

## 汚職理論へのアプローチ

ルイス・グレコ\* (Luis GRECO)

(佐川 友佳子 訳)

汚職は、法政策的並びに法解釈学的にもアクチュアルなテーマです。法政策レベルとしては、2014年4月の議員贈収賄の拡大<sup>1)</sup>、刑法299条の改正、そして外国公務員への贈賄が新たに可罰的となったこと(両者ともに2015年11月)<sup>2)</sup>、保健機関における汚職(刑法299条a, b)<sup>3)</sup>、スポーツ汚職(刑法265条c, d)に対する犯罪構成要件の導入に関する議論を思い起こせば良いでしょう<sup>4)</sup>。対して法解釈学的には、このテーマは1997年の大改正以来、絶えずアクチュアルな問題です<sup>5)</sup>。これについて明らかなのは、これ以降になされた、大学の外部資金獲得(BGHSt47,295; 48,44)、選挙の際の寄付(BGHSt47,274; BGH NJW2007,3446)、スポーツ行事に関する無料券の配布による接待(BGHSt53,6)そして最後に、スクールフォト・キャンペーン(BGHStV2012,19)に関するBGHの諸判決です。そこで挙げられた問いに対する個々の態度決定の背後にある明確な路線は、法政策的な段階でも法解釈学的段階でも、立法においても判例においてもはっきりしません。確認されるのはむしろ、個別的な論拠の蓄積であり、そこには、モラリズムこそあれども<sup>6)</sup>、犯罪学的な実務上の考慮は欠如しています<sup>7)</sup>。

この小稿の関心は、失われてしまった明瞭な路線を提案しうる理論を素描することにあります。

---

\* ベルリン・フンボルト大学教授。本稿はGA2016, 249において公表されたテキストを基に、関西大学法学研究所第54回現代法セミナーで実施した講演原稿を翻訳したものである。

- 1) Gesetz v. 23.4.2014 (BGBl. I S. 410); これにつき *Francuski* HRRS 2014, 220.
- 2) Gesetz v. 20.11.2015 (BGBl. I S. 2025); これにつき *Schünemann* ZRP 2015, 68; *Dann* NJW 2016, 203.
- 3) Gesetz v. 30.5.2016 (BGBl. I S. 1254); 全体について *Kubiciel/Hoven* (Hrsg.), *Korruption im Gesundheitswesen*, 2016.
- 4) Gesetz v. 11.4.2017 (BGBl. I S. 815); これにつき有益なのは *Satzger* Jura 2016, 1142. この刑罰規定は(正確には後述IV. 5を参照)汚職ではなく「競技スポーツ詐欺」及び「プロスポーツ競技の操作」と表現されている。
- 5) 現代的視点からの改革につき *König* JR 1997, 397を参照。
- 6) 典型例については検事長 *Schaupensteiner* の寄稿 *NStZ* 1996, 409を参照。その冒頭で既に「拡大する賄賂状態」、「汚職というヒュドラ」に対し「騎士」として描かれた刑事訴追者の闘争が話題とされている。正当にも、その議論の中で拡大するモラル化されたトーンに対しては *Dann* NJW 2016, 204.
- 7) 最近の例として：刑法旧299条1項の賭けにおける優遇というメルクマールは、立証が困難であるがゆえに問題とされた(Annex Germany to the EU Anti-Corruption Report, COM [2014] 38 final, S. 6 f.); 立証困難との論拠に反対するのは既に *Dölling*, *Gutachten zum 61. DTJ* 1996, C 63.

汚職とは何か、そしてその当罰性はどこにあるのかを知ってようやく議論の中で提示された個々の主張の正当性を判断しうる基準を用いることができるでしょう。理論ではなく、単なる「アプローチ」とするのは、ここでは差し当たっての考慮のみが可能であって、それを完全に展開し、確実なものとするためには、おそらくモノグラフィが必要とされるであろうことを自覚しているからです。

まずは、法益問題を明らかにすることから汚職の本質に関する帰納的推論が引出されるか否かが検討されます（後述Ⅰ）。法益を特定することは、汚職の行為無価値に関する中心的問いに実際には答えるものではないことが明らかにされます。次の段階では、こうした行為無価値を露呈しうる、汚職に関する固有の理解の定式化が試みられます（後述Ⅱ）。続いて、こうした理解は、判例によって決定された事例群について即座に検証される、不法な約定（Unrechtsvereinbarung）という概念を厳密に規定することによって、法解釈的に実りをもたらすものとされます（後述Ⅲ）。最後に、汚職犯罪の立場に関するいくつかの帰結が、相互的にも、各則の他の構成要件との関係においても引出されます（後述Ⅳ）。

## I. 法益を問うことの不十分性

収賄罪の法益を決定することに関する周知の論争を、ここで新たに繰り広げるものではありません<sup>8)</sup>。この先行問題を明らかにすることが、我々の問題の解決とみなされるのかについては疑わしいことだけが表明されます<sup>9)</sup>。というのも、法益問題は、第一には汚職の結果不法に関連するもの、つまり、いわば汚職不法の半分にしか関連しないものだからです。依然不明確なのは、汚職が、何故、完全に一定の行為態様の場合にのみ、つまり、利益の提供と収受をする場合にのみ問題となるのか、ということです。利益の提供よりも、場合によっては一層効果的に国家意思を歪曲し<sup>10)</sup>、職務遂行の客観性<sup>11)</sup>、ないしはそれらに関する公の信頼<sup>12)</sup>を損なうような公務員の強要は、なぜ汚職ではないのでしょうか？詐欺又は背任を、ただ財産概念を決定することからは解釈し尽せないと同様に、法益を引き合いに出すことによってこの問いに対する解答を期待することはほとんど不可能です。

もしかすると、本来は決定的な、この犯罪の本質を巡る、行為不法をも包括する問いがほとん

---

8) この議論に関してはとりわけ *Roxin*, FS Kargl, 2015, S. 459 (461 ff.); 加えて *Loos*, FS Welzel, 1974, S. 879; *Dölling* (Fn 8), C 50 ff.; 詳細は *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 239 ff.

9) 同様に *Saliger*, FS Kargl, 2015, S. 492 (497), 汚職の不法に関する扱いについて; さらに詳細には *Kindhäuser* ZIS 2011, 461 (468): 「汚職 (とは) ただ侵害形式であり…欺罔、脅迫、又は暴力に類似する」

10) とりわけ、かつての学説として、例えば *Baumann* BB 1961, 1057; *Arthur Kaufmann* JZ 1959, 375 (377); *Bockelmann* ZStW 72 (1960), 251 (257); *Henkel* JZ 1960, 507 (508 f.) (全て刑法典332条についてのみ)。

11) *Dölling*, Gutachten, C 49; *Sowada* LK-StGB 12. Aufl. 2009, vor §331 Rn 36.

12) BGHSt 15, 88 (97); BGH NSTz 1987, 326 (327); *Dornseifer* JZ 1973, 267 (268 f.); 近時の学説では通例、信頼の構成要素と並んで更なる観点を把握する複合的な法益を問題とする。例えば *Korte* MüKo-StGB 2. Aufl. 2014 § 331 Rn 8; *Rosenau* SSW-StGB 2. Aufl. 2014 § 331 Rn 7を参照。

ど提起されないがゆえに、汚職犯罪の法益に過度に取組むことに繋がっているのかもしれませんが。法益問題を中心にするのは、「結果寄りの」考察方法になってしまい、それは現行法規だけではなく、おそらく、腐敗した態度の直感的なイメージにも不十分にしか合致しないでしょう。というのも、両者にとってもその利益が中心に据えられるでしょうが、これは、場合によっては、その利益から生じうる結果とはなおも独立しうるからです。例えば現行法規は利益を職務遂行に関して提供された利益と規定していますが（最も明確なのが刑法332条1項「行った」）、国家意思を歪曲しうるものであることも、職務遂行の客観性を損なうものであることも規定していません。つまり、こうした客観性への信頼は、その事象が明らかになることによってはじめて損なわれません。大多数は、汚職犯罪を抽象的危険犯と解釈することによってこうした隘路から逃れています<sup>13)</sup>。しかし、別の解釈、つまり——利益を事後的に受領することは、公務員が翌日に公務を離れる（その結果、公平に反する影響を受ける危険性は排除される）場合にも、またはその取引がいまだに気付かれていない場合にも、依然として問題であるということに良く対応する——その事象を独立した反価値とみなすような解釈があるかもしれません。実際、汚職の反価値は、直感的にはその利益の程度によって評価されるように思われます（莫大な利益についての規定例、刑法335条2項1号も参照）。

## II. 試論

上述のことをもって、この記述を解決しようとする課題も描写されます。それは、汚職の不法を把握する点にあります。不法とは、第一にはまさに結果にではなく、中心的には一定の方法、すなわち、利益を用いる行為態様にあります。その利益は、汚職の偶発的な行為手段ではなく、汚職にとって全くもって構成的となるものです。

### 1. 第一考察：利益收受の不法について

国家の腕として、公務員は権力の担い手です。しかしながら、リベラルな思想の前提からすれば、権力は常に正当化を要するものです。公務員の権力的地位の正当化は、国家の権力的地位の正当化と非常に密接な関係にあります。詳細には立ち入りませんが、国家はその腕と共に「人間のために」あることが確認されます<sup>14)</sup>。これに関しては、直接に公職について想起がなされます。「職務」とは、他者のための行為であり、理想的なケースでは、信頼して任せられ、他者に有用となる行為です。公務員が彼の職に忠実であり続けることを保障するためには、その職務の公領域が、その個人ないし私領域からは切り離されねばなりません<sup>15)</sup>。奉仕者が彼の職務を個人的なこと

---

13) 刑法典331条以下の解釈として、今日の圧倒的通説は抽象的危険犯とする。とりわけ *Rosenau* SSW-StGB 2. Aufl. § 331 Rn 8.

14) Art. 1 I Chiemseer Entwurf eines Grundgesetzes für einen Bund deutscher Länder v. 1948.

15) *Dölling* (Fn 8), C 49 f.も参照。彼は「職務と個人的利益との間の防波堤」という装置を問題とする；*Kindhäuser* ZIS 2011, 465：「事物に反する部分的利害を徐々に弱めていく」という要請；筆者はここからほとんど解釈学

に左右させる以上に、こうしたイメージに直接的に反することはありません。

個人的利益の領域から職務領域を切り離すことは、リベラルな法治国家にとって構成的である一般化された原則、つまり、公領域と私領域の分離ないし国家と社会の分離という原則の、領域特有の具体化に他なりません。この分離は、その必要性を、簡潔に根拠付けることが困難なほどに根本的なものです<sup>16)</sup>。ここではこうした分離は一方通行ではあり得ない、ということは記憶しておくべきです。問題なのは、ただ私的な事柄に国家が干渉することだけではありません。つまり、公的な課題を処理する場合に私的なことが侵入するという逆の事例は、同じ程度に問題であり、まさにそれゆえに、我々がここで検討している事態が生じているのです。

明確に述べれば次のようになります。つまり、その者の職務を彼自身または第三者のための利益に結び付けるような国家の奉仕者は、自由を確保する、公的領域と私的領域の分離を不明瞭にすることによって、自らの権力を濫用しているのです。利益收受の不法は、公的なことを私的なことに歪めること（*Pervertierung*）による権力濫用にあります。

## 2. 第二考察：収賄の不法

ここで展開された考えによって、収賄の不法に関する問いが、さらに有力な論拠を用いて明らかにされる、ということが考えられるでしょう。利益と適法な職務行為とを結び付けることすら許されないのだとすれば、違法な職務行為の場合には一層そうでなければならないでしょう。それに伴い、収賄と贈賄は、もはや利益收受と利益供与がその不十分な形式（*Kümmertformen*）を意味するような基本事例ではなく、加重を意味し、既に直前に挙げた犯罪の中で完全に基礎付けられている不法をより強化するものとされます。

一見すると実際に容易に思いつくこうした解釈は、不適切ではないものの、それに尽きる訳ではありません。確かに両構成要件には、共通のルーツがその基盤にあります：つまり、あらゆる権力的地位には正当化が必要であるというリベラルな思想です。権力は、その臣下の職務に位置付けられなければなりません。既に見たように、このことに利益收受の不法は依拠しています。加えて、権力は、法規によって市民化され、そして制御されている限りでは、許容しうるものです<sup>17)</sup>。収賄の場合には、別の考えが前面にあります。つまり、公職と法規（そして法）の結び付き、すなわち法律による国家の原理です。公的領域と私的領域の分離が問題となるかどうかは、その後のことです。

しかしながら、なぜ、汚職に関連するような法律による行政の侵害は利益を通じて生じなければならないのか、そして、決定権者に影響力を行使する可能性のある、より効果的な方法がなぜここでは排除されるのが問題となります。その答えは、法に拘束された国家行為の構造を思い

---

的な帰結を引き出さない（これについては後述Ⅲ. 1）。

16) 詳細は *Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit*, 1973.

17) 権力の抑制と市民化としての合法性については *Greco, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, S. 262 ff.; *ders. GA 2016*, 138 ff. (144).

浮かべると明らかになります。公共の福祉——つまり諸利益の総体——を目的とする国家は、その目的を、プラトンの政治家のように、自由な判断（Gutdünken）に従って追及している訳ではありません<sup>18)</sup>。むしろ、こうした国家は、法律に従い、それを遂行し——執行することによって、その任務に適合しているものとされます。つまり法律とは、その枠中で国家とその奉仕者が利益を追及しても良い、という枠組みなのです。それゆえ、法律の枠を超えるような利益、すなわち違法な利益は、公共の福祉を実現しようと努めるものの、法律の限界内でのみ行為することに限定されている国家にとっては特別な誘惑（Versuchung）なのです。

ここで述べたことは、皆認めるように、いくぶん粗雑ではありますが、大筋では明白な二つの二分法に基づいて明確にされます。最初の二分法は、条件プログラム（Konditionalprogramm）と目的プログラム（Zweckprogrammen）<sup>19)</sup>であり、第2の二分法は、規範国家（Normenstaat）と措置国家（Maßnahmenstaat）<sup>20)</sup>です。法規は、条件プログラムであって、目的プログラムではありません<sup>21)</sup>。つまり、法規の適用とその遂行は、まさに、検討プログラム（Prüfprogramm）とは関係のない利益はもはや考慮され得ない、ということによって生じるのです。ここから、行政と司法の法拘束性（Gesetzesbindung）にとって、法律的に許容されない利益が特に危険であることが明白になります。利益は条件プログラムから目的プログラムを創設します。すなわち、まさしくそれは法拘束性の観念と正面から矛盾します。法拘束性に疑念が提起されることで、規範国家からいわゆる措置国家が生じるのです。つまり、収賄の不法は、公職の適法性が利益に結びついて軽視（Missachtung）されることによる権力濫用にあります。

### 3. 小括

それによって、利益收受も収賄も、利益に結びついた濫用の審級（Instanzen）であることが明らかになります<sup>22)</sup>。確かに、濫用に対する利益の「内部」関係は、両構成要件の場合、異なる形象を示しています。利益收受にとって構成的となるのは、公を私へと歪めることです。収賄の場合には、公職の適法性を利益に結び付けて軽視することが問題となります。

## Ⅲ. 解釈学的翻訳：私と公の結合（刑法331条1項、333条1項）ないし法律侵害と利益の結合（刑法332、334条）としての不法協定（Unrechtspakt）

1. 利益收受と収賄の本質について形成されてきた理解は、ほんの中間段階を経て、解釈学的領

---

18) Platon, Der Staatsmann, in: Löwenthal (Hrsg.), Sämtl. Werke, Bd. II, 1982, 294A f. (S. 793).

19) 基本的に Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 195 ff.

20) 基本的に Fraenkel, Der Doppelstaat (1974), S. 21, 26 ff., 39 ff., 96 ff.

21) Luhmann (Fn 19), S. 203 f.

22) 同様に、権力濫用の面を強調するのは Kindhäuser ZIS 2011, 462:「利益を委託的な決定権の行使と利害に反する形で結び付けること」; Sinner, in: Matt/Renzikowski, StGB § 331 Rn 4; T. Zimmermann ZStW 124 (2012), 1023 (1027).

域に転用されます。入口としては、汚職犯罪の核心を具現化しているとされる、不法の約定 (Unrechtsvereinbarung) という規範的概念が機能します<sup>23)</sup>。不法の約定という従来通りの表現は、利益と職務遂行 (あるいは職務行為) の「等価関係」<sup>24)</sup> ないしは結び付きとして用いられてきましたが、次第に不備があると認識されるようになっていきます。近時の試みは、こうした「論理的」関係に、規範的な構成要素を付け加えるものです。例えば、このような結び付きは「規則違反<sup>25)</sup>」または「許容できない<sup>26)</sup>」といったものであるというものです。こうした規則違反ないし非許容性の内容的特徴は、通例、依然として不明瞭なままです<sup>27)</sup>。こうした立場からは、上で描写された考察が手がかりとなりうるでしょう。

そこから、利益収受の場合にも収賄の場合にも、不法の約定の内容に対する帰納的推論が引出され得ます。職務行為と利益の結び付きに関するこの規則違反は、公と私を連結することにあります。つまり、公の領域で作用する利益は、不法の約定を基礎付けることはできません<sup>28)</sup>。私的利益との結び付きは、公務員自身又は第三者のためのものであってはじめて利益収受となるのです。

これに対して、収賄の不法が、公職の適法性を利益に結び付けて軽視するところにあるとすれば、問題となっている不法の約定は、論理的な関連性を超えた規範的構成要素を要求することはできません。利益と違法な職務行為との各結び付きが、収賄の意味における不法の約定なのです。

2. それによって、ここ数年来のあらゆる難しい事案を、確実に、そして直感的にもっともらしく解決できるほど明白な指導原理 (Leitfaden) を手にしたのです。

a) したがって、ほぼすべての外部資金要求の事案は、汚職刑法からは外れます。要求された利益は、研究する公務員の私的領域にはなく、大学の研究それ自体に関係するものであって、それによって、公私の結合は欠けていることとなります。大学法上の告発手続及び認可手続が遵守

---

23) 例えば Volk, GS Zipf, 1999, S. 419 (420); T. Zimmermann ZStW 124 (2012), 1023 (1032):「核心」; Rosenau, SSW-StGB § 331 Rn 27.

24) RGSt 2, 129 (129):「対価又は反対給付」; RGSt 77, 75 (76):「反対給付」; BGH NSTZ-RR 2007, 309:「対価関係」; Korte, MüKo-StGB 4. Aufl. § 331 Rn 93; Schönemann, FS Otto, 2008, S. 777 (782):「双務関係」。

25) 基本的に Volk, GS Zipf, S. 421 f.; 賛同するのは Roxin, FS Kargl, S. 463.

26) Kuhlen JuS 2011, 673 (673):「相互関係」と「不法連関」を問題とするのは Schuhr, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 338 StGB Rn 44 ff., 53 ff.

27) Volk, GS Zipf, S. 423を参照。「公務員として諸決定を買収されてはならないという規則に対する抵触」、一層明確な内容は、その規則の内容が知られている場合に示されるであろうという定式化 (これを Volk は第一人者として自ら主張している, S. 425 f.); Kuhlen JuS 2011, 673 (677) によれば、規範的構成要素は論理的構成要素から識別される; この識別は、社会的に相当な財政援助の事例、あるいは他の法領域における価値と衝突する場合、弱体化される。他の可能性は、規範的構成要素の行政法従属的な理解であろう (これについては特に T. Zimmermann ZStW 124 [2012], 1023 [1027 ff.]) — ジレンマに至るきっかけは、行政内部的 (つまりは懲戒的) 不法を刑法的不法に格上げするか、あるいはその従属性が単に非対称的な従属性として構想される場合には (例えば Zimmermann, 同書, S. 1029)、この非対称性の輪郭を示すために未知の外部基準に依拠せざるを得ない。

28) 結論的に近いのは LG Bonn StV 2001, 292.

されていたかどうかという問いは<sup>29)</sup>、問題とはなりません<sup>30)</sup>。加えて、原則的にはせいぜいのところ懲戒的な不法を基礎付けるような内部的な行政事務違反から、なぜ可罰的な汚職が生じるものとされるのかは、さほど明白ではないのです<sup>31)</sup>。しかしながら（私的段階でなされる）顧問契約を持つ教授の報酬は、可罰的な利益供与である、ということは自明のことと理解されます<sup>32)</sup>。

b) 有力な公務担当者に贈られたサッカーチケットは、公的領域でなされた利益、すなわちこの職位を利用した利益です。それゆえに利益收受は問題になりません<sup>33)</sup>。異議が申し立てられるとすれば、公務員はまさに、サッカーの試合を楽しむことのできる私人として、チケットから利益を得たということです。しかしこのことは単なる偶然であるだけではなく——つまり可罰性の問題にとっては、その公務員がサッカーファンかどうかは決定的な問題ではありえません——このチケットを公的領域に位置付けることは、次のことによっても確認されます。つまり、代議士という職にある公務員が、無料チケットを入手しなかった場合に、チケットをその団体ないしは機構名義で購入することはさほど不相当とは思われぬ、ということです<sup>34)</sup>。同様に、スクールフォト（学校写真）の状況が解決されます：ノートパソコンという利益は、学校にとって利益となりますが、同時に公的領域に留まっているので利益收受は存在しないのです<sup>35)</sup>。ここで主張されるアプローチの強みは、こうした「誰も損害を被らず、すべての当事者が利益のみを得る」<sup>36)</sup>ので、「不処罰は本来的に当然とされる」<sup>37)</sup>事案が、明らかに不処罰であると説明されることです。

c) 選挙時の寄付の場合には、上述のことに基づけば、選挙の平等性の原則は、原則的な不可罰にとって決定的な観点とは思われません<sup>38)</sup>。むしろ、選挙戦は——少なくとも、ある種の、より特定されうる領域の中で<sup>39)</sup>——公的な領域に位置付けられることが問題なのです。

---

29) しかし例えば BGHSt 47, 296 (306 ff.); BGH wistra 2003, 303 (305); NStZ-RR 2003, 171; 学説からは *Kuhlen* JR 2003, 231 (234 f.); Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB § 331 Rn 42; Korte, MüKo-StGB § 331 Rn 124; Fischer, StGB § 331 Rn 27 d.

30) せいぜい、その利益が公的な段階にのみ移行したわけではない、ということに対する兆候としてである。

31) 外部資金提供に関する大学法上の手続きを遵守すれば、職務の公正性と不可買収性に対する信頼を毀損しない、という BGH の法益に依拠した論証は (BGHSt 47, 295, 303)、行政内部の手続きが外部的効力をもたらさう、というフィクションに依拠している。ここで主張される観点からは、いわゆる「ハイデルベルク事件」における、手続きを遵守しなかったことに依拠した有罪も (BGHSt 47, 295, 303 ff.)、逆となる。上述注26) も参照。

32) これについては *Dietrich/Schatz* MedR 2001, 614 (617) も参照。

33) I. Erg. 同様に *Roxin*, FS Kargl, S. 474 f.

34) この考慮は *Trüg* NJW 2009, 196 (198) の場合も。

35) I. Erg. 同様に *Roxin*, FS Kargl, S. 474 f. BGH によって利益獲得に対する法的基盤が欠けるということに照準が合わされる場合には (BGH StV 2012, 22 Rn 23 ff.)、行政的不法の存在から、許容できないほど刑法上の不法が推論される。

36) スクールフォトキャンペーンについて *Roxin*, FS Kargl, S. 473.

37) サッカーチケット事件について *Kuhlen* JR 2010, 148 (154); 賛同 *Roxin*, FS Kargl, S. 472.

38) なお BGHSt 47, 275 (288 ff.); 同様に *Saliger/Sinner* NJW 2005, 1075; *Dölling* JR 2005, 519 f.

39) 場合によっては政党法25条2項が援用される可能性はある (これについては *T. Zimmermann* ZStW 124 [2012], 1023[1051], ただ、不法の約定についての彼の行政法従属的な理解に基づく); しかし、ここで主張

d) ここで展開された考察は、多くの更なる状況を難なく解決することができます。利益收受の明白な事案は、郵便局員が卓球協会のお金を收受したというものです<sup>40)</sup>。国庫又は公益施設への金銭支払いの賦課と、検察官を通じた手続の打ち切りとを交換すること（刑事訴訟法153条a）は、不法の約定ではありません<sup>41)</sup>。なぜなら、その交換は、公領域を離れてはいないからです；しかしながらこのことは、検察官の妻が公益施設を管理している場合には異なるでしょう。同様に、捜査中の警察官の車に、捜査に利害関係のある被害者によってガソリンが補給されることは可罰的ではありませんが、それはその利益が、「手段」であり職務遂行の対価ではない、という理由からではなくて<sup>42)</sup>、この公共性が、公の事実と結合しているからなのです。

#### IV. 帰結

ここで展開された考察は、各則の他の構成要件と同様に、汚職犯罪相互の位置づけ並びに各則の他の構成要件に関する再考も認めます。

1. 第一にこれは、利益收受と収賄の関係に関する古典的な論争において細分化された立場へと行き着きます。収賄は、古典的な見解によって別の（aliud）関係が問題とされるわけでもなく<sup>43)</sup>、今日支配的な見解のように、利益收受の単純な加重として見なされるわけでもありません<sup>44)</sup>。収賄は、違法な職務行為が私的な利益と結びつく場合にのみ、加重類型なのです。公的な利益と結びつく場合には、利益收受の不法は肯定されることなく、ただ収賄が実現されているのです。両方の犯罪の競合関係に対するこうした細分化された見解がいかなる帰結を有するののかは、後の機会に検討されねばなりません。

2. ここでの考察に基づいて、一般的な汚職犯罪の可能性に関する疑問を明らかにするための道筋も展開されます<sup>45)</sup>。ここで述べられた利益收受と収賄を、利益に結びついた権力濫用の審級として特徴付けることは、一般的な汚職犯罪の形式に関し、ほとんど克服できない疑念に至ります<sup>46)</sup>。なるほど、より高い抽象段階の上に、常に、異質な現象を見かけ上、一つの屋根の下にまとめるような、次善の内容の乏しい上位概念を構築することはできます——例えば、規則に違反した利

---

される観点からすれば、これは、政党法が関連する生活領域に対する公的境域の限界を輪郭付ける、という点に根拠を持つものであろう。

40) BGHSt 15, 286.

41) 同様に i. Erg. Roxin, FS Kargl, S. 465; Volk, GS Zipf, S. 420; Schönemann, FS Otto, S. 784 f.; Bock/Borrmann ZJS 2009, 625 (631 f.) も参照。

42) OLG Zweibrücken JR 1982, 381; ebenso 同旨 Kuhlen NSTz 1988, 433 (439); Paster/Sättle NSTz 2008, 366 (373); Korte, MüKo-StGB § 331 Rn 94. OLG Zweibrücken の判決ではここで決定的とされる見地が想起される。政治家はその利益を「まさに私的目的ではなく、公職それ自体のために」投入したのである (382)。

43) BGH JZ 1959, 375にその限りで賛同的なのは Art. Kaufmann; Bockelmann ZStW 72 (1960), 251 (257); Henkel JZ 1960, 507 (508 f.); Baumann BB 1961, 1058.

44) とりわけ Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB § 332 Rn 1.

45) Ahlf, Kriminalistik 1996, 154 ff., 156; Jähnke, Verhandlung des 61. DJT, 1996, Bd. II/2, L 87 ff, L 89.

46) Volk, GS Zipf, S. 428; Dölling (Fn 9), C 53; Kindhäuser ZIS 2011, 468; Saliger, FS Kargl, S. 498.



益の交換<sup>47)</sup>、あるいは2人の主人に対し、利益を義務付けられ、利益相反となる召使いたちなど<sup>48)</sup>。しかし、国家権力は様々な理由から、とりわけ国家に求められる正統性ゆえ、あらゆる他の単なる「社会的」権力形式と比較すると特別な性質を示すものであるため<sup>49)</sup>、国外の関係を把握する一般的な汚職犯罪を問題とする場合には、重要な差異が均質化されてしまうのです<sup>50)</sup>。

3. それと共に、商取引における汚職の形象に関しても賽は投げられました。上述の意味における汚職不法は、刑法299条の場合には既に権力濫用が欠け、存在しません<sup>51)</sup>。——少なくとも一部では<sup>52)</sup>——誤解された背任そのものが問題となっているという疑念を払拭することは難しいのです(刑法299条1項1号にいわゆる事業主モデルが導入された2015年末の改正後はなお一層できません<sup>53)</sup>)。

4. いわゆる保健機関の汚職も、こうした理由から、それだけを取れば、汚職ではありません(刑法299条a, b)。しかしながら、これは、なおも汚職が問題とされていることを少なくとも理解できる程には、上で述べた現象に類似しています。というのも、当然、国家とその公務員の権力的地位とは多面的に区別されるものの、医師も、患者との関係では権力的地位にあるからです。つまり、病気で、何も知らず医師らを頼りにしている患者にとっては、医師は同様に避けられないものだからです。それゆえ、医療職においても権力抑制の試みが存在するのです。医師は、自らの人生を人道性の奉仕に捧げ、患者の健康を自らの行為の最高の使命とみなすことを義務付けられています<sup>54)</sup>。つまり彼らは、ある意味では同様に「奉仕者」なのです。それゆえ、ここで汚職とは別の名称を用いることがより良いかもしれないとしても<sup>55)</sup>、例えば製薬業界からの利益收受によってこの権力的立場を濫用することは、当罰的なのです<sup>56)</sup>。

5. いわゆるスポーツにおける汚職については、ほとんど何も述べる必要はありません：そのようなものは存在しません<sup>57)</sup>。権力が行使されていない領域で利益を交換することを犯罪化する(例えば刑法265条c-e) 必要性はほとんど考えられないのです。

---

47) *Volk*, GS Zipf, S. 421.

48) *Saliger*, FS Kargl, S. 496 ff. – *Volk* と *Saliger* は彼らの汚職概念の純粹形式的な性質に注意を向け、そしてそれゆえに一般的な汚職構成要件を同じように否定する(その証拠は 上述 注45)。

49) *Greco* (Fn 19), S. 128 f.; *ders.* *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, S. 645.

50) 同じく公務又は政治的機能の狭い領域に限定される、より狭い汚職概念につき *Hettinger* NJW 1996, 2263 (2268).

51) *Hettinger* NJW 1996, 2263 (2273).

52) 競争に関連する部分がより良く根拠づけられるか否か(これにつき更に *Roxin*, FS Rössner, S. 908 f.; s.a. *Koepsel*, *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr*, 2006, S. 62 ff., 91 ff., 111 f.; Schwächung des für den Wettbewerb konstitutiven Leistungsprinzips als Entscheidungsmaßstab; ihm zustimmend *Rönnau* StV 2009, 302 [304]; *Saliger*, FS Kargl, S. 500 f.) は疑わしいであろう。ただ、後者の特徴付けは、汚職不法とは若干異なるものが問題となっている、ということは明らかである。

53) 批判についてはとりわけ *Schünemann* ZRP 2015, 68.

54) 例えばジュネーブ宣誓。

55) それと共に BT-Drucksache 18/6446, S. 12で有効な視点が、この見解では副次的にのみ問題となる。

56) これに対して否定的なのは *Kindhäuser* ZIS 2011, 468 f.; *Saliger*, FS Kargl, S. 501 f.

57) 異なるのは *Saliger*, FS Kargl, 2015, S. 502 f.; この点 *i.Erg* と同様なのは *Kindhäuser* ZIS 2011, 469.

6. 汚職は、私見では、将来的に考えられる二つの更なる領域で問題とされます：報道、つまり、第四の権力と、学問（知識は力なり *scientia potentia est*）とは、ジャーナリストまたは学者がその任務を裏切り、そして彼らの「スポンサー」の好みによってその職を遂行する場合には、汚職なのです。

## V. 結論

汚職は利益に結びついた権力の濫用です。利益收受の際、リベラルな国家を構成する公と私の分離は、公が私へ歪められることによって弱体化されます。そこから帰結するのは、私という領域に位置付けられうる利益のみが、利益收受の不法の約定を根拠付けることができる、ということなのです。近年問題となった多くの事例にある公との公の結合は（外部資金獲得、選挙の際の寄付、サッカーチケット、スクール・フォト）、利益收受を基礎付けるものではありません。これに対して収賄は、公職の適法性に対する侵害であり、公職は、まさしくその公共の福祉への方向付けを理由として公的領域に位置付けられうるあらゆる利益を、法規によって定められた枠内でのみ追及する、ということに拘束されるのです。