

講 演

啓蒙期への回帰：団体刑の再導入について<sup>(1)</sup>

フリードリッヒ・フォン・フライアー  
岡上雅美 訳

- I 序
  - II 権利侵害としての刑罰：刑罰の名宛人と行為者の抽象的・形式的諸条件
  - III 応報としての刑罰：対個人刑法における規範構成と妥当性侵害
  - IV 団体の機能に応じた権限？
  - V 無辜の者の処罰
  - VI 結 語
- 解 題

団体刑（Verbandsstrafe）は、確かに「流行のテーマ<sup>(2)</sup>」と呼ばれることがあるが、刑法の発展に対するその意味は過大評価されるべきではない。簡単にいえば、よもや現実的問題ではなく、法治国家および正しい刑罰という原則的な問題である。したがって、団体刑の正当性について、法制度全体で根拠のある一貫した決定ができるようにするために、基本的理念に基づいた説明が求められる<sup>(3)</sup>。

誤解されたプラグマティズムに基づく効果志向で満足することは許されない<sup>(4)</sup>。そして、現代的であるべしという要求に惑わされることも許されない。

- 
- (1) 本稿は、2007年9月21日に早稲田大学においておこなった講演原稿を加筆し、新たな情報を加え、脚注を付したものである。議論状況の概略は、今世紀に公刊されたドイツ語文献のみに限定する。それよりも古い議論状況については、*von Freier, Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin 1998への言及とすることを許しいただきたい。
  - (2) *Jakobs: Strafbarkeit juristischer Personen?*, in: C. Prittwitz u.a. (Hg.): *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 595.
  - (3) 適切なものとして、*Jakobs*（注2）, S. 560 m. Fn. 6.

根本的な変更に向けた諸提案は、自らの主張を、殊更に現代のかつ進歩的だと称して、論争喚起的なやり方で伝統と先鋭的に対置させることが多いのである。闇雲な進歩信仰に与しない限りは、時間的な位置づけそれ自体、すなわち新しいから良くて古いから悪いという言い方は、何の意味ももたない。したがって、その現代的なものの内容が、その都度、基準となる。そこで自由主義的な法を支持することを決定するならば、団体刑を求める革新的な要求は、別の印象を与えられる。なぜなら、そこでは、すべての反対方向の見解に反抗し、ここ200年間の論証の積み重ねをあまり意味がないとあっさりとして退けてしまい、現代社会の質的に新しい形態の諸問題を重視するのでも、それらを克服するための「現代的」解釈論構成および刑罰概念を問題とするのでもない。反対意見や伝統を寄せ付けない、このような態度は、近現代の始まりと共に、中世封建制度の前近代的遺物と性質づけられ、批判された法制度へ回帰するものだということを見誤っている。「啓蒙期への回帰：団体刑の再導入について」という本稿のタイトルは、それを指したものである。中世・近代初期の法制度の再導入<sup>(5)</sup>を現代の最先端であるかのように称する場合、そのために利用される「現代的な」根拠づけが可能かには疑問があり、むしろ再び封建思想に戻る虞<sup>(6)</sup>がある。

(4) 合目的性だけが持ち出される場合に、基本的理念に基づく理解が欠如していること、より正確に言えば、法的理念に基づく理解とは異なるものへの信奉を告白していることもある。*Bahn Müller: Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit im europäischen Gemeinschafts- und Unionsrecht*, Frankfurt a. M. 2004, S. 3は、企業に対する刑事罰に賛成するかしないかは、主に、ドグマティックとプラグマティズムのどちらに優位をおくかによるということをいくらか詳しく述べている。*Hetzer: Schuldlose Sanktionssubjekte?*, *wistra* 1999, S. 361 ff.の方向性も同様である。同論文は、「刑法信仰」(S. 365)を憂いている。「妥当性のあるドグマティックがこの制裁主体の行為を刑法で罰することを認めないのならば、それはまさに刑法の性質と能力の限界を表すものである。必要に合わせて刑法の供給能力を高めることができないのならば、その機能的価値について考えなければならないだろう (S. 367)。」

(5) *Maihold*, *Himeji Law Review* 44 (Dezember 2005), S. 380の適切な用語法を参照。*M.Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin u.a. 1997, S. 563 (「古代への逆戻り」) および *Hamm*, *NJW* 1998, S. 663をも参照。

(6) これについては、*von Freier* (注1), S. 172 ff.

## I 序

大仰に展開されたこともある反対方向の予想<sup>(7)</sup>とは異なって、ドイツは、これまで、団体に対する刑事罰（Kriminalstrafe）の導入に向けた国際的な潮流には従ってこなかった。連邦政府は、1998年に、そのような制裁の必要性に消極的な発言をしている<sup>(8)</sup>。連邦司法省に招集された刑事制裁制度改正委員会は、2000年に、ドイツ刑法理論においておそらくお通説であろう見解と共に、刑事刑法（Kriminalstrafrecht）で企業に制裁を加えることに反対を表明した<sup>(9)</sup>。しかし、学説上の議論が静まることはなかった<sup>(10)</sup>。そして、ドイツ

(7) *Wegner*, ZRP 1999, S. 186 ff. (「団体に対する刑法？ついに来たか！」)

(8) 連邦政府の回答は BT-Drucks. 13/11425にある。

(9) これに関する最終報告の要旨が、*M. Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe. Bericht der Arbeitsgruppe „Strafbarkeit juristischer Personen“*, Baden-Baden 2002, S. 351 ff. に掲載されている。

(10) (網羅的でないが) 1990年代の数多くの著作の後、今世紀に現れたもののみを挙げると、*Bahn Müller*: *Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit im europäischen Gemeinschafts- und Unionsrecht*, Frankfurt a.M. 2004; *Böse*: *Die Strafbarkeit von Verbänden und das Schuldprinzip*, in: *Pawlik* u. a. (Hg.): *Festschrift für Günter Jakobs*, S. 15-26; *Bosch*: *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden 2002; *Dannecker*: *Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts*, GA 2001, S. 101-130; *Drope*: *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Berlin 2002; *Gomez-Jara Diez*: *Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffs*, ZStW 2007, S. 290-333; *Hausermann*: *Der Verband als Straftäter und Strafprozesssubjekt*, Freiburg 2003; *Hefendehl*: *Kriminalitätstheorien und empirisch nachweisbare Funktionen der Strafe: Argumente für oder wider die Etablierung einer Unternehmensstrafbarkeit*, MschrKrim 2003, S. 27-43; *Jakobs*: *Strafbarkeit juristischer Personen?*, in: C. Prittwitz u.a. (Hg.): *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden 2002, S. 559-575; *Kempf*: *Kommentar: Sanktionen gegen juristische Personen und Gesellschaften*, KJ 2003, S. 462-471; *Kohlhoff*: *Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe*, Berlin 2003; *Lessenich*: *Grundlage und Reichweite der Unternehmenspersonifizierung in Art. 15 der europäischen Kartellverordnung Nr. 17/62*, Sinzheim 2000; *Peglaw*: *Strafbarkeit von Personenverbänden*, JA 2001, S. 606-610; *Peglaw*:

においても、長期的には団体刑への要求が広く通るだろうと考えられる契機があった<sup>(11)</sup>。これに向けて決定的だったのは、団体ないし企業に対する刑事罰の導入および強化に向けた、絶え間ない国際的な潮流である。一般化した国際志向的な実証主義とでもいうべき立場は、皆が行っていることは善であり正しに違いないと信じて、「悪癖も国際的に広まることもある」という適切な指摘<sup>(12)</sup>を聞き流し、互いに出し合い、自らも充足する指示の渦の中で、国際的展開に専心する傾向にある。これは、EU の中央集権的傾向と権限要求に端的に関連する。なるほど、現在のところ、団体刑を導入すべき EU 法上の義務は

---

Unbeantwortete Fragen der Strafbarkeit von Personenverbänden, ZRP 2001; S. 406-409; *Pieth*: Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, SchwZStR 2003, S. 353-375; *Pieth*: Internationale Anstöße zur Einführung einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz, SchwZStR 2001, S. 1-17; *Schlüter*: Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Prozessrecht, Frankfurt a.M. 2000; *Scholz*: Strafbarkeit juristischer Personen?, ZRP 2000, S. 435-440; *Seelmann*: Unternehmensstrafbarkeit: Ursachen, Paradoxien und Folgen, in: J.-B. Ackermann u.a. (Hg.): Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, S. 169-186; *Seelmann*: Kollektive Verantwortung im Strafrecht, Berlin New York 2001; *Quante*: Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen, Frankfurt a.M. 2005; *Yoon*: Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen, Frankfurt a. M. 2001; *Wohlers*: Die Strafbarkeit des Unternehmens, SJZ 2000, S. 381-390; *Zieschang*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen im französischen Recht - Modellcharakter für Deutschland?, ZStW 2003, S. 117-130.

- (11) この大規模な国際的潮流については、最近では、さしあたり *Hettinger* (注 9), S. 259 ff. における連邦司法省による概説を参照。とくに、スイスにおける団体刑 (これについては *Pieth*, SchwZStR 2003 (注10) を参照) およびオーストリアにおける「団体の責任」の導入により、それ以降、大きな変化が生じた。国際的潮流の指摘が通常化していることを指摘するのは、*Hausermann* (注10), S. 3 注14. また、比較法の概観は、同書 S. 18 ff. その他、国際的な規制状況についての豊富な資料を掲載しているのは、*Eser/Heine/Huber* (Hg.): *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg 1999. 競争のための条件を統一化することを指摘しつつ、論拠について、例えば、*Pieth*, SchwZStR 2001 (注10), S. 1 ff.; *Dannecker* (注10), S. 101 をも参照。

- (12) *Jakobs* (注 2), S. 560 Fn. 6.

ないが<sup>(13)</sup>、団体刑の導入は、すでに前提として考えられ、EUの罰権<sup>(14)</sup>という困難な問題とはまったく分断されて、執拗に要求されている<sup>(15)</sup>。それも、団体刑がなければ、加盟国間の競争が阻害されることになるという論拠<sup>(16)</sup>をもって。しかし、EU加盟国は、たとえ、刑法の名称を付す必要はないとしても、法人に対する威嚇的な制裁を定めるよう義務づけられている<sup>(17)</sup>。確かに、ドイツは、団体への反則金<sup>(※訳注1)</sup> (§30 OWiG) をもってその義務を果たしており、一般的な見解によれば、反則金は、効果的な団体処罰の要請をも満たし

(13) *Möhrenschlüger*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 27 ff. に簡潔な要約がある。より詳細なものとして、例えば *Bahn Müller* (注10), S. 154 ff.

(14) 要約として *Satzger*: *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, S. 88 ff.

(15) 例えば、とくに2001年の欧州委員会のいわゆる「ヨーロッパ共同体の財政的利益の刑法的保護のためおよびヨーロッパ検察の創設のためのディスカッション・ペーパー (Grünbuch, KOM (2001) 715 sub 5. 4.)」およびいわゆる「EUの財政的利益を保護するための刑法的規制のコルプス・ユーリス (2000年改正)」第13条および第14条において。

(16) 例えば, *Pieth*, *SchwZStrR* 2001, S. 7. 適切な関連づけと批判が *Bosch* (注10), S. 38 f. m. Fn. 133にある。

(17) 出発点となったのは、「ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護に関する協定のためのヨーロッパ連合に関する条約第K.3条に基づく第2追加議定書 (Amtsblatt EG Nr. C 221 vom 19.7.1997, S. 12 ff.)」第3条および第4条である。これによれば、加盟国は、責任ある決定権者の一定の行為（詐欺、賄賂、マネーロンダリング）について、法人に「責任を負わせることを可能にし、このような「責任ある」法人に対して、「実効的、適切かつ威嚇的な制裁」とくに「刑法的または非刑法的な金銭制裁」しかしまた、本文に一部例として掲げた諸制裁を科すことができるよう保障することを義務づけられている。その間、多くの別の公文書および措置が、このような方向のまたは少なくとも類似の義務づけを含んでいる。これについては、*Bahn Müller* (注10), S. 176 ff.を参照。

(※訳注1) 原語は、*Verbandsgeldbuß* であり、*Geldbuß* の従来の定訳は「過料」である。しかし、本文でも述べられているように、ドイツでは、秩序違反法の制裁だとしても、これを刑法的な性質をもつと解し、EUからの要請を満たすものと考えられている。しかしながら、「過料」の語は、もっぱら行政法上の制裁を意味しており、この点で齟齬がある。現在の議論状況においては、この法的性質が刑法的か非刑法的かの議論の余地を残す訳語が望ましいということになる。本稿では、「反則金」の訳語を当てた。

ているとする<sup>(18)</sup>。しかし、その場合、刑罰との限界づけにおける反則金の法的性質が問われる。これは、ヨーロッパ競争法における企業に対する反則金にも妥当するが、こちらは、権限確保の理由からも、規範の文言上、明らかに非刑法的措置であると特徴づけられる。

したがって、団体刑が完全に広く受け入れられていることを肯定する事象が事実上多いとしても、伝統的な法体系および刑法体系において、団体刑を原理原則に基づき一貫して構築することは、——いずれにせよ、自由主義・民主主義的な法治国家の諸制約の下で、個人に向けた刑法 (Individualstrafrecht 以下、対個人刑法と呼ぶ) の存在を認める限りは、不可能だということを以下で明らかにしたい。以下の記述は、法理論、刑罰論および団体理論の中心の問題に限定する。すなわち、団体刑の筋の通った理由づけは、刑罰の基本理念と団体の概念を関連づけることができなければならない。

そこから、団体刑が実際に必要だ、または、団体刑には効果があると主張されているが、それらの必要性または効果が、その要求通りに、まさに行政法上の処分、反則金および利益剥奪に比べて十分経験的に証明しうるか否かの問題には立ち入らない<sup>(19)</sup>。それも疑われるべきである。団体刑の支持者達は、団体刑の転換可能性の問題——これも本稿では詳細に述べることはできない——を過小評価している。これは、ドイツの対個人刑法における問題ある展開と同様に、通常、司法取引手続が重要となり<sup>(20)</sup>、交渉権限がない刑罰のみに関す

(18) この一般的な見方については、*Korte: Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften mit den Mitteln des Strafrechts - Das „Zweite Protokoll“*, NJW 1998, S. 1464, 1465を参照。

(19) これを疑うのは、*Hefendehl* (注10), S. 27 ff. 連邦各州が行った調査に関して、連邦政府も疑念をもっている。BT-Drucks. 13/11475, S. 4 ff., 7 ff. を参照。

(20) *Arzt: Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung*, JZ 2003, S. 456, 460; *Arzt: Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen*, in: *Grafl/Medigovic* (Hg.): Festschrift für Burgstaller, Wien 2004, S. 221, 237 (「政治化」の点で、刑事訴追機関のみならず、刑事司法も飛躍する); *Kempf* (注10), S. 471; *Pieth: Strafverfahren gegen das Unternehmen*, in: *Arnold u.a.* (Hg.): Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 599, 614 (「(手続上の) 合意への明らかな傾向」しかし、その場合、結果志向的な「答弁取引」が問題なのではなく、穏健な手段の模索が問題である) を参照。*Ransiek, Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg 1996, S. 362; *Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995, S. 305;

る正しい刑罰が重要でなくなる。団体刑は、単に国家の取引力を強化する虞がある。

私見によれば、この効果の数量的意味は経験的に実証されないとしても、質的な点で、団体刑を導入する要因としてしばしば持ち出される次の問題、すなわち、団体または組織内の行動のために、個人の責任を問えなかったり、いずれにせよ個人の責任をもちや特定できず、法人へ責任を転嫁しなければ何の処罰もできなくなったりすることがありうるという問題に反論することはできない。個人の行為者に対する帰属、証明および処罰の困難性が言われているが、それらを個別に検証することはここではできない<sup>(21)</sup>。簡単に表現して、2つの現象を挙げてみよう<sup>(22)</sup>。一方では、複雑な現代の組織形態の帰結に着目される。団体における行為可能性、行為管轄および知識は、非常に分割・細分化され、外部に生じた損害をもちや個人の犯行に帰責できないほどになっており、組織内または構造内の責任が存在しなくなるという極端な形にまで至り、この極端な場合には、間接的で希薄化された管理義務および組織化義務に遡る<sup>(23)</sup>。他方では、刑法上の落ち度ある態度が個人に特定できる場合は、団体の構造が、その態度を共に惹起した条件となったことを考慮しうる。多様な形での強制・依存・意味の希薄化が起り、相互的な強化・負担軽減が起こる機構においては、個々の場合に不法の意識が分散化して曖昧になることがある<sup>(24)</sup>。この現象により、もちろん少なくとも同様に大きな力をもつ他の集団でも、ただ自分の利益のためだけに役立つわけではない行為が行われることになる<sup>(25)</sup>。

これにより、個別事例において、正当な対個人刑法の限界が示される。団体刑を導入することで、個人に負担を強いる形での刑法の過剰な緊張を避けることができるという願望がしばしば語られるが<sup>(26)</sup>、しかし、これにはまったく

*König*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 40をも参照。

(21) 要約として、*Heine* (注20), Teil 1 u. 2.

(22) *von Freier* (注1), S. 21 ff. およびそこで掲げられている文献を参照。

(23) 組織責任の人化への批判は、もちろん、刑法上重要な決定の支配を、あまりに自然主義的に理解される行為支配の概念と結びつける危険を冒すものである。

(24) 要約として *Schünemann*: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln u. a. 1979.

(25) 適切にも *König*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 48 f.; *von Freier* (注1), S. 166 ff. をも参照。

(26) 例えば、とくに *Heine* (注20), S. 149 ff., 196 ff., 307 ff.

根拠がない<sup>(27)</sup>。個人に対する制裁を放棄しない限り、または、すでに述べた理由からなお放棄できない限り、対個人刑法の下における捜査、帰属および処罰をめぐる諸問題の中に、団体刑を導入することで解決できるものは1つもない。法人の責任へと連結する行為として個人の犯罪行為を要件にするという形で団体刑を構成する場合に、上記の問題は解決しえない<sup>(28)</sup>。逆に、むしろ、団体刑を導入しても、対個人刑法に影響がないままでありうる<sup>(29)</sup>。団体負責 (Verbandshaftung) のすべての形態——団体に由来し、団体のために行われた犯罪行為に対する従属的負責 (akzessorische Haftung)、個人の犯罪行為が証明されない場合の補助的負責 (subsidiäre Haftung)、団体の本来的負責 (originäre Haftung)<sup>(30)</sup>——は、本稿の中心的テーゼによれば、人的不法と罪責 (Schuld)<sup>(※訳注2)</sup>に方向づけられた刑法とは調和せず、そのような刑法にお

(27) 要約として König, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 55 f.

(28) しかも、人を具体化しえない組織義務 (違反) は、結果責任へとつながることになるという洞察に基づく。これについて、さらに詳細は本文に譲る。

(29) すなわち、罪責概念の修正 (規範化) は、そのような反作用を引き起こすべきものである (Wohlers (注10), S. 386を参照)。

(30) 提案される負責モデルの体系化は、例えば、*Seelmann*, *Festschrift Schmid* (注10); *Schlüter* (注10), S. 67 ff. にある。*Haeusermann* (注10), S. 17は、適切にも、個人主義モデル (すべての犯罪メルクマールが個人において実現される)、制限的個人主義モデル (個人の帰属可能性がない場合に代替として、または、補足的に団体の要因を考慮する) と団体モデル (第1に社会的な総体に関連させる) とを厳格に区別する。

(※訳注2) 従来、とくにわが国の刑法学においては、Schuldの語にも、Verantwortungの語にも、「責任」の訳語が宛てられており、完全に定着しているといってよい。しかし、本講演もそうであるように、また、ドイツのみならず、スイスおよびオーストリアのドイツ語圏では、法律上も学説多数説も、法人にはVerantwortungないしVerantwortlichkeitは認められるが、Schuldは認められないとしており、この両者を訳し分ける必要がある。この語の訳し分けとしては、Schuldを責任としVerantwortungを答責とする訳例があるが、「答責」とはすでに責任を前提として含む語感があり、そして、著名なロクシン教授の「答責性」概念は、Schuldを一般予防・特別予防に統合するという特殊な意味内容の下に使われるものであって、本稿の文脈では妥当ではないように思われた。さらに、本稿脚注63にもあるように、ドイツ語の日常用語としての「責任」の語法は、むしろVerantwortungが用いられており、そしてさらに、独英辞典でも (法律用語辞典として、Romain/Byrd/Thieleck, *Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*, 4. Aufl. Teil II, 2002) —

いて緊張を強いる法形態を構築するものである。それらが、個人と団体の2つの場合でなお刑法を問題とするということから、この緊張が強いられる。

理念的な立場から見た団体刑の難点を、以下の4つの章で展開してゆくことにする。第1に、対個人刑法と理念的に調和し、または、もっぱら機能を同じくする団体刑の基本的要件を想起する。すなわち、刑罰の名宛人の（少なくとも部分的な）権利能力、および、刑罰の名宛人と行為者の同一性である（II）。第2に、ドイツ観念論の刑罰論を背景に、受刑能力ある自然人の中心的な構成要素は何かを明らかにすべく、法、刑罰および罪責の諸概念を整理する（III）。これに基づいて、これらの諸概念にあたりうるものを団体行為者に認めようとするさまざまな構想を批判する（IV）。私のテーゼによれば、自然人と同様にまたもっぱら機能を類推して、必要な資格をもつ団体行為者という理論構成を用いることはできないため、あらゆる団体刑は、不当にもすべての団体構成員に科せられることを目指すことになるが、これを最後の第5章で記述する（V）。

## II 権利侵害としての刑罰：刑罰の名宛人と行為者の 抽象的・形式的諸条件

刑罰とは、まず、法的地位の低下としての強制的な権利侵害であり、法的基準により量定される。したがって、刑罰では、根拠と程度が、直接的に心理的・精神的な苦痛に依存するという意味での害悪の賦課が問題となるわけではない。そのような苦痛の感情は、測定不可能であり、法的に比較不可能であり、法という手段では保証できないものである<sup>(31)</sup>。そこで処罰は、刑法の関係において、すなわち、国家を構成する一般人と刑罰の名宛人との間における一定の特殊な法が関係する中で行われる。法的な関係は、法の意味における人

---

般に、Schuldには guilt, Verantwortungには responsibilityの語が当てられている。そこで、本稿では、試みに Verantwortungを「責任」と訳し、Schuldを「罪責」と訳した。ただし、Schuldの語が、刑法学上、違法と対置させられる「責任」として完全に浸透していることにも鑑み、Schuldfähigkeitは責任能力、Schuldprinzipは責任主義として訳出した。

(31) Köhler, Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung: erörtert am Problem der Generalprävention, Heidelberg 1983, S. 13 f. を参照。

の間でのみ存在する。権利の減少は、法を享受する人のみについて、その者が権利を有する限りで考えられる。したがって、刑罰は、もっぱら第2次的な刑事制裁秩序とは別に、固有の権利をもち、それと共に少なくとも部分的に権利能力がある団体のみ科せられる<sup>(32)</sup>。これが保証される限りで、この抽象的・形式的観点においては、すべての団体は基本的に受刑能力がある。この点では、最近の議論のように、企業活動を営む団体のみに限定する理由はない。経験的に見れば、観念的に統合された統一体、例えば、世界観を目的に設定する共同体〔宗教団体など〕は、少なくとも同様に犯罪的な団体の態度をとることができる。

このような見解が前提とするのは、あらゆる団体は、それが権利能力を持つ限りは、行為能力ももつはずであり、その限りで、権利義務の構成において客観的・抽象的に規範の名宛人であるということである<sup>(33)</sup>。これはもちろん、これさえあれば刑法上の責任にとって十分だということの意味するわけではない。なぜなら、責任無能力者の取扱いから明らかなように、行為能力者すべてが処罰されるとは限らないからである<sup>(34)</sup>。責任無能力者は、間違いなく、その行動を通じて、(刑罰で担保された)義務に違反することができるが、自身の行動について処罰されることはない。法的関係へ関与したから処罰が可能だと推論するとき、明らかに、その推論は誤っている。責任無能力者は、法定代理人によって法律行為の行為能力を回復されるが、その法定代理人の犯罪について処罰されることはないのである。

企業が処罰されるべきだとする場合、ドイツ民法によれば、それは、刑罰の名宛人が企業経営者(Unternehmensträger)であるという意味でしかない<sup>(35)</sup>。なぜなら、人と財産から成る経済・社会的な統一体としての企業は、

(32) *von Freier* (注1), S. 56 ff. を参照。

(33) もちろん、これには争いが無いのではなく、団体刑に反対する数多くの者によって否定されている(*Erhardt*, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, Berlin 1993, S. 42 ff. または最近では *Quante* (注10), S. 114 ff. における文献を参照)。

(34) 人(Person)の相対性については、*Jakobs* (注2), S. 561 f. を参照。重要なのは、抽象的な行為能力ではなく、刑法に関連する行為の能力すなわち罪責を負いうる形で人的不法を実現する能力である。行為能力、責任能力、受刑能力および刑罰の正当性というさまざまな観点へ問題を分解して検討することが広く行われているが、いつもそれら相互の関連を見誤る危険がそれにはある。

(35) *Hausermann* (注10), S. 156も、そのほかに必要とされる、犯罪行為者(企

ドイツ法によれば、それ自体に権利能力はないからである。労働者組織または団体であっても、場合によっては団体形態をとる企業経営者組織とは、法的に（そしてそこから社会的にも）同一ではない。株式会社は、その同一性を変化させることなく、企業の売買ができる。労働者は、必ずしも、企業を代表する団体構成者ではない。しかし、企業自身が行為者であるというのならば、必然的に、行為者と刑罰の名宛人との財産的分離が生じる<sup>(36)</sup>。自然人の企業をイメージすれば、このことは明らかであろう。企業と事業主が非難すべきやり方で同一の義務に違反するとき、事業主は、2度処罰されなければならないことになる。1つは、彼が自然人行為者であるという理由から、もう1つは、不可避免的に、彼が行為者としての企業に科された刑罰の名宛人でもあるという理由からである<sup>(37)</sup>。このようなことは、結局、二重処罰の禁止（基本法第103条第

---

業）と制裁の名宛人（企業代表者）の分離に反対する。これは、この区別を覆い隠そうとするすべての試みに反対するということである。例えば、これに関する諸問題を「集団（Kollektiv）」概念で解決しようとする *Kohlhoff*（注10）の試みである。集団とは、「団体、企業および企業代表者の混合的（！）結合（S. 246）」として、固有の要求に反して（S. 246を参照）さまざまな結合点は決して「解消される」ものではなく、理念的には決定し得ない全体の「側面」として端的に結合しえないものを組み合わせるにすぎない。完全に合同でない場合に、何が決定的な影響を与えるとすべきかは、未解決のまま残っている。そこから、法的にも、企業は、規範の名宛人であるという主張をもって、その相違から逃れることはできない。なぜなら、法的ドグマに反して（S. 259）法的で規範的な問題の見方が適切であるにもかかわらず、企業は、法的に人格をもつ企業代表者とは異なって、必要な「心理的実態」をもたないからである（例えば、S. 252。ただし、民法への言及の趣旨は不明確である）。企業を人格化し、これにより企業代表者と企業との区別を回避しようとする者は、いかなるプラグマティックなものをも超えて、そのようなものが、如何にして、生産手段の所有、従属的な賃金労働および存在する会社法上の代表の構造と一致しうることについての解決を提供しなければならない（これについては、まず *Kunze*, *Unternehmen und Gesellschaft*, in: *ZHR* 147 (1983), S. 16 ff., *von Freier*（注1）、S. 81 ff.におけるさらなる文献を参照）。厳密に言えば、あるシステムの法的組織が責任あるシステムの特質であり（例えば、*Dannecker*（注10）、S. 116）、危険は必ずしも企業代表者ではなく、企業の社会システムに由来する（同書 S. 108）というテーゼにすでに問題がある。法的安定性の理由から、法的に独立した集団であることを維持するよう推奨する（同書 S. 116）のは、したがって、むしろプラグマティックでもある。

(36) これについては、*von Freier*（注1）、S. 62 ff. を参照。

3 項)に鑑みて、ドイツでは誰も提案するところとなっていない。

もっとも、ヨーロッパで一般に団体刑のお手本として賞賛されている EG カルテル法は、その客観的構成要件で企業を対象とするのみならず、——ドイツ法とは違って——直接的に企業に反則金を科してもいる。その場合、この20年間、ヨーロッパカルテル法では、純粹に経済的に規定される企業概念が貫徹されており、行為者としての企業は、もはや以前のように、経済的・組織的な統一体という位置づけから、統一的な権利の主体であるとは規定されていないのである<sup>(38)</sup>。この背後にある法人格は、反則金の名宛人として、もっぱら執行法上重要であるにすぎない。このような行為者の規定は、他では有効な法人の限界を、組織の実情によって覆い隠すものであるが、實際上3つの任務を果たす。第1に、企業経営者と企業との限界は、企業経営者のうち決定権限ある代表者、例えば、有限会社の取締役の態度にのみ関わるのみならず、ヒエラルヒー内の位置づけとは別に、企業に経済的に関わる者すべての態度にも同じく関わらせることで解消される。第2に、コンツェルン会社間の困難な帰属の問題を避けることができる。第3に、この構成は、企業経営者の交代または構造変革の後にもなお、刑事上罪責を負う者を処分できるように確保するのに役立つ(例えば、行為者たる企業が売却された後も企業経営者は処罰され、または、売却を行ったかつての企業経営者が残っていない場合には、買い手も処罰される)。その不明確性に鑑みて、そして、他の者の有責性に対する負責、つまり、行為者と刑罰の名宛人の分離を覆い隠すという承認しうる目的に鑑みて、組織に関連するすべての法形態を隠すことが、団体刑法についての有用な模範となりうるかには、かなりの疑念がある。

プラグマティズムからは当然に共感しうる予防的考慮は、法形態を基準としないことに賛同する。予防的考慮は、団体という人格が変化しうること、および、会社法上の構造、形態の変化(企業分割や合併による変化)、解散および

(37) *von Freier* (注1), S. 84 ff.

(38) *Dannecker*: Sanktionen und Grundsätze des Allgemeinen Teils im Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: *Schünemann/Gonzales* (Hg.): Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, S. 331 ff.; *Dannecker/Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Köln u. a. 1989, S. 253 ff.; *Hamann*: Das Unternehmen als Täter im europäischen Wettbewerbsrecht, Pfaffenweiler 1992; 要約として、最近では *Lessenich* (注10)を参照。

設立により法適用が回避されたり財産が移転したりする可能性に対応する。このことが、団体人格を、団体と同様に法的な形態の変化によって刑法上の制裁を逃れる可能性のない自然人と区別する。そこから、対団体刑法はすべて、形式的な法人格の限界を軽視し、行為者と刑罰の名宛人の区別の曖昧化を甘受しなければならない危険がある。

刑罰を回避し、財産を構成員へと移転させるために、団体の解散までやりかねない「行為者」としての団体が変化する可能性が、そこからすでに、自然人の決定および国家に媒介された法化から、原則的に演繹される団体の性質を明らかにする。このような理由からすでに、団体という統一体は、決して自然人と同じ様に、本来的に、法の妥当性を構成するものと考えすることはできないし、同じ地位で社会的（「規範的」）な「帰責（Zuschreibung）」の産物だと考えることもできない。この地位の違いは、克服しえない。なぜなら、自然人とは異なって、団体という「人」は、恣意的な処理（解散、売却、合併など）から保護されない。自然人は、人間の尊厳の保障および基本権によって、恣意的な処理から原則的に保護されるが、団体の基本権享受力には本質的な留保が付されている（基本法第19条第3項<sup>(39)</sup>）。その理由は、しばしば次のように言われる。自然人は、固有の権利から、したがって前実定法的に、権利をもつ人（Rechtsperson）である、と。これが、ドイツ法では人間の尊厳の保障（Art. 1 GG）である。人であるというだけで、その者は本来的に権利能力をもつ。このような地位の違いに、より正確に言えば、その地位の正当性に、団体刑を刑罰だと理解させるよう根拠づけることが理念的に不可能だとされる理由がある。

実証主義的な法律観からは、当然異なって考えられる。それによれば、すべての人間は、いわば法人である。なぜなら、立法者が、もっぱら合目的性の考慮または法政策的な理由から、どのような実体（石、植物、動物、人または団体）に、どのような範囲で（例えば、すべての人にか、それとも一部の人にだけか）、人格を帰属させるかを決定するからである<sup>(40)</sup>。人格付与を、もっぱら制裁目的のためだけに行うことができると、すなわち、合目的的に見えさえず

(39) *Jakobs*（注2）、S. 562の適切な指摘を参照。*von Freier*（注1）、S. 181をも参照。

(40) 客観的法的優位性において徹底しているのは、*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, S. 172 ff., とくに S. 176 ff. ここでの関連においてはとくに *Lessenich*（注10）、S. 21 ff.

れば、刑法は、もっぱら処罰目的のためだけに、行為者と刑罰の名宛人を作り出すと主張するとき<sup>(41)</sup>、これはさらに一步踏み込んだものとなりうる。この見方では、実は、なぜ団体が法に適合している場合にのみ、人格が認められるのかについて共感しうる理由はない。しかし、そのような人格付与は矛盾であろう<sup>(42)</sup>。その目的を通じて法を揺るがすような社会システムの形成（共同正犯、犯罪者集団、犯罪結社）という極端な場合に、その矛盾は明らかとなる。個人の行為関与が、想定しうるもっとも法敵対的な態度であるにもかかわらず、場合によっては、個人の行為関与がとくに執拗に隠蔽されても、その人的結合に法の拘束性はなく、それらは、行為者にも刑罰の名宛人にもなりえない。それらは無だと説明するのか、それとも、それらに刑罰を科すために人格を付与するのかは、それによれば、合目的性の観点で解決されるべきで、真剣に考えられるべき選択肢である。むしろ、人格付与は、類型的に否定されている。

もっとも、上述した、自然人の特別かつ基本的な意義は、なお深く根柢づけられなければならない。それが刑法を規定するのは、他の法領域とくに民法の領域のより抽象的な観点とは明らかに異なる特別の方法による。刑罰は、一方では、他の法領域に対して二次的な法制度だが、同時に他方では、自ずからではないが、固有の手段で<sup>(43)</sup> 確立可能なもしくは維持されるべき、その基礎を示すものである。

### III 応報としての刑罰：対個人刑法における規範構成と 妥当性侵害

英米法領域以外でも、ほぼすべての西欧先進工業国において、団体に対する

(41) 例えば、Lessenich (注10), S. 33 (団体の人格を無効とするか、認めるかは、制裁目的のために、立法者が自由に決定する。そこでは、行為義務は、いずれにせよ単に法技術的な効果の現れだと考えられる (S. 32)).

(42) von Freier (注1), S. 100 ff., 112 ff., 151 ff.; Lampe: Systemunrecht und Unrechtssysteme, ZStW 1994, S. 683, 708をも参照。

(43) そこから、民法に一般予防の任務を割り当てるすべての見解に対する疑念が生じる。この見解は、通常、客観的だと誤解されている費用—収益—計算により、威嚇を目的合理的に道具化することが必要だと考えている。本稿との関連では、Spindler, in Hettinger (Hg.): Verbandsstrafe (注9), S. 78 ff. に明らかである。

刑事罰が再導入されたことは、予防的・社会統制技術的な法理論・国家論・刑法理論がますます支配的となっていることの表れである。ここでは、システムの存続と治安が、客観的に端的に所与の目的として独立し<sup>(44)</sup>、これが「行為統制」を要請する。

これと対極の方向にあるのは、啓蒙思想的な努力である。これは、各人に自明な理性の基準に従って、人間の社会性を正当化し、それを自由と個人の決定から判断しかつ展開し、自己目的としての人間の自律性を法と国家の理由づけの中心に位置づけようとするものである。これは、法もしくは法の妥当性という理由づけに、そして、とくにそこから演繹される人的不法および個人の罪責を基礎とする刑法に関わる。しかし、これが、また再び不可分に関連するのは、一般的に自由の諸条件の下で、そのさまざまな形態において——したがって、一方では、国家を構成する処罰側と、他方では、潜在的な刑罰の名宛人として国家の下位にある団体という、ここで論じている刑法との関係特有の形態においてもまた——人間の社会性が、どのように理解されるかという問題である。

誤解を避けるためにいえば、個人に関して、団体刑の議論において何度も持ち出される社会的側面の独自性、すなわち、人間の態度には集団的側面があること、または具体的に団体は力をもっていることは否定しえない。むしろ、客観的に見れば、個々の関係者の自己関連的に省察される個別行為に完全には解消しきれない、文化的・社会的プロセス、統一性、(相互的な)関係の相対的な独自性が認められる。これは、団体の行為以外にもあてはまる<sup>(45)</sup>。とはいえ、集団現象は、比較的独自の発展論理にもかかわらず、この点でつねに個人の決定と行為の結果であることには変わりがなく、団体は、それを出発点に考察され、形成される。団体には、自己も省察能力も自発的な形成力もない。そ

(44) 刑法理論による批判につき、全体的には *Köhler* (注5), Kapitel 1, I-III.; *E. A. Wolff*: Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 1985, S. 786 ff.; *Pawlik*: Person, Subjekt, Bürger - zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004, S. 21 ff. を参照。

(45) 適切にも, *Seelmann*, Festschrift Schmid (注10), S. 185 f. それに対応して、全体の権利義務は個人関係者の権利義務から区別されるべきである (その限りで適切にも, *Böse* (注10), S. 22)。そこから、団体におけるそれぞれの造形および義務を考慮した組織関係的な帰属が必要となる。対個人刑法を放棄しない限り、団体刑もそれから解放されるわけではない。

して、団体は、その限りで共に構成する（自然）人に対比してその制度的形態においても、正当化されえなければならない。

このように、自然人は団体を構成するものと位置づけられるが、このことが、法とくに刑法では、何を根拠づけるのだろうか<sup>(46)</sup>。私は、前実証的な概念により、カントに従い、法とは、一般的で、平等で、相互に組織化された外部的自由の諸条件の総体<sup>(47)</sup>であると理解している。法は、すでに当為の下で（そしてそれと共に二重の視点で）行動する主体により、考えられ、精神により媒介された現実として共通の行為実践の形で形成され、実現される。主体のみが、つねに道徳のおよび法的な妥当性と規制を要求し、つねに善と悪、正と不正との間を区別するように強いられる。そして、主体自らが決定を下す。——純粋な観察者としての自己認識に反して、実証主義と機能主義もこれを行う。そこから、すべての規範性の源は、その理性、意識および自由のみが基準となる妥当性の差を開き、その点で自らを自由だと認識する人間という主体による規則の策定である。人間は、法および実際の法の妥当性を共同して作り上げる。なぜならば、人間は、一般的な自由という共通の規則のために、自分の利益を犠牲にすることもできるからである。したがって、規則を承認する行為が、法の妥当性要求の高まりの中にすでにある。規則を承認しようとする者は、その承認が模索される要請をすでに（共同）規則定立者としてすでに承認したはずである。自由主義的な法概念は、この前提的な自己承認への決定に基づき、すべての人を法の共同定立者としての経験的な本質として、そしてそれとともに「絶対的な価値」または「目的それ自体」（カント）として承認する<sup>(48)</sup>。それにより、実際の行為を実現する関与者および決定の視点から、法は、不可避免的に定言的・絶対的な側面をもつ。これによれば、すべてのことがあれやこれやの様々な内容もちうるということは規範的に排除される。しかしとくに、合目的性の考慮から法形態が演繹されることや、有用性の考慮を強

(46) その基礎にある刑罰概念については、*Köhler*（注5および注31）；*Köhler: Der Begriff der Strafe*, Heidelberg 1986; *Zaczyk: Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin 1989; *Kluszczewski: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Berlin 1991におけるドイツ観念論の刑罰論の具体化を参照。

(47) *Kant: Metaphysik der Sitten* (Ausgabe Weischedel Bd. 8), Einleitung in die Rechtslehre § B, S. 337.

(48) *Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Ausgabe Weischedel Bd. 7), S. 59 f., 73.

調して法形態に目を向けさせないことも排除される<sup>(49)</sup>。ここでは輪郭を示すだけしかできないが、国家の根拠づけの基本思想もまた、社会は妥当性をつねに要求するが、自然状態では実現されないために、自然状態の妥当性要求の衝突は法的に矛盾であり<sup>(50)</sup>、合目的的でないだけではない。そこから、国家には自然状態を克服するための定言的な義務がある<sup>(51)</sup>。

社会は、刑罰の強制で、もっぱら妥当性の省察のいわゆる発生的成果または法的な意味にのみ基づいて、個人を要求する。それを破壊する逆の面は、それ自体矛盾する妥当性を要求し、不法の規則を打ち立てることである。この実行された反対規則は、形式的には社会の承認を求めが、実質的には被害者と社会に対する自分勝手な妥当性の決定を不当に行使するものであるために、矛盾したものである。犯罪行為者は、侵害の認識および不法の意識をもって、したがって、規範を省察し、そこから妥当性を要求するやり方で、法の一般の妥当性に反抗することで、ヘーゲルの言葉で言えば、「法としての法 (Recht als Recht)<sup>(52)</sup>」を侵害する。有責な刑事不法は、省察された意思による、持続的な妥当性の不当な行使および平和状態の破壊を特徴とする<sup>(53)</sup>。刑罰は、法の妥当性の共同構成者としての行為者における行為がもたらした妥当性の喪失を止揚し、法のために、破壊された法関係を回復する。その場合、犯罪行為者は、法秩序の共同構成者すなわち人 (Person) であることを止めるわけではない。そこで、刑の賦課および刑の執行は、人という地位を無視することはできず、組織的・心理的な行刑のレベルにおいて、行為者に働きかけることもできず、したがって行為者を事情の種類に応じて強制的に動機づけしたり、恒久的な強制的動機づけが必要だと考えられる他の者のための道具としたりしようと試みることは決してできない<sup>(54)</sup>。そこから、行為者は、第1に、その固

(49) カントの道徳哲学 (Moralphilosophie) Nr. 6586 (Akademie-Ausgabe Bd. 19, S. 97) に関する省察で集約される (「多くの者に有用だからといって、そのことが一人の者を害する権利を多くの者に与えるわけではない。」)。

(50) *Kant*: Metaphysik der Sitten (注47), §42, S. 424 f., §44, S. 430 f.

(51) *Kant*: Metaphysik der Sitten (注47), §44, S. 430.

(52) *Hegel*: Grundlinien der Philosophie des Rechts (Ausgabe Moldenhauer/Michel Bd. 7), §95, S. 181.

(53) *von Freier* (注1), S. 120; *Hegel* (注52), §99, S. 187 (「侵害が積極的に実存するのは単に犯罪者の特殊意志としてのみにすぎない。」) [なお、ヘーゲル『法の哲学』からの引用部分については、高峯一愚訳による論創社版 (1983年) に依った。]

有の不法規則，その一般的な妥当性要求およびそこに存する法的地位の減少へと消極的に（価値に均衡して）固定され，それをもって法の喪失における理性的な共同構成者として，すなわち，彼の社会への関与の仕方について責任のある者として，真摯に受け止められる<sup>(55)</sup>。これが，矛盾を明らかにし，行為者の規則が妥当しないことを示すのであり<sup>(56)</sup>，もちろんこの事実は，同時に，現実の法的妥当性は不意に現れたのでも，直接そこにあるのではなく，市民の省察された意思に基づいているということを示したのである。

根本的な妥当性の否認は，本来的な妥当性構成の裏面である。妥当性の否認と構成の双方は，妥当性の省察と意思決定の自由を前提とする。ここで基本的なものと考えられるこの関係は，団体刑の議論において，しばしば矮小化する形で誤解されている。なおここで，すでに言及した，人と規範についての実証主義的見解へ視線を向けることが必要とされる。そこでは，規範秩序と法の妥当性が客観的に所与のものとして考えられている。この秩序（法システム）は，「独断的に」最終的な帰属の行き先を決定する<sup>(57)</sup>。その場合，もっぱら合目的性のみを理由として何らかの形で，その秩序は，精神および言葉による認識および動機づけ能力をもち，そこから人格を帰属される受命者として任意の目的を追求するために利用される特性をもつことになる。自己満足的な規範主義の裏面は，自然主義により，市民を秩序の道具に貶めるものであり，論争喚起的に相対的刑罰論を非難する見解によれば，刑法において市民を動物のような調教の対象に貶めるものである<sup>(58)</sup>。

(54) *Kant* (注47), Allgemeine Anmerkung E, S. 453を参照。

(55) *Hegel* (注52), §100, S. 190 (犯罪者の処罰は，彼の意志のうちに「それ自体として〔即自的に〕存在する意志，すなわち彼の自由の具現，彼の法」に加えられる。「がんらい理性的存在としての犯罪者の行為には，その行為が或る普遍的なものであるということ，すなわち犯罪者がその行為中に自覚〔対自〕的に承認した法則，したがってその下に自己が包摂されることは自己の法の下に包摂されることとして当然であるとする一つの法則が，その行為によって立てられているのであるということが意味されているからである。」)

(56) *Hegel* (注52), §97, S. 185 (「それが無であるゆえんを明示する」)。

(57) *Baumann/Weber/Mitsch: Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Aufl. 2000, §18 Rn. 27. 本稿との関係での批判については，*von Freier* (注1), S. 112 ff., 121 ff. を参照。

(58) *Hegel* (注52), § 99 Zusatz, S. 190 (「(...) あたかもわれわれが犬に対して杖を振りあげるようなものであり，人間は人間の誇りと自由の面から遇されるのではなく，犬のように遇されることになる」)

しかし、行為者人格と有責な人的不法に基づく処罰可能性にとって重要な資格は、行為実践の——その他、同じく元来、その学問的理解の——基礎として、一般的に「それ自体」確認できないまたは存在しない性質の偶然的な帰属の産物として理解されるという形で、疑問視される。そして、帰属も純粋に機能的な考慮に基づくわけではない。実質的な意味における「帰属」もまた、十分に理解すれば、固有の権利に由来する主体の相互的で行動による承認の関係である<sup>(59)</sup>。この関係をもなお機能的に解消しまたは凌駕することが可能だと考えるとき、人間の尊厳と基本権は不必要となり、しかもあらゆる法律学も不必要となる<sup>(60)</sup>。その上、いったい誰が機能を認め、機能的なシステムを定義し、社会の帰属を具体的に決定し、分析し、変換するのか等々の問題が生じるのは不可避である。社会、法または知識システムの運用自体について現代の神秘的傾向の霧の流れが晴れるならば、まったく明らかに、上述の自然人と規範との関係の外で特別な地位を付与されなければならない行為者に向けて視点が自由になる。

したがって、人間主体の不可避的な根本的地位は、すでに言及した状況に立ち戻る。固有の権利から生じる主体は、元来、法的に伸介されるものではなく、主体が単独でまたは複数の者が共同して、行為に効果を及ぼすように意識的に法を超えたところに位置づけることができる。これに対して、団体という統一体がかつば法的な結合によって発生させられ、法形態を形成する行為によって独立の存在となる場合には（例えば、定款、議決など）、これは根源的な問題がある<sup>(61)</sup>。なぜなら、法形態が法の妥当性を否定する要求を行えば、

(59) *Hruschka*: Strukturen der Zurechnung, Berlin. New York 1976, S. 7, 13. 帰属概念における重要な細分化について詳細には *Köhler*: Der Begriff der Zurechnung, in: *Weigend* u.a. (Hg.): Festschrift für H.J. Hirsch, Berlin u.a. 1999, S. 65 ff. を参照。

(60) それらは対象を失うことになることによる (*Kant* (注47), § B, S. 336 を参照)。団体刑の問題においても、国家の決定と「帰属」の可能性ですべてが語られるのであれば、あらゆる法律学的な議論も不要となる。とくに不明確なのは、いったいどのようにして、責任主義がその理由、形態または量について何らかの制裁に對置することができるのかである。罪責は「それ自体として」帰属されるものだといっても、なんら変わるところはない。

(61) 権限踰越論 (Ultra-Vires-Argument) については、*von Freier* (注1), S. 150 ff. を参照。法的に定立された自由に言及して、アメリカ合衆国では、法人に対する刑事手続において法人に黙秘権が否定される（これについては、

法形態が無効となり、したがって、少なくともその内部関係で個人の自由を拘束するものを排除するからである。しかし、まさにそこで、団体刑の根拠づけはすべて、団体の「罪責」または団体の「動機づけ可能性」を限られた範囲でのみ認めなければならなくなり、純粹の結果責任を信奉していることを認めたくもないために、そのことで刑法の統一性を放棄しようとするものである。

---

*Ransiek* (注20), S. 360の適切な解説を参照)。ただし、この論拠がすでに処罰可能性を疑問視させるということを認めてはいない。異論は、単に合目的の考慮を援用するものでもなく(ただし、例えば *Lessenich* (注10), S. 33)、十分な理解、取引保護の考慮から実際には放棄し得ない、対内関係と対外関係の区別を誤解するものでもない(しかし、例えば *Kohlhoff* (注10), S. 242; おそらく *Böse* (注10), S. 21 f. もまた)。異論は、また、不適切にも、不法な行為が団体から存在または法的承認を奪うことを出発点にするものでもなく(例えば、*Haeusermann* (注10), S. 145の理解)、単に公式的に、次のことを目的とする。すなわち、罪責において、取引保護のために必要とされる、法人もしくは団体の同一性および公知性——これらは対外関係と対内関係の区別を必要とする——が問題とならない場合、罪責の非難にとって、対内関係は考察しないでおくことができない。そうできないことをすでに示すのは、団体の利益のために、したがって、いずれにせよ団体に対して向けられた犯罪を除外することなく、行為のみが帰属されるべきであり、組織の有責性が目指されるという事情である。したがって、刑罰をもって、対内と対外の区別が部分的に混同される場合、意識的に不法な目的が追求された場合に関与者の内部的な目的拘束は何かと言う問題は残る。それは、法的な拘束ではありえない。なぜなら、そうであるならば、内部的な法関係において団体に対する犯罪行為の権利、そして場合によってはそのような法的義務さえ主張されなければならないからである。その場合に決定的なのは、もっぱら具体的な(共同の)不法の意思における事実上の拘束性でしかありえないが、それはもっぱら自然人の1人のみでありうる。これは、共同の法目的の外部にある。例えば、共同正犯を要求する共同の違法な目的設定としての具体的な意思の統一体が、つねに欠けることになる。しかし、それが統一体の基礎であるとするならば、もっとも要罰性のある場合に人格化は排除され、適切な刑罰の名宛人としてはいかなる集団も存在しないことになる。団体を「被害者である行為者 (*Arzt*, JZ 2003 (注20), S. 458)」とする呼び方は、その限りでまったく正しいが、団体に対する刑事手続のみならず、とくに実体法上の理由づけと理論構成についても問題となりうるという意味では、*Arzt* に反対である。

#### IV 団体の機能に応じた権限？

しかし、決定的な問題は、刑法の統一性を保証し、刑法の正当化根拠を維持しながら、団体および組織も個人と同じだとか、個人に相応しうると主張できるか否かである。なぜなら、刑罰、あるいは少なくとも刑法特有のものは、統一的で原理原則に適用すべきものだから<sup>(62)</sup>！ しかし、落度によってかつ帰属可能に引き起こされた損害が発生しなければならないということがその基本思想だと考えられる場合は、刑法特有のものは、まったく見当たらない。なぜなら、これは、警察法上の危険責任や民法上の損害賠償責任にも同じくあてはまるからである<sup>(63)</sup>。

(62) 「刑法体系」における統一性の必要を強調するのは、とくに *Heine* (注20), S. 252 f., 256 ff., 291. 個人に対する制裁と団体に対する制裁の双方を刑罰と呼ぶのであれば、これは驚くべきことではない。要約として、*Heine: Modelle originärer Verantwortlichkeit*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 137 (「対個人刑法への機能的類推による方向づけ」)。同様に *Dannecker* (注10), S. 107 (法人に対する刑法は、「社会統制の都合のよい道具」に貶めることは許されない)。

(63) 結局、このことは、法義務違反の記述を超えることなく、他行為可能性または回避の期待をも援用して客観的な不法の非難を繰り返す責任 (例えば、「責任を負わせる *verantwortlich machen*」, 「責任をとらせる *zur Verantwortung ziehen*」, 「責任を負う *Einstehenmüssen*」), 回避可能性, 非難可能性の用語法すべてに妥当する。これを背景にして、罪責非難は、循環的で空虚なものとなる。なぜなら、意思形成 (意思罪責) がそれとは内容的に結びつかないときは、非難および非難可能性の意味がぼやけてしまうからである (規範的な罪責概念の批判について、*Köhler*, AT (注5), S. 370 f.; *Köhler*, *Festschrift Hirsch* (注59); 本稿との関連では、*Seelmann*, *Festschrift Schmid* (注10), S. 180; 今もなお基本的に、*Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip*, Heidelberg 1961, S. 174 ff. を参照)。規範の妥当性侵害が、団体刑の場合に妥当性侵害の意識を前提とせず、行為者に「押し付けられた、彼の態度の意味」と「犯罪行為のコミュニケーション的内容」を同一視し (例えば、*Böse* (注10), S. 23), したがって、結局、そこから一線を画する財産的損害と異なることなく根拠づけられ、帰属される場合に、何が、刑法について拠り所としなければならない「理念的な」規範の妥当性侵害を内容的に構成するというのかも不可解なままである。なぜならば、自己理解に反して、コミュニケーションの能力ある相手方との相互的な「コミュニケーション」も、機能の類推もしくは不足ではなく、外

これに匹敵する主体となりうる資格の問題が生じるのは、結局、対個人刑法においてあらかじめ純粋な目的刑法に賛成するのではなく、なお罪責刑法との関連性を模索しようとする場合だけである。もっとも、すでに述べた理由から、ドイツでは実定法上も、行為主義と責任主義とが憲法および法律で保障されており、これは、純粋な予防刑法に対置される。予防刑法は、特別予防論からも一般予防論からもなお、矛盾なく根拠づけられているわけではない。したがって、どのようにして、団体が「法としての法」に違反したといえるよう

---

部分的に刑法上の罪責に「隠れるもの」すなわちもっぱら客観的不法もっぱら客観的にのみ確認しうる、法の要求の背後に「隠れるもの」のみが語られるにすぎないからである。したがって、非難は、規範侵害が「明白に表れ」、行為者が「倫理的な者」とは言われない外部的態度にのみ関係する（例えば、*Böse* (注10), S. 19)。したがって、団体に対する罪責に関連する非難を、それに相応した数少ない諸前提と結び付けることだけが、問題なのでは決してない（反対 *Böse*, 同箇所）。むしろ、事実上すなわち非難可能性と責任を空虚な公式として援用することなく、「人間の尊厳の内容」または「倫理的」「内的」側面を差し引いてもなお、罪責とは、刑法上の罪責であるということ、そしてそれはどのような意味においてなのか、むしろ具体的に解決されなければならない。個人倫理を社会倫理へと置き換えることも（*Dannecker* (注10), S. 113 f. を参照）また、問題を挙げただけであり、自己省察的な自己確認の可能性のない統一体に対する「社会倫理的な非難」または「正義を欠いた非難 (S. 112)」とは、個人の罪責概念と何を共有するのかを明らかにできないままである。しかし、その限りで何らの見解の一致もないときに、法的平和および「統制された法的平和の回復 (同 S. 114)」へ関連づけることも、刑法の特質としては不明確である。*Hausermann* (注10), S. 151 ff. が提案する「機能的な団体罪責」も同様である。これは、結局、帰属による、従来と同じ解決に他の衣を着せただけのものである。団体の罪責は、対個人刑法の罪責概念と調和しうるが、同一ではなく (S. 153)、したがって、「完全に同一の基礎」には立たない (S. 141脚注 2)。しかし、罪責の概念は、「段階的に変化」させられなければならないが、完全に個人の罪責との分離を意味するわけではない (S. 154)、と。団体の機能における自然人の重要な意思活動は、自然人自身のものであるが、同時に、団体の意思活動でもあり、他人の責任を帰属させるわけではないということは認められる。しかし、その場合、同一の罪責概念を出発点とすべきなのだろうか。しかし、このような同一化は、理論構成しえないし（これについては、本文参照）、*Hausermann* もまたそれを出発点にはしえないために、やはり概念の変化等はまったく不要であろうし、対個人刑法のカテゴリーにおいてでなくとも、自身の罪責と、帰属される他人の罪責との相違を構成するのは何かという問題はなお残る。

に、団体の能力と可能性を構想することができるのだろうか。2つの可能性が考えられよう。第1に、管轄ある個々の自然人の意思と行為へ連結させるというやり方であり、第2に、本来の団体罪責という構成である。

### 1 管轄権ある決定権者の態度による構造的同一性？

団体のために行為を行った自然人の犯罪行為、その任務の遂行におけるその行為と決定に結びつけ、すなわち、団体の処罰可能性を自然人の犯罪行為に従属させるモデルを選択することで、自然人と団体との構造上の同一性を作り出す構成が、もっとも容易であろう。他の法領域で団体に法的取引の締結を可能にするのみならず、不法結果に対する責任を根拠づける、機関管理者その他管轄ある決定権者の行為が、刑法上の犯罪能力も根拠づけると理解できるのだろうか？それによれば、団体は、確かに自身では何もできないが、人間が団体のために行為をしている。

しかし、団体は、本来、行為無能力であり、責任無能力であり、したがって犯罪能力がないのだから、機関管理者の行為と罪責を団体に「帰属する」ということで、団体処罰を根拠づけるやり方が正当化されるならば、実質的な理由はないことをあからさまに告白したことになる。その場合、無内容で循環論法的に、団体は責任がないが故に、刑法上は責任があると説明するのだということになろう。しかし、機関（あるいはまた補助者や代表者）の行為について、民法上、対外的責任を負うこともまた、責任主義を僭脱するという理由で刑法に持ち込むことはできないとしても、次の実質的考慮に従うものである。すなわち、そこでは、配分的正義による損害分配が、生じた金銭的損害に関連するのは、罪責の観点においてだけでなく、むしろ決定的には、利益と不利益の相関関係の観点、または、他人を通じた行為または組織化された共同作業における行為についての危険責任の原則の観点においてでもある。しかし、自由を行使するのだから、生じた結果に責任を負うという抽象的双務性は、特別の結果と「理念的な」法の妥当性の侵害の発生とその結果がある人に帰属するというものにとって重要でなくなる。

したがって、機関管理者が団体の利益のために行為した場合、したがって、両者が相互に一体化する場合、個々の機関管理者の犯罪意思と行為とにおいて、団体の意思を直接に代表しているということを出発点にしなければならない。もちろん、これは、刑法においては理論構成としてかなり困難がある<sup>(64)</sup>。機関管理者の犯罪的態度は、その人格において、刑法上完全に負責し

うる犯罪行為である。しかし、機関が自身の自由で責任ある決定により、自身が負う義務の妥当性を自身が侵害したことにより、これについて機関が完全に責任を負わなければならないならば、同時に、機関の態度が団体の行為にもなれるわけではない<sup>(65)</sup>。適法な団体が、その他の点では適法な目的を追求し、団体と機関の間の内部関係の視点から刑法的に表現すれば、犯罪行為は、単に過剰でしかありえない。それ故、実際に主張されうるかとは別にしても、団体の対外的負責についての民法上の機関管理者の遡及義務は、対内関係においては問題とならない<sup>(66)</sup>。したがって、法は、結論的に、機関にのみ責任を割り当てる。その場合、刑法は別のやり方ができるのだろうか。

機関管理者の犯罪行為を団体になお帰属させることを可能にするために、直接的で基準のない帰属を超えて、実質を含む帰属の理由を模索しなければならない。団体刑の支持者達は、団体の監督不十分もしくは監督構造の不十分さか

(64) この点で、すでに人全体 (Gesamtperson) の犯罪能力についての Gierke の理論は破綻している。要約として、*von Freier* (注 1), S. 145 ff., とくに S. 162 ff. を参照。*Jakobs* (注 2), S. 565 f. をも参照。

(65) *Jakobs* (注 2), S. 565 を参照。二重性の可能性は存在しない。これに対して *Böse* (注 10), S. 21 f. が提起する異論は、機関管理者と団体のそれぞれ独立の義務的地位があり、機関と団体により並行して義務違反があり、そしてそれと共に独立の罪責非難にあたるという、縦列になることは (ありえ) ないというのである。しかし、特定の方法で対個人刑法上高度に人格的な罪責非難が機関に対して提起され、行為がその立場として、罪責の同一性は考えられないというように正当に把握される限りで、純粋な二重性はなお残る。そして、そこから *Böse* は、その場合、代表の直接性を緩めなければならなくなる。すなわち、機関による義務違反は、団体の責任の根拠づけの「出発点」でしかなく、これと同一なわけではない、と。非難の程度にとっては、むしろ団体全体の包括的な組織化義務すなわちすべての機関の態度が問題である。しかしこれにより、罪責非難は、根拠と程度について、相互に分断されることになるばかりでなく、根拠なく、すべての機関管理者に問題を拡大もしくは拡張するだけとなるが、これは許されないだろう (*von Freier* (注 1), S. 161 を参照)。遅くとも手続時に、罪責非難の相互的依存性と直接の利益衝突は、無視することができなくなる (さしあたり *Arzt*, JZ 2003 (注 20), S. 459 f. を参照)。

(66) *Böse* (注 10), S. 22 注 52 は、犯罪を行った機関に対する団体の償還請求から、団体の刑法上の責任を否定するという結論を導き出しえないと異論を唱える。しかし、だからといって、罪責における直接の代表もしくは同一性は、(少なくとも) 機関理論の手法で解明されない非難の段階づけから出発しなければならないことによって、なお放棄し得ない。

ら、行為が可能となった、または、団体の意思決定という意味における団体の犯罪的態度によって、犯罪遂行が決意されたという考察に立ち戻る。しかし、その前提に従い、団体が、犯罪行為能力を機関の行為および意思に見出すとすれば、これはそれ以上には進まない。なぜなら、問題はさらに別の機関について同じく提起されるだろうが、しかし、その前提に従えば、その都度直接的に団体に到達することはできない。機関理論の基本思想をもって、団体に「よりいっそう」近づくわけではないからである<sup>(67)</sup>。

しかし、機関によって代表される罪責に、元來客観的な団体の責任を混在させるとき、これは解決の付かない矛盾に陥る。なぜなら、その背後には、機関管理者は団体自体の支配者ではまったくなく、団体全体によってその部分に織り込まれたものだという観念があるはずだからである<sup>(68)</sup>。団体に関連する個人の態度について一般的に罪責が減少すること、有責な主体の役割分担または組織への解消を単なる役割と考へ、その一部を人に属させ、他の一部を団体に属させるということ、そしてそれと結びつき、国家社会と間接的にしか関連しないとするのは、現在の対個人刑法においてはすでに体系違反である<sup>(69)</sup>。刑法的観点では、個人は、統一体として、さまざまな役割を通じて共同構成する国家社会に直接関係する。妥当性の省察（自由）は、結局、システムの条件から基本的に自由となりうるという意味である。これは、もちろん個別の場合における罪責減少を排除するものではない。もっとも、個人の罪責が減少するとした場合に忘れてはならないのは、団体に由来する行為は、通常決して純粹

(67) *Jakobs* (注2), S. 570 注49は、適切にも次のように表現する。「監督の悪さは、他の機関の行為よりも、法人にいっそう蜜に属するわけではない」しかし、機関代表の構想に従えば、あらゆる組織の有責性も機関管理者の有責性として観念されなければならない（これに関して、*Bosch* (注10), S. 40 ff., 46 ff. もまた）。その点で、*Frisch*, in *Eser/Huber/Cornils* (Hg.): *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg 1998, S. 358 u. 363による議論コメントもまた適切である。帰属される機関の有責性を他の者の行為に対する責任 (*Einstehen*) だと解する者（例えば、*Pieth*, *SchwZStR* 119 (注10), S. 4, 11) は、したがって「組織の有責性」を取り上げることでそれを避けられない。

(68) 例えば、*von Gierke* における観念である。*von Freier* (注1), S. 165 ff. を参照。

(69) *von Freier* (注1), S. 166-175. *König*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit für juristische Personen*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 47 ff. も明らかである。

な無私からおこなわれることはないということである。しかしとくに、この罪責減少のパラドクスのな帰結は、機関が対個人刑法上責任を負わされえないときにまさに、団体の関与がもっとも大きいと歪曲しうるということである。しかし、これによって、次の当初のテーゼは壊滅的に打撃を受けたこととなる。すなわち、機関の自由な意思決定は、団体意思——団体の同じ主体となる資格がその点にのみ根拠をもつ——と同一であるといっていたのである。

## 2 構造を同じくする組織の罪責？

以上のことから、組織論が構造または機能の類推から構成される団体刑の理由づけに適さないとすれば、第2の可能性すなわち本来の団体罪責という構成のみが残る。

刑罰の名宛人としての団体という統一体は、すでに述べた理由から必然的に、法的に根拠づけられるが、もちろん、それを組織としてまたは社会心理的にも記述することを排斥するものではない。しかし、どちらの場合も、法の妥当性を省察する者のために、そのような者において、そしてそのような者によってのみ、したがって、各個人の意識において必ずしも適切でないとしても、主体においてのみ「生きている」ものである。自然人は、その場合、完全に<sup>(70)</sup>自らに方向づけられた人として、自己を認識し、集団全体の意識としては、完全にではなく、あるいは部分的にのみである<sup>(71)</sup>。これに対して、団体

(70) とくに、行為から始まり、刑事手続を経て、刑の執行に至るまで。von Freier (注1), S. 140 ff. とくに S. 143 f. を参照。適切にも、Jakobs (注2). S. 569 (「ここで、その都度何らかの意識で十分ではありえず、一貫して同一の意識のみが十分足りうる」)。したがって、経験と意識の発生との合計では十分でない。

(71) 個人への分配の現実について別の形が、Kohlhoff (注10), S. 305 ff. にある。それによれば、人間において、「団体としての動機づけができる心理領域」があり、それは、「個人の心理領域と強く相互に作用しあう」が、個人の団体的な意識領域の「結集した心理的な集合」へと拡大するという。団体のコミュニケーション経路」において、そこに存在し、その限りで一致する心理的な経験は、「団体の経験(場合によっては、関与者の経験)として放棄される」という。このために、著名な「現代的」社会心理学や人間学はもちろん必要でない。すでに Gierke は、19世紀に、ここでテーマとしている関係でこの考えを用いていた (Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887; S. 774 f.)。もちろん、両者の「部分」の相互性およびそれと共にとくに個人の(部分的な)自己喪失もしくはその責任を概念的に統制すること

は、客観的な統一体にすぎない<sup>(72)</sup>。団体には、妥当性を省察し、時を越えて自らが主体だと確認する自己省察の固有の中心が欠けており<sup>(73)</sup>、他人の省察の統一的で継続的な中心は、決して団体のものではない。これを行うのは、団体構成員と決定権者である。したがって、団体の精神は、自身についてではなく、主体についての規則である。団体の精神は、本来的に「法としての法」に違反することはできず、それ自体、省察される意思の妥当性を不当に行使して規範の妥当性を、攻撃することはありえない。意思を支配する不法の規則は、自然人に匹敵する方法では、過去と現在、すなわち、行為、刑罰の賦課と刑の執行の間の時間の幅を包摂することはできない。なぜならば、団体は、自由な選択を自身のものにしていなかったからである。犯罪行為、罪責および刑罰の諸概念にとって、何らかの自意識、心理、経験および知力と身体が存在し、結集しているということでは十分ではなく、刑罰の特殊性は、自らのアイデンティティを確認する統一体が中心に位置することが要求される。団体の犯罪がもつばら、様々な認識と意思、行為と回避可能性の客観的な寄せ集めから生じる場合に、たとえかなりの損害が生じ、その損失補填について危険負担や保険制度が管轄をもちうるとしても、このような中心的な位置づけがなければ、機能の類推に本質的な妥当性侵害はないのである。

---

なく。結局、*Kohlhoff*, S. 311においても、個人が、団体への寄与も含めて、(自らの人的アイデンティティの一部として) 動機づけと行為について責任を負うという。しかし、その場合、「集合」、相互作用、ネットワーク、コミュニケーション等々は、同じ能力を持ちえない。1つのものだけがそれ自体でありうる！

- (72) これについて、そしてこれと結びつく責任概念の分化については、*Engisch*: *Empfiehl es sich, eine Strafbarkeit der juristischen Person gesetzlich vorzusehen?*, in: *Verhandlungen des 40. DJT* (1953) Bd. 2. Tübingen 1954, S. E 21, 22 f.; *Jakobs* (注2), S. 571 (法人の固有の生命は、「単なる受動体だということである。なぜなら、それは自身の可能性としての自己意識により省察されえないからである」) を参照。
- (73) この精神的基礎は、それが「身体的な所与」に貶められまたは「身体的な省察能力」で十分だとされ、「経験」を可能にし、したがって、もつばら重要だと考える生物学および神経生理学的な前提の(分配的な)所与に異議を唱えるために、脳への要求を誤解している場合は、理解されないままである(例えば、*Kohlhoff* (注10), S. 299, 302 ff.その他、人間心理に方向づけられた自然主義が法を「無味乾燥なものにし」なければならぬという彼自身の前提(S. 297)とはまったく逆である(!))。

自ら変化し、自ら統制・組織する社会的統一体という言い方が、生き生きとした表現のための努力以上の実質的な内容を持ち、したがって、現実には社会的な統一体が、自己省察を行い、自己決定を行う超主体 (Hypersubjekt) と観念されるのであれば、他の方法での類推は余分である。独創性、自由および自己意識をもつ全意識は、個人の自由と責任とともに考えることはできず、個人における法と道徳から自己止揚を引き出さなければならないだろう<sup>(74)</sup>。その場合、厳密には、もはや団体刑法に疑問を投げかけることはできない。なぜならば、自我は、国家における無制約の自由の形で集中しなければならないからである。

ドイツ法律学の議論では、たとえ自意識、妥当性の省察と自由という概念でもはや構成されないとしても、団体刑の正当性の中心的なパラディグマが同様の具象化の道を辿るのは、いっそう驚くべきことである。議論全体をますます支配し<sup>(75)</sup>、黙示または明示的に基礎におかれている社会システム論、とくにニクラス・ルーマンのオートポイエシスのシステム論が語られている。これは、自我と主体の概念にすべての根源の意味を否定する。ここでは、ただ大まかに概略を述べることにする<sup>(76)</sup>。システムのオートポイエシスとは、あるシステムの構造と要素は、システム自体によって生産され、再生されるという意味である<sup>(77)</sup>。これは、システムの3つの形に当てはまる。すなわち、社会システム、心理システム、生けるシステム (組織) である。そこでは、社会システムとして、法システムも個々の団体組織<sup>(78)</sup>も考察される。オートポイエシ

(74) *Hartmann*: Das Problem des geistigen Seins, 3. Auflage, Berlin 1962, S. 314を参照。全人格の構想については、*von Freier* (注1), S. 125 ff. およびそこで掲げられている文献を参照。

(75) 例えば、*Heine* (注20), *Gomez-Jara Diez* (注10)。ここでは、ドイツおよびスペインで企業の責任を肯定するシステム論的論拠が広まっていることも示されている (S. 294 m. Fn. 19 und 20. S. 302 f. Fn. 68)。*von Freier* (注1), S. 132 ff.をも参照。

(76) 最近の刑法に関して有益なものとして、*Sacher*: Systemtheorie und Strafrecht: Kritik der rollenbezogenen Zurechnungslehre, ZStW 2006, S. 574 ff.の批判的なまとめがあり、団体刑に関して肯定的なものとして、*Gomez-Jara Diez* (注10)の記述がある。もっとも観察されるべきは、しばしばまた、個人を超えたものの社会的事実についてまったく特有でない略号としてシステム概念を用いるシステムへの関連はまったく特有でないということである。

(77) *Luhmann*, Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993, S. 440.

(78) これについては、とくに *Teubner*: Untemehmenscorporatismus. New

スは、心理システムの場合、認識的機能の媒体において行われ、社会システムの場合、コミュニケーションによって行われ、コミュニケーションは、自ら指示を出し、自ら省察する活動として把握される<sup>(79)</sup>。社会システムは、心理システムおよび生けるシステム（したがって、人間）を前提とするが、次のようにそれらとは別のものである。すなわち、これらは、社会システムの環境でしかなく<sup>(80)</sup>、根源的要素ではない<sup>(81)</sup> というように。ここでの自己指示性とは、ここでは、コミュニケーションのみが意思伝達するという意味であって、社会性は、コミュニケーションと同一となる<sup>(82)</sup>。社会システムは、区別の上に構成され（例えば、法システムは、正と不正の区別による）、そこで環境とは区別される。それは相互に機能的に完結するが<sup>(83)</sup>、法的コミュニケーションは、システム内で固有のコード化とプログラミングに従い、加工のプロセスを刺激する外界の刺激と興奮を受けるという意味で、その環境と構造的に結びつく<sup>(84)</sup>。

なぜ、団体刑の支持者達にはこのシステム論が極めて魅力的に映るのか。3つの側面が挙げられよう。第1に、法システムの根源的自己創造とは、法システムがその構成要素を自律的に構成するということの意味する。これは、上述の実証主義のドグマとは異ならない。すべての法的意味での人は、区別なく法秩序の構成要素である。罪責は、規範の保護目的のために機能的に帰属させられる。法システムは、帰属の力により、規範を保護しまたは疑問視させる、刑法的な人の能力もなお構成する<sup>(85)</sup>。これは、この能力と帰属しうる統一体が、

---

industrial policy und das “Wesen” der juristischen Person, KritV 1987, S. 61 ff., とくに S. 68 ff.

(79) *Luhmann*, Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1990, S. 77.

(80) *Luhmann*, Soziale Systeme, Frankfurt a. M. 1984, S. 234.

(81) それによれば、社会的なものは、人または人の関係からは生じない (*Luhmann*, Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997, S. 24 f. を参照)。

(82) *Luhmann* (注79), S. 31.

(83) これが意味するのは、システムの機能がその外界においてではなく、システム内部でのみ生じうるということであり、つねに（継続的に）システムの機能に結びつかなければならないもしくは結びつくことができるということである。例えば、法的コミュニケーションは、直接に、経済的コミュニケーションに結びつくことはできない。システムの生産は、システムが自身の機能を通じて外界と結びつくということではなく、システム独自の機能をもつてのみ生じうる (*Luhmann* (注77), S. 43 ff., 440 ff.)。

(84) *Luhmann* (注77), S. 440 ff. を参照。

なお閉鎖的な環境から確認しうる特定の前提を充足すべく、機能的に有意義に生じるように要求しうる<sup>(86)</sup>。そこから、第2に、オートポイエシスのシステムは、自己を観察し、自ら規制するために必要な「能力」を自由に利用できるという考察が行われる。その限りで、心理的システムと（社会システムとしての）団体組織は、刑法の目的にとって機能的に適切であると考えられ、それにより、同様の省察能力を不可避的に利用する<sup>(87)</sup>。第3に、団体組織は、対外的に機能として閉鎖的なものと考えられ、直接の介入（たとえば、営業組織への行政法の介入）は、内部の複合性および独立性に鑑みて、成功の見込みがないものと考えられ、その限りで無力な国家は、団体において、この外部の刺激を自己責任で消化することを促すために、刑罰による外部的・間接的な刺激を付与しなければならない<sup>(88)</sup>。しかし、団体は、自然人すなわち労働者および構成員に対しても閉鎖されており、したがって、彼らは、心理的システムであり、同様にシステムの環境であると考えられる。それによれば、組織の設備の良し悪しにとって重要なのは脱自然的なメカニズムであり、そこでは、もはやどの具体的自然人が間違いを犯し、どの具体的態度へときっかけが与えられ、どのようにしてこれが生じたのかということ語ることはできず、語る必要もない<sup>(89)</sup>。

実証主義的な帰属の範囲を開放することはすでに批判されてきた。さらに、私見によれば、決定的な異論をここでは概略だけ示すことにする。それは、コミュニケーションと社会システムの交換と自己関係性は、追体験しえず、心理システムからの移行は根拠づけられず、説得的でもないというものである<sup>(90)</sup>。オートポイエシスのメカニズムおよびすべてのシステムの省察能力の

(85) *Gomez-Jara Diez* (注10), S. 307 (罪責があるというためには、「決定的な能力、すなわち規範の妥当性を揺るがす能力が認められ」なければならない)。

(86) *Gomez-Jara Diez* (注10), S. 307 ff.

(87) *Gomez-Jara Diez* (注10), S. 297.

(88) 例えば、とくに *Heine* (注20), S. 78 ff., 272 ff.

(89) 要約として、*Heine* (注20), S. 250を参照。

(90) または、構成者（より正確には「構成者」としての主体）が見えなくなる実体的な誤解 (*Max Weber: Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1985, S. 13, 186を参照) である。論拠については、*Greshoff: Notwendigkeit einer „konzeptuellen Revolution in der Soziologie“?*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 1999, S. 6 ff., とくに 13 ff. u. 22 f.; *Greshoff: Kommunikation als subjekthaftes Handlungsgeschehen-behindern „traditionelle“ Konzepte*

下では、許容されない形式的・抽象的方法で、さまざまな事情を類推する<sup>(91)</sup>。これは、閉鎖的で機能的・サイバネティック的規制領域とその自律性のモデルに従い、組織のメカニズムまたはその自己保存への類推の形で行われる。もちろん、これは、犯罪行為者が（そして犯罪者と共に法に忠実な市民が！）まさにそのような機能的なメカニズムの要素として、すなわち、宿命的で具体的で形成不可能な関係の産物として考えられるという、自由主義的な罪責刑法にとって中心的な構成要素を著しく見誤ったものである。社会システムは、それ自体基準のない自己アイデンティティ化を用いることはできず、人だけがそれを利用できる<sup>(92)</sup>。そして、上で要求した妥当性の省察（自由）は、

---

eine „genaue begriffliche Bestimmung des Gegenstandes Gesellschaft“?, in: *Schimank/Giegel (Hg.): Beobachter der Moderne. Beiträge zu Niklas Luhmanns „Die Gesellschaft der Gesellschaft“*, Frankfurt a. M. 2001, S. 71 ff.; *Martens: Gegenstände und Eigenschaften*, in: *Merz-Benz/Wagner (Hg.): Die Logik der Systeme. Zur Kritik der systemtheoretischen Soziologie Niklas Luhmanns*, Konstanz 2000, S. 257, 263 ff. を参照。

(91) 例えば、*Gomez-Jara Diez* (注10)における団体処罰の可能性に関して。

(92) きわめて差し迫って提起される問題は、とくに認識可能で記述可能な訴訟能力がそれと結びつくときに、自己生産、自己操縦、自己組織、自己観察および自己省察という誤解された機能類推的な、社会の統一体の「自己」とは、正確には何かということである。そのような類推の限界について詳しくは、*Gloy: Systemtheorie - Das neue Paradigma?*, in: *Gloy/Neuser/Reisinger (Hg.): Systemtheorie. Philosophische Betrachtungen ihrer Anwendungen*, Bonn 1998, S. 238 ff. (罪責の類推が行われるとすれば、単に客観的で受動的でもありうる抽象的・形式的な自己関連では十分ではない。自己の特定形としての自己決定は、むしろ、自己意識とそれと共に自己確認を前提とするが、それは、とくに、統一体が同時に、ある者（主体）と別の者（客体）へ分裂したものととして考えられる。しかし、統一体の主体の役割は、客体の役割に従属するものとして知られ、従って（論理的に先行して）それと同一になる。しかし、このことは、自己のアイデンティティの条件としての自意識の構造を導き出すにすぎず、他方、無意識な客観的構造は、それ自体を認識することはできない。社会システムまたは生物学システムは、知識の質を意のままにするという革新的なテーゼ（例えば、*Gomez-Jara Diez* (注10), S. 302は、経済学者の Teubner を援用して、法システムを、固有の「認識」を行う「知識の主体」(!)と考えている)は、ここではこれ以上取り扱わない。なぜなら、ここではどのような意味で知識、観察および主体を語りうるのか、どのようにして、ここで主張されている見解によれば、これらが認識する（人間の）主体を推論しうるのか、どのように機能力のある場として把握されるシステムの内部でその地位を

まさに規制領域で汲みつくされるのではなく<sup>(93)</sup>、事象の再生産についての批

確定しうるのかという問題は、まったく不明のままだからである。創造的進化および「組織内部で自己論及する仲間の超周期的な傾向のある積み重ね (Gomez-Jara Diez (注10), S. 313 f.)」を援用しても、ここでは説明にはならない。組織の「自己」は、言葉の主体の論及に負う、客観的關係、事実上のメカニズムの具象的な記述を超えて、不明のままであり、この重要な相違に鑑み、(主体の)類推も根拠づけられていない (Bühl: Luhmanns Flucht in die Paradoxie, in: Merz-Benz/Wagner (注91), S. 225, 230をも参照。システムもしくはシステム論の「自己」については適切にも, Wagner/Zipprian: Identität oder Differenz?, Zeitschrift für Soziologie 1992, S. 394 ff. besonders S. 399 f. およびそこで掲げられている文献をも参照)。ここから考察される客観的・形式的な自己論及は、いずれにせよ、それが組織の自由という概念の下に包含されるとしても、積極的な刑法上の人の資格を把握するにはあまりにも抽象的すぎるし、また、細菌に至るまでのすべての組織的なシステムも捉えてしまう。そして、これは、個人およびその「内的」側面について考慮する行為もしくは帰属の処理方法を探究する関係にとっての単なる簡略的な言い方ではない。ルーマンの言葉で言えば (注80, S. 234) 「もちろん、我々は、現存する意識もなく、社会システムが存在するというを主張しているのではない。しかし、主体性、意識の存在、意識の基礎は、その自己論及としてではなく、社会システムの環境として把握される」。言い換えれば、意識の外にある自己論及が問題である。客観的な自己論及、自己を喪失した自己および意識的な生き方の間の構造的相違は、構造的に簡単には架橋しえない。このことは、「構造論的に企業責任の概念」を展開しようとする Gomez-Jara Diez (注10) の試みの弱さを示すものである。彼によれば、人間と企業との間の構造的な非同源性は、是認できない (S. 296注26)。もちろん、同源性が問題なのではなく、機能的同源性のみが問題である (S. 297)。しかしながら、コミュニケーションと意識には、「同じ省察能力」と「同程度の自己論及性」(S. 298)があると考えられる。企業と意識は、それどころか、「まさに同じ省察力をもって」構想することができる、と。もっともその場合、一貫して規定される同一の「実在またはフィクション的地位 (S. 308)」と、個人と企業は同一の完全な市民的地位をもたないという記述 (S. 329 f.) とは、結びつくのが困難である。実際、自然人の決定がまったく自明にも法人の設立、譲渡、解散、合併または分割に至ることはあるが、法人の側では、自然人を譲渡・解散等はできないという限りで、企業は、自然人と同一の実在またはフィクション的地位をもつことはできない。理論的にも法実務的にも、「設計者」と「設計」の違いは、克服し得ない。この違いは、意識を優位におきつつ、意識とコミュニケーションの構造的相違と異ならないものに依拠する。これは、方法論的および実際の決定にも道を開き、システムの要素またはシステムの全体がより高次の尊厳を

判と自由な決定の可能性ということになる。システム論者は、自身もこれを要求しなければならない。さもなければ、あらゆる妥当性要求にとって（また自身の理論の真実性にとって）対象との距離を意味する根源的な妥当性の相違が否定され、したがって、自身の理論が機能化され、理論的要求を放棄しなければならないことになるだろう<sup>(94)</sup>。対内的および対外的システムの独立形態は、一貫して根拠づけることはできないし、ましてや経験的に説得性があるわけでもない。団体が実際にこの意味で完結するのであれば、外からは、組織の欠陥を確定することも評価することもできなくなるが、それが本来の団体責任にとってなお重要であるはずである<sup>(95)</sup>。

システム論を根拠とする団体刑の支持者達も——内在的にはもちろん根拠なく——個人と企業とは同等の完全な市民的地位をもちえないという告白は避けられないと考えており<sup>(96)</sup>、いわゆる心理システムの特別な能力は、システム波及的もしくはシステム独立的事象と考えなければならないということも意味しうる<sup>(97)</sup>。このことは、彼らが否定する構造的相違を認めてのみ根拠づけられる<sup>(98)</sup>。

## V 無辜の者の処罰

処罰の妥当性を構成する主体性が集団的統一体に欠けている場合、したがっ

---

享有するか責任を負わなければならない。組織と自然人がその限りで同一の尊厳（したがって、例えば構造的に同一の自己論及）を享有すると認めるのは、このような背景において、憲法に反して全体の秩序を認める決定である。

(93) 批判的な省察を行い、この関係で言及される他の構成においても（*Gomez-Jara Diez*（注10），S. 314 m. Fn. 103におけるヘルメノイティックな範囲への言及を参照）。これについては、*Vahland: Kompensationshermeneutik. Zur Kritik des popularphilosophischen Reduktionismus*, *Deutsche Vierteljahresschrift für Literaturwissenschaft und Geistesgeschichte* 1991, S. 389, 406 ff., 411 ff.

(94) *Vahland*（注93），S. 389, 406 ff., 411 ff.; *Bühl*（注92），S. 232, 244 m. Fn. 14; *Bender: Das System Logik ist das Reich der Schatten*, in: *Merz-Benz/Wagner*（注90），S. 15, 29 f. を参照。

(95) これについては、後述 V。

(96) *Gomes-Jara Diez*（注10），S. 329 f.

(97) *Teubner*, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt 1989, S. 106 ff.

(98) 上述注92を参照。

て、統一体が客観的にのみ悪く組織化され、または犯罪団体の態度によって支配されうるという場合には、法益侵害をしないように団体を組織化し、順法的な団体構造を規定するのは、もっぱら個人如何による。団体の事件が個々の義務へ分解され、個人の義務違反が確定されうる場合にのみ、組織的義務と組織的違反を確定することができる<sup>(99)</sup>。そして、個人責任において具体的個人向けに変化がによってのみ、更正を期待することができる<sup>(100)</sup>。

したがって、すべての団体刑は、妥当性を省察する集団行為者が欠けているために、自然人を援用しないシステムの統一やサブシステムの活性化を目指すものでは決してなく、もっぱら関係する個人の活動を対象とする。関係者全員が妥当性を侵害するわけではなく、「法としての法」の違反が欠如しているため、法の妥当性の喪失のない予防的刑罰目的のみが問題となりうる<sup>(101)</sup>。団体構成員への「直接的な」作用は、その場合、単なる付随結果ではないことは疑いがなく<sup>(102)</sup>、団体刑の支持者達の多くの叙述からも明らかのように、唯一の目的である<sup>(103)</sup>。予防効果を考えることができるのは、団体の抽象的法人格

(99) *Bosch* (注10), S. 40 ff., 46 ff. がこれを強調する。*von Freier* (注1), S. 235 ff., *Seelmann* (注10), *Festschrift Schmid*, S. 176をも参照。

(100) *Quante* (注10)の被害者に関する説明は、受刑能力、責任能力、団体に對する刑罰目的の充足および態度の支配という諸観点の解明不可能な関係に関わる。彼は、団体に責任能力を否定するが、それは、自然人だけが必要な能力をもち、自然人にのみこれを認めることができるからである (S. 157 ff.)。予防的な動機づけ作用もまた、間接的にのみ団体に関連するものとして観念されるが、「直接的には」自然人のみを目的とする (S. 167)。その動機づけ可能性は、しかし、責任Sとは別に団体に認めることができ、団体の予防的な受刑能力が生じるといふ (S. 167)。そして、「正義」の観点の下で、*Quante*は、無辜の者を処罰するという異論に以下の指摘をすることで対応できると考えている。すなわち、たとえ効果が「放棄できない性格として」「個々の団体構成員に対しても」通用するとしても (S. 170 f.)、構成員はもっぱら「間接的に」のみ関係するにすぎない (S. 169) というのである。

(101) 団体の罪責が否定されるならば、無辜の者の処罰という論拠が過去の法違反を罰することによる予防に反対しないときは、一見したところでは、団体に対して純粋に予防的な制裁を科すことは、いくらか困難になるのではなく、まったく逆にそれどころか容易になる (*von Freier* (注1), S. 185 f., 193 f., 231)。

(102) いずれにせよ、第三者に対する対個人の刑罰の予測のつかない、通常は不都合な結果と同置することにより、これを軽視することはできない。

(103) 言い換えれば、思い出される「刑法的メカニズム」は、もっぱらそこで現実化する。詳細には、*von Freier* (注1), S. 235 ff., 242 ff. およびそこで掲げら

および社会的統一体の客観的側面が強制的に動機づけを行う形で突出して強調され、行為者に断固とした措置をとる場合に限られる。

もっとも、処罰する側の国家は、団体の内部で導かれる不利益の分散に何らの影響も及ぼすものではなく、それを細分化することなく統一体として扱う。しかし、団体は、内部では多くの独立した関係者と行為状況によって規定されている<sup>(104)</sup>。

団体構成員<sup>(105)</sup>が負担を負わされるのは、一定の方法で経過に影響することが彼らに可能だったか否か、あるいは、彼らはその権限がそもそもあったか、それどころか、その義務は彼らに科されていたのか否かとは無関係である。負担は、構成員が義務に違反したか否か、彼らが将来的に断固とした措置をとることができるか、それを義務づけられるか、彼らが有責に事情を知りながらまたは回避可能であるのに義務に違反したか否か、そして最後には、その刑罰感銘性とは無関係に課せられる。負担は、場合によっては、損害の発生を妨げるためにあらゆる手段を尽くした者や損害発生後に初めて団体に加わった者にも課せられる。少なくともこれらはすべて偶然に委ねられることになる。責任の拡散、団体における義務の不明確性および個人への刑罰的責任は偶然のものとなるということが、まさに、団体刑を要求する中心的な理由であった。この不明確性や偶然性を意図的にますます利用するようになるおそれを、ここで如何に除去するかは判らない<sup>(106)</sup>。

しかし、決定的なのは、有責な者——それがいるならば——に困惑を与えるということが確実でないのと同じく、無辜の者の処罰が決して除外されないことである<sup>(107)</sup>。正当にも、団体刑は以前から無辜の者を処罰するという非難にさらされてきた。なぜなら、罰せられることに伴う困惑は刑罰に類似したもの

---

れている文献。適切にも、*Seelmann*, *Festschrift Schmid* (注10), S. 182. 最近、これを明らかにするものとして、*Dannecker* (注10), S. 110 f. (「したがって問題は、企業所属者が、効果的な企業組織化を共同に形成し、社会的価値に方向づけられた企業倫理の点で、個人の義務の範囲を超えた行為をしなかったということである。」)

(104) 具体的には、*Kempf* (注10), S. 468.

(105) 以下については、*von Freier* (注1), S. 245 ff. を参照。

(106) *von Freier* (注1), S. 247; *Seelmann*, *Festschrift Schmid* (注10), S. 183.

(107) 今なお変わらず適切なのは、*Exner*: *Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin 1914, S. 52 (「刑罰は、実際には、一方では無辜の者に科され、他方では有責な者に科せられないことがあるが、双方とも刑法諸原則に矛盾する」)。

だからである。これに対して、民法上の負責の結果は、社員および労働者にも負わされているという異論も加えられている<sup>(108)</sup>。この比較が誤りであるのは、民法上の負責は、いったん発生した損害を分散させるために、収益と結果もしくはリスク——性質上、他人の惹起した負責も甘受しなければならないが、行為の統制を目指すものではない、ないし、いずれにせよ独自に目指すものではないリスク——の相関関係の原則に従うものであり、刑法には転用できないからである<sup>(109)</sup>。この論拠は、(とくに団体刑の導入前に)自身が誤った

(108) 古い文献については、*von Freier* (注1), S. 232 ff., 251 ff. を参照。最近で再びこれを取り上げているのは、例えば、*Böse* (注10), S. 24.; *Quante* (注10), S. 167 ff.; 民法の観点から、*Spindler: Zivilrechtliche Verantwortlichkeit statt Unternehmensstrafbarkeit?*, in: *Hettinger* (Hg.): *Verbandsstrafe* (注9), S. 93. *Haeusermann* (注10), S. 159は、「団体所属者には、団体の民法上の損失を共に被ることは期待できるのに、なぜ刑法上の損失を共に被ることは期待できないのか」はなお十分に説明されていないと考えている。その理由は、こうである。前者では、いずれにせよ誰かが被らなければならない財産上の損害が現実に存在する。しかし、後者では、団体に向けられる「観念的」妥当性侵害が、妥当性を省察する団体意思が欠けているために明らかではなく、それにもかかわらず、団体所属者は、「刑法的メカニズム」の現実化においてそれを負わなければならないとされている。言い換えれば、「観念的」損害の発生は、一定の条件にかかるものであり、その「分配」もその条件に従うものであって、財産損害についての負責の諸原則から大きく異なるからである。したがって、たとえ団体の責任無能力が明らかであっても、罪責の根拠づけを免れない。

(109) これは、仔細に見ると、未だに答えられていない次の問題に異ならない。すなわち、他の者が犯罪行為を行うということが、どのような意味で、団体に加入する危険に数えられるのかということである。*Böse* (注. 10), S. 24は、ここで主張した見解によれば中心的な論拠である、意識をもつ者への支配の目的性に対して次のように異論を述べている。団体刑は、必ずしもそのような広い作用に向けたものでも、機関に対する不利益付与による動機づけに向けられる物でもない—機関は、個人の不利益に対する懸念からのみならず、団体のために行為をするという自身の義務に基づいても行動する—と。しかし、「動機づけとして」つねに個人に介入がなされなければならないとすれば、「広い作用」すなわち、内部での効果分配の不明確性したがってプログラムの可能性がおそらくは目的とされている。この場合、関係者にとっては、団体に対する義務の履行が問題だということは、これに対してこれを妨げるものではなく、せいぜい対内・対外関係の区別の刑法的重要性を相対化するきっかけを新たに与えるに過ぎない。刑罰が団体の法違反を理由に対外的に科されるが、動機づけは対

態度をとったわけでもなく、法の妥当性の否定が誰によるのかの特定もないのに、とくに行為統制目的で生じる不都合を負担させることが、なぜ団体の構成員の負うべきリスクなのかを根拠づけるものではない。

## VI 結 語

団体刑それ自体には、対個人刑法と調和する正当性も、その他類似の正当性または構想も求めることはできない。まったく偶然の形で個人への強硬手段の正当性のために運命共同体への帰属または緊急避難的な考え方に逃げ道を求める場合、理由づけが諦められているのであり、結局、団体刑が現代的だという主張は否定される。これは、予防の重要性のために荒廃した宿命論であることの証である。

反則金でも同じではないかという問題がなお残る<sup>(110)</sup>。その疑念を免れよう

---

内的に、犯罪遂行の形で団体に向けられる不法から団体を保護することを目的とする。対外的な損害の作用を伴う機関の犯罪あるいはまた組織の義務違反も、刑罰が定められているときに初めて(!)内部関係における不法となる。予防的「作用」を通じた制裁の正当性については、その他にも、思うとおりのことが考えられる。しかし、予防的作用は、関係者の個人的有用性の計算が褒章の形成によって予測しうる形で変化すると言うこと、したがって団体に集中した統一性に欠けるために個々の関係者の必要性の構造が関係するということをも前提とする。そして、ここで扱う経済活動においてまさにその実効性が強調される場合は、これはまったく異なる。

- (110) 刑事制裁としての反則金の法的性質については、ここでは、基本的で、包括的で、不当にも貶されまたは時代遅れだと考えられてきた *Mattes* の業績 (*Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*. 1. Halbband, Berlin 1977, 2. Halbband, Berlin 1982) のみを挙げておく。団体に対する反則金という本稿に関連する議論については、その他、von Freier (注1), S. 211 ff. を参照。疑わしいところがないのは、継続的に構造的に悪質な企業に対する処罰的でない行政法的処分だけが、したがって、まさに過去の行為に結びつく「刑法的なメカニズム」ではなく、団体の構造的な悪質な状態の形で現在の危険を防ぐことに基づく処分だけである。これらの処分は、将来に向けられた安全な、団体の健全な行為を通じて回避される。性質上、経済監督法の処分であり、また一合目的的でない刑事司法の資源に鑑みて一刑法的処分の衣をまとわせることもあろう。それは、団体の解散から、強制管理を経て、担保の提供にまで及ぶ。そのような危険回避システムの提案は、古くからあるが(詳細には、*Schmitt: Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, Stuttgart

とするのであれば、反則金は、おそらく複合的な性格のものとして、特別な公課、公的財産の過剰要求に対する料金と利益剥奪から構成されなければならなくなるだろう。これは、もちろん EU の現行法においてもドイツにおいても、反則金の現実を適切に捉えたものではない。

### 〔解題〕

ここに訳出したのは、2007年9月21日に早稲田大学比較法研究所において行われた講演の原稿である。本稿を基にした同名の論文が、*Goldammer Archiv für Strafrecht* 2009, S. 98-116に掲載されたが、かなりの加筆修正が加えられている。

周知のように、ドイツは刑法・刑罰による法人の処罰を認めておらず、法人は、秩序違反法により反則金で罰せられるという制度をとっている。詳しくは本文に譲るが、しかし、犯罪のボーグレス化、とりわけ EU によるヨーロッパ経済統一が進められると同時に、それに伴い企業犯罪・法人犯罪も一国内の枠を超え EU 内に拡大・蔓延することが懸念されたため、そこで、直接の刑罰権をもたない EU が、各加盟国に国内法の整備を義務づける形で、EU 加盟国に対し、法人の「刑法的」対応を進めさせる政策を推し進めてきた。法人の刑事責任を理論的に必ずしも認めてこなかったヨーロッパ大陸諸国で、1990年代から2000年代にかけて、法人に対する「刑事」立法が相次いで現実化したのは、このような背景による。しかし、ドイツでは、学説の大勢も立法府もこのような国際的潮流に流されることはなかった。

しかし、このような背景にあって、ドイツでは従来にも増して、法人（団体）処罰論が非常に盛んである。例えば、団体の刑事責任・団体の刑罰による

---

1958; *Seiler*: Strafrechtliche Maßnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, Freiburg (Schweiz) 1967を参照), 最近の議論でも再び採用されている (*von Freier* (注1), S. 184 ff.で掲げられている文献を参照。 *Wohlers* (注10), S. 387 ff.)。刑法上の処罰との限界づけが不明確ではあるが同様のものとして, *Stratenwerth*: Strafrechtliche Unternehmenshaftung?, in: Festschrift für R. Schmitt, Tübingen 1992, S. 295, 304 f., 307. そして *Schünemann* によって好意的に取り上げられている企業監督 (Unternehmenskuratel) を参照 (*Schünemann* (Hg.): Deutsche Wiedervereinigung. Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht Bd. 3. Unternehmenskriminalität, Köln u. a. 1996, S. 140 f.)。団体刑の支持者達も、もちろんそのような処分を放棄しようとするものではない (*Dannecker* (注10), S. 127 ff. を参照)。

処罰がそもそも理論的に認められるか否か。そして、肯定説に立つ場合には、どのような要件の下に、どのような理論構成でもって、団体に刑罰を科すことができるのか。他方、否定説に立つ場合には、団体による犯罪に対して、およそ刑法的対応は不可能なのか、それとも刑罰以外の刑法的手段はありうるのか。その前提として、そもそも秩序違反法による反則金の法的性格は、刑法的か、それとも行政罰的なものなのか。さらに、団体に対しては、ドイツの現行法である秩序違反法による反則金の賦課も不当で、Schuldを必ずしも前提としない「処分」で対処すべきではないか。…などの諸点について、今なお激しく論争が交わされている。

本稿の著者であるフリードリッヒ・フォン・フライアー氏は、現在、ハンブルク大学でミハエル・ケーラー教授（Prof. Dr. Michael Köhler）の下で助手を務める傍ら、裁判官としても活躍する若手の研究者である。彼は、ケーラー学派に属し、したがってドイツ観念論の立場から、より具体的にはカント哲学の立場から、団体・法人処罰肯定説の論拠を理論的に崩す形で、否定説を展開する。さらに秩序違反法による（刑事）制裁にも疑問を向ける立場であり、その意味では、ドイツでもっとも徹底した否定説の1つといってよいだろう。伝統的な立場を基礎に、現代的背景の下で、最新の理論構成を展開した主張であり、しかも、実務家として刑事実務に携わりながらも、高度に理論的な考察を加えられている点が非常に興味深い。わが国にとっても、法人処罰を認める現行法に追随する形での法人処罰肯定説が多数となっているが、本当にそれが理論的にも磐石の根拠の上に立つものであるかを省みる上で、非常に貴重な論考であるように思われる。

最後に、本講演の開催をお引き受けいただき、翻訳も公刊させていただいた早稲田大学法科大学院 甲斐克則教授を始め関係各位に厚く御礼申し上げます。なお、本稿は、平成19年度日本学術振興会科学研究費補助金基盤研究（c）「法人に関する刑事制裁をめぐる実体法的・手続法的諸問題に関する比較法的理論研究（課題番号 18530045；研究代表者 岡上雅美）」の研究成果の一部である。