

〔資料〕

クラウス・ティ-デマン
「立法者による経済犯罪の防止対策」

Klaus Tiedemann, Die Bekämpfung der
Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber, JZ 1986, S. 865ff.

垣 口 克 彦

紹介者はしがき

本論文は、西ドイツにおける経済犯罪分野の第一人者である筆者ティ-デマンが第二次経済犯罪防止法の施行(1986年8月1日)を機として西ドイツの経済犯罪防止対策立法を概観したものである。ここでは、立法の動きに対する的確な論評がなされているのであり、さすがにこの分野の第一人者の筆になるものと思われる。そのような意味において、この論文は経済刑法関係の重要な文献の一つに数えられるのであり、ここに(やや遅きに失した嫌いもあるが)取り立てて本論文を紹介する理由があるといえる(ティ-デマンと彼の主催する研究所(フライブルク大学法学部、刑事学・経済刑法研究所)ならびに同研究所における研究活動については、垣口克彦「海外研修を終えて—西独フライブルクにおける経済刑法の研究—」阪南大学産業経済研究所「研究所報」No. 16, 41頁以下を参照されたい)。

その内容は、Ⅰ. 従来の(第二次経済犯罪防止法制定以前の)改正措置、Ⅱ. 第二次経済犯罪防止法の内容、欠点と将来的展望、Ⅲ. 経済刑法の将来の(第二次経済犯罪防止法制定以後の)改正、の三章に分説されている。紹介はできるだけ詳しく行なうことにしたが、第二章で触れられている個々の新設構成要件の解釈に関する詳細は省略した(個々の条文の邦訳を含めて、第二次経済犯罪防止法の内容については、神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法律時報58巻11号, 53頁以下を参照されたい)。

なお、本論文は、1986年5月30日にケルン大

学で開催されたドイツ・スペイン刑法コロキウムにおける講演の草稿を元にしたものである。紹介者は、1985年4月1日より1986年3月31日にいたる期間、ティ-デマンの研究所で研究に従事する機会を得たが、そろそろ帰国準備も始めなければならないという頃に、「ドイツ連邦共和国における経済犯罪防止対策の現状と新たな展開」と題する上記講演のためのタイプ打ちの草稿のコピーをティ-デマンより入手することができた(もちろん、その段階では、第一章のみが、その内容であり、註も付けられていなかった)。紹介者がその内容に関心を示したこともあって、帰国後に、JZ 論文の原稿とゲラ刷りのコピー、発行後には抜刷りの送付を受けることができた。ティ-デマンには誌上をかりて謝意を表したい。

以下、本論文の内容を要約して紹介する。

* * *

Ⅰ. 従来の改正措置

ドイツ連邦共和国においては、この約20年間に主に二つの領域で、経済犯罪の防止対策が遂行されている。すなわち、実務においては、刑事訴追機関と刑事裁判所の専門化(重点検事局と地裁の経済刑事部)により、立法においては、刑法と経済法の分野での改正により、防止対策が実施されている。ドイツでの実務の組織上の措置は、一般に全体として積極的に評価されている。

以下の論述は、もっぱら立法の問題に集中するのであり、その際、刑法と**刑法改正**の問題が中心になっている。もっとも、このような重点の置かたが、民事法や行政法、とりわけ商法、会社法、租税法等の改正が刑法や刑事訴訟法の分野における改正措置に優先することも稀ではないという事実をおおい隠すようなことがあってはならない。

それなのに、以下において、**経済法改正**の広範な分野がその通常優先的な意義にかかわらず、これ以上追求されない場合、その原因は、とりわけ筆者が当該改正問題の議論のための資格を有しないことにある。しかしながら、刑法改正をも続行するための決定的な刑事政策上の限界問題は黙秘されるべきでない。すなわち、経済犯罪の防止に際して、刑法は他の法分野との関係において常に**補充的(最後の手段)**であるのか、それとも、その個別的な、できるかぎり明瞭に限定された特別に当罰的な行為態様への法治国家的限界づけのために、経済法よりも一層大きな法治国家的内実をもち、かくして特定の規制の素材については、これに優先するのか、という問題である。カイロにおけるAIDPの第13回国際刑法学会も第一次ならびに第二次経済犯罪防止法の立法者も、一われわれ自身の当該の元々の考えかたに従って一後者の見方を信奉していることを表明した。要するに、(たとえば電子的データ処理の領域における)濫用の処罰は、われわれの考えでは、行政法上の規定や措置という包括的な法網の使用よりも一層小さな国家的介入を意味するといえる。

1. 第一次経済犯罪防止法

1976年に**第一次経済犯罪防止法**により導入された刑法上の改正は、そうこうするうちに、一国際的にも一周知のこととなっている。ここでは、ドイツの**補助金刑法**の新形成が全体として成功したことを総括的に書き留めめることで十分である。**信用詐欺**(刑法265条b)の新構成要件は文献においてしばしば批判されているが、実務においては、これを歓迎される援助とし

て、すなわち真正な詐欺事犯の訴追のための捕捉構成要件(Aufgreifstatbestand)として理解する見解が圧倒的に多い。つまり、ここでは有罪判決はしばしば一般的な詐欺構成要件(刑法263条)から生じる。それゆえに、実務における新構成要件の意義を考慮に入れると、有罪判決に関する統計的報告には意味が無い。新しい構成要件の実効性や意義がいかにして測定されるかは概して疑わしいものであり、刑事手続や刑事判決の頻度数が難問の解答でありえないことは明白である。新しいドイツ**破産刑法**(刑法283条以下)の構成要件要素は内容からいってまったく妥当である。

2. 環境刑法の再編成

第一次経済犯罪防止法の次には、**環境刑法**の再編成が強調に値する。1980年3月28日の第18次刑法改正法は、刑法324条以下によって、特別な犯罪構成要件の固有の章を刑法典に導入した。これらの諸構成要件は、被害を受ける媒体に応じて、実行行為と法益を細分化し、ほとんど例外なく環境(行政)法を参照するように指示する。このような行政法との関連と附属刑法からの諸構成要件の引き離しが、今までに実務において、特別な困難を引き起こしたことはない。

3. 会社刑法と決算刑法の改正

刑法典の外部では、つまり、いわゆる附属刑法においては、とりわけ1980年7月4日の有限会社法改正法による有限会社刑法の新形成と1985年12月19日の決算要綱法による決算刑法の統一化に言及されなければならない。

4. 第二次経済犯罪防止法の前史と目標設定

1976年9月1日における**第一次経済犯罪防止法**の施行後、1986年に**第二次経済犯罪防止法**もまた立法者によって可決されるまでに、ほぼ10年が経過した。この法律は1986年8月1日に施行された。以下の論述(II.)は新たな構成要件の最初の概観を与えるものである。このた

めには、若干の批判的な前置きが必要である。

a) 第二次経済犯罪防止法の前史からは、とりわけ**競争法の犯罪化**をめぐる議論が取り上げられるに値する。第二次経済犯罪防止法の政府草案においては、経済犯罪防止対策専門家委員会の勧告に反して、最終的に競争制限的な協定と経済的な権力的地位の濫用を刑事罰の下に置くことが断念された。少なくとも**入札談合**の場合には、詐欺構成要件と直接的に近接する当罰的な不法が問題であることについて、刑法関係の文献においては、十分に一致しているのであるから、上のような経過は注目するに値する。ドイツ改正立法者が入札談合の特殊犯罪構成要件の導入を断念したことを合理的に理解することは困難である。

b) さらに、部分的に**最高裁判例の誤った解釈**にのみその理由を見いだすような特殊犯罪構成要件が立法過程において第二次経済犯罪防止法に付け加わったことが目に付く。(権限のあるカード所持者による)小切手カードないしクレジット・カードの濫用の事例は、文献において支持された見解によれば、すでに背任(刑法266条)の一般的構成要件によって捕捉される。それにもかかわらず、それとは反対の**BGH**の意見が改正立法者を動かして当該の新たな特殊犯罪構成要件を創設させた。しかしながら、新規定には、小切手カードの濫用とクレジット・カードの濫用との同等の取り扱いを確実にするという長所がある。**BGH**は前者を可罰的な詐欺とみなし、後者を不可罰とみなしていた。

c) **経済刑法の新たな体系化**に関する問題と、それとともに、伝統的な財産刑法に対する経済刑法の関係という問題がしばしば提出されてきたのであるが、ドイツの改正立法者は従来よりこのような問題に対する解答を試みることなく、意識的に未解決のままにしておいた。かくして、1986年8月1日以来効力を有しているドイツ刑法典の規定は、今後も、応急的に詐欺構成要件と背任構成要件に結び付けられた特殊規定によって増補され、混乱させられた伝統的な財産刑法の古典的な姿を認識させる。刑法典

の新たな犯罪構成要件の**保護法益**の場合には、もっぱらに一人ひとりの個人の財産だけが問題であるわけではないという事柄は、いずれにせよ、ドイツ刑法学説による有力な判断に相応するといつてよい。抽象的危険犯としての構成が大規模な批判を呼び起こしたのであるが、ここではほぼ例外なくそのような構成が結果として明らかになるのは、ただ個人の財産との関連においてのみである。今日の経済秩序においては、たとえば信用取引や資本市場等が機能することにおける利益というような陪臣格に下げられた中間的法益が経済法においては久しい以前から認められた正当な場を有するということが、われわれによってすでに繰り返し強調された。刑法264条3項新规定の軽率性条項が財産犯罪の故意犯への限定を初めて侵害するものとして絶えず繰り返して批判されるとしても、**BGHSt 15,104ff.**による破産刑法における**過失処罰**の歴史的発展の詳細な叙述にてらして考えれば、このような批判は納得のゆくものではない。

したがって、ドイツ刑法典は、経済刑法の新しい有意義な体系化に関する問題ないし伝統的な財産犯罪構成要件と経済刑法の関係という問題に対する解答を提供しない。それを提供するのには、1977年に公刊された**刑法典対案**(各則: 経済に対する犯罪)のみである。しかし、比較的近い将来に関しては、ドイツの改正立法者が「経済に対する犯罪」の新たな体系を創造するという見込みはわずかにしか存しない。

II. 第二次経済犯罪防止法の内容、 欠点と将来的展望

第二次経済犯罪防止法による多くの新しい犯罪構成要件の導入は、**新たな技術的・経済的発展**をきっかけとするものである。

1. コンピュータ犯罪の規制

コンピュータ犯罪を捕捉するための新たな諸構成要件がジャーナリズムの関心の中心となっている。議会の公聴会において、とくに**ズィー**

バーが、政府草案の諸提案がコンピュータ技術の現在の状態にあまりにも緊密に依存しているものであり、そのため早々と時代遅れになり、また、とくに新たに知られた濫用を捕捉することができないことに注意を向けさせてからというもの、立法手続はそれらの正当な形成をかなりに引き延ばした。このようなズーパーの提案は、包括的な比較法的再検討と草案の補充をもたらした。もっとも、いわゆるハッキングによる単なるコンピュータシステムへの侵入は、それがサボタージュ行為やスパイ行為にならない限り、今後とも不可罰であるにとどまる。

a) 刑法263条 a 新規定—コンピュータ詐欺
コンピュータ詐欺 (263条 a 新規定) の中心的新構成要件は、コンピュータの確定された使用が具体的な人間の決断過程に取って代わったような事例にまで、不正操作された財産処分に対する刑法的保護を拡大する。そのようなコンピュータ詐欺行為への刑法的財産保護の拡張は、それによって惹き起こされた重大な損害にてらして考えるだけでも、刑事政策的に適切であると思われる。

従来法には、争う余地の無い可罰性の間隙があった。詐欺 (刑法263条) の古典的な構成要件は、人間が欺罔され、錯誤のために不利な財産処分を行なう場合にのみ充足される。したがって、データ処理にとって重大なデータが、その他の人々によるそれ以上の管理を受けないで、行為者によって直接的にデータ処理装置に投入されるような事例においては、詐欺の非難は問題にならない。

以前の法によれば、コンピュータ不正操作の可罰性は、事件の展開の偶然性に、つまり行為者が中間に挿入された自然人を不正操作との関係において欺罔し、財産処分へと動機づけるか否かということに依存した。刑法263条 a 新規定は、一般の詐欺構成要件に緊密に依存し、データ処理装置の使用の場合には、欺罔行為と錯誤惹起のメルクマルならびに財産処分のメルクマルを具体的な人間の思考と行為に取って代わるメルクマルに置き換える構成要件規定

により、このような処罰の間隙を取り除く。それとともに、犯罪構成要件の適用領域はデータ処理過程の結果が直接的に財産上の損害を惹き起こす事例に制限される。

b) 刑法269条新規定—証拠として重要なデータの偽造

法的に重要であるが、可視的ではなく、また少なくとも直接的に可読的ではなく、電磁的に貯蔵されたデータが、一文書とまったく同様に一法的取引における証拠となるように定められているのであり、法的取引における欺罔のために使用されるのにかかわらず、これらのデータが、視覚的な認識可能性を欠くために、刑法上、刑法267条の文書概念によっては捕らえられない、ということに存する可罰性の間隙は、このような新しい構成要件の助けによって閉じられた。

c) 刑法303条 a 新規定—データの改変

303条の補充として、このような新しい犯罪構成要件により、データとして表示された情報が、毀損やその使用可能性の除去から保護されることになる。

d) 刑法303条 b 新規定—コンピュータサボタージュ

このような新しい特別構成要件によって、故意によるデータ伝送の破壊、コンピュータハードウェアの誤操作、および経済・行政におけるデータ処理過程へのその他の侵害が捕捉されることになる。

e) 刑法202条 a 新規定—データの探知

303条 a、303条 b と同様に連邦議会の法務委員会によって初めて挿入された新しい刑罰規定は、特別に保護されていて、行為者に提供されることにはなっていないデータの無権限の入手を刑罰の下に置く。かくして、たとえばデータ伝送システムの無権限の傍受や聞き出しによるスパイ行為、あるいは他人の利用者口座を不正に利用し、公共の電話回線網を通じてなされる他人のデータバンクへの無権限の手出しによるスパイ行為から、包括的な方法で、情報 (データ) が保護されることになる。

2. 現金を用いない支払取引の刑法上の保護

支払取引の保護のための新しい諸構成要件も、同様に、新たな技術的・経済的發展に関連している。

a) 刑法152条 a 新規定 —ユーロチェックおよびユーロチェック・カード用紙の偽造

この規定は、ユーロチェックおよびユーロチェック・カード用紙の偽造を刑罰の下に置き、そうすることによって、そのような偽造に対し、すでに文書偽造および詐欺の予備段階において刑法上の措置を講じる可能性を生み出す。

従来法によれば、虚偽のユーロチェック用紙の単なる作成は、文書偽造の既遂としては可罰的でなかったものであり、また—いづれにせよ具体的な販売計画がなく、印刷が完了していない場合には—その未遂としても可罰的でなかった。しかしユーロチェック用紙が特別な装丁や統一性をもち、支払手段として流通するという理由から、その偽造は、場合によっては、通貨偽造と類似した作用を惹き起こしうる。意識的に虚偽の用紙を使用して署名されたユーロチェックを支払手段として、または現金化のために、真正なものとしてさらに他の人に交付するような者に対して、文書偽造ないし詐欺のかどで刑法上の措置を講じる可能性は十分には存しない。立法者の見解によれば、ここでは、刑法的介入があまりにも遅すぎず。

b) 刑法266条 b 新規定 —小切手カードおよびクレジット・カードの濫用

この刑罰規定は、三当事者システムにおける小切手カードおよびクレジット・カードの濫用を捕捉する。一方で、クレジット会社ないしカード発行者が自己の小切手を現金化し、または自己の勘定を支払わなければならないことを、また他方で、自分自身が—たとえば財産喪失のため—このような立替金を返済する状態にはなくなることをカード所持者が知っているにもかかわらず、彼がカードを使用して商品を購入し、サービスの提供を求めること等が考えられる。このような方法で惹き起こされるクレジット

ト会社ないしカード発行者への財産的加害が処罰されるが、その最新の立法史の概観はすでに I—4—b においてなされた。BGH は、1985年6月13日の判決 (BGHSt 33,244) において、この種のクレジット・カードの濫用的な使用は背任や詐欺の構成要件を充足しないことを確定した。BGH の見解によれば、加盟店に対するクレジット・カードの呈示の際には—クレジット会社との契約により—単にカードの有効性の問題、人物の同一性、ならびに停止リストに記載されていないことだけが重要であるから、いづれにせよ詐欺の既遂の構成要件は問題外である。なぜならば、すでにこのような形式的な条件の審査が、調査不履行の危険から加盟店を解放することになるからである。したがって、加盟店は、クレジット・カード所持者の支払能力やクレジット会社に対する債務を履行するという彼の意思の表象をもっていないのであり、その点に関して錯誤の状態にはない。もっとも、BGH は、1972年6月26日の判決 (BGHSt 24,386) の確認のもとで、(権限のある) カード所持者による小切手カードの濫用は刑法263条の詐欺を意味することに言及した。すなわち、BGH の見解によれば、この場合に、小切手カードを用いない支払無担保の小切手の呈示との違いはない。したがって、支払無担保の小切手の振出人は、小切手の受取人に対し、小切手カードが同時に呈示される場合にも、信憑性のある行為により、実際には存在しない担保があるかのように偽る。保証の表示があるにもかかわらず、小切手が担保されているか否かは、小切手受取人にはどうでもよいということはあるえない。なぜならば、振出人の支払能力の欠如を小切手受取人が他の方法で熟知しているならば、彼は小切手カード発行者に対して保証の表示を証拠として引き合いに出すことに成功しえないであろうと思われるからである。したがって、BGH の見解によれば、欺罔が小切手の担保に関する錯誤を惹き起こす。これに対して、BGH の意見によれば、背任の構成要件 (刑法266条) は、クレジット・カードの濫用の場合にも、小切手

カードの濫用の場合にも充足されない。なぜならば、BGHSt 24,386 以来、濫用構成要件に関しても（不当にも）要求された財産管理義務が、両事例において欠如しているからである。

小切手カードとクレジット・カードの使用の際の、このようなあまり納得のゆかない不一致を266条bが除去しようとするのであるが、その場合、新しい刑罰規定の**刑事政策上の正当性は大きな損害の可能性を付加的な根拠とすることが**できる。

3. 投資詐欺と取引所刑法

さらに、**投資詐欺**（刑法264条a新規定）の新しい犯罪構成要件が、第一次経済犯罪防止法によって導入された信用詐欺（265条b）の構成要件に対する重要な補充をなし、また不正競争防止法4条の不完全な改正を部分的に補足する。財産上の損害が発生し、それが立証される場合には、詐欺的な投資の提供者ないし仲介者がとうの昔に外国に逃亡してしまっているような場合には、一それ自体は法的にあらゆる点で十分な一般的な詐欺構成要件の保護が事実上あまりにも遅すぎる、ということから、新規定は出発する。立法者の見解によれば、欺罔的な報告により他人が投資をするように仕向けるという未遂をすでにその段階で処罰することは、その他に、単に個人的な財産のみならず、同時に**資本市場への信頼をも保護する**ということである。

a) 刑法264条a新規定—投資詐欺

この新しい規定は、詐欺の前段階における危殆化構成要件として現れ、投資の販売の際の一定の不正操作と欺罔的な報告を刑罰の下に置く。そのような投資取引における策略は、多数の投資対象のための宣伝との関連で国内外に蔓延している。

取得の決定をするために重要である事情に関して、不実の報告を手段とするか、あるいは不利益な事実を黙秘することによって行なわれる**投資のための宣伝は**、刑法263条では実務上十分には防止されえない。また不正競争防止法4

条は、この分野には十分ではない。なぜならば、それは一定の事情に関して**単に投資者に情報を伝えないことを**捕捉しないからである。

b) 取引所法89条—投機取引への誘引

刑法典の外部で、取引所法89条の新規定により、新たな刑罰的保護が補充されるが、それは、被誘引者の未経験を利用することによる営業上の**投機取引への誘引**を刑罰の下に置くものである。

相場詐欺（取引所法88条）の構成要件も、新たに規定し直された。その場合、とりわけ、構成要件の**有用性**を高めるため、従来は主観的要件であった**利得の意思**が削除された。

4. 累進的顧客募集

同様に刑法典の外部で、不正競争防止法の新たな6条cが、いわゆる累進的顧客募集、すなわちマルチ商法による無暴な販売・宣伝システムを禁止することになる。なぜならば、この種の市場狭窄という不可避の帰結をとまなう射倖的なシステムの危険を素人は典型的に誤って判断するからである。刑事司法の経験によれば、刑法263条、286条2項、不正競争防止法4条による刑罰的保護は、ここでは十分でない。

5. 労働報酬の着服

最後に、労働報酬の不当留置および着服の構成要件、つまり雇用者による**社会保険のための従業者分担金の不払い**も、刑法典の内部における実務上重要な新規定である。刑法266条a新規定は、このような雇用者の背任に類似した行為について二つのグループの事例を捕捉する。すなわち1項は、社会保険のための分担金または連邦労働庁への分担金のいわゆる不当留置に関する、従来はいくつかの社会法の中に含まれていた刑罰規定に取って代わり、これらの規定を統一する。これらの刑罰規定は、すでに過去においても重要な意義をもっていた。これに対して、2項は、現行法を一新したことを意味する。これによって刑法上の間隙が閉じられることとなるのであり、今後は、雇用者が従業者の

ために第三者に支払わなければならない労働報酬の一部をこの者に支払わず、そして従業者にそのことを知らせないような事例が、刑法上捕捉されることになる。実務は、後者のグループについては、事実上の可罰性の間隙、それどころか法律上の可罰性の間隙が存在することを嘆いていた。

Ⅲ. 経済刑法の将来の改正

締めくくりとしての、経済刑法の領域における今後の法律改正に関する問いには、比較的速やかに答えられる。

1. **精神的所有権保護**の改善が、将来の刑法上の改正計画の中心になっている。すでに第二次経済犯罪防止法が、**不正競争防止法17条の新規定**をもたらしたのであり、その際、とりわけ、2項において、営業秘密や企業秘密の無権限の入手、つまりいわゆる**産業スパイ**を刑罰の下に置いた。さらに第二次経済犯罪防止法の法律草案の審議を通じて、1985年に実現された**著作権(刑法)**の改正が呼び起こされ、そこでは、コンピュータプログラムが著作権法上の保護を受ける資格をもつことが明確化され、また著作権法において保護された作品の営業上の不正な複製および頒布という新しい構成要件が設けら

れた。とくに、蔓延している**ブランドないし製品の海賊行為**のより十分な防止対策のために、商標法の領域における改善を続行することが、連邦政府によって計画されている。1876年の意匠法の新規定のための草案が1986年1月29日に政府によって決定されている。コンピュータ・チップを著作権法上の保護の下に置くことに関する、ヨーロッパ共同体のレベルでの考察が、1985年12月23日のEC委員会の要綱提案によって前進させられ、もうまもなく、できるだけ広範囲に及ぶ法的統一化という意味において国内的に法律形式へと移し換えられるということである。

2. **SDI 協定**との関連において、ことによると、**輸出禁止刑法**の強化、つまり非合法の技術移転に対する一層厳しい刑法上の防止対策が実施されることも予想されうる。そのような対外経済刑法の将来の改正に際して十分明確に構成要件を限定することの困難さは明々白々である。

3. 最後に、間近に迫っている倒産法改正が一たとえば**債務超過概念**に関して**一破産刑法**の細目を改めて再検討することを強いるものと考えられうる。

(1987年9月25日受理)