

資 料

刑法の限界（１）

——マックス・プランク外国・国際刑法研究所における
新たな刑法研究プログラムの基盤とその取組み*——

ウルリッヒ・ズィーバー

甲斐克則 監訳

小野上真也

新谷 一 朗 訳

辻本敦史

【監訳者はしがき】

ここに訳出するのは、マックス・プランク外国・国際刑法研究所の所長ウルリッヒ・ズィーバー教授（Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber）が、同研究所の新たなプロジェクト研究プログラムのビジョンをまとめて、ドイツ全刑法雑誌119巻1号に掲載した論文「刑法の限界」（原題は、*Ulrich Sieber, Grenzen des Strafrechts—Grundlagen und Herausforderungen des neuen strafrechtlichen Forschungsprogramm*, ZStW 119, 2007, Heft 1, S.1 ff.）である。ズィーバー教授は、前所長であるアルビン・エーザー博士（Professor Dr. Dr. h.c. Albin Eser）の後任として2003年に所長になって以来、Virtual Institute 構想等、新たなビジョンを次々と出して実践しておられるが、その元になるのが、ここに訳出する壮大な論文であり、ズィーバー教授が笑みを浮かべて直接（事前にはメールの手紙でも）翻訳の許可を下されたものである。監訳者の甲斐は、ズィーバー教授が所長となってから3度マックス・プランク外国・国際刑法研究所を訪問したが、訪問する度に、その具体的成果がまとめられた叢書や論文をいただき、そのエネルギーに圧倒されている。プロジェクトチームのメ

* 2007年1月10日、フライブルク・マックス・プランク研究所の基礎を築いた人（Gründer）ハンス・ハインリッヒ・イエシエック博士（Prof. Dr. Dr. H. C. mult. *Hans Heinrich Jescheck*）の92歳の誕生日に捧げる。

ンバーも国内外から若手・中堅研究者を集めており、実に組織だって研究が進められている。同研究所と早稲田大学比較法研究所は、かねてより提携関係にあり、しかも現在、早稲田大学21世紀グローバルCOE《企業法制と法創造》の研究の一環として、企業犯罪に関する共同研究を実施中であることから、本論文の訳出はわが刑事法研究グループのその研究成果の一部として重要な意義がある。ズィーバー教授は、すでに2度早稲田大学を訪問されており、本論文の訳出を楽しみにしておられる。

なお、大部の論文であるため、2回に分けて掲載するが、訳文中の圈点は、原文ではイタリック体である（甲斐克則・記）。

I 序

フライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所において2003年末に所長の交代が行われたが、このことが、本研究所の刑法部門の長期的な展望を持った研究プログラムが構想される契機となった。この——すでに2004年3月の所長交代式典において新所長就任講演という形で明らかにされていた——プログラム⁽¹⁾は、来たるべき時代における刑法の中心的問題に今後の研究を集中させ、個々の研究プロジェクト間での相乗効果を獲得し、そして、包括的な理論構築の枠組みの中で個々の新たな解決の手がかりを発展させるものである⁽²⁾。

(1) この点については、さしあたり *Sieber, Grenzen des Strafrechts*, in: *Albrecht/Sieber* (Hrsg.), *Perspektiven der strafrechtlichen Forschung, Amtswechsel am Freiburger Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht* 2004, 2006, S. 35-79参照。研究プログラムの刊行につきご援助いただいた、私の共同研究者であるジャンーミッCHEル・サイモン (*Jan-Michael Simon*) 氏に感謝し申し上げる。

(2) この理論構築の目的は、包括的な連関、すなわち秩序と統一性という基準に応じて結び付けられた命題の体系における知見を整序することによって、諸事象を体系的に解明することにある。*Canaris*, JZ 1993, 377-391 (377f.); *Dreier*, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 70-105; *Prim/Tilman*, *Grundlagen einer kritisch-rationalen Sozialwissenschaft*, 8. Aufl. 2000, S. 76-93参照。一部では同様に理論として特徴づけられる、本研究の根底にある公理ないし基本的な価値判断については——開かれた社会における人間および人間の自由について

新たな研究プログラムの対象となるのは、社会的、経済的および政治的な変化を通しての刑法についての現実的な取組みである。こうした社会的変化は、現在の世界的社会、情報社会およびリスク社会においてめまぐるしい速さで生じている。それらの変化は、犯罪の動向、刑法および刑事政策に重大な結果をもたらし、——刑法の中に浸透している予防思想のように——パラダイム転換に至る可能性を有している。このような変遷は、現在、ヨーロッパ刑法および国際刑法においてのみ、国際協働（internationale Zusammenarbeit）および超国家的刑法（supranationales Strafrecht）という新たな形態で明確に生じているだけではない。さらに重大な変化は、テロリスト対策に際して、国内の治安と国外の治安、戦争と犯罪、秘密情報機関と警察、警察と軍隊、ならびに戦争と平和との区別といったような、古典的な政治的および法的カテゴリーが崩壊していることの中にも現れているのである⁽³⁾。

こうした展開を背景として、マックス・ブランク外国・国際刑法研究所の新たな研究プログラムは、相互に関連する３つの研究目標を掲げる。その３つとは、（１）グローバル化ならびに技術的、経済的および政治的な変化によって形作られた社会における治安のリスクおよび治安思想の事実的な変化の分析、（２）それによって生じる規範的な変化およびその変化の原因の分析と批判的な検討、ならびに、（３）関連する刑事政策的取組みに対する新たな対応の展開、である。

かくして、社会および法的な変化に対して研究プログラムを方向づけるにあたり、来たるべき時代における研究の重点を決定するためには、まず、社会の変遷、その変遷が犯罪、刑法および刑事政策に及ぼす影響、ならびにそこから生じる根本的な問題設定の分析が必要である⁽⁴⁾。それゆえ、この分析は、以

の判断についても——，Sieber, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, 2006, S. 78-151 (121 ff.) を見よ。本研究プログラムにおける研究方法を束ねるという目標設定についての詳細は、後出・III.B.1. 参照。

（３）これについては、Beck, Das Schweigen der Wörter, Über Terror und Krieg, 2002, S. 10f. 参照。この展開についての詳細は、後出・II.B.1.c. 以下および II.B.2.a.ee. ならびに ff. 以下参照。

（４）このプロセスについての包括的な研究がとりわけ重要である。なぜなら、犯罪動向の変化は、常に社会的変化の鏡像であり、また、刑法と刑事政策の動向も、常に、これらの変化に対する反応だからである。それゆえ、社会の変化に対する研究プログラムの方向づけは、研究および研究プログラムを新たな動向

下の検討の中心に位置する（後出・II）。引き続いて、いかなる研究方法および研究プロジェクトによってこの研究プログラムが転換されるべきかが論じられる（後出・III）。

II 社会，犯罪，刑法および刑事政策の現在の変化：世界的なリスク社会における刑法のカテゴリー的取組みについて

現今の社会的変化は、「世界的なリスク社会⁽⁵⁾」というキャッチフレーズをもって、宣伝的に表現することができる。この概念の背後には、——相互に緊密に絡み合っている——「世界的社会」、「情報社会」、そして「リスク社会」の展開がある。それによって大まかに特徴づけられた社会の変化と共に、犯罪動向と刑法にとっては、とりわけ2つの中心的な発展方向が重要であり、この2つは相互に補強し合っている。

- ・ グローバル化のプロセスは、国境を越えた犯罪遂行の新たな機会を創出している。これは、刑法をその適用領域の限界へと導き、国家を超えて効力を有する刑法の新たなモデルを要求している（これについては、後出・A）⁽⁶⁾。
- ・ 情報社会とリスク社会の展開は、新たなリスクと複雑な犯罪を惹き起こしており、これらは、社会と個人の自由を保護する際に、——とりわけ増大しているグローバルな刑事政策というコンテキストにおいて——刑法をその機能的限界にも導き、新たなカテゴリー的取組みの前に立ちはだかっている（これについては、後出・B）⁽⁷⁾。

に対しても開かれたものである。刑法と社会的変化との間の関連性については、Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor §1 Rdn. 330参照。

(5) Beck, World Risk Society, Cambridge 1999; Beck/Holzer, Wie global ist die Weltrisikogesellschaft?, in: Beck/Lau (Hrsg.), Entgrenzung und Entscheidung, 2004, S. 421-439参照。

(6) 刑事政策のグローバル化については, Albrecht, JURA (Ungarn) 2005/2, 7-19 (11 f.); Karstedt, Criminal Justice 2002, 111-123; Sieber (前出注 (2)), in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), S. 80-93参照。

(7) 社会と個人の自由を保護する際の刑法の任務については, BVerfGE 70, 297, 307; 107, 104, 118 f.; Hassemer, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 49

この双方の発展方向については、以下で検討を加える。その際に２つの発展方向それぞれについて、犯罪動向の変化、これに関連する刑法の変化、そしてそこから生じる新たな研究問題と研究アプローチについて分析を加える。

A. グローバル化、国境を越えた犯罪、および刑法の場所的限界

グローバル化のプロセスは、一般的に——とりわけ1990年代以降の——世界的なコミュニケーション、相互作用、そして組織の拡大によって一般的に特徴づけられる⁽⁸⁾。この展開は、経済的なグローバル化として国民経済の問題に至るだけでなく、グローバル化による新たな犯罪動向、刑法の変化、そしてグローバルな刑事政策の増大にも至るものである。この変化と以下に続く分析の中心には、国境を越えた犯罪の増大があり、これは特別な原因を有している（１）。そして、古典的な国家の刑法は、その適用領域の限界へと至り（２）、新たな基本問題が投げかけられているのである（３）。

1 国境を越えた犯罪

国境を越えた犯罪遂行という新たな可能性は、グローバル社会において、商品、職務の遂行およびデータを、国境を越えて交換するために、急速に人々の国境越えが増大していることに起因している。この可能性は、技術的、経済的および政治的な原因、ならびにこれらの原因に応じた結果を有している。

a) 技術的原因

グローバル化における技術的な変化は、犯罪遂行のために、世界を網羅しているデータネットの利用を可能にしている。データネットとデータの非物質的

—60 (59f.) ; *Limbach*, Die Demokratie und ihre Bürger, 2003, insbes. S. 93–113参照。

(8) これについては、*Beck* (前出注 (5)) ; *O'Rourke/Williamson*, European Review of Economic History 6 (2002), 23–50 ; *dies.*, European Review of Economic History 8 (2004), 109–117 ; *von Bogdandy*, ZaöRV 63 (2003), S. 853–877 (856ff.) ; *Stiglitz*, Die Chancen der Globalisierung, 2006 ; *Streeck*, in : *Max-Planck-Gesellschaft* (Hrsg.), Jahrbuch 2004, S. 25–37 (28f.) 参照。グローバル的構造とその制御に対する法的・経済的・社会科学的観点による概観については、VW 基金の助成プログラムの成果である *Mayntz/von Bogdandy/Genschel/Lüttz*, Globale Strukturen und deren Steuerung, 2005を見よ。刑事政策のグローバル化については、前出注 (6) を見よ。

な性質は、世界的なコミュニケーションおよび組織に至り、これは犯罪遂行の目的のためにも使用することができる。これらのデータネットは、コンピュータを用いることで、他の国にあるコンピュータ・システムのデータを一瞬で変更し、それによって重大な結果を惹き起こすことを可能にしている。また、インターネットで提供されているデータは世界中で利用可能であり、「マウスクリック」によって多数の国で同時に呼び出すことができる。その際に、国家の領域的境界にあるデータの氾濫を国家がコントロールすることは、ほとんど不可能である⁽⁹⁾。より広い技術的变化が——とりわけ交通網が——、さらに人、商品、および職務の遂行が大量に国境を越えて往来することを容易にしている。この変化に起因する往来をコントロールすることは困難であり、結局のところ、国家を超えた犯罪遂行が促進されているのである。

b) 経済的原因

グローバル化による経済的变化は、新たに発生している世界網羅的市場において、国家を超えた犯罪遂行の可能性を広げている。したがって、今日では、例えば、資金洗浄は、急速に変化している国際金融市場に見いだすことができ、この国際金融市場には個々の国家のコントロールが十分に及ばない⁽¹⁰⁾。グローバルな大量のコンテナ取引は、同様に、結局のところほとんどコントロール不可能なのである⁽¹¹⁾。国際的に活動をしているコンツェルンも、今日では、国際的な分業に起因して、多数の国家の領域内での業務が密接に関連する

(9) Sieber, Verantwortlichkeit im Internet-Technische Kontrollmöglichkeiten und multimediale Regelungen, 1999, S. 96 ff. 参照。

(10) 現在の状況については, Bericht der *Financial Action Task Force*, Money laundering and terrorist financing typologies 2004-2005, Paris 2005 参照。これについては, また, Shams, Legal globalization, money laundering and other cases, London 2004, とりわけ S. 99ff., ならびに, Masciandaro (Hrsg.), Global financial crime: Terrorism, money laundering and offshore centres, Aldershot 2004 の諸論文をも見よ。

(11) コントロール処置としての「グローバル・コンテナ・コントロール・パイロット・プログラム」については, *United Nations Office on Drugs and Crime*, Annual Report 2005, Wien 2005, S. 76 参照。その間に, 「コンテナ・セキュリティ・イニシアティブ」とともに, アメリカ税関局と港湾管理局によって, 50 の港町で世界に広がる安全措置が採られている。これは, アメリカ合衆国に向けられた危険なもしくは不審なコンテナを, 荷積み場で発見し検査することを可能にするためである。www.cbp.gov/xp/cgov/border_security/international_activities/csi/ (2006年12月18日現在) 参照。

ことによって、活動が世界中に及ぶ可能性を有している。この可能性を単一の国家によってのみ規制することは、ますます困難になっている⁽¹²⁾。合法的な経済領域において、世界中に及ぶネットワーク化（Vernetzung）と分業の可能性がこのように増大していることは、国家を超えた犯罪遂行にも利用されている。このことは、特に国際的な人身売買、非合法的な薬品取引および兵器取引、国際的な海賊製品（Produktpiraterie）、ならびに国際的な臓器売買といった非合法的な市場が発展する場合に明白に現れている⁽¹³⁾。

c) 政治的原因

さらに、グローバル化による政治的变化は、国境を越えた業務活動に対する防護壁としての性質を有する、国境の機能の低下をもたらしている⁽¹⁴⁾。したがって、ヨーロッパでは、人、商品および職務の遂行が限界なく往来できると決断したことによって、グローバル化による経済的变化との関係で、新たに創出されたヨーロッパの経済領域内部で、新たな犯罪遂行の機会を生ぜしめ⁽¹⁵⁾、さらに禁止された市場への業務活動が容易になるのであり、またヨー

(12) 国外の保険会社による詐欺に関する事例分析については、Tillmann, Global pirates, Fraud in the offshore insurance industry, Boston 2002, ならびに Sieber, Transnational Enterprises and Criminal Law, in: Tiedemann (Hrsg.), Multinationale Unternehmen und Strafrecht, 1980, S. 155-175参照。

(13) 国際的な人身売買については、International Organization for Migration, Data and Research on Human Trafficking: A Global Survey, Genf 2005; 国際的な非合法的な薬品取引については、United Nations Office on Drugs and Crime, World Drug Report 2005, Vol. 1, New York 2005, S. 23-146; 在来型兵器と大量殺戮兵器の非合法的な国際取引については、Wezeman/Bromley, in: SIPRI Yearbook 2005, Oxford u.a. 2005, S. 417-448 (434 ff.); 偽造製品と海賊製品の国際市場については、BASCAP-Projekt der Internationalen Handelskammer <http://www.iccwbo.org/bascap> (2006年12月18日現在), 国際的な臓器売買の増大については、国連事務総長の報告書, Annan, Preventing, combating and punishing trafficking in human organs, Report of the Secretary-General, UN Doc. E/CN. 15/2006/10, 21. 2. 2006, S. 13f., ならびに Meyer, Trafficking in Human Organs in Europe, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2006, 208-229参照。

(14) この関係については、Gerber/Killiasによる模範的研究である European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2003, 215-226参照。

(15) いわゆる付加価値税のメリーゴーランド (Mehrwertsteuerkarussellen) に関する事件のヨーロッパ最高裁判所の判決 Optigen Ltd. (C-354/03), Fulcrum Electronics Ltd. (C-355/03), および Bond Hause Systems Ltd. (C-484/03)

ロップ内部における禁止された市場への業務活動をコントロールすることは、国境を解放する前と比して、困難になるであろう⁽¹⁶⁾。その際に、国境が透明度を増したことにより、秩序政策のおよび刑事政策的な効果ももたらしている。というのは、同じ事柄は、ヨーロッパ内部での諸国家間の規制状況が異なっている場合には、その都度有利な法秩序にその事件を移管させることが法的に可能なことがしばしばあるからである。このことは、とりわけ、価値観の分散もしくは経済政策的な利益衝突が、同じ事柄に対する国家による規制の相違をもたらす場合に現れる。例えば、幹細胞研究や徴税の分野がこれにあたる。さらに、規制関係の相違は、とりわけ国境の外側への補助金犯罪、関税犯罪、および租税犯罪を容易ならしめている⁽¹⁷⁾。

2 刑法の場所的限界

a) 領土主権の限界

先に分析した、犯罪動向に対する技術的・経済的および政治的なグローバル化の影響によって、領土主権に基づく古典的な刑法は、より一層頻繁に刑法の国民国家的限界に逢着することとなる。このような刑法の場所的限界は、刑法上の決定の効力が他国の領土に及ぶにあたって、きわめて時間のかかる職権共助手続 (Amtshilfeverfahren) または司法共助手続 (Rechtshilfeverfahren) を要件としている場合にはじめて、国家の刑法は世界全体にわたってかろうじて通用するという事情に由来する⁽¹⁸⁾。それゆえ、刑法がこのような新たな取

v. Commissioners of Customs & Excise, vom 12. 1. 2006 (OJ C 74, 25. 3. 2006, S. 1), ならびに Jahresbericht von OLAF, Report of the European Anti-Fraud Office, Fifth Activity Report for the year ending June 2004, S. 46 ffl, 50 f. 参照。

(16) 人身売買については, *Smartt*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2003, 164-177 (173 f.) 参照。この関係を裏づける経験的研究は、今日まで存在しない。しかしながら、ドイツにおける組織犯罪の論理性に関する研究成果によって、ヨーロッパに関する結論が容易に推測できる。これについては, *Sieber/Bögel*, Logistik der Organisierten Kriminalität, 1993, S. 101 ff. 参照。

(17) さらに文献として、前出注 (15), ならびに *Sieber*, SchwZStr 114 (1996), S. 357-395参照。

(18) *Sieber*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, S. 1-10参照。刑事

組みを克服しうるのは、刑法が場所的適用範囲に限定されずに、それ自体でグローバルになる場合のみである⁽¹⁹⁾。

b) 国家を超えた拡大

このことから生じる、国家を超えた効力を有する刑法（*transnationales wirksamen Strafrecht*）の展開については、刑事立法の局面において、2つの異なったアプローチが見いだされるが、その間には多数の混合形態が存在する⁽²⁰⁾。

一ひとつには、刑事事件における国家的協働モデルが展開されている。このモデルにあっては、ある国家の刑法システムにおける決定が、他の刑法システムにおいても効力を有するものとされる。このような協力的アプローチは、古典的な職権共助および司法共助ならびに——この数年来ヨーロッパ連合において好まれてきた——司法的決定の相互承認という新しい原則の基礎をなしている。この新しい原則は、相互的信頼の原理に基づいており、とりわけ罰金刑と過料、ヨーロッパの拘禁決定およびヨーロッパの証拠採用決定の承認に関する数多くの既存または立案中のヨーロッパ連合の大綱決議（EU-Rahmenbeschlüsse）の基本をなしている⁽²¹⁾。その原則は、今や、他の法秩

事件における最も重要な条約に基づくドイツの司法共助に関する最新のものについては、Schomburg, NJW 2005, 3262-3266参照。

- (19) 前出注 (18) の文献と並んで、特に、Delmas-Marty, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2002, 286-293, ならびに *dies.*, in: *Collège de France* (Hrsg.), *Cours et travaux du Collège de France, Résumés* 2003-2004, S. 695-720 (698ff.), および最近のものとして *dies.*, *Le relatif et l'universel*, Paris 2004, S. 241-307; Sieber, (前出注 (18)), in: Delmas-Marty (Hrsg.), S. 1-10参照。
- (20) 異なる刑法システム間の可能な協働形態については、Sieber, JZ 1997, 369-381, sowie die Beitrag in: *Instituto Nacional de Ciencias Penales/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.), *Hacia la unificación del derecho penal, Logros y desafíos de la armonización y homologación en México y el mundo*, Mexiko 2006.
- (21) ヨーロッパの拘禁決定については、2002年6月13日の構成国家間におけるヨーロッパ拘禁命令および引渡手続に関する評議会の大綱決定（Rahmenbeschluss des Rats über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten）2002/584/JI, Abl. L 190参照。これについては、また、Cartier (Hrsg.), *Le mandat d'arrêt européen*, Brüssel 2005, sowie die Beiträge in eucrim 2006, Heft 1/2 (www.mpicc.de/eucrim) と後出注 (35) 以下のドイツへの導入のための特に取り上げた文献参照。ヨーロッパの証拠採用規定については、刑事手続における利用のための物、文書およびデー

序に存する(刑罰登録簿のような)データの「利用可能性」という原則によって補完されるものと言われているが、その新たな原則は、古典的な職権共助および司法共助のさらなる重大な変化をもたらすであろう⁽²²⁾。

—もうひとつには、超国家的刑法が現れており、そのような刑法にあつては、刑法秩序は、はじめからより大きな場所的適用範囲を有している。このモデルは、(例えば、カルテル違反やヨーロッパ共同体の財政利益の保護にあたる)ヨーロッパ共同体の制裁法において、ならびに、——世界規模の適用範囲を有する——刑事国際法においても散見される⁽²³⁾。

—この2つのモデルの間には、連邦的な連合体および超国家的な連合体において、数多くの混合形態が存在する。これらの形態は、(アメリカ合衆国の法におけるような)同時並行的に存在する中央の法秩序および地方の法秩序によって、あるいは、立法権と司法権および執行権を中央の機関および地方の機関に分割して分配することによって特徴づけられる⁽²⁴⁾。前述した2つの

タの獲得のためのヨーロッパ証拠採用規定に関する評議会の大綱決定(Rahmenbeschluss des Rates über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren,) KOM (2003) 688 endgültig を見よ。これについては、また、*Ahlbrecht*, NSTZ 2006, 70-75; *Gleß*, StV 2004, 679-683, *dies.*, ZStW 116 (2004), S. 353-357, ならびに *Vervaele* (Hrsg.), European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU, Antwerpen/Oxford 2005における諸論文を見よ。罰金刑と過料の承認については、罰金と過料の相互承認の原則の適用に関する2005年2月24日の評議会の分科会決議2005/214/JAI, Abl, L76参照。

(22) Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über den Austausch von Informationen nach dem Grundsatz der Verfügbarkeit, KOM (2005) 490 endgültig vom 12. 10. 2005参照。特に警察によるデータ交換については、*Schily*, in: *Bundes-kriminalamt* (Hrsg.), Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt, 2006, S. 7-16 (9f.) をも参照。データ交換と国際刑事警察機構(Interpol)の共同データバンクについては、*Louboutin*, ebenda, S. 101-102参照。

(23) ヨーロッパレベルにおける行政制裁については、*Tiedemann*, ZStW 116 (2004), S. 945-958 (946ff.) 参照。カルテル違反についての制裁法については、*Harding*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2004, 275-300参照。刑事国際法の基礎については、*Werle*, Völkerstrafrecht, 2003, S. 1-92参照。

(24) これについて一般的なものとして、(前出注(20))の文献を参照。重複した

基本モデルの修正の例としては、連邦の権限とカントンの権限を分離するスイスのモデルや、——国民国家の協働が必要とされる——刑事国際法などがある⁽²⁵⁾。

刑法の適用領域の限界を克服するための異なったモデルとしての、超国家的刑法ならびに刑事事件における国家的協働という別々の形態に対するより詳細な分析は、グローバル化への取組みを考慮に入れた刑法学の中心的な責務のひとつを意味している。

3 関連する研究：国際的な刑法統一の理論への途上

新たな研究プログラムの第１の重点は、国家を超えて効力を有する刑法に関する理論的および実践的な根拠を構築することである。これについては、とりわけ３つの中心的な根本問題に答えなければならない。すなわち、(a) 理由はいかなるモデルによって、いかなるシステムにおいて、国家を超えて効力を有する刑法は展開し、そしてこの意味で、いかなる刑法統合の新たな概念が考えられるのであろうか。(b) このモデルとシステムは、社会の保護と個人の自由という刑法の古典的な任務の観点から、どのように評価されうるのか。(c) 具体的な政治的および経済的領域という観点からは、異なるモデルとシステムの導入に関する適用条件とはいかなるものであるのか。

a) 刑法統合のモデルとシステム

上述の国家を超えて効力を有する刑法の基本モデルは、とりわけヨーロッパ刑法、国際刑法、国際連合、新たな政治的および経済的提携、ならびに連邦国家に見られる⁽²⁶⁾。その際に、グローバル化とグローバル化によって惹き起こ

管轄の処理を目的とした、刑事事件の管轄を調和させる１つのモデルについては、Vogel/Norouzi, The European Arrest Warrant, *ne bis in idem* and the problem of multiple jurisdictions, in: Guidicelle-Delage/Manacorda (Hrsg.), L'intégration pénale indirecte, Paris 2005, S. 155-177 (171-175) 参照。

- (25) 前出注 (20) の文献参照。特にスイス法モデルについては、Pieth, in: Instituto Nacional de Ciencias Penales (Hrsg.) (前出注 (20)), S. 423-435参照。ローマ規定に従った国際裁判所との協働については、2002年6月21日の法律 BGBl. I (2002), S. 2144, ならびに Meißner, Die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Gerichtshof nach dem Römischen Statut, 2003; Wilkitzki, International Criminal Law Review 2 (2002), 195-212参照。

- (26) これについては、前出注 (25) に掲載された文献参照。特に国際連合につい

される刑事政策の国際化により、最近10年間で、複数国家の刑法秩序や、超国家的かつ国際的な様々な刑法秩序が、それぞれが部分的に異なるモデルによって、著しく重なり合うようになった。ドイツにおけるマネー・ロンダリングとの闘いや財産価値の凍結がドイツの立法者、EU、国際連合、そして経済協力開発機構による規制や勧告によって規定されるときに、このことは明らかである。それゆえ、現在の法的状態への分析は、異なる国家の法秩序を調和させるための個々のモデルと、複数の国際的關係国によって決定された（そして異質であることも稀ではない）全法システムとを区別しなければならない。この全法システムは、複数の法秩序と新たな法システムとから構成されており、これらの複数の法秩序と新たな法システムは——「ハードな」手段か「ソフトな」手段によって——相互に影響を及ぼし合っている。それゆえ、刑法の国際的調和における異なる国家間の超国家的かつ国際的な關係国の活動は、法の「多段階システム（*Mehrebenensystem*）」と「断片化」を結果として生じさせている。この結果は、社会のコントロール・システムと民間の關係者による干渉、ならびに「官民のパートナーシップ（*public private patnrnsip*）」によって、さらに複雑なものとなる⁽²⁷⁾。

b) システムの評価

異なるモデルとこのモデルによって作り出された全法システムへの評価は、多数の根本問題に至る。これについて、協働解決モデルという領域では、ある

ては、*Witschel/Brandes*, Die Vereinten Nationen und die Bekämpfung des internationalen Terrorismus, Zeitschrift für Politik, Sonderband 1 (2006), S. 22-50, 南米南部共同市場 (MERCOSUR) については、*Vervaele*, International Comparative Law Quarterly 2005, 389-409 (401 ff.) 参照。

- (27) これについては、*Capus*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2005, 251-263; *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006; *Luhmann*, Die Weltgesellschaft, in: *ders.*, Soziologische Aufklärung 2, 2. Aufl. 1982, S. 51-71 (63); *Teubner*, in: *Brand/Stempel* (Hrsg.), Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, 1998, S. 233-244; *Vogel*, GA 2002, 517-534 (520) 参照。問題性の詳細な法理論的再検討については、*Ost/van de Kerchove*, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Brüssel 2002参照。民間の關係者のコントロール・システムについては、本稿後出 II.B.2.b 注 (147) 参照。いわゆる干渉プロセスに基づく刑法の調和と国際化については、*Sieber* (前出注 (2)), in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 80 ff. (90 ff.) 参照。

行為の訴追を行う際に、司法共助を要請している国家が——その行為は、共助を要請している国家では不可罰である——どの程度支援されるべきなのか、という問題が意味を有する。ここでは、国家を超えた刑法の通用性と、外国法がその適用領域を超えて広範囲にわたって拡張されることに対する国民の保護との衝突が存在している⁽²⁸⁾。

これに対して、超国家的な解決モデルの領域では、主に国内法上の諸問題が重要となる。すなわち、超国家的なコンテキストにおける国家による権力の独占という要素の委譲可能性に関する問題、それによる超国家的刑法の民主主義的正統性という問題、成立の透明性の問題、ならびに責任ある執行権のコントロールという問題が重要となる。もちろん、これらの問題は、超国家的刑法だけでなく、——法的ないし事実的な——強制的な国際的任務という観点からすると、国内刑法や国家間の協働にも関連するものである⁽²⁹⁾。これらの問題は、将来的には、EU 刑法やマナー・ロンダリングに対する金融活動作業部会（FATF）の勧告に対してのみ意味を有するのではなく、とりわけ国際連合の安全保障理事会によって定められた刑法および治安法に対しても意味を持つのである。

その際、上述した異なる法秩序および複合的規制における「法の断片化」から、例えば、単一民族国家、ヨーロッパ共同体、国際連合、および経済協力開発機構という諸々の段階に対する、特別な評価問題が結果として生じている。この「多段階システム」は、異なる規範システム間の衝突、ならびに規範の矛盾や価値の矛盾に至りうる。そのような衝突は、国外関係における他の国家に対するある国家の国際法上の義務を課したり、国内の制度によって限定された国家の権限が分散する場合には、古典的な司法共助の際にもすでに見られてい

(28) これについての詳細は、後出 c) 参照。

(29) ヨーロッパ刑法の民主的正統化という問題については、さしあたり Sieber, ZStW 103 (1991), S. 957-979 (969 ff.); ders., in: Duttge u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, S. 107-116 (114), ならびに近時の文献として, Lüderssen, GA 2003, 71-84; Schünemann, StV 2005, 681-685; Vogel, ZStW 116 (2004), S. 400-423 (416 f.), ならびにドレスデンの刑法学者会議における議論の概略として, Kreß, ZStW 116 (2004), S. 445-474 (450 ff.) 参照。これについては、一般的なものとして、とりわけ von Bogdandy, Gubernative Rechtssetzung, 2000; ders., ZaöRV 63 (2003), S. 853-877; さらに、特に Bleckman, JZ 2001, 54-58; Doehring, DVBl. 1997, 1133-1137; Stein, ZaöRV 64 (2004), S. 563-570; Stiglitz, 前出注 (8), S. 335-362 をも見よ。

た。この衝突は、ヨーロッパ刑法における超国家的な規制の際にもまた姿を現す。超国家的な規制は、国内法（とりわけ憲法）と矛盾しうる。しかしながら、この衝突は、各々の法システムが異なる目的を有している際には、とりわけ意味を有する。例えば、（平和確保に資する）国連法が、テロリストと推測される者の資産価値を凍結しようとする際に、これは国内のおよび国際的な（人権保護に資する）手続保障と矛盾する⁽³⁰⁾。具体的な問題状況のひとつの解決には、国家理論、民主主義、刑法概念、および刑法と刑法上の命令権の正統性に対する基本的考察が必要である。そして、このような根拠からのみ、メタ規範が発展しうる。このメタ規範は、規範が衝突する事例についても、（刑法を定立しもしくは刑法を規定する）国際的規範が、特定の国家もしくは地域の保護法に優先する場合には、どのような民主的、法治国家上および人権上の要件が、この国際的規範を充足しなければならないのか、について規定するのである。

c) 適用条件の決定

つぎに、法政策については、刑法統合のための異なるモデルの要件と適用条件に関する問題が現れる。その際には、その都度必要な刑法の調和の範囲に関する問題が、実体法ならびに手続法の中心に据えられる。より広い地理的領域に対する超国家的解決モデルの達成は、法の完全なる同一化に至る。この同一化は、すでに効力を有している国内の法秩序の間での価値志向的コンセンサスを再び条件としている。このコンセンサスに至るのは困難であり、また超国家

(30) 古典的な司法共助の枠組において公序を決定する際の規範の衝突については、Vogel, in: Grütznher/Pötz (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattsammlung, 64. Aktualisierung, 2. Aufl. 2004, Band 1, §73, Rdn. 26 ff. 参照。異なる法秩序の規範の衝突と矛盾については、国内法に対する共同体法の関係に関する, BVerfGE 73, 339, 387-Solange II; ヨーロッパ人権条約 (EMRK) に対する共同体法の関係に関する, EGMR, NJW 2006, 197-204-Bosphorus/Irland; 国連法に対する EG 法とヨーロッパ人権条約の関係に関する EuGH Case T-49/04, Hassan v. Council of the European Union, vom 12. 7. 2006 を見よ。これについては, Göran, Nordic Journal of International Law 72 (2003), S. 291-304 (293 ff.); Bernhardt, in: Simma (Hrsg.), The Charter of the United Nations, Vol. II, 2. Aufl. Oxford 2002, Art. 103 Rdn. 3, 9, 16 を見よ。この問題に関わる現在の例は、国連安全保障理事会の新たな「スマート・サンクション」である。これについては, Biehler, Archiv des Völkerrechts 41 (2003), S. 169-181; Schmalenbach, JZ 2006, 349-353 参照。

的解決モデルもまた、国家主権の任務を要求しているので、上述の協働モデルの方が、実務と理論に好まれることが多々ある。しかしながら、様々な異なる刑法秩序による協働のための共同モデルもまた、協働に参加している法秩序の同一化が確定している場合にのみ機能を果たしうるにすぎないのである。このことは、双方の国家で可罰的であるという原則によって、古典的な司法共助を行う際にのみ妥当するわけではない。このことは——ヨーロッパの拘禁命令（Haftbefehl）をめぐる議論のように——決定の相互承認という根拠に基づくモデルに対してもまたあてはまる。なぜなら、このモデルは、相互信頼という基礎に対してのみ作用しうるからである。法の調和に対する最小限の尺度は、異なる刑法秩序のネットワーク化のための、あらゆる異なるモデルについてもまた、要求されているのである⁽³¹⁾。

そのような刑法の調和のために欠くことのできない前提は、法政策および実務のための中心的な手段としての比較刑法である⁽³²⁾。その際に、比較刑法が分析しなければならないのは、国家の刑罰法規が、個々の社会に特有である——とりわけ文化的な——特殊性を示しているのはどこか、ということである⁽³³⁾。このような文化的な特殊性が現実存在するかぎりには、とりわけ、拘

(31) Sieber, JZ 1997, 367-381 (374 f.); ders. 前出注 (29), in: Duttge u.a. (Hrsg.), S. 111 f.; ders. in: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 前出注 (20), S. 5-26; 批判的なものとして, Klip, NSTZ 2000, 626-630参照。調和の手法については, Sieber, 前出注 (2), in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), S. 87 ff.; Tiedemann, ZStW 116 (2004), S. 945-958 (949 ff.) 参照。第3の柱における2004年までの実体的刑法の調和の状態については, Hecker, Europäisches Strafrecht, 2005, S. 365-420参照。職務遂行と関わる可罰性の事例に対する詳細な分析については, Dannecker, ZStW 117 (2005), S. 697-748 (714 ff.) 参照。

(32) これについては, Sieber (前出注 (2)), in: Sieber/Albrecht (Hrsg.), S. 86 参照。

(33) 刑法の属地主義の文化的機能については、歴史的なものとして, Kohler, Internationales Strafrecht, 1917, S. 92 f. 参照。ならびに、刑法における文化的な特殊性については、一般的なものとして, Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903 参照。多様かつ統一的なものとしてのヨーロッパの法文化については, Häberle, Europäische Rechtskultur, 1994, S. 26-29 参照。刑法の文化的な包括およびヨーロッパの刑法システムの統合の領域におけるそのような包括への考慮については, Greve, European Criminal Policy: Towards Universal Laws?, in: Jareborg (Hrsg.), Towards Universal Law,

東力のないモデル刑法典を手がかりとすることによって、異なる法システムを長時間をかけて「柔軟に」適合していくことのみが問題となりうるだけである⁽³⁴⁾。そのような国家的な特殊性を承認し、維持する際に、協働モデルに対して、もちろん、次のような問題が提起される。すなわち、個別国家においてのみ妥当しそれゆえに国家に特有な刑罰法規については、国家を超えた法的な通用性は認められないままであるべきか、それとも反対に、決定の相互承認に基づいて法的相違を斟酌せずに、国家を超えた法的な通用性が生じるべきであるかという問題、そして、いつそのようにすべきか、という問題である。そのようにして要求される、司法共助などの場合における「相互処罰 (doppel-seitige Strafbarkeit)」の放棄がとりわけ重要なのは、まさに、国家を超えて効力を有する刑法は、刑法の通用性に資するだけでなく、犯罪地においてその効力が想定されていない外国刑法が適用されることから国民を保護しなければならないという理由に基づく。異なる刑法秩序の共同というこの問題性が生じうるのは、例えば、関与者のいる犯罪行為が、複数の国家において、適用可能な別々の法秩序によって異なった判断を受けたり、あるいは、インターネットで公開された内容が、物理的な意味におけるサーバーの所在地では不可罰であるけれども、他国でも呼出し可能であり、その国では可罰的だったりする場合である。ヨーロッパの拘禁命令やヨーロッパの証拠採用決定⁽³⁵⁾の際の相互承認に至る関連性のある議論は、相互承認に対する実質的な例外（例えば、ヨー

Trends in national, European and international lawmaking, Uppsala 1995, S. 91-116 (112); Sieber, JZ 1997, 367-381 (375); ders. (前出注 (29)), in: Duttge u.a. (Hrsg.), S. 110 f. 参照。批判的なものとして、特に, Weigend, ZStW 105 (1993), S. 774-802 (790 ff.), ならびに Eser, Poinikos Logos 5/2002, 2157-2170 (2162ff.) 参照。

- (34) Sieber, JZ 1997, 367-381, ならびに ders. (Anm. 29), in: Duttge u.a. (Hrsg.), S. 107-116 参照。

- (35) さらに、ヨーロッパの拘禁決定および加盟国間における引渡し手続に関する評議会の2002年6月13日の大綱決定 Abl. L. 190については、前出注 (21) に掲げた文献のほか、とりわけ連邦憲法裁判所による2004年7月21日のドイツのヨーロッパ拘禁決定法の無効宣言 (BGBl. I [2004], S. 1748), さらに, Schünemann, StV 2005, 681-685 およびそこに掲載されたその他の文献、ならびに2006年7月20日のヨーロッパの拘禁決定およびヨーロッパ連合の加盟国間における引渡し手続に関する大綱決議の実施のための新法 (BGBl. I [2006], S. 1721), さらには von Bubnoff, Der Europäische Haftbefehl, 2005 およびその増補版2006 参照。

ロッパの公序（*ordre public*）または国家の公序に基づいた例外⁽³⁶⁾について、および、適用領域の限界づけ（例えば、固有の領土に対する犯罪遂行に際しての限界⁽³⁷⁾）について、そこに複雑な問題および根本的な疑問が存在する⁽³⁸⁾ということを明らかにしている。それらの問題や疑問は、その他の点において、以下で分析の対象となる刑法の機能的限界と密接に結び付いている。

統合ないし調和の程度と各刑法モデルの効率性との関係を考慮に入れつつ探求されなければならないのは、特に、上述の協働モデルは、異なる刑法秩序間の統合ないし調和の程度が小さくなると、協働の実効性および社会に対する刑法の保護機能を低下させるだけでなく、全体システムのコントロール可能性ならびに透明性と一貫性を低下させ、それゆえ、国民の自由権の保護をも低下させてしまうのか否か、ということである。これらの低下の原因となりうるのは、法的システムにおいて、断片化が進行し、個別システム間の相違が拡大し、そして、複雑性が高まると同時に、規範違反と規制の間隙およびコントロールの欠損が増大していく⁽³⁹⁾という事情である。分散的なモデルやきわめて調和の少ないモデルの——ヨーロッパ政府間の協働や国際的な司法共助の際に明白になる——このような脆弱性が、特別規定によってどの程度まで緩和されるのかということは、この仮説の検証に際して探求しなければならない。

d) 結 論

このように、上述の問題提起は、多数の複雑な根本問題を投げかけている。全体的かつ概括的にこの問題を処理することは、同時に、包括的な国際的な刑法統合の理論および国家を超えて通用する刑法の理論に寄与することにな

(36) 例えば、刑事手続における利用を目的とした、物、文書およびデータの確保のためのヨーロッパの証拠採用決定に関する評議会の大綱決議のための提案（KOM (2003) 688 endgültig）13e 条参照。

(37) 例えば、ヨーロッパの拘禁決定と加盟国間における引渡し手続に関する2002年6月13日の評議会の大綱決議2002/584/JI Abl. L 190の4条7a号参照。

(38) 国家の決定の承認が国境を越えた刑法の手段として組み入れられるならば、その場合には、この手段は各々の法秩序の特殊性を顧慮しなければならない。例えば、ヨーロッパの拘禁決定や審議中のヨーロッパの証拠採用決定の領域の相互承認に際しての、適用領域や内容に関する特例に示されているように、である。しかしながら、このモデルにおいては、相互承認による国家の決定の国境を越えた通用性がルールを創り出し、通用性の放棄が特例を創り出している。

(39) これについては、さしあたり前出注（27）および後出 II.B.2.a.dd 参照。

る⁽⁴⁰⁾。これによって形成される新たな研究プログラムの第1の重点は、もちろん、根本問題の理論的解決にのみ限定される必要はなく、——比較法という方法で——国家を超えて通用する刑法の異なるモデルとシステムによって、すでにどのような経験が成し遂げられたのかについても検討しなければならない。それゆえ、ヨーロッパおよび世界にわたる刑法統合という中心的な将来的問題に鑑みると、異なる仮説と理論アプローチへの検討のために、そして適用可能な結論を展開するために、経験的かつ比較法的に前進することが必要なのである。

B 新たなリスク、複雑な犯罪、そして刑法の機能的限界

適用領域の限界を越えることは、現在社会における犯罪の変化の——もちろん、中心的かつ特有の側面ではあるが——ひとつの側面にすぎない。世界的なリスク社会における犯罪の展開に関する第2の本質的な観点は、犯罪者たちの変化という新たなリスクと複雑性である。要罰的行為を定義する際に、そしてますます増大しているリスクとますます複雑になっている状況に直面している犯罪行為を解明する際にもまた、刑法はこの展開の結果として存在している。このような変化と上述したグローバル化の問題に基づいて、特定の犯罪領域については——ますます強化されている国民の自由権に対する介入の際にもまた——刑法の利用は、その象徴的な機能に限定されることが多々ある⁽⁴¹⁾。公衆や政治によって一般的に形成された、予防の強化と新たな治安法 (Sicherheitsrecht) に基づく要請は、實際上、刑法に代案を呈示しているようであり、そしてこの要請自体が新たな要求に順応するか、もしくはこの要請は、(警察法、機密業務に関わる法、もしくは戦争法のような) 他の競合する法領域で要請されている規制に委ねているようである。このような展開は、社会の保護を保障する際にだけでなく、とりわけ個人の自由の保障という刑法の任務⁽⁴²⁾に際してもまた、刑法をその機能的限界に導くのである。

(40) 理論構築の目的については、前出注(2)参照。

(41) 概念については、Hassemer, NStZ 1989, 553-559; ders., in: Schünemann u. a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 1001-1019; Roxin, in: Dolcini/Paliero, Studi in onore di Giorgio Marinucci, 2006, S. 715-737 (728 ff.) 参照。

(42) 刑法の任務については、前出注(7)に掲げた文献参照。

1 複雑な犯罪の新たなリスク

世界的なリスク社会における新たなリスクと犯罪行為の複雑性は、——上で検討を加えた国家を超えた犯罪と同様に——現代社会の技術的、経済的、および政治的变化に還元することができる。根本に位置している問題を識別し、この問題に対する解決を展開する場合には、この変化が犯罪と刑法に対して与えている影響について、詳細に分析しなければならない。その際にとりわけ重要なものとなるのは、社会の新たな依存性と脆弱性、犯罪遂行の可能性の変化、そして特有の犯罪解明の困難さによって増大しているリスクである。このことは、インターネット犯罪、経済犯罪、組織犯罪、そしてテロリズムという領域において、特に明らかである⁽⁴³⁾。

a) 技術的原因

このような現代社会の新たなリスクおよびそのリスクによって基礎づけられた複雑な犯罪の形態は、第1に、技術的發展を原因としている⁽⁴⁴⁾。このことは、現代情報社会がコンピュータ・システムに対する依存性を強めていることの中に典型的に現れている。コンピュータ・システムは、それに内在する安全性の隙と世界中で活動している行為者がネットワーク化することによって頻繁かつ容易に攻撃されうる。この場合、現代情報社会のコンピュータ・システムに対する依存性は、経済、社会および国家の機能化に対する、情報技術に付随する中心的意義の結果として今日生じる。コンピュータ・システムは、この間、技術的なインフラストラクチャーとして、通貨流通のコントロール、職業上ないし営業上の重要な秘密の蓄積ならびに工場における生産コントロールを担うようになっただけではない。それだけでなく、コンピュータ・システムは、航空管制や電力供給、政治および軍事上の情報処理のような中心的なインフラストラクチャーあるいは大部分の公衆衛生制度にも取り入れられている⁽⁴⁵⁾。この領域における新たな技術的リスクは、犯罪捜査に困難を伴っている。

(43) 組織犯罪とテロリスト組織のインフラストラクチャーとの結合については、*Diwell*, in: *Griesbaum u.a.* (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag*, 2006, S. 101-109 (107) 参照。

(44) これについて基本的なものとして、*Lau*, *Soziale Welt* 1989, S. 418-436 (423 ff) ; さらに *Bonß*, *Vom Risiko-Unsicherheit und Ungewißheit in der Moderne*, 1995, S. 80参照。

(45) 全体的な複雑性については、*Mansell/Collins* (Hrsg.), *Trust and crime in information societies*, Cheltenham/Northampton-MA 2005所収の諸論文参照。

るだけでなく、一部には、技術的リスクに相応する大量の犯罪遂行にもつながっている⁽⁴⁶⁾。かくして、刑事訴追は、犯罪行為者との闘争において、技術的な点における適応強制の下だけでなく、量的な観点の下でも、その容量の限界に追い込まれている。

現代における技術的發展からは、それと並んで、原子力、化学とバイオテクノロジーの新たなリスクならびに人や環境に対して有害な影響をもたらしうる技術的な設備の有する新たなリスクもまたもたらされている⁽⁴⁷⁾。これには、テロリストの側での大量殺戮兵器の拡散というリスク⁽⁴⁸⁾だけでなく、「デュアル・ユース製造物 (dual-use-Produkten)」とそれに相応する技術が悪用される可能性も含まれている。病原体を人に伝染させること、(根絶されたものも含めて)細菌やウイルスの遺伝子をバイオテクノロジーによって複製すること、これらの病原体を人工的に変異させる可能性、ならびに、以上の行為に必要な遺伝子の配列を公刊物で公にすることは、「デュアル・ユース製造物」の悪用による、テロリズムの危険性を将来に亘って高めうるものである⁽⁴⁹⁾。潜在的なテロリストが、今日、武器ないし火薬類の技術において行っているのと

(46) 犯罪捜査の技術上の困難は、インターネットにおいて、とりわけ犯罪行為者を追起訴したり、デジタル形式で蓄積された(しばしばコード化されてもいる)データを利用する際に明らかになる。デジタル形式で蓄積されたデータは専門的知識が無ければ最早ほとんど利用することができない。また、蓄積され伝送される膨大な量のデータは、捜査機関(Ermittlungsbehörden)に対して大きな困難をもたらしている。経済的特殊化の結果として、複雑な経済的または技術的な環境における大量のデータ利用という同様な問題が、経済犯罪の領域でも生じている。訴追問題の発生は、多くの領域において、大量の犯罪遂行によって激化されている(例えば、コンピューターウイルスや違法コピー、児童ポルノのインターネット・コンテンツの流布において)。インターネットにおける刑事訴追の実務的な問題については、Sieber, in: Waltermann/Machill (Hrsg.), Protecting Our Children on the Internet-Towards a New Culture of Responsibility, 2000, S. 319-399 (345-378) 参照。

(47) Delmas-Marty (Anm. 19), in: Collège de France (Hrsg.), S. 695-720 (710 ff.) 参照。

(48) O'Day (Hrsg.), Weapons of mass destruction and terrorism, Aldershot u. a. 2004所収の諸論文参照。

(49) Guillemin, Biological Weapons-From the Invention of State Sponsored Programs to Contemporary Bioterrorism, 2006; National Research Council, Globalization, Biosecurity, and the Future of the Life Sciences, 2006参照。

同様に、それに適した研究実験室に潜入する場合、または、バイオテクノロジーの悪用に集中的に取り組む場合、このような新たなリスクは大規模化しうる⁽⁵⁰⁾。この技術的リスクは、多くの場合において、もはや、場所、時間および関与者の範囲によって限定することができない⁽⁵¹⁾。各国の秘密情報機関によるシミュレーションにおいて、これに相応するシナリオは、遅くとも、日本のオウム真理教によるテロ行為やアメリカ合衆国における炭疽菌の入った手紙（Anthrax-Briefen）の郵送以来、確実に起こりうるものと想定されている。その際、技術的發展は当然に、新たなリスクに至るわけであるが、それだけではなく、社会による新たな安全の要求にも到達し、そして、技術的發展は、リスクと犯罪についての社会の知覚をも変化させる⁽⁵²⁾。

b) 経済的原因

さらなるリスクは、経済的变化からもたらされる。全体経済という局面について、第１に、特定の集団対してグローバル化が有する否定的な結果ならびに幸福の格差と社会の階層分化がますます顕著になっていることが重要である。この展開は、権力の増大と人々が敗者の地位へと転落することの増大の原因となっている⁽⁵³⁾。これにより、違法な移住のコントロールとそのコントロールの効果とが裕福な社会の中心問題のひとつとなっている⁽⁵⁴⁾。

他方で、単一国家および多国家間のコンツェルンとファンドが生まれ、それらが、大規模な金融手段と——政治的でもある——権力をと意のままにしている⁽⁵⁵⁾。これらの潜在的権力（Machtpotential）の濫用は、汚職、貸借対照表

(50) これについては、——もちろん大いに検討の余地はあるが——, *Nasiri*, *Mein Leben bei al-Quaida*, 2006, S. 179-182, 202-207, 230-236の報告等参照。

(51) *Sieber*, CR 1995, 100-113 (111 f.) 参照。

(52) 後者についての詳細は、(前出注 (153)) 参照。

(53) これについての詳細は、後出注 (75) 参照。

(54) これについては、前出注 (3) の文献参照。

(55) これについては最新のものとして、*Stiglitz*, (前出注 (8)), S. 236ff. 参照。

また、アメリカ合衆国の自動車メーカーである General Motors の2004年の売上高、1兆9140億ドルは、148以上の国々の国内総生産を上回るものであったこと、およびアメリカ合衆国の小売コンツェルンである Wal-Mart の売上高、2兆8250億ドルは、サハラ以南のアフリカ諸国の国内総生産の合計よりも高額であったことは示唆に富む。これについては、さしあたり、論文集である *Tiedemann* (Hrsg.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, 1980所収の諸論文を見よ。

の偽造、環境犯罪、および、他の多くの形態の経済犯罪において明らかになっている⁽⁵⁶⁾。ここから生じるリスクは、例えば、世界金融市場において現れている。世界金融市場での濫用は、全体経済において著しい影響をもたらしている⁽⁵⁷⁾。もっとも、多国籍コンツェルンの増加とその大規模性は、金融における濫用をもたらしているだけではなく、国家のセクターから民間のセクターへの権力の移動をもたらしており、民間のセクターは、多数の公的機能を民営化することによって強化化されている。このことが特に明瞭となるのは、治安が確保された領域で、民間の安全保障会社や傭兵会社（Militärfirmen）が設立および運営される場合の民営化において、とりわけ、後に論究する武力紛争と「倒産国家（failed states）」との関連での民営化においてである⁽⁵⁸⁾。刑法にとり、とりわけ多国家間のコンツェルンの組織形態は、特殊な捜査ないし通用性問題に至る。これらの問題は、犯罪的な企業戦略によって、さらに拡大されるものである⁽⁵⁹⁾。上述のものと結び付いた国家によるコントロールの問題は、企業の可罰性の創出、刑事訴追における私人の協働義務の強化、ならびに、自己規制の構想への欲求の高まりについての根本的な原因である⁽⁶⁰⁾。

(56) 経済犯罪について包括的なものとして、*Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz* (Hrsg.), *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht*, 2006, S. 218-280; *Müller-Gugenberger* (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraft- und ordnungswidrigkeitenrechts*, 4. Aufl. 2006; *Tiedemann*, *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, 2006 参照。汚職については、特に、*Transparency International*, *Jahrbuch Korruption* 2006, 2006 を見よ。

(57) これについては、*Financial Action Task Force* (前出注 (10)) の研究参照。世界金融市場とその効果については、*Soros*, *Die Krise des globalen Kapitalismus*, 1998 参照。私的なコントロールの役割については、*Wood*, *Governing Global Banking, The Basel Committee and the Politics of Financial Globalisation*, Aldershot 2005 の報告書参照。

(58) これについては、*Schaller*, *Private Sicherheits- und Militärfirmen in bewaffneten Konflikten*, (hrsg. von der Stiftung Wissenschaft und Politik - Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, 2005) sowie als Beispiel - die www-Site des insoweit größten Militärunternehmens <http://www.blackwaterusa.com> (Stand 18. 12. 2006) 参照。

(59) これについては、例えば、*Heine*, in: *Pieth/Seelmann* (Hrsg.), *Prozessuales Denken als Innovationsanreiz für das materielle Strafrecht*, Basel 2006, S. 31-42 (32ff.) 参照。

(60) これについての詳細は、後出 II.B.2.a.cc. および II.B.2.b 参照。

リスクの増大は、経済的な組織条件の変化からもたらされている。その組織条件は、犯罪者集団の組織構造に反映されている。分業化、特殊化および集団力学的な過程に基づいた、組織化された犯罪者集団の機能強化や権力の増大、高度の危険性は、確かに、集団犯罪および組織犯罪においては、決して新しい現象ではない⁽⁶¹⁾。しかしながら、世界中で導入可能な技術的なコミュニケーション手段、市場のグローバル化および限界開放に基づいて、犯罪者の分業による協働の異なった形態が、世界的な情報社会という条件の下で、階級組織的に構造化された集団、緩やかなネットワークおよび緩やかに組織化された諸単位の中に効果的に組み込まれる⁽⁶²⁾。また、多数の人々の動員は、——とりわけ、緩やかな形で相互に結び付き、それゆえ、把握するのが困難な団結性の構造が有するネットワークにおいて、——現代的なコミュニケーション手段を用いてきわめて容易にされる⁽⁶³⁾。例えば、テロリストのプロパガンダ、あるいは、人種差別的または権力支配的な内容の伝達のためのインターネットの利用が明らかにしているように、である⁽⁶⁴⁾。これによって生じる、集団形成と特殊化による機能強化は、経済犯罪、組織的犯罪、およびその他の形態の複雑な犯罪性の領域において影響を与える。

c) 政治的原因

政治的変化の結果としての新たなリスクは、政治、民族、および宗教に動機付けられたテロリズムの中にはっきりと現れている。とりわけ宗教に動機づけられた行為者は、テロリズムの際に自らの生命を投げ出し、そしてそれゆえに、もはや刑法の影響が及ばないことが多々ある。テロリストたちは、フレキ

(61) Sieber/Bögel (前出注 (16)), S. 33 ff., 37 ff., 56 ff.; Sieber, JZ 1995, 758-768 の経験的研究参照

(62) テロリズムについては, Mayntz, Berliner Journal für Soziologie 14 (2004), S. 251-262, ならびに Jackson, Studies in Conflict & Terrorism 29 (2006), S. 241-262の研究参照。インターネットの利用については, O'Day, Cyberterrorism, Aldershot u.a. 2004参照。

(63) メキシコのザパティスタ運動 (Zapatista-Bewegung) については, Garrido/Halavais, in: McCaughey/Ayers (Hrsg.), Cyberactivism: Online Activism in Theory and Practice, London 2003, S. 165-184の論文参照。

(64) Weimann, Terror on the Internet: The New Arena, the New Challenges, Washington 2006, und Bronkhorst/Eissens (Hrsg.), Hate on the Net, Virtual nursery for In Real Life crime, http://www.jugendschutz.net/pdf/osce_paris.pdf (Stand: 18. 12. 2006) 参照。

シブルに組織化されている。とりわけ、水平的な階級組織、緩いネットワーク、そして自主的な単位で組織化されており、これらに〔刑法の影響を〕浸透させるのは困難である。彼らは、技術的なコミュニケーション、採用、養成専門教育、「資金調達」をなし、そして武器として使用するために、敵方の技術的なインフラストラクチャーや資金を利用することに成功している。テロリズムの行為に事前に気付くことは困難であり、この行為の高度の危険性は、実行の直前にはじめて明らかになり、それゆえテロリズム的な行為を阻止することは困難なのである。その際に、この行為は、著しい身体的被害をもたらすだけでなく、——さらに進んで——仲裁の通告やこのようなイメージによる心理的な結果や政治的な目的もまた意図している。テロリズムの暴力は、不安と驚愕を広く流布する。この不安と驚きは、——中央で強化された——現代社会の繊細な経済的および政治的構造を直撃し、現代社会を政治的に脅かすのである。このようにしてテロリズムは、非対称的な戦争に準ずる対決において、(特定の分野からの西欧諸国の撤退、もしくは穏健な政権の不安定化のような)とりわけ政治的目的を追求している。さらに、テロリズムを公知することは、国家のおよび社会的な反応を惹き起こす。この反応は、西欧民主主義の自由の価値を破壊し、テロリズムに新たな支持者と闘士を供給するのである⁽⁶⁵⁾。

現代のテロリズムは、このように強固に発展している。この発展は、組織犯罪を通じて、すでに個々の国家において意味を有していた。現代のリスク社会において、犯罪は、政治的リスクに至り、これによって国家の脅威にも至るのである。組織犯罪について、このことは、組織犯罪の行為者もしくは企業が、国家の関係者を腐敗させているような国家においてのみ現れているのではない。政治的なリスクは、——例えば、ラテンアメリカのように——地方の「軍指導者 (war lords)」と副軍隊 (Paramilitärs) とが団結した下で、競合している麻薬商人や他の犯罪者グループが、国家による権力の独占に疑問を投げかける場合に生じる。その際には、テロリズムと組織犯罪の結合が頻繁に起きている⁽⁶⁶⁾。同様の展開が、犯罪企業と地方の最高司令官による地下資源の暴力

(65) この点について包括的なものとしては、Münkler, Die neuen Kriege, 2. Aufl. 2005, S. 175-205; ders., Der Wandel des Krieges, Von der Symmetrie zur Asymmetrie, 2. Aufl. 2006, S. 221-247 参照。特にドイツの状況については、Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (前出注 (56)), S. 174-190.

(66) これについては、前出注 (43) に掲載した文献参照。

的な搾取が行われている——とりわけアフリカの——国家に見いだすことができる⁽⁶⁷⁾。国家が事実に（「破綻した国家」として）もしくは規範的に（「非法治国家」として）その地方の保護機能を失い、かくして、（例えば、旧ユーゴスラヴィアにおけるような）組織的な犯罪グループや（例えば、イエメンやソマリアにおけるような）テロリストたちのために、グローバルな段階に向けた「犯罪の隠れ場（crime havens）」（あるいは「安全な港（safe harbours）」）を創出することによって、国家が政治的リスクを通じてグローバルな治安リスクに至る場合に、このように発生している政治的リスクは大きな意味を有する⁽⁶⁸⁾。

テロリズムと組織犯罪という新たな政治的リスクは、より大規模な暴力的対決と「新たな戦争」においてもまた、部分的に姿を現す。この「新たな」もしくは「小さな」戦争の際には、もはや従来の国家領土間の戦争は問題ではなく、国家領土と——しばしば国際的に組織化された——ネットワークとの非対称的な対決が問題となるのである⁽⁶⁹⁾。それゆえ、国際的なネットワーク構造との新たな戦争による対決は、国内外の治安、ならびに犯罪と戦争という古典的な区別を、国家領土に対して相対化させるのである。したがって——ボスニア、アフガニスタン、およびパキスタンのように——警察、軍隊、秘密情報機関、スペシャルコマンドーおよび国際的な干渉力によっても、「新たな戦争」がもたらされることは珍しくない。この点について、2001年9月9日のテロリズムの公知以後、NATOと国際連合もまた、防衛上の緊急事態を認めた。しかしながら、様々なテロリズムの告示が有する大きな多様性に鑑みると、戦争法と刑法の限界づけに関する問題、「国内の」緊急状態と「国外の」防衛との区別という問題、そして国際連合憲章51条の自衛権の射程という困難な問題が

(67) これについては、また、Münkler, in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, S. 17-31 (24ff.) をも参照。

(68) 「破綻した国家」の発生については、Münkler (前出注 (67)), in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 17-31 (19ff.) 参照。破綻した国家の規範的理解については、Geiß, “Failed States”, *Die normative Erfassung gescheiterter Staaten*, 2005 を参照。破綻した国家における経済犯罪の実際的な根拠と、その経済犯罪の国際的影響について概観したものとして、Gros, *British Journal of Criminology* 43 (2003), S. 63-80がある。

(69) 新たな非対称的な戦争形式への国家戦争の変化は、部分的には、国家の価値喪失と新たな政治的関係国の興隆の徴候と見られている。これについては、Münkler (前出注 (67)), in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 28 ff. 参照。

存在している⁽⁷⁰⁾。

かくして、国内外の治安ならびに犯罪と戦争との区別が曖昧になることにより、危険防止および予防の必要性が増大すると共に、現在の法システムが新たなカテゴリーの取組みに直面することになる。その取組みにおいて、刑法、警察法および——個々の国家における——戦争法という古典的な法システムは、新たな「治安法」を作り上げる⁽⁷¹⁾。——グローバル化という問題に限定して結び付けられた——政治的リスクの展開は、国連憲章に従って国際的な治安を貫徹させる目的での国際社会による介入の正当化のための、国際法上の問題を取り入れる必要性をも高めている⁽⁷²⁾。

ここでは、広く政治によって規定された変化が問題となっている。この変化は、グローバル化と結び付いているが、しかしながら、これまでに分析を加えた、国家を超えた刑事訴追の通用性問題を越えている。地域的な事情に対してグローバル化の展開が有する影響の増大と移動性の高まりとは、社会の評価基準と国家の規範の矛盾を惹き起こしている。インターネット犯罪という個別的な領域において（例えば、データ保護刑法の場合や、権力礼賛的な内容の場合に）、このことが明らかとなっているだけではない。その領域では、国家の特別規定が、グローバルな「電脳空間（Cyberspace）」において、広範囲に亘って実効性を失っている⁽⁷³⁾。同様の現象は、例えば、国際的に組織化された医学研究の場合にも明らかになっている。そこでは、許容された態度と禁じられた態度との間の明確な限界が、国際間の規定が異なっていることによって、もはや形成ないし貫徹されえない⁽⁷⁴⁾。この展開は、高度の潜在的な衝突可能性を秘めている。これは、例えば、次のような場合に顕著となる。すなわち、インターネットの持つグローバル空間、（かくしてメディア統合によって一体化した）グローバルな衛星テレビなどにおいて、ポルノグラフィ、少年に対して有害性を持つ内容、名誉を毀損する表現、アルコールの宣伝、もしくは、宗教風刺画が流布された場合である。これに相応する衝突状況は、次の点におい

(70) これについては、後出注（166）をも参照。

(71) これについての詳細は、II.B.2.a.ee. und ff. und II.B.3.b 参照。

(72) これについては、Geiß（前出注（68））、S. 292-307 参照。

(73) BGHSt. 46, 212 ff 参照。刑罰適用法については、さしあたり、Cornils, JZ 1999, 394-398; Sieber, NJW 1999, 2065-2073 を見よ。

(74) Koch, in: Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, 2005, S. 1091-1118 (1111) 参照。

て現れる。すなわち、個別国家の法秩序は、今こそヨーロッパ連合の傘下で密接かつ相互的に協働すべきであるが、諸々の法秩序においては、贈収賄は、一部では広く排除の対象となっているのに対して、一部ではいまだに広く受け入れられた社会システムの慣行となっている、という点である。異なった規範的予期の同様の対立は、世界規模の移民、それに由来する社会の異質性、それと結び付いた、限定された空間での異なる生活関係および価値観の絶え間のない遭遇の結果としても発生する。このような「文化の衝突（clash of cultures）」の例として、例えば、名誉殺人、血縁者による復讐またはヨーロッパにおける新たな次元の暴力等がある⁽⁷⁵⁾。かくして、——インターネット、移民、およびその他の広範な要因によって——相互に衝突しあう態度方法への異なった評価とその結果として生じる対立は、グローバルな価値観の相違をめぐるかつての国際的な論争を、権力の拡大という根源的なリスクを内に秘めた地域的段階のみに移行させた。

d) 結 論

新たなリスクは、関連する犯罪形態の高度の複雑性に伴って現れることが多々ある。この犯罪形態は、技術的もしくは経済的な原因に基づいているだけでなく、特殊な行為者構造、多数の犠牲者、そしてまた犯罪遂行の地理的拡張にも基づいている。新たなグローバルなリスク、複雑な犯罪形態、そしてそ

(75) 例えば、*Wetzels/Brettfeld*, *Auge um Auge, Zahn um Zahn? Migration, Religion und Gewalt junger Menschen*, 2003, S. 186-188の研究の結論、ならびに、*Braun*, *Migration und interkultureller Konsens, Ein interkultureller Ausblick*, 2002, S. 154-163の犯罪の重さの評価についての研究参照。血縁者による復讐に対する裁判所の判断については、*Nehm*, in: *Arnold u.a.* (Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 419-429参照。アルバニアの犯罪者グループによる高度の潜在的な暴力に対する捜査については、*Arsovska*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 14/2 (2006), S. 161-184参照。これらと並んで、パリの人々の不安が「都市部の感覚」(„zones urbaines sensibles”)に現れているように、とりわけ、福祉国家の衰退と共に高まっている、都市内部でのサブカルチャーの潜在的対立もまたきわめて重要である。この場面における暴力については、*de Maillard/Roché*, *European Journal of Criminology* 2004, 111-151 (131ff.)参照。特に少年の暴力について、*Dubet*, in: *von Trotha* (Hrsg.), *Soziologie der Gewalt*, 1997, S. 220-234, および最近のものとして、*Body-Gendrot*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 4-26参照。

の犯罪形態を捜査する問題によって、有力な見解によると、国民国家の脆弱化が惹き起こされている⁽⁷⁶⁾。もちろん、これを分析する多くの場合には、次のような問題が残されている。すなわち、世界的なリスク社会における国際的な国家協働が、技術的な監視措置、新たに展開した「治安法」、そして治安法の警察法上、刑法上、および軍事上の構成要素、新たな国際的ネットワーク、ならびにこのようにして作られた権力組織、これらを伴う展開に対して、どの程度効果的に立ち向かうことができ、そして、国家のセクターと民間のセクターとの間にある個々の権力の移動がどの程度重要になるのか、という問題である⁽⁷⁷⁾。

この展開の枠組において、治安を確立する際の最新の任務と権限は、いずれにせよ、単一国家および国家間の協働に委ねられる⁽⁷⁸⁾。それゆえ、このことは、刑法と古典的な刑法上の規制対象に対して、とりわけ重大に作用する。なぜなら、このようにして目的とされた治安を確立する際には、予防の保障と新たな治安法が前面に出てきているからである。予防の保障と治安法については、以下で検討を加える。

2 刑法の機能的限界

変化しているリスクに対して先に加えた分析は、刑法が、すでに述べた取組みに対して反応する際に、今日その機能的限界に頻繁にぶつかることがある理由、そして刑法が新たな解答を模索している理由を明らかにする。その際に、新たな取組みに対する国家のおよび社会的反応は、取組みの原因を考慮に入れ

(76) そこから生じる、法学、社会学、および経済学に対する問題については、Mayntz, Einleitung und Zusammenfassung, in: Mayntz/von Bogdandy/Genschel/Lütz (Anm. 8), S. 9-18 (13 ff.) および同巻所収のその他の論文を参照。

(77) これについては、Beck (前出注 (3)), S. 45ff.; Beck/Lau, The British Journal of Sociology 56 (2005), S. 525-557 (532 f.); Münkler (前出注 (67)), in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), S. 18 ff. 参照。「多国籍国家 (Transnationalstaat)」については、Grande, Globalisierung und die Zukunft des Nationalstaats, in: Beck/Bonß (Hrsg.), Die Modernisierung der Moderne, 2. Aufl. 2001, S. 261-275 (274) 参照。国際的な組織と提携の役割については、Tomuschat, Recueil des cours de l'Académie internationale de la Haye 281 (1999), S. 40 ff. 参照。

(78) Jung, GA 1996, 507-517 (515) 参照。

ているだけでなく、今日議論されているよりも複雑な理由による解決可能性、および「敵対刑法」と「市民刑法」による代案もまた考慮に入れているのである⁽⁷⁹⁾。「世界的なリスク社会」という新たな取組みに対しては、刑事政策において、多数の異なる側面を有する以下の２つの異なる解答が見いだされる。

- ・ 支配的な——多くの国家において、とりわけテロリズムが目に見えるようになった地域における——解決アプローチは、刑法の拡張と「限界付け」、ならびに新たな安全権という異なる規律による刑法の回避を目的としている（これについては a 以下を参照）。
- ・ ２つ目の解決アプローチは、犯罪予防の（刑法外、およびとりわけ法律外の）代用手段の発展の中に存在している（これについては、後出 b 参照）。

a) 刑法と新たな治安法との限界づけ

刑法の拡張という、刑法の従来の限界についての解決アプローチは、一般的には、刑法が予防と治安をより強固に達成することによって、ならびにこれによって惹起される、犯罪遂行と犯行の容疑の前段階においてすでに刑法が介入することによって、特徴づけられる⁽⁸⁰⁾。その際には、——ドイツの秩序システムのカテゴリーにおける——多くの法秩序において、とりわけ次のことが問題となる。すなわち、aa) 実体法における可罰性の早期化、bb) 予防の監視構想（Überwachungskonzepte）の拡張、保障の削減、そして刑事訴訟法における特別な管轄権の創出、cc) 刑事訴訟外における、および刑事訴訟の前段階における私人の協働義務、dd) 新たな「治安アーキテクチャ」における相互機関のおよび国際的な「タスク・フォース」の創出、ならびに ee) 古典的な法カテゴリーが不鮮明となること、および新たな治安法の誕生、である。このような展開の結合は、「対テロ戦争（war on terror）」に関するアメリカの立法において、とりわけ明白かつ切迫して現れている（後出 ff.）。

aa) 処罰の早期化は、実体法において現れている。例えば、複雑な行為者構造によるリスクに対する反応、とりわけ組織化された単位、行為者グルー

(79) 敵対刑法については、後出注（98）に掲載された文献参照。

(80) これについて基本的なものとして、*Jakobs*, ZStW 97 (1985), S. 751-785; さらに、*Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, ならびに、*Rath*, GA 2003, 823-840に掲載されている判例 BGHSt. 47, 214参照。*Schünemann*, GA 1995, 201-229 (210 f.)に掲載されている、1990年代におけるフランクフルト学派の関連する論評をも参照。

プ、そしてネットワークを通じて行われる犯罪行為の分業型遂行を捕捉する場合、である。立法者と判例は、——とりわけ組織犯罪やテロリズムを考慮に入れたうえで——これに対応している。この対応は、組織犯罪（特に犯罪組織およびテロリズム組織の支援）、共謀罪の構成要件（「コンスピラシー」）、特別な帰属図式（「共犯計画」，「代位責任」，および「厳格責任」），ならびに処罰のさらなる早期化が世界的に創出されていることに伴っている⁽⁸¹⁾。経済犯罪（特に環境犯罪）や組織犯罪の領域においてもまた、上記に相応する実体法上の展開は、新たな超個人的法益、抽象的危険犯、および所持罪の際に明らかになっている⁽⁸²⁾。この前置構成要件（Vorfeldtatbestände）と上で分析を加えた予

(81) 組織犯罪については、犯罪の統合という概念を考慮に入れた、BGH NJW 2005, 80-83, ならびに、前段階の犯罪の拡張を考慮に入れ、これを批判するものとして、*H. Dachs*, NJW 1976, 2145-2151 (2147f.) ; *Jakobs*, HRRS 2006, 289-297 (295) ; *Roxin* (前出注 (41)), in: *Dolcini/Paliero* (Hrsg.), S. 734 ; *F.-C. Schroeder*, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 17, 28-29 ; zur Europäisierung des Vereinigungsbegriffs *Kreß*, JA 2005, 220-228 ; *von Heintschel-Heinegg*, in: *Hoyer u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 799-808 参照。アメリカ合衆国における内乱罪の構成要件については、*Katyal*, Yale Law Journal 112 (2003), S. 1307-1398 ; *Siesseger*, William and Mary Law Review 46 (2004), S. 1177-1218 を見よ。国際法における特別な帰属図式については、*Danner/Martinez*, California Law Review 93 (2005), S. 75-169 (102 ff.) 参照。インターネットにおけるプロバイダの責任における自由化の逆方向の動きについては、*Sieber*, Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet, Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, 1999, S. 32-46, 61-65, ならびに比較法的には、*ders.*, Responsibility of Internet-Providers, in: *Lederman/Shapira* (Hrsg.), Law, Information and Information Technology, The Hague u.a. 2001, S. 231-292 を見よ。

(82) これについて根本的なものとして、*Jakobs*, ZStW 97 (1985), S. 751-785 参照。超個人的法益と危険犯については、*Greve*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2005, 515-532 ; *Hassemer*, StV 2006, 321-332 (326f.) ; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002 ; *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, 特に S. 111-134 ; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts 参照。「現代の」危険犯の理論については、2000 ; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, 特に S. 214-220, 245-251, 388-393. 財産犯については、*Struensee*, in: *Samson* (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 713-729 を見よ。

防のパラダイムとの関係は、とりわけ刑法129a条の前段階の犯罪化に対して、連邦司法省が行った最近の考慮に見いだすことができる⁽⁸³⁾。現在考慮されている、テロリスト教育への関与を犯罪化することは、次のことを許容することになるであろう。すなわち、最終的なテロリズム攻撃を避けるために、テロリストや潜在的な「睡眠者」に対して、刑法という手段をもって、とりわけ予防的に早期に（例えば、彼らがドイツに帰還する際に）措置を執ることである⁽⁸⁴⁾。その際に、刑法による保護の早期化は、しばしば刑罰の下限と上限の引き上げによって補われるのである⁽⁸⁵⁾。

bb) しかし、リスクの増大や、新しい複雑な犯罪性に関する捜査ないし証明の困難さは、とりわけ、訴訟法の点に帰結する。ここでは、さしあたり、嫌疑に先行した予防効果のある措置が増大することも見込まれるが⁽⁸⁶⁾、特に機密性のある情報技術に対する介入措置や監視措置によって、市民の会話・通話・コンピュータデータ・住所・口座が突き止められ、それらの多くが集められ貯蔵データとされる⁽⁸⁷⁾。このような介入措置から、将来的に、リスク・プロフィール（Risikoprofile）に基づき、「嫌疑のかかっている」人物ないし

(83) その際には、事前の考慮が重要となるが、この事前の考慮は、2007年に最初の立法草案となる可能性がある。

(84) これについては、後出II.B.3.b.を見よ。「睡眠者の問題性」を考慮に入れた、アメリカ合衆国の観点からの立法の可能性については、*Chesney*, *Harvard Journal of Legislation* 42 (2005), S. 1-89. これについてはまた、18 USC § 2339-2339Dをも見よ。

(85) これについてはまた、*Hassemer* (Anm. 82), StV 2006, 323をも参照。

(86) 予防的な網目スクリーン捜査（Rasterfahndung）の使用については、vgl. BVerfG NJW 2006, 1939-1951; *Lisken*, NVwZ 2002, 513-519参照。「秘密情報機関化（Vernachrichtendienstlichung）」については、*Paffgen*, StV 2002, 363-341; *ders.*, GA 2003, 647-671参照。

(87) 秘密捜査手段の刑事訴訟法上の統一化については、目下、2006年11月27日に提出された「遠隔通信の監視およびその他の秘密捜査措置に関する新規定についての法律、および、2006年7月24日施行法の大綱の変更についての法律の報告者草案」を参照。ドイツにおける電話傍受（Telefonüberwachung）の実務と効果については、*Albrecht/Dorsch/Krüpe*, *Rechtswidrigkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen*, 2003. 網目スクリーン捜査の領域における法的限界については、BVerfGE, NJW 2006, S. 1939-1951参照。

「危険な」人物の監視という、新たなグローバルシステムが発展しうる⁽⁸⁸⁾。このような措置と結び付いた「刑事訴追の前置化」⁽⁸⁹⁾という構想は、以上のことを伴う予防と抑止との混合を表している。このことから、刑法が直接的かつ予防的に発動される傾向が強まるが、そのような傾向はすでに以前から、予防的な拘禁理由や改善処分の拡充という点に、また、特に保安監置の拡充という点に、明らかに存在していたのである⁽⁹⁰⁾。

さらに、保証と保護形式の解体ということは、訴訟法において生じている。多くの外国の法秩序では、その際に、嫌疑をかけられた人物の長期間に亘る警察拘禁といった新たな可能性が問題となり（このことは、たいてい予防にも資する）⁽⁹¹⁾、あるいは、証明責任の緩和が問題となる（これは、しばしば実体刑法を超えて達成される）⁽⁹²⁾。ドイツでは、拷問を利用したりハイジャックされた飛行機を撃墜したりすることによって⁽⁹³⁾、予防的にテロとの闘いを行おうとすることの法的な限界をめぐる当該議論が行われているが、この議論は、どれだけ多くの新たなリスクが、刑法の伝統的な限界づけを疑問視しているかを

(88) これについてはまた、*Albrecht* (Anm. 6), *JURA* (Ungarn) 2005/2, 11f.; *Klett-Straub*, *German Law Journal* 7 (2006), S. 967-975をも参照。

(89) これについては、*Weßlau*, *Vorfelddermittlungen: Probleme der Legalisierung "vorbeugender Verbrechensbekämpfung"* aus strafprozeßrechtlicher Sicht, 1989; *Wolter*, GA 1999, 158-181; *Kühne*, *strafprozessrecht*, 6. Aufl. 2003, Rdn. 393参照。

(90) これにつき詳しくは、後出注161参照。

(91) これについては、後出II.B.特に、注(159)および(164)参照。グレートブリテンにおける、2001年反テロリズム・犯罪および安全保障に関する法律(ATCSA)については、また、*das Urteil des Appellate Committee des House of Lords in der Sache "A and others v. Secretary of State for the Home Department; X and another v. Secretary of State for the Home Department"* vom 16. 12. 2004, in: *All England Law Reports* 2005 (3), S. 169-263をも参照。

(92) 例えば、フランスにおける、2006年創設の総則上の構成要件であるフランス刑法典326条-6「生活標準に見合った所得という正当化が欠けること」(ならびに、同421条-2-3におけるテロリズムに適用される特別構成要件)参照。

(93) 航空機の安全に関する法律における、飛行機撃墜の授權の無効については、*BVerfG NJW* 2006, 751-761; 拷問に関する議論については、*Roxin*, in: *Arnold u.a. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 461-471 (468f.), ならびに *Reemtsma*, *Forter im Rechtsstaat?*, 2005; *Saliger*, *ZStW* 116 (2004), S. 35-65参照。

明確に示すものである。捜査の困難さや多くの規範違反は、その他の点で、例えば、手続を取り決めること、また、代替的な解決措置を通じた合意による解決戦略を有利にすすめるため、首尾一貫した規範の貫徹を放棄することにもつながる⁽⁹⁴⁾。こうした脱形式化（Entfomalisierung）といったような問題は、例えば、次のような場合に、アメリカ合衆国で明らかとなっている。すなわち、アメリカ合衆国において、個々の事例で、手続を打ち切られる合意が、その他の場所で可能となる刑事手続の移行に関する訴追機関の指摘により、「敵の戦闘員」を軍拘留所に移送する場合、である⁽⁹⁵⁾。

個々の法秩序は、さらに、特定の犯罪領域に一定の（たいていは地域的な）訴追管轄および裁判管轄を創出し（例えば、経済犯罪、組織犯罪、テロないし複雑な犯罪について）⁽⁹⁶⁾、また、個別の捜査措置をも部分的に創出しているが、そのような捜査措置というのは、個々の事例で、広範囲に亘る適用条項や犯罪行為のカタログに基づいて、一般犯罪についても用いられうるのである⁽⁹⁷⁾。その際、もっぱら特定の犯罪者グループに対して向けられる特別措置が考慮に入れられるのであるが、その犯罪者グループの態度は、「敵対刑法」というキャッチフレーズによって派手にレッテル張りされうる、社会の持続的な破壊という形で一般化される⁽⁹⁸⁾。このようなキャッチフレーズが、単に現

(94) 手続の取決めにつき、一般的なものとして、BGH NJW 2005, 1440-1447, および、刑事手続における判決取決めの法律上の規定に関する連邦弁護士会の提案については、ZPR 2005, 235-241, und Schünemann, in: Lorenz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldlich, 2005, S. 1177-1195参照。

(95) Meyer, HRRS (<http://www.hrr-strafrecht.de>) (Stand 18.12.2006) 2006, S. 178-185; Takei, Boston College Law Review 47 (2006), S. 581-626参照。これについてはまた、後出 II.B.2.a.ff.をも参照。

(96) 特別の訴訟管轄については、例えば、「重大な複雑性」ないし「非常に重大な複雑性」を伴う犯罪行為について問題となる。フランスの刑事訴訟法704条3項および705-75条参照。

(97) 特定の犯罪に適合する個別の介入措置は、特にフランスにその伝統がある。例えば、テロ犯罪、経済犯罪、金融犯罪、ヨーロッパの水準での汚職、海上犯罪、軍事問題や国家防衛問題、健康侵害についての個別の介入措置などである。2004年3月9日の2004年法律第204号で導入された CPP706-73条は、さらに、犯罪のカタログに詳細に規定される、いわゆる組織犯罪について、警察拘禁の延長、電話傍受の拡充、宵闇の家宅搜索、秘密捜査、および、聴覚的・視覚的な部屋の監視を許容する。フランスにおけるテロとの闘いの領域の最新の展開については、特に、2006年1月23日の2006年法律第64号参照。

在の展開を批判的に示すだけでなく、行為の勧告として定式化されるのであれば、刑法の「限界突破」という危険性が、特に明らかになるのである。

cc) 刑法内外における協働システムの根本的な変化は、さらに——国家の犯罪捜査の困難さに対する対応として——刑事訴追の前段階や刑事訴追の外において〔犯罪を〕コントロールする際の、私人の協働義務の増大に現れている。その際には、特別な専門知識を利用すること（例えば、コンピュータ技術の複雑な環境における捜査のように）⁽⁹⁹⁾、および刑事訴追のための予防と準備という目的で、私人が蓄積したデータを作成、公開、および有効利用することもまた重要になる。後者は、マネーロンダリングとの闘い⁽¹⁰⁰⁾や有価証券取引をコントロール⁽¹⁰¹⁾するに際して、とりわけ技術的な監視可能性を提供する義務、およびストックデータの蓄積義務をもって、電子情報通信を監視する領域において、明らかになる⁽¹⁰²⁾。このように結合した刑事訴追（の準備）と安全

(98) 最近のものとして、*Jakobs*, HRRS 2006, 289-297 (295), ならびに *ders.*, ZStW 117 (2005), S. 839-851, *ders.*, HRRS 2004, S. 88-95 (93), およびさしあたり *ders.*, ZStW 97 (1985), S. 751-785 参照。この点についてはまた、*Arnold*, HRRS 2006, 303-315; *Bung*, HRRS 2006, S. 63-71; *Hörnle*, GA 2006, 80-95; *Sinn*, ZIS 2006, 107-117, スペイン語によるものとして、*Zaffaroni*, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá 2006 をも参照。

(99) これについては、*Bär*, *Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren*, 1002, S. 367ff., 387 ff.; *Kugelmann*, TMR 2002, 14-23 (18 f.) 参照。

(100) マネーロンダリングやテロリストの資金調達の目的で、財政システムを利用することの防止に関する、§§ 2, 3, 6, 9, 11 GWG sowie Art. 6 ff. der Richtlinie 2005/60/EG vom 26. 10. 2005, Abl. L 309/15, ならびに後出注 (104) に掲げたその他の文献参照。

(101) インサイダー取引および市場の濫用に関する、§§ 9, 10, 33 Abs. 1 Nr. 3 Wertpapierhandelsgesetz sowie Art. 6 Abs. 6 und 19 der Richtlinie 2003/6/EG vom 28. 1. 2003 ABI. L 96 参照。

(102) スtockデータの蓄積については、公的に入手可能な電子コミュニケーション業務、および公的なコミュニケーション網を準備する際に作成ないし加工されるデータのストック蓄積に関する、Richtlinie 2006/24/EG vom 15. 3. 2006, Abl. L 105/54, ならびに *Breyer*, *Die Systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für Staatliche Zwecke in Deutschland*, 2005 での検討参照。刑事訴追の目的のための、私人の協働義務については、*Hamm*, NJW 2001, 3100-3101, ならびに、Art. 19 Abs. 4 der Convention on Cybercrime, ETS Nr. 185 vom 8. 11. 2001（これについては、Explanatory Report, Abs. 200-202 をも見よ）における準則参照。

保障⁽¹⁰³⁾の民営化は、部分的には、私的な信頼関係への参入とも結び付いている（例えば、マネーロンダリングとの闘いに対して弁護士が参加する場合）⁽¹⁰⁴⁾。とりわけテロリズム容疑者の「特定」のために、安全を実現するために私人によるデータ蓄積を利用することへの要望は、将来的にさらに増加するであろう。すでに今日においても、短時間で、公的な資料やデータバンクから、詳細な個人プロフィールを作成できるソフトウェアツールが存在している。非常に多くの個人に関係するデータが私的な経済活動の手中にあること、ならびに私的・公的な安全責任がこれに相応して要求されていることは、将来的に多くの国々において安全を保障する際に、新たな規模のデータ保護と私人の協力をもたらすであろう。

（未完）

(103) これについてはまた、Ziercke, in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), *Neue Allianzen gegen Kriminalität und Gewalt*, 2006, S. 33-48 (42 ff.) をも参照。

(104) マネーロンダリングの目的で財政システムを利用することの防止率に関する, Richtlinie 2001/97/EG vom 4. 12. 2001, Abl. L 344/76 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG 参照。このことについて、ドイツに関しては、2002年8月8日のマネーロンダリングの撲滅およびテロリズムの資金調達への撲滅の改正法（das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 8. 8. 2002）, BGBl. I (2002), S. 3105 ならびに、Herzog/Müllhausen, *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabshöpfung*, 2006, および Wegner, NJW 2002, 794-796 を見よ。