

「ヨーロッパの『一事不再理』と 起訴便宜主義の連合レベルへの格上げ」

ヴァシリオス・ペトロプロス
佐川 友佳子（訳）

I. 序

ダイバージョンの枠内における裁判上ないしは検察上の決定の遮断効の射程は、第一には国内法の問題として考慮される。そこでドイツ法においては、刑事訴訟法 153 条 2⁽¹⁾ 項と 153 条 a⁽²⁾ が、行為者の責任が軽微であり、公の訴追の利益が欠けること、ただ、この訴追利益は、153 条 a の場合、命令と賦課の履行によって取り除かれるものであるが、これらに基づいて、条件付きの刑罰権消耗 (Strafklageverbrauch) を導く。これに鑑み、とりわけ、ダイバージョンの領域においても極めて名声の高い被祝贺者 (訳者注: シェヒ教授) は適切にも、刑事訴訟法 153 条 a をかなり前から「軽微な犯罪と闘う際のいわゆる手続的解決の中核」と表現してきた。ダイバージョンの過程における手続打切りの超国家的な効果は、第一に、欧州司法裁判所 (EuGH) の Gözütok/Brügge 裁定において認められた⁽³⁾。これは、国内のダイバージョン手続に基づいた、ヨーロッパレベルでの刑罰権消耗を肯定したものである。以来、ヨーロッパにおいては起訴便宜主義の格上げが出发点とされているが、これは加盟国の相互信頼につき、それぞれの法秩序の中で、自由、安全、及び権利に対する共通領域の創設のための基本的前提として基礎付けられている。そのような目標到達の宣言、それ自体には異議は唱えられない。しかし、法廷において諸国家の法秩序を同化させることは、特に加盟国の刑法的伝統がそれに関係するものである場合には、ヨーロッパ統合の実現への単なる訴え以上の、解釈学的に確固とした理由付けを必要とする。このことを顧慮して、本稿では、シェンゲン実施協

定 54 条に関する欧州司法裁判所の判例とリスボン条約の発効後のヨーロッパの「一事不再理」原理の射程距離を論じる。そのため、「一事不再理」原理の考察も、刑事事件における管轄の限界付けの問題として、「所為 (Tat) ごとの刑罰権」というモットーに従って探究される。ヨーロッパにおける起訴便宜主義の格上げは、最終的には、ダイバージョンの過程における刑罰権消耗と手続打ちりの共通分母に鑑みて根拠付けられる。ヨーロッパの法的平和という概念が、刑事手続上の主たる究極の目的として考慮されることになるだろう。

II. シェンゲン実施協定とリスボン条約によるヨーロッパの一事不再理

1. ヨーロッパの一事不再理の対象と法的基盤

すべての EU 加盟国によって認められているにもかかわらず、「一事不再理」原則は、その対象に関しては、依然として、決定困難である。換言すれば、二重訴追の禁止が問題になっているのか、二重処罰の禁止が問題になっているのかが不明確なのである。このことは、基本法 103 条 3 項⁽⁴⁾を例に示されるだろう。この文言(「重ねての処罰の禁止」)は、判例及び学説上、広く解釈され、それによって二重訴追の禁止も把握されてきた。さらには、もっとも重要な国際法上の条約も、刑事訴追の禁止を出発点としている。これは、なるほど、国家を越えるような一事不再理を根拠づけるものではないが、少なくとも、国家レベルでのこの原則の存在を保障している。同じことを、適切にも、ヨーロッパの一事不再理の規定基盤、すなわち、シェンゲン実施協定 54-58 条以下、そして欧州基本権憲章 50 条(この関連でいわゆるマーストリヒト条約新 6 条)が確認している。シェンゲン実施協定 54 条は以下のように規定する。「一締約国においてその裁判が確定力をもって終結した者は、他の締結国によって同一の所為 (Tat) につき訴追されることはない。但し、有罪の場合には、その刑が既に執行され、あるいは現に執行中であるか、あるいは判決を下した国の法に基づき、もはや執行不可能であることを要する」。また、欧州基本権憲章 50 条では、以下のように規定されている。「何人も、既に連合の中で法律によって確定的に有罪または無罪とされた犯罪行為 (Straftat) について、刑事手続上、新たに訴追され、または処罰されない」。

二重訴追の禁止と二重処罰の禁止の限界付けは、解釈学的根拠づけにとっても、この原理の実務上の適用にとっても、大きな意義を有する。解釈学的には、同一の行為を理由とした二度目の訴追は、法的安定性の侵害として看做されうるし、二度目の処罰は、比例原則および公正の原則の抵触として看做されうる。実務レベルでは、この区分が「一

事不再理」原則の名宛人の決定に大きな影響を及ぼす。二重訴追の禁止を前提とするのであれば、裁判所と並んで、検察と訴追当局も、この原則の直接的な名宛人として考慮⁽⁵⁾される。その場合は、同一の行為の確定判決に基づいた手続は、刑事訴訟法の206条a、260条のみならず、同法170条⁽⁶⁾⁽⁷⁾によっても打ち切られる。つまり検察庁は、こうした事例において、欧州司法裁判所の判例を考慮するよう義務づけられているのである。

二重処罰の禁止に対して、二重訴追の禁止が優位であることは、なるほど、法的平和の保障は、手続上の最終目的として、公正に対する法的安定性の優位を前提としている、という印象を喚起させる。しかし、「法的安定性」と「公正」を対立項として考察することは、法的平和を保障することはほとんど一致しない。法的安定性は公正を前提としたものであり、そして公正は、その者の犯行の有罪判決以降は「そっと」しておいてもらうという被疑者の権利も考慮しなければならないのである。換言すれば、「法的平和」の確保には、被告人の保護に関係する個人的観点と、秩序を求める社会的要請を満足させる集団的観点との、法的安定性についての両方の観点を考慮することが必要なのである。一事不再理の「分裂的な」実体法的及び訴訟法的性質は、この原則の実体的基盤の存在を証明しているに過ぎない。このことは、刑罰権消耗と起訴便宜主義の共通分母(後述するように、同様に実体的次元を有する)の決定にとって、大きな意義を有する。

ヨーロッパの一事不再理の射程範囲の決定は、リスボン条約の施行以降も、シェンゲン実施協定54条と欧州基本権憲章50条という相異なる文言を考慮しなければならない。つまり、基本権憲章50条は「犯罪行為 (Straftat)」から出発しており、そしてそれゆえ、訴訟対象の規範的決定の根拠を与えるものである。これに対して、シェンゲン実施協定54条は、同一の「所為 (Tat)」の刑法的訴追を禁止し、そしてそれゆえ、機能的な手続上の所為概念 (Tatbegriff)⁽⁸⁾を志向している。さらに進んで、基本権憲章50条は、シェンゲン実施協定54条の執行要素を断念し、そして確定した有罪判決ないしは確定した無罪判決を、この原則の適用の十分条件とみなしている。これにつき、リスボン条約の施行後も、シェンゲン実施協定54条の例外が、同協定55条の中で、そしてそれに依拠した国家の声明の中で記述されているのと同じように、欧州基本権憲章52条に応じた同憲章50条の制限としてみなされて良いのかは、依然として未解決である。ヨーロッパの一事不再理の射程距離の決定は、それゆえ、ヨーロッパレベルに起訴便宜主義を格上げするという「質」に、影響を与える。つまり、例えば、手続上の所為概念の規範的決定は、ダイバージョン手続の遮断効を制限するための障害を取り除くものとなりうる。同じことは、シェンゲン実施協定55条、欧州基本権憲章52条の一事不再理

の例外の規定に対しても妥当する。しかしながら、「一事不再理」原則の射程距離をセンセーションナルに変更するということは、リスボン条約の帰結としては、まずありそうもないことには変わりがない。なぜなら、第一に、欧州基本権憲章 50 条は、シェンゲン実施協定 54 条よりも適用領域が狭いからである。というのも、この規定は、EU の機能に関する条約 (AEUV) 83 条の犯罪に限定されており、そしてさらに、ポーランドと英国には妥当しないからである。第二に、リスボン条約によって欧州基本権憲章の拘束力が承認されたことは、基本権憲章 50 条によるシェンゲン実施協定 54 条以下の補充に関しては決して生じない、基本権の最低限度の保障水準を確保することを目的としているからである。将来的に、基本権憲章 50 条を考慮して、シェンゲン実施協定 54 条の執行要素を断念したとしても、シェンゲン実施協定 54 条に関する欧州司法裁判所の従来の判例に取り組むことは依然として不可欠である。将来的にもシェンゲン実施協定 54 条に照らして、欧州基本権憲章 50 条を解釈する、ということから出発されるべきである。このことは、ダイバージョン措置の帰結として、ヨーロッパ全体の遮断効を決定するためにも大きな意義を有する。

2. シェンゲン実施協定 54 条に関する欧州司法裁判所の判例による、ヨーロッパの一事不再理の射程

アムステルダム条約によって、連合の法にシェンゲン条約を含めることは、欧州司法裁判所に、シェンゲン条約を欧州連合条約 (EUV) 旧 31 条, 35 条に応じて解釈することを許容する。これにより、国際法上の協定及びヨーロッパの「アキ (Acquis)⁽⁹⁾」としての、条約の二重の性質も確認された。以来、同裁判所は幾度も、アムステルダム条約はシェンゲン条約の内容の変更をもたらし、その結果、シェンゲン実施協定 54 条以下も連合の目的を考慮して解釈されなければならない、ということを表明してきた。その際、同裁判所は、自らの役割を「統合の原動力」として、とりわけ、一事不再理に関するその判例の枠内でも示し得たのである。

解釈が必要なのは、シェンゲン実施協定 54 条の枠内では、特に、確定した有罪判決というメルクマール (ne bis)、手続上の所為概念 (idem) そして執行要素である。最初の訴追国における司法上の判断の形式は、Gözütok/Brügge 裁定以来、シェンゲン実施協定 54 条の「確定した有罪判決」を肯定するための要件であることをもはや意味しない。その中には、国家レベルで遮断効を生じさせるダイバージョン措置も含まれる。それゆえ、欧州司法裁判所はシェンゲン実施協定 54 条の「ne bis」を決定する際に、形式的な確定力から出発している。これは、なるほど、ne bis in idem (一事不再理) が「実体的

な確定力」として一般に理解されるまでは、ある点では批判的にみられた。しかし、欧州司法裁判所の判例には、形式的な確定力の前には、実体的確定力が(その前提として)確認されなければならないという限りで、賛同しうる。しかしながら、こうした形式的確定力への志向も、最初の訴追国における事案との実質的取り組みの必要性の中に、その限界付けを見出すのである。欧州司法裁判所も別の裁定でそのことを確認している。

「同一の所為」という更なるメルクマールは、欧州司法裁判所によっては所為の集合体と解釈されたが、これは、時間的、空間的観点から、一つの事実とされるものである。そこで同裁判所は、ヨーロッパレベルで最初の訴追国の手続上の所為概念とは独立し、基本的にはドイツの判例的事実的な訴訟上の所為概念に相当する、「idem」メルクマールの統一的決定を、前提としている。ヨーロッパレベルで訴訟の対象物を統一的に考慮することに鑑みても、事実的な訴訟的所為概念を志向することに関しても、欧州司法裁判所の判例には賛同しうる。最初の訴追国の手続上の所為概念を出発点とすることは、シェンゲン実施協定 54 条の適用範囲を、訴訟の対象物の国内的規定とは独立したものとすることとなり、そして、二重処罰の禁止を回避する道を均しておくことになるだろう。そして手続上の所為概念を規範的に考察することは、第二の訴追国に、シェンゲン実施協定 54 条の適用範囲の射程を限定的なものとするのを可能ならしめるだろう。それぞれの所為概念が、訴訟の対象物として、依然、刑事手続の体系に内在しており、そして訴訟法的な前提に従って解釈されている限りで、実際のところ、事実性と規範性はそれぞれの刑事手続上の所為概念の中で錯綜しているのである。それゆえ、ヨーロッパレベルでも、捜査手続の際に「日常用語的に再構成され」た、「相互に関係する一連の行為の社会的な意味の統一における歴史的事象が生じた」ということを出発点とすべきである。この「行為者親和的」で事実的な所為概念は、最終的にはヨーロッパ人権裁判所(EGMR)によっても、ヨーロッパ人権条約(EMRK)の 4 条 7 項の解釈の際に考慮されている。

ダイバージョン措置の遮断効の射程にとってさらに重要であるのは、シェンゲン実施協定 54 条の適用に関する欧州司法裁判所の判例は、最初の訴追国の手続に関与した者にのみ及ぶのであって、共同正犯者には及ばないということである。それを超えて、同 54 条は、条件付き執行の観察期間中も、ないしは、刑の執行が最初の訴追国において執行猶予のために停止される場合も把握するものである。これに対して、単なる未決勾留は、執行が判決の存在を前提としている限り、この 54 条の執行要素を肯定するためには十分ではない。最後に、この条文は、最初の訴追国の決定が「判決国の法律によれ

ば、その国の法律に存在する手続法上の特殊性を理由に、決して直接には執行され得ない」場合にも適用を見出される。同じことは、事件が時効となった事例、ないしは最初の訴追国において証拠が欠けていることから無罪となった事例にも当てはまる。

上で述べたことから、ヨーロッパの一事不再理の射程距離は、大部分が、シェンゲン実施協定 54 条に関する欧州司法裁判所の判例から決定されている、ということが明らかになる。このことに鑑みれば、ヨーロッパにおける起訴便宜主義の格上げの「質」も評価される。「一事不再理」原則が、欧州司法裁判所の判例のように、「大規模に」刑事事件に適用されるとすれば、ダイバージョン措置の国内的遮断効がヨーロッパに及ぶ効力があると承認することは、実務においても、起訴便宜主義の格上げとみなされる。それゆえ、「一事不再理」原則を考慮することは、適切な刑罰権の決定に関する問題として、本考察にとって重要である。すなわち、一事不再理を、刑事事件で裁判上の管轄の限界付けの前段階にずらすことは、つまりこの原則の射程距離に影響を及ぼするのである。

3. 適切な刑罰権の決定の問題としてのヨーロッパの一事不再理？

国内の刑事手続の枠内では明らかであると思われる、訴訟の係属、訴訟対象、そして確定力の間の論理的な関係は、「所為ごとの刑罰権」というモットーに従う刑事事件においては、ヨーロッパの一事不再理を、国家間の裁判上の管轄の限界付けの問題として考慮することになる。このことはまず「一事不再理の問題の解釈」に対する枠組決定の創設に関するギリシャの発議によって、公式に強調され、そして様々な学問的所見とプロジェクトによっても確認された。これに鑑みて、委員会は、「EU における管轄競合と一事不再理に関する報告書」を提出したのであり、この報告書に、刑事における管轄の限界付けに関する枠組決定に対する EU 理事会の更なる提案も、かなりの部分が依拠しているのである。さらに内容的に推敲された後、この提案は、リスボン条約発効の前日に、最終的な枠組決定になった。刑事において管轄が競合する場合には、加盟国の調整の試みを継続することが、EU の機能に関する条約 (AEUV) 新 82 条 1 項に関して、将来的にも考慮されるべきである。

刑事事件における裁判所の管轄の限界付けに関する問題は、原則的には、まずは国内法の枠内で、一事不再理の「コインの裏側」として理解されるべきである。このことは例えば、連邦国家の場合には実際その通りである。そこでは刑事事件における様々な管轄の衝突が、連邦法を基礎にして、ないしは最高裁判所の決定によって、国内的に解決

される。これに対して、超国家的レベルで「適切な」裁判権の決定を拘束することは、国家主権の限界付けに関し(裁判権を断念する形式においては)、依然として疑わしい。このことは、国際法の管轄を指定する管轄 (Kompetenz-kompetenz; 訳者注: 管轄権の範囲に関して拘束力を有する裁定を下す管轄権) に鑑みて、内政不干涉原則のために、そしてそこから国家間の主権の衝突を回避するために、根拠づけられる。この国際法の単純な承認的性質と、国内法の拘束性との間で、連合レベルでは、拘束的な法効果を伴う承認を出発点とすることが、望ましいだろう。このことは、更なる根拠づけを必要とするものであり、そこでは連合法の超国家的な性質を考慮しなければならない。

超国家的な承認の対象として、刑罰権の適用に対する連結点の序列化が考えられねばならず、そして、その承認の根拠づけとして、この序列化の合理化が、考えられなければならない。この合理化は、「自己、及び／あるいは、別の国の利益を達成するために仕える原則」の間の限界付けに依拠しているものであり、それゆえ、二重処罰の禁止の実体的な基盤とパラレルに、訴追の利益が欠けているものとして考慮される。そこで超国家的な承認手続は、国家の訴追利益の同じく超国家的な決定から出発しなければならない。その際、訴追当局の国家間のコミュニケーションは、「模範的な相互承認」の性質を示しうる。この決定は、なるほど、国家の訴追利益ではカバーできない(そしてまさにそれゆえに、管轄の衝突が存在するのである)。しかし(なるほど、国際法に由来するが、この意味では国内憲法的にも受容できる) 法的平和へのミニマムを国内法レベルで創出することをもたす。ある一定の刑罰権が、国際法の観点からすれば、別の刑罰権に優先し、その意味で「正当で、確実に、迅速で、寛大な(等々)」態様を意味するという事実は、その刑罰権を行使することをあまり適切とみなさない法秩序の場合にも、法的平和のミニマムを創出する。

なるほど、それに鑑みれば、適切な刑罰権の選択に関する一連の承認の拘束力は、加盟国の国内法秩序における枠組決定 2009/948/JI の導入のための(将来の)法規、AEUV 82 条 1 項 (b) の将来的な規範の公布、ないしは今日のシェンゲン実施協定 54 条 IV の拡張解釈に依拠している。しかし、その解釈学的な根拠づけは、第一には法的平和の保障に鑑みれば、刑罰権の適用が断念される国家においても果たされる。超国家的な承認の帰結としての国内の法的平和は、国内の法的平和と、超国家的に生じた法的平和とを同値することによって、そして、国内手続を使って、国内の法秩序に一連の超国家的な承認手続を導入することによって、確固としたものとなる。自由、安全、法の共通領域内では、たいていの論拠が、前者の解決に有利なものとなっている。それによって、さ

らに、引き渡し、法的共助、そして執行共助の領域における加盟国の手続秩序の同化 (Angleichung) の試みも、シェンゲン情報システム (SIS) の越境的機能も根拠づけられる。他方で、国内法に承認の効果を導入するために手続の創設を要求することは、時間がかかるだろう。この意味で、ヨーロッパの承認は、「適切な」刑罰権を決定するための国際法的承認とは、その効果の拘束力に鑑みて、区別できる。

加盟国の法秩序に、2009年11月30日の2009/948/JI 枠組決定を導入するための国内法も、AUEV 82条 I (b) による将来的な規範の公布も、その他に、枠組決定の提案に対する批判を考慮に入れている。承認手続期間中の被疑者の権利の保護は、参加国間の法律上の裁判官の明確な規定、法的救済手段の創設、そして一定の期間の設定によって、保障される。現在長期にわたっているような承認手続に対する実務の当然の異議には、今日の (被疑者の権利にとって実際には問題のある) 欧州司法裁判所の手続期間だけが、「別の害悪」として対置されるわけではない。手続期間の短縮と、訴訟係属のヨーロッパに及ぶ考慮には、例えば、ヨーロッパの訴追登録簿ないしは、刑事手続登録簿の創設が寄与し、これは、様々な訴追当局間の調整を本質的に容易にするものとなるだろう。

「適切な」刑罰権は、「je-desto」論証の、類型的概念として、承認手続において、間接証拠 (すなわち連結点) によって突き止められうる。承認に至ることは、それゆえ、一定の刑罰権に有利となる連結点の序列化を合理化するものとして理解されうる。ここでは、起訴便宜主義の国内適用と射程距離とは、原則的に考慮されてはならないのである。さもなければ、適切な刑罰権の (超国家的な) 選択手続の際に、ダイバージョン措置の射程距離を考慮することは、フォーラム・ショッピング (いわゆる法廷地あり；この度は訴追組織の側に) となってしまうだろう。刑事の管轄を限界付ける際には、それゆえ、起訴便宜主義格上げのための余地は全くない。この意味で、「一事不再理」問題は、管轄の限界付けの前段階にずらすことによっては、部分的にしか解決され得ない。そのためには、問題となる「適切な」裁判所が、事実の超国家的性質を考慮するのだ、ということが確認されなければならない。

Ⅲ. 手続打ち切りによる国内の刑罰権消耗とヨーロッパの一事不再理への影響

ヨーロッパにおける起訴便宜主義格上げの度合いを決定するために、ヨーロッパの一事不再理の射程距離についてここまで論じてきたが、以下では、その引き上げを解釈学

的に根拠づけることが試みられる。その際、国内のダイバージョン措置の帰結としてヨーロッパ範囲で刑罰権消耗を作動させることが、法的平和の確定の訴訟目的の観点から、考慮されうる。

1. ヨーロッパにおける起訴便宜主義と起訴法定主義の共存

検察ないしは裁判所の自由裁量の余地の存在と射程は、公訴提起の見合わせに関しては、そしてそれゆえ、起訴法定主義を破るものに関しては、原則的に、それぞれの国家の法的な伝統に左右される。例えば、ドイツとオーストリアの刑事訴訟法は、訴追義務を出発点としており、そして、軽いないしは中程度の軽罪の場合にのみ、便宜主義の根拠から手続打切りを認めている。これに対して、ベルギー、オランダの検察は、重罪も、便宜的根拠から打ち切ることが出来る。同じことは、フランスにも当てはまり、ここでは、検察が、さらに捜査するか、あるいは手続を賦課を課した後に打ち切るかという決定にも関わる。起訴法定主義を破るものとして、さらに、犯罪行為の裁判上の下位の定義付けも考慮されうる。起訴便宜主義は、アングロサクソンの伝統においても適用されており、とくに、その下で、判決合意 (Apsprache) も理解されている。刑罰権消耗を導くダイバージョン上の過料を科すことは、検察のみならず、警察当局にも裁量がある。

もっとも厳格に起訴法定主義を志向しているのは、とくに、イタリア、スペイン、そしてギリシャの刑事訴訟法であり、これは、告訴義務と訴追義務の中に、平等原則の「コインの裏側」を見出しているのである。こうした実体法的根拠付けとは関係なく、起訴便宜主義を見合わせることは、時として、実務上の困難さとも依然として結び付いている。規則通りにノルマを果たすことに関して組織構造が欠けているということ、そして監督メカニズムの欠如の帰結としての訴追機関の「エートス」に対する潜在的不信感は、国内法に起訴便宜主義を広く導入することに対する実務上の障害を意味している。例えば、連合レベルでのダイバージョンの手続打切りの遮断効を作動させるような性質は、とくに起訴法定主義を志向する法秩序にとっては、なるほど、加盟国間での、曖昧に形成された「信頼」に関してだけでなく、実体法的な観点によっても、依然として根拠付けを必要とするのである。

ある見解によれば、行為者責任に関する裁判官の心証、手続の枠内における釈明の方法、並びに、決定の理由付け義務が、考慮する必要のある、刑罰権消耗の実体的観点として考察される。これに鑑みれば、刑事訴訟法 153 条 a の手続打切りの実体的確定力

は、否定されるだろう。しかし、実体的な確定力の要件についてそのように決めてしまうことは、部分的にしか賛同できない。刑罰権の消耗は、法的平和の到達という刑事手続の究極の目的に鑑みてはじめて、完全に根拠づけられうる。このことはダイバージョン措置の遮断効にも、そしてそれゆえ、起訴便宜主義のこのヨーロッパ範囲での格上げの前提の決定にもかかわる。そこで「訴訟経済」の概念は、「訴訟目的と訴訟費用との関連づけ」として、起訴便宜主義の格上げと矛盾しないヨーロッパの次元でもありうるのである。このことは、153 条、153 条 a の文言を例にしても確認されうる。これは、法的平和という刑事訴訟上の最終目的に関連付けられなければならない、公の訴追の利益が欠けることを前提としている。ヨーロッパ範囲での刑罰権消耗と国内の手続打ち切りという要件は、それゆえ、起訴便宜主義の理由付けと密接に関連している。このことは、ドイツ法の観点からも、示されうる。

2. 起訴便宜主義と訴訟目的

起訴便宜主義の射程は、ドイツ法には、原則的に、刑事訴訟法 153 条以下に規定されている。この中に、刑事訴訟法の新 257 条 c の判決合意も含まれるのかどうかは、「基礎にある判決手続におけるその他の手続に関する措置」も考慮される限りで、同 153 条、153 条 a に限定されるここでの考察とは関係なく、取り決めて良いだろう。些細な、そして中程度の犯罪行為の領域における 153 条以下の優位性は、軽い「害悪」に対する軽いリアクションとして、そしてそれゆえ、比例原則の発露として考慮されるべきである。この意味で、起訴便宜主義は、その適用の前提の決定に鑑みれば、起訴法定主義に対する補足として理解されるのであって、その対立として理解されるのではない。これは、目的適合性と法適合性の間を区分するものではなく、法律上の明確性と非明確性を区分するものである。

このことは既に起訴便宜主義の実体法的基盤を明白に示している。被告人を起訴するという検察の義務が、明確原則と平等原則（そしてそれゆえ、法治国家原則）に依拠している限り、まさに、刑法上の罰(Ahndung)の要件は、検察ではなくて、立法者によってのみ決定することが認められるから、こうした起訴の強制を破ることも、実体法的な根拠が必要となる。そこで、起訴便宜主義は、「訴追と不訴追の間の」検察による選択権としてではなく、法適用の、換言すれば、立法者によって決定された、制裁のない、法的平和の保障の要件に、ある事実を包摂するものとして、理解されるべきである。それを考慮すれば、起訴法定主義は、絶対的刑罰論に、そして起訴便宜主義は、相対的刑罰論に一単純に定式化すれば一位置付けられる。そしてこの理由から、起訴便宜主義の

訴訟経済的根拠は、実体的正義とは矛盾しないのである。訴訟経済は、実体刑法の目的を考慮しない「技術的な格率 (Maxime)」ではない。まったく逆に、実体刑法の規範は、訴訟法の枠内でも、「実体刑法上の適法性 (Legalität)」に従って実現される。このことは、刑事訴訟法 153, 153 条 a の中心的なメルクマール (行為者の責任と公益) に関しても確認される。

「行為者の責任」としてみなされうるのは、刑の量定責任であるが、それはとくに、犯行の態様ないしは引き起こされた犯行の影響を把握する。教義の行為者の責任は (刑法上の答責性の構成要素として) さらに、十分な嫌疑を伴ったものであり、捜査の帰結として確認されなければならない。十分な嫌疑は、例えば、「有罪の蓋然性」以上のものでなければならない。この嫌疑が欠けるならば、その手続は、刑事訴訟法 170 条に従って、打ち切られなければならない。行為者の (刑の量定) 責任には、特に、被疑者の権利を侵害し、比例原則を考慮せず、法的平和と矛盾するような、過度に長期の手続期間が影響を及ぼしうる。実務上、そのような手続の遅滞は、まさに、国際的性質を伴う刑事手続の場合には、何ら目新しいものではない。

訴追に関する公益の概念は、さらには、「刑罰目的に応じて」、つまり、一般予防及び特別予防的な考慮に従って決定されうる。このことは、他方では、公訴提起を見合わせることに実体法的基盤を明らかに示しているのであって、その基盤は、起訴便宜主義に鑑みても、比例原則の発露として根拠づけられる。立法者は、可罰性に関する決定を、「包摂に適合させるように確定するのではなく、所為とは関係のない検察と裁判所の評価に委ねようとした」のである。換言すれば、公訴提起の強制の単純な例外が問題なのではなく、「構成要件メルクマールの下での包摂」が問題なのである。刑事訴訟法 153 条以下のダイバージョンの要件が存在すれば、法的平和には、刑法上の制裁を科すことがなくても到達できる。これは、規範的に一般化され、先行行為に推定的に結び付けられた共同体の期待を出発点とした、法的平和の規範的な決定と調和する。

他のヨーロッパ諸国における起訴便宜主義の根拠づけは、同様の論拠に依っている。様々な法秩序間で、ダイバージョンモデルの射程と適用においてずれがあるということは、国家の刑事政策が異なることの帰結である。このことは、なるほど、圧倒的に、実体刑法に依拠しているが、しかし、ダイバージョンの実際上の実施に関する更なる要因も考慮しなければならない (例えば、賦課や命令を実施ないしはコントロールするための組織構造の創設)。それゆえ、なるほど、起訴便宜主義 (とりわけ 153 条, 153 条 a)

の実体法的次元が適切にも強調されるが、この原則の手続法的観点を否定するものではない。公訴提起の見合わせを、刑事訴訟法の「システムに反する」と判断される「間接的な脱犯罪化」として考慮することは、国家的リアクションの存在と、実務上のそのリアクションの貫徹との間の限界付けを見誤っている。法的平和が、比例原則の観点からすれば、(規範的に決定可能な)「規範的に一般化された期待」として、刑罰とは別の手段によって確証されうるのかどうかは、犯罪に関係する共同体の震撼の規模だけではなく、ダイバージョンのリアクション手段が實際上機能することにも左右される。

このことは、もちろん、(比例原則の発露としての)ダイバージョンの実体法的基盤の存在を排除するものでは決してない。これは、他方で、ヨーロッパレベルでは、まさに、起訴法定主義に優先的に従う国家にとって、大きな意味を持つ。起訴便宜主義は、そうした国にとっては、自国の法秩序と一致しない「異国調の」刑事手続的規定を意味するものではなく、「適切な」手段によって、望ましい刑事手続上の目的を達成するための、他国の刑事政策的な決定として考慮されうるのである。それゆえ、起訴便宜主義は、そうした国によっても、ある程度信頼されている比例原則の発露としてのその実体的基盤に関して、そして大きな利益を伴う実務上の適用に関して、考慮されうるのである。

3. ヨーロッパの一事不再理起訴における起訴便宜主義と公の利益

既に確認された、刑事訴訟法 153 条、153 条 a の手続打ちりの実体的基盤は、比例原則の発露として理解され、そして公の訴追利益の概念にその主たる表現が見出されるものであるが、ダイバージョン上の手続打ちりのヨーロッパ範囲での遮断効の根拠にとっては、非常に重大な意味を持つ。というのも、実体的な遮断効の根拠づけも、既に確認された法的平和の中に存在し、その中で、有罪判決後「そっと」しておいてもらう行為者の利益も、集合的な法的安定性の要件も考慮されるからである。この意味において、再審の権利と関係ないものとされてはならない、実体的正義に関する「極端な矛盾」の基準も、一事不再理を破る要件として理解されうる。刑事訴訟の究極の目的として法的平和を考えるなら、「法的安定性／実体的正義」という対立軸から出発する必要はない。両原則は、法的平和の確証に寄与し、そしてそれゆえ、パラレルに考慮されうるのである。

こうしたことを考慮すれば、部分的な確定力を前提としている刑事訴訟法 153 条 a の 1 項 4 文における法律上の規定も、153 条 2 項に関する判例も、確証された法的平和の

「程度」に鑑みて、一貫して根拠づけられる。これに対して、あまり明白ではないのは、何故、153条1項の打切りが、同一の部分的な確定力を引き起こしてはならないのか、ということである。命令及び賦課を課すことは、153条、153条aにおける行為者の責任と公の利益の様々な評価の帰結であり、153条aの部分的な遮断効の原因と決してみなされてはならないという限りで、153条aの反対解釈は、説得的ではない。このことは、原則的には、欧州司法裁判所の判例に依っても確認される。

同じ論拠は、この意味で、ヨーロッパの法的平和の安定に依拠しなければならない、ヨーロッパ範囲の刑罰権消耗にも適用される。この概念は、さらに進んで、その事実と結び付いている加盟国の国家的な法的平和の発露として理解される。換言すれば、ヨーロッパと関連する国家の刑事手続の目的として、ヨーロッパの法的平和の確証が考慮される。このことは、刑事訴訟法153条、153条aの場合、公の利益という概念の「親ヨーロッパ的な」規定の助けによって、まったくもって可能である。これはさらには、刑事事件における正しい管轄の限界付けに関する問題として一事不再理を考慮することとは決して矛盾しない。起訴便宜主義の実体法的内容と密接に結びついている(国内的な)公の訴追の利益は、既に上で述べたように、適切な刑罰権を選択するための連結点の序列化の理屈付けを反映しているのである。

もちろん、問題となるべき連結点は、各々の国家的法秩序の実体法とは独立していなければならない。さもなければ、(この度は刑事訴追機関によって行われる)「フォーラム・ショッピング」の危険がある。それゆえ、ダイバージョン(そしてそれゆえ、犯罪行為を減軽して取り扱うこと)の国内的可能性は、適切な刑罰権を決定するための連結点としては考慮されてはならない。しかしそれは、ある決定が、強く起訴便宜主義を志向する法秩序に有利なように、他の法秩序の訴追利益と矛盾する必要がある、ということではない。全く逆に、(国家的ダイバージョン措置によるヨーロッパ範囲での遮断効という形で)起訴便宜主義をヨーロッパ範囲で受容することは、超国家的な法的平和の確証を前提としているのである。

ドイツ法の場合、これは、刑事訴訟法153条、153条aの公の利益の概念に関して生じうるだろう。「公益」の解釈は、形式的要件と並んで、実体的確定力の要求も考慮に入れるだろう。というのも、手続打切りの枠内でも、事例の超国家的性質に関連する、実体的観点は考慮されるからである。この考慮の射程は、さらには、検察ないしは裁判所に、国内法の要件に従い裁量があるダイバージョンの可能性に左右される。そこで

例えば、ドイツ法の枠内では、完了していない命令ないしは賦課カタログに関して、153 条 a において、事実の外国要素が考慮される、命令あるいは賦課が課せられる。例えば、外国の被害者との行為者被害者和解制度、外国施設（例えば病院）への過料の一部支払い、あるいは国内の外国施設での労働（例えば大使館）等が考えられるだろう。重要なのは、国家のリアクションが、他国の訴追利益を考慮しているということを示すことであり、この意味で、国境を越えるような法的平和が創設される、ということである。このことは、裁量の余地に鑑みても、ヨーロッパレベルでの刑の執行の際に到達可能である。

M. 展 望

（いずれにしても国内の）ダイバージョン措置によって作動させられるような、国内法上の遮断効に鑑みれば、ヨーロッパでの刑罰権消耗の承認に関する欧州司法裁判所の判例は、ヨーロッパの起訴便宜主義の格上げをもたらす。この判例は、EU 基本権憲章（GRC）50 条と関連して、EUV の新しい 6 条とも一致し、そして、起訴便宜主義の実体的基盤に関して根拠づけられる。同一の実体的基盤、換言すれば、法的平和の規範的決定の前提としての「刑法の確証」に、刑罰権消耗の射程の解釈学的根拠づけも依拠しているのである。それゆえ、ダイバージョン措置の帰結として生じるこの国内的な刑罰権消耗をヨーロッパ範囲に格上げすることは、超国家的でヨーロッパの性質を持った国内のダイバージョン手続の目的として考慮されるヨーロッパの法的平和の保障の観点から、一貫して可能であり、そして歓迎すべきものである。ヨーロッパにおける起訴便宜主義の格上げについて本稿で示した根拠づけは、ダイバージョンの実体法的な脱犯罪化機能と、実体的正義が極端に侵害される事例における、再審規定の実体法的関連づけに関する本稿の被祝賀者の見解とも、調和するのである。

[訳者あとがき]

以上は、ヴァシリオス・ペトロプロス氏（Prof. Dr. Vasileios Petropoulos）が、ミュンヘン大学ハインツ・シェヒ教授（Prof. Dr. Heinz Schöch）の古稀祝賀記念論文集（2010 年公刊）に寄せた論文（Das europäische „ne bis in idem“ und die Aufwertung des Opportunitätsprinzips auf Unionsebene）の邦訳である。

筆者ペトロプロス氏は、1980 年にギリシャのアテネに生まれ、2001 年にアテネ大学法学部を卒業後、ドイツに留学、ミュンヘン大学（正式名はルートヴィヒ・マクシミリ

アン大学)及びアウクスブルク大学で学んだ後、2005年にミュンヘン大学で法学博士の学位を取得した(論文テーマは、『詐欺構成要件における被害者態度の考察(Die Berücksichtigung des Opferverhaltens beim Betrugstatbestand)』である)。2008年にはスイスのチューリヒ大学でも法学博士号を取得(論文テーマは『スイス及びEU法による資本市場の操縦行為からの刑法的保護—ドイツ及びギリシャ法を特に考慮して—(Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts vor Manipulationshandlungen nach schweizerischem und EU-Recht—Unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und griechischen Rechts)』)し、その後、2010年にはミュンヘン大学で教授資格を取得した(テーマは『情動行為の刑法的評価、情動論理の刑法解釈学的根拠への道程(Die strafrechtliche Bewertung der Affekttat. Auf dem Weg zu einer strafrechtsdogmatischen Begründung der Affektlogik)』である)。

研究活動と並行して、2003年以降はギリシャのパトラで弁護士としても活動しており、2010年5月からはアテネ大学法学部の講師も勤めている。

本論文のテーマである一事不再理は、日本においても刑事手続上の重大な原則とされているが、これが国境を越えるような犯罪にかかわる場合、日本刑法5条においては、「外国において確定裁判を受けた者であっても、同一の行為について更に処罰することを妨げない」と規定されていることから、外国で訴追された者を日本でさらに起訴することは可能であるとされている(占領軍軍事裁判所の裁判権について、最大判昭28・7・22刑集7・7・1621)。この規定の但書によれば、外国で刑が実際に執行された場合は必要的減免の効果が生じるとされていることから、刑の執行については考慮されているとはいえるが、訴追それ自体が禁じられているわけではないため、訴追される側にかなりの負担を強いるものではないか、理論的にも問題があるのではないか、という疑問が提起される。しかしながら周知のように、日本では刑事訴訟において起訴便宜主義が採用されているゆえに、理論的な問題はあるにしても、実際の裁判でこの点が争われた事件はそれほど多くはなかった。

これに対して、EU圏では、日本とは比較にならないほどのレベルで域内の人や物の流れが生じていることから、国境を越える犯罪、複数国の裁判管轄を生じる事件が相当数存在する。EUでは、従来より加盟国間で、法的、組織的に緊密な協力体制を取り、こうした事件に対処しているが、同時に、各国の刑事司法制度は依然として多様であり、各国の刑法典も異なるものであるゆえ、ある犯罪がA国とB国にかかる場合、両国で訴追することが可能であるのか否かが問題となる。そうした一事不再理の問題について定めているのが、シェンゲン実施協定及び欧州基本権条約であり、これは、本論文に

も挙げられている事件以外にも実務上数多くの事件で問題となってきたが、欧州司法裁判所の判断によって、その適用される範囲が広く認められてきたものである。ただ、このことは、他方では従来の国内法秩序を実質的に変容させる意味を有している。

本論文はこのように、一事不再理の問題が、ヨーロッパレベルで生じた場合について論じたものであるが、欧州司法裁判所の判断を出発点として、この原則の理論的根拠づけが試みられ、この原則と、各国の刑事司法制度—例えば起訴法定主義、起訴便宜主義、いずれを採用するのか—との関係とを論じ、さらに、刑事追迫の目的との関連、多数の国の国内的な法制度との関係、それと同時に被疑者、被告人の自由や財産などの権利の保護といった観点からの問題点など、様々な論点が提起され、このテーマが非常に広範な領域の論点が錯綜する問題であることが分かる。そしてこれは、理論的にももちろん重要であるが、実務にとっても非常に大きな問題であり、EUは日々、こうした事件に現実の課題として向き合っているのである。一事不再理効を広範に認めることは、従来、起訴法定主義を採用してきた国にとっては、ある意味では起訴便宜主義を採用したことと同様の効果を持つことになるが、本論文はこれを積極的に根拠づけ、肯定的に評価している点に特徴がある。この、統合に向けた各国の努力を法的側面から理論化しようとする試みは、現在のヨーロッパの法学者が抱える大きな課題であるが、本論文においてそれは一定程度成功していると言っているのではないだろうか。

また、これと同時に、近時、金融危機をきっかけに明らかになったEUそれ自体の脆弱性、つまり、異なる背景や経済的基盤を有する国が一つにまとまろうとするために生じる様々な軋轢や問題は、それと同時に、各国が、そうした点も克服して協力するという可能性も改めて認識させる契機となった。各国の文化的、社会的な相違は認めつつ、その中でどのように法的、制度的に協力体制を構築していくか、そうした試みから我々が学ぶべき点は多いにあらう。従って、今後もEU圏の動向に注目していくことの意義は、依然として失われていない。

本論文で提示されている超国家的な一事不再理原則の問題については、日本においても、国際的な刑事事件の増加に鑑みれば、刑法5条などの規定の在り方そのものを含め、改めて検討する必要がある。⁽¹⁰⁾ その意味で、本論文で取り上げられた論点は、日本にとっても大いに参照に値すると思われるので、ここに紹介する次第である。日本での紹介を快諾してくれたペトロプロス氏には、厚く御礼を申し上げる。

Θα ήθελα να ευχαριστήσω θερμά τον ακαδημαϊκό αδερφό μου Βασίλη!

「ヨーロッパの『一事不再理』と起訴便宜主義の連合レベルへの格上げ」(佐川)

訳注

- (1) ドイツ刑事訴訟法典 153 条 1 項「手続の対象が軽罪である場合、検察官は、行為者の責任が微弱であり、刑事訴追に公の利益が存しないと認めるときには、公判開始に関し管轄を有する裁判所の同意を得て、公訴を提起しないことができる。法定刑の下限が加重されていない軽罪の場合で、犯罪行為により惹起された結果が軽微であるときは、裁判所の同意は必要ではない」

2 項「公訴提起後、裁判所は、手続のどの段階においても、前項に定める要件の下、検察官及び被告人の同意を得て、手続を打ち切ることができる。被告人の同意は、第 205 条に定める事由により公判手続を行うことができないとき、又は第 231 条第 2 項、第 232 条若しくは第 233 条の場合で公判手続が被告人の出頭なしに行われるときは、必要でない。裁判は、決定により行う。この決定に対しては、不服を申し立てることができない」

条文訳については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典（法務資料第 460 号）』（2001 年）を参照した。以下同様。

- (2) 同 153 条 a 1 項「検察官は、軽罪の事件につき、所定の賦課事項又は遵守事項が刑事訴追による公の利益を消滅させるのに適しており、かつ責任の程度がこれを妨げないと認めるときは、公判の開始に際し管轄を有する裁判所及び被疑者の同意の下に、公訴の提起を暫定的に猶予し、被疑者に対して賦課事項を課すことができる。賦課事項又は遵守事項としては、特に以下のものが考慮される。

1. 犯罪行為によって生じた損害を回復する為に、特定の給付を行うこと
2. 公共の施設又は国庫の為に金員を支払うこと
3. その他公共に役立つ給付を行うこと
4. 一定の扶養義務を履行すること
5. 被害者との和解に真摯に努力し（行為者と被害者の和解）、その際、自己の犯罪による損害の全部若しくは大部分を回復すること、または損害回復のための努力をすること
6. 道路交通法第 2 条 b 第 2 項第 2 文又は第 4 条第 8 項第 4 文に基づく講習に参加すること

検察官は、賦課事項又は遵守事項の履行のため、第 2 文第 1 号から第 3 号まで、及び第 5 号、第 6 号については 6 月以下、第 2 文第 4 号については 1 年以下の期限を付する。検察官は、賦課事項又は遵守事項を事後的に取り消すこと、又は 1 回に限り履行期限を 3 ヶ月延長することができる。被疑者の同意があるときは、賦課事項又は遵守事項を事後的に課すこと及びこれを取り消すこともできる。被疑者が賦課事項又は遵守事項を履行したときは、その犯罪を軽罪として訴追することはできない、被疑者が賦課事項又は遵守事項を履行しないときは、履行のため既に行った給付は、返還しない。第 153 条第 1 項第 2 文は、第 2 文第 1 号から 5 号までの場合に準用する（2 項以下略）。

- (3) EuGH 11.02.2003 C-187/01 Gözütok, C-385/01 Brügger. 両事件については、大藤紀子「シェンゲン実施協定の一事不再理 (ne bis in idem) 原則の適用範囲」貿易と関税 53 巻 9 号 (2005) 75 頁以下参照。
- (4) ドイツ基本法 103 条 3 項「何人も、同一の行為について、一般刑法の根拠に基づいて、重ねて処罰されることはない」
- (5) 206 条 a 1 項「公判開始の決定後、訴訟障害があることが判明したときは、裁判所は、公判手続外で、決定で手続を打ち切ることができる」

2 項「前項の決定に対しては、即時抗告をすることができる」

- (6) 260 条 3 項「訴訟障害があるときは、判決において、手続の打ち切りを宣告する」
- (7) 170 条 1 項「捜査の結果、公訴を提起するに足りる十分な理由が示されたときは、検察官は、管轄裁判所に対する起訴状の提出によって公訴を提起する」

2 項「前項にあたらなるときは、検察官は手続を打ち切る。この場合、被疑者の尋問をおこなったことがあるとき、又は被疑者に勾留状が発せられたことがあるときは、打ち切りの旨を被疑者に通知しなけ

ればならない。被疑者が通知を請求したとき、または通知を受けることに特別の利益があると認められるときも同じである」

- (8) ドイツにおける「Tat」概念については、辻本典夫「『公訴事実の同一性』概念について⁽¹⁾」近畿大学法学第 53 卷第 2 号 (2005) 173 頁以下が詳しい。
- (9) 「シェンゲン・アキとは、1985 年に署名されたシェンゲン実施協定を初めとする関連規範の総体をいう」。大藤前掲注 (3) 75 頁。
- (10) この問題を扱ったものとして、愛知正博「外国刑事判決と一事不再理(1)～(3・完)」名古屋大学法政論集 83 号 139 頁, 84 号 425 頁, 85 号 147 頁 (1980), 森下忠『国際刑法の基本問題』(成文堂, 1996) 82 頁以下, 高山佳奈子「国際的一事不再理」鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集下巻 (成文堂, 2007) 591 頁などがある。

〔付記〕 本稿は、平成 23 年度香川大学若手研究経費による研究成果の一部である。

(さがわ・ゆかこ 法学部准教授)