

講 演

## ドイツにおけるコンプライアンスと刑法\*

ローター・クーレン  
岡上雅美（訳）

- I. ドイツにおけるこのテーマの位置価値
- II. ドイツにおいて「コンプライアンスと刑法」の意味が重みを増したいくつかの理由
- III. コンプライアンスと刑法に関するドイツの議論の今日的テーマ

私の講演のテーマは、「ドイツにおけるコンプライアンスと刑法」です。このテーマについては、実にさまざまな形の講演をすることができましょう。なぜなら、ドイツでは、かなり前から、コンプライアンスと刑法に関する数多くの基本問題および個別問題が活発に議論されてきたからです。私は、このような個別問題からいくつかを選んでお話しするのではなく、議論状況の概観を皆さまにお示しすることにしようと思います。

---

\* 以下は、2013年6月28日、早稲田大学比較法研究所により行われた講演を訳出したものである。原題は、*Rothar Kuhlen, Compliance und Strafrecht in Deutschland*である。クーレン教授は、1986年以降、マンハイム大学「刑法および犯罪学、経済刑法および環境刑法研究所」の教授である。いわゆる刑法解釈学（教授資格論文は、錯誤論に関する著作である）のほか、経済刑法に関心をもたれている。近著には、単著としてKuhlen, *Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung*, Heidelberg 2012があり、そして本講演でも引用されている共著としてKuhlen u. a. (Hrsg.), *Compliance und Strafrecht*, Heidelberg 2013がある。

## I. ドイツにおけるこのテーマの位置価値

まず驚くべきことは、このテーマがドイツの議論においてこれほど大きな役割を演じているということです。というのは、コンプライアンスについてのあらゆる努力の中心にいるのは、個人すなわち自然人ではなく、企業だからです。しかし、よく知られておりますように、ドイツには、〔刑罰による〕法人処罰という制度はなく、したがって、企業の処罰可能性もないのです。そして、ドイツでは、コンプライアンスの策定・遵守に刑法上の意味を付与するような独自の法律規制もまたありません<sup>(1)</sup>。

しかしながら、コンプライアンスというテーマは、ドイツでは、日本と同様に<sup>(2)</sup>、10年ほど前から流行りとなっており<sup>(3)</sup>、そして5年ほど前からは、より狭い領域すなわちコンプライアンスと刑法というテーマで流行っているのです<sup>(4)</sup>。これについては数多くの法律文献があり、ドイツ企業およびその管理職

(1) しかし、刑法以外で、例えば § 91 Abs. 1 Aktiengesetz〔株式法〕を参照。〔取締役 (Vorstand) は、とくに、会社の存続を危険にさらす展開を早期に発見できるような監督システムを執行するのに適した措置を行わなければならない。〕

(2) これについては、*Kai, Unternehmenstätigkeit und strafrechtliche Sanktion—Ein Vergleich der Corporate Compliance in Japan und Deutschland*—, in: Baum (Hrsg.), *Deutschland und Japan: zwei Ökonomien im rechtlichen Dialog*, 2012, S. 85 ff.; Kai, *The Current State and Issues of Compliance in Japan. Results of the Analysis of the 2010 Survey*, in: Criminal Law Group of Waseda Institute for Corporation Law and Society, *Materials for the Comparative Study on Compliance Programs of Corporations and their Legal Effects*, Vol. 2, Mar. 2013.

(3) *Schneider*, ZIP 2003, 645 (646) を参照。なお同論文は、銀行法および金融市場法における特殊な先駆的な動きに着目するものである。

(4) なお概観しえないほど多くの文献の中から、例えば、*Sieber*, *Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht*, in: Sieber u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, S. 449; *Bock*, ZIS 2009, 68; *Kuhlen*, *Strafrechtliche Haftung von Führungskräften*, in: Maschmann (Hrsg.), *Corporate Compliance und Arbeitsrecht*, 2009, S. 11; *Bock*, *Criminal Compliance*, 2011; *Rönnau*, *Strafrecht und Selbstregulierung—Chance oder Risiko?* in: Bumke u. a. (Hrsg.), *Begegnungen im Recht*, 2011, S. 237; *Rathgeber*, *Criminal Compliance*, 2012; *Rotsch*, *Criminal Compliance*, in: Achenbach/Ransieck

に対する、一連のセンセーショナルな刑事事件および秩序違反事件の手續が存続します。「コンプライアンスと刑法」は、今年5月に Zürich で開催されたドイツの刑法学者会議の中心的なテーマでした。さらに、コンプライアンスは、その刑法的側面も含め、企業実務において、次第に相当程度重要な役割を演じるようになっております<sup>(5)</sup>。

このようにコンプライアンスの重要性が増してきたことには、説明が必要でしょう。なぜなら、「コンプライアンス」とは、なるほど比較的新しい言葉ではありますが、それで意図されている事柄は、本質的にまったく新しいものではないからです。コンプライアンスとは、企業が、それを通じて企業およびその従業員に妥当する諸規則を遵守し、規則違反を発見し、場合によってはそれに制裁を加えることを確保しようとする予防措置を意味します。しかし、これは何ら独創的な考え方ではないし、また、これが刑法や刑事コンプライアンス (*Criminal Compliance*) の問題であると考えられるわけでもありません<sup>(6)</sup>。

したがって、コンプライアンス（と刑法）というテーマで問題となるのは、実質的に新しいことではなく、単に英語を使って目新しい外観を装った流行

(Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3. Aufl. 2012, S. 45; *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Hrsg.), *Compliance und Strafrecht*, 2013; *Sieber/Engelhardt*, *Compliance Programs for the Prevention of Economic Crimes in Germany—An Empirical Survey—*, in: *Criminal Law Group of Waseda Institute for Corporation Law and Society, Materials for the Comparative Study on Compliance Programs of Corporations and their Legal Effects*, Vol. 2, Mar. 2013の諸論文を参照。さらなる法律文献について、*Rotsch ZIS* 2010, 164; *Fateh-Moghadam*, *Criminal Compliance ernstgenommen—zur Garantenstellung des Compliance-Beauftragten*, in: *Steinberg/Valerius/Popp* (Hrsg.), *Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB*, 2011, S. 25, 26 f. における記載を参照。

(5) 2011年に公表された Kerkhoff Legal [Düsseldorf にある弁護士事務所—訳者注] のアンケートによれば、253の企業において、回答者の80%がコンプライアンスというテーマに高い価値があると考え、58%が策定されたコンプライアンス・ガイドラインをもち、34%がコンプライアンスによる管理システムをもち、41%がコンプライアンスを専門会社に委託している (*Gajo GmbH Report* 2011, R348 f)。これについてより詳細は、すでに *Kuhlen*, *Grundfragen von Compliance und Strafrecht*, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Fn. 4), S. 1 f.

(6) *Kuhlen* (Fn. 4), S. 12; *ders.* (Fn. 5), S. 2 ff. を参照。

に過ぎないという見解が主張されているのは、驚くべきことではありません<sup>(7)</sup>。この流行は、コンサルティング会社によってさらに推し進められることになり、コンサルティング会社は、「大企業のみならず、中小企業に対しても効果的なコンプライアンス・プログラムを提供することにまさに躍起になっているのです」<sup>(8)</sup>。争いの余地なく、我々のテーマは現代的な側面をもち、そして争いの余地なく、このテーマは、コンサルタント達の強い関心によって盛り上がりを見せています。しかし、私が確信しているのは、これは流行りのテーマという以上のものであること、そして、それが流行りとなっているのは、企業実務のみならず刑事司法実務における大きな変化に関連するということです。

以下で私は、——IIにおいて——ドイツの状況を見ながら、なぜこのような状況になったのかを説明しようと思います。そこで「コンプライアンスと刑法」というテーマの意味がますます重視されてきている理由と共に、ドイツ刑法における、これに関する重要な比較的最近の展開についての概観を行いたいと思います<sup>(9)</sup>。これに続いて、私は、——IIIにおいて——コンプライアンスに関する議論の中で、現在とくに争いのあるいくつかの個別問題を提示することにしましょう。

## II. ドイツにおいて「コンプライアンスと刑法」の意味が重みを増したいくつかの理由

刑事コンプライアンスにおいて、企業およびその従業員とくに企業管理職にとって「刑法上責任を問われる危険」を回避することが問題であるとき、このように責任を問われる危険が増大したということが、刑事コンプライアンスの意味が重みを増したことについて当然にありうる説明になります。ドイツでは、ここ数十年間、このようなことが実際に生じております。数多くの事件やスキャンダルに基づいて、「ドイツ経済には、まさに誤った展開があり、これ

(7) Liese, BB-Beilage 2008, Nr. 5, 17, 22の主張の骨子である。これによれば、株式会社取締役は、コンプライアンスを組織化する義務があるか否かの問題について、「労多くして益少なし (Viel Lärm um nichts)」だという。これについては、Moosmayer, NJW 2012, 3013をも参照。

(8) 例えば、Rönau (Fn. 4), S. 242.

(9) これについては、すでにKuhlen (Fn. 5), S. 2 ff. を参照。

には国家的制裁とくに刑法による制裁によって対処されるべきである」という見方が、世論や現実の刑事政策において有力化したことに、その原因を求めることができます。これが、刑法上の規制とその運用の拡大につながり、企業と企業従業員を不安にさせることになっています。これについて、我々のテーマにとって中心的な意味をもつ良い例は、**腐敗行為刑法**の最近の展開です。

### 1. 腐敗行為対策のための厳罰立法

多くのドイツ人は、また多くの公務員も含め、一生の間に腐敗行為に接することはまったくありません。学校や大学の試験を受け、パスポートや運転免許証を取得し、車を買うにあたり、その見返りに賄賂を払わなければならないということはありません。パスポートを発行し、または試験を受け持つ公務担当者としても、そのために私的な贈与を受けることはありません。これは、国際的に比較してもかなり注目値することであり、ドイツでは、腐敗行為は実際に何らの役割も演じていないと多くの市民は確信していたのです。この確信は、かつては一般的でありました。しかし、ドイツ企業が大きく関わっていた多くの腐敗行為スキャンダルの印象の下で、このかつての確信と決別しなければなりませんでした。

#### a) 問題の発覚

このような幻滅は、1980年代末、Frankfurt am Mein で建設企業と建設庁職員との間での長年にわたる腐敗的な癒着関係の発覚をもって始まりました。これまでの中でこの幻滅が最高潮に達したのは、疑いなく、*Siemens 事件*によるものです。この伝統的企業の従業員らが、数十年来、裏帳簿をもち、そこから、受注のために世界中に数百万ユーロの賄賂が支払われ、さらに極めて特殊な形態の**企業内部での腐敗行為**、すなわち、労働者組織（Aktionsgemeinschaft Unabhängiger Betriebsangehöriger「自立した従業員の活動共同体」—AUB）の設立および支援のために数百万ユーロが支払われ、その組織は、被用者の利益を代弁するという口実の下、企業経営陣ととくに協動的に協力してきたということが、本件の解明で知られることとなりました<sup>(10)</sup>。

(10) Siemens 事件については、*Graeff/Schröder/Wolf* (Hrsg.), *Der Korruptionsfall Siemens. Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland*, 2009; *Weidenfeld* (Hrsg.), *Nützliche Aufwendungen? Der Fall Siemens und*

## b) 腐敗行為に対する諸法律の厳格化

立法者は、約15年前から、腐敗行為刑法のかかなりの拡大および厳罰化によってこれに対処してきました。手短かに申し上げますと、

- 古典的な賄賂罪構成要件すなわち贈賄および収賄、公務担当者による利益供与および利益收受の構成要件は拡大され、しかも著しく拡大されたため、当罰性のない行為態様がこれらの構成要件の文言に包摂されるにもかかわらず、それらをこれらの構成要件の領域から除外するために、今日、法学および法実務は腐心しているところです<sup>(11)</sup>。
- 15年前は、ドイツの腐敗行為刑法は、もっぱらドイツ国内の公務の不可侵性を保護するためのものでした。1998年以来、他のヨーロッパ諸国の公務担当者についての贈収賄をも含むようになりました。そして、同じく1998年に、国際的な商取引における贈賄という新たな構成要件が作られました。これは、外国の行政ではなく、国際的な競争をしかも全世界に渡って保護するものです。これによりますと、例えば、自分の会社に公契約を取り付けるために、アフリカの国の公務担当者に金銭を支払ったドイツ企業の従業員が処罰されます<sup>(12)</sup>。長い間、腐敗行為刑法のいっそうの国際化に取り組みされてきました<sup>(13)</sup>。
- 民間領域における腐敗行為は、すでに100年前に、特別刑法における競争阻害行為として罰則が付されました (§ 12 UWG [不正競争防止法])。これは、15年前から、商取引における贈収賄という構成要件 (§ 299)<sup>(14)</sup>に

---

die Lehren für das Unternehmen, die Industrie und Gesellschaft, 2011. 同書 199頁以下には、Siemens 事件について簡潔ではあるが、20頁以上の包括的な年表がある。Arzt, Der Fall Siemens: Vom teuersten zum lukrativsten Fall der deutschen Geschichte, in: Jahn/Kudlich/Streng (Hrsg.), Festschrift für Heinz Stöckel, 2010, S. 15を参照。Siemens 事件の刑法的処理については、BGHSt 52, 323 (Urteil vom 29. 8. 2008, Siemens/Enel); BGHSt 55, 288 (Beschluss vom 13. 9. 2010, Siemens/AUB) の諸判決を参照。

- (11) これについては、Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013 (NK), § 331 Rn. 96 ff. を参照。
- (12) これについて詳細は、NK-Kuhlen § 334 Rn. 3a-3h.
- (13) 2007年8月10日の第2次腐敗行為対策法の政府法案 (BR-Drs. 548/07) を参照。これについて、Schuster/Rübenstahl, wistra 2008, 201 (207 f.); Kretschmer, StraFo 2008, 496 (498 ff.)。
- (14) 法律名の表示のない条文数は、刑法典のものを指す。

より、より拡大・苛酷化した形で把握されております。

- 一 固有の賄賂罪構成要件のほか、賄賂を支払った場合、多くは一般的に把握される2つの刑罰構成要件を充足します。一つは、脱税構成要件（§ 370 AO〔租税法〕）です。確かに、事業を発端とする賄賂の支払いは、長い間、事業に伴う出費として減税ファクターだと主張することができました。しかしながら、立法者は、強化された腐敗行為対策の明らかな目的に伴い、90年代末にこの慣行を変えました<sup>(15)</sup>。典型的に賄賂収入については納税されないのですから、今日の法によれば、賄賂の支払いは、ほぼつねに脱税に関連するものとされます。
- 一 さらにこれは、背任構成要件（§ 266）を充足することもあります。例えば、Siemens 事件において、連邦通常裁判所は、注文を受けるための賄賂をそこから支払うための裏帳簿を作成しまたは維持し続けることだけで、それ自体が企業に損害を与えるものであり、それ故、背任罪の構成要件を充足するというを認めております<sup>(16)</sup>。かなり驚くべきこの見解は、学説上、批判されておりますが<sup>(17)</sup>、連邦憲法裁判所は、合憲としてこれを承認いたしました<sup>(18)</sup>。

## 2. 刑事判例の企業関係的な考察方法

企業の指導的な立場の者にとって刑法上責任を問われる危険が増大したことは、新しい法律からだけではなく、全体的にいつそう厳しくなった司法の流れからも明らかです。これについての一例は、企業のための裏帳簿の作成による背任に関する上述の判例です。また別の一例は、すでにご説明したように「企業の利益において」行った賄賂の支払いを伴うという類型の脱税についての判例が、極めて苛酷になっているということです<sup>(19)</sup>。これは、5年前から散見することができます。

(15) 立法の沿革について、Frotscher, Kommentar zum Einkommensteuergesetz (Stand: 11/2011), § 4 EStG Rn. 852 ff.

(16) BGHSt 52, 323.

(17) 例えば、Schünemann, StraFo 2010, 1 (7 ff.) を参照。

(18) BVerfGE 126, 170 (Beschluss vom 23. 6. 2010). これについて、Kuhlen, JR 2011, 246 (251 f.); Kudlich, ZWH 2011, 1.

(19) Kuhlen, Grundfragen der strafbaren Steuerhinterziehung, 2012, S. 149 ff. m. w. H. を参照。

その点で、通常の刑法解釈学からは、皮革スプレー判決で用いられた企業関係的な考察方法の展開と呼ばれるべきものであり、これは企業管理職の刑法上の答責性を「企業経営者としてのその者の地位から」導き出すものです<sup>(20)</sup>。このような考察方法は、刑法上の着眼点を、企業の下位の従業員であることが通常であろう直接の実行行為者から企業管理職へと移すということにつながります。皮革スプレー判決は、正当にも、連邦通常裁判所が「パラダイム転換」を行った「百年に一度の判決」と呼ばれます<sup>(21)</sup>。注目すべきは、ほぼ同時にドイツでも日本でも、企業関係的な考察方法が形成され、この類似性は、ドイツの読者に対して、最近、樋口教授によって指摘されたところで<sup>(22)</sup>。

ドイツでは、皮革スプレー判決によって初めて、堅実な企業においても、経営上層部個人が処罰されるべきかが真剣な問題として認められるようになりました。そこで展開された「トップダウンの考察 (Top-Down-Betrachtung) [企業上層部の責任を問う考察方法]」は、その間確立した判例において、比較的大きな企業の内部で指導的な立場にあって、犯罪遂行のために「規則に則った業務の流れ」を利用した者が間接正犯であることを認めることにより、補充されています<sup>(23)</sup>。

### 3. 企業自体への制裁の賦課

企業に関連した行為を理由に自然人が処罰されるのと並んで、ドイツでも、企業自体に制裁を課すことがますます意味を増してきております。たとえ企業に刑罰を科すことができないとしても、秩序違反法第30条は、犯罪または

(20) 例えば、有限会社に関連して、BGHSt 37, 106 (113 f.) (皮革スプレー判決)の定式がある。これについて詳細は、Kuhlen, JZ 1994, 1142 (1144 f.); ders., Strafrechtliche Produkthaftung in: Roxin/Widmaier, 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, S. 627 (663 ff.); ders., Strafrechtliche Produkthaftung, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 79 Rn. 20 ff.

(21) 例えば、最近では *Taschke*, NZWiSt 2012, 41 m. w. H.

(22) *Higuchi*, Sorgfaltspflichten in unternehmerischen Strukturen: Japan, Deutschland und USA, ZStW 124 (2012), 855 (862 ff.).

(23) BGHSt 40, 219, 236; *Schünemann* in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 124 ff.; *Heine* in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2010, § 25 Rn. 25b, jeweils m. w. N.



秩序違反があった場合、企業の義務に違反しまたは企業に利益があったとされるときは、企業に対して過料を科すことを許しています。秩序違反法 § 130 によれば、このような犯罪と企業を連結する事実として、とくに監督義務違反が考えられ、同条がドイツ法では「刑事コンプライアンスの中心規範」であると特徴づけられています<sup>(24)</sup>。これによれば、企業オーナーまたは企業管理職 (§ 9 OWiG [秩序違反法]) として必要な監督措置を怠った者は、業務に関連して違反行為が行われ、その違反行為が、もし相応な監督が行われていれば阻止されまたは著しく困難になったであろうときに、秩序違反行為を行ったこととなります。

秩序違反法第130条と第30条とが併科されることは、Siemens 事件で明らかになりました。同事件では、一方で、München 検察は、監督義務違反を理由に、取締役および監督課構成員に対して過料決定を下しました<sup>(25)</sup>。他方で、München 地方裁判所は、電気通信部門での賄賂を理由に Siemens 株式会社自体に対して 2 億100万ユーロの過料を科しましたが、その内訳は、本来の過料が100万ユーロであり、残りの 2 億ユーロは、利益剥奪 (§ 17 Abs. 4 OWiG [秩序違反法]) のためのものでした。このことから明らかのように、ドイツ法は、「準刑罰的性質をもつ」企業責任 (Unternehmenshaftung) を現在すでに認めているのです<sup>(26)</sup>。

国際的に活動する企業にとっては、さらに別の制裁のリスクがあります。なぜなら、1 つには、これらの企業は、**国家を超えた** 諸法規範の下にあるからであり、それらに違反すると、結果として莫大な額の制裁が生じることがあります。例えば、カルテル秩序違反による高額な過料や公契約ないし公貸付からの排除であり、これらは世界銀行が企業に対して科すことができます。また 1 つには、これらの企業は、**外国の** 刑法違反となることがあり、今日ではさらに、企業が刑法上の制裁を受けること、すなわち、企業が真の刑事制裁を科されることさえあるのです。これらの制裁のリスクについても、コンプライアンス措置によって見込まれる制裁を軽くしようとする試みについても、Siemens 事件は、多くの実例を提供するものとなっています<sup>(27)</sup>。

(24) 例えば, *Bock*, ZIS 2009, 68.

(25) *Weidenfeld* (Fn. 13), S. 213 f., 218 (元役員かつ監督課構成員であった v. Pierer に対して, 25万ユーロの過料を言渡した).

(26) 例えば, *Pieth*, Co-Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht, in: Herzog/Neumann (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, S. 891 (896).

### III. コンプライアンスと刑法に関するドイツの議論の 今日的テーマ

コンプライアンスが対処すべき刑法的リスクに関する手短な概観を終えましたので、この後、私は——やむを得ずに同じく簡潔にいたしますが——現在、ドイツでコンプライアンスと刑法というテーマについて議論されている最も重要ないくつかの問題を挙げることにしましょう。ここで、私は、刑法理論上の問題、刑事法解釈学上の問題そして刑事政策的な問題を区別して、この順序で、それぞれの問題のうちのいくつかを概略しようと思います。

#### 1. コンプライアンスと刑法に関する刑法理論上の諸問題

##### a) 経済的背景

重大な規範違反が「企業の利益のために」行われてきたということが、企業および企業責任者の規範遵守およびコンプライアンスの改善に向けて国家がきっかけを与えようと試みてきたことの十分な説明になっております。この「インセンティブ」は制裁のリスクの高まりにあり、このようなことから、なぜ多数の企業が、かなりの経費を伴うにもかかわらず、コンプライアンスをめぐる努力を強化したのかを理解することができましょう。コンプライアンスと刑法の意味とそれらの結合がますます重要になっていることについて、このような説明は、たとえ中身のない表現であり、この意味で日常理論的であるとしても、ある程度説得的で、何より経済的合理性のある説明なのです。

もちろん、この説明は、なおかなり抽象的で特徴のないものにとどまっております。明るみに出た規範遵守の欠如が、まさにコンプライアンス措置を通じて、なぜ除去されることになるのかは、この説明からは明らかにならないのです。そして、この説明は、これらの措置の規範的にとくにまた刑法的に興味深い側面を明白に際立たせるものではありません。しかし、コンプライアンスと刑法の双方が、コンプライアンスという現象のもつ社会的な意味とそれが刑法へ及ぼす影響を理解するために、この現象をどう評価するかについて信頼に足る基礎を得るために必要でしょう。そこで、社会学者とは異なり刑法学者としては、結局、これら双方に対してやはりつねに決定的に興味をもたれて

---

(27) これについて、Kuhlen (Fn. 5), S. 2 ff. m. w. N. を参照。

きたのです。

#### b) 自己規制としてのコンプライアンス

ドイツの議論においては、コンプライアンスと刑法に関して、価値の転換、リスク刑法、刑法の専門分化およびグローバリゼーションもしくは刑事規制万能主義のといった諸々の構想と結び付く理論または解釈への一連のアプローチがあります。私は、他の機会にこれを検討いたしましたので、今日はごく簡単に述べることにします<sup>(28)</sup>。

いま挙げた刑法理論的な諸構想は、「コンプライアンスと刑法」というテーマがもつ興味深い個別的な側面をそれぞれ強調するものですが、ドイツ刑法の議論では、多くの場合これらとは異なって、コンプライアンスをめぐる努力とは、すなわち「伝統的に国家に認められてきた刑事司法という任務を企業へと拡大するもの」であり、企業には国家から一定の自己規制の余地を認められたものだと解釈しております<sup>(29)</sup>。

刑事コンプライアンスのこのような解釈は、刑罰で強化された諸規範の遵守を従来以上に厳しく確保しようと試みるにあたり、国家にとって決定的な相互作用の相手方は、個々の自然人ではなく、企業であるということに着目するものです。企業は、独自の意味をもつ社会的存在として認められており、国家は、コンプライアンスの改善への誘因を設定することにより、第1次的に企業に影響を与えようとするのです。企業および企業文化は個々の企業従業員に対して影響を与えるという作用をもつことから、企業自体に向けて方向づけを行うことが、規範遵守を高めるための効果的なアプローチとなるのです。その場合、企業にかなりの程度の制度設計の裁量を認めることは、實際上避けることはできません。なぜならば、企業統治の試みは、国家にとって加重負担であり、したがって、そのような試みを行っても、それは非実効的で、まさに非生産的であろうからです<sup>(30)</sup>。

(28) 以下について詳細は、*Kuhlen* (Fn. 5), S. 12 ff.

(29) *Kuhlen* (Fn. 5), S. 17. さらに、*Sieber*, Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, in: *Sieber u. a.* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tiedemann*, 2008, S. 449; *Pieth* (Fn. 26), S. 893 ff.; *Rönnau* (Fn. 4), S. 243 ff. を参照。

(30) 「政府による直接の規制」に比して「強制された自主規制」がもつ利点について詳細は、*Braithwaite*, *Enforced self-regulation: A New Strategy for*

しかし、国家が誘因を与える形での企業の自己規制というパラダイムは、實際上適切であるだけでなく、以下の理由から問題発見という意味でも実りの多いものです。つまり、それにより、コンプライアンスをめぐる実際の努力をより一般的な脈絡へと位置づけられるようになるからであり、そして、それにより、コンプライアンスに関する規範的なとくに刑法上の興味深い諸問題が認識されることになるからです。そこで、刑事コンプライアンスとは、しばしば、例えば腐敗行為犯罪またはカルテル法違反のような、企業の利益のために行われる犯罪を回避するために、個々の企業がとる組織的な予防策の定立と適用だと理解されています。しかし、さまざまな企業が連携して、企業に介入する準則集を発布する場合もまた、国の刑事訴追という任務の企業への移譲が起きます。

これについてドイツで実際にあった例は、「製薬産業のための自発的な自主規制 (Freiwillige Selbstkontrolle für die Arzneimittel-Industrie=FSA)」という団体が、その傘下にある製薬企業に対して „Kodex-FSA“ という準則集の下に定めた行為準則です。この団体法の解釈と遂行は独自の裁判権に委ねられ、この準則に違反した企業に対して制裁を課すことができます。事柄の性質上、ここで問題となるのは、刑法におけるのと同様に、決定的に腐敗行為および競争違反の抑止です。この団体法の諸準則とその運用事実は、国家の刑法と刑事裁判所によるその適用とテーマ的にかなり重なります。もともと、前者は、国家によるものよりもずっと詳細にわたるものですし、それと共に、より明確なものです<sup>(31)</sup>。

コンプライアンスとは、企業に対して認められまたは強制された自己規制の一形態だと考えると、類似の諸現象とのより大きな関連性に目を向けることができるばかりでなく、むしろこのような形の自己規制に結び付く一連の規範的な諸問題が明らかとなるのです。

例を挙げますと、〔コンプライアンスは、国の刑事訴追という任務の、企業

---

Corporate Crime Control, Michigan Law Review 80 (1982), 1466 (1467 ff.); Prittwitz, Strafrecht und Risiko-Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993, S. 138 ff. をも参照。

(31) これについて詳細は、Kuhlen, Strafrecht und freiwillige Selbstkontrolle der Wirtschaft, in: Herzog/Neumann (Hrsg.) Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 875 ff. コンプライアンスの問題性へこれを位置づけることについては、Kuhlen (Fn. 5), S. 19 f. を参照。

への「移譲であるとするテーゼ」は、コンプライアンスが国の刑事司法に対してどのような影響力をもつかという問題につながります。コンプライアンス措置によって、企業に対する国家の制裁は変化を受けることはないのか、それともより軽くなるのかという予測は、コンプライアンスをめぐる努力を促す大きな動因となります。もっとも、長期的に見れば、コンプライアンスは逆に刑事責任が重くなることに寄与することを支持する者もいます<sup>(32)</sup>。

さらに問題となるのは、国家の刑事手続が、どの程度、企業が行う私的手続、いわゆる内部調査（Internal Investigations）の結果を利用してよいかということです。これは、性質上、刑事訴追の広範な「民間化」ないし「アウトソーシング（外注）」を帰結とすることになりましょう<sup>(33)</sup>。この問題は、ドイツにおいてすでに裁判所の判決の対象となっておりますが、私は、以下で、2つのとくに現代的な刑法解釈学上のコンプライアンス問題のうちの1つを簡単にお話ししようと思います。

## 2. 刑法解釈学上のコンプライアンスの現代的諸問題

### a) 内部調査結果の国家利用

Siemens スキャンダルを契機に、生じていた法違反を発見するための包括的な調査を同社が行いました。包括的な調査いわゆる内部調査を通じて腐敗行為事実の解明が顧問弁護士や経済監査業社に委任されました。この調査は、約10億ユーロの費用がかかりましたが、刑法に関連する調査結果は刑事訴追機関に利用されたのです<sup>(34)</sup>。

今日ドイツでは、このような内部調査は、實際上大きな役割を演じておりま  
す<sup>(35)</sup>。これは、一連の法的諸問題を生じさせていますが、とくにドイツ労働

(32) 例えば、Kuhlen (Fn. 4), S. 24 ff.; これに賛同するのは Rönnau (Fn. 4), S. 252 ff.; Rotsch (Fn. 4), Rn. 47.

(33) これについて詳細は、Taschke, NZWiSt 2012, 9, 41, 89; Pfordte, „Outsourcing of Investigations“? Anwaltskanzleien als Ermittlungsgehilfen der Staatsanwaltschaft, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 740.

(34) Wolf, Die Siemens - Korruptionsaffäre - ein Überblick, in: Graeff/Schröder/Wolf (Fn. 10), S. 15 ff.; Schürle, Mythos und Wirklichkeit: Interne Ermittlungen in Unternehmen. Erfahrungen aus dem Korruptionskanal bei Siemens, in: Weidenfeld (Fn. 10), S. 127 f. を参照。

(35) これについて、Knauer, ZWH 2011, 41, ZWH 2012, 81; Imme Roxin, StV

法判例によりますと、企業従業員は、彼らの職務活動中に行った法違反についての情報をその雇用主に告知することが原則的に義務づけられております<sup>(36)</sup>。

そこで、自己負罪拒否の自由 (*Selbstbelastungsfreiheit*) の問題が生じます。労働裁判所判例によれば、自己負罪拒否 (*nemo tenetur*) 原則は、犯罪の嫌疑を受けた企業従業員に対して、企業顧問弁護士への黙秘権<sup>(37)</sup>を保障するものではありませんが、それでも、国家の刑事訴追に対しては、このようにして獲得された自己に不利な知見の利用禁止が認められなければならないでしょう<sup>(38)</sup>。もっとも従来ドイツの法実務には、このような帰結を導き出す傾向はほとんど見られません。

aa) Hamburg 地方裁判所 StV 2011, 148 (2010年10月15日判決)

2010年、Hamburg 地方裁判所は、企業内部の調査において企業の委任を受

---

2012, 116; *Sahan*, Unternehmensinterne Untersuchungen aus rechtsanwaltlicher Perspektive, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz der Urbina* (Hrsg.) (Fn. 4), S. 171; *Montiel*, Unternehmerische „Selbstreinigung“: Compliance-Programme, interne Untersuchungen und Neutralisierung strafrechtlicher Risiken, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Fn. 4), S. 185; *Reeb*, Internal Investigations. Neue Tendenzen privater Ermittlungen, 2011; *Moosmayer/Hartwig* (Hrsg.), Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen, 2012; *Rödiger*, Strafverfolgung von Unternehmen, Internal Investigations und strafrechtliche Verwertbarkeit von „Mitarbeitergeständnissen“— Untersuchung am Beispiel der Siemens-Korruptionsaffäre, 2012; *Wewerka*, Internal Investigations, 2012. 現在、包括的なものとして、*Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis* (Hrsg.), Internal Investigations - Ermittlungen im Unternehmen, 2013.

- (36) *Theile*, StV 2011, 381 (383 f.); *Imme Roxin*, StV 2012, 116 (118 f.) m. w. N.; 反対, *Bauer*, StV 2012, 277 f.; *Imme Roxin*, StV 2012, 116 (120 f.).
- (37) コンプライアンスをめぐる努力に伴って生じた「新しい刑事弁護人のタイプ」としての企業顧問弁護士について、*Sidhu/v. Saucken/Ruhmannseder*, NJW 2011, 881; *Jahn*, ZWH 2012, 477, ZWH 2013, 1を参照。
- (38) これについて基本的には、1981年1月13日の連邦憲法裁判所判決 (BVerfGE 56, 37) がある。*Benz*, Selbstbelastungen in außerstrafrechtlichen Zwangslagen, 2005で、詳細な分析がなされている。自己負罪拒否原則の効力を国家が行う強制状態に限定する場合には、やはり労働法上の義務を果たす形で行われた自己に不利益な供述を国家が利用することを、公平な手続の問題だと考えなければならない。これについて、*Knauer/Gaul*, NStZ 2013, 192 (193 f.).

けた顧問弁護士が作成した調書を刑事訴追機関が押収し、内部の被疑者に対する証拠方法として利用することができるという判決を下しました<sup>(39)</sup>。

**bb) Mannheim 地方裁判所 ZWH 2012, 429 (2012年7月3日判決)**

刑法実務上の問題性が、Hamburg 地方裁判所判決によってなお最終的に解明されたわけではないということを示したのが、2012年7月のMannheim 地方裁判所判決です。同判決は、なるほど関係企業における内部調査に関する証拠書類の押収を許容されると判断しましたが、調査記録が企業による委任を受けた弁護士のところにある限りで、*押収禁止*を認めました<sup>(40)</sup>。おそらくこれは、原則的に満足いく解決ではありませんが、それでも実務上の問題性を著しく軽減するものです。

**b) 企業におけるコンプライアンスと義務**

コンプライアンスによって、企業の従業員に存在する義務が彼らに対して明らかにされ、彼らによってより良く果たされるようになります。コンプライアンスは、これらの義務をむしろ変化させる、すなわち宣言的な意味のみならず、創設的な意味ももちます。このことは、すでに実際の判例において明らかです。ここで、連邦通常裁判所の実際の諸判決について簡単にお話することにしましょう。

**aa) 連邦通常裁判所 BGHSt 52, 323 (Siemens/Enel, 2007年8月13日**

**第2刑事部判決)**

連邦通常裁判所刑事部判決において最初にコンプライアンス規制について関心を向けたのは、2008年のSiemens 事件判決です。同刑事部は、判決において、企業の内部規則がすでに犯行時に賄賂目的での裏帳簿作成を禁じていたことを挙げ、この内部規則から、この裏帳簿の維持はコンツェルン首脳の理解を得ておらず、したがって義務違反であり、よって背任の客観的構成要件を充

(39) LG Hamburg StV 2011, 148. *Jahn/Kirsch; Fritz*, CCZ 2011, 155; *v. Galen*, NJW 2011, 945; *Bauer*, StV 2012, 277; *Jahn*, ZIS 2011, 453の注釈がある。全体として、*Bock/Gerhold*, Die Rechtsstellung der internen Ermittler, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Fn. 35), § 5 Rn. 37 ff.

(40) LG Mannheim NZWiSt 2012, 424. これには、*Schuster*=ZWH 2012, 429, *Michalke*=NStZ 2012, 713, *Jahn/Kirsch*の評釈がある。これと並んで、LG Bonn vom 21. 6. 2012 (NZWiSt 2013, 21. これには *Jahn/Kirsch*の評釈がある) および LG Gießen vom 25. 6. 2012 (wistra 2012, 409. これには *Krüger*, jurisPR-StrafR 13/2012 Anm. 1の評釈がある) の諸判決を参照。

足したという推論を行いました<sup>(41)</sup>。したがって、このようにして初めてコンプライアンス規定への関連づけがなされましたが、これは、中間管理職だった被告人にとって軽減事情ではなく、加重事情だったのです。このことが示すように、コンプライアンスについてしばしば期待される処罰リスクの軽減は、場合毎に異なって考察されなければなりません。とくに、コンツェルン首脳部の責任軽減は、中間管理職の責任加重を伴う場合があるのです<sup>(42)</sup>。

bb) 連邦通常裁判所 BGHSt 54, 44 (Berlin 市工場事件。2009年7月17日  
第5刑事部判決)

〔コンツェルン首脳から企業取締役への〕そのような責任の移転は、とくに多くの企業で行われているコンプライアンス遵守の努力に負担をかけるものです。このことを、連邦通常裁判所第5刑事部が2009年判決において補足意見で指摘いたしました<sup>(43)</sup>。補足意見の述べるところによりますと、新たに配置されるようになった「コンプライアンス・オフィサー」は、通常、保障者として、企業の活動と関連する企業従業員の犯罪を妨げる義務を負うのであり、それは「企業経営について引き受けた、法違反とくに犯罪阻止義務と表裏一体の必然的な裏面」であるからだということです<sup>(44)</sup>。

この補足意見は、現場ではかなりの不安の種とされており、学説では反対の意見を引き起こしております。

批判者たちは、以下のような批判を加えています。

- コンプライアンス・オフィサーの任務を引き受けても、それは、法令順守を任された者について、企業に対する義務のみを根拠づけるのであり、対外的な義務を根拠づけるものではない。
- コンプライアンス・オフィサーは、通常、規範違反を認識した場合に情報

(41) BGHSt 52, 323 Rn. 41; これについて、Kuhlen (Fn. 4), S. 24 f.

(42) コンプライアンスによる刑事責任の根拠づけと責任の移転については、例えば、Michalke, StV 2011, 245; Prittwitz, Die Rechtsstellung insbesondere Garantstellung von Compliance-Beauftragten, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Fn. 4), S. 125 ff. をも参照。

(43) BGHSt 54, 44 Rn. 27. これには、Meyer/Greeve, CCZ 2010, 216; Kraft, wistra 2010, 81; Ransiek, AG 2010, 147; Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53; Spring, GA 2010, 222; Warnecke, NStZ 2010, 312; Schneider, Überwachergaranten in Unternehmen, in: Kühl/Seher (Hrsg.), Rom, Recht, Religion, 2011, S. 349; Schneider/Gottschaldt, ZIS 2011, 573の注釈がある。

(44) BGHSt 54, 44 Rn. 27.



提供義務を負うにすぎず、犯罪の被疑者に対する決定権限をもつものではない。

- その保障者的地位は、*使用者*という保障者的地位から演繹されるものでもない。なぜなら、その地位は、その者から認識しうるものではないからである<sup>(45)</sup>。

これに対して、判決を支持する者は、私見によれば正当にも、法令順守を任された者という保障者的地位は、重役という当該保証者的地位の引き受けによって生じたとします。後者は、事業主によって創設され支配されている、危険源としての企業に対する*使用者*の責任から生じるというのです。法令順守を任された、ある類型の者に決定権限がないという事情は、彼の保証者的地位を否定するのではなく、単にその保証者的義務の範囲のみを限定するのです。

その間に通説となった見解は、それが、引き受けによって生じる派生的な保証者的地位を認める点で問題のないものです。2009年判決が帰結する本来の決定的な問題は、事業に関連した犯罪を抑止する保証者的地位が役員にあるか否かです。なぜなら、企業オーナーまたは取締役は、法令順守を任された者に対しては、これら役員自身が保証者的責任で有する義務を任せることができるにすぎないからです<sup>(46)</sup>。

#### cc) 連邦通常裁判所 JR 2012, 303 (いじめ事件。2011年10月20日)

##### 第4刑事部判決

2011年連邦通常裁判所判決は、法令順守を委任された者についてのものではありませんが、同判決は、次の理由から、我々のテーマにとっても特別な意味をもつものです。すなわち、判決では、事業に関連した犯罪を阻止するための事業主の保証者的義務を明文で認めたからです<sup>(47)</sup>。同判決は、いじめの事案でした。より詳細に申し上げますと、市の建築資材置き場の建築業者のグループに属する者が、他のグループで働いていた被害者に、労働時間中に繰り返し罵声を浴びせ、彼を殴ったというものです。被告人は、行為者達の直接の上司

(45) これらの論拠については、*CamposNave*, BB 2009, 259; *Wytibul*, BB 2009, 2263; *Spring*, GA 2010, 222; *Warnecke*, NSTZ 2010, 312を参照。

(46) 例えば、*Rieble*, CCZ 2010, 1を参照。

(47) BGH JR 2012, 303. これには、*Roxin*の評釈があり、さらに別の評釈として *Bülte*, NZWiSt 2012, 176; *Kudlich*, HRRS 2012, 177; *Mansdörfer/Trüig*, StV 2012, 432; *Kuhn*, wistra 2012, 297; *Schlösser*, NZWiSt 2012, 281; *Schramm*, JZ 2012, 969がある。

でしたが、彼らの侵害行為を知りながら、これに対して何も介入しませんでした。争点となったのは、この場合、部下が行った傷害罪と強要罪に対する不作為による関与があったといえるかでした。連邦通常裁判所は、原審と一致して、この問題を否定し、それと共に、単に不作為による救助懈怠 (§ 323c) を理由とする処罰のみを考えました。

〔判決は以下のように言います。〕もっとも、被告人は、事業主としての市に対して課せられる、彼の部下である従業員を監督する義務を引き継いだとすることが、原則的に可能である。なぜなら、「事業主もしくは上司としての地位から」「個別事案の事情に応じて、下位の従業員の犯罪を阻止する保証者的義務が生じうる」からである<sup>(48)</sup>。しかしながら、これは**事業に関連した犯罪の阻止に限定されるのであり**、従業員が、「その犯罪の機会に単に就業中であったに過ぎない行為までを含むものではない」<sup>(49)</sup>。ここで判決の対象であったいじめにおいては、**事業に関係した犯罪ではない**、というのです<sup>(50)</sup>。

最後の点は、疑いがないとはいえないように私には思われます<sup>(51)</sup>。しかし、ここで関心の対象としたいのは、もっぱら連邦通常裁判所が、使用者には保証者的な監督者の地位があることを初めて認めたということなのです。連邦通常裁判所は、これにより、コンプライアンスを委ねられた者の保証者的地位に関する上述の判決から結論を引き出しました<sup>(52)</sup>。したがって、**判例は企業内での監督義務を絶えず解釈学的に精緻なものにしてきましたが、この「いじめ」判決は、その精緻化の現状の流れにうまく沿うものです**<sup>(53)</sup>。

### 3. コンプライアンスをめぐる議論に関する法政策的諸要請

ドイツの立法者は、いくつかの新たな法律の公布によりコンプライアンスの現場の努力を促すきっかけをこれまで考えてきませんでした。それでも、こ

(48) BGH JR 2012, 303 Rn. 13.

(49) BGH JR 2012, 303 Rn. 13.

(50) BGH JR 2012, 304 Rn. 15.

(51) 同旨、*Kuhn*, *wistra* 2012, 297; *Schramm*, *JZ* 2012, 969 (970 ff.). しかし、先に (in Fn. 47) 引用した注釈は、おおむね連邦通常裁判所に賛同する。

(52) *C. Dannecker*, *NZWiSt* 2012, 441 (443).

(53) これについて、*Fischer*, *StraFo* 2010, 329, 335 f. その点で2012年7月10日の連邦通常裁判所第6民事部判決 (BGH *wistra* 2012, 380) は、もちろん腹立たしいものである。その位置づけと批判については、*C. Dannecker*, *NZWiSt* 2012, 441 ff. を参照。

れに関しては法改正の提案がいくつかありますので、最後に、そのうちの2つを簡単にお示したいと思います。

#### a) 企業処罰の導入？

ドイツでは、企業処罰ないし団体処罰そのものを導入すべきかを長らく議論してきました。これまで、この議論は、実際に様々な立場があることから分かるように、意見が一致するには至っておりません<sup>(54)</sup>。少なくとも言うのは、企業処罰の**可能性**それ自体を争う論拠、例えば、法人には行為能力や責任能力がないという論拠は、今日の議論ではまったく力を失っております。

通説および私見によりますと、真の企業処罰を導入すべきか否か、どのような犯罪について、企業処罰が考えられるべきか<sup>(55)</sup>、どのような手続法上の規制が加えられ、どのような制裁が作り出されるべきかは、正当にも、今日、刑事政策的な合目的性の問題だと考えられております。私個人は、この問題について立場決定をしておりますが、ここでは、ドイツ法へ企業処罰を導入する予防的必要性はないものと考えていることを指摘するにとどめたいと思います。

#### b) 効果的なコンプライアンス・システムの導入を法律で促すべきか？

企業処罰はすでに長い間検討されておりますが、コンプライアンスをめぐる最近の議論によって初めて、ドイツでは、例えば、アメリカ法やイタリア法と同じく、企業をコンプライアンスへ向けて努力させるために**法律で促す**ことが考えられています。これは基本的に説得的です。なぜなら、コンプライアンスをめぐる多くの企業の努力を促す重要な動機は、過去でも現在でも、刑事責任が生じる危険を減少させることにより国家からそれに対して報いてもらう期待だからです<sup>(56)</sup>。もっとも重要な「褒賞」は、確かに、コンプライアンスの努力が、必要的な処罰**阻却**を伴う、義務に合った態度の証左だと検察および裁判所から評価される点でしょう。将来、このようになるのか否か、そしてどのような形になるのかは、未解決で危急の問題ですが<sup>(57)</sup>、これは法律による

(54) 例として、*Triig*, wistra 2010, 241 (反対) und *Wessing*, ZWH 2012, 301 (賛成) を参照。

(55) これについては、*Kudlich*, Compliance durch Verbandsstrafbarkeit?, in: *Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina* (Fn. 4), S. 209.

(56) これについては、すでに *Kuhlen* (Fn. 31), S. 888 f. を参照。

規制には向かないものです。

十分なコンプライアンスの努力をしていたにもかかわらず、規範違反が生じた企業に対する制裁の軽減は、法律で定めることができるでしょう。そこで最近では、Siemens 株式会社の「コンプライアンス部部长 (Chief Counsel Compliance)」が、次のような提案を行っております。すなわち、立法者は、近いうちに秩序違反法に追加条項を作り、すでに効果的なコンプライアンス・システムを導入しており、内部で発覚したコンプライアンス違反を自発的に公的機関に申告もしくは公的機関に協力した企業に対しては、過料を免除ないし減額するということを命じるべきだということです<sup>(58)</sup>。

---

(57) *Stetter*, Verantwortungsvoll betriebene Korruptions-Prävention in Unternehmen—ein Mittel zur Abwehr drohender Verfallsanordnungen?, in: Schöch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S. 801; *Klümper/Eggerts*, PharmR 2010, 13を参照。

(58) *Moosmayer*, NJW 2012, 3013, 3017.