

資 料

ヨーロッパ刑法の将来（1）
 ——ヨーロッパ刑法体系の目標とそのモデルに
 関する新たなアプローチ——

ウルリッヒ・ズィーバー*
 田口守一 訳

- | | |
|---|---|
| <p>I ヨーロッパ刑法の目標</p> <p>A 安全の維持に関する特別な目標設定</p> <p>1 国境を越える犯罪の訴追</p> <p>2 ヨーロッパの諸機関とその価値の保護</p> <p>B 自由の維持に関する特別な目標設定</p> <p>1 個人の自由権の保護</p> <p>2 民主主義原理とその他の価値の維持</p> <p>C 小括</p> <p>II ヨーロッパ刑法のモデルとその体系</p> | <p>A モデル構築と体系構築</p> <p>1 国境を越える刑法のモデル</p> <p>2 単層のシステムと複層のシステムに関する体系構築</p> <p>3 中間まとめ
 (以上、本号)</p> <p>B 協働モデルの評価とその現実性</p> <p>C 超国家的解決モデルの評価とその現実性</p> <p>III 結論と展望
 【訳者あとがき】</p> |
|---|---|

ヨーロッパ刑法という一つの体系的な一般概念あるいはヨーロッパ刑法の体系そのものも、今日、まだ存在していない⁽¹⁾。ヨーロッパ刑法は、個別の規則や個別の事例を基礎として、実務の中で成立したものであり、ヨーロッパ共同

* マックス・プランク外国・国際刑法研究所（フライブルグ）所長

(1) 「ヨーロッパ刑法」の概念は、ここでは広義の意味である。それは、ヨーロッパ連合およびヨーロッパ会議（Europarat）の超国家的刑法も一国家刑罰権を超過する一制裁権を含むヨーロッパの国内刑法も含む。本論文は、ヨーロッパ連合を中心とする。この点については以下参照，Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2008, S. 83f.

体の設立条約もこの法領域をまだ認知していなかった⁽²⁾。それは、むしろ、ヨーロッパの様々な分野の関係者が定めた諸規則があつてはじめて展開したものであり、ストラスブルグおよびルクセンブルグのヨーロッパ裁判所の裁判によってその輪郭が明らかとなってきたものである。それゆえ、今日、ヨーロッパ連合条約の関連する諸規定、すなわち、規則および指令、枠組み決定および決定、ヨーロッパ会議の諸規則、ならびに、国際法上の諸条約および国内の読替え法律が、刑法の一つの体系というより、諸規定のパッチワークとなっている。このパッチワークは、超国家的制裁法、それらと調和をとった国内刑法、ヨーロッパ協働法、刑法の領域における新たなヨーロッパの諸機関に関する規則、ならびに、種々の国内のおよび超国家的法秩序における人権保護に関する複雑な制度、からなっている。リスボン条約における政治的妥協の根底にも、ヨーロッパ刑法についての内容のある観念は存在していない。学問的な改革の諸提案も、ほとんど個別問題か部分的な問題を扱っているにすぎない⁽³⁾。つまり、ヨーロッパ刑法体系全体についての根本的な分析、評価および改革案が、欠けているのである。

本論文の目的は、ヨーロッパ連合におけるヨーロッパ刑法の分析と発展のための新たな体系を提示することにある。この新たなアプローチは、法源にしたがって体系化することではなく、諸規則の内容に関わるものである。それは、ヨーロッパ刑法の関連目的とその根拠を浮き彫りにしようとするものであり、そのことが体系的な一般概念の構築と新たな解決方法のための条件なのである。その際、体系構築のためのこのアプローチは、以下で検証される2つの仮説を前提としている。第1に想定されていることは、ヨーロッパ刑法には、多くの特別な目標および「下位目標」が存在するが、それらが、ヨーロッパ刑法を古典的な国内刑法と区別させるが、それと同時に、それらが相互に結合して、刑法の古典的な諸原理とともに、一つの全体的体系を形成することにな

(2) ヨーロッパの諸条約における最初の刑罰規定について解明し、方向を示唆した以下の論文参照、Jescheck, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) Bd. 65 (1953), S. 496-518.

(3) 最近の論文として、以下参照、Schünemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege*, Köln 2006. もっとも、これは、ヨーロッパ刑法の目的と構造に関する体系的な分析を扱っていない。この提言に対する批判として同書、Vogel, S. 122-131参照。また、以下の報告書参照、Kreß, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) Bd. 116 (2004), S. 445-476 (463ff., 468).

る、ということである。第2に、出発点とされていることは、実務で展開されてきたヨーロッパ刑法に関する多くの個別的な諸規則は、2つの理念型のモデルに帰着し、それらは相互に排斥しあうものではなく、種々の混合形態をもたらすものである、ということである。

以上の背景事情から、以下の論文は、二段階からなっている。第1部は、特別な目標設定について検討するが、これはヨーロッパ刑法を古典的な国内刑法と区別するものであり、それは、ヨーロッパ刑法のための法政策的な目標標準と評価基準から導き出されるものである。以上を前提として、第2部では、まず、ヨーロッパ刑法が、その特殊な目標設定を達成しうるためのモデルと体系を分析し、ついで、これらの種々のモデルが、そこから将来の改革のための新たな知見と基盤を得るために、どのようにこれらを完全なものとすることができるか、を探究するものである。

I ヨーロッパ刑法の目標

ヨーロッパ刑法の目標は、安全の保護と自由の保護という古典的な刑法の課題と、原則的には一致する⁽⁴⁾。しかし、それは、これらの一般的な2つの課題に関して、安全の維持の点でも自由の保障の点でも、特殊ヨーロッパ的な個性を持っている。

A 安全の保障に関する特別な目標設定

安全の維持のための刑法の古典的課題に関しては、ヨーロッパ刑法にとって、古典的刑法と比較して、2つの特殊な目標設定が必要となる⁽⁵⁾。第1は、国境を越えた(transnational)効力をもつ刑法により、増大する越境犯罪を防止しかつ訴追することであり(後述1)、第2に、新たに生じたヨーロッパ

(4) 刑法の目的一般については、以下参照、Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl., München 2006, §2 C, S. 16ff. これに対応して、ヨーロッパ刑法との違いについては、Perron, in: *Hettinger* (Hrsg.), *Festschrift für Küper*, Heidelberg 2007, S. 429-441 (436-438)。

(5) ヨーロッパ連合の目的設定としての、「内部的な境界のない、自由、安全および法の空間」ならびに「犯罪の予防と犯罪との戦い」については、リスボン条約の文書(リスボン文書)におけるヨーロッパ連合条約第3条(Art. 3 EUV)参照。

規模の諸機関とヨーロッパ的な価値を保護することである（後述 2）。

1 越境犯罪の訴追

ヨーロッパ刑法の最初の特種ヨーロッパ的な課題は、ヨーロッパの越境犯罪の効果的な訴追である。これは、グローバル化およびとくにヨーロッパ化の進行によってもたらされ、徐々に増大するヨーロッパ経済圏およびヨーロッパ法圏においては、領土的に限定された古典的刑法ではもはやこれに十分に太刀打ちできない。

国境を越えた効力をもつ刑法という目的設定とその要請が根拠としているのは、グローバル化の進行は、単に経済的グローバル化として国民経済に新たな問題を引き起こすというだけでなく、同時に、越境犯罪の増加にも好都合である、ということである。この国境を越える犯罪は、とりわけ、技術的、経済的および政治的变化によってもたらされる。犯罪の分野におけるグローバル化の技術的变化は、世界的規模の情報網を犯罪実行の目的で利用するという点に明らかである。グローバル化の経済的变化は、さらに、新たな経済的越境犯罪の形態に好都合であり、また、人身売買、薬物および武器の取引、国際的な海賊商品または臓器売買のような越境犯罪を扱うグローバルな闇市場にとって好都合である。グローバル化の政治的变化は、さらに進んで、国境を越えた取引に対する障害として、その固有の国境機能を一とくにヨーロッパの内部において一弱体化させている。このようにして、ヨーロッパにおける、国境のない人、物、業務および資本の流通は、それで作り出されたヨーロッパ経済圏の中での新たな越境犯罪の遂行の機会を増やし、禁止された市場での取引を容易にし、国境の内部でそれを取り締まることは、国境の開放前に比べより困難となった⁽⁶⁾。

犯罪領域における、このグローバル化の技術的、経済的および政治的影響は、古典的な国内刑法をますますその領土的限界に閉じこめることになる。こ

(6) 経済的および社会的グローバル化については、以下参照、Beck, World Risk Society, Cambridge 1999; Stiglitz, Die Chancen der Globalisierung, München 2006. 犯罪増加の結果については、以下参照、Sieber, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 119 (2007), S. 1-68 (4ff. m.w.N.). 刑法への影響については、以下参照、Sieber, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, Berlin 2006, S. 80/93.

のような刑法の限界は、国内刑法が領土の主権に基づき、それゆえその訴訟的決定はまずもって国内の領土でのみ効力がある、ということの帰結である。その決定を外国の領土に及ぼすためには、時間のかかる事務手続や司法共助の手続が必要となり、国民国家の国境は、それゆえ、犯罪者ににのみ開かれており、刑事訴追にとっては開かれていないのである⁽⁷⁾。

刑法が、この越境犯罪の新たな挑戦を克服することができるのは、刑法がその領土的適用範囲に制限されるのではなく、刑法自身がグローバルになる場合だけである⁽⁸⁾。それゆえ、安全の維持に関して、ヨーロッパ刑法の最初の特殊目標は、一少なくともヨーロッパ内での一国境を越えて有効な刑法の展開である。それは、犯罪行為が多国間で行われる場合に必要となるだけでなく、事案解明に必要な人物または証拠が、訴追を行う国とは異なる国にいる場合にも必要である。ヨーロッパ刑法の展開にとっての中心的な将来的課題は、それゆえ、一般的に公式化すれば一ヨーロッパの刑法秩序の統合 (Integration) なのである。

2 ヨーロッパ規模の機関とその価値の保護

グローバル化とヨーロッパ化という経済的かつ政治的変化は、越境犯罪の増加と国境を越えて効力をもつ刑法の必要性をもたらしただけでなく、それ以上に、新たな特殊「ヨーロッパ的」な法益をももたらした。すなわち、経済的かつ政治的に結合することとなると、刑法によって保護することが必要となる共通の機関や価値も生じてくる。このことがよく分かるのは、ヨーロッパ連合という緊密な経済的かつ政治的結合体であり、これは制度的かつ社会的に保護する必要のあるものであることが明らかとなっているが、この必要性は理論的には流動的な性質のものである⁽⁹⁾。

(7) Sieber, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, Köln 1998, S. 1-10.

(8) *Delmas-Marty*, *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, S. 241-307; Sieber, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris* (Anm. 7), S. 1-10.

(9) この点については、以下参照, *Bitzilekis/Kaiafa-Gbandi/Symeonidou-Kastanidou*, *Theorie der genuinen europäischen Rechtsgüter*, in: *Schünemann* (Hrsg.), *Gesamtkonzept* (Anm. 3), S. 222-232; *Hefendehl*, *Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?*, ebenda, S. 204-221 (211, 214-218); *Sieber* (Anm. 6), *ZStw* Bd. 119 (2007), S.7; ders., in: *Delmas*

新たに成立したヨーロッパ規模の機関を保護する必要性は、すでに、ヨーロッパ共同体の設立の際に、ヨーロッパ裁判所における偽証の可能性に関して明らかとなっていたが、これがヨーロッパ刑法の最初の形態となった。すなわち、1957年のヨーロッパ裁判所規約第30条によれば、ヨーロッパ裁判所における宣誓した上での偽証は、国内裁判所における同様の偽証と同じ方法で、国内裁判所によって取り扱われる⁽¹⁰⁾。類似の規定が、ヨーロッパ原子力共同体設立条約 (EAGV) 第194条第1項第2文により、ヨーロッパ原子力共同体の枠内における秘密漏洩について設けられた⁽¹¹⁾。古典的な国内刑法は、一外国市民の個人的利益とは異なって一外国の国家利益および国際的な機関の利益には関与しない。それゆえ、とくにヨーロッパ共同体およびヨーロッパ連合の財政的利益とその不可侵性を、詐欺的行為、贈収賄、補助金詐欺、職権濫用、職務違反および職務上の秘密を侵害する行為から保護することについて、超国家的保護の必要性が迅速に認められた⁽¹²⁾。「ギリシャのとうもろこし・スキャンダル」⁽¹³⁾のような個別事案およびこのような超国家的利益を有効に保護するためのヨーロッパ共同体の堅い絆が明らかにしたのは、多くの法秩序がヨーロッパ

- *Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation penale*, Paris 2008, S. 385-417 (389-393). ヨーロッパ法益の保護一般につき、以下参照, Hefendehl, in: Schünemann (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege* (Anm. 3), S. 204-221.

- (10) 関連する司法犯罪については, *Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln 2001, S. 189-191. この場合に、独立の超国家的構成要件一般が問題となるのか、それとも、構成員である国家に、これに対応する国内処罰規範の創設を指示することが問題となるのか、については、以下参照。一方で, *Böse*, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Köln 1996, S. 108, 他方で, *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht* (Anm. 1), S. 87f.
- (11) 概括的に, *Sieber*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) Bd. 103 (1991), S. 957-979 (966).
- (12) *Corpus Juris* の刑法規定における, ヨーロッパ連合の財政的利益の保護のためのこれ以上の構成要件については、以下参照。 *Delmas-Marty/Vervaele*, *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. 1, Antwerpen 2000, S. 61ff. また、諸提案は、ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護のための委員会のグリーンブックのモデルとして、そして、2001年のヨーロッパ検事局の創設にとって有益であった (KOM [2001] 715).
- (13) EuGHE 1989, 2965-Rs. 68/88 (Kommission/Griechische Republik).

的価値を、自国内の利益と同じ方法で保護しているのではない、ということである。その場合、刑事訴追の問題は、立法問題だけでなく、とりわけ実際の刑事訴追の場面でも存在した。しばしば、刑事訴追は、ヨーロッパ共同体の財政的利益に対する複雑な犯罪について挫折したが、それは、国内の刑事訴追機関は、ヨーロッパ共同体詐欺という複雑かつ外国が関与した解明困難な事件を適切に訴追するための、時間、資金および専門知識を有していなかったからである。場合により、国家利益と衝突することもある。補助金手続において、自国の行政職員の犯罪行為が問題となる場合、あるいは、委託手続の欠如により、ヨーロッパ共同体が、不法に支払われた補助金で国家財政を（いわゆる口座精算手続において）苦しめる場合などである⁽¹⁴⁾。

ヨーロッパ規模での似たような保護の必要性が認められるのは、ヨーロッパ共同体の共通基盤に関するものであり、これを保護することは統一的にのみ可能なのである。ヨーロッパ連合では、これはすでにヨーロッパの自由競争をカルテルから保護する点ではやくも見られ、ヨーロッパ共同体条約第87条（旧条文）（新条文第83条）を基にして、行政罰の体系である1962年の施行規則第17号⁽¹⁵⁾により、規制された。また、これと並んで、共通のヨーロッパ通貨制度とこれに対応した現金によらない支払いシステムも、偽造に対する刑法的保護を一ヨーロッパ化された国内刑法によって一保持してきた。さらに、環境保護および著作権保護もこれに加わる⁽¹⁶⁾。ヨーロッパ連合では、また世界的規模でもそうであるが、これと並んで、ヨーロッパ的またはグローバルな共通価値の統一的な刑法的保護の必要性が加わる。例えば、経済取引における相場詐欺、インサイダー取引、買収と汚職などである⁽¹⁷⁾。グローバルに見ると、とくに国際刑法における共通の人権的価値の保護に対する要求が明らかである。その際、これらの価値を国際的に承認し、その調和のとれた刑法的保護をなす

(14) これらのヨーロッパ補助金法における犯罪学的原因については、すでに以下がある。Sieber, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStrafR) 114 (1996), S. 357-395 (383)。

(15) Kartellverfahrensverordnung 1/2003 vom 16. Dezember 2002, Abl. 2004, L 1, 1によって代替された。

(16) 保護の現状については、Wahl, eucrim 2007, Heft 1/2, S. 8-9 und S. 25-26。

(17) 私的な研究グループである「ヨーロッパにおける刑法の統一化」が展開した「ヨーロッパ犯罪 (Europadelikten)」については、以下参照。Tiedemann (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Köln 2002, S. 199 ff.

ことは、同時に、これに対応する越境犯罪を防止し、これを訴追することになる。国家的法益の国境を越えた保護から、一致して認められた共通の法益を統一的に保護することを承認しうるかどうかは、それゆえ、流動的である⁽¹⁸⁾。

この新たなヨーロッパ規模の機関および共同体的価値に対する攻撃は、しばしば、国境を越える行為によってなされるが、その一部は構成国の領域に限定されている。例えば、ヨーロッパ的財政利益にとって不利益な詐欺的行為が、多くの場合、構成国の領土に集中しているような場合である。したがって、ヨーロッパ規模の機関および価値に対する犯罪は、一個々の国家領域内だけで行われた場合でも一単に行為の場所の関係だけでなく、とりわけ多数のヨーロッパ諸国の共通の基盤に関する場合には、これらの行為によって攻撃されたヨーロッパ規模の法益またはその担い手との関係においても、「越境的」それゆえ「ヨーロッパ的」なのである。それゆえ、ヨーロッパ的制度および共通価値に対する攻撃は、個々の国家領域内に限定された犯罪行為であっても、構成国が一「ギリシャのトウモロコシ・スキヤンダル」におけるようにヨーロッパ的法益を十分に保護しない場合には、特殊「越境的」または超国家的なヨーロッパ的保護の必要性をもたらすのである。個々の「欠陥のある国家 (failed states)」が、例えばテロリズムの分野で国際社会を脅かす場合と同様に、ヨーロッパ的利益の保護について欠けるところがあるヨーロッパの構成国が、共同体全体にとって問題となることがありうる。この場合、共同体は、その特殊な法益と利益が、ある構成国で十分に保護されていないということを黙認することはできない。それゆえ、ヨーロッパ刑法は、この新たに成立したヨーロッパ規模の機関と価値を、単に国境を越えた攻撃形態から保護するだけでなく、国家領域内の行為からも保護しなければならないのである。

このようにして、ヨーロッパ規模の機関と価値の保護は、とくに実体法において、そしてまた訴訟法においても、越境犯罪の防止のためのヨーロッパ刑法にこれまでとは違ったそしてこれまで以上のものを要求することになる。この場合、刑法上の決定が、他国の領域にまで及ぶことが問題なのではなく、あるいはそれだけが問題となるのではなく、とりわけ「ヨーロッパ的」または「共通の」法益の実質的な承認こそが問題なのであり、また、この法益を相異なる法秩序の中で効果的に（または、これに対応する国内的法益と同じに）保護す

(18) この点については、Sieber, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale* (Anm. 9), S. 389-392.

るという手続の展開こそが問題なのである。もちろん、刑法の最終手段性(ultima-ratio)機能との関係で、および、ヨーロッパの補完性原理(Subsidiaritätsprinzip)との関係で、共通に承認された価値が、とくに刑法によって、どの範囲で保護されなければならないか、そしてとくに超国家的刑法によって保護されなければならないか、が問題となる。

ヨーロッパ規模の機関と価値の保護は、安全の維持におけるヨーロッパ刑法の第2の一越境犯罪の訴追とは区別される一特殊な目標である。新たなヨーロッパ的法益とその担い手の分野における保護利益は、越境犯罪の効果的な訴追への利益と区別されるが、例えばヨーロッパ検察庁という形態の場合にこの区別が意味をもつ。つまり、ヨーロッパ検察庁の地位と任務は、この相互に区別される双方の目標設定とそれに対応する犯罪との関係で、それぞれの場合に応じて考えられなければならない。

B 自由の保障における特別な目標設定

越境犯罪の訴追とヨーロッパ的価値の保護という、上述の2つの目標設定は、ヨーロッパ刑法による安全の保障の場面だけでなく、その第2の古典的課題の場面でも、新たな課題をもたらす。すなわち、刑法からの市民の自由保護である。自由権およびその他の人権の保護は、ヨーロッパ人権条約およびその他の多数のヨーロッパ会議の諸機構の中心的関心事であるというだけでない。それは、また一刑法による規制領域の内外を問わず一、ヨーロッパ連合の法の一般的目標であり、とくにその基本権憲章である⁽¹⁹⁾。ヨーロッパ刑法に対する批判は、しばしば、多くのヨーロッパの刑法秩序が、人権と法治国家において大きな発展をとげたことを、ヨーロッパ会議とヨーロッパ連合の法に負っていることを、見逃している⁽²⁰⁾。

(19) 上述の、ヨーロッパ連合の目標設定としての「自由、安全および法の空間」については、ヨーロッパ連合条約リスボン文書第3条参照。2000年12月7日/2007年12月12日のヨーロッパ連合基本権憲章における自由権の一般的承認および連合法の一般的原則としての「人権および基本的自由権の保護のためのヨーロッパ条約において保障され、構成国に共通する憲法上の伝統から生ずる基本権」については、ヨーロッパ連合条約リスボン文書第6条参照。

(20) これは、東欧諸国のヨーロッパ会議への受け入れおよび新たな構成国のヨーロッパ連合への参加との関係で、これらの諸国が共同体法上の諸規範(Acquis)を引き継がなければならなかったという点に当てはまるだけではない。それだけでなく、ヨーロッパ人権裁判所およびヨーロッパ裁判所の多くの決定

ヨーロッパ法において古典的な自由保護の目標設定を顧慮することが、ヨーロッパ刑法の展開にとって、とりわけ重要な意味をもつのは、次の理由からである。すなわち、国境を越えた効力を持つ刑法の創設は、単に自由権にとって新たな危険をもたらすというだけでなく、ヨーロッパ刑法の民主主義的正統性 (Legitimation)、その予測可能性およびその補完性にとっての新たな危険、ならびに構成国の国家主権 (Souveränität) にとっての新たな危険をもたらすからである。このような危険は、上述のヨーロッパ刑法の特殊な目標設定としての安全の利益と同様に顧慮されなければならないのである。このことは、個人の自由権との関係でも (後述 1.)、制度的保障の関係でも (後述 2.) 妥当する。

1 個人の自由権の保護

ヨーロッパ刑法の展開において、関係する個人の自由権を保護する中核的かつ特殊な必要性がとくに生ずるのは、国境を越えた法執行システムの創設において、相異なる国法秩序の併存が、しばしば、外国法を適用することとなり、そこでは、市民が、より厳しい外国法にさらされ、さらにそれ以上に複数の法秩序の適用を要求されることがありうるからである。

a) 外国法の適用による権利侵害

国内刑法システムの協働において、関係者を保護する特別の必要性は、まず、外国法を適用する場合に、相異なる国内法システムが、実体法において違いのある刑罰規定があり、訴訟法において違いのある自由保護基準があり、そして刑の執行において違いのある条件でなされていることに基づいている。例えば、ある被疑者が、一ヨーロッパ的な身柄拘束命令の手続において古典的な犯罪人引渡し手続または判決の相互承認手続の場合に一その者の知らない法秩序で訴追された場合 (とくに、外国に引き渡された場合)、その者の法的地位が著しく悪化し、とくにその自由権が悪化する可能性がある。

が、ヨーロッパ会議およびヨーロッパ連合の古くからの構成国および新たな構成国にとって、ヨーロッパの人権保護が持続的な意義をもつものであることを明らかにしている。その実際の例が、国際連合安全保障理事会の下した「賢い制裁 (smart sanctions)」(特定の団体・個人を対象を絞った制裁 [訳者注]) に対するヨーロッパ裁判所の最近の決定である。EuGH C-402-05 und C-415-05 v. 3. sept. 2008, insb. No. 158-376. この決定は、ことに、手続の中で表明された古い構成国政府の法律見解に異議を唱えている。

異なる法秩序が適用されることで、被疑者の法的地位が悪化する可能性は、単に、その異なる法秩序におけるより厳しい実体法、より弱体な刑事訴訟上の保護制度あるいはより劣悪な行刑事情に基づくだけではない。それは、関係者が、異なる言語での審理に臨まざるをえないこと、遠く離れた場所で収容されるいは審理を受けること、さらに、異国の（実体法上のそして訴訟法上の）規則や慣習をよく知らないこと、にもよるのである。とくに、裁判が、汚職の蔓延した法秩序でなされる場合には、問題は深刻である。

似た問題は、確かに被疑者は自分の国の法制度で訴追はされるけれども、一司法共助の場合に見られるように一個々の証拠が外国の法秩序を基に提出される場合に生じる。古典的な例は、例えば、弁護人に、自国の法秩序とは異なり、尋問への立会権がないという状況である。また、一例えば、ヨーロッパで広く認められている刑事訴追資料の利用可能性の原則に従えばデータ保護のレベルの高い法秩序からの情報が、そのレベルの低い法秩序へと引き渡され、そこからさらに第3国へと渡るような場合にも、法的質の低下という問題は生じうる。それゆえ、ごく一般的にいえば、一国境を越える刑法にとって典型的な一外国刑法の適用可能性は、関係者の法的地位に深刻な影響を及ぼす可能性があり、それゆえに、ヨーロッパ刑法の体系に内在する特殊な問題は、とりわけ法秩序間に保護レベルの違いがある場合に明らかとなる。

このようにして、さらに問題となるのは、ある法秩序にとっての法律違反について、2つの刑法システムの協働が問題となる場合に、この違反行為が異なる法秩序においてどの程度の法律効果をもたらすのか、そして双方の法秩序で業務を分担する場合に、どの程度裁判上で再審査をすることができるのか、である。この相異なる国内司法機関の業務分担という問題は、一とりわけ裁判の相互承認に基づく手続の枠内で一犯罪人引渡手続、犯罪人移送手続または司法共助手続において、被要請国において、要請国でなされた法律違反を非難する場合に、顕在化する。

市民の自由権のための国境を越えた協働という問題は、相異なる法制度を適用する場合があることを前提にして、捜査機関が、外国の領土における警察の新たな協働形態の枠内で、始原国の統治権を行使する場合にも、生じる。このような外国領土での統治権力の行使を可能としているのは、ヨーロッパでの、隣接する国家間における警察の相互的共同業務に関する条約、シェンゲン条約、その他の司法共助条約ならびに様々な共同捜査グループに関する規則である。関係する市民にとってここで問題となるのは、その者は、外国の捜査官と

対峙し、ドイツで行われた侵害行為に対する法的保護を、ドイツの裁判所ではなく、外国の裁判所で求めざるをえない、ということである⁽²¹⁾。

b) 複数の管轄権による法的侵害

ヨーロッパ規模の刑事訴追が、個人の権利保護に特殊な危険を及ぼす理由は、さらに次の点にもある。すなわち、それぞれ効力を有する相異なる国内法秩序が（場合により、超国家的法秩序も）—とりわけ国境を越える犯罪の場合に一相互に重複する適用領域をもつ、という点である。これによって多数の刑事訴追システムの競合がありうることとなり、とくに多くの法秩序が適用される領域での国境を越える犯罪の場合に、被疑者に余分の負担を課す重複手続をもたらすことがありうる。例えば、ドイツの企業に対する産業スパイが、その重要部分はフランスで行ったが、個々の部分的行為はイタリアで行ったという場合、被疑者に対しては、フランス、イタリアまたはドイツの刑事手続が適用されることがありうる。それゆえ、このような複数管轄は、「紛争漁り（forum shopping）」を避けるために—むろん効率性の観点も考えつつ—回避されなければならないが、それは、管轄、その優先順序およびその競合に関する明確な規則ならびに二重処罰（一事不再理）の禁止による1つの「ヨーロッパ的」な刑法においてなされなければならない。また、このような事例について、ヨーロッパ刑法では、古典的な国内刑法の問題解決を超える保護の仕組みが展開されなければならない。このことは、同様に、超国家的刑法によってさらに追加される複数管轄についても、当てはまることである。

適用される法の違いによる被疑者の法的地位の悪化という上述の可能性は、管轄規定に関していえば、これらの規定は、関係者の法的地位にとって、単一の法システムにおける管轄規範におけるよりも、はるかにより強烈的な侵害をもたらす性質をもったものとなるのである。それゆえ、ヨーロッパ刑法を展開する場合には、それに対応する手続法的な安全策を講じておくべきである⁽²²⁾。

管轄に関する実体的規則および管轄問題の解決のための訴訟手続は、むろん単に被疑者の保護のためだけでなく、効果的な刑事訴追の利益の点でも必要なことである。というのは、ヨーロッパ刑法の実務において一例えば、複雑な国際的詐欺事件において一、複数管轄が存在するにもかかわらず、そもそも事件を引き受ける検察庁がないこともしばしばだからである。それゆえ、適切な管轄規則は、効果的な刑

(21) この点については、後述 II. A. 1. a. dd. 参照。

(22) この点についても、後述注86参照。

事訴追にとっても重要である。なぜなら、ある構成国での不十分な刑事訴追が、一定の終局裁判の場合には、他の全てのヨーロッパの法秩序において一事不再理による訴追禁止となる可能性があるからである。それゆえ、複数管轄は、訴追当局によって「紛争漁り」に濫用されるというだけでなく、一とくに手続中止の場合に一被疑者によって「一事不再理漁り (ne bis in idem-shopping)」をももたらすおそれがある。それゆえ、ヨーロッパ刑法は、安全と自由の利益において、国内刑法秩序の適用可能性について十分な連携を保つとともに、適切な上訴手続を伴う明確な管轄規定をもたなければならない。

2 民主主義原理とその他の価値の保障

ヨーロッパ刑法の展開における特別な問題は、さらに、国境を越える刑法およびとくに超国家的刑法を展開する場合に危険にさらされる自由保障の原理を維持することである。これは、とりわけ、ヨーロッパ刑法の民主主義的正統性、法的安定性の保障ならびに補完性と国家主権の確保についていえることである⁽²³⁾。

a) 民主主義的正統性

国境を越えて効力をもつ刑法が、民主主義的正統性、現存する手続、制度および規則の透明性とその統制方法に及ばず特殊な危険性は、すでに、警察および司法の共同業務において、透明性の少なさとその作業体、共通捜査グループ（連合捜査チーム (joint investigation teams)）およびその他のネットワークにおける統制の欠如として存在している⁽²⁴⁾。国際的制度（ユーロポール、EPCTF (European Police Chiefs Task Force : EU 諸国の法執行機関の長による情報交換および相互協力などを促進するために、EU によって設立された機関 [訳者注])、ユーロジャスト、SitCen (Joint Situation Centre : 一般的な国際問題や大量破壊兵器などの安全対策問題をチェックするために EU により設立され、ユーロポール、ユーロジャスト、構成国の情報・治安機関の要員からなる現状分析センター [訳者注]) のような) において、法的コントロールが、部分的には司法によってではなく、特殊な監視委員会によって行われているという点にも、問題がある。

国際的制度は、国民国家のように民主主義的に構成されておらず、往々にし

(23) ヨーロッパ連合における代表民主制の原則については、後述 II. C. 3、補完性原理については、後述 II. C. 2。

(24) Sieber (Anm. 6), ZStW Bd. 119 (2007), S. 33. 共通捜査グループについては、とくに後述 II. B. 2. e). 参照。

て政府の代表者によって動かされているので、とくに超国家的活動においても民主主義的正統性と統制方法における欠陥が生じ、制裁規範や侵害性の強い刑事訴訟規則が作られ、または、国民国家に対してそのような規範を無視するように強制的な指示を出すような事態も生ずる⁽²⁵⁾。刑事訴訟における統一的な最低基準のためのヨーロッパ枠組み決定⁽²⁶⁾の挫折は、民主主義の欠損をもたらす危険性を明らかにした。つまり、ヨーロッパ統一の過程は、執行機関の役割を余りに強くし一協働のメカニズムを展開する場合も、また、超国家的規則を展開する場合も同じであるが一、共通分母が限りなく小さくなって、自由の保護が低下することになりうるのである。例えば、司法の分野で、刑事訴追の調和をもたらすためのヨーロッパ規模の機関は創設されたが、被疑者の国境を越えた弁護に関する制度は作られなかった点にも見られる⁽²⁷⁾。国境を越える協働ならびに超国家的制度の創設は、さらに、上述の侵害一般が法律的に規律されず、法律のない空間で実施されるという危険を増大させるのである。このことがとくに当てはまるのは、一国際的な管轄協定におけるように一国際的協働のための特定の処分が、自由権への侵害となることが判別されないような事例においてである。

このような、超国家的制度および国際的な協働形態における正統性の構造的な問題に直面して、国境を越える刑法の中核的目標は、それゆえ、刑法の自由保障機能を考慮して、民主主義的正統性および効果的なコントロール構造を作ることにあるといわなければならない。この正統性の要求がとくに妥当するのは、実体刑法の領域である。なぜなら、刑法は、その社会倫理的非難と自由刑をもって、市民の自由権を集中的に侵害するからである。それゆえ、ヨーロッパ刑法は、合法性原理を考慮し、民主主義的正統性およびその規則制定の際における権力の分割を保障するメカニズムを必要とするのである⁽²⁸⁾。

b) 法的安定性

実体刑法の法定原則は、市民にとって、いかなる態度が可罰的であるかを予

(25) Sieber, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation penale* (Anm. 9), S. 407-413).

(26) ヨーロッパ連合内部での刑事手続における一定の手続法に関する枠組み決定の提案, KMO (2004) 328 endg. 参照。

(27) *Arnold*, *Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht* (HRRS) 2008, S. 10-23 (12ff).

(28) この点についての詳細は、後述 II. C. 3. 参照。

測することができるという目標にとって有益である。ヨーロッパ刑法においては、相互に異なる刑法秩序が併存するために、この予測可能性が危険にさらされる。とくに、ヨーロッパ市民が、国境を越える活動を行った場合には、同時に施行されているヨーロッパの27の刑法秩序に直面することとなるような場合が、そうである。とくに、刑法上禁止される分野が、領域的に別々の空間で異なる場合だけでなく、刑罰の適用権限の順序が異なるために、一連の相異なる法秩序が同時的に妥当する場合(例えば、属地主義(Territorialitätsprinzip)、属人主義(Personalitätsprinzip)および普遍主義(Universalitätsprinzip)に基づいて)においても、必要とされる法的安定性はもはや保障されないことになる⁽²⁹⁾。類似の問題は、被疑者が、自己を弁護する場合に、他国の法秩序に直面する場合にも、生ずる⁽³⁰⁾。それゆえ、ヨーロッパ刑法は、一とくに、経済刑法およびインターネット刑法(Internetstrafrecht)において一刑罰の適用権限に関する明確な規則により、そして、可能なかぎり類似した禁止領域により、さらに、必要な場合には、法的安定性と予測可能性を実現するために、始原国主義(Herkunftslandprinzip)を承認することにより、このような特殊ヨーロッパ的問題に関して配慮しなければならない。

c) 補完性と主権

ヨーロッパ刑法の超国家的基盤を整える場合にさらに関係してくるのは、補完性原理であり、これは、単に自由の保護機能を果たすだけでなく、新たな解決と代替措置を実験するチャンスを提供するものである。補完性原理の背後には、国家主権の保持と刑法の地域的な(例えば、文化的な)個性の維持というさらなる視点がある⁽³¹⁾。その点でも、ヨーロッパ刑法を展開する場合には、国内刑法では問題とならない特殊な目標設定について考慮しなければならない。

(29) ヨーロッパの国内刑法秩序の差異は、さらに、一通説によれば否定されるべき一連邦システムにおける平等原則の妥当性に関する問題ならびに公正(Gerechtigkeit)に関する問題を提起する。この点については、Sieber (Anm. 11), ZStW Bd. 103 (1991), S. 975. 参照。

(30) この点については、Gaede, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 115 (2003), S. 845-879 (863ff.) 参照。

(31) この超個人的な価値にとっての危険性については、すでに、Sieber (Anm. 11), ZStW Bd. 103 (1991), S. 974-975 参照。補完性原理の詳細については、後述II. C. 2 参照。

C 小 括

以上の分析は、「ヨーロッパ」刑法は、古典的な純国内刑法に対して、特殊な目標と「独自性 (propria)」をもつとの仮説を確認するものである。すなわち、この特別な目標は、特殊なヨーロッパ的安全の利益に当てはまり（とくに、国境を越えて効力をもち、ヨーロッパ規模の機関とヨーロッパ的価値を保護する刑法の利益がそうである）、また、自由権およびその他の価値を保護する利益についても当てはまる（とくに、外国法の適用と複数の手続による個人の権利が危殆化する場合に認められる利益、ならびに、民主主義的・法治国家的な基本的価値および法的安定性と補完性の原理を保持する場合に認められる利益がそうである）。

このようなヨーロッパ刑法の特殊な要請とそれに伴う判断基準の問題は、安全と自由の保護について、一般的刑法の古典的な課題設定を凌駕するものである。これらの新たなヨーロッパ的要請は、その量も多く、多様であることから、安全の利益および自由の利益について特殊な比較衡量を必要とし、このようにしてヨーロッパ刑法を構築するには、特別なことが要求されるのである。以下において、国境を越えて効力をもち、新たなヨーロッパ的安全の利益、個人の自由権さらにその他の価値を保護する「ヨーロッパ」刑法の目標設定に立ち入るに当たって問題となるのは、それゆえ、安全、自由および価値の保護に関する特殊な目標を考慮し、適切な比較衡量をなすような刑法を構築することである。

ヨーロッパ刑法の目標は、それによって明確に規定される。それは、ヨーロッパ刑法の法分野の建築計画を作り、例えば、（とくに、補完性原理との関係で）何時その基礎付けがなされるべきであり、国内刑法を超えるヨーロッパ刑法がそもそも必要かどうか、そして、なぜそれが必要であるのかの問題について、決定的に重要となるのである。安全と自由の保持について、ここで総括したヨーロッパ刑法の特別な目標設定は、ヨーロッパ刑法の様々なモデル、体系そして個々の規則を、法的かつ法政策的に評価する場合の重要な視点を提供するのである。

II ヨーロッパ刑法のモデルと体系

上に述べた目標は、ヨーロッパ刑法の個々の規則を評価する場合に、直接援

用することができるかもしれない。しかし、このような個々の要素を相互に関係なく評価することは、この法分野を体系化しようとするためにも、またその多くの規則の相互関係を正しく評価することにもならないであろう。それゆえ、個々の要素を、それと必然的に結びついた規則やその体系全体を考慮することなく評価することは適切ではない。これらの個々の要素の多くは、一定のモデルの枠内においてのみ存立しうるものであり、そのモデルとの関係全体においてのみ評価できるものだからである。また、法政策的な選択を体系的に分析することは、モデルと体系の構築に基づいてのみ可能なのである。

それゆえ、以下の論述は、ヨーロッパ刑法の目標を規定することにより、ヨーロッパ刑法の構築のために、種々のモデルと体系を分析するものである。その場合、モデルは、まず最初の節で、その理念型 (Idealtyps) とそれによって形成される体系という形で論述される (後述 A)。それに続く節 (B と C) では、これらのモデルを、はじめに規定した目標の観点から評価し、モデルの理念型が、どの程度一とくに、混合形態の構築により一現実化されうるか、を検討する。このような体系の分析と (修正された) モデルの分析から、将来のヨーロッパ刑法の基盤が明らかとなる。

A モデル構築と体系構築

1 国境を越える刑法のモデル

ヨーロッパ刑法の種々のモデルを体系化することは、国境を越えた効力をもつ刑法の展開という観点から行うことが最も好都合である。このような国境を越えて効力をもつ刑法という構成にとって、2つのモデルの理念型を確認することができる。すなわち、「協働モデル (Kooperationsmodelle)」と「超国家的モデル (supranationale Modelle)」である⁽³²⁾。

a) 協働モデル

刑事事件における国家的共同業務の国際的協働モデルの特色は、純国内的の刑法体系、および、ある国の刑法体系による裁判が他国の刑法体系において効果をもつとするその他の規則、によってもたらされる。協働モデルの類型には

(32) 種々の刑法体系の間でのありうる協働のモデルについては、Sieber, *Juristenzeitung* (JZ) 1997, S. 369-381, および、以下に含まれた多数の論文参照。*Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.), *Hacia la unificación del derecho penal*, Mexiko 2006.

種々のものがある。

aa) 古典的な職務共助と司法共助

国内的協働モデルの基本型は、古典的職務共助と司法共助であり、これは、ヨーロッパ会議が導入したものであるが、国家主権の原理に基づいており、長い間、この主権の利益を保持するために、国家間の共同業務を制限してきたものである⁽³³⁾。この古典的な職務共助および司法共助という協働モデルは、手続的には、要請国からの申請を前提とし、この申請が被要請国によって承認されることが必要である。この承認が拒否されたり、要求のあった援助が制限されたりする場合が生じうる。例えば、前提となる犯罪について双罰性が欠如していたり、または、被要請国の公序 (ordre public) に反するおそれがあるような場合である。この場合、拒否の理由は、(双務的なまたは多面的な) 職務および司法協定の相違からであったり、申請のあった援助の種類についての協定内容からであったり、様々である (例えば、犯罪者の引渡しに関して、または、証拠手段の獲得に関して)。

bb) 司法上の決定に関する相互承認

協働モデルを発展させたのは、一ヨーロッパ連合で尊重されている一司法上の決定に関する相互承認システムである。これは、ヨーロッパ裁判所検事総長コルメール (*Dámaso Ruiz-Jaribo Colmer*) が、司法共助の「コペルニクスの転回」と呼んだものである⁽³⁴⁾。これにより、一ヨーロッパの刑法秩序間において期待される相互信頼を基礎として一、一定の国内決定が、原則として、外国の法秩序においても承認されることとなった。それは、その決定が、外国の法秩序において同じ形式で規定されず、または、同じ内容ではない場合であっても、承認するということである。この原理は、現に存在しそして計画されている様々なヨーロッパ連合枠組み決定の基盤であり、とくにヨーロッパ身柄拘束命令 (*Europäischer Haftbefehl*) に関する決定、罰金および過料の承認に関する決定ならびにヨーロッパ証拠提出命令 (*Europäische Beweis-*

(33) このような制約の多くは、もともと共同する国家の利益に奉仕したのであるが、その後次第に人権に関する職務においても見られるようになった。以下参照。Lagodny, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 4. Aufl., München 2006, Hauptteil I, 7. Teil, §73, Rn. 2ff. (S. 335ff.).

(34) Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad*, Rz. 41.

anordnung) に関する決定の基盤である⁽³⁵⁾。他方、ヨーロッパ連合においては、他国の法秩序に存在する特定の刑事手続情報に関する「処分可能性 (Verfügbarkeit)」の原理により補充される必要がある。これは、古典的職務共助および司法共助をさらに根本的に変更することになる⁽³⁶⁾。決定の相互承認および刑事訴追情報の処分可能性という新たなヨーロッパ・モデルは、確かに、古典的職務・司法共助モデルと同じく、申請・承認手続を基礎としている。しかし、これは、古典的な国家間職務・司法共助における拒否事由を縮減している。さらに、例えば、関係官庁間の直接交渉により、および/または、短期間の処理期限の設定により、手続を簡易化しかつ迅速化している。デンマーク、フィンランド、アイスランド、ノルウェーおよびスエーデンの緊密な刑法上の共同業務は以前より存在していたが、さらに進められることとなり、これらの国家によって現在展開されている「北欧身柄拘束命令 (Nordische Haftbefehl)」は、一般的に、二重処罰の要件と法律上の最低刑罰枠を放棄することとした⁽³⁷⁾。決定の相互承認に関する類似のモデルは、(ベルギーまたはアメ

(35) ヨーロッパ身柄拘束命令に関しては, Rahmenbeschluss des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten 2002/584/JI vom 13. 6. 2002, ABI. L 190 v. 18. 7. 2002, S. 1 参照。さらに, eucrim 2006, Heft 1/2, および *Gorski/Hofmanski*, The European Arrest Warrent and Its Implementation in the Member States of the European Union, Warschau 2008 参照。ヨーロッパ証拠提出命令に関しては, Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangen von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABI. L 350 v. 30. 12. 2008, S. 72 ならびに *Vervaele* (Hrsg.), European Evidence Warrent, Antwerpen 2005所収の諸論文参照。罰金および過料の承認に関しては, Rahmenbeschluss 2005/214/JAI des Rates vom 24. 2. 2005, ABI. L 76, 16, über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen ならびに *Jordan* (Red.), 44. Deutscher Verkehrsgerichtstag, Hamburg 2006所収の諸論文参照。

(36) 以下参照。Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über den Austausch von Information nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit, KOM (2005) 490 endg. V. 12. 10. 2005. この点については, 以下参照。 *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, Bonn 2007.

(37) Übereinkommen zur Übergabe zwischen den nordischen Ländern wegen

リカ合衆国のような) 連邦制国家または地方分権的国家にも見られる。

cc) 決定の直接的適用

協働モデルの第3の類型は、さらに、留保および拒否の事由を放棄するだけでなく、ある法秩序による決定を他国の法秩序で直接的に執行することを許容することで、申請・承認の手続をも放棄している。この直接的適用モデルは、承認手続として全ての留保事項の審査を放棄するのであるから、決定の相互承認の原理として、協働する国家間のさらに強力な信頼を必要とする。それゆえ、そこで行われているのは、法制度の国家間 (zwischenstaatlich) の共同業務ではなく、国内的 (innerstaatlich) な共同業務なのである。連邦制においてこの直接的適用モデルを見せているのは、スイスにおける州の協働である。そこでは、全土について同じ実体法が施行されているが、州の訴訟法は各別である。州の捜査当局は、他の州での捜査を、司法共助の方法で実施することができるだけでなく、他の州において、彼ら自身の(「持参してきた」)訴訟法に基づいて捜査をすることができる。その際、彼らは、受入側の州の刑事訴訟法では可能ではない法律行為も行うことができる。「受け入れ」州は、そのような捜査について承認するのではなく、ただ報告を受けるだけなのである⁽³⁸⁾。

決定の直接的適用モデルは、これに対応する相互信頼がある場合には、相異なる実体法および訴訟法をもつ国家間または国家の一部の間の協働にも適用することができる。すなわち、連合王国は、1994年の刑事司法と公共秩序法 (Criminal Justice and Public Order Act) により、相互承認の原理から直接的適用の原理へと、歴史的な移行を行った。イギリス (ウェールズを含む)、スコットランドおよび北アイルランドの間の協働は、証人および被疑者の召喚、捜索命令および身柄拘束命令について、原則的に、申請を受けた領土の裁判所による「是認 (endorsement)」を要求したのである。当該裁判所は、その決定を受け入れ、署名しなければならない。しかし、「境界州 (border counties)」の警察には、すでに特別な規

Straftaten (Nordischer Haftbefehl) vom 15. 12. 2005. これについては、すでに国内法の草案がある。以下参照。デンマークについては、Gesetzentwurf L. 72 2006-07. ノルウェーについては、Forslag til lov om pågripelse og overlevering mellom de nordiske stater på grunn av straffbare forhold (lov om nordisk arrestordre), høringsnotar vom 12. 9. 2006.

(38) Konkordat über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen vom 5. November 1992 (この協定には全ての州が加盟している。)

則により、身柄拘束の境界外における直接実行を許容していた。1994年の刑事司法と公共秩序法は、この手続を簡易化し、基本的に、連合王国のある地域から発せられた拘束命令は、他の全ての地域の承認手続なくして、執行可能となったのである。その場合、その執行は、身柄拘束命令を発した管轄の警察職員が行うことも、身柄拘束場所の管轄警察職員が行うことも、いずれも可能である。「簡易逮捕(summary arrest)」（すなわち、身柄拘束命令なくして人を拘束する警察権限）の分野では、例えば、イギリスの警察職員が、スコットランドにおいて、イギリスで犯された行為について、イギリスの法を根拠としうるだけでなく、スコットランドで犯された行為について、スコットランド法を根拠とすることもできる⁽³⁹⁾。

dd) 統治権の国境を越えた外国領土での行使

上述の、スイスおよび連合王国の例は、国民国家の協働に関するさらなるモデルを明らかにする。一連の司法活動および警察活動が、外国の領土で実行されるのは、ある国の司法システムの決定が他国の司法システムにおける制度によって執行されるということによる場合だけではない。ある法システムの決定および捜査活動は、次のような場合にも、国境を越えて及びうる。ある法システムの代理人に権限が与えられ、他国の領土での捜査活動および訴追活動を自ら実施し、そこから得られた捜査結果を「持ち帰る」こともできる。捜査機関が国家間の共同業務を行う場合、決定の直接的適用モデルは、これによって、当初の統治権を国境を越えた外国領土で行使するモデルへと発展することがありうる。

このような試みは、ヨーロッパでは、とくに警察法で見られ、捜査官は、彼らの法秩序に由来する個別の決定または必要な行為を、外国国家で自ら実施することができる。このような統治権の国境を越えた「緩やかな」行使の例は、ヨーロッパ司法共助条約の第2付属文書(2. Zusatzprotokoll zur Europäischen Rechtshilfe-konvention)、シェンゲン条約(Schengener Übereinkommen)ならびに上述の隣接したヨーロッパ諸国間の警察協定に見られる。シェンゲン条約は、警察に、一定の条件の下で、国境を越えた監視と追跡を許容している⁽⁴⁰⁾。隣接国家間の国境を越えた双務的共同業務では、さらに、秘密捜査、監視付き引き渡し、共同パト

(39) 参照。Sec 135-140 Criminal Justice and Public Order Act 1994。旧法については、以下参照。Summary Jurisdiction (Process) Act 1881; Petty Sessions (Ireland) Act 1851。

(40) シェンゲンの成果、とくに警察の情報交換および国境を越える監視については、以下参照。Art. 39, 40 SDÜ (ABI. Nr. L239 v. 22. Sept. 2000)。

ールならびに取締グループ、監視グループそして捜査グループも追加され、ここでは捜査官が外国で「始原国の (originär)」統治権を行使している。この場合、もちろん、外国で行動する警察官は、外国領土で、その権限を元のままの形態で展開するのではない。出動した地域の法に拘束され、その場所を管轄する警察部隊の指示に従うのである。外国で行動する警察官が、国家免除 (Staatenimmunität) の原則を引き合いに出すことができるのに対して、一とくに警察の双務的な共同業務の場合に一該当する市民のために、外国の公務員の行為に対する法的保護の問題も、外国の裁判所で取り扱われることになる⁽⁴¹⁾。

始原国の統治権を国境を越えて外国領土で行使するという協働モデルは、共同捜査グループ (joint investigation teams) の基礎にもある。これは、ヨーロッパ法、司法共助協定および国内法に規定されている⁽⁴²⁾。彼らは、その都度場所的に適用される法に基づき活動し、派遣があるごとに捜査が行われる領土の国の代理人が指揮をとる。その国は、グループの外国構成員に、自国の領土における追加的統治権限を授与することができる。共同捜査グループが獲得した情報は、共同捜査グループの目標のために一ならびに一定の条件の下で他の目的のためにも一利用可能

(41) 一般的司法共助条約については、例えば、以下参照。Art. 17 Second Additional Protocol to the European Convention on mutual assistance in criminal matters of 8. 11. 2001. 警察の双務的共同業務については、例えば、以下参照。Der deutsch-schweizerischen Polizeivertrag v. 27. 4. 1999, BGBl. 2001 II S. 946; 2002 II S. 608 und *Eisel*, Kriminalistik 2000, 706-710. 上記 I. B. 1. a で挙げた国家の免責特権の問題および派遣国の裁判所における法的保護については、以下参照。Cremer, ZaöRV 2000, 103-149 (insb. S. 122ff. und S. 138).

(42) ヨーロッパ会議の司法共助については、以下参照。Art. 20 Zweites Zusatzabkommen zum Europäischen Übereinkommen über Rechtshilfe in strafsachen v. 8. 11. 2001, Sammlung der Europaratsverträge (SEV) Bd. 182. ヨーロッパ会議については、以下参照。Art. 30 Abs. 2 lit. A EUV; Art. 13 EU-RhÜbk, ABl. nr. C 197/1 v. 12. 7. 2000 (mit Erl: uterndem Bericht ABI. Nr. C 379 v. 29. 12. 2000); Rahmenbeschluss des Rates über gemeinsame Ermittlungsgruppen v. 13. 6. 2002, ABl. Nr. L 162/1 v. 20. 6. 2002 sowie Empfehlung des Rates v. 8. Mai 2003 zu einem Modell für eine Vereinbarung über die Bildung einer Gemeinsamen Ermittlungsgruppe (GEG), ABl. Nr. C 121/1v. 23. 5. 2003. ヨーロッパ連合規準の実施については、以下参照。Bericht der Kommission über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates v. 13. 6. 2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen in innerstaatliches recht, Brüssel 7. 1. 2005, KOM (2004) 858 F. ドイツ国内法については、以下参照。§93 Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG).

となる。似たような「非官僚主義的」な方法で、他国の構成員は、自国の領域からの情報を司法共助の申請を経ないで要求し、グループに提供することができる。その場合、情報提供に関する刑事訴訟上のそして情報保護法上の障壁は極めて弱いものとなっている。直接的に関係する警察官の決定が、他国の捜査官に証拠方法を引き渡すことの批判的な吟味を支援することはない。それゆえ、共同捜査グループの活動は、始原国の統治権を国境を越えて行使する警察モデルと同じく、十分な規則を持たない古典的な司法共助と比較して、協働決定における透明性の減少および決定に関する審査が縮減していることがその特徴となっている。ヨーロッパ法で規定されたヨーロッパ詐欺対策庁(OLAF)、ユーロポールそしてユーロジャストの関与は、さらに、民主主義的統制の問題を引き起こす⁽⁴³⁾。

協働モデルの分野におけるこのような新たな原理と創造的な展開も、その場合に、国家間のレベルにおいて、依然として、国民国家的な協働のアプローチを基礎としており、それは古典的な国内的(ないし地域的)刑法を他の法秩序で承認し、実施するという点を、何ら変更するものではない。他の法秩序において決定を執行するという点で、国境を越える刑法の協働モデルは、これに対立する超国家的モデルの理念型と区別される。

b) 超国家的モデル

超国家的刑法という「対立モデル」は、統一的な刑法秩序に、そもそも(申請手続および承認手続なくして)より大きな地域的適用範囲を認めるものである。このモデルでは、国家間の共同業務において、もはや相異なる国内規則に基づく決定がなされるのではなく、新たに創造された、より大きな刑法上の空間に対して統一的に効力をもつ決定がなされるのである⁽⁴⁴⁾。ヨーロッパでは、このモデルは、したがって、国民国家の領土ではなく、直接的にヨーロッパの領土を目指すことになる。それは、とくに、ヨーロッパ共同体の(行政)制裁法(例えば、行政制裁による、カルテル違反およびヨーロッパ共同体の財政的利益の実体法的保護)で見られる。この場合、ヨーロッパ・カルテル法の制裁は、ヨーロッパ規模の官庁によって下されるのであり、これに対して財政的利

(43) この点については、以下参照。*Rijken*, Utrecht Law Review, Bd. 2 (2006), 99-118; *Rijken/Vermeulen*, Joint Investigation Teams in the European Union (ed), the Hague 2006; *Schalcken/Pronk*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice Bd. 10 (2002), S. 70-82.

(44) 超国家(Supranationalität)の概念については、以下参照。*Zuleeg*, Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, Integration Bd. 11 (1988), S. 103-111.

益の保護のためのヨーロッパ制裁規則は、国内的官庁によって適用されるのである⁽⁴⁵⁾。

国内の協働機構に関する研究は、国家の領土全体に対する統一的決定を伴うよく似た「中央的 (zentral)」モデルを示している。この場合、国際的協働の場合と同じ構成の可能性が明らかとなる。すなわち、統一的な法制度をもつ国家において、司法上の決定は、領土全体に対する直接的な効果を伴って、国家全体に関わる機関によっても、地方分権的な機関によっても、適用される。このような領土全体に関わる統一的な決定は、フランスやポーランドのような中央に組織化された国家においてだけ行われるのではない。ドイツのような連邦制度をとった国家においても見られるのであって、統一的な刑法および刑事訴訟法に基づき、連邦官庁の決定も州官庁の決定も、国家領域の全体で効力をもち、あるいは、捜査官が国家領域の全てで行為することができるのである⁽⁴⁶⁾。最後に挙げた地方分権的な司法官庁の決定は、もちろん、協働モデルと超国家的 (中央的) モデルの混合形態と評価することもできる。

c) 混合形態

刑法の統合に関する協働の形態と超国家的形態が漸次的に移行していくものであることは、協働モデルの場合にもまた超国家的モデルの場合でも明らかとなってきたが、両基本モデルの混合形態 (Mischformen) によってその移行はさらに強化される。このような混合形態が見られるのは、とりわけ、中央的な法秩序と地方的な法秩序が隣接している場合であって、このような法秩序で

(45) カルテル法については、以下参照。Art. 23 Verordnung (EG) 1/2003. 財政保護については、以下参照。Verordnung (EG, Euratom) Nr. 2988/95. カルテル違反における制裁法については、以下参照。Harding, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2004, S. 275-300. ヨーロッパ規模での行政制裁については、以下参照。Tiedemann, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* Bd. 116 (2004), S. 945B958 (946ff.).

(46) 2007年12月21日現在の条文での刑事訴訟法第162条の新文言によれば、裁判所構成法第142条、160条と結びついて、検察官は、その地域の区裁判所での審査行為の実施を申請することができる。区裁判所の決定は、直接的に、他の連邦の州でも効力をもち、その他の択一的管轄については、§§125, 126a StPO 参照。また、裁判所は、裁判所構成法第166条により、その区域以外での職務行為を行うことができるし、第156条により、他の裁判所に職務共助または司法共助を求めることができる。個々の州の警察にとって、連邦の他の州での捜査は、州警察法と州と国家との契約に基づき、一定の範囲で可能である。

は、立法管轄、裁判所管轄および執行管轄が中央と地方の機関に配分される特色がある。上記の2つの基本モデルの修正例は、例えば、連邦の刑法と個々の州の刑法を持つアメリカ合衆国の刑法、または、一確かに全く超国家的ではあるが、執行に際しては国民国家の協働業務に依存する一国際刑法である⁽⁴⁷⁾。

協働モデルと超国家モデルの混合形態は、単に実体法を超国家レベルに移行させることで創設されるだけでなく、超国家的刑事訴追官庁の創設による場合もある。このような混合形態は、例えば、ヨーロッパで国内刑法がヨーロッパ検察庁によって適用されるのであれば、存在することとなろう。このような混合形態は、新たな政府間(intergovernmental)機関または「混成(hybrid)」機関によっても展開されうる。このような機関は、ユーロポールやユーロジャストというヨーロッパ的機関のように一協働的かつ超国家的要素を示すものである⁽⁴⁸⁾。

2 単層システムおよび複層システムの構築

a) 単層システムおよび複層システムの成立

刑法上の共同業務に関する協働モデルにおいては、多くの国内刑法秩序が併存している。協働モデルと超国家モデルの混合形態においては、さらに、これらと併行する超国家的規則の平面が加わる。このような協働モデルと超国家モデルの混合形態では、いわゆる「複層システム」が成立し、そこでは、一部分的には、同一の事実関係について一国内法と超国家法が同時に適用される。例えば、ヨーロッパ連合に不利益となる詐欺行為が、国内刑法によっても、ヨーロッパ連合の超国家的行政刑法によっても、捕捉されうる。この国内刑法秩序(連邦国家ではさらに中央の規則と地方の規則に分かれることがありうる)およびヨーロッパ刑法の超国家的規則には、同一の領土に対するその他の国際機関の活動により、国際刑法の規範、国際連合の刑法規範ならびに政治的・経済的諸連合の規定が加わる可能性があり、それらが自ら刑法を定めるか、国内の立法者が一定の刑罰規範の創設を指示することになる⁽⁴⁹⁾。このようにして、

(47) 相異なる刑法システム間の協働形態の可能性については、Sieber (Anm. 32), JZ 1997, S. 369-381ならびに *Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.), *Hacia la unificación del derecho penal* (Anm. 32) 参照。

(48) この点については、後述II. B. 4. bおよびII. C. 2. f参照。

(49) 特に、国際連合につき、以下参照。Witsche/Brandes, *Zeitschrift für*

例えば、多くのヨーロッパ諸国において、資金洗浄と戦う規則および資産価値の凍結に関する規則が、国内の立法者およびヨーロッパ連合、さらにこれに追加して国際連合および経済協力開発機構（OECD）（FATF）の規定や勧告によって制定される。このような種々の法秩序の重複は、ヨーロッパ連合法、ヨーロッパ人権条約（EMRK）および国内憲法という3つのレベルで扱われる基本権保護と人権保護においても見られる⁽⁵⁰⁾。

それゆえ、刑法が併存する場合に、相異なる国内的および国際的関係者の活動は、この多元的なシステムにおいては、法の「断片化」をもたらし、それは、社会的統制システムおよび私的な関係者の介入ならびに「公的な私的共同（public private partnership）」により、複雑さを増すことになる⁽⁵¹⁾。この場合、多元的法システムの刑罰規定が、同じ（とくに、国内的）レベルの規範システムに限定されるのであれば、それは以下、単層システムと呼ぶことにしよう。拡大的（例えば、超国家的）階級構造のレベルの規定が加わる場合には、

Politik, Sonderband 1, 2006, S. 22-50. MERCOSUR に関して以下参照。
Vervaele, International Comparative Law Quarterly 2005, S. 389-409 (401 ff.). 現存する刑法の多層システム一般につき, *Sieber* (Anm. 6), ZStw Bd. 119 (2007), S. 10-16.

(50) この点については、以下参照。*Dannecker*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 117 (2005), S. 697-748 (748).

(51) この点については、以下参照。*Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, Frankfurt/Main 2006; *Luhmann*, Die Weltgesellschaft, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 2, 2. Aufl., Wiesbaden 1982, S. 51-71 (63); *Ost/van de Kerchove*, De la pyramide au réseau?, Brüssel 2002; *Sieber* (Anm. 6), ZStW Bd. 119 (2007), S. 11-16; *ders.*, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), Les chemins de l'harmonisation penale (Anm. 9), S. 190-197; *Teubner*, in: *Brand/Stempel* (Hrsg.), Soziologie des Festschrift für Erhard Blankenburg, Baden-Baden 1998, S. 233-244. 特に、追加的な私法上の規則につき、以下参照。*Sieber*, in *ders.* (Hrsg.), Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Festschrift für Klaus Tiedemann, Köln/München 2008, S. 449-484 (459-462). 対応する法多元主義の人類学的アプローチについては、以下参照。*Benda-Beckmann*, Who is afraid of legal pluralism?, 47 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 37-82 (2002); *Griffiths*, what is legal pluralism?, 24 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 1-55 (1986); *Melissaris*, The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism, 13 Social & Legal Studies, 57-79 (2004); *Merry*, Legal pluralism, 22 law and Society Review, 869-896 (1988).

いわゆる多層システムが成立することになる。

b) 規範競合および規範矛盾の発生

単層システムにおいても多層システムにおいても、規範の競合および規範の矛盾が発生する⁽⁵²⁾。刑法上の規則が併行的に適用される形態における単純な規範競合は、複数の国内刑法システムを伴う単層システムにおいて発生する。例えば、国内刑法システムが、国境を越える同一の事実関係を相異なる方法で犯罪化している場合である。その一例は、すでに言及した企業スパイの事例である。この者は、領土原理と責任原理に基づいて、同時に、3つのヨーロッパの国内刑法秩序によって規律される。多層システムにおいてこれに対応する規範競合が見られるのは、同じ事実関係が、相異なる規則(例えば、国内規則、政府間規則および超国家的規則)からなるシステムによって捕捉される場合である。例えば、ヨーロッパ行政刑法という超国家的規範が、同一の事実関係を規律する一国内刑法および秩序違反法と競合する場合である。このような規範競合の場合には、全ての協働モデルおよび混合モデルにとって、すでに挙げた管轄決定およびこれに対応する手続規定を必要とすることになる。

相異なる規則のシステムを、同一の事実関係に適用する場合には、違う規範を同時に適用する可能性が生じるだけでなく、それらが矛盾する可能性も生じる。そのような規範矛盾が生じるのは、ある態度が、ある法秩序では禁止され、他の法秩序では明文を以て許容されている場合である⁽⁵³⁾。さらに、規範矛盾は、単層システムにおいて、古典的司法共助の場合に見られ、ある国の他国に対する外交関係における国際法上の義務から特定の司法共助行為を行うことが求められているが、国内関係から見ると、憲法によって権限が制限されており、そのような行為は許されないという場合である⁽⁵⁴⁾。多層システムにお

(52) この点についておよび以下の論述について、以下参照。Sieber, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale* (Anm. 9), S. 195-197.

(53) この点については、以下参照。Sieber, in: Schünemann (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin 2001, S. 1113-1139. 一般的に、相異なる法秩序の規範の競合および規範の矛盾については、以下参照。Sieber, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale* (Anm. 9), S. 195-197.

(54) 古典的司法共助の枠内での公序 (*ordre public*) 規定における規範の対立については、以下参照。Vogler, in: *Grützyner/Pötz* (Hrsg.), *Internationaler rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Loseblattsammlung, 84. Aktualisierung

いて、相異なるシステムのレベル間において規範矛盾が生じるのは、とりわけ、超国家的規則が、国内法（とくに、憲法）と矛盾する場合である。規則のレベルが異なる場合の矛盾がとくに明らかとなるのは、法システムが異なる目的を持っている場合であり、例えば、（安全保障を目的とする）国連法が、テロリストと推測される者の資産価値の凍結を実行しようとするが、（人権保護を目的とする）ヨーロッパ法または国内法の保障と対立する場合がこれである⁽⁵⁵⁾。

このような、相異なる刑法システム間の規範矛盾は、まず、解釈の方法で回避することができる。例えば、超国家法の解釈として、人権保障を手がかりとして、国内憲法との矛盾を回避するような場合である。これがうまく行かない場合には、競合と矛盾を回避するために、相異なる規範システムの適用範囲および優先順位に関する特別規則が必要となる。そのような一例として、ドイツ連邦憲法裁判所の判例があり、それは、第1の柱としてのヨーロッパ共同体法に、国内法に対する原則的な優位性を認めるが、第3の柱の権利は認めないというものであった⁽⁵⁶⁾。多元的法システムにおける規範矛盾を回避し、これを解決することは、国際連合の安全保障理事会の「賢い制裁」に対するヨーロッパ裁判所の決定にも見られる⁽⁵⁷⁾。

c) とくに官庁の垂直的協働におけるその他の問題

多層システムは、以上のほかに、中央官庁と地方官庁の間での垂直的な管轄配分と協働において、さらなる衝突と問題をひきおこす。中央機関（ヨーロッパ詐欺対策庁またはヨーロッパ検察庁のような）が捜査を行おうとする場合、自身の権限を行使するか、または、地方機関に対する指示権を行使しなければならない。中央機関と地府機関の関係については、さらに、管轄の問題と手続引継ぎの問題がある。

2008, 3. auflage, Heidelberg 2008, Bd. 1, §73, Rn. 26ff.

(55) 以下の最近の事例参照。EuGH C-402-05 und C-415-05 v. 3. sept. 2008, No. 158-376 (Kadi/Al Barakaat).

(56) BverfGE 113, S. 273-348 (300f.): 「ヨーロッパ議会は、ヨーロッパ法の独自の正統性の源であるが、法定立 (Rechtssetzung) の過程では、『第3の柱』の領域で、民主主義的原理の要求に適合するのは何かを、聴取されるだけである (Art. 39 Abs. 1 EUV 参照)。なぜなら、構成国の立法機関は、読替えの枠内において、緊急の場合は読替えを拒否してでも、政治的形成権限を保持しているからである。」

(57) EuGH C-402-05 und C-415-05 v. 3. Sept. 2008, No. 158-376.

3 中間まとめ

以上の分析では、国際的な刑法の統合に関する2つの基本的モデルおよびそれへの移行形態と混合形態が明らかとされただけでなく、その体系構築に際しての重複管轄の問題、規範衝突の問題そして官庁間の調整の問題も示されている。国境を越えて効力をもつ刑法の分析は、したがって、単に考察の対象となる個々のモデルを別々に評価することを要求するだけではない。国境を越える刑法の協働モデルおよび超国家的モデルの評価に含まれるのは、むしろ、これらのモデルによって創造される法体系の全体およびその特別な問題点、例えば国内法と超国家的法の併存ならびに国内官庁と超国家的官庁の併存における問題点なのである。

国境を越えて効力をもつヨーロッパ刑法を展開するために、このように細分化されたモデルとシステムは、以下、上述したヨーロッパ刑法の目標という観点から、一般的な方法で評価することとする。その際、協働的ヨーロッパ刑法と超国家的ヨーロッパ刑法という2つの理念型のもつ欠点が、新たな混合モデルの観念により回避できるかどうか、そしてどの程度回避できるかの問題も吟味することとする。国境を越える刑法に関する2つの基本モデルを、ハイブリッドな混合形態および中間形態へと展開していくことは、新たな建築資材を得て、ヨーロッパ刑法の構築の可能性を広げるものである。それは、さらに、現在のヨーロッパ刑法が、すでに、その複雑性と妥協性を示す点において、如何に高度なレベルに達しているかという点も明らかにする。 (続)