

Client Alert

29 November 2023

米国司法省が M&A で発覚した不正行為の自主 開示を促すセーフ・ハーバー指針を発表

本アラートに
関するお問い合わせ先:



井上 朗
パートナー
03 6271 9463
akira.inoue@bakermckenzie.com



稲葉 正泰
パートナー
03 6271 9509
masahiro.inaba@bakermckenzie.com



増本 充香
カウンセラー
03 6271 9534
mika.masumoto@bakermckenzie.com



佃 浩介
アソシエイト
03 6271 9510
kosuke.tsukuda@bakermckenzie.com

1. はじめに

2023年10月4日、米司法省（以下「DOJ」）の Lisa Monaco 副長官（Deputy Attorney General）は、M&A（企業の合併・買収）に関連して行われる任意の自主開示に関するセーフ・ハーバー指針（以下「本指針」）を発表した¹。本指針は、米国で M&A を実施する企業に対し、買収を通じて発見した対象企業の不正行為を自主的に開示することを促しており、買収企業は、定められた期限内に任意の自主開示を行い、不正行為を是正した場合には、被買収企業の不正行為について訴追を受けないという推定（presumption of a criminal declination）を得ることが出来る。

日本企業が米国で M&A を実施し、そのプロセスの中で対象企業の不正行為が発覚することもあり得、その場合、その対応方針を誤れば、日本企業は、大きなペナルティが課される可能性がある。よって、本指針の内容を予め理解し、対応を検討しておくことは、日本企業にとって有益であると思われるため、本アラートにて取り上げる。

2. 背景

本指針は、企業犯罪に関与した個人の責任追及を重要な目標として、DOJ が実施する企業の任意の自主開示を奨励する継続的な取組の最新の例である。

2022年9月15日、DOJ の Lisa Monaco 副長官は、DOJ における企業犯罪の取締指針に関して新たなメモランダム（第二モナコメモ）を发出し、DOJ の各局に対し、企業の任意の自主開示に関する指針を見直し、仮に当該自主開示を奨励する指針を設けていない場合には新たに策定することを求めた²。

これを受け、2023年1月17日、DOJ の Kenneth A. Polite, Jr. 司法次官補（Assistant Attorney General）は、DOJ 刑事局（Criminal Division）において取り扱う企業犯罪に関する企業取締指針（Corporate Enforcement Policy）（以下「CEP」）について、2017年の制定以来初めての重大な改訂を行ったと発表し、CEP の下では、企業が任意の自主開示を行い、調査に全面的に協力し、適時かつ適切に是正を行った場合、一定の加重すべき状況³がない限り、訴追されないことが推定されるとした⁴。また、2023年3月、Lisa

¹<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-new-safe-harbor-policy-voluntary-self>

²第二モナコメモについては、https://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/2022/10/28_ClientAlert_Antitrust_Competition_J.pdf を参照。

³「加重すべき状況」とは、企業の経営陣が不正行為に関与している場合、不正行為によって企業に多額の利益が生じている場合、企業内で不正行為が甚だしく又は広範である場合、及び再犯である場合等をいう。

⁴CEP の改訂については、



Monaco 副長官は、企業の刑事犯罪取締りにかかわる DOJ の全ての局が、任意の自主開示指針を有することとなった旨を発表し、その結果、不正行為を完全かつ適時な方法で速やかに開示すれば、企業は、全ての種類の事件において、また、DOJ の全ての局、米国内の全ての地域において、任意の自主開示プログラムの利益を享受することができることとなった。

そして 2023 年 10 月 4 日、Lisa Monaco 副長官は、任意の自主開示に関する次のステップとして、M&A プロセスの中で行われる任意の自主開示に関して、本指針を発表した。

3. 本指針の内容

本指針により、今後、買収企業は、セーフ・ハーバー期間内に犯罪行為を迅速かつ自主的に開示し、その後の調査に協力し、必要かつ適時、適切な是正、賠償及び利得の返還に取り組んだ場合、訴追されない推定を得ることになる。詳細は下記の通りである。

① DOJ 全体での適用

一貫性を確保するため、本指針は DOJ 全体で適用される。なお、本指針の適用については、DOJ の各部局がそれぞれの執行制度に合わせて調整し、本指針を実際どのようにして実施するかを検討することとする。

② 自主開示の期間

予測可能性を確保するため、DOJ は明確なタイムラインを設定している。まず、買収企業は、セーフ・ハーバーの適用を受けるためには、被買収企業において発見された不正行為を、原則としてクロージング日から 6 か月以内に開示しなければならない。当該期限は、不正行為の発覚が買収の前後であるかを問わない。また、買収企業は、クロージング日から 1 年を基準として、不正行為を完全に是正しなければならない。但し、DOJ は、各取引は様々であり、すべての取引が同じではないことを認識しているとして、これらの基準となる期限の適用は、合理性分析の対象となるとし、特定の取引の具体的な事実、状況及び複雑さによっては、これらの期限は検察官によって延長される可能性があるとする。しかし、国家の安全を脅かす不正行為や、現在進行中あるいは差し迫った危害を伴う不正行為を発見した企業は、これら自主開示の期限まで開示を待つことはできない。

③ 加重すべき状況との関係

DOJ は、透明性確保のため、M&A の文脈においては加重すべき要因が異なる扱いを受けることを明確にし、被買収企業における加重すべき要因の存在は、買収企業が訴追されない利益を受ける資格に何ら影響を与えないものではないとした。なお、本指針の下で買収企業が任意の自主開示を行った場合、被買収企業に加重すべき要因が存在しない限り、被買収企業もまた、訴追されない可能性も含め、適用可能な任意の自主開示による利益を享受する資格を得ることができる。

https://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/20230227_ClientAlert_Antitrust_Compensation2_J.pdf を参照。



④ 再犯との関係

本指針の下で開示された不正行為は、開示時又は将来における再犯分析には影響せず、本指針の下で開示された不正行為は、買収企業が再犯か否かという将来の分析において考慮されることはない。

⑤ 適用される取引

本指針は、真正で対等な M&A 取引において発見された犯罪行為にのみ適用され、別途開示が義務付けられた不正行為や、すでに公表されている不正行為、あるいは DOJ が把握していた不正行為には適用されない。また、本指針は、企業結合審査や執行に対して影響を与えない。

Lisa Monaco 副長官は、本指針に関し、「我々のゴールはシンプルであり、強固なコンプライアンス・プログラムに投資をする良い企業は、デューデリジェンスを実施し、不正行為を発見して自主開示を行う場合、合法的に企業を買収したことに対してペナルティを課せられない。」とし、他方で「買収企業が、効果的なデューデリジェンスを実施しなかったり、被買収企業における不正行為を自主開示しなかった場合、その不正行為について、法令に基づき承継者として完全な責任を負うことになる。」と述べている。

4. 終わりに

Lisa Monaco 副長官は、DOJ 全体が、民事執行及び刑事執行の両方において、(1)企業及び個人の犯罪者に責任を負わせ、(2)コンプライアンス、自主開示、是正及び協力を奨励し、(3)繰り返し悪事を働く者を阻止し罰するという同じ指針を共有しており、DOJ 全体に亘って、企業の取締指針の一貫した透明性のある適用の拡大を継続すると述べており、DOJ 全体としての企業犯罪取締りのための取組は、ますます強化されていくと思われる。

本指針は、M&A のプロセスにおいて対象企業の不正行為が発覚した場合、クロージング日から原則として 6 か月以内の自主開示が求められているが、デューデリジェンスやクロージング後のオペレーションにおいて、対象企業の不正行為を発見することができない場合、Lisa Monaco 副長官によれば、買収企業は、当該不正行為の承継者として、完全な法的責任を負担することになる可能性がある⁵。かかる事態を避けるべく、買収企業は、対象企業が米国において事業に従事している場合、不正行為の有無を確認するコンプライアンスデューデリジェンス（以下「コンプライアンス DD」）の実施を検討することが望ましく、当該コンプライアンス DD の方法や範囲について米国法専門家の助言を基に慎重に設定する必要がある⁶。

最終契約締結前のコンプライアンス DD を通して対象となる不正行為が発覚した場合、買収企業は、通常対象企業に対し、当該不正行為の DOJ に対する自主開示やその他法令上必要な措置を対象企業に行うよう要請することとな

⁵米国法上 successor liability という考え方であり、当該考え方にに基づき、刑事執行されている事案も存在する。

⁶なお、DOJ 刑事局が発出する「Evaluation of Corporate Compliance Programs (ECCP) (企業のコンプライアンス・プログラムの評価)」では、企業のコンプライアンス・プログラムが良く設計されているかを評価する際の評価項目の一つとして、M&A に関する項目があり、当該項目には、「デューデリジェンスにおいて確認された不正行為や不正行為のリスクはあるか」、「デューデリジェンスのプロセスにおいて確認された不正行為や不正行為のリスクを追跡し是正する企業のプロセスは何か」が評価項目の例として規定されている。ECCP については、https://www.bakermckenzie.co.jp/wp/wp-content/uploads/20231030_ClientAlert_Antitrust_Competition_J.pdf を参照。



と思われるが、これらの対応をもってしても当該不正行為に伴う将来リスクが回避されない場合（例えば、不正行為に起因して株主等から民事訴訟が提起されるリスクがある場合等）については、売主の補償責任等に対応できるかを検討、交渉することとなる。その結果、自主開示等によっても回避できず、最終契約においても対応できない不正行為に伴うリスクが大きければ、取引中止を判断する可能性もある。また、対象企業が最終契約締結前のコンプライアンス DD に応じない場合、最終契約交渉において、契約締結後クローリング前のコンプライアンス DD に応じる義務を負わせるとともに、売主に広範な表明保証及び補償責任等を負わせる交渉をすることが考えられる。クローリング前のコンプライアンス DD にも応じない場合には、最終契約において可能な限り広範な表明保証及び補償責任等を売主に負わせるとともに、本指針における自主開示の要否を確認する観点から、クローリング後速やかにコンプライアンス DD を行う検討をすることが望ましいと考えられる。

以上