

ドイツにおける展望から見た刑法上の 国家を越える裁判管轄の競合

リアーネ・ヴェルナー*

佐川 友佳子 (訳)

- A. 序論
- B. ドイツにおける刑法適用法の原理－概観
- C. 外国と関連する犯行の際の刑事手続上の調整
- D. ドイツ法への超国家的影響
- E. 展望－ドイツの観点からの意見および解決策の提示

A. 序 論

犯罪行為が組織化され、そして国境を越えた場合、それは複数の国家の刑法および刑事訴追手段を誘発することとなる。つまり、複数の刑法の競合が生じるのである。しかし、国境を越えた効果的な刑事訴追は、複数の刑事訴追機関がその犯罪者自身らと同様に共働する場合にのみ確保される。これには、複数の国家訴追機関がそうした競合を自覚し、そしてさらに競合する国家の訴追機関との協力を準備していることが必要である。うまくいけば、このことが競合を解消することになる。

* 筆者によるドイツにおける管轄競合についての詳細な検討は、Matthias Wörner との共著である以下の論考を参照されたい。Arndt Sinn (Hrsg.), *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht*, Osnabrück/Göttingen 2012, S. 203-261.

(1) 国内刑法がその際、どの程度まで、ただ競合するに過ぎないのか、あるいは実際に抵触するのかわくについては、争いのあるところである。Gropp, *Kollision nationaler Strafgesetze – nulla prosequutio transnationalis sine lege*, in: *Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitend organisierter Kriminalität* (Hrsg.: Arndt Sinn 2012), S. 41 ff., ib 48, sieht grundsätzlich nur eine Konkurrenz mehrerer Strafgesetze.

実際のところ、従来、犯罪行為が国境を越えた場合には、多くの国民国家で支配的であった国家の一面的な思考方法は、国家の刑法適用規定の拡充を導くものであった。しかし、できる限り隙間のない刑事訴追網を張り巡らすために個々の刑法を拡張的に解釈し、そして世界刑法⁽³⁾へと転換するならば、国家間の協力を閉ざしてしまうことになり、このことは、同価値の法秩序が併存する時代においてはほとんど時流にそぐわないことになる。その場合、刑罰権の競合は、経済的な手続遂行に対するリスク、そしてとりわけ個人が様々な国家の規範命令に対するリスクに遭遇するおそれを内包している⁽⁵⁾。権限の抵触を回避し解決するための 2009 年の欧州連合の枠組決定は、協力および管轄の提案に伴う問題を既に認めていた。そしてドイツにおいても刑法適用法の限定に関する要請は大きくなっている⁽⁶⁾。

本稿では、ドイツにおける刑法適用法の実体法的原理の概観と議論を提示する(B)。その際、(大陸-欧州的なものとして特徴付けられた)ドイツの刑法適用法は、原則的には実体法の像を示すものである。刑法適用法は、ドイツの刑罰権を開始するための前提である。外国の法秩序および判決は、原則的に体系的な構成要素としてはほとんど現実には受け入れられていない。手続上の規定は、厳格に起訴法定主義に結び付いた体系の中でその枠組みを形成しており、複数の刑罰権が競合する事例において、例外的に起訴便宜主義を許容している(C)。そしてまた、自由・安全・法という空間におけるEUの発展は、越境的な性質のものとして生じ、そしてそのほとんどが組織化された犯罪の増大も引き起こしている。ドイツに与える超国家的影響が現に数多く存在していることで、刑法に関して多層的な管轄がある場合の問題解決が緊迫していることはより明確になっている(これについては後述D)。刑罰の予見可能性に関する実体法上の規定につ

(2) *Eser/Burchardt*, in: Derra (Hrsg.), FS für Jürgen Meyer, S. 499 (506 f., 520); *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (344).

(3) *Binding*, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885, S. 370 ff.; 「世界刑法典」という響きについては *Vogler*, in: *Oehler/Pötzig* (Hrsg.), Festgabe für Grützner, Hamburg 1970, S. 149 (149); 類似のものとして *Pawlik*, ZIS 2006, 274 (276) も参照。

(4) 既に *Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. (1983), Rn. 111 では、国の主権を強調することでその国家をイメージすることは、前世紀的国家理解に対応している、と指摘されている。同じく属地主義の再採用を強調するのが、*Jeschek IRuD* 1956, 75 (79) = *Sammelband* S. 521 f.

(5) *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 45 も同様。

(6) *Rahmenbeschlusses zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren v. 20. November 2009* (ABI 2009 Nr. L 328, S. 42).

より一層明確に EU の刑法体系内部での調和を目的としたのが、*Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, ABI. 11. 11. 2008 L 300, S. 42 であり、特に EU 全域の調整という目的のための諸要件の中に「犯罪団体」が明記されている。これにつき詳細は *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. Heidelberg 2010, § 11 Rn. 112 ff.

いても検討し、訴訟上の捜査の柔軟かつ実務上の必要性についても検討するという解決が、そこで提示されるだろう（E）。その際、同時に、広範な訴訟上の起訴便宜主義については、実体的な刑罰請求を分離するところに、まさに国際的にも実行可能な方法がありうるとされるだろう。というのも、それは実体上具体的な刑罰請求権の規定も創設するものであるし、そしてまた刑事訴追の際に効果的な国家間の協力を具体的に奨励することももたらすものだからである。

B. ドイツにおける刑法適用法の原理—概観

ドイツ刑法典3-7条および9条において規範化されており、そして更に特別法によっても守られているドイツの刑法適用法の規定は、国家の法である⁽⁷⁾。国際法および欧州法によって定められている枠組の中では、ドイツの立法者が、国外の行為に対して、法の適用領域の限界付けを決定することは自由である。その限りで、ドイツ刑法典3条以下はドイツ刑法の越境的適用領域を定めた適用領域規範である⁽⁸⁾。これは同時に、ドイツの刑罰権の範囲を、ドイツ法に従った実体的可罰性（刑法制定権）およびドイツの形式的刑事裁判権として決定するものである⁽⁹⁾。これらは刑事手続上の管轄ルールおよび訴追ルールの出発点を形成する。すなわち、ドイツ刑法典3-7条、9条に依拠したドイツ刑法の適用可能性は、手続の前提となる⁽¹⁰⁾。これらは刑事手続上の管轄ルールおよび訴追ルール⁽¹¹⁾の出発点を形成する。すなわち、ドイツ刑法典3-7条、9条に依拠したドイツ刑法の適用可能性は、手続の前提となる⁽¹²⁾。

(7) *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), § 3 Rn. 11; 「片面的抵触法」と称するのは *Kühl* in *Lackner/Kühl* (27. Aufl.), Vorbem. §§ 3-7, Rn. 1.

(8) 国際法上の条約の基準値は、その場合、刑法適用法の一部である (*Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht*, 4. Aufl. (2010), § 2 Rn. 4; *Oehler* (Fn. 4) Rn. 1 を参照)。国家の刑法適用法の限界は、「国際連合憲章に従った諸国間の友好関係及び協力についての国際法の原則に関する宣言」(1970年10月24日)の国際法上の内政不干涉を含む、加盟国全てを拘束する国際法上の規範から明らかとなる。 *Internat. Legal Materials*, Vol. IX (1970), pg. 1292 (1295)。

(9) この規定は一面的なものであり、そしてそれゆえにまさしく国家間の調整の中で為されるわけではないので、越境的ではあるが、国際的なものではない。既にそう指摘したものととして *Eser* in *Sch/Sch* (28. Aufl.), Vor §§ 3-9 Rn. 6。

(10) *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 4. *Ambos*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1 (München 2003), Vor §§ 3-7 Rn. 2 は、「オートロックシステム」としての刑法適用法の機能を強調する。

(11) 「裁判管轄」と比較した「刑罰権」の概念の詳細については *Eser*, in: *Donatsch* (Hrsg.), *FS für Trechsel*, S. 219 (227); *Eser* in: *Sch/Sch* (28. Aufl.), Vor §§ 3-9, Rn. 1, 2 も参照；類似のものとして *Ambos* in: *MüKo* (Fn. 10), Vor §§ 3-7 Rn. 2; 概念の使い方が異なるものとして *Böse* in: *NK* (3. Aufl.), Vor § 3 Rn. 8。

(12) *Eser*, in: *Donatsch* (Hrsg.), *FS für Trechsel*, S. 219 (227) を参照。

(13) これについては後述B。

国際法上承認された、属地主義、旗国主義、積極的および消極的属人主義、国家主義または実質主義 (Realprinzip)、世界主義および代理処罰主義⁽¹⁴⁾ (越境的) 刑法適用原理は、すべて、ドイツの刑罰権の根拠づけに利用されている。いわゆる権限配分主義は、裁判管轄の衝突を回避するため、管轄ルールに関する国家間の協定として論じ⁽¹⁵⁾られている。

I. 属地主義

ドイツ刑法は、原則的に、そしてナチス時代の中絶はあったものの⁽¹⁶⁾、1975 年以降は再度、属地主義を出発点としたものである⁽¹⁷⁾。というも、行為者と刑法規範とは、規範の置かれた国家と、犯行の場所、人または物に関係があるため、この点で強い相互関係にあるからである⁽¹⁸⁾。しかしながら、とくに犯罪地概念は問題となることが予想されたものであって、属地主義が、犯罪地国の主権の現れとして理解される場合には、部分的に、刑の連結について本来の領土的な決定を越えた解釈 (遍在テーゼ) を導くものとなる。それによれば、犯罪地とは、ドイツ刑法 3、9 条により、正犯者および、ないしは共犯者の行為地および、ないしは結果地とされる⁽²⁰⁾。ドイツ刑法は、何らかの犯罪地が国内にありさえすれば、適用可能なのである⁽²¹⁾。

問題は、とくに危険犯の際に結果地を決定すること、あるいは結果の開始が、客観的処罰条件でしかない場合である⁽²²⁾。この場合、国際法上の不干渉主義は侵害されず、実現

(14) 属地主義：ドイツ刑法 3、9 条；旗国主義：ドイツ刑法 4 条；積極的及び消極的属人主義：ドイツ刑法 7 条；世界主義：ドイツ刑法 6 条；代理処罰主義：ドイツ刑法 5、7 条。

(15) Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 17; 批判的なのは Ambos, Internationales Strafrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. (2011), § 3 Rn. 130 und ders. in: MüKo (Fn. 10), Vor §§ 3-7 Rn. 61.

(16) これについては, Zieher, Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform, Berlin 1977, S. 97 ff.; Eser, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), Festgabe 50 J. BGH, S. 3 ff.

(17) 1973 年 7 月 30 日の第二次刑法改正法施行法 1 条 (BGBl. I S. 909) 及び刑法施行法の 18 条 2 項 2 号は、領域原則を明白に出発点として挙げている。

(18) Oehler (Fn. 4) Rn. 125, 160.

(19) Ambos, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 4.

(20) Satzger (Fn. 8), § 5 Rn. 12.

(21) Satzger (Fn. 8), § 5 Rn. 18.

(22) これについては BGH v. 22. 8. 1996-4 StR 217/96 = BGHR § 9 Abs. 1 Tatort 2 (Lieferwagen-Fall) : 完全酩酊 (ドイツ刑法 323 条 a) の構成要件に必要とされる、ドイツ刑法 9 条の意味における結果は、酩酊状態で犯行を遂行した場所でも生じているのである (酩酊状態で犯行は、ドイツ法では客観的処罰条件に過ぎない)。それは、解釈学上の狭義の犯罪結果が酩酊状態を引き起こしたことにしかなく、行為者が既に外国で酩酊状態に陥っていたとしても、である。その犯行は、国内で (客観的処罰条件の実現によって) 作用しているのである。

原則（その場所でその犯罪行為が実現する）によっても「何ら影響を受けない」ものとされる。なぜなら、少なくとも犯罪が既遂となるために必要な何らかの構成要件要素が、国内で実現されなければならないとされるからである。こうした論拠を越えて、構成要件に属する危険犯の結果がドイツ刑法の適用領域を基礎付けるものとされるならば、ドイツ刑法についての際限のない拡張を意味することになる。この点につき、一部では、その危険が保護法益の侵害に、すなわち「危険源の全体的な危険領域に」⁽²³⁾ 転換しうるところではどこでも結果地が肯定されている。（いまなお）支配的な見解からすれば、結果概念を広く解釈することは、とりわけ、ドイツ刑法のあまりに広い管轄に鑑みれば否定される。それによると、抽象的危険犯については、（結果のない）純粋な挙動犯が問題になるとされ、その場合、事実上の危険状況が開始する段階はさほど重要ではなく、その危険性は、もっぱら「法律上記述された行為の属性」にとどまるものとされる。⁽²⁴⁾

特にいわゆる「離隔犯」およびインターネット犯罪に関連して、Ulrich Sieber は、その点で両極端な見解の間を仲裁するような「犯罪行為結果」を要求する。⁽²⁵⁾ それによれば、外国での行為が国内で実現されることで十分であるとされる。⁽²⁶⁾ この中間的な見解は、十分に、成果を期待させるものである。⁽²⁷⁾ しかしながら、環境犯罪の領域においてもそうであるが、まさにインターネット犯罪行為の領域においては、外国の行為は多くの場所で—複数国において—実現しうる。したがってこの点、実際上の対策は、結局のところは、行為地に焦点を当てるしかあり得ないだろう。

⁽²³⁾ Ambos, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 24 sowie Rn. 8.

⁽²⁴⁾ Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (885); ders. (Fn. 6), § 2 Rn. 40, 41.

⁽²⁵⁾ Martin, Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, 1989, S. 119; ders. ZRP 1992, 19 (20); Werle/Jessberger in: LK (12. Aufl.), § 9 Rn. 32, 33; Hecker, ZStW 115 (2003), 880 (885 ff.); Rath, JA 2006, 435 (438).

⁽²⁶⁾ Satzger (Fn. 8), § 5 Rn. 25; Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 9 Rn. 4, 6; 限定的なのは Ambos/Ruegenberg in: MüKo, Bd. 1 (München 2003), § 9 Rn. 28, 29; Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (662 f., 672).

⁽²⁷⁾ Sieber, NJW 1999, 2065 ff. (2068); 賛同するものとして Ambos/Ruegenberg in: MüKo, Bd. 1 (München 2003), § 9 Rn. 33. 離隔犯については Heinrich, Handlung und Erfolg bei Distanzdelikten, in: Heinrich/Hilgendorf/Mitsch/Sternberg-Lieben (Hrsg.), FS für Weber zum 70. Geb., 2004, S. 91 ff.

⁽²⁸⁾ Sieber, NJW 1999, 2065 ff. (2068); 批判的なのは Hilgendorf, ZStW 113 (2001), 650 (666).

⁽²⁹⁾ 国際法上の不干渉主義はあまり要求されないとするのは Ambos/Ruegenberg in: MüKo, Bd. 1 (München 2003), § 9 Rn. 34.

II. 旗国主義

国際法上認められた旗国主義が、ドイツ刑法においても、領域的にドイツ国旗を掲げた航空機または船舶に対するドイツの刑罰権を補完する。これがドイツ刑法 4 条である。もちろんこの補完には意義がある。これは国際的あるいは越境領域に移動する船舶または航空機の犯罪地、行為時期の詳細な決定を不必要なものとし、そして原則的に登録国に領域的に権利を認めることによって、複数の裁判権の競合を回避しようとするものである。その際、旗国主義は、領土に関する国家の高権を、領土内にあるとされた(航空機)船舶に拡張するのではなく、旗国船/航空機それ自体をその高権領域と同等に置くに過ぎない。⁽³⁰⁾

それが国際法上承認された背景には、保護的観点および秩序的観点から、可罰性の間隙を埋めるため、公海上、刑法上重要な事情に対する問題解決を探究し、犯行地を決定する際の限界付けの難しさを取り除こうとの意図があった。⁽³²⁾しかしそれによって同時に旗国主義は、旗国船/航空機がある国の領土ないしは領海にある場合に、裁判管轄の競合を呼び起こすものとなる。個別の事例では、旗国の可罰性が、領土(領海)国の可罰性(国連海洋法条約 27)および行為者の祖国の可罰性(積極的属人主義、国連海洋法条約 97 条 1 項)と競合しうる。⁽³³⁾それぞれの競合の限定が考えられる場合、(航空)船舶機には、旗国主義を介し、無制限の領土的領域高権が認められるだろう。どういった理由によって、領海にはその他の管轄が欠けるために登録国で可罰的となるが、国内および沿岸領域においては国内および沿岸国の管轄と競合するものとされるのかは、ほとんど納得のいくものではない。この点ではむしろ、未だに古めかしい国家主権の理解が基礎となっているのである。というのも、(航空)船舶機で犯罪行為が行われれば、海岸地域上の船の所在地は、その可罰的行為が、関係する国家領域に対して向けられている場合にのみ、問題となりうるからである。その場合にはドイツ国内においてもドイツ刑法 4 条がドイツ刑法 3 条を特別法として優先するだろう。⁽³⁴⁾

III. 積極的属人主義

領域原則は、ドイツ人が、外国で刑法上重要な結果を生じさせ、その後ドイツに戻る

⁽³⁰⁾ *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 28, 32, 33; *OLG Schleswig wistra* 1998, 30, 31.

⁽³¹⁾ *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 26, 30.

⁽³²⁾ *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 27, 29.

⁽³³⁾ *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 27 f. この点、内国領域に対してはドイツ刑法 3 条がドイツ刑法 4 条の規定に優先するとされる。同旨 *Eser in: Sch/Sch*, 28. Aufl. (2010), § 4 Rn. 7.

⁽³⁴⁾ 同じく *Werle/Jessberger in: LK* (12. Aufl.), § 4 Rn. 13 f.

目的で再び外国で活動する場合であっても、それ以上先には進めない。引渡し要請は、
 (国際的には) 基本法 16 条 2 項に従い、基本法上保護された不引渡しによって頓挫する⁽³⁵⁾
 この立場からは、ドイツ刑罰権の開始要請は、ドイツ人である行為者の積極的属人性⁽³⁶⁾
 に関して生じる。国際法的に、このことは、固有の国家に所属する者に関する人的高
 権によって基礎付けられる⁽³⁷⁾。その際、積極的属人主義は、完全に適用されうる刑罰の連
 結原理であるように思われる。これは、自国の市民のあらゆる犯罪行為に対し、国内刑
 法を犯罪地の法とは独立して開始する、という国際法上の不干渉原理とは矛盾する。⁽³⁸⁾

これに対してその適用は、犯罪地国の刑事司法の免責に関する国際的連帯の基本思想
 に依拠している。しかし、これも、国際法的な観点の下では、一致する行為地規範 (*lex*
loci) の存在が要請される場合にしか (ドイツ刑法 7 条 2 項 1 号) 耐えられないもので
 あるように思われる。そのことを度外視しようとするならば、行為者は、行為地国では
 そもそもその他国の法秩序に何ら抵触していなかったにもかかわらずその者の国籍を理
 由に自国で処罰されうることになるだろう。もっとも、目下ドイツで支配的な見解は、
 ドイツ刑法 7 条および 7 条 2 項 1 号にとって、同一の行為地規範としては、行為地の刑
 法に基づいた実体的可罰性で十分であるとする⁽³⁹⁾。しかし手続上の *lex loci* も考慮される
 べきであるという見解が普及しつつある。それによれば、手続上の訴追障害は、犯罪地
 法に関しては、それが国際的に公序 (普遍的に承認された法益) と矛盾する場合にのみ
 考慮される⁽⁴¹⁾。これには説得力がある。既にドイツ刑法 7 条の文言は、「犯罪地で刑罰に
 よって威嚇された」と記述している⁽⁴²⁾。同等に秩序づけられた諸国家が併存する中で、も
 っぱら実体的可罰性にのみ注意を向けさせることも、もはや正当化されない。国境を越え
 て国家刑罰権が拡張することは、もはや、ただ国家主権を参照することで可能となるも
 のではなく、一般的な正義の思想および国家の連帯という新たな手法を必要としている

⁽³⁵⁾ 欧州逮捕手続の導入に関して国際刑事司法共助法 80 条、BGBl. 2006 I S. 172 を参照。

⁽³⁶⁾ ドイツ刑法 7 条 2 項 1 号、5 条との関連。

⁽³⁷⁾ *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 39.

⁽³⁸⁾ *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 40.

⁽³⁹⁾ *Ambos*, Fälle zum internationalen Strafrecht, München 2010, Fall 1 Rn. 4.

⁽⁴⁰⁾ 詳しくは *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), § 7 Rn. 13 ff. (ib. Rn. 21, 27, 30 f., 35-37; *Eser* in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 7 Rn. 11; RGSt 40, 402 (403); BGHSt 2, 159 (160); BGH NJW 1954, 1086; BGH GA 1976, 242 も参照; 批判的なのは: *Schröder* JZ 1968, 243; *Hoyer* in: SK, Systematischer Kommentar zum StGB, Rudolphi u. a. (Hrsg.), 6. Aufl., 26. Liefg., Neuwied 1997, § 7 Rn. 5 m. w. N.); 部分的に相違するのが *Eser* in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 7 Rn. 11 類似するのが BGH NStZ-RR 2000, 208 f.

⁽⁴¹⁾ *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), § 7 Rn. 43; *Satzger* (Fn. 8), § 5 Rn. 95, 97 ff., 101; *Schmitz*, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), FS für Grünwald, Baden-Baden 1999, S. 619 (631) を参照。

⁽⁴²⁾ *Satzger* (Fn. 8), § 5 Rn. 101.

のである。⁽⁴³⁾

lex loci 原則の例外をドイツ刑法が認めているのは、行為地法と結びついた保護メカニズムが該当しない、または国家主権が特別の保護を必要としている場合である。その際、*lex loci* は、行為地が刑罰権に服していない場合（ドイツ刑法 7 条 2 項 1 文第 2 選択肢）には断念せざるをえない。⁽⁴⁴⁾ 国際法上許容されていない干渉は、その場合には不可能である。しかし一致する行為地規範は、ドイツ刑法 5 条 8、9、11 a、12、14 a、15 号ならびに 3 a、5 b 号の事例では断念される。⁽⁴⁵⁾ 積極的属人主義は、そこでは完全に国際法に対応した疑念を同時に向けられる。⁽⁴⁶⁾ 正当化されるのは、必要不可欠な特別の保護を伴ってドイツ刑法 5 条において規範化された国家利益であって、これは外国の法秩序に依存させてはならないものであろう。ここではおそらく、諸国家間の連帯的手法が増大することによって更に批判にさらされている主権的国家思想の「残滓」が問題であろう。

IV. 消極的属人主義および実質保護主義 (Realschutzprinzip)

更なる連結点を、消極的属人主義と並んで、とりわけ国家保護（実質主義）および個人保護主義の原理が生じさせる。消極的属人主義⁽⁴⁷⁾は、「ある国家に属する者の個人的法益の侵害」が問題となる場合、限定的に国際法上認められている連結点である。⁽⁴⁸⁾ その正当化は、外国人の外国の行為がその行為地では刑罰で威嚇されていない場合には疑わしい。国内の法秩序との結び付きは、その場合、ある国内の国籍保持者が被害者となっている、という点にのみ支えられている。⁽⁴⁹⁾ それゆえ正当にも、行為地でも可罰性がある (*lex loci*) ことを絶対的な要件として要請しているのが、ドイツ刑法 7 条 1 項である。絶対的な消極的属人主義は、国際法的には保持し得ないだろう。ドイツ刑法 5 条 5、6、6 a、8 a、14 a 号の規定が一致する行為地規範 (*lex loci*) を要求することなく、消極的属人主義の保護を目指している限り、ドイツ刑法を適用するための根拠づけは、更なる連結点によって補完されなければならない。

⁽⁴³⁾ Satzger (Fn. 8), § 5 Rn. 101; 結論においてのみ Hoyer in: SK (Fn. 40), § 7 Rn. 5 も同旨。

⁽⁴⁴⁾ 想定されているのは、公海、宇宙、月のような高権のない領域ないしは無人地帯 (*failed state scenario*) である。

⁽⁴⁵⁾ ドイツ刑法 5 条 3 a、5 b 号にとっては、国家保護主義が制限される (批判的なのが Werle/Jessberger in: LK (12. Aufl.), § 5 Rn. 86)。

⁽⁴⁶⁾ これについては Ambos, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 56。

⁽⁴⁷⁾ ドイツ刑法 7 条 1 項ならびにドイツ刑法 5 条 5、6、6 a、8 a、14 a 号。

⁽⁴⁸⁾ Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 11。

⁽⁴⁹⁾ Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 11; Ambos, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 71 も批判的である。

しかしドイツ刑法5条は、それ以上に、実質保護の意味において、一定の国内の法益のために、そして、一定の国籍または公務員たる地位により、外国の行為についてもドイツ法に特別の義務を負った行為者に対し、ドイツの刑罰権を拡張するが、そのことは一致した犯罪地規範を必要とはしていない⁽⁵¹⁾。そもそも連結点は、国内の法益の危殆化または侵害である⁽⁵²⁾。そのことが明白なのは、国家が、それ自体（存続）および外部の攻撃に対してその国家法秩序（安全）を保護しなければならない場合だけであるように思われる。というも、それはただ自国の刑法秩序という手段によってのみ可能であるように思われるものであって、そしてそれと同時に、*lex loci*には左右され得ないものだからである⁽⁵³⁾。

V. 世界主義および代理処罰主義

ドイツ刑法では、世界主義が、とりわけドイツ刑法6条2-8号および国際刑法典（VStGB）1条における刑罰連結点である。ドイツ刑法6条との関連で、外国の行為は、同一の犯罪地規範の存在とは独立して、そして行為者および被害者の国籍ならびに居住地または普段の滞在地とは独立して、ドイツ法にしたがって可罰的となる⁽⁵⁴⁾。

保護されるのは、特に、核エネルギー／爆薬および放射線に関する重罪（2号）、航空交通および海上交通（3号）、人身取引に対する性的自己決定および人間の尊厳（4号）、そしてポルノ文書の頒布（6号）ならびに国際組織犯罪についての国際的に保護されるべき法益である。いずれにしてもドイツ刑法6条で列挙されている事例群が、かなり頻繁に、組織化されて行われた犯罪に対する捜査に関連するものとされており、例えば、既に、人身取引（4号）、権限なき薬物販売（5号）、一部ではポルノ文書の頒布（6号）、通貨偽造、有価証券偽造、支払いカードおよびユーロ小切手の偽造、そしてその予備（7号）、補助金詐欺（8号）もそうである。こうした「ドイツの管轄」の広範な刑事管轄を限定するために、ドイツの連邦通常裁判所（BGH）は、世界法主義を

⁽⁵⁰⁾ Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 5 Rn. 1.

⁽⁵¹⁾ 文言もそのようになっている。これについては Zieher (Fn. 16), S. 103 ff.; Eser in: Vogler (Hrsg.), FS für Jescheck, S. 1353 (1369 ff.).

⁽⁵²⁾ Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 9.

⁽⁵³⁾ 同旨 Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 10; Ambos in: MüKo (Fn. 10), Vor §§ 3-7 Rn. 40.; ders., Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn 68 f.; Böse in: NK (3. Aufl.), Vor § 3 Rn. 19.

⁽⁵⁴⁾ Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 6 Rn. 1 も参照。

⁽⁵⁵⁾ Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 6 Rn. 12 も参照。

⁽⁵⁶⁾ 捕捉されるのはいわゆる「ハードな」ポルノグラフィのみである。Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 6 Rn. 7 を参照。

越える連結の際には、国内の正統化された連結点を追加的に要求している。学説はほとんどそれに従っていない。なぜなら、追加的な国内の連結点を要求することは、国際法的にも導き出せるものではないし、「普遍的に保護されるべき法益の性質」とも結び付けられないからである。⁽⁵⁸⁾ 本質的であると思われるのは、むしろ具体的な個別事例の中で、国際的な国家共同体そのものが関係するの、そしてその保護を必要とするのにかに⁽⁶⁰⁾ 関する、ドイツ刑法 6 条 2 号から 8 条までの限定解釈である。

これに対して、国際刑法の「代理」適用（ドイツ刑法 7 条 2 項 2 号）については、外国の刑法秩序はなるほど引き合いに出されるであろうが、作用しえない場合、外国の刑法秩序のために国内刑法秩序が介入することが問題となる。つまり遂行地の可罰性 (*lex loci*) が、そこでは中心的な要件となる。⁽⁶¹⁾ 代理処罰主義は、刑罰の連結点として、ドイツ刑法上、おそらく⁽⁶²⁾ 補充的に間隙を埋めるのに役立つものである。⁽⁶³⁾ 部分的には、それに属す事例が既に世界法主義を超えてドイツの刑事司法の支配下にあり、それは部分的には、⁽⁶⁴⁾ いっそう広範に国際法上の条約の基礎となるであろう。

C. 外国と関連する犯行の際の刑事手続上の調整

刑法定権力、刑事裁判権、そして刑事手続管轄は、たいていは互いに前提となっているものであるが、異なる射程距離を有する様々なレベルに関わっている。例えばドイツ連邦通常裁判所が、世界主義の枠内で、正統化された国内の連結点を追加的に要求する場合、このことはドイツの裁判権に対する抗弁に過ぎないのであって、(ドイツの)

⁽⁵⁷⁾ ドイツ刑法 6 条 9 号が、国外犯罪のために、ドイツの刑罰権を国家間の協定に結び付けるならば、とくに EU 域内ではそこにはより一層広い意義が加わるだろう。ドイツ刑法 6 条 9 号による国際法上の条約に基づいた訴追義務についてのドイツ刑法の適用について BGHSt 46, 292 (297-306) を参照。

⁽⁵⁸⁾ BGHSt 45, 64 (66, 68); BGH NSz 94, 232; BGH v. 18. 8. 1994 - AK 12/94 = BGHR § 6 NR. 1 Völkermord 1 mit Verweis auf BGHSt 27, 30 (32); BGHSt 34, 334 (336) を参照。

⁽⁵⁹⁾ Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 6 Rn. 1. Für § 6 Nr. 9 auch: BGHSt 46, 292 (307).

⁽⁶⁰⁾ 麻薬販売の事例では (ドイツ刑法 6 条 5 号)、このことが特に問題となりうる。この点、BGH によって (例えば in: BGHSt 34, 334, 336) 要求された「国内との関連」は、決定的な基準とはならず、現実にある国際的な保護の必要性が基準になるだろう (国際組織による薬物取引)。同旨として *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 97, 115.

⁽⁶¹⁾ ドイツでは詳細について争いがある。Eser, in Sch/Sch (28. Aufl.), Vor §§ 3-9 Rn. 11; ders. in: Donatsch (Hrsg.), FS für Trechsel, S. 219 (224 f.).

⁽⁶²⁾ Satzger (Fn. 8), § 4 Rn. 15; Eser in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), Vor § 3 Rn. 9; BGH NSz 1991, 525.

⁽⁶³⁾ *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 4 Rn. 19.

⁽⁶⁴⁾ これがまさに権限配分に相当する (これについては C. I.).

⁽⁶⁵⁾ Eser, in: Donatsch (Hrsg.), FS für Trechsel, S. 219 (227 f.).

刑法制定それ自体に対する抗弁ではない。⁽⁶⁶⁾ドイツの裁判権に対する抗弁は、訴訟障害を基礎付ける。⁽⁶⁷⁾しかし独自の刑事訴訟上の刑法適用規定を、ドイツの刑事訴訟法は持ち合わせてはいない。むしろ、ドイツ刑法3条以下は、ドイツの裁判所は常にドイツ刑法のみを適用する、という原理に依拠している。⁽⁶⁸⁾なぜなら、こうした単独的な実体的解決からは、越境した場合には競合する刑罰請求権を帰結するものとなるので、ドイツ法は、実体上は、量刑の際、外国の刑事判決を考慮する可能性を開いており（Ⅰ）、そして手続上は、厳格な起訴法定主義の例外として特別な起訴便宜の規定を置いている（Ⅱ）。

Ⅰ. 算入主義（ドイツ刑法51条3項）

国際化がますます進行することに伴って、国民国家諸国にとって、そしてドイツにとっても、次のような問いが現実的なものとなっている。つまり、外国の刑事判決が、いかにして国内でも作用するのか、そして外国の刑事判決が国内でいかに執行されるべきなのか、という問いである。今日まで、統一的な国際解決は、おそらく、特に外国判決の執行は不確実である、ということによって妨げられていただろう。ドイツの観点からすれば、例えば、欠席判決や異なる重さの刑量をどのように扱うものとされるのかは、不明確である。国際的に認められた、一事不再理原則は、ここでは広範に対策を創出しようものではあるが、しかし固有の刑事訴追をかなり断念することになる。

ドイツでは、外国判決を承認していないことから生じる困難を、実質的には算入主義を用いて除去しようと試みられている（ドイツ刑法51条3項）。それによれば、同一の犯行を理由とした刑罰に関する外国判決は－それが執行される限りで－国内で下された刑罰から差し引かれる。その基準を、裁判所は、自らの評価（ドイツ刑法51条4項）に従って決定する。算入主義は、いわゆる手続消尽主義と、いわゆる「二重主権」ドクトリンによる解決との間の妥協を意味している。⁽⁷⁰⁾というのは、外国で果たされた有罪判決は、国内の刑事訴追および有罪判決を排除するものではないが、刑罰を算入することになるからである。

もっとも、シェンゲン領域内では、シェンゲン協定実施協定54条により、EU基本権憲章に関する制限規定として、「既判力のある有罪判決」に対しては一種の手続消尽

⁽⁶⁶⁾ Eser, in: Donatsch (Hrsg.), FS für Trechsel, S. 219 (228). イミューニティを理由としたドイツの裁判管轄権からの外交官の免除に対する争いは、Eser in Sch/Sch (28. Aufl.), Vor §§ 3-9 Rn. 38 を見よ。

⁽⁶⁷⁾ BGHSt 34, 1 (3); BGH NStZ 1985, 361.

⁽⁶⁸⁾ Satzger (Fn. 8), § 3 Rn. 4.

⁽⁶⁹⁾ この展開については既に Oehler (Fn. 4) Rn. 950 ff.

⁽⁷⁰⁾ Gropp (Fn. 1), S. 41 (56).

主義が妥当する。⁽⁷¹⁾ 国家を越える二重処罰の禁止は、手続的に完了する算入（「既判力のある有罪判決」）の事例では、第一訴追国の既判力のある決定に応じ、越境的な刑事訴訟費消という結果をもたらす。⁽⁷²⁾ なるほど、このことは他のすべての加盟国における同一の犯行の新たな有罪判決を排除はするが、「第一訴追」の割当に関する問題を解消するものではない。それどころかそれは、諸国家間のフォーラム・ショッピングを促進し、抵触が問題となる事例では、何が「既判力のある有罪判決」であるのか、そしてどのような場合に更なる刑事手続を真に妨げるのかに関して、包括的な議論を呼び起こすのである。⁽⁷³⁾

II. 刑事訴訟上の起訴便宜主義規定（ドイツ刑事訴訟法 153 条 c, 153 条 f）

したがって—この柔軟な解決策を受け入れ易い—刑事手続法に関する解決策の可能性を発展させるか否かについては疑わしい。刑事訴訟法 153 条 c 第 1 項 2 号によれば、ドイツの検察は、外国の領域高権という連結点と並んで、国内に更なる連結点が存在しない場合には、通例、刑事訴追を見合わせる。⁽⁷⁴⁾ ドイツ刑事訴訟法 153 条 f は、完全に国内との関連が欠けている場合には、ドイツでの世界主義に基づいた国際法犯罪の訴追について、手続を打ち切ることができる。⁽⁷⁵⁾ しかしドイツ刑事訴訟法 153 条 f 第 1 項は、犯罪の嫌疑のある者がドイツ国内に滞在している場合（1 項）および／又は嫌疑者がドイツ人である場合（2 項）には、訴追を義務づけている。ここでは、国際裁判所または行為地たる国家ないし被害者の国家による訴追が確実である場合にのみ、訴追が見合わせられうるのである。

さらにドイツ刑事訴訟法 153 条 f 第 2 項は、訴追を見送ることを次のような場合にも許容している。すなわち、外国人の被疑者が、なるほど国内に滞在してはいるが、ドイツの被害者が告訴せず、国際裁判所への送致、ないしは訴追する行為地国、または被害者の国への引渡し許容され、意図されている場合である。最後に、犯罪の嫌疑がある者が国内に滞在するとは期待できず、そして他の裁判管轄に訴追する気がない場合も、連邦検察局によって「純粋な外国の犯行」については刑事訴追を見送ることが可能

(71) *Satzger* (Fn. 8), § 10 Rn. 68; *Gropp* (Fn. 1), S. 41 (56 f.). 争いがあるのは、EU 市民が EU 基本権憲章 50 条を直接援用しうるのである、ということである。

(72) *Hecker* (Fn. 6), § 13 Rn. 61.

(73) 詳細な批判を伴うのが *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332 (341 ff.).

(74) *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 22.

(75) この規程は危惧される司法の過重負担に反対し、刑事訴追のための特定の国家を選び出すという告発国のフォーラム・ショッピングを防止する (*Kurth*, ZIS 2006, 81 (83) 参照)。

⁽⁷⁶⁾である。刑事手続上の起訴便宜主義の規定は、全体では、そのことと、実体法的に、一面的に、包括的な刑法の妥当に向けられた刑法適用法の規定とが調和するよう作用する。それらを全て合わせても越境的な刑事訴訟上の協力を引き出すにはまだあまりにも僅かなものしかない。

というも、刑事訴訟上の起訴便宜主義の規定が、様々な国家に「多層的管轄」がある場合の統一的な捜査手続が総じて可能となるようにするために必要とされるからである。⁽⁷⁷⁾刑事訴訟上の捜査当局が国際的に共働する領域での発展は、それを顧慮したものである。⁽⁷⁸⁾しかしその未来は、一体となったヨーロッパに、（そしてさらには）越境犯罪の効果的な撲滅のために、ユーロポール（欧州刑事警察機構）やユーロジャスト（欧州司法機構）、そしてさらには、更なる国際組織（例えばインターポール：国際刑事警察機構）⁽⁷⁹⁾を介して調整される、共通の捜査手続にある。⁽⁸⁰⁾欧州司法共助協定の規定、プリュム条約の規定、⁽⁸¹⁾またはリスボン条約の欧州連合基本条約 87 条から 89 条という、まだ完全には施行されていない警察の調整規定は、すでに相当な範囲で、つまり共働という形式の中で警察の越境活動を志向している。

国内の刑事訴訟上の起訴便宜主義の規定は、越境犯罪の効果的な訴追を、刑罰請求についての実体法上の考察と同様、ほとんど想定していない。

それゆえドイツから見た、実体的な刑法適用法に与えた欧州の影響を、再度、別途検討する（これについては後述 D）。

⁽⁷⁶⁾ 不処罰を回避するためドイツ刑事訴訟法 153 条 c 第 1 項 1 号及び 2 号との関連で、同法 153 条 f 第 1 項 1 文。Rumsfeld 事件において実証されている。これについては *Generalbundesanwalt Presseerklärung v. 10. 02. 2005*, JZ 2005, 311 を参照；これにつき *Ambos, Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 90, 100 も参照；*ders. NSTZ* 2006, 434 ff.; *Ambos in: MüKo* (Bd. 6/2, München 2009), § 1 VStGB Rn. 28 ff.; 批判的なのは *Kurth ZIS* 2006, 81 ff.; ドイツ刑事訴訟法 153 条 f の詳細については *Gierhake, ZStW* 120 (2008), 375, Rumsfeld 事件については S. 377 ff. 本質的なのは *Gierhake* によって強調された決定の検証の難しさである。(S. 398 mit Fn. 59); 全体的には *Weigend, in: Triffterer (Hrsg.), GS Vogler*, 2004, S. 197 (209 f.).

⁽⁷⁷⁾ *Schuster/Setzer KrimPäd* 1994, 7 (15).

⁽⁷⁸⁾ 現在、66 人の連絡員 (Verbindungsbeamte) が 50 か国で活動している。

⁽⁷⁹⁾ 例えば明確なのはユーロポールの要請である。EU Organised Crime Threat Assessment, 2001, S. 36, Den Haag, 28. 04. 2011 並びに、既にハーグ・プログラムにおいて警察共働に関しては ABl. C 53 vom 3. 3. 2005, S. 9 を参照。

⁽⁸⁰⁾ ABl. C 197 vom 12. 07. 2000 S. 3-23.

⁽⁸¹⁾ Vertrag über die Vertiefung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit, insbesondere zur Bekämpfung des Terrorismus, der grenzüberschreitenden Kriminalität und der illegalen Migration, umgesetzt durch Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I, 2507.

D. ドイツ法への超国家的影響

加盟国の法秩序の先頭を行く欧州化は、個々の裁判管轄の競合がありうる、という認識も先鋭化させた。ドイツでも、欧州、そしてそれ以上の範囲における裁判管轄の衝突を解決するために多くの異説が提案され、⁽⁸²⁾ 提携プロジェクトの中で、包括的な解決策が探られている。⁽⁸³⁾ EUにおいてまさに多くの共感を得ているこのプロジェクトには、講演者も、2年にわたって共働することが認められている。⁽⁸⁴⁾

これまで、実体法上の刑罰連結点を限定的に解釈し、内容的に制限する傾向が見られる。⁽⁸⁵⁾ 国際法、欧州法、そして憲法は、国家の刑罰権の執行を制限している。⁽⁸⁶⁾ しかしそれぞれの限定の厳密な作用方法はほとんど明らかとはなっていない。その考えを改めることはようやく始まったところである。次第に、もはや国際法を通じた（主権的な）国家刑罰権を限定するための根拠が必要なのではなくて、逆に、⁽⁸⁷⁾ 他の国家の高権領域に国家の刑罰権を拡張するための根拠が必要になっているのである。個々の国民国家に根拠付けの負担を移すことによって、ようやく評価の上では競合が限定される。というのも、

⁽⁸²⁾ *Satzger* (Fn. 8), §§ 1-5, *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), §§ 1-4; *Hecker* (Fn. 6), § 2 並びに *Ambos* in: MüKo, Vor §§ 3-7 Rn. 17 ff.; *Böse* in: NK (3. Aufl.), Vor §§ 3 ff.; *Hoyer* in: SK (Fn. 40), Vor § 3; *Werle/Jessberger*, in: LK, (12. Aufl.), Vor § 3; *Eser* in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), Vor §§ 3-9; *Capus*, Das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit in der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2010; *Krüßmann*, Transnationales Strafprozessrecht; *Kretschmer*, Globalisierung und Strafrecht (未公刊); *Jessberger*, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts (未公刊). *Eser/Burhardt*, Interlokales „ne bis in idem“ in Europa? – Von „westfälischem“ Souveränitätspathos zu europäischem Gemeinschaftsdenken, in: Derra (Hrsg.), FS für Jürgen Meyer, 2006, S. 499-524; *Böse* GA 2003, S. 744-763; *Pawlik*, ZIS 2006, 274 ff.; *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006; *Henrich*, Das passive Personalitätsprinzip im deutschen Strafrecht, Freiburg 1994, S. 22 を参照。

⁽⁸³⁾ *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine europäische Gerichtsbarkeit für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? (BMJ-Gutachten 2001); *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, 2003; Arndt Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück/Göttingen 2012; まだ完結していないが *Böse* [DFG, 2010-2013], Bonn: „Vermeidung und Beilegung von Konflikten zwischen nationalen Strafgewalten in der Europäischen Union“, これにつき *Böse/Meyer* ZIS 2011, 336 ff. を参照。

⁽⁸⁴⁾ Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück/Göttingen 2012.

⁽⁸⁵⁾ 詳細に論じているものとして *Wörner, Liane/Wörner, Matthias*, Landesbericht Deutschland, in: Arndt Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück/Göttingen 2012, S. 203-261 (S. 210 ff., 227, 250 ff.).

⁽⁸⁶⁾ *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (338).

⁽⁸⁷⁾ *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (338).

個々の国家は、国際法上、欧州法上、そして他国の高権の限界を超えた自国の刑罰権の拡張を根拠づけねばならないからである。同時に、そのような根拠付けを転換することは、同等に併存する法秩序の受け入れを強化する。

それと並んで、法適用および刑法の適用という本来的に欧州的な原理は、ドイツの法制度の中に位置を占めており、そして更なる法発展に影響を与えている。そこで考えられたのが、「権限配分主義」および「連合保護主義」である。

I. 権限配分主義（Das Kompetenzverteilungsprinzip）

権限配分主義は、特に、ドイツ刑法6条9号との関連で議論されている⁽⁸⁸⁾。その際、何らかの主義が問題なのか否かにつき見解が相違してはいるが、いずれにしてもそれは *Satzger* によれば「連結モデル」と称され⁽⁸⁹⁾、そして *Ambos* によつては「裁判管轄衝突回避モデル」と称されるものである⁽⁹⁰⁾。内容としては、異なる刑法秩序の妥当領域の重複を「国際条約の権限配分」という手段によって回避し、そして二重処罰を最初から排除するという思想が一致してその基礎にある⁽⁹¹⁾。

外国語を話す者たちの中で拘留を執行すること、そしてそれに関連した隔離、生活拠点（居住地）から遠く離れた道路交通規定を長期にわたり執行すること、そして他の同種の裁判管轄の抵触は、回避すべきものである⁽⁹³⁾。北欧諸国でも支配的である居住地主義は、権限配分に結び付いた合目的観点を、今日までほとんど充足していた⁽⁹⁴⁾。はっきりしないのは、こうした発展が実際に継続するのか、ということである。というのも、多角的にグローバル化した欧州社会では、これはとりわけ、典型的な微罪と「一人の行為者によって複数国家においてなされる大量の犯罪実現」にとっては意味のある権限配分方式であるように思われるからである⁽⁹⁵⁾。しかし欧州市民の旅の楽しみが増大するに伴って、複数の同時居住地、そして、違う居住地出身の複数人による共働の問題が、居住地

⁽⁸⁸⁾ *Eser* in: Sch/Sch, 28. Aufl. (2010), § 6 Rn. 1, これは代理処罰主義の連結点を出発点とする。他方、*Werle/Jessberger*, in: LK (12. Aufl.), § 6 Rn. 11, 15 f., 25 ff., は権限配分主義に賛同する。BGHSt 46, 292 も参照。

⁽⁸⁹⁾ *Satzger* (Fn. 8), § 4 S. 37 ff., S. 43, Rn. 17.

⁽⁹⁰⁾ *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 130.

⁽⁹¹⁾ *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 130; *Zieher* (Fn. 16), S. 86 ff. (87).

⁽⁹²⁾ *Satzger* (Fn. 8), § 4 Rn. 17; *Ambos*, Lehrbuch (Fn. 15), § 3 Rn. 130; *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 255; *diess.*, JuS 2001, 35 (37); schon *Jescheck/Weigend* § 18 II 7; *Oehler* (Fn. 4) Rn. 134 ff. (141).

⁽⁹³⁾ 詳細は、この点でも既に *Oehler* (Fn. 4), Rn. 134 f., 138 a として非常に批判的なのが Rn. 137.

⁽⁹⁴⁾ *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 254; *Zieher* (Fn. 16), S. 86-88.

⁽⁹⁵⁾ 例えば全体的に限定的なものとして *Zieher* (Fn. 16), S. 88.

に応じた刑罰権の配分を困難なものとしている。むしろ、さらに先を行く、条約で調整された権限配分の意義が高まっている。国際法上の条約というその形式の中では、そのように形成された権限配分は、一方だけの刑法適用を越えて、国際刑法の中に権限配分主義を導入するのである。それは、刑罰権の条約上の協力に基づいて構成される。

II. 連合保護主義

連合保護主義は、刑罰連結点として生成されつつある。⁽⁹⁷⁾「連合保護」とは、「国家保護」(実質保護)が拡張する中で、欧州連合の利益保護を意図したものである。それは、ドイツの犯罪構成要件を連合と一致するように解釈するという、刑法適用法の必然的な原理であり、抵触の回避に資する。⁽⁹⁸⁾部分的には、そこに欧州の属地主義の展開も認められる。⁽⁹⁹⁾国家保護主義が更に発展していく中で、本来の EU の共同体法益を刑罰的に保護するために、保護の間隙を埋めるのである。しかし実際には、既に欧州検察局の管轄領域に対して、そして一定の「欧州犯罪」に対して提案されたように、立法論としては、欧州レベルの属地主義が更に発展していくことが思案される。このことは、その具体的な手続遂行をその限りでは地域間の刑法の問題提起としてとどめる EU の加盟国全体に対して刑罰権を開始し、そしてそれとともに、超国家的な共同体法益にとって価値あるものとなりうるだろう(まだ遠い未来ではあるが、おそらく欧州の境界も越えて)。

E. 展望—ドイツの観点からの意見および解決策の提示

結論として、犯罪がますます国家を超える性質のものとなっている、ということが確認される。その効果的な刑事訴追は、国際的な共働のための越境的構造を必要としている。こうした捜査の際の越境的共働は、治外法権の管轄、そして場合によっては多層的な管轄ということも必然的に生み出すことになる。両者は、訴追当局の共働のための当

⁽⁹⁶⁾ 同旨 *Ambos*, *Lehrbuch* (Fn. 15), § 3 Rn. 130.

⁽⁹⁷⁾ *Satzger* (Fn. 8), § 4 Rn. 18. これは共同体保護主義に代わるものである。Werle/Jessberger in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 251 f.; *Oehler* (Fn. 4) Rn. 913.

⁽⁹⁸⁾ *Satzger* (Fn. 8), § 4 Rn. 18; § 9 Rn. 87 ff.

⁽⁹⁹⁾ *Werle/Jessberger* in: LK (12. Aufl.), Vor § 3 Rn. 250.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ambos* in: MüKo (Fn. 10), Vor §§ 3-7 Rn. 85.

⁽¹⁰¹⁾ 例えば *corpus iuris* の提案も同旨。Art. 18 Abs. 1, 24 Abs. 1 („single legal area“) *Corpus Juris* 2000, in: *Delmas-Marty/Vervaele*, *Corpus Juris zum Schutz der strafrechtlichen Interessen der EU*, 1998 Bd. I, S. 188, 196, 203 を参照。Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung des Terrorismus v. 22. 6. 02, ABl. L 164/3, Art. 9 も参照。

然の前提条件である。⁽¹⁰²⁾

同時に、裁判管轄の領域における多層管轄は、刑法定権力と刑事訴追管轄を一致させることを基礎とすれば（あるいはその逆となれば）重大な問題を投げかける。というのも、この場合、もはや共働ではなく、手続管轄、手続権力（積極的競合の場合）、⁽¹⁰³⁾ または手続負担（消極的競合の場合）⁽¹⁰⁴⁾が重要だからである。同時に、特に民主的制度にとっては、手続管轄には、刑事手続の当事者にとって予見可能なものとして形成されねばならない、という義務がある。それと共に、刑事訴追管轄と実体的刑罰請求とを結び付けることも、一逆に一実体法と刑事訴訟法とを結び付けることも、困難がないわけではないように思われる。欧州の刑法原則の基礎としての移動の自由および相互承認は、被疑者にとって限定的で予見可能な裁判上の管轄を模範的には示しているが、⁽¹⁰⁵⁾ 他方で証拠収集および刑事訴追は、刑事訴追当局の共働を促進し、そしてそれと同時に、むしろ権限拡大を要請している。⁽¹⁰⁶⁾

例えば越境的な（組織化された）構造が存在する場合、最初の訴追国による生活実態の法的な評価には必然的に間隙があるということを、抵触を解決するにあたっては念頭に置いておかねばならないだろう。⁽¹⁰⁷⁾ なぜなら、その犯行は、国内の刑罰構成要件によってのみ、そして、国内の刑事訴追上の措置によってのみ評価されるのであって、競合する刑法によっては評価されないからである。つまり、既に、それぞれの国内の刑事訴追の措置が、包括的に欧州の一事不再理を解消するとすれば、欧州の法領域では偶然が支配することとなり、⁽¹⁰⁸⁾ 処罰と量刑とが、全く本質的には、誰が最初に刑事訴追に着手するか、そしてそれを誰が完了するかによって左右されることになる。

しかし、抵触を解消することは、抵触の事例に関する手続関与者の意思疎通と同様に

⁽¹⁰²⁾ 管轄のない者は、いずれにしても「共に」働くことはできるが、「共働して」働くことはできない。

⁽¹⁰³⁾ そのようにするのが例えばデンマークである。Cornils/van Greeve, Landesbericht Dänemark, in: Arndt Sinn (Hrsg.), Jurisdiktionskonflikte bei grenzüberschreitender Kriminalität – Ein Rechtsvergleich zum Internationalen Strafrecht, Osnabrück/Göttingen 2012, S. 181-201 (182 f.).

⁽¹⁰⁴⁾ 複数の国家が刑事手続の貫徹を要求する。

⁽¹⁰⁵⁾ 管轄国のうちのどこも疑わしい刑事手続の貫徹によって負担を負いたくないというもの。例えばすべての関係国が、起訴便宜主義の可能性を利用するなど。

⁽¹⁰⁶⁾ その限りで Gropp (Fn. 1), S. 41 (48 ff., 56 ff.) も参照。

⁽¹⁰⁷⁾ Gropp (Fn. 1), S. 41 (62) も同旨。

⁽¹⁰⁸⁾ Schünemann は、「管轄のない」仲介組織による刑事訴追の際の管轄調整および支援を提案する Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, Köln u. a. 2006, S. 5 ff. (Art. 2 Abs. 6)。

⁽¹⁰⁹⁾ Böse GA 2003, S. 744 (760) を参照。

⁽¹¹⁰⁾ シェンゲン実施協定 54 条についてそのように述べるのが Böse, GA 2003, S. 744 (760)。

必要である。そのことは、従来の解決手法の分析の帰結として、とりわけ、越境的な(組織化された)事例にとっては、そもそも EU における効果的な刑事訴追を保障しうるために—EU ではユーロジャスト、場合によってはインターポールなどの国家をこえた組織体によって調整された—遠くまで及ぶ越境的な捜査権限と刑事訴追権限も要求することになる。

それとともに、結論的には、最終的な実体的刑罰請求から、刑事訴訟上の訴追権の完全な連結を外すことで、(欧州レベルでの／国際的な)越境犯罪を効果的に訴追することもうまくいくであろう。というのも、それらの条件は逆の方向に発展しているものだからである。⁽¹¹⁾ 限定的な実体法的刑罰請求は、被疑者にとって国家刑罰の予見可能性を保障する。手続上の訴追権の柔軟性は、越境犯罪という茂みの中で、訴追当局の協力を確実なものとする。したがって、立法論としては、ドイツ法上、刑事訴追の際の国際的な共働を可能にし、そして効果的な刑事訴追を促進するために、ドイツ刑事訴訟法 153 条 c, f の刑事手続上の起訴便宜主義規定を用いて範囲を拡張するのと同様に、刑法適用規定の限定解釈が示されるべきであろう。

【訳者あとがき】

以上は、2014 年 3 月 28 日に本学で行われたリアーネ・ヴェルナー氏の講演の翻訳であり、近時、国際的にも組織性、越境性を有する犯罪が増加する中、極めて大きな問題として論じられている刑法の適用に関する問題を扱ったものである。ある犯罪が国内のみならず、国外領域にも影響を及ぼした場合、あるいは他国の人にもかかわるものである場合、法適用について競合が生じうる。講演者は、本文中でも述べられているように、この問題についての研究組織である「組織犯罪に対する法的イニシアチブに関する欧州研究チーム：Europäischer Arbeitskreis zu rechtlichen Initiativen gegen organisierte Kriminalität (EAK+)」のメンバーであり、こうした問題に関して既にいくつかの成果を上げている。講演においては、実体法と手続法、各々の理論的な基盤について説明した後、それぞれのレベルにおいてどういった点が問題となりうるのかを簡潔に指摘した上で、手続上の効果的な共働を重視して他国との連携を図ることが望ましいと結論づけているが、その点についてはおそらく多くの賛同を得られるものであろう。実際、現在のユーロポールやユーロジャストなどの試みは注目に値するものであり、日本も学ぶべき点は大いにある。ただ、それが実際に展開されて行く中で、各国の手続上の相違(捜

⁽¹¹⁾ 実体法に関してのみ類似するのが *Böse/Meyer*, ZIS 2011, 336 (344)。

査手法、証拠の評価の相違等）をどのように評価し、調整すべきかといった問いは、現在 EU 各国においても議論されているところであって、発展途上にある。そうした点も含め、筆者のより詳細な考えについては、本稿の最初の注に記されている別稿を参照されたい。

講演者のヴェルナー氏は 1975 年にドイツのテューリンゲン州シュマルカルデンに生まれ、94 年にライプツィヒ大学に入学して法学を学び、98 年に第一次国家試験に非常に優秀な成績で合格、その後、修習を経て、2001 年の第二次国家試験も優秀な成績で合格している。職歴としては、96 年に Walter Gropp 教授の下で助手となり、98 年に Gropp 教授がギーセン大学に招聘されたことに伴い同大学に移籍し助手として勤務し、出産・育児のための休暇も経ながら、現在はギーセン大学フランツ・フォン・リスト研究所の助教 (Akademische Rätin) として研究に携わっており、ギーセン大学の他、アメリカのウィスコンシン・ロースクールやトルコのイスタンブール大学、ハンガリーのセグド大学等でも講義を担当した経歴を有している。2001 年から 2002 年にかけては、Zeit 財団の奨学金を得て、アメリカのウィスコンシン大学で学び、法学修士号を取得した。2009 年にはギーセン大学で博士号を取得 (論文テーマは『犯行計画と中止犯の地平との間にある誤ってなされた未遂 (Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont)』) している。この論文は、summa cum laude の評価を得ると共に、ギーセン大学の優秀な博士論文に対して与えられる賞も受賞している。研究領域は、本講演のような法の適用に関する問題など、手続にも関わるテーマから、博士論文のような実体刑法の解釈学的問題、さらには医事法などについての問題まで極めて多岐にわたり、現在執筆中である教授資格請求論文は、胎児の生命保護について扱ったものであるとのことである。

ヴェルナー氏は研究者であると同時に私生活では 3 人の子供の母でもあり、今回の招聘も非常にタイトなスケジュールの中実現したため、講演会は直前での案内となってしまうが、当日は刑法のみならず、他分野の先生にもご参加いただき、活発な議論が行われた。特に、本学の平野美紀教授、細谷越史准教授、大山徹准教授、そして柴田潤子教授には大変お世話になった。また、龍谷大学の金尚均教授、中央大学の只木誠教授には彼女の招聘にあたり、御尽力を賜った。先生方にはこの場を借りて、厚く御礼を申し上げる次第である。

(さがわ・ゆかこ 法学部准教授)

【謝辞】 本稿は日本学術振興会科学研究費補助金（課題番号 25780048）の助成を受けたものである。

This work was supported by JSPS Grants-in-Aid for Scientific Research (Grant Number 25780048).