〔行事記録〕

海外腐敗行為防止法（FCPA）による企業処罰

マリア・フォン・ティッペルスキルヒ，LL.M.（Columbia）
（佐川　友佳子訳）

1　はじめに

アメリカ連邦海外腐敗行為防止法（FCPA）[1] は、「恐ろしい法」„horrible law“ である―当時、アメリカ合衆国のビジネスマンであったドナルド･トランプは、2012年にアメリカの報道局CNBCに対してこのように述べました[2]。この「恐ろしい法」がこれからお話しするテーマとなります。

このFCPAは、42年前、すなわち1977年にジミー・カーター大統領の下で、アメリカ合衆国の連邦法（federal law）として制定され、その後1988年と1998年に改正されました。FCPAは1977年、外国における外国公務員に対する贈賄に刑罰を科す最初の法律として世界的に話題になりました。FCPAは、アメリカ合衆国法典の第15編（Titel）、つまり資本市場法と証券監視法に関する、いわゆる1934年の「証券取引法」に位置付けられます。FCPAは、刑法に関連しているにもかかわらず、例えば刑法に関する諸規定を内容とする18編の中にあるわけではありません。それには、FCPAの規定の内容がまずはもっぱら上場会社とその代表者に限定されているという事情があります。

2　国別のFCPA手続き

過去数十年間、600件以上のFCPAに基づいた手続が行われました。ここで示すスライドは、FCPAに関係する行為が行われた、あるいは行われたとされる場所を示したものです―100カ国以上に及んでいます。はるか上位に、今日までに62件となっている中国が位置し、次にナイジェリア、イラクが23件で続きます。ただ、この図は、賄賂（と主張されるもの）が流出した国を示したものであって、訴追された者が居住する、あるいは訴追された企業が所在する場所を示したものではないことにご注意ください。

この図とその他のいくつかの統計は、Sullivan & Cromwell法律事務所と協力してFCPAの運用に関して公に利用できる資料を統計的に評価しているスタンフォード大学のウェブサイトから引用しました。必然的にここではアメリカが賄賂の支払いがなされているとされる国としては除

1）Foreign Corrupt Practices Act von 1977（15 U.S.C. §§ 78dd-1, ff.）.

2）https://www.cnbc.com/video/2019/10/09/wholesale-inventories-up-0point2-percent-for-the-month-of-august-lower-than-estimated.html（Minute 14）

外されています。スカンジナヴィア諸国もグレーですが、ここは周知のように汚職に関する問題がほとんどないとされています。ご覧のように、これまで**日本の「公務員」**に対して支払われた賄賂に関してはまだ1つのFCPAの手続もありません。

ただ、驚くべきことに、―もしかしたらご存知かもしれませんが―日本の汚職スキャンダルが、FCPAの導入にとって主たる契機として挙げられるもののうちの一つでした。つまり皆さんの方が私よりも確実に良くご存知でしょうが、かつて日本の首相であった田中角栄が、1976年にアメリカの航空機メーカーであるロッキード社から、日本の航空会社である全日空（ANA）を通じてロッキード社の特定の航空機を購入させるために、300万ドルを受領したとして訴追されました。このスキャンダルは当然FCPAの導入のきっかけとなったもののうちの一つですが、彼はこの法律の下では一度も訴追されませんでした。

3　日本企業に対するFCPA手続き

日本における汚職がこれまでFCPAの対象となっていなかったにしても、2011年から2018年までの間に、日本企業に対しては少なくとも7件のFCPA手続がありました。前述のウェブサイトの統計から明らかになったのは、日本は―当然USAは別として―それどころか国内企業に対するFCPAの執行措置数に関しては世界的にみて指導的な国である、ということです。このスライドから明らかなように、これは高い代償を払った世界選手権です。ここでは、アメリカ当局に支払われる罰金額をまとめました。このデータも一般によく知られています―これらはすべて訴追当局のウェブサイトで公表されており、ご親切なことにスタンフォードの研究者によって統計的に評価されたものです。

4　世界的にみた罰金額と日本企業に対する罰金額の比較

こうした罰金支払いの高さを他との比較で位置付けられるよう、ここでは最も高額の罰金が支払われたFCPA手続と対比してみます。ご覧のように、日本企業に科された罰金額は比較的低いものに格付けられます。日本企業に対してFCPAを根拠に科された最高刑（パナソニックに対する2億8000万ドルで、2018年4月に科されました）は、世界的に比較してみるとさほどでもないように思われます。

5　法規定の内容

この統計的な前提情報にしたがって、ここでは元々の規制内容について、まずは概観してみます。

FCPAは二つの部分に分かれており、うち一方は―いわゆる「反贈賄条項（antibribery provisions）」、15 U.S.C.§78dd-1から78dd-3まで―で、贈賄のみを処罰する犯罪構成要件を内容としています。FCPAのもう一方の部分は、簿記及び決算犯罪と並んで、内部統制制度の欠如及

びコンプライアンス違反に制裁を科す構成要件を内容としています（15 U.S.C. § 78m）。

後で再びより詳しく個々の構成要件を振り返りますが、ここでは―大まかに―その基盤に触れておきます。

贈賄禁止につき問題となる*行為者*は、以下の３つの法人及び自然人のグループです。

⑴ いわゆる「**発行者 issures**」―これはアメリカ株式市場への有価証券の発行者またはその他アメリカの証券監視に登録義務がある企業（ここではアメリカの発行者と呼ぶことにします）

⑵ いわゆる「**国内関係者 domestic concern**」（これは、USA に所在する企業、ならびにアメリカ市民又はアメリカに居住する個人です）、そしてこれと並んで

⑶（1998年以降、OECD〈経済開発協力機構〉条約への対応上）それ以外の者もですが、アメリカの領域でその行為がなされなければなりません。

こうした行為者には、いわゆる「外国公務員（foreign officials）」（おおよそ「外国の公職者」に対応）に対し、「ビジネス（広義の取引の締結）」をもたらし、又は確実にするために、金銭や「何らかの価値のある利益（anything of value）」を提供、約束、又は保証することは、刑罰で禁止されています。

会計簿規定及び内部統制規定につき問題となる*行為者*は、Issuers、すなわち発行者だけです。これは「in reasonable detail」，**すなわち「合理的に詳細な」**会計簿を作成しなければならず、かつ十分に確実な統制制度（法規が遵守される**合理的な保証を提供すること**）を要求しています。こうした義務の違反は可罰的です。

みなさんにとってはいくらか驚くべきことかもしれません。FCPA の諸規定の第二部に対する違反は―贈賄禁止に対するものとは異なり―アメリカと外国との何らかの関係や贈賄の嫌疑すら必要とすることなく、ありえます。つまり FCPA は、その名から想定されるよりも非常に多くの事例に適用することができるのです。

では、これらの規定をどのような場合に適用するのでしょうか？1970年代の中頃、FCPA の導入のきっかけとなった著名な事件にはしばしば以下のような共通項がありました：つまり、贈賄の支払いに利用された金銭は、会計簿上、正確に反映されずに、別に「隠して」記録されたのです。これをドイツ語では「Schwarzen Kassen（裏金）」、英語では「Slush Funds」と言います。こうした元々の贈賄が証明できなくなるかもしれない事例を訴追できるよう、FCPA の第二部を統合することに賛成がなされました。

皆さん方にとってこうした驚くべき構成要件に対しては確実に多くの質問があるでしょうが、もう少しお待ちください。FCPA の訴追と執行について若干お話したいと思います。最後にすべてのことが関連していることがお分かりになるかと思います。

6　二元的な執行

FCPA の訴追とその執行は二重のシステムの中で行われています。つまりこの問題は、一方で

は司法省（略称 DOJ）、その中でも刑事局内の詐欺部門の中の30名の検察官がいる FCPA 部に管轄があり、他方、アメリカ証券取引委員会（略称 SEC）にも管轄があります。全ての関係者のオフィスがワシントン D.C. にあり、非常に中央集権化されています。

その際、以下のように配分がなされています：SEC は、上場会社に対する民事法上及び行政法上の全手続につき、DOJ は FCPA ならびに非上場会社と自然人に対する民事法上の全手続につき管轄を有しています。

どちらがどの程度頻繁に担当しているのか、と疑問がおありかもしれませんので、次のようにお答しておきます：つまり両者ともに同じ程度担当しています。なぜなら、事案には様々な見方があるからです。DOJ と SEC の両者がその管轄を肯定される事案では、両者がその捜査手続に関与し、そして典型的にはこれらが同じ日に終結するということがよくあります。

7　検察的コモン・ロー

以下の検討の対象は、法律上の諸規定の叙述に良くあるように、個々の構成要件要素とその解釈です。それに先立ち、多少長く複雑なことをお話ししておきたいと思います。FCPA の執行が極めて特殊なのは、それが**限定的な範囲でのみ司法統制**下にある、ということ、つまり、その可能性がなかったからではなくて、それが限定的にしか認められないからなのです。これはしばしば「**検察的コモンロー**」と称されます。この意味は、二つの機能の組み合わせに由来します。

第一に、USA では、FCPA 手続を裁判外で―換言すれば―**司法統制なしに**終結する―**可能性**があり、**第二に**、FCPA 手続の被疑者である企業にとっては、ほとんど全ての手続を裁判外で終結させる帰結に至る可能性を保証する、「アメとムチ」原則への**強いインセンティブ**があるのです。

8　FCPA 手続きの裁判外終結の可能性

FCPA 手続を裁判外で終結させるためにはどのような可能性があるのでしょうか？ここでも両執行当局で細分化されています。つまり

DOJ

- **不起訴合意** NPAs（Non-Prosecution Agreements）：これは双方が交渉し、裁判所には提示されないものです。NPAs は「法的評価を伴う事実」について非常に簡略な要約を内容としています。しかし、これらの事実が実際に存在したか否か、あるいはそれらが存在したとして、法的評価をそもそも支えるものであるのかにつき、統制は全く生じません。
- **起訴猶予合意** DPAs（Deferred Prosecution Agreement）：これは裁判所に申し出るもので、本質的に刑法上の起訴状と見た目は同じです。しかしながら DOJ は、企業が問題のある態度に責任があると認め、そして一連のコンプライアンス措置に同意すれば、企業の刑法上の訴追を延期するつもりであると表明します。標準的な期間が経過した後に DOJ は提起した起訴を取り

下げ、そして刑事訴追はなされないままとなります。（これをいわゆる有罪答弁合意〈plea agreement〉と混同してはなりません。その場合、起訴された企業は「起訴の趣旨で有罪」であることを認め、その代わりに軽くなった刑罰が科せられます）

- **利益吐き出しを伴う不起訴処分**（Declination with Disgorgement）：これは2017年以来「より軽い」バリエーションとして 存在するものです。ここで予定されているのは、一定の状況では汚職的な振る舞いによって獲得された利益だけを吐き出させ（disgorgement）、それ以外は、刑事訴追を見合わせる（decline to prosecute）というものです。「加重事情が存在せず、企業が自らの逸脱行動を任意で公にし、完全に協力し、全ての違法結果を遅滞なく適切に除去した」場合に、この可能性があります。

ここでSECの訴追処分を裁判外で解決する可能性について触れておきます。通例、これはいわゆる「settled enforcement actions」によってなされます。興味深いことに、各発行者にはSEC側の主張を受け入れることは要求されません。非難されている行為を認めることなく終結させることができるので、「否定も肯定もしない和解」と称されます。

これに関しては、私がNYにいた時に、ある重要な事案をほぼ直接に体験しました。私が通ったコロンビア・ロースクールの教授の一人である、Rakoff裁判官ですが、彼は非常に有名なNYの連邦判事です。

SECがCitiグループと取決めた「肯定も否定もしない和解」がSECによって彼に提示されました。これはFCPAの事案ではありませんでしたが、その手段は当然に別の法律違反にも適用されます。ここでは金融危機を背景としたCitiグループの職員の行為が問題となりました。当該非難は、具合的には以下のようなものでした。Citi銀行は、投資家に意図的にいわゆる「有毒の不動産担保証券（toxische hypothekenbesicherte Wertpapiere）」を売却し、そしてそれによってその投資家らに7億ドル以上の損害が生じました。そこでRakoff判事には、次のような和解が示されました。Citiグループには2億8500万ドルの罰金支払いが義務付けられるが、元々の非難については言及しない、つまり、認容も否認もしない、というものです。Rakoffはこの取決めを追認することを以下のような理由で却下しました。つまりその根拠からは、この取り決めが「公正で、合理的、適切かつ公益のため（fair, reasonable, adequate and in the public interest）」であるか否かが評価できない、というのです。Rakoffは、Citiグループが主張された損害を生じさせていなかったとすれば、高額の金銭を徴収することは投資者や社員に対して不公正となる、と述べました。しかしこの銀行が実際に7億ドル以上の損害を生じさせていた場合には、2億8500万ドルの罰金では不十分なのだから、その場合には、なおさら銀行にとっては高いものではないことになります。

しかし私がRakoffの下で学んだ2014年、第2巡回区裁判所はRakoff判決を、裁判官としてSECの評価特権（裁量権 discretionary powers）を見誤った、との理由で破棄しました。同裁判所は、その際、「法廷では主として真実が重要であるが、SECの合意では主としてプラグマティズムが重要である（trials are primarily about truth, whereas［SEC settlements］are primarily about

pragmatism.)」、との著名な引用句でこのことを説明しました。

さらにSECは2010年以降、手続きをNPA又はDPAによって終結させることもできます。

9　裁判外手続きに対するインセンティブ

こうした可能性につき、今ではこれらを利用しようとの強いインセンティブが生じています。当局の観点からは、以下の点で利益があるのは明白です。つまり、裁判手続は、リソースを集約することになり、失敗するリスクもあります。加えて、訴追当局とそこで活動する個々人の権限が強くなればなるほど、その解釈権はより強固なものとなります。また、関与した企業ないしその責任者の観点からしても、裁判外の手続終結の利益は非常に大きいのです。

これとの関連でよく挙げられる要因は、いわゆる「Arthur Andersen効果」です。これはかつて会計事務所Arthur Andersenの解散に関連するもので、それ以前、世界にはいわゆる「5大」会計事務所がありましたが、現在では「4大」事務所になっています。多くの方が2000年代のアメリカのエンロン・スキャンダルを覚えていらっしゃるかもしれません。USAでもっとも巨大な企業の一つであったエンロン社は、会計資料を完全に偽造し、アメリカ社会の大半を欺きました。そこでこれに関わった会計事務所が起訴されることは当然でした。しかし、Arthur Andersenの上層部は、関わった会計士の無実を宣言し、そして非常に勇敢なことに事務所の無実を法廷で主張しました。しかし、Arthur Andersenは、2002年に陪審で有罪を宣告され、会計士としての免許を失い、そしてその結果、破綻しました―この件に関与していない世界中の何千もの従業員にとって壊滅的な結果となりました。最高裁判所はArthur Andersenの有罪宣告を2005年に全員一致で破棄しました―つまり事務所は実際には有罪ではなかった―にも関わらず、「実質的な企業に対する死刑」という結果は、この時点でもはや後戻りすることはありませんでした。それによって、Arthur Andersen効果とは、企業の直面する「死刑」に対する恐れが、当該企業の代表に、対決的な訴訟遂行には関わらせないようにさせる懸念を意味するものとなっています。

裁判外の手続終結に乗り出す更なるインセンティブは、相応する態様を公共の知覚に呼び覚ます効果にも見出すことができます。そこで、その間「責任を自覚した」企業に期待されているのは、公に説明すること、当然に「隙のない説明」をし、そして広範に、法律に完全な効果を得させることに寄与することです。

結局は、一般的に「制裁格差」と称されるものが、大きな役割を果たします。

10　制裁格差の算定

こうした制裁格差とされるものの基本的特質をこのスライドで少し見てみましょう。ここで考慮されるべきは、FCPA違反に対する一部ではかなり重い刑罰です。企業の見地からすれば、裁判手続のチャンスとリスクは、裁判外の手続のそれと比較しなければなりません。裁判手続の場合には、周知のように、一定の無罪判決の蓋然性はありますが、それはほとんど見積もることは

できません。これに対して裁判外の終結は、いずれにしても刑事上の支払いを負うことにはなりますが、通例、裁判で言い渡される刑と比べると20－50％は割り引かれます。

このことに鑑みれば、企業として裁判手続の方を選択するためには、非常に高い無罪の蓋然性を計算しなければならないでしょう。企業の決定に関与した個人の見解から―つまり事前に主張された可罰的行為に責任のある者ではなく、企業自体が協力をするかどうかを決定する者は、次のように考えます：その決定とは、ここで２億ドルの支払いをして「この問題を終結する」ことであり、通例、賢明なものであるとして合理化されます。しかし裁判手続に関わるという決定は、これによって後に４億ドルの刑事上の支払いをすることになった場合、正当化することは難しいでしょう。

上で述べたことを確認しておきます。つまり裁判外でFCPAを追求することで、構成要件要素に関して法的に確認された判決に至ることはほとんどない、ということです。

11　FCPA解釈の手引き

つまり裁判所の判決が出されることは稀であり、FCPA事案が最高裁で判断されたことは未だありません。それゆえ、ここではFCPAの適用に対する「公的な解釈補助」を簡単に取り上げます。

はじめに、意見公開手続が挙げられます。これはすでに1980年代以来存在し、DOJによって提供されている「サービス」です。それ以来、およそ60回用いられた比較的稀なもので、最後はおよそ５年前の2014年11月でした。そこでは、申請に基づき、具体的な事実がDOJによってFCPA違反として訴追されるのかという問いにつき当局が検討しました。現在ないし将来の事実のみがその対象となり得ます（つまり過去または抽象的な事実はそうではありません）。

もっとも、DOJがそうした手続の中で与えた答えは、特定の法的問題につき拘束力があるものではありません。それはいずれにしても、その時々の具体的な事案にのみ適用可能なのであって、先決判断の過程を確約するものではないのです。既に述べたように、これは今日まで大きな意味はありませんでした。

それゆえ、むしろFCPAの解釈に対する最も重要な源泉は、いわゆる「合衆国海外汚職行為法に対するFCPAのリソースガイド（以下、ガイド）」です。これは７年前の2012年から、当時、アメリカ司法省（DOJ）の刑事局及びアメリカ証券取引委員会（SEC）の執行部の代表であったLanny A. BreuerとRobert S. Khuzamiによって編集されました。このガイドは、インターネット上、無料でダウンロードできます。これは10章212頁あります（最後の30頁はFCPAの条文です）。ここにその表紙をそのままコピーしましたので、どのようなものかがお分かりになると思います。

ここで両編者BreuerとKhuzamiの署名がご覧になれるかと思います―この両人はもう長らくここでは働いていないのですが、今日に至るまでそこに名前があります。この特殊性についてここで少し詳細に立ち入ってみたいと思います。私見によれば、これはドイツの観点からも、日本の観点からも、少なくとも「特異」と思われるからです。

Lanny　BreuerをグーグルでGoogle検索したならば、既に2013年に、つまり、ガイドの出版の１年後

に、ワシントンの法律事務所である Covington & Burling のパートナーに転職したことが容易に確認できます。FCPA 問題に対する助言に、これに関して最も重要な書類を編集した人が関与する場合、法律事務所として一定の「上乗せ分」をタイムチャージ単価に基づいて請求できるということは、今日、全く大胆な命題ではないと思われます。

私にはそのことは全く問題ではなく、むしろ、「回転扉」、つまり「Revolving Door」という USA で一般的とされる現象、つまりある人が、ある官庁やその官庁が関係する研究所から、通例、あちこちへ移動することが問題であると思われます。私が理解している限りでは、これは日本語で「天下り」と言われるものとは根本的に区別されます。というのも、私が正確に理解しているとすれば、天下りは一度限りで「天から降りてくる」だけ、つまり、公職から民間に転じることは、通例、年金受給年齢に達した後に考えられているからです。

これに対してアメリカの「回転ドア」は、その人のキャリアの中で何度も回転するのです―とりわけ法律家は何度も、訴追当局、法律事務所、そしてしばしば彼が助言した企業をあちこち移動します。SEC 訴追局のかつての長だった Robert Khuzami は、この点、印象深いケースです。SEC 以前の時代、彼は、検察官、弁護士、ドイツ銀行の法律家でもありました。2013年、つまり、ガイドの出版後すぐに、彼は、Kirkland & Ellis 法律事務所のパートナーになり、5 年勤務しました。2018年に彼は、マンハッタンの検察官になるために Kirkland & Ellis を辞しました。この転職を機に、彼は2017年の収入を公開せねばなりませんでしたが、1100万ドルでした。Khuzami は検察官となっておよそ 1 年後のつい先頃、再度職を転じ、現在は投資銀行であるグッゲンハイム・パートナーズで仕事を始めています。

こうした説明によってアメリカの司法制度に関する「陰謀論（Verschwörungstheorien）」を流布したいわけではありません。このことは、私も共に働いた多くのアメリカの法律家にはそもそも疑わしいとは思われていない、オープンアクセスの情報です。私自身は、NY にある大きなアメリカの法律事務所で 2 、 3 年勤務しましたが、私の上司は全て彼らのキャリアの中で少なくとも一度は有名な「回転ドア」を通ってきました。このことは当然に経験則上耐えうるデータではありませんが、私の個人的な経験によれば、こうした制度の中で何度も様々なポジションを得ているという状況が、何よりも、すべての関係者がより一層努力することに繋がっているのです。自らのキャリアの進展が、すべての分野における名声に左右されるということを知っていれば、おそらく常にすべての基準に応じて特に完璧であろうと努力するでしょう。私はここでアメリカの回転ドアという制度を擁護したり志願したりしたいわけではありませんが、訴追当局と民間との間で情報と知見があちこちに移動し「流動」しうる場合、これはシステム全体にとっては利益となっているように思われます。

ここで脱線は終わりにします。重要なのは、ガイドが包括的な解釈の手助けを提供し、FCPA 部門の「標準業務」に属すものであることが明らかになったことです。しかしこれはそれ自体で法措定的な性質のものでも、適切かつ包括的に現在の判例を模倣するものでもありません。訴追当局で主張される見解であってそれ以外のものではありません。

裁判所は―FCPA の問題を決定する場合には―当然それに縛られているとは感じません。たと

え既に時おり逸脱するような解釈がなされていても、訴追当局は、それを考慮した第２版を発行してはいません。

12　贈賄禁止規定の内容（１）

では、ここでは実際の構成要件問題、さしあたり贈賄構成要件についてです。最初の問いは、当然次のようなものです。つまり、そもそも誰が行為者たりうるのでしょうか？既に示唆したように、法律は上述の３つの行為者類型を挙げています。

こうした要件が充足されなければ、問題とはなりえない、と考えるでしょう。しかし前にお話したことをここでよく考える必要があります。

JGC 事例（2011年 DPA）

DOJ によって公表された文書から次のことが読み取れます。つまり、「この企業は当初、裁判管轄を盾に協力を拒否したにもかかわらず」、JGC の自発的な協力は制裁を量定する際に肯定的に考慮されたということです。いわゆる「事実陳述書（Statement of Facts）」からは、次のようなことが読み取れます。

JGC は、アメリカの株式市場の一覧にない日本の会社でした。JGC はポルトガルの会社によって運営されている合弁事業に関与していました。このポルトガルの会社のイギリス人従業員が、ナイジェリアの外国公務員に贈賄をしたとの非難を受けました。一見すれば、どうして JGC がここでそもそも行為者たりうるのかは明白ではありません。DPA においても根拠づけられません。

しかし、これに対する根拠は、ガイドの中に見出されます：共同の行為遂行の事案では、非行為者に、共同正犯者の行為者身分が帰属されます。コンスピラシー（共謀：conspiracy）に基づき、共犯責任（accomplice liability）が問題とされるのです。では、「共犯（accomplice）」とは誰なのでしょうか？合弁事業にはアメリカの企業も関与していました。両者が同じ事業に投資していたことから、DOJ は、ガイドから明らかになる共同正犯性を導き出し、そしてそれを介して、共同正犯者の行為者身分（国内関係者）を日本の企業にも帰属させたのです。

上述のように、それは FCPA ガイダンスからの「テーゼ」ですが、それが本当に「正しい」のかどうかは、これまで分かっていませんし、結局今日まで決着がついていません。前に述べたように、企業には、FCPA の非難に関し、対決的な裁判手続きを回避する大きなインセンティヴがあります― JGC はその関連で、裁判手続きをあえて取ろうとは思わなかったのでしょう。

しかし、行為者として問題となる個人については別であるように思われます。これについて Hoskins の事案を見てみましょう。Laurence Hoskins は、イギリス人であり、フランスのエネルギー・コンツェルンである Alstom 社（前にスライドで見ましたが、FCPA 違反に対し７億7200万ドルを支払いました）のマネージャーでした。このイギリス人である Hoskins は、フランスのコンツェルンの従業員でしたが、2003年より前に、E メールで、外部の「コンサルタント」を介して贈賄がなされていることを知ったとされました。

Hoskins 自身はアメリカ市民でもアメリカの居住者でも、またアメリカ企業の代理人（Agent）でもなかったので、国内関係者ではありません。にもかかわらず、DOJ は、その起訴で、USA（コネチカット）に Alstom の子会社があり、Hoskins がそこで「共同で」働いていたことから、彼にその行為者身分（というのも子会社は当然国内関係者です）が帰属されうるので、Hoskins には行為者としての身分があるとしました。Hoskins は高い弁護士を雇う余裕があったので、それを第 2 巡回区裁判所まで持ち込み、裁判所は2015年、共同正犯としての帰属が法的に、詳しくは「Gebardi 原理」という名の法原則を理由に、不可能である、と判示しました。Gebardi は、20世紀前半のある法律に関する事例です。それによれば、男性には、女性を売春目的「又はその他不道徳な理由から」州境を越えて移送することは、刑罰で禁じられています。1932年の Gebardi 事件は、ある女性が、未婚で男性と交際し、一緒に USA 中を旅行したとしてこの法律に基づき有罪とされました。彼女自身は女性であり、法律は適用されませんが、しかし彼女は男性と共同で行為したので、その「男性性」が帰属される、とされたのです。この事件は最終的には最高裁で終結し、次のように判示されました。女性は、「男性としての」コンスピラシー法に関しては処罰されえ**ない**とされました。なぜなら、彼女は女性として、当該法律の身分者ではありえないからです。ここから、ほぼ100年来、アメリカの法律学上、次のような原則が導き出されています。特別の*一身的*な刑罰基礎付け要素のない場合、処罰されない―そうでなければ立法上の決定（＝無罪）になる、ということです。（ドイツ刑法学の専門家は、この問題がおそらくドイツ刑法典28条 1 項の刑罰を基礎付ける特別の一身的要素であることを想起されるでしょう）

つまりこの原理を、第 2 巡回裁判所は Hoskins の事案に適用し、そして、刑罰を基礎付ける特別の一身的要素である「国内関係者」は、自身は身分者とはみなされない人には、共同正犯性（コンスピラシー）を理由としては帰属されえない、ということを認めたのです。

しかし注意すべきは、第 2 巡回裁判所はこれで Hoskins を無罪としたわけではない、ということです。むしろ、この事案は事実問題に関して差戻されました。というのも、第11巡回裁判所の見解によれば、国内関係者であり Alstom USA の代理人として活動していた、ということについて Hoskins の代理人（agent）としての地位が基礎付けられる、とされたからです。

今年 8 月に Hoskins は「迅速な裁判原則」違反を理由に、彼に対する手続打切りを求めました（Hoskins は既に2004年以来、もはや Alstom で雇用されておらず、その行為は少なくとも15年前のことであって、彼に対する起訴は2013年、つまり 6 年前になされていたことを知っておかねばなりません）。打切りはされませんでしたが、その代わり、Hoskins は本日の講演から約 2 週間前（2019年11月 8 日に）Alstom のアメリカにある子会社の「代理人」として行為したことを理由に有罪とされました。

ただコンスピラシー―つまりは共同正犯性が、FCPA の行為者性を基礎付けるのに十分であるのか、という第 2 巡回裁判所によって決定された別の問いに鑑みれば、DOJ が、そのガイドで確立した立場を今後の手続において修正するのか、あるいはその立場を別の巡回裁判所で更に推進するのかは更に待たねばなりません（場合によっては最高裁が判断するまで）。

では別の構成要件についてみてみましょう。「**外国公務員（foreign official）**」とは何でしょう

か？非常に争いがあります。FCPA自体の簡略化した法律上の定義は以下のようなものです。「外国政府もしくはその部門、部局もしくは**機関**の幹部もしくは職員」。伝統的には当然にとりわけ外国の官僚が考えられていました（政治家、高権的任務を遂行する高官も）。

しかし「部門」「部局」および「機関」という概念は法律上定義されていません。その点、特に重要なのは次のような問いです。ドイツ語では、**公的に運営されている利益指向的な企業**と称される、いわゆるSOE（国営企業）の従業員は、どう位置付けられるのでしょうか？

これについて上述のガイドでは、そうしたものは「機関」と評価される、という見解が主張されています。これについて上級審で判断された数少ない事案のうちの1つが、かつてフロリダ州マイアミのTerra Telecommunications Corporationの従業員であったJoel EsquenaziとCarlos Rodriguezに対するものです。

2012年に彼らは、ハイチの通信会社である「Haiti Telco」の従業員に贈賄をしたとして、贈賄構成要件を根拠に15年と7年の自由刑を言い渡されました。この通信会社はハイチ政府の「機関」ではなく、その従業員は外国公務員ではないし、その贈賄は、FCPAによって把握されるものではない、との弁護が法廷で展開されました。むしろ「商業上の贈賄」又はドイツ語でいう「商取引における贈賄」が問題だとされたのです。

第11巡回区裁判所（つまりフロリダ、ジョージア、アラバマ各州の最高裁）は、2014年、「機関」という概念は、ケースバイケースで判断されるべきである、と判示しました。弁護側が展開したように、そこでは「高権的任務」が行使されているどうか、あるいは規則に従った統一体が政府の一部なのかは問題とならない、とされました。むしろ、個別事例においては、会社が第1に「政府によってコントロールされており、第2に、政府それ自体とされる機能を果たしているか」という問いに答えられねばならないとされたのです。こうした事情の下、外国政府の「機関」が問題となる場合、その従業員は外国公務員と評価されることになりました。

これがそうなのかは、第11巡回区裁判所によれば様々な要素に基づいて評価されるべきものとされます。例えば、コントロールがあったか、つまり、その政府がその企業の過半数部分を占めているか、その政府が、指導レベルにある人物に影響を及ぼすことができるか、どの程度、政府がその企業の利益から儲けを得るのか、補助金を与えているのか、どれほどの期間こうした兆候があるのか、といったことに左右されるのです。

政府それ自体とされる機能を企業が果たしているのか、との問いについては、再度、様々な要素が重要とされますが、とくに、政府がその機能を独占しているか、その企業が政府によって補助金を与えられ、それによってその任務を遂行することができているか、その企業は当該国の全国民にサービスを提供しているか、そして政府自身がその企業が「政府機能」を果たしているとの見解に立つか、が問題となります。

最高裁判所がこの事案を退けて以降、これは今日まで依然として「外国公務員」の問題または「機関」の定義に関する下位問題につき、上級審が決定した唯一の事案です。

ここ15年、30以上の裁判外で終結した手続の中で、公的保健機関の従業員、つまり医師、看護師、助産師等が、例えば、薬品コンツェルンに一定の製品を使用するようインセンティブを受け

た場合、「外国公務員」として扱われます。これについてはこれまで裁判所の判断はありません―もしかすると、これまで個人が起訴されたことがないのが理由かもしれません。

次の質問です。「価値のある物（anything of value）」または**価値のある利益**の下で理解されるのは何でしょうか。このことも細かい点で争いがありますが、いずれにしてもアメリカ訴追当局の見解によれば、外国公務員の構成員に対する支払いのない実習、外国公務員と近い関係にある慈善組織への寄付も該当します。

実習について（「太子党」、「顧客推薦プログラム」、「ご子息ご息女プログラム」も）［訳者注：中国の高官等、有力者の親族等に対する企業の実習や縁故採用を指す］これにはここ数年で大きい金融機関が該当しました―つまり

BNY Mellon Corp.　2015年８月（$14,800万）
Qualcomm 2016年５月（$7,500万）
JPMorgan 2016年11月（$202,600万）
Credit Suisse 2018年７月（$7,700万）
Deutsche Bank 2019 年７月（$16,200万）
Barclays 2019年９月（$6,300万）

ここでは「採用の見返り（quid pro quo hirings）」が問題となっており、部分的には、「縁故雇用」と売上げを比較する、内部的な表計算ソフトが与えられているのです。このことは直感的には納得のいくものではないでしょう―これにつき、かつてのSEC委員が数年前にウォール・ストリート・ジャーナル紙に次のような記事を書きました：「アメリカの機関を歩いて回れば、議会、連邦裁判所、大企業、ホワイトハウス、世界中のアメリカの大使館、証券監視委員会（SEC）すらでも、権力者、金持ちの友人や家族に出会うだろう」。しかし要するに、いずれにしても、HR領域のコンプライアンス規定が、支払いのない実習についてさえも、ここ数年来、上述のFCPA手続の結果、著しく重要な意味を持つようになってきていると言えます。

ここでは主観的構成要件である、アメリカ法におけるいわゆるMens Reaについて見てみましょう。

「事業を取得又は確保することを意図して（intended to obtain or retain business）」とは何を意味するのでしょうか？その典型は、当然、官公庁との契約です。しかし、第５巡回区裁判所によれば、贈賄の金銭が税金及び関税特権を得るためだけに支払われた場合にもありえます。しかし前提とされているのは、*それが事実的に事業の取得又は確保を可能にするほど包括的なものでなければならない*、ということです。第５巡回区は、それが常にそうだとすれば、構成要件要素の意味がないだろうと述べました。

贈賄の支払いは、その目的に鑑みれば、「汚職的に（corruptly）」に、つまり、違法な効果をねらって、英語では「自発的かつ意図的に、不法な目的又は結果、又は不法な方法又は手段によっ

て合法的な目標又は結果を達成するという悪質な目的又は有害な動機をもって」なされなければなりません。このことは、その限りで、対応する「汚職の意図」で十分であって、不法の取決めは問題とはなりません。

「意識的に（Willfully）」という構成要件要素はFCPAの刑法的文脈の中でのみ意味があり、行為者が行為時点で何らかの「一般的に違法」なことをしていると分かっていたことが前提となっています。FCPA違反という固有の認識は必要ではありません。その要請は例えばドイツ刑法17条の意味における違法性の意識と比較できます。

13　贈賄禁止規定の内容（2）

さらに、いわゆる構成要件阻却要素または「抗弁（Defenses）」もあります。このことは1988年になって新たにFCPAの中で認められました。

ドイツから見ると特殊なのは、ドイツ刑訴法上の原則からは逸脱的ですが、「抗弁」を考慮して、挙証責任を被疑者に負わせるということです。このことは、企業ないしその組織、従業員が―FCPAの構成要件を充足する事例で―「抗弁」としての法的評価をもたらし、そして刑罰阻却を導くような事実を立証しなければならない、ということを意味します。

犯罪構成要件の例外は、第1にはいわゆる円滑化のための支払い（Facilitating Payments）**です。**そこで考えられているのは、元々、構成要件に該当する贈賄の支払いは、「決まり切った行政的措置」の確保ないし促進ということです。

刑罰を阻却する効果を持つのは、一方では受領国の法律によって、**支払いが合法であることです**（Lawfulness under local law）。もっとも、この規定は、通説の理解によれば、汚職的ないし不正な（上記参照）―利益供与は世界的に法規定で合法とされているところはないために、実務上はさほど重要性ではありません。

広告宣伝費（Promotional expenses）：これは、宣伝と契約履行のための支払いです。しかし本質的には、外国公務員、政党、政党メンバー、又は継承者の名によって、又はその名において生じ、そして直接関連するもの、つまりは製品の披露又は説明、業務；又は本来の契約の履行又は実現を手段とする、旅費及び宿泊費が該当します。

注目すべきことに、例えばイギリスのBribery Actとは異なり、FCPAの関連では、**コンプライアンス抗弁は存在しません。**これについては後ほどより詳しく、従業員に対する企業の刑法上の負責との関連でお話しする予定です。

その限りで、アメリカ法による、「**使用者責任**（Respondeat superior）」原則が妥当します；これは、事業主（企業の自然人）が彼の業務補助者の許されない行為につき責任を負う、つまり、従業員又はその他の代理人が、現存する監視的なコンプライアンス体制に、秘密裏に違反した場合にも責任を負う、ということを意味します。

これは現在のドイツ法とは**根本的に異なり**ます。ドイツには、中心的には監督義務違反が問題となる秩序違反法130条のいわゆる事業主責任があります。事業主は、つまり、業務補助者による

法律違反に責任を負うのではなくて、業務補助者を十分に監督していなかった点にある自己の義務違反の責任を負います。また、例えばカナダやオーストリアとも違います―いわゆる「controlling minds」、つまり執行部と上位の経営陣による可罰的な行為のみが帰属されるからです。

14　FCPA 違反に対する訴追の「新たな時代」?

この規制の内容に関して簡単に概観した後、法領域全体の非常に興味深い観点と思われるFCPA の執行に関する歴史的特殊性に立ち返りたいと思います。2000年代初期以降、「新時代」、つまりFCPA 違反に関する訴追の新たな時代が話題となっています。なぜかは、このスライドからすぐにわかります。

ご覧のように、FCPA の執行は、1977年から2000年代の中頃には全く「存在しなかった」わけではなく、時折主張されはしましたが、比較的稀でした。2000年代の中頃に、FCPA 違反の訴追が、措置の数に関しても、企業に対する制裁金の高さでも増大したのです。

15 「新たなFCPA 時代」について可能性のある原因

この原因に関する問いは、極めて魅力的であると思います。当然、このドラスティックな展開に対する原因については、色々と推測されました。このスライドでは、公の議論で特に良く挙げられており、私には少なくともある程度納得のいく、可能性のある原因をまとめてみます。

第一には、ビジネスの世界がグローバル化していることです。FCPA が―少なくとも、贈賄規定に関しては―より多くの企業がグローパル領域で活動するようになればなるほど、より頻繁に該当するようになります。ビジネス世界で増大するグローバル化によって、FCPA に対するより多くの違反も、それに応じてより多くの捜査手続きも予想されます。世界がこの100年で自然と常にグローバル化してきたことを我々は知っています。しかし、こうした発展は、2000年代の中頃にはじめて始まったものではなく、また、2000年代の初頭以降の手続のドラスティックな増加そのものとして明らかな急増を経験しました。

別の見方は、2002年に施行されたサーベンス･オクスリー法（SOX）です。これは404条で、発行者に、その内部統制の効果を規則に従って評価し、証券監視委員会にこれを報告するよう義務付けています。企業がこれによって、疑わしい、特に外国の子会社と結び付いたような取引を詳細に調査する契機を生じ、財務報告目的の会計簿及び記録が、発行者によって強化されるようになります。FCPAの領域で自己申告する大きなインセンティブが導入されたことで、2002年以降、訴追処分が増大したと理解できるように思われます。

訴追当局の経済的及び人的強化：FCPA 領域の人的及び予算リソースは、ここ10年で訴追当局の側でも、おそらくは、特にその高い「採算性」を理由として、一部では何倍にもなりました。このことがより多くの執行処分を帰結しているようです。

汚職訴追に対する外国当局のより強い関与：上述のように、FCPA は1977年の公布の際には先

駆的法律でした。ドイツでは例えば外国公務員に対する賄賂は1990年代まで処罰されなかっただけでなく、それどころか税制上、控除が可能でした。これについては世界的にかなり変容しました―特に1988年のOECD条約によって。全世界のこの領域の検察がより積極的になり、さらに捜査の際に一部で共働するようになって以来、アメリカ当局による訴追処分に対するより多くの手がかりも生じています。

NPAとDPAの導入：しかし、FCPA手続きの増加に一番大きな影響を与えたのは、おそらくNPAとDPAの導入でしょう。前に詳しく検討したように、企業にとって、裁判外の手続終結に乗り出すというインセンティブを通し、執行当局がそうした事例に裁判で「勝つ」に違いないという蓋然性は減少しました。

しかし目立つのは、いずれにしても、2004年のDPAとNPAの採用以降、DOJの全てのFCPA処分のうち75％がこの方法で終結しているという状況です。

16　議論

ご想像通り、FCPA実行のこうした「新時代」は活発な議論を呼び起こしました―USAの内部でも外部でも。こうした展開は、どのように評価されるべきでしょうか？FCPAは本当にかつてドナルド・トランプが主張したように「恐るべき法律」なのでしょうか？

一方では、FCPAにおける裁判外の終結についての可能性とインセンティヴの組み合わせが（「検察的コモン・ロー」概念の説明を思い出されるでしょう）裁判的統制が欠けることとなっているという状況は、法治国家的観点からは既にそれ自体、非常に問題のある展開です―権力分立の観点からみても。

しかしこれとの関連で頻繁に主張されるのは、経済的論拠です。これによれば、企業に対する目下の執行実務は、不確実であり、そしてこれによってFCPAの遵守に対するコストが増加しているとされます。特に懸念されるのは、企業が、後から責任を負うことを危惧して外国の顧客開拓を縮小する、あるいはその他、潜在的な顧客獲得目的のため過度なデュー・デリジェンス調査を実施する、又はFCPAの責任を負うことを恐れて、別の方法で、利益の上がる外国の商取引をすることです。

他方で、実務の点からは、現在の訴追実務が、汚職を考慮した国際的取引の統制にとって歴史的にユニークなインセンティヴを作り出したことは認められねばなりません。つまり、民間部門は、現在多くの事案で、検察の基準値に従って働いているかつての検察又はその他の弁護士が、基準に沿って汚職刑法上の捜査を遂行することに、支払いをしているのです。これはもちろん納税者のコストになっているわけではないですし、それと結びついたリソースの限定もありません。

個人的にはこうしたプロセスの法治国家的な欠損に対しては非常に批判的ではありますが、この制度が、違法な販売制度を少しずつ世界的に取り除くことに寄与した効果と効率に対しては賞賛せざるを得ません。

皆様方のご意見をお聞かせいただければ嬉しく思います―ご清聴ありがとうございました！

〔付記〕
本研究は JSPS 科研費 JP16K17012の助成を受けたものです。

米連邦腐敗行為防止法(FCPA)による企業処罰

-ドイツの観点から-

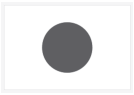
Dr.マリア　フォン　ティッペルスキルヒ,
LL.M. (Columbia)
フランクフルト検察庁　経済犯罪特別捜査部

国別のFCPA手続



Quelle: http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8

日本企業に対するFCPA手続



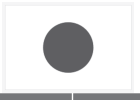
企業	金額
Panasonic	$ 280.000.000
JGC Corp.	$ 218.800.000
Marubeni (2014)	$ 88.000.000
Marubeni (2012)	$ 56.000.000
Bridgestone	$ 28.000.000
Olympus	$ 23.000.000
Hitachi	$ 19.000.000

Quelle: http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=8

FCPA手続における高額の罰金

	企業	金額
	Petrobras	$1.104.000.000
	Mobile Telesystems	$ 850.000.000
	Siemens	$ 800.000.000
	Alstom	$ 772.000.000
	KBR, Inc.	$ 579.000.000
	Societé General	$ 567.000.000
	Teva Pharmaceutical	$ 519.000.000
	Telia Company	$ 483.000.000
	Och-Ziff	$ 412.000.000
	BAE Systems	$ 400.000.000

日本企業に対するFCPAの罰金



企業	金額
Panasonic	$ 280.000.000
JGC Corp.	$ 218.800.000
Marubeni (2014)	$ 88.000.000
Marubeni (2012)	$ 56.000.000
Bridgestone	$ 28.000.000
Olympus	$ 23.000.000
Hitachi	$ 19.000.000

法規定の内容(概要)

I. 贈賄禁止

- 行為者:
- 発行者
- アメリカ企業,アメリカ市民, アメリカ居住者
- 行為がアメリカでなされた場合のそれ以外の者

- 構成要件:
- 外国公務員
- 金銭又は価値ある物
- 約束、申し出、又は提供
- 取引を締結する目的で

II. 会計及び内部統制条項

- 行為者
- アメリカの発行者のみ

- 構成要件:

義務の違反
- 合理的に会計簿詳細な会計簿
- 十分に確実な統制システム

二元的執行

司法省（DOJ）	証券取引委員会（SEC）
管轄を有するのは: • 刑事手続 • その他の企業及び自然人に対する民事法上の手続き	管轄を有するのは: • 以下の者に対する民事法上の手続き ➢ アメリカの発行者 ➢ その従業員/代理人

„検察的コモン・ロー“

1. FCPA手続の裁判外終結の**可能性**
2. 手続の裁判外終結の**インセンティブ**

1. FCPA手続の裁判外終結の**可能性**

司法省（DOJ）

- DPA（訴追延期合意）
- NPA（不起訴合意）
- Declination with Disgorgement (新設!)

証券取引委員会（SEC）

- 「肯定も否定もしない」和解
- DPA
- NPA

2. 手続の裁判外終結に対するインセンティブ

***訴追当局にとって*:**

- リソースの節約
- 安定性
- 訴追当局の解釈権限

企業にとって:

- 起訴のおそれ („Arthur Andersen 効果“)
- 非協力的な態度の否定的なPR効果
- 制裁格差

„制裁格差の算定 “

裁判手続

有罪の蓋然性:
100 % – Y

制裁の重さ:アメリカ量刑ガイドラインによる
X

裁判外手続

合意の蓋然性–帰結:
100 %

制裁の重さ:量刑ガイドラインによる
X– 25 〜 50 %

FCPA解釈の手引き

1. **意見公開手続**
2. **FCPA ガイドライン**



Lanny A. Breuer
Assistant Attorney General
Criminal Division
Department of Justice

Robert S. Khuzami
Director of Enforcement
Securities and Exchange Commission

規定の内容:
贈賄禁止 (1)

I. アクトゥス　レウス Actus Reus

- 行為者: 発行者/国内関係者/ その他 (アメリカ領域内)
- 行為:
  - 申出, 約束, 承認 (...)
  - 価値のあるもの
  - 外国公務員又は（認識しつつ）第三者に

II.メンズ　レア Mens Rea

- 事業を得る/維持するために
- 汚職的に
- 意識的に（刑法上の負責にのみ必要)

規定内容:
贈賄禁止 (2)

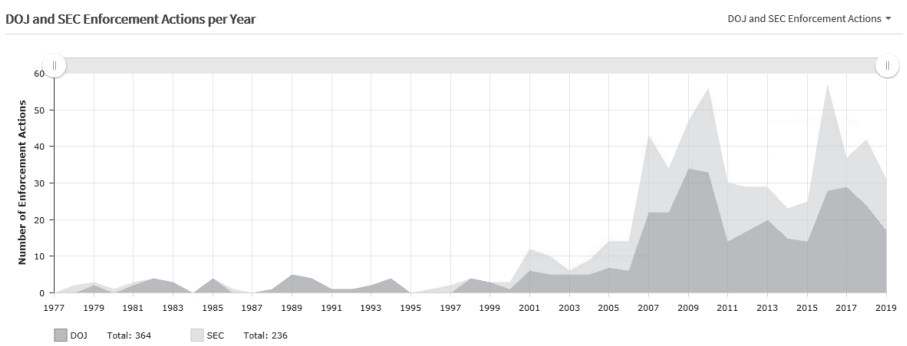
- **III. 例外/ 構成要件阻却**

- 例外: 決まりきった行為の促進のための支払い

- 構成要件阻却:
  - 現地の現行法によれば合法
  - 宣伝及び契約履行のための支出

- 否定 : 「コンプライアンス抗弁」

FCPA違反訴追の「新たな時代」?



Quelle: http://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=1

「新たなFCPA時代」について可能性のある原因

- グローバル化
- サーベンス・オクスリー法 (任意の自己申告)
- 訴追当局の経済的人的強化
- 海外当局の汚職訴追への関与強化
- NPAとDPAの導入

議論

- 法治国家的な欠損としての裁判的統制の欠如
- グローバル経済に対する攻撃？
- 法的標準の国際的貫徹のための効果的で効率的な手段？