



Title	商業賄賂とそのエンフォースメントについて
Author(s)	品田, 智史
Citation	阪大法学. 2024, 74(2), p. 261-278
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/97630">https://doi.org/10.18910/97630</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 商業賄賂とそのエンフォースメントについて

品 田 智 史

## I. はじめに——商業賄賂の意義

「商業賄賂」とは、商業上の（不正な）利益を得るために行われる賄賂のことであり、公務員に対する贈収賄だけではなく、民間企業の取締役や従業員に対する贈収賄も含まれていることに特徴がある。その典型例は、商品の販売企業及びその従業員が商品の販売代金の一定割合（リベート：rebate）を、購入先に選んでもらった見返りとして、購入企業の従業員に個人的な利益として渡す場合である。

公務員に対する贈収賄とは別に民間の商業賄賂を規制するのは、商業賄賂によって贈賄者やその属する企業が、取引の機会の獲得など、他の競争者に対する有利な立場を不当に得ていると考えられるためである。その意味で、商業賄賂は、例えばドイツ刑法などでは、後述する通り、伝統的には不正競争手段の一種として捉えられてきた（競争歪曲型）。

もっとも、商業賄賂は、不正競争手段というだけでなく、収賄者の属する企業に対しても影響を及ぼす。すなわち、収賄者が賄賂と引き換えに自身の属する企業等に対して負う義務（忠実義務等）に違反することで、企業の意思決定過程等に不当な影響を及ぼすほか、企業の財産に損失を生じさせ得るという点である。日本と中国も署名している腐敗の防止に関する国際連合条約（国連腐敗防止条約：united nations convention against corruption<sup>(2)</sup>）は、その第21条（民間部門における贈収賄）において、「締約国は、経済上、金融上又は商業上の活動において故意に行われる次の行為を犯罪とするため、必要な立法その

## 資 料

他の措置をとることを考慮する。(a) 民間部門の主体を運営し、又はこれに勤務する者（資格のいかんを問わない。）に対し、その者が自己の任務に反して行動し、又は行動を差し控えることを目的として、その者自身又は他の者のために不当な利益を直接又は間接に約束し、申し出、又は供与すること。(b) 民間部門の主体を運営し、又はこれに勤務する者（資格のいかんを問わない。）が、自己の任務に反して行動し、又は行動を差し控えることを目的として、その者自身又は他の者のために不当な利益を直接又は間接に要求し、又は受領すること。」と定めており、贈賄側の不正競争手段としてではなく、収賄側の企業に対する任務（義務）の違反に着目した規定を定めている（義務違反型）。

競争の歪曲と収賄側企業内の義務違反は、同時に発生することもあり得るが、それは必然ではない。贈賄側の競争に影響を及ぼさない義務違反もあれば、義務違反がなくとも競争上の悪影響が生じている場合もある。<sup>(4)</sup>なお、「従業員が賄賂を受け取ったこと自体」が企業に対する義務違反となり得るが、このことは、義務違反型の商業賄賂が想定している事態とは異なる。

## Ⅱ. 日本の賄賂規制の概要

日本においては、上記二類型を一般的・包括的に直接規制する刑罰法規は存在しない。<sup>(5)</sup>そのことを確認するため、まず、日本の賄賂罪について、商業賄賂との関係に留意しつつ、概観する。<sup>(6)</sup>

### 1. 刑法典の賄賂罪

日本の刑法典においては、公務員に対する贈収賄罪のみが定められている（刑法197条以下）。同罪は、「第25章汚職の罪」という表題の下でまとめられており、国家の作用を害する職務犯罪として一般的に理解されている。国連腐敗防止条約や中国刑法のように、公務員による国家等の財産の横領・不正使用と併せて規定するという取扱いはなされていない。それらは、財産犯である横領（刑法252条以下）、背任（同法247条）として処罰される。

日本の刑法典の贈収賄罪は、収賄と贈賄が別々の条文で規定されており、収賄罪は細かく類型分けがなされているのに対して、贈賄罪は刑法198条の一種類型で、その法定刑も収賄罪（の一番軽い類型）より軽いものとなっている<sup>(7)</sup>。収賄罪の基本形である単純収賄罪（197条1項前段）は、公務員がその職務に関して賄賂を要求、約束、收受する場合に成立し、賄賂の対価として公務員の不正な職務（義務違反）は必要ではなく、職務行為と対価である賄賂の先後を問わない。また、賄賂は、有形無形を問わず、人の欲望を満たすに足りる一切の利益を含む（大判明治43年12月19日刑録16輯2239頁）として、財産的利益以外に非財産的な利益も含まれるとされており、現代でも実際に非財産的利益を賄賂とした実例がある<sup>(9)</sup>。単純収賄罪の加重類型として、受託収賄罪（197条1項後段）と加重（枉法）収賄罪（197条の3第1項2項）があり、前者は、賄賂の収受に際して請託（その職務に関し、一定の行為を行うことを依頼すること）がある場合<sup>(10)</sup>、後者は、賄賂の対価として不正な行為が行われる、または、相当の行為が行われない場合である。不正行為と賄賂の先後関係は問われていないが、賄賂の対価である不正行為が実際に行われる必要がある（不正行為が賄賂の後に行われる場合が1項、不正行為が先に行われる場合が2項）。その他の収賄罪のバリエーションとして、主体である「公務員」の地位について時間的に前後に拡張した事前収賄罪（197条2項）と事後収賄罪（197条の3第3項）、公務員が自ら受け取るのではなく、第三者に賄賂を受け取らせる場合を捕捉する第三者供賄罪（197条の2）がある。また、収賄罪とはやや異なる類型として、政治家の不正な斡旋行為を賄賂の対価とする場合を捕捉するあっせん収賄罪（197条の4）も、収賄罪にまとめて規定されている。なお、収賄罪については、必要的な没収・追徴の特別規定がある。

刑法典の賄賂罪の保護法益について、判例（最大判平成7年2月22日刑集49巻2号1頁など）・多数説は、「公務員の職務の公正と、それに対する社会一般の信頼」と解している（信頼保護説）。これは、単純収賄罪が賄賂の対価を不正な職務に限定していないこと、及び、職務が行われた後にその対価として賄賂が収受等される場合（賄賂が職務に具体的に影響を及ぼし得ない）が処罰されていることと整合的である。もっとも、「職務の公正への信頼」を保護法益

とすることについては批判も強く、職務の公正のみを保護法益とする見解（純粹性説）<sup>(11)</sup>もなお有力である。「職務の公正への信頼」の内実としては、公務員の不可買収性が持ち出されるが、その具体的な意味について、賄賂が国民から公正に徴収された租税等を源とする公務員の報酬システムを外部から害するものであること、及び、そのシステムによって運営されている公務という平等に提供されるべきサービスを歪めることなどが挙げられている。<sup>(12)</sup>職務の公正を、公務員が国家等に対する義務を遵守していることと言い換えれば、刑法典の賄賂罪は、義務違反型に分類される。<sup>(13)</sup>

## 2. 特別刑法の賄賂罪 1 ——国家類似の公的組織における賄賂罪

国や地方公共団体以外にも、国家の作用に類する公共作用を担う組織は存在し、そのような組織に属する人々の一部は、所管する法律の定めにより、「みなし公務員」として、刑法上公務員と同様の扱いを受け収賄罪の主体となる。<sup>(14)</sup>もっとも、公共作用を担う組織すべてに「みなし公務員」の規定があるわけではなく、代わりに、当該組織を所管する法律に個別の贈収賄処罰規定が設けられている場合がある。例えば、公共放送・通信・交通といったインフラに関わる法人や株式会社（NHK、NTT や JR など）、また、破産管財人など公的手続を担当する者として選任された私人などが挙げられる。これらの規定は、当該組織体の持つ国家（作用）に準じる、あるいは、類似する公共性に着目したものであり、<sup>(15)</sup>民間企業の商業賄賂とは性質を異にする。

## 3. 特別刑法の賄賂罪 2 ——会社法上の賄賂罪

他方、国家作用との類似性からは説明が困難な特別刑法上の賄賂罪もある。会社法967条の取締役の贈収賄罪である。<sup>(16)</sup>会社法967条1項は、取締役などの株式会社内で一定以上の立場にある者等が、その職務に関し、不正の請託を受けて、財産上の利益を収受等する場合を処罰し、同条2項はそれに対する贈賄者を処罰する。<sup>(17)</sup>刑法典の賄賂罪と比較すると、賄賂の内容が財産上の利益に限定されていること、不正の請託が常に必要であるという点が異なる。不正の請託とは、取締役等に違法な行為、あるいは、その任務に反する行為を行うことを

依頼するものである。

本条の性質（保護法益）については争いがある。一つの見解は、会社法967条を、会社法960条の特別背任罪の補充規程として、会社財産に対する抽象的危険犯であると理解する。<sup>(18)</sup>日本では、従来、リベート（商業賄賂）の事例は、背任罪の問題として考えられることが多かった。すなわち、購入企業の従業員がリベートを受け取った分、商品の金額が値上がりしたと捉え、本来の購入額との差額を購入企業の財産上の損害として（特別）背任罪が成立しないかが問題とされてきた。<sup>(19)</sup>その意味では、贈収賄罪を、財産上の損害が発生しておらず、背任未遂の成立が認められるような具体的危険もない場合を捕捉する規定と解することも一定の合理性はあるかもしれない。<sup>(20)</sup>もっとも、このように解する場合、特別背任罪が成立すれば取締役に対する贈収賄罪が成立しないという帰結になるほか、財産損害の危険がおよそない事例においては贈収賄罪も成立し得ないことになる。また、法967条の収賄の主体には、会計監査人（同条1項3号）のように特別背任罪の対象となっていない者も含まれている。<sup>(21)</sup>

そのため、本罪は財産に対する抽象的危険犯ではなく、他の賄賂罪と同様に、取締役等の職務の公正とそれに対する信頼を保護法益とする犯罪であるとの理解も有力である。<sup>(22)</sup>上述の通り、株式会社は国家等に類似する公共性を有していないが、株式会社が多数の利害関係者（株主、債権者、顧客等）に影響を与えるという意味で一定の公共的側面を有しているという評価がされている。<sup>(23)</sup>刑法典の賄賂罪に比べて成立範囲が限定されていることは、公共性の点で違いがあるということの表れであるともされている。

会社法上の取締役等に対する贈収賄罪は、上記いずれの法益と理解するかに関わらず、賄賂の対価として、不正の請託、すなわち、取締役等の任務違背を要求していることから、収賄側の企業の判断過程を誤らせるという意味で義務違反型の商業賄賂と一定の類似性を持つ。もっとも、収賄の主体は会社の意思決定に一定の影響力を持つ取締役などの上位者に限られており、単なる従業員が商品・サービスの取引の際に個人的利益として賄賂を受け取る場合は捕捉されていない。

#### 4. 特別刑法上の賄賂罪3——不正競争防止法上の外国公務員贈賄罪

不正競争防止法は、外国公務員等に対し、国際的な商取引に関して営業上の不正の利益を得るために、外国公務員に贈賄することを処罰の対象としている（同法18条1項、21条2項7号）。本罪は、贈賄側のみを処罰するもので、収賄側である外国の公務員等は処罰の対象ではない。<sup>(24)</sup>

本罪は、1997年に採択された経済協力開発機構（OECD）の「国際商取引における外国公務員に対する贈賄の防止に関する条約」を国内的に実施するために1998年に新たに創設されたものである。条約においては、国際商取引における外国公務員への贈賄が深刻な道義的及び政治的問題を引き起こし、良い統治及び経済発展を阻害し並びに国際的な競争条件を歪めていることが規制の目的として挙げられていたが、我が国において国内法化された際には、専ら不正な競争の防止が根拠とされ、不正競争防止法に組み込まれた。本罪は、その意味で競争歪曲型類型といえる。本罪以外に競争歪曲型の贈賄を処罰する規定は日本にはない。実際、本罪には贈賄側に「営業上不正の利益を得るため」という目的要件が課されていること、<sup>(25)</sup> 賄賂の対価として外国公務員等の職務行為だけではなく、同人の地位を利用した斡旋も対象となっていること、贈賄側の法人を処罰する両罰規定が存在することなどから、本罪が他の贈賄罪と異なる独自の規定であることがうかがえる。

#### 5. 刑法以外の規制——とりわけ競争法上の規制について

競争歪曲型の賄賂については、市場における競争の制限行為を規制する独占禁止法（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）に基づき、公正取引委員会による行政処分も考えられる。独占禁止法19条において禁止されている不正な取引方法の一つとして、不当な利益による顧客誘引がある。これは、<sup>(26)</sup> 「正常な商慣習に照らして不当な利益をもつて、競争者の顧客を自己と取引するように誘引すること」であり、価格品質のみによる能率競争を阻害することを理由に規制されている。<sup>(27)</sup> 賄賂を提供して注文を得ることは、一見してこれに該当するものであり、<sup>(28)</sup> 数は少ないものの実際の適用例もある。不当な利益による顧客誘引に該当すれば、行政処分である排除措置命令（公正取引委員会が命

じる、当該行為の差止め、契約条項の削除その他当該行為を排除するために必要な措置<sup>(29)</sup>）の対象となる。

また、例えば、サプライヤーが購入者に商品の取扱量を条件にリポートを提供する場合、その取扱量の割合が、他のサプライヤーの購入者発見を困難にする程度のものであれば、排他条件付取引（独占禁止法2条9項6号ニ、一般指定11項）という別の類型の不正な取引方法の対象となる。当該サプライヤーが市場における独占的地位を有している場合には、<sup>(30)</sup> 刑罰が科され得る私的独占（同法2条5項、3条）に該当する可能性もある。これらは、賄賂提供者の市場支配的地位の程度に着目した規制である。

その他に、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させることは、優越的地位の濫用の一種として独占禁止法2条9項5号ロで規制されている（この行為は、前二者の不正な取引方法と異なり、排除措置命令だけではなく課徴金命令の対象にもなる）。具体的には、大手スーパーが納入業者に人的・物的・金銭的負担を提供させることが該当し、このような事象は商業賄賂の強要と評価することも不可能ではない。

以上の規制は、利益供与行為の反競争性のみに着目するもので、賄賂を受け取る従業員の忠実義務違反を必ずしも要件としない。そのため、収賄側従業員の属する企業が同意している場合にも、あるいは、企業自身に対する利益供与の場合にも規制が妥当するという特徴がある。<sup>(31)</sup>

### Ⅲ．日本における商業賄賂の規制の方向性についての若干の検討

#### 1．商業賄賂として規制すべき内容

以上の通り、日本においては、民間企業に対する商業賄賂を直接対象とした刑罰法規は存在しない。もっとも、義務違反型の商業賄賂については、会社法上の取締役の贈収賄罪（上記Ⅱ 3 参照）について、その主体の範囲を従業員一般にまで拡張すれば、国連腐敗防止条約にいう義務違反型の商業賄賂と同等の



## 資 料

処罰範囲を持たせることは不可能ではない。もっとも、義務違反型の商業賄賂は、実質的には、賄賂の対価となっている収賄者の会社に対する忠実義務違反（の未遂）を処罰することと同義である。そのような義務違反が賄賂と無関係に行われる場合、義務違反によって会社の財産損害が惹起される（背任罪）、あるいは、義務違反そのものが何らかの法令に違反するなどして別途犯罪を構成する場合でなければ、せいぜい会社内での懲戒処分の対象となるだけである<sup>(32)</sup>。会社に対する忠実義務違反だけを理由に、現状の主体の範囲を広く拡張してまで処罰の対象とすべきことには疑問がある。

競争歪曲型の商業賄賂については、現在のところ、それを明確に処罰の対象としているのは外国公務員贈賄罪のみである。確かに、刑法典その他の贈賄処罰規定によって、事実として、商業賄賂の贈賄者を処罰することは可能であるが、それらの規定は必ずしも贈賄側の反競争性に着目するものではない。このことは、贈賄側が会社（法人）の活動として商業賄賂を贈った場合であっても、贈賄側の法人に対する両罰規定がないため、刑罰を加えることができないという現実的な問題にも結び付く。

外国公務員贈賄罪創設後、その適用例は少なくない。もっとも、外国とはいえやはり公務員に対する贈賄であり、同じ競争歪曲型であっても、民間企業に対する商業賄賂規制の必要性を導く直接の根拠としては不十分である。会社法上の取締役の賄賂罪の事件や、独占禁止法上の不正な取引方法として商業賄賂が規制された事件がほとんど存在しないことも併せれば、民間企業に対する商業賄賂に刑罰法規を導入する必要性が示しているかは疑わしい。もっとも、民間企業の商業賄賂は、会社法上の賄賂罪の主体にならない従業員などによって行われている可能性があること、および、上述した通り、独占禁止法の規制が必ずしも商業賄賂という現象を正面から対象とするものではないことからすれば、今後の立法事実の精査次第では、競争歪曲型の商業賄賂に罰則を設ける可能性もあるのかもしれない。

競争歪曲型の商業賄賂を新たに規制しようとする場合、考えるべき問題がある。それは、独占禁止法の規制のように、収賄側従業員の属する企業（「本人」）が同意している場合にも商業賄賂として規制の対象にするかどうかであ

る。この問題は、商業賄賂の処罰を定めるドイツ刑法299条において、長らく議論されてきた論点でもある

ドイツ刑法299条は、競争歪曲型<sup>(33)</sup>と義務違反型の商業賄賂のいずれも処罰しており、競争歪曲型は、1909年の不正競争防止法（UWG）に淵源を持つ比較的歴史のある犯罪類型であり（299条1項1号、2項1号）、義務違反型は、1999年の欧州評議会の決定に端を発し、最終的に2015年に新設された犯罪類型である（法299条1項2号、2項2号）。後者の類型（業務主（本人）モデル（Geschäftsherrenmodelle）と言われている）は、法299条の「商取引における贈収賄」に競争歪曲型と共に定められているが、立法趣旨によれば、純粋な義務違反型の賄賂罪であるとされている。もっとも、同類型について、学説上は、背任罪（法266条）との関係や、忠実義務違反のみを処罰するという点が疑問視されており、反競争的要素を組み込むべきであるという理解も有力である<sup>(35)</sup>。

ドイツにおいては、本人が収賄に同意していても、法299条1項1号、2項1号の罪の成立が認められるというのが伝統的な通説で判例でもあったが、最近では、これを否定的に解する見解も有力となり、否定説に与する最新の判例も登場した<sup>(37)</sup>。その根拠は、本人自身が利益供与を認識した上で贈賄側と契約を締結することは、本人の契約の自由であり、市場経済の観点からは問題がないからだ<sup>(38)</sup>とされる。

日本の独占禁止法に見られるように、収賄側の企業本人が従業員の収賄を認めた場合であっても、贈賄者とその競業者との関係で反競争性が存在する場合は想定される。もっとも、「商業賄賂」という現象に着目して刑罰法規を設けようとするのであれば、贈賄側の競争歪曲という側面の他に、収賄側において賄賂の持つ側面である義務違反（あるいは、本人の意思決定侵害）の要素も併せて刑罰法規を構築することが、妥当で明確ではないと思われる。具体的には、外国公務員贈賄罪の規定を参考に、贈賄側に反競争性を基礎付ける目的を要求した上で、収賄側の任務違背に関する文言、あるいは、会社法上の取締役の贈収賄におけるような「不正の請託」を付け加えることが考えられる。さらに限定しようとするのであれば、外国公務員贈賄罪のように広く営業上の利益

を対象とするのではなく、ドイツ刑法299条のように、物・サービスの給付に関する場合に限定するということも考えられるほか、賄賂の内容を財産的利益に限定するか否か、あつせん行為を除く（収賄側の職務関連性を絞る）べきか否かなども検討事項に入ってくるであろう。そして、収賄側も処罰するのであれば、競争歪曲類型の法益侵害の性質上、刑法典の贈収賄罪や会社法上の贈収賄罪のように収賄側を重くするのではなく、少なくとも両者を同じ法定刑の水<sup>(39)</sup>準とするのが合理的である。

## 2. 刑罰とそれ以外の手段の比較——両罰規定（法人処罰）の是非

仮に、以上のような商業賄賂禁止規定を設けるとして、刑罰法規とすべきか、行政処分などそれ以外の規制によるべきかを決定するために、いくつか考えるべきことがある。

一つ目は、贈賄側企業の罰則である。贈賄側が企業（法人）の従業員である場合、同人が自己の属する企業のために行動し、そして、そのことを企業が知っている場合、あるいは、企業が贈賄を従業員に指示している場合が想定される。そのため、競争歪曲型の商業賄賂を対象とする罰則を創設しようとするのであれば、外国公務員贈賄罪のように、贈賄側には法人を処罰するための両罰規定<sup>(40)</sup>を設けることになるであろう。

もっとも、法人に対しては、「罰金刑では威嚇力が乏しく違法行為の抑止として有効とは言えないのではないか」という問題が生じる。<sup>(41)</sup>参考となる外国公務員贈賄罪の法定刑は、何度も厳罰化を繰り返し、2024年4月時点では、自然人について、10年以下の懲役若しくは3000万円以下の罰金、又は両者の併科（不正競争防止法18条1項、21条4項4号）、法人について、10億円以下の罰金（同法22条1項1号）となっており、日本の刑法典の罰金刑としては、独占禁止法の罰金刑すら超える、ほぼ最高水準の極めて高い金額となっている。もっとも、外国公務員贈賄事件における贈賄側の受注額（あるいは、利益供与によって免れようとした損害額）を見ると、それでも刑罰（あるいは違法行為抑止）として意味があるのか考えさせられるような事案も散見される。換言すれば、外国公務員贈賄罪は、法人処罰に意味を持たせようとした結果、遂には、

罰金刑の体系上の限界に達してしまったとも評価できる。<sup>(42)</sup> それでもなお罰金刑に意味があるかは明らかではない。罰金刑の体系上、民間企業の商業賄賂の法定刑が外国公務員贈賄罪よりも高い水準になることは、通常想定し難いため、このことは、民間企業の商業賄賂にも妥当する可能性が十分にあるであろう。

一方、行政処分である課徴金は、違法行為の抑止や不正利得の剝奪がその制度趣旨であり、理論的には、法人の売り上げをベースにした、より高額な金銭的不利益を課すことも不可能ではない。もっとも、外国公務員贈賄罪が規定されている不正競争防止法には課徴金の制度は存在せず、独占禁止法上も、商業賄賂を規制可能な不公正な取引方法については、規制手段として通常課徴金の定めはない。したがって、課徴金制度を設ける場合には、どの法律に定めるか<sup>(43)</sup>（そして、どの官庁がその運用を担うか）、および、その算定基準が問題となる。

### 3. 刑罰によるコンプライアンスの促進について

もう一つは、企業のコンプライアンスと刑罰との関係についての問題である。企業は、従業員による犯罪を含む違法行為を予防するために、法令の遵守を指示し、そのための具体的な措置（コンプライアンス・プログラム）を実施する<sup>(44)</sup>。

そして、最近では、従業員の違法な行為（犯罪行為）について企業に刑事責任を科すことで、従業員の法令遵守（コンプライアンス）を統制しようという動きが、国際的に盛んである。このような統制は、企業がコンプライアンス・プログラムを策定・実施することに対して、刑事責任上のインセンティブを与えることによって実施される。具体的には、事前にコンプライアンス・プログラムを策定・実施していることによって、従業員が犯罪を行っても企業やその責任者等の義務違反を否定し犯罪不成立の効果を導くこと、あるいは、犯罪の成立が否定し得ないとしても、起訴猶予による不起訴処分など刑事手続の面で優遇を受けられることや、量刑段階においてコンプライアンス・プログラムの存在、あるいは、それを遵守したことが刑を減少させる方向に働く場合などが考えられる。さらには、事前にコンプライアンス・プログラムを設定していなくとも、DPA や NPA などといった事後的にコンプライアンス・プログラム

の実施を約束することで起訴を猶予したり不起訴にしたりする制度もあり得る。日本では、以上のような制度は未だ実施されていないが、商業賄賂は、企業のコンプライアンスの対象の典型だといえるので、その刑罰化の際には、導入の是非が検討されるべきであろう。

もっとも、その際には留意すべきこともある。まず、2でも述べたことだが、刑罰でなければならないのかという点である。確かに、刑罰の峻厳性は、（他の手段に比べて）企業によるコンプライアンスの徹底を導くように見える。また、傾向的には、企業の方が自然人よりも合理的に行動するので、抑止効果も実際にありそうである。しかし、上述の通り、罰金は商業賄賂との関係では金額的に高額とはいえず、かつ、感銘力（およびスティグマ）はその効果のほどが明確ではないことからすれば、行政法上の金銭的不利益処分の方が企業の合理的な判断を導き出しやすい可能性もある。ただし、課徴金の成立要件は、犯罪構成要件に比べると必ずしも議論が尽くされているとはいえない部分もあるので、<sup>(45)</sup>その設計に際しては刑法学の知見を参考にすることを考えてもよいのではないだろうか。

また、刑事コンプライアンスには、従業員等による犯罪の予防・調査、場合によっては事実上の制裁すら企業が実施するという意味で、刑事司法制度の一部を企業に実質的に委ねているという側面がある。<sup>(46)</sup>このことは、従業員に対する苛烈な監視に至るなど、手続的保障を危うくさせる可能性がある。やや場面は異なるが、インターネットサービスプロバイダについて、これまで広く媒介者としての責任免除が認められてきたのは、厳格な規制を設けると、プロバイダによるインターネット上の表現の過度の制約に至ってしまうという考慮があったためである。企業へのコンプライアンスの厳格な要求は、類似の帰結をもたらす可能性がある。社会のデジタル化が進み、企業が従業員の行動を AI やアルゴリズムによって監視することが容易になればなるほど、この危険性は顕在化する。<sup>(47)</sup>したがって、コンプライアンス・プログラムの実施の名のもとに従業員の自由や権利が過度に制約されることにならないようにするための法制（例えば、AI・アルゴリズム規制）も将来的には必要になってくると思われる。なお、この問題は、刑罰以外のエンフォースメント手段の場合にも存在す

る。したがって、刑罰ではないからといって、問題がないわけではない。

#### IV. おわりに

本報告では、民間企業の商業賄賂について、現状の日本の賄賂規制・競争規制との関係を明らかにするとともに、それに刑罰を科そうとする場合の方向性について、刑罰と他の制裁手段との関係についての最近の議論も踏まえて、ごく簡単ではあるが検討を行った。2021年に商業賄賂の問題についてシンポジウムで報告して以降も、日本においてこの問題に関する議論はほとんど見られないままである。しかしながら、このことをもって、日本において商業賄賂の問題が存在しないと楽観視することは許されないであろう。中国をはじめとする国際的な議論を参考にしながら、日本における商業賄賂規制について今後も考えていきたい。

- (1) 商業賄賂とは中国語であり、日本ではそれに対応する概念は厳密には存在しない（後述するように、商業賄賂を直接規制する刑罰法規がないことが理由の一つかもしれない）。もっとも、この言葉は日本語として読んでもその意味が直観的に理解可能であるので、本報告では「商業賄賂」の語を用いる。
- (2) 条約の邦訳については、[https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/shomei\\_6a.pdf](https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/shomei_6a.pdf) 参照〔2024年4月30日閲覧〕。
- (3) 自国の公務員に係る贈収賄（条約15条）や、外国公務員及び公的国際機関の職員に係る贈収賄（条約16条）が、「任務に反して」の文言を入れていないことと対照的である。
- (4) 後述するように、競争歪曲型の場合は、収賄者が個人的利益を得ることについて、収賄者の属する企業が同意している場合も想定できる。
- (5) 前述の通り、日本は、国連腐敗防止条約に署名しているが、同条約は、商業賄賂の犯罪化を必須としているわけではない。
- (6) 以下の1～4までの内容の詳細について、筆者は、2016年に開催された「第5回武漢大学と（関西）経済刑法研究会との日中経済刑法検討会」において、「商業賄賂と日本の贈収賄罪」というタイトルの報告をしたことがある。また、佐久間修編著『はじめての刑法学』（三省堂、2020年）255頁以下〔品田智史〕も参照。
- (7) 刑法典における公務員の賄賂罪は度々改正されているが、基本的に、収賄罪に

## 資 料

着目した改正であったと評することができる。1907年に日本の現行刑法が制定された際には、単純収賄罪、枉法収賄罪、贈賄罪の3つしか犯罪類型がなかったところ、公務員の綱紀粛正や重大事件の登場などを理由として、改正によって、主に収賄側の犯罪類型のバリエーションが増えていくという形であった。一方、贈賄罪については、現行刑法制定時にあった自首減軽規定が削除された以外に目立った変更はない（なお、旧刑法下においては、贈賄は必要的共犯として処罰されていなかったとされている。この点について、大塚仁ほか『大コンメンタル刑法〔第3版〕10巻』（青林書院、2021年）4頁以下〔河上和雄＝小川新二＝佐藤淳〕参照）。

- (8) 要求、約束、収受が一連の行為として行われれば、包括して一罪となる（大判昭和10年10月23日刑集14巻1052頁）。なお、未遂処罰規定は存在しない。
- (9) 非財産的利益の例として、異性間の情交（最判昭和36年1月13日刑集15巻1号113頁）や就職の斡旋、いわゆる裏口入学などがある。
- (10) 単純収賄罪の成立のためには職務関連性（職務との対価関係）が必要であり、また、請託は黙示のものでも足りるとされているため、実際には、両者の区別は容易ではない。
- (11) この場合、単純収賄罪は職務が不公正に歪められる危険を処罰するものと理解されるが、職務行為後に賄賂が提供される場合を処罰することの説明は困難であるとされる。
- (12) 松宮孝明『刑法各論講義〔第5版〕』（成文堂、2018年）490頁以下、橋爪隆「収賄罪について」警察学論集74巻7号（2022年）149頁以下、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社、2021年）23頁以下などを参照。
- (13) 正確に言えば、義務違反がないこと、および、そのような状態であることへの信頼を保護する規定ということになる。
- (14) 例として、日本銀行の職員（日本銀行法）や、国立大学法人の教職員（国立大学法人法）が挙げられる。
- (15) 旧関西国際空港株式会社法上の賄賂罪が問題になった東京地判平成10年10月13日判時1661号3頁は、同社社長に準公務員的人格があったことを指摘する。また、NTT法上の賄賂罪が問題になった東京地判平成15年3月4日判タ1128号92頁は、NTTの業務に公益性があることを前提とする。
- (16) 会社法上の贈収賄規定はもう一つあり、同法968条は、株式会社の株主としての権利の行使の対価としての賄賂を処罰する。
- (17) 法定刑は、収賄側が5年以下の懲役または500万円以下の罰金、贈賄側が3年以下の懲役または300万円以下の罰金である。
- (18) 会社法963条は「会社財産を危うくする罪」として、特別背任罪の未遂（同法（阪大法学）74（2-274）608〔2024.7〕



962条)に該当しない危険を捕捉する抽象的危険犯と理解されている。本文の見解は、963条に続く各法条も同様の性質の刑罰法規であるという理解をとる。

- (19) 神戸地判昭和34年5月6日下刑集1巻5号1178頁など。この場合、従業員が受け取ったリベートの所有権は会社に帰属しないと考えられており、横領罪(刑法252条)の成立は難しいとされている。また、賄賂という個人的利益ではなく、会社の帳簿に乘せない裏金を作るためにリベートを受け取るケースも多い。この場合、日本においては、背任罪が成立するとは一般的に考えられておらず、裏金を従業員等が個人的に領得等した場合にあらためて財産犯が成立する。
- (20) 東京高判昭和37年5月17日高刑集15巻5号335頁は、傍論であるがそのような理解に拠っている。同様に解する見解として、大森忠夫＝矢沢惇編『注釈会社法(8)の2』(有斐閣、1969年)411頁〔藤木英雄〕など。
- (21) なお、賄賂の内容が財産上の利益へ限定されていることは、本罪が会社を被害者とする財産犯の一種であることを基礎付けるわけではない。
- (22) 山口厚編著『経済刑法』(商事法務、2012年)43頁以下〔古川伸彦〕などを参照。
- (23) 会社法上の特別背任罪は、刑法典の背任罪と同様に他人の財産が保護法益ではあるが、その法定刑の加重根拠としては、会社に対する背任行為が一般社会に及ぼす影響が挙げられている(奥野健一ほか『株式会社法釈義』(巖松堂書店、1939年)535頁)。
- (24) 条文上、外国公務員等が贈賄罪の共犯となることは排除されていないが、それも成立しないとされる。
- (25) 「不正の利益」は、公序良俗又は信義則に反するような形で得られる利益とされており、一般的に「競争上の利益」と考えられているものに必ずしも限定されていない。
- (26) 不公正な取引方法の定義規定は、独占禁止法2条9項各号にあり、不当な利益による顧客誘引は、同条項6号へにある。もっとも、その具体的内容は、6号柱書により、公正取引委員会が(告示の方法によって)定める必要がある。業種を問わず全ての事業者に妥当する不公正な取引方法のリストは「一般指定」と呼ばれ、不当な利益による顧客誘引は一般指定9項に定められている。
- (27) 独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的考え方」(1982年)13頁参照。
- (28) 小中学校の教科書の採択に際して、採択に影響を与える教員や教育委員会の委員に対する金品の供与が不当な利益による顧客誘引に当たるとされた事案がある([https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/160706\\_2.html](https://www.jftc.go.jp/houdou/pressrelease/h28/jul/160706_2.html))。〔2024年4月22日閲覧〕



## 資 料

- (29) さらに、医薬品や医療機器販売など、特定の業種については、景品表示法上の公正競争規約（景品表示法第31条の規定により、公正取引委員会及び消費者庁長官の認定を受けて、事業者又は事業者団体が表示又は景品類に関する事項について自主的に設定する業界のルールのこと）により、業界の一種の自主規制として景品の制限という形で利益の供与が禁止されている。
- (30) 私的独占に当たるとして行政処分である勧告審決が下された例として、公取委勧告審決平成17年4月13審決集52巻341頁。
- (31) とりわけ、優越的地位の濫用類型は会社ぐるみで行われることが通常である。
- (32) 藤木英雄『刑法各論』（有斐閣、1972年）287頁も参照。なお、この指摘は、公務員の贈収賄罪における純粋性説に対してもなされているもので、それを埋め合わせるのが、公務員の職務の公共性である。
- (33) ドイツの汚職について紹介する最近の日本語文献として、ティル・ツイーママン著・川口浩一＝佐川友佳子訳・川口浩一解題「汚職腐敗と刑法」法律論叢95巻4・5号（2023年）93頁以下、日独シンポジウム「汚職・腐敗と刑法（1）」法律論叢96巻1号（2023年）247頁以下がある。
- (34) BT-Drucks 18/4350.
- (35) Michael Lindemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch 13. Aufl., Bd. 17, (2023) §299, Rn67 ff.
- (36) RG 48, 291（持込料事件）。伝統的通説は、本人が競争歪曲型商業賄賂の法益帰属主体ではないこと（言い換えれば、本人が同意しようとする競争侵害があること）をその根拠とする。
- (37) BGH NStZ 2022, 413; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 71. Aufl., (2024) §299, Rn12, 42.
- (38) この場合、同意による違法性阻却ではなく、法299条1項1号の「不当性（unlauter）」の要件が欠け構成要件自体が否定されと考えられている。なお、他の根拠として、法299条において、競争歪曲型の場合であっても、本人自身は収賄の主体となっていない点とも整合することが挙げられている。Lindemann, aa.O. (Anm. 35), Rn3.
- (39) その他に、現行の賄賂罪、外国公務員等贈賄罪との関係も検討されなければならない。
- (40) さらに、刑事訴訟法上の協議・合意制度の対象にもなると思われる。
- (41) 最近では、企業に違法行為を抑止させるために刑罰を設けることについて、本文の主張をはじめ、懐疑的な意見が様々な観点から主張されてきている。本文以外の主張として、例えば、①刑罰は犯罪行為を行った特定の個人に対して刑罰という害を加えるものなので、複数の人が関係する事件の原因究明とその対策にと
- （阪大法学）74（2-276） 610〔2024.7〕

って適切とはいえない、②刑事司法手続は厳格な要件が要求されているので機動性を欠き、膨大な時間を要するなどの主張がある。実際にこれらの主張を背景として、刑事法とは異なる制度の利用が提唱され、あるいは、実際に用いられている。例えば、大規模事故についての事故調査委員会の制度は①を理由としており、組織犯罪対策として有罪判決に基づかない没収追徴の制度を日本に導入すべきという主張は②を理由としている。また、後述する課徴金の活用は、本文の主張と②に基づくものである。

- (42) かつて独占禁止法においては、その罰金を（後述する課徴金と同水準の）高額な水準にすることが検討されたが、日本の刑事法の体系上無理であるとして採用されなかったという経緯がある。なお、罰金（法人処罰）を廃止し課徴金に一本化する案も示されたが、刑罰にいわゆるスティグマ効果があること、および、法人処罰を廃止することが、独占禁止法違反が道義的な非難に値する犯罪ではないという誤ったメッセージを発信してしまうとして、採用されなかった。独占禁止法基本問題懇談会報告書（2007年）11頁以下（<https://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/finalreport/body.pdf> [2024年4月22日閲覧]）。
- (43) なお、金銭的不利益を課す行政処分には、課徴金の他に過料の制度がある。不当利得の剝奪という趣旨に縛られ算定額や基準が硬直的になりがちな課徴金ではなく、過料の制度を活用すべきという主張も、行政法学者からは出てきている。もっとも、これまでの過料は、刑罰を科すまでもない（あるいは、科すべきではない）軽微な義務違反を対象にしてきたものであることから、実際に、高額な金銭的不利益を課す手段として構築することには、高いハードルがある。
- (44) 企業における犯罪を防ぐために、刑法に関連する規制を遵守すること、あるいは、そのための措置を指して、特に「刑事コンプライアンス」と呼ぶ。我が国における「刑事コンプライアンス」概念についての研究として、例えば、甲斐克則『企業犯罪と刑事コンプライアンス』（成文堂、2018年）93頁以下。また、コンプライアンスと刑事規制の関係について、山田泰弘＝伊東研祐編著『会社法罰則の検証 会社法と刑事法のクロスオーバー』（日本評論社、2015年）所収の山口利昭「企業コンプライアンスと刑事罰のエンフォースメント——実務の視点から」、今井猛嘉「内部統制の進展と刑事法の役割」なども参照。もっとも、コンプライアンス・プログラムにより遵守される法令の対象が刑事かそれ以外かは重要ではなく、また、企業の従業員が関連する私法や公法の規制に従って行動している場合、刑罰法規に触れる行動とはならないのが通常であって、刑事コンプライアンスは、一般的なコンプライアンスの反射的な結果に過ぎないという意見もある。
- (45) 例えば、課徴金の主観的要件の要否・内容は、制度によってバラバラであり、

## 資 料

主観的要件を考慮していないもの（独占禁止法、また、必ずしも明確ではないが金融商品取引法）もあれば、主観的要件を法令で要求しているもの（景品表示法）もある。

- (46) 厳密に言えば、実質的に刑事司法制度を企業内で完結させるということと、完結ができなかった場合に、企業を国家による刑事司法制度に積極的に協力させることという二つの要素に分けられる。
- (47) コンプライアンスのデジタル化の問題について、品田智史「デジタル化社会におけるガバナンスと刑法」千葉恵美子編『デジタル化社会の進展と法のデザイン』（商事法務、2023年）663頁以下も参照。