

《研究ノート》

ドイツにおける「汚職対策（政治腐敗防止）法」  
について（三・完）

只  
木  
誠

序

I これまでの経緯

- 1 経済犯罪対策法
- 2 汚職対策法の成立過程の概観
- 3 汚職対策法の概観

II 一九九七年八月一三日の汚職対策法

- 1 刑法典の改正
- 2 主な関連法の改正
- 3 勤務関係上の権利に関する規定
- 4 小括—一九九七年八月一三日の汚職対策法における改正事項（以上、四六号）

Ⅲ 各党の法案

- 1 「九〇年連合・緑の党議員団等による若干の質問」への連邦政府の回答(BT-Drs. 13/476)
  - 2 SPD法案「賄賂金、贈賄金の税制上の控除可能性を廃止することによる汚職対策法案—税制上の汚職対策法(BT-Drs. 13/724)」
  - 3 SPD議員団による法案「国際的汚職の抑止(BT-Drs. 13/1717)」
  - 4 連邦参議院の法案「刑法、不正競争に対する法律、刑事訴訟法と他の法律の改正のための法律案—汚職対策法—(BT-Drs. 13/3353)」
  - 5 SPDの法案「国内及び国際的汚職対策措置(BT-Drs. 13/4118)」
  - 6 CDU/CSU及びFDPの法案「汚職対策のための法律案(BT-Drs. 13/5584)」
  - 7 連邦政府の法案「汚職対策のための法律案(BT-Drs. 13/6424)」
- 補遺—贈賄規定にいう賄賂概念の変容及び「国際的贈賄対策法」の動向など(以上、四七号)
- Ⅳ 各界の反応
- 1 第六一回ドイツ法曹大会刑法部門決議
  - 2 評価、その後の経過及び解説
- Ⅴ 考察
- 1 刑法
  - 2 手続法及び裁判所構成法
  - 3 「賄賂金」の税制上の取り扱い
  - 4 国際的レベルでの汚職対策
  - 5 公務員法上の新規定
- 結(以上、本号)

#### IV 各界の反応

第三立法会期の重要な法改正の一つである汚職対策法は、以上のような経緯を経て成立する運びとなった。以下においては、ドイツ国内において立法化の過程で提案された各法案に対して、また、新たに制定された今回の汚職対策法に対してどのような評価が加えられているのか、そして、なおどのような問題点が存し、今後の課題は何かについて紹介、検討していきたい<sup>(1)</sup>。

今回の改正の基礎となった各法案の提起した内容は多様であり、汚職法の新规定に盛り込まれなかった提案も少なくない。これら最終的には立法化されなかった法案を含めて、汚職対策の措置を刑法の分野とその他の分野に分けて検討し、その後国際的な汚職対策法、そして、公務員法に関する提案の順に、いかなる批判がなされたかを示していくことにする。

(1) なお、以下の研究については、ポッフム大学の Dutige 氏、CDU/CSU の Herzog 氏、SPD の Wengartner 氏、九〇年連合・緑の党の Busold 氏に直接、または文書にて様々な情報提供を頂いた。汚職対策法についてのポッフム大学を中心とする研究班の一員である Dutige 氏は、ヘルリンの都市学研究所で「Die neuen Vorschriften zur Bekämpfung der Korruption - und was sie nicht erfassen」と題する講演をされており、氏からはその内容（後程公表の予定とのこと）を頂戴し、また、Herzog 氏ともども拙論に関して幾点かの質問にお答えいただくなどのご厚意にあずかった。ここに右諸氏に心からの感謝を申し述べたい。

1 第六一回ドイツ法曹大会刑法部門決議<sup>②</sup>

汚職対策に関する各党の法律案が提出され、法律の全体像が明らかになりつつあるなか、一九九六年秋の第六一回ドイツ法曹大会が、カールスルーエで開催された。そのテーマは「国家、経済並びに社会における汚職の危険に効果的に対応するために、刑法ならびに刑事訴訟法の改正は適切か」というものであった。すでに示したように、この六一回法曹大会の議論と決議がその後の草案づくりにならざる影響を及ぼしていることは確かであると思われる。以下、最終日に採択された議決を紹介することにする。なお、投票に際しての棄権、無効票については割愛する。

(1) 総説

(a) 問題状況の認識について

市民も経済も汚職に対抗しており、したがって汚職によってドイツ連邦共和国の国家ならびに社会はすでに深刻な脅威にさらされているとまではいえないにしても、汚職はシステムティックになされており、緊急の行動が必要である、とされた。

(b) 汚職の被害について

汚職は、重大な物質的、非物質的被害を惹き起こし、また、公共体を犠牲にして一般市民に多大な財政上の損害を与える。正直な競争相手もまた害される。取引における贈収賄により惹き起こされる、経営者、顧客そして競争

相手の損害は莫大である。公の行政での汚職は、デモクラシーと社会的法治国家という基本価値を侵害する。それは、公務員の倫理道徳感を危うくし、国家に対する市民の信頼をそこね、同胞の責任感や連帯感を揺るがすことにもなる。汚職は経済取引におけるモラルやマーケット経済の基礎を危うくする、とされた。

(c) 汚職と組織犯罪との関係について

汚職は、組織犯罪が育つ温床である。汚職をとおして、社会は組織犯罪に対する道徳的な抵抗力を失う。汚職に侵された公務員は、それどころか組織犯罪が社会に浸透することの足場ともなる。組織犯罪の危険な形態は、汚職を仲立ちとして政治と組織犯罪が結びつくことである、とされた。なお、同議決は四五対三五であった。

(d) 汚職の原因については、

国家、経済そして社会の密接な掛かり合い、現代の行政におけるコントロール不足、さらには、価値観の崩壊、規範の腐食、過度の私利私欲、不法の意識の欠如などがあげられる、とされた。

(e) 汚職に対する考え方について

国家が汚職対策をするにしても、道徳的にまったく新たな分野を問題にするのではない。物事を決める際に買収されてはならないということは、一般に受け入れられていることで、ただ不断に実行できないだけである。国内外の汚職に対する多くのイニシアティブと社会一般の意見が形成されれば、汚職は社会的に認められなくなる、とされた。

(f) 全体的構想の不可避性について

汚職の抑制のためには、多くの対策を検討し調整する全体的構想が必要である。構想の基礎は、社会共同体が一層強く汚職を拒否し、汚職問題に対してさらに敏感になり、一層の対抗措置をとることである、とされた。

(g) 予防の優先について

全体的構想の中心は、予防に存するに違いない。しかし刑法によっても、汚職に対する抑制はなされなければならない。刑罰的手段によって経済社会の倫理的立て直しをなそうとすることは、勿論一つのユートピアかもしれないが、とされた。

(h) 刑法以外の汚職対策の試みとして、以下の点が確認された。

- ① 社会倫理的に汚職を認めないことに資するのは、国家、経済そして社会において指導する立場にある者の模範となる態度である。
- ② 行政官庁や企業は、反汚職規範を定め、これを遵守することを確実にするための措置を講ずるべきである。
- ③ 行政や経済における組織及び決定過程は、可能な限り汚職に対抗できるように整えられねばならない。監督は強化されるべきである。
- ④ その際、公の利益の誠実な代弁者としての公務員の自覚は強化されねばならない。
- ⑤ 汚職が明らかになった場合、公法的、労働法的そしてその他、刑法以外の対抗措置が及ぼされなければならない。それは必要とあらば強化される。
- ⑥ 買収する企業を公共事業の委託から一定期間排除する（七五対三一で可決。これに先立つ、買収する企業を公共事業の委託から排除する、という提案は、五三対五三の賛否同数で否決された）。
- ⑦ どの法領域も、汚職を促進し、あるいは汚職についての無価値判断を弱めるような規定を含んではない。

⑧ 以上のことは税法にも当てはまる。一九九六年の年間税法によって規定されたいわゆる賄賂の控除可能性を制限する規定(§4 Abs.5 Nr.10 EStG)は、実効性がない。というのは、この規定は、刑事訴追を前提としており、これが賄賂の支払を抑制することの障害となっているからである。

(2) 刑法上の提案

(a) 公務員概念について

刑法典一条の公務員についての概念は、二、三の点で明確に規定することが必要であるとされ、次のような採決がなされた。

① 公共体によって支配され、私法上組織された施設において、公共事業の任務を果たす者も公務員であることを示すべきである。

② 公の利益の代弁者として公的な任務を処理することがまかされている私人も明示的に公務員概念に含まれるべきである。

● 刑法典三三一条ないし三三五条 a 関係

(b) 贈収賄罪における、「不法な結びつき」に関して

(i) 三三一条、三三三条は、公務との関連で供与があれば、すでに成立するとすべきである、とする第一案が、七対一〇八で否決され、

(ii) 三三一条、三三三条は、その職務上の任務を純然に遂行するにあたって、公務員が影響を受けたこと

が利益の適性と結び付いた、と修正されるべきである、という第二案が、四五対六〇で否決され、

(iii) 三三一条、三三三条は、特定の職務行為との結びつきを必要とせず、利益が職務上の活動のために保証され、あるいは保証されることになるならば、すでに成立している、とする第三案が七一対三九で採られた。

(b) 三三一条以下の贈収賄罪の規定に関して、贈収賄罪の成立要件の「不法な結びつき」について

(i) 現行法の不法な結びつきをものはや要件としない拡張された構成要件が、三三一条以下の基本構成要件となるべきである。その上で、従来の意味での利益收受、利益供与は加重事由として、収賄と贈賄は一層の加重事由として規定されるべきである、とする第一案が四八対六五で否決され、

(ii) 現行法の不法な結びつきをものはや要件としない拡張された構成要件は、従来の意味での利益收受、利益供与に代替されるべきである、とする第二案が六一対三七で可決された。

(c) 第三者に対する利益の供与について

三三一条は、第三者への供与にも適用されるべきである、とされた。

(d) 三三一条に対応した三三三条の拡大として

三三三条の利益の供与の構成要件は「三三一条にならない過去になされた、あるいは将来の、あらゆる職務行為についての供与を含むべきであるとされた。

(e) 「単にわずかな利益ではなく」という要件の導入について

三三一条及び三三三条の構成要件を「単にわずかな利益ではなく」と制限することは得策ではない、とされた。また、供与が不可罰である一定の最高金額を定めるのは得策ではない、とされた。



(f) 職務上の許可について  
職務上の許可についての諸規定は、三三一条三項と三三三条三項を考慮して、詳細にし、かつ統一されるべきである、とされた。

(g) 贈収賄罪の法定刑の引き上げについて

- (i) 三三一条以下の法定刑は一貫して引き上げられるべきである、とする案が五五対五九で否決され、
- (ii) 三三一条以下の法定刑は部分的に引き上げられるべきである、とする案が七三対四四で可決され、また、

(iii) その際、三三二条と三三四条は重罪とされるべきである、とする案が二対一〇八で否決され、

(iv) 三三二条一項一文と三三四条一項の基本法定刑の上限は、一〇年に引き上げられ、特に重い事例では下限を一年の自由刑とすべきである、とする案も同様に否決され、

(v) 三三二条一項一文と三三四条一項の基本法定刑はそのままとし、特に重い場合には、下限を一年とすべきである、とする案が五四対四八の僅差で可決された。

(h) 財産刑と拡大追徴について

贈収賄の重い事例では、財産刑と広範囲の追徴が可能とされるべきである、とされた。

●不正競争禁止法一二条関係

(i) 刑法典の構成要件としての商取引における贈賄について

商取引における贈収賄の構成要件は、刑法典へ移されなければならない、とする案が二五対七三で否決された。

(j) 現行(当時||筆者註)不正競争禁止法の拡張については、以下の案が可決された。

① 事業主も処罰されうるとすることが望ましい。

② 商事領域における贈収賄に対する刑罰規定は、取引先の説明、助言を任務とする領域も含むべきである。

③ 第三者への供与も構成要件に入れられるべきである。

(k) 現行(当時||筆者註)不正競争禁止法における商取引における贈収賄の法定刑の引き上げについて

(i) 上限は五年の、特に重い場合は、三月以上一〇年の自由刑に引き上げられる、とする第一案が三六対八二で否決され、

(ii) 上限は三年の自由刑に引き上げられる、とする第二案が採られ、

(iii) 特に重い場合には、五年の自由刑に引き上げられる、とする第三案も可決された。

(l) 財産刑と拡大追徴について

商取引における贈収賄の特に重い事態には、財産刑と拡大追徴を命ずることが可能とされるべきである、とする案が六〇対五四の僅差で可決された。

(m) 相対的親告罪の新設

商取引における贈収賄は、刑事訴追機関が訴追することに特に公の利益があると看做されるときには、親告がなくとも訴追されうべきである、とされた。

(n) 非親告罪とすること

商取引における贈収賄を私訴犯罪とすることは、放棄するべきである、とする案は四一対四八で否決された。

●違法な入札談合関係

(o) 違法な入札談合に対する犯罪構成要件の必要性

入札や競争によらない委託での、競争を制限する談合は、刑法的な手段をもってでも防止しなければならない。そのためには、特殊な不法を特徴づけ効果的な刑事訴追を可能とするような犯罪構成要件を設けることが必要である、とする案が六八対四八で可決された。

効果的な訴追は、とりわけ、公正取引委員会が付随規定により独自の過料を当該企業に科すことができるようにすることによってのみ保証される、とする案が四五対四三で可決された。

(d) そのような構成要件の創設

① 不法の核

(i) 当該犯罪構成要件の不法の核は、競争を排除し、入札実施者（＝発注者。以下同じ）をして特定の入札を競落させる（受け入れる）ことになるような違法な談合に基づく入札をなすことである、とする第一案が二七対七八で否決された。

(ii) 当該犯罪構成要件の不法の核は、競争を排除し、入札実施者をして特定の入札を落札させることとなる限り、入札実施者に対して談合を秘しての入札にあたりとすべきである、とする案が六五対四五で可決された。

② 利得目的

行為者は自らあるいは第三者に利益をもたらす目的で行為しなければならぬ、という構成要件は不要である、

とする案が六一対五一で可決された。

● 刑法典一〇八条 e の議員の買収関係

(p) 議員の買収に関しては、次のような議決がなされた。

① 立法者は、正当にも議員の買収という独自の構成要件を創設した。議員という特別の地位に照らして、これと刑法典一一一条一項二号の公務員を同格に扱い、刑法典三三一条以下の規定を無制限にこれに適用することは得策ではない。

② 議員の買収の構成要件は、その委任を執行している議員のいかなる行為についても、これを売買することへまで広げられるべきである。

③ ドイツ連邦議会の構成員に対する行動規則は、改訂されるべきである。その際、議員の所得についての市民への十分な情報は確保されねばならない。他の議会の議員についても同様である(一〇三対六で可決)。

(q) 国家的、経済的領域以外での汚職に対する刑罰規定について

国家、経済的領域の競争以外―情報、スポーツの分野など―での汚職的な策略の広がりとその現象形態については、経験的研究が必要であるが、それは、これをもとに、そのような現象形態に対しても新たな刑罰威嚇が創設されるべきか否かを決するためのものである、とする案が八五対三で可決された。

(f) 汚職に対する一般的かつ包括的な犯罪構成要件の創設について

検討されなければならないのは、三三一条以下と不正競争禁止法一二条における汚職を刑法上問題にするにあた

り、現行法上の端緒を、次のような一般的かつ包括的な犯罪構成要件を創設してこれに求めるべきか否かである。すなわち、その構成要件とは、ある者がその職務あるいは取引に関して自己または第三者に正当な理由がないにもかかわらず、特別な個人的優遇を要求し、約束させ、あるいは收受した場合に充足されるものであり、その際相手方も同様に処罰せられるとし、従来の贈賄と収賄は加重事由となるであろう、というものである。この案は、二二対七八で否決された。

(3) 刑事訴追についての提案

(a) 電信電話の傍受について

刑法典三三二条の収賄、三三四条の贈賄を刑事訴訟法一〇〇条aのカタログに入れる、とする案が六一対五六で可決された。

(b) 自首について

① 収賄について公課法三七一条と同様の規定を導入することが得策である、とする案が六六対三七で可決された。

② このことは現行の（当時＝筆者註）不正競争禁止法にもあてはまる、とする案が七五対二七で可決された。

(c) 王冠証人規定

収賄に関しては刑法典二六一一条一〇項ならびに麻薬法三二一条と同様の王冠証人規定を導入することが望ましい、とする案は、五一対五一の賛否同数で否決された。

(d) 経済犯罪事部

① 違法な談合に対して創設されるべき構成要件は、裁判所構成法七四条c一項五号(経済犯罪事部)に入られる、とする案が八八対一五で可決された。

② 裁判所構成法七七条c一項六号は利益收受と収賄について拡張される、とする案が六〇対三〇で可決された。

(e) 行政官庁と会計検査院の届出義務

行政官庁と会計検査院による法的な届出義務を当該汚職犯罪について導入することが望ましい、とする案が七〇対三九で可決された。

(f) 汚職犯罪を訴追するために、警察と検察には専門家が必要である。訴追官庁は、行政官庁、会計検査院そして税捜査当局と密接に連携しなければならない、とする案が九一対二で可決された。

(4) 国際刑法

(a) 汚職の世界的規模での封じ込めについて

ドイツ連邦共和国は、今後、汚職の世界的規模での封じ込めの国際的努力に力強く関与すべきである、とする案が一〇六対〇で可決された。

(b) ヨーロッパ職員の取り込み

刑法典三三一条以下の規定は、ヨーロッパ公務員へも適用されるとすべきである。これについての一つの基礎となりうるのは、ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護協定に関する議定書を完成させるためのヨーロッパ連合評議

会の法律行為である、とする案が一〇六対一で可決された。

(c) 外国での收受行為へのドイツ刑法の適用

それ以外の場合でも、刑法的保護に関する諸機関の効果的な共同作業についての国内法と一致した国際的な協定があれば、その限りで、外国での收受行為に対してドイツの贈賄規定を拡張すべきである、とする案が九二対二で可決された。

(2) Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 61. DJT in Karlsruhe, Bd. II/1, 1996, Beschluss = NJW 1996, Heft 45 2995ff.

2 評価、その後の経過及び解説

汚職対策法に関してなされた六一回法曹大会における各議決については以上の通りであるが、以下では、議決と新法の主な対立点、議決に先立って提出された鑑定人の意見、法案や新法に対する評価やその後の経過などについて紹介する。

(1) 刑法

(a) 個々の犯罪構成要件

(i) 刑法典二九八条の「入札に対して競争を制限する談合」に関して、連邦参議院案は、本罪が成立するた

めの要件として、談合に基づいて入札が行われることまでは必要とせず、単に、談合に関与することで(違法な)入札を助長すれば足りるとした。しかし、立法者は、参議院案を退けた。その理由は、このような規定は、入札と談合という異なった行為寄与を同一に扱い、統一的正犯概念に与し、その結果として可罰性の拡大を招き、したがって、比例制の原則、明確性、罪刑法定主義の点からして疑念があるとしたからである。<sup>(3)</sup>

また、談合は入札実施者にとって秘匿されたものである必要があるか否かについても争いがあつた。連邦参議院案では、秘匿が要件とされ、その意味では一定の当罰的な事例に限定された。このような視点から、鑑定人は参議院案を支持し、また、D[1]の議決もこれに従つたのであつた。<sup>(4)</sup>しかし、立法者は秘匿要件をはずし、入札実施者の従業員と入札者との共謀に基づき共同してなされた場合でも可罰的であるとした。新刑法のもとで、入札実施者に秘密になされた場合は可罰性は疑いないが、それ以外の場合には可罰性の限界が不明確であるとして厳格な法解釈を求める意見もある。いずれにせよ、二九八条の規定は実務上は歓迎されているようである。<sup>(5)</sup>

(ii) 刑法典二九九条の商取引における贈収賄に関しては、刑法典に規定を移すか否かについて議論が存した。六一回法曹大会の議決でも、不正競争防止法一二条では法益侵害が十分に評価されておらず、刑罰の引き上げが必要であるとされていたが、刑法典に規定を移すことについては否定的な見解が大勢を占めた。<sup>(6)</sup>しかし、立法者は刑法において当該罪を定めることにした。その理由は、「商取引における汚職においても、単に経済それ自体にかかわるだけでなく、一般的・社会的に否認された行為態様であるところのある犯罪形態が問題である」という意識が基礎に存したのである。<sup>(7)</sup>しかし、不正競争防止法だけではなく、刑法典に規定を有しない麻薬法や武器法などの特別刑法に属する犯罪として、市民の側の意識としては同じことであり、この点、説得力を欠くとか、不正競争防止法と本条の関係が問題となり、法適用は慎重になるであろうという批判がある。<sup>(8)</sup>



本条に關して、六一回法曹大会の議決は事業主の処罰を求めたが、立法者はこれを否定した。<sup>(9)</sup>  
 不正競争防止法と異なり、本罪には第三者への供与も含まれる。その結果、公共施設への供与などが本罪に該当するのかが問題となってくるが、明確性の点でも、構成要件の拡張の点からも、第三者への利益については嚴格に解すべきであるとされている。

(iii) 刑法典三三一条以下、贈収賄罪については、連邦參議院案では、利益の收受・供与は「公務との関係で」なされればよいとするものであった。これによって従来の「反対給付として」收受・供与がなされなければならぬとする、いわゆる「不法な結びつき」要件は取り去られた。その趣旨は、公務員への「心付け」がほとんど常に汚職の端緒となるのに従来「不法な結びつき」要件ではこれを処罰できないからである。<sup>(10)</sup> このような認識のもと、六一回法曹大会の鑑定人意見でも「何らかの職務上の活動」との結び付きで足りるとする提案が圧倒的な賛成多数で可決された。そして以上のような実務的要請と学会からの支持を受けて、連邦議會は、利益收受と供与については「職務の執行に対して」で足りるとして職務関連性の要件を拡大した。一方、連邦參議院の提案自体は議決では受け入れられなかった。というのは、「公務との関連で」とする要件はあまりにも広すぎて、処罰の必要性のない行為まで処罰の対象となってしまう、<sup>(11)</sup> 当罰性のない贈与と可罰的な利益の供与との明確な区別が困難になってしまうであろうからであった。<sup>(12)</sup>

ただ、現行の規定でも可罰性の限界はかなり不明確であるとする反論もある。個人的な領域に属する贈与は本罪に当たらないとしても、グレイゾーンは広がり、「周辺の不明確性」は否定できないのである。<sup>(13)</sup> 公務の担当者と私人とが親密な交際を行っている場合にはなおさらである。誕生日のプレゼント、クリスマスのプレゼント、食事への招待などは、たとえ職務上の活動に端緒があったとしても不処罰にすべきであるというのである。<sup>(14)</sup> これに対して、

「心付け」、すなわち親切に対する感謝として相当な利益の供与がなされた場合、取るに足らない額とはいえない場合は、可罰性が肯定されうるであろう。鑑定人は、その例として、市長が建築業者から一〇万マルクを「良好な共同作業」を理由として受け取った事例をあげる。<sup>(15)</sup>一〇万マルクの授受の可罰性は当然として、いずれにせよ現金の場合には一般に可罰性に傾くといわれている。しかし、不明確さは残ると批判され、判例の蓄積を待たなければならぬという主張も聞かれる。

刑法典三三五条にいう「贈収賄の特に重い事態」では、その二項二号で、職務行為に対する反対給付として利益を連続して收受した事例<sup>(17)</sup>がこの場合に当たるとしている。ただ、このように收受者のみに処罰を限定することについては、批判がある。<sup>(18)</sup>第三者による利益の收受が処罰されることについても、本罪の成立の限界は明確であるか危惧する意見もあり、第三者への利益の供与が公務の担当者に対する利益、ないし利益の可能性に繋がらなければならぬとする。

刑法典三三三条「利益の供与」に関しては、職務行為よりも職務の執行は広い概念であり、裁量的な決定と義務的な決定との区別を三三三条は放棄した。法案は、三三三条を、すでになされた行為、及び公務の担当者が義務を負っている行為にまで拡大したのである。三三三条は三三四条の受け皿構成要件としての意義があることになる。

刑法典三三一条一項二文、三三三条一項二文の刑の加重について、連邦参議院案では、一項一文では「公務との関係で」と広義の利益收受・供与概念を構成要件として刑罰を三年と規定し、一項二文では「反対給付として」という要件のもと、法定刑を三年から五年へ加重していた。しかし、この案は、二つの概念の限界付けの困難さゆえ拒否され、「職務の執行」という概念が用いられた。その結果として、一文と二文との区別の必要性もなくなり、加重の必要性もなくなった。

(b) 公務員概念の拡張について

刑法典一一一条一項一号cの規定は、公務員概念を広げるものであるが、この点については立法過程全般を通して好意的に受け止められ、六一回法曹大会でも賛意が表された。<sup>(19)</sup> 本提案の趣旨は、「私法を隠れ蓑にする」ことを許さないためである。<sup>(20)</sup>

(c) 刑法上の（小規模）王冠証人

連邦参議院案では、刑法典三三一条以下の贈収賄罪、不正競争防止法一二条の贈収賄罪にあって、自ら知り得た事実を明らかにして犯罪事実の解明に協力した場合には、刑を免除するという、いわゆる「王冠証人」の規定が提案された。しかし、連邦政府によっては採用されなかった。その理由は、かかる規定がなくとも、現行法の量刑規定や、刑事訴訟法一五三条の手続き打ち切りで対処できるというものである。<sup>(21)</sup> 参議院の提案に賛同する意見もあったが、六一回法曹大会議決では、重大な疑念があるとして、賛否同数で否決された。<sup>(22)</sup> 反対意見としては、このような制度の導入により効果的な弁護活動は困難となり、公判手続きの重要性は減少し、市民による制御機能は阻害されるとの批判や、また、王冠証人は基本法二〇条三項、二八条一項一文の法治国家原則や三条一項の平等原則に抵触し、これは刑法的必要性によっては正当化されず、さらには王冠証人の導入によって法治国家は危胎化されるとの危惧が表明された。<sup>(24)</sup>

このような不要論の背景にあるのは、テロリズムや組織犯罪に対してなど、法治国家の擁護のために不可避で緊急な措置としてのみ王冠証人制度は必要とされてきたものであって、汚職に対しては必要ではないとする考えである。たしかに、一方では、汚職と組織犯罪とは密接な関係にあり、汚職は組織犯罪の温床であるとする意見もある<sup>(25)</sup>が、しかし、これには、慎重論から次のように反論がなされた。すなわち、二つの現象を安易に結びつけてはなら

ず、組織犯罪対策を求めるに急すぎて、そのために例外的に用いられる手段が万能薬として一般的な犯罪対策にも求められることのないようにしなければならない。マフィア的な状況が定着するまで待てというわけではない。<sup>(26)</sup> それでは確かに遅すぎるが、組織犯罪と汚職との関係と、王冠証人という特別な措置を導入する必要性を、事前に十分に明らかにしなければならない。<sup>(27)</sup> と。

いわゆる「懲戒法における小規模王冠証人規定」は、勤務関係についての権利に入れられた(連邦懲戒法一一条 a、軍人懲戒法五八条 a)。それによれば、懲戒法によって免職となった公務員あるいは軍人には、もしその者がとりわけ刑法典三三一条ないし三三五条の犯罪事実を妨げ、あるいは自らの行為寄与の解明に貢献したときには、六五歳で保障されるべき月々の扶養給付を認めることができることになる。<sup>(28)</sup>

(2) 手続法及び裁判所構成法

(a) 電話傍受と工学的手段の導入

連邦参議院案では、刑事訴訟法一〇〇条 a を改正し刑法典三三二条と三三四条の贈収賄については、電話傍受と工学的手段を導入することが提案されていた。この提案には、連邦政府からも、六一回法曹大会<sup>(29)</sup>において、また、同大会における鑑定人によっても賛意が表された。<sup>(31)</sup> その理由は、刑事訴訟法一五二条にいう端緒となる嫌疑が傍受によって初めて基礎づけられるとする従来指摘された濫用のおそれは一〇〇条 a、c の要件を充足することによって払拭できるし、傍受は単なる犯罪容疑の推測では足りず、基礎づけられた嫌疑があつて初めて行いうるというはじめもあるからであると、説明する。これに對して、導入に反対する立場からは、立法や判例が一定の制限を設けない限り、端緒となる嫌疑はどのようにして獲得するのかが現在のところ不明であり、基礎づけられていない

嫌疑でも傍受が行われるおそれもあり、刑法典三三一条以下の贈賄罪の場合には電話傍受は意味はない点、傍受は刑事訴訟法一〇〇条c一項二号による工学的手段を用いる場合と同様に、第三者も対象とされるが、その場合、証言拒否権を考慮すると憲法的に疑念がある点、そして比例性原則に抵触する点などがいわれた。<sup>(32)</sup>

このように連邦参議院と連邦議会は導入賛成であったが、その後SPDから修正が求められ、昨年（一九九八年）段階で与野党の折衝で一致したのは、一〇〇条aの一般的な改正によって、同条のカタログに汚職犯罪を含めるということであった。しかし、今日までのところ一〇〇条aは改正されていない。CDU/CSU議員団は、この改正に積極的である。とりわけ現在でも、汚職犯罪にあっては、聴覚上の住居傍受は刑事訴訟法一〇〇条c一項三号で可能であり、これより侵害の少ない電話傍受が可能ではないということは評価矛盾であるというのがその理由の一つである。

(b) 裁判所構成法

連邦参議院の、刑法典三三一条の利益の收受と三三二条の収賄の犯罪行為を経済犯罪事部の管轄とする提案については、立法者によって採用されることはなかった。

(3) 「賄賂金」の税制上の取り扱い

六一回法曹大会決議では、一九九六年年間税法による賄賂金の控除については、その不十分さが指摘された。刑事訴追が要件とされているので実効性に欠けるといっているのである。<sup>(33)</sup> また、当該納税者は、裁判の進行と手続の終了を遅らせることを会得する。これは迅速な裁判という要請からも、また、行為者の協力的態度の促進という点からも逆効果であり、したがって、新たな法改正が望まれたのである。<sup>(34)</sup>

(4) ヨーロッパ、及び国際的領域

法案段階では、外国公務員への贈賄等へ処罰範囲を拡大する提案がなされ、その後にはOECDの勧告に基づき加盟各国は、その提案を国内法として成立させたが、これについては六一回法曹大会でもその必要性が肯定された<sup>(35)</sup>。

その後の、ヨーロッパ、及び国際的領域における汚職対策法案としては次の三つが重要である。

一九九七年一二月、パリで三三三国によって調印されたOECDの「国際的商取引における外国の公務の担当者への贈賄対策についての協定」は、①国際的贈収賄対策法(BT-Drs.13/10428u. 13/10973. BGBI. II 1998.2327ff.)に結実した。右法律は一九九八年末まで国内法に移されることになっていたが、一九九九年二月一五日に国内法として施行された。法律の中心は、刑法典に関連する贈収賄規定を外国の公務の担当者、裁判官そして軍人の贈収賄にも拡大することである。国際的取引における外国の議員への贈収賄も処罰される。結局ドイツ刑法典の適用範囲は、外国でドイツ人によってなされたすべての贈収賄罪に拡張された。

② EU贈収賄法(BT-Drs. 13/10424)<sup>(37)</sup>は、ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護のための一九九六年九月二七日の議定書(BGBI. II 1998. 2342ff.)を発効させた。同時に、一九九七年五月二六日のEU贈収賄協定も効力を生じた。加えてこの法律は、関連する刑法典の規定を、参加加盟国の公務の担当者と共同体公務員の贈収賄にも広げている。さらにそれは、外国で行われた贈収賄行為の刑事訴追の可能性を明らかに広げる規定を有している。このことはドイツ人によって、あるいはドイツ人に対してなされた行為に該当する。

ヨーロッパ共同体へ流入してくる資金は、犯罪的な手が伸びてくることから保護されるべきである。③EG財政保護法(BT-Drs. 13/10425)によって、一九九五年七月二六日のヨーロッパ共同体の財政的利益の保護に関する協定

は実行に移された。協定の目的は、ヨーロッパ共同体の財政に犠牲を強いる、補助金詐欺、関税の脱税、利益の吸い上げに効果的に対処することである。一定の刑法上の最低限の規範の確定と並んで、協定は、そのような犯罪行為の訴追における国際間の改善された共同作業を定める。

これら三つの法律は、一九九八年六月二四日のドイツ連邦議会で最終的に議論され、若干の修正の後、一九九八年七月一〇日に承認されたものである。

(5) 公務員倫理関係

(i) 新公務員大綱法四三条では、公務員は公務員たる身分を喪失した後も、報酬や贈物を收受してはならないとされた。ただ、この場合にも、收受が私人としてか公務員としてかは明白ではないことが多い。<sup>(38)</sup> また、社会的相性の範囲内にある贈物は禁止されるべきではなく、ほとんどの公務員は十分に信頼でき、不可買収的であるのだから、どの範囲の行為が許されるかを立法者は示すべきであったとする批判もある。<sup>(39)</sup>

(ii) 懲戒法上の「王冠証人規定」については、汚職犯罪につき自分の知識を明らかにした公務員は、その協力的態度のために、免職になっても年金の給付が認められる。<sup>(40)</sup> しかし、これは一種の「証人買収」であるとして、疑念も提起された。<sup>(41)</sup>

(iii) 第二次副業法では、講演や鑑定などでも対価及び金銭的価値のある利益をうる場合には、許可制にしている。ただ、具体的ないずれの場合に許可が必要か否かは明確ではない。しかし、たとえば基本法五条三項で研究、教育、学問の自由を保障されていた大学教授の活動がどうしてこのような形で制限されるのか批判もあり、この規定は憲法上無効であるという主張さえもある。<sup>(42)</sup>

(6) その他

(i) 九〇年連合・緑の党<sup>(43)</sup>、連邦参議院、SPD<sup>(44)</sup>が要求していた、いわゆる「ローテーション原則」については、連邦政府が連邦行政上の汚職対策として一定の方針を示した<sup>(45)</sup>。これによって、(調達部など)汚職に陥る危険のある領域などでは、ローテーション原則が働くこととなった。なお、ドイツでは職場の移動が少ないという状況が存する。この点、わが国と事情を異にする。

(ii) 汚職を行った企業を入札から排除するという案については、CDU/CSUの担当官から次のような回答を得た。「現在でも公共事業の委託にあつては、企業は建設請負工事規定や給付請負規定を厳守しなければならない。それによると重大な違反を理由として信頼ができない場合には、入札応募者を競争に参加させないことも可能である。汚職(未遂を含む)はこの信頼できない場合に当たりうる。汚職をなした従業員が、なおその職場で働いている限りは、企業は依然として信頼できない場合である。したがって、もし新たに公共事業の委託を受けようとするならば、あるいは新たに入札に参加しようとするならば、汚職をなした従業員を解雇するか、少なくとも他の部署に配置転換をしなければならない」。また、あまりにも広範囲の公共事業からの排除は、平等原則に違反するのではないかとの疑念もあるようである。

旧連邦政府は、昨年「連邦の委託において信頼できない企業の排除に関する規定を統一的に適用するための決議、及び信頼できないとされる企業の登録簿の設置についての決議」を練っている。その草案によれば、信頼できない企業は、将来は「汚職登録簿」に記録され、それぞれの委託機関は入札請負決定の前にこれを参照しなければならない。



その後、公共事業の委託にあつての透明性を高め、入札者の法的地位を強化する公共事業の委託に対する法的基礎を変更する法律（BGBI. 1998. I, S.2512）が成立し、委託規則の遵守を義務づけている。

(iii) 資金洗浄の場合の拳証責任の転換が、汚職対策法の初期の段階で議論された。資金洗浄の場合の拳証責任の転換は、法治国家原則の観点のもとで、すなわち具体的には、無罪の推定と所有権保護の観点からして憲法上の問題である。立法者はこのような理由からいまままでこれを拒否してきた。<sup>(4)</sup>

(3) Dutte 報告書による。

- (4) Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 61. DJT in Karlsruhe, Bd. II/1, 1996, Beschluss (=DJT Beschluss) II 15a. L. 62. Vgl. Dölling, Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag in Karlsruhe, 1996, C 95, 本稿(三・宗)一八七頁参照。
- (5) なお、新入札談合罪規定について詳細に紹介するものとして、神山敏雄「ドイツの入札談合罪立法と問題状況」〔入札談合罪〕「シュリストー」一五三号一〇八頁参照。
- (6) DJT Beschluss II 9, L.60, 本稿(三・宗)一八六頁参照。
- (7) BT-Drs. 13.5584, S.15, 本稿(三・宗)二〇七頁参照。
- (8) Kritisch König, JR 1997, 397, 401; Otto Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 5. Aufl. 1998 S. 61 Rdn. 153. なお、神山・前掲「入札談合罪」一一三頁は両罪の関係は議論の余地があるとしている。
- (9) Vgl. Dölling, aa.O., C 85/86.
- (10) BT-Drs. 13/3353, S.5f. 11, 本稿(四)四六三頁参照。このような見解を与えるのは、Schaefer, Referat zum 61. DJT, in: Verhandlung, Bd II/1, L.23/24 反対するのな、BT-Drs. 13/6424, S.13; BT-Drs. 13/8079, S.15; Volk, Referat zum 61. DJT, LA0/41。
- (11) Dölling, aa.O., C 64/65; DJT Beschluss II 2.L. 58.

- (12) Vgl. Rechtsausschuß Beschlufempfehlung und Bericht Drs. 13/8079, S.15. 本稿(一)四九二頁参照。
- (13) Vgl. Wessels/Hettinger, Strafrecht BT Teil/1, 22.Aufl., 1999, Rdn.1109.
- (14) Vgl. Ransiek, StV 1996, 446,451; König, JR 1997, 397,399; Schroth, Strafrecht BT.2.Aufl.,S.209; Korte, StZ 1997, 513, 515.
- (15) Vgl. Korte, NSStZ 1997, 513, 515; Wessels/Hettinger, a.a.O., Rdn.1109.
- (16) Dölling, a.a.O., C 65.
- (17) 本稿(一)三二〇頁参照。
- (18) Vgl. König, JR 1997, 397,400.
- (19) 本稿(三・記)一八三頁参照。
- (20) Duttge, JZ 1996, 556, 563.Vgl. Dölling, a.a.O., C 55.
- (21) BT-Drs. 13/6424, S.13. 本稿(三・記)一一〇頁参照。 Vgl. Möhreschager, JZ 1996, 822, 827.
- (22) Dölling, a.a.O., C 73ff.
- (23) DJT Beschluf Ⅲ, L 63. 本稿(三・記)一八九頁参照。
- (24) Schlichter, ZRP 1997, 65, 68f. Vgl. Fezer, Lenckner-FS 1998, 681ff.
- (25) Dölling, a.a.O., C 29, DJT Beschluf I 3, L56. 本稿(三・記)一八一頁参照。 なお、森下忠「第一三回国際社会防衛会議」判時一五九六号四三三頁参照。
- (26) Vgl. König, JR 1997, 397, 404 Fn 129.
- (27) Duttge, Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II/2.1996, L 102ff.; Kerner/Rixen, GA 1996, 355, 384/385; Ransiek, StV 1996, 446, 449f. なお、証人の(供述)の提出が捜査機関による取引の道具となることを危惧する意見の一部は、なほ、ようど  
 426。
- (28) 本稿(一)三二二頁参照。
- (29) BT-Drs. 13/6424, S.14.
- (30) DJT Beschluf Ⅲ/1, L 63.

- (13) Dölling, a.a.O., C100. 導入賛成と「V」 Geerds, JR 1996, 309, 313.
- (14) Vgl. Ransiek, StV 1996, 446, 449; Kerner/Rixen, GA 1996, 355, 393; Duttge, JZ 1999, 259; Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung/ Lemke, 1997, § 100a Rn 14; Roxin: Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 34 Rdn 27; SK/StPO/Rudolph, Stand: 17. Lief. (1997), § 100a Rn 21, Jew. zu § 53 StPO; zu § 52 StPO: Kohler, ZStW 107 (1995), 10, 39.
- (15) DJT Beschluss I 8h, L 57.
- (16) Vgl. Das Gutachten von Gössel zum 60. DJT 1994; Perron, JZ 1994, 823 ff.; Schlichter, GA 1994, 397 ff.
- (17) Dölling, a.a.O., C105. 本稿(三・完)一九〇頁参照。
- (18) Gesetz zur Bekämpfung der internationalen Bestechung v. 10.09.1998 (BGBl. II, 2327 ff.); 本稿(二)四九三頁以下参照。
- (19) EU-Bestechungsgesetz v. 10.09.1998 (BGBl. II, 2340 ff)
- (20) Vgl. Volk, Referat zum 61. DJT.L41.
- (21) Vgl. Schaefer, Referat zum 61. DJT, in: Verhandlungen des 61. DJT., Band II/1, L 24.
- (22) 本稿(一)四七六頁参照。
- (23) Vgl. Schlüchter, ZRP 1997, 65f.; Liskien, NJW 1995, 1873ff.; 本稿(三・完)二一〇頁参照。
- (24) Vgl. Engelken, ZRP 1998, 50ff.
- (25) 本稿(一)四五三頁参照。
- (26) 本稿(一)四六二頁参照。
- (27) 本稿(一)四七〇頁参照。
- (28) Bundesanzeiger Nr. 127 vom 14.7.1998 S.9665f.
- (29) Vgl. Herzog, Der Kriminalist 197.S.338.

## V 考察

これまで、ドイツにおける新汚職対策（政治腐敗防止）法とその基礎をなした各法案を紹介し、法案成立の過程を明らかにし、そこではどのような議論がなされ、どのような問題が存していたかを検討した。そこで以下においては、本稿の総括として、汚職対策法を全体を通して概観し、併せて若干の解説・説明を加え、同時にドイツにおける議論はわが国へどのような示唆を与えるのか、今後わが国で法解釈や法改正を行う際、そこから何を学ぶことができるかについて、幾ばくか考察を加えたいと思う。

なお、新法については、「本稿（一）Ⅱ」、新法成立の過程・経緯については、「本稿（二）Ⅰ、Ⅱ」、新法の詳細及び批判については「本稿（二）補遺、本稿（三・完）一九一頁」等、本稿の該当箇所を参照されたい。

### 1 刑法

#### (1) 個々の犯罪構成要件

(a) 入札において競争を制限する談合（刑法典二九八条<sup>(48)</sup>）。

入札の目的は、開かれた自由競争であり、談合が行われれば、この目的は達成されない。従来、入札において競争を制限する行為は、秩序違反罪として処罰されていた。しかし、近年は、一層の厳罰化が要請されていた。BGHS 38<sup>(49)</sup> 186は、談合に詐欺罪の成立を肯定したが、獲得される競争価格や財産的損害額の算定が困難であるとし

て、実務では詐欺罪説に消極的であった。

連邦政府とその議員団の法案においては、すでに、財産損害という要件や、詐欺罪の構成要件である、欺罔行為、錯誤を引き起こすこと、利得目的などは要件とされていない。「入札実施者に秘密裏になされた談合」という、連邦参議院が求めた要件も新二九八条にはない。したがって本罪は、詐欺的な構成要件ではない。新法では抽象的危険犯として、第一に「自由競争」、第二に入札実施者及び潜在的共同入札者の財産的保護が保護法益とされている。

物品とは、取引の対象となるすべてを指すので、不動産や（実用許諾権や広告のアイデアなどの）無体財産も、それが市場を有する限り含まれる。

構成要件的行為は、表示犯であり、手渡しでは足りず、入札実施者に到達しなければならぬ。しかし、入札実施者がこれを認識する必要はない。

このような事実行為は、一方では未遂は不可罰であるので可罰的行為の始期を、他方では可罰態度の終了（<sup>50</sup>既遂）を特徴づける。行為者が落札したか、入札実施者が営業的給付を得たかは、単に二九八条三項の行為による悔悟規定の適用が可能かどうかについて意味があるにすぎない。確かに、入札を行う前の競争者間の談合も、自由競争を危殆化する点では同じである。しかし、立法者はこのような談合では犯罪成立要件として十分ではなく、入札が行われることを必要とした。というのも、それによって初めて競争侵害の危険が具体化するからであるとされている。談合それ自体は不可罰な予備の段階にとどまるとされているのである。この点は、法規定を異にするとはいえ、わが国の議論にとっても興味深く、今後国際的な汚職対策法の拡充がはかられる際にはすりあわせが必要となつてこよう。<sup>51</sup>

談合に関与する者は共同正犯(刑法典二五条二項)となる。連邦参議院案では、違法な入札を行うことと談合に  
関与することでこれを促進する行為とを等しく処罰した。しかし、このような統一的正犯概念に類する広範囲の処  
罰は、比例制の原則、明確性、罪刑法定主義の点からして疑念があるとされた。したがって入札を行わないその他  
の関与者は、共同正犯か狭義の共犯で処罰されることとなる。

行為者によって行われる入札は違法な談合に基づいていなければならない。しかし、連邦参議院の法案と異な  
り、談合は入札実施者に秘密にされなければならないわけではない。この点で、処罰範囲が広がりすぎないか疑問  
を呈し、厳格解釈を求める見解もあること、すでに示した。

主観面としては、事実的故意が必要である。その他、刑法典二九八条の違法な談合は「入札実施者をして特定の  
入札を競落させることを目的」とする目的犯である。ただ、入札者と実施者の共謀的共同の場合に、この要件を満  
たすかどうか問題となるであろう。

補助金詐欺、投資詐欺、クレジット詐欺と同様に、刑法典二九八条三項は積極的(活動による)悔悟規定をおい  
て、一身の刑罰阻却事由を規定した。これは違法な入札を行っただけですでに犯罪が成立するため、一種の中止犯  
規定において均衡をとるものである。要件は刑法典二四条の中止犯規定に従って解釈される。要件が満たされると  
二九八条では処罰されないが、それと観念的競合の關係にあるたとえば詐欺罪には及ばない。逆に二九八条が適用  
されると、競争制限法や秩序違反法は適用されないという見解と、適用されるという見解とに分かれているよう  
である。<sup>(82)</sup>

b 商取引における贈収賄(刑法典二九九条ないし三〇二条)

取引における賄賂は自由な経済競争に対する脅威である。それは経済取引が、仕事の内容ではなく、賄賂とこれ

を受け取ろうとする動機に決定されるからである。加えて、莫大な経済損失をもたらすことにもなる。今回の改正ではこれらの点が確認され、二九九条以下の規定が整備された。たしかにこれまでは不正競争防止法一二条が商取引における贈収賄行為を処罰していた。しかし、保護法益に照らしてこれでは十分ではないとされたのである。六一回法曹大会決議は、刑法典に規定を置くことに消極的であったが、立法者は、「商取引における汚職においても、単に経済それ自体にかかわるのではなく一般的に、社会、倫理的に否認された行為態様である、ある犯罪形態が問題である」というのが一般的認識であるとして、刑法典に規定を新たに設けた。

「利益」は、不正競争防止法一二条とは異なり、自己ばかりか第三者に対するものでよい。「自己または第三者に對して」という文言が付与されたので、商取引における贈収賄でも、その利益が従業員あるいは代理人自身あるいは他の者にもたらされたかどうかを問わない。ただ、企業主それ自身は、利益收受の主体に含まれない。<sup>(53)</sup>

利益には、儀礼のたぐい、それゆえ「社会的に相当」であるものは含まれない。また、利益は、便宜に対する反対給付でなければならず、また、将来のものに限られる。この点で、刑法典三三一条や三三三条と異なり、立法者は「緩和」を必要としなかったのである。

本罪の成立を論じるにあたっては、供与されたものの価値ばかりか、受け取る側の企業内の地位、送り手たる個人あるいは供与の目的などが勘案される。

法定刑は不正競争防止法の定めた一年から三年へ加重され、これに伴い時効期限も三年から五年へと延長された。刑法典三〇〇条に規定する「特に重い事態」では刑の加重がなされる。三〇〇条の構成要件である「多額の利益」については、一義的には決せられない。補助金詐欺や脱税にあつては、通常、一〇万マルクである。しかし厳格な基準が問題なのではなく、個々の事例の諸状況を勘案して総合評価するための漠然とした基準が重要である。

したがって、補助金詐欺では多額とはならなくても本条の多額に当てはまることはある。訴追機関が必要と認めるときには訴追を認めるなど、親告罪である本罪の訴追の要件も緩和された。本罪は、効果的な利益の剝奪を指した財産刑及び拡大追徴の対象となる。

(c) 利益收受ないし利益供与及び収賄ないし贈賄(刑法典三三一条以下)

新法においては取引における贈収賄と同様に、利益の供与が第三者に対する場合にも処罰される。「不法な結びつき」、すなわち、具体的な職務行為と利益との特殊な関係については、当初の連邦政府案ではそのままであった。これに対して、参議院案では、三三一条一項、二項、三三三条一項、二項において「公務との関係で」となった。その理由は、公務員への「心付け」はほとんど常に汚職の端緒となるにもかかわらず、これまでには不処罰とされていた。しかしこれは可罰的であり犯罪行為として処罰しなければならず、したがって「不法な結びつき」要件は、緩和されなければならないというものである。

連邦議会の法務委員会も、このような要請に依って、「職務の執行に関して」とすることで、利益收受、利益供与(三三一条一項、三三三条一項)の要件を緩和した。いわば、旧法と参議院案の中間を採ったのである。これによって、公務の担当者の職務行為との一定の関係が必要ではあるが、「反対給付」としての十分に特定された職務行為は、もはや証明されなくても良いこととなった。このように、この法改正の目的の一つは、訴追機関の任務を軽減することにあつたのである。

裁判官への利益供与(刑法典三三三条二項)の範囲は、三三一条二項に対応して、過去に行つた職務行為にまで拡大された。それは、このような形態においても供与はもはや善意や感謝の行為で、悪意のないものとは評価され得ないからである。そして、利益收受、利益供与の刑罰を加重して、これらの犯罪行為は、軽い犯罪行為ではない



ことを示したのである。三三五条では贈収賄の特に重い事態を定めている。また、一定の要件のもと、財産刑及び拡大追徴が認められた。

第三者による利益の收受に処罰領域を拡大したことは、いわゆる「迂回行為」を考慮した結果であるが、しかし、可罰性の不明確であること等を理由とした批判も少なくない。

また、職務の執行と利益との間に必要とされる関係は、「職務行為に一般的に要求され、約束される等の利益（職務行為に對する一般的関係があればよい）」で十分であることになり、「感謝」の気持ちをこえる「心付け」は可罰的となりうることになる。しかし、不可罰的な個人的領域に属する贈り物との限界を危惧し、「取るに足らない」とはいえない利益に限るなど、厳格解釈を求める意見も少なくなく、今後問題となるであろう。

## (2) 公務員概念の新規定

### (a) 公権的任務に関する規定の明確化

公務員概念の従来の規定は、一方では、その組織形態が私法的であれば公務員としては不処罰とされる等の不備を抱え、また他方では、法秩序の一層の全（汎）ヨーロッパ化、国際化に鑑みると概念の示すところが狭すぎて、いずれも実状に合わない」と立法者は考え、今回の汚職対策法で以下の手直しがはかられた。

刑法典一一条一項二号cにおいて、公務員概念に「職務遂行のために選ばれた組織の形態とは無関係に」と変更が加えられた。一九九二年のBGHSt 38 203の下した無罪判決が示すように、<sup>(54)</sup> 実質は公務員でありながら、組織の形態が私法上の形式をとっていることで、「私法を隠れ蓑」にして処罰を免れうるのを阻止するためである。

(b) ヨーロッパ、及び国際的領域への公務員概念の拡大―これについては、後述「4」参照。

(3) 刑法上の「王冠証人」規定(不採用)

刑法上の「王冠証人」規定は、当初立法者は言及していなかった。その後、連邦参議院では、取引における贈収賄(刑法典二九九条、三〇〇条)及び刑法典上の贈収賄(三三一条)以下の汚職犯罪に対して王冠証人規定の導入が提案された。<sup>(55)</sup>その内容は、自由意思により自ら知り得たことを明らかにして犯罪事実の解明に協力した場合に、裁量的減輕・免除を認めるというものである。たしかに、汚職犯罪は密行性が高く、共謀による場合がほとんどで、このような犯罪捜査のためには、当事者の自白を引き出す「王冠証人」規定の導入は効果的であろう。この種の規定は、刑法典二六一一条一〇号(資金洗淨に関する王冠証人規定)、麻薬法三一条あるいは対テロリスト対策、組織犯罪対策に存する。しかし、立法者は、王冠証人規定を導入するにあたって考慮された趣旨は、現行法でもすでに量刑や刑事訴訟法一五三条以下の手続き打ち切りで十分に対処できるのであり、この規定に必然的に付随する憲法的疑念や公判段階における種々の消極面<sup>(56)</sup>を考慮すると正当化されないとの結論を導いたのである。「王冠証人」規定は、伝家の宝刀であり、法治国家擁護のための不可避かつ緊急措置であり、これを導入するためには、その前提が証明されなければならないからである。

(48) 入札談合罪に関しては、これまで幾度か触れてきたが、本罪に関する判例・学説、及び法律の制定過程を論じるものとして、神山・前掲「入札談合罪」一〇八頁以下がある。なお、同、「ドイツにおける入札談合に対する詐欺罪適用の新しい動き(上・下)」判例時報一五四七号九頁以下と、両論文中の参考文献参照。また、ドイツの入札制度については、高橋文利『競争政策・消費税・D「法」中公新書参照。

(49) この裁判は、最終的には、一九九四年に刑事訴訟法一五三条二項の手續打ち切りで幕を閉じた。

- (50) 二三条一項、一二条二項では、軽罪の未遂は特別の規定を要するとされている。
- (51) 入札妨害罪にいう、入札の時期について争われた近時のわが国の判例として最決平成一〇年一月四日刑集五二巻八号五四二頁があるが、保護法益論がからむその争点は本稿で述べた問題と共通する。
- (52) 神山・前掲「入札談合罪」（一二三頁）論文でも、この点は問題となりうるとしている。
- (53) もっとも自由競争とどう法益に照らして、これを疑問視するものもある。Vgl. Trondle/Fischer, Strafgesetzbuch, 49. Aufl. 1999 § 299 Rdn. 8.
- (54) 本稿（二）四七六頁参照。なお、連邦通常裁判所も処罰の間隙が生じることは認める。その上で、処罰欠缺を法解釈で補うのではなく、立法府に問題を提起したのであった。司法と立法とで「キャッチボール」がなされ、そこに良好な応答をみることができる。

(55) 本稿（三・完）一九五頁参照。

(56) *ibid.*

## 2 手続法及び裁判所構成法

### (1) 電話傍受と工学的手段の導入（不採用）

連邦参議院が賛意を表明した刑法典三三二条、三三四条の犯罪への電話傍受の拡大についても、「王冠証人」規定同様、当初立法者は意図していなかった。捜査の困難さを取り除くために、連邦参議院は、三三二条、三三四条の加重贈収賄罪を刑事訴訟法一〇〇条 a 一文のカタログに加え、電信電話の傍受と記録をこの犯罪領域において可能とする提案をしたのであった。また、これによって一〇〇条 a のカタログと明示的に関連している、一〇〇条 c 一項二号の意味での工学的手段も用いることが可能となる。そして、その意図するところは明確であり、この種の措

置の導入による効果も期待できよう、というのであった。だが、立法者は、この案を容れることはなかった。その理由は、贈収賄に関しては電話傍受という強力な手段を用いる必要性はないとの判断からである。<sup>(57)</sup>

三七四条「私訴」に刑法典二九九条が入った。しかし、二九八条は入っていない。

## (2) 裁判所構成法

裁判所構成法七四条c「経済犯罪事部の管轄」に「刑法典二九八条、二九九条」の規定が入った。しかし、連邦参議院案で、六一回法曹大会が支持したところの、「刑法典三三一条、三三二条」の犯罪行為を、経済犯罪事部の管轄とする提案は、立法者の採るところではなかった。

(57) 本稿(三・完)一九六頁参照。

## 3 「賄賂金」の税制上の取り扱い

かつては、賄賂金、贈賄金を営業支出として税制上無制限に控除できたことの反省から、一九九六年の年間税法は、刑法によって有罪の確定判決が下された、あるいは刑事訴訟法一五三条以下で手続打ち切りがなされた、あるいは罰金の確定判決が下された供与行為(所得税法四条五項一〇号)については、贈賄金を控除できないとした。しかし、この要件は極端に狭く解釈されたので、実際には年間税法の意図した控除の制限は、税法上わずかな意味しかなかった。刑法では処罰されながら税法では許されるという、評価矛盾があり、国民の「法意識に対する重大

な違反」が指摘された。刑事訴追等の要件は汚職対策の高い障害となり、刑事訴追を可能な限り妨げ遅滞させようとする意識を培養し、司法に協力する意識や汚職に対する感受性を鈍磨させ、ひいては迅速な裁判をも阻害すると批判されたのである。そこで、法案は、是正措置として、賄賂金、贈賄金は直ちに課税対象となるように、所得税法四条五項の控除不可能な営業支出のカタログを見直すこととした。したがって、可罰性がなくても控除できるような、また、証明の困難さを救済できるような規定の導入が必要とされた。

そして、今年（一九九九年）の三月一九日、所得税法は、次のように修正された。<sup>(58)</sup>それは、「利益の供与が、罰金刑以上の刑罰を定める刑法あるいは他の法律の構成要件を実現するような違法な行為である場合には、この利益の供与とそれと結びついた支出の供与については、営業支出であっても利益から差し引いてはならない。裁判所、検察庁あるいは行政官庁は、職務上知った、そして一文の意味における行為の疑いを基礎づける事実については、納税手続と、税法または税秩序違反による訴追のために、これを税務署に告発しなければならぬ。税務署は、一文の意味における犯罪行為または秩序違反行為の疑いのある事実を検察庁または行政機関に告発するものとする。検察庁と行政機関は、税務署に手続の結果と基礎になる事実を通知するものとする。」<sup>(59)</sup>とあるので、これによって、刑事訴追等の要件がはずされ、長年の懸案であった税制上の汚職対策がさらに一步前進したことになる。

(58) Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999.

(59) この改正については、SPDの法案が推進力となったと思われる。本稿(二)四五四頁参照。第一四立法会期でも早速税制の改革に着手がなされてくる。Vgl. BT-Drs. 14/23, 14/442.

## 4 国際的レベルでの汚職対策

汚職は一国の問題ではない。汚職は国境を越えた領域で展開するということは、各国が互いに調和した効果的な措置へ向けて確固たる努力を必要とすることを意味する。各法案段階でも、この点の認識については十分に確認されている。このような視座に立って、ドイツ政府は、一九九六年に、ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護のための議定書に<sup>(60)</sup>、また、一九九七年に、OECDの領域でなされた「国際的商取引の領域における外国の公務の担当者への贈賄対策についての協定」の合意にそれぞれ署名した<sup>(61)</sup>。この二つの合意は、贈賄の領域では国内の公務の担当者としてヨーロッパ及び他の国の公務の担当者とを等しく扱うこととしたものである<sup>(62)</sup>。このうち後者については、前述のごとく、OECDの勧告・合意に基づき各加盟各国で国内法として成立するはこびとなったが、ドイツでは右法律は、本年（一九九九年）二月一日に、国内法として施行されている。ただ、現行ドイツ法においては、法人及び人的組織体の可罰性は肯定されていないため<sup>(63)</sup>、法人処罰規定はない。

前記の二つ及びそれに先立つ一九九五年七月二六日のヨーロッパ共同体の財政的利益の保護に関する協定を加えた汚職対策関連三法案は、一九九八年六月に若干の修正の後に採決され、ヨーロッパ、及び国際的レベルでの汚職対策法として結実したが<sup>(64)</sup>、その中で重要なのは、「国際的贈賄対策法」二条の「国際的商取引の領域における外国の公務の担当者への贈賄」については、未遂をも処罰することに至ったことである。

この問題について、わが国では、昨年（一九九八年）九月に「不正競争防止の一部を改正する法律」が制定され、その一〇条の二項に、外国公務員等に対する不正な利益供与等の禁止を定め、同法一四条において法人処罰も

規定された。しかしながら、わが国の「外国公務員への贈賄」規定には、未遂処罰規定はない。刑法典において贈収賄罪に未遂規定が置かれておらず、未遂概念が不明確であることなども原因の一つであろうが、今後、各国との汚職対策の協調が求められるにともない、議論されるところとなろう。

(60) なお、森下忠「外国公務員と国際公務員の汚職犯罪」判時一六一号三四頁参照。

(61) *ibid.*

(62) 本稿(三・完)一九八頁参照。なお、外国の公務員に対しては刑罰権が及ばないとして、政府は当初この問題に消極的であった。Vgl. BT-Drs. 13/642. 本稿(一)四五二頁注(1)参照。

(63) Jescheck-Wiegeng, Lehrbuch des Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1986 S.227.

(64) 本稿(三・完)一九八頁参照。

## 5 公務員法上の新规定

### (1) 懲戒法上の「王冠証人」規定

刑法上の「王冠証人」規定は採用されなかった。これに対して、懲戒法上では、「王冠証人」規定が導入された。その理由は、汚職の徴候を発見し、必要な措置をとることは非常に困難であること、職員内部で容疑をかためたりこれを取り除いたりすることはできず、それを要求することは過大な負担であることなどである。このような理由から、立法者は新連邦懲戒法一条aで、犯罪解明に対する協力的態度と汚職対策のための「公的職務の効果的な自己浄化」を要求したのであった。これによれば、「事実について自らの知見を開陳し、その認識が犯罪行為、とり

わけ刑法典三三一条ないし三三五条の犯罪行為を妨げ、あるいは自らの行為寄与の解明に寄与した場合」には、禁止された贈物の收受故に連邦懲戒法で公職を失った公務員に月々の年金を認めることにした。<sup>(65)</sup> もっとも、刑事判決の確定力で連邦公務員法四八条(実刑判決を受けた場合の公務員たる身分の終了)によって公務員関係が終了した事例は別である。ここでは、公務員の過誤がその協力的な態度を考慮してもなお重いからである。

(2) 贈物の禁止

公務員はその任務を公正にかつ正しく執行しなければならず、公務の執行の非利己性は公務員の中心的な義務である。公務員の職務に関する謝礼や贈物の收受は、かつては一定の要件のもとに許されていたが、新法によれば原則的に禁止されることになった。<sup>(66)</sup> ここでは、刑法典三三一条の構成要件とは異なり、いかなる不法の結びつきも要件とはされていない。法に定めるような行為が行われる限り、公務員の清廉性・不可買収性は危殆化されているというのである。ただ、上述のごとく、一般に許容される私人としての贈物とどのように区別するのが今後の課題であろう。この点については、ドイツでは、社会的相当性の範囲内にあるかどうかを一つのメルクマールとする見解が有力である。なお、より重要なのは、禁止事項を増やし処罰することよりも規定を厳格に守らせることにある、との法案段階で何度か確認された指摘は尊い。

(3) 副業の禁止

一九八五年の第一次副業制限法の制限の範囲には疑念が存した。従前から必要とされていた許可については、立法者がこれを要求しつつも、しかし、ほんの僅かな、つまり社会的に重要ではない形態での副業については、その



ような許可は一般的に与えられているというようなフィクションを用いていたからである。したがって、法適用者にとつても、市民にとつても、どのような事例で副業についての許可が必要か否かを法律によつて明らかにすることが要請事項であった。これが、許可を必要としない副業についても申告義務を定めた今期第二次副業制限法の制定理由の一つである。<sup>(67)</sup>ただ、今期の制限法<sup>(68)</sup>でも、許可を必要としない副業に対する公務員の申告義務を、どのような根拠から一般的に必要であるとしたのかは明らかではない。結局は従来<sup>(69)</sup>の法律による場合と同様に、従前の許可を必要とするのと同様ではないか、市民の自由が制限され、副業を行うことは結局官庁の許可に依存するのではないか、との批判もある。

なお、副業規定は、連邦議会の法務委員会の勧告で、汚職対策法から第二次副業制限法に移された。公務員の副業は一般的に汚職と関係しているとの印象を与えることに配慮したためである。

#### (4) 予防

汚職対策の重点は、予防にあることも再三指摘された。<sup>(69)</sup>公共事業の委託にあたっては「四つの目の原則」を徹底すること、立案、委託、施行そして清算の分離、汚職にかかわった組織や関係社を連邦規模で把握・分析した記録簿の作成、事前予告のない検査の強化と関連企業の公共事業からの一定の期間の排除、<sup>(70)</sup>適切であると思われる外部の専門官を招き、特に汚職に陥りやすい部署では専門知識の喪失が問題とならない限りの人員のローテーションを行うこと、などが確認された。ローテーション制度にとつては、専門的知識の喪失がもっとも大きい問題である。さらに、汚職対策にとつて教育の重要性も当然ながら指摘された。

- (65) 本稿(一)三一二頁参照。
- (66) 本稿(一)三一頁以下参照。
- (67) 本稿(一)三二三頁参照。なお、同所の「許可を受ける義務のある副業については、法律で・・・」は、「許可を受ける義務のない副業については、法律で・・・」の誤りである。
- (68) 本稿(一)三二三頁参照。
- (69) BT-Drs. 13/8085, S. 1; DJT Beschlusse I 6 und 7, L 56/57. 本稿(三・完)一八二頁参照。Dolling, aa.O., C 44. Schaefer, Referat zum 61. DJT L 18/19; Schauensteiner, NStZ 1996, 409, 413. 提案「1」p. Schneider, DÖV 1997, 578f.
- (70) Vgl. Deutscher Juristentag, Verhandlungen des 61. DJT in Karlsruhe, Bd. II/1, 1996, Beschluss I 8f, L 57. 本稿(三・完)一八二、二〇〇頁参照。賛成 Schneider, DÖV 1997, 578, 583. 反対 Mollering, WRP 10/1997, 933, 937.

結

昨年(一九九八年)一〇月、わが国では、OECDの前記「国際的商取引の領域における外国の公務の担当者への贈賄対策」協定が国内法として施行された<sup>(71)</sup>。従来の不正競争防止法の一部が改正され、それにより、その一〇条二項で「外国公務員に対する汚職」が処罰されるにいたったものである。右法律では、今年二月に施行された同趣旨のドイツ国内法において賄賂罪について法人処罰規定を欠くとは異なり、法人をも処罰可能な「画期的」な法律であると評されつつも、わが国の国内法ではそもそも賄賂罪について法人処罰をしていない点、行政処分による対処という別途の方策もあった点などから問題が残るとの指摘もある<sup>(72)</sup>。加えて、ドイツでは、未遂処罰規定が立法化の最終段階で設けられたのに対して、わが国では未遂を処罰していないという点も指摘しておかなければならな

い。しかしながら、ドイツ、日本の両国内法に若干の相互の相違やそれぞれの不備等は認められるにせよ、一連の法律の動きは、自由経済活動とそれへの諸関与がもはや一国の内にとどまり得る時代ではなく、同時に、自由経済は今後世界的な規模で保障されていかなければならないといった、経済のグローバル化の認識を射程にいった法の在り方や法益の論議が今やますます重要となっており、併せて、具体的な法的対処が求められる時期にさしかかっていることを我々に教えてくれるものであるといえよう。

ドイツでは、一九九七年八月、第一三回立法会期で最も重要な法案の一つとされた汚職対策法が公布、施行された。本稿はこれを紹介するものであった。<sup>(73)</sup> 新汚職対策法の主な内容は、まず刑法では、刑法典二九八条の「入札に際して競争を制限する談合」罪の新設、二九九条の「取引における贈収賄」罪の新設、三三一条以下の贈収賄罪規定について職務関連性の緩和等の見直し、公務員概念の変更と新たな規定、次に公務員倫理法に関しては、贈物禁止、副業の禁止、懲戒法上の「王冠証人」規定の導入、そのほか、外国公務員に対する贈賄罪の新設等のヨーロッパ及び国際的なレベルでの汚職対策法、及び税制上の汚職対策などである。<sup>(74)</sup> 二九八条、二九九条、三三一条以下の規定については、一層の経済活動の国際化に伴い、将来OECD加盟各国などでさらなる汚職対策法制定の動きが加速すれば、それぞれの国の国内法の比較やすりあわせが必要になってくるかもしれない。

以上の中で、談合罪が汚職犯罪の一つに取り入れられたことは、今回の法律の大きな特色である。また、立案過程の当初から汚職犯罪の保護法益論が盛んに展開された。汚職の本質は、自由経済の土台をゆるがせにし、「デモクラシーと社会的法治国家」という基本価値を侵害し、公務員の倫理・道徳観を危うくし、国家に対する市民の信頼を損ね、同胞の責任感や連帯感を揺るがすことにもなる」ものであり、他方またそれは組織犯罪への入り口でもあると指摘された<sup>(75)</sup>点は注目に値しよう。ここでいう自由経済とは、当然ながら一国内ではなく、国際的規模においての

それをいうことは明らかである。経済のグローバル化に伴って、経済活動の自由、競争の自由の保障は今や世界的規模で捉えられなければならないのであり、汚職の保護法益もまた、もはや一国内においてのみの法益として考えることが許されない時期にあるのである。これに關しては、刑法典第二十六章「競争に対する犯罪行為」の立法趣旨の説明では、今日では刑法はもはや生命、身体、自由、名誉、所有権及び財産という伝統的な法益ばかりではなく、超個人的な利益の保護をも考慮しなければならず、環境犯罪対策法が現在及び将来の世代の生態系上の生存条件の維持を保護法益としたのと同様に、同章は機能している社会の市場経済をその保護法益とすることが確認されている。環境犯罪対策法は、次世代の利益を保護法益とした点で注目されるべきであるが、二六章が（おそらく将来へ向けて）市場経済を保護法益としたことの意義は小さくはない。この点わが国においても、汚職犯罪の保護法益については、検討を加えるべき時に至っているのではあるまいか。外国公務員に対する汚職犯罪の保護法益の検討はこの意味で興味深い。さらに、汚職対策の重点は予防にこそあるのであり、法律を新たに設けるよりも法規の遵守の徹底をはかることの方が重要である、ということが再確認されたことも重要である。刑法の断片性からいっても、これは当然であろう。また、市民の意識の啓蒙や遵法精神の育成は汚職対策の最良の方法であって、そのためには、公務員が範を示さなければならないともされた。<sup>(76)</sup>

本稿では、ドイツの汚職法案においては、汚職は、社会の基本的価値を侵害し、国家と市民との間の信頼関係を損ね、そして自由経済の土台を根本から覆すものであることが繰り返していわれたことを述べてきた。翻るに、現在の日本の経済危機はどこからきたものであろうか。かつてから「日本の常識はかならずしも国際社会では通用しない」といわれてきた。これは、戦後飛躍的に発展したわが国の、こと経済的な面における特殊日本の体質が必ずしも世界に容れられるものではないことをいっただものである。たとえば、談合という語は、外国企業が新規に日

本市場へ参入することを拒む日本の閉鎖市場を象徴する言葉として英単語にまでなったといわれ、かねてより米国は、自由競争を制限する悪弊として談合の排除をわが国に繰り返し求めてきた<sup>(77)</sup>。そして、談合の問題に限らず、経済のグローバル化が進む中、企業も公務員も法律の遵守と倫理の向上に努めなければ、日本経済は世界の競争の場から取り残されるであろうことが有識者からは警告されてきた。しかし、ここ数年、わが国において発覚した複数の汚職事件は、その数や規模から、そしてそれが国家の行政機関の中枢部にも及んでいたことから衝撃的であり、従来の体質が依然改善されていなかったことを示すものに他ならなかった。その結果、外国資本は、日本市場から撤退していったのである。先頃もまた、インドネシアのODA事業に関して、ゼネコン数社がリベートとして多額の金額を所轄官庁に渡していたことが明らかとなり、国税庁によって所得隠しとして追徴課税され、さらに、初めて会計監査院が調査に乗り出したことは記憶に新しいところである<sup>(78)</sup>。アジアの経済危機を引き起こし、全世界の経済不安にも繋がったとされる現在の日本の経済危機は、汚職がその発端の一端を負っているといっても過言ではない。改めて、「汚職の危険性を過小評価してはならない<sup>(79)</sup>」ことが強調されるべきであろう。ドイツでも、リベートを税制上考慮することは、外国企業に対して国内企業が不利な立場に立たないための策とする政府のこれまでの考え方は、この「不利益」は、OECDレベルで共同して控除禁止が決定されることで解消されるという考え方によって止揚された<sup>(80)</sup>。わが国でも、今までの「商慣習」、「常識」は見直されなければならない。そして、本稿をとおして概観、検討して来たように、ドイツを始めヨーロッパ諸国においてははその作業が実行され、具体的な施策に結実しつつあるのである。日本もまた、「国際的な汚職対策を講じるために、自らの重要性を発揮しなければならない<sup>(81)</sup>」とくにさしかかっている。

繰り返すこととなるが、ドイツにおいては組織犯罪対策に汚職対策がリンクし、汚職対策法には政治倫理規制法

が一体となっている。それぞれの組み合わせにおいて互いが密接な繋がりにあるゆえのことである。これに対して、わが国では近時組織犯罪対策の問題が議論されはしても、ドイツとは異なり、そこに汚職対策の観点はなく、さらに政治倫理規制法については、昨今はもはや「のど元過ぎて」<sup>(83)</sup>の感さえもある。昨年、大蔵省金融検査部幹部や厚生省事務次官の汚職事件をきっかけとして、旧連立時代に、自民、社民、さきがけの与党三党が国会に提出した国家公務員倫理法案は、いまだ審議には入っていない。資産公開法案、政治資金規制法案、仮名取引禁止法案、政党間移動禁止法案、公民権停止期間延長法案、など政治倫理関係五法案も、趣旨説明すら行われていない。議員立法で提出された「国家公務員の職務権限が及ぶ企業・団体からの接待や贈与の原則禁止」を定める国家公務員倫理法、一定の国家公務員については政府案では五千万円、民友連、平和・改革、自由党の野党三会派の案では二千万円を超える贈与や接待について報告を義務づけたとした公務員倫理法案、国会議員や地方議員らの「入札干渉処罰」法、激しく議論された「あっせん利得」禁止、審査機関に対する告発や捜査権限の付与、外部からの審査の強化、公務員の資産報告など、十分な検討を経ての早期の成立が望まれるものである。<sup>(84)</sup> かくうじて、国際的レベルでの汚職対策については、わが国では、先に述べたように、昨年一〇月、不正競争防止法の一部が改正され、その一〇条二項で「外国公務員に対する汚職」が処罰されるにいたっている。若干の問題も残る現状ではあるが、まずは進み出したことを第一の評価とし、今後の検討に待つこととなろう。

ドイツの他、各国でも汚職対策につき幾つかの注目すべき対策が講じられている。<sup>(85)(86)</sup> アメリカではすでに一九七七年に外国の公務員に対する汚職等を処罰し、公正な取引を保護しようとしていた。法文化や法制度が異なる国の制度を単純には比較できないし、すべきでもなしにしろ、比較法として学ぶべき点は少なくないはずである。

本稿において、ドイツの新汚職対策法につき、各党の草案を、また、それに対する学会のコミットを比較的详细

に追ったのは、立法に至る意思決定過程と、開かれた議論がどのように法制化に影響を及ぼしたかを明らかにしたいという意図からであった。この法律がどのように運用されていくのか、その実体をふまえて検討することも必要である<sup>(87)</sup>。この点は今後の課題である。また、これからOECDや世界的規模でいかなる汚職対策が講じられるかに ついても、興味深く注視していきたいと考えている。

- (71) 内容については、本稿(二)四九三頁参照。
- (72) 神山敏雄「企業犯罪」ジュリスト一一五五号一八四頁。同稿は企業犯罪一般についての問題状況を整理し、課題を指摘している。同、前掲「入札談合罪」参照。ここでは、汚職犯罪についての詳細かつ丹念な問題の掘り下げがなされ、批判的検討が加えられている。その上で、わが国との比較がなされている。
- (73) ドイツ汚職対策法の紹介としては、すでに川口浩一「企業の腐敗防止と刑事責任」奈良法学会雑誌（奈良産業大学法学会）一〇巻三・四五がある。
- (74) 汚職対策は、州レベルでも行われている。たとえば、昨年までの三年間に四六〇〇件の贈収賄事件が発覚したノルトライン・ヴェストファーレン州において、昨秋特捜班が設置されるなど、具体的な汚職追放策がとられつつあると報じられた。
- (75) 本稿(一)二八九頁、(二)四六八頁参照。
- (76) 本稿(三・完)一八二頁参照。
- (77) 渥美東洋「疑問残る談合の告発回避」朝日新聞一九九二年六月一九日朝刊。
- (78) 読売新聞一九九九年四月八日朝刊、同四月一〇日夕刊、同五月六日夕刊参照。
- (79) 拙稿・「Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. und 20. August 1997 - Vergleich mit der gesetzlichen Regelung in Japan-」獨法四七号一六一頁。
- (80) 本稿(一)四五六頁参照。
- (81) 本稿(二)四五七頁参照。

(82) 同旨、浅田和茂『組織犯罪』対策立法の動向「犯罪と刑罰一三二〇頁。なお、それによるとアメリカ(RICO法)でも、カナダでも汚職犯罪は組織犯罪に数えられているようである。法務省刑事局刑事法制課編『基本資料集・組織犯罪と刑事法』参照。

(83) 毎日新聞一九九九年五月一五日照刊。

(84) 脱稿直前の七月二日の朝日新聞朝刊は、国家公務員倫理法案が、与党と民主党の間で倫理法案の調整を本格化させることで合意したため、今期の国会で成立する見通しとなったことを報じている。一方、同じく七月八日の朝日新聞朝刊によれば、厚生省、自治省など一九官庁と、衆参両院の法制局が、民間の大手政府刊行物発行人社から、一九九六年の一年間で計約二億八九〇〇万円の印税を受け取っていたことが明らかとなった。それによると同社が各機関の担当者に一括して支払った印税は、帳簿上、複数の職員名義に振り分けられ、一人あたりの金額が税務署に報告義務のない五万円以下に調整されていたもので、組織的な税のが行われていた疑いが強いという(なお、六月二四日朝日新聞朝刊に関連記事)。

(85) 近時の外国法の文献として、加藤敏幸「アメリカ合衆国における政治倫理と刑事法」犯罪と刑罰一〇号六四頁、門田成人「アメリカ合衆国における賄賂罪とその周辺」同一一四頁、本田稔「ドイツにおける賄賂罪とその周辺」同一三五頁、三宅孝之「イギリスの政治倫理と刑事法」犯罪と刑罰一〇号九九頁、趙炳宣「韓国における政治倫理・公職倫理と刑事法」犯罪と刑罰一二号二三頁、佐藤美樹「フランスにおける政治倫理と刑事法」同八九頁参照。

(86) 汚職対策を論じる最近の国際会議として、一九九三年、メキシコでの第六回汚職防止国際会議、一九九五年、中国での第七回汚職防止国際会議(森下忠「汚職犯罪の国際的防止」判時一五五七号五〇頁)、一九九六年、イタリアでの第一三回国際社会防衛会議(森下・前注(25))、一九九七年、ペルーでの第八回汚職対策国際会議(8th International anti-korruption conference september 7.11.1997 Lima-Peru)がある。

(87) 神山・前掲「入札談合罪」一一四頁参照。

\*汚職対策(政治腐敗防止)法に関する近時の参考文献をあげておく。

Achenbach, Hans, Pänalisierung von Ausschreibungsabsprachen und Verselbständigung der Unternehmensgeldduße durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997, WuW 1997, 958



- Battis, Ulrich, Das Zweite Nebentätigkeitsbegrenzungsgesetz, NVwZ 1998, 34
- Bottke, Wilfried, Korruption und Kriminalrecht in der Bundesrepublik Deutschland, ZRP 1998, 215
- Braun, Stefan, Korruption im demokratischen Rechtsstaat, NJ 1996, 450
- Döling, Dieter, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozessrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag in Karlsruhe, 1996
- Duttge, Gunnar, "Diu rehte máz" - auch bei der Bekämpfung der Korruption?, ZRP 1997, 72
- Eser, Albin/Überhofen, Michael/Huber Barbara (Hersg.), Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, 1997
- Engelken, Klaas, Vorzensur für schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische und Vortrags-Nebentätigkeiten?, ZRP 1998, 50
- Geerds, Friedrich, Über Änderungen der Bekämpfung krimineller Korruption, JR 1996, 309
- Hettinger, Michael, Das Strafrecht als Büttel? Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3.11.1995, NJW 1996, 2263
- Hofmann, Frank, Steuerliche Behandlung von Schmiegeldern als Hindernis für die effiziente Korruptionsbekämpfung, ZRP 1999, 49.
- Homann, Karl, Unternehmensethik und Korruption, ZfbF 49 (3/1997)
- Kerner, Hans-Jürgen/Rixen, Stephan, Ist Korruption ein Strafrechtsproblem?, GA 1996, 355
- König, Peter, Neues Strafrecht gegen die Korruption, JR 1997, 397
- Korte, Matthias, Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption, wistra 1999, 81.
- Korte, Matthias, Bekämpfung der Korruption und Schutz des freien Wettbewerbs mit den Mitteln des Strafrechts, NSZ 1997, 513
- Korte, Matthias, Kampfansage an die Korruption, NJW 1997, 2556
- Lüderssen, Klaus, Antikorruptions-Gesetze und Drittmittelforschung, JZ 1997, 112
- Lüderssen, Klaus, Die Symbiose von Markt und Staat - auseinanderdividiert durch Strafrecht?, StV 1997, 318

- Lüderssen, Klaus, Sollen Submissionsabsprachen zu strafrechtlichem Unrecht werden?, Betriebs-Berater, Heft 25, 1996
- Möhrenschräger, Manfred, Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene, JZ 1996, 822
- Ostendorf, Heribert, Bekämpfung der Korruption als rechtliches Problem oder zunächst moralisches Problem?, NJW 1999, 615.
- Pieth, Mark, Internationale Harmonisierung von Strafrecht, als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität, ZStW 109, 756.
- Ransiek, Andreas, Strafrecht und Korruption. Zum Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, StV 1996, 446
- Rutkowski, Stefan, Der Schadensachweis bei unzulässigen Submissionsabsprachen, NJW 1995 705
- Schaefer, Christoph, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Referat zum 61. Deutschen Juristentag in Karlsruhe, in: Verhandlungen des 61. DJT, 1996, Bd. II/1, L. 9
- Schauensteiner, Wolfgang J., Das Korruptionsbekämpfungsgesetz. Eine scharfe Waffe gegen ein verbreitetes Übel?, Kriminalistik 1996, 237, 306
- Schauensteiner, Wolfgang J., Gesamtkonzept zur Eindämmung der Korruption, NSiZ 1996, 409
- Schauensteiner, Wolfgang J., Das Korruptionsbekämpfungsgesetz. Erstes Etappenziel erreicht, Kriminalistik 1997, 699
- Schlüchter, Ellen, Zur (Un-)Lauterkeit in den Volksvertretungen, Festschrift für Friedrich Geerds, 1995, 713
- Schlüchter, Ellen, Erweiterte Kronzeugenregelung?, ZRP 1997, 65
- Schneider, Dieter, Verhütung und Bekämpfung von Korruption, Die Öffentliche Verwaltung Juli 1997 Heft 14 S.578ff.
- Überhofen, Michael, Strafrechtliche Korruptionsbekämpfung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Kriminalistik 1997, 712
- Vahle, Jürgen, Der Kampf gegen die Korruption – ein Überblick über die jüngsten gesetzgeberischen Aktivitäten auf

Bundesebene, VR 1998, 325

Volk, Klaus, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Referat zum 61. Deutschen Juristentag in Karlsruhe, in: Verhandlungen des 61. DJT, 1996, Bd. II/1, L 35.

Zieschang, Frank, Das EU-Bestechungsgesetz und das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung, NJW 1999, 105.

〔付記〕 本稿は、昨年（一九九八年）度学術振興野村基金の助成事業、および本年（一九九九年）度 DAAD（ドイツ学術交流会）の奨学金（外国人研究者の短期研究滞在）による研究成果の一部である。