

団体概念の事例に関する解釈の限界としての 刑法および概念を形成する体系の中心的な構 成原理としての明確性原則

クラウス ホフマン―ホラント

上野 幸彦 訳

I. 出発点

1. 明確性の連結点としての文言

刑法上の明確性原則が専門的な議論の対象とされる場合に、もっぱら個々の刑罰規範に用いられている文言を切り離して考察が行われています。はじめに通例明確性原則の内容に關し次のような指摘が見出されます。基本法第一〇三條第二項に置かれた刑法の保障機能の帰結として、^(訳注1)刑罰規範は、その構成要件及び法効果に關して、内容的な明確性

を最低限提示するということを保障すべきである。したがって、いかなる行為が刑罰のもとにあるのか市民が読み取り得ない刑法の規定は、許されない。これに関連して、たとえば「公の秩序に違反した者は罰する。」という文言の規定は、その適用範囲が内容上不明確であるがゆえに、明確性原則の要請を満たすものではない、という結論が導かれています。

法律適用者に対する明確性原則の作用も、ふつう個々の刑罰規範の文言を引き合いに出して示されます。刑事裁判官は、つねに犯罪者の行為が事實的にも当該の刑罰法規の文言に含まれる限りにおいてのみ、有罪宣告を行うことが許されているのであり、もし、被害者を家の壁に押し付けることを「危険な道具」を手段とする傷害の行為として処罰するとすれば、基本法第一〇三条第二項に違反することになるでしょう。

明確性原則との関連では、もし具体的な事例で当該の刑罰規範の文言だけでなく、一定の体系の中で表現された概念の理解をも探求する場合、立法者によって用いられた概念性が法規の適用にどのように影響するのかという問題には、明らかによりわずかな関心しか注がれていません。わたくしは、以下で、二〇〇九年の連邦裁判所刑事第三部の判決を取り上げて、これまでほとんど考慮されていないこの側面をより詳しく明らかにしたいと思います。わたくしがここで検討する命題は、次の通りです。文言の可能な意味ばかりではなく、法律体系に表現された概念の理解も、解釈の外部的な限界であるということです。

刑事第三部の判決は、刑法第一二九条(訳者註)(犯罪団体〔Verengung〕の結成)の構成要件における団体概念の解釈に関わっています。刑法上ほかの刑罰規範においても複数の人々の行為に係するものがあります。しかし、そこでは他の概念が用いられています。そのため、もし立法者が他のところで複数人の結合を「共同正犯」〔Mittäterschaft〕あ

るいは「集団」[Bande]と表示しているとすれば、刑法上の明確性原則が、刑法第二二九条における団体概念の解釈にあたつて、考察されるべきであるという結果をもたらすかどうかを研究することが重要です。

判決では、第三刑事部は、ヨーロッパ法と合致する解釈という意味で団体概念を拡張する試みによりその議論をまとめています。ヨーロッパ法のレベルで公布された法文書による国内刑法への貫徹は、国内の立法者および法律適用者、それに言うまでもなく国内の諸構成要件の明確性に対する重大な挑戦です。

はじめに、わたくしは、団体概念に対する連邦裁判所の最新の判例の概略を述べ、続いて団体概念へのヨーロッパ法の影響を考察するつもりです。これを背景にして、—最初の方法論的な重要点として—、法律体系にもとづく団体概念の解釈ないし限界が展開されます。さらにその判決を超えて、—第二の方法論的な重要点として—、体系がどの程度、解釈の方法としてだけでなく、解釈の限界として作用を及ぼしうるか、という問いに答えるつもりです。

2. 事案の概要（連邦裁判所二〇〇九年二月三日判決）⁽¹⁾

ドレスデン地方裁判所が原審として認定したところによりますと、最初「ザクセンの突撃隊」[Sturm] 師団」と名乗る政治的に右寄りの少年達のグループは、二〇〇五年から毎日とくにこのために手配した集合所に集まっています。そのグループと周辺の他の人々との間でしばしば暴力事件を生じ、グループのメンバーの襲撃は、とくに—そのまま引用すると—パンクの若者、「左翼」および「大麻常用者」に向けられていました。二〇〇六年、グループ内部で、ひとつの同志関係を結ぶというアイデアが生まれました。主要な目的は、いわゆる国粹主義的な解放地帯を創設することによって、「ダニのいない」そして「褐色の」（訳者註：褐色はナチ党員が着ているシャツの色です。）居場所を作

ることでした。これは、右翼的な政治的傾向をもたないすべての人々に対して、暴力的行動をとることを意味しました。加えて、いわゆるスキンヘッドの検問パトロールが実行されるべきであるとされたのです。その時に嫌われている者達が出会って、より大きな組織を作り、暴力的な行動に出ました。そのグループは、「同志 突撃隊三四」と名乗りました。

ドレスデン地方裁判所は、被告人らを危険な傷害の複数の事件で有罪を言い渡しました。一方で、地裁は刑法第一二九条の前提を満たすものとは見なせないと判断しました。とくに「会則、メンバーリスト、メンバーの会費（…）。制服、これらに類するもの」といった構成要素が欠けており、犯罪団体の認定を妨げる、と。地方裁判所が被告人らを犯罪団体への共同関与と評価しなかった点について、連邦検事総長によって主張された検察庁の上告が成功しました。第三刑事部の見解によると、「同志突撃隊三四」は、地裁の説示とは反対に刑法第一二九条の意味における犯罪団体と認められるのです。²⁾

II. 団体概念とヨーロッパ法

第三刑事部は、判決の中でヨーロッパ法に合致する団体概念の解釈について十分検討しています。そのことは、第三刑事部ももちろん承知していますが、結論にとってしかしながらまったく必要ではありません。なぜなら、犯罪団体の構成要件の要素は、学説や判例の一部で必要とされたヨーロッパ法と親近性のある拡張された団体概念の解釈に拠ることなく、是認されるからです。

1. 従来の団体概念の堅持

第三刑事部は、従来の団体概念を堅持しています。確立した判例によれば、「一定の継続性のある、自発的に組織された少なくとも三人以上の結合が刑法第一二九条の意味における団体であると解され、各人は個々の意思が全体の意思に従属している中で全体の目的を追求し、お互いにひとつの組織と感じている関係に立っている。」⁽³⁾のです。この団体概念は、したがって、個人的、組織的、主観的および時間的な標識を包含しています。

学説上の数人の最近の試みに対して、第三刑事部は、ヨーロッパ法を考慮して従来の団体概念から逸脱することを明確に否定しています。「本件は、ここで重要な刑法第一二九条の意味における犯罪団体の概念に関して、すべて考えられる一体的なグループ化についてこれまで判例の中で慣例となっていた団体の定義に残されていたことを明確にする機会をあたえるものである。」⁽⁴⁾結局は、その説明は、非常に膨大な傍論 (*obiter dictum*) です。第三刑事部は、基本的に、実体刑法の領域において本質的なヨーロッパ化の要素の限界をどこに引くのかという、ヨーロッパ法と親近性のある解釈の限界を示そうとしているのです。⁽⁵⁾

2. ヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈の契機

団体概念のヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈のきっかけは、異なったヨーロッパ法の規制にあります。とくに、二〇〇八年一月二四日の組織犯罪対策のEU枠組み決定の第一条における犯罪団体の定義です。それによれば、犯罪団体は、「一定の期間二人以上で組織された結合で、それらの者が直接又は間接に財産上もしくはその他の物質的な利益を得るために、少なくとも四年の自由刑もしくは自由刑に代わる改善並びに保安処分又はそれ以上の刑罰で威

嚇されている犯罪行為を行うことを取り決めているもの。」と表現されています。この場合に必要な「組織的な結合」とは、第二項によると、結合が偶然ではなくある犯罪を直接実行するために形成され、かつ、その結合が、一必然的に形式的なものではなく一構成員に対し定まった役割、継続的な団体性、あるいははつきりとした構造をもっている場合です。学説上の意見には、これまで刑法第一二九条が前提としてきた団体概念は、今後、「ヨーロッパ法と親近的に」解釈されるべきであるとされます^⑤。すなわち、枠組み決定の定義は団体内部の意思の構成には言及しておらず、したがって主観的な前提に関する必要条件是削減されるべきである。とにかく規定どおりの意思の構成で十分であると^⑥。さらに、組織的な前提条件についても引き下げる必要があり、どんなに未発達の組織であっても団体概念にとつては十分であるとすべきであると^⑦。

Ⅲ．団体概念の解釈

このようなヨーロッパ法と親近性のある拡大解釈の傾向に、第三刑事部は明確に反対し、判決の最初の主旨の中で、「二〇〇八年一〇月二四日の組織犯罪対策のためのヨーロッパ連合理事会の枠組み決定は、従来の刑法第一二九条第一項の意味における団体の構成要素の解釈の変更をもたらすものではない。」と誤解されることのないように指摘しています^⑧。

1. 文言と刑法第一二九条の構造

その際、規定の文言及び構造は、まったく枠組み決定の定義を受け入れる余地を与えられているでしょう。客観的

な構成要件のレベルで、刑法第一二九条は簡単に団体と述べています⁽⁹⁾。その目的や活動は、犯罪行為の遂行に向けられていなければなりません。犯罪行為はかなり幅広く定められています。すなわち、設立、構成員としての関与、構成員もしくは支持者の支援及び募集です。設立とは、結合の際の参加です⁽¹⁰⁾。構成員としての関与は、行為者が団体の目的を追求するために組織的な構造の枠組みの中で義務を負っていることを前提としています⁽¹¹⁾。支援とは、正犯から独立している幫助の形態です⁽¹²⁾。募集とは、他人を組織の味方にする目的をもってする計画的な表現行為を意味します⁽¹³⁾。主観的構成要件は、単に故意を前提にするだけです⁽¹⁴⁾。

上述した団体概念の定義によると、全体の意思の下での個人の意思の必要的な従属も、さらに一体的な結合として求められる現われも、刑法第一二九条の構造上、犯罪団体の不可避な前提を示すものではありません。単に規定の文言だけにこだわる解釈であれば、「ヨーロッパ法と親近性のある」解決という意味で団体概念の設定について必要條件を引き下げることができるとも、問題なく行うことができるでしょう。

2. 体系的な解釈

刑事部は、その解決を、刑法第一二九条の文言を援用することではなく、体系的な解釈によって根拠づけているのです。その見解によれば、枠組み決定の犯罪団体の定義を受け入れることは、「ドイツの実体刑法が関係している複数の共同作用的な人びとの可罰性のシステムの本質的な基本思想に解くことのできなない矛盾を導く」こととなります⁽¹⁵⁾。このことは、団体概念をその他の犯罪行為に対する複数人の関与形式すべてと区別を行うきっかけとなりうるものです。

(a) 集団 (Bande) との区別

最新の判決の中で、団体は集団と区別されています。その際、第三刑事部は、集団の結合それ自体はまだ可罰的ではないという点を、適切に考慮しています。さらに、—基本的構成要件が満たされている場合に—その結合は、加重要素ないし取り扱い例を示しているのです。つまり、集団における結合は、—団体とは対照的に—刑罰を根拠付ける要素ではなく、単に刑罰を強化する要素⁽¹⁶⁾ (訳註註3) なのです。この基本的な体系的な区別を失うと、団体概念は方針のそれと適合します。なぜなら、二〇〇八年一月二四日の枠組み決定第一条によれば、犯罪団体の概念は、集団の概念とほとんど区別が付かないからです。最新の判決によれば、集団とは、「将来ある一定期間に複数の独自の、詳細はまだ分からない犯罪を行うという意思で結ばれた、少なくとも三人以上の結合によって特徴づけられる。上位に置かれた集団の関心にしたがって強固にされた集団の意思や活動の形成は、必要とはされない⁽¹⁷⁾」のです。つまり、集団との区別基準は、とくに主観的な要素にあります。団体を際立たせているのは、上位にある全体の意思なのです。個人の意思が全体の意思に従属しているもつて、全体の目的が追求されねばならないのです。

(b) 刑法第三〇条による関与の未遂との区別

刑法第三〇条による関与の未遂との区別について、二〇〇八年の第三刑事部の以前の判決が説明しています。それは、ハイリゲンダムでの世界経済サミット妨害のための人びとの結合を扱った⁽¹⁸⁾ ものです。その際刑事部は、「既遂、未遂及び予備行為と段階付けられた体系」を考慮しています。原則として、犯罪の既遂だけが可罰的です。未遂は、犯罪または可罰性が明確に定められている場合です。「未遂への着手に至らなければ、犯罪となる場合や一定の予備行為のみが問題となる。」この体系では、可罰性の限界は明確です。この体系的な限界は、「犯罪行為（窃盗などの）

を計画する行為者のあらゆる結合が、それ自体として可罰性を「根拠付けるものではありません。その結合自体が既に保護される法益に対して当罰的な危険の潜在力を示している場合に限って、結合に対する可罰性が是認されるのです。」それは、問題となつているグループ化について、初期的な組織形式以上であると確認されうることを前提としている。」つまり、団体は、組織的な要素によつて、関与の未遂と区別することができます。すなわち、構成員がお互いに一体的な結合を自覚しているような関係に立ち、相互的に本気で責任を負うことが必要です。さらに人的な基準です。団体の場合には、少なくとも三人が必要です。

(c) 共同正犯との区別

共同正犯との区別も、精密に区別することが可能でなければなりません。なぜなら共同正犯に対して、「(犯罪) 団体における結合的な活動は、具体的な犯行が可罰的な方法で既遂、未遂または予備となるかどうかに依存せず可罰的である」¹⁹⁾からです。共同正犯は、複数の人びとが犯行について共同の意思を示し、かつ行為支配を共同して実行することによつて特徴付けられます。²⁰⁾しかし、団体はさらに必要です。共同正犯は二人でも可能で、あらかじめ三人ではありません。また、一団体の構成員とは異なり、共同正犯は組織的に特別の方法で強制的にはなく相互に結合したものでなければなりません。個々の意見が特別なグループの意思の影に隠れるという必要はありません。最後に、共同正犯者の協働について最低限の期間というものも要しません。犯罪行為の実行のための突然の結合で足りうるのです。²¹⁾共同正犯との区別に関連して、団体と集団および関与の未遂との区別を補完すると、一主観的、組織的及び人的な基準のほか—さらに時間的な構成要素も付け加わります。つまり、団体は、一定の継続性をもつものでなければなりません。

3. 方法的・体系的解釈

方法的な解釈と体系的な解釈との交点に、アルカイダによる生命保険を手段とするテロリズムの資金調達の利用に対する第三刑事部の判決の考慮が見出されます。その際、純粹に方法的な試みはしばしばとても少ししか採られていないのも明らかです。規定の特別の意味は、しばしば体系にもとづいて認識されるのです。そこで、方法的・体系的な解釈の混合形式という言葉を用いることができます。第三刑事部は、団体犯罪が、「固く結ばれた犯罪行為の実行を目標とする組織が、内在する固有のダイナミズムによって」、危険性を高めていると把握すべきであるという点から出発しています。このダイナミズムの中で、個々の個人的な答責性・責任の感情が抑圧されるのです²³。この特殊な危険性が、体系的に――ほかの複数人の関与形式とは際立っています。それゆえ、構成員の結合及びグループの意思に関してより高度の要請が必要とされるのです²⁴。

団体は、時間的な、人的な、組織的なそして主観的な基準で、その他の複数人の関与形式と区別されなければならぬという、以上で確認したところを要約すると、次のようになります。時間的には、団体はある程度の継続性がないければなりません。人的には、少なくとも三人以上の結合が必要です。組織的には、構成員がお互いに一体的な結合と自覚・意識し合っている関係に立ち、相互的に真剣に義務を負うことが必要です。主観的には、全体の意思の下に個人の意思が従属し、共同の目的が追求されなければなりません。これに関して、二〇〇九年二月の第三部の最新の判決の第二の主旨から、次のことが明確にされたと理解できます。グループのメンバーが、協調的な行為により、短時間ではなく、グループの目的または活動が目指す具体的な犯罪行為の遂行に出るといふ共同の目標を追求している場合には、通常必要とされる上位に置かれた共同の意思を認めることができるということです²⁵。

IV・解釈の限界としての体系

1. ヨーロッパ法の規準と一致する解釈の要請の限界

一連の判決で第三刑事部は、解釈の限界としての体系が、規準と一致する団体概念の拡大と対立しているという結論を適切に導いています²⁶⁾。しかし、一般的にヨーロッパ法が拒否されうると見なしているわけではありません。第三刑事部は、― 遵法原理及び転換義務（EU憲法第四条第三項及びEU憲法議定書第二八八条第三項²⁷⁾）の表れである― 規準と一致する解釈の要請を、明確に承認しています。ですがそれと同時に、第三刑事部は、EU裁判所も「Kolpinghuis Nijmegen」事件や「テレコム イタリア」事件²⁸⁾の判決でとくに強調しているように、ヨーロッパ法の規準と一致する解釈の要請の限界に注意するよう指示しているのです。すなわち、国家的な憲法にも、さらに初期的なヨーロッパ法にも、一般的な法の諸原則が示す限界があるのです。その中に、とくに明確性の原則や信頼の保護も数えられます³⁰⁾。連合法の規定が基本的に可罰性を拡大する解釈を導き得るのですが、それによって国内法におけるよりも広範な概念解釈となるので、とりわけ憲法によって引き入れられている許された文言の解釈の制限に注意を払わなければなりません³¹⁾。

2. 類推禁止と概念を形成する体系

解釈のあらゆる形式がそうであるように、規準と一致する解釈も解釈の一般的な限界に注意しなければなりません。国内刑法において、基本法第一〇三条第二項ないしは刑法第一条が、いわゆる類推禁止という形式で解釈を制限して

います。それによれば、可罰性が行為が行われる以前に法律で定められている場合に限って、ある行為は処罰されるのです。そこには、立法者に対する行為の指示だけでなく、同時に裁判官にとつての行為の限定が認められます。⁽³²⁾これにより、法律で定められた可罰性の前提を当事者を犠牲にして解釈することは禁じられます。⁽³³⁾これに関して、法律の適用について、許される解釈の限界が精確にどこに引かれるのかということが、重要な問題となります。これが、中心的な命題の出発点です。すなわち、従来の学説に対して、許される解釈の限界は、単に当該規範の文言からだけ生じるものではありません。さらに、体系的な解釈から得られる限界も、類推禁止の一部でありうるのです。基本法第一〇三条第二項に、それと同様の文言で刑法第一条に用いられている「法律で定められた」という術語は、法律上の刑罰規範の個々の概念だけに関係しているのではなく、一定の体系において法律的に確定したことから表れる概念の理解をも、類推禁止に含んでいます。このことは、もちろんその体系が事実に概念を形成する範囲で妥当します。この概念を形成する体系が伝統的な解釈論とどのように適合するのか、そしてどの点でそれを越えているのか、次に説明しましょう。

許される解釈と禁止される解釈との境界は、一様ではありません。文言の意味に焦点を合わせてもまったく役に立たないということも、一部で主張されています。⁽³⁴⁾たとえば、「許されない自由な法発見」との区別⁽³⁵⁾とか、シユミットホイザーの文言構成要件によるのではなく、法律の意味を再現する解釈構成要件による区別のように、開かれた基準であるということですが。しかし、このような試みの欠点は、何の明確性ももたらさないという点です。さらに、その解釈がまさに限界を定めようとしているにもかかわらず、法律主義に方法論的な解釈の不確実性が持ち込まれるでしょう。⁽³⁷⁾

確立した連邦憲法裁判所の判例及び学説の大部分によれば、法律の文言の可能な意味がなお許される解釈の限界を示しています。³⁸ その際に連邦憲法裁判所が、文言ではなく、文言の意味について語っているということは、「解釈の前提的理解を想定しているということ」を認識させます。³⁹ この通説によって支持されている、どのような言葉の日常使用を受け入れうるかという基準にもとづく境界線の長所は、—まったくフォイエルバッハの言う意味で—予測可能性という点です。その限界は、ドイツ語をマスターしているすべての人にとって認識可能なのです。⁴⁰ しかし、もし単になお可能な言葉の意味を通じてだけ区別するとすれば、可罰的な行為の射程がいかに広いものであるか、マウンツ—デューリヒの基本法コンメンタールのシュミット—アースマンの言葉が示しています。「処罰の危険は、文言の可能な意味のバリエーションの範囲内では、行為者から基本法第一〇三条第二項によって基本的に取り除かれていない。」⁴¹ それによって、文言の意味だけに方向付けられた許される法律解釈の限界についての理解は、一定の範囲では刑罰規定に関して逸脱する解釈や適用を手助けすることになるという点で、明白な問題があります。とりわけ、この懸念は、ランダウが最新の論文で注意を喚起するきつかけを作ったように、—周辺の場合でも—われわれが法適用の明確性の要請の問題について個々の構成要件要素に集中させると、それによって全体の刑罰規範上許されない虞のある解釈から目を逸らせるということ⁴²です。取り上げたこの考えによれば、法律の解釈にあたって体系的な観点をより強力に考慮することが支持され得るのです。これによれば、可能な事実的な文言の意味は、確かに許される解釈の限界について出発点を示していますが、これに止まるべきではありません。連邦憲法裁判所の判決を引用すると、刑事裁判官が立法者の言う「言葉通りに取ら」⁴³ねばならないばかりでなく、立法者も言葉通りに取ってもらわなければならないのです。⁴⁴ もし立法者がある言葉に体系と関連させて概念的な特色を与えているのであれば、これを解釈の限界として尊

重しなければなりません。法律は、予測可能性によつてはじめて自由を保障することができます。それは、類推禁止の形を整える法安定性の思想であり、あるいは、—フランツ・フォン・リストの有名な言葉として取り上げられる—法律は犯罪者のためのマグナ・カルタ⁽⁴⁵⁾、より正確には、市民のためのマグナ・カルタであるということです⁽⁴⁶⁾。

二、三の最近の連邦憲法裁判所の判決における類推禁止のささやかな活性化も、単純に当該刑罰規範の文言の可能な意味を顧慮したものとして説明されてはなりません。このことは、とくに乗用車が「刑法第一一三条第二項第二号一の『武器』」の概念の可能な文言の意味にはもはや含まれない⁽⁴⁷⁾。という決定について妥当します。より正確に言うと、連邦憲法裁判所は、かつて刑法第一一三条の新設に携わった刑法改正の特別委員会のメンバーによつて主張された、当該規定の武器概念は、「技術的な…意味において理解されるのではなく」、暴力行使の目的のために組み込まれているその他の物体をも包括するという見解を認めているのです⁽⁴⁸⁾。乗用車はまさに武器という文言の可能な意味の中にあります。しかし、連邦憲法裁判所は、この場合に体系的な考慮を持ち出していません。武器と危険な道具とが区別されている刑法第一一三条第二項第二号一と刑法第二四四条第一項第一号a)、刑法第二五〇条第一項第一号a)とを比較して、この概念の区別は刑法第一一三条についても保持されなければならない、という結論を導いています⁽⁴⁹⁾。この連邦憲法裁判所による適切な言明を一般化すると、解釈の枠内で突き止められる可罰性の限界について、具体的な事例に関係する刑罰規範の文言だけが決定するのではなく、出発点となる規範の文言の可能な意味であっても、さらに法律の体系性と照合しなければならないのです。この法律の体系性の中で概念の理解が逸れていない範囲でのみ最初の解釈の一步として確かめられた文言の意味が可罰性の審査に付されるのです。この構造を、団体概念に関する第三刑事部の判決において再び見出します。団体自体の概念は非常に幅広いので、組織犯罪対策のためのEU枠組

み決定の定義を容易に取り入れることができるでしょう。しかし、立法者は、団体の概念を、一定の体系の中で用いることによって形付けました。この一定の体系は概念自身に反作用を及ぼし、法適用者によって尊重されなければなりません。すなわち、解釈の外部的な限界は、文言の可能な意味ばかりでなく、さらに狭く、法律の体系によって形成された概念もそうなのです。

3. 歴史的な解釈の限界？

許される法律解釈と禁止される類推との境界設定に関して、歴史的な解釈を考慮することも、基本的には考えうると思われれます。そこで、文言及び体系では十分でない場合に、しばしば多く引用される「立法者の意思」が示され、それを突き止めることによって、時々可罰性の限界を確定する追加的な要素を得ることができます。このようなやり方に対して、法律解釈の実際的な要求は、当然次のように言います。法律適用者は、文言によって引かれた限界の範囲内で、具体的な個別事例に関連する規定をダイナミックに解釈しながら、現在する所与の事実及び展開に対応しなければならぬ立場にある。だが、歴史的解釈は変えられないので、その義務的な考慮は法適用者を不当に束縛し、法適用者の仕事を静的なものとするだろう、と。歴史の歩みの背景にある、立法史を考慮することは、実用的ではありません。とりわけ、基本法第一〇三条第二項や刑法第一条の文言に直接定められていることから、明らかとなりません。それによれば、行為の実行の時点で「法律で定められている」ことが決めるのです。文言や体系性が直接法律から明らかになるのに対して、歴史は法律の中から読み取られなければならない、必要とされる「法律上の」明確性がまさに是認されえないのです。

V. 要約

検討した第三刑事部の判決は、ヨーロッパ法と親近性のある団体概念の拡大に対して、反論しています。したがって、ヨーロッパ法と親近性のあるものではありません。その方法論的利点は、原則的な体系性にあります。これを背景に、概念の拡大が体系に反すると認識されるのです。第三刑事部の一連の判決において、武器の概念に関する連邦憲法裁判所の説明と同様に、解釈の新しい限界を認識することができます。概念を形成する体系性が類推禁止の一部であるということです。

また刑法上の明確性の要請を顧慮して、個々の刑罰規範の文言にとどまるのではなく、全体の観点を基礎に置く法律の考察が望ましいように思われます。立法者が明確性の要請を刑法の中心的な構成原理として十分に考慮に入れているかどうかは、まさに立法者によって用いられる概念が一定の体系に適合しているかどうかという点にも依存しているからです。

(1) 以下の事案の叙述は、語句につき連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二六頁以下 (Rn. 1-20) から抜き取ったものである。この判決については *Winkler jurisPR-StraRS/2010 註(1)* を詳しく。

(2) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二〇頁 (Rn. 19)。

(3) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二二頁 (Rn. 23)。参照、連邦裁判所 NJW二〇〇九年三四四八・三四五九頁、連邦裁判所刑事判例集二八卷一四七頁、三二卷二〇二・二〇四頁以下、三二卷三三九頁以下、四五卷二六・三五頁、連邦裁判所 NJW二〇〇五年一六六八頁、二〇〇六年一六〇三頁、BGHR StGB§129Vereinigung 3。

- (4) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁・二二三頁 (Rn. 26)。
- (5) *Hecker* Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), §10Rn. 1, *Satzger* Die Europäisierung des Strafrechts (2001), S. 518.
- (6) *Kress* JA 2005, 220, 224.
- (7) *Kress* JA 2005, 220, 227.
- (8) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁。
- (9) *Kress* JA 2005, 220, 224.
- (10) *Lachner/Kühl* StGB, 26. Aufl. (2007), §129Rn. 4.
- (11) *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 16.
- (12) 連邦裁判所刑事判例集二〇卷八九頁以下、二九卷九九、一〇一頁。
- (13) *Lenchner/Sternberg-Lieben* in *Scönke/Schröder* 27. Aufl. (2006), § 129Rn. 14b; *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 18.
- (14) *Rudolphi/Stein* in SK, § 129Rn. 19 故意が団体の目的に包括された活動の可罰性にも及ばなければならぬこととこの事情を指摘したうえで。
- (15) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (16) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (17) 連邦裁判所刑事判例集四六卷三三二・三三五頁以下、連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六・二二三頁以下 (Rn. 29)。
- (18) 以下のすぐこの記述を、BGH NStZ 2008, 146, 149.
- (19) BGH NStZ 2008, 146, 149.
- (20) 連邦裁判所刑事判例集五四卷二一六頁 (Rn. 45)。
- (21) *Miebach/Schäfer* in *MünchKomm-StGB* Band2/2 (2005), § 129a Rn. 35.
- (22) BGH NJW 2009, 3448, 3460.
- (23) BGH NJW 2009, 3448, 3460.

- (24) BGH NJW 2009, 3448, 3460.
- (25) 連邦裁判所刑事判例集五四卷一二六頁 (Rn. 40)。
- (26) *Walther* jurisPR-StrafR5/2010Anm. 1, S. 2. ♪賛成。
- (27) *Hecker* Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. (2007), § 10Rn. 6.
- (28) EuGH 1987, 3969, 3986.
- (29) EuGH 1996, 6609, 6637. (EMRK 七条一項の法律主義を援用して)
- (30) *Ambos Internationales Strafrecht* 2. Aufl. (2008), S. 445 § 11Rn. 45.
- (31) *Schnitz* in MünchKomm-StGB Band 1 (2003), § 1Rn. 83.
- (32) *Schmid-Abmann* in Maunz/Dürig GG, 56. Aufl. (2009), Art. 103Abs. 2 Rn. 225.
- (33) *Hassener/Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 70.
- (34) 参照: *Hanack* NStZ 1986, 263 以下。また、*Eser* in Schönke/Schröder 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55, 以下も参考。
- (35) *Sax* Das strafrechtliche “Analogieverbot” (1953), 九四頁以下、一四二頁以下。
- (36) *Schmidhäuser* AT, 2. Aufl. (1984), 3/48 以下。
- (37) *Hassener-Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 77.
- (38) 模範的には、連邦憲法判例集七一卷一〇八・一一五頁、八二卷一三六・一六九頁、BVerfG NStZ 1990, 一七六頁以下、連邦裁判所刑事判例集二九卷一一九・一二三頁、三五卷三九〇・三九五頁; *Engels* GA 1982, 一〇九、一一一頁以下。
- Baumann*, MDR 1958, 394; *Roxin*, ZStW 83 (1971), 369, 376 以下; *Herzberg* GA 1997, 251, 252. *Eser* in Schönke/Schröder 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55, *Rudolphi* in SK, § 1Rn. 22, *Hassener-Kargl* in NK, 3. Aufl. (2010), § 1Rn. 78.
- (39) *Schmid-Abmann* in Maunz/Dürig GG, 56. Aufl. (2009), Art. 103Abs. 2Rn. 228.
- (40) *Eser* in Schönke/Schröder 27. Aufl. (2006), § 1Rn. 55. ♪参照。

- (41) *Schmid-Abmann in Maunz/Dürig GG*, 56. Aufl. (2009), Art. 103 Abs. 2Rn. 230.
- (42) *Landau ZStW* 121 (2009), 965, 975.
- (43) *BVerfG NJW* 1984, 225; 1986, 1671, 1672.
- (44) *BVerfGE* 71, 108, 116.
- (45) *V. Liszt Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Band 2 (1905), S. 80.
- (46) *Schünemann Nulla poena sine lege?* (1978), S. 1Fn. 2.
- (47) *BVerfG NJW* 2008, 3627, 3628.
- (48) *BVerfG NJW* 2008, 3627, 3629.
- (49) *BVerfG NJW* 2008, 3627, 3629.

〔訳者註1〕ドイツ連邦共和国基本法第一〇三条第二項の規定は、次の通り。「ある行為がなされる以前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。」(高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第五版〕』(二〇〇七年)、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集〔第二版〕』(二〇一〇年)一八七頁による。)

〔訳者註2〕ドイツ刑法第一一九条第一項の規定は、次の通り。「その目的若しくはその活動が犯罪行為の遂行に向けられた団体を設立した者、又は、構成員としてそのような団体に関与し、そのために構成員若しくは支持者を募り若しくはそれを支援した者は、五年以下の自由刑に又は罰金に処する。」(法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(二〇〇七年)による。)

〔訳者註3〕ドイツ刑法には、窃盗や強盗の章下に、集団窃盗、集団強盗に関する規定がある。たとえば第二四四条第一項第二号では、「強盗若しくは窃盗を継続的に行うために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に窃取した者」(前掲・ドイツ刑法典による邦訳)につき六月以上一〇年以下の自由刑が定められており、単純窃盗の法定刑(五年以下の自由刑又は罰金)と比較して、刑罰が加重されている。

訳者あとがき

本稿は、日本大学海外学術交流基金にもとづく平成二二年度海外客員教授招聘事業として、ベルリン自由大学のクラウス・ホフマン・ホラント教授 (Prof. Dr. Klaus Hoffmann-Holland) を日本大学法学部にお迎えし、同教授によつて三回にわたりに行われた講演のうち、平成二二年一〇月五日に法学部で催された第二回の講演を邦訳したものである。

H・ホラント教授は、刑法及び犯罪学を講じられている。現代的な課題に積極的に取り組まれるとともに、その学問的関心は幅広く、最近、グローバルな人権問題をテーマとする刊行物の編著者ともなつておられる (Ethics and Human Rights in a Globalized World, 2009)。本講演のテーマも、EU法とドイツ国内刑法との関連を重要なポイントとするもので、国際刑法の分野とも接する、新しい学際的な課題である。国内刑法上の概念と国際的規制との整合性という問題は、グローバルな犯罪対策の必要性が今日益々高まる中で、日本法においても重要な課題である。その際に、H・ホラント教授は、国内法体系にもとづく概念の形成化を指摘されると同時に、これを明確性の原則の観点から理解、分析することによつて、法律主義（罪刑法定主義）の見地から類推禁止として許されない解釈の限界問題として考察する試みを展開されている。条約等の国際ルールの日本の刑法体系への受容を検討する場合においても、人権保障上不可欠な視点として、重要な示唆を与える主張である。

第二回講演は、設楽裕文教授の司会の下、H・ホラント教授による講演の後、質疑応答が行われた。参加者から、EU法とドイツ法との関係や明確性原則とデュー・プロセスとの関連等について質問が寄せられ、それに対して、H・ホラント教授から、EU法とドイツ法との一般的な関係、EUの犯罪規制と各国の国内刑法との整合性に関する

EU裁判所の判例などが紹介される等、それぞれの質問に分り易く丁寧な説明が加えられた。

なお、本講演のオリジナル原稿は、その後、ゲッペルト教授の七〇歳を祝賀する記念論文集に寄稿され、収録される（“Vereinigungsbegriff im Wandel? — Begriffsprägende Systematik als Auslegungsgrenze” in: Claudius Geisler, Erik Kratz, Joachim Kretschmer, Hartmut Schneider, Christoph Sowada (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, (de Gruyter) S.245-259.)。

Hーホラント教授には、邦訳の機会を与えてくださり、あらためて心から感謝を申し上げますとともに、訳稿の掲載にあたり、同教授ならびにゲッペルト教授祝賀論文集刊行の関係各位より、ご快諾を賜ったことをここに記して、併せて厚く御礼を申し上げます。

