

危険社会における客観的帰属上の問題点

金 裕 根*

1. はじめに

現代社会では、科学及び医療技術の急速な発展に伴い、このような技術に内在する危険（各種エネルギーの誤った利用、環境汚染、生命工学の乱用 等）の脅威に対し、刑法が、如何に対応しうるかが（現代刑法の対応の在り方）問題となる（「危険社会」）。本来、このような危険の潜在性の現実化は、理論的には、十分、考えうるとしても、通常、実際に現実化されるとは、想像できなかった仮想的な出来事と扱われてきたのが事実である。しかし、一連の大規模な災害の経験は、このような潜在的危険の現実化は、仮想的な出来事ではないこと、なお、場合によっては、全地球的災難、或いは、人類の存続に致命的な脅威に至る可能性があることを、教えている。このような事情下で、どの程度まで、現代科学技術を放棄できるかについては、東日本大震災に伴う福島原発事故という緊急事態を契機に、活発に論議されている。

ところで、本来、伝統的な近代責任刑法は、侵害結果に着眼し（法益侵害）、複雑な侵害過程と人間関係の中から個別的な行為者の（原則的に悪意的な）行為を取り上げ（個別化・行為の特定）、発生した構成要件的结果を当該行為に帰属させ（客観的および主観的帰属）、行為者に当該行為の不法性と非難可能性に相応する刑罰を科する（責任主義、「正義」なる刑罰）のを、原則にする。

果たして、刑法が、現代社会の潜在的危険が現実化される前に、効率的に対応できるかには、疑問が残る。このような疑問の原因は、現代社会は、近代刑法が着目していたのとは、相違なる、新たな侵害現象と行為類型と向き合わなければならない、既に、客観的帰属の段階で、伝統的刑法は障碍に直面するところにある。と、言って、現代社会の新たな侵害現象と行為様態に、効率的に対応するため、投入される方法は、以下で説明されるように（5.）、伝統的な刑法理論との矛盾を齎す。

ここで、現代刑法は、ジレンマに陥る：①現代社会の新たな侵害現象と行為類型に対応し、この際、直面する伝統的刑法との不調和を堪忍するか、或いは、②にも、かかわらず、現代社会の現象の対応において生じる、伝統的刑法の非効率性と問題を堪忍し、およそ200年以上、保持してきた、近代刑法理論を、前途、堅持しうるかと言うものである。どの道を辿るにせよ、致命的な

編集部注* 漢陽大学校法学研究所研究助教授、法学博士 本稿は2011年10月18日に開催された関西大学漢陽大学第12回シンポジウムの報告原稿に、加筆修正したものである。

問題は、堪忍せざるをえないと言える。

本稿は、刑法が、現代社会において直面する侵害現象と行為類型の特徴、そして、現代刑法の在り方について論ずることを、その内容とする。

先ず、以下では、伝統的刑法の客観的帰属の不安定を齎す、現代社会の新たな侵害現象と行為類型、例えば、時間、空間、内容に条件付けられた複雑な侵害過程、侵害行為の集団化（集団的な危険の集積、侵害の分業）、これに伴う匿名性、更に、各個人の行為に帰属不可能な、システム自体の障害による侵害 等について、論ずることとする。

2. 時間、空間、内容に条件付けられた複雑な侵害過程 — 侵害結果と因果関係の特定問題

伝統的刑法は、侵害結果とその原因との時間的、空間的、内容的距離により、既に、客観的帰属、特に、侵害結果と因果関係の特定の段階で、障害に直面する恐れがある¹⁾。

(1) 刑法的に意味ある侵害結果を特定するのは、容易ではない。科学及び医療技術に基づく侵害結果は、原因行為から、大きな距離を持って、時間的、空間的に分離されている。なお、侵害結果は、あらゆる所で観察でき、その中から、刑法上意味を持つ侵害結果を特定するのは簡単ではない。

(2) 内容的には、侵害原因は、累積的・蓄積的・相助的に、結果に影響を及ぼす。原因行為（若しくは、原因物質）と侵害結果との因果関係の確認は、特に、環境犯罪、製造物責任、医療過失、科学技術の誤作動（安全システム 自体の欠陥 等）、ヒト胚・遺伝子研究、脳科学 等の領域で深刻な問題を引き起こしていることは、多くの説明を必要としないであろう。

(3) 特に、問題は、このような大きな時間的、空間的、内容的距離の間に、不特定・複数人の行為者の作為及び不作為が関与することにある。また、作為と不作為は、いずれにせよ、発生した結果に対し因果性を認めることができる。ところで、客観的帰属の停止点は、通常、第3者の行為である²⁾。したがって、すべての行為者が、何らかの形で、発生した結果に条件を与えた場合、以下の「3.」で述べるように、帰属の範囲をどう決めるかが問題になる。

3. 危険の集団的蓄積 — 行為者と行為の特定問題 — 集団的、累積的、重疊的行為の結合

現代社会における侵害の特徴は、侵害結果が、それ自体では、独自的に構成要件を満たすこ

1) 詳細については、Seelmann, Kurt, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 1257-1262を参照。

2) Otto, Harro, Die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Jus humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 491-513.

とのできない、特定不可能な複数人の個人の行為により、危険が蓄積され、結果的に重大な侵害結果を齎すと言うところにある。

(1)発生した結果に、複数人の行為者が、それ自体では完全な不法性ないし許せえない危険を表すことのない作為、或いは、不作為の形で、それなりに条件を提供し、その上、一個人の作為或いは不作為が提供した条件が無かったら結果は発生しえないと言う状況が成立する場合、各個人の作為或いは不作為は、結果に対し、十分条件ではないが、結果発生に不可欠な必要条件になる。この問題を、例えば、致死量に達しない毒物を複数人の行為者により独立的に与えられた事例においての因果関係の問題のように解決する方法も、行為者が特定できる場合に限る。

(2)このような複雑な侵害過程から、行為者と構成要件の結果の間に、直接的・直線的関係を見出すのは非常に難しいため、行為者と行為を探し出すのは容易ではない。なお、不特定・匿名の複数人の行為者が、作為、或いは、不作為の形で侵害過程に直・間接に関与する場合、仮に、特定可能な行為者を探しえたとしても、構成要件要素が複数人の個人の間に分散し、一個人の行為者の行為から完全な構成要件該当性を認めえない場合、刑法は機能できなくなる。また、このような状況下で、故意を立証できない限り、伝統的な共犯関係も成立し得ない。

(3)帰属可能な個別的行为者を探しえないと言うことは、主観的帰属（故意・過失の帰属）だけでなく、既に、客観的帰属の段階で、刑法的帰属の不安定を齎すことを意味する。客観的帰属の段階でも、個人的行為能力と特別知識が問題になるため³⁾、この要素の審査対象になる行為者を探しえない場合、始めから、帰属が不可能になる問題が生じる。特に、これは、個人的行為可能性を客観的構成要件の段階で審査する不作為犯と過失犯において、また、特別知識は、故意犯、及び、過失犯 全般において、問題を引き起こすことになる⁴⁾。

(4)なお、行為者の個別的责任（Schuld）が、発生した結果に相応しないと問題が生じる。即ち、結果の重大性にもかかわらず、個人の違反行為は、些細なものに過ぎない場合が少なくない。また、多くの場合、個人の行為は、許される危険の範囲内に留まることも多い。仮に、許されえない危険を創設した場合でも、—— 刑法の責任主義を貫く限り ——、せいぜい、個人の責任は職務上義務違反が問題になるに過ぎない。したがって、行為者の個人的責任は、発生した重大な結果に相応しない問題が生じ、ここに、責任刑法と責任刑罰の限界が見出される。

(5)また、このような行為類型の変化により、刑法的不法性の明確性が、失われていると言う問題もある。即ち、伝統的刑法は、明確に不法、或いは、悪と認識された行為（殺人、傷害、強盗等）を、刑罰の対象にしてきた。しかし、現代社会において、社会的害悪を齎す行為には、道徳的無価値平価を欠ける場合が多い（犯罪の脱道徳化⁵⁾）。その上、適法的な外観を飾り、不法を犯す場合も、増加している（マネー・ローンダリング、脱税、スポンサーによる賄賂 等）。

3) Stratenwerth Schw. Strafr. AT/1³ § 9 N 25, 39, 16 N 16; Sch/Sch/Lenckner²⁶ N 92, 93 vor § § 13 ff.

4) Stratenwerth Burgstaller-Festschrift (2004) S. 191 (193 ff.); Ders. R. Schmitt-Festschrift (1992) S. 295 (301 f.).

5) Seelmann, Kurt, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 1260.

4. 高度の水平的・垂直的分業体制

— 責任の分散による個人的責任の微々化、システム自体の欠陥

更に、企業組織上、専門的役割の分担による上下位階秩序下での水平的・垂直的分業体制は、客観的帰属を不安定にする。

(1)企業内の複雑な組織構造により、構成要件の結果から直接的・直線的に遡及しえる個別的行为者の作為、及び、不作為を探し出すのは、極めて困難である。複数人の直接行為者の作為・不作為、及び、中間管理者の管理・監督懈怠、ヒューマン・アウトソーシングの介入、更に、経営トップの誤った意思決定にまで、結果に直・間接に寄与した条件を、如何に把握するかが問題になる。また、分業体制により構成要件要素が、各個人に分散し、一個人から、完全な構成要件該当性を見出すことができなくなる恐れがある。なお、企業分業体制は、管理・監督の分散も齎し、その結果、責任の所在が不明になる恐れがある。

(2)企業内の分業体制は、危険負担の分配を意味する同時に、責任の分配をも意味する。このような責任の分配は、一方では、管理・監督の負担の分配により効率的な危険の管理を可能にする利点があるが、他方、責任の帰属と言う観点では、責任の分配が高度化されるにしたがって、発生した結果に対し、責任が分散され、個人の責任も、微々たる物に分散される。その結果、個人の責任（Schuld）は、発生した結果に相応しない問題が生じる恐れがある⁶⁾。

(3)安全確保のための組織の人的システム 自体が機能しなかった場合、或いは、元々、安全確保目的の人的リソースを備えなかった場合 等において、刑法は、どの程度まで企業の経営トップ・レベルにまで、その責任を追及できるかが問題になる。しかし、外部に対し閉鎖的な企業の構造上、刑事訴追機関が、捜査上、企業の内部まで浸透できるかは、疑問である。その上、国家の立場としては、特に、国家的災難が発生した場合、災難の処理のためには、企業との友好的な協力関係が不可欠なものになるため、企業との敵対的な関係を講じるのをためらうことになる。

(4)システム自体の欠陥におけるの帰属の問題は、人的なものに留まらない。安全システム 自体の欠陥、或いは、安全のための第2、第3のバックアップ・システムが適切に機能しなかった場合、責任の転嫁が問題になる（第1の安全システムの担当者は、自分の免責のため、第2、或いは、第3の安全システムが機能さえしていれば、このような結果は起きなかったであろうと主張する。第2、第3の安全システムの担当者は、同じく、前段階のシステムの不機能を非難するであろう）。

(5)自動化された分業体制は、行為者の間で不法意識を弱化させる恐れがあり、主観的帰属に不可欠な故意の立証を困難にする。

(6)更に、結果の発生に国家の作為、或いは、不作為が関与した場合、国家に対しても結果を帰属することができるのが問題になる。この問題は、国家の積極的な作為が関与した場合に留まらない。特に、国家的災難に直面して、国家が災難についての重要な情報を適切に公開しなかつ

6) 3.(4)をも、参照。

たため、しかも、その上、敢て隠蔽したため、適切な対応が不可能になったり、或いは、遅れた場合 等において、国家の不作为が問題になる。

5. 危険社会におけるの刑法的対応の在り方

危険社会の多様な現象において、刑法的帰属の不安定を如何に取り除き、効率的に対応しうるかは、未だ、明確ではない。ここでは、現代刑法が容易く手を伸ばしえる方法、即ち、法益の抽象化と複数化、刑法的関与の前置き、立証の容易化、それから、責任の集団化について、略述することにする。

1) 法益の抽象化と複数化

現代刑法において、刑罰構成要件を記述する際、保護対象である法益を、できる限り、抽象的に規定することにより、行為を包括的に把握できる(行為の包括的把握)。また、法益の抽象化に限界がある場合、複数の法益を保護対象とすることにより、それぞれの事例に都合のよい法益侵害行為を選択的に把握できる(行為の選択的把握)。この方法によって、刑法は、法益を侵害しうる、あらゆる行為を「残らず」捕まえることができ、可罰性の欠損を補充しうる。

しかし、一つの万能刑罰構成要件により、すべての問題を解決するのは、不可能である。なお、このような広範囲な刑法の介入は、個人の行為の自由を縮小させる恐れがあり、また、法益概念の明確性を欠けることは、明らかである。

しかしながらも、元々、法益概念 自体、刑法が信頼できる程、明確なものなのか、そして、法益概念は、今後とも、その機能的有用性を、維持し続けることができるかについて、疑惑が高まっている⁷⁾。伝統的刑法において、行為の犯罪化は、通常、法益侵害の可否によって決められる。しかし、現代社会において重大な結果を齎す行為の場合、伝統的刑法が想定していた法益侵害に当てはまらない場合が多い。即ち、刑罰構成要件の保護対象を明確に記述するのは、非常に困難である。例えば、環境犯罪の法益をめぐる論争においては、法益概念が抽象性の程度によって広範囲なスペクトルを持つことが、既に、認識されている(環境(自然・食・動物) 自体?、或いは、環境の背後に存在する人間?、個別的な人間、現世代の人間?、或いは、後世代の子孫?(世代間の正義の問題)、高度に抽象化された人類自体?人類は如何に刑法上保護しえるのか?—法益主体の抽象化及び集団化)。その他、例えば、人間クローンを処罰する刑罰構成要件の法益は何かという問題もありうる。このような状況下で、従来の法益概念の機能的有用性及び妥当性について疑問が高まっている。

7) 法益概念を巡る論争については、Hefendehl, Roland/Von Hirsch, Andrew/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasspiel?, Baden-Baden 2003; Von Hirsch, Andrew/Seelmann, Kurt/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006.

2) 刑法的介入の前置き

現代刑法は、法益に重大な侵害が生じる前に、出来る限り早い段階で、介入しようとする傾向を表す。犯罪類型において代表的なのは、抽象的危険犯であろう。抽象的危険犯は、保護法益に抽象的危険を齎す可能性が存在する以上、構成要件の結果（侵害客体）の発生を、その要件としないし、なお、危険の具体性をも必要としない。しかし、時間的に早い段階での介入は、広範囲な行為を犯罪化する恐れがある。また、このような抽象的危険犯は、法益侵害に対して、時間的に、未遂、若しくは、陰謀との区別が問題になる。

もう一つ考えられるのは、不真正不作為犯に危険減少理論を適用し、侵害犯である不作為犯を挙動犯のように解釈し、結果的には、危険犯に転換する方法である。これについては、立証の容易化で、論ずることとする⁸⁾

3) 立証の容易化

因果関係の確定上生じる刑法的帰属の不安定を解消するには、先ず、不作為犯と過失犯の投入、そして、無過失責任、若しくは、過失の擬制ないし推定の導入による立証責任の転換を考えうる。なお、直接行為者の確定上の問題を回避する方法として考えられるのが、選任・管理・監督責任である。最後の問題は、責任の集団化の問題と関係するため、そこで論ずることとする⁹⁾。

(1) 不作為犯と過失犯

積極的に、行為者の作為と結果との現実的因果関係を確定するのは、非常に困難であることは、周知のとおりである。そこで、行為者に対し、故意又は過失により構成要件的结果を惹起させた責任を、積極的に、問うのではなく、行為者は、そのような結果が生じないよう事前にすべての必要かつ適切な処置を講じなければならないにもかかわらず、故意又は過失により、構成要件的结果が実現されるよう放置した責任を問う方法を考える(犯罪防止義務、安全確保義務、管理・監督義務)。

ここで、その重要性が高まっているのが、(特に、不真正)不作為犯と過失犯である：

不作為犯は、刑事訴訟法上、作為、作為に対する故意、因果関係等の立証が困難な場合、頻繁に投入されている¹⁰⁾。即ち、作為を積極的に立証するのが困難な場合、(いずれにせよ、存在する)不作為の確認で十分なものにする。また、作為に対する故意の立証は、不作為に対する過失で足りることになる。なお、作為と構成要件的结果間の現実的因果関係の確定は、不作為と結果との仮説的因果関係の想定可能性に代替することができる。

また、過失犯においては、行為者に、構成要件的结果について現実的認識が存在する場合だけでなく、現実的認識を欠ける場合でも、行為者に対し、構成要件的结果を予見せねばならないにもかかわらず、予見できなかった責任を問うことができると言う点で、効率的な帰属を可能

8) 5.3) (1) 参照。

9) 4) (2) 参照。

10) Seelmann, Kurt, Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht, in: NJW 1990, S. 1257-1262を参照。

にする。

しかし、不真正不作為犯と過失犯に対しては、現代社会では、多くの場合、不真正不作為犯の保障人的地位に基づく主観的作為義務と、過失犯における客観的注意義務との区別が必ずしも明確ではないと言う問題が指摘される。これは、共犯の成立可能性において問題になる。(過失犯の共犯、特に、過失犯の共同正犯の成立可否)。

このような区別の明確性の欠如の原因は、①不真正不作為犯においても、また、過失犯においても、社会生活上、要求される作為義務を違反すると言う意味で、両者とも、不作為の要素を含んでいる点にある。②その上、過失犯は、作為の行為態様のみを、その対象にするものではない。即ち、過失犯における客観的注意義務は、作為と不作為の両者すべてをその義務の内容にすることができ、また、作為と不作為の両者により違反することができる。したがって、過失犯において不作為が問題になる場合、不真正不作為犯を過失により実現したと言うべきか(この場合、不真正不作為犯の領域の問題になる)、或いは、過失犯を、二つの行為類型(作為と不作為)のうち、不作為によって実現したに過ぎないのかは(この場合、過失犯の領域の問題になる)、明確ではない。③特に、問題を複雑にするのは、業務上過失犯である。業務上過失犯において、業務主における「業務性」は、特殊な身分や地位に基づいた特殊な業務上注意義務を規定するため、業務上過失犯における業務主と、不真正不作為犯における保障人的地位は、置換可能なもので、両者の区別は非常に困難である。

それにもかかわらず、立法者の立場では、いずれにせよ、犯罪類型を、不真正不作為犯より、業務上過失犯で構成するほうが、メリットが高いと言える。なぜなら、①不作為による過失、或いは、過失の不作為が問題になる場合、未だ、理論的に複雑な問題を含む保障人的地位を根拠付けるよりも、業務主と言う特殊な身分だけを必要とする、業務上過失犯を投入するほうが、容易であるからである。即ち、根拠付けるのが難しい不真正不作為犯における保障人的地位は、業務上過失犯の業務主を持って代替できる。②なお、業務上過失犯は、不真正不作為犯が不作為だけを問題とするのとは違って、包括的に作為と不作為の両者を問題にすることが出来る。即ち、必要な安全処置を講じなかったと言う消極的な側面(不作為)だけでなく、安全処置を講じなければならない注意義務を違反したと言う積極的な側面(作為)も捉えることができ、作為と不作為を明確に区別する必要がなくなる。③また、従業員の犯罪行為を予防しえなかった選任・管理・監督者の責任が問題になる場合、韓国においては、通常、不真正不作為犯の共犯の成立が問題になるが¹¹⁾、業務上過失犯の責任を問う場合、「正犯」の責任を追及できる。

11) 例えば、銀行の支店長が、従業員の横領行為を認識していたにもかかわらず、損失の補填に必要な処置を講じなかった場合、従業員の横領行為について、支店長には、不作為による幫助犯が成立する(大法院 1984.11.27. 宣告 84도1906 判決)。また、デパートの職員には、デパート内の店舗により、偽造商標が付いた商品の販売行為が行われないう、これを阻止しなくてはならない、労働契約上かつ条理上の義務があり、この義務を懈怠した場合、不作為による商標法違反、及び、不正競争防止法違反の幫助が、成立する(大法院 1997.3.14. 宣告 96도1639 判決)。そして、インターネットポータルサイトの運営者には、情報提供業者が、当該ポータルサイトを通じ、淫乱な情報を頒布・販売しないよう、統制、及び、阻止しなくてはならない、条理上の義務(大法院 2006.4.28. 宣告 2003도80 判決[未刊行] — この事件は、元々、検

なお、不真正不作為犯において、いわゆる危険減少理論を適用し、因果関係の確定上の困難を回避できる。即ち、救助行為を行っていたら、結果発生の危険を、「減少」できたにもかかわらず、救助行為を行わなかった責任を、問うことである¹²⁾。しかし、不真正不作為犯に危険減少理論を適用することによって、結果犯である不真正不作為犯を、拳動犯に置き換えることになる。その上、不真正不作為犯を、過失犯と結合させた場合、結局、侵害犯である不真正不作為犯を、危険犯に、それも、抽象的危険犯に転換する恐れがある。これは、過失による拳動犯は不可罰的なものとして、また、過失犯と不真正不作為犯は、結果犯、及び、侵害犯として取り扱っている、伝統的刑法理論とは、調和し難い。

(2) 無過失責任、或いは、過失の擬制ないし推定による挙証責任の転換

構成要件の結果の重大性を考えると、無過失責任を認めるか、或いは、少なくとも、行為者の過失を擬制若しくは推定することによって、挙証責任を転換する方法が、最も効率的であろう。しかし、この場合、刑法の責任主義との調和の問題を、避けることはできない。例えば、大陸法系の国家において、英米法とは異なり、未だ、刑法上製造物責任の導入にためらい続けているのは、その一例と言える。

ところで、刑法において責任主義の不可侵性が、刑法のいたるところで、強固に主張されているにもかかわらず、他方、両罰規定の責任形式において、韓国刑法 第8条¹³⁾に依拠し、実質的刑法である「行政」刑法の両罰規定に対し、刑法「典」の例外を認め、その解釈において、業務主に自らの免責の立証を要求し、実質的に、挙証責任を転換しようとする見解が少なくない。実際に、韓国の(旧)保険犯罪の取締りに関する法律 第6条に規定されている両罰規定に対する、2007年11月29日の憲法裁判所の違憲決定¹⁴⁾後行われた、法務部の大規模な改定作業は、このような見解に従っている。現在の両罰規定は、以下のとおりである：『法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者が、その法人又は人の業務に関し、第〇〇条から第〇〇条までの一つに当たる違反行為をしたときは、行為者を罰するほか、その法人又は人に対しても、各本条の罰金刑を科する。ただし、法人又は人が、違反行為を防ぐため、業務に関し、相当な注意と監督を懈怠しなかったときは、この限りでない。』¹⁵⁾

事が、運営者を、幫助犯ではなく、正犯で起訴した事件である。大法院は、幫助犯の成立可否はともかく、正犯の成立を否定し、検事の上告を棄却した)と、掲示された淫乱物を削除する条理上の義務があり(大法院 2006.4.28. 宣告 2003도4128 判決)、この義務を懈怠した場合、ポータルサイトの運営者は、不作為による淫乱物頒布罪の幫助犯の責任を問われることになる。しかし、認識的要素に重点を置き、故意を認めうるのかについては、疑問が残る。

- 12) Schünemann in: Madrid – Symposium (1994) S. 265 (275 f.) ; Ders. (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung Bd. III S. 158. Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei GrobRisiken, Habil. Basel, Baden – Baden 1995 S. 266, 288 ff, 292 ff. Roxin AT/II § 31 N 54 ff. を参照。
- 13) 韓国刑法 第8条(総則の適用)本法の総則は、他の法令の罪についても、適用する。ただし、その法令に特別の規定があるときは、この限りでない。
- 14) 憲法裁判所は、従来の両罰規定は、業務者の免責可能性を認めていないため、責任主義に違反すると決定した。
- 15) 強調点は、著者によるもので、改定により追加された部分である。

しかし、このような改定により、問題は、一層、複雑なものになる。なぜなら、「責任」形式はともかく、一般（前段）と例外（後段）と言う、このような「規定」形式は、大陸法系 刑法では、見慣れない形であるからである（業務主は、不真正不作為犯の単独正犯なのか、或いは、共犯なのか、それとも、（業務上）過失犯の単独正犯なのか、或いは、共同共犯なのか？）。また、両罰規定の後段に規定されている免責事由は、構成要件なのか、或いは、各種の阻却事由なのかについても、未だ、解明されていない。ここで、もし、両罰規定の後段を、前段に対する例外と解する場合、後段は、例外を意味する阻却事由に当たる（この場合でも、違法性阻却事由、責任阻却事由、人的処罰阻却事由の中、どれなのかが問題になる）。しかし、こうなると、前段は、無過失責任を規定するものと解釈せざるをえなくなるが、これは、韓国の学説が、責任主義の違反を理由に、一貫的に否定してきた解釈である。と、言って、後段を構成要件と解する場合、両罰規定は、過失犯の単独正犯に解釈することができるが（これが、不作為犯の過失犯なのか、或いは、通常の過失犯なのかは、未だ、説明されていない）、過失犯を、このように、記述上、一般と例外の方式で規定するのは、伝統的刑法理論と矛盾する。なぜなら、後段は、業務者に要求される注意義務の内容を規定しているが、過失犯において、注意義務の問題は、積極的な立証を必要とする、構成要件該当性の問題であり、決して、消極的にその不存在を証明する（現実的には、それが前提され、積極的に、その存在を証明する必要がない）、例外的な状況に関する阻却事由の問題ではないからである。

ところで、このような規定形式は、むしろ、英米法系 刑法における厳格責任(strict liability)と、適切な注意義務の履行の抗弁(defense of due diligence)¹⁶⁾に、非常に、近いものである。ここで、大陸系 刑法と英米系 刑法とを、どの程度まで調和しうるかが、問題になる。

4) 責任の集団化——帰属の対象主体の拡大

集団的侵害行為に効率的に対応するには、何よりも、責任を集団化し、帰属の対象主体を拡大する方法であろう。これは、個別的帰属の不安定を集団的帰属により解消することができるという期待に根拠する。本来、刑法は、先ず、直接行為者をその適用対象にするが、発生した結果を直接行為者にのみ帰属するに足りない場合、直接行為者の発見が容易でない場合、若しくは、存在しない場合、危険から離れた者に対しても、結果を帰属する（不作為犯、過失犯の共同正犯）。このような責任の拡大は、帰属主体の拡大にとどまらず、帰属主体を抽象化し、責任を集団化する傾向にもある（企業処罰）。

(1) 伝統的共犯理論

責任の集団化は、伝統的刑法においても、見慣れないものではない。既に、刑法は、精巧な共犯理論を発展してきた。

16) 英米法系 刑法における厳格責任と、適切な注意義務の履行の抗弁については、A. P. Simester (ed.), *Appraising strict liability*, Oxford University Press, 2005; Smith and Hogan *Criminal Law* 12th ed., Chap. 7; Horder, Jeremy, "Strict liability, statutory construction, and the spirit of liberty", *Law Quarterly Review*, vol. 118, 2002, 458-475頁 参照。

しかし、既に、述べた客観的帰属の不安定¹⁷⁾に際し、伝統的共犯理論は、いたるところで、限界に突き当たる。例えば、共犯関係は、共犯の従属性について、どの意見を取るにせよ、共犯関係が成立しうするには、少なくとも、正犯の行為が構成要件に該当し、違法性阻却事由が存在しないことを、その要件とする。したがって、初めから、行為者と行為を特定できない場合、構成要件該当者と違法性阻却事由を検討しうる対象自体が欠けることになり、結局、これらの要件の審査は不可能になる。なお、共犯の加担の故意を立証するのは、甚だしく困難である。

(2) 不作為犯と過失犯 — 選任・管理・監督者の責任、管理・監督過失

刑法は、特に、不真正不作為犯と過失犯と言う犯罪類型を使用し、責任主体を集団化する。これは、特に、分業体制の上下関係での管理・監督により、責任の、いわゆる、バックアップを、図るものであると言える。即ち、不真正不作為犯において、選任・管理・監督者は、保障人的地位に依拠し、直接行為者である被監督者の可罰性に関係なく、被監督者の行為に対し責任を負担する。

しかし、この際、例えば、企業が、始めから、危険の管理・監督者を選任しなかった場合、責任者 自体が欠けることになる。更に、この場合、管理・監督者は、正犯の責任を負担するのか、或いは、共犯の責任を負担するのかについて、意見の対立がある。既に、述べたとおり、韓国法においては、管理・監督者に対し、不真正不作為犯の従犯の責任を問うのが、通説になっているが、この見解は、企業犯罪において、その意義が高まっている過失犯を把握できない重大な欠陥を内在する。即ち、監督者に対し、共犯の責任を問うと、被監督者の過失や監督者の過失が問題になる場合、監督者の責任を問うことが出来なくなる。なぜなら、監督者の犯罪類型は、前者の場合、過失正犯に故意の不作為で加担した従犯に、後者の場合、故意正犯に過失による不作為で加担した従犯になるが、このような犯罪類型は、韓国法上、不可罰であるからである。その上、被監督者の過失と監督者の過失、両者が問題になる場合、監督者の犯罪類型は、過失正犯に過失の不作為で加担した従犯になり、この場合も、同じく、不可罰になる。

なお、過失犯において管理・監督過失を主張する見解によると、管理・監督者は、過失犯の正犯の責任を、負担することになるが、韓国では、この見解を主張する著者はいない。

(3) 過失犯の共同共犯

分業体制に対する対応において、不真正不作為犯と過失犯が、上下関係の責任体制を強化するものと言うならば、それに対し、過失犯の共同正犯は、横の関係に注目した責任体制である。

危険な行為を、分業的共同作業を通じて行う場合、可能な構成要件的結果を予防するためには、各々の加担者が、自分の行為についてのみ正常の注意を払うのでは十分ではなく、多くの場合、他人が担当する部分にまで、その安全を確保しなければならない。また、分業体制により危険負担が分配されるにもかかわらず、他人に対しても、行為者と同じ程度の適切な行為能力を期待される。ここで、その意義が高まっているのが、いわゆる、客観的帰属の問題の一つとしての、過失犯の共同正犯である。

17) 2.、3.、4. 参照。

過失犯の共同正犯は、特に、結果発生において、複数人の行為者が加担したが、実際、結果を惹起した行為者を一義的に特定できない場合、若しくは、その具体的な因果関係が一義的に判明しえない場合、結果発生に関与したすべての行為者の作為、若しくは、不作為を問題にし、正犯の責任を問うことができると言う点で、その意味が大きい。ここで、加担形式において、特に、①各々の行為者の行為が、一人で、十分に結果を発生できる場合と、②複数人の行為者の行為が、結果発生に対し、— 加担者の中、一人でも欠けると、結果が発生しえない — 相互補充的かつ連带的関係にある場合を、考えうる¹⁸⁾。

韓国において、過失犯の共同正犯の理論的成立可能性については、未だ、結論が出ていない。理論的には、許せない危険の共同的な創設、若しくは、増大に、その理論的着眼点が、置かれている¹⁹⁾。即ち、過失犯において、意識的要素を含まないと言うことは、結果志向的意識を含まないと言う意味であり、許されない危険を意識的に創設することは、いくらでも可能であると言う。

しかし、過失犯の共同正犯は、刑法理論上構造的な問題を持つ。ここでは、その中、いくつかについて、論ずることとする：

①刑法理論上、過失犯における客観的注意義務（予見義務、結果回避義務）は、一身従属的な義務である。したがって、行為者は、自分自身に要求された注意義務のみを違反でき、違反についての共同性は、認められない。即ち、行為者は、他人が自分の注意義務を違反できないように、他人の注意義務も、同じく、違反できない。なお、他人の注意義務を、持分の比率のように、分け合うように違反することもできない。即ち、一種の身分犯のようなものである。勿論、複数人の行為者間に共通の注意義務を持つことは、十分、考えられるが、この場合でも、その注意義務は、(内容的に、他人の注意義務と同じものではあるが、それにもかかわらず)、各個人の注意義務であり、当該行為者にのみ違反することができる。即ち、注意義務の共通性とは、注意義務の内容の共通性に過ぎなく、違反の共通性ではない。

なお、「客観的」注意義務における客観性とは、社会生活上、一般人に平均的に要求される注意義務を意味し、注意義務を判断する基準の一般性を意味するものである。したがって、注意義務違反性の一般性・平均性を意味するものではない。即ち、違反に関しては、主観的なものである。

②それに、許されない危険の創設、若しくは、増大の共同性についても、疑問は残る。結果発生から見て、複数人の行為者により、意識的に、許されない危険が共同的に創設されうると言う

18) これは、特に、構成要件の結果を惹起する理事会の多数決 意思決定 等で問題になる。例えば、構成要件の結果の発生を齎す処置についての意思決定において、①不当な決定の議決に必要な賛成と、実際の得票が一致する場合、賛成者の中、一人でも欠けると、議決されえない。②また、実際の得票が、議決に必要な賛成を超えた場合、超過した部分の得票は、剰余部分になる。③しかし、ここでも、特に、問題になるのは、結果発生を阻止することを目的とする、決議のための議会を、初めから、開かなかった場合である。

19) 特に、Renzikowski, "Die fahrlässige Mittäterschaft", in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 439; 山中敬一、刑法総論 [第2版]、成文堂、2009、849頁以下; 甘利航司、"過失犯の共同正犯についての一考察"、一橋論叢、一橋大学134巻1号(2005.7)、33頁; 川端博、刑法總論講義、第2版、成文堂、2007、540頁; 松宮孝明、刑法總論講義、第3版、成文堂、2004、250頁以下。

ことは、単一人の行為者も、意識的に、許されない危険を創設することができることをも意味する。ところで、許されない危険を創設する行為が、客観的注意義務違反を意味すると解する場合、行為者が、意識的に、許されない危険を創設することができるということは、同時に、意識的に、客観的注意義務を違反することができることを意味する。そうすると、行為者は、意識的に、不注意な行為を行うことができること、即ち、意識的に、過失を犯すことができることになる²⁰⁾。しかし、大陸法系 刑法において、過失犯は、意識的かつ目的的要素を含まないと、解されているため、このような見解は、伝統的な過失犯理論に反する。

③しかし、客観的注意義務の違反は、通常の意味での不注意な行為と同じ意味のものではないとも言える。即ち、客観的注意義務とは、単に、社会上要求される行為準則を意味する。そして、行為準則が、無意識的に、若しくは、意識的に、違反できるように、客観的注意義務も、同じく、無意識的にも、又、意識的にも、違反することができる和解することができる。したがって、このような意味での客観的注意義務は、いくらでも、複数人の行為者により、共同的に、違反できるようになる。

しかし、大陸法系 刑法では、通常、意識的、若しくは、意図的要素により、故意と過失を区別する。したがって、意識的に、客観的注意義務を違反した場合、果たして、これが、故意犯なのか、或いは、それにもかかわらず、過失犯なのかは、明確ではない²¹⁾。

それに、過失犯において、行為準則の違反のみを問題にするのは、むしろ、英米法系 刑法、特に、英国法の伝統に等しい²²⁾。即ち、英国刑法において、犯罪は、基本的には、社会生活上要求される行為準則の違反を意味する。そして、その行為準則の違反についての行為者の内心の悪意²³⁾の強度により、negligence (過失)、recklessness (認識ある過失、場合によっては、未必的故意をも含む)、intention (犯意)に、区別される(このような犯罪の区別は、大陸法の区別と、正確に、当てはまらない。)ここで、negligence においては、行為準則の違反のみを問題にする。したがって、行為者が、行為準則を、無意識的に、若しくは、意識的に違反することが出来るように、negligence は、(行為者に悪意が無い限り)、無意識的にも、又、意識的にも、犯すことができる。(このように、negligence が、心情的要素を問題にしないため、その帰結として、心情的要素を持

20) 許されない危険を創設する行為は、客観的注意義務違反を意味するが、許されない危険を創設したとして、直ちに、過失犯で処罰されるのではない。その他の、過失犯の要件を満たさなければならない。

21) この問題は、共同正犯の問題の範囲にとどまらない。行政刑法において、業務主が遵守しなければならない注意義務の内容は、通常、行政刑法の罰則ではなく、その本条に規定さえることが多い。したがって、行政刑法の本条を、意図的に、違反した場合、これが故意犯なのか、或いは、過失犯なのか問題になる。特に、これは、両罰規定の犯罪類型の解釈において、深刻な問題を齎す。即ち、業務主は、従業員が両罰規定に規定されている本条を違反しないように、すべての必要かつ十分な処置を講じなければならないにもかかわらず、業務主が、意図的に、そのような処置を懈怠し、本条の違反行為を放置した場合、業務主の不作为は、故意犯なのか、或いは、それにもかかわらず、過失犯なのか問題になる。その上、両罰規定は、唯一の罰金刑のみを規定しているが、過失犯に対しても故意犯の刑罰を課すのは、責任主義に違反するのではないかという疑問も生じる。

22) 英国刑法についての以下の叙述は、Smith and Hogan, Criminal Law 12th ed., 148頁以下 参照。

23) ここで、悪意とは、大陸法系の刑法においての意図ないし意識的要素とは、正確に当てはまらない。

たない団体、特に、企業を、negligence で処罰するのに、大陸法系 刑法が抱えている程度の問題を感じない理由が、ここにあると言える。)したがって、英米法系 刑法とは、まったく犯罪体系を異にする、大陸系 刑法の過失犯理論において、どの程度まで、このような解釈ができるかは、疑問である。

④なお、許せない危険を創設することを、客観的注意義務の違反と同一視しない解釈も考えうる。この場合、過失により許せない危険を創設することができることになる。しかし、過失犯の構成要件的结果は、許せない危険ではなく、許せない危険により惹起された結果、即ち、構成要件に規定されている結果（構成要件的结果そのもの）である。また、この場合、許せない危険を共同に創設することもできない。なぜなら、無意識に（過失により）意識的な共同を行うことは、できないからである。

（４）企業の処罰

責任主体の拡大は、責任主体を高度に抽象化し、団体、特に、企業の処罰にまで及ぶ。これは、個別的帰属の不安定は、究極的には、集团的帰属により、根本的に、解消することができるという期待に根拠する²⁴⁾。勿論、刑事政策上、企業処罰の必要性とその犯罪予防効果について、疑問は無いと思う。

しかし、より具体的に見れば、皮肉にも、個別的帰属上の問題は、集团的帰属によって解消できるというより、むしろ、個別的帰属上の問題は、単に、集团的帰属に移っていただけである²⁵⁾。即ち、個別的帰属上の問題を解消できない限り、集团的帰属も不可能になり、この意味で、集团的帰属は、いづれにせよ、個別的帰属に従属する。即ち、企業内での直接行為者が、特定できない場合、若しくは、管理・監督者の個別的責任が、立証できない場合（しかし、まさに、この問題の解消のために、企業自体の処罰が、主張されている）、企業自体にも責任を負わせることができなくなる。

①この問題は、企業処罰モデルの中、特に、直接行為者である自然人の企業意思決定者の責任の立証を、その要件とする、従属的モデル (akzessorisches Model)²⁶⁾、²⁷⁾において、甚だしく表れ

24) ここでは、法人の責任能力の問題には触れず、帰属上の問題のみを取り扱うことにする。

25) Stratenwerth, Günter, *Strafrechtliche Unternehmenshaftung?*, in: Geppert, Klaus/Bohnert, Joachim/Rengier, Rudolf (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1992, S. 295-307; Seelmann, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin/New York 2001.

26) 例えば、オーストリア 団体責任法 (Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz), VbVG) 第3条 第2項。

27) § 3 VbVG

(1) Ein Verband ist unter den weiteren Voraussetzungen des Abs. 2 oder des Abs. 3 für eine Straftat verantwortlich, wenn

1. die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder
2. durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.

(2) Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist der Verband verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat.

(3) Für Straftaten von Mitarbeitern ist der Verband verantwortlich, wenn

る。このモデルにおいて、企業の処罰は、それ自体、立証が困難な²⁸⁾、直接行為者の行為の構成要件該当性、違法性、責任 (Schuld) の立証を、その要件とする。したがって、自然人においての個人的帰属の不安定は、直接、企業処罰 (集团的帰属) の不安定に結びつくことになる。

②ここで、直接行為者の責任の特定上の困難を克服するのが、企業処罰の意義であることを鑑みると、直接行為者の個別的帰属が困難な場合、補充的に、企業を処罰することも、考える (補充的モデル (subsidiäres Modell)、スイス 刑法 第102条²⁹⁾ 第1項)。この場合、企業の責任は、刑事訴追機関による直接行為者の責任の捜査を容易にしなかった点に、置かれることになる。韓国においても、両罰規定の適用に関して、直接行為者である従業員及びその行為は、特定される必要は無いと言う見解も見られる。

しかし、なぜ、直接行為者に対する個別的帰属の不可能性、特に、刑事訴追機関の無能力や懈怠等による直接行為者の不確定まで、直ちに、企業の負担になるのかを説明し難い。なお、この

-
1. Mitarbeiter den Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben; der Verband ist für eine Straftat, die vorsätzliches Handeln voraussetzt, nur verantwortlich, wenn ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt hat; für eine Straftat, die fahrlässiges Handeln voraussetzt, nur, wenn Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer acht gelassen haben; und
 2. die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben.

(4) Die Verantwortlichkeit eines Verbandes für eine Tat und die Strafbarkeit von Entscheidungsträgern oder Mitarbeitern wegen derselben Tat schließen einander nicht aus.

28) 2.、3.、特に、4. を、参照。

29) Art. 102 Schw. StGB

1 Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

2 Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} oder 322^{septies} Absatz 1 oder um eine Straftat nach Artikel 4 a Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 19. Dez. 1986⁴⁷ gegen den unlauteren Wettbewerb, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

3 Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

4 Als Unternehmen im Sinne dieses Titels gelten:

- a. juristische Personen des Privatrechts;
- b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;
- c. Gesellschaften;
- d. Einzelunternehmen.

モデルによると、企業には、刑事訴追機関に対し、直接行為者の捜査に協力する義務が課されることになるが、刑事訴訟法上、被疑者ないし被告人自身に、自分の有罪の立証に協力する義務を負わせることができるかは、疑問である。さぜなら、直接行為者の責任が立証されない場合はともかく、立証される場合でも、「いずれにせよ」、企業は、管理・監督義務の違反で問われることになり、したがって、刑事責任から逃れることはできないからである。

なお、企業処罰においても、第3者の直接行為者の行為に対し責任が問題になる限り、伝統的共犯理論を厳格に適用しえないとしても、共犯理論を類推し、直接行為者の行為が、少なくとも、構成要件に該当し、違法性阻却事由が存在しないことを、その要件とする必要性がある（これは、不真正不作為犯においても、又、過失犯においての管理・監督責任においても、さほど、差異は無い）。したがって、企業処罰において、直接行為者が確定できない場合、構成要件該当性と違法性阻却事由の不存在を審査しなくてはならない対象が欠けることになるため、初めから、企業処罰が不可能になる恐れがある。

③企業内で犯罪が犯されないよう、企業の物的及び人的体制を講じなければならないにもかかわらず、これを懈怠した企業自身の独立した責任を問う、一種の管理・監督責任の独立モデルも考うる（オーストリア 団体責任法 第3条 第3項、スイス 刑法 第102条 第2項、企業組織体責任）。このモデルにおいて、企業の責任の根拠は、自然人の企業意思決定者に再び週及しない、企業自身の落ち度そのものに置かれる（責任の抽象化）。

しかし、企業内の犯罪を惹起した、企業自身の組織上の瑕疵（Organisationsmangel）と言う一種の過失は、企業自身の独特な責任とは言え、企業自身の過失そのものは、いずれにせよ、自然人である企業の意思決定者の過失を持って、問題化せざるをえない。したがって、この場合も、意思決定者に対する、個別的帰属が困難な場合、企業への帰属も不可能になる恐れがある。英国 企業過失致死罪法³⁰⁾においても、企業処罰の根拠は、経営上の瑕疵（management failure）にあると解されているが、経営上の瑕疵に当たる企業の注意義務違反（a breach of a duty of care by an organisation）は、いずれにせよ、意思決定者（senior management）の過失により判断される（本法 第1条 第4項³¹⁾）。

30) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007.

31) 1 The offence

(1) An organisation to which this section applies is guilty of an offence if the way in which its activities are managed or organised —

(a) causes a person's death, and

(b) amounts to a gross breach of a relevant duty of care owed by the organisation to the deceased.

.....

(3) An organisation is guilty of an offence under this section only if the way in which its activities are managed or organised by its senior management is a substantial element in the breach referred to in subsection (1).

.....

(4) For the purposes of this Act —

(a) "relevant duty of care" has the meaning given by section 2, read with sections 3 to 7;

④ここで、韓国では、アメリカ法上の量刑指針に規定されている自律遵法監視プログラム (“Effective Compliance and Ethics Program” , USSG § 8 B2.1.)³²⁾ を、刑法に導入し、企業自体の責任を強化しようとする見解もある。しかし、量刑指針に過ぎないプログラムを、如何に刑罰構成要件要素に取り替えるか、また、プログラム違反行為を、業務主の個人的責任に組み込むか、或いは、企業自体の責任を新たに創設するかは、未だ、解明されていない。

6. 結 び

以上、危険社会においての、客観的帰属の問題（部分的には、責任の帰属全般も含めて）と、現代刑法の在り方について、論じた。これによると、刑法の機能化により、伝統的刑法理論は、挑戦を受けている。ここで、「はじめに」述べた、現代刑法のジレンマについて、結論をだす必要がある。

以上で、見たように、伝統的刑法は、現代社会の現象と行為類型に適切に対応できない。他方、現代刑法が用いる方法は、伝統的刑法理論との矛盾を堪忍せざるをえない。この意味で、どちらの道を辿っても、両者とも、悪であることは、確かである。しかし、個人的には、刑法の学問性の核心的な要素は理論的一貫性にあるとの意見を保持する限り、伝統的刑法理論を堅持するほうが、より小さい悪であると思う。

(b) a breach of a duty of care by an organisation is a “gross” breach if the conduct alleged to amount to a breach of that duty falls far below what can reasonably be expected of the organisation in the circumstances;

(c) “senior management”, in relation to an organisation, means the persons who play significant roles in —

(i) the making of decisions about how the whole or a substantial part of its activities are to be managed or organised, or

(ii) the actual managing or organising of the whole or a substantial part of those activities.

……

32) United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Guidelines Manual

(http://www.ussc.gov/Guidelines/2010_guidelines/index.cfm)