

講 演

日本における企業のコンプライアンス・ プログラムと刑事制裁

甲斐克則

1 序

(1) 出発点としての企業アンケート調査

日本における企業のコンプライアンス・プログラムと刑事制裁について論じる前に、私に関わったこれまでのプロジェクト研究の経緯を述べておきたい。なぜなら、本稿の内容も、もとはと言えば、このプロジェクト研究から生まれたものだからである。

まず、2003年に文部科学省により採択された早稲田大学21世紀 COE (Center of Excellence) プログラム「企業社会の変容と法システムの創造」に基づき、《企業法制と法創造》総合研究所(上村達男所長)が創設され、その中の刑事法部門として、「企業と市場に係る刑事法制研究グループ」の活動が始まった。その一環として、2004年10月に、内閣府経済社会総合研究所と連携し、財団法人商事法務の助力を得ながら、企業へのアンケート調査を実施した。「企業の社会的責任・コンプライアンス等に関するアンケート調査」というアンケート題目で、上場企業約3,100社のうち942社から回答を得た。世界でもはじめての調査であったが、かなりの回収率であった。そして、2004年11月には、上記アンケート分析を踏まえ、国内シンポジウム「COE シンポジウム：企業の社会的責任——新たな法システムの構築を求めて——」を実施した。これは、刑事法学者と企業法務関係者をパネリストとして率直な意見交換を行い、相当に盛り上がった内容

で、真摯な討論が行われた。さらに、2004年12月には、アンケートに協力していただいた企業のうち、12社を選定して、訪問インタビュー調査も実施した⁽¹⁾。

(2) 企業犯罪国際シンポジウムと各国調査

つぎに、2005年10月には、上記調査・研究を踏まえて、企業犯罪国際シンポジウム「企業の法的責任とコンプライアンス・プログラム」を開催した。この国際シンポジウムには、ドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長ウルリッヒ・ズイーバー（Ulrich Sieber）教授ほか、ドイツの企業関係者、アメリカ合衆国弁護士等をお招きし、日本側の専門家である刑事法学者や企業法務関係者とパネル・ディスカッションを行った。このシンポジウムでは、コンプライアンス・プログラムの本場であるアメリカの状況を聞きながら、また、日本と同様、アメリカの影響を受け始めたドイツの動向も聞きながら、コンプライアンス・プログラムと刑事規制のあり方について真摯な討論を行い、ある程度の方向性が見えてきた。

さらに、2006年9月から約半年間、早稲田大学と内閣府経済社会総合研究所との共同研究「諸外国における高質な経済設計のための法的規制と企業コンプライアンスの状況に関する調査研究」（代表：甲斐克則）を行った。これは、国際調査研究プロジェクトであり、アメリカ、イギリス、ドイツ、EU、フランス、イタリア、オランダ、デンマーク、スウェーデン、オーストラリアにおける企業犯罪およびコンプライアンス・プログラムないしコーポレート・ガバナンスと刑事規制について調査したものであり、実に有益な成果が得られた⁽²⁾。

-
- (1) これらの研究成果については、田口守一・甲斐克則・今井猛嘉・白石賢編著『企業犯罪とコンプライアンス・プログラム』（2006年・商事法務）として刊行され、高い評価を得た。
 - (2) その研究成果として、先の国際シンポジウムも含め、甲斐克則・田口守一編『企業活動と刑事規制の国際動向』（2008年・信山社）が公刊され、これも高い評価を得た。

なお、国内法の研究を含め、刑事法グループ全体のグローバル COE の研究成果もまとめられ⁽³⁾、これによって、われわれの 5 年間のプロジェクト研究の一応の総括ができた、と考えている。

(3) その後の各国調査

さて、2008 年以降は、早稲田大学グローバル COE「成熟市民社会型企業法制の創造」の中の刑事法グループで新たに調査・研究プロジェクトを立ち上げた。大きくは、国内法制研究グループと海外調査研究グループに分かれて研究活動を行った。ここでは、海外調査について少し述べておこう。

先にわれわれが実施したコンプライアンスに関する国内調査は、海外でも関心を持たれた。特にドイツのマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長ウルリッヒ・ズイーバー教授も強い関心を示され、2008 年 11 月に私がフライブルクの同研究所を訪問し、さらに 2009 年 3 月には、同研究所のズイーバー教授のほか、ハンス・ゲオルク・コッホ博士、マルク・エンゲルハルト博士が早稲田大学に來られてドイツでの調査に関して意見交換するなど、何度かの交渉の後、ドイツを含めたいくつかの国のコンプライアンス体制と刑事規制について調査をし、比較研究を行うという協力体制ができあがった。また、イタリアについても、田口守一教授（現・名誉教授）のお世話で、ローマ第 3 大学のマウロ・カテナッティ（Mauro Catenacci）教授が中心となって調査を行った。

そして、最近、著しい経済成長を遂げている中国も、企業の社会的責任ないしコンプライアンス・プログラムと刑事規制の問題に大きな関心を持ち、内閣府経済社会総合研究所の後援を得て、早稲田大学と中国社会科学院との共同研究の一環として、われわれが作成した質問票を中国の状況に合わせて若干修正したうえで、中国社会科学院アジア法研究センターの田

(3) その研究成果として、甲斐克則編『企業活動と刑事規制』（2008 年・日本評論社）が公刊された。

禾教授が中心となり、はじめての大規模な企業調査を実施した。2009年11月に私が北京の中国社会科学院を訪問して、その実態を含めて調査の成果を確認したが、世界が注目する中国企業の動向だけに、実に有意義な調査がなされた。また、イギリス、アメリカ、およびオーストラリアについても、実態報告が行われ、その比較分析・検討の成果が公刊された⁽⁴⁾。

さらに、私自身、最近、これまでの研究成果を『企業犯罪と刑事コンプライアンス——「企業刑法」構築に向けて——』と題する著書にまとめて公刊した⁽⁵⁾。以上の動向と研究成果を踏まえて、以下では、日本における企業のコンプライアンス・プログラムと刑事制裁について、刑法理論的意義と実践的意義を中心に述べてみたいと思う。

2 日本におけるコンプライアンス・プログラムと刑事規制

(1) コーポレート・ガバナンスと刑事規制

日本におけるコーポレート・ガバナンスの意識が企業において高まったのは、21世紀に入ってからであり、とりわけ2003年以降にそれが顕著である。その理由は、企業活動に伴う不祥事、とりわけ企業犯罪が生じた場合、社会に大きな不安を与え、場合によっては国民の生命・健康・財産に具体的な被害を及ぼすことがあるほか、市場経済にも大きな影響を与えることがあることを身をもって体験したからにほかならない。国内外を問わず、総じて、企業の急成長に内部統制システムが追いつかない場合や既存の企業の古い体質が市場システムに追いつかなかつたりする場合に不祥事が生じる傾向にある。

(4) 甲斐克則・田口守一編『刑事コンプライアンスの国際動向』(2015年・信山社)が公刊され、これも高い評価を得た。

(5) 甲斐克則『企業犯罪と刑事コンプライアンス——「企業刑法」構築に向けて——』(2018年・成文堂)参照。

コーポレート・ガバナンスは、法律、とりわけ刑事規制のみで実現できるものではない。結論からいうと、ハードローとソフトローの組合せのモデルが妥当である。

ところで、商法の大改正で2005年に誕生した会社法348条3項は、企業の内部統制システムの整備、すなわち、「取締役の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制その他株式会社の業務の適正を確保するために必要なものとして法務省令で定める体制の整備」を取締役に義務づけた。具体的には、会社法施行規則98条1項により、①取締役の職務の執行に係る情報の保存及び管理に関する体制、②損失の危険の管理に関する規程その他の体制、③取締役の職務の執行が効率的に行われることを確保するための体制、④使用人の職務の執行が法令及び定款に適合することを確保するための体制、⑤当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制、の整備ということになる。これにより、日本でも、コーポレート・ガバナンスは、着実に社会において定着するようになった。

しかし、これを真に実現するには、その周辺の様々な規制の整備と実効性の確保が不可欠である。特に、法令違反の典型である犯罪対策として、ハードローとしての、企業犯罪への刑事法的介入の意義が問われなければならない。刑法上、法人の犯罪能力を一般に肯定するか否かという大問題があり、現行の日本刑法は、個人処罰の原則を堅持しているため、両罰規定を除けば、法人の犯罪能力を否定する立場を採っているが、中国の単位犯罪（中国刑法30条）をはじめ、フランス、イギリス、オランダ、デンマーク等、これを肯定する国も多いし、最近では日本の学説上も肯定説が増えつつある。しかし、現行法の解釈論では、せいぜい企業幹部の刑事責任を、特別背任罪（会社法960-962条）、場合によっては共犯論ないし監督過失論を駆使して個人的に責任追及するのが限界であるし、あるいは各種行政罰法規に規定された両罰規定（従業員の犯罪行為があった場合に事業主または法人が処罰される規定）を適用するのが限界である。それ以上の枠組

みは立法論の課題となるが、刑事法的介入の意義と限界は、刑法の基本原則である行為主義・罪刑法定主義・責任主義と法益保護の調和の中で模索される必要がある。私個人の見解としては、法人の犯罪能力を一般に肯定して立法化を図る前に、現行法的一端を担う両罰規定の意義を再確認し、不十分な点について修正を加える方向を目指すべきではないか、と考える。

(2) 行政刑法の役割

そこで、つぎに、行政刑法として機能することが期待されるのが、独占禁止法および金融商品取引法を中心とした規制システムである。

独占禁止法は、「公正な取引」の確保を目指し、公正取引委員会がそのための各種規制・指導を行っているが、近年、談合やカルテル違反の対策として課徴金が引き上げられた。また、いわゆるリーニエンシー制度（課徴金減免制度）も併せて導入された⁽⁶⁾。その結果、課徴金は、厳密な意味で刑罰ではない点で、行政規制の新たな方策として、その運用に注目が集まっている。さらに、公正取引委員会の権限強化も重要な点である。とりわけ「談合体質」があるといわれ続けた日本において、その根本的対策をさらに模索する必要があるが、かなり改善されつつあるように思われる。

他方、1948年に制定され運用されてきた証券取引法は、西武鉄道事件、カネボウ事件、ライブドア事件、村上ファンド事件等の一連の大規模な有価証券虚偽記載事件ないし粉飾決算事件を契機に、2006年6月の「証券取引法等の一部を改正する法律」により、「金融商品取引法」という新法に変更され、2007年の夏から施行されている。同法は、罰則を強化し、公開買付・大量保有報告制度の改正、有価証券報告書の記載内容に係る確認書・内部統制報告書制度、四半期報告書、証券取引所の独立性の強化等を

(6) 詳細については、原田和往「課徴金減免制度の法的性格」田口・甲斐ほか編・前掲注(1)292頁以下、田口守一ほか「〈特集〉企業犯罪に対する手続法的対応」刑事法ジャーナル58号(2018年)参照。

盛り込んだ、まさに日本版 SOX 法ともいわれている⁽⁷⁾。しかし、情報開示の強化は妥当だとしても、同法の罰則強化（重要事項についての虚偽記載の有価証券届出書提出に対して10年以下の懲役、1000万円以下の罰金、またはその併科（197条1項1号）、発行者の代表者等による法人の財産または業務に関する虚偽記載に対して両罰規定により10億円以下の罰金（207条））については、抑止力を期待するのが大方の見解であるが、「すでに犯罪に手を染めた者に対しては、犯罪を中止するインセンティブを与えることができず、かえって隠蔽工作に追い込んでしまうことが危惧され」との商法学者見解もあった⁽⁸⁾。さらに、インサイダー取引（5年以下の懲役、500万円以下の罰金、またはその併科（197条の2）、法人の財産に関して取引が行われたときは、法人に対して5億円以下の罰金（207条））を含め、違反行為の程度や態様に応じた課徴金制度も導入され、全体として制裁が著しく強化されている。しかし、過度な制裁が、市場システム全体に対して有効に機能するかは、慎重に見守る必要がある。むしろ、その防止のための有効な監視システムこそが重要ではないか、と思われる。そのためには、証券取引等監視委員会の権限（210条以下）を公正取引委員会と同等にする方向が妥当なように思われる。

（3）コンプライアンス・プログラムと刑事規制

さらに、コーポレート・ガバナンスとの関係で近年クローズアップされているコンプライアンス・プログラムについて述べることにしたい。

まず、コンプライアンス・プログラムの法的意義を確認しておく必要がある。21世紀に入り、日本の社会構造は、ある種の転換期を迎えている。それは、行政組織、大学、病院、企業、スポーツ界等々、様々な領域で見

（7） 黒沼悦郎『金融商品取引法入門』（2006年・日経新書）19頁参照（同書は、現在第7版（2018年）である）。なお、同『金融商品取引法（第2版）』（2020年・有斐閣）参照。

（8） 黒沼・前掲注（7）『金融商品取引法入門』51頁。

られる。これを単純な図式で割り切るには躊躇を覚えるが、敢えていえば、「透明性の高い公平なルールに基づいた責任ある社会構造」の構築へと向かって行っているように思われる。とりわけ大企業の構造変革は、欧米の企業との競争の中で、グローバルな、そしてトランス・ナショナル(trans-national)な活動規模であればあるほど、その方向へ向かわざるをえないであろう。このような潮流の中で、日本の企業構造も、かつてのいわば「家父長的企業体質」から「透明性の高い公平なルールに基づいた責任ある企業体質」へと転換を迫られている、といえよう。今日、コンプライアンス・プログラムないし企業の社会的責任(CSR)の必要性が叫ばれているのも、必然的な流れといえる。しかし、そもそもコンプライアンス・プログラムないしCSRの内容ないし法的位置づけは、どのように理解すればよいのであろうか。それは、どのような法的効果をもたらすのであろうか。これは、刑事法的視点からも、座視できないものを多分に含んでいるように思われる。

コンプライアンス・プログラムの問題に造詣の深い専門家によれば、通常単に「法令遵守」と訳されがちだが、そうではなく、「コンプライアンスの中心にあるのは、組織的な対応手法であり、「企業社会で求められているコンプライアンスとは、組織として自主的に対応するものなのであって、個人的な課題とか、個人の哲学として位置づけられるものではない」という。また、「法令だけを遵守するという意味で理解しては、コンプライアンスがきわめて不十分なものになるだけでなく、本当の意味での法令の遵守さえ達成できなくなってしまうからである。法令のことしか目に入らないと、形式的な辻褃合わせをしようとしたり、法令の本来の目的に沿った行動をとらなかったり、脱法的な行為をしたり、さらには、発覚さえしなければよいのだろうといった考え方に陥ることもある」。要するに、法令のみならず企業倫理、各種社内規定やガイドライン等もコンプライアンスの対象として含まれるという⁽⁹⁾。確かに、法律が完璧なものではありえない以上、倫理規範の最小限度のものが法規範だとすれば、形式的

な法令遵守だけを問題にしたのでは、コンプライアンス・プログラムの趣旨は没却されるであろう。結局は、ルールをどのように運用していくかが重要であると思われる。刑事法的観点からこの問題を考える際にも、この点を念頭に置く必要がある。しかし、刑事法的観点からは、侵害（危害）原理（harm principle）が重要であり、また、何よりも行為主義、罪刑法定主義、責任主義といった基本原理が前提となるのであって、単なる形式的ルール違反を処罰するわけにはいかない点にも留意する必要がある⁽¹⁰⁾。

問題は、コンプライアンス・プログラムの刑法的意義の正確な位置づけにある。コンプライアンス・プログラムと法人の刑事責任との関係については、①「相当の注意」の抗弁とコンプライアンス・プログラムの関係、②代位責任の成立要件とコンプライアンス・プログラムの関係、③起訴裁量・量刑とコンプライアンス・プログラムの関係、④民事責任とコンプライアンス・プログラムの関係、に分類されるという⁽¹¹⁾。アメリカ法と日本法では法体系は異なるが、これを手がかりにして、刑事法の観点から主として「相当の注意」の抗弁と起訴裁量・量刑に焦点を当ててコンプライアンス・プログラムの刑法的意義を探求してみよう。

第1に、「相当の注意」の抗弁について。アメリカでも賛否両論があるように、コンプライアンス・プログラムがこのような抗弁になるであろうか。われわれの一連の調査を通して、コンプライアンス・プログラムに対して先進的取組みをしている企業とそうでない企業との格差があることが判明した。それは、大企業と中小企業とで、あるいは業種間でも見られた。あるいは、大企業であっても、形ばかりのコンプライアンス・プログラムを作って自己満足しているところもある。他方で、インタビュー調査に行ったある企業では、実に入念なコンプライアンス・プログラムを作っ

(9) 浜辺陽一郎『コンプライアンスの考え方』（2005年・日経文庫）5-6頁。

(10) 甲斐・前掲注（5）103頁および131頁参照。なお、甲斐克則『責任原理と過失犯論〔増補版〕』（2019年・成文堂）85-91頁も参照。

(11) 川崎友巳『企業の刑事責任』（2004年・成文堂）265頁以下参照。

て、かつ会社をあげてそれを実践しているところがあった。とりわけ、海外の企業との取引が頻繁な企業ほどコンプライアンス・プログラムの重要性を認識している傾向が看取された。そのような企業では、コンプライアンス・プログラムが実際に機能するようにモニタリング・システムを導入している点に注目したい。また、これらのシステムを稼動させるには、トップの意識改革を期待する声が企業関係者から強く聞かれたのも、特筆に値する。

いずれにせよ、このようなばらつきがある状況下では、コンプライアンス・プログラムにただちに「相当の注意」の抗弁という法的意義を付与することは困難である。しかし、これが真に定着していけば、とりわけ過失犯における注意義務の標準の議論や両罰規定における選任・監督義務の議論に影響を及ぼすであろう。

(4) コンプライアンス・プログラムの3段階

したがって、今後の問題は、どのようなコンプライアンス・プログラムが定着するか、である。私は、コンプライアンス・プログラムを3段階に分けることができる、と考えている⁽¹²⁾。

まず第1に、業種を問わず、いかなる企業においても遵守すべきコンプライアンス・プログラムの共通項が存在するものと思われる。刑法典に規定された違反行為はもちろん、独占禁止法に抵触する談合や金融商品取引法に抵触するインサイダー取引や粉飾決算等、明らかに犯罪行為となりうるものは、その最たるものである。また、必ずしも犯罪行為とはいえないが、厳格な行政規制の対象となっているもの、あるいは明白に民法上の不法行為とされているものも、それに含まれるであろう。さらに、その周辺の企業活動についてコンプライアンス・プログラムを「予防」という観点から重視すればするほど、詳細なものにならざるをえないが、その場合、

(12) 甲斐・前掲注(5) 133頁以下および159頁以下参照。

新たな共通枠組みを設けることは、業種なり企業の規模によって困難を伴うことが予想される。

そこで、第2に、業種（場合によっては企業の規模）の特殊事情を考慮して、枝葉を付けて柔軟性を持たせたコンプライアンス・プログラムの方向が考えられる。例えば、製造業でも、国民の健康に深く関わる医薬品製造企業（薬害エイズ事件や肝炎事件を想起されたい）だとか健康ないし食品製造企業（一連の食品偽装事件を想起されたい。）の場合とそうでない企業とでは、多少の差異がありうるであろうし、言論・出版・放送等の企業には、言論・表現の自由との関係で独自のものが成り立ちうるかもしれない。また、例えば、金融・証券・保険関係の企業にも、最近の金融危機を契機として独自のものが成り立ちうるかもしれない。さらに、例えば、いわゆるベンチャー企業の中には、ある種の冒険的要因を抜きにしては活動しえないものもあるかもしれない。しかも、その行為が従来の法的枠組みでは明確に捉えきれない場合に、特にこのことが考えられる。また他方で、トランス・ナショナル（trans-national）な企業活動の国際化ないしグローバル化の波の中で、国際的視点を抜きにしてコンプライアンス・プログラムを考えるわけにはいかないであろう。もっとも、取引相手が国内に限定される場合、とりわけそのことが考慮される必要があるかもしれない。しかし、その場合でも、「日本の企業風土に合うコンプライアンス・プログラムの樹立は可能か」、という問題設定をする際に、注意すべき点がある。すなわち、この問題設定は必ずしも誤りではないが、「日本の企業風土」の中に何を盛り込むべきか、という点に注意を払う必要がある。なぜなら、日本の一部でしか通用しないものを誇張して「日本の企業風土」論を持ち込むと、コンプライアンス・プログラムの本質を歪曲する懸念もあるからである。もちろん、この点に、過剰な配慮をする必要はないであろう。したがって、コンプライアンス・プログラムの中にぎりぎり取り込むことのできる「日本の企業風土」とは何かを抽出する作業が必要であると思われる。

第3に、以上の点を踏まえたうえで、さらにきめ細かく企業内で独自にルールを盛り込んでコンプライアンス・プログラムを作る方策もありうる。それは、社風とか社訓、あるいは企業倫理とでもいうべきもので、顧客に対する従業員の礼儀・作法というもののまで含むものもあるかもしれない。しかし、それはもはや、法的枠組みの外にあるものといえる。

いずれにせよ、以上の3段階で考えておけば、内容のある「魂の入ったコンプライアンス・プログラム」になる可能性がかなりあるように思われる。したがって、コンプライアンス・プログラムには、法的に重要な意義を有するものとそうでないもの（企業倫理に委ねるべきもの）があり、さらに、法的に重要な意義を有するものでも、企業犯罪（防止）に密接に関わるものとそうでないもの（行政規制ないしは民事規制の対応に委ねるもの）がある、ということになる。

（5）起訴裁量・量刑とコンプライアンス・プログラム

以上のことを前提として考えれば、起訴裁量・量刑とコンプライアンス・プログラムの関係についても一定の意義が獲得される。もちろん、これは、アメリカ合衆国の連邦量刑ガイドラインのような整備されたものがあれば、当然に積極的な意義が認められるが、それがなくても、一定の運用がしっかりしている場合には十分考慮に値する、と思われる。それは、前述の「相当の注意」とも関係する部分もありうる。実質を伴うコンプライアンス・プログラムを有していた場合、起訴裁量ないし量刑に反映させてもよい、と思われる。また、日本では、2005年の独占禁止法改正で、課徴金が大幅に引き上げられたと同時に、いわゆるリーニエンシー（課徴金減免）制度が導入され、法定要件（違反事業者が自ら違反事実を申請等）に該当すれば、3社についてのみ、立入検査前の1番目の申請者に対して課徴金を免除し、2番目の申請者に対しては課徴金を50%減額し、3番目の申請者に対しては課徴金を30%減額し、立入検査後の申請者に対しては30%減額することになった。課徴金は、必ずしも刑罰とはいえないが、こ

の種のシステムの導入は、起訴裁量ないし量刑、さらには司法取引にも今後微妙に影響を及ぼすように思われる⁽¹³⁾。

4 コンプライアンス・プログラムの刑法解釈論上の意義

(1) コンプライアンス・プログラムの正当化機能

コンプライアンス・プログラムの刑法上の意義については、理論的には、法的に正当化（justification）ないし違法性阻却のような機能を果たすものと、免責（excuse）ないし責任阻却のような機能するものと、もうひとつ刑の免除的機能あるいは訴追免除機能の3つの機能がある、と考えられる。これを混同すると、「コンプライアンス・プログラムさえ作れば、それでよい」ということになる懸念がある。

まず、コンプライアンス・プログラムが正当化機能を発揮する場面について考えてみよう。これは、主として日本刑法35条の正当業務行為の一環としてなされた企業活動の場合に考えられる。例えば、警備会社の社員が厳格なコンプライアンス・プログラムに則って警備業務を実践中に物損ないし傷害という結果を発生させた場合が考えられる。また、航空会社のパイロットや海運会社の船長が厳格なコンプライアンス・プログラムに則って運行中に、予測し難い危難に遭遇し、大きな被害を回避するためにやむなく一定の被害結果を発生させた場合で、しかもその対応もコンプライアンス・プログラムに盛り込まれていた場合、日本刑法37条1項の緊急避難で正当化されるであろう。その他、マスコミ報道と名誉毀損罪との関係で、コンプライアンス・プログラムに則った十分な取材に基づいて報道をした場合、コンプライアンス・プログラムが正当化的機能を発揮することがあるかもしれない。

なお、過失犯についても、コンプライアンス・プログラムがその成否に

(13) この点について、田口ほか・前掲注（6）参照。

影響を及ぼす可能性がある。とりわけ過失犯の本質を違法性段階で考える見解（新過失論）だと、コンプライアンス・プログラムが客観的注意義務の基準として捉えられる可能性があり、仮に企業活動に伴い人身事故が発生した場合に、一定のコンプライアンス・プログラムを遵守していた場合には、それが正当化機能と結び付く余地がある。しかし、私は、後述のように、過失を責任段階で考えるので（旧過失論）、むしろ免責機能の場面でこの問題を述べることにする。

（２）コンプライアンス・プログラムの免責機能

つぎに、コンプライアンス・プログラムが免責機能を発揮する場面について考えてみよう。

故意犯の場合には、トップ（社長等）、取締役、中間管理職、従業員、それぞれがどういう違法行為を行ったのかということで、違法性の意識の問題と関わってくる。例えば、厳格なコンプライアンス・プログラムに則って営業活動をしていると思っていたのに最先端の情報に追いつかず会社に損害を与えてしまった場合、違法性の錯誤（刑法38条3項）の「相当の理由」にあたるかぎり、責任を問わない場合がありうるであろう。このような事情がないかぎり、例えば、取締役会で事情を認識したうえで意思決定をした以上、原則として共同正犯（共謀共同正犯を含む）ないし教唆犯、場合によっては間接正犯が成立することになる。また、例えば、「談合をしない」というコンプライアンス・プログラムが各社にあるにもかかわらず、会社を超えて関連企業の要職にある者が会合を開いて「談合」を行ったのであれば、単純に「その会合が談合であることを知らなかった」というきわめて例外的な場合を除けば、一般に抗弁になりえず、少なくとも、未必の故意は認定され、最終的には共同正犯が成立する余地がある。

また、犯罪といえば、故意犯だけではなくて、過失犯もある。過失犯については、英米法のように結果責任に近い厳格責任（strict liability）を一部認めるという考えもあるが、私は、企業の刑事責任についても、実際は自

然人が活動に関与せざるをえない以上、責任主義・責任原理というものの根底に据えて考えるべきだ、と考える⁽¹⁴⁾。過失犯では、特に監督過失における注意義務違反の認定の問題（管理・監督過失の問題を含む）で、コンプライアンス・プログラムを客観的注意義務の内容として理解する考え（新過失論ないし危惧感説）もありうる。例えば、ホテルやデパート等の大規模火災で多数の死傷者が出た場合、避難誘導訓練の実施とか防火設備の整備等の消防法上ないし建築基準法上の義務をコンプライアンス・プログラムの一環として捉えれば、その義務の履行の有無だけで経営者等の管理権原者ないしその者が選任した防火管理者（消防法8条）の過失犯の成否を判断すれば足りるということになりがちである。しかし、むしろ、それは一応の参考であって、行為主体を限定したうえで、注意義務違反はもっと個別的事情を考慮して主観的内容にまで立ち入って、具体的予見可能性を基軸として責任段階で判断すべきである、と考える。例えば、2005年に起きたJR西日本福知山線脱線死傷事故（最決平成29年6月12日刑集71巻5号315頁）についても、歴代の企業トップの刑事責任については、このような視点から考えるべきである。そうすると、被害者感情は十分に理解できるけれども、無罪の結論が示すように、彼らの刑事責任まで追及するのは困難だ、と思われる⁽¹⁵⁾。

この点に関して現在議論されているのが、いわゆる刑事製造物責任の問題である。最近、日本でも、企業が欠陥製品を製造し、かつ販売し、消費者がそれを使用して人身事故が発生した場合に、当該企業ないし企業関係者に刑事責任を問うことができるのではないか、という議論が高まりつつある。例えば、薬害エイズ事件（旧）ミドリ十字ルート最高裁判所平成17年6月27日決定（判例集未登載：なお、第1審大阪地判平成12年2月24日判例タイムズ1042号94頁、第2審大阪高判平成14年8月21日判例時報1804号146頁参照）や三菱自動車欠陥車両事故に関する2012年の最高裁決定（最決平成24

(14) 甲斐・前掲注(10) 1頁以下、95頁以下および155頁以下参照。

(15) 甲斐・前掲注(5) 239-240頁参照。

年2月8日刑集66巻4号200頁)がその契機となっている⁽¹⁶⁾。理論的にはこの問題は、主として刑事過失責任における監督過失論と密接な関係があるが、従業員の過失行為が必ずしも介在するとはかぎらないという意味で、典型的な監督過失論とは区別すべき側面がある。しかし、行為者が直近過失者といえない点で、実行行為性および予見可能性の認定において難しい問題を内包する等、監督過失論と共通点がある。それぞれの企業で欠陥製品の製造・販売がどのような意思決定のプロセスを経てなされたか、あるいは販売後の回収システムがどのようなものか等、コンプライアンス・プログラムと摺り合わせながら当該事件における因果のプロセスと具体的予見可能性ないし注意義務違反が認定されることになる、と思われる。コンプライアンス・プログラムが良くできていても、事故が起きることはありうるので、過失責任の認定において、必ずしもコンプライアンス・プログラムが決定的役割を果たすわけではないが、参考にはなりうる。要は、その運用がどのようになされているか、である。

なお、日本における特別刑法(例えば、人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律4条)ないし行政刑法(例えば、水質汚濁防止法34条)におけるいわゆる両罰規定においては、従業員の故意または過失行為で犯罪行われた場合、直接行為者である従業員を処罰するほか、法人または法人の代表者(事業主)を処罰することができる制度になっている。そして、事業主が従業員に対して十分な選任・監督義務を尽くしたか、という判断の際に、通説・判例によれば、一般に、事業主として行為者の選任、監督その他違反行為を防止するために必要な注意を尽くさなかった過失の存在を推定した規定と解する、いわゆる過失推定説が採られている(最大判昭和32・11・27刑集11巻12号3113頁)。すなわち、事業主の方で従業員の選任・監督に関する注意を尽くしたことの証明をしなければ処罰されるのである。その判断の際に、入念に策定されかつ実践されているコンプライアン

(16) 詳細については、甲斐・前掲注(5)3頁以下および45頁以下参照。

ス・プログラムであれば、過失推定の反証の素材としても考慮される余地がある。

ともかく、故意犯にせよ過失犯にせよ、企業における事故なり犯罪というのは突然起きるものではなく、具体的な危険の予兆は必ずあると思われる。その前提となるいくつかの危険性がある、それが積み積って大事故につながるし、またそれは故意犯でも同様だと思われる。それら事前のリスクへの対処がコンプライアンス・プログラムに十分に盛り込まれていれば、決定的ではないにせよ、免責の有力な判断材料となりうるものと思われる。

(3) コンプライアンス・プログラムの訴追免除・刑の免除・減輕機能

さらに、訴追免除ないし刑の免除機能、あるいは量刑における減輕機能があるが、これについては、すでに述べたので割愛する。

5 おわりに——「経済刑法」から「企業刑法」へ

(1) ハードローとソフトローの組合せ

最後に、刑事規制には自ずと限界があり、すべての事案に刑罰で対応するよりも、代替手段ないし補完手段を考えながら対応する必要がある点を強調しておきたい。刑罰を重くすれば解決するか、あるいは、刑罰に替えて課徴金を重くすれば解決するか、さらには、現行の刑罰制度を変革して新たな刑罰制度を導入すべきか。この問題は、今後も議論が続くであろう。しかし、結論としては、企業犯罪ないし企業の逸脱行動を規制するには、刑事制裁、行政制裁、民事制裁、および各種ガイドライン等による自主規制のバランスのとれた段階的な規制を基調として、いわばハードローとソフトローの併用策をとりつつ、例えば、独占禁止法改正で議論されているリーニエンシー制度のような新たなシステムをも加味していくのが最も効果が上がる制裁論だ、と思われる⁽¹⁷⁾。

(2) 企業外からのモニタリング機能の強化

また、企業の組織内での対応の限界を指摘せざるをえない。ホットラインやヘルプライン等を設けている企業も増えているし、公益通報者保護法も制定されたが、本来の機能を果たすべく、工夫を重ねる必要がある。真の企業の自律を促すには、必要な範囲で外部の眼を入れて風通しを良くすることが必要だ、と思われる。すでにこのシステムを導入している企業も多い。しかし、この場合でも、形式的であってはならないであろう。要は、モニタリング機能が発揮できるかどうか、である。その際、企業間で、コンプライアンス上の連帯を強化するのも一案である、と思われる。

それと関連して、経営者の責任の問題、とりわけ経営者の逸脱行動をどのようにチェックすべきか、という問題への対応が重要である。もちろん、経営者の責任といっても多様である。まず、経営者が犯罪行為を行った場合は、事後的に司直の手で裁かれる。しかし、刑法は、事後的チェック機能が主であり、経営者が犯罪行為を行った場合、企業のダメージおよび従業員に与える影響は計り知れない。ニッサンのカルロス・ゴーン元社長の事件が示すように、ワンマン体制の企業であれば、適切な「魂の入った」コンプライアンス・プログラムがなければ、事前にチェックをしようがない。「トップの意識改革」は、つねに最大の懸案事項である。

(3) 行政の役割

そこで、考えられるのが、行政の役割である。先に実施した企業へのアンケートおよびインタビューから得た感触では、所轄官庁（経済産業省、場合によっては金融庁）による行政指導、あるいは公正取引委員会の勧告等は、実際上かなり大きな役割を果たしている。「人は誰でも間違える (To err is human)」⁽¹⁸⁾ということを前提として、大事故や大きな犯罪が発生

(17) なお、佐伯仁志『制裁論』(2009年・有斐閣) 参照。

(18) L. コーン/J. コリガン/M. ドナルドソン編・米国医療の質委員会/医学研究所著 (医学ジャーナリスト協会訳) 『人は誰でも間違える』(2000年・日本評論

する前に、小さなミスの段階でチェックするシステムを作り、公益通報者保護制度とリンクさせて、行政とタイアップすれば、展望は開けるように思われる。刑法でいえば、故意犯でなくても、少なくとも過失犯は発生するが、このような工夫によって、過失犯を減少させることは可能である。

法整備に行政が尽力することも重要であるが、しかし一方で、規制緩和の潮流の中で行政が干渉しすぎることに對しては警戒感も強いし、行政側も過剰なコスト増には消極的である。むしろ、行政にも人的・物的におのずと限界があることを自覚する必要がある。このような要因を考慮したうえで、なおかつ有効な規制を求めるとすれば、各企業が自主チェックできているかどうかを行政がチェックするというシステムを導入すべきである。これは、間接的チェックとなるが、小さなミスの段階で直接行政が介入するよりも、企業の自主性を尊重する意味でも、コスト面でも、実に有効な手段になると思われる。不祥事の絶滅は不可能だが、これにより、犯罪性の強い違反行為は可能なかぎり減らすことができる、と思われる。そういうシステムをコンプライアンス・プログラムの中に採り入れていけば、コーポレート・ガバナンスの向上は相当程度期待できる、と思われる。

(4) 「経済刑法」から「企業刑法」へ

以上のような諸問題をトータルに考えるには、従来の「経済刑法」の枠組みで考えていたのでは不十分である。なぜなら、詐欺罪とか横領罪とか背任罪は財産罪ないし「経済刑法」の代表であり、個人レベルで行われることも多いが、企業活動の存在を正面から見据えて企業犯罪に取り組むには、いまや「企業刑法」という枠組みを設定してトータルに企業犯罪を分

社) 参照。

- (19) 近時の川崎友巳教授の研究(前掲注(11))、樋口亮介教授の研究(樋口亮介『法人処罰と刑法理論』(2009年・東京大学出版会)は、その意味で、新たな息

析・検討し、対策を講じなければならないように思われる⁽¹⁹⁾。しかし、樋口亮介教授の主張⁽²⁰⁾に見られるような組織故意と組織過失を共に正面から認めることには、私自身、なお躊躇を感じる⁽²¹⁾。従来の責任原理が有する意義と限界をさらに見極めながら、イタリアの2001年「企業刑法」⁽²²⁾等をも検討しつつ、それに基づいて今後も「企業刑法」の問題について考え続けたい、と思う。

【あとがき】

本稿は、2020年10月17日に中国の北京師範大学主催で北京市の Bei You Technology Hotel において WEB 方式で開催された第9回現代刑法国際フォーラム (The 9th International Forum of Contemporary Criminal Law) 「『企業コンプライアンスと企業犯罪の規制』に関する国際会議 (International Conference on “Corporate Compliance and Regulation of Corporate Crime”)」で報告した原稿である。私は、北京師範大学の周振傑教授 (早稲田大学に留学経験あり) から依頼を受けて報告を引き受けたが、当日の中国語への通訳は、私の門下生である東南大学法学院の劉建利副教授と西南政法大学法学院の謝佳君副教授にお願いした。原稿の内容は、これまでの研究成果をもとにまとめたものでよいとのことであり、私のこれまでの主張を圧縮した内容にしている。当日は、4か国から報告があった。私の報告は、第1セッション「Fundamental Theories and Practice Issues of Corporate Compliance」において行われた。中国では、このテーマに相当関心が持たれているようである。

吹を感じさせる。また、今井猛嘉教授も加えた3名が執筆した〈特集〉「法人処罰の現代的課題」刑事法ジャーナル17号 (2009年) は興味深い。

(20) 樋口・前掲注 (19) 参照。

(21) 甲斐・前掲注 (5) 213頁以下参照。

(22) この点については、吉中信人「イタリアにおける企業コンプライアンスおよび企業犯罪規制の状況」甲斐・田口編・前掲注 (2) 181頁以下およびアッテリオ・ニスコ (甲斐克則・福山好典訳)「イタリア法における法人の刑事責任」甲斐・前掲注 (5) 347頁以下参照。