

法人処罰と帰属

Wolfgang Frisch

岡上雅美（訳）

〔解 題〕

以下に訳出したのは、フライブルク大学法学部Wolfgang Frisch教授の「法人処罰と帰属（Strafbarkeit juristischer Person und Zurechnung）」であり、これは、Jürgen Wolter教授70歳祝賀記念論文集(Zöller/Hilger/ Küper/Roxin (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 349 ff. に掲載されたものである。まず、同論文の翻訳についてご快諾いただいたFrisch教授に心より御礼申し上げる。

現在、ヨーロッパにおいては、EU法において、企業活動のボーダーレス化に伴い、企業・法人・団体の犯罪も国境を超える事態に備えて、法人に対する刑事法的な対処が要請されていることもあり、法人の刑事責任すなわち刑罰による法人処罰を認めることを認めておらず、秩序違反法（Ordnungswidrigkeitengesetz）において反則金（Geldbuße. 一般には「過料」と訳されているが、この新たな訳語をあてた理由については、岡上雅美「オーストリアにおける法人ないし団体処罰の新立法について：法人の刑事責任に関する予備的考察」青柳幸一編『融合する法律学 下巻』（2006年）558頁を参照。）を法人制裁として定めている。このような時代背景にあって、ドイツでも①諸外国と平仄を合わせ、ドイツでもこれまでの方式を転換して、法人に「刑罰」を科すことを認める見解、②現行法の、秩序違反法による法人制裁制度を維持すべきとする見解、③反則金でもなく、処分（Maßregeln）による対処を主張する見解など、学説上、その対応は多岐に分かれている。また、訳文中、「処罰（Strafbarkeit, Bestrafung）」などの言葉は、すべて、法人に対して「刑罰」をもって制裁を加える見解を指す。

このような議論状況において、Frisch教授は、従来の法人処罰否定説から主張されてきた、法人の行為能力の否定ないし責任の否定のみならず、法人機関や法人のために活動した従業員など自然人の行為を法人に帰属させる帰属モデルが、正犯論や（客観的）帰属論の諸原則とは調和しないことを主張され、さらに、刑罰論の視点から、法人に「刑罰」を科すとすれば、それは刑罰概念を民事法など他の制裁と均質化し、刑罰の内容を希薄化することになると批判する。しかも、この批判は、かつてわが国でも有力であった、刑法に

倫理性を求めることから法人に倫理的な非難を否定するという否定説とは一線を画し、Frisch教授は、刑法上の「責任 (Schuld)」を(詳細な内実は本論文からは直接は明らかではないが)法的責任と解し、むしろ法人の機関ないし従業員の行為についての客観的帰属・正犯性・他行為可能性の前提である意思決定に疑問を向け、そしてさらには刑罰論の観点から、法人処罰を否定しているところが大きな特徴であり、わが国の議論とも整合するものと思われる。このような理由から、本論文は、ドイツの最新の理論状況を国際的背景と共に描き出すものであるという情報的価値を有すると共に、Frisch教授の解釈学的批判は、わが国の議論にとっても大きな示唆となるものである。

なお、これは、日本学術振興会 科学研究費助成事業基盤研究 (C)「法人処罰における刑法、手続法および制裁法上の問題点—ドイツ判例実務の研究 (課題番号26380087 研究代表者：岡上雅美)」による研究成果である。

※ ※ ※

Jürgen Wolter は、長年、同じ道を歩んだ者であり、友人でもあるが、彼の学術的業績において、刑法上の帰属の諸問題は、突出した地位を占めている¹。それ故に、そして、本論文の著者である私もこれに携わってきた故になおさら、この諸問題を Wolter へ謹呈される記念論文集の中における論文の題材とすることは当然である。もちろん、Wolter と私は、共に過ごしたボン時代にも、ハイデルベルクとマンハイムでも議論し、後には、とくに論文上で議論することとなった客観的帰属および主観的帰属の諸問題を、本論文で今一度提起しようとするわけではない。本論文は、この従来の議論を、普通は他の視点の下で扱われてはいるが、実は帰属と一方ならず関連するある領域、すなわち法人および団体の処罰可能性の領域へと拡大してみようと思う²。Jürgen Wolter に謹呈される記念論

1 とくに Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; ders., Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103; ders., GA 1991, 531; ders., FS F.-C. Schroeder, 2002, S. 431を参照。

2これについて、ドイツについては、例えば、Hirsch, Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993; Tiedemann, in: Schoch/Stoll/Tiedemann, Freiburger Begegnung, Dialog mit den Richtern des Bundesgerichtshofs, 1996, S. 30; Jakobs, FS Lüderssen, 2002, S. 559; Schünemann, FS Tiedemann, 2008, S. 429; Kudlich, in: Kuhlen u.a. (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013, S. 209を参照。スペインおよび南アメリカについては、例えば、Robles Planas, InDret 2/2006, 1 ff.; Pastor Muñoz, InDret 2/2006, 1 ff.; Robles Planas, InDret 2/2009, 2 ff.; van Weezel, Polít. crim. Vol. 5 N° 9 (Julio 2010), Art. 3, 114 ff.; Hernández Basualto, Polít. crim. Vol. 5 (Julio 2010), Art. 5, 207 ff.; さらなる文献は脚注3にある。

文集においてこの問題を検討することは、被祝賀者の著作に方向づけられた第2の適切性基準——すなわち、刑事政策的な現代性と重要性——を満たすがゆえにいっそう適切であろうように私には思われる。

I. 諸々の見解，論拠および時代の趨勢

1. 諸々の見解と論拠

刑事政策的な現実性と重要性は、容易に認めることができる。団体および法人処罰に意味があるのか、必要なのか、そしてその問題性は如何なるものかは、数年来、全ヨーロッパ、それどころか世界中で、精力的かつ論争喚起的に議論されている³。法人処罰に賛成する者は、とくに刑事政策的必要性が否定しえないことを根拠とする。自然人の他に法人にも刑罰を科すという介入のみが、一定の形態の犯罪に対して実効的な刑法を担保するというのである⁴。しかし、正義の要請も感じとることができる。自然人の有責性が軽い、または、有責者である自然人が特定できないにもかかわらず、重大な法益侵害が法人のテリトリーにおける組織の落ち度のために起きたといいうる場合⁵、法人の責任を考えられ

3 脚注2の文献のほか、ドイツについてはなお、*Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979; *H.-J. Schroth*, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte, 1993; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995; v. *Freier*, Kritik der Verbandsstrafe, 1998; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, 2002; *Maihold*, Strafe für fremde Schuld, 2005, S. 16 ff.; *Engelhart*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2. Aufl. 2012, S. 319 ff. を参照。スペインについて *Bacigalupo Saggese*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1998; *Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad penal de la empresa, 2005; *Nieto Martín*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, 2008; *Zugaldía Espinar*, La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones, 2008; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 13 ff. Rn. 151 a.E.; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. 2007, Vor § 25 (IV.)には、さらに包括的に文献がある。

4 例えば、*Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 75 ff.を参照。さらに *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, S. 149 ff., 164 ff.を参照。この点で十分充足されない予防の必要性については、*Schünemann*, in: Leipziger Kommentar (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 21 f.; *ders.*, Unternehmenskriminalität (Fn. 3), S. 56 ff.; *ders.*, in: *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, 1994, S. 265 (271 ff.)——もっともこれは処分モデルに向けた結論(例えば *Unternehmenskriminalität* S. 235 ff.)を導き出す——をも参照。

5 「組織的な無答責性」例えば、*Schünemann*, Unternehmenskriminalität (Fn. 3), S. 34; *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 34; *ders.*, ÖJZ 55 (2000), 871 (874, 876) und *Seelmann*, FS N. Schmid, 2001, S. 169, 171 f.を参照。

なければならないという⁶。とくに中核において求められる処罰可能性の拡大を根拠づけるため、ここで繰り返し、帰属の概念が現われる⁷。

このような要求と法人処罰の構想を批判する者達は、それらが刑法の基本原則や犯罪行為の基本的カテゴリーと調和しないと批判する。行為性要件がすでに充足されない、なぜなら、目的を設定し、操縦的にその目的を達成するということは、自然人のみに可能だ、と⁸。しかし、法人と団体に対しては、とくに有罪の宣告と処罰に存する、社会倫理に基づく非難を行うことはできないという。なぜなら、善か悪か、正か不正かを決定する能力は、自然人のみがもち、法人にそれはないからである⁹。この点に存在する欠陥は、帰属を考慮しても除去しえない、と。

6 これについて例えば, *Alwart*, ZStW 105 (1993), 752 (757, 767 f., 769 ff.); *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 33 ff., 41 f., 44 ff., 53 f., 196 f., 198 f., 294 ff., 308; *ders.*, ÖJZ 55 (2000), 871 (874) を参照。そのような状況に合わせた「組織体反則金」の意味で *Schünemann*, Unternehmenskriminalität (Fn. 3), S. 232 ff., insbes. S. 254; *dens.*, in: *Schünemann/Suárez González* (Fn. 4), S. 265, (287 f.) をも参照。

7 一定の副次的効果, また罰金刑および諸費用のための「負責 (Haftung)」のための帰属という意味で, ドイツ判例からは例えば, BGHSt 5, 28 (30, 31, 32); 学説からは例えば, *H.-J. Schroth*, Unternehmen (Fn. 3), S. 179, 188 (行為); 206, 208, 209 (責任); *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz (Fn. 4), S. 177, 186 ff., 194 f.; 場合によってはまた, *Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), der auf S. 10 は, もっとも「他者による自己の行為」と言っている。*ders.*, ZStW 107 (1995), 285 (288 ff.); *Ehrhardt* S. 44 には, さらに帰属モデルの主張者がある。このような帰属モデル (代位モデル) に対して批判的なのは, 最近では, *Schünemann*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 (431 f.) m.w.N.; *Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad (Fn. 3), S. 141 f.; *Nieto Martín*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 120 ff.

8 これに賛同するのは, 例えば, *Freund*, in: Münchener Kommentar (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 149 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 225 ff.; *Alwart*, ZStW 105 (1993), 752 (756 f.); *Gracia Martín*, in: *Mir Puig/Luzón Peña* (Hrsg.), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, 1996, S. 35 (63 ff., 67 f.) を参照。*Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz (Fn. 4), S. 42 f. および *H.-J. Schroth*, Unternehmen (Fn. 3), S. 174 ff. にさらなる文献がある。

9 *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch (Fn. 8), S. 227 f.; *Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (568 ff.) を参照。スペインの議論からは例えば, *Silva Sánchez*, in: *García Cervera* (Hrsg.), La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, 2002, S. 170 ff.; *Feijoo Sánchez*, in: *Arroyo Jiménez/Nieto Martín* (Hrsg.), Autorregulación y sanciones, 2009, S. 200 (238); *Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, S. 1 (3) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (349); *H.-J. Schroth*, Unternehmen (Fn. 3), S. 194 ff. und *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 Fn. 1 には, この見解の主張者たちの詳細な一覧がある。しかし, この論拠に反対のものとして, 例えば, *Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), S. 12 ff.; 一般に広まった用語法を援用して, これに賛同するのは, *Tiedemann*, in: *Schoch/Stoll/Tiedemann* (Fn. 2), S. 30 (48 ff.)。

2. 時代の趨勢とその発言力

刑事立法の領域における国際的な展開に目を向けると直ちに、否定説からの批判は明らかにますますその力を失っているということを確認せずにはいられない。法人処罰を定める国の範囲はますます大きくなっており、法人処罰を（未だ）認めていない国の範囲はますます小さくなっていると言われる¹⁰。フランス、スイスおよびスペインにおいても法人処罰が導入された後¹¹、ドイツは、法人処罰を否定し、法人に対する制裁を反則金（§ 30 OwiG）並びに没収や剥奪の処分（§§ 73 Abs. 3 und § 75 StGB）に限定することによって、その間、ヨーロッパで孤高を保っている。

もちろん、確認しうるトレンドがこのようであるからといって、そのトレンドの中にあるものが正しいということにはならない。これは、——法人処罰に向けた決定の場合のように——国際的な政策的な期待が関わる場合にとくに妥当する。しかし、これがトレンドとなっていること自体にすでに一定の意味がある。これが時代の趨勢となっているということは、トレンドの中にある立法決定に反対して学説が提示してきた論拠が、立法者を説得するほどには十分ではなかったし、今もなお十分ではないということを意味する。これにはさまざまな理由がありうる。それらの論拠が立法者に届くには過度に純理論的に見え、または充足すべき前提条件があまりに多すぎるように見えたということもあろう。しかしまた、反対説の論拠が予先にした対象があまりに細分化されすぎていたこと、または、反対説が否定した事柄の波及効果の大きさを立法者に誤解させたこと、そして、正しい位置で必要な強度をもつ根拠づけに失敗したこともあろう。以下の記述は、これらが部分的にあてはまることを示すものである。しかしそれとは別に、このようなトレンドおよびそれに反対して提示された論拠が明らかに力をなくしつつあるということは、やはりいずれに

10 スペインについては、刑法典第31bis条；フランスについては、刑法典第121-2条；イタリアについては、法律に代わる政令 (decreto legislativo) 231/2001を参照。Sieber/Cornils (Hrsg.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, Allgemeiner Teil, Band 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven*, 2010; Heine, *ÖJZ* 55 (2000), 871 ff. および Schünemann, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 20におけるさらなる当該諸規制の詳細な一覧をも参照。

11 これについて詳細は、Bacigalupo Saggese, *La Ley* N° 7541, 2011, S. 1 ff.; Robles Planas, *La Ley* N° 7705, 2011, 1 ff. = (ドイツ語訳) *ZIS* 2012, 347 ff.; Díez Ripollés, *InDret* 1/2012, 1 ff. sowie Feijoo Sánchez, in: Díaz-Maroto y Villarejo (Hrsg.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 y 3/2011*, 2011, S. 65 ff.; ders., in: Bajo Fernández/Gómez-Jara Díez/Feijoo Sánchez (Hrsg.), *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2012, S. 49 ff., 65 ff., 91 ff.; ドイツ語文献からは Carbonell Mateu, *ZStW* 123 (2011), 331 ff.

せよ、反対説の立場の論拠とそれに賛成し法人処罰に反対する論拠を再検討する必要があることを明らかにする。——その正しさを確認し、論証力を改善するためにも。

II. 自然人の犯罪の帰属に基づく法人の両罰について

法人にも刑罰を科すことができるという考え方が勝利を収めたことについては、この考え方に対する批判の在り方にも、まったく責任がないわけではないということが直ちに明らかになるが、それは、立法の努力において世界中でまさに前面に押し出されている法人処罰の構想に批判を向ける場合である。ここでは、自然人が有責者として処罰できず¹²、したがって法人だけが単独で処罰しうるかに関心がもたれ、そこから法人処罰の可能性を構築しなければならない（そしてその対策が可能である）ような——稀な——事例が問題となるわけではない。むしろ、法人のためにまたは法人の業務の領域においてもしくは法人の利益で、自然人が活動を行い、自然人を処罰することのできる事例において、刑法の実効性を高めるため、なお法人をも両罰的に処罰することが問題である¹³。

1. 批判による対象の誤認 – 必要な力点のおき方の転換

この両罰モデルは、法人の行為能力の欠如や責任（もしくは責任能力）の欠如という従来からの異論に対してかなりの抵抗力をもつ。そもそもこれは、およそ法人自身の処罰可能性を構築し、その責任を問題にするものではない。同モデルにとっては、一定の地位（または他の一定の要件）を備えた自然人の犯行で十分である。伝統的なルールに従い、自然人の犯行が特定される。そうすれば、端的に法人も負担が負わされるか、または、——その用語によれば——「処罰される」。この場合、そのような負担が不当だということは決してできないだろう。法人は、（その適切な決定から利益を得るのと同じく）その機関による瑕疵ある決定から生じる重大なその他の帰結をも引き受けなければならない。その帰結が「刑罰」と呼ばれることでさえ、——とくに国際的にも——規定の伝統的な枠の中

12 例えば、自然人の責任無能力を理由とする。*Nieto Martín*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 165; *Zugaldía Espinar*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 145 f. における諸事例を参照。

13 これについて例えば、*Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), S. 10, 26 f.; *Ehrhardt*, Unternehmensdelinquenz (Fn. 4), S. 149 ff., 164 ff., 175 ff., とくに S. 221 ff. (Anknüpfungstat); *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 6. Abschnitt, Rn. 44 f. を参照。

での話であり¹⁴、批判が意図する以上に反論し難いものである。なぜなら、まさにそのような処理においては、法人に対しても——刑罰の古典的定義がいうように¹⁵——犯行を理由にする意図的な害悪を問題としているからである。

法人処罰のこのモデルの本来的な問題点と根拠づけを要する点は、この構想によれば、実際には犯行を行わなかったことが確実な者（つまり法人）が処罰されるという点にある。なぜなら、犯行、またそれに含まれる法からの逸脱（*Abfall vom Recht*）¹⁶は、必ずや自然人を通じて実現されたものだからである。それに応じて、立法者を説得しようと望みうる批判は、この点に固執しなければならない。多くの場合、実際にはまったく構成されていない法人の犯行があたかも構成されたかのように扱い、この構成が誤っていると異議を唱えることは許されない。むしろ、批判は、処罰されるべき犯行をまったく行っていない法主体に刑罰を科すことを問題としていないことを非難すべきである。それでもやはり、それに基づいて、自然人の犯罪行為は法人に帰属することができ、それゆえに法人には刑罰を科しうるということ¹⁷に異議を唱える場合、その批判は、この帰属を疑問視し、それには問題があって、支持しえないことを示さなければならない。その際、まさにこの点で相当な論証と説明に力を注がなければならないことは、意識されるべきである。

この論証の努力から以下のことが明らかとなる。まず、帰属は刑法独自の帰属というものも存在すること、しかも、それはまさに他者の態度を帰属させる対象者に刑罰が科せられ、これが正当に思われるという意味においてであるということである。これに対応して、帰属の論拠への説得的な反論は、——第1に——承認された刑法上の帰属の形象と帰属の原理に基づかない帰属が、法人処罰では行われているということを示さなければならない。もちろん、決定的な批判は、これに限られない。むしろ——第2に——法人処罰に関して、どのような形の帰属が立法者の考え方を決定するのかの問題をも考察し、そのような帰属が、刑法にとって、より正確には（法人も含む）人に刑罰を科すことにとって、十分なのか否かの問題も慎重に考えなければならない。

14 例えば、ヨーロッパ人権裁判所の刑罰概念を参照。同裁判所は、「自律的に」刑罰概念を「犯行を理由とする有罪判決に従い負わされる措置」という意味に解釈する。EGMR, Urteil vom 17.12.2009, 19359/04 – M. gegen Deutschland, NJW 2010, 2495 (2497 f., Rn 120 m.w.N.).

15 *Huo Grotius De iure belli ac pacis*, 2. Buch, 20. Kap., I. 1を参照。「悪を行つたが故に被られる悪」

16 「行為不法の中核的部分」として。適切にも、*Wolter, Objektive und personale Zurechnung* (Fn. 1), S. 152 f. m.w.N.

17 前掲脚注7の文献を参照。

2. 帰属モデルは刑法上の帰属の形象および原則と相容れないこと

他者の態度を、あたかもそれがその者自身が実現したかのように、人に帰属させなければならないという考え方が、刑法に馴染まないというわけではない。

a) 他人の態度の帰属は、自然人において、間接正犯および共同正犯という形を通じて古くから行われてきた。そのような態度の帰属については、支持しうるいくつかの理由がある。間接正犯の場合には、有責者が、構成要件に該当する不法を実現するために、責任のない他人またはその責任が明らかに減少している他人を利用する。間接正犯は、そのような事情の下で、全事象について責任があるものと考えられ、他人の態度は、（その者自身の態度と同様に）有責者に帰属されるということは、直接的に理解しうる。実際に重大な所為を分担する自身の共通の計画に従って、役割分担により1個の犯行を行った者が、これについて共同して責任を負わされうる（負わされなければならない）ということ——そして、たとえ自ら自分の手では行っていないとしても、これらの者によって意欲された、他人の行為寄与はそれらの者に帰属される（帰属されなければならない）ということも、同じく明らかであると思われる¹⁸。

法人と、犯罪を行ったその機関または法人代表との間には、間接正犯や共同正犯の場合に匹敵する関係や事情を語ることはできない。法人は、本来の有責者として、責任のない者や明らかに有責性の欠如を特徴とする者（法人代表など）が実現した事象を支配していない。同様に、法人代表によって行われた犯行を、法人と自然人との共同した行動を通じて、役割を分担することで共同の決意に従って構成要件該当不法を実現したと特徴づけるとすれば、それは完全なフィクションであろう¹⁹。手短かにまとめると、他者の可罰的態度についての刑法上の帰属の伝統的なモデルおよび形象は、自然人（法人代表など）の犯行の法人への帰属を根拠づけえない。

b) 法人代表（または、おそらくまたその他の従業員）の犯行を法人に帰属させ、その固有の処罰可能性を根拠づけることができるという考え方は、もちろん伝統的な刑法上の帰属の形象に何らの根拠も見いだせないというだけではない。それは、明らかに刑法上の

18 そうでなければ、関与者の負担がまったく同じである犯行の遂行の場合にまったく誰も正犯にならないために、「帰属されなければならない」。

19 適切にも、*Hirsch*, *Strafffähigkeit* (Fn. 2), S. 10; *Schünemann*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 (433); *van Weezel*, *Polít. crim.* Vol. 5 N° 9 (Julio 2010), 114 (130).

帰属の重要な諸原則および限界をも軽視し、刑法上の帰属の深層にある構造を見誤るものである²⁰。

刑法において、他人の行為を（その者による行為と同様に）自身が実現した行為として法的な意味での人（*Rechtsperson*. 以下、「法的な人」と称する。）に帰属させることを可能にする要件は、つねに、その者自身により充足される一定の主観的条件である²¹。故意犯——我々は、ここではそれに限定せざるをえないのだが——においては、これは、他人の行為に向けられた故意である²²。この主観面の認定結果と同じく一定の目的は、決して刑法上の帰属の対象ではなく、帰属の基礎であり同時に帰属の限界を設定するものである²³。これらは、第三者の行為を帰属させられるべき者自身によって充足されなければならない。——その場合にのみ、この主観面の認定結果に対応した第三者の行為態様が、主観面を限界にして（さらに別の要件の下で）その者に意欲されたものとして、そこから責任を負う者に対して、すなわちその者の仕業として（も）その者に対して帰属させることができる。

法人代表または従業員の犯罪を法人に帰属させるのは、この要請をきちんと評価していないということは看過しえない。ここでは、存在する主観面の評価を基礎にして、主観面に対応する客観面を帰属させているのではない（なぜなら、一定のさらなる帰属の要件は充足されているからである）。ここではむしろ、さもなくば、犯行の主観面の欠如を理由に帰属は存在しないのだから、主観面自体が帰属させられなければならない。そして、帰属されるべき法的な人の主観面の認定を基礎にして帰属が行われているのではなく、まさに帰属の基礎が存在しないために、行為を行った者とその者との間の客観的な関係に基づいて帰属が行われている。したがって、刑法においては、決して帰属の対象ではなく、帰属の基礎であるものが帰属されなければならなくなるが、帰属は帰属の基礎に基づいて行われるべきであるが、その基礎は、おそらく他の（例えば、民法上の）帰属の文脈、した

20 以下の記述について、さらに補足的に、*Schünemann*, *Unternehmenskriminalität* (Fn. 3), S. 234 f.; *v. Freier*, *Kritik* (Fn. 3), S. 95–123, 179 f.; *Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (570 ff.); *Schünemann*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 (431 f.); *Seelmann*, FS N. Schmid, 2001, S. 169 (176 ff.); 要約として *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band 1, 4. Aufl., 2006, § 8 Rn. 63を参照。スペインの文献から、今一度、*Robles Planas*, *La Ley* N° 7705, 2011, 1 ff.

21 同旨、*Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung* (Fn. 1), S. 18 ff, 41, 150 ff.; *ders.*, in: *Schünemann* (Fn. 1), S. 103 (104, 109 ff.).

22 これについて *Köhler*, FS H.-J. Hirsch, 1999, S.65 (74 f.); *Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung* (Fn. 1), S. 152 f.; 過失犯の領域におけるこれに対応する主観的な所見（[法に従った方向付け]における法益侵害を回避するという人自身の能力）についても、同書 S. 153 f. und S. 42 f.を参照。

23 実質上同旨、*Freund*, in: *Münchener Kommentar* (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 149.

がってそこから生じる法効果の文脈では十分ではあるが、行った所為を理由に科刑に値する社会倫理的な非難ないし叱責としての刑罰の賦課にとっては十分ではない。刑法上の帰属の深層にある構造をこれほど極端に侵害するものを思い描くことはほとんどできない。

c) 刑法上の帰属の基本原則に反するという事で評価すると、法人代表または従業員の犯行（例えば、詐欺やマネーロンダリング）を、法人自らが行った犯行であるかのように法人に帰属させる者は、刑法上の帰属のさらに別の基本原則に反しているということは、それ以上に重要だということはない。簡単に記すに止めるが、法人自身を非難できるとすれば、それは（せいぜい）法人がその存在によって、（その限りで存在する欠陥も含めて）特定の構造によって、そして、予防措置を欠いていたことによって、自然人（ら）による犯罪遂行を可能にしましたは容易にした、おそらくまた、法人が（構造的な欠陥を通じて）それを促進したということである。これにより、法人の関与は、——古典的な不法のカテゴリーにおいては——共犯不法（もちろん、このことでもってさらなる別の要件を実際に根拠づけることができるとはなお言いえないが²⁴⁾）に尽きる。しかし、共犯については、共犯によって促進された（またはおそらくそれどころか教唆された）本来の正犯不法が共犯に自身の犯行として帰属されることはない（そして、この者はこの所為のために処罰されることはない）ということ、今やまさに一致して認められている²⁵⁾。——これは、周知のように、正犯行為の遂行と他人の所為への関与との間にある大きな相違である。したがって、帰属モデルには、一般に認められた理由づけの形と刑法上の帰属の基礎に適合した、帰属のための支持可能な理由づけに欠けているだけではない。帰属モデルは、自然人の下では非帰属が一般に認められる事情とも矛盾する。その限りで妥当することが、なぜ、自然人と法人との間の関係においては異なるとされるのか、これまで明らかにはされてこなかった。

d) もちろん、刑法における、他人の態度の承認された帰属の十分に根拠のある原則から明らかに逸脱していることに鑑みて、多くの者にとって——立法関与者にとっても——

24 処罰可能性、また共犯処罰の可能性と人との連結点は、普通は行為であり、これに対して、人の存在またはその者のために他者が作り出した状態であることはないということから疑念が始まる (*Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 322 f.; *Robles Planas Robles Planas*, *La Ley N° 7705*, 2011, 1 [3] = [ドイツ語訳] *ZIS* 2012, 347 (351); *Schünemann*, *Leipziger Kommentar* [Fn. 3], Vor § 25 Rn. 26を参照。)。しかし、その他の共犯の諸要件（所為の主観面、責任）を充足するかも不明のままである。

25 これについて例えば、*Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003, § 26, insb. Rn. 11 ff.; *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Fn. 13), 22/1 ff.; *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S. 172 ff., 252 ff.を参照。

定の自然人の態度を法人に帰属させ（そして法人を処罰す）ることについて、犯罪を行った自然人が法人に関連して一定の職務を有していた——例えば、法人代表である——ということと十分だとするのは、どのようにして可能なのかという問題は残る。

その答えは、簡単である。明らかに容易に見抜きえない概念のすり替えないし概念の混同（部分的にありうるのは、理由づけのトリック）と関連するからである。

3. 刑法上の（刑罰を正当化する）帰属と刑法外の帰属の混同

a) 他人の処罰可能な態度を、ある者がそれを自身が行ったものとして帰属し、それ故にその者を処罰し、刑罰をもって叱責することが正当化されるように思われるという特別な意味でのみ、帰属は存在するわけではない。帰属は、法の基本概念である。この要件を自身では充足しない者において、一定の要件に結び付く法効果の発生を正当化するために、法のさまざまな文脈において帰属は行われる²⁶（そして、法を超えたところでも²⁷）。法効果の発生のための要件を直接的に充足する他者の態度の帰属は（または他者の知識の帰属も）、その要件を自ら充足していない者に（も）各法効果を発生させるための正当化根拠となる。

そのような帰属は、例えば、民法でも生じるのだが、それは、民法上、ある者の知識が、取消権の根拠づけまたはその欠落のコンテキストで他者に帰属される場合や、損害賠償請求の根拠づけの枠内で、ある者が他の者の態度に帰属させられ、それ故に損害に（共同）責任（(Mit)Haftung）を負う場合である²⁸。帰属は、公法においても生じるが、それは、例えば、ある者が一定の義務または責務を果たすために第三者の態度または知識を利用する際に、それらがその者に帰属させられなければならない場合である。そして、一定の法

26 例えば、*Hardwig*, Die Zurechnung, 1957; *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976; *Kelsen*, in: Klecatsky u.a. (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, 1968, S. 663; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994を参照。民法における帰属については、例えば、*M. Baum*, Die Wissensrechnung, 1999; *Deutsch*, FS Honig, 1970, S. 33; *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; 公法における帰属については、例えば、*Hollands*, Gefahrenzurechnung im Polizeirecht, 2005; *Reinhardt*, Wissen und Wissenszurechnung im öffentlichen Recht, 2010.

27 例えば、*Kaufmann/Renzikowski* (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2005; *Köhler*, FS H.-J. Hirsch, 1999, S. 65; *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903; *Seebaß*, in: Wolters/Carrier (Hrsg.), Homo Sapiens und Homo Faber, 2005, S. 359を参照。R. Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 1904における「帰属 „Zurechnung“」の項をも参照。

28 例えば、*Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (572 ff.): 「共同負責 (Mithaftung)」

効果の発生という結果をもってその機関または従業員の態度が法人に帰属させられなければならない、従って、法人において一定の法効果または法的効力が問題となるという意味において、帰属は、自然人と法人との関係でも当然に想定しうる²⁹。

b) それが存在すれば、そのような帰属が可能となるように思われる要件は、自由に設定できるものでもないし、さまざまな法効果について同一でもない。それは、帰属がなされる者に生じるべき法効果または法的効力の性質如何に依存する。つねに、他の者の態度が帰属される者にこの法効果を生じさせることが、法的諸原則によれば正当である——それ故に、帰属されるということではなければならない。

民法と公法では、その態度が帰属されるべき者は、帰属がなされる人との関係で、一定の機能を充足するということが十分であることが多いように思われる。すなわち、ある者の代理人は、一定の事案で(例えば、義務または責務を果たすために)活動する。その背後にある考え方とは、その義務を果たし、または、自分の職務を行うために他の者を使い、かくして自らの自由を拡大³⁰する者に対して、万が一の法効果を生じさせるこの者の知識またはこの者による自分自身の義務の不充足が帰属されなければならない、この者による損害発生禁止の違反について原則的に対応しなければならないということである。したがって、ここでは、法原則の考慮から、一定の法的効力の発生およびこれを可能にする帰属のためには、原則として、——刑法におけるように——他の者の態度を自身のものとして、ある者に帰属し、それによりその者に有罪を宣告し、その者に刑罰をもって叱責することが問題となる場合とは別の、そしてそれより明らかに軽い要件で足りる。刑法上の叱責は、もっとも明らかであるのは故意犯の場合であるが、その者自身の当該態度がないにもかかわらず、それでも他の者の態度がその者の仕業またはその者の法違反だとしうる場合にのみ、可能かつ正当である。これは、必然的に、叱責を受ける者自身における一定の主観面があることを前提とする。この主観面は、他の所見に代えて削除することは容易にはできないし、同じく帰属されるものである。

c) これを背景にして、法人代表(または、その他高い地位にある法人関係者)の犯行を法人に帰属させ、その犯行を理由に法人をも処罰しようとする者すべてが、どのような概念のすり替えに屈したのか(あるいは、どのような概念のすり替えをもって働いたの

29 この意味において、*Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (572 ff.); *Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, 1 (4 ff.) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (353 f.); ドイツ判例からは、例えば、BGHSt 5, S. 28 (32).

30 または、他者による管理の利益。このように言うのは、*Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (572 f.).

か!) が、容易に明らかとなる。すなわち、法人処罰に論拠を与えようとする者は、なぜ犯行を行っていない法人を、それにもかかわらず処罰できなければならないのかを根拠づけるために、刑法上の帰属概念を確かに持ち出している。しかし、彼らは、刑法上の帰属の適切かつ正義に方向づけられた諸原則に固執することなく、まったく別の法効果を根拠づけるために発展させられ³¹、そして、なるほどその限りでは正しいが、刑罰という法効果にとっては正しいわけではない、他の諸原則にまさに鞍替えしたのである。

4. 概念のすり替えの理由 — 刑罰概念の(民事制裁との)均質化

このような、民法上の帰属要件への接近が強く助長されるのは、差し当たり、民法上の帰属とその要件が、刑法上の帰属の要件、限界づけおよび深層構造よりも、一般的に法律家にとっても慣れ親しんだものであることによる。したがって、法人の場合に民法上の諸規則を刑法にも及ぼせることにおそらく何の問題性もあると思っていはいない³²。民法上の規則の刑法への転用がさらにいっそう容易にされるのは、まさに法人において(刑罰として)実際に生じる刑法上の法効果の形態、すなわち、罰金の負担という形態故にである。法人の財産負担は、まさにその他の場合——例えば、損害賠償、補填、違約罰の場合——と同じく民法上の帰属要件を元に一定の金額の支払義務によって確定されるので、この要件を類似しているように思われる罰金の賦課へと移行させることは、明らかに多くの者にとって当然であった³³。これに対する疑念は、金銭の支払義務以上のこと——すなわち有罪の宣告や非難叱責——が罰金に含まれていることを十分明らかだと考え、尊重する場合に初めて生じうる。この考え方は、明らかに提示されないことも多く、または無視に価すると考えられている。

31 刑罰の賦課を正当化するとされる刑法上の帰属と、民法上の帰属とのこのような混同は、連邦通常裁判所判決BGHSt 5, 28 (30 f.)においても明らかである。そこでは、ここで関心の対象としている「刑法上の負責」(BGH aaO.の表現)が、団体役員が、第三者に「団体に帰せられるべき義務の遂行において行われ、損害賠償を義務づける行為を通じて与えた (§ 31 BGB)」損害についての権利能力なき社団の民法上の負責と比較されている。Kudlich, in: Kuhlen u.a. (Fn. 2), S. 209 (211)をも参照。さらに Bertelsmann-Lesering 決定におけるBVerfGE 20, 323 ff.を参照。

32 これについての例として、BGHSt 5, 28 (31)決定の論証を参照。

33 今一度、BGHSt 5, 28 (31 f.): 罰金と費用に関し、刑法上の「負責」と民法上の「負責」との類似性)を参照。

もちろん——ドイツ法においては、連邦憲法裁判所もまた強制的に行っているように³⁴、刑罰についてのこのような理解に固執する限りは、刑法上の帰属の内容をこのように薄めて民法と均質化することに対して、全力で反対しなければならない。

5. 法人に対してなしうる措置

以上のことから、法人代表またはその他法人のために活動する者が犯行を行った場合に、法人に対して措置を取ったり、一定の法効果を課したりすることができないというわけではない。明らかに、法人は、その代表と代理人が生じさせた損害について——その限りで要求される自由に鑑み——補填する義務を負う。これには、社会心理的な損害も含まれる。これにより、この目的のために負担される賠償金や和解金として大まかに算定しうる、その除去のための出費が団体に要求される³⁵。しかし、とりわけ、犯行が、法人のテリトリーにある組織的欠陥の徴憑であり、犯行が組織的欠陥を通じての潜在的な法益危殆化であることが明らかである場合には、法人に対して——場合によってはかなり高額な——支払義務を負担させることは可能である³⁶。この種の処分は、費用支払義務を伴う（犯罪のない活動という）条件を維持し、その下でのみ活動できるということを法人に想起させることを目的とする。同時に、部分的にはかなりの高額となる費用を負担させることで、法的に期待される組織目標の維持が強いられることになる³⁷。

例えば、ドイツ秩序違反法第 30 条においても、このような処分がある。同条によれば、法人機関が犯行を行ったとき、法人には（一定のさらなる要件の下に）反則金を課することができる。この場合、「できる」という文言解釈にとって決定的なのは、保証義務のうちのどのような具体的手段を取っていたかである。すなわち、その機関の犯行について基本

34 例えば、とくにBVerfGE 128, 326 (376) = NJW 2011, 1931 (1937 f.) を参照。さらに例えば、BGHSt 2, 194 (200); 18, 87 (94); 20, 264 (266); *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I (Fn. 20), § 3 Rn. 46; *Kühl*, FS Eser, 2005, S. 149 (156 ff.)における詳細な文献を参照。

35 法人に認められた行為の自由を行使する際に、法人機関の行為の社会心理学的結果に対する法人の補填義務について、同旨、*Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (571 f.).

36 *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 ff. (1172 f.)をも参照。Haftung für Organisationsmängel; *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 249; 類似のものとして、すでに*Schünemann*, Unternehmenskriminalität (Fn. 3), S. 240 ff., 249 ff., 同書は、確かに制裁の正当化のために、法益緊急状態を援用するが、処分の妥当性は、とりわけ組織の欠陥をもって根拠づける。スペインの文献から同旨、*Robles Planas*, Pena La Ley N° 7705, 2011, 1 (5 f.).

37 *Stratenwerth*, FS R. Schmitt, 1992, S. 295 (302 ff.: 「一般予防目的をもつ措置」); *R. Schmitt*, Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände, 1958, S. 130, 178 ff.: 「客観的な保安処分」をも参照。

的に法人に責任を負わせたいかであり、例えば、犯行が、法人のテリトリーの中にある組織的欠陥と何らかの関係があり、規則にかなった組織であれば犯行が避けられたであろう場合にだけ法人に責任を負わせたいかである³⁸。法人代表が犯行を行った場合に法人に没収および収奪の可能性を広げること (§§ 73 Abs. 3, 75 StGB)³⁹も、実務上意義があるが、この背景の下に考えられるべきであり、原則的に異議を唱えることはできない。

6. 中間的帰結: 帰属モデルは支持し得ない

以上をもって、中間的帰結の意味で次のように要約できよう。法人のために活動する自然人の犯行を法人に帰属するためには、この自然人が法人のために活動し、法人に関して一定の職務を引き受けていることでは十分でない。このような事実関係は、単なる支払義務の正当化、資格喪失の正当化または法人に対する保安処分および秩序法上の措置のための帰属にとってしか十分ではない。刑法上の帰属すなわち自分自身では行為を行っていない者に対して、他の者が行った犯行について有罪を宣告し、その犯行遂行について非難するのを正当化する帰属のためには、別のことが必要である。すなわち、そのためには、帰属される者は、とくに一定の主観的要件をも充足しなければならないが、それを法人は充足しないのである。法人は、フィクションなくこの要件を充足することはおよそできないのだから、自然人の犯行を単に帰属させるという方法で法人処罰を根拠づけようとする試みは、失敗だと考えなければならない。それは、概念のすり替えに依拠しているからである。

これにより、（効果的な）法人処罰に代わる代替物として残るのは、法人処罰をそのものとしてすなわち法人自身による犯罪遂行によって根拠づける試みである。

III. 法人自身の犯罪行為（処罰可能性）という構成とその問題性について

——法人自身の不法と法人自身の責任ということで——法人自身の犯行のように構成する試みは、最近、ドイツおよびとくにスペイン語圏の学説においても幾度となく存在する

38 秩序違反法第30条の手段および問題性について、より詳細には、*Rogall*, in: Senge u.a. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl. 2006, § 30 Rn. 1 ff. und *Engelhart*, *Sanktionierung* (Fn. 3), S. 373 ff.を参照。

39 これについて詳細は、*Engelhart*, *Sanktionierung* (Fn. 3), S. 337 ff. m. w. N.

40。これらの試みは、一見したところ、なるほど帰属モデルを通じて法人処罰を根拠づけようとする試みほどには有望には思われないかもしれない。なぜなら、帰属モデルとは異なって、法人自身の犯行を示す努力は、「法人は（刑法上問題となるやり方で）行為を行うことができず、法人は行為能力も責任能力もない」という伝統的な異論に明らかに完全に突き当たるからである。それにもかかわらず、このように構想される可能な構成と詳細に取り組まずに、この構成を非難すべきではなかろう。法人処罰に反対する伝統的な論拠の破壊力が過大評価されている可能性は決して完全にありえないわけではないのだから。

1. 法人自身の犯行の根源的基礎

a) そのような過大評価は、——少なくとも一見したところは——行為というよりもむしろ刑法上問題となる態度の必要性が問題となる限りで、行為に存在する。法人は因果の連鎖を（操縦的に）開始する状態にはないので、法人が現に行為を行うことは決してできないという、一部の見解により提起される異論⁴¹は、なるほど作為の意味で行為を認めることを妨げ、したがって作為にのみ着目する刑法においては高度の破壊力をもつ。刑法上問題となる態度として不作为をも観念し、これに相当程度大きな意味を認める刑法においては、刑法上問題となる法人の態度を論難する異論の力は、——少なくとも一見したところは——明らかにより小さい。なぜなら、他者が開始した事象経過への不介入という意味での不作为は、法人にも可能であるように思われるからであり、法人の犯行というものがありうるとすれば、結局は構造的にももっぱら不作为のみが問題となるであろう⁴²。これがまさに明らかとなるのは、例えば、法人が安全義務または製品の監督義務と回収義務を負っているのにもかかわらず、——その機関または従業員が果たすべき——これらの義務を法人が果たさなかった場合である。しかし、機関または従業員が、その点で行為を行ったが、不十分な措置だった場合もまた、法人の観点からはその点に不作为がある。それど

40 例えば, *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 256 ff.; *Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), passim; *Lampe*, ZStW 106 (1994), 683 (697 ff., 707 ff.); *Engelhart*, Sanktionierung (Fn. 3), S. 658 ff. を参照。スペイン語文献からは、まず *Bacigalupo Saggese*, La responsabilidad (Fn. 3), insbes. S. 101 ff., 351 ff.; その後、とくに *Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad (Fn. 3), S. 150 ff., insbes. 201 ff., 248 ff.; *ders.*, ZStW 119 (2007), 290 ff.; *Nieto Martín*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 102 ff., 127 ff. und insbes. 145 ff.; *Zugaldía Espinar*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 142 ff., 151 ff., 160 ff.

41 前掲脚注8の諸文献を参照。

42 同旨, *Tiedemann*, NJW 1988, 1169 ff. (1172); *Schünemann*, in: Schünemann/Suárez González (Fn. 4), S. 265 (274 ff.); 最近では、また *Engelhart*, Sanktionierung (Fn. 3), S. 674; スペインの文献からは、*Feijoo Sánchez*, in: Díaz-Maroto y Villarejo (Fn. 11), S. 65 ff. (82)。

ころか、企業の機関または従業員が作為（例えば、詐欺やマネーロンダリング）による犯罪で有罪の責任を負う場合には、結局、法人については不作為が問題となる。規範の名宛人としての法人は、場合によっては、法人の下で業務を行う自然人の犯罪を阻止するように配慮する、法人に課せられる義務に違反したということが可能である。

それにもかかわらず、法人が犯罪を行いうるとした場合に、態度の形態として不作為を援用したからといって、法人には行為能力がないという異論を完全に退けるものではない。なぜなら、不作為および（とりわけ）不作為に存する義務違反を語ることができるのは、もっぱら不作為者に他行為の選択肢があった場合すなわち法的に期待される行為を行うことができたであろうのにしなかった場合のみだからである。しかし、法人は自らこれを行うことはできず、法人のために行為を行う自然人（法人機関または従業員）を通じてしかこれを行うことができない。したがって、刑法に関連する不作為としてのこのような（仲介的な）可能性を十分に承認するとしても、義務に違反した法人の不作為と言うことはできない⁴³。

b) 最初に——試みとして——これに関わるならば、法人の責任についての問題はなお残る。

ここでも、法人処罰の可能性に反対して伝統的に提起されてきたいくつかの異論は、それらが望むほどにはあまり重要ではない。例えば、法人の責任の可能性に反対して、従来のように、責任の道徳的ないし社会倫理的ファクターを引き合いに出すのであれば、この異論は妥当するのだが。なぜなら、刑法においては、道徳的責任や倫理的な意思決定能力は問題ではないからである。刑法は、法的責任で十分である⁴⁴。刑法上の責任判断の社会倫理的要素は、必ずしも規範の名宛人の性質とは関連せず、それは侵害された規範が社会倫理的な基礎を持つということからの帰結である。規範の名宛人が個々の場合に（社会生活に関与する）法人であるからといって、そのことに変わりはない。

本来の問題はむしろ、責任が、伝統的な意味において、規範の名宛人として法に適った決定をする人の能力と不可分に結びつくように思われるという点にある⁴⁵。——少なくとも伝統的な理解によれば——この能力をもつのは、自然人であり⁴⁶、他方、法人は——少

43 このような意味で、例えば、*Hirsch*, *Straffähigkeit* (Fn. 2), S. 10（他者を介した自らの行為という形態）；*Kudlich*, in: *Kuhlen u.a.* (Fn. 2), S. 209 (211 f.); *H.-J. Schroth*, *Unternehmen* (Fn. 3), S. 177（「指導的行為能力」）；また、*Engelhart*, *Sanktionierung* (Fn. 3), S. 667 f.

44 これについて、多くを挙げる代わりに、*Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch* (Fn. 8), S. 418 ff. m.w.N.

45 例えば、BGHSt 2, 194 (200); BVerfGE 128, 326 (376) を参照。

46 そのような能力が正当に認められるかについて、現在、精力的に行われている議論について、ここでより詳細に立ち入ることはできない。これについて詳細は、*Frisch*, *Zur Zukunft des Schuld-*

なくとも自身の（自然的）能力という意味では——この能力に欠けている⁴⁷。この欠損を埋め合わせることができるのであれば、法人の責任を根拠づけるために、再び、間接的な能力つまり自然人を介した能力で足りるとする場合に限られる。なぜなら、間接的または媒介されたという意味において、法人もまた、結局、規範遵守能力をもつからである。その機関（および機関に任命された者）によって、法人は自身の義務を果たしうるし、現に果たしているというように、法人も、その機関の規範遵守能力を介して、正と不正を区別し、その態度において法に方向づけられる能力がある。それを理由としてのみ、したがって、法遵守のための（間接的な）保証が法人にも存在するために、他人の財侵害に至りうる（またはその侵害を事実上可能にする）権利も法人に認めることができる。

法人が義務を果たさずに財侵害に至ったことについて、責任を負わされ、叱責を受けまたは処罰による制裁を科されることが許されるのか、許されるとすればどの程度かの問題においても、法人を承認し、その活動を許容するために意味のある事情を考察するのは、規範的な理由から当然である⁴⁸。これを考えれば、法人は、それを承認する際に前提とされ、規範遵守に管轄がある（そして、原則としてその能力がある）機関、すなわち、自然人たる機関管理者の助力をもって、（刑法により守られる）規範から逸脱した態度を回避することができるという限り、法人へ叱責を向けるのは不適切であり、不当であろう⁴⁹。これに対して、管轄ある機関が法人に対して法により要求されたものを認識し、それで法人の法適合的態度（義務の充足）に配慮することができたのであれば、法人に課せられる義務（例えば、交通安全義務または製品回収義務）を果たさなかったことについて、

strafrechts, 2013; *Frisch*, Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad, in: Cancio Meliá/Feijoo Sánchez (Hrsg.), *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012, S. 19 ff.において、スペイン語版が一部公表されている。

47 例えば、すでに *Jescheck*, ZStW 65 (1953), 210 (213); *Schünemann*, in: *Schünemann/Suárez González*, S. 265 (282); 実質上同旨, *Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (568 f.): 「規範に対する態度決定能力の欠如」。

48 この方向にあるものとして、例えば, *H.-J. Schroth*, Unternehmen (Fn. 3), S. 202; *Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), S. 14 (団体のために行為を行った人間による「意思自由と自己決定」); *Kudlich*, in: *Kuhlen u.a.* (Fn. 2), S. 209 (213 f.); *Engelhart*, Sanktionierung (Fn. 3), S. 672 f. —これに対して、とくに *Gómez-Jara Díez* (とくに *La culpabilidad* [Fn. 3], S. 201 ff. und ZStW 119 [2007], 290 ff.を参照。) が有責な不法を根拠づけるために議論の中で持ち出した、自己組織化システムとしての企業という考え方が、法人の不法・責任を説得的な、あるいは、構造的に透明な根拠づけを可能にするかは、私には疑わしいように思われる（批判について、例えば, *Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, 1 [2 ff.] = [ドイツ語訳] ZIS 2012, 347 [349]; *Schünemann*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 [437 f.] を参照。)。補足的に、なお後述3.を参照。

49 この意味で明言しているのは、また, *Hirsch*, Straffähigkeit (Fn. 2), S. 26; その間、放棄した見解を基にして、おそらくまた, *Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil (Fn. 13), 6/45.

法人を叱責し、処罰することは、当然だと思われる。もちろん、法人に対してこの場合になされるであろう非難は、自然人に対して提起される非難よりも複雑となろう。*規範遵守に管轄を持つ機関によって、法人には義務を果たすことが可能であったにもかかわらず、その法的義務を果たさなかったことを法人は非難されるからである。もっともこの非難も、法人の間接的な規範遵守能力を拡張して機関の規範遵守能力と同一視し、したがって、機関の犯罪的態度を——規範的理由から——法人の規範遵守能力の欠如または低下とは認めない場合に、一定の事例でのみ可能であるにすぎない*⁵⁰。

c) このような基本的仮定に基づいて、刑法上問題となる態度（不作為）および法人の責任のために、法人が有責とされる理由となる有責な不法は、従業員が行った犯罪それ自体ではないし、詐欺またはマネーロンダリングのような法人機関が犯罪を実現した場合の犯罪でもない。*固有の不法として法人が非難されうるのは、もっぱらそのテリトリーにおいて（その機関を通じて）、その活動と関連した犯行を阻止するために法人に法的に期待される予防措置をとらなかったこと、そしてそれによりそのような犯行に至ったことのみである*⁵¹。

この法的に期待される予防措置に含まれるのは、例えば、他者の財侵害を起こさないことを保証する組織構造や行動ガイドラインのみならず、従業員の人選と監視にも向けられた要求である⁵²。法人がそれを通じて義務を果たすものとされる機関自体に関しても、犯罪行為やすでに述べたような規範遵守能力の事実上の欠損が生じないように保証される

50 実際、法人自身の有責な不法の主張者達の側でも、これは起こっている。彼らは、このような確認に対して「原因において自由な行為」(*Tiedemann*, NJW 1988, 1169 [1172 f.]; *Heine*, Verantwortlichkeit [Fn. 3], S. 265 f., 288をも参照。), 一種の「性格責任(Charakterschuld)」(*Lampe*, ZStW 106 [1994], 683 [722 ff.]), または「業務遂行責任」(*Heine*, Verantwortlichkeit [Fn. 3], S. 166 ff.) といった諸形象を通じて法人の犯行へと到達しようと試みる。

51 法人の決定的な落ち度ある態度としての（自然人の犯罪遂行を可能にした）組織化または組織細分化という意味で、例えば、*Tiedemann*, NJW 1988, 1169 (1172); *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 256 ff., *ders.*, ÖJZ 55 (2000), 871 (880); *Engelhart*, Sanktionierung (Fn. 3), S. 673; *Hernández Basualto*, Polít. crim. Vol. 5 (Julio 2010), Art. 5, 207 ff. (216 ff.); *Nieto Martín*, La responsabilidad (Fn. 3), S. 145 ff., 160, 332 f.; *Gómez-Jara Díez*, La culpabilidad (Fn. 3), S. 201 ff., 248 ff.; *ders.*, ZStW 119 (2007), 290 (322 ff.); しかし、そのような見方に反対するのは、おそらく *Carbonell Mateu*, ZStW 123 (2011), 331 (338 f. und mehrfach). 組織の欠陥に固執する論者が、この欠陥に法人の責任があると考えるならば(例えば、*Tiedemann*, aaO.; *Gómez-Jara Díez*, aaO.), それはもちろん説得的ではない。なぜなら、法人の（とくに固有の）不法はどこにあるというのだろうか。法人固有の犯行の可能性を認める場合、（犯行を可能にする）法人の組織上の欠陥は、むしろその特殊な不法を特徴とすることになろう（適切にもそのように言うのは、責任についての解説を伴い、*Feijoo Sánchez*, in: Díaz-Maroto y Villarejo [Fn. 11], S. 65 [83 ff., 104 ff.] S. 106 ff.).

52 これについて、*Theile*, ZIS 9 (2008), 406 ff.; *Heine*, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 265 f., 281 f., 283 ff.; 批判として、*Hefendehl*, JZ 2006, 119 ff.をも参照。

べきである。このためには、執行機関の選択における適切なコントロール、相応の点検および説明義務と助言義務をルーティン化することだけではなく、手続の整備、法的に問題のある可能性のある決定に際しては有資格者の多数決を要することなどが必要である。そのことで自身の不法として法人に負担させられる態度が存在することになるのは、求められる予防措置がおおよそ存在しなかったかまたは不十分であった場合だけではない。組織構造が瑕疵ある発展をし、設置されたことで、犯罪遂行を容易にしましたはそれどころかそのきっかけを与えたときは⁵³、規範的には、法的期待の不充足である。それらは、自身の不法の加重事例となろう。

他方、法人が、その機関を通じて、法人の活動領域における犯行を回避するために適切にも要請されるべきことをすべて行っていたときは、法人の固有の不法は欠けることになるだろう。これは、機関として性格づけられる自然人の犯行であって、法的に要請される予防措置では阻止できなかった場合も同じである⁵⁴。法人の処罰可能性を阻却する意味での適切なコンプライアンス・プログラムの設定を考慮する法律上の解決の適切な理解がここにある⁵⁵。同時に、法人固有の非難可能な不法の把握に努めるアプローチは、ここで、自然人の犯行を法人に容易に直接に帰属させまたは代位責任または厳格責任（*vicarious oder strict liability*）の原則により自然人に代わって法人に責任を負わせるような解決方法から区別される⁵⁶。

帰属モデルとのさらなる大きな相違は、非難と処罰の内容にある。これまで述べてきたことに基けば、自然人が（機関として）行い、帰属モデルによれば、法人に帰属される行為、例えば、詐欺やマネーロンダリングは、法人に対して容易に非難できるわけではない。法人にいくらか非難しうる不法は、むしろ最後に挙げた事例では、不十分な予防措置

53 これについて、*Heine, Verantwortlichkeit* (Fn. 3), S. 256 ff., 265 f.; *ders.*, *ÖJZ* 55 (2000), 871 (880); *Schünemann, Unternehmenskriminalität* (Fn. 3), S. 22, 253; *Engelhart, Sanktionierung* (Fn. 3), S. 673: 「欠陥のある企業風土」; *Carbonell Mateu, ZStW* 123 (2011), 331 (338 f.): 「犯罪遂行から利益を得るために完全に組織化された構造」を参照。

54 （刑法以外の制裁の文脈で）*Robles Planas, La Ley N° 7705, 2011, 1* (6) = (ドイツ語訳) *ZIS* 2012, 347 (355); （刑法上の制裁の文脈で）*Gómez-Jara Díez, ZStW* 119 (2007), 290 (322) をも参照。*Dannecker, GA* 2001, 101 (112) をも参照。

55 これについて詳細は、*Engelhart, Sanktionierung* (Fn. 3), S. 595, 655 f.; *Nieto Martín, in: Kuhlen (Hrsg.), Compliance* (Fn. 2), S. 27 (36 ff.); *Hernández Basualto, Polít. crim. Vol. 5* (Julio 2010), Art. 5, 207 ff. (218 f.) を参照。さらに例えば、*Gómez-Jara Díez, La culpabilidad* (Fn. 3), S. 75, 248 ff.; *Nieto Martín, La responsabilidad* (Fn. 3), S. 148 f.; *Feijoo Sánchez, in: Díaz-Maroto y Villarejo* (Fn. 11), S. 65 (68 ff.) を参照。

56 これについて例えば、*Brickey, Corporate Criminal Liability, 3 vols. (2nd ed.) USA 1992–1994, Bd. 1, S. 172 f.*; *Ehrhardt, Unternehmensdelinquenz* (Fn. 4), S. 92 ff.; *Engelhart, Sanktionierung* (Fn. 3), S. 64 f., 66 ff. を参照。m.w.N.; *Heine, Unternehmen* (Fn. 3), S. 871 (876 f.).

を通じて、法人がもたらすことのできた措置が実現されていれば、阻止しえたはずの犯行を可能にし、阻止しなかったという点ですすでに評価しつつされている。これは、事柄の性質上、二次的で付随的な不法であり、これは、構造的には最も容易には共犯不法、おそらくは正犯の不作为の不法に相応する⁵⁷。現行法としては、多くの場合に態度に関連する財産犯の領域において、通常は、共犯ここではとくに幫助を介して把握されうる。不作为正犯は、あるとすればせいぜい若干の非身分犯（Allgemeindelikt）に関して考えられよう。

d) ここまでの考察は、法人の領域において、法人自身の犯行として考えられるであろうことについての大きな形を表すものである。もちろん、この形は完全なものではない。とくに所為の主観面とここで再びとくに故意への要求（誰の故意が必要で、あるいはそれで十分なのか）は、さらに具体化が必要である。それにもかかわらず、ことによると法人処罰を正当化するかもしれない法人自身の犯行としてこれまで大まかに概観されてきたことが、実際に、刑罰の賦課を正当化する非難を法人自身に行うのに適しているときに初めて、これらの諸問題に取り組むことは意味がある。このことさえも疑わなければならないだろう。

2. 法人自身の犯行という構成に対する批判的考察：偽装された客観的帰属

法人自身の犯行という構成は、規範的な構成でなしうることの限界にまで至るのみならず、この構成が、自然人を介する間接的な行為能力と規範遵守能力にもかかわらず、他人の犯行を阻止することの懈怠によって犯行を裏付けようとする場合、この点でさえ、部分的にはなおフィクションに頼らなければならない⁵⁸。その主張者、および法人の視点からのそのカテゴリーの展開が思わせたいほどには、そのように構成される法人「自身の犯行」は、現実には、法人自身の自立的なものではない。ここでもまた、帰属はむしろ強力に推し進められるが、結局、法人はやはりもっぱら自然人の態度と責任を理由に処罰される。

a) —隠された—帰属は、不法の領域において始まる。不法はなるほど形式的で明確に決せられる。すなわち、法人は自らに負わされた一定の義務（特定の危険を回避する義務、製品回収義務、法人執行部の犯行を阻止する義務）は明らかに果たされなかった。しかし、義務を履行したか否かを確定するのは、帰属の考慮がなければ、結局は考えられな

⁵⁷ これについて、すでに上述のII. 2. cをも参照。

⁵⁸ 上述 1. b, a.E を参照。

い。自然主義的に見れば行為無能力である法人は、例えば必要な予防措置や補償的な手続を整備することすらまったくできない。そこで、法人は、法人のために活動する者（とくにその機関）の行動に依拠せざるをえない。その機関の相応の行為を法人に帰属させる場合にのみ、そのことで、法人は、その義務を果たしたといえることができる⁵⁹。他方、法人は、機関とその他の自然人を介して義務を充足することができ、したがって、その態度を法人に帰属させて初めて、そのような行為の不履行を、まさに法人による義務の不充足であるとも考えることができる。したがって、法人自身のもので書き換えられた不法においても、帰属が生じている。そして、法人を処罰する場合に、法人は、やはり第三者（自然人）の落ち度ある態度を理由に処罰されているのである⁶⁰。

責任の枠内で、さらに帰属が加わる。ここでは、機関の規範違反的態度が、法人自身の義務不履行として法人に帰属されるだけではない。自然人を媒介する法人自身の規範遵守能力が欠如しつつ（そして、機関を設置したことにより、法人自身の事実的な規範遵守能力が事実上限定され、終結させられることを事実反してぼやかしながら）⁶¹、ここで同時に機関の規範遵守能力が、法人自身のもので法人に帰属され、義務の不履行が有責な義務の不履行としてまた法人に帰属される。

したがって、自然人の犯行の直接的な帰属というやり方で法人処罰を簡易に根拠づけるのではなく、法人自身のありうる不法と責任とを解明しようとする試みもまた、結局、帰属の考慮なしで済ませることはできない。帰属は、直接的な帰属モデル（上述Ⅱ）ほど直接的に生じているわけではない。一見、特別に法人のために作り上げられた不法と責任のカテゴリーの中で——偽装的に——帰属は行われる。しかし、だからといって、ここでもやはり他の（自然）人の有責な態度が法人に帰属されていることには何らの変わりもない。結局は、直接的であからさまな全体帰属のモデルと全く異なるところはないのである⁶²。

b) そのような帰属にとって、直接的な帰属の場合と同じく、ここで刑法特有の帰属原則に関する説得的な理由づけの可能性が欠如する。結局、——再び——他人の態度を自己の犯行として帰属する最低限の要件がすでに欠けているのである。すなわち、それは、自身の行為として帰属されるべき者の意思にあたる。これはすでに、法人とその機関の態度と

59 おそらくはそうではない。*Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 (565) を参照。：「法人の義務とは、時代遅れ（でしかない）。」

60 同旨, *Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, 1 (4 f.) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (353).

61 この構成について、上述1. b.

62 適切にも、*Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, 1 (3: 洗練されたヴァリエーション“variante refinada”) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (350); 正体を現しているのは、*Engelhart*, Sanktionierung (Fn. 3), S. 672: 「法的忠誠の欠如の同様の非難が企業に帰せられる。」

の間の関係においてまったくのフィクションであり、これには自然主義的な基礎がない。実際に、帰属のために援用されうる唯一のことは、再び、犯罪を行う自然人は法人に関して一定の地位を占めている（そして、その任務の領域で、例えば、法人代表として活動していたか否か）という客観的データである⁶³。これは、確かに法人代表の態度を理由として法人に対して（犯罪を行わないという）組織目標に達していないことが確認されたということであり、それ故に、この状況に異議を唱えて、この組織目標の維持を強制する（あるいは、それが達成不可能なときは、法人を解散させる）法効果の負担を法人に負わせることが正当化される⁶⁴。法人自身の犯行、したがって法人自身が不法を行う決意をした態度を認め、言葉の真の意味で、何かが「できた」、それ故に有責だと言われ、刑罰をもって叱責することが許されるということを認める場合、しかしながら、これは（これについて妥当する規則の点で）不十分である。

要約すると、そして同時に結論という意味で言えば、以下のようなになる。刑罰を非難（叱責）と責任、しかも自分自身の責任と結びつける限り、法人機関（または従業員）の犯行を理由として、法人に負担をかけることを法人処罰の行為と呼び、そのようなものとして意味づけることはない⁶⁵。法人自身の有責な不法に対する刑罰の行為ではなく、他者の有責な不法についての保証義務（Einstehenmüssen）である。そのような保証義務には、十分な理由がある⁶⁶。それを的確に解明し、適切な概念へと作り上げ、その射程の限界を示すことは、法人に関わる説得的なドグマティックの本来の任務である。犯行を理由とする法人処罰の着想をこのように理由づけようとする試みは、邪道である。

3. 救援の試み：「自由と答責性（*Verantwortlichkeit*）」の組み合わせと自己組織化（*autopoietisch*）システム

63 そのようなことから、法人自身の責任の理論に対する批判は、正当にも、現実の責任なく単に「客観的に」根拠づけられた答責性ということを言う。例えば、Robles Planas, La Ley N° 7705, 2011, 1 (5) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (353); Freund, in: Münchener Kommentar (Fn. 3), Vor §§ 13 ff. Rn. 150: 「自身の人的瑕疵行為の欠如」を参照。

64 上述II. 5.

65 いずれにせよ、処罰される者に対して、この者自身に回避可能な固有の瑕疵ある態度を理由にして発せられる叱責という意味で刑罰を理解する限りは！

66 上述II. 3. b und 5を参照。

法人に認められる自由は、自由の結果についての責任を伴うということで法人処罰を根拠づけようとするアプローチ⁶⁷や、法人(企業)自身の責任を構成するために、企業の性格を自己組織システムとして考えるアプローチ⁶⁸もまた、これまで述べてきたことを変えることはできない。

「結果に対する自由/答責性の主張」という組み合わせの力を借りても、確かに、自由の行使によって(他人の財または社会の財に対して)生じた結果についての法人の保証義務——したがって、機関の犯行による第三者の財侵害または規範の妥当性の危殆化についての保証義務⁶⁹を正当化することはできる。それにもかかわらず、そこから、その機関の犯行を理由としてまたは組織の欠陥について法人に関して、法人を処罰することが許されるということは決して結論づけられない。刑罰は、端的に自由の行使のネガティブな結果についての補填や保証義務ではない。刑罰は、多くの諸国において一般的な理解によれば、(とくに)一定の態度を理由とする社会倫理的な非難(叱責)である⁷⁰。この叱責は、なるほど機関として犯罪行為を行った自然人(その他の代理人)に対しては可能である。——彼らが他の意思決定と他の行為を行う能力があり、それを彼らに期待できたことを彼らに非難することができる。自ら意思決定をせず、フィクションなしには決意できない(それ故に他の意思決定もできない)者に対して、それにもかかわらず、この方向に向けられた非難または叱責は根拠づけられず、無意味である。名宛人による回避可能な瑕疵ある決定を行ったことを理由とする叱責の名宛人には向いていないということは、すでに述べたように、間接的な能力という構成によっても除去しえない。これは、結局、他人の責任のためにそれらの者を叱責するということになる⁷¹。

67 例えば, *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 (325 f.); *ders.*, La culpabilidad (Fn. 4), S. 278 ff.; *Bottke*, wistra 1997, 241 (253) を参照。

68 とくに *Gómez-Jara Díez*, ZStW 119 (2007), 290 (302 ff., 306 ff., 327 ff.); *ders.*, La culpabilidad (Fn. 4), 2005, S. 115 ff., 201 ff., 248 ff. を参照。

69 法人に認められる行動の自由を行使した、機関の行為の社会心理学的帰結についてもまた、法人は請け負わなければならない(同旨, *Jakobs*, FS Lüderssen, 2002, S. 559 [571 f.])。そして、そのことから、法人は、その点に尽きる制裁、例えば、この目的で科される反則金や和解金のような制裁の名宛人としてこの帰結を補填するのには適している(上述II. 5.)。

70 これについて、ドイツでは例えば, BGHSt 2, 194 (200); 18, 87 (94); 20, 264 (266) を参照。BVerfGE 128, 326 (376) = NJW 2011, 1931 (1937 f.); *Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I (Fn. 20), § 3 Rn. 46をも参照。*Kühl*, FS Eser, 2005, S. 149 (156 ff.)には詳細な文献がある。

71 団体刑(Verbandsstrafe)および法人処罰においても、この点が問題となるということは、——歴史的に説得的に織り込まれて——*Maihold*, Strafe für fremde Schuld (Fn. 3), S. 16 ff. und passimの研究において説明されている。

法人または企業に自己組織化・自己省察システム(*autopoietisches, selbstreferenzielles System*)を付与することによっても、法人は、自らの法違反のための叱責を向けられるのに適した者としての特別な性質をもたない⁷²。そのような自己省察は、表面的な類似性にもかかわらず⁷³、単に社会学的事実であって、結局は、叱責を提起するのに必要な、意味内容を把握して正しいことを選ぶ意思決定を行うという、叱責を受けることのできる者の能力とはまったく異なるものである⁷⁴。法人は、端的にこの能力をもたない。いずれにせよ、それらのアプローチの支持者は、これまでそれについての証明責任をなお負ったままである⁷⁵（そして、他方、彼らは、自己省察がそれ自体として刑罰による叱責を正当化するのに十分であり、なぜそうなのかを論理的に確証していない⁷⁶。）。たとえ（特定の⁷⁷）法人が、自己省察的で自然人とは独立した存在として社会において認められるとしても、それ故に、法人自身ではなく、法人のために活動する自然人のみが、法を実現または法を軽視する能力があり、法違反に対して叱責を向けることができるということには何ら変わりがない。

IV. さらなる疑念：効果的な法人処罰の現実的必要性の欠如

これまでの考察は、法人自身の処罰可能性に反対して持ち出される、解釈学的に構成される疑念に集中してきた。法人の処罰可能性に対しては刑事政策的疑念をも、そしてドイツでは、少なくとも、刑罰が、明らかに関係者が何らかのことをなした落ち度ある態度を理由とする社会倫理的非難として（も）理解される場合、ことによるとそれどころか憲

72 同様に、例えば、Gómez-Jara Díez, La culpabilidad (Fn. 3), S. 201 ff., 248 ff.; ders., ZStW 119 (2007), 290 (302 ff., 306 ff., 327 f.); Heine, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 79 und Engelhart, Sanktionierung (Fn. 3), S. 667 f. tun.

73 いわば、情報の消化という方法でのコミュニケーションまたは「自己決定」のレベルにおいて。

74 同旨, Jakobs, FS Lüderssen, 2005, S. 559 (570 f.); Schünemann, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 3), Vor § 25 Rn. 26; Robles Planas, La Ley N° 7705, 2011, 1 (2 f.) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (349).

75 これは、おそらく意識されている。なぜなら、これらのアプローチの目的は、まさに、個人刑法の見方（そして諸前提）から離れ、自己省察に基づいた共通の責任概念を構想することにあるからである。

76 Gómez-Jara Díez は、刑罰論に関する彼の考察において、もっぱら「規範の妥当性の確証」(ZStW 119 [2007], 290 [332]) ないし「規範の妥当性のコミュニケーション上の再定立 (el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma)」(La culpabilidad [Fn. 3], S. 298 f.)を取り上げる。

77 その限りで充足されるべき諸要件について、Gómez-Jara Díez, ZStW 119 (2007), 290 (312 ff., insbes. 314 ff.).

法上の疑念さえある⁷⁸ということをおお補足しておかなければならない。法人に対しては、刑罰という反作用の相当性のみならず、その必要性も欠けている⁷⁹。以下、概略することにしよう。

法人機関が犯行を行った場合、法人に問題なく命じることができるのは、その下でのみ法人が承認されうる条件すなわち犯罪を伴わない法人業務・任務の遂行を法人に維持させる非刑罰的強制処分すなわち民事・行政法上の強権的処分である。このために、必要性の程度に応じて、かつ比例性を限界として、かなり高額な金銭の支払を課することができる。それが法人に由来する危険を除去するのに十分でなければ、危険回避または危険除去の処分として、原則的にそれどこか法人の解散さえ考えられる。法人が法益に対する危険源へと発展するのを阻止するために、これらの予防的かつ懲罰的な効果をもつ非刑罰的強制処分の十分な利用と結びつけて法人執行部を適切に処罰することでは足りない——それ故、法人処罰に刑罰の投入が必要だとする説得的な検証は、これまで行われていない。

法人が活動しうる条件（犯罪を伴わない執行部の態度）とそのためが必要とされる、犯罪を行わないという組織目標の維持のために法人に迫られる強制的処分ないし強権的処分による法人の負担と併せた（法人執行部の）自然人の処罰よりも、刑罰に手を伸ばす方が、法人の活動から発せられる犯罪遂行の危険という問題をより良く解決するのを約束すると言うことはできない。（害悪としての）刑罰がこのような予防的・強権的処分（および害悪）と異なる唯一の点は、社会倫理との関連すなわち社会倫理に基礎づけられた義務の違反を理由とする叱責（Tadel）である。この叱責は、犯罪を行った自然人（法人執行部）に対してだけでなく、法人自身にも提起されれば、より多くの成果がもたらされるというのは、端的なフィクションである⁸⁰。その限りで法人への叱責は（多くの者からは）誤りだと感じられるであろうから、一層このことは妥当する。その犯罪的活動を通じて社会倫理に根拠づけられる義務に違反するのは、法人執行部として活動した自然人のみである⁸¹。法人に向けて言うのは、法人が、その機関の態度を通じてその存続許可条件とその組織目標の中にとどまっており、そのために将来、組織目標の維持を保証する（そして、一般に組織目標の維持が貫徹されるということを強力に示す）負担を負わなければならないということである。

78 今一度、前掲脚注70の諸文献を参照。

79 それ以上に、*Schünemann*, FS Tiedemann, 2008, S. 429 (445 f.) は、反作用としての刑罰の適切性に疑いを向ける。

80 同旨、*Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno*, in: Kuhlen u.a. (Fn. 2), S. 227 (237).

81 適切にも、*Robles Planas*, La Ley N° 7705, 2011, 1 (5) = (ドイツ語訳) ZIS 2012, 347 (353).

以上の考察は、同時に、法人処罰（の正当性）に関する争いの背後には、かなりの部分、刑罰概念の理解における相違が存在するという事を明らかにした⁸²。刑罰とは、予防的かつ懲罰的に作用する（害悪である）手段の形象に他ならないと理解する者は、——このことはとくに功利主義的に形成された法文化にあてはまるように——原則的に、刑罰を法人に対しても投入することに対する疑念はもたないであろう⁸³。このことは、端的に合目的であり、功利主義的な説得性の要求を満たす諸理由をもって根拠づけられるのでなければならない。刑罰を、処罰を受ける者が自らそれを行ったという理由で刑罰をもって人的に責任を負わされ、叱責される事象への反作用として捉える場合は、そうではない。刑罰および刑罰に繋がる連結点すなわち犯罪についての適正な観念を抱いている（そして、それどころかおそらくこれを憲法に成文化されていると考える⁸⁴）者は、自身では正しいことを把握する直接的な能力をもたない法人へと処罰可能性を拡大することには、——刑事政策的にばかりでなく、憲法上もまた疑わしい——刑罰の内容希薄化と刑法の基本諸原則からの逸脱があると考えられることができる。

法人や団体の処罰可能性の問題には刑罰概念もまた重要であることについての、このような概略的な考察をもって、ここで終わりとしなければならない。——70歳の誕生日にご多幸を祈りつつ——友情に感謝し、なお長年の実り多い共同研究を希望して、Jürgen Wolter に以上の考察を謹呈する。

82 実質的に同旨、Schünemann, FS Tiedemann, 2008, S. 429 (436). Heine, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 262 ff.をも参照。彼は、これについてさまざまな責任概念の間で区別を行う。

83 これを行うのは、結局、個人刑法において、そして法人に対する措置において、さまざまな責任概念および刑罰概念を語る者である。例えば、Heine, Verantwortlichkeit (Fn. 3), S. 262 ff.そして、事柄の性質上、Silva Sánchez, Die Expansion des Strafrechts, 2003, S. 47, 83, 85 ff.もまた。

84 BVerfGE 128, 326 (376) を参照。同判決では、刑罰と責任は、基本法に「根差した、自由な自己決定の能力をもつ人間という人間像」に明らかに結び付くという。