

| | |
|------------------|---|
| Title | 汚職の不法 |
| Sub Title | Das Unrecht der Korruption |
| Author | Saliger, Frank(Satō, Takuma) 佐藤, 拓磨 |
| Publisher | 慶應義塾大学法学研究会 |
| Publication year | 2020 |
| Jtitle | 法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.93, No.9 (2020. 9) ,p.77- 105 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 資料 |
| Genre | Journal Article |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20200928-0077 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

汚職の不法^①

〔解題〕

本資料は、二〇一九年四月二〇日に慶應義塾大学三田キャンパスにおいて行われた、フランク・ザリガー教授による講演の翻訳である。

ドイツでは、近年、「汚職」の処罰範囲を拡大する方向での改正が立て続けに行われている。それは、公務担当者や議員に関する汚職にとどまらず、経済取引、保健医療制度、さらにはスポーツにおける汚職にまで及んでいる。本講演は、Korruptionという概念の分析から汚職の不法の本質を明らかにし、近年の立法を批判的に考察するものである。その内容は理論的に極めて刺激的であるだけでなく、最近のドイツの立法動向を知るための資料的価値もあるこ

とから、翻訳して紹介する次第である。

フランク・ザリガー
佐藤 拓磨／訳

ザリガー教授は、一九九九年に「ラートブルフ公式と法治国家」の研究で博士号を取得、二〇〇三年に「政党法と刑法」の研究で教授資格を取得した。二〇〇五年三月から二〇一四年三月までプセリウス・ロースクール教授（刑法、刑事訴訟法、法哲学）、二〇一四年四月から二〇一六年三月までチュービンゲン大学法学部教授（刑法、刑事訴訟法、経済刑法、法哲学）を経て同年四月からミュンヘン大学法学部教授（同右）を務めている。

本稿末尾に、関係するドイツ刑法典の条文の日本語訳を掲載した。講演原稿では注に条文の文言の引用があったが、断片的であり、また一覽性にも欠けるため、該当する注の

訳には「本稿末の訳文を参照」と入れ、末尾に掲載した条文訳の参照を求める形にした。なお、講演原稿に下線が引かれていた部分は傍線とし、イタリック体となっていた部分はゴチック体とした。文体は、講演時の雰囲気を再現するために本文は敬体とし、注は常体とした。

〔翻訳〕

I 汚職の遍在性とその防止

汚職は、世界に遍在し、かつ国家、経済および社会にとって高度に有害な社会現象です。二〇一二年に算出された汚職による損害は、ドイツだけでも、二五〇〇億ユーロにのぼるといわれます。⁽²⁾ このような汚職の高度の重要性は、国際的に、刑法による汚職防止の拡大への持続的な刺激をもたらしました。⁽³⁾ ドイツの立法者も、過去五年の間に、汚職に対する国内の刑法規範を再び著しく拡大しました。

ドイツ刑法典一〇八条 e 「訳注…以下、条文は、断りがない限りドイツ刑法典のものとする」の議員贈収賄は、二〇一四年に新たな文言に置き換えられ、また、厳罰化され

ました。⁽⁴⁾ 二〇一五年末には、立法者は、長期間の論争の後、欧州基準を国内法化し、経済汚職に対する可罰性を、二九九条一項二号および二項二号において、業務主モデル (Geschäftsherrenmodell) を加えることで拡大しました。⁽⁵⁾ 同じ法律により、外国の汚職の防止が、明確な形で拡大されました (特に、一一条一項二 a 号および三三一条以下に欧州公務担当者を入れたこと、並びに、新三三三条 a において三三二条、三三四条、三三五条を外国職員および国際職員にまで拡張したことを見よ)。これに加え、二〇一六年には、保健医療制度における汚職が——これも同様に激しい論争の後に——二九九条 a、二九九条 b および三〇〇条において犯罪化されました。⁽⁶⁾ 最後に、立法者は、その一年後に、同じように論争のあったスポーツにおける汚職をも二六五条 c から e において処罰の対象としました。⁽⁷⁾

この刑事政策的な展開を評価するための信頼に足る羅針盤を持つためには、汚職の可罰的不法に関する明確なイメージが必要です。というのも、そのようなイメージは、実定法の解釈に指針を与えうるだけでなく、刑法による汚職防止の拡大の流れの中で、汚職と関係のない行為が犯罪化されることを防ぐことを助けうると思われるからです。とりわけ、医師汚職を犯罪化するための法案の評価の際に

見るように、この懸念には理由があるのです。

以下では、汚職という承認された法律概念が、これまで洗練されてこなかったということから出発します。そのため、以下の二段階で汚職の不法について探究します。第一に、刑法典における法律上の手掛かりおよび汚職の語義を分析します（後出Ⅱ）。そのうえで、利益に条件づけられ、かつ利害に反する、二人の主君に仕える者（*vortellsbedingte und interessenswidrige Dienerschaft zweier Herren*）としての汚職の可罰的不法を提示します（後出Ⅲ）。これを基礎にして、第三段階として、汚職刑法における最近の展開について——紙幅の都合によりごく簡単に——評価します（後出Ⅳ）。

Ⅱ 導入——法規上の手掛かりおよび語義

汚職の概念は、ドイツ刑法典において定義されておらず、また用いられてもいません。しかしながら、汚職刑法は、狭義のものと広義のものに分けることができます⁽⁹⁾。狭義の汚職刑法にあたるのは、汚職防止がその明白な目的であるすべての刑罰規定です。それらは、三つの分野に分かれます。第一に、公務担当者によってのみ、または公務担当者

に対してのみ犯すことができ、かつ国家行政における汚職を阻止するための利益收受、収賄、利益供与および贈賄といった公務犯罪（三三一―三三八条）、第二に、経済汚職の防止に資する、業務上の取引における収賄および贈賄の構成要件（二九九―三〇二条、保健医療制度における汚職に対する新二九九条 a―新三〇〇条およびスポーツにおける汚職に対する二六五条 c―e）、第三に、政治汚職に向けられた選挙人贈収賄および議員贈収賄の構成要件（一〇八条 e）です。

これと並んで——いわば広義の汚職刑法として——、それ自体が汚職要素を含むか、または狭義の汚職犯罪の典型的な随伴犯罪である刑法典内外のさらなる構成要件があります。これにあたるのは、背任（二六六条）、詐欺（二六三条）、横領（二四六条）、資金洗浄（二六一條）および文書犯罪（二六七条以下）です。加えて、刑法典以外では、たとえば、帳簿犯罪（例として、ドイツ商法典三三一条以下）、租税通脱（租税通則法三七〇条）、そして政党資金の分野では政党法三一条 d の刑罰規定があります⁽¹⁰⁾。

これらの規定のうち、当然、狭義の汚職犯罪のみが、汚職の不法をさしあたり規定するための手掛かりを含みます。三三一条一項の利益收受の法文を三三二条一項一文の収賄

および二九九条一項の業務上の取引における収賄⁽¹³⁾と比較すると、汚職の不法について、まず、次のことが推論できます。すなわち、汚職は、出発点において、利益供与者と利益收受者の二面関係を必要とすること、そして、この二面関係の基礎は、利益と対価との間の不法約定 (Unrechtsvereinbarung) だということです。三三二条一項一文および二九九条一項は、「……の対価として、利益を」という文言を選択し、これにより厳格な不法約定 (汝が与え給わんがために我は与える (Do ut des)) を明示することによって、このことを表現しています。三三二条一項の利益收受も、公務担当者が「職務遂行について」利益を要求し、約束し、または收受することが必要であり、より緩やかな形での不法約定を基礎に置いています⁽¹⁴⁾。

このさしあたりの帰結は、汚職の語義の分析と合致します。ラテン語の *corruptere* に由来する汚職は、贈賄、収賄 (Kauflichkeit)、腐敗または一般的な倫理の墮落として理解され得ます⁽¹⁵⁾。このことは、次のことを悟らせます。すなわち、ある者が、何かを供与することにより、他の者を「買収し」、あるいは「買い」、(「腐敗させる」ということが、汚職の構造に属すること、つまり汚職は、出発点において、与える者 (「買う者」と受け取る者 (「買われる

者) の二面関係に特徴があるということです⁽¹⁶⁾。そのため、汚職の中核は、語義にしたがっても、与える者と受け取る者の間の約定なのです。それは、腐敗および倫理の墮落であるがゆえに、同様にルールあるいは利害に反する不法約定として評価されるのです。

これに加え、汚職の語義からは、さらに以下のことを読み取ることができます。すなわち、一方で、供与によって收受者に何かをさせるつもりであるという点では (「贈賄」、供与された何かが收受者にとって動機づけに働く利益を意味するということが推測され得ます⁽¹⁷⁾。他方で、「腐敗」あるいは「倫理の墮落」という語義からは、供与された何か、收受者にとって、なんらかの不正なもの、つまり許容されない利益を意味するということが推論され得ます。

汚職に関するさらなる必須の概念要素は、刑法典の規定からも語義からも読み取ることができません。とりわけ、汚職というためには、利益の收受者が第三者と特定の関係にあることが必要かどうか、またそれがどの程度必要かは未解決です。この問題は、汚職の理解にとって本質的であり、またほとんどの汚職の定義の提案では十分には考慮されていません⁽¹⁸⁾。

III 汚職の不法——利益に条件づけられ、かつ利害に反する、二人の主君に仕える者

このことを示すのが、以下の二つの事例の区別です。⁽¹⁹⁾ 侵入盗Eは、依頼者Aにより約束された報酬と引き換えに、O所有の高価な彫刻を盗んだ（侵入盗事例）。官吏Bは、依頼者Aにより約束された報酬と引き換えに、義務に反して、Aの会社に公共建設工事の委託をした（官吏事例）。汚職との近似性という観点から両事例を比較すれば、直観的な答えは、官吏事例のみが公務担当者の汚職の古典的事例であり、侵入盗事例は汚職とはおよそ関係がないということになります。しかし、この直観的に妥当な区別は、どのようにして根拠づけることができるのでしょうか。

ドイツ刑法典における反汚職規定および語義から得られた汚職の不法についてのこれまでの概念規定からは、（いまだ）これを根拠づけることはできません。というのも、官吏事例においても、侵入盗事例においても、利益供与者（A）と利益收受者（EあるいはB）との間の二面関係、および違法な取引（窃盗あるいは違法な委託）に対する許容されない利益（窃盗あるいは委託に対する報酬）に関する

るそれらの者の間の不法な約定がみられるからです。

その点では、驚くべきことに、一般に通用している汚職の法的概念規定も明確な認識を得ることに成功していません。⁽²¹⁾ このことは、まず、行為者に視点を置いた定義においてはまります。この定義によれば、汚職は、不正な利益のための義務違反⁽²²⁾、または「利己心からの、隠密裏に行われる義務に反する誤った組織の操作」だとされます。これらの概念規定は、義務違反の観点を強調します。実際、汚職には、供与者と收受者の義務違反という面があります。このことは、すでに腐敗および倫理の墮落という連想に現れています。

それにもかかわらず、義務違反の観点は——隠密性の観点と同様に——汚職の不法にとって決定的ではありません。というのも、義務違反の要素は、ドイツ刑法典の他の複数の犯罪構成要件、たとえば背任や扶養義務違反の罪（一七〇条）の各構成要件を特徴づけるものでもあるからです。しかし、両犯罪は、明らかに汚職とは関係がありません。⁽²⁴⁾ そのため、義務違反の観点は汚職に特有のものではなく、その性格を際立たせることができません。義務違反アプローチが、侵入盗事例と官吏事例を、両事例の行為者が当然義務に反して行為しているという理由で区別できないの

も、驚くべきことではないのです。

これとの関連では、ドイツの刑法学において広まってきた、汚職をルールに反する利益の交換と定義する概念規定⁽²⁵⁾によっても、同様に、問題を解決することはできません。たしかに、この概念理解には、不法約定を汚職犯罪の核心とする点で正しいところがあります。しかし、違法な交換関係は、盗品等関与(二五九条)や薬物取引(麻薬法二九条以下参照)のような他の犯罪にもみられますが、これらの場合を汚職ということはできません⁽²⁶⁾。これに対応して、交換テーゼも官吏事例から侵入盗事例を区別することに成功していません。なぜなら、両事例では利益の違法な交換が行われているからです。

收受者が、汚職の際に二人の主君に仕える者になる、つまり利益の結果として、供与者の、そしてまた業務主の奉仕者になる限りで「腐敗する」⁽²⁷⁾ということを認識した場合に、先に進むことができます。そのため、汚職を特徴づけるのは、二面的なだけでなく、利益供与者、利益收受者および利益收受者の業務主との三面的関係です⁽²⁸⁾。汚職は、その限りでは、收受者と業務主との間の特別関係、いわゆる本人代理人関係あるいは特別な契約関係においてのみ起こりうるのです。つまり、公務犯罪の場合は公務担当者と同

家との間、経済汚職の場合は被用者あるいは受託者と業務主との間、政治汚職の場合は議員(Mandatsräger)と国民との間の関係です⁽²⁹⁾。第三者に対するこの特別関係は、侵入盗事例では欠けます。この事例では、窃盗犯人が報酬を約束させることを通じて「二人の主君に仕える者」にはならず、その限りでは腐敗しないのです。

汚職は、これによれば、概念上、利益に条件づけられ、かつ利害に反する、二人の主君に仕える者として理解することができます⁽³⁰⁾。この概念規定においては、汚職は、とりわけ様々な刑法上の保護法益を侵害しうる攻撃形態だが、それ自体では、原則として、実質的な刑事不法には十分ではないものだということになります。可罰的な汚職規範をうまく根拠づけることが可能か否かは、二重に仕えることの反利害性の社会的意味にかかっています。

その限りでは、騙しと類似のことがあてはまります。騙しは、刑法上保護価値のある法益と結びついてはじめて犯罪行為となる攻撃形態として特徴づけられるのと同様に——たとえば、詐欺の場合、財産という保護法益と結びつく——、汚職も、実質的な刑事不法の程度に達するために、原則として、刑法上保護価値のある法益との関連を必要とするのです。それゆえ、騙しに関して一般的な嘘犯罪

を根拠づけることができなものと同様⁽³¹⁾に、汚職に関しても一般的な汚職犯罪を正当化することはできないのです⁽³²⁾。それゆえ、汚職は、通常、刑法上保護価値のある法益と結びついてはじめて実質的な刑事不法となる、第一次的には形式的な刑事不法の特徴を示すのです⁽³³⁾。新たな汚職構成要件を設けるための刑事政策上の議論の際には、このことに注意が払われなければなりません⁽³⁴⁾。

刑法上保護価値のある法益への汚職の関連が原則として必要だということとは別に、提示された汚職の概念から、汚職刑法にとつての二つの規範的な準則が明らかになりま⁽³⁵⁾す。第一に、汚職の三面構造では、巻き込まれた当事者は人格が異なっていることが前提とされています。特に、収受者としてその職業上の義務を侵害しただけの者は、いまだ「二人の主君に仕える者」にはなっていない。その限りでは、汚職犯罪は、職務担当者、医師または弁護士が利益に条件づけられて粗悪な仕事をした場合についての一般的な専門職犯罪 (Professionsdelikte) にまで拡大されてはなりません。正当にも、刑法典は、専門職犯罪には慎重です。刑法典には、たとえば枉法 (三三九条) のようなわずかな専門職犯罪、あるいはたとえ当事者への裏切り (三五六条) のような非常に特殊な専門職違反があるだけ

です。これらの犯罪は、(必然的には) 汚職とは言いません。そのうえ、職業上の粗悪な仕事への制裁には、原則として、民法で十分なのです。

次に、汚職の三面構造から、二九九条の経済汚職に関して、構成要件から業務主を取り除くことが正しいということが帰結されます⁽³⁵⁾。というのも、業務主が業務決定に対する利益を収受するのであれば、彼は二人の主君に仕える者にはならないからです⁽³⁶⁾。さらに、被用者が業務主の了解または黙認により利益を収受する場合は、彼は二人の主君に仕える者ではないため、不可罰とされるべきでしょう⁽³⁷⁾。

IV 最近の刑事政策の分野への適用

これまで述べてきたの規範的な内容に満ちた汚職の概念から、いまではすべて法律となった、議員贈収賄、経済汚職、医師汚職およびスポーツ汚職の分野における最近の改革あるいは改革プランに対する帰結も導かれます⁽³⁸⁾。

1. 議員贈収賄の厳罰化 (一〇八条 e)

二〇一四年春に、キリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟および社会民主党の各会派が、欧州基準および国際基

準を国内法化し、また幾度も指摘された一〇八条 e の欠陥を除去するために、議員贈収賄の犯罪構成要件を拡張するための法案を提出しました。⁽⁴¹⁾ 同法案は、連邦議会において圧倒的な多数で可決され、同年九月一日に施行されました。⁽⁴³⁾ これによれば、とりわけ連邦または州の議員として、その委任の遂行の際に、委託または指示に基づいてある行為を行い、または行わないことの対価として、自己または第三者に対する不正な利益を要求し、約束し、または收受する者は、処罰され得ます(一〇八条 e 第一項)。これに対応する規制は、贈賄にもあてはまりません(一〇八条 e 第二項)。不正な利益は、詳細に定められています。不正な利益は、特に、利益收受がその構成員の法的地位に関して基準となる規定と整合する場合には、認められません(一〇八条 e 第四項一文)。それゆえ、政治的委任、政治的職務または許容される寄付は含まれません(一〇八条 e 第四項一文)。

この議員贈収賄の厳罰化は、原則として、歓迎すべきものです。これは、「一方で、議員による当罰的な汚職行為と議員に対するそれ」を従来よりも効果的に捕捉することと、他方で、「自由委任の原則および議会的な意思形成の特殊性」を、政治的な領域で許容されるものとして承認さ

れてきた行動の犯罪化によって無視しないこととの間の緊張関係を考慮したものです。⁽⁴⁴⁾ その結果、議員が自由委任の原則(基本法三八条)に反して、利益供与者による具体的な委託または指示に基づいて行為し、それによって「二人の主君に仕える者」(国民および利益供与者に仕える者)となった場合にはじめて、可罰性が生じるのです。⁽⁴⁵⁾ その際、委託および指示という微妙な概念は、一般的な用語法の意味にしたがって広く理解されなければなりません。⁽⁴⁶⁾

立法者が、不正な利益と議員の行為との間の「密接な因果関係」(加重された不法約定)を要求していること、つまり委任実行に対する利益の寄付一般(一般的な雰囲気づくり [allgemeine Klimaflege])、内面的な信念に基づいて主張される議員の政治的立場に対する利益の寄付一般、および純粋な事後的謝礼 (Belohnungen) は明示的に捕捉していないことを、新規定の適用頻度および予防効果に蓋をするものとみてはなりません。⁽⁴⁸⁾ 後者については、法実務が決定するでしょう。⁽⁴⁹⁾ 旧規定と比較して、新一〇八条 e は、全体として法の進歩だといえます。⁽⁵⁰⁾

2. 二九九条 d の拡大による経済汚職の厳罰化

二〇一五年一月末までは、次の者のみが、業務上の取

引における収賄を理由に処罰可能でした。すなわち、企業の被用者または受託者として、業務上の取引において、商品またはサービスの購入の際に国内または国外における入札で他人を優遇することの対価として、自己または第三者に対する利益を要求し、約束させ、または収受した者です(旧二九九条一項、三項)。これに対応する規制は、贈賄にもあてはまりました(旧二九九条二項、三項)。この犯罪化は、原則として、民間の経済汚職の競争モデルを指向するものでした。⁽⁵¹⁾ これによれば、旧二九九条の法益は、争いなく(そして、正当にも、第一次的には)競争のみでした。業務主、競合者または一般の消費者の財産的関心は、せいぜいのところ、間接的に併せて保護されるものでした。⁽⁵²⁾ わずかしか介入的ではない競争モデルの基礎には、次のような考え方がありました。すなわち、財産的利益の追求および優遇は、まさに資本主義経済の特徴であり、また、それゆえ、最高の製品をめぐる競争および優遇のための判断基準としての成果主義(Leistungsprinzip)が覆される限りでのみ抑制されるべきだという考え方です。⁽⁵³⁾

この競争モデルは、二〇一五年末に、二九九条一項二号および二項二号において、業務主モデルを加える形で拡張されました。⁽⁵⁴⁾ これによれば、国際的基準を国内法化し、い

まや、次の者も処罰可能です。すなわち、とりわけ企業の被用者または受託者として、企業の同意なく、商品またはサービスの購入の際にある行為を行い、または行わず、それによりその者の企業に対する義務に違反することの対価として、自己または第三者に対する利益を要求し、約束させ、または収受した者です。⁽⁵⁵⁾

この業務主モデルは、たしかに、形式的には汚職の概念に対応するものです。なぜなら、被用者は、このモデルにおいても、二人の主君に仕える者になるからです。もともと、二九九条における競争モデルと業務主モデルの組み合わせは、——この形態での欧州法の国内法化が本来に必須だったのかどうかという問題とは別に——体系的理由およびとりわけ刑事政策的理由により、説得的ではありません。第一に、二六六条との関係で摩擦が生じます。というのも、ここで問題となっている業務主に対する義務違反の不法は、被用者が財産の保護を義務づけられており、かつ、企業にとっての財産侵害をもたらす限りでは、少なくともドイツでは、すでに二六六条の背任罪の構成要件によって捕捉されるからです。その限りにおいて、さらに、二九九条における可罰性のさらなる前倒しは、二六六条で背任未遂が不可罰であることと矛盾します。⁽⁵⁶⁾

次に、またこれが決定的ではあるのですが、従来は捕捉されなかった——ドイツでは背任には至らない程度の——「……競争状況外での、賄賂によって買収された、被用者による義務侵害の事例」がなぜ要罰的であるべきなのか、十分には明らかにされていません⁵⁹⁾。競合者による金銭の支払と引き換えに、業務の際に業務主から指示された制服を着用しなかったケータリングスタッフ⁶⁰⁾に対する要罰性が自明でないことは——この事例は、新たな犯罪化により、文言にしたがえば捕捉されず——、二九九条の改正の支持者自身にとつても明白です⁶¹⁾。しかし、競合者に買収されたケータリングスタッフ⁶²⁾が、食事を不味くし、雇主の評判に重要な害をもたらした場合と何が異なるでしょうか。また、債務者が、銀行職員に対し、現金の支払いにより、事前の信用力の審査なしに貸付けを承認することを決意させようと試みた場合はどうでしょうか⁶³⁾。これらの事例において、被用者が二重に仕えることの実質的な反利害性は、刑法による制裁付科を必要とするほどの社会全体的な重要性はあったでしょうか。とりわけ、未遂に終わった貸付事例では、純粹な抽象的危険の惹起だけで刑法の投入を正当化できたのでしょうか。そして、ケータリング事例では、解雇および損害賠償を可能とする労働法および民法による

制裁付科では十分ではなかったのでしょうか。いまだはこれらすべての事例に対して刑法上の制裁付加がなされることになりましたが、このような形で業務主モデルが考慮されたことは、少なくとも、憲法上受け入れ可能な要罰性の理由づけとしては十分ではありません。この新しい領域において、フリーランスな職業との緊張関係の中で労働法上の被用者の忠実性を刑法によって保護し、強制しようとする者は、理由づけをする責任を負うのです。

3. 医師汚職の犯罪化

二〇一六年に実現した、新二九九条 a、b および三〇〇条における医師汚職の犯罪化の評価は、より複雑です⁶⁴⁾。連邦通常裁判所大刑事部が、二〇一二年三月に、フリーランスの保険医 (Freiberufliche Kassenzärzte) は、公務犯罪の意味における公務担当者としても、業務上の取引における贈賄および収賄の意味における受託者としてもみなさないとしつつ、法律による医師汚職の犯罪化に対する理解を表明して以来⁶⁵⁾、法政策的な議論が始まりました。医師汚職を特別刑法として社会法典第五編三〇七条 c において限定的に犯罪化する連邦の前政権の法案は⁶⁶⁾、政権交代の犠牲となりました。

本講演との関係で興味深いのは、新二九九条aにおいて、治療職に属するすべての者について、保健医療制度における収賄および贈賄の可罰性を定めた連邦参議院の法案です。注目すべきは、この法案が保健医療制度における自由競争のみを保護しようとしたのではなく、医療上の決定一般の独立性をも保護しようとしたことです。⁽⁶⁷⁾これに対応して、利益收受者の対価は、国内または国外の入札における他人の優遇を超えて、その他の不正な方法による働きかけにも関連づけられました（法案二九九条a第一項一号、二号、第二項一号、二号）。⁽⁶⁸⁾

フリーランスの医師の汚職を、二人の主君に仕える者という公式によって原則として構成しうるかどうかは、疑いがないわけではありません。⁽⁶⁹⁾フリーランスの医師は、第一次的に、疾病金庫（Krankenkasse）、保険医の団体、または患者に仕える者であり、そのため原則として汚職することができるとでしょうか。あるいは、第一次的にフリーランスの事業者であり、そのため二人の主君のモデルにしたがえば、汚職することができないのでしょうか。前者の考え方を採る場合——私は原則としてそれが可能だと考えますが——、さらなる問題が出てきます。旧二九九条と一致して厳格な競争モデルを追求するか、連邦参議院の法案の

ように、追加的に医療上の決定の独立性をも保護すべきかという問題です。後者は、拒否されるべきものでした。なぜなら、これは汚職罪から離れて独立の専門職犯罪に至ったであろうからです。その限りでは、不治の病の患者が、現金の支払いにより（保険との関連性なく）彼の医師を医学的適応のない処置方法に動機づけようとする場合に、果たしてどこに刑事不法が存在するのかは、起草者に反して、疑問でした。

それゆえ、正当にも、立法者は、最終的に議会で可決された保健医療制度における収賄および贈賄のための二九九条aおよび二九九条bにおいて、医療上の決定一般の独立性の刑法上の保護を放棄しました。

4. スポーツ汚職の犯罪化

最後に、新たな汚職の犯罪化の直近の例として、二〇一七年に創設された、スポーツ賭博詐欺（二六五条c）とプロスポーツ競技の操作（二六五条d）に対する刑罰規定についてお話ししましょう。⁽⁷¹⁾二〇一四年五月に、連邦内務省は、スポーツ競技の操作の刑罰的評価についての専門家会合を催しました。⁽⁷²⁾背景となったのは、二〇一三年の第五回ユネスコ世界スポーツ大臣会議において可決された「ベル

リン宣言」⁽⁷³⁾、およびスポーツ競技の操作に対して従来の詐欺による犯罪化を超えた刑法上の制裁の導入を実現することを含んでいた当時の連立合意⁽⁷⁵⁾でした。

当時、どのような犯罪構成要件がありうるかとされていたかは、二〇一四年のバイエルン州によるスポーツの廉潔性の保護に対する法律（略称…スポーツ保護法）案から見て取ることが出来ます。同法案の四条には、スポーツにおける収賄および贈賄に対する旧二九九条に類似した犯罪構成要件がみられます。これによれば、とりわけ、スポーツ選手、その指導者、または審判員として、国のスポーツの中心選手団の構成員、…選手代表チームの構成員、またはスポーツ活動から定期的な収入を得ている者が参加する組織化されたスポーツの競技において、不正な方法により、その結果または経過に影響を与えることの対価として、自己または第三者に対する利益を要求し、約束させ、または収受した者は、処罰するとされてきました（スポーツ保護法案四条一項）⁽⁷⁶⁾。保護法益は、スポーツ上の競争でした。特にトップスポーツおよびプロスポーツにおいては、様々な操作を通じて、それが全社会的に重大な方法で脅かされているとしたのです⁽⁷⁷⁾。

本講演で示した汚職の不法の理解からは、このような刑

罰規定についてどのように評価すべきでしょうか⁽⁷⁸⁾。まず確認されなければならないのは、スポーツ保護法案四条一項は、汚職の形式的な不法の核心を形作っているということ⁽⁷⁹⁾です。というのも、協会に仕える者としての選手が、あるいはドイツサッカー協会に仕える者としての審判員が、利益に条件づけられ、かつ（形式的に）利害に反する形で、同時に利益供与者に仕える者とならざるを得ない具体的な不法約定が、同法四条一項による可罰性の核心に属するからです。他方で、もちろん、スポーツ競技は、それをトップスポーツおよびプロスポーツに限定しても、刑法上の保護法益に適したものがどうかは疑わしいままです。その限りでは、業務主モデルの方向への経済汚職の拡大と似たように、この分野において二重に仕えることの実質的な反利害性が、正統な刑法上の法益保護の前提条件となる全社会的な重大性にまで達するかどうかという疑問が出てきます。ここでは、紙幅の都合から、この問題について、さらに踏み込むことはできません⁽⁸¹⁾。もともと、結論としては、私は、トップスポーツおよびプロスポーツにおける収賄および贈賄は、スポーツの自律性、およびスポーツ裁判権が機能を果たしうる能力の保持のもとに、理由づけ可能だと考えます⁽⁸²⁾。

立法者は、最終的に、同じように考えました。もともと、スポーツ賭博詐欺（二六五条c）およびプロスポーツ競技の操作（二六五条d）についての新しい刑罰規定によって、立法者は、体系に反する方法で、財産罪の中に、財産犯的要素と汚職的要素からなるハイブリッド犯罪を作ったのです。特に、そのスポーツ規則への従属性（二六五条dの

「競技に反する方法」、「規則に反する方法」により、刑事司法は、少なからず解釈問題に直面するでしょう。たとえば、サッカーワールドカップで二次予選を突破した際にBチームでメンバーを組むことや、ワールドカップレースで、ある国の走者たちの間で取り決めること（合図により、一人の走者はペースメーカーとして犠牲となる）が、プロスポーツ競技の操作の犯罪構成要件を実現するかどうかという問題が出てきます。

V まとめ

1. (第一次的で形式的な) 汚職の不法は、利益に条件づけられ、かつ利害に反して二人の主君に仕えることにあります。実質的な刑事不法は、通常、刑法上保護価値のある法益との関連性によって、はじめて強まります。

2. 汚職についてのこのような理解は、すでに存在する汚職（国家汚職、経済汚職、政治汚職）の輪郭づけを可能にし、新しい汚職形態（医師汚職、スポーツ汚職）の犯罪化に対する確かな評価の基盤を提供します。

3. 業務主モデルの方向への二九九条の拡張は、拒否されるべきです。

4. 「医師汚職」についての連邦参議院による法案二九九条aは、その第二号において専門職犯罪の特徴を示しており、そのため汚職の（形式的）不法を見誤るものでした。

(1) 本稿は、FS-Kargl, 2015, S. 493 – S. 505, に寄稿した論文をアップデートしたものである。

(2) *Dowdell*, in: *Die Welt vom 16/03/2012* を見よ。Friedrich Schneider による算出を引用したものである。

(3) これにこっぴつたさえば、*Kabitzel*, *Der EU-Anti-Corruption Report: Ein neuer Weg zu einer kohärenten Präventionspolitik*, HRRS 6/2013, 213 ff.; *Hauck*, *Über Sinn und Widersinn der von GRECO unterbreiteten Vorschläge zur Änderung der Korruptionstatbestände* in: 88 IOR, 299 und 331 ff. StGB, wistra 2010, 255 ff.

(4) BGBl. I 2014, S. 410, 1101 四年九月一日施行。これ

については、後出Ⅳ¹。

(5) 二〇一五年十一月二〇日の汚職防止のための法律 (BGBl. I. S. 2025) による。二〇一五年十一月二六日施行。これについては、後出Ⅳ²。

(6) 二〇一六年五月三〇日の保健医療制度における汚職の防止のための法律 (BGBl. I. S. 1254) による。二〇一六年六月四日施行。これについては、後出Ⅳ³。

(7) 二〇一七年四月一日の第五次刑法典一部改正法——スポーツ賭博詐欺およびプロスポーツ競技の操作の可罰性 (BGBl. I. S. 815) による。二〇一七年四月一日施行。これについては、後出Ⅳ⁴。

(8) 詳しくは、後出Ⅳ⁵。

(9) 以下については、*Walther*, Das Korruptionsstrafrecht des StGB, Jura 2010, 511 (512).

(10) *Walther* Jura 2010, 511 (512) 参照。

(11) 本稿末の訳文を参照。

(12) 同右。

(13) 同右。

(14) BGH NJW 2008, 3580 (3582) – Classen 事件 = BGHSI 53, 6 (14 f.) 参照。注釈書では、すくじを挙げる代わりに *LK/Sonada* StGB 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 64 ff. および *Lackner/Kühl* StGB 28. Aufl. 2014, § 331 Rn. 10 f. 文献から、多くに代えて、*Kuhlen*, Die Bestechungsdelikte

der §§ 331-334 StGB, Jus 2011, 673 ff.

(15) *Pfeifer* (Leitung), Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Aufl. Berlin 1993, 見出し語 „Korrumpierten“, Der Große Duden, VEB Bibliographisches Institut Leipzig, 24. Aufl. 1983, 見出し語 „Korruption“, *Stowasser*, Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, 1994, 見出し語 „corruptio“。

(16) *Volk*, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihrer Bekämpfung, Geds ZfP 1999, S. 419 (421); *Kindhäuser*, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS 2011, 461 (463).

(17) *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463) 参照。

(18) 以下については、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (462 ff.) や 受け継いだ *Saliger*, Korruptionsbekämpfung in Deutschland, in: J. Iliopoulos-Strangas/Kämmerer (Hrsg.), Verantwortung, Solidarität und Kooperation in der Europäischen Union: Ein deutsch-griechischer Rechtsdialog im Jahre 2014, Athen 2015 を見よ。

(19) 以下については、啓発的なものとして、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463) 参照。

(20) より正確には、三三三一条によるBの収賄と三三四条によるAの贈賄。

(21) 法的なもの以外にも含めた様々な汚職概念については、

代表として Wabnitz/Janovsky/Bamberg, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap. 12 Rn. 4 f. 44-45 Graeff/Grieger (Hrsg.), Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung, 2012を見よ。連邦刑事局 (BKA) が用いる刑事学的な汚職の概念については BKA (Hrsg.), Korruption Bundeslagebild 2013, S. 5 44-45 Vahlenkamp/Krauss, Korruption - ein unscharfes Phänomen als Gegenstand zielgerichteter Prävention, 1995, S. 20 f. を見よ。これによれば、汚職とは、「他人の指示または自らの意思に基づく、他人を利するための公職、経済における職務、または政治的委任の濫用であって、自己または他人に対する利益の獲得のために行われ、(公職もしくは政治的職務においては) 公共にとつての、または(経済における職務担当者に関しては) 企業にとつての損害もしくは不利益の発生、または発生の予期を伴つもの」をいう。

- 48 C 10 を参照。
- (31) *Dölling*, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag, 1996 ○ *Kube/Vahlenkamp*, Korruption – hinnehmen oder handeln?, VerwArchiv 1994, 432 (434) に関する C. 10 を参照。その際 *Dölling* は、本稿と同様に「隠密性の要素は概念上不可欠ではなからずする」。
- (32) *Volk* GedS Zifp 1999, S. 419 (421 f.); *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463) にある事例が挙げられる。
- (33) 最初にその点に主張したのは *Volk*, 61. DJT 1996, Bd. IV/1, L. 35 ff. 44-45 ders. GedS Zifp 1999, S. 419 (421 ff.)、賛同するものとして たんざち *Satzger*, Bestechungsdelikte und Sponsorring, ZStW 115 (2003), 469 (481); *Greene*, Korruptionsdelikte in der Praxis, 2005, Rn. 5; *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb, 2009, S. 133 f.; *Rönnan*, Alte und neue Probleme bei § 299 StGB, StV 2009, 302 (304); *Walther* Jura 2010, 511 (512)°。その下に用いられる。その上で LK/Sonwada, § 331 Rn. 65; NK/*Kuhlen* StGB 4. Aufl. 2013, § 331 Rn. 96 参照°。
- (34) 参照して *Pragald*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 138; 同様して *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463)。

(27) 收受者は、利益收受によって彼の「本来の」業務主に「仕える者」であることを放棄しない。

(28) 基本的なものとして、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463). *Kindhäuser* は、「代理人がその特別な義務を負う地位に基づいて守らなければならない利害」と、彼が利益收受によって拘束される利害との間の矛盾「および」「三面関係」について言及する。同じ方向のものとして、十分に精確ではないものの、同じく一般に通用している「私的な利益または効用を得るための委ねられた権力の濫用」としての汚職の定義がある(そのような定義をするものとして MR/Sinner, StGB, 2013, § 331 Rn. 4, Transparency International, Global Corruption Report – Corruption in Judicial Systems, 2007, S. XXI の定義を引き合っに出す)。この定義の仕方は、十分に精確ではない。なぜなら、汚職と関係のない三五二条の手数料の過剰徴収の罪または三五三条の公課の過剰徴収の罪も、私的な利益のための、委ねられた権力の濫用として理解されうるからである。*Pragel*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors usw., 2006, S. 138, 146 による有名な概念の提案を参照。*Pragel* は、「Volk」による定義を容れず、汚職を「利益を引き換えとする決定の違法な交換」と把握する。これに対し、汚職の構造を看過しようとするのは、*Jäckle*, Sturzgeburt – „Hauruck“-Gesetzgebung bei der Mandatsträgerbestechung

ZRP 2014, 121 (122)。*Jäckle* は「利益供与者と利益收受者との間の「同位の水準 (die Ebene der Gleichordnung)」を汚職に特徴的なものとみる。

(29) *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463) 参照。

(30) 類似するものとして、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (463)。*Kindhäuser* は「汚職を「利害に反する」利益と授けられた決定権限の遂行との結び付け」と定義する。

(31) これに代って、*Saliger*, Kann und soll das Recht die Lüge verbieten?, in: Depenheuer (Hrsg.), Recht und Lüge, 2005, S. 93 (102 ff.).

(32) その有名な指摘をよめるために、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 und 464。

(33) より狭くのは、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461。*Kindhäuser* は「汚職とは特定の攻撃形態のみを指すという見解がある。

(34) 後出の IV 3 および IV 4、さらに IV 2 も見よ。

(35) これについては、後出の IV 2 参照。

(36) 代表するものとして、*Wollschläger*, Der Täterkreis usw., 2009, S. 168; *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (467) 参照。

(37) 説得力を持つ通説に反対するものとして、*Erh*, Ungereimheiten bei der Anwendung von § 299 StGB, FS-Gepfert, 2011, S. 97 ff. による。*Wollschläger*, Der Täterkreis usw., 2009, S. 79 ff. 167; *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (467 f.).

- (38) 以下については、注(18)の文献を見よ。
- (39) 一九九九年一月二七日の欧州評議会の汚職に関する刑事条約四條、六條および一〇條、二〇〇三年一〇月三十一日の腐敗の防止に関する国際連合条約一五條、一六條参照。それに加えて、BT-Drucks. 18/476, S. 5.
- (40) 多くのものに於いて、MR/Sinner, StGB, 2013, § 108e Rn. 3; *Barton*, Der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), NJW 1994, 1098 ff.; *Franckski*, Die Neuregelung der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB), HRRS 2014, 220 (222 ff.).
- (41) BT-Drucks. 18/476 vom 11.02.2014, 正前にもついでにも実現されなかったそれ以前の提案については、たとえは、BT-Drucks. 17/1412; BT-Drucks. 17/5932、それぞれ代表として *Hoven*, Die Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung: Wege und Ziele einer Reform des § 108e StGB, ZIS 2013, 33 ff. を見よ。
- (42) BT-Plenarprotokoll 18/18, S. 1390 D ff. 立法手続きにおける性急な批判的なコメント、*Fischer* Die Zeit vom 26.06.2014, S. 8、それぞれ *Jäckle* ZRP 2014, 121 f.
- (43) BGBl. I, S. 410.
- (44) BT-Drs. 18/476, S. 5 に於ける数量を参照。この緊張関係については、MR/Sinner, StGB 2013, § 108e Rn. 3 f.、それぞれ *Hoven* ZIS 2013, 33 (40 ff.) を参照。
- (45) 前出 III 参照。
- (46) そのように指摘するのは、BT-Drucks. 18/476, S. 8、これに批判的なコメント、*Fischer* Die Zeit v. 26.06.2014, S. 8。拒絶するものは、*Jäckle* ZRP 2014, 121 (122 f.)、これに対し、概念上の結びつきを支持するコメント、*Hoven* ZIS 2013, 33 (41)。
- (47) BT-Drucks. 18/476, S. 5、それぞれ S. 7 を見よ。
- (48) この点には、*Fischer* Die Zeit v. 26.06.2014, S. 8、それぞれ別の制約を理由として、その法律を噴飯の (Witz) と評価する。批判的なコメント、それぞれ *Jäckle* ZRP 2014, 121 (122 f.); *Vogel* n-tv.de v. 20.02.2014 を見よ。法政策的に、緩やかな不法な約定に賛成するものとして、*Hoven* ZIS 2013, 33 (41 f.) を見よ。
- (49) *Süße/Püschel*, Deutscher Bundestag beschließt einen Gesetzentwurf usw., *Newsdienst Compliance* 2014, 31007, III を参照。
- (50) 原則において改善のための提案をめぐって、そのための詳細なコメント、*Franckski* HRRS 2014, 220 (230)。
- (51) *Vogel*, Wirtschaftskorruption und Strafrecht – Ein Beitrag zu Regelungsmodellen im Wirtschaftsstrafrecht, FS Weber 2004, S. 395 (404 f.); *Züller*, Abschied vom Wettbewerbsmodell bei der Verfolgung der Wirtschaftskorruption? Überlegungen zur Reform des § 299 StGB,

- GA 2009, 137 (140 ff.); *v. Tippeksirch*, Schutz des Wettbewerbs vor Korruption. Überlegungen zu Rechtsgut und Auslegung von § 299 StGB, GA 2012, 574 ff. 参照。
- (82) 通説は否定的。BGH NJW 2006, 3290 (3298); *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; SSW/Rosenau, StGB, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 4 f.; MR/Sinner, StGB 2013, § 299 Rn. 4; Schönke/Schröder/Heine/Eiseler, StGB, 29. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; NK/Dannecker, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299 Rn. 4 ff. 異なる見解は *Loewen/Schroth*, Sponsoring niedergelassener Vertragsärzte aus strafrechtlicher Sicht, FS I. Roxin 2012, S. 327 (334); *Schroth* は「競争者たちの事業の財産的上の利益を第一次に保護されるべきである」。
- (83) *Koepsel*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, 2006, S. 185 参照。賛成は *Loewen/Rönnau* StV 2009, 304 f. *v. Tippeksirch* GA 2012, 575 ff. 参照。
- (84) 前出 1 注 (82)。
- (85) 二〇〇三年七月二二日の民間部門における汚職の防止のための欧州連合枠組決定 (ABl. EU Nr. L 192, S. 54) 及び二〇〇三年一〇月三十一日の腐敗の防止に関する国際連合条約 (Resolution 58/4) を国内法化する過程での BT-Drucks. 16/6558 における二〇〇七年一〇月四日の連邦政府の法案案への注に指摘する。Referententwurf des BMJ zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption mit Stand 30.05.2014, S. 4 f. 12, 21 f. 同様である。
- (86) 形式的とだけしたのは、「二重に仕える」の外部の・実質的な反利害性に疑念があるからである。それによって、本文は十分に述べられている。
- (87) 「たじろび」 *Gaede*, Die Zukunft der europäisierten Wirtschaftskorruption gemäß § 299 StGB, NZWiSt 2014, 281 (284 ff.). 独自の国内法化の提案は *Loewen* (88) 「それらの争点の争論は *Loewen* による *Rönnau/Golombek*. Die Aufnahme des „Geschäftsherrnenmodells“ in den Tatbestand des § 299 StGB – ein Systembruch im deutschen StGB, ZRP 2007, 193 ff.; *Wollschläger*, Der Täterkreis usw., 2009, S. 151 ff.; *Zöllner* GA 2009, 137 (146 f.); *Hauck* wistra 2010, 255 (257); *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (467)。
- (89) *Loewen* の *Loewen* を強弁する *Loewen* BT-Drucks. 16/6558, S. 13 参照。Referententwurf BMJ zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption mit Stand 30.05.2014, S. 21. 本稿と同様に拒絶する *Loewen* た *Loewen* *Wollschläger*, Der Täterkreis usw., 2009, S. 145 ff. 特に、本稿で言及した、当然二二三条、二六六条に

- より十分に捕捉される貸付事例について触れよう。なお、*Römann/Golombek ZRP* 2007, 193 (194); *Zöller GA* 2009, 137 (141 f.) を見よ。
- (66) *Römann/Golombek ZRP*, 193 (194) の例による。
- (67) 容認されるように、*Wolf*, Ein hybrides Regelungsmodell zur strafrechtlichen Bekämpfung von Wirtschaftskorruption? Zur ausstehenden Reform von § 299 StGB, *CCZ* 2014, 29 (33).
- (68) この事例を要請的であると見なすように、*Wolf/CCZ* 2014, 69 (33 f.).
- (69) 二〇〇七年五月三〇日の連邦司法消費者保護省のプレスリリースを参照。
- (70) 前出I注(6)。
- (71) BGH NJW 2012, 2530 (2535) mit Anm. u.a. von *Brockhaus ZWH* 2012, 278; *Corsten BB* 2012, 2059; *Kratz NZWist* 2012, 273; *Sahan ZIS* 2012, 386 44 45; *Hecker Jus* 2012, 852; *Krüger StraFo* 2012, 308; *Wengemuth/Meyer JA* 2012, 646, 646, 647 契約医による汚職的行為の可罰性について、*Schroth FS I*, Roxin, 2012, S. 327 ff.; *Brockhaus/Damm/Teubner/Tsamhikakis*, Im Auftrag der Krankenkasse – Der Vertragsarzt im Wettbewerb?, *wistra* 2010, 418 ff. を見よ。
- (72) BT-Drucks. 17/14184, S. 14 ff., 29 ff., 32 ff. 参照。
- (67) BT-Drucks. 17/14575, S. 7, 10, 11 f. 参照。
- (68) BT-Drucks. 17/14575, S. 7 を見よ。保健医療制度における贈収賄についての法案二九九条 a 第一項の全文は以下の通り。「職業の遂行又は名称の使用のために国家によって定められた職業教育が必要な治療職に属する者として、その職業の遂行に関連して、医薬品、療法、補助具若しくは医療機器の購入、処方若しくは指示、若しくは販売に際し、又は患者の紹介若しくは検査資料の引き渡しに際し、
- 一 国内又は国外における競争において他人を優遇し、又は
 - 二 その他不正な方法で影響される
- ことの対価として、自己又は第三者に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。」
- (69) *Schneider*, Sonderstrafrecht für Ärzte? Eine kritische Analyse der jüngsten Gesetzentwürfe zur Bestrafung der „Ärztelikorruption“, *HRRS* 2013, 473 ff. の異なった内容の疑念を参照。
- (70) BT-Drucks. 17/14575, S. 13 を見よ。「同時に、競争は独立した、たゞは医学的適応のない処方に関係する私利私害も想定しうる。この領域では、場合によっては、患者自身の側から、または親族によって申し出られ、約

束られ、または供与される利益を捕捉されるであろう。」

- (71) 前出丁注(一)。
- (72) 報告者が参加した専門家会合のための質問リストおよび専門家らの書面による回答は、連邦司法省のウェブサイトに入手可能である。
- (73) MINEPS V; Berliner Erklärung vom 30. Mai 2013, Ziff. 3.26 und 3.28.
- (74) 判決の理由部分; BGH NJW 2007, 782 – Fall Hoyzer; BGH NJW 2013, 883, BGH NSZ 2013, 281 und BGH BeckRS 2014, Nr. 07297 – Bochumer Fall の裁判を見よ。
- (75) Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013, S. 96.
- (76) Bayerisches Staatsministerium für Justiz, Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Integrität des Sports vom 12.03.2014, S. 11 f. ために対応する贈賄に関する規定を含むのは、スポーツ保護法四条二項である。
- (77) Bayerisches Staatsministerium für Justiz, Entwurf Sportschutzgesetz, S. 50 f. IV m. S. 43 f.
- (78) スポーツにおける汚職の当罰性と要罰性をめぐる持続的な論争については、完璧なものではないが、*Wiese*, Finanzielle Beeinflussung von sportlichen Wettkämpfen durch Vereinsfunktionäre etc., 1982; *Paringer*, Korruption im Profifußball, 2001; *Valerius*, Schneller, höher, reicher?

- Strafbarkheit von Wett-Betrugsfällen im Sport, SpuRt 2005, 90; *Beukelmann*, Das Strafrecht und die Lauterkeit des sportlichen Wettbewerbs, NJW-Spezial 2010, 56; *König*, Sportschutzgesetz – Pro und Contra. Pro: Argumente für ein Sportschutzgesetz, SpuRt 2010, 106; *Kudlich*, Sportschutzgesetz – Pro und Contra. Contra: Argumente gegen ein Sportschutzgesetz SpuRt 2010, 108; *Krack*, Bestechlichkeit und Bestechung von Sportschiedsrichtern – eine Straftat? Zu § 299 StGB und § 6 SportsG-E, ZIS 2011, 475; *Hutz/Kaiser*, Aspekte der Spielmanipulation und des Sportwettbetrugs in Deutschland und der Schweiz, NZWSt 2013, 379 参照。
- (69) 前出冊を参照。
- (80) 判決の理由部分; 前出D13。
- (81) 詳しは、*Saliger*, in: BMI (Hrsg.), Fragenkatalog zum Expertentreffen am 19.05.2014 und schriftliche Antworten, Stand: 4.07.2014, S. 36, 52 f., 57, 64 f., 67, 69 und 70 (連邦司法消費者保護省のウェブサイトに入手可能)を参照。
- (82) 異なる見解については、*Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (469).

〔関係条文訳〕

(訳出にあたり、樋口亮介「ドイツ刑法各論 講義ノート…国家的法益に対する罪」東京大学法科大学院ローレビュー11号(二〇一六年)二七五頁以下を参考にした。また、二九九条a、bの訳出にあたっては、天田悠香川大学准教授にご助言を賜った。)

第一〇八条e (議員についての収賄及び贈賄)

① 連邦又は州の代表機関の構成員として、その委任の遂行に際して委託又は指示に基づいてある行為を行い、又は行わないことの対価として、自己又は他人に対する不正な利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 連邦又は州の代表機関の構成員に対し、その委任の遂行に際して委託又は指示に基づいてある行為を行い、又は行わないことの対価として、その構成員又は第三者に対する不正な利益の供与を申込み、約束し、又は供与した者も、前項と同一の刑に処する。

③ 一 自治体及び自治体連合の代表機関の構成員、
二 直接かつ普通選挙により選出された、州若しくは自治体及び自治体連合の一部地域のために構成された行政単位の委員会の構成員、

三 連邦会議の構成員、

四 欧州議会の構成員、

五 国際機関の議会的会議の構成員、及び

六 外国の立法機関の構成員

は、第一項及び第二項の構成員とみなす。

④ 不正な利益は、特に、利益の收受がその構成員の法的地位に関して基準となる規定と整合する場合には、認められない。

一 政治的委任又は政治的職務、及び

二 政党法又はそれに相当する法律によって許容される

寄付

は、不正な利益には当たらない。

⑤ 裁判所は、六月以上の自由刑と併せて、公の選挙から生じる権利を獲得する能力及び公の事項に関して選挙し、又は投票する権利を喪失させることができる。

第二六五条c (スポーツ賭博詐欺)

① スポーツ選手又は指導者として、組織化されたスポーツの競技の経過又は結果に、競技相手に有利になるよう影響を与え、かつ、その結果として、その競技に関係する公のスポーツ賭博により違法な財産的利益が得られる

ことになることの対価として、自己又は第三者に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② スポーツ選手又は指導者に対し、組織化されたスポーツの競技の経過又は結果に、競技の相手に有利になるよう影響を与え、かつ、その結果として、その競技に関係する公のスポーツ賭博により違法な財産的利益が得られることになることの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者も、前項と同一の刑に処する。

③ 審判員、審査員又はレフェリーとして、規則に反する方法で、組織化されたスポーツの競技の経過又は結果に影響を与え、かつ、その結果として、その競技に関係する公のスポーツ賭博により違法な財産的利益が得られることになることの対価として、自己又は第三者に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

④ 審判員、審査員又はレフェリーに対し、規則に反する方法で、組織化されたスポーツの競技の経過又は結果に影響を与え、かつ、その結果として、その競技に係する公のスポーツ賭博により違法な財産的利益が得られる

ことになることの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者も、前項と同一の刑に処する。

⑤ 本条の意味における組織化されたスポーツの競技とは、国内又は外国におけるスポーツの興行であつて、
一 国内の若しくは国際的なスポーツ組織により、若しくはその委託若しくは承認に基づいて組織され、かつ、
二 国内の若しくは国際的なスポーツ組織により、その構成組織に対する義務付け効果を伴つて採決された規則が遵守される
ものをいう。

⑥ 本条の意味における指導者とは、スポーツ競技の際にスポーツ選手の出場及び指揮について判断する者をいう。その職業的又は経済的地位に基づき、スポーツ選手の出場又は指揮に重要な影響を及ぼしうる者は、指導者とみなす。

第二六五条 d (プロスポーツ競技の操作)

① スポーツ選手又は指導者として、競技に反する方法で、プロスポーツ競技の経過又は結果に、競技相手に有利になるよう影響を与えることの対価として、自己又は第三者に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、

三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② スポーツ選手又は指導者に対し、競技に反する方法で、プロスポーツ競技の経過又は結果に、競技相手に有利になるよう影響を与えることの対価として、その者又は第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者も、前項と同一の刑に処する。

③ 審判員、審査員又はレフェリーとして、規則に反する方法で、プロスポーツ競技の経過又は結果に影響を与えることの対価として、自己又は第三者に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

④ 審判員、審査員又はレフェリーに対し、規則に反する方法で、プロスポーツ競技の経過又は結果に影響を与えることの対価として、その者又は第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者も、前項と同一の刑に処する。

⑤ 本条におけるプロスポーツ競技とは、国内又は国外におけるスポーツの興行であつて、

一 連邦スポーツ連盟若しくは国際的なスポーツ組織により開催され、又はその委託若しくは承認に基づいて組織され、

二 国内の又は国際的なスポーツ組織により、その構成組織に対する義務付け効果を伴つて採決された規則が遵守され、かつ、

三 そのスポーツ活動によつて直接又は間接に相当な額の収入を得ているスポーツ選手が主として参加するものをいう。

⑥ 第二六五条c第六項を準用する。

第二六五条e（スポーツ賭博詐欺及びプロスポーツ競技の操作の特に重い事案）

特に重い事案では、第二六五条c及び第二六五条dによる犯罪は、三月以上五年以下の自由刑に処する。特に重い事案は、原則として、

一 犯行が多額の利益に関係し、又は、

二 行為者が、営業的として、若しくはこれらの犯罪の継続的遂行のために結びついた集団の構成員として行爲した

ときに認められる。

第二九九条（業務上の取引における収賄及び贈賄）

① 業務上の取引において、企業の被用者又は受託者として、

一 商品若しくは役務の購入に際し、国内若しくは国外

における競争において、不正な方法により他の者を優遇することの対価として、自己若しくは第三者に対する

利益を要求し、約束させ、若しくは収受し、又は、

二 企業の同意なく、商品若しくは役務の購入に際し、

ある行為を行い、若しくは行わず、かつこれにより企業に対する義務に違反することの対価として、自己若しくは第三者に対する利益を要求し、約束させ、若しくは収受した

者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 業務上の取引において、企業の被用者又は受託者に対し、

し、

一 その者が、商品若しくは役務の購入に際し、国内若しくは国外における競争において、不正な方法により

自己若しくは他人を優遇することの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与し、又は、

二 企業の同意なく、商品若しくは役務の購入に際し、ある行為を行い、若しくは行わず、かつこれにより企業に対する義務に違反することの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、

若しくは供与した

者も、前項と同一の刑に処する。

第二九九条 a (保健医療制度における収賄)

職業の遂行又は名称の使用のために国家によって定められた職業教育が必要な治療職に属する者として、その職業の遂行に関連して、

一 医薬品、療法、補助具若しくは医療機器の処方若しくは指示に際し、

二 治療職に属する者若しくはその補助者が直接使用するための医薬品、補助具若しくは医療機器の購入に際し、又は、

三 患者の紹介若しくは検査資料の引き渡しに際し、

国内又は国外における競争において、不正な方法により、他人を優遇することの対価として、自己又は他人に対する利益を要求し、約束させ、又は収受した者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

第二九九条 b (保健医療制度における贈賄)

職業の遂行又は名称の使用のために国家によって定められた職業教育が必要な治療職に属する者に対し、その職業

の遂行に関連して、

一 医薬品、療法、補助具若しくは医療機器の処方又は指示に際し、

二 治療職に属する者又はその補助者が直接使用するための医薬品、補助具若しくは医療機器の購入に際し、又は、

三 患者の紹介若しくは検査資料の引き渡しに際し、国内又は国外における競争において、不正な方法により、他人を優遇することの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第三〇〇条（業務上の取引及び保健医療制度における収賄及び贈賄の特に重い事案）

特に重い事案では、二九九条 a 及び二九九条 b による犯罪は、三年以上五年以下の自由刑に処する。特に重い事案は、原則として、

- 一 犯行が多額の利益に関係し、又は、
- 二 行為者が、営業として、若しくはこれらの犯罪の継続的遂行のために結びついた集団の構成員として行爲した

ときに認められる。

第三〇一条（告訴）

① 第二九九条による業務上の取引における収賄及び贈賄は、刑事訴追について特別な公の利益があるために刑事訴追機関が職権による介入が必要と考えるときを除き、告訴に基づいてのみ訴追される。

② 第二九九条第一項第一号及び第二項第一号の場合においては、被害者に加え、不正競争防止法第八条第三項第二号及び第四号に掲げられた団体及び職業団体も第一項による告訴をする権利を有する。

第三〇二条（削除）

第三三一条（利益收受）

① 公務担当者、欧州の公務担当者又は公務についての特別義務者が、職務遂行について、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人が、裁判官等としての行爲を行ったこと、又はこれを将来行う

ことの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。本項の罪の未遂は、罰する。

③ 行為者が、自らは要求していない利益を約束させ、又は收受し、かつ、管轄官庁が、その権限の範囲内で收受を予め許可していたとき、又は行為者が遅滞なく管轄官庁に届け出て、管轄官庁が收受を許可したときは、行為は第一項によっては罰しない。

第三三二条（収賄）

① 公務担当者、欧州の公務担当者又は公務についての特別義務者が、職務行為を行い、又は将来これを行い、これによりその職業上の義務に違反したこと、又はこれに違反することになることの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ又は收受したときは、六月以上五年以下の自由刑に処する。比較的軽い事案では、刑は三年以下の自由刑又は罰金刑とする。本項の罪の未遂は、罰する。

② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人が、裁判官等としての行為を行い、又は将来これを行い、これによりその裁判官等としての義務に違反したこと、又は

これに違反することになることの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、一年以上一〇年以下の自由刑又は罰金刑に処する。比較的軽い事案では、刑は六月以上五年以下の自由刑又は罰金とする。

③ 行為者が、将来の行為の対価として利益を要求し、約束させ、又は收受した場合において、行為者が、他の者に対し、

一 行為の際に自己の義務に違反し、又は

二 行為が自己の裁量に属する限りで、裁量行使の際に、その利益により影響される

つもりがあることを、既に示していたときは、一項及び二項を適用する。

第三三三条（利益供与）

① 公務担当者、欧州の公務担当者、公務についての特別義務者又は連邦軍の軍人に対し、職務の執行について、これらの者又は第三者のための利益の供与を申込み、約束し又は供与した者は、三年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人に対し、

裁判官等としての行為を行ったこと、又は将来これを行うことになることの対価として、これらの者又は第三者のための利益の供与を申込み、約束し、又は供与した者は、五年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

③ 管轄官庁が、その権限の範囲内で、收受者による利益の收受をあらかじめ許可し、又は收受者による遅滞なき届出に基づいて收受を許可したときは、行為は第一項によつては罰しない。

第三三四条（贈賄）

① 公務担当者、欧州の公務担当者、公務についての特別義務者又は連邦軍の軍人に対し、職務行為を行い、又は将来これを行い、これによりその職業上の義務に違反したと、又はこれに違反することになることの対価として、これらの者又は第三者のための利益の供与を申込み、約束し、又は供与した者は、三月以上五年以下の自由刑に処する。比較的軽い事案では、刑は二年以下の自由刑又は罰金刑とする。

② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人に対し、裁判官等としての行為を

一 行い、これによりその裁判官等としての義務に違反

したと、又は、

二 将来行い、これによりその裁判官等としての義務に違反することになること

の対価として、これらの者又は第三者のための利益の供与を申込み、約束し、又は供与した者は、第一号の場合においては三月以上五年以下の自由刑、第二号の場合においては六月以上五年以下の自由刑に処する。本項の罪の未遂は、罰する。

③ 行為者が、将来の行為の対価として利益の供与を申込み、約束し、又は供与した場合、行為者が、他の者に対し、

一 行為の際にその義務に違反すること、又は、

二 行為がその裁量に属する限りで、裁量行使の際に、

その利益により影響されること

を決定させることを試みたときは、第一項及び第二項を適用する。

第三三五条（贈賄及び収賄のうち犯情の特に重い事案）

① 特に重い事案では、

一 a) 第三三二条第三項が併せて適用される場合も含めた同条第一項第一文、及び、

b) 第三三四条第三項が併せて適用される場合も含めた同条第一項第一文及び第二項

に定める犯罪は、一年以上一〇年以下の自由刑、並びに、

二 第三三二条第三項と併せて適用される場合も含めた同条第二項に定める犯罪は、

二年以上の自由刑に処する。

② 第一項の意味における特に重い事案とは、原則として、

一 犯行が多大な利益に関係するとき、

二 行為者が、将来職務行為を行うことの対価として要求した利益を継続的に收受したとき、又は、

三 行為者が、営業として、若しくはそれらの犯罪を継続的に遂行するために結成された集団の構成員として行為したとき

に認められる。

第三三五条 a (外国職員及び国際職員)

① 第三三一条第二項及び第三三三条第二項並びに第三三五条が併せて適用される場合も含めた第三三二条及び第三三四条までに定める、将来の裁判官等としての行為又は将来の職務行為に関係する犯罪への適用に関し、以下

の通りとみなす…

一 裁判官とみなす者…

外国裁判所若しくは国際裁判所の構成員…

二 その他公務担当者とみなす者…

a) 外国の職員及び外国のために公の任務を行うことを委託された者…

b) 国際機関の職員及び国際機関の任務を行うことを委託された者…

c) 外国の軍人及び国際機関の任務を行うことを委託された軍人。

② 第三三一条第一項及び第三三項並びに第三三三条第一項及び第三項の、将来の職務行為に関係する犯罪への適用に関し、以下の通りとみなす…

一 裁判官とみなす者…

国際刑事裁判所の構成員…

二 その他公務担当者とみなす者…

国際刑事裁判所の職員。

③ 第三三三条第一項及び第三三項の、将来の職務行為に関係する犯罪への適用に関し、以下の通りとみなす…

一 連邦軍の軍人とみなす者…

犯罪時に国内に滞在する、ドイツ連邦共和国に駐留

する北大西洋条約機構のドイツ以外の締約国の部隊の軍人..

意味における利益となる。

二 その他公務担当者ともみなす者..

第三三八条 (削除)

これらの部隊の職員..

三 公務についての特別義務者ともみなす者..

これらの部隊に雇われ、又はこれらの部隊のために活動し、かつ部隊の上位の官署の一般的又は特別の指示に基づきその職責の誠実な履行を正式に義務付けられている者。

第三三六条 (職務行為の不作為)

第三三一条から第三三五条 a までの意味における職務行為又は裁判官等としての行為の不作為は、これらの行為を行ったものとみなす。

第三三七条 (仲裁人への報酬)

仲裁人への報酬は、仲裁人が、他方当事者に隠れて、一方当事者にこれを要求し、約束させ、若しくは一方当事者からこれを收受したとき、又は、一方当事者が、他方当事者に隠れて、仲裁人による供与を申込み、約束し、若しくは供与したときのみ、第三三一条から第三三五条までの