

ヘルムート・ザッツガー著
『国際・ヨーロッパ刑法——刑罰適用法、
ヨーロッパ刑法・刑事訴訟法、国際刑法』(3)

国際・ヨーロッパ刑法研究会 [訳] (監訳・加藤克佳)
加藤克佳 = 金子 博 [共訳]

目 次 [訳注：概略のみ]

第5版はしがき / 第1版はしがき / 略 語

A. はじめに

§ 1 国際的な文脈における刑法

§ 2 「国際刑法 (Internationales Strafrecht)」における概念の多様性

- . 処罰権限
- . 国際刑法
- . 超国家的刑法，特にヨーロッパ刑法 (欧州刑法)
- . 刑罰適用法
- . 司法共助法

復習・深化のための問題 (以上，名城法学 62 巻 1 号)

B. 「刑罰適用法 (Strafanwendungsrecht)」としての国際刑法

§ 3 刑罰適用法の機能

- . 刑罰権限
- . 適用可能な刑法
- . 数度の刑事訴追の危険
- . 個々の構成要件の保護領域と刑罰適用法との関係

復習・深化のための問題

§ 4 連結モデル

- ・ 諸国家の管轄を指定する管轄
- ・ 一般に認められた原理

復習・深化のための問題（以上，名城法学 62 巻 2 号）

§ 5 刑法典（StGB）の刑罰適用法

- ・ 成立史
 - ・ 刑法典 3 条以下の指導的な基本原理
 - ・ 刑法 3 条以下の解釈学的分類
 - ・ 刑法 3 条以下の意味における「行為 (Tat)」と「行為者 (Tater)」
 - ・ 国内犯に対するドイツ刑法の適用（1. a) aa) まで，本号）
- 復習・深化のための問題
- ・ 外国での行為へのドイツ刑法の適用

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内的法益への限定

C. ヨーロッパ刑法

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

§ 8 超国家的な欧州刑法

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

§ 10 欧州における刑事訴追

§ 11 欧州人権条約

D. 国際刑法

§ 12 国際刑法の基礎

§ 13 国際刑法の歴史的展開

§ 14 国際刑事裁判所 (IStGH)

§ 15 国際刑法の総論

§ 16 国際刑法の各論

§ 17 国際刑法とドイツ法へのその変換

文献 / 索引

§ 5 刑法典 (StGB) の刑罰適用法

1 事例 3 : デンマーク人 A は、デンマークで、障害者である娘 B を殺害するために、毒物を注射した。B は、昏睡状態に陥り、デンマークの病院に運ばれた。しかし、そこで勤務する医者らは処置の方法を知らなかったため、B は国境に近いドイツの専門病院に移送された。事件から数週間後に B は死亡した。A は、刑法 211 条 f により処罰されうるか (これについて、§ 5 Rn 18)。

2 事例 4 : フランクフルト / オーダーとスウビツェとの間の橋は、ドイツとポーランドの和解の式典 (Versöhnungsfeierlichkeit) の場所であった。あらゆる訪問者が等しく円満というわけではなかった。そのため、橋のポーランド側で激しい乱闘が起こり、ポーランド人 P も参加した。その際に投げられたビールジョッキが、ドイツ側で、国境警察 G を直撃し、G は不運にも即死した。P は、刑法 231 条により可罰的であるか (これについて、§ 5 Rn 29ff)。

I. 成立史

3 ドイツで効力を持つ刑罰適用法は、1871 年から 1940 年まで、属地主義に基づいていた。

1871 年の帝国刑法典 3 条 : 「ドイツ帝国の刑罰法規は、たとえ行為者が外国人であったとしても、当該領域で行われたすべての可罰的行為に適用される。」

帝国刑法典 3 条以下は、1940 年に、属地主義を積極的属人主義に代替する適用範囲令 (GeltungsbereichsVO) によって抜本的な変更が施された。

1940 年の帝国刑法 3 条 : 「ドイツ刑法は、国内で行われたかあるいは国外で行われたかを問わず、ドイツ国籍を持つ者に対して適用される。

行為地法により罰則をもって禁止されていない国外で行われた行為につき、ドイツ刑法は、ドイツ民族の健全な感情に基づく行為が特別

な関係により行為地において要罰的な不法でない場合には、効力を持たない。

ドイツ刑法のこの広範な適用可能性は、ナチス時代に法秩序に対するドイツ国民の特別な忠誠義務によって基礎づけられていたため¹、この立場を維持することは、1945年後は、当然に正当化することができなくなった²。もっとも、それは、1975年まで、すなわち、ドイツ刑法が、今日でも効力を持つような（刑法3条以下を見よ）、原則として属地主義に基づく刑罰適用法に再度戻るまで、続いていた。

II. 刑法典3条以下の指導的な基本原理

4 ドイツの刑罰適用法の基本方針は、局部的に拡張された属地主義として特徴づけることができる。

その場合、その前提として、ドイツの刑罰権は——属地主義に従い——国内犯にのみ及び、それに依じて、ドイツ刑法は、国外犯に対しては、通常、効力を持たない（刑法3条）。

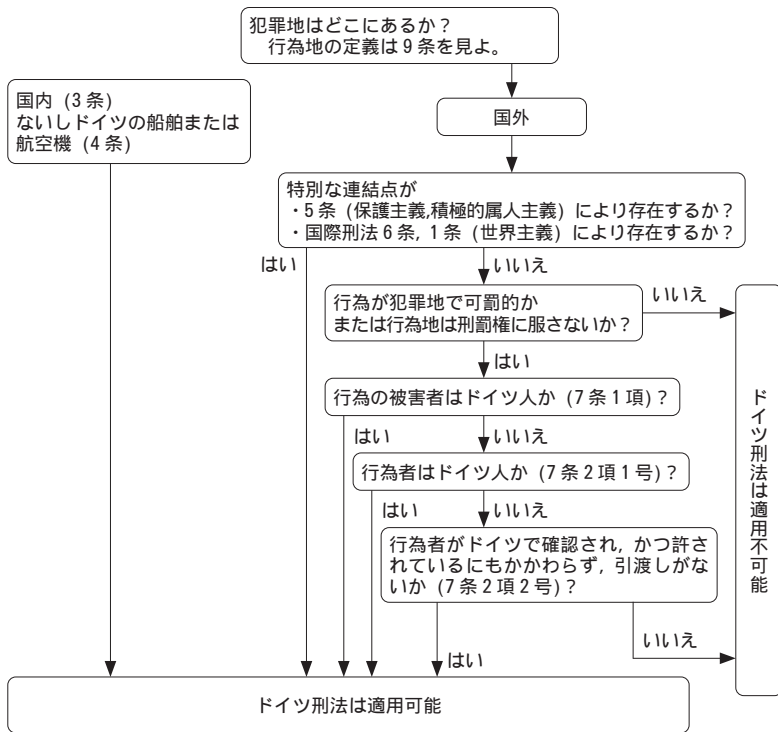
しかし、刑法4条以下では、国外犯は、——特定の連結点（旗国主義、積極的属人主義、保護主義、世界主義、代理処罰主義）が存在する場合には——部分的に刑法の適用範囲へと取り込まれる。

5 詳しくは、以下の体系が刑法3条以下の基礎をなしており、それによって、同時に、検討の順序が決められている。

6 刑罰適用法の特別規定は、刑法3条以下以外にも、刑法典の中にみられる。相対的に新しい一連の構成要件において、国外事情が明確に含まれている（刑法89条a第3項、129条bを参照）。これによってもたらされるドイツ刑法の適用可能性の拡張は、特別規定（刑法89条a第3項2文、129条b第1項2文を参照）によって緩和され、その規定は、刑法3

1 Schröder, ZStW 61 (1942), 58 を参照。

2 その間の国際的連帯性に関する説明の試みについては、Schröder, JZ 1968, 241f, Oehler, Int. Strafrecht, Rn 139 がある。



条以下を部分的に補充するが、部分的に代替もするとされる。もっとも、これらの新たな規定は、必ずしも自明でないだけでなく、刑法3条以下を超えて、一部で国際法的に憂慮すべき方法をも採っている³。

これと並んで、刑法典以外にある、いくつかの特別規定を考慮することが重要である。例えば、国際的ないしヨーロッパでの贈収賄犯罪に関する国際賄賂法 (2条3項) と欧州賄賂法 (2条2項)、および脱税や免脱

3 (刑法129条1項2文について) 詳しくは、Ambos, Int. Strafrecht, § 34 Rn 131; Fischer, § 129b StGB Rn 4ff, および (刑法89条a第3項について) Gazeas/Grosse-Wilde/KieBling, NStZ 2009, 599fがある。

(Steuerhehlerei) につき世界主義を承認する公課法 370 条 7 項を挙げる
ことができる⁴。

州法上の犯罪構成要件が関わるときには、連邦州は、刑法施行法 2 条 1
号により、刑法 3 条以下と異なる規定を設けることができる。

III. 刑法 3 条以下の解釈学的分類

7 刑法 3 条以下は犯罪構成要件がそもそも適用されうるかを決定するた
め、その検討は、すでに述べたように⁵、当然の帰結として、犯罪を検討
する最初のところで行われる。もとより、刑罰適用ルールの解釈学的な特
徴づけに関しては、それによっても、いまだ何も述べられない。ここでは、
ドイツ刑法による可罰性を根拠づけるために必要な事情（例えば、犯罪地
がドイツ国領に属すること）が行為者に認知されていない場合に、とりわ
け問題となりうる。正しい見解によれば、刑罰適用法のルールは、刑事実
体法に分類されるにもかかわらず、解釈学上、制定法上の構成要件のメル
クマールとしてではなく、可罰性の客観的（前提）条件とみなすべきであ
る⁶。これに基づくならば、ドイツ刑法の適用可能性に関する錯誤は、原
則として、構成要件的錯誤（刑法 16 条）とみなすべきではない⁷。行為者
が実現した法益侵害を不法と認識しない場合には、せいぜいのところ、刑

4 これ以外の特別規定については、SSW-Satzger, Vor § 3 StGB Rn 12 を見よ。

5 上述 § 3 Rn 9f を見よ。

6 「前提」条件 („Vor“-Bedingungen) と呼ぶのは、刑罰適用の問題が、——す
でに言及したように（§ 3 Rn 9）——犯罪を検討する最初のところで生じる
のであって、その他の客観的処罰条件の場合とは異なり (Satzger, Jura 2006,
112 を見よ)、構成要件の付属物として検討されるわけではないからである。
この分類について、MK-Ambos, Vor § 3 StGB Rn 3; ders., Int. Strafrecht,
§ 1 Rn 9; SSW-Satzger, Vor § 3 StGB Rn 3; ders., Jura 2010, 110 も見よ。
異説として、NK-Böse, Vor § 3 StGB Rn 51 があり、構成要件要素について
同旨のものとして、Burchard, HRRS 2010, 136 もある。

7 BGHSt 27, 34; § 5 Rn 15 も参照。構成要件の故意に対する錯誤の起こりうる
間接的な影響については、Kreis, Die verbrechenssystematische Einordnung
der EG-Grundfreiheiten, 2008, S.115ff および Satzger, Jura 2010, 111f を見
よ。

法 17 条による禁止の錯誤が考慮されるにすぎない。もっとも、そのような禁止の錯誤は、法実務上、極めて稀にしか生じない。なぜなら、行為者は何らかのドイツの法益侵害を認識したことで足りるからである⁸。

IV. 刑法 3 条以下の意味における「行為 (Tat)」と「行為者 (Tater)」

8 刑法の刑罰適用法上の規定では、その理解につき合意が得られていないとしても、—— その他にも刑法で用いられている —— 「行為」概念および「行為者」概念が用いられている。

1. 行為概念

刑法の刑罰適用法が「行為」ないし「行為者」と呼ぶ限りで、その概念は、犯罪構成要件 (例えば、刑法 240 条) を当該の概念のもとで理解することによって、—— 刑法におけるその他の場合と同様に —— 狭く解釈されるべきである。しかし、その概念は、広い意味においても理解されるのであり、それによれば、実在した単一の活動経緯 (ein einheitlicher geschichtlicher Lebensvorgang) が重要となる⁹。いずれにせよ、一般に行為と呼ばれる (刑法 3 条, 4 条および 7 条) 限りでは、行為の広い理解を基礎に置かなければならない。それゆえ、「行為」とは具体的な行為事象であり、より正確に言えば、事実 に即したあらゆる視点のもとでの行為事象である¹⁰。それに対応して、その「行為」は、正犯による遂行に限定されるのではなく、全体の遂行形式、つまり、教唆や幫助をも包含するのである。この点につき、異なった判断を行おうとするならば、ドイツの刑罰適用法は国内犯に対する国内の共犯または国内犯に対する国外の共犯に対するドイツ刑法の有効性に関する規定を持たない、という耐え難い結論

8 BGHSt 45, 100f. SSW-Satzger, Vor § 3 StGB Rn 3 も見よ。

9 いわゆる訴訟上の行為概念 (prozessualer Tatbegriff) も参照 (これにつき、Beulke, StPO Rn 512f; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 20 Rn 5)。

10 LK-Werle/JeBberger, Vor § 3 StGB Rn 319.

となってしまうであろう¹¹。

これに対して、刑法が——刑法5条や6条のように——完全に特定された犯罪構成要件に結びつくところでは、「行為」は、そのつどの犯罪構成要件の充足を意味する¹²。

2. 行為者概念

9 「行為」が単に歴史的な出来事の輪郭を描くとしても、誰がその行為の「行為者」であるかは、いまだ確定されない。なぜなら、他者に犯行決意を抱かせる者も、(たとえ教唆者として「のみ」であったとしても)この意味における「行為」を遂行するからである。通説は、行為概念の射程(Weite)に従って、その都度の手続が向けられる人物を特徴づける刑罰適用法上の行為者概念を主張する。それゆえ、共犯者も刑罰適用法の意味における「行為者」たりうるであろう。この解釈は、——とりわけ刑法7条22号で明らかになるように¹³——合理的な結論に至る。しかし、この解釈は、憲法上の観点に照らすと問題がないわけではない。いずれにせよ、刑法それ自体は、25条の「行為者」の概念を定義する。さらに、刑法は、(刑法25条の意味における)正犯も共犯も共に把握する概念について、法律上の定義をすでに置いている。すなわち、両者は、刑法28条2項の意味における「関与者(Beteiligter)」なのである。罪刑法定主義(刑法1条と関連する基本法103条2項)は刑罰適用法に関しても妥当性を要求するため、裁判官が解釈によって立法者の法律上の定義に反する場合には、はじめから疑念が生ずる。この場合、立法者の任務は、干渉すること、および、重要な規定においては一義的に共犯者も把握することができるよう

11 SSW-Satzger, §3 StGB Rn 2; ders, Jura 2010, 194f; Ambos, Int. Strafrecht, §1 Rn 25. この問題の範囲については、(細部において差異を伴うが) LK-Werle/JeBberger, Vor §3 StGB Rn 314ff; NK-Böse, Vor §3 StGB Rn 53f がある。

12 Ambos, Int. Strafrecht, §1 Rn 24 を見よ。

13 これについては、後述 §5 Rn 86f を見よ。

に、「行為者」ではなく「関与者」と呼ぶこと、にある。しかし、通説の解釈は、通常、可罰性を限定する作用を及ぼすので¹⁴、そのように立法者の定式化から逸脱し、ドイツ刑法による可罰性の決定を裁判官に委ねることは——たとえ疑念が残るとしても——なお支持・主張することができるのである¹⁵。

V. 国内犯に対するドイツ刑法の適用

10 ドイツ国内で遂行された犯行 (Tat) が問題となる場合、刑法 3 条に基づき、ドイツ刑法を適用することに問題はない。それによれば、この場合、いわゆる「国内犯 (Inlandstaten)」が問題となる。同じことは、ドイツで登録された船舶あるいは航空機で遂行された犯行に当てはまる (刑法 4 条)。この行為は、「国内犯」と同様に扱われる。

1. 刑法 3 条 (属地主義)

11 「国内で遂行される犯行 (Taten, die im Inland begangen werden)」に関しては、刑法 3 条により、ドイツ刑法が効力を持つ。これにより、ドイツの刑罰適用法の指導原理——属地主義——が明らかになる。すでに見たように¹⁶、この原理に従う各々の刑法秩序は、犯罪地および国内の概念を詳細に規定しなければならない。

a) 刑法 9 条 1 項の行為地概念

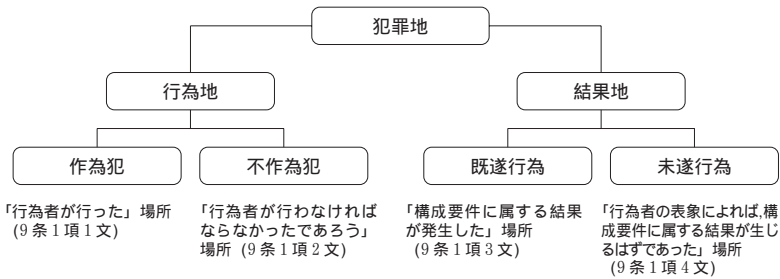
12 刑法は、刑法 9 条 1 項において、犯行が遂行された場所、すなわち犯罪地の場所を規定する。

「行為は、行為者が作為を行った地、もしくは、不作为の場合には行為がなされるはずであった地、または、構成要件に属する結果が発生した地、もしくは、行為者の表象によれば発生するはずであった地の

14 詳しくは、後述 § 5 Rn 69f を見よ。

15 刑法 240 条 2 項に関して、BVerfGE 73, 238f も参照。

16 上述 § 4 Rn 5 を見よ。



いずれにおいても行われたものをいう。」

その際、刑法9条は、犯罪地の根拠について、行為地でも結果地でも足りるとする。それに伴い、ドイツ刑法は、「行為説 (Tätigkeitstheorie)」¹⁷も「結果説 (Erfolgstheorie)」¹⁸も採用せず、両者を1つの広く把握された犯罪地の構想 (いわゆる「遍在説 (Ubiquitätstheorie)」)¹⁹へと結びつけるのである。

13 たいていの場合、犯罪地の決定は、以下の例が示すように、比較的単純に行われている。

事例A: Aは、殺人の故意を持って、ドイツのイン川から、オーストリアの川岸で何も予期せず、釣りをしていてRに向けて発砲した。AはRに命中させ、Rは即死した。

作為犯の行為地は、行為者が犯行の実行段階で構成要件の実現に向けられた活動 (*auf die Tatbestandsverwirklichung gerichtete Tätigkeit*) を行うあらゆる場所にある。それによれば、単なる準備行為は考慮されな

17 Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.Aufl., 1931, § 3 Anm. 3; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2.Aufl., 1932, S.95 を参照。
 18 例えば, v. List, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10.Aufl., 1900, S.116 を参照。
 19 刑法9条の明確な規定に鑑みて、法制史的意義のみを持つ論争について詳しくは, Jescheck/Weigend, § 18 1 mwN を見よ。遍在説の問題については, Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 4 Rn 11 を見よ。

い²⁰。

Aは、(陰湿な)謀殺の実現に向けられた行為——引き金を引くこと——をドイツで行っており、それゆえ、この作為犯の行為地はドイツにある。ドイツにおける犯罪地は、刑法9条1項1文による。

14 既遂犯の結果地は、制定法上の構成要件に属する結果 (*der zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Erfolg*) が発生する場所にある。刑法9条1項3文の文言が、明確に、以前の制定法上の文言(旧3条3項)とは異なり、もはや「結果」それ自体に着目するのではなく、制定法上の構成要件との関連性を要求しているが、これと同じく、犯罪地を根拠づけるためには、外界にある各々の実行行為の結果だけでは足りない²¹。したがって、構成要件の実現にとってもまだ必要ではない、またはもはや必要ではない結果は、考慮されないのである。それゆえ、例えば、詐欺罪(刑法263条1項)における利得を試みた場所²²や、虚偽告発罪(刑法164条1項)における捜査手続の開始²³は、結果地ではない。なぜなら、これらの事情は、客観的構成要件に属するのではなく、単に主観的構成要件内に位置づけられた、いわゆる超過的内心傾向を言い表すにすぎないからである。しかし、正確に限界線を設けることは、しばしば困難である(これにつき、後述§5 Rn 23ffを見よ)。

謀殺罪の構成要件に属する結果は人の死である。Rの死はオーストリアで起きている。この既遂犯の結果地はオーストリアにある。したがって、犯罪地は、刑法9条1項3文により、オーストリアでもある。

15 事例Aのバリエーション：Aは発砲したが、Rに命中しそこなった。

その行為地は、この場合でも、ドイツ国内にあり、刑法9条1項1文により、ドイツ国内の犯罪地を基礎づける。

20 NK-Böse, §9 StGB Rn 3; SSW-Satzger, §9 StGB Rn 2.

21 Satzger, NStZ 1998, 113を見よ。これに対応するものとして、すでに、従前の解釈実務につき、BGHSt 20, 51のみを見よ。

22 OLG Frankfurt wistra 1990, 271; BGH NStZ-RR 2007, 50も参照。

23 OLG Koblenz NStZ 2011, 95.

この場合は、結果は生じていない、すなわち、謀殺未遂だけが問題となるので、未遂行為の結果地は、刑法9条1項4文により決定される。したがって、構成要件的结果がどこで生ずるはずであったかが重要となる。故意は、オーストリアにいるRの殺害に向けられており、その結果として、結果地、およびそれと同時に犯罪地もオーストリアとなる。これに対して、Aがオーストリアの (*österreichisch*) 領土にRがいることを知っていたか否かは、ドイツ刑法の適用可能性にとって重要ではない。

16 事例B：Vは、未成年Sの父であった。Vはドイツのイン川の川岸に座り、オーストリアの川岸で遊ぶ息子を見ていた。突然、Sは、水の中へ転落し、泳ぐことができなかった。Vは、Sのために多額の支出をしなければならぬことに長い間うんざりしていたため、容易にできるはずの救助をしなかった。

Vの作為ではなく、不作為が存在する。不作為犯の行為地は、刑法9条1項1文ではなく、2文により決定される。したがって、Vが作為をしなければならない場所、すなわち、結果の回避に必要な作為がどこに限定されうるかが重要となる。それに伴って、行為地は、一方で、行為者が不作為の間にとどまった場所（滞在地）である²⁴。他方で、行為地は、行為者が結果発生を回避しなければならなかった場所（結果回避地）によっても根拠づけられる²⁵。

事例Bでは、行為地——それと同時に犯罪地も——は、ドイツ国内にもあり、オーストリア国内にもある。結果地は、刑法9条1項3文により、死亡結果が発生した場所に依じて決定される。当該地は——諸事情に応じて——ドイツとなり、あるいはオーストリアとなるのである。

17 これに対して、上述の場合だけでなく、——すでにしばしば主張さ

24 MK-Ambos/Ruegenberg, § 9 StGB Rn 14; Jakobs, AT, 5/24; LK-Werle/Jeßberger, § 9 StGB Rn 19.

25 MK-Ambos/Ruegenberg, § 9 StGB Rn 14 (「遂行地 (Vornahmeort)」); S/S-Eser, § 9 StGB Rn 5; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 3. 異説として、Jakobs, AT, 5/24; NK-Böse, § 9 StGB Rn 7 (滞在地のみ) がある。

れているように²⁶——，行為者が救助行為の実行時に赴くことができるはずのあらゆる場所も犯罪地を根拠づけるか否かは，以下の(仮定的な)具体例が示すように，問題となる。

自身が十分にトレーニングをした遊泳者M [母親] は，勇敢にもボードン湖を横断していたところ，およそ半分の距離——いまだスイス領——のところで溺死しそうになった。Mの息子は，オーストリアの川岸からMを眺め，母親が長時間にわたり助かろうともがいた後で死亡するのを，何もせず傍観していた。

この場合，スイスの法秩序とオーストリアの法秩序には母親に対する息子の刑法上重要な保障人的義務や刑罰の対象となる一般的な救助義務(Hilfspflicht)がないことが認められるとすれば，ドイツ刑法が適用されるであろう。その事態がオーストリアの視点やスイスの視点からは刑法上重要でないとしても，である。ここでは，ドイツの法秩序への仮定的な連結点のほかに，ドイツ刑法の適用が考慮されなければならない理由は，存在しないであろう。

18 これまでの例が示すように，犯行とは犯罪地以上のものを有しうる。これは，広い遍在説の結論である²⁷。ドイツ刑法は，少なくとも1つの犯罪地 (*ein Tatort*) がドイツ国内にある場合には，刑法3条以下により，常に適用可能であり，刑法9条1項のいかなるバリエーションにより根拠づけられるかは問わない。犯罪地にとって，犯行の発覚の場所は重要ではない²⁸。行為地と結果地とが異なる場合は，「離隔犯 (Distanzdelikte)」とも呼ばれる。

事例3においても，離隔犯が問題となる。行為地 (刑法9条1項1文) は，デンマークにある。しかし，刑法9条1項3文によってドイツにある

26 例えば，SK-Hoyer, §9 StGB Rn 5; MK-Ambos/Ruegenberg, §9 StGB Rn 14がある。異説として，Jakobs, AT, 5/24がある。

27 これについて，Oehler, Int. Strafrecht, Rn 252を参照。

28 S/S-Eser, §9 StGB Rn 3.

結果地は、ドイツの犯罪地をも根拠づけ、その結果、刑法 3 条により、ドイツ刑法 211 条 f が適用できるのである。

aa) 行為地の決定の諸問題

(1) 共同正犯と間接正犯における行為地

19 国内で活動する共同行為者もいれば、国外で活動する共同行為者もいる場合、行為地はいかなる原理により決定されるかは、議論的となっている。

具体例：それぞれの国（ドイツ、ベルギー、オランダ）に住んでいる 3 人の共同行為者が、共同による恐喝（刑法 253 条、25 条 2 項）を計画した。彼らは、共同計画に応じて、時間を調整し、それぞれの故国から手紙を送った。その手紙には、犯人のうちの 1 人の口座へ金員を振り込ませるために、イギリス連合王国に住む被害者 O に対して、その秘密を暴露するとの脅迫が書かれていた。

ホイヤー (*Hoyer*) は、この場合について、いわゆる個別的解決を主張する。すなわち、行為地は、全体行為が未遂段階に至った後に各人によってもたらされた共同正犯を根拠づける犯行への寄与を手掛かりとして、各々の共同行為者に関して、別々に決定される、と説く²⁹。刑法 25 条 2 項の帰責規範は、他の共同行為者の犯行寄与が各人の自己の犯行寄与とみなされ、その結果、全体行為は共同行為者の誰かが遂行した場所すべてで遂行されるというように、解釈されてはならない、さもなければ、自手犯の共同正犯——この場合、相応する擬制が同様に適用されることとなる——が正當にも否定される理由を根拠づけることができない、というのである。

しかし、その際、2 つの点が不明確にされている。すなわち、一方で、そもそも共同正犯が存在しうるかどうかに回答する必要がある。ここでは、

29 SK-*Hoyer*, § 9 StGB Rn 5; B. *Heinrich*, in; ders. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S.107f. 類似の解決を示すものとして、*Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 361 がある。

刑法 25 条 2 項の帰責モデルは、正当にも、自手犯以外の犯罪 (nicht-eigenhändige Delikte) に限定されている。なぜなら、自手犯は、まさに、各人自身が自ら構成要件を実現しなければならないということによって成り立つからである。それと同時に、他方で、共同正犯の存在が肯定されるとしても、その帰責の射程について何ら述べられていない。なぜなら、共同行為者は、刑法 25 条 2 項の帰責規範によって 1 人の遂行者のように取り扱われる単一性 (Einheit) を形成するからである。

したがって、唯一説得力があるように見えるのは、共同行為者の 1 人だけでも行った各々の場所が行為地であると想定することである。この見解は、通説でもある³⁰。これによれば、上述の事例では、行為者全員について複数の行為地が考えられることになる。すなわち、行為地は、脅迫状が発送される各国で根拠づけられ、それゆえ、ドイツにおいても根拠づけられるのである。

20 同じ問題は、間接正犯に関しても同様に生ずる。ここでも、ホイヤー (Hoyer) は、犯行の媒介者の行為地と分離して、間接正犯に関する犯罪地の問題に答えようとする³¹。間接正犯の行為地は、行為者が影響力を持つ範囲から道具を解放する場所 (= 通説による未遂の開始) にのみ存在する、という。しかし、ここでも、刑法 25 条 1 項 2 文の帰責原理を参照すべきであり、その結果として、間接正犯の犯行は、行為者または同人の道具が行為を行った各々の場所で遂行されることとなる³²。

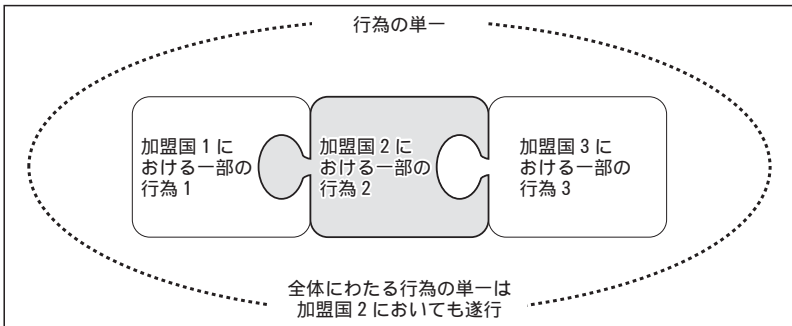
(2) 行為の単一における行為地 (多行為犯, 継続犯, 連続的行為)

21 すでに見たように、構成要件の実現に向けられた各々の活動が行為地を根拠づける。その帰結として、構成要件上単一に結合される複数の諸行

30 BGHSt 39, 90; BGH NStZ 1997, 502; NStZ-RR 2009, 197; MK-Ambos/Ruegenberg, § 9 StGB Rn 10; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 10; ders., Jura 2010, 114 を見よ。これに関して、BGHSt 43, 129 も見よ。

31 SK-Hoyer, § 9 StGB Rn 5. 同様のものとして、B. Heinrich, in: ders. u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S.106f がある。

32 通説に従うものとして、RGSt 67, 138; BGH wistra 1991, 135; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 10; LK-Werle/JeBberger, § 9 StGB Rn 14 のみを参照。



為 (Akten) から構成要件が構成される犯罪すべてにおいて、構成要件の実現に向けられた一部の行為が実現される各々の場所に、行為地が存在することとなる。

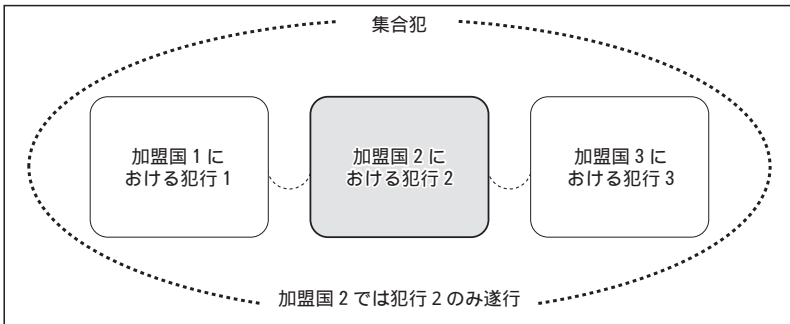
多行為犯 (例えば、強盗、強盜的窃盗) の場合、構成要件上個々の行為が実現される各々の場所で犯行が遂行される。

具体例：A は、ドイツ国境に直に接しているオーストリアのガソリンスタンドにおいて、機会をうかがい、うっかりして開いたままのレジから日収の全部を持ち去った。A が盗品を持って自動車へと急ぎ、その自動車でドイツの方角へ向かった後、ガソリンスタンドのオーナー I は、そのことに気づいた。I は、立腹し、車を使ってすぐに追跡した。A は、I に追跡を中断させるために、I の自動車に向けて発砲した。A が、すでにドイツの領土にいる時点で発砲したならば、ドイツで行われた脅迫行為であるので、ドイツ刑法 3 条および 9 条 1 項 1 文により、同刑法 252 条が適用される。

継続犯の場合、違法状態の維持に資するあらゆる部分的行為が犯罪地を根拠づける。

具体例：行為者が被害者を自動車のトランクに閉じ込め、自動車でフランスからドイツへ向かった場合、自由の剥奪 (刑法 239 条) は、ドイツでも行われている。

同様のことは、連続行為にも妥当する。しかし、リーディング・ケース (BGHSt 40, 138) において、事実上、そのようには解されていない。一



部につき国外で、一部につき国内で行われた連続行為は、全体として、国内犯とみなされ、その結果、たとえ国内との関連性がないとしても、すべての部分的行為について、ドイツ刑法が適用されたのである。

(3) 営業犯，職業犯または慣習的に行われた犯行（集合犯）の行為地

22 上述の事例では、行為者の個別の行為が行為の単一の非独立的部分として現れているが、これと異なって、行為者が営業的，職業的あるいは慣習的に行うという理由だけで関連するにすぎない犯罪行為は、独立した犯行である。このことは、行為地の決定にも影響を及ぼす。すなわち、この場合の行為地は、個別の犯罪行為に関して、個別に決定しなければならない。営業性，職業性，あるいは慣習性の関係にある犯行のうちの1つが国外で遂行された場合、この関係にある他の犯行が国内犯であるという理由だけで、ドイツ刑法をこの国外犯に適用することはできないのである。

具体例：Hは、美術品泥棒の間で知られていた。Hは、盗まれた絵画を買い集め、世界中の美術品収集家に売却していた。Hは、それで生計を立てており、このこと自体はやましいものではなかった。Hは、活動の間に一度だけスイスに行って、盗まれた絵画を購入し、そこですぐに再びスイスの収集家に売却した。慣習的に行われた別の盗品拾得が国内で行われているという理由で、スイスで行われた行為に対して、刑法 260 条 1 項 1 号を適用してはならない。

(加藤克佳 = 金子 博 [共訳])