

ヘルムート・ザッツガー著
『国際・ヨーロッパ刑法——刑法適用法、
ヨーロッパ刑法・刑事訴訟法、国際刑法』（4）

国際・ヨーロッパ刑法研究会 [訳] (監訳・加藤克佳)
加藤克佳 = 佐川友佳子 = 辻本典央 [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)
- ・ 刑法適用法
- ・ 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. 「刑法適用法 (Strafanwendungsrecht)」としての国際刑法

§ 3 刑法適用法の機能

- ・ 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法適用法との関係

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) の刑法適用法

- ・ 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(Täter)」
- ・ 国内犯に対するドイツ刑法の適用 (1. a) aa)まで, 名城法学 62 巻 4 号)

復習・深化のための問題

- ・ 国外犯に対するドイツ刑法の適用

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内法益への限定

復習・深化のための問題 (以上, 本号)

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) の刑法適用法 (承前)

bb) 結果地を決定する際の諸問題

(1) 危険犯における「構成要件に属する結果 (Zum Tatbestand gehörender Erfolg)」

23 危険犯とは、ある態度がすでにその危険性を理由として刑罰の下に置かれている犯罪である³⁴。特に法益が非常に重要なものである場合、侵害犯の構成要件では、現代生活上の当罰的で要罰的な危殆化がすべて捕捉されうるものではない。立法者は、そこから生ずる間隙を、危険犯の構成要件を制定することによって埋めるのである³⁵。すなわち、行為者の法益侵害結果に向けた故意が立証できない場合³⁶、ないしは、法益侵害の危殆化がそれに対する「直接的な開始」の段階に至っていなかった場合には、未遂処罰の限界にぶつかる。この点で、過失の侵害犯も、やはり助けにはならない。なぜなら、それは、常に侵害結果の発生を条件とするものだからである³⁷。

(a) 具体的危険犯

24 危険犯は、立法者によって現実の危険発生が構成要件要素とされる場合、「構成要件に属する結果」を備える。この要素は、行為地を構成する効果を持つ。人または物に対する危険を引き起こす態度をそのまま記述する具体的危険犯の場合には、必然的にそうである。したがって、具体的に危険にさらされた人または物が存在する場所が、刑法9条1項の第3類型の意味での結果地であるということは、一般に認められている³⁸。

34 *Haft*, AT, Anhang V.

35 *Satzger*, NStZ 1998, 113.

36 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 35 Rn 8 f.

37 *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 35 Rn 12 ff.

38 BGH NJW 1991, 2498; KG NJW 1991, 2502; BayObLG NJW 1957, 1328; LK-Werle/JeBberger, § 9 StGB Rn 27; *Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 257; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 6; *ders.*, NStZ 1998, 114.

具体例：A は、ストラスブルクで、「ワインの夕べ (Weinabend)」を楽しんだ。彼は、新作のワインに夢中になり、最後はもはや運転できなくなるほどになってしまったにもかかわらず、自転車のハンドルを握った。彼は、はじめはうまく運転していたが、ドイツとフランスの国境線を超えてすぐに、誤って左車線を走り、対向車に危うく衝突しそうになった。ここで、刑法 315 条 c [道路交通の危殆化] が適用されるためには、具体的危険犯の行為結果が——つまり、「事故が起きそうになった (Beinahe-Unfall)」というかたちでの具体的な危険状況が——ドイツの領域で生じた、ということだけで足りる。

(b) 抽象的危険犯

25 これとは対照的に、立法者は、別の構成要件では、類型的に特に危険をはらんでいる態度様式を、すでに、それに内在する特別の危険性を理由として刑罰の下に置いている³⁹。この抽象的危険犯の構成要件該当性にとって、実際に具体的な危険状況が生じたのかどうか、つまり、実際の損害の発生が偶然に左右されるにすぎないものであるのかどうかは、重要なことではない。危険性は、単に、法律に記述された行為の特質にすぎない。したがって、抽象的危険犯は、少なくとも基本的には、純粹な挙動犯に位置づけることができる。これによって、抽象的危険犯は、——純粹挙動犯と同様に——結果地を伴わない⁴⁰。

具体例：T は、チェコ——バイエルンとの境界近く——で、許可を得ずに工場を経営していた。その工場から有害物質が放出され、これがバイエルン側の境界付近の大気を著しく汚染していたという場合、T の行為は、たしかに、一般的かつ類型的に、ドイツの人、動物、植物がこれによって損害を被る危険をはらむものである。しかし、この抽象的なものでしか

39 S/S-*Stree/Heine*, Vor § § 306 ff StGB Rn 3; *Roxin*, AT I, § 11 Rn 153.

40 結論的に同旨のものとして、*Jescheck/Weigend*, § 18 IV 2 a; NK-*Böse*, § 9 StGB Rn 10 ff; *SSW-Satzger*, § 9 StGB Rn 7; *ders.*, NStZ 1998, 114; *ders.*, Jura 2010, 112 f があり、異なる見解として、LK-*Werle/Jeßberger*, § 9 StGB Rn 32 f がある。

い危険は、まだそれだけでは、ドイツにおける結果地を根拠づけるものではない。したがって、刑法 325 条 [大気汚染] 2 項の抽象的危険犯⁴¹を理由にした処罰は、すでにその理由から、不可能となろう。

26 しかし、この結論は、決して一般に認められているわけではない。むしろ、抽象的危険犯の結果地は、その危険が保護法益の侵害に転換しうるすべての場所である、と主張される⁴²。

その場合、上の事例では、少なくとも、結果地の意味での行為地はドイツに存在していることになる。T の工場経営に内在するドイツの人および環境に対する危険は、現実化しうるものだからである。したがって、刑法 325 条 2 項は適用可能となる。しかし、さらにチェコおよびこれに隣接する国々（オーストリア、スロヴァキア等）における結果地をも考慮するならば、——それぞれの地の刑法適用法の形態に応じて——チェコ、オーストリア、またはスロヴァキア法による可罰性も生ずることになる。

このことは、抽象的危険犯の場合には常に法的に否認された侵害の危険の創出が必要である、ということによって根拠づけられる。そのような事態が生じないときには、構成要件は、充足されない。このことは、例えば、刑法 306 条 a 第 1 項 1 号（現在建造物等に対する重大な放火）に照らして示される。そこでは、通説⁴³は、危険が最初から排除される場合（小さい物置小屋で、行為者が、誰もそこにはいないことを認識していた場合）には、構成要件該当性を否定している。実行行為の遂行に対する「増大（Mehr）」という点に、行為地を基礎づけるような作用を持つ「構成要件結果（tatbestandlicher Erfolg）」が見出されるべきだ、というわけであ

41 刑法 325 条 2 項の位置づけについては、*Lackner/Kühl*, § 325 StGB Rn 1 を見よ。また、*SSW-Saliger*, § 325 StGB Rn 1: abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt も参照。

42 特に、*Martin*, *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen*, 1989, S. 119; *ders.*, *ZRP* 1992, 20; *Hecker*, *ZStW* 115 (2003), 885 ff; *Rath*, *JA* 2006, 438 を見よ。

43 特に、*BGHSt* 26, 124 f があり、*SSW-Wolters*, § 306a StGB Rn 19 もある。異なる見解として例えば、*Krey/Heinrich*, *BT* 1, Rn 759 ff も見よ。

る⁴⁴。

27 しかし、このような見解には従うことができない。刑法 306 条 a 第 1 項の事例は、危険創出は一般的に抽象的危険犯の構成要件結果である、ということを示してはいない。むしろ、個々の事例において、抽象的危険犯の構成要件は、目的論的に限定される。なぜなら、立法者によって類型的に危険なものとして格づけされた態度は、具体的な事例においてあらわされた態度と一致するものではないからである⁴⁵。また、刑法 5 条 10 号の規定は、前述した見解が法律と一致するものではないことを示している。なぜなら、この規定によって捕捉される、外国で——ドイツの手續と関連して——行われる陳述犯罪は、同様に抽象的危険犯であるが、これは、常に国内の司法に関する侵害の危険を発揮するものだからである。そのことによって、陳述犯罪は、常に国内に結果地を有するであろうし、国内の犯罪地は、すでに 3 条および 9 条 1 項第 3 類型を介して基礎づけられるだろう。刑法 5 条 10 号は、余計なものであり、立法的に誤ったものであるといえよう⁴⁶。結局のところ、反対説は、抽象的危険犯（例えば、環境犯罪の領域において）が無数の行為地を有し、ドイツ刑法がとてつもなく適用を拡大することになる、という疑わしい結論を導くものである。まさに、行政従属性によって特徴づけられる環境刑法においては、ドイツ刑法をそのように拡張的に運用することは、多くの国内のおよび国際的な問題を導くことになる。それは、特に、外国における活動の行政法上の許容性をはかる基準が問題となる場合に顕著である⁴⁷。

28 このようにして、単なる抽象的危険性は、——外界に実際上の影響がない法的な特徴として——危険状態（刑法 9 条 1 項第 3 類型の意味に

44 *Martin*, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 79 ff.

45 *Satzger*, NStZ 1998, 115.

46 *SSW-Satzger*, § 9 StGB Rn 7; *ders.*, NStZ 1998, 116; *ders.*, Jura 2010, 113.

47 これについては、*Lackner/Kühl*, Vor § 324 StGB Rn 14; *SSW-Saliger*, § 330 d StGB Rn 14 を参照。

おける結果地を根拠づけうる)を意味するのではない。しかし、このことは、抽象的危険犯の場合も、構成要件が個々の事例において危険な行為の単純な遂行に尽きるのではなく、それに加えて、行為によって惹起された外界の(永続的な)変更を要求する、ということを除くものではない。この要素は、その場合、行為地を基礎づけるような「中間結果(Zwischenerfolg)」⁴⁸として分類されることになる⁴⁹。例えば刑法306条a第1項1号の場合、火災によって損傷を受けまたは破壊された客体の場所が結果地とみなされるが、これは、実行行為(放火)の作用が実際に永続的な状態の変更にあらわれているからである。これに対して、燃やされた客体の周辺は、この領域にとって火が危険であったかもしれない場合であっても、結果地には当たらない。前述の「中間結果」は、——侵害犯または具体的危険犯の場合とは異なり——直接的な法益侵害とは一致せず、要求される抽象的危険の条件でしかない。

(2)「構成要件に属する結果」としての客観的処罰条件

29 一致した見解によれば、その加重結果が犯罪地を基礎づける働きをもつ結果的加重犯⁵⁰とは異なり、すでに処罰の客観的条件の発生⁵¹が国内であること⁵²だけで犯行が全体として国内行為になるのかどうか、つまり、客観的処罰条件は刑法9条1項第3類型の意味における「構成要件に属する結果」に当たるのかという点は、激しい争いがある。

事例4では、殴り合いはすべてポーランド領で行われ、致死結果はドイツの領土内で生じているので、刑法3条および9条1項第3類型によれば、死亡結果の発生が客観的処罰条件として結果地を構成する効果を持つ場合

48 Hilgendorf, NJW 1997, 1875.

49 賛同するのは、NK-Böse, § 9 StGB Rn 10 である。

50 S/S-Eser, § 9 StGB Rn 6a; Fischer, § 9 StGB Rn 4a; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 5 のみを見よ。

51 これにつき全般的に、Satzger, Jura 2006, 108 ff.

52 したがって、問題となるのは、「場所に結び付いた」処罰条件、特に刑法323条aの場合には犯罪地によって場所的に限定されるべき違法な行為の遂行などだけであり、刑法186条における「真实性の証明不可能性(Nichterweislichkeit der Wahrheit)」はもとより問題とならない。

にのみ、刑法 231 条 [喧嘩闘争への関与] が適用されうる。

30 この結論 [刑法 231 条の適用] は、支配的見解から、構成要件上の結果に限定することは、構成要件的に重要でない、または捕捉できないような結果を除外するにすぎないとの理由で、肯定されている⁵³。

31 もっとも、この見解によると、客観的処罰条件の機能が正しく理解されていない⁵⁴。立法者は、そのような条件を、基本的に、抽象的危険犯との関連で用いている。その際、およそ一般的に、そのようにして「責任から切り離された処罰条件⁵⁵」は原則的に責任原則と適合しない、という問題が生ずる。過失責任原則との摩擦は、客観的処罰条件が可罰性を限界づけ、かつ行為者に有利になるような要素として捕捉される場合のみ回避しうる。つまり、構成要件的に記述された典型的に危険な行為の（故意または過失による）遂行は、すでに、構成要件を充足する。すなわち、その態度は、それ自体ですでに当罰的なのである。しかし、立法者は、処罰条件を導入することによって、一般的な犯罪化に反対を示しており、客観的な処罰条件によって予め与えられた一定の基準を超えた時点ではじめて要罰性を肯定するのである。この基準は、危険犯の場合、危険性の「尺度」と解釈することができる。そのように理解すれば、客観的処罰条件は、行為者にとって有利に作用し、これによって責任原則と適合する。このことは、ここで関心を向けられた問題提起にとって、客観的処罰条件は結果地の決定にとっておよそ慮外におかれなければならない、ということを帰結する。なぜなら、(純粹) 抽象的危険犯には「構成要件に属する結果」がないとすると、処罰を限界づけるはずの客観的処罰条件を導入し、国家の刑罰請求を撤回することによって、法律の場所的適用範囲の拡張が達成で

53 例えば、RGSt 16, 188; 43, 85; MK-Ambos/Ruegenberg, § 9 StGB Rn 21; S/S-Eser, § 9 StGB Rn 6a; Jescheck/Weigend, § 18 IV 2 b; Oehler, Int. Strafrecht, Rn 261; Hirsch, NStZ 1997, 232.

54 詳しくは、Satzger, NStZ 1998, 116; SSW-ders., § 9 StGB Rn 5; ders., Jura 2010, 113 f があり、同様に Rath, JA 2006, 438 f がある。

55 Stree, JuS 1965, 465.

きなくなるからである。これは矛盾であろう⁵⁶。

32 事例4で、通説は、刑法3条、9条1項第3類型を介して、刑法231条の適用可能性を肯定している。正当な見解によれば、刑法231条の範囲における処罰条件は、刑罰を限界づける作用しかない。したがって、「大きな損害がなく (glimpflich)」終わった殴り合いを捕捉することはできない。ドイツ刑法をもっぱら外国で行われた殴り合いに拡張するための連結点は、これ以外には根拠づけられない。これに対して、刑法212条 [故殺]、222条 [過失致死] は、これらの侵害犯に関する死の発生が問題なく結果地を根拠づけるので、当然、刑法9条1項第3類型を介して援用することができる。

(3) 通過犯

33 離隔犯とは、—— 前述のとおり (上記§5 Rn 18 参照) —— 行為地および結果地が相互に離れて生ずることによって特徴づけられるものであり、刑法3条、9条によれば、行為地および結果地が国内にある場合に適用されるものである。

これに対して、「通過犯 (Transitdelikte)」という概念は、行為客体が国外の行為地から国外の結果地へ向かう途中でドイツの領域を通過するというだけの離隔犯を捕捉するものである。これによつては、国内での犯罪地は根拠づけられない。なぜなら、ドイツには、因果経過の一部が生じただけであり、行為地または結果地を認めることはできないからである⁵⁷。

これに応じて、ドイツ刑法は、属地主義によっては適用できない。

具体例：デンマークで投函された、スイスにいる名宛人に宛てられた侮辱的な手紙が、ドイツを經由して輸送され、その後を受取人に到達した。

[この場合、] 刑法185条 [侮辱] は適用されない⁵⁸。

56 結論的に同旨であるのは、*Krause*, Jura 1980, 454; *Stree*, JuS 1965, 473; *Schnorr v. Carolsfeld*, in: Lüttger (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S. 769 である。

57 NK-Böse, §9 StGB Rn 6; Werle/*Jeßberger*, JuS 2001, 39 参照。

58 S/S-Eser, §9 StGB Rn 6b; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, §7 Rn 45 f 参照。

侮辱が手紙ではなく、Eメールの中に含まれている場合、この解決の説得力がより一層明確になる。なぜなら、インターネット上の信号は、ほんの一瞬で世界中を巡る接続を介して伝送されるものだからである。ここでは、——別の考え方によるならば——見当のつかないほど多くの刑法システムが適用可能であることが浮かび上がる。しかし、国内を経由する通過輸送がそれ自体で刑罰の下に置かれている場合には、結論が異なる（麻薬取締法 [BtMG] 11条1項参照）。

cc) 問題：共犯の犯罪地

34 事例5：Aは、アウクスブルクにある彼の事務所から、パリ在住のテキサス人であるTにある手紙を送った。そこには、Tに対して、大金持ちで彼の遠い親戚であり、やはりフランスの首都に居住しているスペイン人Vを殺すよう書かれていた。Aは、VがTを単独相続人に指定したことを知っていたのであった。Aは、自分の助言によって、かなりの報酬が得られると期待していた。Tは、この助言に基づき、ほどなくして、Vを、パリで一緒にコーヒーを飲んでいるときに毒殺した（これについては、§5 Rn 38）。

35 共犯の場合、当然に、犯罪地を決定するために考えられる連結点は、正犯行為よりも多く存在する。このことは、刑法9条2項1文という極めて複雑な規定の中にも表れている。なぜなら、共犯は、共犯行為自体による共犯者自身の行為地だけでなく、次のものも犯罪地となるからである。つまり、

教唆の場合：教唆行為の場所および教唆結果の場所⁵⁹

幫助の場合：幫助行為の場所および幫助行為が実現した場所⁶⁰

さらに、共犯は、故意で違法に行われた正犯行為の中にある結果を志向

59 RGSt 25, 425; S/S-*Eser*, §9 StGB Rn 11. 異なる見解として、NK/*Böse*, §9 StGB Rn 19: nur Ort der Anstiftungshandlung.

60 BGHSt 4, 335.

る（共同正犯および間接正犯の場合は異なる。上記 § 5 Rn 19 以下参照）。38 事例 5 では、まず、事件に最も近い者、つまり T の可罰性が検討されなければならない。刑法 211 条 [謀殺] がそもそもこの正犯行為に適用されるのかという最初の問題については、T による V 毒殺の行為地と結果地がフランスの領地にある、ということを検討しなければならない。これは、外国での行為である。A の関与は、—— 正犯行為の評価にとっては—— 慮外におかれ、これによってドイツの法秩序との十分な関連性が創出されるわけではない。その他にも刑法 5 条ないし 7 条の要件は充足されていないので、ドイツの謀殺罪の構成要件は、この犯行には適用できない。

刑法 211 条、26 条 [教唆犯] が A に対して適用されるのかどうかは、独自の検討を要する。なぜなら、正犯行為にとって決定的な犯罪地の範囲は、ここでは、刑法 9 条 2 項 1 文によって著しく拡張されているからである。A の教唆行為は、ここでは、正犯行為の犯罪地（刑法 9 条 2 項 1 文第 1 類型を介して、共犯者にとっても重要な犯罪地でもある）に加えて、刑法 9 条 2 項 1 文第 2 類型によれば、アウクスブルクの犯罪地をも根拠づけるものとなり、したがって、これは国内行為となる。それゆえ、正犯行為はドイツ刑法の適用を受けない国外行為であるにもかかわらず、刑法 3 条および 9 条 2 項 1 文第 2 類型により、この教唆行為には、刑法 211 条、26 条が適用可能となる。

39 つまり、正犯行為が国外行為であり、ドイツ法の適用を受けないという事実は、国外行為への関与を理由とする共犯者の処罰を妨げるものではない。共犯の従属性を考慮するなら、この法理は、一見すると疑わしいもののように思われる。なぜなら、共犯の不法は、今日の通説によれば、正犯行為の不法から（少なくとも、そこから）導き出されるものだからである⁶¹。正犯行為がドイツ刑法の適用を受けない場合には、ドイツ法上不処

61 *Satzger*, Jura 2008, 516 f; *Wessels/Beulke*, Rn 552. 詳細については、*Roxin*, AT II, § 26 Rn 11 を見よ。

罰である正犯行為には共犯として処罰されうるものではない、ということが出来る。それは、共犯者がドイツ国内で行動する場合であっても、同様である。ただし、このことは、—— およそ一般予防の見地からすれば⁶²—— おかしな結論であろう。

具体例：隣接した2つの電話ボックスで、AとBは、それぞれの通話の相手に対して、ドイツでは刑罰の下に置かれている行為を教唆した。Aは国内に、Bは国外に通話した場合、—— 共犯行為は同様のものであるにもかかわらず—— Aのみ処罰可能となり、Bによって唆された正犯行為にはドイツ法は適用されない、という結論になる。ドイツの犯罪構成要件において前提とされている構成要件に該当する行為の禁止は、それをドイツの領土から教唆すれば不処罰とされるのであるならば、—— 一般予防的観点からすれば—— 相対化されることになる。

40 国際法上も、この法理には何らの異論も唱えられていない。それは、いずれにしても、有意の連結点、つまり共犯者の行為地が存在しているからである⁶³。また、結論において、従属性原則とも矛盾しない。なぜなら、たしかに、刑法適用法により、ドイツの刑罰権とドイツ刑法の適用可能性とが限界づけられるが、しかし、—— 可罰性の問題から離れて—— 何が不法とみなされるものであるかは、必ずしもそれに伴うとは限らないからである。外国の正犯行為に対する国内の共犯の不法は、所為（当該行為に適用可能な外国刑法によって構成される）に関する外国の反価値評価から引き出されるものではない。むしろ、ドイツの法秩序は、ドイツ刑法が当該所為に適用不可能である場合でさえ、正犯行為に対する不法基準として有用なのである。ドイツの不法基準が外国行為を不法なものとみなすとき、その結果として、その外国行為への各々の共犯は、ドイツの反価値判断から、その不法が引き出されるのである⁶⁴。そう解することでのみ、最終的

62 この点を特に強調するのは、*Jung*, JZ 1979, 329 である。

63 この点について、*LK-Werte/JeBberger*, § 9 StGB Rn 53.

64 この意味で、*Jung*, JZ 1979, 329 があり、異なる見解として、*NK-Böse*, § 9 StGB Rn. 20 がある。

に、刑法 9 条 2 項 2 文の重要な —— しかし、見落とされがちな —— 規定を、従属性原理と調和させることができる。なぜなら、同条項によると、国内の共犯行為は、外国の正犯行為が行為地では可罰的ではない場合でさえ、ドイツ法に服するからである。

41 具体例：アメリカ人 A は、バーデン・バーデンの電話ボックスで、ラスベガスに電話をかけた。彼は、政治に積極的な同郷人 L に、ラスベガスの次の政治イベントで、ナチスのホロコーストは嘘であると「暴露するよう (zu enttarnen)」助言した。このことは、L に、彼の支持者からの共感をもたらすものとされた。L は、公然と、「第三帝国 (Drittes Reich)」のユダヤ人殺害を否定した。

この事例で、A は、いわゆる「重大なアウシュヴィッツの嘘 (qualifizierte Auschwitalüge)」⁶⁵ (刑法 130 条 [民衆の煽動] 1 項および 3 項) を教唆したことになる。しかし、刑法 130 条 1 項, 3 項, 26 条は、A について国内の行為地が存在する場合にのみ適用可能である。正犯行為は、アメリカ合衆国でのみ行われているが、教唆者 A の行為地であるバーデン・バーデンは、その地から正犯行為者の犯行決意が惹起された場所である。もっとも、ユダヤ人迫害の否認は、アメリカでは刑罰の下に置かれていない。つまり、正犯行為は、行為地法によれば不処罰である。しかし、刑法 9 条 2 項 2 文によると、このことは、共犯者にドイツの刑法 130 条 1 項, 3 項を適用することを妨げるものではない。

42 法政策的には、この規定は、激しく批判されている⁶⁶。しかし、その批判の大半は、—— 前述のとおり —— 刑法 9 条 2 項 2 文は正当化できないほどに従属性原則を破るものであるという、不適切な見解に依拠してい

65 煽動的な形式でナチスの行為を否定し、または敵意のある攻撃と結び付いている場合には、「重大なアウシュヴィッツの嘘」に該当する。したがって、刑法 130 条 3 項および 1 項が、観念的競合の関係で適用される。LK-Krauß, § 130 StGB Rn 52, 140 参照。

66 Oehler, Int. Strafrecht, Rn 360; LK-Werle/Jeßberger, § 9 StGB Rn 52; SK-Hoyer, § 9 StGB Rn 13; Golombek, S. 180 のみを見よ。

る。行為地法によると処罰されない外国の正犯行為への国内の共犯が不処罰であることは、不処罰とする外国の法秩序の決定にドイツ領での行為への遡及効を認める場合に限り、必要となるかとも思われる。しかし、そのような理解は、おそらく行き過ぎである。国際法上の不干渉要請の抵触、および、正犯行為の行為地国の主権への侵害は、ドイツ刑法の適用によっては生じない。共犯者がドイツで行為する場合、もはや、(正犯の)行為地である国の国内的関心にはとどまらない。したがって、刑罰を科さないという基本決定がドイツで行為した共犯者にも適用されるとするならば、それは、単に別の法秩序を容認するということ以上のものとなる⁶⁷。このことは、多くの事例において、有益であるとみなされるかもしれないが、一般的なルールとして必然的なものとはいえないように思われる。例えば、一夫多妻性が許容されている N 国の国籍保有者が、N にいる彼の同郷人に第 2 の妻と結婚するようドイツから唆す場合、これにドイツ刑法を適用することは、たしかに不適切である。しかし、重大なアウシュヴィッツの嘘に関する前述の事例は、国内で行為された場合、ドイツの不法基準は外国の法秩序に対して寛容であるという理由からただちに「投げ捨てられる (über Bord)」わけではない、ということを示している。

また、刑法 9 条 2 項 2 文の、一見すると厳格にみえる規定は、訴訟のレベルでは、刑法 153 条 c 第 1 項 1 号第 2 類型による外国行為に対する起訴便宜主義の適用によって「緩和 (entschärft)」されるということ、考慮に入れなければならない。

dd) 問題：インターネットの行為地

43 事例 6：⁶⁸1944 年にドイツで生まれた A は、1954 年にオーストラリアに移住し、オーストラリア国民となった。彼は、ドイツで勉学した後、

67 SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 13; ders., Jura 2010, 115 も見よ。

68 BGHSt 46, 212 およびその評釈として Clauß, MMR 2001, 232 f; Heghmanns, JA 2001, 276 ff; Hörnle, NStZ 2001, 309 ff; Jeßberger, JR 2001, 432 ff; Kudlich, StV 2001, 397 ff; Vassilaki, CR 2001, 262 ff がある。

オーストラリアに帰還し、そこで教師として働いていた。彼は、1992年以來、ホロコーストの問題に強い関心を持つようになった。彼は、(歴史)修正主義を支持する回覧文と記事を作成し、これをオーストラリアのサーバーにアップロードして、インターネットを通して閲覧可能にした。ここでは、学術的研究という口実の下、国家社会主義の支配下で行われたユダヤ人殺害が否認され、「ユダヤ人集団 (jüdische Kreise)」のでっち上げたものとされた。ユダヤ人たちは、それによって金銭を要求し、ドイツを政治的に中傷しようとした、というのである (これについては、§ 5 Rn 44 以下, 51)。

44 現在、国際刑法にとっての最大の課題の1つとして、インターネット上でなされた頒布および表現犯罪をあげることができる。それ自体でドイツ法の犯罪構成要件を充足しうるコンテンツが、ドイツでインターネットの利用者よりダウンロードできるという場合、すでにこれによって、ドイツ刑法の適用を許容するようなドイツの法秩序との十分な関連性が創出されるのか、という問題が生ずる。[これが肯定される場合、] その帰結は、ドイツ刑法は国際的なインターネットのすべてのコンテンツに適用可能である、ということになる。なぜなら、そのコンテンツをドイツでダウンロードする可能性は、常にあるからである。

連邦通常裁判所は、事例6において、Aの行為はいわゆる「重大なアウシュヴィッツの嘘」(刑法130条1項および3項)⁶⁹に当たると認定した。刑法5条、6条の意味で列挙された行為は存在しない。アウシュヴィッツの嘘は、オーストラリア法によれば可罰的ではないので、刑法7条も関連しない。このことは、次のことを意味する。刑法3条、9条の属地主義によってドイツに連結点が存在する場合に限り、ドイツ刑法が適用可能である。そうではない場合、Aは、ドイツで処罰されることはない。

45 この問題は、ほとんどすべてのインターネット上の頒布および表現犯罪についても生ずる。例えば、ポルノ文書の頒布 (刑法184条)、反憲法

69 前述 § 5 Rn 41 参照。

組織のプロパガンダの頒布(刑法86条)、民集を煽動する文書の頒布(刑法130条2項1号)、侮辱(刑法185条以下)、——最近では——国家を深刻な危険にさらすような暴力の遂行を指導すること(刑法91条)、などである。そのようなインターネット上の行為が刑法3条、9条を介してドイツ刑法によって評価されるのかという問題は、非常に争いがある。さしあたり、刑法9条を予断なく考察すれば、アウシュヴィッツの嘘を外国からインターネットで伝播することを国内犯と称することは、困難である。刑法9条1項第1類型の意味における行為地は、インターネットとの関連でも、——少なくとも従来通説によれば——実行行為の時点での行為者の所在地によって決まる。したがって、事例6では、行為地はオーストラリアとなる。刑法9条1項第3類型の意味における結果地いかなの問題は、これよりも難しい。その結論は、事案において「構成要件に属する結果」がドイツで生じたのかどうかによる。刑法130条1項および3項は、——通説によれば——抽象的危険犯に分類される(一部では、「潜在的な危険犯(potentielles Gefährdungsdelikt)」ともいわれる)。抽象的危険犯は具体的危険というかたちでの結果発生を要求しておらず、問題となっている構成要件は犯罪地を根拠づける中間結果も示していないので、ここでは、一般的なルールに従い、「構成要件に属する結果」は生じていない、という結論となる⁷⁰。

46 このように解釈すれば、たいていは法政策的に好ましくないものと感じられる結果として、アウシュヴィッツの嘘が外国によって処罰されることなくインターネットを介してドイツに流布される、ということとなる。この結論を回避するために、刑法9条の解釈に関する異なる解決の可能性が提案される⁷¹。

47 最も広い見解は、すでに上で——危険犯との関連で——述べた見解

70 例えば、Ringel, CR 1997, 303; Hilgendorf, NJW 1997, 1875を見よ。

71 詳細は、Kappel, Das Ubiquitätsprinzip im Internet, 2007, S. 108 ff, 141 ff; SSW-Satzger, § 9 StGB Rn 14 ff; ders., Jura 2010, 115 fを参照。

に基づいている。それは、刑法9条1項第3類型の意味における結果地は、抽象的危険犯の場合には、抽象的危険が現実化するすべての地にある、ということを出発点としている。つまり、この見解によれば、外国で行為した人物が、Eメールで国家社会主義的な表現（ポルノ文書または侮辱的表明も同様）をドイツに送信した場合だけではなく、ドイツとは全く関係のない外国のサーバーにこうしたコンテンツを単にアップロードした場合にも、ドイツ法に従って可罰的となるだろう。これによって、世界中で閲覧可能なインターネットのアップロードが、すべてドイツ法に服することになる。たしかに、このような結論は、一部でははっきりと支持されている⁷²。しかし、これは、国際法的な考慮からすれば否定されるべきである。なぜなら、これに伴うドイツの訴追当局の全世界に及ぶ訴追権ないしは訴追義務は、「有意な連結点 (sinnvoller Anknüpfungspunkt)」という必要条件とは適合しえないことだからである（「ドイツ刑法に照らして、世界が癒やされる (am deutschen Strafrecht soll die Welt genesen)」という標語のもとで)⁷³。すべての国家が対応する刑法適用のルールを規定しているならば、それぞれのインターネットユーザーは、世界のあらゆる刑法秩序を考慮しなければならないことになるが、それは、常にもっとも厳格な刑法が——インターネットの登場とのその他の関連とは関わりなく——基準となる、という結果をもたらすであろう。

具体例：あるイスラム主義国家が、宗教上の問題に関するキリスト教の表現（例えば、聖戦の概念について）を刑罰の下に置いたと仮定する。この場合、この点に関する議論の場であり、意見表明の土台となるインターネットは、危機にさらされることになる。なぜなら、その国では、当該表現の可罰性は、常に差し迫ったものとなるからである。

48 別の見解は、こうした拡張的な解決を修正し、—— どのようなものであれ —— ドイツとの関係を要求する。一部では、主観的な領域に、追

72 Jofer, Strafverfolgung im Internet, 1997, S. 108 のみを参照。

73 別の見解として、Jofer, Strafverfolgung im Internet, 1997, S. 109.

加的な要件が立てられる。特に、行為者が「目的的な関心 (finales Interesse)」を伴う「目標に向けた行為(zielgerichtetes Handeln)」によってダウンロードを誘引したことが要求される⁷⁴。さらに、別の見解は、客観的な連結点による限定を図る。これによると、行為者の行為には国内に客観的に場所的な関係があることが要求される(例えば、そのコンテンツが提供されている言語を根拠にして)⁷⁵。若干の見解によれば、行為者のドイツ国籍もそのような連結点であるとされ⁷⁶、あるいは、その行為が行為地でも可罰的であることが要求されている⁷⁷。

49 ドイツ刑法の適用可能性を限定するという、こうした限定方向への修正の関心は正しいが、その提案は、恣意的であり、部分的には検証困難である。「言語 (Sprache)」という観点は、客観的な連結点の限界を示している。英語はインターネットの言語とみなされうるので、英語で書かれたメッセージが特に英語圏の国の住人に向けられているに違いないとも言えないし、逆に、英語の情報がドイツの読者ねらいとしたものではありえないとも言えないのである⁷⁸。

50 *Sieber*⁷⁹ は、こうした事例において、いわゆる「行為結果 (Tathandlungserfolg)」に着目する。これは、行為者が外国で行為するのであるが、構成要件によって記述された行為(例えば、アクセス可能な状態にする、頒布するなど)は国内で実現されるという場合、刑法9条1項第3類型の意味における構成要件に属する結果としてドイツ国内で生ずるというものである。これにより、すべて

74 *Collardin*, CR 1995, 621 のみを見よ。

75 例えば, *Hilgendorf*, NJW 1997, 1876; *ders.*, ZStW 113 (2001), 668 ff を見よ。

76 例えば, *Breuer*, MMR 1998, 144 f を参照。これは、インターネット犯罪の場合、犯罪地に加えて、刑法7条の人的関連基準の存在を要求する。

77 同旨の見解として例えば, *Kienle*, Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, 1998, S. 173 ff.

78 使用言語という要素について、同様に批判的なのは, *Breuer*, MMR 1998, 144 である。

79 *Sieber*, NJW 1999, 2068 ff を参照。

の頒布罪においては、犯罪類型（具体的危険犯または抽象的危険犯）ではなく、頒布行為の結果それ自体に着目される。インターネットに関して、このことは、例えば外国のインターネット・サイトへ接続する場合のように、ドイツに由来するデータが外国で引き出されるという「プル・テクノロジー (Pull-Technologien)」と、外国からのデータが積極的にドイツのコンピューターシステムに送られる「プッシュ・テクノロジー (Push-Technologien)」との間で、技術的に区別されるという結果になる。これによると、こうした状況では、「プッシュ・テクノロジー」の使用は、国内における行為地を根拠づけることになるが、「プル・テクノロジー」の使用は、そうではない。

- 51 連邦通常裁判所は、事例 6 において、刑法 9 条の意味における「構成要件に属する結果」の概念を次のように解釈した。すなわち、ドイツ刑法は、—— 外国で実行行為が行われた場合でも —— 国内で法益侵害または危殆化が生じ、それを回避することがその都度の刑罰規定の目的であるという限りで、適用されるべきであるとした⁸⁰。刑法 130 条 1 項および 3 項は、平和を乱すことの具体的適格性を要件とするものであるが、連邦通常裁判所は、この規定に際して、具体的危険犯の場合に比肩しうるような状況があるとみる。立法者は、ここでも、回避されるべき危殆化をその規定の構成要件において明白に示しているから、というのである⁸¹。つまり、連邦通常裁判所の見解によれば、刑法 130 条が適用可能となる。

52 いくつかの手がかりからは、インターネット犯罪へのドイツ刑法の適用可能性について、国際刑法の従来的手法によっては満足のいく解決がほ

80 BGHSt 46, 221. 同旨の BGHSt 42, 242 も参照。これに賛同するのは例えば、Hecker, ZStW 115 (2003), 888 f である。

81 連邦通常裁判所は、純粋な抽象的危険犯の場合に、結果地が存在するか否かを未解決にしていた。

とんど得られない、ということが示される。特に、犯罪地について抽象的危険犯と侵害犯とでは従来から評価が異なっているということは、インターネットの領域にとってあまり有用ではなく、部分的には、疑わしい結論をもたらす。インターネット上で表現されたブラジル人のチリ人に対する侮辱行為(=結果犯)は、これがドイツで知覚される場合、刑法3条および9条1項第3類型により、ドイツ刑法が適用可能となる。これに対して、刑法86条[憲法違反組織の象徴物の使用]および130条[民衆の煽動](=抽象的危険犯ないしは抽象的具体的危険犯)のプロパガンダ犯罪の場合、行為者がその内容をもっぱら外国からインターネットに提供するという事案では、国内の結果地が欠けるために⁸²、ドイツ刑法は適用不可能となる。

技術的な背景を見失わないことが、基本的に適切であろう。このことは、解釈論として、*Sieber*の解決を支持するものとなる。彼の解決は、また、刑法9条の意味での「結果地(Erfolgsort)」に関する本書も支持する一般的な理解に、少なくとも接近するものである。しかし、*Sieber*のいう頒布犯罪および表現犯罪に際しての犯行結果を、ここで用いられた意味での犯罪地を根拠づけるような中間結果⁸³と同等に置こうとするならば、この中間結果に対する要件として外界における確たる変更を要求することは、構成要件に対する意味のある限界づけはそれぞれの中間結果なしにはほとんど不可能となるほどに、不自然なものとなる(heruntergeschraubt)であろう。

以上のことから、次のようにまとめることができよう。つまり、インターネットは、法を脱領域化するものである。インターネット刑法の多くの法的問題について永続的で耐久性があり、現実的に機能する解決には、国家間で承認された方法が必要である⁸⁴。ドイツ刑法は、インターネット上の

82 前掲 § 5 Rn 25 ff 参照。

83 これについては、前掲 § 5 Rn 28 を見よ。

84 同旨のものとして、NK-*Böse*, § 9 StGB Rn 15; MK-*Ambos/Ruegenberg*, § 9 StGB Rn 34; *Kappel*, Das Ubiquitätsprinzip im Internet, 2007, S. 248; Rath, JA 2007, 29.

あらゆる行為に対して決定的なものとされるべきものではない。したがって、立法論としては、インターネットにおける刑法適用に関する特別規定が不可欠である。

53 現在、欧州共同体の電子商取引指令 (ECRL)⁸⁵ は、これに関連して、業務上販売された通信サービスに対しては、いわゆる出身国主義 (Herkunftslandprinzip) を採用している。これは、ドイツでは、当初は、通信サービス法 (TDG) 4条⁸⁶によって具体化され、現在では、同じ内容で通信メディア法 (TMG) 3条⁸⁷に規定されている。

(1) ドイツ連邦共和国に拠点を置くサービス提供者およびその通信サービスは、当該通信サービスが (ECRL) ...の適用範囲内の他の国において業務上販売または提供された場合にも、ドイツ法に従うものとする。

(2) (ECRL) ...の適用範囲内の他の国に拠点を置く通信サービス提供者によって、ドイツ連邦共和国において業務上販売または提供されている通信サービスの自由なサービス流通は、[本法によって] 規制されるものではない。5項は、これによって影響されない。

本原則の基礎には、サービスを国内で提供しようとするサービス提供者は、その者が拠点を置く当該欧州連合加盟国の規定だけを考慮しなければならない、という理念がある。それによって、特に、刑法にとっても期待されるべき法的安定性が促進されることとなる。もっとも、ここで関心が持たれる問題にとって、この出身国主義は、それ以上の意味をもつものではない。第1には、刑法上重要なインターネット状況においてしばしばそうであるように、非業務的に提供されているサービスに対しては、そもそも妥当しないからである。もっとも、より重要であるのは、電子商取引指

85 RL 2000/31/EG, ABIEG 2000 Nr. L 178/1.

86 BGBl. 1997 I, S. 1870. 内容的には同じかたちで、—— この間、第9次放送に関する改正州際協定によって廃止された —— メディアサービス州際協定 (MDStV) に置き換えられた。

87 BGBl. 2007 I, S. 179.

令およびそれに立脚した通信サービス法4条ないし現在の通信メディア法3条は——あまり明確でなく、したがってに非常に紛らわしい規定であるにもかかわらず——，結果的には、刑法の領域について実践的にはすべて出身国主義の適用を除外している点である⁸⁸。その条項は、ここで関心のある限りでは、以下のように規定されている。

- (5) 他の [欧州連合加盟] 国...に拠点を置くサービス提供者による通信サービスの販売および提供は、公の秩序の...特に、犯罪行為および秩序違反の防止、捜査、訴追および執行に関して... 侵害または深刻かつ重大な危険に対する保護に資するものであり、国内法に基づいて考慮される措置がその保護目的と適切な関係にある限りで、2項の規定にもかかわらず、国内法の適用を受けるものとする。...

本項で基本的に刑法上の領域の完全な例外化が図られたことは、立法理由における言明も明らかにするところである。それによれば、本規定および「指令で要件とされた侵害ないしは重大な危険は、...ドイツの刑法および秩序違反法によるこれに対応する構成要件を充足する場合には、常に存在しているものである」⁸⁹。

b) 国内の概念

aa) 国法上および国際法上の国内の概念

54 犯罪地を確定するために、法律は、国内および国外という概念を用いる。その際、国内に当たらないすべての領域は国外であるという意味での、排他的な関係がある。したがって、どんな国家権力にも服さない領域（公海、宇宙空間、いわゆる「破綻国家 (failed states)」など）も、国外概念の下にある⁹⁰。しかし、刑法は、それ以上に「国内概念 (Inlands-

88 これにつき詳細は、Satzger, in: Heermann/Ohly (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, S. 176 ff ; ders., CR 2001, 117; Kudlich, HRRS 2004, 278 ff を見よ。この意味で同旨のものとして、Ambos, Int. Strafrecht, § 1 Rn 20, 異なる見解として、Spindler, NJW 2002, 926 がある。

89 BT-Drucks. 14/6098, S. 20.

90 Jescheck/Weigend, § 18 VI 2; 18 VI 2.これにつき詳しくは、Ambos, Int.

begriff)」ないし「国外概念 (Auslandsbegriff)」を定義していない。それゆえ、基本的には、国際法上および国法上の国内概念が援用されなければならない⁹¹。それに応じて、1940年までは、「刑法の意味における国外は、ドイツ帝国には属さないすべての領域である」と、明示で規定されていた⁹²。つまり、それによれば、刑法上の国内概念は、国法上および国際法上の意味での国家領域と同等に扱われていたわけである。

bb) 分断されたドイツについての事実的国内概念

55 しかし、そのような理解は、ドイツが分断されていた時代には重大な問題を生じさせた。なぜなら、ドイツ民主共和国 (DDR = 旧東ドイツ) は、国法上の支配的な見解によると、外国ではなかったからである。むしろ、ドイツ帝国は、なおも継続しているものとみられていた。ドイツ連邦共和国 (BRD = 旧西ドイツ) は、「ドイツ帝国」の「後継国」ではなく、国家の領域は部分的に一致するだけであるとしても、国家としては、ドイツ帝国と一致するものとみられていた⁹³。それでもなお、ドイツ連邦共和国は、旧東ドイツ側の領域についての実際上の支配をもつものではなかったため、属地主義に基づいた旧西ドイツ側の刑罰権は、もっぱらフィクションにすぎなかった。それに応じて、通説は、旧東ドイツが強固になるにつれて、刑法に関しては、国法上および国際法上の国内概念の代わりに、事実的 (または機能的) な国内概念を用いたのである⁹⁴。それによれば、刑法3条の意味における国内とは、ドイツ刑法が高権的な国家権力に基づいてその秩序機能を妥当させる領域を指すものであった。

56 事実的国内概念は、最終的に、ドイツ分断の時代に関して、統一条約

Strafrecht, § 3 Rn 18 f も見よ。

91 *Jescheck/Weigend*, § 18 VI 1.

92 1940年5月6日の効力範囲法令の施行まで妥当していた刑法旧8条による。

93 BVerfGE 36, 15 f 参照。これについては、*Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn 612 ff を見よ。

94 MK-Ambos, Vor § § 3-7 StGB Rn 95; *Fischer*, Vor § § 3-7 StGB Rn 12; SSW-Satzger, § 3 StGB Rn 5 のみを参照。

によって承認された(刑法施行法 315 条 4 項参照)⁹⁵。事実的国内概念は、今日では、1990 年 10 月 3 日以前に当時の旧東ドイツでなされた犯行(いわゆる「昔の犯行(Alttdaten)」)の評価にとって重要であるにすぎない。このような行為は、再統一によって事後的に国内犯となるものではなく、国外犯として扱われるべきものである⁹⁶。もっとも、刑法 2 条の規定(犯行時に妥当していた法律の適用、および、[行為後に改正された場合に]より軽い法を適用するという原則)が刑法施行法 315 条によって一定の範囲で修正されているにもかかわらず⁹⁷、刑法施行法 315 条により、昔の犯行にはドイツ刑法が原則的に適用される。

cc) 国法上および国際法上の国内概念への立ち返り

57 再統一によって——法技術的には、旧東ドイツのドイツ連邦共和国への加盟として整えられたが⁹⁸——、刑法の場所的適用範囲が新たな州に拡大された。その結果、1990 年 10 月 3 日以降は、刑法上の国内概念は、国法上および国際法的な国内概念と再び一致することになった⁹⁹。ドイツ刑法を適用するために国際法的に要請された連結点を保障するという属地主義の機能に鑑みれば、このような——概念的にも——国法および国際法との一致は、有意義であるように思われる¹⁰⁰。

95 これにつき詳しくは、SK-Hoyer, Vor § 3 StGB Rn 25 を参照。

96 この点は争いがある。同旨の見解として、S/S-Eser, 27. Aufl, Vor § 3 StGB Rn 68; SK-Hoyer, Vor § 3 StGB Rn 26, 異なる見解として、Samson, NJW 1991, 335 がある。

97 これにつき詳しくは、LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 438 ff; S/S-Eser, 27. Aufl, Vor § 3 StGB Rn 108 を参照。

98 基本法旧 23 条、「ドイツ連邦共和国の基本法の適用範囲へのドイツ民主共和国の加盟に関する」1990 年 8 月 23 日の旧東ドイツ人民議会の決議(1990 年 10 月 3 日に発効。BGBl. 1990 I, S. 2085), 統一条約 1 条 (Sartorius II, Nr. 605)を見よ。

99 NK-Böse, § 3 StGB Rn 3.

100 しかし、一部では、機能的な国内概念が維持されている。Maurach/Zipf, AT, Teilband 1, § 11 Rn 14 のみを見よ。

dd) 国法上および国際法上の「国内」の限界づけ

58 これにより、国内に属するのは、ドイツ連邦共和国の国家領域、内陸水域（国境内にある湖水、河川）、領海（3海里に及ぶ領海）、領域を超える領海上も含めた領空である¹⁰¹。

c) 治外法権が適用される者に対するドイツ刑法の適用不可能性？

59 学説上、裁判所構成法 18 条以下に挙げられているいわゆる「治外法権者（Exterritoriale）」によってなされた国内犯は、「裁判の免除（Befreiung von der Gerichtsbarkeit）」が一身的刑罰阻却事由と解されるために、ドイツ刑法によっては処罰されない、と主張される¹⁰²。この「治外法権者」に数えられるのは、特に他国の外交上および領事上の使節団、代表団の構成員、その他国際法の一般原則に従ってドイツの裁判を免除される者、例えば通過するだけの外交官などである¹⁰³。

もっとも、優先されるべき訴訟法上の理論によれば、これら人的グループの特権的地位は、訴訟上の特権を根拠づけるものでしかない。つまり、これらの人も、依然としてドイツ刑法に全面的に服しているのである¹⁰⁴。こうした解釈の正当性は、訴訟法上、すでに裁判所構成法 18 条以下の体系的な位置づけから導かれる。また、そう解することによってのみ、派遣

101 これについての詳細な説明は、LK-*Werle/JeBberger*, § 3 StGB Rn 24 ff; bei MK-Ambos, § 3 StGB Rn 8 ff に見出される。

102 例えば、*Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 523 ff ; S/S-*Eser*, Vor § 3 StGB Rn 57 ff.

103 例えば以下を参照。1961 年 4 月 18 日の外交関係に関するウィーン条約（WÜD）29 条、31 条、40 条、1 条 e, BGBl. 1964 II, S. 959 (Sartorius II, Nr. 325), ならびに、1963 年 4 月 24 日の領事関係に関するウィーン条約（WÜK）43 条, BGBl. 1969 II, S. 1585 (Sartorius II, Nr. 326), ならびに、後述 § 15 Rn 45 ff.

104 同旨の判例として特に、BGHSt 32, 276 がある。これに賛成するものとして、SK-*Hoyer*, § 3 StGB Rn 7; *Jescheck/Weigend*, § 19 III 2; *Lackner/Kühl*, Vor § § 3-7 StGB Rn 10; SSW-*Satzger* Vor § 3 StGB Rn 14 がある。今では、S/S-*Eser*, Vor § § 3-7 StGB Rn 63 も同旨である。特権の効果の時間的継続性は、人的グループに応じて異なる。これについては、WÜD および WÜK との関連で、裁判所構成法 18, 19 条を見よ。

国が自国の刑罰権行使の優先権を放棄することにより、ドイツの刑罰権が復活することも、説明づけることができる¹⁰⁵。さらには、基礎にある国際法上の条約の文言も、訴訟上の特権と位置づけることの根拠となる¹⁰⁶。

2. 刑法4条(旗国主義)

60 属地主義は、刑法4条によって拡張されている。つまり、ドイツ船舶上またはドイツ航空機内で行われる犯行は、国内犯と同様、ドイツ刑法に従うのである。しかし、それは、真正の国内犯ではない。なぜなら、この船舶ないし航空機は、国外における国内の飛び地を意味するものではないからである。ドイツの船で謀殺が行われたが、その船が例えばフランスの港にある場合、属地主義の意味における犯罪地は、フランスにしかない。これにより、ドイツの船舶または航空機内にいる者は、ドイツ刑法の保護を受けるが、その規定に従うものでもあり¹⁰⁷、可能性のある可罰性の間隙(「公海」はいかなる刑罰権の支配下にもない)を埋めるために、付加的な国内の犯罪地が擬制されるのである¹⁰⁸。その限りで、「国内犯」ということができる。

具体例：ドイツの航空機内で窃盗が行われ、犯行時その機はミュンヘンにあった場合、すでに刑法3条により、この行為は、ドイツ刑法に従うことになる。つまり、この場合、刑法4条の擬制は、もはや必要ない。

刑法4条に基づく旗国主義によれば、ドイツ連邦共和国の連邦国旗また

105 MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 127; Jescheck/Weigend, § 19 III 2 を参照。WUD32条, WUK45条も見よ。

106 例えば WÜD31条および WÜK43条は、「刑事裁判権の免除特権 (Immunität von der Stragerichtbarkeit)」ないし「裁判の免除特権 (Immunität von der Gerichtsbarkeit)」と規定している。

107 立法動機については、Rietzsch, DJ 1940, 565を見よ。

108 同様のものとして、SK-Hoyer, § 4 StGB Rn 1 (「4条は...二重の国内概念の表現として」); Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 7 Rn 51 (国内として「妥当する」)があり、異なるものとして、S/S-Eser, § 4 StGB Rn 1 (保護主義)がある。

は国章を掲げる資格は、ドイツ刑法を適用するための条件である。

61 船舶に関して、このことは、1つには、外国航海船および内陸水運船だけが刑法4条によって捕捉されているのであり、別の船舶はそうではない、ということの意味する。なぜなら、これらの船に関してのみ、国旗法(FlaggRG)¹⁰⁹ ないしは国旗令(FlaggRV)¹¹⁰ において、連邦国旗を掲げる資格が定められているからである。政府の船舶も、かつて一部で主張された見解に反して、刑法4条から除外されない。これは「派遣国の動き続ける領域」であるというその[反対説の]背後にあるイメージは、もはや国際法の状況とは合致しない¹¹¹。

具体例：ドイツの航海船「MS ハンブルク号」は、公海上で海難事故に遭い、沈没の危機に瀕していた。乗客たちは、救命ボートに乗せられた。何時間も救助を待っていたが、そのボートの1つで、飲料水の備蓄を巡って争いになった。格闘の際、スウェーデン人の乗客が、同じ国の人の腕を脱臼させた。

刑法223条[傷害]は、この事案に適用される。たしかに、公海は、いかなる刑罰権力の下にはなく、したがって、刑法3条という国外に当たる。しかし、刑法4条が介入するのである。たしかに、その行為は、ドイツ船舶それ自体の上でなされたわけではない。しかし、救命ボートまたは救命筏は、沈みゆく船の一部であり、まだ人が乗っている難破船と同様に、刑法4条の意味における船舶として扱われるのである¹¹²。

62 航空機には、あらゆる形態の飛行機や飛行船と並んで、自由気球または係留気球、宇宙飛行船も含まれる(航空法1条2項参照)。国章を掲げる資格は、連邦国旗を掲げる船舶の資格とは異なり その航空機がドイ

109 1994年10月26日の案(BGBl. I, S. 3140)における1951年2月8日の国旗法(BGBl. I, S. 79)による。

110 1990年7月4日の国旗令(BGBl. I, S. 1389)による。

111 S/S-Eser, § 4 StGB Rn 4 mwN.

112 LK-Werle/Jeßberger, § 4 StGB Rn 47; Oehler, Int. Strafrecht, Rn 455; SSW-Satzger, § 4 StGB Rn 5.

ツ国籍者の専属所有にあるということを条件とする (航空法 2 条 5 項)。

63 復習・理解を深めるための問題

- ・ 1 個の犯行が複数の場所で遂行されることはあるのだろうか。このことは、どこに規定されているだろうか (§ 5 Rn 12, 18)。
- ・ 共犯はどこで遂行されるのだろうか (§ 5 Rn 34 ff)。
- ・ インターネット上で実行された犯罪との関連で、刑法適用についてどのような特別な問題が生ずるか。また、それを解決するために、どのような試みがなされているか (§ 5 Rn 44 ff)。
- ・ ドイツの刑法適用法は、どのような「国内」概念を基礎としているのか (§ 5 Rn 57)。
- ・ いわゆる「治外法権者」は、ドイツ刑法に服することになるのか (§ 5 Rn 59)。

・ 国外犯に対するドイツ刑法の適用

1. 刑法 5 条

a) 基本思想

64 立法者の観点から、属地主義では社会ないしは個々の国民の重要な法益の保護が果たされない、あるいは、潜脱的に犯罪地を外国に設定することを阻止すべき限りで、刑法 5 条を介して、一部で国外犯に対してドイツ刑法が適用される¹¹³。これによって、刑法 3 条の中で表現されている、ドイツ刑法の国内犯への基本的な自己抑制が相対化される。そこでは、行為地刑法を考慮することなく、ドイツとの場所的連関のない行為にドイツ刑法が拡大されることになる。つまり、この点で、ドイツ刑法は、行為地では処罰されない事態や、その地で何らかの法益を危殆化するのではない事情も、捕捉しうるのである。立法者は、[本条で] 捕捉された行為につ

113 これについては、LK-Werle/Jeßberger, § 5 StGB Rn 4; SSW-Satzger, § 5 StGB Rn 4 を見よ。

いて、ドイツ刑法の介入が（外国の）行為地法の適用に伴う不安定性に左右されることを、よしとしなかった。しかし、他方では、本規定は、関係諸国の国際法上の主権が十分に考慮されていない、という批判にさらされている¹¹⁴。法政策的には、こうした批判は全く正当であるが、しかし、国際法的観点からは、この刑法 5 条の規定は、異論の余地のないものである。本規定は、一貫して、「有意の連結点」に依拠しており、それがドイツ刑法の適用を正当化するのである¹¹⁵。

b) 実現化された連結点

65 このような法政策的目的のみを志向する立法動機に鑑みれば、刑法 5 条のカatalogには様々な国際刑法上の連結点が見出されることは、驚くにあたらない。したがって、いずれにしても公的な見出しは、誤解を招きやすいものである。なぜなら、決して、常に「国内の法益に対する国外犯」というわけでもないからである¹¹⁶。むしろ、各号は、国家保護主義、個人保護主義、積極的属人主義の要素を——一部では、複数が組合わさって——内容としている。一部では、さらに、関連する人が生活の拠点を有する場所にも、目が向けられている（居住地主義）¹¹⁷。各号をこうした原則に分類することは、学説で、様々に取り組まれているが、細部においてしか異なるものではないこれらの見解は、結論的には、意味のあるものではない。

66 図式的には、以下のように分類することができる。

114 MK-Ambos, § 5 StGB Rn 11 は、本規定は部分的に国際法違反であるとする。

115 S/S-Eser, § 5 StGB Rn 2; SSW-Satzger, § 5 StGB Rn 4.

116 この点で、2007 年法案 (BT-Drs. 16/6558。この間に断念された) は、一貫して、刑法 5 条の見出しを「特別の国内関連性をもつ国外犯」に変更するよう起草されていた。

117 これについては、Ambos, Int. Strafrecht, § 3 Rn 42; SSW-Satzger, Vor § 3 StGB Rn 5 も参照。

5 条	原則	5 条	原則
1 号	国家保護主義	9 号	積極的属人主義であり、居住地主義による補充
2 号	国家保護主義	10 号	国家保護主義
3 号	国家保護主義 a) は、積極的属人主義との組合せ、居住地主義による補充	11 号	国家保護主義
4 号	国家保護主義	11a 号	国家保護主義であり、積極的属人主義との組合せ
5 号	国家保護主義、 b) は、積極的属人主義との組合せ、居住地主義による補充	12 号	積極的属人主義であり、国家保護主義の要素との組合せ
6 号	個人保護主義であり、居住地主義による補充	13 号	積極的属人主義であり、国家保護主義の要素との組合せ
6a 号	居住地主義	14 号	個人保護主義であり、国家保護主義との組合せ
7 号	個人保護主義	14a 号	国家ないし連合保護主義であり、部分的に積極的属人主義との組合せ
8 号	a) は、個人保護主義、積極的属人主義との組合せで、その都度、居住地主義による補充 b) は、積極的属人主義	15 号	積極的属人主義

c) 訴訟上の側面

67 訴訟上は、刑法 5 条は、国外犯に関する起訴便宜主義の適用によって補完されている（刑訴法 153 条 c 第 1 項 1 号参照）。刑事訴訟法 153 条 d 第 1 項、裁判所構成法 74 条 a 第 1 項 2 ないし 6 号および 120 条 1 項 2 号、3 号によれば、検察は、さらに政治的な理由から訴追を見合わせることもできる。こうした側面から、刑法 5 条を介したドイツ刑罰権の拡張の過酷さが相対化される。

d) 適用例と問題となる事案

aa) 刑法 5 条 9 号における行為者概念

68 事例 7：オランダ人の医師 A は、オランダ人の妊婦 A に、オランダで、ドイツ刑法 218 条 a [妊娠中絶の不処罰] の要件が存在しない中で、

(オランダでは不処罰の) 妊娠中絶を施した。手術の際、国境近くの町クレーヴェに居住するドイツ人の看護師 O が、これを助けた (これについては § 5 Rn 69)。

バリエーション：A は、国内に生活基盤をもち、ドイツ国籍者であるが、O は、オランダ国籍者であった (これについては § 5 Rn 70)。

69 刑法 5 条 9 号の適用範囲では¹¹⁸、複数の人が関与した場合にどの人に対してドイツ刑法が適用できるか、という点が問題となる。さしあたり、共犯の従属性に関する一般原則を考慮しなければならない。これによれば、故意の違法な正犯行為が存在し、これにドイツ刑法が適用可能である場合に限り、共犯も可罰的となりうる。刑法 9 条 2 項 2 文の例外規定 (上記 § 5 Rn 41 以下参照) は、この場合には適用されない。なぜなら、本事例における共犯者は、およそ国内で行為してはいないからである。

したがって、事例 7 において、O は、すでにそうした理由から、ドイツ刑法によっては処罰されえない。つまり、ドイツ刑法によって評価されるべき、共犯のありうるような正犯行為が欠けているからである。

70 ドイツに生活の基盤があるドイツ国民 (医師または妊婦) がドイツで国外犯に正犯として関与した場合、少なくとも従属性要件は、問題とはならない。その場合、共犯がありうるような正犯行為は、医師ないしは妊婦の行為に認められるのであり、この行為は、5 条 9 項により、ドイツ刑法に服するのである。しかし、—— 前述のとおり¹¹⁹ —— 共犯者の行為も刑法 5 条の意味における「行為 (Tat)」として理解されるので、ドイツ刑法は、—— すでに正犯行為者に刑法 5 条 9 号が適用可能であるということから —— 正犯行為者だけではなく、基本的には、その正犯行為へのすべての共犯者に適用可能となる。

つまり、このことは、このバリエーションに関して、さしあたり次のこ

118 この問題は、同様に、刑法 5 条 3 号 a、5 号 b、8 号 a および b、11a 号、14a 号、15 号の場合にも生ずる。

119 これについては、前述 § 5 Rn 8 を見よ。

とを意味する。この事例では正犯行為者 A はドイツ人であり、その生活の拠点はドイツであったので、その「行為」(= 正犯行為および共犯) には、ドイツ刑法が適用される。

しかし、それによって、刑法 5 条 9 号は過度に拡張されることになる。正当な見解によれば、刑法 5 条 9 号の意味における「行為者 (Täter)」の概念も広く理解すべきものであるから、各共犯者も、刑法 5 条 9 号の意味での「行為者」とみなされ、この規定の要件 (ドイツ人であり、ドイツに生活基盤があること) を充足しなければならないのである。このことは、結果として、共犯者へのドイツ刑法の適用可能性にとって、共犯者自身も国内に居住するドイツ人であることが付加的に必要なこととなる、ということの意味する¹²⁰。この点について、次のことが明らかになる。つまり、行為者概念の広範な拡張は、可罰性を限定するような作用を発揮し、その限りで、基本法 103 条 2 項 [罪刑法定主義] の憲法上の要請にかなっていない、ということである。

したがって、事例 7 のバリエーションにおいては、○は、処罰されない。なぜなら、○はドイツ人ではないからである (正犯行為者 A がドイツ国内に生活の拠点があるドイツ国民であり、それゆえ、その正犯行為はドイツ刑法に服するものであるにもかかわらず、そうである)。

bb) 刑法 5 条 12 号の捕捉する犯罪とその体系

71 事例 8 : ドイツの参事官 R は、ブリュッセルにおいて、職務としてある会議に参加した。彼は、会議ホールの入口で、ベルギー人のクローク係 G に「愚かな売女 (blöde Schnepfe)」と機嫌悪く毒づいた (これについては、§ 5 Rn72)。

72 事例 8 でも、刑法 3 条、9 条は適用されない。しかし、刑法 185 条 [侮辱] が、刑法 5 条 12 号を介して適用されうる。R は、参事官 —— 同

120 詳細は、前述 § 5 Rn 9 ならびに後述 § 5 Rn 87 を見よ。

時に公務員——として、刑法 11 条 1 項 2 号の意味における公職者に当たる。ドイツの公職者が職務で外国に滞在している場合、立法者意思によれば、ドイツ国は、その公職者は外国において——その国の法秩序と並んで——ドイツの法秩序も遵守するということを、要求することができる¹²¹。したがって、刑法 5 条 12 号は、公務員犯罪のみでなく、あらゆる犯罪形式¹²²を捕捉している。そのため、本規定は、決定的に積極的属人主義に依拠するものであり、職務犯罪を捕捉している限りでは、国家保護主義にも依拠している。それゆえ、事例 7 においては、ブリュッセルでの R による G への侮辱は、刑法 185 条によって可罰的である。

しかし、刑法 5 条 12 号第 2 類型が考慮されなければならない。つまり、公職者が私的に外国にいた場合には、ドイツの法秩序とのこの厳格な結び付きが消失するのである。ドイツ刑法は、その国外犯に対して、行為が職務と関連して行われたときにのみ適用される（例えば、刑法 203 条 [私的秘密の侵害] 2 項 1 号）。

2. 刑法 6 条（世界主義）

73 刑法 6 条は、その 2 号ないし 8 号に、行為地の可罰性、ならびに、行為者および被害者の国籍にかかわらずドイツ刑法が適用される犯罪行為のカタログを定めている。つまり、ここでは、例外的に、外国において外国人が外国人に対して行った行為にドイツ刑法が適用されるべき途が開かれているのである。ここでは、行為地や、行為者および被害者の国籍は、国際刑法上の正当な連結点となるものではない。むしろ、連結点は、侵害されまたはその危険にさらされた法益の性質から導かれる。それに応じて、国際的に保護される法益、つまり、国際共同体全体がその保護を求める法的価値に向けられた犯罪のみが、世界主義の適用に相応しい¹²³。犯罪構成

121 § 5 E 1962, S. 112.

122 一般的見解である。次のもののみを見よ。S/S-Eser, § 5 StGB Rn 19; NK-Böse, § 5 StGB Rn 16; SSW-Satzger, § 5 StGB Rn 25.

123 Werle/Jeßberger, JuS 2001, 141.

要件に厳密に関連づけるならば(2号ないし4号, 6号ないし8号), 世界主義は, 列挙された犯罪にのみ適用されるのであり, これと行為単一の関係で行われた犯罪には, 基本的に適用されないことになる。しかし, そのような行為は, 刑法4条, 5条, 7条によって捕捉されうる。これに加えて限定する基準は, 基本的に必要ではなく, 刑法6条からも定められていない。

74 もっとも, 連邦通常裁判所の判例によれば, 民族謀殺罪(刑法旧220条a)に関して世界主義を規定した刑法旧6条1項の書かれざる限定要件として, 国際法上の禁止は個別事例においてドイツ刑法の適用を妨げないこと, 特に, 正当な連結点により個別事例において国内での刑事訴追と直接に関係していなければならない, ということが必要であった¹²⁴。この限定は, 世界主義の考え方に適合するものではなく, 幸いにも, 立法者によって国際刑法(VStGB)¹²⁵の公布と共に修正された(国際刑法1条参照)¹²⁶。もっとも, 国際法上の犯罪に関する世界主義の適用は, 現在, 訴訟の段階で限定されている。刑訴法153条以下が, 国内との関連性がない事案について, 手続打切りを要請しているからである。

75 どの法益がこうした意味における「国際的に保護される法益(international geschützte Rechtsgüter)」であるのかは, 国際法から明らかになる。その際に重要であるのは, 単に, 国際社会に共通の訴追利益が存在することだけである。これに対して, ドイツが国際法的に刑事訴追を義務づけられるということは, 必要ではない。その際, 刑法6条で列挙されている犯罪に対する立法的背景には, 基本的に, 少なくとも訴追権限を決める国家間の協定がある¹²⁷。さらに, 「国際的に保護される法益」とは, 特

124 BGHSt 45, 66, 68; BGH NSTZ 1994, 232.

125 BGBI. 2002 I, S. 2254.

126 この点について, *Satzger*, NSTZ 2002, 131 も見よ。

127 刑法6条3号の海賊に対して世界主義を定着させるためのものとして, 例えば, 1958年4月29日公海に関する条約(BGBI. 1972 II, S. 1091; <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i7/0.747.305.12.de.pdf> [Stand 7/11])14条,

に、その侵害が直接的に国際法によって可罰的とされているような法益である¹²⁸。したがって、国際刑法1条は、そこで列挙されている民族謀殺罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪という構成要件に関して、世界主義が適用されることを定めている。刑法6条に列挙されているすべての法益はどの程度まで国際的に保護されるのかは、学説上、きわめて対立した議論がなされている¹²⁹。實際上、刑法6条8号を考慮すれば、補助金詐欺罪〔の構成要件〕によって保護される法益（欧州連合の領域を超えて。欧州共同体設立条約280条参照）が「国際的に保護されるもの」とみなされうるかは、疑わしいように思われる¹³⁰。刑法6条8号は、場合によっては、次のことから一定程度正当化されうる。つまり、その規定を、世界主義を打ち出したものとして理解するのではなく、——法体系的に問題ではあるが——その妥当理由を国家保護主義ないしは（欧州連合の補助金が不正に入手されるという限りで）連合保護主義¹³¹に位置づけるわけである¹³²。

76 刑法6条9号は、一般条項的な規定である。これが、白紙委任的に隙間を埋め、そのようにして立法者に刑法6条のカタログを絶えず更新する手間を省かせる¹³³。連邦共和国が国際法上の条約を締結し、それに基づいて一定の国外犯の処罰を義務づけられる（「…訴追しなければならない」という場合¹³⁴、すでに存在するドイツの犯罪構成要件が、刑法6条9号の

19条、ならびに1982年12月10日海洋法に関する国際連合条約（BGBl. 1994 II, S. 1799; Sartorius II, Nr. 350）100条、105条、また、6条7号について、1929年4月20日偽造通貨防止条約（RGBl. 1933 II, S. 913; BGBl. 1972 II, S. 74）参照。

128 国際刑法については、後述§12 Rn 1 ff.

129 批判的なのは例えば、MK-Ambos, §6 StGB Rn 3 ff.

130 それゆえに、部分的には刑法6条8号の国際法違反を主張する見解として、MK-Ambos, §6 StGB Rn 18がある。

131 これについては、前述§4 Rn 18.

132 LK-Werle/JeBberger, Vor §3 StGB Rn 100; Satzger, Jura 2010, 190.

133 SK-Hoyer, §6 StGB Rn 4.

134 同様に解されるのは、解除条件付き処罰義務の事例、特に犯人移送が行われない場合の処罰義務の事例である。これについては、LK-Werle/JeBberger, §6 StGB Rn 129を見よ。

白地規定に基づいて、こうした行為に適用されうるのであり、前もって刑法6条のカタログを拡大しておく必要はない。刑法6条9号は、当然ながら、ドイツ法にはまだ定めがない犯罪構成要件が、条約により連邦共和国がその制定を義務づけられたことによって、自動的に直接の効力をもちうるというほどに、広く及ぶものではない。その〔当該構成要件が国内的効力をもつ〕ためには、——すでに基本法103条2項を理由として——常に、ドイツ刑法の中に条約を具体化することが必要である。要するに、刑法6条9号の隙間を埋める機能は、もっぱら刑法適用法に関連するものであって、新たな構成要件の創設に関連するものではない。

具体例：ドイツは、ジュネーブ4条約の重大な違反を処罰し（例えば、戦時における文民の保護に関するジュネーブ第4協定¹³⁵。同146条は、「締約国は、次条に定義するこの条約に対する重大な違反行為（侵害）の1つを行いまたは行うことを命じた者に対する有効な刑罰を定めるため必要な立法を行うことを義務づけられる」と定める）、また、1977年付帯議定書により処罰することの、義務を負っている。ドイツの犯罪構成要件は、刑法6条9号を介して、その種の「重大な違反（schwere Verletzungen）」に適用されるのであり、それらが2号ないし8号で捕捉されている必要はない。この点に、刑法6条9号の受け皿機能がある¹³⁶。

刑法6条9号の規定に対しては、次の点に限り、正当な批判がなされている。つまり、この規定は、国際法上の取決めが処罰に関する責務を創設しているものであるかという、事情によっては複雑であり、かつおよそ回答が困難な刑法外の問題にドイツ刑法の適用を条件づけている、というのである。法的明確性の要請（基本法103条2項）に鑑みれば、ここでは、国際的な取決めの特別な語法を考慮するならば連邦共和国の処罰義務が十分明白に表現されているという場合にのみ、刑法6条9項の適用が可能で

135 Sartorius II, Nr. 54 を見よ。

136 このほかの事例は、1984年12月10日国連拷問禁止条約 (BGBl. 1990 II, S. 247; Sartorius II, Nr. 22) である。

ある¹³⁷。

77 訴訟上は、刑法6条も、刑法5条と同様、刑訴法153条c第1項1号の起訴便宜主義の適用によって補完されている。

3. 刑法7条（積極的属人主義，消極的属人主義，代理処罰主義）

78 事例9：ドイツ人Dは、1962年にZ国において、Zの市民を謀殺したが、それは今日まで明るみになっていなかった。当地の法では、謀殺罪は35年で時効となる。ドイツの検察官Sは、2004年に、Dに対して謀殺罪を理由に起訴することを考えた。Dは、なおも刑法211条を理由に有罪となりうるのだろうか。（この点については§5 Rn 101）。

79 刑法5条および6条は犯罪カタログを定めて行為地での刑法上の評価にかかわらずドイツ刑法の国外犯へ拡張を図るものであったが、刑法7条は、補完的に¹³⁸、さらに広く一定の事象への一般的な拡張を内容とする。しかし、本条は、—— 限定的にはあるが —— 行為地での当該行為の可罰性に条件づけている。その際、刑法7条1項は、被害者のドイツ国籍に、刑法7条2項1号は、行為者のドイツ国籍に、そして、刑法7条2項2号は、外国人が国内で拘束され、移送されないことに、それぞれ結び付けている。

a) 実現された原則

80 前述3つの状況と行為地での可罰性要件との組合せによって、刑法7条の国際刑法上の一般原則への位置づけの問題が生ずる。その際の出発点は、次のとおりである。つまり、行為地での可罰性の基準は、ここではドイツ刑法が単に代理として（かつ補充的に）のみ介入することを示すもの

137 正当にも、LK-*Werle/Jeßberger*, §6 StGB Rn 107. また、*Satzger*, *Euro-päisierung*, S. 391 も見よ。

138 刑法5条、6条に対する刑法7条の補充関係については、§§5, 6 StGB S/S-*Eser*, §7 StGB Rn 1, 3のみを見よ。

であるのに対し、規定が行為者または被害者の国籍に着目していることは、積極的属人主義ないしは個人保護主義を示唆するものである。この位置づけ問題は、理論的な性質のみならず、—— 後述のとおり —— 刑法7条の解釈に際しても影響する。細かな点では多くの違いがあるが、学説上は、次のように、主として2つの見解にまとめることができよう。

第1の見解によれば¹³⁹、刑法7条は、行為地での可罰性との結び付きを考えると、統一的に、代理主義を具体化したものと理解することができる¹⁴⁰。

支持されるべき通説¹⁴¹は、行為地での可罰性の基準は、的確なかたちでの修正を図ったものであり、立法者がその使用によって必然的に代理主義にたったものではないと理解する。この見解によると、次のように区別されることになる。刑法7条1項は個人保護主義を、刑法7条2項1号第1類型は積極的属人主義をそれぞれ実現したものであり、その際、行為地での可罰性の基準は、ドイツ刑法の適用を不当に拡張しないために、各々で付加的な制限を施すものにすぎない。これに対して、刑法7条2項1号第2類型は、刑法7条2項2号と同様に、代理処罰主義によったものである¹⁴²。

139 SK-Hoyer, § 7 StGB Rn 3 参照。もっとも、ここでは、1項および2項1号は、個人保護主義ないし人的観点も含むものとされている。ただし、Jescheck/Weigend, § 18 III 5 は、刑法7条1項第1類型の事例を個人保護主義に位置づける。

140 その限りで異なるのは、Lackner/Kühl, § 7 StGB Rn 1 である。これは、2項に代理主義、これに対して1項に個人保護主義が実現されているとみる。同旨のものとして、Stratenwerth/Kuhlen, AT I, § 4 Rn 21 ff がある。

141 MK-Ambos, § 7 StGB Rn 1 f; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 2; ders., Jura 2010, 191 f.

142 刑法7条2項1号第2類型との関係で、通説の内部でも、新市民条項が積極的属人主義に位置づけられるのか、あるいは—— 本書の見解のように —— 代理処罰主義に位置づけられるのかは、争いがある。これについては、mwN S/S-Eser, § 7 StGB Rn 1 を見よ。

b) 行為者および被害者としての「ドイツ人 (Deutscher)」と「外国人 (Ausländer)」

81 属地主義が国内の概念と結び付いているのと同様、「ドイツ人」の概念の解釈は、そこに個人保護主義 (1 項) ないし積極的属人主義 (2 項 1 号第 1 類型) が実現されている限りで、刑法 7 条の内容を決定づける。

aa) 国法上の「国内人」概念

82 国内概念の場合と同様に、しばしば、国法上の基準とは基本的に独立した機能的な国内人概念が支持されている。ここでも、次のことが妥当する。ドイツ再統一以来¹⁴³、本概念の機能的な決定づけは、その意味を失った。ドイツ人という概念は、いまや、基本法 116 条の国法上の国内人概念によっている¹⁴⁴。

これによれば、第 1 に、ドイツ人とは、ドイツの国籍保持者である (国籍法 1 条参照)¹⁴⁵。この場合、いわゆる多重国籍者、特に、国籍法の施行後にドイツで出生した外国人の子らも、ドイツ国籍を有している。そのような子は、国籍法 4 条 3 項により、その両親の国籍と並んで、自動的にドイツ国籍も取得する。通説は、保護目的論的な解釈に基づいて、出生していない子 (胎児) もすでに刑法 7 条の意味での「ドイツ人」となりうることを認めているが¹⁴⁶、—— 場合によっては適切な結論であるにもかかわらず—— この見解を支持することはできない。出生していない者は国籍法 3 条 1 号、4 条 1 項の明白な文言によれば出生して初めてドイツ人に「なる」のだから、通説のような広い解釈は、類推禁止に反している¹⁴⁷。

143 旧東ドイツ市民のいわゆる古い行為に対しては、刑法施行法 315 条の特別規定を見よ。

144 A. Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im Internationalen Strafrecht, 2002, S. 180; Fischer, § 7 StGB Rn 2 ff のみを見よ。

145 1913 年 7 月 22 日国籍法 (BGBl. III, Gliederungsnummer 102-1)。

146 MK-Ambos, § 7 StGB Rn 24; S/S-Eser, § 7 StGB Rn 6 mwN.

147 詳細は、LK-Werle/Jeßberger, § 7 StGB Rn 67 f ; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 5; ders., Jura 2010, 191; T. Walter, JuS 2006, 968 を見よ。

第2に、ドイツ民族帰属者が難民または国外追放者として、またはその配偶者や子孫として、1937年12月31日の時点以後にドイツ帝国の領域に受け入れられていた場合には、その者は、基本法116条の意味におけるドイツ人である。

法人は、「ドイツ人」として取り扱われない。この点で、文言は明白である。刑法5条7号が「企業 (Unternehmen)」と表現していることは、立法者が刑法適用法においても概念上は自然人と法人とを区別していることを、示すものである¹⁴⁸。

bb) 被害者としてのドイツ人 (刑法7条1項)

83 刑法7条1項は、個人保護主義を実現したものであり、したがって、「ドイツ人に対する (gegen einen Deutschen)」行為に結び付けられている。それによって厳密には何が意図されているのかは、明白ではない。正当にも、ここでは、狭い解釈が支持されている。刑法3条以下の基本的な考え方によれば、ドイツの刑法適用法は、基本的に、属地主義に基づいており、例外的にのみ、保護主義または積極的属人主義を介して拡張されているにすぎない。こうした例外的性質を確実にするために、刑法7条1項は、あるドイツ人の利益が外国人の行為によって広い意味で侵害されたというだけで、すでにその適用を許されるわけではない。むしろ、その行為が直接に特定のまたは特定可能なドイツ人の (個人的) 法益に向けられたものであることが、必要である¹⁴⁹。

具体例：麻薬取引の場合 (麻薬取締法29条1項1号)、通説によれば、社会 (「国民の健康」) が保護されるのであって、個人的法益は間接的に保護

148 通説も同旨である。KG NJW 2006, 3016 f ; OLG Stuttgart NStZ 2004, 402 f; Ambos, Int. Strafrecht, 2. Aufl., § 3 Rn 47; Fischer, § 7 StGB Rn 4. さらに、S/S-Eser, § 7 StGB Rn 6; NK-Böse, § 7 StGB Rn. 4 も見よ。

149 LK-Werle/Jeßberger, § 7 StGB Rn 70; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 7.これに対して非常に狭い見解として、Oehler, Int. Strafrecht, Rn 677 は、犯行地での所在を要求する。

されるにすぎない¹⁵⁰。したがって、この行為は、決して、刑法7条1項の意味における「ドイツ人に対して」は向けられるものではない。

cc) 行為者としてのドイツ人 (刑法7条2項1号)

84 ドイツ人が行為者として¹⁵¹遂行した国外犯は、積極的属人主義を打ち出したものとして、刑法7条2項1号第1類型を介して捕捉される。本規定は代理処罰主義に位置づけられるものではないので¹⁵²、ここでは、量刑段階で行為地法を考慮することが、強制ではないにしろ望ましいと思われる¹⁵³。一般原則によれば、行為の時点で可罰性要件が存在していなければならない(刑法2条1項)が、刑法7条2項1号第2類型は、この点で、異質の規定を内容としていることになる。本規定は、行為後にドイツ国籍を取得した外国人に対しても、ドイツ刑法の適用を認めているからである(いわゆる新市民条項)。

具体例：Aは、P国の国籍を有している者である。彼は、P国の高速道路上をぼろ酔い状態で車を運転していたときに、停止させられた。もっとも、Aについて測定された1.2パーミルの血中アルコール濃度は、P国の法によれば、軽い罰金刑が科される軽罪を理由とした処罰を基礎づけるにすぎないものであった。数日後、Aは、ドイツに帰化した。ドイツの検察は、Aを、刑法316条[酩酊による運転]を理由に起訴しようと考えた。

85 新市民が行為時にドイツ刑法に服していなかったにもかかわらず、その過去の行為にドイツ刑法を拡張することは、基本法103条2項の観点で、本規定が問題であるともみせる。帰化による遡及効は、新市民条項が行為時にすでに効力を有していたという、実に形式的な基礎づけによっても、

150 非常に争いがある。BGHSt 31, 168; 37, 182 mwN; *Körner*, BtMG, § 29 Rn 236 ff を参照。

151 行為者概念の問題性については、前述 § 5 Rn 9, 68 ff を見よ。

152 前述 § 5 Rn 80.

153 同旨のものとして、BGHSt 42, 275 があり、異なる見解として、OLG Karlsruhe JA 2009, 906 (これにつき、*Bock*, HRRS 2010, 92 ff 参照) がある。

否定できるものではない¹⁵⁴。したがって、正当にも、本規定に基づいて、行為者に対し、その元々の祖国の法と比較してより厳しい刑罰は科されてはならない、ということが要求されている¹⁵⁵。このことは、正しい見解によると刑法7条2項1号第2類型は代理処罰の事例を定めたものである、それゆえに、行為者を行為地法で規定されているよりも厳しく処罰する理由がない、ということからも根拠づけられる¹⁵⁶。それでもなお、これによって非常に困難な——刑事裁判官にとってたいていほとんど不可能な——処罰の比較が行われなければならないことは、見落とされてはならない。

dd) 行為者としての外国人(刑法7条2項2号)

86 刑法7条の体系に応じて、2項2号の意味の外国人とは、行為の時点でドイツ人ではなく、かつ、後にも新市民(刑法7条2項1号第2類型)にならなかった者である。刑法7条2項2号は、さらに、外国の行為者が国内で拘束されたこと、すなわち、その者が国内にいることが確認されたことを要求している¹⁵⁷。最後に、その行為の性質上そもそも犯人移送自体が許容される場合に、その行為者が移送されないことが、確認されなければならない¹⁵⁸。移送要件は、ドイツの犯人移送法から、つまり、国際刑事共助法および直接に適用可能な国際法上の規定から導かれる¹⁵⁹。移送が行われないことについて最終的に判断を下すのは、裁判所ではなく、国際刑事共助法74条により管轄が定められた行政庁である。この種の裁定に対

154 BGHSt 20, 23 も同旨。同様に、A. Schmitz, Das aktive Personalitätsprinzip im Internationalen Strafrecht, 2002, S. 312 がある。

155 例えば、S/S-Eser, § 7 StGB Rn 21 があり、Lackner/Kühl, § 7 StGB Rn 4 も結論において同旨である。BGHSt 39, 321 も同様である。異なる見解として、BGHSt 20, 23 がある。

156 明瞭に述べるものとして、BGHSt 39, 321 がある。

157 LK-Werle/Jeßberger, § 7 StGB Rn 94; S/S-Eser, § 7 StGB Rn 24; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 11; ders., Jura 2010, 192.

158 BGH NStZ 1996, 277; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 13 も見よ。

159 1957年12月13日の欧州犯罪人引渡条約(BGBI. 1964 II, S. 1369)ならびにシェンゲン実施協定を参照。

する理由は、刑法 7 条 2 項 2 号において、簡単に挙げられているのみである。

新市民条項の事例と同様、刑法 7 条 2 項 2 号によってドイツの法廷に立たされる外国人の場合も、比較して軽い方の法が適用されなければならない。双方とも、(単に) 代理処罰の事案である¹⁶⁰。

ee) 共犯に際しての代理処罰の問題

87 事例 10：外国人 B は、同国人 A に対し、彼らの共通の母国である L 国内で、ある同国人をひどい方法で殺害するよう教唆し、それにしたがって、A は、L 国でこれを遂行した。その直後に、A (のみ) が、ドイツで逮捕された。L 国では実体的にも、手続的にも有罪判決が可能であったが、同国の当局は、ドイツ法上許容される犯人引渡しを放棄した。A ないし B に対して、ドイツ刑法 211 条は適用できるだろうか¹⁶¹。

パリエーション：B のみが、ドイツで逮捕された。

A に対するドイツ刑法の適用可能性は、事例 10 では、刑法 7 条 2 項 2 号によって保障される。しかし、[この場合、] 教唆者 B も刑法 7 条 2 項 2 号の適用を受けるのかという点は、問題である。さしあたり 前述のとおり、ドイツ刑法上可罰的な正犯行為は、存在している。また、刑法 7 条の意味における「行為 (Tat)」として、共犯者の行為もこれに当たると理解しなければならない (上記 § 5 Rn 8 参照)。ただし、刑法 7 条 2 項 2 号における「行為者」の概念を文言に忠実に狭く解釈すれば、ドイツ刑法は、(外国にいる) 共犯者 B に対しては、正犯者 (ここでは A) がドイツ国内で拘束され、[L 国に] 移送されない場合にのみ適用可能となる。つまり、ドイツ刑法の適用可能性にとって重要であるのは、国外犯の (正犯) 行為者がドイツで拘束され、移送されないことという、—— 共犯者から

160 MK-Ambos, § 7 StGB Rn 26 は、信頼の観点に重視するものの、結論的に同旨である。

161 問題提起ならびに総合問題に関しては、Satzger, Jura 2010, 194 f も参照。

すれば——およそ偶然的な事情である。しかし、刑法7条2項2文が依拠する代理処罰主義は、共犯者自身がドイツにいる（そして、移送されない）場合にのみ意味がある。したがって、刑法7条2項2号の（そして、結局は刑法適用法全体の）意味における「行為者」として、共犯者もこれに当たるものと解さなければならない（前述の§5 Rn 9 参照）。したがって、事例10において、外国にいるBには、ドイツ刑法を適用することはできない。

これに対して、事例10のバリエーションでは、ドイツ刑法によるAの可罰性は排除される。共犯者Bのみが、刑法7条2項2号の意味においてドイツで拘束されたからである。従属性要件からは、Bは、ドイツ刑法上、ドイツ刑法によっては処罰されない行為の教唆を理由に、有罪とされることはない¹⁶²。

c) 行為地での可罰性

88 行為地がいずれの刑罰権にも服していないという例外状況を除けば¹⁶³、刑法7条は、すべての事案において、「行為は行為地で刑罰によって処される」ことを条件としている。前述のとおり、この行為地での可罰性は、ここで主張する見解によれば、刑法7条の範囲内で次の2つの異なる機能を充たすものである。

刑法7条1項、2項1号第1類型の場合は、ドイツ刑法の適用を過度に拡張しないための限定的な追加基準となる。

刑法7条2項1号第2類型、2号の場合は、代理処罰主義の表現である。

aa) 行為地の刑罰による行為の処罰

89 行為地での可罰性の両機能に関して、さしあたり、行為地法が^{具体的}

162 こうした事例における従属性原則の解決に対しては、Gribbohm, JR 1998, 178 f を見よ。

163 この「どの国でもない行為地」について詳しくは、LK-Werle/Jeßberger, §7 StGB Rn 51 ff および NK-Böse, §7 StGB Rn 9.

な行為に対して刑罰を予定していることが重要である。このことは、第1に、外国の法秩序が実際に刑事罰をその行為の法効果として定めていなければならない、ということの意味する。つまり、何らかの制裁措置、秩序違反、あるいは行政制裁といったものが定められているだけでは、十分ではない¹⁶⁴。第2に、行為地での可罰性が評価されるためには、関連規範の抽象的な比較ではなく、(訴訟上の意味での) 具体的な所為の法的な評価に着目されなければならない(いわゆる具体的考察方法)¹⁶⁵。その際、正当な見解によれば、行為が何らかの観点で外国の犯罪構成要件によって捕捉されれば十分とされる¹⁶⁶。ドイツの構成要件が外国のそれと全く等しいこと、あるいは、少なくとも同様の保護方向に向けられたものであることは、必要ではない¹⁶⁷。刑法7条の文言は、非常に困難な実務上の限界づけ問題を導くような狭い理解を想定させるものではない。行為地で適用される構成要件に従って何らかの形で可罰的であることは、「—— あたかも1個の鍵で—— ドイツ刑法のすべての規定が包括的に適用されるための扉」を開くものである¹⁶⁸。しかし、極端な事例、すなわち、行為地での可罰性がドイツ刑法とは全く別の観点から介入し、それゆえに、双罰性がおよそ偶然的としかいえないような場合がありうる。ここでは、行為者に有利となるように調整が図られなければならないが¹⁶⁹、その際には、刑事訴訟法における二重処罰の禁止(「一事不再理 (ne bis in idem)」)に照らした処理が提案される。刑訴法上、ある行為について審判がすでになされているにもかかわらず、審判した裁判所において一定の事実が明らかになって

164 BGHSt 27, 5 以来、そのように広く認められている。

165 SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 18. MK-Ambos, § 7 StGB Rn 6 も参照。

166 MK-Ambos, § 7 StGB Rn 6; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 13; ders., Jura 2010, 192.

167 BGHSt 2, 160 f.; BGH StV 1997, 71 参照。これに対して厳格なのは、SK-Hoyer, § 7 StGB Rn 4; Rath, JA 2007, 33 である。

168 同旨のものとして、Niemöller, NStZ 1993, 172.

169 そのように表現するものとして、例えば Oehler, Int. Strafrecht, Rn 151a は、常に「行為の実質」が刑法上の行為地の罰に服さなければならないとする。

おらず、そのことゆえに行為の反価値内容をおよそ見誤っていた場合には、刑罰権消耗は否定されるということが、認められている¹⁷⁰。ここで検討している状況に置き換えれば、これは、次のことを意味する。すなわち、その行為が外国の刑法によりドイツ刑法とは「全く別の法的な性質 (ein völlig anderes rechtliches Gepräge)」とされるものであるときは、行為地での可罰性の要件は、例外的に充たされない。

具体例：例えば、外国でドイツ人に向けて弾丸が装填されていないピストルで撃つ行為は、ドイツ法によるなら故殺未遂として処罰されうるが、不能未遂のモデルを知らない行為地法によれば、武器の不許可使用を理由とする処罰のみがありうるという場合、本書で主張する見解に従えば、故殺行為と関連する行為地の可罰性は存在しないこととなろう。

bb) 行為地の正当化事由、免責事由、その他の実体法上の「犯罪阻却事由 (Straffreistellungsgründe)」

90 外国刑法が具体的な行為を犯罪構成要件により捕捉しているが、結果的に正当化事由、免責事由、その他の「犯罪阻却事由」¹⁷¹ が適用されるために処罰されないという状況について、その評価には争いがある。それぞれ極端な見解は、外国の犯罪阻却事由を一般的に考慮しない¹⁷²、あるいは、無制限に考慮されるべき¹⁷³、としている。

91 特に興味深いことに、両見解ともに、文言に基づいている。その際、第1の見解は、構成要件の介入により、その行為がいずれにしても「刑罰によって威嚇されている」ことを強調する¹⁷⁴。反対説は、その文言を、具

170 これについては、*Beulke*, StPO, Rn 517 ff ; *ders.* in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 799 f を見よ。

171 これは、可罰性を阻却しうるあらゆる理由を意味する。ドイツ刑法の基礎とされている、正当化事由、免責事由、可罰性阻却理由の区別は、特にアングロアメリカ法のような多くの法制度では、知られていない。

172 *Woesner*, ZRP 1976, 250.

173 *Jakobs*, AT, 5/18; Grünwald, StV 1991, 33.

174 *Woesner*, ZRP 1976, 250 のみを見よ。

体的な行為者が結果的として実際にも刑罰に処せられることが必要であり、犯罪阻却事由が介入する際には、これに当たらないと理解する¹⁷⁵。

92 刑法7条の基礎にある具体的な考察方法を行為地での可罰性の決定に際して真摯に受けとめ、また、構成要件該当性と本質的な犯罪阻却事由としての正当化事由および免責事由との区別は、ドイツ刑法にはなじみであるが、他の法秩序では決してそれほど明白に区分されているわけではないこともあわせて考慮するならば¹⁷⁶、行為地での可罰性を検討するにあたり、ある行為を単に外国の構成要件に当てはめるというだけでは、十分ではない¹⁷⁷。つまり、実体刑法上の犯罪阻却事由は、基本的に、考慮されなければならない。文言は、これを妨げるものではない。なぜなら、その行為は、最終的に、外国法によっては許されずかつ免責されない場合に限り、実際に「刑罰によって威嚇されている」といえるからである。

93 もっとも、それだけでは足りない。正当にも、学説上の通説は¹⁷⁸、判例と同様¹⁷⁹、行為地法の犯罪阻却的な法命題を、ある条件付きでのみ認める。その法命題は、「公序 (ordre public)」に反するもの、つまり、法共同体の基本原則全体に反するものであってはならないのである。

94 一部では、—— 国際私法におけるのと同様に —— 国内的公序 (民法施行法6条参照) に着目されている¹⁸⁰。これは、刑法7条の要件を充たす場合にはドイツの裁判所がドイツ刑法を適用するのである、ということによって理由づけられる。他方、ドイツの裁判所が国内基準に反する犯罪阻却事由を考慮するならば、裁判所は、ドイツの法秩序に反する外国立法

175 例えば、MK-Ambos, § 7 StGB Rn 10 も同旨である。

176 Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1995, S. 96 のみを見よ。

177 異なる見解として、Woensner, ZRP 1976, 250 がある。これは、特に刑罰阻却事由を必然的に考慮することになるという実務上の困難を指摘している。

178 例えば、SK-Hoyer, § 7 StGB Rn 4; NK-Böse, § 7 StGB Rn 7; SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 20; LK-Werle/Jeßberger, § 7 StGB Rn 37 ff ; dies., JuS 2001, 143 を見よ。

179 基礎となっているのは、BGHSt 42, 279 である。

180 LK-Tröndle, 10. Aufl., § 7 StGB Rn 5 参照。

者の決定に従うことになってしまう¹⁸¹。もっとも、この見解に対しては、刑法7条はあえて他国法の適用を要求するものであり、したがって、外国の法秩序にとっての「調整 (Korrektiv)」としてドイツ法を基本的に排除するのである、との批判が向けられなければならない。それを超えて、公序を国内的に決定することは、基本法103条2項により内国人および外国人に平等に保障されるべき法的安定性との決定的な対立が生ずる¹⁸²。なぜなら、外国でドイツ人または外国人に対して犯罪行為を行った行為者は、行為地で認められている犯罪阻却事由がドイツの公序に反するという事など、基本的に知りえないからである。その者は、通常、ドイツの公序との適合性を考えるきっかけを有しないし、そもそも、そのようなことを考える可能性もないだろう。

これと異なって考えることができるのは、せいぜい、刑法7条2項1号第1類型の事例に関して、であろう。この場合、行為者は、行為の時点でドイツ人である、すなわち、国籍によって、その者とドイツの法秩序との間には、形式的な結び付きが存在するのである。しかし、このことは、その行為者が、国内の公序を形成するドイツの法秩序の本質的な基本決定および基本価値を尊重することを、世界中至る所で要求されうるといふほどに、ドイツの法共同体に統合されていることを意味しない。例えば、数十年前から別の国で住んでいる在外ドイツ人や、多重国籍を有する行為者といったものを想定されたい。

95 しかし、外国の犯罪阻却事由を限定的に認めることは、より上位の法から、つまり、国際的公序から導かれうる¹⁸³。外国法が国際的に認められている法原則と矛盾することゆえに、特に人権に違反するような犯罪阻

181 LK-Tröndle, 10. Aufl., § 7 StGB Rn 5; Küpper/Wilms, ZRP 1992, 91 ff; Wilms/Ziemske, ZRP 1994, 171 参照。

182 同旨のものとして、例えば LK-Werle/Jeßberger, § 7 StGB Rn 40 も見よ。BGHSt 39, 15 (刑法2条3項について) も参照されたい。

183 同旨のものとして、SK-Hoyer, § 7 StGB Rn 4; Werle/Jeßberger, JuS 2001, 143; MK-Ambos, § 7 StGB Rn 15 がある。

却事由の場合には、有効な外国法としては認められないという限りで、行為地法によれば表面的に適法であることまたは処罰されないことに向けた行為者の信頼も、保護されるべきものではない¹⁸⁴。そのような国際的公序が全世界的にすべての内国人および外国人に妥当することを考えれば、これに基づいて外国の犯罪阻却事由の考慮を限定することは、刑法7条のすべての事例で同様に当てはまるのでなければならない。このことは、また、立法者の歴史的意にも合致する。それによれば、他国での刑罰による威嚇は、文明的な国民によって認められた法原則に反する正当化事由および免責事由を援用することによって、恣意的に排除されてはならないものである¹⁸⁵。

96 本書で主張する見解によると、次のようにまとめることができる。犯罪阻却事由は、刑法7条の範囲において考慮されるが、それが国際的公序と矛盾する場合は別である。

cc) 行為地法の訴訟障害

97 実体法上の犯罪阻却事由とは対照的に、行為地の訴訟上の訴追障害は一般的に考慮されないという見解が、広く主張されている¹⁸⁶。

その根拠として、さしあたり、文言があげられる。これは、訴追の可能性ではなく、ただ「行為が刑罰で威嚇 (die Tat mit Strafe bedroht)」されているということのみに着目している。さらには、その成立史が挙げられる。これによると、(帝国) 刑法の当初の規定において完結的に列举されていた、訴追を妨げるべき手続上の理由は¹⁸⁷、その後抹消された¹⁸⁸。そこから、訴訟障害は今や一般的に考慮されないという結論が、引

184 基本法 103 条 2 項の観点で信頼基盤の消滅に関しては、BVerfGE 95, 133 f を見よ。

185 これについては、LK-*Werle/Jeßberger*, § 7 StGB Rn 38 mwN を参照。

186 すでに RGSt 40, 404 を見よ。同様に、BGHSt 2, 160; 20, 27; KG JR 88, 345。

187 a) 確定力のある終結および執行された行刑, b) 時効, c) 被侵害者の告訴の欠如に関して、1871 年 5 月 15 日の旧帝国刑法 (RGBl., S. 127) を見よ。

188 1940 年 5 月 6 日妥当領域法の旧帝国刑法 3 条, 4 条 (RGBl. I, S. 754)。

き出されるのである¹⁸⁹。

98 訴追障害は、特に時効、告訴の欠如、恩赦の場合に存在する。もっとも、すでに時効の位置づけをめぐるドイツの議論からは、実体法と手続法の境界線を引くことがどれほど難しいかが示される¹⁹⁰。外国法では、明白な区別は、事情によっては全く不可能であり、全く定められていないこともある¹⁹¹。このことは、すでに出発点において、実体法上の犯罪阻却事由と訴訟上の訴追障害が同等に取り扱われることの、根拠となる¹⁹²。

99 刑法7条が代理処罰主義を実現している——特に刑法7条2項2号の事案において——という限りで、行為地の訴訟法を考慮することは、必然的でもある。なぜなら、ドイツ刑法は、ここでは、外国の法秩序に代わり、補充的に介入するにすぎないからである。その背後にあるのは、国家間の連帯である。行為地法において実体法上は可罰的でありながらも訴訟上の理由から処罰の可能性が否定される場合に、前述の原則を超えて、ドイツの国際刑法により処罰の可能性が開かれるとするならば、この連帯主義に違反し、ドイツ刑法は、その単なる補充的適用を超えるものになってしまう。しかし、そのような拡張は、もはや代理主義によって捕捉されるものではない。

100 したがって、一部では、訴訟上の手続障害は刑法7条が代理主義を実現している程度で考慮されるべきである、と主張される¹⁹³。これにより、——前述のとおり——ほとんど実現不可能な、また外国法上では存在しないかもしれない実体法と訴訟法との区別が必要となる。

101 刑法7条は2項2号だけでなく、規定全体で統一的に「行為地で刑

189 詳細は、LK-Gribbohm, 11. Aufl., § 7 StGB Rn 33 ff.

190 これにつきわかりやすい文献として、Beulke, StPO, Rn 8 がある。

191 Eser, JZ 1993, 878 も参照。

192 SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 22; ders., Jura 2010, 193 f; MK-Ambos, § 7 StGB Rn 12.

193 同旨のものとして、Eser, JZ 1993, 878; Oehler, Int. Strafrecht, Rn 151e; Lackner/Kühl, § 7 StGB Rn 3; LK-Werle/JeBberger, § 7 StGB Rn 44 ff; NK-Böse, § 7 StGB Rn 8 がある。SK-Hoyer, § 7 StGB Rn 5 は、結論として同様であるが、7条全体を代理主義に位置づけている。

罰による威嚇されていること」と述べていることから、これによって実体法上の処罰障害と訴訟上の障害とが統一して想定されている、ということ是可以¹⁹⁴。

このことは、結論的には、訴訟上の手続障害は刑法7条のすべての事例において実体法上の刑罰阻却事由と同様に考慮される、ということの意味している¹⁹⁵。したがって、ここでも、国際的な公序留保のみが適用される¹⁹⁶。

事例9に関して、このことは、Z国の法による時効は本書で主張する見解によればドイツ刑法211条の適用を妨げる、ということの意味する。その行為は、行為地では刑法7条1項の意味において刑罰によっては（もはや）威嚇されてはいない。

dd) 事実上の不訴追

102 行為が行為地では實際上（もはや）訴追されない、または、起訴便宜主義から、または共同体の考え方の変化から訴追が行われないままである場合に、行為地での可罰性が存在するといえるかは、問題である。通説は、そのような事実上の不訴追は考慮されるべきではないとする。そうした事情は、[当該行為が] 当罰的な不法であることを、何ら変えるものではないからである¹⁹⁷。しかし、行為地国による不訴追というはっきりと示された法政策的な決定は、少なくとも、ドイツはただ「外国に代わって (in Stellvertretung für den ausländischen Staat)」自身の刑法を適用するという限りで、尊重されなければならない。つまり、ドイツの刑法適用法が代理主義を実現している限りで（刑法7条2項1号第2類型、2号）、

194 *Scholten*, NStZ 1994, 267 も見よ。

195 理由は異なるが、結論的に同様なのは、*SK-Hoyer*, § 7 StGB Rn 5 である。異なる見解として *Scholten*, NStZ 1994, 271 がある。

196 *Eser*, JZ 1993, 882 も参照。

197 OLG Düsseldorf NJW 1983, 1278; OLG Düsseldorf NStZ 1985, 268; *Fischer*, § 7 StGB Rn 7; *Rönnau*, JZ 2007, 1086.

犯行地国の法政策的な決定は、考慮されないわけにはいかないのである¹⁹⁸。

c) 訴訟上の側面

103 刑法 153 条 c 第 1 項 1 号は、ここでも、起訴便宜主義が適用可能であるとしている。なぜなら、刑法 7 条で列挙されている諸行為は、およそ国外犯だからである。

104 復習・深化のための問題

- ・ドイツ刑法を適用するため連結点として、刑法 5 条では、どのようなものが実現されているのか (§ 5 Rn 65 f)。
- ・刑法 6 条に列挙されている犯罪の場合、ドイツ刑法が適用可能であるためには、正当な連結点が要求されるのか (§ 5 Rn 73 f)。
- ・刑法 6 条 9 号には、どのような役割が与えられるのか (§ 5 Rn 76)。
- ・ドイツの刑法適用法の意味における「内国人」とは、どのような者であるのか (§ 5 Rn 82)。
- ・刑法 7 条 2 項の行為者概念は、刑法 25 条のそれと同じであるか (§ 5 Rn 87)。
- ・行為地での可罰性の問題にとって、行為地法の正当化事由、免責事由、ならびに、訴追障害は、どの程度に重要であろうか (§ 5 Rn 90 ff)。

198 SSW-Satzger, § 7 StGB Rn 23. Satzger, Jura 2010, 194 に掲載の事例も参照。

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内法益への限定

1 すでに最初に示唆したように、刑法 3 条以下を検討しただけでは、外国と関連する行為に対する犯罪構成要件の適用可能性をまだ最終的に決定できない。むしろその限りでは、刑法適用法の検討は、第 1 の検討段階を意味するものに過ぎない。これに加えて、越境的な事実が内容的にもその構成要件の射程によって把握されるのかどうかを検討しなければならない。そのために、具体的なドイツ犯罪構成要件の解釈は、これによって保護される法益が外国の法益をも把握するものであるか、に従って行わなければならない。この保護範囲を決定する際には、以下のような伝統的原則を出発点とすべきである¹。

個人的法益（財産、生命等）を保護する構成要件は、外国人の法益が問題となっているのか、あるいは内国人の法益が問題となっているのかとは関係なく、その保護を發揮する。これらはすべて、いわゆる国内の法益とみなされる。このことは、一方では、国際法上の外国人の権利が、外国人にも「司法の最低基準 (minimum standard of justice)」を保障し、それとともに、一定の刑法の保護を保障する、ということによって根拠づけられる。他方では、外国人の事実的根拠のない不平等な取り扱いを禁止する基本法 3 条 1 項および 3 項の平等要請が参照される²。公共的法益を保護する構成要件を考慮すれば、これは原則的に異なっている。国家の行政法的または高権的利益においてのみ保護される（例えば、その領土の不可侵性、司法・行政の機能）法益が問題になっている場合、その法益の担い手に応じて、国内の法益と国外の法益とが区別される。そのような構成要件の場合、国内の法益のみが、つまり、ドイツ連邦共和国の公的法益のみが、保護範囲内に置かれる。外国法益は、刑

1 以下を見よ。Fischer, Vor § § 3-7 StGBRn 8 ff; SSW-Satzger, Vor § 3 StGB; ders., Jura 2010, 195 f. また、Golombek, S. 22 ff も参照。

2 NK-Böse, Vor § 3 StGBRn 56; Obermüller, S. 61 f.; LK-Werle/JeBberger, Vor § 3 StGBRn 276.

法3条以下の要件が充足されない場合、ドイツの犯罪構成要件によっては捕捉されない。このように国内法益と国外法益を区別することは、古典的には、国内の刑罰権が、外国の国家施設及びその利害を保護するには適していないとされる、ということによって根拠づけられる³。もっとも、国際的にますます複雑化し、グローバル化する世界に対する反作用の中では、ヨーロッパ法または国際法に一致した解釈（これについては、§9 Rn 95 以下参照）のみがドイツの構成要件の外国に関連する方向づけを予め定めているわけではなく、立法者がすでに多数の特別規定において、外国の公的利益を刑法的に保護することを認めていた、ということを確認することが重要である。

具体例：刑法102条以下は、公式の見出しによればすでに「国外の国家に対する犯罪行為 (Straftaten gegen ausländische Staaten)」を捕捉している。租税通則法370条4項及び欧州反汚職法第2款1条1項1号aおよび2号aは、部分的に、その他の欧州連合加盟国が責任を負う租税犯罪ないし贈収賄犯罪を、ドイツ刑法の保護の下に置いている。

ドイツの犯罪構成要件の保護範囲は、具体的な犯罪（例えば刑法164条[虚偽告発]）が、重疊的に個人的法益も集合的法益も保護するとされている場合にも開かれている。

2 一層不明確なのは、超個人的ではあるが、国家には関係のない公共の利益を保護する構成要件に対してどのような方法がとられるべきか、ということである⁴。保護の射程を突き止めることは、こうした事例においては解釈問題ではあるが、例えば刑法129条b[外国における犯罪団体とテロ団体、拡大収奪及び没収]または299条[取引交渉における贈収賄]3項の事例でそうしたように、少なくとも、立法者がある構成要件を明白に外国に関連するものとして形成するなら、比較的容易に回答することがで

3 Oehler, in: Engisch u. a. (Hrsg.), Festschrift für Edmund Mezger, 1954, S. 98 f.; Oehler, Int. Strafrecht, S. 480 参照。

4 見解の状況に関する概観は、Golombek, S. 33 ff を見よ。

きる。この点を度外視すれば、関連する集合的法益が直接的にその背後にある、把握可能な個人的利益に対する暗号であることが判明する場合には、いずれにしても、保護範囲の拡張に有利に作用する⁵。それによれば、例えば外国の道路交通の安全は刑法 316 条および道路交通法 21 条によって保護され、あるいは外国の公の平穏も刑法 111 条 [犯罪行為への公然の煽動] と 125 条 [騒乱] によって保護されている、ということから出発されるべきこととなる。しかし、こうした背景からすれば、(現代的な) 経済刑法の構成要件は、特に困難をもたらすおそれが生ずる。一方では、その制度的法益 (例えば、刑法 264 条 a, 265 条, 265 条 b の事例では資本市場、保険経済、ないしは金融制度が機能すること) は、ほとんど間接的にしか個人を保護する構成要素に還元できないものである。他方で、世界中に広がるその妥当範囲は、すでに特定の市場経済的な経済秩序との密接な結び付きを背景としているだけで根拠づけることはあまりにも難しいだろう。なぜなら、公道上の安全の事例とは異なり、世界中の全ての国における特定の経済制度の機能性を同価値的に刑法上の保護に値するものとみなすことは、ほとんど維持できないからである。こうした問題に関する判例に一般化できるような路線は採用されてないが⁶、学説上、こうした事例における外国関連性は、一部では間接的な財産保護を参照することが肯定されているのであって⁷、別の手法は、これに対応する法領域がすでに刑法外のハーモナイズ化活動によって欧州連合に影響するものである限り、刑法保護を (いずれにしても) 他の欧州連合諸国に拡張することになる⁸。

3 刑法適用法と保護範囲とが異なるということは、刑法 3 条以下の検討

5 NK-Böse, Vor § 3 StGBRn 60.

6 外国関連性について、一方で刑法 265 条については、BGH wistra 1993, 224, 225 (肯定)、他方で刑法 265 条 b に関しては、OLG Stuttgart NStZ 1993, 545 (否定); BGH NStZ 2002, 435 (未決定)を参照。

7 NK-Böse, Vor § 3 StGBRn 60.

8 例えば、LK-Tiedemann, § 264a StGBRn 88; § 265 StGBRn 48; § 265b StGBRn 119; § 298 StGBRn 53.

から連結点が明らかとなった場合にすら、ドイツの犯罪構成要件とは関連しない、ということにもなりうる。すなわち、その例としては、外国手続における外国裁判所でのドイツ人の虚偽陳述は、刑法7条2項1号が原理的にドイツ刑法の適用可能性を導くとしても、原則的には刑法153条以下によっては可罰的ではない。なぜなら、高権的な法益（国内の司法が機能すること）の侵害が問題だからである。すなわち、刑法典の陳述犯罪は、それに応じて、ドイツの高権的法益、つまり、ドイツ司法の機能性のみを把握しているのである。それゆえ、外国の高権的法益の侵害は、刑法153条以下の適用範囲外にある。

もっとも、こうした原則からの部分的な逸脱が、今や刑法162条1項に明白に規定されている⁹。例えば刑法153条から161条〔虚偽の非宣誓陳述及び偽証〕は、ドイツに対して拘束力のある法的行為（Rechtsakt）によって設立された国際刑事裁判所での虚偽供述にも適用可能であるとされる。刑法の供述犯罪の保護範囲を拡張することによって、部分的には、国際刑事裁判所規定70条1項aとの関連で、4項aに由来する準則の過剰な具体化が生ずる（これについては、§14 Rn 2 以下参照）¹⁰。国際刑事裁判所と並んで、現在では、国際司法裁判所、欧州人権裁判所、欧州裁判所、欧州第一審裁判所も、刑法153条以下の保護範囲に明示的に入れられている。

欧州の諸裁判所に関しては、適切な広い解釈がこれまで——正当な見解によれば——すでにヨーロッパ法と一致するような注釈を通じて可能であった¹¹。その点で刑法162条は好ましい明白化をもたらしている。

4 こうした第2段階の結論は、刑法3条以下によってすでに先決するこ

9 児童の性的搾取及び児童ポルノとの闘いに関する欧州共同体理事会の枠組決定を転換するための法規による挿入。BGBl. 2008 I, S. 2149.

10 BT-Drucks. 16/3439, S. 4. 詳しくは, Sinn, NJW 2008, 3526 ff 参照。

11 刑法153条以下のヨーロッパ法に一致するような解釈については, Satzger, Europäisierung, S. 575 ff 参照。

とができる。このことはとりわけ、ドイツ人に対して向けられた行為と、それと同時に必然的に個人的法益（＝国内法益）の侵害または危殆化を規定している刑法7条1項のドイツ刑法の適用について当てはまる。

5 復習・深化のための問題

- ・外国に関連する事情にドイツの犯罪構成要件を適用するためには、2つの検討点が重要である。それは何であるか（(§6 Rn 1, §3 Rn 12 f）。
- ・「国内 (inländisch)」法益、「外国 (ausländisch)」法益の下ではどのようなものが理解されているのか、そして、この相違には、ドイツの犯罪構成要件の適用可能性にどういった影響があるか（§6 Rn 1 ff）。

近時の文献：

刑法適用法一般について：Eser, Das "Internationale Strafrecht" in der Rechtsprechung des BGH, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre BGH, Festgabeaus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 3 ff; *Hombrecher*, Grundzüge und praktische Fragen des Internationalen Strafrechts-Teil 1: Strafanwendungsrecht und Internationale Rechtshilfe, JA 2010, 637 ff; Rath, Internationales Strafrecht (§§ 3 ff. StGB), JA 2006, 435 ff, 2007, 26 ff; Satzger, Das deutsche Strafanwendungsrecht (§§ 3 ff. StGB), Jura 2010, 108 ff; 190 ff; *T. Walter*, Einführung in das internationale Strafrecht, JuS 2006, 870 ff, 967 ff; *Werle/ Jeßberger*, Grundfälle zum Strafanwendungsrecht, JuS 2001, 35 ff, 141 ff.

インターネットの問題について：Götting, Das Tatortprinzip im Internet anhand eines Beispiels der Volksverhetzung, Kriminalistik 2007, 615 ff; *Hilgendorf*, Die Neuen Medien und das Strafrecht, ZStW 113 (2001), 650 ff; *Kappel*, Das Ubiquitätsprinzip im Internet, 2007; *Koch*, Nationales Strafrecht und globale Internet-Kriminalität. Zur Reform des Strafanwendungsrechts bei Kommunikationsdelikten im Internet, GA 2002, 703 ff; *Körber*, Rechtsradikale Propaganda im Internet - der Fall Töben, 2003, S. 140 ff; *Kudlich*, Herkunftslandprinzip und internationales Strafrecht, HRRS 2004, 278 ff; *Satzger*, Die strafrechtliche Verantwortung

ヘルムート・ザッツガー著 『国際・ヨーロッパ刑法』 (4)

von Zugangsvermittlern - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet vor dem Hintergrund der neuen E-Commerce-Richtlinie der EG, CR 2001, 109 ff; *ders.* in: Heermann/ Ohly (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, S. 161 ff.; *Sieber*, Internationales Strafrecht im Internet - Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW 1999, 923 ff; *Vassilaki/Martens*, Computer- und Internet-Strafrecht, 2003, S. 3 ff.

(加藤克佳 = 佐川友佳子 = 辻本典央 [共訳])