

6. ; Cornils, LB Schweden, V. 5. も参照されたい。

(137) 詳細は, Benseler, LB USA, A. V. 5. i. V. m. A. III. 1. b.

(138) Benseler, LB USA, A. V. 5. i. V. m. A. III. 1. b.

(139) Benseler, LB USA, A. V. 5. i. V. m. A. III. 1. b. mit weiteren Nachweisen による。

(140) Benseler, LB USA, A. V. 5. i. V. m. A. III. 1. b. mit weiteren Nachweisen を参照されたい。

(141) これについては, 例えば S. White, The fight against international corruption : Towards a European strategy?, in : Agon 13 (1996), 3, 4 を参照のこと。

近年めざましい発展を遂げた非政府組織については、是非一言述べておきたい。「トランスパレンシー・インターナショナル」(Transparency International) (TI) という組織は、比較的短期間で「支部 (Chaptern)」という国際組織網を結び、汚職腐敗の防止・削減を目的として、これに尽力している。ここでは主に、非刑法的な措置が推進されている。

このような動向は、汚職腐敗防止の国際共助の基本的な視点に至る。汚職腐敗防止の多くの方策にとって、重要な意義を有するのは刑法の問題だけではなく、まさにその逆である。しかしながら、刑法が重要な役割を担うのである。国内の法体系に、なお処罰の間隙のあることが推測されるが、それ以上に国際的な諸問題に適応していく必要がある。中でも、外国の公務担当者の贈収賄の不可罰性への対応については、議事日程に組み込まれている。

国際的な市民運動の意義は、近い将来、さらに増大していくであろう。国内の計画も、どの問題にしても、ますます国際的な意見の影響を受けることになるだろう。それゆえ、国境を越え日本の聴講者の前で、私の見解を述べる機会を与えられたことに対し、感謝の念を表したい。

(133) これにつき、König, JR 1997, 397は、連邦議会の二度にわたる採択との関連で紹介している。

(134) van de Reyt, LB Niederlande, V. 6.

(135) とはいえ、このような考え方は疑問視されることがある。参照・van de Reyt, LB Niederlande, V. 6.; Cornils, LB Schweden, V. 5. イギリスの汚職腐敗防止法については、Huber/Beck, LB England und Wales, V. 6. を参照されたい。

(136) このことは、ドイツと同様にイギリスでも、少なくとも公共団体汚職腐敗慣行に関する法律について、法律の文言から見てとることができる。Huber/Beck, LB England und Wales, V. 6. この他にも、参照・Barth, LB Frankreich, V. 6.; Papacharalambous, LB Griechenland, V. 6.; Hein, LB Italien, V. 6. a.; Überhofen, LB Österreich, V. 6.; Lammich, LB Rußland, V. 6.; Tellenbach, LB Türkei, V. 6. さらに、van de Reyt, LB Niederlande, V.

する法律（Foreign Corrupt Practices Act）（FCPA）の諸規定であり、そこでは外国公務担当者の賄賂罪が処罰されると定められている⁽¹³⁷⁾。これらは、国際的企業の活動に適用するための諸規定である⁽¹³⁸⁾。しかし、その際、同法の意義は実務上それほど大きくない、という点を無視しえないであろう。例えば、1977年～1988年の適用例は23件にすぎない⁽¹³⁹⁾。科された刑は極めて軽く、一部では、将来同法の規定に違反しない旨の命令だけで済まされた例もある⁽¹⁴⁰⁾。

2. 汚職腐敗防止の国際共助

汚職腐敗は国内だけの問題ではない。このような認識から、近年、多くの国際組織および国際連合が、この現象に取り組むようになってきている。ここでは、これらの計画の細部まで扱うことはできないが、その幾つかにつき簡潔に触れねばならない。この問題を徹底的に論じると、本稿の枠を超えてしまうであろう。

経済協力開発機構は、これに関する準備段階の条約については前述したが、汚職腐敗防止の努力を以前から継続的に促進し、汚職腐敗防止とその国家間組織について、当初の計画よりも大きな成果をあげている。そこでは、刑法の観点もそれなりの役割を果たすが、むしろずっと広い措置が追求されている。ヨーロッパの地域では、現在汚職腐敗防止に従事する組織として、例えばヨーロッパ連合や欧州議会などが挙げられる。そこでも刑法は、数多くの措置のうち、その一つとしての意味しか有していない。両組織とも、近年その検討を猛烈に推進し、最初の成果をあげた。ヨーロッパ共同体は、汚職腐敗防止の観点をも含む条約を締結した⁽¹⁴¹⁾。同じく、国際連合も、以前からの、特に70年代からの、汚職腐敗防止の努力を受け継ぐとともに、おそらくその活動をさらに強化している。ドイツにとってはあまり重要でないとはいえ、米州機構（OAS）の進める措置は、興味深い内容である。

幅を示している。規定の類似性という点からみると、これには少々驚かされるかもしれない。個別の問題について、国の違いに応じて若干の相違がみられるほか、犯罪の重要性評価に著しい差異のあることも明らかとなる。このことからして、賄賂犯罪の全体的体系を考慮することなく、関連規定の中から特定の規定を取り出すことは問題ですらありうる。

X. 国域を超える汚職腐敗の刑事訴追

汚職は純粋な国内の問題ではなく、その国域を越えた拡大がますます加速している。それゆえ、最後に、しばしば誤って混同される二つの問題について、簡潔にはあるが取り扱うものとする。それは、①国内の刑法はどの範囲まで外国の贈収賄犯罪に対しても適用されうるかという問題、②国際司法共助という問題である。

1. 外国の賄賂罪に対する国内の刑法の適用

ドイツの賄賂罪に関する諸規定が適用されるのは、通例、ドイツ連邦共和国の公務担当者に限られる。汚職腐敗防止法による改正では、外国公務担当者の賄賂罪の処罰、ならびに EU 委員会の構成員への公務担当者概念の拡大に関して、変更が加えられなかったことは遺憾に思われるかもしれない。もっとも、経済協力開発機構 (OECD) のレベルでは、これに関する条約が準備段階であることに鑑みるならば⁽¹³³⁾、まもなくヨーロッパでは問題解決が期待されている。例えばオランダでは、このような議論が取り上げられてきたようである⁽¹³⁴⁾。公務担当者の賄賂罪に関しては、すべての研究対象国に、基本的に同じことがいえる。通常⁽¹³⁵⁾、その規定に該当するのは、国内の公務担当者のみに限られている⁽¹³⁶⁾。

これに対して、合衆国の状況は明らかに異なっている。確かに同国でも、外国ないし超国家的機関の公務担当者に公務担当者の賄賂罪は拡張されていないが、各州ないし連邦以外の公務担当者の賄賂罪について、特別規定が定められている。重要なのは、1977年の外国汚職腐敗慣行に関

(825).

- (125) Überhofen, *Kriminalistik* 1997, 714. しかしこの見解は、刑法の文言からして疑問である。
- (126) König, *JR* 1997, 399.
- (127) Schauensteiner, *Kriminalistik* 1997, 700.
- (128) Dölling, *Gutachten C zum 61. DJT, C 64*. 同様に, H.-J. Rudolphi, in: H.-J. Rudolphi/E. Samson, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 331 StGB (Stand: November 1997)*, Rn. 29f.
- (129) E. Dreher/H. Tröndle *StGB, 48. Auflage 1997, § 331 Rn. 11a* で紹介されている。また, P. Cramer, in: A. Schönke/H. Schröder, *StGB-Kommentar, 25. Aufl. 1997, § 331 Rn. 20* も参照されたい。
- (130) König, *JR* 1997, 400.
- (131) König, *JR* 1997, 401は、これに批判的である。
- (132) これについて, Schauensteiner, *Kriminalistik* 1997, 702.

Ⅹ. 他国の改正の努力

要約すると、諸外国の刑法体系ですでに認められるほぼ類似の諸規制（例えば、第三者供与について明定するイギリス、オーストリア、ポーランド、ポルトガル、イタリアの規定が参照される）が、汚職腐敗防止法によって全てドイツ刑法典に取り入れられたと確認できる。これにより、ドイツ以外の国々も、自国の改正にはずみがついたと感ずるであろう。

実際に、多くの国々では、改正の必要性だけでなく、改正の意思も表明されている。もっとも、これまでこのような努力は、大規模なものとはならないのが通例であった。刑法の諸規定はその形態が多様であるにもかかわらず、例外なく一定の基本的モデルが存在する。同様に、法の現実の相違も、全般には法的基礎の違いから生じている。厳格な構成要件が存在するか否かという問題は、その効果とその適用とは別の問題なのである。

多様な国々の諸規定、ならびにこれに関連する事実は、非常に大きな

賄賂罪自体、たとえ信任関係の範囲で当該事業主が第三者に特別な義務を負うので⁽¹³²⁾、雇用に相当する関係があったとしても、それが考慮されることはない。

g) 刑の引き上げ

賄賂罪の領域では、汚職腐敗防止法により全般に法定刑の緩やかな引き上げが行われたが、このことは、問題意識を高揚させ、当該法益の格上を人々に適切に考慮させるものである。一例として、ドイツ刑法331条1項の法定刑の変更を挙げておく。2年以下の自由刑または罰金刑であった以前の刑罰は、今では3年以下の自由刑または罰金刑に変更されている。国際的比較の観点からすると、ドイツは中間の位置にあると前述したが、このことにほとんど変わりはないといえよう。

(116) BGBl. 1997 I S.2098.

(117) BR-Drs. 298/95 [Beschluß] = BT-Drs. 13/3353.

(118) NJW 1996, 2989/2990 および S.2996/2997に掲載されている。さらに、A. Eser, Diskussionsbeiträge zur Neuregelung der Korruption, in : Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1996, Band II /2, S. L 72-76 und L114-116 も参照されたい。

(119) D. Dölling, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag „Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?“. Karlsruhe 1996.

(120) BT-Drs. 13/5584.

(121) BGHSt, 38, 199 (203).

(122) W. J. Schaubenstein, Das Korruptionsbekämpfungsgesetz, in : Kriminalistik 1997, S.699 ; P. König, Neues Strafrecht gegen die Korruption, in : Juristische Rundschau (JR) 1997, S.398. また, BGHSt, 38, 199 (203/204) は, それでもこのような方向に慎重である (「例外」であるとする)。

(123) E. Jähnke 特に Verhandlungen des 61. DJT, Bd. II, L 87ff.

(124) 詳細は, Dölling, Gutachten C zum 61. DJT, C 62 ff. ; Überhofen, Strafrechtliche Korruptionbekämpfung, in : Kriminalistik 1997, S. 714 ; M. Möhrenschrager, Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene, in : Juristenzeitung (JZ) 1996, 822

e) 資産刑と拡大没収追徴

資産刑，拡大没収追徴に関する刑法338条の諸規定は，（職業的に，もしくは徒党として行われた贈収賄や買収の場合に）行為者の財源剥奪をめざすという現代刑事政策論における非常に重要な目的を追求している（「犯罪で儲けることを許さない！」という警句）。もっとも，資産刑が科されるのは，利益供与者に限られている。なぜならば，刑法43条aは，犯罪組織の設立阻止という特別予防目的を追求するものであるが，利益收受者にとっては，利益供与者と同じ目的が達成されることはありえないからである⁽¹³¹⁾。

f) 競争違反の罪

入札競争制限協定，および業務取引における汚職腐敗から競争を保護するため，「競争違反の罪」と題する第26章が，新たにドイツ刑法典に導入された。もっとも，これに関しては，全く新しい規定ではないことに注意しなければならない。正確には，競争入札詐欺（ドイツ刑法298条——以前は，主に「入札詐欺（Submissionsbetrug）」といわれていた。）は競争制限防止法（GWB）（同法1条1項，25条，38条1項1号・8号）から，従業員贈収賄は不正競争防止法（UWG）（同法12条——現在では削除）から，それぞれ刑法典に格上げして，これらの犯罪の意義につき問題意識の高揚に貢献しようとしたのである。さらに，わずかな相違点もみられる。競争制限防止法12条は，同法22条により純然たる親告罪とされていたが，刑法299条では，301条1項により刑事訴追の特別な公益があれば足りる。

しかし全体として，新299条が私的経済の領域に賄賂罪一般の贈収賄の構成要件を創設したものであるとは到底いえない。ともあれ，刑法299条1項，2項によって第三者の便宜供与も捕捉されているが，これは，将来における便宜供与のみに適用されるにすぎない。また，「ご機嫌とり」のための支払は，今後も捕捉されえない。この他に，事業主の

は当該行為の処罰は通常ありえない、とする。これに対して、これらと異なる立場では、そのような困難はみられない⁽¹²⁷⁾。立法者が新たな規制につき草案に選んだデーリング提案⁽¹²⁸⁾によれば、供与がなされるときに当該供与に対して公務員が何らかの公務上の活動を行ったこと、もしくは将来行うであろうことが認識されていなければならない、とされる。結局、この新规定は今後さらなる明確化の必要がある。

c) 第三者供与の刑法331条以下への編入

汚職腐敗防止法の施行以来、今やドイツは、第三者に対する供与を賄賂構成要件において明示的に定めて捕捉する国家に数えられることにもなった(上記Ⅱ. 2. 2 参照)。従来判例は⁽¹²⁹⁾、法律の文言を超えて、公務担当者の利欲的な行為を要件としていたが、公務員が受益者たることを隠蔽する脱法手段がとられると、この立証は困難であった。例えば、公務担当者が自己の間接的な利益さえも完全に否定されうるように、公益施設への給付を要求した場合には問題が生じうる。しかし、これ以外の点でも、この新规定は歓迎すべきである。

d) 賄賂犯罪の贈賄・収賄面の「鏡像的」構成

旧刑法333条1項は、公務担当者の将来の裁量決定と関連する場合に限り、当該利益供与を罰するにすぎなかった。今では、刑法333条1項は、331条1項をいわば鏡に映し出すような形で、公務担当者の裁量行為のほか、その他の職務行為をも捕捉している。合義務的裁量行為に対する事後の「感謝」があった場合も、将来的には原則として捕捉される限り(これには、社会的相当性の基準が今後も調整に用いられる)、歴代の立法者がおそらく想定しなかった範囲の供与が現実には行われることに対して、確実な役割を果たすであろう⁽¹³⁰⁾。この他に、将来の非裁量的職務行為のために汚職性向があるか試すことも(つまり、ある者ができるだけ早く自己の申請が処理されることを望んでいるような場合)、今後は処罰される。

敗に関する構成要件一般を適用しやすくするために、例えばスウェーデン方式をめざして、公的領域と業務取引との区分を放棄するという提案⁽¹²³⁾は、採用されなかったのである。

b) 「不法の約束」の利益と職務行為との関連性を緩和した刑法331条・333条の基本構成要件拡張

ドイツ刑法旧331条1項では、公務担当者が（具体的な）職務行為の反対給付として利益を要求し、約束させ、または収受しなければならない、と規定されていた。争点となってきたのは、いわゆる「接待」、「ご機嫌とり」の場合であった。これらは、贈賄者がさしあたり公務担当者の愛顧を得ようとするだけであったり、また時には、支払を続けることで一定の依存関係を築こうとする場合であることから、利益供与が具体的な職務行為に結びつかないのである⁽¹²⁴⁾。このような場合でも、公務担当者が買収可能であるという印象を容易に生ぜしめることから、賄賂構成要件の保護法益は害されよう。この他にも、具体的な職務行為との関連が十分には明らかでないために立証不可能な多くの事案があった。

刑法新331条1項では、公務担当者が当該職務執行に対して利益を要求し、約束させ、または収受すれば、構成要件は充足される。これによりドイツは、利益と職務行為との緩やかな関連で足りるとする国の仲間入りを果たした（上記Ⅱ. 3. 2参照）。もっとも、現在の状況下では、無条件にそういえるわけではない。というのも、現に最高裁判所の判断が示されていないので、新331条1項の構成要件が実際に適用される範囲につき、学説は多岐に分かれているからである。一部の学説は、依然として具体的な職務行為が存在しなければならず、ただ立証の要件が軽減されたにすぎない、と主張する⁽¹²⁵⁾。しかし、そうだとすれば、「接待」とか「ご機嫌とり」のための支払は、今後も不可罰となる。また、別の見解⁽¹²⁶⁾は、人間関係を開拓する供与は原則として新规定に該当するが、要件となる不法の約束の立証はほとんどなされないので、将来も実務上

2. 成立史

汚職腐敗防止法の立法作業は、冒頭で述べたバイエルンの発議により、1995年11月3日の連邦参議院の草案に始まる⁽¹¹⁷⁾。1996年秋の第61回ドイツ法曹会議（DJT）で刑事部会の審議が行われ、⁽¹¹⁸⁾その決議が立法手続に汲み容れられ、議論が最高潮に達した。そこで特に注目されたのは、DJTの審議員デーリングの勧告だった⁽¹¹⁹⁾。その後、1996年6月19日に、連邦政府草案が提出されたが、1996年9月24日の連合草案もこの政府案と同じ内容であった⁽¹²⁰⁾。汚職腐敗防止法は、1997年6月26日に連合およびSPD議員団の賛成を得て可決成立後、間もなく1997年7月4日に連邦参議院も通過した。

3. 重要な変更点

a) 刑法331条以下における公務担当者概念の拡張

ドイツ刑法331条、332条の処罰は、行為者が公務担当者であること、または、刑法11条1項2号および4号にいう公職に特に義務を負う者であることを要件とする（真正身分犯）。これについて、少なくとも判例で問題となる領域は、国の管理する私企業ないし私人に対して公的機関が公共の生活需給の業務（例えば、塵廃処理、水・電気の供給など）を委託する場合の範囲である。「ベルリン住宅建造事件」判決で、連邦通常裁判所は、次のような原則を提立した⁽¹²¹⁾。すなわち、私法および組織体が用いられる場合には、私法が原則として適用され、私企業を国家が監督しているからといって、直ちにこれを国家の施設とすることはできない、と判断したのである。それゆえ、本件では、有限会社の法形式で運営される州立住宅建設会社の経営者には、公務担当者の身分が欠けるので利益収受を理由に有罪にできない、とされた。現在では、刑法11条1項2号cで、企業の組織形態が私的か公的かは問わないことが、立法者によって明示された。しかし、これによりドイツ刑法は、私人も職務犯罪の領域に含める体系に近づいたのではなく、私的・公的領域の区別について機能的考察方法⁽¹²²⁾を優先させている。したがって、汚職腐

- (98) Hein, LB Italien, V. 2. b. ; Lammich, LB Rußland, V. 2. ; Tellenbach, LB Türkei, V. 2.
- (99) Hoffmann, LB Spanien, V. 2.
- (100) Ambos/Weischnik, LB Kolumbien, V. 2. ; Weigend, LB Polen, V. 2.
- (101) 詳細は, Cornils, LB Schweden, V. 2.
- (102) Barth, LB Frankreich, V. 2.
- (103) 参照・Papacharalambous, LB Griechenland, V. 2.
- (104) 参照・Barth, LB Frankreich, V. 3. ; Hein, LB Italien, V. 3. また, 参照・Hoffmann, LB Spanien, V. 3. ; Benseler, LB USA, A. V. 3. a.
- (105) Weigend, LB Polen, V. 3.
- (106) 詳細は, Weigend, LB Polen, V. 3.
- (107) Weigend, LB Polen, V. 3.
- (108) 参照・Lammich, LB Rußland, V. 3.
- (109) これについて, Lammich, LB Rußland, V. 3. を参照されたい。
- (110) 細部について, BGH, NJW 1981, 1626 ; Th. Kleinknecht/L. Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl. 1997, § 163 Rn. 34ff.
- (111) 詳細については, Huber/Beck, LB England und Wales, V. 4.
- (112) その全体の詳細は, Huber/Beck, LB England und Wales, V. 4. を参照されたい。
- (113) Papacharalambous, LB Griechenland, V. 4. ; Überhofen, LB Österreich, V. 4. ; Benseler, LB USA, A. V. 4.
- (114) 参照・Benseler, LB USA, A. V. 4.
- (115) また, 前注Ⅱ.5. も参照。

Ⅷ. 汚職腐敗防止法によるドイツの法改正

1. 序論

以下では、最も重要で比較法的にも極めて注目すべき刑罰規定を紹介する。それは、1997年8月20日に施行された⁽¹¹⁶⁾汚職腐敗防止法（KBG）によって改正され、新たに導入されたドイツ刑法典の諸規定である。ここで注目されてよいのは、汚職腐敗防止法が刑法の部分のほか、公務員法の部分をも有していることである。このことは、この改正を進めるに当たり、刑法が汚職防止の「万能薬」とは見られなかったことを明らかにしている。

るのは、特に利益ないし贈物が公務担当者もしくは従業員にとって不相応であるがゆえに、いわばその贈物が当該職務と関連すると（あるいは職務に関して）根拠づけられる場合である。他の国々では、このような考慮に、明らかに強い抵抗がある。わずかに例外として、イギリスでは、一定の犯罪に挙証責任転換規定を定めている。これについて、1916年の汚職防止法（Prevention of Corruption Act）では、公務担当者は自己の収受した贈物につき、それが一定の職務行為を違法に誘発するものとして提供されたものではないことを立証しなければならない⁽¹¹¹⁾。公訴局は、利益供与が行われ、かつ同時に供与者がその官庁と取引をしようとしたか、取引が締結されたことを証明すれば足りる⁽¹¹²⁾。また、実質的にギリシア、オーストリア、合衆国にも、挙証責任の転換が認められる⁽¹¹³⁾。さらに、合衆国では、補脱（受皿）構成要件が適用され⁽¹¹⁴⁾、このような規定は、それ以外の若干の国々にも定められている⁽¹¹⁵⁾。

さらに、例外的事案に対して一定の立証の緩和を定めている国も、幾つか認められる。

- (93) Richter, LB China, V. 1. ; Papacharalambous, LB Griechenland, V. 1. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, V. 1. ; Weigend, LB Polen, V. 1. ; Hünerfeld, LB Portugal, V. 1. i. V. m. II. 3. ; Lammich, LB Rußland, V. 1. i. V. m. II. 3. a. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, V. 1. ; Hoffmann, LB Spanien, V. 1. b. ; Tellenbach, LB Türkei, V. 1.
- (94) Papacharalambous, LB Griechenland, V. 1. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, V. 1. ; Lammich, LB Rußland, V. 1. i. V. m. II. 3. a. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, V. 1. ; Hoffmann, LB Spanien, V. 1. b.
- (95) 参照・Richter, LB China, V. 1.
- (96) Hünerfeld, LB Belgien, A.IV .2. ; Barth, LB Frankreich, V .2. ; Papacharalambous, LB Griechenland, V.2. ; Hein, LB Italien, V.2.b. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, V.2. ; van de Rey, LB Niederlande, V.2. ; Überhofen, LB Österreich, V.2. ; Weigend, LB Polen, V.2. ; Hünerfeld, LB Portugal, V.2. ; Hoffmann, LB Spanien, V. 2 ; Lammich, LB Rußland, V. 2. ; Tellenbach, LB Türkei, V. 2.
- (97) 参照・Korošec/Weigend, LB Slowenien, V. 2.

づけることはできない。しかしおそらく、特別な捜査方法が実務上用いられることは、通例ではない。少なくとも若干の犯罪に電話傍受の途を開く代表的な国として、例えばフランス、イタリア、スペイン、アメリカ合衆国が挙げられる⁽¹⁰⁴⁾。

最近ポーランドでは、きわめて広範囲にわたる特別な捜査方法が実施可能になった。しかし、当然ながら、これに対する反対は非常に強い。同国では、いわゆる「秘密監視つきの贈収賄 (verdeckte kontrollierte Bestechung)」の実施が可能である⁽¹⁰⁵⁾。これは、被疑者を立証する負担を軽減するために、捜査官が贈賄ないし収賄行為者になりすます、という手法である⁽¹⁰⁶⁾。これについては、法律上の厳しい要件が定められ、あらゆる事案に許されはしない⁽¹⁰⁷⁾。また、ロシアも同じような状況にあり、電話傍受およびその他の措置が整備されている⁽¹⁰⁸⁾。このような措置としては、秘匿捜査官および秘密連絡員の投入のほか、少なくともおとり捜査官に類似の要素を含むいわゆる「戦略的工作」、ならびに「戦略的内部調査」といった捜査手法が挙げられる⁽¹⁰⁹⁾。確かに、ドイツ法を根拠としても、いわゆるおとり捜査官の投入は原理上は許される⁽¹¹⁰⁾。とはいえ、基本法およびドイツ刑訴法に内在する法治国家の原理は、教唆がなければ当該犯罪に着手しなかったとの十分な蓋然性のある者をして、国家が当該犯罪を行わしめることを、特に禁止している（国家は犯罪の遂行を阻止すべきであり、その誘発者となってはならない、というのがその根拠である）。

最後に確認すべきことは、少なくとも社会構造がドイツと同様の国々では、贈収賄事犯の特別な捜査方法は限定的な役割しか担っていない、ということである。

4. 贈収賄事件の挙証責任転換の方式

ドイツでは、立証の緩和も議論されてきている。この問題が検討され

一般的もしくは少なくとも一般的と思われる告発義務は、ベルギー、フランス、ギリシア、イタリア、コロンビア、オランダ、オーストリア、ポーランド、ポルトガル、スペイン、トルコ、1996年末までのロシア⁽⁹⁶⁾、ならびにスロヴェニアといった諸国に認めることができた。しかし、これらの国々で告発義務が課されるのは、一定の刑罰の重さを超える場合に限られている⁽⁹⁷⁾。少なくともイタリア、トルコでは、公務担当者がこの義務に違反した場合に刑を加重しているが、1996年末までのロシア⁽⁹⁸⁾も同様であった。スペインでは、懲戒処分による対処がなされている⁽⁹⁹⁾。コロンビア、ポーランドでは、あらゆる市民が告発を義務づけられている⁽¹⁰⁰⁾。スウェーデンでは、事案ごと個別に対応していることが明らかになっている⁽¹⁰¹⁾。さらにフランスでは、汚職防止を専門として設立された「汚職防止中央局 (Service Central de Prévention de la Corruption)」(SCPC) に対し、被疑事実を管轄内の上級検事に送付することを義務づけた規範がある⁽¹⁰²⁾。ギリシアも、特殊事案に関する特別規定を定めている⁽¹⁰³⁾。

3. 贈収賄事件の特別な捜査方法

ドイツでは、賄賂犯罪を防止する特別な捜査方法についても議論されている。例えば、電話傍受およびその他の技術的手段、秘匿捜査官の投入、おとり捜査官 (アジャン・プロヴォカトゥール) ないしこれに類似する措置を投入することの許容性が検討されている。しかし、これに関して、他の国々では僅少な例しかみられない。研究対象とされた国では、特別な捜査方法は、贈収賄の刑法による防止に際して特筆に値する意義を有していない。これに相応の措置が可能であるとしても、一般規定に基づき、しばしば一般条項を通じて適用可能になり、また一部では法定刑を基準としてなされるのが通例である。このことから明らかなように、すべての賄賂犯罪に同じことが当てはまるわけではないので、特別な捜査方法の概観は困難な状況にある。法の現実として贈収賄事犯に特別な捜査方法がおよそ一般的に利用されているか疑問であり、最終的に結論

て、王冠証人規定が必要であると主張する者は、贈賄者と収賄者の双方とも公開を望まないために、賄賂罪は基本的に特にその摘発が困難である、という論拠を示している。もっとも、このことは、組織犯罪の多くの形態にも当てはまる。それゆえ、汚職防止の領域だけに孤立した王冠証人規定を置くことの根拠づけは、おそらく困難であろう。

それにもかかわらず、様々な国々には、明らかに賄賂罪に介入するための王冠証人に類する規定がある。このような国として、中国、ギリシア、コロンビア、ポーランド、ポルトガル、ロシア、スロヴェニア、スペイン、トルコがある⁽⁹³⁾。王冠証人規定、有効な悔悟、その他類似の免責規定の正確な分類はなされていない。しかし、王冠証人の規定、有効な悔悟、刑免除あるいは減軽事由のいずれを基礎にしても、その効果としては常に同じである。賄賂罪の告発解明に協力した場合にも、刑の免除ないし減軽という結論に到達しうる。これについて、賄賂罪を区別する場合にのみ、若干の規定でそのような刑減免の可能性が開かれている。この区別は、贈賄か収賄かという基準によるものである。例えば、ギリシア、コロンビア、ロシア、スロヴェニア、スペインでこうした措置がとられており、刑の減免は贈賄者のみになされる⁽⁹⁴⁾。逆に中国では、刑減免の恩恵は収賄者に限られる。これらの諸規定には、議論の余地が残されている⁽⁹⁵⁾。

2. 刑事訴訟法の告発義務

ドイツでは、特別な告発義務規定の創設に関する議論もなされている。この義務は、公務担当者が贈収賄について知っている場合に生じる。しかし、研究対象国のいずれにも、もっぱら賄賂罪のみの特別な告発義務は認められていなかった。これに対して、例えば、職務上知った犯罪行為につき、これを原則として告発する義務を公務担当者に課する制度がしばしば存在する。

- (80) Richter, LB China, IV. 1. und IV. 2.
- (81) 例えば Hein, LB Italien, IV. 1. a. を参照されたい。
- (82) 好例として, Hoffmann, LB Spanien, IV. 1. b. ; Tellenbach, LB Türkei, IV. 1. ; Benseler, LB USA, A. IV. 1. を掲げるにとどめる。
- (83) 好例として, Hein, LB Italien, IV. 1. a. を参照されたい。例えば, ギリシアが類似の状況にある。Papacharalambous, LB Griechenland, Anhang. この他に, Hünerfeld, LB Belgien, A. III. も参照のこと。
- (84) 参照・Cornils, LB Schweden, II. 2. a. i. V. m. I.
- (85) Überhofen, LB Österreich, IV. 1.
- (86) Huber/Beck, LB England und Wales, IV. 1. ; Barth, LB Frankreich, IV. 1. ; van de Reyt, LB Niederlande, IV. 1. ; Richter, LB China, II. 2. a. dd.
- (87) Cornils, LB Schweden, IV. 1. b.
- (88) Hünerfeld, LB Portugal, IV. 1.
- (89) Korošec/Weigend, LB Slowenien, IV. 1.
- (90) 参照・Barth, LB Frankreich, IV. 1. ; Lenz, LB Japan, IV. 1. f.
- (91) Hein, LB Italien, III. 1. b. を参照のこと。
- (92) 参照・Barth, LB Frankreich, IV. 1. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, IV. 1. ; Cornils, LB Schweden, IV. 1. f.

Ⅶ. 汚職防止の手續上の特別手段

マックス・プランク研究所が提出した各国の報告には、きわめて不統一な現象が手續について示された。あらゆる国家が刑事訴追の容易化・効率化を目的としながらも、まさに異なった手段を用いている。

1. 賄賂犯罪での王冠証人規定ないしそれに類する規定

ドイツでは、賄賂犯罪に対して王冠証人免責規定を刑法に導入することの是非をめぐって、多様な議論がなされている。確かに、ドイツでは王冠証人規定が常に幾度となく批判されていることから、その導入の努力に対しては、批判的な見方が一般的であると思われる。このような批判の根拠は、王冠証人の規定が重大事案に限って適用されるとはいえ、ドイツの刑法体系になじみのない制度である、ということにある。しかし他方、このような手段には、汚職防止のためにその必要性が高まったこと、また防止の成功する見込みのあることが認められる。かようにし

発生する。このようなものとしては、公告、その他の裁判の公示などを挙げるにとどめておく⁽⁹⁰⁾。

多くの国では、賄賂に供与されたものを没収追徴可能にしている。没収を必要とする国家もあれば、裁量的にとどめる国家もある。通常では、国域を越えて没収が行われてきたようには思われない。一部には、ドイツでも明らかとなった問題が生じており、少なくとも根本的に同じような困難の生ずることが予想される⁽⁹¹⁾。その他の国々でも、賄賂の収益の没収、あるいはその追徴が、十分な規制効果を上げていない。多くの国々では、より一般的な規定が定められている。さらに、行政機関との不法取引や入札への不法関与を禁止する様々な制裁について論じる必要がある⁽⁹²⁾。「付加刑」に関しては、単一の形態を想定するべきではない。少なくとも、ドイツと同様の諸方策が存在する。

c) 総括

各国の諸規定は、一部ではかなりの独自性を有している。確かに、主刑には共通性がみられるが、若干の国は法定刑が明らかに異なる多くの賄賂罪を定めている。きわめて多様な構成要件については、各国についての報告を参照していただきたい。

(76) Richter, LB China, IV. 1. und IV. 2.

(77) Huber/Beck, LB England und Wales, IV. 1. を参照のこと。

(78) 参照・Huber/Beck, LB England und Wales, IV. 1. ; van de Reyt, LB Niederlande, IV. 1. ; Überhofen, LB Österreich, IV. 1. ; Cornils, LB Schweden, IV. 1. a. ; Vest, LB Schweiz, IV. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, IV. 1. i.V. m. II. 3. a.

(79) Barth, LB Frankreich, IV. 1. ; Papacharalambous, LB Griechenland, III. 2., IV. 1. ; Hein, LB Italien, IV. 1. a. und IV. 1. ; Lenz, LB Japan, IV. 1. a. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, IV. 1. ; Weigend, LB Polen, IV. 1. b. ; Lammich, LB Rußland, IV. 1. a. ; Hoffmann, LB Spanien, IV. 1. a. ; Tellenbach, LB Türkei, IV. 1. ; Benseler, LB USA, A. IV. 1. 詳細については、各国の報告を参照されたい。

ている⁽⁸⁰⁾。

多くの国々では、賄賂罪にもっぱら自由刑を定めている⁽⁸¹⁾。幾つかの法体系では、罰金刑の額を、少なくとも一部の法体系では、收受した利益の価値に応じて詳細に算出している⁽⁸²⁾。公務担当者の賄賂罪では贈賄と収賄を原則として等しく処罰する国⁽⁸³⁾もあることに、注目すべきである。加えて、公務担当者の賄賂罪の刑罰と私的領域の賄賂罪の刑罰を、ほぼ等しくする法体系がある。特にこのような法体系は、最初から公的領域を区別しない国に当てはまる。とりわけスウェーデンでは、広く両行為が等しく扱われていることから、結果的にも刑罰が接近している⁽⁸⁴⁾。もっとも、若干の国は、私的領域での賄賂罪の刑罰をきわめて低くしている。このことは、例えばオーストリアについていえるが⁽⁸⁵⁾、その一方で、かなりの国々が私的領域での賄賂罪を不可罰としていることからして、驚くべきことではない。

法人処罰は、すでに若干の国々で異なる方式でなされている。そこでは、賄賂罪について、かなり重い刑罰が、法人ないし社団として設立されたその他の団体に科せられる。法人処罰を行う国々には、イギリス、フランス、オランダ、アメリカ合衆国、中国がある⁽⁸⁶⁾。法人の罪責を導く特別な帰責規定の充足が要件となる。スウェーデンには、法人処罰規定がないが、刑法の付加刑として企業罰金刑が科されている⁽⁸⁷⁾。ポルトガル刑法は、法人処罰を定めているにもかかわらず、賄賂罪に関して企業を罰する法規を定めていない⁽⁸⁸⁾。スロヴェニア新刑法も、法人の処罰を明確に規定するが、それに必要な移行法がまだ制定されておらず、おそらく近い将来の制定もないと思われる⁽⁸⁹⁾。

b) 付加刑、特に利益を剥奪する原則

この一連の刑罰は、ドイツの専門用語と法体系では、付加刑といわれるものである。また、刑法外の法的効果も、刑事有罪判決と結びついて

II.1. ; Vest, LB Schweiz, II. 6.

(72) Papacharalambous, LB Griechenland, II. 6. ; Hein, LB Italien, II. 6. c. ; van de Reyt, LB Niederlande, II. 6. ; Überhofen, LB Österreich, II. 6. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 6. ; Vest, LB Schweiz, II. 6. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 6. c.

(73) Überhofen, LB Österreich, II. 6.を参照されたい。

(74) Huber/Beck, LB England und Wales, II. 6.

(75) Barth, LB Frankreich, II. 6. f. ちなみに、その他フランスの構成要件について、Barth, LB Frankreich, II. 6. a.-k.を参照されたい。

VI. 制裁および量刑実務

1. 制裁の方策

多くの法体系は、主刑と共に付加的な制裁手段を定めている。その一部には、ドイツ法との大きな相違が認められうる。

a) 主刑

法定刑には、国ごとに明確な差異がある。一国内でも個々の構成要件間には著しい相違がある。それでも、軽拘禁刑と罰金刑が主に用いられている。幾つかの国々には、重拘禁刑を定めた規定もある。厳刑で臨んでいるのは中国である。一定の事案には終身自由刑のみならず死刑までも科され、現にその執行も行われている⁽⁷⁶⁾。

原則的に、全ての国家で基礎となる行為と構成要件の重大性に応じて、法定刑の区別が図られている⁽⁷⁷⁾。ドイツ法と比較的同等もしくはより軽い法定刑を定める国には、イギリス、オランダ、オーストリア、スウェーデン、スイス、スロヴェニアがある⁽⁷⁸⁾。軽拘禁刑ないし罰金刑が原則とされ、部分的にその併科もなされうる。また、フランス、ギリシア、イタリア、日本、コロンビア、ポーランド、ロシア、スペイン、トルコ、アメリカ合衆国といった国々も同様であると思われるが、これらの国々には、厳罰に処する構成要件もある⁽⁷⁹⁾。前記のように、中国の法定刑は総じて他の国々と比較にならないほど異常に厳格で、死刑まで規定され

た国々では、汚職腐敗領域の職権濫用を罰する構成要件が定められている⁽⁷²⁾。これに関して、特に注目すべきは、オーストリアでは、賄賂罪が職権濫用罪に吸収される⁽⁷³⁾ことである。その他にも、ここで言及すべき若干の犯罪がある。イギリスでは、コモン・ロー上の犯罪として法廷侮辱または公務上の瑕疵が問題となる⁽⁷⁴⁾。さらにフランスには、特定の優遇措置を罰する構成要件が存在する⁽⁷⁵⁾。

6. 要約

これに関する全犯罪構成要件を列挙するまでもなく、このような簡潔な概観からも、汚職の周辺領域にある構成要件の多様性が明らかになった。これらの構成要件に共通の体系的特徴は、職務執行時に遵守されるべき規定違反と職務との結びつきである。

(56) Barth, LB Frankreich, II.6. a. ; Lenz, LB Japan, II. 6. b.

(57) 詳細については、参照・Barth, LB Frankreich, II. 6. a.

(58) Hein, LB Italien, II. 6. e.

(59) Hein, LB Italien, II. 6. b. を参照のこと。また、ポーランドについて、Weigend, LB Polen, II.6. und II. 1. を参照されたい。同様に、Tellenbach, LB Türkei, II. 6. d. さらに前注II. 5. d. も参照のこと。

(60) Hein, LB Italien, II. 6. b.

(61) 参照・Tellenbach, LB Türkei, II. 6. d.

(62) Papacharalambous, LB Griechenland, II. 6. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 6.

(63) Richter, LB China, II. 6. ; van de Reyt, LB Niederlande, II. 6. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 6. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 6.

(64) Überhofen, LB Österreich, II. 6.

(65) これにつき、Überhofen, LB Österreich, II. 6.

(66) 詳細は、Überhofen, LB Österreich, II. 6.

(67) Hein, LB Italien, II. 6. a. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 5. b. aa. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 6. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 6. a.

(68) 詳細は、Hein, LB Italien, II. 6. a.

(69) 参照・Hein, LB Italien, II. 6. a.

(70) 参照・Barth, LB Frankreich, II. 6. h. und j.

(71) Barth, LB Frankreich, II. 6. e. ; Papacharalambous, LB Griechenland,

2. 公務担当者への影響仮装を罰する構成要件

若干の国、例えばイタリアは、フランスの収賄罪 (trafic d'influence) と逆に、公務担当者に影響を及ぼしうることの仮装を罰する特別な構成要件がある⁽⁵⁹⁾。詐欺の要素を含むが、賄賂罪と同様の保護法益に係る構成要件である⁽⁶⁰⁾。この犯罪はフランスの収賄罪と類似し、同様の犯罪行為である。トルコでは、公務担当者に関係し、賄賂罪と近い関係にある構成要件が存在する⁽⁶¹⁾。

3. 公務上の背任および横領

ギリシア、コロンビアには、公務上背任ないし公金横領着服の特別な構成要件が定められている⁽⁶²⁾。同じく、中国、オランダ、ポルトガル、トルコには、公務上横領の規定が設けられている⁽⁶³⁾。オーストリアでは、背任構成要件は贈収賄犯罪よりも優先適用される⁽⁶⁴⁾ことから特別な意味をもっている⁽⁶⁵⁾。この他にも、特別な状況下で行われる「権力者による贈答品の收受」の構成要件がある⁽⁶⁶⁾。

4. 強要罪および恐喝罪

その他の国々では、また別の汚職腐敗周辺領域の構成要件が規定されている。例えば、公務員による恐喝強要に関する特別規定が、イタリア、コロンビア、ポルトガル、トルコで定められている⁽⁶⁷⁾。しかしイタリアでは、賄賂罪と公務上恐喝との区別について議論がないではない⁽⁶⁸⁾。特に、贈賄者が自ら誘発したにもかかわらず、主たる責任を都合よく公務担当者に押しつけて言い逃れの口実として、強要ないし恐喝が主張されることがある⁽⁶⁹⁾。またフランスでも、これと類似した事例が知られている⁽⁷⁰⁾。

5. その他の犯罪

フランス、ギリシア、およびスイスには、公的料金支払免脱の構成要件があるが⁽⁷¹⁾、これは汚職腐敗の周辺領域で行われる。ギリシア、イタリア、オランダ、オーストリア、ポルトガル、スイス、トルコといっ

- (48) Hünerfeld, LB Belgien, A. II. ; Richter, LB China, III. ; Papacharalambous, LB Griechenland, II. 1. ; Hein, LB Italien, III. また, Lenz, LB Japan, III. 1. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, III. 1. a. ; Weigend, LB Polen, III. ; Hünerfeld, LB Portugal, III. ; Lammich, LB Rußland, III. 1. a. ; Hoffmann, LB Spanien, III. 1. を参照のこと。日本には, 株式会社の取締役監査役を含めた賄賂罪の規定がある。Lenz, LB Japan, III. 1. スロヴェニアについては, Korošec/Weigend, LB Slowenien, III. 1. を参照されたい。ロシアでは, 刑法全体の改正の枠内で, 特別規定の導入が検討されている。Lammich, LB Rußland, III. 3.
- (49) Huber/Beck, LB England und Wales, III. 1. ; Barth, LB Frankreich, III. 1. ; van de Reyt, LB Niederlande, III. 1. ; Überhofen, LB Österreich, III. 1. a. ; Cornils, LB Schweden, III. i. V. m. II. 1., II. 2., II. 3. ; Vest, LB Schweiz, III. 1. ; Tellenbach, LB Türkei, III. 1. ; Benseler, LB USA, B. II. und C. II.
- (50) Richter, LB China, III. を参照されたい。
- (51) 参照・Lenz, LB Japan, III. 1.
- (52) 参照・Lenz, LB Japan, III. 1.
- (53) Papacharalambous, LB Griechenland, III. 2. ; Hünerfeld, LB Portugal, III. ; Benseler, LB USA, B. II. und C. II.
- (54) すなわち, Cornils, LB Schweden, II. 1.-3.
- (55) 例えば, Huber/Beck, LB England und Wales, III. 2. ; Überhofen, LB Österreich, III. 2. を参照されたい。

V. 賄賂罪の周辺の犯罪構成要件

すでに推察がつくように, 一定の国では, 賄賂罪の構成要件がないからといって, 汚職腐敗がおよそ処罰されないわけではない。むしろ, 汚職腐敗をもたらす様々な術策は, 場合によりその他の犯罪構成要件で捕捉されることもある。これについては, 特に次の構成要件が問題となる。

1. 競争入札詐欺

フランス, 日本には, 競争入札詐欺(競売等妨害・談合)の構成要件がある⁽⁵⁶⁾。フランスの構成要件は, 賄賂罪との類似性が認められる⁽⁵⁷⁾。おそらくイタリアでは, 競争入札の様々な事案で賄賂罪にあたる行為が, 詐欺罪の構成要件によって捕捉されうる⁽⁵⁸⁾。

c) スウェーデンの特例

この点でも、またもやスウェーデンは特例といえる。なぜならば、前述のように、同国では1970年代以来、公的職務での賄賂罪と私的経済での賄賂罪という区別が、もはや行われていないからである⁽⁵⁴⁾。したがって、スウェーデンは、私的経済の領域で汚職の防止が最も広範に行われている国となっている。

d) 公務担当者と私人に関する賄賂罪の本質的な相違

国家領域と経済領域における賄賂罪の範囲と構造が一部の国で非常に大きく異なることは、驚くに値しない。これは、特に従業員または受託者もしくはその他の代理人といった従業員と同等の者の賄賂罪に当てはまる。

公務担当者の場合に、一定利益の供与もしくは収受の対象となる職務行為に該当するものが、私人の賄賂罪で単純に規定されうるとは限らない。ほとんどの場合、雇用者に代わる業務の行使が規定されており、その場合、職業として行われる業務上の取引に注目されている⁽⁵⁵⁾。一部の国では、取引が競争目的で行われることを要件としており、そこでは、贈与者の優遇を防止することが意図されている。

公務担当者の賄賂罪における「不法の約束」と同様、私人の賄賂罪では「関与者」の間に、ある種の「約束」が存在するか、少なくともそれが意図されていなければならない。例えば汚職腐敗がその者の企業の利益になるがゆえに、利益を供与される側の事業主が、不正利得に同意している場合であっても、そのために賄賂罪の構成要件が排除されるとは限らない。

これに対して、私人の領域における刑罰は、公務担当者への刑罰より低いのが通常である。

える。

b) 従業員の賄賂罪に関する構成要件のある法体系

これに対して、それ以外の国々には、従業員賄賂罪の広い規範が様々な形で設けられている。このような国には、ヨーロッパ地域ではドイツの他に、イギリス、フランス、オランダ、オーストリア、スウェーデン、スイスなどがあり、さらにはトルコ、アメリカのカリフォルニア州、ニューヨーク州が含まれる⁽⁴⁹⁾。

中国、ロシアには、社会主義社会体制に基づいていたことから、当然、私的経済における贈収賄の構成要件はなかったが、この間、状況に変化が生じている。ロシアでは1997年の初頭以来、私的経済での賄賂罪に対する特別規定が設けられた。他方、中華人民共和国では、公務担当者に対する一般構成要件が依然として用いられ、この適用対象となる人的範囲は、非常に広範囲に拡張されて、相当なものになっている⁽⁵⁰⁾。

条件つきであるが、日本もこの分類に含まれる。確かに日本には、広義における従業員の賄賂罪規定はない。しかし、株式会社の取締役の地位にある者に対しては、そのような規定がある⁽⁵¹⁾。さらに重要なのは、広い意味で国家による生活需給の任務を担当する一定の独占企業に対する特別規定である。これには、日本のテレビ・ラジオ放送局 NHK や電話会社 NTT の役員、ならびに鉄道会社、電力・ガス供給企業の職員を挙げることができる⁽⁵²⁾。

さらに言及に値するのは、特にスポーツの領域において、特別な贈収賄の構成要件を定める国が、さらに増加していることである。このような国として、ギリシア、ポルトガル、カリフォルニア州、ニューヨーク州⁽⁵³⁾のほか、特に日本、また最近ではロシアが挙げられる。

IV. 私的経済での賄賂罪

ドイツでは汚職腐敗をめぐる激しい議論がなされ、公務担当者の賄賂罪だけではなく、私的経済領域の汚職に対しても、それが自由な市場に対する危険を増大させていることから、注目が高まっている。ここでは、株式会社、同業組合、もしくはこれに類する社会団体の機関による贈収賄とならんで、従業員およびそれと同等の者の賄賂罪が中心となっている。それが原則として当罰的であることには疑問の余地がない。もっとも、どの範囲において従業員の賄賂罪が処罰されるべきか、処罰すべきだとしても、伝統的な法と比較した重罰化が必要か、という問題について争いがある。

私的経済における賄賂罪の構成要件にとって特徴的なことは、このような構成要件が刑法典ではなく、労働法ないし商法、もしくは経済法上の特別法における制裁規範として定められていることである。これについて、以前のドイツでは、従業員の賄賂罪は「不正競争防止法」に規定されていたが、このような規定は異例なものではなかった。しかし、賄賂罪も集成して、この種の賄賂罪をも刑法典に一本化すべきである。

我々が研究した国家は、大きく二つの類型に分けられる。

a) 従業員賄賂罪の刑罰規定のない法体系

ここに含まれるのは、私的領域の汚職処罰を意図的に行わないか、関連規定を定めていない国々である。このような国にはベルギー、ギリシア、イタリア、コロンビア、ポーランド、ポルトガル、スペインなどがあり、留保はつくもののスロヴェニア、また特に日本もここに含まれる⁽⁴⁸⁾。しかも、ギリシア、スペインといった多くの国々では、従業員の贈収賄は民法の意味での不法行為であると解されているものの、刑法では重要でないとされている。コロンビアの特別規定についても、同じことがい

のこと。さらに、スペインでは構成要件の内部で区別がなされていることについて、Hoffmann, LB Spanien, II. 4. a. aa. (2), II. 4. a. bb. (1), II. 4. a. ee. (1), II. 4. a. dd. (2), II. 4. b. aa. (2) も参照されたい。

- (27) Barth, LB Frankreich, II. 4. a. aa. ; Papacharalambous, LB Griechenland, II. 4. ; Hein, LB Italien, II. 4. b. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 4. a. ; Überhofen, LB Österreich, II. 4. a ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 4. ; Lammich, LB Rußland, II. 4. a. ; Cornils, LB Schweden, II. 4. a. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 4. a. を参照のこと。しかし、さらに、Hoffmann, LB Spanien, II. 4. a. aa. (2) und II. 4. a. bb. (1) sowie Anm. 29 および Benseler, LB USA, A. II. 4. a., B. I. 4. a. も参照されたい。例えば中国の規定は、厳密に物質的な利益概念に限定している。Richter, LB China, II. 4. b.
- (28) Überhofen, LB Österreich, II. 4. f. しかし、刑法上、価値の程度まで定められているわけではない。
- (29) 参照・Huber/Beck, LB England und Wales, II. 4. b. ; Barth, LB Frankreich, II. 4. d.
- (30) Papacharalambous, LB Griechenland, II. 5. a. ; Hein, LB Italien, II. 4. c.
- (31) Huber/Beck, LB England und Wales, II. 4. a. und b.
- (32) 参照・Huber/Beck, LB England und Wales, II. 4. a. und b.
- (33) Papacharalambous, LB Griechenland, II. 5. a. ; Überhofen, LB Österreich, II. 5. a.
- (34) 参照・Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 5. a.
- (35) Lenz, LB Japan, II. 5. b.
- (36) Lenz, LB Japan, II. 5. a.
- (37) Benseler, LB USA, A. II. 5. a.
- (38) Huber/Beck, LB England und Wales, II. 5. b. しかし、詳細には、規定形態について明らかにされていない点が幾つかある。
- (39) Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 5. c.
- (40) Vest, LB Schweiz, II. 5.
- (41) Weigend, LB Polen, II. 5.
- (42) Cornils, LB Schweden, II. 5.
- (43) Cornils, LB Schweden, II. 5.
- (44) Cornils, LB Schweden, II. 5. a.
- (45) Cornils, LB Schweden, II. 5. b.
- (46) 参照・Überhofen, LB Österreich, II. 4. g., II. 5. c. und auch II. 3. b.
- (47) Richter, LB China, II. 4. f., und II. 3. a. ; Lammich, LB Rußland, II. 6. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 1. ロシアでは1997年1月以降、賄賂の斡旋の罰条をなくした代わりに、賄賂の教唆（誘発）の構成要件が定められている。Lammich, LB Rußland, II. 6.

II. 1. b. またポーランドでは、旧刑法の効力が継続する間、きわめて広範に解されていた。すなわち、国家・社会機関であれ、それ以外の機関であれ、賄賂罪の枠内では同じ法益であるとする理解であった。参照・Weigend, LB Polen, II. 2. b. 中国では、規定が著しく拡張されている。賄賂罪の法益については、Richter, LB China, II. 2. b. を参照されたい。

- (23) Hünerfeld, LB Belgien, A. I. 3. ; Richter, LB China, II. 3. a. ; Huber/Beck, LB England und Wales, II. 3. a. ; Barth, LB Frankreich, II. 3. a. ; Hein, LB Italien, II. 3. a. ; Lenz, LB Japan, II. 3. a. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 3. a. ; van de Reyt, LB Niederlande, II. 3. a. ; Überhofen, LB Österreich, II. 3. a. ; Weigend, LB Polen, II. 3. a. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 3. ; Cornils, LB Schweden, II. 3. a. ; Vest, LB Schweiz, II. 3. a. ; Hoffmann, LB Spanien, II. 3. a. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, II. 3. a. ; Lammich, LB Rußland, II. 3. a. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 3. a. ; Benseler, LB USA, A. II. 3. a. sowie B. I. 3. a. und C. I. 3. a.
- (24) Huber/Beck, LB England und Wales, II. 3. b. ; Barth, LB Frankreich, II. 3. b. ; Papacharalambous, LB Griechenland, II. 3. b. ; Lammich, LB Rußland, II. 3. b. ; この他に参照・Cornils, LB Schweden, II. 3. b. 中国には、この他にも特殊性がみられる。参照・Richter, LB China, IV. 1. a. しかし、ロシアの現状は、新刑法下で異なった運用がなされているといわれる。これにより、結局同国は、単純・加重賄賂罪を区別して取り扱っているとのことである（参照・Lammich, LB Rußland, II. 3. b. i.V. m. II. 4. e.）。ついでながら、ギリシアの奇妙な状況が注目される。少し前に同国では、とりわけ構成要件と法定刑に関して実質的な区別が放棄された。しかし、両者を区別する体系を意味する古い表題が新法でも維持されている（Papacharalambous, LB Griechenland, II. 3. b.）。
- (25) Hünerfeld, LB Belgien, A. I. 3. ; Hein, LB Italien, II. 3. b. und II. 3. b. bb. ; Lenz, LB Japan, II. 3. b. aa. ; Ambos/Woischnik, LB Kolumbien, II. 3. b. ; van de Reyt, LB Niederlande, II. 3. b. ; Überhofen, LB Österreich, II. 3. b. ; Weigend, LB Polen, II. 3. b. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 3. ; Vest, LB Schweiz, II. 3. b. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, II. 3. b. ; Hoffmann, LB Spanien, II. 3. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 3.
- (26) 詳細は、Hünerfeld, LB Belgien, A. I. 4. ; Richter, LB China, II. 4. b. ; Huber/Beck, LB England und Wales, II. 4. a. und b. ; Barth, LB Frankreich, II. 4. a. aa. ; Papacharalambous, LB Griechenland, II. 4. ; Hein, LB Italien, II. 4. b. ; Überhofen, LB Österreich, II. 4. a. ; Weigend, LB Polen, II. 4. a. ; Hünerfeld, LB Portugal, II. 4. ; Cornils, LB Schweden, II. 4. a. ; Vest, LB Schweiz, II. 4. ; Korošec/Weigend, LB Slowenien, II. 4. ; Tellenbach, LB Türkei, II. 4. a. ; ニューヨーク州について Benseler, LB USA, C. I. 4. を参照

収賄者間の第三者斡旋に対しては、特に中国、ロシア、トルコが規定を定めている⁽⁴⁷⁾。公務上の職務と私的な利害関係との混同に対しては、とりわけフランス、イギリスが規定を設けている。例えばイギリスでは、官庁と第三者間の契約交渉に当たった地方行政の公務担当者は、間接的な「財産上の利益」を得た場合、これを公表しなければならない。

しかし、この規制類型の考察にあたっては、各モデル相互の相違が小さくないこと、また特に規制全体の関連を常に見失わないことに注意しなければならない。

(13) Lenz, LB Japan, II Nr. 2a, S. 288.

(14) Barth, LB Frankreich, II. 2. a. カリフォルニア州にも、一般的な規定は存在しないようである。Benseler, LB USA, B. I. 2. を参照されたい。

(15) 例えば参照・Barth, LB Frankreich, II. 2. a. aa. また, van de Reyt, LB Niederlande, II. 2. a. も参照されたい。

(16) 他の報告に代えて, Überhofen, LB Österreich, II. 2. a. を参照されたい。また, 結論において, 参照・Barth, LB Frankreich, II. 2. a. aa.

(17) その全体については, Cornils, LB Schweden, II. 2. a. und I. を参照されたい。

(18) Cornils, LB Schweden, II. 2. a. その他若干の国でも, 国家領域と私的領域との混同ないし接近が見られ, 類似する規定によって対処していることが認められる。これには, 本文に掲げた国々のほか, 特にイギリス, 合衆国を挙げることができる。イギリスでは, 一定の特別規定が公務担当者および他の従業員に対し, 事実上同様に介入しているが(参照・Huber/Beck, LB England und Wales, II. 2. a i. V. m. II. 1. und III. 2. また, 注釈も参照されたい), アメリカ合衆国の状況はこれと異なる。同国では, 表面的には贈収賄事犯と関係しない一定の法律が賄賂罪に適用されており, このことから公務担当者と従業員は同様に扱われていることがわかる(構成要件の説明は, Benseler, LB USA, II. 1.)。

(19) Cornils, LB Schweden, II. 2. a.

(20) 1995年2月22日大法廷判決, 刑集49巻(2号)457, 467頁。

(21) Cornils, LB Schweden, II. 2. b.

(22) ポーランドでは, 少し前までロシアがそうであったように, 旧刑法の規定が効力を有しており, それゆえ形式的には以前のような解釈もありうるだろう。ロシアとその新たな改正について, Lammich, LB Rußland, II. 2. b. und

件と共に、多くの加重構成要件がある。これは、職務行為に関して単純な贈収賄と重大な贈収賄の双方に適用され、職務行為と利益供与との因果関係を要求している。

ここでも、スウェーデンは、賄賂罪に関して特別な位置にある。その供与は職務執行と関連するが、ここでの職務執行は包括的な意味であると解されている。これに関する「約束合意」が存在する必要もない⁽⁴²⁾。それに応じて、具体化されうる職務行為であることも予定されていない⁽⁴³⁾。職務との関連は、すでに外部的な関係によって成立しうる。単なる職務上の接触で足り⁽⁴⁴⁾、それは事後に、供与後に初めて生じてもよいとされる。さらに、事前に接触があった場合には、職務との関連が供与前に終了していた場合でも、構成要件は充足される⁽⁴⁵⁾。

c) 利益供与と職務行為との関連性を必要としない法体系

この分類の国々は、これまで考察してきた意味での密接な「不法の約束」も緩和された「不法の約束」も要求せず、その代わりに一定の影響力の可能性で足りるとする。これには、二つの異なる形態がある。その第一は、フランス法の収賄罪（影響力を及ぼす不法の約束, *trafic d'influence*）と類似した規定方式のように、公務担当者の一定の影響力に基づく形態である。第二は、贈収賄行為の斡旋を処罰する方法であるが、ここでは独自の関与形態が重要と思われる。もっとも、多くの国々にはこれら二つの形態とならんで、公務上の利益と私的利益との混同を禁止する刑罰規定も存在する（フランスの干渉罪（*ingérence*））。

各モデル相互の相違は、小さなものではない。これに関して、一部では、公務担当者ではなく、公務の結果に影響を及ぼしうる、あるいは公務に対する影響がすでに明らかな第三者に対する供与といった賄賂罪の手口の捕捉が行われる。このような方向にあって、殊にフランスは極めて広いが、それに対しオーストリアはおよそ控えめである⁽⁴⁶⁾。贈賄者と

る見返りの関係をめざすもので、いわゆる「対価 (quid pro quo)」とよばれる⁽³⁷⁾。その意図から、供与の対価として一定の反対給付を期待していることが明確でなければならないが、しかし明示の約束がなされたことまでは必要でない。

ここで確認すべきは、多くの国々が無条件に明示せずとも実質的に供与者と収受者との関係を要求することである。この関係は、旧来のドイツ刑法が要件としてきた「不法の約束」とほぼ等しい。しかしながら、汚職腐敗防止法の施行以後のドイツは、次に述べる b) 群に分類されるべきであろう（これに関しては、最後にもう一度取り扱うことにする）。したがって、我々は、次の分類へと話を進める。

b) 利益供与と職務行為との緩やかな関連性で足りる法体系

この分類の国々では、利益の収受と供与が、職務との関連であるいは職務に関して行われることをもって足りるとする。もっとも、ほとんどの場合、そのような緩和は、例外的な事案に限ってなされている。例えば、通常の賄賂罪の構成要件とならんで、程度の差こそあれ利益供与と職務行為の個別的関係まで要件としない特別規定を設ける、という方式がとられる。その例として、イギリスの規定がこれに当たり、1972年の地方自治法 (Local Government Act) により、地方行政の公務担当者は、その職務執行ないしその活動にあたって正規の料金とは別の報酬を受け取ることが、禁じられている⁽³⁸⁾。コロンビアでも、公務担当者が供与を受けた場合、贈賄者が公務上の職務行為の遂行に関して利害関係を有するがゆえに、当該公務担当者を単純収賄として処罰する規定がある⁽³⁹⁾。ここでは、ある程度まで、職務との関係が含まれている。スイスでも明らかに要件の緩和がなされ、一般的かつ将来行われる有利な職務処分で足りるとされている⁽⁴⁰⁾。同様に、ポーランドでも、要件の緩和された基本的構成要件が定められ、それにより、供与が「公務の作用実施」と関連してさえいけば足りるとされている⁽⁴¹⁾。もっとも、この基本的構成要

れあるいは少なくとも具体化可能でなければならないか、という点が重要なことはいうまでもない。この点で、内容的に以下の三つの類型に諸国を分けることができる。

a) 利益供与と職務行為との関連性を旧ドイツ法と同じく要件とする
法体系

多くの国々には、少なくとも結論的に、一部は文言様式も新旧ドイツ法と類似する規定がある。研究対象となった法体系の大部分では、それぞれ贈賄者と収賄者との一定の合意が必要であり、その場合には職務行為との具体的な関連が求められる。イギリスでは、特に「職務を汚して」という要件が認められており⁽³²⁾、これによれば職務行為の具体化が相当早い段階で肯定されうる。これに対して、他の国々、例えばギリシア、オーストリアでは、原則として一般的に厚意を受けただけでは利益収受に足りない⁽³³⁾。この場合には、通説によると、当該職務行為がその重要な点で確定されることが原則として要求され、その正確な限定までは必要でないとされる。それどころか、コロンビアは、「違法な契約」が必要である⁽³⁴⁾。当該職務行為につき、どの程度の具体性、あるいはどの程度の具体化の可能性を要求するかに応じて、未遂が処罰されるとすれば、既遂から未遂処罰へと移行する。

日本では、職務行為の特定性に関して、明らかに異なる要件が定められている。日本の基本的構成要件では、いずれにしても職務行為が問題となる限り、職務上の行為が具体的、あるいは詳細に特定されることは、求められていない⁽³⁵⁾。それにしても、日本では、基本的構成要件と共に、より厳格な要件の加重構成要件、いわゆる請託収賄罪が規定され、職務行為の請託のあることが要件とされている⁽³⁶⁾。

また、これと全く異なり、アメリカ合衆国では、行為者が賄賂罪の意図をもって行うことが必要とされ、それは贈賄者と収賄者との間におけ

な事案の多くは、権限ある官庁による収益の承認条項（刑法331条3項）によって対処される場合もある。

しかし、他の国々の一部は、異なる方法で対応している。単純賄賂罪から当罰的でない行為態様を除外する仕組みに関して、多くの国々を研究すると、ドイツ法との大きな差が明らかになる。しばしばドイツでは、社会的相当性の概念が、他の観点と共に考慮されている。同様にオーストリアでは、利益の価値が刑法に規定されており、軽微性条項が用いられている⁽²⁸⁾。他の国々、例えばイギリス、フランスでは、その観点が訴追裁量で重視され、少なくとも量刑に関して意味をもち、あるいは「贖職（不正行為）の約束」、つまり利益と職務行為との関連という枠組で考慮されうる⁽²⁹⁾。同じような考慮は、例えばギリシアでもなされており、結論的にイタリアも少なくとも単純賄賂罪に関する限り同様である⁽³⁰⁾。

様々な法体系が、賄賂罪の構成要件に関して、社会的相当性の観点を取り込む多様な可能性を認める。イギリスでは、「職務を汚して（corruptly）」という要件の充足が要求されている。したがって、不正な態様で、賄賂の供与がなされなければならない、つまり、行為が「違法性の意識」をもって行われなければならないことになる⁽³¹⁾。スウェーデンでは、別の構成要件要素が同様の意味をもつ。供与の非相当性という評価を要するメルクマールがある。

6. 利益（供与）と職務行為との関係——「不法の約束」

「不法の約束（約定）」は、刑法に規定されていないが、ドイツの学説で展開された概念である。この種の概念は他の諸国ではほとんど見られないとしても、現実には同様の問題が提起される。すなわち、賄賂罪は、利益と職務行為が互いに一定の（目的的ないしは因果的）関係に立つことについて、供与者と収受者がどの程度合意をしたことを要件とするか、という問題である。その際、当該の職務行為がどの程度具体化さ

特に、裁量行為の分類に当てはまる。裁量行為に対する報酬はしばしば職務行為の違法性を導き、それゆえ、加重賄賂罪として分類されるからである。

4. 利益概念と第三者供賄

汚職腐敗にとって供与ないし收受という現象が特徴的であるならば、当然、利益の点に特別な役割が認められる。これについては、微妙な差異があるが、ほぼ同様の文言が用いられている。「利益」の他に、「財産上の利益」、「金銭」、「人的利益」、「賄賂金」、「報酬」、「反対給付」、「贈答」、「欲求の充足」、「利得」、「便宜」、「要求」、「約束」、「財産」、「供与」といった諸概念がみられる。これらの概念には類似性が認められるが、しかし、捕捉される利益領域には、特に二つの点で広狭の違いがありうる⁽²⁶⁾。

第一は、フランス、ギリシア、ポルトガル⁽²⁷⁾のように、利益が物質的・経済的でなければならないか、あるいは、ドイツのように、非物質的な利益でもよいのか、という問題である。後者で足りるとした場合には、特に性的な情交関係も汚職腐敗をもたらす利益であることになる。

第二は、利益が収賄者自身に帰属しなければならないのか、それとも第三者への利益供与でも足りるのか、という問題である。後者の立場は、イギリス、イタリア、オーストリア、ポーランドにみられる。

5. 軽微事件の除外

非物質的な利益でも、第三者の供賄でも、賄賂罪の成立に十分だとすると、汚職腐敗の適用領域は広範に及ぶことになる。このような危惧に対して、一部では、財産上の利益の程度に一定の要件を設けたり、「社会的相当性」の基準に応じて構成要件に一定の修正を施したりして、適切な解決を行う努力が払われている。後者は特にドイツに妥当し、零細

コロンビア、オーストリアについて当てはまり、それほど明白ではないが、日本もそのような規定方式になっている。

しかし、多くの国々には、贈賄および収賄と共に第三のカテゴリーもあり、「賄賂斡旋罪」が別個に処罰されている。例えば、ロシア、トルコである。

b) 加重賄賂罪と単純賄賂罪との区別

賄賂罪の関与者の役割に応じた区別とならんで、さらに、当該職務行為の種類ないし性質に応じた区別がなされることもある。職務行為が、それに対する「報酬」とは別に、最終的に合法である限り、これは単純賄賂罪といわれる。これに対して、利益が違法な職務行為に対して供与され、かつ（ないし）收受されたのであれば、これは加重賄賂罪といわれる。ただし、このような区別は、比較法的には、多様な方式で行われている。

それゆえ、一方では、前述した意味での単純賄賂罪と加重賄賂罪との区別をしない法体系も存在する。このような国には、特にイギリス、フランス、ギリシア、ロシア、スウェーデン、中国⁽²⁴⁾が含まれる。またイタリアでも、その趣旨の提案がある。

これに反して、大部分の国では、単純賄賂罪と加重賄賂罪が区別されている⁽²⁵⁾。特にドイツ、日本がそうである。もちろん、個別的には、その形態が異なっている。例えば、単純賄賂罪のあらゆる形態が全ての国で処罰されているとは限らない。さらに、いずれの賄賂罪の形態にも特別構成要件を規定している国もある。

いかなる場合に職務行為が違法とみなされ、したがって加重賄賂罪として分類されるのか、という問題に対する答も様々である。この点は、

との区別をなくしたことから、スウェーデン法では¹労働上の関係、あるいはその他の職務に由来する²関係が基礎となっている。それゆえ、この二つの領域の保護法益は、「(公的・私的を問わず)被用者または受任者が第三者の干渉を受けずに職務を忠実に達成しうることについて雇用者または委任者が有する利益」であるとされている⁽²¹⁾。

また、これと異なり、社会主義の刑法体系では、国家体制全体の保護が前面に置かれる⁽²²⁾。これについて、さらに考慮されるべきは、社会主義の刑法体系には、経済領域に対しては原則として国家が責任を負うことから、それほど私的経済の分野がないことである。しかし、これらの国々で私的な市場経済が浸透するにつれて、保護法益の問題も修正を迫られることになろう。

3. 汚職腐敗規定の構成要件の形態

汚職腐敗規定の構成要件の規定方式が各国ごとに異なっていることは、当然である。それにしても、特徴的なものとして、二つの基本的なモデルを挙げることができよう。

a) 贈賄と収賄の構成要件の区別

ある賄賂罪に関与した者が、贈賄者か収賄者かを問わず、単一の構成要件にあたるということは、それ自体として考えることができよう。それにしても、この種の「統一正犯モデル」の構成要件は、刑法総則では十分に考えられ、例えばイタリア刑法にあるが、賄賂罪の場合には通常用いられない。むしろ、賄賂罪の場合には、少なくとも二つの補充し合う補完的構成要件が定められ、一方が利益供与者、他方が利益收受者に適用される⁽²³⁾。前者の場合は¹贈賄 (aktive Bestechung)、後者の場合は²収賄 (passive Bestechung) といわれる。確かに、贈賄では收受者側の構成要件だけが顧慮される場合もあろう。この場合も、一方の形態の他方の形態への特殊な従属が認められる。このことは、例えばイタリア、

ことは、世論が全ての汚職犯罪を従来とは違ったものと認識する結果をもたらすからである。しかし、スウェーデンの法規制への一定の批判を無視することはできない。それゆえ、国家領域と私的領域とを同等に扱うことは、決して貫徹されてはおらず、むしろ公務担当者および公的職務にある従業員の処遇は、私人たる従業員の処遇よりも一層厳しい基準に従っている。また、私人たる従業員の刑事訴追には、特別な刑事告訴が必要である。それでも、これらの相違点は比較的わずかなものであり、スウェーデンが収賄・贈賄の双方につき賄賂罪として刑事訴追されうる人的範囲を確定するため、最も注目し得る規制手段を民主主義社会に提供していることは、疑いない。またそれは、スウェーデンに汚職腐敗の概念について良き成果をもたらしたようである。

2. 法益に関する議論

さらに、公務担当者の賄賂罪の理解に重要なのは、どのような法益が保護されるべきか、という問題である。しかしこの問題は、多くの国々ではドイツほどに実質的に重要な意味をもっていない。法益論が行われている国は、内容的に次の二つに分類することができる。すなわち、西欧資本主義型民主主義の国家と、かつての社会主義的法体系の国家である。前者の中では、またもやスウェーデンの規制方式が独自の特色を示している。

民主主義国家の法規制の本質的関心は、国家活動の客観性かつ（ないし）清廉性である。この意味において、日本の最高裁判所は、ロッキード事件の上告審⁽²⁰⁾で保護法益を次のように判示した。すなわち、「汚職犯罪の法益は、自己の職務上の義務を果たす上での公務員の公正、この公正に対する社会一般の信頼」である、としている。

これに対して、スウェーデン法では、これと異なる法益が強調されている。1970年代の法改正以降、公務担当者の賄賂罪と民間職員の賄賂罪

である。このことは、本質的に日本にも当てはまる。ただし日本は、日本刑法197条2項（事前収賄罪）によると、公務員または仲裁人になろうとする者、つまり公務員の前段階にある者まで捕捉されるという点に特色がある⁽¹³⁾。さらに、ベルギー、フランス、オランダには厳密かつ一般的な公務担当者の定義規定がない⁽¹⁴⁾という点で、この分類の国々の間でもさらに区別される。ベルギーなどの国々では、むしろ比較的開かれたカテゴリーが用いられている。より正確に言えば、このような開かれたカテゴリーによるとき、例えば職務が正式な公務担当者の身分を欠く私人によって行われる場合のように、国家領域の周辺にある者、あるいは独占的国営企業で任務を委託された者も捕捉される⁽¹⁵⁾。全体として、大部分の研究対象国は公官吏ないし公務担当者を機能的に解していることが認められ、そのため賄賂罪の構成要件が適用される可能性は、形式的に定義された身分のある者だけに限られない⁽¹⁶⁾。

さらに公務担当者概念が拡張され、行政機関および司法機関の構成員以外に、立法機関の議員も含まれている。最近では、特にドイツでも、このような拡張がなされている（ドイツ刑法108条e）。

特別なのが、スウェーデンである⁽¹⁷⁾。同国では、公務に従事している職務担当者と公共団体および私的経営体の職員とは、本質的に同等に扱われている⁽¹⁸⁾。ここで重要な基準は、公務担当者ないし官吏という概念ではなく、従業員およびその他これに等しい者という概念であり、例えば、これ以外の形式で国家主権に基づく任務を担当する者も含まれることになる⁽¹⁹⁾。したがって、基本的要件として、これと同時に、公務担当者および職員という概念のいわば上位概念が認められる。

このようなスウェーデンの方式の利点は、通例の方式と比較して、簡素化の効果とならんで、特に心理学的な観点を挙げることができる。というのも、公務担当者の賄賂罪とそれ以外の職員の賄賂罪を同等に扱う

- (11) Huber/Beck, LB England und Wales, I. イギリスには, このような意識が芽生えたばかりである。; I. van de Reyt, LB Niederlande, I.; E. Weigend, LB Polen, I.; H. Vest, LB Schweiz, I. 現在スイスでは, 汚職腐敗に関する議論が始まっている。; D. Korošec/E. Weigend, LB Slowenien, I. und II. 1.
- (12) 参照・Cornils, LB Schweden, I.; Huber/Beck, LB England und Wales, I.

Ⅲ. 国家的領域における賄賂罪

1. 「公務担当者」の概念と機能

公務担当者の賄賂罪に関する刑罰規定は, 検討した全ての国に存在する。その規定には, たいてい, 広い意味において国家的領域を私的領域から区別する定義が結びつけられている。しかし, 私的領域の賄賂罪が常に不可罰だとは限らない。特にスウェーデンなど若干の例外を別にするると, 私的領域の賄賂罪はしばしば特別な刑罰規定で捕捉されている。この問題は, 後に取り上げることにする。

ある国の法体系が, 公的職務に何らかの形で携わる者に関する賄賂罪規定を有する限り, 多くの国々で用いられているカテゴリーは, 少なくともその効果の点で, ドイツの公務担当者概念に近いものとなっている。ドイツ法における, 公務担当者には, ④官公吏および裁判官, さらには⑤「その他の公法上の職務関係にある者」, あるいは⑥「その他, 官庁もしくはその他の官署において, または官庁その他の役所の委託によって, 任務遂行のため選任した組織の形態に関わりなく, 公的な行政の任務を遂行するため選任された者」が含まれる(ドイツ刑法11条1項2号)。しかし, ただでさえ広範なその人的範囲は, 「公的職務に対し特に義務を負う者」(刑法11条1項4号)も賄賂罪の構成要件に該当することから, なお一層拡大されている。

これについて比較法的にみると, 多くのヨーロッパ諸国, およびカリフォルニア州, ニューヨーク州などの合衆国の各州も, その内容からして捕捉される人的範囲の性質がドイツと類似していることに注目すべき

いためではないかと思われる。イギリス、オランダ、ポーランド、スイス、スロヴェニアが、このような諸国に属する⁽¹¹⁾。特にスウェーデンは、イギリスもそうであるが、汚職腐敗に比較的煩わされていないようである⁽¹²⁾。

ドイツ連邦共和国に関しては、国際的に比較すると、汚職現象の規模についても、現行の刑罰規定の適用範囲と刑の重さについても、これまで中間的な位置にあったといえる。とりわけ刑罰規定につき、上述の新汚職腐敗防止法によってどの程度の変化が生じたかという問題について、さらに個別的に扱う。もちろんその際には、まず最近の裁判例を検討することが、法改正による効果の説明となりうる。

- (1) A. Eser/M. Überhofen/B. Huber (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Freiburg 1997*. 以下で引用する各国についての報告 (LB と略記) は、すべて同書所収のものである。
- (2) しかし、例えばスウェーデンおよび英米の刑法体系を参照されたい。部分的に著しい相違のあることがわかる。K. Cornils, LB Schweden, II.; B. Huber/W. Beck, LB England und Wales, II. 2. a.; J. Benseler, LB USA, A. II. 1.
- (3) しかし、このような相違は、各国報告者の感覚の違いによっても異なってくるほか、また、その時々々の社会情勢のゆえに、一様な相違とならないこともありうる。
- (4) S. Hein, LB Italien, I. 1. und VI.
- (5) K. Ambos/J. Woischnik, LB Kolumbien, I.
- (6) S. Lammich, LB Rußland, I. 1.
- (7) S. Tellenbach, LB Türkei, I.
- (8) T. Richter, LB China, I.
- (9) Cornils, LB Schweden, I.
- (10) H. Barth, LB Frankreich, I. フランスでも、数多くの疑獄事件が現実起こったことから、人々が敏感になっている。; C. Papacharalambous, LB Griechenland, I.; K.-F. Lenz, LB Japan, I.; Überhofen, LB Österreich, I.; P. Hünerfeld, LB Portugal, I.; M. Hoffmann, LB Spanien, I.; Benseler, LB USA, A. I. 3.

確かに、ほぼ全ての国々に、賄賂罪に関して少なくともほぼ共通する規定が存在し、基本構成要件は一律に類似しているが⁽²⁾、例えば捕捉される人的範囲、利益と職務行為との関連のような構成要件要素には重要な点で相違がみられる。

さらに、訴訟法と法実務の相違、とりわけ訴追の実際に関する相違もある。刑法の有効性が捜査の能力と検察の立証活動に高度に依存することは、常に明白である。捜査当局が犯罪行為の情報を何らかの方法で獲得し、かつ、その行為を立証する機会がある場合にのみ、刑事訴追は機能する。本稿では、この点に関する諸国の状況は一部のみを取り上げるにすぎない。

多くの国で汚職腐敗に対する問題意識は高まっているが、汚職腐敗問題の置かれた重要度は極めて異なって評価されているようである。検討される全ての国々の汚職腐敗の状況に関する問題意識は、近年さらなる発展をみせているが、問題の緊急性に対する受け止め方は、国によって異なっている。

一連の諸国では、自下、汚職腐敗は社会に切迫した危険性があると考えられている⁽³⁾。第一に、イタリア⁽⁴⁾、コロンビア⁽⁵⁾、ロシア⁽⁶⁾、トルコ⁽⁷⁾、中国⁽⁸⁾がそうである。第二に、これら以外の国においても、差はあるが、汚職腐敗の受け止め方は同様である。スウェーデンでは、汚職腐敗問題は外面的には緊急を要しない観を呈しているにもかかわらず、独特の規定があるだけでなく、極めて敏感に対応していることが注目される⁽⁹⁾。同様に、フランス、ギリシア、日本、オーストリア、ポルトガル、スペイン、アメリカ合衆国⁽¹⁰⁾、ベルギーでも、最近の多くの事件を背景に、高度の感受性が示されている。第三に、以下の諸国には、みどころ問題意識はそれほどではないようである。おそらく、それは、少なくとも二、三の国では、汚職腐敗が現実重要な役割を演じていな

とした。そこで、バイエルン司法省は、1995年7月に、「汚職腐敗犯罪の刑法および刑事訴訟法に関する比較法的研究」に関する検討を、我々マックス＝プランク研究所に依頼してきたのである。

一研究機関としては、せいぜい、可能な規制方法を示すことはできても、政府のなすべき決定を代行することはできない。それゆえ、我々は意識的に、報告対象を外国法の考察とありうる解決モデルの提示に限定し、規制方法のいずれか一方に賛成することは意図しなかった。その分類、対比、そして比較を通じた比較法的断面で、一定の評価が不可避であるとしても、その評価が短絡的に政策として推奨されるべきではない。換言すれば、学者として我々がなすうことは、立法者を啓蒙することだけであり、その決定は立法者みずからが下さなければならないのである。

バイエルンの立法提案は、多面に及ぶ議論のすえ、1997年8月13日のドイツ連邦議会により、「汚職腐敗防止法」(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption) (KBG) として可決された。同法は同年8月20日に施行され (BGBl. 1997 I S. 2038)、外国刑法の類似した制度として既に知られている幾つかの新規定を含んでいる。

- * 本稿の準備に際して、司法修習生ステファン・マイヤー氏の援助を受けた。氏には特別な感謝の意を表しなければならない。

Ⅱ. 比較法的研究の対象国の選択と全体の印象

マックス・プランク研究所の研究⁽¹⁾は、全部で19カ国についての報告から構成されているが、その報告の量、内容の深さは様々である。ヨーロッパ各国の大部分以外にも、アメリカ合衆国、南米のコロンビア、中華人民共和国のほか、特に日本も我々の研究対象国に含まれている。

研究対象とした国とその法体系は、全く異なつた様相を呈している。

比較法からみた刑法による汚職腐敗の防止*

アルビン＝エーザー

I. 国家および社会の癌性潰瘍である汚職腐敗

国家と社会の「癌性潰瘍」である汚職腐敗、「内部の敵」である汚職腐敗、法治国家的民主体制の体内にある「危険な毒害」である汚職腐敗、国家および社会を決定する者の信頼を「内部から崩壊させるもの」である汚職腐敗、国域を越えた組織犯罪の「異常増殖」である汚職腐敗、そして、この間に、それが「全く日常的な馴れ合い」になってしまった。これらは、国家および経済活動における贈収賄と官紀の乱れに関して頻繁に報道された多様な特徴づけの一部を掲げたにすぎない。その病的な異常増殖が制度に随伴し、宿命的な実際に新しい現象であるのか、それとも、そうではなく、合法的な進め方や白日の下では達成困難な政治、経済あるいは純粹に個人の目的を達成するために、たとえ人目につかない方法ではあれ、すでに以前から、同様な「袖の下を使う手口」や「潤滑油となる手段」が存在していたのではないか。この問題はなお論争の余地があるかもしれない。しかし、今日では、これらの現象が比較にならないほど明敏に認識され、鋭利な問題意識をもって対処されていることは、疑う余地がない。

今日、汚職腐敗の危険性およびその防止の必要性について、世界に広く見られる予防警戒態勢の強化に鑑み、ドイツの政治も、もはや手をこまねいているわけにはいかなかった。とりわけバイエルン司法省はその解決策を練るにあたり、当初よりドイツの国内事情に視点を限定せず、国外に視野を広げて、異なる規制手段を持つ他国の経験をも考慮しよう

における執行の赤字（不足）」にも深く関係していると思われ、我々の関心をも十分に満たしていただいた⁽¹⁾。改めてエーザー教授の数々の御教示に感謝の意を表したい。なお、本論文の翻訳については、昨年3月の骨折事故で訳者（長井）が執筆不能になり、内田浩（成蹊大学講師）および藤井学（本学大学院法学研究科博士過程）の両氏に急遽代訳をお願いしたところ快諾頂いたので、その訳文に依拠して当日の講演翻訳を実施することができた。ここに掲載の翻訳は、訳者三名の共同作業によるものである。訳の不適切等について読者の方々より教示頂ければ幸いである⁽²⁾。

- (1) 長井圓「VI 今なぜ組織犯罪を考えるか——シンポジウムの意義と組織犯罪対策立法」長井ほか『世界的視座から考える組織犯罪』神奈川大学法学研究所研究年報16号（1997）22（233）頁以下、長井圓編「ORGANIZED CRIME：A World Perspective」神奈川法学31巻3号（1997）1頁以下、藤井学「ドイツの犯罪結社罪に関する一考察」神奈川大学大学院法学研究論集8号（1999）1頁以下。
- (2) すでにドイツの賄賂罪に関しては、内藤謙・総合判例研究叢書刑法（14）「賄賂の概念」（1960）、宮沢浩一「西ドイツ」『特集 現代の汚職——ロッキード事件を契機として 第三部 外国の法制と実情』ジュリスト臨時増刊676号（1978）73頁以下、北野通世「収賄罪の一考察（1）・（2）」刑法雑誌27巻2号（1986）259頁以下・同28巻3号（1988）378頁以下、斎藤信治「賄賂罪の保護法益——信頼保護説の妥当性（1）～（3）」法学新報96巻1・2号（1989）73頁以下・同96巻3・4号（1990）49頁以下・同96巻5号（1990）1頁以下（特にドイツについては（3））、川口浩一「企業の腐敗防止と刑事責任——最近のドイツの動向を中心として」奈良法学会雑誌10巻3・4号（1997）75頁以下、只木誠「ドイツにおける『汚職対策（政治腐敗防止）法』について（1）・（2）」獨協法学46号（1998）287頁以下・同47号（1998）449頁以下、同「Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13 und 20 August 1997——Vergleich mit der gesetzlichen Regelung in Japan——」獨協法学47号（1998）512（161）頁以下等の研究がある。

く要請されることになるであろう。その際の最終的手段として刑事法の果たすべき役割は大きい。このような観点からすると、エーザー教授の本論文の内容を詳細に紹介する意義は、決して少なくないと思われる。とりわけ、本論文は狭義の賄賂罪のみでなく、経済（競争）法にもまたがる関連規定、その刑事手続にも及んでいる点に特色をもつ。

本論文は、1997年8月13日に成立した汚職腐敗防止法によるドイツ刑法の賄賂罪改正の端緒をなしたバイエルン州の立法提案に関して、同州司法省から委託を受けたマックスプランク研究所の鑑定報告書を基礎としている。同報告書は、Albin Eser/Michael Überhofen/Barbara Huber (Hrsg.), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht, Ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Bestechungsdelikten im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums des Justiz, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Band 561 (1997), S. 1—S. 795* として同研究所刑法叢書61巻に刊行されている。編集主幹のエーザー教授の序、賄賂罪比較研究の専門家であるユーバーホーヘン研究員の概説、および19の国別報告（ベルギー・P. Hünerfeld, 中国・Th. Richter, イギリス・B. Huber/W. Beck, フランス・H. Barth, ギリシア・Ch. Papacharalambous, イタリア・S. Hein, 日本・K-F. Lenz, コロンビア・K. Ambos/J. Woischnik, オランダ・I. W. M. van de Reyt, オーストリア・M. Überhofen, ポーランド・E. Weigend, ポルトガル・P. Hünerfeld, ロシア・S. Lammich, スウェーデン・K. Cornils, スイス・H. Vest, スロヴェニア・D. Korošec/E. Weigend, スペイン・M. Hoffmann, トルコ・S. Tellenbach, USA・J. Benseler）からなる活潑な文献である。エーザー教授の本論文（翻訳）には、その報告書の的確な要約を超えて随所に炯眼が示されていることは、言うまでもないところであろう。

エーザー教授は、訳者（長井）の「組織犯罪」についての本講演依頼に対して、本表題がより適切ではあるまいか、と応えられた。しかし、このテーマは、手続法の問題を含めて、「組織犯罪」あるいは「環境法

翻 訳

アルビン＝エーザー
比較法からみた刑法による汚職腐敗の防止*

長 井 圓
内 田 浩 共訳
藤 井 学

訳者はしがき

本稿は、1998年3月20日、マックスプランク外国・国際刑法研究所長のアルビン・エーザー教授（フライブルク大学）が日本クレジット協会クレジット研究所（東京都新宿区）において講演された論文 Albin Eser, Strafrechtliche Bekämpfung der Korruption in Rechtsvergleichender Perspektive S. 1-S. 29を翻訳したものである。

本論文の主題とされている政官業をめぐる汚職腐敗は、単に賄賂罪という刑法の一領域ではなく、わが国でもロッキード疑獄事件に代表される連綿と続く深刻な社会構造的問題であって、今日の規制緩和・行政改革にも連なる緊急な法と政治の課題でもある。それゆえ、これまでも特に、刑法の一部改正で贈収賄罪の拡張や法定刑の引き上げがなされてきた。1980年にも法定刑の引き上げと同時に国際捜査共助法が制定され、政治資金規正法も何度か改正され、1994年には政党助成法が制定され、また公職選挙法の改正により収賄罪の刑に処せられる者には公民権停止と連座制の強化がなされ、さらに、1998年には不正競争防止法の改正で外国公務員への贈賄防止規定が新設された。そこにも示されているように、汚職腐敗は、同時に単にわが国あるいは外国に共通する国内問題ではなく、国域を超えて発生する国際問題であり、その防止解消にあたっては、国際的司法共助のみならず国際的基準による法規制が今後一層強