

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・刑事手続法、国際刑法』(5)

国際・ヨーロッパ刑法研究会 [訳] (監訳・加藤克佳)
加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博 [共訳]

目 次 [訳注：概略のみ]

第6版はしがき (本誌) / 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

I. 処罰権限

II. 国際刑法

III. 超国家的刑法, 特にヨーロッパ刑法 (欧州刑法)

IV. 刑法適用法

V. 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

I. 刑罰権限

II. 適用可能な刑法

III. 数度の刑事訴追の危険

IV. 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

I. 諸国家の管轄を指定する管轄

II. 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

I. 成立史

II. 刑法典 3 条以下の指導的な基本原理

III. 刑法 3 条以下の解釈学的分類

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

V. 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

VI. 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法益への限定

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学 63 巻 1 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

I. EU レベルでの刑事訴追機関

II. 相互承認原則に基づいた刑事事件における司法上の協働

III. 刑事手続法の領域における法の調整

IV. 一事不再理

復習・深化のための問題 (本号)

§ 11 欧州人権条約

I. 欧州理事会 (Europarat)

II. 欧州人権条約 (EMRK)

復習・深化のための問題 (本号)

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

監訳者まえがき (2)

原著の最新版 (第 6 版。全 387 頁) が 2013 年 4 月 29 日に公刊された。そこで、今回から、これを基礎として翻訳を行うこととした。全体として、改訂はさほど大きいものではなかったが、§ 7 から § 9 その他の章には一定程度の補正・補足があり、他方で、刑事手続法関係の動向・進展をいち早く紹介する必要があると判断したため、今回は § 10 と § 11 を取り上げることとした。第 6 版はしがきも掲載する。このため、本翻訳は原著とは若干順序が異なることとなる。ご了解を願うものである。

第 6 版はしがき

私は、ここで、すべての読者諸氏に対して、本書前版 [第 5 版] が好意的に受け入れられたことについて、御礼を述べたい。前版が好評であったことから、私には、版を改めて、本書で扱われるめまぐるしく変化する法領域における現在の展開を適切に叙述する機会が与えられた。

例えば、刑法適用法の範囲では、従来どちらかといえば低く評価され、軽視されがちであったこの法領域において、増えつつある文献と、それに応じて深められていた学説の状況を組み入れることができた。

欧州連合の刑法においては、リスボン条約 (Vertrag von Lissabon) に基礎ついて現在活発に議論されている立法の動向を取り上げ、国境を超えた刑法の創設、国内刑法の調和、欧州刑事手続の一層の形成などに関し

て、権限の根拠の解釈をめぐる浮上してきた重要な問題の解明を試みた。

欧州人権条約に関しては、欧州人権裁判所の新たな裁判例を考慮し、特に——ドイツの視点からは非常に重要である——保安監置（保安拘禁）の問題について、詳細な考察を行った。

国際刑法の章は、最近の情報を取り入れて補充を行ったが、特に、国際刑事裁判所の最初の判決——Lubanga 事件において 2012 年 3 月 14 日に下された——を取り上げることができた。

本書を用いて有効で成果を得る学習をするためには、最新の法的文書、裁判例、その他の重要な文書類への迅速かつ容易なアクセスが必要となる。したがって、この第 6 版でも、本書を補充するものとして、適時に最新の情報に改められるインターネット・サイト [ウェブサイト] が用意されている。読者は、これを通じて、あらゆる重要な情報を容易にダウンロードすることができる。このインターネット・サイトのアドレス [URL] は、次のとおりである。

<http://www.lehrbuch-satzger.de>

版を増すごとに、引用および参考文献も著しく増やしたいという誘惑は大きくなる。しかし、本改訂版においても、読者に全体を見通しやすくかつわかりやすい教科書を提供するために、文献の完全な評価という要求よりも、この教育的な関心を意識的に優先させた。したがって、公刊された文献のうちごく限られた数のもののみを脚注に挙げ、個別専門領域に関する特殊な文献は、選別して最近のものだけに限定したことについて、ご理解をいただきたい。

きわめて精力的な講座スタッフの素晴らしい働きがなければ、当然ながら、前版よりわずか 1 年半後に最新のかつ相当な改訂を施した新版を出版することなど、とうてい考えられなかったであろう。このことは、私の協力者たちが、本書の国際化された英語版の制作という骨の折れる仕事に責任をもって関わってくれたことから、強調されるべきである。なお、英語版『International and European Criminal Law』は、2012 年秋に、C.H.Beck 出版社（ミュンヘン）、Hart 出版社（オックスフォード）、

Nomos 出版社 (バーデン・バーデン) の共同出版の形で、大いに助力を得て発刊されている。

私は、まず、本改訂版の作業に重要な働きを果たした私の研究助手たちにお礼を述べたい (以下は、アルファベット順に名前を挙げる) : *Britta Albrecht, Andreas Dürr, Julia Kayser, Kristof Kremer, Georg Langheld, Laura Neumann, Carl Robert Whittaker, Frank Zimmermann* である。

また、*Shih-Fan Wang* 氏の建設的な示唆にも、感謝しなければならない。彼からは、本書を中国語へ翻訳する作業の過程で、意見をいただいた。

さらに、私は、私の多くの教育助手たちにも感謝を述べたい。彼らは、技術的な作業だけでなく、内容面においても、相当な支援をしてくれた。ここに名前を挙げておく : *Juliane Abel, Markus Buchmann, Johannes Kleinhenz, Nicolai von Maltitz, Miriam Meyer, Adrian Mühlbauer, Florian Ruhs, Maximilian Seuß, Thomas Winkelmann* である。

当然ながら、その他の講座スタッフたちにも、私の負担を軽くするよう多くの仕事をしてくれたことに対して感謝を述べたい。特に名前を挙げると、現在または過去の研究助手である *Inka Albrecht, Lukas Böttcher, Michael Juhas, Johann Melchior Raiser, Oliver Suchy, Monika Werndl*, 教育助手である *Laura Funke, Rokhsana Hosseini, Claudia Stühler, Alexandra Zahn*, ならびに、私のかつての秘書であった *Marlies Kotting* とその後任の秘書である *Béatrice Müller* である。

2013 年 3 月ミュンヘンにて

Prof. Dr. Helmut Satzger



ザッツガー教授

§ 10 欧州における刑事訴追

1 ここまでの叙述は主として実体刑法に関係するものであったが、これに引き続いて、国境を越えた欧州領域での刑事訴追と関連する重要な機関、展開、問題点の記述に移る。それは、特に、2001年9月11日にアメリカで起きた、国際貿易センターへのテロ襲撃事件の帰結として、法政策的な関心の中核に位置づけられる。

欧州連合 (EU) は、欧州連合の運営に関する条約 (AEUV=以下「運営条約」という) 67条1項において、自由・治安・法の範囲を形成する権限を持つ。運営条約 67条3項によると、欧州連合は、自らの措置により高度の治安を確保すべきことを目標とする。「自由—治安—法」という3和音は、よりよき治安の追求が自由を犠牲にするものであってはならず、しばしば対立する自由と治安という要素との間で常に適切なバランスが図られるべきことを、示している¹。連合の措置は、3項で示されるとおり、警察および刑事訴追機関の調整と協力 (本章 Rn. 2 以下を見よ)、刑事裁判の相互承認 (本章 Rn. 24 以下を見よ)、そして必要とあれば、刑事法規定の統一 (本章 Rn. 53 以下を見よ) をも対象とする。欧州連合内での国境を越えた二重処罰の禁止 (一事不再理) は、実践的に特に重要であり、被訴追者に有利な方向での相互承認原理の具体例である (本章 Rn. 64 以下を見よ)。

I. EU レベルでの刑事訴追機関

2 各国の警察当局および刑事司法機関の協働を目的として、「欧州刑事警察機構 (欧州警察庁. Europol)」ならびに「欧州司法機構 (Eurojust)」という名の司法協働のための欧州の中央機関が創設されている。さらに、詐欺、汚職、その他の欧州連合の不利益となる行為に対応するために、独立の委員会として欧州不正対策局 (OLAF) がある。

1 委員会議事録 (1998) 459 endg., S. 1, 11 を見よ。

1. 欧州刑事警察機構

3 欧州刑事警察機構は、1995年7月26日に欧州連合設立のための条約 (EUV=以下「設立条約」という) K.3条 (マーストリヒト条約の版) を根拠として締結された**欧州刑事警察機構協定**²⁾により設立された国際機関であり、オランダのデン・ハーグに本部を置く³⁾。この協定は1998年10月1日に発効し、欧州刑事警察機構は、1999年7月1日にその職務を開始した。しかし、国際法上の協定によりその法的根拠を形成ないし修正することは、実用的ではなく、「手間がかかりすぎる」ものであることが明らかとなった。なぜなら、協定が発効するためには、すべての加盟国 (構成国) が批准する必要があるからである。この理由から、欧州刑事警察機構は、ニース条約の発効後は、議会の決議 (これは手間のかかる批准を要することなく、加盟国において発効させることができる) により、二次法 (Sekundärrecht) にその新たな法的根拠⁴⁾を持つこととされている。運営条約 88条 2項によると、欧州刑事警察機構の構成、活動方法、活動範囲、任務は、今後は規則 (Verordnung) によって定められる⁵⁾。

4 欧州刑事警察機構は、2つの**中核となる機関**を持つ。1つは、長官 (Direktor) であり、これは日常的な業務をつかさどる。もう1つは、執行委員会 (Verwaltungsrat) であり、これは加盟国の代表によって構成され、日常業務以外の基本的な問題について討議・議決する。

-
- 2 ABIEG 1995 Nr. C 316/2; BGBl. 1997 II, S. 2154 (Sartorius II, Nr. 300). 協定は、事前裁判手続に関する欧州人権裁判所の管轄に関する議定書 (ABIEG 1996 Nr. C 299/2 (Sartorius II, Nr. 301a)) ならびに欧州職員に関する特権および治外法権に関する議定書 (ABIEG 1997 Nr. C 221/2, BGBl. 1998 II, S. 975 (Sartorius II, Nr. 302)) によって補足される。
 - 3 欧州警察、欧州麻薬局の前進について, *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 5 Rn. 57f. および *de Moor/Vermeulen*, CMLR 2010, 1090 ff. 参照。さらに, *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Neumann*, Europ. StR, § 44 Rn. 1 ff.; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 4 参照。
 - 4 2009年4月6日欧州警察局設立に関する理事会決議 (2009/371/JI), ABIEU 2009 Nr. L 121/37.
 - 5 委員会は、2013年に提案を提示するよう計画している。委員会議事録 (2010) 171 endg., S. 33 を見よ。

5 運営条約 88 条 1 項によると、欧州刑事警察機構の**管轄**は、組織的犯罪、テロ、連合政治の対象である共通の利益を侵害する形式の犯罪に及ぶ。欧州刑事警察機構議決 4 条 1 項（ニース条約の発効後に出されたものであるため、運営条約 88 条 1 項には結びつかない）は、この広範な犯罪現象を具体化するために、決議の附則を参照している。これは、欧州刑事警察機構の管轄に該当する犯罪現象のリストを含んでいるが、これによると、特に麻薬取引、不法出入国、人身取引、故意の殺人、コンピューター犯罪、汚職、詐欺もこれに当たる。

6 もっとも、欧州警察は、加盟国の国内で認められているような強力な権限を持った機動的な警察では（まだ）⁶ ない。欧州刑事警察機構の**任務**は、目下のところ、主として、各国警察の強い協力関係に向けた保障と、加盟国における刑事訴追の支援にとどまる。この目的のため、すべての加盟国は、国内機関を設置または任命し（ドイツは連邦警察局⁷）、当該機関が、欧州刑事警察機構と各加盟国の管轄機関との唯一の連絡機関として活動し、連絡事務官（「欧州刑事警察機構連絡使節＝ELOs」）を欧州刑事警察機構に派遣している。この使節は、国内の管轄機関と欧州刑事警察機構との間でのスムーズで簡明な情報交換のために、活動している⁸。

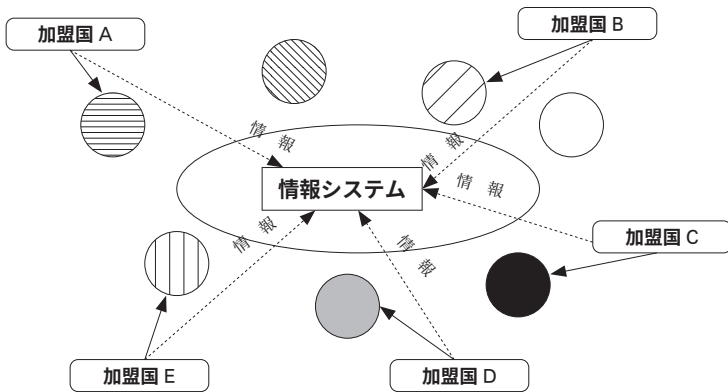
7 欧州刑事警察機構は、その任務を履行するため、**自動情報システム**を運営し⁹、加盟国に利用させるために情報を収集・分析する。この情報システムには、欧州刑事警察機構の管轄内で犯罪の嫌疑がある者、そのような犯罪を理由に有罪判決を受けた者、あるいはそのような犯罪を実行する危険がある者の情報が収められている（欧州刑事警察機構議決 12 条 1 項）。

6 任務拡張の可能性について、運営条約 88 条 2 項前段を見よ。欧州警察局は基本的に捜査および戦略的な措置を実施するための権限を承認されうるとしても、運営条約 88 条 3 項は、そのような実施は加盟国の当局（その公権力を行使する）との協働でのみ許されることを明らかにしている。強制処分の適用は、加盟国当局の権限にとどめられたままである。

7 欧州警察局法第 2 編 1 条 (Sartorius II, Nr. 300a)。

8 Schuster, Kriminalistik 2000, 74, 78 f.

9 欧州警察局議決 10 条以下。警察の視点からの欧州警察局情報システムについて詳細は、Manske, Kriminalistik 2001, 105.



そのような情報は、国内の連絡機関によって提供される。加盟国以外からの情報や、自らの諜報活動による情報は、欧州刑事警察機構が自ら提供する。情報の入力または出力の目的で情報システムに直接アクセスできるのは、国内の連絡機関、連絡使節、欧州刑事警察機構の中で限定された職員のみである（欧州刑事警察機構決議 13 条 1 項）。

8 情報収集機関としての欧州刑事警察機構の中心的機能に鑑みて、情報保護は、欧州刑事警察機構決議において多くのスペースが割かれている。情報保護上の責任は、基本的に、2 つに分かれている（欧州刑事警察機構決議 29 条 1 項）。加盟国より入力された情報に関しては、国内の情報保護法が適用されうる。欧州刑事警察機構が入力、加工、転送した情報に関する情報保護は、第 1 に、個人情報自動的に収集される場合等の人権保護に関する欧州議会の協定（1981 年 1 月 28 日、欧州刑事警察機構決議 27 条参照）¹⁰、第 2 に、特別に欧州刑事警察機構決議で定められた情報保護上の規定による¹¹。

10 BGBl. 1985 II, S. 538 ff. ドイツ連邦共和国については、1985 年 10 月 1 日に施行された。BGBl. 1985 II, S. 1134.

11 例えば、欧州警察局決議 11 条、12 条、13 条を見よ。

9 いわゆる共同管理部局（欧州刑事警察機構決議 34 条）は、一般的な法的監督を行う。この部局は、情報提供、修正、消去の申立てが認められなかったことに対する個人の不服申立て（欧州刑事警察機構決議 32 条）について、確定力を持つ裁定を下す（欧州刑事警察機構決議 32 条 1 項準用の 34 条 8 項 2 文を見よ）。欧州刑事警察機構決議 34 条 8 項 4 文によると、この裁定に対する裁判上の審査は認められていない。ドイツ基本法 23 条 1 項準用 79 条 3 項によると、ドイツ基本法に本質的に匹敵する基本権の水準が常に求められなければならないとされているが、欧州刑事警察機構に対する権利保護がこの憲法上の要請に適合しているかは、きわめて疑わしいように思われる¹²。

10 これ以外でよく議論の対象となる問題点としては、欧州刑事警察機構の民主的正統性¹³および司法上の拘束性、欧州刑事警察機構職員の広範な治外特権（欧州刑事警察機構決議 51 条準用欧州連合の特権・義務免除に関する議定書 11 条）などがある¹⁴。

2. 欧州司法機構

11 欧州警察機構と並ぶ司法サイドの機関として、「欧州司法機構」（Eurojust）が設置されている。これは、司法上の協力に向けた中心的な欧州部局であり、欧州首脳理事会タンペレ（Tampere）協定に即して¹⁵、**2002 年 2 月 28 日決議**¹⁶によって設立された。本機構は、法人格を有し、

12 リスボン条約発効後の状況については、Calliess/Ruffert-Suhr, Art 88 AEUV Rn. 8, 14; Frowein/Krisch, JZ 1998, 589 を見よ。

13 この点について、委員会議事録（2010）776 endg における委員会提案を見よ。

14 欧州連合の特権および義務免除に関する議定書 7 号, ABIEU 2008 Nr. C 115/266。この点について、Streinz-Dannecker, Art. 88AEUV Rn. 30ff; von Arnould, JA 2008, 327, 332 ff などがある。

15 Schlussfolgerung Nr. 46.

16 理事会議決（2002/187/JI, ABIEG 2002 Nr. L 63/1 (Nomos, Textsammlung EU-Strafrecht, 2. Aufl., 2008, S. 58 ff)）は、最終的に、理事会決議 2009/426/JI, ABIEU 2009 Nr. L 138/14 によって変更された。Sieber/Brüner /Satzger/v.Heintschel-Heinegg-Grotz, Europ.StR, § 45 Rn. 1 ff. も見よ。

その本部をデン・ハーグに置く¹⁷。欧州司法機構は、リスボン条約以後は、一次法的にも運営条約 85 条に根拠を持つこととなった。

12 欧州司法機構は、いわゆる**欧州司法ネット** (EJN) と間違えてはならない。こちらのほうは、1998 年に共同措置¹⁸により設置された国内連絡機関の団体 (Verbund) を指し、加盟国間での司法上の協力 (司法共助の範囲で) を容易にさせるものである。しかし、欧州司法機構とは異なり、こちらは、確たる骨格をもった組織的な欧州機関ではなく、情報の交換および加盟国の国内機関 (ドイツでは連邦司法省) 相互による非公式の連絡に限られたネットワークにすぎない¹⁹。

13 欧州司法機構の**機能**は、基本的に、国境を越えた刑事訴追を容易にするための記録収集・情報交換である²⁰。欧州司法機構は、欧州警察機構の構成と似て、いわゆる「国内的構成員」(裁判官、検察官、警察官) によって構成される。その地位と権限は、それぞれの国内法によって決められる。国内の職員と同じく、彼らは、その国内の (刑事) 記録にアクセスすることができる。これにより、加盟国相互間での刑事訴追にかかわる法律問題の迅速な回答および実効的な情報交換を行うための中心的な役割を果たすことができる。むしろ、国内的構成員自身が (できる限り同じ範囲で) 刑事訴訟上の権限を行使することができるということは、国境を越えた刑事訴追をより容易にさせるものでもある²¹。さらに、欧州司法機構は、捜査・刑事訴追処分を調整することによって、活動の重複や管轄の紛争を回避す

17 すでに 2001 年 1 月 3 日に、前欧州司法機構は、「司法上の協働のための暫定的な地位」を有し、その活動は 2000 年 12 月 14 日理事会決議 (2000/799/JI) (ABIEG 2000 Nr. L 324/2) を根拠としていたが、これが欧州司法機構に置き換えられた。この点について、*Barbe*, RMC 2002, 7 を見よ。

18 共同措置 (98/428/JI, ABIEG 1998 Nr. L 191/4)。この間に理事会決議に置き換えられた (2008/976/JI, ABIEU 2008 Nr. L 348/130)。

19 詳細な情報について、次のインターネットサイトを参照。<http://www.ejn-crimjust.europa.eu> (2013 年 3 月現在)。

20 この点について、*Schomburg*, ZRP 1999, 237, 239 参照。詳細なものとして、*Suominen*, MJECL 2008, 217, 222 ff.

21 この点について、*Barbe*, RMC 2002, 5, 8.

る役割も担う。その任務には、情報の流通に加えて、国内機関への支援も含まれる。それは、例えば、捜査の開始や実施を示唆したり、司法共助の範囲で行われたりする。

14 運営条約 85 条 1 項によると、欧州警察機構の管轄は、重大犯罪の捜査・訴追であり、少なくとも 2 つの加盟国が関係しているか、または、訴追が共通の根拠に基づいて必要となっている場合である。欧州司法機構決議（第 36 議定書の 9 条により、条約改正が発効したのちも有効である）4 条により、欧州司法機構の**管轄**は、欧州警察機構の管轄に関する列挙事項に結び付けられている。運営条約 85 条 1 項第 2 段によると、今後、特に欧州司法機構の活動領域は、規則によって確定されることとなる。

15 欧州司法機構は、自動的な情報処理を行う権限を備えているが、ここでも、情報保護に関して厳密な基準が設定されており、独立の情報保護に関する機関が欧州司法機構に設置され、共同の監督機関も置かれている。後者は、国内の法的救済措置とは別に、個人情報への正しい処理に向けた監視を行い、個人からの不服申立てについて裁定を行う。

16 欧州司法機構を設立した前述の理事会決議は、直接的な効果を持つものではなかった。したがって、加盟国がその議決を国内法に具体化する措置が必要であった。ドイツでは、そのために、「欧州司法機構法」²² が定められた。しかし、運営条約 85 条 1 項第 2 段に基づく規則が発効したことによって、欧州司法機構は、国際的な基盤を持つこととなった。それゆえ、（少なくともこの点に関して）欧州司法機構法はその意義を失った。

17 欧州司法機構の本質的な**役割**は、しばしば、今後ますます強い権限を備えることとなる欧州警察機構の司法上の結び付きに認められている²³。

22 2002 年 2 月 28 日重大犯罪撲滅強化に向けた欧州司法機構設立に関する理事会決議（2002/187/JI）を具体化するための法律（欧州司法機構法=EJG），BGBl. 2004 I, S. 902 ff.

23 欧州警察機構の司法的コントロールへ欧州司法局がどのように介入できるかについて，*Grote*, in: Gleß/Grote/Heine (Hrsg.), *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, 2001, S. 607 を見よ。欧州司法機構に対する一般的批判について，Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 85 AEUV Rn. 35 f. を見よ。

したがって、欧州司法機構は、欧州検察局の萌芽であるとみられている。欧州憲法に関する条約（第3編274条）に依拠して、運営条約86条1項1文は、欧州検察局を「欧州司法機構を基礎にして」設置する機会を定めている²⁴。現在のところ、政治的レベルで欧州検察局の設置に関して一致が得られるか、またこの機関が後に欧州の刑事訴追においていかなる役割を担うべきかは予測困難であることから²⁵、法政策的議論において、異なったモデルも提案されている。それによると、欧州司法機構の権限を拡張し、そこに捜査手続の開始に関する判断を委ねるものとされている。85条は、欧州司法機構に、捜査に際して、刑事訴追と同様の役割を認めているが²⁶、その際、訴追処分は、常に、「個別国家の権限ある公務員」のみが、これを行うことを許される（運営条約85条2項）。もっとも、このモデルは、加盟国から欧州司法機構に派遣された職員も、訴追処分の権限を持つものであるということに、決定的に基づいている²⁷。欧州司法機構のこのような単なる拡張が欧州の実効的な刑事訴追機関をもたらさうかは、当然ながら疑わしい。その点はおくとしても、そのような進展がなおも運営条約の体系と適合するかという点が、問題となる。いずれにせよ、欧州司法機構がそのような「検察に匹敵する」意義づけを与えられるとしても、運営条約86条に定められた欧州検察局の設置に関する条件——特に、同意要件——が、潜脱されるようなことになってはならない²⁸。

3. 欧州不正対策局 (OLAF)

18 欧州不正対策局は、詐欺、汚職、その他連合の経済的利益を脅かすあ

24 この点について、Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 86 AEUV Rn. 14 ff を見よ。

25 この点について、議事録「Eurojust and the Lisbon Treaty: Towards More Effective Action」（2010年9月20～22日。NJECL 2011, 100で公刊。また、議事録Nr. 17625/10も）、および、引続く大会の報告（2011年5月15～17日議事録Nr. 14428/11）を見よ。

26 Weyembergh, NJECL 2 (2011), 75 (91 f.).

27 Weyembergh, NJECL 2 (2011), 75 (98).

28 Brodowski, ZIS 2011, 940, 943.

らゆる違法行為の撲滅を強化すること、および欧州連合の職員によるその職務遂行にあたっての重大な逸脱行動を暴くことを**任務**とする²⁹。欧州不正対策局は、(欧州警察機構および欧州司法機構と異なり)独自の法人格を有するものではなく、組織的には欧州委員会の一部局にすぎない。もっとも、欧州不正対策局は、その前身である「不正対策調整部 (UCLAF)」³⁰ (1988年に設置された、詐欺撲滅の調整のために設置された戦略的部局)とは異なり、完全な独立性を備えている。独立した部局を創設することの要請は、委員会内の汚職 (1999年3月に委員会が総辞職したことに強く影響した) について強い嫌疑がある者に関連して、高まっていた³¹。

19 欧州不正対策局は、1999年4月28日の委員会決議³²によって誕生し、同年6月1日にその活動を開始した。欧州不正対策局の最高責任者は、局長 (Direktor) であり、それは委員会が欧州議会および首脳理事会の同意を得たうえで指名する³³。局長は、欧州議会、理事会、欧州会計検査院に報告義務を負う³⁴。欧州不正対策局の独立性は、5人で構成される監視委員会によって確保されるが³⁵、さらに、局長は、局の独立性が脅かされたと認めるとき、欧州司法裁判所に訴え出る権限も与えられている³⁶。欧州共同体規則 1073/99³⁷において詳細に規定された詐欺、汚職、その他の共同体の不利益となる違法行為を撲滅するための広範な権限は、第1に、対外的な調査権限**の行使に及び、それはすでに規則 (欧州共同体、欧州原子力共同体) 2988/95³⁸および 2185/96³⁹において認められていた (特に詐**

29 委員会決議 1 条 (1999/352/EG, ABIEG 1999 Nr. L 136/20)。

30 „Unité de Coordination pour la Lutte Anti-Fraude“ の略語である。

31 1996年10月28日議会議決 (ABIEG 1996 Nr. C 320/211) および 1998年10月7日議会議決 (ABIEG 1998 Nr. C 328/95) だけは参照せよ。背景について、*Gleß*, EuZW 1999, 618 を見よ。

32 委員会決議 (1999/352/EG, ABIEG 1999 Nr. L 136/20)。

33 委員会決議 5 条, 6 条。

34 欧州共同体規則 (1073/99, ABIEG 1999 Nr. L 136/6) 12 条。

35 欧州共同体規則 (1073/99) 11 条。

36 欧州共同体規則 (1073/99) 12 条 3 項。

37 ABIEG 1999 Nr. L 136/6。

38 ABIEG 1995 Nr. L 312/1。

欺および他の違法行為に対する欧州共同体の経済的利益を保護するための管理と事後審査)。欧州連合に不利益となる詐欺で特に利潤が大きい領域では、欧州不正対策局は、特にタバコ、酒類、オリーブオイルのような、そのつど関連する製品のために作業グループを設けている。委員会は、2011年3月、欧州不正対策局の改革に向けた新しいイニシアティブを提案している⁴⁰。

20 第2に、欧州不正対策局は、理由のある嫌疑があるとき、**あらゆる機関**、施設、共同体の職員および委託者**への行政調査**も行う⁴¹。その際、広範な調査権限を与えられるが、そこには、例えばあらゆる情報および場所へのアクセスと調査、必要とあれば記録の押収およびその計算上の審査も含まれる⁴²。

4. 欧州検察局の企画

21 すでに欧州共同体の経済的利益を保護するための法典⁴³には、欧州刑事訴追局の創設が定められていた（同法典18条以下）。委員会は、この考えに基づいて、青書（報告書）⁴⁴において欧州検察局の構想を提示し、議論にのせている。前述（§10 Rn. 17）のとおり、運営条約86条は、そのような機関の創設に向けた法的根拠を置いている。運営条約86条1項第1段によると、そのためには、基本的に、加盟国間の意見の一致と、欧州

39 ABIEG 1996 Nr. L 292/2.

40 委員会議事録（2011）135 endg. これについて、*Lingenthal*, *Zeus* 2012, 195 ff.

41 1999年5月25日欧州原子力共同体理事会の決議（1999/394/EG）および1999年6月2日欧州原子力共同体委員会決議（1999/396/EG, EGKS）。この点について、1999年5月25日制度的合意（ABIEG 1999 Nr. L 136/15）も見よ。

42 *Kuhl/Spitzer*, *EuR* 2000, 671 参照。機関ならびにその官吏および職員の関与義務に関する問題について、*Schwarze-Schoo*, Art. 280 EGV Rn. 36 ff. を見よ。

43 *Delmas-Marty/Vervaele*, *Implementation*, S. 189 ff. で公表されている。視点について詳細は、*Sieber/Brüner/Satzger/v.Heintschel-Heinegg-Killmann/Hofmann*, *Europ.StR*, § 48 Rn. 1 ff.

44 欧州共同体の経済的利益保護および欧州検察局の設立に関する緑書。委員会議事録（2001）715 endg.

議会の同意が必要である。もっとも、同第2段では、少なくとも9の加盟国グループが強く協力することによって（設立条約20条および運営条約329条1項）欧州検察局を創設できることも、定められている。したがって、従来は、加盟国の十分な数が関与しようとするのか、そのような機関はどのような活動を行うものであるのかが不明であったが、この計画の実現は、そう遠いことではないだろう⁴⁵。欧州法の国内刑事手続法への考えうる影響を評価するために、特に青書で描かれた欧州検察局が介在したもとの欧州における刑事訴追を念頭に置くことは、非常に重要であろう。また、委員会は、現在、運営条約86条に基づく指示を出すための草案を作成しており、これは、2013年6月に提示するとされている。欧州委員会より示された連合の経済的利益を保護するための提案⁴⁶、ならびに、欧州検察局の設置に関するいくつかの重要な研究⁴⁷は、法政策的議論を投げかけるものである。なかでも、連邦検察局とドイツ弁護士協会（DAV）は、共同の報告において、そのような国際的な刑事訴追機関の必要性に疑問を示し、被疑者・被告人に対する法的保護が不十分である点を批判している⁴⁸。

22 運営条約86条1項によりまずもって専ら共同体の経済的利益に対する犯罪を管轄とする、**強力で独立の検察局**が想定される。その対象犯罪に含まれるのは、運営条約325条1項によりいわゆる超国家的犯罪構成要件によって捕捉されうる「一連の詐欺」だけではない。「共同体の経済的利

45 欧州司法局と今後設立が想定される欧州検察局との関係について、Suominen, MJECL 2008, 217, 229 ff. を見よ。

46 委員会議事録（2012）363 endg. ならびに準備作業 SWD（2012）195 endg.

47 特に、いわゆるモデル・ルールズ。この点について、次のウェブサイトを参照。www.eppo-project.eu（2013年3月現在）。

48 連邦弁護士会とドイツ弁護士協会による欧州検察局の設置に対する共同声明（2012年11月）。次のウェブサイトで閲覧することができる。<http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-europa/2012/november/stellungnahme-der-brak-2012-48.pdf>（2013年3月現在）。補充性および比例性についての批判的見解として、Satzger, NStZ 2013（近刊）では、欧州検察局の補完的な形成の提案が行われている。

益に対する犯罪」には、欺罔要素を伴わない行為態様（例えば、欧州連合の財政を害する不正犯罪）も含まれる。また、運営条約 86 条 4 項によると、議会の同意を条件に、理事会の議決によって、管轄を「国境を越えた広がりをもつすべての重大犯罪」、つまり 運営条約 83 条 1 項の適用範囲にまで拡張することも可能である。

欧州検察局は、その管轄の範囲において、欧州連合全加盟国内での捜査の実施と調整に管轄を持ち、特に加盟国の裁判所に事件が起訴された場合には検察官の任務を引き受けることされている（運営条約 86 条 2 項）。その場合、その任務遂行に関する詳細、捜査において従うべき手続規定、証拠使用に関するルール、制度に対する裁判上のコントロールは、規則によって決定されることになっている（運営条約 86 条 3 項）。それによると、この規則は、**超国家的な欧州刑事訴訟法の基礎**として理解することができる。

確かに、現在のところ、欧州検察局の活動に関する規定がどのような形となるかは、不明である。しかし、法典および委員会の青書における準備は、この点で、一定の「前触れ」を示す。それによると、欧州検察局は、その調査にあたり、負罪の要素にも、また免罪の要素にも配慮しなければならない。欧州検察局は、国内の警察および司法の捜査機関を支援することができることとされ、これによって、これらの機関が捜査手続において国内裁判官より命令・承認（いわゆる「裁判官留保」）された調査活動を行う。その際、**相互承認の原則**ができる限り包括的に妥当すべきものとされる。したがって、加盟国の裁判所より命令されたすべての強制処分は、基本的に、あらゆる他の加盟国において改めての審査を受けることなく執行することができる（直ちに § 10 Rn. 24 ff. 参照）。さらに、ある国家の捜査の中で適法に、つまり使用禁止に該当せずに獲得された証拠は、国内の使用に関するルールにかかわらず、起訴された国家で使用可能となる⁴⁹。ある法学者グループが、2012 年に、モデル・手続規定⁵⁰を提案した。このモデ

49 批判的見解として、Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 86 AEUV Rn. 58.
50 次のウェブサイトで閲覧することができる。 <http://www.eppo-project.eu>

ルは、相互承認原理に基づくものではなく、それ自体で完結的な国際的刑事訴訟を提案するものである。また、このモデルは、被疑者・被告人の権利のカatalogを定めているが、一定の証言拒否権は、真実発見の利益との比較衡量においてのみ保障されている⁵¹。

23 そのような構想は、正当にも、法治国家的な考察から批判される。この体制は、欧州検察局が最も軽い条件が適用される強制処分を法律上使用することが日常的となることによって、権限のあら捜しを誘発するものである。それは、欧州連合各加盟国の従来はおおよそ両立しないような国内刑事訴訟法の個別規定を恣意的に組み合わせることによって、多くの新たな「パッチワーク的な刑事訴訟システム」を作り上げてしまう。そのようなものは、これまでに規定されたことはなく、また黙示的に甘受されてきたものでもない⁵²。その帰結は、国内刑事訴訟において重要であった保護装置の喪失である。また、このような体制は、被疑者・被告人が多くの加盟国において異なる手続規定に基づいて防御しなければならない、ということも導く。その場合、実効的な弁護を図るためには、非常に費用のかかるすべての関係する加盟国での「複数の必要的弁護」によるか、または、欧州レベルでの制度的な弁護人機関を創設するしかない⁵³。ここで、「**欧州弁護人**」の名において、すでに練られた構想が存在している。これによると、この制度は、すべての加盟国から出た法律家によって構成され、(国際的に関連する具体的手続において弁護人の希望に基づいて) 情報提供、翻訳、当局や他の加盟国の同僚との連絡という形で支援を行うものとされる⁵⁴。それによって初めて、弁護側の構造的な不利が取り除かれうるのであろう。

(2013年3月現在)。

51 批判的見解として、*Brodowski*, ZIS 2012, 558, 561 もある。

52 この点について詳細は、*Satzger*, StV 2003, 137, 141 を見よ。

53 この点について、*Schünemann*, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004, S. 14 ff. を見よ。Salditt, StV 2003, 136, 137; *Satzger*, StV 2003, 137, 139 も参照。

54 欧州刑事訴追対案 174a 条 3 項 (Fn. 52) を見よ。*Salditt*, StV 2003, 136, 137; *Satzger*, in Schöch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S. 560 も参照。

欧州連合レベルで法治国家的に不十分な刑事訴追システムに価値が認められるのではなく、むしろ将来において弁護側の強化に目が向けられることが期待される⁵⁵。

§ 10 I に関する近時の文献：

■ 欧州警察局について：Baldus, Europol und Demokratieprinzip, ZRP 1999, 263 ff.; *Beaucamp*, Primärrechtsschutz gegen Maßnahmen des Europäischen Polizeiamts, DVBl 2007, 806 ff.; Böse, Die Immunität von Europol – ein unterschätztes Verfolgungshindernis?, NJW 1999, 2416 ff.; de Moor/Vermeulen, The Europol Council Decision: Transforming Europol Into An Agency of the European Union, CMLR 2010, 1089 ff.; Freyer, Europol, Kriminalistik 2003, 80 ff.; Hölscheidt/Schotten, Immunität für Europol-Bedienstete – Normalfall oder Sündenfall?, NJW 1999, 2851 ff.; Kretschmer, Europol, Eurojust, OLAF – was ist das und was dürfen die?, JURA 2007, 169 ff.; Manske, Das „Europol-Information-System“ (Europol-IS), Kriminalistik 2001, 105 ff.; Ratzel, Europol – das Europäische Polizeiamt, Kriminalistik 2007, 284 ff.; von Arnould, Die Europäisierung des Rechts der inneren Sicherheit, JA 2008, 327 ff.

■ 欧州司法機構について：Esser, Der Beitrag von Eurojust zur Bekämpfung des Terrorismus in Europa, GA 2004, 711 ff.; Fawzy, Die Errichtung von Eurojust – Zwischen Funktionalität und Rechtsstaatlichkeit, Baden-Baden, 2005; Gleß/Grote/Heine, Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol, 2001; Kretschmer, Europol, Eurojust, OLAF – was ist das und was dürfen die?, JURA 2007, 169 ff.; Schomburg, Justitielle Zusammenarbeit im Bereich des Strafrechts in Europa: EUROJUST neben Europol!, ZRP 1999, 263 ff.; Suominen, The Past, Present and the Future of Eurojust, MJECL 2008, 217 ff.; Weyembergh, The Developments of Eurojust: Potential and Limitations of Article 85 of the TFEU, NJECL

55 結論においてそのような見解として、例えば Radtke, GA 2004, 1, 21; Peers, EU Justice, S. 860; Hecker, Eur. Strafrecht, § 14 Rn. 39ff.; Safferling, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 33ff.; Gleß, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, S. 171 ff. などもある。

2011, S. 75 ff. 「連邦司法省」の有益で具体的な実務便覧は、次のウェブサイトにて閲覧することができる。http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/broschueren_fuer_warenkorb/Eurojust.pdf?__blob=publicationFile (2013 年 3 月現在)。

■ **欧州不正対策局について** : *Brüner/Spitzer*, Kosmetischer Eingriff oder Großer Wurf?, EuR 2008, 859 ff.; *Braum*, Die Informalität europäischer Betrugsermittlung, wistra 2005, 401 ff.; *Groussot/Popov*, What's wrong with OLAF? Accountability, due process and criminal justice in European anti-fraud policy, CMLR 2010, 605 ff.; *Kretschmer*, Europol, Eurojust, OLAF—was ist das und was dürfen die?, JURA 2007, 169 ff.; *Kuhl/Spitzer*, Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF), EuR 2000, 671 ff.; *Niestedt/Boeckmann*, Verteidigungsrechte bei internen Untersuchungen des OLAF—das Urteil Franchet und Byk des Gerichts erster Instanz und die Reform der Verordnung (EG) Nr. 1073/1999, EuZW 2009, 70 ff.

■ **欧州検察局について** : *Brüner/Spitzer*, Der Europäische Staatsanwalt—ein Instrument zur Verbesserung des Schutzes der EU-Finzen oder ein Beitrag zur Verwirklichung eines Europas der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts?, NSTz 2002, 393 ff.; *Lingenthal*, Eine Europäische Staatsanwaltschaft „ausgehend von Eurojust“, ZEuS 2010, 79 ff.; *Nürnberg*, Die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft—Eine Einführung, ZJS 2009, 494 ff.; *Radtke*, Der Europäische Staatsanwalt—Ein Modell für Strafverfolgung in Europa mit Zukunft, GA 2004, 1 ff.; *Satzger*, Strafverteidigung in einem veränderten europäischen und internationalen Umfeld—neue Herausforderungen für einen Berufsstand, in Schöch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S. 551 ff.; *Stiegel*, Grünbuch der Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, ZRP 2003, 172 ff. ならびに Drittes Strafverteidigersymposium 2002, StV 2003, 115 ff. (*Schünemann, Castaldo, Sommer, Kempf, Madignier, Bendler, Salditt, Satzger*の論文所収)。

II. 相互承認原則に基づいた刑事事件における司法上の協働

1. 相互承認原則

24 刑事事件における国家間相互の協働の伝統的な制度は、司法共助 (Rechtshilfe) である。これは、従来から2国間あるいは多国間の協定に基づいて形成されてきたが、現在でもそれは変わらない。伝統的な司法共助法は、個別国家の主権に基づくものであった。この理由から、それは、(欧州連合の加盟国のような) 単一の法域を備えた国家間での司法上の協働に適したものではない。このような協働の実現は、例えば、犯人移送法において相互可罰性 (相罰性) という伝統的な要件にしばられて自国の国民が移送されないといった場合、困難になる⁵⁶。このような意味で「閉鎖的な」司法共助法は、次第に、「相互承認原則」に置き換えられるようになってきた。本原則は、前述のとおり、欧州検察機構の形成との関連においても重要となっており、1999年9月にフィンランドのタンペレで開かれた欧州首脳理事会によって⁵⁷、民事および刑事事件における司法上の協働の「大黒柱」となった⁵⁸。その基本的な意義は、運営条約82条1項にも明示されている。

「相互承認原則」は、本来、欧州域内市場を設立するための委員会から、非常に困難で時間のかかる事前の調整を介することなく商品の流通を促進するために、提案されたものである⁵⁹。刑事 (訴訟) 法への転用は、この原則に、加盟国で適法に下された司法上の判断はあらゆる他の加盟国においてもそのようなものとして承認されなければならない、との意味を付与

56 欧州勾留は、この点でパラダイム転換をもたらす (この点について、後述 Rn. 28 ff. を見よ)。

57 本欧州首脳理事会は、欧州連合内での「自由、治安、権利の範囲」を確立することに専念するものである。

58 帰結 (Schlussfolgerungen) 参照。 http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00200-r1.d9.htm (2013年3月現在), Nr. 33 ff. で閲覧することができる。

59 詳細は、Satzger, StV 2003, 137, 141; Hecker, Eur. Strafrecht, § 12 Rn. 59; Safferling, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 40; Fletcher/Löff/Gilmore, EU Criminal Law, S. 109, 188 f.

することとなった⁶⁰。その条件は、「加盟国が各々の刑事司法システムに対して相互に信頼を持ち、各加盟国が他の加盟国において妥当している刑事法の適用を承認すること（たとえ、自国法を適用すると異なる結果となっていたであろう場合でも）」である⁶¹。国内裁判が欧州全域で承認されることにより、司法共助の領域に内在していた時間的コストのかかる障害が取り除かれ、国境を越えた実効的な刑事訴追が可能となった。自由な往来は「犯罪者」に自由な国境越えを可能にしたが、相互承認原則が、刑事訴追側の不利益（基本的に国内の範囲に拘束される）を除去し、「真の欧州法域」への扉を開いた⁶²。

25 その際、域内市場形成から刑事事件における協働への本原則の転用にはそもそも**問題をはらんでいた**ということは、見過ごしてはならない⁶³。自由な商品流通の確立は、自由化の自己目的であるが、刑事法における最上位の目的は、公正手続の実現である。しかし、相互承認のメカニズムによって、（刑事法システムの調整が行われることなく）基本的な防衛権が失われる可能性がある⁶⁴。また、刑事事件における協働の領域での相互承認の考え方には、「一般条項的留保」が欠けている。これは、自由な商品流通の領域では、法秩序の多様性を考慮するために存在していた（欧州共同体創立条約（EGV）30条。現在はその後継規定である運営条約36条を参照）。このような考慮は、国ごとに非常に異なって構想されている刑

60 基本的なものとして、Böse, in: Momsen/Bloy/Rackow (Hrsg.): Fragmentarisches Strafrecht, 2003, S. 233 ff. があり，刑法上の領域における本原理の適用に関する中間的まとめとして，Harms/Knauss, FS Roxin, 2011, S.1479 ff. がある。

61 EuGHE 2003, I-1345 — verb. Rs. C-187/01 „Gözütok“ および C-385/01 „Brügge“ (Rn. 33)。

62 この点について，v. d. Groeben/Schwarze-Wasmeier, Art. 31 EUV Rn. 23 ff. を見よ。

63 この点について詳細は，Mitsilegas, EU Criminal Law, S. 116 ff; Peers, CMLR 2004, 5, 23 ff. ローマ規程に基づく協働との比較に関して，F. Zimmermann, in: Burchard/Vogel/Triffterer (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the ICC, 2010, S. 287 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 10 を見よ。

64 この点について，Erbežnik, EuCLR 2012, 3 ff. も見よ。

事（訴訟）法においても、相互承認原則の大きな留保となるべきものである⁶⁵。これらの批判点は、一連の欧州刑事法研究者において、代替的な「欧州刑事司法の全体構想」⁶⁶を提案させるきっかけとなった。これは、国際的な刑事手続は常に該当加盟国が当該手続に関して基本的にすべての加盟国において適用される刑事手続によって実施する、との基本的な考え方に基づくものである。

26 それでもなお、刑事事件における政治上および司法上の協働の領域において欧州連合が発行または作成したすべての法行為は相互承認原則に基づいているということは、確認しておかなければならない。もっとも、そのような法行為は、この原理を無制限に実現するものというわけではなく、通常は、拒否事由も定めている。それとならんで、重大な理由がある場合も命令拒否が可能であるかは、検討の余地がある。その議論において重要であるのは、欧州又は国内の一般条項はどの範囲で他の加盟国の命令の執行を妨げうるか、という問題である。例えば、被疑者・被告人は他の加盟国（そこでは、彼に対して、基本権又は人権に反する手続にさらされる危険がある）への移送に対して（重大な）理由によって抵抗できるということとは、まったく違う問題である⁶⁷。およそこの意味において、連邦検察官 *Sharpston* は、近時、欧州勾留及び加盟国間の犯人移送手続に関する[2002年6月13日の理事会による] 枠組決定（RbEuHb=以下「(欧州) 勾留枠組決定」という）との関連における *Radu* 事件での最終弁論において、相互承認原理は（欧州）人権および欧州一般条項の適用によって制限されると、主張している⁶⁸。連邦検察官 *Bot* は、平行する手続において、

65 この点について、*Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 146 ff.; *Satzger*, StV 2003, 137, 141; *ders.*, in Schöch u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gunter Widmaier, 2008, S. 557 f.; *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 12 Rn. 60 ff.; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 45 f.; *Peers*, CMLR 2004, 5, 35; *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 521, 527 ff.; *Meyer*, GA 2007, 15, 33 ff.; *Kirsch*, StraFo 2008, 449, 453 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 3 Rn. 20 を見よ。

66 *Schünemann*, Gesamtkonzept.

67 この点について、*Tinsley*, EuCLR 2012, 338 ff. も見よ。

68 „*Radu*“ 事件 (C-396/11) における連邦検察官 *Sharpston* の最終弁論。

国内の憲法上の保障だけが重要であるわけではない、と指摘している⁶⁹。欧州人権裁判所は、この間に下された判決において、期待に反して、まったく形式的な立場に立ち戻ってしまった。それは、もっぱら、欧州法律文書に定められた拒否事由だけを考慮するというものである。さもないと、
「枠組決定 2002/584 で定められた移送制度は、否応なしに挫折させられ、これによって、自由、安全、権利の範囲の実現」が困難となる、というのである⁷⁰。これは、規程体系上の見地からは、それによって国内・憲法上の衡量（法律文書の拒否事由と矛盾する）が重要性を持たないという限りで、まだ納得できるものである⁷¹。しかし、このような制度の実効性のみを指向した（そして、回付問題の誤った解釈によってのみ得られた⁷²）端緒は、これによって——連邦検察官 *Sharpston* の見解に明らかに反して——欧州で共通の事件基準および欧州の一般条項が相互承認の広すぎる原理の修正として援用される可能性を閉ざすこととなるのであれば、納得することはできない⁷³。

27 相互承認原則に基づく多くの法行為は、リスボン条約が発効する前に、枠組決定として決議されてきたが、以後もその重要性を保っている。すなわち、それらは、変更されることなく効力を持ち続け、5年の経過期間を経た後、いわば超国家的な連合法へと移行している。その結果、条約違反手続を手段とし、欧州司法裁判所を通じてその置換えを審査させることが可能とされている（経過規定に関する第 36 議定書の 10 条 1 項参照）。

69 „Melloni“ 事件 (C-399/11) における連邦検察官 *Bot* の最終弁論 (Rn. 136)。

70 EuGH, Urt. v. 29.1.2013—Rs. C-396/11 „Radu“ (Rn. 76)。

71 EuGH, Urt. v. 26.2.2013—Rs. C-399/11 „Melloni“ (Rn. 44, 47 ff.)。

72 正しい見解として, *Brodowski* HRRS 2013, 54 を見よ。

73 EuGH, Urt. v. 29.1.2013, Rs. C-396/11 (Rn. 68 ff.)。批判的評釈である *Brodowski* HRRS 2013, 54 ff. は, IRG 73 条 1 項 2 文に対する潜在的な欧州法違反, および, これと同時に生じうる欧州司法裁判所と連邦憲法裁判所との矛盾とを指摘している。

2. 相互承認原則に基づいた従来の法的文書

a) 欧州未決勾留

aa) 枠組決定

28 特に設立条約旧 31 条 1 項 a, b, 34 条 2 項 b に基づく勾留枠組決定⁷⁴は、刑事法領域において、前述した相互承認原則の最初の具体的実現を意味する。この点で、この枠組決定には、以後の法的活動に関する「モデル的性質」が与えられる⁷⁵。この目的は、非常に時間と手間がかかり、複雑に感じられた伝統的な形での移送手続を排除することである。伝統的な移送手続は第 1 に、二段階制によって特徴づけられる。裁判所による許容性審査（ドイツでは高等裁判所（OLG）の管轄である。刑事事件における国際司法共助に関する法律（IRG＝以下「司法共助法」という）12 条以下）と、それに続く政治上の判断、いわゆる移送承認である。この承認は、政府機関が外交上の裁量に基づいて個別事例において行う合目的的裁定である（司法共助法 74 条参照）⁷⁶。この外交的裁定は、通常、移送手続が非効率的なものとなる原因であった⁷⁷。第 2 に、「相罰性」は、従来の移送の基本原則である。これによると、移送を要請する根拠となる行為は、移送を要求する側の国の法律によっても、要求される側の法律によっても、可罰的でなければならない。要求を受けた国は、外国の構成要件が自国の刑法に存在しない場合、協力を拒否することができる⁷⁸。これにより、訴追を受ける者には、移送に対する多くの実体法上の異議が可能となる。しかし、それは、個人の保護には資するが、移送手続の実効性を阻害するものである⁷⁹。

74 Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABIEG 2002 Nr. L 190/5 (Nomos, Textsammlung EU-Strafrecht, 2. Aufl. 2008, S. 220 ff.).

75 Rohlff, Europäischer Haftbefehl, 2003, S. 35 を見よ。

76 この点の管轄は、連邦政府（原則として連邦司法省）にある。

77 Rohlff, Europäischer Haftbefehl, 2003, S. 41.

78 Oehler, ZStW 96 (1984), 555, 557. この点について詳細は、例えば Veh, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch, Kap. 22 Rn. 134.

79 相罰性原則に対する批判について、Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., 2006, § 3 IRG

29 欧州未決勾留は、その欧州領域での統一形式が枠組決定により定められたが⁸⁰、その導入により、政治上の承認裁定が完全に放棄されることとなった。手続は、今や、司法機関においてのみ行われる。確かに、相罰性原則は維持された。移送を、欧州未決勾留に付する理由となる行為は執行を行う国家の法によっても犯罪に当たるということを条件とできる、という形で、である。もっとも、欧州未決勾留が枠組決定で列挙された 32 個の犯罪（例えば、テロ、人身売買、強姦、不正、放火など）を理由として発付される場合には、相罰性原則は適用されない⁸¹。これらの列挙犯罪は、移送する側の国家（Ausstellungsstaat）において、少なくとも最高 3 年の自由刑または自由を剥奪する保安処分が法定されていなければならない。この点で、構成要件が見出し語的にのみ規定され、列挙犯罪が存在するかは各々の国内法により評価されることから⁸²、一部ではどのような場合にある行為が「サイバー犯罪」、「偽造」、「コピー商品」、「人種差別」、「他国への敵意」などの構成要件に該当するかの判断が困難であるという点は、非常に問題である⁸³。

30 枠組決定は、3 条および 4 条に拒否理由を置いており、それが勾留執行を妨げるものとなりうる。例えば、執行国における恩赦、刑事未成年であること、または、ある加盟国での確定裁判⁸⁴は、義務的な却下理由であ

Rn. 2; Vogel, JZ 2001, 937, 942 だけは見よ。

80 適用範囲は、一般的に、発送国の法により 12 か月以上の自由刑または自由剥奪処分が定められている行為（移送勾留）または 4 か月以上の有罪判決がすでに下されている場合（執行勾留）に限定される。枠組決定 2 条 1 項参照。

81 双罰性原則と欧州勾留枠組決定によるその修正についての詳細は、Pohl, Vorbehalt und Anerkennung: Der Europäische Haftbefehl zwischen Grundgesetz und europäischem Primärrecht, 2009, S. 136 ff.

82 枠組決定 2 条 2 項。

83 批判について、Schünemann, GA 2002, 501, 507 f. だけは見よ。Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 3 Rn. 21 f. Peers, CMLR 2004, 5, 29 ff. も、欧州勾留枠組決定 2 条 2 項のカatalogから国内構成要件の調整が欠ける点について批判する。

84 欧州勾留枠組決定 3 条 2 号。これにつき、後出 Rn. 84 を見よ。第三国、すなわち非欧州連合加盟国の裁判については、任意的拒否事由のみが適用される。同枠組決定 4 条 5 号参照。

り、以後の訴追を妨げる。任意的却下理由は、(非列举犯罪の場合の相罰性の欠如に加えて) 例えば、執行国の法によると公訴時効が完成していること、執行国における同一行為を理由とする刑事訴追、手続打ち切りである⁸⁵。また、5条は、欧州勾留の執行は移送国の一定の保障に条件づけられる、ということを認めている。例えば、自国民に対する勾留の場合、被疑者・被告人が有罪判決を受けたあとは刑罰執行目的のため国内に戻されることを、要求することができる⁸⁶。

bb) ドイツにおける枠組決定の具体化

31 枠組決定は、2003年の終わりまでに、加盟国の国内法に具体化されなければならなかった。連邦下院は、(連邦上院の異議を否決したうえで) 2004年6月16日に欧州勾留法(EUHbG)を成立させた。同法は、2004年8月23日に施行され、欧州勾留が司法共助法の用語(「移送」、「要請国家」、「被要請国家」)および体系に統合された⁸⁷。しかし、連邦憲法裁判所は、2005年7月18日判決⁸⁸により、個人の憲法抗告権を認め、この第一次欧州勾留法を**無効である**と判断した。

ドイツで生活していた抗告申立人は、シリア系ドイツ人であり、アルカイダ組織の重要人物と目されていたが、彼に対して犯罪組織およびテロへの関与を理由にスペインで行われた手続きに基づき、スペインに移送されることとなった。彼に追及されている行為は、確かに、犯行当時ドイツでは犯罪構成要件に包含されていなかった。なぜなら、外国テロ組織の支援は、のちに(刑法129b条により)犯罪とされたからである。しかし、枠組決

85 さらに(人権保護に関する一般的留保に関して) *Peers*, EU Justice, S. 708 f.

86 全体について深めるものとして, *v. Heintschel-Heinegg/Rohlf*, GA 2003, 44.; *Böse*, in: *Momsen/Bloy/Rackow* (Hrsg.): *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, S. 240 ff.

87 BT-Drucks. 15/1718, S. 1 ff. 参照。批判について, *Wehnert*, *StraFo* 2003, 356, 359 f. を見よ。

88 BVerfGE 113, 273. 詳細は, *Satzger/Pohl*, JICJ 2006, 686 ff. *Sieber/Brüner/Satzger/v.Heintschel-Heinegg-Heintschel-Heinegg*, *Europ.StR*, § 37 Rn. 16 ff. も参照。

定により列举犯罪に該当する場合は相罰性が適用されないことから（欧州勾留枠組決定 2 条 2 項）、ドイツで犯罪とされていなかったことは、欧州勾留の執行に妨げとなるものではなかった。

連邦憲法裁判所は、欧州勾留法（これが移送裁判の法的根拠である）を、2 つの理由から基本的に憲法違反であり、全体として無効であると判断した。

■ 第 1 に、**移送されない自由（ドイツ基本法 16 条 2 項）**が侵害される。確かに、このドイツ基本法は、「加重された法律の留保」を下回る。これによると、ドイツ人の移送は、「法治国家的原則が保障される限りで」認められる（ドイツ基本法 16 条 2 項 2 文）。しかし、介入は、比例性原則の適用において、できる限り緩やかなものでなければならない。したがって、立法者は、枠組決定が加盟国に求めた具体化の範囲をできる限り基本権を侵害しない形で具体化するよう義務づけられていたのである。欧州勾留枠組決定 4 条 7 号により、加盟国は、勾留の理由となる犯罪の全部または一部が自国の主権下で実行された場合、欧州勾留の執行を拒否できる。連邦憲法裁判所によると、ドイツの立法者は、この裁量をすべて行使したうえで、本質的に国内に関連性⁸⁹をもつ行為について、執行の拒否を定めておかねばならなかった。そのような決定的な国内関連性をもつ犯罪容疑は、その容疑者がドイツ国民である場合、基本的に、国内でドイツの刑事捜査機関によって解明されなければならない。このような場合、自国の法秩序によってのみ追及を受けるということに対する国民の信頼は、ドイツ基本法 16 条 2 項により、法治国家原理との結びつきにおいて保護されるからである。このことは、その行為がドイツの規定によると不可罰であるという場合、なおのこと妥当する。

■ 第 2 に、連邦憲法裁判所は、**ドイツ基本法 19 条 4 項**違反を認めた。

89 連邦憲法裁判所によると、「行為地または結果地の本質的部分がドイツ領域内である場合」に、そのような関連性が認められる（BVerfGE 113, 302）。少なくとも部分的にドイツで実行された行為により結果が外国で発生した場合には、個別事例における衡量が必要となる、とされた。

その理由は、欧州勾留法は、当事者に対して、承認裁判に対する法的保護（伝統的な移送手続では通例であった）を与えていない、ということである。この点で、不服申立ての機会を付与すべきことへの違反がある。承認手続は、欧州勾留法以後は「法的な負担を負わされるもの」となり、却下理由に関する裁量的な判断が行われなければならなかったからである。それゆえ、市民は、この時点ですでに、実効的な法的救済を求める権利を持つ、としている。

32 これに応じて、連邦下院は、2006 年 7 月 20 日、新たな欧州勾留法を制定し、同法は同年 8 月 2 日に施行された。連邦憲法裁判所から提示された基準は、そこで取り上げられた。例えば、司法共助法新 80 条 1 項 2 号、2 項 2 号には、現在、決定的な国内関連性の留保が再び設けられている。もっとも、この規定は、その記述が非常に不明確であり、その評価が不特定になりうるものである。そのため、この規定により、法的安定性が高められることや、法適用が容易になるといったことにはならない⁹⁰。確かに、司法共助法新 79 条 2 項は、承認手続中における裁量的瑕疵に関する裁判所の事後審査を可能にさせている。しかし、これによって、手続は、非常に複雑なものとなる。したがって、欧州勾留の領域に関してもはや許容手続と承認手続とを区別しないとすることが、適切であったと思われる。これは、第 1 に、枠組決定で基礎とされた目標（欧州勾留の適用範囲において伝統的な移送法を解消させること）に合致する。第 2 に、そうすれば、実効的な裁判所の事後審査を（裁量を備えた機関を中間に介在させることなく）実現させることができる⁹¹。そうしなければ、欧州勾留枠組決定 2 条 2 項における列举犯罪（その場合、相罰性要件は適用されない）が一部で非常に不明確に記述されるという問題は、解消されないままとなる（前述 § 10 Rn. 29)）。また、ドイツ国民であればその移送が司法共助法 80 条

90 Böhm, NJW 2006, 2592, 2593.

91 Böhm, NJW 2006, 2592, 2593 は、「見せ掛けだけのインチキ包装 (Mogelpackung)」と呼ぶ。

により拒否されなければならない場合でさえ、他国の EU 市民は司法共助法 83b 条 2 項により要請した国家に移送されうるということも、欧州法上の差別的待遇禁止に照らして問題である⁹²。

欧州人権裁判所は、ドイツ規定の許容性をさしあたって未解決にしたが⁹³、他方で、その新たな裁判では、オランダ規定（外国人移送の拒否を、その国内に 5 年以上適法に滞在しているということに条件づけた）を、欧州連合法に適合すると判断している⁹⁴。自国民と異なり外国人の移送拒否の機会を排除するフランスの規定に関して、欧州人権裁判所は、法的には少なくとも自国民と欧州外国人とを同等に扱うべき機会が存在していなければならない、と判示したのである⁹⁵。

cc) 他の加盟国における枠組決定の具体化

33 欧州勾留枠組決定の具体化は、加盟国相互において**統一されているわけではない**⁹⁶。特に、枠組決定で定められていた欧州勾留の執行を拒否できるための理由に関する国内の具体化規定⁹⁷において、差が大きい。

いくつかの加盟国は、枠組決定でまったく触れられていなかった拒否事由を定めている。例えば、イギリスでは、公的治安の理由から移送を拒否することができる（イギリス犯人移送法 208 条）。イタリアの具体化法は、その 8 条 3 項において、イタリア国民が禁止の錯誤において犯した罪を理

92 このような連邦憲法裁判所判決において示された区別に対する批判として、*Satzger/Pohl*, JICJ 2006, 686, 696 ff. *Tinkl*, ZIS 2010, 320 ff. も見よ。

93 EuGHE 2008, I-6041 - Rs. C-66/08 „Kozłowski“ m. Anm. v. *Böhm*, NJW 2008, 3183 ff.

94 EuGHE 2009, I-9621 -Rs. C-123/08 „Wolzenburg“ m. Anm. *Janssens*, CMLR 2010, 831 ff.

95 EuGH v. 5.9.2012 - Rs. 42/11 „Lopes Da Silva Jorge“ (Rn. 51. 判決は未公刊)。

96 構成国による具体化について、委員会議事録（2011）175 endg. がある。*Fletcher/Löf/Gilmore*, EU Criminal Law, S. 117 f. も見よ。若干批判的な見解として、*Peers*, EU Justice, S. 709 f.

97 すべての国内具体化法は、„country info“ のタイトルで、次の URL において閲覧することができる。<http://www.eurowarrant.net>（2013 年 3 月現在）。

由に移送されるべき場合に、執行を禁止する。さらに、イタリアの立法者は、欧州勾留枠組決定 2 条 2 項の犯罪列举を単に国内の犯罪構成要件に引き直すことによって、枠組決定の基準から離れた (8 条 1 項)。これにより、移送は、イタリア国内でも可罰的である行為を理由にしてのみ可能となる。それゆえ、結果的には、相罰性の要件が事実上は存在することとなった。

34 一部で、他の加盟国においても、ドイツと同様の**憲法上の問題**が生じている⁹⁸。例えば、ポーランドの憲法裁判所は、ポーランド国民を移送することが憲法上の禁止に違反するとして、具体化法を無効であると判示した⁹⁹。憲法改正後の 2006 年、新たな具体化法が成立したが、これによると、ポーランド国民に関しては相罰性の要件が残されることとなった¹⁰⁰。キプロスでは、憲法裁判所は、同様の理由で、欧州勾留枠組決定の具体化は憲法改正が行われて初めて可能となる、と判示した¹⁰¹。他方、チェコの憲法裁判所は、国内具体化法に対する抗告を却下している¹⁰²。

35 同じく、ベルギーの具体化法が異議を申し立てられた。この関連で、抗告裁判所 (Arbitragehof) は、欧州人権裁判所に対し、**枠組決定の有効性**について 3 つの質問を提起した。第 1 の質問は、**欧州勾留は枠組決定ではなく協定によって規定されなければならないのではないか**、というものである。欧州人権裁判所¹⁰³は、的確にも、設立条約旧版はこの点で法的制度としての地位を与えられるものではない、と強調した。第 2 は、相罰

98 概観は、*Satzger/Pohl*, JICJ 2006, 686, 690; *Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law, S. 119 f.にある。

99 同判決の英語版は、次の URL において閲覧することができる。 http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/summaries_assets/P_1_05.htm (2013 年 3 月現在)。

100 ポーランドの展開について詳細は、*Nalewajko*, ZIS 2007, 113 ff.

101 2005 年 11 月 7 日判決。英語版は、理事会記録 (14281/05) で閲覧することができる。

102 2006 年 5 月 3 日判決 (Pl. ÚS 66/04)。次の URL で、英語版を閲覧することができる。 <http://www.eurowarrant.net> (同所の Country info/Czech Republic/case law. 2013 年 3 月現在)。

103 EuGHE 2005, I-3633 - Rs. C-303/05 „Advocaten voor de Wereld“.

性の広い放棄は、欧州連合の一般法原則である法律主義（設立条約旧 6 条 2 項）に適合するか、という問題である。欧州人権裁判所は、請求国の法律が十分明確に犯罪構成要件を定義していれば、当該行為が執行国において仮に不可罰であるとしても、それで罪刑法定主義は保障されていると判示した。その一般化において、この判示は問題である。なぜなら、行為者は常に請求国の刑法による追及を覚悟しておかなければならないわけではないからである¹⁰⁴。第 3 の問題は、平等原則および不利益扱い禁止に対する違反という点に関係づけられる。そのような違反は、いくつかの犯罪領域のみが相罰性から除外されているという点に認められるかもしれない。欧州人権裁判所は、この点について、カタログに列挙された犯罪は、その性質または刑の重さのために、加盟国による相罰性の事後審査を許さないほどに公的治安と秩序への相当な侵害をもたらす、と指摘するだけで十分であると判示した。

抗告裁判所から欧州人権裁判所に提起された問題点は、欧州勾留枠組決定の合法性に関する強力かつ最終的な事後審査を行わせることにはあまり適していなかった。しかし、欧州人権裁判所の法律主義に対する（あまり十分とはいえない）論調は、今後にむけてあらゆる疑いが払拭されたわけではないことを、認識させるものである。

b) 欧州監視規定

36 リスボン条約が発効されてまもなく、欧州監視規定に関する枠組決定が可決された¹⁰⁵。この制度は、捜査手続の段階において、加盟国が一定の措置（容疑を受けた人に対しその自由を奪うことなく手続から逃れることを阻止するもの。例えば、連絡義務や一定の場所から離れないことの指示）を相互に承認することを保障する。欧州勾留枠組決定の場合と同様、多く

104 同旨として、*Braum, wistra* 2007, 401, 404 f. 決定的な内的関連性を持つ犯行に関する連邦憲法裁判所の論拠も参照。この点について、前掲 § 10 Rn.31.

105 Rahmenbeschluss 2009/829/JI, ABIEU 2009 Nr. L 294/20.

の犯罪領域に関して、相互可罰性の要件が適用されないこととなっている。これによって、刑事手続の実施は、本質的により徹底したな勾留命令（例えば、欧州勾留）がなくても容易に確保される。これは、—— 加えて「統一的な法域」において—— 好ましいことである。裁判所は、現在、外国人の犯罪容疑者の場合、すでにその国籍を理由にするだけで逃走危険（ドイツ刑法 112 条 2 項 2 号参照）を認め、それを理由に未決勾留を命じる傾向にあるからである¹⁰⁶。そのような不利益扱いが統一の法域において許されないものであることは、明白である。

c) 証拠に関連する司法共助、特に欧州証拠命令

37 移送に代わる欧州勾留と同様に、証拠に関する複雑な司法共助も、欧州規定により、相互承認原則に基づいて簡易化されている。**欧州連合における財産または証拠の押収に関する裁判の執行についての枠組決定**¹⁰⁷は、証拠の「凍結」(Einfrieren) に関する裁判の承認を対象とする。これによって、他の加盟国の領土内で発見された証拠資料が失われるということが、阻止される。もっとも、この枠組決定は、暫定的な処分のみを対象とし、証拠の転送を含んでいない。これは、基本的に、(短所も含めて) 伝統的な司法共助規定に従う。

38 したがって、これを補足する形で、長い検討を経て、**刑事事件における使用を目的とした物品、書類、情報の入手に関する欧州証拠命令についての枠組決定**が採択された¹⁰⁸。この枠組決定は、欧州勾留と同様の構造を

106 SEK (2004) 1064, S. 75 ff; *Schünemann*, in: ders, Gesamtkonzept, S. 104 f. 参照。

107 Rahmenbeschluss 2003/577/JI, ABIEU 2003 Nr. L 196/45.

108 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates, ABIEU 2008 Nr. L 350/72. この点について、*Krüßmann*, StraFo 2008, 458 ff. 当初の委員会提案（委員会議事録 [2003] 688 endg.）について詳細（かつ批判的）には、*Ahlbrecht*, NSTZ 2006, 70 ff.; *Kotzurek*, ZIS 2006, 123 ff.; *Williams*, in: Vervaele, European Evidence Warrant, S. 69 ff. さらに、*Gleß*, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, 2006, 165 ff. も見よ。ドイツの刑事手続への影響について、*Esser*, FS Roxin, 2011, S. 1497 ff. 機能的態様お

有する。欧州証拠命令（枠組決定において厳密に定められた唯一の文書）により、要請国側の命令機関は、執行国がすでに存在し直ちに処分可能である証拠物をその訴訟法規定によって入手し、要請国に移送するよう求めることが、可能となる。証拠収集に対する国内の保護規定が潜脱されることのないよう、要請国側の（欧州証拠命令を発する）司法機関は、物品、書面、情報が同様の事情下で自国領土内で発見された場合でもそれを収集できることについて、確信を得なければならない。また、枠組決定 12 条によると、移送機関（Ausstellungsbehörde）は、証拠命令執行の形式について条件を付することができ、それは執行当局を基本的に拘束する（*forum regit actum* 原則）。これによって、——例えば、欧州検察局の創設に関する提案の場合と異なって（§ 10 Rn. 22 以下参照）——「パッチワーク的な刑事訴訟システム」およびそれに伴う被疑者・被告人の権利潜脱の危険を、広く回避することができる。もっとも、欧州勾留に関する枠組決定と同様、欧州証拠命令に関する枠組決定も、14 条 2 項に犯罪を列挙し、これに該当する場合には、証拠命令の承認・執行はいかなる事情においても双罰性に条件づけられないことがない。

39 ドイツは、欧州勾留に関する激しい議論と、最初の具体化法が憲法裁判所より無効であると判断された結果として、この点で「留保条項」を要求した。したがって、連邦政府は、枠組決定で列挙された犯罪領域のうち 6 つ（「人種差別」や「怠業」など特に不明確な規定のされ方をしたもの）について、相罰性を条件とした。ここでの問題は、確かに欧州勾留の場合と異ならないが、しかしこの間、明らかに、より高度の法治国家的な敏感さがうかがわれる。例外（つまり、双罰性の放棄）は、要請国側が対象犯罪はドイツが事前に定めた一定の基準を満たすと判断した場合に、妥当する。ドイツは、問題となる犯罪列挙のこの「定義」を、この間に理事会に

よび手続に関して、Sieber/Brüner/Satzger/v.Heintschel-Heinegg-Gleß, Europ.StR, § 38 Rn. 22 ff. 参照。

提出した¹⁰⁹。この点で、一部は他の枠組決定における概念定義が参照され（「サイバー犯罪」に関して）、また新たな定義が導入されたものもある（「詐欺」に関して）。対象となる犯罪領域のなお一層の精密さが求められるが、この提案は、確かに、欧州勾留枠組決定のように全く明確性がないカタログと比較して、相当な前進である。

40 欧州連合加盟国間での司法共助を引き継ぐための次の一步として、委員会は、その他の証拠の相互承認に関する法的文書を検討している。そこでは、まだ存在していないが苦勞なく入手できる証拠を規定に含めるべきとものされる。それに該当するのは、容疑者、証人、鑑定人の尋問という形での証拠調べと、電話または口座送金の監視による証拠収集である。また、すでに存在するが一層の調査・分析がなければ直接には取り調べることができない証拠も、問題とされている。それに該当するのは、人の身体からの証拠採取（例えば、DNA 検査）や、特に既存する物品、書面、データの収集、調査、分析などの型で一層の捜査を必要とする場合である。委員会の考えによると、最後の一步となるのは、これらの別々となっている制度を1つの規定にまとめることである¹¹⁰。委員会は、2009年に、この点に関する基本的な文書を提出したが¹¹¹、それは一部の学説で批判を受けている¹¹²。この間に、加盟国のあるグループは、運営条約76条b号による発議権を行使して独自に発議することによって、ある意味で当該委員会を追い越し、現在、その発議が理事会で審議されているところである¹¹³。

d) 制裁裁判に関する執行共助

41 相互承認原則は、他の加盟国で科された制裁の執行が問題となる場合も、その効力を発揮する。例えば、**罰金刑および過料についての相互承認**

109 理事会議事録 10100/08 参照。

110 この点についてすでに、委員会議事録（2003）688 endg., S. 11 を見よ。

111 委員会議事録（2009）624 endg.

112 *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, S. 92 ff; *Busemann*, ZIS 2010, 552 ff.; *Ambos*, ZIS 2010, 557 ff.; *Zimmermann/Glaser/Motz*, EuCLR 2011, 70 ff. を見よ。

113 理事会議事録 9145/10。

原則適用に関する枠組決定がある¹¹⁴。没収・追徴についての相互承認に関しても、同様の枠組決定がある¹¹⁵。これらの措置も、相罰性の条件が適用されない犯罪を列挙している点で、欧州勾留の基準を踏襲している。

42 2008 年の終わりに、判決を下した国と異なる加盟国（特に判決を受けた者の本国）で自由を奪う刑または処分を執行するための条件を規定した枠組決定が、理事会より採択された（いわゆる**欧州執行命令**）¹¹⁶。これによると、刑罰執行のための移送は、いくつかの場合において、もはや判決を受けた者ならびにその本国の同意を条件としないことができる。この措置によって追求される本質的な目的は、自由刑を受けた人の社会復帰を容易にすることである。社会への復帰は、当然ながら、（枠組決定で前提とされたように）刑が執行される国との特別のつながりが存在する場合には、本質的により容易となる。

43 さらに、**判決および保護観察裁判についての相互承認に関する枠組決定**もある¹¹⁷。これによって、執行猶予条件の履行ならびに代替的な制裁について今後は国境を越えて監視することが、可能になるとされる。この計画の背後には、他国の EU 市民に対する自由刑に執行猶予が付されることが少ない（従来は、その者が本国へ帰還された後に自身に課された条件を遵守するかを監視することは、実践的に難しいとの理由で）、ということへの懸念がある¹¹⁸。この点で、枠組決定は、欧州監視命令に関する提案と、

114 Rahmenbeschluss 2005/214/JI, ABIEU 2005 Nr. L 76/16. 本枠組決定は、2010 年 10 月 18 日法律 (BGBl. I 2010, S. 1408 ff.) により国内法に具体化されている。この点について、*Hombrecher*, JR 2011, 334 ff.; *Karitzky/Wannek*, NJW 2010, 3393 ff. も見よ。批判的見解として、*Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515 ff. があり、これに反対する見解として、*Böse*, ZIS 2010, 607 ff. (*Schünemann*, ZIS 2010, 735 ff. への応答付き) がある。

115 Rahmenbeschluss 2006/783/JI, ABIEU 2006 Nr. L 328/59. この点について、委員会は、2012 年 3 月に犯罪収益の保全及び没収に関する法準則案を提出した。委員会議事録 (2012) 85 endg. を見よ。

116 Rahmenbeschluss 2008/909/JI, ABIEU 2008 Nr. L 327/27. 本来の提案に対する批判と対案について、*Satzger*, in: *Schünemann*, Gesamtkonzept, S. 146 ff.

117 Rahmenbeschluss 2008/947/JI, ABIEU 2008 Nr. L 337/102.

118 この法行為に関する本来のイニシアティブに関する理由について、理事会議

内容的に明白に結びついている（前述 § 10 Rn. 34 参照）。

44 上記 2 つの枠組決定に関して、相互承認の領域における興味深い展開がみられる。当初の草案では従来どおり犯罪を列挙するという方法で双罰性の要件を放棄していたが、この間に、考え方の転換がみられる。最終案は、結果として、双罰性を条件とするか否かについて全く加盟国の自由としている¹¹⁹。

3. 欧州連合の運営に関する条約 82 条における相互承認原則の法律化

45 刑事手続法の領域における欧州刑事政策は、タンペレの首脳理事会以来、司法共助の領域に関して新たに発せられた枠組決定に関して、事実上は相互承認原則を基礎としているのであるが、それが一次法として初めて規定されたのは、リスボン条約によってであった（運営条約 82 条 1 項 1 文；欧州憲法に関する条約第 3 編 270 条も参照）。運営条約 82 条 1 項第 2 段 a 号および d 号は、すべての加盟国を拘束することができる規定（各加盟国で下された司法上の裁判を承認しなければならない、とする）を創設するための権限規定を設けている。

a) 適用範囲

46 運営条約 82 条 1 項第 2 段に基づき、そこで定められた法制定手続によって、すべての加盟国において裁判所の裁判が承認されるための（a 号）、また、刑事訴追および裁判執行の範囲における司法機関の協働を容易化するための（d 号）規定を定めることができる。双方の権限は、特に誰が承認を受けるべき裁定を下したのかによって（a 号では裁判所、d 号では司法機関（例えば検察））、区別される。

事録 5325/07, S. 4; *Staudigl/Weber*, NStZ 2008, 17 f. を参照。

119 欧州執行命令に関する枠組決定 7 条 4 項（前掲 Fn. 112）ならびに執行猶予裁判の承認に関する枠組決定 10 条 4 項（前掲 Fn. 113）を参照。

b) 運営条約 82 条 2 項による法適合化 (Rchtsangleichung) との違い

47 その際、国内刑事手続法の統一は、運営条約 82 条 1 項第 2 段により基本的に排除されている。このことは、運営条約 82 条 1 項第 1 段の文言 (82 条の範囲における法規定の統一は 2 項に限定される) ならびに運営条約 82 条の全体的体系から導かれる。

運営条約 82 条 2 項第 2 段に設けられた、明確かつ完結的に定められた考える最低基準に関するカタログは、仮に 1 項第 2 段の潜脱により刑事訴訟の広範な領域で統一が図られると、希釈化されてしまう。3 項における「訴訟上の非常ブレーキ」規定 (国内の刑事訴訟システムが過剰な介入を受けないよう保護するもの) も、条約の文言上は 2 項にのみ適用される。

48 しかし、それは、準則 (Richtlinie) は運営条約 82 条 1 項第 2 段の意味での「措置」に当たらない、という意味ではない。なぜなら、運営条約 82 条 2 項と異なり、1 項第 2 段は特定の行為形式を定めてはいないからである。しかし、準則が 1 項第 2 段に基づく限りで、これは (この点で必然的に) 国内法の適合化を導く。したがって、1 項第 2 段の適用範囲を 2 項から意味ある形で識別するためには、1 項第 2 段を根拠に狭い意味での国内刑事訴訟法の適合化を試みることは許されない。1 項第 2 段に基づく準則は、核心において、1 項第 2 段で主として言及された加盟国間の刑事司法における協力の範囲 (特に司法共助) を重点的に対象とした規定を含んでいなければならない。これに対し、純粋な国内刑事手続において外国との関係がなく適用される刑事訴訟規定は、この点で統一の対象とすることはできない¹²⁰。

2011 年 12 月に決議された欧州保護指令に関する準則¹²¹は、ここで提案した識別に合致する。この準則は、リスボン条約が発効した直後に、12 の加盟国の発議に基づいたものである。この発議は、運営条約 82 条 1 項第 2 段 a 号および d 号に基づいており、加盟国において適用される保護

120 全体について、Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 47.

121 Richtlinie 2011/99/EU, ABIEU 2011 Nr. L 338/2.

措置の相互承認が、他のすべての加盟国において確保されるものである。そこには、例えば、保護されるべき人に一定の間隔までしか接近してはならないとする指示が含まれる。これにより、将来の犯罪の実行が阻止されるとされている。

4. 情報交換，特に利用可能性の原則

49 シェンゲン実施協定 (SDÜ=本来は欧州連合と関係なく締結されたものであり、のちに統合された) 92 条以下に基づいて、欧州では、すでに統一的データバンクが設立されている (**いわゆるシェンゲン情報システム**)。手配中の人や物品を、その搜索のために、そこに入力することができる。この情報にアクセスできるのは、加盟国から指名された国境監視・刑事訴追機関である¹²²。この装置は、シェンゲン実施協定によって国境が開かれたことへの対応として、刑事訴追において国家間の強い協働を可能にさせるといわれている¹²³。

50 相互承認原理とはパラレルに、ハーグ・プログラムでは、**情報の処分可能性 (Verfügbarkeit) の一般原則**が導入されている¹²⁴。その目的は、加盟国の当局に、他の加盟国に存在する情報へのアクセスを、その国の当局と同じ範囲で可能にさせることである。シェンゲン協定締結のときと同様に、この原則の実現化は、連合以外の場で図られた。例えば、7つの加盟国からなる統合を求めるグループ¹²⁵が、2007年5月27日に**プリュム条約**を締結している¹²⁶。本条約は、加盟国の当局に、特に他の加盟国で蓄積された DNA 型や指紋の情報へのアクセスを可能にさせる¹²⁷。こうして、

122 法的保護の欠如について、von Arnould, JA 2008, 327, 333 を見よ。

123 批判的見解として、例えば Braum, KritV 2008, 82, 87 ff. を見よ。

124 ABIEU 2005 Nr. C 53/7 f.

125 ベルギー、ドイツ、スペイン、フランス、ルクセンブルク、オランダ、オーストリア。

126 この点について詳細は、例えば Papayannis, ZEuS 2008, 229 ff.

127 さらに直接的にも、運転者リストにおける (個人) 情報へのアクセスが認められる。

条約加盟国にある情報が相互に利用されることとなる。もっとも、痕跡を残した人の身元確認を行うためには、個人情報の転送が必要である。しかし、その許容性は、依然として、要請を受けた国の国内規定に基づく。他の欧州連合加盟国がそこへの加入に意欲を示したため、ブリュム条約の本質的な規定は、(シェンゲン条約のときと同様に) 欧州連合の法規定に取り込まれた。もっとも、こちらの場合、基礎となる条約の議定書によるのではなく、**理事会決議**によってである¹²⁸。それゆえ、この情報流通の範囲における密接な協力に関する他の提案(特に、委員会のさらに別の枠組決定提案¹²⁹)の命運は、不明確である。

51 しかし、利用可能性原則は、証拠に関する情報交換の場合に重要というだけではない。それはさらに、**他の欧州連合加盟国で下された有罪判決が新たな刑事手続において考慮されるとの枠組決定**においても反映されている¹³⁰。これによって意図されたのは、他の加盟国での有罪判決は(特に、新たな刑事手続における量刑に際して) 同じ加盟国で下された前の有罪判決と同様に考慮されうる、ということである¹³¹。

52 相互承認原理と同様、情報の利用可能性原則は、被疑者・被告人の権利の負担となる形で、片面的に刑事訴追の実効性に役立つ。したがって、情報保護規定の調整を図ることが不可欠である。この点で、ブリュム条約におかれていた保護装置(34条以下参照)ならびにこの間に締結された**(刑事事件における警察上および司法上の協力によって得られた) 個人情報保護に関する枠組決定**¹³²は、少なくとも重要な一歩である。

128 ABIEU 2008 Nr. L 210/1. 本提案に批判的見解として、*Papayannis*, ZEuS 2008, 229, 242 f.

129 委員会議事録(2005) 490 endg.

130 Rahmenbeschluss 2008/675/JI, ABIEU 2008 Nr. L 220/32.

131 いくつかの加盟国(ドイツ、フランス、スペイン、ベルギー)は、すでにそれぞれの刑罰記録をネット化する試みを始めている。連邦司法省 2005年4月4日プレスリリース参照。

132 Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates, ABIEU 2008 Nr. L 350/60. この枠組決定は、委員会の法準則案(委員会議事録(2012) 10 endg.)に置き換えられるものとされる。

§ 10 II についての文献：

■ 相互承認原則一般について：*Bárd*, The Impact of the Lisbon Reform Treaty in the Field of Criminal Procedural Law, NJECL 2011, 9 ff.; *Braum*, Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung—Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung, GA 2005, 681 ff.; *Brodowski*, Europäischer ordre public als Ablehnungsgrund für die Vollstreckung Europäischer Haftbefehle?, HRRS 2013, 54 ff.; *Erbežnik*, The Principle of Mutual Recognition as a Utilitarian Solution, and the Way Forward, EuCLR 2012, 3 ff.; *Fuchs*, Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen, ZStW 116 (2004), 368 ff.; *Gleß*, Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, ZStW 116 (2004), 353 ff.; *Heine*, Die Rechtsstellung des Beschuldigten im Rahmen der Europäisierung des Strafverfahrens, 2009, 67 ff.; *Kaiafa-Gbandi*, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, ZIS 2006, 521 ff.; *Peers*, Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?, CMLR 2004, 5 ff.; *Tinsley*, The reference in Case C-396/11 Radu: when does the protection of fundamental rights require non-execution of a European Arrest Warrant?, EuCLR 2012, 338 ff.

■ 欧州勾留について：*Böhm*, Das neue Europäische Haftbefehlsgesetz, NJW 2006, 2529 ff.; de Amicis, Initial Views of the Court of Justice on the European Arrest Warrant: Towards a Uniform Pan-European Interpretation, EuCLR 2012, 47 ff.; v. *Heintschel-Heinegg/Rohlf*, Der Europäische Haftbefehl, GA 2003, 44 ff.; *Kretschmer*, Das Urteil des BVerfG zum Europäischen Haftbefehlsgesetz, Jura 2005, 780 ff.; Mansell, The European Arrest Warrant and Defence Rights, EuCLR 2012, 36 ff.; *Pohl*, Vorbehalt und Anerkennung: Der Europäische Haftbefehl zwischen Grundgesetz und europäischem Primärrecht, 2009; *Schünemann*, Die Entscheidung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl, StV 2005, 681 ff.; *Tinkl*, Die Ungleichbehandlung eigener und fremder Staatsbürger im deutschen Auslieferungsrecht, ZIS 2010, 320 ff.; *Vogel*, Europäischer Haftbefehl und deutsches Verfassungsrecht, JZ 2005, 801 ff.

■ 欧州証拠命令について：*Allegrezza*, Critical Remarks on the Green Paper on

Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility, ZIS 2010, 569 ff.; *Ambos*, Transnationale Beweiserlangung – 10 Thesen zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“, ZIS 2010, 557 ff.; *Bachmaier Winter*, European investigations order for obtaining evidence in the criminal proceedings, Study of the proposal for a European directive, ZIS 2010, 580 ff.; *Busemann*, Strafprozess ohne Grenzen? Freie Verkehrsfähigkeit von Beweisen statt Garantien für das Strafverfahren, ZIS 2010, 552 ff.; *Lelieur*, L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale des preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?, ZIS 2010, 590 ff.; *Kotzurek*, Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisordnung, ZIS 2006, 123 ff.; *Krüßmann*, Grenzüberschreitender Beweistransfer durch Europäische Beweisordnung, StV 2008, 458 ff.; *Roger*, Europäisierung des Strafverfahrens – oder nur der Strafverfolgung?, GA 2010, 27 ff.; *Schierholt*, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat, ZIS 2010, 567 ff.; *Schünemann/Roger*, Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission „Erlangung verwertbarer Beweise in Strafsachen aus einem anderen Mitgliedstaat“ (KOM [2009] 624 endg.), ZIS 2010, 92 ff.; *Spencer*, The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer, ZIS 2010, 602.

■ 執行猶予処分の相互承認について : *Staudigl/Weber*, Europäische Bewährungsüberwachung, NStZ 2008, 17 ff.

■ 被疑者・被告人および被害者の権利について : *Ahlbrecht*, Strukturelle Defizite Europäischer Verteidigung – Gründe und Möglichkeiten ihrer Überwindung, StV 2012, 491 ff.; *Blackstock*, Procedural Safeguards in the European Union: a Road well travelled?, EuCLR 2012, 20 ff.; *Kirsch*, Schluss mit lustig! Verfahrensrechte im Europäischen Strafrecht, StraFo 2008, 449 ff.; *Kuhn*, Opferrechte und Europäisierung des

Strafprozessrechts, ZRP 2005, 125 ff.; *Leutheusser-Schnarrenberger*, Der Europäische Beschuldigte, StraFo 2007, 267 ff.; *Meyer*, Die Aussagefreiheit und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, GA 2007, 15 ff.; *Vogel/Matt*, Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union, StV 2007, 202 ff.

■ **利用可能原則について** : *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007; *Braum*, Europäischer Datenschutz und Europäisches Strafrecht, KritV 2008, 82 ff.; *Meyer*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit, NStZ 2008, 188 ff.; *Papayannis*, Die Polizeiliche Zusammenarbeit und der Vertrag von Prüm, ZEuS 2008, 219 ff.

■ **法政策的視点について** : *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006; *Weigend*, Der Entwurf einer Europäischen Verfassung und das Strafrecht, ZStW 116 (2004), 275 ff.

III. 刑事手続法の領域における法の調整

53 運営条約 67 条 3 項, 82 条 1 項第 1 段によると, 相互承認原則の拡張とならんで, 国内刑事手続法の最低限度の(狭義の)統一(この点について § 10 Rn. 45 以下参照)も促進される。この点に関する権限規定は, 運営条約 82 条 2 項にある。相互承認による(法の統一なき)協力に比べて, 法の調整による協力は, 補足的な援助手段にすぎず, 相互承認原理に実効性を与えるものである。運営条約 82 条 2 項の文言は, その導入的な文言(「必要である限りで」)によって, この援助的な機能を示している¹³³。法の調整が常に司法上の協力の範囲での目的実現のための「最終手段」であることは, 他の規定との比較からも明らかとなる(運営条約 67 条 3 項「必要とあれば」, 83 条 2 項「不可欠な」)。国内刑事規定は, 訴訟上の観点においても, そしてまさにそこにおいて, できる限り尊重されるべきで

133 Vedder/Heintschel v. Heinegg-Kretschmer, EVV, Art. III-270 Rn. 9; Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 81.

あり、訴訟規定の調整は、「最終手段」と解されなければならない。

1. 適用範囲

54 国内刑事手続法の調整は、限定列举されているが、それは拡張の可能性がある（d号）。司法上および当局の裁定の相互承認を規律する可能性が包括的であるのに対して、法調整は、刑事訴訟法の個別範囲で部分的にのみ可能である。運営条約は、82条2項第2段で挙げられていない領域において、刑事政策に調整なき承認の余地を示している¹³⁴。

a) 証拠の許容性（a号）

55 a号は、証拠法の部分的調整の根拠である。その中心的な問題は、ある加盟国で得られた証拠は他の加盟国の刑事手続で使用を許されるか、またその範囲はどうか、という点である。つまり、82条2項第2段a号は、（82条1項第2段と区別されて）他の加盟国への証拠の移送を対象としない。したがって、欧州証拠命令に関する枠組決定の修正¹³⁵（§ 10 Rn. 37 参照）は、この規定にかかわらない。

運営条約 86 条 3 項に示された政令（将来の欧州検察局が取り調べた証拠の使用可能性も規定するもの）と異なり（この点について § 10 Rn. 21 以下参照）、運営条約 82 条 2 項第 2 段 a 号は、国内機関により行われる刑事手続にのみ適用される。しかし、法調整の可能性は、（運営条約 86 条の適用範囲と異なり）特定の犯罪領域に限定されない。

欧州検察局の文脈（§ 10 Rn. 21 以下参照）でも示した危険、つまり、加盟国間ごとに異なる証拠獲得と使用との関係が外国の規定によって得られた証拠を使用することの義務により同一化されてしまうという点に鑑みて、欧州立法者は、相応の準則において、加盟国において法治国家的に衡

134 *Kaiafa-Gbandi*, EJCCLCJ 2005, 495 を見よ。

135 Rahmenbeschluss 2008/978/JI, ABIEU 2008 Nr. L 350/60.

量された証拠法が策定されるよう、働き掛けなければならない¹³⁶。

b) 個人の権利 (b 号)

56 刑事訴追の実効化という目的をもった相互承認原理への遡及は、逆に、被疑者・被告人の防御権を制限させるという結果をともなった。基本的な理念は、法的保護を関係するすべての法秩序によってではなく、基本的に要請を受けた国の法秩序によってのみ保障されるということである。確かに、欧州人権条約 6 条 2 項, 3 項および欧州連合基本権憲章 [以下「(欧州) 基本権憲章」という] 47 条ないし 50 条は、保障の最低基準を定めている。しかし、これは、絶対的な最低限度にすぎない。残された隙間は、すでに以前から、**欧州連合内での一定の手続的権利に関する枠組決定**の発令によって、閉ざされている。もっとも、本来意図された計画¹³⁷は、困難な検討を経ても、いまだ完成していない。この最小限度の解決への合意でさえ得られなかったということは、欧州連合の刑事政策的な構想が被疑者・被告人の負担となる形での歪んだものとなっていることを示す。法治国家的に批判を受けずかつ欧州連合の理念に沿った手続は、刑事手続上の最低基準（それは欧州人権条約の基準を超えるものでなければならない）を同時に保障することなしには、創設することはできない¹³⁸。

57 運営条約 82 条 2 項第 2 段 b 号に基づいて、被疑者・被告人の法的地位を改善することができる¹³⁹。その際、個人に直接的に権利を与える規定

136 Grabitz/Hilf/ Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 85 ff. も見よ。

137 欧州連合域内での刑事手続における手続保障に関する委員会録書（委員会議事録（2003）75 endg.），ならびに、これに基づく枠組決定に向けた提案（委員会議事録（2004）328 endg.）。これについて、Brants, in Vervaele (Hrsg.), European Evidence Warrant, 103 ff.

138 この点について、Kaiafa-Gbandi, ZIS 2006, 521, 532; Satzger, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 31; Strafverteidigertag, 2007, S. 161 ff.; Vogel/Matt, StV 2007, 206ff.; Kirsch, StraFo 2008, 449, 455 ff. も見よ。しかし、欧州連合手続法と欧州人権条約保障との同期に関して、Fletcher/Löff/Gilmore, EU Criminal Law, S. 129.

139 この点について、Grabitz/Hilf/ Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 73, 88 も見よ。

だけが、調整の対象となりうる。仮に運営条約 82 条 2 項第 2 段 b 号があらゆる（間接的なものも含めて）第三者を保護する規定の調整を認めるものであれば、82 条 2 項第 2 段の完結的なカタログおよび特に d 号による拡張条項は、無意味なものとなろう。なぜなら、多くの刑事訴訟規定は、少なくとも間接的には個人を保護する効果を持つものだからである¹⁴⁰。

58 前述した枠組決定の嘆かわしい命運にもかかわらず、欧州レベルでの弁護権の最低基準を創設する試みは、完全に放棄されたわけではない。首脳理事会より 2009 年 12 月に採択されたいわゆるストックホルム・プログラムは¹⁴¹、「刑事手続における容疑者または被疑者・被告人の手続的権利を強化するための計画」を含んでいる¹⁴²。この計画は、被疑者・被告人を保護するための特定の措置を一定程度改善するよう提案する。それは特に、翻訳や通訳の保障、被疑事実に関する法的教示と通知、法的援助人および訴訟費用の援助、家族、職場の同僚、領事館等への連絡、ならびに保護の必要がある容疑者または被疑者・被告人に対する特別の保護などである。その第一歩として、理事会および欧州議会は、2010 年 10 月に、刑事手続における翻訳および通訳に関する準則¹⁴³を可決した。この準則によって、被疑者・被告人は、刑事手続および欧州勾留に基づく移送手続において、（手続の状況にかかわらず）通訳および弁護権行使のため重要な資料の翻訳を求める権利が認められた。欧州連合は、2012 年 5 月、刑事手続における教示及び告知の権利に関する準則を決議した¹⁴⁴。これは、特に、法的教示、被疑事実に関する告知、および無料の記録閲覧を求める権利の調和を内容とする。[ただし、] 個別の加盟国が、法的援助者へのアクセ

140 連邦憲法裁判所 (BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 358)) も、狭い解釈を要求する。民主的自己決定は、刑罰・刑事手続規定によって「特に深く」関係してくる、とする (a.a.O.)。

141 スtockホルム・プログラム (理事会記録 Nr. 17024/09, S. 17 f) は、2009 年 12 月に欧州理事会から承認された。理事会議事録 Nr. EUCO 6/09, S. 9 ff. を見よ。

142 2009 年 11 月 30 日理事会決定 (ABIEU 2009 Nr. C 295/1)。

143 Richtlinie 2010/64/EU vom 20.10.2010, ABIEU 2010 Nr. L 280/1.

144 Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012, ABIEU 2012 Nr. L 142/1.

ス¹⁴⁵ならびに訴訟扶助に際して、現在のところ被疑者・被告人の権利を法治国家として支持可能な形で調和する準備がないということは、今後の展開に不安を投げかけるものである。

59 もっとも、刑事手続における最低基準の厳密なカタログを創設することとかかわりなく、欧州連合のこれまでの活動から、部分的に、共通の基準が間接的に創設されている¹⁴⁶。例えば、加盟国グループの提案に基づき、ある枠組決定が、ニース条約の法律状態から離れた。それは、**欠席判決の相互承認**に関する規定をいくつか別の枠組決定（例えば、欧州勾留に関する決定）において統一化させるものであった¹⁴⁷。このことは、欠席判決は一定の（限定的な）条件のもとでのみ他の加盟国から承認を受けるべきものである、という形で作用した。これによって、例えば、相互承認義務は一定の教示義務に明示的に拘束されるという形で、欠席手続で審判を受ける人の本質的な権利が守られる¹⁴⁸。しかし、被疑者・被告人の権利のできる限り有効な形成という意味では、裁判の形式を貫くことが必要であったはずであるにもかかわらず¹⁴⁹、この提案が欠席判決の承認を実現させることを目的としていることは、見落としてはならない。

60 運営条約 82 条 2 項第 2 段 b 号は、確かに、一義的には被疑者・被告人の権利を調整させるものであるが、他の者の権利に関する調整も想定されうる¹⁵⁰。特に、証人保護が問題となる¹⁵¹。この観点で、運営条約 82 条 2 項第 3 段が加盟国に個人に関するより高度の保護基準を維持または導入することを認めている点は、問題となりうる。加盟国が証人保護の基準を準則の基準を超えて設定するならば、このことは、被疑者・被告人の保護

145 この点について、提案（委員会議事録（2011）326）を見よ。

146 *Vogel/Matt*, StV 2007, 206, 210.

147 *Rahmenbeschluss* 2009/299/JI, ABIEU 2009 Nr. L 81/24.

148 理事会議事録の補遺参照（5213/08, S. 2 ff.）。

149 したがって、Kirsch, *StraFo* 2008, 449, 457 も非常に批判的である。

150 *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel*, Art. 82 AEUV Rn. 90 も見よ。

151 連邦憲法裁判所も、そこから考えている。BVerfG NJW 2009, 2267, 2287 (Rn. 353) 参照。

基準を低くすることをもたらしかねないのである。

c) 被害者の権利 (c 号)

61 被害者の権利も、法調整の対象となりうる。すでにリスボン条約発効前から、刑事手続における**被害者の法的地位に関する枠組決定**が発効されている。これは、犯罪被害者の法的保護と代理の改善に奉仕し、また刑事手続の前後における被害者を支援するための措置を含んでいる¹⁵²。欧州人権裁判所は、いくつかの裁判前手続（運営条約 267 条参照）において、この条項の解釈に取り組んでいる。例えば、児童が虐待事件の被害者として証言する場合、相応の保護措置を採るべきように判示している（例えば、公判外で供述する機会など）¹⁵³。また、被害者が私訴原告の形で刑事訴追を求める場合、つまり検察官の役割を担う場合、証拠として使用可能な供述を提出する機会が与えられなければならない¹⁵⁴。加えて、裁判所は、対象となる枠組決定は自然人の地位に関する最低基準のみにかかわる、ということを明らかにした（枠組決定 1 条 a 号も参照）¹⁵⁵。委員会は、この間に、運営条約 82 条 2 項第 2 段 c 号の権限規定を行使した。例えば、性的濫用および性的搾取・児童ポルノの撲滅に向けた準則¹⁵⁶は、実体刑法の調整のための規定だけでなく、そのような犯罪の被害者の支援と看護に関する規定と、刑事訴訟における被害者の保護を適切に図ることを目的とした調整措置をも含んでいる。これは、一部で、前述した枠組決定の規定にかかわる（例えば、公開性排除や別室尋問。20 条など参照）。それらは、一部で、枠組決定を上回るものでもある。例えば、告訴を刑事訴追の条件と

152 ABIEG 2001 Nr. L 82/1.

153 EuGHE 2005, I-5285—Rs. C-105/03 „Pupino“. 本裁判は、別の文脈において、非常に注目される。そこでは、国内法の枠組決定に即した解釈に向けた義務が初めて言及されている。この点について詳細は、前述 § 9 Rn. 115.

154 EuGHE 2008, I-7697 - Rs. C-404/07 „Katz“.

155 EuGHE 2007, I-5557 - Rs. C-467/05 „Dell’Orto“.

156 Richtlinie 2011/93/EU, ABIEU 2011 Nr. L 335/1. その数は、ABIEU 2012 Nr. L 18/7 によって修正されている。

することを許さない (15 条), 被害者自身の関与行為による処罰の可能性を含む (14 条), などである。これと並んで, 潜在的犯罪者に対する有効な介入プログラムの設置 (22 条), 児童ポルノの内容を持つインターネットサイトからの遮断措置など (25 条) の予防的措置が定められている。類似の被害者保護規定は, 人身売買撲滅および被害者保護のための準則にも置かれている¹⁵⁷。この間, 議会および理事会は, 委員会の提案に基づいて¹⁵⁸, 政治レベルでの一致を目指した¹⁵⁹。前述した枠組決定に代わる準則の決議が待たれるところである。

d) その他の刑事手続に特殊な観点 (d 号)

62 運営条約 82 条 2 項 d 号は, 一般条項を置いており, これによって, 調整権限の適用範囲は, 理論的には, 国内刑事手続法のあらゆる規定に拡張されうる¹⁶⁰。しかし, 文言上は, 「刑事手続の特別な観点」に関する権限創設のみが可能となっており, 包括的な法調整は排除される¹⁶¹。その範囲は, (欧州議会の同意を伴う) 理事会の全会一致の議決によって具体化される。

設立条約 48 条 7 項の「橋渡し条項」により, 運営条約 82 条 2 項 d 号による決定は, 今後, 首脳理事会が一致して議決したときは, 加重的多数をもって議決することができるようになる。この加重的多数への移行に関して, 連邦憲法裁判所は, ドイツ議会の関与を求めた¹⁶²。統合責任法 (IntV) 4 条 1 項は, この点を考慮に入れている。それとは別に, (運営条約 83 条 1 項第 3 段の権限拡張条項とのパラレルを参照して) 運営条約 82 条 2 項第 2 段 d 号の決議にかかわる場合には, 一般的に連邦議会の関与

157 Richtlinie 2011/36/EU, ABIEU 2011 Nr. L 101/1.

158 委員会議事録 (2011) 275 endg.

159 PE-CONS 37/12 (次の URL で閲覧することができる。http://www.consilium.europa.eu).

160 F. Zimmermann, Jura 2009, 844, 850 を見よ。

161 Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 82 AEUV Rn. 97.

162 BVerfG NJW 2009, 2267, 2289 (Rn. 366), 2295 (Rn. 419).

が求められる¹⁶³。しかし、連邦憲法裁判所は、この点には踏み込んでいない。これに応じて、統合責任法 7 条は、ここで（運営条約 83 条の場合と異なり——この点について § 9 Rn. 35 を見よ）議会の立法を要求していない。

2. 制御措置

63 欧州機関は、運営条約 82 条 2 項第 1 段第 2 文により、権限行使に際して加盟国間の法秩序および法伝統の違いを考慮するように義務づけられる。しかし、国内刑事法秩序の基本的観点は、加盟国がその刑事法秩序の基本的な利益を脅かされると考える限りで、（運営条約 83 条の範囲内において同様に）訴訟上の「制御措置」によって守られる。この規定は、基本的に前述した運営条約 83 条 3 項の規定に等しいので、そこで述べたことを参照していただきたい（§ 9 Rn. 47 以下を見よ）。訴訟法に関しても、刑事手続法の「基本的観点」という概念が、充足されなければならない。やはり、欧州連合がそれ自体で調和のとれた刑事政策的観点により多く目を向けるほど、加盟国は、「制御措置」を行使する誘因が下がるのである（前述 § 9 Rn. 50 も見よ）。

§ 10IIIに関する文献は § 9 で示したものを参照。

IV. 一事不再理

64 事例 17：ドイツに居住するドイツ人 D は、彼がベルギーで実行したとされる傷害罪で、ベルギーで起訴された。同じ犯行を理由に D に対してボン検察からも開始された捜査手続において、ドイツの検察官は、D に、1000 ユーロの支払いを条件に、手続打切りを提案した。D がその金銭を支払ったため、ボン検察は、裁判所の同意なく、刑事手続を打ち切っ

163 例えば *Hahn*, EuZW 2009, 758, 761 からの批判を見よ。Art. 83 I UA 3 AEUV について, BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 363) も参照。

た (ドイツ刑訴法 153a 条 1 項 7 文・153 条 1 項 2 文)。それでもなお、ベルギー裁判所は、当該犯行について審判することができるか (この点について § 10 Rn. 73 以下)。

1. 「一事不再理 (ne bis in idem)」の原則として法域内における意義

65 何人も同じ犯行を理由に再度処罰されることはないという原則は、すべての加盟国において承認されている¹⁶⁴。連邦憲法裁判所の表現によると、ドイツ基本法 103 条 3 項に定められた「一事不再理」原則は、「すでに処罰を受けた、または確定して無罪の判決を受けた行為者に、同一の犯行を理由とする新たな訴追および処罰に対する保護」を与えるものである¹⁶⁵。したがって、ドイツの理解によると、最初の刑事判決の実体的確定力の効果として、すでに、同一の犯行を理由とする再度の手続に対する**包括的な手続障害**が生じる¹⁶⁶。加盟国における一般的な承認に基づいて、「一事不再理」は、連合法の一般法原則に含まれる¹⁶⁷。現在、本原則は、欧州基本権憲章 50 条に明文化されている。

このようにドイツ法域も欧州法域も二重処罰の禁止を認めているとしても、そのことは、ある加盟国でのある行為の処罰が他の加盟国での再度の有罪判決を妨げる、ということの意味するものではない。同じく、欧州連合機関によるある違反行為 (例えば、カルテル禁止違反) の制裁が、自動的に、国内の訴追および処罰を妨げるわけでもない。法秩序の独立性に鑑みて、「一事不再理」原則には、同一法域内での意義しか与えられない。したがって、ドイツ基本法 103 条 3 項はドイツの刑事判決の競合のみを回

164 欧州人権条約第 7 付帯議定書 4 条 1 項も参照。もっとも、これは、すべての加盟国により署名ないし批准されているわけではない。基本法の歴史的展開について、*Stalberg, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 GRCh, S. 5 ff.*を見よ。

165 BVerfGE 12, 66.

166 *Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht*, § 52 Rn. 6 だけは見よ。

167 EuGHE 1966, 178 - verb. Rs. 18/65 および 35/65 „Gutmann“; EuGHE 1984, 4177 - Rs. 78/83 „Usinor“ (Rn. 12 ff); *Lenaerts, EuR* 1997, 17, 21 参照。

避させるものであると理解され¹⁶⁸、また欧州連合法の一般法原則としても、「一事不再理」は、基本的に連合法による再度の制裁（例えば、同一犯行を理由とする再度の金銭支払い命令）を排除する、ということの意味するのみである。しかし、ドイツ法も欧州法も、比例性原則の効果として、他の法秩序によってすでに科された制裁を、**改めての制裁を科すにあたって考慮すべきことを要求している**¹⁶⁹。

これに応じて、欧州人権裁判所は、カルテル法の重要な領域で、同一のカルテル違反を理由に欧州レベルと国内レベルとの並行した手続を、常に許可している。なぜなら、委員会と国内カルテル機関は、異なるカルテル法の適用にあたり、同一の観点で裁定するのではないからである¹⁷⁰。

もっとも、この判例は、欧州カルテル法の改正（欧州共同体規則 1/2003）¹⁷¹によって、その効力を奪われた。今や、委員会と国内カルテル機関は、欧州コンペティション・ネットワーク（ECN）を形成し、広く同一の競争法を適用しているため、この点でも「一事不再理」原則が適用されることとなっている¹⁷²。

2. 同一の行為を理由とする複数国家での制裁

a) 欧州「一事不再理」原則の必要性と形成

66 国内および欧州「一事不再理」原則が同一法域内のみで効力を有する

168 BVerfGE 12, 62, 66 以後の憲法裁判所の刑事判例。その最新のものとして、BVerfG NJW 2012, 1202, 1203 がある。Satzger, FS Roxin, 2011, S. 1517 も見よ。

169 ドイツ法に関してドイツ刑法 51 条 3 項、欧州共同体法に関して一般的な公正原則ならびに比例性原則を参照。EuGHE 1969, I-Rs. 14/68 „Walt Wilhelm./Bundeskartellamt“ (Rn. 11). Art. 6 VO (EG, EAG) 2988/95 も見よ。

170 EuGHE 1969, I-Rs. 14/68 „Walt Wilhelm./Bundeskartellamt“ (Rn. 11). これは、同一のカルテル違反を理由とするある制裁が、ある加盟国ではなく第三国で科される場合には、なおのこと妥当する。EuGHE 2007, I-3921-Rs. C-328/05 „SGL Carbon“（アメリカで制裁を受けていたにもかかわらず、委員会による過料を科することは可能である、とする）を参照。

171 ABIEG 2003 Nr. L 1/1.

172 詳細について、T. Streinz, Jura 2009, 412 ff. を見よ。Klees, WuW 2006, 1222, 1226; Soltész/Marquier, EuZW 2006, 102 ff. も参照。

ことに鑑みて、これは、他の加盟国における有罪判決には適用されない¹⁷³。この点でも、すでに執行された外国の刑罰は、単に算入されなければならないだけである（ドイツでは刑法 51 条 3 項による）¹⁷⁴。欧州での統一法域を創設するという目的から、包括的な国際的の一事不再理原則の必要性が高まってきた¹⁷⁵。これによると、欧州連合加盟国におけるすべての有罪判決は、さらに別の刑事手続または少なくとも他の加盟国における審判に対する障害を基礎づけることとなる。これにより、一国での確定力は、他のすべての国家によって承認される。これは、単に新たな、しかしこの場合には被疑者・被告人に有利となる相互承認原則の具体化である¹⁷⁶。

67 すべての加盟国が自身の刑法適用法を有し、欧州における刑事手続実施のための明白な管轄分割を定めていない限り¹⁷⁷、もともと二重処罰の危険がついて回る。また、連合業務における国内刑法に妥当する運営条約 4 条 3 項の誠実協力義務からは、加盟国は、連合法違反に対する制裁が広い範囲で保障されるように自らの刑法適用法を形成する必要が生じる。このことは、従来は国家領土に関係づけられた属地主義が「欧州の属地主義」へと拡張されることへつながる（例えば、ドイツ刑法 6 条 8 号に見られるところである）¹⁷⁸。その帰結として、二重処罰の危険が高まる¹⁷⁹。それゆえ、

173 BVerfGE 12, 62, 66 だけは見よ。

174 この点でさらに、オーストリア刑法 65 条 4 項 2 号：「しかし、行為者が犯行を実行した国の裁判所から確定して無罪判決を受けた場合、または訴追から外された場合には、可罰性は消滅する。」。

175 この点についての概観は、Sieber/Brüner/Satzger/v.Heintschel-Heinegg-Eser, Europ.StR, § 36 Rn. 4 f.

176 Satzger FS Roxin, 2011, S.1520 だけは見よ。

177 この点について、一方では、権限の衝突と刑事事件における一事不再理に関する緑書（委員会議事録 [2005] 696 endg.）を、他方では、Schünemann, Gesamtkonzept を見よ。

178 この点について、すでに前述 § 5 Rn. 75 を見よ。

179 この点について、Satzger FS Roxin, 2011, S. 1518 f. 確かに、2009 年にはまだ、権限衝突の回避に向けた枠組決定が受け入れられ（ABIEU 2009 Nr. L 328/42 を見よ）、刑事手続の移送に関する準則（AEUV 82 条 1 項第 2 段 b 号に基づく）が発せられることも予想された（Ratsdokument 11119/09 参照——さらに枠組決定について）。しかし、刑事訴追に関する管轄の拘束的な表明は——もっぱら二重処罰禁止の意味でも——、この方法によっては、

刑事司法の欧州化が進み、国内刑事法秩序における違いが調整活動によって克服される程度が高まるほど、**国際上の一事不再理原則の要請**が強くなる。

68 欧州連合国家間での国際法上の条約締結によって、二重処罰の包括的禁止が実現されるように試みられている¹⁸⁰。その際には、1995年に発効したシェンゲン実施協定¹⁸¹が大きな意義を持っている¹⁸²。その54条は次の通りである。

「締約国より確定判決を受けた者は、有罪判決の場合には制裁がすでに執行されていること、もしくは執行中であること、または判決国の法律上もはや執行できないことを条件として、他の締約国より同一の犯行を理由に訴追されることはない。」

69 純粋に国内でのみ効力を持つドイツ基本法103条3項の二重処罰禁止と異なり、シェンゲン実施協定54条の国際上の規定は、その後段において付加的に、確定裁判についてさらに「執行の要素」を条件としている（§10 Rn. 80 以下参照）。これに対して、**欧州基本権憲章**は、この要素を放棄している。同50条には、包括的な国際上の「一事不再理」原則が定められている。

「何人も、すでに欧州で法律上確定して有罪判決または無罪判決を受けた犯罪を理由として、重ねて刑事手続で訴追・処罰されることはない。」

欧州基本権憲章は、リスボン条約の締結により発効した（設立条約6条1項参照）。しかし、それは、イギリス連合およびポーランドに関しては、

おそらく達成されないであろう。

180 さらにギリシャは、2003年4月に、この原則の適用に関する理事会の枠組決定に向けた主導権を掌握（ergreifen）した（ABIEU 2003 Nr. C 100/24）。

181 BGBl. 1993 II, S. 1010 (Sartorius II, Nr. 280; Nomos, Textsammlung EU-Strafrecht, 2. Aufl., 2008, S. 108 ff).

182 内容的に相応する「一事不再理」ルールは、欧州共同体の1987年5月25日「一事不再理」協定にも含まれていたが、これは、まだすべての加盟国により批准されているわけではなかった。この点について、Satzger, Europäisierung, S. 694 を見よ。

部分的にしか拘束力がない（議定書 30 号参照）。

b) シェンゲン実施協定 54 条と欧州基本権憲章 50 条との関係

70 シェンゲン実施協定 54 条と欧州基本権憲章 50 条とがどのような関係にあるかは、まだ解明されていない。ある見解は、欧州基本権憲章 50 条はシェンゲン実施協定 54 条に優先するため、国際的な二重処罰禁止の適用に関して「執行要素」はもはや重要ではない、という¹⁸³。罰金・執行猶予・自由刑が相互に承認され、それゆえ、その判決を下したのではない加盟国でもそれが執行可能であるという範囲では、そのような執行要素はもはや必要ではない¹⁸⁴。また、欧州勾留は、少なくとも勾留枠組決定が適用可能となる限りで、ある犯罪者が他の加盟国へ逃走することによって刑罰を免れうるといふ危惧される危険を払拭する¹⁸⁵。

しかし、このような統一的法域（その中ではドイツ基本法 103 条 3 項のような執行要素を放棄できるとする）という考え方は、少なくとも現在では幻想である。個別の承認制度は、まだ相互に隙間のないシステムであるというほどには調整されてはいない。例えば、欧州勾留は、欧州連合国家におけるすべての刑事法上の有罪判決に際して適用されるわけではない。犯人が他の欧州連合加盟国に逃走した場合、（もし執行要素を完全に放棄するならば）「有罪判決の可能性」というだけで逃走した国での刑事手続が妨げられるという、望ましくない状況が生じうる¹⁸⁶。

執行要素は、法政策的に有意義であるというだけではない。むしろ、欧

183 そのような見解として、例えば *Heger*, ZIS 2009, 406, 408; *ders.*, HRRS 2008, 413, 415 ならびに *Anagnostopoulos*, FS Hassemer, 210, 1136 f.; *Reichling*, StV 2010, 237 がある。*Böse*, ZIS 2010, 607, 612 ならびに *ders.*, GA 2011, 504 ff. も見よ。

184 したがって、*Fletcher/Löff/Gilmore*, EU Criminal Law, S. 138 も、執行要素に批判的である。

185 それゆえ、*Safferling*, Internationales Strafrecht, § 12 Rn. 84 f. は、問題を機能的に解決しようとする。彼は、連合内での執行が連合の措置によって確保されない場合、執行要素に意義を認めるわけである。

186 執行要素の背景について、*Satzger*, FS Roxin, 2011, S. 1520.

州基本権憲章 50 条が発効された以後も、二重処罰禁止の条件が（より狭い）シェンゲン実施協定 54 条の従来の解釈から依然としてなぜ導かれるのかを、法的にも根拠づけるのである。

もっとも、このことは、欧州基本権憲章 50 条がここで問題となる国際的な二重処罰禁止に適用されない、ということから導かれるのではない。確かに、本条項は、欧州基本権憲章 51 条 1 項 1 文によると、「連合の機関および施設についてのみ、そして加盟国についてはもっぱら連合法の執行に際してのみ」適用される。しかし、相互承認原則が適用されるとき、特に運営条約 82 条 1 項にみられるように、すべての国内裁判所は結果的に連合法も「適用する」ということができよう。

また、シェンゲン実施協定 54 条への遡及は、その従来の保障範囲において、欧州基本権憲章 52 条 2 項の参照によっても根拠づけられない。同条項によると、同条項によって承認された（条約で規定されている）権利の行使は、条約により定められた条件および範囲内で行われる。この規定は、確かに、すでに「条約」によって保障された権利は同条項により付加的に修正されるが、これによって保障範囲は変更を受けない、ということを目指す¹⁸⁷。しかし、ここで「条約」とは、欧州連合の一次法だけが想定されている¹⁸⁸。むしろ、シェンゲン実施協定は、二次法に位置づけられる。シェンゲン議定書（シェンゲン法がこれにより欧州連合の法的および制度的範囲において具体化される）は、その 2 条 1 項第 2 段において、

187 「立法者」の意図について、欧州基本権憲章 52 条に関する注釈を見よ。ABIEU 2007 Nr. C 303/33.

188 連邦通常裁判所は、近時の判例 (BGH NStZ-RR 2011, 7) において、欧州基本権憲章 52 条 2 項は二重処罰禁止にも欧州人権裁判所により展開された一般的な法原則として適用されるのか、という問題についても検討している (Rn. 15)。連邦通常裁判所は、欧州基本権憲章 52 条 2 項はそのような法原則として適用されないとの理由で、この点を否定した。もっとも、その際、連邦通常裁判所は、「一事不再理」原則が、判例法上は法秩序に内在するものとして認められてきたにすぎず、シェンゲン実施協定 54 条によって初めて国際的な二重処罰禁止が創設されたものであることを、見落としている（前述 § 10 Rn. 65 を見よ）。

理事会は条約の関連規定に従いすべての規定および決議（それらはシェンゲンの内容を定める）に関する法的基礎を確定すると定めている。これにより、根拠となる条約間におけるピラミッド型の位置づけが明らかとなり、シェンゲン実施協定 54 条以下も、二次法ということになる¹⁸⁹。

しかし、出発点の問題にとって重要であるのは、欧州基本権憲章 50 条が一事不再理原則を今や司法上の基本原則と定め、その際（基本権の制定に関して典型的に）目標に沿って広く定められている、ということである。これに対し、シェンゲン実施協定 54 条は、付加的な執行要素を持ち、欧州基本権憲章 50 条に対する（制定法上の）制限規定として機能する¹⁹⁰。このような制限が（国内の基本法理論と同様に）可能であり、さらに条項において構想されてもいるということは、欧州基本権憲章 52 条 1 項が示すところである。同条項は、基本権の保護範囲への介入に対する「制限の制限」（特に本質部分の保障、比例性）を定め、基本権に対する二次法上の限界づけを条件づけている¹⁹¹。これにより、欧州連合内での国際的一事不再理原則は、依然として、シェンゲン実施協定 54 条の保障範囲と、その点に関する判例とによって決定される¹⁹²。欧州基本権憲章 52 条 1 項の制限の制限は、遵守されなければならない、そのことはシェンゲン実施協定

189 シェンゲン実施協定 54 条以下に関して、理事会は、設立条約旧 34 条および 31 条を法的根拠として確認している。この点について、EuGHE 2003, I-1345, verb. Rs. C-187/01 „Gözütok“ および Rs. C-385/01 „Brügge“ (Rn. 3 ff.) も参照。

190 結論においてそのような見解として、LG Aachen, StV 2010, 237 m. Anm. Reichling もある。この点を掘り下げた読むべきものとして、Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179, 184. がある。Hecker, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 38 ff.; Hackner, NStZ 2011, 425, 429 も見よ。

191 この点についてすでに、Mansdörfer, Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht, 2004, S. 242.

192 基本的にそのような見解として、Burchard/Brodowski, StraFo 2010, 179, 184 があり、同旨の見解として、Hecker, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 38; Satzger, FS Roxin, 2011, S. 1524 がある。異なる見解として、Radtke, NStZ 2012, 479, 481; Stalberg, Zum Anwendungsbereich des Art. 50 GRG, S. 170 ff. (「……シェンゲン実施協定 50 条は、一次法違反とみられる」とする) がある。

54 条でも考えられている。そして、シェンゲン実施協定 54 条は、一般的に、欧州基本権憲章 50 条の基本権規定に照らして解釈されなければならない¹⁹³。この見解には、最近、ドイツ連邦通常裁判所刑事第 1 部が、規定の制定史を参照して（但し、欧州人権裁判所への回付義務に違反している¹⁹⁴）、また刑事第 2 部も、前述したドイツ・アーヘン地裁判決の上告裁判において、依拠している¹⁹⁵。

c) シェンゲン実施協定 54 条の条件と統一的处理

71 シェンゲン実施協定 54 条は、一事不再理効の発生を、3 つの条件に結び付けている。第 1 に、加盟国において**確定した判決**が下されること、第 2 に、**同一の犯行**が対象となること、そして第 3 に、**執行要素**が満たされることである。

シェンゲン実施協定 54 条の規定は一見明確だが、異なった言語的解釈と刑事訴訟システムの違いのために、実務では直ちに数多くの解釈問題が生じた。アムステルダム条約の議定書 2 号（いわゆる「シェンゲン議定書」）¹⁹⁶ によって欧州連合の制度的・法的範囲へシェンゲン規定を取り込む前には、国内裁判所は、シェンゲン実施協定 54 条の解釈が義務づけられた。そのことが、まとまった構想のない、適用の不統一という不利益をもたらした。

例：オイペン（ベルギー）の第一審裁判所は、ドイツでの刑法 153 条 1 項による手続打ちりを、確定した判決であると判断した。そのような手続

193 結論において同旨なのは、LG Aachen, StV 2010, 237.

194 BGH NSTZ-RR 2011, 7 (Rn. 13 f.). 本裁判およびいわゆる「acte-clair 理論」の誤った適用について、Satzger, FS Roxin, 2011, S.1525. 連邦通常裁判所は、ここで不当にも、acte-clair 理論を援用した。この点について、EuGHE 1982, 3415-Rs. C- 283/81 „CILFIT“. 回付義務の例外について詳細は、Streinz, Europarecht, Rn. 639 f. を見よ。連邦憲法裁判所 (NJW 2012, 1202 ff.) は、回付が行われなかったことに対する憲法抗告について裁判を受理しなかったが、連邦通常裁判所による解釈は支持可能であると評価している。

195 BGHv. 1.12.2010, 2 StR 420/10.

196 Sartorius II, Nr. 280b.

打切りがドイツでは刑罰権消滅をもたらさないにもかかわらず、である¹⁹⁷。執行要素に関して、ドイツ・ランツフト地裁は、ポルトガルにおける執行猶予のための刑の停止を「執行された」刑罰であると認めたが¹⁹⁸、これに対して、ザールブリュッケン高裁は、被告人がベルギーで執行猶予付きの自由刑と、(まだ支払われていない) 罰金刑に処せられたという事件に対して、刑罰権消滅を認めなかった¹⁹⁹。

72 リスボン条約発効後、欧州人権裁判所は、設立条約 19 条 3 項 b 号、運営条約 267 条第 1 段 b 号により、**先行裁判手続**の方法で、シェンゲン実施協定 54 条の解釈について判断した。

aa) 「確定した判決」

73 欧州人権裁判所は、その裁判例において、シェンゲン実施協定 54 条の条件について被疑者・被告人に有利となる広い解釈を示す傾向にある。そこでは、本原則と移動の自由との関係が問題であった。ある加盟国で一度審判を受けた後は他の加盟国で新たな手続に付されることを危惧する必要がないという場合に限り、欧州における移動の自由を、効果的に行使することができる。

この関係で欧州人権裁判所に最初に提起された事件 (**事例 17**) を基礎にすると、確定した判決という要素に関して非常にわかりやすい²⁰⁰。ベルギー裁判所からの回付に基づき、欧州人権裁判所は、次の通り判示した。

「シェンゲン実施協定 54 条に定められた二重処罰の禁止は、刑罰権消滅を導く手続に関しても妥当する。例えば、加盟国の検察官が裁判所

197 wistra 1999, 479 を見よ。

198 LG Landshut 1 KLS 45 Js 4018/92 (未公開)。この裁判は、*Wolf*, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), 22. Strafverteidigertag, 1999, S. 71 で引用されている。

199 この点について、*Sommer*, StraFo 1999, 37, 39 を見よ。

200 EuGHE 2003, I-1345 – verb. Rs. C-385/01 „Gözütok“ および C-187/01 „Brügge“。この点について、*Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1059; *Radtke/Busch*, NStZ 2003, 281 も見よ。

の関与なくその国で始められた刑事手続を打ち切る（被疑者が一定の履行を果たす場合、特に検察官より指定された一定の金銭を支払った場合）などの手続についてである。」

欧州人権裁判所は、シェンゲン実施協定 54 条の文言（「確定した」、「判決」）にもかかわらず、裁判所が関与せず、判決の形で裁定が下されていないという事情を、単に「手続法上および形式上の観点」としかみていない。むしろ、裁判所は、(欧州法上の解釈原理にならって) 意図・目的、ならびに „*effet utile*“ (条約目的の実現に最大限かなうように、の原則) に、極めて大きな意義を認めている。自由、安全、法の範囲（その範囲内で人の自由な往来が保障されなければならない）の創設において、人の行動の自由も、その人に対する刑事訴追が 1 つの加盟国において終局的に終了したときには、最大限保障されなければならない。

74 本判決は、「確定した判決」は——形式的な意味で判決であるか否かにかかわらず——次の条件があればすでに認められる、とまとめることができる²⁰¹：

- (1) 刑事司法に携わる当局の手続を終わらせる裁定であること²⁰²
- (2) この裁定が制裁的効果を持つこと
- (3) 国内法上刑罰権が終局的に消滅したこと。

75 欧州人権裁判所は、この原則に従い、同じ手続において一貫して、オランダの „*transactie*“, つまり検察官と被疑者との間の（裁判所の裁判を経ずに捜査手続を終結させる）約束も評価した。裁判所は、それ以来、（ある加盟国における）証明が欠けることを理由とする無罪判決²⁰³や、公

201 そのような見解として、*Vogel/Norouzi*, JuS 2003, 1061 があり、不明確および依然として存在する問題について、*Stein*, NJW 2003, 1162 がある。

202 これにより、警察による手続を停止させる裁定は、それが後に再開されうるとい場合には、国境を越えた刑罰権消滅をもたらさない。EuGHE 2008, I-11039—Rs. C-491/07 „*Turansky*“ (Rn. 40 ff.) 参照。

203 EuGHE 2006, I-9327—Rs. C-150/05 „*van Straaten*“ (*Kühne*, JZ 2007, 247 の批判的評釈付き)。

訴時効による手続打ち切り²⁰⁴も、確定した判決であると位置づけている。

76 これに対して、欧州人権裁判所は、正当にも、加盟国 Y の管轄検察官が加盟国 X ですでに手続が係属していることから刑事訴追を放棄したために同国の裁判所が手続打ち切りを決定したという場合、(加盟国 X からみて) 確定した判決に当たらないとした²⁰⁵。もし異なる判断をしていれば、二重処罰の禁止はその基本理念に反してすべての処罰を妨げてしまうこととなったであろう。

77 欧州人権裁判所によるシェンゲン実施協定 54 条のこのような広い解釈は、支持すべきである。少なくとも裁判官の関与する裁判へ限定するようなことをすれば、広い範囲で裁判外の手続処理を行っている国の人がその自由な往来という権利の実効的な保障を妨げられてしまうこととなるからである。そうだとすると、その刑法を適用することのできる別の国において、再度訴追されることを危惧しなくなってしまう²⁰⁶。しかし、打ち切り裁定の終局的な効果を要件とすることは、狭すぎるものではない²⁰⁷。欧州人権裁判所は、類似する欧州勾留枠組決定 3 条 2 号の規定に関する近時の裁判例において、裁判の確定力の評価は判決が下された加盟国の法によって決定されると判示している²⁰⁸。有罪判決をした国と要請された国との同一性²⁰⁹事件の特殊性は別として、その点には、シェンゲン実施協定 54 条に関する欧州人権裁判所の従来の裁判例からの一般的な方向

204 EuGHE 2006, I-9199—Rs. C-467/04 „Gasparini“.

205 EuGHE 2005, I-2009—Rs. C-469/03 „Miraglia“.

206 Hecker, Eur. Strafrecht, § 13 Rn. 33 も見よ。そこでは、さもなければ実務で不可欠の判決によらない手続処理の形式が無効となってしまう、と強調されている。欧州人権裁判所より認められたシェンゲン実施協定 54 条と行動の自由との関係に関する批判として, *Löff*, EJCLCJ 2007, 324 ff.

207 そのような見解として, *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 114 もある。そこでは、確定した判決は、新たな手続の開始が新たな事実または証拠に基づくことを条件とする場合に限り認められる、とされている。

208 EuGHE 2010, I-11477 -Rs. C-261/09 „Mantello“ (Rn. 46). これについて, *Böse*, HRRS 2012, 19 ff. による評釈を見よ。

209 この点について詳細は, C-261/09 „Mantello“ 判決における連邦検察官 *Bot* の最終弁論を参照 (Rn. 72 ff)。

転換はみられない。そのような判例変更は、正当なものでもなかろう。
[なぜなら、] シェンゲン実施協定 54 条の条件については欧州連合法の自律的概念が重要であり²¹⁰、二重の刑事訴追の禁止は、この間に欧州連合内で欧州基本権憲章 50 条によって基本的に保護されるものとなっているからである²¹¹。

bb) 「同一の犯行」

78 事例 18：E は、1999 年 5 月 31 日に、加盟国 X から麻薬を密かに持ち出し、その翌日には加盟国 Z へ麻薬を持ち込んだ。彼は、Z 国で、「麻薬不法輸入」を理由に拘禁刑に処された。E は、早期に釈放された後、再び X 国に戻った。彼は、今度は X 国で、当該麻薬の「不法な運搬」を理由に起訴された。これは正しいか（この点について § 10 Rn. 79）。

79 シェンゲン実施協定 54 条の犯行概念の規定は、特に難しい問題を提起する。その理由としては、これについて一事不再理の国内における考え方が大きく異なる、という点が挙げられる。刑罰権消滅について、例えば、ドイツの刑事訴訟法では「単一の歴史的出来事」²¹² に及ぶとされているが、他の加盟国では、犯行の法的格付けおよび（または）保護される法的利益の同一性に結び付けるところもある²¹³。

これに対して、欧州人権裁判所は、欧州法独自の犯行概念を展開している。裁判所は、国内刑事規定の調整が欠けることから、正当にも、双方が訴追意思のある加盟国における法的同一性の位置づけに着目することを否定している。むしろ、裁判所は、その行為が「実体的に」1 個の犯行とい

210 欧州法上の自律的概念の解釈の枠内では、最初に訴追した法秩序による取扱いは、せいぜい（強い）徴表的意義を持つにすぎない。Satzger, FS Roxin, 2011, S. 1534 を見よ。

211 Böse, HRRS 2012, 19. 21.

212 この点について、Beulke, StPO, Rn. 512 f. だけは見よ。

213 例えば、チェコ政府の提案（EuGHE 2006, I-2333—Rs. C-436/04 „van Esbroeck“（Rn. 26））、ならびに、連邦検察官 Colomer の同事件における最終弁論（Rn. 43）。

えるかということを要求する。これは、当該事象が「時間的・場所的観点ならびにその目的から不可分に結び付いた事実の組合わせである」といえる場合に該当する²¹⁴。欧州人権裁判所は、その後、全く類似の事例において、この準則を確認した²¹⁵。また、同裁判所は、故意が統一的であるというだけでは（つまり時間的・場所的関連のない場合）、複数の行為をシェンゲン実施協定 54 条の意味で 1 個の犯行へと結び付けるためには不十分であると判示している²¹⁶。

これにより、欧州法上の犯行概念は、当然ながら双方が独自の概念であるにもかかわらず、結論においてドイツ刑訴法のものと同ならない²¹⁷。もっとも、独自の犯行概念の展開に伴う不安定さは、欧州人権裁判所が相互承認原理の意味で最初に訴追した国における確定力の発生に着目していたならば、回避できたことであろう²¹⁸。

事例 18 において、X 国からの麻薬運搬とそれに直接引き続く Z 国への持込みは、X 国から Z 国への麻薬輸送に従属する部分である。X 国および Z 国におけるその法的位置づけは、確かに異なる（一方は「密輸入」、他方は「密輸出」）。しかし、それは前述のとおり重要ではない。したがって、輸出と輸入は、「時間的・場所的観点ならびにその目的から相互に不可分に結び付いた」事実である。つまり、欧州法上の意味で 1 個かつ同一の犯行である。それゆえ、X 国で改めて訴追することは、シェンゲン実

214 EuGHE 2006, I-2333—Rs. C-436/04 „van Esbroeck“. 欧州人権裁判所によって承認された、そもそも 1 個の犯罪であるかを決定する基準の適用について、EuGH v. 26.2.2013—Rs. C-617/10 „Åkerberg Fransson“ (Rn. 35) を見よ。これについて、後述 § 11 Rn. 59 f. を見よ。

215 EuGHE 2006, I-9327—Rs. C-150/05 „van Straaten“. これによると、実体的に 1 個の行為というためには、輸出された麻薬と輸入された麻薬の量が同一である必要すらない。

216 EuGHE 2007, 6619—Rs. C-367/05 „Kraaijenbrink“ (Rn. 29).

217 *Satzger*, JK 9/06, SDÜ Art. 54/1.

218 *Satzger*, Europäisierung, S. 691; *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 13 Rn. 55 (それぞれ文献付き)。類似の見解として、*Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 116 があり、これに対し、結論において欧州裁判所と同様の見解として、*Böse*, GA 2003, 744, 758 ff. がある。

施協定 54 条に反する。

cc) 執行要素

80 シェンゲン実施協定 54 条の執行要素²¹⁹は、前述 (§ 10 Rn. 70) の通り、欧州基本権憲章 50 条の法的拘束性が示された後も依然として重要であるが、以下 3 つの類型を含んでいる。第 1 は、制裁が「**執行された**」という状況を対象とする。これは、執行が終了したこと、つまり自由刑が終わった、執行猶予が終了した、罰金が支払われたという場合である。

81 制裁は、行刑が始まったが、まだ終わっていないとき、「**今まさに執行されて**」いる。もっとも、ここで、保護観察のため自由刑が停止された場合、問題が生じる²²⁰。確かに、そのようにして判決を受けた者にとって、刑罰による害悪は、執行猶予のない場合よりも相当に小さい。しかし、判決を受けた者の行動の自由は、保護観察期間経過中は、(すべての加盟国において) 保護観察中の条件履行によって制限を受ける(この時点で処罰の可能性がある場合には、当初に科された自由刑が全て執行されることとなる)。連邦検事長 *Sharpston* が „Kretzinger“ 事件で明確に記述しているとおり、保護観察に付された者は、それゆえに、「ダモクレスの剣のように脅かされる」²²¹。つまり、判決を受けた者が保護観察の条件を満たす限り、執行猶予刑は「今まさに執行されて」いる。この視点には、欧州人権裁判所も同調しており²²²、執行要素は、他の加盟国への逃亡によって刑の執行を免れた者には一事不再理原則の保護を与えないということにのみ資する。しかし、保護観察期間が経過中の事例は、これと同視するべきも

219 詳細は、*Hecker*, Eur. Strafrecht, § 13 Rn. 37 ff.; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 100 ff.; *Schomburg*, StV 1997, 383 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 690 f.

220 執行要素をもともと否定していたものとして、OLG Saarbrücken がある。前述 § 10 Rn. 69 を見よ。

221 連邦検察官 *Sharpston*, Rs. C-288/05 „Kretzinger“, Schlussanträge v. 5.12.2006 (Rn. 49).

222 EuGHE 2007, I-6441- Rs. C-288/05 „Kretzinger“ (Rn. 42 ff.).

のではない²²³。

82 執行要素の第3の類型によると、シェンゲン実施協定54条の「一事不再理」ルールは、制裁は「**判決国の法律上もはや執行できない**」という場合にも適用される。その例として特に、判決国において執行の時効が完成したという場合が挙げられる。

シェンゲン実施協定54条がそのような場合にそもそもいったんは執行が可能であったことを条件としているかは、その文言²²⁴（「もはや執行できない」）からすると、一見してあまり問題がないように思われる。欧州人権裁判所は、„Bourquain“ 事件 (C-297/07) において、この問題に取り組むこととなった²²⁵。この事件は、逃走中のBが1961年にフランスの裁判所（アルジェリア所在）から本人不在の場で遺棄罪および故意の殺人罪により有罪判決を受けていた、というものであった。しかし、フランス法によると、この判決は、Bが在廷する場での新たな手続きを行わなければ、さしあたって執行することができなかった。20年が経ち、Bが拘束されないまま時効が完成したため、執行は終局的に排斥されることとなった²²⁶。これにより、フランス裁判所から1961年に科せられた刑罰は、一度も執行可能とはならなかった。

文言からはさしあたりシェンゲン実施協定54条の適用を否定するように読めるが、この結論は、説得的とはいえない。本規定は、相互承認の考え方に基づいている。（統一された欧州連合法域の中で）いったんある加盟国で有罪に処せられた者は、他の国で再度有罪判決を受けることを危惧

223 同旨の正しい見解として、Hecker, Eur. Strafrecht, § 13 Rn. 44; Ambos, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 120; Safferling, Int. Strafrecht, § 12 Rn. 102.

224 しかし、文言のこのような解釈は必然的ではない。EuGH v. 11.12.2008—Rs. C-297/07 „Bourquain“ (Rn. 47) 参照。

225 EuGHE 2008, I-9425—Rs. C-297/07 „Bourquain“ (Hecker, JuS 2010, 176 ff. の評釈付き)。

226 この20年間の経過により少なくとも有罪判決は撤回できないものであるから（執行が不可能であったとしても）、欧州人権裁判所には、結果として、確定した判決も提起された。EuGHE 2008, I-9425—Rs. C-297/07 „Bourquain“ (Rn. 43) 参照。

しなければならないということによって、欧州連合領域内での行動の自由が阻害されることになってはならない。これを背景にすると、シェンゲン実施協定 54 条の適用について、刑罰の執行可能性がいったんは生じていたか否かは、重要ではない²²⁷。

83 執行要素の解釈は、**恩赦または大赦**の評価に関しても重要である。これらは比較的容易にシェンゲン実施協定 54 条の文言に含めることができそうであるが、連邦検事長 *Colomer* は、それらがおよそ政治的な性質であることを理由に、そのような司法行為の相互承認の義務を否定している²²⁸。欧州人権裁判所は、裁判にとっての重要性が欠けるとして、具体的手続でこの問題についてまだ見解を示していない。しかし、ここでも、行動の自由の最善の保障という目的が国際的一事不再理ルールの解釈において中心に置かれるということは、恩赦によって他の加盟国における新たな手続が阻止される場合にも、一貫される。また、それらは（それ自体は間違いではないが）政治的衡量に基づいた判断であるとの論拠も、その説得性が限定される。刑事法という微妙な領域では、実践的に、すべてのルールは共同社会の考慮に基づいている。この点は、他の領域において、相互承認義務を妨げるものではない（例えば、欧州勾留の場面で相罰性の要件を放棄するといった場合について、§ 10 Rn. 29 参照）。その場合も、他の加盟国の政治的判断（一定の行為に刑罰を科すること）が承認されている。それゆえ、被疑者・被告人に有利な一事不再理ルールについて異なつて解釈すべき理由は、明らかではない。

dd) 欧州勾留の執行障害としての二重処罰禁止

84 欧州連合法である「一事不再理」は、連合法として欧州全域に適用される手続障害となるだけでなく、—— そこから一貫して ——すでに欧州

227 EuGHE 2008, I-9425—Rs. C-297/07 „Bourquain“ (Rn. 49 f.).すでに連邦検察官 *Colomer* が、2008 年 4 月 8 日のその最終弁論で述べていた (Rn. 69 ff.).

228 Rs. C-297/07 „Bourquain“ v. 8.4.2008 (Rn. 82 f.) の最終弁論を参照。

勾留に基づく被疑者・被告人の移送をも妨げるものとなる²²⁹。欧州勾留枠組決定3条2号によると、ある者の移送を求められた司法機関は、その下に与えられた情報から、移送を求められる者が同一の行為を理由にある加盟国から確定して有罪判決を受けていることが判明した場合、有罪判決のときにはそれがすでに執行されたこと、現在執行中であること、あるいは判決をした国の法律上もはや執行できないことを条件として、その移送を拒否しなければならない。これによって、勾留枠組決定3条2号は、「審判」ではなく）「有罪」と表現している点は別として、シェンゲン実施協定54条からのすでに馴染みの表現に依拠している。その共通の趣旨を考えると、この拒否事由は、欧州人権裁判所が明示で判示しているように、シェンゲン実施協定54条に応じて解釈されなければならない（前述 Rn. 77 を見よ）²³⁰。しかし、これによってはまだ、どの司法機関が最終的にこの条件の存否を判断するのが、明らかではない。ここで、本概念の必要な自律的解釈に基づいて、欧州人権裁判所は確かに法律概念を決定づけるが、その当てはめは移送を求められた裁判所に委ねられると考えられる。なぜなら、その裁判所は、当然ながら、勾留枠組決定を具体化して定められた国内法の要件が存在しているか否かを、審査しなければならないからである。欧州人権裁判所は、引用された裁判例において、別の見解を採った。カターニャの裁判所は、ドイツ国に、イタリア国籍者を犯罪組織の構成員罪及び禁止された麻薬取引の罪を理由に移送するよう要求した。シュトゥットガルト高裁は、勾留枠組決定3条2号に照らして、移送に反対した。なぜなら、被疑者・被告人は、カターニャ裁判所の見解によれば犯行が行われたとされる対象となる時期について、すでに一度有罪判決を受けていたからである、というのである。欧州人権裁判所は、行為の同一性概念に関するシュトゥットガルト高裁の回付質問を、確定有罪判決が存在す

229 例えば連邦検察官 *Bot* も、EuGHE 2010, I-11477 „Mantello“ (Rn. 78) におけるその最終弁論において [そのように] 述べている。

230 EuGHE 2010, I-11477—Rs. C-261/09 „Mantello“ (Rn. 46).

るかかどうかであると解釈し、この点で、要求する司法機関（それゆえ、カタール裁判所）による評価に着目したのである。ここで、裁判された手続における事実は、被疑者・被告人がすでに有罪判決を受けたのと同じ加盟国でさらに別の有罪判決が下されるおそれがあったという点で、特殊である。この点で、イタリア刑法法の範囲内で、矛盾のない裁判を行うことができた。これによって、欧州人権裁判所は、勾留枠組決定ではそのようになっていないにもかかわらず、区別を図ったこととなる²³¹。欧州人権裁判所は、同時に、相互承認原理を純粋な形で実現したのであるが、欧州基本権憲章 50 条から導かれるとおり、二重処罰禁止の個人を保護する要素を見誤っている²³²。加えて、欧州人権裁判所は、被疑者・被告人に対し、移送を求めた加盟国において、当地の司法による法的保護の機会を制限している。

§ 10 IV に関する近時の文献： *Biehler*, Konkurrierende nationale und internationale strafrechtliche Zuständigkeit und das Prinzip ne bis in idem, ZStW 116 (2004), 256 ff.; *Böse*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ und der Europäische Haftbefehl: europäischer ordre public vs. gegenseitige Anerkennung, HRRS 2012, 19 ff.; *Böse*, Der Grundsatz „ne bis in idem“ in der Europäischen Union, GA 2003, 744 ff.; *Burchard/Brodowski*, Art. 50 Charta der Grundrechte der Europäischen Union und das europäische ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, StraFo 2010, 179 ff.; *Kische*, Zum Tatbegriff des Art 54 SDÜ bei einer Schmuggelfahrt, wistra 2009, 162 ff.; *Klip*, European Criminal Law, S. 231 ff.; *Kniebühler*, Transnationales „ne bis in idem“, 2005; *Löf*, 54 CISA and the Principles of ne bis in idem, EJCLCJ 2007, 309 ff.; *Radtke*, Der strafprozessuale

231 連邦検察官 *Bot* の EuGHE 2010, I-11477 „Mantello“ (Rn. 83) におけるその最終弁論。

232 連邦検察官 *Bot* も、EuGHE 2010, I-11477 „Mantello“ (Rn. 76) におけるその最終弁論で、この点を強調する。同様の見解として、*Böse*, HRRS 2012, 19, 21.

Tatbegriff auf europäischer und nationaler Ebene, NStZ 2012, 479 ff.; Radtke/Busch, Transnationaler Strafklageverbrauch in der Europäischen Union, NStZ 2003, 281 ff.; Satzger, Auf dem Weg zu einer „europäischen Rechtskraft“, FS Roxin, 2011, S. 1515 ff.

85 復習・深化のための問題

- ・現在、欧州レベルで、どのような刑事訴追制度が存在するか。(§ 10 Rn. 3 以下, 11 以下, 18 以下)
- ・欧州検察局を創設する計画は、どの程度進んでいるか。その機能は、どのように理解されるべきか。(§ 10 Rn. 21 以下)
- ・「相互承認原則」とは、何を意味するか。刑事訴追措置へのその適用に際し、どのような問題があるか。(§ 10 Rn. 24 以下)
- ・刑事事件における協力において、相互承認原則は、どの領域でこれまでに具体化されているか。(§ 10 Rn. 28 以下, 36, 37 以下, 41 以下)
- ・欧州勾留に関する枠組決定を具体化するためのドイツ法は、いかなる条件において、ドイツ基本法 16 条 2 項 2 文の行動の自由と適合するか。(§ 10 Rn. 31)
- ・リスボン条約は、相互承認原則の適用にあたり、いかなる変化をもたらしたか。(§ 10 Rn. 45 以下, 53 以下)
- ・情報交換を容易にするために、欧州の範囲でいかなる試みがあり、それはいかなる原理に基づいているか。(§ 10 Rn. 49 以下)
- ・欧州連合は、いかなる条件、いかなる範囲において、加盟国の刑事手続法を調整することができるか。(§ 10 Rn. 53 以下)
- ・加盟国の刑事手続法を欧州化するための試みは、どの程度において存在するか。(§ 10 Rn. 56 以下)
- ・一事不再理原理は、基本的に、異なる欧州連合加盟国での複数の有罪判決の関係においても適用されるか。(§ 10 Rn. 65)
- ・欧州基本権憲章 50 条とシェンゲン実施協定 54 条は、その保障範囲において相互に異なるか。(§ 10 Rn. 70)

- ・ 欧州人権裁判所は、シェンゲン実施協定 54 条の解釈にあたり、いかなる衡量に基づいて判断しているか。(§ 10 Rn. 79)
- ・ シェンゲン実施協定 54 条で使用される犯行概念は、どのように理解されるべきか。(§ 10 Rn. 79)
- ・ ある加盟国で執行猶予のため停止される自由刑は、なぜ他の欧州連合国での当該事件の新たな審判を妨げるのか。(§ 10 Rn. 81)
- ・ 欧州連合法による広い刑罰権消滅は、ある加盟国で下された有罪判決が恩赦によってもはや執行できなくなった場合にも生ずるか。(§ 10 Rn. 83)

(加藤克佳＝辻本典央＝佐川友佳子＝金子 博 [共訳])

§ 11 欧州人権条約

1 欧州刑法 (広義) の本質的な部分は、多数の、欧州理事会による実体刑法上ないし刑事訴訟法上の性格の取り決めによって形成されている¹。その際、特に重要であるのは、この取決めの 1 つである欧州人権条約 (EMRK) と、その点に関する欧州人権裁判所 (EGMR) の裁判例である。国際法上の協定 (これには、欧州理事会のメンバーのみが関与でき、また欧州連合も関与できるようになっている²) として、それらは、この 10 年ほどの間に、国内刑事法システムに大きな影響を与えるようになった。前述のとおり、欧州人権条約と欧州人権裁判所によるその解釈は、欧州連合にとっても (欧州連合ルールが国内ルールに優先するという意味 = „ordre public“³ で) 重要である (§ 8 Rn. 5, § 10 Rn. 56 を見よ)。改正条約によって広く法的拘束力に持つに至った欧州連合基本権憲章 [以下「(欧州) 基本権憲章」という] の解釈 (§ 10 Rn. 69 を見よ) も、この点を志向する。

I. 欧州理事会 (Europarat)

2 欧州共同体および欧州連合よりも以前から、欧州理事会は、国際刑法の問題に取り組んできた。1949 年 5 月 5 日に純粹の国際機関として設立された欧州理事会 (欧州連合の最高決定機関である「欧州首脳理事会」(欧州連合設立条約 4 条参照) と取り違えてはならない) は、現在、欧州の包括的な国際統合機関である⁴。その設立時から今日に至るまで、加盟

1 すべての欧州理事会協定の概観 (ドイツ語の公定訳) は、次の URL で閲覧することができる。 <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/v3DefaultGER.asp> (2013 年 3 月現在)。

2 いわゆる閉鎖的条約である。欧州人権条約 59 条を参照。

3 Meyer, Charta, Art. 2 Rn. 3 より、そのように表現される。

4 現在は 47 人のメンバーで、そこには全 27 の欧州連合構成国とトルコが含まれる。現在のメンバーおよび批准状況は、次の URL で閲覧することができる。 <http://www.coe.int/aboutCoe/index.asp?page=47paysleurope&l=de> (2013 年 3 月現在)。欧州理事会の欧州連合への加盟およびその関係について詳細は、Mader, AVR 2011, 435, 448 ff. を見よ。

国（構成国）の共通の基盤となっているのは、法治国家性を義務づけるということであり、それは、欧州理事会規約（EuRat）⁵ 3 条 1 項にも明示されている。

1. 国際機関としての欧州理事会

3 欧州理事会の組織は、その国際機関としての性質を反映している。ここでは、加盟国の代表が、国際法上の主体として登場する。多くの場合個人の権利が問題になるとはいっても、個人は、その（所属している）国家からその地位を「剥奪されている（mediatisieret）」⁶。つまり、個人には、権利と義務を持った独立の法的地位が認められない。このことは、国家間の取決めとしての伝統的な国際法上の視点に合致する⁶。

4 閣僚委員会（Ministerkomitee）⁷ は、欧州理事会の決定機関である。そこでは、加盟国の外務大臣ないしその代理が集まり、協定のような措置を審査すること、欧州理事会のあらゆる組織的な問題を検討すること、欧州人権条約の判決の維持および遂行を監視すること（欧州人権条約 46 条、欧州人権裁判所手続規則 43 条 3 項 3 文）を行っている（欧州理事会規約 13 条ないし 21 条）⁸。国際法上の慣習によって、（誤解を招く呼び方であるが）加盟国への「勧告」を含むために（欧州理事会規約 15b 条）、特別な拘束力を有する決定に関しては、全員一致が必要である。

評議委員会として活動するのは、**議員集会**（Parlamentarische Versammlung）である（欧州理事会規約 22 条ないし 35 条）。その 318 人のメンバーは、各国の政府から選抜・任命される。大国（ロシア、フランス、イタリア、イギリス、ドイツ）は、各 18 票を持つが、小国は、2 名の全権使節を持つ。

5 Sartorius II Nr. 110. 次の URL で閲覧することができる。http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/001.htm（2013 年 3 月現在）。

6 *Epping*, in: Ipsen, Völkerrecht, § 7 Rn. 1 ff. 参照。

7 加盟国側での考える制裁には、代表権の暫定的剥奪と脱退勧告を含む。

8 Sartorius II Nr. 137.

5 閣僚委員会や議員集会の活動を支える事務局 (Sekretariat) は、欧州理事会規約 10 条の意味での機関ではない。また、欧州の自治体および地域の会議 (地方自治体会議, 各地方自治の利益を代表する評議機関である) と、議員集会より選抜される事務局長も、挙げておかなければならない。

欧州理事会の協定によって創設される各委員会は、欧州理事会の機関ではなく、協定ごとの機関であることに注意が必要である。例えば、欧州人権裁判所は、欧州人権条約の機関であり、反拷問委員会は、反拷問協定の組織である。

欧州理事会の活動は、とりわけ協約の提案や仕上げを行い、すべて国際法上の法的文書であることを勧告することにある。それらは、そのようなものとして、各加盟国によって同意されなければならない、その批准により初めて国内上の拘束力を持つ。

2. 刑法上重要な欧州理事会の活動

6 欧州理事会の活動の重点として、刑事訴追の領域における加盟国間の協働の改善がある。例えば、犯罪問題に関する欧州委員会 (CDPC) は、1957 年に閣僚委員会によって設立され、刑法上重要なすべての活動の協働に関して管轄を持つ。この活動は、従来⁹、100 を超える決議文と勧奨に見られる。CDPC の後援のもとで決議された多くの取決めも、同様である。例えば、欧州犯人移送協定 (1957 年) や、刑事事件における司法互助に関する欧州協定 (1959 年) などである。この文脈では、当然のことながら、欧州人権条約が最も重要であり、最も注目を浴びている。

9 2010 年 2 月 12 日までの状況。現在の状況は、次の URL で閲覧することできる。http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDPC/default_en.asp (2013 年 3 月現在)。

II. 欧州人権条約 (EMRK)

7 伝統的な国際法は、主権国家間の協調を図るための法であり、自国民の取扱いはそのから除外されていた。つまり、各国家間に「限定された領域 (domaine réservé)」であった¹⁰。1948 年 12 月 10 日の国際連合総会による「人権の一般的表明」の可決は、この観点で、基本的な変革を示すものである。もとより、国連宣言は、まだ (拘束力のない) 純粋な目標表明であったのに対して¹¹、1950 年 11 月 4 日にローマで可決された欧州人権条約は、これによって多国間の国際法上の条約を設立するものであった。これは、人権法の一般的表明を欧州において法的に拘束力のある形で具体化したものである¹²。

欧州人権条約は、1953 年 9 月 3 日に、10 の加盟国が批准したことによって発効した¹³。それは、欧州理事会加盟国の独自の条約である。しかし、以下のような密接な関連があり、現在でもそれは続いている。欧州人権条約は、従来、欧州理事会の加盟国のみにより署名されるものであった。他方で、欧州人権条約への署名は、欧州理事会へ参加するための条件でもあった。そのため、今日では、欧州理事会の全 47 の加盟国が欧州人権条約にも加盟している¹⁴。ロシア議会が第 14 付帯事項を批准したことによって、欧州理事会の加盟国とならんで、欧州連合も、条約により欧州人権条約の構成員となることができるようになった¹⁵。

10 L/R-Eser, Einf. MRK Rn. 4 ff.

11 L/R-Eser, Einf. MRK Rn. 12.

12 依然として解明されていない問題として、人権は、その「国際関係の事柄」としての平穏保全機能のためにどの程度まで国内的に保護される領域から引き離されるか、について、L/R-Gollwitzer, 25. Aufl., Einf. MRK Rn. 5 Fn. 14 (文献付き) を見よ。

13 ドイツは、1952 年 8 月 7 日法律 (BGBl. II, S. 685, berichtet S. 953) によって批准した。

14 Ambos, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 6. しかし、任意的議定書である付帯議定書 (第 11 および第 14 付帯議定書を除く) は別である。

15 この点について詳細は、§ 11 Rn. 14 ff.

1. 多様な法秩序における欧州人権条約

8 欧州人権条約は、国際法上の条約として、様々な国内法秩序において、(国内法が国際法上の条約を国内的にどのように位置づけているかによって) 異なる位置づけがなされている。

a) 出発点としての有利性原則 (Günstigkeitsprinzip)

9 もっとも、欧州人権条約 53 条が示す通り、欧州人権条約により設定された基準は、加盟国で承認されるべき基本権の最低基準として妥当するにすぎない。この有利性原則により、欧州人権条約は、(その位置づけにかかわらず) 欧州人権条約の基本権の水準を上回る、国内的に (または別の国際法上の条約において) 承認された権利と、最初から矛盾しない¹⁶。

b) 国内法 (特にドイツ法) にとっての意義

10 条約加盟国にとって、欧州人権条約の直接的な義務づけ作用は、各国はその主権下に置かれた者に条約に基づく権利を保障しなければならない、ということの意味する¹⁷。条約に定められた保障をさらに国内法に書き直すことは、必要ない¹⁸。もっとも、欧州人権条約は—— 国際法上の条約として—— 具体化に際しての国内的な形式と、それに伴う国内規定における位置づけについて、各署名国に委ねている¹⁹。これによって、加盟国における欧州人権条約の法的位置づけは、極めて多様なものとなっている。

11 オランダ、ルクセンブルク、ベルギー、スイスは、国際法と国内法とで統一の法システムを形成しており (いわゆる一元論)、両者に対立が生じた場合には国際法が優先されることになっている。これによると、欧州人権条約は、結果として、国内憲法に優先することになる。一元論を追求

16 Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 53 Rn. 2.

17 国境を越えた公権力行使の場合の欧州人権条約の適用可能性について, Esser/Fischer, JR 2010, 514 f. 参照。

18 Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 28.

19 BVerfGE 111, 307, 316 f; Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 16.

するオーストリアでは、条約に憲法上の地位が与えられている。フランスやスペインなどいくつかの国では、条約に憲法と制定法との間の「中間的な地位」が与えられている²⁰。

12 ドイツでは、序列問題について、確かに、解釈論として問題がないわけではない。もっとも、基本法に目を向けると、憲法と制定法との間の中間的位置づけ、あるいは制定法上の資格が与えられるにすぎない。しかし、ドイツ基本法 25 条によると、中間的な位置づけとされるためには、条約で認められた権利が単に既存の国際法ルールの修正にすぎず、すでに国際慣習法となっていることが条件となる²¹。この点は、当然ながら否定される。したがって、現在のところ、(ドイツ基本法 59 条 2 項により、国際法上の条約について一般的に定めるように) 制定法上の位置づけが残されているだけである。国際法上の条約は、規範構造において変換法 (Transformationsgesetz) の位置づけを与えられるからである²²。この規範により、欧州人権条約は、立法によって²³ドイツの法秩序に取り込まれ、その結果、それは単なる連邦法の地位に位置づけられるにすぎなかった²⁴。

13 この位置づけは、この点で「制定法優先」原則が妥当するという結論に至る。したがって、内容的に矛盾するかつての法は、確かに、欧州人権条約によって排除された。しかし、それに従うならば、後に制定された、欧州人権条約と矛盾する法律は、「後法優先主義」によって欧州人権条約に優先するはずであり、条約の内容はドイツ法において相対化できてしまうこととなろう²⁵。しかし、このような危険は、およそ理論的なものにす

20 詳細は, *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 2; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 3 Rn. 3 ff.

21 この点について, L/R-*Eser*, Einf. MRK Rn. 171 Fn. 171 に挙げられた文献を参照。加えて, *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einleitung Rn. 33 も見よ。

22 *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn. 447; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 2.

23 1952 年 8 月 7 日法律 (BGBl. II, S. 685, berichtigt S. 953)。

24 BVerfGE 111, 307, 316 f. 規程体系上の高い位置づけに関して, *Sternberg*, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, 1999, S. 231.

25 *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 2 (文献付き)。

ぎない²⁶。なぜなら、欧州人権条約は制定法上の位置づけにとどまるとされているにもかかわらず、憲法裁判所は、条約に、ドイツの規定構造において特別の意義を認めているからである。すべてのドイツ法は、(国際法を損なわない解釈の原理の発露として) 欧州人権条約に照らして解釈されなければならないとする。すなわち、解釈や裁量の余地がある場合には、条約に適合した結果をもたらす解釈が優先されるべきこととなる²⁷。第1に、これは、すべての制定法優先原則を対象とする。したがって、欧州人権条約保障を後続の連邦法で交代させることは、あまり重要な問題ではない。しかし、第2に、欧州人権条約に適合した解釈の原則は、基本権および憲法自体に関しても承認される。

「条約の文言は、憲法レベルでの解釈原理として、基本権の内容と射程範囲および基本法の法治国家原則の決定に関しても奉仕する。ただし、これが基本法による基本権保護の制限または減小をもたらさない限りにおいてである(そのことは、条約自身が否定するところである。53条参照)。」²⁸

基本法と欧州人権条約基準との型どおりの摺合せは必要なく、むしろ、国際法違反を回避するためには、それが方法論として支持可能であり、基本法にも適合するという限りで、条約の価値が考慮されなければならない。連邦憲法裁判所は、その近時の判例において、欧州人権裁判所の裁判(連邦憲法裁判所の裁判に比べて事実状況および法律状況を相当に変更した)は法的に重要であり、これによって連邦憲法裁判所の裁判の確定力を打ち破るものであると、認めている。このことからの帰結として、連邦憲法裁判所への新たな憲法抗告(憲法異議)が可能となる²⁹。

26 *Peters/Altewicker*, EMRK, § 1 Rn. 7.

27 この点について, *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einleitung Rn. 33; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 2. 連合法に適合した解釈に際しての同一方向の(平行した)方法にも注意せよ(前掲 § 9 Rn. 89 ff.).

28 BVerfGE 111, 307, 317.

29 保安監置の事案においてそのように判断されている。BVerfG v. 4.5.2011-2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, 2

憲法裁判所における法的保護の観点から、このことは、憲法抗告を協定違反に直接基づかせることはできないという意味を持つ。条約は、あくまで制定法としての位置づけにとどまるからである³⁰。しかし、国内裁判所が全く（または不十分にしか）条約の規定および欧州人権裁判所によるその解釈を考慮しなかったときは、条約に適合した解釈を行う義務の違反がある。その場合、憲法抗告（基本権および法治国家原理の違反を主張）を通じて、憲法裁判所への出訴の道が開かれる³¹。

c) 欧州連合法に対する欧州人権条約の意義

aa) 欧州連合の欧州人権条約への関与

14 すべての欧州連合加盟国は、欧州人権条約の加盟国として、その保障に直接的に拘束される。欧州連合自身は、従来、特に法的理由から、欧州人権条約に関与することができなかつたし、現在も関与することができない³²。もっとも、2009年12月と2010年1月に、2つの本質的な障害が取り除かれた。欧州連合サイドでは、リスボン条約によって、欧州人権条約に関与する法的機会が明示的に創設されただけでなく、欧州連合がそれを義務づけられることにもなった（設立条約新6条2項）。2010年1月15日にロシア議会在第14付帯議定書を批准したことによって、現在、欧州連合も、基本的に欧州人権条約に参加できるようになった。

従来、欧州人権条約への参加が可能であるのは、その59条1項1文により、欧州理事会の加盟国のみであった。他方、欧州理事会は、その定款の4条により、国家のみが参加することができる。現在、欧州人権条約の第14付帯議定書において、欧州人権条約59条に2項を付け加えることが定められた。同項は、「欧州連合は、……この条約に参加すること」がで

BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10。この点について *Grabenwarter*, EuGRZ 2012, 507 ff. も参照。欧州人権裁判所と連邦憲法裁判所との関係について, *Kirchhof*, NJW 2011, 3681 ff. も参照。

30 *Roller*, DRiZ 2004, 337 およびそこで挙げられた裁判例を見よ。

31 BVerfGE 111, 307, 316; *Roller*, DRiZ 2004, 337.

32 EuGHE 1996, I-1759—Gutachten 2/94.

きと定めている。

もっとも、第 14 付帯議定書が発効された後も、また別の障害を克服しなければならない。さしあたり、従来の条約加盟国と欧州連合との間で、参加条約が締結されなければならない。

この間、欧州理事会閣僚委員会に対し、非公式グループ (CDDH-UE) から、「欧州連合が人権および基本的自由の保護に向けた条約へ参加することに関する協定」の草案が提出された。これによると、欧州連合は、欧州人権条約だけでなく、第 1 及び第 6 付帯議定書へも参加するべきものとされ、また、その他の議定書に関する参加の立場も示されている。

欧州人権条約自体において、例えば、欧州人権裁判所と欧州連合裁判所との関係³³、欧州連合裁判官の欧州人権条約システムへの取込みや、欧州連合に対する条約加盟国の国家による不服申立ての容認は、欧州人権条約それ自体の新たな改正を必要とする³⁴。リスボン条約自体も、欧州連合に対して、運営条約 218 条において、参加条約の締結を考慮して複雑な手続を課している。運営条約 218 条 6 項によると、欧州理事会が、参加条約締結に関する議決を下さなければならない。運営条約 218 条 6 項 a) ii) により、一方で、あらかじめ欧州議会の同意を必要とする。他方で、欧州理事会は、—— さらに厳しく —— 運営条約 218 条 8 項により、参加条約に関する取決めに全員一致で決議しなければならない、そのうえ、その決議はすべての加盟国による批准で初めて発効するのである。そして、欧州人権条約は、国際法上の条約として、諸条約および欧州連合基本権憲章の下位に、しかし、二次法を通じて直接に連合の法秩序に取り込まれることとなる³⁵。

33 実践的帰結について、欧州裁判所の回答書も見よ。次の URL で閲覧することができる。http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_de.pdf (2013 年 3 月現在)。

34 Mader, AVR 2011, 435, 440 ff.; *Pache/Rösch*, EuR 2009, 769, 781.

35 Calliess/Ruffert-Schmalenbach, Art. 218 AEUV Rn. 22 ならびに 3. Aufl. Art. 300 EGV Rn. 82 (文献付き)。異なる見解を主張するものとして、Nettesheim, EuR 2006, 762 は、国際法規定および欧州人権条約も副次法に位

このような一次法と二次法との間への位置づけは、すでに運営条約の体系から示される。一方で、運営条約 216 条 2 項により、連合より決議された協定は、その機関および加盟国を拘束し、他方で、同 218 条 11 項により、加盟国、欧州議会、欧州首脳理事会、委員会は、条約締結手続の範囲で、批准前に、予定される協定と条約との適合性について裁判所の見解を求める機会を持つ³⁶。

欧州連合がいつ欧州人権条約へ参加するのかは、現在のところまだ不明である。そのような状況にもかかわらず、欧州人権条約は、欧州連合にとって、すでに現在でも、以下のような過程において意義を持つ。

bb) 欧州連合基本権憲章と欧州連合設立条約 6 条 3 項

15 欧州人権条約および欧州人権裁判所の裁判例は、リスボン条約発効以来、欧州連合にとって少なくとも、すでに発効している欧州基本権憲章を通じて間接的に拘束力を持つ。設立条約 6 条 1 項により、基本権憲章（それ自体は設立条約の一部ではない）は、条約と同等に扱われ、欧州連合を拘束するものである。基本権憲章 51 条に定められた適用範囲に基づき、憲章は、連合の機関や施設にも、また連合法を施行する場合には加盟国にも適用される。憲章の前文は、欧州人権条約および欧州人権裁判所の判例を参照している。基本権憲章 52 条 3 項は、「関連性条項」を定めているが、これにより、憲章の権利は、欧州人権条約の保障と「同様の意義と射程」を持つこととされている。

16 加えて、設立条約 6 条 3 項は、（同旧 6 条 2 項と同様に）欧州人権条約の基本権は「連合法の一般法原則」として承認されることが定められている。これは、結果的に、以前から欧州司法裁判所が適用してきた手法（「価値的な法比較」）の方法で、加盟国を拘束する欧州人権条約をその法源

置づけられるべき国際法上の契約と概念づけているが、対立する内部的連合法に対する修正力を備えるという。

36 A. Huber, Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, S. 117 参照。

として援用すること)に合致する³⁷。

cc) 欧州司法裁判所と欧州人権裁判所との関係

17 このような(間接的な)方法で、欧州人権条約は、一義的には、欧州連合法適用にあたっての正真正銘の欧州連合機関の行為に意義を持つ。もっとも、この状況(欧州連合が欧州人権条約に参加しない限り)において欧州人権条約保障の解釈に欧州司法裁判所のみがかかわるため、司法判断が相違するという危険が存在することは、問題である。しかし、従来、欧州人権裁判所と欧州司法裁判所は、その各々の裁判実務において、欧州人権条約の解釈にあたって広く一致させるよう試みてきた、という点は確認しておかなければならない³⁸。

18 また、おそらく欧州連合が欧州人権条約に参加する条約によって初めて、従来は少なくとも形式的に存在していた、欧州人権裁判所による基本権保護と欧州司法裁判所による場合との管轄問題(加盟国の国家機関が欧州連合法を適用するという限りにおいて)³⁹は、終局的に解消されることになるであろう。[ただし、]次の点が問題となる。欧州連合機関と同じく国家機関も、欧州連合法を適用する場合、欧州連合法の基本権(基本権憲章 51 条も参照)および欧州人権条約保障に拘束される。その場合、この国家機関による行為の基本権適合性審査については、欧州司法裁判所が管轄を持つ。しかし、同裁判所は、欧州人権条約に直接的に拘束される加盟国の機関としても活動するものであることから、欧州人権裁判所がこの状況において最終的に管轄を有し、それに応じて国内機関による連合法の適用・執行を欧州人権条約の基準に照らして審査することができるのか、

37 *Glauben*, DRiZ 2004, 129, 131.

38 例として、ここでは、EGMR, „Pellegrin“, v. 8.12.1999, RJD 1999-VIII (Rn. 60-71) および EuGHE 2000, I-1935—Rs. C-7/98 „Krombach“ のみを挙げておく。これらの裁判例では、欧州人権裁判所は欧州司法裁判所の裁判例を援用し、またその逆に、欧州司法裁判所が欧州人権裁判所の裁判例を援用している。

39 *Glauben*, DRiZ 2004, 129, 131.

という問題である⁴⁰。欧州人権裁判所の近時の判例により、この問題は（実践的な形で）解決された。確かに、加盟国は、国際条約上の義務（ここでは、運営条約、設立条約による）を履行していた場合でも、その機関の行為について、欧州人権条約の遵守に関して責任を負う。欧州人権条約1条によると、条約加盟国は、自身の主権下にある人に対して、条約により保護される権利および自由に対するあらゆる侵害について責任を負わなければならない⁴¹。

もっとも、「国家の行為は、国際組織の範囲におけるその義務の履行において、組織が基本権を保護し、この保護が少なくとも欧州人権条約のそれと「同等」（すなわち「同一」ではなく、「匹敵する」）である場合には、正当化される。この場合、国家は欧州人権条約の要請に反していない、という推定が成り立つ。そのような推定は、選択された基本権保護が明らかに不十分である場合に、覆される」⁴²。

その際、欧州人権裁判所は、連合法における基本権保護を「同等」とみている。そのようにして形成された2つの欧州の裁判所の関係（欧州連合裁判所に対する憲法裁判所の立場として「その限りでの判例（Solange-Rechtsprechung）」⁴³ というものであることを想起してみよ）は、実践的にはおよそ問題を生じないことを推測させる。

2. 加盟国および欧州人権裁判所による欧州人権条約の解釈

19 欧州人権条約の解釈は、国内の法適用者に、難しい問題を提起するものではない。国際法上の条約に適用されるべき解釈原則は、条約法に関す

40 この点について一般的に、ならびに、人権委員会と欧州人権裁判所の裁判例の展開について、*Peters/Altwickler*, EMRK, § 4 Rn. 4.

41 EGMR, „Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi?./ .Ireland“, v. 30.6.2005, NJW 2006, 200.

42 EGMR, „Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi?./ .Ireland“, v. 30.6.2005, NJW 2006, 197 (LS 7).

43 BVerfG NJW 1987, 577.

るウィーン条約 31 条⁴⁴)に (もしくは、同様の国際慣習法として) 定められている。それによると、文言、目標・目的、体系が、重要な解釈原理となる。歴史的解釈は、補足的かつ下位的な役割しか持たない (条約法に関するウィーン条約 32 条参照)。文言が重要となる限りでは、正式の言語表現しか援用することができない。欧州人権条約の場合、その議決規程によると、英語版とフランス語版のみである⁴⁵。運営条約および設立条約の解釈と同様に、ここでも、条約の目的を考慮することが中心となる (条約法に関するウィーン条約 31 条 1 項)。

さらに、最大限の人権保護や統一的な最低水準の作出という目標を持った統一的な解釈は、困難となっている。なぜなら、欧州人権裁判所がその判決の中で欧州人権条約を「生きた制度 (living instrument)」と呼び、その解釈は経済的、社会的、倫理的事情の変化を考慮しなければならないとしたからである。最後に、欧州人権裁判所は、その条約を独自に解釈するのであり、国内の法秩序に依拠して解釈するのではない。その法秩序による概念の理解は、1 つの手掛かりにすぎず、このようにして、加盟国が国内法を通じて条約の保障内容を [勝手に] 操作することを阻止するのである⁴⁶。

3. 刑事 (手続) 法上の保障

a) 欧州人権条約の保障に関する総論

aa) 補充的な基本権保護

20 欧州人権条約の法的保護システムは、同 13 条および 35 条に示されるように、補充的な性質しか持たない。国内の裁判所および機関が、欧州人権条約により認められた権利の保障に際して優先権を持つ。したがって、共同システムとなっている⁴⁷。欧州人権条約が補充的な基本権保護のみを

44 条約法に関するウィーン条約。Sartorius II Nr. 320.

45 Gless, Int. Strafrecht, Rn. 53.

46 Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 37, 44.

47 Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 36, Art. 35 Rn. 7.

保障しているということは、以下の4つの帰結を伴う⁴⁸：

- 実体的観点において、有利性原則が妥当する（欧州人権条約 53 条）。これによると、欧州人権条約による保障は、最低基準でしかなく、それを上回る国内の保障を制限することはない（§ 11 Rn. 9 参照）。
- 訴訟上の観点においては、国内上の提訴ができなくなった後に初めて、欧州人権裁判所の管轄となる（欧州人権条約 35 条 1 項）。
- 国内の機関は、広い評価裁量を認められる。これにより、国家主権の尊重が表されている。
- 欧州人権裁判所は、その裁判において謙抑的である。申立てのうちで条約違反の認定を受けるのは、わずか5%程度にとどまっている。

21 そこから重要な帰結が導かれる。第1に、欧州人権条約の補充性からは、欧州人権裁判所の審査基準が抑制的であることが導かれる。同裁判所は、国内裁判所による国内法の具体的適用も事実認定も審査しない。欧州人権裁判所は、この点で、「超上告審」として活動するのではない⁴⁹。それと異なるのは、手続対象となる欧州人権条約規定がその条件において自ら国内法を参照している場合のみである。

例：「法律上定められた方法」ならびに「適法な自由剥奪」（欧州人権条約 5 条 1 項）がある。

22 第2に、欧州人権条約に対する実際の違反の帰結としての被害者のその属性は、事後的に消滅しうる。すなわち、欧州人権条約執行における国内機関および裁判所の優先は、すでに生じた条約違反に対する賠償問題も含む⁵⁰。したがって、国内レベルでの欧州人権条約違反の事後的な補償は、欧州人権裁判所にとって、欧州人権条約 34 条の意味での被害者としての属性が失われるということを帰結する。それでもなお個人から不服が申し立てられた場合、それは初めから不許容である。当初は申立てが許容され

48 *Peters/Altwickler*, EMRK, § 2 Rn. 2 ff. を見よ。

49 EGMR, „Garcia Ruiz?./.?Spanien“, v. 21.1.1999, RJD 1999-I (Rn. 28).

50 EGMR, „Gäfigen?./.?Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 699, 700 (Rn. 76).

る場合も、事後的に補償された場合には不許容となり⁵¹、また、許容性について先行する裁判が行われる事案では理由なしとなる。それゆえ、抗告申立人はなおも自身が当該条約違反の被害者であると主張できるかという問題は、手続のすべての段階で重要となる⁵²。もっとも、そのような条約違反を将来において回避するための一般的な国家の措置は、補償に足るものではなく、むしろ以下2つの条件が重疊的に充足されなければならない。

- 異議の対象とされた国家は、違反を明示に、または違反の事実について承認しなければならない。加えて、
- 異議の対象とされた国家は、条約違反を適切に補償しなければならない⁵³ (その際、賠償の支払いは、副次的な手段にすぎない)⁵⁴。特に、条約違反に関与した人の刑法上の処分が問題となる (§ 11 Rn. 40 参照)。

bb) 権利者と義務者

23 権利者は、第一義的に、加盟国の国家権力の下におかれた人である (欧州人権条約 1 条)。その保障を受けるにあたり、対象者の国籍および居住地は、基本的に重要ではない⁵⁵。法人 (公法上の法人も含めて) も、一定程度の国家への近接性がない限り (例えば、大学や教会)、概念上必然的に自然人のみを対象としたものを除いて、欧州人権条約の保障を援用することができる (匹敵する国内規定に関して、ドイツ基本法 19 条 3 項参照)。これに加えて、他のすべての条約加盟国も、欧州人権条約が構成国相互間での保障履行を義務づけるので、それゆえ国家提訴 (欧州人権条約 33 条) が定められている限りで、権利者となる。

24 義務者は、その都度問題となる行為をした加盟国である (欧州人権条約 1 条参照)。欧州人権条約の保障にかかわる限り、立法権、司法権、執

51 Esser, NStZ 2008, 657, 660 参照。

52 EGMR, „Siliadin ./.. Frankreich“, v. 26.10.2005, RJD 2005-VII (Rn. 61).

53 EGMR, „Eckle ./.. Deutschland“, v. 15.7.1982, Series A, 51 (Rn. 66).

54 Esser, NStZ 2008, 657, 660 の説明を参照。

55 これは、単に移送禁止に際してのみ重要である。第 4 付帯議定書 3 条参照。

行権のすべての公権力がそこに含まれる。その際、条約締結国の責任は、過失の有無にかかわりがない。

25 私人は、欧州人権条約によって、直接に義務づけられるものではない。もっとも、欧州人権条約保障の意義は、加盟国に対する個人の防御権に尽きるわけではない。むしろ、欧州人権条約は、基本法上の基本権と同様、客観的価値秩序も形成する（「憲法的制度」）。そこから、条約加盟国は場合によっては個人による基本権侵害を阻止するための措置を採ることを義務づけられるという意味で、欧州人権条約の間接的な第三者効果が導かれる。しかし、このような保護義務の射程は、まだ解明されておらず、各々対象となる保障にかかわる問題である⁵⁶。いずれにせよ、条約に適した解釈が要請されるという原則により、欧州人権条約の客観的価値秩序の内容は、国内法に影響を与える。

b) 欧州人権条約の刑法上重要な保障とその審査

26 欧州人権条約により保障される権利は、4つの類型に分類される⁵⁷：

- 自由権（欧州人権条約 2 条, 3 条, 8 条, 9 条, 12 条, 第 1 付帯議定書 1 条, 2 条）
- 平等権（欧州人権条約 14 条, 第 7 付帯議定書 5 条ならびに第 12 付帯議定書）
- 政治的権利（欧州人権条約 10 条, 11 条, 第 1 付帯議定書 3 条）
- 司法に関する権利（欧州人権条約 5 条, 6 条）

27 刑法上の文脈において、特に以下の保障が重要であるため、詳細な検討を要する：

56 *Peters/Altewicker*, EMRK, § 2 Rn. 33; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 1 Rn. 10; EGMR, „A. ./ Vereinigtes Königreich“, v. 23.9.1998, RJD 1998-VI (Rn. 22); EGMR, „Verein gegen Tierfabriken ./ Schweiz“, v. 28.6.2001, RJD 2001-VI (Rn. 45, 46).

57 そのように分類するのは、*Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 10; *Peters/Altewicker*, EMRK, § 1 Rn. 15 ff. である。

- 欧州人権条約 2 条 (生存権)
- 欧州人権条約 3 条 (拷問禁止, 屈辱的な刑罰の禁止)
- 欧州人権条約 5 条 2 項ないし 5 項 (身柄を拘束された者の権利)
- 欧州人権条約 6 条 1 項 (公正な手続を求める権利), 6 条 3 項 (一般的な公正裁判の原則の個別的な具体化)
- 欧州人権条約 6 条 2 項 (無罪推定)
- 欧州人権条約 7 条 (法律原則)
- 欧州人権条約 8 条 (私的・家族生活の尊重を求める権利)
- 第 7 付帯議定書 2 条 1 項 (刑事事件における上訴)
- 第 7 付帯事項 4 条 1 項 (「一事不再理」)

28 条約の個別の権利を審査する問題に関して, 防御権と司法上・手続上の保障とを区別することが有益である。

防御権の審査 (刑法上の文脈では, 特に欧州人権条約 2 条 (生存権), 同 5 条 1 項 (自由と安全の権利), および同 8 条 (私的・家族生活の尊重を求める権利)) は, 国内の基本権審査の場合と同様に, 3 つの段階に分けられる⁵⁸ :

- I. **保護領域の開示** : 防御範囲の定義
- II. **侵害** : 条約加盟国に帰属される一定の措置が, 対象となる権利の行使を制限したか?
- III. **正当化** :
 - 1. 一般的制限 : 欧州人権条約 15 条ないし 17 条 (特に緊急事態)
 - 2. 特別的制限 (欧州人権条約 8 条ないし 11 条の各 2 項)
 - 3. 厳密な介入権限がないときの, 保障に内在する制限
 - a) 制限の正当な目的
 - b) 比例性
 - c) 権利の核心の尊重

58 審査の概略について, Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 18 Rn. 1 ff.; Peters/Altewicher, EMRK, § 3 Rn. 1 ff.

欧州人権条約 3 条 [拷問禁止] も、この意味で防御権であるが、同条自体および欧州人権条約 15 条 2 項では無制限であると定められていることから、特別のものと位置づけられる。

これに対して、**司法上・手続上の保障**の審査（刑法上の文脈では、特に欧州人権条約 5 条 2 項、6 条、7 条、第 7 付帯議定書 2 条 1 項および 4 条 1 項）は、各保障の内容に強く左右される。大まかな審査分類としては次の通りである：

- I. **保護範囲の開示：適用範囲の定義**
- II. **国家機関の行為と、条約保障の各々の（詳細な）基準との適合性**
（類型的介入と正当化との例外的な審査）⁵⁹

c) 生存権（欧州人権条約 2 条 1 項）

29 事例 19：美術品泥棒の D は、高価な物品を奪うために、著名な美術品収集家である K の屋敷に侵入した。D は、傑作品を切り取り、巻き取っていたときにちょうど K に発見されたため、その絵を持って逃走した。K は、すぐに拳銃を取り出した。絵が盗まれるのを防ぐために、威嚇射撃をしたが効き目がなく、D に向けて発射するしか手段がなかった。K は、窃盗犯を殺すしか手段がなく、それを「認容」した。実際、K は、D の頭をめがけて発射し、D は即死した。K は、正当防衛（ドイツ刑法 32 条）により正当化されるか（この点については § 11 Rn. 33）。

30 欧州人権条約 2 条 1 項の保護範囲には、生存しているすべての人の生命が含まれる。さらに、まだ生まれていない生命も本規定の適用範囲に含まれるかは、問題である。それを支持する根拠として、特に、英語の広い文言（„everyone“）が挙げられる。そこから国内の堕胎罪規定との抵触が生じる可能性があるが、欧州人権裁判所は、加盟国に対し生命開始時点を定義することの評価裁量を認めることによって、この問題を解決してい

59 例えば、欧州人権条約 6 条 1 項（裁判所へのアクセス）の場合である。
Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 18 Rn. 31 を見よ。

る⁶⁰。欧州人権条約 2 条 1 項は、加盟国に対し、人の故意の殺人を禁止するだけでなく、積極的な保護義務も定めている。したがって、加盟国は、自身の主権下にある市民の生命を保護するための積極的な措置を採ることも、義務づけられる。この義務は、生命という保護されるべき利益への攻撃を阻止するための法律上の範囲条件を設定することと、そのような規定に対する違反を防止および処罰するための司法・行政制度の創設を含む⁶¹。国家の保護義務は、第三者の犯罪を阻止するという観点で、国家機関が、特定の人が第三者の犯罪により脅かされていることを知りながら、または知るべきであったにもかかわらず、その権限内にあり、合理的に期待できる措置を採らなかったという場合に限り、違反されたこととなる⁶²。その人が国家権力の支配領域に置かれている場合（例えば、被拘禁者が傷害し、または行方不明となった場合）には、より重い保護義務が課せられる⁶³。

生命の保護は、人が死亡するまで及ぶが、欧州人権条約 2 条 1 項からは、「尊厳ある死」を求める権利、つまり生命を終わらせることの（消極的な）自由は導き出されない⁶⁴。もっとも、ドイツのように国が自殺およびそれへの関与を不可罰としていることが欧州人権条約 2 条 1 項の保護義務に適合するかという問題について、欧州人権裁判所は、これまでにまだ判断していない。しかし、これと対立する判断（自殺関与の処罰）は、条約に適合すると評価されている⁶⁵。介入として、国家によるすべての殺人行為は、

60 EGMR, „Vo ./.. Frankreich“, GrK v. 8.7.2004, RJD 2004-VIII (Rn. 81, 82).

61 EGMR, „Usta u.a. ./.. Türkei“, v. 7.7.2008, 57084/00 (Rn. 45); EGMR, „Rantsev ./.. Zypern und Russland“, v. 07.01.2010, NJW 2010, 3003 (Rn. 218), vgl. auch EGMR „Giuliani und Gaggio ./.. Italien“, v. 24.03.2011, NVwZ 2011, 1441 (Rn. 298 ff).

62 EGMR, „Rantsev ./.. Zypern und Russland“, v. 07.01.2010, NJW 2010, 3003 (Rn. 219).

63 EGMR, „ER u.a. ./.. Türkei“, v. 31.07.2012, 23016/04 (Rn. 66 ff.).

64 EGMR, „Pretty ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 29.04.2002, RJD 2002-III (Rn. 40).

65 EGMR, „Pretty ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 29.04.2002, RJD 2002-III (Rn. 41).

その目的いかにかわらず、**侵害 (Eingriff)** に当たる。したがって、意図的でない殺害も、侵害にあたる⁶⁶。欧州人権条約 2 条に実践的な意義を与えるため、欧州人権裁判所の確立した判例によると、当然ながら、「対象者」の家族も、欧州人権条約 2 条の違反を主張することができる⁶⁷。

31 欧州人権条約 2 条 1 項 2 文は、死刑判決の執行に関して、特別の**制限**を定めている。すべての構成国による第 6 付帯議定書の批准により、死刑執行は、戦時下においてしか正当化されないものであったが⁶⁸、この正当化も、各加盟国が第 13 付帯議定書（死刑の絶対的禁止）を批准するまでのことであった。

32 欧州人権条約 2 条 2 項による制限は、3 つの場合に殺害を正当化する。すなわち、違法な暴力に対して防衛する場合（a 号）、適法に拘束するため、または逃走を防ぐためである場合（b 号）、暴動や反乱を適切に鎮圧する場合（c 号）である。上記 3 つの場合、国内法上の根拠が必要であり（「適法である」）、比例性の限界（「絶対的に必要である」）を常に遵守しなければならない⁶⁹。

33 事例 19 において、そもそも欧州人権条約 2 条 2 項は関係するかが問題となる。なぜなら、一見すると、「通常の」正当防衛事例であり、ドイツ刑法 32 条の規定が適用されるからである。正当防衛の状況は存在した。すなわち、その発砲は場合によっては死に至るものでもあるが、唯一残された防衛手段として必要であったのである。一般的な比例性審査は適用されないから、死亡の効果を持つ発砲は、（純粋なドイツの理解によると）ドイツ刑法 32 条 1 項の意味で、価値のある物品を守るためにも必要であろう⁷⁰。これによると、K は、正当防衛によってその行為が正当化される。

66 そのような見解として、Ambos, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 75; Eisele, JA 2000, 424, 428 もある。異なる見解として、例えば Roxin, AT I, § 15 Rn. 78 がある。

67 Meyer-Ladewig, NVwZ 2009, 1531, 1532.

68 第 6 付帯議定書（すべての加盟国から批准されている）は、平和時の死刑を廃止している。

69 EGMR, „Salman ./ Türkeri“, GrK v. 27.6.2000, RJD 2000-VII (Rn. 98).

70 BGH NStZ 2003, 425; Wessels/Beulke, Rn. 340, 343 だけは見よ。

欧州人権条約 2 条 2 項 a 号に関して、一部で、この規定は人（「何人も」）への暴力に対して防御するためにのみ故意の殺害を認めるものである、と解釈されている。また、この制限は、私人間にも直接適用されるといわれる⁷¹。これに対し、おそらく通説的な見解⁷²は、欧州人権条約 2 条 2 項は国家と市民との関係にのみ適用されると解している。これによると、私人間では、国内の正当防衛規定のみが適用される。[しかし、] 双方とも、その出発点の一般性において、説得的ではない。一方で、欧州人権条約は私人に対して直接の効果を持たないという点は、正しい。他方で、正当防衛の制限を（基本的に考えられる）欧州人権条約 2 条 2 項 a 号の間接的な第三者効果（§ 11 Rn. 25）によって基礎づけることも、初めから排除されるものでもない。この点に関して、国家は、個人の生命を保護するために、欧州人権条約 2 条 2 項 a 号の範囲を守る（財産的価値を保護するための死に至る正当防衛は許さないという形で）ように正当防衛規定を解釈することを、義務づけられる⁷³。もっとも、欧州人権条約 2 条 2 項 a 号から——条約の客観的価値秩序の表れとして——許される正当防衛の範囲に関する意味内容を、公権力に関してだけでなく、（同様に）⁷⁴ 私人関係においても読み取ることができるかどうかは、疑わしい。

しかし、この見解に従ったとしても、さらに、欧州人権条約 2 条 2 項の意味で「故意の」（意図的な）殺害とは、目的ないし直接的故意を持った場合に限られるのか、あるいは（正当防衛状況ではたいていそうであるが）未必の故意で足りるのかは、説明を要する⁷⁵。欧州人権条約 2 条 2 項の適

71 *Frister*, GA 1985, 553, 564 f.; *Koriath*, in: *Ranieri* (Hrsg.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaften*, 2002, S. 47 を見よ。

72 そのような見解として、例えば *Eisele*, JA 2000, 428, 428; *Jescheck/Weigend*, § 32 V; *Fischer*, § 32 StGB Rn. 40; *S/S-Lenckner/Perron*, § 32 StGB Rn. 62; *MK-Erb*, § 32 StGB Rn. 13 ff.

73 相応する事例（欧州人権条約 3 条に関する）について、EGMR, „A. ./ Vereinigtes Königreich“, v. 23.9.1998, RJD 1998-VI (Rn. 22) を見よ。

74 （条件に適合した解釈に際しての）私的領域における異なった基準に賛成するものとして、例えば *MK-Erb*, § 32 StGB Rn. 18 がある。

75 この点について、*Ambos*, *Int. Strafrecht*, § 10 Rn. 75（文献付き）を見よ。

用範囲が直接的故意の第1段階ないし第2段階にある殺人に限定されるならば⁷⁶、**事例 19**では、正当防衛の制限はおよそ問題とならない。なぜなら、Kには未必の故意しかなかったからである。

34 これに対し、警察法における救助を目的とした発砲は、(少なくとも直接故意の第2段階にある) 国家の殺害行為であり、問題なく欧州人権条約2条2項a号が適用され、欧州人権裁判所の厳格な基準に照らして判断されることとなる⁷⁷。

d) 拷問の禁止、屈辱的な刑罰の禁止 (欧州人権条約3条)

aa) 保護範囲の決定と絶対的な拷問禁止

35 欧州人権条約3条は、第1に、非人道的・屈辱的な取扱いまたは刑罰を、第2に、—— 切実な権利侵害として —— 拷問を、**保護範囲への侵害**と定めている。

非人道的な取扱いは、人に対して故意に恐怖や屈辱の感情を呼び起こす重大な身体的または精神的苦痛が与えられた場合に、認められる⁷⁸。これに対し、より軽微な欧州人権条約3条違反は、「単なる」屈辱的な取扱い⁷⁹ないし刑罰であるにすぎない。この類型は、苦痛ではなく、屈辱を与えることによって特徴づけられる。つまり、当事者の屈辱感に向けられた、一定程度の重さを持った行為であることが必要である⁷⁹。その際に考慮されるべき要素は、行為者に存在する可能性のある屈辱的意図である。しかし、そのような意図がなくても、ある措置が必要となることもある⁸⁰。

例：刑事被拘禁者が7日間約8平方メートルの保安部屋 (Sicher-

76 もっとも、これに反対する確かな理由を述べる見解として、例えば *Eisele*, JA 2000, 424, 428 (文献付き) がある。

77 軍人による救助目的での発砲について、EGMR, „McCann u.a. ./ Vereinigtes Königreich“, v. 27.9.1995, Series A, 324 (Rn. 147-214) があり、型通りの解決を述べるものとして、*Peters/Altwickler*, EMRK, § 5 Rn. 22 がある。

78 EGMR, „Kalashnikov ./ Russland“, v. 15.07.2002, RJD 2002-VI (Rn. 95).

79 EGMR, „Yankov ./ Bulgarien“, v. 11.12.2003, RJD 2003-XII (Rn. 104).

80 EGMR, „Stanev?./Bulgarien“, v. 17.1.2012, 36760/06 (Rn. 203).

heitszelle) に裸で収容されるという場合、非人道的 (非人間的) で屈辱的な扱いと認められる⁸¹。欧州人権裁判所は、被疑者・被告人の特別の危険性を認める根拠もないのに、彼が 21 日の審理期間中に公衆にも見えるような形で金属製の檻に閉じ込められたという事案で、非人道的な扱いであると認めている⁸²。

拷問は、前 2 つの概念とは、2 つの意味で区別される。その第 1 は、行為の重大性による⁸³。拷問は、客観的には、非人道的または屈辱的な取扱いを前提とするが、極めて深刻かつ残虐な苦痛が加えられるのでなければならない。その際には、身体の完全性への介入がなくても、著しい精神的苦痛が加えられれば足りる⁸⁴。第 2 に、拷問の概念は、主観的に、当該苦痛が目的を持って、特に自白を獲得する意図を持って加えられることを必要とする⁸⁵。こうして、拷問とは、非人道的および屈辱的な取扱いの加重形式のことであり、欧州人権裁判所によるその認定は、特にスティグマ的理由から導かれている⁸⁶。この区別は、実務上重要である。なぜなら、欧州人権裁判所は、従来、拷問のレベルにまで至らない欧州人権条約 3 条に対する違反は自動的に証拠使用禁止を導くかという問題を未解決にしつつ、拷問の事例では使用禁止を肯定してきたからである。この関連で、欧州人権裁判所は欧州人権条約 3 条に違反した状態で得られた証拠の使用を、欧

81 EGMR, „Hellig ./.. Deutschland“, v. 7.07.2011, HRRS 2011 Nr. 97 (Rn. 56 f.) 参照。これによると、衣服を着けさせないことは、(詳細に記述されていないが) 十分な理由があるときには、そのような取扱いとして位置づけることはできない。この点について、*Pohlreich*, JZ 2011, 1059 ff. を見よ。

82 EGMR, „Piruzyan?./..?Armenien“, v. 26.06.2012, 33376/07 (Rn. 69 ff.).

83 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 20 Rn. 28.

84 そのような見解として、*Frowein/Peukert*, EMRK, Art. 3 Rn. 6 EMRK (文献付き) もある。

85 この点について、EGMR, „Selmouni ./.. Frankreich“, v. 28.7.1999, RJD 1999-V (Rn. 96) を見よ。また、*Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 77 もあわせて見よ。

86 EGMR, „Irland ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 18.1.1978, Series A, 25 (Rn. 167) も、すでにそのように解していた (「特別のスティグマを貼る……」とする)。

州人権条約 3 条ではなく、6 条 1 項に対する違反としている点に、注意が必要である（この点について § 11 Rn. 71 参照）⁸⁷。

例：拷問は、「パレスチナの吊るし上げ」（拘束されている者の手を後ろ手に縛り、麻痺するほど引っ張り上げる）⁸⁸ や、警察による強姦の事例⁸⁹で肯定されている。

36 欧州人権条約 3 条には**制限規定**がなく、欧州人権条約 15 条の規定に鑑みて緊急状況においてすらも正当化は排除されるため、「保護範囲への介入—正当化」のモデルによる審査は禁止される。確かに、暗黙裡の制限は存在するかという問題は生じる。なぜなら、生存権（欧州人権条約 2 条 1 項）でさえ制限を受けるという事実は、欧州人権条約 3 条も絶対的権利ではないことの根拠となりうるからである。しかし、一方で、欧州人権条約 3 条にそのような例外規定がないことが、制限は全くありえないという反対の推論を可能とし⁹⁰、他方で、同条約 15 条 2 項は、いずれにせよ、その文言から一義的である。**これにより、欧州人権条約 3 条に違反した取扱いの禁止は、包括的かつ絶対的である**⁹¹（重要かつ歓迎すべき基準は、テロ撲滅の時点においても、そしてまさにその場合に適用される！）。

37 もっとも、（そして、この点において、制限規定の欠如に対する一定の調整がみられる）欧州人権裁判所の刑事判例によると、虐待（Mißhandlung）に関しては、これがそもそも欧州人権条約 3 条における介入として把握されるためには、一定程度の重さに達していなければならない。その際、虐待の要素としては、個別事情によるが、特に取扱いの期間、そ

87 Warnking, Strafprozessuale Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2008, S. 82.

88 EGMR, „Aksoy ./.. Türkei“, v. 18.12.1996, RJD 1996-VI (Rn. 64).

89 EGMR, „Aydin ./.. Türkei“, v. 25.9.1997, RJD 1997-VI (Rn. 86).

90 Ambos, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 80; Safferling, Jura 2008, 100 f. を見よ。異なる見解として, Peters/Altwicker, EMRK, § 6 Rn. 3 は, 欧州人権裁判所の明白な裁判例ならびに欧州人権条約 15 条 2 項に鑑みて, 内在的な制限を認めることは困難であるという。

91 EGMR, „Gäfgen ./.. Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 700 (Rn. 70).

の身体的・精神的効果、被害者の性別・年齢・健康状態が重要となる⁹²。

ここで、以下の検討の見取り図が導かれる：

I．保護範囲の開示：適用範囲の定義

II．侵害：欧州人権条約3条における介入と位置づけることができる程度の重大な措置が存在するか？（「介入—正当化」の図式による審査ではない。欧州人権条約15条2項参照）

38 さらに、欧州人権条約3条は、間接的な第三者効も持つ（§11 Rn. 25 参照）。これは、すべての条約加盟国は、その主権の及ぶ領域において、拷問、非人道的または屈辱的取扱い（私人によるものも含めて）から人を保護しなければならない、という形式による⁹³。この保護義務は、国家が、信用できそうな陵辱の訴えについて刑事上の訴追をしない、あるいは適切な捜査をしないとしても、欧州人権条約3条の違反が認められうる、という形で及ぶ⁹⁴。この保護義務の目的は、一方で、基本権保護に向けた法律の効果的な執行を確保すること、他方で、国家の侵害による違反がある場合に個別の機関が責任を負うことを保障することである⁹⁵。この関連で、姿を消した拷問被害者の家族も、自身が非人道的または屈辱的取扱いの被害者となりうる。その際に必要とされる最低限度を超えているか否かは、家族自身に加えられた苦痛による。欧州人権裁判所は、その重さを評価するために、特に家族と本来の被害者との具体的な家族関係、家族は虐待の証人となるかという問題、自身の家族の運命について経験した者の努力、国家機関の対応を挙げている⁹⁶。これらの事情は、家族の悲しみ（苦悩）

92 EGMR, „Tekin ./．Türkei“, v. 9.6.1998, RJD 1998-IV (Rn. 52 f); EGMR, „Jalloh ./．Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 67); EGMR, „Hellig ./．Deutschland“, v. 07.07.2011, HRRS 2011, Nr. 97 を参照。

93 EGMR, „A. ./．Vereinigtes Königreich“, v. 23.9.1998, RJD 1998-VI (Rn. 22)。

94 EGMR, „Labita ./．Italien“, v. 6.4.2000, RJD 2000-IV (Rn. 130-136, insb. Rn. 131)：「さもなければ、拷問および非人道的または屈辱的な取扱いの一般的な法的禁止は、基本的に重要なものであるにもかかわらず、実効性が失われてしまう……」。

95 Grabenwarter, NJW 2010, 3128, 3129.

96 EGMR, „Magamadova und Iskhanova ./．Russland“, v. 6.11.2008, 33185/04

に、その家族が受けた虐待的侵害に際して避けられない程度を超えた強度を認めるものでなければならない⁹⁷。このような状況において、国家機関が対応しないことは、その家族に関する欧州人権条約 3 条違反を基礎づけるのである⁹⁸。

bb) 状況 1：拷問の威迫

39 事例 20：G は、フランクフルトの銀行家の息子 J を誘拐した容疑をかけられたが、警察の取調官に対して、J の所在に関する供述を拒否した。警察庁長官 D は、担当の取調官 V に、G がさらに J の所在について黙秘するならば、G に重大な身体的苦痛を与えるように指示した。この時点で、D と V は、J はまだ生きているが、相当危険な状態にあると考えていた。脅迫した結果、G は、すべてを自白し、それに基づいて、G が逮捕される前にすでに死亡していた J の死体が発見された。G は、警察および検察官による再度の尋問に際しても、自白を維持した。公判で、G は、暴力による脅迫によってなされた自白ならびに検察官の前でのその確認は証拠として使用することができない、と教示された。しかし、G は、改めて自白し、2003 年 7 月 28 日、謀殺罪によって終身刑に処された。V と D も、G の尋問に関して刑事手続に付された。2004 年 12 月 20 日、V は強要既遂罪、D は同教唆罪により、有罪宣告を受けた。しかし、裁判所は、最も軽い刑を選択し、「刑罰を留保した警告」を宣告した（ドイツ刑法 59 条 1 項参照）。D は、その後、技術・論理・行政に関する警察本部に移動し、その長に任命された。G は、国内の上訴が尽きたのち、2005 年 6 月 15 日に、欧州人権裁判所に抗告し、欧州人権条約 3 条および 6 条 1 項の違反を主張した。事件は、社会が注目するところとなり、当局による G の取扱いが、広く支持された。G は、欧州人権条約 3 条の違反を主

(Rn. 105).

97 EGMR, „Cakici ./ Türkiye“, v. 8.7.1999, RJD 1999-IV (Rn. 98).

98 EGMR, „Tahsin Acar ./ Türkiye“, v. 8.4.2004, RJD 2004-III (Rn. 238).

張することができるか (§ 11 Rn. 40)。

40 事例 20 では、欧州人権裁判所は、さしあたり、欧州人権条約 3 条より禁止される行為をすると脅すだけでも、それが十分現実的かつ直接的である限り、一定の —— 最低限の —— 重さを越え、欧州人権条約 3 条における侵害を基礎づけうることを前提とした。本件では人に対して拷問を加えると告知するだけでも (警察官が G を脅した取扱いは、実際の事例でそのようなものとして位置づけられるべきものであったであろう)、事情によってはそれ自体が拷問となり、あるいは少なくとも非人道的な取扱いと解される⁹⁹。本件では、G に対する脅迫は、短時間を超えて維持されたため、欧州人権裁判所は、拷問ではないが、その重さに基づき、非人道的な取扱いであると位置づけた。この関連で注目すべきことに、欧州人権裁判所は、欧州人権条約 3 条に違反する取扱いの禁止 —— その際、同裁判所は、欧州人権条約 3 条にいう 3 つの類型すべてを取り込んでいる —— は絶対的であり、それは当事者の態度に依存せず、また、「国民の生命」—— あるいはなおのこと人の生命 —— を脅かす公的な緊急状況の事例にさえ妥当することを明確に認めたのである¹⁰⁰。

しかし、前述した補充性原則 (§ 11 Rn. 20 以下) に基づけば、ドイツでの有罪判決に関しては問題がある。欧州人権裁判所の小法廷は、欧州人権条約 34 条の意味での G の被害者適格は、国内レベルにおける事件として取り扱われるために問題とならないことを前提とした。同裁判所は、一方で、この点に関して必要となる明確な違反の認定を、(G の供述を獲得するために苦痛を与える旨の脅迫はドイツ刑法 136a 条の違反のみなら

99 EGMR, „Gäfen ./ Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 698, 700 (Rn. 67) も、すでにそのように解していた。この点は、現在では大法廷判決である EGMR, „Gäfen ./ Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145 ff. によって確認されている。

100 すでに、欧州人権裁判所 (EGMR) 小法廷 „Gäfen ./ Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 698, 700 (Rn. 69) で述べられ、同大法廷 „Gäfen ./ Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3146 (Rn. 107) によって確認されている。

ず、欧州人権条約 3 条の違反でもあった) フランクフルト・アム・マイン地裁の判決傍論中に認め、他方で、G の自白に関する証拠使用禁止の明確な認定を、V と D による強要罪ないしこれに対する教唆を理由とする有罪判決の中に認めた。同時に、同裁判所は、国内レベルでの違反への十分な補償を、2 名の警察官の有罪判決に認めた。それは、社会において G の取扱いが圧倒的に支持を受けながらも下されたものであったため、十分な補償と認められる、とした。そして、G は禁止された虐待の被害者であった、と認められた。

欧州人権裁判所の大法廷は、違反の補償に関して、異なる判断をした。確かに、大法廷は、当局および裁判所による措置を、欧州人権条約 3 条違反の明示の承認であると認めている¹⁰¹。しかし、これは、当該違反を回復させるに十分なものではない。回復のためには、特に欧州人権条約 3 条違反の場合、違反に責任ある者の実効的な追及が必要である。実効性の基準となるのは、追及の迅速さ、手続期間、調査の結果と、懲戒措置に関する刑事手続である¹⁰²。大法廷は、刑事手続の迅速さと期間に関して、何も述べていない。もっとも、ここで、大法廷は、欧州人権裁判所では通常である抑制的な態度（基本的に国内裁判所が責任の重さについて決定すべきとする態度）をとらず、V および D に科された刑の程度に着目した¹⁰³。欧州人権裁判所は、欧州人権条約 19 条による取決めは、理論上だけでなく実践的かつ効果的に権利を保護し、加盟国に欧州人権条約 1 条からの義務に従わせるものである、と確認しなければならなかった¹⁰⁴。その際、大法廷は、特に、警察官への有罪判決には抑止的效果が欠ける点を批判した。その刑は、60 日ないし 90 日（日額 60 ないし 120 ユーロ）という多かれ

101 EGMR, „Gäfgen ./ . Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3146 (Rn. 120-122).

102 EGMR, „Gäfgen ./ . Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 698, 700 (Rn. 76).

103 Grabenwarter, NJW 2010, 3128, 3129.

104 EGMR, „Gäfgen ./ . Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3146 (Rn. 123).

少なかれ象徴的な罰金刑であり、そのうえなお刑罰を留保した警告にとどまっている。そのような処罰は、欧州人権条約3条の基本権の重要性と均衡せず、抑止的效果が欠けるために、新たな違反を阻止することに適していない。特にDに対する措置（技術・論理・行政に関する警察本部に移動した）は、大法廷の見解によると、欧州人権条約3条違反に対する対応として要求される相当性を欠いている¹⁰⁵。

cc) 状況2：被拘禁者への医術的介入

41 事例21：警察官は、Jが小さなビニル袋を口から取り出し、他者に金銭と引き換えに交付する様子を目撃した。警察官は、袋の中身が麻薬であると判断して、Jを逮捕した。Jは、逮捕されるとき、何かを飲み込んだ。警察署において、検察官Sは、捜査の結果に悪影響が生じないように、Jにビニル袋を口から吐き出させるために、催吐薬の投与を命令した。病院で、Jが催吐薬を飲み込むことを拒否したことから、警察官がJを押さえつけ、医師がカテーテルを使って強制的にJに薬を服用させることができた。それにより、Jは、ビニル袋を吐き出し、0.2キログラムのコカインが押収された。Jは、欧州人権条約3条による権利を侵害されたといえるか（この点については§11 Rn. 43）。

42 身体拘束下にある者にその意思に反して行う医術的介入の場合には、ある措置の最低限度に関する特別な問題が生じる。欧州人権条約3条は、国家に対し、被拘禁者に対し必要な医術的措置を採ることによって、その者の身体の完全性を保障することも義務づけている。したがって、医術的に確立した原則によると治療として必要とされる措置は、基本的に、非人

105 EGMR, „Gäfigen ./.. Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3147 (Rn. 124 f). 裁判所の見解によると、拷問の不服を申し立てられた国家職員の停職ならびにその後の手続で敗訴となった場合の免職は、十分な相殺にあたる。この点について、EGMR, „Ali u. Ayse Duran ./.. Türkei“, v. 8.4.2008, 42942/02 (Rn. 64. 文献付き) 参照。これを批判する見解として、Grabenwarter, NJW 2010, 3128 ff.

道的または屈辱的な措置とはみられない。例えば、受刑者がハンストを行っているときに強制的な栄養補給をすることでその生命を救助する場合が、これに当たる¹⁰⁶。ある措置が治療には必要ではない場合でさえ、欧州人権条約 3 条は、被疑者・被告人の意思に反して医術的措置を行い、それによって犯罪への関与に関する証拠を獲得することを、基本的に禁止はしない。それゆえ、血液や唾液の採取は、基本的に適法である。もっとも、重大な措置の場合には、前述した全体評価の範囲で（§ 11 Rn. 37）、嫌疑がかけられている行為の重さ、代替的な調査方法との比較、健康の危険、対象者の身体的な弱さ、医学的な観察、介入による実際の健康に対する効果といった基準を、考慮しなければならない¹⁰⁷。

43 事例 21 では、欧州人権裁判所の判断は、対象者である J に有利な結果となった。確かに、欧州人権裁判所は、薬物取引自体は重大な犯罪であるとしたが、J の薬物取引法違反は、程度が軽いものであった（したがって、十分重い犯罪ではなかった）。加えて、加盟国の当局は、代替的な捜査手段を比較検討していなかった。いわゆる「保護 (Bubble)」との取引において、例えば、麻薬が自然に排出されるのを待つこともできたはずである。欧州人権裁判所は、欧州人権条約 3 条の別の類型に関して、非人道的取扱いに当たると認めた。なぜなら、介入の実施は、それを意図したものではなかったとしても、原告人に身体的および精神的苦痛を惹起したからである。

44 介入が欧州人権条約 3 条の侵害に当たるかを検討する際の欧州人権裁判所の方法をみると、裁判所は、当該措置の比例性審査（ドイツ法による）に極めて近い全体評価を行っているということがわかる。これによると、ある措置が「比例した」措置に当たる場合、欧州人権条約 3 条における侵害と評価されるための最低限度を超えてはいない。このような判断方法がとられるのは、欧州人権条約 3 条に正当化の基準が欠けていることに原因

106 EGMR, „Jalloh ./ Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 69).

107 EGMR, „Jalloh ./ Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 71-74).

がある。

dd) 状況 3：追放と移送

45 謀殺の嫌疑がかけられているドイツ人 S は、アメリカ（犯行地）からイギリスに逃亡していた。イギリスは、アメリカの犯人移送要求に従った。S は、アメリカに移送され有罪判決を受けた場合には死刑となる虞れがあったことから、イギリスの国内における上訴が尽きた後に、欧州人権裁判所に抗告し、それを理由づけるために、欧州人権条約 2 条 1 項（生存権）および 3 条に対する違反を主張した。欧州人権条約の規定は、S のアメリカへの移送を妨げるものであるか（§ 11 Rn. 47）。

46 欧州人権条約 3 条は、国外追放・犯人移送の障害として、特に重要である。欧州人権裁判所は、この規定から、国家機関による追及を受ける場合だけでなく、市民団体および非国家機関による拷問を受ける虞れがある場合にも、国外追放禁止を導いている¹⁰⁸。この国外追放禁止は、包括的に妥当する。同様に、加盟国である通過国へ第三国の国籍者を移送する場合でさえ、移送する側の国家は、対象者が通過国において移送に対するさらに別の法的救済をその国の裁判所で受けることができ、欧州人権裁判所手続規則 39 条による暫定的措置を申し立てる機会が与えられるように、保障しなければならない¹⁰⁹。

47 事例 22¹¹⁰では、欧州人権裁判所は、欧州人権条約 3 条の適用範囲を、国外移送障害にまで拡張した。欧州人権条約 2 条 1 項 2 文は、その文言上、

108 EGMR, „Chahal ./ Vereinigtes Königreich“, v. 15.11.1996, RJD 1996-V (Rn. 74, 98, 99, 107) 参照。同事件では、欧州人権裁判所は、イギリスからの Chahal の移送が切迫した状況において 3 条違反を認めた。なぜなら、インドでは、周知のシーク教徒にはパンジャブの治安勢力による非人道的な扱い（その勢力地域外でシーク派を追跡していた）が切迫していたからである。EGMR, „Hirsi Jamaa u.a. ./ Italien“, v. 23.02.2012, NVwZ 2012, 809 (Rn. 120) も見よ。

109 EGMR, „K.R.S. ./ Vereinigtes Königreich“, Entscheidung v. 2.12.2008, NVwZ 2009, 965, 967.

110 EGMR, „Soering ./ Vereinigtes Königreich“, v. 7.7.1989, Series A, 161.

犯人の国外移送を妨げるものではなかった。今日の法律状況（イギリス連合は、この間に、他の加盟国と同様、第6付帯議定書を批准した）によると、基本的に承認を受けている死刑禁止は、犯人移送を妨げるであろう。もっとも、欧州人権裁判所より判断が下された元々の事例では、この第6付帯議定書がまだ批准されてなかったため発効しておらず、当時は、それに基づいて犯人移送障害を導くことはできなかった。つまり、欧州人権条約3条違反の可能性しか、残されていなかったのである。アメリカで死刑が予測されることは、確かに、それ自体として本規定による保障を侵害するわけではなかった。なぜなら、何が「非人道的」あるいは「屈辱的」であるかは、当時適用可能な欧州人権条約2条1項2文を背景にして解釈されなければならず、それによると、死刑はこの条件を満たすものではなかったからである。それでもなお、欧州人権裁判所は、この国外移送は欧州人権条約3条に対する違反であると認めた。なぜなら、いずれにせよ、「死刑囚シンドローム」の恐怖および処刑を前にした状況は、非人道的の取扱いと位置づけられるからである¹¹¹。本判決は、これによって、欧州人権条約保障の遵守に関する加盟国の国際法上の責任がその固有の領域外においても生じることになったという理由から、特に重要である。そのことは、欧州人権条約加盟国間の法的救済に関する交渉にとって、基本的な意義を持つ。当該具体的事例では、死刑は科されないとする宣明により、Sのアメリカへの移送が行われた。

e) 自由剥奪の条件（欧州人権条約5条）

48 事例 23：ドイツ人Mは、2002年7月25日、逃亡のおそれ（ドイツ刑法112条2項2号）および罪証隠滅のおそれ（同112条2項3号）を理由に、地区裁判所の命令によって勾留に付された。地区裁判所は、1頁

111 第6付帯議定書を批准している国が犯人移送を求められた場合、すでに同議定書1条によって、死刑に処される可能性がある国への犯人移送は妨げられる。

半に及ぶ勾留命令の中で、1996年から2002年にかけて約20件について売上税を納付しなかったことについて、Mには濃厚な嫌疑があることを認定した。勾留命令では、相応する被疑事実と会社の名前が挙げられていた。嫌疑の要素に関して、勾留は、行為者の自宅で押収された資料によって基礎づけられる被疑事実に限定された。弁護人の記録閲覧は、捜査技術上の理由（ドイツ刑訴法147条2項）から禁止された。Mは、2002年8月7日に、勾留審査を申し立てたが、これは、地区裁判所および最終的に地方裁判所からも棄却された。Mのさらに別の抗告に基づき、デュッセルドルフ高裁は、2002年10月14日に、地区裁判所および地方裁判所の裁判を破棄したが、2002年7月25日の勾留自体は破棄せず、事件を地区裁判所に差し戻した。差し戻しの理由として、Mの法的聴聞を受ける権利（ドイツ基本法103条1項）が挙げられた。すなわち、記録閲覧が拒否される限り、弁護側が勾留裁判に対して自分の応訴または証拠資料の指定を通じて措置を講じることができるように、勾留命令は特に詳細でなければならない、というのである。地区裁判所は、これに応じて、2002年10月29日に、弁護人の意見聴取を経て、検察官の申立てに応じて、被疑事実の根拠を詳細に記載した、4頁に及ぶ新たな勾留命令を発した。2002年11月18日、Mの弁護人は、初めて記録閲覧を許された。欧州人権条約5条に対する違反はあるか（この点について§11 Rn. 53以下）。

49 欧州人権条約5条は、1項において、国家に対する市民の防御権として、例外的に正当化される自由剥奪の条件を規定し、2項ないし4項において、被拘禁者の個別の権利を限定する。

欧州人権条約5条1項の保護範囲は、ある場所から別の場所への身体的移動の自由を含む¹¹²。国家機関によるあらゆる自由剥奪は、侵害に当たる。正当化のためには、以下の条件が満たされなければならない：

- 法的に規定された国内手続が存在すること
- 具体的事例において国内手続を中立的に（恣意的でなく）適用すること

112 Trechsel, EuGRZ 1980, 515 を見よ。

■ 欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 a 号ないし f 号で限定列挙された勾留理由のうち 1 つでも存在すること

■ 国内法と条約、特に法的安定性原則と一致すること

国内法を解釈することは基本的に国内の機関の義務であるにもかかわらず、欧州人権裁判所は、欧州人権条約 5 条 1 項の文言に基づいて（「制定法により定められた方法で」）この権利が遵守されていたかを審査することができ、またそうすべきものとされる¹¹³。欧州人権裁判所はここで特に法的安定性の原則の遵守を強調していることから、これによって、自由剥奪の許容性を定める国内法が、あらゆる恣意の危険を回避するために、十分に適用可能かつ明確なものでなければならないことが、想定されている。法に従う者にとって、個別の諸事情に応じて、必要とあれば法律家の助言を採用して、特定の行為がどのような結果をもたらしうるのかが、予測できなければならないからである¹¹⁴。ここでも、欧州人権条約には最低限度の基準しか含まれていない、という点に注意が必要である。国内法が、例えば欧州人権条約 5 条 1 項 c 号で規定された未決勾留に関して、より厳格な要件を要求しているとき（例えば、ドイツ刑法 112 条における明白な犯行の嫌疑は、欧州人権条約 5 条 1 項 c 号における十分な犯罪容疑と比較して厳格である）、国内法が遵守されるべきである。さもないと、国内法上の手続遵守という点が欠けることになるからである¹¹⁵。

ある者が欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 a 号ないし c 号に列挙された理由に該当しないのに自由を剥奪されたため、当該自由剥奪は欧州人権条約 5 条 1 項に違反するという場合、この問題に関して欧州人権条約 1 条からは、被害者の解放のみが自由剥奪の終結をもたらすことから、自由剥奪を終了

113 EGMR, „X. ./.. Finnland“, v. 03.07.2012, 34806/04 (Rn. 144 ff.); EGMR, „Benham ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 10.6.1996, RJD 1996-III (Rn. 41) だけは見よ。

114 まとめとして、EGMR, „Piruzyan ./.. Armenien“, v. 26.06.2012, 33376/07 (Rn. 79 ff.) がある。

115 有利性原則について、前述 § 11 Rn. 9; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 37 参照。

すべき義務が導かれる¹¹⁶。

50 欧州人権条約 5 条 2 項によると、被拘禁者には、その拘束に関する事実的および法律的理由に関する情報の提供を受ける権利が与えられる。情報提供は、その者に理解できる言語で、速やかに行われなければならない。

51 欧州人権条約 5 条 3 項 1 文前段は、1 項 c 号によって拘束された者に、遅滞なく、最長でも 4 日以内¹¹⁷に裁判官またはそれに準じる官吏のもとに引致される権利を与える。引致とは、拘束された本人を裁判官の前に出頭させ、それに引き続いて勾留に関する尋問と裁判を行うものと理解される¹¹⁸。欧州人権条約 5 条 3 項 1 文後段は、被拘禁者の迅速な手続を求める権利を定める。時間的な点では、保護範囲は、対象者の身体拘束から始まり、拘禁施設からの解放にまで及ぶ。被告人がその間勾留される刑事手続は、基本的に優先的かつ迅速に処理されなければならない¹¹⁹。さらに、拘束のための合理的理由が（もはや）存在しなくなった時点で、解放を求める権利がある。その際、欧州人権条約 5 条 1 項 c 号に規定される「十分な犯罪容疑」は、拘束の開始時点でのみ十分な理由となるが、時間の経過に伴って、身体拘束の継続を正当化するためには、さらに別の勾留理由（例えば、逃亡の虞れ）が付け加わらなければならない¹²⁰。

52 4 項は、1 項の意味での自由剥奪のあらゆる形式に関して、「裁判官留保 (Richtervorbehalt)」を定める。対象者は、申立てにより、自由剥奪の適法性について裁判官の審査を求める権利を有する。より正確に言えば、

116 Grabenwarter, JZ 2010, 857, 861.

117 EGMR, „McKay ./. Vereinigtes Königreich“, v. 3.10.2006, RJD 2006-X (Rn. 47) では、「最長 4 日間」とされている。異常な事態の場合には、さらに長期となることが想定されうる。特に連邦軍によるアフリカの各地域でのソマリア人ハイジャック犯人の逮捕に関して, *Esser/Fischer*, JR 2010, 513, 522 f. を参照。

118 *Esser/Fischer*, JR 2010, 513, 522.

119 欧州人権条約 6 条 1 項の迅速要請ならびに手続が長期に及んだ場合の補償による被害者資格の喪失について、後述 § 11 Rn. 64 ff. 参照。

120 この点について, EGMR, „Clooth ./. Belgien“, v. 12.12.1991, Series A, 225 (Rn. 48) を見よ。

その申立ては、一度きりではなく、新たな事情から自由剥奪の適法性が疑わしくなる場合には、基本的にいつでも行うことができる（例えば、勾留理由の消滅、勾留に際しての犯罪容疑が弱まったなど）。欧州人権条約 5 条 4 項に基づくそのような勾留審査は、相当な間隔において可能でなければならない。申立てから短期間のうちに、裁判官によって判断されなければならない。自由剥奪の違法性が認められる場合には、速やかに、勾留破棄が命じられなければならない¹²¹。また、勾留審査は、自由剥奪に重大な効果を伴うため、欧州人権条約 6 条 1 項の公正手続の要請を満たさなければならない¹²²。例えば、弁護人の記録閲覧権が、十分に保障されなければならない¹²³。弁護人が被疑事実の根拠となる部分の記録を閲覧できた場合に、記録閲覧権が十分保障されたといえることとなる¹²⁴。

53 事例 23 では、欧州人権裁判所は、欧州人権条約 5 条 1 項により、自由剥奪は「法律で定められた」方法で行われたのか、それによって實際上ドイツ法に従って行われたのかを審査した。その際、ドイツの判例と欧州人権裁判所の判例との、興味深い同一方向性（平行性）が見られる。ドイツの判例によると、一定の形式的瑕疵（本件のように、ドイツ刑訴法 114 条 2 項 4 号による明白な犯行の嫌疑および勾留理由の具備を示す事実が十分記述されていないような場合）は、勾留命令を違法とするが、無効とはしない¹²⁵。これに対し、完全に無効とされるのは、刑訴法に対する明確な矛盾があり瑕疵が明白な場合のみである。その結論は、法的安定性に資すべき裁判官による裁判の権威と、瑕疵ある裁判の修正を定める上訴システムとから導かれる¹²⁶。単に勾留命令に瑕疵があるだけの場合には、瑕疵ある勾留の破棄または抗告裁判所による新たな勾留命令の発令によって、

121 EGMR, „S. T.S. ./ . Niederlande“, v. 7.6.2011, NJW 2012, 2331 ff. (文献付き)。

122 Esser/Gaede/Tsambikakis, NSTz 2011, 78, 81.

123 EGMR, „Garcia Alva ./ . Deutschland“, v. 13.2.2001, NJW 2002, 2018 ff.

124 Esser/Gaede/Tsambikakis, NSTz 2011, 78, 82.

125 OLG Karlsruhe NSTz 1986, 134 f.

126 BGH NSTz 1984, 279.

勾留審査手続の中でその瑕疵が治癒される¹²⁷。欧州人権裁判所は、その勾留命令の審査に際して、事件のすべての事情、特に国内裁判例を考慮し¹²⁸、同じ結論に至った。裁判所は、国内法の審査に際して、勾留が明白に無効な場合と、一義的には有効な場合とを区別した。勾留が明白に無効となるのは、およそ明白な瑕疵がある場合（例えば、管轄が違う場合）である¹²⁹。これに対して、瑕疵が大きいかつ明白であるとはいえない場合、**事例 23**でもそうであったように、この瑕疵は、国内抗告裁判所における裁判上の審査手続で治癒される¹³⁰。

54 また、欧州人権裁判所の見解によると、ここで適用されるべき国内法は、欧州人権条約の原則に適合しており、特に法的安定性の一般原則を満たしたものであった。勾留命令に濃厚な犯罪容疑と勾留理由を裏づける事実が十分に示されていない場合、それは瑕疵があるが、無効とはみなされないというのは、確立した国内の判例と合致するものである。したがって、このような帰結は、M に予測可能なことであった¹³¹。

55 最後に、欧州人権裁判所は、被疑事実、犯行場所および時刻、勾留理由、適用可能な規定の摘示が M にその拘束に関する不明確さをもたらしたとしても、それは恣意的な自由剥奪ではないと判断した¹³²。欧州人権裁判所により恣意性の判断のため援用された別の基準は、迅速さであり、国内裁判所が期限切れまたは法的瑕疵のある勾留命令をこれと置き換えた。高等裁判所の判決が 2002 年 10 月 14 日に出され、新たな勾留命令が同 10

127 OLG Karlsruhe StV 2001, 118.

128 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 574 (Rn. 86).

129 EGMR, „Marturana ./.. Italien“, v. 4.3.2008, 63154/00 (Rn. 78).

130 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 573 (Rn. 75)..

131 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 574 (Rn. 91).

132 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 575 (Rn. 94).

月 29 日とその間わずか 15 日であり¹³³、また、関係者の命令に関連する意見聴取も地区裁判所の新たな裁判に取り込まれていて、法的安定性にも寄与していることから、欧州人権裁判所の評価によると、迅速な権利保障が行われている¹³⁴。

もっとも、欧州人権裁判所は、勾留命令における不十分な記述と、記録閲覧権が拒否された点で、武器平等原則が保障されていないとして欧州人権条約 5 条 4 項に対する違反を認めた¹³⁵。

56 最後に、欧州人権条約 5 条 5 項は、条約に違反して身体拘束された者に、過失の有無を問わない損害賠償請求権を保障している。

f) 公正な手続を求める権利（欧州人権条約 6 条 1 項, 3 項）

57 事例 24：公務員 U は、1991 年 1 月に捜査の開始が伝えられた後、管轄の地区裁判所より、脱税、詐欺、背任により自由刑に処された。彼は、捜査が開始された時点の 1991 年にすでに停職とされ、減給されていた。引き続き懲戒手続と上告手続は、2000 年まで続き、U は、これに対して手続遅延を理由に憲法抗告を提起した。しかし、連邦憲法裁判所は、U がその違反を十分立証していないという理由で、その抗告を不適法として棄却した。U は、さらにこれに対しても、欧州人権裁判所に個人的抗告を提起した。欧州人権条約 6 条 1 項に対する違反は認められるか（この点について § 11 Rn. 64）。

58 欧州人権条約 6 条は、実務上最も重要な、条約の人権保障である¹³⁶。

133 EGMR, „Minjat ./.. Schweiz“, v. 28.10.2003, 38223/97 (Rn. 56 および 48)。本件で、欧州人権裁判所は、当初の勾留と、抗告審から下級審へ事件が差し戻された後の新たに理由づけられた勾留命令との間隔が 1 か月未満であったことを、恣意的ではないと判断した。

134 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 575 (Rn. 96)。

135 EGMR, „Mooren ./.. Deutschland“, v. 9.7.2009, EuGRZ 2009, 566, 578 (Rn. 124)。EGMR, „Lamy ./.. Belgien“, v. 30.3.1989, Series A, 151 (Rn. 29) も参照。

136 Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Kreicker, Europ. StR, § 51

同条は、多くの最低基準を定めており、それはあらゆる法治国家的な刑事手続の基礎とされなければならない。1 項は、裁判上の手続および裁判所へのアクセスに関する基本的な要請に加えて、その核心には、公正な手続を求めるという基本的な権利を定める。3 項に（限定的ではなく）列挙された被疑者・被告人の権利は、この公正原則の具体化である。一部には、ドイツ刑訴法で定められた法的地位を超えるものもあるため、ドイツ国内の実務においてもそれは重要な意義を持つ¹³⁷。

aa) 保護範囲

59 欧州人権条約 6 条 1 項、3 項の保護範囲には、（ここで関係する限りで）すべての刑法上の手続が含まれる。その際、欧州人権条約で使用された「刑法上の訴追 (strafrechtliche Anklage)」という概念は、すでに一定の手続段階に及んでいなければならない、と理解すべきではない。加盟国が欧州人権条約 6 条 1 項、3 項の保障を単なる手続対象上の違反であるとして「言い逃れ (Umetikettierung)」して潜脱することができないようにするために、刑事手続の存在いかんは、基本的に、国内法によって決定されるのではない。むしろ、訴追の概念は、欧州人権裁判所より自律的に解釈される。その際、以下の基準が（基本的には選択的に）援用されている¹³⁸：

- すでに**国内法**が、刑事法に措置を委ねている。
- 当該措置の**性質**は、制裁が予防的なものでもあり抑止的なものでもあるという意味において、「刑法上」のものである。
- 威嚇または賦課される制裁の**種類や程度**により、それが被告人に対して

Rn. 14.

137 例えば、被疑者・被告人がその防御の準備のために作成した資料に対する、欧州人権条約 6 条 3 項 b 号ないし c 号から導かれるに対する差押え免除について、OLG München NStZ 2006, 300 ff. があり、欧州人権条約 6 条 3 項 d 号による対面質問の権利について、BGH NStZ 2007, 166 f. がある。

138 「Engel 基準」と呼ばれる。EGMR, "Engel u.a. ./ . Niederlande", v. 8.6.1976, Series A, 22 (Rn. 82) による。

重大な結果となるときは、刑法上のものに該当する。これは、自由刑の場合には、確実に肯定されなければならない（代替的自由刑も含む）。罰金刑の場合、それは、一定程度以上において認められるが、一般化は難しい。

例：欧州人権裁判所の判例によると、ドイツの秩序違反法の過料 (Geldbuß) も、スイスの脱税手続で科されうる反則金 (Ordnungsbuß) も、これらの条件を満たす。また、交通違反をきっかけとする罰則点 (Strafpunkt) も、欧州人権条約 6 条 1 項、3 項の意味で刑法上のものと位置づけられる。これに対し、懲戒手続、職業法上の戒告（例えば、弁護士会による）、恩赦の申立て、移送手続は、必要とされる刑法上の性質を持たない。裁判手続の中での措置も同様であり、例えば、秩序罰金 (Ordnungsgeld)、懲戒室への収容、裁判官忌避に関する手続などがこれに当たる¹³⁹。

60 時間的な観点では、欧州人権裁判所は、個人が管轄当局から犯罪行為をしたという公的な通知を受け取った時点で、欧州人権条約 6 条 1 項の意味での「訴追」があったと判断している¹⁴⁰。これにより、保護範囲は、捜査手続における被疑事実の告知から、上訴手続の終結に至るまで及ぶ。また、欧州人権条約 6 条 1 項の保護を開始するための条件は、刑法上の手続において、特に有罪判決によってもたらされるような不利益 (Beschwer) である。暫定的な法的保護における命令、費用負担、上訴の許容性に関する手続、その他の中間的裁判や再審手続に関する裁判は、この不利益性が欠けるために、欧州人権条約 6 条 1 項の意味での刑法上の手続に含まれない¹⁴¹。

139 Peters/Altwickler, EMRK, § 19 Rn. 19.

140 EGMR, „Deweere ./. Belgien“, v. 27.2.1980, Series A, 100 (Rn. 46) 以後の刑事裁判例；「訴追とは……権限のある当局が、個人が犯罪に関与したという弾劾に関し、その者に対して行われる公的な告知、と定義することができる。」。

141 再審手続に関して、Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 6 Rn. 164 ff.; L/R-Gollwitzer, 25. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 13 を参照。

bb) 裁判所および裁判手続への要請

61 欧州人権条約 6 条 1 項は、すべての刑事手続が、独立、中立、かつ法律に基づいた裁判所によって裁判されることを、要請する。これは、そのような裁判所へ現実にはアクセスする権利も含む。この点で、条約加盟国において、実効的な法的保護システムを設置する義務がある。加盟国は、個人に対して、特に、必要とあれば無料で弁護士を求めることも可能にしなければならない。しかし、その際には、国にシステムを形成するにあたっての裁量が認められる¹⁴²。

62 裁判所へのアクセスは、すでに実践的な衡量から、黙示的な制限に服する。このような制限は、それが正当な目的を追求し、比例性になっており、そしてアクセス権の核心を空虚なものにしないという場合に、許される¹⁴³。これを背景に、—— 比例性の範囲で —— 例えば、弁護士強制、期日または形式の規制は正当化される。これに対し、欧州人権裁判所は、フランス刑法が第一審で自由刑に処された者の控訴提起を、身体拘束を受けてから 5 日以内に提起された場合に限り許可するとしていた点で、裁判所へアクセスする権利が侵害されたと判断している。一審判決はまだ確定していないから、執行に関する国家的関心はまだあまり重要ではなかった。これにより、控訴裁判所へアクセスする権利の核心は空洞化されている、というのである¹⁴⁴。

63 欧州人権条約 6 条 1 項の公開原則は、口頭弁論および判決宣告を含む。公開性の制限を正当化するための理由として、欧州人権条約 6 条 1 項 2 文では、公的秩序、国内の治安、少年保護、私的領域の保護、司法の利益が挙げられている。もっとも、これらの理由は、判決宣告における公開性の制限を正当化できるものではない。

142 Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 24 Rn. 48 参照。

143 基本的なものとして, EGMR, „Ashingdane ./.. Vereinigtes Königreich“, Urt. 28.5.1985, Series A, 93 (Rn. 57) がある。

144 EGMR, „Omar ./.. Frankreich“, v. 29.7.1998, RJD 1998-V (Rn. 34-44)。

64 最も頻繁に非難されたのは、相当な手続期間の要請である。欧州人権条約6条1項は、この点で、裁判所は「相当な期間内」に裁判しなければならない、と定めている。これは、一方で、裁判上の法的保護の実効性に資するとともに、他方で、裁判手続の迅速な実施が手続保障と対立することをもたらす。多くの手続的権利はたいてい長期の手続を必要とするからである¹⁴⁵。刑事手続の期間は、刑事上の調査が開始した時点（起訴の時点ではない。**事例 24** では捜査開始が告げられた時点¹⁴⁶）から、最終審での終局裁判の時点までである。この期間が相当であったかは、個別事例の事情によって評価されるが、その際、4つの基準が重要となる¹⁴⁷：

- 抗告申立人にとっての事件の意義：勾留事件は、特に重い意義を持ち、迅速な取扱いが要請される。
- 事件の複雑さ：事実点または法律点において特に困難な点があるとき。例えば、コストのかかる経済事犯などは、長期間でも相当となる。
- 抗告申立人の行為：申立人の遅延行為は、長期の期間を正当化せう。しかし、申立人が自身に認められた上訴を提起した場合、これをもって、その者に「遅延」を負担させることは許されない。彼には、刑事訴追機関への積極的な協力を要求することができない¹⁴⁸。
- 当局の行為：刑事訴追機関の長期間の不行為は、手続期間の長期化が不相当であることを根拠づけうる。

事例 24 では、欧州人権裁判所は、9年という手続期間に関して、欧州人権条約6条に対する違反を認めた。この事件は法律上または事実上特に複雑な事件ではなく、その結論は特に免職の点でUにとって相当に重要であり、彼の側に手続遅延をもたらした点もなかった¹⁴⁹。

145 Grabenwarter/Pabel, EMRK, § 24 Rn. 69.

146 EGMR, „Uhl ./.. Deutschland“, v. 10.2.2005, StV 2005, 475 ff.

147 まとめとして, EGMR, „Bock ./.. Deutschland“, v. 29.3.1989, Series A, 150 (Rn. 38); Gless, Int. Strafrecht, Rn. 75がある。

148 EGMR, „Eckle ./.. Deutschland“, v. 15.7.1982, Series A, 51 (Rn. 82).

149 EGMR, „Uhl ./.. Deutschland“, v. 10.2.2005, StV 2005, 475 ff.

65 欧州人権裁判所は、迅速性の要請から、締約国の義務として、その裁判管轄を相当な手続期間が確保できるよう組織化することを導いている¹⁵⁰。これは、判決の射程が個人の権利侵害の認定を明白に超えていることから、重要である。

66 連邦通常裁判所は、国内法の領域でこれまでに、手続が長期となった場合について、基本的に迅速原則違反は量刑において減刑方向で考慮することで調整可能である、としてきた¹⁵¹。しかし、欧州人権裁判所の判例によると、被害者としての地位が否定されるのは、国内裁判所が (1) 迅速要請の違反をはっきり認め、(2) 相当な賠償が行われた場合に限られる (§ 11 Rn. 22)¹⁵²。したがって、連邦通常裁判所の量刑的解決は、刑の減輕および結果として条約違反の賠償がおよそ不可能であった場合には禁止される。これが問題となるのは、法律上刑が確定された場合または「終身刑」のように絶対的なものと定められた場合¹⁵³、あるいは、実際に生じた相当期間の手続遅延を考慮することなく法定刑の下限で量刑されたためもはや減刑が法律上許されないといった場合¹⁵⁴、などである。裁判所はドイツ基本法 20 条 3 項により量刑に際して法定刑の範囲に拘束されるから、この場合には、量刑レベルとは別の解決が求められる。特にそのために、連邦通常裁判所大刑事部は、いわゆる「執行解決」を展開した¹⁵⁵。これによると、法治国家性に反する手続遅延の賠償は、もはや減刑によっては保障されず、判決主文において、宣告刑の指定された部分は手続期間が長期

150 EGMR, „Philis ./.. Griechenland Nr. 2“, v. 27.6.1997, RJD 1997-IV (Rn. 40); EGMR, „Metzger ./.. Deutschland“, v. 31.5.2001, NJW 2002, 2856, 2857 (Rn. 42); EGMR, „Eckle ./.. Deutschland“, v. 15.7.1982, Series A, 51 (Rn. 80).

151 いわゆる「量刑解決」は、BGHSt 24, 239 ff. 以来の判例の見解である。

152 EGMR, „Dzelili ./.. Deutschland“, v. 10.11.2005, StV 2006, 474, 479 (Rn. 103).

153 この点につき, *Satzger*, JK 2/07, StGB § 46/2 (BVerfG NStZ 2006, 680 ff. について) を参照。

154 例えば, 特に重大な放火罪 (ドイツ刑法 306b 条 2 項) の法定刑の下限は 5 年である。

155 BGH NJW 2008, 860 ff.

となったことへの補償として執行されたものとする（ドイツ刑法 51 条類推），と述べられなければならない¹⁵⁶。この解決は，他の付随裁判（例えば，保護観察のための刑の停止，保安監置 [保安拘禁]，公民権喪失など）も体系外の減刑によって枉げられることがない，という長所も有する¹⁵⁷。それにもかかわらず，長期の手続を経て無罪とされた場合には，そもそも処罰がないことから，この執行解決は適用できない。この場合，欧州人権条約 6 条 1 項違反の賠償として，特に国内の金銭給付が問題となる。その際，賠償の相当性に関しては，欧州人権条約 41 条の基準が適用され，明らかに不相当のものであってはならない¹⁵⁸。

67 § 11 Rn. 51 で前述したとおり，欧州人権条約 5 条 3 項も，相当な手続期間を求める権利を含んでいる。未決勾留に付された事例では，欧州人権条約 5 条と 6 条 1 項が重疊的に適用される。被告人が勾留から解放された後は，手続期間の相当性は，欧州人権条約 6 条 1 項によって決定される¹⁵⁹。したがって，欧州人権条約 5 条 3 項の適用範囲はかなり狭いが，「手続期間の相当性」は，6 条 1 項に比べて基本的に厳格に決定される。

cc) 公正な手続の要請

68 事例 25：イギリス国民 B は，ロンドンで，制限時速 40 マイルを超えて 69 マイルで走行した¹⁶⁰。3 日後，彼は，「表記運転者は許された最高速度を 29 マイル超過して運転していたことの嫌疑がある」との内容の通知を受けた。彼には，イギリス道交法（1988 年）172 条 2 項に基づき，車の

156 一致した見解である。Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2011, 140, 141. この解決は，この間に欧州人権裁判所からも承認されている。EGMR, „Kaemana & Thöneböhn ./.. Deutschland“, v. 22.1.2009, HRRS 2009, Nr. 808 (Rn. 53) 参照。本裁判はまだ「古い事例」であるが，欧州人権裁判所は，執行の解決策を示し，これを「条約 6 条と適合する」と判示している。

157 Satzger, JK 9/08, StGB § 46/4; Kraatz, JR 2008, 189 ff.

158 EGMR, „Ommer ./.. Deutschland“, v. 13.11.2008, StV 2009, 519 (Rn. 69).

159 Grote/Marauhn-Dörr, Kap. 13 Rn. 58. まとめとして，EGMR, „Bock ./.. Deutschland“, v. 29.3.1989, Series A, 150 (Rn. 38) がある。

160 「時速＝マイル換算」をしている。

所持者として、随意の書式で運転者の氏名および住所、または少なくともその身元がわかる情報を告知する義務が課せられていた。この義務を果たさなければ、彼は、道交法 172 条 3 項により可罰的となり、1000 ポンドまでの罰金と、6 点から 8 点までの道路交通反則点が科される。同法 172 条 4 項は、この義務の例外として、所持者が知らないため告知できない場合について定める。B は、その書式を真実の通りに記載した。彼は、写真と書式に基づく自白を証拠に、速度違反運転を理由として 100 ポンドの罰金と、6 点の反則点に処せられ、またその運転免許証を没収された。書式に記載された自白を証拠として使用することについて、B より、その手続法上の制度に基づいて不服が申し立てられた。しかし、その上訴は棄却された。B は、運転者の身元を供述する義務によって、自己負罪拒否特権（欧州人権条約 6 条 1 項）を侵害されたのであろうか（この点について § 11 Rn. 72）。

69 欧州人権条約 6 条 1 項の意味での公正手続の保障がいかなる内容を持つものであるかは、個別保障（欧州人権裁判所が 6 条の具体化として把握した）の全体的観察によってのみ導かれうる。そこには、欧州人権条約 6 条 3 項に列挙された権利も取り込まれる。それらは、公正手続原則に基づいて、例示的に具体化されたものだからである¹⁶¹。欧州人権条約 6 条 3 項に列挙された権利は、最低限度の基準であり、条約 6 条 1 項で行われるべき全体的考察（刑事手続は全体として公正であったか）のための衡量要素ではない、という点に注意が必要である¹⁶²。これにより、方法的に言えば、裁判所の措置も示される。一定の手続権利の侵害（第 1 段階）が、自動的に公正原則違反となるわけではない。さらに、各々の手続において（手続の全体的評価により）これによって全体的にも不公正といえるか（第 2 段階）が、検討されなければならない¹⁶³。標語的に言えば、欧州人権条約 6

161 EGMR, „Kovač ./. Deutschland“, v. 12.7.2007, 503/05 (Rn. 23).

162 Esser/Gaede/Tsambikakis, NSTZ 2011, 140, 148.

163 EGMR, „Haas ./. Deutschland“, v. 17.11.2005, JR 2006, 289, 291.

条1項の公正原則からは、以下3つの保障が導かれる：

■ 武器対等の要請（§ 11 Rn. 70）

■ 法的聴聞と、これに伴うあらゆる情報取得権および手続関与権の保障（Rn. 73）

■ 対審的手続を求める権利（Rn. 74）

70 欧州人権条約6条に定められた公正裁判の原則（fair-trial Grundsatz）からは、第1に、武器対等の要請が導かれる¹⁶⁴。この保障は、今日、欧州人権裁判所の判例によって拡張されている。被告人と訴追側との形式的な対等性だけでなく、すべての当事者はその相手側に対する弱さを補われる権利まで持つ、というように。双方の側は、裁判所の裁判に影響を与えることについて同等の機会を持ち、そのために、手続経過にとって重要な情報について同等にアクセスできるのでなければならない。職権探知原則においては、異なって考えることができるかもしれない。決定的であるのは、双方の当事者が手続のすべての過程においてその利益を主張するにあたり等しい機会を持つか、ということである¹⁶⁵。武器対等性の重要な具体化として、自己負罪を強制されることからの保護も挙げられる（ネモ・テネテュア原則。nemo-tenetur-Grundsatz）。これは特に、被告人は、その黙秘から訴訟にとって不利な帰結を危惧する必要がなく、黙秘することができるという権利を含む¹⁶⁶。また、自己負罪拒否特権は、罪責の承認または直接的に不利となる供述に限定されない。ある陳述の使用が一見すると免罪的に作用するが、さらなる手続において被告人の信用性を動揺させる方向で使用される場合も、それが適切な教示を受けてなされたのではない限りで、自己負罪拒否特権を侵害する¹⁶⁷。さらに、ネモ・テネ

164 全体について、Safferling, NStZ 2004, 181 ff. を見よ。

165 L/R-Esser, Art. 6 MRK Rn. 202 ff.

166 この保障の射程に関する詳細な議論について、EGMR, „O'Halloran and Francis“, v. 29.6.2007, NJW 2008, 3549, 3552 を見よ。そこには、異なる見解も含まれている。これについて、EGMR, „Krumpholz ./.. Österreich“, v. 18.3.2010, NJW 2011, 201 (Rn. 32 ff.) も見よ。

167 EGMR, „J.B. ./.. Schweiz“, v. 3.5.2001, RJD 2001-III (Rn. 64)。真実を述

テュア原則は、訴追側が刑事事件において被告人の罪責を証明しなければならず、その際には、強制または脅迫により被告人の意思に反して得られた証拠に基づいてはならない、ということも意味する¹⁶⁸。もっとも、対象者による積極的な自己負罪に向けられた強制のすべてが、欧州人権条約 6 条 1 項に違反するというわけではない。

71 自己負罪拒否特権が侵害されたかについて、欧州人権裁判所は、以下の要素を手掛かりに判断している¹⁶⁹：

- 証拠獲得を目的とした強制の態様と重さ
- 当該犯罪の訴追と行為者を処罰することに向けての公的利益の重さ；この点で重要であるのは、行為者が実現した不法であり、欧州人権裁判所はその際に予測されるべき刑に基づいている。
- 相当な手続保障の存在；ここでは、強制を許可する規定と、強制自体に対して、および獲得された証拠の使用に対して手続法上異議を申し立てる機会が重要である。
- これによって得られた証拠の使用

欧州人権裁判所は、これらの要素を、ネモ・テネテュア原則に対する違反が存在したかの評価に取り込んでいる¹⁷⁰。その際、欧州人権条約 3 条に対する違反の下で得られた証拠の使用に関して、以下の特殊性を考慮しなければならない。

欧州人権条約 3 条に何らかの形で違反して得られた自白が使用される限りで、自白が有罪判決にとって重要であったか否かにかかわらず、すべて

べることの宣誓を義務づけることによるネモ・テネテュア原則違反の可能性について、EGMR, „Brusco ./ Italien“, v. 14.10.2010, 1466/07 を見よ。

168 EGMR, „Aleksandr Zaichenko ./ Russland“, v. 18.2.2010, 39660/02 (Rn. 54-60).

169 初めての裁判例として、EGMR, „Jalloh ./ Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 117-121) がある。これは、EGMR, „O'Halloran and Francis ./ Vereinigtes Königreich“, v. 29.6.2007, NJW 2008, 3549, 3552 (Rn. 55) で確認されている。

170 欧州人権条約 3 条違反との関連で、この衡量に対する批判的見解として、Grabenwarter, NJW 2010, 3128, 3132 がある。

の手續が不公正であるとみなされる¹⁷¹。その自白が使用されず、欧州人権条約 3 条違反の被害者が加重的に（特別に）その不使用について教示された場合に限り、手續は、全体として不公正ではなかったといえる¹⁷²。

これに対して、欧州人権条約 3 条に対する違反の直接的帰結として得られた物的証拠の場合、拷問禁止（欧州人権条約 3 条）の個別類型ごとに区別することが特に効果的となる（§ 11 Rn. 35）。拷問に直接基づいて得られた物的証拠の使用は、手續を全体として不公正とし¹⁷³、これによって欧州人権条約 6 条 1 項に対する違反を基礎づける。欧州人権裁判所は、屈辱的ないし非人道的取扱いによって得られた証拠の使用は手續を常に全体として不公正とさせ、これによって欧州人権条約 6 条 1 項に対する違反となるかという問題を、明示的に未解決とした¹⁷⁴。

72 事例 25において、欧州人権裁判所¹⁷⁵は、1988 年道交法 172 条 2 項に定められた書式に記載する義務（記載しないときは刑事手續が開始されるおそれを伴う）を、その形式上、確かに、自己負罪への公然とした強制であると認めた。もっとも、交通犯罪を犯した運転者の身元を開示すべき所持者の義務は、車に伴う他の道路交通関与者の身体および生命に対する危

171 EGMR, „Gäfgen ./ Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3148 (Rn. 173).

172 結論的に同前のものとして, EGMR, „Gäfgen ./ Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3148 ff (Rn. 169 ff.) がある。

173 EGMR, „Jalloh ./ Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 107). 近時のものとして, EGMR, „Bykov ./ Russland“, v. 10.3.2009, NJW 2010, 213, 215.

174 „Gäfgen“ 事件（§ 11 Rn. 39 参照）では、G の有罪判決は、公判での彼の自白にのみ基づいていた。したがって、大法廷も、ここで見解を示す必要がなかったわけである。EGMR, „Gäfgen ./ Deutschland“, v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145, 3148 ff. (Rn. 169 ff.) 参照。これに対して, „Jalloh“ 事件では、欧州人権裁判所は、確かに、単に非人道的取扱いのみを認めただけであるが、しかし、個別事例の事情（呑み込まれた麻薬を押収する目的で嘔吐剤を飲ませた）に基づいて、手續は全体として不公正であったと認めている。EGMR, „Jalloh ./ Deutschland“, v. 11.7.2006, RJD 2006-IX (Rn. 106 ff) 参照。

175 EGMR, „O'Halloran & Francis ./ Vereinigtes Königreich“, v. 29.6.2007, NJW 2008, 3549, 3552 (Rn. 58-60).

険ゆえに、承認されなければならない。確かに、道路交通の危険は、それ自体で、ネモ・テネテュア原則の例外を基礎づけるものでない。もしそのようなことになれば、この重要な原則が、多くの刑法上の現象に関して無効となってしまう。しかし、欧州人権裁判所は、ここで、別の要素を指摘した。運転者の身元を記載しない場合の刑罰による威迫は軽微であり、重大な形式の強制とはいえないほどのものである。さらに、1988 年道交法 172 条 4 項は例外要件を定めており、書式による供述を証拠として使用することについては、イギリス法において異議申立てをすることができる (B もそれを試みている)。したがって、欧州人権裁判所の見解によると、相当な手続保障が存在していた。最後に、B の有罪判決は、運転者の身元の供述だけでなく、写真にも基づいている。それゆえ、ネモ・テネテュア原則に対する違反はなく、手続は、全体として不公正であったとはいえない。

73 第 2 に、公正原則からは、法的聴聞の保障と、それに伴ってあらゆる情報取得権および関与権の保障も導かれる。これは、基本的に、手続に同席する権利、裁判所に対して書面または口頭で発言する機会、実効的な弁護を受ける保障¹⁷⁶ (欧州人権条約 6 条 3 項 c 号も参照) を含む。最後の保障は、手続のあらゆる段階、つまりすでに警察による最初の尋問から効果的に弁護士によって弁護を受けることの被疑者の権利¹⁷⁷、証拠の申請に異議を唱え、その使用に不服を申し立てる機会を含む¹⁷⁸。そして、欧州人権条約 6 条 1 項からは、裁判所における教示および配慮の義務も導かれる¹⁷⁹。

74 第 3 に、欧州人権裁判所は、欧州人権条約 6 条 1 項から、対審の手続を求める権利を導いている。この権利は、少なくとも、訴追側と弁護側は各々他方の意見および証拠についての認識を持ち、それに対して意見を述

176 詳細は、Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Kreicker, Europ. StR, § 51 Rn. 25 ff.

177 EGMR, „Salduz ./. Türkei“, v. 27.11.2008, NJW 2009, 3707, 3708.

178 EGMR, „Gäfen ./. Deutschland“, v. 30.6.2008, NStZ 2008, 702 (Rn. 98).

179 L/R-Esser, Art. 6 MRK Rn. 197.

べることができるという意味を持つ¹⁸⁰。これによって、特定のシステム（アメリカ型の当事者主義訴訟、ドイツ型の職権探知手続）が促進され、または排斥されるということはない。欧州人権条約3条d号により、被疑者・被告人の質問および対面権が保障される。これは、被疑者・被告人が負罪証人と対面することができ、これによって、その証人に明示で質問し、その信用性に疑いをさしはさむ機会を与えられる、ということの意味する¹⁸¹。もっとも、その際、対面権は、無制約に認められるのではなく、証人に対する被疑者・被告人の質問は、その許容性について規制することができる¹⁸²。武器対等性の重要な具体化である対面権に対する違反は、自動的に手続を不公正なものにするわけではない。ここでもやはり、全体的考察が求められ、それによって、手続がその全体において不公正とみられるかが判断される。この審査は、3つの段階に分けて行われる¹⁸³。

75 (1) まず、裁判所は、欧州人権裁判所判例によって認められた対面が制限されることの理由が存在するかを検討しなければならない。そのような理由がない場合、すでに、手続はその全体において不公正とみられる。欧州人権裁判所は、そのような理由として、証人を召喚することの事実上または法律上の不可能、性犯罪被害者が証人となるときその保護の必要性、証人への危険¹⁸⁴、証人が証言拒否権を援用すること、国内の治安上の理由、などを挙げている¹⁸⁵。

76 (2) そのような理由が存在する場合、欧州人権裁判所は、司法当局による弁護権の制限が十分補償されるかを検討する¹⁸⁶。補償の機会とは、必然

180 EGMR, „Öcalan ./.. Türkei“, v. 12.3.2003, EuGRZ 2002, 420, 427 (Rn. 166).

181 *Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189, 191.

182 EGMR, „Judge ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 8.2.2011, HRRS 2011 Nr. 473 (Rn. 27 ff.). そこでは、性的濫用の事案において、対面権が制限された。

183 EGMR, „Edwards und Lewis ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 27.10.2004, RJD 2004-X (Rn. 52 ff.).

184 EGMR, „van Mechelen u.a. ./.. Niederlande“, v. 23.4.1997, StV 1997, 617, 619.

185 別の例を示すものとして、KK-Schädler, Art. 6 EMRK Rn. 54 がある。

186 EGMR, „Doorson ./.. Niederlande“, v. 26.3.1996, RJD 1996 (Rn. 72).

的に、質問の追完である¹⁸⁷。もっとも、ドイツ法では視聴覚的な尋問技術（ドイツ刑法 247a 条）による直接的な補償も可能であるが、その際、欧州人権裁判所は、単なる聴覚的な伝送では不十分であるとしている¹⁸⁸。裁判所は、証人に対し、少なくとも被告人ないしその弁護人の関与のもとで準備された質問のカタログを提示しなければならない¹⁸⁹。もっとも、有罪判決が唯一または重点的に証人の供述に基づいている場合には、これでは不十分である。なぜなら、個人的に質問しなければ、弁護側は、証人の信用性を疑わしめる機会を持たないからである¹⁹⁰。自身の立証活動または他の証人供述の審問を通じて防御することの被告人の権利も、十分な補償ではない¹⁹¹。

77 (3) 弁護権の制限が十分補償されている場合には、次の第三段階として、手続の公正さの評価に関して、負罪証人の供述が極めて慎重かつ抑制的に評価されることが重要となる。その際、負罪証人の警察または捜査判事の面前での供述態度も、重要となりうる。いずれにせよ、判決が、被告人または被疑者・被告人が捜査段階でも、公判段階でも対面的に質問することのできなかった証人の供述だけに依拠することは許されない¹⁹²。その他の証拠が、対面的に行われなかった供述を凌駕するものでなければならぬ¹⁹³。

78 欧州人権裁判所は手続の公正さに関して全体的評価を求めているとしても、裁判所の前述の措置に関して、欧州人権条約 6 条 3 項 d 号のような権利を制限する条件はこの権利の特別な意義から導かれなければならない、

187 EGMR, „Kostovski ./.. Niederlande“, v. 20.11.1989, Series A, 166 (Rn. 41).

188 EGMR, „van Mechelen u.a. ./.. Niederlande“, v. 23.4.1997, StV 1997, 617, 619.

189 EGMR, „Lüdi ./.. Schweiz“, v. 15.6.1992, Series A, 238 (Rn. 49 f.).

190 EGMR, „Lüdi ./.. Schweiz“, v. 15.6.1992, Series A, 238 (Rn. 76).

191 EGMR, „Al-Khawaja & Tahery ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 20.1.2009, 26766/05 & 22228/06 (Rn. 42, 46).

192 EGMR, „Haas ./.. Deutschland“, Urt. .v. 23.11.2005, JR 2006, 289, 291 m. Anm. Gaede.

193 KK-Schädler, Art. 6 EMRK Rn. 60 (文献付き).

評価に際しての一般的な公正さの衡量では不十分である、ということが導かれる¹⁹⁴。

欧州人権裁判所は、例えば、主たる負罪証人の尋問に関する警察の調書が朗読されたが、その供述は被疑者・被告人ないしその弁護人が不在の場で行われ、証人は公判でその証言拒否権を行使したために、対面的な質問が一度も行われなかったという事案において、対面権の侵害を認めている¹⁹⁵。

79 また別のそしてよく議論される事例は、**警察のスパイによる犯行誘引** **[おとり] 捜査** (いわゆるアジャン・プロ・ヴォカトゥール) である。これは、特に麻薬犯罪を取り締まるために投入される実務手段である。特に警察のスパイが確かに潜在的であるがまだ具体的に行動を起こしていない市民に犯行決意を生じさせた場合¹⁹⁶、それに続く刑事手続と欧州人権条約6条1項との適合性が問題となる。欧州人権裁判所は、このようにして始められた刑事手続を、「初めから」不公正であったとし、公正原則に対する違反を認めている¹⁹⁷。これは、犯行への誘引が国家刑罰の禁止とそれに伴って手続障害を基礎づける、と解釈することができる。少なくとも、犯行への誘引によって得られた証拠には証拠使用禁止が適用される、と考えなければならない¹⁹⁸。被告人が警察の職員から犯行を誘引されたと主張す

194 したがって、「全体的考察」は、従来の連邦通常裁判所の見解と異なり、審査方法の上位概念と理解しなければならない。*Dehne-Niemann*, HRRS 2010, 189, 195 参照。

195 EGMR, „Unterpertinger ./.. Österreich“, v. 24.11.1986, Series A, 110 (Rn. 28 ff.)。この状況における警察尋問に関する証拠使用禁止の根拠となるドイツ刑法第252条について、*Beulke*, StPO, Rn. 418 ff. を見よ。

196 EGMR, „Teixeira de Castro ./.. Portugal“, v. 9.6.1998, RJD 1998-IV (Rn. 38) でもそのように解されており、近時、EGMR, „Ramanauskas ./.. Litauen“, v. 5.2.2008, NJW 2009, 3565, 3567 (Rn. 56) において同様である。

197 EGMR, „Teixeira de Castro ./.. Portugal“, v. 9.6.1998, RJD 1998-IV (Rn. 39)。これは、間接的な犯行誘引の場合にも妥当する。EGMR, „Pyrgiotakis ./.. Griechenland“, v. 21.2.2008, HRRS 2008, 292 ff. (Rn. 21, 22) 参照。

198 *Ambos*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 23 (EGMR, „Edwards and Lewis ./.. Vereinigtes Königreich“, v. 22.7.2003, StraFo 2003, 360, 362 f. (Rn. 49))

る場合、事実認定を行う裁判所は、この主張を検討しなければならない¹⁹⁹。これに対し、連邦通常裁判所は、従来（欧州人権裁判所の判例に反して）国側の犯行誘引を、その「量刑解決」において減刑的にのみ考慮し²⁰⁰、これによって、そのような捜査手法で得られた証拠を使用することによる欧州人権条約6条1項違反を補償しようとしている。学説において、一部で、この見解は支持を得ており、極端な事例では「責任阻却事由」の承認も求められている²⁰¹。近時、一部の見解からは、手続が長期化した場合の執行解決（§ 11 Rn. 66）をスパイによる犯行誘引の事例に転用することが主張されている²⁰²。しかし、連邦通常裁判所の従来の見解も、また執行解決の転用を主張する見解も、欧州人権条約の基準に適合しない。欧州人権裁判所の見解によると、犯罪撲滅への公的利益は、警察側の犯行誘引によって得られた証拠の使用を正当化しない²⁰³。犯罪傾向のない人を犯罪実行に至らせたという事実は、常に「極端な事例」であり、有罪判決がそのようにして得られた証拠に依拠している限り、それは結論において、そのようにして犯行へと誘引された人の処罰を排除するということにならざるを得ない。

g) 無罪推定（欧州人権条約6条2項）

80 無罪推定（欧州人権条約6条2項）は、刑事事件にのみ妥当する。それは、被疑者・被告人を、有罪の先取りや事前の罪責決めつけから保護する。すなわち、そのようなことが法廷の中であるかまたは非公式に社会に

が参照されている）ならびに *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 142 を参照。

199 EGMR, „Ramanauskas ./ Litauen“, v. 5.2.2008, NJW 2009, 3565, 3567 (Rn. 71).

200 例えば, BGHSt 45, 321 を見よ。

201 *Beulke*, StPO, Rn. 288 (文献付き) だけは見よ。

202 執行解決の転用に関して, *Kraatz*, JR 2008, 189, 194; *Winkler*, jurisPR-StrafR 8/2008, Anm. 1 がある。

203 EGMR, „Edwards und Lewis ./ Vereinigtes Königreich“, v. 22.7.2003, StraFo 2003, 360, 362 f. (Rn. 49).

においてであるかにかかわらず、最終的な裁判所の罪責認定がまだ行われていない限りで。この保障は、一義的には、裁判手続における証明責任にとって重要である。基本的に、訴追側が行為者の罪責を証明しなければならず、疑わしい場合には被告人の有利とされなければならない (in dubio pro reo)。もっとも、証明責任の転換は、犯罪の意義が相当に考慮され、弁護側の権利も十分保障されているという場合、それ自体ではまだ条約に違反するものではない²⁰⁴。

h) 罪刑法定主義（「法律なければ刑罰なし」、遡及禁止）（欧州人権条約 7 条）

81 事例 26：1957 年生まれの A は、少年収容施設に収容されていた。A は、ドイツですでに複数回にわたって、重大な重罪によって有罪判決を受けており、最後のものとしては、1986 年 11 月に謀殺未遂と強盗の行為単一により 5 年の自由刑に処されている。加えて、裁判所は、神経医学的および精神的鑑定（それによると、A は危険な犯罪者であると評価され、暴力行為の傾向が認められている）に基づいて、刑に続く保安監置施設への収容を命じた。この時点で、保安監置は、法律上はまだ 10 年に限定されていた。この法定の上限は、1998 年に引き上げられた。自由刑の執行が終わり、保護観察のための保安監置施設への収容を停止することが申し立てられたが、地方裁判所は、2001 年にその申立てを却下し、ドイツ刑法 67c 条 3 項、ドイツ刑法施行法 1a 条 3 項を援用して、A の保安監置施設への収容を命じた（全体の期間は 10 年を超えることになった）。高等裁判所は、その裁判を支持した。憲法裁判所は、A の憲法抗告（特に遡及禁止違反（ドイツ基本法 103 条 2 項）を主張していた）を、2004 年 2 月 5 日に棄却した²⁰⁵。この場合、欧州人権条約 7 条に対する違反となるか（こ

204 基本的なものとして、EGMR, „Salabiaku ./.. Frankreich“, v. 7.10.1988, Series A, 141-A (Rn. 28)があり、さらに深めるものとして、Barrot, ZJS 2010, 701 ff.がある。

205 BVerfGE 109, 133 ff.

の点について § 11 Rn. 87)。

82 欧州人権条約 7 条 1 項は、国内法上も基本的に承認されている（ドイツ基本法 103 条 2 項，ドイツ刑法 1 条）罪刑法定主義を定めている。本原則は、市民を、恣意的な訴追，有罪判決，処罰から保護するものである²⁰⁶。欧州人権条約がこの実体法上の保障に与えた特別の意義は，(3 条と同様) 緊急状況にかかわらず保障されるという点に認められる（欧州人権条約 15 条 2 項参照）。

aa) 保護範囲

83 欧州人権条約 7 条 1 項における刑罰の概念は，6 条の刑事手続の概念と同様，自律的に解釈されなければならない。欧州人権裁判所は，ある措置が刑罰と位置づけられるかという問題に対して，以下の基準を用いている²⁰⁷：

- (1) 処分の賦課が犯罪を理由とする有罪判決に結びついているか，または少なくとも犯罪実行がきっかけとなっている²⁰⁸
- (2) その性質および目的からみた処分の刑罰としての性質，例えば拘禁刑 (Haftstrafe)
- (3) 当該措置の国内法における刑法上の性質
- (4) 刑事手続の訴訟内における措置の賦課
- (5) 措置の重さ（欧州人権条約 7 条の意味での刑罰を肯定するために，これが唯一の基準というわけではない）

206 EGMR, „S.W. ./ . Vereinigtes Königreich“, v. 22.11.1995, Series A, 335-B (Rn. 34-36), und EGMR, „C.R. ./ . Vereinigtes Königreich“, v. 22.11.1995, Series A, 335-C (Rn. 32-34)。まとめとして，EGMR, „Streletz, Kessler & Krenz ./ . Deutschland“, v. 22.3.2001, RJD 2001-II (Rn. 50) がある。

207 EGMR, „Welch ./ . Vereinigtes Königreich“, v. 9.2.1995, Series A, 307-A (Rn. 28)。

208 EGMR, „Welch ./ . Vereinigtes Königreich“, v. 9.2.1995, Series A, 307-A (Rn. 28) では，まだ，当該措置が犯罪を理由とする有罪判決の帰結として科されることが要求されている。そして，この基準は，EGMR, „Sud Fondi SRL u.a. ./ . Italien“, v. 20.1.2009, 75909/01 において，後段にも拡張された。

例²⁰⁹：イタリア人 S は、バーリ市から、「Punta Perrota」海岸にショッピングセンターを建設する許可を得ていた。しかし、その許可は、建築計画に瑕疵があった（美観保護地区であった）ため、無効であった。イタリアでは、建築許可のない建築は、犯罪である。S は、犯罪構成要件を充足しているが、避けられない禁止の錯誤（イタリア法上も責任阻却事由とされる）ゆえに、無罪とされた。しかし、刑事裁判所は、建築資材の押収を命じた。これは、イタリア刑法に規定された措置であったが、国内法上は、行政処分と評価されている。欧州人権裁判所は、その押収を、欧州人権条約 7 条 1 項の意味で刑罰であるとした。その理由として、それが犯罪の実行をきっかけとしており、刑事訴訟の中で言い渡されるものである、というのである²¹⁰。

bb) 明確性の要請

84 罪刑法定主義は、**可罰性の法的根拠が存在し、それが明確であること**を要求する。その際、(国内法上ならびに国際法上の) 法 (Recht) に着目される。欧州人権条約のその他の箇所で使用される概念である法律 (Gesetz) と同様 (欧州人権条約 9 条ないし 11 条の各第 2 項を参照)、成文ならびに不文 (特にコモンロー国で重要) の法がそこに把握される²¹¹。しかし、法が常に「アクセス可能」であり、対象者が処罰の可能性を「予測」できることが、保障されていなければならない。欧州人権裁判所は、この点において、柔軟な基準を立てているため、判例の展開と変化する状況への適合も可能となっている²¹²。これが具体的にどうであるかは、以下

209 EGMR, „Sud Fondi SRL u.a. ./ Italien“, v. 20.1.2009, 75909/01.

210 EGMR, „Sud Fondi SRL u.a. ./ Italien“, v. 20.1.2009, 75909/01 (特に Rn. 115).

211 EGMR, „Kononov ./ Lettland“, v. 17.05.2010, NJOZ 2011, 226 (Rn. 185) を見よ。Peters/Altwickler, EMRK, § 23 Rn. 4 も参照。

212 旧東ドイツ国境での壁の射撃を理由とする有罪判決の条約適合性について、EGMR, „Streletz, Kessler & Krenz ./ Deutschland“, v. 22.3.2001, RJD 2001-II (Rn. 46-114), m. Anm. Rau, NJW 2001, 3008 を見よ。

の例が示す：

例²¹³：Sは、イギリスで、自分の妻を強姦したとの理由で、有罪とされた。しかし、伝統的に認められてきた「夫婦間への不可侵」の原則（これには立法改正の議論がなされていた）によれば、夫婦間での強姦は、コモンロー上は不可罰とされてきた。欧州人権裁判所は、有罪判決は欧州人権条約7条1項に違反しないと判断した。その結論が犯罪の本質に適合し、合理的にみて予測可能であったという限りで、裁判官の法形成は刑法の場面でも許される。夫婦間への不可侵が放棄される傾向は、新たなイギリスの判例で認識され、予見可能でもあったがゆえに、欧州人権条約7条1項には違反しないというわけである。

欧州人権裁判所は、明確性において要求される程度を、個別事例ごとに異なるものであり、かつ規定の体系、名宛人の数および属性に関して流動的であると考えている。特に名宛人がその職業活動の範囲で予防的措置を採ることが通常であるという場合、彼らには、法的助言を受けるよう期待することができる²¹⁴。明確性の要請は、法律効果の範囲においても妥当する（1項2文参照）。

cc) 類推禁止

85 欧州人権条約7条1項は、**類推禁止**も含む。許容される解釈および法律形成の程度を（相当に）超えて、犯人の不利に類推解釈することは禁止される。その際、厳密に区別することが問題である。

dd) 遡及禁止

86 最後に、欧州人権条約7条1項は、**遡及禁止**を含む。当該行為は、それが行われる時点で、可罰的でなければならない。これによって、遡及的

213 EGMR, „S.W. ./ Vereinigtes Königreich“, v. 22.11.1995, Series A, 335-B.

214 EGMR, „Cantoni ./ Frankreich“, v. 22.10.1996, RJD 1996-V (Rn. 35) を見よ。Peters/Altwickler, EMRK, § 23 Rn. 7 (文献付き) も見よ。

に刑罰法規を制定することや、事後的に刑を加重することは、条約違反となる。さらに、欧州人権条約 7 条 1 項は、軽い刑罰が遡及的に適用されることも保障する²¹⁵。裁判官による許容されるべき法形成に関して、ここでも、行為実行の時点で、その行為が可罰的となりうることが予見可能でなければならぬ²¹⁶。欧州人権条約 7 条は実体法上の保障であるから、犯人に不利となる刑事手続規定の変更は、排除されない²¹⁷。欧州人権裁判所は、時効期間の延長も、少なくとも時効期間がまだ経過していない場合には、(行為の時点で可罰性が基礎づけられていたとの理由で)、条約に反しないとしている²¹⁸。

87 欧州人権裁判所²¹⁹は、**事例 26**において、A の保安監置を最長 10 年から無制限に延長することについて、遡及禁止 (欧州人権条約 7 条 1 項 2 文) に対する違反であると認めた。確かに、ドイツ法上は、保安監置は刑罰ではなく改善・保安のための処分であるとされ (ドイツ刑法 61 条 3 号参照)、憲法裁判所の見解によると、刑罰にのみ妥当するドイツ基本法 103 条 2 項の遡及禁止は保安監置には適用されないとされている²²⁰。すなわち、刑罰とは違い、この処分は、行為者の責任ではなく、社会に対するその危険性に結びついており、これによって純予防的なものに向けられた²²¹。もっとも、欧州人権裁判所は、国内の解釈に拘束されない。むしろ、欧州人権条約 7 条 1 項においても、刑罰の概念を自律的に、前述の基準に従って解釈するのである。その際、ドイツの保安監置を欧州人権条約 7 条 1 項の意味での刑罰と位置づける根拠として重視されたのは、1986 年の A の保安監

215 EGMR, „Scoppola ./.. Italien“, v. 17.9.2009, NJOZ 2010, 2726, 2730 (Rn. 109)。この判例変更の基本法 103 条 2 項に対する考えられる影響について、*Bohlander*, StraFo 2011, 169 ff. を見よ。

216 この点について、L/R-*Esser*, Art. 7 MRK Rn. 11. を見よ。

217 L/R-*Esser*, Art. 7 MRK Rn. 33.

218 EGMR, „Coëme u.a. ./.. Belgien“, v. 22.6.2000, RJD 2000-VII (Rn. 142 ff.). ドイツでの同一方向の解決について、BVerfGE 25, 269, 284 ff. を見よ。

219 EGMR, „M. ./.. Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218 ff.

220 BVerfGE 109, 133, 167 ff.

221 例えば、*Kindhäuser*, LPK-StGB, § 61 Rn. 1 を見よ。

置による収容が、犯罪を理由とする有罪判決と結びついて刑事裁判所により言い渡されている、という点である。また、保安監置は、自由刑と同様に、その性質上、自由剥奪を伴う。その実施においても、保安監置は、自由刑執行に近い性質を有する。保安監置に付された者は、自由刑を受けた者と同じ刑事施設に収容されるのであり、保安監置の執行は、事実上もまた法律上も自由刑の執行と決定的な違いはないからである。加えて、刑罰の機能と保安監置の機能とは、部分的に一致する（行刑法 2 条および 129 条により、保安監置も刑罰とともに、犯罪者からの社会の保護と、自由の中で社会的に責任ある生活を送ることに向けた被拘禁者の能力を涵養することに資する）。欧州人権裁判所は、（それだけが決定的ではないが）制裁の重さに鑑みて、保安監置を、上限が欠ける点と、鑑定人より評価されるべき行為者の危険性への従属性から、考えうる制裁のうちで最も重いものの 1 つであると位置づけた。欧州人権裁判所は、このような視点から、およそ後付け可能な形で、保安監置命令は欧州人権条約 7 条の意味での「**刑罰**」に当たると認定した²²²。

A が犯行を行った当時の法律では保安監置命令は最長でも 10 年であったことから、保安監置の延長は、欧州人権条約 7 条 1 項の意味で**付加的な刑罰**であり、「10 年までの保安監置」という制裁の執行方式の問題にとどまらない²²³。

欧州人権裁判所は、そこから、保安監置の事後的延長を、真の遡及的な処罰であるとも見ている。なぜなら、1998 年に導入され A の犯罪実行後に施行されたドイツ刑法 67d 条 3 項、ドイツ刑法施行法 1a 条 3 項に基づいて初めて、2001 年に A の保安監置を 10 年を超えて延長できるようになったのであり、その点に付加的な刑罰が科されたといえるからである²²⁴。

ドイツの立法者は、この欧州人権裁判所の裁判への対応として、まず、

222 EGMR, „M. ./.. Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 224 f. (Rn. 127 ff.).

223 EGMR, „M. ./.. Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 225 (Rn. 135).

224 EGMR, „M. ./.. Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 223 (Rn. 123).

保安監置の法律を改正した²²⁵。しかし、これに対して、連邦憲法裁判所は、新たに定められた保安監置に関する規定を、憲法違反であると判示した²²⁶。確かに、その裁判では、保安監置がさらにドイツの刑罰概念に当てはめられたわけではない。しかし、[同裁判所は、] 特に欧州人権裁判所の欧州人権条約 7 条 1 項に関する評価を考慮して、保安監置の執行と自由刑の執行との間には相当な間隔が認められる（いわゆる、間隔義務）という点に、着目しなければならないが、現在はそうっていないので、保安監置によって行われる自由権への介入は、過剰なものと評価されなければならない、としたのである²²⁷。

この間、M 対ドイツ国事件の判決に続いて、ドイツの保安監置に関する欧州人権条約のいくつかの判決が下されている²²⁸。これらの裁判例すべてにおいて、欧州人権条約 7 条とならんで、5 条も重要となった。これによると、自由剥奪が条約に反するか否かは、欧州人権条約 5 条 1 項 2 文に規定された勾留事由のうち 1 つに該当するか否かによるが、この点は、こ

225 BGBl. I 2010, S. 2300. 保安監置法の改正および付随規定のための法律（2010 年 12 月 22 日）。

226 BVerfGE 128, 326 (NJW 2011, 1931 ff.) ならびに der Beschluss v. 20.6.2012—2 BvR 1048/11. その際、規定は、最長で 2013 年 5 月 31 日までは効果を維持するが、いくつか特に協定に影響のある点においては制限を伴う。この点について、*Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 554, 557 を見よ。欧州人権裁判所は、連邦憲法裁判所の裁判を明示的に支持した。EGMR, „Schmitz ./ Deutschland“, v. 9.6.2011, NJW 2012, 1707 ff. これについて、*Hörnle*, NStZ 2011, 488 ff. がある。

227 BVerfGE 128, 326, 372 ff. また、保安監置を事後的に、10 年の制限を超えて延長すること、および、保安監置を事後的に命令することについて、連邦憲法裁判所は、基本法 2 条 2 項 2 文、20 条 3 項からの信頼保護原則と適合しないと判断している。BVerfGE 128, 326, 388 ff.

228 EGMR, „Kallweit ./ Deutschland“, v. 13.1.2011, EuGRZ 2011, 255; „Mautes ./ Deutschland“, v. 13.1.2011, 20008/07; „Schummer ./ Deutschland“, v. 13.1.2011, 27360/04 und 42225/07; „Haidn ./ Deutschland“, v. 13.1.2011, NJW 2011, 3423 ff.; „Jendrowiak ./ Deutschland“, v. 14.4.2011, DÖV 2011, 570; „O.H. ./ Deutschland“, v. 24.11.2011, Nr. 4646/08, 4646/08; „Kronfeldner ./ Deutschland“, v. 19.1.2012, Nr. 21906/09; „B. ./ Deutschland“, v. 19.4.2012, Nr. 61272/09. これについて、*Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2012, 554, 555 がある。

ここでは結論として否定されなければならなかった：

- ・ 欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 a 号は、本来の有罪判決ないし罪責認定と、保安監置の事後的命令ないしその延長との間には十分な因果性があることを要求するが、ここでは、それが欠けている²²⁹。
- ・ 欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 c 号は、自由剥奪が正当化されるための根拠としての具体的に切迫した犯罪の要件が欠けるため、該当しない²³⁰。
- ・ 自由剥奪が正当化されるためさらに関連する欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 e 号の援用も、否定される。本規定の意味での精神疾患が存在せず、また、ドイツで定められた収容は、この規定による欧州人権条約の要件に適合しないからである²³¹。
- ・ さらに、欧州人権裁判所は、前述の事案で、欧州人権条約 7 条の違反とならんで、5 条の違反も認定した²³²。

連邦憲法裁判所は、欧州人権裁判所のこのような評価に基づいて、保安監置を当初適用された 10 年の範囲を超えて事後的に延長すること、および、保安監置を事後的に命令することは、新たな規定が制定されるまでの間は、重大な暴力犯および性犯罪の高度の危険性が被収容者の人格又は行動における具体的事情から導かれ、被収容者が欧州人権条約 5 条 1 項 2 文 e 号の意味での精神的混乱状態にある（その要件は治療収用法（ThUG）1

229 保安監置の事後的延長に関して、EGMR, „M. ./ . Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 221 f. (Rn. 97 ff.) がある。これについて、EGMR, „Mork ./ . Deutschland“, v. 9.6.2011, NJW 2012, 2093 ff. も見よ。保安監置の事後的命令に関して、BVerfGE 128, 326, 395 がある。Renzikowski, ZIS 2011, 531, 535 も見よ。

230 EGMR, „M. ./ . Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 222 (Rn. 102 ff.).

231 この点について、例えば EGMR EuGRZ 2012, 383, 390 f. (Rn. 77 ff.) を見よ。

232 基本的なものとして、EGMR, „M. ./ . Deutschland“, v. 17.12.2009, JR 2010, 218, 222 (Rn. 92-105) がある。連邦憲法裁判所による欧州人権裁判所裁判例の継受について、v. 4.5.2011—2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 71/10, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10 を参照。これについて、Esser/Gaede/Tsambikakis, NStZ 2012, 554, 555 f.; Pösl, ZJS 2011, 132 ff.; Payandeh/Sauer, Jura 2012, 289 ff. も見よ。

条1項1号に具体化されている)という場合にだけ可能である,と判示した²³³。立法者は,連邦憲法裁判所のこの基準を,保安監置の法律の再度の改正に取り込むことを試みている²³⁴。

88 欧州人権条約7条は,明示的に, **国際法**による可罰性の基礎づけも取り込んでいる。1項1文からは,国内法の遡及適用は,犯行時に少なくともその可罰性が国際法上基礎づけられていた場合 (§12 Rn. 1 以下)には許される²³⁵。欧州人権条約7条2項は,ニュルンベルク国際戦争法定での手続 (§13 Rn. 5 以下)に留意して導入されたものであるが(その点に関して,ドイツはドイツ基本法103条2項の観点で留保を表明したが²³⁶,その後撤回されている),基本的に1項と重なるため,不要なものである²³⁷。

89 ドイツの罪刑法定主義と比較すると,第1に,慣習法の禁止は,欧州人権条約7条の内容に含まれない。第2に,広い予測可能性の基準から,明確性はあまり厳格には要請されない。しかし,明確性原則のこの相対化は,欧州人権条約の出発点(不文あるいは明文の国際法を可罰性の根拠として取り込むこと)を考えると,避けられないことなのかもしれない。

i) 私的生活および家族生活の尊重を求める権利(欧州人権条約8条)

90 **事例 27**: K は,ロシア国民であり,クラスノヤルスクの出身であった。彼は,2000年9月に,殺し屋 V に,これまでの商売相手の G の殺害

233 BVerfGE 128, 326, 332, 406 f.

234 連邦政府より提出された,保安監置法における制限的要請を連邦法に具体化するための法律案は,2012年11月8日,連邦下院より可決された(BR-Drucks. 689/12 参照)。

235 Grabenwarter/Pabel, EMRK, §24 Rn. 139 を見よ。深めるものとして, Kleinlein, EuGRZ 2010, 544 ff.がある。

236 BGBl. 1954 II, S. 14 を見よ。ドイツ基本法103条2項と国際法上の明確性原則との関係に関する問題について, Satzger, JuS 2004, 943 ff. ならびに後述 §16 Rn. 31 がある。

237 そのように的確に解するものとして, Grabenwarter/Pabel, EMRK, §24 Rn. 140 がある。

を依頼した。しかし、V は、その依頼を果たさず、ロシアの秘密警察 FSB に出頭し、K から受け取っていたピストルを提出した。これに応じて、ロシア検察は、2000 年 9 月 21 日に、K に対して、謀殺の共謀を理由に捜査手続を開始した。2000 年 9 月 29 日、警察は、いわゆる「戦術的実験 (operatives Experiment)」の範囲内で、G の自宅での死体発見を演出し、それが G であるということをマスコミに広めた。警察の指示により、V は、2000 年 10 月 3 日に K を訪ね、自分は依頼を実行したと K に伝えた。その際、V は、マイクロフォンを隠して携帯し、それによって、会話は家の外から警察に傍受・記録された。K は、2000 年 10 月 4 日に逮捕され、主として録音された会話を証拠に、2001 年 [原文は「2000 年」と誤記されている] 6 月 19 日に、謀殺の共謀を理由に有罪判決を受けた。私的生活を尊重される権利 (欧州人権条約 8 条 1 項 1) に対する違反が認められるか (この点について § 11 Rn. 93)。

91 欧州人権条約 8 条 1 項は、**4 つのことを保障**する。私的生活の保護、家族生活の保護、住居の保護、通信の保護である。この保障は、国家に対し、基本的な侵害の禁止に加えて、これらの権利が尊重されるよう積極的な措置²³⁸を採ることも義務づける。欧州人権裁判所は、従来まで、欧州人権条約 8 条 1 項における私的生活についての明確な定義を行ってこなかった。それでも、裁判所は、この概念を私人がその生活を送る内密領域に限定することは狭すぎると判断している。むしろ、私的生活は、ある程度まで他人との関係も包摂しなければならないものである。欧州人権裁判所の見解によると、その際には、職業および労働活動からの人相互の接触は明示で私的生活の概念に含められるべきとされる²³⁹。家族の存在を認定するにあたって、裁判所は、家族生活が実際に存在することに着目する。その根拠は、共同の住居、関係の形及び長さ、ならびに、パートナー相互の関

238 これは、欧州人権条約を「基本的制度」とする欧州人権裁判所の理解から導かれる。前述 § 11 Rn. 25 参照。

239 EGMR, „Niemietz ./ . Deutschland“, v. 16.12.1992, Series A, 251-B (Rn. 29).

心と結びつきであり、夫婦であることは必要ない²⁴⁰。

92 これらの権利への**侵害**は、欧州人権条約 8 条 2 項の条件においてのみ正当化される。したがって、少なくとも立法上の根拠が必要である。さらに、この権利を守るためには、手続法上の保障が設定されていなければならない²⁴¹。例えば、法律は、通信の監視および私的生活への侵害に際して、市民に対しいかなる条件において当局が各々の権利へのそのような侵害を行うことが許されるかが明確に示されるというほど、十分に明確なものではない²⁴²。これは、秘密の傍受（通常は対象者または公共によるチェックが及ばない）に際して、裁量の範囲およびその行使の形式が特定されていなければならない、ということの意味する。さもなければ、欧州人権条約 8 条 1 項における侵害は、同条 2 項の意味で「法律に定めがあるもの」と評価することができない²⁴³。

欧州人権条約 8 条による権利へ介入する処罰が行われるときには、それが正当化されるためには、この刑罰が民主的社会において必要とされるものであることが要求される。裁判所は、私的生活の特に重要な観点又は自己のアイデンティティが問題となる場合には、基本的に、加盟国に対し、わずかな裁量しか認めない。そして、介入が正当化されうるのは、重大な危険が存在する場合だけである。これに対して、対象となる利益の意義および最大限の保護の観点で欧州の基本的合意が欠けているときは、裁判所は、加盟国に、より広い裁量を認めている。特に、倫理的及び道義的問題の場合には、これに該当する。特に兄弟姉妹間での近親相姦の処罰問題な

240 EGMR, „Elsholz ./ Deutschland“, v. 13.7.2000, NJW 2001, 2315 (Rn. 43); „K. und T. ./ Finnland“, v. 12.7.2001, NJW 2003, 809 (Rn. 150); *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 22 Rn. 16 ff. (文献付き)。近時、裁判所は、同性愛カップルも、「同居人」にとどまらず、「家族」の概念に含めている。EGMR, „Schalk u. Kopf ./ Österreich“, v. 24.6.2010, NJW 2011, 1421 (Rn. 94 f.) を見よ。

241 *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 8 Rn. 4.

242 EGMR, „Malone ./ Vereinigtes Königreich“, v. 2.8.1984, Series A, 82 (Rn. 67)。

243 EGMR, „Bykov ./ Russland“, v. 10.3.2009, NJW 2010, 213 f.

どは、国内機関の方が、このような問題を評価することに適しているからである²⁴⁴。

93 事例 27 では、欧州人権裁判所の評価によると、K の私生活に対する国家の侵害が存在する（会話は V 自身が行ったとしても、警察が K と V の会話の傍受行為の張本人である）²⁴⁵。もっとも、「戦術的実験」は、傍受技術を投入するための前述要件に適合した手続上の根拠によるものではなく、特定かつ厳密な規定が欠けているため、濫用に対する相当な保障がない。したがって、欧州人権条約 8 条 2 項によって正当化されることもない²⁴⁶。

j) 刑事事件における上訴（第 7 付帯議定書 2 条 1 項）

94 第 7 付帯議定書は任意的な性質のものであるから、その批准は、条約署名国にとって義務ではない。この点で、第 7 付帯議定書は（そこに規定される内容が重要な意味を持つものであるとしても）、例えばドイツでは、ドイツ政府が署名をしているにもかかわらず、批准されていないためまだ発効していない。本議定書 2 条 1 項からは、完全な権限を備えた覆審的な控訴審およびこれに伴って上級審の新たな判決というものは要求されないが、少なくとも、原判決の破棄によるコントロール、つまり前審への差戻しが可能でなければならない。これにより、第 7 付帯議定書 2 条 1 項の規定は、欧州人権条約 6 条 1 項の基準を超えるものである²⁴⁷。

k) 「一事不再理」（第 7 付帯議定書 4 条 1 項）

95 事例 28 : G は、オーストリアで交通事故を起こした際、自転車で通

244 EGMR, „Stübing ./.. Deutschland“, v. 12.4.2012, HRRS 2012, Nr. 434 (Rn. 59 ff.).

245 この点について、EGMR, „M.M. ./.. Niederlande“, Beschl. v. 8.4.2003, StV 2004, 1, 2 (Rn. 36 ff.) も参照。

246 EGMR, „Bykov ./.. Russland“, v. 10.3.2009, NJW 2010, 213, 214 (Rn. 78 ff.).

247 Peters/Altwickler, EMRK, § 24 Rn. 3 ff.; Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 2 7. ZP Rn. 3.

行していた人を死亡させたとして、過失致死で有罪とされた。事故の時点で彼の血中アルコール濃度が 0.8 パーミル以下であったことが認定されたため、飲酒運転による刑の加重は問題とされなかった。犯行時に 0.95 パーミルであったと判定する新たな医学的鑑定に基づき、数か月後に、管区庁 (Bezirkshauptmannschaft) が G に対して飲酒運転を理由に行政罰 (Straferkenntnis) を科した。この点で、この行政罰は、第 7 付帯議定書 4 条 1 項に定められた保障に違反するか (この点について § 11 Rn. 98)。

96 欧州人権条約の第 7 付帯議定書の意味での二重処罰の禁止は、およそ文言からして、世界人権宣言²⁴⁸およびドイツ基本法 103 条 3 項に匹敵する。右規定と同様、欧州人権条約の範囲での禁止は、同一国家内での複数の訴追に限定される。国際的「一事不再理」は、—— シェンゲン実施条約 54 条とは異なり (§ 10 Rn. 68 以下を見よ) —— これによつては基礎づけられない。外国で科された刑の算入 (ドイツ刑法 54 条 3 項参照) も、複数の条約締約国の関係相互において、第 7 付帯議定書 4 条 1 項によつて義務づけられるものではない。

97 どの時点で裁判が確定し、二重訴追・二重処罰の禁止が生ずるかは、やはり、欧州人権条約によつて規定されておらず、国内訴訟法による。第 7 付帯議定書 4 条 1 項の意味で 1 個の犯行とはどのようなものを指すのかは、問題として残る。基本的に、2 つの手法が考えられうる (前述 § 10 Rn. 79 を見よ)。行為の同一性は、第 2 の訴追が同じ構成要件 (同じ犯罪) に基づいて行われるとき、または第 2 の手続がすでに第 1 の手続でも審判された行為 (同じ事実) に基づいて追及される場合に、肯定することができる。

98 事例 28 のモデルとなった裁判では²⁴⁹、欧州人権裁判所は、(ドイツ流の「一事不再理」の考え方と同様に) 広い犯行概念を支持した。これによると、双方の処罰が同一の事実的行為に基づいているかという点のみが決

248 市民的及び政治的権利に関する国際条約 14 条 1 項。

249 EGMR, „Gradinger ./. Österreich“, v. 23.10.1995, Series A, 328-C (Rn. 55).

定的となる。ここでは1個の飲酒運転が対象であるから、欧州人権裁判所は、Gに対する行政罰を行った点に、第7付帯議定書4条1項の違反を認めた。しかし、この判例は、その後に覆された²⁵⁰。現在、欧州人権裁判所は、対象者は同一の事実的行為（同一の事実的要素）について同一の規定に基づいて、または、異なっているがその本質的要素において同一の規定に基づいて（同一犯罪の要素）処罰されることになるか、という点に着目している²⁵¹。これによると、（同一行為によって行われた）観念的競合の関係にある場合は、異なる犯行ということになる（例えば、不相当の速度での車の運転による秩序違反の実行と、速度違反が原因となった事故による過失傷害の犯罪構成要件実現との場合）²⁵²。これによると、**事例 28**では、同一犯行の要素が欠ける。双方の制裁構成要件はその本質において同一ではないため刑法上の不法を包摂するものではないからである。これによると、第7付帯議定書4条1項には違反しない。

4. 手続法と機関

a) 条約の機関としての欧州人権裁判所

99 欧州人権裁判所は、条約の機関であって、欧州理事会の機関ではない（§ 11 Rn. 5 を見よ）。1998 年 11 月 1 日に第 11 付帯議定書が発効する前は、条約規定が遵守されることの監視は、主として欧州人権委員会と閣僚理事会という2つの欧州理事会の機関が引き受けていたが、現在は、裁判所は、完全な裁判所（Vollgericht）であり²⁵³、形式的には欧州理事会から独立している²⁵⁴。しかし、欧州人権裁判所と欧州理事会との結びつきは、

250 EGMR, „Oliveira ./.. Schweiz“, v. 30.7.1998, RJD 1998-V (Rn. 22-29) を見よ。

251 EGMR, „Fischer ./.. Österreich“, v. 29.5.2001, 37950/97 (Rn. 24 ff.); EGMR, „Sailer ./.. Österreich“, v. 6.6.2002, 38237/97 (Rn. 25) によって確認されている。

252 EGMR, „Oliveira ./.. Schweiz“, v. 30.7.1998, RJD 1998-V.

253 L/R-Esser, Einf. MRK Rn. 45.

254 かつての法的保護の機会について、Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 6 f.を参照。

否定できない。例えば、47 の裁判官（すべての加盟国から選出される。欧州人権条約 20 条）は欧州理事会の議員集会から選任され（欧州人権条約 22 条）²⁵⁵、閣僚委員会には、裁判所の判決が実施されることを監視する義務があり（欧州人権条約 46 条 2 項）²⁵⁶、裁判所の財政は、欧州理事会より保障されている（欧州人権条約 50 条）²⁵⁷。

100 欧州人権裁判所²⁵⁸は、第 14 付帯議定書²⁵⁹（欧州連合の参加機会を創設するとともに、特に裁判所の負担軽減を目的とする）の発効後は、単独裁判官、3 名の合議体、7 人からなる小法廷（欧州人権裁判所施行規則の概念では「部局 (Sektionen)」）、そして 17 人で構成される大法廷によって活動することになっている（欧州人権条約新 26 条 1 項）。欧州人権条約 27 条 1 項によると、単独裁判官（欧州人権裁判所施行規則 49 条 1 項により、個人抗告（欧州人権条約 34 条）は、原則として、初めはここに係属する）は、事件を、自身に委ねられた資料を審査したうえで、不許容であると宣言することができる。単独裁判官は、抗告が許容されると判断したときは、さらに審査させるため、合議体または小法廷に事件を送付する（欧州人権条約新 27 条 3 項）。合議体は、全員一致で、個人抗告の許容性について決議し（欧州人権条約新 28 条 1 項）、個人抗告が欧州人権裁判所の確立した判例を対象とする限りで、理由の有無を裁判する。その他の場合、個人抗告ならびに国家抗告の許容性および理由に関する裁判は、小法

255 欧州連合が欧州人権条約に加盟した後に考えうる「欧州裁判官」、および、欧州議会議員団の議員集会への参加の問題について、*Mader*, AVR 2011, 435, 446 f. ならびに *Obwexer*, EuR 2012, 115, 138 f. を見よ。

256 閣僚委員会の今後の任務および欧州連合が加盟することの帰結について、*Obwexer*, EuR 2012, 115, 139 ff.; *Mader*, AVR 2011, 435, 443, 447 を見よ。

257 L/R-Esser, Einf. MRK Rn. 43. 欧州人権条約に加盟した場合の欧州連合の財政的関与については、Art. 8 CDDH-UE (2011) 16 を見よ。これは、次の URL で閲覧することができる。 http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/source/Docs%202011/CDDH-UE_2011_16_final_fr.pdf (2013 年 3 月現在)。

258 欧州人権裁判所の手続について詳細は、*Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2009, 3752 f. にある。

259 § 11 Rn. 7, 14 も参照。

廷に付される (欧州人権条約新 29 条 1 項)。小法廷の解釈のために重要な問題についてそれが必要という場合に限り、小法廷は、事件を大法廷に回付する (欧州人権条約 30 条。矛盾排除の原則)²⁶⁰。大法廷は、欧州人権条約 47 条により、鑑定人も求めなければならない (欧州人権条約 31a 条)。

b) 個人抗告および国家抗告

101 最も重要な手続形式は、個人抗告 (欧州人権条約 34 条) である。すべての個人のこの機会 (国内の法的手段が尽きた後に欧州人権裁判所に申し立てること)²⁶¹は、1994 年 5 月 11 日の第 11 付帯議定書により初めて、加盟国が強制的に承認しなければならないものとなった。申立ての条件は、加盟国の当局または裁判所の行為による条約または議定書により承認された権利の侵害の被害者となったと主張することである。欧州人権裁判所より行われる法的審査の範囲は、抗告で主張された侵害に限定されない。欧州人権裁判所は、事実を、条約法の想定可能なすべての観点において審査することができる²⁶²。

102 取り返しのつかない損害の危険がある場合には、**暫定措置を勧告**することができる (欧州人権裁判所施行規則 39 条)。実務では、この措置は、欧州人権条約 2 条 (生存権)、3 条 (拷問禁止)、8 条 (私的・内密の生活の尊重を受ける権利) の侵害が主張された場合に限定され、その大半が外国人の国外移送を対象とする²⁶³。この勧告がどの程度拘束力を持つかは、争いがある。現在は、勧告の無視は、条約 34 条の違反とみられているが、かつては、それは拘束力を持たないと考えられていた。しかし、実務では、原則としてそれに従われている。

260 *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einleitung Rn. 16.

261 ドイツでは、これには憲法抗告も含む。*Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 13 Rn. 26.

262 *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einleitung Rn. 40. 欧州連合が欧州人権条約に加盟することによる考える帰結について, *Mader*, AVR 2011, 435, 437 ff. を見よ。

263 *Meyer-Ladewig*, EMRK, Einleitung Rn. 29.

103 また、条約署名国にも抗告権が与えられており、それによって、他の加盟国による条約違反を主張することができる。個人抗告が増え続けている（1955 年は 138 件であったものが、2009 年には 57,100 件にまで増えているが²⁶⁴、裁判所の持続的な負担を招いている）ことから、**国家抗告**の位置づけは低く、政治的意味合いの大きい事案に限って提起されている（キプロス問題をきっかけとしてトルコがギリシャを提訴し、北アイルランド問題をきっかけにイギリスがアイルランドを提訴した、などの例がある）²⁶⁵。

c) 判決形式

104 欧州人権裁判所の判決は、個別事例ごとの確認判決（Feststellungsurteil）である。その射程は、条約より保障された権利侵害の認定に制限される²⁶⁶。従って、欧州人権裁判所の判決は、不服の対象とされた判断を破棄する効果を持たない²⁶⁷。すなわち国内判決を無効とするものではなく、また絶対効（erga-omnes Effekt）を持つものでもない。つまり、判決は、手続に参与した当事者にのみ拘束力を持ち（欧州人権条約 46 条 1 項）、その者は国際法上の効果として判決に従う義務を負う²⁶⁸。欧州人権裁判所は、条約違反を非難するのみであり、抗告申立人個人に直接的な保護を与えるものではない²⁶⁹。もっとも、欧州人権条約 41 条は、許容され理由もある抗告の事案に関して、欧州人権裁判所が「正しい裁判」を下すことができる（国内法による完全な回復が基本的に排除される場合）と定める。この限りで、判決は、**給付判決**（Leistungsurteil）でもある²⁷⁰。

264 Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 6.

265 Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 33 Rn. 2.

266 Gless, Int. Strafrecht, Rn. 49; Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 27.

267 Glauben, DRiZ 2004, 129; Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 18.

268 Meyer-Ladewig, EMRK, Einleitung Rn. 27.

269 Glauben, DRiZ 2004, 129, 130.

270 Meyer-Ladewig/Petzold, NJW 2005, 15, 16.

d) 加盟国における判決の効果

105 欧州人権条約 46 条 1 項によると、条約当事者は、敗訴判決 (Verurteilung) を受けた場合、判決に従う義務を負う。国際法の視点 (pecta sunt serbanda)²⁷¹ から、この点で、条約に反する規定や行政行為、また抗告申立人を侵害する裁判は、破棄されなければならない。この判決は、国際裁判所の判決として、国際法上は当該国家のみを義務づけ、公務員、裁判所、その他の機関に対する国内上の直接的効力を持たない。つまり、国家が国際法上の義務について内部的にどう対処するかは、広くその国家に委ねられている²⁷²。前述したとおり、ドイツでは欧州人権条約は制定法上の具体化規定により連邦法と同等の地位しか与えられていないから、条約により設置された欧州人権裁判所は、国の裁判所に優越するものではない。そこから、判例は、長い間、国内裁判所は条約および国内基本権の解釈にあたり人権裁判所の裁判に拘束されないとしてきた。もっとも、欧州人権裁判所の裁判は、解釈の基準として援用されてきた²⁷³。

106 連邦憲法裁判所は、はっきりとこれに反対し、欧州人権裁判所の判決および人権条約の国内での重要性を、全体として自身の判例において相対的に強調している：

「欧州人権裁判所の裁判は、国際法上の条約としての条約法にとって特別の意義を持つ。なぜなら、その裁判には、条約および議定書の現在の展開が反映されているからである。……人権裁判所の裁判の拘束力は、すべての国家機関に及び、国家機関は、その管轄の範囲内で法律および法への拘束に違反することなく（ドイツ基本法 20 条 3 項）、継続している条約違反を終了させ、条約に適合した状態を確立するよう義務づけられる。

271 国際法の一般原理をいう。条約法に関するウィーン条約 26 条も参照 (Sartorius II, Nr. 310)。

272 EGMR, „Papamichalopoulos et al. ./.. Griechenland“, v. 31.10.1995, Series A, 330-B (Rn. 34).

273 *Glauben*, DRiZ 2004, 129, 131.

その拘束力は、……国家機関および関連する法の各々の管轄の範囲に左右される。行政機関および裁判所は、欧州人権裁判所の裁判を援用して、法的権限規定および法律および法への拘束（ドイツ基本法20条3項）を免れることはできない。しかし、法律および法への拘束には、方法的に支持可能な法解釈の範囲において、欧州人権条約および人権裁判所の裁判による保障の考慮も含まれる。したがって、人権裁判所の裁判を検討しないことや、優越する法に違反して型どおりにそれが「執行」されることも、法治国家原理との結びつきにおいて、基本権に違反している」²⁷⁴。

107 しかし、連邦憲法裁判所は、限界も示している。国際法に適合すべきとの原則にもかかわらず、「そうしなければ憲法の基本原則に対する違反が避けられない」という場合には、欧州人権裁判所の裁判を無視することも可能であると認めている。しかし、その際、次の点に注意が必要である：

「人権裁判所の裁判は、国内の領域において考慮されなければならない。すなわち、管轄当局または裁判所は、裁判を検討しなければならず、さもなければ、なぜ国際法上の見解に反対するかを合理的に示さなければならない」。

つまり、連邦憲法裁判所は、欧州人権裁判所の裁判の拘束力には限界があるとしつつも、新たな判例によると、人権裁判所の裁判の検討を欠く場合には、法治国家原理、そして基本権に違反することになる。したがって、ドイツにおけるすべての国家権力の担い手は、欧州人権裁判所の判決を考慮するよう義務づけられる²⁷⁵。これによって、判決は、国内上も、立法者の手による国家の法規定が適合していることの審査に関するきっかけとして、認められなければならない²⁷⁶。

274 すべて引用は、BVerfGE 111, 307, 323 f. からである。

275 *Meyer-Ladewig/Petzold*, NJW 2005, 15, 17.

276 BVerfGE 111, 307, 325.

109 行政行為が条約に違反する場合、欧州人権裁判所の判決によって取り消される可能性もある（ドイツ行政手続法 48 条）。1998 年までは、確定した刑事判決が欧州人権裁判所によって条約違反であると認定されても、その抗告申立人に対して再審は認められていなかったが、現在は、ドイツ刑事訴訟法 359 条 6 号により、この場合について再審手続が規定されている。もっとも、再審理由は欧州人権裁判所の判決を勝ち取った者にのみ認められる、という点に注意が必要である²⁷⁷。その間に、ドイツ民訴法も、原状回復の訴えの機会を定めている（民訴法 580 条 8 号）²⁷⁸。

109 復習・深化のための問題

- ・有利性原則とは何か。それは、国内の欧州人権条約の保障と比較していかなる意義を持つか（§ 11 Rn.9）
- ・欧州人権条約は、ドイツの国内の規範の序列において、いかなる位置づけを与えられているか。これがすべての条約署名国において同様ではないということは、どのようにして生じるか。（§ 11 Rn. 10 以下）
- ・欧州人権条約の法律概念は欧州人権裁判所より自律的に解釈されるとは、どのような意味を持つか。例を挙げてそれを説明せよ。（§ 11 Rn. 19, 59 以下）
- ・訴訟における被害者としての地位が、事後的に消滅することもあるのはなぜか。いかなる条件でそれは可能か。すでに提起された訴えにとって、それはいかなる帰結をもたらすか。（§ 11 Rn. 22, 39 以下, 66）
- ・国家によらない行為は、欧州人権条約の保障によりいかなる範囲で捕捉されるか。（§ 11 Rn. 25, 33, 38）
- ・刑法上の視点から、欧州人権条約の保障で最も重要なものは何か。（§

277 *Meyer-Goßner*, § 359 StPO Rn. 52.

278 この機会に、専門裁判管轄においても準用されている（ドイツ行政裁判所規則 153 条 1 項，社会裁判所法 177 条 1 項，労働裁判所法 79 条，財政裁判所規則 134 条を参照）。

11 Rn.27)

- ・ 欧州人権条約 3 条の意味で非人道的取扱い、屈辱的取扱い、拷問とは、どのように理解されるか。拷問と、非人道的・屈辱的取扱いとを区別すべき理由は何か。欧州人権裁判所は、この保障の違反をどのように審査するか。(§ 11 Rn. 35 以下)
- ・ 欧州人権条約の他の多くの保障と比較して、欧州人権条約 5 条 1 項の審査の特徴は何か。(§ 11 Rn. 49, 53)
- ・ 欧州人権条約 6 条 1 項の意味で公正な手続とは、どのように理解されるか。欧州人権裁判所は、この保障の考える違反をどのように審査するか。(§ 11 Rn. 69 以下)
- ・ 欧州人権条約 6 条 1 項の意味で対審の要請とは、どのように理解されるか。いかなる条件で、それは制限されうるか。(§ 11 Rn. 74 以下)
- ・ 欧州人権条約 7 条 1 項の意味で刑罰とは、どのように理解されるか。(§ 11 Rn. 83)
- ・ 欧州人権裁判所の判決は、加盟国、特にドイツにおいていかなる効果を持つか。(§ 11 Rn. 105 以下)
- ・ ドイツで有罪判決を受けた者は、欧州人権裁判所に申し立てることによって、直接的に、すでに確定した刑事判決の破棄を求めることができるか。ドイツ法は、欧州人権条約に違反する判決の修正を、どのようにして可能にしているか。(§ 11 Rn. 104, 108)

近時の文献 : *Dehne-Niemann*, „Nie sollst du mich befragen“ — zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH, HRRS 2010, 189ff.; *Diehm*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006; *Eisele*, Die Bedeutung der EMRK für das deutsche Strafverfahren, JA 2005, 390ff.; *ders.*, Die einzelnen Beschuldigtenrechte in der EMRK, JA 2005, 901ff.; *Esser*, Die Umsetzung der Urteile des EGMR im nationalen Recht — ein Beispiel für die Dissonanz völkerrechtlicher Verpflichtungen und verfassungsrechtlicher Vorgaben,

JZ 2005, 348ff.; *ders.*, EGMR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22978/05), Urt. v. 30.6.2008, NSTz 2008, 657ff.; *ders./Gaede/Tsambikakis*, Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010—Teil I NSTz 2011, 78 ff. —Teil II NSTz 2011, 140ff.; *Gaede*, Schranken des fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK bei der Sperrung verteidigungsrelevanter Informationen und Zeugen, StV 2006, 599ff.; *ders.*, Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh, HRRS 2006, 241ff.; *ders.*, Rückwirkende Sicherungsverwahrung—Art. 7 I 2 EMRK als andere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 2 VI StGB, HRRS 2010, 329ff.; *Grabenwarter*, Androhung von Folter und faires Strafverfahren—Das (vorläufig) letzte Wort aus Straßburg, NJW 2010, 3128ff.; *Kadelbach*, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht — Anmerkungen zur neuesten Rechtsprechung des BVerfG, Jura 2007, 480ff.; *Kratz*, Die neue „Vollstreckungslösung“ und ihre Auswirkungen, JR 2008, 189ff.; *Letsas*, The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR, EJIL 15 (2004), 279ff.; *Kleinlein*, Der EGMR und das Völkerstrafrecht im Rahmen von Art. 7 EMRK, EuGRZ 2010, 544ff.; *Mader*, Der Beitritt der EU zum Europarat? Institutionelle Aspekte der Entwicklung des europäischen Grundrechtsschutzes nach Lissabon, AVR 2011, 435 ff.; *Meyer-Ladewig*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Kampf gegen Terrorismus und Separatismus, NVwZ 2009, 1531ff.; *Meyer-Ladewig/Petzold*, 50 Jahre Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, NJW 2009, 3749ff.; *Pache/Rösch*, Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 769ff.; *Pösl*, Die Sicherungsverwahrung im Fokus von BVerfG, EGMR und BGH, ZJS 2011, 132ff.; *ders./Dürr*, Germany's System of Preventive Detention Considered Through the European Court of Human Rights and the German Federal Constitutional Court, EuCLR 2012, 158 ff.; *Pohlreich*, Die Rechtsprechung des EGMR zum Vollzug von Straf- und Untersuchungshaft, NSTz 2011, 560 ff.; *Quarthal*, Nachträglich verlängerte Sicherungsverwahrung und der EGMR — zur innerstaatlichen

Rechtswirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte, Jura 2011, 495 ff.; *Safferling*, Verdeckte Ermittler im Strafverfahren – deutsche und europäische Rechtsprechung im Konflikt?, NSTZ 2006, 75ff.; *ders.*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmittel: Die StPO auf dem menschenrechtlichen Prüfstand, Jura 2008, 100ff.; *Satzger*, Der Einfluss der EMRK auf das deutsche und das europäische Strafrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, Jura 2009, 759ff.; *ders.*, Sicherungsverwahrung – Europarechtliche Vorgaben und Grundgesetz, erscheint 2013 in StV; *Schramm*, Die fehlende Möglichkeit zur konfrontativen Befragung nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und ihre Auswirkungen auf die Beweiswürdigung, HRRS 2011, 156 ff.; *Ullrich*, Die Immunität internationaler Organisationen von der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit, ZaöRV 2011, 157 f.; *Warnking*, Strafprozessuale Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2008.

(加藤克佳＝辻本典央＝佐川友佳子＝金子 博 [共訳])