

文献紹介

## G. ダネッカー著「欧州共同体における刑法」

(外国刑法研究会) 曾根威彦  
勝亦藤彦・石井徹哉  
内山良雄・岡上雅美

本稿は, Gerhard Dannecker, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Juristen Zeitung 1996, 869. を全訳しこれを紹介するものである。G. ダネッカーの著作『欧州共同体の刑法』(1995年)については, すでに本誌30巻1号にその抄訳を掲載し, 紹介しているが, 今回紹介する論文は, これを補足する形で欧州共同体における刑法のもつ理論上および実際上の問題性を論じたものである。なお, 著者の経歴等については, 前号を参照していただきたい。

- I. 理論刑法学, 刑事学および憲法に関する要請
- II. 「全刑法学」に対する挑戦としての EC における刑法の現在の問題領域
- III. 刑法の領域における将来的調整
- IV. まとめ

現在のところ, 欧州全域を通じて統一的な刑法および秩序違反法は, いまだ存在していない。それにもかかわらず, 国内の刑法システム (Strafrechtssystem) を相互に同調させる (abstimmen) 方向での発展傾向にあるという事実は, 理論刑法学 (Strafrechtsdogmatik) とりわけ比較刑法学にとって, そして刑事学 (Kriminologie) にとって, 今後数年のうちに組み組んでゆかねば

ならない新たな課題の存在を意味するものである。

欧州の経済および政治の統一は、欧州全域を通じて統一的な実体刑法、手続刑法、および秩序違反法はいつ成立するのか、という問題にゆき当たらざるをえない<sup>(1)</sup>。そのような統一的な刑法がこれまで存在しなかったのは、欧州共同体 (EC) は、通説によれば、独自の刑事刑罰権を有していない<sup>(2)</sup>——そのかぎりでは、加盟国は、自国の国家主権を放棄していない<sup>(3)</sup>——し、また、EC は、自らの中から民主主義の正当性を生み出すことのできるような状態からいまだかけ離れている<sup>(4)</sup>、という理由による。それでもやはり、国内の刑法システムを相互に同調させようとする明白な傾向は、存在するのである。この点に関しては、一方において、EC の法益の保護に関する国内の刑罰法規を統一しようとする EC ならびに加盟国の努力<sup>(5)</sup>を、他方において、加盟国に対して刑罰法規の導入を義務づける EC 指令<sup>(6)</sup>をあげることができる。伝統的にこれまでのところは、EC 法の可罰性限定機能が議論の中心となってきた<sup>(7)</sup>。その過程で、指令は、加盟国のみを対象とするものであって市民ひとりひとりを直接対象とするものではないにもかかわらず、国内刑法規範が EC 法上の規制と一致して

- 
- (1) このような理解を示すものとして、*Naucke*, *Strafrecht. Eine Einführung*, 7. Aufl. 1995, §4 Rdn. 136.
- (2) EC の財政利益保護のための刑罰構成要件を公布することに関する EC の権限については、*Grasso*, *Comunita Europee e diritto penale*, 1989, S. 80ff.; *Kathrein*, *ÖJZ* 1994, 792f.; *Oehler*, in: *Festschrift für Jescheck*, 1985, S. 1399 f.; *Tiedemann*, *NJW* 1993, 23; *Zuleeg*, *JZ* 1992, 761, 762. 反対説として、*Pache*, *Der Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1993, S. 355.
- (3) *Sieber*, *ZStW* 103 (1991), 968ff.; *Teske*, *EuR* 1992, 271; この点に関して批判的なものとして、*Pache*, *EuR* 1993, 179f.
- (4) *BVerfGE* 89, 185.
- (5) *Bacigalupo*, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993, S. 146ff.; *Möhrenschlager*, ebenda, S. 164ff. および両論文に引用されている文献のみを参照。
- (6) *Dannecker*, *Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft*, in: *Eser/Huber* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa IV, Teil 3*, 1995, S. 26ff.; *Thomas*, *NJW* 1991, 2233ff.; *Tiedemann* (Fn. 2), 23ff.
- (7) *Dannecker* (Fn. 6), S. 64ff., 75ff.; *Sieber* (Fn. 3), 965f.; *Tiedemann* (Fn. 2), 25ff.; *Zuleeg* (Fn. 2), 761, 764ff.

いない場合には、刑事訴追機関が当該規範を適用することを阻止するものである、と一般に承認されたのである<sup>(8)</sup>。したがって、刑法の領域における EC 法の限定機能に関しては、そのひとつひとつを個々に扱うことはせず、以下に詳述することの重点は、刑法を調整し (Harmonisierung)、近似させる (Annäherung) ための EC 法上の準則 (Vorgabe) を適用した結果としての、国内刑法秩序の拡張という点に置かれることになる。この点と結びついた諸問題が、今日では、欧州刑法に関する法政策上および解釈学上の議論の中心に位置しているのである。

現在のところ、刑法の調整がすでに実施され、あるいは将来実施が予定されているのは、一定の限られた分野にすぎない。なかでもとくに、経済刑法、環境刑法、および薬物刑法の名をあげることができる。これらの分野においては、調整のための努力が、各則の犯罪構成要件に始まり、総則および刑事訴訟法の問題を越えて超国家的な EC の秩序違反法および行政刑法の形成にまで及んでいるのである。

それゆえ、本稿では、第 1 章において、まず最初に、刑法に対する EC 法の影響が刑法学とくに理論刑法学および刑事学に対して、しかしてまた憲法に対しても新たな挑戦 (Herausforderung) を意味するのは何故か、そして、どの程度までの挑戦なのか、という問題が追究されることになる。続いて第 2 章は、EC における刑法に現在つきつけられている時事的な問題領域のうち、3 つの最も重要なものを取り扱う。個別的にいえば、国内刑法の共同体適合的解釈 (gemeinschaftskonforme Auslegung) とその憲法上の限界、加盟国に対するとりわけ EC 指令に基づいての刑法規範導入の義務づけ、ならびに国内および EC 法上の制裁を通じて欧州の法益とくに EC 財政上の諸利益を保護するという要請が重要である。これら 3 つの領域を考察することにより、そこからいかなる要請が理論刑法学、刑事学および憲法に関して生じるのかが明らかとなるであろう。第 3 章においては、刑法の領域における将来の調整がいかなる方向へと向かうのか、この点に関してどのような EC の推進力が期待されるのか、そして、欧州における刑事政策の重点はいかなる領域にあるべきなのか、が述べられることになる。

---

(8) *EuGH* Slg. 1983, 2739 (Auer).

## I. 理論刑法学, 刑事学および憲法に関する要請

ここ数年の間に、欧州連合 (EU) 加盟国は、刑法上の諸制裁を導入することの義務づけを含んだ数々の EC 指令を国内法へと置き換えて (umsetzen) きた。少なくとも、貸借対照表刑法<sup>(9)</sup>や、マネー・ローンダリング<sup>(10)</sup> (Geldwäsche) およびインサイダー取引<sup>(11)</sup>, ならびにいわゆる廃棄物の国境を越える移動 (Abfalltourismus), すなわち加盟諸国を通る有害廃棄物の許可なしに行われる輸出入ならびに通過輸送<sup>(12)</sup>の可罰性あたりは、記憶に新しいところであろう。それ以外の EC 刑法のまさしく古典的な領域に関しては、国内の刑罰構成要件および EC 法上の制裁を手段としての、農業分野で EC に不利益をもたらす詐欺的行為その他の不正行為対策がある<sup>(13)</sup>。加盟国は、このような対策を講じることを、EC 条約209 a 条によって義務づけられているのである。それ以外にも、EC 裁判所は、EC 条約 5 条を援用しつつ欧州の法益保護のために国内法規もまた事実上投入されることを要求し、EC 財政上の利益を保護するために国内刑法の適用をコントロールしている<sup>(14)</sup>。このように多岐にわたった領域に関わるにせよ、重要なのは、国際的な経済犯罪という新たな現象形態への対策なのであって、それゆえ改革政策に関わるとともに刑法による犯

(9) *Cobet*, Fehlerhafte Rechnungslegung, 1991, S. 50ff.; *Schüppen*, Systematik und Auslegung des Bilanzstrafrechts, 1991, S. 196ff. のみを参照。

(10) *Dreher/Tröndle*, StGB-Kommentar, 47. Aufl. 1995, §261 Rdn. 1ff. にあげられている文献参照。

(11) *Bröker*, wistra 1995, 130ff. 新たに設置された連邦証券取引監督庁 (Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel) のインサイダー取引対策に関する任務については、*Carl/Klos*, wistra 1995, 10 ff. 参照。

(12) これについては、*Möhrenschlager*, NStZ 1994, 513ff. 参照。

(13) この点については、*Dannecker* (Hrsg.) (Fn. 5) 52頁以下, 61頁以下, 70頁以下, 87頁以下の各論稿; *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaft, 1985, S. 79ff.; *Mezzetti*, La tutela penale degli interessi finanziari dell'unione europea, 1994; *Tiedemann*, in: Festschrift für Pfeiffer, 1988, S. 101ff.; *Tulkens/van den Wyngaert/Verougstraete* (eds.), La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes, 1992; *Vervaele*, Fraud against the Community, 1992 を参照。

(14) *EuGH* NJW 1990, 2245ff.

罪防止・対策の実行に関係する刑事政策の問題<sup>(15)</sup>が、問題関心の中核をなしているのである。刑事政策は、理論刑法学と刑事学との橋渡しを行うものなのであり<sup>(16)</sup>、刑事学的合理性、刑法的合理性、政策的合理性の間に位置しているのである<sup>(17)</sup>。

したがって、第一のテーゼは、次のようなものとなるべきこととなる。すなわち、説得力ある帰結が導き出されることを可能とするためには、刑法は、比較刑法、刑事学および憲法をも含めて共働 (zusammenwirken) しなければならない。

### 1. 理論刑法学に関する要請

刑事政策というものが、現行法を出発点とし、改正が行われる場合には常に新しい規制を法制度へと結実させるといった目的を追求しなければならないものであることは、一般原則として承認を得ているところである。それゆえ、刑事政策は、理論刑法学により得られる帰結と関わらねばならない。理論刑法学の任務は、刑法規範を、その内部的関連において、すなわち体系的に解き明かし解釈することにある<sup>(18)</sup>。もっとも、古典的な理論刑法学は、国家的拘束を受けており (national gebunden)、それゆえ EC における法秩序を調整し、または近似させることが問題である場合には、あまりにも局限されすぎたものであることが判明するのである。

理論刑法学を構成する一分野をなすのが、比較刑法学である。比較刑法においては、自国の法秩序が比較すべき規制を用いて処理しようとするある特定の社会問題を外国の法秩序はいかにして解決するのか、という問題設定を出発点とする規範科学<sup>(19)</sup>が問題となる<sup>(20)</sup>。EC法の領域にしていえば、比較刑法の

(15) 刑事政策という概念につき、Schwind, Kriminologie, 6. Aufl. 1995, §1 Rdn. 38f. とそこに挙げられている文献参照。

(16) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 43.

(17) Kaiser, Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 9. Aufl. 1993, S. 646. 刑事学と刑事政策との関係については、Schüller-Springorum, in: Kielwein (Hrsg.), Entscheidungsrichtlinien der Kriminologie, 1985, S. 13ff. をも参照。

(18) Jescheck/Weigend (Fn. 16), S. 42.

(19) 比較法の方法について一般的なものとして、Fikentscher, Methoden des Rechts, Bd. III, 1976, S. 781ff. 参照。

中心的意義<sup>(21)</sup>は、当然のことながら、比較刑法はもはや単なる近代的刑事政策のペースメーカー (Schrittmacher) にすぎないものではなく<sup>(22)</sup>、独立したひとつの解釈方法である<sup>(23)</sup>、という点に存するのである。

刑法に関する共同体法上の準則を作り上げるに際しては、規制対象のもつ国際性が考慮されなければならない。何故なら、内部的境界をもたないひとつの欧州においては、刑事政策は、もはや単なる国民国家 (Nationalstaat) の枠内にはとどまりえないからである。むしろ、加盟各国の状況について包括的にして現実の姿を看取したいときには、近隣諸国の法律は、法政策的考察の中にも含められなければならない。そうすることによって、刑法の EC 法との比較にとって、新たな課題分野が開拓されるのである。必然的に、比較法的分析に際しては、どのような規制モデルが犯罪対策に最も適しているのか、そして、いかにしたら超国家的準則が国内法秩序の内部に組み込まれることができるのか、ということが考慮されることになる。そうした点を考慮するに際しては、とりわけフランス<sup>(24)</sup>、イタリア<sup>(25)</sup>およびスペイン<sup>(26)</sup>において近年行われた刑法の全面改正が考慮されなければならない<sup>(27)</sup>。

## 2. 刑事学に関する要請

刑事政策においては、さらにまた、合理的な政策のために、包括的な経験的資料を利用することが一般に要求される。しかし、そのようなデータは、刑事

(20) この点につき詳細は、*Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 43とそこに挙げられている文献。

(21) これにつき、*Bernardi*, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, 1996, S. 123ff. とそこに挙げられている文献参照。

(22) この点につき詳細は、*Jescheck*, in: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, S. 133ff.; *ders.*, *ZStW* 86 (1974), 761ff.

(23) この点に関して基礎的なものとして、*Zweigert*, *RabelsZ* 15 (1949/50), 5ff.

(24) *Lois no. 92-683 à 92-686 du 22 juillet 1992*.

(25) *La riforma del Codice penale. Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, in: *Documenti Giustizia* 3, Marzo 1992.

(26) *Proyecto de ley, 121/000063 Orgánica del código penal*, in: *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, V Legislatura*, 26 de septiembre 1994, N.º 77-1. これにつき、*Tiedemann*, *JZ* 1996, 647参照。

(27) この点につき詳細は、*Jescheck*, in: *Festschrift für Miyazawa*, 1995, S. 363 ff.

学的研究を手段として利用しない限り、獲得しえないものである。したがって、刑事学は、あらゆる刑事政策の基礎として、一般に承認されているのである。刑事学は、刑事政策の枠の中でこのような任務が与えられていることを自覚している<sup>(28)</sup>。刑事学はまた、これまで「欧州の」刑事学というものが存在しなかったからといって、国家的な制限を受けているわけではない。

かくして、ドイツについていえば、フランツ・フォン・リストは研究の重点を刑事政策の領域に置いていたが、彼の中心的な関心事は、理論刑法学と刑事学とを結びつけることにあったのである。リストは、「刑法における目的思想」(Der Zweckgedanke im Strafrecht)<sup>(29)</sup>という、のちに「マルブルグ綱領」(Marburger Programm)<sup>(30)</sup>と称された、マルブルグ大学への就任公開講義において、犯罪人類学、犯罪心理学、および犯罪統計学が包括されるべきものとしての「全刑法学」(gesamte Strafrechtswissenschaft)が必要であると主張したが<sup>(31)</sup>、彼のこの要求は、後の時代において、著名な刑法学者によっても提唱され<sup>(32)</sup>、今日でもなお、名高い刑法理論家ないし刑事学者によって支持されているのである<sup>(33)</sup>。誤解を避けるためにいうならば、「全刑法学」という構想は、理論刑法学と刑事学のそれぞれに異なる方法——理論刑法学は規範的に整序して行われ、刑事学は経験的に研究される<sup>(34)</sup>——が相互に混合されるべきことを意味するものではない、ということを指摘できよう。重要な

(28) *Van Dijk*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Hrsg.), *Kriminologie in Europa—Europäische Kriminologie?*, 1994, S. 45ff.; *Fijnault*, ebenda, S. 68ff.; *Müller-Dietz*, ebenda, S. 16.

(29) *Von Liszt*, ZStW 3 (1883), 1ff.

(30) この詳細については、*Naucke*, ZStW 1994 (1982), 525ff.; *Schöch*, ZStW 1994 (1982), 864ff.

(31) *Von Liszt* (Fn. 29), 47.

(32) *Exner*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 1949, S. 1ff.; *Mezger*, *Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen*, 3. Aufl. 1944, S. 1ff.; *Sauer*, *Kriminalsoziologie*, 1933, S. III ff.

(33) *Jescheck/Weigend* (Fn. 16), S. 41; *Kaiser*, GA 1967, 289ff.; *Kern*, *Vom Seelenleben des Verbrechers. Allgemeine Betrachtungen*, 1964, S. 7; *Lange*, *Das Rätsel Kriminalität. Was wissen wir vom Verbrechen?*, 1970, S. 264ff.; *Peters*, *M Schr Krim* 1959, 67.

(34) *Göppinger*, *Angewandte Kriminologie*, 1985, S. 133ff.; *Krauβ*, *Kriminologie und Strafrecht*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, Bd. I, 1973, S. 239ff. のみを参照。

は、むしろ、2つの学問的な部門が、法政策が根拠あるものとなるために必要な知識を提供し、その時々異なる他の学問分野の提示する帰結を取り扱うことなのである。上述したことの意味するところを刑事学に関していうならば、刑事学は、自らの対象を確定することを視野に入れながら、刑法の規範準則にマッチしていなければならないのである。

ドイツ以外の加盟国においても、——刑事学研究者が、圧倒的に社会学の研究は修めているが、法学教育は受けていない、というアメリカ合衆国<sup>(35)</sup>とは事情が異なり——刑事学は、きわめて政策指向的である。このことは、とりわけ、ベルギー<sup>(36)</sup>、イギリス<sup>(37)</sup>、オランダおよびスカンジナビア諸国<sup>(38)</sup>にあてはまる。何故なら、これらの国々では、数多くの刑事学研究者が国内および国際的な立法機関に対して助言を行っているからである<sup>(39)</sup>。したがって、国内刑法秩序を相互に同調させるために EC が国内刑法秩序の解釈に対して及ぼす強い影響力は、理論刑法学および刑事学が自己理解から取り組むことができ、かつまた取り組まねばならないにもかかわらず、これまでは散発的にしか精力が注がれることのなかった挑戦なのである<sup>(40)</sup>。

### 3. 憲法上の準則を顧慮することに関する要請

最後に、EC によってイニシアチブがとられ、かつ、実行されることすらもある刑法の改正に際しては、憲法上の準則が顧慮されなければならない<sup>(41)</sup>。何故ならば、刑事政策というものは、実行に際してその手段と措置の講じ方の

(35) 制度的な相違に関して詳しくは、*van Dijk*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Fn. 28), S. 46f.

(36) *Fijnault*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Fn. 28), S. 63ff.

(37) *Schapland*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Fn. 28), S. 87.

(38) これらにつき詳細は、*Bondeson*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Fn. 28), S. 57ff.

(39) 制度的な相違に関して詳細は、*van Dijk*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Fn. 28), S. 47.

(40) たとえば、*Kattau*, *Strafverfolgung nach Wegfall der Europäischen Grenzkontrollen. Eine Untersuchung des Schengener Abkommens*, 1993; *Kühne*, *Kriminalitätskontrolle durch innereuropäische Grenzkontrollen?*, 1991; *ders.*, *Kriminalität und Kriminalitätsbekämpfung in einem Europa ohne Grenzen*, 1992 といった研究を参照。

(41) *Sieber*, in: *ders.* (Hrsg.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, 1993, S. 158.

合目的性が顧慮されなければならないばかりか、憲法によって設定された限界も守られていなければならない、という法治国家的課題だからである。欧州それ自体はなんら立憲国家でもないのに、いつのころからか、「共通欧州憲法」(Gemeineuropäisches Verfassungsrecht) というものが語られることがあるが、それは、さまざまな民族の立憲国家に「共通」な個別の憲法原理がその数を増しているからなのである<sup>(42)</sup>。したがって、ECの機関もまた、EC裁判所が最終審として遵守状況を監視している法治国家性(Rechtsstaatlichkeit)の下に服しているのである。EU条約F条2項もまた、連合は、欧州人権条約(EMRK)において保障され、かつ、加盟各国に共通する憲法上の伝統から共同体法の一般原則であることが明らかとなる基本的権利を尊重しなければならない旨を、明文をもって規定している。同条は、このように規定することによって、一般法原則に関わる基本的権利をEC法に導入し、加盟国の憲法と欧州人権条約とをその認知のための拠り所として利用したEC裁判所の確立した判例<sup>(43)</sup>を継受したものである<sup>(44)</sup>。法原則それ自体は、法の比較によらなければ、作り上げられることのできないものなのである<sup>(45)</sup>。

——理論刑法学、比較刑法、刑事学および憲法上の限界を考慮に入れた「全刑法学」として理解される——刑法学は、合理性を有する刑事政策を正当に評価するために、これら新たな諸問題に取り組まなければならないのである。

## II 「全刑法学」に対する挑戦としての ECにおける刑法の現在の問題領域

EC法が国内刑法に対してどのような影響力を得ているのか、また、このことからどのような問題が「全刑法学」について生じているのか、ということが

(42) この点に関して基礎的なものとして、Häberle, in: ders. (Hrsg.), Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates: Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer, 1992, S. 71ff.

(43) とくに、EuGH EuGRZ 1991, 283 (Tileorasi Thessaloniki) 参照。EC裁判所の判例について詳細は、Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1996, S. 34ff. とそこに挙げられている文献を参照。

(44) Zuleeg, DÖV 1992, 942f. さらに、Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, S. 185をも参照。

(45) 憲法における「第5の」解釈方法としての比較法に関しては、Häberle (Fn. 42), S. 26ff. とくに S. 36ff.

この第 2 章で、いわば「各論」において、EC 刑法のもっとも重要な領域を用いて示されることになる。

### 1. 国内刑法の共同体に適合した解釈とその憲法上の諸限界

第一の領域は、国内刑法の共同体に適合した解釈とその憲法上の諸限界に関わる。EC 裁判所の見解によると、共同体法が適用上優位していること<sup>(46)</sup>が、加盟国の裁判所に、国内法を EC 法に適合させて解釈し、共同体法の観点において国内法を進展させることを義務づける<sup>(47)</sup>。このことは、規則についてのみならず、その内容と目標設定が国内の実施法規 (Umsetzungsgesetz) に関する解釈の基準である指令についても妥当する<sup>(48)</sup>。もとより、この義務は裁判所を EC 条約 5 条で規範化されている共同体に対する忠実義務に拘束することに基づく。連邦憲法裁判所は、このことに関連して、「刑事裁判所は、刑事訴訟のあらゆる段階において、共同体法の判決にとって重要な問題を解釈する場合に疑念は存しないか、また、177 条による EC 裁判所に対する提示 (Vorlage) を行う誘因とならないのかということ、特別の注意をもって検討しなければならない。」<sup>(49)</sup>と述べている。それでも、EC 法は加盟国において一致して遵守されているわけではない。

#### a) 国内刑法を解釈する際の EC 法の準則の遵守に関する

##### 刑事学的研究の必要性

古典的刑事学はその対象を犯罪と犯罪者に限定してきた。しかしながら、そのようなときでも、司法研究の枠内で規制機関の研究ということが刑事学の新たな研究分野として認められてきた。この分野に関連して、国内刑法を解釈する際の共同体法の優位を考慮することを妨げている事情を取り扱う研究というものはない。それゆえ、第二のテーゼは次のようになる。「刑事学的な司法研究の任務の一つは、なぜ加盟国において刑事訴追機関が共同体法の優位を考慮することに躊躇するのか、ということの研究することである。」

その種の研究がなされるならば、国内裁判所による刑法の適用ならびに解釈

(46) *EuGH* Slg. 1963, 1ff. (Van Gend & Loos) に基づく。

(47) *EuGH* Slg. 1984, 1909ff. (Von Colson und Kamann); Slg. 1990 I, 4195ff. (Marleasing).

(48) *Everling*, ZGR 1992, 376ff.; *di Fabio*, NJW 1990, 94ff.

(49) *BVerfG* NJW 1989, S. 2464; dazu *Thomas*, NJW 1991, 2235.

に際して EC 法を考慮することがどのように保障され、場合によっては、国内法を解釈する場合に最上級の裁判所の判例でようやく EC 法を遵守するのではなく、下級裁判所ですでに遵守されるように、そのような考慮がより可能になるのかということについて、解明することができるであろう。刑事訴訟機関の任務と構造および組織社会学ならびに職業社会学の諸問題と取り組む司法研究の領域についての経験的研究<sup>(50)</sup>というものは、これまでまったく存在していない。従来、科学的に判明したことは、次のような論述に限られている。すなわち、フランスのような多くの加盟国では、EC 法がすでに以前から——刑事裁判所を含めて——国内裁判所により考慮されてきたが<sup>(51)</sup>、これに対して、イギリスの裁判所は、EC 法の優位を遵守する場合、より慎重である<sup>(52)</sup>、というものである。この論述では、問題になっている法律の素材が区別されなければならない。イギリスの裁判所は、労働法および社会法の問題では、十分に EC 法を考慮し<sup>(53)</sup>、それにともない民法の議論においても、EC 法の優位を遵守する傾向にある<sup>(54)</sup>。これに対して、刑法の分野ではこれまでそのようなアプローチは存在しない。EC 法を無視する理由は、例えば刑事訴訟機関の EC に敵対的な態度、EC 裁判所に対する提示による手続の継続がきわめて長期化する点に求めうるが、しかしまた、法律家に EC 法の知見がない点にも求められる。

以上との関連で問題になるのは、ドイツ連邦の各々の州において、EC 法が法学教育における必修科目になっていることが実務にどのように影響を及ぼしているのか、また、EC 法がそれぞれの専門科目において補充的に扱われている場合に、どのような意義があるのか、ということである。かつて法学の専門科目が EC 法へと広げられたことによってすでに、ボン地方裁判所が租税刑法の事案において80年代の末に行なったような言明が妨げられているということが推測される。ある納税義務者が、このボン地方裁判所に対して、とりわけ継

(50) この点についての詳細は、Schumann, Stichwort „Justizforschung“, in: Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoff (Hrsg.), Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S. 204ff., m.w.N.

(51) Liber, Über die Vorlagepflicht des Art. 177 EWGV und deren Mißachtung, 1986.

(52) Schmidt-Steinhauser, Geltung und Anwendung von Europäischem Gemeinschaft im Vereigten Königreich, 1994, S. 129ff.

(53) Schmidt-Steinhauser (Fn. 52), S. 131f.

(54) Steiner, Law Quarterly Review, 1980, 138.

続的な売上税の遁脱を理由として公訴を提起された。というのは、この者は、月次の売上税の予定申告 (Voranmeldung) をしなかったからである。この起訴に対して被告人は、少なくとも信用取引による自己の売上は、売上税の課税対象ではなく、このことは EC 指令<sup>(55)</sup>に基づくものである、と主張して対抗した。ボン地方裁判所は、この弁護の申立を重要なものとは考えず、以下の理由をもって被告人に有罪判決を言い渡した。

「当法廷は、被告人が、その租税についての専門知識について、ドイツの租税立法が EC 指令により効力がないものとされているということを知りえなかったと述べることを信用するわけにはいかない。」

これに対して、被告人は連邦通常裁判所に上訴を行ない、連邦通常裁判所は、この判決を以下の理由をもって破棄した<sup>(56)</sup>。「国内法が EC の共同体法——なかでも指令の規制——に常に優位する、というこの判決に表明されている刑事部の法の見解は不当である。なるほど、指令は、域内の個々の市民に対して直接の作用を展開するものではなく、これはもっぱら加盟諸国に向けられている。しかし、加盟諸国は、その国内法を指令の規定に適合させる義務がある。指令を置換することが指定された期間内になされなかった場合、EC 裁判所の一貫した判例<sup>(57)</sup>によると、これに関係する個々の域内の市民も、指令の規定が、国家の立法による実施手続がなくとも適用しうる程度に明確に記述されているときは、この規定に依拠することができる。」<sup>(58)</sup>というのがそれである。

第二のテーゼにおいて要請される研究の必要性は、今後、さしあたり経済法の数多くの領域が、したがってその結果として経済刑法ならびに経済秩序違反法の数多くの領域が EC 法の準則により影響を受けているということから生じてくる。EC 法が共同体全域で遵守されることは、国内法ならびに実務におけるその適用により自由競争の阻害を回避するためには、不可欠のものである<sup>(59)</sup>。

(55) Richtlinie des Rates 77/388/EWG, Abl. Vom 13. 6. 1977, L 145, 1.

(56) BGHSI 37, 168ff.

(57) 例えば, EuGH Slg. 1982, 53; RIW 1986, 739; HFR 1988, 594 およびこれらに挙げられている判例を参照。

(58) BGHSI 37, 168, 175.

(59) 威嚇的な制裁に関する共同体の主導権の必要性のための前提条件については, J. F. Heine in: Dannecker (Hrsg.), Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union, 1994, S. 35.

b) 理論刑法学および憲法に関する問題提起としての  
共同体に適合した解釈

学説において争われているのは、共同体に適合した解釈が刑法においても認められるべきであるかということである<sup>(60)</sup>。理論刑法学および憲法に関する第三のテーゼは、共同体に適合した解釈は、新たな独自の方法として、文法的解釈、歴史的解釈および体系的解釈という古典的な解釈方法<sup>(61)</sup>に付け加えられるべきであり<sup>(62)</sup>、このような解釈は原則として刑法にも妥当する、というものである。しかしながら、憲法上保障される刑法の諸原則は、ともかく法の一般原則が問題になる限り、指令に適合する解釈に対して優位しなければならない<sup>(63)</sup>。

刑法の廃棄物の概念についての連邦通常裁判所の判例を用いて、刑法における指令に適合する解釈の意義を明らかにしてみる。欧州裁判所は、Vessoso & Zanetti 訴訟<sup>(64)</sup>において、次のように認定した。すなわち、「『廃棄物』の概念は経済的に再利用可能な資材をも含むものである。廃棄物の概念は、占有者が他人によるいかなる経済的な再利用も排除する意図を有していることを前提とするものではない。」としたのである。理由として述べられていたのは、占有者がその処理する資材や対象物を他人が経済的に再利用することを排除する意図を有していたことに、指令の適用可能性が限られるとした場合、EC 環境指令の目標、したがって人間の健康と環境の保護は侵害される、ということであった<sup>(65)</sup>。

連邦通常裁判所は、この EC 裁判所の解釈を、刑法上の廃棄物概念（廃棄物法 1 条 1 項を参照する刑法 326 条）を明確にする際に受け入れ、占有者が、自分にとっては無価値であるために、それを処理しようとする限り、再利用可能な資材をこの規定の保護領域に含めた<sup>(66)</sup>。こうして、客観的な廃棄物概念が主観的な廃棄物概念により補充されることになったのである。

(60) この点について、vgl. Dannecker in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa IV, Teil 3, S. 64ff., m.w.N.

(61) この点についての基礎的なものとして, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1840, S. 213ff.

(62) Veelken, JuS 1993, 271.

(63) Hugger, NstZ 1993, 423f.

(64) EuGH Slg. 1990 I, 1461.

(65) EuGH Slg. 1990 I, 1461ff.

(66) BGHSt 37, 333ff. = JZ 1991, 885m. Anm. Horn.

それゆえ、環境刑法の指令に適合した解釈は、刑法の適用領域を拡張することになる。これに対して、刑法において共同体に適合した解釈を一般的に否定する学説の一部<sup>(67)</sup>は、EC法は刑法の解釈に一般的に利用することは許されないと理由で対抗する。しかしながら、このようにいうと、循環論法が問題になる。刑法を共同体に適合して解釈することの限界は、もっぱら憲法上の準則から明らかにすることができる。この関連で、「罪刑法定主義」の原則が限定するための規範として考察される。これによると、可能な語義が解釈の限界を形成することになる。しかし、廃棄物の概念は、類推の禁止に違反することなく、占有者にとって無価値となったが、それでもなお再利用可能な対象にも適用可能であるとすることによって、可能な語義を踏み越えることはない。

国内法規と指令との間、あるいは指令にそった解釈と国家の憲法との間に、はっきりとわかる矛盾が存在する場合にはじめて、共同体に適合した解釈の射程範囲が問題になる。この場合、指令が、他の解釈の原則を押しつける強制力ある解釈の命令を含んでいるのか<sup>(68)</sup>、あるいは憲法がEC法を考慮する場合に遵守されるべき限界を確立することができるのか<sup>(69)</sup>、という問題がでてくる。

共同体に適合した解釈を最上位の解釈原理として承認することに対して反証となるのは、欧州裁判所も、指令と一致した解釈は「共同体法の一部である法の一般原則、就中、法的安定性の原則および遡及禁止にその限界」<sup>(70)</sup>を見出すという見解を主張しているということである。したがって、法規の文言、さらに立法者の認識しうる別の意思は一第三のテーゼにしたがい—刑法において共同体に適合した解釈に対する一つの限界を形成しなければならない<sup>(71)</sup>。

## 2. EC指令に基づき刑法上の規範を導入する加盟国の義務

現行刑法に対するEC法の影響とならんで、刑事学および理論刑法学は、第

(67) Hugger, NStZ 1993, 421ff.

(68) 例えば, Everling, RaabersZ (50) 1986, 225は, EC裁判所の判例をそのまま再現している。

(69) この点について基本的なものとして, Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989.

(70) EuGH Slg. 1987, 3986 (Kolpinghuis Nijmegen BV); vgl. dazu auch Zuleer, JZ 1992, 761, 765.

(71) Beisse, BB 1990, 2012; Bleckmann in: Leffson/Rückle/Großfeld (Hrsg.), Handwörterbuch unbestimmter Rechtsbegriffe im Bilanzrecht des HGB, 1986, S. 28; ders., BB 1984, 1526; Hugger, NstZ 1993, 423f.

二の領域, すなわち EC 指令に基づき刑法上の規範を導入する加盟国の義務も取り扱わなければならない。刑事刑法における固有の法設定権限が圧倒的に否定される一方で<sup>(72)</sup>, 通説は, 刑罰構成要件を導入するよう加盟国に指示する権限<sup>(73)</sup>を認めている<sup>(74)</sup>。EC 委員会は, ここ数年, 適切でかつ威嚇的な制裁を加盟国に義務づける指令を増強してきた。例えば, 証券取引での許容されないインサイダー取引とマネー・ローンダリングといった上述した領域についてそうである。

#### a) 刑事学的知見を考慮する必要性

威嚇的な制裁に関する従来の共同体のイニシアティブは, 学説において一部重要な批判に直面し, 刑事訴追において適用が困難である刑罰規定だと判明した, 刑法上の規制を生み出した。これは特にマネー・ローンダリングについていえる<sup>(75)</sup>。刑法261条のマネー・ローンダリングの構成要件を用いて, EC 委員会は実用的に調整された刑事政策を追求する, という第四のデーゼを例示することにする。EC のレベルおよび国家のレベルでの刑事学的な知見を考慮しないと, ほとんど効果的でない刑罰構成要件を生む結果となってしまう。

アメリカの現象学的な定義によると, マネー・ローンダリングと呼ばれるのは, 収益の存在, 不法な収益源および収益の不法な使用を隠匿し, 次いで, この収益が適法な収益源から得たものであるように取繕う状況である。マネー・ローンダリングによって, 犯罪者の手に権力が集中し, 独占的地位を得ることができることから, マネー・ローンダリングは適法な経済取引に対する危険を含んでおり, したがって, 同時に社会的ならびに国家的な諸制度の統合に対する影響の可能性によって市場経済全体の機能に対する危険も含んでいる。マネー

(72) この点については, 前掲注 2 所掲の文献を参照。

(73) 指示権限については, vgl. *Appel* in: *Dannecker (Hrsg.)*, Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungsanktionen in der Europäischen Union, S. 173.

(74) *Dieblich*, Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften, 1985, S. 262ff., 276; *Gröblingshoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1995, S. 104ff.; *Jahannes*, EuR 1986, 67, 102; *Oehler* in: *Festschrift für Jescheck*, 1985, S. 1409; *Sieber*, ZstW 103 (1991), 972; *Tiedemann*, NJW 1993, 26; *Vogel* in: *Dannecker (Hrsg.)*, Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, 1993, S. 172.

(75) Vgl. *Dreher/Tröndle*, §261 Rdn. 1ff. m.w.N.

・ローンダリングの処罰を義務づけることは、不法に手に入れられた利益を行為者から剥奪し、そこで、別のさらなる犯罪的取引を行う基礎を取り上げなければならない、という組織犯罪の分野で活動する専門家の要請に基づいている。不法な資金が合法的な経済の循環に入り込まないようにするために、そのような不法に獲得された資金を受け入れることをあらゆる市民に対して禁止するのである。

マナー・ローンダリングの刑罰構成要件は、1992年7月15日の不法な麻薬取引および組織犯罪のその他の現象形態の対策のための法律により導入された<sup>(76)</sup>。この規定において刑事学の知見が十分に考慮されていないために、この構成要件は、すでに何回か改正せざるをえなかったにもかかわらず<sup>(77)</sup>、さらに改正することが必要である。このような必要性は、刑法261条が一応、経済「犯罪の遂行を継続するために結び付いている組織の一員によって業務として遂行される」(刑法261条1項3号)犯罪に起因する資金の受け入れを禁止しているにすぎないという事情によるものである。しかしながら、組織的にかつ同時に業務としてなされるというような事例は、経済犯罪において、これまで実務ではほとんど現れていない。けれども、立法形式の出発点は、つねに当罰的かつ要罰的な態度の現象学であるべきで、この場合、これが刑法261条を拡張することを要請しているのである<sup>(78)</sup>。別の分野では、これに対して、刑法261条を限定することが考慮されるべきであり、なかでも前提犯罪としてある犯罪、例えばどのような強盗でも十分だという限りでそうなのである<sup>(79)</sup>。

#### b) EC 法上の行為規範に制裁を付する場合の憲法上の問題

国内の犯罪構成要件および秩序違反構成要件により共同体法上の行為規範に制裁を付することは、新たな憲法上の問題、とりわけ基本法80条にかかわる問題を提起する。国内法の立法者は、民主主義的に正当な権限のある機関として、どの共同体法上の命令および禁令に刑事罰あるいは過料を科すべきなのか

(76) BGBl. 1992, 1302.

(77) Neufassung des §261 Abs. 1 StGB durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl. 1994 I, 318; Änderung von 7. 10. 1994, BGBl. 1994I, 2843.

(78) *Tiedemann*, in: Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 539.

(79) この点について批判的なのは、*Schoreit*, StV 1991, 539; *Löwe-Krahl*, wi-stra 1993, 124.

を自ら判断しなければならないということが、第五のテーゼとして表現されることになる。

すでに上で取り上げた白地刑罰法規とならんで、EC 法上の行為規範に対する違反に制裁を科する法規も存在する。例えば、域外貿易法<sup>(80)</sup>およびワイン法ならびに食料品法にみることができる。この関連では、食料品法が詳細に取り扱われるべきである。というのは、この分野では、国内刑法を著しく拡大することが目前に迫っており、これは将来共同体法上の規則の数多くの命令規範および禁止規範に制裁を科すことになるものである。

食料品および日用品に関する法律 (LMBG) だけで——マーガリン法や挽き肉命令などのような特別法を別にして——現在およそ300の刑罰構成要件ならびに過料構成要件を含んでいる。LMBG51条ないし54条の関連する刑罰規定および過料規定は、形式的な法律および国内の法律命令に規制されている食料品法上の命令および禁令を指図しており、それらの侵害について刑法上の制裁を科している。今では、超国家的な規範が国内の食料品法の刑罰を科されている行為規範に一致している (LMBG60条) 限りで、立法者は命令設定者にすべての EC 法上の命令ならびに禁止規範にまでも刑罰もしくは過料を科す権限を付与しているのである<sup>(81)</sup>。それゆえ、直接妥当する共同体法には、ドイツの犯罪構成要件および秩序違反構成要件の法律体系に合致するように制裁が科されるべきである<sup>(82)</sup>。どの共同体法上の行為規範が国内の規定に合致しているのかということは、犯罪性あるいは秩序違反性を決定する命令設定者が確定しなければならない。しかしながら、基本法80条は、処罰の可能性が形式的な法律に基づいてすでに予測可能であることを要求している<sup>(83)</sup>。したがって、命令設定者には、規定を詳細に表現することだけを権能として委譲することが許されるのである。刑法規範それ自体は、何が市民に要求されるのか、法侵害の場合にどの刑罰が科されるのか、ということがすでに形式的な法律から生じ

(80) この点については、vgl. *Bieneck*, *wistra* 1995, 256ff.

(81) *Zwietes Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz vom 25. 11. 1994*, *BGBI.* 1994 I, 3538.

(82) この点についての詳細は、*Dannecker/Görtz-Leible*, *Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts*, 1996, S. 31f. を参照。また、白地刑罰法規を命令設定者によって制定させる立法者の一般的傾向に対して批判的なものとして、*Volkman*, *ZRP* 1995, 220ff.

(83) *BVerfGE* 14, 174, 185; 14, 245, 251f.; 22, 1, 19=JZ 1967, 601, 602; 22, 21, 25; 23, 265ff.

るのであり、命令からはじめて生じるものではない、というように具体化されなければならない<sup>(84)</sup>。食料品法上の「準用条項」はこの前提条件を満たすものではない。なぜなら、命令設定者には、EC法のどの法違反が国内の法違反と同一であるとされるべきかについての判断が委任されているからである<sup>(85)</sup>。以上をまとめると、ドイツ連邦の立法者が、ECの規範に対する違反を国内法違反と同様に処罰するために、食料品刑法においてとった方法は許容されない、ということが堅持されなければならない。むしろ——第五のテーゼにしたがい——民主主義により正当な権限を有する立法者自らが、どのEC規範に刑罰を付するのかを決定しなければならない。実質的な食料品法の改正に刑法を早急に適合させることを可能にする、法治国家的に主張可能な解決策をさらに発展させることが必要である。

### 3. ECの法益を保護するために刑法の領域において行われている 調整的努力

何年も前からECの刑事政策の中心におかれ、それゆえ最も広範に展開されてきた第三の領域は、ECの法益の保護を図り、これによりEC法の制裁権を導入することが問題となる国内の刑罰法規の調整に関係している<sup>(86)</sup>。犯罪の現象形式としては、輸出の際の補助金交付や商品輸入の際の関税の徴収に関連して、また、貯蔵・加工・営業停止に関する介入支払金の支払および通貨調整金の徴収または付与に際して、域内国境において行われる詐欺犯、租税犯および関税犯が包括的に問題となる<sup>(87)</sup>。

#### a) 刑事学的研究の対象としてのECに不利益となる補助金詐欺 および公課遁脱

EC法に基づく補助金の詐欺、および農産物輸入関税および諸関税の遁脱が

(84) *BVerfGE* 14, 174, 185 f.

(85) この点についての詳細は、*Dannecker/Görtz-Leible*, *Entsanktionierung der Straf- und Bußgeldvorschriften des Lebensmittelrechts*, 1996, S. 87f.

(86) EC権限に関しては、基本的に、*EuGH NJW* 1993, 49 (Deutschland/Kommission) [これには、ティーデマンの評釈が付されている]。また、本判決については、*Mögele*, *BayVBl.* 1993, 133 f.; *Pache*, *EuR* 1993, 177 ff. 参照。

(87) また、*Dannecker*, in: *ders.* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 24 ff. 参照。

刑事学的研究の対象とされ、改革計画の基礎とされてきた。そこで、第六テーゼとして、ECの法益の保護が刑事学的研究の新たな対象として問題となるといえよう。経験的研究において獲得されてきた経済犯罪学の知見を考慮に入れることにより、こうした領域において、合理的かつ有効な刑事政策が行われるようになってきた。

ECの制裁制度は、すでに70年代の終わりに改革論議の基礎とされ<sup>(88)</sup>、それゆえ刑事学的研究の対象ともされてきた。まず第一に、一般に、現象学に取り組み、個々の重大な詐欺事件を記述しつつ、よりよいコントロールを目指そうとする要請を基礎づけようとしていた<sup>(89)</sup>。80年代の終わりには、フライブルク大学の刑事学・経済刑法研究所において、刑事学および刑事政策の新たな知見を概観し、経済犯罪および財政犯罪に対する国際的および国内的対策に関して、初めて諸テーゼを展開し、それによりさらなる改革の可能性を示そうとしていた<sup>(90)</sup>。

それぞれの改革を検討する際には犯罪行為の範囲・程度に関する認識が必要となることに鑑み、まず手初めに、ECの財政的不利益となる犯罪の暗数の領域に関する言明がなされた。不法に支払われた金銭を徴収した諸事例に関する加盟国の報告に基づいて、EC委員会自体が行った当時の公式評価、および1981年から行われたフランスの公式研究は、当初、不正行為の1%以下とみなしていた<sup>(91)</sup>。

(88) さしあたり、1976年8月10日に、委員会が理事会に対して提案した、「共同体の財政利益の刑法的保護および該諸条約の規定に反する違反行為の処罰に関する共通規制公布を目的としたEC設立条約改正条約」案 (ABl. vom 22. 9. 1976, C 222, 2 ff.) を参照されたい。この点、および、共同体機関が不正行為に対する対策のために行うそれ以外の予防的または抑止的措置に関しては、*Dannecker*, in: *Eser/Huber* (Hrsg.), *Strafrechtentwicklung in Europa IV* Teil 3, S. 174 ff. における概観を参照されたい。

(89) *Bruns*, *Der strafrechtliche Schutz der europäischen Marktordnungen für die Landwirtschaft*, 1980; *Nippoldt*, *Die Strafbarkeit von Umgehungshandlungen, dargestellt am Beispiel der Erschleichung von Agrarsubventionen*, 1984, S. 38 ff., 132 ff.; *Tiedemann*, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974, S. 97 ff., 120 ff., 137 ff., 172 ff., 195 ff.

(90) *Tiedemann*, in: *Festschrift für Pfeiffer*, S. 101 ff.

(91) *Europäische Gemeinschaft* (Hrsg.), *Kampf gegen Betrugereien bei den Agrarausgaben*, Beilage 193 zum Dokumentationsbulletin D/AGR. /DE, 1982, 17.

認知されていない事件を究明するために、フライブルクの研究においては、——経済犯罪学における要請に従って——いわゆる「ソフトデータ」(soft datas)といわれる柔軟なデータ、すなわち、刑法上の目的以外のものに奉仕する諸種の統計にも依拠していた。それゆえ、商品の流通に関する統計その他の商業統計が研究され、ここから、とりわけ商品の流通量に関して結論を導くようになった。さらに、補助金詐取に関する経験的研究が、他の経済分野からも援用され、それにより、ECの農業分野における不正行為に関して逆推論がなされるようになった。例えば、フランスにおける金属の輸出入に関する統計評価からは、奇異な説明のつかない0.67%の欠損が明らかにされた<sup>(92)</sup>。また、50年代の終わりに欧州石炭鉄鋼共同体(ECSC)の上級官庁により行われた、くず鉄補助金に関する事後的な研究では、補償の支払全体の20%が詐取されたことが明示されている。

一般に、国家の補助金交付に際して国内レベルおよびECレベルで行われる不正行為に関する諸研究から、次のことが明らかとなる。すなわち、輸出払戻金、農産物輸入関税、介入の各分野において嫌疑事例を若干取り上げてみると、別の事業所をさらに捜査すれば比較の対象になりうる事件の発覚につながり、結局、ある部門全体の広い範囲に対して制裁を科す結果となるような認識を得ることがよくある。こうした点に基づいて、フライブルクの研究においては、損害額は10%ないし20%と評価されていた<sup>(93)</sup>。EC委員会が個別の生産分野に関して後に行った研究からも、こうした評価があくまで現実的なものであることが確認されており、これまで、EC委員会の代表者も、暗数の領域を10%ないし15%と見積もっている<sup>(94)</sup>。介入および在庫管理の分野に至っては、EC会計監査院は、不正申告は25%から40%にも上るものとしている<sup>(95)</sup>。

(92) *Gabert*, in: *Mitteilungen des Europäischen Parlaments vom 25. August 1963*, PE 80370 参照。

(93) *Tiedemann*, in: *Festschrift für Pfeiffer*, S. 107 f.; *Martyn*, in: *Tulkens/van den Wyngaert/Verougstraete* (eds.), *La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes*, S. 44.

(94) 委員会は、ドイツ連邦共和国の訴え(Rechtssache 240/90)に際し、1992年4月のEC裁判所の公判において、このように公表している。また、*Martyn*, in: *Tulkens/van den Wyngaert/Verougstraete* (eds.), *La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes*, S. 44 をも参照。

(95) *EuGH*, *Rapport d'audience dans l'affaire C 240/90*, 18. この点に関しては、*Tiedemann*, in: *Festschrift für Stree und Wessels*, S. 534 f. 参照。

EC委員会および国内官庁のコントロールが強化・改善されたことにより<sup>(96)</sup>, 近年, 認知される事件が顕著に増加するようになってきた。1992年の詐欺対策活動推進に関する報告の中で, EC委員会が公表したところによると<sup>(97)</sup>, 1991年に発覚した詐欺事件および遁脱事件における全損害額は2億8千万エキュ (ECU; 欧州通貨単位) に達するものとされている。こうした額は, 1992年におけるEC財政資金の0.5%に満たないものであった。それ以降の年次においては, さらに検挙率の増加がみられた。1994年には, ECに報告された不正行為による損害額は, 8億5百万ドイツマルク, すなわちEC財政資金の約1%に及んでいる。この損害額は, 1993年に数えたそれを70%上回るものとなっている。発覚した事件数は, 前年の4分の1増加している<sup>(98)</sup>。さらに, 1995年秋に, EC会計監査院が査定したところによると, 予算の4%が詐欺により「消失」し, さらに4%が不正に支払われ, 全体として14%がそれに相応した証明を欠き, およそ検証不可能なものとされている。

さらに, 加盟国における補助金交付の際の不正行為に関して, 経済犯罪学の知見を取り入れることによって, 特別の無償援助, すなわち返還する必要のない補助金はコントロールが困難であり, それゆえきわめて犯罪対象となりやすいことが明らかにされている<sup>(99)</sup>。

これまで数多くの策謀が知られているにもかかわらず, 依然としてECの財政的不利益となる不正操作がなされるのは何故か, という問題を追究してゆくと, 経済犯罪に典型的な事態が問題となっていることが明らかとなる。経済犯罪学において挙げられている犯罪原因に着目すると, ここから, EC補助金詐欺についても解明の糸口が与えられる<sup>(100)</sup>。輸出入業者は, 不正操作によりいかなる利益が得られるか, また, いかにして発覚の危険を極力低くすることができるか, という点を思案するような行為者領域に属している。さらに, 可視的な被害者が存在しないことから, EC財政の不利益となる犯罪を行う際の不

(96) この点につき詳細には, *Prieß/Spitzer*, EuZW 1994, 297 ff.

(97) Kommission der Europäischen Gemeinschaften SEK (93) 943 endg.

(98) また, EC会計監査院も, 再三にわたり, 農業分野における中間支出または委託交付に対して厳しい批判を提起している。さしあたり, FAZ vom 12. 12. 1995, Nr. 289, S. 16 参照。

(99) この点に関しては, *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, 1976, S. 40 f., Bd. 2, 1976, S. 91 参照。

(100) *Dannecker*, in: *ders.* (Hrsg.), Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, S. 26.

安感はきわめて低い。加えて、古典的な犯罪領域においてみられるような、社会的コントロールが欠如している。EC 委員会は、ここから結論を導き、1992 年から農業補助金をもはや農産物輸出業者だけに与えるものとはせず、農業経営者に対する直接援助金の付与を強化しようとしている。これにより、輸出補助金および在庫管理費用に関する支出が全体として減少し、同時に、補助金詐欺の可能性が制限されるようになった。

たしかに、経済犯罪学の知見を経験的研究の枠内に導入することにより、——第六テーゼに従って——合理的かつ有効な刑事政策が行われるようになってきた。もっとも、今日では、新たな刑事学的問題が浮上している。というのも、直接的に収入振替送金を行い、補助金交付を農業経営者に切り換えたことから、様々な個別申請を処理しなければならない所轄の国内行政官庁と個々の農業経営者が結びつく、という事態が生ずるようになってきているからである。特に、直接援助金につき権限を有する農政担当公務員は、しばしば農業経営者の利益代表者とみられている。コントロールを効率的に行ってゆくために、EC 委員会は、行政システムおよびコントロールシステムの統合を指示しているが<sup>(101)</sup>、超国家的規制が国内法としばしば一致しないことから、その実施に際しては、国内行政官庁にとってきわめて困難な問題を生ぜしめている<sup>(102)</sup>。この点に関しては、現在、新たな構想が展開されており、「コントロールのコントロール」(Kontrolle der Kontrolle) という標語のもとで議論されている<sup>(103)</sup>。

#### b) 比較刑法の課題としての EC に不利益となる補助金詐欺 および公課遁脱

EC に財政的不利益となる補助金詐欺および公課遁脱は、刑事学的研究の対象となるだけでなく、詳細な理論刑法学的研究、とりわけ比較刑法的研究の対象ともなるのであり、EC 委員会は、こうした研究の委託を行っている。このような研究が明らかにしているように、公課の遁脱——したがって EC 収入の減少——は、租税遁脱または関税遁脱の構成要件を有する租税刑法によって捕捉され、補助金の詐取——したがって EC 支出の誤用の誘発——は、特別の補

(101) VO (EWG) Nr. 3508, ABl. 1992 L 355, 1 ff. および VO (EWG) Nr. 3887, ABl. 1992 L 391, 36 ff.

(102) この点につき詳細には、Lukanow, Agrarrecht, 1994, 256 ff.

(103) 理事会決定 ABl. 1991 C 328, S. 1 ff.

助金詐欺構成要件または一般の詐欺構成要件により捕捉される。すべての加盟国にはそうした刑法上の諸規制が存在するが、しかし実体刑法においても<sup>(104)</sup>——特に、過失および未遂の可罰性、科される制裁の種類と程度および法人の可罰性に関して<sup>(105)</sup>——、また刑事訴追においても、重大な相違がみられる。さらに、EU加盟国の行政法に関して包括的な比較法的研究が行われており<sup>(106)</sup>、これに基づいて、共同体法上の刑罰的性格を有する行政制裁につき総則を作成しようとしている。

こうした比較法的研究は国内刑罰法規を将来調整するための合理的基礎を形成する——第七テーゼ——のであり、これに基づき、EC委員会は、理事会に対して、「共同体の財政利益の保護に関する協約に係るEU理事会の審理<sup>(107)</sup>」を求める提案、および「共同体の財政利益の保護に関する理事会規則(EC, EURATOM)<sup>(108)</sup>」を求める提案を行い、これにより、「1994年12月6日の共同体の財政利益の法的保護に関する理事会決定<sup>(109)</sup>」がなされるに至った。ここでは、共同体の財政利益を刑法上の制裁により保護する必要性が特に強調されている。その間、共同体において2つの法的審理がなされており、以下では、これについて触れておくことにする。

(1) 委員会は、「共同体の財政利益の保護に関する協約<sup>(110)</sup>」の中で、加盟国が共同体の財政利益のマイナスとなる詐欺に関して、古典的な詐欺構成要件を超えて、故意の作為・不作為とともに過失の作為・不作為、および租税・関税の通脱をも包摂するような、特別の構成要件を導入するよう提案している。

(104) この点につき詳細には、*Bacigalupo*, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 146 ff.; *Dannecker*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1993, 964 ff., 998 ff.

(105) *Heine*, *ÖJZ* 1996, 213 ff.; *van der Hulst* (Hrsg.), *EC Fraud*, 1993, S. 1 ff.; *Schroth*, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte. Eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*, 1993, S. 140 ff.; *Tiedemann*, in: *de Doelder/Tiedemann* (eds.), *La Criminalisation du Comportement Collectif*, 1996, S. 11 ff. における概観を参照されたい。

(106) *Commission of the European Communities* (ed.), *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, Vol. I, II, 1994.

(107) *ABl.* 1994 C 216, 14.

(108) *ABl.* 1994 C 216, 11.

(109) *ABl.* 1994 C 355, 2 f.

(110) *ABl.* 1995 C 316, 48 ff.

行為としては、虚偽、不正または不完全な書類の作成、共同体資金の濫用または浪費、不正行為により得られた資金の知情行使などが挙げられている。未遂も、詐欺既遂と同様、訴追されるものとしている<sup>(111)</sup>。企業の法定代理人その他の代理人および事実上の代理人も、処罰されるものとしている。さらに、共同体の不利益となる詐欺的行為につき、当該行為が企業における機関、法定代理人または決定権限を有するその他の者の受託者によりその活動を行う際になされた場合には、法人に対して少なくとも過料が予定されている。

加盟国は、1995年7月にこの協約に同意したが、全加盟国が批准した時点で、自国の刑罰法規をこれに従って改正するよう義務づけられることになる。これは、加盟国においてECの支出に関しては(補助金)詐欺構成要件により保障し、ECの収入に関しては関税刑法および租税刑法により保障するという形でなされている、刑罰保護の古典的な二分化<sup>(112)</sup>を放棄し、支出面または収入面に不利益をもたらす不正行為を捕捉するために、統一的な構成要件に代えなければならない、ということの意味する。現在、すべての加盟国は、統一的な詐欺構成要件を有しており、一部は、それと並んで、補助金詐欺構成要件をも有している。さらに、各国の動向としては、あらゆる公課逃脱を対象とした統一的な処罰規定により財政犯罪を統一的に捕捉しようとしてはいるものの、通常、関税刑法および租税刑法上の処罰規定がなお同時に存在している。そこで、こうした法状況からしてみると、ECの財政利益の保護という特殊事例に関して今から詳細に定められる規制を、国内の関税刑法や租税刑法に挿入するものとはせずに、国内の刑罰法規に置換しなければならない、とすることには疑問が提起されている。

さらに、この協約において、必ずしも欺罔を前提とせず、ドイツ連邦共和国において文書犯罪や背任罪により捕捉される行為態様に当たる犯行が、原則的事例として挙げられている点にも問題がある。

加えて、この協約の準則に対する批判として、特に、若干の加盟国の関税刑

(111) この点につき、*Missir de Lusignano*, *Journal des tribunaux Droit Européen*, 1996, 73 ff. および „Empfehlungen an die Kommission und an die Mitgliedstaaten“, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 198 参照。

(112) *Bacigalupo*, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 148 ff.; *Caraccioli*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1994, 185 ff.; *Dannecker*, *ZStW* 108 (1996), 585 ff.

法および租税刑法においては、刑法典の犯罪構成要件における場合と比べて故意に対する要求が低い、という点が挙げられている。また、錯誤についても、統一的に規制されていない。例えば、ドイツ連邦通常裁判所の判例によれば、租税刑法においては、故意を肯定するためには法の認識が必要とされる<sup>(113)</sup>のに対して、詐欺においては、素人領域における行為者の平行的評価で足りるものとされている<sup>(114)</sup>。フランスにおいては、数年前からようやく、関税刑法において有責性が必要とされるようになった。これに対して、イギリスでは、客観的な刑事責任を認めているのである<sup>(115)</sup>。若干の加盟国においては、責任原則を特別刑法にも及ぼそうとする傾向がみられるが、少なくとも EC の財政利益の刑法的保護に関して統一的な高度の法治国家的基準を貫徹させるために、こうした傾向が EC レベルでも問題とされることになるう。

文言からすると、付加価値税の保護も同協約により捕捉される<sup>(116)</sup>。たしかに、付加価値税に関しては、加盟国が査定・徴収する国内税が問題となる。そして、国内の付加価値税収入から、一定のパーセンテージが EC に支払われなければならない。この収入は、1985年5月7日の理事会決定2条、3条に基づき、EC の自己資金に帰属するものとされ、付加価値税連脱はすべて、直接に共同体財政に対しても向けられることになる。したがって、これが EC に帰属する以上、同協約における義務は、付加価値税収入の保護に関しても問題とされることになる。もっとも、理事会は、出発点として、付加価値税は「欧州詐欺」(Europäischer Betrug) の対象とはされないものとしている<sup>(117)</sup>。

同協約2条1項によれば、詐欺の重い事例を基礎づけるために、全加盟国は5万エキュを超えてはならない最低額を固定させなければならないとしている。たしかに、ここには、加盟国における量刑実務を統一化するための寄与がみられる。しかし、こうした義務づけは、そのような詐欺または租税連脱における加重を認めていない加盟国にとっては、これにより自国の財政利益よりも

(113) *BGHSt* 5, 90, 92.

(114) *BGHSt* 3, 248, 255 = JZ 1953, 117, 119; 4, 347, 352 参照。

(115) *Leigh*, Strict and vicarious liability, 1982, S. 104 ff.

(116) 付加価値税の連脱および EC におけるその対策に関して、詳細は、*Vervaele* (red.), *La lutte contre la fraude à la TVA dans l'Union européenne*, 1996, S. 7 ff. 所収の諸論文参照。

(117) European Commission, *Protecting the Community's Financial Interests. The Fight against Fraud*, Annual Report 1995, 9.

ECの財政利益をより厚く保護しなければならないことになる点で、問題がある。とりわけ、現在、ドイツ連邦共和国において、詐欺事件および租税違脱事件は、損害が5万エキュを著しく超える事案でも、しばしば刑事訴訟法153条、153条aにより刑事手続の打ち切りが認められることを顧慮しなければならない。そこでは、もっぱらECの財政利益を保護するための加重構成要件の導入は、矛盾に陥ることになる。

国内法秩序における既存の基本構造が十分に考慮されていないことから、同協約の準則に対する批判は適切なものではあるが、ECの法益を保護するための必要な調整に向けて、第一歩を踏み出したものといえる。その間、委員会は、ECレベルにおける「欧州詐欺」を犯罪構成要件として導入することをも考慮している。しかし、これは、加盟国により委員会にその点につき授権がなされることを前提とするが、現在のところ、加盟国はそうした姿勢を示していない。

同協約において予定されている法人の処罰または懲罰の可能性<sup>(118)</sup>に関しては、例えば、企業は行為能力および責任能力を有するか否か<sup>(119)</sup>、また、企業の刑事責任を生ぜしめる者の範囲をどのように限定すべきか、というような根本的問題が提起されている<sup>(120)</sup>。このような問題については、カルテルの領域におけるEC法上の企業に対する過料をも考慮しつつ、掘り下げた理論刑法学的検討を行わなければならない<sup>(121)</sup>。そこでは、特に、多くの加盟国においては憲法上の地位を有するものの、すべての加盟国においてはこれを有するとはいえない責任原則に関して、憲法上の問題が提起される<sup>(122)</sup>。この問題が重要とされるのは、委員会がその後1996年1月19日に「欧州共同体の財政利益の保

(118) *Schünemann*, in: *ders. /Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, S. 291 ff. における概観を参照されたい。

(119) この点に関しては, *Dannecker*, in: *Schünemann/Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, S. 331 ff.; *Hirsch*, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993, S. 1 ff.; *Otto*, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, S. 1 ff. 参照。

(120) *Schünemann*, in: *ders. /Suárez González* (Hrsg.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, S. 292 ff.

(121) そのような議論として, *Vogel*, *JZ* 1995, 341.

(122) この点に関しては, *Tiedemann*, in: *Festschrift für Geerds*, 1995, S. 95 ff. 参照。

護に関する協約の追加議定書に係る法的審理を求める提案<sup>(123)</sup>」を行い、その中で、法人の計算において詐欺罪が行われたときは、法人の刑事責任が予定されていること(2条, 3条)による。この責任は、同一行為における正犯者、教唆者、幫助者または共同責任者としての自然人の責任にかわりなく認められるものとされている(4条)。さらに、6条においては、マネー・ローンダリングのための財政システム利用の阻止に関する、1991年6月10日の理事会指令91/308/EEC<sup>(124)</sup>の意味における犯罪行為として詐欺を挙げることにより、詐欺から生じた利益のマネー・ローンダリングの可罰性が要求されている。

(2) 1995年12月26日施行の「共同体の財政的利益の保護に関する理事会規則」<sup>(125)</sup>は、共同体の財政的利益に損害を与える行為への対処として、行政上の処分と制裁を導入することを定めるものであり、これらは刑事罰と併科されるとする<sup>(126)</sup>。本規則が目標として掲げるのは、ヨーロッパ規則法<sup>(127)</sup>の既存の制裁規定および将来的に導入される制裁規定について「ECの政策全域に共通する法的枠組み」を形成し、統一的な態様の制裁制度を確立すること、すなわち加盟国が適用しうるヨーロッパ行政刑法の総則といえるものを定めることである。規則は、ここで詐欺事犯のみならず、すべての不正行為を対象として起草されている(1条2項)。すなわち、事業者による共同体の決定への違反が、共同体の全予算案または共同体が管理する予算に対して損害を生じさせた場合、または生じさせるおそれのある場合に関連するのであり、これは、共同体のために徴収される固有の税制収入を妨害しまたは減少させるというやり方によるか、許されない支出というやり方によるかを問わない。

行政法上の処分および制裁に関しては、有責性に依じて以下のように個別に処理される。すなわち、違反に責任のない場合、制裁ではなく行政処分だけが

(123) ABl. 1996 C 83, 10 ff.

(124) ABl. 1991 L 166, 77. この指令に批判的なものとして、*Wägenbauer*, EuZW 1994, 711 ff.

(125) ABl. 1995 L312, 1ff.

(126) これについてより詳細には、*Dannecker*, ZStW 108 (1996), 603ff.

(127) 例えば、Verordnung (EG) 2945/94, ABl. L310, 57により導入された Verordnung (EWG) Nr. 3665/87, ABl. L42, 6ff. 11条における行政法上の新たな制裁を参照。これについてより詳細には、*Schrömbgens*, ZfZ 1995, 130ff. 保証金規制について、*Jäger*, Kauttionen im Agrarrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1994, S. 18ff. を参照。

生じ、債務となっている金員の支払義務、もしくは違法に獲得した金員の返済義務を負わせることによって、または利益保証を申請するために、もしくは前払い金支払いの際に与えられた保証の全部または一部を失わせることによって、不正に獲得された利益が剥奪されることになる（4条1項）。この処分は、獲得利益の剥奪に限って適用され、これには——利子が見込まれる場合——一括計算によって確定しうる利子が含まれる（4条2項）。権利濫用行為については、当該利益は保証を受けないことになるか、またはこれを剥奪されることになる（4条3項）。

不正行為が故意または過失で行われたとき、さらに、過料の賦課、またはたとえ不正から獲得されたのが一部分にすぎないとしても、共同体による保証利益の全部もしくは一部の剥奪といった行政法上の制裁が加えられることによって、あるいは共同体からの扶助制度にあずかるために必要な認可または承認が取り消されることによって、当該不正行為は罰せられるとする。

EC規則それ自体は、直接的な効力をもつ制裁規範をもたない。むしろ、EC規則が定めるのは、共同体法で定められた行政法上の処分および制裁規定に適用可能な諸規則である。これは、とりわけ超国家的制裁を科す場合に遵守されるべき遡及効の禁止、責任原則および刑罰軽減の要請のような法の一般原則であり、したがってヨーロッパ行政刑法についての総則である。

また、上述のように、以上の規則制定に先立って、包括的な比較法的研究が行われた。したがって、このような委員会の意図は原則として支持されるべきである。もっとも、例えば錯誤の取り扱いのような、いくつかの重要な規定が規則から抜け落ちている<sup>(128)</sup>。これに関しては、ECカルテル秩序違反法における錯誤に関するEC裁判所判例の方向性を検討するのがよいだろう。しかしここでは、共同体法上妥当する、加盟国の法秩序における法の一般原則に立ち戻らなければならない。法の一般原則を確定することが、比較刑法にとって重要な任務である<sup>(129)</sup>。

脱法行為に対して実体法による規制を加えることは、長い間、要求されてきたところであったが、これが導入されたことから、架空取引および脱法取引を（刑法上）処理する際の難点が除去されたため、今後、「グレーゾーン」における処罰の可能性にも根拠が与えられることになったということは、積極的に強

(128) Vogel, JZ 1995, 333.

(129) これについて詳細は、Dannecker, ZStW 108 (1996), S. 608.

調されるべきであろう。なぜなら、共通農業市場で起こったセンセーショナルな諸々の事件は、法律の欠缺につけこむものだったからである<sup>(130)</sup>。架空取引は、ほとんどの法秩序で、法的には「無」として処理される一方、脱法取引を法的にいかん判断するかは、ECレベルと加盟国の双方でより大きな問題であった<sup>(131)</sup>。すなわち、国内法上の脱法取引規制は、この場合、手続規範ではなく実体法上の規範であるため、ECレベルには及ばないのであり<sup>(132)</sup>、EC裁判所は、判例上、権利濫用事例の規制について法の一般原則をまったく確立することなく、文言が許す限りでの拡張解釈の道を選択した。しかし、このようなやり方には、類推禁止の限界がある<sup>(133)</sup>。したがって、超国家的な脱法行為規制が欠けている限り<sup>(134)</sup>、脱法行為は、大部分の加盟国において、刑法上、処罰しえないことになろう。

(130) これについては、*Dannecker*, in: *ders* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 29; *Nippoldt*, *Die Strafbarkeit von Umgehungshandlungen, dargestellt am Beispiel der Erschleichung von Agrarsubventionen*, 1974, S. 38f., 162f. で挙げられている事例を参照。*Keller/Meier*, *Skandal im Kühlhaus—Dubiose Geschäfte in der EG*, 1987, S. 73 ff. をも参照。*Vignal*, *Les fraudes en matière des circulations des produits agricoles*, 1982, S. 123ff.; *Flaesch-Mougin*, *Cahiers de droit européen*, 1983, 394ff. をも参照。

(131) これについて詳細は、*Reisner*, *Die Strafbarkeit von Schein- und Umgehungshandlungen in der EG*, 1995, S. 25ff., 55ff., 277ff. また、*Bacigalupo*, in: *Commission Européenne* (éd.), *Etude Comparative des Dispositions Legislatives, Reglementaires et Administratives des Etats Membres relatives aux Agissements Frauduleux Commis au Préjudice du Budget Communautaire*, ohne Jahr, S. 15f. を参照。

(132) *Dieblich*, *Der strafrechtliche Schutz der Rechtsgüter der Europäischen Gemeinschaften*, S. 109f.

(133) *Reisner* (Fn. 131), S. 33ff.

(134) 例外をなすのは、共通農業政策の資金提供の枠内における不正行為の予防と訴追に関してより厳しい処分を科すことに関する勧告 ABl. 1968 L148, 1ff. 6 条 VO (EWG) Nr. 802/1968である。これには、商品の原産地の定義を決定するための特別な脱法行為条項を含む。*Reisner*, *Die Strafbarkeit von Schein- und Umgehungshandlungen in der EG*, S. 295ff. における立法論的提案をも参照。

### III. 刑法の領域における将来的調整

#### 1. 経済刑法および環境刑法

現代的な行政刑法への発展、企業に対する刑事制裁への要請ならびに経済刑法の調整ということから、共同体の領域で刑法が現在いかなる状況にあるかが明らかとなる。従来の指令<sup>(135)</sup>は、国内刑法規範を導入する義務を課し、インサイダー情報の濫用を初めとして、ぶどう栽培生産物の輸送のための添付書類およびワイン業界で用いられる発着簿をも含み、収支決算規制法および対外経済法にまで及んでいる。刑事政策的要素は、1993年以降、公共物建築授任手続の調整に関する1993年6月14日の理事会指令93/37EWG<sup>(136)</sup>にもみられる。同指令により、過去に有罪判決を受けまたは社会的立法に違反した企業経営者を排除することが可能となり、したがって違法な労働斡旋者に制裁を加えることが可能となった。しかし、どの範囲で調整が目指されるべきかについて、ECの明確な構想といえるものは存在しない。

短期的および中期的にみて——*第八番目のテーゼ*——必要となるのは、共同体法が遵守されるよう確保し、競争を阻害させないために必要な限りで、経済刑法の部分領域、例えば会社刑法、投資刑法、破産刑法、特許刑法、市場刑法、著作権刑法ならびに競争刑法において、刑罰構成要件および過料構成要件を調整することである<sup>(137)</sup>。このために必要なのは、一つには、禁止構成要件と科される制裁を統一することであるが<sup>(138)</sup>、また他方では、規範と制裁を刑事訴追機関が平等に適用することである<sup>(139)</sup>。新種の食料品の告示と許可に関して計画中の「新規の食料品」規則<sup>(140)</sup>に定められたように、EC委員会自身

(135) *Hülsmann*, in: *Eser/Huber* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa* IV, Teil 1, 1993, S. 182ff. m.w.N. における概観を参照。

(136) *ABl.* 1993 L199, 54ff.

(137) *Bleckmann*, in: *Festschrift für Stree und Wessels*, S. 112; *Dannecker*, *Risista Trimestrale di Diritto Penale*, 1993, 993f., 1019f.; *Keijzer*, in: *Internationalisierung van het Strafrecht*, 1986, S. 28ff.; *Spannowski*, *JZ* 1994, 327; 食料品刑法については、*Streinz* *Wuv* 1993, 31ff. を参照。

(138) 刑事訴訟法を調整する必要があることについては、*de Angelis*, in: *Dannecker* (Hrsg.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, S. 139ff. を参照。

(139) 欧州諸国のさまざまな判例について、*G. Müller*, *DRiZ* 1993, 381ff. を参照。

が行政官庁として管轄をもつ限りで、EC カルテル法に従い、明文をもって制裁権限を共同体へと委譲するということになるだろう。その場合、超国家的制裁は、委員会が科すことになるであろう<sup>(141)</sup>。

将来行われる調整のさらなる重点となるのは、とりわけ環境刑法であろう<sup>(142)</sup>。たしかに、環境保護は、ここ20年、欧州共同体においていっそう重要となっている<sup>(143)</sup>。しかし、事件が国境を越えて発生した場合、いくつかの問題が生じ、処罰の可能性に隙間が生じているため<sup>(144)</sup>、刑法の調整に関する問題が提起されている。同時に、行政法上の問題、例えば環境侵害が国境を越えて生じたが、外国である犯罪地法によればこれが許容されている場合、これをいかに判断するかという問題が解決されなければならない。国際環境法の学説は、このような場合、環境侵害の許容それ自体が国際法違反でない限り、隣国からのニューサンスを受忍する義務があることを認める傾向にある<sup>(145)</sup>。したがって、刑法上は、いずれにせよその限りで、行為者は無権限に行為を行ったとはいえないのであり<sup>(146)</sup>、したがって処罰されないことになる。まさに環境

(140) 新規食糧品および新規食品添加物に関する理事会規則 (EWG), KOM (92) 295 endg. -SYN 426, ABl. vom 29. 7. 1992 C 190 3ff. に対する提案ならびに新規食糧品および新規食品添加物に関する理事会および欧州議会の命令 KOM (93) 631 endg. -COD 426 vom 1. 12. 1993を参照。

(141) これについてより詳細には、*Dannecker*, in: *Streinz*, *Novel Food*, 2. Aufl. 1995, S. 240ff.

(142) 諸外国の法秩序における環境刑罰法規の概観は、*Eser/Huber* (Hrsg.), *Strafrechtsentwicklung in Europa III*, Teil 1, 1990, S. 9ff., 25ff., 47f., 320ff., 431, 496, 603ff.; *dies.*, *Strafrechtsentwicklung in Europa IV*, Teil 1, 1993, 22 f., 32, 104f., 201ff., 237, 282f., 454f., 462, 524, 562, 662f., 726, 763, 831, 850f., 871; *G. Heine* GA 1986, 67ff. にある。*Alvazzi del Frate/Norberry* (eds.), *Environmental and Sustainable Development*, 1993をも参照。

(143) 共同体法の環境政策の出現については、*Krämer*, in: *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 4. Aufl. 1991, Vorbem. zu den Art. 130r bis 130t, Rdn. 1ff. を参照。

(144) *Ferchland*, in: *Polizeiführungsakademie* (Hrsg.), *Schlußbericht über das Seminar Umweltkriminalität vom 16. bis 22. Oktober 1989*, 1990, S. 45ff.; *Forkel*, *Grenzüberschreitende Umweltbelastungen und Deutsches Strafrecht*, 1987; *Klages*, *Meeresumweltschutz und Strafrecht*, 1989; *Wegscheider*, *JBl.* 1989, 214ff.; *ders.*, *DRiZ* 1983, 56ff.

(145) 国際法における環境保護について、一般には、*Randelzhofer* *Jura* 1992, 1ff.

(146) これについて詳細は、*Martin*, *Strafbarkeit grenzüberschreitender*

刑法の領域で、より正しくかつより実効的な環境保護のために刑法を統一することが要請されている<sup>(147)</sup>。

## 2. 欧州模範刑法の導入

学説上<sup>(148)</sup>、刑法を部分的にのみ調整することに反対し、欧州模範刑法<sup>(149)</sup>を形成し導入することに賛成する意見が強くなっている。この欧州模範刑法には、故殺、謀殺、窃盗および強盗といった犯罪構成要件と総則に関する諸規定との双方を包含するものとされる。この要求に対する反論として、すでに成熟したさまざまな法文化と伝統を均質化してしまうことは将来のヨーロッパの意図するところではありえないということが主張されている<sup>(150)</sup>。したがって、欧州模範刑法導入に向けた努力が実を結ぶまでには、おそらく時間がかかるであろう。

短期および中期的にみて少なくとも優先的に考慮するのに値するのは—第九のそして最後のテーゼ—、国連<sup>(151)</sup>、欧州審議会 (Europarat)<sup>(152)</sup>および欧州経済協力機構が重大な国際犯罪と関わる範囲で、ECはこれらの国際機構の刑事政策的考察と提言に関与するということである<sup>(153)</sup>。このような権限は、EU条約Art. K1 Nr. 9から生じる。ECの薬物政策<sup>(154)</sup>およびテロリズム

Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 209ff. ならびに, *Tiedemann*, in: Handwörterbuch des Umweltrechts, Bd. II, 2. Aufl. 1992, S. 842ff., 860, jeweils m. w.N.

(147) *Dannecker*, *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1993, 994, 1019f. 欧州会議による環境刑法定立の計画については、とくに Draft Convention for the Protection of the Environment through Criminal Law, Dok. Council of Europe DIR/JRU (95) 11 を参照。国際的な影響を持つ環境侵害を人道に対する罪として処罰しようとする試みについて、*Triffterer*, in: *Hankel/Stuby* (Hrsg.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen*, 1995, S. 210; *Tomuschat*, ebenda, S. 285を参照。

(148) 例えば、とくに *Sieber*, *ZStW* 103 (1991), 957ff.

(149) 欧州会議もまた、1971年に欧州模範刑法典を作成することを考えたことがある。これについて、*Sevenster*, *CMLR* 29 (1992), 38を参照。

(150) *Weigend*, *ZStW* 105 (1993), 783ff.; *Rüter*, *ZStW* 105 (1993), 144をも参照。

(151) *Oppenheimer*, in: *Sieber* (Hrsg.), *Europäische Einigung und Strafrecht*, S. 103ff.

(152) *Nilsson*, in: *Sieber* (Fn. 151), S. 99ff.; *Vogler*, *Jura* 1992, 586ff. をも参照。

(153) *Vogler*, in: *Sieber* (Fn. 151), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, S. 129.

対策<sup>(155)</sup>をみれば分かるように、このような行き方は、一部の領域ですでに確認することができる。欧州統合の枠内でさらに別の重点をあげるとすれば、量刑の統一<sup>(156)</sup>——これに対しては欧州審議会が細部に渡って取り組んできた<sup>(157)</sup>——と、腐敗行為対策<sup>(158)</sup>——これは、現在、国際的にも国内的にも議論の対象となっている<sup>(159)</sup>——であろう。このように、再び刑事政策が個別領域それぞれに目を向けることになれば、犯罪対策の差し迫った諸問題へと集中的に取り組むことが可能となろうし、刑法の領域で全般的な調整をすることについて、国民国家がちゅうちょするおそれは生じないであろう。

#### IV. まとめ

欧州共同体における刑法の現在の展開を論述してきたことから明らかとなったのは、フランツ・フォン・リストが言った意味での「全刑法学」、すなわち理論刑法学、刑事学および憲法を取り入れた刑法に向けて新たに挑戦してゆくことが重要だということである。刑法は国際的な現状に取り組む必要があるが、ここには新たな問題提起が含まれ、刑法における EC 法上の準則を考慮する際に、また EC 法の行為規範に国内の制裁規定を適用する際に、憲法上の諸問題を提起する。EC 内での加盟国の一体化が進めば、刑事刑法と行政刑法に

(154) VO (EG) Nr. 3677/90 vom 13. 12. 1990, ABl. 1990 L357, 1-5, これは, VO (EG) Nr. 900/92 vom 31. 12. 1992, ABl. 1992 L96, 1-6および Richtlinie vom 10. 6. 1991, ABl. 1991, L1966, 77-83により改正されたもの。Sieber, ZStW 103 (1991), 961f. また, Jung/Schroth, GA 1983, 251f.; Jung, StV 1990, 512をも参照。

(155) これについては, Labayle, Rev. sc. crim. 1995, 47ff.; Le Jeune, La coopération policière Européenne contre le Terrorisme, 1992を参照。

(156) これについては, Rüter, ZStW 105 (1993), 44ff.; Streng, in: Lampe (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 294ff.

(157) Council of Europe (ed.), Consistency in Sentencing, 1993.

(158) これについては, European Commission, Protecting the Community's Financial Interests. The Fight against Fraud, Annual Report 1995, 17を参照。

(159) これについては, Kaiser, Universitas 46, 1062ff. ならびに Tondorf (Hrsg.), Staatsdienst und Ethik. Korruption in Deutschland, 1995を参照。行政における腐敗の類型化と財政的コントロールについては, U. Müller, Kriminalistik 1993, 509ff.; ders. / Marcus, Kriminalistik 1995, 103ff. を参照。

も影響を及ぼすが、このために、従来の国内法上の限界を乗り越えることが必要となってくる。この点で、理論刑法学とりわけ比較刑法に対する挑戦がなされていることは明らかである。しかし、刑事学もまた、従来以上に、犯罪および犯罪対策のヨーロッパ的側面に取り組まなければならないであろう。比較刑事学研究は、もはやこのために十分とはいえない。むしろ、EC間の国境を越えた犯罪と、ECとの共同作業の形で加盟国が行っている犯罪対策に関連する調査研究が必要である。最後に、憲法上の限界がすでにEC法それ自体から生じるようにするために、憲法的地位が与えられるような法の一般原則を確立することが必要となろう。