

## 〔論 説〕

# 経済刑法におけるコンプライアンスの意義

— ドイツにおける現状と今後の展開 —

ロベルト・エッサー\*

(内海 朋子\*\* 訳)

## I はじめに

コンプライアンスとは、「法・法規に対して忠実であること」あるいは「規則と同一の行動を取ること」を意味する。コンプライアンス概念は、したがって、企業における、重要な法律上の準則を遵守するためのすべての措置を指すが、他方において定立された基準そのものを指すこともある<sup>1)</sup>。法律上の規定としては、様々な法律に断片的な定めがあるにすぎない。例えば、信用制度法25a条、有価証券取引法33条1項、保険監督法23条以下、株式法91条2項以下などである<sup>2)</sup>。

KWG 25a条 (Kreditwesengesetz 信用制度法)

(組織整備の特別義務)

第1文

(信用) 機関は、当該機関により遵守されるべき法規、および営業活動を行う上で必要な事項を遵守することを保証する、規則に適合した業務組織を有していなければならない。

---

編集部注\* ロベルト・エッサー教授は、パッサウ大学にて、ドイツ・ヨーロッパ・国際刑法および刑事訴訟法・経済刑法を担当している。2010年より、Human Rights in Criminal Proceedings(HRCP)研究所の所長である。本稿は、平成28年度日本学術振興会外国人研究者招へい事業により2016年3月に来日されたエッサー教授の、慶應義塾大学三田キャンパスで行われた慶應義塾大学法学部セミナー、および関西大学千里山キャンパスで行われた第53回現代法セミナーにおける講演会の翻訳である。

\*\* 現在、横浜国立大学 国際社会科学研究院 教授。

- 1) *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.4 f.; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.5 ff.; *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 130 OWiG Rn.9. (刑法以外の分野における)「コンプライアンス」そしていわゆる「刑事的コンプライアンス」との区別については、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.1 ff. 企業内部の規範定立に関する様々な問題については、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.54 ff.
- 2) 詳細は、*Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.8 ff.; *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap. 4 Rn.13; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.54 ff.

第2文

業務執行者（Geschäftsleiter）は、当該機関における、規則に適合した業務の組織化につき、責任を負う。業務執行者は、それに対応する社内準則の定立につき、執行機関・監査機関が決定を行わない場合には、必要な措置を講じなければならない。

第3文

規則に適合した業務組織は、とりわけ、適切かつ有効なリスク管理を有するものでなければならない。そのリスク管理を通じて、当該機関のリスク対応能力を常に確保しておかなければならない。リスク管理はとりわけ……

3号 内部管理制度と内部監査の、内部統制手続きの確立

第4文

リスク管理の形態は、その業務の種類、範囲、組成及び危険の内容による。

第5文

リスク管理が適切かつ有効であるかどうかは、当該機関により定期的に検査されなければならない。

第6文

規則に適合した業務組織には、さらに以下の事項が含まれる。

(略)

3号 従業員が、匿名で、犯罪の疑いのある行為を、企業内の適切な部署に報告することができる手続き

WpHG 33条1項（Wertpapierhandelsgesetz 有価証券取引法）

（組織整備の義務）

第1文

証券業者は、信用制度法25a条1項、25e条に従い、組織整備の義務を遵守しなければならない。

第2文

さらに、証券業者は、

1号 証券業者自身とその従業員がこの法律を遵守するよう、適切な指針を定め、その実現のための方策を掲げ、そのための手続きを定めなければならない。その際、特に、継続的かつ実効性のあるコンプライアンス機能が組織されなければならない。その責務は独立に遂行されるものでなければならない。

(略)

5号 業務執行部と監査機関は、定期的に、少なくとも年に一度、コンプライアンス機能を担う従業員から、1号に定める指針に関する方策およびその手続きが適切かつ実効性があるかどうかについて、報告を受けなければならない。報告にあたっては、とりわけ、当該証券業者あるいはその従業員による、本法に定める諸義務に反する行為を阻止するため、あるいは、そのような違反行為が行われる危険性を除去するために、適切な措置が講じられて

いるかが、報告されなければならない。

6号 本章の規定に従って構成される組織が適切かつ有効に機能しているかを監視し、定期的に検証し、不十分な場合にはその是正に必要な措置を講じる。

### 第3文

第2文1号に定められた予防措置を講じる際には、証券業者はその業務の種類、範囲、組成及びリスクの内容、及び自らの提供する有価証券業務の種類と多様性を考慮しなければならない。

## VAG 23条 (Versicherungsaufsichtsgesetz 保険監督法)

(業務を組織化する際の一般的要請)

### 1項

#### 第1文

保険会社は、実効的かつ適切な、そして会社の事業活動の種類、範囲、及び組成に適する業務組織を有していなければならない。

#### 第2文

業務の組織化にあたっては、保険会社に適用される法規、政令並びに監督省庁の命令の遵守のほか、当該会社の営業が信頼のおけるものであり、慎重なものであることが保証されなければならない。

#### 第3文

その際には、本章における規定を遵守することのほか、特に、配属を明確にし、権限を適切に分離させることにより、適切かつ明瞭な形で機関を構成し、会社内での意思疎通体制を有効に機能させることが要請される。

### 2項

取締役会は、業務組織が定期的に会社内において監督されるようにしなければならない。

### 3項

#### 第1文

会社は、内部指針を明文化し、その実行を保証しなければならない。

#### 第2文

指針は少なくとも、リスク管理、内部管理制度、内部監査、そして、必要に応じて、監査機能と営業活動の分離について定めなければならない。

(略)

(略)

### 6項

会社は、従業員が、匿名で、犯罪の疑いのある行為を、企業内の適切な部署に報告することができる手続きを定めるようにしなければならない。

## 同29条

### (内部統制制度)

#### 1 項

##### 第1文

保険会社は、少なくとも、執行および営業報告書作成の手続き、内部統制の職掌、企業内のすべての階層における企業内の適切な報告、および諸規則の遵守を監督する機能（コンプライアンス機能）を行う内部統制制度を有していなければならない。

#### 2 項

##### 第1文

コンプライアンス機能の職責には、取締役会に対し、保険業を営むにあたって守られるべき法令および行政法規の遵守に関する助言を行うことが含まれる。

##### 第2文

以上に加え、コンプライアンス機能は、企業を取り巻く法環境の変化がもたらす影響について判断しなければならず、法令遵守事項に違反した場合に生じる危険（コンプライアンス上の危険）がどのようなものであるかを確認し、判断しなければならない。

## 同30条

### 内部監査

#### 1 項

保険会社は、業務組織全般において、特に内部統制制度が適切かつ有効かを検証する、有効な内部監査を設立しなければならない。

#### 2 項

##### 第1文

内部監査は客観的、かつその他の業務とは独立に遂行されなければならない。

##### 第2文

内部監査は、検証結果および助言を、直接、取締役会に報告する。

##### 第3文

取締役会は、どのような措置を講じるかを、監査報告によって調査された事実を基に決定し、その措置の実行を保証する。

## AktG 91条 2 項 (Aktengesetz 株式法)

### (機関)

取締役会は、適切な措置、とりわけ監督制度を確立して、会社の存続を脅かす危険な徴候を早期に発見しなければならない。

すでに述べた諸規定と区別されるべきは、一定の犯罪行為、ないし犯罪行為が疑われる事案についての告訴の義務を規定している諸規定である（租税通則法116条1項第1文、事業監査通則法10条第1項第1文、所得税法4条5項第1文など<sup>3)</sup>。

#### AO 116条1項（Abgabenordnung 租税通則法）

（脱税の告発）

連邦・州の裁判所および行政機関ならびに課税当局以外の地方当局は、業務上、脱税が疑われる事実を知った場合には、連邦中央税務局、あるいは、知り得た限りにおいて、脱税処罰の権限を有する課税当局に、その事実を告知しなければならない。

#### BpO 10条第1項第1文（Betriebsprüfungsordnung 事業監査通則法）

外部会計監査中に、課税当局の捜査が行われるべき犯罪行為が行われていることを疑うに足る端緒が認められる場合には、この犯罪行為を所轄する部署に遅滞なく告知しなければならない。

#### EStG 4条5項第1文（Einkommensteuergesetz 所得税法）

（利益概念一般）

以下の営業活動は、利益を減じてはならない。

10号

第1文

持ち分の支出が、刑罰法規あるいは過料を課している法規の構成要件に該当する違法な行為である場合に、そのような持ち分の支出を行い、それに関連する諸経費を支出すること

第2文

裁判所および検察庁、ならびに行政機関は、業務上、第1文に該当することが疑われる事実を知った場合には、課税手続きおよび租税犯罪・租税秩序違反行為の訴追のため、課税当局に、その事実を告知しなければならない。

このほか、ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コード（DCGX<sup>4)</sup>には、上場企業の取締役会の義務が定められている。この義務は、法律上の規定および企業内部の指針を遵守すべき義務、および、コンツェルン企業がこれらの規定を遵守するよう努力する義務である（4.1.3項）。ドイ

---

3) この点については、*Bülte*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 258 StGB Rn.20 ff.（「法律上のコンプライアンス義務」に関するものである）。

4) 詳しくは、*Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.84 ff.; *Häcker*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 90 Rn.21. 否定的なのは、*Rotsch*, in: Achenbach/ Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.16（「ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードの重要性は、これまで、おそらく過大評価されてきた」とする）。

ツ・コーポレート・ガバナンス・コードは決して形式的な意味での法律ではない。むしろ、もっぱら（本質的には、経済の担い手である）政府委員会によって定められたものである<sup>5)</sup>。ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードは、コンプライアンス機関を企業内に設置する、あるいはよりよいものに改善する（法的な）義務を課すものではないが<sup>6)</sup>、上場企業については株式法161条、および商法289a条によって、その遵守について、定期的に報告することを義務付けられている。これらの規定はしかしながら、ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードが遵守されなかった場合でも制裁を科すものではなく、提出された報告が不正であった場合にのみ制裁を科するのである<sup>7)</sup>。もっとも少なくとも、まったく事実上ではあるが、公開義務は、企業内の基準の確立にある程度役に立っているとはいえる<sup>8)</sup>。また、会社の監査役あるいは取締役が企業の財産保護のために規定されたドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードに違反した場合には、刑法266条の背任罪にあたる<sup>9)</sup>。

なお、コンプライアンス規定との関連で注目されるのは、2010年に定められた、イギリスの賄賂防止法である。この法律は全世界に適用され、また、企業の処罰に関する規定を有している。特に、賄賂防止法の中には、実効性のあるコンプライアンス措置を講じることによって企業の責任が否定される趣旨の規定があり、イギリス国外でも非常に注目されている<sup>10)</sup>。

## II 経済刑法におけるコンプライアンスの意義

### 1 個人責任の原則

現行ドイツ刑法においては、法人あるいは社団（Personenvereinigung）、すなわち企業それ自体に対して、刑事的制裁を科すことはできない。ドイツの経済刑法においては、個人責任の原則が前提となっているからである。このことは、上層部と、下位の従業員のいずれについても妥当

---

5) *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.16. ドイツ・コーポレート・ガバナンス・コードを「ソフト・ロー」として位置付けるのは、*Kort*, NZG 2008, 81, 82; *Körner*, NZG 2004, 1148, 1149.

6) *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.86; *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.13; *Kort*, NZG 2008, 81, 84.

7) *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.86.

8) *Müller-Gugenberger*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 23 Rn. 14b.

9) 詳しくは、*Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, 326 ff.; *Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, 2016, Rn.862 ff.。総論に関しては、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.51. 背任に関する、信用経済法上におけるコンプライアンス義務については、*Preußner/Panaris*, BKR 2004, 347, 351 ff.; *Preußner*, NZG 2004, 303 ff.; *Michaelsen*, Abweichungen vom Deutschen Corporate Governance Kodex und von § 161 AktG als Pflichtverletzung im Sinne der Untreue, 2011, *passim*.

10) 詳しくは、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.24 ff.; *Engelhardt*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 7 Rn.36.

する<sup>11)</sup>。もっとも、重大な例外がドイツ秩序違反法にある。ドイツ秩序違反法30条1項においては、法人および社団に対して過料を課すことを認めている。この規定はとりわけ、秩序違反法130条における、事業所有者あるいは企業所有者による企業の監督義務違反が行われたときに適用することができる<sup>12)</sup>。130条違反の例としては、従業員を注意深く選任し、指導し、監督する義務に違反すること<sup>13)</sup>、組織整備に関する一般的な諸規則を遵守し、個々の従業員と監督者の権限を具体的かつ明白に区別するという義務に違反すること<sup>14)</sup>、とりわけ、株式法91条2項から生じる、リスク管理制度を確立して会社の存続を保証すべき義務に違反すること<sup>15)</sup>等が挙げられる。

## 2 企業指導部の刑事責任

企業における腐敗が社会的問題に発展する中で、企業指導部に対して従前よりも厳しく刑事責任が問われるようになった。そこで、この企業指導部の責任をどのように基礎づけるかが問題となるが、作為犯の領域では2つの理論構成が考えられる<sup>16)</sup>。まずは、企業指導部が担っている、企業活動全般に対する責任と全面的な権限を根拠とする理論構成が考えられる。連邦通常裁判所1990年7月6日第2刑事部判決 (BGHSt 37, 106 ff.; NJW 1990, 2560 ff.いわゆる皮革用スプレー事件) はそのような理論構成に依拠している。

次に考えられるのは、組織支配による理論づけである。組織支配による組織上層部の刑事責任を問う理論構成は、旧東ドイツで起こった、国境警備兵による市民に対する射撃事件 (連邦通常裁判所1994年7月26日第5刑事部判決、BGHSt 40, 218 ff.; NJW 1994, 2703 ff.) において採られたが、このような政治的な場面のみならず、経済刑法の分野においても組織支配による組織上層部の処罰は可能なはずである。

不作為犯の領域ではいわゆる事業主責任のモデルによって基礎づけられる。監督義務の発生根拠として考えられるのは、事実上の危険源としての事業のみならず、従業員、すなわち企業的人的資源から危険が生じるという状況である<sup>17)</sup>。もっとも、通説によれば、そのような他人の行為に対する責任を負うのは、従業員の誤った行動が、事業に関連した犯罪行為であることが前提となる。すなわち、従業員が、事業における活動において生じるべき事実上あるいは法律上の効果を

---

11) 企業組織と刑法上の個人責任の緊張関係については、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.44.

12) *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 30 OWiG Rn.5.

13) *Schmid/Fridrich*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 30 Rn.145 ff.

14) *Rogall*, in: KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130 Rn.55; *Schmid/Fridrich*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 30 Rn.151.

15) *Niesler*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 130 OWiG Rn.26.

16) この点に関し、*Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.68 ff.

17) *Wohlers/Gaede*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn.53; *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.72; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.51.

利用した場合にのみ、監督義務が生じるのである<sup>18)</sup>。

最近事業主責任が問題となった例としては、職場におけるモビング（いじめ）事例が挙げられる。これについては、連邦通常裁判所2011年10月20日第4刑事部判決（連邦通常裁判所刑事判例集57巻42頁以下、NJW 2012・1237頁以下）がある。（職場内で事業に従事していた者に対して比較的長期間にわたっていじめが行われていたにもかかわらず、事業主がこれを止めなかったケースで、連邦通常裁判所は、当該いじめは、事業に関連する犯罪行為ではないとした<sup>19)</sup>）。事業主責任との関連では、近時の民事判例も注目に値する。例えば、連邦通常裁判所2012年7月10日第6民事部判決（ZR 341/10, 連邦通常裁判所刑事判例集194巻26頁以下、NJW 2012・3439頁以下、民法823条2項・刑法266条）が挙げられる。この裁判において、連邦通常裁判所は、有限会社や株式会社において取締役としての地位を有しているというだけで、第三者に対する財産的損害を阻止すべき保証人的地位が生じるわけではないとした。その結果、第6民事部の判決（NJW 2012・3439頁以下）と、刑事部の諸判決（NJW 2009・3173頁以下・ベルリン都市清掃局事件、NJW 2012・1237頁以下・モビング事件）との間に、どの程度齟齬があるのか、あるいは、第6民事部判決が刑事における事業主責任にどのような帰結をもたらすのか<sup>20)</sup>が議論されるようになった。

コンプライアンスの領域において近時特に問題となっているのは、企業指導部によるコンプライアンス基準違反を、刑罰的にどのように位置づけるかである（ここで考えうるのは、例えばコンプライアンス制度が設立されていなかった、あるいは維持されていなかったというケースや、企業指導部が、コンプライアンス部門からの指摘を無視した場合などである<sup>21)</sup>）。もっとも、通説によれば、コンプライアンスを遵守させるために直接的に刑事制裁を伴う義務を課すということは認められていない<sup>22)</sup>。たしかに秩序違反法130条は、事業所有者に、可能かつ期待可能な監視措置を講じるという義務を定めてはいる。しかし、このことから、事業所有者が、事業をある一定のやり方で組織するということまで義務付けられていると考えることはできない。それゆえ、単に、個々の特別法における諸規定で（信用制度法25a条、有価証券取引法33条1項）定められているほかは、リスクマネジメントやコンプライアンス制度の構築についての、一般的な義務は、秩序違反法130条からは生じないのである<sup>23)</sup>。

---

18) Wohlers/Gaede, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn.53に更なる指摘がある。

19) 賛成するのは、Kudlich, HRRS 2012, 177 ff., 反対するのはMühe, Mobbing am Arbeitsplatz, 2006, S.232 ff., 240 ff.である。

20) 詳しくは、Tsambikakis/Rübenstahl, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap.15 Rn.39; Kuhlen, NZWiSt 2015, 121, 123 f.; ders., NZWiSt 2015, 161 ff.

21) 詳しくは、Alexander/Winkelbauer, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.49 ff.

22) Rotsch, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.50（たしかに、事実上はコンプライアンスを強制することになるが、刑事制裁に直結するコンプライアンスの義務付けは生じないとする）; Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 130 OWiG Rn. 12; Kuierim, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.32 に更なる指摘がある。

23) Rogall, in: KK-OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130 Rn.40 に更なる指摘がある。Schaefer/Baumann, NJW 2011, 3601, 3605も参照。この問題につき詳細に論じるのは、Pietrek, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers



他方で、コンプライアンス規定がすでに定められている場合に、判例が規定をむしろ広く解釈する傾向があることは強調しておきたい。例えば、ジーマンス事件（ジーマンス株式会社が隠し口座を開設し、その口座で管理していた金を賄賂金の支払いに使っていたため、多額の金銭的制裁を受けた事件）においてこのような傾向が見られた。事実審は、自己の職掌する範囲において、当該企業においてコンプライアンス規定を実効化すべき立場にあった被告人が、部下に対して発した告示の中で、労働契約上、あらゆる裏金の支払いが禁じられていることが明示されていたことを認定した。連邦通常裁判所は、このコンプライアンス規定を、「贈賄の支払いのみならず、そのような支払いの目的のための隠し口座を維持すること自体も明示的に否定する趣旨である<sup>24)</sup>」と、拡張して解釈した。すでに定められているコンプライアンス規定をこのように広く解することを前提とするのであれば、判例が近い将来、企業指導部が（有効な）コンプライアンス制度を設立していないことによる、コンプライアンス違反を理由に、刑法266条（背任）における義務違反を認めることも十分想定できる<sup>25)</sup>。

この点に関しては、近時の民事判決にも示唆的なものがある（ミュンヘン地裁2013年12月10日第1部判決ZIP 2014・570頁以下。ジーマンス/ノイビュルガー事件<sup>26)</sup>）。ミュンヘン地裁第1部によれば、取締役は、自己の法令遵守義務（株式法93条）の範囲内で、法規違反（例えば、外国の公務員や私人に対する裏金の支払い）が行われないう、企業が組織され、監督されるよう、配慮すべき義務を負っているとした。実際に危険な状態が生じている場合、取締役は、損害の予防およびリスク管理のためのコンプライアンス機関を設置することによって初めて義務を充足したといえる。その際、法令遵守義務に従い、それに応じて実効的なコンプライアンス制度を構築することは、裁判所の見解によれば、取締役会の企業全体に対する責任の一環である。裁判所がこのようにコンプライアンス義務を詳細に具体化したことにかんがみると、今後は、実務が、事業に関する違反行為があったか否かが問題となる事案では、ミュンヘン地裁第1部判決において示された諸原則を、秩序違反法130条の解釈に取り込むことが期待されるのである<sup>27)</sup>。なお、ジーマンス/ノイビュルガー事件は、悲劇的な結末を迎えた。被告人以外の取締役達については和解が成立したが、被告人に対しては多額の損害賠償請求がジーマンス株式会社からなされ、民事裁判が提起された。最終的には請求額は減額され、和解が成立したものの、その後被告は自殺し、死亡したのである。

連邦通常裁判所2008年8月29日第2刑事部判決（BGHSt 52/323 ff.; NJW 2009, 89 ff.）も、ジーマンス事件に関する訴訟であるが、この事件では裏金の支払い目的での隠し口座の開設行為について、ジーマンス株式会社に対する背任が問題となった。行為時に、ジーマンス株式会社のコ

---

aus Compliance-Pflichten, 2012, S.37 ff., 133 ff.。秩序違反法130条を、刑法上の、コンプライアンスに関する中心的な規範と位置付けるのは、Bock, ZIS 2009, 68, 70 ff.。

24) BGH, NJW 2009, 89, 91.

25) Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 5, Kap.2 Rn.305.

26) Kuhlen, NZWiSt 2015, 121, 124 ff.

27) Kuhlen, NZWiSt 2015, 121, 126.

ンプライアンス規定は、これを禁じていた。連邦通常裁判所は、隠し口座の維持が、当該事案においてコンツェルン指導部の了解を得ていたものではなく、刑法266条における義務に違反する行為であるとした<sup>28)</sup>。したがって、コンプライアンス規定は、本事案においては、コンツェルン上層部の責任を軽くするが、同時に中間管理職の責任を重くするものである。このように、コンプライアンスによる帰責の回避という本来の目的は、ただちに帰責の拡張に転化しうるのである<sup>29)</sup>。

### 3 コンプライアンス受任者の刑事責任<sup>30)</sup>

#### a) コンプライアンス受任者の保証人的地位（刑法13条）？

この問題に関して重要なのは、連邦通常裁判所2009年7月17日第5刑事部判決（BGHSt 54, 44 ff.; NJW 2009, 3173 ff. ベルリン清掃局事件）である。この判決の傍論は非常によく参照された。連邦通常裁判所の見解によれば、コンプライアンス受任者の、「通常の保証人的地位」が存在するとされた。すなわち、企業活動と関連する、企業の従業員の犯罪行為を防止すべき義務が認められた。この保証人的義務は、企業指導部に対して引き受けた、法規違反とりわけ犯罪行為を防ぐべき義務の、裏返しのものとして当然存在する義務であり<sup>31)</sup>、それゆえ企業指導部から導き出される、二次的な保証人的義務である<sup>32)</sup>。

このような位置づけに対しては、コンプライアンス受任者は、通常、企業指導部に対して報告義務や情報提供義務しか負わないとの批判がある。真正な指令権限は、企業指導部からは通常、委任されていない<sup>33)</sup>。「命令権」は、コンプライアンス受任者は有していないのである。しかしこの権限は、事業主責任の事案に匹敵するような責任を負わせるためには必要な権限である<sup>34)</sup>。コンプライアンス・オフィサーは、本来、企業において、全ての法規が遵守されることにつき、責任を負っているのではない。むしろ問題なのは、コンプライアンス・オフィサーに、企業指導部がどの程度、任務を任せているのか、その範囲であり、どの程度まで、コンプライアンス・オフィ

---

28) 批判的なのは、*Theile*, wistra 2010, 457, 459 ff.; *Michalke*, StV 2011, 245, 249.

29) *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.43; *Kuhlen*, NZWiSt 2015, 121, 122. *Seier*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 5, Kap.2 Rn.305. も同旨。

30) *Berndt*, StV 2009, 689 ff.; *Kraft*, wistra 2010, 81 ff.; *Rübenstahl*, NZG 2009, 1341 ff.; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53 ff.; *Schwarz*, wistra 2012, 13 ff.

31) BGH, NJW 2009, 3173, 3175. 賛成するのは、*Merz*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 13 StGB Rn.51. 反対するのは、*Stoffers*, NJW 2009, 3176.

32) *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn. 56; *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.53; *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.77 f.

33) コンプライアンス受任者の典型的な任務や、義務の範囲については、*Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.12; *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.7を参照。

34) 包括的な問題については、*Tsambikakis/Rübenstahl*, in: Böttger (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2015, Kap.15 Rn.38. 参照。

サーに、営業経過に介入する権限が認められているのかである<sup>35)</sup>。

#### b) 刑法14条2項第1文2号における受任者としてのコンプライアンス・オフィサーの位置づけ？

刑法14条2項第1文2号は次のように定めている。「企業所有者又はその他その事業に権限をもつ者から、(中略)、自己の責任において、企業所有者に課せられる任務を果たすという明示的な委任を受け、この委任に基づいて行為したとき、特別な一身的要素が処罰を根拠づける法律は、これらの要素が受任者に存在しなくとも企業所有者に存在する場合には、受任者にも適用されるものとする。」この代理責任の規定は、委任された職責の範囲内で、決定を自ら下す権限を与えられた受任者——そのような権限の委譲は、下位にある従業員には通常なされない——に限定する趣旨である<sup>36)</sup>。したがって、コンプライアンス受任者は、企業指導部から、犯罪行為の阻止を自己の責任において果たすことを明示的に委任された場合にのみ、刑法14条2項第1文第2号に該当するのである<sup>37)</sup>。

### Ⅲ 企業内部における調査 (内部監査)

企業において採られる具体的なコンプライアンス措置としてはまず、企業内部における調査が挙げられる。企業内部における調査は、企業、企業の従業員および機関に対し、犯罪行為の嫌疑が生じた場合に行われる。国家による捜査が行われる前に、あるいはそれと並行して、いわゆる「内部監査」が実施されるのがますます一般的になってきているが、その主体は、企業自身、あるいは調査について権限を委譲された、外部の第三者である。

企業内での調査の目的は、回顧的(制裁を科すため)であると同時に、予防的(さらなる損害の回避、繰り返しの回避<sup>38)</sup>)である。しかしながら、連邦情報保護法(BDSG, Bundesdatenschutzgesetz) 4、27、28、6b条における情報保護、通信法(TKG, Telekommunikationsgesetz) 88条以下、91条以下における通信保護、事業所組織法(BetrVG, Betriebsverfassungsgesetz) 87条1項1、3、6号における共同決定、人格権保護(基本法1条1項との関連で、基本法2条1項<sup>39)</sup>)の観点から、法律上の規定による限界がある。

さらに、企業内部での調査については、私人による調査手続きと国家による刑事訴追の利益の

---

35) *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.12.

36) *Böse*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn.44.

37) *Böse*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 14 Rn.44; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53, 60 f.; 反対説として、*Schwarz, wistra* 2012, 13, 17.

38) *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.28.

39) *Knierim*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.5 Rn.134. 詳しくは、*Scharnberg*, *Illegale Internal Investigations – Strafrechtliche Grenzen unternehmensinterner Ermittlungen*, Diss. Passau, 2015.

対立、あるいは労働契約上の協力義務と、刑事訴訟上の、自己負罪からの自由の権利の対立<sup>40)</sup>という問題が伴う。そして、「この利害対立をどのように法的に解決するかについては争いがある。事実上、使用者側には、疑いのある行為をした従業員、あるいはその他の従業員に（単なる目撃証言についても同様である）、何らかの供述を強いる方法は何もなく、あくまで従業員の自発性に委ねられるのである。使用者側は、せいぜい（期限のない）解雇をすと言って脅すしかなく、実際に解雇した場合には、後に労働裁判所が、解雇および具体的な情報を要求したことの正当性を判断することになる<sup>41)</sup>」のである。

#### IV 公益通報

さらにコンプライアンス遵守のための方策として、外部的公益通報<sup>42)</sup>のシステムを導入することが考えられる。その際には、企業内での不祥事を公開した従業員はどの程度まで処罰の危険にさらされるのか、という問題が生じる。すなわち、不当競争防止法17条による、営業あるいは事業上の秘密に違反する行為に該当するのではないかが問題となるのである<sup>43)</sup>。同条によると、「企業に勤務する者が、雇用関係の範囲内で明かされた、あるいは知り得た事業上ないし営業上の秘密を、雇用関係が存続している間に、無権限で、第三者に、競争の目的で、自己または第三者のために、あるいは企業所有者に損害をもたらす意図で、漏示した」場合に処罰されるとされている。

しかしながら、公益通報の場合には、保護に値する秘密がそもそも問題となっているのかどうか自体が疑問である。なぜなら、不当競争防止法(UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) 17条1項は、その秘密の保持が、客観的に経済的に正当化された利益である情報についてのみ、保護しているからである。可罰的、あるいは少なくとも軽微ではない法規違反の事例があるという情報には、秘密保持の利益が存在しない<sup>44)</sup>といえる。そればかりでなく、諸情報を明らかにする権限がある場合にも、処罰はできないことになる。不当競争防止法17条1項においては、行為者が、情報を漏えいしたことにより、特に雇用関係あるいは労働関係から生じる契約上の義務に違反した場合には、正当化事由が存在しないかぎりにおいて、その者は無権限者とされる。刑法138条の例における告発を伴う場合には、いずれにせよ権限があるといえ、さらに、軽微とはいえない犯罪行為についても権限を認めることが提言されている<sup>45)</sup>。しかしながら個別的な点については争われており、大変不明確である。

同様にどのような要件が充足されれば、刑法34条により公益通報が正当化されるのかについて

---

40) この点につき、*Momsen*, ZIS 2011, 508 ff.

41) *Alexander/Winkelbauer*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 31 Rn.29.

42) *Rotsch*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, Teil 1, Kap.4 Rn.63.

43) この点につき、*Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 ff.

44) *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.15 Rn.10 に更なる指摘がある。反対、*Koch*, ZIS 2008, 500, 503.

45) *Möhrenschlager*, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Aufl. 2014, Kap.15 Rn.13 に更なる指摘がある。

は争いがある<sup>46)</sup>。そこで、公益通報を法制度化し、要件を明確化しようという努力がなされてきたが、その試みは、これまで失敗に終わってきた。例えば、ドイツ連邦議参議院に提出された草案では、民法612条aの創設が検討された<sup>47)</sup>。同条では、従業員が、営業上、あるいは営業時の活動において、法規上定められた義務に対する違反行為があったと、具体的な事実に基づいて考えた場合に、事前に、通常の労働者ならば行うであろう弊害除去対策の申し立てを使用者に対して行ったにもかかわらず、その申し立てが認められなかったならば、企業外の部署に通報する権利が認められている。しかしながら、立法化には至らず、「同盟90/緑の党」も「公益通報者保護法案<sup>48)</sup>」を連邦議会に提出したが、他会派の反対に遭い、廃案となった<sup>49)</sup>。もっとも、いわゆる「内部的公益通報」については、特別の規定がすでに存在している（保険監督法23条6項および信用制度法25a条1項第6文3号によれば、保険会社あるいは信用機関は、従業員が、匿名で、犯罪の疑いのある行為を、企業内の適切な部署に報告することができる手続きを定めるようにしなければならない）。

## V 今後の展望——立法論としての団体刑法<sup>50)</sup>

現在、ドイツにおいては企業刑法の導入が議論されている。従来は、すでにみた通り、秩序違反法30条による制裁の可能性があった。他のヨーロッパの国々に比べると、この分野におけるドイツの規定はどちらかという後進的である。イギリスの賄賂防止法は、企業の刑事的答責性を肯定しており、フランス法においても法人それ自体が答責の主体となることが長らく認められてきた（Code penal 121-2条）。ドイツにおける立法動向としては、2013年11月に司法大臣会議で提案されたノルトラインヴェストファーレン州の草案<sup>51)</sup>があるが、現段階ではまだ連邦議会ではこのテーマは審議されていない。

この草案の目的は、独立した団体刑法典を作ることであり、同草案では、団体刑法に独特の可罰的行為を2つ定めている。一つは、指導的立場にある人間が、団体に関連した違反行為を行った場合に、もう一つは、従業員が活動を行っている際の監督が十分でなかった場合に、団体自体の責任を問うものである（団体刑法典草案2条1項、2項参照）。これに加え、二元的な制裁システムも予定されている（団体刑法典草案4条以下参照）。すなわち、団体に対する刑罰である、団

---

46) この点につき、*Koch*, ZIS 2008, 500, 503。

47) BR-Drs. 534/11; *Koch*, ZIS 2008, 500。

48) BT-Drs. 17/9782。

49) BT-PIPr. 17/246, S. 31506。

50) 特に、*Engelhart*, NZWiSt 2015, 201 ff.; *Dannecker*, GA 2001, 101 ff.。

51) 同草案については、下記を参照。[https://www.justiz.nrw.de/WebPortal\\_Relaunch/JM/leitung/jumiko/beschluesse/-2013/herbstkonferenz13/TOP\\_II\\_5\\_Gesetzentwurf.pdf](https://www.justiz.nrw.de/WebPortal_Relaunch/JM/leitung/jumiko/beschluesse/-2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5_Gesetzentwurf.pdf)

(参照日時：2016年11月18日) *Hoven/Wimmer/Schwarz/Schumann*, NZWiSt 2014, 161 ff. (Teil 1), 201 ff. (Teil 2), 241 ff. (Teil 3); *Zieschang*, GA 2014, 91 ff.; *Jahn/Pietsch*, ZIS 2015, 1 ff.; *Fischer/Hoven*, ZIS 2015, 32 ff. も参照。

体に対する罰金、刑罰留保付き警告、判決の一般公開とともに、団体に対する処分として、補助金の対象除外、公的な機関との委託契約からの除外、団体の解散を定めている。

しかしながら、団体刑法の導入については、基本法1条1項における人権保障の観点から導かれる、責任主義が大きな障壁となる。基本法1条1項における人権保障は、基本法19条3項を通じて法人にまで拡張することはできないからである。しかしこの点については、細部において非常に争われており、議論のさらなる展開が望まれる。