

◇ 紹 介 ◇

クラウス・ティーデマン  
記念論文集の紹介（3）

Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag

刑 法 読 書 会  
松 宮 孝 明\* （共編）  
経 済 刑 法 研 究 会  
浅 田 和 茂\*\*

目 次

紹介を始めるにあたって

ハンス・アッヘンバッハ「経済刑法の改革の動き——1つの回顧」

ヴァルター・ペロン「背任罪における危殆化損害についての覚書」（以上、353号）

ハンス・ルートヴィッヒ・ギュンター「秩序違反——直接に侵害される個人としての被害者のない犯罪——」

ルドルフ・レンギア「競争（刑）法に照らした販売促進のためのコルク料およびその他の措置」

ハインツ・ミュラー・ディーツ「現代文学における刑事弁護人のイメージ」

（以上、354号）

レオナルド・H・ライグ「越境犯罪に対する規制の増大——イギリスの経験についての評価」

ベルント・シューネマン「経済企業に対する刑法上の諸制裁？」（以上、本号）

レオナルド・H・ライグ

「越境犯罪に対する規制の増大

——イギリスの経験についての評価」

Leonard H. Leigh, Increasing Controls over Transnational Crime: Some Observations from the British Experience, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 1503-1514

---

\* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

\*\* あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者レオナルド・H・ライグ教授は、元ロンドン大学（ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス・アンド・ポリティカル・サイエンス）刑法学教授であり、経済刑法に関しては著書 *The Control of Commercial Fraud* (1982) 等で知られる。本稿は、経済犯罪に対する刑罰法規の域外適用について、イギリスを例にその状況を概観するものである。以下、その要約である。

## 論文の概要

### I. はじめに

欧州連合の他の加盟国と同様に、連合王国は、国境を越えて生起する犯罪についての対策を採ってこなければならなかった。30年前に、ティーデマン教授は、国家間の相互的法執行を妨げる諸規則を批判していた。当時、教授が論じていたように、商業犯罪 (commercial crime) に対する規制は、それらの犯罪がもはや一地域のみのものではないという事実に対応しなければならなかった。このような対応を要するのは商業犯罪に限られず、戦争犯罪、人格に対する罪、テロリズム、薬物、移民や性犯罪などもそうであるが、本稿は原則として商業犯罪を主たる対象とする。

本稿では、域外的裁判権 (extraterritorial jurisdiction) とその、国外の要素を伴う犯罪の裁判権の範囲内での訴追を許容する情報と証拠の相互供給を含む訴追政策との相互関係、および、副次的にはあるが、犯罪人引渡 (extradition) について扱う。

本稿では属地主義 (territorial principle) に基づく裁判権を強調した。というのも、一般的に言えば、この主義は詐欺 (fraud and dishonesty) に適用されるものだからである。それ以外では、イングランド法では今日、積極的属人主義 (active personality principle) や世界主義 (universality principle) が一層用いられてきている。筆者は、性犯罪や人身売買、そして、人道に対する罪との関連においてこれらの主義に言及した。

### II. 域外的裁判権：史的概観

特に詐欺罪に関係するイングランド法は常に属地主義に強く結び付けられてき

た。これは、同国が島国であることやコモン・ロー上の犯罪の大半は土地に基づいて定められてきたことによる。犯罪はそれが実行された国家において訴追されることによってのみ応報と抑止が適切に促進されるとも主張されうる。属地主義の固守が裁判権の軋轢の回避に役立つとの考慮が、イングランドの裁判所には魅力的だったのであろう。

結果として、コモン・ローにおいては、属地主義への唯一の例外は、普遍的裁判権を誘引する海賊行為（piracy）のみであった。その後、域外での犯罪を審理することを許容する原則を展開しようとする裁判所による試みは、考究が不可能なほどに著しく複雑な、膨大な判例法を生み出すこととなった。

### Ⅲ. 現代の展開

属地主義と結び付いた排他的な管轄権（competence）の強調は、現在では、コモン・ロー上も立法上も衰退している。裁判所による属地主義の再考の兆候は *Treacy v. DPP* 判決（1971年）に現れた。Diplock 裁判官は、イングランド内の人を害する行為であってイングランドにおいて犯罪となる行為を、イングランド外からなした者がイングランドの裁判所で審理されるべきではないということには理由がない、と結論付けている。刑事裁判権は国際礼讓（comity）の概念によってのみ制約を受けるべきであり、また、国際礼讓は国家に対して、人は自国の領域内であれば他国の領域で有害な結果を生じる物理的行為を罰せられることなく行いうる、と主張する権利を与えるものではない。二重またはそれ以上の裁判権からは不正義が生じる、というわけではない。というのも、被告人は外国の裁判所での先行手続に関して一事不再理（*ne bis in idem*）を主張しうるからである。このような分析は、イングランドとコモンウェルスの各法律の双方において影響力があった。

### Ⅳ. 制定法上の展開

上述のコモン・ロー上の展開が重要であることは疑いないが、今日では大半の犯罪は制定法上のものであり、属地主義の拡張の大半も、それからの逸脱も、制定法によるものである。

#### 1. 制定法上の共謀

現代の制定法は、国外で犯罪を実行することの共謀に関して包括的な射程を規定

している。

## 2. 国外で犯罪を実行することの共謀一般

イングランド法は今や制定法として、それがイングランドおよびウェールズ内で犯罪とされていることを条件に、外国において犯罪とされる一連の行為を行うという共謀が犯罪となることを規定している。訴追されるべき者は、イングランドおよびウェールズにおいて合意に関与していることが必要である。

## 3. 詐欺等の犯罪

1993年刑事司法に関する法律 (Criminal Justice Act 1993) は、2006年詐欺法 (Fraud Act 2006) の下での詐欺や、1968年と1978年のセフト法 (Theft Acts 1968 and 1978) のもとでの窃盗や欺罔 (deception) に関連する裁判権規定を含んでいる。制定法上の体系においてグループA犯罪 (Group A offences) と称されるこれらは最も重要な商業犯罪を構成する。裁判権は、関連性ある事象 (relevant event), 即ち作為もしくは不作為またはそれらの結果がイングランドおよびウェールズで行われることに基づくものである。2006年詐欺法1条のもとでの詐欺に関しては、「関連性のある事象」とは、意図的に利得をなし、または、他人に対して意図的に損害を引き起こしもしくはその危険にさらすことを意味する。

グループA犯罪の実行の共謀や実行の未遂と煽動 (incitement) の訴追に、広範な裁判権規定が適用される。これらはグループB犯罪 (Group B offences) と称される。

人は、イングランドおよびウェールズにおいて共謀への関与者となったか否かにかかわらず、また、イングランドおよびウェールズにおいて共謀に関連する何らかの作為、不作為もしくはその他の事象 (other event) が発生したか否かに関わらず、グループA犯罪の実行の共謀の罪で、あるいは、イングランドおよびウェールズにおける騙取の共謀の罪で有罪とされうる。「その他の事象」との文言の使用は、犯罪の本質的要素の一部を形成する事柄にのみ言及がなされる場合よりもより広範に裁判権が保障されることを強調する。共謀者がイギリス国民であったか否か、あるいは、しかるべき時にイングランドおよびウェールズに居たか否かは重要ではない。さらには、共謀は完全に国外で開始されうる、つまり、裁判権は合意の目的を前提とする。

イングランドの裁判所は、国外で行われる意図であった詐欺および騙取の共謀についても裁判権を有するかもしれない。共謀の関与者が、その形成前にイングランドおよびウェールズにおいて何らかのことをなせば、または、イングランドおよびウェールズにおいてその関与者となり、または、イングランドおよびウェールズに

においてそれに関連する何事かの作為もしくは不作為をなせば足りる。つまり、必要であるのは、イングランドおよびウェールズ内での、何らかの重要な行為または結合（association）がなされることである。犯罪者が国籍または住所を有することでイングランドおよびウェールズに関連性をもつことは要件ではない。立法はさらに、もしもそれがイングランドおよびウェールズで行われることが意図されていたのであれば、共謀がイングランドおよびウェールズで審理されうるものでなければならぬと要求している。法律は、合意された一連の行為が、作為、不作為またはその他の事象が行われた場所で効力のある法律のもとで犯罪を構成するものであることを要件としている。

グループA犯罪の未遂に関しては、立法は、それがイングランドおよびウェールズにおいてなされたか否かに関わらず、またはイングランドおよびウェールズに影響が及んだか否かに関わらず、被告人はその様な未遂で有罪とされうると規定している。

## V. その他の未完成犯罪

先に扱った詐欺の罪に関係するもの以外の未完成犯罪に関しては、裁判権に係る適用可能な諸原則はコモン・ローにおけるそれである。

## VI. その他の諸犯罪

人身売買は、純粋に領域に関する考慮に基づいては効果的に対応されえないもう一つの事象である。これは、搾取されるべく人が連合王国に到達することを容易にし、または、連合国内での移動を手配しもしくは容易にし、または連合王国からの出国を手配しまたは容易にする犯罪である。ここにいう搾取とは性的行為に限られず、その他に奴隷や強制労働または違法な臓器移植なども含む包括的なものである。これらの規定は、イギリス国民によって、または連合王国と関係を有するその他の一定の範疇の人によって、上述の目的で連合王国外で実行されたあらゆることを処罰するものである。同様に、欧州連合の国民以外の者によってなされた不法入国の促進に対しても広範な諸規定が適用される。2003年性犯罪法は、指定された性的行為が、イギリス国民または連合王国の住民によって国外で行われた場合にも裁判権を拡張しており、これによってセックス・ツアーに打撃を与えている。密輸犯罪は、連合王国への密輸に先行して国外で行われる行為が捕捉されうるように、広

範な裁判権を必要とする。テロ犯罪もまた連合王国外の行為と連合王国外での公共の危険を捕捉している。

## Ⅶ. 裁判権と犯罪人引渡権を有する 諸国家間での犯罪の割当

連合王国のような国家が犯罪に対する国外裁判権を主張することは、そのような国家は想定される如何なる場合にもそのような裁判権を行使するであろう、ということを示すものではない。連合王国はおそらく、自らは便宜地裁判所 (forum conveniens) ではないと考えるであろう。例えば、イギリス国民による国外での未成年者の性的虐待は、主に、その犯罪者が引き渡される外国にとっての関心事と考えられよう。

その犯罪が連合王国と実質的な関連性を有する詐欺に関する事案においては、連合王国内で共謀が開始されもしくは継続されたがゆえに、または、犯罪を構成する行為の一部がそこで行われ、または連合王国内で犯罪の影響が知覚されることになったがゆえに、他の国が訴追の場と解されるべきであるという推定はなされない。その代わりに、連合王国は、事案ごとの事情に基づいて、発生したいかなる違反についても訴追をなすべきかを決定しなければならない。国家の利益と個人の利益の双方が関係することが認識されねばならない。連合王国は、その領域内で犯罪が行われないこと、および、その領域が主に国外で実行された犯罪の跳躍台として、もしくはそれを容易にするために用いられないこと、を保障することに明らかな利益を有している。連合王国はまた、訴追が最も首尾よくなされる裁判管轄のもとで犯罪が訴追されることを保障することにも利益を有している。このことは、証拠の取得可能性の問題や、制度や手続き、そして時間の十分性といった問題を生じさせる。個人の観点からは、犯罪の訴追は、それが可能な自らの地元の法域において行われることが望ましいことは明らかである。外国の裁判管轄 (jurisdiction) のもとでの審理は家庭や家族生活に対して著しく不利益であり、費用が嵩み、結局のところ、審理中は自由を剥奪されることに終わる可能性がある。たとえその者が保釈を承認されても、その者は外国の裁判管轄のもとに居ることを要請され、就労は禁止されるであろう。審理を開始するために被告人が引き渡されてから、長き時間が経過するであろう。外国の裁判管轄が遠方であればあるほど、これらの懸念はより深刻なものとなるであろう。

## VIII. 法的枠組み

これら諸問題は、合衆国への犯罪人引渡に関係する一連の事件において生じてきたものである。そのような事件の一つである Birmingham 事件においては、熱烈なメディア報道がこれら諸問題を公衆の注目に晒すこととなった。裁判所は以下の諸原則を定めた。即ち、

—— 第一に、有効な要請の対象となっている人物が審理に付されるべく引き渡されるべきことは、法の支配および国際社会にとって重要である。さらに、犯罪人引渡に関する制定法は、重大犯罪で訴追されている者に正義をもたらすというその一国の利害を超えた目的に仕えるべく広汎に解釈されるべきである。

—— 第二に、犯罪が、要請国と被要請国とのいずれにおいても訴追可能である場合、いずれの国が訴追に優先性を有するべきかを定めるイングランドの国内法上の原則は存在しない。裁判所は、行為者の「目的」としてなされたたとされる行為に関していずれが主たる国家であるのかとの問題を詳細に検討することはしない。

—— 第三に、全く例外的な事例においては、連合王国国外での訴追は欧州人権条約 (European Convention on Human Rights) 第8条に基づき付与される諸権利の不相応な妨害に等しいこととなる。

—— 第四に、自律的な捜査、訴追または犯罪人引渡の開始の有無を決するのは連合王国当局である。Birmingham 事件において、申立人 (applicants) は、エンロン詐欺には連合王国にとっての重要性も存在したのであるから、重大詐欺局 (Serious Fraud Office) が捜査を開始すべきであったと主張した。しかしながら裁判所は、局長 (Director) には、イングランドおよびウェールズに有利となるよう国外でのありうる裁判地を先占するよう捜査を開始すべき制定法上の義務はない、と判示した。法律上の事項に係る完全に例外的な場合においてのみ、裁判所は、捜査をなすか否かについての局長による裁量的判断に対しての司法判断を許容する。

—— 第五に、法廷地 (forum) の問題は、局長による事案の考慮とは無関係であるということには必ずしもならない。手続の協力、調整、併合の諸問題は、Birmingham 事件においては重要であると局長により扱われえ、またそう扱われた。局長は、もしも捜査を行えば、訴追をなすこと、または他の裁判管轄でのその訴追の許容を選択するであろう。

## IX. 法執行における協力活動

以上より、競合管轄権 (concurrent jurisdiction) の諸問題が生じる微妙、重大あるいは複雑な事案においては、要点は執行と訴追における協調にあることになる。詐欺事案に関しては、事案についての協議、協力および配分のプロトコルはよく進歩しているように思われる。もちろん、これらの作用は、欧州連合およびその他の裁判管轄が連合王国から、またはその逆の関係で情報を得ることを可能にする十分に発達した機構 (machinery) によって促進されるであろう。

競合管轄権との関連で生じる諸問題の解決の為のガイダンス文書は、連合王国・合衆国間の事柄については発行されている。これは、競合管轄権の諸問題が生じる最も重大、敏感または複雑な事案において、連合王国と合衆国の捜査官と検察官は捜査の開始当初から緊密に協議を行うべきことを特に定めている。連絡官 (liaison) の組織が存在している。連合王国と合衆国との間の議論は競合管轄権から生じる諸問題に対しての事例戦略の展開を目的として、そして特に情報共有を目的として行われるべきである。協議の目的は次のように示されている。即ち、

「協議の目的は、以下に限定されないがそれらを含む双方向的議論を通じて、競合管轄権から生じる諸問題への決定を各国検察官が行いようようにすることである。即ち、(a) 捜査が最も効率的に執行されうるのはどこで、どのように行われる場合か、(b) 訴追の開始、継続または終了はどこで、どのように行われるべきか、(c) 事案の諸局面は個別の諸管轄権において追及されるべきか、またどのようにか。」と。

法務長官による国内ガイダンスはさらに、検察官に対して、合衆国と連絡をとるかを判断する際には「合衆国検察官が当該事案での訴追をなすことに利益を有する現実的可能性があるようにみえるか」とのテストを行うべきことを特に記している。もしもこれが肯定される場合には、連絡官機構の作用が開始され、事案戦略が展開されることになる。

加えて、欧州連合は、裁判管轄の対立と一事不再理の原則の双方を扱う緑書 (議会討議資料) を発している。欧州委員会により発行された本書は、事案を適切な裁判管轄に配分し、それにより、同一の犯罪につき異なる国家で複数回にわたり審理される可能性から個人を救うための機構の創設を構想している。本書の要点はこうして、効率性についてのみならず、人権の問題についても置かれている。

欧州連合の諸提案は、連合王国と合衆国との間で適用されるものとおおむね類似



しているが、しかしそれらは二つ以上の国家が関係する可能性を考慮に入れている点で、幾らか入念なものであり、それらは利害関係当事者を確認し情報を伝えることを含んでいる。こうして、加盟国が他の国家に対して著しく関係を有する事件を訴追することを構想している場合には、これらその他の国家の権限ある当局は情報を受けるべきこととなる。もしも一国以上の国が事案の訴追に利害関係を有しているならば、いずれのフォーラムが進行されるかを決めるかが論じられるべきであり、さらに、自発的な合意には到達されえない論争を解決するためのフォーラムが設けられるべきである。緑書は効果的な情報交換の必要性に言及している。

緑書は、加盟国は自らが訴追をなすに最善の場であるかを決定することを要請されるべきであると示している。司法審査の方法による裁判管轄選択への異議申し立てはこうして、合理性や適正手続の諸原則が順守されたか否かについてのみの判断に等しいことになる。裁判管轄の選択が、加盟国にはよくあるところの経過の乱用のような理論に基づいて恣意的になされれば、その選択は無効とされうることが示されている。

## X. 結 語

合衆国との関係において、そしてまた欧州連合のために、連合王国によって設立された機構は、欧州連合内外での国際犯罪の規制のために効率的な制度が設定されることを可能とすべきものである。

しかし、このような機構の創設が自動的に執行の效果的計画に至ると想定することには慎重であるべきである。国家レベルで犯罪を捜査し訴追するための組織の発達と機能、また、例えばインターネット犯罪のような現代の事象に対応可能な迅速性に、多くのことが依存している。イングランドおよびウェールズにおける詐欺についての近時の報告は、断片的なシステムや詐欺犯罪の取り扱いについての統一的な戦略の欠如を指摘し、また、法執行の全領域に跨る諸問題を提起している。歳入・関税委員会（HM Revenue and Customs）は近時、その執行手続の全局面に取り組んできた。現在議会に提出されている法律案は、もしも制定されれば、内務大臣がそう命じれば欧州連合における組織をも含む特定の組織に対して、敏感な詐欺情報を開示することを可能にする。

要するに、法は発展し、機構は従来よりも国際犯罪のより包括的で組織化された執行を約するように発展しているのである。このことは、欧州連合に属する国家においても、合衆国においても、カナダやその他のコモンウェルスに属する国家との

関係においてもまた明らかである。我々はいまや、内的にも外的にも、効率的な実際上の執行を保障するように機構が整序されることを期待せねばならない。

〔紹介者あとがき〕

本論文は、経済犯罪として重要な詐欺罪や窃盗罪などを主たる対象としつつ、これらがいわゆる越境犯罪となる場合のイギリス刑罰法規の域外的適用について、その歴史的背景から今日に至る状況を簡潔に紹介・分析するものである。

同国における刑罰法規の場所的適用範囲は、刑法の主要な法源がコモン・ローであった時代には厳格な属地主義によるものであったが、社会の国際化が進展し法源も制定法によることとなった現代では、いわゆる遍在説的な犯罪地理解による属地主義の拡張や、犯罪類型によっては積極的属人主義や世界主義までもが採られるようになっているとされる。このような場合に重複しうる他国との間での刑罰法規の適用可能性の適切な調整の在り方など、本稿によって示される内容は、インターネットをはじめとする高度情報ネットワーク社会にも示されるかつてないほどの国際化・グローバル化の只中にあるわが国をはじめ各国にとって参考となるものであろう。

(永井善之)

ベルント・シューネマン

「経済企業に対する刑法上の諸制裁？」

Bernd Schünemann, *Strafrechtliche Sanktionen gegen Wirtschaftsunternehmen?*,  
*Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, S. 429-447

〔紹介者まえがき〕

本論文は、企業に対する刑事制裁の可否を検討するものである。その前提として、企業が自然人と同様に犯罪を犯すことができるのか、制裁としてはどのようなものが考えられるのか、罰金や過料といった制裁に問題はないのかを概括的に検討し、あり得る制裁の可能性を示唆している。

本論文の著書シューネマン教授は、ミュンヘン大学教授であり、その著作は日本においてもこれまで数多く紹介されてきた。このテーマに関するシューネマン教授の著作としては、*Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Haftung der Wirtschaftsunternehmen und ihrer Führungskräfte nach*

geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, 1979 がある。以下は本論文の要約である。

## 論文の概要

### I. 問題設定

まず、問題設定として、被祝賀者たるティーデマン教授が取り組んできた、団体に対する刑罰賦課の可能性が問われる。ティーデマンは、*組織責任 (Organisationsverschulden)* を団体に固有の責任とみなし、「良き企業市民 (Good Corporate Citizen)」の理論に結びつけるという「責任類推モデル」の展開への示唆を与えたが、それに対して「処分モデル」を主張する。その際、理論上の原理的問題を扱うとして、ギンター・ヤコブス、シルヴィナ・バシガルポ、そして、カルロス・ゴメス＝ヤラの見解をそれぞれ検討し、ヨーロッパとアメリカにおける刑事政策展開を概観することになる。

### II. 団体への制裁の理論的基礎

真正の刑法が、法人あるいは経済企業を主体としてそもそも構成することができるかが問題である。

1. まず、ヒルシュの見解を検討する。法人は行為能力や責任能力が欠けているが故に真正の可罰性を有しないという伝統的な異論に対して、ヒルシュは、規範的な帰属によって存在論的構造の補填を受け入れることで答えようとする。その際、ヒルシュは、コモン・ローの領域で主張されるような、行為能力と責任能力の両方が法人という機関の行為や責任の帰属によって埋め合わせられ得るという見解（「代位モデル (Repräsentationsmodell)」）を排斥する。今日ドイツで一般的に承認されている客観的帰属という一般理論が「機能する」ということは、法益保護刑法にとって中心的に事物に即して論理的な、その連結点としての結果の根拠に関する支配という構造に基づいており、これには、現実には回避する力に対する責任非難が対応している。しかし、団体はその機関を支配しておらず、器官がしようとしていることを回避することも出来ない。自身の行為（ないし自身の責任）と他人の行為（ないし他人の責任）を、一つのそして同じ行為（ないし責任）という概念の下で

結びつけようと試みる者は、それ故、必然的に、(循環論法へと通じる——紹介者注——) 4 個概念の誤謬 (*quaternio terminorum*) という論理的瑕疵に陥る。また、企業の責任は、刑法典や秩序違反法の様々な規定が企業の責任を前提としているが故に、認められるというのも、循環論法である。他方、ヒルシュの弟子のエールハルトは、「外的大枠の条件を、犯罪的行為に余地が与えられないように形成する」という法人の義務から、「法人にその代表機関の態度だけを帰属するのではなく、その責任にも法人固有のものとして帰属する」という見解を主張するが、これも循環論法とされる。さらに、法人は代表機関の犯罪を可能としている組織が欠けているという実存を要求するので、家族共同責任 (*Sippenhaftung*) や厳格代位責任 (*strict vicarious liability*) というアメリカでの構想と類似して、単なる第三の責任の帰属が扱われていることになる。しかし、刑法においては、他人の責任の帰属はあり得ず、そしてまさに、第三帝国で実践されていた刑法上の家族共同責任は、法治国家においては認められない。

このような代位モデルは、日常用語法によっても補填され得ないとされる。責任は、行為者が他行為可能性を有していたが故にのみ、そしてその場合にのみ、刑罰を正当化するために、行為の帰属に関係し、それと共に再び、行為能力にも関係する。そのため、法人には人間のような身体運動に関係する行為概念の意味で行為能力が欠けており、帰属できないことになる。また、ヒルシュによる「自らの行為を他人によって行うという公式」という反論は、行為を再び帰属によって補完するものであり、存在論的構造に相容れない。さらに、法人はそれ自体そもそも行為していないために、間接正犯の法形態の類推で説明されるものでもない。

それ故、代位モデルは、団体 (法人) に対する制裁の賦課を説明する論拠としては不十分である。

2. 次に、ヤコブスの初期の見解とそこからの転換、そして、ヤコブスのスペインにおける弟子の見解を扱う。ヤコブスは、刑法の任務としての法益保護を法妥当性に関するコミュニケーションによって補足し、それと共に、刑法規範の社会的実効性の理論をメタコミュニケーションの解釈学によって補完して以来、経験的なものに基づかない規範主義を撤回したとされる。そして、敵味方刑法という構想を用い、法人の可罰性に関して、義務論的論証を行うことで、人格概念の規範的構想を放棄した。

a) ヤコブスは、以前は、「主体の規定においては、構想すべきシステムは常に自然

人という要素から構成されなければならない、法人という要素からではない」ということは正当化され得ず、「法人の構造や機関もシステムとして定義」され得るとしていた。しかし、ヤコブスは、それを撤回した。すなわち、他人の組織化における行為の帰属は、態度が法によって強制的に自らの組織化における行為として解釈される場合には、排斥されるとした。それ故、法人を処罰することは、行為する機関に対する刑罰の排斥へと必然的に至らなければならないが、それは受け入れられるものではない。さらに、責任は、（法人においては欠けている）意識を通じた人格の同一性を前提とする、すなわち、人格は、自己意識的な、自身の存在をその可能性として理解する精神の意味で、自らを自由だと知っている、ということを経験とする。

b) ヤコブスはここで、義務論的な論証を問題とし、法人の可罰性の評価において、ケーラーの弟子フライヤーが分析したように、団体の刑法上の答責性の構成可能性をラディカルに否定することに至る。すなわち、刑罰は、特殊副次的な法関係として、行為者において欠かすことの出来ない構成要素として、かく乱された法の妥当の再生 (Wiedergewinnung) に資するものであり、刑罰の基礎にある法的損害が行為者自身のルールの基礎にある自己の縮減 (Selbstminderung) を表明し、他者に対して要求された承認の自己止揚を行為者にはっきりと分からせることによって、刑罰は応報とされる。そこから、有責的な人的不法が省察可能な (reflexionsfähig) 主体に結び付けられたままであり、その結果、団体に対する刑罰は、個人に対する刑罰と異なり、刑罰の名宛人が構成的に関与しているかく乱された秩序の回復を目的とはしていないが故に、両者は、統一的基礎に基づいては根拠づけられ得ないことになる。

c) もっとも、刑罰を法益侵害の阻止の為に威嚇された消極的な制裁として理解するならば、この問題は回避され得る。しかし、その場合、個々人に対して刑罰を正当化している責任原理をも放棄し、別の正統性の原理の出現が展望されなければならない。そのために、個人に対する刑罰から相当に切り離された団体への制裁の形成に必要なものは、改善・保安処分と同様に、刑法の独自の第三の道となる。

3. その前提として、ヤコブスが当初輪郭づけ、その後スペインにおいて展開された、伝統的な態様で法人の可罰性に対して引き合いに出された刑法上の行為や責任の基本概念を、自然主義的概念を社会学的システム論の概念によって補填する形で

発展させるという構想を検討する。例えば、バシガルポは、「法人の刑法上の答責性」に関する論考において、ヤコブスの当初の構想を演繹しつつ、法人の行為や責任は、最後の帰結において、企業の実際の部局においては、約款に則っている代理人としての役割を果たしているその人物の行動から導かれるとしたが、上述のように、ヤコブスはこの結合点を撤回している。そこで、ゴメス＝ヤラは直截にルーマンのシステム論に取り組み、オートポイエシスな（自己塑成的な）転換の新しい把握において検討を試みている。そこでは、*構成主義的責任概念*として、「個人責任と企業の責任との間の機能的等価性を基礎に概念上の調和」を獲得しようとし、ティーデマンによっても主張される「良き企業市民」の構想と明確に結び付ける下で、（ゴメス＝ヤラによれば企業文化においても確立可能な）*法的忠誠*と（規範を法的に疑問視することの可能性として前提とされた）*共同社会の意味による製造物への関与*が「機能的等価」であるとす。

a) しかし、刑法は法益を禁止規範によって保護するが、禁止規範が人間の態度やその回避可能性に必要的に結び付けられる一方で、組織の責任という言葉では、単なる組織の*状態*は記述されるものの、*規範侵害*は記述されないために、組織の責任は、せいぜいのところ、個々の人間による有責的な組織活動を参照し、その限りで、無限の遡及に至ることになる。そして、とりわけ、個々人による有責的な組織の活動は、いずれにせよ、その侵害を当該刑罰構成要件が把握している規範を侵害しないことになり、その結果、法人の処罰においては、実際は名目上侵害される刑法規範に、全く別の規範、つまり組織規範へと関係付ける侵害行為がなすり付けられることになってしまう。結局のところ、ゴメス＝ヤラの見解は、自然的個人としての人から、システムを機能的に互いに形づくるコミュニケーション活動としての人へと、変容するものではない。そして、責任は法益侵害の回避可能性を前提とするのであり、仮定的なものであるコミュニケーション活動によって始めて法的忠誠の欠如の負責が発生するわけではない。アメリカにおいて主張される、複数の企業構成員の認識を足すことで法人の認識を認めようとする集合的認識の理論でも、自然人と組織体が異なることを回避できるものではない。

b) 自然人同様に企業をコミュニケーションシステムとして構成し、法的忠誠の欠如を責任の中心点に位置づける観点に関わりあうならば、依然として、規範的深層構造における質的な違いが残されている。カントが述べたように、悟性があれば悪魔でも国家の設立は可能であり、経済システムのサブシステムとしての企業におけ

るコミュニケーションは、オートポイエシス的に実際上閉じられたシステムとして、法システムのように法か不法かというコードプログラムにつき組織化されるのではなく、むしろ、乏しい利益の価値に関する相互に続く支払い活動の間の一連の関連として組織化される、つまりは、金銭を志向する。システム論的に言えば、企業におけるコミュニケーションは法の要求によって——ルーマンの言葉を借りれば——刺激ないしかく乱されるのである。別に公式化すれば、企業は、常に法の要求をその金銭的価値に志向されるコミュニケーション的活動にのみオートポイエシスに変化させ得る、つまり、例えば過料を回避するために法益侵害を回避し得るが、しかし、法の内在的価値を承認することは出来ない。それに対して、自然人の意識においては、法の本来の義務付的な効力が再生されうる。そして、この根拠から、企業は、システム論的な観点においては、独立の役者としては法規範の内在的価値に関する議論には関与することが出来ず、従って、その妥当を重要な態様で否認することは出来ない。それ故、「良き企業市民」ないし「企業倫理」という図式は、オートポイエシスなシステム論とは比較可能なものではなく、個人と組織にとつての責任と刑罰の統一的概念の理念は頓挫する。

4. つまり、団体に対する制裁は、新しく構想される責任原理によって正当化され得るのではなく、むしろ、それとは異なる正当化の基礎を必要としている。

そして、非常に莫大な額の過料ないし罰金刑は、結局のところ、法人の代表者に打撃を与え、株式会社における株主は、配当金の減少を伴って罰金を払わなければならないことになるという問題が残る。つまり、企業への制裁は多くの無辜の者に打撃を与え、そして、例えば莫大な過料が解雇を強制する場合には株主と並んで何千という無辜の労働者にも打撃を与える。無辜の者の負担というこの効果は、団体に対する刑罰を責任原理で支えるというあらゆる試みの不十分さの証左であり、また、刑罰を害悪賦課の客体レベルではなく、法妥当の否認と回復のメタ・レベルで分析するという戦略の誤りをも証明する。というのも、組織においては、まさにシステム論的考察における組織がコミュニケーション的活動の総和に他ならない一方で、罰金刑の介入客体の財産がコミュニケーション活動ではなく、組織の所有者ないし構成員の財産価値を構成するが故に、自然人の処罰においてなお破壊不可能な統一体を形成するものが、つまりは肉体的経済的実存やコミュニケーションシステムが分裂するからである。

5. それ故、別の道を進むことになるが、その前提として、刑事政策的展開を概観

する。

### Ⅲ. 団体への制裁の刑事政策における傾向と問題

1. ヨーロッパ大陸では「団体は犯罪を犯すことが出来ない」という原理が支配的であったが、アメリカにおいては正反対の展開がなされていた。近年では、ヨーロッパにおける団体への制裁の凱旋行進が見て取れ、フランス、スイスでは認められるようになり、憲法において責任原理が根付いているイタリアでも目前まで迫っている。

ドイツにおいても、法人に対する過料の適用領域を拡大する傾向があり、その背景には、全ての加盟国に団体への刑罰を導入させるという EU の傾向があり、個々の国家には形式的に刑罰ないし過料とラベルを貼ることだけしか委ねられていない。ヨーロッパ法によれば、(1) 関連する行為としては、指導的地位にいる人全て（統制権限の持ち主も含めて）の行為と単なる不作為で十分であり、(2) 法人に対する制裁は、重畳的に自然人の訴追に加わり、そして(3) いずれの場合でも効果的で適切な、威嚇的罰金ないし過料やその他の制裁が科され得る。

2. ヨーロッパにおいては、刑事政策的万能薬としての法人に対する罰金刑ないし過料への方向に進む展開がなされたが、アメリカでは、他我 (alter-ego) 理論や応答優越理論 (respondeat-superior-doctrine) などの、代位責任の原理が認められてきた。ここでは、本来的に、法人の責任は、法人のために行為する自然人と並んで構築されるにもかかわらず、自然人の処罰は後退している。裁判所が、代位的な答責性の前提条件としての従業員の実際上の刑事訴追を放棄する、または、起訴便宜主義を前提に、法人だけを訴追すること等が行われてきた。そして、法人が相当の注意を持って、特に詳細に遂行されたコンプライアンス・プログラム（規範順守プログラム）によって、職員の犯罪を回避するよう試みたということを証明しえた場合には、法人にその従業員の責任の帰属を回避する可能性を開いた量刑ガイドラインが展開されるに至った。近年では、違法な企業戦略の企業内で感知している人による「告発」が鼓舞され、企業に利益のある告発者がそのそこから威嚇される不利益から保護されるという場合には、秘密機関的な方法を想起させる処置によって補強されている。

もっとも、コンプライアンス・プログラムの実効性に関する検討から、多くの場合に専ら外的な縁取りには資するが、企業文化の実際上の変化には至らなかったと



ということが確認されてきた。中間管理が指導機関の目配せによって、企業利潤という利益において犯罪行為を犯すよう促される場合には、最高のコンプライアンス・プログラムも価値がない。企業の目標としての利潤の最大化は、コンプライアンス構想に関するより初期の熱狂を著しく鎮静化させた。さらに、大企業においては企業経営がその決定を少なくとも、企業経営によっては詳細をコントロールすることのできない企業内情報の流れに完全に依存しており、「組織化された非答責性」が生じるとされる。

3. 刑事政策的分析からは、企業の利潤最大化という目標を前に、機能不全が指摘される。もっとも、刑法上のコントロールを撤廃することは良しとはされない。

a) ヨーロッパにおいては、企業に対する制裁として、罰金ないし過料の賦課が主要なものであり、刑罰と呼ぶか過料 (Buße) と呼ぶかは別にして、純粹抑止的な、威嚇に資する道具が問題となっている。もっとも、その威嚇効果も疑わしいものであり、例えば、企業が費用対効果の衡量により、莫大な過料を払ってでも行動にでることはある。罰金ないし過料による財産的負担が、経営陣ではなく株主や従業員に及ぶ場合には、正統性が認められないことになる。可能であるのは、せいぜいのところ、個人会社や中産の企業へのように所有者が企業に真正の影響を有している場合等となる。

b) それ故、より良い制裁が探求されなければならない。すなわち、企業後見の構想である。これは、裁判所が選任した後見人が、企業犯罪の原因となっている企業内の情報の流れの阻害を、情報権を伴う包括的な形態によって、最適化するというものである。

企業後見は将来に向けられた処分であり、過料とは異なり株主にも従業員にも負担されるものではない。そして、後見が公知されることで、後見の下で行う企業経営の面目の低下を避けるように、経営者への刺激がなされるようになり、一般予防的要素も認められることになる。

c) これに対して、*財産没収 (Vermögensabschöpfung)* という制裁は、憲法的、解釈学的、手続きの問題が多く認められ、採用できないことになる。

〔紹介者あとがき〕

本論文は、企業への制裁の基礎として、団体への制裁の理論的基礎を検討する。そこでは、法人には行為能力や責任能力が欠けているが故に、自然人とは異なり法人は犯罪の主体とはなり得ない、という批判に対する主張に対してなされる反論が検討される。コモン・ローで主張され、ドイツでもヒルシュ教授が主張される代位モデルには、他者の責任を自身の責任として認めるとして疑問が呈される。そして、ヤコブス教授が当初主張したシステム論を展開させたスペインでの議論も、自然人と組織体を同一視することで刑罰の前提となる責任を認めようとするには成功しておらず、結局、個人と組織にとっての責任と刑罰の統一的概念の理念は頓挫するとされる。そこで、団体に対する制裁を、刑罰によらない形を志向する、つまり、刑罰とは異なる形で正当化される制裁への道が検討される。シューネマン教授は、罰金や過料では、株主や従業員に負担が及ぶ点で正統化されないとして、企業後見という処分を構想する。

日本においても、法人処罰に関する議論は多くの蓄積があり、近年でも川崎友巳『企業の刑事責任』（成文堂、2004年）や樋口亮介『法人処罰と刑法理論』（東京大学出版会、2009年）などがあり、法人処罰の可能性が指摘されているところである。もっとも、法人処罰については、既に指摘されているように、理論的、実際的問題があるのであり、刑罰ではない制裁を志向する本論文は、日本において十分に議論がなかったものであり、参考になるものと思われる。とりわけ、自然人と団体（法人）を刑事責任の点で同一視することの困難性、法人が刑罰の名宛人たり得るのかという基礎的問題は、なおも十分に解決されている問題ではなく、本論文は、日本の議論においても大きな示唆を与えるものである。

（中村悠人）