

◇ 紹介 ◇

クラウス・ティーデマン
記念論文集の紹介（２）

Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag

刑法読書会
松宮孝明*（共編）
経済刑法研究会
浅田和茂**

目次

紹介を始めるにあたって

ハンス・アッヘンバッハ「経済刑法の改革の動き——1つの回顧」

ヴァルター・ペロン「背任罪における危殆化損害についての覚書」（以上、353号）

ハンス・ルートヴィッヒ・ギユンター「秩序違反——直接に侵害される個人としての被害者のない犯罪——」

ルドルフ・レンギア「競争（刑）法に照らした販売促進のためのコルク料およびその他の措置」

ハインツ・ミュラー・ディーツ「現代文学における刑事弁護人のイメージ」

（以上、本号）

ハンス・ルートヴィッヒ・ギユンター

「秩序違反——直接に侵害される個人としての被害者のない犯罪——」

Hans-Ludwig Günther, Die Ordnungswidrigkeit—Delikt ohne unmittelbar verletztes individuelles Opfer—, Festschrift für Tiedemann, 2008, S.165-170

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者ハンス・ルートヴィッヒ・ギユンター教授は、1949年2月にドイ

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

** あさだ・かずしげ 立命館大学大学院法務研究科教授

ツ・ボッフムに生まれ、ボッフム大学およびベルリン大学で法律学を学んだのち、トリーア大学法学部助手、ボン大学法学部教授を経て、1984年よりテュービンゲン大学法学部教授となり、現在に至る。

ギュンター教授の略歴や業績等については、H.L. ギュンター（日高義博・山中敬一監訳）『トピックドイツ刑法』（1995年、成文堂）147頁以下にも紹介がなされている。

論文の概要

I .

秩序違反法は比較的新しい法領域に属する。その発生は、1949年経済刑法6条により「経済犯罪」から分離されたものであって、制裁は過料であり、その後の1952年秩序違反法などにより拡充されてきたものである。

過料という特有の制裁をもつ現代の秩序違反法に対する学問的対応として、ティーデマンは早くから対応に苦心し、次のことを指摘してきた数少ない人々の一人である。それは、1949年以來の秩序違反法の立法的諸改革は、刑法と秩序違反法との関係や、犯罪行為と秩序違反との関係を深く考察することを必要としているということである。彼は秩序違反法の分類や限界づけの諸基準の探究に際し、過料と罰金との質的相違へと視線を向けた。即ち、「不法から制裁をではなく、むしろ制裁から不法を」推論すべきである、と。

以下の考察はティーデマンによる評価を探究する。それにより次のことが明らかとなる。それは、個人的法益の直接の侵害が問題となる限りは、秩序違反法はその制裁の特性のゆえに、また、過料手続の形態のゆえに、解釈論的にも立法論的にも違反行為の規制には不適切であることである。秩序違反はそれゆえに、「直接に侵害される被害者のない犯罪」と特徴づけられるのである。

II .

1. 1949年経済刑法および1952年秩序違反法の制定と、1945年以降の独自の法領域としての秩序違反法の発生とは、秩序違反と犯罪行為とは本質の異なる別のものであるとの想定に基づくものであった。つまり、秩序違反法は社会倫理的に中立な単なる秩序不法を、刑法は本質的な法益侵害をそれぞれ規制するものであり、刑罰は

悪評作用を惹起する強烈な否定判断を含んでいるが、過料は単なる義務催告、規則違反警告にすぎない、というのである。

本質の相違に係るこのような想定に起因するのが、例えば、概念形成における用語上の食い違いである。秩序違反法1条1項は所為（Tat）の代わりに行為（Handlung）と、有責な（schuldhaft）の代わりに非難可能な（vorwerfbar）と、また同法11条2項は不法（Unrecht）の代わりに不許容（Unerlaubtem）と、それぞれ規定している。質的区別理論（aliud-Theorie）は、過料を用いた法人または権利能力なき社団への制裁賦与の可能性、行政官庁の訴追・処罰の権限、過料法における起訴便宜主義と刑事手続における起訴法定主義の妥当性などの事柄を明らかにしている。

2. これに対して、1952年以來の秩序違反法の拡充は一貫して、刑事司法の負担軽減、非犯罪化、手続の簡素化といった実務的な考慮に基づいている。

a) この点は、秩序違反と犯罪行為との質的な限界を否定し量的相違のみを認める見解の根拠とされた。

b) ティーデマンは、正当にも、秩序違反と犯罪行為との不変的で質的な区別に関する一連の著作により、この立場を固持している。たとえ限界領域においては段階的な不法の区別が存在するのみであるとしても（混合的な量的質的理論）。この見解は、秩序違反法の拡大を可能にしそれを促進してきた連邦憲法裁判所の判例に依拠しているのかもしれない。

III.

現行法と近時の刑事政策に係る議論とを分析すると、次のようなことが明らかになる。それは、秩序違反と犯罪行為はその不法内容において、個人的法益の直接的な侵害が常に犯罪行為であるのに反して、秩序違反はそうではない限りにおいて、互いに質的に異なるということである。それゆえに、秩序違反は直接に侵害される個人としての被害者のなき犯罪の問題となる。個人的法益を直接の侵害から保護するための違反行為は、秩序違反としては除外される。そして秩序違反は必ず個人的法益の前段階において、特に、具体的な危殆化に至る抽象的なそれからの保護をなす。

1. ティーデマンは、秩序違反の独自の不法内容の性格づけに対する過料の意義に注意を払っていた。刑法上の制裁体系の進展についての近時の議論は、特に行為

者・被害者間の和解（刑法46条2項、46条a）を巡るものであった。それに対して秩序違反法の制裁体系においては、個人としての被害者や行為者・被害者間の和解は何らの役割をも果たさない。というのも、そこには直接に侵害される個人としての被害者は存在しないからである。

2. 新たな違反行為の秩序違反または犯罪行為としての分類を巡る立法者による議論を示す例が多くある。即ち、

a) 第一は、財産保護を巡る議論に係るものであって、財産に係る軽微な犯罪行為を秩序違反とするとの目的を伴うものであった。この議論は違警罪としての食品窃盗の削除を契機とするとともに、万引きの問題から生じたものであった。1975年に削除されたほぼ全ての違警罪が今後は秩序違反とされた一方で、食品窃盗は通常の窃盗へと引上げられた。

連邦通常裁判所が、器物の汚染は原則的に器物損壊としては処罰されえないということ を明らかにしたのち、すぐに「構造物または公共物の汚染」は秩序違反法118条aにおいて秩序違反として処罰するとの立法提言がなされた。立法者は最終的に、正当にもその不可罰性（刑法303条2項の新規定）を選択した。

b) 1990年胚保護法には長きに渡る成立史が先行したが、そこにおいて、二三の州が生殖医療に対する当時の立法管轄を考慮して、人の胚に対する、および胚を用いた操作を秩序違反として処罰することを予定した独自の諸法案を提出した。これらの提案もまた一般に拒絶された。

確かに、国家倫理評議会は2007年の「幹細胞法の改正問題について」において、現行幹細胞法の刑罰規定を廃止し過料構成要件によって代替することを推奨していた。同評議会はドイツにおける胚の幹細胞の取り出しにつき要罰性と当罰性とを認めているが、しかし、（不可罰な）外国における幹細胞の取り出しへの（国内での）協力の場合には、刑法9条2項とともに胚保護法2条1項によって既に十分な禁止がなされていた。新たな秩序違反は単なる許可条件違反に限定されるべきであり、胚の法益に対する侵害可能性の前段階においてのみ介入をなすべきである。

c) 刑法218条以下の改正は、ドイツ再統一ののちに、長きに渡り追及された。しかしながらその争いは刑法による禁止に限定されていた。処罰の原則肯定（つまり正当化の適応事由モデル）か、あるいは処罰の原則否定（法律となった刑事不法を排除する相談所構想）かである。出生前の子供の生命をその存在の最初の数か月において秩序違反法により保護するという妥協は誰からも検討されなかった。

3. 過料手続を一瞥しよう。秩序違反についての個人としての被害者はそこには存在しない。被害者は私訴の原告としても公訴のそれとしても何らの訴訟上の権利を

もたず、さらに訴追強制手続も否定されうる。その法益の侵害の訴追と処罰は行政官庁の裁量に基づく決定に委ねられている。裁判所による過料手続においては、被害者はいかなる種類の権利をももたず、証人としての協力義務を負うのみである。公判は不要であり、当事者の出廷も同様である。行為者・被害者間の和解も排除されている。

以上より、立法者は侵害された国民を訴訟当事者としては捉えていない、ということが明らかである。その理由は、秩序違反法は直接的な侵害からの個人的法益の保護には役立たないということである。

IV.

この個々に渡る分析からいかなる結論が導き出されうるかは独自の研究を必要とする。例えば秩序違反法における告発要件には意味があるのであろうか。正当防衛が秩序違反に関する法においては正当化事由として無意味であることは、正当防衛行為者を個人的な権利において直接に侵害するいかなる攻撃者も存在しないことから明らかとなる。錯誤に関しては、白地構成要件や規範的構成要件要素に関する錯誤をも考慮することで故意説に近接しつつあるいわゆるやわらかい責任説に、多くの者が賛成している。とりわけ特別刑法や秩序違反法における故意と過失は統一的な規則に従って限界づけられなければならない、なぜなら、さもなくば、故意があれば犯罪行為に、過失があれば秩序違反になるあらゆる場合に、解決不能な矛盾の危険が惹起されうるからである。

V.

多くの点において、犯罪行為に対する秩序違反の質的に異なる性格は不可欠である。本来、この独自の法領域はそれゆえにさらに首尾よく、過料法として刑法との明確な対照を示されえ、またそうされるべきものである。

〔紹介者あとがき〕

本論文は、秩序違反という違反行為類型につき、犯罪との対比においてその性格を再確認しようとするものである。

秩序違反、即ち、制裁として刑事罰ではなく過料が用いられる違反行為類型がドイツにおいて創設されたのは、第二次大戦後においてである。この秩序違反と刑罰

法規上の犯罪との関係については、両者には違法性の程度という量的な相違があるのみであるとする見解もあったようである。しかし、ギュンター教授によれば、立法による秩序違反という類型の創設は両者の質的相違を前提としたものであり、教授は、両者の区別基準を、個人的法益の直接的な侵害の有無に求め、秩序違反はこれを欠くものであると結論づける。

経済法規の違反に対しても、刑事罰よりも課徴金などの行政処分の方がより実効的であるともいわれる。本稿は、刑罰と行政処分の相違の再確認にも資するであろう。

(永井善之)

ルドルフ・レンギア

「競争（刑）法に照らした販売促進のためのコルク料およびその他の措置」

Rudolf Rengier, Korkengelder und andere Maßnahmen zur Verkaufsförderung im Lichte des Wettbewerbs (straf) rechts, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 837-849

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者レンギア教授は、1978年から1984年までフライブルク大学で助手を務めた後、1985年にミュンヘン大学教授に就任し、1986年に現在のコンスタンツ大学に教授として招かれた。レンギア教授は、財産犯ばかりでなく、経済刑法も重点的に研究されており、不正競争に関するものとして、本論文の前年には、Strafbare Werbung durch Unterlassen, in: Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 727-741 を発表され、さらに2010年には、不正競争法のコンメンタールである Fezer (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2. Aufl., 2010, Band 2 に注釈を載せている。その意味で、本稿のテーマはまさにレンギア教授が最も得意とする分野が交差したものとえよう。

論文の概要

I.

1914年のRGSt 48, 291のコルク料(Korkengeld)事件は、刑法的競争法と民法的競争法の古典的作品である。販売者としての供給者が製品の売上を促進するため、購入企業家の同意の下に、購入者——以下では、彼にふさわしい役割に応じて企業家、企業所有者、業務主、雇用者または経営主と称される——の従業員に販売報奨金を約束・供与するという状況が問題である。その歴史的判決において、供給者はレストランのウェイターに、販売されたシャンパンのコルク栓が引き渡されるごとに35ペニツヒの「謝礼」を支払った。ライヒスゲリヒトは、業務主が同意していたにもかかわらず、供給者は旧不正競争防止法12条の犯罪構成要件を充足したか否かを決定しなければならなかった。裁判所はこれを、その規定は競争の保護を目的としているという理由で肯定した。

1997年8月13日の腐敗防止法は、旧不正競争防止法12条の構成要件を刑法299条として——「内容的にほとんど変更なく」——刑法典に移行させた。今日の刑法のコメントールにおいて、RGSt 48, 291判決は、依然として広く正しいとみなされている。ティーデマンおよび通説は、これを、刑法299条によって第一に保護される競争の公正性という法益を経営主は自由に処分することができないという点に求める。

コルク料判決に端を発した判例への批判がないわけではないが、もちろん、それらは認められることはなかった。しかし、ヴァッサーマンが「あらわになった賄賂」という概念を作り出した事例群を、公正法の最近の改正および消費者像の変化という背景から、ぜひとも批判的に再検討する必要がある。

II.

「あらわになった」賄賂をめぐる最初の集中的な議論は、1930年代に行われた。ヴァッサーマンが議論を突き動かした後、コルク料事件において、実際なぜ雇用主ではなく従業員が処罰されたのかがまず初めに批判された。最近、その考えを取り上げたヴィンケルパウアーによれば、通説は「なぜ、経営主が第三者からの援助を受け取ったとき彼自身は処罰されないのに、経営主の同意に基づいて同じことをし

た従業員は法の厳しさに遭遇しなければならないのか、ということに対する合理的な説明を今日まで見出していなかった」ということは考えさせられる。

ともかく、刑法299条1項の幫助のかどで経営主を処罰することが考えられうる。その問題を詳細に検討したところはどこもない。この節制の背景には、恐らく、業務主を不処罰にするという立法者の評価を、幫助による処罰という手段によって回避してはならないという考えが潜んでいるであろう。しかし、それはそう簡単なことではない。なぜなら、通常、第三者は身分犯に関与することができるからである。

従業員に肯定された可罰性と経営主の不可罰性との矛盾を、立法論上、業務主を刑法299条の行為者領域に含めることによって解消することが議論される。しかし、調和のとれた解決は、従業員の可罰性を排除するというにも存在しうるであろう。

まず初めに、企業の一体性に留意する経済的視点から後者の立場が支持される。それによれば、業務主に問題なく許容されている行為態様との相違は生じない。この種の批判は、1930年代に、すでに、リオンとクレマンが述べていた。業務主自身、彼が最も儲かる商品を問題なく宣伝してもいいならば、このことは彼の同意の下に行為している従業員に禁止することはできない。

エラーは、当時の議論の中で、ライヒスゲリヒトの立場を擁護した。彼は次のように述べている。

報奨金の約束と供与によって、「販売員は、できる限り顧客に有利で彼の希望に応じて奉仕しようとするのではなく、主に約束された贈り物をもらうという考えに左右される」ということになる。「経営主自身、報奨金によって、商品の販売に際して特別なことをするよう従業員を促すことができる」ということは、「全く別問題であり、それにより競争者には不正直な競争ということにはならない」が、供給者が報奨金をかけた場合はそうではない。「この行為は、ある意味、買収的に従業員に影響を及ぼすに相違ない。公衆は、当然、被告の商品に与えられるこの賞賛から、そのように賞賛されなかった他社の商品よりも品質がいいに違いないと認識する。そのため、従業員は不誠実へと教育されるであろう。広告に基づいて購入する者は、製品の価値以上のものが約束されているという危険を冒すことを知っている」。しかし、従業員のアドバイスに従って購入する者は、「商品をひいきにするアドバイスが事実在即した理由に基づいているということ」を信頼する。

Ⅲ.

1960年代、議論が新たに燃え上がった。それはヒアゼマンによって開始された。他の従業員に販売報奨金の供与を許すならば、「このことは、従業員に気に入られようとする供給者の慎みのない努力を結果としてもたらずであろう。結局、もはや見極めがつかないほど錯綜した賄賂という結果になろう」。確かに、その著者は、企業家による従業員への報奨金の供与という許された状況においてもこの公正さは被害を受けうるということを認める。しかし、客は、従業員が販売活動に対して第三者から報酬を与えられ影響を及ぼされているということを考慮に入れていない。そこが決定的な点である。

それに反して、ヒルシエンクレマーは、1930年代の議論の反論を繰り返して、客は公正性を全く期待していないというヒアゼマンの理解を取り上げた。

「しかし、その際、公正性に影響を及ぼす報奨金が経営主自身から従業員の手に渡るか、彼の同意の下に第三者から手に渡るか、すなわち、経営主を通じて直接手に入るか間接的に入るにすぎないかにもはや相違は存在しえない。買い物のアドバイスに際して、経営主がその業務においてどの範囲で報奨金による従業員への影響を許すかは、むしろ、経営主の企業家としての危険の範囲内である」。

Ⅳ.

その後の議論において、さらに、ランベは、「あらわになった賄賂」の事例を経済的腐敗の可罰性領域から排除しようと尽くした。彼は、販売報奨金によって特定の製品の売上を伸ばす多くの可能性を指摘し、許されることと許されないことを納得のいくよう限界付けることはできないと考えた。それ故、少なくとも、刑法はその最終手段機能に鑑みて後退しなければならない。

最近の研究は、コルク料判決に言及した批判家の方針に結局従うか、業務主を保護するために背任類似の犯罪を刑法299条に認めるかすることで、不可罰性に至る。それに対して、現行法との矛盾が認められるとしても、ときたま、コルク料事件において従業員の処罰に固執する見解がある。その解決は、刑法299条の潜在的行為者グループに経営主を加える点にある。

V.

近時の公正法改正にあたり、伝統的見解の再検討が始まり、刑法の補充性が思い起こされた。販売促進が民事の競争法に（もはや）該当しない場合、その事例が刑法299条に該当することはほとんど考えられないように思われる。もちろん、これに関して裁判所は、数十年間、ライヒスゲリヒトのコルク料判決の方針に従って展開してきた。しかし、立法者が値引き法および景品命令を代替なしに廃止し、不正競争防止法を改正し、合理的平均的消費者という消費者像の変化に照らして基準を立てた後、民法的および刑法的新志向をうかがわせる変更が明らかとなってきた。

例えばリベートや抱き合わせの提案、報奨金、広告用景品という形で著しく販売を刺激する場合でも、「現代の」すなわち情報を提供された合理的な消費者は事実に即した決定を妨げられないということから出発することができる。その間、連邦通常裁判所も、素人向け広告をもはやそれほど厳格に判断せず、100ユーロの買物に際して30ユーロの報奨金という懸賞を競争に違反しないとみなした。

連邦通常裁判所は、競合品に関して十分に情報を提供され、供給された商品の様々な利点と欠点をじっくりと衡量した後に初めて、客はより価値の高い製品を手に入れる決定を下すという公的理由を、とりわけ参照した。

今日の経済状況において、商人は彼の個人的消費者のための客観的代弁者として常に自分にとって有利な供給品を選び出すであろう、という期待を合理的平均的消費者は抱いていない。

この方針に従うなら、企業内部の販売促進措置——従って、業務主が従業員に対して売上促進のために導入している販売刺激——は公正法的に同じく問題ないということが自ずと明らかとなる。従って、レストラン所有者はウェイターに、最も高価であるが必ずしも最高というわけではないシャンパンのコルク栓に対してのみ報奨金を約束する場合、不正競争防止法4条1号の構成要件は介入しない。外面的には、レストランは統一体であり、それは、合理的平均的消費者が個人としての企業所有者に対するのと同じような関係である。

VI.

コルク料事件においても問題となっている供給者、従業員、企業家という三者関係は、企業と購入者・客との二者関係から区別されなければならない。この特徴

は、少なくとも従業員にも個人的に利益となり、そこから彼らの販売熱意を供給者のためになるよう高める販売の刺激を供給者が作り出したということである。問題は、供給者のそのようなイニシアチブがどの程度公正法的に許されないかである。それは以下のように区別されなければならない。

供給者が、企業家の知らないところで販売促進の刺激によって従業員に頼む場合は、問題なく違法である。そのような行為は刑法299条の典型的な買収状況につながる。競争法的観点から、従業員は、労働契約に基づいて、通常、客観的で事実即した助言をするよう義務付けられており、少なくとも一方的に自己の利益を考慮してはならない。報奨金を得るという従業員の利益が、従業員が雇用契約に従って守らなければならない利益と一致しない限り、一方的行為の危険性が存在する。加えて、この種の買収は、合理的消費者が考慮に入れていないような、不正競争防止法4条1号の意味における事実即さない影響の危険を根拠付ける。

他方、販売報奨金を約束している供給者が経営主を唯一の話し相手および受益者として選択する場合は、公正法的に補足されない。さらに、企業家が自分自身で報奨金を取っておくかそれをさらに先へ渡すかは重要でない。

供給者が企業所有者の了解を得て従業員に販売報奨金を約束するコルク料状況はより難しい。問題は、所有者の単なる同意によるこの状況は、企業家へ直接に利益を供与するという許された状況と異なって判断されるのか否かということである。正当にもこれは否定されなければならない。

それ故、部外者たる供給者が従業員に対して報奨金を出すが、上司たる企業家が従業員へさらに渡すことに対して責任があるのは、競争違反ではない。販売員・供給者が特典に関して企業家に約束していいことを、彼は業務主の同意によっても——従っていわば彼の「行為支配」の下で——従業員に供与してもいい。合理的消費者は、商売人が「製造者、卸売商、サービス業者またはその他の提供者」による影響に「さらされてい」ないと認識する理由はない。

企業家が従業員への広報活動を認識していたがそれに対して単に干渉しなかった場合も、上述の意味における同意と述べることができるか否かは問題であろう。基本的に、そのような不作為は作為と同等である。というのは、業務主は、指示権をもつ企業所有者として、従業員の望まざる行為を全て妨げることができるからである。刑法的にいえば、彼は保障人であり、彼の消極性は作為と同等である（刑法13条）。

VII.

われわれは、今や、具体的に、コルク料事件が問題である判決と取り組む。

コルク料事件において、レストラン経営者の同意と「行為支配」の下で、供給者からの金銭的利益がウェイターに分配された。そこから、不正競争防止法4条1号の意味における事実在即さない影響は存在しない。それにより、その行為が（もはや）競争に違反しないならば、刑法の補充性に鑑みて、刑法299条の適用も排除されなければならない。確かに、コルク料事件において、通常、保護された競争を考慮して、刑法299条による処罰が正当化されようとしたのに対して、不正競争防止法4条1号は消費者を中心に置いている。しかし、このことは、不正競争防止法4条1号も競争を重視し、その領域において競争者保護に対する限界を設けているという点を何ら変更するものではない。この限界は、刑法299条によって回避されてはならない。刑法299条に関してその結論を根拠付けるため、「不公正な方法で」競争補充的にそれを理解することが考えられる。

BGH WRP 1974, 202 判決は、コルク料事件に匹敵しうる。ここでは、——連邦通常裁判所によって競争違反と位置付けられた——飲料の王冠の提供に対する報奨金が問題であった。その事件においては、広報は経営主に向けられていたため、価格宣伝は今日の観点からはすでに二者関係の故に問題ない。

ハンブルク上級地方裁判所 GRUR-RR 2004, 117 において、自動車レンタル会社 X は、インターネットアドレス「www.sixperts.de」のもとで、旅行社の従業員に対する報奨金システムを導入した。結果的に、X 会社のレンタカーを予約するごとに、従業員は1ユーロから4ユーロの金銭を受け取った。具体的に呼びかけられた名宛人のないそのようなインターネット広告に際して、企業所有者は、情報を提供され、その限りで、彼の同意の下で報奨金システムが要求されてもいいか否かを決めることができるという状況は認められえない。そこから、その広告は不正競争防止法4条1号に違反し、刑法299条によって処罰することもできる。

VIII.

コルク料事件に関する問題の解決策は業務主に知らせることおよび彼の同意にあるということが明らかとなった。経営主の同意の下で供給者が従業員に販売報奨金を供与する場合、従業員の処罰は排除される。それにより、すでに、現行法上、一

部で嘆かれた業務主の不可罰性との矛盾が解消される。その他の点で、立法論上、企業家を刑法299条の行為者領域に含めることはその結論を何ら変更するものではないであろう。というのは、販売報奨金を供与する企業所有者は、競争違反的に行為しておらず、その結果、不公正に行為してもいないからである。

上述のことは、「標準的製品」を対象とする分野に対して妥当する。そこからは、とりわけサービス業において、客が業務主から無条件に公正性を期待する活動が区別されなければならない。典型的なのは、例えば、投資コンサルタントや建築家による助言ならびに健康分野での成績である。ここでは、経営主の同意は競争法にも刑法的にも重要ではない。もちろん、行為者領域に業務主を含めないことにより、例えば、業務主に対してではなく従業員に対する利益の要求が可罰的たりうるという矛盾は刑法上存在し続ける。

〔紹介者あとがき〕

公務員との間に賄賂の授受があった場合、ドイツばかりでなくわが国においても贈収賄罪が問題となる。しかし、自らの商品を販売してもらいたいがために商売を営んでいる民間人に賄賂を与えた場合、贈賄者は、わが国と異なり、ドイツでは刑法によって処罰される。従来、取引きにおけるこのような不公正な行為や競争を阻害する行為は不正競争防止法によって捉えられていた。自由市場経済においては、全ての者は等しく経済的機会をもっているという考えが根底にあるからである。しかし、企業間で自由な競争が行われなければ、企業は安価で高品質の製品を製造しなくなり、それはやがて消費者の不利益とつながる。そのため、競争の保護は国家の重要な任務であるという考えから、1997年の刑法改正に際して、刑法第26章「競争に対する罪」が新たに追加された。そしてそれとともに、立法者は国民の意識の強化を図ることを目指した。

商品の納入業者が売上げアップのため自社商品を消費者に勧めた従業員に、経営主の同意の下、販売報奨金というリベートを供与したという本論文で問題となっている行為は、旧不正競争防止法12条によって処罰されており、現在それは内容的にほとんど変更なく刑法299条へと引き継がれた。保護法益も以前と同じく自由競争とみなされているため、旧不正競争防止法での議論もそのまま現在の刑法解釈に妥当している。従って、リベートを供与した者も収受した者も共に処罰されることになる。競争者や客は、商品に関して欺罔され、事実を反した基準によって経済的な決定に影響を及ぼされる。しかし、この事件において、経営主は不処罰のままである。そこで、従業員処罰と経営主不処罰との矛盾が生じることになる。この問題を

いかに解決するかが本論文の主題である。

なお、取引きにおける贈収賄というのはわが国の刑法に存在しない犯罪であるため、あまりなじみのないものかもしれない。そこで、この問題に関する先駆的論文として只木誠「ドイツにおける『汚職対策（政治腐敗防止）法』について（1）（2）（3・完）」獨協法学46号287頁以下、47号449頁以下、49号177頁以下、森下忠『諸外国の汚職防止法制』（2013年）209頁以下、ならびに、翻訳としてマリア・カーガー著／佐川友佳子・金尚均訳「民事部門の腐敗（corruption）ドイツ及び日本の規定の批判的比較、国際的統一化の可能性に向けた展望」龍谷法学43巻1号331頁以下を参照してほしい。

（前嶋匠）

ハインツ・ミュラー・ディーツ

「現代文学における刑事弁護人のイメージ」

Heinz Müller-Dietz, Zum Bild des Strafverteidigers in der modernen Literatur, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 1271-1288

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者ミュラー・ディーツ教授（1931-）は、ドイツ・フライブルク大学で法律学を学んだあと、同大学で博士号取得論文（*Müller-Dietz, Alles was recht ist*, 1983）及び教授資格論文（*ders, Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl Theodor Welcker*, 1969）を執筆し、1969年にザールラント大学の教授に就任した（1997年に退職）。彼の主たる研究関心は、行刑問題に向けられ、そのコンメンタールは、ドイツ行刑法を知るうえで必須のものとなっている（*Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz: StVollzG, 11 neu Auflage*, 2008）。さらに、著者は、格言集や詩集の編集も行い、文学と法との関係におけるエッセイも出版している（*ders, Grenzüberschreitungen Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht*, 1990）。

本論文は、著者のそのような関心から派生するものとして、現代文学において刑事弁護がどのように理解されているかを、実際の文献をモデルに紹介したものであるが、このような手法は、我が国であまり行われておらず、大いに参考になる。以下は、本論文の要約である。

論文の概要

I. 文学作品における刑事弁護人[※]

刑事弁護人は、文学上、様々な姿で描かれてきた。

すでに中世の文献においても重要な役割をもって描かれているように、それぞれの時代を超えて、早くから、被疑者・被告人のために弁護人が刑事手続に関与し、その援助を果たすべきことが必要であると考えられてきたのである。そこでは、被告人（犯人）のような中心的役割におかれることは少ないとしても、訴訟上の配役においてはかなり重要な役割が与えられることが多い。また、アメリカの刑事手続を舞台にした文献では、弁護人が弁論などで、社会的偏見や人種差別とも戦うような設定がなされることもあるが、これなどは、その国ごとの刑事手続の特徴をあらわすものでもある。

また、現代の文献では、弁護人の経歴や私生活にスポットをあてた作品も、多く見られる。そこには、それぞれの国や地域における社会の変革と、それに反抗し又は取り残されていった弁護人（士）たちの姿が、社会の様相を反映すべく描かれている。

II. 従来の小説における刑事弁護人像

刑事弁護人に関する叙述は、文学上さまざまに行われてきた。現実と擬制という文学上の古典的な問題にかかわって、訴訟の通常形式・経過が正しく再現されないこともある。例えば、*Albert Camu* の小説『異邦人』(L'Étranger, 1942) では、基本的にはまだ、訴訟の経過や弁護人の行動に関して当時（1930年代）のフランスの刑事手続の典型的な像が描かれていた。そこでは、自身のアイデンティティーを、たとえ有罪判決（小説では死刑）を代償にしてでも守りたいとする被告人の利益と、その依頼者のためにできる限り有利な判決を導くという弁護人の職業上の任務との葛藤が描かれていた。

[※] 原文には、各章ごとの小見出しは付されていないが、内容の把握を容易にするため、紹介者が付したものである。

しかし、その後 *Franz Kafka* の小説『審判』(Der Process, 1927^{*})では、主人公に対する手続が理解困難であることに加えて、弁護人の活動においても不可解な記述がなされている。その解釈をめぐることは、著者があえて風刺的にそうしたのではないかとの理解もありうるが、その小説の中に登場する弁護士が、主人公である被告人に対して、「最初の申請書は裁判所において全く読まれない」、「手続は公開されない」、裁判所職員との「弁護士の個人的な関係」は「最も重要なこと」である、なぜなら、その点に「弁護人の主たる価値がある」からだ、などと述べている点は、およそ現実を過大・歪曲化していると感じざるを得ない。また、その弁護士は、「裁判所の前に弁護士として登場した者のうちで、裁判所に知られていない弁護士は、基本的に三百代言＝インチキ弁護士」である、「そのような弁護士は、できる限り排除し、自ら被告人の地位におくべきである」と述べるなど、弁護人の地位やその活動に関しては、激しい叙述が目立つ。もっとも、法律家でもあった *Kafka* は、難解な法的現実の叙述によって、当時オーストリアにおける予審を特徴的とする訴訟状況について批判し、比喩的に改革の必要を述べていたといわれている。

Ⅲ. 近年の 3 作品における弁護人及び弁護戦略に関する叙述

次に紹介する近年の 3 作品では、法廷における刑事弁護人の活躍に、物語上重要な役割が与えられている。人格や弁護人としてのそのタイプは様々であるが、各作品は、いずれも実際の出来事をモデルにして叙述されたものであり、現代の刑事訴訟を見るうえでも興味深いものとなっている。

1. *Thomas Hattche* 『アルボガスト事件』(Der Fall Arbogast, 2003)

Hattche の『アルボガスト事件』は、ドイツの司法史上に残る犯罪事件がモデルにされたものである。この事件は、*Hanz Hetzel* 氏(既婚者であり、前科もあった)が、仕事で出張中にヒッチハイクの女性と知り合い、彼女と性的交渉をもった後で殺害したとして起訴され、1954年にオフエンブルク陪審倍番所より謀殺罪を理由として終身刑に処せられた、というものである。その裁判は、主として法廷医師として著名な *Albert Ponsold* の鑑定に基づいたものであった。*Hetzel* が刑務所に収容されてから約15年後、3度目の再審申立てが認められ、今度は、やはり著名な

^{*} 紹介者注：*Kafka* は、1924年に死亡しており、本作品は1914年頃に執筆されたものであるが、その死後に発表されたものである。

法廷医師である *Otto Prokop* の鑑定で、前の *Ponsold* の鑑定が明らかに誤りであったことが判明し、*Hetzel* は、ようやく無罪判決によって自由の身となった。*Karl Peters* は、その著名な誤判研究において、本件を、不十分な鑑定に基づく誤判事例として挙げている（*Peters, Fehlerquellen im Strafprozess: eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Bd., 1970, S. 134 ff., 2. Bd., 1972, S. 167 ff., 187, 192, 202.）。

本小説では、特に2人の弁護人を対照するかたちで、その活動について強調している。すなわち、第1審を担当した若い弁護士 *Meyer* は、非常に優秀ではあったが、どちらかといえば訴訟側に従属的であり、また、経験も浅かったことから、訴訟における予想外の展開（被告人の犯行であるとする鑑定意見の登場）に十分対応できなかったことが、その失敗につながったのに対して、刑事弁護人として著名な *Klein*（実際は *Fritz Groß*）は、非常に粘り強く活動し、事件の全記録を取り寄せて精緻に検討し、自然科学の観点から鑑定意見の矛盾を指摘することに成功した。また、*Klein* は、実際の事件でもそうであったように、積極的にマスコミと共同し、世論に向けて誤判への関心を高めることにも努めている。弁護人のこのような活動は、その後、*Joachim Wagner* が詳細な研究を行い（*Wagner, Strafprozeßführung über Medien*, 1987）、また *Klaus Volk* がメディアを弁護活動の道具として利用するために「法廷のロビーで記者会見を行うことは、弁護人の正当な任務に含まれる」と述べるなど（*Volk*, in: *Nelles/Vormbaum (Hrsg.), Strafverteidigung in Forschung und Praxis: Kriminalwissenschaftliches Kolloquium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Jürgen Welp*, 2006, S. 47 ff (50 f.)), 学術的な関心も高いところである。さらに、*Klein* は、最終弁論において、死刑問題、鑑定に関する法医学の整備、さらに再審法の改革なども提言し、本件に限らない法政策的な観点からの主張も繰り広げている。

2. *Antje Ráic Strubel* 『ツポレフ134』（*Tupolew 134*, 2006）

Strubel の『ツポレフ134』は、1978年に起きたあるハイジャック事件をモデルにされたものである。この事件は、当時の東ドイツ市民であった犯人が、ポーランドのグダニスクから東ベルリンのシェーネフェルト空港行きのポーランド航空の旅客機を乗っ取り、亡命を求めて、西ベルリン側のテンベルホーフ空港へ着陸させたというものであった。当時は、ハイジャックに対する刑法上の処罰に向けた国際的な要請が高まっていた時代であり、犯人の政治的亡命という犯行動機から、そのような場合における刑事訴追と亡命受け入れといった法的問題も絡んで、本件は、法律学的及び政治的観点から大きな注目を集めた。

本書のタイトルは、当時実際にグダニスクとシェーネフェルト間にも就航していた旧ソ連製航空機の名称から取られたものであるが、その主人公 Katja Siems と Lutz Schaper は、憧れであった西側へ逃亡するために、同航空機を乗っ取り、乗務員らを脅迫した。彼らは、事件に先駆けて、亡命の協力者である Hans Meerkopf から、グダニスクで偽のパスポートを受け取っていたが、Heerkopf が東ドイツ当局に拘束されるや、航空機を乗っ取る方法での逃亡を決意したのである。Schaper は、犯行に向けて、グダニスクの露天商でおもちゃのけん銃を入手し、これを機内に持ち込み、本物であるかのように見せかけて、乗務員らを脅迫した。そして、彼らの希望通り、航空機は西ベルリンのテンベルホーフに着陸したのであるが、主人公両名はそこで拘束され、アメリカの軍事裁判所で審判されることになる(当時、西ドイツ当局は、法律上及び外交上微妙な事件にかかわることを避け、このようなかたちで裁判が行われることも稀ではなかった)。

小説では、Siems の自白を決定的な証拠として、ハイジャック罪、人質を取る罪、傷害罪、領空侵犯罪等の重罪に基づいて訴追されたのであるが、結論において、彼らに対する処罰は非常に軽いものとなった(6ヶ月の自由刑であるが、これは、同じ長さの未決勾留期間が算入され、実質的に不処罰とされた)。もっとも、裁判の過程における弁護人の活動に目を向けると、紆余曲折の物語が描かれている。まず、Schaper の弁護人は、被告人はさほど重大な事件であるとは理解していなかったことを主張し、その裏付けとして、被告人とその被害者である乗務員らとの緩やかな協調関係を挙げている。航空機が乗っ取られていた間も、お互いに和やかな雰囲気、被告人が乗務員に煙草を吸うことを認めるなど、両者の間に緊張関係はなかったというのである。しかし、この主張は、たばこに関する証拠調べが認められず、また、被害者らも裁判ではその供述を拒否したため(法廷内にいる多くのロシア人同朋の目を意識して)、不調に終わった。

他方、Siems の弁護人 Herbig は、被告人の自白は陪審裁判を避ける目的で行われたものであるため、それを証拠から排除するよう求めた。しかし、Siems は、Herbig に対し、彼らの逃亡を援助した Meerkopf を愛しており、東ドイツに拘束されている彼の身を案じて、事件とは無関係とする趣旨の自白を維持するよう求めた。Herbig は、苦悩したが、最終弁論で、本事件の特別な事情として、人質となった乗務員らは早くに拳銃がおもちゃであることに気づいており、ハイジャック自体がそもそも真剣に行われたのではなく、加えて、事件の政治的背景なども主張して、無罪判決を求めた。結果として、その主張が受け入れられ、主人公らに対する寛大な裁判が下されたわけである。

3. *Rolf Henrich* 『わな』 (Die Schlinge, 2003)

Henrich（旧東ドイツでの弁護士であり、東ドイツ政府に対する批判家でもあった）の『わな』は、当時の東ドイツ国境警備隊がベルリンの壁を乗り越えて西側へ逃亡を図る東ドイツ市民に対して発砲し、死亡させたという事案をモデルとする。この小説では、直接の射撃手ではなく、その上官として逃亡市民の射殺を命令していた Donath に対する裁判を舞台に、物語の語り手でもある弁護士 Wolfskehl の視点からみた法律上の問題点（東西に分割されたドイツが再統一された後の政治的及び法律的な主権の行使、いわゆる「壁の射撃手」の可罰性、旧東ドイツの公務員に対する刑法上の答責性）にも言及されている。

このような「システム不法」又は「国家犯罪」と呼ばれる現象に対する刑法上の制裁という問題は、再統一後のドイツに固有のものともいえる。当初は、そのような行為に対する刑法上の制裁は必ずしも成功していなかったが、後にその可罰性が肯定され (BGHSt 39, 1, 168 (183 f); 41, 101 (105)), これは連邦憲法裁判所 (BVerfGE 95, 96) 及び欧州人権裁判所 (EGMR NJW 2001, 3035 ff.) からも支持されている。

小説では、Donath は、自身の行為は政治的確信に基づいて行ったものであり、その有罪判決を受け入れることができなかった。それゆえ、彼は、自身の政治的及び職業的名誉を深く傷つけられたことに苦悩し、最後に自殺を図ってしまうのである。確かに、Donath は、すでに末期がんに侵されており、自由刑に処されることですでに死刑判決を受けたものと同様であるため、自殺に深い意味はないと理解することも可能であろう。しかし、彼の政治的信条を考えると、彼が自身の名誉に対する死刑判決と理解したとしても、不思議ではない。

他方、Donath に対する有罪判決は、Wolfskehl の弁護士としての人生をも狂わせてしまうことになる。彼は、再統一による社会の変化に、弁護士としてのやりがいを見失っていたのであるが、Donath の「国家犯罪」に対する刑事事件を担当することにより、再びやる気を持ったのである。Wolfskehl は、このような事案では遑及禁止原則により、憲法上その処罰が妨げられると考えていた。このことは、彼がある記者と交わす会話の中で、「国家犯罪」に対する訴追とドイツ基本法との適合性に関する質問に対し、ラートブルフを引用し、実体的正義と法的安定性との葛藤においては後者が優先されるべきとの見解を示し、記者からそのように実体的正義に反する実定法ははもはや「法」と呼ぶに値しないのではないかと反論に対して、法律家の間でこの帰結は「ラートブルフの呪文」と呼ばれていると答えている。それだけに、彼は、Donath に対する有罪判決に衝撃を受け、物語の最後には、

「脱落者」となって身を持ち崩してしまうことになる。

Henrich は、すでに東ドイツの国家やその党幹部らに対する批判を、著書『後見国家』(*Henrich, Der vormundschaftliche Staat. Vom Versagen des real existierenden Sozialismus, 1989*)において述べている。この本は、東ドイツでの発刊が認められず、西ドイツ側で初めて公刊されたものであるが、*Henrich* は、1991年のドイツ裁判官大会における講演の中でも裏付けている。その講演は、ナチス国家と旧東ドイツとの比較において、全体国家における司法への政治的影響を検討したものであり、彼は、そこで、「陰鬱な時代においても、正義を切実に受け止める人は、究極的には、憲法上のあらゆる予防措置よりも優れたものとなる。他方で、そのような人がいないときは、法虚無主義者 (Rechtsnihilist) が支配してしまうことになる。」と述べている (*Henrich, DRiZ 1992, 85 (91)*)。この講演に接したとき、私 (*Müller-Dietz*) は、犯罪事件及びその刑事法廷における実践が、現代の小説家から、文学的に、特に言葉としての表現において如何に感じられているかを研究すべきことを決意させられた。

〔紹介者あとがき〕

刑事訴訟において、弁護人の活動は如何にあるべきか。この問題は、ドイツはなおのこと、日本でも活発な議論が行われてきた。その際には、弁護人の法的地位に着目し、刑事訴訟における具体的弁護活動の当否をめぐって、法的観点からの議論を中心に行われてきた (辻本典央「ドイツにおける刑事弁護人の法的地位論について(1)(2・完)」論叢154巻1号(2003年)51頁, 2号(2003年)118頁参照)。このことは、それぞれの著述が学問的研究者 (Wissenschaftler) によるものである限り、当然のことである。しかし、刑事弁護がもたらす社会的影響を考えると、法的議論にとどまらず、社会一般における受け止め方を知り、学問的考察にとって必要である。なぜなら、純粋な法原理に基づくだけでは、社会的制度としての刑事司法に対する市民の信頼を得ることができず、そのままでは、刑事司法制度自体の崩壊を導くことにもなりかねないからである。

その意味で、本稿は、従来の法学的研究の過程に新たな知見をもたらすものではないが、その基盤としての社会的受容を知るものとして重要である。そして、その著述が、刑事法学はなおのこと、社会学や文学にも精通した著者によるものであることからすると、刑事弁護に関する議論に一石を投じることになるであろう。

(辻本典央)