

ヘルムート・ザッツガー著
『国際・ヨーロッパ刑法——刑罰適用法、
ヨーロッパ刑法・刑事訴訟法、国際刑法』(2)

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

目 次 [訳注：概略のみ]

第5版はしがき / 第1版はしがき / 略 語

A. はじめに

§ 1 国際的な文脈における刑法

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

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

復習・深化のための問題 (以上，名城法学 62 巻 1 号)

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

§ 3 刑罰適用法の機能

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

復習・深化のための問題

§ 4 連結モデル

- ・ 諸国家の管轄を指定する管轄
- ・ 一般に認められた原理

復習・深化のための問題（以上，本号）

§ 5 刑法典（StGB）の刑罰適用法

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内的法益への限定

C. ヨーロッパ刑法

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

§ 8 超国家的な欧州刑法

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

§ 10 欧州における刑事訴追

§ 11 欧州人権条約

D. 国際刑法

§ 12 国際刑法の基礎

§ 13 国際刑法の歴史的展開

§ 14 国際刑事裁判所（IStGH）

§ 15 国際刑法の総論

§ 16 国際刑法の各論

§ 17 国際刑法とドイツ法へのその変換

文 献 / 索 引

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

§ 3 刑罰適用法の機能

1 国内の法秩序の一部として¹「国際刑法」あるいは よりよく言えば²「刑罰適用法」と称される法は、次の2点を規定している。つまり、ある国家の権限、そして適用可能な刑法である³。

I. 刑罰権限 (Strafberechtigung)

2 まず、刑罰適用法とは、外国と関連する具体的な事案が、そもそも自国の刑罰権の支配下にあるのか、という問いに答えるものである。その場合にのみ、その国家は、他の全ての国家に対しても、行為者に対し、ある行為に関して刑罰的に優先する権限を持つ⁴。この刑罰権限が欠ければ、刑事手続の貫徹は許容できない。ドイツの手続カテゴリーにおいては、訴訟障害となる⁵。

II. 適用可能な刑法

3 しかし、刑罰権限が確定している場合、刑罰適用法はさらにそれを超えて、自国の実体刑法を適用しうるか否か、あるいは別の国家の刑法規定を適用しうるか否かを決定する。ある国家の刑罰適用法が例外なく、複数の可能な刑法秩序のうちのいずれが、ある事案に対して決定的とされるの

* インターネットサイト <http://www.lehrbuch-satzger.de> によって、本書に引用されている重要な裁判所判例、法文書その他書類の全てにアクセスすることができる。

1 S/S-Eser, Vor §§ 3-7 StGB Rn 5のみを見よ。

2 後出 § 3 Rn 4を見よ。

3 Jescheck, in: F.-C. Schroeder u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 580; LK-Werle/JeBberger, Vor § 3 StGB Rn 3.

4 Jescheck/Weigend, § 18 I 1.

5 BGHSt 34, 3 f; BGH NJW 1995, 1845; LK-Werle/JeBberger, Vor § 3 StGB Rn 10. ここから首尾一貫するのは、手続の打切りであり、それは場合により、判決による公判においても刑事訴訟法 260 条 3 項 [「訴訟障害があるときは、判決において、手続の打切りを宣言する。」] により行われる。

か、ということを決めているほどに広範なものであるとすると、その限りでも——国際私法の場合と同様に⁶——真の抵触法のことを問題としうる。

外国の刑罰規範のその種の適用は、——最近まで——スイス刑法5条1項に以下のように規定されていた。

外国においてスイス人に対し重罪又は軽罪を遂行した者は、スイスに所在し、かつ外国に引き渡されない場合、又は連盟にその犯行を理由として引き渡される場合は、その犯行が遂行地においても可罰的とされている限りで、スイス刑法に服するものとする。遂行地（行為地）の法規が行為者に対して減輕されている場合には、それを適用する。

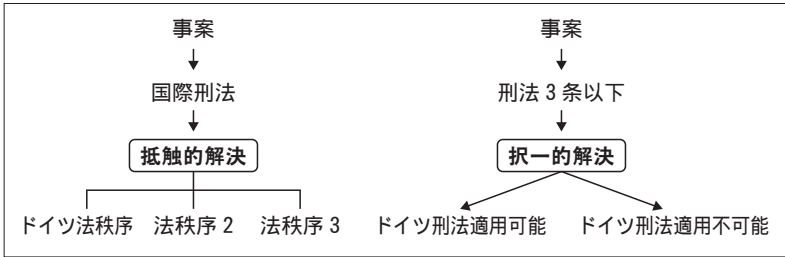
4 これに対して、[ドイツ] 刑法3条以下は、ドイツの刑事裁判所は常にドイツ刑法のみを適用する、という原則に依拠している。それによれば、この規定は、ある事例の解決のためにどの法規が関連するものとされるのかを決定するために、その事案に適用可能な複数の刑罰規範の抵触の解決を目的としたものではない。刑法3条以下は、通説によれば、真の抵触法ではなく、「二者択一的解決 (Entweder-oder-Lösung)」の意味で、ドイツ刑法を適用するかどうかを決定する、単なる刑罰適用法なのである⁷。ドイツの刑罰適用法の機能は、ドイツの実体刑法の適用領域を一方の側から確定するところにある⁸。刑法3条以下に依拠してドイツ刑法が適用可能であれば、それと同時にドイツの刑罰権限も確定される。

しかし、刑罰適用法を「国際刑法」と呼ぶことは、国際私法に関する的外れな連想を引き起こすだけではない。それは、以下のことも示唆している。すなわち、私達は、——前述のように——各国が、一方的に自国刑法の妥当領域を、越境的な特徴のある事案にまで拡張する旨の国内法と関係を持っているにもかかわらず、当該の疑わしい規定については国際法が問

6 これにつき、*Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., 2004, S. 25 参照。

7 多くの文献の代わりに、MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 1 参照。

8 また、*Satzger*, NStZ 1998, 112; S/S-Eser, Vor §§ 3-7 StGB Rn 5; NK-Böse, Vor § 3 StGB Rn 9 も見よ。



題となっている，ということである。それゆえ，刑罰適用法という専門用語に立ち返り⁹，「国際刑法 (Internationales Strafrecht)」という概念を，本書でも使用したように¹⁰，より広い意味でのみ用いることこそを優先すべきであるように思われる。

5 スイスの事例は，真の抵触法としての刑罰適用法の形象は，基本的には何も新たなことを意味しない，ということを示している。逆に，常に密接に共に成長しているヨーロッパにおいては，この強固な基本規定が，ドイツの裁判所はドイツ刑法のみを適用する，ということをもまさに古めかしく要求しているのである。有罪判決の場所とは独立した，各々の「事件に最も近い刑法 (das sachnächste Strafrecht)」を適用のために持ち出すヨーロッパ範囲で調和した解決は，ここでは——外国刑法の適用に結び付いた実務上の全ての問題であるにもかかわらず¹¹——少なくともより長い

9 また，以下も見よ。Satzger, Jura 2010, 109; Miller/Rackow, ZStW 117 (2005), 380 m. Fn 5; LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 2; S/S-Eser, Vor §§ 3-7 StGB Rn 6 (「属地的かつ超国家的刑罰適用法 (territoriales und transnationales Strafanwendungsrecht)」とする)。単に刑罰の適用が重要となっているわけではないので，部分的には，「刑罰適用法 (Strafrechtsanwendungsrecht)」も問題となる (例えば, BGH NJW 1975, 271)。他方，これと異なるのは，MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 1; NK-Bose, Vor § 3 StGB Rn 9 (「超国家的刑法 (transnationales Strafrecht)」とする) である。

10 前出 §2 を見よ。

11 スイス刑法旧 5 条へのアクセスについては，Donatsch, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 16. Aufl., 2004, Anm. zu Art. 5 I 2 und Art. 6 Ziff. 1 S. 2 schweiz. StGB mwN のみを見よ。

目で見れば、考えられる1つの選択肢を意味する¹²。

6 いわゆる他国の法の適用それ自体は、ドイツの刑事裁判官に禁止されているわけではない。このことは、一方では刑法7条から分かる。そこでは、外国の刑法の適用が、行為地の可罰性の問題を明らかにすることを要求している¹³。他方では、民法従属的あるいは行政法従属的な構成要件要素の場合にも、他の法秩序の規定および評価を引き合いに出しうる¹⁴。ここで、実際上の法発見は若干の困難を生ずる。

7 事例1：ミュンヘンのMは、彼の家族たちと夏の休暇をイタリアのアドリア海の海岸で過ごした。この家族が出発前夜にもう一度良い気分で行った時、キャンプ場に停めていた一家のキャンピングカーが盗まれた。その地域の自動車販売業者が次の日にその車を購入し、そしてそれを早速Sに売却したが、このSはこの車両が犯罪に由来するものであるとは知らなかった。彼の国の多くの人々と同じように、Sは数週間後、その新たなキャンピングカーでオクトーパフェストのためにミュンヘンに来たが、そこで彼はその車をまさにMの家の近くにある駐車場に停めたのである。Mはその後すぐに「彼の」キャンピングカーを発見し、ほとんど躊躇せずに、これを手に入れ、そして自宅の地下駐車場に置いておいた。

Mは、刑法242条1項[単純窃盗既遂]の客観的構成要件を充足したのだろうか？

8 窃盗の構成要件の充足は、既に客観的な段階で、Mが「他人の」物を奪取した、ということ为前提としている。この他人性は、民法上の原則によって決定されるべきものであって、その結果、Mが、この事件にもかかわらず、イタリアにおいてこれまでと同様にキャンピングカーの所有

12 LK-Gribbohm, 11. Aufl., Vor § 3 StGB Rn 3; Jescheck/Weigend, § 18 I を見よ。

13 これについて詳しいのは、後出 § 5 Rn 88 ff である。

14 この問題についての詳細は、Golombek, S. 116 ff.; Mankowski/Bock, ZStW 120 (2008), 704 ff; Cornils, Die Fremdrechtsanwendung im Strafrecht, 1978, passim. である。

者であったならば、可罰性は、いずれにしても問題とはならないだろう。この事案がドイツ民法によって評価されるのであれば、そうなるだろう。なぜなら、窃取されたキャンピングカーをSが善意取得するということは、不可能であったからである(ドイツ民法935条)。外国と接触のある事例においてもやはり同様に、先行する問題は吟味せずにドイツ法によって解決されうる。むしろ、適用可能な法は、通説によれば¹⁵、(ドイツ)国際私法における抵触ルールを手がかりとして、確定することができる。この点で、善意取得の問題もその一部であるとされる¹⁶、物権に対するヨーロッパ民法43条は、物の存在する国の法を参照するよう指示している。それゆえ、事例1で、Sがキャンピングカーを善意で取得しえたのかどうか、という問いにとっては、イタリアの民法が問題となる。しかし、イタリアの物権法(codice civile 1153条以下参照)は、遺失物の善意取得を認めているので、Sはキャンピングカーの所有権を取得しうるだろう。したがって、Mは、彼にとっては「他人の」動産を奪取し、そして刑法242条1項の客観的構成要件を充足したことになるのである。

9 この(偶発的な)他国の法適用の問題に関する議論は、昨年、別の観点の下で、欧州司法裁判所が次のように判示して以来、衝撃を受けるものとなった。これは、欧州連合の構成国に基礎を置く会社が、事業活動を他の構成国に広げ、そこに事実上の経営部を設立する場合には、設立国の法をいわば「携行している」のだ、というものであった¹⁷。連邦通常裁判所は、最近の判断の中で、こうした判例から、以下の結論に達した。つまり、同様に、他の欧州連合国の外国企業に対する背任行為の事例において、刑法266条にとって重要となる財産擁護義務を、対応する設立国の法に照ら

15 NK-Böse, Vor §3 StGB Rn 63 mwN.

16 BGH NJW 2009, 2824 mwN.

17 EuGHE 2003, I-10.155 - Rs. C-167/01 「インスパイア・アート (inspire Art)」. その前のものとして、EuGHE 1999, I-1459 - Rs. C-212/97 「セントロス (Centros)」およびEuGHE 2002, I-9919 - Rs. C-208/00 「ユーバーゼーリング (Überseering)」.

して（そして、ドイツ会社法にはよらずに）裁く、ということである¹⁸。その措置は、憲法上の明確性原則（基本法 103 条 2 項）、特に議会留保に、——予め学説上述べられていた多くの疑念に反して¹⁹——完全に合致するものとされた。なぜなら、外国法は、構成要件該当結果と、それを引き起こした行為を決定するだけでなく、それに続く「背任特有の明確化」に対する基礎を創設するとされるからである。

Ⅲ. 数度の刑事訴追の危険

10 ドイツと大多数の他国の刑罰適用法が、単に一面的で、抵触的解決を考慮しない、自国の実体法の適用範囲の規定であるとすれば、その理論的な結論は、同一の犯行に、様々な国家の刑法が適用を見出されうる、ということである。その背後には、一方では、——原則的には合理的な——競合する刑罰請求の最大限密集したネットワークによって、それぞれの犯罪行為が、同様に訴追されうるということが確保される、という思考がある²⁰。他方、行為者が、外国と関連する所為犯行を理由に、全ての関係諸国において完全に、そして他国の有罪判決と独立して責任を問われるとするなら、不当であり、不均衡だろう。もっとも、こうした問題の解決は、単純ではない。つまり、基本法 103 条 3 項で保障されている「一事不再理 (ne bis in idem)」(二重処罰の禁止) 原則は、国内の領域においてのみ妥当する。それゆえ、国家間の二重処罰の禁止は、——一部で生じているように——国際法上の条約によってのみ創設することができる²¹。これは特

18 BGH NSTz 2010, 632. これにつき, *Beckemper*, ZJS 2010, 554; *Mankowski*, GmbHR 2010, 822; *Schlösser/Mosiek*, HRRS 2010, 424; *Schramm/Hinderer*, ZIS 2010, 494 がある。

19 議論について, *NK-Böse*, Vor § 3 Rn 63 ff; *Radtke*, GmbHR 2008, 729 ff; *Ransiek/Hüls*, ZGR 2009, 174 ff; *Rönnau*, ZGR 2005, 854 f; *Schlösser*, wistra 2006, 81 ff; *Worm*, Die Strafbarkeit eines directors einer englischen Limited nach deutschem Strafrecht, 2009, S. 75 ff, 109 ff がある。

20 *Werle/JeBberger*, JuS 2001, 36.

21 これについての詳細は, 後出 § 10 Rn 63 ff である。

に、欧州連合基本権憲章 50 条並びに既にそれ以前にシェンゲン実施協定 (SDÜ) 54 条の形式の中にみられる²²。

11 しかし、ドイツの法秩序は、外国の刑事訴追を訴訟上 (刑事訴訟法 153 条 c), そして刑の量定の際に (刑法 51 条 3 項) 考慮する, という可能性を開いている。

刑事訴訟法 153 条 c は、ドイツの刑事訴追機関に、外国犯罪そして遠隔犯罪の場合、——ふだんは原則的に存在する訴追の強制 (起訴強制主義) から逸脱して——例外的に、訴追を見合わせることを許容している。

行為者が外国の有罪判決の後に、ドイツの裁判所によって再度有罪判決を受ける場合には、外国において既に執行された刑を、刑の量定の際に考慮しなければならない (刑法 51 条 3 項)。

IV. 個々の構成要件の保護領域と刑罰適用法との関係

12 刑罰適用法の原則が、ドイツ刑法は外国に関係する事実に適用を見出しうる, という結論に至るとしても、このことによっては、まだ、この構成要件が実際上関連している, ということは述べられてはいない。常に、それに加えて、行われた行為が、侵害された法益に鑑みて、具体的なドイツの犯罪構成要件の保護領域にあるのか, ということが問われるのである。具体例: 外国の警察官に対するドイツ人の抵抗行為は、刑法 113 条 [執行官に対する抵抗] の保護領域によっては捕捉されない。その理由は、刑法 113 条は、国家の執行行為——そしてそれと同時に「公共的法益」——を保護している, という点にある。一般的に認められた解釈の原則 (この点についての詳細は、§ 6 Rn 1ff である) に従えば、ドイツの犯罪構成要件によっては、原則的には、ドイツの公共的法益が保護されるのであって、外国のそれは保護されないのである。

13 刑法 3 条以下の刑罰適用法の検討の順序と保護領域の決定に関しては、

22 BGBl. 1993 II, S. 1013 (Sartorius II, Nr. 280; Nomos, Textsammlung EU-Strafrecht, 2. Aufl., 2008, S. 51).

もちろん、争いがある。たしかに、ドイツの犯罪構成要件の保護範囲は、解釈によって確定される。しかし、刑罰規定の解釈は既にドイツ法の適用の局面であるから、刑法 3 条以下の検討は、必然的に、一番目に置かれる²³。訴訟的な帰結も、ここで主張される見解にとって有利となる。ドイツ刑法が刑法 3 条以下の原則によって適用できないのであれば、既に訴訟障害が存在する。つまり、ドイツの犯罪構成要件が、保護目的を考慮して充足されるのかどうかは、もはや全く重要ではないだろう²⁴。

そこから、以下のような検討順序が明らかになる。

1. 刑法 3 条以下の刑罰適用法の原則の検討
2. 外国の法益を考慮した具体的な規範の保護領域の検討

復習・深化のための問題

- ・ 刑罰適用法は、機能的には、国際私法とはどのようにして区別されるか (§ 3 Rn 3ff)。
- ・ 同一の犯行に、複数の国家の刑法が適用可能であるにもかかわらず、二重処罰が生じない、ということは、どのように達成されうのか (§ 3 Rn 10f)。

23 同旨のものとして、SK-Hoyer, Vor § 3 StGB Rn 31; MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 81; Satzger, Jura 2010, 111; Schroeder, NJW 1990, 1406 があり、異説として、S/S-Eser, Vor §§ 3-7 StGB Rn 31; Oehler, JR 1978, 382; T. Walter, JuS 2006, 870 がある。

24 正当にも同旨のものとして、SK-Hoyer, Vor § 3 StGB Rn 31 がある。

§ 4 連結モデル

1 事例 2: 1993 年に可決されたベルギーの法律は、ベルギーでは、戦争犯罪、人道に対する罪、そして(後には)民族謀殺(Völkermord)も、犯行の場所にかかわらず処罰されうる、と規定した。この法律を根拠として、例えば、1982 年には、レバノンのシャブラ・シャティーラ難民収容所で行われた 800 人のパレスチナ人に対する大虐殺に関し、特に当時イスラエルの国防大臣だったアリエル・シャロンに対する訴えが開始された。ベルギーは、自国の刑法を、そもそもそのような事例に対して適用してよいのだろうか(これについては、§ 4 Rn 14)。

I. 諸国家の管轄を指定する管轄

2 既に述べたように、刑罰適用法は、国内法の問題となる。つまり、各国家は、原則的には、どのような事実に対して自国刑法を適用できるかを、自ら決定するものとされる。もともと、国家には、自国の刑法の拡張について、非限定的な自律性が当然与えられていると認められてきた¹。もっとも、そのような見解は、必然的に国際法上の不介入の要請に抵触する²。なぜなら、規範を決定する国家と規範化された事実との意味のある関係なしに、自国の刑罰権力をそうした事実にまで拡張することは、他国の主権の侵害を意味し、それゆえ国際法に反するものになってしまうからである。したがって、なるほど今日も、各々の刑罰適用法の規則に関する、管轄を指定する管轄(Kompetenz-Kompetenz)は、国民国家にその責任が負わされているが³、その調整を評価する際には、国際法上の制約を考慮しな

1 例えば、*Binding*, Handbuch des Strafrechts, 1885, S. 372; *Mendelssohn-Bartholdy*, in: *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, Bd. VI, 1908, S. 106, 316 (zit. nach *Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 111) を見よ。

2 *Lotus-Entscheidung* des IGH, PCIJ Series A No. 10 (1927), 18 f.; *Epping/Gloria*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 23 Rn 85 ff.

3 *Jescheck/Weigend*, § 18 I 2; anders *MK-Ambos*, Vor §§ 3-7 StGB Rn 20 を見よ。もっとも、これは、非常に狭い権限に対する権限の概念(Kompetenz-

ければならない⁴。常に、規範化された事実と、規範を決定する国家との間の「意味のある連結点」、いわゆる「真の連結」が存在しなければならぬのである⁵。その際、国際法的には、一連の連結点が認められている。これらを、国家の刑事立法者は、刑罰適用法の調整の際に、組み合わせるだけでなく、修正することもできる。いずれにせよ、国際法的観点からすれば、意味のある連結点が存在する限り、そのことに異義は唱えられえない。このことは、結果的には、国家の立法者に非常に広い決定裁量の余地があるが、その限界は結局のところは恣意の禁止に見出されるに過ぎない、ということの意味する⁶。

II. 一般に認められた原理

1. 国際法的に受け入れられている連結点の概要

3 具体例：あるオーストリア人が、スペインでイタリア人を謀殺した。スペインにおいて、彼はこの犯行を理由に有罪とされる。

国際法的に許容されている刑罰適用法の典型的な連結点は、以下のものである。

犯行の遂行地（属地主義ないし旗国主義）

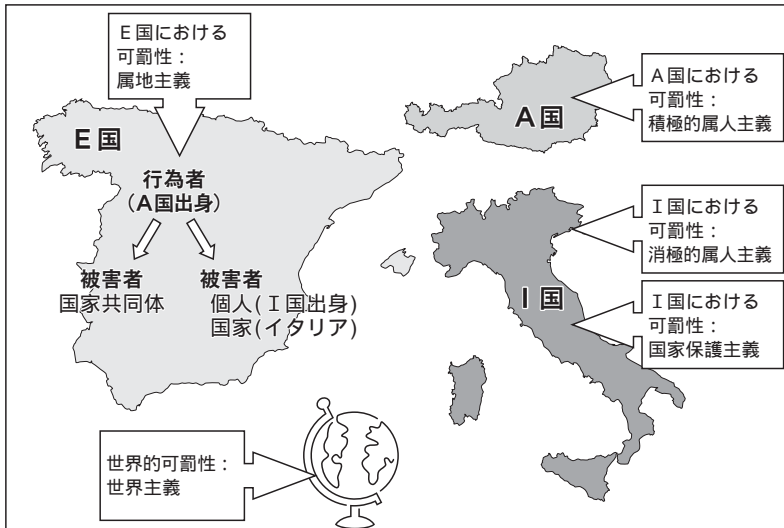
上の例で、スペインは、犯行地がスペインにあるために、自国の刑罰権を行使してよいであろう。

行為者の国籍（積極的属人主義）

上の例で、この原則によれば、オーストリアも、自国の刑罰権をこの事実にも拡張し、そしてこれに対して自国の刑法を適用してよいだろう。

Kompetenz-Begriff) から出発している。

- 4 BGHSt 44, 57; BayObLG NJW 1998, 393; *Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 111 ff を参照。
- 5 Nottebohm-Entscheidung des IGH, ICJ-Rep. 1955, 24 ff, 並びに Barcelona Traction-Entscheidung, ICJ-Rep. 1970, 1 ff (これにつき *Epping/Gloria*, in: Ipsen, Volkerrecht, § 23 Rn 90 ff) がある。また、MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 21 mwN も見よ。
- 6 *Kasper*, MDR 1994, 545.



国内の法益の保護（保護主義）。この場合、さらに、それが、
規範を決定する国家の国籍保持者の法益（個人保護主義／消極的属人主義）あるいは
国家の法益それ自体、特に、その存立ないしは統合（国家保護主義）
に関係するか、ということに従って区別される。

つまり、消極的属人主義によれば、上述の事例は、イタリアもこの事態
に対して刑罰権を拡張し、そしてこれに自国の刑法を適用してよいだろう。

その保護が、全ての国家の共通する利益となるような法益の保護（世界主義）

上の例で、単なる謀殺ではなく、民族謀殺（Völkermord）が問題であるなら、世界主義により、どこで、誰によって、そして誰に対してその犯行が行われたか、ということとは関わりなく、それぞれの国家に、自国の刑法に従ってその事態に有罪判決を下す権限があるとされるだろう。

4 一般に認められた連結点に基づいた、ここで挙げた原理と並んで、さらに3つの原理、つまり、「意味のある連結点」を構成するものではない

が、それにもかかわらず、国際法違反を意味しない、国家の刑罰権の拡張を導く原理が存在する。代理処罰主義、国家間の協定に見出される管轄配分主義、国家保護主義の拡張としてのいわゆる連合主義がそれである。

2. 属地主義

5 「領域主義」とも称される⁷ 属地主義によれば、国家は、自国の刑罰権を、その国家の領域で生じた全ての生活事実⁷に及ぼすことが可能である。つまり、その犯行が行われた場所（犯罪地）は、そのつど、国内に存在しなければならない。これに対して、行為者又は被害者の国籍は、何らの役割も果たさない。その背後には、国内法秩序は、国内にいる全ての者に対して妥当しなければならないという思想がある⁸。国際的に比較すれば、この原則は、もっとも広く普及している⁹。国家領域を志向する限界づけは、それ自体では、領域高権、そして主権国家の独立性と平等性という国際法の原則に最もよく合致するよう利用することができる¹⁰。

しかし、属地主義は、ルール通りならば、行為者又は被害者が内国人であるとしても、外国で行われた犯行は把握しえないために、狭すぎると感じられる。それゆえ、領域主義は、しばしば他の原則（保護主義、積極的属人主義）と結び付けられる。

国境が、複数の国家の刑法的協働に基づいて意味を失う（べきもの）としても、属地主義は、その境界線にぶつかることになる。このことは、特に欧州連合では実際にそうである。その当然の帰結として、ここでは、ヨーロッパ属地主義の導入が迫られている¹¹。

7 例えば、LK-Werle/Jeßberger, § 3 StGB Rn 3 を見よ。この原則の、英米法と大陸法において異なる展開と別の内容については、Oehler, Int. Strafrecht, Rn 55 ff, 64 ff.がある。

8 LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 222; Satzger, Jura 2010, 110.

9 Jescheck/Weigend, § 18 II 1.

10 Oehler, Int. Strafrecht, Rn 152 ff.; Jescheck/Weigend, § 18 II 1.

11 これについては、後出 § 10 Rn 65 並びに特に「欧州連合の財政上の利益の保護のための刑法上の諸規定のコルプス・ユリス (Corpus Juris)」の草案を見

属地主義を刑罰適用法化するために、国家法秩序は以下の2つの問いに答えなければならない。

犯行がどこで行われたのか(犯罪地概念)

自国の国家領域がどの程度まで及ぶのか(内国概念)

6 属地主義と密接に関連するのが旗国主義であり、これは、その行為が船舶又は航空機の内部で行われた場合に、援用されうるものである。こうした事例に対しては、その旗を船が正当に掲げている国家、ないしは航空機が登録されている国家との密接な関係が、国際法的には十分にあることになる¹²。

3. 積極的属人主義

7 積極的属人主義によれば、ある人の態度は、常に、その人が国民である国の刑法に従って評価される。それによって、誰もが——比喩的に言うなら——その国の刑法秩序を共に負っているのである。その際、その者が国内で行為したのか、外国で行為したのかは、重要ではない。この原則は、国家が、自国の法秩序の命令及び禁止の遵守を、その市民の滞在地とは独立して要求することができる、ということによって根拠づけられる¹³。しかし、国民が負うように要請されたこの忠誠義務は、しばしば権威主義的な国家思想と関連づけられる¹⁴。もっとも、外国にとって、この原則は、いずれにしてもその犯行が遂行地(行為地)の法(*lex loci*)によっても

よ。Delmas-Marty (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU*, 199, 並びに この草案の更新版につき、http://ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/corpus/de.doc (2011年7月閲覧)。

12 MK-Ambos, § 4 StGB Rn 1, 5を参照。

13 古い法解釈によれば、人の法状態は、その者の部族への帰属意識によって決定されるとされるので、歴史的に最も初期の連結点が重要となる。Jescheck/Weigend, § 18 II 3を見よ。

14 LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 234; Jescheck/Weigend, § 18 II 3も参照。Satzger, *Jura* 2010, 110; MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 36 ffも非常に批判的である。

刑罰で威嚇されている場合には、国際的連帯の思想によっても根拠づけることができる。ある国家は、自国民が国外で犯罪行為を遂行したとき、何もせずに傍観してはならないからである。積極的属人主義は、特に、ドイツ基本法 16 条以下のように、その法秩序が国籍保持者に対する引渡禁止を規定している国家にとっては、特別な意味を持つ¹⁵。自国の国民が外国から国内に逃亡して来た場合、積極的属人主義は、その者に、その犯行に対する刑法上の答責性を負わせる可能性を提供する。

純粹に示せば、積極的属人主義は、外国人による国内の犯行を把握しえない、つまり、それが内国人に対して遂行された場合ですらもそうなる、という結果となる。この明らかに耐え難い帰結は、属地主義及び/又は保護主義との適切な結合によって回避されうる。

積極的属人主義を転換するためには、いずれにしても、誰が内国人であるのかを、法秩序が定義しなければならない。

8 行為者の国籍に代わって結び付くことが理論的にも可能であるのは、その者の国内居住地を連結点として援用することである。そこでは、居住主義が問題となる¹⁶。この原則の転換は、「居住地」の詳細な定義を前提とする。

4. 保護主義

9 保護主義の原則によって、国家の刑罰権は、国内の法益が危殆化又は侵害される全ての行為に拡大する¹⁷。それによれば、その犯行が国内で行われたのか、外国で行われたのかは問題ではない。同様に、行為者が、内国人なのか、外国人なのかも些細なことである。この原則は、それぞれの国家は、自国の法益——そしてその市民——を保護する、という使命を負っ

15 MK-Ambos, § 7 StGB Rn 1 も参照。

16 Kielwein, in: Hohenleitner u.a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S. 97 ff を参照。

17 Jescheck/Weigend, § 18 II 4.

ている、という思想から正当化を引き出す。

もっとも、保護主義は、その純粋な形式において、外国人、又は外国に対する国内の行為を把握するものでなく、行為者が内国人としてもそうである。これに依じて、この原則は、まず第一に、他の諸主義を補充する(*ergänzen*)の役に立つ。その場合、保護主義は、特に、国内法益に対する外国人による外国の犯行の際に用いられる¹⁸。

保護されるべき内国法益の種類に応じて、保護主義の2つの鑄型が区別される¹⁹。

a) 国家保護主義

10 例えば、内乱又は外患誘致などの事例のように、国家とその制度それ自体の保護が問題となる場合には、国家保護主義が話題になってくる。その正当化は明白である。つまり、行為者が、自ら攻撃傾向によって、当該国家との十分に密接な関係を形成するというものである²⁰。それに加えて、これらは通常、外国の刑法によっては保護されないもので、その結果、自国の刑法秩序のみがその国家の自国の利益への攻撃に刑法的に制裁を科することができるのである。このことから、国家保護主義を援用することは、その犯行が、遂行地の法(*lex loci*)によっても可罰的であることに左右されることはありえないのである²¹。

b) 個人保護主義(消極的属人主義)

11 ある人の所有権や財産のように、ある国家の一員の個人的法益の侵害が問題となっている場合にも、その者の出身国の保護利益が「正当と認められる連結点」として承認される²²。もっとも、この原理の正当化は、国

18 MK-Ambos, Vor § 3 StGB Rn 39.

19 ここで用いられている用語に批判的なのは、Henrich, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, 1995, S. 30 f である。

20 Jescheck/Weigend, § 18 II 4; Satzger, Jura 2010, 110.

21 MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 40; NK-Böse, Vor § 3 StGB Rn 19.

22 部分的には、個人保護主義の観点は、保護主義の下位に位置づけられるものではなく、「消極的属人主義」の独自の点として、積極的属人主義に対置される。例えば、SK-Hoyer, Vor § 3 StGB Rn 11 を見よ。

家保護主義の場合よりも非常に不明確である²³。なぜなら、ここでは、外国人によって、さらに通例は、犯行地の国家の一員によって、内国人に対して行われた外国の犯行が問題となるからである。ここで即座に内国刑法の効力を強いることができるわけではない、ということは、その犯行が犯行地において刑罰を科されていない、という状況がはっきりすれば明らかである。そこでは、その（外国の）行為者は、国内の刑法法規の規範の名宛人ではない²⁴。それにもかかわらず、国内の刑法が、そうした生活事実に適用されるとするならば、これは、「異分子」と見なさざるをえないだろうし、国内の法秩序とのその繋がりは、十分に強いものではないということになるだろう。国家保護主義とは対照的に、十分な連結点は、犯行 (*Tat*) それ自体から明らかになるのではない。というのは、犯行は、それ自体としては、国内の法益に対して向けられているわけではないからである。それに応じて、個人保護主義の適用に対して、国際法的に望ましい調整として、当然にも、その犯行が遂行地の法 (*lex loci*) によっても刑罰の下に置かれていなければならない、ということが要請される²⁵。それゆえ、非限定的な、絶対的な消極的属人主義は、国際法的には許容されない²⁶。

5. 世界主義

12 世界主義は、普遍主義とも称されるが、誰が犯行を遂行したのか、それがどこで行われ、そして犯行の被害者がどの国籍を有していたのか、ということとは関係なく、世界の各国家が、自国の刑罰権をある犯行に及ぼすことを正当化する、ということの意味するものである。明らかに、この

23 同じく慎重なものとして、MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 42 がある。

24 Jescheck/Weigend, § 18 II 4.

25 Oehler, Int. Strafrecht, Rn 127 f; LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 230; Jescheck, in: F.-C. Schroeder u.a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach, 1972, S. 581.

26 MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 44; vgl auch Satzger, Jura 2010, 110.

原則の包括的な適用は、国際法的に正当化できる連結点を要求することとは距離を取らざるをえない、ということの意味するだろう。なぜなら、ナイジェリアの刑事裁判所が、ポーランドでメキシコ人の所有する自動車を盗んだ中国人を、ナイジェリア刑法によって有罪とすることは、正当化されないであろうからである。それゆえ、世界のいかなる国家にも授与されている十分に密接な関係は、生活事実の実際的な状況（遂行地、行為者ないし被害者の国籍）に関してではなく、全ての国家に共通する安全保障の利益の脅威（例えば海賊やテロリズムのように²⁷）か、あるいは、危殆化又は侵害された法益の性質かのいずれかに関して形成されているのである。ある犯行が、それを保護することが国際的な利益となるような、超国家的な文化財に対して向けられる場合には常に、行為者が、攻撃傾向によって、世界の全ての国家の法秩序との十分に密接な関連を形成していることになる²⁸。それによって、国家保護主義の場合と同様の状況が問題となってくるのである。

13 世界主義の転換は、法益の中から普遍的に保護されるべきものを区分することを許容するような、世界的に広く承認された世界基準を構築する、という困難な課題を前提とするものである。明白なのは、ローマ規定²⁹に置かれているような、国際法上の犯罪を考慮した法状況である。新しい刑事国際法典は、その限りで、一般的に、世界主義（国際刑法典1条）を採用している³⁰。

14 国際法上の犯罪に対する世界主義の国際法的な承認に鑑みれば、事例2は、その他に、ベルギーという国家又はその国籍保有者との「意味のある連結点」が存在しないとしても、ベルギーの裁判所が当該事実に対して

27 これにつき、MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 47 がある。

28 Jescheck/Weigend, § 18 II 5; Satzger, Jura 2010, 110.

29 Amtliche deutsche Übersetzung in BGBl. 2000 II, S. 1394 (Sartorius II, Nr. 35).

30 これについては、後出 § 17 Rn 38 並びに Satzger, NStZ 2002, 131 f; ders., ICLR 2002, 279 f を見よ。

ベルギー刑法を適用できる場合には、許容することができる。しかし、ベルギー法典は、外交上の混乱を導き、その結果——特に、政治的に動機づけられたイスラエルとアメリカの批判に従って——2003年にかなり緩和された。

6. 代理処罰主義

15 代理処罰主義（代理主義）は、これまで取り扱って来た原理とは対照的に、もっぱら間隙を埋めること（*Lückenfüllung*）に資する。これは、犯罪撲滅のための諸国家の連帯性思想に依拠し、他の国家の刑罰権を補足する。それゆえ、この原理は、補充的な機能を果たすものである³¹。行為者が国内で捕らえられ、法的又は事実的な理由から引き渡すことができないという理由で、それ自体としては、属地主義によれば訴追する権能があるであろう外国が活動できない場合にのみ、国内刑法が、他国の刑法秩序を支援するものとされる³²。しかし、この場合、刑法の適用は——その名前が意味するように——代理で行っているにすぎない、すなわち、自国の刑罰権の行使を外国に代わって行っているのである。それゆえ、代理主義の中心となる前提条件は、行為地の法（*lex loci*）による当該態度の可罰性である。同様に、既に犯行地の国家で（有罪判決、刑の免除、恩赦によって）処理された犯行が取り上げられるとするなら、代理主義の思想とは矛盾することになるであろう³³。

例えば、ある政治亡命者が、出身国で、その地でも可罰的である謀殺を遂行した場合、行為者は、その事実が滞在国との連結点がなく、その行為者が出身国には引き渡せないことを理由としては、不処罰のままにされることはないのである。

31 S/S-Eser, Vor §§ 3-7 StGB Rn 9.

32 Jescheck/Weigend, § 18 II 6; Satzger, Jura 2010, 110.

33 いわゆる手続消尽主義（*Erledigunsprinzip*）である。Jescheck/Weigend, § 18 II 6を見よ。

16 代理処罰主義は——個人保護主義及び積極的属人主義と同様に——刑法を適用する際に、ある態度が外国法によって可罰的であるかどうかを、国内裁判官が確認するよう要求する場合には、若干の実務的な問題を生じさせる³⁴。そのうえ、この原則の論理的な帰結には、他の法秩序の価値決定が、自国の法秩序と対立するとしても、それを考慮しなければならない、ということが挙げられる³⁵。

7. 管轄配分主義

17 より最近の、未来志向的な原理として、国際的な協定の範囲では管轄配分主義が発展してきた。その根底には、刑法秩序の妥当範囲の重なり合いは、可能な限り国家間の適切な取決めによって回避され、二重処罰がそのようにして排除されるべきである、という思想がある³⁶。この原則において確立され、形成されている合意の中では、その国家領域に行行為者の居住地がある、あるいはそこでの有罪判決がもっとも合目的的であると思われる国家に、たいてい、管轄が配分される³⁷。もっとも、その際、——他の原理とは異なり——国家の刑罰権の一方的な拡張ではなく、管轄衝突を回避するための国際法的な管轄規定が問題となっているのである³⁸。

8. 連合保護主義 (かつての共同体保護主義)

18 刑罰適用法的な連結点として成立の最中にあるのは、いわゆる連合主義であり、これは、欧州連合の柱構造が解消された結果³⁹、共同体保護主義を継承するものである⁴⁰。この場合、国家保護主義の拡張が問題となる

34 この法的な問題に対する専門的な証拠の可能性については、L/R-Krause, Vor § 72 StPO Rn 12 のみを見よ。

35 これについての詳細は、特に後出 § 5 Rn 93 ff, 99, 101 がある。

36 LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 255; *dies.*, JuS 2001, 37.

37 LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 256.

38 これにつき詳細は、MK-Ambos, Vor §§ 3-7 StGB Rn 61; LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 255 f がある

39 これについては、後出 § 7 Rn 7 がある。

40 これについての詳細は、LK-Werle/Jeßberger, Vor § 3 StGB Rn 251 f がある。

が、これは、この構成諸国は、欧州連合の利益に向けられた犯行を、それが外国において行われたものであったとしても、処罰することが許される、ということの意味する。それと共に、この原理は必然的に、ドイツの犯罪構成要件が連合法に合致するような解釈の刑罰適用法上の対概念である⁴¹。連合の法益に対する外国の犯行については、従来の刑罰適用原則に基づく構成諸国の措置がたびたび排除されるために、この原理が必要なのである⁴²。

19 復習・深化のための問題

- ・ 諸国家の刑罰適用法の形象に関する「権限に対する権限」はどの程度まで存在し、そしてその限界づけはどこに見出されるのか (§ 4 Rn 2)。
- ・ 正当と認められたどの連結点か、国際法において原則的に承認されているのか (§ 4 Rn 3f)。
- ・ 属地主義を転換する際には、どのような2つの基本問題が、国内法秩序を明らかにしなければならないのだろうか (§ 4 Rn 5)。
- ・ いわゆる「代理処罰主義」にはどのような役割があるのだろうか (§ 4 Rn 15)。
- ・ どのような思想が管轄配分主義の基礎にあるのか (§ 4 Rn 17)。

(加藤克佳 = 佐川友佳子 [共訳])

Oehler, Int. Strafrecht, Rn 913 も参照。

41 これについては、後出 § 9 Rn 88 ff がある。

42 *Oehler*, Int. Strafrecht, Rn 916 も見よ。