

# EU法がドイツ刑法に与える影響について

——指令適合的解釈に関するドイツ刑法学の現況——

富川 雅 満\*

## 要 旨

近年、条約等の国際法を端緒とした刑事立法が少なからず見受けられるが、その際、国際的に共有された目的（特定の犯罪行為の刑事規制）を実現するために、新たな立法が必要なのか、従来の法律解釈によって対応可能なかを判断することがまず必要となる。その判断にあたっては、解釈論による限界を知っておく必要があるが、わが国においては国際法と国内刑法との整合性を解釈によって保つための方法論は形成されてこなかったように思われる。本稿は、この点につき、EU法との整合性がかねてより問題とされてきたドイツ刑法学の現況を素描することで、今後予想される刑法の国際化に関する議論のための素材を提供するものである。その際、とくに国内の犯罪構成要件をEU指令に即して解釈すべきとする、指令適合的解釈をその分析の中心に据える。

## 目 次

- I はじめに
- II EU法と国内法との関係性
- III 指令適合的解釈の具体的適用領域
- IV 指令適合的解釈に関するBGHの立場
- V むすびに代えて

## I はじめに

### 1. 「刑法の国際化」について

国家は自国の刑法について、行為の可罰性やその射程、刑の重さなどを独自に制定する権限を有するが、犯罪撲滅に対する国際協力が推進される現在、特定の犯罪類型については、国際的な要請に基づき処罰規定が設けられることも珍しくない。

たとえば、児童ポルノ禁止法は、そもそも、1996年の「第1回児童の商業的性的搾取に反対する世界会議」において各国からの児童ポルノ規制の強い要請があったことに端を発して立法されたとの経緯があり、その後の改正においても、たとえば2005年の「児童の売買、児童買春及び児童ポルノに関する児童の権利に関する条約の選択議定書」など、国際法の影響を受けるものであった<sup>1)</sup>。また、安保理決議2178（2014年9月24日）では、テロ対策への各国協力の推進を目的に、「テロ行為の実行、立案、またはその準備、若しくはそれへの参加、あるいはテロリストの訓練を提供することまたは受けることのために、居住国または国籍国以外の国家へ渡航するかあるいは渡航しようとする自国民および自国領域から居住国または国籍国以外の国家へ渡航するかあるいは渡航しようとするその他の個人<sup>2)</sup>」を訴追し、刑罰制裁を加えることが、わが国を含め、加盟国に義務づけられている。近時、話題となっているテロ等組織犯罪準備

\* とみかわ まさみつ 法学研究科刑事法専攻  
博士課程後期課程

2016年10月7日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 鈴木 彰雄

罪（共謀罪）の創設も国際組織犯罪防止条約を動機とするものである。

このような潮流は、犯罪撲滅という世界規模で共有すべき目的を実現するために、各国において一定程度同内容の刑罰法規を設けることが、外在的要請として求められていることを意味し、「刑法の国際化」とも呼ぶべきものである。しかしながら、上述のように、各国はひとつの主権国家として刑罰法規を国内の状況・法文化を考慮したうえで制定することができるのであって、たとえ、共有されるべき目的それ自体に疑いを挟み得ないとしても、そのために刑法による制裁が果たして適切なものであるかどうかには、慎重な検討が必要とされる。要請されている目的を漏れなく実現するための単純な刑事立法は、その国の従前の法体系・法制度と齟齬をきたすものにもなりかねない。このことから、「刑法の国際化」のあるべき方法論を模索することの重要性が明らかとなる。

とはいえ、上記の問題は、これまで自覚的に論じられることのなかったテーマであり、総論的な検討を行うだけの素地は形成されていない<sup>3)</sup>。それゆえ、本稿では、国際法が国内法の解釈に与える影響を題材とする。かりに国際的に要請されている目的が従来の刑罰法規においてなお達成可能な場合、新たな立法は不要である。とはいえ、その刑罰法規の本来的目的が、要請されている法目的と異なることも考えられるから、そのすき間に対しては処罰拡張的・制限的解釈による対応が必要となる。それゆえ、立法論ではなく、解釈論に範囲を限定した検討は、「刑法の国際化」を考える第1歩として有意義なものといえよう。

## 2. 分析対象としての「刑法の欧州化」について

国家外在的な要請から国内刑法の解釈に変更が求められることについて、いまだわが国に十分な議論の蓄積があるわけではなく、それゆえに、検討の素材は比較法に求められよう。よく知られているように、欧州ではEU統合が推進される過程で、

法の「欧州化 (europeanisation; Europäisierung)」が認められるようになった<sup>4)</sup>。とくに、2009年のリスボン条約を通じて欧州連合の権限が強化されることに伴い、司法・警察分野での調和的な運営が図られている。それゆえ、一定の分野では、実体刑法および刑事手続の齟齬のない運用<sup>5)</sup>が実現されようとしている。この現象は、一般に、「刑法の欧州化」と呼ばれるものである。この「刑法の欧州化」は、立法から法の運用に至るまで、実体法から手続法まで、多岐にわたる領域で見られ、そのいずれもが「刑法の国際化」を検討するにあたって、興味深い素材である。もっとも、多岐にわたる「刑法の欧州化」を横断的かつ深長に参照することは本稿の紙幅に収まるものではなく、それゆえ、本稿はその参照を以下の点に限定する。すなわち、「欧州法が国内実体刑法の解釈に与える影響の有無、射程」である。とりわけ、EUにおいては、国内刑法の解釈にあたってEU法<sup>6)</sup>のひとつであるEU指令に即した解釈、いわゆる「指令適合的解釈 (consistent interpretation; richtlinienskonforme Auslegung)」を行う義務が一定の範囲で認められている。ドイツにおいては、この指令適合的解釈が従来の解釈と抵触する場合にどちらが優先されるべきかが検討課題とされ、判例・学説においても議論の蓄積が見られる。これを参照することは、国内法の解釈論への国際法の影響を検討するにあたって好個の素材といえよう。

以上のことを背景として、本稿は、EU法がドイツ国内刑法に与える影響について、とくに指令適合的解釈を中心にドイツ刑法解釈学の現況を紹介するものである。まずはEU法と国内法との関係性を素描し、指令適合的解釈の根拠や限界等につき概括的に言及する(Ⅱ)。ついで、指令適合的解釈が現実に問題となる具体例を取り上げる(Ⅲ)。EU法が国内法に関連する領域は数多く存在するが、本稿では、指令適合的解釈を分析するうえでとくに重要と思われる素材、あるいは、わ

が国に紹介する価値が比較的高い素材として、環境に対する罪、児童ポルノの所持および取得の処罰規定、過失犯における注意義務、そして詐欺罪を取り上げる。なかでも、詐欺罪に関しては、近時、ドイツ連邦通常裁判所（BGH）が2014年に、指令適合的解釈の限界について詳細な検討を加えている<sup>7)</sup>。ドイツの裁判実務が指令適合的解釈をどのように捉えるかを知るうえで当該判決は重要なものといえ、他の具体例とは章を分け、詳細な分析を加えることとする（IV）。

## II EU法と国内法との関係性

### 1. EU法の種類と適用優先

まずは一般的なEU法の知識を確認する<sup>8)</sup>。EU法には、法的性質を異にするいくつかの種類が認められ、それぞれに国内法に対する作用の仕方も異なる。とくに、2009年発効のリスボン条約によって、従来の基本条約が修正され、法行為に関するEUの権限が強化された<sup>9)</sup>。このことも踏まえ、EU法の種類とその国内法との関係について概観する。

#### (1) リスボン条約以後のEU法

EU法は大きく、1次法（primary Law; Primärrecht）と2次法（secondary law; Sekundärrecht）に分類される。前者は、EUの目的や構成、立法手続など根源的なルールを規定するもので、欧州連合条約（TEU; EUV）や欧州連合の機能に関する条約（TFEU; AEUV）、欧州基本権憲章（CFR; GRCh）などが含まれる。1次法という言葉の指し示す通り、ここに分類されるEU法は、法規範のヒエラルキーのなかでは上位に位置づけられるため、EU加盟国の国内法規はもとより、EUが制定する各種法規（2次法）もこれに違反してはならない。

これに対して、2次法は、1次法の目的を実現するために各個別領域に特化した法規定をEU機関が制定したものであり、規則（regulation; Verordnung）、指令（directive; Richtlinie）、決定（decision; Beschluss）が挙げられる（AEUV第288

条、旧EGV249条）<sup>10)</sup>。それぞれの法規はその効果において区別される。このほかには、EUの3本の柱のひとつである「警察・刑事司法協力」内では枠組み決定（framework decision; Rahmenbeschluss）が用いられることも多かったが、リスボン条約の発効に伴い、3本の柱が解体されたことを受け、現在では新たに枠組み決定が行われることはない。現存する枠組み決定は、無効宣告を受けるか、指令といったEU法規によって代替されるまで有効とされるにとどまる<sup>11)</sup>。

#### (2) 適用優先

EU法と国内法との関係性を検討するうえでは、とりわけ、規則（AEUV第288条2段）と指令（同3段）が重要となる。両者は加盟国に対して拘束力を持つ点では共通するものの、その作用の仕方に相違がある。まず、規則には直接適用が認められ、各加盟国に法律上の根拠がなくとも規則を法源とした法適用が可能である。つまり、加盟国がEU法を受けて、改めて自国の立法手続きに則ってEU法を法規化（国内法化（transposition; Umsetzung））せずとも効力を有するのであり、それゆえに、規則は「欧州の法律」とも呼ばれる<sup>12)</sup>。

これに対して、指令には間接適用が認められ、原則的には各加盟国に指令の規定内容に相当する国内法が存在しなければ効力を有さない。もちろん、指令は各加盟国に対して拘束力を有する、換言すれば、各加盟国には指令に従う義務があるのであるから、指令の目的を実施するために、所定の期限内での国内法化が義務づけられている。それゆえ、指令の名宛人は第一義的には各加盟国の立法者であるといえる。ただし、期限内に立法者が国内法化を行わなかった場合、あるいはその国内法化<sup>13)</sup>が指令の内容に照らして不十分であった場合、指令は例外的に直接適用される<sup>14)</sup>。この場合、欧州司法裁判所（ECJ; EuGH）の判例によれば、行為者の不利となる指令の直接適用は許容されず、あくまで行為者にとって有利な結論が導かれる場合にのみ、例外的な直接適用は認められる

という<sup>15)</sup>。

問題となるのは、加盟国の国内刑法に、規則および指令と抵触する規定が存在する場合の適用の優先関係である。この場合、直接適用が認められるEU法（規則と一部の指令）には適用優先が認められるため、これに抵触する国内法規定は適用されないことになる。もっとも、その場合も、抵触する国内法規定は単に適用ができないというにすぎず、その法規定が廃止されることになるわけではない（無効化（Neutralisierung）<sup>16)</sup>。まとめると、規則には絶対的に適用の優先が認められ、指令においては、上述の条件のもとで例外的に適用の優先が認められることになる。

## 2. 指令適合的解釈

国内刑法との抵触関係にあって実際に問題となるのは、指令である。というのも、第1に刑事法に関するEU法には指令が多く<sup>17)</sup>、そして、第2に指令の国内法化にあたっては、その形式や手段について各加盟国に裁量が認められているからである（AEUV第288条3段）。後者について補足すると、指令の国内法化にあたって加盟国に裁量が認められていることに鑑みれば、指令と国内化法とのあいだに齟齬が生じることも考えられる。この齟齬を埋めるためには、国内化法の適用に際して指令に即した解釈を行うことが求められる（指令適合的解釈の義務）<sup>18)</sup>。

### (1) 指令適合的解釈の義務の発生根拠

指令適合的解釈は、EUV第4条3項2段および3段<sup>19)</sup>、そしてAEUV第288条3段を根拠に義務づけられる<sup>20)</sup>。まずEUV第4条3項2段および3段によれば、加盟国はEU法の実施につき義務を負っており、連合の目的の実現を脅かすあらゆる措置を行わない義務を負っている（誠実協力原則（principle of sincere cooperation; Unionstreue）や忠誠の要請（Loyalitätsgebot）と呼ばれる）。この義務のひとつの具体化が、指令適合的解釈である。

他方で、指令の国内法化を要求する規定であるAEUV第288条3段は、立法者だけではなく、法適用者をもその規範の名宛人として拘束するといわれている。というのも、かりに指令が国内法化されたとしても、その国内化法の適用に際して、指令の趣旨に反した解釈が行われた場合、結局のところ、指令の実効性が確保されない事態に陥るからである<sup>21)</sup>。これは、AEUV第288条3段が、文言上「国内の当局（national authorities; innerstaatliche Stelle）」を名宛人としていることから根拠づけられる。すなわち、立法者のみならず、国内の公的地位にある裁判所、検察官、行政官庁も指令の実施に義務を負っている。

また指令適合的解釈は、法学における従来の解釈手法からも根拠づけられるとされる。ドイツにおいては、一般に刑法の解釈手法として、文法的解釈（grammatische Auslegung）、体系的解釈（systematische Auslegung）、歴史的解釈（historische Auslegung）、目的論的解釈（teleologische Auslegung）があるとされているが<sup>22)</sup>、このうち歴史的解釈と目的論的解釈にあっては、指令の国内化法を解釈するにあたり、国内化法制定のきっかけとなった指令の制定経緯やその法目的が顧慮されることになるから、これらの解釈から指令適合的解釈の義務を導くことも可能である<sup>23)</sup>。ただし、後述のように、指令適合的解釈の対象は、国内化法のみならず、その他の国内法にも及ぶのであるから、伝統的な解釈手法だけを論拠に指令適合的解釈を根拠づけることはできず、あくまで補強的な根拠といえよう。

### (2) 指令適合的解釈の義務の対象

指令適合的解釈の義務は、第一に指令の国内化法の適用において生じる。さらに、指令適合的解釈は、その他の、指令とは直接的には関連せずに公布された国内法にも要求される<sup>24)</sup>。指令の発布前から存在する国内法であっても、指令の効果的な実施を維持するために必要とされる限りでは、その適用は指令に矛盾したものであってはならな

い。

たとえば、ドイツの食品・消費財・動物飼料法（Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch: LFGB）は、食品の流通に際して誤信的な広告を禁止しており（LFGB第11条1項）、これに故意または過失で違反した場合には、刑事法上の制裁の対象となりうる（LFGB第59条1項7号、60条1項2号）。ここにいう誤信的な広告の禁止は消費者保護を目的としたものであるが、同内容の禁止はEU法上、1978年に発布された食品表示及び見出し、広告に関する法規定を平滑化するための指令（79/112/EWG）にも見られる。ドイツの食品法上の誤信的な広告の禁止は同指令の発布以前からも存在しており、ドイツのLFGBは指令とは無関係に交付された国内法ではあるものの、どのような表示が同法にいう誤信的な広告となるかの評価は、指令適合的解釈によって導かれなければならない<sup>25)</sup>。

以上のように、指令適合的解釈は、国内のあらゆる法秩序を射程とする義務である。

### （3）指令適合的解釈の義務の発生時期

指令適合的解釈の義務の発生時点については、学説上争いが見られる。指令は各加盟国に対して、国内法化の猶予期限を設けている。この期限を過ぎる前に、すでに指令が発効した段階で指令適合的解釈を行うよう各国の裁判所は義務づけられているのか、それとも、国内法化の期限が過ぎてはじめて指令適合的解釈の義務が発生するのであろうか<sup>26)</sup>。

国内法化の期限経過前に指令適合的解釈の義務を肯定する論者は、国内法化の期限が経過する前であったとしても指令が発効したのちに加盟国がその指令の目的を阻害するような立法を行うことは、EuGHの判例上許容されていない<sup>27)</sup>ことを理由に、法適用にあっても同様に指令の目的を阻害する解釈を行ってはならないとする<sup>28)</sup>。

これに対して、指令適合的解釈の義務がAEUV第288条3段に根拠を持つことに着目し、国内法化

の期限が過ぎたのちに指令適合的解釈の義務が発生すると主張するのが、支配的見解である<sup>29)</sup>。この見解によれば、立法者に向けられた国内法化の義務に時間的な猶予が認められていることからすれば、国内の法適用者の指令適合的解釈の義務にも同様の猶予が認められるべきであるとする。国内法化の期限を経過する以前に、指令適合的解釈の義務が認められるとすれば、各加盟国の立法者に認められている国内法化の形式と手段についての裁量に不当に干渉することになるという<sup>30)</sup>。

### （4）指令適合的解釈の限界

指令適合的解釈には、指令に認められるのが間接効力であって規則と比べれば各加盟国の裁量が広く認められていることからして、限界も存在する<sup>31)</sup>。

まず、EU法上は認められる法原則に反した解釈は許されない。EuGHの判例においては遡及禁止の原則<sup>32)</sup>と明確性の原則<sup>33)</sup>が認められており、これらの原則に反する指令適合的解釈は、国内法以前にEU法を理由に制限される。また、指令の内容が十分に明確であることも必要とされる<sup>34)</sup>。

また、指令適合的解釈は、国内の法原則に違反したものであってもならない<sup>35)</sup>。たとえば、罪刑法定主義に違反する解釈結果が指令適合的解釈から導かれる場合には、かりにそれが指令の目的に適うものであったとしても許容されない<sup>36)</sup>。罪刑法定主義からの要請としては、類推解釈も許容されず、それゆえに、結局のところ、指令適合的解釈は法律の文言に制約されることとなる。具体的に解釈の対象となっている国内法およびその他の国内法において、その「ありうる語義」が許容している範囲内で、指令適合的解釈は許容される<sup>37)</sup>。とすると、その語義が許す範囲のなかで複数の解釈がありうる場合には、もっとも指令に適したものが選ばなければならない、というのが指令適合的解釈の義務が意味するところとなる。その意味で、指令適合的解釈は相対的優先にとどまるものである<sup>38)</sup>。

コンピュータ犯罪を例として説明する。2013年に発布された指令（2013/40/EU）4条によれば、コンピュータデータを入力することで故意及びみだり（unbefugt）に情報システムの運営を著しく妨害又は阻害する行為を刑罰で罰することが各加盟国には義務づけられている。これに相当するドイツの規定として、2007年に改正されたドイツ刑法303条b第1項2号が挙げられ、これは、他人に不利益を与える意図で、データを入力及び仲介し、よって、他人にとって重要なデータ処理に著しい障害を与える行為を処罰する規定（コンピュータサボタージュ）である。たとえば、行為者が特定のサーバに対してその処理能力の限界を超えるほど大量にメール問い合わせを行うことで過度の負担をかけて、よってその機能を侵害した（いわゆるDoS攻撃）とする。指令の理解によれば、データの「入力」とは、USBポートやキーボード入力等により計算機が外部データから操作される事象をいうから、指令上はDoS攻撃もデータ入力にあたる。他方で、刑法202条a第2項の「データ」の定義によれば、刑法303条b第1項2号にいう「データ」は、「記録された又は仲介された」データを指す。したがって、刑法303条b第1項2号にいう「入力」は、入力後にデータが保存されることを必要とし、データ保存を介さないDoS攻撃は、刑法303条b第1項2号にいう「データ入力」にはあたらない。この場合に、指令適合的解釈によってDoS攻撃を刑法303条b第1項2号にいう「データ入力」として理解することは、文言の限界を超えるものであって許容されないことになる<sup>39)</sup>。

問題となるのは、法律の文言上はなお許容されているが、従来の法解釈よりも処罰範囲を拡張する指令適合的解釈が許容されるか否かである。この点、国内法においては被告人に不利となる類推解釈が禁止されており、指令適合的解釈が国内の法原則に服すると考えられているから、処罰拡張的な指令適合的解釈は許容されないとの見解が見られる<sup>40)</sup>。あるいは、被告人に不利な指令適合的

解釈を許容することは法的安定性を欠くもので<sup>41)</sup>、間接効力を原則とする指令の法的性質にそぐわないとして<sup>42)</sup>、これを否定する論者もいる。

他方で、法律の文言が許容している以上、指令適合的解釈の結果従来よりも処罰範囲が拡張するとしてもそれは単なる判例変更にすぎず、したがって、被告人に不利となる処罰拡張的な指令適合的解釈も憲法上問題はないとする見解も主張されており、近時においては、後者の見解のほうが支配的となっているように見受けられる<sup>43)</sup>。

### 3. EuGHへの付託義務

法の適用に際して、国内化法およびその他の国内法と指令との整合性の調査や指令適合的解釈の要否に関する判断は、まずは各加盟国の裁判所の課題となる。しかし、EU法上、EU法の解釈や2次法の妥当性の調査については、EuGHに独占的権限（Auslesungsmonopol des Gerichtshofs）が認められており（AEUV第19条3項）、各加盟国の裁判所は、EU法に関する法的問題が問題となった際には、EuGHの判断を求めることとされている（付託義務（Vorlagepflicht）、AEUV第267条）。ただし、あらゆる場合に付託義務が認められるわけではなく、EuGHの判例上、各加盟国の裁判所が独自に判断を行う余地も認められている。EU法が国内刑法の解釈に与える影響について分析するにあたっては、その解釈の主体も重要となるところ、ここでは付託義務とその例外について参照する。

#### (1) 付託義務と先決裁定手続

AEUV第267条によれば、条約の解釈に関連する問い（1段a）か、連合の各機関又は各組織（institutions, bodies, offices or agencies; Organe, Einrichtungen oder sonstige Stelle）の行為の効力や解釈に関連する問い（1段b）が生じた際に、かりにこの問いに関する回答がその訴訟判断にとって必要であるとの見解にその裁判所が立つ場合（2段）には、あらゆる国内裁判所はその問

いを先決裁定手続（preliminary ruling; Vorabentscheidungsverfahren）を通じてEuGHに付託することができる。しかしながら、「その判断自体がもはや国内法の上訴では異議を申し立てられない」裁判所、つまり国内の最終審裁判所は、上記の問題が生じた場合、付託の義務を負う（3段）。端的に言えば、具体的事案において刑罰規範の指令適合的な解釈が要求される場合、あるいは、関連する指令の妥当性ないし解釈に疑いがある場合には、国内の裁判所はEuGHの先決裁定を仰ぐことができ、最終審裁判所にあつてはその義務が課されている<sup>44)</sup>。ここにいう最終審裁判所とは、ドイツにおけるBGHやフランスの破棄院といった国内の最高裁判所はもとより、具体的事例において上訴の可能性がない裁判所も含まれる<sup>45)</sup>。

#### (2) 付託義務の例外

もっとも、EU法の領域が多岐に及んでいることに鑑みると、EU法の解釈が問題となりうるあらゆる場合でEuGHの先決裁定が必要とされれば、裁判の迅速性が失われる。それゆえに、EuGHの判例上、付託義務の例外が許容されている。同一の問いについてすでにEuGHが判断を下していた場合（acte éclairé）、あるいは、解釈結果が「合理的な疑いを差し挟む余地がない」<sup>46)</sup>ほどに明白な場合（「明白性（acte clair）」の法理）に付託義務の例外が認められる。とくに後者のacte clair法理は、手続を不当に遅滞させるような工作を防止し、刑事手続の迅速性を確保するためのものである。ただし、この例外が認められるのは非常に限定的であつて、AEUV第267条に基づく先決裁定手続が「共同体内部で、共同体法の問題に関して異なる判断が各裁判所において行われる」<sup>47)</sup>ことを防ぐためのものであることに鑑みれば、「加盟国において異なる判断が行われる危険が存在せず、つまりは、付託義務を課することが意味のない時間の浪費となるというに等しい場合」に限ってacte clair法理に基づく例外を許容すべきという見解が有力に主張されている<sup>48)</sup>。

#### 4. 小 括

以上、EU法とドイツ刑法解釈との関係について、その基盤を概観してきた。EU法が国内刑法解釈に与える影響を考えるうえでとくに問題となるのは、指令であつた。直接的効力をもつ規則とは異なり、指令は間接効力を有するにとどまり、原則的には立法者による活動を通じて国内の法秩序に作用するものである。国内化法を適用するに際しては、その適用は指令の有効な実施を阻害するものであつてはならず、遅くとも指令の国内化の期限が過ぎたのちには、各加盟国の裁判所に対して指令適合的な解釈が要求されることとなる。この指令適合的な解釈は国内化法のみならず、その他の国内法をも対象とし、国内およびEU法上の法原則に反するものではないこと、法律の語義に反するものではないことなどを条件に、その解釈の選択肢のなかでもっとも指令に適した解釈が選択されるべきこととなる。また、EU法の解釈が問題となる場合には、各加盟国の最終審裁判所は原則的にEuGHの先決裁定を求めなければならない。

以下では、実際に指令適合的な解釈が問題となりうる具体的な犯罪類型を取り上げ、指令適合的な解釈によって国内の刑法解釈がいかに影響を受けるかを省察する。

### Ⅲ 指令適合的な解釈の具体的適用領域

#### 1. 環境刑法

環境問題はその性質上1国の問題というよりは多国間に渡る問題として認識され、EUにあつても環境保護は連合レベルで共有されるべき目的とされている（AEUV第191条）。それゆえに、これまでも環境政策に関する指令や枠組み決定は数多く発布されており、これらと国内法との関係性も問題とされてきた<sup>49)</sup>。ここでは、そのなかでも、とくに刑法326条1項における「廃棄物（Abfälle）」の解釈問題、そして刑法330条dにいう行政法上の義務のEU法への従属性の問題を取り上げる。

## (1) 廃棄物概念

刑法326条1項は、廃棄物の不正な処理に関する罰則規定である。対象となる廃棄物は同1号から4号に該当するものでなければならず、これらの要素（たとえば、放射性物質（3号））は、環境に対する罪としての本条の性質から、環境および人の健康に害を及ぼしうるものとして、危険性要素と呼ばれる<sup>50)</sup>。もっとも、そもそもの廃棄物自体の定義は刑法典には見られず、行政法に委ねられている。行政法上は、環境保護のために処分が命じられている廃棄物（強制的廃棄物および客観的廃棄物と呼ばれる）と、単に所有者が処分しようとするにとどまる廃棄物（任意的廃棄物および主観的廃棄物と呼ばれる）とに区分され、法律上要求される取り扱いを異にする<sup>51)</sup>。

1991年の「Pyrolyse」事例では、処理後になお再利用可能な汚染オイルが刑法326条1項という廃棄物、とくに任意的廃棄物にあたるかが問題となり、BGHは指令適合的解釈を自身の解釈の正当性を示す根拠として用いた<sup>52)</sup>。地方裁判所（LG）は、本事例で行為者は汚染オイルを再利用に供する意思を有しており、実際に当該オイルに再利用可能性が認められることに鑑みると、当該オイルは廃棄物にあたらないとして刑法326条1項の成立を否定した。これに対して、BGHによれば、廃棄物を定義する旧廃棄物法（AbfG）1条1項が再利用可能なも廃棄物にあたりうることを前提としており、処理後に経済的な財として評価される物であったとしても、刑法326条1項という廃棄物となりうるという。廃棄物にあたりうるかの判断にあたっては、「再利用に関する所有者の意思」が重要なのではなく、「所有者が当該物を自己にとって価値のないものとして処分しようとしていたか否か、つまり、廃棄物処理に付すまたはその処理を行わせるために、廃棄物を放棄しようとしていたか否か」<sup>53)</sup>が基準となるとBGHは判示した。BGHによれば、この考え方はEU法という廃棄物概念にも合致するという。というのも、EuGHは廃棄物に

関する指令の適用が所有者の再利用に関する表象には左右されない、との見解を主張しているからである<sup>54)</sup>。

このようにBGHが刑法326条1項という廃棄物概念を解釈するに際してEU指令という廃棄物概念を参照していることから、指令適合的解釈がBGHによって採用されていることが本判決において示されたと評されている<sup>55)</sup>。

## (2) 刑法330条dというEU法への従属

刑法による環境保護に関するEU指令（2008/99/EG）の国内法化のために<sup>56)</sup>、ドイツにおいては第45次刑法改正法が施行された<sup>57)</sup>。注目されるのは、刑法330条d第2項が、犯罪の成否を検討するにあたっては国内法上の義務のみならず、EU法やEU加盟国の行政法の義務等がいくつかの構成要件<sup>58)</sup>において考慮されることを明文化している点である。したがって、たとえば「行政法上の義務に違反して」土壤汚染を行った者を処罰する刑法324条aにいう「行政法上の義務」にEU圏内の外国の行政法も含まれることになる<sup>59)</sup>。

刑法330条d第2項は、特定の構成要件に限ってドイツ国外の法律への従属を認めているが、この限定的従属には奇異に思われるところも見られる。たとえば、刑法324条（水域汚染）と324条a（土壤汚染）は構造上類似した構成要件であるが、刑法330条d第2項は後者にのみ従属性を認めている。たしかに、刑法324条aでは条文上「行政法上の義務に違反」していることが明示的に構成要件要素として掲げられているのに対して、刑法324条は「みだりに（unbefugt）」と規定しているにとどまり、文言上、行政法にいう許可等を参照しているわけではないため、行政法違反を明文で要求する324条aにのみ刑法330条d第2項が従属性を認めていることに理由はあるようにも思われる。しかしながら、ここにいう「みだりに」とはドイツ環境行政法上の権限が認められるか否かを問題にしているのであり<sup>60)</sup>、その点では、刑法324条と324条aとのあいだに相違は認められない。

文言上刑法324条での外国法への従属性が排除されているにもかかわらず、学説上は、指令適合的解釈の余地が残されていることを理由に、刑法324条においても外国法への従属性が認められると主張されている<sup>61)</sup>。また、立法者も、刑法324条における指令適合的解釈の余地を認めている。立法者によれば、刑法330条d第2項は、宣告的な性質を有するものであって、指令適合的解釈を通じてEU加盟国の行政法上の義務を「みだりに」の文言に読み込むことは、解釈に委ねられているという<sup>62)</sup>。それゆえ、刑法324条を指令適合的に解釈した場合、外国法への従属性が同様に認められるといえる。

## 2. 児童ポルノ

児童ポルノを含めた児童に対する性的搾取に対する対応は、児童の権利に関する条約34条で要求されているように、世界規模でその必要性が共有されている犯罪対策のひとつに挙げられる。EUでも性犯罪からの児童の保護を目的とした指令等が發布されており、児童ポルノの犯罪化については、2003年に枠組み決定(2004/68/JI)<sup>63)</sup>、そして、これを引き継ぐ形で2011年に指令(2011/93/EU)<sup>64)</sup>が發布されている。これと関連して、ドイツ国内刑法典の改正が行われており、その解釈にあってはEU法との適合性が問題となる。

ドイツ刑法旧184条b第4項(現行法では184条b第3項)は、「現実の事象又は現実に近似した事象を描写する児童ポルノ文書を調達しようと企図する者」の処罰を規定していた。当該構成要件はいわゆる企行犯(Unternehmensdelikte)であり、これは通常未遂として評価されるものを独立の既遂犯として構成するもので、ここでは現実の児童ポルノの所持より前の、それを「試みた」段階で既遂処罰を認めるものである。本罪において「所持を調達する企図」とは、一般に、現実の支配関係を惹起ないし維持することであるとされ<sup>65)</sup>、たとえば、児童に対して児童ポルノ画像作成につき

説得する行為がこれにあたるという<sup>66)</sup>。ここで、現実に児童ポルノ文書を所持していないことを理由に未遂減軽(刑法23条2項)を主張することはできない。

2015年改正が行われるまで、インターネット上で保存を目的とせずに児童ポルノデータを検索ないし閲覧する行為が、本罪にいう「児童ポルノ文書の調達の企図」に当たるかは解釈上争われていた。刑法11条3項によれば電子データも「文書」にあたるが、支配的見解によれば、電子データの所持は、行為者がデータをデータ保存媒体(たとえば、HDやUSBスティック、FD、CR-ROM)に保存した場合に認められるという<sup>67)</sup>。とすれば、その前段階である検索や、自己のパソコンモニター上での単なる表示も、児童ポルノデータを記憶媒体に保存する(=所持)行為に直接的に接した行為であって、「所持の調達の企図」にあたるもののようにも思われる。現に、Hamburg上級地方裁判所(OLG)は、データ閲覧行為に刑法184条b第4項の成立を認めている<sup>68)</sup>。しかし、このような見解に対しては批判も強く、このような閲覧行為を旧刑法184条b第4項で捕捉することは、単なるデータへのアクセスを処罰することに等しく、妥当ではないという<sup>69)</sup>。

ただし、ここで指令適合的解釈を念頭に置いた場合、データ閲覧の可罰性を肯定する論拠となりうる<sup>70)</sup>。児童の性的虐待並びに性的搾取及び児童ポルノグラフィーの撲滅に関するEU指令(2011/93/EU)第5条3項は、情報技術やコミュニケーション技術を介する児童ポルノへの意識的なアクセスを刑罰(少なくとも1年を最高とする自由刑)で処罰する義務を加盟国に課している。それゆえ、同指令の目的を解釈によって実現しようとする場合、刑法184条b第4項のなかに上記のような検索・閲覧行為を含めることも考えられよう。もっとも実際には、ドイツの立法者は、同指令の目的の達成を解釈に委ねるのではなく、法改正による解決を選択した。現在では、児童ポルノ

データをネット上で検索する行為は、刑法184条bではなく、刑法184条d<sup>71)</sup>によって処罰されることになっている。

### 3. 過失犯

指令適合的解釈は、総論の解釈にあっても問題となる。この問題がとりわけ表出するのは、過失犯における注意義務である。

#### (1) 過失犯における特別規範

過失犯にあつては注意義務の認定がしばしば重要な問題となるが、その際、ドイツにおいては、具体的状況における人を前提に、問題となる場面に応じた行為規範の検討がなされる<sup>72)</sup>。交通事故の場合、労働事故の場合、家事に際しての事故の場合など、人が取るべき行為規範についてはそれぞれの状況に対応した異なる行為規範が存在する。たとえば、道路交通には本来的一定の危険が内在しているから、その危険を抑制するために道路交通法などの道路交通における人の態度を規制するルールが存在する。このような、各領域に特化した刑法外の行為規範は特別規範 (Sondernorm) と呼ばれ、客観的注意義務の検討で一定の役割を占めることが多い<sup>73)</sup>。たとえば、労働事故においては、事故予防のための規定<sup>74)</sup>から技術的規範<sup>75)</sup>まで種々の特別規範が参照される<sup>76)</sup>。

もっとも特別規範に鑑みた義務違反がつねに過失犯という注意義務違反となるわけではない<sup>77)</sup>。一般には、特別規範は、それが刑法規範の目的 (法益保護) とは異なるものを追求するから、刑法上重要な規範違反の指標<sup>78)</sup>や徴表<sup>79)</sup>となりうるにすぎないと解されている。いずれにしても、特別規範の違反には注意義務違反の兆候的作用が認められ、それがなんらかの形で<sup>80)</sup>、過失犯の成否を検討するにあたって熟慮されうることは指摘できる<sup>81)</sup>。

#### (2) 特別規範としてのEU法

過失犯の注意義務において重要となる刑法外の特別規範は、国内法のみならず、EU法にも及ぶ<sup>82)</sup>。

EU法の拘束力に鑑みれば、直接的効力を有する規則がまず挙げられる。

たとえば、規則561/2006号は、道路運送及び人の移動に際しての運転手を守るべきルールを規定する。同規則6条は1日あたりに許容される運転時間を最大9時間とするが、かりに行為者が9時間走行したのちになお安全な運行に支障がないと考え、さらに2時間運転していたところ、一瞬の睡魔に襲われ、前方を走行中の車両に衝突し、その車両の運転手を死亡させた場合、この行為者の注意義務はどのように構成されるか。もちろん衝突時の行為者は睡眠を理由に行為不能状態であったために、その時点で、前方不注視といった義務違反から過失の注意義務違反を導くことはできない。むしろ問題となるのは、規則にいう許容運転時間を超えて運転したという態度である。ここで行為者は、規則の要求する9時間の運転時間を超えた時点で、この特別規範に違反したことを理由に、過失犯の罪責を負う<sup>83)</sup>。もちろんのこと、この許容運転時間の超過という特別規範違反だけが、注意義務違反の認定にとって重要なわけではない。たとえば、事故の発生結果が、車両の不整備を理由としたブレーキの不動作に基づくものであった場合、許容運転時間に関する特別規範の検討は問題とならず、車両整備にかかる特別規範が問題とされる。

指令適合的解釈との関係では、たとえば玩具の安全に関する指令 (2009/48/EG) が問題となる。同指令は、児童の健康保護に関してかなり詳細なルールを盛り込んでいる。たとえば、遊具内に含まれる有害物質の限界量が指令附則II第13号に表記されており、遊具の製造者は、製造時に許容値を超える有害物質が含まれていないかどうかを確認しなければならない。かりに、遊具内に含まれる有害物質が、この許容値の範囲内にとどまるものであったにもかかわらず、当該遊具に接した子どもがその有害物質を理由に身体的な傷害を受けたとしても、製造者は規則を遵守している限り、

許されたりスクの範囲内で行動していたのであるから、注意義務違反が否定され、過失犯の成立は認められないことになる<sup>84)</sup>。

問題は、指令に間接効力しか認められないことを前提とした場合、指令の国内化法が存在しない場合であっても、このように指令適合的解釈を介して、指令により直接的に過失犯の可罰性を根拠づけてもよいのかという点である。もっとも、過失犯構成要件は解釈に開かれたものであって、注意義務という抽象的基準を、特別規範によって具体化する必要がある。ここで考慮される特別規範はそもそも法律に限られるわけでもなく、EU指令であっても、それが具体的状況下で、発生結果の回避の義務づけと関連する限りでは、注意義務の認定に用いられることは許容されることになる<sup>85)</sup>。

#### 4. 小 括

以上、指令適合的解釈が問題になりうる事例群について、具体的な構成要件を挙げて参照してきた。環境犯罪や児童ポルノの取得・所持罪への対応の必要性はEU内で共有されており、関連する2次法も多く、それに伴い指令適合的解釈が刑法解釈においても重要な地位を占めるに至っている。環境犯罪においては、廃棄物概念の解釈をはじめとして、近年の改正に伴い、外国の行政法等への従属性を明記した刑法330条dの解釈が問題となっていた。前者においては、かつてBGHは自己の廃棄物概念の解釈の正当性を指令適合的解釈によって補強し、後者については、外国法への従属性を明言していない水域汚染に対する罪（刑法324条）などの解釈に際して、指令適合的解釈を用いることで、従属性を明文化するその他の犯罪との整合性を保つことが主張されている。また、児童ポルノの取得・所持罪では、インターネット上での児童ポルノ画像の検索・閲覧行為の処罰をEU指令が求めていることから、刑法旧182条b第4項にいう「調達の企図」をこの指令に適合させ、検

索・閲覧行為を含めるべきとの解釈の可能性が主張されていた。もっとも立法者は解釈による解決ではなく、立法による解決を選択し、現在では検索行為は刑法184条dで処罰されることになる。

また指令適合的解釈は、上記のような各論における解釈のみならず、過失犯における注意義務といった総論解釈にも影響を及ぼす。つまり、刑法外の特別規範が注意義務の認定において顧慮されることからすれば、特定の領域における行為規範をEU法が規定する場合には、これに配慮した注意義務の解釈が求められることになる。

この他にも指令適合的解釈が問題となりうる領域は多岐にわたる<sup>86)</sup>。ここで取り上げたものはその代表的なものであり、その他の領域を横断的に記述することもEU法と国内刑法との関係性を分析するうえで重要なことではあろう。しかし、本稿は次章で、特定の構成要件に焦点を当て、やや詳細な分析を行うこととする。というのも、その構成要件においては、指令適合的解釈の採用の可否についてBGHが詳細な検討を加えたことに付随して学説上も盛んな議論が交わされており、参照価値が高いと思われるからである。

### IV 指令適合的解釈に関するBGHの立場

#### 1. Abo事例におけるBGHの態度決定

##### (1) 事案の概要および問題の所在

2014年の判決で、BGH第2刑事部は、詐欺罪構成要件の指令適合的解釈の採否について検討を加えた<sup>87)</sup>。問題となったのは、行為者らの運営するインターネット上でのルート検索サービスが、実際には有償かつ定期契約を伴うものであったにもかかわらず、被害者らをしてこれを無償だと誤信させて契約締結を行わせた事案であり、当該サイトの利用が有償かつ定期契約を伴うものである旨の説明は、一般契約条項を読む等、注意深く当該サイトを調査した場合に認識されうるものであった(Abo事例)。

公判開始が争われたLG Frankfurt a.M. におい

ては、「平均的なインターネット利用者を基準とすれば、遅くとも個人データを入力する時点で、それぞれのウェブサイトの内容を入念に調査することが利用者には求められている」として、詐欺罪という欺罔行為が認められず、詐欺罪の成立を否定していたのに対して<sup>88)</sup>、抗告審である OLG Frankfurt a.M. では、当該具体的状況下においては、「平均的に情報を与えられ、理解力のある消費者が本件ウェブサイトの利用者として、提供されるサービスの有償性を予想しなくともよい」として全く正反対の結論が示された<sup>89)</sup>。その後、公判開始後の LG 判決では詐欺未遂罪の成立が認められ、これに対して上告が行われたため、BGH が判断を示すこととなった。

本稿との関連で問題となるのは、EU 指令にいう「平均的消費者」像が詐欺罪の欺罔行為・錯誤概念の解釈にあたって影響を及ぼすか、である。EU においては、2005年に不正な取引慣行に関する指令2005/29/EG (UGP 指令) が発布され、EU 圏内で許容 (禁止) されるべき取引手法の統一化が図られた<sup>90)</sup>。同指令の特徴に、禁止されるべき取引手法を判断する基準として、いわゆる「平均的消費者」像が採用された点が挙げられる。つまり、「相応に十分な情報を得た、相応の注意力と批判能力を有した平均的消費者」を錯誤させるものだけが、禁止されるべき取引手法だというのである。同概念からは、かりに平均的能力に満たない者を錯誤させるにすぎない行為は禁止されるべきではないことになる。ドイツは同指令を国内法化すべく、2008年12月22日に不正競争防止法 (UWG) を改正し、同概念を採用することを明文化した (UWG 第3条4項)。同法16条1項においては、虚偽広告罪が規定されているが、この可罰性は、指令適合的解釈の要請から、上記の「平均的消費者」像に照らして判断されることになる。

ここで問題となるのは、詐欺罪においても同指令に適合的な解釈がなされるべきかどうかである。詐欺罪と虚偽広告罪とは、ともに他人に錯誤を生

じさせる罪である点で一致が見られるから、かりに虚偽広告罪にいう「虚偽の説明」が「平均的消費者」像に照らして判断されるとすれば、詐欺罪においても「平均的消費者」を錯誤させる行為だけを欺罔行為とすることも考えられる。

## (2) BGH の判示

以上の問題につき、BGH は詐欺罪においては UGP 指令に適合した解釈を行ってはならないと結論づけた。この点についての BGH の検討は詳細であり、やや迂遠のようにも思われるが、該当箇所の説明を以下引用することとする<sup>91)</sup>。

「指令2005/29/EG 第6条1項dによれば、取引行為が誤信のとされるのは、当該取引行為が虚偽の説明を含んでおり、それゆえに真実に反しているといえる場合、または現実には即した説明を含んでいたとしても、その提示の全体事情も含めて考慮すれば、なんらかの方法で平均的な消費者を価格に関して欺罔している、もしくは欺罔するのに適して、かつ少なくとも当該説明がなければ取引の判断が実際には行われなかった、またはおそらく行われなかったであろう場合である。それゆえに、本指令は、基本的に、平均的な理解力と注意力を有した消費者を基礎としている。[Rn. 22]

学説上、この消費者像を参照することで、詐欺罪の指令適合的解釈を前提に、刑法上の欺罔が認められるのは、商取引においてなされた説明に、情報を得た、注意力と理解力を有した人間を欺罔するだけの適性が認められる場合に限られるとの主張が展開されている。しかし、この見解に当刑事部は従うことができない。[Rn. 23]

指令適合的解釈の義務は、一般に、EUV 第4条3項 (旧 EGV 第10条)、AEUV 第288条3段 (旧 EGV 第249条3項) から導かれるとされる。その際に、EU 指令の国内化法は、指令適合的に解釈されるべきである。さらに、その他の国内法も、それが指令の発布以前から存在してい

た規定、または指令の発布とは無関係に公布された法規定であったとしても、EU法の規定と矛盾なく解釈されるべきである。[Rn. 24]

したがって、刑法においても、指令適合的解釈の義務は存在する。この義務は、刑罰規範の解釈にいくつかの選択肢が認められる場合に、EU法にもっとも即した解釈が採用されるべきことを要求する。[Rn. 25]

本件インターネットサイトにつき、LGが、2007年7月2日以降に被告人が行った運営を欺罔行為として評価していること、そして、指令適合的解釈の義務が遅くとも指令の国内法化期限の経過した時点で生じていたことに鑑みれば、指令19条に従い2005/29/EGは2007年6月12日までに国内法化されるべきであったのであるから、たしかに同指令は行為当時適用可能であった。しかしながら、同指令は詐欺罪構成要件の可罰性を制限する解釈を要求するものではない。[Rn. 26]

(1) 国内の法適用がEU法の全評価規定によって方向づけられるとしても、指令適合的解釈の義務には限界が存在する。この義務は基本的に、指令の内容が総じて明らかな場合、または適用される範囲において明らかである場合にのみ、生じる。これは刑法の領域にも妥当するものである。指令適合的解釈が実体法の領域において絶対的な優先を受けるとすれば、EUの立法権限が刑法の領域で制限され、加盟国の法秩序に可能な限り裁量が認められるべきとする原則に抵触する危険が存在する。このことを理由に、指令の優先は、いかなる場合にも留保なく刑法において妥当するものではない。とりわけ、指令の作成者は、指令が他の生活領域に関連するものである場合に、その指令が全加盟国の刑法にどのような影響を与えるかをつねに考慮しているわけではなく、または考慮できるわけでもないことからすれば、なおさら刑法における指令の妥当性は留保なく認められるべきではない。

それゆえに、指令の規定内容がその意義と目的に鑑みて刑罰規範に影響を与えるかどうかを調査する必要がある。その際に考慮されるべきは、指令適合的解釈の結果、国内規定の規範の意味内容が根本的に作りかえられてはならない、ということである。[Rn. 27]

この基準に従えば、2005/29/EG指令に基づいて詐欺解釈を制限的に解釈することは否定される。平均的な理解力と注意力を有する消費者という像は—公正競争法の目的と同じく—消費者の処分自由の保護を第一義的に考慮する一方で、契約締結前後または契約締結時に消費者を不正な影響から一般予防的に保護し、それによって消費者の（法的取引上の）決定の自由を保証し、間接的には競争者の保護、そして不正のない競争の保護を確認することを目的としたものである。同指令1条によれば、2005/29/EG指令も、不正な取引慣行に関する加盟国の法規定および行政規定を統一することで、EU域内市場を支障なく機能させ、高い消費者保護のレベルを達成することへの寄与を目的としている。この目的を達成するために刑法上の財産保護を制限することは、求められていない。同指令が追求する目的は、消費者の法益侵害に至る取引慣行を不可罰とすること、そして、平均を下回る注意力と理解力を有した消費者を欺罔するための行為態様を優遇することではない。それゆえに、意図的に行われた欺罔により消費者の財産を侵害する目的で誤信的取引慣行がなされた場合、この取引慣行を同指令の保護目的に含めることはできない。[Rn. 28]

さらに、詐欺罪の可罰性を、平均的な理解力と注意力を有した消費者を欺罔するのに適した欺罔行為に制限することは、刑法263条の意図する法益保護に矛盾する。詐欺罪構成要件を指令適合的に解釈したとしても、当該解釈は、知的または状況的にみて規範的に『平均的な』程度の自己防衛が不可能であった人に対する保護領

域を制限するほどに、広範なものではない。なぜならば、それによって、まさに、とくに保護の必要性のある消費者に対する刑法上の法益保護が否定されてしまうからである。そのうえ、欧州指令の作成者は、当該規定によって消費者保護を強めようとしているのであって、EU内の法の調和化を行うために、このような人々に対する加盟各国での刑法的保護を奪おうとしているわけではないのである。[Rn. 29]

平均的な理解力を有する消費者に刑法上の法益保護を制限することは、さらに、指令適合的解釈の限界を超えて、欺罔概念と錯誤概念を規範化することに至る。平均的に情報を獲得し、注意力と理解力を有した消費者という概念は、規範的に形成され、それゆえに、その概念の射程に関しては各裁判所によって独自に決定されるべきであるが、これとは異なり、詐欺罪構成要件は文言上欺罔によって惹起された錯誤の発生を前提とする。錯誤は、主観的な表象と現実とのあいだの矛盾であり、心理学的な事実なのであって、その存在は事実の問題なのである。それゆえに、被欺罔者がなにを理解したのであるかが問題となるのではなく、被害者が実際になにを理解したのかが問題となる。詐欺罪構成要件の解釈の結果—欺罔の意図が存在していることを顧慮せず—平均的消費者像に合致しない消費者の誤った表象から刑法上の法益保護が剥奪される場合、その解釈は、上述の錯誤の原則に一致するものではない。[Rn. 30]

(2) かりに以上の基本的な考慮が採用されないとしても、少なくとも当該事例状況においては、2005/29/EG指令の準則や評価を考慮した解釈を理由に、詐欺罪構成要件が制限されることはないといえる。EuGHの判例から読み取られる平均的消費者像も、とくに目を引くような基本的な理想像が基礎とはされていない。むしろ、状況に応じた注意力をもった消費者という観点が標準とされる。その際に、要求される注

意力の程度は、説明の受け手の人的範囲および広告の対象商品またはサービスの意味に従って決定されるので、とくに、日常的な欲求に基づいた価値の低い客体の獲得が問題となる場合には、注意力はどちらかといえば程度の低いもの、つまり、通り一遍のものでよい。したがって、短期間で伝達や契約締結が行われる商取引にあっては、情報を知る意欲と能力があり、注意力と理解力を有する消費者に対して、過度の要求がなされてはならない。[Rn. 31]

2005/29/EG指令5条2項bおよび5条3項によれば、取引慣行が不正であるかどうかを評価する際にも、取引慣行やその慣行により販売される製品に対する耐性が軽信的な消費者にとくに認められない場合には、つねに軽信的な消費者の観点が標準とされる。この場合の消費者保護は、当該慣行をその消費者群の平均的構成員の観点から評価することで、行われる。それゆえに、一本件と同様に—特定の取引領域の不注意さや軽信性を利用するために、提供される給付の有償性が意図的に隠蔽されているのであれば、詐欺罪構成要件を制限的に解釈する余地はないのである。このことは、指令附則Iに列挙されている『あらゆる場合において不正とみなされる』取引慣行を例に挙げれば明らかである。この附則は、21号以下に、誤信的取引慣行として以下のような事例群を挙げている。すなわち、実際には広告対象製品が発注されていないにもかかわらず、消費者自身が現にすでに発注したものと印象を消費者に惹起させるような請求書や支払請求を伴うこれに類似した文書が広告素材に添付されている場合である。この場合も、消費者が入念に調査したならば、当該支払請求が債権の行使に基づくものではないことは認識可能である。これに近似する事案は、すでにしてBGHSt 47, 1判決で扱われている。2005/29/EG指令附則はUWG第3条3項に関連して2008年12月22日の第1次不正競争防止法

改正法22号に受け継がれているが、この附則に上記事例が明示的に取り入れられていることは、BGHの上述の判断（BGHSt 47, 1, 6 f.）で主張された法学的見解を支えるものである。その法学的見解によれば、被害者の軽信性も欺罔の認識可能性も詐欺罪の可罰性を排除しないという。〔Rn. 32〕

(3) 本上告で申請されたAEUV第267条に基づく欧州裁判所に対する付託は、そのきっかけを有していない。当該指令の上述のような解釈は、明らかであって、疑いのないものである（『acte claire 法理』〔原文ママ〕）。〔Rn. 33〕

BGHの主張は大別すると、①詐欺罪の構成要件を指令適合的解釈によって制限することは、UGP指令の目的および詐欺罪の保護目的に鑑みて適切ではない（Rn. 27 ff.）、②かりに指令適合的解釈を採用したとしても、本件では詐欺罪の成立は否定されない（Rn. 31 f.）、そして、③EuGHへの付託義務は、本件では認められない（Rn. 33）、という点にある。それぞれの点につき、要約すると、まず①について、UGP指令は消費者の処分自由の保護を維持しながら、EU圏内の市場の機能化を果たすことを目的とするものであるが、そのために、平均的消費者に満たない消費者を狙い撃ちするような取引手法を優遇することを目的とはしていない。また、そもそも上記のような指令の目的に鑑みて詐欺罪の成立範囲を限定的に解釈することは、それによってとくに保護の必要のあるものから刑法的保護を奪うことになり、詐欺罪の保護目的に適うものではない。さらに、ここでの指令適合的解釈は、欺罔や錯誤の概念を過度に規範化するものである<sup>92)</sup>。②について、かりにUGP指令を基礎に考えた場合にも、当該指令は、状況に応じた注意深さを消費者に求めているにすぎず、高度の要求を設定するものではない。また、UGP指令は、所定事由（年齢、身体障害等）を理由に軽信的な者については、軽信的なグループを標準とした基準を用いており、状況に応じた判断を認めている。

そして、最後に③について、上記のようなBGHの結論は明白で疑いのないものであるから、acte claire法理に基づき、EuGHの先決裁定を仰ぐ必要がない、というのである。

このBGHの見解は、のちのBGH判決においても採用され<sup>93)</sup>、詐欺罪において指令適合的解釈を用いないとするBGHの立場は定着したもののようと思われる。

## 2. 詐欺罪における指令適合的解釈

以上のBGHの見解について、学説上、これを支持するものと批判するものが見られ、その評価は定まっていない。ここでBGHの見解の当否を分析するために、まずUGP指令について簡単に確認し、それが指令の国内化法であるUWGの解釈に与える影響、そして指令適合的解釈が詐欺罪にも及びうるかについての学説上の議論を参照する。

### (1) UGP指令とドイツにおける国内化法

上記のようにUGP指令は平均的消費者像を採用するが、この概念はもとより1980年代以降のEuGHの判例で形成されたものであり<sup>94)</sup>、それ以前は各加盟国において、それぞれ異なる消費者像が妥当していた<sup>95)</sup>。各加盟国間で異なる消費者像が用いられていることは、EUの基本的自由のひとつである「物流の自由（Warenverkehrsfreiheit）」を保証するうえで問題が多いため、EuGHは統一的な消費者像を設定すべく、広告の内容を評価するにあたっては、「平均的に情報を得た、注意力と理解力を有した平均的消費者がそれをどのように理解したであろう」かによって評価されることを明示した<sup>96)</sup>。広告が誤信的なものといえるかは、国内裁判所が独自に判断を行ってよいとされているが、かりにその認定に困難が生じている場合には専門家鑑定を行ったり、アンケート調査を行ったりすることも許されている<sup>97)</sup>。つまり、判例上、平均的消費者像という概念は、具体的事例に照らして具体的事情を踏まえた判断の余地を残す概念

であった<sup>98)</sup>。

UGP 指令は以上の EuGH の立場を取り入れたもので、「相応に十分に教育を受け、相応の注意力と批判力を有した」平均的消費者を基準とする (UGP 理由書 18 号)。その際、UGP 指令は、取引慣行が「精神的・身体的障害、年齢又はその手法…… [中略] に関する軽信性」に鑑みてとくに保護の必要性が明らかなグループに向けられている場合には、そのグループの平均的な構成員を基準にして取引慣行の不正性が評価されるとしており (UGP 指令 5 条 3 項)、同規定所定の属性が認められる場合の特別なカテゴリーを許容している。

UGP 指令の特徴のひとつに、いわゆる完全調和化・平準化 (Vollharmonisierung) が挙げられる (UGP 指令理由書 5 号および 17 号)。すなわち、UGP 指令に応じて各加盟国が国内法化を行う際、禁止される取引手法の基準を UGP 指令における基準より下回っても、また上回ってもならないとされている。国内法化の期限は 2013 年 6 月 12 日までで、ドイツは 2008 年 12 月 12 日に UWG を改正することで国内法化を行った。これに伴い、ドイツにおいても競争法の領域では平均的消費者像が妥当することが明確となった<sup>99)</sup>。

UWG 第 16 条 1 項 (虚偽広告罪) によれば、「特別に有利な契約申し出の外観を惹起する意図で、大衆への周知または多数の人的領域にとって決定的な通知において、虚偽の説明を通じて誤信的に広告する者」は処罰されるが、この構成要件においては、第一に説明の虚偽性が、第二に広告が誤信的であることが要求されている。前者の虚偽性は客観的評価によって決定されるのに対して<sup>100)</sup>、誤信性については、UGP 指令という平均的消費者像を基礎に、消費者が当該広告をどのように理解すべきかによって判断されることになる。この点で国内法化としての UWG の指令適合的解釈が問題となる。

とはいえ、UGP 指令が国内法化される以前よりも、ドイツ判例上は、EuGH 判例に依拠して平均

的消費者像が基準にされていた<sup>101)</sup>。もっとも BGH と EuGH の消費者像のあいだには一部相違が認められる。Abo 事例での BGH も言及しているが、価値僅少物の取引が問題となる日常的取引においては、平均的消費者に要求される「注意力はどちらかといえば程度の低いもの」でよいとされている。これは、かつての競争法における BGH 判例を根拠とするものである<sup>102)</sup>。これに対して EuGH 判例では、日常的取引においても消費者に情報収集義務を課したのも見られる<sup>103)</sup>。

## (2) UGP 指令と詐欺罪との関係性

BGH によれば、指令適合的解釈により詐欺罪の処罰範囲を限定することは要求されていないとする。ドイツの詐欺罪では軽信的な者も保護の対象とされており、過去の判例においては、1 度の使用で 10 分以内に髪を 2 倍に増やすことができると謳った増毛剤の販売が問題となった事例でも詐欺罪が肯定されている<sup>104)</sup>。本判決において BGH は、軽信的な者も詐欺罪の保護対象に含まれるとの伝統的解釈を維持した。この結論自体には学説上賛同する見解も多く<sup>105)</sup>、詐欺罪においては指令適合的解釈の義務は認められないとの主張も有力である<sup>106)</sup>。指令適合的解釈の義務を否定する論拠としては、BGH の指摘する通り詐欺罪と UGP 指令との保護目的の相違が挙げられている (上記①の点)。つまり、UGP 指令は EU 圏内の経済の活性化を念頭に、消費者の処分自由の保護を目的とするものであるのに対して、詐欺罪は個人の財産を法益とするものである。UGP 指令という平均的消費者像を詐欺罪の構成要件解釈に取り込むことは、詐欺罪の保護法益を処分自由に置き換えるものであって、この点については、ドイツ学説上かなり強い抵抗が見られる<sup>107)</sup>。

これに対して、詐欺罪において指令適合的解釈を要求する見解も多数見られる。その根拠のひとつとして挙げられるのが、詐欺罪と競争法との評価矛盾の回避である<sup>108)</sup>。たとえば、UGP 指令の国内法化である UWG は大衆広告における誤信的広

告を処罰の対象としているが、この対多数への虚偽広告において詐欺罪の成否が検討されることも十分に考えられるから、かりに平均的消費者を誤信させるものではないが一部の軽信的な者を錯誤させるような大衆広告の可罰性が問題となった場合、UWG第16条1項では不可罰とされるにもかかわらず、刑法263条の可罰性は認められるといった事態が想定されうる。この場合、UWGの可罰性はUGP指令によって方向づけられるものであるから、ここで詐欺罪と競争法とのあいだで異なる結論が導かれるというのは、EU法上許されている行為態様が国内法において禁止されることを意味し、評価矛盾を生ぜしめることになる<sup>109</sup>。この評価矛盾は、UGP指令が要求する完全調和化に違反するものといえよう。

この評価矛盾の回避を根拠として、たとえば、大衆広告が問題となる場合に限って指令適合的解釈を行うとの見解が主張されている<sup>110</sup>。この見解によれば、大衆広告による欺罔では詐欺罪の成否を検討するにあたっては平均的消費者像を基準にし、それ以外の場面では軽信的な者も保護するという従来の解釈が維持されることになる。もっとも、たしかにUWGは大衆広告における誤信的広告を処罰対象としているが、UGP指令自体は、大衆広告とそれ以外とを区別するものではない。したがって、大衆広告だけを特別扱いる解釈は、必ずしもUGP指令に適合した解釈とはいえない<sup>111</sup>。そのほかにも、UGP指令が企業と消費者との取引(B2C)を規律するものであるから、企業間取引(B2B)においては従来の詐欺罪解釈が妥当するといった主張<sup>112</sup>や、UGP指令が目的とするのはEU圏内での物流の自由、とくにEU圏内の国家間での物流の自由であるから、国境を越えた取引と国内にとどまる取引とを区分して前者には指令適合的解釈を認め、後者についてはなお従来の解釈を維持するとの見解<sup>113</sup>も見られるが、場面に応じて欺罔行為の判断基準それ自体を変更することは明確性の観点から強い批判が向けられよう。

それゆえ、学説上は、詐欺罪において指令適合的解釈が制限なく妥当することを支持する見解も少なからず見られる<sup>114</sup>。

上記②の点、すなわち具体的事案では指令適合的解釈が詐欺罪の制限に至らないことについて、BGHによれば、UGP指令は「取引慣行やその慣行で販売される製品に対する耐性が軽信的な消費者にとくに認められない場合には、つねに軽信的な消費者の観点」を基準としているとして、本件もこれに該当するかのような説明を行っている。この点に対しては、UGP指令5条2項bおよび3項は、あくまで特定の身体的(年齢や身体傷害)あるいは知的(軽信性や精神障害)属性を理由にしたグルーピングを行っているのであって、本事例にはそれらの特定の属性が認められないとの批判が向けられている<sup>115</sup>。Abo事例で問題となったのは、インターネットサイト上でのルート検索サービスであったが、利用者らがこのサービスについてとくに軽信的であったとの事情は認められない<sup>116</sup>。

### 3. 付託義務に関するBGHの「誤解」

BGHは、自身の見解が「明らかで、疑いのないものである」からEuGHへの付託義務の例外(acte clair法理)にあたりと判断した(上記③)。学説上は、BGHによる付託義務の理解およびacte clair法理の理解には誤解がある旨指摘されている。

#### (1) 付託義務の理解について

まずBGHは、被告人の上告によってEuGHへの付託が申請されている点につき、これは「きっかけを有していない(nicht veranlasst)」として付託義務を否定している。このBGHの言い回しは、ミスリーディングを招きかねないことが指摘されている<sup>117</sup>。というのも、「上告がEuGHへの付託を主張していたかどうかが重要」とされているようにも思われるからである。つまり、訴訟当事者が国内裁判所に対してEU法に関連する問題につき先決裁定手続を要求していた場合に、付託義務

が発生するとの誤解をこの言い回しは招きかねない。しかし、「本来的には、それが先決裁定の必要性のある問題を提示していたかどうかが重要」なのである<sup>118)</sup>。したがって、かりに訴訟当事者が付託を申請していなかったとしても、その事案においてEU法に関する解釈問題が生じている限りでは、裁判所に付託義務が生じる。そして、BGHが最終審としての性格を帯びる以上、上述の通り(Ⅱ.3(1)参照)、AEUV第267条3段に基づき、BGHは付託義務を負うことになる。

## (2) acte clair 法理の理解について

もっとも、EuGHの判例上許容されている付託義務の例外に鑑みれば、BGHのいうように付託義務が否定されることも考えられうる。詐欺罪における指令適合的解釈の是非については、これまでEuGHで扱われたことはないため、acte éclairéには該当しない。問題となるのは、acte clair 法理である。先に確認したように(Ⅱ.3(2)参照)、解釈の結果が「合理的な疑いを差し挟む余地がない」ほどに明白である場合、付託義務の例外が許容され、BGHも本件判決においてこの原理に依拠して付託義務を否定している。

しかし、学説上はこの点についても、BGHには理解不足が見られると批判されている<sup>119)</sup>。すなわち、BGHは詐欺罪における指令適合的解釈の義務の存否について、自身の解釈が「明白で、疑いがない」ことを理由に、acte clair 法理に該当すると論証しているが、EuGHの判例上は、国内の裁判所に付託義務の例外が認められるのは、「その他の加盟国の裁判所にとっても、そして当裁判所(EuGH: 訳者補足)にとっても同一の確証が存在するであろうことに確信を持つ場合に限られる」<sup>120)</sup>のであって、国内裁判所が国内を射程とする解釈に抱いた確信は重要ではない<sup>121)</sup>。このような誤解は、ドイツにおける違憲判断手続と先決裁定手続とを混同したことによるとの分析もなされている。つまり、基本法100条は、「裁判所が、裁判において、その効力が問題となる法律が違憲であると考

えるときは、手続を中止し、……[中略]連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない」と規定するが、ここでは憲法判断を求める裁判所が、規範の違憲性に確信を有していることが必要で、単に個々の訴訟当事者が合憲性に疑念を表明したことでは足りない<sup>122)</sup>とされている。しかし、上述のように、EuGHへの付託義務については裁判所自身の確信は問題ではない。

したがって、BGHがここで論証しなければならなかったのは、詐欺罪の解釈において指令適合的解釈が要求されないとする結論が、EuGHはもとよりその他の加盟国においても等しく、「合理的な疑いを差し挟む余地がない」ほど明白に採用されるかどうかであった<sup>123)</sup>。各加盟国における詐欺罪規定が異なる形式を有するものであることからすれば、このような調査をBGHが行うことは当然に不可能であって、したがって、EuGHへの付託義務はAbo事例においては否定されないと考えられる<sup>124)</sup>。さらに、国内の詐欺罪処罰規定とUGP指令との関係性についてはドイツ国内のみならず、他の加盟国の関心事となりうるものであって、この点からもEuGHの先決裁定を求める方が望ましかったことも指摘される<sup>125)</sup>。

## V むすびに代えて

以上、EU法がドイツ刑法に与える影響を、とくに指令適合的解釈を中心に参照してきた。本稿のそもそもの問題関心は、「刑法の国際化」を考えるための素地を形成することにあつた。もっとも、「刑法の国際化」にも多面的な現象が考えられるために、ここでは国際法が国内刑法の解釈に影響を与える可能性に焦点を当て、この点についてEUの権限強化に伴い「刑法の欧州化」が重要視されているドイツ刑法を参照することで、その問題状況を描写した。

欧州においては、EUの発布する指令に関連して、国内の刑罰法規についてその指令に即した解釈、すなわち、指令適合的解釈を行う義務が認め

られている。もっとも指令が本来的には、国内法化を通じて各加盟国内部の法秩序に影響を与えるものであることからすれば、その義務には自ずと限界が生じる。その限界づけは、多様な観点から模索されており、ここではそれらを復唱することはしないが、問題となる刑罰規範の「ありうる語義」が指令適合的解釈のもっとも外側の限界を設定するとの指摘は興味深い。たとえば、冒頭で挙げたように、安保理決議2178に基づいてテロ行為への参加行為に刑罰による制裁を加えることがわが国にも求められている。以前、武力組織であるISに参加するために渡航しようとした大学生が私戦予備罪を理由に身柄拘束されたとの報道があったが、同決議の要求を解釈によって補おうとした場合、テロ行為の訓練を目的とした渡航行為を同罪にいう予備行為に含めることが考えられる。もっとも従来の予備概念からすれば、渡航行為を「外国に対して私的に戦闘行為を行う目的で、予備」行為をしたと評価することは、同条の語義の限界を超えるものであるように思われる<sup>126)</sup>。

刑法の国際化にあたって、解釈論による対応が可能と言えらる際の限界について、わが国ではこれまで精緻な議論が交わされてきたとは言いがたい状況にある。その点でも、欧州におけるEU法と国内刑法との関係性を参照することは、議論の土台を形成するうえでも重要な観点であるように思われ、今後の研究の深化が望まれる。

- 1) わが国の児童買春・児童ポルノ禁止法の制定過程および改正経緯等については、たとえば、渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制—改正の経緯と論点—」*刑事法ジャーナル*41号（2014年）35頁以下、園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿ほか編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）1頁。
- 2) Security Council Resolution 2178, 24 September 2014, S/RES/2178, pp. 4 *et seq.* (邦訳として、[http://www.unic.or.jp/files/s\\_res\\_2178.pdf](http://www.unic.or.jp/files/s_res_2178.pdf) 参照（2016年6月20日確認））。これを受け、ドイツは刑法89条a第2項aに、テロ活動のための海外渡航等を処罰する規定を設けた。
- 3) 立法においては、国際刑事裁判所規定の国内法化や、近時も話題となった共謀罪の創設等について議論の蓄積が見られる。前者についてはたとえば、久保田隆「スイスにおける国際刑事裁判所規定の国内法化—スイス刑法典・軍刑法2010年改正を中心に」*慶應義塾大学法学政治学論究*99号（2013年）267頁、横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察—日本刑法上の諸概念との対比を中心に—」*慶應義塾大学法学政治学論究*92号（2012年）365頁。後者については法律時報78巻10号（2006年）の特集をはじめとして多くの論稿が存在する。
- 4) 刑法の欧州化一般については、たとえば、*Sieber ZStW* 121（2009），1; *Schröder*, in: *FS-Achenbach*, 2011, S. 491; *Mylonopoulos ZStW* 123（2011），633（177）; *Dannecker ZStW* 117（2005），697などを参照。とくにEU法における刑事法の動向を逐次紹介するものとして、*Brodowski ZIS* 2010, 749; *ders. ZIS* 2011, 940; *ders. ZIS* 2010, 376; *ders. ZIS* 2012, 558; *ders. ZIS* 2013, 455; *ders. ZIS* 2015, 79; *ders. ZIS* 2016, 106。
- 5) 刑事手続における欧州化を紹介するものに、水野陽一「ヨーロッパ連合における刑事訴訟の共通基準について—被疑者・被告人の防御権保障に関するものを中心に—」*広島法学*35巻2号（2011年）196頁。
- 6) ここにいうEU法とは連合法（Unionsrecht）を指す。これと区別されるのは、EU設立以前および2009年のリスボン条約以前に用いられていたEC法、すなわち共同体法（Gemeinschaftsrecht）である。
- 7) BGH NJW 2014, 2595 = GRUR 2014, 886 = MMR 2014, 843 = wistra 2014, 394.
- 8) EU法および欧州司法裁判所の機能については、中西優美子『EU法』（新世社、2012年）や庄司克広『新EU法基礎編』（岩波書店、2013年）など。なお、本稿でのEU法に関する用語は、両書を参考に訳出した。また、略語・原語については初出の場合のみ、対応する用語のある限りで英語と独語を併記し、2度目以降、独語のみを表記する。
- 9) AEUV第83条により、EU機関に刑事立法権限が与えられた。AEUV第83条がドイツ刑法に与える影響について検討を加えるものとして、*Schröder* (Fn. 4), S. 491.
- 10) AEUV第288条1段乃至3段「連合の権限を行使するために、機関は規則及び指

令、決定、勧告、意見を採択する。規則は一般的に妥当する。規則は、そのすべての部分につき拘束的で、すべての加盟国に直接的に適用されうる。指令は、それが達成すべき目標につき、指令が名宛人とするすべての加盟国にとって、拘束的であるが、形式及び手段の選択は国内の当局に委ねられる。」なお、決定は特定の個人や加盟国に直接的に下されるものであって、その効果は限定的で、国内法規と抵触することはほとんどないために、本稿の主要な関心には含まれない。

- 11) *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, § 10 Rn. 81.
- 12) *Hecker* (Fn. 11), § 14 Rn. 51.
- 13) 本稿では、指令を国内法化した法を「国内化法」(Umsetzungsrecht)と呼称し、従前から存在するまたはEU法とは無関係に制定された通常の「国内法」とは区別する。
- 14) *Rönnau/Wegner* GA 2013, 561 (566 f.); *Hecker* (Fn. 11), § 14 Rn. 53; *Hugger* NSTZ 1993, 421 f.
- 15) EuGH Slg. 1987, 2152, 2159 (Traen); EuGH Slg. 1987, 3969, 3986 (Kolpinghuis Nijmegen); EuGH Slg. 1996, 6009, 6637 (Telecom Italia); EuGH Slg. 2005, I-3624, 3654 (Berlusconi).
- 16) *Kluszczewski*, in: FS-Schünemann, 2015, S. 1085 (S. 1088).
- 17) EUの刑罰法規制定権限については*Schröder* (Fn. 4), S. 491. 概説すると、AEUV第83条によりEUは刑罰法規をEU法として制定する権限を得たが、これは一定の重犯罪(テロ行為、人身売買、女性および子どもの性的搾取、違法な薬物・武器取引、資金洗浄、汚職、支払い手段の偽造、コンピュータ犯罪、組織化された犯罪)に限られる。その限りでは、限定的な権限の付与とされる(*Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn. 5).
- 18) 指令適合的解釈の義務をおよそ否定していた論者に、*Di Fabio* NJW 1990, 947, 953.
- 19) EUV第4条3項2段及び3段「加盟国は、条約又は連合機関の行為から生じた義務の履行に適した、一般的又は特別なあらゆる措置を講じる。加盟国は、連合がその使命を果たす際に連合を支援し、連合の目標の実現を脅かすあらゆる措置を行わない。」
- 20) *Ruhs* ZJS 2011, 13 (17); *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 6 ff.; *ders.* JuS 2014, 385. EUV第4条3項2段及び3段だけが、指令適合的解釈の根拠となるとする見解に、*Nettesheim* AöR 119 (1994), 261 (268). これに対して、AEUV第288条3段に重きを認める見解として、*Brechmann*, *Richtlinienkonforme Auslegung: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der EG-Richtlinie*, 1994, S. 265; *Böse*, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1996, S. 426.
- 21) *Hecker* (Fn. 20), 385.
- 22) *Gropp*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 36, 41, 43, 45.
- 23) *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 9.
- 24) *Soyka* wistra 2007, 127 (128); *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 562; *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 10.
- 25) *Hecker* (Fn. 20), 388.
- 26) 民事法におけるEU指令の期限前の効果についての検討として、柳生一成「EU指令の実施期限前効果が加盟国に課す義務—EU司法裁判所の裁判例の検討を中心に—」慶應義塾大学法学政治学論究102号(2014年)33頁.
- 27) EuGHE 1997, 7411, 7450 f.; EuGH NJW 2006, 2465, 2469.
- 28) たとえば、*Satzger*, *Die Europäisierung des Strafrechts*, 2001, S. 535 ff.; 同様に、国内法化の期限前に指令適合的解釈の義務を認めるものに、*Soyka* (Fn. 24), 128.
- 29) *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 32; *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 563; *Ruhs* (Fn. 20), 18.
- 30) *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 32. もっとも指令適合的解釈が禁止されているわけではなく、国内の法原則が許容する限りでは、指令適合的解釈を行うことは可能である(Rn. 34).
- 31) 指令適合的解釈の絶対的優先を認める、つまり法律に反した解釈をも許容する見解として、*Böse* (Fn. 20), S. 425 ff.
- 32) EuGH Slg. 1987, 3969, 3986.
- 33) EuGH Slg. 1996, 6609, 6647.
- 34) *Hecker* (Fn. 20), 387.
- 35) *Schröder* (Fn. 4), S. 504 f.; *Ruhs* (Fn. 20), 18.
- 36) *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 563.
- 37) *Hecker* (Fn. 20), 388.
- 38) *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 579.
- 39) *Hecker* (Fn. 20), 389.
- 40) *Hugger* (Fn. 14), 423.
- 41) *Brechmann* (Fn. 20), S. 275.
- 42) *Cornelius* NSTZ 2015, 310 (312).

- 43) *Ambos* (Fn. 17), § 11 Rn. 50 f.; *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 62 f. はその際には、刑法17条にいう禁止の錯誤の回避可能性がなお問題となりうるとする。
- 44) *Hecker* (Fn. 20), 386.
- 45) *Hecker* (Fn. 11), § 6 Rn. 6.
- 46) EuGHE 1982, 3415, 3430 (CIFIT).
- 47) EuGHE 1982, 3415, 3430 (CIFIT).
- 48) *Satzger*, in: FS-Heintschel-Heinegg, S. 391 (S. 395).
- 49) EUにおける環境政策のための協定・指令等とドイツ国内法との関係性の歴史については、*Ruhs* (Fn. 20), 13. とくに廃棄物輸送に関しては、*Heine*, in: FS-Jung, 2007, S. 261 (268).
- 50) *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 291 ff.
- 51) ドイツおよびEUにおける廃棄物の法制度については、*Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 285 ff.
- 52) BGHSt 37, 333.
- 53) BGHSt 37, 333, 335.
- 54) EuGH Slg. 1990, I-1461 (1474 ff.).
- 55) *Ruhs* (Fn. 20), 19.
- 56) 当該指令の詳細については、*Hecker* (Fn. 11), § 8 Rn. 32 ff.
- 57) 第45次刑法改正法の詳細については、*Heger* HRRS 2012, 211.
- 58) 具体的には、刑法311条（電離放射線の放出）、324条 a（土壌汚染）、325条（大気汚染）、326条（危険な廃棄物の無許可取扱）、327条（施設の無許可操業）および328条（放射性物質並びにその他の危険な物質及び物品の無許可取扱）。
- 59) 刑法330条 d 第 2 項での EU 法への従属性についての詳細は、*Meyer* wistra 2012, 371.
- 60) *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 194 f. 例外的には、ドイツ刑法34条（緊急避難）に該当するような場合なども「みだりに」とはいえないとされる。
- 61) *Meyer* (Fn. 59), 373.
- 62) BT-Drs. 17/5391 S.U. もっとも、処罰の予測可能性の問題は残る (*Meyer* (Fn. 59), 374.).
- 63) 2015年改正以前の EU 法と国内法との関係については *Böse*, in: FS-Schröder, 2006, S. 751.
- 64) 同指令とドイツにおける国内化法については、*Hecker* (Fn. 11), § 11 Rn. 34 ff., Rn. 41 ff.
- 65) *Laune*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 184b Rn. 5; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 184 b Rn. 31.
- 66) *Ziegler*, in: Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StGB, 31. Ed. Stand. 01.06.2016, § 184 b Rn. 15. *Hecker* (Fn. 20), 385によれば、児童ポルノ文書を獲得する目的で、販売者に声がけする行為も本条にあたるという。
- 67) BGH NSTZ 2005, 444 (445); *Hörnle*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 b Rn. 29; *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184 b Rn. 15 a.
- 68) OLG Hamburg NJW 2010, 1893; *Hecker* JuS 2010, 928. この見解に賛同するものとして、*Eckstein* ZStW 117 (2005), 117 (120). OLG Hamburgは、行為者のコンピュータのキャッシュメモリに当該データが一時的に保存されていることに着目し、同罪の成立を認めた。
- 69) LG Stuttgart NSTZ 2003, 36; *Harms* NSTZ 2003, 646 (649); *Heinrich* NSTZ 2005, 361 (363); *Hörnle* NSTZ 2010, 704 (706); *Perron/Eisele* (Fn. 67), § 184 b Rn. 15 a; *Fischer* (Fn. 65), § 184b Rn. 34 ff.
- 70) *Hecker* (Fn. 20), 392.
- 71) 2項「児童ポルノ的な内容をテレメディアを介して検索することを企図した者も、184条 b 第 3 項によって処罰される。青少年ポルノ的な内容をテレメディアを介して検索することを企図した者も、184条 c 第 3 項によって処罰される。」
- 72) BGH NJW 2000, 2754, 2758; NSTZ 2003, 657, 658; *Lackner/Kühl*, StGB Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 15 Rn. 37.
- 73) *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 9 Rn. 108. この点につき、わが国の状況に関しては、たとえば、谷井悟司「判例における刑法上の注意義務と刑法外の義務との関係性について」中央大学大学院研究年報法学研究科編46号（2017年）373頁。
- 74) OLG Naumburg NSTZ-RR 1996, 229 (232); *Achenbach* NSTZ 1997, 536 (538 f.).
- 75) *Lenckner*, in: FS-Engisch, 1969, S. 490.
- 76) *Tiedemann*, in: FS-Miyazawa, 1995, S. 673 (S. 682).
- 77) BGHSt 4, 182; BGHSt 12, 75, 78.

- 78) Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, S. 185.
- 79) Weigend, in: FS-Gössel, 2002, S. 129 (S. 132 f).
- 80) Schröder *NStZ* 2006, 669 (670)によれば, 特別規範の検討は, 予見可能性や保護目的連関, 自己答責的な自己危殆化, 義務違反連関, あるいは許されたリスクなど, 論者によって位置づけが異なるという.
- 81) 特別規範の重要性を疑問視するものとして, たとえば, Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2011, §15 Rn. 114 ff., 136 ff.
- 82) Satzger (Fn. 73), §9 Rn. 108; Hecker (Fn. 11), §10 Rn. 77; Schröder (Fn. 80), 670 f.
- 83) Schröder (Fn. 80), 670 f.
- 84) Satzger (Fn. 73), §9 Rn. 109; Hecker (Fn. 11), §10 Rn. 78; Hecker (Fn. 20), 392.
- 85) Satzger (Fn. 73), §9 Rn. 110.
- 86) その他の指令適合的解釈が問題となる領域については, Eser/Hecker, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vorb. §1 Rn. 28参照. このうち, ドイツ刑法129条にいう「団体」概念の指令適合的解釈について紹介するものに, クラウス・ホフマン—ホラント著, 上野幸彦訳「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」*日本法学*77巻1号117頁(原文は, FS-Geppert, 2011, S. 245).
- 87) BGH *NJW* 2014, 2595. 本判決の詳細は, 拙稿「詐欺罪における被害者の確認措置と欺罔行為との関係性(3・完)—真実主張をとまなう欺罔をめぐるドイツの議論を素材として—」*法学新報*122巻7・8号(2016年)223頁(225頁以下).
- 88) LG Frankfurt a.M. *K&R* 2009, 348 (350).
- 89) OLG Frankfurt a.M. *NJW* 2011, 398 (400). 評釈に, Hansen *NJW* 2011, 404; Brammsen/Apel *WRP* 2011, 1254; Hatz *JA* 2012, 186; Hecker *JuS* 2011, 470; Eisele *MMR* 2011, 270など.
- 90) UGP指令の詳細な分析研究として, 中田邦博・鹿野菜穂子編『ヨーロッパ消費者法・広告規正法の動向と日本法』(日本評論社, 2011年).
- 91) 各段落末尾の欄外番号(Rn.)はBGH *NJW* 2014, 2595のものを用いている. BGHの引用文献については割愛した.
- 92) 平均的消費者像がもたらす欺罔・錯誤概念の規範化の検討, および具体的結論についての検討はすでに, 拙稿・前掲注90)238頁以下, 244頁, 246頁.
- 93) *NStZ-RR* 2014, 309. 商業登記に関する請求書類類似書類送付事案が問題となったものである. この判決とAbo事例判決とを対比分析するものとして, Heger *HRRS* 2014, 467.
- 94) EuGH *Slg.* 1982, 3961 (3973) (Rau); EuGH *Slg.* 1994, I-513 (547) (Sektellerei Keßler); EuGH *Slg.* 1992, I-1923 (1944) (Mars).
- 95) Dannecker (Fn. 4), 705.
- 96) EuGH *Slg.* 1998, I-4657 (4693) (Gut Springenheide).
- 97) EuGH *Slg.* 1998, I-4657 (4693).
- 98) Cornelius (Fn. 42), 311.
- 99) なお, UWG以外にUGP指令の射程が及ぶ行政法・民事法規定としては, 価格表示法(PAngV)や民法312条jが挙げられる(Cornelius (Fn. 42), 313). Corneliusによれば, BGHが欺罔行為を肯定する際に参照したPAngVも平均的消費者像を基礎とし, これによりBGHは無意識的に「欧州消費者像の適用についての足場を築いている」という(314).
- 100) BGHSt 52, 227 (234). Vgl. Erb, in: FS-Müller-Graf, 2015, S. 199 (S. 200).
- 101) BGH *GRUR* 2000, 619. Vgl. Ruhs, in: FS-Rissingvan-Saan, 2011, S. 567 (S. 570).
- 102) BGH *GRUR* 2002, 715 (716); BGH *GRUR* 2002, 81 (83); BGH *GRUR* 2004, 244 (245); BGH *WRP* 2004, 735.
- 103) EuGH *Slg.* 2000, I-2297 (2336) (Darbo). 「無添加」を謳った商品に, カドミウムや鉛の残留物が含有されていることを消費者は知っているべきと判断された.
- 104) BGHSt 34, 199, 200.
- 105) たとえば, Krack *ZIS* 2014, 538; Hecker/N.F.Müller *ZWH* 2014, 329; Cornelius (Fn. 42), 310; Kleczewski (Fn. 16), S. 1085.
- 106) たとえば, Vergho *wistra* 2010, 86; Hillenkamp, in: FS-Müller-Graf, 2015, S. 191.
- 107) Perron, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 29. Aufl. (2014), §263 Rn. 1 f., Rn. 81; Hefendehl, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 2. Aufl. 2014, §263 Rn. 3 ff.; Lackner/Kühl, *StGB*, 28. Aufl. 2014, §263 Rn. 2. なお, 処分自由も詐欺罪の保護法益のひとつに含まれるとする見解に, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *StGB*, 4. Aufl. 2013, §263 Rn. 13 ff.

- 108) この点を挙げるものに、*Hecker*, *Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts*, 2001, S. 290; *Krack*, (Fn. 105), 540; *Ruhs* (Fn. 101), S. 575 f.; *Cornelius* (Fn. 42), 314 f.
- 109) これに対して、そもそもUGP指令と詐欺罪とのあいだで評価矛盾は存在しないとするものに、*Kleszczewski* (Fn. 16), S. 1096. *Kleszczewski*によれば、市場において一定の嘘が許されるとするのは、自然主義的誤謬であるという。
- 110) *Hecker* (Fn. 108), S. 306 ff.
- 111) *Soyka* (Fn. 24), 132.
- 112) この点を指摘するものとして、*Ruhs* (Fn. 101), S. 572 ff.
- 113) *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 565. もっとも論者らも、理論的には支持できたとしても、刑事政策的な観点では問題が多いとする (*Ruhs* (Fn. 101), S. 582; *Rönnau/Wegner* (Fn. 14), 565).
- 114) たとえば、*Ruhs* (Fn. 101), S. 583; *Soyka* (Fn. 24), 133; *N. Müller NZWiSt* 2014, 387, 400.
- 115) *Cornelius* (Fn. 42), 315; *Krack* (Fn. 105), 542. *Heger* (Fn. 93), 471はAbo事例にてUWG第2項bおよび3項は妥当するが、前述(注93)の請求書事例では認められないとする。
- 116) *Cornelius* (Fn. 42), 315.
- 117) *Heger* (Fn. 93), 471.
- 118) *Heger* (Fn. 93), 471.
- 119) *Satzger* (Fn. 48), S. 394によれば、「acte claire」との表記は文法上誤りで、「acte clair」が適切であり、このことからBGHの理解不足が垣間見えるとす
- る。
- 120) *EuGHE* 1982, 3415, 3430.
- 121) *Satzger* (Fn. 48), S. 396; *Hecker/N.F.Müller* (Fn. 101), 333.
- 122) *Heger* (Fn. 93), 472.
- 123) *Satzger* (Fn. 48), S. 399.
- 124) 指令適合的解釈に関するBGHの結論を支持しながら、付託義務が否定されたことにつき批判する論者に、たとえば*Hillenkamp* (Fn. 106), S. 194 f.; *Satzger* (Fn. 48), S. 392.
- 125) *Heger* (Fn. 93), 472. なお、*Heger*によれば、迅速手続の観点から先決裁定手続は望ましくないとする批判も、近時、EuGHにおいて迅速な先決裁定手続が見られることからすれば、有効な批判とは言えないという(473)。たとえば、EuGH NJW 2014, 3007では、OLG Nürnbergの付託(NJW-Spezial 2014, 314)から2ヶ月以内に判決が下されている。
- 126) この点の検討につき長田秀樹「私戦予備陰謀罪の成立要件」創価法学44巻2号31頁。

