

《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（二）

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）

只
木
誠

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の法案「賄賂及び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. 13/742)」

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、刑事訴訟法及びその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のための措置 (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、本号)

Ⅳ 各界の反応

V 考察

結

Ⅲ 各党の法案

第一三立法会期における汚職対策に関する法案化の試みは、一九九五年二月九日の九〇年連合・緑の党議員団等の連邦政府に対する質問に始まる。BT-Drs. 13/476がそのうちの⁽¹⁾₍₂₎⁽³⁾一つである。これは、ドイツ国内及び、国外の汚

職の状況を政府に問い、それに対する刑法上、行政法上の取り組みを問題とし、今後考えられる措置について政府の意見を糺すものであった。そして、それに対する政府の回答が、同年三月二十八日の BT-Drs. 13/1012 である。その間に、二月十七日には九〇年連合・緑の党が法案「汚職に対する措置 (BT-Drs. 13/617)」を発表した。一方、三月九日に SPD も一二立法会期からの提案であるところの、「賄賂及び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. 13/742)」を提出した。その後、汚職に対する刑事法的措置、行政法的措置を含む包括的な法案について、連邦参議院からは、「刑法、不正競争に対する法律、刑事訴訟法及びその他の法律の改正のための法律案—汚職対策法— (BR-Drs. 13/3353)」が二月十八日に、SPD からは、「国内及び国際的汚職対策のための措置 (BT-Drs. 13/4118)」が翌一九九六年三月十四日に、CDU/CSU 及び FDP からは、「汚職対策のための法律案 (BT-Drs. 13/5584)」が同年九月二十四日に提案された。その一週間前の十七日からは、カールスルーエで法曹大会が開かれており、刑事法部会のテーマは汚職対策であった。これまで各政党などが提案してきた措置を含め多くの措置が議論の対象となり、最終的に部会の意見として集約するために、ひとつひとつ採択がなされた。CDU/CSU 及び FDP の法案は、時期的に見てもこれを考慮したものと見えるであろう。これによって各政党の提案が明らかになった。それから三カ月後の二月五日には、連邦政府提出の「汚職対策のための法律案 (BT-Drs. 13/6424)」が提出されたが、これは CDU/CSU 及び FDP の先の法案をそのまま承認するものである。翌一九九七年六月二十六日は、第六次法務委員会が開催され、議決勧告のための採択が行われ、それについての解説が付された。その内容は、CDU/CSU 及び FDP の提案並びに連邦政府の提案に若干の修正を施しつつ、それらを採用し、連邦参議院、SPD 及び九〇年連合・緑の党の法案を否決するものであった。

以下、Drucksache の提案時期を、若干前後するが、九〇年連合・緑の党の質問とこれに対する政府の回答から見

ていくことにする。なお、紹介は逐語訳をすべきと思われる箇所以外は、概要のみを示すにとどめ、しかも今回の改正点に関係する、あるいは今後の検討課題となると思われる点を中心にしたい。

(1) なお、それよりもさき、一九九五年一月二三日に九〇年連合・緑の党による、「利益供与と贈賄による外国におけるドイツの経済的利益の促進 (BT-Drs. 13/276)」があり、それに対する連邦政府の回答BT-Drs. 13/69が、同年二月二四日に出されている。その回答のなかで、政府は、国際的な取引と投資は、トランズアクションの費用の上昇と自由な市場の作用の歪みによって妨げられている、というOECDの一九九四年の見解を紹介しつつ、これを現状認識としたうえで、外国の官庁職員への利益の提供ないし贈賄(及びその未遂)の刑事訴追についてドイツ刑法ではどのように可能かという問に対して、原則上ドイツ刑法の適用は不可能であり、また、不正競争防止法二二条の、競争を目的とした取引における企業の使用人または代理人による贈賄罪の規定が、この企業が外国の官庁に属するときには、適用可能な場合があるのみであるという回答している。そして、刑法上の処罰を強化するために、どのような執行上、立法上の改正の必要性を感じているかという問に対しては、次のように回答している。すなわち、ヨーロッパ連合の評議會は、共同体の財政的利益の法的保護について一九九四年一月六日の決定で、法的手段を講じることが加盟国に要請した。それは、共同体の利益に関わる、とりわけ贈収賄罪をヨーロッパ共同体の職員へも拡張することである。政府は、この点を考慮にいれ、さらに一般的にヨーロッパ共同体の公務員を一一号一項二号ないし四号と結びついた三三一条以下に規定する公務員概念に含ませる用意がある。それを越えて外国の官庁職員へも三三一条以下を拡張するべきかについては、OECDとヨーロッパ評議會との協議において検討される。ただ、国内の規定は直ちに他の国へとは広げられないし、また外国における法益の保護は原則上当該の国の問題である、と。

(2) もっとも、当然ながら、それ以前からすでに各党は、汚職対策の問題点やとるべき措置を議論していた。たとえば、贈賄金並びに賄賂の税制上の控除の廃止を求める提案をSPDは一九九三年に行っている。これは、議会で否決された(BT-Drs. 12/4104, 8468)。

(3) なお、「こごび賄賂 (Schmiergeld) ・ 贈賄金 (Bescheuchungsgeld)」というのは、必ずしも法にふれる違法なものだけをいうのではなく、それより広い概念であり、その点で賄賂という日本語よりも広い意味で用いられている。日本の事情を紹介して、日本では、賄賂・贈賄金はそれを受け取る者の名前と署名があれば税制上控除されるとドイツでは紹介されてい

るのはそのためである。 Vgl. BT-Drs. 12/8468 S.5.

1 「一九〇年連合・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)

九〇年連合・緑の党は、汚職の現状を明らかにし対策をとるために、一九九〇年から一九九四年までの、連邦及び州の公の行政に関わる官庁職員の汚職犯罪への関与について質問した。

贈収賄罪に関する起訴件数及びその経過と結果⁽⁴⁾についての質問に答えた後に、政府は以下のように回答している。

汚職に対する、たとえば汚職に陥り易い調達局などでのローテーション原則のような予防的・監視的措置の導入については、「複数の目原則」は基本的に正しいし、現在でも人の一定のローテーションや権限分離などの方策がとられている。委託法の再検討に関しては、公的な委託をなす際の建設請負工事規定は汚職を予防しており、より強力な措置を導入することよりも、要は現在ある規定を守らせることが重要である。国内外の賄賂と贈賄金について税制上の控除可能性を廃止することに関しては、その可否と程度について検討中である。公的な職員に対して少なくともその職務に関してなされたすべての金銭的価値のある供与について処罰すべく、刑法典三三二条以下の刑罰規定を広げるという提案については、連邦政府の見解によれば、当該行為は基本的に三三二条以下に含まれる。「国家財政への背任」という新たな構成要件を設けることについては、場合によっては通常の背任罪の規定が適用可能であり、このような立法は必要ではない。会計検査院に告発義務を課すことに関しては、会計検査院に過剰な負担をかけることになる。証明可能な損害の有無に拘わらず、競争を排除する措置に関与した場合を処罰する、入札詐

欺罪の新設(二六四条b)に関しては、連邦通常裁判所判決によれば(BGHSt 38, 186)、入札談合にあっては詐欺の構成要件が適用されるのであり、今後の実務の積み重ねが待たれる。汚職の嫌疑がある場合の税の秘密の開示や犯罪遂行に関与した企業の没収については、必要はない。汚職事例で自己申告した場合の無罪規定の導入に関しては、刑事訴訟法一五三条以下の規定や量刑規定がある。公の行政で調達系の任務を負う者へ公務員概念を広げることについては、確かに連邦通常裁判所(BGHSt 38, 199)によれば、有限会社という形態で仕事に従事していた州の企業の業務管理者の公務員性は否定されるが、しかしこの判決は批判されており、今後の判例の展開に待つべきである。不正競争防止法一二条の規定を刑法五条を補充して在外のドイツ人の所為にも拡大することについては、検討を要する。そして、議員の贈収賄の構成要件(一〇八条e)を議会での投票よりも時間的に前にある実務上重要な影響力の行使に拡大することについては、現行の規定で十分である。

(4) 一九九〇年から九二年までの利益提供と収賄については、約四〇件から五〇件であった。なお、前号で記述したごとく、警察統計上、贈収賄罪が一九九四年から、不正競争防止法一二条が一九九五年のそれぞれ一月一日から他の犯罪累計とは別個に統計がとられている。

2 SPD の法案「賄賂及び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. 13/742)

SPD からは、所得税法を改正して、第一に、賄賂・贈賄金については、控除できない事業支出に加えることで、税制上控除できないようにする、第二に、賄賂・贈賄金の意味での費用は、個別にかつ他の営業支出と区別して記

録しなければならぬ、第三に、公課法を改正して、賄賂・贈賄金について税務所は刑事訴追機関に報告すること、とする改正案が提出された。

提案理由として、SPDは次のように主張する。

贈賄や利益の收受は、ある領域では「通常の」商取引に属してしまつた。これは外国との、とりわけ発展途上国との取引にもあてはまる。これに寄与しているのが、賄賂・贈賄金が税制上控除可能であることである。検察庁の調べによると、ドイツでの汚職による損害は六〇〇 Mio.DMと計算されている。法案が成立すれば一〇〇 Mio.DMの収入になる。連邦政府は「必要な支出」とするが、一方では控除されることで他の納税者に、他方では価格にはねかえることで消費者にと、二重の犠牲が強いられている。汚職によって公費の無駄と、全体の国家秩序の損失がもたらされたり、商取引の公正さ、公務員の規則に則つた仕事に対する一般公衆の信頼が侵害されたりしてはならない。現在、租税法と刑法との間では評価矛盾をきたしている。贈収賄は刑法上処罰され、不正競争防止法一二条は、競争を目的とした商取引の使用人又は代理人の贈収賄を処罰しようとしている。しかし、これらと税法上の賄賂・贈賄金の控除可能性とは矛盾する。確かに課税には、行為が法や道徳にふれるかどうかは、重要ではない。しかしこの原則は無制限ではない。たとえば以前から罰金は税制上控除可能ではなく、過料、秩序金、行政金についても、一定の場合には控除されない。

支払において国内では税務署の要請で受取人は名前をあげられなければならない、それによって支払われた賄賂の課税がなされうると政府は主張するが、控除禁止の必要性は変わらない。第一、受取人は実際に受け取つた賄賂を所得として納税することが保証されていない。

第三者への賄賂が、善良な納税者や限りある予算を犠牲にして控除されるというのは、法意識に反する。外国の

受取人に支払われた場合、受取の証明は断念せざるをえない。外国への支払は国内へ再び闇金として入ってくるかも知れない (BT-Drs. 12/8468)。このように比較的危険なくして闇金を調達することができるとして、組織犯罪を多大に促進しているのである。これは、政府が発展途上国の法的安定性と汚職対策を重要視しているということに反しているのである。

すでに工業国の中では控除を認めないとした国がある。アメリカでは、賄賂等の税制上の控除はなされない。これは、国内外の公務員への直接的あるいは間接的な支払に、また、連邦あるいは州の法律にしたがえば禁止され刑罰や他の制裁を受けるような支払に当てはまる (BT-Drs. 12/8468)。ベルギーやフランスでは、それどころか一定の場合には二〇〇%から一〇〇%の特別税が課される。政府はドイツ国内で賄賂を税制上考慮することは、ドイツの企業が外国の企業に対して不利にならないようにするために必要だと説明するが、今日では適切ではない。不利益はOECD内の国が共同して控除禁止を決定すべしなくなるであろう。OECDは、作業班を始動させている。アメリカが上述の行動をとり始めたのに、政府はドイツでの税制上の控除可能性をさらに維持し、それによって国際的に合意がなされた措置を妨害している (vgl. BT-Drs. 13/267)。賄賂等の記録義務と税務署による報告義務については、法的根拠を与えようとするものである。

このように、SPDは法案の理由づけを行っている。

3 SPD 議員団のYoung 法案「国際的汚職の抑止 (BT-Drs. 13/1717)」

SPDは、先の税制上の汚職対策法案に続いて、それを同時に含みつつ、贈収賄規定の適用範囲の拡大を内容とす

る法案を提出した。

すなわち、

- 1 連邦政府は、一九九四年五月二七日の国際的取引における汚職に対するOECDの勧告に即座に従うべきこと、
 - 2 賄賂及び贈賄金の税制上の控除可能性を廃止すること（Vgl. BT-Drs. 13/742）、
 - 3 外国の官庁の職員や政治家へのドイツ人による利益の供与と贈賄を刑法を改正して処罰すること、
 - 4 政府は公共の手による共同開発事業の領域における委託にあって、そして国家の担保と保証によって守られている取引において、外国の官庁職員と政治家への利益の供与と贈賄を排除するためには、どのような方法があるかを示すこと、
 - 5 政府は、議会に、ドイツ人、とりわけドイツ企業による外国の官庁職員や政治家に対する利益の提供と贈賄の範囲及びその手口について報告すること、である。
- 法案の提出理由としては、贈収賄と汚職は、限られた財政上そして投資上の手段を誤った経路へと導き、国際的競争力を悪化させ、国際的な取引関係に負担をかけ、法意識と公衆のモラルをむしろむしばみ、共同開発作業における費用を高めること、そのほか、汚職は共同開発事業の限られた資源を誤ってコントロールし、しばしばそれどころか、環境を破壊するプロジェクトへ向かわせること、またわずかの外国の官庁職員と政治家並びにわずかな、ほとんどはドイツの大企業が、納税者の犠牲の上に利益を得ていることなどをあげ、併せてドイツ連邦共和国は、国際的に自由貿易、競争そして市場経済原則について賛成意見を述べたが、もっとも大きな世界貿易国の一つとして、贈収賄と汚職に国際的にも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、ドイツはその際とりわけアメリカ合衆国を範とすべきであろう（Foreign Corrupt Practise Akt）としていふ。

4 連邦参議院の法案「刑法、不正競争に対する法律、刑事訴訟法及びその他の法律の改正のための法律案

—汚職対策法— (BT-Drs. 13/3353)

今回の多くの改正案の中で連邦参議院提出の汚職対策法案は、重要な位置を占めている。連邦参議院提出の法案がしばしば、政府提出の法案及び旧法と比較対照されることがあるのは、同法案の重要性を示すものである。

右法案では、まず、その目的が示され、そのための解決策が示され、その後には法案がきて、最後に理由書が添付されている。理由書ではまず一般的な説明がなされ、その後逐条の理由付けとなっている。なお、以下では、法案については、現行法との相違を中心にその内容を紹介することとし、さらに法定刑についての詳細は煩瑣を極めるため、省略する。また、(3)の法律案の具体的内容については、解説を示すにとどめる。

(1) 目的設定

汚職対策は、中心的な社会的・政治的課題の一つである。結託してなされた、公務の担当者と経済人による不法な利益獲得の場となっている共同事業は、公の行政の清廉性への法共同体の信頼を多大にゆるがせにするものである。私的領域における賄賂という反社会的行為は、自由競争に対する重大な脅威になっている。緊急に必要なものは、予防の領域における改善策である。不断の訴追と処罰を担保するために刑法と刑事手続法の改正が必要である。

(2) 解決策

詐欺罪に至る前の段階での禁止された入札談合の独自の規定（二六四条b）を創出すること。⁽⁵⁾

第三者に対する利益收受と利益供与の処罰。

利益收受と利益供与の構成要件（三三一条、三三三条）を改正して、可罰的行為は—反対給付の証明がなくとも—、もし利益が公務員の活動との関連（「公務との関連で」）で收受されまたは供与されたならば、すでに存在しているとする。

利益收受・供与、贈収賄（刑法三三一条以下、不正競争防止法一二条）の、とくに後者の法定刑を高めて（下限一年ないし二年の自由刑）、保護法益に見合った処罰をし、威嚇作用を高める。

贈収賄及び不正競争防止法一二条違反の重大な事例については、財産刑（四三条a）と拡大追徴（七三条d）を可能とする。

贈収賄及び不正競争防止法一二条違反について減輕、免除規定を置いて、これによって行為者は、犯罪的結びつきから解放されるようにする。

贈収賄犯罪にあつては、電信電話の傍受の適用（刑事訴訟法一〇〇条a）と一〇〇条c一項二号（技術的手段を採ること）を可能とし、犯罪収益を効果的に吸い上げること。裁判所構成法を改正し入札詐欺を七四条cのカタログに入れること。

(3) 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—

(a) 刑法

二六四条 b 入札詐欺

一項に関して 現行法の「物品または営業的給付をめぐる入札に際して」が単に「物品または給付をめぐる」に、「違法な談合にもとづく入札」が「入札実施者にとって隠されたまたは隠蔽された談合」に変更され、また「この種の入札が行われることをそのような談合に關与することで助長した者」も構成要件に規定され、処罰の対象とされた。さらに法定刑は、現行の「五年以下」が「三年以下」とされ、「詐欺（五年以下の自由刑、特に重い事態には一〇年以下）が適用にならない場合」という留保が付されている。

二項に関して 現行の「合意にもとづく競争に從った、競売によらない委託譲渡」が「競売によらない委託譲渡のための合意にもとづく競争」に変更。

現行二九八条三項に対応する規定はない。

三三一条 利益收受

一項に関して 現行法の「職務の執行に対して自己または第三者に対する利益を要求し……」が「その公務との関連で自己または第三者に対する利益を要求し……」に変更。また、「その利益がある職務行為を行ったこと又は将来行うことに対する反対給付であったときには」、刑が加重（五年以下）されている。

二項に関して 一項と同様の規定であり、利益が上述の反対給付であった場合には、やはり加重されるとなっている。

三項に関して 旧規定と同じである。

三三二条 収賄

二項の後に、二項 a として、特に重い場合、すわち行為者が営業的にまたはそのような所為を連続的に行うた

めに結合した団体の構成員として行うときには、通常特に重い場合に当たるとして、刑を加重する、としている。

三三三条 利益供与

現行法との相違は、三三一条と同様である。

三三四条 贈賄

現行法との相違は、三三二条と同様である。

三三五条 b 刑の減輕又は免除

裁判所は三三一条ないし三三四条の事例で、また三三五条が併せて適用される三三一条ないし三三四条の事例において、以下の場合には、刑をその裁量で減輕し（四九条二項）、この規定によって刑を免除できるとする。すなわち行為者が、

1 自由な意思により彼の知りえたことを明らかにしたことで、犯罪事実が彼自らの行為寄与を越えて解明されえた場合、

2 彼がその計画を知っている、三三二条、三三四条、また、三三二条、三三四条、三三五条が併せて適用される三三二条、三三四条、不正競争防止法一二条三項の犯罪行為がなお妨げられようように、自由な意思によって自己の知識を、時宜をえて所轄官庁に届けた場合である。

(b)不正競争防止法の改正

一二条に関して、法定刑の点で現行法よりも重い、その他の点では、現行法とほぼ同じ。ただ、上述の刑の減輕免除規定が付与されている。

(c) 刑事訴訟法の改正

一〇〇条 a に、収賄 (三三二条等)、贈賄 (三三四条等) を入れることが提案されている。

(4) 理由書

(a) 総論

(目的設定参照)。

公の委託にあつては、四つの目の原則を強化すること、人のローテーションを強めること、汚職犯罪を十分に把握し、公の委託からこれを排除することである。不断の訴追が必要である。今までも決然と対処してきたが、更なる強力な対策が必要である。

1 公共入札では、談合が行われ国民経済の多大な損害となっている。談合には法的対抗手段がなかった。檢察実務と裁判実務においては、財産的損害 (二六三条) については連邦通常裁判所の新しい判決 (BGHSt 38, 186) が下されたものの、通常は確認されえないというのであり、実際に詐欺罪を適用した判決もまだない。したがって、当該行為の犯罪的実質を特徴づけるような構成要件を定めるほうが適しており、一般予防にも資する。

2 利益收受と利益供与は、利益に対する反対給付と考えられる、十分に具体的な職務行為が証明されねばならない。しかしこの証明は困難である。公務の客観性への信頼や公務員の不可買収性をいっているのであれば、むしろ利益と職務の単なる関連によって、公務の担当者が買収された可能性があることが明らかである。しかし、現在の法状況によれば、公務員は、職務行為が利益との関連においてなされなければ、たとえ彼が長きにわたって

- 利益を得ようと、告訴されえない。とりわけ公務員の「心付け (Anfueteren)」はほとんど常に汚職の初めとなるが、今日では通常処罰されない。しかし、公務の担当者が買収されうるといふ印象によって、贈収賄規定によって保護されている、公的職務の誠実性という法益は、刑法的処罰が必要なほどまでに侵害されているのである。法案によると、具体的な職務行為と利益との関係はもはや必要ではない。
- 3 犯罪行為の不法内容、危険性、社会的侵害を考慮すると、法定刑は低すぎる。
- 4 現行（旧―筆者注）三三三条では、職務行為が将来行われることのみ結びついている。すでに行われた職務行為に対する利益の供与は処罰できない。職務行為の後に、テレビや休暇旅行や値引きが公務員にもたらされることはあつてはならない。
- 5 以前には国家や地方公共団体が引き受けていた仕事で、非公共の企業・団体によってなされることがあるが、ここではその担当者が公務員でないので、刑法三三一条以下によっては処罰されない。そこで、不正競争防止法の一十二条が受け皿としての構成要件となる。そして、法定刑を上げることが必要である。効果的な訴追を妨げる重要な欠陥は、一十二条が親告罪であつた（二二条一項一文）ことによるもので、必要な公的利益があるときには、職権による介入が必要である。
- 6 汚職犯罪は、今日では共謀にもとづくものが多く、不法な結びつきに必要な認定は当事者の自白によるところが多い。したがって犯罪行為の解明に協力させ、さらなる犯罪行為を妨げることが考えられる。これが三三五条bの趣旨である。刑事訴訟法一五三条、一五三条a、一五四条や量刑では十分ではない。
- 7 行為者が犯罪によって得た物を剝奪しなければならない。重い贈収賄の場合には四三条a（財産刑）と七三条d（拡大追徴）を適用する（現行法と同様―筆者注）。

8 手続法では、公務の担当者による贈収賄にあっては、電話傍受が可能とされなければならない。実務の経験では、しばしば共謀による場合があるからである。

(b) 各論

刑法の改正

BGHSt 38, 186 は、詐欺構成要件の意味における財産的損害の認定を変えて、損害の大きさの評価について判断を示した。それでも実務では十分ではない。一審裁判所は、損害の要素の証明ならびに損害の大きさの評価につき BGH が示した間接事実に関して立証を求めるのであるが、この立証は結局は充足されることがないからである。

BGH の判例がどの程度一審裁判所で採用されるかも疑問である。経済犯罪の手続は、費用の面でも時間の面でも多大なものがある。したがって事実審裁判所の判例が変わるかも知れないという不確実な見込みがあるなかで検察庁が資金を投入するとは思えない。

二六四条 b

本条は、抽象的危険犯である。保護法益は、入札実施者の財産と入札と委託において自由かつ公正な競争が行われることに対する一般の利益である。ただ、本罪は、詐欺罪が適用されないことが前提となる。

三三一条

一文では、反対給付の証明は不要となった。そうでないと一般的な厚意や公務の担当者の厚意を確保するためにのみ利益が作用するのであったときには、利益が職務行為との関連でもたらされたものでなく、処罰できない。いわゆる「心付け」の問題である。個人的な領域で供与された利益は本罪に含まれない。二文では、反対給付として

の職務行為を伴った利益收受の場合の加重規定が加わった。

法案は、処罰範囲を第三者への利益の供与にまで広げた。従来の法状況と判例によれば、第三者に対する贈与という形態で公務の担当者に供与された利益といえるのは、ただ、それが何らかの関係で公務の担当者に間接的な利益を与え、あるいは個人的な優遇をもたらし、そしてこれが刑事手続で証明された場合に限り限られていた（Dreier / Trondle, § 333 Rn. 11a. mit weiteren Nachweise）。今後は、公務の担当者の役割を隠すために第三者になされた贈与でも贈収賄における利益にあたる。

三三二条

特に重い場合などを規定した。

三三三条

現行法（旧法―筆者注）三三三条に従えば、公務の担当者にすでに行われた職務行為に対する利益を、あるいは、将来の約束された義務に反しない職務行為に対する利益を提供等しても（反対給付としてではないので―筆者注）可罰的ではない。というのも、秩序に合致した利益の供給や危険でなく厚意やお礼の行為にすぎないと立法者は考えたからである。しかし通常の汚職の事例をみると、立法者の考えは維持できない。汚職の事例では数千マルクである。厚意やお礼として不処罰にするわけにはいかない。多額の利益の供与があった場合には、供与はすでに以前から合意がなされていたということ推測がなりたつのである。

三三四条（省略）

三三五条 b、三三五条 c（上述理由書の総論と同様の理由付け）

不正競争防止法の改正

前注

汚職は自由経済に対する脅威となっている。経済における決定は、提供された仕事の内容ではなく、提供された賄賂と買収された者の「利益を得る」という動機に左右されている。損害の作用は多方面に及び、最終的には粗悪で高い物を手にする顧客にまで及ぶ。

法案は刑の加重と、公的な利益がそれを必要とした場合には職権による起訴を認めた。

ただ、一二条を刑法典に移すことは、その法益が平等で公平な給付競争であるので、断念した。刑法典に移すと法適用者の直感にも影響を与えるであろう。

改正理由

一二条 法定刑の引き上げは、社会的損害と一般予防的効果を考慮したためである。法定刑を決定するに当たっては、三三二条と三三四条を、その性質・法益を含めて参照した。

二二条 法的安寧を多大に揺るがすような犯罪行為にあって告訴が行われないこともままあることを考慮して、職権で告訴ができるようにした。

刑事訴訟法の改正

この領域では、被害者はおらず、行為者のみがあるので説明が困難である。長い間に築かれた収賄側と贈賄側との関係に捜査官が犯罪事実の解明のため人目につかず入っていくことは、現在用いることができる手段では困難である。捜査機関は、目撃者の証言はしばしば用いることができないので、行為者の有罪認定のためには、しばしば

自白に頼らざるをえない。その結果多くの手続は犯罪事実の嫌疑が欠けるとして打ち切られる。

したがって、効果的な対策のためには、電信電話の傍受と技術的な手段を講じることが不可避であり、これは侵害法益の重さゆえに正当化される。

贈収賄罪を刑事訴訟法一〇〇条 a のカタログにいれても、相当性の原則に反しない。犯罪事実の嫌疑が一定の事実によって具体化されたときはじめて介入が許されるからである。職務執行の困難さと贈収賄による損害の大きさにかんがみて、介入は必要であり受け入れられるが、それは補充性の原則により、傍受が不可避で、すなわち事実の解明は他の方法では見込みがないか、あるいはそれがわずかであるときに限られる。

技術的な手段を講じることが必要であろう。それは、しばしば共謀した会合が公的に出入りできる場所でなされ、そして現行法では観察を越える捜査手段が許されないからである。

(5) 詐欺の一類型とされているので、入札詐欺と称されている。

5 SPD の法案「国内及び国際的汚職対策のための措置 (BT-Drs. 13/4118)」

SPD は、この一三立法会期にすでに紹介した二つの草案を提出していたが、連邦参議院の法案を受けて、過去に提出した法案の内容を引き継ぎながらさらにいくつかの措置を盛り込んだ法案を提出した。以下、概要を示す。

汚職はこの数年、国内的にも国際的にも、憂慮せざるをえないほど増加している。公の行政では、汚職はとりわけ公共体による委託の譲渡、許認可の授与、公共料金の徴収において顕著である。外国企業及び国内企業では、経

済活動の一部として、賄賂が支出され、受領されている。経済的及び非経済的損失は暗数をも勘案すると計り知れない。連邦レベルで数十億の高さに達するという意見もある。競争は有名無実となり、取引関係は負担をかけられ、共同開発の費用はかさばり、そしてわずかの財源は誤った方向に流出する。

汚職は、組織犯罪の入り口であることがますます明らかとなっている。利益の多い領域ならびに公の領域に意識的に潜入するために、組織犯罪は汚職を利用するのである。

汚職対策の重点は、予防にある。というのは、有能な、透明かつ市民の立場に立った公の行政のみが、その任務を合法的に、経済的に、社会と環境と両立して遂行するのであり、このような公の行政のみが、自らの前に存する将来の課題を解決することができるのである。汚職対策は行政の効率を高め、公共団体の公務員ならびに議員への信頼、そして行政の機能への信頼が新たに強められ、汚職と結びついた公費の浪費は食い止められることになる。

そのためには、政治、公の行政、経済ならびに刑事訴追の調和のとれた努力が必要であり、同時に、公の行政の監督官庁、汚職について権限のある官庁、そして刑事訴追の間での適切な共同作業が必要である。

国内的な対策処置だけでは、経済のグローバル化の傾向や国際的な汚職の現状に照らすと、いざれにせよ不十分となろう。ドイツのような輸出国は、国際間の汚職対策にあっても、他の範を示さなくてはならない。これは、工業国と発展途上国の共通の利益であり、法治国家、民主主義国家そして発展途上国での公平な競争という利益でもある。同時に国際的な汚職についても非難しこれに対抗する者だけが、国内的な汚職を抑えることができるであろう。

若干の州では、これまでに汚職対策措置が実施された。これに対して、連邦政府は、この問題を十分に把握していながら明らかにしなかった。長い間、政府は国内外の賄賂の税制上の控除可能性を認めてきた。年間税法一九九

六の審議において、受取人が可罰的であるということになれば、あるいはその者に対して確定力ある過料の決定が出されれば、国内で支出された贈賄金と賄賂についての課税の際の控除可能性は否定されるころにまで至った。

しかしながら、これは最初の一步にすぎず、汚職対策にとっては、十分ではない。今日まで連邦政府は、一九九四年五月二七日の国際間取引での汚職に対する OECD の勧めを實行していない。このことはこれ以上受認できない。

ドイツ連邦議会は、とりわけ次の措置を必要とみなすべきである。

1 行政措置

連邦議会は、著しい過誤を理由として、企業を競争から除外することについての情報を交換する目的で、連邦レベルでの情報システムを設置する。

入札の原則については、これを無条件に堅持しなければならぬ。このことは公共の共同開発事業の領域での委託にもあてはまる。

委託の譲渡に際しては、以下の企業のみが考慮される、

― 汚職的行為のすべての形態を禁じる一般的な行動準則を作成し、違反した場合には労働法上の帰結をもって威嚇し、このような準則をその労働契約の本質部分として宣言する企業、

― その企業に関して、あるいはその企業の責任者に関して、過去二年間にカルテル、あるいは汚職の刑事手続を理由に過料決定、略式命令あるいは刑事判決を受けたことがなく、かつ、刑事訴訟法一五三条 a に従った捜査手続あるいは刑事手続の対象にならなかった企業、

― 反汚職条項やこれに対応する契約による懲罰を国内の相手企業とで協定している企業、
がこれである。

連邦の委託譲渡にあっては、反汚職条項が盛り込まれなければならない。この条項の違反には効果的な違約罰が用意されなければならない。建築請負工事規定 (VOG) (あるいは対応する委託法) を、このような適切な条項に関して、価格操作をなお強力に防止するために補充する。

企業の、あるいはその責任者の過誤 (たとえば、価格談合、価格操作、贈賄あるいは粉飾決済) が証明されたならば、その企業は、連邦の事業委託への参加から除外される。除外期間は、個々の事例の事情、比例性の原則を考慮して量定するが、通常は二年とし、六月を下回ることはできない。

汚職の危険がある行政の組織では、ローテーション原則 (場合によっては、事前の告知なしに) が採られるべきであるし、このような部署の職員にあっては、最大限の使用期間が定められねばならない。

入札、委託の譲渡ならびに委託の施行に際しては、その都度少なくとも二人の職員を関与させて人的な分離に配慮しなければならない。

公務員や公的職務についている者が副業をなすことは、とりわけ差し迫った利益の衝突がある場合には、制限される。許可は、原則として期限付きで与えられる。

懲戒手続きで言い渡される公務の免職についての要件は緩やかにされるべきであり、懲戒規定は、一貫して適用されるべきである。

贈り物を受け取ることについての職務規程は、統一の基準によりあらたに規定されねばならない。

行政機関には汚職担当官を置かねばならない。

— 担当官は内部監査という意味で、かつ事件に伴って活動する、

— 担当官は、職員に助言し、定期的に汚職対策やその刑事的、懲戒的そして労働法上の法的効果について情報を与

える。

公務員ならびに公的服務に特に義務を負う者の汚職担当官に対する申告義務と、官庁、裁判所の刑事訴追機関に對する告発義務は汚職の嫌疑がある場合には果たされなければならない。

連邦会計検査院は、その任務としてますます公共委託の許可についての検査をなすことが期待されている。

汚職対策のための特殊な役所を整える。

2 刑法的措置

公務の担当者ならびに公的服務に特に義務を負っている者（刑法一条一項二号、四号）の範囲は、公の機関の委託で調達の任務を行う者、ヨーロッパ連合内の、ないし国際的交渉の立場にあればヨーロッパ連合を越えて、外国の公務担当者にも拡大される。三三一条以下も同様に定められねばならない。

外国の公務担当者に対するドイツ人による利益供与や贈賄は、処罰される。

詐欺罪（刑法二六四条b）適用の前に、禁じられた入札談合に対する固有の刑罰法規の導入。

三三一条ないし三三三条の第三者の贈与の場合にも適用すること。

三三一条の義務づけられた職務行為とすで行われた裁量行為に對する利益供与の場合にも適用する。

贈収賄の加重事例を拡大追徴（七三条d）の適用領域に入れること。

使用人の贈収賄における法定刑の加重（不正競争防止法一二条）、重大事件に對する一定の刑罰加重事由の導入、拡大追徴（七三条d）の適用範囲へ加重事例をいれること。

不正競争防止法の犯罪行為（二二条一項二文）を理由とした職権での訴追を可能とすること。

公務員の贈収賄の加重事例を、修正された法治国家的コントロールにあっての刑事訴訟法一〇〇条c一項二号の

電信電話傍受（工學器機へ技術的手段の使用―筆者注）へ入れること。

裁判所構成法74条cのカタログに入札詐欺を入れること。

3 税制上の措置

所得税法四条五項一〇号を変更して国内外での贈賄金・賄賂の課税の際の控除の可能性を完全に排除する。

官庁規則 (Amtsordnung) 三〇条四項五号に規定された、税の秘密の保護の例外は汚職については適用されるように修正されるべきである。

4 国際的レベルでの措置

国際的経済取引における、汚職のない関係と有意義な開発政策についてのおおまかな限定条件を可能とするという目的で、国際的協議会―国連 (UN)、経済協力開発機構 (OECD)、世界貿易機関 (WTO) 等―においてイニシアティブをとるべきである。

一九九四年五月二七日の国際的取引における汚職に反対する OECD の勧告は、即座に実行されるべきである。

連邦政府は、すべての OECD の加盟国に国籍を有する者の、利益收受、収賄、利益供与と贈賄を理由とした処罰を確実にするように努力しなければならない。

6 CDU/CSU 及び FDP の法案「汚職対策のための法律案 (BT-Drs. 13/5584)」

一九九七年八月一三日の汚職対策法の原型をなしたのは、与党 CDU/CSU 及び FDP の法案である。この法案は、三三一条の文言、内容についてなどその後の若干の修正こそあれ、ほとんどが未修整のままその後連邦政府案

となり、法務委員会の議決勧告となり、最終的に右法律となったものである。したがって、今回の汚職対策法を理解する上で与党提出のこの法案は重要な位置を占めるといえよう。以下、概要を示すことにする。

なお、「5」で示す汚職対策の法律案は、職務関係上の権利についての法律案と刑法についての法律案に分かれる。前者は、公務員大綱法、連邦公務員法、連邦懲戒規則の改正、軍人法、軍人懲戒法の改正が含まれ、具体的にはすでに紹介した（前号三一頁以下）副業についてこれを制限し報酬等を收受する場合の要件に関する諸規定の整備、及び職務との関連で謝礼・贈り物の收受を原則的に禁止する規定を盛り込んでいた。その具体的内容については、八月一三日法、及び一九九七年九月九日の勤務関係上の権利に関する規定の変更に關する一三次法（第二次副業制限法）と若干異なっているが、ここで触れることはできない。そして、実際の法律案については、理由書を除き現行法との相違を念頭に置いて解説を示すにとどめる。

1 問題

汚職に対して国家は、適切な方法で決定的な反対措置によって対抗しなければならない。われわれの社会の礎の一つである国家の清廉性への市民の信頼は、将来もまた確実でなければならない。連邦と州は、したがって、あらゆる形態の汚職を防ぎ汚職事例に効果的に対処しなければならぬ。勤務関係上の権利に関する規定と刑法の改正と補充はそのために必要である。

2 解決策

勤務関係上の権利の部分では、報酬と贈答品の受け取りの禁止を盛り込んだ副業権に関する法的措置、ならびに懲戒法における法的措置が提案される。

刑法の部分で草案は、多くの改正を、とりわけ贈収賄に対する刑罰規定について提案している。利益收受、利益

供与、収賄そして贈賄の構成要件は拡大し、法定刑は引き上げられている。「競争に対する犯罪行為」についての刑法典の新たな節では、これまで不正競争に対する法律に含まれていた、取引における贈収賄についての規定のほか、「入札に際しての競争を制限する談合」に対する新たな犯罪構成要件が規定されている。

3 代案

刑法部門の代案として、連邦参議院は「刑法、不正競争に対する法律、刑事訴訟法及びその他の法律の改正のための法律案—汚職対策法—(BR-Drs. 298/95-Beschluss=BT-Drs. 13/3353)を提出した。

4 費用—(省略)

5 汚職対策の法律案

(1) 刑法典の改正

刑法典の改正として提案されている中で、新法(前号三〇五頁参照)と異なるのは以下の点である。

まず、新法の三〇二条に規定する取引における贈収賄(二九九条)についての財産刑と拡大追徴、三三八条に規定する贈収賄(三三二条及び三三四条)についての財産刑と拡大追徴が法案では規定されていない。

次に、三三一条(利益收受)と三三三条(利益供与)について、新法では、「職務の執行に対して自己または第三者に対する利益を要求し、約束させ、または収受したとき」、「職務の執行に対してその者あるいは第三者に対する利益を申し込み、約束し、または供与した者」となっているところ、法案では、「ある職務を行った、または将来行うことに対する反対給付として自己または第三者に対する利益を要求し、約束させまたは収受したとき」、「(公務の担当者などが—筆者注)その裁量の範囲内にある職務行為を行ったまたは将来行うことに対する反対給付とし

て、その者あるいは第三者に利益を申し込み、約束し、または供与した者」となっている。すなわち、旧法とは「第三者に対する」供与等も処罰の対象としたことで異なり、新法とは、「職務の執行に対して」となっていない点で異なっている。この点の改正は重要である。

さらに、三三三条（利益供与）一項と二項に関して、旧法が将来の職務行為を利益供与等の対象としているのに対して、法案は「職務行為を行った」として将来のみならず過去に行われた職務行為をも対象としている。新法には、この「行った」という文言はないが、法案と同様の意味内容を示している。⁽⁶⁾ さらに、一般に法定刑が旧法より加重され、この点は新法に生かされた。

新法との相違は、以上の通りであるが、旧法と比較して、二九八条に「入札に際しての競争を制限する談合」が、二九九条に「取引における贈収賄」が、三〇一条に「告訴」が、三三五条（贈収賄の特に重い事態）が新たに規定され、三三二条一項、二項（収賄）と三三四条一項、二項（贈賄）については、旧法が収賄者の利益の收受と、収賄者に対する利益の供与のみを処罰していたのに対して、法案では第三者の利益の收受、第三者に対する利益の供与まで処罰範囲が拡大されている。

裁判所構成法と刑事訴訟法、及び一二条の削除等を内容とする不正競争防止法の改正案については、新法と同様である。第四次刑法改正法の改正及び軍刑法の改正については省略する。

(2) 理由書

(a) 総論

近年、部分的には非常に広範囲の汚職、とりわけ官公庁の職員を通した企業からの贈与という手段による公務担当者の汚職が発覚している。これに対しては、国家、連邦のレベルで、経済の領域において、学問上、対策の検討・提案がなされている。

市民の信頼に基礎を置く自由主義的法治国家は、汚職を受け入れてはならない。というのも、汚職は、民主主義社会の倫理的・道徳的原則に反するからである。経済や行政機関における汚職は重大な国民経済上の損失を引き起こす。したがってその対策は社会政策上の任務である。経済における公務の担当者と個人との共謀による腐敗的共同作用、及び取引領域における賄賂という悪しき行為は防止されねばならない。

II

勤務関係上の権利に関しては、副業についての法的措置と、報酬と贈物を收受することの禁止、及び連邦懲戒法の法的措置を規定する。公務員の副業法では、副次的活動が職務上の利益と義務に衝突しないようにしなければならない。許可の不要な、著述、学問、芸術上の講演活動、鑑定などを、公務員は、もしそれについて代償や金銭上の利益が保証されていれば、受領する前に報告しなければならない。所轄官庁の要請があれば、公務員は、報酬等につき報告しなければならない。現行法(旧法―筆者注)でも、職務上の利益を侵害するような副業は禁止されているが、今後は、公務員は副業許可申請にあたり、報酬等について、副業の種類、範囲について証明しなければならない。また、公務員もかつて公務員であった者も職務に関して報酬または贈物を收受することは原則上禁止される。汚職犯罪行為(刑法三三一条ないし三三五条)についての自分の知識を明らかにした公務員の協力的な態度は、懲戒手続きにおいて被告人に有利に考慮しうる。

III

実務の経験と汚職行為の当罰性についての評価の変更は、刑法の変更と拡大をもたらした。

1 刑法典一一一条一項二号においては、公務の担当者については、任務の性質を基準とし、どのような形式であるかを問わない。

2 自由競争は刑法において保護されるべき法益であることを明らかにするために、法案は、「競争に対する犯罪行為」という新たな章を刑法典に設けた。

3 新たな章では、「入札に際しての競争を制限するような談合」に対する構成要件が設けられ、違法な談合にもとづく入札は処罰される。このような所為を、競争制限禁止に対する法律一条、二五条、三八条一項一号及び八号の秩序違反行為としてきたこれまでの評価は、この所為の犯罪的不法内容に対応していないため、それに対する新たな犯罪構成要件の導入が必要であった。

入札に際しての競争を制限する談合に対する構成要件の新設により、法の予防的作用が強化され、入札談合は将来、従来よりも効果的に訴追される。競争の保護のための制裁は、しかしながら、効果的に、企業に対してもまた向けられるべきである。

4 法案は、さらに、「競争に対する犯罪行為」という新たな章にこれまでの不正競争防止法の一二条の犯罪構成要件―取引における使用人と代理人による贈収賄を処罰していた―を入れることを提案する。取引における贈収賄の犯罪的不法の重さに対応した、適切な処罰を可能とするために、法定刑の加重がなされる。自由刑の上限は一年から三年へ引き上げられ、さらにとくに重い事態には五年とした。これまで親告罪とされていた訴追を、訴追することに特別な公の利益がある場合には、職権でもできるようにする。

5 刑法典三三一条以下の構成要件において、法案は、利益收受・収賄・利益供与・贈賄の可罰性は、利益が公務

の担当者に提供される、あるいは提供されることになる、もしくは第三者へ提供される、あるいは提供されることになる、かどうかにかわらないことを明確に示している。同様の拡張は、取引における贈収賄の構成要件でも規定されている。

6 三三一条一項の利益收受、三三三条一項利益供与の法定刑の上限を二年から三年に、三三一条二項の裁判官や仲裁人の利益收受については三年から五年に引き上げた。

7 利益供与の構成要件は、利益收受の構成要件と表裏の関係にある。今後は、公務の担当者の義務的な職務行為も、さらに将来の職務行為ばかりかすでになされた職務行為も処罰の対象となる。

8 贈収賄の特に重い事態に対処するため、二四三条、二六三条、二六六条、二六七条に特に重い事態の規定をおいた。裁判官、仲裁人の場合における特に重い事態については、二年以上とした。その他の贈収賄の構成要件では、特に重い事態で、一年以上一〇年以下となる。

9 国際的関連で現れた汚職の現象形態に対する強力な対策措置は、現在とりわけ、ヨーロッパ連合、ヨーロッパ会議そしてOECDのレベルで論議されている。ヨーロッパならびに国際的レベルで目標にされた審議の結果を基礎に、連邦政府は、適切な時期に提案をなすであろう。ヨーロッパ連合のレベルではすでに、ヨーロッパ共同体の公務の担当者とヨーロッパ連合加盟国の公務の担当者に関わる贈収賄をも処罰の対象とすることについて理解の一致がある。

(b) 各論

I 勤務関係上の権利
公務員大綱法について

現行法（旧法―筆者注）では、許可義務のない副業については、報告しなくてもよい。これに対して、新規規定は、報酬等を伴う副業に届け出義務を課すことができるとする。規定は、大学教師をも含む。

雇用官庁は、正当な理由にもとづき、必要な場合には、公務員に報酬等の情報を求めることができる。

規定によって、現職の公務員もかつての公務員もその職務に関して報酬または贈り物を受け取ることは、現行通り原則として禁止される。職務官庁の承諾がある場合はこの限りではない。

連邦公務員法について

事例の状況からして、收受が公務員の客観的職務の遂行に侵害を与えまたは不公平な印象を起こさせるおそれがない場合の例外的な許可の付与。許可には条件を付しうる。たとえば、わずかな価値の贈り物の受領の許可は即座に届けることを条件になされうる。

Ⅱ 刑法

「1」について 刑法典二一条（人及び物の概念）

二一条一項二号cでは、公務の担当者たる資格は、公の行政の任務を行うことを前提としている。これには、私法上組織された形式で、たとえば資本会社または私法上のその他の団体の業務も含まれる。このような補充が必要なのは、一九九二年一月二九日の連邦通常裁判所判決（BGHS, 38, 203）において、有限会社という法形式で、住宅建設に携わっていた州有企業の業務管理者に関する公務担当者としての資格が、次のような理由で否定されたからである。すなわち、行政がその目標を私法上の団体の協力で追求するならば、公の行政の業務を行うものではないというものである。このような解釈によると、とりわけ汚職対策には重大な欠陥が生じる。刑法的制裁を私法上の組織形態を選ぶことによって免れうることになる。私法上組織された国家行政の領域でも、公務の担当

者の資格の問題にとつては仕事の性質が基準となるのであって、どのような形態で、たとえば資本会社の協力で、業務がなされたかは問わないことを明らかにしなければならぬ。

「3」について 刑法典二六章「競争に対する犯罪行為」(1)

自由競争は、競争制限に対する規則と不正競争防止法によって保護されている。ここでは、過料構成要件が多数含まれている。法案は、「競争に対する犯罪行為」という新しい章を設け、自由競争原理に違反し、特に処罰に値する行為態様に対する犯罪構成要件を定めた。それによって、競争の保護は国家の重要な任務であり、その保護のためにはとりわけ厳しい刑法上の保護が必要であるということを明らかにしている。

新たな章を設けたことによって考慮されている事実は、今日刑法はもはや生命、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ないということである。

この法案は、その限りで、第一次、第二次の経済犯罪対策法の法案における基本的考えに結びつき、これを踏襲している。一九八〇年三月二十八日及び一九九四年六月二七日の環境犯罪対策法の意図は、刑法典の規定によって、現在及び将来の世代の生態系上の生存条件の維持に関する一般及び個人の利益の保護に資することである。同様に競争の保護は、機能している市場経済にとってきわめて重要であり、刑法典の刑罰構成要件によってこの法益の保護のための寄与がされねばならない。

自由競争は、とりわけ入札における競争を制限するような談合（新二九八条以下）及び取引における贈収賄（新二九九条以下）によって危殆化される。このような関連で公務の担当者が買収される限り、さらに三三一条以下が適用可能となる。

刑法典二九八条について「入札における競争を制限する談合」

商品及び營業的給付についての入札は、現代の經濟活動の中でますます重要になってきている。ヨーロッパ共同体の指導要綱によって形作られている財政法に従って、開かれた委託は競争においてなされなければならない。ヨーロッパ共同体には、通常、入札が規定として定められている。ヨーロッパ共同体の準則によってこのことは、水道・エネルギー供給、交通組織及び電信電話事業の委託についてあてはまる。このような入札の目的は、独立した、そして責任のある計算にもとづく次のような入札を導入することにある。すなわち、委託する側に、必要な出費とそれに対して期待されるべき成果の質についての見通しを可能とする入札である。もし入札にとって問題となっている企業が互いに結びつき、入札の価格やその他の内容の取り決め、それどころか損失の保障や贈賄の取り決めがなされ、かくして現実の競争關係に対応した委託というものが挫折したならば、この目的の達成は危うくなる。さらに、談合カルテルは圧倒的に組織の形態をとり、それは競争を制限する活動を絶えず求めることになる。それによって競争に対する重大な侵害が引き起こされる。

談合にもとづく入札は、現行法（旧法―筆者注）では、競争制限禁止法（GWB）一条、三八条一項一号の秩序違反の構成要件、あるいは同法二五条、三八条一項八号に従って、過料となる。連邦通常裁判所は、たしかに一九九二年一月八日（BGHSt 38,186）で、従来の判例（BGHSt 16, 347）を変更し、談合にもとづく委託を獲得した場合で、もし入札の主権者がカルテルに違反した談合の存在について錯誤に陥っている場合には、刑法典二六三条の詐欺によって処罰されると判示した。

たしかに連邦通常裁判所は、一九九四年八月三十一日の決定（BGH NJW 1995, 737）で、詐欺の構成要件の適用可能性にとって必要な財産上の損害はこの種の事例でどの程度確認されうるかということを示したが、しかし実務上はそのような行為の訴追は相変わらず財産上の損害証明可能性が欠けていることで挫折している。文献上で当初圧

倒的賛同を得た連邦裁判所の判決は近時、BGHの判決の基礎に立っても財産上の損害の証明可能性という問題を指摘する批判にますますさらされている。

この法案は、入札にあっての競争を制限するような行為態様に対する犯罪構成要件のための従来の提案から離れる。従来の提案（第二次経済犯罪対策法に関する担当官の法案等）は、汚職対策法の法案における連邦参議院の提案（BT-Drs. 13/3353, Artikel 1 Nr.1）と同様に、抽象的危険犯として「入札詐欺」という犯罪構成要件を詐欺罪の前段階に規定していた。このような提案においては、入札の主催者の財産の保護が前面に出ており、競争は、共に保護されるべき法益としてのみ考慮された。

法案は、これに対して、自由競争は新犯罪構成要件を通して第一に保護されるべき法益であるとしている。入札の主催者及び（今後参加が見込まれる）共同入札応募者の財産もいづれにせよ刑罰構成要件によって共同に保護されている。

一項は、物品の購入または營業的供給の入札に際して、入札実施者をして特定の入札を落札させることを目的とする違法な談合にもとづく入札を行った者を処罰する。自由な競争は、確かにすでに入札に際して入札を提出することに先立つ競争者間の談合によって危殆化される。刑法的規則にとって、現在ではしかしながら、談合にもとづく入札を行うことを処罰することで十分であるように思われる。このような態度によってはじめて、主催者や（今後参加が見込まれる）応募者の財産的損害についての危険を含めて、競争が有名無実化し、あるいは侵害の危険が具体化するからである。

先行する合意にもとづく競りによらない委託への拡張を含むのは二項である。これによって保護される委託の種類は、主催者や競争者が、自由競争の効力を信頼しうるようなものである。先行する合意にもとづかない競りによ

らない委託譲渡は含まれない。他の形態における談合の処罰にとつては、競争制限禁止法一条、二五条、三八条一項一号及び八号によって過料が科される。

一項と二項は、公の機関の委任手続きのみならず、私的企業による共同競争による入札及び競りのない委託をも含む。

法案は、入札の可罰性にとつて、基礎になる違法な談合が入札の主催者にとつて秘密にされることを要求していない。秘密にされていない談合にあつても、競争はカルテルに属さない企業に不利に侵害されうる。さらに、入札者が主催者の職員と共謀して行為する場合は可罰的である。

法案の規定は、汚職対策法の連邦参議院の提案（BT-Drs. 13/3353, Artikel 1, Nr. 1）とは異なり、談合に関与することで競争を制限するような入札を行うことを推進した者の正犯性について規定していない。自ら保護入札を行ふあるいは入札には関与しないで入札を促進する談合へのさらなる関与者は、正犯と共犯の一般的规定による。

刑罰威嚇は詐欺（二六三条）、補助金詐欺（二六四条）そして背任（二六六条）の法定刑に対応する。特に重い事態の量刑規定の導入は不必要であるように思われる。個々の事例において主催者の財産的損害が立証されうる限り、二六三条三項に従つて特に重い場合につき一年以上一〇年以下の自由刑を規定している詐欺の構成要件も、同時に充足されている。

三項では、積極的悔悟規定（改悛の情規定）が置かれている。犯罪行為は、一項により入札を行うことによつて既遂に達するので、入札が落札あるいは給付を行うことになる前に、競争に違反する入札を断念する可能性を行為者に付与するものである。同様の積極的悔悟規定は、補助金詐欺（二六四条四項）、投資詐欺（二六四条a三項）及び信用詐欺（二六五条b二項）に存する。

「4」について 刑法典二六章「競争に対する犯罪行為」(2)
刑法典二九九条について(取引における贈収賄)

現行法(旧法―筆者注)によれば、取引における贈収賄は不正競争防止法一二条により処罰される。法案は、この刑罰規定を刑法典に移すことを規定する。これによって、次のような意識が市民の中で作られるというのである。すなわち、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・社会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意識である。

規定の内容的な変更は、刑法典へ移すことによっては意図されていない。

取引における贈収賄に対する新犯罪構成要件は、つぎのような公務の担当者の領域に贈収賄罪の構成要件とパラレルにつくられる。すなわちそこでは、まず第一に利益を收受した者の可罰性が、次にその関連で利益提供者の可罰性が規定されている。したがって一項では、企業の従業員や代表者の収賄が処罰され、二項によって取引における贈賄が処罰されている。

一項、二項の、「自己または第三者に対して」という文言を付与したことで、取引における贈収賄でも、その利益が使用者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くなった。

法定刑を三年以下とすることは、刑事訴追実務や学説上しばしばなされた、取引における贈収賄の領域についての刑が軽いという批判を考慮した結果である。引き上げによって明らかにされたのは、この領域での贈収賄はまったく軽い犯罪性の事例ではないということである。法案は、取引における贈収賄に対する刑罰威嚇を公務の担当者による、あるいは公務の担当者に対する贈収賄の刑罰威嚇と等しくすることをしない。というのは、公務の担当者の特別な義務の地位と三三二条と三三四条の贈収賄構成要件によって保証されている公務の清廉性という保護法益

は、高められた法定刑を正当化するからである。いずれにせよ、二九九条の法定刑は法案による引き上げによる公務の担当者に関わる利益の供与・收受の法定刑に対応する。

刑法典三〇〇条について（取引における贈収賄の特に重い事態）

法案は、取引における贈収賄の特に重い事態につき三年以上五年以下の自由刑を規定している。それは、取引における贈収賄にあつても、通常の法定刑を超えた刑罰威嚇を必要とする事例があるからである。それは、多額の利益が收受され、あるいは供与された場合、行為者が営業的にあるいは連続してそのような所為をするに結びついた団体の構成員として行つた場合である。第二の例は、いずれにせよ第一に取引における贈賄にあつて考慮されてゐる。

第一の例の「多額」という構成要件要素は、現行法（旧法―筆者注）では刑法典二六四条二項一号等に存する。しかし、補助金詐欺では「多額」でなくとも、三〇〇条で「多額」にあたることはありうる。第二の例における構成要件は、現行法（旧法―筆者注）二六一條四項二文に例がある。

刑法典三〇一條について（告訴）

経済汚職の領域で犯罪行為を訴追する場合の本質的な障害は、不正競争防止法を親告罪として定めたことである。告訴を必要とした同法二二條一項の変更は、したがって、刑事訴追実務や学説上要請されている。

法案は、一項で、取引における贈収賄は告訴によつてのみ訴追されうるとする。訴追機関が訴追に関する特別な公の利益のゆゑに訴追が職務上必要だとみなす限り、しかし告訴がなくても起訴できるのである。このような告訴要件の制限は、効果的に経済汚職を起訴するためには必要である。職権による訴追の可能性は法定刑の高さを考慮しても正当化される。

「5」について 刑法典三三一条 (利益收受)

従来の三三一条では、最終的に第三者にわたるべき利益の供与が構成要件に該当するかは明らかでなかった。判例によれば、公務の担当者自身に対する供与は、優遇 (eine Besserstellung) を結果として伴わなければならない。判例は、「利益」という構成要件要素を、与えられる供与が何らかの観点で公務員に対して利益をもたらすならば、第三者への供与が含まれると解した (BGHSt 35, 128, 133)。構成要件要素の解釈にあつての問題は、したがつてりわけ、その構成員が公務の担当者である人的団体への供与にあつて生じる。

公務の担当者による第三者のための利益の收受にあつても、三三一条の保護する公務の清廉性という保護法益 (BT-Drs. 7/550, S. 29) は侵害され、このような清廉性への一般の信頼も永続的にゆるがせにされる。公務の担当者 (そして利益を供与する者) によるこのような態度はしたがつて可罰的であるので、第三者への利益供与も処罰の対象となる。

法案は、さらに利益供与の法定刑を加重する。法定刑の加重は一般予防的観点から、及び以下のことを考慮すると必要である。すなわち、公務の担当者による利益の收受は一般大衆の理解によれば、義務に合致した公務に対する利益の收受にかかわる場合でも、まったく軽い犯罪性には属さないということである。公務の担当者等についての一項に関しては、二年から三年に、裁判官等についての二項に関しては、三年から五年に刑が引き上げられた。これ以上の引き上げは、刑法典の贈収賄構成要件の体系を考慮すると、また、三三一条以下の法定刑と他の刑罰規定の法定刑とを比較すると適切ではないように思われる。

「6」について 刑法典三三二条 (収賄)

第三者への供与を加えたことの理由については、二章一項五号の理由参照。

「7」について 刑法典三三三条（利益供与）

現行法（旧法―筆者注）では、将来の裁量の範囲にある職務行為に対する利益の申し込み、約束、供与のみを処罰している。裁判官や仲裁人においては、将来の法的行為のみが理解されていた。三三二条（收賄）と三三四条（贈賄）は表裏のものとして作られているので、三三一条の利益收受に対する三三三条の利益供与の可罰性はしたがってかなり制限されている。

一九七三年五月の刑法典の導入法（EGStGB）のための連邦議会の法律案（BT-Drs. 7/550. S. 274）においては、このような制限は次のような考えによって正当化された。すなわち、規則に合致した行為についての利益の供与は何ら危険なものではなく、厚意や感謝の一つの行為として認められるべきであって、もしそのような行為を処罰しようとするならば了解されないであろうということである。一般におけるこのような考えは、しかし今日では存在しない。とりわけ多額な利益の供与は、厚意あるいは感謝から生じるところの危険性のない行為としては評価されない。たとえ、供与が職務上の行為が実行されてはじめて、あるいは公務の担当者に義務づけられている職務上の行為に対してなされたとしてもである。

したがって、法案は、三三三条のすでに実行された行為への、そして公務の担当者が義務づけられている行為への処罰の拡大を定める。

三三三条の拡大は、とりわけ、もし三三四条における職務行為の義務違反性や裁判官の行為の義務違反性が証明されえないような場合に受け皿としての構成要件の機能の意義を有する。

第三者への供与と刑の加重については、二章二項五号参照。

「8」について 刑法典三三四条（贈賄）

改正の趣旨は、二章二項六号参照

「9」について 刑法典三三五条（贈収賄の特に重い事態）

贈収賄の特に重い事態は現行法（旧法―筆者注）の三三二条と三三四条では、不十分である。法案は、三三五条で贈収賄の特に重い事態についての量刑規則をおいた。同様の規定はすでに、贈収賄と同様の不法内容を示している、窃盗（二四三条）、詐欺（二六三条三項）、背任（二六六条二項）、文書偽造（二六七条）の犯罪行為に存する。

収賄の特に重い事態につき、法案は、公務の担当者と公的服務につき特に義務を負う者に対して（三三二条一項）一年以上十年以下、裁判官と仲裁人に対して、（同二項）二年以上の自由刑を定める。三三四条の特に重い事態については、公務の担当者、公的服務につき特に義務を負う者、連邦国防軍の兵士についての贈賄（三三四条一項）及び裁判官、仲裁人についての贈賄（同二項）については、一年以上一〇年以下の自由刑とする。

同様の規定は、三〇〇条にもある。「多額」という構成要件要素に関しては、いずれにせよ、公務の担当者による、あるいはそれに対する贈収賄にあつては、取引における贈収賄にあつてとは異なる解釈基準が必要である。

三三五条二項三号は、第一に贈賄の構成要件に関係しているが、同二号は、単に収賄の犯罪構成要件に関するものである。このような例により、公務の担当者が自発的につねに職務行為の侵害に対して支払を受け取るという、そしてそれによって公的服務への一般の信頼をとりわけ永続的に侵害するという、きわめて可罰的である事例が把握されるのである。

(6) この点については、補遺を参照。

7 連邦政府の法案「汚職対策のための法律案（BT-Drs. 13/6424）」

この法案では、先のCDU/CSU及びFDPの法案（BT-Drs. 13/5584）に対して連邦参議院によってなされた修正見解について、さらに政府が自らの見解を示している。先の法案との関係で重要と思われるところを中心に紹介する。

二九八条に関して、連邦参議院からは、「談合」という表現は契約による申し合わせという意味であって、カルテル法で「同調」と判断される態度を除外するので、同調行為のすべての形態を包括しうる「同調」という文言に変えるべきではないかという提案があったが、政府の見解はこれを根拠なしとして退けている。

参議院は、不正競争防止法一二条にいう、使用人による贈収賄を刑法典に入れることを必要としなかった。刑法に移すことによる警告作用はあるにせよ、なにゆえに麻薬法などと区別して不正競争防止法、しかもその一二条をこのように扱うのか、それによって法適用の明確さを害し誤解に至るのではないかとする。これに対して、政府はこの問題は不正競争防止法改正のところで論じられるであろうとした。

参議院は、かつての参議院の法案（BR-Drs. 13/353）において提案した、三三一条以下の事例における刑の減輕免除の規定を、拡大して二九九条にも認めようとする。すなわち、三〇〇条aとして、

裁判所は二九九条の事例、また三〇〇条が併せて適用される二九九条の事例において、以下の場合には、刑をその裁量で減輕し（四九条二項）、この規定によって刑を免除できる。すなわち行為者が、

1 自由な意思による彼の知りえたことを明らかにしたことで、犯罪事実が彼自らの行為寄与を越えて解明されえ

た場合、

2 彼がその計画を知っている、三〇〇条が併せて適用される二九九条の犯罪行為、あるいは三三二条、三三四条の犯罪行為、あるいは三三五条もしくは三三六条が併せて適用される三三二条もしくは三三四条の犯罪行為がおお妨げられうるように、自由な意思によって自己の知識を、時宜をえて所轄官庁に届けた場合、

と規定すべきであるというのである。その理由は先に触れたように本罪の特質として共同による場合が多く、内部告発を期待するからである。これに対して、政府は、参議院の関心事はすでに現行法において量刑や手続き打ち切りで考慮されうるとするのである。

参議院は、三〇一条の告訴を廃止して、二九九条を職権で起訴できるようにすべきであるとする。その理由は、実務では告訴権者は、経済的な関係、イメージの低下の心配、営業経過、あるいは自分が訴えられる危険等を考慮して告訴をためらうものであるからである。これに対して、政府は、削除の必要性はないという。政府は、参議院の掲げる根拠を考慮して、告訴人にすべての営業者、連盟、会議所を加えた。その援助によれば告訴が断念されるということはない、と指摘する。

参議院はいわゆる不法の結びつきという要件の確定は、実務上実に困難であり、したがって政府の提案では不十分であるという。政府は、これに対して、公務の担当者との関係から生じた利益の收受と供与を処罰することを否定する。それは、参議院案に従うと、可罰的でない行為が処罰され、わずかな価値の可罰的でない供与との明確な限界づけが困難になるからというのである。また、政府は、一九九六年カールスルーエの法曹大会の議決において連邦参議院の上述の提案が明確に否定されたことを援用する。

参議院は、三三一条以下の適用範囲を、ヨーロッパ共同体の他の公務員や職員に関する汚職犯罪を処罰すること

で広げようとした。その理由は、上述のごとく、汚職対策についてヨーロッパ共同体の中で重要な寄与をなし共同体の勧告に従うとするからである。これに対して、政府は、参議院の提案に同意した。

参議院は、三三七条 a として、三三一条ないし三三四条の事例、及び三三五条または三三六条が併せて規定される三三一条ないし三三四条の事例につき、上述三〇〇条 a と同様の内容を含む、すなわち刑の減輕免除規定を提案した。また、三三七条 b として、三三二条、三三四条及び三三五条の事例で、または三三六条が併せて規定される三三二条、三三四条及び三三五条の事例において、行為者がそのような所為を連続して行うために結合した団体の構成員として行うならば、四三条 a の財産刑の付加と七三条 d の拡大追徴を適用し、行為者が営業的に行うならば七三条 d を適用するというのである。その理由は、汚職対策法の中心的な関心は、協力的な態度に利益を与え、一方では効果的に利益を吐き出させることであるということにある。これに対して、政府は三三七条 a については、三〇〇条 a を指示しつつ、これを退け、三三七条 b については、同意しつつも、贈取賄について財産刑の付加を認めるかどうかについては検討するであろうと回答している。

補遺―贈取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

前号のⅡの4において小括として新法における重要な改正事項を簡単に示したが、若干の遺漏や不十分な箇所があるのでここで補完しておきたい。

まず、新設規定である入札談合罪については一定の要件で刑の免除が認められたことが重要である。その理由については、本文参照。

次に、前号の三〇四頁でも触れたが、今回の新法によって贈収賄構成要件から「職務を行ったこと」という文言が削除されたことに伴い、贈収賄規定について大幅な改正がなされた。本文でも幾度か解説したとおりであるが、注目すべき改正であるので、以下に紹介しておきたい。

利益の対象について、旧法の三三一条一項、三三三条一項では、「職務行為……: に対する反対給付として」であったところ、連邦参議院案では「公務との関係で」となっており、最終的には「職務の執行に対して」という表現に落ち着いた。旧法が職務行為と利益との関係を厳格に解し、一方連邦参議院案が、右関係を包括的に解したのに対して、新法は中間的な立場を採ったのである(なお、三三二条と三三四条については従来のままである)。Kasper^(?)は次のように解説する。立法者は、利益と職務行為関係の定式、いわゆる「不法な結びつき」を一部修正した。三三一条一項と三三三条一項は、もやは旧法のように厳格な意味における不法の結びつきが「職務行為に対する反対給付」としての利益であることを要求しない。むしろ「職務行為に(一般的に)要求され、約束される等の利益で十分であるのである。このような要件の「緩和」の理由はこうである。すなわち、従来の判例によれば(例えば BGHSt 32, 290f.; 39, 46)、確かに十分に「具体的な」不法な結びつきにとっては、公務の担当者がある特定の任務領域内で、ある一定の方向へと活動するであろうことについての了解で十分であった。しかし、もし供与が単に「職務行為を考慮して、または職務行為を契機にもしくはその際に」なされただけでは十分ではない。利益によって単に公務の担当者の「一般的な行為」が購われたにすぎない場合も同様である。区別が困難なのは、とりわけ供与が一義的には特定の職務に関係づけられない場合である。三三一条一項と、三三三条一項の不法の結びつきの「緩和」によって、立法者の表象によれば、一方では今後も供与と公務の担当者の職務行為との間にある関係はなければならないが、しかし、関係の対象としての十分に特定した職務行為は存しなくてもよいことが明らかに

された。「職務の執行」は職務行為に対して、それを含んだより一般的で広い概念である。したがって、職務の執行と規定している三三一条一項、三三三条一項では、不法な結びつきが一定の職務行為に関係しているような事例が含まれるのは自明である。であるから、三三一条は、「公務の担当者……は、職務行為に対する反対給付としてあるいはそのほか職務の執行にたいして利益を自己または第三者に要求し、約束させ」云々と読むことができる、と。もっとも Kieber によれば、「緩和」の詳細な射程はまだ明らかではないという。

さらに、外国の公務員に対する贈賄に関して、新たな動きがみられる。本文でも紹介した一九九四年五月二七日の国際的取引での汚職に対する OECD の勧告に続き、一九九七年二月一七日に、「国際的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合意」を受けて、OECD 加盟各国での国内法の整備が進んでいる。わが国でも、四月七日に不正競争防止法改正案が政府によって提出されたと新聞で報じられた。それによると、日本企業の社員が営業上の不正な利益を得るため、外国の公務員や議員、特殊法人・国営企業の職員に利益提供する行為が禁止され、違反した場合には、個人については三年以下の懲役または三〇〇万円の罰金、法人には三億円以下の罰金が科されるとしている（四月八日の朝日新聞朝刊による）。

また、ドイツでも四月二〇日に「連邦政府の法案、国際的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一九九七年一月一七日の同意を受けての法律案（国際的贈賄対策法）BT-Drs. 13/10428」が公表された。合意は、開かれた、そして競争を基礎とした市場を汚職から守るために、国際的取引における外国の公務の担当者への贈賄対策を刑法上規定するとして、大要次のような内容の法案となった。

将来の裁判官の行為または職務行為に関係し、国際的取引において自らまたは第三者に委託または不正な利益を得させ、または確保するために行われた贈賄について、刑法三三四条と、三三五条、三三六条、三三八条二項が併

せて適用になる三三四条を適用するにあたっては、国内法における裁判官と外国の裁判官、国際裁判所の裁判官、国内法におけるその他の公務の担当者、外国の公務の担当者、国際的機関の公務の担当者またはその他の職員等は同じとする(対策法一条)。

国際的な取引において自らまたは第三者に委託をまたは不正な利益を得させまたは確保する目的で、外国の立法機関の議員または国際的機関の議会の議員に対して、その議席または任務に結びついた作為または不作為を将来なすことの反対給付として利益を申し込み、約束し、または提供した者は、五年以下の自由刑または罰金刑に処する(対策法二条)。

ドイツ刑法は、行為地法に関係なく、外国にいるドイツ人によってなされた次の行為に適用される。すなわち、国際的取引との関係での外国の公務の担当者への贈賄(対策法一条と結びついた刑法三三四条ないし三三六条)及び国際的取引との関係での外国の議員への贈賄(対策法二条)である(対策法三条)。刑法二六四条一項二文二号a(刑法三三二条などの軽罪から生じた客体のマネーロンダリング等を三月以上五年の自由刑で処罰する規定)の事例に対策法一項と結びついた刑法三三四条を挿入する(対策法四条)。なお、法案の理由づけについては、上述 *Drittsache* 参照。

(~) Küper, *Strafrecht B. T. 2. Aufl.*, 1998. Vgl. auch König, JR 1997, 397ff., Korte, NJW 1997, 2556ff.; Renger, *Strafrecht B. T. II* 1998.

〔付記〕 本稿は学術振興野村基金の助成事業による研究成果の一部である。