

資 料

ヨーロッパ刑法の将来（2・完）  
——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 単層的システムと複層的システムに関する体系構築</p> <p>3 中間まとめ<br/>(以上、43巻3号)</p> <p>B 協働モデルの評価とその現実性</p> <p>1 国家主権と補完性の保持に対する協働モデルの利点</p> | <p>2 国境を越える法執行と個人の権利保護との衝突の問題</p> <p>3 規範の競合、重複管轄および管轄の衝突による個人の人權への影響</p> <p>4 超国家的価値の保護および国境を越える刑事訴追における効率性の欠如</p> <p>C 超国家的解決モデルの評価とその現実性</p> <p>1 安全と自由の効果的保護に対する超国家モデルの利点</p> <p>2 補完性と主権を保障する可能性と問題点</p> <p>3 民主主義的正統性および民主主義的統制の問題</p> <p>III 結論と展望</p> <p>A システム・アプローチの可能性</p> <p>B 解決モデルの評価</p> <p>C 混合モデルの潜在的可能性とヨーロッパ刑法の将来</p> |
|---|--|

【訳者あとがき】

(以上、本号)

## B 協働モデルの評価とその現実性

### 1 国家主権と補完性の保持に対する協働モデルの利点

協働モデルは、——すでに述べたように——古典的な国家による刑罰権の裁定を原則的に保持しつつ、その射程を他国に及ぼすという特徴をもっている。それゆえ、このモデルには、——とりわけ政治的な次元で——協働する諸国家の主権への影響を限定的なものとし、——少なくとも原則的には——歴史的に生成してきた相異なる規則を統一しようとするものではないという利点がある。それによって、補完性原則にも配慮し、文化的特性、地域的な権力の分配および相異なる解決方式の実験を保持するという、その背後にある目的にも適合したものである<sup>(58)</sup>。

もちろん、これらの利点には、法の統一化を断念することに伴う 3 つの特殊な欠点が対置される。協働モデルのこの欠点は、国境を越える効果的な法執行と個人の権利保護との特殊な衝突という問題から生ずる自由と安全に対する効率性の欠陥（後述 2）、重複管轄における種々の相異なる規範の競合（後述 3）、ならびに、ヨーロッパ規模の機関およびその価値の保護についての効率性の欠如がありうること、および、実務上の共同業務が困難であること（後述 4）、である。

### 2 国境を越える法執行と個人の権利保護との衝突の問題

#### a) 自由権と効果的な法執行に危険を及ぼす法的相違点

相異なる国家的規則に基礎をおく協働モデルは、そのシステムに内在的なものとして、上述したヨーロッパ刑法の中心的問題に関わることになる。すなわち、刑法システムを統合する場合には、相異なる法秩序間の法的相違点が、関係する市民の権利に損失を与え、刑事訴追の効率性を減少させることがありうる。先に抽象的にのみ述べた関係者の個人的権利の問題が、例えばつぎのような場合に発生する。ある被疑者が、その者の国の法秩序よりもより厳しい処罰規定を持つ他国の法秩序により訴追される場合、司法共助を要請する国が、被要請国の実体法では不可罰である行為について訴追しようとするときに、その国を支援しようとする場合、要請国が、訴訟上の強制処分を実施しようとし、その処分が被要請国ではこれを命令することが出来ない場合、異なる国におい

(58) この点については、上述 I, B. 2, 参照。

て相異なる方法で証拠申請がなされ、証拠利用がなされている場合、あるいは、個人情報、情報保護のレベルの低い国に引き渡される場合、などである。このような、相異なるヨーロッパの法秩序について効果的な協働を行うことと効果的な個人情報保護との間に存する緊張関係は、例えばつぎの例のように実体法規則が異なる場合には顕著となる。他国が、姦通罪を理由に司法共助または犯人引渡しの要請をし、支援を要請された国の法秩序では、この犯罪が処罰されていない場合に、被要請国がこの要請を承諾する場合である<sup>(59)</sup>。同様に、外国法に対する自国の法秩序の「許容限度（Toleranzgrenzen）」の問題および公序（*ordre public*）による共同業務の制約の問題は、証拠収集および証拠利用に関する相異なる訴訟規則との関係でも明らかとなる。例えば、要請国の法によれば電話傍受が裁判官ではなく警察職員によって命令できる場合に、被要請国がこれを実施するような場合がある。同様のことは、要請国が、警察が命令した電話傍受処分の結果を自国の手続で受容するかどうかの問題でも当てはまる<sup>(60)</sup>。

この問題は、古典的な職務共助および司法共助では、種々の除外事由を設けることにより解決されてきたが、それはもともと関係国の利益だけを保護するものであった。しかし、今日では、次第に人権の保護も考慮することとなっている。例えば、二重処罰の要求（とくに犯罪人引渡しの場合）、政治的犯罪、軍犯罪および国庫に関する犯罪についての共同業務の拒否、ならびに国家は訴訟上の処分を自国の法律が当該強制権限を規定している場合にのみ実施するとの原則などを挙げることができる。人権保護のレベルが低い外国の法秩序に対して同様の防止措置および保護を求めるメカニズムは、外国の手続法に従って申請された証拠が、一定の条件の下でかつ一定の限度でのみ、利用可能であるとする規則にもみられる。

このような、法の違いにもとづく共同業務の限定が、関係者の個人的権利を保護することは確かであるが、同時に効果的な国境を越える共同業務を困難にすることも明らかである<sup>(61)</sup>。それゆえ、諸国家の刑法システム間に存在する

(59) 限界事例の問題性が明らかとなるのは、この場合に、当該行為が、この外国構成国で行われ、行為者が、a) この構成国の市民であるか、または、b) 被要請国の市民であるか、のいずれかという場合である。

(60) 一般的に以下参照。Gleß, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2000, S. 57-62.

(61) 構成国間におけるヨーロッパ拘束命令および犯罪者移送手続に関する委員会

法的相違点ならびに多数の併存する法秩序の存在は、少なくとも、協働モデルの下で国境を超えて司法決定を実施するときには、市民の個人的権利を犠牲にするのか、それとも刑事訴追の効率性を問題とするのかの決断を迫られている。このような協働モデルの問題点は、協働する刑法秩序間の法的相違点が大きければ大きいほど、より深刻なものとなる。つまり、国家の刑法秩序の相違は、協働業務にとっても、自由と安全の利益を守るためにも、歯車の砂なのである。

それゆえ、協働モデルを実施する場合の問題点が、特別手続によって防止しうるものか否か、そしてどの程度防止しうるかの問題が重要な意義をもつことになる。とりわけ、以下で解明する法的調和化のメカニズム (b)、司法決定の相互承認 (c)、および協働条件の統一的定義 (d) が問題である。

b) 協働モデルの法的調和化 (*Rechtsharmonisierung*) による現実化

上記の問題点は、協働する法秩序間の法的差異にもとづくものであるから、この困難を解決する有効な手段は、ヨーロッパ諸国の実体刑法および刑事訴訟法を接近させることである。そのような法的調和化は、単に国境を越えた決定の実施を容易にするだけでなく、さらに上に述べた規範の競合および重複管轄の問題性も縮小させ、例えば、ある事態がどの法秩序に帰属するかの問題がもはや本質的な問題ではなくなることにより、法の均質化が進めばその欠陥も消失することとなる<sup>(62)</sup>。

その際、種々の国際的結合において、法的調和化に関する相互に異なるメカニズムが成立し、それは、「緩やかな」メカニズム (例えば、拘束力のない模範刑法典のような<sup>(63)</sup>) から、固い強制力のある処分 (例えば、ヨーロッパ連合の指令 (*Richtlinien*) および枠組み決定のような) までいろいろである<sup>(64)</sup>。「固い」または「強制的な」処分による法的調和化がうまくいく場合には、これによっ

---

報告につき、KOM (2005) 63, S. 6. 参照。2005年以降のヨーロッパ拘束命令に関する枠組み決定の読替えに関する委員会報告につき、KOM (2007) 407, S. 4. 参照。

(62) 法的調和の必然性については、以下参照。*Hobbing*, in: *Guild/Geyer* (Hrsg.), *Security versus Justice, Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot 2008, S. 243-263 (260 et seq.).

(63) *Sieber* (Anm. 32), JZ 1997, S. 367-381, sowie *ders.*, in: *Duttge u.a.* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln 2002, S. 107-116.

(64) *Sieber*, in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach* (Anm. 6), S. 87-90; *ders.*, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber*

て同時に、上述した超国家的機関およびその利益をよりよくかつ均等に保護することができることになる。強制的な法の均質化準則が、国家間契約によるのではなく、特殊な道具（例えば、指令による）を伴う超国家的次元でなされた場合には、もちろん民主主義的正統性という超国家モデルの枠の中でなお説明されるべき問題が生ずることになる<sup>(65)</sup>。

法の均質化に関する「固い」メカニズムは、ヨーロッパ連合の様々な領域で効果のあることが証明されている。例えば、ヨーロッパの共通通貨制度の保護の場面、テロリズムに対する措置の場面、あるいは被害者の権利の承認の場面などである<sup>(66)</sup>。これに対して、その他の場面での法的調和化は、ヨーロッパ連合の第3の柱（警察・刑事司法の協力〔訳者注〕）で基準とされる全員一致原則（Einstimmigkeitsprinzip）のために、あまり効果的ではなかった。とりわけ、ヨーロッパの法秩序間で相互信頼とこれに基づく司法決定の相互承認の原則の基礎となるべき刑事訴訟上の共通最低保障を展開する場面で、そうであった<sup>(67)</sup>。それゆえ、このような場面では、とくに、司法決定の相互承認の原則をもって法的調和化を断念することができるかどうか、そして、現存する相違点を無視することができるかどうかの問題が生じてくる。

#### c) 司法決定の相互承認による協働モデルの現実性

司法上の決定の相互承認の原理は、とくに実務においては、相異なる法秩序における協働解決モデルを実施する上での問題を解決する理想的な道とされている。この原則は、ヨーロッパの共同業務のために、学界においてはすでに1991年に提言され<sup>(68)</sup>、1999年のヨーロッパ連合構成国によるタンペレにおける司法大臣および内務大臣会議において政治的な指針として規定され、2007年のリスボン条約において、そのヨーロッパ連合運営条約（VAEU）第82条で、

(Hrsg.), Les chemins de l'harmonisation penale (Anm. 9), S. 407-413.

(65) 後述II. C. 3 参照。

(66) Sieber, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach (Anm. 6), S. 80-93.

(67) ヨーロッパ連合内部の刑事手続における一定の手続的権利に関する枠組み決定提言の挫折につき、KOM (2004) 328 endg. 参照。

(68) Sieber (Anm. 11), ZStW Bd. 103 (1991), S. 962 f. また、以下参照。Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 473: 「加えて、それは、ブリュッセルの行政官ではなく、刑法学者のズィーバーであった。彼は、1991年のボッヒウムでの刑法学者会議において、当時さかんに（それは正当なものであったが）批判された証拠の相互流通能力（Verkehrsfähigkeit）を争点とした。」

連合の全域におよぶ協働に関する基本原則として確立した。それは、——ヨーロッパにおける他国の法秩序に定礎された信頼を基礎として——、外国の刑法上の決定が自国の領域では下されえないものである場合においても、これを実施すべきであるとする。それゆえ、その主唱者は、国際的な刑法上の共同業務において、部分的に法的調和化の代替手段としてこれを展開したのである。さらに、ヨーロッパにおける他国の法秩序に対する信頼を前提とするという同じ原則を基礎とするものとして、国内の刑事訴追に関係するデータの利用可能性の原理がある。データには、——相異なるデータ保護法に触れることなく——同様にアクセスが可能なはずである。上述した協働モデルにとって、司法決定の効力範囲の直接的拡張にも同じ事があてはまる。

相互承認に基づくヨーロッパ拘束命令の手続は、国境を越える人の引渡しを効果的なものとし、この原理の有効性を強烈に実証した<sup>(69)</sup>。2004年までは、ヨーロッパにおける犯罪人引渡しの要請手続は9か月以上かかり、司法共助の要請は実務において全く行われなかったが、ヨーロッパ拘束命令は、引渡しまでの期間を、平均して、43日間に短縮した<sup>(70)</sup>。もちろん、ヨーロッパ拘束命令をめぐる議論は、上述したつぎのような事実をも顕在化した。すなわち、外国の法秩序を実施することは、被疑者にとって法的不利益となりうるのであって、例えば、被疑者がより厳しい実体刑法に服する場合または訴訟上の保護条件が欠如している場合などである。さらに、この議論が示すのは、法的相違が著しい場合には、決定の相互承認は政治的かつ法的に問題を含むということである。なぜなら、双罰性を断念した被要請国は、要請国を支援するために、自国の刑法を基準とすれば下すことのできない侵害性の程度の強い刑法上の決定を執行することになるからである。

それゆえ、協働する国内法秩序間の本質的相違点が、法的調和の方法では除去しえない場合には、司法決定の相互承認手続には、つぎのような問題が存することになる。すなわち、個別国家にのみ妥当しそれゆえ特殊国内的な刑罰法規がある場合、他と異なる訴訟上の保障規定がある場合、あるいは、異なった

(69) 2005年以降のヨーロッパ拘束命令に関する枠組み決定の読替えについての委員会報告については、KOM (2007) 407, S. 10参照。

(70) 構成国間におけるヨーロッパ拘束命令および引渡手続に関する委員会報告については、KOM (2005) 63, S. 6 ならびに2005年以降のヨーロッパ拘束命令に関する枠組み決定の読替えについての委員会報告については、KOM (2007) 407, S. 4 参照。

刑罰執行条件があるような場合には、国境を越える法執行を行わないこととならざるを得ないのかどうか、また、どのような時にそうならざるを得ないのか、または、そもそも、このような法的相違点を無視した法執行が可能かどうか、という問題である。外国決定の読替えが、法的相違点の存在のゆえに拒否されるならば、協働業務の効率性は損なわれることとなる。これに反して、法的相違点が、機能的な協働業務の利益のために、相互承認の原則あるいは妥当領域の直接的拡大の原則により巧みに隠された場合には、場合により、関係者の自由権を侵害することとなる(とりわけ、その者が行為を行うときに、外国の法秩序が妥当することを考慮にいれなかったこともやむをえない場合)。このような問題の解決にあたっては、結果的に、効果的な法執行の利益と関係者の自由権とは衝突する。その結果、司法決定の相互承認の原則も、特定の法的相違点の橋渡しができるにすぎないこととなる<sup>(71)</sup>。とりわけ、それが問題となるのは、関係する司法制度のいずれかで汚職がまん延しているため、法秩序間の前提となる相互信頼が成り立たない場合である。法的相違点の本質的なものであり、信頼が欠けているような場合には、単に司法決定の相互承認という協働モデルに支障が生ずるのみならず、司法決定の妥当領域の直接的拡張という協働モデルにとっても支障が生ずることとなる。

ヨーロッパ刑法に関する従来のアプローチは、——法的調和化にもかかわらず、残存している——法的または事実上の相違というこの問題を、承認手続および認可手続で解決している。そこでは、狭く限定された例外規定が、司法決定の承認を拒絶することを正当化している。相互承認——ヨーロッパ拘束命令の場合およびヨーロッパ証拠規則の場合<sup>(72)</sup>——を導いた周知の議論が、相互

(71) それゆえ、最低限度の法的調和は、超国家モデルにとって必要であるのみならず、すべての協働モデルにとっても必要なのである。以下参照。Sieber (Anm. 32), JZ 1997, S. 374 f.; ders., in: *Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Anm. 32), S. 5-26. 調和の方法については、以下参照。Sieber (Anm. 6), ZStW Bd. 119 (2007), S. 13; ders., in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach* (Anm. 6), S. 87-90; Tiedemann (Anm. 45), ZStW Bd. 116 (2004), S. 949 ff. 第3の柱における実体刑法に関する調和の現状については、以下参照。Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 2. Auflage 2007, S. 6.

(72) この点については、上述注35の論述参照。ヨーロッパ拘束命令および構成国間の移送手続に関するヨーロッパ理事会の枠組み決定については、2002/584/



承認の内容に関する例外の議論となったとき<sup>(73)</sup>、そこでは極めて複雑な問題と困難な比較衡量が課題となることが明らかとなった。

その場合、相異なる外国の規則を受け入れるためには、機能的な国際的協働業務が必然的であり、また、——ヨーロッパ連合のような緊密な協働における司法共助の場合には——内国の証拠方法が、外国の手続に委ねられざるをえないという事実を認めることになる。なぜなら、外国の判決が、一事不再理 (*ne bis in idem*) の原則にしたがって、内国のさらなる捜査を妨げるからである。これに反して、人権保護のメカニズムを考慮するために対立があるのは、刑法上の協働が被疑者保護を悪化することがあってはならないこと、協働する国が、外国の手続を支援することから予見できる結果について責任を負うこと、それゆえそのような場合には特別な保護義務が生ずる（それは、自国の国民を保護する場合には、より高度なものとなりうる）<sup>(74)</sup>。それゆえ、外国のシステムに対する「寛容の敷居 (Toleranzschwelle)」を設ける必要があり、それは、少なくともヨーロッパの人権およびヨーロッパの基本権を根拠とする公序留保 (*ordre-public-Vorbehalt*) によることになる<sup>(75)</sup>。それ以上の関連問題

---

JI vom 13. 6. 2002, ABI. L 190, 1 参照。また、連邦憲法裁判所 (BverfG) による 2004 年 7 月 21 日の、ヨーロッパ拘束命令に関するドイツ法の無効宣言 (BGBl. I. 2004, 1748), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2005, 2289–2303 参照。ならびに、2006 年 7 月 20 日の、ヨーロッパ拘束命令に関する枠組み決定の読替えのための新たな法律およびヨーロッパ連合の構成国間における移送手続について、BGBl. I. 2006, 1721 参照。

- (73) とくに争いがあったのは、双罰性の吟味を断念することができるかどうか、場合によりどの程度断念することができるか、さらに、対立する公序 (*ordre public*) に基づき承認を拒絶することができるか、および、もしできるとした場合、「ヨーロッパの」公序か「国内の」公序かが問題となった。さらに例を挙げれば、犯罪が自国の領域で行われたことは、要請の認可に対してどの程度対抗要件となるかという問題がある。ヨーロッパ拘束命令については、以下の周知の規則がある。Art. 2, Art. 1 Abs. 3 sowie Art. 4 Nr. 7 lit. a des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI vom 13.6.2002, ABI. L 190, 1.

- (74) 参照。Die Soering-Entscheidung des EGMR, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1990, S. 2183–2189.

- (75) この点については、例えば以下参照。Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI vom 13. 6. 2002 [Europäische Haftbefehl], ABI. L 190, 1; Art. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/577/JI vom 22. 7. 2003 [Sicherung von Vermögenswerten und Bweismitteln], ABI. L 196, 45; Art 3 des Rahmenbeschlusses 2005/214/JI vom 24. 2. 2005 [Gegenseitige Anerkennung von



は、承認されるべき決定のそれぞれのタイプについて、特別な方法で解決されるべきである。その際、考慮の対象となるのは、国境を越える捜査権限を至急または緊急事態に制限すること、および、単純な保全処分（例えば、データの引渡しを伴わない、データの国境を越えた「凍結」）に制限すること、である。それゆえ、効率性と個人保護という避けることのできない比較衡量は、国際的協働業務、犯罪人引渡し、執行に関する共助、その他の司法共助および職務共助のそれぞれの形態について、そのたび毎に効率性の利益と個人保護の利益を考慮して各別に分析し、解決されなければならない。いずれにせよ、例外規定の中心的役割から明らかとなったことは、司法決定の相互承認の原理およびとくにヨーロッパ拘束命令の原理は、結果として、決して強制的に、犯罪人引渡し権の革命を意味したり、自由権の喪失を意味したりするものではないということである<sup>(76)</sup>。

#### d) 協働条件の厳密な定義による協働モデルの現実性

協働モデルは、相異なる法システムにおいて諸問題をもたらすが、この問題は、もちろん、一般的な法的調和と相互承認原則の例外設定による解決にとどまるものではない。もっぱら国境を越える協働業務をなすための特殊な法的調和化も検討の対象となる。この——2000年に刑法学がはじめて提言した——代替解決モデル（alternative Lösungsmodell）が目標とするのは、国境を越える協働業務のための実体上および訴訟上の条件を（国家間の協定または超国家的な規則により）極めて厳密に定義することである（これにより、対応する準則を国内法により承認し、その場合毎の協働法において自動的に読替えがなされる）<sup>(77)</sup>。国境を越える捜査のために、実体法上および訴訟上の条件をこのように厳密に確定することにより、国民国家が、純粋に国内の刑事手続のために、この統一

---

Geldbußen], ABI. 76, 16. ドイツの立法者は、国際司法共助法第73条第2文に「ヨーロッパ的公序」留保条項を規定した。この規則の成立史とその内容については、以下参照。Vogler, in: Grützner/Pötz/Kreß, Internationaler Rechtshilfeverkehr in strafsachen, 3. Aufl. 2007, Art. 73 Internationales Rechtshilfegesetz (IRG) Rn. 131-157 (Stand: Februar 2008).

(76) 同旨。Gleß, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 116 (2004), S. 353-367. Vgl. Dazu weiter den diskussion bei Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 462 f.

(77) 以下参照。Sieber, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2000, S. 186-192 (190f.). 類似の考察として、以下参照。Gaede (Anm. 30), ZStW Bd. 115 (2003), S. 867 ff.

的準則との違いを引きつづき維持することができることになる。なぜなら、超国家的な協働条件が創設された場合には、法的調和化は、統一的に定義された刑罰規定および訴訟上の条件の枠内で、国境を越える共同業務に限られるからである。その際、統一化された規則は、——このような部分的かつ特殊機能的な法的調和化の方法により——、要請国が、国内規則に対して（特殊な協働法として）追加的にこれを利用するかもしれないし、あるいは、侵害条件が包括的規則となっている場合には、これに代わることになるかもしれない。

国境を越える共同業務のため（のみ）の、統一的犯罪規定および手続規則というこのモデルは、ヨーロッパの刑法統一化のための一般的提言にとって極めて有益なものである。すなわち、統一的「協働法」をもったあるシステムにおいては、国境を越える捜査の法的根拠を、もはや多数の相異なる法秩序の中で規定する必要はなくなり、単に、国境を越える手続にとってヨーロッパ全域に有効な唯一の規則の中で規定すればよく、その統一的解釈は、超国家的裁判所によって担保されることになる<sup>(78)</sup>。ヨーロッパの共同業務のための、ヨーロッパ規模の統一的規則は、具体的な手続の法的条件に関して、外国が用いる法規定に対する信頼が不可欠であるところ、これを保障することになる。国境を越える協働の条件に関する規則は、さらに、これに関連する手続のためのさらなる諸条件も含みうるだろう。そのような準則をもって、その都度の手続における保護基準は、政治的観点から、高いレベルで展開されることも容易となるかもしれない。なぜなら、法的調和化は、国境を越える手続における共同業務だけに関するものだからである。それゆえ、このモデルの基本構想は、刑法上の最低保障を展開しようとする従来のアプローチとは異なり、ヨーロッパの保護レベルが、保護レベルの最小の国のレベルとならないようにすることにある。詳細な協働条件の規範化は、純粋な国内手続には触れないことから、それは、構成国にとって、現在試みられている統一よりも、全ての手続に妥当するヨーロッパに一般的な最低権利の政治的統一を可能とすることになる。

統一的に定められた協働条件というこのようなモデルを基礎とすれば、ヨーロッパ拘束命令に対する多くの批判も避けることができよう。とくに、双罰性の原理を断念する32個の犯罪のカatalogを精密に定める場合がそうである<sup>(79)</sup>。ヨーロッパ拘束命令の手続に対するその余の批判は、申請手続の条件

(78) 多数の訴訟上の規定に関する予測可能性という、さもないれば生じうる問題点について、以下参照。Gaede (Anm. 30), ZStW Bd. 115 (2003), S. 863 ff.

(79) 差しあたり以下、参照。物、書類およびデータの刑事事件への利用目的での

と根拠となる事実関係の記載要件が厳密に確定されれば、その対象を失うこととなろう。

国境を越えて有効に捜査処分をなすため(だけ)の統一的規則というこのモデルは、とりわけ、証拠申請に関する司法決定の相互承認という困難な問題および証拠結果の利用という問題にとっても意味がある。すなわち、証拠申請の結果は、——例えば、拘束命令の場合とは違って——複雑な構造を持っており、それぞれの場合における法秩序と密接に関連しており、その法秩序によっては簡単に解決できないのである。例えば、つぎのような場合がある。ある法秩序では、一定の証拠の法治国的限界を、その証拠申請の段階ですでに吟味するのに対し、他の法秩序では、これに反して、その吟味を証拠評価の段階ではじめておこなう。それゆえ、証拠の相互承認は、単に公序の観点の下で外国法の受容を前提とするのではなく、それぞれの場合における証拠結果を国内法秩序から受入れ可能かどうかをも前提とすることになる<sup>(80)</sup>。国境を越える捜査のためのヨーロッパ全域で承認された最低基準のシステムは、国境を越える手続のために、ヨーロッパ全域に妥当する証拠申請規則および証拠利用規則を創設することで、この「パッチワークの証拠手続 (Patchwork-Beweisverfahren)」の問題を解決することができるだろう。刑事訴追のデータの利用可能性というデータ保護法上の問題も、ヨーロッパ全域に妥当するデータ保護法上の最低基準を基盤としてはじめて規律することができる<sup>(81)</sup>。

このようにして創設され、統一的に定義された基準は、相応の法律をもって、国内の刑事訴追官庁により、全ての疑問のある事例つまり国境を越えた証拠が後に利用されるかがまだ確実ではないが、予想はされるという事例に適用されることができよう。このようにすることによって、国境を越える捜査に関する新たなヨーロッパ規模の規則は、国内規則に重複して規定され、とりわけその統一的解釈がヨーロッパ上訴裁判所により保障されることに

---

入手に関するヨーロッパ証拠規則に関する2008年12月18日のヨーロッパ理事会の枠組み決定 ABI. L 350 v. 30. 12. 2008, S. 92の第23条第4項に対するドイツ連邦共和国の宣言2008/978/JI。この宣言で、テロリズム、サイバー犯罪、人種差別と外国人排斥、サボタージュ、恐喝と上納金恐喝ならびに詐欺の犯罪行為が、詳細に定義される。

(80) *Gleß*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 115 (2003), S. 131-150 (148); dies. (Anm. 76), ZStW Bd. 116 (2004), S. 365.

(81) 正当にも、自己の個人情報保護についてのヨーロッパ連合運用条約第16条 (Art. 16 VAEU) 参照。

より、刑事法の調和を促進することになろう。超国家的解決モデルの枠内で、侵害権限を持ったヨーロッパ的機関が創設されるならば、このようなヨーロッパ的な可罰性と侵害の条件とともに、この新たな「混成的 (hybrid)」制度のための訴訟規則の提言も可能となろう。最低規則は、——比較刑法の調査を基礎として、政治的統一の枠内で創設されたが——、単に、司法決定の相互承認のための相異なる手続の問題を広い範囲にわたって解決するだけでなく、ヨーロッパ検察庁の捜査権限の範囲やより改善された協働形態の可能性をさぐるという重要な準備作業を行うこととなろう。この解決策の提言は、それゆえ、協働モデルと超国家的解決モデルの間に位置する混合モデルの要素をすでに含んでいるのである。

国内法に依存することのない、独立した協働条件の創設は、それゆえ、多くの利点を有する。もっとも、それは、具体的な協働のプロセスで、適切な規範的規則を保障するだけであり、その後続く手続全体の法治国家性まで保障するものではない。実体的および訴訟的規範の調和は、国境を越える手続のためにのみ要求されるものであるから、これによって、何ら真の自由、安全および法の空間が成り立つわけではない。ヨーロッパの市民は、とくに他のヨーロッパの構成国で行為する場合には、なお相異なる規則に直面させられ、外国の法秩序の中に空間的に留まるかぎり、その規則に完全に従うことになる。それゆえ、国際的協働業務の条件を統一的に規範化することは、これらの場合に、外国の法秩序における一般的な手続欠缺に対して何らの保護も提供するものでもないし、あるいは他国での拘束条件の要求を可能とするものでもない。また、外国の手続法の法治国性についての信頼が欠けている場合には、協働モデルにおける上述した公序留保 (ordre-public-Vorbehalt) および訴訟上の最低保護の保障を展開することも、なお検討対象ではないとはいえないことになる。それは、個々の国家において、純粹に国内手続のために、そして、国境を越える手続のために、——まずは障害となっている——相異なる保護基準を問題とすることができよう。

しかし、実体的な可罰性条件および訴訟上の侵害条件ならびにそのような区別の可視化に関する統一的な規範化は、模範法典と似て、国民国家における中長期的な一般的な法の統一化に至る可能性がある。とりわけ、対応する実体的および訴訟的定義が明確に（そして、構成国におけるよりも法技術的によりよく）規律されるならば、混成的超国家的制度の創設との関係でさらなる目標設定に有益であり、その際、適切なヨーロッパ裁判所によりヨーロッパ全域で統一的

に解釈されることとなる可能性もある。

協働モデルにおける安全と自由に対する効率性の欠如は、それゆえ、単に、刑法の調和化と拒絶事由を制限することのありうることを前提とする司法決定の相互承認によって最小化するだけでなく、特殊な協働条件を超国家的に、厳密に確定することによっても、なされなければならない。それゆえ、ヨーロッパ連合は、単に、法的調和化を促進させる実体刑法の模範法典を必要とするだけではない。とりわけ必要なのは、ヨーロッパ規模の証拠申請に関する模範法典であり、これは、将来の協働法の素材を提供し、またヨーロッパ検察庁のありうる捜査権限のための基礎となりうるものである。

#### e) 警察の協働業務の軽減による協働モデルの実現性

国境を越える捜査のための実体的な可罰性条件および訴訟上の侵害条件の統一的規範化および一般的な法の統一化は、上述した警察の共同業務モデル、とりわけ共通捜査グループに対する懸念をも減少させる<sup>(82)</sup>。上述したように、隣接した国家の国内警察の職員が、双務契約に基づいて、国境を越えて共同業務を行う場合、あるいは、国内法およびヨーロッパ法に従った共通の捜査グループの場合、証拠方法の引渡しに関する規則およびこれに対応する権利保護の可能性は、弱体である。ヨーロッパ証拠規則に従って、司法部により行われるコントロールは、この場合、管轄場所がどこかより、捜査を行う職員の判断が基準となっており、この点については、職員は何の明白な法律上の指示も受けていない。それゆえ、このような場合には、情報の引渡しに関する法律化が必要である。これは、法的調和化ならびに協働法における統一的な法的基準を定めることにより、極めて容易となろう。

### 3 規範の競合、重複管轄および管轄の衝突による個人の人權への影響

協働解決モデルは、上記で解明したような、同時に適用可能な国内刑法秩序の間における規範の競合、重複管轄および管轄の衝突により、広い範囲で、関係者の個人的権利に影響を与える。このことがとくに明らかとなるのは、つぎのような場合である。ヨーロッパ連合の内部で、インターネットにおける違法な内容は、インターネットを通じてどの構成国にも拡大していくがゆえに、多くの相異なる国内刑法システムによって捕捉される。それゆえ、E-コマース指令は、この特殊な犯罪領域について、生産国原理 (Herkunftslandprinzip)

(82) 上述, II. A. 1. a. dd. 参照。

をもって、適切にも、ある構成国において合法的に流通するに至った内容は、他の構成国においても提供されてよいことを承認した<sup>(83)</sup>。上述したように、複雑に組織された犯罪行為が、多くの国に関与者がおり、行為地が多数であり、属地主義を基礎とすると、多数の刑法秩序が適用可能となるという場合にも、類似した規範衝突が生じうる。さらに、ある事実関係が、属地主義に基づくある法秩序によって捕捉され、そして、例えば積極的な属人主義に基づく他の法秩序によって捕捉されるような場合には、重複管轄および管轄競合の問題が生ずる。

そのような——純粋な超国家的刑法モデルでは生じえない——、相異なる規則内容をもった重複管轄は、単に、現行の捜査手続における管轄の衝突の原因および一事不再理 (*ne bis in idem*) の問題の原因であるだけではない。同じ事実関係に相異なる法秩序が併行して妥当するということは、それ以上に、基本的問題を生じさせる。すなわち、そのような規範競合において、最も自由な法秩序は、他の法秩序による可罰性を排斥するかどうか (例えば、これは、ヨーロッパの E-コマース指令によれば、一定の限界事例で生産国原理のゆえに問題となるように)、そのような事例は、最も厳格な法秩序を優先することで解決されるべきなのか (例えば、このことは、この原理に基づいて、競合する重複管轄に現在でも適用可能であるように)、または、個々の事例における同様の衝突は、一定の準則により解決されるべきなのか<sup>(84)</sup>。確かに、全ての関連法秩序を適用することは現在可能であり、それに賛成するには十分な理由がある——とりわけ、国境を越える犯罪において属地主義に基づく場合——。しかし、ある関係者が、ある法秩序を信頼し、併行して適用可能な他の法秩序のより厳しい規則のことを考慮に入れなかったこともやむをえないという例外状況もありうる。適用可能な全ての国内法秩序を、歯止めなく並行的に実施するとすれば、あるいは、市民は、つねに緊密な関係にある経済空間においては、多くの刑法秩序の情報を確認しなければならない、ということにもなる。調和が困難な刑法システムの適用可能性およびその競合という問題の背後には、とりわけ、緊密な国際社会において互いに違いのある刑法規範に関する平等、正義そして

(83) 電子的商取引に関するヨーロッパ議会 (das Europäische Parlament) およびヨーロッパ理事会 (der Rat) の指令, 2000/31/EG vom 8.6. 2000, ABI. L 178, 1, Art. 3 Abs. 1 i.V. m. Art. 3 Abs. 2.

(84) この点については、以下の議論状況参照。Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 448 ff. ならびに後述 Anm. 86.



説得力というさらなる根本問題が存在する<sup>(85)</sup>。

この問題の解決は、やはり、可能なかぎり広範囲に及ぶ刑法の調和化によってなされるのであり、それは国内刑法の違いを目立たなくさせるのである。国内法秩序間になお大きな法的相違があるかぎり、刑法の協働モデルは、国の刑罰適用権の調整、適切な管轄衝突に関する規範ならびに管轄紛争の解決のための訴訟的・制度的な規則を要求することになる<sup>(86)</sup>。さらに、E-コマース指令の領域に由来する生産国原理の承認が吟味されるべきである。これが問題とならないかぎり、適切な事案において、とくに属地主義の外で禁止の錯誤を吟味する場合に、被告人は、領土に異質な法の適用を考慮することはできなかったという応訴をおこなう必要がある。協働モデルのこれらの問題を法治国として解決するとすれば、複雑な刑法システムをもたらし、手続の効率性と自由権の保護に関する無益な摩擦をもたらすことは、明らかである。

#### 4 超国家的価値の保護および国境を越える刑事訴追における効率性の欠如

##### a) 超国家的価値の保護における効率性の欠如

協働モデルは、それ以上に、上述したヨーロッパ規模の機関とその価値の統一かつ効果的保護を保障することはなく、かえって国家固有の利益を追求する膨大な空間を残している。その明白な例は、すでに述べたヨーロッパ規模の財政的利益の刑法的保護であり、ヨーロッパ共同体の数十年におよぶ努力にもかかわらず、依然として統一的な変化は見られない<sup>(87)</sup>。

(85) この点についての詳細は、以下参照。Sieber (Anm. 11), ZStW Bd. 103 (1991), S. 975.

(86) 同様の問題点のための手続法的な防護が、国際刑法における特殊な先例形成として、旧ユーゴスラビアのための国際刑事裁判所 (ICTY) の手続規則および証拠規則 (Rules of Procedure and Evidence) の規則11に見られる。規定は、ICTY の裁判所手続による国内裁判所に対する指示を定めている。そこでは、3人の裁判官によって構成される「指示法廷 (Verweisungskammer)」により、検察庁および被告人からの聴取の後に、決定が下される。この法廷の決定に対しては、検察官も被告人も上訴を申し立てることができる。この先例形成は、もちろん、訴えがすでに ICTY に提起された事件に関するものであるから、一般化はできない。先例形成につき、以下参照。Petrig, 45 Criminal Law Bulletin (2009) Heft 2 (im Erscheinen). この点については、さらに、注 84の論述参照。

(87) この点については、以下参照。ヨーロッパ共同体の財政的利益の保護に関する条約の組替えのための委員会第2報告, KOM (2008) 77, S. 5 ff.



純粋な協働モデルのもつこの問題は、もちろん、超国家的モデルの要素を該当する刑法システムに組み込むことにより、簡単に解決される。その方法は、超国家的機関とその価値の保護のために、例えば、法的調和化のために超国家的な指導権限を創造し、かつ緊密な処理をなすのである。法の均質化は、同僚の専門家による評価手続（Peer-Review-Verfahren）と「〔怠慢国の〕国名公表とこれによる恥辱〔の効果〕（naming and shaming）」の制裁によっても促進させうる<sup>(88)</sup>。ヨーロッパ的価値のより強力な保護は、法律上の規則または刑事訴追の該当部分が、対応する領域の犯罪について、直接的効力をもつ超国家的規範により規律されることで、実現される。

b) 国境を越える犯罪の訴追における効率性の欠如

個々の法秩序において、法律上の規則が欠如しまたは実務的な協働業務が十分でないために、何らの効果的な協働がなされていない場合には、国境を越える犯罪の訴追の場面で、同様の問題が生じる。とりわけこれが当てはまるのは、相異なる法システムでのコミュニケーションが、直接的に同種の刑事訴追官庁間ではなく、機能的には別目的で作られた機関の間で、かつ / または複雑な事務手続を経由してなされる場合である。その一つの例は、資金洗浄対策の領域で、特殊な財政局（Financial Intelligence Units）の間で共同業務が行われる場合であり、この部局は、ヨーロッパではあるところでは刑事訴追官庁として、あるところでは行政官庁として組成されているのである<sup>(89)</sup>。このような相異なる官庁の共同業務に伴う困難さは、純粋の協働システムでは、中央組織の構造を持った超国家モデルにおけるよりも、より大きくなる。

実務上さらに問題となるのは、国内刑法システムの協働の枠内で、とりわけ——多くの場合、組織的には別々に種々の刑事訴追システムに編入されている——警察および司法のデータバンクが技術的結合をなす場合、ならびに、相異なる情報保護規定を基礎として、このデータバンクに相互的にアクセスする場合である。最初の問題では、技術的かつ組織的協働が求められる。これに対し

(88) この点については、Sieber, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber (Hrsg.), Les chemins de l'harmonisation penale (Anm. 9), S. 408 f.

(89) 情報交換における構成国の中央住民登録所間の共同業務のための協定に関する2000年10月17日のヨーロッパ理事会決定（2000/642/JI）の実施に関する委員会報告、KOM（2007）827 endg., S. 4 und 10参照。委員会は、さらに、ある構成国では財政局を司法官庁として改組し、他の構成国では混合形態となっていることを指摘している。

て、法的観点からは、国内的協働または超国家的準則により、情報保護法上の最低保護基準の設定が求められる。上に挙げたデータの「自由な処分可能性（freie Verfügbarkeit）」の標語から、このような最低保護規定を簡単に断念することはできない。

共同業務に関する実務上の問題を解決するために、古典的な連絡官（Verbindungsbeamte）と並んで、とりわけ、国際的または超国家的「連絡官庁（Verbindungsbehörde）」または「中継機関（Relay-Institution）」（ユーロポール、ユーロジャストまたはヨーロッパ司法ネット（EJN）のような）の創設が課題となり、これらは、特別に、機能を同じくする国内機関による共同業務を行い、その際、とくにデータ処理の調整を行う。この中継機関が固有のデータバンクの働きをするならば、それは、単に協働モデルの領域にとどまらず、その超国家的な機能の要素から、すでに協働的かつ超国家的モデルの混合形態を表している。この超国家的モデルの長所と短所については、再度関係する理想モデルを例にして、以下で分析することにする。

## C 超国家的解決モデルの評価とその現実性

### 1 安全と自由の効果的保護に対する超国家モデルの利点

上述した超国家的解決モデルは、確かに、——協働モデルとは異なって——政治的次元で、国民国家の主権およびとくに現存する国内規則の統一化の放棄を求める。しかし、そのような法の統一化と比較的広い領域に及ぶ統一的な超国家的刑法システムの創設が成功すれば、新たに創設された統一的法空間においては、相異なる法秩序の調整という上述の問題はすべて消失する。その場合には、超国家的部局のすべての決定が、法空間の全体について妥当することになり、これにより、統一的な実体法および訴訟法を根拠として、同一の法治国家的保障がなされることになる。超国家モデルは、これによって、単に効果的刑事訴追の機会を提供するだけでなく（上述したヨーロッパ規模の機関およびその価値の観点からも）、これと同程度に、自由の利益を効果的に保護する機会をも提供することになり、それは法空間の全体に妥当し、かつ、システムに内在的な相異なる法秩序間の協働要件による弱体化ということもない<sup>(90)</sup>。それゆ

(90) この所見は、もちろん、純粋な超国家的解決モデルについてのみ妥当するのであって、現在唯一ヨーロッパ連合についてのみ考えうる混合形態については妥当しない。超国家的規則が一部の分野にのみ妥当し、それゆえ国内規則に対して補充的にのみ妥当する限り、上記の問題点は、国内法の分野にとどまる。

え、超国家的解決モデルは、内容的に適切に構成されれば、安全の保持についても自由の保持についても、その効率可能性の点で、協働解決モデルを根本的に凌駕するものである。

この利点に対しては、もちろん、2つの重要な問題が立ちはだかる。第1に、補完性および超国家的解決の政治的な実行可能性の問題であり（後述2）、第2は、民主主義的正統性（Legitimation）および超国家的法定立（Rechtssetzung）ならびに法適用のコントロールの問題である（後述3）。

## 2 補完性と主権を保障する可能性と問題点

### a) 一般原則

超国家的解決は、補完性の原理によれば、国内システムの協働が適切な解決をもたらさない場合にのみ、可能である。リスボン条約の文言（リスボン版）によるヨーロッパ連合条約第5条によれば、連合は、その専属管轄に属しない分野については、「問題となる構成国による処分の目的が、中央レベルまたは地域もしくは地方レベルでは十分に実現することができず、その処分の範囲または効果の点でむしろ連合レベルでよりよく実現できる限りにおいて、かつ、その範囲においてのみ活動」する<sup>(91)</sup>。

すでに述べたように、補完性原理の背後には、直接的関係者による事態に即した問題解決という視点、歴史のおよび文化的特性の維持、ならびに、——ヨーロッパ連合では——とりわけ国民国家の主権と権力という利益も存在する<sup>(92)</sup>。刑事訴追の分野における超国家的規則を正当化することは、それゆえ、抽象的ではなく、具体的事例において、とくに具体的協働についての実証的・刑事学的調査に基づいて、判断されなければならない。

そのうえ、これまでのヨーロッパ刑法の発展が示すのは、構成国は刑法の分野での主権を強固に擁護し、それを放棄するのは、それによって例えば安全が保障される明白な利益がある場合だけである、ということである<sup>(93)</sup>。それゆ

---

混合形態の場合は、多層システムに典型的な、超国家的次元と国内の次元の調整問題が生じる。

(91) Art. 5 EUV Abs. 3 Lissabonner Fassung およびリスボン条約に関する「補完性原則および比例性原則の適用に関する文書」参照。

(92) 前掲 I B. 2. c 参照。

(93) 以下参照。Sieber, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber (Hrsg.). Les chemins de l'harmonisation penale (Anm. 9), S. 386-387, 397-400. さらに、ヨーロッ

え、短期的・中期的に、ヨーロッパにとって、包括的な超国家的刑法システムが問題となることはなく、単に混合システムが問題となるにすぎない。そこでは、なお支配的な国内法秩序を基盤として、個別のかつ限定的な超国家的領域の部分と要素が創造されるにすぎない。

この解決モデルを形成し、それを現実化するためには、それゆえ、とりわけ、国際的な刑法システムの中で、どの程度、限定された部分的システム（Teilsysteme）および部分的要素（Teilelemente）を形成することができるか、そして、どの程度それを超国家次元に移行させることができるかという問題が意味を持ってくる。そのためには、世界中に存立する刑法システムの分析が、刑事訴追の部分的システムを厳密に区分し、他に転用する可能性を示すことになる。これは、特殊な犯罪分野、制裁システム、国家の課題ならびに訴訟的権限に関してなされる。

#### b) 犯罪と規制の領域を基準とする区分

刑事訴追の国内的部分的システムと超国家的部分的システムとの区分は、まず、超国家的部分的システムにも国内的・協働的部分システムにも配分可能な種々の犯罪および規則の分野に関して可能となる。刑事訴追機能の配分に関するこのような犯罪分野による区分は、例えばアメリカ合衆国の刑法システムの基礎となっている<sup>(94)</sup>。ヨーロッパ刑法については、超国家的規則を正当化する際に、これに対応する区別が可能となるのは、とくにヨーロッパ規模の機関とその価値の保護のための犯罪に関して、しばしば国境を越えて犯される（経済犯罪および組織犯罪のような）犯罪ならびに圧倒的に国内領域に限定された古典的犯罪である。

#### c) 制裁システムを基準とする区分

国内的権限と超国家的権限のつぎの区分は、種々の法効果を持つ相異なる制裁システムに関して、これを行うことができる。ヨーロッパ法がヨーロッパの財政利益を保護する場合に示しているのは、国民国家の中核的刑法が、超国家的な行政制裁システムによって補充されることがある、ということである。そ

---

パ全域に及ぶ統一的な法治国家的最低基準という目標は、ヨーロッパ人権条約の創設に際してなお強い影響力を持ったが、その目標が、どの程度、国家主権の権利を本質的に制約することができるかに関しては、ヨーロッパ連合が刑事手続法上の最低基準の創設に努力しながら挫折したことを考えると、疑わしいように思われる。

(94) 以下参照。Ehrlich, 32 Arizona State Law Journal (2000). S. 825-842.

のような制裁結果による区別は、種々の制裁レベル間における調整を追加的に行うという問題をもたらす。とりわけ、(ドイツの秩序違反のような)類似した行政制裁が国内的部分的システムの中にも存在する場合がそうである。

d) 立法および法適用の国家的機能を基準とする区分

国内的権限と超国家的権限との区分は、——上述した混合システムが示したように——とりわけ、立法上および法適用上の権力行使との関係でも問題となる。ヨーロッパ規模の機関を保護することが国内法では困難な場合に、例えば、超国家レベルで実体法規定を創設しつつ、その先は国内機関(捜査官庁および裁判所)に移行させる、という方法でその保護を達成するということもありえよう。このような、立法権力を中央レベルに、法適用権力を地方レベルにという分配方法は、ドイツの連邦モデルに一致する。そこでは、実体法および訴訟法の立法は連邦に、そして、対応する裁判所組織は(法の統一化に関する連邦裁判所を例外として)州に帰属している。そのような連邦モデルは、とりわけ、——すでにトクヴィルが強調したように——水平的権力分配に有益である。「法律が弾圧する場合でも、自由はなお法適用の場面に活路を見出す。」<sup>(95)</sup>ヨーロッパ連合の詐欺に関する訴追が頓挫する原因が、実体法の問題ではなく、刑事訴追の不十分さにあるとすれば、逆モデル、すなわち国内法がヨーロッパ検察庁によって適用されるということも考えられる。

e) 立法に関する指示(Anweisung)権限と法定立(Rechtssetzung)権限を基準とする区分

立法に際して、中央機能と地方機能という広く行われている区分は、多くの国際的組織において、立法に関する命令(Anordnung)権限と実施権限を区別することを表している。一定の刑罰規範を創設するための、超国家的または国際的な命令またはその勧告は、これに相応する国内的対応と結合して、単に刑法の効果的な調和をもたらすだけでなく、その場合同時に、刑法の民主主義的正統性にも寄与することができる<sup>(96)</sup>。超国家的法を国内の立法者に対する単なる指示に限定することは、しばしば、それ以上に、国内法における新たな規定へのよりよい対応をももたらす。後述するように、リスボン条約は、この

(95) *Tocqueville, De la Democratie en Amerique*, 1835, Teil II, Kap. 8 (zit. Nach *Tocqueville, Werke und Briefe*, Bd. I, hrsg. Von J. P. Mayer, 1959, S. 303).

(96) 詳細は、後述II. C. 3およびSieber, in: *Delmas-Marty/Pieth/Sieber* (Hrsg.), *Les chemins de l'harmonisation pénale* (Anm. 9), S. 189-190. 参照。

ような、立法権限の単なる指示権限への限定を、広い範囲にわたって利用している。この権限分配は、ヨーロッパ刑法の最も重要な礎石の一つであり、それは補完性原則に有益であるだけでなく、生成しつつあるヨーロッパ刑法の民主主義的正統性にとっても有益である。

#### f) 刑事訴追官庁の創設および侵害権限に際しての区分

法適用については、さらに、限定的な官庁の創設という観点からの区分が可能である。一定の犯罪に対する統一的法適用が必要であるとの理由から、——国内刑法または超国家的刑法を基礎として——限定的な超国家的官庁による刑事訴追が要請される場合、例えば、ヨーロッパ検察庁を創設することができ、これはヨーロッパ裁判所が管理するかあるいは国内裁判所が管理することになる。限定的な超国家的法適用は、一般的な刑事裁判権の枠内においても可能であり、国内裁判所が原則的に管轄するが（とくに第一審裁判所および控訴裁判所として）、判例の統一化のために超国家的上告裁判所によって補充されることが考えられる。

刑事訴追のための超国家的機関の創設に際しては、さらに、新たな中央機関に与えられる権限は限定的なものであるとすることで、補完性原則が考慮される。とりわけ、これは検察庁および警察に妥当する。補完性の理由からまたは国家の権力保持の理由から、古典的な意味でのヨーロッパ検察庁とはならなかった場合には、例えば、「混成的 (hybride)」な超国家的連絡官庁または「中継機関」(ユーロジャストのような)を整備し、それらは古典的な検察庁の全ての機能や権能を持つのではなく、例えば捜査の調整、データ処理、および/または、管轄衝突について決定するために、効果的な協働に必要な部分的機能のみを持つことが可能である。このような協働的および超国家的解決の限界領域における混成的機関は、警察および検察庁の共同業務における調整およびデータ処理にとっても考えられる。将来のヨーロッパ検察庁の権限については、後にヨーロッパ刑法との関係で詳しく述べるが、その権限を限定しておくことは、この機関の創設に対する政治的抵抗を克服するために、効果的である。

超国家的官庁に対して、侵害権限を追加しまたはその決定の場所的適用領域を拡張することは、緊急事態についてのみ考え得る。ヨーロッパ検察庁には、土地管轄のある官庁の決定が実行され得ない場合に、例えば緊急事態について、監視付き引渡し（例えば薬物の）の訴追決定のためのヨーロッパ全域に効力のある権限が委譲され得よう。

## g) 要約

上記の分析が明らかとしたのは、効果的な超国家的刑事訴追と国民国家の権力維持との間にバランスをとることが必要となるが、そのために、多くの互いに区別される混合的な解決策を用いることができるということである。その場合、一定の刑罰規範、制裁システムの全体、立法の一部、完全な機関、機関の部分的機能または特殊なもしくは緊急事態にのみ妥当する侵害権限を、超国家レベルに限定的にのみ転用すること、ならびに、これらの様々な指示基準を組み合わせることで、複雑な混合システムをもたらすことができ、それは、特別な超国家的「礎石」を含んだオーダーメイドの (maßgeschneidert) 問題解決を可能とし、これによって補完性原理および特別な調整の必要性に配慮を示すが、もちろん、その結果として、高度に複雑となり、重大な調整を行う必要も生じることになる。

このようなヨーロッパ刑法の分析が示すのは、効果的な超国家的刑事訴追を可能とし、その際、同時に、補完性原理を考慮し、国民国家の主権を可能な限り広範囲に確保するために、実務における複雑なシステムが事実上創出されることである。それゆえ、ここで分析された中央レベルへの限定的な権力の移動は、現在のヨーロッパ刑法の理解にとって必然的であり、かつ、さらに超国家的システムの第 2 の中核的問題の解決に関係してくる。すなわちその民主主義的正統性と民主主義的統制の問題である。

## 3 民主主義的正統性および民主主義的統制の問題

## a) 多層システムにおける正統性の問題

国民国家の法は、刑法の民主主義的正統性を、単に国家的侵害のための一般的な議会留保を基盤とするだけではない。刑法は、その自由刑をもってとくに強力に市民の権利を侵害し、これに対応する違反行為は社会的非難と結びつくがゆえに、「議会の法律がなければ、刑罰もない (nulla poena sine lege parlamentaria)」の原則が特別な意義を持つ<sup>(97)</sup>。これは、とくに、実体刑法における可罰的態度の定義に妥当する<sup>(98)</sup>。それゆえ、一般的な合法性原理および

(97) Lüderssen, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2003, S. 71-84 (82); Hecker, Europäisches strafrecht (Anm. 71), S. 151; Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, Berlin 2002, S. 125 f. m. w. N.

(98) しかし、侵害の集中的な刑事訴訟上の規則についても、一定の正統性要件が求められる。「法律がなければ、裁判もない (nullum iudicium sine lege)」原



特殊な「議会の法律なければ、刑罰もない」の原則は、多くの法秩序における国内刑法において、——部分的には憲法上でも——保障されている。もちろん、国内刑法は、相異なる仕方、議会の刑罰定立権限の行政権への限定的委譲を、とりわけ重大ではない犯罪について認めている<sup>(99)</sup>。

もちろん、主権に基づく侵害は議会に留保されるとの要請があるからといって、ただちに、国民国家の刑法を、国際的組織によって立法され、命令されまたは勧告された刑法へと委譲させることにはならない。国際的組織は国民国家のように民主主義的に構成されていないので、ここでは、国際的組織による侵害をもたらす規則が、そもそも民主主義的にどの程度正統化され得るかという問題が生ずる。超国家的ヨーロッパ刑法<sup>(100)</sup>の民主主義的正統性に関する問題は、ドイツではすでに1991年にヨーロッパ刑法のはじめての批判的分析における中心的論点となった<sup>(101)</sup>。その間、一般的な国際法およびヨーロッパ法において、関連問題が徹底的に議論された<sup>(102)</sup>。この数年になって、刑法においても再び議論されるようになったが、国際法およびヨーロッパ法による新たな知見がより深められることはなかった<sup>(103)</sup>。

一般的な国際法およびヨーロッパ法においては、——共通の社会文化的価値

---

則——もちろん規範の明確性の観点で——については、以下参照。Gaede (Anm. 30), ZStW Bd. 115 (2003), S. 869 ff.

(99) 例えば、ベルギー、デンマークおよびイギリス（イングランド、ウェールズ、北アイルランドおよびスコットランド）では、権限委譲が承認されている。この点については、マックス・プランク外国・国際刑法研究所の詳細な比較法研究を簡単に参照。ヨーロッパ議会の立法権の委員会への委譲について、ヨーロッパ連合運営条約290条（Art. 290 VAEU）参照。

(100) ヨーロッパ連合の基礎としての代表民主制については、ヨーロッパ連合条約リスボン版第10条（Art. 10. EUV Lissabonner Fassung）参照。

(101) Sieber (Anm. 11), ZStW Bd. 103 (1991), S. 969-972; des., in: Duttge u. a. (Hrsg.), Schlüchter-Gedächtnisschrift (Anm. 63), S. 114. 歴史的に詳しいのは, Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (Anm. 97), S. 114 ff.

(102) この点については、後述注104-106の文献参照。

(103) 比較的最近のものとして、以下参照。Lüderssen (Anm. 97), GA 2003, S. 71-84; Vogel, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 116 (2004), S. 400-423 (416 f.). ならびに包括的に以下の文献におけるドレステンでの刑法学者会議での議論の紹介参照。Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 450 ff.

をもった民族により形作られた——国民国家の外部で国家権力を民主主義的に正統化することは、一部では原則的に拒否されている<sup>(104)</sup>。これに対して、支配的な反対意見は、政治的そして法的支配の新たな形態においても、民主主義的自己決定を、主権を有する国民国家の外部でかつ（法以前のかつ問題のある）民族概念から独立して、肯定するのである。その場合、民主主義的正統性は、ある部分は、理事会における国家の代表者の協力をもって基礎づけられ、他の部分は、——ある種の二院制（Zwei-Kammer-System）による連邦主義の伝統の中で——理事会とヨーロッパ議会による二重の正統化によって基礎づけられる<sup>(105)</sup>。最後に挙げた考えは、それゆえ、ヨーロッパ連合のような国民国家を超えた統一体において、多層システムを可能とし、それは、分割された主権というパラダイムによる幾重にも重なった独自性（Identität）と帰属性（Zugehörigkeit）を伴っている。有力な——ドイツの連邦憲法裁判所も与した——考えによれば、国民国家による民主主義的正統性のメカニズムは、それゆえ、ただちには国民国家とは全く異なって構成されている超国家的共同体に移転させることはできない<sup>(106)</sup>。民主主義的正統性は、「多層システム」におい

(104) Grimm, Juristezeitung (JZ) 1995, S. 581-591 (586 ff.); Isensee, Juristezeitung (JZ) 1999, S. 265-278.

(105) この点については、以下参照。von Bogdandy, in: Brenner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Badura, Tübingen 2004, S. 1033-1052 (1042 ff., 1045 ff.); ders., Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 63 (2003), S. 853-877 (865 ff.); ders., supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, Baden-Baden 1999, S. 57 ff.; Kokott, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 64 (2004), S. 517-533. この関係で、国際的組織への国家主権の委譲を許している国家の憲法規定（例えば、ドイツについては、基本法第23条、第24条）も参照。

(106) 以下参照。BVerfG (Maastricht) 89, S. 155-213 (182 ff.); von Bogdandy, in: Brenner u. a. (Hrsg.), Badura-Festschrift (Anm. 105), S. 1033-1052; Wahl, in: Dreier (Hrsg.), Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität - Repräsentation - Freiheit, S. 113-149 (113 ff., 124 ff., 136 ff., 147 ff.). この点については、とりわけ以下参照。von Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, Tübingen 2000; ders. (Anm. 105), ZaöRV 63 (2003), S. 853-877; ferner Bleckmann, Juristenzeitung (JZ) 2001, S. 54-58; Doehring, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl-) 1997, S. 1133-1137; Stein, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 64 (2004), S. 563-570; Stiglitz, die Chance der Globalisierung (Anm. 6), S. 335-362. こ

てはむしろ国民国家におけるとは異なった方法で可能であり、そこでは、適切な見解によれば、種々の正統化策が追加され、相互に強化され得るのである<sup>(107)</sup>。ヨーロッパ連合の独自の民主主義的正統性の特殊性は、とりわけ、連合が単にその市民の統一的な意思形成に基づくだけでなく、国家的に組織された民族により正統化されているという事実に基づいている。その場合、ヨーロッパ議会と理事会による、適切な二重の正統性が、連合法上保障された自由も、構成国による組織の持つ多様性も、ともに保障しているのである<sup>(108)</sup>。

このような超国家的組織の独自の正統性は、原則的に、刑法にも妥当する。しかし、刑法のもつ侵害の強さのために、この正統性は、とりわけ実体刑法に要求される——司法構成法および刑事訴訟法と比較しても——。議会の刑罰賦課権限を行政に委譲する場合の国内法のレベルの問題と類似して、この正統性は、実体刑法の本質的要素は市民により選挙で確定されることを確認しなければならない。それゆえ、刑法上の規則が、多層システムにおいても要求することは、議会留保という本質的機能が保障されていること、とくに、市民の自己決定、政治的な基本決定への市民の影響力、多数決システム、統治の権限とその統制、権力分割ならびに統治行為の透明性である。しかし、侵害が強度の訴訟上の強制処分も民主主義的に正統化されなければならない。行政の代表者（例えば、国際連合安全保障委員会またはヨーロッパ連合の理事会における）だけで制定された刑法は、これらの要件を満たさない。民主主義的正統性と並んで、——国際連合安全保障委員会の新たな「賢い制裁 (smart sanction)」(前掲注(20) 参照 [訳注]) におけるように——法的保護システムも欠けている場合には、なおさらこのことが当てはまる<sup>(109)</sup>。

---

れに批判的なのは、*Lübbe-Wolff*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) Heft 60 (2001), S. 246-289.

(107) ヨーロッパ理事会とヨーロッパ議会の二重の正統性による、ヨーロッパ連合条約第52条の批准法における国民国家の正統性の補充の必要性については、*von Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus* (Anm. 105), S. 56, 58 f. 参照。そのような加算的效果を拒否するのは、*Lübbe-Wolff* (Anm. 106), VVDStRL Heft 60 (2001), S. 258 f.

(108) この点については、以下参照。*von Bogdandy*, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden 2. Aufl. 2009 (im Erscheinen).

(109) この点については、以下参照。EuGH C-402-05 und C-415-05 v. 3. Sept. 2008, insb. Nr. 158-376. この文脈では、以下の問題は未解決といわなければならない

超国家的機関の（刑）法の正統性という——将来のヨーロッパ刑法にとって中核的な——問題を、以下、一般的な形で示し、リスボン条約によるヨーロッパ連合の法について、明確にしよう。

b) リスボン条約を例とする超国家的刑法の正統化策

ヨーロッパ連合法は、とりわけリスボン条約において、多層システムにおける刑法の民主主義的正統性が超国家的レベルにおいても国家的レベルにおいても可能であることを示している。その際、超国家的レベルでは、ヨーロッパ刑法にとって上述した二重の正統化の可能性が、直接的に市民全体（ヨーロッパ議会）についてまた間接的に国民国家の組織（理事会）について、提供されている。さらに、国家レベルでの刑法典の正統化の可能性がこれに加わる。このことは、相異なるメカニズムによる刑法の正統化を可能とする。すなわち、（１）ヨーロッパの全ての市民によって直接選挙された超国家的議会、（２）この超国家的立法過程への国内議会の参与、（３）国際的組織における決定部門での民主主義的正統性を持った行政機関の協働、（４）国内議会による超国家的組織への事前の授権、（５）国内議会による国際的組織の決定の事後的な読替え、である<sup>(110)</sup>。このような正統化策は、リスボン条約について明らかにすることができる。

（１）超国家的レベルでは、超国家的刑法は、まず、超国家的議会により正統化され得る<sup>(111)</sup>。リスボン条約は、そのようなヨーロッパ議会によるヨーロッパ刑法の正

---

らない。すなわち、国際的および超国家的レベルで、民主主義的正統性が部分的に欠如している場合に、その欠陥が、十分に強化された司法的コントロールシステムにより埋め合わせることができるか否か、という問題がこれである。

- (110) ヨーロッパ連合における民主主義原理の妥当性については、一般的に、ヨーロッパ連合条リスボン版約前文、第 2 条、およびヨーロッパ連合運営条約リスボン版第 10 条参照。「二重の正統性」は、直接的にヨーロッパ議会に関して、そして間接的に、ヨーロッパ理事会および国内政府による理事会に関してなされるが、国内政府は、民主主義的な方法で、その議会と国民に対して釈明を為さなければならない。この「二重の正統性」については、とくに、ヨーロッパ連合条リスボン版第 10 条第 2 項参照。さらに、「市民社会の代表者組織との開かれた、透明性のあるかつ定期的な対話」については、ヨーロッパ連合条リスボン版第 11 条第 2 項、ならびに、ヨーロッパ委員会への市民の参加については第 2 - 4 項参照。

- (111) 連邦憲法裁判所は、1993年10月12日のマーストリヒト判決（Maastricht-Urteil, BverfGE 89, S. 155-213 (184 f.)) において、ヨーロッパ議会による民主主義的正統性を、ヨーロッパ連合による政策の民主主義的支えであるが、単

統性を決定的に強化した。とくに、その枠組み決定ならびにそこから帰結されるヨーロッパ議会の同意による共同決定手続の原則的妥当性をもって、ヨーロッパ連合の第3の柱を廃止したことによって強化された<sup>(112)</sup>。それゆえ、ヨーロッパ法は、リスボン条約の規則により、——国際的組織としては異例に強力な——民主主義的正統性を、直接的にヨーロッパ市民の全体を通して、手中に収めた。この超国家的レベルにおける正統性は、もちろん、単に種々の国家による選挙得票の結果が同じでないことで弱められるだけでなく<sup>(113)</sup>、ヨーロッパ議会に立法活動への発議権が欠如していることによって弱められる。ヨーロッパ連合条約リスボン版第17条第2項による議会の立法発議権の欠如は、ヨーロッパ連合運営条約第225条により、議会が、委員会による法律案の提出を要求することができることによって、わずかに埋め合わされているが、極めて限定的である。ヨーロッパ連合運営条約第294条の立法手続を支えとする議論は、ヨーロッパ議会はただ拒否権と封鎖機能を持つにすぎないとするが<sup>(114)</sup>、これに対しては、もちろん、議会は、これによって理事会と委員会の「政治家的・官僚的複雑性」への統制機能を果たすことができ<sup>(115)</sup>、二院制の国家レベルにおいても、市民独自の政府が原則的に議会に限らず実現されるとの議論が可能である。

（2）超国家的刑法の正統性は、「混合的な超国家的」方向において、さらに、超国家的立法手続における国内議会の協力の結果でもあり得る。リスボン条約は、そのような超国家的立法手続における国民国家の正統性を強化しているが、それは、ヨーロッパ規模の立法における国内議会の情報〔提供〕権および協力権に関してであり、ヨーロッパ連合条約リスボン版第12条によるユーロポールおよびユーロジャストの政治的コントロールに際してであり、さらに、ヨーロッパ連合運営条約第71条による域内安全の分野での実効性のある共同業務に際してである。委員会は、その際、ヨーロッパ議会および理事会に提出された立法活動に関する草案を、8週間の検討のために、国内議会に伝達する<sup>(116)</sup>。国内議会は、ヨーロッパ連合条約リスボン版第12条および「補完性および比例性の原則の適用に関する覚書」第7条と関連するヨーロッパ

---

に補充的な支えとのみ評価したが、むしろ、その意義が今後重要となることは認めている。

- (112) ヨーロッパ連合条約リスボン版第14条、第16条、ヨーロッパ連合運営条約第82-88条、第289条。
- (113) ヨーロッパ連合条約リスボン版第14条。この点については、Kreß (Anm. 3), YstW Bd. 116 (2004), S. 448 ff., 451における議論状況参照。
- (114) Grimm (Anm. 104), JZ 1995, S. 582, 586; Schröder, Europäische Richtlinien und Strafrecht (Anm. 97), S. 128 f.
- (115) この点については、以下参照。von Bogdandy, in: Brenner u. a. (Hrsg.), Badura-Festschrift (Anm. 105) S. 1048.
- (116) この点について詳しくは、ヨーロッパ連合における国内議会の役割に関する覚書 (Protokoll über die Rolle der nationalen Parlament in der Europäischen Union) 第1条以下参照。

連合運営条約第69条によって、一定の定足数を前提に、立法活動が補完性および比例性の原則を侵害すると思われる場合には、委員会にその吟味を強制することができる。

(3) 「超国家的と国家的の混合した」レベルでは、国際的組織にとって——もちろん問題のある——さらなる正統性の可能性が存在するが、それは、国際組織における国内議会によって選出された国民国家の代表者に関するものである。そのような政治家的正統性は、ヨーロッパ規模の立法としては、理事会における民主主義的に選出された政府の代表者によってなされる。リスボン条約は、その複雑な理事会構成員と住民による二重の多数決によって、多数決決定による議案可決のための高いハードルを設けたが、それは、その都度の決定が、ヨーロッパ諸国の多数によってもまたヨーロッパ市民の多数によっても支持されることを確保するためである<sup>(117)</sup>。ドイツ連邦憲法裁判所は、そのマーストリヒト判決で、民主主義的に選出された政府代表者による正統化の効果を肯定し、超国家的組織という特殊性から、ヨーロッパ規模の法規範の発布を、比較的広い範囲について、行政的に組織された機関に許容したが、それは、国内的にみて受け入れることができる限りにおいてである<sup>(118)</sup>。政府は、立法者の機能について原則としては正統化はできないので、この「政治家的法定立 (gubernative Rechtsetzung)」は、文献においてももちろん批判されているが、それには十分な理由がある<sup>(119)</sup>。とりわけ、行政のコントロールという中心的視点の下では、この「政治家的」正統化策は、それゆえ非常に限定的な効果しか持ち得ない。もちろん、それは、超国家的レベルにおいては、国家的レベルに比べれば、より重要ではある。国家的レベルでは、構成国政府の代表機関に、連邦国家の憲法でも、何ら民主主義的な本質的意義は認められていない<sup>(120)</sup>。

(4) 超国家的刑法に対して国内議会が最も強力な正統化をなすのは、しかし、超国家的組織への加盟に関する国内法およびそれに法的根拠を与える賛成決定である<sup>(121)</sup>。そのような——行政への国内議会の授権とは部分的にしか比較はできない<sup>(122)</sup>

(117) ヨーロッパ連合条約リスボン版第16条参照。これは、2014年以降は、有効な多数決のためには、少なくとも理事会構成員の55%で、少なくとも15人の構成員からなる多数ならびに少なくとも連合の住民の65%の多数が要求される。

(118) BveBVerfGE (Maastricht) 89, S. 155-213 (155, 186 f.). この見解は、ドイツでは、とくに基本法第23条に基づくものである。

(119) とくに以下参照。Lübbe-Wolff (Anm. 106), VVDStRL Heft 60 (2001), S. 225 ff. 結果として同旨, Lüderssen (Anm. 97), GA 2003, S. 71-84. この点については, Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 448 ff. における議論状況参照。

(120) Von Bogdandy, supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform (Anm. 108).

(121) 対応して、国内のあらゆる市民を拘束する点については, BverfGE 89, S. 155-213 (155. 182 f.) 参照。また, Von Bogdandy, supranationaler Förder-



——正統化は、もちろん、超国家的組織に委譲された権利および目的とされた統合計画が、国内法において十分に影響力を伴って定着することを求めている。しかし、ドイツの連邦憲法裁判所が、これに対して、そのマーストリヒト判決において行ったその要求の程度は、国内議会の留保事項の場合よりもより少ないものでしかなかった<sup>(123)</sup>。ヨーロッパ優先権に対する国内的正統化は、もちろん、事後に創出された超国家的処分が国内の批准法においてすでに定められていることが明白であればあるほど、より強いものとなる。リスボン条約は、その限りで、一連の明白な刑法上の権限を含んでおり、それは、国内議会により（またはアイルランドでは国民投票により）承認されなければならないものである。

（５） 国際的に定められた規則の正統性は、さらに、超国家的準則（例えば、指令における）が、国内議会により国内法に読み替えられることで、実現され得る<sup>(124)</sup>。国際的組織における同様の準則は、その場合、もちろんしばしば——多かれ少なかれ——国内議会に圧力をかけ、それは、「〔怠慢国の〕国名公表とこれによる恥辱〔の効果〕」に関する同僚の専門家による評価手続に関する一般的な忠実義務から、拘束的ではあるが不服申立のできない枠組み決定ならびに現行のヨーロッパ共同体における不服申立ができる指令まで、あり得る<sup>(125)</sup>。そのような国内立法者に対する圧力は、——とりわけ詳細な準則の場合——これによって議会はもはや自由な判断をすることができないこととなって、その正統性を弱体化させる。なぜなら、民主主義的な自己決定は、議会の審議と決定についての一定の開放性（Offenheit）を前提とするから

---

alismus (Anm. 105), S. 56 ff.; Vogel (Anm. 103), ZStW BD. 116 (2004), S. 401 参照。ならびに, Kreß (Anm. 3), ZStW Bd. 116 (2004), S. 449 f. における議論状況参照。

- (122) 多くの法秩序においては、行政によって定められる刑法の可能性は、しかし、比較的軽い犯罪行為の創設に限定されている。ほとんどの場合、そのような授權の条件と限界が厳密に規定されることも要求されている。以下参照。Groeblichhoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der europäischen Gemeinschaften, 1996, S. 118 ff.; Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (Anm. 10), S. 129 ff.

(123) BverfGE (Maastricht) 89, S. 155-213 (187 f.).

(124) この一もちろん超国家的刑法ではなく、国内刑法の調和にいたる一メカニズムは、ヨーロッパ連合以外の多くの国際的機関において、刑法の調和化のための圧倒的な基盤を形成してきた。

- (125) 民主主義的正統性にとって重要な国内議会の自由領域は、その場合、もちろん、単に国際的な調和装置の持つ強制的または制裁を伴う性質によって規制を受けるだけでなく、内容的な読替えの自由領域の規制も受けるが、これは、種々の技法により「解釈の余地 (margin of appreciation)」を持ち得るものである。参照, Sieber, in: Delmas-Marty/Pieth/Sieber (Hrsg.), Les chemins de l'harmonisation penale (Anm. 9), S. 407-412, S. 189-190.



である。しかし、上述した国際的組織の持つ特別な体制を根拠に、国内で読替えを行う法律に何らの民主主義的正統性を認めないのは、不当であろう<sup>(126)</sup>。ヨーロッパ連合では、このような結果は、とりわけ、上述した以下の視点に基づいている。すなわち、国内議会は、国内で読替えを行う法律における枠組み決定および指令の手續に対して賛成せざるをえず、これによって一定の範囲でその自由を制約するものである、と<sup>(127)</sup>。

この場合、リスボン条約による新たな法状態にとって、とりわけ、以下の自由領域を考慮すべきである。すなわち、——ヨーロッパ連合条約第50条の脱退の選択肢と並んで——手續法的な「非常ブレーキ (emergency brake)」が、刑法に関する指令の分野で、ヨーロッパ連合運営条約第82条第3項、第83条第3項により、国民国家に与えられている自由領域である。構成国が、この規定による指令により、その刑法秩序の基本的側面に影響を与えると見なしたときは、構成国は、ヨーロッパ理事会の招集と一定期間の手續停止を申請することができる。理事会において何らの審問もなされない場合には、少なくとも9つの構成国間の強化された共同業務が可能となる。国内で読替えを行う法律による指令が定めた刑法典という制限された民主主義的正統性は、それゆえ、リスボン条約により、少なくともつぎのような場合に与えられることになる。すなわち、優先権のある指令が明確に規定され、国内議会が——補完性原理によっても保障され——提供された自由領域を持つ場合である。ドイツの連邦憲法裁判所は、マーストリヒト条約およびヨーロッパ拘束命令に関する裁判において、現行ヨーロッパ連合条約における、理事会が優位を占める枠組み決定の立法を受け入れたのである。もちろんその出発点となっているのは、国内議会は、一定の場合に、ヨーロッパ枠組み決定への服従を指示することができる、ということである<sup>(128)</sup>。リスボ

(126) 結果として同旨、BverfE 89, S. 155-213 (184 ff.). 部分的には、文献に、以下の指摘がある。国内で移し替えを行う法律の民主主義的正統性は、しかし、指令および枠組み決定が国内の立法者に十分に独自に決定できる自由領域を認めている限りでのみ、成り立つ、と。この問題については、以下参照。Böse, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2006, S. 211-224 (217 f.); Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts (Anm. 10), S. 451 f.; Schünemann, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2004, S. 193-209 (201). この点については以下も参照, Hecker, Europäisches Strafrecht (Anm. 71), S. 296 m. w. N.

(127) 対応して、国内のあらゆる市民を拘束する点については、BverfGE 89, S. 155-213 (155. 183 f.) 参照。連邦議会は、「そのような賛成に伴う広い範囲の効果を、連邦議会自体の権限に対する効果にとどまらず、審議し、そして、それについて決定を下さなければならない。諸国家の共同体に加盟するための賛成法律の中に、民主主義的正統性が存在するのであって、それは、諸国家共同体自体の存立についても、構成国を拘束する多数決決定への権能についても、当てはまることである。」

ン条約は、実体刑法規定の調和化に関して、指令を手段として、原則的制限を規定したが、これによって、リスボン条約の上に述べた「非常ブレーキ」との関係で、調和化されたヨーロッパ刑法というとりわけ心理学的にも重要な一正統性を提供しているのである<sup>(129)</sup>。

### c) リスボン条約による刑法規定の創設に関する帰結

リスボン条約は、従来の法に対して、民主主義的正統性を一般的に改善しただけでなく、とくにヨーロッパ刑法にとっての改善をなしている。この将来の刑法の正統性にとって、とりわけ、３つの理由が重要である。第１に、新たな条約によるほとんどの刑法規定は、国内議會を巻き込んだ、ヨーロッパ議會および理事会による共同決定手続における指令または規則によって、成立する。第２に、ほとんどの分野における刑法規定は、明白な権限規範に基づき、この規範は、そのたび毎のヨーロッパの優先権に対する批准法によって創設され、正統化されたものである。第３に、指令の支配的規制形式による実体刑法の創設は、多くの分野において、国内での読替え法律を要求し、そこでは、国内立法者には、補完性原理に基づき、一定の自由領域が保障されなければならない、その自由領域は、ヨーロッパの基本権および手続的な非常ブレーキを援用してさらに拡張され得るものである。このようにして形成された——国際的組織における民主主義的正統性の特殊性をも含む——ヨーロッパ刑法の多元的な正統化策は、それゆえ、上述した選挙権およびヨーロッパ議會の立法指導権ならびにその手続法における民主主義の欠如を埋め合わせることができるのである。このことは、以下の帰結を導く。

（１） 全体的考察をするならば、リスボン条約は、以下の犯罪についての最低規定に関する実体法上の指令についての、ヨーロッパ連合の指示権限を十分に民主主義的に正統化している。すなわち、国境を越えるとくに重い犯罪に関する犯罪行為と刑罰（ヨーロッパ連合運営条約第83条第１項）<sup>(130)</sup>、さらに理事会がヨーロッパ議會の同意

(128) 以下参照, BverfGE (Europäischer Haftbefehl) 113, S. 273-348 (301); BverfGE (Maastricht) 89, S. 155-213 (184); *Ipsen*, Europarecht (EuR) 1994, S. 1-21 (6).

(129) 「国民の名において (im Namen des Volkes)」言い渡される刑事判決は、これによって少なくとも形式的には国内法で存立し続けることになる。この観点については、以下参照, *Schröder*, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht (Anm. 97), S. 131 ff.

(130) 第１項第２文によれば、以下の通りである。「テロリズム、人身売買、女性と子供の性的搾取、違法薬物取引、違法武器取引、資金洗浄、汚職、支払い手

をえて決定する犯罪行為（ヨーロッパ連合運営条約第83条第1項第2文）ならびに調和を必要とする政治的分野における犯罪構成要件（ヨーロッパ連合運営条約第83条第2項）<sup>(131)</sup>である。同じことが司法官庁の共同業務および司法決定の相互承認のための最低規定に関する訴訟的指令にも妥当する。これは、とくに、証拠方法の許容性、刑事手続における個人の権利、犯罪行為の被害者の権利およびその他の刑事手続の特殊な側面（ヨーロッパ連合運営条約第82条第2項）に関してである。

（2）指令のための指示権限も規則（Verordnung）のための直接的法定権限も、司法決定の承認、構成国間の権限衝突および司法官庁間の共同業務のために存立している（ヨーロッパ連合運営条約第82条第1項第2文）。このような訴訟上の規定も——とりわけヨーロッパ議会の共同決定により——民主主義的に根本的な正統化がなされる。

（3）リスボン条約は、一定の司法組織の規則のための直接的な法定立権限に関しても、十分な民主主義的正統性を与えている<sup>(132)</sup>。これがとくに意味を持つのは、一定の刑事訴訟上および司法組織上の基盤、すなわち、ユーロジャスト（ヨーロッパ連合運営条約第85条）、ヨーロッパ検察庁（ヨーロッパ連合運営条約第86条）およびユーロポール（ヨーロッパ連合運営条約第88条）の基盤に関する超国家的な法定立についてであり、ならびに警察の共同業務措置（ヨーロッパ連合運営条約第87条）についてである。これらの協働法上および司法組織上の権限の全ては、通常の（または特殊な規定に基づいて、特別な）立法手続において、ヨーロッパ議会の実質的協力を前提とするために、根拠となる優先権に関して十分な明確さがあれば、例えばヨーロッパ検察庁について、強力な侵害をなす訴訟上の規定も、正統化され得ることになる。

（4）〔略〕

（5）〔略〕

（6）〔略〕

---

段の偽造、コンピュータ犯罪および組織犯罪」。ヨーロッパ理事会は、このカタログを、全員一致の決定により、ヨーロッパ議会の同意を得て、拡張することができる。権限カタログの解釈については、以下参照、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Köln 2008, S. 22-32.

- (131) 関連してくる可能性があるのは、環境犯罪、通貨偽造、不真性な支払い手段による詐欺、資金洗浄、贈収賄、情報システムへの攻撃、海洋汚染、知的財産の侵害の分野である。この点については、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht (Anm. 130), S. 25 f. 参照、ならびに一現行法の視点から—Hefendehl, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2006, S. 161-167 (166 f.) 参照。この場合、刑法上の指令のためには、リスボン条約によれば、関係する調和措置と同じ立法手続が妥当する。そのためには、もちろん、ヨーロッパ議会の協力がなければ、刑法上の立法権限の基礎はありえない。

- (132) ヨーロッパ連合運営条約第288条、第289条、第294条参照。

## d) リスボン条約が挫折する場合の法状態

リスボン条約が実現しなければ、将来のヨーロッパ刑法の民主主義的正統性は、極めて弱いものとなる。

(1) 〔略〕

(2) 〔略〕

(3) 〔略〕

## e) 将来のヨーロッパ刑法のための帰結

以上の論述が示すのは、リスボン条約は、将来のヨーロッパ刑法の民主主義的正統性という観点からは、若干の未解決問題はあるが、それにもかかわらず、現行法に比べればはるかによい解決を示しているということである。リスボン条約には、現在の法に対するそれ以上の利点がある。現在の法には、はっきりとした授權〔規定〕が欠けており、理事会決定のためには全員一致が原則とされていることで、ヨーロッパ刑法の発展が著しく阻害されている（ヨーロッパ連合条約第34条第2項）。それゆえ、リスボン条約は、将来のヨーロッパ刑法の発展、および、先に述べた安全の保障と自由の保障という設定目標を達成するために、現行法よりはるかによい基盤を形成している。

以上の論述が目指したのは、リスボン条約またはこれまでの現行法における刑法的な権限要素の分析ではなく、ただヨーロッパ刑法の民主主義的正統性を明らかにすることにあった<sup>(133)</sup>。しかし、そのためには、将来のヨーロッパ刑法のための優先権を与える授權の分析を、リスボン条約についても現行法についても行うことが必要であり、これにより強力に協働的な特色をもった解決モデルを示すこととなった。このモデルは、実体的刑法および訴訟的刑法における国内的法定立に基づくものであるが、一定の実体的および訴訟的規制に関する指示権限ならびに一定の協働法規定および司法組織に関する規定のための法定立権限に対する、重要な超国家的要素を含むものである。それゆえ、ヨーロッパ刑法は、将来、とくにリスボン条約の下で、従来よりもより強く、混成的混合システム（ein hybrides Mischsystem）へと拡充することができる。

(133) 刑法的な権限要素にとって、限定的な活動授權の原理による民主主義的正統性と並んで優先的な活動授權もなければならないことは、自明のことである。それゆえ、*Schröder, Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht* (Anm. 97), S. 134の批判は適切ではない。

### III 結論と展望

#### A システム・アプローチの可能性

ヨーロッパ刑法の根拠とモデルに関するこれまでの分析は、まず、さきに述べた仮説を確認した。すなわち、安全と自由の保障におけるヨーロッパ刑法の特殊な目標とそれへの挑戦は、ヨーロッパ刑法のモデルとその要素の評価を可能とするものであるが、この研究は、単にそれを明らかにしただけではない。それは、また、国境を越えて効果を持つヨーロッパ刑法の展開のための——協働的そして超国家的ならびに混合的——モデルを区別することができた。確認された目標設定を基礎とした、これらのモデルとそのシステムの分析は、種々のモデルの体系化と評価ならびにとくにその現実性と発展可能性をも示した。

#### B 解決モデルの評価

将来のヨーロッパ刑法のための種々のモデルを評価すれば、協働解決モデルは、国民国家の主権への侵害の強さを少なくし、補完性原理により配慮し、さらになにより法の調和を要求しないという利点を持つ。もちろん、この利点の代償は、驚くほど高くつくことが明らかになる。すなわち、協働する法秩序間の違いが大きければ大きいほど、刑事司法の効率性の点でも、また、——その形態により——被疑者および手続関与者の法治国家的保護のためにも、より強くこのモデルの欠陥が明らかになる。この問題が、法的調和化によっては回避できないかぎり、協働解決モデルは、(古典的な職務共助と司法共助における多くの保留条項におけるように) 効率性の悪さにおいて、さもないければ、(事情により、司法決定の相互承認手続におけるように) 被疑者の権利に影響を及ぼす点において、国内的に様々な代償を支払うことになる。これらの問題は、確かに相互承認の原則に対する例外を認めることによってある程度軽減することはできるが、そのような例外は、まさに、手続的効率性のためのこの原則の利点を危険にさらすことになる。この対立問題を解決するよりよい手続は、それゆえ、つぎの点にある。すなわち、国内官庁によって発せられる国境を越えた効果を持つ決定の条件を、超国家的・統一的条件により、これまでよりより厳密に規定することである。この対立問題をより根本的に解決し、そしてとりわけ自由、安全および権利の空間を作り出すことは、広範囲におよぶ法の統一化によ

ってのみ可能である。それは、また、多くの法秩序が同時に妥当し、それによって管轄問題と管轄衝突の問題が発生するという協働モデルの諸問題をも軽減することになる。協働法の厳密な規定およびより強力な法的調和化は、また、相異なる警察官庁および司法官庁が共通の捜査グループを作って共同業務を行う場合に、現に法治国家的な欠陥が生じているが、その欠陥を克服することも容易にする。

これに対して、超国家的モデルは、つぎのような利点を持つ。すなわち、超国家モデルと結びついた刑法の統一化に基づいて、効果的な法執行（ヨーロッパ規模の機関や価値の保護についても）を実現するだけでなく、協働モデルに典型的な摩擦をなくして、効果的な法治国家的保護を保障することができる。このモデルに対しては、もちろん、2つの特殊な問題がある。第1に、超国家的モデルは、補完性原則およびこれに対応する国民国家の主権放棄の枠内でのみ可能である。この視点に対しては、しかし、以下のことが考慮されなければならない。すなわち、（とくに、一定の犯罪分野、制裁制度、立法機能ならびに諸機関による国家的機能および侵害権限に関して）単に特殊な超国家的部分的システムが創設されたにすぎず、このことは混成的機関による複雑なモデルとシステムをもたらすが、それはヨーロッパ刑法において今日すでにこれを認めることができるということである。第2に、超国家的刑法の創設に際しては、民主主義的正統性およびそのコントロールという特殊な問題が発生する。この場合、多くの——相互に組み合わさり、相互に強化される——正統化策を根拠として、これらの機関のより改善された民主主義的正統性の中に、解決策が存在する。多くの国際的機関においては、そのような基礎づけおよび超国家的制裁システムは問題とされない。これらの場合に、もちろん、混合システムは可能であり、それは、超国家的機関に、限定された範囲で、国民国家に対する立法の勧告または指示を認め、そしてさらに超国家的レベルで限定された権限を持つ混成的機関を創出する。リスボン条約は、より拡大された民主主義的正統性ならびに補完性原理および比例性原理の強化により、法治国的規制の根拠を強化した。それは、現在の法状態に比べれば多くの点で優れている。

### C 混合モデルの潜在的可能性とヨーロッパ刑法の将来

これまでの分析は、単に、国境を越えて効果を持つ刑法の展開のために考え得る様々なモデルおよび刑法上の多層システムの複雑性とヨーロッパ刑法の複雑性の原因を探求しただけではない。それは、また、このモデルの長所、弱



点、限界およびその現実性の基盤をも示した。これが明らかとしたのは、純粋に協働的および純粋に超国家的な規制モデルは、種々の混合モデルによって、緩和され得るということである。協働的解決要素と超国家的解決要素の組み合わせは、その場合、多くの事例で、複雑な多層システムを可能とする。その多層システムは、実に様々な方法で、種々のレベルのシステムで刑事訴追の部分的システムおよび要素を区別した。そのような規制のテクニックによって、協働モデルおよび超国家的モデルの理念型に存在する長所をのばし、短所を軽減することができる。それゆえ、現時点では、将来のヨーロッパ刑法は、超国家的刑法となるのか、それとも国内刑法となるか、という以前はよく提出された問題はもはや重要ではない。むしろ、決定的な問題は、——リスボン条約でも広く問題とされた——ヨーロッパ刑法の協働的基本モデルは、新たな協働法的規則と個々の超国家的要素により、どの範囲で、そして、如何なる分野で、協働的と超国家的の混合したヨーロッパ刑法が展開されるか、である。

国内的要素と超国家的要素の重要なバランスは、この場合、とりわけ、補完性原理によって規定される。将来のヨーロッパ刑法の形成のために、それゆえ、先に規定した目標を達成するには、ヨーロッパ刑法の今日の問題を経験的に分析することが、まずもって必要である。将来の刑法統合にとって重要な媒介項は、調和化の程度および——それと相関する——統合されるべき法秩序間の相互信頼であろう。さらに政治的レベルで重要なことは、国民国家が、どの程度、その主権の課題について準備ができているか、である。原則として確認できることは、刑法秩序が強く調和化されていればいるほど、刑法秩序間の信頼が大きければ大きいほど、そして、主権の保留が少なければ少ないほど、効果的な刑事訴追と自由権の保護とはよりよく結びつくということである。

その場合、本稿の体系的アプローチは、単に、現在のヨーロッパ刑法を厳密に分析し、体系化するというだけでなく、その協働的かつ超国家的要素に関してそれをさらに押し進めようとしていることである。このことは、3つの大きな規制分野の全てに妥当するのであって、これらの分野は、本稿の結論によれば、将来のヨーロッパの協働モデルの構築にとって、短期的・中期的な取り組みが可能なのである。

(1) 以下に関する協働法的規制。(a) 司法決定の国境を越えた承認（とくに司法決定の相互承認およびその直接的適用範囲の拡張、警察の共同業務および刑事訴追情報の相互利用の可能性）、(b) 相異なる刑法上の部分的システムの管轄と競合。これには、対応する手続規則も含まれる。ならびに、(c) 必



要な刑法の調和化。

（2） 刑事訴追活動，捜査活動および裁判活動が国家間で併存するための新たな（混成的）ヨーロッパ規模の機関，ならびに，

（3） 場合により，超国家的実体法的な部分的法のシステムの拡充。これは，行政刑法の分野において，ヨーロッパ・カルテル法およびヨーロッパ連合の財政的利益を保護するための行政制裁に関する規則を超え得るものである。

本稿の結論としては，短期的・中期的な，詳細なヨーロッパ規模の協働法およびヨーロッパ規模の公序条項を基礎とする司法決定の相互承認，（とりわけ実体刑法および訴訟の最低保障における）法的調和化の強化，ならびに，個々の——協働法上の，司法組織上のおよび刑事訴訟上の——超国家的要素の拡大，に賛成するものである。その場合，個人の権利およびヨーロッパ市民の協働権は，これまでよりもより強く考慮されなければならない。自由権がよりよく保護される場合にのみ，刑法におけるヨーロッパ規模のより効果的な協働が可能となる。例えば，このことは，司法決定の妥当範囲が直接的に拡張されはじめており，また主権に基づく権力が国境を越えて延長されていることに見られる。

リスボン条約は，このようなヨーロッパ刑法の展開を，極めて根本的に推し進めることができる。それゆえ，ヨーロッパ刑法が，従来の規則よりもより効果的であり，同時にまたヨーロッパ市民の自由をよりよく保護し，民主主義的に正統化し，そして構成国の正当な主権を保持するものであり，そして，そのようなヨーロッパ刑法が創設されるべきであるとすれば，この条約の発効は，必要なことである。

#### 【訳者あとがき】

本論文は，ドイツ・フライブルグのマックス・プランク外国・国際刑法研究所の所長であるウルリッヒ・ズィーバー教授が，2009年3月16日に，早稲田大学比較法研究所において行った講演「ヨーロッパ刑法の将来」の元になった原稿（*Ulrich Sieber, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts—Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems—Vortrag an der Waseda University Tokyo am 16. 03. 2009.*）を訳出したものである（ただし，紙幅の関係から一部を省略したが，その部分は本文中に明示した）。

本論文は，その後，若干の脚注が整理されたが，ほぼそのまま，“*Ulrich*

Sieber, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts—Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems—, ZStW Bd. 121 (2009), S. 1-67”として公刊された。ただ、講演原稿にはより詳細な注も付されており、分かりやすくなっているのので、ここでは講演原稿を訳出した。なお、リスボン条約（2007年）については、当初予定の2009年1月1日発効が遅れていたが、2009年10月にアイルランドが批准したことにより、2009年12月1日に発効となっている。なお、リスボン条約およびヨーロッパ連合運営条約の日本語訳条文については、鷲江義勝編著『リスボン条約による欧州統合の新展開—EUの新基本条約—』（2009年、ミネルヴァ書房）を参照させていただいた。

ズィーバー教授は、「ヨーロッパ刑法協会（Deutsche Vereinigung für Europäisches Strafrecht e. V.）」の会長（Präsident）でもあり、ヨーロッパ刑法を語る第一人者である（ヨーロッパ刑法協会については、Ulrich Sieber（Hrsg.）, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht—Beiträge zum Gründungssymposium der Vereinigung für Europäisches Strafrecht e. V., 1993.）参照。本論文も、ヨーロッパ連合の発展に合わせて、ヨーロッパ刑法の現在と未来の可能性について、極めて理論的な解析が示されている。これからの国際的（international）、国境を越える（transnational）そして超国家的（supranational）な刑法の役割にとって、多くの示唆を与えるものと思われる。直接的には、ヨーロッパ連合を中心としたヨーロッパ刑法が考察の対象とはなっているが、そこでの理論分析はより普遍的である。アジアの状況はむしろヨーロッパのそれとは異なるが、刑事法のグローバル化はアジアにとっても避けられない課題であり、本論文の分析は、これからのアジア法にとっても貴重なものとなろう。

なお、ズィーバー教授の日本刑法学会での講演録として、ウルリッヒ・ズィーバー/西田典之訳「ヨーロッパ刑法」刑法雑誌35巻1号（1995年）44頁以下がある。また、本論文でも引用されている、“Ulrich Sieber, Grenzen des Strafrechts—Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramm, ZStW 119 (2007), S. 1-68“が、甲斐克則監訳・小野上真也＝新谷一朗＝辻本敦史訳「刑法の限界（1）（2）—マックス・プランク外国・国際刑法研究所における新たな刑法研究プログラムの基盤とその取組み—」早稲田大学比較法研究所機関誌比較法学第43巻第1号（2009年）83頁以下、同第2号（2009年）265頁以下として訳出されている。