



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	競争の保護と制裁体系（一）：ドイツにおけるその基礎
Author(s)	松原, 和彦
Citation	北大法学論集, 62(1), 1-24
Issue Date	2011-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/45732
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR62-1_001.pdf



競争の保護と制裁体系（一）

——ドイツにおけるその基礎——※

松
原
和
彦

目次

序論—問題の所在—

第一節 問題の背景—「不名誉な孤立」への道程—

第二節 我が国の先行研究等の検討

第一款 法益論と区別基準論

第一項 「競争」という法益？

第二項 質的基準と量的基準

第二款 起草者の見解

第三款 法人に対する制裁を巡って

第一項 法人に対する過料の正当化？

第二項 法人に対する刑罰の正当性？

第三節 素材・視座・構成

第一款 「カルテル法の犯罪化」論―その頓挫の要因―

第二款 入札談合罪―その限定の要因―

第一項 入札談合罪と「カルテル法の犯罪化」論

第二項 入札詐欺罪と「カルテル法の犯罪化」論

一 第二次経済犯罪撲滅法案

二 経済委員会による批判

第三款 秩序違反手続法―その競争制限禁止法における意義―

第四款 構成

第一部 前提的考察

第一章 競争制限禁止法の生成と正当化可能性―秩序違反行為を中心に―

第二章 「カルテル法の犯罪化」論と入札談合罪の萌芽

第二部 「カルテル法の犯罪化」論と「不名誉な孤立」

第三章 「カルテル法の犯罪化」論の展開と頓挫

第四章 検討―なぜ「カルテル法の犯罪化」論は頓挫したのか―

第三部 入札談合罪と「不名誉な孤立」

(以上、本号)

第五章 入札詐欺罪の展開と頓挫

第六章 入札談合罪への道程

第七章 検討—なぜ入札談合罪のみ創設されたのか—

結論—「不名誉な孤立」の基礎は何か—

序論—問題の所在—

本稿の目的は、なぜドイツでは、（入札談合以外の）カルテルが犯罪行為でなく秩序違反行為であり続けるのかという問題、言い換えれば、本稿の表題の通り、ドイツでの競争を保護する法領域における制裁体系の基礎には何が存在するのかという問題に、あり得る一つの解答を提示することにある。この点を敷衍するために、序論では、第一章以降の本論に入る前に、主として二〇〇〇年代以降の資料を参照して、まず問題の背景を明らかにし（第一節）、次に我が国の先行研究等を検討し（第二節）、最後に本稿における素材等につき述べる（第三節）こととする。

第一節 問題の背景—「不名誉な孤立」への道程—

ドイツにおいて、カルテルは、競争制限の禁止に関する法律（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 以下、競争制限禁止法と略称する^②）が公布・施行されて以来、原則として犯罪行為（Straftat）ではなく秩序違反行為（Ordnungswidrigkeit）である。言い換えれば、カルテルは、裁判所が科す刑罰（Strafe）の対象ではなく、行政機関

も課し得る過料 (Geldbuße) の対象なのである。

もつとも、これまで、カルテルが秩序違反行為であるのは当然であると理解されていたわけではない。なぜなら、事実として、競争制限禁止法の起草過程ではカルテルを犯罪行為とする法律案等が存在し、また、カルテルが秩序違反行為である点につき、同法の施行直後から厳しい批判が展開され、その後カルテルを犯罪行為とする具体的な提案が公表されたことがあるからである。⁽³⁾ 但し、このいわゆる「カルテル法の犯罪化 (Kriminalisierung des Kartellrechts)」論は、もちろん実現されず、一時、「死傷者名簿 (Verlustliste) にある」とさえ評された。⁽⁵⁾

これに対して、「カルテル法の犯罪化」論が衰退した後、カルテルの一種である入札談合のみ、腐敗の撲滅に関する法律 (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption. 以下、腐敗撲滅法と略称する)⁽⁶⁾ が公布・施行されたことにより、入札における競争制限的合意の罪 (Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen) (刑法二九八条。以下、入札談合罪と略称する)⁽⁷⁾ として犯罪行為へ格上げされた。しかし、これは、直ちには同論を再燃させず、むしろそれを「完全にとまて言わないまでも、十分に黙らせた。」⁽⁸⁾ とさえ評されたのである。

もつとも、現在でも、カルテルが秩序違反行為であるのは当然であると理解されているわけではない。なぜなら、近年、「カルテル法の犯罪化」論は再燃しているからである。⁽⁹⁾ しかし、それが実現する可能性は低いと予測せざるを得ない。なぜなら、連邦政府がそれに消極的だからである。⁽¹⁰⁾ かような状況にあつて、「租税法、環境法、資本市場法および健康保護法に罰則が規定された後、カルテル秩序違反行為は、法体系上、不名誉な孤立 (unsplendid isolation) にある。」⁽¹¹⁾ と揶揄されている。もちろん、競争制限禁止法は、対外的にもそう評し得る。なぜなら、例えばイギリスで、カルテル罪 (Cartel offence)⁽¹²⁾ が、二〇〇二年企業法 (Enterprise Act 2002) により創設された⁽¹³⁾ ことに象徴されているように、カルテルを犯罪行為と評価するのは近年の欧州における潮流である⁽¹⁴⁾ とさえ評し得るからである。

以上のドイツにおける過去と現在からすれば、なぜカルテルが、原則として秩序違反行為であり続けるのか、それとの関係で、なぜカルテルの一種である入札談合のみ犯罪行為となったのか、つまり前述の表現を借りれば、「不名誉な孤立」の基礎は何かが自ずと問題になるのである。

第二節 我が国の先行研究等の検討

もちろん、我が国でも、極めて限定されているとは言え、「不名誉な孤立」の基礎が何かという問題は論じられてきた。そこで、先行研究が提示あるいは示唆した見解が妥当なのかを検討する必要がある。⁽¹⁵⁾ 本節ではその点につき簡単に検討する。

第一款 法益論と区別基準論

まず、我が国の先行研究を検討する前に、そこで直接には言及されていないものの、二つのあり得る見解につき検討する。そのいずれも刑法の基礎理論に属するものである。

第一項 「競争」という法益？

その一つは、「不名誉な孤立」の基礎を法益論に求める見解である。例えば「競争」という法益がそれとして妥当で

ないから、ドイツではカルテルが秩序違反行為なのであるという見解である。これは、かつて我が国の独占禁止法におけるカルテルの刑事告発・訴追が極端に差し控えられてきた要因を法益のあり方に求める見解から示唆される⁽¹⁶⁾。

しかし、法益論は「不名誉な孤立」の基礎であり得ない。なぜなら、入札談合罪の法益は、それを創設した腐敗撲滅法の起草者はもちろん、通説によっても「競争」で(も)あると理解されているからである⁽¹⁸⁾。例えば、ティーデマン(Klaus Tiedemann)は現在の学説を次のように素描する。

「圧倒的通説によれば、「刑法」二九八条「入札談合罪」により、特に(第一次的に)経済生活における社会的な制度としての競争(Wettbewerb als Institution des Wirtschaftslebens)が保護されている。このことは、直接には、第二十六章「競争に対する犯罪行為」および刑罰構成要件「入札における競争制限的合意」の表題から、間接にはまた、「入札」談合の違法性という構成要件要素が、全体として制度としての競争を保護している競争制限禁止法(……)を参照していることから、導かれる⁽¹⁹⁾。」

そして、かような理解を前提とすれば、後述の通り入札談合罪がなぜそれに限定されるのかという問題はあるものの、遅くとも同罪が創設された一九九七年以降では、むしろカルテルは犯罪行為ですらあり得ると評し得ることになる。事実、連邦カルテル庁は、同罪が創設される際に、他のカルテルとの均衡を問題視していたのである⁽²⁰⁾。

第二項 質的基準と量的基準

もう一つは、「不名誉な孤立」の基礎を犯罪行為と秩序違反行為の区別基準（以下、区別基準論という）に求める見解である。これは、「カルテル法の犯罪化」論が象徴しているように、究極的にはカルテルが犯罪行為か秩序違反行為かが問題となっていることから示唆される。⁽²¹⁾

しかし、競争制限禁止法が公布・施行された当時、それに関係する法律に大きな影響力を有していた⁽²²⁾いわゆる質的基準の主唱者であるE・シュミット (Eberhard Schmidt) によっても、同法を厳しく批判していたことは看過され得ない。

「立法者が、カルテル法上疑問の余地なく犯罪的な事態を秩序違反行為として処理した時点で、立法者による非常に重大な過誤が存在したのです。かつて、我々が経済刑法を制定した時点では、かような展開は念頭にありませんでした。……秩序違反法の基本的な考え方は、無条件に正しいのです。もともと、「それは」立法者が何らかの理由により、明らかに犯罪的であるような不法を秩序違反行為へと低く評価しないことが前提です。」⁽²³⁾

また、「カルテル法の犯罪化」論の理論的な基礎であり、現在通説でもあるいわゆる量的基準によれば、カルテルは秩序違反行為であり得ないと主張されている。ダンネッカー (Gerhard Dannecker) = ゴールマン (Jörg Biermann) はその点を明確に指摘している。

「犯罪行為と秩序違反行為の区別に係る今日の基準〔量的基準〕によれば、その他〔入札談合以外〕の同様に重大なカルテル法違反行為を単なる秩序違反行為と格付けることが間違っており、全刑法体系上最早正当化され得ないことは、ほとんど疑われ得ない。このことは、刑法学説上広く認められている。」⁽²⁴⁾

いずれにせよ、区別基準論も「不名誉な孤立」の基礎であり得ない⁽²⁵⁾。もつとも、これは、犯罪行為と秩序違反行為という二つの体系のうち実体法の側面での意義を否定するものであって、手続法の側面での意義およびそれと実体法の側面の関係でのそれを否定するものではない。

第二款 起草者の見解

次に、競争制限禁止法の理由書における起草者の見解（を援用する見解⁽²⁶⁾）である。起草者は、カルテルを犯罪行為でなく秩序違反行為に止めた理由を、それに対する当時の感覚に求めたのである。

「本〔法律〕案は、すべての違反行為を秩序違反行為としてのみ扱うことを提案する。ここでは、次の点を考慮したことが決定的だった…公衆および経済参加者の間で、競争を制限する契約および取引慣行が許されざるものであり、倫理的に非難されるべきものであるという生き生きとした感覚は、今日まで広まっていなかった〔点である〕。……〔改行〕……〔現時点では、特に経済〕関係者の多くが本法の違反行為を商業上の不当な行態として、また、競争経済という特定の秩序原理に対する違反としてのみ理解しているだろうという点を前提としなければならない。」⁽²⁷⁾

しかし、起草者の見解も「不名誉な孤立」の基礎であり得ない。なぜなら、「カルテル法の犯罪化」論者はもちろん、それに消極的な論者でさえ、カルテルが非難すべき行為であることを認めていたからである。カルッテ（Wolfgang Karte）＝ポルタティウス（Alexander von Portatius）は、起草者の見解を次のように批判した⁽²⁸⁾のである。

「一九五〇年代の立法者をカルテル法の犯罪化につき禁欲的にさせた理由は、確かに今日、最早論拠としては限定的な価値しか有さない。……〔改行〕競争制限禁止法が公布されて一八年後には、競争経済は、企業および消費者の意識に確固とした地位を獲得するに至った。……公衆が、カルテル協定が非難すべきものであるという意識を欠いていたことは、今日、最早カルテル法における刑罰構成要件を創設することに反対する論拠としては、利用され得ない。」

そして、前述の通り、「競争」という価値が現在、入札談合罪における法益であると理解されていることから、現在では、むしろカルテルは犯罪行為ですらあり得ると評し得るのである。

第三款 法人に対する制裁を巡って

更に、法人に対する制裁（過料と刑罰）を巡る見解が存在する。これは、法人に対する過料に関係する見解（第一項）とそれに対する刑罰に関係する見解（第二項）に大別される。

第一項 法人に対する過料の正当化？

一つは、「競争制限はまさにもつともしばしば法人その他の団体の活動として行われるので、法人処罰の必要上、秩序違反とされた」という見解である。⁽³¹⁾これは、言うまでもなく、ドイツでは法人に対する刑罰が否定されている点を前提として⁽³²⁾いる。また、これは、主としてR・シュミット（Rudolf Schmitt）の見解に依拠していると推測される。⁽³³⁾

「〔競争制限禁止法の〕起草者による異常な振る舞い〔カルテルを犯罪行為でなく秩序違反行為に止めたこと〕は、結局、法人および権利能力を有さない人的団体 (Personenverbänden) をも過料に処し得るという願望によってのみ、説明され得る。事実この点につき、カルテル法上、特別な必要性が存在するのである。〔なぜなら〕カルテルは、多くの場合、……法人という法形態〔によって遂行されるから〕である。」³⁴⁾

しかし、論者が自認している通り、これは、主張された当時すでに、「不名誉な孤立」の基礎であり得なかった。続けて、R・シュミットは次のように指摘したのである。

「しかし、言及した理由書は、新しい秩序違反法の施行後、最早説得的でない。なぜなら、〔同法〕二六条は、法人および人的団体 (Personenvereinigungen) に対する過料〔を課すこと〕を〔自然人の〕秩序違反行為の効果としてだけでなく、〔その〕犯罪行為のそれとしても認めているからである。」³⁵⁾

もつとも、法人に対して過料を課し得ることそれ自体が「不名誉な孤立」³⁶⁾の基礎と無関係というわけではない。このことは、入札談合罪を創設する際に、連邦カルテル庁がこの点を重視していたことに象徴されている。しかし、重要なのはその意義であって、その点でこれだけでは十分でない。

第二項 法人に対する刑罰の正当性？

もう一つは、「競争制限はまさにもっともしばしば法人その他の団体の活動として行われるので、法人処罰の必要性があることを前提に、「独禁法の制裁に関する比較法的研究においては、ドイツ刑法は法人処罰を一般的に認めて……いないことに注意が必要である。」という注意から示唆される。

確かに、カルテルの主たる行為主体が法人であることを考えれば、前述の通りドイツでは、それに対して刑罰を科す正当性が存在しない以上、たとえその必要性が存在したとしても、カルテルを犯罪行為とし得ないこととなり、それゆえ、法人に対して刑罰を科す正当性がないことは「不名誉な孤立」の基礎にあると考えられ得る。しかし、たとえそうだと⁽³⁸⁾しても、そもそも實際上その必要性が競争制限禁止法上、存在するのには疑問の余地がある。ハッセマー(Winfried Hassemer)＝ダールマイヤー(Jens Dallmeyer)は、同法上法人処罰の必要性がないことを指摘しているのである。

「秩序違反法三〇条の団体に対する過料(Verbandsgeldbuße)が、(1)「競争制限禁止法八一条を含む「大規模」秩序違反行為(“große Ordnungswidrigkeiten”)とは、刑事政策的には、企業に対する刑罰が存在しないことを代替しているかのようなものである。それゆえ、法人も処罰され得るのかという問題を巡る長年の激しい論争は、実際には、密かに処理されている…本質的には、いずれにせよ、ここでは「法人は」処罰されているのである。加えて、この領域では—従前通りの秩序違反法と比較して—異常に高額の過料(Buß)が課されている……。」⁽³⁹⁾

とは言え、この点のみが「不名誉な孤立」の基礎であるのかには、なお疑問の余地がある。なぜなら、競争制限禁止法上、法人と比較して自然人の当罰性は小さいものの、入札談合罪は、それを小さくないと評価し、また他のカルテルを犯罪行為とする基礎を提供していると評し得るからである。いずれにせよ、法人に対する刑罰の正当性または必要性

という点のみでは「不名誉な孤立」の基礎として十分でないと評し得る。

第三節 素材・視座・構成

以上、我が国の先行研究等を検討した結果、考えられ得るまたは提示もしくは示唆された見解は必ずしも妥当でなかった。そこで次に問題となるのは、「不名誉な孤立」の基礎を説明するために、本稿が如何なる素材を如何なる視座から分析するのである。本節では、二つの素材と三つの視座につき述べることにする(第一款ないし第三款)。これにより、本稿の構成も明らかになる(第四款)。

第一款 「カルテル法の犯罪化」論―その頓挫の要因―

本稿の目的である「不名誉な孤立」の基礎は何かを説明する最も好個の素材は、「カルテル法の犯罪化」論、正確に言えば、それを巡る論争である。なぜなら、「不名誉な孤立」に疑問を呈した同論が頓挫したことが、「不名誉な孤立」を維持させるのに寄与したと評し得るからである。とすれば、同論に対して如何なる批判が存在したのが重要となる。そこで、本稿では、なぜ「カルテル法の犯罪化」論が頓挫したのかという視座から、それを巡る論争を分析する。これは、いわば正面から「不名誉な孤立」の基礎を説明することである。もちろん、同論に対する批判を正確に理解するためには、それが如何なる背景に如何なる根拠で主張されたのかを、正確に理解する必要がある。

第二款 入札談合罪—その限定の要因—

本稿の目的である「不名誉な孤立」の基礎は何かを説明する好個の素材は、入札談合罪およびそれへの道程、正確に言えば、それを巡る論争である。なぜなら、それは、「不名誉な孤立」を一部否定したものと評し得るからである。⁴⁰とすれば、「不名誉な孤立」の中、同罪が如何にそれを否定したのか、言い換えれば、なぜカルテルの中で同罪のみ正当化されたのが重要となる。

そこで、本稿では、なぜ入札談合罪が成立し得たのかという視座から、それを巡る論争を分析する。これは、前款における視座との対比で言えば、いわば裏から「不名誉な孤立」の基礎を説明するものである。もともと、同罪およびその前身が、そもそも「カルテル法の犯罪化」論と関係し得るのかは、必ずしも自明ではない。そこで本款では、その点を敷衍する。

第一項 入札談合罪と「カルテル法の犯罪化」論

まず、入札談合罪が「カルテル法の犯罪化」論と如何なる関係にあるのが問題となる。この点につき、腐敗撲滅法の起草者は、同罪と競争制限禁止法の関係を次のように述べていたのである。

「競争制限禁止法（GWB）一条、二五条、三八条一項一号および八号によりこの所為〔入札談合〕を秩序違反行為とする従前の評価は、そのような所為の犯罪的な不法内容に合致しないことから、これに係る新たな刑罰構成要件を導入

する必要性が存在するのである。⁽⁴¹⁾」

つまり、入札談合罪は、「競争制限禁止法三八条一項一号および八号における従前の秩序違反行為の一部」⁽⁴²⁾を犯罪行為へ格上げしたものである。とすれば、これは、「カルテル法の犯罪化」論の基礎となり得、同罪は、「不名誉な孤立」との関係で言えば、その一部を否定したものと位置づけられ得るのである。

第二項 入札詐欺罪と「カルテル法の犯罪化」論

しかし、入札談合罪が「カルテル法の犯罪化」論に関係するとしても、その前身もそれと関係するとは限らない。以下、同罪の前身の一つを例に、それもやはり同論に関係し得ることを説明する。

一 第二次経済犯罪撲滅法案

連邦政府は、一九八二年、第二次経済犯罪の撲滅に関する法律案 (Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG)) 以下、第二次経済犯罪撲滅法案と略称⁽⁴³⁾する) を連邦参議院へ上程したが、そこには、経済犯罪の撲滅—経済刑法の改革—に関する専門家委員会 (Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität - Reform des Wirtschaftsstrafrechts -) (以下、経済犯罪撲滅専門家委員会と略称する)⁽⁴⁴⁾ が創設を勧告した刑法X条に相当する条項は、規定されていなかった。

しかし、連邦参議院が第二次経済犯罪撲滅法案に意見表明するために、法務委員会など三つの委員会にその審議を付託したところ、同委員会は、「それ〔不正な入札を処罰すること〕に相当する刑罰構成要件を創設することには、喫緊の必要性が存在する。」⁽⁴⁵⁾として、同法案に規定されていなかった入札詐欺（Ausschreibungsbetrug）（刑法二六四条a。以下、入札詐欺罪という）を規定するよう、同院へ勧告したのである。⁽⁴⁶⁾

刑法二六四条a① 商品又は給付に係る入札において、虚偽の入札（*betrügerisches Angebot*）をした者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。

② 前項の虚偽とは、次のような入札である。

- 一 特定の入札を受け容れさせるために「入札」主催者に秘匿した談合に基づく入札
 - 二 自己又は第三者に特別な財産上の利益を生じさせるための入札
- 以下、省略⁽⁴⁷⁾

二 経済委員会による批判

法務委員会は、入札詐欺罪の創設を勧告する際、それを詐欺罪（刑法二六三条）の変種と位置づけ⁽⁴⁸⁾、それが「カルテル法の犯罪化」論と関係を有さないことを強調した。⁽⁴⁹⁾しかし、これに対して経済委員会は、それとは真逆に、同罪が同論と関係を有するとして、その創設に反対したのである。

「入札談合 (Submissionsabsprache) を処罰することは、一般のカルテル禁止で捕捉されるが、他のカルテルの形態（例えば、価格カルテル、領域カルテルおよび割当カルテル）に対して特別な非難性および危険性が存在するようには見受けられない競争制限的合意を刑事制裁に処することを意味するだろう。それに止まらず、そのような「カルテル」の一部を犯罪化することにより、競争制限禁止法を一般的に犯罪化するための第一歩が踏み出されることになるだろう。」⁽⁵⁰⁾

つまり、入札詐欺罪は、確かに詐欺罪と関係を有するが、しかし「カルテル法の犯罪化」論とも関係を有するということになり、入札談合罪の前身も本稿での素材とし得るのである。

したがって、本稿では、入札談合罪およびそれへの道程を素材に、同罪を「カルテル法の犯罪化」論に位置づけた上で、なぜ入札談合のみなのかという視座から「不名誉な孤立」の基礎をいわば裏から解明することにする。

第三款 秩序違反手続法―その競争制限禁止法における意義―

ところで、以上の「カルテル法の犯罪化」論を巡る論争および入札談合罪を巡るそれは、当然のことながら、或る行為を犯罪行為とすべきかを巡るそれであり、その意味で実体法のそれである。しかし、或る行為が犯罪行為であれば、それは刑事訴訟法が規律するのに対して、或る行為が秩序違反行為であれば、それは原則として秩序違反法（以下、便宜的に、秩序違反手続法と、これに対して秩序違反実体法ということがある）が規律することを考えれば、実体法と手続法は密接に関係している。とすれば、同論に消極的であったグッツラー (Helmut Gutzler) が次のように述べたことは看過され得ない。

「私は、幾つかのまたは全てのカルテル秩序違反行為を刑罰構成要件へ転換することが法政策上有意義であるのかという問題点につき、最終的に態度決定するつもりはないが、にもかかわらず、考慮されるべき幾つかの観点につき述べたい。なぜなら、秩序違反行為と分類するのがあるいは犯罪行為と分類するのかは、連邦カルテル庁の位置づけおよび活動にも影響を及ぼし得るからである。」⁽⁵¹⁾

また、入札談合罪を巡る論争上、手続法が重要であったことは、例えば連邦カルテル庁が、同庁における入札談合に係る捜査権限および過料賦課権限の喪失を懸念していたことにも象徴されている。⁽⁵²⁾

もつとも、例えば、秩序違反手続法と刑事訴訟法を単純に比較するのでは、十分でない。例えば、事件の処理方法で言えば、前者では便宜主義 (Opportunitätsprinzip)⁽⁵³⁾ が、後者では法定主義 (Legalitätsprinzip)⁽⁵⁴⁾ が妥当するところ、「カルテル法の犯罪化」論が実現されれば、前者から後者へ移行することとなるものの、もちろん、これは同論に固有の問題ではない。しかし、グッツラーが、「まさに競争法の領域では、異なる事情および変転する実情に鑑みて、それ〔便宜主義〕は不可欠な柔軟性にとり必要な道具である。」⁽⁵⁶⁾と指摘した点に象徴されているように、重要なのは、競争制限禁止法における秩序違反手続法の意義である。そこで本稿では、上記二つの素材およびそれに固有の視座に加えて、どのような視座からも、「不名誉な孤立」の基礎が何かを解明する。

第四款 構成

以上の素材および視座からすれば、「不名誉な孤立」の基礎を解明するに当たり、競争制限禁止法における秩序違反

法の意義も意識しつつ、具体的には二つの問題を説明することになる。その一つは、なぜ「カルテル法の犯罪化」論が頓挫したのか（第二部）、もう一つは、（特に）その後論争になった入札談合罪はなぜそのみを犯罪行為としたのか（第三部）である。これは、年代でいえば、おおよそ前者が一九七〇年代、後者が一九八〇年代ないし一九九〇年代に相当する。しかし、本稿は、以上の二点の前に、主として一九六〇年代の議論を扱う（第一部）。これは、第二部および第三部での議論の基礎を提供することになる。

いずれにせよ、本稿は、三部構成ということになるが、次の三点につき限定する。まず本稿は、その表題の通り、「制裁体系」を主題とするものの、民事制裁または（過料以外の）行政制裁には原則として言及しない。なぜなら、本稿の問題意識は、ドイツにおいてカルテルがなぜ犯罪行為でないのかという点にあるからであり、それに密接な関係を有するのは秩序違反行為だからである。次に本稿は、入札談合罪が創設されて以降の議論、言い換えれば二〇〇〇年代以降のそれを独立の章では検討しない。なぜなら、「不名誉な孤立」の基礎は、基本的には、同罪により完成したと評し得るからである。最後に本稿は、参照する資料を原則として平成二二（二〇一〇）年以前に公表されたものに限定する。これは便宜的な理由である。

(1) 本稿では、主としていわゆるハードコア・カルテル (Hardcore-Kartelle) を想定する。その概念につき、vgl. Bernd A. Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Kriminalisierung von Hardcore-Kartellen, Baden-Baden 2006, S. 26f.

(2) Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBI. I, S. 1081), もちろん、その後大小幾度も改正されている。ちなみに、我が国とドイツのカルテルに対する現在の諸制裁のうち、本稿に関係するそれに言及しておく。我

- が国では、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（以下、独占禁止法と略称する）上、不当な取引制限（二条六項）が禁止され（三条）、五年以下の懲役および法人には五億円以下の（九五条一項）、自然人には五〇〇万円以下の罰金（八九条一項一号）、つまり刑罰が科され得る。なお、刑法上、競売等の妨害には二年以下の懲役および二五〇万円以下の罰金が科され得る（九六条の三）。これに対して、ドイツでは、競争制限禁止法上、カルテルは禁止される（一条）ものの、我が国とは異なり、一〇〇万ユーロ以下の過料が、また、事業者（Unternehmen）等には、それを超過して、判決前営業年度における全収益の一〇％以下の過料が課され得る（八一条二項一号、四項。概要については、⁶⁵ vgl. Bundeskartellamt, Das Bundeskartellamt in Bonn Organisation, Aufgaben und Tätigkeit (Juli 2010), S. 19, 21, 43f.）。但し、刑法上、入札手続における談合には、我が国と同様、五年以下の自由刑および罰金、つまり刑罰が科され得る（二九八条）。
- (3) 例えば、林幹人『現代の経済犯罪―その法的規制の研究』（弘文堂、平成元年）一六頁以下、三三頁参照。
- (4) その後散見される「カルテル法の犯罪化」という表現は、それに消極的であった Wolfgang Karle/Alexander von Portatius, Kriminalisierung des Kartellrechts?, BB 1975, 1169の表題に由来すると推測される。なお「カルテル法の犯罪化」論は、競争制限禁止法上の違反行為のうち、ある種のカルテルを含む一定の重大なそれを秩序違反行為から犯罪行為へ格上げすることを主張するものである。しかし、本稿では原則としてカルテルのみを取り上げる。
- (5) Ulrich Weber, Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG), NSZ 1996, 481.
- (6) Vgl. Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (BGBl. I, S. 2038).
- (7) 腐敗撲滅法の制定過程における入札談合罪およびそれに関連する事項を詳細に紹介した先行研究として、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（一）（二）（三・完）」獨協四六号（平成一〇年）二八七頁、四七号（同年）四四九頁、四九号（平成一一年）一七七頁のうち関係頁がある。同罪に係る先行研究として、神山敏雄『独禁法犯罪の研究』（成文堂、平成一四年）三〇三頁、小林敬和「ドイツ刑法二九八条（入札談合罪）新規定の問題点」高岡一一巻二号（平成一二年）一七頁がある。
- (8) Hans Achenbach, in: Achenbach/Andreas Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2008, III 5 Rn. 1.
- (9) 近時ドイツで「カルテル法の犯罪化」論が再燃した背景については、⁶⁶ vgl. Florian Wagner-von Papp, Kriminalisierung von

Kartellen. WuW 2010, 269.

- (10) Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Sabine Zimmermann, Dr. Barbara Höll, Ulla Lötzer, Dr. Herbert Schui und der Fraktion DIE LINKE. – Drucksache 16/8560 –, BTDrucks. 16/8681, S. 2f. 274 ff. Kleine Anfrage der Abgeordneten Sabine Zimmermann, Dr. Barbara Höll, Ulla Lötzer, Dr. Herbert Schui und der Fraktion DIE LINKE., BTDrucks. 16/8560 274 ff. 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000

- (16) 林『現代の経済犯罪』三三三頁参照（なお、二回目以降の引用表記はかようにする）。
- (17) Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, BRDDrucks. 553/96, S. 29.
- (18) なお、入札談合罪は、当初罰金に処されていたが、その後自由刑（但し、執行猶予付きである）にも処されるようになり、着実に執行されている（一九九八年ないし二〇〇七年における同罪の執行および適用状況について、vgl. *Florian Wagner von Papb*, Kartellstrafrecht in den USA, den Vereinigten Königreich und Deutschland, WuW 2009, 1243, 1244 (Tabelle 2)).⁹
- (19) *Klaus Tiedemann*, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte/Ruth Rissig-van Saar/Tiedemann (Hrsg.), *Leipziger Kommentar - StGB*, Bd. 10, 12. Aufl., Berlin 2008, §298 Rn. 6.
- (20) Vgl. Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1995/1996 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, BTDrucks. 13/7900, S. 33.
- (21) 但し、神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）——ドイツの法制度・学説・判例を中心に——」刑法二六卷二号（昭和五九年）二八五頁、「同（三・定）」刑法二七卷一号（昭和六一年）四一頁、四五頁参照。
- (22) 例えば、吉田尚正「ドイツ法における秩序犯と刑事犯（二）——その区分と法的効果」警研六一卷一号（平成二年）三四頁等参照。
- (23) *Eberhard Schmidt*, in: *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, 8. Bd., Bonn 1959, S. 80.
- (24) *Gerhard Dannacker/Jörg Biermann*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Aufl., München 2007, Vor § 81 Rn. 17.
- (25) Vgl. *Jürgen Baumann/Günther Arzt*, Kartellrecht und allgemeines Strafrecht Mögliche Beiträge des allgemeinen Strafrechts zur Bekämpfung der Ausnutzung marktbeherrschender Positionen, ZHR 134 (1970), 26f.
- (26) 平野龍一『刑法の機能的考察』（有斐閣、昭和五九年）一四七頁参照。
- (27) Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BTDrucks. 2/1158, S. 27f. (Anl. 1).
- (28) 例え¹⁰、ラング（Ernst-Joachim Lampe）らは「経済に対する犯罪行為」に係る¹¹わゆる代案（Alternativ-Entwurf）で、「一定の競争違反行為をかように厳しく位置づけることは、今日我々の市場経済的社会秩序における競争という価値に¹²わが公の意識が強まったことに鑑みて、正当化される」（Lampe u.a. Alternativ-Entwurf eines Stragesetzbuches, Besonderer

Teil Straftaten gegen die Wirtschaft, Tübingen 1977, S. 21.) など。

- (29) Vgl. *Florian Wagner von Papp*, Privatrechtliche oder strafrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?, in: Wernhard Möschel/Florian Bien (Hrsg.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Baden-Baden 2010, S. 294.
- (30) *Karte/Portius*, BB 1975, 1169.
- (31) 平野『刑法の機能的考察』一四七頁。
- (32) ドイツ刑法学における法人に対する刑罰を巡る議論の過去と現在について、vgl. *Christian Laue*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden, Jura 2010, 339f, 344f.
- (33) 平野『刑法の機能的考察』一四六頁注(一)参照。
- (34) *Rudolf Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, Köln u.a. 1970, S. 124.
- (35) *Schmitt*, Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft, S. 124f (秩序違反法二六条について、vgl. ebd., S. 27ff. など)。二回目以降の引用表記はかようにする。平野『刑法の機能的考察』一四七頁参照。R・シュミットの見解を補足すれば、当初、競争制限禁止法(注(2)参照)四一条が法人に対して過料を課す規定だったが、自然人による同法上の特定の秩序違反行為に限定していた。しかし、秩序違反に関する法律(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) vom 24. Mai 1968 (BGBl. I, S. 481). 以下、一般的に秩序違反法と略称し、必要に応じて年を付す)二六条が、自然人による犯罪行為にも拡張すると共に、秩序違反法に関する施行法(Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EGOWiG) vom 24. Mai 1968 (BGBl. I, S. 503). 以下、秩序違反法施行法と略称する)六二条三号が競争制限禁止法上の上記規定を削除したのである。
- (36) Vgl. BTDrucks. 13/7900, S. 34 (なお、二回目以降の引用表記はかようにする)。
- (37) 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、平成二二年)一三〇頁注三二)。同書二七九頁注四七)も同旨。
- (38) 但し、ラウエ(*Christian Laue*)は、「ドイツの立法者は、現在のところ、従前の法状況を徹底的に変更する諸々の努力をしないであろう。」(*Laue*, Jura 2010, 346.)と評する。
- (39) *Winfried Hassemer/Jens Dallmeyer*, Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz, Baden-Baden 2010, S. 34.

- (40) フォルマー (Christof Vollmer) は「入札談合罪が「近時の欧州におけるカルテルを撲滅しようとする潮流に沿った最初の立法の（ほんとうに認知された）一つだった」（Vollmer, "Experience with Criminal Law Sanctions for Competition Law Infringements in Germany" in Katalin J. Cseres et al. (ed), *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States* (Cheltenham, Edward Elgar, 2006) 257.) と述べている。
- (41) Vgl. BRDrucks. 553/96, S. 17.
- (42) Vgl. BRDrucks. 553/96, S. 29.
- (43) Vgl. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG, BRDrucks. 219/82.
- (44) 刑法X条① 人に「経済的な利益の申し出 (Anbieten)」、約束又は供与 (Gewähren)、「重大な害悪を加える旨の脅迫又は欺罔により、納品又は給付の委託の許可 (Vergabe von Aufträge zu Lieferungen oder Leistungen) に係る公の手續に競争者として参加させず又は不正な条件を遵守させて参加させた者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する。
以下 省 略 (vgl. *Bundesministerium der Justiz* (Hrsg), *Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* - Reform des Wirtschaftsstrafrechts - über die Beratungsergebnisse, Bonn 1980, S. 142.)」。
- (45) Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG, BRDrucks. 219/1/82, S. 4.
- (46) 連邦参議院は「法務委員会が入札詐欺罪の創設を勧告したにもかかわらず、その意見表明で、それに言及しなかった (vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität (2. WiKG, BRDrucks. 219/82 (Beschluss)).」。
- (47) Vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 3.
- (48) 確かに「法務委員会は、入札詐欺罪の法益が何かを明確に説明していない。しかし、同罪が詐欺罪の変種であることは、その位置、その罪名および同委員会が挙げるその創設を勧告するに至った背景から容易に推測される (vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 5.)」。
- (49) Vgl. BRDrucks. 219/1/82, S. 9.

- (50) BRDrucks. 219/1/82, S. 10.
 - (51) *Helmut Gutzler*, Die Ermittlungstätigkeit des Bundeskartellamtes, in: Herbert Schäfer (Hrsg.), *Grundlagen der Kriminalistik*, Bd. 13/1 Wirtschaftskriminalität Weiße-Kragen-Kriminalität, Hamburg 1974, S. 535.
 - (52) Vgl. BTDrucks. 13/7900, S. 33. なお、入札談合罪に係る先行研究(注(7)参照)は、同罪を巡る論争における手続法の重要性を過小評価している。
 - (53) Vgl. § 47 OWiG.
 - (54) Vgl. § 152 II StPO.
 - (55) もともと、便宜主義と法定主義を対比させる点には、問題があり得る。なぜなら、かつてバウマン(Jürgen Baumann)が、後者に葬送歌(Grabgesang)を贈ったからである(vgl. *Baumann*, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, 274f.)。しかし、にもかかわらず、なお後者が原則であり続けている点が重要である(フロイド・フィニー＝ヨアヒム・ヘルマン(田口守一監訳)『二つの事件二つの制度—アメリカとドイツの刑事手続—』(成文堂、平成二年)二三四頁(ヘルマン(同訳)参照))。「西ドイツに関する限り、『魂』の内実は、強烈な『法定主義』」(松尾浩也「起訴法定主義の動向—西ドイツ刑事訴訟法に関する一つの Bericht—」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第四卷』(有斐閣、昭和六〇年)二二六頁)にあるのである。
 - (56) *Gutzler*, in: Schäfer (Hrsg.), *Grundlagen der Kriminalistik*, Bd. 13/1, S. 536(なお、二回目以降の引用表記はかようにする)。
- ※本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文「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—」(平成二二年三月二五日授与)を加除および修正したものである。
- ※校正中「*Meinrad Dreher*, Wider die Kriminalisierung des Kartellrechts, WuW 2011, 232に接したが、その検討は他日を期した。

〔未完〕