

|                     |                                                                                                                                                                                                                   |
|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title               | 競争制裁法の主観的要素に関する予備的考察：<br>ドイツのカルテル規制を中心に                                                                                                                                                                           |
| Sub Title           | Preliminary considerations on the subjective elements of competition<br>sanction law : centered on German cartel regulation                                                                                       |
| Author              | 速見, 彩人(Hayami, Ayato)                                                                                                                                                                                             |
| Publisher           | 慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会                                                                                                                                                                                       |
| Publication<br>year | 2025                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle              | 法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu :<br>Journal of law and political studies). No.145 (2025. 6) ,p.269- 309                                                                                                |
| JaLC DOI            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract            |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes               |                                                                                                                                                                                                                   |
| Genre               | Departmental Bulletin Paper                                                                                                                                                                                       |
| URL                 | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20250615-0269">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20250615-0269</a> |

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.

# 競争制裁法の主観的要素に関する 予備的考察

——ドイツのカルテル規制を中心に——

速 見 彩 人

- 一 はじめに
  - (一) 問題の所在
  - (二) 手法と構成
- 二 ドイツ法
  - (一) 前 提
  - (二) 故意と錯誤
  - (三) 過 失
- 三 EU法
  - (一) 前 提
  - (二) 故意・過失
  - (三) 禁止の錯誤
- 四 おわりに

## 一 はじめに

### (一) 問題の所在

我が国の独占禁止法（以下、「独禁法」）は、カルテルや入札談合などからなる「不当な取引制限」（2条6項）に対する制裁として、刑事罰（89条1項1号）と課徴金（7条の2）を予定している。両制裁の要件を比較すると、前者では、故意または過失（刑法38条1項）が必要である一方で、後者では、これらは一般的に不要とされている<sup>1)</sup>。現代行政法学は、制裁

---

1) 東京高判平成24年2月17日審決集58巻第2分冊127頁。なお、「実際には、主観的要素があるとはいえない事案を公取委が取り上げない、ということに

ならば主観的要件を充たすことが必要である<sup>2)</sup>として、秩序罰たる過料についてではあるものの、同要件を不要とした裁判例<sup>3)</sup>を批判する。この批判は、同じく制裁とされる課徴金についても同様に当てはまると考えるべきである。

また、公正取引委員会（以下、「公取委」）が近い将来に導入することを意図している、国際標準の制裁金制度では、現行の独禁法のような減免方向のみの裁量ではなく、増額も含めた制裁金額決定についての広範な裁量が、競争当局に与えられている。同時に、多数の国で導入されたそうした制度の大半は、主観的要素を制裁金賦課の要件としている。

独禁法令和元年改正は、課徴金制度への部分的裁量の導入などの大幅な改正を含むものであったが、これに先駆けて開催された独占禁止法研究会の発表資料によると、諸外国の標準的な制裁金制度は、「故意又は過失によって違反行為を行った場合、直近事業年度の総売上高に一定率を乗じた額を超えない範囲で制裁金等を課することができる旨のみが法定化されており（中略）、具体的な算定方式の設定は当局の裁量に委ねられている。当局は当該算定方式に従って制裁金等を算定するが、当該算定方式にも裁量の

---

よって」、主観的要素が要件に取り込まれていない状況との「バランスが保たれてきた」との指摘もある（白石忠志『独占禁止法』（有斐閣、第4版、2024）176頁、同頁注51）。

- 2) 行政法学から、宇賀克也『行政の実効性確保』（勁草書房、2024）417頁、興津征雄『行政法Ⅰ：行政法総論』（新世社、2023）273頁、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論』（有斐閣、第4版、2019）315頁、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂版〕』（学陽書房、2012）236頁、阿部泰隆『行政法再入門（上）』（信山社、第2版、2016）298頁。そのほか、落合誠一編『会社法コンメンタール21』（商事法務、2011）168頁〔佐伯仁志〕、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009）19-20頁、上田豊三「過料の裁判」鈴木忠一ほか『実務民事訴訟講座7巻〔非訟事件・審判〕』（日本評論社、1969）143頁。
- 3) 浦和地判昭和34年3月17日下級民集10巻3号498頁、東京高決昭和51年8月3日判時837号49頁。これと立場を同じくする少数説に、田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957）、同『新版 行政法（上）〔全訂第2版〕』（弘文堂、1974）198頁注3、大浜啓吉『行政法総論』（岩波書店、第3版、2012）436頁。これに対し、必要とする裁判例として、東京高判平成26年6月26日判時2233号103頁。

余地がある。(傍点は筆者)」と説明されており、完全裁量型であるとの理解を示している<sup>4)</sup>。

これは公取委の公式見解ではないものの、同研究会が産業界・法曹界・学界の有識者で構成され、国際標準の裁量型課徴金制度の実現に向けた議論を行っていたことからすれば、将来的に完全裁量型の課徴金制度が誕生した際には、主観的要件の導入が必要との見方が一般的であるといえよう。

それにもかかわらず、(裁量型) 課徴金制度における主観的要素についての議論は、研究会による資料の発表から8年以上が経過しても、ほとんどなされていない<sup>5)</sup>。

## (二) 手法と構成

本稿は、そうした議論状況に鑑み、(裁量型) 課徴金制度における主観的要素の構想を示すことを最終目的として見据える。もっとも、我が国における検討材料の乏しさを補うために、先行作業として、すでに非刑事的制裁金制度に主観的要素を導入しているドイツを対象とした比較法的検討を行う。

まず、ドイツにおけるカルテル規制と、これを実現する非刑事制裁の一般法たる秩序違反法(以下、「OWiG」)の法的構造を示し、次いで、主観的要素のうち、故意と錯誤を扱う。これは、故意の認識対象によって、錯誤の種類が影響を受けることを反映してのことである。錯誤のうち、特にカルテル規制にとって重要な禁止の錯誤については、判例の紹介も行う。その後、OWiG130条との関係で重要となる過失について検討する。

さらに、ドイツを含む加盟国の競争法に大きな影響を与えるEU競争法の主観的要素に関しても、ドイツの議論との相違点に着目して、若干の検

---

4) 独占禁止法研究会「課徴金制度の在り方に関する論点整理」(2016年7月13日)([https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/1607013\\_3\\_files/160713rontenseiri.pdf](https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/1607013_3_files/160713rontenseiri.pdf), 2025年2月13日最終閲覧) 4頁。

5) 主観的要素に関する数少ない先行研究として、白石・前掲注1) 173-177頁、古川博一「単独事業者の排他行為における行為者の意図と独禁法違反の成否」公正取引631号(2003) 63-72頁。

討を試みる。

最後に、錯誤論とエンフォースメント論の連関や、EU競争法における非難可能性の不明確性を指摘し、先述した最終目的に向けた今後の検討作業の方向性を示す。

なお、本稿の扱う内容には、違法性の錯誤や違法性の意識の可能性に関する先行研究においてすでに検討されたものも含まれる。しかしながら、刑法ではなく、非刑事制裁を予定するOWiGにおける主観的要素をもつばらの検討対象とする点、競争法という、現代の企業人が関連知識の把握ないし把握への努力を求められる経済法規を適用領域として取り上げる点、ドイツ法とEU法の比較により、回避し得ない禁止の錯誤のための調査・照会義務を検討する点に、本稿の意義がある。上述した我が国の独禁法の立法論や、全体構想を欠いたまま拡大する課徴金制度の現状に鑑みれば、その意義はより一層認められるものと思われる。

## 二 ドイツ法

### (一) 前 提

#### 1 過料 (Bußgeld)

ドイツ競争制限禁止法（以下、「GWB」）は、1条でいわゆるカルテルを禁止し、故意または過失によって同条違反行為を行った場合には、制裁として過料を予定している（81条2項1号、OWiG）1条1項）。

#### GWB 1条 競争制限的協定の禁止

事業者間の協定、事業者団体の決議および相互協調行為は、競争の阻害、制限、若しくは歪曲を目的とする場合、又は、もたらす場合に禁止される。

さらに、EU競争法<sup>6)</sup>違反<sup>7)</sup> (EU機能条約（以下、「TFEU」）101条1項）につ

---

6) EU機能条約101条以下および関係諸規則からなる。

7) 後述（「三 EU法」参照）。

いても、それが故意または過失による行為であった場合、過料を予定している（81条1項1号、2号）。

GWB81条 過料構成要件

(1) 故意又は過失により、

1 TFEU101条1項に違反して、協定を締結し、決議をし、若しくは相互協調行為を行うことにより、又は、

2 TFEU102条1文に違反して、支配的地位を濫用することにより、2008年5月9日公表版のTFEUに違反する者は、秩序違反行為を行ったものである。

(2) 故意又は過失により、

1 第1条……に定められている協定を禁止する条項……に違反する者は、  
(2-11 省略)

秩序違反行為を行ったものである。

ここでいう過料<sup>8)9)</sup>は、我が国の過料とは全く異なり、OWiG1条1項で定義される秩序違反行為に対して科される金銭的制裁のことをいい、その実体面と手続面に関する一般法にあたるのがOWiGである。

OWiG1条<sup>10)</sup> 定義

(1) 秩序違反とは、違法で、かつ非難可能性のある行為であって、過料による処罰を許容する法定の構成要件を実現する行為をいう。

---

8) これ以降、本稿で用いる「過料」は、特に断りのない限り、ドイツにおける過料（Bußgeld）のことである。

9) 概要につき、例えば、川出敏裕「交通事件に対する制裁のあり方について」宮澤浩一先生古稀第三卷『現代社会と刑事法』（成文堂、2000）247頁以下。より詳細には、今村暢好『行政刑法論序説』（成文堂、2020）207-224頁。GWB上の過料手続について、速見彩人「EU・ドイツの競争法と金融取引法における制裁」法学政治学論究141号（2024）311頁以下。

10) 翻訳にあたり、国立国会図書館調査及び立法考査局「西ドイツ秩序違反法」（国立国会図書館調査立法考査局、1980）107頁、川出・前掲注9）248頁を参考にした。

過料が科される手続は、非常に独特で、特別規定のない限り、刑事訴訟法の規定が準用されるものの（46条1項）、過料賦課の権限を有するのは、原則として管轄行政官庁である（82条2項<sup>11)</sup>）。GWBであれば、カルテル官庁（連邦カルテル庁（BKartA）と州最上級官庁の総称<sup>12)</sup>）が権限を有する（GWB82条1項3号）。このように、過料手続は、刑事手続とも行政手続とも明確に区別される<sup>13)</sup>。

なお、入札談合は、刑法298条によっても禁止され<sup>14)</sup> 15)、GWB1条と法条競合となりうる<sup>16)</sup>。

---

11) 例外的に、対象者が同意しない場合には、裁判所による審理が保障される（83条1項）。一連の異議申立手続について、速見・前掲注9）320頁。

12) BKartAが州際事案（GWB48条2項）とEU競争法事案（50条1項）、州最上級官庁がそれ以外を扱う。

13) 強いていえば、我が国の交通反則金制度に類似している。

14) カルテルの部分犯罪化に至る経緯については、松原和彦「ドイツにおける競争の保護と制裁：競争制限行為の犯罪化を巡る論議を素材として」（北海道大学、博士論文、2010）に詳しい。

15) 刑法298条 入札の際の競争を制限する談合

(1) 物品又は役務に関する入札に際し、発注者に特定の申込みを承諾させることを目的とした違法な談合に基づく申込みをした者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2) 事前の参加競争の後に行われる随意契約は、第1項の意味での入札とみなす。

(3) 発注者が申込みを承諾し、又は給付を履行することを任意に阻止した者は、第2項と併せて適用される場合を含む第1項によっては、罰しない。行為者の行動とは無関係に承諾がなされず又は発注者による給付の履行がなされなかった場合において、行為者が、承諾又は給付の履行を阻止するための努力を任意かつ真摯に行った時は、罰しない。

（法務省刑事局『刑事法制資料 ドイツ刑法典』（法務省、2021）248頁）

16) ある行為が犯罪行為でもあり、秩序違反行為でもある場合、刑罰法規のみが適用される（OWiG21条1項1文）が、当該行為に刑罰が科されないときには、秩序違反行為として処罰可能である（2項）。

## 2 故意・過失

以下のとおり、OWiG10条は、刑法15条<sup>17)</sup>と同じく、故意犯処罰の原則を定める。

10条<sup>18)</sup> 故意および過失

秩序違反としては、法律が、過失行為に対して、明文をもって過料を定めている場合を除き、故意行為のみを処罰する。

また、故意と過失の区別は、17条2項にしたがって過料額に影響を与えることとなる。

17条<sup>19)</sup> 過料の程度

- (1) 過料の金額は、最低5ユーロとし、法律が別段の定めをしていないときは、最高1000ユーロとする。
- (2) 法律が、故意行為および過失行為に対し、最高限度額を区別しないときは、過失行為は、最高限度額については、規定された過料の最高限度額の半額でのみ処罰できる。

すでに確認したとおり、GWB81条2項柱書、同項1号により、故意又は過失による1条違反は秩序違反となる。なお、故意・過失という主観的要素は、1条違反に限らず、あらゆるGWB上の禁止規定違反に対する過料の構成要件要素である（89条各項柱書）<sup>20)</sup>。

---

17) 15条 故意行為及び過失行為

法律が、過失行為に対して、明文をもって刑を定めていないときは、故意行為のみを罰する。

（法務省刑事局・前掲注15）42頁）

18) 訳文は、国立国会図書館調査及び立法考査局・前掲注10）118頁、法務省刑事局・前掲注15）42頁を参考にした。

19) 訳文は、国立国会図書館調査及び立法考査局・前掲注10）123-124頁を参考にした。

20) 1条違反のほかに、例えば、EU競争法上の禁止規定（TFEU101条1項、

故意行為については、最高限度額を100万ユーロ（81c条1項）、事業者又は事業者団体に限っては、それを超過する過料の賦課も可能であるが、その場合にも直近事業年度の総売上高<sup>21)</sup>の10%を超えてはならない（同条2項）とされる<sup>22)</sup>。これらがOWiG17条1項にいう「別段の定め」に当たするため、GWB上の秩序違反に対する過料は、同項の適用を受けない。他方、故意行為と過失行為とで過料最高限度額を区別する定めは置かれていない。したがって、過失行為については、すでに述べた通り、上記最高限度額の半額を最高限度とする過料が科されるにとどまる（OWiG17条2項）。

### 3 法人処罰<sup>23)</sup>

#### (1) 前提

GWB1条は、その名宛人を事業者と事業者団体としており、これには当然、法人も含まれる。しかし、過料について定めるOWiGでは、刑法同様、法人の行為能力が否定されるため、故意・過失の存否は、専ら自然人行為者について判断される。もっとも、法人には、一定範囲での過料支払能力が認められているため（OWiG30条）、過料を科すことは可能である。

そこで問題となるのは、秩序違反行為の故意・過失の存否を自然人行為者について判断しつつ、当該自然人に関連する法人にまで非難を及ぼすための法的枠組みである。そうした法人への過料による非難を可能とするOWiG上の規定としては、30条、9条、130条が挙げられる。以下、各規

---

102条1文）違反も定められている（89条1項1号、2号）。

21) 総売上高は、全ての自然人と法人、及び単一経済事業体として活動する人的結合体が、全世界で達成した売上高として算定され、推定できる（81c条5項）。

22) なお、事業者団体に関しては、総売上高の決定に関するさらなる規定が81c条4項、5項に置かれている。その詳細に関しては、速見・前掲注9）317頁参照。

23) 最も詳細な紹介として、神例康博「ドイツにおける企業活動の適正ルール形成のための法制度」甲斐克則ほか編『企業活動と刑事規制の国際動向』（信山社、2008）117-127頁。OWiG30条の理論的分析として、樋口亮介「法人処罰と刑法理論（五）」法協125巻11号（2008）2401-2407頁。

定の条文とともに、同法における法人処罰の概要を紹介する。

## (2) 条文構造

法人<sup>24)</sup>に対する過料を定めるのは、OWiG30条であるところ<sup>25)</sup>、その成立要件は、(A) 同条規定の行為主体が、犯罪行為または秩序違反行為を、(B) 法人に関連する行為として行った結果、(C) (a) 法人の負う義務の違反が惹起されるか、または、(b) 法人に利得が生じること、若しくは、生じさせようとしたことである。すなわち、(A) 行為主体要件、(B) 行為態様要件、(C) (a) 義務違反要件／(b) 利得招致・目的要件の3つであるとされている<sup>26)</sup>。

OWiG30条<sup>27)</sup> 法人および人的結合体に対する過料

### (1) ある者が、

1 法人の代理権を有する機関またはそのような機関の構成員として、

(2-3 省略)

4 法人……の包括代理人、または、管理者的地位において支配人もしくは商事代理人として、

5 法人……の運営、または、事業の管理に責任を持って行動するその他の者として、犯罪行為または秩序違反行為を行った結果、法人……に課せられている義務が侵害されるか、または、法人……に利得が生じるか、もしくは生じるはずだった場合、当該法人……に対し、過料を科すことができる。

---

24) 具体的には、株式会社、株式合資会社、有限会社のほか、協同組合などがある（神例・前掲注23）118頁）。各企業形態の詳細については、同論文109-112頁。

25) 同条は、法人以外にも、権利能力なき社団と権利能力を有する人的会社をも過料の名宛人としているが、本稿では、GWBとの関係で重要な法人のみを扱う。

26) 樋口・前掲注23）2401頁。

27) 訳文は、樋口・前掲注23）2425頁、神例・前掲注23）153-154頁を参考にした。GWBとの関係で重要な法人に関係する規定のみに限定している（2、3号省略）。

(2) 過料の額は、

- 1 故意の犯罪行為の場合、100万ユーロ以下、
- 2 過失の犯罪行為の場合、50万ユーロ以下とする。

秩序違反行為については、過料最高限度額は当該秩序違反行為について定められている過料の最高限度額とする。行為が犯罪であるとともに秩序違反行為でもある場合において、秩序違反行為に対して科される過料の額が1文による最高限度額を上回る場合には、2文による。

(A) の行為主体のうち、法人に関連する規定は、本条1項1号、4号、5号である。

(B) の関連行為と認められるためには、前提として、犯罪行為または秩序違反行為が非難可能であることを要する<sup>28)</sup>。そのうえで、この行為態様要件は、客観面、主観面に分けて論じられる。前者については、行為主体が法人の業務を遂行していたことが要求され<sup>29)</sup>、後者については、少なくとも自己図利目的を専らとはしていないことが要求される<sup>30)</sup>。

(C) (a) としては、まず、法人等を直接の名宛人とする義務がある。(A) の行為主体は、いずれも自然人であるから直接の名宛人ではないが、管理者的地位にある者であるため、「他の者のための行為」を定めるOWiG9条、または刑法14条<sup>31)</sup>によって義務の名宛人となる<sup>32)</sup>。

---

28) 法人と同一視される行為主体に非難可能性を要求しており、同条は、いわゆる同一視理論を採ると考えられている(樋口・前掲注23) 2401頁)。

29) Göhler, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 19. Auflage 2024, § 30 Rn. 24; Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 5. Auflage 2018, § 30 Rn. 90, 91.

30) 自己図利目的と法人図利目的とが併存している場合について、法人図利目的的要件の充足を認めるかについては、見解が分かれている(樋口・前掲注23) 2407頁)。

31) OWiG9条とほぼ同一文言で定められている条文である。

32) 神例・前掲23) 121頁。

OWiG9条<sup>33)</sup> 他の者のための行為

(1) ある者が、

- 1 法人の代理権を有する機関もしくはそのような機関の構成員として、
- 2 権利能力を有する人的会社の代理権ある社員として、または、
- 3 他人の法定代理人として

行為した場合には、法律によって特別な一身的身分犯、人的状況、または身上（特別な一身上の要素）が処罰可能性の根拠となっており、これらの要素が代理人には存在しない場合でも、本人に存在する場合には、代理人に対して当該法律を適用する。

(2) ある者が、事業所有者またはその他その事業に権限を有する者から、

- 1 その事業の全部もしくは一部を管理することを委任され、または、
- 2 自己の責任において、事業所有者に課せられる任務を果たすことを明示的に委任され、

かつ、この委任に基づいて行為をした場合において、法律によって特別な一身上の要素が処罰可能性の根拠となっており、これらの要素が受任者には存しないが、事業所有者には存するときには、その法律は、受任者にも適用する。企業は、1文の意味における事業とみなす。公の行政の任務を行う地位につき、同様の委任に基づいて行為をしたときには、1文を準用する。

(3) 1項および2項は、代理権または委任関係を基礎付ける法律行為が無効であるときも、適用する。

次に、一般的義務が挙げられる。もっとも、(B)の客観面について述べたとおり、義務違反が法人の業務遂行に関連して生じる場合に限られる<sup>34)</sup>。例えば、過失傷害罪の注意義務に違反して((B))、労働者を危険から守る義務の違反を惹起する((C)(a))場合がある<sup>35)</sup>。

そして、OWiG130条に基づく監督義務である。まず、事業主たる法人が、同条1項に基づいて、企業において必要な監督措置を講じる義務を課

---

33) 訳文は、神例・前掲注23) 148-149頁、法務省刑事局・前掲注15) 41-42頁を参考にした。

34) Göhler, Fn. 29, § 30 Rn. 20.

35) 神例・前掲注23) 121頁。

され、次に、管理者的地位にある者たちが、9条2項1文に基づいて、かかる義務を法人のために履行する義務を負うことになる。これを懈怠すると秩序違反行為となる(130条1項1文、9条2項1文)。

OWiG130条<sup>36)</sup> 企業および事業者における監督義務の違反

- (1) 企業または事業者において、企業主または事業主自身に課され、かつ、その違反が刑罰または過料の対象となる義務に違反する行為の防止に必要な監督措置を、企業主または事業主として、故意または過失により講じなかった者は、然るべき監督をしていれば阻止されたか、本質的に困難にされたであろう違反行為が行われたときは、秩序違反行為を行ったものとする。要求される監督措置には、監督者の任命、注意深い選任および監督も含まれる。
- (2) 公企業も、1項及び2項の意味での企業または事業者である。
- (3) 義務違反について刑罰が定められている場合における秩序違反には、100万ユーロを最高限度額とする過料を科すことができる。義務違反について過料が定められている場合には、監督義務違反に対する過料の最高限度額は、当該義務違反について定められている過料の最高限度額に従う。刑罰と過料がともに定められている義務違反の場合には、義務違反について定められている過料の最高限度額が1文による最高限度額を上回る場合には、2文による。

(C) (b) 利得招致・目的要件については、(B)の関連行為に制限はなく、刑法およびOWiGの全ての違反行為が考えられる<sup>37)</sup>。「利得が生じる」の要件に関しては、法人が行為により違法な財産的利益を得てさえいればよく、利得が追求されたかどうかも不問となる<sup>38)</sup>。他方、「利得が生じるはずだった」の要件に関しては、違法な財産的利益を得ていなくても、法人

---

36) 翻訳にあたり、神例・前掲注23) 154-155頁を参考にした。

37) 神例・前掲注23) 122頁。

38) Göhler, Fn. 29, § 30 Rn. 22.

の機関等が利得を追求しただけで足り<sup>39)</sup>、利得追求が主要目的である必要もない<sup>40)</sup>。

### (3) 機能と問題点

以上のように条文構造を概観すると、一見、OWiGは、30条の限度での過料支払能力（刑法でいう受刑能力）を肯定しているだけで、限定的な法人処罰を実現しているにとどまるとも思える。しかし、130条は9条と併せて、行為者と制裁の名宛人が異なる場合に生じうる処罰の間隙を埋める機能を果たしている<sup>41)</sup>。さらに30条での法人処罰の前提となる秩序違反行為に着目すると、同条の規定する作為犯的秩序違反（例：GWB81条2項1号違反）にくわえ、130条そのものが規定する不作為犯的秩序違反<sup>42)</sup>としての監督義務懈怠（例：GWB81条2項1号違反を犯した従業員への監督義務懈怠）も含まれている<sup>43)</sup>。そうだとすると、OWiGによる法人処罰は、自然人行為者に関する判断を前提とはしているものの、ほとんど「企業自体の秩序違反行為」を承認しているともみることができる<sup>44)</sup>。

したがって、法人処罰の実務上、決定的に重要なのは130条であり、その監督義務の内容が明らかにされるべきである。漏れのない法人処罰の裏返しとして、不合理な監督義務の氾濫が懸念されるためである。この点、判例や学説では、個々の事案において遵守されるべき監督義務の範囲は、当該企業の経営状況や特殊性に基づく<sup>45)</sup>が、決して客観的に可能かつ合理的な範囲を越えてはならないとされている<sup>46)</sup>。特にカルテル規制に関する監督義務については、判例の蓄積があるとされる<sup>47)</sup>。学説には、従業員が

39) 神例・前掲注23) 122頁。

40) Göhler, Fn. 29, § 30 Rn. 22; Rogall, Fn. 29, § 30 Rn. 88.

41) 田口守一「ドイツにおける企業犯罪と秩序違反法」甲斐克則ほか編『企業活動と刑事規制の国際動向』（信山社、2008）166頁。

42) Klusmann, in: Wiedemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 55 Rn. 34.

43) 田口・前掲注41) 167頁。

44) 田口・前掲注41) 168頁。

45) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 35; Leube wistra 1987, 44 ff.

46) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 34.

47) Raum, in: Bunte, Kartellrecht Band 1, 14. Auflage 2021, § 81 Rn. 22, 30. もっ

実際に犯した違反など、監督義務を負う企業の典型的リスクであることを不文の要件とすることを求めるものもある<sup>48)</sup>。

さらに、130条においては、監督義務違反という不作為犯的性質から、過失が大きな役割を果たすこととなる<sup>49)</sup>。後述するように(三)3)、漏れない法人処罰のために包括的処罰機能を果たす同条については、法適用者が、規範の客観的違反しか扱わなくなる危険があると指摘されている<sup>50)</sup>。主観的要素たる過失の空洞化が問題視されるべきである。

## (二) 故意と錯誤

### 1 故意

#### (1) 故意の形式と内容

OWiGの故意も、刑法のそれと同じく、意図、確知、未必の故意の3種類に区別され<sup>51)</sup>、法律が特別な形式の故意を要求していない限り、未必の故意で足りるとされる<sup>52)</sup>。GWBにおける特別な形式の故意として、例えば、21条1項(ボイコット等の禁止)の「特定の事業者を不当に妨害する意図」などが挙げられる<sup>53)</sup>。

故意行為には、すべての客観的構成要件事実についての認識<sup>54)</sup>(認識的要

---

とも、紙幅の都合上、紹介は割愛する。

48) 例えば、Göhler, Fn. 29, § 130 Rn. 9.

49) Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 52.

50) Valerius, in: Graf, BeckOK OWiG, 44. Edition 2024, § 10 Rn. 2.

51) Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 50.

52) Biermann, in: Immenga/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2. GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 7. Auflage 2024, Vorbemerkung vor § 81 Rn. 98; Böse, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Band 1, 3. Auflage 2024, 375 GWB § 81 Rn. 15; Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 50; Rengier, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Auflage 2018, § 10 Rn. 5.

53) このような場合、過失行為によることはできない(「(三) 過失」参照)。

54) Achenbach, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage, 2023, 5. 7 Das Deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht (§ 81 GWB) Rn. 21.

素)と秩序違反を犯そうとする意欲(意欲的要素)<sup>55)</sup>とが必要とされる<sup>56)</sup>。

(GWBの禁止規定にも多く含まれる)規範的要素については、たとえば素人領域における平行評価<sup>57)</sup>という意味においてのみであっても、完全な意味の知識、すなわち、法律概念の基礎となる事実の認識に加え、法的評価結果の認識も必要となる<sup>58)</sup>。ただし、法律概念への正確な包摂は重要とされていない<sup>59)</sup>。

## (2) GWB81条における故意

81条2項1号の場合、故意は、同規定の要素に加え、1条の要素にも及ばねばならない<sup>60)</sup>。同条(競争制限的協定の禁止)に関しては、「禁止(される)」を規範的要素(=故意の認識対象)とみるか否かで争いがある。否定説<sup>61)</sup>は、同文言が完全な禁止を含み、合法となる余地はないため、規範的要素でないとする。もし故意の認識対象とすれば、行為者が自己の行為を合法と誤信することで故意が阻却されることになった場合に、各禁止規範の一般的拘束力が危機に瀕すると肯定説を批判する<sup>62)</sup>。その肯定説は、(第6次改正までの)旧38条1項1号<sup>63)</sup>における契約無効に関する錯誤の議

55) その必要性を疑問視する見解もあり、議論が活発だが、いずれの見解によっても結論は異ならないとされるため、本稿では扱わない。(Rengier, Fn. 52, § 10 Rn. 4.)

56) Rengier, Fn. 52, § 10 Rn. 3.

57) ドイツにおける意味の認識について、小杉麟太郎「意味の認識：記述的要素と規範的要素の区別に基づく試論」東大ロー17号(2022)16頁以下。

58) KG WuW/E OLG 232 (2323); OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1381 (1387); Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 99; Meyer-Lindemann in: Löwenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Auflage 2020, § 81 Rn. 128; Vollmer, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Band 2, 4. Auflage 2022, § 81 Rn. 90.

59) Biermann, Fn. 52, Vor § 81 Rn. 101.

60) BGHSt 21, 18.

61) Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 15; Achenbach, Fn. 54, Rn. 21.

62) Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 15; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987, S. 343 f.

63) 競争制限的協定・相互協調行為そのものに過料を科す現行法(第6次改正以降)とは異なり、競争制限的契約の無効を定め、契約の無効にもかかわらず

論を参照し、現行法で同規定に相当する81条2項1号の禁止の錯誤の議論に転用を試みる<sup>64)</sup>。そして、規範的要素と考えられてきた旧38条1項1号同様、現81条1項1号も規範的要素だとするのである。

特にGWB1条においては、「目的とする、又は、もたらす (bezwecken oder bewirken)」競争制限<sup>65)</sup>の知覚可能性の基準までを故意の認識対象に含まねばならないところ<sup>66)</sup>、効果要件は定められていない<sup>67)</sup>ため、「もたらす」は、合意内容の遂行までは意味しない<sup>68)</sup>。同文言からは、主観的構成要件要素ではないかとの印象も受けるが、客観的構成要件要素であるとされる<sup>69)</sup>。こうした目的・効果は、(単なる)認識のみで認められてしまわぬよう、TFEU101条1項に基づき、違反行為の有する競争制限の可能性によって客観的に決定されることとなっている<sup>70) 71)</sup>ため、故意の認識対象と

---

それを「無視 (Hinwegsetzen)」した場合、すなわちカルテル契約を実施した場合に初めて過料を科すにとどまっていた (和田健夫「ドイツ競争制限禁止法第六次改正：競争法のハーモナイゼーションの一断面」商学討究50巻4号(2000) 149頁)。

64) Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 22; Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 102; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 99; Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 16.

65) 例えば、「1条 競争制限的協定の禁止」は、「事業者間の協定、事業者団体の決議および相互協調行為は、競争の阻害、制限、若しくは歪曲を目的とする場合、又は、もたらす場合に禁止される。」と定める。

66) Biermann, Fn. 52, § 81 Rn. 82. EUコミッションは、競争制限効果が知覚可能な (appreciable; spürbar) 程度に達しない協調 (TFEU101条1項) を違法としない (適用免除: 101条3項) としており、この考え方がGWBの適用免除にも影響を与えている。

67) 1999年施行の第6次改正法から、条文中明らかにされている。Achenbach, Fn. 54, Rn. 20.

68) Achenbach, Fn. 54, Rn. 20.

69) Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 15. 一方、主観的要素と解するものもある。Achenbach, Fn. 54, Rn. 20.

70) OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 21756 Rn. 414; Böse, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Band 2, 3. Auflage 2024, 432 KartellVO § 23 Rn. 20; Biermann, Fn. 52, § 81 Rn. 69. カルテルへの参加の外見で足りるとするものがある。BGH NJW 2006, 163 (164).

71) 既述の「知覚可能性の基準」に同じ。

なる。なお、このことは、後述する過失による違反行為の場合にも当てはまると解される<sup>72)</sup>。

協定の実施が過料によって処罰されるには、少なくとも、違反行為者が禁止された協定を実施する目的でも行動したことが必要である<sup>73)</sup>。明示的な意思の連絡がない相互協調行為の場合には、意識的な実際の協力の要件、すなわち、各行為者が少なくとも意識的に自己の意図を他方に知らせ、各行為者が他方の協調する意図を知りつつ、それについて行動することが考慮されなければならない<sup>74)</sup>。

### (3) 刑事犯における故意

なお、カルテルのうち、入札談合のみは犯罪化されているところ<sup>75)</sup>、刑

72) Biermann, Fn. 52, § 81 Rn. 83.

73) OLG Düsseldorf 26. 1. 2017 – V-4 Kart 6/15 (OWi), BeckRS 2017, 141749 Rn. 1083.

74) OLG Düsseldorf 29. 10. 2012 – V-1 Kart 1 – 6/12 (OWi), WuW/E DE-R 3889, 3895.

75) ドイツでは近時、入札談合が刑事訴追されるケースが増加している。その一因として、我が国も導入済みのいわゆるリニエンス（減免）制度の利用件数の増加が挙げられている。減免申請者のもたらす違法行為の詳細な情報は、自然人に対する犯罪捜査につながる可能性がある。連邦カルテル庁の実務は、最初に刑事犯罪の疑いが生じた減免申請を、関係する自然人の刑事訴追のために検察当局に移送することで一貫している。（Klusmann, Fn. 42, § 56 Rn. 39.）ECN + 指令（OJ L 11/3）23条（制裁金減免申請と自然人に対する制裁の相互関係）は、

- (1) 加盟国は、以下の場合、競争当局に対する制裁金減免申請事業者の現役および元の役員、管理職およびその他の職員が、減免申請の対象となる秘密カルテルへの関与に関し、TFEU101条が追求する目的と主として同一の目的を追求する国内法の違反に対して、行政手続および非刑事的司法手続において科される制裁から完全に保護されることを確保しなければならない。
  - (a) 当該案件を担当する競争当局に対する当該事業者の制裁金減免申請が、17条2項 (b) および (c) に定める要件を満たしていること
  - (b) 現役および元の役員、管理職およびその他の職員が、この点に関して、事件を追及する競争当局に積極的に協力していること
  - (c) 当該事業者の制裁金減免申請が、当該事業者の現役又は元の役員、管理職およびその他の職員が本項という制裁の賦課につながる手続について加

法298条（入札の際の競争を制限する場合<sup>76)</sup>）による犯罪行為として扱われる場合には、故意の認識対象は、客観的構成要件要素の全てにわたり、かつ未必の故意で足りると考えられている<sup>77)</sup>。また、263条（詐欺罪<sup>78)</sup>）による犯罪行為として扱われる場合<sup>79)</sup>、要求される不法の認識としては、単に行為者が法に反していることを認識するのみで足りるとされている<sup>80)</sup>。談合

---

盟国の管轄当局から通知された時点よりも前のものであること

(2) 加盟国は、競争当局に対する制裁金減免申請事業者の現役および元の役員、管理職およびその他の職員を、当該申請の対象となった秘密カルテルへの関与に関連して、TFEU101条が追求する目的と主として同一の目的を追求する国内法の違反に対して、刑事手続において科される制裁から保護することを、第1項に定める条件を満たし、管轄検察当局に積極的に協力する場合に確保しなければならない。

(3) 加盟国は、自国の法制度の現行の基本原則との適合性を確保するため、第2項の適用除外により、秘密カルテルの摘発および捜査に対する第2項にいう個人の貢献が、当該個人を訴追および／又は制裁することの利益を上回る場合に限り、管轄当局が制裁を科さない、又は制裁を軽減することのみを可能とすることを規定できる。

(4)-(5) 省略

としており、減免申請を行った事業者に関しては、現役および元の従業員を非刑事的制裁から特別に保護することを規定する（1項）一方で、一定の場合（3項）には、刑事制裁からの保護がなされないことを許容している。なお、同指令の内容は、GWB第10次改正により同法に反映された。

76) 訳文は、前掲注15)。

77) 刑法298条について、Klusmann, Fn. 42, § 56 Rn. 27. 刑法263条について、Klusmann, Fn. 42, § 56 Rn. 38.

78) 263条 詐欺

(1) 違法な財産上の利益を自ら又は第三者に得させる目的で、虚偽の事実を真実に見せかけることにより又は真の事実を歪曲若しくは隠蔽することにより、錯誤を生じさせ又は維持させることにより、他人の財産に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

(2)-(7) 省略

(法務省刑事局・前掲注15) 224-225頁)

79) 入札談合は履行詐欺の一種であり、公共契約締結につながった欺罔、契約により生じた金銭的不利益、および当該不利益に対応する財産上の損害の最終的な発生が、詐欺行為を構成することとなる。Klusmann, Fn. 42, § 56 Rn. 37.

80) BGHSt 52, 227; BGHSt 11, 263 (266); BGH wistra 86, 218.

の参加者は、単に法に反しているとの認識しか有していなくても、詐欺の故意が認められ、その結果、刑法17条による禁止の錯誤の適用は排除されることとなる<sup>81)</sup>。

## 2 錯 誤<sup>82)</sup>

### (1) 概 要

OWiG11条は、刑法16条1項<sup>83)</sup>、17条1文<sup>84)</sup>と同趣旨の規定である<sup>85)</sup>。文言上、秩序違反法と刑法とは若干の相違がみられるが、これらはいずれも社会倫理的な性格を問題としない秩序違反行為の特性に由来するものであり<sup>86)</sup>、たとえば「責任」は「非難可能性」に言い換えられている。

#### OWiG11条 錯誤<sup>87)</sup>

- (1) 行為を行う際に、法律上の構成要件に属する事実を認識していなかった者は、故意に行為をしたものではない。過失行為を理由とする処罰を妨げ

81) Klusmann, Fn. 42, § 56 Rn. 39.

82) 競争法と同じく高度の専門知識を要求される分野として租税法があるところ、ドイツにおける同法に関する錯誤については、中村邦義「ドイツ租税刑法における構成要件の錯誤と禁止の錯誤の区別について」産大法学49巻1・2号(2015)19頁以下。

83) 第16条(犯罪事実に関する錯誤)「① 犯罪遂行の際に、法律上の構成要件に関する事実を認識していなかった者は、故意に行為をした者ではない。過失による遂行を理由とする処罰を妨げない。」(法務省刑事局・前掲注15)42頁)

84) 第17条(禁止の錯誤)「犯罪遂行の際に、行為者に不法を行う認識が欠けていた場合において、その者がこの錯誤を回避し得なかったときは、責任なく行為をしたものである。行為者が錯誤を回避し得たときは、第49条第1項により刑を減輕することができる。」(法務省刑事局・前掲注15)42頁)

85) 完全な対応関係にあり、OWiGにおいても刑法解釈学における錯誤論が当てはまるとまで指摘するものもある。Kraus Tiedemann, Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht - Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen -, in: Festschrift für Friedrich Geerds, Lübeck 1995, 97.

86) 田口・前掲注41)162頁。

87) 翻訳にあたり、国立国会図書館調査及び立法考査局・前掲注10)118頁、法務省刑事局・前掲注15)42頁を参考にした。

ない。

- (2) 行為を行う際に、行為者に何か許されていないことを行う認識が欠けていた場合、特に法条の存在又は適用可能性を認識していなかった場合において、その者がこの錯誤を回避し得なかったときは、非難可能性なく行為をしたものである。

OWiG11条がその趣旨を同じくする刑法16、17条については、GWB上に刑罰規定が存在しないために、GWBに関連した実務の蓄積がない。逆に、GWBに関するOWiG11条をめぐる法原則は、刑法の観点からカルテルが評価されるケースにおいても適用される可能性が高いとされる<sup>88)</sup>。

## (2) 構成要件的錯誤

犯罪の規範的要素に関しては、法的評価の本質的な事実内容を包含する素人領域における平行評価の形で、その社会的意味を把握していれば足り、行為者が法律概念を詳しく認識し、それを意欲に含める必要はない<sup>89)</sup>。しかし、事実の認識と法的判断の区分は、特にTFEU101条ないしGWB1条で禁止される、いわゆるカルテル（競争制限的合意ないし相互協同行為）を実施するための秩序違反の場合に、流動的となる。これは、行為者がその合意が民法上無効であることを知らずに、故意に違反行為をすることが想定できないためである<sup>90)</sup>。逆に、行為者が容易に、TFEU101条3項の意味において、自己の行為は「知覚可能性（Spürbarkeit）<sup>91)</sup>」に欠ける、又は免責されると想定している場合、行為者の故意は疑わしいものとなりうる<sup>92)</sup>。こうした法的判断の難しい事案において、訴追実務<sup>93)</sup>では、故意について

---

88) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 98.

89) Biermann, Fn. 52, § 81 Rn. 133.

90) KG WuW/E OLG 2321 (2323f.). なお、第6次改正より前の旧法下の判決である。旧法については、前掲注63)。

91) 和田・前掲注63)、Achenbach, Fn. 54, Rn. 20. いわゆるデ・ミニミス（“De Minimis Notice” [2014] OJ C 291/1）。

92) Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 85.

93) 必ずしも検察による訴追となるわけではなく、むしろカルテル官庁による訴追が主である。秩序違反法における訴追制度について、速見・前掲注9)

の疑義を払拭するために、GWB32条による警告書又は排除措置命令書を送達し、競争当局の法的見解を通知している。多くの場合、これが疑義を払拭するための唯一の方法であるとされる<sup>94)</sup>。行為者はこうして当局の法的見解に接するわけだが、その際、その正当性に法的疑義を生じたとしても、少なくとも当局がその見解を正当化するために判例等を引用していないときには、ただちに未必の故意を構成することはない<sup>95)</sup>。もっとも、そもそも法的疑義があるにもかかわらず、あえて過料手続を選択すべきなのについては、定期的に検討が加えられるべきであるとの指摘が弁護実務からなされており<sup>96)</sup> 97)、制度的対応も含めて議論されている。

### (3) 事実と違法性の区別

錯誤については、理論においても実務においても、事実と違法性のいずれに関わるものであるかを区別することが重要である。

前者では、故意が要求され、事実の錯誤は過失の有無にかかわらず故意を排除する（OWiG11条1項1文）。一方、後者の違法性については、原則として禁止の錯誤のみが可能で、不法の認識を欠いたことがやむを得ない例外的な場合にのみ非難可能性を排除する（同条2項）。事実と違法性、事実の錯誤と禁止の錯誤の区別は、「法の錯誤」（事実／禁止／包摂の錯誤）の事例が刑法よりもOWiGではるかに頻繁に発生するため、理論的には一層重要となる<sup>98)</sup>。しかし、第6次改正以降、ほとんどのカルテル秩序違反（81条1項1号、2項1号）は過失でも犯すことができることとなったた

---

320-321頁。

94) BKartA 29. 9. 1969, WuW/E BKartA 1297, 1301f.; BKartA 18. 11. 1971, WuW/E BKartA 1369, 1371; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 96; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 23 und 126f.

95) Tiedemann NJW 1979, 1849, 1855. 裁判例として、KG WuW/E OLG 1253 (1263); KG WuW/E OLG 1327 (1333).

96) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 96.

97) 過料手続以外の手続と、それに基づく制裁については、速見・前掲注9) 312、313-316、319-320頁。

98) Tiedemann ZStW 1981 (1969), 872 (874); Göhler, Fn. 29, § 11 Rn. 6 ff.

め<sup>99)</sup>、事実と違法性を区別する困難な作業は、その実務上の重要性を低下させているとされる<sup>100) 101)</sup> (より詳細には、「(三)3」も参照)。

### 3 禁止の錯誤

#### (1) 概要

ドイツの一般的な見解は、OWiG11条2項の規定内容と整合的に、禁止事項の認識および不法の認識は、故意ではなく、非難可能性<sup>102)</sup>の一部であるとする。この結果、法的過失 (Rechtsfahrlässigkeit) は必ずしも故意の排除につながるわけではない。例えば、価格協定がGWB1条に違反することを行為者が知ってさえいれば、未必の故意としては足りる<sup>103)</sup>のである。11条2項の文言ごとに見ると、以下のようになる。

ア 「何か許されていないことを行う認識が欠けてい」ること

まず、禁止の錯誤が認められるには、行為者は、何らか禁止された行為をしているとの認識を欠いている必要がある。問題となる行為の合法性について積極的な認識を有することは不要であり、自らの行為が禁止されているかについて何ら考えていない場合<sup>104)</sup>も対象となる<sup>105)</sup>。逆に、禁止行為をする可能性があるという無関心な認識<sup>106)</sup>では、たとえ自身の法的見解がそれに反するものであったとしても、禁止の錯誤の対象とはなり難い<sup>107)</sup>。

---

99) 過失行為の詳細に関しては、後述 (「二 (三) 過失」)。

100) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 99; Tiedemann NJW 1979, 1849, 1854.

101) もっとも、OWiG17条2項により、故意・過失の区別は過料額の多寡において顕著な違いを生み出すはずであり、実務上の重要性に関しては、なお慎重な検討を要すると思われる。このことを的確に指摘するものに、Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 126。

102) 刑法でいうところの有責性 (責任) である。

103) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 104.

104) OLG Celle GewArch 1980, 137.

105) Göhler, Fn. 29, § 11 Rn. 22.

106) BGH LM Nr. 6 zu § 59 StGB a. F.

107) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 100.

イ 「回避し得なかった」

禁止の錯誤が認められ、秩序違反の非難可能性が欠けるためには、次に、主観的にみて回避不可能である必要がある。回避可能性については、刑法における禁止の錯誤（17条）について発展してきた原則<sup>108)</sup>に基づいて判断されている<sup>109)</sup>。

## (2) 回避可能性

すなわち、連邦通常裁判所（BGH）<sup>110)</sup>は、「(錯誤は、) 当該事件の諸事情並びに個々人の生活及び職業領域に応じて、行為者に合理的に期待される良心の緊張にもかかわらず、行為者が自らの行為の不法を認識することができなかった場合には、当該錯誤は克服し得ない。……このことは、行為者が全ての精神的認識力を駆使し、反省し、必要であれば助言を求めることによって、生じた疑念を払拭したことを必要とする。……もし行為者がしかるべく良心を緊張させていれば、自らの行為の不法を認識できたのであれば、その禁止の錯誤は有責である。」としている。

GWBにおいては、行為者が、その状況によって客観的に要求され、かつ、その個人的状況に応じて行使できる注意を行使していたならば、その行為の違法性を認識できる立場にあったであろうという場合にのみ、錯誤は回避可能であるとされる<sup>111)</sup>。GWBの過料構成要件は、通常、良心に根ざした基本的価値を保護するものではないため、必要な判断に至るために全ての精神的認識力を行使する義務があり<sup>112)</sup>、行為者が疑念を抱いている場合、またはそのような疑念を認識できる場合、調査・照会を行う義務

108) BGHSt 2, 194.

109) OLG Frankfurt a. M. WuW/E OLG 4484 (4485 f.); KG WuW/E OLG 2321 (2324); OLG Düsseldorf WuW/E OLG 4229 (4230 f.).

110) BGHSt 21, 18 (20). 他に、OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2589 (2591).

111) KG WuW/E OLG 2321, 2324; KG WuW/E OLG 4108, 4111. 「疑わしきは罰せず (Zweifelssatz (In dubio pro reo))」の原則の適用があるとの指摘に、Göhler, Fn. 29, § 11 Rn. 23.

112) KG WuW/E OLG 1687, 1694; BGHSt 4, 1 (5). これは、1952年12月13日判決以来、禁止の錯誤についての確立された判例法である。このことを指摘するものに、Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 59; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 101.

が生じる<sup>113)</sup>。これは特に、(OWiG30条1項各号のような)業務執行権限を有する機関および代理人に適用される<sup>114)</sup>。

競争法分野では、特に外部の競争法専門家に相談しなければならず<sup>115)</sup>、その際、行為者は、客観的で、注意深く、忠実で、責任ある情報提供を保証する有能な専門家または団体に頼らなければならない<sup>116)</sup>。競争法に特に精通した弁護士から法的助言を得た場合には<sup>117)</sup>、法的助言が正確な事実情報に基づいている場合に限り<sup>118)</sup>、回避不可能と考えることができる。行為者の会社または(競争制限的協定の)参加会社の法務部門や法律顧問からの情報は、経済的な利害関係の存在ゆえに、回避不可能と認めるには十分でないとされるのが一般的である<sup>119)</sup>。裁判所は、(特別の専門性を有す

---

113) OLG Düsseldorf NStZ 1981, 444; Heinichen, in: Bacher/Hempel/Wagner-von Papp, BeckOK KartellRecht, 15. Edition 2025, § 81 Rn. 150; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 65ff; Vollmer, Fn. 58 § 81 Rn. 91.

114) OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2488 (2494); BKart WuW/E 1763 (1764).

115) BGH WuW/E BGH 1891 (1894); KG WuW/E OLG 2205 (2207); KG WuW/E OLG 4108 (4111). 以下も参照。Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 66f.; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 102.

116) OLG Frankfurt a.M. WuW/E OLG 4944 (4947 f.); BGHSt 40, 257 (264); BayObLG NJW 1989, 1744 (1745). 以下も参照。OLG Düsseldorf BeckRS 2017, 141749 Rn. 1091; Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 66f.

117) BGH WuW/E BGH 1891 (1894); BGHSt 48, 278 (289); KG WuW/E OLG 2205 (2207); KG WuW/E OLG 3543 (3547); BKartA WuW/E BKartA 1389 (1391); BKartA WuW/E BKartA 1683 (1684); Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 152; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 77; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 102. なお、EUにおける判例は、後述のいわゆる *Schenker* 事件判決を参照 (EU司法裁判所2013年6月18日先決裁定(判決) (Case C-681/11 *Schenker & Co. and Others*, ECLI:EU:C:2013:404)。

118) BGH WuW/E BGH 2145 (2147); OLG Hamburg JR 1978, 291 (292); KG WuW/E OLG 2205 (2207f.); KG WuW/E OLG 4065 (4072 f.); OLG Bremen NStZ 1981, 265 f.; BayObLG NJW 1980, 1057 (1058); BayObLG wistra 1992, 273 (274); OLG Frankfurt a.M. JR 1996, 250 (251 f.); OLG Braunschweig StV 1998, 492; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 103.

119) BGH WuW/E BGH 1901 (1904); Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 78; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 102; Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 107. 異なる見解として、

るわけではない、単なる）弁護士の助言に起因する禁止の錯誤は、一般的に回避不可能とは認められないとしている<sup>120)</sup>。

管轄競争当局に相談を行っていた場合も、回避不可能な禁止の錯誤と認められうる<sup>121)</sup>。競争当局が不明確、または一貫性のない法的見解を示して禁止の錯誤の原因を生んだ場合、以前はその錯誤は回避不可能と考えることができた<sup>122)</sup>。現在では、状況次第で、GWB第7次改正で導入された32c条により不問決定<sup>123)</sup>を申請しておく必要が生じうる<sup>124)</sup>。

このように、通常、回避可能性については高い水準が設けられることになるため、禁止の錯誤が認められるのはごく例外的な場合にとどまる<sup>125)</sup>。過失犯の場合には、予見可能性や回避可能性よりもさらに高い要件が照会義務に課されることとなる<sup>126)</sup>。

### (3) 調査・照会義務

#### ア 概要

調査・照会義務の程度は、行為者の職業、それまでの教育、地位、会社の規模や重要性、判例の有無にも左右される<sup>127)</sup>。簡潔に言えば、まず、事

---

Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 152.

120) Bechtold/Bosch, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 10. Auflage 2021, § 81 Rn. 24.

121) BGH WuW/E BGH 1891 (1894); KG WuW/E OLG 2205 (2207); KG WuW/E OLG 4108 (4111). 以下も参照。Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 66f.; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 102.

122) BGH WuW/E BGH 1871 (1874 f.); BKartA WuW/E BKartA 1389 (1391); BKartA WuW/E BKartA 1683 (1684); Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 152; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 71.

123) 制度概要につき、速見・前掲注9) 314-315頁。

124) Meyer-Lindemann, Fn. 58, § 81 Rn. 138. 32c条についても以下参照。Immenga, Fn. 52, § 32c Rn. 6f., 24, 39f.

125) Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 149ff.; Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 16. 以下も参照。BGHSt 12, 148 (158); BGH WuW/E BGH 2145 (2147); KG WuW/E OLG 1219 (1225).

126) BGHSt 4, 236 (243); BGHSt 21, 18 (20); Vollmer, Fn. 58, § 81 Rn. 91. 批判として、Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 62.

127) BGHSt 21, 18 (20ff.); BGHSt 27, 196 (201 f.); KG WuW/E OLG 4065

業生活において責任ある立場にある者は、事業に適用される関連規制を把握し、常に知識を更新しなければならないことが一般に認められており、その水準に関しては、当事者の個人的な訓練や経験<sup>128)</sup>のレベルや、各事業者の規模も考慮されなければならない<sup>129)</sup>。行為者は、自己の事業活動の文脈で適用される行動基準に精通し、疑義が生じた場合には、適切な法的助言を求めることが期待されているのである<sup>130)</sup>。こうした状況に対しては、判例の理解に従うと、不確実な法的状況における疑義は、行為者の不利益になってしまうとの指摘がなされている<sup>131)</sup>。

#### イ 不履行と錯誤の因果関係

調査・照会の不履行と錯誤との間に因果関係を要するか、つまり、忠実な調査によって、禁止行為が行われていることに気付くべきであったかどうかについて、判例は未だ決定的には明らかにしていない<sup>132)</sup>。BGHは当初、違反者がどのような情報を受け取ったかは無関係としていたが<sup>133)</sup>、近年

---

(4072f.); Göhler, Fn. 29, § 11 Rn. 24 ff.; Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 150; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 101. 以下も参照。BGH WuW/E BGH 858 (862); KG WuW/E OLG 1394 (1397); KG WuW/E OLG 1407 (1409); KG WuW/E OLG 1449 (1454f.); KG WuW/E OLG 1687 (1694f.); KG WuW/E OLG 1733 (1737); KG WuW/E OLG 1738 (1740); KG WuW/E OLG 1934 (1935f.); BKartA WuW/E BKartA 1389 (1390f.); BKartA WuW/E BKartA 1273 (1278f.); LKartB Bayern WuW/E LKartB 132 (133); LKartB Hamburg WuW/E LKartB 141 f.

128) OLG Frankfurt WuW/E OLG 4484 (4486); KG WuW/E OLG 4065 (4072).

129) KG WuW/E OLG 2321 (2324).

130) Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 5.

131) BGH WuW/E BGH 3121 (3127); Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 103; Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 67; Böse, Fn. 52, § 81 Rn. 5; Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 153; Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 106.

132) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 109. これに対し、すでに判例法の方針転換は完了したとみるのは、Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 99. 因果関係を必要とする近年のBGHと立場を同じくする見解として、例えば、Göhler, Fn. 29, § 11 Rn. 28; Rebmann/Roth/Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Band 1, § 11 para. 41; Fischer, Strafgesetzbuch, 71. Auflage 2024, § 17 Rn. 9b; Kühl, in: Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2023, § 17 Rn. 7.

133) BGHSt 21, 18 (21).

は、因果関係を要するとの立場に転換しており、この見解が優勢である<sup>134)</sup>。因果関係こそが、行為者による不正の潜在的認識を証明できる唯一の方法であることをその理由に挙げる<sup>135)</sup>。この見解によれば、客観的に無意味なことを怠ったというだけで処罰されることは回避できる<sup>136)</sup>。

#### ウ 典型例

調査・照会する者は、専門家の調査が関連する全ての事実に基づいて行われたことが保証されている場合にのみ、当該専門家の助言に依拠することができる。

完全な事実が提出されたにもかかわらず、管轄当局<sup>137)</sup>又は相談した競争法専門家<sup>138)</sup>によって法的状況が無条件に誤って評価された場合、結果として生じる禁止の錯誤は回避不可能なものである。管轄権を有しないか、事案の事実について部分的にしか知らされていない当局が誤った見解を示した場合、禁止の錯誤は回避可能である<sup>139)</sup>。

#### エ 司法判断の不透明性

BGHの判例法が未整備であるために、それぞれの法的状況が不確定であると認定される場合、BGHによれば、違反の危険を受け入れつつ、自らの行為の許容性を信頼する者については、回避可能な禁止の錯誤とされる。すなわち、疑わしい法的状況にもかかわらず、他人の権利を犠牲にしてまで自己の利益を追求する者は、一般的に、誤った法的評価を受ける危険を負っている。したがって、誤った評価を受けた場合には、疑わしくと

134) BGH NStZ 2016, 460ff.; OLG Celle NJW 1977, 1644; BayObLG NJW 1989, 1744 (1745). この見解に賛同するものとして、Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 151. 2; Meyer-Lindemann, Fn. 58, § 81 Rn. 134; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 100; Vollmer, Fn. 58, § 81 Rn. 91.

135) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 109.

136) OLG Düsseldorf NuR 1993, 179 (182); Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 100; Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 108.

137) KG WuW/E OLG 3387 (3391).

138) BGH WuW/E BGH 1891 (1894).

139) BGH WuW/E BGH 2145 (2147); OLG Frankfurt WuW/E OLG 4484 (4487).

も非難可能なのである。こうした場合に許容されるのは、事実的状况および法的状况を注意深く検討したうえで、保護に値する相手方の利益を考慮してもなお、法的状况を事前に明らかにすることが合理的に期待できなかった場合の法律の錯誤のみである<sup>140)</sup>。BGHによれば、進行中の法的紛争において、下級審裁判所が行爲者の法的見通しを確認した場合にも、上述の意味での非難可能な行爲が存在しうる<sup>141)</sup>。しかし、この判例法には、未解決の法的問題が抱える危険を関係者に過度に転嫁するものであり、厳しすぎるとの評価がある<sup>142)</sup>。

#### オ EU法の影響

81条2項、3項違反については、上述のとおりであるが、EU競争法違反を秩序違反として規定し、過料賦課の対象としている81条1項に関しては、若干事情が異なる。禁止の錯誤について、EU司法裁判所はさらに厳しい態度をとることを明らかにしているためである<sup>143)</sup>。少なくともGWB81条1項違反については、EU法適合的な解釈のために、当該EU判例(三三)参照)を実務上考慮しなければならないことになる<sup>144)</sup>。

#### (4) 判例：*Klinker*判決<sup>145)</sup>

以下では、先に確認したとおり、カルテル規制において決定的に重要な役割を果たす禁止の錯誤について、判例を紹介する。

BGH1966年1月27日判決で、GWB1条にいう「市場条件に影響」につき、専門家の意見に基づく禁止の錯誤(OWiG12条1項[当時])として免責されるか否かの基準を示し、これを否定した事例である。

#### ア 事案

関係当事者はいずれも、レンガ製造会社の個人事業主あるいは共同事業

140) BGH WuW/E BGH 3121 (3127); BGH WuW/E BGH 2341 (2346); Raum, Fn. 47, § 81 Rn. 67; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 87f.

141) BGH WuW/E BGH 3121 (3127).

142) Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 103.

143) Case C-681/11 Schenker & Co. and Others, ECLI:EU:C:2013:404.

144) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 108.

145) BGHSt. 21, 18.

主であり、ボー地区で粘土鉱床を採掘し、Klinkerレンガを焼成している。関係当事者らは、提携契約に従って行動していたところ、ニーダーザクセン州経済省およびBKartAから、脱カルテル法およびGWBに適合しない旨の通告を受けた。しかし、当事者らは、契約の市場への影響力の低さを理由にGWB1条には違反しないとの主張を行い、本件審理においても維持している。BKartAは、1963年2月21日付の全関係当事者宛の詳細な書簡にて、上記見解への最終的な反論を行った。同書簡内で同庁は、BGH1962年6月7日判決<sup>146)</sup>（以下、「SPAR判決」）の意味における市場参加者の行動への顕著な影響は肯定されるとの見解を示した。書簡において、関係当事者らには責任追及に関して陳述の機会が与えられたところ、関係当事者らの弁護士Wは、専門家の弁護士Dから意見書を入手した。Dは、すでに1957年に、関係当事者らのために、彼らの行為が脱カルテル法に違反しない旨の鑑定書を下級審に提出しており、同鑑定書において、BGHはSPAR判決でGWB1条を拡張解釈しすぎであると主張していた。

BKartAが関係当事者らに過料通知を行ったところ、取消訴訟が提起された。原審（ベルリン上級ラント裁判所）はこれを認めなかったため<sup>147)</sup>、関係当事者らが上告したのが本件である<sup>148)</sup>。

## イ 結 論

関係当事者らは、手続法違反と実体法違反を主張したが、認められなかった。棄却判決。

## ウ 判旨概要

以下では、上告人が実体法違反として主張した禁止の錯誤の論点に絞って紹介する<sup>149)</sup>。BGHカルテル部は、以下のように判断した。

146) BGHZ 37, 194.

147) KG Berlin 16. 10. 1964.

148) 原審は当初、22の関係当事者に対して審理を行った。原審は、上告人に対しては過料を科す一方で、BKartAによる14の関係当事者への過料賦課は破棄し、残る4の関係事業者への訴訟手続は打ち切り、または分離させた。

149) 上告人の主張した実体法違反の論点には、故意および錯誤に関するものが含まれており、段落番号40から54において述べられている（故意は40-41、錯誤は42-54）。以下、脚注150-159で示す判例は、いずれもKlinker判決自体が

### 【故意】

上告人の故意には、GWB38条1項1号〔当時〕<sup>150)</sup>の犯罪要素だけでなく、同法1条のすべての犯罪要素が含まれていなければならない。というのも、BGHがその確立した判例法<sup>151)</sup>において提唱した責任理論によれば、包括的な一般基準は、あたかも刑事規定そのものに含まれているかのように扱われるからである。原審の所見によれば、関係者はこれらの規定の構成要素を認識していた。

争われた判決の所見によれば、当事者は、自分たちの合意が他の市場参加者（ドイツ北西部のKlinkerレンガの顧客）の行動に影響を及ぼす可能性があることを本質的に認識していたことが十分明確に示されており、事実の錯誤でなく禁止の錯誤であるとの原審の判断は正当である。上告人らの意図は、カルテル協定が市場に影響を及ぼすのに不適当であるという誤信によって排除されるものではない。単に、この影響は法1条の意味における市場への影響ではないと誤信していたに過ぎない。言い換えれば、彼らは、正しく解釈すれば法律とは異なる市場影響の概念を想定していたのである。このような錯誤は事実の錯誤ではなく、禁止の錯誤である。

### 【禁止の錯誤】

〔刑法の錯誤に関する判例理論の参照〕

OWiG12条1項に従い、自らの責めによらず、法律規定の存在または適用可能性を誤認し、犯罪が許されると信じた者は過料を免除される。その錯誤が非難可能かどうかという問題に答えるには、刑法上の禁止の錯誤に関する判例法における原則を適用せねばならない。

すなわち、事案の状況、性格、生活範囲、職業に応じて、行為者に期待される良心の緊張にもかかわらず、行為者が自らの行為の違法性を洞察することができなかった場合<sup>152)</sup>、錯誤は克服できない。このことは、犯人がその精神的認識力をすべて行使し、反省し、必要であれば助言を求めるこ

---

引用しているものである。

150) 前掲注63) 参照。

151) BGHSt 2, 194.

152) BGHSt 2, 194 (201, 209).

とによって生じた疑念を解消したことを前提とする<sup>153)</sup> <sup>154)</sup> <sup>155)</sup>。この点で、交通において要求され、過失違反の場合に行為者に期待される注意の遵守よりも高い要求が違反者に課される<sup>156)</sup>。厳格な基準は、ほとんどの場合、自ら検査を行う義務に加えて存在する調査義務<sup>157)</sup> <sup>158)</sup> <sup>159)</sup>にも適用されねばならない。行為者は、法律専門家から意見を聞くだけで、自らの行為の善悪について自己に課された個人的判断を回避し得ないことにも留意すべきである。

#### [(一応の) 結論]

これらの原則を今回の事案に当てはめれば、原告の禁止の錯誤は非難可能であるという原審の法の見解に重大な法的疑義がないことがわかる。

#### [原審の要求する調査義務]

原審は、当事者には自らの行為が認可されているかを注意深く調査する義務があると正しく判示した。これは、BKartAがGWB1条の適用可能性に関する意見をBGH判決に依拠して述べた後〔引用者注：BKartAによる関係当事者らへの最終的な意見通告（SPAR判決に依拠）〕になって、その傾向が顕著となった。

#### [調査義務違反]

原審によれば、上告人はそのような調査を完全に怠り、1963年2月21日付のBKartAの書簡と1963年7月9日付の弁護士Dの意見書が弁護人同席のもとで討議された会合にさえ出席しなかった。行為者が義務に反して行うべき調査を行わなかった場合、いかなる情報を得たかにかかわらず、禁止違反の非難可能性は行為者にある。重要なのは行為時の認識であるため、適切な時期に得た情報のみが行為者への非難を排除できる。したがって、この場合、行為者が誤った情報を受け取ったかどうかは関係ない。

153) BGHSt 4, 1 (5).

154) BGHSt 4, 237 (243).

155) BGHSt 9, 164 (172).

156) BGHSt 4, 236 (242 f.).

157) BGHSt 2, 194 (201).

158) BGHSt 4, 1 (5).

159) BGHSt 5, 284 (289).

原審は、他の上告人らに対し、弁護人から依頼を受けたD弁護士が従前の意見に固執しているという情報を弁護人から得るだけでは満足せず、少なくとも1963年7月9日のD弁護士の意見書を自ら確認すべきだったと非難している。

他方、上告人らは、当時においても異なる見解には達し得なかったであろうから、自ら意見書を確認することが合理的に期待できなかったのだと主張する。というのも、彼らには、本件が当該書簡で言及されたSPAR判決に対応するものと認識することは不可能だったためである。

しかし、これは認められない。原審によれば、当事者らはビジネスパーソンとして、事件の事実を評価する上で何が重要であるかを理解することができた。原審が考えるように、彼らがD弁護士からの意見書を自ら読まねばならなかったかどうかは、未解決のままであろう。いずれにせよ、彼らは弁護人に、BKartAが言及したSPAR判決およびそのカルテルへの適用可能性についてD弁護士が述べた意見を報告させ、説明させなければならなかった。これが行われたかどうかは、争われた決定からは十分に明確には推し量れない。上告人らの主張によれば、意見はすべて当事者らに伝えられたという。しかし、上告人らがこの問題に関するD弁護士の意見の正確な内容を知っていたならば、カルテルが市場に影響を及ぼすとはいえないというDの見解が、BGHカルテル部のSPAR判決と矛盾するGWB1条の解釈に基づいていることも知っていた。最終審のBGHカルテル部が異なる見解を示すと知っていれば、当事者は弁護人に頼ることはできなかったはずである。

他方、弁護人がD弁護士による意見書の結果（Dは提携契約が市場に影響を及ぼすとはいえないという見解を維持した）を伝えただけであったとすれば、当事者の責任は、弁護人に、BKartAの書簡で言及されたSPAR判決についてD弁護士がどう考えているのか、またそのカルテルへの適用可能性について正確に伝えさせなかったことにある。

#### [結論の確認]

いずれにせよ、原審は、少なくとも、D弁護士の意見書の直後に行われた弁護人との面会から、禁止の錯誤は回避可能であったことに同意せねば

ならない。

### (5) 過料の量定

回避可能な禁止の錯誤が、故意犯として処罰されるのは確認してきたとおりであるが、その過料は減軽される可能性がある<sup>160)</sup>。OWiG11条2項は、刑法17条のように制裁の任意的減軽を規定していないが、一般的見解は、それでも常に任意的減軽が認められるべきとしている<sup>161)</sup>。行為者は、認識して法律に反する決定を下したわけではないため、その非難可能性は減少しているというのがその理由である<sup>162)</sup>。

## (三) 過失

### 1 カルテルと過失

GWB81条1項および2項は、故意又は過失による秩序違反を処罰対象としている。禁止規定の特別な主観的要件<sup>163)</sup>を反映して処罰対象を故意による秩序違反に限定する3項とは対照的である<sup>164)</sup>。

GWB第6次改正<sup>165)</sup>以降、過失行為も81条2項1号で処罰対象とされているものの、いくつかの構成要件要素については、必然的に故意が要求されることになる。例えば、阻害や制限、歪曲といった「目的」には、意図という意味での故意が要求される<sup>166)</sup>。GWB1条をみると、「競争の阻害、

160) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 110; Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 154; Rengier, Fn. 52, § 11 Rn. 125; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 104.

161) Roxin, Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, 1987, S. 81 ff.; Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 110; Klusmann, Fn. 42, § 55 Rn. 104.

162) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 110; Roxin, Ungelöste Probleme beim Verbotsirrtum, Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium, 1987, S. 81 ff.

163) 特別な主観的要件とは、ボイコット等を禁止する21条1項の「特定の事業者を不当に妨害する意図」、同2項の「本法における禁止行為をさせるために」などである。

164) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 111.

165) BGBl. I 1998 S. 2521.

166) 同様の見解として、Meyer-Lindemann, Fn. 58, § 81 Rn. 127. 異なる見解として、未必の故意で足りるとするものに、Vollmer, Fn. 58, § 81 Rn. 12; Böse,

制限、若しくは歪曲を目的とする場合、又は、もたらす場合」とあり、当該構成要件要素については故意が必然的に要求される。したがって、GWB1条との関係での81条2項1号に基づくこれら構成要件要素の過失による実現は、考慮されない。なお、上記の構成要件要素について故意、その他の構成要件要素については注意義務違反としての過失が存在するような場合には、全体としてGWB1条との関係での81条2項1号違反の過失による実現が可能となる<sup>167)</sup>。このように、GWB1条の構造上、過失の適用場面は限定的である<sup>168)</sup>。

## 2 認定基準

過失が存在するのは、行為者がその状況および個人的な知識・能力に応じて遵守する義務があり、かつ遵守できる注意義務を無視した場合であり、違反が行われる可能性を認識していないが、それを認識することができる場合（認識なき過失）、または違反が行われる可能性はあるが、それが行われないと信じている場合（認識ある過失）の両方である<sup>169)</sup>。カルテル法違反は職務上の過失の問題であり、その注意義務には高い要件が課されるが、過失が実際の秩序違反実行時点で認定できない場合、客観的注意義務違反はそれより前の時点に関連付けられうる。例えば、引受け過失においては、必要な能力を持たないという活動を行った事実が義務違反となる可能性がある<sup>170)</sup>。より簡潔に、事実の錯誤（OWiG11条1項）と関連づけて、「法律

---

Fn. 52, § 81 Rn. 15.

167) Biermann, Fn. 52, § 81 Rn. 83.

168) Achenbach, Fn. 54, Rn. 22.

169) Rengier, Fn. 52, § 10 Rn. 15 ff. Rengierは、過料額量定にあたって、認識なき過失、認識ある過失、そして未必の故意を区別することが重要であると指摘する（さらに、§ 17 Rn. 60, § 10 Rn. 12を参照）。特に（法人）事業者における過失については、Dannecker, *Fahrlässigkeit in formalen Organisationen*, in: Amelung (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, S. 209, 212 ff.

170) BGHSt 10, 133.

上の構成要件に属する事実を認識して」おらず（同項1文）、秩序違反の実現を防ぐために必要な注意を怠って秩序違反が実現した者は、過失による秩序違反を犯したこととなるとも説明される<sup>171)</sup>。

客観的注意義務に加え、予見可能性も考慮しなければならない。判例は、予見可能性につき、因果経過がすべての人生経験をはるかに超えており、誰もそれを予見する必要がなかった場合を除き、認められるとしている<sup>172)</sup>。また、結果犯の場合には、義務違反と結果発生との間の単純な因果関係だけでは不十分であり、義務違反がもたらす危険は結果発生に反映されなければならない、注意義務の目的は、発生した結果と同じ種類の危険を防止することでなければならないとされる<sup>173)</sup>。

### 3 具体的な適用場面

GWB81条1項、2項の秩序違反においても、(-)3(3)ですでに述べたとおり、過失は、特にOWiG130条に基づく監督義務違反の場合に役割を果たす。その理由のひとつは、130条の監督義務違反が不作为犯的であるという法的構造にあるのであった。しかし、さらにもうひとつの理由を挙げるとすれば、それは法適用者の立証ハードルが低いことである。

その先には、法適用者が、規範の客観的違反のみを扱い、秩序違反の主観的側面を無視するという危険が予想され、危惧されているところである<sup>174)</sup>。

しかし、OWiG17条2項によれば、過失行為と故意行為とでは、過料最高上限額に2倍の差が生じるはずである。法適用者（競争当局など）にとってみれば、法の実効性確保のために、安易に過料額を半減させることなどできないと考えるのが通常と思われる。

それでも、法適用者らが安易に過失行為としての立証に流れがちであるのには、OWiG130条の構造に要因があると思われる。すなわち、同条3項にいう「義務違反について過料が定められている場合には、監督義務違

171) Rengier, Fn. 52, § 10 Rn. 16.

172) BGHSt 12, 75 (77f.).

173) BGHSt 33, 61 (63f.).

174) Rengier, Fn. 52, § 10 Rn. 2; Weber, ZStW 96 (1984), 376 (389).

反に対する過料の最高限度額は、当該義務違反について定められている過料の最高限度額に従う。」という文言である。GWB81条2項1号に例をとり、その意味するところを説明すれば、「義務違反（GWB81条2項1号）について過料が（GWB上に）定められている場合には、（法人事業者の）監督義務違反に対する過料の最高限度額は、当該義務違反（GWB81条2項1号）について定められている過料の最高限度額に従う」。そのため、OWiG130条違反という秩序違反が故意行為と過失行為のいずれによるものであるかは、過料最高上限額の多寡に一切影響し得ないのである。

したがって、法適用者は、自然人の秩序違反行為の主観的要素の立証に注力すればよく、法人への非難に必要なOWiG130条違反の主観面の立証は、ほとんど客観的義務違反の立証をするのみで済んでしまう可能性があるのである。

法人の制裁金責任を構想するにあたっては、こうした主観面の立証を形骸化させない工夫の要否とその内容が重要になってくると思われる。

### 三 EU法

#### (一) 前提

EU法には、法的性質と作用の異なる数種の法規が存在する。EUの根源的なルールを規定するEU条約（TEU）やTFEUは、一次法と呼ばれ、法規範の序列最高位にあるため、いかなる加盟国の国内法規も、EUが制定する各種法規（二次法）もこれに反してはならない。二次法は、その作用によってさらに分類される。そのうち、特に重要な規則（TFEU288-2条）と指令（288-3条）については、前者は、施行されれば、ただちに直接適用が可能である一方、後者は、施行されても、各加盟国が指令の規定内容に相当する国内法を用意できない限り、原則として、当該加盟国に対しては有効とはならないという特徴がある<sup>175)</sup>。

---

175) 速見・前掲注9) 305頁。

EU競争法は、TFEU101条以下と諸規則からなるところ、そのうち、同101条1項が、いわゆるカルテル規制として、競争制限的協定の原則禁止<sup>176)</sup>を定める。

EU競争法の適用・執行は、加盟国競争当局にも可能であるが<sup>177)</sup>、国際事件を含む重大事件についてはEUコミッション、その他の事案については加盟国競争当局で管轄が棲み分けられている<sup>178)</sup>。

## (二) 故意・過失

GWB81条1項1号は、故意または過失によるTFEU101条1項違反を秩序違反とし、これに過料を科すこととして、EU競争法の実体規定をGWBに取り込んでいる。TFEU101条1項そのものには、主観的要素に関する文言が見られないが、EU競争法上の制裁や手続等を定めた実施規則<sup>179)</sup>の23条2項(a)が、故意または過失を制裁金賦課の要件として定めている。

また、ECN+指令<sup>180)</sup>は、加盟国競争当局間の国際協力を促進し、各加盟国によるEU競争法執行の調和を実現することで、EU競争法の実効性を高めようとするものであるが、その前文42項2文は、「故意および過失の概念は、刑事事案に関する刑事訴追当局の手続における故意および過失の概念ではなく、TFEU101条および102条の適用に関するEU司法裁判所の判例に沿って解釈されるべきである。」とする。

したがって、EUの判例法は、ドイツにおいて、TFEU101条1項と合わせてGWB81条1項違反を評価する際に、実務上遵守されなければならないと考えられる<sup>181)</sup>。

176) GWB1条に相当する規定である。

177) 実施規則 (Regulation 1/2003 [2003] OJ L 1/1) 5条。

178) 両者が競合する場合につき、速見・前掲注9) 332頁注22。

179) Regulation 1/2003 [2003] OJ L 1/1。

180) Directive 2009/1 [2009] OJ L 11/3。

181) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 114; Meyer-Lindemann, Fn. 58, § 81 Rn. 139a. 否定的な見解に、Achenbach wistra 2019, 257 (261)。

### (三) 禁止の錯誤

競争法をはじめとするEU法体系に、錯誤を定めた規定は存在しない。もっとも、禁止の錯誤に関する競争法判例はすでに存在している。

すでに確認したドイツ判例法とは対照的に、*Schenker*事件に関するTFEU267条2項に基づく先決付託<sup>182)</sup>を受けたEU司法裁判所の2013年7月18日判決からは、EU競争法の適用範囲内では、弁護士による法的助言も国内競争当局による決定も、制裁金賦課を排除する禁止の錯誤を正当化できないはずであることが推測できる<sup>183)</sup>。同判決は、禁止の錯誤について極めて厳しい態度を示すものの、その理論的根拠等を詳細にわたり明らかにしたとまではいえない。

しかし、同判決に先立つ2月28日に発表された法務官(Advocate General) Kokottによる意見書は、民間の法律顧問や公的機関の見解に基づく禁止の錯誤について、詳細に検討していた。競争法の刑法類似の性格に触れ、「責任なければ刑罰なし」を含む刑法由来の一定の原則に留意する必要を認めたうえで<sup>184)</sup>、いわゆる回避し得ない禁止の錯誤については、制裁金減免の可能性があると認める<sup>185)</sup>。さらに、特に加盟国の競争当局や裁判所が下した決定は、EU競争法が適用される法的状況に重要な示唆

---

182) 一般的説明として、庄司克宏『新EU法 基礎篇』(岩波書店、2013) 141頁以下。EU競争法との関係における同手続の概要につき、速見・前掲注9) 320頁。

183) Case C-681/11 *Schenker & Co. and Others*, ECLI:EU:C:2013:404, para. 41 et seq. もっとも、本件は、明確な競争法違反行為を根拠とした制裁に関するものであったため、不明確な法的状況において問題となりやすい禁止の錯誤について一般化できるかについては、なお検討の余地があると思われる。この点について、Biermann, in: Immenga/Mestmäcker, 6. Auflage 2020, VO 1/2003 Vor § 23 Rn. 209; Heinichen, Fn. 113, § 81 Rn. 152. 1 ff.

184) Opinion of Advocate General Kokott delivered on 28 February 2013 in Case C-681/11, *Schenker & Co. and Others*, ECLI:EU:C:2013:126 (以下、「AG Kokott Opinion」として引用), para. 40, 44.

185) AG Kokott Opinion, para. 45 et seq.

を与える可能性がある」と指摘し<sup>186)</sup>、民間の法律顧問による助言に比して、より正当な期待を事業者に生じさせるものである<sup>187)</sup>とする。EU競争法の効果的な執行を損なわぬよう、一定の最低要件が必要としているものの<sup>188)</sup>、こうしたKokottの見解は、ドイツの判例法における禁止の錯誤の理解にきわめて親和的であると評価できるだろう。

Kokottの意見書の内容をさらに検討するには、EU競争法における非難可能性の理解を検討するという先行作業が必要となろう。回避し得ない禁止の錯誤の場合に制裁金減免の余地を認めるに先立って、まず「責任なければ刑罰なし」の原則を挙げている<sup>189)</sup>ことから、その必要性は明らかである。しかしながら、EU競争法の責任（非難可能性）概念については、形式的な組織的過失に基づいているようではあるものの、精確な所見が示されることはほとんどない<sup>190)</sup>。自然人の故意・過失によってのみ違反行為が可能となるにもかかわらず、法人たる事業者のみが制裁金の責任を負う理論的根拠が不明である。この点について、EU競争法の代表的な教科書も、「EU競争法は、代位責任を受容しているわけではないが、事業者は、その役員や従業員らの行為について有責であり、違反行為防止のために、コンプライアンス・プログラムを実施し、遵守させねばならない。<sup>191)</sup>」と述べるのみである。

Kokottの見解とEU司法裁判所の見解の相違については、その理論的背景も含め、考察する価値が非常に高いと思われる。しかしながら、議論の土台となるはずの責任ないし非難可能性の概念について、ヨーロッパにおいても未だ豊富な先行研究の蓄積があるとまではいえない以上、紙幅の都合で本稿では立ち入ることができない。この点については、我が国の課徴

---

186) AG Kokott Opinion, para. 84.

187) AG Kokott Opinion, para. 85.

188) AG Kokott Opinion, para. 86.

189) AG Kokott Opinion, para. 40, 44.

190) Biermann, Fn. 52, vor § 81 Rn. 114; Biermann, Fn. 183, Vor Art. 23 Rn. 184 ff.

191) JONES & SUFRIN, EU COMPETITION LAW 969 (8th ed. 2023).

金制度の今後の立法論にも直結しうる重要な論点であるから、今後の課題としたい。

## 四 おわりに

本稿は、ドイツ競争制限禁止法上の主観的要素について、BGHの判決や一般的な見解を中心に概観して全体像を把握したうえで、EU競争法判例との若干の比較検討を行い、我が国の制裁金制度の立法論において検討すべきいくつかの論点を析出した。

まず、禁止の錯誤については、法的状況が不明確場合に発生しやすいことを考慮すれば、回避可能性に関係ない調査・照会義務を排除することを可能とする、BGHの近時の見解は妥当であるといえよう。もっとも、仮に、行為者が禁止の錯誤によって、非難可能性を排除することに成功したとしても、訴訟中に法的に不安定な状況に置かれる点では、従来の見解の下で非難可能性を排除できずに過料責任を負った場合と何ら変わらない。長期間、そのような状況に置かれた事業者は、事実上の経済的不利益を被ることがありうる。錯誤論での妥当な結論を導くことと同時に、制度論、特にエンフォースメント論としても、こうした不安定性の除去に資する提案が求められる。例えば、ドイツの不問決定は、そうした要請に応えうる制度といえる。そのように考えると、公的機関の見解への正当とも思われる信頼すら、回避可能性の判断において顧慮しなかった *Schenker* 判決は、法的に不安定な状況に置かれた行為者から、かかる状況からの脱出手段を奪い尽くす判断とも評価でき、非常に疑問の残る内容である。もっとも、先にも確認したとおり、EU競争法における非難可能性概念の不明確さゆえ、不当とまで言い切ることは留保すべきであろう。

日本で主観的要件の導入を検討するにあたっては、こうしたドイツとEUにおける状況を踏まえることが必要となる。不安定な法的状況への対応には、解釈論と制度論の両方で対処すべきであり、かつ両者は整合的に理解できるよう留意せねばならない。また、法人を名宛人とする制裁金制度の構想にあたり、最も発達した非刑事的制裁金制度であるEU競争法上

の制裁金（Fine）に関し、非難可能性（責任）概念の検討が必要である。  
いずれも今後の課題としたい。

〔付記〕 本稿は、2024年度潮田記念基金による慶應義塾大学大学院博士課程  
学生研究支援プログラムの助成を受けて執筆されたものである。

**速見 彩人**（はやみ あやと）

|       |                                                   |
|-------|---------------------------------------------------|
| 所属・現職 | 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程                              |
| 最終学歴  | 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程                              |
| 所属学会  | 日本刑法学会                                            |
| 専攻領域  | 刑事法                                               |
| 主要著作  | 「EU・ドイツの競争法と金融取引法における制裁」<br>『法学政治学論究』第141号（2024年） |