

競争の公平性確保か汚職防止か

Thought Leadership ニュースレター

2025年6月4日号

執筆者:

[落合 義和](#)

yo.ochiai@nishimura.com

1. はじめに

私は1986年に検事に任官し、2023年に退官した。その間、検察庁以外では、法務省・外務省・司法制度改革推進本部事務局で勤務した。これらの職場で得た知見と経験を危機管理分野での弁護士業務にも役立てたいと考えている。なかでも、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（以下「本条約」という。）という我が国企業も関心を持たざるを得ない条約の締結交渉に参加できたことは貴重な経験であった。

そのはじめは、法務省勤務当時1993年から1994年にかけて OECD 国際投資・多国籍企業委員会（Committee on International Investment and Multinational Enterprises、以下「CIME」という。）が議論していた外国公務員に対する贈賄防止問題の担当の一人となったことであり、パリにある OECD 本部事務局での CIME の会議にも参加した。同年4月からは外務省に出向して在フランス日本大使館勤務となり担当からは外れたが、1997年5月に帰国して法務省に戻り、再度 CIME 担当となった。CIME では同年7月から本格的に条約交渉がスタートし、同年11月に本条約本文の合意まで CIME での条約交渉の末席に加わった。

本条約は、国際商取引における外国公務員に対する贈賄行為の犯罪化を義務付けるものだが、当時これら贈賄行為を処罰する法律は米国の海外腐敗行為防止法（Foreign Corrupt Practices Act、以下「FCPA」という。）だけであった。米国は国際商取引での企業間競争における平等性確保のためには他国にも同様の法律制定を条約で義務づけるべきと主張し続け、その結果条約交渉が開始された。この経緯からも明らかとなりこの分野を強力に推し進めてきたのは間違いなく米国であった。

ところが、トランプ米大統領は、本年2月10日、FCPAの執行を180日間停止する大統領令に署名した。同大統領令では、FCPAは1977年の制定以来、適切な範囲を超えて拡大され、米国の利益を害する方法で濫用されてきたために、米国の経済競争力ひいては国家安全保障が損なわれているとしている。大統領令では、司法長官に対し、FCPAの執行を一時停止し、米国企業の競争力を向上させる新たなガイドラインを策定するよう指示している。

この大統領令についてどのように考えるべきか、その背景には何があるのか、今後の対処策について、個人的に思うところを書いてみることにした。

2. FCPA 制定とその性格の変容

米国において FCPA が制定されるきっかけとなったのはウォーターゲート事件とロッキード事件とされる。ウォーターゲート事件は1972年の米国大統領選挙の最中に起きたが、議会では事件に絡んで当時の政権が選挙資金として多額の違法献金を受けていたことが取り上げられ、その後の米国証券取引委員会の調査

の過程で 400 を超える米国企業が外国公務員に合計 3 億ドル超を支払っていたこと、それらの企業がその工作を隠匿するために会計記録に虚偽の記載をしていたことが明るみに出された。これらの出来事の末に米国では多国籍企業の外国での活動の在り方が問題となり、上院外交委員会に多国籍企業小委員会が設けられた。そして 1974 年の同委員会の公聴会で、ロッキード社が特定の航空機を売り込むため各国政府関係者に巨額の賄賂を提供していたことが暴露され、日本では元総理が逮捕・起訴される事件に発展した。その結果 1970 年代の米国では企業の海外での活動の在り方が厳しく批判されることとなり、経済取引における外国公務員に対する贈賄の犯罪化と企業の会計記録への正確な記載を義務付けるものとして FCPA が 1977 年に制定された。

その後、米国は 1988 年の FCPA 改正で、外国公務員への不正な利益供与の取締りを各国に義務付ける国際的な取決めの締結を大統領に求める趣旨の規定を加えた。FCPA は米国企業による外国での汚職防止に有効に機能した一方で、外国公務員に賄賂を提供することを犯罪化していたのは米国だけであり、その結果米国企業の国際競争力が不当に損なわれているということが改正の理由とされた。1970 年代には、経済的繁栄を迎えていた中東諸国で多数の企業が取引や投資活動を行うようになり、また、発展途上国に様々な国際的援助が行われていたことなどもあって、日本も含めた多数の国の企業が海外に進出して外国政府を相手として経済取引を行っていた。その中で、FCPA の存在が米国企業の外国での競争の足かせになっているという不満が米国企業にはあったといわれる。しかし、同法の廃止に米国民の理解を得ることは極めて困難であるから、それに代わるものとして打ち出されたのが世界各国にも FCPA と同様の法律を制定することを働きかけ、共通のルールを作ることにより、米国企業と他国企業を同じ競争条件に置こうという狙いだったと考えられる。

この段階で FCPA の重点は米国企業の企業活動の公正さの確保から国際的商取引における公平さの確保にシフトしたように思われる。そして 1989 年に、米国は CIME において外国公務員に対する贈賄防止に関する条約の交渉を提案するに至った。

3. 本条約の目的についての二つの異なる理解

私が法務省で CIME の担当の一人となったころは、議論が開始されて 4 年近く経っていたが具体的な条約案はなく、議論はほとんど進んでいない印象であった。そもそも、FCPA のために米国企業が経済競争で不利な立場に置かれているという米国の主張を CIME 参加国が理解して条約の必要性を認識する状態にも至っていないように思われた。その上各国の刑事法は法人を刑事罰の対象とするかなどを含めて相当異なっているため、当時は外国公務員に対する贈賄行為の処罰化を義務付ける議論よりもどの点に相違があるかを探し出して議論しているという印象であった。

また、それ以上に議論が進まない理由として感じたのは条約を作成する目的について共通認識がないように思えたことである。

一つの典型は米国の考え方であり、どの国でも外国公務員への贈賄を犯罪化することにより競争の公平 (equal footing) を確保するというものである。これについて考えると、刑法上の贈賄罪の保護法益は収賄側の国の公務の廉潔性であるから、その廉潔性を汚した贈賄者を処罰するのは法益を侵害された収賄側の国の権限・責務である。外国公務員に対する贈賄で贈賄側の国の公務の廉潔性が侵害されたわけではないから、贈賄側の国が贈賄者を処罰するのであれば、贈賄者側の国のどのような法益が侵害されたのかを説明しなければならないはずである。米国の主張ではそれは国際商取引における事業者間の公正な競争の確保ということになる。

条約締結の目的のもう一つの考え方は、開発途上国を主に念頭に置いた上でその国を舞台とする汚職を根

絶することが目的であり、先進国の責務であるという理解である。発展途上国は司法制度の整備が十分ではないため贈賄企業の摘発・処罰が困難であり、かつ、贈賄者が外国にいるのでは収賄側の国での処罰は現実的には難しい。贈賄企業の所属国が贈賄者を処罰することによって贈賄を防止すれば、ひいては収賄国側での汚職防止につながり、その国の公正な経済的発展につながるという考えである。この考え方に対しては、CIME では、発展途上国の汚職は国際商取引の分野に限ったことではなく、それらの国での汚職防止対策は政治状況に左右されるから幅広く国連で議論すべき事柄だという意見も出されていた。

4. 米国の巻き返しによる条約交渉の本格化と最終合意

CIME では 1994 年 5 月に、「国際商取引における贈賄防止に関する勧告」が採択されたものの、条約交渉が本格化したのは 1997 年に入ってからであった。まず、同年 5 月の OECD 閣僚理事会で同年末までに交渉を終了すべく直ちに国際商取引における贈賄防止に関する条約交渉を開始することなどが勧告された。さらに、同年 6 月のデンヴァーサミットでは「腐敗と金融犯罪の撲滅」がテーマの一つとして掲げられ、5 月に OECD 閣僚理事会が出した外国公務員への贈賄を効果的かつ協調的方法により刑罰化するとのコミットメントを歓迎するとの声明が出された。米国は自国が同年のサミットの議長国であることから、サミット議長国としての権限を使い、サミットの成果の一つとするべく相当の巻き返しを図ったのではないかと思う。

その結果、同年末までの終了を目指して同年 7 月から CIME での条約交渉が本格開始され、それに私も再び末席で参加することとなった。7 月からの条約交渉は最終会合を含め確か 3 回程度開かれ、一回につき 2 日間又は 3 日間の議論が行われた。1 日目に論点ごとに議論を行い、議長が翌日にそれまでの議論から合意できそうな条文の表現ぶりを提示し、修正を求める意見が出された場合には、さらに議論を重ねた上で議長が合意が得られそうな表現ぶりを提示する進行形式がとられた。そして参加国全てが条約本文の表現ぶりに同意した場合であっても、その意味を正確に残すために、条約本文の付属文書という形でコメントリーを作成して残すこととなった。一方、条約署名国が持ち回りで組織する WGB (Working Group on Bribery、以下「WGB」という。) が、締約国における本条約の実施の監視・促進するために締約国間の相互審査 (Peer Review) を実施することとされた。

1997 年 11 月の CIME の条約交渉最終会合は、最終日の深夜に至り合意に達した。本条約の効力発生は主要な輸出国の参加が必要との合意の下に、「OECD の輸出額上位 10 ヶ国の中の 5 ヶ国であって、その輸出額の総計がこれらの 10 ヶ国の輸出額の総額の 60%以上を占めるものにより批准書等の寄託が行なわれた日から 60 日後に効力発生が生ずる。」旨が規定された。

5. 米国の FCPA 執行停止について

前記のとおり効力発生要件の規定からすると、米国が批准しなければ本条約の効力は発生しなかったはずである。本条約の締結を強力に推し進めてきたのは米国であるだけに、FCPA の一定期間執行停止を命じた今回の大統領令を疑問に思う人も多いと思う。私は、米国のこのような「変化」の根底には、米国が国際商取引における競争の公平確保を目的として本条約の締結を強力に推し進めてきたのに対し、OECD では本条約締結後はその目的を汚職対策そのものと理解する国が増え、本条約の目的をめぐる考え方の相違がはっきりしてしまっているように思える。この理解の違いが結果として現れるのが FCPA では犯罪化の例外とされているいわゆる Facilitation Payment の問題である。

米国では、1982 年の FCPA 改正で、外国公務員であっても ministerial or clerical のような裁量性のない事務的職務行為を担う公務員に対し、その職務への対価として利益を提供しても FCPA 違反とならないとす

る規定が設けられた。その背景として、米国企業が進出している国では、税関などの行政手続に時間がかかり、その様々な手続を進めてもらうためにいわば潤滑油（grease）として少額の金を担当官に支払うことが多く、これらの行為は米国以外の企業も行っていることから、このような行為を処罰対象から外すべきだと の要請が多数の企業からあったとされる。米国では、この改正を経ても、企業側からは、ministerial or clerical の職務では曖昧であり企業活動に萎縮的効果をもたらすと の批判が出たとされ、1988 年の改正では、routine governmental action を促進する（expedite）又は確保する（secure）ための外国公務員に対する支払は処罰対象から除外されるとし、その具体例として、ビザの発給、警察による保護、郵便サービス、電話・電気・水道などの公共サービスの提供、貨物の積み降ろしなどの行為が規定された。これが FCPA で処罰の例外とされる Facilitation Payment である。

CIME では、米国は FCPA と同様に Facilitation Payment を処罰対象から除くよう主張した。米国の立場からすれば、Facilitation Payment は、外国公務員が本来果たすべき職務を果たさないからそれを促すために支払うものであって、企業間の経済競争とは無関係であり、国際商取引における競争の公平性の確保を目的とする本条約のスコープ外という主張であった。これに対し、刑法上の贈収賄から非裁量的な職務に対する対価の支払を除外している国はなく、いずれの国でもそのような利益の提供は賄賂であり、汚職防止が先進国の世界的責務であるとする立場からは贈賄行為を本条約の処罰対象から除外する理由はないということになる。CIME では、様々な議論が出されたが、本条約での犯罪化を義務付ける行為は当該行為が収賄側の国で汚職かどうかではなくその支払が国際商取引における競争性を阻害して特定の企業だけが不正の利益（improper advantage）を得るものかどうかで判断すべきであるという意見が出された。つまり、条約第 1 条の犯罪の定義の「国際商取引において商取引又は他の不当な利益を取得し又維持するために、外国公務員に対し、金銭上又はその他の不当な利益を申し出、約束し又は供与すること」の該当性の問題にすぎないという理解であり、これについて反対する国は最終的にはなかった。そうすると米国の主張を条文に明記する必要はないと整理されたというのが私の記憶である。このような経緯を経て、コメントリーでは「Small Facilitation Payment は条約第 1 条が意味する商取引又は他の不正な利益を取得し又維持するための支払ではなく、したがって犯罪ではない」旨規定された。Facilitation Payment に Small という修飾語がついているが、議論の過程で、Facilitation Payment は当然少額だという理解が共通となっていたのでこのような記載になったと理解している。

ところが、その後の WGB による 1999 年の第 1 期対米審査報告書では、FCPA におけるいわゆる Facilitation Payment について曖昧さに懸念が示され、2002 年の第 2 期対米審査報告書では、米国内の汚職防止法では Facilitation Payment の例外はないこと、明確なガイダンスがないことが指摘された。その上で、2009 年に、OECD は、米国を含む加盟国に対して、Facilitation Payment を例外とするアプローチを定期的に見直すことや、国内企業にその使用をやめるよう呼びかけることを勧告した。また、2010 年の第 3 期対米審査報告書では、ガイダンスがないことなどが再度指摘された。

米国に対する OECD や WGB の指摘や勧告では米国内の汚職防止法では Facilitation Payment のような例外はないことを指摘していることから窺われるように、OECD は、本条約の役割を企業間の国際商取引における公平性の確保から汚職対策そのものにシフトさせているように思われる。

米国司法省では 2012 年に FCPA のガイドラインを公表し、その中で Facilitation Payment などの具体例を示しているが、米国の立場からすると OECD の勧告は本条約交渉の経緯やコメントリーに反しているということになる。また、米国企業としては FCPA がどのように解釈されて執行されるのかの予測がつかなければ萎縮してしまうとの不満が生じていても不思議ではない。今回の大統領令では「他国の日常的なビジネス慣行（routine business practices）について FCPA の過剰かつ予測不可能な執行が検察の資源を浪費し、米国の競争力や国家安全保障を害している」とも記されているが、この部分は Facilitation Payment を念頭に

おいているように思える。

米国において司法省が Facilitation Payment の解釈を濫用したかについては私はわからないが、米国企業には前記のとおり FCPA が競争の足かせになっているという意識が根強くあり、本条約締結によって公平な競争を確保することとなったのに、いつの間にか本条約の性格が競争の公平さの確保から汚職防止対策に変化してきていることに対する強い不満があると思われる。また、米国企業の中には、本条約締結国がその国の本条約実施法の目的を汚職防止に傾いて理解し、Facilitation Payment を処罰することを懸念している向きもあると思う。私はこれらが今回の大統領令の背景にあるのではないかと想像している。

新たな FCPA ガイドラインの内容を予測することは難しいが、FCPA では Facilitation Payment を処罰対象の例外としていることには変わりはないし、その濫用的運用があったと司法省が認めることも想像しがたい。その予測可能性を高めるために具体的類型を増やすということにとどまるのではと個人的には考えている。したがって FCPA の運用面で大きな変化があるとは今のところ思えない。ただ、本条約は国際商取引における競争の公平性確保が目的であり、Facilitation Payment もそれに従って犯罪となるかどうかを判断すべきだということを条約締結国にアピールし、司法省の新たな指針で記載される類型については処罰すべきではないことを各国に暗に求めるような影響力を持つことをトランプ大統領は期待しているかもしれない。もちろん、条約締結国の捜査機関や司法当局がそれに従うとは考えられないし、結局は「国際商取引における不正な利益」の事実認定の問題であるが、その解釈に影響する可能性は否定できない。

6. 最後に

前記 Facilitation Payment を提供する行為は、当該提供を受けた公務員の所属国では贈賄罪として処罰される行為に該当するのが通常と思われる。

一方、本条約の目的の理解には前記のとおり根本的に異なる二つの考え方があるので、各国の本条約実施法において本条約と同じ「国際商取引における不正な利益」の文言を用いても国によってその解釈に違いが出てくるおそれは否定できない。汚職防止が世界的課題であるという考え、具体的には、海外に企業が進出しているような先進国には企業が進出している国の汚職防止の責務があるという考えに立てば、当該外国で収賄となる利益を提供すればその贈賄行為は処罰できるように「国際商取引における不正な利益」を広く解釈している国もあるかもしれない。したがって、米国のガイドラインなどで FCPA の処罰対象外とされる行為でも他国の本条約実施法では処罰される可能性があることは十分認識しておかなければならない。

当事務所では、クライアントの皆様のビジネスニーズに即応すべく、弁護士等が各分野で時宜にかなったトピックを解説したニュースレターを執筆し、随時発行しております。N&A ニュースレター購読をご希望の方は [N&A ニュースレター 配信申込・変更フォーム](#) よりお手続きをお願いいたします。

また、バックナンバーは [こちら](#) に掲載しておりますので、あわせてご覧ください。

本ニュースレターはリーガルアドバイスを目的とするものではなく、個別の案件については当該案件の個別の状況に応じ、日本法または現地法弁護士の適切なアドバイスを求めていただく必要があります。また、本稿に記載の見解は執筆担当者の個人的見解であり、当事務所または当事務所のクライアントの見解ではありません。

西村あさひ 広報課 newsletter@nishimura.com