

|                  |                                                                                                                                                                                                                   |
|------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Title            | コンプライアンスの欠如に関する刑事責任と民事責任の関係について                                                                                                                                                                                   |
| Sub Title        | Zum Verhältnis von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für Compliance-Mängel, Teil 1 und Teil 2                                                                                                         |
| Author           | Kuhlen, Lothar(Utsumi, Tomoko)<br>内海, 朋子                                                                                                                                                                          |
| Publisher        | 慶應義塾大学法学研究会                                                                                                                                                                                                       |
| Publication year | 2017                                                                                                                                                                                                              |
| Jtitle           | 法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.90, No.8 (2017. 8) ,p.33- 81                                                                                                                         |
| JaLC DOI         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Abstract         |                                                                                                                                                                                                                   |
| Notes            | 資料                                                                                                                                                                                                                |
| Genre            | Journal Article                                                                                                                                                                                                   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20170828-0033">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20170828-0033</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 資料

# コンプライアンスの欠如に関する刑事責任と民事責任の関係について

### 著者紹介

本稿は、雑誌 *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensrecht* の二〇一五年四月号一二二頁以下（第一部）、および二〇一五年五月号一六二頁以下（第二部）に掲載された、Zum Verhältnis von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung für Compliance-Mängel と題された論文の訳文である。

著者であるローター・クーレン (Lothar Kuhlen) マンハイム大学 (University of Mannheim) 教授は、二〇一三年六月に来日され、早稲田大学・横浜国立大学で、コンプライアンスおよび租税刑法に関する講演をされた。その

ローター・クーレン  
内海 朋子／訳

際、翻訳者は、横浜国立大学における講演「租税遁脱と刑法」の、翻訳・通訳を担当させていただいたのであるが、クーレン教授は、租税刑法というやや特殊な分野のテーマであるにもかかわらず、大変分かりやすく、かつ刺激的な内容の講演をしてくださった（翻訳については、横浜国際社会科学研究所一八巻四・五号（二〇一四年一月）、四五六—四六九頁に掲載）。その後クーレン教授から、経済刑法やコンプライアンスに関する論文の抜き刷りを頂戴したが、いずれも高度かつ複雑な法律問題を非常に論理的に、明快に分析しておられるものであり、今後これらの分野での議論が日本においても展開されることが予想され、訳出の価

値が高いと判断した。

本稿の主要なテーマである「コンプライアンス」は、二〇一三年の来日時に早稲田大学で行われた講演会でも扱われており、岡上雅美教授による優れた訳が、「ドイツにおけるコンプライアンスと刑法 (Compliance und Strafrecht in Deutschland)」として、比較法学 (早稲田大学) 四七巻三号 (二〇一四年)、一六五—一八四頁に掲載されているので、本稿とあわせて参照していただければ幸いである。

なお、本稿の訳出に当たり、ドイツにおける会社の組織構成など、クレーン教授から貴重なご教示をいただいた。これらの点については、文中に訳者注として説明を加えた。また、脚注番号など、書式の面において若干の変更が加えられている。文中に頻出する用語の訳語については、以下の通りとした。Unternehmensleiter・Geschäftsleiter = 業務執行者、Unternehmensleitung・Geschäftsleitung = 業務執行部、Vorstand = (株式会社の) 取締役会、Vorstandsmitglied = (株式会社の) 取締役、Geschäftsführer = (有限会社の) 取締役、Geschäftsherr = 事業主、Unternehmensinhaber = 企業所有者、Betriebsinhaber = 事業所有者。

なお本稿は科学研究費基盤研究 C (16K03362) による研究成果の一部である。

## 序

ドイツにおいて近時盛んに議論されているコンプライアンス論は、刑事・民事双方の近時の判決にも、影響を及ぼしている。その結果、刑事・民事間での調整が必要となっており、これこそが本稿で取り扱われるべき課題である。<sup>(1)</sup> 本題に入る前にここでまず、民事・刑事のいずれにおいても、各人は、自己の行いについて自ら責任を負わなければならないという帰責原理が妥当し、そしてどちらの法分野でも帰責問題として扱われるという共通性があるからこそ、両方の法分野を規律している原理を比較すること、そしてお互いに矛盾なく説明することが求められるという点を確認しておきたい。

帰責、より正確には、刑事的 (あるいは秩序違反法上の) 帰責という概念は、最近たしかに批判されている。帰責という概念は民法においてのみ用いられ、刑法や秩序違反法における応報とは異なった法的効果を有しており、刑事法とは異なる世界に属する、というのがその理由であ

る。<sup>(2)</sup>しかしながら、帰責は、民事的および刑事的な答責性の比較を容易にする概念であり、民事的答責性と刑事的答責性は歴史的には同一の「帰責」概念から生じたものであって、その後に分岐したことを忘れてはならない。<sup>(4)</sup>もっとも、この分岐によって、まったく新しい問題が生じることになった。すなわち、この二つの帰責形態の関係が将来的にどのように展開するのか、そして展開させるべきなのかという問題である。

本稿で扱う課題を明確にするために、まず、コンプライアンスというテーマにとって最も重要な刑事判例を改めて確認しておく（Ⅰ部分）。次に、いくつかの重要な最新民事判例を紹介する（Ⅱ部分）。これらの判決をふまえて、コンプライアンスの欠如の及ぼす影響が刑事と民事とでどのように異なるかを考察する（Ⅲ以下）。最後に、本稿の簡単な総括を行う（Ⅴ）。

## Ⅰ 刑事判例

1 連邦通常裁判所 刑集五二巻三二三頁（ジーマス／エネル事件、二〇〇八年八月二九日第二刑事部判決）

連邦通常裁判所がコンプライアンス規定に関して初めて

言及したのは、二〇〇八年の判決においてである。ジーマス社のコンプライアンス規定は、本件当時すでに、裏金目的の隠し口座を開設することを禁じていた。そこで連邦通常裁判所は、この種の隠し口座の維持は、本件の具体的事実にてらし、コンツェルン上層部が認めたものではなく、したがって義務に違反するものであり、背任の客観的構成要件を充足するとした。<sup>(5)</sup>コンプライアンス遵守に努力していれば様々な形で刑法的リスクが軽減されることが期待されているが、中間管理職にあった本件の被告人にとってはむしろ、情状を重くする方向に働く。すなわちコンツェルン上層部の責任を軽くし、中間管理職社員の責任を重くする作用を持ち得るのである。<sup>(6)</sup>

2 連邦通常裁判所 刑集五四巻四四頁（ベルリン都市施設局事件、二〇〇九年七月一七日第五刑事部判決）

そのような帰責の拡大は、とりわけ、多くの企業において任命されたコンプライアンス受任者の負担になることは明らかである。連邦通常裁判所はある判決の傍論でこの問題を取り上げたが、この判決は多くの論争を巻き起こした。<sup>(7)</sup>その判決とはベルリン都市施設局で指導的立場にあった法曹に対する有罪判決である。都市施設局の担当部署では超

過料金を定めており、またその金額が実際に徴収されていたが、これが詐欺罪にあたりとされたのである。被告人は超過料金を定めることが違法であることを知っていたがこれを放置していた。ベルリン地裁は、これを、不作為による詐欺の幫助であるとした。

連邦通常裁判所は有罪を維持し、被告人の、「法務・内部監査部部长」としての地位から、保証人的義務を導き出した。<sup>(8)</sup>この点に関して、連邦通常裁判所は、近時様々な形で導入されている「コンプライアンス・オフィサー」は、通常、保証人として、従業員の企業活動と関連する犯罪行為を阻止することを義務づけられるとし、その理由をこの義務が、企業上層部に対して引き受けた、法令違反、とりわけ犯罪行為を阻止する義務と表裏一体のものである点に求めた。<sup>(9)</sup>

この連邦通常裁判所の判示は、実務に大きな動揺をもたらし、学界でも批判された。批判されたのは特に以下の点である。

- ・保証人的地位の実質的な根拠づけが理論的に十分説得的でない。
- ・権能を引き受けたとしても、コンプライアンス受任者

は企業に対する義務のみを負い、第三者に対して義務を負わない。

- ・コンプライアンス受任者は、規範違反を知った場合、通常は情報提供義務を負うのみで、被疑者に対する決定権能を有していない。

通常、規範違反とされるものは、情報提供義務違反であり、被疑者に対する決定権能（の不行使）ではない。<sup>(10)</sup>・コンプライアンス受任者の保証人的地位は事業主の保証人的地位から導かれるものでもない。なぜなら、そのような保証人的地位は事業主自身に認められるものではないからである。

判決の支持者はこれに対し、以下のことを認める。まず、コンプライアンス受任者の保証人的地位は、業務執行者の地位の引き受けから生じる。その際重要なのは、そもそも業務執行部にそのような保証人的地位が生じているのかである。通説はこれを肯定し、企業は特別の危険源であるから、これを創設し、支配している事業主には答責性があるという点にいわゆる事業主責任の根拠を求める。業務執行部は監督保証人であるという考え方は、いくつかの条文で明文化されているが、（秩序違反法一三〇条における管理

義務、刑法三五七条の公務員犯罪における黙認など）これらの条文は限定列挙ではなく、むしろ確認規定であり、自己答責性の原則にも合致するものである。<sup>(11)</sup>コンプライアンス受任者に決定権能が欠如していることはよくあるが、保証人的地位を否定する根拠とはならず、ただ保証人的義務が制限され、その結果、個別具体的な事案について犯罪行為の実行における義務違反の因果関係を証明できなくなるという帰結がもたらされるにすぎない。<sup>(14)</sup>

この見解は、引き受けにより保証人的地位が生じること認めている限りにおいて問題はない。二〇〇九年判決から生じる重要な問題は、本当に業務執行者が、事業に関連する犯罪行為の予防のために保証人的地位を負うのかである。企業所有者や取締役会は、自身が負っている責任を委任することができるだけだからである。<sup>(15)</sup>

3 連邦通常裁判所 JR 2012, 303 (モビング (いじめ) 事件、二〇一一年一〇月二〇日第四刑事部判決)

二〇一一年の連邦通常裁判所判決は、コンプライアンス受任者の問題には触れていないが、本稿のテーマにとって、とりわけ重要である。この判決は事業主の、事業に関連する犯罪行為を阻止すべき保証人的義務を明らかに認めている

るからである。<sup>(16)</sup>

a) この「原則的な判決」<sup>(17)</sup>は、モビング (いじめ) の事件を扱ったものである。事案の詳細は以下の通りである。市の建築場の工事従業員グループ (「コロニー」) に所属する者達から、他の従業員グループに所属していた被害者は、勤務時間中、幾度ものしられ、殴打された。訴えられたのは犯行を行った者達の直接の上司であり、この上司は被害者に対するいじめを知っていたが、何らの介入もしなかった。問題となるのは、本件において危険傷害罪および強要罪への不作為による関与があったかどうかである。原审と同様、連邦通常裁判所はこの点を否定したが、その際問題となったのは不作為による救助の懈怠だけであった。

もっとも、本判決によれば被告人が、事業所有者として国家から課されている、自己の部下に対する監督義務を引き受けることは、基本的に可能である。なぜなら「個々の事案における状況にてらして、事業所有者あるいは上司としての地位から、下位従業員の犯罪行為を阻止すべき保証人的地位が生じ」うるからである。<sup>(18)</sup>このことはしかしながら、「事業に関連した犯罪行為を防止すること」のみに限られ、「従業員が単に従業時間中にたまたま機会があった

ので行ったにすぎない行為」は含まれない<sup>(19)</sup>。本件のいじめは、事業に関連した犯罪行為ではない。建築場における事業に関連した特別の危険に関連するわけではないからである<sup>(20)</sup>。

b) モビング事件判決の後半部分については、私は、説得的ではないと考えている<sup>(21)</sup>。ここでは、しかしながら、連邦通常裁判所が、事業主の監督保証人的地位を認めることによって、コンプライアンス受任者の保証人的地位についての先行判例から結論を導き出し、それにより同時に、判例を支持する説の理論的な重要性を確認したという点が興味深い<sup>(22)</sup>。モビング判決はすなわち、判例において従来よくみられた、企業における監視義務を理論的に精密化させるというモデルにうまくあてはめる事案だったのである<sup>(23)</sup>。

c) そればかりでなく、第三者に対して負う保証人的義務を「企業所有者あるいは上司としての地位から導き出す」ことは、かの有名な一九九〇年の皮革用スプレー判決以来の伝統的な刑事判例の流れにくみするものである<sup>(25)</sup>。皮革用スプレー判決においては、「皮革用スプレーの使用によって生じた身体障害についての」被告人の刑事的答責性が、

「製造会社および販売会社の取締役としての地位」から導き出され、その際、保証人的義務違反（そして他の構成要件）を企業に関連づけられた形で決定するという手法が確立し、それ以降、刑事判決はそのような手法に従って判断がなされるようになった<sup>(27)</sup>。モビング事例もまたこのような手法を採用しており、（大抵の場合）企業体の対外責任についての民事判例における理論構成を採用しているわけではない<sup>(28)</sup>。

企業の従業員の可罰性を、企業活動と関連づけて判断する場合、まず企業自体においてそのような要件が充足されているかが問題となり、これが認められれば次に、企業の構成員それぞれが、組織体内部における各々の地位にてらして同様にそのような要件を充足しているかが検討される。すなわち、すべての犯罪類型に妥当する一般的要件としての義務違反については、まず、企業が、企業自体に妥当する義務に違反したか、続いて、各人が企業内の自分の地位と自己の行動にてらして、義務違反について責任を負うかを明らかにすべきである。その際、企業の諸義務が、企業において権限を有する構成員、すなわち第一義的には、業務執行部に属する者<sup>(29)</sup>、すなわち自然人であるが、この者達に妥当することは問題なく認められる<sup>(30)</sup>。企業内部の地位、



その中には企業内部における機関としての地位も含まれるが、これらは組織体の構成員自身が企業のために行為する場合に服する諸義務により基礎づけられ、限界づけられる<sup>(31)</sup>。

この理論的なアプローチは、刑法一四条、および秩序違反法九条に定められた身分犯構成における帰責ルールとして実体法上示されているモデルに相当する。しかし身分犯には限られない<sup>(32)</sup>。この理論は、とりわけ「関係者相互間に実際に存在する権力依存関係」を念頭に置いたものであつて、<sup>(33)</sup>社会的実体に即したものとされており、<sup>(34)</sup>それゆえ近時の刑事判例において採用されることとなった。

## II 民事判例

1 連邦通常裁判所 wistra 2012 (虚偽取引、110111年七月一〇日第六民事部判決)

二〇一二年の連邦通常裁判所第六民事部の判決は、これまで紹介してきた従来の判例の理論モデルと合致しない。本件は、有限会社Aの二人の取締役のうち一人(A)が、虚偽取引に積極的にかかわっていたが、その虚偽取引によりある株式会社が損害を受けたというものである。民事部はこれを株式会社の取締役により行われた背任の補助とし、

それに基づき(民法八二三条二項、刑法二六六条、二七条に基づき)Aの損害賠償義務が生じるとした。

ここで興味深いのは、有限会社Aの別の取締役Bの存在である。Bは虚偽取引に積極的にかかわらなかったが、これを認識していたにもかかわらず、何の措置も講じなかった。控訴審であるミュンヘン上級地方裁判所は、Bにつき、株式会社の取締役の背任に対して、不作為による補助として関与しているから、損害賠償責任を負うとした。Bの保証人的地位については、当該有限会社の取締役であることから、「自己の企業から生じる犯罪行為を阻止すべき義務が生じる」とし、そのことからさらに、「企業の活動範囲から生じる犯罪行為への関与に」、すなわち本件では共同取締役であるAの行為に介入する義務が生じることによって、根拠づけられるとした。<sup>(37)</sup>

連邦通常裁判所はこれに対してBの不作為犯としての保証人的地位を否定した。有限会社Aの機関はたしかに、株式会社の場合と同様、「会社が合法的に行動し、その法律上の義務を遵守するよう、配慮すること」を義務づけられている。<sup>(38)</sup>この法令遵守の義務づけはしながら、「基本的な会社に対してのみ生じるものであり、部外者である第三者との関係では生じない」<sup>(39)</sup>。有限会社Aの取締役、ないし株



式会社の取締役の対外責任は、それゆえ「特別の請求権がある場合に限られた範囲でのみ問題とな」り、特に「これらの者達が許されない行為を自ら行って損害を惹起した場合に問題となる」<sup>40</sup>。しかし、本件は、こうしたケースではなく、また B が、個人的に妥当する義務を引き受けたという事実もまた証明されない、とされた<sup>41</sup>。

このように述べて第六民事部は、B の所為は不作為による背任の補助にあたり、刑法的に重要な意味を持ちうるとした控訴審判決を破棄したのである。弁護人の一人は判決後すぐさま、被告人はさらにコンプライアンスの最前線にいない解放される（訳者注…）したがってコンプライアンス欠如を理由に責任を負わされる危険はもはや生じない」と主張し、その理由として第六民事部の判断は、コンプライアンス受任者の保証人的地位に関する二〇〇九年の第五刑事部判決の傍論に反することを挙げた。<sup>42</sup>もともとこの主張は、時機尚早だったといえる。連邦通常裁判所内部で刑事部と民事部の間に見解の相違があったとしても、それが将来解消されるべきか、されるとしたらどのような方法によってかは、まだ解決済みとはいえないからである。

しかしながら、この民事判決が、刑法的な見地からは混

乱をもたらすものであることには間違いない。なぜなら、刑法上の通説において認められている、危険源としての企業の性質から導かれる、業務執行部の、事業に関連する犯罪行為を阻止すべきという保証人的地位は、例えば、モビング事例にみられるように、いずれにせよ、第一義的には企業自体の保護ではなく、企業からの第三者の保護に資するものであるからである。すなわち、この保証人的地位は、第三者に対しても存在し、その意味で外部的効果を有するものであり、このことは、企業の下位従業員、例えばコンプライアンス受任者に対する委任があったとしても、変わらないのである。企業の指導的機関の、事業に関連する犯罪行為の阻止という外部に対する保証人的義務を否定することはそれ故、このことと矛盾するように思われるのである。

ここで、この矛盾が本当に存在するのか、そして矛盾があるとするれば解消されなければならないのかについて論じる前に、最近のコンプライアンスの欠如に関する民事判決を検討しよう。すなわち、二〇一三年の、ミュンヘン地裁第一部の、ジーマンス／ノイビュルガー判決である。

2 ミュンヘン地裁第一部 ZIP 2014, 570 (ジーマンス

／ノイビュルガー事件、二〇一三年二月一〇日判決）

ドイツにおけるコンプライアンス遵守の努力の展開はジーマンス事件なしには語れないが、本判決はジーマンス事件が引き起こした様々な法律問題のうちの一つにかかわるものである。<sup>(43)</sup> 被告人のハインツ・ヨアヒム・ノイビュルガーは、一九九八年から二〇〇六年にかけて、ジーマンス株式会社（原告）の取締役であり、中央財政部門の最高責任者であつて、「監査・法務部」についても兼務していた。<sup>(44)</sup>

一九九九年から取締役会内部では、当該株式会社の隠し口座から裏金の支払いがなされているのではないかを疑わせる事案が何度も報告されていた。<sup>(45)</sup> 取締役会はそれゆえ、一九九九年に管理職社員に対して各々の職責の範囲内で、法令遵守に留意するよう指示していた。これに対応して、一九九九年から二〇〇五年にかけて、被告人は、当該株式会社のコンプライアンス機関の構築のために様々な措置を講じた。<sup>(46)</sup> しかしながら、裏金の支払いは長年にわたる組織的なもので、これを防止しえず、二〇〇七・二〇〇八年には当該株式会社に対して、総計一〇億ユーロを超える金銭的制裁が科された。<sup>(47)</sup>

そこで、主席監査役が、二〇〇八年に株式会社に生じた損害の賠償を、（二）取締役らに対して請求した。その中

には、裏金の支払いを防止すべき義務に有責的に違反し、株式会社に損害を与えたとして、被告人も含まれていた。とりわけ、被告人が権限を有していた、コンプライアンス制度が欠陥のあるものであったことが問題となった。九名の取締役とは（二〇一〇年の総会で）和解が成立したが、株式会社と被告人の間の和解手続きは当初、不調に終わった。<sup>(48)</sup> 株式会社側は、被告に一五〇〇万ユーロの損害賠償金の支払いを求めて訴訟を提起した。<sup>(49)</sup>

裁判所は、請求を全面的に認めた。株式会社側の損害賠償請求権は、株式法九三条二項第一文に基づくもので、被告人は通常のかつ誠実な業務執行者の注意（株式法九三条一項第一文）を怠ったとされた。この義務を、裁判所は（判決の第一要旨において）以下のように具体化している。「各々が負う法令遵守義務の範囲で、取締役は、外国公務員、あるいは外国の私人に対して違法な金銭支払いが行われるなどの法令違反がなされないように、企業を構成し、管理するよう配慮する義務を負っている。取締役は、危険の態様に即した形で損害の予防とリスク管理のためのコンプライアンス機関を設立した場合のみ、機関設立義務を果たしたといえる。個別具体的にどの範囲までかについては、企業の種類、規模そして組織、関連する諸規定、設立場所、

そして過去の諸事例が重要な判断要素になる。」

被告が組織構成義務に違反したかもしれないという点については、原告によって十分に証明されたとされた。<sup>(50)</sup> 株式法九三条二項第二文において被告人に義務づけられている、被告人が義務違反を行わなかったという証拠の提出はなかった<sup>(51)</sup>であり、「コンプライアンス責任についてしっかりとした組織的な権限委譲がなされた」わけではなく、「コンプライアンス準則の監督が委任された社員に対して、違反から生じる帰結を阻止するための十分な権能」が与えられていたわけでもない。<sup>(52)</sup> 「有効なコンプライアンス制度を創設し、その効果を検証するという義務」は、「法令違反回避のために有効な制度を構築すべき」任務を担う、原告会社の取締役の一人である被告が負っていたものである。<sup>(53)</sup> 被告は「営業部門指導部構成員に対して何も命令権を有していなかった（訳者注：ジーマックス社においては、全体を統括する全体取締役会の下に、各種の部門があり、各部門の指導部（この場合にも Vorstand の用語が用いられる）が置かれていた）」と主張することはできない。なぜならば、これはまさに、「有効なコンプライアンス制度の欠如」を示すものであるからである。<sup>(54)</sup> 「取締役会は彼の提案に従わなかったであろう」と主張することも許されない。

たしかに、取締役会の決定内容に反対した取締役も、その議決に忠実に従わなければならないが、しかしそれは議決が合法である場合に限られる。そうでない場合には、当該取締役は、異を唱え、場合によっては、監査委員会を介入させなければならない<sup>(55)</sup>」が、「被告人はそのようなことをしなかった」。

その点においては、民法二七六条における軽過失で十分である。民法二七六条によれば注意義務は客観的判断によるが、この基準に従えば、実際に採られた措置は、コンプライアンス制度の機能を発揮させるには十分ではなかった。<sup>(56)</sup> 「コンプライアンス」の概念が、本件が発生した頃は、まだ十分定着していなかったとの主張も認められない。概念が定着していたか否かにかかわらず、「取締役会は、会社とその従業員が遵守すべき」法的準則が実際に守られているか注意しなければならない<sup>(57)</sup>ということは、当時においても妥当すべき基本的な考え方であるからである。

被告に対する（刑事訴訟法一七〇条第二項、あるいは一五三条による）捜査手続きがなされたことによっても、被告の責任は減じられない。なぜなら、第一に、被告は背任幫助の嫌疑で捜査されたのであるが、同罪は故意を前提としているのに対し、株式法九三条二項第一文に基づく請

求権は、軽過失で足りるからである。そして第二に、民事裁判所は、検察官による、法的理由に基づく刑事手続き打ち切りの決定には拘束されないからである（訳者注…ノイビュルガーに対する刑事手続きは打ち切られていた）。

ミュンヘン地裁第一部の判決は、一連の論争を引き起こした。<sup>(59)</sup>「ドイツの民事裁判所が、個々人の取締役のコンプライアンス責任について、ここまで明白に言及したのは初めてであり、重大な帰結をもたらす」ものであったため、この判決は、「ティンパニーの響き」と名付けられることになった。この判決の評価は様々である。裁判所はコンプライアンス責任をあまりにも厳格に認めすぎたとする批判もあり、この判決に賛成し、指導的な判決だとするものもある。<sup>(63)</sup>

少なくとも、本判決は、本件にとどまらず、取締役の内部責任ばかりでなく、監査委員会の内部責任についても一定の結論を導くものであるとだけはいえる。<sup>(64)</sup>一方、刑法的な観点からは、財産犯においては故意が要求されるので、本判決はそれほど重要なものではないが、<sup>(65)</sup>「捜査機関が、この議論を秩序違反法一三〇条、三〇条に転用するおそれ」は存在するものもある。<sup>(66)</sup>

### III 民事的な内部責任と刑法

上述した刑事判決と民事判決の関係に関する議論は、民事上の、内部責任と対外責任の相違と関係している。内部責任、より詳しくいえば、株式法九三条二項第一文に基づく、各取締役の、ジーメンス株式会社に對する損害賠償義務に言及したのが、このミュンヘン地裁第一部の判決なのである。この判決は、刑法的にも非常に重要な意味がある。

#### 1 「存在を否定するような」答責結果

その理由としてまず、被告に負わせられた責任の過酷さが挙げられる。当該株式会社より請求された一五〇〇万ユーロは、ミュンヘン地裁の見解によれば、被告が賠償しなければならぬ損害の一部に過ぎないが、それでも被告を経済的に破たんさせかねない金額である。<sup>(67)</sup>この種の、「存在を否定するような」答責については刑法上も問題とならざるをえない。というのも、刑法上、損害結果を帰責させることにより、可罰性が生じるようなケースについては、客観・主観両面において厳格な要件が要求されるからである。そのような厳格な要件の要求は、おそらくは刑罰

こそが、国家秩序において「最も鋭い刀」であろうと考えられてきたことによる。

刑事制裁<sup>(68)</sup>よりも民事上の法的効果はるかに重くなる場合においては、民法、刑法の双方が関係する問題が生じる。すなわち、損害惹起に対する答責の公平性・適切性を確保し、時代遅れの結果責任への退行を阻止しなければならぬ<sup>(69)</sup>。それゆえ、義務違反については、民事的な債務責任の基本的要件となる場合も、犯罪成立要件となる場合と同様に集中的に判断すべきであって、本判決が、ここ一〇年ほどに集中的に行われたコンプライアンスの努力に関する議論と実務において、様々な形で経験的に証明されてきた、「結果責任の誤り」を多く犯しているという批判には、法的観点からも賛成せざるをえない。

「非常に高額な損害について、責任が非常に軽くても、その責任さえあれば、全額を賠償しなければならず、この賠償が被告を経済的に破たんさせ、原告はこれを担うことができるという場合であってもそれは変わらないという、損害法上のオール・オア・ナッシング原則<sup>(71)</sup>」に対する批判にも、賛成せざるをえない。

## 2 コンプライアンス義務の過度の強調

民事的に興味深いばかりでなく、ミュンヘン地裁第一部は、取締役のコンプライアンス義務の具体化にも言及している。

a) まず、コンプライアンス義務は、営業と事業における監視義務違反(秩序違反法一三〇条)を理由とした機関の責任に直接的な影響を及ぼすものであって、その際、今日すでに認められている、秩序違反法三〇条一項における企業自体の責任についても直接的な影響が及ぶ<sup>(72)</sup>。ある株式会社の従業員が、刑罰あるいは過料といった制裁が科されている、企業所有者に対する義務違反行為を行った場合、機関(ないし機関構成員)は、この義務違反行為を阻止する、あるいは「著しく困難にする」ためだけでもよいから、秩序違反法一三〇条一項、九条一項一号の定めるところにより、監督措置を講じるべきであり、これを怠ったならば、責任を負う<sup>(73)</sup>。通説によれば、この違反行為には、身分犯のみならず、事業に関連するすべての犯罪行為、および秩序違反行為が含まれ(例えば、「企業の為に」行われた裏金の支払いなど)、さらにそのような違反行為が行われることは、(これも通説によれば)構成要件ではなく、単なる

客観的処罰条件であつて、秩序違反法一三〇条一項においては、故意でなくとも過失があれば十分であること、それゆえ故意のみならず過失による監督措置の不作為があるだけで、構成要件が充足されることなどに<sup>(74)</sup>かんがみて、秩序違反に対する過料の構成要件の適用については、どの監督措置を取締役らから命じられたかが決定的に重要であることは明らかである。

この問題については、ミュンヘン地裁第一部による、取締役のコンプライアンス義務の具体化が非常に重要な意味を持つ。たしかに、「保護の方向性が異なっていることから」株式法九三条のような、会社法上の規定における義務内容の画定は、「それ自体として」<sup>(75)</sup>は、秩序違反法一三〇条の具体化には役に立たない。企業が所有する物の窃盗や横領など、企業の法益に反することのみに向けられている違反行為についてはそのようにいえるであろう。したがって、その種の違反行為を防止する義務の懈怠は、秩序違反法一三〇条の範疇にはない。<sup>(76)</sup>しかしながら「企業のため」裏金の支払い、競争法違反も同様だが、第一次的には他の者の法益を侵害するのである。すなわち、事業に関連する違反行為が問題となっている。<sup>(77)</sup>このことは、違反行為（そしてその行為を防止しなかったという不作為の義務

違反）は、今日の通説のように、企業の財産を侵害するという結果を伴うが故に、単なる秩序違反を超えて、企業に重たい負担を強いる行為として可罰的となり（背任<sup>(78)</sup>、企業に対し損害賠償を（例えば株式法九三条二項第一文を根拠として）義務づけることが可能であると理解しても同様である。それゆえ実務においては、ミュンヘン地裁第一部が提示した義務の画定に関する指導原理に従つて、秩序違反法一三〇条違反の捜査も行われることが期待されるし、これに基本的に異議を唱えるべきではない。<sup>(79)</sup>

b) 第二に、ミュンヘン地裁第一部が行つた、取締役のコンプライアンス義務の画定もまた、刑法上、より詳しくいえば刑法二六六条の機関背任の規定にとつて重要である。取締役には、株式会社に対する財産管理義務が生じている。この義務に違反して会社に損害を与えたならば、<sup>(80)</sup>背任が問題となる。たしかに指摘されている通り背任の成立には故意が必要であるが、条件付き故意でも足りる。<sup>(81)</sup>背任の故意について、実務上適切な制約が必要であるとした第二刑事部の見解に対しても様々な観点において意見の一致をみえないこと<sup>(82)</sup>に<sup>(83)</sup>かんがみると、故意の要請による可罰性の限定が十分に機能することは期待しがたい。決定的に重要な



のはむしろ、背任においても客観的構成要件、ひいては義務違反の場面において適切な制約を行うことである。

機関背任における義務違反の具体化についての本判決の意義は、裁判所が求めた株式会社法九三条二項第一文の義務違反についての挙証は、明らかに、刑法二六六条の義務違反の挙証の要請の背後に後退しているという点に求められる。特に、株式会社法九三条二項第二文の挙証責任の転換は、刑法では問題とならない。裁判所が定立した取締役のコンプライアンス義務の実体的な具体化が、刑法上重要であるかもしれないことについては十分留意されていない。この義務の具体化の基準に従って刑法的な義務を画定するという傾向は、刑事司法のみならず、民事司法においてもみられることであり、一概に批判されるべきものでもない。<sup>(86)</sup>

もっとも、連邦通常裁判所はまさに機関背任について、刑法二六六条を充足するためには会社法上の義務では十分ではなく、重大な義務違反が必要であるという判決をいくつか出している。<sup>(87)</sup> 連邦憲法裁判所もこれに賛成しているが、刑事司法においては、決して確立したものではなく、学説では争われている。<sup>(88)</sup> 刑事実務が将来的に機関背任の疑いがある事例について義務違反を規定する際にミュンヘン地裁第一部の決定に依拠することは、実務的に当然であり、学

說的にも当然に排除されるものではない。しかし、これには賛成できない。

c) なぜならば、ミュンヘン地裁第一部によって定立されたコンプライアンスの要請は、刑法的観点から（そして秩序違反法一三〇条の観点から）みると、取締役の義務違反の内容として適切な範囲を明らかに超えているからである。会社法理論においてコンプライアンスを理論的にどのような位置づけたとしてもこの問題は生じる。<sup>(90)</sup> そして、取締役の株式会社に対するコンプライアンス義務ばかりでなく、第三者に対する、同様の義務についても妥当する。<sup>(92)</sup>

aa) 注目に値するのは、自社内にコンプライアンス機関を創設し、様々な権限を持たせ、従業員の監督のために明確な手続き規定を定めさせるという義務は、法遵守と規律違反に対する制裁から成るとする見解である。数年前までは、このことは決して自明のものとは考えられなかったが、今日においては、企業経営の実態と法解釈は、これに沿うものとなっている。ジーメンス株式会社のような、世界的企業であって、特に腐敗が行われやすい部門や地域で活動している大企業<sup>(94)</sup>についても、このことは、妥当する。<sup>(95)</sup>



bb)

しかしながら、ミュンヘン地裁第一部が、取締役らに、法により詳細に定められた諸規定に基づき、規範遵守をどの程度まで組織的に担保すべきかについてまで言及したのは行き過ぎである。<sup>(96)</sup> ミュンヘン地裁の見解によれば、命令権の他に、コンプライアンスの権限が、必然的に取締役会全体に移行することになる（義務一）<sup>(97)</sup>。ここにおいては、「コンプライアンス責任を、組織的にはつきりと権限づけることが不可欠である」<sup>(98)</sup>（義務二）。さらに、「コンプライアンス準則の監督を担う個々人に、違反から生じる結果を阻止するために十分な権能が与えられ」なければならぬ（義務三）<sup>(99)</sup>。その際、権限ある個々人が、権限を有するばかりでなく、義務づけられていたことが必要であることになる（義務四）<sup>(100)</sup>。

「有効なコンプライアンス体制を築く」という義務の他、ミュンヘン地裁第一部によれば、取締役には、「その効果を検証する義務」が生じている（義務五）<sup>(101)</sup>。取締役会は、したがって、「規律的な措置を講じるために必要な権能についての報告リストを作成しなければならない。」<sup>(102)</sup>（義務六）。「同様に、全体取締役会と被告人に対し、個々の事例において知られた事案について時系列に沿って包括的に報告する義務が生じる。」<sup>(103)</sup>（義務七）。それゆえ、取締役には、

以下のことが義務づけられる。「内部調査においてどのような結果がもたらされているか、従業員らに対してどのような対応が取られたか、そして特に、その背後にある制度によって対策が為されているか、なされているとすればどのようににか、について、定期的に周知させることが必要である。」<sup>(104)</sup>（義務八）。

例えば本件（ジーマンス／ノイビュルガー事件）に即していえば（ナイジェリア公務員の収賄）、被告は、明らかにナイジェリアと関連する諸契約については、検証を行うことを配慮しなければならなかった<sup>(105)</sup>（義務九）。さらに、第三者との、コンサルティング契約すべてを中央で把握することが命じられていた<sup>(106)</sup>（義務一〇）。最後に、被告は、各対策が「遅滞なく実現されているかについて配慮しなければならない」<sup>(107)</sup>（義務一一）。

二〇一三年のミュンヘン地裁第一部が行ったように、ドイツの裁判所がこのように個人の責任まで左右するような義務プログラムを定立することは、過去数十年のコンプライアンスに関する議論<sup>(108)</sup>なしには考えられないことであった。この判決は、この議論を通じて新しい概念を導入するのみならず、帰責の厳格化を目指していることが明らかである<sup>(109)</sup>。被告人の行為は、行為時に使われていた基準よりも厳格な

基準が適用されることになり、その点ミュンヘン地裁第一部の判断は、間違っているとはいえないが、問題を残すものである。

同様のことは、いくつかの判決において批判された、「結果責任の誤り」についても妥当する。「結果責任の誤り」は論理的にしっかりと根拠づけられていない。なぜなら、この間違いは個々の事案の検討の段階ではなく、原則の適用場面で犯されているからである。<sup>(12)</sup>しかし、裁判所がこの誤りに陥っていると考えられる事情は多く存在する。被告が採ったものも含め、取締役会によるコンプライアンス対策は充分でなかったと、後から言うことは簡単である。「ナイジェリアと関連するすべての契約の検証」や、「第三者との、コンサルティング契約すべてを中央で把握すること」といった具体的な措置も、事後的にみればたしかに、規範違反を発見し、防止するのに合目的であったとはいえる。しかし、それ以外の多数の課題（ヨーロッパの国をも含む他国での様々な部門での裏金の支払い、独禁法違反などの他の法令違反）や、今日コンプライアンスに関する文献で議論されている制度すべてが規範違反の発見と防止に役立ったというのであろう（なぜ内部告発者用のホットラインを用意しなかったか、なぜ問題点の指摘や改善提

案をした者に対して特別の褒賞を与えなかったかなど）。

しかし、取締役会が、これらすべてのコンプライアンス問題に集中的に取り組まなければならないとするのは、経営指導上の他の業務もあることにかんがみれば、過剰な要求であろう。というのも、事前的にみれば、裁判所が採らなかったとして被告人の責任を認めている諸措置が、なぜ義務から生じてくるかが明らかではないのである。被告が一九九九年から二〇〇五年までの間に直面した、ジーマス株式会社社の深刻かつ複雑な状況に照らすと、この責任非難が正当であるかは、疑問であるといわなければならない。そればかりでなく、将来的な観点からしても、裁判所は、取締役会の決定裁量を著しく狭めているといわざるをえない。<sup>(13)</sup>コンプライアンスの権限が取締役会において創設されなければならないということ（義務一）、そして包括的・継続的に報告をしなければならないということ（義務七）が、すべての株式会社社に当てはまることはとてもいえない。ジーマス株式会社のような大企業に限ったとしても、問題がある。<sup>(14)</sup>コンプライアンスの権限を、取締役会の下部組織に移管することがなぜ許されないのであろうか？ 権限を移管したとしても、権限移譲先の選任、構成、そして監督において取締役会の責任は、当然限定された形ではある

が、残っているのである。<sup>(118)</sup>

コンプライアンス管理の業務は、制裁を科しうる権限と結びついていなければならないということ（義務三）は、たしかに組織のあり方の一つの方法ではある。しかしなぜ、そのような方法に制約されなければならないのであろうか。検察官組織が示しているように、捜査と制裁の組織を分けることには十分な理由がある。刑事訴追の業務が企業にまで課されるのだとしたら、同じように捜査と制裁の組織を分けることを認めなければならない。

通説、そしておそらくミュンヘン地裁第一部において認められている、事業に関連する違反行為がなされた場合の、企業の制裁の義務（義務四）の要求も同様に、刑法的観点からは驚くべきものといわざるをえない。刑事政策的には、「ゼロ・トレランス」<sup>(120)</sup>の原則に、刑事訴訟法的には起訴法定主義<sup>(121)</sup>に対応するものであるが、この原則は非常に争われているばかりか、イギリス・アメリカ流の多元主義的な特殊性が濃厚な刑事政策であつて、ドイツにおいては参考に値しないと広く考えられている。<sup>(122)</sup>ドイツ刑事訴訟法における起訴法定主義は、比較的軽微、あるいは中程度の犯罪については広く例外があり、<sup>(123)</sup>それらの犯罪においては廃止されているといえよう。<sup>(124)</sup>特に経済的理由から、刑罰による威

嚇を大幅に放棄している国家が、企業に対しては、営業に<sup>(125)</sup>関係する違反行為に対する威嚇を厳しく要求するのは（そして制裁の選択として量刑しか存在していないということ）は、根拠づけが困難であるといえる。

cc) そもそもその出发点から誤解を招きかねないのは、ミュンヘン地裁第一部の以下の様な見解である。すなわち、取締役は「企業を、外国公務員、あるいは外国の私人に対する裏金の支払いのような違法行為をすることのないように構成し、監督するよう留意しなければならない」という前提である。<sup>(126)</sup>この「留意する」という概念を結果と関連づけて考えるならば、すなわち、取締役らに対し、企業内において事業に関連する規範違反が現実の結果として生じないようにする義務が要求されるとすれば、これは充足不可能な要求に他ならない。企業規模がある程度大ききになれば、その種の違反はコンプライアンス機関がなければ完全に排除することはできず、せいぜい、取締役らに対し、事業に関連する犯罪行為を阻止するために、可能なことすべてを行えと要求することができる程度であろう。

しかしそれは、あまりに過大な要求といえよう。コストを度外視して、可能なことすべてを盛り込みすぎているの

である。しかしながら、考えてみてほしい、財政的、そして規範的な理由から、コンプライアンスに適用であろうこととすべてを行うことはできないのである。<sup>(127)</sup> 取締役に対しては、事業に関連する法規違反を阻止する対策のうち、コストや反対の規範的観点、例えば従業員の権利の保護などを考慮しながら適切であると思われることのみを義務づけることができる。すなわち、個々の企業におけるコンプライアンスの努力の実現化においては(も)、大きな裁量がある、あるいは裁量が与えられなければならないのである。この裁量は、(株式会社においては)裁判所にはなく、取締役に与えられているのである。そして、事業に関連づけられて定立された規範に対する違反行為があるということが、当該企業においてコンプライアンス違反があることを推測させるという思考が、いかに誤っているかということも、明らかである。

この配慮は、一見些細なものであるように見えるが、実はそうでない。ミュンヘン地裁第一部は、その判決文の冒頭で、誤解を招く定式化を行ったばかりでなく、判決の理由において、何度も、コンプライアンス対策を怠るという義務違反を、法規違反行為の発生自体から導いており、「規範違反を何度も犯すこと、あるいは少なくとも国外で

の汚職に関して重大な疑義が生じていることは、これまでの制度が十分でなかったことを示すものである<sup>(128)</sup>」としているのである。このように結果に着目して義務を規定すると、具体的なあてはめの段階において必ず「結果責任の誤り」が織り込まれることになり、将来にも同じ誤りが犯されることが懸念される。

dd) 取締役が、「コンプライアンス組織の改善提言を、他の取締役に實際上、強く主張して押し通すことがなかった」という事案において、ミュンヘン地裁第一部の見解によれば、「それに対応した反対提案を同僚に対し発議するか、場合によっては監査委員会を開催することが求められる<sup>(129)</sup>」。「しばしば実務家から非現実的と評され、しかし学界では流行りのこのテーマ<sup>(130)</sup>」は、いずれにせよ、行き過ぎである。たしかに裁判所は、「賛成した取締役にについては、取締役会の決定を実行に移すことに忠実に協力しなければ」ならないことを認めているものの、このことは、「法規に適合していない場合には妥当しえない<sup>(131)</sup>」とする。しかしながら公平な帰責のために必要不可欠なことは何であるのかを考慮する際には、<sup>(132)</sup>一九九八年になって初めて常勤取締役に就任した被告人が、裁判においてどのような立場に

置かれているか、裁判所はもっとよく理解すべきであったのではなからうか。他方において、監査委員会の通常の構成員はすでにもっと長く職務に就いており、彼らが少なくとも不正がある（あった）かを知っていたはずなのである<sup>(13)</sup>。いずれにせよ、取締役会の決定が「法規に適合していない場合」において、賛成者に対する協力義務以上に、反対案提言義務、場合によっては監査委員会の招集義務まで要求することは、当初の目的を大幅に超えることになる。なぜなら、決定が法規に適合しているかは、法律上の準則が不明確であることにかんがみて（また必然的に不明確にならざるを得ないのであるが）、業務執行者の注意義務（株式法九三条一号第一文）の内容についての判断と同様、しばしば異なるということは、一九九九年から二〇〇五年にかけて被告人が行ってきた、（裁判所によれば不十分とされた）コンプライアンスの努力が示している通りである。本件で想定可能な疑義ある事例すべてについて、反対決議に賛成し、必要な場合があれば監査委員会の招集を認めるよう、取締役に義務づけることは、現実的でも、合理的でもないであろう。

その種の義務はむしろ、（取締役会の決定に忠実に協力すべきであるという）原則を守り、この原則は例外的にし

か制限されない<sup>(14)</sup>という要求と結びついていなければならない。それゆえ、刑事的な製造責任の文献を参照しても、監査委員会に問題提起する義務は、例えば明らかに誤った取締役会の決定により、消費者の重大な健康侵害、あるいは死亡結果の発生が懸念されるような、例外的な場合にしか認められていない<sup>(15)</sup>。「明らかに誤った」決定は、取締役がコンプライアンスについて懸命に努力しているような場合には、問題になりえなかったのである。

本稿は、Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht の二〇一五年五月号に続く。

- (1) 本稿は Kuhlem, Compliance und Derecho penal en Alemania, in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (directores), Responsabilidad de la Empresa y Compliance, 2014, 89 ff. に続くものである。
- (2) 例えは Achenbach FS Imme Roxin, 2012, 3 (11)。
- (3) 民事・刑事における製造物責任の比較については、すくなく Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkt-haftung, 1989 (Fragen), 1 ff. で述べた。存在を否定するような過酷な不法行為責任に対し、刑法的観点から限界を設

定する論をとり、Kuhlen JZ 1990, 273 ff.°

- (4) Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, 1969, 116; Kuhlen JZ 1990, 273 (275).
- (5) BGHSt 52, 323 Rn. 41. 本註にのこすは Kuhlen, strafrechtliche Haftung von Führungskräften in: Maschmann (Hrsg.), Corporate Compliance und Arbeitsrecht, 2009, 11 (Haftung)°.
- (6) 下の註にのこす Pritwitz, Die Rechtsstellung – insbesondere Garantensstellung – von Compliance-Beauftragten, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2012, 125 ff.; Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken durch Compliance, 2014 (Strafbarkeitsrisiken), 27 ff., 171 ff. 参照°。下の註にのこす Bachmann ZIP 2014, 579 (583), (Siemens /Neubürger-Urteil des LG München I vom 10.12.2013)°.
- (7) BGHSt 54, 44 Rn. 27. 下の註にのこす Rotsch FS Imme Roxin, 2012, 485 49° (注にのこす)°。六五のの註を紹介している°。
- (8) BGHSt 54, 44 Rn. 22 ff. 裁判所のよに不作為による幫助を認めるのはなべ、コンプライアンス受任者を正犯として処罰するのを考えられる。この点に關して Ransiek AG 2010, 147 (152)°。そのちより 詳しへは Bermejo/Palermo, Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer

Straftat, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2012, 137 ff. や参照のする°。

- (9) BGHSt 54, 44 Rn. 27.
- (10) 下の議論に關して 詳しへは Spring GA 2010, 222; Warnecke NSTZ 2010, 312 を参照°。
- (11) すなわち、これらの特別な構成要件にのこすは、分裂した作用があるのを認める論者といえる°。これらの特別な構成要件の中には、軍刑法四一 条も含まれる°。
- (12) 詳しへは Ransiek AG 2010, 147 ff.; Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53 ff.; Schneider/Gotschardt ZIS 2011, 573 ff. や参照のする°。
- (13) 下の註に關して Silva Sanchez, Aufsichtspflichten und Compliance in Unternehmen, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina, Compliance und Strafrecht, 2012, 71 ff.; Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken, 140 ff.°。
- (14) 例へは Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53 (58 ff.); Rieble CCZ 2010, 1 (4) を参照°。
- (15) 例へは Rieble CCZ 2010, 1 を参照°。
- (16) BGH JR 2012, 303 (ロタニンの註釈あり)°。そのほかの 詳釈をとり、Büte NZWiSt 2012, 176; Grünzner BB 2012, 151; Jäger JA 2012, 392; Kinder GWR 2012, 48; Kudlich HRRS 2012, 177; Kuhn wistra 2012, 297; Mansdörfer/Trüg StV 2012, 432; Poguntke CCZ 2012,



158. Schlösser NZWiSt 2012, 281; Schramm JZ 2012, 969; Wagner ZJS 2012, 704. 以下諸見解を参考。最近の業績として Schall FS Kühl, 2014, 417。
- (17) 以下を空欄に当てはめるとして Roxin JR 2012, 305。
- (81) BGH JR 2012, 303 Rn. 13.
- (61) BGH JR 2012, 303 Rn. 13.
- (20) BGH JR 2012, 303 Rn. 15.
- (12) Kuhn wistra 2012, 297 ff.; Schramm JZ 2012, 969 (971 f.); Schall FS Kühl, 2014, 417 (428 ff.) 反対。以下を注91で掲げた他の詳釈者は連邦通常裁判所の判断に賛成して。
- (22) Schramm JZ 2012, 969 ff. 参照。
- (23) 以下を参考。Fischer StraFo 2010, 329 (335 f.)。
- (24) BGHSt 37, 106.
- (25) 以下を Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981 (984 f.); Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53 (57); C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (445) 参考。
- (26) BGHSt 37, 106 (113 f.).
- (27) 以下を (以下を賛成するものと異なる) Kühlen BGH-FG, 2000, 647 (663 ff.); ders., Strafrechtliche Produkthaftung, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, S. 79 (Produkthaftung), Rn. 20 ff.
- (82) 以下の 刑事判例における事業主責任と (圧倒的多数の) 機関の對外責任に関する民事判決の理論上の基本的な選定については C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (445 ff.) が的確に分析している。
- (23) Schmidt-Salzer NJW 1996, 1 (2 f.); Kühlen, Produkthaftung Rn. 21.
- (86) C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (446).
- (13) 以下を以下 Kühlen, Produkthaftung Rn. 32 ff.
- (23) Ransiek AG 2010, 147 (151).
- (23) C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (446).
- (24) Kühlen BGH-FG, 2000, 647 (665 f.).
- (25) Hassener FS Lenckner, 1998, 97 (111).
- (26) BGH wistra 2012, 380. 以下を参考。Böttcher ZWH 2012, 411 f.; C. Dannecker NZWiSt 2012, 443; Jacobi NJ 2012, 432 f.; Kärcher IJR 2012, 612; Lücke LMK 2012, 340095; Paefgen/Causevic BGH EWIR 8 43 GmbHG 2/12, 597; Schirmer NJW 2012, 3398; Schwetlik GmbH-StB 2012, 335; Grütznher/Behr DB 2013, 561。
- (25) OLG München, BGH wistra 2012, 380 Rn. 8 f. 以下を参考。
- (86) BGH wistra 2012, 380 Rn. 22.
- (26) BGH wistra 2012, 380 Rn. 23.

- (40) BGH wistra 2012, 380 Rn. 24.
- (41) BGH wistra 2012, 380 Rn. 26.
- (42) Seulen, Entwarnung an der Compliance-Front, FAZ vom 17.10.2012, 19.
- (43) 下の点については、例えば、Kuhlen, Grundfragen von Compliance und Strafrecht, in: Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013, 1 (Compliance) (2冊)と詳し。
- (44) LG München I ZIP 2014, 570 (571).
- (45) LG München I ZIP 2014, 570 (571 f.).
- (46) 詳しは、LG München I ZIP 2014, 570 (571 f.)。
- (47) LG München I ZIP 2014, 570 (572).
- (48) 二〇一四年十二月、第一審判決に対して控訴した後、被告人は和解手続きに応じた。和解では、被告人は、義務違反が認められなかったにもかかわらず、二五〇万ユーロをジーマンス株式会社に対して支払うことを義務づけられた (FAZ vom 13.12.2014, S. 28)。二〇一五年一月の総会において和解を認めた後、ハイニンツ・モアヒム・ノイビュルガーは、自殺した (FAZ vom 7.2.2015, S. 21)。
- (49) この金額は、一二八五万ユーロの弁護士費用と、ナイジェリアにおいて「コンサルティング契約」に基づいて、ジーマンス社から支払われた二二五万ユーロのコンサルティング費用との合計である。
- (50) LG München I ZIP 2014, 570 (573 f.).
- (51) LG München I ZIP 2014, 570 (574 f.).
- (52) LG München I ZIP 2014, 570 (574).
- (53) LG München I ZIP 2014, 570 (574 f.).
- (54) LG München I ZIP 2014, 570 (574).
- (55) LG München I ZIP 2014, 570 (575).
- (56) LG München I ZIP 2014, 570 (575).
- (57) LG München I ZIP 2014, 570 (575 f.).
- (58) LG München I ZIP 2014, 570 (576).
- (59) Bachmann ZIP 2014, 579; Beckmann ZWH 2014, 199; Benecke/Henneberger das Krankenhaus 2014, 850; Fleischer NZG 2014, 321; Fuchs/Zimmermann JZ 2014, 838 (842); Grütznert BB 2014, 850; Hahn EWIR 2014, 175; Hein Board 2014, 178; Linderhaus PuK 2014, 97; Merkt ZIP 2014, 1705; Meyer DB 2014, 1063; Oppenheim DStR 2014, 1063; Rathgeber NZWiSt 2014, 192; Schulz/Held juris PRCompI 1/2014 Anm. 2; Seibt/Czapka DB 2014, 1598; Siepert Board 2014, 107 参照。
- (60) Bachmann ZIP 2014, 579.
- (61) この判決が、コンプライアンス上の欠陥が内部責任を加重する結論になるのかという点からすでに評価が分かれている。これを肯定する論者としては、Benecke/Henneberger das Krankenhaus 2014, 850 (852)、否定的な

- (63) Meyer DB 2014, 1083 (1063) にあらず。
- (64) 例えは、Bachmann ZIP 2014, 579 ff.; Beckmann ZWH 2014, 199 f.; Oppenheim DStR 2014, 1063 (1065); Rathgeber NZWiSt 2014, 192 ff.; Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 ff.。
- (65) 例えは、Fuchs/Zimmermann JZ 2014, 838 (842); Grützer BB 2014, 850 ff.; Hahn EwIR 2014, 175 f.; Simon/Merkelbach AG 2014, 318 ff.。
- (66) 例えは、Bachmann ZIP 2014, 579 (581 ff.); Siepelt Board 2014, 107 ff.。
- (67) 例えは、Grützer BB 2014, 850 (851)°。
- (68) Grützer BB 2014, 850 (851 f.).
- (69) Bachmann ZIP 2014, 579 f.; Linderhaus PuR 2014, 97. のちに行われた和解（注48を参照）におおづばは、そのような結論には至らなかった（また、二度とそのような結論になつてはならないであろう）。しかし、そうだとしつても、ここで述べるような原則上の問題点は依然解決されないままである。
- (70) ここていう刑事制裁には、刑事訴訟法一五三a条における負担も考慮に含めるべきであろう。
- (71) この点については、すでにKuhlen JZ 1990, 273 に指摘した。
- (72) 正当なるは、Bachmann ZIP 2014, 579 (580 f., 583)°。帰責判断の誤りによつて生じる事前判断のゆがみにつらつ詳しはKuhlen. Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral, in: Jung/Müller-Dietz/Neumann (Hrsg.), Recht und Moral, 1991, 341 (Ex ante-Beurteilung) (354 ff.)°。
- (73) Bachmann ZIP 2014, 579 (582) は、労働法上の議論を参考にして、帰責の制約を通つたの原則を修正しようとする。
- (74) 両者の関係にこつては、Kuhlen, Compliance, 1 (18 f.)°。
- (75) 以下では、機関構成員に代えて、機関につつてのみ言及する。
- (76) この点にこつては、Kuhlen, Compliance, 1 (18 f.) に詳し。
- (77) 例えは、Grützer BB 2014, 850 (852) は、Grützer/Leisch DB 2012, 787 (790) を引用して、このような見解を採る。一方、Hein Board 2014, 178 (179) によれば、ミュンヘン地裁第一部によつて認められた組織構成義務は、まさに秩序違反法一三〇条上の「法令遵守監督義務」の一部をなすという。
- (78) 適切なのは、Grützer/Leisch DB 2012, 787 (789 f.) である。
- (79) 事業関連性の概念について（この概念は秩序違反法一

三〇条における、事業主の保証責任にとって重要である)、詳しくは、Schall FS Kuhl, 2014, 417 (426) 参照。

(78) 「企業のための」裏金の支払いのために隠し口座を保持することによる背任罪の成立については、BGHSt 52, 323 (「シーメンス／エネル事件」)、および NK-Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 266 StGB Rn. 121 に詳しい。

(79) この点について正当に指摘するのは、Gritzner BB 2014, 850 (852)。さらに、本判決の重要性は、実務においては「(可能であるにもかかわらず) まだ十分評価されているわけではない」とする。

(80) 財産的制裁によらずに、予防措置対策によるコストの発生によらずに、そのような制裁は避けるべきであり、あるいは少なくとも低額に抑えるべきである。

(81) Gritzner BB 2014, 850 (851)。

(82) コンプライアンス措置の遵守について、厳しい基準が一旦設定されたのであれば、コンプライアンス措置を採らないケースについて、未必の故意を容易に認めることができない。

(83) BGHSt 51, 100 Rn. 61ff. (Kantner) に関する議論については、NK-Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 266 StGB Rn. 123 に詳しい。

(84) 同様のことは、LG München I ZIP 2014, 570 (576 f.) が認めた、損害結果の証明責任の軽減についても妥当する。

この点について賛成するのは、Fleischer NZG 2014, 321 (326 ff.) 批判的なのは、Bachmann ZIP 2014, 579 (582); Beckmann ZWH 2014, 199 f.; Rattgeber NZWiSt 2014, 192 (194) である。

(85) この点については、LG München I ZIP 2014, 570 (573 f. 576 f.) 批判的検討を加えるものの、Bachmann ZIP 2014, 579 (582)。

(86) 民事・刑事における製造物責任の領域における義務違反性に関連してこの点を検討するものとして、Kuhlen, Fragen, 82 ff.; ders., Strafrechtliche Produkthaftung, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage 2012, 79 (Produkthaftung) Rn. 29 ff. が詳しい。

(87) BGHSt 47, 148 (150); 47, 187 (197)。

(88) BVerfGE 126, 170 (211)。

(89) この点については、NK-Kindhäuser, 4. Aufl. 2013, § 266 StGB Rn. 75a f., 79 f.。

(90) 取締役の「自分自身が規範に適合するよう行為し社内の者もそのように行動するよう配慮する」というコンプライアンス義務 (Merkel ZIP 2014, 1705, 1706) は、株式法七六条一項、九三条一項における業務執行上の配慮義務の典型例とするのが通説である (他説も含め説明して、このように見解を採るものとして、Fleischer NZG 2014, 321)。

- 322: Merkt ZIP 2014, 1705, 1706 f.)。LG München I ZIP 2014, 570 (572 f.)は法令遵守義務に位置づける (Rathgeber NZWiSt 2014, 192 f.)。業務執行部がどのようなコンプライアンス措置を採るかについて裁量を有する点に配慮するのであれば、このような理解に問題はない (Bachmann ZIP 2014, 579 (580 f.); Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1599))。
- (16) 刑法二六六条一項による処罰の際と同様に、株式法九三条二項第一文による損害賠償請求においても、この義務は重要である。
- (92) この義務の違反は、民事的対外責任か、あるいは刑事的な「事業主責任」を基礎づける。
- (93) この点につき、Kuhlen, Haftung, II (27)。
- (94) これに関する「バラメーター」については Merkt ZIP 2014, 1705 (1708 ff.)。
- (95) Fleischer NZG 2014, 321 (322 ff.); Oppenheim DSrR 2014, 1063 (1064 f.); Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1599), 反対する G. Rathgeber NZWiSt 2014, 192 (193)。
- (96) Bachmann ZIP 2014, 579 (580 f.); Beckmann ZWH 2014, 199; Oppenheim DSrR 2014, 1063 (1065); Rathgeber NZWiSt 2014, 192 (193); Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1599 f.); Fleischer NZG 2014, 321 (323 ff.); Fuch/Zimmermann JZ 2014, 838 (842); Hahn EwR 2014, 175 f.; Meyer DB 2014, 1063 (1068); Simon/Merkelbach AG 2014, 318 ff.
- (97) シュンケン地裁第一部によれば、全体取締役会レベルにおいて、「誰が第一次的な責任を負うべきなのかについての明確な原則」(五七四頁)が必要であり、この中心的な任務を「部門指導部」構成員といった、下位の従業員らに委任することは許されない(五七五頁)。
- (98) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (99) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (100) この点については、Fleischer NZG 2014, 321 (325)の説明を参照。それゆえ、シュンケン地裁第一部は正當にも「疑わしい事案については三つの義務(事案を解明し、違反行為を止めさせ、制裁を科す)」を認めた。その際、取締役会は、どのような制裁を科すべきかについては裁量を有しているが、そもそも制裁を科すべきかどうかについては裁量の余地はなく、必ずこれを科さなければならなかった。Simon/Merkelbach AG 2014, 318 (320)も同様の見解である。
- (101) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (102) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (103) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (104) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (105) LG München I ZIP 2014, 570 (574)。
- (106) LG München I ZIP 2014, 570 (575) 中の「適切な措置」

とするのみであるが、文脈上、義務と解される。

- (107) LG München I ZIP 2014, 570 (574). 被告が、二〇〇四年一月になって初めて、二〇〇四年夏の監査命令の履行状況の報告を求めたことがこの義務に違反するとされた。そのような(法的に求められている)「コンプライアンス特有のフォローアップの報告」については、Fleischer NZG 2014, 321 (324)も参照。

- (108) ドイツでは二〇〇三年から始まった (Fleischer AG 2003, 291; Schneider ZIP 2003, 64; Bachmann ZIP 2014, 579 (581)) が、シーメンス事件によりこの動きは決定的なものとなった。Bachmann ZIP 2014, 579 (581) 参照。

- (109) 企業の従業員の刑事責任という観点から、そしてコンプライアンスの努力を帰責を軽減させる手段としてのみ捉える見解に反対する立場として、Kuhlen, Haftung, 11 (24 ff.)。賛成すべきものとして、Rönnau, Strafrecht und Selbstregulierung—Chance oder Risiko?, in: Bünke u. a. (Hrsg.), Begegnungen im Recht, 2011, 237 (252 ff.); Rotsch, Criminal Compliance, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2012, 45 Rn. 47; Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken, 27 ff., 82 ff.。

- (110) Bachmann ZIP 2014, 579 (581).

- (111) その当時の基準にしろしても、被告人の行為は義務違反したものとはいえるかもしれないからである(ただし、

その存否の理由づけについては除く)。

- (112) この点については、Kuhlen, Ex ante-Beurteilung, 341 (364 ff.)。

- (113) LG München I ZIP 2014, 570 (574 f.).

- (114) このことは、ミュンヘン地裁第一部の理解によれば、効果的なコンプライアンス機関を構築する以前の段階で、すべての取締役は、安否を。

- (115) Bachmann ZIP 2014, 579 (580 f.); Beckmann ZWH 2014, 199; Oppenheim DSr 2014, 1063 (1065); Rathgeber NZWiSt 2014, 192 (193); Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1599 f.).

- (116) ミュンヘン地裁第一部も、本件におけるこの要件を要求している。

- (117) この点については、Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1600); Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken, 100 ff. 参照。

- (118) Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken, 171 ff. 参照。

- (119) この点については、Kuhlen, Compliance, 1 (17 ff.) に詳しく。

- (120) 企業におけるコンプライアンス違反の回避に関するゼロ・トランクス原則については、Maschmann AuA 2009, 72 (73)。

- (121) Kuhlen, Compliance, 1 (20).

- (122) この点については、Kunz, Kriminologie, 6. Aufl. 2011,



5. Kap. § 31 Rn. 7 ff.を参照。

(121) 例えど、Beulke, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, Rn. 333 ff.

(124) Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 14 Rn. 5 に於て「比較的軽微、あるいはさらに中度の犯罪についても、実際上は起訴便宜主義が採用されてゐる」。

(125) 裁判の際に経済的な考慮を行うことは、行刑の場面では正当化されはならぬであらう。

(126) 例えど、LG München I ZIP 2014, 570°。

(127) 例えど、Kuhlen, Haftung, 11 (26 f)°。

(128) LG München I ZIP 2014, 570 (575), 例えど、Grützner BB 2014, 850 (851); Seibt/Cziupka DB 2014, 1598 (1599) 等。Siepelt Board 2014, 107 (110) 等、規範違反が発覚したところから、まさにコンプライアンス制度が効果的であることを示すものがある。

(129) LG München I ZIP 2014, 570 (575) に詳しく述べられてゐる。

(130) 例えど、Bachmann ZIP 2014, 579 (581)°。

(131) LG München I ZIP 2014, 570 (575)。

(132) Kuhlen, Ex ante-Beurteilung, 341 (353 ff.)。

(133) Bachmann ZIP 2014, 579 (581)。

(134) 例えど、Ransiek ZGR 1999, 613 (648) 等。

(135) 例えど、Kuhlen, Produkttätung, Rn. 47°。

(以下、第二部)

IV 民事的な第三者に対する責任と刑法

1 事業主の刑事的責任と民法上の、機関の対外責任に関する民事責任上の原則とにおける相克

モビング判決において連邦通常裁判所は、学説においては以前から圧倒的な支持を得ていた事業主の刑事責任（すなわち、事業に関して犯罪行為が行われることを防ぐべき保証人的義務）を認めた。この義務は代理させることができるが、第一義的には業務執行者、法人においてはそれに相当する機関の構成員が負うべきものである。この義務は、事業の開始が危険源となることから生じるのであって、法人に対してのみならず、第三者に対しても生じるものである。この義務に反したならば、第三者に対する傷害や財産犯といった犯罪行為を肯定することができる。この通説的見解は、刑法固有の観点からはよく理解できる。

a) しかしながら、このような理解は法人の機関の民事的な対外責任とは矛盾しうるものである。<sup>(137)</sup>このような矛盾があるということは学説においては多様な形で指摘されてい

る。例えば、二〇一二年の連邦通常裁判所第六民事部判決（訳者注…本稿第一部で紹介した虚偽取引の事案）は対外責任を否定しており、これは事業主責任を否定したものと理解されているが、それに先立って連邦通常裁判所刑事部はこれを認めていた。<sup>(138)</sup>すでに述べた通り、少なくとも判決に矛盾があるという学説の指摘には理由がある。なぜならば、民事第六部の見解によれば、機関構成員の法令遵守義務は、基本的に法人に対して負うもので、第三者に対して負うものではないからである。対外責任は、それゆえ例外的にしか問題とならない。つまり、機関が「自ら許されない行為を行って」損害を生じさせたか、あるいはさらに、機関が個人的に負わなければならない義務を引き受け（てそれに違反し）た場合である。<sup>(141)</sup>

第六民事部のように、機関「自らが」犯した許されない行為を作為としてのみ考察し、機関の地位から生じる様々な義務は、機関の構成員に個人的に妥当する義務ではないと考えるならば、事業主責任を認めることは困難である。なぜなら事業主責任は、機関に、業務執行者の構成員としての地位に基づいて、可能かつ期待しうる限りにおいて、事業に関連する犯罪行為を阻止すべき保証人的義務を、第三者に対して認めるものだからである。

この理論的な基本問題に対して、刑事実務においては、第六民事部の決定とは異なった形で解答が与えられている。刑事裁判所の見解によれば、機関の対外的義務は、機関としての地位から生じる。この見解は、企業に関連づけられた考察方法<sup>(13)</sup>を行う典型的なものであるが、端的に、機関説と名付けることができよう。第六民事部が支持する反対説は、機関の地位からは、会社に対する義務しか生じず、機関の対外的義務は、例外的にのみ、特別の「個人的な」事由から生じる、とする。そのような義務違反があり、第三者に対する積極的な損害行為がある場合に機関の対外責任が基礎づけられるのである。このような見解は、例外説と名付けることができる。

b) 民事的対外責任に関する判例と事業主責任に関する刑事判例との間における緊張関係は、最近の判例においても見受けられる。カールスルーエ上級地方裁判所は、原告(K)がレストランを出た後、駐車場に行く途中で路上凍結により転倒し、傷害を負ったという事故における慰謝料請求に関して判断を下した。当該レストランはある有限会社(被告一)により経営されており、この会社には二人の取締役がいたが、G(被告二)はそのうちの一人であった。

バーデンバーデン地方裁判所は、有限会社に対する請求を認めたが、取締役に対しては認めなかった。

aa) 上級地方裁判所は地裁同様Gに対する請求を認めず、この結論をもっぱら、ここで例外説と名付けた考え方に依拠した。契約上の損害賠償請求は有限会社に対してのみ認められ、Gは不法行為についても責任を負わない。たしかに当該事故は通行の安全確保義務に違反したことに起因する。この義務はしかしながら、通常はレストランの経営主体である有限会社のみが負うものであって、当該会社の取締役が負うものではない。上級地方裁判所の見解によれば、取締役の組織上の地位からは、基本的に有限会社に対する義務のみが認められるのであって、この義務に違反しても単に内部的な責任(有限会社法四三条二項における損害賠償義務)が生じるだけである。<sup>(14)</sup>例外的に取締役の第三者に対する責任が生じるのは、取締役が「自らの手で第三者に損害を与えた」場合か、「特別の理由から、個人的に第三者に対して義務が生じており」、これに違反した場合である。<sup>(15)</sup>

そのような例外的事情は、本件事案では生じていなかった。なぜならGは事故当日、管理人のWに、道を掃いてき

れいにしておくことを頼んでいたからである。そこで「特別の理由から、個人的に第三者に対して生じる義務」を引き受けたとはいえない。もし G が、「通行の安全の義務を、証人 W がきちんと遵守することを監督し（てい）なかったとしても、あるいは同種の義務違反に対して介入しなかったとしても、」この義務違反は、「G が機関の構成員として第三者に対して責任を負わせることを正当化するほど」重大なものではない。<sup>(147)</sup>

bb) 刑法的には、G が K に対する過失傷害罪（二二九条）で処罰されるかという問題が生じる。その際には、刑法上の事業主責任についての通説的見解、すなわち機関説と名付けた説に依拠すべきである。<sup>(148)</sup> 機関説に依拠する場合、自らの手による行為か、その者に個人的に特別に妥当する義務の違反か、G の機関としての地位から導き出される交通の安全確保義務違反かという、カールスルーエ上級地方裁判所が行ったような区別は、結論において重要ではなくなる。K の怪我が G の作為によるものであれば、すなわち G が、自ら清掃業務を行ったが、しかし十分注意を払わずにいいかげんに行ったという場合、G は刑法二二九条により可罰的である。<sup>(149)</sup> G 自身に清掃業務が義務づけられていた

が、G はその際生じる義務に違反して、事故当日、路上凍結に対して適切な措置を採らなかったならば、G は不作為による過失傷害として可罰的である（刑法二二九条、一三条）。

G が、管理人 W に清掃業務を委託したならば、W はそれに応じて通行人やレストランの客に対して保証人的地位を引き受けたといえ、そこから生じる義務を積極的作為かあるいは取るべき措置の不作為によって違反したならば、二二九条あるいは二二九条・一三条によって処罰されうる。このように義務を他の者に代理させたとしても、G が完全に免責されるわけでも、自己の組織上の地位から生じる保証人的義務が、第三者に対する義務から有限会社に対する純粹に内部的な義務に変化するわけでもない。W を十分監督しない、あるいは W の義務違反に介入しなかったことによって、事業主たる G に依然として課されている義務に違反したならば、G はそのことによってレストラン客 K に対する保証人的義務に違反したといえる。<sup>(150)</sup> すなわち、もしこの事故が保証人的義務の違反により生じたといえるならば、G はこの場合にも二二九条、一三条で可罰的となる。

cc) この事案においては、カールスルーエ上級地方裁判

所は何も言及していないが、KのGに対する損害賠償請求権が、民法八二三条二項、刑法二二九条、一三条から根拠づけられるかという民事的な問題が生じる。刑法二二九条が民法八二三条二項の法益を保護する規定であることには争いがないので、<sup>(152)</sup>以下で述べるような前提条件が満たされれば、肯定すべきである。カールスルーエ上級地方裁判所の判決は、すなわち、例外説に依拠する民法上の対外責任に関する判例と、機関説に依拠する刑法的な事業主責任に関する判例との相克をさらに深めることになった。この相克の適切な解決のためにはまず、判決と学説において支持されている、民事的な対外責任に関する諸見解を詳しく検討することが必要である。

2 民事的対外責任に関する実務にみられる一貫性の欠如  
これまでに考察してきた民事裁判所の諸判決は、刑事裁判所が機関の不作為責任を認めるよりも狭い範囲でしか、対外責任を認めていない。それというのも、民事判決は、業務執行部の構成員としての機能から生じる、対外的な保証人的義務というものを認めていないからである。もつともこの限定的な線引きは、民事裁判所の判例において一貫した結論をもたらすものではない。このことは、連邦通常

裁判所民事部の、大変な議論をもたらした二つの判決において示されている。

a) 一九八九年の第六民事部の、建築資材判決は、建築資材取り扱い業者（原告）の、有限会社Aの元取締役（被告）に対する損害賠償訴訟に関するものである。被告会社は、原告から建築資材を購入し、その際、約款において、原告会社の所有権が留保された。その後、建築資材は、建築主の建築計画のために費消されたが、被告会社と建築主との契約の約款においては、建築の受託によって被告会社に生じた権利は、第三者に譲渡することが禁止されていた。<sup>(153)</sup>資材を建築に使った結果、原告の所有権が消滅した（民法九四六条）にもかかわらず、被告会社と建築主の間に於ける禁止規定のために、原告は、被告会社が建築によって獲得した、建築主に対する諸権利を得ることができなかった。<sup>(154)</sup>  
当該取締役は有限会社と原告、そして建築主との契約の締結にあたって個人的に関与せず、その内容を知らなかったにもかかわらず、<sup>(155)</sup>連邦通常裁判所は、原告の、被告に対する、民法八二三条二項が定める、過失による財産侵害に基づく損害賠償請求を認容した。被告の機関上の地位から生じる、取締役に対する諸義務に違反する行為が行われた

場合、基本的には有限会社に対してのみ責任を負わされることになり（内部責任）、対外責任は「原則的に、会社の（154）みが負い、その機関が負うことはない」。例外的には（155）しながら、取締役も第三者に対して責任を負うことがある。それは、「彼が個人的に許されない行為を行った場合である（156）」。（157）例えば、機関の地位から生じる会社に対する諸義務、そして第三者に対して特別の理由から個人的に生じる諸義務に違反することにより、絶対的に保護されなければなら（158）ない法益を侵害したような場合がこれに当たる。そのような例外事情が本件においては存在する。すなわち、資材の供給者による所有権留保と建築主による権利の委譲禁止という事情が存在する場合には、典型的な義務の衝突が生じており、この義務の衝突を適切に解決する義務が当該取締役（159）に「個人的に」生じているからである。（160）彼の対外的な義務に被告は違反したといえる。（161）

この「悪名高い建築資材判決」（162）は、学説においてはもっぱら厳しく批判された。（163）ここでは、民事的に圧倒的通説である例外説ではなく、刑事実務における機関説を支持している（164）ことが興味深い。たしかに、取締役につき第三者に対する行為義務は、ただ「例外的に」のみ、特別の「個人的理由がある場合」に妥当するとされている。しかしながら

「個人的」理由は、ここでは、被告が具体的な契約に関与したわけでも、その内容を知っていたわけでもないのであるから、被告の機関としての地位に求めるしかない。事（165）案の性質上、すなわち、第六民事部は、刑事裁判所に支持（166）されている見解と同じように、機関の対外的な行為義務を、機関の地位から導き出しているといえる。

b) 二〇〇六年に出された第一民事部判決は、キルヒ／（167）プロイヤー事件において、原告（メディア界において事業を展開しているキルヒグループの創始者であり、その名付け親である）の、ドイツ銀行株式会社（被告一）に対する損害賠償請求のみならず、ドイツ銀行の元会長であるプロ（168）イヤー氏（被告二）に対する賠償請求も認容した。（169）プロイヤー氏は、あるインタビューにおいて、ドイツ銀行が多（170）大な信用を供与しているキルヒグループの財政状態について疑問を投げかけたのである。この発言は、連邦通常裁判所の（171）見解によれば、義務に違反したものであって、当該有限（172）会社（173）の、ドイツ銀行に対する契約上の賠償請求を根拠づ（174）け（175）るとされた。そのほかに被告二について、民法八二三条一項に定める、設立され経営されている営業活動についての（176）権利に対する許されない侵害に関する責任もまた認められ



た。<sup>(16)</sup>

侵害を受けた有限会社の契約の相手方は、ドイツ銀行だけであり、その会長ではない。しかし、後者についても、信用受供者に対する組織の義務が妥当する。会長は、この義務をインタビューにおける発言によって侵害したのである。<sup>(17)</sup> なぜならば、会社本人と同じように、その機関も、その契約の相手方の、民法八二三条一項における絶対的に保護されるべき法益を侵害してはならず、契約相手方に対して損害を生じさせてはならないからである。<sup>(17)</sup> すなわち詳しくいえば、貸借契約から生じる銀行の義務は、信用受供者の信用価値を危険にさらしてはならないということである。これは不法行為上の義務として、会社の機関である被告二についても妥当する。<sup>(17)</sup>

この判決については二つの観点から問題点を指摘しうる。第一は、「法秩序の統一性に鑑みれば」、会社が対外関係において責任を負い、機関・会社間における内部関係においては義務違反的である機関の行動は、機関と第三者との関係においては適法とされるべきという指摘である。<sup>(18)</sup> もう一つは、会社の機関は、会社自身と同じ不法行為法上の義務を契約の相手方に対して負うとするならば、「法人に対して契約上の忠実義務に基づいて禁止されていることが、必

然的に、法人のために行為した（諸）機関に対しても禁じられることになる」。<sup>(19)</sup> その際、被告二においても、対外関係において妥当する不法行為上の、借り手の信用価値を危険にさらしてはならないという義務が妥当することになり、これを彼がインタビュー上の発言で侵害したことになる。

正当にも、この判決は、建築資材事件判決と同じように、機関の不法行為上の対外責任を拡張したもののだとの評価がなされている。<sup>(19)</sup> この判決は様々な形で批判されている。例えば、機関構成員の個人責任が際限なく拡張される、理由づけが一部全く理解できない、などである。<sup>(17)</sup> この批判が正しいかはここでは言及しない。それでもなお、判決の理由づけがその重要部分について、民事上は通説である例外説に依拠しておらず、刑法上の通説である機関説に依拠しているというのは正しい。すなわち対外的に、すなわち第三者に対して存在する機関の義務は何らかの「個人的」事情から導き出されているわけではなく、法人の機関としての地位から導き出されているのである。<sup>(18)</sup>

たしかに、積極的作為（インタビューにおける発言）によって、「自ら」第三者を侵害した例外的場合に該当するから、この判決は民事上の対外責任を限定的に解釈する見解と一致するのではないか、という議論はありうる。しか



し、判決の理由づけは、このような場合を超えるものである。もし本当に、会社の、契約の相手方に対する、絶対的法益を保護すべき義務が、「法秩序の統一性」を理由として「必然的に」機関の対外的義務にもなり、その違反が契約相手方に対する不法行為法上の請求権を根拠づけるとするならば、なぜそれが不作為義務に限定されるのかが明らかではない。行為義務にまで拡張すれば、そのような義務の違反、例えば、事業に関連する犯罪行為を阻止しなかったという不作為が、ある種の「個人的」例外事情要件が充足されなくても、機関の対外責任をその機関としての地位から根拠づけることができる。

c) 建築資材判決とキルヒ／ブロイヤー事件判決が示すように、機関の民事的対外責任に関する確立した連邦通常裁判所判例の立場は、これらの判決ではもはや支持されていない。<sup>(17)</sup>これらの判決は、責任を限定的に解釈する見解の根拠と相容れないのである。なぜならば、この二つの判決は、刑事実務における事業主責任の考え方と理論的アプローチが同一であるのであって、機関の対外的義務は、その機関としての地位から導き出され、特別の「個人的」事情がこれに付け加わる必要はない。<sup>(18)</sup>学説では、対外責任に親和的

な諸判決は、たいていの場合、強い批判にさらされている。もっとも、この批判自体、民事上の対外責任について統一的な見解に立った上でなされているのではない。

### 3 民事的な対外責任に関する学説の不統一について

この問題について学説はむしろ分かれている。たしかに、機関の対外責任は例外的にのみ問題となりうるという点では一致している。しかしながら、そのこと自体争いがない訳ではない。この例外がどの範囲を指すのかが不明確であるかぎり、この議論は有意義とはいえない。ベルリン上級地方裁判所が二〇一二年に出した、競争法違反に関する有限会社の取締役の責任に関する判決は、機関の対外責任に関する、学説で支持されている様々な見解を七つに区別している。<sup>(19)</sup>

(1) 第一説は、機関の対外責任は、事案の個別具体的事情を考慮して、例外的にのみ認められるべきであるとする。より具体的には、例えば、默示的な法益の危殆化や、特別に重要な諸義務の懈怠など、様々な基準が挙げられている。<sup>(20)</sup>  
(2) 他の説は、刑法での通説を出発点として、取締役は、組織を支配していることから保証人的地位を獲得し、それ

ゆえ第三者に対して、他者が被害を被らないように企業を組織し、監督する特別の義務を負うとする。この義務はしかしながら、会社に対して負う内部的義務を超えて負われることはなく、行き過ぎは許されない<sup>(185)</sup>。

(3) 学説においても、取締役の对外責任は、例外的に「個人的に」責任を負う場合のみ認められるという判例上の通説は様々な形で支持されている。この事情として挙げられるのは、「自分の活動によって危険源を創出した場合、特別の状況により、被害を受けた第三者に対して一種の保証人的地位を引き受けた場合」<sup>(186)</sup>などである。

(4) 特に競争法上の観点から、個人的な对外責任は、取締役が特に経済的な利益を問題となる活動から得た場合に認められる<sup>(187)</sup>。

(5) 第三者に対する取締役の責任を全面的に否定する見解もみられる<sup>(188)</sup>。

(6) 取締役の保証人的地位を、第三者の生命・身体の保護に限定する見解もある<sup>(189)</sup>。

(7) 法人の不法行為に基づく对外責任が常に、機関の不法行為に基づく对外責任を基礎づけることを前提とするならば、これは民法三一条により会社にも拡張されるのであるが、会社の对外責任は常に、そのような機関にも認めら

れることになろう<sup>(189)</sup>。

4 民法上の機関の对外責任を限定的にのみ認める見解の理由づけの不統一について

学説および判例において、機関の民事的な对外責任を限定する見解には、非常に様々なものがみられるが、それは帰責の限定の理論的根拠について、そして機関説の批判についても、見解が一致しないことに起因する。

a) 特に明白なのは、最後に挙げた、民法三一条から推論する見解であって、通説の見解とは異なり、会社の不法行為に基づく对外責任は、常に機関の对外責任を伴うとするものである。実際、従来の見解に囚われない諸文献においては、民法三一条は、まずもって、機関指揮者の不法行為責任につき、対外的な「損害賠償を義務づける行為」があることを前提としている、とされる。この見解によれば、民法三一条は「責任の発生」に関する法的な規律であって、この規定が、法人の二次的責任を、自己の行為に関する第一次的な責任と結びつけるのである<sup>(190)</sup>。

しかしながら、機関の義務違反に関する会社の対外的な不法行為責任が原則になり、機関の对外責任それ自体が例

外——その内容は決定されなければならない——になるのか——通説を採ればそのような結論に至るのであるが——、この見解からは明らかではない。この問題を解決したとしても、民法三一条から、どの範囲で「原則的に」法人が責任を負い、いつ「例外的に」機関の第三者に対する自らの責任が生じるのかを導き出すことはできない。

b) 機関説に対しては、以下のような批判も考えられる。すなわち、「会社法上の組織構成義務を第三者に対しても拡張することによって、誰に対しても保護される通行安全義務を認めるという形で、義務と帰責は会社と取締役との内部関係に集約させるという会社法上のシステムは放棄されてしまう<sup>(19)</sup>」というものである。機関説においては、機関の対外的義務を、機関の会社に対する義務の拡張によって認めるわけではなく、第三者に対する機関の地位と活動から生じるものであるから、上述の理由づけは機関説に対しては妥当しない。この問題は、第一に、会社法とは何らの関係もなく、企業が個々の販売員により経営されている場合であっても生じるのである<sup>(19)</sup>。

もっとも、このような形で義務内容を規定すると、会社法上義務と帰責を内部関係に集中させることと矛盾するこ

とになる、という点については、さらなる理由づけを要するであろう。株式会社法九三条二項第一文、有限会社法四三条二項における機関責任に関する規定は、機関説と矛盾するものではない。これらの規定は単に機関の内部責任を規定するものであって、対外責任を規定するものではないからである。会社法上の責任に関する諸規定もまた、立法者が、株式会社法・有限会社法上の会社機関の対外責任を意図的に「無視」した<sup>(19)</sup>ということを排斥するものではなく、不法行為と、犯罪行為による第三者の侵害について生じる機関の対外責任を排除しようとした、という結論にはつながらないのである。

c) より詳しくは、機関説と会社法上の帰責秩序の間のコンフリクトは、機関説では機関の不法行為法上の対外責任が肯定されるため、対外責任の債務者としては機関と会社は別個の存在であるという要請が放棄されるという点に見出されるともいえる。

aa) まず、会社法上機関と会社は別個の存在であるという原則は、当然ここでは関係がない<sup>(19)</sup>。なぜならば、機関の不法行為責任は、機関の第一次的な自己の責任であって、

会社との関係において負わされる責任ではないからである。

bb)

しかしながら、「契約上の責任の拡張により、不法行為法の裏口から、責任関係の相対性の原則を」侵害して<sup>(18)</sup>いるとの危険は生じている。たしかに、連邦通常裁判所は、キルヒ／プロイヤー事件判決において（建築資材判決においても同様であるが）、契約法上の責任を、会社についてのみ認め、機関については認めていない。しかしながら連邦通常裁判所は、大変行き過ぎた——とても支持することのできない——理由づけに基づいて、機関の不法行為法上の対外的義務を会社と第三者との契約関係から導き出している。

このことは問題であり、機関の不法行為法上の諸義務を規定する際には、機関が事実上契約上の対外責任を負わせられることのないようにすることが必要であることを示している。民法八二三条一項の解釈の民事的な問題についてここでは、以下の点のみ指摘しておきたい。すなわち、その点についての答えは、機関説・例外説にいずれを取るかどうかにはおそらく関係がないことである。

例外説に拠ったとしても、たしかにキルヒ／プロイヤー事件における機関の対外責任はすぐさま排除されるわけ

はない。積極的作為による損害（インタビューにおける発言）が問題となっているからである。その際重要なのは、例外説によっても、この行為が不法行為法上の諸義務に違反しているかどうかである。義務内容を定める際には、機関の地位を、より具体的にはドイツ銀行とキルヒグループとの契約関係をも含めて、考慮しなければならない<sup>(19)</sup>ことは、例外説によっても排除されるものではない。義務内容を定める場合にはしかしながら、連邦通常裁判所がキルヒ／プロイヤー事件判決において行ったように、ある機関の行為が、この役割において行われることを考慮するならば、機関説・例外説の双方において同じように、機関によって行われた、会社と第三者間の契約違反行為がすべて即座に、機関の第三者に対する不法行為義務違反と評価されるわけではないということを確認する必要がある。

## 5 民事的対外責任と刑法上の事業主責任の存在理由

機関説に対する詳細な理論的議論は、これまで、その重要性を十分認識されてきたとはいえない。おそらく、機関説の不適切な側面は、民事的には機関の対外責任を限定するその根拠に起因するのであろう。このような帰責の限定が行われる実際の理由は、つまるところ積極的な経済的

効果であつて、自然人の経済的活動における投資欲の促進である。

帰責の限定が投資に向いているということは、まずもつて法人を設立すること、そして(無制限の)法人責任と(限定的な)社員の個人責任とを適切に区別することによつて強められる。今日、(民法上)よく用いられる経済学の表現を借りれば、「社員の危険嫌いを排除することによる投資の促進」が問題となつていたのである。このような社員の免責は、株式会社や有限会社のような法人においては企業上の決定が大概の場合は社員によつてではなく、機関によつて行われるのであるから、問題とはならない。むしろ、機関の対外責任を限定したとしても、「企業による危険の債権者への拡張」<sup>(201)</sup>がもたらされるのである。

a) ここにおいて、何故民事的な帰責と刑事上の応報が、「異なる世界に」<sup>(202)</sup>属する、あるいは「基本的に違うカテゴリーに配置される」<sup>(203)</sup>のか、ということが明らかにになる。刑法においては、適切な「犯罪行為の有する不法に対する、国家による回顧的な対応」であるのに対して、損害賠償法においては「正当な損害の填補」<sup>(204)</sup>が問題となつているからである。それゆえ、個人から会社へ事業遂行の主体を移行

させることは、異なる帰責結果をもたらすことになるのである。<sup>(205)</sup>

aa) この移行により、危険な業務を開始した者の、疑いもなく対外的な義務を、適切に、様々な役割、そして様々な機能の担い手に分散させるという刑法上の課題が生じる。この役割と機能の担い手は、個々の経営主体の代わりに、分業的に組織された企業が登場する場合に生じるものである。この役割分散がどのようなものであるかについては、争いうる。しかし、個々の事業主が、第三者を危険にさらしてはならないという本来的に負っている義務の対外的な作用は維持され、しかも、代理のすべての段階で原則的に維持される。何度も批判されている「組織化された無責任」を回避しようとすれば、企業内部での分業の過程で、第三者の法益侵害に対する刑法的な答責性が消えうせることになつてはならない。個人的な「刑法上の対外責任」についても、このことは同様に妥当しなければならぬ。法人自身の処罰が、ドイツ刑法においては今でも否定されているかぎり、このことは明らかである。現行法が法人処罰を予定していたとしても、それが自然人の可罰性を補うにすぎず、それに代わるものでないとするならば、同様のこ

とがいえる。<sup>(206)</sup>

bb) これに対して民法においては常に以下のことが考えられる。もし、事業主としての性格が、自然人から法人へと移行したならば、後者は自然人の替わりになるのである。移行の結果、法人には保護義務と損害を回避すべき義務が排他的に、あるいは第一次的に発生するが、法人は、被害を被った者に対する帰責主体として通常、企業の個々の労働者よりも有望である。つまり、被害の賠償は、法人に対して請求した方が、完全に充足される。このような事案においては、個々の企業の構成員、この中には機関も含まれるが、これらの者の民事的な責任が、排斥され、あるいは例外的な事例にのみ限定的に認められることも容認しうる。<sup>(207)</sup>

b) これまでの考察からの、第三者に対する民事的な機関の責任についての最終結論は、しかしながら、ドイツ法やその他の法秩序に合致しないものである。<sup>(208)</sup> この結論は当事者にとっても都合のよいものではない。第三者は、会社に対する賠償請求が会社の破産などによって充足されない場合においては、機関の個人的な對外責任について関心を有しているからである。そしてこのような利益は、強制債権

者が問題になつていゝる場合も同様に保護に値する。このよ  
うな債権者、特に不法行為に基づく債権を有している者に  
対しては——法人の契約当事者とは異なり——その法人の  
機関が個人的には責任を負わない法人との関わり合いに巻  
き込まれることを知つていたであらうと異論を唱へること  
ができない。こういった場合においてまで、機関に責任を  
負わせないとすれば、経済的観点から見ると、「自発的に  
債権者になつたわけではない者たちに対する負担の押し付  
け」という受け入れがたい帰結に陥つてしまふであらう。<sup>(209)</sup>

それゆゑ、法人の機関は限られた範囲でのみ對外責任を  
負うといふことは、法人の機関が、機関として行つた不法  
行為について、それにより損害を受けた第三者に対しても  
帰責されるということと親和的である。<sup>(210)</sup> 解釈論としては、  
このことは、民法八二三条二項により、不法行為が同時に、  
被害を被つた者の保護を目的とする刑罰法規に違反する犯  
罪行為に該当する場合にも妥当する。<sup>(211)</sup> すなわち、現行法下  
では、(不法行為法上の)自己の對外責任は、刑事上の答  
責に対応しているのである。<sup>(212)</sup>

機関が、第三者に対して、機関として犯罪行為を行い、  
その結果惹起された損害につき(民法八二三条二項に基づ  
いて)無制限に帰責されるとすれば、例外説によつて(民



法八二三条一項に基づいて、帰責される機関の対外責任よりも、帰責範囲が若干拡張されることになる。<sup>(24)</sup> 例えば、カールスルーエ上級地方裁判所の、清掃義務違反の事案において、取締役によって——作為・不作为のいずれによるかにかかわらず——過失傷害行為が行われた結果、有限会社のみならず取締役自身が損害賠償責任を被害者に対して負うことになる。そしてその際、当該取締役によって違反された義務の重さや、他の「個人的」事情の有無などがこれに加えて問題にされることはない。<sup>(25)</sup> しかしながら結論としてはこの違いはそれほど重要ではないため、厳しい対外責任を問われるために、機関が何等かの決定を下すにあたってリスクを取ることに<sup>(26)</sup>ついて消極的になるのではないかと危惧する必要はない。

なぜならば機関は、どちらにせよ、問題となる諸事例において、より厳しい内部責任を負わざるをえないからである。被害を被った第三者は、会社が負っている対外責任を、会社の機関に対する内部責任を差し押さえることによって、実現することができ、この方法によって、間接的に機関に責任を負わせることができるからである。<sup>(27)</sup> しかしながら、機関が会社に対して、ますます厳しい責任を負うようになってきているということが、机上の空論ではなく、——

倒産した場合以外においても<sup>(28)</sup>、法の現実においては、ますます重要になってきている点には留意しなければならない。<sup>(29)</sup>

それに伴い、機関が企業に関する決断を下すにあたっては、多かれ少なかれリスクを冒さなければならないが、いづれにせよさほど広くは認められない対外責任が正確にはどの範囲まで及ぶのかという問題は、大して意味を持たないことになる。<sup>(29)</sup> 機関が会社に対して負う義務を、適切に限定した場合であっても同じことである。ミュンヘン地裁第一部がジーマンス／ノイビュルガー事件で認めたように——学説の広い支持を集めているのであるが——そもそも内部責任を負わなければならない者は、対外責任に関する原則とまったく関係なく危険を回避しようとするのである。

## 6 機関が犯罪行為を行った場合における民事的な対外責任

機関が犯罪行為を行った場合における民事的な対外責任は、現行法、つまり民法八二三条二項に相應するばかりでない。<sup>(29)</sup> これは、むしろ、法人の機関が対外責任を限定的にしか負わない理由とも親和的である。それゆえ、(刑法外の) 民法上の機関の責任に関する諸原則と一致させようと



して、(刑法上の) 機関の行為の可罰性の内容を修正する必要はないのである。

a) すなわち、刑法的に通説的な機関責任のモデルと、民事的に広く維持されている対外責任の限定との間における矛盾は、表面的なものではなく実際に生じているのである。刑法は、民法八二三条二項における機関の民事的対外責任の限定に、超えてはならない限界を設定するものである。連邦憲法裁判所の刑事部および民事部の審理経過が異なっているならば、この矛盾は、場合によっては合議体の大法廷で(裁判所構成法一三二条二項参照) 解決されるべきであろう。しかも、判例はすでにこの点を視野に入れている。第六民事部はすでに、二〇一二年の判決で、保証人的地位があるかどうかは「抽象的基準で決定されてはならず」、「事案の個別具体的事情を考慮しなければならない」、<sup>(23)</sup>としているからである。<sup>(24)</sup>しかしながら、この判決の基本的な理由づけは一般論にとどまっており、——刑法に關してであるが——被害を被った株式会社に對して「被告人が保証人的地位」を有しているかは、「取締役としての立場からのみ生じるのではない」という、刑事判決が従ってきた、企業に關連する義務の定義づけにあたっての判示と矛盾して

いるといえる。<sup>(25)</sup>いずれにせよ、この矛盾は、将来的には、場合によっては合議体の大法廷で解決されなければならない。

b) 機関の行為に關する可罰性は、機関説・例外説のいずれによつて定められるべきかという問題はさらに残る。まず、刑事判例と学説においては、機関説が支配的であるということはその理由にはならない。しかしながら、これまでの考察により、刑法的には機関説を支持するのがよいことが十分に明らかにされたといえよう。<sup>(26)</sup>機関説は、刑法一四条、秩序違反法九条における帰責モデル、さらには、皮革用スプレー判決以来、刑事実務で通説となつた、企業に關連した考察方法に<sup>(27)</sup>対応するものである。また、機関説は、業務執行部が自然人から法人へと移行することにより刑事的答責性が希薄化するのを阻止するものでもある。

もし例外説に従い、被害を受けた第三者に對して機関が保証人的地位に立つためには、特別の「個人的」事情が要求されるならば、民事的に納得のいく説明が必要である。例えば、機関も責任を負うことによつて債務者が二人いることになり、法人の債権者が優遇されることを避けるため、<sup>(28)</sup>などといった理由である。しかしそのような配慮は、刑法

上は不要である。他に責任を負う者がいるということとは、  
個々人の刑事的答責性に影響しないからである。<sup>(20)</sup>

機関の第三者に対する保証人的地位が、自己の機関としての地位から、ひいては法人における業務執行への参加から導き出されるのではなく、「個人的な」特別な事情の存在による理由づけによるべきということは、刑法的にみれば、承認しがたい事後責任である。さらに、刑法の観点からすれば——不作為犯責任を問う場合は別であるが——事業に関連した作為についての機関の責任を例外説の立場から、問題なく説明するのは難しい。機関構成員が被害者に対して「自らの手により」行動するか否かは、偶然に左右されることがしばしばだからである。<sup>(21)</sup>

c) 刑法的な観点からは、例外説に従い、作為・不作為の相違を強調することは誤りと考えられるが、不法行為法上も、そのような区別は自明のことではないという点には、留意する必要がある。<sup>(22)</sup> 例えば、カールスルーエ上級地方裁判所の事案を変えて、通行人が怪我をしたのではなく、着物を汚されただけであつたならば、取締役に故意が認められないから、民法八二三条二項、刑法三〇三条に基づく取締役の対外責任は否定される。<sup>(23)</sup> 取締役が注意せずに清

掃したならば、民法八二三条一項により、作為によって行われた過失による所有権侵害であるとして、やはり通行人に対して責任を負う。義務に違反してまったく清掃しなかった場合、取締役が負っている義務を、——事業関連性が認められるにもかかわらず当該取締役に「個人的に」該当する義務だと評価すれば——、例外説によると、民法八二三条一項による責任を通行人に対して負わない。なぜなら、清掃義務は当該有限会社に対してのみ負っているものであり、その違反は対外的義務を基礎づけるわけではないからである。

## V まとめ

ここで、これまでの考察における重要な結論を手短にまとめておこう。刑事実務上の機関説および事業主責任に関する通説と、民事上の判例・通説である、機関の対外責任を限定する理論とは、相いれない。刑法上は通説である機関説が、機関の対外責任を基礎づける義務を、機関としての地位から導き出しているのに対し、民法上の通説である例外説は、これを否定し、機関の対外責任を、——個々の事案においては、非常に多様な形で認められる——特別の

「個人的」例外事由がある場合にのみ認める、という点において、両者は理論的に異なっている。このことが、不法行為法と刑法が交錯する場面において、矛盾を生じさせるのである。すなわち、解釈においては、刑事的な保護規定に機関が違反する場合であって、この違反行為が同時に機関の不法行為責任による対外責任を基礎づける場面（民法八二三条二項）で問題となる。この点に関するかぎり、機関説に軍配が上がる。機関説は、刑法上例外説より優れているばかりでなく、民事上、機関の対外責任を限定的に認める場合の、その理由づけとまったく矛盾しないのである。しかしながら、機関責任を広く認めすぎるのは避けるべきであり、機関管理者が、実行を期待できない義務を課されることにより過大な責任を負わせられるべきではない。このことは、刑事のみならず、民事上、そして機関の内部責任と対外責任が同様に認められる場面においても同様である。例えば、「取締役に對し、競争法違反についての一般的な責任が問われる事案において、計算不能なリスクを負わせる」<sup>(139)</sup>ならば、競争法違反を防止すべき義務を、取締役に對して、対内的のみならず対外的にも、一般的に負わせてしまうことになる。ジーマンス／ノイビュルガー事件において、ミュンヘン地裁第一部が設定したような、対

内的コンプライアンス義務は、明らかに行き過ぎであって、決して刑法上・秩序違反法上の解釈に取り入れられるべきではない。

(136) その際、選任・監督義務は本人に残される。

(137) より詳しくいえば、不法行為法上の対外責任である。この点に関する契約法上、あるいは信義則上の責任については、Bitter ZInsO 2010, 1561 ff.を参照。

(138) 例えば、Seulen FAZ v. 17.10.2012, 19; Jacobi NJ 2012, 432 f.; Paefgen Causevic BGH EWiR 8 43 GmbHG 2/12, 597。これらの文献は、第六民事部の見解を支持し、刑事部の判断には反対している。賛成すべき考察として、C. Dannecker, NZWiSt 2012, 441 (442 ff.); Zimmermann, Strabarteitsrisiken, 155 ff., 164 ff.。これらの文献は、刑法的な事業主責任に賛成し、第六民事部の見解には反対している。

(139) すなわち、「会社の活動が合法的であるように配慮すべき」機関構成員の義務である（BGH wistra 2012, 380 Rn. 22）。

(140) BGH wistra 2012, 380 Rn. 23.

(141) BGH wistra 2012, 380 Rn. 24, 26.

(142) この点については、第一部136を参照。

(143) OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267.

- (14) OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267 f.
- (145) 連邦通常裁判所二〇一二年七月一〇日第六民事部判決を引用して、OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267 f.は、「取締役として個人的にも責任を負わなければならないであろう許されない自己の行為」を被告人は行ったとはいえないとした上で、特段の事情がある場合には、「自らの行為によって損害を生ぜしめた場合でなくとも」機関管理者の個人的な對外責任が問題となる、とした。「自己の行為」「自らの行為による損害」という表現を用いることにより、カールスルーエ上級地方裁判所は、作為による損害を想定したといえる。
- (146) OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267 (268), 上級地方裁判所は、引き続き、最後に掲げた例外を、様々な形で言い換えているが、その言い換えは概念的に認容できるものではない。例えば、上級地方裁判所は、「取締役が、危険状態の回避を、自己の職責の範囲内で求められている」場合や、「当該取締役が自己の職責と関連した保証人的地位から、第三者の法益を危険にさらし、あるいは侵害することについて、民法八二三条一項により、当該第三者に対して責任を負っている場合」における對外責任といったものを考慮しなければならないとしているのである。
- (147) OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267 (268).
- (148) K の怪我が、清掃義務違反によるものと本當に考え
- るのかについては、以下で検討する。
- (149) 彼が有責である場合についてである。
- (150) その際には、W に義務違反が認められることが重要であるが、この義務は「より内部的な関係」において、「事業上の活動」との関連、「事業の種類」(レストラン)との関連から生じるものであって、BGHSt 57, 42 Rn. 13 によれば、いずれにせよ「事業関連性がある」とされた。事業関連性について詳しい最近の文献として、Bütle, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, 2015, 127 ff. 154 ff. がある。
- (151) 「對外関係における機関構成員として」責任を負わせる際に必要とされるような「重要性」はこの G の義務違反には認められないという上級地方裁判所の判断は (OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267, 268) 、刑法学的には何らの手がかりももたらさらない。不真正不作為犯においては、構成要件該当性が充足されれば、そのような必要な「重み」がすぐに与えられる、と考えられる。すなわち、過失傷害罪の場合には、保証人としての義務に違反した不作為によって健康障害、あるいは身体傷害が他人に生じた場合に、そのような「重み」が認められる。
- (152) Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn. G 42; Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 423 参照。

- (153) BGHZ 109, 297 (298).
- (154) BGHZ 109, 297 (300). どのような法的状況は、その後、商法三五四a条によって解決された。
- (155) BGHZ 109, 297 (300 f.).
- (156) BGHZ 109, 297 (303).
- (157) かつてはその者が自ら行為しないケースが扱われているが、そのような場合においても同様である。
- (158) BGHZ 109, 297 (302).
- (159) BGHZ 109, 297 (303).
- (160) BGHZ 109, 297 (304 f.).
- (161) BGHZ 109, 297 (305 f.).
- (162) Bachmann, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag, 2014 (Gutachen), E 118.
- (163) Mertens/Mertens JZ 1990, 488 (489) 参照。最近では、Paefgen/Detke EWIR 2014, 579 (580) が、本件判決について「理論的に誤っている」としている。第六民事部は、BGH wistra 2012, 380 においては、以前の判決から明らかに異なる立場に立ったとはいえない。
- (164) 建築資材判決と皮革用スプレー判決の関係については、Bitter ZInsO 2010, 1561 (1576 ff.) も正しい結論を導き出している。
- (165) BGHZ 166, 84 ff.
- (166) この請求は原告により取り下げられた。
- (167) BGHZ 166, 84 Rn. 25 ff.
- (168) BGHZ 166, 84 Rn. 114 ff.
- (169) 信用受供者に被害を与えるような行為を一切慎むべきという、会長の株式会社に対する組織上の義務とは別個の義務である (BGHZ 166, 84 Rn. 125)。
- (170) BGHZ 166, 84 Rn. 126 ff.
- (171) BGHZ 166, 84 Rn. 127.
- (172) BGHZ 166, 84 Rn. 124 f.
- (173) BGHZ 166, 84 Rn. 126.
- (174) BGHZ 166, 84 Rn. 127 ff. その理由について「そうではないが、資本会社と契約する相手方は、自然人が無限責任を負う場合に比して、損害を受けやすくなるという危険が生じているから。」
- (175) 例として、Hellgardt WM 2006, 1514 (1515); Möllers/Beutel NZG 2006, 338 (340)。
- (176) Spindler JZ 2006, 741 (744).
- (177) Derleder/Fauser BB 2006, 949 (951 Fn. 27) が、法秩序の一元性という観点を考慮する。
- (178) Hellgardt WM 2006, 1514 ff.; Spindler JZ 2006, 741 (744).
- (179) この点について詳しくは、Rieble CCZ 2010, 1 (3) 参照。

- (180) 例<sup>244</sup> BGH wistra 2012, 380 や OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267°
- (181) KG NZG 2013, 586 (588 ff. unter 5.a. - g.). 本判決には有限会社の責任を認めているが、取締役の対外責任は認めない。この判断は、二〇一四年六月一八日連邦通常裁判所判決により改めて確認された。BGH ZIP 2014, 1475 mit Anm. Paefgen/Dettke EWIR 2014, 579.
- (182) 下の<sup>245</sup>の<sup>246</sup> KG NZG 2013, 586 (588 f. - 5.a.)。特に Haas/Ziemons, in: Michalski, Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 43 Rn. 343a, 343b を参照しよう。
- (183) KG NZG 2013, 586 (589 - 5.b.) <sup>247</sup> Schneider, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 43 Rn. 327 を参照しよう。第一一版 (二〇一四年) も同様。
- (184) KG NZG 2013, 586 (589 - 5.c.) <sup>248</sup> Kleindick, in: Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 43 Rn. 78 (下二<sup>249</sup> Rn. 87 以下<sup>250</sup>) <sup>251</sup> Fleischer, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 1. Aufl. 2012, § 43 Rn. 350 f. を参照しよう。
- (185) KG NZG 2013, 586 (589 - 5.d.) <sup>252</sup> Keller WRP 2005, 1235 (1242) (下二<sup>253</sup> GmbHR 2005, 1235, 1242) を参照しよう。
- (186) KG NZG 2013, 586 (590 - 5.f.) <sup>254</sup> Paefgen, in: Ulmer, Kommentar zum GmbHG, 2006, § 43 Rn. 207, 255 を参照しよう。
- (187) 例<sup>255</sup> 第二版 (二〇一四年) の § 43 Rn. 354, 420 も同様。
- (188) KG NZG 2013, 586 (590 - 5.f.) <sup>256</sup> Zölner/Noack, in: Baumbach/Hueck, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 43 Rn. 78 を参照しよう。第二〇版 (二〇一三年) も同様。
- (189) KG NZG 2013, 586 (590 - 5.g.) <sup>257</sup> Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 43 Rn. 61 <sup>258</sup> 以下の<sup>259</sup> ZIP 1995, 881 Rn. 61 (下二<sup>260</sup> 七八七頁以下) を参照しよう。
- (190) したがって、KG NZG 2013, 586 (590) <sup>261</sup> 以下。
- (191) 下の<sup>262</sup>の<sup>263</sup> Kleindeik, Deliktshaftung und juristische Person, 1997 (Deliktshaftung), 117 ff.; Bachmann, Gutachten, E 119 ff°
- (192) 例<sup>264</sup> 民法三二条を、団体は、機関管理者が誰かに対して (機関管理者自身か、団体にいかわりなく) 第三者に対して損害賠償を義務づけられている行為を行った場合には、という風に読むようにして、この問題を解決するものが考えられる。この理論構成の問題点について、詳しくは Kleindeik, Deliktshaftung, 117 ff. 参照。Bachmann, Gutachten, E 119 f. も参照。
- (193) Paefgen/Dettke EWIR 2014, 579 (580).
- (194) 連邦通常裁判所第六民事部が、機関の対外的義務が、



- 有限会社法四三条一項や、株式法九三条一項第一文から導かれるのではない (BGH wisra 2012, 380 Rn. 22 f.) としている点については賛成すべきである。事実、このことは単に「原則的に」妥当するばかりでなく (例えば、BGH wisra 2012, 380 Rn. 23 は、法令遵守義務を視野に入れているように述べる)、例外なく妥当するのである。
- (161) この点を正当にも指摘するのは、C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (446)°。
- (165) Bitter ZInsO 2010, 1505 (1506)。
- (166) その結果——人的会社 (商法一二八条) におけることは異なり——債権者に対して責任を問われるのは、会社財産のみであり、取締役の財産はその対象外である (株式法一条一項第二文、有限会社法一三条二項)。
- (197) 株式法一条一項第二文、有限会社法一三条二項は、取締役の責任のみを否定しており、機関の責任を否定していないということを度外視するとしても、同様である。
- (168) Möllers/Beutel NZG 2006, 338 (340) は、連邦通常裁判所のキルヒ／プロイヤー判決に反対している。
- (199) もっとも、想定可能なのは、例外説の立場にたつと、機関説の場合とは異なり、義務違反の内容を決める際に、機関の地位は完全に度外視されることである。会長のプロイヤー氏の発言は、誰かほかの立場の人の発言、例えば経済ジャーナリストの発言と同様に判断されてしまうかもしれない。そうすると、会長は、不法行為法上の義務に違反したといえなくなる。
- (200) Bitter, Gesellschaftshaftung für materielle Unterkapitalisierung – Betrachtungen aus ökonomischer und juristischer Perspektive –, in: Bachmann ua (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, 57 (Gesellschafterhaftung) (61) に詳しく述べられている°。
- (201) 例えば、Casper, Haftungsrechtliche Anreizfunktionen der Insolvenzverschleppungshaftung, in: Bachmann ua (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, 2007, 33 (35)°。
- (202) 例えば、Achenbach FS Imme Roxin, 11°。
- (203) 例えば、Rieble CCZ 2010, 1 (2)°。
- (204) 例えば、Kleindiek, Delikthaftung, 469°。
- (205) この点については、Kuhlen, Compliance y Derecho penal en Alemania, in: Mir Puig/Corcoy/Bidasolo/Gómez Martín (directores), Responsabilidad de la Empresa y Compliance, 2014, p. 119 ff°。
- (206) しかしながら、後者については、近時では、団体に対する刑罰の導入が検討されている。
- (207) その際、個々の企業構成員に民事上の内部責任を問えば、損害賠償法の制御機能が十分発揮される。

(208) 後者については、Hellgardt WM 2006, 1514 (1517 f.) におけるアメリカ合衆国、イギリス、フランスにおける比較法的な知見を参照されたい。

(209) 例えば、Bitter, Gesellschaftshaftung, 64°。

(210) 作為・不作為を問わない。

(211) 社員を不法行為法上の責任から免責する反面において、「他人の利益の守り手」として取締役に負担を負わせることになり、そのことによって社員の責任の限定が「完全」なものになる。このように考えるのは、Bachmann/Eidemüller/Engert/Fleischer/Schön, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, 79°。

(212) すなわち、民法と刑法の相克が問題となるような場合である。

(213) Rieble CCZ 2010, 1 (2), Bachmann, Gutachten, E 119 および BGH ZIP 2014, 1475 (1476) も参照。

(214) まずもって、機関の行為の可罰性が、例外説ではなく、機関説によって適切に決定されると考えた場合、このようにいえる。この点に関しては、6 以下も参照のこと。

(215) OLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267 (268) は、この要件が欠けている点に注目する。

(216) さらに、解釈論としては、刑法上機関説に従うか、より詳しくいえば事業主責任を認めるか否かということにかかわらず、民法八二三条二項により、民法八二三条一項

よりも帰責範囲が拡大するという点が指摘される。そうだとすると、モビング事例における上司の不作為による幫助(刑法三二三条)が問題となる(BGHSt 57, 42 Rn. 19 ff.)。この事案において、いじめの被害者を保護すべき保証人的地位が否定されたとしても、上司の、民法八二三条二項、刑法三二三条に基づく不法行為法上の責任はさらに問題となりうる。なぜなら、刑法三二三条は、第六民事部が述べているように(BGH NJW 2014, 64)、民法八二三条二項の保護規範であるからである。

(217) この点については、Blöse GmbHR 2011, 1146, (1147) 参照。

(218) この点については、Bitter ZInsO 2010, 1505 (1506)。

(219) 対外責任に親和的な民事判決に対して激しい批判がなされる場合には、この点は見過されることが多い。

(220) もっとも、この点が問題となる事例も存在し、実務上重要でないというわけではない。

(221) 当該刑罰法規が民法八二三条二項の保護規範であるとみである。

(222) より詳しくは(そして批判的にであるが) Kuhlen JA 1986, 589 ff.; Rönau StraFo 2014, 265 ff.°。

(223) BGH wistra 2012, 380 Rn. 19.

(224) BGH wistra 2012, 380 Rn. 21.

(225) したがって、C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (450)

- は、第六民事部は、大法院判決によらなければならなかったとする（裁判所構成法一三二条一項第二文）。しかしながら、刑事的な事業主責任についての連邦通常裁判所判決のみを（そしてより一般的に企業に関連した形で取締役の諸義務が規定されていることを）理由として、大法院での判断を求めるべき義務を根拠づけること、さらには、通説のように、先行判例において重要である見解部分と相違する判断を下そうとする場合のみ、大法院の判断を求めるべきとする<sup>(226)</sup>は、回避すべきである（Kuhlen JA 1986, 589, 594; Zimmermann, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 132 GVG Rn. 8を参照）。なぜなら、事業に従事する者の、事業に関連した犯罪行為を阻止すべき保証人的義務を事業主に認めることは、BGHSt 54, 55, BGHSt 57, 42のいずれにおいても、判決にとって重要な事項であるとは考えられていながらである。
- (226) それゆえ、BGH wistra 2012, 380に反対するものとして C. Dannecker NZWiSt 2012, 441 (442 ff.; Zimmermann, Strafbarkeitsrisiken, 165 ff.)。
- (227) この法律構成は、身分犯の場合ばかりでなく広く一般化されている。
- (228) この点については、Bachmann, Gutachten, E 119 f.を参照。
- (229) それゆえ、傷害罪や器物損壊罪が共同正犯形態で犯さ

れた場合、（現行法の立場（BGH ZIP 2014, 1475, 1476を参照）とは異なる主張であるが）、被害者から共同正犯者らに対して多くの損害賠償請求がなされることにより、単独犯によって被害を被った者に比して、民事上の「特権」を享受できると考えたい（そしてそのような事態を避けたい）としても、各行為者は、刑法上は、完全な責任を負う。

(230) この種の「自然主義的な」作為・不作為の区別の強調に関する刑法上の議論については、Kuhlen FS Puppe, 2011, 669 ff.を参照のこと。

(231) すでに検討したBGH wistra 2012, 380 Rn. 18 ff.にOLG Karlsruhe GmbHR 2013, 267では、この点で区別を当然視している。

(232) 被害の客観的構成要件が充足されても、民法八二三条が適用されるわけではない。Staudinger, in: Nomos-Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2014, § 823 Rn. 153; Hager, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2009, § 823 BGB Rn. G37 参照。

(233) 例として、BGH ZIP 2014, 1475 (1477)。