

第6回の議論の振り返りと 外国公務員贈賄防止指針の改訂案について

令和5年11月

経済産業省知的財産政策室

1. 第6回WGの議論の振り返り

※脚注番号は第6回WG提示の指針改訂案のもの

【ご指摘1】 スモール・ファシリテーション・ペイメントについて

- 脚注47「条約及びコメンタリーにおいて、SFPが具体的にどのような支払いであるのかは規定されておらず」という表現について、このような記載をするとOECDから反論があるのではないか。
- 脚注47「SFPは・・・「営業上の不正の利益を得るため」の利益供与には該当せず、不正競争防止法第18条違反とはならない解され得る。」という記載について、「営業上の不正の利益を得るための利益供与」には、該当しないと言い切っているのか、該当しないと解され得るという意味なのか。

【ご指摘2】 「代理店（エージェント）」との記載について

- 法改正により新設された21条11項における「代理人」と、指針に記載される「代理店」の違いが不明瞭。

【ご指摘3】 教唆・幫助が存在した場合の処罰対象について

- 脚注104について、贈賄行為が犯罪とならない国がそもそもどの程度あるのか。「もっとも、」前後の記載の関係を正しく理解するのは難しいのではないか。

※脚注104

・・・教唆犯、幫助犯については、「正犯について不処罰であっても、犯罪論上犯罪が成立しないためではないと考えるべきであり、教唆犯、幫助犯については刑法が適用され、処罰が可能と解すべきである」、「もっとも、・・・特に正犯の行為が行為地法では犯罪とならないものであるときは、その教唆、幫助を処罰することは実質的にみて妥当性を欠くといわざるを得ず、・・・違法性阻却を認めるべきもののように思われる」・・・と指摘されている。

- 脚注105について、教唆犯・幫助犯であるのか、共犯であるのかは、判断が難しいところ、「もっとも、」以下の記載によっては、教唆犯・幫助犯であれば関係がないという、読者に良くないメッセージを与える可能性があるのではないか。

※脚注105

共犯行為（教唆・幫助）と両罰規定の適用については、「従業者が正犯の場合のみ両罰規定が適用されとする見解・・・と教唆犯、幫助犯の場合も含むとする見解・・・が対立している。・・・もっとも、実際上は、このような場合、教唆犯、幫助犯の行為がその属する事業主の業務に関する認められる場合は余りないであろう。」・・・と指摘されている。

2. 【ご指摘 1】 スモール・ファシリテーション・ペイメントについて（指針改訂案 p.15-16）

- SFPの不競法上の解釈に関する曖昧な記載を削除。
- OECDからの下記指摘を踏まえ、コメンタリー 9 及びOECD理事会勧告を引用。
 - OECD理事会勧告の記載（企業におけるSFPの使用の禁止又は防止を奨励）を引用すべき。
 - コメンタリー 9 を根拠（①**SFPは腐敗現象**、②**SFPはそれが支払われる国では一般的に違法**）とする、OECD理事会勧告の背景を追記すべき。

（ii）スモール・ファシリテーション・ペイメントの取扱い

- スモール・ファシリテーション・ペイメント（Small Facilitation Payments: SFP）⁴⁷については、2009年に採択され、**2021年に改訂されたOECD理事会勧告がで指摘するされSFPの「持続可能な経済開発及び法の支配に対する腐敗食的影響（corrosive effect）」に鑑みて、SFPを原則禁止とする旨社内規定に明記することが望ましい^{48, 49}。**

47 スモール・ファシリテーション・ペイメントについては一義的な定義があるものではないが、例えば、通常の行政サービスに係る手続の円滑化のための少額の支払いとされることがある。条約のコメンタリー9（※1）において、SFPは、『「商取引又はその他の不正な利益を得る又は維持する」ための支払には相当せず、したがって犯罪とはならない』とされているものの、**SFPが腐敗現象（corrosive phenomenon）であることが指摘されている。当該コメンタリー9の記載に鑑みて、SFPは不正競争防止法第18条に規定される「営業上の不正の利益を得るため」の利益供与には該当せず、不正競争防止法第18条違反とはならないと解され得る。**

そのため、OECD理事会勧告（※2）は、OECD加盟国に対して、SFPの活用を禁止又は防止するように企業に奨励することを勧告している。

しかしながら、条約及びそのコメンタリーにおいて、SFPが具体的にどのような支払いであるのかは規定されておらず、また、我が国の不正競争防止法においてSFPに関する規定は置かれていない。したがって、なお、我が国の不正競争防止法においてSFPに関する規定は置かれていない。したがって、SFPに該当するか否かではなく、外国公務員等に対する利益供与が「営業上の不正の利益を得るため」に該当すると裁判所が判断した場合には、不正競争防止法第18条違反となり得る。

※1 コメンタリー9（仮訳）

※2 OECD理事会勧告（仮訳）

} 次スライド参照

48～49 略

※第6回WG提示の指針改訂案からの変更部分は赤字（以降のスライドも同様）

（脚注47続き） コメンタリー 9 及びOECD理事会勧告 仮訳

※1 コメンタリー9（仮訳）

少額の「円滑化のため」の支払は、第1条 1 の意味における「商取引又はその他の不正な利益を得る又は維持する」ための支払には相当せず、したがって犯罪とはならない。いくつかの国においては、公務員に、例えば認可や許可の発行等その職務の遂行を促すために行われているものの、その国以外では一般的に違法である。そのような支払を違法としている国は、良いガバナンスプログラムのための支援をするなどの措置を採ることによってこうした腐敗現象（corrosive phenomenon）に対処でき、またそうすべきであるが、それを国内で犯罪化しても、実際の又は効果的に腐敗現象に対処する補完的な手段になるとは思われない。

※2 OECD理事会勧告（仮訳）

XIV. 特に持続可能な経済開発と法の支配に対するスモール・ファシリテーション・ペイメントの腐敗的影響（corrosive effect）に鑑み、加盟国に対し以下のことを勧告する。

- i. この現象と効果的に闘うため、スモール・ファシリテーション・ペイメントに関する政策とアプローチを定期的に見直すことを約束する。
- ii. このような支払いは、一般に、それが行われる国では違法であり、いかなる場合においても、そのような企業の帳簿及び記録に正確に計上されなければならないことを認識し、内部統制、倫理、コンプライアンス・プログラム又は対策において、スモール・ファシリテーション・ペイメントの使用を禁止又は防止するよう企業に奨励する。

<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/2021-oecd-anti-bribery-recommendation.htm>

3. 【ご指摘2】「代理店（エージェント）」との記載について（指針改訂案 p.43-45）

- 「代理店（エージェント）」を削除し、海外子会社の従業員又はそれ以外の第三者による贈賄行為で適用関係を整理。

（4）海外子会社等や代理店（エージェント）を利用した利益の供与について

ここでは、海外子会社等や代理店（エージェント）の従業員¹⁰²による外国公務員に対する贈賄行為に関し、国内本社従業員が関与している場合の典型例について不正競争防止法の適用関係を整理する※¹⁰³。

※以下の例では、海外子会社等の従業員が、国内本社からの統制、監督を受けていないものとする（3.（2）③も参照されたい。）。

脚注103から移動（スライド7 参照）

①海外子会社従業員と国内本社従業員との間に共謀が存在し、共謀共同正犯¹⁰⁴が成立する場合

②国内本社従業員が教唆¹⁰⁵又は幫助¹⁰⁶し、海外子会社従業員が実行行為を行った場合

③海外子会社の従業員が独自に、あるいは海外子会社のみ指示を受けて利益供与を行った場合

記載箇所変更（スライド7 参照）

③④海外の代理店（エージェント）第三者¹⁰⁹を利用して利益の供与を行った場合

海外子会社ではなく海外の代理店（エージェント）の従業員以外の第三者が利益の供与等を行った場合・・・

102～108 略

109 第三者によって贈賄が行われるリスクについては、第2章1.（4）②（iii）を参照。

4. 【ご指摘3】教唆・幫助が存在した場合の処罰対象について（指針改訂案 p.44-45）

- 脚注107、108（第6回WG提示の指針改訂案における脚注104、105）における大コンメンタル刑法の記載を一部削除。

②国内本社従業員が教唆¹⁰⁵又は幫助¹⁰⁶し、海外子会社従業員が実行行為を行った場合

正犯の実行行為（利益の供与等）が国外で行われた場合で、その教唆又は幫助が我が国国内で行われたとき、実行行為を行った海外子会社の日本人従業員¹⁰⁷については、外国公務員贈賄罪が適用される。これに加えて、我が国国内で教唆、幫助を行った国内本社従業員にもとともに、外国公務員贈賄罪が適用されると解される¹⁰⁸。

二文に修正（スライド7 参照）

105・106 略

107 国内本社からの統制、監督を受けていない、海外子会社の外国人従業員が実行行為を行った場合について、当該外国人従業員には外国公務員贈賄罪は適用されない。教唆犯、幫助犯については、「正犯について不処罰であっても、犯罪論上犯罪が成立しないためではないと考えるべきであり、教唆犯、幫助犯については刑法が適用され、処罰が可能と解すべきである」、~~「もっとも、……特に正犯の行為が行為地法では犯罪とならないものであるときは、その教唆、幫助を処罰することは実質的にみて妥当性を欠くといわざるを得ず、……違法性阻却を認めるべきもののように思われる」~~（大塚仁ほか編「大コンメンタル刑法 第3版 第1巻」87頁、青林書院、2015年）と指摘されている。

108 共犯行為（教唆・幫助）と両罰規定の適用については、「従業者が正犯の場合のみ両罰規定が適用されるとする見解（美濃部達吉・経済刑法の基礎理論48頁）と教唆犯、幫助犯の場合も含むとする見解（総判刑（17）〔金澤文雄〕）が対立している。「違反行為」の文理解釈としては消極説も考えられるが、刑事法においては、一般に正犯の構成要件を記載することにより、その修正形式である教唆犯、幫助犯をも含ませている場合が多いこと（国外犯規定など）、これらの共犯形態についても、選任・監督の責任が問題となることから、積極的に解することが適当と思われる。~~「もっとも、実際上は、このような場合、教唆犯、幫助犯の行為がその属する事業主の業務に関すると認められる場合は余りないであろう。」~~（大塚仁ほか編「大コンメンタル刑法 第3版 第1巻」147頁、青林書院、2015年）と指摘されている。

5. 【追加の修正事項①】「主たる事務所」の解釈について（指針改訂案 p.43）

- 不正競争防止法第21条第11項の規定における「主たる事務所」の解釈につき、脚注99を追加。

③不正競争防止法第21条第11項⁹⁸の規定により、日本国内に主たる事務所を有する法人⁹⁹の代表者、代理人、使用人その他の従業者であって、その法人の業務に関し、日本国外において贈賄行為を行った日本国民以外の者も処罰されることとなる。

98 略

99 一般に、「事務所」とは、法人事務の執行の場所をいい、事務所が1つである場合には、当該事務所が「主たる事務所」になり、2つ以上の事務所がある場合には、活動の中心となるものを「主たる事務所」という（熊谷則一 著「逐条解説一般社団・財団法人法（第2版）」10頁、全国公益法人協会、2021年、林良平ほか編「新版注釈民法（2）」257頁、有斐閣、2011年）。

5. 【追加の修正事項②】その他

改訂案 頁	修正内容
p.8-	役員と従業員の両者を対象とする記載については、「役職員」で統一。
p.11	親会社に対して、海外法令に基づく制裁と不正競争防止法に基づく制裁の可能性があることを明確化。
p.16	脚注47に含まれていた、米国FCPA及び英国UKBAにおけるSFPの取扱いに関する記載を、追加した脚注48に移動。
p.17	「②人事制度」において 「贈賄行為又は社内規程違反行為」を「贈賄行為を含む社内規程違反行為」に修正（前節の「①社内規定の策定」の内容を踏まえると、社内規程が贈賄行為に関するルールを含むため）。 「既に、就業規則や決裁規程、稟議規程など……贈賄行為を対象として明記することが考えられる。」を削除。 「また、社内規程を遵守した従業員を人事評価において積極的に評価することも考えられる。」を「(4)組織体制の整備 ④その他の留意事項」(p.19)に移動（「(3)社内規程の策定」の項目への記載よりも適切と考えられるため。）。
p.19	④その他留意事項に、人事評価に関する記載を追加（上記「②人事制度」の修正内容参照）。 また、贈賄に関する社内規程の遵守であることを明確化するため「贈賄リスクに適切に対処する等して」の文言を追加し、参考情報として、FCPAリソースガイドにおける説明を脚注57に追加。
p.22	「※」の注書きについて、文言を修正。
p.25	「担当取締役・担当者の決定、監査役との連携」を「担当役員との連携」に修正。
p.26	「独立社外取締役」を「独立社外役員」に修正。
p.42	「日本人」の文言を削除（新設された第21条11項の規定により、日本本社の「従業者」と認められ得る海外子会社の従業員は、日本人に限定されないため。）。
p.44	脚注103の記載内容を本文に移動し、「(4)海外子会社等を利用した利益の供与について」に示す典型例において、海外子会社等の従業員が、国内本社からの統制、監督を受けていないものとして整理することを明確化。
p.44-45	「正犯」と「教唆、幫助を行った国内本社従業員」への外国公務員贈賄罪の適用の有無を別々に記載（修正前の記載は、正犯に対して外国公務員贈賄罪が適用されるのは、教唆又は幫助が我が国国内で行われることが前提であるようにも解釈できるため。）。
p.45	「③海外子会社の従業員が独自に、あるいは海外子会社のみ の指示を受けて利益供与を行った場合」について、「国内本社従業員が関与している場合の典型例」には該当しないため、記載箇所を移動。

上記に加え、指針全体において誤記・平仄等を修正。

※改訂案の頁数は「変更履歴有版」（資料4）のもの