

保健医療制度における汚職

ヘニング・ローゼナウ*

ヘニング・ローレンツ**

リザ・ヴェントリッチ***

天 田 悠（訳）

目 次

- I. 序
- II. 歴史的文脈
- III. 法律規定概観
- IV. 法 益
- V. 手 続
- VI. 刑法 299a 条の構成要件
- VII. 処罰規定の必要性
- VIII. 結 語
- [関係条文訳]
- [訳者解題]

I. 序

2016 年 6 月 4 日に、刑法 299a 条以下が発効した。⁽¹⁾ 刑法 299a 条以下が発効したことによって、保健医療の分野に特化した汚職の罪（Korruptionsdelikt）が、ドイツではじ

* マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク大学教授。

** マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク大学助手。

*** マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク大学元助手。

(1) BGBl. 2016 I, S. 1254 ff.

めて創設された。刑法 299a 条以下の創設によって、ドイツの立法者は、20 年以上の長きにわたる議論に対応を講じた。そこでは、⁽²⁾経済的にも社会政策的にも重要な保健医療分野が、刑法上注目を集めていた。

II. 歴史的文脈

以上のような展開の出発点となったのが、1994 年に大きなセンセーションを巻き起こした、いわゆる「心臓弁スキャンダル」である。本件医療機器メーカーには、大学病院で医師に対し組織的に収賄を行った嫌疑がかけられた⁽³⁾。ボーナス口座、売上高に応じた払戻し、高価な贈り物、さらには、休暇旅行までもが問題とされた⁽⁴⁾。ハイデルベルクとハンブルクの心臓弁スキャンダルで、本件メーカーは、自社の心臓弁が一定数使用された際、院長に対し、病院のため高価な器具一式を提供した。捜査手続の過程で、当初向けられた非難は個々の事案でしか確認されなかったが、検察官——特に積極的だったのはブッパタールの検察官であった——は、医薬品を対象とする観察研究の実施、医療施設への寄付金の支払い、研究の実施に関わる官署への融資等、医療上の慣例的・慣行的な協力形態にまで捜査の範囲を拡大した⁽⁵⁾。そのようなことが法的に問題視されたことは、これまで一度たりともなかった。病院間の取引のために高品質かつ高額の医療器具を調達することが汚職とされたのも、はじめてのことであった。これらはすべて、医師、病院、さらには、製薬産業への信頼を揺るがす結果となった。製薬産業が出資する第三者資金での研究や、製薬会社による研修やさらなる研鑽のためのサポートについては、種々の不振が報告されている⁽⁶⁾。

これと並行して、1997 年に、汚職の罪一般が抜本的に厳罰化された。例えば、公務担当者への贈賄については、利益と公務行為の関係が緩やかとされた結果、いわゆる「色を付けること」、すなわち、雰囲気づくり (Klimapflege) も処罰の対象とされた。中

(2) 2016 年、保健医療分野は、ドイツの国民総生産の 11.3% を占めていた。https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Gesundheitsausgaben/Gesundheitsausgaben.html (2018 年 5 月 7 日最終閲覧)。

(3) Dieners in Dieners (Hrsg.), Handbuch Compliance im Gesundheitswesen, 3. Aufl. 2010, Kap. 1 Rn. 5.

(4) 例えば, Spiegel (http://www.spiegel.de/spiegelFprint/d-13690340.html, 2018 年 5 月 7 日最終閲覧) や Zeit (http://www.zeit.de/1994/23/kuhhandel-im-op, 2018 年 5 月 7 日最終閲覧) の記事で報じられた内容を参照されたい。

(5) Dieners (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 5 ff.

(6) Dieners (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 6. その他の重要な事例形式については, Damas wistra 2017, 128 (129 ff.) を見よ。

(7) Dieners (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 7.

核刑法には、業務上の取引における収賄〔の処罰規定〕が追加された。業務上の取引における収賄は、それ以前、つまり不正競争防止法(UWG)12条では、影のような存在にすぎなかった。最高刑は3年以下の自由刑に引き上げられ、絶対的親告罪から相対的亲告罪となった。2002年に汚職に関する国際基準が設定された結果、業務取引における外国への贈賄構成要件も追加された。

これらはすべて、保健医療において不確実な事態を数多くもたらした。そのように不確実な事態への対応として、様々な団体が、「医療機器規格」や、医師と製薬業界の連携のための行動勧告等、種々の規格を採用している。これらの規格は、保健医療分野での諸々の協力形態が、法的に批判の対象とされず、さらには処罰の対象にもされないため、具体的にどのように整備されうかに関する指針を示すものであった。このような、製薬業界と臨床施設の自主規制は、法的安定性を大幅に高め、医師模範職業規則(MBO-Ä)やドイツ判例における医師職業法の刷新に少なからぬ影響を及ぼした。

公営病院の外に身を置いている契約医らは、こういった議論や不確実な事態から影響を受けることはほとんどない、と思い込んでいた。ここにいう契約医とは、全患者に対するケアサービスの大部分を引き受けているドイツの開業医、さらには、個人病院に勤務する医師をいう。こういった契約医、開業医、個人病院勤務医らは、法定疾病保険という社会法のネットワークで束ねられているところ、これは、社会法典第5編(SGB V)で法律上規定されている。大学病院に勤務する医師と異なり、この種の契約医、開業医、個人病院勤務医は、官吏ではないことから、刑法331条以下に基づく公務担当者への贈賄という、汚職の構成要件に該当しない。——心臓弁訴訟の対象とされたのは、そのような、官吏に任用されていない個人病院勤務医である。

このように、開業医らは、以上のような展開から依然影響を受けてこなかった。開業医らを考察の対象とするきっかけを与えたのは、1本の博士論文であった。⁽⁸⁾この博士論文は、連邦通常裁判所(BGH)にも影響を与えたが、同裁判所の第3刑事部⁽⁹⁾と第5刑事部⁽¹⁰⁾を、開業している契約医も贈賄で処罰される可能性がある、という誤った考え方へと導くものであった。

その一方で、契約医は法定疾病保険の受託者である、と主張されていた。⁽¹¹⁾というのも、特定の医薬品を処方することで、契約医は、業務上、疾病保険者のために行為するものであり、疾病保険者に費用負担を命じることで、同人の判断に影響を及ぼす可能性がある

(8) *Pragat Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB*, 2006; *ders.* NStZ 2005, 133 (135).

(9) *BGH* NStZ 2012, 35.

(10) *BGH* NStZ-RR 2011, 303.

るからである。このことは、〔契約医が〕刑法 299 条で、つまり、業務上の取引における収賄で処罰される可能性を開くという。⁽¹²⁾

他方で、公法定疾病保険者の延長された腕の一種とみなされる結果、契約医には、公務担当者性まで付与され、刑法 331 条に基づく利益収受での可罰性が問題になるという。⁽¹³⁾ 大刑事部は、正当にも、このような誤った考え方に反対した。⁽¹⁴⁾ というのも、契約医は、疾病保険者と直接結び付くわけではなく、疾病保険協会を通じて双方の契約関係を規律する、保険医団体と結び付くものでしかないからである。⁽¹⁵⁾ 医師と疾病保険者は、同じレベルで対峙する。医師が疾病保険業務を遂行するわけでは決してない。むしろ医師は、患者の利益に全面奉仕するものであり、ドイツの立法者の法政策的判断によると、民法上の契約を通じて患者に拘束される。これと同様の理由から、医師は、公法定疾病保険者の利益を擁護する公務担当者でもない。それに伴い、契約医に対する公務担当者の汚職も、刑法 331 条の適用対象から除外される。⁽¹⁶⁾

もっとも、同じく大刑事部は、原則として、不正な支払いを保健医療制度においても刑事訴追できる利益を認めた。大刑事部は、保健医療制度における汚職に、「刑法を用いて効果的に対抗する」よう、立法者に対し慎重に働きかけた。このような働きかけは、基本的に正当であろう。もっとも、ここでアクションを起こすのは、もっぱら立法者の義務とされた。そこで立法者は、刑法 299a 条以下を創設することで、保健医療制度における汚職の可罰性をめぐる、長きにわたる議論に終止符を打ったのである。

Ⅲ. 法律規定概観

新法の中核は、刑法 299a 条である。同条で問題とされているのは、**抽象的危険犯**である。⁽¹⁷⁾ というのも、競争における優遇が実際に行われる必要はないからである。競争に

(11) *Pragat* NStZ 2005, 133 ff.; *Böse/Mölders* MedR 2008, 585 (586); *Frister/Lindemann/Peters* Arztstrafrecht, 2011, S. 292 ff. これと異なる立場として, *Bernsmann/Schoß* GesR 2005, 193 (195); *Rübenstahl* HRRS 2011, 324 (325 ff.); *Geis* wistra 2005, 369 ff.; *Kölbel* wistra 2009, 129 (132); *Sahan* ZIS 2007, 69 ff.; *Sahan/Urban* ZIS 2011, 23 ff.; *Taschke* StV 2005, 406 (410 f.) がある。

(12) *BGH* NStZ 2012, 35 (38).

(13) *BGH* NStZ 2012, 35 (36).

(14) *BGHSt* 57, 202 (211 ff.). この点については、特に, *Hecker* JuS 2012, 852 ff.; *Kölbel* StV 2012, 592 ff.; *Brand/Hotz* PharmR 2012, 317 ff.; *Sahan* StRR 2012, 390 f.

(15) *BGHSt* 57, 202 (211 ff.).

(16) *BGHSt* 57, 202 (206); *Rosenau* in *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *StGB – Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2017 (S/S/W), § 299 Rn. 11.

(17) S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 1.

における優遇が、意図した不法約定の対象であれば足りる。刑法 299a 条は、行為者の範囲が限定されていることから、⁽¹⁸⁾身分犯でもある。

刑法 299a 条は、競争に対する犯罪行為として、刑法典第 26 章に挿入された。刑法 299a 条は、299 条(業務上の取引における収賄)を範として起草された。治療職に属する者として、この職業の遂行に関連して、第 1 に、医薬品もしくはその他医療器具の処方もしくは指示に際し、第 2 に、直接使用するための医薬品等の購入に際し、または第 3 に、患者の紹介もしくは検査資料の引渡しに際し、国内もしくは国外における競争において、不正な方法により、他人を優遇することへの対価として、自己もしくは第三者に対する利益を第 1 に要求し、第 2 に約束させ、または第 3 に收受した者は、処罰の対象とされる。

刑法 299a 条の収賄に対応する形で、刑法 299b 条では、贈賄も処罰の対象とされている。法定刑は、罰金刑から 3 年以下の自由刑まで、つまり、軽微事犯の分野まで及ぶ。財産刑法の視点から比較してみよう。窃盗(刑法 242 条)、詐欺(同 263 条)または背任(同 266 条)は、5 年以下の自由刑に処せられる、とされている。本罪のように、3 年の最高刑は、例えば、横領(刑法 246 条)で予定されているが、同罪は、比較的に少ない犯罪のエネルギーを要求している。

法定刑の延長は、刑法 300 条に基づき、特に重い事案で行われる。刑法 300 条で問題となるのは、営業としての犯罪や集団犯罪、あるいは多額の利益である。本条の例示は、法適用者に、憂慮すべきほど広い判断裁量の余地を残している。このことは、特に、学説で主張されている価格表記が異なっていることに表れている。学説で挙げられている価格は、5,000 ユーロ⁽¹⁹⁾、10,000 ユーロ⁽²⁰⁾または 25,000 ユーロ⁽²¹⁾である。最後に挙げられた価格が、立法者の意向に最も近いものであろう。というのも、単純収賄に比べて刑が加重される決定的な理由は、その金銭的利益が利益收受者を重大な形で腐敗させたといえることでなければならないからである。まずもって、刑法 299a 条の事案で通例言い渡されている平均額よりも、客観的にみて高い金額が算出されなければならない。民間企業での所得や医療従事者に対する所得が比較的高いことを考慮しても、この金額が 50,000 ユーロを超えることはないであろう。⁽²²⁾

⁽¹⁸⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 1, 3.

⁽¹⁹⁾ Rudolphi in Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl. ab 2003 (SK-StGB), § 300 Rn. 3.

⁽²⁰⁾ Fischer Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl. 2017 (Fischer), § 300 Rn. 4.

⁽²¹⁾ Dannecker in Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013 (NK-StGB), § 300 Rn. 5.

⁽²²⁾ BGH NJW 2006, 3290 (3298) 参照。

刑法 299 条という「オリジナルの規定」が、企業のコンプライアンスという枠の中で特に重要な意義を獲得した、中心的な罰則規定の一つであるとすれば、現在では、刑法 299a 条以下という形で、保健医療分野にもコンプライアンスに関する罰則規定が存在していることになる。

Ⅳ. 法 益

立法者の意向によると、保護法益は、保健医療制度における公正な競争と、治療職による判断のインテグリティに対する患者の信頼である。後者の「信頼」は奇異な感じがするが、前者の「公正な競争」は当然である。現に、刑法 299a 条以下は、競争の保護に関する章に置かれている。医療サービスの提供者間で機能する競争は、医療ケアの価格や質に大きく影響を与える。競争を歪める腐敗した行動は、ケアの質を落とすと同時に、保健医療制度における諸々のコストを上昇させる可能性がある。さらに、保健医療制度におけるコストの上昇は、種々のリソースを枯渇させることで、ケアの質を低下させる。このように、組織のメカニズムを構造化したものとしての保健医療制度における競争は、⁽²³⁾刑法 299a 条を通じて保護されている。刑法 299a 条の規定は、明文で「競争」と関連づけられている。

しかしながら、立法者の考えによると、刑法 299a 条以下の規定は、⁽²⁴⁾二重の法益保護を追求するものだという。すなわち、これらの規定は、競争に加えて、治療職による判断のインテグリティに対する患者の信頼をも保護している、とされる。⁽²⁵⁾これとの関連で、立法者は、ドイツの 17 の州医師会職業規則における職業法の規定に言及している。便宜上、本稿では、模範職業規則を参照しよう。このうち、医師模範職業規則 30 条から 32 条には、刑法 299a 条以下に対応する、職業法による義務づけがみられる。それによると、医師は、第三者とのすべての職業的関係のもと、患者を治療する際に、医師としての独立性を保つことが義務づけられている（医師模範職業規則 30 条）。このような要

⁽²³⁾ BT-Drs. 18/8106, S. 14, 17. 適切にも、Dann/Scholz NJW 2016, 2077 は、これを——法律上の拠りどころがないことから——解釈にあたって顧慮されない「拘束力なき法の見解」と呼んでいる。

⁽²⁴⁾ Bundesrechtsanwaltskammer Stellungnahme 40/2015, S. 5 (<http://www.brak.de/zar-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2015/november/stellungnahme-der-brak-2015-40.pdf>, 2018 年 5 月 7 日最終閲覧)。

⁽²⁵⁾ Kubiciel Stellungnahme zum Regierungsentwurf, S. 5 (<https://www.bundestag.de/blob/397590/60c0dc306c5668ef82833b159194eb58/kubiciel-data.pdf>, 2018 年 5 月 7 日最終閲覧)。

⁽²⁶⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 1, 12 f.; BT-Drs. 18/8106, S. 17.

⁽²⁷⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 12 f. これを追認するものとして、BT-Drs. 18/8106, S. 17 もある。

求は、倫理的に特に重要な医師患者関係を原則として考慮する、という点に焦点を当てたものである。医師患者間に特別な信頼がある場合に限って、医師の活動は奏功しうる。医師が、患者を紹介するために利益の供与を受けたとき(医師模範職業規則 31 条)や、その判断が自主的に下されたものでないとの印象を抱かせるような、贈答品またはその他の利益を受受したとき(同 32 条)に、医学的判断の公正さへの信頼が損なわれるという。したがって、これらの行為態様とともに、職務違反として位置づけられている。

しかし、このうちの 2 番目の目的、つまり患者の信頼は、法律となった案では、もはや根拠づけられえない。なぜなら、現行法では、競争を阻害する医師の行為が常に要求されており⁽²⁸⁾、競争関連性のない働きかけは、たとえ医師に対する患者の信頼を損なうものであっても、依然不可罰となるはずだからである⁽²⁹⁾。法律は当初、別の計画を立てていた。すなわち、もともとの法案は、**競争構成要件**のほかに、刑法 299a 条 1 項 2 号として、**義務違反構成要件**も予定していた⁽³⁰⁾。義務違反構成要件は、各々の医師職業法の規制と関連づけられていた。この第 2 案は、自己の独立性を保つために職業法の義務に違反したときに、医師は処罰の対象となる、というものであった。医師は、草案の中で細かく定められた義務違反への対価として、利益を要求し、約束させ、または收受する必要があるとされていた。このような義務違反構成要件は、学説においては、明確性への要請(基本法 103 条 2 項)や平等原則(同 3 条 1 項)との関係で、憲法上激しい批判にさらされている⁽³²⁾。結局、医師の処罰は、地方医師会が管轄を有する各地域での規制に左右される。理論的には、各医師会は、義務の範囲を別々に設定することができるとされ、ドイツ[法]は、刑法上の 17 の異なる汚職規定を、パッチワークのように継ぎ接ぎすることになるだろう。立法者は、最終読会の直前にこの批判に応え、これらの案を再び削除した⁽³³⁾。

だが、これらの案が削除されたからといって、法益に関する検討を手つかずのままに

(28) *Tsambikakis medstra* 2016, 131 (133); *Gaede in Nomos Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017 (NK-WiStR), § 299a Rn. 13; *Kölbel medstra* 2016, 193.

(29) この点については、*Kubiciel MedR* 2016, 1 (4) も参照。

(30) 最近では、政府草案もそうであった。BT-Drs. 18/6446, S. 21 f. 参照。

(31) *Gesetzesantrag des Freistaates Bayern*, BR-Drs. 16/15, Anlage, S. 2 は、「その他の方法で、その職業の遂行義務に違反した」とし、*Gesetzentwurf der Bundesregierung*, BT-Drs. 18/6446, S. 7 は、「治療職の独立性を保つために、職業法の義務に違反した」としていた。

(32) 例として、さしあたり本稿では、自身らの説明を「少なくとも、この構成要件の代案の削除に賛成する意見として」受け止められることを望んでいた *Aldenhoff/Valluet medstra* 2015, 195 ff. のみを挙げておく。なお、これに対して批判的なのは、*Kubiciel jurisPR-StrafR* 11/2016 Anm. 1 である。

(33) 今般の削除は、「一部の職業関連規則の不明確さと不統一さに対する懸念を考慮に入れた」ものであった (BT-Drs. 18/8106, S. 15)。

しておくことはできない。明文の構成要件として職務違反性と独立性が削除されたのであれば、こういった、健全で独立した医師患者関係に対する職業法の要求が、まさに今後も刑法 299a 条の主要な法益である、と主張し続けることはもはやできない。

治療職の独立性を保つための職業法の義務違反に関する判断が法案から削除され、差し控えられたことで、刑法 299a 条と 299b 条で二重の法益保護を認めることは、もはや支持できない。⁽³⁴⁾ 処罰を構成するのは、競争における不正な優遇（のみ）である。そのため、職業法の義務違反は、たしかに考慮可能である一方、それ自体処罰を根拠づけることはできない。そのため、医師患者関係の保護は、公正な競争という法益が反映されたものとしかみなされえない。⁽³⁵⁾ これもまた適切である。というのも、たしかに腐敗した行動は、患者の信頼を掘り崩す可能性があるが、⁽³⁶⁾ 必ずしもそうであるとは限らないからである。医師による治療の推奨や〔医薬品等の〕処方判断は、たしかに不正な利益供与を伴うものであったが、この供与から影響を受けたものではなく、患者の健康上の福祉（*salus aegroti*）に添うものであった場合、信頼の破壊は認められえない。⁽³⁷⁾ 標準的な方法が存在するにもかかわらず、あまり適切とはいえない措置が指示され、その措置が疾病を改善しなかったときや、それどころか悪化させたときにはじめて、信頼の喪失が認められうるという。⁽³⁸⁾ しかし、こういった、標準を下回る措置が行われるケースでは、刑法 223 条以下の傷害構成要件が当該措置をすでに捕捉している。⁽³⁹⁾ そのため、刑法 299a 条の枠内では、信頼に法益として独自の意義はない。

いずれにせよ、信頼それ自体が、規範の解釈やその保護を方向づけるために、法益として、行為を指導しうるといえるほど十分に具体的なものたりうるかどうかは、すでに根本的に争いがある。医事刑法以外の領域、とりわけ経済刑法の領域でも、信頼を刑法上の法益たる地位にまで高める傾向がみとれる。⁽⁴⁰⁾ 批判にさらされている点は、具体的要求を伴わない主観的感情としての信頼は、そこから処罰範囲に関する基準を導くことができるというには、あまりに非物質化されすぎている、という点である。⁽⁴¹⁾ そのように信頼を理解することで、求められる法的安定性が失われてしまう、というのである。し

(34) NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 12 ff.; S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 2; Tsambikakis medstra 2016, 131 (132). これと異なる立場として、Damas wistra 2017, 128 がある。

(35) Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra 2015, 142 (147, 150); Schneider HRRS 2013, 473 (477).

(36) BT-Drs. 18/6446, S. 1. また、BT-Drs. 18/8106, S. 17 も、この点を確認している。

(37) Frank/Vogel AnwBl 2016, 94 (96).

(38) Frank/Vogel AnwBl 2016, 94 (96).

(39) Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra 2015, 142 (146).

(40) 資本市場刑法における信頼法益については、Wendrich ZJS 2013, 238 ff. を見よ。

(41) 非物質化の問題については、Krüger Entmaterialisierung beim Rechtsgutsbegriff, 2000, passim を見よ。

かしながら、信頼の基点を付け加えておけば、この点は、あまり批判的に評価されるべきではない。すなわち、支払流通機能への信頼や、投資の安全性への信頼等、そこに客観的必要性をそのつど見いだすことも可能であろう。それでも、本稿では、この争点に立ち入る必要がない。なぜなら、信頼は、刑法 299a 条以下の第 2 の法益としては排除されるべきだからである。

このように、医師の行為のインテグリティに対する患者の信頼は、保健医療制度における競争相手・患者・法定疾病保険者の財産的利益の保護と同じく、〔公正な競争という法益が〕⁽⁴²⁾ 反映されたものとして、間接的にしか保護されていない。これに対して、一部の学説では、生命や身体の不可侵（基本法 2 条 2 項 1 文）といった高次の法益に関わる患者の信頼が、基本法 3 条 1 項を憲法上の背景として、保健医療制度における収賄という特別構成要件を正当化する実質的な理由である、と解されている。患者の信頼をそのように解することで、業務上の取引における業務主の収賄が不可罰であるとの原則から逸脱していることが説明可能となる、⁽⁴³⁾ というのである。しかし、基本法 2 条 2 項と競争構成要件のいびつな結び付きはすでに、以上のような正当化の試みにもかかわらず浮き彫りとなった、立法者の矛盾を表している。

V. 手 続

新たな構成要件の個々の問題点をピックアップする前に、2つの手続的問題を解明しておきたい。

1. 刑事訴訟法 100a 条に基づく電気通信の傍受

保健医療制度における収賄に対する、**刑事訴訟法 100a 条に基づく電気通信の傍受**の可能性は、刑事訴訟法では認められていなかった。この点は、典型的にはコンスピラシー的態度の証明が困難であることから、一部の学説から批判を浴びている。⁽⁴⁴⁾ 証人や書面は、存在しなかったり不備があったりするのが常である。しかし、そのように主張する

⁽⁴²⁾ Kubiciel MedR 2016, 1 (4); Schneider HRRS 2013, 473 (477); Frank/Vogel AnwBl 2016, 94 (96 f.); Cosack ZIS 2013, 226 (230). このように、〔公正な競争という法益が〕反映されたものとすら認めないのは、Schröder NZWiSt 2015, 321 (325) である。

⁽⁴³⁾ そのように述べるのは、Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra 2015, 142 (146) である。この論文は、治療職による判断のインテグリティに対する信頼を保護することで、立法者が作出した関係性が、「抽象的ではあるが、通常その他の助言関係では問題とならない、憲法的に価値ある文脈」を切り開く、と主張している。これに賛同するのは、Lorenz medstra 2017, 342 (344 f.) である。

⁽⁴⁴⁾ Gädick medstra 2015, 268 (272); Cosack ZRP 2016, 18 ff.

者は、医師や治療職・患者間の特別な信頼関係というものを誤解している。立法者の視点からすれば、かかる信頼関係は、まさに刑法 299a 条を通じて直接保護されるべきであろう。⁽⁴⁵⁾ 軽微事犯に関して、患者が医師を信頼して発した言葉が、傍受措置の対象となる可能性を考慮せざるをえないとすれば、公の利益が問題となる医師との信頼関係に悪影響が及ぶことは必至である。中核領域での傍受措置を禁止する刑事訴訟法 100a 条 4 項は——同条項にいう中核領域が不明確である点を措くとしても——⁽⁴⁶⁾ 医師患者関係を不十分にしか保護していない。⁽⁴⁷⁾ これに対して、公務担当者たる医師の場合、電気通信の傍受の可能性があることは、一見すると、まったく矛盾していないようにみえる。もっとも、電気通信の傍受は、収賄（刑法 332 条）という比較的重い汚職の罪に限って許容されており、単純利益收受（刑法 331 条）にはすでに許容されていない。第 2 に、公務の純粋性や公の装置としての機能といった、さらに重要な公の利益とは何かについては争いがある。保健医療制度における収賄および贈賄の特に重い事案（刑法 300 条）でさえ、公務担当者の贈賄と比較すると、法定刑の点ではこれに劣る。したがって、立法者が電気通信の傍受を許容していないのは、至極正当である。この点に関する議論は、経済刑法学者が医事（刑）法の必要性を総じて理解していないことが往々にしてある、ということの一例である。

2. 非親告罪としての刑法 299a 条

刑法 299a 条以下が競争だけでなく、治療職による判断のインテグリティに対する患者の信頼をも保護しているとする立法者の誤った考え方は、どちらかといえば目立たないが、実務上きわめて重要な、ある事情を反映している。というのも、刑法 299 条と異なり、刑法 299a 条は、もはや親告罪ではないからである。刑法 301 条の告訴規定に、刑法 299a 条と 299b 条は登場しない。そのかわり、⁽⁴⁸⁾ 刑法 299a 条と 299b 条は、立法手続の過程で、**非親告罪**として制定されるに至った。

実をいうと、このことは、〔刑法 299a 条以下が〕競争を保護する規定として制定された、ということからは説明できない。ここでも有益なのが、歴史分析である。もともと、業務上の競争における収賄および贈賄は、絶対的親告罪でしかなかった。今日の刑法 299 条の前身規定である不正競争防止法 12 条は、それにならって制定された。当該競

⁽⁴⁵⁾ 適切にも、BR-Drs. 16/15, S. 4 がそのように述べている。

⁽⁴⁶⁾ Hauck in Löwe/Rosenberg (Hrsg.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., ab 2014, § 100a Rn. 141 ff. のみ参照すれば足りる。

⁽⁴⁷⁾ この点で、Cosack ZRP 2016, 18 (19) は不適切である。

⁽⁴⁸⁾ BT-Drs. 18/106, S. 16.

合者からの告訴がなければ、刑事手続を実施することはできなかった。しかし、競争関係に立つ企業は、メディアに流出するおそれのある自社の商慣習を公の場で説明することを、悪魔や聖水のごとく避けようとする傾向にあった。要するに、事件をかえって黙殺し、不正競争防止法 12 条の処罰規定が実務上完全に空文化されたことで、告訴を断念する事態が常態化してしまったのである。不正競争防止法 12 条の処罰規定は、刑事コンプライアンスに関するルールという意味では、何の効果も発揮することができなかった。⁽⁴⁹⁾

その後、1997 年に、不正競争防止法 12 条の処罰規定が刑法 299 条として中核刑法に移行されたときに、立法者はこのような事態に対処した。しかし、競争そのものだけでなく、競争相手個人も同条の保護効果の範囲に常に含まれること、また、それほど深刻とはいえない軽微な不正もありうることから、ある折衷案が採用された。つまり、刑法 299 条は、いわゆる**相対的親告罪**と理解されるに至った。⁽⁵⁰⁾これは、本来であれば競合者からの告訴がさらに必要になることを意味する。しかし、刑事訴追に特別な公の利益があれば、検察官は、告訴がなくても自発的に捜査を行わなければならない。このような二重の解決によって、刑法 299 条の複占的な保護傾向に対応が講じられた。一方で重要なのは、競争の自由、すなわち、社会一般の利益である。しかし、競合者の利害関係も処罰根拠の一つであり、かかる関係を反映しているのが、競合者の告訴権である。

保健医療関係の汚職を、刑法による競争保護の対象に含めることで、刑法 299 条を相対的親告罪として理解することと平仄を合わせるほうが、かえって一貫するのかもしれない。代替案として、非親告罪というものがあるが、非親告罪は、職権に基づいて訴追が行われる必要がある。このような状況のもとでは、非親告罪化は、社会一般の利益が単に些細とはいえない形で侵害されるとする、より高次の意義を持つ超個人法益的な理解でもってのみ根拠づけることが可能であろう。患者の信頼という観点からも、そのように主張されている。⁽⁵¹⁾〔しかし〕このような主張が支持できないことは、すでに述べたとおりである。少なくとも、職権に基づく訴追によって、立法者が自浄能力を持たない自治を証明したにもかかわらず、当初、職能階級的団体と保険（歯科）医師連合に告訴権が認められていたことで生じた矛盾は、⁽⁵²⁾解消されている。この点は、本稿の最後に、

(49) S/S/W-Rosenau § 301 Rn. 1; NK-WiStR-Gaede § 301 Rn. 1.

(50) S/S/W-Rosenau § 301 Rn. 1; NK-WiStR-Gaede § 301 Rn. 2; Pfeiffer Das strafrechtliche Schmiergeldverbot nach § 12 UWG in Erdmann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. von Gamm, 1990, S. 129 (154 f.); Momsen/Laudien in Beck'scher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 33. Ed. 2016, § 299 Rn. 38; Fischer § 301 Rn. 1 ff.

(51) BT-Drs. 18/8106, S. 16 f.

(52) Frank/Vogel AnwBl. 2016, 94 (99).

もう少し触れることにしたい。このようにして、疾病・介護保険には、特に薬品産業・医療技術産業との契約交渉過程で、かなり怪しげな圧迫手段が講じられてきた。⁵³⁾

VI. 刑法 299a 条の構成要件

1. 行為者の範囲

刑法 299a 条の適用対象となる行為者は、職業の遂行または職名の使用のために国家によって定められた職業教育が必要な治療職に属する者である。このように、立法者は、刑法 203 条 1 項 1 号（私的秘密の侵害）で馴染みの文言を用いた。これに対して、立法者は意識的に、行為者の範囲をアカデミックな治療職に限定する決断を下している。⁵⁴⁾ たしかに、この種の治療職、特に医師には、処方・指示の「ゲートキーパー」として、汚職の罪という枠の中で非常に大きな意義が認められている。しかしながら、その他の治療職が原則として当罰的だということは、そのこととは無関係であるという。医師の仕事を保健医療専門職に委ねるようにとの指示や、そういった傾向の高まりをさらに考慮するのであれば、まさに、そのような保護の空隙が生じることは回避されるべきであろう。⁵⁵⁾

以上より、刑法 299a 条でまず捕捉されるのは、アカデミックな治療職となる。治療職の遂行要件は、法律と認可規則（条例）が規定する職業教育を受けていること、である。刑法 203 条 1 項 1 号で掲げられた医師、歯科医師および薬剤師のほかに、心理療法士や児童・青少年精神療法士も、刑法 299a 条にいう治療職に含まれる。これに対して、刑法 203 条 1 項 1 号や政府草案で明記されている獣医師は、刑法 299a 条の適用対象に含まれない。⁵⁶⁾ 保険医療制度における公正な競争という法益や、処罰規定の必要性に関する草案起草者の説明がすでに、このことを裏づけている。保険医療制度の総支出を証明する提出資料、つまり、保健医療制度において特に大きな損害が生じたことを示す資料⁵⁷⁾

⁵³⁾ Aldenhoff/Valuett medstra 2015, 195 (199).

⁵⁴⁾ 国内で職能身分的な団体が設立されている治療職のみを捕捉する、バイエルン州司法省草案（BR-Drs. 16/15）がそうであった。

⁵⁵⁾ これに批判的なのは、Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra 2015, 142 (148) である。

⁵⁶⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 16 f.; Pragal/Handel medstra 2015, 337 (339).

⁵⁷⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁵⁸⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 6. また、NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 33 は、この点を疑問視する。さらに、この点を掘り下げたものとして、Lorenz medstra 2017, 342 (344 f.) がある。

⁵⁹⁾ Statistisches Bundesamt, Fachserie 12. Reihe 7. 1. 1.

⁶⁰⁾ これに批判的なのは、Frank/Vogel AnwBl. 2016, 94 (95) である。

は、獣医学の領域をカバーしていない。そのため、獣医学は、立法者が想定する「保健医療制度」には、およそ含まれないとみられる。立法者が、患者の信頼も刑法 299a 条の法益であると誤解している以上、それに対応する形で、獣医師も、刑法 299a 条の適用対象から外れることになるはずである。というのも、職業法上自明のことであるが、獣医師の「患者」は動物であって、その動物の所有者ではないからである⁽⁶¹⁾。動物の所有者の信頼を探知するとすれば、刑法 299a 条の法益として考えられうるものとしては、動物に対する所有権を見いだすことができるにすぎない(基本法 14 条 1 項 1 文)。しかしながら、このような形で法益を保護することは、刑法 299a 条〔の趣旨〕を無視している。したがって、獣医師は、刑法 299a 条の構成要件から除外されるべきである⁽⁶²⁾。

同じく、いわゆる**保健医療専門職**に属する者も、本条に該当する。ここにいう保健医療専門職とは、職業教育が法律上規制されている保健師・看護師、理学療法士・作業療法士および言語療法士等をいう⁽⁶³⁾。法律上規制されている職業教育を受けていないため、⁽⁶⁴⁾ハイルプラクティカー(Heilpraktiker)は、保健医療専門職に含まれない。

2. 職業関連性

さらに、行為者は、自身の職業遂行との関連で行動するものでなければならない。このような、職業関連性というメルクマールは、刑法 299 条の「業務上の取引において」というメルクマールと同じように、職業活動の範囲外で行われるプライベートな行為を処罰の対象から除外するものだという⁽⁶⁵⁾。学説の一部では、処方(または購入)は、そもそも職業関連性がなければ行うことはできないのではないかと、という疑問が向けられている⁽⁶⁷⁾。しかし、医師が、署名していない処方箋を同僚に手渡した場合であれば、かろう

(61) 獣医師模範職業規則(MBO-Tierärzte) 12 条 2 項参照。

(62) この点を掘り下げたものとして、Lorenz medstra 2017, 342 (344 f.) がある。それによると、このことは、目的論的縮減という手法によって行われる。また、以上のことは、獣医学における汚職、例えば、獣医学の分野で活動する薬剤師にも総じて当てはまる。

(63) その他の例については、例えば、Cierniak/Niehaus in Münchener Kommentar zum Straffgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, § 203 Rn. 31.

(64) Tsambikakis medstra 2016, S. 131 (133).

(65) このメルクマールについては、例えば、Fischer § 299 Rn. 12; Heine/Eisele in Schönke/Schröder (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014 (S/S), § 299 Rn. 9.

(66) BT-Drs. 18/6446, S. 21.

(67) Nestler GesR 2016, 70 (73); Pragal/Handel medstra 2015, 337 (339); Tsambikakis medstra 2016, 131 (138). それに対して、この見解とは逆に、職業関連性というメルクマールは、政府草案では、なお重要性を有していた。なぜなら、医薬品卸売業を商業的に指揮する薬剤師は、特別な職業関連性がないため刑法 299a 条の構成要件に該当しない、とされていたからである。Geiger medstra 2016, 9 (10) 参照。同種のケースでこれに賛同するのは、Heil/Oeben PharmR 2016, 217 (220) である。

じてこれを、処方が行われた事例と認めることができるであろう。

このメルクマールの内部では、刑法 299 条と同様に、刑法 299a 条は、良俗や法規に反する活動に関連する競争の保護に役立つものではない、ということが意味を持ってくる。⁽⁶⁸⁾ その限りでいうと、このメルクマールは、当該職業に属する者によって、もっぱら**違法な活動**が行われた場合は、自身の職業遂行と関連性がないという形で、規範的に限定解釈されるべきである。例えば、医師がその業務において、もっぱら有償で、刑法 217 条によって罰せられる自殺幫助を行った場合がこれに当たる。この場合には、かかる活動の範囲内で競争を保護するという、法秩序の利益が欠ける。その活動は、法的に許容される職業遂行の範囲外となる。⁽⁷⁰⁾

3. 所為行為

刑法 299a 条の所為行為は、利益を要求し、約束させ、收受することである。**要求する**とは、競争において、〔他人を〕不正に優遇することへの対価として、明示的または黙示的に意思表示をして利益を求めること、と解される。⁽⁷¹⁾ **收受する**とは、行為者が合意の上で行われ、その合意によってカバーされている範囲内で、行為者または第三者によって利益が実際に受領されることをいう。⁽⁷²⁾ **約束させる**は、提供される利益を明示的または黙示的に收受することを要件とする。⁽⁷³⁾

4. 利 益

利益概念に関して、立法者は、刑法 299 条と刑法 331 条以下を対応させている。⁽⁷⁴⁾ ここにいう利益概念は、收受者が法的請求権を有していないもので、その者の経済的、法的または個人的な状況を客観的にみて改善する給付すべてを指す。医師職業法の利益概念

⁽⁶⁸⁾ 「業務上の取引における行為」というメルクマールが、刑法 299 条の問題とパラレルに位置づけられるとするのは、NK-WiStR-Gaede § 299 Rn. 24, 40 である。その限りでいうと、NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 63 による「競争における優遇」というメルクマールの位置づけは、一貫していない。

⁽⁶⁹⁾ こういった、刑法 299 条に関するきわめて支配的な見解として、例えば、Sinner in Matt/Renzikowski (Hrsg.), StGB – Strafgesetzbuch, 2013, § 299 Rn. 8; S/S-Heine/Eisele § 299 Rn. 6 m. w. N があり、これと異なる立場としては、NK-StGB-Dannecker § 299 Rn. 29 もある。ただし、299a 条に関しては、NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 64 も、異なる立場に立つ。

⁽⁷⁰⁾ 法律委員会の見解も同旨である。BT-Drs. 18/8106, S. 16.

⁽⁷¹⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 16 m. w. N.

⁽⁷²⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 18 m. w. N.

⁽⁷³⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 17 m. w. N.

⁽⁷⁴⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁽⁷⁵⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 17 m. w. N.

(医師模範職業規則 31 条, 32 条) と異なり, 名誉・名誉職等の経済的地位を向上させる給付も, 刑法 299 条にいう利益に含まれる。⁽⁷⁶⁾ 連邦通常裁判所の判例に従う立法者の意向によれば, 本条の意味において適用対象となる利益とは, 契約の締結によってすでに得られる可能性があるものをいう。しかも, そのことは, 給付と対価が適切な関係に立つかどうかとは無関係である。⁽⁷⁷⁾

しかしながら, **社会的に相当な供与**は, 刑法 299a 条の構成要件を充足しない。というのも, およそ構成要件というものは, 法益を下敷きにして解釈されるべきだからである。すでに客観的適性がなく, 治療職の具体的判断に影響を及ぼさない供与は, 利益に当たらない。⁽⁷⁸⁾ そこにいう供与には, ボールペン・メモ用紙・カップ等の日常的で取るに足りない贈り物も含まれる。たしかに, 立法者は, 価値の低さや軽微性による限定を, この場面でも意識的に放棄している。しかしながら, 立法者は, 少なくともそのような利益が社会的に不相当であり, 職業法上許容されない, とも指摘している。その点, 医師の場合, 模範職業規則 32 条によると, 最低でも約 50 ユーロという価格まで社会的相当性が認められることは明らかである。⁽⁸⁰⁾ この価格を超える供与が行われた場合, 利益に当たるか否かを評価するためには, 関与者の取引範囲・地位・生活状況が顧慮されなければならない。これに対して, 問題となっている態度が実際にどれほどの広がりを持つのかは, 顧慮されない。⁽⁸¹⁾

5. 不法約定

「ことへの」という文言からは, 刑法 299 条や刑法 331 条以下と照合する形で不法約定 (Unrechtsvereinbarung) が必要である, という帰結が導かれる。不法約定においては, 各汚職規定の中核的要素が問題となっている。しかしそれと同時に, 処罰の最も難しいポイントも問題となる。行為者は, 競争において〔他人を〕不正に優遇することへの対価として, 利益を要求し, 約束させ, または收受する必要がある。供与される利益と競争における優遇は, 不法約定を通じて相互に結び付くものでなければならない。すでに実行された給付に対して報酬を支払うことや, 「雰囲気づくり」を目的とするか, 「一般的な恩情」をかける目的で利益を供与することでは—— 刑法 331 条や 333 条の場合と

⁽⁷⁶⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 17. したがって, *Tsambikakis medstra* 2016, 131 (134) は不適切である。

⁽⁷⁷⁾ 331 条以下に関しては, *BGHSt* 31, 264 参照。299 条に関しては, *BGH* NStZ-RR 2015, 278 (279 f.) 参照。

⁽⁷⁸⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 18. これに総じて批判的なのは, *NK-WiStR-Gaede* § 299 Rn. 47 ff. である。

⁽⁷⁹⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 17.

⁽⁸⁰⁾ DÄBl. 2004, A-297 (298) 参照。 *Heil/Oeben PharmR* 2016, 217 (219) も同旨。

⁽⁸¹⁾ *Fischer* § 299 Rn. 16a.

異なり——足りない⁽⁸²⁾。成功した治療への謝礼として患者から贈り物をするといった事後的な供与も、刑法 299a 条に当たらない。刑法 299a 条の文言——「ことへの……を」——は、明確である⁽⁸³⁾。

競争における優遇という要件は、**少なくとも 2 名の競合者の間に競争関係が存在すること、またはそうした関係の発生が目前に迫っていることを前提とする**⁽⁸⁴⁾。だが、寡占状態が存在する場合であっても、利益供与は、このような状態を維持し、将来の競争相手を排除したり、相手の立場をより悪いものにしたりに役立つ限りで、競争関連的となる可能性があるという。同様のことは、新規の医薬品、療法または医療機器を導入することにも当てはまる。その場合は、患者との永続的な結び付きを構築する目的で、また、マーケットへのさらなる参入や、それに伴う競争状況を回避する目的で、利益供与が行われる⁽⁸⁶⁾。

どのような事例群が問題となるか。刑法 299a 条は、不正な優遇が認められる可能性がある行為の文脈を 3 つ挙げている。第 1 が医薬品等の処方、第 2 が医薬品等の購入、第 3 が患者の紹介・検査資料の引渡しである。これらの行為の文脈では、医師が競争において〔他人を〕不正に優遇することへの対価として利益を得る可能性があるか否かが、そのつど検討されなければならない。

政府草案ではまだ予定されていた**医薬品、療法、補助具または医療機器の販売行為**という文脈は、刑法 299a 条では採用されなかった。現行法では、購入との関連でも、患者に販売するための医薬品、補助具または医療機器ではなく、治療職に属する者またはその補助者が直接使用するための医薬品、補助具または医療機器が持ち出されている⁽⁸⁹⁾。今般の改正は、とりわけ薬剤師にとって、さらには、⁽⁹⁰⁾補助具や医療機器を販売する、治療職に属するその他の者にとってもメリットがある。治療職に属するこれらの者は、⁽⁹¹⁾購入形態を制限するという観点からも、刑法 299a 条の適用範囲から広く除外されている。法務・消費者保護委員会の決議勧告による今般の改正理由は、簡素なものであった。販

⁽⁸²⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 14 m. w. N.

⁽⁸³⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 14. このような自明の事柄は、不要なことに、政府草案で何度も強調されていた。BT-Drs. 18/6446, S. 18, 22 参照。

⁽⁸⁴⁾ S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 15 m. w. N.

⁽⁸⁵⁾ Fischer § 299 Rn. 15a m. w. N.; Aldenhoff/Valluet medstra 2015, 195 (198); BT-Drs. 18/8106, S. 15. これと異なる立場に立つものとして、NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 57 がいる。

⁽⁸⁶⁾ BT-Drs. 18/8106, S. 16.

⁽⁸⁷⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁽⁸⁸⁾ ただし、政府草案も、患者に販売するための医薬品、補助具または医療機器を挙げていた。BT-Drs. 18/6446, S. 20 参照。

⁽⁸⁹⁾ BT-Drs. 18/8106, S. 14 f.

売形態が追加されずに削除されたことに関しては、上述した購入形態の制限と、この点に関する「上記の理由」が掲げられていたにすぎない。しかしながら、その「上記の理由」では、現在は刑法 299a 条で捕捉されている購入の事例について、公正な競争という法益と——そのこと自体に誤解があるわけだが——治療職による判断のインテグリティという法益が、当罰的な形で侵害される可能性がある、と述べられているだけである。⁽⁹³⁾この説明は適切であり、さらにいえば、自明のことでもある。しかしながら、この説明内容は、このように購入形態を制限し、販売形態を削除した動機を理解するのに役立つものではない。むしろ、この説明内容は、種々の疑問を投げかける。例えば、医師であれば、医薬品を直接使用したことだけを理由に刑法 299a 条の構成要件で捕捉されるのに対し、薬剤師が、医薬品の購入を優遇することへの対価として、(講演や広告枠のレンタル等の) 利得を得る機会が与えられた事例は、なぜ将来的に、同条の構成要件からそれ自体除外されるべきなのか。また、薬剤師や医療機器の販売者を通じて購入または販売する際に、不正な優遇を受けるため、カムフラージュをせずに支払いを行う「プリミティブで露骨な汚職」も、もはや刑法 299a 条の構成要件に該当しない。刑事政策的には、処罰の間隙が生じることから、この点は批判的に受け止められている。⁽⁹⁵⁾

しかし、「不正な」とは何か。そもそも、この点は、不法約定における中心的問題である。ライヒ裁判所によると、「不正な」とは、「(…) 競争関係の内部で考慮されるべき、信義則に違反する行為」をいう、と解されうる。それによれば、問題とされるべき

(90) 例えば、医療用品店を営む者にとってメリットがある。この場合は、「その職業の遂行に関連して」というメルクマールを手がかりに、処罰がどのみち否定されないかどうか、すでに問題とされている。少数説がこのメルクマールを不要とみる一方で、学説には、特定の職業との関連性がなければならない、と主張するものがある(前出 VI. 2. 参照)。しかしながら、そういった特定の職業との関連性は、医療用品店の場合、認められる可能性が高いといえよう。なぜなら、社会法典第 5 編 126 条 1 項 2 文によると、専門管理者は、個人の治療職に関する社会法典第 5 編 126 条 1 項 3 文に基づき、公的医療保険中央連合会(GKV-Spitzenverband)の勧告が示す、一定の要件を満たしていなければならないからである。この勧告はオンラインで閲覧可能である(https://www.gkvspitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/hilfsmittel/praequalifizierung/eignungskriterien/ek_ab_01Januar_2015/HiMi_Gesamttafel_PQ_mit_Kennzeichen_R_10112014.pdf; 2016 年 5 月 12 日最終閲覧)。

(91) 連邦参議院も、共同委員会召集の決議で、この点を批判していた。BR-Drs. 181/16, S. 2 参照。

(92) BT-Drs. 18/8106, S. 15.

(93) BT-Drs. 18/8106, S. 14.

(94) Dann/Scholz NJW 2016, 2077.

(95) 「法的ギャップ」(legal laguna) という言葉を用いるのは、Kubiciel jurisPR-Compl 3/2016 Anm. 1 である。Tsambikakis medstra 2016, 131 (132) も同旨。もっとも、そうした批判は、法治国家の刑法がその本質上、断片的、つまり不完全なものでなければならない、という点を誤解している。

(96) RGSt 48, 291 (295).

点は、当該医療機器を落札することが適切な判断か、それとも不適切な考慮に基づくものか、特に、まさに約定される利益の影響下にあるか、といった点である。つまり、医師が不適切な判断を下す場合、特に、収受する利益や予期される利益の影響下にある場合、同人は**不正に行為するものとなる**⁽⁹⁷⁾。このこともまた、法益を用いて説明される。問題となっているのは自由な競争の保護であることから、こういった、競争を害する可能性のある不適切な判断は、回避されるべきである。したがって、重要なのは、適切さを保つことである。なぜなら、不適切な種々のファクターは、競争条件を歪め、競争相手に損害を与える可能性があるからである。

政府草案理由書によると、優遇が職業法上許容されている場合は、特に不正性が欠けるといふ⁽⁹⁸⁾。ここで肝要なのが、構成要件の消極的従属性や刑法の非対称的従属性である⁽¹⁰⁰⁾。これは、保健法上の義務違反だけでは、たしかに処罰を基礎づけるのに相応しくない一方で、保健法の規定を遵守することは処罰を阻却する、というものである。このようにして、立法者は、刑法 299a 条が保護する保健医療制度における競争を、ある意味で、⁽¹⁰¹⁾すでに保健法を通じてあらかじめ規制している。利益概念が広範であることに鑑みると、不正な優遇というメルクマールには、多大な意義がある。そのため、競争を規制する規定の存在を根拠に、新規定を通じて可罰的汚職の嫌疑がただちにかけられるであろう、特に重要な事例群が政府草案理由書と同時に複数挙げられていることは、驚くに値しない。

そのような、保健医療制度における正統化規定の適用領域の一つが、**職業上の協力**である。職業上の協力は、一方で保健政策上好ましく、法律上予定されているが、他方で腐敗に陥る可能性が高い⁽¹⁰²⁾。職業上の協力を規制する規定は、例えば、社会法典第 5 編 115a 条、115b 条、116b 条、140 条以下に見受けられる。もっとも、これらの規定にも、汚職刑法の諸悪の根源が看取できる。これらの規定は、今日の法文を基礎としても、明確な限界づけを実現するものではない。最近改正された刑法 108e 条 4 項のように規制の否定例を列挙することで、一定程度の明確性を担保することが有益であろう⁽¹⁰⁴⁾。また、次のようなアプローチも一考に値するように思われる。すなわち、行為に出る時点での

⁽⁹⁷⁾ BGHSr 2, 396 (401).

⁽⁹⁸⁾ BGHSr 2, 396 (401).

⁽⁹⁹⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 21.

⁽¹⁰⁰⁾ この点については, *Schneider/Kaltenhäuser medstra* 2015, 24 (27).

⁽¹⁰¹⁾ *Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra* 2015, 142 (150).

⁽¹⁰²⁾ この点に対しても批判的なのは, NK-WiStR-Gaede § 299 Rn. 47 ff. である。

⁽¹⁰³⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 18 f.

⁽¹⁰⁴⁾ *Gaede/Lindemann/Tsambikakis medstra* 2015, 142 (152, 154).

医師の態度が、これを具体化する権限を持つ裁判所がまだ非難していない、支持可能な (vertretbar) 解釈と合致しているのであれば不正性が欠ける、というアプローチがこれである。⁽¹⁰⁵⁾しかしながら、このアプローチもまた、医師によりいっそうの安心をもたらすことはほとんどない。およそ公正さというものが、まさに——すぐ後で示すように——報酬やパーセント計算での利益配当の適切さを手がかりに決定されるもののだとしても、個々のケースでの具体的な支払いが、いつ、この法概念の支持できる解釈と合致するのかは、依然不明確である。このようにして、解釈に伴う不明確さは、ある曖昧な概念からその次の曖昧な概念へと、つまり、不正性から支持可能性へと移り変わっていくだけである。

例えば、**報酬を伴う観察研究** (医薬品法 (AMG) 67 条 6 項) は、きわめてアンビバレントであることが分かる。この場合、観察研究に参加する医師の処方行為は、報酬を得る可能性が認められる結果、不法約定という枠の中で製薬会社から影響を受けると考えられる。このように、立法者が医薬品法 67 条 6 項 3 文ですでに認めていた、汚職の危険が現実化する不可欠の根拠が、補償の適切さである。そのため、医師への対価が欠けることや、あまりに高額な補償を行うことは、不法約定を基礎づける徴表 (Indiz) となる。⁽¹⁰⁶⁾逆にいえば、報酬相場の範囲内にある適切な補償は、他に根拠がなければ、報酬を伴う観察研究においては、刑法上重要ではない。しかし、次の点は特に強調されるべきである。すなわち、報酬の適切さだけが、刑法 299a 条や 299b 条での処罰を阻却するわけでは決していない、という点がこれである。たしかにその場合は、不法約定の存在を打ち消す重要な徴表が認められる。それにもかかわらず、個々の事案での具体的事情に依じて、協力が総じてパートナーの一方に経済的利益をもたらさないか、わずかな経済的利益しかもたらさない場合、また、その他にも、適切な報酬が競争における不正な優遇のための隠れた割増金を含んでいる場合は、たとえ適切に報酬が支払われたとしても、不法約定を認めることが可能である。⁽¹⁰⁷⁾さらにいえば、適切さというものは、いずれにしても、それほど明確なパラメータではない。

例えば、医師が自ら関与して、利益配当を受けている会社に自分の患者を紹介する場合のように、保健医療制度において一企業に**経済的に関与すること** (社会法典第 5 編 128 条 2 項 3 文参照) も、刑法 299a 条に基づく刑法上重要な事実関係となる可能性が

⁽¹⁰⁵⁾ NK-WiStR-Gaede § 299a Rn. 88.

⁽¹⁰⁶⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 19.

⁽¹⁰⁷⁾ Schneider medstra 2016, 195 (203).

⁽¹⁰⁸⁾ このような「二段階理論」については、Schneider medstra 2016, 195 ff. 参照。事例を挙げてこの理論に賛同するのは、Badle medstra 2017, 1 (2) である。

ある。⁽¹⁰⁹⁾このことは、現実には比較的頻繁に発生している。この場合も、不法約定という形で結び付きがあるかどうかが決定的である。重要とされるのは、連邦通常裁判所の競争法判例の原則である。⁽¹¹⁰⁾この原則によれば、利益配当を指示の数と直接結び付ける不法約定は許容されない。間接的な利益分配、特に、成果をあげることを目指す一般的な利益分配は、これを客観的に考察したときに、医師が紹介を通じて自身の参加収益に多大な影響を及ぼした可能性がある場合に限って、⁽¹¹¹⁾許容されない。同様のことは、検査資料を実験室に引き渡すことにも当てはまる。⁽¹¹²⁾この場面でも、連邦通常裁判所が明確な基準をパーセンテージで提示していないことが、ヘルスケア企業に関与する際の計り知れないリスクをもたらしている。

社会法に基づくボーナスの支払い（例えば、社会法典第 5 編 84 条 4 項）は、競争における不正な優遇ではなく、⁽¹¹³⁾経済にかかる指示と資源の効率的配分を目的とする。不正な優遇は、競争固有のものである。⁽¹¹⁴⁾したがって、ボーナスの支払いも、不可罰のままでなければならない。⁽¹¹⁵⁾

公正な要求から、いつ不公正な要請が生じるのか、つまり、競争法に違反しない割増金モデルの限界がどこにあるのかにつき、法律上明確な基準がないということに総じて疑いはない。すでに刑法 299 条がそうであったように、⁽¹¹⁶⁾刑法 299a 条は限定的に規定されている。このような欠陥には、よりいっそう制限的な適用方法でしか対処できない。

VII. 処罰規定の必要性

刑法 299a 条のような規定がそもそも必要なのかどうかは、これまでテーマとされてこなかった。立法者は、正当にも、EU から批判的に受け止められていただけでなく、EU 圏内でも類をみない処罰の空隙を埋めたのか、それとも逆に——2016 年、刑法 217 条に業としての自殺援助〔の処罰規定〕が挿入されたことで問題とされたように——

⁽¹⁰⁹⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 19 f.

⁽¹¹⁰⁾ BGH Urt. v. 13. 1. 2011, I ZR 111/08.

⁽¹¹¹⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 19.

⁽¹¹²⁾ Wigge NZS 2015, 447 (450); Pragal/Handel medstra 2015, 337 (343); Tsambikakis medstra 2016, 131 (138); S/S/W-Rosenau § 299a Rn. 20.

⁽¹¹³⁾ Scholz in Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 32 Rn. 7 MBO.

⁽¹¹⁴⁾ Wissing/Cierniak NZWiSt 2016, 41 (45).

⁽¹¹⁵⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 20.

⁽¹¹⁶⁾ Erb Ungereinheiten bei der Anwendung von § 299 StGB, in Geisler u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert, 2011, S. 97 (103).

結果的に医療に害を及ぼす不要な処罰規定を再び創設したのか。⁽¹¹⁷⁾このような点を問題とする理由は、処罰の間隙が確認されうるからといって、そのこと自体が、処罰規定を創設する論拠になるわけではないからである。周知のように、法治国家の刑法は、まさにその断片的性格を通じて特徴づけられている。およそ刑法というものは、フランツ・フォン・リストのいう犯罪者のマグナ・カルタという意味で、間隙を含むものでなければ⁽¹¹⁸⁾ならない。したがって、保健医療制度における競争を保護するための法律規定は必要か、もし必要だとすれば、競争の保護が新設された処罰規定を通じてのみ保証されうるのか、が問われなければならない。

1. 保健医療制度における汚職の犯罪学

犯罪化に伴う負担に関しては、説得力のある経験的根拠が不足している。また、汚職による保健医療システムへの重大な財政的負担も、具体的な被害額の形では算定できなかった。犯罪学は、他の汚職研究のように、汚職リスクを特定し、汚職を認定する種々の徴候を提供するべく、リスクベース・アプローチを用いている。⁽¹¹⁹⁾アンケート調査によると、製薬企業は、業界平均(12%)よりも多く(14%)、汚職の事例を報告することが往々にしてある。⁽¹²⁰⁾5社に1社は、競合他社による収賄が原因で取引のチャンスを失ったことがある、と回答していた。たしかに、この数字は、一見すると憂慮すべきものである。しかし、この数字は、製薬会社が国際的に活動し、汚職の危険のある国々で取引を行っていることを通じて相対化される。⁽¹²¹⁾もっぱらドイツの状況に限定した統計は存在しない。⁽¹²²⁾

加えて、保健医療制度そのものは、その他の経済部門と比較すると、明らかにコントロールされていることが分かる。不祥事を根絶するために義務として設置された機関が

⁽¹¹⁷⁾ この点につき、詳細は、*Rosenau in Joerden/Schmoller* (Hrsg.), *Festschrift für Yamanaka*, Berlin, 2017, S. 325 (335 ff.).

⁽¹¹⁸⁾ v. *Liszt* *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1905, S. 80 を見よ。

⁽¹¹⁹⁾ この点については、*Kubiciel MedR* 2016, 1; *Rose International Anti-Corruption Norms*, 2015, S. 188 ff. 参照。

⁽¹²⁰⁾ *PwC / Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg Wirtschaftskriminalität Pharmaindustrie* 2013, Abb. 1 S. 8. この資料はインターネットで閲覧可能である (<https://www.pwc.de/de/gesundheitswesen-und-pharma/assets/pharmabranche-fehlt-rezept-gegen-korruption.pdf>, 2017年4月7日最終閲覧)。

⁽¹²¹⁾ *PwC/Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg* (Fn. 120), S. 11, Abb. 3.

⁽¹²²⁾ *BT-Drs.* 18/6446, S. 11.

⁽¹²³⁾ 政府草案は、保健医療制度における汚職の程度、これによって生じる財産的損害、あるいは信頼の破壊について、非常に曖昧な評価を下している。保健医療制度における汚職の程度に関して、意見が一致をみていないことについては、*Schröder NZWiSt* 2015, 321 (323 Fn. 28) を見よ。

存在し、誰でもこの機関に照会することができる（社会法典第 5 編 197a 条, 81a 条）。暗視野を明視野に変えると、保健医療制度における汚職事件の増加は、ともすれば誤解を招きかねない。⁽¹²⁴⁾その他の経済部門と対比しながら、保健医療制度における組織的汚職の犯罪性を論じることは、おそらく不可能である。

しかしながら、およそ態度の当罰性とは、もっぱら量的に判定されうるものではない。この点でも、連邦憲法裁判所（BVerfG）は、立法者に広範な評価・裁量の余地を認めている。⁽¹²⁵⁾その際に決定的なのは、保健サービスの機能全般を保証する法的制御・分配・規制メカニズムとしてのヘルスケア市場が有する、多大な社会的・経済的意義である。⁽¹²⁶⁾加えて、ヘルスケア市場は、構造が特殊であるがゆえに、汚職の形態から特に影響を受けやすい。汚職を助長するファクターとしては、例えば、病院や医師への経済的圧力、協力のためのインセンティブの創出、ゲートキーパーたる医師等の個々のグループへの意思決定権限の集中、種々の規範の複雑なネットワークや制度的な関わり合い、⁽¹²⁷⁾供与の公開義務がないこと、システム内での多額の金銭の再分配がある。制裁の必要性を納得いくものとするのが、汚職を助長するこれらのファクターや、ヘルスケア市場が有する高度の社会的意義である。

2. 刑事制裁の必要性

犯罪的な行為態様の多くは、他の処罰規定を通じてすでに捕捉されている可能性がある。例えば、汚職を契機として行われる医学準則（lex artis）を無視した治療がそうである。この場合は——すでに述べたように——刑法 223 条以下の傷害構成要件を適用することが考えられる。また、連邦通常裁判所が近時くり返し認めているように、⁽¹²⁸⁾医薬品や補助具の処方・指示の際に、医学上正当でない判断が故意に下されれば、刑法 266 条に基づき、契約医による背任が認められる可能性がある。それと同時に、刑法 263 条に基づく決算詐欺が問題となることもある。しかし、容易に想像できることであるが、刑法 299a 条とまったく異なる保護傾向を示す刑法 223 条以下、263 条、266 条の構成要件

⁽¹²⁴⁾ *Schneider* HRRS 2013, 473 (478).

⁽¹²⁵⁾ *BVerfG* Beschl. des Zweiten Senats v. 26. 2. 2008-2 BvR 392/07-Rn. 36. さらに、*Schröder* NZWiSt 2015, 321 (324) ; *Kubiciel* WiJ 2016, 1 (2) 参照。

⁽¹²⁶⁾ *Kubiciel* (Fn. 25), S. 5.

⁽¹²⁷⁾ *Kubiciel* WiJ 2016, 1 (2).

⁽¹²⁸⁾ 初期の判例として、すでに、*BGH* NStZ 2004, 568 (569) ; 2007, 213 (216) がある。最近の判例として、*BGH* NStZ 2017, 32 ff. もある。これによって、連邦通常裁判所は、学説からの批判の声を拒絶した。例えば、*Brand/Hotz PharmR* 2012, 317 (321) ; *Sebastian/Lorenz* JZ 2017, 876 (878 ff.) 参照。全体につき、詳細は、*Hoven* NJW 2016, 3213 ff.

は、個々の事案で処罰の間隙をカバーすることはあるかもしれないが、潜在的に広いメルクマールを持つ刑法 299a 条を含む、汚職の不法領域を捕捉することは決してない。⁽¹²⁹⁾

さらに興味深いことは、刑法外の規制が刑法と同等の保護水準に達しているか否かを考えることである。ここでは、職業法上の規定、特に、医師模範職業規則 31 条を挙げておこう。本条も、患者の紹介または薬品の処方もしくは購入に対し、対価もしくはその他の利益を要求し、約束させ、または供与することを医師に禁じている。心理療法師等の他の職業集団にも、上記に相当する職業規則がある。また、社会法典第 5 編 128 条も、被保険者に補助具を指示する際の利益供与を禁止している。

職業規則の法的効果の面としては、指示警告や 25.000 ユーロ以下の罰金、職業選択権の能動的・受動的剥奪から、職業上不適格であるとの認定に至るまで、多彩な制裁の選択肢が与えられている(例えば、ザクセン＝アンハルト州治療職団体会法(KGHB-LSA) 48 条 1 項参照)。また、契約(歯科)医師法と免許法は、広範な要件を付して、医師の不祥事に対処するための手段を用意している。⁽¹³⁰⁾ 免許の剥奪(連邦医師法(BÄO) 3 条 1 項 1 文 2 号と併せて適用される 5 条 2 項 1 文を参照)や、保険医団体による契約医としての許可の取消しは、まさに、医師にとって厳しい転機を意味する。こういった免許の剥奪や許可の取消しは、⁽¹³¹⁾ 医師にとって職業上の存在基盤を失うに等しい。

職業法と社会法の諸規定は、職業遂行義務違反を特定の形式で処罰の対象としている。これらの規定は、治療職による活動の信頼・信用を保護するとされ、これに対応して、立法者が刑法 299a 条の起草時にそうであったように、2 つ目の保護法益を念頭に置くものであった——そして、そうであるとすれば、見当違いであった。もちろん、これらの規定は、保健医療制度における公正な競争[の保護]に資するわけではないが、公正な競争を危険にさらす可能性のある行為態様を禁止することで、競争[の保護]に間接的に資するものであるといえなくもない。これらの規定とともに保護されているのは、信頼保護が反映されたものとしての競争であり、刑法 299a 条では、競争保護が反映されたものとしての信頼である。たしかに、保護傾向は一致しないかもしれないが、そのことを差し引いて考えても、われわれは、この 2 つの規制領域を通じて同じところに到達するだろう。そのため、最終手段性基準を適用すると、刑法 299a 条の処罰規定には比例性がなく、それに伴って憲法違反となる可能性が出てくるといえよう。

⁽¹²⁹⁾ BT-Drs. 18/6446, S. 1 (12) も参照。

⁽¹³⁰⁾ 手段全体については、S/S/W-Rosenau, § 299a Rn. 48 ff. 参照。ただし、ここでは刑事制裁は問題としていない。A. a. O. Rn. 53.

⁽¹³¹⁾ Bittmann/Brockhaus/Rübenstahl/Schröder/Tsambikakis Wj 2015, 176 (177) も見よ。

⁽¹³²⁾ Ebd.

以上のことが真剣に主張できない理由は、職業法の諸規制に実効性が欠けていることにある。これらの規制はかつて、不明瞭なままであることが多々あった。手続上の強制措置は、これを各職業団体に講じることができない。連邦医師会のモントゴメリー会長は、職業法の措置を、医師会の「湿った段ボールの剣」と呼んだ。同様に、利益収受を理由とする職業法の免許の取消しは、例外である。

そうであれば、このことは、特に非親告罪であれば、処罰規定の創設にとってやはりプラスに働く。なぜなら、検察官は、かなり広範な捜査措置を自由に講じることができるからである。もっとも、この場合も、懐疑心を抱かせるような実務からの報告が見受けられる。検察に事実上過度の負担をかけ、その結果、医師を対象とする手続の多くが打ち切られていることからすると、刑法 299a 条や 299b 条の事案も、その多くが何年にもわたる手続を招来し、最終的に打ち切られることが予測される。⁽¹³³⁾ 曰く、検察に過度の負担をかける状況は、新たな構成要件の創設によって、ただただ悪化するばかりだという。しかしながら、重点検察庁が設置されている点や、すでに実務から第一次捜査手続が報告されている点にも留意しなければならない。⁽¹³⁴⁾ それでもなお、新たな構成要件の創設を批判する者は、刑法自体が「象徴」や「鈍刀」にすぎないのであれば、むしろ、職業法の措置に賭けるということが熟考に値する、と考えている。⁽¹³⁵⁾ [しかし]それでは堂々めぐりである。また、当罰性を国家のリソースに依存させることも、短絡的であると思われる。⁽¹³⁶⁾ 実際に措置が執行されていないのは、むしろ、職業法に処罰規定があるからであり、その原因は、捜査に必要な道具がないからである。このようにして、保健医療制度における収賄・贈賄という新たな犯罪構成要件の創設は、これを根拠づけることができる。

VIII. 結 語

1. 保健医療制度における汚職は、処罰規定の創設を正当化する。
2. ただし、保健医療制度における汚職の処罰規定は、刑法 299a 条と 299b 条で規定されているものよりも狭く厳密に解釈されるべきであろう。

⁽¹³³⁾ Frank/Vogel AnwBl 2016, 94 (98); Bittmann/Brockhaus/Rübenstrahl/Schröder/Tsambikakis WiJ 2015, 176 (181).

⁽¹³⁴⁾ Badle medstra 2017, 1 (2).

⁽¹³⁵⁾ Frank/Vogel AnwBl 2015, 94 (99).

⁽¹³⁶⁾ Nestler GesR 2016, 70 (71) も同旨。

[関係条文記]

※ドイツ刑法典の訳出にあたっては、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』法務資料第 461 号 (2007 年)、樋口亮介「ドイツ刑法各論講義ノート：国家的法益に対する罪」東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 11 (2016 年) 275 頁以下、法務省刑事局編『ドイツ刑法典 (刑事法制資料)』(2021 年)等を参照した。また、刑法 299a 条と 299b 条の翻訳にあたっては、フランク・ザリガー (佐藤拓磨訳)「汚職の不法」法学研究 (慶應義塾大学) 93 巻 9 号 (2020 年) 77 頁以下を特に参考にした。

第 299 条 (業務上の取引における収賄及び贈賄)

- ① 業務上の取引において、企業の被用者又は受託者として、
 1. 商品若しくは役務の購入に際し、国内若しくは国外における競争において、不正な方法により他の者を優遇することへの対価として、自己若しくは第三者に対する利益を要求し、約束させ、若しくは収受した者、又は、
 2. 企業の同意なく、商品若しくは役務の購入に際し、ある行為を行い、若しくは行わず、かつこれにより企業に対する義務に違反することへの対価として、自己若しくは第三者に対する利益を要求し、約束させ、若しくは収受した者は、3 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- ② 業務上の取引において、企業の被用者又は受託者に対し、
 1. その者が、商品若しくは役務の購入に際し、国内若しくは国外における競争において、不正な方法により自己若しくは他人を優遇することへの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者、又は、
 2. 企業の同意なく、商品若しくは役務の購入に際し、ある行為を行い、若しくは行わず、かつこれにより企業に対する義務に違反することへの対価として、その者若しくは第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、若しくは供与した者も、前項と同一の刑に処する。

第 299a 条 (保健医療制度における収賄)

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

1. 医薬品、療法、補助具若しくは医療機器の処方若しくは指示に際し、
2. 治療職に属する者若しくはその補助者が直接使用するための医薬品、補助具若しくは医療機器の購入に際し、又は、
3. 患者の紹介若しくは検査資料の引渡しに際し、

国内又は国外における競争において、不正な方法により、他人を優遇することへの対価として、自己又は他人に対する利益を要求し、約束させ、又は收受した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第 299b 条（保健医療制度における贈賄）

第 299a 条の意味における治療職に属する者に対し、その職業の遂行に関連して、

1. 医薬品、療法、補助具若しくは医療機器の処方若しくは指示に際し、
2. 治療職に属する者又はその補助者が直接使用するための医薬品、補助具若しくは医療機器の購入に際し、又は、
3. 患者の紹介若しくは検査資料の引渡しに際し、

国内又は国外における競争において、不正な方法により、自己又は他人を優遇することへの対価として、その者又は第三者に対する利益の供与を申し出、約束し、又は供与した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

第 300 条（業務上の取引及び保健医療制度における収賄及び贈賄の特に重い事案）

特に重い事案では、第 299 条、第 299a 条及び第 299b 条による犯罪は、3 年以上 5 年以下の自由刑に処する。特に重い事案は、原則として、

1. 犯行が多額の利益に関係し、又は、
2. 行為者が、営業として、若しくはこれらの犯罪の継続的遂行のために結び付いた団体の構成員として行為したときに認められる。

第 301 条（告訴）

- ① 第 299 条による業務上の取引における収賄及び贈賄は、刑事訴追について特別な公の利益があるために刑事訴追機関が職権による介入が必要と考えるときを除き、告訴に基づいてのみ訴追される。
- ② 第 299 条第 1 項第 1 号及び第 2 項第 1 号の場合においては、被害者に加え、不正競争防止法第 8 条第 3 項第 2 号及び第 4 号に掲げられた団体及び職業団体も第 1 項による告訴をする権利を有する。

第 302 条（削除）

第 331 条（利益收受）

- ① 公務担当者、欧州の公務担当者又は公務についての特別義務者が、職務遂行につい

て、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

- ② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人が、裁判官等としての行為を行ったこと、又はこれを将来行うことへの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、5年以下の自由刑又は罰金刑に処する。本項の罪の未遂は、罰する。
- ③ 行為者が、自らは要求していない利益を約束させ、又は收受し、かつ、管轄官庁が、その権限の範囲内で收受をあらかじめ許可していたとき、又は行為者が遅滞なく管轄官庁に届け出て、管轄官庁が收受を許可したときは、行為は第1項によっては罰しない。

第332条 (収賄)

- ① 公務担当者、欧州の公務担当者又は公務についての特別義務者が、職務行為を行い、又は将来これを行い、これによりその職業上の義務に違反したこと、又はこれに違反することになることへの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、6月以上5年以下の自由刑に処する。比較的軽い事案では、刑は3年以下の自由刑又は罰金刑とする。本項の罪の未遂は、罰する。
- ② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人が、裁判官等としての行為を行い、又は将来これを行い、これによりその裁判官等としての義務に違反したこと、又はこれに違反することになることへの対価として、自己又は第三者のための利益を要求し、約束させ、又は收受したときは、1年以上10年以下の自由刑又は罰金刑に処する。比較的軽い事案では、刑は6月以上5年以下の自由刑又は罰金刑とする。
- ③ 行為者が、将来の行為の対価として利益を要求し、約束させ、又は收受した場合、行為者が、他の者に対し、
 - 1. 行為の際に自己の義務に違反し、又は、
 - 2. 行為が自己の裁量に属する限りで、裁量行使の際に、その利益により影響される
つもりがあることを示していさえすれば、第1項及び第2項を適用する。

第333条 (利益供与)

- ① 公務担当者、欧州の公務担当者、公務についての特別義務者又は連邦軍の軍人に対し、職務の執行について、これらの者又は第三者のための利益の供与を申し込み、約束し、又は供与した者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
- ② 裁判官、欧州連合の裁判所の構成員又は仲裁人に対し、裁判官等としての行為を

行ったこと、又は将来これを行うことになることへの対価として、これらの者又は第三者のための利益の供与を申し込み、約束し、又は供与した者は、5 年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

- ③ 管轄官庁が、その権限の範囲内で、收受者による利益の收受をあらかじめ許可し、又は收受者による遅滞なき届出に基づいて收受を許可したときは、行為は第 1 項によつては罰しない。

[訳者解題]

本稿は、マルティン・ルター大学ハレ・ヴィッテンベルク大学 (Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) 法経学部のヘニング・ローゼナウ教授 (Prof. Dr. Henning Rosenau), ヘニング・ローレンツ氏 (Henning Lorenz, M. mel.), リザ・ヴェントリッチ氏 (Lisa Wendrich, LL. M. oec.) の論文を、著者らの了解を得て全訳したものである (原題は、Henning Rosenau/Henning Lorenz/Lisa Wendrich, Korruption im Gesundheitswesen, in: Lothar Kuhlen/Hans Kudlich/Victor Gómez Martín/Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Hrsg.), Korruption und Strafrecht, C.F. Müller 2018, S. 53–S. 74 である)。著者の一人であるローゼナウ教授は、これまで何度も来日されており、2015 年と 2017 年には、香川大学でご講演いただいたこともある。ローゼナウ教授の経歴については、佐川友佳子 (訳)「臓器配分不正操作の可罰性」香川法学 36 卷 1・2 号 (2016 年) 65 頁以下、天田悠 (訳)「インフォームド・コンセント——医事法のまやかしか? それとも現実か?——」比較法学 (早稲田大学) 52 卷 2 号 (2018 年) 57 頁以下、天田悠=甲斐克則 (訳)「人を対象とする研究の法的要件」甲斐克則編集代表『医事法研究【創刊第 1 号】』(信山社, 2019 年) 65 頁以下、およびそこで引用された論文等をご覧ください。

本稿は、2016 年に刑法典に挿入された「保健医療制度における収賄・贈賄」の罪 (刑法 299a 条, 299b 条) について、その制定論議から、各構成要件の詳しい内容と解釈上のポイントに至るまで、批判的視点も交えながら多角的に検討するものである。今般の改正を紹介する文献は、これまでほとんどなかったところ、本稿は、将来この種の問題を検討する際の基礎資料になると考え、ここに訳出することにした次第である。なお、本文中でゴシック体となっている箇所は、原文では太字であり、圏点を付した箇所は原文ではイタリック体である。また、亀甲括弧 ([]) は、読者の理解の助けとなるよう訳者が言葉を補った箇所である。

(あまだ・ゆう 法学部准教授)