

Title	ヨーロッパ諸国の刑法の相互調和をめぐる諸問題
Sub Title	Probleme europäischer Strafrechtsharmonisierung
Author	Hirsch, Hans Joachim(Ida, Makoto) 井田, 良
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.89- 107
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0089">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0089</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# ヨーロッパ諸国の刑法の相互調和をめぐる諸問題

ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ  
井田 良／訳

## I.

1. 1957年の**欧州共同体設立条約**の当初の規定においては、刑法について言及されていなかった。ただ、欧州共同体は、その管轄が認められた領域において、過料の制裁、したがって刑事刑法上の制裁ではないものを予定する秩序違反法の規定を設けることができるとする旨の定めがあったただけであった。ただし、ここに認められた権限はかなり広範に用いられた。とりわけ競争法の領域においてそうであった。数百万ユーロに及ぶ企業に対する過料というのも稀ではなかった。

欧州共同体は欧州連合に拡大されたが、そこにおける財産的利益の保護の要求が高まるに連れて、1990年代初頭以降、刑法、それも行政刑法ではなく刑事刑法に目が向けられることとなった。そのきっかけとなり、また今も大きな意味を持っているのは、特に補助金詐欺の事例である。1995年には、加盟諸国は、欧州連合の財政利益の保護のための協定に署名した。この協定により、加盟諸国は、それぞれの**国内法**において、「欧州連合の財政利益」を害する「詐欺的行為」を犯罪として規定することを義務づけられたのである。そのとき関心の中心にあったのは補助金詐欺の処罰であるが、この協定により、1998年にドイツの立法者は、補助金詐欺に関するドイツ刑法264条の規定を修正することを余儀なくされたのである。

1995年の協定には、これを補足する2つの議定書が付いており、これらも国

内法整備のための法改正を求める規定を含んでいた。1996年にできた第1議定書は、贈収賄に関するものであった。1997年の第2議定書は、特にマネーロンダリングと法人処罰についての規定を含んでいた。

1997年には、アムステルダム条約の署名が行われた。これにより、これまでの欧州連合のいわゆる「第3の柱」——すなわち、司法・内務分野の協力に関する取り決め——の重要部分を「第1の柱」、すなわち欧州共同体設立条約の中に編入することが行われた。アムステルダム条約により行われた改正後の欧州共同体設立条約280条4項は、閣僚理事会は、加盟諸国における効率のかつ均等な保護のために、「共同体の財政利益に向けられた詐欺的行為の予防と防遏のために必要な措置」を取り決めることを定めている。ただ、この第4項の第2文には、次のように規定されている。すなわち、「その措置は、加盟諸国の刑法の適用およびその刑事訴追を妨げるものではない」というのである。この新规定から果たしてどういう帰結が生じるのかをめぐっては見解の対立がある。何人かの論者は、この第2文は、共同体刑法ができて、これと並んで国内刑法の関連諸規定が効力を持ち続けることを保障するものであり、競合するときは、国内法規定が特別法として優先的に適用されると述べている。他の論者は、第2文を、刑罰法規の制定権限はもっぱら加盟国に残される趣旨のものとして理解しようとする。後者の解釈のほうが採られるべきであろうと考えられるのは、次のような事情があるからである。すなわち、ブリュッセル委員会が、この規定の次に280条aとして、欧州検察官の制度の導入と並んで、明示的にはっきりと、欧州連合による刑事刑法規定の制定権限を認める規定を新設すべきことを提案したのであるが、2000年にニースで開かれた政府間会議において、この提案が採択されなかったからである。なお、2001年に欧州委員会が発表した、いわゆる「グリーンブック」において詳しく述べられた欧州検察官導入の提案であるが、これまでのところ、それが導入される見込みがどれだけあるのかにつき疑問視されているところである。

2004年6月には、加盟国家の政府は、ブリュッセルでの首脳会議において、**欧州憲法条約**の規定内容について同意した。署名が行われたのは、2004年秋の

ことであった。欧州憲法の条文の原案になったのは、フランス人が座長を務める協議会で作成した2003年の草案である。欧州憲法条約を発効させるためには、加盟国による批准が必要であり、その際に注意すべきことは、加盟国のうちのいくつかの国については、国内法の要求により採択のため国民投票が行われなければならないことである。周知のように、フランスとオランダの国民投票では否決の結論が出され、いくつかの加盟国では、たとえばポーランドでは、議会による批准が今のところ見込めないという状況にある。

仮に欧州憲法を全体として発効させることができないとしても、しかし、ここ数年のうちに、条項の重要部分については施行されることとなるであろう。なぜなら、そうしなければ欧州連合そのものがもはや立ち行かなくなってしまうであろうからである。この憲法の条項のうちでわれわれの関心をひく部分について見ると、そこにおいては、ヨーロッパ諸国の刑法の相互調和がいかなる方向に進むかが明らかにされていることが重要である。そこで、以下においては、憲法の規定の中で、刑法と刑事訴訟法に関わる規定の内容について紹介したいと思う。

欧州憲法草案は、「刑事に関する司法協力」と題する章を含んでいる（Ⅲ-270条からⅢ-274条）<sup>1)</sup>。Ⅲ-270条によると、欧州連合での刑事における司法協力は、各国の裁判所による判決等の裁判の相互承認の原則に基づいており、また、憲法の列挙した領域における各国の法の規定および行政規定を相互に調整することまで内容に含んでいる。欧州法または欧州枠組み法により、欧州連合の全領域における、あらゆる種類の判決等の裁判所の裁判が欧州連合において承認されるためのルールと手続を定めようというのである。さらに、次のように規定されている。こうした相互承認と、国境を越えた警察や司法機関の協力を容易なものとするため、欧州枠組み法により、各国が最低限守らねばならないところを定めることができるのである。それは、加盟国間における相互的な証拠使

1) 注意すべきことは、憲法制定委員会によるももとの憲法草案の条番号が、署名以前の段階で変更され、ここに引用された条項となったことである。2003年7月18日の草案においては、171条以下に当該の規定があった。

用の許容性、刑事手続において個人が有する諸権利、犯罪被害者が有する諸権利、そして、その他の、以前から閣僚理事会によりヨーロッパレベルの取り決めを通じて定められた刑事手続の特殊な側面に関わるものである<sup>2)</sup>。

このように最低限基準のみを定めるというやり方は、加盟国の法的伝統や法体系における種々の相違を顧慮しようとするものである。最低限の内容を定めるのであるから、それぞれの国がその市民に対しより高いレベルの保護を維持し、また導入することが妨げられるものではない。

憲法Ⅲ-271条は、欧州枠組み法により、国境を越える意味を持つ特に重大な犯罪の領域においては、犯罪の要件と刑罰の内容を定める最低限基準を決めてよいものとしている。それは、犯罪の性質またはその影響において、または共同の基盤に基づいてそれに対処すべき特別の必要性という点で国境を越える意味を持つとされる犯罪のことである。その種の犯罪グループに入れられているのは、テロリズム、人身売買、女性や児童の性的搾取、不法な薬物取引、不法な武器取引、マネーロンダリング、汚職、支払手段の偽造、コンピュータ犯罪、そして組織犯罪である。ただし、犯罪動向を考慮して、加盟国の政府の代表からなる閣僚理事会は、欧州議会の同意を得た上で、全員一致で決定を行うことにより、先に述べた一般的な基準に該当する犯罪領域を新たに決めることが可能だとされている。さらに、欧州憲法には、相互調整が行われた領域で欧州連合の政策を有効に実現するために刑罰法規そのものの内容を相互調整することが不可欠であるというときは、欧州枠組み法により、その領域における犯罪と刑罰について定めるにあたっての最低限の基準を決めることができるとされている<sup>3)</sup>。

閣僚理事会の構成員には次のような権利が認められている。もし、欧州枠組み法の法案が自分の国の刑法体系の根本的な部分に抵触すると考えるときは、理事会がその問題を検討することを求める権利である。

欧州レベルの制度としては、すでに存在する機関であるユーロジャスト

---

2) Ⅲ-270条2項。

3) Ⅲ-271条2項。

(Eurojust)<sup>4)</sup> および欧州検察官<sup>5)</sup> について規定されている。ユーロジャストは、重大犯罪の訴追にあたり、加盟国のそれぞれの機関の相互協力を可能とする組織である。欧州検察官について見ると、関連する憲法の条項には<sup>6)</sup>、欧州連合の財政利益に向けられた犯罪行為に対処するため、欧州連合法によりユーロジャストを基盤として設置することができる<sup>7)</sup>とされている。設置のためには、欧州議会の同意を得た上で閣僚理事会における全員一致の決議が必要とされている。欧州検察官は、当該の犯罪については、訴追、捜査、公訴提起について権限を持つ。それは、各加盟国の管轄裁判所においてそれぞれの検察官と同じ役割を担い得る<sup>7)</sup>。そればかりでなく、閣僚理事会は、欧州検察官を設置することを定める欧州連合法と同時に、あるいはそれが施行されてから後に、決定をもって、欧州検察官の権限を拡大し、国境を越える意味を持つ重大犯罪に対応する権限を持たせることができるものとされている<sup>8)</sup>。この決定のためには閣僚委員会の構成員全員の一致が必要であるが、それ以前に欧州委員会の意見を聴取することと欧州議会の同意を得ることが必要だとされている。

最後に、実体法との関係では、「詐欺罪の防遏」のための特別な規定が存在している。Ⅲ-415条4項によると、加盟諸国における効率的かつ均等な保護のために、欧州連合の法規定または枠組み法規定により、共同体の財政利益に向けられた詐欺的行為の予防と防遏のために必要な措置を定めるものとされている。

2. 1990年代半ば以降、加盟国の刑法学者から構成される作業グループが、欧州議会とブリュッセル委員会の委託を受け、欧州連合の財産的利益の保護のための共通の刑法とすることを意図して包括的な草案を作成した。この草案は、

---

4) Ⅲ-273条。

5) Ⅲ-274条。

6) Ⅲ-274条1項。

7) Ⅲ-274条2項。

8) Ⅲ-274条4項。

関連する刑法各則の規定だけでなく、総則の規定および刑事制裁の領域と刑事手続についても規定を含んでいる。この草案は、1997年に、「コルプス・ユーリス」という立派な名前を付けて公表された。「コルプス・ユーリス」という名称は、たしかに宣伝効果は高いであろうが、歴史上のコルプス・ユーリス、すなわちローマ法大全のことを知っている人には大げさなものと感じられるに違いない。部分的に改訂を施されたバージョンが1999年に発表されている。

## II.

コルプス・ユーリスと呼ばれる草案は、35の条文からできている。

1. 1条から8条は、**刑法各則の規定**である。すなわち、「欧州共同体の財政を害する詐欺」「贈収賄」「欧州公務員の職務違背」「マネーロンダリングと盗品関与」「共同体の財政を害する犯罪結社の形成」等の罪が規定されている。

これらの処罰規定について見ると、草案の公表以来行われている学界での議論においては、この草案で提案されているような包括的な法益保護は過剰な犯罪化を意味するのではないかが問題とされている。その際、とりわけ刑事刑法による処罰範囲を早い時点にまで拡大すること、すなわち、いわゆる抽象的危険犯〔抽象的危険犯〕を導入することの問題、そして、財産犯における過失処罰の当否の問題、背任類似の補助金使用の処罰の問題、さらに、欧州連合の財産的利益に向けられた犯罪結社の形成を処罰することの問題などが議論されている。

処罰の早期化への批判はそれ自体として妥当なものであるが、現在では国内の立法者が処罰範囲をますます早期化する傾向にあるので、コルプス・ユーリスのような法提案に対する批判としてはインパクトが弱いかも知れない。しかし、この批判は、犯罪結社処罰に関する特別規定の導入との関係ではなお可能といえよう。この点での批判は一致して支持されている。とにかく、国内の立法において、すべてのこれらの提案を無批判にモデルとすべきではないである

う。コルプス・ユーリスの諸規定は、立法としての質の高さを示すものとはいえない。ちなみに、そのことはこの草案における諸規定の配列が体系的でないことにも現れている。さらに、不満を感じさせるのは、第一条が「欧州共同体の財政を害する詐欺」と名付けられているところである。ここでは損害が生じたことが要件とされておらず、従って既遂の詐欺が存在する必要がないにもかかわらず、そのように呼ばれているのである。そのような用語法においては、実質においては危険犯であるものが侵害犯のレッテルを貼られていることになる。

2. これらの犯罪構成要件に続く次の条文においては、「刑罰」の見出しのもとに**法的効果**についての規定が置かれている。ここには、1999年にトリアのヨーロッパ法アカデミーで行われた学会で明らかにされたように、特に明白な改善の必要性がある。正当にも、この学会の殆どすべての参加者から、大抵の国々の刑法典において採られているような刑罰と処分の二元主義をはっきりと採用すべきことが主張された。コルプス・ユーリスの規定を見ると、犯罪の用に供したものや犯罪によって生じたものの没収や、公務の遂行の禁止などが規定されているが、これらは、規定の文言に反して刑罰ではなく、実質的には保安処分なのである。

さらに批判の対象とされたのは、罰金刑に関する日数罰金制が採用されていないこと、執行猶予や、犯罪行為により得られた収益の収奪についての言及がないことである。特に批判すべきものは、提案されている有罪判決の広告の制度である（コルプス・ユーリス9条1項d）。それはかつての犯罪者を「さらしもの」にする制度を復活させるものといえよう。さらに、それにより処罰を受ける者は経済的信用を失うことになるので、それは隠れた財産刑でもあろう。このような規定が先進的な刑法の名のもとに提案されているのは本当に驚くべきことである。

また、9条1項a)に規定された、犯罪収益の5倍の額の財産刑を科すとい

う厳しい制度も批判の対象となる。その規定には、コルプス・ユーリスに挙げられたすべての犯罪<sup>9)</sup>に対する主刑は、自然人に関する限り、「5年以下の自由刑および／または100万エキュ以下の罰金。ただし、罰金については、犯罪行為に関係する額の5倍まで加重することができる」と定められている（なお、「エキュ」とは、ユーロが導入されるまでの欧州連合における通貨単位であったもので、1エキュは1ユーロである）。

量刑について言えば、15条にその基準があげられていることは評価できることである。その冒頭には、「量刑は、犯罪の重さ、個人の有責性、関与の態様を考慮して行われなければならない。」と定められている。しかし、この文言では、個人の責任が刑罰を限定するのか、それとも考慮されるべき1つの重要な要素に過ぎないのかが明らかではない。

16条に含まれる刑の加重に関する規定も批判されるべき内容を持っている。それによれば、刑を加重すべき事情とは、まず、詐欺的行為において意図した結果が発生したという事情である。また、詐欺の額または意図した収益額が20万エキュを超えるという事情もそれにあたとされている。しかし、それらの事情が認められれば、原則として自由刑を科すべきだとするのは、殆どのヨーロッパの国の刑法では詐欺罪については罰金が多く適用されていることに鑑みても、あまりに硬直的なルールというべきであろう。さらに、意図した結果が発生したことを加重事由にしている点については、多くの国の刑法ではそもそも結果が発生してはじめて詐欺既遂という原則類型が成立することを考慮すべきである。

**3. a)** コルプス・ユーリスのこれに続く10条から14条には、**刑法総則の犯罪要件の問題**についての断片的な規定が置かれている。そこには、コルプス・ユーリスに含まれる各則規定による犯罪は、すでに批判したように重過失でも足りるとされている共同体財政を害する詐欺罪を除いて、すべて故意により実

---

9) コルプス・ユーリス1条から8条。

行されなければならないと規定されている。注目すべきことは、11条2項に禁止の錯誤に関する規定があり、それはドイツ刑法の17条にきわめて近い規定となっていることで、フランス刑法典122-3条に含まれる規定をはっきりと超える内容を持っている。まさに今日では、正当にも、このような形での責任主義の条文化は基本的な要求にそうものと考えられている。

総則の犯罪要件の領域に関わる第3のポイントとして、「個人の刑事責任」という見出しのもとに、刑事責任には、正犯者か、教唆者か、それとも幫助者としてのそれがあると決められている。目を引くことは、間接正犯について述べられていないことである。すなわち、その規定によれば、正犯者とは可罰的行為を実行したか、または共同正犯者として犯罪実行に協働した者のみのことをいうとされている。同じように驚くべきことは、教唆となる諸事例がカタログのように列挙されており、犯罪実行を単に要請するだけではただちには教唆にならないとされていることである。しかし、ともかくコルプス・ユーリスが、正犯と共犯を区別し、統一的正犯概念を採っていないことは歓迎すべきことである。

また、「企業体幹部の刑事責任」に関する特別規定もある。それは、指示に従って行動する人が企業体のためにコルプス・ユーリスに列挙された犯罪行為の1つを行った事例に関する規定である。さらに、「法人の刑事責任」も規定されているが、これについてはすぐ次のところで取り上げたいと思う。

コルプス・ユーリスに採り入れられた総則の犯罪要件に関する一連の規定に対しては、議論において、被告人に不利な方向での類推の禁止の原則、刑罰法規の不遡及の原則、軽い刑罰法規の遡及の原則がはっきりと条文化されなかったことが批判の対象とされた。違法性阻却事由および責任阻却事由の領域については、少なくとも緊急避難の規定は設けられるべきであったといえよう。また、英米法圏の刑法では厳格責任 (strict liability) が認められた犯罪があることや、国際的には、未必の故意の事例の位置づけに不統一性があることから、故意と過失の定義も欠くことができないように思われる。

b) 少し詳しく検討する必要があるのが、すでに前に言及した「**法人の刑事責任**」に関する規定である。よく知られているように、ヨーロッパ大陸法の刑事刑法は、英米法圏のそれと異なり、伝統的に自然人の犯罪能力しか認めていない。大陸法圏では、単に秩序違反法または行政刑法の領域においてのみ、組織体の犯罪能力が認められていたのである。欧州評議会（Europarat）が1988年に提案を行い、それが少し修正された形で後に1995年の欧州連合協定を補足する1997年の第2議定書の内容となり、それに従って、いくつかの国々が英米法のモデルを採用するに至った。とりわけ、オランダ、フランス、フィンランド、そして部分的にはポーランドにおいても、法人その他の組織体の刑事責任を肯定する制度が導入された。ドイツを含む他の国々は、なおこれに対し疑念を持っている。

およそ理論的に組織体の犯罪能力を肯定できないとする見解は、秩序違反法または行政刑法の領域において、そこでも実質的には同様に刑事制裁を科しているのに、組織体の行為能力・責任能力・受刑能力が肯定されており、それに対して何ら疑念が持たれていないことと相容れないといわざるを得ないであろう。むしろ問題は、実際の必要性があるかということと、法的要件を具体的にどのようなものとするかということにある。オランダ、フランス、フィンランドが法人その他の組織体に対する刑事刑罰を導入したが、その経験に照らすと、実際の意味はわずかなものとどまっている。そして、英米法圏に目を向けると、そこでは伝統的に民事上の責任概念と刑法における責任概念の区別が不十分なものとどまっており、まさにそのことが法人処罰規定の実際上の運用を可能としている一因ではないかという印象を持つのである。英米刑法においては、組織体の刑事責任を認めるにあたり、ヨーロッパでいえば損害賠償法において民事責任を認めるときの基準が充たされればよいとされている。すなわち、直接行為者がその組織体の代表者として行動したときには要件が充たされるし、そればかりか、アメリカ合衆国法では、組織体の単なる代理人として行動した場合でさえ要件が充たされるのである。そこでは、組織体全体が具体的に責任を負う事情があるかどうかは問題とされない。

この間に若干のヨーロッパ大陸法諸国で導入された規定を見ると、この点についての欠陥が認められる。そして、コルプス・ユーリスの規定（14条）も、その同一線上にある。それは、組織体全体が具体的責任を負うかどうかということにまったく言及もしていない。欠陥をさらに大きくしているのは、可罰性を認められる範囲が、組織体の機関やその他の高いレベルの代理人が直接に行動した場合に限定されるのではなく、アメリカ合衆国法のように、誰かが組織体のためにその名義で活動すればもうそれだけで組織体に刑事責任が生じるものとされていることである。

ドイツの立法者はまだ態度を決めていないが、おそらく、まだ機が熟していないこの問題については、早急な立法を差し控えるべきであり、当面、法人処罰を導入した国々が経験を蓄積するまで待つのがよいのではないかと思われる。

ちなみに、すでに言及した1997年の第2議定書においては、加盟諸国は法人等の組織体に対し制裁を科すにあたり、それが刑事刑法上のものである必要はなく、それ以外のもの、特に秩序違反法による解決であってもよいとされていることに注意する必要がある。ドイツの秩序違反法30条に法人等の組織体への制裁が認められているが、それはその一例なのである。

4. コルプス・ユーリスはその第2部において**刑事訴訟法**に関する規定を置いている。そこには、すでに欧州検察官に関する詳しい提案が含まれている（18条から25条）。それは、コルプス・ユーリスにおいて捕捉された経済犯罪の訴追のためのものである。欧州検察官の制度は、1人の欧州検事総長と、各国から派遣された欧州検察官たちとから成り、欧州検事総長はブリュッセルを勤務地とし、欧州検察官たちはそれぞれの加盟国の首都所在地または他の一定の裁判所所在地を勤務地とする<sup>10)</sup>。公訴提起については、欧州検察官の勤務地がその管轄地域内にある加盟国の裁判所において、その国の刑事訴訟法の

---

10) コルプス・ユーリス 18条3項。

規定により起訴が行われる<sup>11)</sup>。欧州検察官は、管轄を有する国内の公務所と並んで、判決の執行の指揮と監督についても責任を持つものとされている<sup>12)</sup>。

欧州検察官の制度が本当に必要だとする意見もあり、欧州委員会により2001年に編集され、コルプス・ユーリスの提案をかなりの部分において採用する「グリーンブック」がその見解である。しかし、「ユーロジャスト」の名称ですでに存在する、重大な組織犯罪の防遏のための司法協力の調整機関があればそれで十分であるという意見もあり、見解の対立が見られる。すでに前述したように、欧州憲法草案にはこの点について「設置することができる」とする規定を置いているだけである。たしかに、このような、主権国家である加盟国の国家機構の内部にまで直接に干渉していく制度の必要性が本当にあるのか、それとも、それは欧州連合の官僚機構の膨張現象の1つの現れにすぎないのかはきわめて疑わしいところである。

コルプス・ユーリスの27条は、上訴として管轄の国内裁判所への控訴を規定している。第1審で一部無罪または全部無罪の判決が出されたときには、欧州検察官にも控訴の権限が認められている。欧州裁判所は、加盟国または欧州委員会または当該の法的案件が係属する国内の裁判所の求めに応じて、一定の要件のもとで、コルプス・ユーリスの規定の適用に関する審査権限を有するとされている<sup>13)</sup>。

特記すべきことは、一事不再理の原則をすべての加盟国に及ぼすことを明記していること<sup>14)</sup>と、無罪の推定について特に規定していること<sup>15)</sup>である。

問題を含んでいるのは、欧州勾留状〔拘禁命令〕(Europäischer Haftbefehl)の制度と証拠使用の禁止に関する規制である。この欧州勾留状は、コルプス・ユーリスにより捕捉された犯罪、すなわち経済犯罪の領域に限定されてお

---

11) コルプス・ユーリス 22 条。

12) コルプス・ユーリス 23 条。

13) コルプス・ユーリス 28 条。

14) コルプス・ユーリス 23 条 4 項 b)。

15) コルプス・ユーリス 31 条 1 項。

り<sup>16)</sup>、欧州検察官の請求に基づいて出されるものであるが<sup>17)</sup>、未決勾留の要件と規制に関するスタンダードが加盟国により区々であることと、犯人引渡し法の要請と衝突すること、特に自国民の引渡しの憲法上の禁止があることが深刻な問題を生じさせる。この点については、最近動きがあるので、次のところで詳しく取り上げたいと思う。証拠使用の禁止に関する33条も、正当にも批判にさらされている。加盟国の間で法治国として要求されると考えられているものがかなり異なることから、33条2項はすべての加盟国が受け入れることのできる規定ではないであろう。すなわち、その規定は、ある加盟国の国内法に従って適法に収集された証拠を別の加盟国で使用しようとするときに、その国ではそのような証拠の収集は不適法であるという理由ではこれに反対することはできないと定めているのである。

5. さまざまな加盟国の刑法学者から成る1つのグループがコルプス・ユーリスの起草というような大きな仕事に立ち向かったことは敬意を表するに値することである。これまで述べてきたように、このプロジェクトは一連のすぐれた成果を生んだ。他方で、首をかしげざるを得ない多くの内容も含んでおり、決して模範とされるべきものではなかろう。ここでは、問題点として、誤った傾向としての早期処罰の拡大、制裁に関する規定の不十分さ、組織体処罰に関する規定の失敗だけをあげておこう。加盟国の法規定を相互に調和させるにあたっては、個々の法体系の発展段階が著しく異なるという事実を考慮しなければならないが、それにしても専門的見地から見てコルプス・ユーリスが決定版であるというようなことは言い得ないことであろう。

---

16) コルプス・ユーリス 20 条 3 項。

17) コルプス・ユーリス 24 条 1 項 b)。

### III.

現在、**欧州勾留状**を導入すべきかどうかの問題が特に大きな問題とされるに至っている。欧州連合の閣僚理事会により行われた2002年の枠組み決定は、その要件をあげている。該当する犯罪のカタログを見ると、コルプス・ユーリスに列挙されている欧州連合の財政利益に向けられた犯罪よりも、はるかに拡大されている。加盟国の立法者たちがこの欧州勾留状の導入に踏み切るならば、該当する犯罪に関して、ある加盟国において勾留状が発せられたとき、他の加盟国においてもそれは執行されなければならないことを意味する。結果として、相互主義の原則にもとづく厳格な犯人引渡し法の要件はかいくぐられてしまうこととなるのであろう。とりわけ、ドイツが採用しているような自国民の引渡しを禁止する憲法の原則は、もはや欧州連合の国々との関係では妥当しないこととなってしまう。また、その行為が該当者の属する国の法によっても犯罪となることも不要とされている。さらに、勾留に関し加盟国の間で法治国として要求されると考えられているものがかなり異なることから、いくつかの国の法体系にとってはきわめて不満足な結論が生じてくることになる。それに加えて、欧州連合の枠組みガイドラインはこれまで欧州議会ではなく、閣僚理事会の決定により作成されてきた。たしかに、これらを国内法に転換するためにはそれぞれの加盟国の議会の決定が必要である。しかし、それぞれの国の議会は枠組みガイドラインに拘束されるのであり、したがって、決定は閣僚理事会、すなわち行政部が担い、立法機関により行われるのではないこととなる。身柄の拘束は基本法により保護された個人の領域への国による最も強度な侵害を意味することを考慮すると、ほかならぬ人身の自由の侵害との関係で議会を通しての正当化の付与なしにすませることは許されないとわなければならない。

ドイツにおいても、また他の加盟国においても、欧州連合のこのガイドラインに対しては強い異論が提起されたが、それももっともなことであった。そればかりか、ドイツの刑法教授たちは、2003年秋に、そのためにドレスデンで開かれた学会に集まり、専門的立場からの疑念を表明した。しかし、それにもか

かわらず、ドイツは、加盟国中の最初のいくつかの国の1つとして、「欧州勾留状法」を制定して、このガイドラインを国内法に転換し、この法律は2004年の夏に施行されてしまったのである。ところが、その後、連邦憲法裁判所は、この法律を違憲であると宣言した。それはこの法律がドイツ国民の基本権を十分に保障するものではないという理由に基づくものであった<sup>18)</sup>。この法律が、ドイツ国民を他国に引渡す際に、その要件の有無をドイツの裁判所に審査させる可能性をその者に保障していないことが問題とされたのであった。この判決は、ドイツにおいて歓迎されているが、それは欧州連合による立法に対し限界があることを示したものであり、その限界は個々の加盟国の主権から生じる保護義務から生じるのである。欧州連合は連邦国家ではない。

#### IV .

コルプス・ユーリスの起草者たちと他の学者たちは、提案された諸規定を、欧州連合の財産的利益の保護という直接の関心事を超えて、**包括的な統一的なヨーロッパ刑法の中核モデル**としたいと考えている。しかし、全体として統一的な刑法を制定することがそもそも現実的な目論見であるのか、そして本当に目指し甲斐のあるものなのかという疑問が生じる。ドイツ人にとっては、1871年のドイツ統一の際に、統一的な刑法典が成立したことがただちに連想される。そのときまで、ドイツを形成する各国家は、各自の刑法典を持っていた。しかし、ヨーロッパの問題状況との大きな違いを見逃すことはできない。当時は、それ以前に各国は相互にきわめて類似した刑法典を持ち、それらは同一の法的伝統にもとづいて発展してきたものだったのである。しかも、すでに統一的なドイツ刑法学が存在していた。これに対し、欧州連合においては、特に英米法系の刑法とヨーロッパ大陸法系の刑法という2つの著しく異なった刑法の文化が併存している。それらは根本原則という点で異なる。たとえば、英米法

---

18) BVerfG NJW 2005, 2289.

圏の刑法には体系的思考というものは殆ど見られない。そればかりでなく、法典化を目指そうとする考え方があつかないか、そして処罰の範囲が広いか狭いかという点でも著しく異なる。さらに、ヨーロッパ大陸法の国々の内部においても、相互に大きな相違があり、学問的見地からは、たとえばフランス刑法と他の多くのヨーロッパ諸国の刑法との間には大きな違いがあるし、特に文化的見地からは、たとえば性刑法のいくつかの部分、墮胎罪の処罰、婚姻と家族の刑法的保護といった領域で相互に大きな違いがある。従って、全体として統一的なヨーロッパ刑法を生み出そうとする目論見は、これからも長期にわたり殆ど現実性がないように思われる。なお、このことは、アメリカ合衆国における1962年の模範刑法典および1973年のラテンアメリカ模範刑法典の経験に照らしても確認されることである。これらは、それぞれ相互にかなり類似した法的伝統に関わるものであるにもかかわらず、統一的な刑法をもたらすには至らなかったのである。また、個々の問題点との関係でも、モデルとして役立ったとは殆どいえない。

さらに問題となるのは、一般的なヨーロッパ刑法の統一が目指す価値のある目標であるのかどうかである。刑法は、倫理的的最小限として、また最も峻厳な国家的制裁手段として、あらゆる国家的秩序の中核的部分に属するものである。したがって、そこには、各国の特性、伝統、価値的評価が反映している。たしかに、刑法学の国際化傾向の進展という現象が観察でき、それは国境を越えた普遍的刑法学への動きといい得るものである。しかし、それらは主として犯罪の一般的要件に関する、学問的に普遍的に妥当する諸認識の獲得という側面であり、個々の犯罪の内容や立法者によるその評価は、特に人権侵害に関わる国際刑法は別として、原則的に各国それぞれにまかされた問題である。そこで、そのような一般的な学問的認識の領域、国際刑法上の犯罪やその他の限定された範囲の国際的な法益に関わる犯罪の領域を越えて、包括的な刑法の統一化を実現しようとすることは、各国の文化的な相違を否定するものであり、そればかりか技術官僚主義的均質化に帰着しかねないことであろう。従って、ヨーロッパ諸国の刑法の一般的統一化は、ヨーロッパにおいて国民国家が存続す

る限り、目標とすべきことではない。そして、ヨーロッパにおける国民国家の存続は揺るぎないところなのである。欧州連合の加盟国が25か国となった現在では、国民国家の存続はさらに揺るぎないものとなったといえよう。

ただし、欧州連合固有の超国家的な財政利益を理由として、また、加盟国間の国境がなくなることにより生じる経済空間の統一性を理由として、実際上の統一の必要性がある刑法の部分領域については別問題である。予定されている欧州憲法も、一般的な統一を目指すものではないことはすでに述べた。他方で、部分領域における統一は、経済刑法の領域を越えて、さらに拡大する可能性がないとはいえない。その点で特に疑問とされるところは、刑事手続法における動向である。たとえば、欧州勾留状の問題などを見ると、法治国家として進んでいる加盟国はそこにおいて到達したスタンダードを低下させられてしまうことを心配しなければならぬ事態が生じている。ちなみに、欧州連合の刑法に関する権限が拡大し、それぞれの国の刑事立法のための拘束力あるガイドラインを定立することができるようになり、さらには、刑法の領域をも含む直接的な立法権限が認められるようになれば、これまでも存在する正当性の問題、すなわち民主主義的正当性の問題がさらに先鋭化するであろうことも意識しておくべきであろう。最も峻厳な国家的強制の形式としての刑法にとり、民主主義的正当性を備えることは、法治国家としての基本的な要請である。そのことは、井田良教授も、ドイツ語でも公表されている論稿の中ですでに指摘しているところである<sup>19)</sup>。欧州憲法草案は、欧州議会の関与を予定しているが、しかし、加盟国の政府の代表からなる閣僚理事会の方がやはりより大きな役割を営むこととされているのである。

最後に指摘しておきたいことは、国民の欧州連合への情熱も冷める傾向にあることである。それはすでに述べた、欧州憲法に対する国民投票による否決という結果に特にはっきりと現れている。フランスとオランダは欧州連合の創設期からのメンバーであったにもかかわらず、否決の結果となって現れたのであ

19) 井田良「越境犯罪と刑法の国際化——問題の素描——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』（2006年）677頁以下。

る。情熱が冷めてきていることの一因は、ブリュッセルの官僚機構の膨張に対する批判が強くなってきたことであろう。それは、技術官僚があらゆるものの規制に走り、また膨大な財政的支出をいとわない傾向にあることが明らかとなってきたからである。さらに、政治のレベルにおいてブレーキとなっているのは、英国がつねに消極的であることと、新たに加わった東欧諸国が不満を持っていることである。つまり、東欧諸国としては、ソ連の崩壊後に主権を完全に取り戻したのに、今やそれを再び部分的に欧州連合に譲らなければならない事態が生じていることに不満を感じているのである。しかしながら、他方において指摘すべきことは、加盟国家間の経済的な絡み合いは今では高度に進展し、一時的に統合への動きに停滞が生じることはあっても、後戻りすることはもはや不可能であるということである。

#### [訳者あとがき]

本論文は、慶應義塾大学大学院法務研究科の招きにより来日したハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（Hans Joachim Hirsch）教授が、2006年3月28日に慶應義塾大学において行った講演の原稿（原題は、Probleme europäischer Strafrechtsharmonisierung）を訳出したものである。欧州憲法条約の規定の訳出にあたっては、小林勝監訳・解題、細井雅夫＝村田雅威訳『欧州憲法条約』（2005年、御茶の水書房）を参考にさせていただいた。

ここでは、簡単に著者のプロフィールを紹介しておきたい。ヒルシュ教授は、1948年から52年まで、ゲッティンゲン大学とハイデルベルク大学で法律学を学んで法曹資格を取得した後、1957年に、「消極的構成要件要素の理論」により博士学位を取得し（1960年に単行本として出版）、1966年に、「名誉と侮辱」で教授資格を取得した（1967年に単行本として出版）。1966年に、レーゲンスブルク大学の正教授に就任、1975年にケルン大学法学部に教授として迎えられ、同時に同大学の刑事法研究所の所長になり、1994年の定年までその地位にあった。ヒルシュ教授は、多くの犀利な論文により戦後におけるドイツ刑法学の黄金時代の一翼を担ったが、主たる論文は1000頁に及ぶ論文集『刑法の諸問題』

(1999年)にまとめられている。『ライプツィヒ大注釈書』の共同執筆者であり、違法性阻却事由総論、緊急避難、傷害罪等のいくつかの条文の網羅的な注釈(特に第11版)も有名である。1987年から最近まで、ドイツを代表する『全刑法雑誌』の編集主任を務めた。本塾名誉博士であるほか、ギリシア、ポーランド、韓国の諸大学から名誉学位を授与されている。