (The Head of Key Business Area)は関連企業群の中で大きな業務部署を管理する個人を対象とするが、CEO、あるいは他のSMFに報告を行う場合も単独のSMFとしての権限を付与(warrants)される。

同じくPRAの管轄に関して、SMFsに係る未調整事項として、SMF7 (The Group Entity Senior Manager)は、英国外にいて英国内企業に影響を及ぼし得る個人が対象であるが、親企業の個人も捕捉可能となることが指摘されており、子会社のマネジメントにかかる個人、英国内の規制活動に係る直接的な決定を行う場合、こうした個人はSMF7あるいは他のSMFとして承認が求められる可能性が高いことになる。PRAは、海外企業グループの一部分であるすべての関連企業においてSMF7としての承認を要求するものではなく、ケースバイケースの対応となる。

CR (Certification Regime) の certification functions を担う個人に対して、行動ルール (conduct rules) に従いつつ、

企業は二〇一六年三月七日までに特定させることが求められる。財務省によれば、二〇一七年三月七日までに企業がかかる個人に対して(社内)認定を下す (issue certificates to individuals) ことを求めることになろう。段階的实施 (Grandfathering) に関して、各企業は二〇一六年二月八日までに各個人の責任に係る表明 (Statement) を含む告知を 図ることが要求される。

(b) F C A

未調整項目ではないが、F C Aの管轄に関して、次の Executive レベルの取締役会の役割・機能については P R A の S M F s、N E D sの要件ではカバーされないこととなった。Chair of the Nomination Committee、Compliance Oversight (MLRO)、F C Aの Key Functions を担う個人 (金融犯罪リスクに対処する責任を含む (including responsibility for countering financial crime risk))、重要な責任機能 (Significant Responsibility Function)。

Ⅲ. 責任の推定

未調整項目ではないが、責任の推定 (Presumption of Responsibility) に関し、やや疑義のあった部分でもある。関連する Senior Managers の領域における業務上の失敗について、規制当局により民事裁判にのみ適用される。刑事訴訟 追には適用されない (does not apply to the criminal charge) ことが明示された。かかる民事責任の推定・証明責任の転換は、① Senior Manager である (であった) 個人であること、② 企業における関連の要件の充足に違反 (contravention) があつたこと、③ その違反行為に関連して、Senior Manager が企業活動における管理責任を担って いたはずであること (must have been responsible for managing) が前提となる。P R A は、その監督指針案 (a draft Supervisory Statement) の中で、網羅的な例ではないが、個人が合理的な段階を経るべき環境、決定に関連した行動、

PRAが依拠すべき証拠 (the evidence which the PRA may rely on) を例示している。

私見であるが、これらの項目を設けていることに関しては、二〇一二年UBS事件 (John Pottage v. FSA (FS/2010/0033)) において規制当局が敗訴したことが発端であり、その審判所判断 (the Tribunal's decision) の中で示された内容を踏まえて対応したものと史料される。

未調整項目ではないが、Senior Manager が意思決定の手続きの中で合理的な段階を踏んだか否かをFCAが判断し決定する場合に考慮すべき事項に関しては、意思決定手続きと罰則マニュアル (the Decision Procedure and Penalties Manual DEPP)⁽¹⁴⁾ に示されている。

Ⅳ. 刑事罰

刑事罰 (Criminal Offence) に関しては、調整済み項目ではあるが、二〇一三年金融サービス市場 (銀行改革) 法 (the Financial Services (Banking Reform) Act 2013) に依拠し、当該金融機関を破綻させる原因となった無謀な意思決定に対する潜在的な刑事罰 (a potential criminal charge for a reckless decision) である。対象は英国内設立企業であり、検察側に有罪であることの証明が求められる (requires the prosecution to prove guilt)。従って、責任の推定の規定は刑事責任の追及には適用されない。

私見であるが、この点は従来より若干の疑義のあったところであるが、海外企業の支店には適用されないこと、従って本国の本社にも域外適用はされないこと、証明責任の転換の規定は民事の事案に限定され刑事事件には適用されないことが明確となった。またSMRのスキーム全体はソフトロー、ハードローのミックスで構成されるところ、刑事罰に関しては罪刑法定主義、構成要件の明確化から、あくまでも金融サービス市場 (銀行改革) 法を根拠法とし

ている。経営面の意思決定の大きな過ちに対する刑事罰規定導入の方向は、経営判断原則の適用を狭めて個人責任追及の容易化にも繋がり、刑事責任追及もあり得る本来的な法令違反(コンプライアンス)と民事責任追及に留まるはずの経営の妥当性・効率性の峻別の困難化をもたらすことになる。我が国のガバナンスの議論において、攻めのガバナンスを支える取締役会としてリスクのあり方の議論を尽くすこと、コンプライアンス違反もステイクホルダーの利害との乖離から生じること¹⁵⁾、戦略面も含む全社的なリスクマネジメント構築・運用の必要性が一層強まることを示していよう。

第四章・米国FCPA、英国賄賂防止法(BA)にみる刑罰規定と域外適用の考察

I. 米国FCPAと域外敵用

国際取引法分野で既に施行されグローバル企業に大きな影響を与えている米国FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, 15 U.S.C. 78m, et seq. 連邦海外腐敗行為防止法)における刑罰規定の要件・効果を考察し、英国SMRの今後の制度設計と域外適用の可能性に敷衍していきたい¹⁶⁾。

刑罰規定の域外適用に関連し、米国の一九七七年海外汚職行為防止法(FCPA)の近年の域外適用事例として現地エージェンシーを経由した現地政府高官への贈賄(ブリヂストン株式会社)事件があり、邦人として初めてのFCPA違反の個人に対する刑事責任を問われた国際カルテル疑惑事案である(マリンホース事件。二〇一一年九月十五日米国司法省(DOJ)と二八〇〇万ドルの支払いで和解¹⁷⁾)。

特に共謀罪に関して、FCPAでは§78dd-1発行者に禁止されている通商慣行、§78dd-2国内関係者に禁止され

ている通商慣行、§780D-3発行者と国内関係者以外の人物に禁止されている通商慣行の規定があり、米国当局は共謀罪を積極的に活用して外国企業の会社関係者に対して広く刑事責任を追及する傾向がある。英国でも同様の主旨の英国贈収賄防止法 (UK Bribery Act 2010 BA) が二〇一一年施行されている。

Ⅱ. 米国FCPAの刑罰規定の要件・効果

1. 米国FCPAとOECD外国公務員贈賄防止条約

大企業のみならず、中小企業の海外進出が進み、企業活動のグローバル化・ボーダーレス化が進展するに伴い、国際展開する現地の相手国の法制度、慣習等について十分な情報を得ることは一般的に困難で、かつコストもかかるため、企業としては様々なリスクを抱えて展開することを余儀なくされることが想定される。以下、「Ⅱ. 米国FCPAの刑罰規定の要件・効果」に関しては、経済産業省「平成二三年度 中小企業の海外展開に係る不正競争等のリスクへの対応状況に関する調査（外国公務員贈賄規制法制に関する海外動向調査）」の内容を中心にみていきたい。⁽¹⁸⁾

その中の一つとして、海外展開に関する不正競争等のリスクをみていきたい。海外市場における商取引の機会を獲得し、その維持を図る上で外国公務員に対する贈賄等による不正競争の防止を図るという認識の下、二〇〇二年OECD外国公務員贈賄防止条約が採択された。⁽¹⁹⁾ 我が国において一九九八年不正競争防止法の全面改訂により米国FCPAの賄賂禁止に類する規定が加えられ、二〇〇三年同法改正により外国公務員等に対する不正の利益の供与等の罪が導入されている。⁽²⁰⁾

2. 米国FCPAの要件・効果

(1) 外国公務員への贈賄行為を禁止する規定

処罰対象となる行為の類型は次の通りであり、範囲が広い。以下では、FCPAの域外適用、共謀罪、内部統制、ドッド・フランク法における内部告発条項に与える影響とジレンマなどに関してみていきたい。

① §78ddの禁止事項

米国の企業や個人が、その商機や不適切な便宜を得るため、米国外の政府関係者・公務員に対して、金銭や何らかの価値があるものの支払いを申し入れ、約束、または承認を助長するような行動を、直接的または間接的に行つてはならない。米国の企業や個人が、商機や不適切な便宜を得るために、米国外の政府関係者・公務員に対して、金銭や何らかの価値があるものの支払いを申し入れ、約束、または承認を助長するような行動を、直接的または間接的に行つてはならない。

米国内では直接贈賄行為に関与せず、発行者または国内関係者である米国企業の会社関係者において贈賄行為に及んだ場合であっても我が国企業の会社関係者が米国企業の会社関係者と事前に連絡を取り合うなど共謀したと認められる場合には、FCPA違反の共謀罪 (conspiracy) が成立する可能性があることが規定される。(18 U.S.C § 271)

② §78dd-3の禁止事項

§78dd-1 発行者に禁止されている通商慣行、§78dd-2 国内関係者に禁止されている通商慣行に続き、§78dd-3 発行者と国内関係者以外の人物に禁止されている通商慣行が、以下の通り規定される。

一九三四年証券取引法のセクション三〇Aに制約されている発行者、および同法セクション三〇Aに定義づけられている国内関係者以外の人物、あるいはその人物の役員、重役、社員、当該人物の代理人、または当該人物の代理人として機能する株主のいずれも、合衆国の領地内にいる間、郵便または他のいかなる方法、もしくは州際通商手段を

利用して金銭支払いの申し出、支払い、支払う約束、支払いの認可もしくは価値のあるものを譲渡する申し出、贈与、贈与の約束、贈与の認可を不正に促進するような行為を行うことは違法である。

(2) 対象企業 (§ 78dd)

日本企業の現地法人、株式または米国預託証券をNYSE（ニューヨーク証券取引所）やNASDAQに上場している日本企業（発行者）とその関連子会社や代理人、米国人を採用している日本企業がその対象となる。

米国内で贈賄行為の一部が行なわれた事例をみると、賄賂の送金が米国の銀行（correspondent banks）を通じて行なわれたこと、米国への出張者が米国内で電話・電子メールなどにより賄賂の決済を行ったことが挙げられる。また米国内上場企業等と共謀（conspiracy）した場合、米国には存しない日本の企業であってもその対象とされることがあり得る。

(3) 外国公務員 (§ 78dd)

外国の公務員（外国政府、公的な国際組織の職員・従業員）、政府や公的な国際組織のために行動する人、外国の政党やその役員などである。具体的には政党および公職者候補、国家機関の個人、国有または国営の事業体、公立病院、与党議員などがこれに含まれる。

(4) 処罰の内容・範囲は以下の通り。条約上、合衆国法典の刑法における関係法が適用されることになる（18U.S.C. 3571 15U.S.C. 78dd-2 15 U.S.C. 78dd-3 15 U.S.C. 78ff）。

法人では、刑事罰として二〇〇万ドル以下の罰金かつ（または）利得（損失）の二倍までの罰金、民事罰として一万ドル以下の民事制裁金。個人では、刑事罰として二五万ドル以下の罰金かつ（または）利得（損失）の二倍までの罰金、

五年以下の禁錮刑またはその両方、民事罰として一万ドル以下の民事制裁金。時効は五年となる。

3. FCPAのその他の条項ならびに関連法制

(1) FCPAの会計処理条項

FCPAをみると、贈賄禁止条項 (The Anti-Bribery Provisions) ならびに会計処理・内部統制条項より構成されている。会計処理条項 (The Book and Records Provisions) 15 U.S.C. § 78m (b) (2) (A) は、資産の処分および取引において合理的な程度に詳細・正確・公正に反映する帳簿・記録・勘定を作成・保存するべきで、贈賄など不正な支払いを隠匿するために虚偽の財務記録を行なってはならないと規定がされる。

罰金規定は以下の通りである。法人では、二、五〇〇万ドル以下の罰金かつ (または) 利得 (損失) の二倍までの罰金、五〇万ドル以下の民事制裁金または利得額、自然人では五〇〇万ドル以下の罰金かつ (または) 利得 (損失) の二倍までの罰金、二〇年以下の禁錮刑またはその両方、一〇万ドル以下の民事制裁金または利得額。

(2) FCPAの内部統制条項 (The Internal Controls Provisions) (15 U.S.C. § 78m (b) (2) (B))

内部統制制度を構築し、以下の四点を保証する必要がある。①経営者の一般的または特別な承認に従って取引を行う。②一般的に通用する会計原則に準拠して財務諸表を作成し、資産の説明責任を維持するために、必要に応じて取引を記録する。③経営者の承認に従わなければ、資産の使用は認められない。④資産を記録した説明と既存の資産との差異がある場合は適切な措置を講ずる。

(3) ドッド・フランク金融制度改革・消費者保護法 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act,

2010) との関連

ドッド・フランク法は、金融危機の再発防止を目的として二〇一〇年七月に成立した金融規制法案であり、銀行に對して自己勘定取引、ヘッジファンド、プライベート・エクイティに對する投資を禁じるボルカー・ルールなどを主な内容とする。米国SEC（証券監視委員会）に對する証券法違反報告に關して報奨金を与え、内部通報者保護を強化して内部告発を奨励する規定も設けている。制裁金額が一〇〇万ドルを超える場合には、一〇%から三〇%に相当する報奨金を定めているため、FCPAの執行に重大な影響を与えると考えられる。近年和解金が数百万ドルにも上るFCPA上の和解案件が多数生じており、本法の内部告発者条項により、多くのFCPAに關する調査、執行措置が今後も行われる可能性がある。即ち、ここにおいて従業員が社内報告を行わず、社内のコンプライアンス体制が忌避されてしまい、報奨金目当てに政府に社外通報することを選択してしまうことが想定され、企業内部においてはコンプライアンス体制の弱体化に繋がりがかねないジレンマあるいはリスクがある。一方では、この機会に企業が改めて積極的なコンプライアンス制度を構築し直して、内部告発者方針を見直す等、前向きに対応に繋がることも考えられる。

(4) FCPAの共謀罪 (conspiracy) 18 U.S.C § 271

我が国企業の会社関係者において、米国内で直接贈賄行為には関与せず、発行者または国内関係者である米国企業の会社関係者において贈賄行為に及び、日本企業の関係者が米国企業の関係者と事前に連絡を取り合うなど共謀したものと認められる場合、FCPA違反の共謀罪 (conspiracy) として処罰されるリスクがある。米国当局は共謀罪を積極的に活用して外国企業の関係者に對してFCPA違反の刑事責任を追及する方向にある。日本人として初めてFCPA違反の刑事責任を問われたケースとして、ブリヂストン国際営業部長の事案がある。ラテンアメリカにおけるマリノホース等の工業用ゴム製品の販売促進のために、国際カルテルおよび外国公務員への贈賄行為の共謀に關与

したとして、反トラスト法違反およびFCPA違反の共謀で起訴されたもので、二年間の拘禁刑、八万ドルの罰金に処せられた。外国公務員に対する賄賂供与の手續を實際に進めたのは米国子会社であるものの、当該国際営業部長は外国公務員に対する賄賂供与を交渉し、承認したとして、FCPA違反の共謀罪に問われたものである。

(5) 米国におけるコンプライアンスプログラム、その測定のためのインセンティブツールを以下に掲げる。

U.S. Sentencing Guidelines' Principles of Federal Prosecution of Business Organizations' Required Compliance Programs as part of Department of Justice plea agreements and consent judgments' Business Ethics : A Manual for Managing a Responsible Business Enterprise in Emerging Market Economies (商務省)' Fighting Global Corruption : Business Risk Management (國務省、商務省)。

Ⅲ. 英国賄賂防止法の域外適用とFCPAの比較

二〇一一年七月一日英国賄賂防止法 (UK Bribery Act) が施行され⁽²²⁾、法人の罪 (Corporate Offence) として企業が賄賂を防止しないこと自体を犯罪化するなど、米国海外汚職行為防止法 (Foreign Corrupt Practices Act FCPA 一九七七年施行) に比し、広範な規定となっている。英国贈収賄禁止法とFCPAの相違点をみると、(a) 民間人への賄賂も禁止される (英国贈収賄禁止法第一条)。第一条に定める犯罪は第七条に基づく企業責任の根拠になり得る。(b) 企業に関する管轄が広い。適用範囲には設立地にかかわらず、英国内で事業の一部または全部を営む全ての営利団体が含まれる。(c) 目的に関する表現が幅広い。納税義務の軽減など一般的に有利な待遇を確保するためになされた支払も適用範囲に含まれる。FCPAにおいて争われてきたところである。⁽²³⁾ (d) 営業活動に関する抗弁 (Affirmative defense) がない。(e) 業務円滑化のための支払 (Facilitation payment) の例外もない。贈収賄防止の手續きを整えることが同法上の企業責任

に対する抗弁となり、本法対象企業はリスク・アセスメント、コンプライアンス・プログラムを強化すべき必要が高まっている。不祥事防止の内部統制不構築が罪に問われ（第七条）、会計記録条項と共に内部統制・文書化要求の法制化である。域外適用も認めており、²⁴疑われるリスクを晴らすために文書化・リスクマネジメントが求められる。

Ⅳ. 域外適用の全般的考察

1. 域外適用の全般的考察

ドッド・フランク法の域外適用と一律規制に関して、ボルカー・ルールの適用範囲について米銀は自己勘定取引の場所に関わらず適用される。非米銀は米国内、あるいは米国外取引の米国居住者を相手とする取引には適用がされる。ボルカー・ルール、デリバティブ規定の域外適用と差別的跛行性に関して、第一に、ボルカールールでは、「米国外のみ」行為の適用除外要件が厳格である。第二に、デリバティブ規定の域外適用について、非証券デリバティブ（swaps）関連規定は原則として米国外の活動には適用されないが、米通商における活動に直接的かつ重要な関連を有し、もしくは当該活動に直接的かつ重要な効果（effect）を有する場合など（七二二条(d)、例外がある（修正効果主義）。第三に、スワップ・プッシュアウト条項（Swaps Push-out Rule: スワップ部門分離ルール）の影響があり、第七一六条において銀行が連邦支援（federal assistance）を受けられる場合、スワップ・エンティティ（Swap Entity）を分離することを求める。邦銀または外国銀行米国支店が例外措置を利用できるか不明となる。第四に、不利益な影響として、外国銀行およびノンバンクと内国民待遇原則がある。域外適用に対する修正要求などが、我が国当局、全銀協、学界などから出されている所以である。

域外適用統一化に関して、独占禁止法と米証券取引所法の域外適用関連の蓄積が検討される。属地主義の拡張、

主観的属地主義（行為理論）および客観的属地主義（効果理論）、域外適用の拡張に対する国家主権に関する国際法三原則の制限などが挙げられる。①管轄権対象と管轄権渊源の間に実質的かつ真正の結合のあること、②他国の国内管轄権に属する事項に干渉しないこと、③適合性、相互性および比例性の原則に従うことが指摘される。

また、独禁法の効果主義と証券法領域の効果理論（客観的属地主義）のズレの問題も、今後の検討課題となろう。⁽²⁵⁾

域外適用における証券取引法とドッド・フランク法の交錯については、ドッド・フランク法九二九P条(b)(2)(b)による Morrison 判決修正と私人間訴訟の検討がされており、SECおよび司法部 (Department of Justice) の行為に関する限りで行為・効果基準を採用し、Morrison 判決（後述）の内容は実質的に一部修正されたことになることも解釈され得る。⁽²⁶⁾ 米国金融改革法の域外適用については、主観的属地主義と客観的属地主義を組み合わせた Bersch 判決（一九七五）の考え方が参考され、在外米国人のときは予備行為以上、在外外国人のときは損害の直接原因となる行為が必要とされるが、管轄権対象の関係で必要な行為の種類を考えるべきであろう。

国際不正コンプライアンスの域外適用に関して、グローバルなコンプライアンス・内部統制の整備が急務となる。英国賄賂防止法 (UKBA) と米国海外汚職行為防止法 (FCPA) の域外適用について FCPA は刑事法的色彩が強く、主観的属地主義の要因が強まり、反面で市場の利害要因は薄まろう。マネー・ロンダリングでは刑法的色彩が強まり、全世界統一的な規範形成も必要となる。域外適用のルール統一化と秩序形成においては、恣意性と予測可能性等の点で、独禁法制との整合性ならびにソフトローの考察、国際的エンフォースマメントと国際礼讓の導入が検討されよう。

2. 刑事罰のエンフォースメントと法制改革のジレンマ

英国の導入予定のSMR、あるいはSMRと併存の可能性も高まっているApproved Persons制度も、プリンシプルベースのコードに準拠するといいつつ、ルールブックともいえる詳細なFSA Handbookに規定を置き、事実上のエンフォースメントとして企業名公表措置を課している。企業側としては刑事罰を含む重罰規定があり、域外適用の懸念が高まっているFCPA同様に、刑事罰規定を含むSMRに対する事前防止のための対応が必要となり、また規制当局側も恣意性の誹りを受けないためにも明確な規準の策定作りの已む無きに到る。ルールベースに逆戻りし、Approved Personsの事実上の法制化の傾向といえなくもない。コンプライアンスなど当局の危機意識の強さを示してもいよう。プリンシプルベースの破綻でもないが、実現の困難さの例となろうか。企業名公表など企業側の影響も大きい。ハードロー分野であるが、FCPA等域外適用と課徴金重罰化がアナロジーとしてパラレルに浮かぶところである。

反トラスト法領域との比較として、エンフォースメントと刑事訴追の分断 (separation of prosecutor from enforcer)、両罰規定と刑事・民事罰、適切な手続きの面 (due process concerns) の制度設計等も今後の考察対象となる。⁽²⁷⁾ 米国FCPAなどにおいて個人に対する刑事罰が執行される場合のエンフォースメントを図る行政当局と刑事訴追の訴訟当局の関係、両罰規定と刑事・民事罰のあり方、私訴が出される場合の代表訴訟・集団訴訟 (クラスアクション) や三倍賠償制度ならびに証拠開示のあり方など適切な手続面の制度設計が検討課題となろう。

第五章・米国CFAAにみる国際取引法分野の刑罰規定の規範化概念と域外適用、SMRにおける刑罰規定の試論

―域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬、司法判断による世界的な規範形成―

I. Computer Fraud and Anti-Abuse Act (CFAA) にみる米国の刑罰規定における規範化概念の深化と司法判断

英国の Senior Management Regime (SMR) を中心に非業務執行取締役 (NED) の機能から上級管理者機能 (SMFs) に向けたガバナンスの進展を考察してきた。SMRにはエンフォースメント強化として刑事罰規定導入が予定されている。またSMRの外国銀行支店あるいは本店に対する域外適用も懸念されている。現時点では、規制当局は刑事罰規定の発動や域外適用に関しては抑制的ともみられるが、対応を迫られる銀行業界からはNEDとSMFsの概念の重複、不確かさなどもあって疑問の声が出されていることを述べた。

ここでは、拡大適用と域外適用に関連して、近時の米国の刑罰規定における社会規範の概念の導入、ならびに域外適用について検討してみたい (Professor Joseph L. Hoffmann Maurer School of Law Indiana University, 講演参照⁽²⁸⁾)。法的保護を受けることの許容範囲に関して、米国の Computer Fraud and Anti-Abuse Act (CFAA, 18 USC § 1030) を考察する⁽²⁹⁾。私見であるが、ルールベースの米国において、規範化概念の深化といったプリンシプルベースへの接近、ソフトウェアのルールミックス化ともいべき傾向が窺える⁽³⁰⁾。

一九八〇年代初に米国の法執行機関はコンピュータ時代に向け、新たに発生するコンピュータ犯罪に対処する刑法が存在しないことに懸念が高まっていた。連邦議会は、既存の刑法にコンピュータに関する新規定を加えるのではなく、

単一の新しい制定法（刑法典一〇三〇条コンピュータに関連する詐欺および関連行為）の中でコンピュータ関連犯罪に対処する道を選択し、刑法典一〇三〇条の制定後も一九八六年コンピュータ詐欺と濫用に関する法律（CFAA）の制定に至っている（刑法典一〇三〇条改正）。連邦議会はCFAAにおいて、コンピュータ犯罪に対する連邦政府の関心、犯罪を禁止・処罰する各州の関心や能力の間に適切なバランスを取ろうとし、連邦議会は連邦レベルの司法管轄を連邦政府が関心を持たざるを得ないケース、即ち連邦政府機関や特定の金融機関のコンピュータが関係するケース、犯罪自体が本質的に州際または国際的であるケースに限定した。他方で各州内で発生するコンピュータ犯罪については、州レベルの司法管轄として各州にて法令を定めている。CFAAにより刑法典一〇三〇条の規定が明確化され、更にコンピュータ関連の犯罪行為が追加された（コンピュータ経由による財産の窃盗を罰する規定（一〇三〇条(a)(4)）、他者に帰属するデータを故意に改変・損傷・破壊する者を罰する規定（一〇三〇条(a)(5)）が追加）。コンピュータ犯罪の高度化、検察当局の経験の蓄積に伴い、刑法典一〇三〇条の修正条項として議会は逐次修正決議を行っている。刑法典一〇三〇条では(a)(1)から(a)(7)まで七種類の犯罪が規定され、同条の(b)により犯罪の未遂も犯罪となる。法執行機関または諜報機関の合法的な捜査活動・諜報活動等は一〇三〇条の対象から明示的に除外される。

CFAAの元来の立法意図はハッキング(hacking)防止であったが、二〇〇八年に至るまで修正が行われている。特に(a)(2)に焦点を当てると、無権限、あるいは権限を超えてアクセスし、財務情報や政府の情報、さらには保護されたコンピュータのあらゆる情報を得ようとする行為が厳罰の対象となっている。内容は禁固刑（最大五年）、民事責任として補償的損害賠償(compensatory damages)と差止命令(injunctive relief)となっている。

ここで同条の許容範囲を超えてアクセスすることの意味合いの理解が問題となる。法律文言、さらには技術面で法

益は保護されているはずであるが、米国司法省 (DOJ) の発出したマニュアル (U.S. DOJ CFAA Manual) によれば、① 法律文言、② 技術面の他に③ 契約面、④ 社会規範の二種類の判断に保護手段を拡大している。③ 契約としては、*terms of service*、*a computer access policy*、*a website notice*、更には *an employment agreement* があるが、これ以外に四つ目の判断基準として、④ 文章化されていない社会規範に拡大される。想定される CFAA 違反行為として、無権限のアクセス共有、*False user profiles* (e.g. Facebook)、*VPN access* (バーチャル・プライベート・ネットワークのアクセス)、*Date mining* (データ採掘) の他、*White Hat hacking* (善良目的のハッキング) も該当する。かかる議論は、ルールベースが主体のはずの米国におけるソフトロー発展、ルールミックス化に関する議論と軌を一にするものである。⁽³¹⁾

④ 文章化されていない社会規範の違反行為事例として、*U.S. v. Nosai* (9th Cir. 2012)⁽³²⁾ がある。被告従業員は雇用主のコンピューターを使用して情報をダウンロードしようとしたが、業務に役立つ目的であった。司法省は、雇用契約上は禁止されていないが③、本来であれば企業側は許容しないはず④、と判断して CFAA により訴追したものである。連邦地方裁判所は次の通り述べて訴えを却下した。連邦議会がコンピューターを使用する者に対してコンピューターの使用制限の違反により (*in violation of computer use restriction*) 刑事責任の拡大を意図するのであれば、コンピューターを使用する全員が包含されかねない。政府は、軽微な違反は訴追しないと保証するとしているが、我々は地方の検察官のお情けで生きていくのではない (*shouldn't have to live at the mercy of our local prosecutor*)。魅力的なターゲットが出現した場合に、政府を信用できるかは明白ではない。

CFAA に関しては、規制当局側が訴追拡大の手法として規範化概念を持ち出し、司法判断はこれを否定したという図式であろう。

II. C F A Aにみる域外適用と米国法の動向

— Morrison 事件、Kiobel 事件など近時の裁判例との整合性、域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬 —

刑事法領域における域外適用 (Extraterritorial Application) の概念については、主観的・客観的属地主義、属人主義、効果主義などが掲げられるが、⁽³³⁾ 刑法における立法意図による解釈が重要となる。

C F A Aにおける保護されるコンピューター (Protected Computer) の定義については、米国外のコンピューターであつても州際通商 (取引) (interstate commerce)、海外取引 (interstate or foreign commerce or communication in the U.S.) に影響を与える場合は本罪の対象となる。司法省の解釈としてはコンピューターがネットに接続されていれば十分であり、ウェブサイトの無断使用の場合、.com、.net、.eduなどが用いられていればC F A Aの規定に従うものとされる。

C F A Aに関する連邦最高裁の判断はまだ出されていないが、近時の裁判例として①Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 事件)、②Kiobel v. Royal Dutch Petroleum 事件の判断枠組みが参考となる。

1. Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 判決)

(1) Morrison 判決における域外適用の否定

Morrison v. National Australia Bank 事件 (Morrison 判決) はオーストラリアの銀行であり、A D R (米国預託証券) をN Yに上場していた間接的上場の事案で、foreign-cubed 訴訟 (外国人原告らが外国の証券取引所で外国会社の株式を購入した有価証券に関する訴訟) について、第二巡回区控訴裁判所が初めて審理したものである。⁽³⁴⁾ 争点は、米国内の子会社が行った不正行為に関し、米国外企業の米国外上場株式について、米国外投資家が米国において証券取引所法一〇条(b)項の事物管轄および訴権を有するかであった。

Morrison 事件の原告は、ナショナル・オーストラリア銀行の子会社による虚偽記載の原因は米国で発生し、虚偽記載は同行によってSECへの証券届出書に盛り込まれ、一九三四年法第一〇条(b)による訴訟は国内行為に基づく請求であると主張した。最高裁は法令の真の目的を判断するとともに、申立ての国内行為が議会が法律制定時に意図した目的に沿ったものであるかを判断するためには、該当法（一九三四年法）の条文を検討しなければならない。一九三四年法は、詐欺行為そのものを処罰するものではなく、国内証券取引所に登録された証券、または国内証券取引所に登録されずに国内で売買された証券に関連した詐欺行為を処罰するものである。Morrison 事件の詐欺行為は法律が目的とする行為ではなく、証券の販売は米国内で発生したものでないから、申立ての国内行為は請求を起こすには十分とはいえないと判示した。最高裁の判断枠組みとしては、議会が通す立法は、米国の土地管轄内の適用のみが推定され、詐欺行為の発生地は米国外であり、域外の推定が働くとする。本判決直後に制定されたドッド・フランク法との関連も含め、検討を深めたい。

- (2) ドッド・フランク法の証券取引法に関する域外適用
- (イ) 米国証券法の域外適用

ドッド・フランク法では米国証券法の域外適用を許容する明文規定が置かれ、従前の米国証券法に関わる司法判断を覆す可能性もあり、米国進出の邦銀等の影響も大きく、米国証券法に内在する潜在的リスク、訴訟リスク等に関する検討が必要となる。ドッド・フランク法九二九条Pは詐欺禁止条項違反を主張してSEC、米国政府に対する訴権を認め、一般私人にも提訴権を認めるかが議論される。

- (ロ) モリソン事件における行為・効果基準と米国最高裁の域外適用否定

① 行為・効果基準

米国では証券法の域外適用は肯定されてきたが、二〇一〇年六月最高裁判所は *Morrison v. National Australia Bank* 事件で域外適用を原則的に否定する立場を示した。しかし、同年七月ドッド・フランク法において、米国証券法の域外適用を許容する明文規定が置かれた。域外適用否定の立法意思推定、立法目的に照らし厳格に国内行為を判断すること、非米国有価証券発行体の訴訟リスク軽減への寄与、同法による行為・効果基準の復活ならびに私人への提訴権付与等である。米国連邦第二巡回区控訴審は行為・効果基準 (conduct and effects test) により裁判管轄権を有しないと判断したが、最高裁は同じ結論ながら立法意思から法律解釈するアプローチを採る。

② 最高裁の判断

連邦最高裁は、議会の立法意思が明確に存在する場合に限り法律が域外適用されると判断し、国内行為の存在を主張するのみでは必ずしも法律が国内で適用されることにならないとの判断を示している。Foreign-Cubed (外国証券取引所詐欺) 事件に多岐の影響を及ぼし、米国内で事業を営む非米国発行体において、米国証券法に關係する潜在的リスクが制限されることになる。³⁵⁾

③ ドッド・フランク法九二九条Pと行為・効果基準の復活の影響

ドッド・フランク法第九二九条Pは一九三四年法を改定し(一九三三年証券法、一九四〇年投資助言者法の改定も含む)、同法の詐欺禁止条項の違反を主張してSEC又は米国政府が提起する以下の訴訟について米国連邦地方裁判所に管轄権を賦与する。①証券取引が米国外で行われ、外国投資家のみが関与する場合であっても違反行為を形成しているきわめて重要な構成部分が米国内で行われている場合、②米国外で行われた行為により、米国内に実質的な影響を及ぼす

であろうことが予見可能な場合。

行為・効果基準の復活ともみられ、連邦議会による域外適用の立法意思は明白であるため、*Morrison* 事件の判例法理からも域外適用が否定されることはない。ドッド・フランク法第九二九条Pは海外証券詐欺事案について米国裁判所に訴え出る権利をSECと米国政府に付与するが、一般私人による米国での訴訟提起は規定していない。同条を拡張適用して海外証券詐欺事案について一般私人にも米国裁判所に訴える権利を認めるべきか否かを判断するための調査をSECが行うものとする。私人への訴訟提起権付与については、クラスアクションを容易に起こせるようになりかねないことも懸念される³⁶。

規制当局は、司法省の米国FCPA (The Foreign Corrupt Practices Act of 1977) の摘発態度にみられる通り、政策遂行から域外適用を強め、他方で裁判例は域外適用に否定的であると考えられる。もつとも、私見であるが、モリソン事件は域外適用を認めた場合、逆に米国サイドの国益が損ねられるケースともみられ、効果基準・効果主義の立場から鑑みて、必ずしも整合性がとれないともいえないのではないかと考えられる³⁷。

2. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 事件 (Kiobel 判決)³⁸ — 域外適用否定の推定則 —

原告はナイジェリア国籍人であり、残虐行為 (committing atrocities) を理由に英国、オランダおよびナイジェリア企業を被告とする事案である。問題となる行為は国外 (パラグア、メキシコ) で行われた。原告によれば、これらの企業はナイジェリア政府の国際人権法違反を幫助した。米国の裁判管轄権の根拠として援用されたのが外国人不法行為法である。外国人不法行為法 (Alien Tort Statute, 28 U.S.C. § 1350, ATS) の下で国外行為について米国裁判所で争いうる訴訟原因が生じるかである³⁹。

外国人不法行為法（ATS）では、米国が当事者となっている条約および国際慣習法（Law of nations）の違反によって被害を受けた外国人による不法行為訴訟について合衆国地方裁判所が第一審裁判管轄権を有すると規定されている。⁽⁴⁰⁾ 合衆国第二巡回区控訴裁判所は、慣習国際法が企業の不法行為責任を認めていないという理由で訴えを却下した。最高裁における争点は、ATSにも域外適用否定の推定則が適用されるか、適用される場合に本件において推定が覆されるかである。最高裁判決は、原審判決を維持しATSにも域外適用否定の推定則は適用され、本件では推定が覆されないと述べている。

問題点は、上訴人が外国人不法行為法（ATS）の下で適切な主張をしたか否かでなく、主張が外国の領域で行われた行為にまで届くかである。域外適用否定の推定則は、制定法に域外適用について明確な指示がない場合に域外への適用がないとする原則で、合衆国法は国内問題を統治し、世界を支配しないという推定（presumption that United States Law governs domestically but does not rule the world）を反映したものである。この推定は、他国の法との国際的な軋轢を生じさせるような意図しない衝突を防止することに役立つ（serves to protect against unintended clashes between our laws and those of other nations）ものである。⁽⁴¹⁾ 国際礼讓（international comity）主義に依拠するものといえようか。

政治部門が明らかに意図していない外交政策上の結果をもたらすような合衆国法の解釈を司法が誤って採用しないようにする役割を持っている。ATSが制定された元々の歴史的経緯（the historical background）も、即ち米国に赴任してきた外国大使の保護、カリブ海の海賊に対する防衛なども、域外適用否定の推定則を克服するために制定されたことを立証するに十分なものではない。米国がこうした刑事・民事責任訴訟に関して、セーフハーバーとなることを防止するものともいえる（includes a distinct interest in preventing the United States from becoming a safe harbor）。⁽⁴³⁾

上記の通り、外国人不法行為法（ATS）に関する最新の最高裁 *Kiobel* 判決⁽⁴⁴⁾は、*Sosa v Alvarez-Machain* 判決⁽⁴⁵⁾とは対照的に、訴えを事物管轄権の不存在（lack of subject matter jurisdiction）のゆえに却下した。米国法の域外適用否定の推定則を援用し、原告主張を否定している。⁽⁴⁶⁾

3. 域外適用否定の推定則適用と管轄権の誤謬の論点—管轄権の存否と実体法上の有効性の差異—

Kiobel 判決における域外適用否定の推定則適用に関しては、管轄権の誤謬の論点が指摘されている。⁽⁴⁷⁾ 外国人不法行為法（ATS）は完全に管轄権に関する法律であり、域外適用否定の推定則を論じることがほとんど意味がない。外国人不法行為法は行為の内容を規律するものでなく、一定の事件に連邦裁判所を訴訟の場として提供するだけの管轄権に関する法律である。同法の管轄権の範囲に入る事件を規律する実体法は国際法であって米国法そのものではない。 *Kiobel* 判決では、拷問や裁判によらない処刑は *Sosa* 事件で問題となった拉致よりも深刻であり、訴訟原因がないという口実で問題回避ができず、最高裁は国際法の問題を避けるために煙幕を張ったのである。域外適用の問題に注意を集めて、訴訟原因の存否、企業の国際不法故意責任の有無など、より本質的な問題に向き合わなかった。問題の回避は、最高裁が下級審の事物管轄権の不存在を理由に訴訟を却下するという手続き論によって処理を図ったことで複雑化している。実際は法律の域外適用否定の推定則に依拠して本案問題を最高裁は扱っており、判決は本案問題についての判決であると表現されるべきである。連邦裁判所には国際人権法の問題という国際法の実体問題を判断する権限が与えられており、国際法の形成に参加することをためらってはならない。

域外適用の実体的性質に関して、 *Kiobel* 判決における最高裁の誤りは、域外適用の問題が事件の本案についての判断でなく、事物管轄権の不存在の問題として事件を却下したことにある。事物管轄権の問題は裁判所に審理権限の

問題であり、⁽⁴⁸⁾ 本案は請求の実体法上の有効性に関わる問題である。

Ⅲ・域外適用の司法判断とSMRの敷衍と世界的な規範形成

こうした域外適用に係る近時の米国判例の傾向をみると、FCPA、CFAAなど米国法の過度に広い域外適用を米国司法省などが積極的に求めていることに対して、米国の裁判官は懸念し始めており、謙抑的姿勢を示しているといえることができる。裁判所は司法省による域外適用の制約要因となろう (Joseph L. Hoffmann 教授)。域外適用に係る司法判断の動向は、世界的な規範形成の一環でもある⁽⁴⁹⁾。

域外適用を巡る米国判例の動向については、米国裁判所がセーフハーバー (a safe harbor) となることを避けているとすれば、司法の判断と当局の意図は逆に結果的には同一方向にあるとも考えられようか。理論的整合性よりも広義の国益の保護に主眼があり、これもまた効果主義の範疇に入るとみられなくもない。

翻って英国のSMRに係る域外適用についてみると、私見となるが、SMRの外国銀行支店、本国の本社に対する域外適用などに関する規制当局の姿勢については、施行時期 (二〇一六年三月七日) の前の段階であるが、近時の司法判断を受けてか、抑制的とみられる。もともと、刑事罰規定導入などのエンフォースメントを強めるに伴い、導入後の姿勢の変化などは不透明といえる。我が国の全銀協からも懸念が出される所以である。英国の政策方針はEUの中でも独自性を強めつつあり、またルールベースの米国とは根本的相違もあるだろうが、今後のSMRの方向性を考察する上で大きな示唆となろう。プリンシプルベースにおけるルールミックスとしてのSMRにおける行動規範・ルールの整備が実効性確保の一つの鍵となるものと思料される。

私見であるが、英国規制当局は政策の独自性を強める方向の流れにあり、金融資本市場・証券取引所の国際競争の

中で、あくまでも金融機関の体質改善、ひいては英国金融市場の競争力強化等に主眼がある。S M Rの域外適用を本邦銀行の日本本社に及ぼすことには現時点では消極的なコメントが伝えられている。域外適用による海外銀行に対するエンフォースメント強化で摘発件数や制裁金収入は増加しても、日本市場の競争力強化に資することは矛盾ともなる。英国がS M R導入による規制の独自色を強めることは国際礼讓とは逆の方向性であるが、域外適用の意味合いはその狭間で考察されるものとなろうか。

第六章・グローバル企業における全社的な内部統制・リスク管理

I. 企業集団内部統制としての海外子会社管理とコーポレート・ガバナンス・コード

―改正会社法における海外事業の内部統制、内部監査とリスクマネジメント―

グローバル企業は、域外適用による刑罰リスクの高まりから、海外子会社の内部統制・内部監査体制の強化が急務となっている。こうしたグローバル企業における全社的なリスク管理の要諦を示したい。

1. グローバル企業における内部統制としての海外子会社管理

内部統制、内部監査とリスクマネジメントが新たな形で先鋭化している領域として、企業集団内部統制としての海外子会社管理がある。二〇一五年改正会社法を背景に多国籍化したグローバル企業における喫緊の課題といえよう。今後の内部統制の要点としては、ガバナンスと一体となったグローバルな内部統制、②電子化情報を含めた文書化・記録化が重要な鍵となる⁵⁰。オリンパス・大王製紙事件など、経営トップによる不正の関与は内部統制の弱点として指摘され、ガバナンスの利いた内部統制が求められる。

東芝事件の不正会計問題に関して二〇一五年七月二〇日第三者委員会が提出した調査報告書によれば、東芝は二〇〇八年四月から二〇一四年二月までの約七年間で合計一五・八億円の利益の水増しを行っている。海外子会社関連の会計不正が含まれるが、受注した工事計画において見積りよりも低い原価計上を行ったこと、損益赤字の予想において必要な損失引当金を計上しなかったこと、当時の経営トップにおいて予測可能性があり、あるいは引当金計上を懸念する発言を行っていたこと等の問題点がある。

改正会社法・施行規則で求められる子会社管理体制と海外子会社についてみると、改正会社法施行規則では取締役会決議の対象事項として子会社管理体制に関する規定が追加されている。決議対象は子会社の体制でなく親会社における体制であり、職務執行情報については子会社の職務執行に関する情報収集体制、リスク管理体制についてはリスク管理規程作成に親会社がいかに関わるかを決議することになる。

2. 海外事業のリスク管理の実際

—グローバルルールの変容とコンプライアンス対応コストの増加、BEPSプロジェクト—

海外事業のリスク管理の実際に関し、新興国におけるグローバル企業のコンプライアンスリスクと規制リスクの管理について、贈収賄、独占禁止法、人事・労務、知的財産権、税法等に分けて考察を進める。贈収賄については米国のFCPA、英国BAなど域外適用の問題も含め、グローバル企業に大きい影響を与えており、現地法、日本法、米国の英国の各法律の下で三重のコンプライアンス対応が必要となる。また贈賄リスクの評価にはトランスペアレンシー・インターナショナル (Transparency International TI) のTI世界腐敗認識指数 (Corruption Perceptions Index CPI)⁽⁵²⁾が参考になる。

独占禁止法については国際カルテル規制に関して新興国で課徴金減免制度(リニエンシー)付き独占禁止法が制定・施行されつつある。多国籍企業ではヘルプライン等による情報入手により、いち早くリニエンシー対応を図ることが重要になる。人事・労務では、事業撤退に伴う人員リストラ等に際して混乱が生じやすく、労働契約法分野のコンプライアンスが重要性を増している。知的財産法については、新興国における知的財産権侵害リスクは依然大きい。近時は侵害者にされるリスクも新たに生じており、登録できる権利は早期に登録する対応が求められる。

税法・国際税務については、親会社取引における移転価格 (transfer pricing)、租税条約の恒久的施設 (Permanent Establishment PE) として認定されるリスクが増大し、移転価格やタックスヘイブン対策税制に関する新たな OECD ルール遵守も重要になる。全体として国際的節税防止の視点から、BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) プロジェクト⁽⁵³⁾によるグローバルルール形成などグローバルとされた基準自体が大きく変容しつつあり、企業側の対応が求められる。

第七章. まとめにかえて

1. 組織法的考察とリスクマネジメント

本稿ではエンフォースメント強化の中の刑事罰規定のあり方について英国 SMR、国際取引法領域の規定・裁判例を主題材に考察を進めた。国際取引法領域における刑罰規定に関して、近時グローバル企業の内部統制・リスクマネジメントに大きな影響を及ぼしつつある米国 FCPA については要件・効果を検討した。米国の規制当局である司法省 (DOJ)、SEC (証券監視委員会) による事実上の域外適用を図る力は強まり、両罰規定さらには共謀罪適用など

を通して個人責任追及の姿勢が明らかになりつつある。英国S M Rも同様であり、違法性に係るコンプライアンス分野もさることながら経営の妥当性・効率性といった経営戦略面の失敗に対する経営陣の責任追及が疎かになったことがリーマン金融危機、さらに近時の英国など新たな金融不祥事の背景にあることを認識し、取締役会など集団的意思決定システムに保護された経営面の大きな失敗に対しては刑事罰を含む個人責任追及を強める考え方が根底にある。

経営戦略面のリスクマネジメントとコンプライアンスの境界領域の峻別、一つの取締役会（ワンボード）の中で経営陣が監督・監視の任務と業務執行の任務を区別して担うことの問題点が顕在化しつつある。社外取締役、内部常勤の監督役など非業務執行取締役（Non Executive Director NED）については、戦略面のアドバイスも社外取締役には期待がかかり、情報入手、研修などを通じて徐々に内勤化ともいえる状態が現出しかねないこと、結果として業務執行の推進役と監視役の双方を非業務執行取締役（特に社外取締役）が担うという自己監査になりかねないことなど英米型のワンボード機構ならではの脆弱性・ジレンマが内包する。企業側は、バーゼル銀行監督委員会などで議論される三つの防衛線（three lines of defense）の内部監査機能を最後の砦としてかかるリスクに対応せんとするが、内部監査部署・機能は取締役など経営陣ではなく従業員レベルの日常監査が主であるため、その制度設計として経営陣トップであるCEO（最高業務執行役員）の下にレポートラインを就けるか、あるいは非業務執行取締役主体の監査（等）委員会に就けるか、その場合の内部監査部署の従業員の人事・報酬面の権限を如何にCEOから切り離すかが課題となるが、他方で年一回程度の決算・会計監査でなく日常監査が主であり、日々の業務に監査結果を活用・改善することが求められることから、業務を率いるCEOなど経営執行陣にはいち早く情報を上げざるをえないというパラドックスも抱える。海外業務においてはこうした内部統制自体が法制度・慣習も異なる現地法人において行われるため、本社

との一体的なグローバル内部統制の構築・運用の実践には一層の困難な面が伴うことになる。

2. Senior Management Regime の刑罰規定導入とグローバル内部統制

グローバル化が進む金融業界の海外会社の経営執行の機能について、進出国の規制当局によるガバナンス管理ともいえるソフトローである英国の Senior Management Regime (SMR) について、本稿では刑罰規定導入、ならびに域外適用の可能性について、二〇一六年導入に向け議論が進められる未調整項目も含めて検討をした。並行して、証券取引法や経済法、国際不正取引防止法領域の刑罰規定に関して、規範化概念と域外適用について考察を進めた。域外適用の問題は規制当局と裁判所の綱引きの様相を呈しており、グローバル企業の経営戦略に大きな影響を与える。

英国 SMR について、二〇一一年 UBS 事件 (John Potage v. FSA (FS/2010/0033)) を契機として Approved Persons Regime が Senior Management Regime へ抜本的な変容を遂げることとなる。SMR に関する域外適用については、規制当局は現時点で抑制的な運用方針を示すが、エンフォースメントの実効性を確保すべく、将来は米国 FCPA 同様に積極的になる可能性もある。自国の取引所の競争力強化か、課徴金重視かなどの競争政策面の思惑も絡んでこよう。また背景には、国際金融規制を担うバーゼル銀行監督委員会の発するバーゼルⅡにおいて、各主要銀行の自主的な内部格付け手法を採用するなど裁量的リスク管理手法を採用したが、リーマン金融危機勃発の反省から最新のバーゼルⅢにおいてはリスク計測につき内部格付け手法の後退、比較可能性を意識した統一的指標の重視など国際金融規制は全般的規制強化へと変容しつつあり、こうした国際金融法制の大きな底流も背景に存在していよう。

経営執行陣の責任追及、エンフォースメント強化など規制当局の姿勢は規制強化に傾き、また規制コスト低減から企業の自主的な内部監査の充実を求めている。こうした中で、国際取引法分野で刑罰規定の規範化概念導入、域外適

用拡大などの当局の姿勢が顕現化し、他方で裁判判例は一定の謙抑制を示していると思料される。

米国FCPAでは効果主義、客観的属地主義の拡大など実質上の域外適用、さらには共謀罪適用などにより、当局は両罰規定である刑罰規定を含む個人に対するエンフォースメントを強化する。また他の国際取引法・経済法にかかる刑罰規定の検討から、規範化概念の拡大、域外適用の当局の恣意性と適用圧力増大が汲み取れ、同じく国際取引にかかる一九七二年創設された米国FCPAをみても既に適用の事例数の蓄積もあり、厳罰化、両罰規定による個人責任追及、さらには共謀罪の適用による立件の容易化、和解などを通じた連鎖的な対象範囲の拡大が企図されている。これに対して裁判例では全般的に謙抑的な傾向が指摘され、今後の趨勢が注視される。

英国SMRにおいて創設される予定の刑罰規定の内容は現時点では詳細が明らかではなく、規制当局の発言では域外適用を否定するが、我が国全銀協では懸念の表明がされている。関連法領域における刑罰規定については規範化概念の進展が判例により窺えること、規制当局の訴追拡大の手法となりつつあること、一方では裁判例は域外適用には謙抑的ともいえる様相を呈していることを述べてきた。規範化概念の拡大、域外適用に対する裁判所の謙抑姿勢の狭間で国際取引・経済法にかかる刑罰規定も策定、運用が進められると考えられ、SMRにかかる国際金融法制もソフトローとしてこうした裁判例を通し、形成、発展していくものと思料される。SMRの刑罰規定も今後の域外適用のリスクは十分に想定され、全銀協会からも懸念が示される所以である。グローバル企業は全社的リスクマネジメント、内部監査と一体化し、PDCAサイクル(plan-do-check-act cycle)を意識した連結グループ内部統制整備が求められる。我が国のアベノミクスが掲げる攻めのガバナンスはリスクマネジメントと一体化し、インセンティブ、規律付けが大切となるが、金融機関においてはリスクマネジメントと二つの防衛線(three lines of defence)に基づく制度設計に

関して、英国のSMRの考察が重要な示唆となる。我が国ではSMRの内、企業の自主的規制であるCertification Regime (CR) 導入が検討されることは別稿で示唆した。ソフトロー・上場規則となっているコーポレート・ガバナンス・コードにおいて個人対象あるいは両罰規定たる刑事罰規定を盛り込むことは現時点で現実的ではないが、グローバル企業においては海外子会社を含むグローバル内部統制が求められ、コンプライアンス(法令遵守)と経営の妥当性領域の失敗の区分も不明確化しつつあり、金融業界を含め欧米規制当局側の規制強化の姿勢は明確でこうした考察は今後大いに意味を持つてくるものと思料する。

従前の集団的意思決定の保護、リスクマネジメントとコンプライアンスの線引き等が不透明な運用のあり方から、個人責任追及、エンフォースメント強化への流れが窺え、その一環でソフトローながら経営意思決定にかかる責任にも規律対象を拡大し刑罰規定導入も予定されるなど、我が国の今後の攻めのガバナンスの実践に繋がる。

米国FCPAなどに関して、第一義的には企業に対し規制当局の適用圧力がかかるため、企業側の対応は海外子会社への企業集団的内部統制、内部監査の構築、運用のPDCAサイクル達成が重要となり、本社あるいはグローバル本社による全社的内部統制・リスクマネジメント(Enterprise Risk Management ERM)の構築・運用にかかることになる。

3. ソフトローならびに内部統制のエンフォースメントと会社法上の義務にかかる考察

(1) コンプライアンス・プログラムの法的意義と民事・刑事責任―善管注意義務への転換―

関連して、グローバル企業にかかる自己規律とエンフォースメントについて付言しておきたい。米国FCPAに基づく法執行事例においては、被訴追企業に対してコンプライアンス・プログラムの整備をエンフォースメント・プロ

セスにおいて要求することで訴追延期・免除を図る等の司法運用がなされている。二〇一二年FCPAガイドライン(A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act)⁽⁵⁴⁾において米国司法省(Department of Justice)⁽⁵⁵⁾は証券取引委員会(Securities and Exchange Commission)と共に刑罰法規の解釈論についての考え方を明らかにした。上場企業に対しコンプライアンス・プログラムの整備を促すことで実効的な企業ガバナンス確保を規制当局は意図している。⁽⁵⁶⁾

米国のコンプライアンス・プログラム制度においては、企業内に自主的にコンプライアンス・プログラムを整備・構築することにより法抵触の事実が発生した場合にも民事・刑事責任の減免が図られ、自主的な内部規律のインセンティブとなり、規制当局からは規制コスト削減にも繋がる。米国ドッド・フランク法における内部告発奨励条項がかかる自主的なコンプライアンス・プログラムの実効性に与えるジレンマについても述べてきた。

会社の取締役が負う法令遵守義務(会社法三五五条)において、法令には会社法上の規定の他に全国内法を意味し(非限定説)⁽⁵⁷⁾、加えて国際取引、海外事業を行う場合に全ての外国法令遵守義務を負うと解される。⁽⁵⁸⁾ 我が国の外国公務員贈賄罪の他、FCPA、UKBAの適用対象となり得る企業内の取締役は善管注意義務の内容として外国法令を遵守するための内部統制、コンプライアンス・プログラム整備が求められる。内部統制体制不備等により従業員等の違法行為を防止できずに会社に罰金が科される場合、取締役の任務懈怠があつたことになる。会社に科される罰金等を取締役が損害賠償請求できるかにつき、罰金の一身専属性等を理由に否定的な見解もあるが(主に刑法学者)、裁判例、会社法上の学説からは肯定説⁽⁵⁹⁾が多く見られる。⁽⁶⁰⁾

刑罰規定と役員個人に対する善管注意義務の接点の課題となるが、①FCPAなど国際取引法上問われる対会社責任として罰金などの刑罰規定が定められる場合、これを取締役の任務懈怠責任として役員個人に請求できるか、個人

の民事責任への転換については肯否があり、コンプライアンス・プログラムによる免責は取締役の善管注意義務に関わることになる。この場合、コンプライアンス・プログラムの要求水準を厳格に設定しすぎると内部規定に違反したという善管注意義務違反に直面するジレンマがある。他方、コンプライアンス・プログラムを緩く設定するとFCPA等の免責を得やすくなるが、グローバル企業における不正防止自体の機能を果たしにくくなる。②FCPA等において個人の刑事責任(禁固・罰金)が直裁的に規定・追求される場合もある。

(2) グローバル企業にかかる自己規律とエンフォースメント

こうした観点の下、内部規定と会社法上の義務について考察を進めたい。我が国企業のグローバル内部統制・コンプライアンスに関し、会社法制の観点からCEOの内部統制システム構築等の任務懈怠に対して、非業務執行役員(独立社外取締役、社外監査役等)の助言・勧告などの果たすべき役割・責任について検討していきたい。

ソフトローの発展形態として、英国SMRのようにハードロー・ミックスとして刑事罰、民事罰規定まで直接エンフォースとして盛り込むケースはともかく、我が国コーポレート・ガバナンス・コードのようにプリンシプルベースのコンプライ・オア・エクスプレイン原則に止まる場合のエンフォースメントをいかに図るか、経営執行陣ならびにこれを監視・監督する非業務執行役員の義務、責任追及が次なる考察課題となる。

就中、業界自主ルールなどソフトローによる要求事項に対する役員の義務違反が観念される。こうした考察は、我が国において英国SMR、グローバル・企業集団内部統制、更にはコーポレート・ガバナンス・コードに係る金融機関、上場企業等の備えとして意味を持つ。業界自主ルールなどを内容の一部とする内部統制・リスクマネジメントシステムの体制構築・運用は取締役会の義務とされるが、そのCEO等の任務懈怠に対して社外役員・非業務執行取

締役がいかなる義務・責任を負うか、ソフトローのエンフォースメントのあり方が論点となる。

我が国会社法において、内部統制システムあるいはリスク管理システム構築の必要性あるいは義務化に関して役員
の対会社、対第三者責任が問われた判例は多く、リスク管理体制の構築義務違反が否定された事案もある。⁶¹

社外役員において、内部統制システムの構築が不可欠であったとして代表取締役の任務懈怠に対する監督を怠った
監査役の会社に対する損害賠償責任の有無・程度が問題となった直近の事案（セイクレスト役員責任査定決定異議申立事
件控訴審判決・大阪高判平成二十七年五月二二日）において、社外監査役に対し会社に対する内部統制システムの構築のほ
か、当該代表取締役の解職に向けた助言または勧告を義務付けた上で、その義務を怠ったために代表取締役の金員交
付に係る任務懈怠を防止し得なかったとして、監査役の任務懈怠の責任が認められている点、当該監査役が社外監査
役であった点に特徴がある。⁶²

社外監査役の助言・勧告義務の実質的な根拠として日本監査役協会「監査役監査基準」の法規範性が問われる。⁶³ 当
該事案では同基準を自社基準として内部規範化しており、従業員が内規に従う義務があるか、業界自主ルールに従う
義務があるか、裁判所が法的義務として認識すべきか、ソフトローのエンフォースメントの根幹に係る議論が出され
る。

コーポレート・ガバナンス・コードの遵守（コンプライ・オア・エクスプレイン、プリンシプルベース）も同様の課題を
内包する。社内のガバナンス規定として取り込んでいれば非遵守の場合にCEOなど役員
の善管注意義務違反を生じ
るか、その場合の社外役員（非業務執行取締役、社外監査役）の助言・勧告義務の根拠、違反の場合の社外役員への責
任追及、責任限度契約の関わりなどが議論の俎上にのぼる。自主的に社内規定として厳格化すればするほど義務違反

を招来し、社外から追及されかねないジレンマもある。

一般的議論として、ベストプラクティスとして業界などの自主ルールを定めているに過ぎないものが内規・社内規
 範化すれば善管義務違反となるか、取締役会が会社法規定と別に善管義務違反の類型を定め得るか、あるいは取締役
 の監視義務違反と構成するか、一般的信認義務の片務的強行法規化と把握するか、その上でかかる取締役の義務違反
 に対する社外監査役等の助言・勧告義務の有無、その違反を観念しうるかという問題であり、コードなどソフトロー
 のエンフォースメントに関わる根幹のテーマである。また監査役の保有する意見陳述権(会社法二八三条)という本来
 的な権限をどこまで義務として扱うかという問題意識でもある。

自主ルールなどが任意に内規規程化すればこれを遵守する義務が生じると解する立場⁶⁴、他方で企業が自主的な規程
 としたところで任用契約の内容になるものでもなく法的な義務を直接構成するものに変じるわけでもないとする立
 場⁶⁵がある。

内規規程として社内に取り込まれていれば任用契約あるいは誓約違反として経営陣の善管義務違反を観念する余地
 があることになるが、コーポレート・ガバナンス・コードの場合はコンプライ・オア・エクスプレインのプリンシ
 プルベースに依拠し、非遵守の場合も説明すれば原則をクリアーできる。その場合の社外役員の経営陣に対する助言・
 勧告義務をいかに解するか、が問題となる。また内規規程として社内に取り込まれない場合は直ちに義務違反とされ
 ることはないが、上場規則違反を問われることになる。あるいはコードの場合、社内規定化の有無にかかわらず、
 全上場企業が遵守すべきベストプラクティスであり、やはりコンプライ・オア・エクスプレインに係る経営陣の義務
 違反、ならびに社外役員の助言・勧告義務違反の問題に帰着することになるか。エンフォースメントの規制あるい

は義務違反に対する企業側の役員の実任など今後の制度設計が求められよう。

- (1) 拙稿「英国金融法制と Senior Management Regime —コーポレート・ガバナンス・コードの交錯、裁判例を通じたソフトローの変容、上級管理者機能 (SMFs) および域外適用—」日本法学第八一卷二号 (二〇一五年一〇月) 一—六一頁。拙著『国際経営法の新展開—会社法改正ならびに金融法とコーポレート・ガバナンス、スチュワードシップ・コードの接点—』文真堂 (二〇一四年一二月) 一—二八四頁 (二〇一五年九月日本リスクマネジメント学会優秀著作賞受賞)。
- (2) バーゼル銀行監督委員会の二〇一一年一二月市中協議文書「銀行の内部監査機能」では原則一三説明文の Paragraph 五五に三つの防衛線モデルが示される。
- (3) Prudential Regulation Authority, Bank of England, Consultation Paper FCA CP15/5 PRA CP7/15 “Approach to non-executive directors in banking and Solvency II firms & Application of the presumption of responsibility to Senior Managers in banking firms” February 2015.
- (4) 小立敬「英国の新たな金融監督体制—マクロプルードンスに重点を置いた体制づくり」月刊資本市場 No. 三三三 (二〇一二年七月) 二八—三四頁。
- (5) 油布志行・金融庁総務企画局企業開示課長「コーポレートガバナンス・コードについて」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク (二〇一五年四月八日)。
- (6) UK Financial Institutions: Proposals for New Senior Managers and Certification Regimes, by William Yonge, Financial Services Practice, Morgan Lewis.
- (7) PRA CP14/14 and FCA CP14/13 - Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals.
- (8) The FCA and PRA Senior Managers and Certification Regime-The new landscape, Allen & Overy LLP 2014.
- (9) Strengthening accountability in banking: UK branches of foreign banks - CP9/15, 16 March 2015. <http://www.>

bankofengland.co.uk/pract/Pages/publications/cp/2015/cp915.aspx.

- (10) 「英健全性監督機構 (PRA) および英金融行動監視機構 (FCA) による市中協議文書「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」に対するコメント」「同：銀行の役員個人に対する規制の枠組み」に対するコメント」全国銀行協会 (二〇一五年五月二十五日、二〇一四年一月三十一日)。Consultation Paper FCA15/10, PRA9/15 Strengthening accountability in banking: UK branches of foreign banks, March 2015, PRA CP14/14 and FCA CP14/13 - Strengthening accountability in banking: a new regulatory framework for individuals, July 2014.
- (11) その後、二〇一五年三月十六日 PRA・FCA 協議文書「銀行の説明責任の強化：英国外銀支店に係る規制」が公表され、二〇一五年五月二十五日全銀協がコメントを出している。
- (12) 拙稿「Senior Managers' Regime の Certification Regime — 英国金融規制にみる国際私法的規律ならびに新たなガバナンス—」立命館法学第三六三・三六四号 (二〇一六年三月) 六八四—七一四頁。
- (13) Association of Foreign Banks, Senior Managers / Certificate Regime Wallchart, August 2015. Relevant Consultations: FCA CP/12, PRA PS16/15, PRA SS28/15.
- (14) Consulted on in CP15/9. The Final handbook text on Guidance on the presumption of responsibility is scheduled to be released Autumn 2015.
- (15) 武井一浩「攻めのガバナンスへの実務対応と上場企業法制上の論点」東京大学第五〇回比較法政シンポジウム「ダブルコード時代の攻めのコーポレートガバナンス」(二〇一六年三月二十八日)。
- (16) 米国海外腐敗行為防止法 (合衆国法典 第一五編 通商 第二B章 証券取引セクション 78dd-1) The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.) <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/>
- (17) 拙稿「新たな国際汚職行為防止法の考察—域外適用と Red Flag 対処義務—」政経研究第五〇巻第三号『秋山和宏教授古希記念号』(二〇一四年三月) 六〇九—六五四頁。マリンホース事件 (米国司法省事件 No.11-CR-651) について、梅田勝「外国公務員贈賄防止体制の研究」麗澤大学出版会 (二〇一一年) 一一四—一七〇頁。

- (18) 経済産業省知的財産政策室「平成二三年度 中小企業の海外展開に係る不正競争等のリスクへの対応状況に関する調査（外国公務員贈賄規制法制に関する海外動向調査）同報告書」日本能率協会総合研究所（二〇一二年三月）三―六四頁。 http://www.meti.go.jp/policy/external_economy/zouwai/houkokusho.html。米国FCPA、英国BA等について詳細に調査されており、本文第四章I、IIにおいて参照した。その他、高巖・國廣正・五味祐子「グローバル・リスクとしての海外腐敗行為―ナイジェリア贈賄事件を巡って―」Reitaku International Journal of Economic Studies Vol.20, NO2, September 2012, pp.1-24.
- (19) OECD国際商取引における外国公務員に対する贈賄の防止に関する条約は日本を含む三ヶ国が署名し一九九九年二月発効した。 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/oecd/komuin.html>
- (20) 「外国公務員贈賄防止指針」経済産業省（平成二七年七月二〇日改訂）。 <http://www.meti.go.jp/press/2015/07/20150730008/20150730008-1.pdf>
- (21) Pub. L. 111-203, July 21, 2010, 124 Stat. 1376.
- (22) 「英国で新たな贈収賄禁止法が成立」O'Melveny&Myers LLP（二〇一〇年五月一〇日）参照。 www.ommtokyo.jp/news/backnumber/20100510.html
- (23) 立証責任のめぐり United States v. Kay, 359 F.3d 738, 754-56 (5th Cir. 2004)
- (24) 「二〇一一年七月一日施行予定の英国贈収賄法―英国法務省が英国贈収賄法の適用に関する指針を発表―」モリソン・フォスター外国法事務弁護士事務所（二〇一一年四月十五日）。 <http://www.mofa.jp/topics/legal-updates/tlcb/20110415.html>
- (25) 拙稿「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて」日本法学第七九巻 第一号（二〇一三年六月）一―七三頁。
- (26) Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d Cir. 2008). 樋口航「一九三四年米国証券取引所法の域外適用に関する米国連邦最高裁判決―米国預託証券（ADR）を発行している企業に対する影響―」国際商事法務第三九巻第九号（二〇一一年）一―四七―一―五六頁。「米国連邦第二巡回区控訴裁判所、外国発行会社の証券訴訟について判断」モリソン・フォスターLLP（二〇〇八年一月一日）。松尾直彦「証券取引法の域外適用」ジュリスト『アメリカ法判例百選』

(二〇一二年十二月) 二五〇—二五一頁。

- (27) 「Your Money And Your Life: The Export of U.S. Antitrust Remedies 米国反トラスト法の救済措置の国際的な浸透について」 Professor Harry First New York University School of Law 「Evidence in EU cartel proceedings EU 競争法のカルテル審査手続における証拠について」 Jacques Buhart, Partner, McDermott Will & Emery, Paris, France 「マルク・ヴァンデル・ラウデ」 「Judicial Review in EU Competition Cases EU 競争法事件における司法審査について」 Mac nan der Woude, Judge at the General Court, Court of Justice of the European Union (ルクセンブルク欧州連合司法裁判所一般裁判所判事) 東京大学第四七回比較法政シンポジウム 『The Global Trend in Modern Competition Law & Policy 最新の競争法・競争政策における世界的動向』 (二〇一四年八月五日)。
- (28) 「The Extra-Territorial Application of U.S. Criminal Law 米国刑法の域外適用」 Professor Joseph L. Hoffmann Maurer School of Law Indiana University 東京大学第四九回比較法政シンポジウム 『Modern Issues in American Law アメリカ法の現代的課題』 (二〇一五年八月五日) 参照。
- (29) 「諸外国における他人の識別符号の譲受け行為等を規制する関連法令に係る調査報告書」財団法人社会安全研究財団 (二〇一〇年十二月) 一—四二頁。
- (30) 拙稿「忠実義務と非業務執行取締役の考察—米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度等の接点—」日本法学『山川一陽教授古希記念』第八〇巻三号 (二〇一五年一月) 四三九—四九二頁。
- (31) 拙稿・前掲「忠実義務と非業務執行取締役の考察—米国の忠実義務の規範化概念と英国会社法の一般的義務、英国スチュワードシップ・コードと Approved Persons 制度等の接点—」四三九—四九二頁。
- (32) http://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol126_united_states_v_nosal.pdf
- (33) 拙稿・前掲「国際取引における域外適用ルール統一化ならびに秩序形成に向けて」一—七三頁。
- (34) <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf>. Morrison v. National Australia Bank, Ltd. No.07-0583-cv (2d

- Cir. 2008). <http://www.mof.go.jp/topics/publication/20081111.html>. 湯原心「アメリカ法判例研究(6) 証券取引所法第一〇条(b)項の域外適用と外国での取引」比較法学四五巻二号(二〇一一年一月)二三二―二三八頁。拙稿「域外適用と銀証分離の交錯―グローバル金融法制の新潮流―」政経研究第四九巻第四号奥村大作教授古希記念号(二〇一三年三月)一七一―二〇四頁。
- (35) 二〇〇七年SECのルール(12g3-2(b))が改正され、スポンサーなしADRプログラムが急増し、当該プログラムに関連する発行体の米国における行為は存在しないため非米国発行体が懸念すべき訴訟リスクは小さくなるはずである。後掲・大橋宏一郎五〇頁。
- (36) 大橋宏一郎「米国証券法の域外適用に関する最近の動向」金融財政事情(二〇一一年二月七日)四八―五〇頁。松尾直彦弁護士は、SECまたはアメリカ司法省が提起する訴訟などに限って、効果テストおよび行為テストが部分的に立法化されたものであり、私的訴権に適用されるものではない、旨を述べられる。前掲注(26)。
- (37) 拙稿「域外適用の現代的考察―恣意性ならびに効果主義理論の整合性―」『企業コンプライアンス』尚学社(二〇一三年一月)。
- (38) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013).
- (39) アレックス・グラスハウザー (Alex Glashauser, Professor of Law, Washburn University School of Law, Topeka, Kansas, USA.) 講演・宮川成雄訳「人権と管轄権の正誤―外国人不法行為法の解釈の誤謬―」比較法学四八巻一号(二〇一一年一月)二二―二三八頁参照。
- (40) 小沼史彦「アメリカ法判例研究(13) II 外国人不法行為法と域外適用否定の推定則: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S.Ct. 1659 (2013)」比較法学四七巻二号(二〇一四年三月)三三六―三四五頁参照。
- (41) *EOe v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S.244 (1991).
- (42) 米国における国際礼讓の取り扱いについて、一九九三年ハートフォード火災保険最高裁判決は、原則として効果主義に従い反トラスト法の域外適用の可否が判断されることを確認し、①外国の法律が米国の禁止する方法で行動することを強制し

ている場合、②米国法を遵守することが外国の法律によって発動される命令に違反する場合に限り、国際礼讓により管轄権の行使が抑制されるとした。国際礼讓の範囲を狭く限定する解釈を採用したものである。「第四章 一方的措置 《参考》 競争法の過度な域外適用について」『二〇一三年版不正貿易報告書—WTO協定及び経済連携協定・投資協定から見た主要国の貿易政策—』経済産業省通商政策局編四六九—五〇四頁参照。「補論一 国際的経済活動と競争法」『二〇一五年版不正貿易報告書』五六二—五八四頁。

(43) BREYER, J., filed an opinion concurring in the judgment, in which GINSBURG, SOTOMAYOR, and KAGAN, JJ., joined. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, Syllabus, KIOBEL, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF HER LATE HUSBAND KIOBEL, ET AL. v. ROYAL DUTCH PETROLEUM CO. ET AL. CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT No. 10-1491. Argued February 28, 2012-Reargued October 1, 2012-Decided April 17, 2013. http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_16gn.pdf

(44) 542U.S.692 (2004).

(45) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111,149 (2d Cir.2010), *aff'd*, 133 S.Ct.1659,1663 (2011).

(46) Breyer 最高裁判官は、推定則自体には依拠せず、原告の訴が米国との十分な接触の無い故に裁判管轄権が存在しないという見解を採っている。

(47) 前掲 Alex Glashauser 講演・宮川成雄訳「人権と管轄権の正誤—外国人不法行為法の解釈の誤謬—」一二五—一二九頁に詳説される。最高裁が *Kiobel* 判決において域外適用の問題を事物管轄権の問題とする過ちを犯した理由について、最高裁は外国人不法行為法 (ATS) は純粹に管轄権に関する法律であることを認めつつ、十分に内容の定まった国際法に基づき一定の訴訟原因を認定する権限を裁判所に認めていると述べ、準実体的説明を行っている。この不正確さから、①米国法を外国での行為に適用しないという推定が ATS の下で連邦裁判所に提訴される国際不法行為上の請求に適用される。②従って本件請求は事物管轄権の不存在を理由に却下される、といった二段階での誤謬があったものである。外国人不法行為法は *Kiobel* 事件についての事物管轄権を設定し、*Sosa* 事件でも同様に、同判決の事案の処理は実体法上の問題として処理されている。

連邦裁判所はATSの事件を審理する権限を有しており、国外でなされた不法行為についても権限を有している。ATSは存
在意義を失っており、争いのない一般的な管轄権授権以上には何ら連邦裁判所に管轄権を与えていない。しかしながら、
ATSがあるが故に実体法上の重要事項から関心をそらす重複的な存在となっており、Kobel判決の第二の管轄権の誤りと
して、ATSの誤った側面に関心を注いでいることである。

(48) *Arbaugh v. Y&H Corp.*, 546 U.S. 500, 514 (2006) (quoting *United States v. Cotton*, 535 U.S. 625, 630 (2002)).

(49) 米国への輸入取引または輸入通商に関する行為についてアルコア事件控訴審判決（一九四五年）を受けた一九九三年ハー
トフォード事件最高裁判決が基本先例として存在する。控訴審は外国人が外国において行った行為が米国に効果を与え、かつ
行為者にかかる効果を与える意図がある場合にはかかる行為に対して米国法を適用できるとして域外適用を認めた。この反
トラスト法領域の判例との整合性について（質問者は小原喜雄名誉教授）、Joseph L. Hoffmann 教授は、域外適用の試みは①
米国が世界の規制当局になること、②世界的な規範形成の一環であること、の二つの見方があるが、FCPAでは両方のアプ
ローチを採ろうとしている。他方でOECDなど国際機関を通して総意・規範形成を図る動きもあることを述べ、②のアプ
ローチの一環として把握する。前掲・東京大学第四七回比較法政シンポジウム。

(50) 長谷川俊明「企業集団内部統制としての海外子会社管理」日本大学比較法研究所英米法（私法）研究会報告（二〇一六年
三月八日）参照。

(51) 株式会社東芝第三者委員会「調査報告書要約版」（二〇一五年七月二〇日）一一八四頁。

(52) <http://www.ti-j.org/>

(53) BEPSプロジェクトは、以下の行動計画一五項目を含む。①電子商取引課税、②ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効
果否認、③外国子会社合算税制の強化、④利子等の損金算入を通じた税源浸食の制限、⑤有害税制への対抗、⑥租税条約濫用
の防止、⑦恒久的施設（PE）認定の人為的回避の防止…人為的に恒久的施設の認定を免れることを防止するために租税条約
の恒久的施設（PE：Permanent Establishment）の定義を変更する。⑧移転価格税制(i)（無形資産）…親子会社間等で特許等
の無形資産を移転することで生じるBEPSを防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定し、価格付けが困難な無

形資産の移転に関する特別ルールを策定する。⑨ 移転価格税制(ii) (リスクと資本) … 親子会社間等のリスクの移転または資本の過剰な配分による BEPS を防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定する。⑩ 移転価格税制(iii) (他の租税回避の可能性が高い取引) … 非関連者との間では非常に稀にしか発生しない取引や管理報酬支払いを関与させることで生じる BEPS を防止する国内法に関する移転価格ガイドラインを策定する。⑪ BEPS の規模や経済的効果の指標を政府から OECD に集約・分析する方法を策定する。⑫ タックス・プランニングの報告義務… タックス・プランニングを政府に報告する国内法上の義務規定に関する勧告を策定する。⑬ 移転価格関連の文書化の再検討… 移転価格税制の文書化に関する規定を策定する。多国籍企業に対し国毎の所得、経済活動、納税額の配分に関する情報を共通様式に従って各国政府に報告させる。⑭ 相互協議の効果的実施、⑮ 多国間協定の開発。 www.oecd.org/ctp/beeps.htm

(54) <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guidance/guide.pdf>

(55) 米国司法省が刑法規の解釈論についての考え方を明らかにするのは極めて異例のことで、企業等からの強い要望もあり、FCPA ガイドラインの作成・公表を行うことになった経緯がある。企業がサイズやビジネスの性格、リスクに応じた効果的コンプライアンス・プログラムを構築し真摯に遂行していた場合、FCPA 違反事例が発生しても制裁の減免等において考慮され得る。結城大輔「日本企業のFCPA対策 vol.1 現状と課題」RICOH imagine. change. https://www.ricoh.co.jp/rc_club/ediscovery/column.html

(56) 柿崎環「第六章米国FCPA法執行にみるコンプライアンス・プログラムの資本市場法的意義」証券経営研究会編『資本市場の変貌と証券ビジネス』日本証券経済研究所 (二〇一五年三月) 一七八―二二二頁。

(57) 最判平成一二年七月七日民集五四卷六号一七六七頁。

(58) 大阪地判平成一二年九月二〇日判例時報一七二二号三頁、舩津浩司「法令遵守に係る取締役の義務と責任に関する基礎的考察―外国法令の遵守を素材として―」『同志社法学』第六一巻二号 (二〇〇九年) 八〇三―八三三頁。

(59) 松井秀征「会社に対する金銭的制裁と取締役の会社法上の責任」黒沼悦郎・藤田友敬編『江頭憲治郎先生還暦記念企業法の理論 (上巻)』商事法務 (二〇〇七年) 五四九―五九三頁。弥永真生『会社法の実践トピックス二四』日本評論社

(二〇〇九年) 一七七一—一九二頁。

(60) 渡邊隆彦・田澤元章・久保田隆・阿部博友・田中誠和「米国 FCPA 及び英国 Bribery Act の域外適用と企業のコンプライアンス・プログラムの法的意義—米英日の比較—」専修ビジネス・レビュー (二〇一五年) Vol.10No.1. 七五—九四頁参照。米国は法人処罰について連邦判例においては、代位責任理論 (vicarious liability theory) を採用する。英国の法人処罰は、同一視理論 (identification principle) による。New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481 (1908). 樋口亮介『法人処罰と刑法理論』東京大学出版会 (二〇〇九年) 八三頁。

(61) 最一判平成二一年七月九日金融・商事判例一三三二一三三六頁 (速報)、同一三三二〇号五五頁。

(62) 尾崎安央・判批「セイクレスト役員責任査定決定異議申立事件控訴審判決 大阪高判平成二七年五月二一日平成二六年(ネ) 三二七号 金融・商事判例一四六九号 (二〇一五年七月一日号) 一六—四八頁」早稲田大学商法研究会 (二〇一六年三月三二日) 一—一頁参照。真の問題点は、監査役として法が期待する役割 (任務) を怠りなく果たしていたかどうかであり、・・・監査役監査基準から義務を導き、その違反ありとしつつ、責任額を責任限定契約で処理 (限定) した点は、工夫とはいえ、その前提として監査役の義務違反を認定した点に違和感を覚える、と述べられる。

(63) 社外監査役の監査行動が監査役監査基準に準拠したものであったことが寧ろ責任否定の論拠となった事案としてニイウスコー事件がある。東京地判平成二五年一〇月一五日 LEX/DB25525835。

(64) 高橋均「セイクレスト事件判批」(地裁判決) ジュリスト一四六九号一〇四号 (二〇一四年) 一〇七頁。

(65) 伊藤靖史「セイクレスト事件判批」(地裁判決) 私法リマックス二〇一五(上) 九〇—九三頁。

〔本稿は、財団法人民事紛争処理研究基金の研究助成金を利用した研究成果の一部である〕

