

クラウス・ベアス, ハンス・タイレ
カーリ・マリア・カーリチェック

経済と刑法 だれがだれを規制するのか？

松 宮 孝 明 (訳)

序

経済犯罪に関する犯罪学的研究は、以前から、概念上、方法論上、理論上、いずれについても困難に直面しています。「盲点」と言っても過言ではないと思います。その輪郭を浮き彫りにし、解明することが、これまでほとんど姿を現せずにはいた犯罪学の つまり、ほかならぬ経済犯罪学の任務なのだと思います。以下では、現実起きた事件を手がかりに、経済犯罪および経済刑法に関する中核的な問題提起を行うことにします。すなわち、*刑法は経済上の意思決定を操縦し (Steuern)*、または*規制する (Regulieren)* ことができるのか否か、可能とすれば、それはどの範囲で可能なのか？ という問題提起です。

まず、(1) 経済犯罪という概念および(2) 調査の背景 旧東ドイツ国営企業の民営化 について解説した後、(3) 調査方法および研究目的を簡単にスケッチします。ついで、(4) ニクラス・ルーマンのシステム論から出発し、規制概念を操縦概念と区別して精密化することによって、(5) 現実に発生した事件を手がかりに、刑法が経済を規制することの可能性と限界を検討します。

1. 諸 概 念

数年前から、ほとんどの犯罪学者らが前提にしているのは、つぎのような考えです。すなわち、経済犯罪は企業犯罪、ここではつまり、企業がその経済的利益および効用を追求するためになした犯罪行為のことである、という考えです。このように狭く定義することには、いくつかの利点があります。

第一に、このような制限的な定義は、経済取引の中心的な組織統一体に、そして

またそれによって実際に重要な経済の中核領域にとりわけ、経済的損害および社会的な損害を視野に入れて関心が集中することを可能にします。それゆえ、この意味での「経済犯罪」は、企業相互間の、企業と公共団体との間の、あるいは企業と消費者との間の取引活動には及びますが、消費者相互間の取引活動には及びません。

この意味での「経済犯罪」は、いわゆる「職業犯罪 (Occupational Crime) (エリート犯罪)」のことでありませぬ。職業犯罪という言葉は、エドウィン・サザランドが、1940年代に、有名な「ホワイトカラー犯罪」という概念を作ったときに、考案しました。この概念によって、サザランドは、周知のように、経済犯罪を「名望と社会的地位を有する人格がその職業活動の枠内で」行った犯罪行為であると定義しました (Sutherland 1983 [1949]: 7)。これによって、サザランドは、社会の下層階級による街頭犯罪から上層階級の犯罪行為に、様々な点で犯罪学的視野を拡大することに成功しました。にもかかわらず、この定義は研究対象を効果的に画するにはふさわしくありません。ホワイトカラー犯罪によって把握される範囲はあまりに広いので、決定的な部分に関しては、かならずしも経済犯罪だけを意味するわけではないのです。

すなわち、その文言によるなら、ホワイトカラー犯罪には、そもそも職業的活動と結びついてなされる成功した独立自営業者 (職人、小売商人、医者、弁護士など) の犯罪も含まれますし、とりわけ、高級官僚のそれも、そこに含まれるでしょう。前者は (経済的利益の追求という意味で) まだ、企業家的な活動といってもよいでしょうが、後者は決してそうではないのです。

また、上記の定義では、いわゆる *経営者犯罪* と呼ばれるものも経済犯罪に含まれてしまいます。すなわち、企業経営者が企業を食い物にして私服を肥やす犯罪行為、たとえば、背任行為や横領行為なども経済犯罪に含まれてしまうのです。それゆえ、狭い解釈だけが *経済犯罪* という概念の輪郭を厳密に画することができるのです。

今日、公の議論の中で、とりわけ KPMG や Price Waterhouse Coopers のような経営コンサルタント会社によって「経済犯罪」だと名づけられているもののほとんどは、従業員によるそうした犯罪行為ですし、それも、経営者だけでなく末端の従業員や労働者による犯罪行為も含まれています。ですが、伝統的には、それらは企業体内犯罪 (Betriebskriminalität) と呼ばれるものであって、経済犯罪と呼ばれるものではありません。

しかし、ホワイトカラー犯罪という概念の短所は、その不正確さから生じるだけではありません。そうではなくて、とりわけ、それが本来的に *個人* の態度に重きを

置くことから生ずるのです。そのため、経済犯罪に本質的なこと、つまり、「経済」は個人に関わるよりも、あるいは個人にだけ関わるのではなく、本質的に特定のシステムの構造的文脈に関係するということが、視野に入らなくなってしまうのです。換言すれば、「経済犯罪」とは、経済システムの構造的・機能的展開にもとづいて意味を持つ、もしくは説明可能になる、そういった刑法違反のことをいうのです。

2. 大変動(東ドイツ崩壊)に条件づけられた経済犯罪

ドイツ再統一の結果、12,000の旧東ドイツの企業体が民営化ないし解体されました。さらに、民営化の進展には主として西側の制度やアクターが関わったので、ここに経済犯罪および経済刑法によるコントロールの典型的な形式と構造を検討する可能性が開かれました。

旧東ドイツの国民経済の民営化は、1990年6月に、信託法によって、すべての旧東ドイツ企業体の所有者となることを宣言された、いわゆる信託公社の責務に委ねられていました。民営化は、迅速な清算という政治的ハンディキャップの下でなされました。国家はできるだけ早く、その責務を経済に引き渡したいと考えていました。この性急な措置は、あらゆるケースに関して、必然的に、諸経過の物的・人的背景を十分に調査しコントロールすることができないという事態をもたらしました。かくして、刑法にも違反するような、おびただしい種々の振舞いをする数多くの機会が生じたのです。

最も頻繁に行われたものの一つは、「企業資産の侵食」(Asswet Stripping)でした。つまり、契約に反して企業中の割のいい資産部分(それは、しばしば立地条件のよい土地でしたが)を売却し、残部を倒産させるというもので、これは、しばしば労働者の失業を伴いました。

3. 調査方法および研究目的

経済犯罪の分野では、統計的に十分な数の回答を集めることが途方もなく困難なため、いわゆる定量的な暗数研究、つまり、母集団を代表するサンプルを抽出して標準化された質問表でアンケート調査を行うことは、きわめて難しいことです。

しかし、われわれにとってとりわけ重要なのは、典型的な事件形態の深部にある構造的関係なので、選出された民営化事件について、3ないし4時間かかる、いわゆる定型の詳細なインタビューを行います。これは、この目的のために選ばれた

方法なのです。

経済犯罪学が扱う事件の構造的諸条件は複数の領域に基礎をおいています。それゆえ、調査の構想はつぎのようなものです。すなわち、企業の民営化に関与した、あるいは、その過程を直接に体験することができた、可能な限りすべての人間、つまり、被疑者、被告人、警察官、検察官、弁護士、裁判官、信託会社の従業者、関係する投資者、労働者および労働組合にインタビューをするというものです。この方法によって様々な関係者の視点が一つの事件に関して再現されます。一致と相違にもとづき、その事件に関して重要な構造的諸条件の手がかりを獲得するのです。このような方法で行うことを、われわれは*多文脈的事件構造分析 (multikontexturale Fallstrukturanalyse)*と呼びます。

研究の重点は、犯罪行為および刑法的コントロールが経済システムに対して持ちうる機能および逆機能です。詳細にいえば、この研究の目的は、経済犯罪が普及した、また、それをコントロールするための、構造上典型的な、経済的、政策的ないし法的諸条件を浮き彫りにすることです。このような関心とわたしの講演の中心にあるのは、つぎのような問題です。すなわち、*いかなる範囲で、かつ、いかなる構造的条件のもとで、市場経済における経済犯罪を刑法で操縦し、あるいは規制することが可能なのか*、という問です。

4. 因果的に決定された操縦なのか、システムの規制なのか？

社会的関係においては、とりわけ政治システムが他の社会システムに影響力を行使するプロセスが、操縦 (Steuerung) という概念を用いて表現されます。最近の議論では、本質的に、(1) 因果的な把握と (2) システム論的・機能的見解とを区別することができます。

4.1 因果的な操縦？

因果的な把握は、とりわけ (比較的古い) 組織理論および合理的選好理論に見出されます。合理的選好理論は、法の議論に、とりわけ、法の経済的な分析の形で浸透しています。時間不足のため、ここでは組織社会学的定義だけを取り上げたいと思います。

組織理論的には、たとえば、ケルンのマックスプランク社会学研究所のかつての所長レナーテ・マインツ (1987) が、サイバネティクスの操縦概念を受け継いでいます。彼女は、操縦を、あるシステムを、ある場所ないし状態から別の場所ないし

状態に変化させる所作だとします。そのような因果決定主義的理解によれば、操縦の目的は、あるシステムに対して、システムがその構造を操縦者が意図するような状態に変わるように作用することになります。

合理的選好モデルは、結果においても因果的ですが。周知のように、それは、人間の行動を操縦する動機は、最小限のコストで最大限の効用を達成することに向けられているという前提に立ちます。つまり、法が、民法的には損害賠償や契約違反に対する制裁を通じて、公法的には行政罰を通じて、あるいは、刑法的には罰金ないし自由刑を通じて規範違反行動のコストになる場合に、そのような行動に向かう動機は鎮められ、規範違反行動はなされなくなるのです。これは、一見すると、とりわけ、経済犯罪の分析にとっては魅力的なほどに説得的で単純明快です。しかし、それは、残念ながら、単純に過ぎるように思われます。企業も人間も、餌で釣って思いのままに操縦することのできるパブロフの犬や研究用の鳩ではありません。

くわえて、合理的選好モデルは、すべて、個人に着目します。組織も企業も、ここでは、集団的なひとつのアクターとして、個人のごとく取り扱われ、その動機は、個人の動機と全く同じように操縦することができるものとされます。組織や企業は、独特の類の社会的現象であり、個々の構成員の動機を超越して自己展開し自己決定をするものです。とりわけ、個人の動機に匹敵し、それに影響を与えることによって企業の行動を、個人と同じようにたやすく変更することのできるようなものは、そこにはありません。したがって、このような因果的なモデルは、企業の操縦可能性を解明することを可能とするためには、単純に過ぎ、洗練不足なのです。

周知のように、このような因果的な操縦の理解は刑法学においても見いだされません。刑法学は以前から操縦を因果的な介入だと理解しています。第一に、刑法学はつぎのことを問題にします。すなわち、刑法は、一定の行為態様に刑罰を科すことだけで、規範に違反する態度を事前に阻止することができるかどうか、できるなら、それはどの範囲でなのかを問うのです(一般予防)。

規範違反はつねに社会的実在を意味しますので、刑法学は、第二に、つぎのことを問題にします。すなわち、刑事手続きの過程において実体法的な規範アピールを浸透させることに、刑法はどれくらい成功しているのかを問うのです。この方法では、行為者の規範違反的態度も(積極的および消極的特別予防として)、社会全体の規範違反的態度も(積極的および消極的一般予防として)将来に向かって阻止されるべきことになります。そのような因果的な操縦の要求によれば、刑法は、他の社会の構成員や組織に対し、必然的に上位におかれます。

しかし、そのような権威的な見方は実情に対応していません。それゆえ、そうした理解の前提はとっくに疑問視されています。理論的にも、システム論による考察のほうが、より適切だと思えます。

4.2 システム的な規制

システム論では、組織および企業は個人（個々の人格）とは区別された構造物、つまり、システムそのものとして考察されます。社会の機能的分化、これはエミール・デュルケームが19世紀末に分業に関する彼の著作の中ではじめて記したのですが、そうした分化の枠内では、多様な社会的機能システムが形成されます。たとえば、経済システム、法システム、政治システム、学問・教育システム、保健・衛生システムです。いずれも、それぞれのサブシステムを有しており、たとえば法システムでは、私法、公法、刑法などがあって、社会の機能的な規律要請に対応しています。これはたいへん複雑で発展したプロセスです。これこそ近現代社会を特徴づけるものなのです。

4.2.1 オートポイエシス（Autopoiesis）

システム論の提唱者であり、20世紀のもっとも生産的な理論社会学者であるニクラス・ルーマンは（彼が私どもの所属する学部で法律家としてドクターを取得し、教授資格を取得したことに幾許かの誇りを感じることをお許しいただきたいのですが）、社会学的システム理論をさらに大きく発展させるとともに、個々のシステムの一つ一つに独自の研究を向けました。ルーマンは、一般に、社会システムがその構成要素を自ら生産および再生産することを前提としています。これをルーマンはオートポイエシス（*Autopoiesis*）と呼びます。諸システムは、その発展の過程で常に繰り返し、それら自身がそれまでに下した決定に、そしてそれのみに自己を関連づけます。これは自己確認とよばれています。この自己関連ゆえに、システムは周囲に対しては原則閉鎖的に作動するのです。システムはそれ（自己確認）をそれぞれのシステムに特有の二進コードにしたがって行います。すなわち、法システムでは正義と不正義、経済システムでは利得と損失、学問では真と偽によって識別されます。

4.2.2 刺激反応（Irritation）

社会システムは閉鎖的に作動するので、ダイレクトに影響されることはできません。しかし、閉鎖は、外部から完全に閉じられていることを意味しません。社会システムは周囲の出来事を知覚できますし、知覚しなければなりません。刺激を受けるものでなければならない、さもなくば、いかなる社会システムでもない、という

ことです。しかし、*刺激*は、システムの中ではつねに、そのシステムの意味および関心だけで、つまり、そのプログラムとコードにしたがって処理されます。法は法的ルールの意味でのみ周囲からの刺激を処理することができますし、経済が周囲の出来事を知覚するのは、経済が周囲の出来事を、利得をもたらすものあるいは損失をもたらすものとして経済のコードに読み替えて理解することができる場合だけです。要するに、刑法は、捜査あるいはまさに有罪判決を通じて、経済の中に刺激を生み出すことができます。換言すれば、刑法は、経済の中で刑罰的な禁止が議論されるかどうかに影響をもっているのです。しかしそれは、これがどのように経済において議論されるのか、また、経済がいかなる決定を下すのかについては、影響を及ぼすことができません。このような意味で、オートポイエシスと自己確認は、閉じられたシステムが同時に開かれたシステムでもあることを意味するのです。むしろ、この見解は、因果的な見方とは異なり、刑法上の経過および経済上の経過に関するわれわれの経験的な観察および日常的な知覚に対応しているのです。

4.2.3 規制と差異の縮小

それゆえ、わたしは概念的な観点に関しては、操縦概念を因果決定主義的プロセスについてのみ用いることにしたいと思います。それはとりわけ技術的なプロセスに関して当てはまるでしょう。システムに刺激を与えるプロセスについては、操縦のかわりに*規制*という言葉を用いることにします。これは因果的な操縦概念との意義のある区別を可能にします。

規制という言葉は私は、ニクラス・ルーマンと同じく、法的禁止の遵守に関する法の期待と利得をもたらすビジネスを求める経済の期待との差異の縮小と解します。

オートポイエシスから明らかになるのは、つぎの点です。すなわち、刑法による経済の規制は、企業の利得 / 損失コードのかわりに刑法の可罰性コードが据えられ、経済のオートポイエシスが止揚されるという形で行われることはできない、という点です。そのような経済のコードが刑法のコードに取って代わられるという考え方は、システムコードのもつ影響に抵抗する特性を見誤るでしょうし、社会が法と経済というシステムに細分化していることを無視することになります。

しかしながら、つぎのようなやり方での規制は可能です。すなわち、企業の経済活動の指針となりうるような*差異縮小プログラム*を刑法が展開するというやり方です (vgl. Luhmann 1999: 345)。たとえば、差異縮小については、刑法規定の違反が発覚の危険および処罰の危険を考慮した企業によって刑法に調和する企業活動の方向で小さくなるようなものが重要となりえます。

4.2.4 構造的カップリング

ルーマンは、行為動機のダイレクトな因果的変更を、構造的カップリングのプロセスに置き換えました。差異縮小による規制は、2つのシステムの期待構造が結び付けられた場合、つまり、各システムの自己確認が少なくともある領域において同じ方向に通じている場合に行われます。刑法によって呼び起こされた刺激に基づいて、企業がその構造をそうした領域において変更し、それによって周囲に対してつねに必要な開かれ、周囲に適応するようになることが可能となります（Luhmann 1997: 119, 790f.）。しかし、「可能である」ということは「そうでなければならぬ」ということを意味しません。というのも、ここでも、企業政策の変更に至るのかどうか、それはどのようにしてなのかは、企業による経済的決定だけに依存しているからです。つまり、それは法的コードを受け入れることはできません。そうでないと、もはやそれは経済のシステムではなくなってしまうでしょう。

構造的カップリングは、偶然に進行するものではありません。そうではなくて、一定の領域で、いわゆるカップリングメディアもしくは規制メディアのあるところで、予期されるべきものなのです。ニクラス・ルーマンは、彼の晩年の著作『社会の法』において、契約および所有権を民法と経済の間の構造的なカップリングメディアと呼び、憲法を法と政治の間のカップリングメディアと呼んでいます（vgl. Luhmann 1993: 440ff. ; Wielsch 2001: 52ff.）。もっとも、ルーマンはその考察を刑法とは詳細に結びつけませんでした。その理由は、刑法が、民法や公法と違って、ほかならぬ刑事手続の中で実現されることにあります。ルーマンにとってまずもって重要だったのは、一つのシステムのもつ特殊なコードを抽出することだったのですが、しかし、それは、実体法の中にプログラムの的に組み込まれているものなのです。

4.2.5 規制と刑法の機能ないし働き

全体としての社会との関係では、効果のある規制は、法一般の機能に奉仕するものです。すなわち、規範的予期の安定化です。そして、これは、人がどのような予期に社会的支持を受けるか、または受けないかということを知ることができるようにしてくれるのです（Luhmann 1993: 125, 132; 1998: 130）。犯罪は、社会の中での規範妥当の相互性に方向づけられた予期を攪乱します（vgl. Velten 2000: 187, 197f.）。社会の中での、このギブ・アンド・テイクの同価値性を破る者は、本来、彼には与えられるべきでない、したがって正統性のない利益を手に入れることになります。他の法領域とは逆に、刑法に固有の性格は、次の点にあります。すなわち、刑罰は、行為者による利益の横取り（Anmaßung）を原状に戻すことだけでなく、さらに、行為者に不利益を与えることによって、規範妥当の相互性ないしそれに方

向づけられた規範的予期そのものを際立たせることを狙いとするという点です。このような追加的な害悪付加のゆえに、刑法による制裁は、独特の方法で、予期の安定化に役立つのだとする、経験的にしか検証できない期待が、刑法以外のものによる制裁より以上に、刑法による制裁に結び付けられるのです。

さらに、刑法は、予期の安定化という機能を超えて、いずれにせよ、その請求権に従うならば 刑罰目的という形態で、独特の働きをします。それは、視座という点でいうなら、過去にも未来にも関連づけられています。すなわち、過去に関連づけられて語られるのは、コンフリクトの解決という働きであり、未来に関連づけられて語られるのは、行動規制という働きです(vgl. Luhmann 1993: 156)。コンフリクト解決の場合には、縮小されるべき差異は、刑法に違反する行動がこれまで制裁を受けないままであったということ(現実の状態)を、制裁すること(追及される状態)に向けて、止揚するということにあります(刑法的に言えば、不法と責任の埋め合わせ)。行動規制の場合には、縮小されるべき差異は、直接に刑法の制裁を受ける人物にも社会一般にも、将来に向けて規範違反の行動が規範に従った行動に向けて減少するという形で影響を与えることにあります(刑法的に言えば、特別予防と一般予防)。

4.3 刑法的規制のメディア

差異縮小プログラムであると同時に構造的カップリングを実現させる刑法のメディアを問題にする場合、2つのレベルが提示されます。1つは実体刑法であり、もう1つは、刑事訴訟上の措置のレベルです。経済刑法では 先取りして言わせていただく と、とりわけ刑事訴訟手続が重要です。

4.3.1 実体法のレベル

実体法のレベルでは、刑法典で規範化された経済に関係する諸々の刑罰構成要件が、システムによる規制を行いうる領域を開設しています。「可罰/不可罰」コードによって刑法は個々の態様を刑罰構成要件の形で処罰しますが、それは同時に差異縮小プログラムでもあります。この差異縮小プログラムによって刑法は実際の状態(処罰に値し、処罰が必要だとみなされる行為態様の存在)と目指される状態(そのような行為態様の不存在)との隔たりを縮小するようとします。同時に、その刑罰構成要件で刑法と企業との構造的カップリングが実現されるのです。なぜなら、刑法も企業も、たがいにその周囲の一定の性質を前提とし、構造的にそれを当てにすることができるのでなければならないからです。相互往復的影響は、それを通じて、複雑さを縮小する作用によって、可能にもなるし制限されることにもな

るのです。すなわち、実体刑法の構成要件は、企業に対して、何が刑法で禁止されており何がされていないかを知ることが可能にし、これによって、刑法の影響可能性を作り出すのです。しかし、逆に、犯罪構成要件は、刑法の影響を制限するものでもあります。すなわち、企業は、その経済活動に関して、それが犯罪構成要件に該当する限りでしか、刑法は関心をもたないのだということを、当てにすることができます。刑法および憲法の用語で言えば、これは、構成要件の保障機能のことで（基本法103条2項、刑法1条）。

4.3.2 訴訟上の措置のレベル

刑事訴訟のレベルでは、刑事訴訟上の措置に関する規制を行うことができます。具体的には、捜査行為、手続打ち切り、あるいは有罪判決に関するものです。さらに、刑事訴訟上の措置 たとえば、証拠法や刑事手続における裁判官の排除（予断を理由とする回避申立！）に関する規定 は、刑法に影響を及ぼすために、企業も利用することができます。諸々の刑事手続的措置もまた、たがいに影響を及ぼし合うことを可能にしたり制限したりすることができるので、刑事訴訟上の措置による差異縮小プログラムは、構造的カップリングを導くことができます。

刑法が刑事手続の枠内で企業に影響しようとする場合、そのような影響は、たしかに、刑事訴訟上の措置を介して可能となります。しかし、同時に、刑事訴訟上の措置の限界が、刑法の影響可能性の限界でもあります。逆に、たしかに企業は、自己が用いた刑事手続的措置によって、刑法に対する一定の影響を獲得しようすることができます。ですが、企業は、その措置が刑法のシステム合理性の中にどのように組み込まれるのかについては、まったく影響を与えることができません。

刑事訴訟は、ドグマティックな構造の中では、実体刑法に対し、奉仕の機能を有するため、刑事手続のレベルで規制が成功したといえるのは、つぎの場合です。すなわち、実体的な刑罰構成要件の違反を理由として、刑事訴訟の文脈で、刑事訴訟上の措置を介して実体法の規範アピールを浸透させること、ないし、さらなる規範侵害を回避することに成功する場合があります。

5．刑法が経済を規制する可能性と限界

5.1 Thyssen-Handelsunion による „Metallurgiehandel“ 整理解散事件

刑法が経済を規制する可能性と限界を、具体的な事件を用いて経験的に検討することにします。問題となるのは、西ドイツのティッセン・コンツェルンによる東ドイツ企業 „Metallurgiehandel“ の整理解散です。中心的な責任のあるティッセン経

営者は西ドイツのトップ経営者のグループに属していました。彼は、ティッセンとクルップの合併により、新しいティッセン＝クルップ・コンツェルンのチーフになるはずでした(彼は他にもトランスラピッド〔＝ドイツで開発されたりニアモーターカー〕の磁気鉄道を上海に建設しています)。刑事手続が開始されたために、彼はコンツェルンの総裁をもはや引き受けることができませんでした。

事件に関する以下の情報は、前述の事件構造分析によります。

すでに1990年春には、東ドイツの国営企業 Metallurgiehandel と Thyssenkoncern の合併事業の開始が記録されています。Metallurgiehandel は、この合併事業によって、新しい経済条件に自社を適応させることを期待しており、他方、ティッセン・コンツェルンは、東ドイツの国内市場および東ヨーロッパ市場に参入することを狙っていました。この合併事業の枠内で、Metallurgie の従業員に対するティッセンによるスクーリング契約が締結されました。Metallurgiehandel はこのために4千万マルクをティッセンに支払ったのです。しかし、東西再統一のあと、ティッセンは Metallurgie の従業員をティッセンの従業員として雇用し、それにもかかわらず、Metallurgiehandel の資金によって、彼らにスクーリングを行いました。

Metallurgiehandel が1990年7月に信託会社の所有物に変更された後、ティッセンは信託会社との交渉に応じました。信託会社はすでに述べたように連邦の会社として法律によりすべての旧東ドイツ企業の所有者となり、その民営化の責務を負いました。この間に、Metallurgiehandel は長期的には経済の魅力に欠けると判断されたので、交渉は企業処理契約(清算ないし解散に関する契約)という形で終わりました。ティッセンは信託会社への売却もしくは Metallurgiehandel の依然として莫大な資産の信託会社への売却ないし整理解散に関して、報酬として年間利益の25%を受け取るものとされました。貸借引当金の取り崩しによって、ティッセンは翌年に莫大な利益を計上できたので、高い報酬を得ることができました。このことは、信託会社の見解によれば、違法でした。これに関して生じたティッセンと信託会社の民事紛争は、裁判外の仲裁手続により、1995年に終結しました。ティッセンは約2億4千万マルクを信託会社に支払う義務を負いました。

民事の仲裁手続の認定に基づいて、検察庁経済犯罪課が刑事の捜査手続を開始しました。複数のティッセン重役が捜索を受け一時的に拘束される事態となりました。10名の被疑者に対する刑法266条の背任罪による1000頁を超える長大な起訴状、および、ベルリン地方裁判所による主手続の開始にもかかわらず、その捜査手続は3年余の後に、検察庁と裁判所、および弁護側の間で行われた「非公式の」話し合い(訴訟取引)によって、刑事訴訟法153条 a 2項にしたがった1千万マルクにのぼる

金銭の支払いと引き換えに、打ち切られました。訴訟費用の全額は、やはり1千万マルクを支払うこととして、ティッセンによって支払われました。また、被疑者らが企業のトップマネージャーとしてふたたび採用されることは不可能となりました。

5.2 規制効果

何が起こったのでしょうか？ ティッセンは刑事の捜査によってないがしろにされ、わなにはめられたと感じました。刑事手続自体、そしてとくに、メディアによって詳しく報道された管理的地位にある者に対する勾留状を伴う厳しい措置は、たいへん大きな刺激を呼び起こしました。ティッセンは、この紛争は、仲裁手続および2億4千万マルクの支払によってすでに片付いていたと考えていました。まさか、これが違法行為だとは考えていなかったのです。

第一に、Metallurgiehandelの東ドイツの従業員は、スクーリングなしでは、つまり、市場経済に対する準備教育がなかったら、まったく受け入れることはできなかったと主張されました。スクーリング措置の開始より前に、早々と従業員を引き受けたことにより、当初契約で取り決められていた以上の給付をしたとされてます。この間にティッセンで働いたか否かにかかわらず、最終的には、Metallurgiehandelの従業員だけがスクーリングを受けたとのこと。これを背任とみることは、まったくもって形式的かつ現実とかけ離れた構成であるということです。付言すれば、このような見方は、経営協議会および労働組合にも共有されています。

第二に、引当金の取り崩しについては、背信的な粉飾決算ではなく、会計法ではまったくノーマルな出来事だとされました。引当金は、あらかじめ、かつての東ヨーロッパの取引相手による契約上の要求に対する会社財産保全のために形成されたということです。この要求がもはや主張されなくなった後、それを再び取り崩し、現在資産として貸借対照表に載せることはまったく普通のことであったと。この見解は、ティッセンによって委託された鑑定書の中で、やはり一線級の会計学者が主張したものです。

このコンツェルンは、捜査に対し、あらゆる手段を用いてあらゆるレベルで自身を防禦することを決意しました。これは金の問題ではありませんでした。10人の被疑者それぞれについて、いずれも、経済犯罪に関するもっとも優れた弁護士が依頼されました。これらの弁護人のいずれもが、優秀な法的知識と長年の法廷経験をもっていました。彼らの事務所は、それぞれ単独でも、検察庁の担当捜査グループと同じくらいの規模をもつスタッフを抱えていました。捜査グループも、ともかく3人の検察官と経済検査官1人を備えた水準以上のものでした。そのような弁護士

の一日の報酬は、2000ユーロ以上になります。弁護人にかかる費用だけでも、2年にわたる捜査手続が終了するまでに、数百万ユーロの額にまで達しました。

さらに、大学教授による会計学的所見および法学的鑑定にくわえて、かなりの政治的資源が動員されました。連邦首相局は検察庁について管轄を有するベルリンの司法大臣に問い合わせました。元連邦首相シュミットおよび多大な影響力を有する週間新聞の共編者は、インタビューと検察庁にあてた書簡で、この刑事手続の意義を批判しました。

要するに、こう考えられます。すなわち、ここで検察庁によって具体化された実体刑法の規範アピールは、他人の財産を信義に反して取扱ってはならず、他人の財産は誠実に取扱わなければならないというものですが、そのような規範アピールはティッセンには絶対に受け入れられなかったし、理解もされなかったのです。実体法的には、たしかに相当な刺激があったといえますが、構造的カップリングおよび規制があったとはいえないし、因果的な操縦ができなかったことは論ずるまでもありません。事態は全く逆でした。ティッセン・コンツェルンは、責任非難によってまさに抵抗への意欲を掻き立てられたのです。

しかし、構造的カップリングおよび最終的な規制を導いたのは、公訴提起を含む、世論に影響する刑事訴訟上の措置でした。検察側からみれば、それによってティッセンは相当の重圧をかけられ、行動を強いられました。このコンツェルンは、企業の間での評判にとってつねにたいへん危険を及ぼす刑事手続に、あらゆる手を尽くして応じなければなりません。ティッセンは、いかなる場合であっても公衆の面前で、東ドイツの再建という国家的課題に乗じて東ドイツの労働者や西ドイツの納税者の犠牲で私腹を肥やす、犯罪的で腐敗したコンツェルンだとみられることを望みませんでした。結果的には、刑事訴訟上の措置は正式な処罰に匹敵する制裁効果を獲得しました。相当な手続費用および金銭負担が必要とされたほか、数人の被告人が、事実上、職務禁止を言渡されたも同然となりました。最も優秀なドイツのトップマネージャーという成功者のキャリアが終結させられたのです。

もちろん、このような刑事手続の成果は、実体刑法なしにはありえません。実体的な刑罰構成要件違反の嫌疑なしでは、いかなる訴訟上の措置もとられないのです。しかし、実体的手続は、ここでは背景的機能しかもっていませんでした。つまり、刑事手続の分野で展開されるとともにそこで終結した真の闘争のための、いわばアントレにすぎなかったのです。

にもかかわらず、二つの関連システムが刑事手続というメディアによって作動している場合にだけ、われわれは刑事訴訟上の措置による構造的カップリングがあった

といえるのです。本件は、明らかに、これに該当します。ティッセン・コンツェルンの被告人達は、検察庁の捜査によってこうむる相当な負担と不利益にも関わらず、彼らは最終的に国家による処罰要求に服するほかない、刑事訴追に無抵抗な客体ではけしてなかったのです。

公訴提起および経済刑事部による主手続の開始の後、弁護側はたいへん巧みにかつたいへん効果的に対応しました。彼らは、主手続のために、800人の尋問されるべき証人とともに、もっとも優れた会計学者を鑑定証人に指定しました。そのため、検察庁と裁判所は2年から3年かかるマンモス裁判になると考えました。また、検察庁は、その有限な人的資源とかならずしも定かでない訴訟の見通しに鑑みて、そのような手続を維持していくことはできないと考えました。この訴訟ひとつだけで、検察庁の経済犯罪課は、広範囲にわたって麻痺状態になることが予想されました。他の刑事手続はほとんど遂行不可能になっていたと思われる。

検察庁は、この点に鑑みてギブアップし、裁判所で最初の公判期日が始まる前に、つぎの提案をしました。すなわち、刑事訴訟法153条aによる手続の打ち切りを被告人達と取り引きすることを提案したのです。くわえて、検察庁にとっては、裁判所が主手続の開始決定によって、起訴に理由があること、つまり、犯罪の十分な嫌疑を承認したことも決定的でした。さらに、検察庁は、ティッセンが本来の財産的損害である2億4千万マルクをすでに返済していたことも考慮しました。

被告人らは訴訟の打ち切りを手放しでは喜びませんでした。彼らは無実だと考えていましたし、無罪判決を獲得する正当なチャンスがあると考えていました。最終的には、ただ1日の審理の後、上述のように、全部で1千万マルクにのぼる金銭の支払によって審理を打ち切ることになりました。それゆえ、被告人らも刑事訴訟上の措置を彼らの利益のために効果的に投入しえたように思います。被告人らはあらゆる点で、検察庁と同じ目線で行動したのです。強制手段の欠如を財産的資源の投入によって効果的に埋め合わせること、つまり、刑事手続独自のメディアを経済システム独自のメディアで補うことの効果も、彼らは心得ていたのです。

この点からは、また、構造的カップリングは全面的な合意を意味するものでも、ふたつの構造の埋め合わせの均等性を意味するものでもなく、たがいに譲歩することを要求するものであることがわかります。そのようにしてはじめて、関係システムの原則的な独自性が保たれるのです。関係システムのオートポイエシスは、統合の構造的限界を設定し、カップリングが実際に可能な領域を画しました。検察庁は、譲歩しなければ経済犯罪に対する刑事訴追当局として機能する能力が疑問視されるはめに陥っていたがゆえに、譲歩しなければならなかったのです。ティッセン・コ

ンツェルンは、これ以上手続を続けると、主手続をメディアが集中的に報道することによって、信頼できる経済コンサルトであるという自身の評判が 公共事業の発注にとっても 少なからず危険にさらされるはめに陥っていたがゆえに、譲歩しなければならなかったのです。

この事件は、刑法と、巨大で経済的・政治的に影響力のある企業との紛争の典型です。つぎのような幻想を抱いてはなりません。つまり、被告人が背後に全コンサルトを伴うティッセンのマネージャーとしてではなく、単なる個別の人格として起訴されていたならば、手続はおそらく有罪で終わったであろうという幻想です。事態は、なるべくしてそのようになったのです。なぜなら、起訴されたと感じられたのは、ティッセン・コンサルトそれ自身だったのですから。それによって、この訴訟は、伝統的に個人への責任非難に、それゆえ個人の刑事訴訟に合わせて設計された刑事手続が、構造的に過大な要求を負わされる範囲と複雑性を示すことになったのです。

ここから、構造的カップリングおよび企業に対する刑法的規制に関して、われわれは何を学ぶのでしょうか？

1. この複雑性に鑑みて、経済に対する刑法の効果は規制、それも、部分的には相互の歩み寄りであると考えられます。このことは、まったくもって構造的カップリングという意味において、つぎのことを意味します。すなわち、あるシステムの作動(Operationen)は、他のシステムの構造的期待に応じて変更されなければならないし、同時に、適合されなければならない、ということです。これは、とりわけ、支配的で権威的になった刑法にとってまったく不慣れた課題です。(起訴・処罰の) 便宜主義がなかったら、このために刑法はバンクしてしまうでしょう。
2. このようなことに鑑みて、経済システムおよびその企業の作動に対して刑法が直接的に介入するという因果的操縦の観念は、維持できないことが明らかとなります。というのも、そのような観念は、相互規制プロセスに表現された複雑さの度合いを反映することができないからです。

6. 刑法によって何ができるのか？

最後に、経済の法的規制は、刑法がまったくなくても、あるいは部分的にはなくとも可能なのではないかという、(おなじみの) 中心問題が残されています。ここで、一つの現実の事件を手がかりにするだけでは、当然ですが、確定的に回答する

ことはできません。現時点で言えることは、刑法の規制効果の判定における、相対立する二つの見解があるということです。

まず一方で、信託公社とティッセン・コンツェルンとの間の財産法レベルのコンフリクトは、仲裁裁判所の手続に基づいて、2億4千万マルクを支払うことにより（つまり民事法的に）解決されていました。これは、最初の刑事手続と理論的に可能な（刑事訴訟法170条2項により捜査が打ち切られた後での）捜査再開の可能性とがあってはじめて、つまり、いわゆる刑法の傘があってはじめて、可能となったのではないかと考えることができるということです。信託公社が仲裁裁判所の手続において、このような意味で、その請求に威力をもたせることができたとする経験的な手がかりは、見つけることができませんでした。したがって、その当時のコンフリクトは、刑法の介入がなくても、規制することができたのです。このような背景のもとで、第二の、皮肉にも仲裁請求の認定に少なからず依拠して開始された刑事手続は、ティッセン・コンツェルンと被疑者の中に、この手続の意義に関する重大な無理解を引き起こしました。それにもかかわらず、事件によっては、刑事手続の威嚇とその証拠保全の可能性を抜きにしては、民法上の請求権が実現できないことがあるのではないかとする疑いは否定できません。多くのインタビューの中で、そのような「背景的リスク」が控えていることが、経済刑事手続の機能のひとつとして強調されています。

他方で、第二の、検事局によって強力で遂行され、最終的に公訴提起後に高額な課徴金によって（国家の刑罰請求権の存在をしっかりとアピールするという方法で）打ち切られた刑事手続は、財産法的財の今後の保護にとって有益であったとする声もあります。消極的な一般予防という意味で、この種の経済活動は、刑法に条件づけられた重大なコストをもたらすことがありうるということが、おおよかに明らかにされたということです。現時点では、私たちは、経済システムに対するこの種の（訴訟的な）介入が重大な刺激反応を引き起こすことを前提にすることができます。それは、（弁護士を通じて知ることのできる）被疑者の反応にみられるばかりでなく、むしろ、それ以外の経済アクター（刑法的に言えば、潜在的な経済犯罪者）に関してもみられます。その種の刑事手続は、経済の中で、明らかに、相当に大きな抵抗を受けます。その際、注目すべきなのは、この刺激作用は、訴訟上の強制手段や制裁それ自体から生ずるばかりでなく、むしろ、とりわけ、それに対して経済の中で与えられる意味から出てくるということです。大企業の取締役達との背景インタビューを基にしても、その種の手続の経過と結末は、じっと静観しているわけにはいかないものであるという印象が伝わってきます。むしろ、嫌疑を受けた

経営者は、常に、無罪推定を超越した次元でその機能を奪われてしまうように思われます。その原因は、とりわけ、悪い評判が立ってしまうとされていることにありますが、さらに、仕事の負担能力が限定されてしまうことを考慮してでもあるようです。つまり、経済内在的な刺激反応の生産は、刑法が予想するよりも早く、かつ、交錯しあう相互のキャリアにおける不利益に鑑みて、より激しく行われるのです。

もっとも、その種の刺激反応が適切な方向に作用するか否かは、何ともいえません。刑法的な測定不可能性に鑑みて、たとえば、背任構成要件において、あるいは捜査および制裁のリスクに関して、経済に（原理的に）不可避のリスク・テイキングを比較的小さくするという慎重な戦略が採用され、その代わりに、より危険の大きい、ないし損害の大きい経済活動をする傾向をもつアクターが、以前よりも頻繁に活躍するようになるかもしれません。いずれも、経済的な再生産にとって、そしてその社会的機能にとって、望ましくないことでしょう。その限りで、刑法によって引き起こされた刺激反応は、経済活動を萎縮させるだけで、経済的に承認された法益という意味における規制はもたらさないでしょう。これが、刑法抜きで達成できるか否か、ポジティブに表現するならば、すぐれて、ないし、もっぱら民法（あるいは経済行政法）によって達成できるか否か、どのような場合に達成できるか、および、どのような方法で達成できるかは、さらに経験的研究を必要とする課題です。

文 献 一 覧

- Durkheim, Emile*, 1988: Über die soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2. Aufl.
- Luhmann, Niklas*, 1993: Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas*, 1997: Die Gesellschaft der Gesellschaft. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas*, 1998: Ökologische Kommunikation. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas*, 1999: Die Wirtschaft der Gesellschaft. 3. Auflage. Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Mayntz, Renate*, 1987: Politische Steuerung und gesellschaftliche Steuerungsprobleme. Anmerkungen zu einem theoretischen Paradigma. S. 89-110 in: *Thomas Ellwein, Joachim Hesse, Renate Mayntz, F. W. Scharpt* (Hrsg.): Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft: Nomos.
- Sutherland, Edwin H.*, 1983 [1949]: White Collar Crime. The uncut version. New Haven, London: Yale University Press.
- Velten, Petra*, 2001: Normkenntnis und Normverständnis. Baden-Baden: Nomos.
- Wielsch, Dan*, 2001: Freiheit und Funktion. Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft. Baden-Baden: Nomos.

〔訳者コメント〕

本資料は、昨年（2003年）5月7日（水）に、本学の「グローバリゼーションとヒューマンセキュリティ」に関する研究会において、ミュンスター大学犯罪学研究室のクラウス・ベアス教授にご報告いただいた「経済と刑法」に関するドイツ語原稿に基づき、これにさらに加筆修正されたものを、報告者およびミュンスター大学犯罪学研究室の共同研究者の了解も得て、松宮が訳出したものである。なお、そのドイツ語原稿は、Ritsumeikan Law Review の第21号109頁以下に掲載されている。

研究会当日は、この原稿に加えて、ベアス教授は、統計数値にみられる近年の新たな経済犯罪立法の検事局による処理状況についても報告された。その結果は、政府による経済犯罪統制の掛け声とは裏腹に、新たな犯罪化によって事件数が増えたと検事局の処理能力がそれに追いつかなくなり、結果的には、起訴率が下がって不起訴（打ち切り：Einstellung）の率が上がったこと、それも、遵守事項を付加するディヴァージョンタイプの起訴猶予ではなく、証拠収集が追いつかないことによる嫌疑不十分を理由とする不起訴が増えたということである。法執行機関の処理能力は、刑法における犯罪化の可否を占う上で、見落としてはならない視点であることが例証された形となった。

なお、本資料の訳出については、甲南大学助教授の平山幹子氏に多大なご助力をいただいた。未筆ながら、記して謝意を表する。