

資 料

ヘルムート・ザツガー
ヨーロッパにおける刑法の
ハーモナイゼーション

安 達 光 治 (共訳)
佐 川 友 佳 子

1. は じ め に

ヨーロッパ連合 (EU) は、現在までのところ、25の加盟国を数えています。2007年には、その上にさらにルーマニアとブルガリアが加盟します。したがって、EU は、その傘下において、人口数で約5億の人々を一つにまとめているだけでなく、異なる伝統や考えを持った多くの多様な法制度をも一つにしていますし、刑法や刑事訴訟法上の多様な制度をも一つにしています。この場合、根本的な違いというのは、コモンローとそれ以外の大多数の大陸型の刑法規則との間にある違いだけを考えて欲しいと思いますが、EU が広がりを見せた結果生じた問題を解決し、制度の構造を安定化させるために、EU に新しい憲法を制定することが試みられています。そのようなことを試みる場合、さらに権限や決定機関をより明確な原則に基づかせるべきですが、私が大まかに示しますように、それは刑法に対する重大な結果をも伴うものです。新憲法の制定の試みに対応するのは憲法条約ですが、憲法条約は、2004年4月29日にEUのすべての加盟国によって署名されました。しかしながら、その批准は、現在のところ少なくともフランスとオランダでは国民投票によって拒否され、停止された状態にあ

ります。ドイツでも、憲法条約を批准するかどうかは、連邦憲法裁判所の判断にかかっています¹⁾。従って、ヨーロッパ憲法が現在の条文のままでは施行されるかどうかは、予断を許さない状況にあります。しかしながら、それがひょっとしたら文書としては法的拘束力を獲得しないかもしれないとしても、そのうちのいくつかの部分が、とりわけ刑法上重要な、個別条約として拘束力を持つ可能性は、大いにありうることです。

現在の EU 設立条約（マーストリヒト条約）の立場によれば、少なくとも通説的には EU の市民に対して直接向けられる刑罰法規、すなわち国内刑法にたとえられるような 刑法規定を設ける権限はヨーロッパの機関にはありません²⁾。従って、超国家的な刑法など存在しませんし、またそのようなものを創り出す権限もありません。しかし、EU を構成する国の国内刑法は、2 つの点においてヨーロッパ法と関係を持つことがあります。ひとつは、EU のいわゆる第一の柱の枠内においてです。それは「ヨーロッパ共同体」(EC) と呼ばれているもので、超国家的な組織です。それによって目指されているのは、ヨーロッパ共同体の領域内で経済の共同市場を作り出すことです。もうひとつは、刑法が EU のいわゆる第三の柱（EU 条約29条以下を参照。）において、1 つの、しかもかなり重要な役割を果たしていることです。それによって、EU の加盟国の間で行われている刑事事件に関する警察や司法の共助が書き換えられます。荒っぽくいいますと、国境を越えて刑事訴追を容易に行えるようにするために、統一的な司法の領域を作り出すことが問題になっているのです。以下において詳しく述べますが、それぞれの加盟国における刑事制裁および刑事手続法規定の多様性は、この2つの目標、つまり統一的な経済市場と統一的な法域の構築 と衝突する可能性があるのです。このことこそが、私が本講演で申し上げる刑法のハーモナイゼーションに関する問題の出発点なのです。

2. 刑法のハーモナイゼーション(調和させること) という概念とその必要性

ヨーロッパにおいて刑法を調和させることの必要性という問題にアプローチする場合には、まずもって、そもそも「ハーモナイゼーション」(Harmonisierung)とは何かという問題を解明することが必要です。明確な回答が試みられることは稀なのですが、しかし、問題設定の射程範囲を正確に画するためには、これがまさに重要なのです。まずもって、法的な文脈において調和させることとは、規範の相違を前提としているのだということは、比較的たやすく確認できるでしょう。もっとも、その際、消極的に定式化するならば、このような相違を取り除くことだけが大事なわけではありません³⁾。そうでないと、そのためにこの概念は、一本調子という意味での統一性の確立に矮小化されてしまいます。ハーモナイゼーションとは、それ以上のもの、音楽におけるように、それがハーモニックでありさえすれば、多重のサウンドの存在を許すものであり、言い換えれば、それは、システムとの関係において、不協和音は許さないというものです⁴⁾。これによって、ハーモナイゼーション概念の理解にとっては、我々のテーマに関する新たな枠組みが提示されます。ハーモナイゼーションが多様な法規定の接近をどの範囲で帰結するかに応じて、以下のような様々なカテゴリーが構成できます。

a) 調和作業が現実には、国内規定の間にあるすべての相違を取り除くところにまで達するべきであるなら、つまり、現実には「法的な一本調子」が生まれるところにまで至るべきであるなら、我々が行うことは法の統一です。その場合には、その限りですべての加盟国に統一的な刑法が妥当することになります。それは、まず理論的には、次の2つの態様で処理することができます。

- EU によって超国家的な刑法を作り，それが全加盟国に直接に適用される。その場合には，さらに，正確な言葉で表現すれば，全加盟国に同一の法が妥当する。

あるいは，

- 各加盟国に同じ内容の刑罰規定ができるように国内法を調整するよう，各国の立法者に指示する。その場合には，正確な言葉で表現すれば，法源は異なるがゆえに同一ではないが，しかし，同じ（内容の）法が全加盟国に妥当する。

b) 調和作業が，すべての相違を取り除くのではなく，相違を，耐えられる程度に小さくするものである場合には，それは法の接近，あるいは，同じ意味ですが，法の同化ということになります。このカテゴリーだけを狭い意味での「調和作業」と理解することも，しばしばあります。この形式の調和作業を達成するための道具として，ヨーロッパ共同体の枠内におけるヨーロッパ法は，EC 条約に基づいて，EC 指令を用いることができます。刑事事件における警察および司法共助という EU 条約の第三の柱の文脈の中では，枠組み決定がこの機能を果たします。いずれの場合においても，ヨーロッパの立法者は目標を設定することができ，そして，この目標を達成するための手段の選択は，各国がその固有の責任において行うことができるのです。このことは，原則として次のような帰結を導きます。すなわち，各国の立法者は自国の刑法体系に適した多様な規定を制定することができるのですが，それらは，ヨーロッパ法によって設定された目標を達成することになるということです。その際に問題となるのが，とりわけ刑事事件における警察および司法共助の領域においてもそうであるように，いわゆる「ミニマムな調和作業」である場合には，ヨーロッパ法の立法者は達成されるべきミニマムを設定しますが，加盟国は，それを超える刑罰構成要件を制定し，あるいはミニマムを超える法定刑を定めることも自由です。しかし，すでにこの点において，これは法接近の考えられ得る唯一の方法ではないということが言われています。拘束力ある法的行為

(Rechtsakt)を通じた指示という方法による法的に拘束力のある法の同化に対する対案として、加盟国の自由意思に基づく国内刑法秩序の自律的な接近も考えられるというのです。とりわけ たとえば合衆国やオーストラリアにおけるように 加盟国における改正のための 法的には拘束力はない 基準として、かつ指針として役立つ模範刑法典が存在する場合が、これに当たると言われます。これについては、後に詳しく述べます。

3. ヨーロッパ法の視点から見た多様な刑法的規制の重要性

ところで、そもそもなぜ、ヨーロッパ共同体やヨーロッパ連合のような組織体にとって、様々な国内刑法ないしは刑事訴訟法を同一にさせる、あるいは統一することが、重要な、ないしはそれどころか必須のことであり得るのでしょうか？ 少なくとも一見するところ、ヨーロッパ法は刑法にはほとんど関心を払っていません。しかし、私はここで、あまりに不統一な国内刑法が、ヨーロッパ法全体の中でどれほどの不調和を生み出しており、そのためにハーモナイゼーションが必要とされるかを示す、3つの点について論じることになります。

a) 共通市場の侵害

ヨーロッパ連合の最初で最も有意義な支柱をなすヨーロッパ共同体は、もともとヨーロッパ経済共同体として発足しました。当初から、加盟国間の共通市場の創出がこの共同体の主要目的の一つとみなされており、条約によって確固たるものとされたのです。「共通市場」という構想は、「内国市場を融合し統一市場を形成するために共同体内での取引におけるあらゆる障害を取り除きそして統一市場の条件を内国市場のそれにできる限り近づける⁵⁾」というヨーロッパ裁判所の言葉に内容として含まれています。このような広い定義は、刑法におけるハーモナイゼーションの必要との関連で重要となる、少なくとも次の3つの側面を含んでいます。

(1) 第一に、共通市場という理念は、競争を不正から保護し、かつそのような共通市場を機能させるために必要な限りで、加盟国の国内法規定の同化を実現するようなシステムの支配を唆しています⁶⁾。しかしその場合、刑法は競争を不正なものとするのかどうか、そして共通市場を機能させるために刑法の同化は必要なのかどうか問われます。もちろん、まさに、当時まだヨーロッパ経済共同体と呼ばれた共同体の創設のための条約が、1957年にローマで調印されてから数十年間、誰も刑法のことだけを考えてきたわけではないことを考えるなら、すなわち共通市場、ないしはヨーロッパ的な統合そのものが話題になっていたのなら、この問いには即座に「否」と答えられるでしょう。今日まで、各加盟国に直接適用可能な、まさに超国家的なヨーロッパ刑法は、現実に存在していません。それどころか、通説によると、これまでヨーロッパ共同体には、その種の刑罰法規を設ける権限はないとされてきたのです⁷⁾。しかし、それにもかかわらず、共通市場を立ち上げ、機能させるのに、刑法は意義を有しないわけではないということ、否定しにくいところです。それには、各加盟国における刑事政策が、部分的にきわめてまちまちであることを考えるだけで十分です。脱税、資金洗浄、詐欺、環境犯罪などに関する立法者の怠惰な態度は、ある一つの加盟国の企業に、外国の競争相手として競争上不正な利益をもたらすことがあります。刑法は、ある企業の本拠地の決定の影響を与え得る、まさに場所的要因となるので、見かけに反してこの法領域も、共通市場を立ち上げ、機能させる上でまさに障害となり得ます。ここでは、ハーモナイゼーションによって是正がなされるでしょう。

(2) 共通市場の第二の側面は、EC条約によって保障される基本的自由の実現にあります⁸⁾。物流の自由（EC条約23～30条）、退職の自由という形態での職業選択の自由（従属労働者に関するEC条約39条2項）および開業の自由（独立自営業者に関するEC条約43条2項）、サービス流通の自由（EC条約49条以下）、そして最後に資本流通の自由（EC条約56条1項）がこれに数えられます⁹⁾。これらの自由の保障は、少なくとも原則に

において、その行使の間接的な妨害そのものがヨーロッパ共同体条約によって禁じられているものにまで及びます¹⁰⁾。しかし、そのような障害は、刑法上の規定と、そこから帰結する連合市民に対する有罪判決言渡しの可能性によっても生じ得ます。

現在ドイツにおいて激しく議論されている例は、刑法284条の意味での賭博として位置付けられているスポーツ賭博(くじ)です。この規定によると、官庁の許可なく公然と賭博を開催し、またはそのための施設を準備した者が可罰的とされます。ドイツ連邦のバイエルン州では、これまで「賭博の国家独占」が存在していましたが、これによると、名目上「賭博中毒と問題のある遊戯態度への対策のために」国家のロット開催者だけがスポーツ賭博を組織できるとされています。同時に、このことは国家に対して莫大な収入をもたらします。最近、ミュンヘンの上級ラント裁判所¹¹⁾は、あるイギリスのブックメーカーに対するバイエルン州での開催許可があると思っていた、私的なスポーツ賭博の開催者が、無許可の賭博開催のかどで起訴された事件を審理しました。そのイギリスのブックメーカーは、そのような賭博の開催についてイギリスでの許可を得ていました。

ヨーロッパ裁判所では、国境を越えてなされる賭博やくじの開催は、EC条約50条の営業概念に包摂されるとするのが確立された判例です¹²⁾。この一般原則によると、営業の自由(EC条約49条)によって、加盟国の差別的な処分のみならず、営業の自由を妨害し、ないしはその魅力を低める可能性のあるあらゆる処分がすでに禁止されます¹³⁾。これに従うなら、賭博の開催を処罰するドイツの刑罰法規は、ブックメーカーの営業の自由に対する妨害 それも実質を伴う妨害 であることとなります。しかし、基本的自由の差別的でない制限は、ヨーロッパ裁判所によって展開された共同体法の基準によると、それが**やむを得ない公共の利益の根拠によって**正当化され、その限りで比例的である場合には、例外的に許容されます¹⁴⁾。たしかにヨーロッパ裁判所はすでに判例において、道徳的、宗教的、文化的考量への顧慮と、賭博と結びつく犯罪行為の実行へ

の高度の誘因やくじへの参加がもたらし得る有害な人的、社会的結果を考慮の上で ロット開催者への有罪判決言渡しに際して、ある評価を許していますが、それは広範にわたる差別的でない制限が、禁止にまで至ることを正当化し得るものです¹⁵⁾。„Gambelli“ に関する最近の判例において、ヨーロッパ裁判所は、「やむを得ない公共の利益」の援用は、制限を行う国家が、許可を得た賭博開催者に関して収益目的でゲームや賭博を広めていくという政策を追求する場合には疑わしいものであると論じました¹⁶⁾。スポーツ賭博に関しては、最近、連邦憲法裁判所も言明しており、そこでは根本的に賭博の国家独占に対して疑問を投げかけています。その際、前面に出てくるのは、国家によるスポーツ賭博が、賭博中毒の対策に適したものであり、かつそれに向けられているとはほとんど認識できないということ¹⁷⁾。むしろ、収益を増やしていく過程で、このような賭博開催の広告が行われているとされたのです¹⁸⁾。そのような背景のもとで、ミュンヘン上級ラント裁判所の判決は、具体的事案において、ドイツのスポーツ賭博開催者の有罪を否定し、スポーツ賭博開催についてのイギリスの許可が存在することで十分であるとしたことは、歓迎すべきことです。

このケースにより、国内の刑法が共通市場の基本的な構成要素としての基本権の保障に対立し得る場合には、その限りで、基本的自由に完全な実効性を持たせるために、ハーモナイゼーションの必要性が確認されることが、明らかとなりました。

(3) 最後に、共通市場という構想は、特定の政策を追求し実現し得るものであることを示唆しています。例えば、EC条約は、共通の国家経済政策、交通政策、あるいは共同体の環境政策を規定しています¹⁹⁾。ここで、仮に、ばらばらの、ハーモナイズされていない加盟国の刑法がこれらの政策実現のための改善措置と衝突していると言えない場合でも、共同体によって効果的に追及されるあらゆる政策が、それを貫徹するための装置を必要とすることは不可避です。刑法は、政策を貫徹するための装置として投入される「最も切れ味の鋭い剣」ですので、特に委員会が、加盟国の刑

法上の制裁を、それ以外のハーモナイズされた処分に従属する形で統一させようと努力することは当然のことに見えます。1年前までは、このような努力は実務上の重要性を有しませんでした。ヨーロッパ裁判所や圧倒的多数の論者も、EC法によって加盟国の立法者に国内刑法の投入を命じることができるということは、否定していました。共同体の視点からは、共同体の政策目標を国内法によって達成することだけが意味のあることで、講じられるべき手段については加盟国が自由に決定できるとされていました。このことは、あらゆる国家はそれぞれ刑法と行為態様の犯罪化の観念を持っているというだけで、意味のあることとみなされていました。これらの問いかけに対して共通の回答を用意するヨーロッパ刑事政策は、これまで存在していなかった(あるいはいまだに存在していない)のです。それゆえ、どのような態度が犯罪とされるかは、国内法の問題であって、共同体法の問題ではないのです。これに対して、ヨーロッパ裁判所は昨年9月に環境刑法に関する判例において、ある唐突な転換を図りました²⁰⁾。少なくとも環境政策については、同裁判所はEC条約の一般的構想から、ヨーロッパ共同体の立法者は共同体法の環境政策の遂行に必要とされる限りで加盟国に、刑法上の処分を取らなければならないと命じることが許されることを読み取ったのです²¹⁾。この判例は、そのような方向性に対するこれまでの異論についてほとんど論及していません。これについては、後ほど述べることにします。

b) 真のヨーロッパ的公益の保護、とりわけ連合の財政的利益の刑法による保護

統合がますます進む中で、場合によっては真のヨーロッパ的公益として把握され、まったくもって国民国家にも比肩しうる、ヨーロッパレベルでの共通の利益が生じています。そこでの主要な例はEUの財政的利益です²²⁾。そこで問題となるのは、すでに述べましたようにEUが刑法制定権を有するのではなく、これについては加盟国だけが依然として管

轄を有しているということです。加盟国が自国の刑法を EU の財政的利益を保護するために用いなければ用いないほど、EU は自らを保護し得ないまま、ますます侵害可能となるのです。EU 自身が自己の利益と法益を保護するためにヨーロッパを管轄する超国家的刑法を公布する権限を与えられていない限り、EU に対する加盟国の一般的な忠誠義務（EC 条約10条；ヨーロッパ憲法 -5 条 2 項）では支えきれない、EU のある一定の脆弱性が存在するのです。この点に関して重要なのが、ヨーロッパ裁判所の著名な事例、いわゆる「ギリシャのトウモロコシに関するスキャンダル（Griechische Maisskandal）」です²³⁾。

委員会は、1986年3月にある企業によってギリシャからベルギーへと輸出された2回のトウモロコシの船荷に関する条約違反で、ギリシャ共和国に対して条約違反に対する手続（EC 条約226条）を開始しました。ギリシャ当局側は、トウモロコシが公式にギリシャのものであると申告しましたが、実際には、ユーゴスラビア産のものでした。そのため、EC が管轄を有する農業関税はベルギーからもギリシャからも徴収されませんでした。というのも、公式には第三国からの輸入ではなかったこととされるからです。ギリシャは、共同体法に違反する農業上の脱税の関与に対してギリシャ国内の法規定によって定められた刑事処分や懲戒処分を行いませんでした。委員会の心証によれば、ギリシャの公務員は、脱税に共働ただけでなく、事後的に偽造文書を発行し、脱税を可能な限り隠蔽するために虚偽の説明を行ったとされました。しかるべき手続を行なうようにとのギリシャに対する委員会の要請は、無為に終わったのです。

ヨーロッパ裁判所の明言するところによると、加盟国の、共同体に対する忠誠義務から以下のことが導かれます。すなわち加盟国は、共同体法の妥当と実効性を保障するために、あらゆる適切な措置をとるよう義務付けられているということです。もっとも、その際に制裁の選択が残されている加盟国は、以下の点に配慮しなければなりません。すなわち共同体法に対する違反は、国内法に対する同種で同程度の違反による場合と類似した

実体法上、手続法上の規定に応じて処罰されるということです。その際、制裁は少なくとも有効で比例原理に適った、しかも抑止的なものでなければなりません。さらに共同体法違反に対する国内上の位置づけは、対応する国内法上の規定の適用に際してなされるのと同様の配慮でもって行なわれなければならないのです²⁴⁾。

ギリシャ当局が何の障害もなかったにもかかわらず、責任者を刑法上も懲戒法上も訴追しなかったのであれば、ギリシャの条約違反は認定されたでしょう。

同時に、ここで次のことが注意されなければなりません。すなわち国内刑法の立法者の任意の行動だけでは、なおヨーロッパ的法益の効率的な保護には至りえないということです。加盟国における刑罰法規が相互に明確に異なる場合、他方では、競争における不公正(Wettbewerbsverfälschungen)が生じます。それは、いわゆる「デラウェア」効果(„Delaware“-Effekt)と言われるものです。これは投資家に非常に有利なように会社法を設えることによってその魅力を高めようとしたアメリカ合衆国のデラウェア州に倣って名づけられたものです。同様に 刑法体系があまりに不統一である場合には 同様に、競争における不公正が生じ得るでしょう。

c) 国境を越える犯罪との闘争

刑法だけでなく、刑事訴訟法の同化の必要性も基礎とするもう1つの重要な観点は、ヨーロッパにおける越境犯罪との闘争の困難さです。ヨーロッパ統合と統一市場の創出によって国境の検問が廃止され、その後、いかなる者にも、もちろんいかなる犯罪者にさえも国境を越えることが何の問題もなく可能になったことに基づく、ある種の不合理が存在します。他方で、刑事訴追機関に対する国境は依然として閉じられたままなのです。その活動の可能性は原則上自己の国家領域に限定されています。捜査活動や訴追活動のさらなる拡大は、伝統的に腰が重く時間ばかりかかる司法共

助（Rechtshilfe）に左右されるのです。

これに対しては、まさに近時 司法共助を極めて簡素化し、ヨーロッパレベルでの一連のハーモナイゼーション措置を通じて対応するものとされています。

すべてのヨーロッパ連合加盟国に及ぶ統一的な、以下の法的領域（Rechtsraum） いわゆる、自由の領域、安全の領域、権利の領域という目標的な観念によって機能するのです。すなわち、そのような法的領域内では、国境を越えた刑事訴追が、1つの加盟国内での刑事訴追と同じように、簡素であり得なければならないのです。ここでは特に、双罰性という古典的条件が、効率的な国境を越えた刑事訴追に対する障害なのです。それゆえ、その廃止が、EU レベルでの近時のハーモナイゼーション措置と提案の核心でもあります。例えば、先駆的にヨーロッパ逮捕状²⁵⁾が導入され、それによってEU加盟国間の引渡しが広く廃止されました。古典的な引渡し法に特有であったような、政治に左右される承認手続のない純粋な司法手続が、双罰性条件に取って代わったのです。双罰性の要件は32の犯罪グループのカタログに対しては維持されず、自国民であっても引渡し手続から除外されないのです。

4. 現行法解釈による、そして将来のEU憲法に基づいたハーモナイゼーションの可能性

これまで、私たちは、具体的な法の基礎から離れて抽象的に、ECないしはEUの目的に鑑みて上述の意味でのハーモナイゼーションの必要性がどのような場合に明らかになるのか、という問題の追究を試みてきたのですが、更には、現行法では具体的に刑法の領域で、どの程度ハーモナイゼーションが認められているのか、と問う必要があります。さらにまた、必要に応じて、EU憲法に基づいた法的基礎についても見通しを述べるべきでしょう。

a) 既に確認したように、争いはあるものの適切かつ支配的な見解によると、直接適用可能なヨーロッパ刑事刑法を設けることは、共同体法のこれまでの水準からすれば、一般的にはあり得ません。刑法を制定することに対して、加盟国は、自らの完全な主権を保持しているのです²⁶⁾。

もっとも、ここで、ヨーロッパ憲法は、根本的な変容をもたらすでしょう。この憲法は、連合の財政的利益を害する詐欺と闘うという目的のために、少なくとも部分的には、真の超国家的刑事刑法の制定を許容しているのです(ヨーロッパ憲法 -415条4項)。

それにもかかわらず、すでに今日でも『ヨーロッパ刑法』という言い方をすることは、誤りではありません。というのも、~~刑事~~刑法の周辺の領域、すなわち、ドイツでは秩序違反法に、他の国では行政刑法に属する領域において、広い意味では刑法的性格を持った超国家的な規定が存在しているからです²⁷⁾。例としては、制裁金(Geldbuße)だけを挙げておきましょう。これは、ヨーロッパカルテル法でヨーロッパ委員会によって課され、数億ユーロという金額になることも稀ではなく、非常に明白に、抑止的な性質を持つものです²⁸⁾。

b) 国内刑罰法規の同化が問題となっている場合、解釈論的には、EUの第一と第三の柱は区別されなければなりません。EC条約は、これが条約の目的達成のために必要である限りで法の同化を認める、多数の法的基础を含んでいるのです。その際、典型的な法の同化手段は、EC指令、つまり、名宛人に対して到達されるべき目標に関してのみ拘束力があって、目標達成のための形式と方法に関しては拘束力のない法的行為です。

刑法は、その場合、明確な例外ではありません。特定の行為態様について刑法上の評価が様々な国で相違するということは、上述のように統合過程を妨げ得るものですので、EC条約の論理によると、加盟国の実体刑法も、共同体のハーモナイゼーションの権限によって原則的に把握されるということになります。例えば、交通刑法、食品刑法、あるいは

は環境刑法の同化が考えられます。しかし、上で引用した環境刑法に関する判決でのヨーロッパ裁判所のように EC は、場合によってはさらに法の統一化にまで至る可能性のある、広範囲な刑法の同化権限を行使することができるかと推論しようとするならば、それはあまりに短絡的な評価でしょう。そのような刑法の統一化の結果が、各加盟国においてそれぞれの国の刑法典を基礎にするとしても内容的に一致した刑罰構成要件が適用される可能性を持つものであると考えるなら、ただ、加盟国のみに刑法創設の権限があるのであって、EC にはないのだという、冒頭の結論と矛盾することになるでしょう。しかし、もっぱら、そして最終的に、EC が、例えば、全ての加盟国に向けられた指令を通じて、適用されるべき刑罰構成要件が内容的にどのように形成されるのかを決定する場合、そこには刑法の領域におけるヨーロッパ共同体の法制定権限の欠如を、形式上、回避することが含まれているのです。それゆえ、適切かつ周知の見解に従えば、ハーモナイゼーションの権限は、その領域内に限定されなければならないのです。もっとも、どの範囲までこの制限が及ぶのかという点においては、一致をみていません。実務上、該当する指令の中に見出されていたのは、従来上述の、環境刑法に関するヨーロッパ裁判所の判決まではもっぱら、忠誠義務の要請に関するヨーロッパ裁判所の従来の判例が繰り返してきた、法効果に関連する基準だけでした。すなわち、加盟国は、「効果的で、比例原理に適った、そして抑止的な」制裁を規定しなくてはならないとされたのです。実際に国内の刑事刑法が投入されなければならないのかどうかは、従来は、依然としてその国の刑法の立法者に委ねられていました。この判決も、ヨーロッパ共同体による指示権限として把握されているものとみなされるならば、次のような刑法解釈学的に解決不能で緊張した問題を生じるでしょう。つまりそれは、ドイツのような加盟国が、刑法を用いることを、場合によっては、承認されている刑法の最終手段機能（Ultima-ratio-Funktion）および補充的な法益保護とに調和させることなく、一定の領域において刑法を制定するよう強いられるかも

しれないという問題です²⁹⁾。

それでも EU 憲法が現在の形式で発効していたなら、この問題は全くもって差し迫ったものになっていたでしょう。というのも、この憲法は、既に示唆したように ヨーロッパ法のハーモナイゼーションがなされる領域において、連合の政策を効果的に実施するために不可欠とされる限りで、犯罪と刑罰に関する最低限のハーモナイゼーションのための包括的な付随的権限を含んでいるからです(ヨーロッパ憲法 271条2項)。ここでは、刑法は他の法素材と同じくヨーロッパの統合に服することになるのです。なるほど、「不可欠性」によって、他の場合にしばしば要求される「必要性」よりも、確実に厳格に解釈されるべき基準が採用されています。にもかかわらず、ここで問題となっているのは、ヨーロッパ法上の概念なのです。つまり、その解釈の際に、実効性 (effet utile) が考慮されるのであり、そしてそれゆえ、ヨーロッパ法的な補充性および比例性原則の発露としての補充的な法益保護という考えが、全くもって、ヨーロッパ裁判所によって、解釈にとって必然的ではないけれども、ひとつの**決定的な**指導指針だとされることが前提とされるべきものだということです。ヨーロッパ法的な刑法ドグマーティクは、まさしく従来は、全く存在していませんでした。確かに、ヨーロッパ裁判所は、既に何度も引用した、環境刑法のハーモナイゼーションに関する判決において、本来、憲法によって初めて生じるべき権限の委譲をいわば先取りしたのだ、ということは注目されます。私見によると、ここではヨーロッパ裁判所は判例の限界を越え、補充的立法者としての役割を演じたのです。しかし EU 憲法が民主的な手続において要求される多数を得ていない場合には、その内容は民主的なルールを無視してヨーロッパ裁判所を通じて、いわば裏口から取り込まれてはならないのです。

もっとも、刑法の領域における最も重要なハーモナイゼーションの措置は、EU の第三の柱の枠内で発せられます。29条1項は、刑事事件における警察共助および司法共助という目的を規定しています。つまり、自由、

安全，そして権利の領域の創設です。適切な手段は，ここではとりわけ，いわゆる「**枠組決定**」並びに加盟国間の**国際法上の協定**です（EU条約34条）。

自由，安全，権利という上述の領域の創設のため，一方では，司法当局の協力が促進され，容易にされ得ます。その際，既に話題に出た，司法共助の簡素化と，加盟国の刑事手続法のある程度のハーモナイゼーションの簡素化とが重要なのです。最近では，ここに，ハーモナイゼーション作業の重点が置かれています。挙げられなければならないのは，2002年6月13日のヨーロッパ逮捕状に関する枠組決定³⁰⁾並びに一連のその他の法的行為に関する枠組決定です。

ここで挙げられるのは例えば

- 2003年7月22日のEUにおける資産あるいは証拠方法の押収に関する決定の執行に関する枠組決定³¹⁾，並びに
- 2005年2月24日の罰金及び制裁金（Geldbuße）の相互承認の原則の適用に関する枠組決定³²⁾，です。

さらに，ヨーロッパ逮捕状に関する枠組決定に倣った，ヨーロッパ証拠規則の導入に関する枠組決定が提案段階にあります。

他方で，EU条約29条は，明白に，加盟諸国の実体的な刑罰規定を，必要な枠内で，接近させる可能性を規定しています。その場合，条約の文言は，どの犯罪領域に対してそれが妥当するのかをここでは明確にはしていません。ここでは，通説的には，広い解釈が好まれます。実体刑法に関するハーモナイゼーションの措置は，第三の柱に基づいて，既に何度も設けられてきました。

ここで挙げられる枠組決定には以下のようなものがあります。

- 現金以外の支払い手段に関する詐欺および偽造の対策に関するもの（2001年）³³⁾
- テロ対策に関するもの（2002年）³⁴⁾
- 人身売買対策に関するもの（2002年）³⁵⁾

- 私企業におけるコラプション対策に関するもの(2003年)³⁶⁾
- 児童の性的搾取及び児童ポルノ対策に関するもの(2004年)³⁷⁾
- EUの財政的利益の保護に関する協定(1995年)³⁸⁾

第一の柱に基づいた従来のハーモナイゼーション手段とは異なり、こうした措置は、加盟国のそれぞれの刑法における構成要件の定式化に関する、最低限のハーモナイゼーションの基準だけではなく、その法定刑に関するハーモナイゼーションの基準も内容としているのです。まさしく後者は、枠組決定が『刑の上限の最低限』を設定すること、すなわち、諸国家の刑罰規定が刑の一定の上限、例えば、1年から3年の間の自由刑で上限を規定しなければならないとすることによって、むしろ疑わしい実務へと繋がっていったのです³⁹⁾。量刑法が国によって極めて不統一であることに鑑みると、刑の上限のそのような同化は、最終的には実際に科せられる刑罰をハーモナイズさせるにはほとんど適していない、ということが明らかになります⁴⁰⁾。むしろ、これは、シンボリックなハーモナイゼーションの試みなのです。そこでは、共通の刑の下限を定める方が、確かにより一貫しているでしょうが、しかしこれは、若干の国が刑の下限という観念を知らないことから、上手くいきません。しかし、総じて注意すべきことは、刑の重さに対する場当たりの提起が それまで、大抵はそれ自体で調和の取れていた 法秩序の刑罰効果の体系を攪乱し、不安定なものにしてしまう、ということです。このことについては今日、例えば、すでにフィンランドの法秩序において一定の不満が表明されています。

EU憲法においても、越境的な規模を持った特に重い犯罪の領域における犯罪と刑罰の確定のための そこで述べられているような ミニマムな規定を定めるために、それに応じた対象に関連するハーモナイゼーションの権限が見出されます(ヨーロッパ憲法 -271条1項)。

5. 相互承認の原則とハーモナイゼーションとの関係

私は、ヨーロッパにおけるハーモナイゼーションに非常に重大な影響を及ぼす原理について、今まで明確には言及してきませんでした。欧州理事会（Europäischen Rat）の基本決定によれば、「警察共助および司法共助の礎石」であり、ヨーロッパ憲法にその法的根拠（rechtliche Verankerung）を見出す、相互承認の原理が問題となるのです。とりわけドイツの側からは、この原理はすでにかなり以前から一部で激しく批判されています。相互承認の原則は、一見するところ、ハーモナイゼーションに対する、多くの法同化の作業を余計なものとし得るような非常に魅力的な代替策です。その原則は、加盟国それぞれの法は同等であるという擬制に基づいており、もともと、商品流通の自由の分野で展開され、成功裏に用いられてきたものです。ヨーロッパ全域に出荷できる製品に関するすべての要求をする、詳細なハーモナイゼーションのための法的行為（Harmonisierungsrechtsakten）について時間をかけて文書化する代わりに、すべての加盟国は、その都度の他国の市場化の要求を 新たなハーモナイゼーションなしに 同等として承認すべきだとします。このことは、物流の自由の確立を促進し、加速させました。しかし、そのような平等性の擬制は、刑法および刑事訴訟法では禁止されるのです。

実体法に関しては、これまでから、刑法は依然として、他の領域には類を見ないほど、社会の文化、伝統、および歴史と絡み合っている分野であるとする異論が唱えられており⁴¹⁾、したがって相互承認による均一化は受け入れの上で問題に行き当たりかねません。これについては、人工妊娠中絶の可罰性、および、ドイツの他、ごくわずかの国でのみ可罰的なアウシュビッツの嘘に関する構成要件を念頭に置くだけで十分です。

手続法について見ますと、さらに特別な観点が付け加わります。相互承認のこのような原則を緩和するために、必要な範囲で、とりわけ加盟国間

の相互的な基礎に基づく、証拠の許可に関連し得るもので、また関連すべきものである、最小限の規定の制定が可能とされます(ヨーロッパ憲法-270条2項)。それによって、委員会がすでに以前より、EUの財政上の利益の保護に関する緑書において想定してきた手続への途を、憲法は開きました⁴²⁾。すなわち、ある加盟国において適法に収集された証拠は、他の加盟国で行われる刑事手続でも採用され得ることになり、そしてそれは、当該証拠が裁判地法(*lex fori*)のルールによると、当該方法では適法に収集され得なかったような場合ですら、一貫して妥当することになります。裁判所の裁判の承認、および、証拠移送は、とりわけ、計画されている

また、憲法条約において予定されている ヨーロッパ検察官制度の創設との関係において、特別の衝撃(*Brisanz*)と法政策上の意義を獲得します。この組織は、一定の手続 それだけではありませんが、とりわけEUの財政上の利益に対する犯罪の訴追 を中心的に指導し、国内の刑事裁判所に先立って起訴することが可能です。そこでは、従来それ自体調和のとれた加盟国の手続制度と証拠制度が、相互に調整された安全装置を何ら持たない任意の「パッチワーク的な」刑事手続システムへと、恣意的にそれぞれに結び付けられる危険が生じ、その結果、最終的には、法治国家的保障の喪失が懸念されるでしょう⁴³⁾。

加えて、裁判の相互承認は、まさに強制処分に関して 被疑者のための請求権が最も少ない、それゆえに彼のための保護的権利が最もわずかである訴訟規則が「貫徹」されるという事態を招くでしょう。ここではとりわけ、ヨーロッパ検察官がヨーロッパ全域で訴追活動を中心的に引き受ける場合に、有害である「裁判地漁り(*forum shopping*)」の危険が言われます⁴⁴⁾。そこでは例えば、ヨーロッパ検察官は、最も簡単に達成され得るような場所で、電話傍受の実施を請求することができるでしょう。

しかし、今やこのことは、ヨーロッパにおいて相互承認は現実には不可能であり、そして不可能でなければならないことを意味しません。当然ながら、(汎)ヨーロッパ的な刑事訴追をより効率的なものにしようとする前

に、EUにおける刑法と刑事訴訟法の包括的なハーモナイゼーションを強いることは、あさはかなことでしょう。しかしながら、刑事（手続）法のような基本権に敏感な分野における相互承認は、最小限のハーモナイゼーションによって、諸国家の多様な国内規定のおおよその比較可能性が確立される限りでのみ、あり得るとされることに留意すべきです⁴⁵⁾。

6. ハーモナイゼーションに対する代替策

私見では、正しく理解するならば、相互承認はハーモナイゼーションに対する有効な代替策ではなく、そしてそれゆえに、ハーモナイゼーションの必要性を打ち消してしまうものでもありません。むしろ、その相互承認は、少なくとも基礎的な調和作業に取って代わることのできない、単なる補完にすぎないのです。

これまで述べてきましたハーモナイゼーションに対する本当の代替策について考えてみると、第一に、“soft-law” という仕組みを思い浮かべることができるでしょう。アメリカ合衆国や他の国々のように、ヨーロッパ（諸国）での共助を容易にするために、ここに大きな相違があるのですが、加盟国の側から任意に（全部または一部を）それぞれの国の法の中に組み込むことのできる模範刑法典（あるいは、模範刑事訴訟法典）を、ヨーロッパ全体のレベルで構想できるかもしれません。ここで、ヨーロッパ全体のレベルで、すでにお手本（とりわけ、連合の財政的利益の保護に関する法典⁴⁶⁾）があることを、論拠として持ち出せるかもしれません。もっとも、法秩序の同化の「有無」と「時期」についての相違は除いて、合衆国における模範法典の作成のための条件がまったく異なっていた、ということをご考慮することは大切です。すなわち（合衆国では）特に、一貫しており矛盾のない体系が欠けており、構造と納得のいく体系とを切望するがゆえに、見本となる法律についての要望が生じたのです。それに対してヨーロッパでは、長年の愛着を獲得しており、整備され定着した刑

法体系が競合しており、それが不承ながら放棄されるにすぎないのです⁴⁷⁾。それによって、この興味深い soft-law 的ハーモナイゼーションの手法のすべてを否定すべきではありません。私見では、この手法は、ヨーロッパでも、ヨーロッパ全体のレベルで、いまだに明確な基本構想が何ら存在しない領域、例えばインターネット刑法のような領域だけですが、有用であり得るのです。

これとは別の 手続法上の 解決の方法が、ここ2年で、私も参加した研究グループによって作り上げられました⁴⁸⁾。異なる法秩序に属する強制処分や証拠が、手当たり次第に相互に組み合わせられるときに生じる、上述の危険を回避するために、研究グループの提言は「国際的な手続統一のモデル」に依拠しています。それは、国際間の要素を伴うすべての手続の開始時に、どの加盟国が刑事訴追を終局的に引き受けるのかが中心的に決定されるという根本思想に基づくものです。引き受けた加盟国の法秩序は、強制処分の要件、証拠収集および証拠利用の問題を決定します。その国で、公判手続も実施されます。この 従来の「相互承認」の原則とは大きく異なる 方法について、十分な政治的な支持が得られるかどうかは、まだ明らかではありません。

7. お わ り に

テロリズムおよび組織犯罪による現代的な危険には、有効な（汎）ヨーロッパ的な刑事訴追が必要なことは明白です。しかし、安全な領域の創出を追及する上で、権利と自由が第二順位になってはなりません。統一的な法的領域の構築に際して、私たちがEUに「法治国家水準の引き下げ（rechtsstaatliche Abstriche）」を認めるのであれば、私見によりますと、ヨーロッパ統合という全体計画は好ましく思われたいでしょう。というのも、民主主義的に、また法治国家的に基礎付けられた連合のみが、市民による受容につき確信を持つことができ、そしてそれによって、ヨーロッパ

全体での犯罪との闘いの際に予期される種々の問題に備えることができるからなのです。したがって、最後に、ごく最近 おそらく従来のハーモナイゼーションの努力が一方的であるとの批判の結果としても 被疑者の権利がむしろ注目されていることは、間違いなく歓迎すべきものです。かくして、少なくとも、刑事手続における一定の手続的諸権利を備えている枠組決定のための提言が存在します⁴⁹⁾。同様に、国境を越える刑事手続の際に未決拘禁がそれによって制限される、ヨーロッパ査察命令（Europäische Überwachungsanordnung）に関する枠組決定の提案⁵⁰⁾もあります。これはたしかに、始まりにすぎませんが、大いに期待の持てるものなのです。

- 1) Az. 2 BvR 839/05; s. dazu <http://www.peter-gauweiler.de/pdf/PresseerklaerungEUVerfassung31.10.06.pdf>.
- 2) *Griese*, EuR 1998, 476; *Hecker*, Europäisches Strafrecht (2005), § 4 Rn. 83 ff., 101; *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren (2000), S. 64; *Musil*, NSTz 2000, 68 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 138 ff.; *ders.*, StV 1999, 132; *ders.*, ZRP 2001, 549 ff.; *Schwarzburg/Hamdorf*, NSTz 2002, 617, 620; a.A. *Zieschang*, ZStW 113 (2001), 255, 259 f.
- 3) Vgl. *Tadić*, in: *Klip/van der Wilt* (Hrsg.), Harmonisation and Harmonising Measures in Criminal Law (2002), S. 8.
- 4) *Nelles*, in: *Klip/van der Wilt* (Fn. 3), S. 34.
- 5) EuGHE 1982, 1409 Rs. 15/81 "Gaston Schul" (Rn. 33).
- 6) Vgl. Art. 3 I lit. g, h EGV.
- 7) *Hecker* (Fn. 2), § 4 Rn. 83 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 90-145.
- 8) Die Grundfreiheiten gelten unmittelbar als Individualrechte, vgl. *Streinz*, Europarecht, 6. Auflage (2005), Rn. 705.
- 9) 補充的に、EU 条約56条 2項に保障されている支払流通の自由を、さらなる基本的自由として挙げることができる。s. nur *Herdegen*, Europarecht, 8. Auflage (2006), § 19 Rn. 3.
- 10) EuGHE 1974, 837 Rs. 8/74 "Dassonville" (Rn. 5) und *Streinz* (Fn. 8), Rn. 700 nehmen Bezug auf die Warenverkehrsfreiheit.
- 11) OLG München v. 26.09.2006, Az. 5 St RR 115/05; s. dazu *Satzger*, JK 3/07, StGB § 284/2.
- 12) EuGHE 1994, I-1039 Rs. C-275/92 „Schindler“; EuGHE 1994, I-1409 Rs. C-272/91 „Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./ Italienische Republik“; EuGHE 1999, I-6067 Rs. C-124/97 „Lärää“; EuGHE 1999, I-7289 Rs. C-67/98 „Zenatti“.
- 13) EuGHE 1974, 1299 Rs. 33/74 „Van Binsbergen“ (Rn. 10 ff.); s. dazu *Müller-Graff*, in:

- Streinz, EUV/EGV (2003), Art. 49 EGV Rn. 85.
- 14) EuGHE 1995, I-4165 Rs. C-55/94 „Gebhard“ (Rn. 37).
 - 15) 加盟国にそのような余地を認めることに対して批判的なのは, Schroeder, EuGRZ 1994, 379.
 - 16) EuGHE 2003, I-13031 Rs. C-243/01 „Gambelli“ (Rn. 68ff).
 - 17) BVerfG NJW 2006, 1261, 1264.
 - 18) BVerfG NJW 2006, 1261, 1266.
 - 19) Vgl. die Artt. 32ff., 70ff., 174ff. EGV.
 - 20) EuGHE 2005, I-7879 Rs. C-179/03 „Kommission der Europäischen Gemeinschaften./ Rat der Europäischen Union“.
 - 21) EuGHE 2005, I-7879 Rs. C-179/03 „Kommission der Europäischen Gemeinschaften./ Rat der Europäischen Union“ (Rn. 48).
 - 22) Zur Bedeutung eines effektiveren Schutzes der finanziellen Interessen des EU-Haushalts vgl. Hedtmann, EuR 2002, 122, 123.
 - 23) EuGHE 1989, 2965 Rs. 68/88 „Kommission der Europäischen Gemeinschaften./ Griechische Republik“.
 - 24) EuGHE 1989, 2965 Rs. 68/88 „Kommission der Europäischen Gemeinschaften./ Griechische Republik“ (Rn. 23-25).
 - 25) Rahmenbeschluss 2002/584/JI (ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1-20); zu der verfassungsrechtlichen Problematik in Deutschland s. Satzger/Pohl, JICJ 4 (2006), 686.
 - 26) Vgl. die Nachweise bei Fn. 2.
 - 27) 狭義および広義の刑法との区別に関しては, Hecker (Fn. 2), § 4 Rn. 76; Satzger, S. 58ff. 参照。
 - 28) Satzger (Fn. 7), S. 80ff.
 - 29) この原則の保持に賛成するのは, Schünemann (Hrsg.), Alternativentwurf Europäische Strafrechtspflege (2004), S. 78f.; s. auch Satzger, in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus (2005), S. 306ff.
 - 30) Rahmenbeschluss 2002/584/JI (ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1-20).
 - 31) Rahmenbeschluss 2003/577/JI (ABl. L 196 vom 2.8.2003, S. 45-55).
 - 32) Rahmenbeschluss 2005/214/JI (ABl. L 76 vom 22.3.2005, S. 16-30).
 - 33) Rahmenbeschluss 2001/413/JI (ABl. L 149 vom 2.6.2001, S. 1-4).
 - 34) Rahmenbeschluss 2002/475/JI (ABl. L 164 vom 22.6.2002, S. 3-7).
 - 35) Rahmenbeschluss 2002/629/JI (ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1-4).
 - 36) Rahmenbeschluss 2003/568/JI (ABl. L 192 vom 22.7.2003, S. 54-56).
 - 37) Rahmenbeschluss 2004/68/JI (ABl. L 13 vom 20.1.2004, S. 44-48).
 - 38) ABl. C 316 vom 27.11.1995, S. 49-57.
 - 39) 刑の上限の最低限を定める構想に対して批判的なのは, Schünemann, GA 2004, 193, 196.
 - 40) Satzger, in: Hefendehl (Fn. 29), S. 309.
 - 41) Satzger (Fn. 7), S. 159ff.

ヨーロッパにおける刑法のハーモナイゼーション（ザッツガー）

- 42) Grünbuch zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, KOM (2001) 715 endg.
- 43) *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 364; *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 346.
- 44) S. nur *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 344.
- 45) Vgl. auch *Hassemer*, ZStW 116 (2004), 317. ハッセマーは、事前に統一がなされていないままでの相互承認原理の適用は、「馬に後ろ向きに」鞍をつけるようなものだとして述べている。
- 46) S. *Delmas-Marty/Vervaele* (Hrsg.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States* (2000), S. 187 ff.
- 47) Vgl. dazu *Stapert*, in: *Klip/van der Wilt* (Fn. 3), S. 109 ff.
- 48) S. die Gesamtdarstellung in *Schünemann* (Hrsg.), *Ein Gesamtkonzept für Europäische Strafrechtspflege* (2007).
- 49) Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union [KOM (2004) 328 endg.].
- 50) Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Überwachungsanordnung in Ermittlungsverfahren innerhalb der Europäischen Union [KOM (2006) 468 endg.].

〔共訳者あとがき〕

ここに翻訳した論文は、ミュンヘン大学ヘルムート・ザッツガー教授（Prof. Dr. Helmut Satzger）により „Strafrechtsharmonisierung in Europa“ と題して2006年度第2回法政研究会（2006年12月1日）において御講演頂いた原稿を、ザッツガー教授御自身が加筆、補正されたものである。研究会は、ザッツガー教授をミュンヘン大学と本学との交換協定により、2006年12月に本学にお招きした際に行われた。同教授は、ヨーロッパ刑法に関する大著（Helmut Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts: eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*, 2001. 因みにこのモノグラフィーは実に700頁を超えるようである。）や、ヨーロッパ刑法・国際刑法の教科書（Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 2005）を出されるなど、この分野の専門家としてすでに高い評価を得ておられる方で、今回も御専門とされるヨーロッパ刑法に関して講演頂いた。当日は、法学部・法科大学院教員向けの研究会であるにもかかわらず学外の刑事法の先生方も参加され、後の質疑応答では議論が白熱するなど、充実したひと時となった。これは、今回の御講演がEU統合を背景とした各国刑事法の調

整ないし調和という近時の重要課題を扱うもので、また、内容的によく整理され明快かつ、結論も説得的であることによるだけでなく、ザツガー教授の真摯かつ気さくなお人柄によるところも大きいと思われる。

本論文の主題であるヨーロッパにおける刑法の調整ないしは調和というのは、日本人には明確なイメージを持ちにくいものかもしれない。原則的に、刑罰権は各主権国家が独占しており、どのような行為態様を犯罪として処罰するかは基本的に各国の憲法や立法政策の問題である。また、越境的な犯罪があるとしても、それは犯罪地に関する刑法の規定で対応すればよいと考えられるからである。

それにもかかわらず、コモンローと大陸法の違いなど、法体系において根本的な相異を有する多様な国家を包括するEU統合においては、加盟各国の刑法の「不協和音」を放置することはできず、各国刑法の調整ないしは調和の必要性が生じているとされる。本論文は、そのような必要がある事項として、(i)ヨーロッパの共通市場に対する侵害、(ii)ヨーロッパ的な法益、とりわけ連合の財政的法益の保護、(iii)越境的な犯罪との闘争、を挙げる。このうち、(i)に関しては、不正競争からの保護、EC条約によって保障される基本的自由の実現、および共通する政策課題の実現が関係するとされる。この分野で、経済犯罪や環境犯罪が関係してくることは想像に難くないが、の中で特に、二番目の「基本的自由の実現」に関して取り上げられたブックメーカーに関する事件は興味深い。また、(ii)はまさに、EU統合の前提といえるもので、各国の刑事法的な対応の統一性が求められるところである。ここでは、EUの第一の柱であるECが域内無関税としていることから生じた「ギリシアのトウモロコシに関するスキャンダル」という、たいへん興味深い題材が提供されている。事件当時EC加盟国であったギリシア、ベルギー間の貿易には、関税はかからない。しかし、当時未加盟であった旧ユーゴから農産品を輸入する場合には関税が生じる。そこで、ユーゴ産のとうもろこしをギリシア産のものと偽ってベルギーに輸出した結果、ECによる関税を徴収されなかった。ここでは、ギリシア当局の対応が重要となるが、このことは、EUが、主権を有する各加盟国の忠誠なしには成立しないことを物語る。そして、重要なことは、このようなヨーロッパ的法益の効率的保護は、各国の立法者の一体となった対応によって達成されるということである。そうでなければ、特に営利企業が刑事規制のより甘い国で営業を行うという「デラウェア効果」が、生じてしまうことになる。(iii)

に関しては、実体刑法のみならず刑事手続法の調整ないしは調和も求められる。

ところで、このような調整ないしは調和の必要性から、さらに、刑事法そのものの統一という動きに至ることも考えられる。例えば、加盟各国に直接適用可能な統一刑典の制定である。しかし、本論文によると、結論としてそこまでの水準には達することはまだないとされる。各国刑法の同化は、EC 指令により限定された範囲で行われるにすぎない。もっとも、EU 条約は、現金以外の支払手段に関する詐欺ないしは偽造、テロ対策、人身売買、私企業におけるコラプション、児童の性的搾取・児童ポルノ、の領域において、必要な枠内で刑罰法規の接近を求めているとされる。

その他、本論文では刑事手続法の調整ないしは調和の必要性と限界、調整ないしは調和と関係の深い相互承認に対する法治国原理からの問題、調整ないしは調和の代替策などについて論じられている。本論文で最後に述べられているように、刑事法における調整・調和、さらにまた統合への取組みは、いかに必要性があろうとも、民主主義や法治国原理といった基本原則遵守の水準を引き下げたものであっては、EU 統合という全体的構想が決して好ましいものとは思われなくなるとされている点は重要である。このような試みも、市民的自由が保障される限りでのみ、当初の目的を十全に達成できるというのである。この点は、その他の刑事立法分野でも同様であろう。

なお、本論文の原題は、„Strafrechtsharmonisierung in Europa“ である。このあとがきでは、「調整ないしは調和」としたが、翻訳にあたっては、通常、「調和」や「協調」などと訳されることの多い ‚Harmonisierung‘ に特別な意味を持たせる本論文の趣旨に鑑み、「ハーモナイゼーション」とカタカナ英語で訳出した（もっとも、文脈によっては、「調和作業」等、漢語訳したところもある）。

最後に、本論文のもととなった、講演原稿の翻訳にあたっては、法科大学院の松宮孝明教授、法学部の本田稔教授のほか、法学研究科刑事法専攻の院生にも御協力を頂いた。あらためて、ここに感謝申し上げたい。また、ザッツガー教授をお招きするにあたり、御尽力を賜った法科大学院の渡邊惺之教授に厚く御礼申し上げる。