

〔論 説〕

コロナ禍とサステナビリティにかかる国際契約の課題と展望

—グローバル・リスク管理と実務対応—

藤 川 信 夫

1. コロナ禍と英文契約に対する影響

今般のコロナ禍により、①最悪の事態にも備えた契約書作成の重要性が改めて認識させられている。具体的には、②契約交渉のリモート化、電子契約・電子署名などのデジタル化、が進展した。③ 不可抗力条項における不可抗力事態の適切な想定に向けて、AIによるリスクの洗い出しも有効になった。⑤ BCP（事業継続計画）にかかるサプライチェーン修復のための供給契約書、SDGsを重視する人権保障条項あるいはCSR条項など、サステナビリティ（持続可能性）、ならびにグローバル性を備えた英文契約書作成の実務対応が求められる⁽¹⁾。

2. サステナビリティと表明・保証条項ならびに誓約条項

特にサステナビリティと英文契約の定型的一般条項（boilerplate）としての表明・保証条項ならびに誓約条項の関連性を検討すると、共に約束を内容とし、主にファイナンス関連、M & A契約などで用いられる点では共通する。

表明・保証条項（representations and warranties clause）は事実関係について、例えば現状では重大な法令違反がこれまでないことを表明者自身が表明し（represent）、正しいものであることを保証する（warrant）ものとして用いられるが（法令遵守の表明保証など）⁽²⁾、他方で誓約条項（covenant clause）は、将来に亘り人権侵害がなく、強制労働をさせないことを約する（covenant）などに用いられる点に相違がある。人権保護などサステナビリティの内容を盛り込んだ英文契約の場合、ESG基準によるデューデリジェンス（D.D. 詳細調査）を約束するなどの内容については、covenants条項の方が適合して

-
- (1) 長谷川俊明「英文契約の実務～総論・サステナビリティを向上させる一般条項編～」日本商事仲裁協会主催「英文契約セミナー」資料（2021年10月14日）1-23頁参照。コロナ禍における対応なども含め近時の新しい国際取引法の課題と対応等に関して、拙著『現代国際取引法—その理論と新たな展開に向けて—』文眞堂（2021年11月）1-433頁に適宜まとめている。国際取引法全般に亘る解説として、牧野和夫・河村寛治・飯田浩司『国際取引法と契約実務〔第3版〕』中央経済社（2013年）1-378頁、藤川信夫『国際取引法—理論と実務—』尚学社（2013年11月）1-464頁。
- (2) M&A契約等に際して、表明保証の内容が事実と反する場合、買主が被る経済的損失を売主が損害賠償することとなるが、開示資料に欠落があり、過去にすべき法的手続きが行われていない場合でも、表明保証によって買主が納得して取引できることとなる点で、表明保証の設定は売主においてマイナスにならないといえる。
<https://links.zeiken.co.jp/glossary/2222>

いる面がある。

ABA (American Bar Association, アメリカ法曹協会) による国際的サプライチェーンにおける労働者保護のためのモデル条項として、「サプライチェーンにおける虐待的な行為 (abusive practices) との戦いに関する〔売主と買主〕相互の義務」をみると、1.1条「人権デューデリジェンス (Human Rights Due Diligence)」において、国連のビジネスと人権に関する指導原則、OECD ガイダンスに沿ってデューデリジェンス (D.D.) が行われるべきとしている。D.D. については、プロセス、システムを策定した上で将来に向けて実施する内容であり、今後はサプライチェーンにおける人権保障、D.D. 事項については、表明保証よりも covenants 条項の中に記載していく事例が多くなっていくものと見られる。

3. サステイナブルな内容に関する英文契約の解除条項、前文と約因文言、ならびに民法改正における目的適合性の重視の整合性など

(1) サステイナブルな内容に関する英文契約

サステイナブルな内容を有する英文契約の一般条項として、解除条項等の場合を主に考察していきたい⁽³⁾。目的適合性などの視点から、解除事由などの要件を英文契約の中で明確化しておくことが重要になる。

ここで解除条項とは、当事者の合意により、準拠法の法定解除事由に加えて契約解除が可能となる場合を定めておく条項であるが、①サステイナブルな内容を持つ英文契約においては、解除事由 (event of termination) の書き方の点で変化がみられ、契約条項違反に加えて、契約当事者の相手方のレピュテーションを傷つける行為、支配権移動も書き込む傾向がある。

英文契約ではサステイナブルな内容に関して、先ず前文に書いておく場合が多い。標準・一般的な英文契約においては、「WITNESSETH」文言に続く契約前文 (Whereas clauses) が置かれ、契約の目的、動機、背景を記すが、従前は契約成立要件としての consideration (対価関係) を書くことが慣習となっており、現在でも、約因文言を入れることが多い (in consideration of covenants and conditions set forth below)。

英米法に基づく契約書では、約因文言や Whereas clauses においては契約の目的・動機を明記する役割を果たし、この点で、我が国の近時の民法改正において例えば瑕疵担保責任が契約不適合の担保責任に変容し、特にサステイナビリティなどを内容とする場合には、契約の目的などを一層明示することが契約における法的責任の履行・追求において重要な意味合いを有することになったことが示唆される。就中、契約書中に準拠法選択として日本法を指定する場合は、留意が求められることとなる。

(3) 長谷川俊明・前掲 (1) 2-12頁。日本の契約書では、契約の目的や動機を明示することなく、契約交渉段階から契約締結に至ることが少なくないため、契約の拘束力を弱めている。②また従業員の人権を侵害する行為、サプライチェーンの原材料・部品の調達先における同様の侵害行為、贈賄など事業遂行上の重大な反社会的犯罪行為があった場合を解除事由に書き込む事例もある。③かかる解除事由が、同種の他の契約における解除事由 (クロスデフォルト・イベント) となる旨を書く場合もある。

(2) 民法改正における目的適合性、社会通念の重視と国際契約実務の影響—契約不適合責任、契約解除、損害賠償請求など—

2020年4月施行の改正民法では、錯誤、債務不履行に基づく損害賠償の債務者の帰責性や契約の解除などに関連し、「法律行為の目的及び取引上の社会通念」などを判断基準とすることとなり、瑕疵担保責任に代わって契約不適合責任との関連でも、契約の目的を明示することが実務で重視されるようになってきた。法律行為の基礎として表示された動機に関しては、目的通念において重要であれば、錯誤として取消しが可能となっている。

買主の過失の有無を問わず、不適合に該当すれば債務不履行責任に一元化され、売主に担保責任が発生する⁽⁴⁾。契約締結時において、目的物の種類、品質、数量についていかに取り決めを行うかが問われることになり、契約不適合による担保責任として採り得る手段には、追完請求権、代金減額請求権、損害賠償請求、解除があるが、①損害賠償請求には履行利益も含まれ、解除はなくても履行に代わる損害賠償が可能になる反面、不適合が売主に帰責できない事由による場合は請求できない。②解除については、軽微の場合、不適合が買主の帰責事由による場合は解除できない。また期間においては、種類・品質の不適合の場合は不適合を知った時から1年以内に通知しないと免責される。数量・権利の不適合の場合には、かかる期間制限はない。

売買における各種判断基準の明示において、帰責事由の有無（415条、債務不履行損害賠償等）、不履行が軽微か否か（541条、催告解除）、履行不能か否か（412条の2、履行不能）、善管注意義務の程度（400条、特定物引渡し）、目的物の品質（483条、特定物の引渡し）、要素の錯誤の有無（95条、錯誤）などについては、考慮要素として契約および取引上の社会通念が重要になる。特別損害の賠償の可否（416条2項、損害賠償の範囲）については、予見すべきであったかが考慮要素となる。

契約実務上では、リスク面につき裁判等で自らの意図しない要素が考慮され不利となる事も想定されるため、契約書においては当事者の意図・重視する点・役割等を明記し、記載場所として、英米法に則り前文に、あるいは目的条項等に記載する方法、または契約要項等の項目として追加する方法が考えられる。一定の事項を相手方に約束する場合、現時点の状態に関する表明保証条項よりも、誓約（covenants）条項による方がサステナブルな英文契約においては望ましいことは述べた通りである。

(3) サステナブルな英文契約と解除条項

解除条項は、当事者の合意により準拠法の法定解除事由の他に契約解除ができる場合を定めておく条項であるが、サステナブルな英文契約では解除事由（event of termination）の表現に変化が生じ、契約条項違反に加えて契約の相手方当事者の信用・レピュテーションを損ねる行為、支配権の移動などを書く傾向が見られるほか、従業員の人權侵害行為、サプライチェーンの原材料・部品調達先における侵害行為、贈賄など事業遂行上の重大な

(4) 滝琢磨「民法改正に伴って影響を受ける契約条項の要点解説～2018年8月アップデート版～」TMI総合法律事務所講演資料（2018年8月）1-117頁参照。商人間の場合、買主の検査義務、契約不適合発見時の通知義務（怠る場合は担保責任を問えない）がある（商法526条）。また契約不適合責任は、売買以外の有償契約にも準用される。

反社会的犯罪行為を解除事由に加えること、こうした解除事由が同種の他契約における解除事由(クロスデフォルト・イベント)となる旨を書くこと等もある。

民法改正において、解除については、①債務者の帰責事由を不要とした。②催告の関係では、相当の催告期間を定めた場合は帰責性の有無に関わらず解除が可能となるが、影響が社会通念、契約の目的に反する場合などの点から軽微な場合は解除ができない。付随的義務の不達成等については、特段の事情がなければ実務慣行上解除が不可であったところ、明文化されたことになる。このため、material breach(重大な違反)について、英文契約の各条項の中に書き込むことが一層重要になったといえよう。そうしないと法定解除事由と同じ内容となってしまいかねない。③催告を要しない無催告解除については、目的を達しない場合が明記された。無催告解除(全部)が可能な場合は明文上、定期行為、履行不能(全部)、履行拒絶(全部)、履行不能・拒絶(一部)目的不達成、催告しても明らかに履行の見込みがない場合となった。リスクとして、明文化にもかかわらず無催告解除規定がなければ無催告解除を認めない特約と解釈されてしまいかねないため、対応策として、無催告解除を認める場合は、その要件をやはり明記することが望ましい。④次に、債権者側の帰責事由を理由とする場合は、衡平の観点から契約の内容に適合しないという目的適合性を瑕疵担保責任に代わって契約責任として規定された。即ち、契約の目的を解除事由として明確にしておかないと解除が認められないこととなった。

こうした民法改正では、ウィーン国際売買条約(国際物品売買契約に関する国連条約、United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: CISG)の内容を取り込み、グローバルルールの内容に近づいたこととなる。

4. 人権リスクと表明保証条項—コンプライアンス法務との相違—

(1) EUの人権デューデリジェンスを義務化する指令案

①人権リスクの顕在化

近年グローバル・サプライチェーン等において、未成年者を対象とする強制労働など人権リスクの顕在化が問題となり⁽⁵⁾、コーポレート・デューデリジェンスおよびコーポレート・アカウンタビリティに関するEUの新指令などが注視されている⁽⁶⁾。国際労働機関(ILO)統計では、全世界で毎年約250万人が強制労働の被害者とされ、アジア太平洋地域に占める人数割合は半数以上に上る⁽⁷⁾。グローバル企業における新たなビジネスリスクとなっている。

(5) 渡邊純子「サステイナビリティと日本企業の海外進出—ビジネスと人権②コーポレート・デューデリジェンス及びコーポレート・アカウンタビリティに関するEUの新指令—」西村あさひ法律事務所アジアニューズレター(2020年11月20日号)1-15頁を参照。

(6) 欧米各国の関連法制度について、渡邊純子「サステイナビリティ時代に求められる企業の経営戦略 第7回世界の人権デューデリジェンス関連法制総まとめ」Business Lawyers(2021年6月23日)本文ならびに脚注を参照。<https://www.businesslawyers.jp/articles/949>

(7) ILO, 'Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage', (ILO Website, 2017) 2 Raquel Carvalho, 'Legal expert launches Remedy Project to tackle forced labour in Asia's supply chains' (This Week in Asia, 1 Nov 2020).

EUではデューデリジェンスの義務化、サステナブル・コーポレートガバナンス・イニシアチブを発して、人権に関するデューデリジェンス法制化について具体的指令案を準備中とされる⁽⁸⁾。各加盟国では指令に先行して法制化を進め、英国の現代奴隷法 (Modern Slavery Act 2015)、フランスの企業注意義務法 (2017年制定)、スペインの非財務情報開示義務 (2018年制定)⁽⁹⁾、オランダの児童労働デューデリジェンス法 (2019年制定、2022年施行予定)、ドイツのサプライチェーンにおける人権・環境デューデリジェンス法 (2021年可決、2023年施行予定)、ノルウェーの事業の透明性および基本的人権等に関する法律 (2021年可決) 等がある他、スイスの責任ある企業のイニシアチブの対案 (2020年否決)、オーストラリアの現代奴隷法 (2019年施行)、カナダの現代奴隷法 (2020年上院議会審議に移行) もある。また2012年施行の米国カリフォルニア州サプライチェーン透明法 (The California Transparency in Supply Chains Act of 2010, CTSCA) は、英国やオーストラリアの奴隷法同様に報告義務のみを課す法律であり、カリフォルニア州で事業を行い、全世界における売上高が1億ドルを超える小売業者・製造業者を対象としている。サプライチェーンにおける奴隷労働・人身取引に関するリスク評価のための監査等の実施、製品の原材料が奴隷労働・人身取引に関する法令を遵守したものであることの一次サプライヤーからの証明の取得等の取組みの有無・内容について、ウェブサイト等での開示等を義務付けるものである。

世界各国で企業を対象として人権デューデリジェンスの実施を義務付け、取組みの有無等の報告を義務付けるハードローの導入が加速しつつあり、ハードローが策定されない場合も多くの国でビジネスと人権に関する国別行動計画 (NAP) が作られている。各国法令やEU指令の日本所在企業に対する域外適用 (extraterritorial application) の可能性、自社グループに各法律が適用される拠点があるか、制裁金、EU指令の成立・施行時期などに関心が集まっている。

②人権デューデリジェンスの法制化

先進国と途上国間の経済的格差拡大の背景の下、コロナ禍で深刻化するグローバルサプライチェーン上の労働・人権問題 (例えば東南アジア諸国における部品工場での児童酷使など) 等が問題化しつつあり、EU欧州委員会のレンデルス司法委員は2020年4月人権デューデリジェンスを義務化する指令案⁽¹⁰⁾の提出を発表した。渡邊純子 (2021年2月8日) は、原案ではEU加盟国内に拠点を有しない日本企業もEU域内で事業を行う場合、規制

(8) 安田啓「欧州で進む人権デューデリジェンスの法制化と企業の取り組み—欧州の「サプライチェーンと人権」セミナーから」日本貿易振興機構 (ジェトロ) 地域・分析レポート (2021年11月16日) (在欧日系ビジネス協議会 (JBCE) CSR委員会長木下由香子、経済産業省通商政策局通商戦略室長 (ビジネス・人権政策調整室長併任) 門寛子、西村あさひ法律事務所フランクフルト・デュッセルドルフ事務所共同代表石川智也、Fuji Europe Africa B.V. 山田瑤による解説)。

(9) 伊藤裕規子「法制化の動きは限定的 (スペイン) —人権犯罪責任、既存法で問われるリスクも「サプライチェーンと人権」に関する主要国の政策と執行状況 (8)」日本貿易振興機構 (ジェトロ) 地域・分析レポート (2021年6月11日)。

(10) European Parliament Committee on Legal Affairs, Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (11 Sep 2020).

対象となるため注視が必要だと述べている⁽¹¹⁾。本指令は、EU 域内で事業を行う事業者が人権・環境およびグッド・ガバナンスを尊重し、事業および事業上の関係を通じてリスクを作出または助長しないようにすることを目的としている⁽¹²⁾。対象事業者は、事業および事業上の関係が人権・環境・ガバナンスに関するリスクを作出または助長していないかについて、適切な方法で継続的に特定し評価、公表しなければならない⁽¹³⁾。自社の業界・規模・リソース・サプライチェーンの長短および規模等を含む各社状況に相応する形で、バリューチェーンのデューデリジェンスを実施しなければならない、バリューチェーンの定義はサプライチェーンの範囲を超え広範な内容となっている⁽¹⁴⁾。事業者が期限内に是正措置を講じない場合には制裁が課され、故意または重過失に基づく反復した違反は刑事処罰の対象ともなる。本邦企業としては、欧州において人権課題にかかる対応を迫られ、サプライチェーンの関連が深いアジア諸国の人権課題に対しても、今後真摯に取り組むべき立場にある。

(2) 国連指導原則と人権尊重責任一類型別に企業に求められる対応、人権リスクと表明保証条項の対応、コンプライアンス法務との相違一

①ビジネスと人権に関する指導原則（国連指導原則）

2011年国連指導原則（Guiding Principles on Business and Human Rights, ビジネスと人権に関する指導原則：保護、尊重および救済枠組みの実施）では、企業が人権尊重責任を負う場面として人権への負の影響と企業との関わり方に応じて3類型を想定している（指導原則13）。①企業が人権への負の影響の原因となり、または原因となり得る場合は、当該負の影響を停止または防止する。②企業が人権への負の影響を助長または助長し得る場合は、助長行為を停止または防止し、かつ、残存する負の影響を軽減するために自社の有する影響力を最大限行使する。③更に①②には該当しないものの、人権への負の影響が第三者との事業上の関係を通じて、企業の事業・製品またはサービスと直接結び付く場合において、負の影響を防止または軽減するための当該第三者に対する影響力を自社が有しているときは、これを行行使する。また当該影響力を欠き、強化することもできないときは、当該第三者との事業上の関係の終了を検討することが求められ、当該関係の終了によって更に人権への負の影響が発生する可能性について信頼できる評価を考慮する必要がある⁽¹⁵⁾。

(11) 渡邊純子「サステナビリティ時代に求められる企業の経営戦略 第4回ビジネスと人権—コーポレート・デューデリジェンスおよびコーポレート・アカウンタビリティに関するEUの新指令」Business Lawyers (2021年2月8日) 本文ならびに脚注を参照した。https://www.businesslawyers.jp/articles/907

(12) 本原案1条。渡邊純子・前掲注(11) 本文ならびに(注8)。https://www.businesslawyers.jp/articles/907

(13) リスクを特定した場合のデューデリジェンス戦略の確立、ウェブサイト上の公表義務、人権・環境・ガバナンスの方針の策定・実行について契約条項規定や行動規範採用により確保して下請業者およびサプライヤーについて定期的に検証することなどについて、本原案4条・6条1項、44条、12条2項、4条9項・10項。渡邊純子・前掲注(11) 本文ならびに(注12)(注13)(注14)(注16)。https://www.businesslawyers.jp/articles/907

(14) 本原案3条。渡邊純子・前掲注(11) 本文ならびに(注15)。https://www.businesslawyers.jp/articles/907

(15) 渡邊純子「サステナビリティと日本企業の海外進出—ビジネスと人権⑨人権デューデリジェンスの実践[その4]」西村あさひ法律事務所企業法務ニューズレター(2021年9月8日号)1-6頁参照。

②人権リスクと表明保証条項、コンプライアンス法務との相違

取引先に人権リスクがある場合、英文契約書の表明保証条項で対応できるかが問われる。契約上、法的拘束力を有する形で指導原則に沿った対応を可能とする仕組みを規定しておくことが取引先等に対する影響力の行使の手段として重要になってくる。

従来のコンプライアンス重視の法務においては、取引先にリスクが想定される場合、リスクが存在しないことについて取引先が表明保証条項を定め、表明保証違反があった場合に契約解除、損害賠償が可能となるコンセプトが一般的に採用されていたが、人権デューデリジェンスを行う場合には、伝統的な表明保証条項では実質的効果が伴わないこと、ビジネスと人権に関する取組みは、国際規範や国内法の理解を前提としつつも、企業のリスクのみに着眼する従来のコンプライアンス法務とは異なる側面を持つこと、を理解する必要性が指摘されている。人権リスクの不存在に関する通常の表明保証条項では実効性に乏しい理由として、ビジネスと人権の枠組みでは問題となる人権侵害が性質上膨大となり得るため、あらゆる人権侵害が存在しないことを表明保証させることは両当事者の主観、客観的事実にそぐわない場合を前提とすることになりかねないこと、売主側の人権侵害は、無理のある発注条件等、買主が支配する購買構造自体が根本的な原因となることが多いこと、指導原則、更には法的拘束力を伴って同原則を具現化する近時の各国ハードローも、買主自身による主体の人権デューデリジェンス実施を求め、人権リスクが発見された場合に一方的に取引先等に責任を負わせるものではないこと、等が挙げられる。

ABA (American Bar Association, アメリカ法曹協会) モデル契約条項 2021 年改訂版では、指導原則や OECD ガイドラインの内容・理念に沿って人権デューデリジェンスのプロセス自体を契約上の規定として盛り込む内容となっている。

指導原則に則った適切な契約条項の規定は相手企業に対する影響力行使の有効な手段であり、従来のコンプライアンス法務と異なる観点が必要であること、バリューチェーン全体のサステナビリティ向上、サプライヤーのキャパシティビルディング（研修など）支援にも留意し、モニタリングも適切に行うこと、グリーバンスメカニズム（苦情処理制度）設置において、範囲（対象事項・対象人員）を拡大すること、等が対応策として挙げられる⁽¹⁶⁾。

5. サステナブルな英文契約と準拠法・紛争処理条項—コロナ禍のグローバル・リスクマネジメントと実務対応—

(1) 不可抗力条項とコロナ禍のグローバルリスク管理

(イ) 不可抗力条項とグローバルリスク管理

①不可抗力条項

不可抗力条項に関して、グローバルな法的リスク管理、更には直近のコロナ禍の関連で検討を進めたい。

(16) 渡邊純子「サステナビリティと日本企業の海外進出—ビジネスと人権①人権デューデリジェンスの実践[その6]—取引先に人権リスクがある場合に、契約書上の表明保証条項で対応できるか?—」西村あさひ法律事務所企業法務ニューズレター（2021年11月25日号）1-6頁。

国際取引においては、不測の事態の場合の契約の帰趨と当事者の責任について、事前に契約に定めておくことが慣行となっている（不可効力条項：Act of God, Force Majeure）。不可抗力の例として、ストライキ、ロックアウト、暴動、伝染病、戦争、政府の規制、火事、爆発、神の所為、その他影響を受ける当事者のコントロールを超えた他のあらゆる事由、が掲げられる。コロナ禍に関しては、伝染病・感染症のカテゴリーで考えることになろう。

当事者に責任のない事由により契約の履行が制限され、また不可能となる場合には当事者の契約履行責任を免除することを確認する。不可抗力の事由は、後日の争点となることも多く、可能な限り例示列挙しておくことが望ましい。

②コモン・ローのフラストレーション法理

我が国の場合、過失責任主義のため、基本的に不可抗力の発生によって免責される。英米契約法においてはフラストレーションの理論（Doctrine of Frustration）があり、契約締結後の帰責性のない事件の発生による履行不能について、大陸法系では不能となった債務は消滅し、債務者は免責されて損害賠償の責任も負わないとするが、英米法では原則として契約により負担した義務はいかなる事由が発生しても免除・軽減されない（コモン・ローの契約義務の絶対性）。もっとも判例法理では、契約の後発的不能の場合の中で、契約を消滅させて債務者を免責させるという原則を發展させ、かかる効果をもたらす後発的不能をフラストレーションと呼称する。

(a)コモン・ローのフラストレーションの理論について

契約義務の絶対性を貫くと当事者間に公正を欠く事例もあり、両当事者が履行不能な特定の事態の発生を予想し、発生した時には免責されるべきものと考えていたと解釈される場合には、免責条項が存在する場合と同様の効果が生じるとする黙示の条項の原則（doctrine of implied term）が提唱された。判例は、契約の後発的不能の特定の場合について、契約を消滅させ債務者を免責させるフラストレーションの原則を發展させている。かかる後発的不能としてのフラストレーションの成立要件について、一般的に後発的事由の発生を予想されたならば当事者が契約を締結しないか、または締結した場合も免責約款を挿入したと認められる場合であることを要する。

フラストレーションの成立が認められた判例として、契約履行に必要な不可欠な目的物が滅失した場合、将来発生することが予定される事実を基礎に契約を行ったが事実が発生しなかった場合⁽¹⁷⁾、契約遂行に不可欠な重要人物の死亡・病気などが挙げられる。フラストレーションの理論は傭船契約（charter party）など商事契約に適用され、当事者の黙示の意思と無関係に、衡平の観点からフラストレーション成立を認める判例理論が形成された。

(b)不可抗力条項について

不測の事態が起こる場合の契約と当事者の責任について、円滑な取引の観点から事前にフラストレーションに関して契約中に定めておくことが慣行となっている。不可抗力条項の内容は、予見可能性を高める見地から、天災地変や不測の事態をできるだけ具体的に列

(17) 安藤誠二「英米法研究談論アメリカ契約法〈第9講〉事情変更について（その1）」。<http://www7a.biglobe.ne.jp/~ando/>

挙して、詳細になる傾向がある。不可抗力条項として挙げられていない事由については、英米法の原則の通りに履行義務を存続させることが当事者の意思であると解釈されないようにする趣旨が含まれる。その他当事者の支配することのできない一切の事由、といった包括的文言も付加することがあるが、無制限に一切の事由が含まれることにはならない。同種文言の原則（rule of ejusdem generis）によって、具体的列挙事由と同種類の事由で、遺漏するもののみが対象となる。

例えば、SARS（重症急性呼吸器症候群）発生に関して、不可抗力事由になるかが問題となり得るが、不可抗力条項（force majeure clause）に epidemics（伝染病）の事由が明記されていれば不可抗力免責を受けられる可能性も高いが、感染力の高い他の伝染病と同列に扱えるのか、疑問もある。

不可抗力事由の中に、governmental regulation（政府規制）がある場合は、SARSにより、外国税関の輸入検疫業務に遅延が発生して履行遅滞の原因になる場合、解釈上該当することが認められる余地があろう。

不可抗力事由が発生した場合の効果に関して、フラストレーション法理が適用されれば不履行の当事者は免責されるが、一律に完全な免責がされるのではなく、法的効果については当事者が該当事由に合意できるようにすることが不可抗力条項を設定する理由でもある。契約義務を消滅させることまでは欲しない場合、不可抗力条項の中に、不可抗力事由の列挙のみならず、不可抗力事由の発生により履行期間は延長されるが、遅滞・違反の原因が除去された時点でも直ちに履行に着手しない場合において、漸く相手側は免責されるとの規定を設ける必要がある。

具体的には、不可抗力事由の発生後に一定の猶予期間を設けてその後に当事者が解除できる旨、事由の発生後も契約履行のために最善の努力をすべき旨、事態の発生を速やかに相手方に通知すべき旨などが規定されることになる。

③不可抗力条項とリスクマネジメント

グローバル企業における法的リスク管理について、海外進出先にはカントリーリスクを抱える国・地域も多く、法令・契約違反など法的リスクに直結するため、天災、戦争・クーデター・政情不安、テロ・誘拐、為替市場混乱や通貨切下げなどの経済政策変更、に大別できる。

リスクヘッジとして、契約書中に不可抗力条項、ハードシップ（履行困難）条項を設け、契約履行を妨げる事由を列挙し、当該事由に該当する場合は契約内容を見直して再交渉ができる旨の特約を加えることが考えられる。進出先国にいかなる潜在的カントリーリスクがあるか、情報収集を行うことが重要となる。

リスクマネジメントでは、リスクの発見・確認、リスクの分析・評価、リスクの処理・制御、再評価、実施の順に行われる。国際法務のリスク管理としては、リスクの発見・確認段階において国毎に異なるリスクを認識し、特質を見極めるための情報収集作業が必要となる。例えば米国は、法律・訴訟社会として巨額の損害賠償の支払が求められるクラスアクション（集団訴訟）という法的リスクがある。中国では、知財侵害など有効な対抗手段がないという法的リスクもなお高い点などが指摘される。

(2) 不可抗力条項とコロナ禍

現下のコロナ禍に関連して、グローバル・サプライチェーン・マネジメントにおいて、海外供給元が不可抗力免責(事情変更の原則や障害免責、フラストレーションの法理など)を主張するケースが検討される⁽¹⁸⁾。

①日本法におけるコロナ禍対応と適用法

日本法では不可効力事由の中に、感染症の流行などの記載があればよいが、なければ合理的支配の及ばない事象、政府機関等の公権力による行為などの文言への該当可能性を考へることになる。不明確であって契約文言から読み取れない場合は、次に民法415条1項但書により債務者に帰責事由がないことが要件となり、予見可能性がないことが判例法理から要件として求められる⁽¹⁹⁾。

ウィーン売買条約(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG)79条(1)の適用に関しては、国内法と同一の効力を有するため考察が必要となるが、(a)自己の支配を超える障害により義務の不履行が生じたこと、(b)当該障害を契約締結時において考慮し、または障害や結果の回避・克服を合理的に期待できないこと、が要件となる。

民法一般法理である事情変更の原則の適用も考えられ、(i)契約後に契約の基礎たる事情が著しく変化したこと、(ii)事情変更については契約当初は予見不可能だったこと、(iii)原契約の内容のまま承認した場合には信義則に反すること、が要件となる。

またCISG7条(2)の補充原則として、ユニドロワ国際商事契約原則(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)62.1条のハードシップの適用可能性もあり、その場合に要件は(ア)契約の均衡に重大な変更があること、(イ)変更が契約時には予見できないこと、(ウ)変更が当事者には帰責事由のないこと、となる。

②中国法の適用

大陸法に属する中国法においては、予見不可能で回避・克服できない客観的状況を不可抗力とし、因果関係が認められる範囲では責任が一部・全部免除される(契約法17条)。中国国際貿易促進委員会(CCPIT)が発行する不可抗力証明書などが、証拠手段(直接の免責効力はない)として例示される(同118条)⁽²⁰⁾。

③英米法の適用

英米法においては不可抗力概念がないが、不可抗力条項等の免責条項を設けることのほか、不可抗力よりは狭いものの類似の機能を有するものとして、フラストレーション(frustration)の法理があり、免責が得られる可能性がある。またBoiler-plate条項(一

(18) 久保田隆「国際コンプライアンスの研究 第二部 国際コンプライアンスの諸相 第78回コロナ禍と不可抗力」国際商事法務 Vol. 48, No. 9 (2020年) 1-4頁参照。国際商取引学会全国大会「コロナ禍と不可抗力」シンポジウム(2020年10月24日)。

(19) 東京地判平成11年6月22日判タ1008号288頁、東京地判平成26年10月8日判時2247号44頁、福岡高判昭和50年3月26日判タ326号232頁。

(20) JETRO「新型肺炎の感染流行による契約の不履行に不可抗力条項を適用できる可能性」(2020年2月21日)。債務者への救済措置を規定したシンガポールの2020年4月特別立法(Covid-19 Temporary Measures Act 2020, No 14 of 2020)に関して、日野智豪「【シンガポール】新型コロナウイルス感染症(暫定措置)法の改正」『外国の立法』284-1号(2021年1月)16-17頁。

般条項)としての英米法に準拠した免責条項について、日本の裁判所に持ち込まれた場合にどのように処理されるか、が問題となる⁽²¹⁾。

(3) 既存の法概念とコロナ禍への適用、代替的紛争処理制度(ADR)活用

英米法のフラストレーションの法理と大陸法の不可抗力は若干異なる概念であり、不可抗力が認められる範囲にしても各国により相違もあるため、友好的・建設的交渉を可能とする調停等の代替的紛争処理制度(Alternative Dispute Resolution, ADR)活用、既存の法概念のコロナ禍への適用検討の必要性が説かれている。

日本と中国間の売買契約を念頭において、日本側買主が代金を支払ったにもかかわらず、中国側売主がコロナ禍を理由に物品を引き渡さず、不可抗力による免責を主張してきた事例を想定し、日本側企業の対応について検討がなされている。

①契約準拠法がCISG、日本法の場合

(a)準拠法の指定

売買契約書において、契約準拠法を日本法とする旨が明記されていれば当事者自治の原則に従い、日本法が契約準拠法となる。ここで日本法とは、日本国内法か、CISGかは契約の解釈マターになるが、もしも日本法(CISGを除く)と記してあれば日本国内法を指すこととなる(CISG6条)。

契約書に契約準拠法を中国法とする旨が明記された場合、同様にCISG、あるいは中国国内法、の2つの可能性がある。中国国内法と解されるためには、中国法(CISGを除く)と記しておくことが望ましい。

契約書には準拠法が明記されていない場合、準拠法合意なし、となり、中国・日本共にCISG加盟国であるため、CISGが適用されることになろう(CISG1条1項(a))。もっとも準拠法指定と解して、日本国内法あるいは中国国内法が契約準拠法となる可能性は残る。

(b)免責拒否と公序、承認・執行

準拠法が日本国内法またはCISGとなれば、売主の不可抗力免責は認められず、(i)中国で裁判または仲裁で争い、遅延賠償等を求めることが可能となる。もっとも、日本法に基づく免責拒否であれば、裁判において中国の公序により制限を受ける可能性、外国人が公平に扱われない可能性がある。ここで仲裁を活用するメリットが出てくる。

(ii)日本の裁判所で確定給付判決あるいは仲裁判断を得て、中国裁判所あるいは仲裁機関に対して承認・執行を求めることが考えられる。外国判決の承認・執行については、日中間に相互の保証(民訴118条4号)がなく⁽²²⁾、承認拒否を受ける可能性がある。

この点でも、国際仲裁を活用するのであれば、共にニューヨーク条約加盟国であり、承認・執行の拒否事由(条約5条)に該当しない限りは承認されることになる⁽²³⁾。

(21) 杉浦保友「Boiler-plate 条項の研究—免責条項」国際取引法フォーラム講演(2021年6月19日)1-18頁参照。英米法に準拠した英文契約の免責条項が日本の裁判所に持ち込まれた場合、どのように処理されるかは、定型約款と交渉・取り決めの場合では異なり、民法改正後は後者については従来からの解釈に委ねられる。イギリスでは、その検討手順は確立している。

(22) 大阪高判平成15年4月9日判時1841号111頁。

(23) 近時、中国では手続き審査の問題ではなく、実体審査に持込み、承認・執行を拒否する事例もみられる。

②契約準拠法が中国法（除く CISG）となる場合

(a)契約準拠法が中国法（CISGを除く）と明記される場合、(b)中国法と明記され、中国国内法と解される場合、あるいは(c)黙示の準拠法指定があったものとして中国国内法と解される場合、には当事者自治の原則により、中国国内法が契約準拠法となる。日本・中国いずれの裁判所でも、この点では同じである。

ここで、日本の裁判所が中国国内法に共づく免責を認めない場合において、日中間の司法判断が矛盾し、国際的訴訟競合の問題となり、法的紛争リスクが高まる恐れもある。この点でも、国際仲裁の手法が推奨されることになる。

③契約準拠法として準拠法についての明記

黙示の準拠法指定もなされていない場合が問題となる。特に、買主所在国が CISG 非加盟国（例えば英国）の場合は、特徴的給付の理論⁽²⁴⁾からは中国法（CISG 加盟国法）、即ち CISG が適用（1条1項(a)）されることが想定されるが、中国は CISG95 条宣言（同1条1項(b)の不適用）をしており、結論を予測することは困難となる⁽²⁵⁾。

こうした点を踏まえると、不可抗力条項にかかるコロナ禍の扱いに関しては、特に当事者による契約書への準拠法指定の明記が一層望ましいといえる。

6. 不可抗力条項とウィーン国際売買条約の不安の抗弁権活用ならびに準拠法条項における適用排除

コロナ禍と不可抗力条項、更にウィーン売買条約（CISG）の不安の抗弁権の活用（71条、72条）などの新たな論点について見ていきたい。コロナ禍においてウィーン売買条約の適用をどこまで排除するか、については個々の検討が重要になる。ウィーン売買条約の全面的な適用排除を行うと、逆に調達（本邦企業）側に不利に働きかねない面も指摘されている⁽²⁶⁾。

①コロナ禍が英文契約に与えた影響について、契約交渉のリモート化、電子契約・署名などデジタル化、不可抗力自体の想定のための AI を用いたリスクの洗い出し、BCP（事

(24) 当事者が準拠法を指定しない場合、契約に特徴的な給付（characteristic performance）を行う当事者の常居所地法を準拠法とする、国際私法における準拠法決定の考え方である。対価として金銭を支払う当事者の単純な義務に比して、反対給付としての特徴的な給付義務を負う当事者には種々の活動を求められ、常居所地が最密接関係地としてその法を適用することがふさわしい解決となると考えられる。ヨーロッパ共同体（EC）の「契約債務の準拠法に関する条約（1980）」第4条第2項等において採用されている。法の適用に関する通則法（平成18年法律第7号）第8条第2項においても、準拠法の選択（7条）がないときは最密接関係地法による（8条1項）とし、法律行為において特徴的な給付を当事者の一方のみが行うものであるときは、その常居所地法を最も密接な関係がある地の法と推定する、と規定している（8条2項）。推定規定となっているが、多種多様で複数の契約の混合契約もあること、関係する事情も様々に異なることから推定が覆される場合があることを認めているためである。（道垣内正人、出典 日本大百科全書（ニッポニカ）小学館）。更に、密接関連性原則に関して、徐瑞静「国際私法における特徴的給付の理論について：密接関連性原則との関係を中心として」現代社会研究（東洋大学）第13号（2015年）121-130頁。

(25) 中国あるいはドイツなどの他国の95条宣言を尊重する国の裁判所が受理すれば中国国内法の適用、英国が第三国裁判所が受理すれば中国の95条宣言を尊重するの否かに依拠することになるため、何法が適用されるかは事前には不明である。久保田隆・前掲注（18）3頁。

業継続契約)の一環としての英文契約実務がサプライチェーン修復のための供給契約に求められるようになったこと、サステナビリティとグローバル性を備えた英文契約策定が重要になったこと (SDGs 重視の人権保障条項, CSR 条項) などが挙げられている。

- ② 準拠法が英米法系の場合、大陸法系に比し、不可抗力事由を具体的に列挙した方が免責を得やすい。不可抗力事由の列挙は、自然災害 (act of God)、人災 (戦争 war など)、法令による規制 (外国政府の輸出規制で部品調達の輸出ができなくなった場合など) の3つに大別できる。epidemic (伝染病) と明記して英文契約書の事由に書き込んでいても、ペスト、天然痘を元来は想定しており、一般的にコロナパンデミックによって免責事由となるかは不透明となる。原料・部品の海外調達ができず、サプライチェーンが寸断される中で事業継続を図るには、不安の抗弁権、ハードシップ (履行困難) 条項の活用により、条件変更などを駆使して柔軟に着地させることが重要になる。そもそも不可抗力といっても、Act of God の場合は、force majeure より狭く、戦争は事由には入らず天災のみを表することが多い。
- ③ 譲渡条項について、契約の全部または一部が無料で第三者に譲渡される不都合を防止する (No assignment, 譲渡禁止) 趣旨であるが、一定の例外を定める事例として、パンデミックによる吸収合併・事業再構築・業界再編などが assign に包含されるか等も問題となり得る。
- ④ コロナ禍における英文契約について、ウィーン売買条約 (CISG) の適用をどこまで排除するか、効果を個々に考えて決めておく必要がある。準拠法指定に関わらず、CISG 適用はあり得るためその適用排除を検討することになるが、不安の抗弁権 (71 条, 72 条) など排除すれば逆に調達側 (本邦企業) にとって不利になりかねないことも想定される。即ち、CISG71 条の適用により、コロナ禍で部品調達が受けられそうもない場合は、当方も義務の履行を停止できる。また 72 条の適用により、サプライチェーンの寸断・乗換え時に、調達側が抗弁権の行使が可能となる。そのため具体的な準拠法条項の定め方としては、当事者の立場を検討して不安の抗弁権を有利に行使できるように部分的な排除に留めておくことが望ましい。例えば日本法を準拠法として指定した上で、これにウィーン売買条約 (CISG) が含まれるものとするが、但し当事者は矛盾する範囲内においてのみ、ウィーン売買条約を個々のみに限定して排除する、No Assignment (譲渡禁止規定) といった内容が想定される。即ち、従前は CISG の適用排除が準拠法条項の設定において主に検討されてきた感が

(26) 長谷川俊明『新法律英語のカギ契約・文書』レクシスネクシス・ジャパン (2005 年) 131-41, 149-54, 176-90, 258-65 頁。関連して、(a)譲渡条項に関しては、without prejudice to, について、法律英語上、例外表現・留保文言であり、(権利・利益) を損なうことなく保留しつつ (契約解除する)、との意味であり、偏見、と直訳されやすい点、留意が必要になる。under protest についても、金額に争いがある場合の留保しつつ行う解除文言である。(b)ウィーン売買条約は民法や商法の特別法に当たり、日本法を準拠法と定めても自動的に適用排除の扱いにはならない。(c)別途、協議条項を盛り込むことも考えられるが、日本式な考え方でグローバルには通用しない。(d)近年、発展途上国などで裁判のナショナリズムが目立っている。裁判官も公務員として当該国の国籍を保有しており、このため英語を用いる点なども含めて国際仲裁の手続きを採用するメリットは大きい。(e)仲裁条項において、仲裁を選択した場合には裁判に持ち込まないという合意を明確にしておくことが重要である。JCAA などのモデル仲裁条項が参考にされる。

あったが、コロナ禍においてはむしろ経営上の攻めの姿勢の視点から、CISGの戦略的活用をいかに図っていくか、が問われつつあるとよい。

7. コロナ禍のリスクに対する実務対応と経営戦略

(1) 国際仲裁選択と経営戦略

コロナ禍以降は、迅速化や実効性などの利点から、ADR（代替的紛争処理制度）としての国際商事仲裁や国際商事調停の活用が一層大きな選択肢となり、訴訟と仲裁や調停の選択、バーチャルヒアリング、ハイブリッド手続きの検討、あるいは契約書における仲裁条項や準拠法・裁判管轄条項などの関連条項の記載方法などについて⁽²⁷⁾、守り（コンプライアンス）の視点のみならず、所要の時間、弁護士費用、相手企業とのその後の契約継続の問題なども含めた、コスト節減や収益確保にも直結しかねない重要な経営戦略あるいは経営判断の一環として、検討を図ることが求められていることになる。

(2) リスク環境の変容とM&Aのリスク管理、実務対応—価格調整・アーンアウト(Earn-out)条項と表明保証, MAC (Material Adverse Change) 条項など—

今後のM&A契約締結においては、未だ裁判例が少なく情勢が未だ不透明な中で、予測可能性にも乏しいため、COVID-19の売主・買主間におけるリスク配分・ヘッジについて、相互に利害が相反する面の調整を図るべく、売主・買主間の合意形成を目指すM&A（企業買収）のプロセス・交渉のあり方の検討など、以下のような実務の対応が重要となる。

- ①抽象的なMAC条項（対象会社の事業等に重大な悪影響（material adverse effect, material adverse change）を及ぼすMAC事由が発生した場合、買主が取引から離脱する権利を定める）のみならず、客観的基準を明確に定めた取引実行義務の前提となる条件、表明保証に関して具体的に懸念される事象に即したものの、等について契約書に規定しておく。
- ②コロナ禍や情勢変化などによって企業価値が変化して調整・精算の問題が生じ得るため、

(27) 法務省「仲裁法等の改正に関する中間試案」(2021年3月5日)1-17頁、同「仲裁法等の改正に関する中間試案の補足説明」1-75頁。森幹晴・クリストファースチュードベーカー・飯島進「ケーススタディで学ぶ国際紛争・国際仲裁の基礎と実務～M&A, 製品供給契約（製品瑕疵）, 建設契約事案を題材に～」東京国際法律事務所・JCAA共催：国際紛争解決セミナー資料（2021年6月15日）1-61頁参照、3つの仲裁事案（①M&A関連、②製品供給契約〔製品瑕疵〕、③建設契約）を題材に詳説がなされる。大江橋法律事務所・国谷史朗「国際仲裁の実践的活用—仲裁実例に基づいた戦略・戦術・注意点」日本商事仲裁協会JCAA主催・日本貿易振興機構（ジェトロ）後援・国際紛争解決セミナー応用編（2021年5月28日）講演資料1-21頁。柏木昇「インタラクティブ仲裁規則と仲裁廷の暫定的な考え方の提示について」JCAジャーナル（2019年）6月号2-7頁。「調停に関するシンガポール条約（United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the “Singapore Convention on Mediation”, 2018)）」法務省「資料7」（2020年8月）1-2頁。宮武雅子「国際商事調停の基礎と実践—国際商事紛争において調停をどう使うか」（2021年6月10日開催）JCAA主催国際紛争解決セミナー、京都国際調停センター（JIMC-Kyoto）および日本貿易振興機構（ジェトロ）後援・講演資料（2021年6月10日）1-28頁。加藤雄雄「国際商取引紛争を国際調停で解決した事例報告—調停の提案は相手側に弱みを見せるのではという懸念を巡って—」国際商取引学会東西合同部会発表資料（2021年7月17日）1-22頁。

価格調整 (Earn-out) 条項に一定の客観的基準を盛り込んでおく⁽²⁸⁾。

(3) 現地子会社等の裁判所管轄権に関するリスク限定に向けた経営戦略

この他、サプライチェーンあるいは国際販売代理店契約 (代理店 Agency あるいは特約店 Distributorship) を締結している事例等において、米国子会社を展開している本邦企業の本社が米国子会社等を通じて米国裁判所管轄権に服しかねないリスクがあり、これをいかに限定していくか、が新たな課題として俎上に上っている⁽²⁹⁾。米国子会社以外にも、本邦企業が国内で製品製造を行い、国内で独立した販売業者に販売した後、当該販売業者が米国消費者向けの米国内の小売店に販売したが、その消費者が当該製品購入後に米国内の某州に持ち込んで負傷事故を起こした場合なども想定される。日本企業本社としてトータルのリスクマネジメント、あるいはグローバル内部統制の問題ともなる。

人的管轄権として一般的管轄権 (主たる営業所、設立地) ではなく、個別管轄権 (specific jurisdiction) に関して検討が求められる。被告 (the defendant) は、州との間で当該地の訴えを合理的なものとする最小限のコンタクト (連結点, minimum contacts) を有し、これに起因または関連した (arise out of or relate) 訴訟でなければならない。

米国裁判所において、管轄権を認めるについて、①予期できる (foreseeable) 場合 (知っていた場合または合理的に知り得た場合) とするストリーム・オブ・コマーンス (stream of commerce) のルール、ならびにそれだけでは不十分で当該州およびその住民に向けた追加の行為を必要とするストリーム・オブ・コマーンス・プラス (stream of commerce plus) のルールという、2つの相互に矛盾するルールが存在する。②米国子会社の行為として、Alter-ego (分身) または Agency (代理) となってしまう、日本本社について米国管轄が認められてしまうリスクがある。③米国裁判所の人的管轄権の欠如に関する却下申

(28) 柴田一将「新型コロナウイルス感染症対策下における M&A の留意点 (買主の立場から)」三菱 UFJ リサーチ & コンサルティング・コンサルティングレポート (2020 年 6 月 30 日) 1-8 頁参照。大井悠紀・根本剛史「新型コロナウイルス感染症 (COVID-19) を踏まえた M&A 実務における留意点 (I)」西村あさひ法律事務所 M&A ニュースレター (2020 年 4 月 8 日号) 1-6 頁参照。根本剛史・小幡真之・池田将樹「新型コロナウイルス感染症 (COVID-19) の流行拡大を踏まえた契約書の作成・取締役会の開催等に関する実務対応」西村あさひ法律事務所企業法務ニュースレター (2020 年 4 月 10 日号) 1-6 頁。西村あさひ法律事務所編『M&A 法大全 (下) 全訂版』商事法務 (2019 年 2 月) 107-136 頁。木俣貴光『企業買収の実務プロセス 第 2 版』中央経済社 (2017 年 4 月)、藤原総一郎編著、大久保圭・大久保涼他『M&A の契約実務 第 2 版』中央経済社 (2018 年 9 月)。

(29) 手塚裕之・齋藤梓・Axinn, Veltrop & Harkrider LLP, Donald Hawthorne, John Tanski「クロスボーダー紛争解決セミナー第 2 回 いかに米国訴訟を回避するか：裁判管轄と米国子会社」西村あさひ法律事務所 N&A リーガルフォーラムオンライン講演資料 (2021 年 12 月 9 日) 1-46 頁参照。日本企業自らの行為による場合と米国子会社の行為による場合等、がある。① Stream of Commerce に関して、Ford Motor Co. v. Montana Eighth Judicial District Court (米国最高裁判所, 2021 年)、さらに Collet v. Olympus Medical Systems (ジョージア州中部地区地方裁判所, 2020 年) では予測可能性により管轄権を是認したが、Mitsui Sumitomo Inc. v. Kyocera Mita Corp. (カリフォルニア州中央地区連邦地方裁判所, 2016 年) では意図的な指向の不存在 (No Purposeful Direction) を理由に否定された。② Alter-ego (分身) による管轄権が認められなかった事例として、Baker v. LivaNova PLC (ペンシルベニア州中部地区連邦地方裁判所, 2016 年)、Agency (代理) による管轄権が認められた事例として、Morris Aviation v. Diamond Aircraft Indus. (ケンタッキー州中部地区連邦地方裁判所, 2010 年) がある。③管轄権ディスカバリーを命じた事例として、NuTone v. Anzen Dengu (ネブラスカ州中部地区連邦地方裁判所, 2009 年) がある。

し立て (Moving to Dismiss for Lack of Personal Jurisdiction) を行う場合に、裁判所が広範な文書開示要請など管轄権ディスカバリー (Jurisdiction Discovery) を許可する可能性がある。

そこで、親会社である日本企業自身の行為としても、(a) 法人形態の遵守、経営・支配面におけるマイクロマネジメントの外観の遮断、財務面での独立性の維持 (子会社資本の充分性、シェアードサービスに対して移転価格として認められる公正報酬を支払う等) などを図り、子会社が親会社の Alter-ego に過ぎないと判断され、または法人格否認の法理が適用されてしまうリスクを軽減すること、(b) 子会社が親会社の代理人に過ぎないと判断されてしまうリスクを軽減すること、(c) 米国裁判所による子会社を通じた親会社に対する文書提出要請 (ディスカバリー) を避けるべく、子会社が所持・支配する文書の限定を図り、例えば子会社による電子的アクセスを制限すること、などの総合的リスク軽減策を予防的に講じることが求められる。

これらは、厳密には各州間の州際通商 (Commerce among the several states) にかかる論点となるが、事実関係、各州より法律が異なるなど、複数の要素を比較考量して判断される点、ビジネスへの影響なども踏まえた経営判断あるいは経営戦略・リスクマネジメント (ERM) 態勢構築等⁽³⁰⁾ の面で一層の留意が必要となる。

(30) 各企業の経営戦略やビジネスモデルと密着させたコンプライアンス、リスクマネジメントが重要であり、乖離させてはいけない。米国 COSO (トレッドウェイ委員会組織委員会, the Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission, 2004年公表) フレームワークの内部統制の枠組みの中で、経営方針や業務ルール、経営・業務の有効性・効率性向上などの広範な視点に立ってコンプライアンスを把握するべきで、日本のコンプライアンスの概念や実務は狭すぎるため、リスクマネジメントの対応ができない点、を指摘するものとして、内田芳樹・佐々木清隆・中崎隆「デジタル化、AI技術進歩に伴う企業犯罪処罰の容易化と望まれる企業刑事罰・行政罰対応」国際商取引学会主催シンポジウム (2022年1月15日) 各報告・ディスカッション参照。なお戦略・事業目的達成に寄与する内容として COSO・ERM (Enterprise Risk Management, 全社のリスクマネジメント, 2016年公表) について、木村みさ「米国トレッドウェイ委員会支援組織委員会 (COSO) による全社的リスクマネジメントフレームワークの改訂」KPMG コンサルティング (2016年7月) 1-5頁。更に ESG 経営について、近年では人権問題が企業のリスクとなってきた中で、環境と人権保護の相克の問題などが起こりうるので、サステナビリティを担当する役員 (CSO) 設置が望まれること、上場企業を対象とする 2021年6月改訂のコーポレートガバナンス・コード原則 4-3 にも ERM に関する内容が規定されたこと、ESG・サステナビリティとリスクマネジメントにかかる NGO による気候変動訴訟 (エクソンモービル訴訟, Urgenda 訴訟, シェル訴訟) が提訴されていることなど、米国ウイグル強制労働防止法 (Uyghur Forced Labor Act, 2021年12月9日米国下院可決, 今後は大統領署名へ) においては強制労働で生産されていないという証明を企業側に義務付ける挙証責任の転換 (悪魔の証明に近い) が求められる可能性があること等、について、北島隆次「[ESG・サステナビリティと法務～改訂コーポレートガバナンス・コード, 脱炭素, 人権対応等, 企業に求められる新たなガバナンス, リスクマネジメントについて～] TMI 総合法律事務所第154回 TMI 月例セミナー講演資料 (2022年1月) 1-60ページ参照。日本企業においても、ウイグル人権問題を理由とする輸入差し止め事案が生じ始めている。平時からの人権課題に対する取組み強化がますます重要になってきている。石本茂彦・梅津英明・高宮雄介・宮岡邦生・鈴木幹太・沈暘「ウイグル人権問題を巡る米国の制裁等と中国の対抗措置等の動向～日本企業に迫られる対応～」森・濱田松本法律事務所 INTERNATIONAL TRADE LAW BULLETIN 2021年8月号 (Vol. 3) 1-14頁。
<https://www.mhmjapan.com/content/files/00049787/20210805-112045.pdf>
 この他、経済産業省・外務省「[日本企業のサプライチェーンにおける人権に関する取組状況のアンケート調査] 集計結果」(2021年11月) 1-26頁。
<https://www.meti.go.jp/press/2021/11/20211130001/20211130001-1.pdf>

(4) 経済安全保障政策を巡るリスクマネジメント

加えて先鋭化しつつある課題として、最近の米国・中国間の経済安全保障政策を巡る法規制の動向と仲裁条項設定などが挙げられる。米中対立にかかる経済政策・報復措置、特に中国の安全保障法令等について、川上・川下ともにサプライチェーンにかかる問題が本社に及ぼす訴訟リスクなどの検討も必要となり、グローバル企業において理解と対応が求められる⁽³¹⁾。我が国政府としても対応に注力しつつあり⁽³²⁾、上場企業においては、法制度整備や変動する経済制裁の動向を踏まえ、経済安全保障の観点に立った経営判断、法務面における検討、経済制裁デュー・ディリジェンスが一層重要性を増している⁽³³⁾。

- (31) 例えば中国子会社は、報復リスト、UEL（信頼できないエンティティリスト、Unreliable Entity List）に入った米国企業・関連会社に繋がる輸出入取引を継続できるかというリスク、あるいは中国でリスト入りした米国企業・関連会社と合弁（JV）を組んでいる場合のリスク（強制帰国、投資禁止、取引制限等）。中川裕茂「米中情勢を踏まえた中国企業との取引～日本企業の経済安全保障的法務～」アンダーソン・毛利・友常法律事務所、JCAA 主催国際取引セミナー講演資料（2021年7月20日）1-56頁参照。
- (32) 金融庁「投資家と企業の対話ガイドライン」（改訂版）（2021年6月11日改訂）1-6頁。大塚章男「会社法制におけるESGインテグレーションの課題」国際取引法フォーラム発表資料（2021年9月25日）1-44頁。また関連する近時のシンポジウムとして、株式会社レイヤーズ・コンサルティング・TMI 総合法律事務所主催、内閣官房国家安全保障局・一般社団法人日本経済団体連合会・日本経済新聞社後援『第1回防衛・経済安全保障シンポジウム 我が国の経済安全保障上の重要課題と先端テクノロジーで切り拓く未来』岸田文雄内閣総理大臣・高市早苗自由民主党政務調査会長・小林鷹之経済安全保障担当大臣ほか延べ38名各講演。パネルディスカッション（2021年12月3日）参照、特に「サプライチェーンにおける企業の人権問題対応」について、股野元貞外務省総合外交政策局参事官、山下貴元法務大臣、柏原恭子経済産業省大臣官房ビジネス・人権政策統括調整官、白石和泰 TMI 総合法律事務所、阿部洗三 TMI 総合法律事務所の各講演・ディスカッション。
- (33) ①政府は2022年2月25日、半導体など重要物資のサプライチェーン（供給網）強化支援などを盛り込んだ「経済安全保障推進法案」を閣議決定した。通常国会成立を目指す。法案は全99条からなり、サプライチェーン（供給網）強化、サイバー攻撃に備えた基幹インフラの事前審査、先端技術の官民協力、原子力や高度な武器に関する技術の特許非公開の4つを柱とし、罰則が盛り込まれる。木内登英「罰則強化の方向で議論が進む経済安全保障推進法案」NRI（野村総合研究所）（2022年2月8日）。
<https://www.nri.com/jp/knowledge/blog/lst/2022/fis/kiuchi/0208>
内閣官房経済安全保障法制準備室「経済安全保障法制に関する提言」第4回経済安全保障法制に関する有識者会議（2022年2月1日）資料1-58頁。
https://www.cas.go.jp/jp/seisaku/keizai_anzen_hosyohousei/dai4/teigen.pdf
「経済安保法案を閣議決定、重要物資の供給確保や特許非公開化へ」（2022年2月25日）
<https://jp.reuters.com/article/japan-economy-security-idJPKBN2KU13R>
- ②急展開するウクライナ問題にかかる対ロシア制裁のうち、経済制裁と日系企業の対応、経済制裁デュー・ディリジェンス等について、五十嵐チカ・木津嘉之「ウクライナ情勢を受けた欧米日の対ロシア制裁の直近動向（第1回）」西村あさひ法律事務所ヨーロッパニューズレター（2022年2月28日）1-6頁、五十嵐チカ・木津嘉之・石戸信平・金子佳代「ウクライナ情勢を受けた欧米日の対ロシア制裁の直近動向（第2回）」西村あさひ法律事務所ヨーロッパニューズレター（2022年3月4日）1-5頁参照。以下、企業における経済制裁デュー・ディリジェンスの関連に限定して見ておきたい。
https://www.nishimura.com/sites/default/files/newsletter_pdf/ja/newsletter_220228_europe.pdf
https://www.nishimura.com/sites/default/files/newsletter/pdf/newsletter_220304_europe.pdf
- (a) 一般に経済制裁の具体的措置は、財政・金融措置（投資規制、国際金融市場の参入制限等）、資産凍結（支払規制、預金封鎖等）、通商・貿易取引停止に分類できる。我が国は、外国為替及び外国貿易法（外為法）に基づき、財務大臣が所要の経済制裁措置を講ずることが可能である（外為法16条、21条、24条-25条他、外国為替令6条）。欧州では、欧州連合（EU）の経済制裁プログラム、英国やEU加盟国毎の経済制裁プロ

グラムがある。

(b) 米国連邦レベルでは、米国財務省 (United States Department of the Treasury) の外国資産管理室 (Office of Foreign Asset Control, OFAC) が外交政策・安全保障上の目的から経済制裁プログラムを制定し (OFAC 規制)、米国人や米国法人など米国接点の必要な一次制裁 (Primary Sanction) では資産凍結や取引禁止等を求め、民事罰と刑事罰 (故意違反) の執行が定められているが、米国接点の広範な解釈から、日系企業を含む非米国企業間の米ドル建て送金など、非米国企業に対しても一次制裁が域外適用される可能性がある。次に二次制裁 (Secondary Sanction) は、非米国人による米国接点を持たない行為等につき、イラン・北朝鮮・ロシア等の一部の国に対する制裁プログラムに関して、特定の取引等を行わないよう圧力をかける (threaten) 仕組みで、制裁対象者リストへの掲載や貿易上の規制強化等により、行動抑止を図らんとする。米国の対ロシア制裁第一弾 (2022年2月21日大統領令14065号) では、ウクライナ対象地域における米国人の新規投資等の禁止 (一次制裁) のほか、制裁対象者 (Specially Designated Nationals And Blocked Persons, SDN リスト) に指定され資産・利益を凍結される blocking sanctions も定められている (二次制裁が及ぶ可能性)。対ロシア制裁第二弾では (2022年2月24日大統領令14024号に基づく OFAC の指令2、指令3) では、ロシアの最大手2銀行を含む金融機関を SDN に指定して資産凍結・取引禁止の対象とした。

(c) 日本では、2022年2月26日、3月1日、3月3日各閣議了解を経て、外国為替及び外国貿易法に基づき、①資産凍結、支払規制及び資本取引規制等 (金融制裁)、②輸出禁止等 (貿易制裁) の措置が実施されている。米国では第二弾として、金融制裁面では2月28日大統領令14024号に基づく OFAC の指令が発令され、米国人 (U.S. Persons) による、ロシア中央銀行、国民福祉基金およびロシア財務省に関わる全ての取引が禁止される等の措置が取られた。次に貿易制裁では、2022年2月24日付米国商務省による対ロシア輸出管理規制強化・発効について、商務省産業安全保障局 (BIS) の管理による規制品目リスト (CCL) カテゴリー3~9 該当の米国製品 (物品・技術・ソフトウェア) をロシアに輸出・再輸出・国内移送 (輸出等) する場合、BIS の事前許可が必要となる等を内容とする。

(d) 欧州委員会、フランス、ドイツ、イタリア、英国、カナダおよび米国の首脳による一部ロシア大手銀行につき、国際送金決済ネットワーク SWIFT (国際銀行間通信協会) から排除する旨の合意 (2022年2月26日米国・EU 共同声明) がなされた。EU は、3月2日排除対象となるロシアの7金融機関を発表している。

(e) 他方、ロシア側の対抗経済措置に関して、特別経済措置の適用に関する命令 (2022年2月28日)、金融安定性を確保するための追加的経済措置に関する命令 (3月1日) の大統領署名がなされている。

(f) 日系企業の喫緊の課題と今後の展望として、五十嵐チカ・木津嘉之 (2022年2月28日) は以下の点を指摘している。(i) 自社グループの国内外の事業内容、直接・間接に関与している取引等がウクライナ対象地域にかかわる制裁対象に該当しないか、米国 SDN リストを含む制裁リスト掲載者との取引が混在していないか等について、経済制裁デュー・ディリジェンスのスコープ・範囲を調整するリスクベースアプローチにより対応する。(ii) 自社グループ内のコンプライアンス体制・契約書フォーム見直しの要否を検討・実施する。(iii) SWIFT 排除、輸出管理規制強化を含め各制裁動向の動向を注視し、対応を進める必要がある。対ロシアの一次制裁、SWIFT 排除について、磯部真一「バイデン米政権、第1弾の対ロ制裁を発表、米ロ外相会話はキャンセル」JETRO ビジネス短信 (2022年2月24日)。

<https://www.jetro.go.jp/biznews/2022/02/f23c0e73211ca690.html>

「SWIFT からロシア7銀行排除 EU 合意、最大手含まず」産経新聞 (2022年3月2日)

<https://www.sankei.com/article/20220302-RFICH6R4HRIMZCNLYM77ZUXKYA/>

米国大統領令14065号 (Executive Order 14065 of February 21, 2022, Blocking Property of Certain Persons and Prohibiting Certain Transactions With Respect to Continued Russian Efforts To Undermine the Sovereignty and Territorial Integrity of Ukraine) について、

<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2022-02-23/pdf/2022-04020.pdf>

経済制裁の場合は、国家安全保障自体あるいは経済制裁を課する側におけるエネルギー・希少鉱物確保などの問題点も裏腹に存在すること、相互依存体制の中で自国の立ち位置確認の議論が必要となることについて、船橋洋一「経済安全保障に関する日本企業100社アンケート結果について」経済安全保障 API (一般財団法人アジア・パシフィック・イニシアチブ) 講演会・国際商事研究会主催・国際取引法学会国際契約法制部会共催 (2022年3月3日) 参照。

Davis Polk & Wardwell LLP, March 1, 2022, United States escalates sanctions and export controls in response to Russian invasion of Ukraine (Sanctions targeting Russia's banking sector and state-owned

米国側の経済面の措置としては、制裁的追加関税、中国資本の対米投資制限、輸出・輸入面の制限、政府調達排除、軍事関連の中国企業排除、人権侵害への加担企業排除、香港・台湾・ウイグル等人権問題（2021年12月9日米国下院ウイグル強制労働防止法可決）の対応であり、他方、中国側の経済面の措置としては2018年以降の報復的制裁的追加関税、2020年以降のウイグル、台湾、香港関係の対抗措置（個人・組織への制裁）が主要内容となっている。中国における規制強化（域外適用、報復条項など）と本邦企業の影響・対応について、不当域外適用阻止弁法（ブロッキング規制）など再輸出規制、サプライチェーンの分断・技術的なファイヤー・ウォールを含めた再構築など経営戦略見直しの必要性が求められている。

8. まとめにかえて

コロナウイルス流行下においてはビジネスの面でも日々新しい課題が生じ、当然ながら過去の経験値・蓄積が生きてくる面があると共に、同時に従来とは全く異なる視点からの対処、発想の転換を求められることも多くなってきた。

契約の目的に関して、従前は英米法の概念において前文等に記載することが多かったが、契約の目的適合性の検討や解除制限といったグローバルルールに則り、サステナブルな内容については表明・保証条項、更にはコベナンツ条項にて対処することの合理性が示されるようになった。またコロナ禍の事態にも対応可能な不可抗力条項の記載方法、M&A

enterprises, Export controls on technology and components, Additional individual designations について). March 4, 2022, Russia sanctions update, OFAC clarifies the scope of sanctions targeting Russia's banking sector, as the EU excludes seven of Russia's largest banks from SWIFT (EU "de-SWIFTing" regulation, OFAC guidance and general licenses, Blocking sanctions against oligarchs and others について).

サステナビリティと法務に関して、保坂雅樹・杉山泰成・柴原多・湯川雄介・葛西陽子・安井桂大・塚本健夫「サステナビリティと法務」N&A リーガルフォーラムオンライン（2022年3月9日）各講演（1. CSRと会社法の整合性-現実におきている課題を見据えて（柴原多）、2. 改訂CGコードを踏まえたサステナビリティ・ガバナンス（安井桂大）、3. ビジネスと人権に関する近時の国内外の最新動向（湯川雄介）、4. SDGsと労働法務（塚本健夫）、5. 医療データの利活用推進をめぐる近時の法整備の動向と課題（葛西陽子）、6. アグリ・フードビジネスにおけるサステナビリティ対応の現状と法務・実務上の課題（杉山泰成）、閉会挨拶（保坂雅樹））1-74頁参照。人権対応と契約条項に関しては、湯川雄介によれば、①当該取引関係にかかる人権D/Dが行われていること、②人権侵害に関与している場合に求められることは契約解消ではなく負の影響への対処であること、③このため解除条項では不十分で Responsible Exit/Disengagement として監査権・報告義務・対処計画策定等の対処措置が求められること、④紛争地域および高リスク地域にかかる事業活動で問題となる人権侵害について、Heightened/Enhanced Risk and HR（人権）D/Dが問われること、⑤日弁連「人権デュー・デシリジェンスのためのガイダンス」のCSR条項、米国法曹協会（ABA）の国際的サプライチェーンにおける人権保護のためのモデル契約条項が参考とされること、等が指摘されている。

BALANCING BUYER AND SUPPLIER RESPONSIBILITIES, Model Contract Clauses to Protect Workers in International Supply Chains, Version 2.0, by the Working Group to Draft Model Contract Clauses to Protect Human Rights in International Supply Chains American Bar Association Section of Business Law, David V. Snyder, chair, Susan A. Maslow, vice chair, Principled Purchasing Project led by Sarah Dadush, pp1-37.

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/human_rights/contractual-clauses-project/mccs-full-report.pdf

のリスク管理と対応の変容・多様化,あるいは国際仲裁の活用促進と実効性確保など,多くの実務面の課題と展望が浮かび上がることになる。

英文契約書作成の交渉において,サステナビリティにかかる表明・保証条項ならびにコベナンツ条項策定,更に従来は準拠法条項においてその適用排除に主眼のあったウィーン売買条約について逆にコロナ禍での積極的活用によるメリット享受,経済安全保障政策を巡る対応,また裁判管轄と仲裁条項あるいは準拠法条項の主張・選択など,新たな経営戦略ならびにリスクマネジメントの構築が求められており,経営トップのリーダーシップ発揮,更に内部統制・内部監査機能などを含めたガバナンス態勢整備が一層重要になってくる⁽³⁴⁾。

(34) サステナビリティ・企業価値向上にかかる態勢整備に関して,近時,本来はリスク管理責任を明確化する3 lines of defense(3つの防衛線)における最終の防衛線(第3の防衛線)である内部監査(internal audit)の役割を強調する考え方が出されている(佐々木清隆)。^①従前,リスク管理にかかる3つの防衛線について,第1の防衛線(1st line of defense:営業・事業部門),第2の防衛線(2nd line of defense:リスク管理・コンプライアンス部門),第3の防衛線(3rd line of defense:内部監査部門)により構成され,全体を支えるガバナンスの役割が重視されていた。このうち,内部監査の役割の変化について,Ver. 1.0(事務不備監査),Ver. 2.0(リスクベース監査),Ver. 3.0(経営監査)に続き,Ver. 4.0(DX(デジタル・トランスフォーメーション)対応の監査)を展望した報告書が金融庁から発出された。金融庁「金融機関の内部監査の高度化に向けた現状と課題」(2019年6月)1-13頁。

https://www.fsa.go.jp/news/30/naibukannsa_report5.pdf

^②佐々木清隆からは,Ver. 5.0として企業価値向上,サステナビリティ,ステイクホルダーへの対応,経営戦略・目標への落とし込みをも踏まえた内部監査・内部統制の機能の高度化を提唱する見解が出されている。Ver. 5.0では,内部監査部門が,守りの機能にとどまらず,企業風土や企業戦略と関連する企業価値創造に向けた積極的役割の担い手ともなり,将来的には自己監査の強化から外部の会計監査や金融庁の監視あるいは監督の役割を縮小,更には実質的に不要なものとしてdisruptしていく方向性も示される。元金融庁総合政策局長佐々木清隆「金融機関の内部監査機能の高度化:DXでdisruptされない「監査」の在り方」日本コーポレート・ガバナンス・ネットワーク講演(2022年2月7日)資料1-30頁。国際組織である内部監査人協会(The Institute of Internal Auditors (IIA))からも,単なるdefenseを超えた新たなモデル構築(The IIA's Principles of Three Lines Model (2020))が提示されている。THE IIA'S THREE LINES MODEL, An update of the Three Lines of Defense. https://iaa.org.au/sf_docs/default-source/technical-resources/the-iias-three-lines-model--an-update-of-the-three-lines-of-defence.pdf?sfvrsn=4, p3, pp1-11

^③以下は私見。Ver. 5.0の内部監査部門に期待される役目として,各部署が企業価値創造に向けたミッションや機能を十分果たしているか,事後的のみならず,事前の段階からこれをチェックし関与することが想定される。Ver. 5.0同様の機能の担い手となるべき社外取締役,あるいは社外取締役主体に構成される監査委員会等との住み分け,役割分担と連携の具体的モデル構築,本社コーポレート部門である経営企画担当部門や取締役会事務局などの関わりの実感が課題となろう。就中,常勤組織である内部監査部門からの報告先として,これまでは内部統制同様に業務執行の最高責任者であるCEOが主であったところ,CEO自身の不正を追求しにくいことを,監査委員会などへのデュアルレポーティングラインを構築することがガバナンス改革のグローバルな方向性となりつつあったが,企業価値向上という経営の積極的役割への期待から,再度CEOへの報告や連携を強めざるを得なくなるのではないかと,積極的妥当性の監視機能の担い手として期待される反面で,CEOの不正をも追求するという役割が,弱体化しかねないジレンマが生じうる。本社コーポレートの関連部署との職責の境界線が不分明となる点も含めて,ガバナンス態勢構築の一環として,経営理念・戦略構築を含むトータルな制度設計,工夫が必要となる。グローバル企業・金融機関についてCEOならびに監査委員会等の双方へ内部監査部門からの報告ラインを設定するデュアルレポーティングラインが推奨されているが,重点の置き方に応じて内部監査部門の想定モデルを整理してみたい。(a) 社内のリスク管理やコンプライアンス(不正防止)機能を重視するのであれば,監査委員会・監査等委員会の補助組織的な位置づけが考えられる(監査委員会等直属重視型)。レポーティングにとどまらず,監査役に必要とされる情報取

集など補助組織同様の役割も果たす。監査委員・監査等委員である社外取締役の場合、指名委員会等設置会社や監査等委員会設置会社では、取締役会メンバーであるため内部統制システムを利活用できるため補助組織は不要と制度設計されてはいるが、非常勤のため根本的に社内情報入手に難があることは否めない。またスキルマトリックスの提示など、経営戦略面などで社外取締役に積極的な役割を期待する改訂コーポレートガバナンス・コードの主旨にも合致するモデルであろう。(b) CEOならびに監査委員会など双方に、均等に付属させるモデルが考えられる(二重報告ライン徹底・独立性重視型)。双方に対して距離を置いた内部監査部門独立型といえよう。(c) グローバル企業における企業戦略・経営目標構築・達成の面における強化、意思決定迅速化などを重視するのであれば、CEOや経営会議、経営企画部署との連携を逆に強めることになる(CEO直結重視型)。

これらは択一でなく、(b)をベースに、各企業が各業界や時々の経営環境を踏まえて、柔軟に最適な企業価値向上・サステナビリティ対応モデルを創出していくこととなる。共通してデュアルレポーティングラインは設定するにしても、強弱の付け方、機能・役割配分の問題となる。各モデルとも、内部監査部門に付属されたことで就業意欲を削ぐことがないように、企業内における待遇などの将来像を示しつつ、部門長には相応の役職待遇・報酬を保証すること、配属人員の専門性を蓄積すべくローテーション長期化や継続的研修を進めること、CEOによる人事権(配置転換、報酬面)の対象外としてCEOに苦言を呈し、あるいは不正を暴くことが可能とすることなどが必須となることは無論であるが、モデル毎にその実際を検討しておきたい。

(a)は、内部監査部門を監査委員会などの補助的機能も担わせるモデルであるが、逆に内部監査部門の独立性確保、意義付け、特に監査委員会などとの機能面の相違をいかに打ち出すか。経営理念・戦略面の計画策定、従業員の行動規範の素案作りなどが想定されよう。

(b)では、CEO、監査委員会等の2つに対して、均等に距離を置いた形で内部監査部門からの報告ラインを設ける。CEO(業務執行性)、監査委員会(監督機関として妥当性・効率性、違法性)に対する独自性を発揮すべく、業務執行機関としての役割も強いリスク委員会等と連携を強め、リスク評価(risk appetite, risk tolerance)機能の強化、積極的にリスクテイクする企業風土醸成などの役割を担うことが想定される。人事部門とも緊密に連携し、従業員に対するリスクテイクのインセンティブ(業績連動型、株式報酬など)作り、失敗を恐れない企業文化形成に向けた具体策考案を進めるなどの役割が一段と求められよう。

(c) CEOラインとの連携強化型では、内部監査部門長の指名ほか、内部監査部署の従業員に対するCEOの人事・報酬権を排除し、CEO・経営陣と対等に議論などが可能な地位をいかに付与・確保していくか、殊更に前提となる。グローバル企業における経営戦略面の迅速な意思決定を重視するモデルであるだけに、内部監査部門が慎重になって経営陣の意思決定機能を阻害しすぎないことも同時に肝要となる。内部監査部門長、人員の人事権については、取締役会直属の案件としてガバナンスを利かせることが、尚のこと必然となる。

③関連して、常設執行機関としてのCLO(Chief Legal Officer, 最高法務責任者)の必要性、態勢整備に関する経営陣の責務の重要性について、平野温郎「制度的存在ないし機関としてのChief Legal Officer(CLO)」国際取引法フォーラム第189回定例研究会(3月例会)報告1-10頁参照。

平野温郎によれば、法的専門性のみならず、企業価値向上への貢献、持続性と予防法務等の視点から、適法性と共に適切性の判断能力、リーダーシップ、経営課題・ビジネス判断能力あるいは総合的リスク判断能力が重視され、経営と法務のリンクを図る必要がある。ビジネスと人権保護などコンプライアンスを超えたguardian of integrityの存在として、米国量刑ガイドライン(United States Organizational Sentencing Guideline, 連邦法上有罪を受けた組織に対する懲罰的罰金額算定基準として効果的なコンプライアンス・プログラムを有する事業者は優遇されるとする)のprogramの前提にもCLOが関わっている。法務部長(従業員・使用人)の延長線ではなく、受任者として善管注意義務があり、リスクマネジメントの視点から積極的なリスクテイク推進を図る場合にセットで必要となり、契約書等の問題ではなく、経営陣が経営判断に集中できるように恒常的に法務の意見を求めるもので、非社外弁護士を念頭に置く。更に3つの防衛線のうち、2線の1線への牽制機能の確保としてもCLOが重視され、1線のリスクテイクに対する2線のリスク管理機能を強化すべく、レポーティングラインを整備する必要がある。実務の課題として、社外取締役主体の取締役会(ボード)の担うべきガバナンス機能として、モニタリング(経営陣への監視)よりも今後はアドバイザー(経営戦略など助言)に重きが移るとすると、素養を有した社外取締役(弁護士など)がアドバイザーとしての実権を持ち、CLOの代替機能を果たす場合、CLOの存在意義が減少しないか、との指摘もなされる。この点について、私見であるが、当該企業の企業価値向上・経営戦略について、積極的妥当性を判断するだ

以下は私見であるが、こうした国際取引法を巡る新しい法規制の動向を見ると、民法改正における目的適合性の重視、解除の制約など、ウィーン国際売買条約がグローバル基準となり整合性が求められる流れの下で、企業実務の対応においては、企業のCEOを始めとする経営陣のリーダーシップの発揮が一層重要性を増しつつあることが窺える。様々なステークホルダーに配慮しつつ中長期的企業価値向上、持続的成長を図ることがひいては広義の株主利益増大にも繋がることになる。新しい規制動向についての確に対応し、逆に成長機会・商機ととらえて、経営理念構築、経営戦略と経営計画策定にいかに関わり込んでいくか、従業員向けの行動規範の策定を含め、全社的・戦略的な視点で積極的に態勢構築・運用を進める必要があることはコーポレート・ガバナンス改革に通じる問題意識でもあるといえよう。

かかる課題に立ち向かうべく、経営陣主導・リーダーシップの下で、①守りの面からのコンプライアンスにとどまらず、あるいは担当部署についても法務部門に限定せず、適切なリスクテイク（リスク選好・許容度、risk appetite, risk tolerance）を図る視点からリスクマネジメント部門や3つのディフェンスライン（three lines of defense）のうちの第3の防衛ライン（third line of defense）としての内部監査部門、更に経営企画部、ガバナンスにかかる社内実務の要となるべき取締役会事務局（2006年英国会社法下の秘書役（Company Secretaries）の機能に親近性）など、広く経営戦略・計画策定において重要な役割を担うべき関連部署なども緊密な連携を図り、コロナ禍の実務対応なども含め、全社的な戦略方針の下、総力を結集すること、②その場合、例えばCEOなどがコンプライアンス担当部長やリスクマネジメント委員会の委員長等に一任するのではなく、経営トップ自身がかかる明確な経営理念の下にリーダーシップを発揮し、従業員に対する行動規範（code of conduct）等の策定にも積極的に携わること、③取引法のみならず、組織法的の観点からも経営・法務の一体的把握・検討を重ね、中長期的企業価値向上に向けた総合的なガバナンス態勢の確立を早急に図ること等、が強く望まれる。

今後はコンプライアンス法務の視点から脱却し、経営陣における積極的な妥当性の視点

けの能力を具備しているか、という議論に収斂すると考える。非常勤の社外取締役は経営陣への助言や経営判断の適切性の判断などを継続的・恒常的に担わせることを可能とするか、過渡的にはともかく、制度設計的に如何に考えることが望ましいか、という視点の問題でもあろう。社外性と常勤化あるいは業務執行性具備との相克について、常勤社外監査委員会委員の存在するソニーなど実務の事例も存在する。英国コーポレートガバナンス・コード条項（Provisions9）では社外の任期限定（9年、more than nine years from the date of their first appointment.）が規定され、一定の歯止めとなりうるのであろうが、勤務年数の短縮化は、馴れあいなどの弊害除去の半面、アドバイザーボードとしての貢献の面から見れば、経験年数不足から逆に働くベクトルともなる。こうした事態の招来は、企業価値向上と持続的成長を是とする我が国のコーポレートガバナンス・コードにおいても、意図せざるジレンマとなってこようか。

なお、2006年英国会社法第12編第270条-第280条における秘書役制度（Company Secretaries）について、イギリス会社法制研究会（代表者川島いづみ・中村信男・田中庸介）「イギリス2006年会社法（3）」早稲田大学比較法研究所比較法学42巻2号（2009年1月1日）355-384頁。内部監査部門長（Chief Audit Executive, CAE）においては、かかる秘書役類似の職制を設ける場合に、職責分掌・連携・報告ライン設定等が改めて重要となろう。
<https://www.waseda.jp/follow/icl/assets/uploads/2014/05/A04408055-00-042020355.pdf>

英国コーポレートガバナンス・コードについて、Financial Reporting Council, The UK Corporate Governance Code 2018.

<https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>

からの検証などPDCAサイクルの態勢整備が求められ、サステナブル・ESG経営にしても、①余裕の範囲内での対処でなく、収益獲得の機会として把握すること、②そのためのリスクテイクを促す業績連動型あるいは株式報酬など経営陣のインセンティブ報酬制度の構築が重要になること、③リスクマネジメントにおいても、会社法上の内部統制システムとして明記されている赤字防止（損失の危険）という消極的妥当性の視点に立った守りの経営の重視一辺倒では立ち行かなくなってきたこと、④法令遵守は問題なくとも、積極的にリスクテイクを図るべき場合でありながら、経営陣が過剰に保守的に走り、得べかりし機会を漫然として喪失した場合などにおいては、適切な経営陣の交替も可能とする株主あるいはステークホルダーを含めた経営陣に対する監視システム態勢（全社的・戦略的リスクマネジメント、ERM）を自主的に構築すること、等がますます重要視される時代となってきたといえよう。

[本稿は、公益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]

(2022.1.19 受稿, 2022.3.10 受理)

〔抄 録〕

本稿では、コロナ禍等を背景とする国際取引の変容に関して、主としてサステイナブルな最新の視点から、グローバル・サプライチェーンにおける人権保護の問題なども念頭に、英文契約書の具体的な条項の記載と対応、更には経済制裁政策への対応も含めたグローバル・リスクマネジメントのあり方など多面的・包括的に検討し、グローバル企業の経営戦略としても大きな転換点にあることを述べた。従前のテンプレート（一般条項）としての表明保証条項あるいはコベナンツ条項の再検討、民法改正と目的適合性の重視、不可抗力条項とウィーン売買条約の関連、民事執行などと裁判管轄あるいは国際仲裁のメリット等について検討した。またM & A（企業買収）について、予測可能性の欠如を補うべく、取引当事者相互間の利害調整、リスク回避などの実務対応が進んでいることにも言及した。直近の経済安全保障法制の整備、ウクライナ情勢の急変と経済制裁関連の動向ならびにこれらに対する企業のリスクマネジメント対応については、注書きの中で補足させて頂いた。

今後は、守りの経営としてのコンプライアンス法務の視点のみならず、逆にコロナ禍あるいはサステイナビリティへの対応を奇禍として、機を逃さず積極的な収益機会ととらえて対応を図ることが重要であり、経営理念あるいは経営戦略の面で経営陣の適切なリーダーシップ発揮がますます求められることが指摘できる。

千葉商科大学には、このような貴重な掲載の機会を頂き、心より感謝申し上げたい。