

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』(6)

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

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

復習・深化のための問題 (以上，名城法学 62 巻 1 号)

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

§ 3 刑法適用法の機能

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

復習・深化のための問題

§ 4 連結モデル

- ・ 諸国家の管轄を指定する管轄
- ・ 一般に認められた原理

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学 62 巻 2 号)

§ 5 刑法典 (StGB) の刑法適用法

- ・ 成立史
- ・ 刑法典 3 条以下の指導的な基本原理
- ・ 刑法 3 条以下の解釈学的分類
- ・ 刑法 3 条以下の意味における「行為 (Tat)」と「行為者 (Täter)」
- ・ 国内犯に対するドイツ刑法の適用 (1. a) aa) まで, 名城法学 62 巻 4 号)

復習・深化のための問題

- ・ 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 (Europäisches Strafrecht)

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

- ・ 「欧州刑法」概念の意義
- ・ 刑法に対する欧州連合法の影響

復習・深化のための問題

§ 8 超国家的な欧州刑法

- ・ 連合レベルの既存の制裁
- ・ 欧州刑事法
- ・ 「欧州刑法」に関する将来の計画

復習・深化のための問題

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

- ・ 総論
- ・ 国内刑法に対する第 1 次法上の諸条件 (以上, 本号)

- . 国内刑法に対する第2次法の有効範囲——特に欧州連合運営条約83条の指令によるもの
- . 国内刑法規定における参照による欧州法規定の組入れ
- . 国内刑法適用の際の欧州連合法の考慮
復習・深化のための問題
- § 10 欧州における刑事訴追
 - . EUレベルでの刑事訴追機関
 - . 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
 - . 刑事手続法の領域における法の調整
 - . 一事不再理
復習・深化のための問題 (名城法学 63 巻 3 号)
- § 11 欧州人権条約
 - . 欧州理事会 (Europarat)
 - . 欧州人権条約 (EMRK)
復習・深化のための問題 (名城法学 63 巻 3 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

C. ヨーロッパ刑法 (Europäisches Strafrecht)*

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

1 C章では、多くの論題について論ずるが、その際には、「ヨーロッパ刑法」[以下「欧州刑法」ともいう]との概念を用いて、専門的ではない形で、かつ、およそ大まかな形でしか記述することはできない。したがって、ここでも、より良い理解を促すために、叙述の冒頭で概念を明確にしておくべきであろう。

. 「欧州刑法」概念の意義

2 欧州刑法という場合、私たちは、無意識のうちに、その性質上、ドイツ、フランスまたはイタリアの刑法に対応する規範構造を想起する。このことが意味しているのは、ここで私たちは、全面的に欧州の法源から生じ、かつ、欧州法として直接的に全ての加盟国に統一的に適用されるものとされる犯罪構成要件全体に取り組みなければならない、ということであろう。しかし、欧州刑法典なるものは存在していない。また、これまでに——さらに詳しくは以下で示されるべきものであるが——全ての加盟国に統一的に適用可能な、その他の刑事法上の規定も欠けている。したがって、現在に至るまでなお、前述した意味での「欧州(刑事)刑法」は存在していない、というべきであろう。もっとも、そうしたものを創設しようとする強い傾向は存在する。個々の欧州刑事犯罪構成要件が制定されることは、時間の問題であろう(後述 § 8 Rn. 18 以下参照)。

3 もっとも、このことは、従来そもそも「欧州刑法」と呼びうるものがなかった、ということの意味するものではない。この概念を多少広く把握すれば、その見方は十分に肯定できるものとなる。

* インターネットサイト (<http://www.lehrbuch-satzger.de>) を通じて、全ての重要な裁判所の判例、法行為、およびその他の記録で、本書で引用されているものに、アクセスすることができる。

さしあたり、欧州連合法においては、直接的に、全ての加盟国に統一的に適用できる制裁規定が存在している。それは、確かに、刑事罰を科することに向けられたものではないが、「広義の欧州刑法」と呼ぶことができるものである(これについては§ 8 Rn. 5以下参照)。

さらに広義においては、欧州法によって影響を受けるあらゆる国内の制裁規定を、「欧州刑法」に位置付けることができる。例えば、ある犯罪構成要件と欧州法規範とが抵触する場合に、前者を適用不可能なものとする場合である。あるいは、一定の欧州法上の規定が、刑罰規定の解釈に影響を及ぼす場合も、同様である——例えば、ある国の刑罰規定の制定が、欧州指令の具体化に資するものであるため、犯罪構成要件の指令に合致するような解釈が要請される、との理由からである。しかし、こうした事例における欧州法上の影響は、欧州法に属する刑罰規定を生じさせるものではなく、むしろ、そのような刑法規定は国内法に位置付けられたままであることから、これは、「欧州化された(国内)刑法」と呼ぶ方が適当であろう。この欧州法の影響は、既に極めて多数に上り、理論的にも実務的にも大きな意味がある。それゆえ、これらについては、§ 9 Rn. 1以下で詳述する。

さらに一層広義の「欧州刑法」の概念には、手続法上の要素も位置付けられるので、§ 10 Rn. 1以下においては、欧州における効果的な刑事訴追を意図して定められた重要な制度および機関を扱う。

最後に、欧州人権条約が、国内の刑法および刑事訴訟法へ影響を及ぼしている。そこに定められた刑事法上重要な保障は、後述§ 11 Rn. 1以下で説明する。

． 刑法に対する欧州連合法の影響

4 欧州連合の法について、およそ一般的には、そして本書でも、「第1次法」と「第2次法」とが区別される。その際、「第1次法」という概念は、欧州連合設立条約(EUV)を示すのであるが、それは、多数の修正条約によって改正され、その付属書(Anlagen)、附則(Anhängen)、お

よび議事録 (Protokoll) の全てを含む形式のものをいう¹。つまり、それは、—— その根源からすれば —— 国際法上の法規範であり、加盟諸国による条約の締結とその批准に基づいて加盟国間で妥当するものである。これに対して、「第 2 次法」の概念は、欧州連合の組織によって、第 1 次法に基づいて制定される法を包含するものである²。第 1 次法に権限の基礎 (Kompetenzgrundlage) が見出される限りでのみ、管轄する機関は、その都度に関連する立法手続の基準に従って、一定の措置を採ることができる。その際、最も重要となるのは、規則と指令である。規則は、—— 法律と同様に —— 全ての加盟国に直接に適用可能であるが³、これに対し、指令に国内的な効果を持たせるためには⁴、原則として (予定された期間内に) 国内法に具体化されなければならない (これについて詳細は、§ 7 Rn. 8 を見よ)。

1. 第 1 次法の歴史的展開

5 既に、欧州連合の独自の政治領域に関する刑事事件の司法共働が実現されるよりも前に、法的には欧州連合の前身である (欧州連合設立条約 1 条 3 項) 欧州共同体の法が、国内刑法に効果を及ぼしていた。その際、当初は、欧州共同体自体が刑法を制定するのか、つまり個別の超国家的犯罪構成要件または全体にわたる欧州刑法典を創設できるのかという問題は、あまり重要視されていなかった。むしろ、一方で、国内刑法は、その適用がかつての共同体設立条約に条文化された基本的自由と抵触することにより、欧州共同体の域内市場の発展をどの程度まで危殆化するか、ということが問題とされた。例えば、ある加盟国の立法者が物の輸出入について刑罰で威嚇すれば、明らかに、第 1 次法上保障された物流の自由との重大な

1 *Streinz*, Europarecht, Rn. 3.

2 *Streinz*, Europarecht, Rn. 4.

3 Art. 288 II AEUV を見よ。

4 Art. 288 III AEUV を見よ。リスボン条約以前に同旨のものとして、欧州連合設立条約旧 34 条 2 項 2 文 b による枠組決定 (Rahmenbeschluss gem. Art. 34 II 2 lit. b EUV a.F.) があった。

衝突を引き起こすこととなる。他方で、欧州共同体は、その利益を保護するために、国内刑法の投入をも指示した。欧州共同体自体は犯罪構成要件を制定することができなかつたため、欧州司法裁判所は、加盟国は共同体の利益を保護するために考慮しなければならないとする第1次法から、国内刑法に対する一定の要請を引き出していた。そこでは、内容的には、特に欧州共同体の経済的利益の保護が問題となっていた。

6 「マーストリヒト条約」(1993年11月1日発効)により欧州連合が創設されることによって初めて、現にある欧州共同体と並んで、2つの新たな政治的共働の「柱」が打ち立てられた⁵。欧州共同体とは異なり、共同外交・安全保障政策(GASP=以下「共同外交・安保政策」ともいう)および司法と内務の領域における共働という新たな領域は、超国家的なものとはされなかつた。すなわち、これらの領域は、独自の(超国家的な)法秩序の一部ではなく、その枠内では加盟国に直接適用できる法が制定されるものとされた。加盟諸国は、そのような歩みに対して懐疑的であった。なぜなら、外交政策、司法および内的安全の利益は、国家主権の古典的な表れであったし、また——依然として——そうであるからである。その代わりに、政府間共働のためのフォーラムが形成されたのであるが、ここでは、完全に法行為を可決できるものとされた。欧州連合は統一的な制度上の枠組みを形成するものであるため、欧州共同体は、欧州連合の組織(理事会、委員会など)を「借用」していた。しかし、理事会で可決される法行為は、(せいぜい)国際法レベル(すなわち加盟国間)で法的拘束力を持つにすぎなかつた。「アムステルダム条約」(1999年5月1日発効)によって司法共働の一部が連合から除外され、「超国家化」されたのであるが、これによって、第3の柱は、刑事事件における警察と司法の共働(PJJS=以下「警察・司法共働」ともいう)に限定された。設立条約旧34

5 欧州統合の発展については、*Streinz*, *Europarecht*, Rn. 16 ff. がある。ヨーロッパ刑法統合の歴史につき啓蒙的なものとして、*Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Sieber*, *Europ. StR*, Einf. Rn. 13 ff. を見よ。*Meyer*, *EuR* 2011, 169, 170 ff. も参照。

条は、可能性のある行為形式を規定していた。その際、實際上重要であったのは、「協定 (Übereinkommen)」(設立条約旧 34 条 2 項の 2 第 2 文 d) である。これは、理事会が作成し、加盟国にその受諾を勧告することができるが、—— 国際法上の条約のように —— 各加盟国によって批准されなければならない。これは、時間がかかり、さほど実効的でもないことが明らかになった。したがって、最も重要なのは、いわゆる枠組決定 (設立条約 34 条 2 項の 2 第 2 文 d) であった。これによって、加盟国は、—— 指令 (つまり、欧州共同体設立条約の適用領域における古典的な調和措置) の場合と同様に —— 国内の規定の調和化を義務付けられることになった。指令は、欧州連合市民のための具体化期間が経過した後、直接的な作用を發揮しうるのであるが、それとは異なり、枠組決定のそのような作用は、設立条約において明白に排除されていた。特に公的議論に乗せられたものとして、例えば、欧州勾留に関する枠組決定 (欧州勾留枠組決定) が挙げられる。枠組決定は、また、実体レベルでの法調整に資するものもあった。その例として、資金洗浄、テロリズム、人身取引、またコンピュータ犯罪の撲滅に関する枠組決定が出されている (これについては § 9 Rn. 33 を見よ)。

7 「欧州憲法条約 (EV)」によって初めて、柱構造を放棄し、同時に、警察・司法共働を超国家的レベルに引き上げることが、試みられた。しかし、この憲法条約は、批准手続中に、フランスとオランダの国民投票で拒否されたために実現されなかった。1 年の「熟慮期間 (Reflexionsphase)」の後、憲法条約の本質的な内容は、これを縮減し、特に、その憲法上の性格 (例えば、憲法または法律の概念、国旗、国家等のような象徴の法定化) を暗にほのめかす程度にとどめた改正条約の作成によって、保持されることとなった。この改正条約は、2007 年 12 月 13 日にリスボンで調印され、「リスボン条約 (Vertrag von Lissabon)」⁶ として、—— 数多くの障害を

6 欧州連合条約及び欧州共同体の設立に関する条約の変更に關するリスボン条約 (ABIEU 2007 Nr. C 306/1)。

克服して⁷——2009年12月1日に発効した。

リスボン条約は、その内容上、結局のところは、欧州憲法条約によって意図された修正を実現するものであった。すなわち、その従来形式の柱構造——それと同時に、欧州共同体と欧州連合との区別——が廃止され、連合が統一的な法人格を手に入れたのである。欧州連合設立条約は維持され、欧州共同体設立条約は「欧州連合運営条約(AEUV)」に改められたが、その際に、「共同体」という表現が「連合」という概念に置き換えられた。欧州連合設立条約は、現在——従来までと同じく——、共通規定ならびに一層強化された共働に関する共通規定、共同外交・安保政策(かつての第2の柱)に関する一般規定、ならびに最終規定を内容としている。「民主主義原則」ならびに組織に関する規定が、新たに導入された。警察・司法共働の規定は、運営条約に統合されたため、そこでは、通例の決定規定(とりわけ、理事会における多数決)が——少なくとも原則に従えば——適用可能である。加えて、欧州連合の刑法上の管轄も拡張された(§9 Rn. 31 以下および §10 Rn. 53 以下を見よ)。

2. 法の制定と法の調整

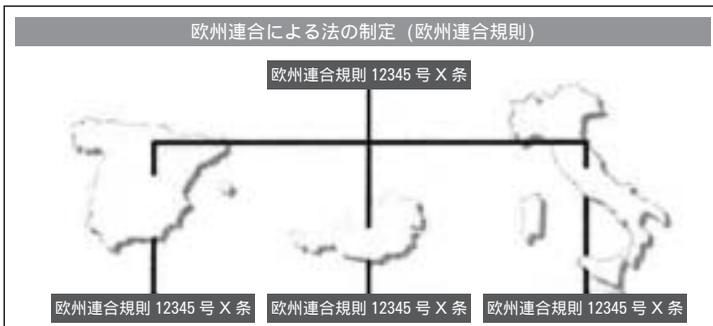
8 新たな法によれば、——かつての欧州共同体のように——欧州連合は、指示するにあたって、本質的に2つの行為形式を用いることができる。

7 アイルランドで(最初に)否決された国民投票の後、リスボン条約が欧州憲法条約と運命を共にしないのか否かは、長い間疑わしいものとされた。ドイツでは当時の連邦大統領であった Horst Köhler が、連邦憲法裁判所の判決を待つために、批准文書の作成を停止した。連邦憲法裁判所は、この条約を憲法適合的であるとみなし、国内的な付帯法(Begleitgesetze)のみを正当なものとした(BVerfG NJW 2009, 2267 ff. 参照)が、その後、ドイツ連邦共和国も2009年の9月にその条約を批准することができたのである。チェコ大統領 Václav Klaus は、その批准を数か月以上も躊躇した。この長い膠着状態の間に、連合王国における「保守党」への政権交代は、労働党政権によって提出された批准文書の撤回を意味するものとなったのではないかと危惧された。アイルランド国民が2回目の国民投票でリスボン条約に賛同した後に、チェコの大統領も自身の異議を断念した。

第1に運営条約288条2項の規則，第2に運営条約288条3項の指令である。法行為のこの両類型は，その作用に関して区別される。規則は，直接に全ての加盟国に適用される（つまり，超国家的な法を創設する）のに対して，指令は，原則として，意図した目的に関して加盟国を義務付けるものでしかなく，国内法への具体化を要する。

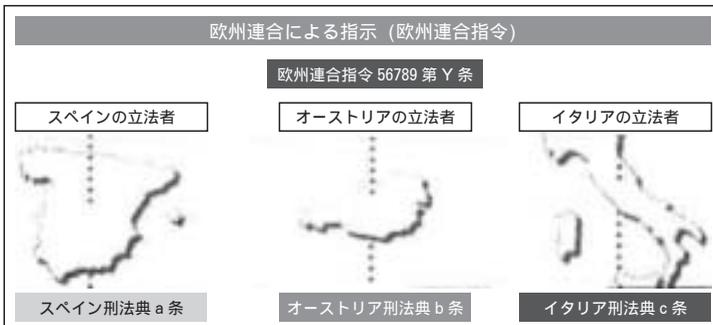
欧州連合が超国家的な犯罪構成要件を創設しようとするならば，つまり，超国家的な「刑法の制定 (Strafrechtssetzung)」を意図するのであれば，それは，—— 全ての加盟国に直接に適用可能な —— 規則を制定するものでなければならない。その場合，個人の処罰は，—— 国内の立法者の活動とは独立して —— 全ての加盟国に統一的に適用可能な欧州連合の犯罪構成要件から直接に導かれる。行為者は，こうした欧州の構成要件（例えば「連合の経済的利益を害する詐欺」）に基づいて有罪とされる。

これに対して，指令は，（かつてはこれとならんで，—— 欧州連合の第3の柱の枠内で —— 枠組決定も）「刑法の調整 (Strafrechtangleichung)」をもたらすための手段である。この場合，欧州連合自身は，加盟国に適用可能な構成要件を創設するのではない。むしろ，加盟国の立法者に対して，指令で（多かれ少なかれ）明示された目的を自身が選択する手段によって達成すること「のみ」を，義務付けるだけである。すなわち，ここでは，諸国の立法者の活動が求められるのであり，国内法の修正を通じて初めて，



法の調整は、市民に対する効力を持つものとなる。つまり、刑法が指令によって適応される場合、各加盟国の中でその指令を具体化することによっても、——ヨーロッパ法の影響を受けるとはいえ——国内の刑法が妥当し、行為者となる可能性のある者は、国内の犯罪構成要件によって有罪とされるのである。

確かに、欧州司法裁判所は、かつての欧州共同体法につき、一定の要件の下で、指令の直接的な効力も（具体化の期間が経過された後には）認めていたが⁸、しかし、それは、常に個人に有利な方向に限られていた。しかし、刑罰と関連する指令は通常は個人に負担となる効果をもたらすものであるから、指令の直接的な効果は、ここで実務上考慮されることはない⁹。



- 8 基本的なものとして、EuGHE 1970, 825 - Rs. 9/70 „Leberpfennig“ があり、これに賛同するものとして、BVerfGE 75, 223, 235 ff. がある。指令の効果に関する概要を提示するものとして、Herrmann/Michl, JuS 2009, 1065 ff. がある。
- 9 いわゆる「逆に垂直的な効力 (umgekehrt vertikale Wirkung)」の排除について、EuGHE 1987, 3969 - Rs. 80/86 „Kolpinghuis Nijmegen“ (Rn. 9); EuGHE 2005, I-3565 - verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 „Berlusconi“ (Rn. 73 ff.) を見よ。Streinz, Europarecht, Rn. 488 も見よ。

9 復習・深化のための問題

- ・ 今日でも既に，どの程度まで，「欧州刑法」ということができるか？
(§ 7 Rn. 3)
- ・ リスボン条約は，どの点で，欧州連合を基本的に変容させたか？ (§ 7 Rn. 7)
- ・ 欧州連合による法制定と法調整との相違は，どの点にあるか？ (§ 7 Rn. 8)

(加藤克佳 = 辻本典央 = 佐川友佳子 = 金子 博[共訳])

§ 8 超国家的な欧州刑法

． 連合レベルの既存の制裁

1. 様々な連合法上の制裁

1 欧州連合の法に目を向けるならば、多くの制裁規定が目にとまる。その際、主として3つの制裁に区別することができる。

a) 過料

2 過料 (Geldbuße) は、かつての欧州共同体設立条約 (EGV)、特に競争法において大きな意義を有していた¹。欧州連合運営条約 (AEUV) では、103条2項aは、明確に過料を科する可能性を定めており、既にこれまででも多くの規則で用いられてきた。

例：規則 (欧州共同体) Nr. 1/2003² 第23条 (カルテル規則)；これによれば、以下のような場合、委員会は「企業や事業団体に対し、決定により、前年度の業務において達成した総売り上げの1%を上限として過料を定めることができる。企業や事業団体が、故意または過失により、

a) 17条または18条2項により要求された情報を提示する際、不適切または紛らわしい申告をした場合……」

この関係で、委員会の決定は、10億ユーロ程度の過料が企業に対して科されたとしてセンセーションを常に巻き起こしてきた。

例：4つの国際的な自動車メーカー全体に対し、違法な価格についての談合を行ったことにより科された過料は、13億8000万ユーロに達した。その際、大半である8億9600万ユーロは、フランスの Saint-Goban-Konzern に割り当てられた³。2009年5月、欧州連合委員会は、半導体メー

1 Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-*Vogel*, Europ. StR., § 5 Rn. 10 ff.

2 ABIEG 2003 Nr. L 1/1.

3 welt-online v. 13.11.2008 (http://www.welt.de/welt_print/article2715204/EU-verhaengt-Rekordstrafe-gegen-Autoglas-Kartell.html (2013年3月現在)) を見よ。

カーの Intel に対し、市場の支配的地位を濫用したことを理由に、過去最高となる 10 億 6000 万ユーロの罰金刑を科した⁴。

b) その他の財産的制裁

3 様々な形式のある制裁には、過料と同様に財産の削減と結び付く。ただし、明確に「過料」として特徴付けられないものがあり、それが「その他の財政的制裁」のグループを形成する。例えば、保証の消失 (Kautionsverfall)、いわゆる「金銭的制裁」あるいは総計返済の繰上げが、これに含まれうる⁵。

例：2009 年 1 月 1 日委員会規則 (欧州経済共同体、欧州原子力共同体) Nr. 2342/2002 第 134 b 条 2 項：⁶「虚偽表示をし、または本質的な誤り、不正もしくは詐欺をした契約希望者 (Bewerber) または入札者 (bieter) は、更に、契約予定総額の 2% から 10% の財産的制裁に処する。」

c) その他の権利喪失

4 この第 3 のカテゴリーには、直接的に財産の削減に向けられるのではなく、それ以外の不利益な法的効果に向けられる、残り全ての制裁が含まれる。ここには、補助金の削減や抹消と同様に、許可 (Zulassungen) や認可 (Lizenzen) の取消しが数えられる⁷。

例：共通農業政策における (補助金の) 直接支払いに関する共通ルールを

4 handelsblatt.com v.13.5.2009 (<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/milliarden-strafe-eu-legt-intel-an-die-leine/3175858.html> (2013 年 3 月現在)) を見よ。

5 これに関して詳細は、例えば *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch, Kap. 2 Rn. 90.

6 これは、欧州共同体の全体の財政計画のための財政秩序に関する理事会の規則 (欧州経済共同体、欧州原子力共同体) の実施についての規則である。実施の規則の関連規則は、規則 (欧州経済共同体、欧州原子力共同体) Nr. 478/2007 第 1 条 60 号によって導入された。ABIEU 2007 Nr. L 111/13. 参照。

7 Sieber/Brüner/Satzger/v.Heintschel-Heinegg-*Vogel*, Europ. StR, § 5 Rn. 18 ff.

盛り込んだ 2009 年 1 月 19 日理事会規則 (欧州共同体) Nr. 73/2009 (...) ⁸ は、21 条以下で、規則違反の制裁として将来にわたる補助金削減ないし補助金認可の除外を定めている。

2. 広義の刑法に関する分類

5 上記のどの制裁も、必ずしも刑法的性格を伴ったものではない。むしろ、その限界付けについては、刑法上の保障を、伝統的な刑事法だけでなく広義の刑法にも適用しようとする欧州人権裁判所の判例に目を向けるのが適当である⁹。すなわち、その保障の適用範囲とは、欧州人権条約 6 条の意味における「刑法上の起訴」がある場合である¹⁰。欧州人権裁判所は、とりわけ (少なくとも) 抑止的な性質または行為者にとって特に重大な法益侵害と結び付いている場合には、その制裁は刑法に含まれるとする (詳細は § 11 Rn. 59 を見よ)。

6 これにより、既に述べた「過料」に関しては、絶えず抑止的な性質であることから、少なくとも広義の刑法的制裁に数えられうる。このことは、立法者 (Normgeber) 自身が制裁を明確に「刑法上の性質ではない」(規則 (欧州共同体) Nr. 1/2003 第 23 条 5 項を参照) と位置付けていることと矛盾しない。

7 その他のカテゴリーに関しては、規則 (欧州共同体, 欧州原子力共同体) Nr.2988/95¹¹ は、少なくともいわゆる「不正」における第 2 次法上の制裁規定の重要な領域でも有効となる。これにより、連合法の規定違反

8 ABIEU 2009 Nr. L 30/16 は、最終的に、2010 年 4 月 27 日委員会規則 Nr. 360/2010 によって ABIEU 2010 L 106/1 に変更された。

9 欧州人権裁判所による刑事法と広義の刑法の区別については、EGMR „Kammerer“ v. 12.5.2010 - 32435/06 (Rn. 27) および *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, Diss. München 2012, S. 36 f. を見よ。

10 § 11 Rn. 59 以下および die Zusammenfassung der Rspr. bei Frowein/Peukert, Art. 6 EMRK Rn. 41 ff. を見よ。これに関しては、Klip, European Criminal Law, S. 158 ff. も見よ。

11 ABIEG 1995 Nr. L 312/1.

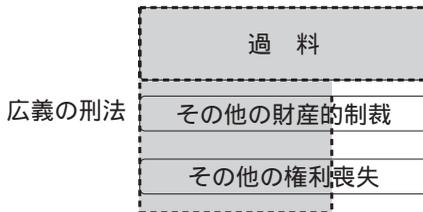
は、経済活動への関与者の作為または不作為の結果として、連合の財政に関する損害をもたらした場合、または、もたらすであろうという場合に認められる。この包括規則 (Rahmenverordnung) は、既に述べた制裁規定に関する一種の「総則」¹² として構想されている。その規則は、特に不正と認められた場合に考えられる法的効果を列挙している。その際、その規則は、いわゆる「行政法上の措置」と区別される。

例：違法に得られた利益の剥奪がある。

そして、いわゆる「行政法上の制裁」がある。

例：経済参加者が連合法により保障された利益の一部だけを不法に得たとしても、その利益は完全に剥奪されるか、または一部剥奪される。

8 この規則において行政法上の制裁に分類されるものは、主として、抑止的な特質をもつ制裁に相当し、それは、ここで用いられる用語によれば、広義の刑法に属する。それでもなお、ここでその規則を明確に「行政法上の」制裁と呼ぶことは、作用にだけ着目する制裁の分類にとっては無意味であり、連合による刑法上の権限の行使に対する加盟国の感度から解釈されている¹³。



12 Tiedemann, in: Eser u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 413.

13 Heitzer, Punitive Sanktionen, S. 127.

． 欧州刑事法

1. 用語法

9 現在のところ、(いまだ) 欧州刑事法が存在しないことが広く認められているとしても、本来この概念の下に理解されるべきものを厳密に規定することは、全く問題がないわけではない。なぜなら、それぞれの加盟国は、刑事罰に関する独自の考え方を有するからである。しかし、「欧州刑事法」と呼ぶのであれば、この概念は必然的に連合法として、したがって、全ての加盟国に統一的に理解されなければならない。すなわち、このカテゴリーのより正確な釈義および限界付けが必要となり、その際、まずもって比較法の視点を抛り所とすべきである。少なくとも、自由刑が国際的に刑事罰の典型的な形式であると考えてもよいとの事実を鑑みれば、自由刑および/または回収が不可能な場合には(代替)自由刑へと変更されうる経済的害悪が定められた、あらゆる制裁規範を(欧州)刑事法に分類することが考えられる¹⁴。もっとも、加盟国において刑事罰の賦課は常に「社会倫理的な反価値の判断」と結び付けられているという事情も中心的な役割を果たさなければならない。したがって、欧州レベルにおいても、この構成要素は連合法的に理解された刑事罰の概念に関して[それを]構成するものとみなされるべきであろう¹⁵。

広義の刑法と伝統的な刑法の中核とを区別する欧州人権裁判所の判例も、完全にこの方向へと舵を切っている。とりわけ、刑事罰のスティグマ効果は決定的であるとする。[すなわち、] 欧州人権裁判所の見地からは、この区別は重要である。なぜなら、広義の刑法に関しては、欧州人権条約の法的保障を必ずしも厳格に適用できるわけではないからである。むしろ、

14 これに関しては、*Winkler*, Die Rechtsnatur der Geldbuße, 1971, S. 60 も見よ。これに関する詳細は、*Asp*, Substantive Criminal Law, S. 61 ff. も見よ。

15 連邦検事 *Jacobs*, in: EuGHE 1992 I-5383 - Rs. C-240/90 „Deutschland ./Kommission“ (Rn. 11) 参照。掘り下げたものとして、*v.d. Groeben/Schwarze-Prieß/Spitzer*, Art. 280 EGV Rn. 33 ff. がある。ドイツ法については、*BVerfGE* 27 18 29 ff.; 43 105; *Wessels/Beulke*, Rn. 403 を見よ。

この保障は、事件の性質およびスティグマ化の程度に依拠して適用すべきものである¹⁶、とされている。

2. 現行法に欧州刑事法の手掛かりはあるか？

10 事例 11：アメリカ人 A は、ルクセンブルクにある欧州司法裁判所で虚偽の証言をした。それを根拠に、A は、ドイツにある一時的な滞在所で訴追された。ドイツの刑事裁判所は、どの構成要件を有罪判決の根拠とするのか、また、刑法 3 条以下の諸条件は存在していなければならないか（これに関しては、§ 8 Rn. 13, 15）。

11 もっとも、欧州連合第 1 次法が例外なく——個別に——既に超国家的刑事法を含むのかが議論されており、より厳密に言えば、その問題は、第 1 次法上の規則が国内の刑法を参照する場合に生ずる。その際、加盟国が欧州連合の法益の侵害または危殆化に対し、それに相当する国内の法益の保護に資する国内の犯罪構成要件を適用することを定めた欧州連合第 1 次法の僅かな規範が問題となる¹⁷。主な適用事例は、欧州司法裁判所規程 30 条である¹⁸。そこには、以下のように規定されている。

「各加盟国は、その国独自の民事事件を担当する裁判所で遂行された犯罪行為と同様に、証人または鑑定人の宣誓違反を取り扱う。加盟国は、裁判所の申立てに基づき、管轄裁判所において行為者を訴追する。」

12 従来通説は、この規定は「自力執行 (self-executing)」であると考える。すなわち、この点に直接適用可能な連合法規範を認め、その結果と

16 EGMR, „Kammerer“ v. 12.5.2010 - 32435/06 (Rn. 27); EGMR, „Jussila“ v. 23.11.2006 - 73053/01 (Rn. 43); EGMR, „Hüseyin Turan“ v. 4.3.2008 - 11529/02 (Rn. 32) も参照。これに関して詳細は、*Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, Diss. München 2012, S. 34 ff.を見よ。

17 一般に、この「同化させる技術」に対しては、特に明確性の要請を根拠に多くの懸念がある。*Oehler*, Int. Strafrecht, Rn. 920 ff.; *Satzger*, Europäisierung, S. 196 ff.; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 20 ff.を参照。

18 Sartorius II Nr. 245. 第 1 次の連合法に関する規約 (Satzung) に属することについては、欧州連合設立条約 51 条を見よ。

して、規程 30 条は超国家的な欧州連合の刑事法に分類されている¹⁹。その都度の国内の刑罰法規と相まって、「超国家的全体構成要件」²⁰ が問題となる、というのである。これは、どこでもそうであるとは限らないが、——ドイツの法秩序の見地から、刑法 154 条を参照すると——、以下のように規定される。

「欧州連合の裁判所で虚偽の宣誓をした者は、1 年以上の自由刑に処する。」

13 通説からは、刑法 154 条の内容の直接の修正を超えて、ドイツの刑法適用法も拡張されるという結論へ達するであろう。したがって、欧州の全体構成要件は——ドイツでは、欧州司法裁判所規程 30 条と結び付いた刑法 154 条の形式において——欧州司法裁判所の面前での各犯行に適用可能であり、刑法 3 条以下に該当するかどうかは問わないこととなろう²¹。このことは、いわば国際刑法における新たな連結原理の導入を意味する。それは、欧州属地主義²²または——国家保護主義との類似性から——欧州連合保護主義²³と特徴付けられうるものであり、刑法 3 条以下にとって代わられる (§ 4 Rn. 18)。

通説によれば、事例 11 では、刑法 154 条を参照する超国家的な偽証罪の全体構成要件の適用可能性は、直接的に欧州司法裁判所規程からもたらされ、刑法 3 条以下によらないことになる。

14 もっとも、通説の見解は納得のいくものではありえない。既に、欧州司法裁判所規程 30 条は直接適用可能な第 1 次法規範であるという出発点が妥当でない²⁴。欧州司法裁判所によって一般に展開された要件によれば、直接適用可能な第 1 次法の規範は、以下の諸条件を充足しなければならな

19 その紹介については、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 192 を見よ。

20 *Böse*, *Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, S. 108.

21 批判的なものとして、*Dannecker*, *Jura* 2006, 95, 99 f. もある。

22 *Johannes*, *EuR* 1968, 63, 71; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 388.

23 この意味においては、*Oehler*, *Int. Strafrecht*, Rn. 913.

24 *Rosenau*, *ZIS* 2008, 9 も同旨である。

い。

1. 法的に完全な、すなわち各々の更なる具体化をすることなく、適用可能であること
2. 無条件であること
3. 国内の立法者または連合機関の更なる執行措置を要しない義務を加盟国に課すること
4. 加盟国に自由裁量の余地が認められないこと²⁵

15 しかし、その規程 30 条は、最初から「法的に完全無欠な」ものではなく、まさに、構成要件の前提条件（例えば、主観的構成要件に関して）に関しても、法的効果に関しても、様々な国内の刑罰法規によって補完されることを念頭に置いている。加盟国の刑罰法規がなければ第 1 次法上の参照指示は空虚なものになる。それゆえに、更なる加盟国の立法上の執行措置は——新たな偽証罪の構成要件を制定するという形式にせよ、既存の偽証罪の構成要件を維持するにせよ——欧州司法裁判所規程 30 条の処罰目的を達成するための条件なのである。このことは、特に、宣誓および特別な偽証罪構成要件を定めていない法秩序との関係で明らかとなる。ここでは、その参照指示が意味を獲得するために、加盟国は初めに適切な犯罪構成要件を創り出さねばならない。結局のところ、特に表現犯の反価値およびそれに応じた刑罰威嚇に関する評価は、加盟国だけに委ねられ、加盟国は、国内刑法における偽証罪の構成要件の諸条件および法的効果を常に変更することができる。ここに、国内の立法者の自由裁量が明らかとなる。

それに応じて、欧州司法裁判所規程 30 条の直接適用に関する条件は、1 つも満たされていない。したがって、この参照規定は、以下のように理解しなければならない。すなわち、この規定は、加盟国を頼って、欧州の司

25 前提条件の定式化については、*Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht*, Rn. 168; *Schweitzer*, *Staatsrecht III*, Rn. 520; *Herdegen*, *Europarecht*, § 8 Rn. 13.

法が「証人または鑑定人の宣誓違反」において、国内の司法と同様に刑法上保護されるように、国内刑法を形成することを加盟国に求めるのである²⁶。ドイツの法秩序は、既に刑法 154 条でもって、この連合法上の要求に答えている。同様のことは、その他の表現犯（特に刑法 153 条による虚偽の非宣誓陳述）にも妥当する。なぜなら、この限りでは、確かに欧州司法裁判所規程によってではないが、—— それを超えて—— 加盟国の一般的な誠実協力義務（欧州連合設立条約 4 条 3 項 2 款）によって、連合法に適合した刑法 153 条以下の解釈が強いられ、ドイツの裁判所と同程度に欧州の裁判権の機能性（Funktionstüchtigkeit）が確保されるからである²⁷。今では、2008 年 11 月 5 日に施行された、新たな刑法 162 条が、刑法 153 条以下は欧州司法裁判所（および別の国際裁判所）の面前での表現犯も捕捉することを規定している²⁸。もっとも、それは、これまで述べてきたことに鑑みると、単に明確にすることのみに重点が置かれている。

最後に、ドイツの刑法適用法は、同じく、たとえ外国人による国外犯の場合に間隙が存在しうるようにみえたとしても、要求された保護水準に劣るものではない。しかし、これは、刑法 6 条 9 号の白地規定の適用事例である²⁹。

したがって、適切な見解によれば、事例 11 では、A は、超国家的な犯罪構成要件ではなく、（刑法 162 条と結び付いた）刑法 154 条により有罪判決を受けなければならないが、その際、その適用可能性につき、刑法 3 条以下が問題となる。この点で、刑法 6 条 9 号が適用されるのである。

16 欧州司法裁判所規程 30 条の場合と同様の状況は、守秘義務違反に関する欧州原子力共同体条約の規定（同条約 194 条 1 項の 2）³⁰ に関して存

26 *Satzger*, *Europäisierung*, S. 198 ff.; *Filopoulos*, *Europarecht*, S. 37.

27 これに関して詳細は、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 575 ff.

28 この新たな規定については、上述 § 6 Rn. 3 および *Sinn*, *NJW* 2008, 3526 ff. を見よ。

29 これについては、*StGB E* 1962, *BT-Drucks.* 4/650, S. 110 の理由書; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 390 f. を見よ。

在する。この規定も、—— なお通説的な見解とは異なり —— 超国家的刑事法を基礎付けないと解する³¹。

17 こうして、小括として再度確認するならば、以下のようになる。すなわち、確かに、広義の欧州刑法に分類されうる制裁規範は存在するが、狭義の欧州刑法はこれまで存在しない、ということである。

3. 欧州連合の刑法規定の権限

18 このように、今のところ超国家的欧州連合の刑事法が存在しないならば、そのような法が権限の規範に基づき将来創り出されうるかどうか、特に関心をもたれる。欧州連合の刑法制定権限の問題は—— 欧州連合と加盟国との間の権限の分配に応じて—— 「刑法の」管轄が連合にあるかどうかという抽象的な問題提起に限定されうるものではない³²。欧州の条約は、例えば基本法とは異なり、範囲として管轄の限界づけを定めるのではなく、第1次連合法は、限定された個別的授權の原則（欧州連合設立条約5条1項1号、2項1号）³³ に応じて、欧州連合運営条約によって定められた、特定の目的を達成するための個別の行為授權（Handlungsermächtigungen）を含んでいる。したがって、目的達成のための超国家的な欧州犯罪構成要件の制定が許されるかどうかは、その都度の権限規範およびその他の第1次連合法の解釈によって突き止められなければならない。もっとも、連合法上の原則に従って解釈する際には、刑法の特殊性も考慮する必要がある。

19 欧州連合運営条約には、確かに一連の権限規範が存在し、その文言は—— 広く解釈すれば —— 完全に刑事法上の制裁にも及ぶことは、容易に理解することができる。

30 Sartorius II, Nr. 200 を見よ。

31 *Satzger*, Europäisierung, S. 198 ff.; *Filopoulos*, Europarecht, S. 37. 異説として, BGHSt 17, 121 ff.

32 正当なものとして, *Heitzer*, Punitive Sanktionen, S. 134.

33 これに関しては, *Streinz*, Europarecht, Rn. 539 を参照。

例：欧州連合運営条約 103 条 2 項 a では、同条約の競争規則（運営条約 101 条，102 条）の考慮を担保するために、過料の導入が認められている。2 項で要求される「特に」という概念は列挙するものに限られないことを示しており、その結果、少なくとも、競争法違反に対処するために刑事法上の制裁を制定することも、考えられるように思われる。共通運輸政策（運営条約 90 条以下）の範囲では、運営条約 91 条 1 項 d は、あらゆる「その他の目的に資する規則」を制定する権限を与えている。交通の罰則規定もこれによって捕捉されうるのであろう。連合による環境政策の実現のために、運営条約 192 条 1 項は、包括的に「連合の活動」に権限を与える。運営条約 352 条のいわゆる条約補完権限（Vertragsabrundungskompetenz）もまた、規則の文言によれば、この条件は追求されるべき目的を達成するために連合の活動が必要であることや運営条約において相応する個別授權が存在しないことにあるところ、犯罪構成要件もこれに基づいて定めることができると理解すべきである。

20 リスボン条約が発効するまでは、通説³⁴は、正当にも、刑法的題材の特異性により限定解釈が行われなければならないとする立場にあったので、刑法上の制裁規定は、結局のところ、運営条約において存在する権限の規則を抛り所とすることができなかった。しかし、この争点は、リスボン条約の発効によって立ち入る必要がなくなったのである。

21 [他方で、] 条約改正の影響の重要性を正しく評価する上では、そのような見解について提起された根本的な考慮は、依然として興味深い。

第 1 に、条約を締結する当事者の意思が挙げられる。50 年代の初期に欧州防衛共同体が計画され、統一的な軍刑法に関する刑罰権をそこに委ね

34 例えば、*Griese*, EuR 1998, 462, 476; *Streinz-Satzger*, Art. 280 EGV Rn. 20; *Calliess/Ruffert-Waldhoff*, 3. Aufl., Art. 280 EGV Rn. 3, 19; *Jokisch*, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren*, 2000, S. 64; *Filopoulos*, *Europarecht*, S. 19; *Ambos*, *Int. Strafrecht*, 2. Aufl., 2008 § 11 Rn. 6 ff.がある。類似のものとして、*Kapteyn/VerLooren van Themaat*, *Introduction to the Law of the European Communities*, 3. Aufl., 1998, S. 1395.

ようとしたが、失敗に終わったことを考えると³⁵、欧州石炭鉄鋼共同体の「元祖」は、——後に経済共同体や原子力共同体においてはあまりそうではなかったが——刑法上の問題を完全に認識していた。それにもかかわらず条約が刑法に言及しないことは、刑法上のルールもかつての共同体レベルでは志向されなかったことの根拠である³⁶。

22 第2に、アムステルダム条約以来、欧州共同体設立条約や欧州連合設立条約（旧版）の体系からも、共同体法における刑法定定の権限に対する論拠を読み取ることができる。なぜなら、アムステルダム条約によって、いわゆる第3の柱が広範囲にわたって共同体法および欧州連合の第1の柱へと移されたからである。刑法は、今や「刑法に特化した」第3の柱に残され、それに応じてその柱は「刑事事件における警察および司法の共働」という表題が付けられた。刑法は、まさに共同体法へと統合されたのではなく、主権間の共働の対象として継続されるべきものとされた³⁷のである。

23 第3に、この見解は、アムステルダム条約によって挿入された2つの規定を根拠とする（欧州共同体設立条約135条2文、280条4項2号を見よ）。両方の規定には留保が含まれており、それによれば、「加盟国の刑法の適用やその刑事司法に……影響しない」ままでであるとされている。この点で、この権限規範に関しても——共同体法の場合と同様に——刑法は除外されることが明確になるとする³⁸。

24 超国家的な刑法定定権限に反対するこの重要な論拠は、リスボン条約

35 *Jeschek*, ZStW 65 (1953), 496 ff.を見よ。これは司法議事録18条と一致するものであろう。

36 これについては、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 136 f.を見よ。

37 *Satzger*, *Europäisierung*, S. 141 ff.を見よ。

38 その見解は、一部で否定された。*Tiedemann*, GA 1998, 107, 108のFn. 7; *ders.*, in: *Eser u.a.* (Hrsg.) *Festschrift für Theodor Lenckner*, 1998, S. 415; *Delmas-Marty*, in: *Delmas-Marty/Vervaele Implementation*, S. 55 ff. 374 ff.; *Bacigalupo*, in: *Delmas-Marty/Vervaele Implementation*, S. 369 ff. 類似のものとして、*Moll*, *Nationale, Blankettstrafgesetzgebung*, S. 6 ff.; *Wolfgang/Ulrich*, *EuR* 1998, 616, 644; *Berg/Karpenstein*, *EWS* 1998, 77, 81がある。詳細は、v.d. *Groeben/Schwarze-Prieß/Spitzer*, Art. 280 EGV Rn. 103 ff.を見よ。

による欧州連合設立条約および欧州連合運営条約の明確な新规定によって、その基礎を取り除かれてしまった。

まず、諸条約は、刑法上の規定に関して、もはや以前のように「沈黙して」はいない。むしろ、特に欧州連合運営条約 82 条、83 条は、超国家的な法的基盤の脈絡において、少なくとも刑法に関する詳細な規定を含んでいる。

体系的な論拠はもはや機能しない。なぜなら、リスボン条約によって柱の構造が止揚され、刑事事件における警察および司法の共働は超国家的な構造をもった欧州連合運営条約へと統合されたからである。その結果、ここでの通常の決定構造（特に、理事会における多数決）は——少なくとも原則によれば——適用可能である。

共同体法における刑法上の留保に関する重要な論拠は消滅している。なぜなら、この留保は、欧州共同体設立条約 135 条、280 条 4 項の後継となる規定——欧州連合運営条約 33 条、325 条——において削除されたからである³⁹。確かに、学説では、単に宣言的な留保がなくなったにすぎず、そこから法的に何ら導き出すことはできないとする見解もある：留保の削除は、新たな刑法上の法的統一の権限に鑑みれば、連合法の秩序が矛盾しないことを保証したにすぎない。刑法上の法制定の権限の根拠づけに関しては、明確な規定を要する、というのである⁴⁰。しかし、留保条項を巡る激しい議論の背景や、その規定がその他の点でも意味に応じて引き継がれているという事実を考慮すれば、留保の削除は、一般的な刑法の留保はも

39 *Safferling*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 41 f.; *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 14 Rn. 44; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 9 Rn. 8.

40 この方向を主張するものとして、*Asp*, Substantive Criminal Law Competence, S. 150 ff.; *Schützendübel*, EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, S. 27 ff.がある。*Krüger*, HRRS 2012, 311, 316 は、*Heger*, ZIS 2009, 406, 416 と同様に、超国家的刑事法の制定に関する権限を、欧州連合運営条約 325 条 4 項と 86 条 2 項 1 号とを結び付けて初めて導いている。*Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, S. 317; *Sturges*, HRRS 2012, 273, 281. も見よ。

はや存在しないと理解するほかない。刑法上の特質を備えた規定をその法的基盤に求めることの基本的可能性については、欧州連合運営条約 325 条 4 項が——これまでの欧州共同体設立条約 280 条 4 項と同様に——あらゆる「必要な措置」に関する法的基盤を定めていること、その結果として、(直接適用可能な)規定の制定も可能になることも有利な根拠として挙げられる。これが意図されていたことは、相応する欧州憲法条約 415 条 4 項との比較から示される。同条項は、許される法行為として、憲法の構想によれば——規則と同様に——あらゆる加盟国において直接適用できる「欧州の制定法」も明記している(欧州憲法条約 33 条 1 項)。さらに、2 項および 4 項の文言の拡張によって——そこでは、「連合の機関、施設およびその他の場所における」効果的な財政の保護が共に含まれているが——刑法上の保護は、加盟国内だけでなく、欧州連合のレベルにおいても問題となることが明確にされている。このことは、超国家的な犯罪構成要件の制定も可能であると認めることの裏付けとなる。

25 したがって、——少なくとも原則として——詐欺の「撲滅」(欧州連合運営条約 325 条 4 項)に関する新たな規定に基づき、直接適用可能な犯罪構成要件が制定できることを前提としなければならない。この犯罪構成要件は、内容としては、連合の財産的利益に対する詐欺の予防および撲滅に限定しなければならないであろう。しかし、その際、「詐欺」という概念は、刑法 263 条 1 項の意味における行為だけを捕捉するのではない。むしろ、その概念は、欧州の意味において理解しなければならず、その結果として、その解釈に関しては、詐欺の撲滅において既に存在するヨーロッパ法、特にいわゆる財産的利益の保護協定 (PIF-Konvention) の 1 条を用いるべきである⁴¹。それと同時に、設立条約 325 条 4 項による連合の権限は、欺罔の性質をもつ広義の行為、例えば特定の文書犯罪⁴²にも及ぶ。

同様のことが、関税制度の保護に対しても妥当しうる。なぜなら、

41 ABIEG 1995 Nr. C 316/49.

42 F. Zimmermann, Jura 2009, 844, 846.

—— 前述のとおり —— かつての欧州共同体設立条約 135 条 2 文における刑法上の留保も、新たな欧州連合運営条約 33 条で代替されず、削除されたからである。この領域においても、改正された形式における第 1 次法は、超国家的な犯罪構成要件の創設に関して開かれている。

26 欧州連合運営条約 79 条 2 項 c および d に基づく超国家的な犯罪構成要件の制定も、不可能ではないように思われる⁴³。この規定は、連合が、違法な移住ないし人身取引に対処するために、通常の立法手続 —— すなわち、原則として規定も —— に応じて措置を講ずることを可能にさせる。この解釈の可能性は、まさに、人身取引に関して「撲滅」が問題となるということ —— これは、ヨーロッパ法がしばしば刑法上の措置の脈絡において使用する用語である —— を際立たせる⁴⁴。それ以外に、運営条約 83 条 1 項には、人身取引の撲滅について —— それと同時に加盟国の刑法の調和について —— の準則を出すことへの個別の権限規範が含まれていることは、基本的にこの解釈に反する根拠とはならないが⁴⁵、刑法が運営条約では非体系的な取扱いをされることを示している（これに関しては、§ 9 Rn. 34 以下を見よ）。

27 したがって、リスボン条約は、少なくとも前述の領域では狭義のヨーロッパ刑法の出現を必然的に伴うものとなった⁴⁶。たとえ権限規定がその都度領域に特殊なものとして特定の行為態様に対する措置を認めるとしても、欧州の刑事立法は、それが一度着手されると、個別の構成要件の創設

43 T. Walter, ZStW 117 (2005), 912, 918 f. (欧州のための憲法に関する条約 III-267 条 2 項 c および d は、欧州連合運営条約 79 条 2 項 c および d に相当する、とする) を参照。これに賛同するものとして、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 47 があり、異説として、Asp, Substantive Criminal Law Competence, S. 157 ff. がある。

44 T. Walter, ZStW 117 (2005), 912, 918 f. 参照。

45 Safferling, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 44 ff. も同旨である。これに反対のものとして、Heger, ZIS 2009, 406, 416; Krüger, HRRS 2012, 311, 312 f. がある。

46 同旨のものとして、Fromm, StraFo 2008, 358, 365; Rosenau, ZIS 2008, 9, 16; Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 288 もある。この権限規範をより容易に拡張する解釈については、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 44 ff. を見よ。

に限定される（されうる）ものではない。むしろ、これらの犯罪につき総則に関する規定——例えば正犯・共犯や未遂の可罰性——も制定することは容易に想定できるように思われる⁴⁷。

28 刑事法の制定に関する既存の連合の権限に鑑みれば、一方で補完性原則（欧州連合設立条約 5 条 3 項参照）、他方で比例性原則（同条約 5 条 4 項）を厳格に遵守することに注意を払うことは、より一層重要となる。補完性原則の遵守に関しては、刑事法の制定は加盟国の主権と密接な関係にあるので、特に、連合レベルで行うことの必要性について高度の要件を設けるべきであることに留意しなければならない。新たな「補完性議定書」は、欧州レベルの立法過程での補完性の遵守に関する懸念を表明する付加的な機会を国内の議会に与える限りで、1 つの手掛かりを示す⁴⁸。比例性原則を適用する際には、刑事法は、それとスティグマ効果が結び付いているため、常に制裁装置の最終手段でさえあればよいことに注意すべきである⁴⁹。

29 これに対して、特に条約改正で根拠付けられうる、この内容的に狭く限定された刑法制定に関する権限以外に、刑事法の制定に関する欧州連合の一般的な付随権限は、これを否定しなければならない。刑法の付随権限は——後述のように（これに関しては § 9 Rn. 38 以下）——欧州連合運営条約 83 条 2 項において明確に、自国刑事法の最低限度の調整をすることの加盟国への義務付けに限定されている（調整権限）。しかし、国内の刑法規定の調整がその他の規定に付随するものとして個別の授權を要するならば、——市民の自由に直接関係する——超国家的な刑法の制定は、

47 これに関して詳細は、Grünwald, JZ 2011, 972 ff.を見よ。

48 補完性原則および比例性原則の適用に関する第 2 議定書 7 条および 8 条 (ABIEU 2010 Nr. C 83/206)。これに関しては、Satzger, KritV 2008, 17, 37; Weber, EuR 2008, 88, 102 f.もある。ドイツ連邦議会による運用については、Semmler ZEuS 2010, 529 ff.を見よ。

49 これに関しては、„Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik“ der Wissenschaftlergruppe „European Criminal Policy Initiative“ ZIS 2009, 697 ff.も見よ。

付随的なものとして、なおのこと許されない。

30 それだけでなく、欧州検察局の創設を許す欧州連合運営条約 86 条が超国家的な刑法の制定に関する独自の法的根拠を含むかどうか、議論されている⁵⁰。そのような検察局を設置する規定の内容に係る 2 項の文言を参照してみることにしよう。

そこには以下のように記されている。

「欧州検察局は、場合によっては欧州刑事警察機構 (Europol) と連携して、正犯または共犯として、当該規則では 1 項により定められた連合の財産的利益の損害に関する犯罪行為を遂行した者に関する刑法上の調査および訴追並びに起訴の権限を有する。」(強調は原著者)。

「……規則では 1 項により定められた」という文の一部を先に挙げた「犯罪行為」に係るならば(そして「財産的利益」に係る関係ないならば)、これは——ドイツ語では——文法上支持できるであろう。とはいえ、超国家的構成要件の制定に関する権限の付与のような根本的問題が欧州検察局の創設における目立たない副文で言及されることは、それ自体奇妙なことであろう。この理解に反する決定的な根拠として、複数の言語表現において文言のそのような解釈はそもそも許されないことが挙げられる: なぜなら、ここでは、前述の一部は、文法上の性を見る限り、規則で定義されているように、明確に「財産的利益」に係る付けられており、まさに「犯罪行為」に係る付けられてはいないからである。

例えば、フランス語では「„... les auteurs et complices d'*infractions* [f. pl.] portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés [m. pl.] par le règlement prévu au paragraphe 1.」,あるいは、スペイン語では「los autores y cómplices de *infracciones* [f. pl.] que perjudiquen a los intereses financieros de la Unión *definidos* [m. pl.] en

50 おそらく、Heger, ZIS 2009, 406, 416; Krüger, HRRS 2012, 311, 317 も同様である。これに反対するのは、前述したように、Sturges, HRRS 2012, 273, 278 である。

el reglamento contemplado en el apartado 1" (強調は原著者)⁵¹。

このことは、少なくとも、運営条約 86 条は超国家的実体法に関する権限規定として援用することができない、という本書の見解の根拠となるものである。

31 以上をまとめると次のようになる：欧州連合は、今や第 1 次法において生じた改正に基づき——少なくとも、その理由に照らせば——少なくとも詐欺の撲滅、関税制度ならびに（ほぼ）違法移住や人身取引の領域において、刑事法の制定に関する権限を有する。もっとも、この権限の行使は、補完性および比例性の原則によって制限される。したがって、超国家的な犯罪構成要件の創設が追求する目的は、国内レベルでは十分に達成することができず、刑事法の制定が、具体的事例において不可欠であるといわざるをえない。その超国家的な規定をその他の超国家的規則の付随的なものとして制定するためには、依然として権限付与の基盤が欠けているのである。

．「欧州刑法」に関する将来の計画

32 超国家的なレベルにおける法制定の権限に関する、かつては明らかに消極的な意見や今日では一部で積極的な意見とは別に、超国家的な欧州刑法に関する詳細な提言がないわけではない（なかった）。この準備作業には、今後の法的展開に関する「アイディアのプール」および指針として、過小評価されるべきではない意義がある。

1. 欧州連合の財産的利益の保護に関する刑法の法典（コープス・ユリス 2000）

33 ここでは、最初に、欧州議会の発案に基づいて、*Mireille Delmas-*

51 これに関して詳細は、*Muñoz de Morales Romero*, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Diss. Castilla-La Mancha, 2010, S. 240 ff.

Marty の主導の下で加盟国から成る高度の専門グループが仕上げた、いわゆる「欧州連合の財産的利益の保護に関する刑法の法典 (Corpus Juris)」⁵² を挙げるができる。これは、実体刑法および刑事訴訟の規定集 (Kodex) である。さらに手を加えた形式 (いわゆる「コープス・ユリス 2000 (Corpus Juris 2000)」) では、その「法典」に 39 の条文が規定されている⁵³。

34 実体法の当該関係では、一方で、欧州連合の財産保護に関して定められた 8 つの犯罪構成要件が関心を引く。すなわち、

共同体の財産の損害に関する詐欺

広告詐欺

収賄と贈賄

職権濫用

職務上の義務違反

職務上の秘密漏洩

資金洗浄と盗品関与

犯罪結社

35 他方で、そのコープス・ユリスの「総則」は重要である。この総則は、量刑、故意の必要要件、(構成要件のまたは禁止の) 錯誤、未遂の可罰性および事業主や法人の刑事責任に関する詳細な規定を含んでいる。

36 あらゆる犯罪に関して、自然人に対する主刑として自由刑 (5 年以下。重大なケースの場合には 7 年以下) および / または罰金刑 (日数罰金制に基づき、日額最大 3000 ユーロで、最高 365 日分)、および、法人に対しては、1000 万ユーロ以下の罰金刑が定められている。付加刑として、草案は、例えば、有罪判決の公示および補助金の廃止を挙げている。その他の

52 *Delmas-Marty*, in: *Delmas-Marty/Vervaele, Implementation*, S. 187 ff.

53 ドイツ語による翻訳は、インターネットのサイト (http://www.uni-regensburg.de/Fakultaeten/Jura/walter/daten/publikationen/corpus_juris_deutsch.pdf (2013 年 3 月現在)) で閲覧することができる。

法的効果としては、犯行道具、犯行の収益や犯罪からの利得の没収が想定されている。

37 さらに、「ヨーロッパにおける刑法の調整の作業グループ」という私的なプロジェクトが立てられたが、その中心は *Klaus Tiedemann* であった⁵⁴。この作業グループは、特に共同体に密接な領域につき、評価を伴う法の比較を通じて、犯罪構成要件を起草した（いわゆる「ヨーロッパ犯罪」）。その犯罪構成要件は、ヨーロッパにおける将来の経済刑法の中核を形成しうるものとされる。このプロジェクトは、相場操縦、インサイダー取引、指名競争入札や環境犯罪のような構成要件を含む。それ以外に、分野に特殊な総則も定められている。もっとも、具体化は、欧州連合の刑法制定の権限が拡張されることを前提とする⁵⁵。将来、このヨーロッパ犯罪は、場合によっては「モデル」として極めて重要となるかもしれない。

2. 欧州共同体の財産的利益の保護および欧州検察局の創設に関する委員会の緑書

38 法典は、欧州レベルにおける立法において、既に重要な役割を果たしている。それは、かつての第3の柱における個別の法行為に関する基準および模範として有益なものであり、さらに、「欧州共同体の財産的利益の保護および欧州検察局の創設に関する委員会の緑書」に関するモデルともなっている⁵⁶。委員会は、この中で、—— 欧州検察局の創設および国境を越えた刑事訴追の実効化に関する措置とならんで —— 加盟国における統一的な実体法上の犯罪構成要件を提言しているが、その形態は、コーブス・ユリス 2000 に依拠しているとされる⁵⁷。現在、委員会は、超国家的な詐欺構成要件の創設を目指してはいないようである。2012年7月の立法

54 *Tiedemann* (Hrsg.), Freiburg-Symposium.

55 *Satzger*, in: Freiburg-Symposium, S. 87.

56 KOM (2001) 715 endg.

57 これに批判的なものとして、*Hecker*, Eur. Strafrecht, § 14 Rn. 39 ff.がある。

の発議⁵⁸ は、準則の作成、およびそれに伴って国内の刑罰規定の調整を定めている。

39 復習・深化のための問題

- ・ 欧州連合法において、3種類の制裁はどのように区別することができるか？ (§ 8 Rn. 1 以下)
- ・ 欧州連合は、リスボン条約の発効後、超国家的な犯罪構成要件を、どの程度に、またどのような理由で制定できるか？ (§ 8 Rn. 20 以下)
- ・ 超国家的なヨーロッパ刑法に関する重要な準備作業は、どのようなプロジェクトか？ (§ 8 Rn. 32 以下)

近時の文献：

一般的なもの：*Böse*, Die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft für das Strafrecht, GA 2006, 211 ff.; *Grünwald*, Zur Frage eines europäischen Allgemeinen Teils des Strafrechts, JZ 2011, 972 ff.; *Heger*, Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, 406 ff.; *Köpferl*, Das Badezimmerkartell - Der Vertrag von Lissabon und das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht, JURA 2011, 234 ff. (Fallbearbeitung); *Nilsson*, 25 Years of Criminal Justice in Europe, EuCLR 2012, 106 ff.; *Rosenau*, Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?, ZIS 2008, 9 ff.; T. *Walter*, Inwieweit erlaubt die Europäische Verfassung ein europäisches Strafgesetz?, ZStW 117 (2005), 912 ff.; *F. Zimmermann*, Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JURA 2009, 844 ff.

「法典 (Corpus Juris)」について：*Braum*, Das „Corpus Juris“ - Legitimität, Erforderlichkeit und Machbarkeit, JZ 2000, 493 ff.; *Hassemer*, „Corpus

58 KOM (2012) 363 endg.

翻 訳

Juris“ - Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht?, KritV 1999, 133 ff.; *B. Huber* (Hrsg.), Das Corpus Juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts, 2000; *Otto*, Das Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union - Anmerkungen zum materiellrechtlichen Teil, Jura 2000, 98 ff.; *Wattenberg*, Der „Corpus Juris“ - Tauglicher Entwurf für ein einheitliches europäisches Straf- und Strafprozeßrecht?, StV 2000, 95 ff.

(加藤克佳 = 辻本典央 = 佐川友佳子 = 金子 博[共訳])

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

． 総論

1. 連合法に対抗しない素材としての刑法

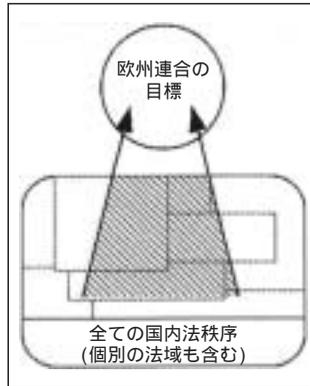
1 欧州連合は限定的な範囲（特に詐欺・不正撲滅および関税の領域）でのみ法制定権限を認められると確認することによって、確かに、それと同時に、上記の範囲以外に連合内で統一的に適用され、超国家的性質をもつ、新たな刑事法上の構成要件が、既存の国内犯罪構成要件と並んで、またはそれに代わって登場することはない、ということにもなる。しかし、加盟国の刑法が、その形成および適用に関して欧州法によって広く影響を受けるか否かは、全く別問題である。つまり、国内実体刑法の「欧州化」の問題である——これは、他の法領域では、既に以前から注目されてきた現象である¹。

2 刑法に関して、——多くの領域で加盟国に留保される刑法制定権限を考えると——加盟国の既存刑法に対する連合法秩序の影響が重要である場合でも、欧州連合に対する類似の留保は主権上の理由から適当であるとの考え方も出てくる。その場合、結果として、刑法は、広く「連合法上の禁断領域」であり、「国内法の保護区」であるということになる²。実際、このような見方は、部分的には十分な検討もないままに、実務も含めて広く支持されている。

とはいえ、この見解が、連合と加盟国との間の目的指向的な権限分配構造と整合するかは疑問である。基本的に、運営条約（AEUV）は、一定の目標付け（例えば、物資流通の自由（運営条約 28 条以下）、不正のない競争（運営条約 101 条以下））を定め、連合機関に——一定の形式のおよ

1 既に早くから、例えば、「共同体民法」（*Müller-Graff, Privatrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 2. Aufl., 1991, S. 27 を見よ）や、「共同行政法」（*Schwarze*, in: *Schwarze, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss*, 1996, S. 17 を見よ）などと呼ばれてきた。

2 *Schack*, ZZP 1995, 47 参照。



び実体的条件の下で——この目的を実現するための措置を発令する権限を与えている。この目的性から、そのようにして発せられる法行為は全て、目的を指向したものであり、加盟国の法秩序のあらゆる法領域に影響を与えうる。この点で、これを連合レベルにおける動的権限構造とすることができる。

例：外国人のみが自営業を行うにあたり許可を受けなければならないとする加盟国の行政法規定も、また、外国人がこの許可条件に対して違反した場合に充足されることになる国内の犯罪構成要件も、運営条約 49 条 2 項の差別的取扱い禁止に違反する。行政法上の許可条件に関する自国民の優遇も、刑法上の制裁も、包括的な移住の自由を確立するという目的に反するため、この犯罪構成要件も、運営条約の「適用領域」に該当する。

3 静的権限分割は、これとはっきり異なる。これは、ドイツ基本法における連邦と州との権限分割の例にみられるものである。ドイツ基本法は、目的指向的なものではなく、権限の範囲を厳格にその分野に応じて定めている。したがって、全ての法領域は、立法権限ごとにいずれかの権限主体に配分されるのである（例えば、ドイツ基本法 74 条 1 項 1 号にある「民法」や「刑法」などのように）。

4 分野に応じた権限構造において、刑法のような個別の法領域が排他的

に1つの立法主体に割り振られることに問題がないのであれば、目的的法秩序において同様のものは、必然的に、異種のもの(Fremdkörper)ということとなる。

5 また、刑法に連合法上の禁断領域としての地位が与えられるのであれば、これは、加盟国に対して、刑法の名の下に連合法の基本原則や目的を潜脱する機会を提供してしまう。例えば、ドイツ立法者が、他国のEU市民が公的許可なくドイツ領域に立ち入った場合には5年以下の自由刑を科する、といった刑罰を定めることもできることとなる。このように刑法を手段にした意図的な自由往来の制限が欧州法上の規律に服さないとするならば、それは、域内市場の終末を意味する——それは、およそ受け入れがたい結論であろう。

6 したがって、まずは、加盟国の刑法は基本的に——国内法秩序の他の全ての法領域と同じく——欧州法の影響に従い、それゆえ「欧州化」される、ということ、維持すべきである。

2. 刑事法の特異性

7 このような見方は、正しいのであるが、刑事法は——立法権限に関する議論も示すとおり(前述§8 Rn. 18以下を見よ)——加盟国の法秩序において特別の位置付けを与えられるとの認識もまた、重要である。加盟国の主権理解との密接なつながりから、この法領域がきわめて繊細なものであることを想起させる。このことは、連邦憲法裁判所も、そのリスボン条約判決において、はっきりと強調している。

「(Rn. 253) 刑事司法は、可罰性の条件に関しても、公正かつ適正な刑事手続の考えに関しても、文化的に、歴史発展的に、そして言語的にも示される事前理解と、思案過程で形成される選択肢(これは、その都度の世論を動かす)によって決定付けられる。……しかし、社会的な行為の制裁化は、非常に限定的に、欧州全体に共有された価値および倫理的な前提条件から規範的に導かれるものであるにすぎない。むしろ、可罰的な行為、法益の序列、刑罰威嚇の意味と程度に関する

判断は、特に、民主的判断過程に委ねられる……」³

さらに続く。「(Rn. 355) 刑事司法の姿・形に表れる法的平和・平穩の確保は、従来から、国家権力の中心的任務とされてきた。……政治的共同体が、どの範囲で、どの領域において社会的な規制装置としての刑法手段を投入するかは、本質的な判断である。法共同体は、その価値が定着しており、それが侵害されれば、共有された法的確信に従って刑罰を必要とさせるほどに共同社会での共同生活にとって重大かつ甘受できないものと評価される行動規範を、刑法によって提示するのである……」⁴

すなわち、刑法の根源は、法共同体の社会・倫理的な価値理解に認められ⁵、特に、前述した刑罰の特殊性も、社会・倫理的な反価値判断を表現することに基づく。刑法の文化的・社会政策的定着は、さしあたり、個別の犯罪構成要件（これは、国家の社会・文化的な感受性によってのみ説明することができる）に照らして示される⁶。例えば、墮胎罪の犯罪構成要件は、個別国家の法秩序において、「まだ生まれていない生命」という法益の評価と、その保護に向けた刑法の役割に関する社会的議論の結果である。そのような関連は、ドイツ刑法 130 条 3 項に照らしても明らかとなる。同条は、アウシュヴィッツの嘘の犯罪化によって⁷、ドイツの歴史を総括する構成要素であり、したがって、ドイツに特殊な刑罰規定である（この点につき、人種差別および対外的敵意の撲滅に向けた欧州連合枠組決定も見

3 BVerfG NJW 2009, 2267, 2274.

4 BVerfG NJW 2009, 2267, 2287.

5 この点について、Rüter, ZStW 105 (1993), 30, 35; Schubarth, ZStW 110 (1998), 827, 847; Greve in: Sieber, Europäische Einigung und Strafrecht, 1993, S. 109 f.; Satzger, Europäisierung, S. 159 ff. を参照。Ruffert, DVBl 2009, 1197, 1202 も見よ。

6 Tiedemann in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, S. 134 を見よ。

7 この点について、前述 § 5 Rn. 41, 44 以下も見よ。

よ⁸)。例示のリストは、仮に全ての犯罪構成要件の背後には等しく国内の特殊性が潜んでいる、といった印象を生じさせるものでないとしても、さらに続くであろう⁹。そのようなことは、経済刑法や特別刑法の領域では、さほど見られない。

8 もっとも、社会倫理的ならびに社会政策的な基本理解は、個別の犯罪構成要件だけでなく、刑事政策それ自体にも表われる。すなわち、特に犯罪に対して「厳格な」態度をとるか、または「緩やかな」態度をとるか、社会問題の対処に際して刑法にどのような役割を与えるか(標語として「非犯罪化」)、などである¹⁰。

9 加盟国の刑法とその刑事政策が特別の国内的条件に従う程度が大きくなるほど、欧州化は、より多くの問題を提起する。すなわち、社会における社会倫理的価値の理解が破綻する危険が生じ、そのため、最終的には、国民に欧州法が受け入れられない危険が生じうるのである。したがって、この場合には、刑法に関する欧州統合はできる限り緩やかになされるべきことになる。しかし、全ての犯罪構成要件が等しく国内の特殊性によって条件付けられるわけではなく、刑事政策も全ての領域で社会的特質から決定付けられるわけではないから、加盟国の刑事法を一般的に運営条約の適用範囲から除外することは、正当ではない。しかし、少なくとも、法政策的要請として、——加盟国には社会政策的および文化的な特殊性があるので——刑法の保護に配慮し、欧州法による過度の介入から保護されるべきことが求められる。主として刑事政策上からの要請は、法的にも根拠付けることができる。例えば、設立条約(EUV)4条2項1文は、加盟国の国内的な独自性への配慮を義務付けているが、そこには、刑事法の背

8 ABIEU 2008 Nr. L 328/55. もっとも、いくつかの例外規定が、国内立法者に、アウシュビッツの嘘の処罰を別の要件に従属させることを許している。この点について、*F. Zimmermann*, ZIS 2009, 1, 6 ff.も見よ。

9 この点についての詳細は、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 160 f.; *Filipoulos*, *Europarecht*, S. 20 ff.にある。

10 *Filipoulos*, *Europarecht*, S. 31; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 162; *Safferling*, *Int. Strafrecht*, § 11 Rn. 10を見よ。

後にある社会的・文化的な価値理解も含まれる。また、設立条約4条3項から、加盟国に対する連合の誠実協力義務 (Loyalitätspflicht) が導かれるが、これは、加盟国の正当な利益の考慮を含むものである。これを、法的に見た「刑法固有の保護主義」ということができる。本原則は、この間、連邦憲法裁判所によっても承認されている¹¹。

・ 国内刑法に対する第1次法上の諸条件

10 以上から、加盟国の刑法が基本的に連合法の影響を受ける場合、さしあたり、連合法はある行為を犯罪化するか否かの決定にあたって国内の刑事立法者にどの程度有利な条件 (ハンディキャップ) を与えるか、が問題となる。その際、一方では、既に第1次法から導かれる一般的条件を、他方では、第2次法から導かれる特別条件を、考察しなければならない (この点について後述 §9 Rn. 31 以下)。

欧州司法裁判所 (EuGH) は、第1次法から導かれる原則を、その判例において詳細に導き出し、具体化している。この判例は、—— リスボン条約の後も —— 変わらず妥当している。その際、2つの本質的な逆向きの方向性を区別しなければならない：欧州連合法は、第1に、国内刑法に対する上限として機能し、第2に、国内刑法の形成にあたっての下限として機能するのである。

1. 国内刑法の上限としての連合法

11 事例 12¹²：ギリシャ人である *Skanavi* (S) は、ギリシャの運転免許証を有しているが、ドイツの免許証は有していなかった。彼女は、国際自

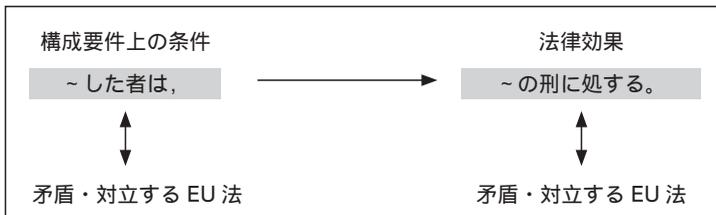
11 基本的なものとして、*Satzger*, Europäisierung S. 166 ff.がある。*Eisele*, JZ 2001, 1157, 1160 と 1163; *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 8 Rn. 55; *Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Hecker*, Europ. StR, § 10 Rn. 44; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 9 Rn. 66, および、近時の BVerfG NJW 2009, 2267, 2274 と 2287 も見よ。

12 EuGHE 1996, I-929 - Rs. C-193/94 „Skanavi“.

自動車交通規則 4 条を準用する道路交通法 21 条 1 項 1 号により、無免許運転罪を理由に、ドイツで起訴された。S は、ギリシャで発行された自身の運転免許証を、ドイツでの住居が定まってから 1 年以内にドイツの運転免許証に変更すること（これは、ドイツ法上、当時妥当していた指令 80/1263/EWG に基づいて規定されていた）を、懈怠していた。無免許運転罪を理由とする有罪判決は、欧州法によって妨げられるか¹³。（この点について §9 Rn. 18 以下）

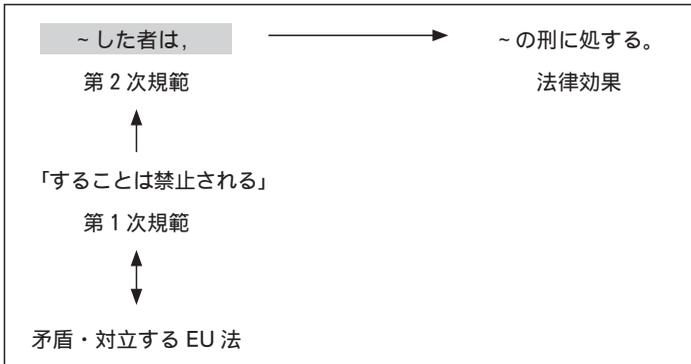
12 国内の刑事立法者は、基本的に、いかなる行為が当罰的かつ要罰的であり、それゆえ刑罰に処せられるべきものであるかを、決定する権限を有する。しかし、欧州連合に対する誠実協力義務（設立条約 4 条 3 項から導かれる）に基づいて、全ての加盟国は、限界を遵守しなければならない。加盟国は、連合法に反する国内刑法を制定し、あるいは維持するようなことをしてはならない¹⁴。連合法に反するか否かの評価にあたっては、加盟国を拘束する全ての欧州連合法を考慮に入れなければならない。国内領域に直接適用可能な連合規定だけでなく、加盟国に向けられた（市民には直接の効果をもたない）あらゆる法行為も、これに当たる。例えば、全ての指令や、加盟国に各々宛てられた決定などである。

13 ここで、犯罪構成要件と法律効果からなる全ての刑法規定の構造を考察するならば、連合法違反は、双方の場面で想定することができる。



13 法律状況は、1996 年 7 月 1 日以後に変化している。[すなわち、] 1991 年 7 月 29 日付け運転免許証に関する指令 91/439/EWG によって、変更義務のない相互承認原則を定める調和化の新たな段階に達しているからである。

14 EuGHE 1977, 1495 - Rs. 8/77 „Sagulo“ (Rn. 6).



a) 連合法に反する構成要件条上の条件

14 さらに詳細に考察するならば、1つのことが想定されるであろう。それは、構成要件の側面において、連合法と刑罰法規との間には、およそ直接の矛盾・対立はないということである。なぜなら、刑罰法規は、刑罰に処せられる行動態様を禁止するのではなく、そのような禁止が——刑法外で——成文上または不文の形式において定められていることが前提となるからである¹⁵。これを（刑法外の）第1次規範という。これに違反した者は、処罰される——この、どのような場合にどうなるかという関係（Wenn-Dann-Beziehung）以上のものは、刑法上の第2次規範に含まれない¹⁶。したがって、前掲の図は、修正を要する。

15 すなわち、連合法との直接の矛盾は、結果的に、刑法外の第1次規範との関係でのみ生じうる。その際、当然ながら、刑法外で連合法に反する法を制定し、または違反を維持することは許されない。したがって、刑法

15 この違いについて、BVerfGE 71, 108, 118 ff.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 77 ff.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 111; *Höltkemeier*, Sponsoring als Straftat, 2004, S. 68; *Satzger*, Europäisierung, S. 223 ff.を見よ。

16 例えば、*Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2. Aufl. 2009, § 1 Rn. 27; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 27 ff.を見よ。

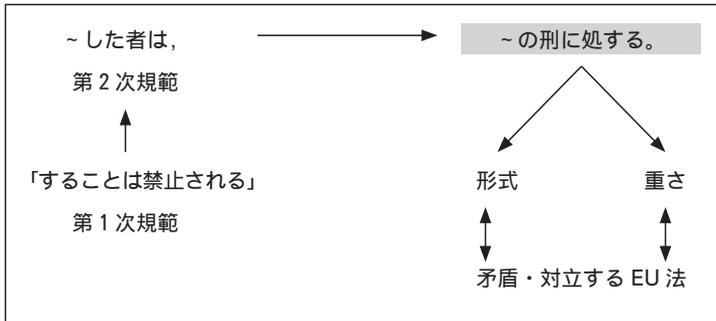
に関しては、この点で、間接的な波及効果しかもたらされない。

16 例 (THOMPSON 判決から)¹⁷：イギリスの刑事手続において、複数の商人が、特に無許可の通貨輸出罪を理由に起訴された。持ち出された通貨は、輸出された時点で、もはや連合王国での支払い手段ではなくなっていた。したがって、欧州司法裁判所は、確かに、物資流通の自由に関する規定の適用可能性を認めた (現行では運営条約 35 条)。これにより、犯罪構成要件と当時の欧州共同体法との矛盾は、端緒において存在していた——ただし、直接には (前述のとおり) 第 1 次規範である輸出禁止と関連する限りにおいてである。しかし、裁判所は、輸出禁止は現行運営条約 36 条と内容上等しい過去の規定 (通貨発行権の形式における公的秩序の保護) によって正当化されるものであった、と認めた。それゆえ、イギリスの刑罰規定は、結論において、欧州法に違反していなかった。

例 (DONNER 判決から)¹⁸：ドイツの刑事手続において、ドイツ人の運送業者が、著作権法 106 条および 108a 条に基づき、著作権法上の犯罪を幫助したとの理由で起訴された。運送業者は、ポーロニャからドイツまで、イタリア人家具商の配送を手配した。この家具商は、ドイツで著作権法上の保護を受ける特定の「デザイナー」家具の模造品も取り扱っていた。そのような著作権法上の保護は、イタリアには存在しないが、イタリアでの支配的判例によれば、製作者に対して適用できなかった。欧州司法裁判所は、この事件でも、物資流通の自由が関係することを認めつつ、運営条約 36 条による著作権法違反が刑法によって補強されることは正当であると判断した：知的財産保護は、加盟国の正当な保護利益である。刑罰規定による自由な物取引の制限は、この点で必要かつ相当であった。加盟国は、保護権の異なった期間を定めることもできる。それゆえ、連合法の優先適用は、ドイツ著作権法上の刑罰規定の適用を排除するものではない、としたのである。

17 EuGHE 1978, 2247 - Rs. 7/78 „Thompson“.

18 EuGH - Rs. 5/11 „Donner“ (公的判例集にはなお未登載である).



b) 連合法違反の法律効果

17 国内刑法規定が、連合法に適合する第1次規範にその構成要件上結び付く場合には、確かに、法定刑はなおも国内立法者の裁量に委ねられていると考えることもできよう。しかしまた、予定される制裁が、それ自体でも連合法と矛盾・対立することがありうる。これにより、法効果の側面において、欧州法上の影響いかんという問題が、刑法上固有のものとして生ずる。欧州連合法との矛盾を基礎付ける連結点として、予定される制裁の形式と重さの2つに区別することができる。

aa) 制裁の重さに関する連合法違反

18 国内法秩序において、刑罰は、しばしば、[個人の] 基本的自由の行使と密接に関連する行動態様に対して定められる。事例12のように、加盟国が、行政上の義務（ここでは、外国の運転免許証を変更する義務）を課して公権的利益を追求すれば、確かに、基本的自由の行使が困難となる。しかし、この加盟国の義務付けは、それが連合法上（明示または解釈によって）承認される場合に、かつその限りでのみ許される。

事例12では、この「承認」は、—— 欧州司法裁判所の見解からも —— ドイツの立法者が求める運転免許証の変更は、運転免許証規定が少しずつ調和されてゆく段階過程であるとの背景から正当性を有する、ということから導かれている。

規制権限の連合法上承認されるいまだ正当な行使と、不当な基本的自由の制限との限界付けは、欧州司法裁判所によると、通常は、比例性原則ならびに差別禁止の基準によるとされる。これによると、過剰または差別的な制裁は、基本的自由の保障に違反する。

19 もっとも、そのように考えるべき理由は、明らかにされてはいない。第1次規範、制裁、加盟国に残される規制権限の関係を認識することにより初めて、この「自動プログラム (Automatismus)」を解析することができる。予定される一連の刑罰から現実にとどのような行動態様が国内法——国内第1次規範——によって義務付けられ、または禁止されるのかを、正しく読み取ることができるのでなければならない。事情によっては、このことは、ある事実の可罰性は構成要件において示された可罰性条件に結び付くのみならず、異なる構成要件要素を黙示的に含んでいるとの反対推論を許すことにもなる。これは、連合法と衝突するおそれがある。

事例12では、運転免許証を受けていない人との比較から、道交法21条1項1号を *Skanavi* 氏のような人にも等しく適用することにより、あたかも、彼女は無免許運転者であるとして扱うものとなる。これにより、彼女は、無免許で車を運転したという不法を非難されることになる。しかし、それは、当時の欧州法上の法律状況に照らせば不当である：欧州司法裁判所によると、変更義務は、単に行政技術的な要請にすぎない。したがって、これは、他の加盟国で車の運転を行う資格に関して、形成的効果をもつものではない。むしろ、この資格は、既に移動の自由に関する規定から導かれる。それゆえ、同裁判所は、制裁法上、変更義務違反を無免許運転と等しく扱うことを、欧州法からみて過剰であると判断した¹⁹。この見解は一貫している。道交法21条1項1号で予定される刑罰は、運転免許証がないことを要件とするものだからである。運転許可には関係のない、適法に

19 EuGHE 1978, 2293 - Rs. 16/78 „Choquet“に依拠する EuGHE 1996, I-929 - Rs. C-193/94 „Skanavi“ (Rn. 34 ff.). 第2次運転免許証調和化準則後の法律状況について、OLG Köln NZV 1996, 289 参照。

発効された書類（運転免許証）が欠けている事案への適用は、道交法 21 条 1 項 1 号から、「(ドイツの) 運転免許証をもたない運転」という犯罪となるであろう。つまり、—— 条文の文言から離れて —— 欧州法に適合しない可罰性条件を設定してしまうことになるのである。

20 類似の情況が生ずるのは、国内の刑罰規定が基本的自由に関わる領域で制定され、当該国内法が、連合法の明示的または解釈上の例外構成要件（特に運営条約 36 条、(62 条準用の) 51 条、52 条) に該当する限りでのみ連合法上正当化されるという場合である。したがって、予定される刑罰の重さは、第 1 次規範自体と同じ制限に服することとなる。

21 基本的自由が連合法上の例外の範囲で国内規定により正当に制限され、この規定の違反が刑法によって補強される場合においても、科される予定の刑の重さは、連合法上全く問題がないわけではない。例えば、同じ行為をしてもドイツ人の方が他国の EU 市民よりも軽く処罰されるならば、それは、連合法上の差別禁止に違反する。この状況でも、結果として、(異なった、または過剰な) 制裁の重さは、構成要件において形式的に示された行為が処罰される（だけで）なく、さらに、少なくとも刑罰に処せられる不法の一部が、その事柄上、基本的自由の正当な行使の点にある、との推定が働く。

欧州司法裁判所「Kraus 事件」判決²⁰は、この意味で理解すべきである。この事件では、特に、他の加盟国で大学院課程の学位を受けた者が、国内で学位称号を名乗るために定められた国内承認手続きを受けていなかったにもかかわらず、その学位称号を国内で名乗った場合、その者に適法に制裁を科することができるか否か、が問題となった。すなわち、これは、開業の自由を制限するが、「公共の福祉という必要な理由」によってその制限が欧州法上も許容されるか、という問題である。しかし、この不文の例外は、差別に当たらず、かつ相当な制限のみを許すものである²¹。した

20 EuGHE 1993, I-1663 - Rs. C-19/92 „Kraus“.

21 EuGHE 1995, I-4165 - Rs. C-55/94 „Gebhard“ (Ls 6) だけは参照。

がって、制裁の重さも、この連合法上の比例性原則に適合するものでなければならぬ。

bb) 制裁の形式に関する連合法違反性

22 制裁の重さに加えて、制裁の形式も、その性質上それが基本的自由の制限に当たる場合、連合法に違反する可能性がある。これは、確かに、他国の EU 市民に対する全ての自由刑に該当しうる。[なぜなら、] そのような形で処罰される者は、欧州連合域内を自由に移動し、仕事を行うなどのために必要な場所に定住することを妨げられるからである。このような形での基本的自由との関係でも、欧州連合法を「援用」するために十分というのであれば、自由刑を予定する全ての刑法規定は、連合法上の規制に服することになってしまう。例えば、謀殺罪（刑法 211 条）に対する終身自由刑は連合法上比例性を満たすか否かも、連合法の問題となり、場合によっては欧州司法裁判所が判断すべきこととなってしまふであろう。この解釈は、明らかに広すぎる。この結論を支持する理由を発見することは、困難であろう。したがって、結論としては、基本的自由の制限が刑罰に処することに必然かつ通常の付随的現象といえる場合には、それは運営条約の適用範囲に該当しないといわねばならない。欧州司法裁判所「Friedrich Kremzow 対オーストリア共和国事件」判決も、結論において同様に、基本的自由の行使に対する「純仮定的な見方」は、欧州連合（当時は欧州共同体）規定の適用を正当化するに必要な欧州法上との関連性をもたらすものではない、と判示している²²。

23 もっとも、刑罰の形式はおよそ欧州法上重要ではない、というわけではない。制裁が——刑罰目的を実現するために——主として基本的自由の制限に向けられたものであるときは、もはや、これが単なる付随的現象

22 EuGHE 1997, I-2629 - Rs. C-299/95 „Friedrich Kremzow ./, Republik Österreich“ (Rn. 16). この点について、*Baker*, Crim.L.R. 1998, 375 も見よ。

であることを援用することはできない²³。例えば、職業禁止を科すること（ドイツ刑法 70 条）は、—— 刑を受ける者の移動の自由および職業遂行の自由への意図的な介入として—— 欧州法上の規制に服さざるをえない。国外追放も、それが国内法上—— ドイツの場合と異なり—— 刑法上の制裁として制定されている場合には、同様である。

24 例（「DONATELLA CALFA」事件より）²⁴：ギリシャ法では、他の加盟国の国民が麻薬法に対する一定の違反により有責的であると宣告された場合には、自動的に、終身の国外追放とされていた。実際にも、イタリア国籍者が、ギリシャの刑事裁判所より、もっぱら自己使用目的で麻薬を調達し所持したとの理由で、3年の自由刑に処され、終身国外追放とされた。欧州司法裁判所は、国外追放を有罪判決を受けた者の自由（旅行者は制限なくサービスを受けること）の制限、つまり（現在の）運営条約 56 条によって捕捉されるサービスを受けることの制限であると認めた。確かに、この場合、運営条約 62 条が準用する 52 条による正当化も想定できるが、しかし、—— 当時通用していた指令 64/221/EWG（現在は内容的に等しい指令 2004/38/EG）²⁵ における調和した規定に照らすと—— それは、有罪判決を受けた者の個人的な行動が公秩序の現在の危険となる場合に限られる。この基準は、終身国外追放が自動的に命じられる場合には、考慮されていない。したがって、ギリシャ法は、欧州法に違反していたのである。

2. 連合の職務における刑法についての一般的下限（設立条約 4 条 3 項）

25 ここまで国内刑法に対する上限の問題に取り組んできたが、次に、刑事立法者に対する連合法条件として、一見すると驚くかもしれないが、国

23 刑罰効果の欧州法上の重要性に反対する見解として、*Kreis, Die verbrechenssystematische Einordnung der EG-Grundfreiheiten*, 2008, S. 200 ff.がある。

24 EuGHE 1999, I-11 - Rs. C-348/96 „Donatella Calfa“.

25 指令 64/221/EWG 第 2 条 2 項: 「公的な安全と秩序の根拠は、もっぱら、裁判により対象となる個人の行動態様のみ関係付けることができる。」。この法準則は、この間に、指令 2004/38/EG (ABIEU 2004 Nr. L 158/77) に置き換えられた。その 27 条 1 項 2 文は、前述の準則に完全に一致している。

内刑罰規定に対する最低限の要請という点にも目を向けるべきであろう。

26 そもそも最低限度の制裁を科することにつき、加盟国に対して欧州法上義務付けるための出発点は、独自の法益を保護するという観点での連合のジレンマである。その法益は、欧州連合に帰属し、多くの点で、その経済的、人的、物的手段に関係している。欧州連合は、例えば、財産や利益を所有し、住宅やその建造物の管理権などの主体となっている。欧州共同体は、かつて、刑法定権限をもたなかったため、自らがその法益の包括的な保護に対処できなかった。それができたのは、刑法上の領域で権限を有していた加盟国のみであった。このジレンマを法的に解消するためには、欧州共同体設立条約 10 条（欧州連合設立条約 4 条 3 項の過去の規定）が、欧州共同体 / 連合に対する加盟国の誠実協力義務を定めるものとして重要であった：これにより、加盟国は、その国内の制裁法（刑法を含む）を、欧州共同体 / 連合の職務において、その法益を十分保護しなければならないようになったのである。

27 欧州司法裁判所は、この誠実協力義務を、2 つの点で具体化した：

(1) 裁判所は、抽象的な最低基準として、欧州共同体法ないし欧州連合法に違反し、あるいは欧州連合の法益を侵害するあらゆる場合について、加盟国が効果的、比例的かつ抑止的な制裁を科することを要求した。

- 「効果的」および基本的にその内容が等しい「抑止的」とは、この関連で、違反された欧州法規定の目的を追求し、実現するものでなければならず、そのために、特別予防および一般予防の効果を促進すべきことを意味している。

- 「比例している」とは、制裁が追求すべき目的に関して十分であり、かつ、法違反の程度に適合したものでなければならないことを意味する。つまり、「相当な」制裁が科されなければならない²⁶。

26 基準について詳細は、Satzger, Europäisierung, S. 368 ff.を見よ。

しかし、具体的制裁の選択は、常に、各加盟国に委ねられたままである。欧州司法裁判所は、国内刑法体系との「断絶」を求めなかった。むしろ、制裁は、国内法の基本原理に適合するものでなければならないとしている²⁷。この点に、前述 (§9 Rn. 9) した「刑法固有の保護主義」が見て取れる。

(2) 欧州司法裁判所は、加盟国がその独自の法秩序において匹敵する国内上の違反について刑罰規定を定めている場合について、具体的帰結を示した。この場合、設立条約 4 条 3 項に定められた誠実協力義務からは、同等取扱いの要請が導かれる (いわゆる適合化義務)²⁸。そのような匹敵する国内の制裁が全く存在しない、または、国内で定められた制裁が (1) で述べた基準を満たしていない場合には、—— 国内法の形態いかにかわらず —— 抽象的な最低基準の遵守が求められる。

28 この点で指導的であったのが、欧州司法裁判所「ギリシャのトムロコシ不正」事件判決²⁹である：委員会は、条約違反手続 (現行は、運営条約 258 条) において、ギリシャ共和国を、2 つのトムロコシの船荷をめぐる事件を理由に告発した。この船は、ある企業が、1986 年 5 月に、ギリシャからベルギーまで運航したものであった。ギリシャ当局は、このトムロコシは、公式にギリシャ産であるとしていたのであるが、実際には、ユーゴスラビアで産出されたものであった。そのために、欧州共同体に帰属する農産物関税は、ベルギーからも、ギリシャからも徴収されなかった。公式には、第三国からの輸入ではなかったからである。ギリシャは、共同体法違反の関税不申告への関与者に対して、ギリシャ法規定で定められた刑事上および懲戒上の処分を発動しなかった。委員会の心証では、ギリシャ

27 欧州司法裁判所は、例えば、法人の可罰性を導入する義務を否定している。EuGHE 1991, I-4371 - Rs. C 7/90 „Vandevenne“ を見よ。

28 *Safferling*, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 31 ff. も参照。

29 EuGHE 1989, 2965 - Rs. 68/88 „Kommission ./ Griechische Republik“

の公務員が、脱税に関与しただけではなく、脱税をできる限り隠匿するために、事後的に虚偽の書類も作成し、虚偽の陳述を行ったというのであった。委員会がギリシャ共和国に相応の手續を始めるよう要請したが、目に見える成果は得られないままであった。

29 欧州司法裁判所は、加盟国の誠実協力義務について、次のとおり明確に判示した。

「共同体法上の規定が、規定違反に対する制裁を定めた特別の規定を設けていない、または、これにつき国内の法規定および行政規定を参照指示している場合には、加盟国は、欧州経済共同体条約5条(注：現行は設立条約4条)により、共同体法の妥当性および有効性を保障するために適当なあらゆる措置を図るよう義務付けられる。その際、加盟国は、制裁の選択を任されるが、しかし、特に、共同体法に対する違反が、その形式および重大性において類似する国内法に対する違反の場合と同様の実体法および手続法規定によって処遇されることに配慮しなければならない、その際には、制裁がやはり効果的で、比例し、抑止的なものでなければならない。また、国内機関は、共同体法違反に対して、相応の国内法規定の適用に対するのと同等の配慮をもって、対処しなければならない。」³⁰

ギリシャ共和国は、この要請を十分に果たしてはいなかった。ギリシャ当局の責任は、何ら障害がなかったにもかかわらず、刑法上および懲戒法上果たされていなかったからである。したがって、欧州司法裁判所は、ギリシャの条約違反を認定した。

30 EuGHE 1989, 2965 - Rs. 68/88 „Kommission ./ . Griechische Republik“ (Rn. 23-25). 欧州共同体設立条約10条からの要請について包括的には、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 360 ff.がある。*Hecker*, *Eur. Strafrecht*, § 7 Rn. 55 ff.も参照。

30 この判例は、詐欺・不正撲滅の領域に関して、運営条約 325 条 1 項および 2 項に（および、その過去の形式においても）、その趣旨が表わされている。

リスボン条約の発効後、現在は、欧州連合は、その経済的利益を自ら守るために、基本的に、超国家的な刑事法を設定する方策を、少なくとも詐欺・不正撲滅および関税制度の領域において設けている（前述 § 8 Rn. 18 以下）。しかし、それでもなお、欧州連合がこの権限をまだ行使していない限りで、加盟国に対するこのような義務付けは、大きな意義を有する。

（加藤克佳 = 辻本典央 = 佐川友佳子 = 金子 博[共訳]）