

◇ 紹 介 ◇

クラウス・ティーデマン  
記念論文集の紹介（1）

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」(以上本号)

紹介を始めるにあたって

ここに紹介するのは、クラウス・ティーデマン教授70歳の記念論文集に収められた諸論文であり、論文集の正式の書名は『刑法および経済刑法——教義学、比較法、法事実——クラウス・ティーデマン70歳記念論文集 (Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Herausgegeben von Ulrich Sieber, Gerhard Dannecker, Urs Kindhäuser, Joachim Vogel und Tonio Walter, Carl Heymanns Verlag, 2008)』である。

立命館大学朱雀キャンパスで、毎月1回開催されている刑法読書会、同じくほぼ3か月ごとに開催されている経済刑法研究会において、本書の諸論文を紹介しようということになり、両研究会のメンバーである松宮と浅田が編者となって、立命館法学に掲載していただくことになった。掲載を承諾していただいた立命館法学編集委員会に感謝したい。

---

\* 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

ティーデマン教授は、ドイツにおける経済刑法研究の第一人者であり、上記の書名に見られるように、本書には経済刑法に関連する論考が多数掲載されている。その中から両研究会の会員がとくに関心を有する論文を選び、いずれかの研究会で報告・討論を行ったうえで、ここに掲載するものであり、8編から10編の紹介を予定している。日本における今後の経済刑法研究にとって大いに参考になるものと考えている。

(松宮孝明・浅田和茂)

\*\*\*\*\*

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」

Hans Achenbach, Die wirtschaftsstrafrechtliche Reformbewegung - ein Rückblick, Festschrift für Tiedemann, 2008, S.47-60

〔紹介者まえがき〕

本論文の著者アッヘンバッハ教授は1941年10月生まれ、現在72歳である。私事にわたるが、紹介者が1974年にミュンヘン大学ロクシン教授の下に留学したとき、ロクシン教授の助手をしておられ、それ以来、長年の知己である。アッヘンバッハ教授のドクター論文(Dissertation)「刑法体系的責任論の歴史的・解釈学的基礎(Historische und dogmatische Grundlagen der strafsystematischen Schuldlehre, 1974, J.Schweitzer Verlag)」は、学界において高く評価され、後日、ロクシン教授自身が、「アッヘンバッハ以降、刑罰根拠づけ責任と量刑責任とが、それまで以上に明確に区別されている」と評した。1978年にボッフム大学教授、1980年にオスナブリュック大学教授となり、定年まで勤められた。2011年には、70歳の記念論文集が献呈され(U.Hellmann u. C.Schröder (Hrsg), Festschrift für Hans Achenbach, C. F.Müller, 2011)、紹介者もこれに寄稿した。

本論文は、祝賀の対象であるティーデマン教授の「経済刑法」分野での業績を高く評価しつつ、戦後ドイツにおける経済刑法の発達史を概観したものであり、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. 問題設定

ティーデマンの詳細かつ基本的な経済刑法研究は、ドイツにおける経済刑法改革の動きの生成と展開において、その出発点となった。彼は、その理論的作業および法政策への参加を通じて、改革の動きに強力な影響を及ぼした。それからほぼ40年を経て、いま一度回顧的に、現代のドイツの経済刑法の基体はどこにあるのか、それが現在の状態にいかなる影響を及ぼしているのかを明らかにすることが求められている。

### II. ドイツにおける20世紀60年代後期 および70年代の経済刑法改革の動き

1 第二次世界大戦後の再建と並行して登場する経済的好況は、当初から犯罪という暗い裏面を有していた。しかし、公衆は、それを見ようとせず「経済の奇跡」を高唱した。そのような像は、1960年代とくに1968年の学生運動に見出される社会的な基本的確信の変革によってはじめて変更された。学生運動におけるイデオロギー的に強調された独善的主張によって誤解されてならないのは、（自己）批判的、開放的かつ議論に開かれた基本姿勢へとという一般的な展開である。

法律家においても、このような多大な開放性は、司法が、経済的な道具およびその形成する形態の濫用に対して、十分な専門知識を有しておらず、また十分な法のおよび組織的な手掛かりもないままであるという認識に至らせた。経済刑法の手続では法廷における唯一の専門家は被告人である、という辛辣な名文句が広がった。1972年の第49回ドイツ法曹大会（DJT）の成果の要約においても、刑法部門の審議においては「経済犯罪に対する防衛に関する多大な無力」が明白になった、という記述が NJW に見られる。

2 このような認識は、しかし、独自の経済刑法改革の動きを総括するという反応へと導いた。それを開始したのは実務であり、経済犯罪の克復の優先的意義が争いのないような措置によってであった。1968年以降、若干のラントは経済刑事事件のための特別検察庁を設置し、そうでないラントは特別部局を創設した。そこには、

法律家と並んで、商学者、経営学者、経済学者も専門家として加わった。若干のラント裁判所では経済刑法部が創設された。その後、1971年の裁判所構成法74条cは、ラント政府に、経済刑法事件につき地域を越えて特定のラント裁判所に集中する権限を与えた。さらに、特別検察庁に属する者と経済刑事事件に従事する裁判官および検察官のための教育措置を受けた者との間の経験交流、ことに連邦金融アカデミーでの研修が組織された。

このような出発点は法政策の分野へと移行した。この点で、1962年の刑法草案は、経済分野での逸脱行動に対し、その一般的な刑法拡張的な基本姿勢に反して、上記した戦後当初の社会的本意を反映した驚くべき謙抑性を示した。競売・受注への不当な影響力行使の構成要件を除くと、何らの経済犯罪も規定しなかったのである。ティーデマンは、1970年に、財産犯罪および経済犯罪の構成要件の改革案を提示したが、この分野における改革そのものが争われた。それを受けて、DJT 常任委員会は、1972年の第49回 DJT 刑法部門のテーマを「経済犯罪をより有効に克服するためにいかなる刑法上の手段が推奨されるか？」に決定し、基調報告書の執筆をティーデマンに委託した。この報告書は、刑事学および事実的な基盤認識の現状の卓越した総括および経済刑法の総則・各則ならびに経済刑事事件の手續の重要な視点について多数の提言を含むものであった。

これを基盤とし、シェーファーおよびノルの報告を加えて、1972年9月19日から21日まで、初日は約300人、2日目は約200人が参加し、経済犯罪に対する刑法的コントロールの諸原則について議論がなされた。ヴァインマンは、最近になって、この議論とその成果を「火を付けるような刺激」であり、経済犯罪の最終的克服および経済刑法の改革に対し広範に作用する衝撃を与えるものであったと評価している。それらは、今日もおお刺激的なレクチャーでありかつ法学の歴史における重要な記録である。

3 すでに第49回 DJT の前に、連邦司法省も、経済犯罪の改善されたコントロールのための新立法という考えに道を拓いており、1971年には諮問委員会設置の準備を開始していた。それは、1972年7月に連邦司法大臣ヤーンによって現実のものとなった。すなわち「経済犯罪克服——経済刑法の改革——のための専門委員会」である。この委員会の19人の構成員は、その専門知識のみを理由に任命され、連邦政府から独立していた。この委員会は、15回以上の会議を行い、合計63人の専門家を招致し、1980年の最終報告書に詳述されているような具体的な勧告を行った。この専門家委員会の提案に対する対案モデルが、1977年にティーデマンと4人の著者に

よって提示された経済犯罪対案であった。

### Ⅲ. 影 響

#### 1 経済刑事学的研究

a) ティーデマンは、DJT 報告書において「基礎的研究の点で広範に及ぶ検証の必要性」および「新たな研究方法および関連領域の展開の必要性」があると述べた。第49回 DJT は、この点について当時の議論状況を総括する3つの決議を採択した。すなわち、①できるかぎり早期に経済犯罪の種類と広がりに関する認識および学問的評価を実施するようなセンターを創設すること、②経済犯罪に対する措置の準備のために、税の秘密および銀行の秘密に拘束されない包括的な実態調査を行うことを任務とし審問的権限を付与されたドイツ連邦議会調査委員会を設置すること、③検察庁によって処理されている経済刑事事件の事例を統一的な原則に従って把握し、それらを量的および質的に評価しうるようにすることである。他方、第49回 DJT は、提案されていた経済刑法に関する連邦施設の設置を否定した。それは、むしろ刑事学的センターの創設が適切と考えられたことによる。

b) これらの提案からは、あまり元気の出ない次のような像が明らかになる。

aa) 政治的現実において、ドイツ連邦議会調査委員会設置の要求は、全く実現のチャンスがない。私には、その実現の手掛かりすら見出すことができない。

bb) 刑事学センターは、1981年にヴィースバーデンにおいて連邦およびラントの研究記録施設として創設された。しかし、その作業プログラムは経済犯罪研究とは全く異なるテーマに向けられている。そのホームページによれば、「刑事学センターは、連邦レベルで、刑事司法の領域においてたとえば特定の刑事制裁の実務および実証についての経験的調査を遂行する」とされている。センターの出版物も同様である。

cc) 第49回 DJT の諸要求のうち唯一実現したのは、「統一的観点に従った経済犯罪の連邦レベルの把握計画（BWE）」の設置であった。これを、1974年から1985年まで、司法大臣・司法長官会議の委託で、フライブルクのマックス＝プランク外国刑法国際刑法研究所の刑事学研究グループが行った。そこで扱われたのは、重大な経済刑事事件について検察庁が扱い処理した統計であり、それらの事件は具体的な識別基準に従って分類された。しかし、BWE は、検察庁のデータの把握に限定されており、その前史やその後の手続の進行は、顧慮されていない。また、検察庁の管轄領域には入らず金融庁によって直接処理される手続、手続の打切りか略式命令

の申立てによって処理される関税法および税法上の手続も把握されなかった。1980年までは 1000 DM 以上の損害のみが取り上げられたが、その損害額も正確に算定されたわけではなく、推計されまたは推計不可能と記載することができた。もっとも、BWE は、経済犯罪の特定の分野に関して、今日われわれには欠けているような手掛かりを提供した。BWE が1985年に中止されたことは、70年代から80年代における刑事政策的な気候の変化に独特の光を投ずるものである。その代わりに、集計カードの補充が登場した。それは、集計カードに「特別の経済刑事事件」が問題となったか否かを書き入れるというものである。BWE で採用されていた豊富な変数は、1986年以降はもはや把握されていない。

c) かくして、経済犯罪研究においては依然として灰色状態が支配している。ともかくも、連邦刑事局の警察刑事統計は、1986年次以降、経済犯罪に関する項目を有している。もっともそこで把握されているのは警察に認知された事例のみであり、したがって警察の関与なしに検察庁および金融庁で処理された事件は入らない。また、検察庁の捜査手続および裁判所におけるその後の事件の成り行きも顧慮されていない。連邦統計局の司法統計も、主要犯罪グループに経済犯罪の項目を有していない。発生した損害額も把握されていない。刑事学的に興味深い諸把握装置の相互関係が欠けている状態は、今後も続くことになる。

諸関係の解明に向けられた特別の勢い、基礎研究の改善に向けられた意思について言えば、あまり大きくはなく、実のところ何も残っていないのである。

## 2 訴訟法上の変更

a) 冒頭に述べたように、改革の動向は、その出発点を、経済刑法手続の権限を拡大しかつ集中的な克復に向けた実務上の諸措置に置かれていた。ティーデマンは、DJT 報告書において一連の提案を行った。もちろんそれは、実体法改正のための勧告に比べれば、本文のわずかな部分を占めていたに過ぎない。しかし、DJT 刑法部門の決議は、訴訟的側面を強調した。これに対して、上記の専門家委員会の勧告では、裁判所構成法および刑事訴訟法の問題は何ら重要な役割を演じなかった。それどころか、驚くべきことに、連邦司法省によって編集された委員会の最終報告では、他の場合には通例の「委員会の成果のこれまでの実施」という項目が、一度しか現れていない。すなわち、補助金法 6 条による告発義務および公課法 30 条 4 項 5 号 b 文により 1977 年に創出された重大な経済犯罪の場合における税の秘密の排除との関連においてである。

刑事訴訟の領域における経済刑法上の改革動向がこのように些細な作用力しか有

しなかった本質的な理由は、ある種の過重負担にあったと言ってもよい。すなわち、実体刑法の改正と並んで刑事手続法の包括的な改正がなされなければならないという考えは、ドイツ連邦共和国発足当初の数十年間に、すでに法政策的議論を支配していた。とくに、刑法上の大規模訴訟の克復に向けて、経済刑法上の諸努力と並行して、独自の改革論議が行われていた。そのために刑法改正の作業が行われ、その作業は、1975年施行の第2次刑法改正法による刑法の新総則、そして刑法施行法による各則の変更を、数十年に及ぶ議論の後に、成果として導いたのである。それは、またしても刑事手続法の新刑法への適合を必要とするものであった。最後に、1971年以来実施されてきた、「赤軍 (RAF)」と自称するグループのテロ暴力犯罪に対する刑事手続が、——刑事手続からの弁護人排除の可能性という問題に至るまでの——特殊な難問を投じたのである。それは、第1次刑事手続法改正法の補充法において規定された。これらすべての法律が、1975年1月1日に施行された。

b) 経済刑法の改革の動きから生じた刺激の宿命にとって最も重要な訴訟上の改革は、外部から生じた。私は、それを次の2つの展開に見ている。

aa) 今日の経済刑事手続にとって重大な意義を有しているのは、刑事訴訟法153条 a 第1項により捜査手続において賦課ないし遵守事項を課して刑事訴追を免除すること、ないしは同条第2項により裁判所の手続を仮に打ち切ることの可能性である。これは、1974年に刑法施行法21条44号によって創設された規定である。この規定は、当初の条文では、「これらの賦課および遵守事項が、責任が僅少であって刑事訴追に対する公の利益を排除するのに適していること」を要件としていた。刑法施行法の政府草案は、「それによって軽微な刑事手続は迅速にかつ合目的に罪責の言渡しおよび公判なしに処理することができる。それによって同時にこの規定は、検察庁および裁判所が、中程度および重大な犯罪に集中して取り組むことを可能にする」と述べていた。

しかし、実務は、この限界づけを維持してはこなかった。立法者も、1993年の司法負担軽減法で、それに従った。それ以来、手続打切りは、「これらの賦課および遵守事項が、刑事訴追に対する公の利益を排除するのに適しており、責任の重さがそれに対立しないこと」が基準となり、遅くともこれによって、この手続を実務上重要な刑事事件についても訴追のリスクを買い取るものとして濫用することが可能になった。法の歴史は、刑事訴訟法153条 a がまさに経済刑事手続において過度に使用されていることを教えている。

bb) この点で重要な第2の展開は、法律の外で実行されているものである。すなわち、刑事手続における和解ないし合意の実践であり、それによって広範な手続に

において、手続のかなりの切詰めと刑事訴追機関の負担軽減をもたらすことが可能になっている。ここでも、その重要な適用領域は、しばしば高度に複雑な経済刑事事件にある。

### 3 実体法の変更

a) 経済刑法の諸構成要件の現状を見ると、ほんの少しの部分しか経済刑法改革の動きには起因していない。1986年の第2次経済犯罪対策法以降は、立法にその痕跡もない。その代わりに2種類の異なる軸が混在している。すなわち、危機克服に反応する手段としての新たな刑法の投入と、ヨーロッパ共同体・ヨーロッパ連合からの諸要求を現実化するものとしての新たな刑法の創設である。

b) 「経済犯罪克服のための専門家委員会」の考えと勧告は1976年・1986年の2つの経済犯罪対策法に表現された。これと並んで挙げられなければならないのは、1980年の有限会社法 (GmbHG) 改正法である。これは、有限会社を設立する場合に充足すべき要件を加重したものである。次に、1980年の第4次競争制限禁止法 (= 独禁法) 改正法は、過料の上限を10万マルクから100万マルクにしたが、連邦政府は、これによって競争違反が決して微罪ではなく、公共の秩序に対する重大な攪乱を意味するという政府の考えが表現されている、と述べた。最後に、1980年の第18次刑法改正法により刑法に環境刑法の重要な諸構成要件が入れられた。これも、ティーデマンによって促進された考え、すなわち「保護に値する利益の重要性および侵害の頻度および侵害による損害の重大性のゆえに、一般的意義を有するような、すべての犯罪および犯罪構成要件を刑法の主要な法典編纂に受け入れる」という原理の実現であったといえる。

c) ティーデマンは、DJG 報告書の中で「すでに本来の侵害が生ずる前地において、超個人的な経済的価値の保護を要求することは、不可避である」と記した。2つの経済犯罪対策法は、刑法に、補助金詐欺、投資詐欺および信用詐欺の構成要件を創設することにより、このプログラムに応じた。1997年の腐敗防止法により刑法298条に入れられた、入札における競争制限的談合の構成要件も、これに関連する。第2次経済犯罪対策法との関連で、入札談合の前地における刑罰化という別のモデルが議論されたが、これは失敗に終わった。

刑事政策のこのような方向は、それに続く時代には、きわめて議論の余地があるものであることが示された。学説の一部は、超個人的法益を認めることを否定し、むしろ財産保護という法律の目的の「保護の反射」にすぎないとする。他の者は、抽象的危険犯という構成を攻撃した。この論争について、ここで私見を述べるこ



はできない。

しかし、次の1点は強調に値する。すなわち、このようにして経済刑法の古典的な基本構成要件および拾構成要件である詐欺および背任の諸困難と不明確さから逃れようとする試みは、部分的にしか成功しないということである。ティーデマンは、そのことをDJG報告書で「典型的な前地的行為を独立化することは、詐欺および背任という一般的構成要件が、その包括的な妥当要求によって、個々の経済様式が有する無数の犯罪現象的な特性を正当に評価することができず、経済的・社会的な場における様々な利益葛藤を十分精確に区別しかつ包摂することができないという洞察に基づいている」と述べて明確に示していた。それにもかかわらず、刑法263条（詐欺）は、依然として264条 a（投資詐欺）、265条 b（信用取引詐欺）および298条（入札談合）に対して独自の意義を主張しており、刑法264条（補助金詐欺）に対しても、前地的構成要件による排除の作用は争われている。背任も、ますます経済生活の広範な領域に対する妥当要求を展開している。

d) 改革の動きにおいて、刑法の補充性という思考は、刑事罰や重い過料が適切かつ必要であることが証明されていないところでは、相異なる役割を果たす。ティーデマンは、DJT 報告書において、その限界づけを主張した。第49回 DJT は、この方向においては僅かな改革要求を実現したに過ぎない。専門家委員会は、刑法以外の措置について印象的な一連の提案を定式化した。いわゆる財政背任なし公務背任、補助金基準法の規制、信用制度法の改正、投資家保護、商事会社の設立詐欺、インサイダー取引、競争法上の消費者保護、競争制限禁止法における私的権利の強化、貸借対照表および腹式簿記規定あるいは破産法の改正などである。このような考えの一部を、連邦政府は、立法活動において受容したが、必ずしもすべてではなく、多くのところでは受容しなかった。実際の政策において、ことに実質的に形成された措置の代わりに刑罰的威嚇措置が適していることを吟味するという思考は、今日に至るまで僅かの共感しか得ていないが、有効なより緩やかな手段の必要性の吟味も、稀にしか行われていない。そのためには、優れた経験的基礎を必要とするが、その研究は、上述のとおり、真剣には行われていないのである。

#### IV. ま と め

紙幅の関係で、ここで中断せざるをえない。ことに企業に関する制裁および企業に関する行為の帰属の問題には触れられないままである。また、なにゆえに、明らかに社会侵害的な態度が秩序違反として——たとえ高額とはいえ——単に過料

のみの制裁を科せられているのかという問題も同様である。はたして社会的正義の思考、すなわち小物には刑法的制裁を科しておきながら、大物を放置してはおけないという理念が認められるのかも疑問なままである。このような指導形象は、しかし、その後の展開を通じて否認されてきた。実体法の展開よりは、金銭の賦課および事件の不法内容を汲み尽しているとは決していえないような合意により、罪責の言渡しなしに手続を終了させる訴訟上の可能性が、その種の平等を目指すコンセプトに明らかに矛盾するような選択性へと導いている。それは、最終的にはとりわけ経済活動の影の側面に関する視点の強化であり、それが、改革の動きの残された遺産を完成させる。50年代・60年代のレッセ・フェールへと逆戻りする道は考えられず、経済犯罪の刑法上の追及は現実として確立してきたのである。

これに対して、経済刑法の領域における現代の立法者の過度の積極性は、改革の動きの成果に属するものではない。それは、一方では、想定されたいし現実のスキャンダルに対するメディアの評価（それに連邦の立法者は象徴的な刑事立法という使い古された手段によって反応するのだが）、政治的市場化のそのような評価への方向づけに負っている。他方では、それは、その根を、ヨーロッパ共同体およびヨーロッパ連合の法に由来する基準値（それが多かれ少なかれ盲目的に新たな刑法および秩序違反法に現実化されているのだが）に有している。この点で最後に、とくに注目すべきは、資本市場刑法である。しかし、ここには上記の専門家委員会のような政策提言的な機関のような持続性はない。

改革の動きなしには、経済刑法が過去40年間経験してきたような集中的な学問的評価には至らなかったであろう。そのドアを断固として押し開き、広範かつ徹底的な研究によって、経済刑法の教義をその上で成長させるような地平を用意したのはティーデマンである。

#### 〔紹介者あとがき〕

本論文によって、ドイツでは1970年代から経済刑法に関する議論が活性化したが、その端著となったのが1972年の第49回 DJT に向けられたティーデマン教授の基調報告書であったこと、同じく1972年に連邦司法省に「経済犯罪克服——経済刑法の改革——のための専門委員会」が発足して専門的議論が行われたこと、1974年から1985年まで、「統一的観点に従った経済犯罪の連邦レベルの把握計画 (BWE)」を、司法大臣・司法長官会議の委託により、マックス＝プランク外国刑法国際刑法研究所の刑事学研究グループが行ったこと、1968年以降ラントレベルでは経済刑事事件のための特別検察庁ないし特別部局が設置され、若干のラント裁判

所では経済刑法部が創設されたこと、裁判官と検察官の経験交流が行われてきたことなどが分かる。アッヘンバッハ教授によれば、このような改革の動きは、1986年の第2次経済刑法改革法までで終焉し、実務では、刑事訴訟法153条a第1項による捜査手続での賦課・遵守事項を課した訴追免除、同条第2項のよる裁判所の手続打ち切りと、近年の「合意」手続が、経済刑事事件に多用されており、実体刑法では、投資詐欺・補助金詐欺などの前地的構成要件が創設されたが、それと詐欺・背任との関係が議論されている。

アッヘンバッハ教授による現在のドイツの経済刑法研究に対する評価は、必ずしも積極的なものではない。まだまだ残された課題があり、50年代・60年代のレッセ・フェールへと逆戻りする道は考えられず、改革の動きの残された遺産を完成させる必要があるというのである。問題は、日本の経済刑法研究がドイツのそれを凌駕する域に達しているか否かにある。ドイツの「改革の動き」を受けて、関西で経済刑法研究会が発足したのは1987年のことであり、一時休会を挟んで（2003年～06年）現在も継続中である。同研究会の成果である『新経済刑法入門〔第2版〕』（2013年、成文堂）にはドイツでも参考になる内容が多く含まれていると考えるが、他方、われわれがドイツに学ぶべき点はまだまだ沢山あり、今後の相互交流を期待している。

（浅田和茂）

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」

Walter Perron, Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue, Festschrift für Tiedemann, 2008, S. 737 – 748

〔紹介者まえがき〕

本論文は、ドイツ刑法の背任罪（刑法266条）の結果要件である財産損害において、近時議論が活発化している危殆化損害を取り上げたものである。本論文では、危殆化損害が争点となったカンター（Kantner）事件判決の指摘した「本来は詐欺の事例において財産損害の確定のために判例によって展開された損害と同等の財産危殆化の概念を、266条1項における損害概念の解釈に変更することなく転用することは、憲法上の明確性原則とほとんど調和し得ない背任構成要件の拡張に至る」という問題について、検討が行われている。

本論文の著者であるヴァルター・ペロン教授は、コンスタンツ大学教授、マインツ大学教授を経て、2003年からフライブルク大学法学部の教授に就任している。ペロン教授の略歴・業績等については、ヴァルター・ペロン著、高橋則夫訳『正当化と免責——刑法の構造比較——』（1992年）257頁以下、宮澤浩一「ドイツ刑法学の現状（追録Ⅷ）（IV：M-R）」慶應義塾大学法学研究70巻4号（1997年）10頁以下、ヴァルター・ペロン著、加藤克佳訳「刑法の国境は超えられるか？——異なる刑法体系を同化・統一するための構造的条件に関する考察——」愛知大学法学部法経論集145号（1997年）23頁以下に詳しい記述がある。ペロン教授は、本稿のテーマである背任罪に関して、Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch の第26版以来その注釈を執筆しているほか、本論文発表後、Probleme und Perspektiven des Untreuetatbestandes, GA2009, S. 219-234, Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift für Wolfgang Heinz, 2012, S. 796-807 を発表している。

## 論文の概要

以下では、本論文の章立てに沿ってその内容を紹介するが、その前に、カンター事件判決（BGHSt51, 100）の概要を述べる。同事件は、ヘッセン州のキリスト教民主同盟（CDU）の代表であった被告人が、共犯者とともに、政党の資金をいわゆる「裏金・裏口座」（schwarze Kasse）として隠匿し保持していたことが背任罪に問われたものである。連邦通常裁判所は、本件事案を次のように2つに分けて評価している。①「裏金」の作成・維持が CDU に対して損害を与えた点、②「裏金」の作成に伴う事業報告書の不適切な記載により、政党法に基づき、連邦の CDU に国から財政援助の停止・返還を求められるという財産上の損害の危険を与え、それに伴い、ヘッセン州の CDU に連邦の CDU から損害賠償請求を受けるという財産上の損害の危険を与えたという点である。

①に関しても学説上議論があるが、本論文との関係で問題となるのは②に関する判示である。連邦通常裁判所は、財産上の損害とその故意について審査し、財産上の損害は肯定したが、それについての被告人の故意を否定し、背任罪の成立を認め地裁の判決を破棄し差し戻した。その際、冒頭に挙げた指摘がなされている。

## I. 詐欺罪における危殆化損害の意味

I では、背任罪における危殆化損害の検討の前提として、まず、詐欺罪（独刑法 263条）における危殆化損害の意義・内容が確認されている。

損害と同等の財産危殆化の図式は、詐欺罪に関しては、従来、判例により犯罪成立の後倒しを防ぐために展開されている。詐欺罪は、財産移転罪であり、行為者は、被害者による無意識の自己侵害によって、自己又は第三者のために違法な財産利益を獲得しようと望む。実質的な犯行は利益の獲得によって終了するが、構成要件上の既遂は、被害者の財産損失によって既に生じ、利得に関しては、その目的で十分である。そして、財産侵害の単なる危険が、当該財産の価値の現実の減少、すなわち、263条の財産侵害と認められるならば、この時点ですでに既遂となり、危険の現実化は、量刑、時効等にとってのみ意味を持つ。

判例による詐欺既遂の前倒しは、学説において基本的に受け入れられている。欺罔に基づく財産処分と財産利益の実際の獲得の間には、比較的長期の複数段階からなる経過が存在する。その際、財産移動は、徐々に現実化し、一方から他方への価値の移行は特定し得ない。

そのような流動的なプロセスにおいて既遂と未遂の限界がどこに引かれるのかは、犯行の当罰性の問題につき決定的な問題とはならない。行為者は、欺罔行為を行い、被欺罔者を、錯誤に基づく財産処分に誘導するため、可罰的な未遂の段階には疑いなく到達している。また、未遂処罰の正当性も争われていない。なぜなら、行為者は、その行為によって、違法な利益の獲得のために必要なことはすでに行っているからである。それゆえ、財産危殆化が財産侵害として評価されるのはどのような場合なのかということは、不法の加重のみをもたらし、処罰の有無に影響を及ぼさない。

最後に、詐欺罪における危殆化損害の承認は、構成要件の明確性にも反しない。全体としての財産移動は、通例、精密に把握され、構成要件に包摂されている。なぜなら、犯行の目標は、違法な財産利益の獲得でなければならない、それは、具体的に把握可能で利用可能な利益だからである。財産損害と利益の実質的同質性の要求によって、この把握可能性及び明確化可能性は、財産処分と財産侵害の構成要件メルクマールにも拡張される。それゆえ、危殆化損害の認定に関する不明確性は、主として、段階的に生じるプロセスの内部における構成要件上の既遂の精確な時点に関係するが、その開始と終了は確定している。関連事実の経済的な意味に対応しよ

うとするならば、この不確実性は、完全には回避されず、一定程度は受け入れられなければならない。市民に対する刑罰の威嚇の透明性と予測可能性は、疑いなく存在する未遂処罰に基づけば、本質的には侵害されていない。

## II. 背任罪における危殆化損害の意味

IIでは、背任罪における危殆化損害の意義について、詐欺罪と異なる背任罪の構造に照らして、検討が加えられている。

危殆化損害に関する学説は、今まで、両罪が条文の文言を異にするものの共に財産侵害を問題とするため、詐欺罪の議論状況を背任罪に簡単に転用してきた。しかし、構成要件構造の違いに基づき、背任罪に関しては、構成要件既遂の前倒しが詐欺罪とは別の正当化問題を投げかけ、明確性原則と鋭く対立する異なる事情が意味を持ってくるという点が長い間見過ごされてきた

背任罪は、財産移転罪ではない。背任罪の行為者が実際には不当な利得を獲得しようとしていたとしても、構成要件上それは要件とされていない。そして、まさに最近の著名な事件においては、経済的利益は行為者の原動力となっていない。このような利得目的の放棄は、背任罪の適用領域の著しい拡張を帰結するが、他方で、立法者は今まで未遂処罰を導入してこなかった。当時の法律上の評価によれば、利潤追求のない未必の侵害故意と財産保護義務違反だけでは十分な当罰性はなく、結果不法としての実際の財産損害も生じなければならない。

危殆化損害の承認によって既遂が前倒しされる場合、詐欺罪と異なり、処罰と不処罰の限界も移動する。そのため、現実の財産侵害の存在、構成要件上の限界の明確性に対する要求は、詐欺よりもむしろ高くなければならないが、構成要件構造の違いに基づき、逆の帰結になっている。

詐欺罪は財産移転罪であるため、損害の確定にとって問題となるのは、行為者にとって獲得する価値のある素材の同一な財産部分を生み出す価値減少だけである。それに対して、背任罪の場合には、行為者の目標に限られないあらゆる種類の財産侵害が、構成要件にとって意味のある損害を意味する。そのため、例えば、行為者が怠慢により本人の請求権を時効にかからせ、又は、本人のために利益獲得の機会を利用しない場合に、背任罪は成立し得る。

とりわけ、利得目的の放棄は、背任罪における危殆化損害の領域を拡張する。行為者にとって犯行から利益が生じる必要がないため、行為者が財産価値へ介入できないという理由で、又は、危険の現実化が非常に不確実であるか、ほとんど操縦で

きない第三者の行動に依存するという理由で、行為者等に利益の見込みのないものも、保護される財産減少に含まれ得る。それゆえ、不適切な会計処理などによって正当な請求の現実化が困難にされる場合、信任義務者の第三者への侵害行為によって財産帰属者に対する償還請求が行われる場合、又は、法令違反行為により団体の公益的地位の剥奪の危険をもたらす場合などに、危殆化損害が認定されることになってしまう。

それゆえ、危殆化損害の承認は、背任罪の場合、未遂と既遂、不処罰と処罰の間の限界の移動だけをもたらすのではない。むしろ、間接的に限定を行う利得目的の作用がないため、損害発生が到底確実とはいえない、又は、背任行為への帰属可能性が問題のあるように見える事実も、構成要件上の領域に引き込まれる。憲法上の明確性原則にこのことはほとんど適合していない。以上の調査結果は、他の背任罪の客観的構成要件要素（財産保護義務の存在とその違反）が不明確であり、際限のない膨張の危険に曝されているという理由でも不安を抱かせる。構成要件のより厳格な制限により「刑事訴追の偶然性」の危険を妨害するという、カンター判決における連邦通常裁判所第二刑事部の主張は、無制限に同意される。問題があるように思われるのは、同判決による故意の厳格化が実際に目標に至るのか、又は、よりよい他の制限方法が存在するのか、ということである。

### Ⅲ. 背任罪独自の危殆化損害の客観的限定の可能性

Ⅲでは、背任罪における危殆化損害の客観的限定の可能性について、二つの視点から検討が行われている。

危殆化損害の一般的客観的な限界付けは、今まで、詐欺罪についてのみ試みられてきた。背任構成要件について、相応する論述は、完全に欠如しているか、詐欺についての制限の試みが反復されているのみである。

契約締結詐欺における被害者と行為者が契約締結後のその相互の関係において、実際の損失を妨げ、又は、貫徹するために、どのような権利と事実上の可能性を持つのかということに焦点を合わせる、という詐欺罪におけるアプローチは、背任罪に適用できない。背任罪は、行為者と被害者の相互行為を要件とするのではなく、行為者によって一方的に行われるため、行為者—被害者関係は、損害発生の確定にとって適切な手がかりを与えない。詐欺罪の場合には、行為者が被害者財産へ介入する際に妨害を受けないことは、多くの場合危殆化損害にとって十分なものとして評価されているが、背任罪の場合には、その事情は財産保護義務の要件であり、

それゆえ、損害認定にとっての基準として考慮され得ない。

それゆえ、行為者と被害者の視点は、個別に考慮されなければならない。被害者の視点からは、損失の可能性が、経済的観点からすでに財産の現実の価値を減少したものと評価されるほどに具体化されていたのかということが決定的であるが、そのような認定は困難である。例えば、不適切な会計処理の場合、一方では、取引相手等が、財産の帰属者に対する不当な債権を主張する傾向が実際にあるということが十分に確実でなければならず、他方で、財産帰属者には、そのような要求をはねのける証拠が用意されてはならない。それゆえ、そのような状況において危殆化損害の認定が正当化される事情がどのような場合に存在するのかということは、完全な合理化が不可能な個別事例の評価の影響下にある。同様に、背任独自の冒険的取引の場合、すなわち、行為者が、個人的な自尊心やキャリアのために財産の帰属者に特に高度な利益を得させることを望む場合、支持可能な資金投資と、投資額の価値減少をもたらす過度に高度な損失リスクの間の限界設定は、ほとんど不可能である。

判例は、「賭博者のように、極度に高められた損失危険を極めて疑わしい利益の見込みを獲得するためにのみ認容する」ことを要求するが、刑法上の明確性原則の基準に適合する明確な限界設定は、そのような形式によっては行われ得ない。会計法規も、(金融機関の貸付のような例外的な場合を除けば) 助けにならない。

行為者の視点からも、背任独自の危殆化損害の事情が、特別に問題のあるものとしてあらわれる。このことは、一方で、行為者が財産価値の実際の損失をもはや妨げることができないほどに事象を手放したといえるのはどのような場合か、という未遂と既遂の限界設定における重要な問題にとって妥当する。財産帰属者の金銭を隠し口座に入金する場合、帰属者の処分権能の損失がそれ自体としてすでに侵害を意味するのか、それとも、目的違反の資金利用によって侵害がはじめて生じるのかということは非常に争われている。この点に関し、判例は、少なくとも拡張的な損害認定の傾向があり、最近、隠し口座への金銭の移行によって損害を認めている。

しかし、多くの事例形態は、困難な帰属の問題を投げかける。すなわち、不適切な会計処理の場合等では、部外者である第三者が、自己の意思決定に基づいて、財産帰属者への攻撃のために行為者の信任違背の行為を契機としている場合のみ、財産価値の実際の損失は生じる。信任違背行為と財産危殆化の現実化の間の因果関係は、このような事例の全てにおいて、第三者の故意行為によって介在され、それが財産損失の直接の原因である。そのため、第三者のこのような行為が行為者にそもそも帰属されるのか、及び、その自己答責性は義務違反と損害発生との帰属連関を



遮断しないのか、という問題が投げかけられる。行為によって生じた危険の現実化は、外部の第三者の相応する決定を必要とし、その帰属可能性なしには、危殆化は帰属され得ない。

客観的帰属の原則の背任構成要件への適用の問題は、今まで、個別的にのみ論じられており、どのような具体的基準を適用すべきなのかは完全には解明されていない。一般的に承認されているのは、自己答責的な自己危殆化、又は、間接的な他者危殆化の事例において、構成要件上の法益侵害の直接の原因が被害者自身、又は、第三者の排他的な答責領域にある場合における、帰属連関の遮断である。それゆえ、少なくとも不適切な会計処理においては、危殆化損害の現実化のために違法でたいていは故意による第三者の行為の介在を必要とする以上、帰属は疑問である。

これに対し、第三者の損害賠償請求権による財産帰属者の負担という事例においては、第三者は法適合的に行動しているため、この他人の行態の帰属は、法適合的に行動する道具の使用による間接的行為支配の規則に相応して肯定される。ただし、第三者は、財産帰属者による損害賠償に代わり、行為者による損害賠償を得ることも可能であり、一定程度の決定の裁量を持つ。訴訟詐欺という類似の事例において、少なくとも、通説によれば、証拠評価に関する裁判官の自律性は、帰属——ここでは欺罔行為と財産処分の間——の排除にとって十分なものとは評価されていない。そのため、危殆化損害の様々な事例群を結びつける一般的な帰属理論が、連邦通常裁判所によっても認識されている背任構成要件の際限のない拡張を阻止するために、不可欠ということになるであろう。それは議論が行われているものの、未だ達成されていない。

以上、背任罪に関する危殆化損害の客観的限定は極めて不確実であり、また、解釈上もほとんどほとんど調査されていない。この状況は、確かに非常に残念なことであるが、主題の困難さに鑑みれば、すぐには変更されない。少なくとも、危殆化損害の認定は、慎重に行われるべきであり、実務において時折妥当しているように簡単には認められない。

#### IV. 故意に対する要求の厳格化？

IVでは、連邦通常裁判所第二刑事部がカンター判決において行った主観的構成要件における背任罪の限定について検討が行われている

連邦通常裁判所第二刑事部は、カンター判決において、主観的構成要件による背

任罪の構成要件の限定を試みた。犯行の故意の証明に対する要求だけが厳格化されていた背任罪に関する今までの判例と異なり、同判決は、客観的構成要件を超過する侵害故意を要求する。すなわち、危殆化損害の際には、未必の故意は、損害発生 of 具体的可能性の認識とこの危険の認容だけではなく、この危険の現実化の認容も要求される、と。それと結びつく「客観的構成要件と主観的構成要件の不一致」は、是認される。すなわち、危殆化損害の承認は、未遂の領域に既遂を移動することを意味する。詐欺の場合には、利得目的の要求によってこの点が補われているが、背任罪に関しては、そのような補償が欠如しているため、上述の限定によって補われなければならない、と。

この論証の際には、前提条件が適切に設定されている。消極的な展開の予想によって基礎付けられる財産客体の「市場価値」の減少が現実の損害として十分であるとすれば、未遂と既遂の限界が位置を狂わせられるだけではなく、侵害故意に対する要求も縮減する。侵害故意は、財産客体の現在の価値減少にのみ関連付けられなければならない。消極的な出来事の将来の発生についての行為者の内心の態度は意味を持たない。第二刑事部の解決は、危殆化損害の承認と結びついた構成要件のこのような拡張を主観的側面において再び撤回し、少なくとも理論的には、構成要件の明白な制限に達する。

しかしながら、問題があるのは、この解決からどのような実務上の結果が出ることになるのかということである。実際、制限は、損害の可能性の評価が困難若しくは不可能である、又は、操縦不可能な第三者の行態に危険の現実化が依存する、危殆化損害の多くの問題のある事例に関連する。そのような事例においては、因果経過の支配可能性の欠如にもとづき、通常、財産損失を目標とする行為者の操作的な形成意志が欠如している。行為者は、そのような事情の下では、たいてい、財産帰属者の侵害を目ざしておらず、それを確実なものとして予見していない。むしろ、行為者は、侵害がもしかしたら考えられるものと評価しているため、損害の現実化の「認容」に関する問題が、正当にも設定され得る。

刑事部による故意の財産危殆化の現実化への拡張は、そのため、少なくとも、この問題のあるグループからいくつかの事例をフィルタリングする。しかし、それによって、非当罰的な事例と当罰的な事例が区別されるのか、及び、背任罪による処罰が市民にとって予見可能となるのかということ、疑われなければならない。未必の故意の事実審による認定は、周知の通り、その解釈上の意味について議論が休むことがなく、また、著しい不確実性を有する。詐欺の場合、利得目的は、大抵、行為者の本来の動機をあらわし、それゆえ、外部の事情から困難なく解明される

が、損害経過の可能性に対する背任罪の行為者の内心的態度は、解明され得ない。カンター判決がまさにその例である。

それゆえ、危惧されるのは、裁判所が、個別事例に即した考察方法において損害の現実化に関する故意を一度肯定し、次に、明確な路線が認識できないまま、故意が再び否定されることである。客観的に事後証明可能な処罰と不処罰の限界設定に代わり、裁判所は、不適切と判断される有罪判決を最終的に回避する新たな機会を手に入れただけである。それによって、明確性原則にとってよい結果は生じない。

## V. 結 論

最後に、Vにおいて本論文のまとめが行われ、筆者の試論が示唆されている。

カンター判決は、背任罪における危殆化損害に関する明確性の問題点を適切に述べ、構成要件をより制限する解決も見つけた。しかし、現実にも満足すべき、及び、とりわけ憲法上の要求により適合するのは、この解決ではない。背任罪のほかの構成要件メルクマールも、同じく不鮮明さを示すため、構成要件のさらなる限界について熟考されなければならない。

客観的な側面において、危殆化損害のより厳格な限界付けは、未だ展開されておらず、そもそも到達可能なのかということは、疑わしいように思われる。しかし、危殆化損害の図式の完全な放棄も、賢明ではない。それが放棄されれば、既遂時期が先延ばしされ、経済的実情もほとんど考慮されないため、刑法上の財産保護が不適切に制限されてしまい、また、財産損害と危殆化損害の区別もしばしば不明確であるため、限界付けの問題が後倒しされてしまうだけだからである。

そのため、考えられるのは、例えば、未必の侵害故意に代わって、侵害目的又は確定的な侵害故意を要求するという主観的構成要件のさらなる厳格化である。ただし、それにより、背任構成要件の適用領域は、危殆化損害の事例を超えて制限されてしまう。例えば、未遂処罰の導入や特別構成要件のより、故意の厳格化による刑法保護の損失を補うのかということも、未解決の問題として残されている。背任構成要件のさらなる発展は、カンター判決によって完成していない。

### 〔紹介者あとがき〕

本論文は、詐欺罪と背任罪の構造の違いを指摘することによって、詐欺罪において承認されてきた財産危殆化概念は、背任罪においては構成要件の不明確化・拡張を招きかねないとして、カンター事件判決において述べられた限定の必要性に同意

する。限定の方法について、まず、客観的限定については、その議論が未だ十分でないこと、及び、その成果についても疑問を呈している。続いて、カンター事件判決における主観的限定については一定の理解を示しているものの、「危険の実現の認容」を要求するだけでは明確性の問題はなお解決しないとする。最終的には、侵害目的又は確定的故意というさらなる主観的限定と、犯罪成立を過度に制限しないための、未遂処罰、特別構成要件の創設を示唆して論文を終えている。

危殆化損害の限定については、カンター事件判決において第二刑事部が示した主観的限定以外に、第一刑事部 (BGH NJW08, 2451, BGHSt 53, 199) が示した客観的限定があり (連邦憲法裁判所も、BVerfGE 126, 170 において客観的限定に親和的な判断を下している)、両者はそれぞれの路線を継続している。また、学説上も主観的限定を試みる見解と客観的限定を試みる見解が対立しており、この議論は今後も継続するものと思われる (この問題を取り扱っているものとして菅沼真也子「ドイツ判例に見る背任罪の故意」比較法雑誌第46巻4号 (2013年) 283頁がある)。

我が国において、背任罪における財産上の損害は、経済的見地の下で判断されるとの理解が一般的であり、ドイツ刑法のような危殆化損害の概念は用いられていない。しかしながら、経済的見地に基づく損害は、従来の判例が用いていた「実害発生危険」という表現を言い換えたものであり、その意味で、我が国においても、危殆化損害と同様の犯罪成立の前倒し、成立範囲の拡張の危険という問題が潜在しているものと解される。ペロン教授による背任罪の構造に基づく危殆化損害の問題点の指摘、及び、客観的限定のための視点は、我が国において従来議論のなかった点であり、参考になるものと解される。ただし、我が国は、ドイツと異なり未遂犯処罰規定が存在するという大きな違いがあり、この点は十分に注意されねばならない。しかしながら、本論文の記述に鑑みれば、そもそも経済的見地の損害と未遂処罰規定が上手く共存できているのか再度検討する必要があるようにも思われる。さらに、詐欺罪と背任罪の構造の違いが財産損害について異なる理解を導くという指摘は、財産上の損害要件について日独の比較検討を行う際に留意されるべき点であろう。また、我が国においては図利加害目的という特別の主観的要件が存在するものの、本論文に見られるような、損害の具体的内容に結びついた主観面における限定の議論は存在しない。そのため、図利加害目的により経済的見地に基づく損害 (= 危殆化損害) が現状において限定されているか、及び、限定すべきかを検証する必要もあると思われる。以上のように、本論文は、我が国の議論においても大きな示唆を与えるものである。

(品田智史)