

新たな国際汚職行為防止法の考察

——域外適用のRed Flag対処義務——

藤 川 信 夫

一．はじめに

国際不正取引に関しては、近年マネー・ロンダリング、外国公務員等への贈賄など国際金融・商取引における不祥事防止に向けて、法制度整備が進められる。⁽¹⁾二〇一一年七月一日英国賄賂防止法 (UK Bribery Act) が施行され、法人の罪 (Corporate Offence) として企業が賄賂防止を凶らないこと自体を犯罪化する等、米国外汚職行為防止法 (Foreign Corrupt Practices Act FCPA) に比し広範な規定となり、域外適用も議論される。国際的企業において、グローバル・コンプライアンス体制と内部統制等の考察が重要となる。本稿は、近時の新たな司法判断等にも焦点を当

て、国際的不正防止に関わる法制度の展開と影響について、ガバナンス改革の大きな枠組みの中で考察を試みたい。

二．外国公務員贈賄防止法

外国公務員等への贈賄では、一九九七年一月採択のOECD外国公務員贈賄防止条約 (OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions)¹⁾ 二〇〇三年一月採択の国連腐敗防止条約 (United Nations Convention against Corruption) 等の条約が締結され、各国が外国公務員への贈賄の禁止や適切な会計記録についての立法化、国際協力すること等が謳われている。米州機構、欧州連合、世界貿易機関等においても取り組みがなされている。米国では海外汚職行為防止法 (Foreign Corrupt Practices Act FCPA) (一九七七年施行)、我が国では不正競争防止法一八条 (一九九九年施行)、英国では英国贈収賄防止法二〇一〇 (二〇一一年施行)、中国では刑法一六四条 (二〇一一年施行)、ブラジル、インド等でも法制化を求める動きがある。執行状況をみると、外国公務員等への贈賄の摘発は米国が最も多く、FCPAでは罰金額 (和解金額) が高く、個人に対する禁錮刑も厳しく適用されている。従業員の不正としての内部統制・コンプライアンスの問題であると共に、経営者不正としてガバナンスの問題でもある。

三．米国海外汚職行為防止法

1. 米国海外汚職行為防止法の概要と潜在的リスク

FCPAにおいては米国人や米国証券監視委員会 (SEC) 登録企業等が取引の獲得・維持、商取引を誘導する目

的で外国公務員（政党等も含む）等に不正な支払い（賄賂行為）を行った場合、役員や従業員など個人が罰金または懲役刑もしくは両刑に処されるのみならず、両罰規定でなく直接規定として法人にも巨額の罰金が科せられる規定が盛り込まれる。近年の改正により、我が国を含め外国の企業・個人による米国内の贈賄行為にも同法が適用され、二〇〇〇年以降米国司法省（DOJ）を中心に賄賂行為の取締りが強化されている。^② 企業活動のクロスボーダーに伴い海外市場の取引機会は拡大し、商習慣と誤解して無意識にFCPA違反を起こすリスクも増大している。FCPAは一九九八年に外国企業が米国に滞在中に行った贈賄行為についても新たに対象に加えるなど規制範囲の拡大を行っており、^③ 米国企業や個人が外国の公務員や政府関係者に対して行う贈賄行為を取り締まっているが、規制を受ける可能性のある企業等にとり極めて厳しいと考えられる二つの特徴が存在する。

(イ) 対象範囲の広さ

米国法による規制であれば米国に本拠地を置く企業、米国人役員が外国公務員等に対して贈賄行為を行った場合に対象となると考えがちであるが、FCPAでは市場での繋がり、人的な関係の存在、米国の決済・通信手段の利用等少しでも米国に関連する事項があれば幅広くFCPAの対象とする姿勢を取る。FCPAの対象として以下のケースが挙げられる。米国上場またはADR（American Depositary Receipt 米国預託証券）を発行する企業、米国人従業員の贈賄行為の関与、日本人従業員が米国出張中に贈賄に関して送ったメール、贈賄支払いに米国の銀行を経由した場合、贈賄行為に米国人代理人が関与した場合である。我が国企業で米国上場またはADR発行企業数は合計二百数十社に上り、FCPA適用に際しては米国企業と同一視される。

(ロ) 制裁措置の厳しさ

FCPAに違反すると罰金(刑事)、制裁金(民事)、懲役(自然人のみ)という制裁措置が取られ、企業に対する罰金等は高額なものとなり、個人に対する厳しい責任追及がなされる場合もある。

FCPA違反によるDOJ摘発件数は大幅に増加しつつあり、直近一二年間の動向では二〇〇九―二〇一一年の摘発件数は二〇〇〇―二〇〇二年の摘発件数の約八倍となっている。罰金等の総額が一億ドルを超える事例も八件あり、一件を除き全て米国以外の企業が対象となっている。

二〇一〇年ドッド・フランク法九二二条において、内部告発を推奨する措置が定められ、既に運用がなされているが、多額の報奨金がインセンティブとなり、FCPAに基づく摘発件数の増加傾向に拍車がかかることも想定される。またFCPAガイド(A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act)が二〇一二年一月一四日DOJ刑事局とSEC規制局により発出された⁽⁴⁾。FCPAに関する有益な情報を企業や個人へ提供するために作成され、対象者、行為の範囲、制裁措置の内容、量定の考え方、企業が講じるべきコンプライアンス・プログラム、内部告発条項の運用、DOJによる照会回答の手续等を解説している。ガイドは拘束性を有する性質のものでなく、ガイド発出によりPCPAの規制が新たに強化されたものではないが、DOJ・SECが前例のない試みと評している通り、詳細な情報が盛り込まれ、FCPA規制の運用を一層強化せんとするDOJ・SECの強い意気込みが窺える。

2. FCPAの会計処理条項と賄賂禁止条項

FCPAは会計処理・内部統制条項と贈賄禁止条項から構成され、執行機関は前者がSEC(民事罰)、後者が米国司法省DOJ(刑事罰および民事罰)となっている。

(イ) 会計処理条項 (The Book and Records Provisions) 15 U.S.C. § 78m (b)(2)(A)
各企業が連邦証券取引法にもとづき、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・保存するべきであり、贈賄などの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。

(ロ) 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、四点を保証しなければならない。(i) 経営者の一般的または特別な承認に従って取引を行うこと、(ii) 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こと、(iii) 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こと、(iv) 資産を記録した説明と既存の資産とに差異がある場合は適切な措置を講ずることである。適切な内部統制・内部会計管理制度を創設・維持し、経営者承認の下で取引を行い、会計原則等の基準に従い財務書類を作成し資産のアカウントビリティが維持できるような取引の記録が求められる。

(ハ) 賄賂禁止条項 (The Anti-Bribery Provisions) 15 U.S.C. § 78dd-1
企業が取引を獲得・維持、不適切に有利な立場を確保するため、外国公務員等に職権の行使に影響を与え、または影響力の行使を誘導する目的をもって金銭、贈答などを不正に提供ならびに提供の約束、許可することを禁じる。一九九八年改正によって適用範囲が拡大し、SEC監督外の外国企業・外国人も米国内で従事した贈賄行為には適用される。米国企業の海外関連会社が米国外で支払う賄賂も米国本社が直接承認した場合、海外関連会社に送金した資金が贈賄行為に利用されることを認識し、可能性がある場合も責任が追及される。潜在的FCPA違反リスクがある

日本企業として、会計処理条項はSEC登録企業および当該子会社等、賄賂禁止条項は米国に子会社等を展開している企業、米国人を雇用する企業が想定される。

3. FCPAガイドとコンプライアンス・プログラムおよび企業の法令遵守体制

(1) 二〇一二年FCPAガイド

二〇一二年一月公表のFCPAガイド(指針)の構成は、(イ)はじめに、(ロ)贈賄規定、(ハ)会計規定、(ニ)その他米国関連法規、(ホ)執行の方針、(ヘ)罰則、制裁および救済手段、(ト)DOJ、SECの判断、(チ)内部通報規定および保護、(リ)DOJ意見確認手続き (opinion procedure)、(ヌ)結論と多岐にわたる⁽⁵⁾。

FCPAガイドにおける主要論点をみると、(イ)企業の社員又は企業のために行動するその他の者が同法に違反しないために採るべき手段当該手段を採ることを怠った者に生じる法的責任と、(ロ)効果的なコンプライアンス・プログラム (Compliance Program) の継続、明らかな同法違反の自己申告、法執行当局による調査への協力等、FCPA違反の制裁を減じるために企業が採り得る行動がある。我が国の外国公務員贈賄規制につき、不正競争防止法に外国公務員贈賄罪が規定され、経済産業省からは外国公務員贈賄指針改訂版が公表され、同指針の「企業が目標とすべき内部統制の在り方」項目に関連項目がある。

(2) 企業の法令遵守体制

① FCPAの適用対象

FCPAは、(イ)発行体 (issuer)、(ロ)国内のもの (domestic concern)、(ハ)土地管轄 (territorial jurisdiction) の三つの概念を適用対象としている。(イ)日本法人等であっても、株式または米国預託証券等の証券 (securities) を米国証券取引

所に上場している法人等の場合、当該法人等およびその役員、取締役、従業員、代理人、株主（役員等）がFCPAの適用対象となる。(ロ)米国市民、永住者等がFCPAの適用対象となるため、当該個人を従業員等にもつ日本法人等は当該個人がFCPAの内容を遵守するように注意することが必要となる。米国法に基づき設立された法人等およびその役員等もFCPAの適用対象となり、日本法人等で米国法人等を関係会社に持つ法人等は当該関係会社がFCPAの内容を遵守するように注意することが必要である。日本法人等が直接FCPAの対象にならない場合も、米国法人等に限らずFCPAの適用対象となる子会社により贈賄行為等がなされた場合で、(i)日本法人等（FCPA適用対象となる子会社からみた親会社）が当該行為に明白に関与していた場合（親会社が子会社に対して贈賄行為を指示していた場合等）、(ii)親会社と子会社間に代理（agency）の関係がある場合（親会社が子会社の行為を知っており、かつ指示を与えていた等、親会社が子会社を支配（control）する関係にあった場合等）には親会社が直接責任を負う可能性がある。FCPAの適用対象となる子会社にFCPAを遵守させることも親会社にとっては重要となる。(ハ)または(ロ)に該当しない場合も、米国内で直接または代理人を通して賄賂の支払を促進する行為に従事した場合は、当該行為を行った日本法人等または個人はFCPAの適用対象になる。実際に贈賄行為を行った場合のみならず、日本法人等が贈賄行為の行為者と共謀（conspire）、幫助（aid）および教唆（abet）、または代理人（agent）として行動した場合も含まれる。

② FCPAガイドと企業の法令遵守体制の見直し

FCPAを遵守する方法を検討するに当たり、まず外国公務員への贈賄を禁止する社内方針が挙げられる。FCPAガイドは、DOJとSECの職員が長期にわたり言及してきたことを繰り返し返しており、贈賄禁止のみの社内方針はFCPA規定を遵守したというには不十分である。FCPA社内方針が社内理解、遵守される手段がさらに

必要となり、また潜在的FCPA違反について、企業経営者が改めて吟味し、必要な場合には是正ができるように潜在的なFCPA違反が経営者の注意を引く手段も必要となる。米国規制当局は、完全な遵守による抗弁 (compliance defense) の概念を否定するが、政府は企業に対してFCPA違反の責任を問う審査において効果的なプログラムの有無を要素の一つとみるものと思われる。コンプライアンス・プログラムの存在により、企業に有利な結果となる可能性はあり、FCPAを遵守する努力がみられない場合は責任を問われることになる。企業が違反を全て防ぐことができなかった場合も、必ずしもコンプライアンス・プログラムが効果的ではなかったということではないとFCPAガイドは認め、コンプライアンス・プログラムも企業の従業員による犯罪活動を全て防ぐことはできないことは規制当局も理解している旨が述べられる。

FCPAガイドにおける効果的コンプライアンス・プログラムの項目は、(イ)経営幹部の関与および贈賄に関する方針の明記 (指針第二章二・(3)①)、(ロ)行動規範ならびにコンプライアンス方針および手続き (指針第二章二・(1)①)、(ハ)監督自治および要員 (指針第二章二・(2)②)、(ニ)リスク査定 (risk assessment) (指針第二章二・(4)⑤)、(ホ)インセンティブおよび懲戒手続 (指針第二章二・(1)①)、(ヘ)第三者に関するデューデリジェンス (Third-Party Due Diligence) および第三者への支払 (指針第二章二・(6)⑥)、(ト)M&A取引・買収前のデューデリジェンスおよび買収後の調査、(チ)匿名の報告および内部調査 (指針第二章二・(2)③)、(リ)定期的な試験および再評価 (指針第二章二・(4)④)。

効果的なコンプライアンスの特徴は、米国規制当局に対して企業がFCPA遵守の取組みを行っていることを信じさせる説得材料になること、早期段階でFCPA違反を防ぎ、または違反を見つけるための有益な指標となることである。

(3) 連邦量刑ガイドラインとコンプライアンス・プログラム

組織に対する連邦量刑ガイドライン（一九九一年施行）が求める有効なコンプライアンス・プログラムをみると、社内には有効なコンプライアンス・プログラムを実施する企業について科される罰金総額が削減されるための以下のよう規定が盛り込まれている。(イ)経営者の姿勢、(ロ)グローバル・ポリシーの制定、(ハ)研修および確認書の受領、(ニ)IDD（インテグリティ・デューデリジェンス）の実施、(ホ)効果的な内部通報ホットライン設置、(ヘ)コンプライアンスの継続的モニタリング、(ト)効果的な対処プログラムの設定。

(4) 潜在的なFCPA違反リスクがあるM&Aにおける問題

最近のM&Aにおいては、FCPAに関係した買収企業の責任問題が生じている。FCPA違反リスクの存在は財務デューデリジェンスの実施過程で検出可能であるが、金額的にみて重要性が低い取引は見落されがちであるため、注意が必要となる。リスク分析においては、以下の点に考慮が求められる。

(イ)対象会社が汚職行為等に問題がある国のビジネスに依存している程度⁽⁸⁾、(ロ)対象会社が汚職行為が一般的に頻繁に生じる業界または政府等と直接的・間接的に取引を行っているか等である。(ハ)対象企業に実効性のある内部統制が存在していること。M&Aの時間的制約もあり、IT利用など効率的かつ意思決定において許容できるリスクの範囲内に収まるように詳細な分析を実施することが求められる⁽⁹⁾。

4. FCPAガイドラインにおける検討課題とリスクマネジメント

(1) 管轄権

FCPAにおいても、基本的に属地主義 (territorial principle)、属人主義 (nationality principle) などの考え方が採用

され、米国上場企業および役職員等 (issuers)、米国法により設立され又は米国に主要な事業所 (principal place of business) がある企業等および役職員等、米国籍保有者、米国居住者等 (domestic concerns) が外国公務員等に贈賄した場合、米国の行為か否かに関わらずFCPAが適用される (属人主義)⁽¹⁰⁾。他方、issuers と domestic concerns でない日本企業等は、通常、others (非米国企業等) に分類され、米国領域内で外国公務員等に贈賄をした場合 (while in the territory of the United States) にFCPAが適用される (属地主義)。ガイドにおける注意点として、非米国企業等に分類される企業でも、(イ) 幫助、教唆、(ロ) 共謀、(ハ) エージェンシー理論により、非米国企業等が米国領域内で外国公務員等贈賄行為に全く及んでいない場合もFCPA適用の可能性があると明言される。非米国企業等がissuers または domestic concerns を幫助、教唆した場合、非米国企業等が米国領域内で何ら行為を行わなくても外国公務員等贈賄本体の罪 (米国当局は本体の罪が行われたことを証明しなければならない) と独立して、非米国企業等に幫助、教唆罪が成立し、基本的に米国が管轄権を有する。即ち、非米国企業等がissuers または domestic concerns と共謀した場合、非米国企業等が米国領域内で何ら行為を行わなくても共謀に基づき外国公務員等贈賄が共謀者により実行されること が合理的に予測でき実行された場合には外国公務員等贈賄本体の罪が、外国公務員等贈賄に向けた何らかの意思発現行為 (overt act) が行われた場合には共謀罪が、当該非米国企業等に各成立し、基本的に米国が管轄権を有する。非米国企業等がissuers または domestic concerns のエージェンツとして行動している場合、非米国企業等が米国領域内で何ら行為を行わなくてもissuers または domestic concerns のエージェンツとして行われた行為につき米国が管轄権を有する。日本企業もissuers や domestic concerns の米国企業と国際合併を行い、米国企業と共に米国以外の国で外国公務員等贈賄行為に及んだ場合、日本企業にFCPAが適用される可能性がある。

(2) 正当な接待・贈答と贈賄の線引

FCPAにおいては、贈賄として提供される金銭や物等が一定の金額以下である場合に免責する旨の規定は存在しない。もつともガイドラインでは、正当な接待・贈答と贈賄の線引は、外国公務員等に不正に影響を与える意図である腐敗の意図 (corrupt intent) の有無によって判断するとされる。腐敗の意図を認めるのが難しい事例として、ささやかな価値のものを贈った場合があるが、社交儀礼としての接待、贈答がFCPA上全く禁止されているわけではない。逆に多額の現金、高級品提供、正当な理由がない旅費の負担、外国公務員等の親族や友人への贈答は腐敗の意図が認められやすいとされる。ガイドは接待、贈答が贈賄にならないようにするため、企業は明確でアクセスが容易な社内ガイドラインを作成すべきであることを述べ、大企業の多くは明確な金額の基準（一回分のみならず年間の合計金額を含む）を定め、例外は適切なレベルの management により決裁される方式を定めるべきものとする。我が国における社内ガイドラインは、社会的に相当な範囲という決裁基準を定めることが多いが、役職員により解釈されることに鑑み、より明確な金額基準を設定することが必要となろう。

(3) 公的企業と外国公務員等

我が国の不正競争防止法一八条二項三号および関連政令においては、公的企業の役職員がいかなる場合に外国公務員等に該当するかを明確に定めている。他方FCPAは、instrumentality of a Foreign Government の役職員が外国公務員等に該当するとされるが、instrumentality の内容は明確に規定されていない。ガイドでは、instrumentality は state-owned or state-controlled entities が含まれるとしつつ、いかなる企業が instrumentality といえるかは個別事実の分析によるとして従来の司法省の見解を維持する。外国政府によるオーナーシップ・コントロールの程度、設立の

経緯、活動の内容、外国法の下でいかなる義務、特権が当該企業に与えられているかなど項目をあげる。企業側としては、外国政府が過半数株式を保有する場合は *instrumentality* に該当すると考え、そうでない場合も実態として外国政府による役員任命の有無、外国政府の業務関与の程度等を総合的に考慮して保守的に該当性の有無を判断しておくことが望まれる。

(4) 第三者への支払

FCPAは、財物の全部ないし一部が外国公務員等へ提供等されることを知って (*while knowing*)、当該財物を第三者 (*any person*) に提供等してはならないとする。エージェントに対して報酬を支払い、一部が公務員に贈賄された場合、当該企業がエージェントが贈賄することを知って報酬を支払っていたならば、当該企業に外国公務員等贈賄の罪が成立する。外国公務員等への贈賄がなされ得る事象があるにも関わらず、確認を怠った場合も、当該贈賄がなされることを知っていたと解される可能性がある。ガイドにおいて、*Red Flag* 事象として、第三者への過剰な支払、第三者のディストリビューターへの不合理に過大な割引、サービス提供内容が抽象的な第三者とのコンサルティング・アグリーメント締結、第三者が外国公務員等と密接な関係にあること等を挙げる。

(ホ) ファシリテーション・ペイメント

FCPAは外国公務員等による日常的な政府の活動 (*routine governmental action*) の実行を促進し (*expedite*)、確保する (*secure*) ため提供された *Facilitation Payments* (ファシリテーション・ペイメント) には適用されない。日常的政府の活動には裁量を伴うものは含まれず、金額の高低よりも腐敗の意図の有無が考慮される。一九九七年一月採択のOECD外国公務員贈賄防止条約のコメントリーにおいて、少額のファシリテーション・ペイメントは営業上の不

正な利益を得るためになされたとは解されず犯罪とならないとし、例外を認めている。しかしながら、近時はファシリテーション・ペイメントに対する批判が出され、違法であるとされる可能性が高まっていることに注意が必要である。^① 外国公務員等から金銭等の支払を要求されたことは犯罪不成立の理由とならない。ガイドにおいて、支払をしなれば物理的に危害が加えられるという状況下での支払は、腐敗の意図等が認められず犯罪が成立しないとされるが、他方、外国公務員等から支払をしなければ市場への参加を認めないという経済上の強要 (economic coercion) があってもFCPA上の外国公務員等贈賄罪の成立を妨げないとされる。

(5) 親会社の責任

FCPAガイドにおいて、子会社が外国公務員等への贈賄を行う場合、親会社役員が子会社に贈賄を指示した場合、贈賄行為に自ら参加した場合はエージェンシー理論 (agency principles) により親会社が責任を負うことがある。親会社が子会社をコントロールしている場合において、子会社が親会社のエージェンツと認められる場合は親会社も責任を負う。合併の承継会社 (successor company) の責任も言及され、合併前にデュエリジェンスを行い、贈賄が発覚した場合は司法省や証券取引委員会に開示して協力して贈賄を止めさせ、贈賄を再度行わないグループリスクリ、コンプライアンス体制を確立することが重要となる。

3. ドッド・フランク法九二二条の交錯

二〇一〇年七月成立のドッド・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) においては銀行に自己勘定取引、ヘッジファンドやプライベート・エクイティへの投資を禁じ、またSECに対する証券法違反の報告に関して報奨金を与えることとし、内部通報者保護を強化して、内部告発を奨

励している(九二二条)。制裁金額が一〇〇万ドルを超える場合一〇%から三〇%に相当する報奨金を与えると定めているため、FCPAの執行に重大な影響を与えるとみられる。近年、和解金が数百万ドルに及ぶFCPA上の和解が多数生じているのは、ドッド・フランク法の内部告発者条項により、多くのFCPAに関する調査、執行措置が行われる可能性が増加してきているためであろう。こうしたことから、従業員が社内報告やコンプライアンス体制を回避して政府に社外通報する可能性があるため、企業においては内部コンプライアンス体制を弱体化させることに繋がりがねないというジレンマがあるとの見方もある。企業は積極的なコンプライアンス制度を実施・維持し、社内内部告発者方針を見直し、コンプライアンス問題に積極的に対応していくことが必要となるものと思料される。

4. 共謀罪

FCPAにつき、§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、§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ある。日本企業の会社関係者が米国内で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が贈賄行為に及んだ場合、日本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等して共謀したと認められる場合、共謀罪 (conspiracy) が成立する可能性がある (18 U.S.C § 271)。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広く刑事責任を追及する傾向がある。

四・英国賄賂防止法と指針

二〇一〇年英国贈賄防止法 (Bribery Act 2010) についてみると、外国公務員への贈賄行為を禁止する規定を

セクション6 外国公務員に対する贈賄 (Bribery of foreign public officials) として定めている⁽¹²⁾。同法の概要については次の通りである。第一に、処罰対象とする行為の類型は、以下の四つである。(イ)贈賄(賄賂の提供、提供の約束等の行為)(セクション1 Offences of bribing another person)、(ロ)収賄(賄賂の要求・受領、収賄の合意等の行為)(セクション2 Offences relating to being bribed)⁽¹⁾、(ハ)外国公務員に対する贈賄(セクション6)、(ニ)企業の贈賄防止手続きの不履行(セクション7 Failure of commercial organisations to prevent bribery)である。企業が贈賄罪の適用対象となるには以下の要件を充足する必要がある。企業(営利団体)の関係者が、当該企業のために事業や事業上の優位性の取得または確保を意図して、他の者に贈賄した場合(指針パラグラフ36)。第二に、対象企業の定義の該当規定は、セクション7(5)営利団体(relevant commercial organisation)の意味であり、英国の設立企業で事業または事業の一部を英国で行なう企業が対象である。セクション7のとおり、企業と関連する人(associated person)がセクション1、2の贈賄行為を行った場合、当該企業は処罰対象となる。関連する人の定義はセクション8 (Meaning of associated person)で述べられ、当該企業のために、または当該企業を代理して職務を行う人と広く定義されている。条文中、企業の従業員、代理人および子会社(subsidiary)があげられるが(セクション3)、例示にすぎず、これら以外の関係者も含まれ、合併企業も関連する人とみなされる。合併(Joint Venture)法人の従業員が贈賄行為を行った場合、合併法人に出資していると理由のみでは各構成企業にとって合併法人の従業員は関係する人に該当しない。合併法人が特定構成企業のために贈賄行為を行った場合、当該企業にとり合併法人は関係する人に該当する(指針パラグラフ40)。関連する人が英国外で行った贈賄行為について、当該企業が防止を怠っていた場合は英国で起訴される可能性がある。第三に、外国公務員の定義について該当規定はセクション6(5)外国公務員に対する贈賄(Bribery of foreign public officials)であり、立法、

行政、司法の立場にある者、公的機能を遂行する者（公的機関、公営企業を含む）、公的国際機関の職員（国連など）がこれにあたる。与党議員、政党および公職者候補、公立病院職員、エージェントの職員も含まれる。第四に、処罰の内容・範囲があり、該当規定はセクション11の罰則（Penalties）である。企業の場合、正式裁判では上限なしの罰金がかきされ、時効期限はない。EU内での官庁発注契約の指定停止（無期限）となり、セクション1、2、6の違反は義務的指名停止となる、セクション7の違反は裁量的指名停止。第五に、関連法制度として、(イ)公益開示法（Public Interest Disclosure Act 1998）：公務員も含め全ての労働者に適用され、内部通報制度整備のインセンティブを与え自浄作用に期待する。(ロ)UK Bribery Act 2010 施行以前の現行法等：コモン・ロー上の贈収賄罪、一八八九年公共団体腐敗行為法、二〇〇一年反テロリズム・犯罪・公安法、犯罪収益法二〇〇一年（Proceeds of Crime Act 2002）がある。第六に、企業に対する外国公務員贈賄防止体制整備促進の取組がある。セクション9 企業の贈賄防止ガイダンス（Guidance about commercial organisations preventing bribery）に規定される。

FCPA同様、二〇一一年三月三〇日英国司法省（MOJ）から贈収賄禁止法の指針が公表され、合理的な接待費、英国でのプレゼンス、関係者、ファシリテーション・ペイメント、訴追裁量、贈賄防止方針および手続きに関する指導原理（リスクに応じた手続き、上層部のコミットメント、リスク評価、デューデリジェンス、コミュニケーション、監視と見直し）等が提示される。適用範囲の限界として英国証券取引所上場または英国子会社を有するのみでは訴追されないこと、贈収賄禁止法に基づく「十分な手続き」を整える上での参考すべき指導原理も示されるが、条件付であり、一般的な文言であるため確証が得られない分野も多い。¹³ 対象企業は、リスク・アセスメントを行い、コンプライアンス・プログラム構築など十分な手続きを整えることが必要であり、それが企業責任に対する抗弁となるものとみられ

る。

五. 外国公務員贈賄摘発事案の考察

1. 贈賄摘発事案

贈収賄法関連の摘発事例について、UK Bribery Act 2010 は一件、中国海外贈賄条項においては事例が存在しない。英国では関連する現行法により年間三―五件程度の執行を行なっているが、我が国企業は関係していない。二〇一一年七月 UK Bribery Act 2010 施行以来、摘発は一件のみである。米国FCPAの摘発件数は二〇〇七年を転機に増加に転じ、罰金額が高額化し¹⁴、今後も訴追件数は増加が見込まれる¹⁵。

2. 外国企業および従業員が関与したFCPA事案

(1) 証券発行者に対する管轄

二〇〇八年一月一六日FCPAの贈賄禁止条項および会計処理・内部統制条項違反につき、ドイツ企業 Siemens AGが有罪を認め、米国DOJおよびSECと罰金四億五〇〇〇万ドル、不当利得返還三億五〇〇〇万ドルを含む和解に合意した。SiemensのADR（米国預託証券）がニューヨーク証券取引所において取引され、贈賄禁止条項および社内文書・内部統制条項の双方の管轄が主張され、米国取引所で取引を行っていることが立件において重要であったことが強調されている¹⁶。類似の事案として、二〇〇六年米国DOJはイランの公務員に対する贈賄につき、ノルウェーに本社を持つ国際的石油企業である Statoil, ASA（ニューヨーク証券取引所でADR取引）との和解を公表した¹⁷。またDOJおよびSECは Willbros Group（米国取引所に上場し米国事業所を持つパナマの会社）に対するボリビア、ナ

イジェリアおよびエクアドルの Willbros Group 関連会社による行為を含む一連の FCPA 違反事件につき和解した。⁽¹⁸⁾

(2) 米国内で行われた行為に基づく管轄

DOJ が米国内の外国企業の従業員に対して訴追した事案として、二〇〇八年九月二三日 Alcatel (米国で ADR 株式取引されたフランス電話会社) のためにコスタリカ公務員に対する二五〇万ドル超の贈賄に加担したフランス国民が三〇ヶ月懲役を言い渡された。米国金融機関を経由する送金により外国公務員に対する支払いを手配したとされるが、被告が発行者の従業員または代理人であることも起訴状で主張され、送金の米国経由に基づき米国の管轄を有するかは明らかでない

(イ) ナイジェリア政府高官への贈賄 (日揮株式会社)

ナイジェリア政府によるナイジェリア LNG 社所有割合は四九%、残り五一%は多国籍石油会社数社が保有したにもかかわらず、LNG 社役員と従業員は FCPA 上で外国公務員とみなされた。⁽¹⁹⁾ 二〇一一年四月六日日揮株式会社は DOJ と二億一八八〇万ドル (約一八七億円) で和解した。訴追延期合意により契約条件遵守が義務付けられ、独立コンプライアンス・コンサルタント起用に合意し、外部監視機関により二年間のコンプライアンスが認められれば免訴となる。

(ロ) ナイジェリア政府高官への贈賄への仲介 (丸紅株式会社)

二〇一二年一月一八日丸紅株式会社 (同社) は DOJ の間で起訴猶予契約を締結し、和解が成立し五四・六百万ドルを支払うこととなった。⁽²⁰⁾ DOJ は TSKJ のナイジェリア政府高官の賄賂に当たり同社が贈賄行為の仲介人とし、共謀および幫助の罪で起訴したが、発行者以外の人または国内企業等に関する条項に直接違反した罪で起訴する余地

もあつたとされ、不明な点もあるとされる。

(ハ) 現地エージェント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）

邦人で初めてFCPA違反の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）。日本企業および米国子会社が取引を確保せんとして中南米の国有石油企業の職員に対する支払いを含むFCPA違反の共謀を行った。²¹ 日本国民で日本に居住し勤務していた被告は、共謀が話し合われたとされる米国内ビジネス・ミーティング出席直後、米国で逮捕された。ラテンアメリカにおけるマリンホース等工業用ゴム製品の販売に影響を及ぼすため国際カルテルおよび外国公務員の贈賄行為の共謀に関与したとして二〇〇八年一月一日日本社化工品海外部長は共謀してFCPA違反の行動をとったこと、カルテルを組み価格設定したことにより反トラスト法・FCPA違反の共謀で起訴され、二年間の拘禁刑および八万ドルの罰金が科せられた。二〇一一年九月五日DOJと二八〇〇万ドルの支払いで和解。賄賂供与手続を実際に進めたのは米国子会社であるが、海外部部長は賄賂供与の交渉、承認などを行つたとして共謀罪に問われ、今後は域外適用への対処が大きな問題とならう。

2. 我が国企業の実務上の留意点

(イ) 米国FCPA

域外適用に対する本邦企業の留意点として、トップマネジメントにより適切なコンプライアンス構築に向け自社リストの洗い出しを行うこと、第三者のデューデリジェンスの徹底、従業員規範（Code of Conduct）の署名などが有効である。²²

(ロ) UK Bribery Act 2010

ガイドランスに沿って自社に適合したコンプライアンス体制の確立が重要となる。企業訴追はガイドランスに沿って現実的分析がなされ、企業が十分な手続きを行っていたことが抗弁のポイントになる。英国政府には多くのリソースはなく各国政府と協力として摘発に当たろう。自己申告を勧め、監査は Suspicious Activity Reports を SFO (Serious Fraud Office) に提出する義務がある。⁽²³⁾

六・取締役の善管注意義務とリスクマネジメントの考察

第一に、不正競争防止法を念頭に、外国公務員贈賄罪における少額のファシリテーション・ペイメントをみても、不正な利益供与でなく、社会的な常識の範囲内であることにつき、少額支払いを承認する取締役の経営判断における裁量権の逸脱の有無(善管注意義務違反)の問題がある。この点に関して、近時の判例実務は事実認識および判断推論のプロセスのみならず、プロセスに基づき行った取締役の判断の内容自体の合理性を追求し、判断過程も詳細に検討する傾向にある。こうしたことを踏まえ、経営判断原則を構成する規程である①企業を取り巻く経済環境など、②一般的に期待される水準、③前提事実の認識過程の不当な誤り・合理性欠如、④事実認識に基づく判断の推論過程および最終判断自体そのものの内容の明らかな不合理の各観点を勘案すれば、取締役の判断の留意点は次の通りとなる。

①外国の腐敗度、利益供与の外国国内法令の許容度、業務遂行の関連性など。②業界ごとの相違やODAの信頼確保など、③第三者・専門家の資料の参考度合いおよび稟議書の収集と検討。リサーチ懈怠(拓銀カプトコム事件)⁽²⁴⁾や信頼の原則(拓銀ソフィア事件)⁽²⁵⁾が関連して問われる。④取引を獲得できない場合の企業の損失および外国公務員との

継続的關係、接待などの必要性、取締役会における議論の充分性など。

第二に、外国公務員贈賄罪関連事例において、不正競争防止法一八条違反の有罪が確定すれば法令違反行為として取締役の裁量は否定され善管注意義務違反となることは明白であり、損害賠償請求に対する攻撃防御方法を想定するしかない。他方、起訴に至らない場合、株価下落など株主代表訴訟提訴に対しては経営判断原則に基づく上記の四つの観点からの抗弁の主張も可能となろう。

第三に、具体的なリスクマネジメントとして事前のコンプライアンス強化、不祥事発覚時の対応、事後的責任処理の三点から米国COSSO報告書に基づくERMの各要素毎に検討すると、①統制環境では担当セクションの組織的連携と独立性維持、②リスクの評価・対応では、外国の賄賂の法制度の事前評価がある。不正競争防止法とは独立して外国法令が適用され、また外国法令における賄賂の許容度が翻って同第一八条一項の嫌疑に影響するためである。英国賄賂防止法、FCPAの適用可能性について、従業員雇用、通信手段など管轄権が及んでいることの確認が求められる。③統制活動からは、個別のリスク審査が客観的基準でなされることが重要となり、代理人やアシスタントを利用する場合は、国籍、業務委託契約における法的帰責の切断などの確認が必要である。④情報・伝達については、社内倫理規定策定、内部周知活動、各国の情報蓄積・共有化がある。⑤モニタリングについては、個別案件処理のプロセスを監査する独立セクションの設置・運用が重要となり、内部通報制度導入・不利益処分排除、会計報告の信頼性審査、第三者委員会設置が求められる。

第四に、リスクマネジメント体制により、先ず株価下落、信頼失墜、海外事業撤退などの事前防止が図られる。次に法的側面でも、不正競争防止法の両罰規定から法人の責任が問われた場合に、従業員の選任監督上の過失がなかつ

たことを主張するためには内部統制を含むリスクマネジメント体制策定が重要な事実となり得るとともに、善管注意義務違反による損害賠償請求においても体制整備と運用は経営判断原則の抗弁主張の前提となる。英国賄賂防止法における贈賄防止策懈怠罪適用においては、正しくリスクマネジメント体制の策定・運用が適正手続の抗弁となり、FCPAについてもDOJやSECとの司法取引における考慮要素となり得る。さらに企業の社会的責任(CSR)に関しても、その責任を果たしていることといえよう。また第五に、行政指針と法律の錯誤につき、経済産業省ガイドラインなどを信頼しても責任故意は阻却されずに外国公務員贈賄罪が成立し得ることも指摘がなされている。⁽²⁷⁾

七．国際汚職行為防止法における域外適用の考察

1．英国贈収賄禁止法とFCPAの相違点

英国贈収賄禁止法とFCPAとは類似点も多いが、相違点として⁽²⁸⁾、民間人の賄賂禁止、企業に関する管轄拡大、目的に関する表現の拡大、Affirmative Defence (営業活動に関する抗弁) がないこと、裁量の余地のない機械的業務に対するFacilitation Paymentsの例外もないことが挙げられる。

2．英国贈収賄禁止法の域外適用

英国贈収賄禁止法では(七条)、FCPA同様に内部統制ならびに文書化要求が法制化され、ガイドランスでは域外適用を認めており⁽²⁹⁾、企業としては今後は適切な文書化・リスクマネジメントが必要となる。域外適用がFCPAで大きな問題となる中、今後はUK Bribery Act 2010の域外適用の対策が求められよう。本法の域外適用について、国内およびその他の管轄区域内で犯された犯罪については居住地、設立地または市民権を理由として英国と密接に関

連している場合、英国裁判所が裁判管轄を有する。英国外で設立または英国外に拠点を有する団体の場合、英国で事業の全部または一部を行っているとは判断されるか否かは事案により決定され、英国裁判所が最終決定権を有する。外国企業による英国以外の行為も適用対象となり、FCPAに比し域外適用の適用範囲が広い。海外子会社につき英国本社に代わり汚職行為を行ったことが立証されれば七条違反 (Failure of commercial organisations to prevent bribery) の可能性があり、海外子会社の適用対象如何に関わらず本社は贈収賄罪防止プログラムを導入する必要がある。海外子会社のガバナンスならびにグローバル・グループ内部統制が重要となろう。

3. 国際汚職行為防止法における域外適用の考察

私見であるが、国際汚職行為防止法にに関して、FCPAの国際コンプライアンス事例の起訴理由などの検討を通じて、米国証券法、独禁法などと同様に、属地主義の拡張、主観的属地主義および客観的属地主義から効果基準へ拡大をみせつつあり、勢い恣意的で都合主義的になりつつある感が否めない点は従前の域外適用の問題と共通する。経済刑法・コンプライアンスの要因が強い領域であり、域外適用の対応や統一ルールを考察する上で、独禁法、米国証券法・金融法以上に経済政策等の衝突よりも各国国内法領域との法抵触等の観点から各領域毎に精緻に検討を重ねることになり、各国法制度を尊重し属地主義を基本としつつも、刑事法的色彩も強く主観的属地主義のほか、効果主義の制限規範として、事案に応じてインタレスト・アナリシス・アプローチや相互主義などを加味していくことになろう。³⁰ 他方、マネー・ロンダリングはテロ資金対策などを目的とし、域外適用の局面で法抵触がある場合は、むしろそれを解消させるように他国の国内法整備を促すべき内容を有する。域外適用の場合は一般にミニマム・スタンダードとしてのルールに従うことが衡平となろうが、当該分野では法執行でなく法創造に向けての事実上のエンフォース

メントともいえ、ネットワーク型ガバナンス・オーバーホール等も求められよう³¹⁾。即ち、(イ)今後の独禁法・米国証券法分野の域外適用に関しては、反致(外交軋轢)、国益、市場の利害の三要素が予測可能性として考慮され、効果主義適用の様相が強まる中、抑制を図る規準の考察が進められよう。(ii) FCPAでは刑事法的色彩が強く、主観的属地主義の要因が強まり、反面市場の利害の要因は薄まろう。(iii) マネー・ロンダリングではさらに刑法的色彩が強まり、市場の利害はほとんど考慮対象から消え、逆に全世界統一的な規範形成を各国に迫ることになろうか。

八・ 国際汚職行為防止法とドッド・フランク法の交錯ならびに我が国の法実務の影響

1. ドッド・フランク法とコンプライアンス・プログラムのジレンマ

私見であるが、Red Flagは、リスクベースと融合したコンプライアンス・プログラム策定とドッド・フランク法九二二条の相克において、運用上の調整指針となり得る。Red Flagを織り込んだコンプライアンス・プログラム策定ならびに内部統制構築により、FCPAなどの域外適用に対しても有効に対処できることになろう。コンプライアンスに対処する国際汚職行為防止法、金融危機の再発防止を主旨とする同法、取締役の経営判断原則適用による安易な免責に歯止めをかけるべきRed Flagは、ガバナンス改革の方向の中で、域外適用も含めて相互に交錯し、絡み合っているともいえるようか。Red Flagは、取締役は社内での不正行為に疑惑を抱いたときに対処義務を負い、事実に対処しなければならず、対処を行わないときは受託者責任 (fiduciary duty) における注意義務 (duty of care) 違反ならびに忠実義務 (duty of loyalty) の中の誠実 (good faith) 義務違反となり、損害が発生すれば重過失となり、責任を負わなければならないとするのが米国判例法における規準である。Citigroup 事件判決 (February 24, 2009) において八つ

の Red Flag が原告から示される⁽³²⁾。私見であるが、米国 COSO 報告書に由来する戦略的リスクマネジメントとしての ERM (Enterprise Risk Management 統合的リスク管理態勢) は経営判断原則に関する吟味の規準にも関わる部分であろう⁽³³⁾。経営戦略面のマイナス評価を下すべき、消極的妥当性の評価局面では Red Flag 対処義務が早めに撤収すべきであったという事前予防の規準として用いられることになるか。経営戦略の中でリスクコントロールを伴うものは ERM として把握でき、ERM の中に Red Flag 対処義務を活用できる局面があることになる。コンプライアンスが問題となる場面では、経営判断原則は原則として機能せず、経営判断であることを理由として法令を犯すことは許されない。しかし、コンプライアンスを超え、事前予防のリスクマネジメントとして経営判断原則が機能しうる境界の場面では Red Flag 対処義務を活用できる。他方、ERM の中でも全く別の戦略を採る選択肢があった場合は Red Flag 対処義務では対応しにくい。その戦略は採るべきでなかったというマイナス評価の局面において有用に機能し得ることになる。その意味で、Red Flag 対処義務は経営戦略全般に広く機能しうるものではなく、限定されてこよう。情報伝達過程は法令遵守体制構築義務・内部統制と連携し、Red Flag 対処義務の履行のための前提として違法行為等の情報が取締役会に伝達されなければならない。経営判断による免責は法令遵守が前提である。その上で裁量部分は、吟味の規準として扱われるにせよ、免責のためには更なる絞り込みが求められよう。絞り込みの規準としては法令的色彩を有することが望ましい。Red Flag 対処義務を採り上げる価値がそこにある。ドッド・フランクリン法の域外適用が問題となる中、判例理論であり米国法としての直接的な域外適用ではないが、受託者責任、権限分配論などが国の規範形成に実質的影響を及ぼすことが予想される。

2. Red Flag 対処義務の考察と活用——シティ規準ならびに経営判断原則とERM——

(1) Red Flag 対処義務の活用

Citigroup 事件ではドッド・フランク法制定前の金融危機直前に八つの徴候が存在したことを訴状に取り入れた⁽³⁴⁾。従業員の業務に不法行為があることを取締役が認識した時点を Red Flag と喻え、認識すれば隠蔽も善管注意義務違反であり、兆候を察した場合顧問弁護士に相談することが望まれる。Red Flag は、Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Co. 41 Del.Ch.78, 188A.2d125 (Del.Supr.1963) 事件で米国判例により理論化された。Allis-Chalmers Manufacturing Company が脱税し、トラストなど不法行為をして提訴され、善管注意義務違反として認識されたが、製薬会社が医師に賄賂を送った Caremark 事件 (698A.2d959 (Del.Ch.199))、Disney 事件 (906A.2d27 (Del.2006)) において誠実義務も内包され、不誠実行為の第二類型の故意の義務放棄に位置づけられた⁽³⁵⁾。

(2) Red Flag と我が国企業経営への影響

取締役が株主から受託する信託義務 (fiduciary duty) は、注意義務 (duty of care) と忠実義務 (duty of loyalty) に大別でき、忠実義務として取締役は会社の利益を第一に合理的に考えなければならぬ誠実 (good faith) 義務、利益相反がないことが求められる。注意義務において結果責任は問われず、誠実さが推定される場合は結果的に誤った判断も許容され、拳証責任は原告にある。経営判断原則は忠実義務違反で用いる厳格な完全公正基準、一九八五年ユノカール事件による中間基準に比して緩い基準となる。Red Flag は、監視義務から派生し、忠実義務の誠実 (公正) 義務として扱われる。私見であるが、我が国では概して経営陣は株主を意識した経営をせず、受託者責任における忠実義務の認識に弱く、判例などでも善管注意義務の大枠の中に忠実義務などを包摂していく傾向がある。今後はドッド・フ

ランク法の影響を受け、Red Flag も取り入れることで、経営陣は現在以上に受託者責任等を意識した経営を行わざるを得なくなろう。第一に、ドッド・フランク法九二二条制定により本来的には裁量たる経営判断部分まで、経営陣としては法令ともいえる域外適用を含めた同法による経営面への制約を意識せざるを得なくなる。従業員への行動に対して従前以上の配慮が必要となり、経営陣と従業員の間で萎縮効果を及ぼしかねない。そこで、この調整弁的な役割が必要となり、同法九二二条の具体的な遵守指針としてRed Flag 基準の考え方を経営陣たる取締役における自己規律・規範として用いることができよう。第二に、Red Flag を用いる場合、内部統制というよりもリスクマネジメントの位置づけとなろう。もともと我が国会社法における内部統制の概念には、法令遵守と共に損失管理が規定され、元来リスクマネジメントを含むものとなつてはいる。信託義務・受託者責任の明確化を通じて、取締役の事前予防的な防弾機能となり、リスクは回避されようが、やはり経営面の萎縮効果に繋がりがかねない。このため回避でなく、リスクコントロールとしていかにRed Flag の構築・運用を図るかが重要となろう。我が国は、内部統制システムを構築すること自体は長けていようが、ダスキン事件³⁶にみるとおり、その運用面は上手くない。Red Flag は事前予防の局面であり、法令遵守が当然の前提になるが、リスクマネジメントとしてRed Flag が出されれば、コンプライアンスとしても取締役の責任としてはぎりぎりの状態にあるということになろうか。

事前防止的な意義を持つRed Flag を織り込む経営判断原則を採用し、日本法も做つた場合、ハイリスク・ハイリターンの経営戦略が頓挫した時の責任が非常に重くなる可能性があり、大胆な経営をしにくく、結果的に会社の利益は伸びず、株主配当も減少する懸念がある。企業は飛躍的發展が望めず、極力内部留保に努め、株主と取締役は対立する。取締役が不作為により経営判断基準をかわすことの懸念も指摘され、正しくリスクを見る目を潰し、挑戦を避

ける経営の風潮となりかねない。同法九二二条による内部告発を意識し、さらにRed Flagを織り込んだプログラム策定において、経営陣は対従業員のみならず、対株主の間でも二重に萎縮効果を受容せざるを得ない。調整弁としてのRed Flag導入にはなお実務上難しい要因がある。法令遵守でなく、事前のリスクマネジメントにかかる部分で、大枠として戦略的・前向きな内部統制であるERMの十全な導入が求められよう。

(3) Citigroup 規準とRed Flag

Citigroup 事件判決は、社内における違法行為・不正行為発生リスク以外のリスク管理に関する事件であり、Citigroup がサブプライムローン市場に参入し、債務担保証券(CDOs)を扱い、異なったりリスク・リターンのレベルを持つ種類の証券からキャッシュ・フローの権利を売却したことにより巨額の損失が発生したとして取締役等に対し損失賠償を求めた株主代表訴訟である。原告はRed Flagを指摘し、取締役会は取締役の過半数が以前のEnron事件に関する行為時に取締役として職務を行っていること、ARM委員会(Audit and Risk Management Committee 監査・リスク管理委員会)のメンバーで財務専門家であると認識されているため、Red Flagに気付くべきであったと主張する。デラウェア州最高裁判所は、不誠実な行為は取締役が意図的に会社の最善の利益を増進しない行為をした場合、意図的に通用される実定法に違反した行為をした場合、または意識的な義務の無視を証明して作為義務があると知っているにも関わらず意図的に行為をしない場合に見出されると判示した。最近において同州最高裁判所は取締役の個人責任を追及する原告にとって過大な証明責任も負わせている³⁷⁾。Citigroup 事件判決、AIG事件判決(American International Group, Inc. Consolidated Derivative Litigation, 965A.2d763 (Del.Ch.2009))は取締役の監督義務が問題とされた事例であるが、判決の相違点は、第一に、AIG事件判決で取締役の監督義務に関し、被告取締役の訴訟却下の申立て

(motion to dismiss) が否定され、Citigroup 事件判決では、被告取締役の訴訟却下の申立てが認容された。第二に、AIG 事件判決は役員らによる粉飾決算に係る詐欺的スキームが焦点となり、Citigroup 事件判決はサブプライムローン市場参入とビジネス・リスクに対する管理が焦点となった。取締役のリスク管理に関する義務が判決が異なる結論となった重要な点である。

私見であるが、取締役の経営責任がドッド・フランク法のガバナンス関連規程強化にもかかわらず、逆に経営判断原則適用により免責されてきたが、最近の動向として、CFR 規程による安易な免責が認められなくなってきた側面がみられることは留意される³⁸⁾。海外の格付会社の敗訴など、逆に米国に対する域外的な影響も背景にあらうか。受託者責任の内容として、注意義務 (duty of care)、忠実義務 (duty of loyalty)、自己執行義務 (duty not to delegate)、分別管理義務 (segregation rule) に分類する考え方からは³⁹⁾、注意義務は過失責任、忠実義務は無過失責任で中核部分は誠実義務 (duty of good faith) とされる。忠実義務は無過失責任として厳格である反面、経営判断原則による免責対象となりやすい部分でもあり、だからこそ Red Flag 対処義務が明確な規程として必要となり、厳格な無過失責任たる忠実義務の部分で事前予防のリスクマネジメントとして機能するべきものといえる。しかしながら、裁判官は注意義務として位置付け、ARM 委員会ではリスクを十分に認識して監査を行ったとする。誠実義務の中の明確な規程として位置付ければ、取締役が Red Flag が認められる場合には警告に従えば事前予防機能を果たし得たはずとして原告勝訴に繋がりやすい。Citigroup 事件では注意義務としてとらえたため、被告有利の緩やかな経営判断原則により原告は敗訴したが、今後は Red Flag 対処義務は忠実義務を構成する部分として再構築されていくか。Caremark 事件は医療薬品企業が研究費名目で医者に賄賂を送りコンプライアンスが問われ、取締役が十分な情報を知っているとのモ

ニター制度確立、リスク委員会と取締役の報酬制度確立のプロセスの重視が問われた。この点で、Citigroup 事件の Citi 規準は Red Flag というプロセスを軽視しており、Caremark 事件判決の考え方を無視した経営陣の責任追及にとって緩い規準であるといえよう。

3. 法領域の交錯と域外適用ならびに Red Flag

従来は域外適用問題については、独禁法を中心に考察すればよく、判例形成などを通じて概念の精緻化も進められた。しかしながら、新たに国際金融、国際コンプライアンスなど国際取引法の多様な領域、交錯領域で域外適用問題が議論されるに至っている。独禁法領域においても国際カルテルに対する厳罰化の流れの中で、日台韓の液晶パネルメーカーが米国においてカルテルを結び不当に価格操作を行ったとして反トラスト法違反に問われた友達光電 (AU Optronics) に対し二〇一二年三月一二日米カリフォルニア州北部連邦地裁陪審団により有罪判決が言い渡された⁽⁴⁰⁾。

他方、経営判断原則および Red Flag 規準に関しては、Citigroup 判決 (February 24, 2009) に続く Bear Stearns 判決 (N.Y. December 23, 2009)⁽⁴¹⁾ を読むと、原告は Bear Stearns の株主で JP Morgant との合併により受けた損失を取締役の信認義務違反として損害賠償を求め、合併において不法行為が行われたと主張した。被告の行為はデラウェア州の従来の判例に則ると経営判断原則の射程のもので信認義務違反にならず敗訴するが、原告はニューヨーク州法に則ると違反であるとし、過去に勝訴した判例 (In re Cablevision Sys. Corp. Shareholders Litig., 2008) との法的類似性を主張したが、裁判所はデラウェア州法を適用し、経営判断原則適用により原告敗訴となった。これは米国の州際の域外適用の関連事例ともいえよう。さらに Dow Chemical 判決 (December 31, 2009)⁽⁴²⁾ は、Rohm & Haas Company と取引がもつれ、生じた損害回復を求めた株主代表訴訟である。原告は、被告が信認義務 (their fiduciary duties) に違反し、Red Flag とし

て、① Rohm & Haas Company との取引を是認している。② Rohm & Haas Company との取引と Kuwaiti company の合併事業において恣意的に偽装している部分がある。③ 賄賂、偽装、インサイダー取引、無駄な支払い等があり、挽回が困難であることを掲げる。裁判所は原告の Red Flag を退けている。各判決文を読む限り、原告の主張する Red Flag の内容は徐々に抽象化して進化しつつあり、争点となることを裁判所は認めるが、原告の請求を認容するに至っていない。Dow Chemical 判決では、合併会社に関してクウェート政府との間で賄賂が供与されたが、Dow Chemical の経営者が賄賂拡張を図った事実は認定されても業務円滑化のための常識的な支払としての Facilitation Payments として賄賂の原因を Dow Chemicala に帰するは合理的とはいえないとする。FCPA の域外適用と交錯する事案でもあろう。私見であるが、調整弁として事前予防機能を果たすとみられる Red Flag の概念の精緻・具体化がされるにつれ、域外適用と併せ、裁判所の判断の変化が注視されよう。Red Flag は内部統制というよりも、リスクマネジメント (ERM) の位置づけに近づき、経営戦略面のマイナス評価を下すべき局面で Red Flag 対処義務が早めに撤収すべきであったという事前予防規準として用いられることになろう。今後、我が国においてもドッド・フランク法による実質的な域外的な法規範形成の影響を受け、Red Flag を取り入れ、経営陣はいま以上に株主以外の従業員などステイクホルダーを含め、受託者責任を意識した企業経営を行わざるを得ない。

4. セイオンペイならびにプロキシ・アクセスの相関

Red Flag については、ドッド・フランク法のカバナンス改革であるセイオンペイ、プロキシ・アクセスとの相関も注視されよう。同法九七一条は、SEC に対してプロキシ・アクセス (proxy access) ルール採用の認可権限を与える⁴³。株主が会社の株主総会招集通知を自身の候補者の取締役指名のために使用を許されるルールであり、これを広め

る権限をSECが有する⁽⁴⁴⁾。また九五一条は、株主が株主総会において役員報酬に対して拘束力のない決議を行う権利であるセイオンペイ (say on pay) を定め、両者は弱すぎる株主の発言力を強化し、取締役の権限を抑える効用があり、Red Flag 同様に経営判断やコンプライアンスの重要な分岐点になり得る。プロキシ・アクセスに関する近時の司法判断は興味深い。SECの申し立てが退けられ規則案の無効が決定され、議論がさらに深まっている⁽⁴⁵⁾。株主に委任状アクセスを認める理由について、SECは株主が州法上の権利を十分に行使できることに求めるが、規則 14a-11 は州法上の権利行使を逆に破壊するとみる見解もある。会社内の事項が伝統的に州法に割り当てられるからでなく、大部分が任意法規で競争に直面し、漸進的發展をする州法が連邦法よりも株主と経営者の権限分配を扱うのに適していることが指摘される⁽⁴⁶⁾。

従来は株主より取締役の方が裁判においては経営判断原則適用などにより有利で、Dow Chemical 事件、Bearsterns 事件で株主の主張であるRed Flag は影響力を及ぼさなかった。経営判断において取締役会が圧倒的に有利な立場にあり、株主の主張するRed Flag や過失責任の要求、損害賠償請求は認められにくい状況が続いてきた。ドッド・フランク法成立によりその溝が狭まっていく傾向があり、株主の地位が上がりRed Flag の主張が通るようになる。取締役は経営判断の責任を問われ、解任されて新取締役をプロキシ・アクセスにより選任する過程において影響を及ぼすことになる。さらにセイオンペイにより選任された取締役の報酬を株主が決定することが自然な流れとして考えられる。プロキシ・アクセス、セイオンペイは取締役にプレッシャーをかけ、不祥事の発生後に事後的に経営判断原則適用で取締役責任を免責するよりも、事前防止の点で慎重な経営判断を間接的に促すシステムと把握できる。セイオンペイ自体は取締役の報酬の事後評価を凶るものであるが、事前防止の側面も内包している⁽⁴⁷⁾。その意味

いは Red Flag との接点がある。

九．Red Flag と消極的妥当性など

本稿では、英米法における国際汚職行為防止法について検討し、摘発事例とその対策としての域外適用の考察を行ってきた。汚職行為防止法に関しては、中国における海外贈賄条項制定に対しても企業の対処が求められているが、域外適用は現時点では議論となっていないものとみられ、この問題については別稿を期したい。ガバナンスの大きな枠組みの中で、私見をまとめてみたい。

第一に、Red Flag 自体は、内部告発を経営陣が経営の危機として採り上げないことに対する警鐘となる点に存在価値がある。法規範性を持たせ、企業の経営陣が独自のコンプライアンス・プログラムに採り入れていくことで相克を調和に転換するきっかけともなり得よう。経営陣が Red Flag を受け入れるだけの ERM、特に統制環境を醸成する必要はある。リスクベースの内部統制としてリスクマネジメントとの融合でもある。一方で、内部告発に経営陣が意を用い過ぎるとステイクホルダー型に変容し、内部統制を弱体化せしめかねない懸念もある。

コンプライアンス・プログラムにおいては、経営陣が従業員に対し、不正防止の研修・教育を実践することになるが、内部統制の限界として、経営トップの独裁に繋がりがかねない懸念もある。並行して経営陣に対する統制環境 (control environment) などガバナンス機能強化の充実が必須となる所以である。このため、経営者の抑制機能として、内部告発関連の Red Flag を補完的に用いることにより、有意な調整・調和機能を有することになる。他方で、経営陣は内部告発・Red Flag を怖れステイクホルダーに意を用い、萎縮効果をもたらし、ひいては経営面の業績低下、

配当減少などから株主の信認を損ね、戦略的ERMの根本思想とは逆行しかねないという懸念もある。この面でもRed Flag活用が限定される要因がある。少数支配株主によるMBOなど非上場化をもたらし、少数株主保護の問題も生じかねない。長期的観点から、ステイクホルダーを重視した結果、少数株主保護の問題を発生させ、ステイクホルダー対株主、さらには支配株主対少数株主(株主間の差別化)の根本的な議論を呼び起こす可能性もある。

第二に、具体的な実践例として、①本来内部告発は事後的であるが、ドッド・フランク法では従業員サイドの危機発生に関する事前予防機能に位置付け、経営陣に対して内部告発にも傾聴すべきとする。事前予防機能であるRed Flagを経営陣自身の規律づけとして統制環境に取り込み、プログラムに反映させることが想定できる。もつとも、ドッド・フランク法九二二条の内部告発機能が弱まるリスクはなお残る。短期的には、Red Flagの精神をERMやプログラムに織り込みつつ、内部告発の奨励は維持するという好循環体制の構築をいかに図るかが経営課題となろう。上からの内部統制として研修などでRed Flagとしての過去の告発事案による啓蒙を図るほど、ジレンマ・循環論法は残らざるを得ないが、告発対象の不正自体が長期的に逡巡していくことが期待でき、金融危機の事前防止を図るドッド・フランク法の趣旨は究極的には達成されているものと考えられる。その過程でジレンマと苦闘を続けることこそ、経営トップに求められるガバナンスの精神であろう。②報酬制度の中に、Red Flag⁴⁸⁾あるいはコンプライアンス・プログラムの遵守を反映させることができなにか。従業員が内部告発するインセンティブが短視眼的な報償とすれば、長期的視点からの業績評価等を図るなど従業員にメリットがある制度設計を行うことが考えられる。長期雇用などの日本の経営の再評価にも繋がろう。短期的には九二二条の内部告発制度を残しつつ、中長期的には、活用が期待される局面は限られるにせよ、Red Flagを取り入れたプログラムをベースとするインセンティブ報酬体系の構築

あるいは従業員研修等により、不正防止や危機管理を図る。配当、株価重視の株主還元、あるいは Southern Peru 判決（デラウェア州衡平法裁判所二〇一一年一〇月一四日）の事案にみるような少数支配株主の利益に基づくM&A・非上場化（going private）、少数株主締め出し（squeeze out）など形式的株主価値に比重を置く経営でなく、真の企業価値向上を図る経営を指向するきっかけの一つともなる。ガバナンス強化の反面、Citigroup 判決など経営判断原則適用による経営者に有利な揺り戻しともとれる司法判断が下されてきたが、近時は、事案の内容にも拠ろうが、硬軟の交錯した神経質な局面をみせ、格付け機関敗訴のオーストラリア連邦裁判決（二〇一二年）など、長期的な企業価値向上を念頭に置いた司法判断が示されている。英国のスチュワードシップ・コード（stewardship code）改訂（二〇一二年九月）など、議決権行使でなく機関投資家による投資先の取締役会へのエンゲージメント強化も本格化しつつある。⁽⁴⁹⁾ Red Flag 対処義務の議論は、こうした流れからも理解できようか。

第三に、監査役の機能として適法性の他に経営の妥当性まで業務監査権限の中に含むかに関しては否定的な見解も多いが、消極的妥当性に関わる監査は監査役も担えるとの見解もあり、⁽⁵⁰⁾ Red Flag 関連の機能を監査役に委ねる機関設計も想定できよう。委員会設置会社の監査委員会はそもそも（社外）取締役が前提のため担うことに問題ない。また実効性確保の見地からは代表権を賦与された副社長が全体を統括し、CEOあるいは営業部長に対する牽制を図ることも望ましい。監査役の有する差止請求権の活用が事前防止機能の面でも重要性を有して行く。⁽⁵¹⁾

第四に、各国の汚職行為防止法は強制力の意味合いからも域外適用を強めつつあり、海外進出企業としては、グローバル内部統制を整える必要がある。Red Flag 機能を自社のプログラムに取り込み、実効性を備えた内部統制を利かせることにより、域外適用に対する事前の予防となることが期待される。

Red Flag の概念は、元来は米国において経営判断として経営陣の免責を検討する場合の法令遵守事項であり、裁判規範として形成されてきたものである。コンプライアンス・プログラムの中に従業員が内部告発をすべき規準として組み込む場合の Red Flag は、自ずと相違もあろう。即ち、Red Flag は厳格な性質を有するものとして一般化・定式化が図られる一方で、具体的な内部告発を想定した個々のプログラム制定においては、各企業における独自・柔軟性を持つ内容となろう。企業は Red Flag をミニマム・スタンダードとしてプログラムに取り込みを図り、また経営陣の自主的な規律づけの嚆矢ともなる。

即ち、Red Flag は経営陣が最低限遵守すべき規準であり、事後的に戦略面の消極的妥当性に関わる経営判断の検討の際の免責の可否を分け、法規範性を有するものといえる。企業としては、社内の専門部署に関連判例などの調査をさせ、従業員が内部告発すべき最低限の規準としての Red Flag 事項を定め、これに業界特性などを盛り込んで具体的なコンプライアンス・プログラムの充実を図る。域外適用の事前の抗弁として内部統制・プログラムに内包する場合、過去の裁判事例を踏まえた Red Flag 事項の遵守により、経営陣においては事後的な抗弁として機能することも期待できる。

第五に、消極的妥当性と内部統制に関して、①経営陣の戦略的意思決定面は、内部統制の対象でなく、経営判断原則の適用局面であるとされ、安易に免責されやすい点に実務と法制度の齟齬が指摘される⁵²。戦略面の中でも、消極的妥当性にかかる部分については、Red Flag 規準により経営陣の責任を厳しく問うべきであり、実際も企業社会では経営陣はこうした局面では退陣を余儀なくされる。②リスクマネジメントについて、会社法 (三六二条ほか) ならびに規則 (一〇〇条ほか) では「損失の危険の管理」と規定され、内部統制整備により免責されるはずのところ、消極

的妥当性の部分として、Red Flag 規準に反した場合はコンプライアンスの融合部分における義務違反として、経営陣の責任が問われるべきである。内部統制の対象であっても安易に免責されない部分となる。当該部分はRed Flag 規準により厳しい無過失責任たる忠実義務として別異に扱うことが望まれる。結局、消極的妥当性の判断対象に関しては、①、②の二つに跨がって存在するのではないかと考える。③またERMにおいては、リスクテイクを積極的に把握し、リスクマネジメントとして損失の危険に留まらず、積極的妥当性として「プラスの影響」の部分も対象として把握すべきではないか。米国ERMも、文言解釈は必ずしも明白でないが、この方向で広義に考えるべきである。英国で二〇〇二年導入されたERM (A New Risk Management Standard) は、対象リスクの範囲を upside と downside の両リスクとし、対処するリスクの範囲を損失も利益も発生するリスクに拡大している。この点で、英国企業のERMと我が国の内部統制は相違がある。もし内部統制をERMに拡大しない考え方に拠る場合は、内部統制はコンプライアンスと財務報告の信頼性という側面を中心とした、オペレーショナル・リスク管理の手段と解することになる。④以上、我が国の法制度上要求される内部統制体制を充足するのみでは、真に企業に求められるERMの体制整備を構築したことになる。我が国の法制度上の内部統制自体に内在する限界部分でもあろう。もし拡大して積極的妥当性の判断までも包含させる場合、帰責性を分けるメルクマール鼎立と運用面の方法論が未確立であることが次の課題となる。他の戦略を採れば明らかに更なる利益を上げることが可能であったことの立証責任を原告に課する形で、経営陣の無問責の推定規定を置き、妥当な調整を図る方策も考えられる。Red Flag 規準は、我が国における法制度と実務におけるズレの調整・解消、さらには経営陣に対してリスク経営の事前予防、自己規律づけも意識させる役割も担うことになる。統制環境さらにはガバナンスと併せて十全の機能発揮が求められる。ガバナンスのコン

バージェンスが唱えられる中、規制コストなどの障壁軽減、国際取引の実体法面のルール統一化の観点からも、重要な事柄となろう。

(1) 本稿は、二〇一三年一〇月二一―二三日に開催された日本私法学会第七七回全国大会(於 京都産業大学)における筆者の個別研究報告「米国金融改革法を中心とする国際金融法制の展開と日本への影響―法と実務の接点―」を踏まえて作成したものである。また、国際取引における不正とコンプライアンスに関し、KPMG高岡俊文「国際商取引における不正の特徴と最近の傾向―予防のために、まずすべきことは何か―」、警察庁犯罪収益移転防止管理官 高須一弘「犯罪収益移転防止法の施行状況―年次報告書(平成二三年)から―」、情報処理推進機構 小松文子「組織の内部不正ガイドライン策定の試み」、長谷川俊明弁護士・斎藤憲道教授ほかパネルディスカッション『企業における不正と内部統制―国際商取引の留意点―』国際商取引学会東部部会(二〇一二年七月二一日)参照。

(2) 知野雅彦・松澤公貴「海外腐敗行為防止法が日本企業に及ぼす影響等について(日本企業が直面する潜在的リスクとその対応策)」KPMG FAS Newsletter Vol.17 (2008/2) 参照。KPMG「Overseas Bribery and Corruption Survey」二〇〇七年。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)」(二〇一二年三月)、「同報告書」日本能率協会総合研究所(二〇一二年三月)三一―六三頁。

(3) 「リスクマネジメント最前線―海外事業の展開に伴う新たなリスク―」東京海上日動火災保険・東京海上日動火災保険リスクコンサルティング二〇一二年一〇。

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

(5) Matt T. Morley, Brian F. Sauthier, Luke T. Cadigan「FCPA Alert FCPA ガイドの公表―米国規制当局がFCPA適用対象企業に求めているもの」K&L Gates LLP(二〇一三年二月一四日)参照。経済産業省「外国公務員贈賄防止指針」(平

成一六年五月二六日公表、平成二二年九月二一日改訂)。

- (6) 国際取引に関し代理人 (agents)、コンサルタント (consultants) およびディストリビューター (distributors) 等の第三者を活用する場合について、外国公務員贈賄行為を行わないよう要請すること、代理店費用を支払う際には贈賄費用が上乗せされないよう注意する。
- (7) M & A 取引前のデューデリジェンスにより発見されなければ買収完了後も対象会社において不適切な行為が続き、対象企業の責任が買主に承継される可能性がある。
- (8) Transparency International の腐敗認識指数 (Corruption Perception Index CPI) が参考になる。
- (9) 倫理規程やFCPA 遵守規程がエージェントを含めた従業員全員に伝わっていること、FCPA 遵守規程の恒常的な遵守、研修のエージェントを含めた頻繁な実施、確認書の提出に対する拒絶がないこと、FCPA のためのIDD を全てのエージェントに実施すること、IDD の文書記録の保存、海外エージェントと汚職防止条項を含む契約の締結、外国のオペレーション・マネジャーに対して異常なボーナスの支払いはないこと、内部通報ホットラインは有効に機能していること、対象会社のモニタリングに効果はあること、定期的な分析実施 (異常な取引が行われていないことの財務分析、海外のエージェントや販売業者への支払いに過度な値引きがないこと、研修費や交際費等の関連経費勘定、現金で支払われる経費等)。会計記録に問題はないこと (記録されていない取引、偽造もしくは不完全な証憑)。
- (10) 山田裕樹子「米政府が海外腐敗行為防止法 (FCPA) ガイドラインを公表」法と経済のジャーナル Asahi Judiciary (二〇二二年二月二一日) 参照。
- (11) 英国 Serious Fraud Office は、Bribery Act 2010 においてファシリテーション・ペイメントは違法であることを明言する。経済産業省は外国公務員贈賄防止指針で少額の Facilitation Payments であるということを理由に不正競争防止法上の処罰を免れることはできないとする。二〇〇九年 OECD もファシリテーション・ペイメントを禁止しないし思いとどまらせることを国は企業に奨励すべき旨の勧告を发出している。
- (12) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

- (13) O'Melveny & Myers LLP 「英国」二〇一〇年贈収賄禁止法の指針公表」(二〇一一年五月九日)。「THE BRIBERY ACT 2010 Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010)」。Ministry of Justice, March 2011.
- (14) Siemens 独 (二〇〇八年) 八億ドル、KBR/Halliburton 米国 (二〇〇九年) 五億七九〇〇万ドル、BAE Systems 英国 (二〇一〇年) 四億ドル、ENI/Snamprogetti 伊／蘭 (二〇一〇年) 三億六五〇〇万ドル、Technip 仏 (二〇一〇年) 三億二八〇〇万ドル、日揮株式会社 日本 (二〇一一年) 二億一八八〇万ドル、Daimler 独 (二〇一〇年) 一億八五〇〇万ドルなど。
- (15) 米国司法省は現在二二〇件の調査中の事案があるとしている。
- (16) 米国司法省プレスリリース Siemens and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations (http://www.usdoj.gov/usao/dc/Press_Releases/2008%20Archives/December/08-1105.pdf)、ダニエル・マルゴリス、ジェームズ・ウィートン、奈良房永「日本企業等が Foreign Corrupt Practices Act (米国海外不正行為防止法) の対象となる可能性」A PUBLICATION OF PILLSBURY'S JAPAN PRACTICE TEAM May 12, 2009、Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP。
- (17) 二〇〇六年一月二二日 DOJ プレスリリース U.S. Resolves Probe Against Oil Company That Bribed Iranian Official (<http://www.usdoj.gov/usao/nys/pressreleases/October06/statoiddeferredprosecutionagreementpr.pdf>)
- (18) SEC vs. Willbros Group, Inc., et al. (S.D. Texas) (二〇〇八年五月一五日) に SEC が提出した訴状参照。
<http://www.sec.gov/litigation/complaints/2008/comp20571.pdf>
- (19) 米国司法省事件 No. 11-CR-260。同社はケロック・ブラウン＆ルート社 (KBR)、テクニップ SA、スナプロムゲティ社と共に TSKJ (JV 企業) を一九九一年に設立し、受注の便宜供与を目的にナイジェリア政府に総額一億八二〇〇万ドルを贈賄したとして FCPA 違反の疑いでテキサス州連邦地裁に四社が提訴された。前掲・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)」(二〇一二年三月) 二八―四四頁。

(20) 米国司法省事件 No.12-CR-022。ナイジェリア政府高官の賄賂事件に関連し、丸紅株式会社は Service Agreement (業務委託契約) を締結して TSKJ の受注活動に協力し、ヒューストンで TSKJ の契約および報酬について協議したとされ、米国の領土内で (賄賂の) 支払いを促すあらゆる行為という FCPA の違反要件を満たす。FCPA は米国人が米国外で腐敗行為を行うことを禁止するが、非米国企業が米国証券の発行者であっても贈賄禁止条項に基づく責任を負うのは州際通商に用いる手段 (米国国内と Eメール受送信など) を使った場合のみである。米国証券発行者でない非米国企業が責任を負うのは米国領土内で何らかの行為を行った場合に限られる。米国に関連して行ったとされる行為には共謀に参与したヒューストンの Stanley 氏 (KBR 運営委員会) に FAX を送ったことも含まれ、国籍を問わずいかなる者の行為にも適用される (発行者以外の) 人という条項の直接違反でなく国内企業等に関する条項に関して共謀および幫助の罪に問われた理由は定かではない。モリソン・フォスター外国法律事務所弁護士事務所資料。

(21) 米国司法省事件 No.11-CR-651。同社は二〇〇八年二月外国公務員に対する不正な支払いがあった可能性がある旨を発表し、マリンホース事業からの撤退、コンプライアンス教育の徹底、不正防止の仕組み強化、全社的な組織変更と内部統制体制の強化と化工品海外廃止などの方針を表明した。長縄友明「マリンホースの入札談合ケース 日米欧+英の競争法当局が同時調査」大阪経大論集第六〇巻第一号 (二〇〇九年五月) 一七九—一八八頁、梅田徹『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。

(22) 日本企業の従業員の特徴として、会社同士の緊密な関係を念頭に相手企業の内情を調査しない面がある。「外国公務員贈賄防止について」経済産業省知的財産政策室 (平成二五年三月版)。

(23) <http://www.sfo.gov.uk/bribery--corruption/where-should-i-report-corruption.aspx>

(24) 松嶋隆弘「北海道拓殖銀行栄木不動産事件 (最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六三頁) / 北海道拓殖銀行カプトデコム事件 (最判平成二〇年一月二八日判タ一二六二号六九頁)」平成二〇年主要民事判例解説 (別冊判例タイムズ二五号) 一六〇—一六一頁。

(25) 札幌高判平一八年八月三一日判タ一二二九号一一六頁 (ソフィア事件) 評釈に大久保拓也・税務事例三九卷一二号六二頁。

- (26) 私見であるが、Red Flagとの接点となるか。
- (27) 北島純『外国公務員贈賄罪 立法の経緯から実務対応まで』中央経済社(二〇一一年)三二九―三五〇頁参照。非常勤の外国公務員への賄賂供与が不正競争防止法一八条一項に違反しないと誤認した場合は、違法性の意識不要説からは外国公務員贈賄罪が成立して責任軽減があり得るだけとなる。違法性の意識の可能性必要説からは、違法性の意識を欠いたことに相当の理由があれば責任故意を阻却するが、公的見解である所管官庁のガイドラインを信頼しても直ちに相当の理由があることにならない。東京高判昭和五五年九月二六非高集三三三卷五号三五九頁(石油カルテル生産調整事件)。
- (28) 大田和範「特集」海外汚職行為に関する実態調査、海外腐敗行為防止法(FCPA)・英国贈収賄防止法(UK Bribery Act 2010)の影響の考察 第一回海外汚職防止規制の動向」、高木謙太「同 第二回汚職防止コンプライアンスプログラムの構築のヒント」『Anti-corruption practices survey 2011』(Deloitte Financial Advisory Services)。木目田裕・吉本祐介「米国FCPAガイドラインを踏まえた日本企業の実務上の対応」商事法務No.1989(二〇一三年二月五日)。
- (29) UK Bribery Act to come into force on 1 July 2011, Ministry of Justice releases guidance on the application of the UK Bribery Act, by Kevin Roberts and Kelly Beirne. 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―」(二〇一一年四月一五日)。
- (30) 証券市場の不正ファイナンス関連規制もFCPAと同様であろう。
- (31) 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」日本法学第七九卷第一号(二〇一三年六月)三六―四一頁。国際礼讓の考えの下で、国際取引法と独禁法の全般的な域外適用ルールの試論、英国贈収賄法ならびにFCPAの域外適用の統一ルールについて一定の私見を示したところである。
- (32) IN THE COURT OF CHANCERY OF THE STATE OF DELAWARE, IN RE CITIGROUP INC. SHAREHOLDER DERIVATIVE LITIGATION Civil Action No.3338-CC. 南健悟「リスク管理と取締役の責任:アメリカにおけるAIG事件とCitigroup事件の比較」商学討究六一(二〇一〇)二〇九―一三七頁参照。
- (33) 近藤光男『経営判断と取締役の責任』中央経済社(一九九四年)一二二―一二六頁。

- (34) 金融危機（二〇〇八年九月）前に原告がCitigroupに提出した八つのRed Flagのうち、私見であるが、二つ目のRed Flag（サブプライムローンを扱う業界有力企業Ameriquest Mortgageの小売店二二九店舗が潰れかけ従業員二八〇〇人の給料に不払いが生じたこと）などは当該事件限りの色彩もあろうか。もっとも米国では郵便・通信詐欺罪が存在するなど新聞記事が重要な情報源となることにつき、上村達男「株式会社制度—資本市場の論理とデモクラシーの論理」早稲田大学ファイナンス研究科（二〇一三年七月一三日）。
- (35) 南健悟「リスク管理と取締役の責任…アメリカにおけるAIG事件とCitigroup事件の比較」商学討究六一（二〇一〇）二〇九—二二七頁、同「企業不祥事と取締役の民事責任（五・完）—法令遵守体制構築義務を中心に—」北大法学論集六二（四）（二〇一一年）七四七—八一頁参照。松浦肇「足踏みするアメリカのコーポレートガバナンス改革」経営判断原則」は盤石、取締役天国は変わらず」金融財政事情（二〇一〇年一月八日）。
- (36) 大阪高裁平成一八年六月九日第四民事部判決、判タ一二二四号一一五頁。
- (37) 南健悟・前掲（二〇一〇）二二二—二二三頁。
- (38) 「米シティ、MBS販売めぐりファニーメイに約九・七億ドル支払いへ」（二〇一三年七月二日）
<http://jp.reuters.com/article/businessNews/idJPJTJE96001S20130701> 「米S&Pが敗訴、判断誤らせたと認定—オーストラリア連邦裁」（二〇一二年一月五日）
<http://www.bloomberg.co.jp/news/123-MCZNW96K510101.html>
- (39) 神田秀樹「いわゆる受託者責任について…金融サービス法への構想」財務省財務総合政策研究所「フィナンシャル・レビュー」（March 2001）九八—一〇〇頁。
- (40) サンフランシスコ連邦地方裁判所は二〇一二年九月二〇日罰金五〇〇万ドルの支払いを命じる判決を下した。私見であるが、国際カルテル行為自体を違法とするもので効果主義の考え方以前のレベルの議論の様相を呈するが、独禁法における域外適用問題のぶり返しがみられる裏には、国際取引の活発化と共に、従前は国力を背景に域外適用を推し進めてきた米国の地位の相対的低下もあろうか。新たな問題が生じた場合、刑事法的色彩も強く、独禁法における域外適用に関する蓄積として国際カルテルに係わる日本製紙事件（一九九九年マサチューセッツ連邦地裁）等における判断枠組みが参照されよう。

- (41) SUPREME COURT OF THE STATE OF NEW YORK COUNTY OF NEW YORK: PART 54, IN RE BEAR STEARNS LITIGATION, index No.:600780/08.
- (42) IN THE COURT OF CHANCERY OF THE STATE OF DELAWARE, IN RE THE DOW CHEMICAL COMPANY DERIVATIVE LITIGATION, CONSOLIDATED Civil Action NO.4349-CC.
- (43) 鈴木裕「PROXY ACCESS」大和総研グループリサーチ(二〇一二年一月三〇日)
http://www.dir.co.jp/research/report/esg/keyword/141_proxy_access.html
- (44) Final Rule: Facilitating Shareholder Director Nominations
- (45) “SEC’s Schapiro: Won’t revisit proxy access rule soon” ロイター(二〇一二年四月二十五日)。
- (46) Business Roundtable v. SEC 647 F. 3d 1144 (DC Cir. 2011). 黒沼悦郎「株主の選挙提案を認めるSEC規則の無効化」商事法務一九七四号五五―五九頁(二〇一一年)同「Business Roundtable v. SEC (1), (2)」参照。司法判断について詳しい。神戸大学商事法研究会報告 <http://blogs.yahoo.co.jp/mousikos1960/37001161.html>
- (47) 従来の流れは、①取締役の経営判断の過失、損害請求、②株主の訴えによりRed Flag提示、③裁判所はこれを認めなかった。今後は、①取締役の経営判断の過失、損害請求、②株主の訴えにより消極的戦略面では無過失責任でもRed Flagで責任追及、③損害賠償請求・取締役解任、④裁判所容認、⑤プロキシ・アクセスにより新取締役決定、⑥取締役会の報酬決定、⑦セイオンペイの事後評価の順序となる。
- (48) 英国の報酬規制の展望について、大久保拓也「イギリス二〇〇六年会社法における取締役の報酬規制」石山卓磨先生∥上村達男先生還暦記念『比較企業法の現在』(成文堂) 二七―五二頁。
- (49) 神山哲也「機関投資家によるコーポレート・ガバナンス強化を志向する英国」資本市場クォータリー二〇一三年夏号、金融庁「日本版スチュワードシップ・コードに関する有識者検討会」(二〇一三年八月六日)。
- (50) 末永敏和教授・弁護士ほかの見解。末永敏和・吉本健一『コーポレート・ガバナンスの読み方・考え方』中央経済社(二〇一二年)一三七頁以下など。二〇一三年一月二九日会社法改正法案が閣議決定され、第一八五回国会に提出された。

監査等委員会設置会社に関する独任制、モニタリングシステム等の考察について、拙稿「米国ドッド・フランクリン法を中心とする国際金融法制の展開と影響に関する考察―規制強化のジレンマならびにパラドックス、コーポレート・ガバナンス、域外適用など―」法学紀要第五五卷（二〇一三年）参照。監査等委員は、委員会設置会社の監査委員と同様の権限を有するため（三九九条の三―三九九条の七）、消極的妥当性に関わる業務監査権限は有するものとみられる。本文で述べた議論が当てはまることとなり、Red Flag 関連の機能を担うことが可能であろう。

(51) 松嶋隆弘「商法上の差止仮処分の「実効性」について（一）」（三・完）日本法学六二卷二号（一九九六年）五一三―五三五頁、六三卷二号（一九九七年）二七七―三〇一頁、六四卷一号（一九九八年）一一九―一四二頁。日本大学松嶋隆弘教授・弁護士は、いち早く、会社法全般の観点から差止請求権に論及・詳説されている。齋藤憲道「消費者法制の動向とリスク・マネジメント―安全問題を中心に―」日本大学大学院法学研究科特別講義（二〇一二年七月一三日）。前パナソニック法務部長としての実務に基づく見解として、監査役機能につき違法行為差止請求権行使こそ実効性あるガバナンス構築に重要とする。

(52) リスク管理・内部統制に関する研究会（経済産業省）『リスク新時代の内部統制とリスクマネジメントと一体となって機能する内部統制の指針』（二〇〇三年六月）。眞崎達二郎・小澤徹夫ほか「新たなリスクマネジメントの流れ―コーポレート・ガバナンス、内部統制とリスクマネジメント、ERM、との関係の整理―」日本ナレッジ・マネジメント学会リスクマネジメント研究部会（二〇〇七年六月二〇日）参照。

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

