

翻 訳

ヘルムート・ザッツガー著  
『国際・ヨーロッパ刑法 —— 刑法適用法,  
ヨーロッパ刑法・刑事手続法, 国際刑法』(7)

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

*Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht/Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht/Völkerstrafrecht, 6.Auflage (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013) (7)*

(ins Japanische übersetzt von der Forschungsgruppe über Internationales und Europäisches Strafrecht, geleitet von *Katsuyoshi Kato*)

Katsuyoshi KATO/Norio TSUJIMOTO/  
Yukako SAGAWA/Hiroshi KANEKO

目 次 [訳注: 概略のみ]

第6版はしがき (本誌) / 第5版はしがき / 第1版はしがき / 略 語

A. はじめに

§1 国際的な文脈における刑法

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

I. 処罰権限

II. 国際刑法

III. 超国家的刑法, 特にヨーロッパ刑法 (欧州刑法)

IV. 刑法適用法

V. 司法共助法

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻1号)

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

§3 刑法適用法の機能

- I. 刑罰権限
- II. 適用可能な刑法
- III. 数度の刑事訴追の危険
- IV. 個々の構成要件の保護領域と刑法適用法との関係  
復習・深化のための問題

§4 連結モデル

- I. 諸国家の管轄を指定する管轄
- II. 一般に認められた原理  
復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻2号)

§5 刑法典 (StGB) の刑法適用法

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

復習・深化のための問題

- VI. 外国での行為へのドイツ刑法の適用

§6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内法益への限定

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学63巻1号)

C. ヨーロッパ刑法 (Europäisches Strafrecht)

§7 欧州刑法の基礎と基本的問題

- I. 「欧州刑法」概念の意義
- II. 刑法に対する欧州連合法の影響  
復習・深化のための問題

§8 超国家的な欧州刑法

- I. 連合レベルの既存の制裁
- II. 欧州刑事法
- III. 「欧州刑法」に関する将来の計画  
復習・深化のための問題

§9 国内の実体刑法と欧州法の展開

- I. 総論

- II. 国内刑法に対する第1次法上の諸条件 (以上, 名城法学63巻4号)
- III. 国内刑法に対する第2次法の有効範囲——特に運営条約83条の指令によるもの
- IV. 国内刑法規定における参照による欧州法規定の組入れ
- V. 国内刑法適用の際の欧州連合法の考慮  
復習・深化のための問題 (以上, 本号〔近畿大学法学61巻4号〕)
- § 10 欧州における刑事訴追
  - I. EUレベルでの刑事訴追機関
  - II. 相互承認原則に基づいた刑事事件における司法上の協働
  - III. 刑事手続法の領域における法の調整
  - IV. 一事不再理  
復習・深化のための問題
- § 11 欧州人権条約
  - I. 欧州理事会 (Europarat)
  - II. 欧州人権条約 (EMRK)  
復習・深化のための問題 (以上, 名城法学63巻3号)
- D. 国際刑法
  - § 12 国際刑法の基礎
  - § 13 国際刑法の歴史的展開
  - § 14 国際刑事裁判所 (ICJ)
  - § 15 国際刑法の総論
  - § 16 国際刑法の各論
  - § 17 国際刑法とドイツ法へのその変換

#### 文 献／索 引

〔訳注：本翻訳(6)までは名城法学に掲載されている。今後、一定範囲を本誌に掲載する。〕

## § 9 国内の実体刑法と欧州法の展開（承前）

### Ⅲ. 国内刑法に対する第2次法の有効範囲——特に欧州連合運営条約83条の指令によるもの

#### 1. 総説と体系

31 これまでのテーマは、欧州司法裁判所の判例によって構成された第1次法に相当する国内刑法の基準であったが、ここからは、加盟国の刑法の調和に向けられた第2次法行為による国内の刑法秩序への影響が問題となる<sup>(31)</sup>。リスボン条約の発効およびそれと結びついた第1次法の基本的な変更が行われる前に、既に、欧州連合は、実体<sup>(32)</sup>刑法の調和化に関する措置を講じることができた。このことは、まず、刑事事件における警察および司法の共働（PJZS）の範囲内で、枠組決定を手段として行うことができたのである<sup>(33)</sup>。欧州連合運営条約83条は、指令による実体刑法の調整に関する一般的な権限規定である。体系上、この規定は、特に重大な越境犯罪における犯罪構成要件の調和化（1項）と、連合法によって調整された政策領域における流動的に設定された刑法の調和化に関する付随的権限（2項）とに区別される。最後に、欧州連合運営条約83条3項には「非常ブレーキ規定」が含まれており、加盟国は、刑法と関連する指令が自国の刑法秩序の基本的観点に抵触すると考えるとき、その規定によって立法手続を阻止することができる。

---

(31) すなわち、以下では、刑法の制定ではなく、刑法の調整がテーマとなる。この違いについては、前述§ 7 Rn. 8を見よ。

(32) 旧法による刑事手続法の調和化の手法については、後述§ 10 Rn. 56, 59 および 61を見よ。

(33) 欧州連合の構造、および、特にリスボン条約前の刑事事件における警察および司法の協働については、特に前述§ 7 Rn. 6を見よ。

## 2. 越境犯罪の撲滅（欧州連合運営条約83条1項）

### a) かつての第3の柱に対する変更

32 国家間の国境の開放とこれに伴う EU 市民に関する移動の自由の拡大により、越境犯罪による危険も増加した。それにもかかわらず、以前の第3の柱（欧州連合設立条約旧29条以下）の範囲では、市民には、自由、安全および権利の領域において高度の安全性が要請されていた<sup>(34)</sup>。この目的は、運営条約67条以下において、超国家的な文脈の中で追求されている。かつての（主として）統治間の共働の「超国家化」は、刑法の調和化の領域においても、欧州連合運営条約289条、294条による通常立法手続が行われることをもたらす。第3の柱の領域において不可欠な全員一致の要件が課され、欧州議会は、この領域では民主的正当性の背景からして喜ばしいことに<sup>(35)</sup>強化されている。なぜなら、欧州議会はいずれの指令案も承認しなければならないからである。これに対して、個別の加盟国の役割は弱められ、加盟国は、現在、投票で敗れることがあるだけでなく、もはや独自の発議権も残されていない。むしろ、加盟国の発議は、欧州連合運営条約76条bによれば、少なくとも加盟国の4分の1によって支持されなければならないのである。

### b) 従来 of 法行為

33 旧法により定められた法行為に目を向けることは不可欠である。なぜなら、その法行為は、経過規定に関する第36議定書9条により、リスボン条約の発効後も有効であり続けるからである。もっとも、明確な刑事政策上の方針が、そこにおいて常に認知されうるわけではなく、一部では、刑法の

---

(34) 自由、安全および権利の領域における刑法に関しては、*Meyer*, EuR 2011, 169 ff., 特に188 ff.を見よ。

(35) *Suhr*, ZEuS 2009, 687, 692; *Sieber*, ZStW 121 (2009), 1, 57 f.; *F. Zimmermann*, Jura 2009, 844.

調和化に向けられた発議は単に日々の出来事に起因するにすぎなかった<sup>(36)</sup>。そのように講じられた措置は以下の領域を対象とし、その「リスボン化」(すなわち、リスボン条約を法的根拠とした指令の形式における改正または新たな制定)に向けて、一部は、既に委員会の(指令の)提案が上程され、立法手続において審議されている<sup>(37)</sup>。

- 「欧州連合の財産的利益の損害に関する犯罪行為」(議定書を伴った財産的利益の保護協定。これについては、委員会の提案 KOM(2012)363 が重要である)<sup>(38)</sup>
- 「公務員贈収賄」(財政的利益の保護協定および同第1議定書。これに関する議定書；これについては、委員会の提案 KOM(2012)363 が重要である)
- 「私的領域における贈収賄」(枠組決定、欧州連合官報2003 Nr. L 192/54)
- 「組織犯罪」(共同措置<sup>(39)</sup>、欧州連合官報1998 Nr. L 351/1—その間に、枠組決定、欧州連合官報2008 Nr. L 300/42で補われ、部分的に拡張されている)

---

(36) これに関して詳細は、*Satzger* in: 4. Europäischer Juristentag, S. 220 ff. がある。類似のものとして、*Fletcher/Lööf/Gilmore*, EU Criminal Law, S. 175 ならびに194 ff.は、補完性原則の背景から、欧州レベルで国内問題を取り扱うことを批判する。

(37) 定められた枠組決定の詳細については、*Hecker*, Eur. Strafrecht, § 11 Rn. 10ならびに *Peers*, EU Justice, S. 783 ff.がある。*Vogel*, GA 2003, 314, 322 ff. も参照。それにより事実上生じた国内規定の調整に関する批判として、*Peers*, CMLR 2004, 5, 29 ff., 33がある。

(38) ABIEG 1995 Nr. C 316/49 (PIF-Übereinkommen), ABIEG 1996 Nr. C 313/2 (1. Protokoll), ABIEG 1997 Nr. C 221/12 (2. Protokoll)。

(39) この行為形式は—アムステルダム条約以前では—欧州連合設立条約旧K.3条2項bにおいて定められていた。しかし、共同措置の拘束的効果は議論され、現在も議論されている。これについては、HK-*Hailbronner*, Art. K Rn. 92 ff. がある。

- 「資金洗浄」(枠組決定, 欧州連合官報2001 Nr. L 182/1)
- 「通貨偽造に対するユーロの保護」(枠組決定, 欧州連合官報2001 Nr. L 329/3)
- 「現金以外の支払手段における詐欺および偽造」(枠組決定, 欧州連合官報2001 Nr. L 149/1)
- 「テロリズム」(2つの枠組決定, 欧州連合官報2002 Nr. L 164/3および欧州連合官報2001 Nr. L 330/21)<sup>(40)</sup>
- 「人身売買」(指令 2011/36/EU, 欧州連合官報2011 Nr. L 101/1)
- 「児童の性的虐待, 児童ポルノ」(指令 2011/93/EU, 欧州連合官報2011 Nr. L 335/1)<sup>(41)</sup>
- 「密入国支援」(枠組決定, 欧州連合官報2002 Nr. L 328/1)<sup>(42)</sup>
- 「麻薬取引」(枠組決定, 欧州連合官報2004 Nr. L 335/8)
- 「コンピュータ犯罪」(枠組決定, 欧州連合官報2005 Nr. L 69/67; これについては, 委員会の提案 KOM(2010)517 が重要である)
- 「人種差別主義および他国者に対する敵意」(枠組決定, 欧州連合官報2008 Nr. L 328/55)
- 「環境犯罪」(枠組決定, 欧州連合官報2003 Nr. L 29/55——もっとも, 欧州司法裁判所によって無効とされている<sup>(43)</sup>)

---

(40) 欧州レベルにおけるテロの撲滅に関する概観については, *Ambos, Int. Strafrecht*, 1. Aufl., § 12 Rn. 11 ff.ならびに *Peers, EU Justice*, S. 784 ff.がある。Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-*Kreß/Gazeas*, *Europ. StR*, § 19 Rn. 1 ff.も見よ。最近の枠組決定については, *F. Zimmermann, ZIS* 2009, 1 ff.を見よ。

(41) 調査は, 欧州連合官報2012 Nr. L 18/7.によって修正されている。*Ziemann/Ziethen, ZRP* 2012, 168 ff.によるその指令の批判的検討を見よ。

(42) 枠組決定は, 不許可の入国や通過および不許可の滞在に対する幫助の定義に関する指令 (ABIEG 2002 Nr. L 328/17)によって補完されている。これは, いわゆる「柱に優越する措置 (säulenübergreifendes Vorgehen)」である。

(43) *EuGHE* 2005, I-7879 – Rs. C-176/03 「環境刑法」。

■ 「海洋汚染」(枠組決定, 欧州連合官報2005 Nr. L 255/164—同様に, 欧州司法裁判所によって無効とされている<sup>(44)</sup>)

c) 欧州連合運営条約83条1項の諸条件

34 欧州連合は, 欧州連合運営条約83条1項を根拠として—以前にも第3の柱に基づいていたのと同様に—最低限の規定だけを定めることができ, 特定の犯罪領域における越境犯罪の撲滅にとって必要な場合に限られる<sup>(45)</sup>。その規定の適用範囲は, 欧州連合運営条約83条1項2款において列挙されることによって, 前述の「現代型犯罪」の領域<sup>(46)</sup>に限定される。その点で, リスボン条約前の法的基盤と比較すれば, 相当に制限されている。なぜなら, 欧州設立条約旧29条2項, 31条1項eは, 正当かつ支配的な見解によれば, 原則としてあらゆる犯罪領域において刑法の調和化を容認するものであったからである<sup>(47)</sup>。

2008年に制定された枠組決定<sup>(48)</sup>の中に含まれているような, 人種差別主義および他国者に対する敵意に関する刑法上の最低限の規定は, 現在の第1次法に基づけば, もはや存在しえないであろう<sup>(49)</sup>。すなわち, この犯罪領域は, 欧州連合運営条約83条1項2款の項目に挙げられていないのである。欧州連合運営条約67条3項の規定は, 主としてそのプログラム規定的な性質であるが故に, 法的基盤として機能しえない。さもなければ, 欧州連合運営条約83条の特殊な要請(およびその3項にある非常ブレーキ)

---

(44) EuGHE 2007, I-9097 – Rs. C-440/05 「海洋汚染」.

(45) *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 11 Rn. 4.

(46) *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, Rn. 37.

(47) 詳細については, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 52 f.を見よ。

(48) ABIEU 2008 Nr. L 328/55.

(49) *Suhr*, ZEuS 2009, 687, 706. 異説として, *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 11 Rn. 4がある。



も無意味なものとなろう。

もっとも、狭義の犯罪構成要件は、欧州連合運営条約83条1項2款のカタログには列挙されていない。その代わりに、そこには、例えば、テロリズム、婦人および児童の人身売買や性的虐待、違法な麻薬取引や武器取引、汚職または組織犯罪といったような、大まかな犯罪領域が記述されているだけである<sup>(50)</sup>。当然、第1次法からの権限規定を国内の犯罪構成要件につき求められるような明確性をもって定めることを要求することはできない<sup>(51)</sup>。このことは有益ではなかろう。なぜなら、相応する構成要件が加盟国において存在しないか、あるいは完全に異なって形成されているからである。しかし、そのカタログの不明確性に対する批判<sup>(52)</sup>は、この権限規定に基づき、国内の実体刑法をどの程度調整しうるかがほとんど予見できないという限りで、支持されるべきである。例えば、最近、欧州の研究者グループ(「ヨーロッパ刑事政策運動」<sup>(53)</sup>)によって「ヨーロッパ刑事政策に関するマニフェスト」<sup>(54)</sup>の中に起草されているように、欧州の刑事政策の範囲において明確な方針を追求するならば、この点では確たる結論に達するであろう(これについては、後述 Rn. 55以下を見よ)。

35 運営条約83条1項2款に限定列挙されたカタログは、3款によると、「犯

(50) 犯罪のカテゴリーの詳細な解釈については、*Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht* BT, Rn. 37 ff. および *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel*, Art. 83 AEUV Rn. 53 ff.を見よ。

(51) これについては、*Vedder/v. Heintschel-Heinegg-Kretschmer*, *EVV*, Art. III-271 Rn. 7; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht* BT, Rn. 41; *T. Walter*, *ZStW* 117 (2005), 912, 927 f.を見よ。

(52) *Ambos/Rackow*, *ZIS* 2009, 397, 402; *Braum*, *ZIS* 2009, 418, 421; *Weigend*, *ZStW* 116 (2004), 275, 285 f. 欧州の勾留に関する枠組決定における内容的に曖昧な犯罪カタログに関しては、*Schünemann*, *StraFo* 2004, 348を見よ。

(53) <http://www.crimpol.eu> (2013年 3月現在)参照。

(54) *Manifest zur europäischen Kriminalpolitik*, *ZIS* 2009, 697 ff. これに関する紹介として、*Satzger*, *ZIS* 2009, 691 ff.がある。これに関しては、*F. C. Schroeder*, *FAZ* v. 5.3.2010, S. 10.も見よ。

罪の展開に応じて」、理事会の全員一致による決議により、欧州議会の承諾を経て、更なる犯罪領域へと拡張される可能性がある。もっとも、2款の構成要件上の範囲に鑑みると、「拡張条項」に多大な実践的意義があるかは疑わしい<sup>(55)</sup>。

しかし、連邦憲法裁判所は、この規則の中に、正当にも条約の変更に關する（隠された）条項を読み取った。欧州連合設立条約5条1項1号および2項で設けられた限定的な個別の権限付与の原則によれば、欧州連合は、加盟国が条約の中で委ねた管轄の範囲内でのみ活動する。権限のための権限——これは、新たな権限を根拠づける権限の意味である——は、欧州設立条約5条2項2号が明らかにするように、〔欧州〕連合には備わっていない。このような理由から、連邦憲法裁判所は、ドイツに関して基本法23条1項2号により、議会の留保を強調した<sup>(56)</sup>。その判決後に定められた統合責任法<sup>(57)</sup>は、同法7条1項において、ドイツの理事会代表者は、相応する正式な制定法が施行された後であれば、欧州連合運営条約83条1項3款による拡張決議に賛同してもよいことを定めている<sup>(58)</sup>。

36 欧州連合運営条約83条1項の適用範囲内では、その他の法の調整権限は、それが「特に重大な犯罪」であり、かつ「国境を越える規模」である限りでのみ存在する<sup>(59)</sup>。この権限を限界づける基準は、比較的曖昧に定められてはいるが<sup>(60)</sup>、真摯に受け入れられなければならない。その際には、いずれにせよ、犯罪の特別な重大性は、ある犯行がその社会的侵害性において2

---

(55) *Folz*, ZIS 2009, 427, 430.

(56) BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 363).

(57) BGBl. I 2009, 3022は、最終的に、1.12.2009の法律1条, BGBl. I, 3822によって変更されている。

(58) 統合責任の構想に関して詳細は、*Nettesheim*, NJW 2010, 177 ff.

(59) *Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel*, Art. 83 AEUV Rn. 40 ff. 参照。*Safferling*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 49 f. も見よ。

(60) *Ambos/Rackow*, ZIS 2009, 387, 402; *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 283.

款で挙げられた犯罪カタログと比肩しうる場合にのみ認められうるということが重要である。いずれにせよ、「共通の根拠に基づき対処すべき特別な必要性」を根拠づけるためには、相応する政策的意思の形成では足りない<sup>(61)</sup>。

もっとも、調和化を図る指令が2款で挙げられた犯罪領域に関連する場合に、この諸条件がそもそも検討されるべきかどうかは疑わしい<sup>(62)</sup>。それを否定する根拠としては、「このような犯罪領域は……である」という規定の文言を挙げることができる。なぜなら、その文言は、(一見したところ)一般的な要請が満たされていることが明らかである。他方で、その文言は、他の言語表現においては、一目でわかるほどに明らかではない<sup>(63)</sup>。それだけでなく、その特別な基準は、3款の拡張条項に関してのみ重要であるので、体系上これらの諸条件をそこに置くことが合理的であろう<sup>(64)</sup>。また、1款の範囲における特別基準には、適用範囲全体に関して補完性原則の考慮を保障することにより、少なくとも理論的に重要な機能が備わっている<sup>(65)</sup>。それでもなお、2款で挙げられた犯罪領域に関して1款において立てられた諸条件が原則として充足されていることは、認められなければならない<sup>(66)</sup>。

37 最後に、実体刑法の調和化に関する可能性は、それが必要である限りでのみ存在する。この基準は、運営条約83条1項ではなく、(いくらか目につきにくい)同条約67条3項において見出されなければならない。必要性

(61) BVerfG NJW 2009, 2267, 2288も同旨である。これについては、*Ambas/Rackow*, ZIS 2009, 397, 402; *Heger*, ZIS 2009, 406, 412; *Meyer*, EuR 2011, 169, 178; *F. Zimmermann*, Jura 2009, 844, 849 f.を見よ。

(62) 異なる見解として、*Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel*, Art. 83 AEUV Rn. 52.

(63) オランダ語では、„Het betreft de volgende vormen van criminaliteit …“と書かれており、少なくとも、幅広く理解することができる。

(64) 正当なものとして、*F. Zimmermann*, Jura 2009, 844, 847.

(65) *Vedder/v. Heintschel-Heinegg-Kretschmer*, EVV, Art. III-271 Rn. 4.

(66) これに関しては、BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 363)も見よ：国境超えの要素は、「典型的に (typischerweise)」充足される、とする。

の基準は、この関係では、一方で、欧州連合設立条約5条1項2号、3項による補完性原則の具現化である<sup>(67)</sup>、すなわち、それに相応する犯罪の撲滅は、純粋に国内レベルでも十分に達成されうるものであってはならないのである。他方で、この条件は、自由、安全および権利の領域を創り出すという目的に向けられている。したがって、調和化の措置は、高度な安全を保障するという目的を達成するために、相対的に最も緩やかな手段であらねばならない。その際、刑法を投入することは、欧州の脈絡においても「最終手段」なのである。

### 3. 付随的権限（欧州連合運営条約83条2項）

#### a) 権限規定の付随的特質

38 欧州連合運営条約には、さらに、83条2項において、指令による刑法規定の最低限の調整に関する一般条項のような権限規範が含まれている。そのような調和化の条件は、既に調和化の措置が講じられている領域において連合が政策を有効に遂行する上でそれが不可欠であると裏付けられることである。その限りで、欧州連合の諸政策が「実効的効果 (effet utile)」の意味においてより有効に実現されることが重要となる。刑法は、ここでは、その他の連合政策にとって単に実現するための装置として「用いられる」。2項に基づき定められた刑法上重要な措置の付随的な特質は、刑法外の調和化措置の立法手続を区分することにもみられる。個々の領域では、このことは、運営条約83条2項（1項とは異なる）によって、通常立法手続は適用されえないことになる、すなわち、議会には限定的な関与権しか認められないことになるのである<sup>(68)</sup>。連邦憲法裁判所によれば、運営条約

---

(67) Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 83 AEUV Rn. 44を参照。

(68) 詳細は、Vedder/v. Heintschel-Heinegg-Kretschmer, EVV, Art. III-271 Rn. 17.

83条2項は、「刑事司法に関する管轄の著しい拡張」を意味するが、それは、個別の権限付与の原則や民主主義の原則とは「それ自体として」相容れない<sup>(69)</sup>。したがって、この点でも限定解釈が促されるのである。

## b) 従来の法状態

39 既にリスボン条約が発効される前に、当時の欧州共同体が欧州共同体設立条約に基づいて指令を手段として、加盟国に対し欧州共同体法に対する特定の違反につき刑法上の制裁を導入するよう指示することができるかどうか、あるいは、そのような刑法の調整は第3の柱の範囲でのみ可能であり、枠組決定によって行われなければならないかどうか、激しく議論されてきた。特に欧州司法裁判所は、強く非難され、結論において支持できない2005年<sup>(70)</sup>と2007年<sup>(71)</sup>の裁判例により、現在効力のある条約の改正を先取りした。すなわち、同裁判所は、欧州共同体の刑法の権限に反対する論

(69) BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 361). 以下も見よ。Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 403 (「おそらく最も広い非合法の刑法の調和化に関する入口 (potentiell wohl breiteste Einfallstor für unterlegitimierte Strafrechts-harmonisierung)」とする) ; Weigend, ZStW 116 (2004), 275, 284 (「内容的に完全に開かれた従属性条項(inhaltlich völlig offene Akzessorietätsklausel)」とする)。これに対しては、Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 83 AEUV Rn. 73がある。

(70) EuGHE 2005, I-7879 – Rs. C-176/03 「環境刑法」。これに関する詳細については、Hefendehl, ZIS 2006, 161 ff.; Heger, JZ 2006, 307, 310 ff.; Kaijala-Gbandi, ZIS 2006, 521, 523 ff.; Pohl, ZIS 2006, 213 ff.; Braum, wistra 2006, 121 ff.; Šugmann-Stubbs/Jager, KritV 2008, 57 ff.; Ambos, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 33がある。判決に好意的なものとして、Böse, GA 2006, 211 ff.; Frenz/Wübbenhorst, wistra 2009, 449, 450; Hecker, Eur. Strafrecht, § 8 Rn. 30 f.; Suhr, ZEuS 2008, 45, 57 ff.; Peers, EU Justice, S. 771 ff.がある。

(71) EuGHE 2007, I-9097 – Rs. C-440/05 「海洋汚染」。これに関しては、F. Zimmermann, NStZ 2008, 662 ff.; Fromm, ZIS 2008, 168; Eisele, JZ 2008, 251, 252 f.; Satzger, KritV 2008, 17, 22 ff.; Šugmann Stubbs/Jager, KritV 2008, 57, 59 ff.がある。

拠（これについては、§ 8 Rn. 18以下を見よ）を軽視し、広範囲に及ぶ、「実際効果」に向けられた欧州共同体条約の解釈を判示した。結論として、同裁判所は——ある程度の制限を伴いながら<sup>(72)</sup>——刑法を調和化する指令に関する（付随的）権限を認めたのである。

欧州共同体は、この判例に基づき、近年、刑法上重要な内容を含んだ最初の指令を定めた：

- 刑法上の環境保護に関する指令<sup>(73)</sup>
- 船舶による海洋汚染に関する（改正された）指令<sup>(74)</sup>
- 不法滞在する外国人を雇用する事業者に対する制裁および措置の最低基準に関する指令<sup>(75)</sup>。

40 注目されるのは、欧州司法裁判所が法の調整権限を（当時は、将来の）欧州連合運営条約83条2項の規定を認知しながら、欧州共同体設立条約に基づき発展させたことである。その結果、既にその時点で、付随権限は、統合が進行しつつある場合にも不可欠性の要件の下でのみ、特に、常に全ての国家にとっての非常ブレーキを留保する限りでのみ容認できることが予見できた。（疑わしい）判例は、その限りで、運営条約83条2項の現在の形式によって時代遅れとなっている<sup>(76)</sup>。したがって、一般的な「実際効果

---

(72) In EuGHE 2007, I-9097 – Rs. C-440/05 「海洋汚染」で、裁判所は、欧州共同体による刑法上の制裁の種類および程度に関する準則を禁止した。

(73) RL 2008/99/EG, ABIEU 2008 Nr. L 328/28. これに関しては、*F. Zimmermann*, ZRP 2009, 74 ff. がある。国際基準に関して有益とするものとして、*Ruhs*, ZJS 2011, 13, 14 ff.がある。この指令をドイツ法に読み替えることについては、*Heger*, HRRS 2012, 211 ff.を見よ。

(74) 修正可能な指令 2009/123/EG は、欧州連合官報2009 Nr. L 280/52, 元の指令 RL 2005/35/EG in ABIEU 2005 Nr. L 255/11.において公刊されている。

(75) RL 2009/52/EG, ABIEU 2009 Nr. L 168/24. 根本において変更なく引き継がれた委員会の提案については、*F. Zimmermann*, ZIS 2009, 1, 8 ff.を見よ。

(76) これに関しては、*Asp*, Substantive Criminal Law, S. 136; *Heger*, ZIS 2009, 406, 413. も見よ。欧州司法裁判所の判例と新たな調整権限の間の競合については、*Mitsilegas*, EU Criminal Law, S. 108 f. も見よ。

果」の考えは——運営条約83条2項を超えて——刑法上重要な調整権限を根拠づけるために、援用することはできない。

### c) 欧州連合運営条約83条2項の諸条件

41 刑法上の付随権限は、原則として、連合が既に規定を制定したあらゆる政策分野について適用される<sup>(77)</sup>。したがって、当該規定の文言によれば、刑罰規定の調整が初めての刑法外の規定の法の調整と同時に行われることは排除される。既存の調和化の範囲に関しては、欧州連合運営条約83条2項は何ら基準を設けていないので、(潜在的に)過剰な規範の取扱いは、排除できないのである<sup>(78)</sup>。

権限規定の限界づけは、(理論的には)刑法の調整が連合政策の有効な実施にとって「不可欠」なものでなければならない、ということにより達せられる<sup>(79)</sup>。連邦憲法裁判所も、「遂行上の重大な不都合が実際に存在し、それは刑罰による威嚇によってのみ取り除かれうるものが、証明され(なければならない)」<sup>(80)</sup>ことを強調することによって、定式化の制限の可能性を指摘する。確かに、この理解は無条件に支持しうるものであるが<sup>(81)</sup>、まず、その規定がこの「不可欠性の基準」に基づき現実に限定的に適用さ

---

(77) 例えば, Vedder/v. Heintschel-Heinegg-Kretschmer, EVV, Art. III-271 Rn. 20. *Schützendübel*, EU-Verordnungen in Blankettstrafgesetzen, S. 39 ff. も見よ。

(78) 批判として, Vedder/v. Heintschel-Heinegg-Kretschmer, EVV, Art. III-271 Rn. 19がある。T. Walter, ZStW 117 (2005), 912, 929も見よ。彼は、連合レベルにおいて既に刑法外の禁止規定が制定されていなければならないことを必要とする。

(79) これに関しては, Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 83 AEUV Rn. 82 ff.; Hecker, Eur. Strafrecht, § 8 Rn. 48; Meyer, EuR 2011, 169, 186 ff.; Saf-ferling, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 57 f.

(80) BVerfG NJW 2009, 2267, 2288 (Rn. 362).

(81) 同旨のものとして, Ambos/Rackow, ZIS 2009, 397, 403; F. Zimmermann, Jura 2009, 844, 850; Suhr, ZEuS 2009, 687, 713.

れるかどうかを示されなければならない。それに関して、欧州司法裁判所は、従来の判例に背を向け、刑法上の措置の調整が現実を選択の余地のないものであるかどうかを真摯に検討する態度をとらなければならないであろう。

しかし、その間に、委員会は、第1次法によって定められた刑法上の付随権限を行使し、指令の提案をした。そこでは、インサイダー取引や相場操縦における市場攪乱の行為態様を処罰することがテーマとされている<sup>(82)</sup>。

#### 4. 最低限の調和化に関する権限

42 最低限の調和化に限定することは、さしあたり、加盟国における変換行為によって最低限の処罰が保障されなければならないことを意味する。加盟国は、指令に含まれている最低限の規定によって、別の行為態様を処罰したり厳罰化したりすることで、その基準を超えることを妨げられることはない。これと正反対のもの——法の調整による非犯罪化に関する権限——は、連合法では定められていない<sup>(83)</sup>。この片面性により、刑法の厳罰主義は、ヨーロッパにおいては憂慮すべき方法で促されている<sup>(84)</sup>。

43 最低限の調整の対象は、さしあたり——中心となる概念の定義（例えば「テロの結社」）と並んで——少なくとも可罰的でなければならない行為態様が記述される限りで、構成要件の側面である。例えば、私的領域における贈収賄の撲滅に関する枠組決定の2条には、以下のように規定されてい

---

(82) KOM(2011) 654 endg. これによれば、国際銀行間の利率の操作は、欧州銀行間取引金利(EURIBOR)およびイギリスのロンドン市場での資金取引の銀行間平均貸し手金利(LIBOR)に認められ、委員会はいわゆる「指標(Benchmarks)」を把握するために、本来の提案を拡張した(KOM(2012) 420 final)。

(83) Heger, ZIS 2009, 406, 415; Hefendehl in: Schünemann, Gesamtkonzept, S. 212 f.

(84) Schünemann, ZIS 2007, 528, 529 f.; Satzger, ZIS 2009, 691, 692.



る：<sup>(85)</sup>

(1) 全ての加盟国は、次の故意行為が取引の範囲で行われるとき犯罪であることを保障するために、必要な措置を講じる：

a) 直接または仲介者を通じて、民間企業で事業者またはその他の地位にある者に対してこれらの者または第三者のために不当な利益を約束する、取得させる、または保障することにより、それらの者に義務に反して行為を行わせまたは怠らせる行為。…

これを超える国内の犯罪構成要件は、本規定によっては除外されず、したがって、本規定からも、最低限の調和化の方法は刑法の嚴罰主義を片面的に強化する傾向にあることが明らかとなる<sup>(86)</sup>。

44 さらに、従来制定された刑法上重要な調和化措置には、通常、總則に関係する基準もある。すなわち、未遂の可罰性、共犯の可罰性および法人の責任などが言及されている。このような一部の総則の調和化の「弱点」は、欧州レベルでは「未遂」や「共犯」のような考え方につき、これまで統一的なルールがなかったため、加盟国はこれらの概念を独自の国内のカテゴリへと読み替えるにすぎない、ということにある<sup>(87)</sup>。したがって、例えば、未遂がいつ開始するか、また刑を免除する未遂の中止がありうるかどうかは、国内の法秩序に左右される。それにより、このような調和化の「利点」は、最終的には、用語法上の象徴に尽きる<sup>(88)</sup>。

45 法効果の側面においては、旧法によって定められた法行為は、それが制

---

(85) ABIEU 2003 Nr. L 192/54.

(86) 正当な批判として、*Hefendehl* in: Schönemann, Gesamtkonzept, S. 212 f.

(87) *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 11 Rn. 6も見よ。

(88) *Satzger* in: 4. Europäischer Juristentag, S. 226; *Ambos*, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 11.も見よ。調和化を各則の規定に限定することについて批判的なものとして、*Peers*, EU Justice, S. 758, 797がある。

裁に関するより詳細な基準を含む場合、加盟国にいわゆる最低限の刑の上限 (*Mindesthöchststrafen*) を示す<sup>(89)</sup>。例えば、枠組決定では、国内の刑法規定で定められるべき特定の行為に対する刑の上限は、少なくとも1年以上3年以下の自由刑でなければならないことが命じられている<sup>(90)</sup>。

その際、理事会は、従来、——犯罪の重大性に応じて——原則として、4つの刑の上限の最低限のグループを定めるシステムをとってきた(刑の上限①1年以上3年以下、②2年以上4年以下、③4年以上10年以下、④10年以上)<sup>(91)</sup>。しかし、加盟国の量刑法は、依然として、かなり異なって形成されているため、犯罪構成要件で定められた刑の上限の意義は、個別の事例における具体的な刑罰の量定に関して統一されていない。それゆえ、最低限の刑の上限は、同時に行われる量刑法の調和化を図るのでなければ<sup>(92)</sup>、一般にシンボリックな調和化にとどまる<sup>(93)</sup>。

46条約の改正後も、欧州の立法者は、引き続き、最低限の刑の上限の手法を用いている。例えば、指令2011/36/EUの4条には、人身売買の撲滅に関して最低限の刑の上限の基準が含まれ、指令2011/93/EUの3条以下には、児童の性的虐待の撲滅に関して最低限の刑の上限の基準が含まれている。これと並んで、委員会は、2012年の財政的利益の保護に関する指令の

---

(89) *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 8 Rn. 38, § 11 Rn. 7.

(90) これに関して、*Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel*, Art. 83 AEUV Rn. 37 ff. も見よ。

(91) *Schlussfolgerungen des Rates vom 25./26.4.2002*, Ratsdokument 9141/02 を見よ。この体系の創設に関する背景について、*Zeder*, *ÖAnwBl.* 2008, 249, 254 がある。

(92) もっとも、(手法として) 枠組決定2008/675/JI は、欧州連合の他の加盟国の中で出された有罪判決を新たな刑事手続、欧州連合官報2008 Nr. L 220/32 の中で考慮することに関しては、この方向に向かっている。

(93) *Satzger* in: 4. Europäischer Juristentag, S. 226 f.; *Fletcher/Löf/Gilmore*, *EU Criminal Law*, S. 203 f. を見よ。

提案の中で<sup>(94)</sup>、初めて、全く新しい方法を取り入れている。すなわち、委員会は、その中で、さらに(刑の上限に関連する)最低限の刑の上限に加えて、前述の重大事例に関して、初めて6月の自由刑という真の刑の下限を定めている。したがって、そのような指令は、刑の下限に関しても、下回ってはならない最低限度を定めている。この方法は、欧州連合運営条約83条1項の文言と調和しうるのであろう。なぜなら、それは、依然として「最低限の基準」だからである<sup>(95)</sup>——加盟国は、より重い刑の下限を定めることについても、より重い刑の上限を定めることについても自由である<sup>(96)</sup>。もっとも、これにより達成されうる調和化の効果は——従来の刑の上限の最低限の限定と比較するならば——はるかに大きいであろう。とはいえ、そのような指図は、刑法体系において最低限の刑を設けていない加盟国に対し難題を突き付ける<sup>(97)</sup>。この点において、この具体的な指令の提案がそのように定められるかどうかにかかわらず、法効果の側面において調和化するには、連合の立法者側に最も慎重な態度が求められる(いわゆる統一性原理については、§9 Rn. 56を見よ)。

## 5. 欧州連合運営条約83条3項における非常ブレーキ規定

### a) 基本的な考え方と手続

47 欧州連合運営条約83条1項、2項の権限を限界づける諸条件によって、実務上、限定的な取扱いが慎重に行われるかどうかは疑わしいが、これに対して、3項の「非常ブレーキ(emergency brake)」<sup>(98)</sup>には、調和化の

---

(94) KOM (2012) 363 endg.

(95) Grabitz/Hilf/Nettesheim-Vogel, Art. 83 AEUV, Rn. 38もおそらく同旨である。

(96) Streinz-Satzger, Art. 83 AEUV Rn. 33参照。

(97) Streinz-Satzger, Art. 83 AEUV Rn. 33.

(98) その概念については、Folz, ZIS 2009, 427, 429; Schönemann, ZIS 2007, 535, 536; Sieber, ZStW 121 (2009), 1, 56; T. Walter, ZStW 117 (2005), 912, 923; 詳

権限の過剰な行使を有効に阻止することにつき、非常に大きな可能性がある<sup>(99)</sup>。個別の国家には、他の加盟国の（特定）多数決によって放棄を迫られた自国の刑事政策上の根本原理を守る機会が認められている。この「典型的な妥協規定」<sup>(100)</sup>は、各加盟国に「拒否権」を与え、各加盟国が「刑法秩序の基本的側面」に触れると判断した場合に指令の制定を妨げることができることによって、多数決原則を制限する（運営条約83条3項1款）。1款1文によれば、欧州の立法手続は、加盟国の相応する申立てにより停止され、欧州首脳理事会に指令の草案が付託される。その理事会で、その問題が総意を得て解決される場合、立法手続は継続される。そうでない場合には、その法行為は頓挫する。しかし、2款により、先行統合に関する手続ではその法行為を維持し発効させることは、他の加盟国に認められている（欧州連合運営条約326条以下準用の欧州連合設立条約20条以下）。48 国内レベルでは、連邦憲法裁判所は、国内立法者の先行統合の責任の要請に関しては、非常ブレーキの手続の際に糸口を求める<sup>(101)</sup>。既に述べた統合責任法（前述 Rn. 35を見よ）の9条1項は、連邦議会が欧州首脳理事会の付託を求める提案を決議によって指示したときは、ドイツの理事会代表者はその提案を1款により申し立てなければならないと定める。州の権限に関連する領域に関しては、その指示権は連邦議会にも属する（統合責任法9条2項、5条2項参照）。

---

細は、Hecker, Eur. Strafrecht, § 8 Rn. 56 ff. のみを見よ。

(99) Mitsilegas, EU Criminal Law, S. 43は、その中に「主として政策的なメカニズム」を見て取る。

(100) Suhr, ZEuS 2009, 687, 708.

(101) BVerfG NJW 2009, 2267, 2289 (Rn. 365). これに批判的なものとして、Suhr, ZEuS 2009, 687, 709がある。

b) 内容に関する要請

49 「加盟国の刑法秩序の基本的な見方」とされうるものは何かが、問題として生じる。その際、まず、この問題に答えるためには、欧州の視点が捉えなければならないか、あるいは加盟国の視点が捉えられていなければならないかを明らかにする必要がある——その結果として、欧州司法裁判所の裁判権が決せられる。欧州の視点からの判断を支持する根拠としては、欧州法上の概念が問題となっているため、欧州の第1次法の解釈が問題なのであって、欧州連合運営条約267条1項 aにより、その管轄は間違いなく欧州司法裁判所にある、ということが挙げられるかもしれない。しかし、その規定の意味は、まさに加盟国の独自性を保持し、国内の刑法秩序を尊重することにあるので、いずれにせよ、相当な（欧州法上は裁判権のない）評価裁量が加盟国に与えられていなければならない。もっとも、非常ブレーキによって明らかに本質的になじまない目的が追求される場合には、この裁量の限度を超える。非常ブレーキの濫用は、否応なしに連合の立法を停滞させざるをえない。その限りでは、加盟国は保護に値しない<sup>(102)</sup>。したがって、欧州司法裁判所による濫用の統制は、不可欠である。

50 また、どのような国内刑法の原則が実際に「基本的側面」であるかが、詳細に明らかにされなければならない。連邦憲法裁判所は、リスボン条約の裁判において、責任原理を援用し、その責任原理が基本法に基づきヨーロッパのレベルにおいても放棄できないものであることを強調した<sup>(103)</sup>。

いずれにせよ、不可欠の国内の刑法原則を承認することにつき争いがないほど、欧州上の調和化の実施は、特定の刑事政策上の指針により強く向けられることになろう（これについては、Rn. 55以下を見よ）。

---

(102) Heger, ZIS 2009, 406, 415; F. Zimmermann, Jura 2009, 844, 848; Safferling, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 64; Asp, Substantive Criminal Law, S. 140.

(103) BVerfG NJW 2009, 2267, 2289 (Rn. 364).

ドイツの視点からは、例えば、「団体処罰 (Verbandsstrafbarkeit)」の義務付けの導入は、争いのきっかけとなりうるであろう。また、総則に関する基準（例えば、統一的正犯原理または共犯の従属性の緩和の拘束力のある導入）が調和化の法行為において「非常ブレーキの発動」を誘発することも、考えられる<sup>(104)</sup>。

この文脈においては、連邦通常裁判所第3刑事部が最近以下のように注意を喚起したことは、重要であると思われる。すなわち、刑法129条の意味における「犯罪組織 (Kriminelle Vereinigung)」の従来の概念を欧州法に合わせて修正することは、団体 (Bande) 概念との限界づけができないこと、および単なる団体構成員 (Bandenmitgliedschaft) は可罰性を欠くことから、ドイツ実体刑法の構造の整合性にとって危険である、と説示したのである<sup>(105)</sup>。

## 6. 欧州連合運営条約83条以外の調和化の権限

### a) 権限の基盤

51 国内の刑法規定の調整は、異論はあるが正当な見解によれば、欧州連合運営条約83条による一般的な刑法上の調和化権限以外に、基本的に、(補完性および比例性の権限行使の制限の基準によるのではあるが) 超国家的な刑法の制定を原則として認める条約規定にも基づいている (§ 8 Rn. 24以下を見よ)。このような条約規定には、特に、詐欺撲滅の領域に関する欧州連合運営条約325条4項および関税制度の保護に関する同条約33条がある。

このことは、連合の活動可能性は規則の制定に限定されることにより根拠づけられるのではなく、むしろ、通常は、「措置」といわれるだけである。

---

(104) スウェーデンの見地による非常ブレーキの投入に関する具体例として、出版の自由の領域が挙げられる。Asp, Substantive Criminal Law, S. 140を見よ。

(105) BGHSt 54, 216 (Rn. 30).

指令および国内の刑罰規定の調整に関する類型的な法行為の形式も、これに含まれる<sup>(106)</sup>。しかし、連合の第1次法上の法的基盤が直接適用可能な犯罪構成要件を特定の領域において設ける権限を認めるときは、その限りでは、なおのこと、加盟国に規定の調整を指示することができなければならない。その帰結として、特に欧州連合運営条約325条4項および33条は、本書の見解によれば、詐欺撲滅の領域および関税制度の保護の領域に関する独立した調和化の権限である。それに相応して、連合の財政的利益の保護に関する指令の提案 KOM(2012)363は、委員会によって、その根本において<sup>(107)</sup>、全く正当にも欧州連合運営条約325条4項を根拠とされた。

しかし、別の見解<sup>(108)</sup>によれば、運営条約の体系からいって、刑法上の法の調整措置は同条約83条だけを根拠とすることが許される、ということが導かれる。なぜなら、さもなければ、そこで規定された権限行使の特別な諸条件が潜脱される危険が生じるからである。運営条約83条が、刑法の調和化に関して、その他の同条約内にある法的基盤との関係で特別法である

(106) 同旨のものとして、以下を挙げておく。 *Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 11 Rn. 10; *Grünwald*, JZ 2011, 972, 973 f.; *Hecker*, Eur. Strafrecht, 4. Aufl. 2012, § 14 Rn. 44; *Safferling*, Int. Strafrecht, § 10 Rn. 41.; *Vogel*, in: *Ambos* (Hrsg.), Europäisches Strafrecht post-Lissabon, 41, 48 (ただし、彼は、規則を例外とする)。

(107) もっとも、その提案は、資金洗浄、賄賂および連合の予算や財産の対象の濫用を理由とした可罰性の準則も含んでいる。その限りで、欺罔行為や「詐欺」は問題とならず、その結果、その点で、欧州連合運営条約325条4項は該当しない(§ 8 Rn. 25参照)。

(108) 支持する論拠および反対の論拠に関する詳細は、*Asp*, Substantive Criminal Law, S. 147 ff.にある。同様に、*Böse*, ZIS 2010, 76, 87は、連邦憲法裁判所は、リスボン裁判においては、刑法上の権限基盤としての欧州連合運営条約325条4項に関連しないことを指摘する(同方向のものとして、*Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, Berlin 2012, S. 316 f.もある)。これに対しては、欧州連合運営条約の解釈の管轄は連邦憲法裁判所になく、同裁判所は基本法23条1項により付託された高権の逸脱のみを統制できることと矛盾する、との反論が可能である。

とするならば、その見解は支持されるべきであろう。しかし、ここでは、包括的に述べることはできず、むしろ、欧州連合運営条約83条の個別の条項ごとに区別されるべきである：

■ 欧州連合運営条約83条1項は、特定の犯罪領域に関して、法の調整に関する特別な諸条件および特別な手続を定める。したがって、そこに列挙された刑法上の領域に関しては、この規定は限定的な特別規範である。それゆえ——本書のように——運営条約79条2項dにおいて人身売買の撲滅に関する刑法上の権限に目を向けるとしても（前述§8 Rn. 26を見よ）、このことによって、少なくとも、特別に刑法の調和化に限定された——明確に人身売買を挙げている——同条約83条1項の権限規定における特殊な諸条件が回避されることがあってはならない。それに従うならば、同条約83条1項は、人身売買の領域における刑法の調整にとって特別な規定である。

■ これに対して、欧州連合運営条約83条2項は完全に一般的な付随権限であり、既にその他の調和化措置が行なわれている同条約の政策領域全体に関係する。この規定は運営条約のあらゆる権限項目に対する特別規範であり、その文面には刑法上の措置の許容性に関する詳細な指示は含まれていない（§8 Rn. 19における具体例を見よ）。したがって、その限りで、実体刑法の調整は、欧州連合運営条約83条2項の（狭義の）諸条件（「不可欠」、事前の調和化措置、非常ブレーキ）の下でのみ行われる。すなわち、その他の立法手続は——この点でも運営条約83条2項の付随的な規定があるため——いずれにせよ、刑法外の調和化の法行為の制定と区別されない。これに対して、運営条約83条2項の一般的な付随権限は、特別規定として僅かな条約規定しか定めることができず、その条約規定で、欧州連合運営条約83条の範囲外に、明確に限定された領域において刑法上の措置を講じることが許されることを十分明らかにしている<sup>(109)</sup>。

---

(109) この争いは、結局のところ、一見したときほどにはあまり意味がないこと



b) 「非常ブレーキ」の類推適用

52 しかし、それでもなお、この権限の検討結果に鑑みると、欧州連合運営条約83条3項の非常ブレーキ規定が(類推して)同条約325条4項(同条約33条についても同様である)に適用されるべきかどうかの問題が生じる。

妥協規定としての欧州連合運営条約83条3項における「非常ブレーキの留保」の例外的特質を出発点とすると、この規定の限定解釈は、あらかじめ指図されたものである。意義のあるものとして、法の制定と法の調和化は、前述の権限規範に基づいて区別されなければならない：

53 非常ブレーキは、超国家的な刑法の制定が問題となるときには、意味をなさない。確かに、加盟国は、その場合に国内の刑法文化の特異性の形式における自国の刑法秩序の「基本的な見方」が超国家的犯罪構成要件と国内の犯罪構成要件が交わらないことによって抵触することを援用できるであろう<sup>(110)</sup>。それでもなお、加盟国の利益はここでは同等に保護するには値しないことが看過されてはならない。超国家的な犯罪構成要件の制定は、刑法の調和化とは全く別のものである。超国家的な刑法が国内刑法と並んで存在するとき、このことは、矛盾をもたらすことがある。例えば、総則の問題が超国家的な構成要件の中で共に規定される場合である。しかし、このことは、2つの自律的な法秩序が同時に存在することの論理的帰結である。国内の刑法秩序は——純形式的に見るならば——損なわれてはいない。国内の刑法秩序の不可侵性および統一性を維持するという国内の立法者の関心は、まさに国内刑法の(たいていの場合、個々の点に関する)変更を意図した調和化指令の制定の場合と同じようには関係しない。

54 それに応じて、欧州連合運営条約83条3項の類推適用は、同条約325条

---

につき、後述——欧州運営条約83条3項の類推による援用について——Rn. 53を見よ。

(110) 欧州憲法条約について、*T. Walter*, ZStW 117 (2005), 912, 924を見よ。

4項（および同条約33条）による刑法を調整させる指令に関して、十分な根拠により主張することができる<sup>(111)</sup>：なぜなら、この指令により、国内の刑事立法者は、その国の刑法体系を指令に含まれた基準に相応して手を加えなければならないからである。前述の両規定は、この場合、非常ブレーキの留保がここでは定められなくても、運営条約83条2項の一般的な付随権限と同様に作用する。計画に反する規定の間隙が——運営条約325条によって保護されるべきである欧州連合固有の独自の利益としての欧州連合の資金に鑑みると——疑われうるであろう。これに応じて、非常ブレーキは——本書の見解によっても——超国家的な構成要件を妨げることはできない。しかし、欧州連合が指令を手段とする態度に出るならば、法の制定の行為態様だけでは、運営条約83条2項の場合と同様に、国内立法者の形成の自由への干渉と結びつき、したがって——それと同様に——加盟国はその国の刑法秩序の基本的な見方を侵害されたとみなすこととなる。結局のところ、欧州連合運営条約83条3項の類推的援用は、同条約325条4項（および同条約33条）に基づく刑法を調整させる指令に関して認められなければならない。したがって、「非常ブレーキ」の投入可能性に関しては、欧州連合運営条約83条2項の特殊性の問題に関する論争は、他の条約規定に対して相対的である（前述 Rn. 51を見よ）。

## 7. 付説：欧州の刑事政策に関する構想

### a) 背景

55 かなり以前から、欧州立法者の法行為は、加盟国に妥当する刑法に影響を及ぼしている。欧州連合は、それにより刑事政策を実施するが、それは、承認された連合の政策であるというわけではない。刑事政策的な影響の可

---

(111) 異なる見解として、*Vogel*, in: Ambos (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post-Lissabon*, 41, 49は、連合への忠誠に対する加盟国の義務を指摘する。

能性は、リスボン条約によって増大し、超国家的な犯罪構成要件のための門戸が部分的に開かれ、欧州連合運営条約83条2項の付随権限は、刑法が単に条約目的を貫徹するための装置として利用されるという危険を生み出している<sup>(112)</sup>。欧州レベルにおける刑法上の活動の背後には、日々の政策的なやりとりがしばしば行われ、明確な刑事政策上の指針は、これまで十分に認識できるものとなっていない。刑法との関連を有する個別の法行為は、常に同じ考えに従っているわけではなく、国内レベルにおける必要な転換措置は、部分的に、加盟国の伝統的な、多かれ少なかれ調和する刑法体系との断絶をもたらす。

このような背景からすると、欧州の立法者に関する指針として刑事政策上の基本原則が必要であることがより一層に明らかとなる。特に、欧州の刑事法研究者グループは、「欧州刑事警察機構」について共同決議し、「欧州刑事政策に関するマニフェスト」<sup>(113)</sup>を提示した。そこでは、欧州法上の基盤に全て帰する刑事政策上の基本原則が起草されている。十分に練られていない刑事政策の問題は、その間に、欧州連合のレベルにおいても認識されている。欧州首脳理事会は、特に、そのストックホルム綱領において、釣合いのとれた刑法の投入を促し<sup>(114)</sup>、司法委員 *Viviane Reding* も、その間に、複数回にわたって、諸原則に基づいた統一性のある刑事政策上の構想の

---

(112) この批判については、*Satzger* in: 4. Europäischer Juristentag, 2008, S. 216; *ders.*, ZIS 2009, 691, 692; *Kaiafa-Gbandi*, ZIS 2006, 521, 524を見よ。欧州立法を含めた従来の経歴については、*die Analysen in Teil II des Manifests zur europäischen Kriminalpolitik*, ZIS 2009, 697, 699 ff. auf dem Stand von 2011 in *EuCLR* 2011, 99 ff., ならびに紹介として、*Satzger*, ZIS 2009, 691 ff. を見よ。

(113) ECPI, ZIS 2009, 695, 697 ff. 紹介として、*Satzger*, ZIS 2009, 691 ff. これに関して、*F. C. Schroeder*, FAZ v. 5.3.2010, S. 10 と <http://www.crimpol.eu> (2013年3月現在)を見よ。

(114) Ratsdokument 17024/09, S. 29.

必要性について述べている<sup>(115)</sup>。欧州連合の機関——すなわち、理事会<sup>(116)</sup>、委員会<sup>(117)</sup>および議会<sup>(118)</sup>——は、その間にこのテーマにも取り組み、大部分において欧州刑事警察機構のマニフェストを明確に援用した内容的に近い宣言が可決された。

## b) 欧州刑事政策に関する個別の諸原則

56 このようにしてまとめられた刑事政策上の指針は、国内刑法の調和化に際して、特に欧州法の以下のような基本原則の遵守を求める：<sup>(119)</sup>

■ 「正当な保護目的の要請」：欧州の比例原則の特別な形態として、違反に対する刑法上の制裁化は、それが連合の第1次法で定められた連合の基本的な利益に資するものであり、加盟国の憲法上の伝統および欧州連合基本権憲章と矛盾せず、その侵害が特に社会侵害性のあるものである場合にのみ定められてよい。

■ 「最終手段の原則」：刑法は、国家による制裁の最も厳しい形式として——そして、これは欧州法の比例原則の更なる形態としても——より軽い手段では果たせない場合にのみ用いることができる。

■ 「責任原理」：責任原理は、刑罰は人的に非難可能な瑕疵ある行為がなければ排除され、また、賦課された刑は責任に応じていなければならない

---

(115) 例えば、*Reding*, EuCLR 2011, 5 f. および *Rede an der Rechtsakademie Trier vom 12.3.2010*を見よ。これは、オンラインにより [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/reding/multimedia/speeches/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/reding/multimedia/speeches/index_de.htm) (2013年3月現在)で閲覧することができる。

(116) Ratsdokument 16542/09.

(117) KOM(2011) 573 endg.; *Reding*, EuCLR 2011, 1 ff.も見よ。

(118) Parlamentsdokument 208/2012.これは、オンラインにより <http://www.europarl.europa.eu> (2013年3月現在)で閲覧することができる。

(119) 際立った諸原則について、本書では、概観するに留めざるをえない。詳細な記述に関しては、*Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik*, ZIS 2009, 695, 697 ff.および——2011年の状況について——EuCLR 2011, 86 ff.を見よ。

ということによって、人間の尊厳に資する。

■ 「罪刑法定主義」：欧州の立法者は、罪刑法定主義によって、複数の観点で義務付けられる。第1に、立法者は、可罰的な態度が十分に明確であり、その結果、規範の名宛人が刑法により強化された禁止の範囲を予見できるよう配慮しなければならない。第2に、罪刑法定主義は、市民の不利になる刑事立法の遡及的変更を禁止する。しかし、市民の有利になることについては、事後法の原理により、行為者に有利な変更が行われた場合には、それが考慮されなければならない（欧州連合基本権憲章49条1項3項を見よ）。第3に、個人の自由権への最も厳しい干渉としての刑法上の規定は、特別な方法で民主主義的に正当化されなければならない。したがって、国内刑法の形成に関する連合法の基準の成立は、欧州議会の強い関与を必要とする。その限りで、欧州議会は、共同決議手続の拡張により、立法者としての役割において補強されたことは歓迎されるべきである。

■ 「補完性原則」：欧州連合設立条約5条3項によれば、連合は——排他的管轄ではない限りで——その権限の領域において、考慮された措置の目的が加盟国によって十分に実現されえず、むしろその範囲またはその効果ゆえに連合レベルのほうが有効に実現されうるという限りでのみ、行動を許される。この一般的なルールは、特に、刑法に関しても、国内の刑事政策が欧州の刑事政策に優先しなければならないことを意味する。措置の「効果」にあたっては、国内の刑法体系が加盟国の自国の独自性の表現であり、欧州連合設立条約4条2項により連合はそれを尊重しなければならないことも考慮されなければならない。それでもなお、連合が行動に移したいならば、連合は、その必要性にして慎重に判断しなければならない。

■ 「統一性原則」：刑法上の制裁による介入の特別な重さゆえに、立法者は、——欧州レベルだけでなく——刑法規範の間の統一性に配慮しなければならない。その際、立法者は、威嚇された刑罰の重さを社会の抽象的な

正当性の考えに依拠しながら決定し、刑法体系全体に対する社会的容認を作り出す。欧州の立法者は、法の制定に際し、この国内の刑法体系のバランスを体系に反する方法で妨げないように留意しなければならない（垂直的統一性）。同時に、欧州の立法者は、個別の法行為はそれ自体が以前の法行為によって設定された欧州の基準の範囲にあることにも留意しなければならない。連合レベルにおける調和化措置も、それ自体で矛盾のないようにしなければならない（水平的統一性）。

#### IV. 国内刑法規定における参照による欧州法規定の組入れ

57 事例13：（架空の）ドイツ法 X 条は、「欧州連合規則 Z/2011の第1条における表示義務に違反した者は、……の刑に処する」と規定している。A は、2012年5月10日に、X 条により可罰的である犯罪を実行した。欧州連合規則 Z/2011は、2012年6月1日に、——ここで問題となる点では内容的に等しい——欧州連合規則 Y/2012に変更された。ドイツ立法者は、X 条における参照規定を、可能な限り速やかに変更したのであるが、それでもなお立法手続の必要上、新たな規定の施行は、2012年6月2日となってしまった。この遅れは、A の処罰に影響を及ぼすか（この点について、§9 Rn. 74以下）。

##### 1. はじめに

58 ドイツ刑法秩序の「欧州化」をおそらく最も明確に表した形式は、既にその条文自体に見て取ることができる——すなわち、ドイツ刑法が、明示で、欧州法の禁止または義務付けを補強している場合である。その必要性は、既に実体法上の規制権限と、刑事法上の処罰権限とが多様に分かれていることから導かれる。従来は、欧州連合自身は、刑事立法権限を持たなかったため、したがって、連合法規定に対する違反を処罰するための超国

家的な刑罰規定を定めることができなかつたことから、この限りで、国内犯罪構成要件だけが、その「隙間」を埋めることができた。これによって、国内刑法と連合法との協働の必要性が生じていた。

この協働がどのような規定形式で図られるかは、特に、補強されるべき行為規定が指令と規則のいずれに置かれているかで分かれる。

#### a) 指令における行為規定

59 義務付けまたは禁止規定が指令（欧州連合運営条約288条3項）に置かれている場合、国内法がその補強を行うことについて、特段の問題は生じない。指令に定められた行為規定は、それに個人への拘束力を持たせるためには、いずれにしても、まずは国内法に具体化されなければならない。指令が例外的に直接効力を有する場合に限り、具体化は必要ないが、しかし、ここでは、既に刑罰を基礎づける指令の内容は市民の立場からすると当然ながら負担となるものであることから、そのような例外は、一般的に排除される<sup>(120)</sup>。したがって、行為規定がいずれにせよ（第1次規範として）国内法に定められなければならないとすると、この——国内の——第1次規範に対する違反は、（第2次規範としての）国内刑法規定によって捕捉されうるのである。

例：ある指令が、加盟国は一定期日までに特定物質の食品への添加を禁止するよう配慮しなければならないと定めている場合、全ての加盟国は、まず、添加物の禁止をその食品法に定めなければならない。その後——その他の国内における禁止の場合と同様に——、国内の刑事立法者は、この（国内の）禁止に対する違反を、相応の刑法規定によって捕捉することができ

---

(120) 「逆垂直効果」の事案に関するその許容性について、以下を見よ。EuGHE 2005, I-3565 - verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 „Berlusconi“; Streinz-Schroeder, Art. 288 AEUV Rn. 115; Calliess/Ruffert-Ruffert, Art. 249 EGV Rn. 83.

る。

## b) 規則における行為規定

60 行為規定が——直接適用可能な——規則（運営条約288条2項）に定められている場合は、前述の場合よりも困難である。確かに、この場合でも、指令についてと同様に考えることもできる。まず、——規則をただ再現しただけの——国内規定を定める。そして、これに対する違反について、国内刑法を投入する。

しかし、このような方法は、——欧州法上の理由から——遮られる。直接適用可能な連合法の規定を、国内法に具体化（ただ再現だけ）することは、不要であるというだけではない。むしろ、そのような措置は、欧州法上許されないものでもある。そのように解さなければ、行為規定が超国家的な根源によるものであることが覆い隠されてしまうため、再び、加盟国間においてその解釈および適用が不統一となる危険が生じるからである<sup>(121)</sup>。

しかし、このように国内立法者は独自の行為規定をその国の法秩序に定めるはならないとすると、欧州連合の行為規定を（連合法上の）第1次規範として直接に国内犯罪構成要件の基礎とする他に方法はない。したがって、欧州の規則を参照する、いわゆる「白地刑罰規定」が用いられるのである。

## 2. 欧州連合と関連する白地刑罰立法の問題性

61 白地刑法の適用から導かれる憲法上の問題点を明確にするために、単純な——架空の——構成要件を挙げることにする。

---

(121) この点について EuGHE 1973, 981 - Rs. 34/73 „Variola“ (Rn. 9 ff.)を見よ。明言するものとして、連邦検事 *Capotorti* in EuGHE 1977, 152 - Rs. 50/76 „Amsterdam Bulb“; *Satzger*, *Europäisierung*, S. 199; *Streinz-Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 58もある。

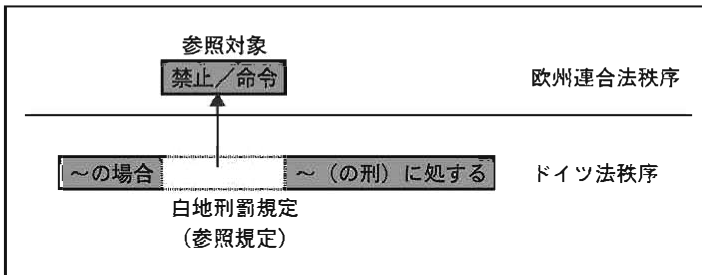


刑法 Z 条：「欧州連合規則 Y 号/9999 に対して故意に違反した者は、3 年以上の自由刑に処する。」

この場合、法定刑は全てこの規定の中に定められているが、構成要件の記述は（ここでは全て）他の規定（すなわち、欧州連合規則 Y 号/9999）に定められていることから、白地刑罰法規といえる<sup>(122)</sup>。

a) 参照の効果と解釈問題

62 この架空の刑法 Z 条は、ドイツ法規定である。その中で、欧州連合規則、つまり、欧州連合法の一般に通用する直接適用可能な法行為が参照されている。法適用者は、いかなる行動態様が可罰的であるかを知るために、刑法 Z 条の構成要件に示された欧州連合規則 X 条の内容を見なければならぬ。



63 これによって、参照の効果は、参照対象の文言を繰り返すことを不要にさせるという点にある。形式的には、参照対象は、参照された範囲で参照

---

(122) 規則の下位群としてまとめられた白地刑罰法規の定義について、以下を見よ。Moll, Nationale Blankettstrafgesetzgebung, S. 46 ff.; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 99 ff.

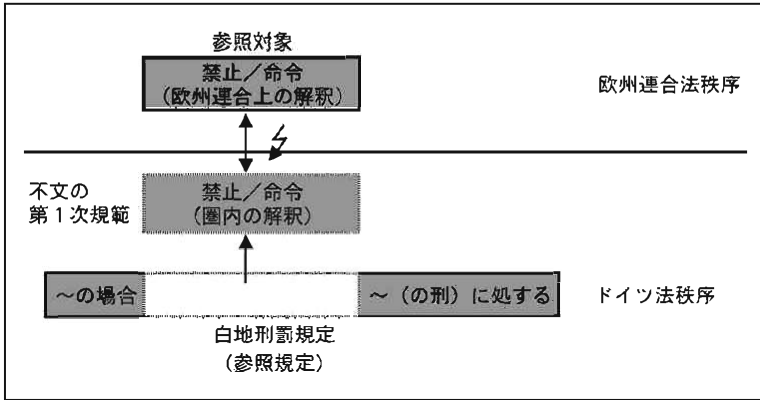
規定に「組み入れ」られ、これによってその構成要素となるのである<sup>(123)</sup>。これにより、参照の適用範囲において、連合法上の禁止・命令は、参照規定（ここでは刑法7条）の指示に基づいて適用される。したがって、それは、ドイツ刑法規定に統合されたその構成要素である。

64 しかし、欧州連合法の禁止・命令（ここでは、欧州連合規則 Y 号/9999 の X 条）は、その欧州法上の文脈のまま組み入れられている。ここで、参照対象は、形式的に国内刑法規定に組み入れられたにすぎず、実質的には連合法規定のままであることから、参照対象の内容理解は、国内の白地刑罰規定の解釈という目的においても、欧州法の規定に従わなければならない。さもないと、欧州連合法の禁止・命令は、国内の（白地）刑罰法規の第1次規範であるか、または元々の欧州法上の禁止・命令であるかというその位置づけ次第で、異なった意味を持つという結果につながりかねない。確かに、この結論は、「法秩序の単一性」に根拠を求めることはできない。ここでは、——欧州法と国内法という——2つの独立した法秩序からの規定を問題とすべきだからである<sup>(124)</sup>。しかし、国内刑事立法者は、参照規定を定めることにより、欧州法の行動規定を補強しようとしたのであるから、内容理解が同期されたと想定される。参照の適用範囲において連合法の禁止・命令を異なって解釈することは、結果として、刑法が、——連合法に同様のものがないために——不文の国内的性質を有し、内容的に欧州連合規則とは異なった第1次規範に結びつく、ということにつながってしまう。明らかに、これは望ましくない結論である。

---

(123) いわゆる組入れ説。この点につき、国内領域において BVerfGE 26, 338, 368; 47, 285, 309 f.; *Karpen*, Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik, 1970, S. 30 ff.を見よ。

(124) 共同体法秩序の独自性について、EuGHE 1964, 1251 – Rs. 6/64 „Costa ./ ENEL“ (Rn. 8 ff.); s. auch BVerfGE 22, 293, 296.



65 しかし、このようにして、加盟国における刑法上の参照の適用範囲において規則の内容が各々異なって理解されることによる「法の分裂」の危険が生じるが、それは、設立条約4条3項および連合法の優越を考えると、許されることではない。このような理由から、欧州連合法の参照対象は、ドイツ白地刑法に形式的に組み入れられただけであるにもかかわらず、実質的に連合法のままではなければならない<sup>(125)</sup>。

このことは、解釈にとって重要な帰結を伴う。すなわち、組み入れられた参照対象は実質的に欧州連合法のままであるということは、その内容も、欧州連合法上の解釈原理に従って決定される<sup>(126)</sup>。これは、さしあたり、規則内容のドイツ語による理解だけが解釈の根拠というわけではないことを意味する。むしろ、規則の文言は、欧州連合の全ての(23もある!)公用語において考慮されなければならない<sup>(127)</sup>。さらに、解釈に際して、欧州連

(125) この点について詳細は、*Satzger, Europäisierung*, S. 230 ff.

(126) 連邦検事 *Capotorti* in EuGHE 1977. 152 - Rs. 50/76 „Amsterdam Bulb“も見よ。

(127) この点について、EuGHE 1996. I-5105 - Rs. C-64/95 „Konservenfabrik Lubella Friedrich Bucker GmbH & Co KG ./ Hauptzollamt Cottbus“ (Rn.

合法上の解釈原則，つまり，特に条約目的を最大限実現するようにという原則（*effet utile*）が遵守されなければならない。このことは，条約目的を最大限に実現させるべき解釈が優越する，という結論をもたらす<sup>(128)</sup>。

#### b) 明確性原則との摩擦

66 全ての白地刑罰法規は，（少なくとも形式的には）ドイツ法として，組み入れられた参照対象も含めて，基本法における憲法上の基準，特にドイツ基本法103条2項の明確性原則に適合していなければならない<sup>(129)</sup>。

#### aa) 一般的な明確性要請

67 連邦憲法裁判所は，正しく，ドイツ基本法103条2項の明確性原則によって追求されるべき2つの目的を強調する<sup>(130)</sup>。第1に，本原則は，立法者に対して，処罰の条件について自ら決定することを義務づけ，それを執行権または司法権に委ねることを禁止する。第2に，明確性原則は，自由保障の要素を含む。これにより，市民は，明確に定められた刑罰法規を通じて，自身の行為が処罰されないように合わせることができる，という権利を有する<sup>(131)</sup>。しかし，立法者に対して，一定の類型化を図ることは認めなければならないから，明確性の評価にあたっては，その都度の具体的な対象者

---

17)を見よ。

(128) *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 614だけは見よ。

(129) *Moll*, *Nationale Blankettstrafgesetzgebung*, S. 61 f., 75 ff. 参照。欧州法上の明確性原則との適合性について，以下を見よ。*Satzger*, *Europäisierung*, S. 238; *Böse*, *Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, S. 436; s. auch *Safferling*, *Int. Strafrecht*, § 11 Rn. 61 ff.

(130) BVerfG wistra 2010, 396, 402 (Rn. 54). *SSW-Satzger*, § 1 Rn. 13 ff., 17 ff. も見よ。

(131) 連邦憲法裁判所の刑事判例として，例えば BVerfGE 25, 269, 285; 75, 340 f. がある。

ではなく、「法に従う合理的な者」に照準を合わせなければならない<sup>(132)</sup>。その際、この合理的な市民がある刑法規定から特定行為の可罰性を実際に読み取ることができるかは、「法発見行為」の結果である。それは、処罰の条件が比較的詳細にかつ日常用語に沿って記述されている場合には(例えば、刑法303条)、どちらかといえば「わずかな知的コスト」を求めるにとどまる〔深く考えることを要しない〕。しかし、それは、——参照、一般条項、専門用語を伴う特別刑法によく見られるように——「合理的な市民」にはもはや期待できないほどの大それたものになることもある。もっとも、困難であることの程度、およびこれに伴って、「法発見」の期待可能性の評価にあたっては、このようなものはたいてい「専門家刑法」(ワイン刑法や食品刑法など)であることも、考慮されなければならない。行為者が刑法規定の名宛人たる「専門家」に属するときは、その「合理性」に対して高度の要件を立てることも許されるであろう<sup>(133)</sup>。しかし、ここでも注意が必要である。「合理的な専門家」という基準は、職業集団内での「ベテラン」に照準を合わせるように誘引されてはならない。刑法は、そのような職業集団の未熟な、さらにはただ潜在的でしかないメンバーにとっても、行動指標となるものである。

68 白地刑罰法規に関しては、本原則への単なる「適合」のみが必要となる。連邦憲法裁判所は、明確性に関して、——国内法内での参照に際しても、またドイツ法の欧州連合規則の参照に際しても等しく——白地刑法規定自体およびその参照先規定も十分明確であるべきことを要求している<sup>(134)</sup>。双方の規定が合わせて読まれるべきであることを考えるならば、このことは、

(132) BVerfGE 78, 374, 389参照。

(133) この点について以下を見よ。BVerfGE 48, 48, 57; 75, 329, 345 ならびに BVerfG wistra 2010, 396, 402 (Rn. 55)。

(134) BVerfGE 23, 265, 270; また *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 9 Rn. 28 も見よ。

本来当然のことである。もっとも、白地規定の明確性には、その参照は何に関係づけられているのかが十分明確に認識できることも含まれる、ということも重要である<sup>(135)</sup>。法に従う者は、——上述した期待可能性基準の意味で——基本的に特別の知識がなくても、関係する法命題およびその内容を理解できるような状態に置かれるのでなければならない。

#### bb) 欧州連合法を参照する場合の特殊性

69 — 前述したとおり — 欧州連合法の参照対象はドイツ法への組入れにもかかわらず欧州連合法の解釈ルールになおも従うという事実、裁判官にとっても、法に従う者にとっても、法発見を複雑なものにさせる。なぜなら、その際に、全ての公用語を考慮することが必要となるからである。しかし、それは、刑事裁判官にとってさえ困難であり、なおのこと、単なる規範名宛人にとってはおよそ不可能を強いることと思われる。

近時、連邦憲法裁判所も、欧州連合法の参照対象の解釈に際して複数の公用語を考慮することの問題に直面した。もっとも、〔同裁判所は、〕多くの拘束的な言語形式があるということから、白地刑罰法規において欧州連合法を参照することが一般的に許されないことになるわけではない、と考えている。しかし、この事情は、およそ些細なことと位置づけられているわけでもない。その裁判では、「ともかく本件の」異議申立ては多様な言語から導かれるものではない、なぜなら、多様な言語に基づきそれが具体的に不明確さにつながっているということの根拠は主張されておらず、あるいは、それが明らかというわけではないからである、と述べられたにすぎないからである<sup>(136)</sup>。しかし、この点に関して、憲法裁判所がいうところの

---

(135) BVerfGE 48, 48, 55; BVerfG wistra 2010, 396, 402 (Rn. 56). また、SSW-Satzger, § 1 Rn. 54も参照。

(136) BVerfG wistra 2010, 396, 404 (Rn. 66).

複数言語に基づく不明確さの「根拠」は、個別事例において、複数の言語形式が相互に比較されて初めて明らかとなる——それが明確性問題の出発点である——ということについては、疑問がある。また、欧州連合の法行為の複数言語性から導かれる刑法適用における不安定さは、個別事例限りの現象というわけでもない——言語形式が実際に内容上も異なることは、どちらかといえば例外的なこととしても、である。その可能性は常に存在し、体系に内在化している。規範名宛人は、通常、全ての公用語を知る由もなく、全ての言語形式の比較など行いうることではない。したがって、全ての合理的な市民は、欧州連合の法行為を自身が理解する言語形式で読むことから導かれる処罰の条件は、結果として——（全ての言語を取り込んだ）正しい解釈とは異なるものであった、という危険を覚悟しておかなければならない。このようにして規定内容に関する構造的に存在する不明確さは、必要とされる全ての公用語を考慮した上での解釈は、多くの場合、規範名宛人が通常は母国語のみを手がかりにして、場合によってはその他の彼に理解可能な公用語に基づく解釈と同じ結果に至るであろうが、これによって何ら変わることはない。確かに、その場合、欧州連合規定の内容に関する規範名宛人の推測は、正しいものであろう。しかし、ドイツ基本法103条2項は、合理的な市民が——数か国語を駆使できる者だけでなく——、自身はいかなる行為を禁止されているかを、単に推測できるというだけでなく、実際に予見できることまで要求している<sup>(137)</sup>。したがって、欧州連合法の参照対象の解釈にあたって全ての公用語を考慮すべきことの必要性は、——連邦憲法裁判所の見解と異なり——欧州連合法を参照する白地規定の一般的な（構造的な）問題点である。

70 さらに、法発見を困難にする更に別の事情が、これに付け加わる。それは、規定の参照は、1つの法秩序の2つの規定の間で行われるだけでなく、

---

(137) BVerfGE 75, 329, 341 – st. Rspr.参照

他の自律した法秩序も参照される、ということである。そこからは、法に従う者は複数の公布機関を参照し、国内のものとは異なる法行為および法技術を検討しなければならない、ということにつながる。その際、確かにヨーロッパの法秩序も既に全ての欧州連合市民にとって国内法秩序と併せて通用している、ということは考慮されなければならない。したがって、2つの基本的に並列する法秩序間での参照は、ドイツ白地規定から厳密に、いかなる参照対象がいかなる形式において関係づけられているか読み取ることができる場合には、法発見に際して著しく困難な事情ということとはできない(いわゆる静的参照)<sup>(138)</sup>。例えば、法律の正確な出どころが制定法の文言それ自体に定められている場合が、これに当たる。これに対して、国内刑法規定は、しばしば(明示または黙示的に)欧州連合規則を「その都度に通用する形式において」参照している(いわゆる動的参照)。この場合、出どころの指示は、必然的に不可能となる。つまり、規則が欧州連合機関により変更された場合、ドイツ規定の文言からは明らかではないにもかかわらず、自動的に、ドイツ白地刑罰法規の参照対象も置き換えられる。この立法技術が魅力的である理由は、欧州連合領域において非常に頻繁にかつ迅速に法が変更されることに自動的に適合するという点にある。

71 当然ながら、この場合、市民には、参照対象のその都度に新たな形式を自ら調達することが期待されている。〔しかし、〕既にドイツの参照対象に際してさえ、そのような調達は、非常に複雑困難なものである。したがって、正しい見解によると、国内の動的参照に関してさえ、非常に厳格な明確性基準が立てられなければならない<sup>(139)</sup>。ただでさえ非常に複雑な欧州法

---

(138) ドイツ法における参照類型について、Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg-Satzger, *Europ. StR.*, § 9 Rn. 24 ff. を見よ。

(139) この点について、Satzger, *Europäisierung*, S. 253 ff.; MK-Schmitz, § 1 StGB Rn. 51.



には、多くの改正規定と部分的に補強する法行為も付随しており<sup>(140)</sup>、そこでは、およそ合理的な市民であっても、非常に広い範囲で法発見の問題が生じる。さらに——稀にはではなく——複雑な参照が(連合法内部も含めて)付け加われれば、そのような「参照のごたごた」は過剰なものであると評価し、その憲法違反性を認めるしかなくなるであろう<sup>(141)</sup>。そうでないといえるのは、せいぜいのところ、非常に軽微な制裁の場合か、あるいは、特に前述した専門家刑法の領域くらいであろう。

リスボン条約により、さらに明確性問題を引き起こす原因が生じた。これにより、一方で、欧州共同体が欧州連合に変更されたのであるが(設立条約1条3項3文を見よ)、それでもなお、欧州法を動的に参照するドイツ白地犯罪構成要件は、その多くが——依然として——「欧州共同体法」に関連づけられたままである(例えば、食品飼料法旧58条、後述 Rn. 72)。参照が変更なくまだ通用している欧州共同体規則に関連づけられる場合には、問題はない。しかし、参照対象が変更され、欧州連合規則の名前が付された場合、国内白地規定による「欧州共同体法」の参照が欧州連合規則をも捕捉するものであるかは、疑問である<sup>(142)</sup>。この間、立法者は、連邦政府の管轄領域にある食料品、農業、消費者保護について、連邦法をリスボン条約に適合させるための法律を制定した<sup>(143)</sup>。これによって、ドイツ規定

(140) 補強とは、複数の法文がその各々通用する形式において非拘束的な様式にまとめることに限定した、宣言的な法典であると理解される。この点について、*Grams, Zur Gesetzgebung der EU*, 1998, S. 268 f.

(141) 結論において同旨なのは、OLG Koblenz NStZ 1989, 188 f.である。類似のものとして(国際経済法との関係で) BVerfG NJW 2004, 2213, 2218があり、関税刑法について *Bender, wistra* 2006, 41がある。*Dannecker, Jura* 2006, 95, 101も見よ。控えめな見解として、*Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, S. 439; *Moll, Nationale Blankettstrafgesetzgebung*, S. 154があり、異説として、*Streinz, WiVerw* 1993, 1, 33がある。

(142) この問題についての指導的文献として、*Köpferl, Jura* 2011, 234, 237.

(143) BGBl. I 2010, 1934.

は、——明らかな限りで——少なくともこの領域では、新たな法律状況に適合され、2011年1月1日からその効力を与えられている。

cc) 国内政令における授権参照条項

72 ドイツ立法者は、ほとんどにおいて、授権参照手法 (Rückverweisungsmethode) を用いている。これは、欧州の参照対象の発見を容易にするといわれる。この場合、白地刑罰規定自体において、欧州法の特定の行動規定が参照されるのではない——せいぜい、参照対象となりうるものの、(大まかな) 内容が記述されるだけである。むしろ、国内の政令制定者が、連合法上のいかなる命令および禁止が個別において可罰的とされるべきかを、決定する権限を有する。政令という手法を用いることで、欧州レベルでの法改正に迅速に適合させることが容易になるというのである。これをわかりやすく説明するために、食品刑法からの重要な規定を示そう。

食品飼料法58条

(1) 次の者は、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

- ① 5条1項1文に反して食料品を生産又は販売した者
- ② 5条2項1号に反して次の物質を食品として流通させた者……

(3) 次の者は、同様に処する。

- ① 欧州共同体又は欧州連合による法行為のうち直接適用される規定で、内容的には1条1号乃至17号に列挙された命令又は禁止に適合するものに違反した場合で、62条1項1号による法規定が特定の構成要件に関してこの刑罰規定を参照している限り……

食品飼料法62条

(1)連邦政府は、欧州共同体又は欧州連合の法行為を妥当させるために必要な限り、連邦議会の同意を得ることなく、政令によって次の場合に構成要件を表示する権限を有する。

①58条3項または59条1項1号又は2号による犯罪として処罰すべき場合……

73 しかし、このような国内執行権の補足的政令による立法手法は、重大な弱点をかかえており、結論として、ドイツ基本法103条2項だけでなく、80条1項2文にも反する<sup>(144)</sup>。なぜなら、結果として、連合法のいかなる禁止または命令が国内白地刑罰規定によって補強されるべきかを決定するのは、政令制定者のみだからである。政令制定者は、単なる識別化——それは、ドイツ基本法103条2項に定められた法律の留保の点で許容されるとしても——に限定されない<sup>(145)</sup>。むしろ、刑法で補強される行動規定の本質的内容は、政令で定められた欧州共同体または欧州連合の法行為の参照から導かれているのであって、法律それ自体から導かれるものではない。確かに、ドイツ基本法80条1項2文の観点で、食品飼料法58条3項1号の準用条項(「内容的に適合する……」)により、立法者が想定した行動規定の書換えが行われたのであり、したがって、少なくとも授權の目的は理解できる。しかし、準用条項の利点は、常に存在するわけではなく(例えば、牛肉表示法10条1項、魚類表示法8条1項4号)、その代償は高い。なぜなら、準用規

---

(144) この点につき基本的なものとして、*Volkman*, ZRP 1995, 220 ff.がある。  
*Hecker*, Eur. Strafrecht, § 7 Rn. 94 ff.も参照。反対の見解として、*Chr. Schröder* in: *Hiebl/Kassebohn/Lilie*, Festschrift für Volkmar Mehle, 2009, S. 609がある。

(145) BVerfGE 14, 174, 185 f.を見よ。

定により、構成要件の明確性に更に別の欠陥がもたらされるからである<sup>(146)</sup>。

dd) 処罰の間隙と、より軽い規定による処罰の原則 (lex mitior)

74 ドイツ刑法2条3項のより軽い規定による処罰の原則<sup>(147)</sup>とは、犯行とその審判との間に刑罰規定が改正された場合、基本的<sup>(148)</sup>に最も軽い刑罰規定が適用されることをいう。その際、不処罰の状態も、「最も軽い刑罰規定」となる。これにより、白地犯罪構成要件の参照に関して、事後的な法改正による処罰の間隙の可能性も想定される場所である——そして、弁護側にとっては、重要なポイントとなる。すなわち、ドイツ白地刑罰規定における参照が犯罪実行と裁判との間にわずかの間でも空隙が生じたときは、この時点で、不処罰の状態が発生し、それが刑法2条3項の意味で「最も軽い刑罰規定」ということになる。つまり、これによって、行為者を処罰することは、もはやできなくなってしまうのである。そのような（一時的な）不処罰状態は、静的参照の場合にも、動的参照の場合にも生じる。

75 静的参照の場合、ドイツ刑事立法者は、欧州連合の参照対象が他の規定に置き換えられたときには、ドイツ刑罰規定が欧州連合レベルでの法改正と同時に新たな法行為を参照するといった方法で、適時に適合させなければならない。ドイツ立法者が時機に遅れたときは、参照は、少なくとも一時的には、通用していない参照対象に関係づけられることになるため、そこに空隙が生じる<sup>(149)</sup>。

事例13では、静的参照が行われている（官報における具体的箇所の指摘

---

(146) 批判的見解として、Hecker, Eur. Strafrecht, § 7 Rn. 100 f.も見よ。

(147) 包括的なまとめとして、Satzger, Jura 2006, 746, 752.

(148) ドイツ刑法2条4項による時間的適用法は、例外である。この点について、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 160 ff.だけは見よ。

(149) 欧州共同体・欧州連合法の静的参照の場合、通常は解釈から、これは通用している法にのみ向けられたものであることが導かれる。この点について詳細なのは、Satzger, Europäisierung, S. 270である。

が徴表である)。同日に適合させることができなかったことによって、2010年6月1日に不処罰状態が生じており、このことが、ドイツ刑法2条3項により、Aの行為はもはや処罰できないということにつながっている。

76 動的参照の場合——そもそもそれが許されるとして——、確かに、その都度に通用する形式への自動的適合ゆえに、国内立法者の懈怠による空隙は生じることがない。もっとも、欧州の参照対象がたとえ短時間でも失効したときには、これに応じて、参照も、(一時的に)空隙が生じる。欧州規則が変更または他に置き換えられ、行為者の行為が新たな規定によっても違反であるとされる場合には、より難しい状況となる。この場合、白地刑法は自動的に新たな規定に関係づけられる限りで全く新たな不法類型を創出したものであるかが、問題となる。これが肯定される場合、当初の参照対象に具体化されていた反価値に関して、事後的に不可罰とされる状態が生じており、それが行為者の処罰を妨げるものとなる。しかし、古い参照対象と新しい対象との間で不法類型の継続性が認められるときには、参照は、決して空隙を生じていない<sup>(150)</sup>。

77 例：1997年6月1日から、保護動物および植物の国境を越える取引は、欧州共同体規則338号/97<sup>(151)</sup>によって、全ての欧州連合加盟国に統一して規制されている。もっとも、ドイツ連邦自然保護法およびその欧州共同体法の参照は、相当遅れて共同体の新たな法状況に適合された<sup>(152)</sup>。したがって、処罰の空隙が生じた<sup>(153)</sup>。例えば、自然保護法30a条1項、2項準用30条1

---

(150) 通説。以下のものだけは見よ。BGHSt 26, 167, 172 f.; *Jescheck/Weigend*, § 15 IV 5 Fn. 49; S/S-*Eser*, § 2 StGB Rn. 24; a.A. SK-*Rudolphi*, § 2 StGB Rn. 10; MK-*Schmitz*, § 2 StGB Rn. 23.

(151) ABIEG 1997 Nr. L 61.

(152) 1998年4月30日付け連邦自然保護法を改正するための法律 (BGBl. 1998 I, S. 823) を参照。1998年5月9日から施行されている。

(153) この点について以下を参照。SZ v. 28.2./1.3.1998, S. 1:「野生動物密輸者の抜け穴。法律の空隙は、現在、犯罪者を厳しい処罰から免れさせている」。

項4号、21条は、当初、欧州経済共同体規則362号/82を参照していたが、同規則は、1997年6月1日に、欧州共同体規則338号/97に置き換えられた。したがって、参照は、この時点からドイツ種の保護法が後に〔右規則に〕適合されるまでの間に、空隙が生じた。これにより、「不処罰の状態」のままとされる時間的範囲が生じ、これが、過去（欧州経済共同体規則362号/82が通用していた期間）に基礎づけられた多くの違反が、「より軽い規定」の原則<sup>(154)</sup>の下で処罰されない、またはできないという結論をもたらした<sup>(155)</sup>。

立法者は、自然保護法旧39条2項（現行69条2項）によって、（事後的に）経過規定を定めた。これは、ドイツ刑法2条3項の不適用を定めるものであった。これによると、白地の空隙が生じる前の行為は、——この間に参照の空隙により不処罰の期間が発生したにもかかわらず——後に制約を受けることなく、行為時に通用していた法、つまり白地規定の当初の形式によって審判されることとされた。これは、ドイツ基本法103条2項に違反しない。なぜなら、結果として、行為時の法が適用されるからである。また、ドイツでは、より軽い規定の原則は、従来から憲法上の地位が与えられてこなかった<sup>(156)</sup>。しかし、このような措置は、憲法上の疑問を覚えさせる。ドイツ刑法2条3項によりいったんは基礎づけられた不処罰（ここでは、1997年6月1日と白地規定の適合との間の期間において）を事後的に撤回することは、——およそ短期間であるとしても——基本法に定められた信頼保護という一般原則に反するものだからである<sup>(157)</sup>。いったん犯罪を実行

---

(154) もっとも、関連する欧州共同体・欧州連合規則はドイツ刑法2条4項の意味での時間法でしかないと考えれば、異なって理解されなければならない。この方向で論じるものとして、例えば *Pfohl*, wistra 1999, 161, 166.

(155) この点について以下を参照。*Moll*, Nationale Blankettstrafgesetzgebung, S. 174; *Pfohl*, wistra 1999, 161, 165 f.

(156) この点のみに着目するものとして、BVerfGE 81, 132, 138; BVerfG StraFo 2008, 465 f.; OLG Düsseldorf NJW 2008, 930 ff.

(157) 正当な見解として、例えば LK-*Dannecker*, § 2 StGB Rn. 59 ff. がある。

した者に対して、後に「自身の」行為が不処罰となったことが遡及して撤回されることを長期にわたり覚悟すべきであることなど、期待することはできない。また、より軽い規定の原則は欧州レベルで高い価値を与えられていることも、考慮しておかなければならない。欧州司法裁判所は、これを、設立条約旧6条2項<sup>(158)</sup>による一般的法原則であるとし、したがって第1次法の1つに位置づけている。その上、この原則は、今日、司法上の基本権として、欧州基本権憲章49条1項3文にも定められている。

## V. 国内刑法適用の際の欧州連合法の考慮

### 1. はじめに

78 ドイツの刑事裁判所は、一見、純粹な国内の刑法のみを適用するべきであるようにみえるが、連合法を失念してはならない。既に冒頭で確認したように、加盟国の刑法は、原則的には——他の法領域と同様に——欧州連合法の「ヨーロッパ化に向けた」影響下にある。

その際、刑法の適用者は、さしあたり、その者に直接に適用できる連合法を考慮しなければならない。これは、いずれにせよ、加盟国における直接的な権利および義務を基礎づける欧州連合の全ての法行為である。そこで、主としてこれに属するのが、規則である。また、ここでは、これと並んで、指令も重要である。もっとも、それは、欧州司法裁判所の判例によって確立された原則によって、市民に対する「主観的 direct 効力 (subjektive unmittelbare Wirkung)」を有する限りで、つまり、その内容が無条件で、かつ十分に詳細であって、具体化の期間が既に経過しており、そしてその

---

以下も参照。Pfohl, wistra 1999, 161, 166; Chr. Schröder in: Hiebl/Kassebohn/Lilie, Festschrift für Volkmar Mehle, 2009, S. 604.

(158) EuGHE 2005, I-3565 – verb. Rs. C-387/02, C-391/02 および C-403/02 „Berlusconi“ (Rn. 68 f.).

ことが個人にとって有利に働く限りにおいて、である<sup>(159)</sup>。さらに、列挙されている要件が、個人に有利に作用するに至るまで充足される場合には、裁判所（および当局）は、指令を、その「客観的 direct 効力」にも基づいて適用しなければならない<sup>(160)</sup>。

もっとも、連合法は、——およそその直接適用の可能性および効力とは独立して——国内法の解釈が問題である場合にも、(刑)法適用の際に重要となる。後述のとおり (Rn. 88以下を見よ)、国内裁判所は、いわゆる「連合法に適合する」解釈（かつては「共同体法に適合する解釈」）の枠内で、直接には適用できない連合法も考慮に入れるよう拘束されてきたのである。

## 2. 無効化作用

79 事例14: *Ratti* 氏 (R) は、イタリアの裁判所に訴追されたが、〔その理由は、彼が〕溶剤の表示に関するイタリア法245号 (1963年3月5日) に違反したために、イタリア法上は処罰されるべきである、とのことであった。被告人は、イタリア法違反については否認しなかったものの、自分は欧州経済共同体調和指令73/173の十分に明確な規定を顧慮したのだと主張した。この指令は、そこに予定されていた具体化期間が経過していたにもかかわらず、イタリア法には転換されていなかった。このことは、有罪判決を妨げるものとなるだろうか (これについては § 9 Rn. 81)。

事例15: ドイツ人 D は、バイエルン州 L 市のその居住地から、ロンドンの事業者 U を代理して、スポーツ賭博を募集した。U は、イギリス法により、賭博営業の許可を得ている者であった。D は、客が記入した賭け札を受け

---

(159) この要件について総括したものとして、Calliess/Ruffert-*Ruffert*, Art. 249 EGV Rn. 77 ff.を見よ。

(160) 同旨のものとして、例えば *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 487がある。指令の「直接効力」について部分的になお不明な問題については、*Streinz-Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 101 ff.を見よ。



取り、電子的手段でイギリスに転送しており、客が当選したときには、その当選金を自分の事務所で〔客に〕支払った。彼は、この行為に対して、——バイエルン州のロト法により——要求される（ドイツの）行政法上の許可を得ていなかった。Dは、ドイツにおいて（刑法248条1項により）処罰されうるのだろうか（これについては§ 9 Rn. 82 以下）。

80 国内法に対する連合法の優位性から<sup>(161)</sup>、犯罪構成要件が連合法と矛盾する全ての事例に関して、ドイツの犯罪構成要件の無効化が生じる。この場合、無効化とは、ドイツの犯罪構成要件が具体的な事例に適用されてはならない（いわゆる適用優位）ということの意味する<sup>(162)</sup>。したがって、これは、既に構成要件に該当する行為ではない、ということになる<sup>(163)</sup>。つまり連合法の意義は、単なる正当化事由に尽きるものではないのである<sup>(164)</sup>。しかし、無効化という介入の条件は、常に、連合法と国内の刑法との間に眞の抵触〔が存在すること〕である。それゆえ、ドイツの構成要件にとって、（主観的または客観的に）直接に適用可能な連合法の規定が妨げとなるものでなければならない<sup>(165)</sup>。その際に、そのような抵触は、構成要件の側面からも、法効果の側面からも生じうる。

国内刑法がその他の連合法と矛盾する場合には、国内裁判所によって、

---

(161) 基本にある共同体法の優位について、EuGHE 1964, 1251 – Rs. 6/64 „Costa ./ ENEL“ (Rn. 8 ff.).

(162) 適用優位に関する通説によれば、（その他の事例に対して）抵触するような国内規定の妥当性は依然としてそのままである。これについて、Jarass, DVBl 1995, 958 f.; Streinz, Europarecht, Rn. 220を見よ。

(163) Hecker, Strafbare Produktwerbung, S. 286; Satzger, Europäisierung, S. 506 ff.

(164) 異説として、Kreis, Die verbrechenssystematische Einordnung der EG-Grundfreiheiten, 2008, S. 170 ff.がある。それに相応する意見は、イタリア刑法の51条に関するイタリアの学説の一部に見出される。例えば Pedrazzi in: Università di Parma, Droit communautaire, 1981, S. 57 f.を見よ。

(165) Satzger, Europäisierung, S. 479 ff.を見よ。

——法および法律に対する拘束に鑑み（基本法20条3項）——常に、国内刑法が適用されなければならない。こうした見かけ上だけの抵触の事例においては、直接に適用できない欧州連合法は、せいぜいのところ、連合法に適合するような解釈方法により考慮することができる、もしくは考慮しなければならない、というだけのことである（これらについては、後述§9 Rn. 89 以下を見よ）。

a) 構成要件面での真の抵触

81 国内法と欧州連合法とが構成要件面で抵触する状況の中では、刑罰規定で捕捉され、それゆえ国内法では禁止されている行為が、直接に適用できる連合法によると許容されることになる。つまり、個人は、2つの相互に両立し得ない規範命令に直面するのである。欧州司法裁判所の判示によると、「国内機関は……連合法とは一致しない規定の不遵守を理由として制裁を科しては」ならない、とされた<sup>(166)</sup>。適用優位は、このような抵触を、連合法が優先するように解消する——つまり、具体的な事例においては、国内の犯罪構成要件が適用不可能となり、「無効化」されるのである。

したがって、事例14では、Rが直接効果を有する指令の規定を援用すれば、それと対立する国内刑法による有罪判決を妨げるものとなる<sup>(167)</sup>。

留意すべきは、被告人Rが、指令を具体化する期間がまだ経過していない時点で有罪判決を受けたとすれば、連合法の直接効果が欠けているために、(真の)抵触は存在せず、それゆえ、イタリアの犯罪構成要件を無効化するための連結点も存在していなかった、ということであろう。

82 各々の直接適用可能な連合法は、国内刑法との抵触を生じさせる可能性があるため、欧州連合条約の基本的自由（物流の自由、労働者の移動の自

---

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

(167) これについては、EuGHE 1979, 1629 – Rs. 148/78 „Ratti“ (Rn. 23)を見よ。

由、居住の自由、職業遂行の自由、資本流通の自由)も、無効化を引き起こしうる<sup>(166)</sup>。しかし、その際、常に考慮しなければならないのが、第1次法は、こうした基本的自由のために、連合法上の例外規定(公序条項(ordre-public-Klauseln))を定めており<sup>(169)</sup>、これがまた、公共の福祉という止むを得ない理由のための(不文の)留保を内容としている、ということである<sup>(170)</sup>。まさに刑法によって補強された態度規範は、しばしば「公の秩序(ordre public)」の一部とされ、ないしは「公共の福祉という止むを得ない理由」の下に包摂されるが、その際に考慮しなければならないのは、例外規定の範囲(特に比例性の問題も)が原則的には連合法によって決定される、ということである。

83 例えば刑法287条1項、2項<sup>(171)</sup>は、当局の許可のないロトを催すことだけでなく、既にその募集をすることにも刑罰を科する、としている。例えば、前述の事例で、イギリスのロト主催者が、ドイツの国境を越えて営業し、当該ロトがドイツでは許可されたものではないにもかかわらず、ドイツ〔国内〕でそのロトを募集し、こちら〔ドイツ国内〕からくじを発送した場合、そのロト主催者に対するドイツの刑事訴訟においては、刑法287条を理由とする有罪判決が可能であるのか、または、その種の態度は欧州連合の基本的自由の保護下にあるとの理由で当該構成要件は無効化されるのか、ということが問題となる。欧州司法裁判所は、近時、同様の事例状

---

(168) 更に別の事例は、Hecker, Eur. Strafrecht, 89 Rn. 24 f., 33 ff., 36 ff.にある。欧州連合基本憲章との抵触の場合も同様であり、これについては、EuGH v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 „Åkerberg Fransson“ (Rn. 45)がある。

(169) 例えば、運営条約(62条との関連で)36条、45条3項、52条。

(170) これについては、EuGHE 1995, I-4165 – Rs. C-55/94 „Gebhard“ (Rn. 37)を見よ。Streinz, Europarecht, Rn. 838 ff.の概要も見よ。

(171) 6. StrRG, BGBl. 1998 I, S. 164 ff. 参照。刑法287条2項の新たな広告禁止については、Wrage, ZRP 1998, 426も見よ。

況について、判断を求められた<sup>(172)</sup>。欧州司法裁判所は、国境を越えてロトないしスポーツくじを催すことを、原理的には、運営条約57条の（広い）営業概念の下に包摂した。運営条約56条以下は、その際、加盟国の差別的な措置のみならず、原則的には既に、職業遂行自由の行使を妨げる、または困難にさせるような各国家の措置を禁じている<sup>(173)</sup>。それによるならば、ロトの募集および発送に刑罰を科するというドイツの刑法規定は、ロトを主催するという営業自由の——非常に強力な——妨害であろう。しかし、基本的自由を差別なく制限することは、それが公共の利益という止むを得ない理由によって正当化され、そしてその限りで相当であるという場合には、——連合法上の基準によって——許容される<sup>(174)</sup>。欧州司法裁判所によると、道徳的、宗教的、そして文化的な特殊性、ならびに賭博によって生じる個人および社会に対する道徳的および経済的に害を与える効果は、原則的に、ロトおよび賭け事を評価するにあたっての加盟国の裁量を正当化する。さらに、〔欧州司法裁判所〕によれば、禁止に至るまでの広範な制限も可能とされる。しかし、こうした制限は、常に、それによって追求される目的を考慮して、相当なものでなければならず、そして、他の加盟国からの提供者を差別するものであってはならない<sup>(175)</sup>。

ドイツにおける（刑法上の）法効果に転用するとすれば、この刑法287条の刑罰補強（Strafbewehrung）を伴う単純な許可留保は、それが、賭博行為をコントロール可能な軌道に乗せるのに役立ち、それにより、犯罪

---

(172) EuGHE 1994, I-1039 – Rs. C-275/92 „Schindler“; EuGHE 2003, I-13031 – Rs. C-243/01 „Gambelli“; EuGHE 1999, I-6067 – Rs. C-124/97 „Markku Juhani Läära“; EuGHE 1999, I-7289 – Rs. C-67/98 „Zenatti“; EuGHE 2007, I-1891 – Rs. C-338/04 „Placanica“.

(173) EuGHE 1974, 1299 – Rs. 33/74 „Van Binsbergen“ (Rn. 10 ff.); s. dazu Streinz-Müller-Graff, Art. 56 AEUV Rn. 85.

(174) EuGHE 1995, I-4165 – Rs. C-55/94 „Gebhard“ (Rn. 37).

(175) EuGHE 2007, I-1891 – Rs. C-338/04 „Placanica“.

または詐欺目的のための利用が阻止されることになる場合には、相当な手段たりうる。また、その許可の付与が差別なく取り扱われる場合、連合法に対する抵触もない<sup>(176)</sup>。しかし、この結論が決して自明のものではないということは、欧州司法裁判所の *Gambli* 判決において示されている。これによると、国内裁判所は、以下のことを考慮しなければならないとされた。つまり、「公共の利益という止むを得ない理由」を援用することは、財政が逼迫した国家が認可された賭博主催者に関して収入増加目的で賭博を強力に拡大させる政策を追求するような場合には疑わしい、というのである。さらに、処罰の比例性は、その追求された目標を考えると、特に検証が必要である<sup>(177)</sup>。

84 事例15において、D は、スポーツくじの——したがって、刑法284条1項の意味における賭博の——主催者である。なぜなら、彼は、一般人がスポーツくじに関与することを可能にしたからである<sup>(178)</sup>。当局の許可がないので、彼は、原則的には、刑法284条1項の構成要件を充足する。もっとも、この規定による処罰は、営業活動の自由をヨーロッパ法に違反して制限するものとなる。このことは、止むを得ない公共の利益をもってしても正当化されるものではない。なぜなら、バイエルン州賭博法は、私人に対して許可することを最初から予定しておらず、スポーツくじに対する州の独占を保障するものだからである。この場合、州の財政的利益が中心である。つまり、許可留保の表面上の目的——ギャンブル癖の撲滅であるが——は、一貫して追求されているわけではない。それゆえ、ミュンヘン高裁は<sup>(179)</sup>、

(176) その限りでは、EuGHE 1999, I-6067 - Rs. C-124/97 „Markku Juhani Läära“および EuGHE 1999, I-7289 - Rs. C-67/98 „Zenatti“によって確定している。

(177) EuGHE 2003, I-13031 - Rs. C-243/01 „Gambelli“ (Rn. 68 ff.); *Walz*, EuZW 2004, 523.

(178) *Lackner/Kühl*, § 284 Rn. 11 (文献付き).

(179) OLG München NJW 2006, 3588 ff. 賛同するのは、例えば *Mosbacher*,

直接に適用可能な欧州連合法の営業の自由を通じて刑法284条1項が無効化されることを理由に、Dの有罪を排斥したのである。もっとも、この妥当な結論は、適切には、——優先的な——「連合法に適合する」解釈（これについては§ 9 Rn. 89以下）という方法によって、到達できたことであろう。なぜなら、刑法284条1項にいう「当局の許可」という概念を、国内的にだけでなく、——営業活動の自由との抵触を避けるために——連合法的にも理解するならば、他の欧州連合加盟国で受けた許可（例えばここではイギリスの免許）があるということは、刑法284条1項の構成要件を充足しない、ということになるからである<sup>(180)</sup>。

#### b) 刑罰効果の面での眞の抵触

85 連合法は、刑罰効果に関しても限界づけをするため（前述§ 9 Rn. 17以下参照）、連合法と国内刑法規定の刑罰効果の間での規範矛盾も生じる可能性がある。

86 その際、そうした抵触が生じるのは、第1に、科された刑が連合法上の上限を越える場合である。基本的自由の適用領域において、こうした限界は、「差別禁止」と「比例原則」によって形成される。ここでは、直接に適用可能な連合法との抵触が問題となるが、それは、差別的な、または不相当な刑罰が、欧州司法裁判所により全て直接に適用可能性があると認められた<sup>(181)</sup> 基本的自由を侵害すると解されるからである。ドイツ刑法典に定められた法定刑が、連合法に適合するような解釈によって、その差別的な

---

NJW 2006, 3529, 3532; *Lackner/Kühl*, § 284 StGB Rn. 12 (文献付き)である。

(180) 既に同旨のものとして、*Satzger*, JK 3/07, StGB § 284/1がある。*Heine* in: *Wohlers* (Hrsg.), *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, 2007, S. 12 f.も見よ。しかし、これは、この領域では、調和化がないことを理由に、国外の許可に対して懐疑的である。

(181) *Herdegen*, *Europarecht*, § 8 Rn. 14のみを見よ。

作用を取り除く、ないし相当な程度にまで減ずることができないとすれば——それは例外を意味するが(後述 Rn. 111以下参照)——, 構成要件全体が無効化される, すなわち, そもそも刑罰が科されえないこととなる。

例: ドイツ刑法は, 一定の保険加入義務を履行しない雇用者を, 罰金刑または3か月までの自由刑に処する, と規定している。他国 EU 市民について, 同じ違反は, 6か月未満の自由刑を科されるものとなる。この点では, 明らかに差別的な刑法典となっている。これは, ドイツ人以外の者に対する刑の下限を明白に確定させるために, (連合法に適合する) 解釈という手段によっては, 欧州連合法と合致させることはできない, というものである(これについては後述 § 9 Rn. 114)。差別禁止に違反することを理由に, その刑法規範を他国 EU 市民に適用することはできない。これに対し, 本規定は, ドイツ人に対して予定されている犯罪構成要件の適用可能性については, 否定的な影響はない。

これとは逆の状況で, その規定によってドイツの雇用者が他国 EU 市民に対して不利に扱われるとすれば, いわゆる内国人差別の問題が生じる。そのような他国 EU 市民に対するドイツ人の不利な状況が許されるかどうかは, 国内の憲法(とりわけ基本法3条, 12条)によってのみ判断される<sup>(182)</sup>。87 第2に, 刑罰の性質が, 直接に適用可能な連合法と矛盾することがありうる。ギリシャの「*Donatella Calfa*」事件における薬物犯罪の強制的な効果として, 終身国外追放の例を想起されるとよい(前述 § 9 Rn. 24)。ここでも, 無効化作用が生じているのである<sup>(183)</sup>。

(182) こうした従来不明であった問題については, 学説から多数の支持がある。*Streinz, Europarecht*, Rn. 819 ff.のみを見よ。

(183) 異説として, *Kreis, Die verbrechenssystematische Einordnung der EG-Grundfreiheiten*, 2008, S. 189 ff.

c) 連合法との単なる見かけ上の抵触

88 「*Berlusconi*」判決<sup>(184)</sup>は、——欧州司法裁判所は認めなかったもの——見かけ上の抵触が基礎となった事件である。当時イタリアの首相であったベルスコニ (*Berlusconi*) に対し、虚偽決算を理由とした刑事手続が進められた。行為時に通用していた刑罰規定は、(当時はまだ欧州共同体の)指令の中に含まれている基準に適合するものであって、それによれば、加盟国は決算法上の規定の違反に対して「適切な制裁」を規定するべきものとされていた。しかし、行為の後ではあるが審判より前に、イタリアの立法者は、虚偽決算を理由とした刑法規定を、「適切な制裁」に関する指令の要求にはもはや適合しないほどに減輕したのである。特に、追加的な構成要件要素と重大性条項が採用され、そして(その行為を「軽罪」に引き下げることによって)時効が短縮されたのであるが、これによって、*Berlusconi*の行為は、審判の時点ではもはや可罰的でない、もしくは時効にかかっている、という効果を持つこととなった。

イタリアでも通用している、より軽い法を適用するという原則(Lex-mitior-Grundsatz)(ドイツ刑法2条3項に相当)によれば、行為時法ではなく、より軽い事後法が適用されなければならず、そのことから、無罪判決が下されなければならなかった。欧州司法裁判所に提示された問題は、イタリアの軽い法適用の原則により、減輕された刑法規定を、その指令違反にもかかわらず適用してもよいのか、というものであった。

欧州司法裁判所は、結論的には、この問題を積極的に解して、指令に反するような変更法の適用を支持した。しかし、裁判所は、その通用性が共同体法の一般的な法原則として明白に認められている軽い法適用の原則<sup>(185)</sup>を、

---

(184) EuGHE 2005, I-3565 – verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 „*Berlusconi*“.

(185) この、より軽い法を適用するという原則は、今日では、欧州連合基本権憲章49条1項3号において拘束力を有するものとして承認されている。



その理由付けのために援用しなかった。欧州司法裁判所は、むしろ、裁判所は、確かに——共同体法について認められた適用優位の現れとして——基本的に、制裁の適切性という共同体法上の要請に合わない国内の制裁規定は適用しないよう義務付けられている、と考えている。しかし、ここでは例外が認められなければならなかった。なぜなら、欧州司法裁判所の判例によれば、指令それ自体は（国内上の具体化がなければ）刑法上の答責性を根拠付け、または加重するような効果を持つものではない、とされているからである<sup>(186)</sup>。

確かに、裁判所の結論は適切なものではあるが、しかし、その根拠付けは説得的なものとはいえない。すなわち、本件では、改正法が適用できない条件となる、真なる抵触状況がある訳ではない。欧州共同体の指令は、加盟国に、「適切な制裁」を制定することしか義務付けていない。その詳細な同一の特徴付けは欠けていることから<sup>(187)</sup>、指令は、せいぜいのところ、加盟国がそもそも違反に対する制裁を規定しなければならなかったという限りで、直接の効力を与えられるにすぎなかった<sup>(188)</sup>。これに対して、その〔制裁の〕具体的内容は、依然として加盟国に委ねられていた。その限りで、指令は、十分に明確なものではなかったのである。改正法は、ある制裁を全て排除するのではなく、ただより軽くしたものにすぎなかったので、本件では、イタリア刑法には、直接適用できない共同体法との抵触があったにとどまる。そうした見かけ上だけの抵触の事例では、無効化作用はいずれにしても生じないのであって、改正法は依然として適用可能である。そ

---

(186) とりわけ EuGHE 1987, 3969 – Rs. 80/86 „Kolpinghuis Nijmegen“ (Rn. 13) および EuGHE 2004, I-651 – Rs. C-60/02 „X“ (Rn. 61)を参照。

(187) 刑罰の効果を詳細に明らかにすることは、正当な見解によれば管轄法上の理由から許容できない。§ 9 Rn. 27参照。

(188) こうした加盟国の制裁化義務は、もちろん——無条件かつ内容的に詳細に——指令に含まれていた。

れゆえ、適用優位という基礎にある原理の例外が認められることの必要性はなく、またその機会もなかった<sup>(189)</sup>。

しかし、その点にかかわらず、——見かけ上だけの抵触にすぎない事例でも——より軽い刑罰法規を指令に適合するように解釈することの裁判所の義務は、依然として残されている（これについてはすぐ後で述べる）。

### 3. 連合法に適合する解釈

89 事例16：失業中の教師 L は、その自己顕示欲が高まって、ベルリンで（自分は）委員会の評議委員であると詐称し、見かけ上はそのような者として職務活動をした。L は、これにより処罰されるだろうか（これについては § 9 Rn. 101）。

#### a) 概要

90 前述したとおり、国内法は、連合法に適合するように解釈しなければならない。こうした解釈方法によって、以下の2つの目標が達成される。

第1に、連合法適合的な解釈は、直接に適用できる連合法の解釈の考慮が問題となる場合には、ドイツ法に由来するものとして知られている憲法適合的解釈に類似する。その場合、裁判所は、国内法により可能な複数の解釈のバリエーションの中から、欧州連合法と抵触しないようなものを選び出さねばならない。そこで、ドイツ法を既にそのように解釈することによって、ドイツ法規定の無効化が回避されるだろう。これは、つまり、連合法に適合するような解釈による「抵触回避」である。

---

(189) 詳しくは、（——同様に説得力のない、その上、結論的に異なる——検察官 *Kokott* の態度表明についても） *Satzger* JZ 2005, 998 ff. の批判がある。これに賛同するものとして、*Hecker*, Eur. Strafrecht, § 9 Rn. 19がある。この問題点については、*Gross*, EuZW 2005, 371 ff.; *Dannecker*, ZIS 2006, 309, 312 ff. も見よ。

第2に、解釈の際に全ての（直接に適用可能であるものだけでなく、その他のものも含めて）欧州法を考慮することは、国内法と連合法の目的とが広範に一致すること、および加盟国内での均等な法適用を保障するものである。この場合、連合法は、客観的な効果を有するのであり、それは特に指令（そして、その具体化のために制定された国内法）に大きな意義を付与する<sup>(190)</sup>。

91 連合法に適合する解釈のための権限ないしは義務付けに対する法的な根拠は、国内法の中にも、欧州連合法の中にも存在する。

■ 既に国内の解釈学は、連合法が国内法の解釈にとって有益となりうる、としている<sup>(191)</sup>。それによれば、複数の解釈基準が用いられうる。例えば、文言の意味、体系、立法史、そして規定の意味と目的である<sup>(192)</sup>。ドイツ法によって具体化された指令の例は、欧州連合法が古典的な解釈の枠内でどのように考慮されるかを示している。例えば、ある指令を具体化する際には、通例、立法者はその指令を正確に具体化する意思を有している、と推測される。したがって、その指令を国内法に転換することは、その法律の意味および目的にも合致する。国内法が、指令に由来する概念を用いるならば、その文言と体系性も、指令に適合するような解釈の根拠となる。

■ しかし、連合法に適合する解釈は、欧州連合法それ自体から初めて導かれるものである。一般的な誠実協力義務（設立条約4条3項）から、加盟国自身だけではなく、加盟国の公権力の全ての担い手も、連合が義務付けていることを履行するために適切な全ての措置を講じる義務があることを、引き出すことができる。したがって、国内裁判所は、自国の領域内で

---

(190) *Safferling*, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 15も見よ。

(191) *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71, 95を見よ。

(192) *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., 2006, § 8 および § 10 II のみは見よ。

欧州連合法を統一的に適用するよう配慮する任務を有している<sup>(193)</sup>。しかし、それによって、適用優位と連合法に適合する解釈との間の境界が曖昧になってしまうわけではなく、欧州司法裁判所は、こうした義務を、正当に、次のような事例に限定している。つまり、国内法が裁判所に、連合法を考慮することを許容するような評価の余地をそもそも残した場合である<sup>(194)</sup>。

92 以上に応じて、連合法に適合する解釈の限界も、国内法と連合法とから帰結する。

■ ドイツ法の観点からは、欧州法に適合するような解釈の限界は、——憲法適合的な解釈の場合と同様に——解釈結果が文言のあり得る意味内容を超えてはならず、また、法律の制定と結びついた立法目的を逆転させるものであってはならない、ということから導かれる。そうでなければ、裁判所は、もはや、立法者によって制定された法を適用するのではなく、自らが立法者の立場にたち、新たな法を創設する者となってしまうからである。

■ 欧州司法裁判所は、「*Kolpinghuis Nijmegen*」判決において、欧州連合法が設定した限界を、以下のように要約した。すなわち、連合法に適合する（当時はまだ共同体法に適合する、であったが）解釈は、「共同体法

---

(193) *Heise, Gemeinschaftsrecht und nationales Strafrecht*, 1998, S. 93. 指令に適合するような解釈のためには、さらに、運営条約288条3項が根拠として援用される。*Chr. Schröder, Europäische Richtlinien*, S. 335（なお設立条約249条3項についても）参照。欧州連合のかつての第三の柱の文脈で枠組決定に適合する解釈の義務を根拠づけるものとして、EuGHE 2005, I-5285 - Rs. C-105/03 „Pupino“ (v.a. Rn. 43-45)を見よ。

(194) これについて基本的なものとして、EuGHE 1984, 1891 - Rs. 14/83 „Von Colson und Kamann“ (Rn. 27 f.)がある。

(現連合法)の一部である一般的な法原則、および、特に法的安定性と適及禁止の原則」にその限界がある<sup>(195)</sup>、ということである。

## b) 連合法に適合する解釈と刑法

93 刑法は、原則的には、あらゆる他の国内の法領域と同様に、ヨーロッパ化作用によって把握されるので、前述の連合法に適合するような解釈についての原則も、準用される。すなわち、ある刑法規定についての国内的理解によると可能な複数の解釈の中で、連合法に最も適合するものが優先されなければならない<sup>(196)</sup>。しかし、解釈にあたっての特殊な限界が、罪刑法定主義 (Gesetzlichkeitsprinzip) から導かれる。つまり、文言の限界が特別の意味を持ち、国内裁判所の「評価の余地」を狭める結果、他の法領域で許容されているような、連合法に適合するかたちでの法の更なる形成は、ここでは許されない——いずれにしても、被疑者・被告人の不利となる場合には許されない。こうした限定は、既に罪刑法定主義 (基本法103条2項、刑法1条を見よ) を国内的に定めていることから、また、一般的な連合法の法原則として刑法上の明確性原則が認められていることから、導かれる<sup>(197)</sup>。

これによると、国内の犯罪構成要件が連合の法行為を根拠にして拡張的に解釈されることは、以下の場合にのみ可能である。

- そのような解釈が、犯罪構成要件の文言となおも一致し、かつ、
- 欧州連合の法行為それ自体が、十分に明確である場合<sup>(198)</sup>。

---

(195) EuGHE 1987, 3969 – Rs. 80/86 „Kolpinghuis Nijmegen“ (独自の強調)。

(196) 詳細は, *Satzger, Europäisierung*, S. 549 ff.; *Chr. Schröder, Europäische Richtlinien*, S. 340 ff.; *Dannecker in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch*, Kap. 2 Rn. 117 ff.

(197) EuGHE 1996, I-6609 – verb. Rs. C-74/95 und C-129/95 „Telecom Italia“ (Rn. 25)。

(198) EuGHE 1996, I-6609 – verb. Rs. C-74/95 および C-129/95 „Telecom Italia“

94 異なる見解はあるが<sup>(199)</sup>、連合法上の法的安定性の要請および遡及禁止は、特に、いわゆる「処罰を拡大するような」連合法に適合する解釈を妨げるものではない<sup>(200)</sup>。つまり、直接的な効力を持つのに相応しくない欧州連合の指令の制定が、従来の刑事判例によるとそこに捕捉できないとされてきた状況にも国内の犯罪構成要件が適用されなければならないことを導く場合に、指令に適合する解釈は、被疑者・被告人がかつての解釈実務と比較すれば不利になる場合でも、前述の連合法上の限界には違反しないのである。

95 これに対する反論として、確かに、市民は、指令はそれが具体化されて初めてその効果が自分に生じ得ることを信頼してよいということではなければならない、ということが挙げられる。処罰を拡張する解釈は、不利となる指令の許されないはずである直接適用に匹敵する、というのである<sup>(201)</sup>。しかし、そのような見解を否定する論拠として、連合法に適合する解釈がここでは決して処罰を拡張するものとはなっていない、ということが挙げられる。何が可罰的であるのかは、法律にのみ従うものであって、裁判所によるその解釈に従うものではない。したがって、より不利に置かれることは、かつての解釈実務との比較で生じることにすぎない。しかし、その新たな解釈の結論は、国内の刑法典それ自体の中に見出されなければなら

---

(Rn. 24 f., 31); *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 10 Rn. 48 ff.; *Chr. Schröder*, Europäische Richtlinien, S. 387 f.

(199) *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 275 ff. 類似のものとして, *Köhne*, Die richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht – dargestellt am Abfallbegriff des § 326 Abs. 1 StGB, 1997, S. 107 f.

(200) 同旨のものとして, *Hecker*, Eur. Strafrecht, § 10 Rn. 61; *Heger*, HRRS 2012, 213.

(201) *Brechmann*, Die richtlinienkonforme Auslegung, 1994, S. 277; *Köhne*, Die richtlinienkonforme Auslegung im Umweltstrafrecht – dargestellt am Abfallbegriff des § 326 Abs. 1 StGB, 1997, S. 115.

ない。指令は、単に、その射程を探し出すための基準として役立つものにすぎない。したがって、変更された解釈は、連合法から導かれる（遡及効のある）処罰を根拠づけるものではなく、国内法の基礎にある、今になって「正しい」と認められることとなった、客観的な法の意思の実現なのである<sup>(202)</sup>。ある特定の解釈を単に信頼することは、——少なくとも正当な見解によるなら——保護に値しない。それゆえ、判例変更は、いつでも可能なのであり、それによって遡及禁止に違反するものではない<sup>(203)</sup>。

### c) 適用例

96 いくつかの事例群を基に、刑法規定を連合法に適合するように解釈する際の適用領域と方法が明らかなる。

#### aa) 国内の犯罪構成要件を拡張的に連合法に適合するように解釈することによる欧州連合の法益の保護

97 欧州連合は、多数の法益（例えば、財産、所有権、住居権、行政の機能）の主体である。こうした法益の刑法上の保護は、現在（なおも）、もっぱら加盟国によって図られている。設立条約4条3項の誠実協力義務は、加盟国に、自国の刑法を連合に貢献するものとするを義務付けている。加盟国の組織も、その活動の枠内で設立条約4条3項により拘束されるので<sup>(204)</sup>、国内裁判所は、国内犯罪構成要件の（拡張的な）連合法に適合するような解釈によって、欧州連合の法益ができる限り広く、国内の法益と同じ範囲で刑法的に保護されるよう、図らなければならない。

---

(202) *Satzger*, *Europäisierung*, S. 555.

(203) これについては、BVerfGE 18, 224, 240; BayObLG NJW 1990, 2833; *Lackner/Kühl*, § 1 StGB Rn. 4も参照。同旨のものとして、*Hecker*, *Eur. Strafrecht*, § 10 Rn. 60がある。

(204) *Streinz-Streinz*, Art. 4 EUV Rn. 5のみを見よ。

98 もっとも、立法者が、既に法律それ自体が欧州連合の法益を明示的に国内の法益と同格に扱うことによって、裁判所からこうした課題を取り除いているならば、連合法に適合するような解釈は、もはや必要ではない。

例：刑法108e条は、ヨーロッパ議会の議員の取賄ならびにドイツ連邦議会議員および州議会議員の取賄を規定している。刑法264条7項2号は、補助金詐欺目的に関する補助金の概念を、明示的に、欧州連合の法上の公的資金にも当てはめている。

99 同様に、連合法に適合するような解釈は、欧州連合の法益を犯罪構成要件の保護範囲に含めることが、既に伝統的な解釈原則から帰結するという場合にも、不要である。ここで妥当する原理は、既に第2編で示した（前述§6 Rn. 1以下参照）。それによれば、いわゆる国内法益だけが、ドイツの犯罪構成要件の保護範囲にあるにすぎない、すなわち、伝統的な解釈によるなら、欧州連合の個人的法益（財産、所有権等）だけがドイツ法で保護されるだけである。それによれば、欧州連合の公的法益は、国内の法益ではないから、——古典的な解釈によれば——ドイツの犯罪構成要件の保護範囲外にある。

100 しかし、まさしく高権的な利益は、連合の存続と機能にとって大部分が基礎となるものであるため、特別の保護を受けるに相応しいものであることから、国内の裁判官には、この点で原則的には、連合法に適合するような解釈を行う義務が課される。その際に、常に、その文言がそれを許容しており、立法目的を逆転させるものではないことが、その条件である。そこからは、ドイツの立法者がドイツの刑法規定の適用領域をはっきりとドイツの法益に限定した場合には、常に、連合法に適合する解釈が排除されなければならないということが、帰結される。

例：例えば、刑法典81条1項（領土の不可侵性、憲法に適合した秩序）または刑法105条、106条（国家機関の意思自由）は、ドイツの高権的な法益



に限定される。

101 これに該当しない場合、したがって構成要件が「開かれた形で」定められている場合は、連合法に適合するような解釈の途が開かれる。論じられた措置は、事例16を手がかりに説明される。

問題となるのは、「刑法132条（公職詐称）」によるLの処罰である。この構成要件は、権限のない者が、公職の遂行に従事すること、または公職に基づいてのみ許されている行為をすることを、阻止しようとするものである。したがって、その構成要件は、通説によるなら、国家の権威およびその機関を、各国家の行政および司法が機能的であるための条件として保護しているものとされる<sup>(205)</sup>。したがって、ここでは個人的法益ではないことから、さしあたり、伝統的な解釈ルールを適用する場合には、刑法132条の意味における公職は国内のものでしかありえないとの結論が、一貫するように思われる<sup>(206)</sup>。こうした結論を支えるために、一部では、刑法11条1項2号にある文脈も参照される。それによれば、公務員の概念は、ドイツの公務員に限定すべきものとされる<sup>(207)</sup>。

もっとも、その文言は、国内の公務に限定しているわけではない。刑法11条1項2号を参照することは、決して必然的な論拠ではない。つまり、刑法典の総則においては、「公務員」の概念が法律で定義されているだけであって、「公職の」概念は定義されていない。したがって、公職の概念を広く把握することがおよそ排除されているわけではなく、その結果として、

---

(205) BGHSt 3, 241, 244; 12, 30, 31; *Lackner/Kühl*, § 132 StGB Rn. 1; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 132 StGB Rn. 1; *SK-Rudolphi/Stein*, § 132 StGB Rn. 2. これに反対するものとして、*AK-Ostendorf*, § 132 StGB Rn. 4: Schutz der bürgerlichen Freiheit vor pseudo-staatlicher Machtausübung.

(206) 特に、*LK-Krauß*, § 132 StGB Rn. 13; *S/S-Cramer/Sternberg-Lieben*, § 132 StGB Rn. 1, 4; *Fischer*, Vor § 3 StGB Rn. 9; grds. また、*SK-Rudolphi/Stein*, § 132 StGB Rn. 5もある。

(207) *LK-Krauß*, § 132 StGB Rn. 13.

欧州連合の公務員も、その下に包摂される可能性がある。それは、さしあたり、連合に適合する解釈を受け入れやすい構成要件である<sup>(208)</sup>。

広い解釈が要請されているようにも思われる。なぜなら、高権力の権威という保護法益は、欧州連合の機能にとって不可欠なものだからである。欧州連合の多彩な（行政）権限に鑑みれば、高権的機能の権限なき行使によって市民の信頼が喪失することは、連合の任務履行に際しての重大な妨害となりうる。したがって、国内領域においては刑法132条で保障されているのと同様に、欧州連合は、刑法上の保護を必要とするのである。刑法132条の意味も、広い解釈によって歪曲され、あるいは逆転されるものではないので、連合法に適合するような解釈の限界を超えるものではない。それゆえ、刑法132条は、正当な見解によれば、欧州連合の公務員もともに把握しているのであり<sup>(209)</sup>、その結果、欧州法に適合するように解釈された刑法132条の適用が、事例16において可能である。

102 同様の論拠によって、刑法133条1項（保管の侵害）の連合法に適合する解釈も基礎づけられる。

刑法133条は、職務上の利用権の侵害に刑罰を科する、としている。この1項で保護されている法益は、職務上の保管による支配である<sup>(210)</sup>。この場合、職務上の所持は、保管に基礎付けられた状態に対応する高権的管轄を前提としている<sup>(211)</sup>。すなわち、ここでは、個人法益の保護ではないので、——これに一般的な解釈ルールを適用すれば——以下のことが出発点とさ

---

(208) 異なると思われるのが LK-Krauß, § 132 StGB Rn. 13であり、これは許されない類推から出発している。LK-v. Bubnoff, 11. Aufl., § 132 StGB Rn. 10も同旨である。

(209) 結論として同旨なのは、SK-Rudolphi/Stein, § 132 StGB Rn. 5; LK-Herdegen, 10. Aufl., § 132 StGB Rn. 3である。

(210) LK-Krauß, § 133 StGB Rn. 8.

(211) LK-Krauß, § 133 StGB Rn. 8.

れる。つまり、その保管は、ドイツの高権力に還元されなければならない<sup>(212)</sup>。そして、これにより刑法133条1項は、国内の法益のみを保護する<sup>(213)</sup>、ということである。

しかし、この場合も、文言は、そのような限定をしていない。欧州連合の多彩な行政活動の枠内では、連合の職員によっても、第三者によっても、連合のために文書および他の動産を公的に保管することはあり、国内レベルと同様に、連合が機能を果たすためには、その保護が大きな意義を有しているので、刑法133条1項は、連合法に適合するように解釈されなければならない<sup>(214)</sup>。これによると、「職務上の保管」という構成要件要素を肯定するためには、その保管が連合法上の高権力に由来する場合でも十分である。これによって、刑法133条1項の意味が逆転されるものではない。

103 更に別の事例としては、例えば、封印破棄罪（刑法136条2項）、文書犯罪（刑法267条以下、348条）、そして、欧州司法裁判所での供述に関して刑法153条（刑法154条については前述§8 Rn. 10参照）などが問題となる<sup>(215)</sup>。

#### bb) 個々の構成要件要素の概念的従属性

104 連合法に適合するような解釈は、国内の刑罰規定が明示で欧州法を参照していなくても（これについては前述§9 Rn. 57以下参照）、欧州法との関係を示す個々の構成要件要素の意味を確定するべき場合には重要となる。確かに、刑法は、その概念形成においては原則的に独立したものである、すなわち、刑法上の規定に用いられる概念は自律的に、つまり他の法領域

(212) *Brüggenmann*, *Der Verwahrungsbruch*, § 133 StGB, 1981, S. 235.

(213) *Fischer*, *Vor § 3 StGB Rn. 9*.

(214) 正当にもそのように主張するのは、*Gröbblinghoff*, *Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften*, 1996, S. 42, 71である。

(215) 詳しくは、*Satzger*, *Europäisierung*, S. 571 ff.; *Hecker*, *Eur. Strafrecht*, § 10 Rn. 68 ff.

における同じ言語の用い方とは異なって決定されうる。しかし、このことは逆に、刑法がある概念を刑法外の領域で理解されているように解釈する、ということも排除するものでもない。その種の概念従属性は、明示されているものもあるが(例えば、刑法330d条3号)——例えば刑法242条の場合、その他人性概念が原則的に物権法の評価に結びつけられるように——<sup>(216)</sup>文脈から明らかにされるものもある。これは、解釈の問題なのである<sup>(217)</sup>。106 連合法上の概念と評価とが、刑法上の構成要件要素を決定する際にどのように重要であるのかが、消費者保護を目的とする詐欺処罰の領域において、より一層議論されるようになってきている。例えば、運営条約34条による自由な物流に含まれる、ある製品の国境を越えた市場提供に際して、どのような状況であれば、ある商品の宣伝と外装が欺罔的な性質を有し、刑法263条1項による処罰を基礎付けうるのか、という問題が生じる。この場合、欺罔の被害者が特に軽率に振る舞ったのかどうかは、ドイツの詐欺の解釈に従えば、伝統的には、重要なことではないとされ、その結果、簡単に見破られるような虚偽表示および誤表示の場合も、原則的には詐欺として問題となる<sup>(218)</sup>。これに対して、いわゆるヨーロッパ消費者ガイドラインは、情報を与えられ、分別のある消費者像を基にしている<sup>(219)</sup>。こうした異なる評価は、詐欺構成要件に関するドイツの伝統的な理解と、物流の自由に関する欧州連合条約の規定との抵触を導くことになりうる。国境を越える取引に対する処罰(ならびに、既に刑罰威嚇)による侵害は、運営条約34条の意味における、同等の効果を持つ措置である。

「Cassis de Dijon 判決」<sup>(220)</sup>の意味での消費者保護の考え方によるその正

---

(216) BGHSt 6, 377, 378参照。

(217) *Satzger*, Europäisierung, S. 599 ff.参照。

(218) 例えば BGHSt 34, 201 f.参照。

(219) EuGHE 2000, I-117 – Rs. C-220/98 „Lifting Creme“ (Rn. 27)。

(220) 基本的なものとして, EuGHE 1979, 649 – Rs. 120/78 „Cassis de Dijon“。

当化は、ヨーロッパの消費者像の典型が異なるために、うまくいかないに違いないし、その結果、詐欺の処罰を認めることは、欧州連合法と矛盾することとなるだろう。運営条約34条との抵触を理由とする刑法263条の無効化は、国境を越える事件の場合に欺罔概念を情報は提供され分別のある消費者を基準に決するという、詐欺構成要件の連合法に適合した、限定的な解釈によって阻止されるのである<sup>(221)</sup>。

106 この文脈で、更に別の事例として挙げられるのは、環境刑法である。これは、行政法従属的な解釈によって、広い範囲で欧州法上の用語に結び付けられている。例えば、刑法326条の廃棄物概念を考えてみるとよい<sup>(222)</sup>。近時の環境刑法の改革によって<sup>(223)</sup>、ドイツの立法者は、2011年12月に、刑法上の環境保護に関する欧州議会と理事会の指令(2008/99/EG)を国内法に具体化し、その際に、既に通用している犯罪構成要件も連合法の義務付けを具体化するのに役立つことを——そして、そのように解釈すべきことを——明らかにした<sup>(224)</sup>。また、ドイツ連邦通常裁判所は、最近の判決において、刑法266a条1項のヨーロッパ法上の意味に取り組んだ。この構成要件は、真正不作為犯として、ドイツにおいて社会保険料の支払い義務あることを条件としている。この要素は、連合法に適合するように解釈し

---

(221) 詳細はSSW-*Satzger*, § 263 StGB Rn. 66 f.にある。これについても基本的なものとして、*Hecker*, Strafbare Produktwerbung, S. 282 ff.; *ders.*, Eur. Strafrecht, § 9 Rn. 33 ff.がある。*Dannecker*, Jura 2006, 173, 174 f.も見よ。しかし、これらの論者は、明らかに適用優位の事例から出発しているようである。

(222) 欧州的に特徴付けられた廃棄物概念については、*Satzger*, Europäisierung, S. 600 ff.; *Heine* in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, 2007, S. 268 ff.を見よ。欧州法が環境刑法に与えている影響一般については、*Hecker*, ZStW 115 (2003), 880 ff.がある。

(223) BGBl. 2011 I, S. 2557.

(224) これについて詳細は、*Heger*, HRRS 2012, 211, 212があり、個々の事例における新たな点に関する十分な概観が含まれている。

た場合、ヨーロッパの社会法によるとドイツで保険料の支払いが要求されることがない場合には、欠けることとなる<sup>(225)</sup>。

### cc) 過失犯

107 一般条項的な構成要件要素の解釈の際には欧州連合法に決定的な意義が与えられるということは、特に、過失犯の領域において示される。連合法に適合するような解釈の可能性にとっての手がかりは、各過失犯の構成要件が行為者態度の注意義務違反の確認を要求している、という事情である。その際に適用されるべき注意義務は、具体的な態度から生じた保護法益に対する危険を認識し、それに適切に対応する、という点にある<sup>(226)</sup>。その際、適用されるべき注意の種類と程度は、危険状況を事前に見た場合、具体的な状況下にある慎重かつ誠実な第三者と、行為者の社会的役割とを基準にしなければならない、という要請から導かれる<sup>(227)</sup>。したがって、それぞれの個別事例で、裁判官は、この原則に基づいて、当該行為者が遵守しなければならなかった客観的注意義務を確認しなければならない。最後に、適用されるべき注意は、「許された危険」の基準によって、一定の制限を受ける。それゆえ、一定の予見可能な危険、つまり必然的に危険な態度様式と結びついた危険は、次の理由から、注意義務に反するものとはみなされない。すなわち、それは、他の法益主体の利害関係の中での（実際上または推測上の）利益に基づいて、法的に許されるからである（例えば、自動車の運転、原子力発電所の運営）。

108 払われるべきであった注意の内容と範囲を確定することは、——しば

---

(225) BGHSt 51, 124. この判決の特殊性は、欧州の証明に依拠した保険料の支払い義務が欠けていることが、ただ捏造された、という点にある。これについて詳細は、F. Zimmermann, ZIS 2007, 407 ff.; Hauck, NSTZ 2007, 218, 221 f.

(226) Wessels/Beulke, Rn. 668.

(227) BGHSt 7, 307; 37, 184.; Jescheck/Weigend, § 55 I 2 b を参照。

しば困難な——裁判官の任務であるが、それは、評価されるべき事情に対する行為規定（いわゆる特別規定）が存在する場合には、軽減されうる。そのような行為規定が法律に定められるか（例えば道路交通規則、毒物規則）、または私的なルールとして定められるか（例えば、国際スキー連盟規則、ドイツ工業規格基準）にかかわらず、裁判官は、これらを、いわば生活領域に関連して「形成されてきた経験」<sup>(228)</sup>として援用することができ、そして、具体的な事例で遵守されるべきであった注意の徴表として扱うことができる<sup>(229)</sup>。この——純粹に実際上の——徴表効果にとって、法的な拘束力は条件となっていないので、連合の法行為における行為規定だけでなく、例えばヨーロッパの私的規則制定者（とりわけ、欧州標準化委員会、欧州電気標準化委員会）によるヨーロッパの私的ルールも、問題なく考慮されうるのである。

109 さらに重要なのが、行為規定によって、注意義務を限定するような「許された危険」の限界も拘束力をもって確定されうる、ということである。もっとも、これは、行為規定も法的に拘束された形で制定されている場合だけである。なぜなら、立法者自身が一定の態度を許容し、または要請している場合には、立法者は、典型的にそれに結びついた、他者あるいは公の法益に対する危険を受け入れているからである。したがって、こうした法規上の指針に対応した行動をする者が過失犯として処罰されるのは、生じた危険や侵害が——立法者の抽象的な評価とは異なり——具体的な事案において客観的に予見可能であった場合は別として、矛盾である<sup>(230)</sup>。記述

(228) 類似のものとして、*Kühl*, *Strafrecht* AT, § 17 Rn. 15.

(229) BGHSt 4, 182, 185; 12, 75; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2000, 141; *Lackner/Kühl*, § 15 StGB Rn. 39; *Gropp*, AT, § 12 Rn. 25; *Wessels/Beulke*, Rn. 671a; 異説として、*MK-Duttge*, § 15 StGB Rn. 114を参照。

(230) *Satzger*, *Europäisierung*, S. 610 ff.; zum Ganzen m.w.N. *MK-Duttge*, § 15 StGB Rn. 135 ff.

された効果は、一貫して、欧州機構の法行為における態度指針も有している。

例：2009年6月18日の玩具の安全に関する議会及び理事会指令(2009/48/EG)<sup>(231)</sup>は、その附則Ⅱにおいて、若干の極めて具体的な安全配慮の要請を定めている。そこでは、子供の健康の保護に鑑みて、玩具に有毒作用のある材料に対する限界値が定められており、例えば、液体または粘着性のある玩具に含まれる砒素の割合は、0.9mg/kg以下でなければならない。そこで、製造業者がこうした限界値を下回っているならば、その業者は、通常の状態ですぐ玩具と接触する子供の健康の危殆化に関して、許された危険の範囲内で行動したといえる。したがって、万一砒素中毒が原因となって身体傷害が生じた場合には、それは、製造業者の過失によって惹起されたものではないため、刑法229条(過失傷害)には該当しないことになる。したがって、指令の規定は、犯罪構成要件を解釈する際に考慮されるべきものであり、そのような考慮は、国内法の立法者によって具体化される場合に初めてそうするのではなく、議論はあるが適切な見解によれば、既に指令が施行されてからそうするのである<sup>(232)</sup>。

110 連合法上の注意規定を考慮することによって、連合法に適合する解釈の限界は越えられないという点は、注意しておかなければならない。国内的な方法論に違反することは、既に、次のような理由から否定されねばならない。すなわち、過失犯は「開かれた」、「補充を必要とする」構成要件とみなされており、そこでは、構成要件該当性のある行為は、立法者によってはただ一般条項的に規定されるにすぎず、刑事裁判官には常に重要な具体化の任務が与えられているからである。したがって、ここで裁判官が各々

---

(231) ABIEG 2009 Nr. L 170/1.

(232) こうした争いのある問題について、一般的には *Streinz-Schroeder*, Art. 288 AEUV Rn. 130がある。E-Commerce-Richtlinie der EG (ABIEG 2000 Nr. L 178/1 ff.) との関係で、*Satzger*, CR 2001, 109, 114 f.も見よ。



の個別事例で構成要件該当的な行為を「決定」しなければならないという場合、基本法103条2項の明確性の要請に関しておよそ一般的な疑念が生じうることに、十分な理由がある<sup>(233)</sup>。いずれにせよ、こうした立法者の慎重さを正当なものと認めるなら、そこから、過失構成要件を解釈する場合の裁判官の自由の拡大が帰結される。しかし、裁判官のこうした大きな裁量の余地は、首尾一貫するなら、注意基準を裁判官が具体化する場合、ヨーロッパ法上の基準は大きな範囲で考慮されうるということも生じさせる。つまり、この点で、国内的な解釈の限界(文言、意味)は、その妨げとはならない。

#### dd) 量刑

111 既に見たように、連合法上の基準と刑法規定の法効果との間には矛盾が生じることがあり、これが、原則的に刑罰規範の無効化を導く。しかし、連合法はこの場合に処罰それ自体を妨げるものではないということは、理解しておかなければならない。つまり、構成要件全体の無効化による処罰の間隙は、連合法上は妥当ではなく、また、処罰するとした国内の立法者の決定と矛盾することになる。ここで再び、連合法に適合するような量刑法の解釈を通じて、解決を見つけることができる。このような解釈は、国内の刑罰効果と、連合法的な限界との間の真の抵触を回避させる。——欧州司法裁判所の判示によると——「共同体法上〔現：連合法上〕の規定の性質および目的に相応しい対応を図るために、裁判官の評価裁量を用いること」は、国内裁判所の任務である<sup>(234)</sup>。

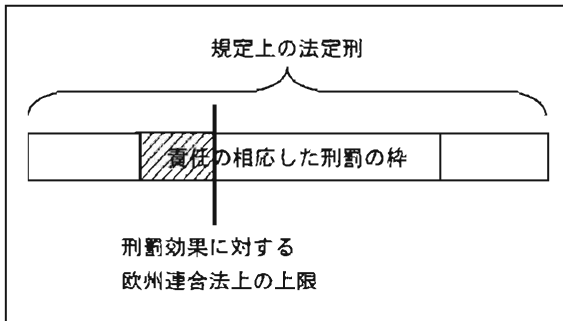
112 今では、ドイツの量刑法では、裁判官がどのような刑を——法定刑の

---

(233) これについて、例えば *Schlüchter*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996, S. 18 f. を参照。

(234) EuGHE 1977, 1495 – Rs. 8/77 „Sagulo“ (Rn. 12).

枠内で——科するののかという問題は、裁判官の「評価裁量」に委ねられているわけではない。むしろ、刑法46条1項は、量刑に対する客観的な基本ルールを規定しており、それによれば、科される刑罰は常に「責任に相応する」ものでなければならない。もっとも、通説によれば、特定の刑の重さのみが責任に合致しているだけではなくて、ある幅が存在しており、その範囲内ではそれぞれの刑罰が責任に相応しており（いわゆる幅の理論）<sup>(235)</sup>、また、具体的な刑の重さは、予防の観点をも考慮して見出さねばならない。責任に応じた刑を下回ることはいかなる場合でも許されないので、——抵触を回避するために——既に刑法46条1項の意味での責任を決定する際に、連合法を考慮しなければならない。



113 こうしたいわゆる量刑責任は、行為無価値および結果無価値によって特徴付けられる構成要件該当性のある不法が実現された場合に、その非難可能性の程度を捕捉する<sup>(236)</sup>。すなわち、刑罰の重さは、第1には、行為者がその行為によってどの程度に法秩序を乱し、法的平和・平穩を破壊した

(235) BGHSt 7, 28, 32; 24, 132, 133; Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., 2008, Rn. 461 ff.を参照。

(236) Schäfer/Sander/v. Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., 2008, Rn. 311; S/S-Stree, § 46 StGB Rn. 9a. 類似のものとして、Lackner/Kühl, § 46 StGB Rn. 23; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 145 f.がある。

のか、ということに従って決定される<sup>(237)</sup>。連合法上の刑の上限は、——既に見たように——行為者の態度と基本的自由との関連性から導かれる。この場合に、その犯行の結果無価値および行為無価値は、連合法的な文脈の中で、軽減されるように思われる。基本的自由は、法的平和がどの程度侵害されたのかという問題の評価に、影響を及ぼすのである。欧州連合法は、この点で興味深い状況において、既に責任の枠を確定する際に、その影響をもたらす。したがって、これが、連合法に適合するような量刑に向けた出発点である。裁判所は、法律上規定された法定刑を、連合法上意味するものを正当に評価するために必要な範囲にまで、減輕することが可能な状況に置かれる。こうした事例では、場合によっては、法律上意図された明文化されていない刑罰減輕事由も、正当な刑量に到達するために、援用されなければならない<sup>(238)</sup>。

114 もっとも、ドイツの刑罰法規が下限として重い刑罰を定め、これによって、連合法とは一致しない下限の刑ないしは刑種を規定している場合には、状況がより複雑になる。裁判所は、定められた下限を下回り、より軽い刑を認めることを許されるのだろうか。例えば「……3か月以上の自由刑……」という法定刑を、そうすることだけが連合法上の基準に適合するという理由から、2か月の自由刑を科する、との処理がなされる可能性はあるのだろうか。あるいは、裁判官は、独断で、他の——より軽い——制裁を科すること、特に、例えば刑法47条2項の限界を越えて、法律上は自由刑しか規定されていないにもかかわらず、罰金刑を言い渡すことはできるのだろうか。連合法に適合する解釈は、国内の手法の枠内でのみ許容される。個々の犯罪に対して科されうる刑罰の決定は、その形式及び程度に

(237) *Frisch*, ZStW 99 (1987), 349, 388; *Schäfer/Sander/v. Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., 2008, Rn. 311.

(238) こうした行動様式の許容性については、LK-*Dannecker*, § 1 StGB Rn. 270を参照。

ついて、もっぱら立法者に課せられた義務である。それに従えば、裁判官は、その立場に取って代わってはならず、立法権者が（そうは）規定していない刑罰を科してはならないのである。つまり、刑法規定の一義的な文言が、裁判官に何らの裁量も与えていないならば、連合法に適合するような結論は、相応の解釈によってはもはや到達できない。しかし、刑事裁判官が、連合法には抵触しないような刑罰を科することができない場合、そこから帰結するのは、その犯行は——それがより広いか、より一般的な犯罪構成要件にはまだ包含されない場合には——不処罰のままでなければならない、ということである。

こうした解決は、法政策的には満足できるものではないだろう。したがって、立法論としては、こうした事例に対して、罪刑法定原則と矛盾することなく法律上の刑の下限からの逸脱を可能にする途を見つけるよう、試みるべきである<sup>(239)</sup>。

#### 4. 刑法適用の枠組決定の意義

115 無効化および欧州法に適合する解釈に関するこれまでの叙述は、将来——超国家的に構造化された欧州連合の枠内で——制定される法行為全てに関して、また同様に、欧州共同体法に基づいて制定されたなお通用している法行為全てに関しても、限定なしに妥当する。もっとも、こうした原則は、必然的にリスボン条約の施行以前に欧州連合の（第1に政府間で構造化された）第3の柱の枠内で制定された枠組決定に、即座に転用できるものではない。枠組決定は、——経過規定に関する第36議定書9条によれば<sup>(240)</sup>——確かに、依然として効力がある。もっとも、これは、従来の法効果

---

(239) 立法提案については、*Satzger, Europäisierung*, S. 635で見られる。

(240) ABIEU 2008 Nr. C 115/322.

を保持しているのであって、単純に指令のように扱うことができない<sup>(241)</sup>。すなわち、枠組決定は、決して直接的な作用を発揮するものではないので(運営条約旧34条2項b款参照)、それによって生じた、国内の犯罪構成要件に対する無効化作用も考えられない。

これに対して、国内の刑法および刑事手続法は、依然として枠組決定に適合するように解釈されなければならない。欧州司法裁判所は、2005年のPupino判決<sup>(242)</sup>において、そのような義務を、かつての第3の柱のためにも設定された欧州連合に対する加盟国の誠実協力義務、ならびに、指令と枠組決定の類似性から導き出した。枠組決定を経過的に継続して妥当させるための指示からは、一貫して、枠組決定に適合するように解釈する義務が存続するという結論に至らねばならないだろう。しかし、ここでも、ヨーロッパ法に適合するような解釈の限界が、顧慮されなければならない(これについては § 9 Rn. 92を見よ)<sup>(243)</sup>。したがって、刑法上の答責性は、決して枠組決定だけに依拠するものであってはならない<sup>(244)</sup>。したがって、結論としては、連合法に適合するような解釈と、枠組決定に適合するような解釈との間には方法論的に違いはない。これに関連してかつて争われていた問題は、とりわけ、枠組決定に適合するような解釈と、古いタイプの欧州連合の法の性質との適合性に向けられていた<sup>(245)</sup>。しかし、この問題は、

(241) 経過規定に関する第36議定書10条を見よ。それによれば、例えば欧州司法裁判所によって条約違反手続の過程で具体化を検証することは、リスボン条約の施行から5年経過後に初めて実施することとなっている。

(242) EuGHE 2005, I-5285 – Rs. C-105/03 „Pupino“. これについて、例えば v. Unger, NVwZ 2006, 49; Hillgruber, JZ 2005, 841; Tinkl, StV 2006, 36, 39; Safferling, Int. Strafrecht, § 11 Rn. 51 f.を見よ。

(243) これについては, BGH 3 StR 277/09 v. 3.12.2009, Rn. 28も見よ。

(244) EuGHE 2005, I-5285 – Rs. C-105/03 „Pupino“ (Rn. 43-45).

(245) Rackow, ZIS 2008, 526, 529 ff.のみを見よ。包括的なものとして, Gänswein, Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts, 2009, S. 126 ff.(文献付き)がある。

もはや存在しないのである。

116 復習・深化のための問題

---

- なぜ、加盟国の国内刑法は、原則的に欧州法に影響されるのか？（§ 9 Rn. 1 以下）。
- 欧州連合法は、国内の刑事立法者に、どの程度まで国内の犯罪構成要件を形成する際の限界を画するのか？（§ 9 Rn. 11 以下, 25 以下, 31 以下）。
- 欧州連合は、既に国内の実体刑法と調和させるための措置を講じているか？（§ 9 Rn. 33）。
- 欧州連合は、どのような要件の下であれば、国内の実体的観点における刑法秩序を調和させることができるか？（§ 9 Rn. 32 以下, 38 以下）。
- 欧州連合の措置によって、総則領域および法効果の側面の調和も、どの程度達成できるか？ こうした手法は、どのように評価すべきか？（§ 9 Rn. 42 以下）。
- 運営条約83条3項における「非常ブレーキ規定」は、どのような目的を有し、どのような場合に適用されるのか？（§ 9 Rn. 47, 49 以下）。
- 白地刑法とは何か？ このような白地刑法は、欧州法上の禁止および命令との関係ではどのような意義を有するのか？（§ 9 Rn. 60 以下）。
- 欧州法を参照するよう指示している白地刑法は、純粹に国内上の刑罰の白紙委任と比較して、より高度の憲法上の問題があるのか？（§ 9 Rn. 68 以下）。
- 国内の裁判官は、国内刑罰法規が欧州法と矛盾する場合には、どのように対応しなければならないか？（§ 9 Rn. 78 以下）。
- 国内法と連合法との見かけ上だけの抵触は、どのようなものとして理解され、そしてそれはどのように扱われるべきか？（§ 9 Rn. 80, 88）。

- 連合法に適合するよう解釈する義務は、どこから生じ、その限界は、刑法の領域においては、どの点に見出されるのか？（§ 9 Rn. 90 以下）。

近時の文献:

刑法の調和化について: *Folz*, Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun, NStZ 2009, 427 ff.; *Dannecker*, Das materielle Strafrecht im Spannungsfeld des Rechts der Europäischen Union, Jura 2006, 95 ff., 173 ff.; *Mansdörfer*, Das europäische Strafrecht nach dem Vertrag von Lissabon, HRRS 2010, 11; *Satzger*, Das europarechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für eine europäische Kriminalpolitik, Neue Kriminalpolitik 2008, 91 ff.; *ders.*, Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit, KritV 2008, 17 ff.; *Suhr*, Strafrechtsharmonisierung in der Europäischen Union – Neue Grenzziehungen und zusätzliche Kontrollaufträge, ZEuS 2008, 45 ff.; *Zimmermann*, Tendenzen der Strafrechtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, ZIS 2009, 1 ff.

連邦憲法裁判所の「リスボン判決」の影響について: *Ambos/Rackow*, Erste Überlegungen zu den Konsequenzen des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts für das Europäische Strafrecht, ZIS 2009, 397 ff.; *Böse*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon und ihre Bedeutung für die Europäisierung des Strafrechts, ZIS 2010, 76 ff.; *Braum*, Europäisches Strafrecht im Fokus konfligierender Verfassungsmodelle, ZIS 2009, 418; *Folz*, Karlsruhe, Lissabon und das Strafrecht – ein Blick über den Zaun, ZIS 2009, 427 ff.; *Heger*, Perspektiven des Europäischen Strafrechts nach dem

Vertrag von Lissabon, ZIS 2009, 406 ff.; *Meyer*, Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG und das Strafrecht, NStZ 2009, 657 ff.; *Spemann*, Bundesverfassungsgericht zum Lissabon-Vertrag: Überblick unter besonderer Berücksichtigung strafrechtlicher Aspekte, StraFo 2009, 499; *Suhr*, Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZEuS 2009, 687 ff.; *Terhechte*, Souveränität, Dynamik und Integration – making up the rules as we go along?, EuZW 2009, 724 ff.; *F. Zimmermann*, Die Auslegung künftiger EU-Strafrechtskompetenzen nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2009, 844 ff.

(加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博[共訳])