

資 料

刑法の限界（2・完）

——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

dd) 捜査を最適化するために、すでに述べた治安官庁の管轄権、ならびにすでになされた知識の細分化、および活動グループによる個々のデータ蓄積に対する照会を限定することによって、様々な——刑法内外の——捜査領域の代表者たちがますます引き合わせられつつある。ドイツでは、「新たな治安構築」および「全体的な闘争アプローチ」の枠組で、相応する施設相互間の「タスク・フォース (Task Forces)」において、例えば、連邦弁護士会、警察、税関、外国の官庁、秘密情報機関、軍の施設の代表者らが活動している。その際に、タスク・フォースは、マネーロンダリングへの闘いを成し遂げるために、それぞれの私的な立場が有する知見を利用している。この協働やそれが援助する「対テロのデータファイル」の場合には、——ドイツの治安法の中心にある——予防と抑止との区別は、さらに曖昧になる⁽¹⁰⁵⁾。国際的な段階においてもまた、このように多重機能的な「タスク・フォース」によって強化された、国際的な国家間のネットワークが、犯罪者の超国家的ネットワークに対抗してい

(105) 新たな「治安構築」と新たな対テロのデータファイルについては、*Nehm*, NJW 2004, 3285-3295; *Schily* (前出注 (22)), in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 12f. ならびに、前出注 (43) に掲載された文献参照。また、連邦議会が2006年12月1日に賛成した、BT-Drucks. 16/2950 いわゆる共通データファイル法をも参照。

る⁽¹⁰⁶⁾。

新たなフレキシブルな構造と施設を伴うこの「新たな治安構築」は、しばしば透明性がほとんどないこととコントロールが欠如していることによって特徴づけられる。コントロールの欠如は、特に協働と介入権限が超国家的な段階に影響を与える場合、および執行権を有する政府相互間の協働によって規制される場合に現れる。これは、一国レベルと比較して、民主主義および透明性がより欠けるからである。警察のハンドブックや「ベスト・プラクティス」による収集の実際上の意義は、例えば、ヨーロッパ連合の加入候補国に対して、ヨーロッパ連合の「総体 (acquis)」としてそれらを基礎づける際に現れる。その際に、安全問題に取り組んでいる国際委員会の断片化、および断片化とともに新たに現れた協働形態——OECD、ヨーロッパ会議、ヨーロッパ共同体、および国際連合のピア・レビュー方式のような⁽¹⁰⁷⁾——は、政府相互間の共同作業の雑然さと透明性の欠如を増幅させている。このことは、とりわけ、緩くフレキシブルなネットワークにおける協働について妥当する。このとき、上述した多段階システムの相応したコントロール問題と正統性の問題は⁽¹⁰⁸⁾、テロリズムを国際的に追討する際に、——しばしば領域外で必要とされている——執行権の広範な権限に異議が呈されているのにこれが執行される場合に、特に明白になる。これは、特に、容疑者の拘引 (Ingewahrsamnahme)、容疑者の財産価値の「凍結」、電子情報通信の傍受、そして国際銀行間通信協会 (Swift) のデータへのアクセスに対してそれぞれ執行される⁽¹⁰⁹⁾。刑法の場所的および機能的限界は、ここで累積されるのである。

(106) *Abrecht* (前出注 (6)), *JURA* (Ungarn) 2005/2, 17; *Diwell* (前出注 (43)), in: *Griesbaum u.a.* (Hrsg.), S. 101-109 (特に103 ff., 109); *Nadelmann*, *Cops Across Borders, The internationalization of U.S. criminal law enforcement*, Cambridge-MA 1993, 特に S. 103-188 参照。

(107) これについては, *Sieber* (前出注 (2)), in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 88, 90, ならびに論文集である *Biolley/Weyembergh* (Hrsg.), *Comment évaluer le droit penal européen*, Brüssel 2006 所収の諸論文参照。

(108) 前出注 (27) 参照。

(109) 他の国家におけるテロ容疑者の逮捕と連行に関する、ヨーロッパ会議の特派員による報告については, *Marty*, *Alleged secret detentions and unlawful inter-state transfers involving Council of Europe member states*, Draft report _ Part II (Explanatory memorandums), AS/Jur (2006) 16 Part II (7. 6.2006), および *ders.*, *Alleged secret detentions in Council of Europe mem-*

ee) この展開過程において、古典的な法的カテゴリー、およびそれによって保障されていた保護機能が曖昧になっている。とりわけ、予防の必要性、および「疑わしい」あるいは「危険な」人物に対する捜査の必要性が、大陸法的なヨーロッパ刑法にとって中心的であった刑法による対応と警察的な危険予防との区別を、広範囲にわたって相対化している。このことは、とりわけ、組織犯罪やテロリズムの領域における情報収集が、犯罪の嫌疑にではなく、——どちらかといえば抽象的な——治安上のリスクに基づいて行われる場合に当てはまる。この際、予防志向は、テロリズムに対する新たな介入措置が、もはや刑事訴訟法のみにおいて規定されずに、とりわけ警察法や秘密情報機関の法においても規制される⁽¹¹⁰⁾という結果をもたらしている。かくして、治安は、その他の行政法、例えば、対外貿易法 (Außenhandelsrecht) や遠隔通信法 (Telekommunikationsrecht)、移住法 (Einwanderungsrecht) によっても追求される。外国人はしばしば非常に危険な存在とみなされ、さらに、移住法および滞在法 (Einwanderungs- und Aufenthaltsrecht) の外国人に対する特別措置が可能であるために、多くの法秩序においては、「二元的な法システム」が発展している。このシステムは、自国民と外国人との間に区別を設け、後者に対して、伝統的な国外退去と並んで、一部には、告訴を要しない自由剝奪、無罪の推定の放棄ならびに「エスニック・プロファイリング (ethnic profiling)」を許容している⁽¹¹¹⁾。このように、「敵対」法 (Rechte des „Frem-

ber states, Information Memorandum II, AS/Jur (2006) 03 rev. (22.1.2006) 参照。ヨーロッパという段階 (国際的な「事件」もまた) に対する行政法上の規制とその合法性による財産価値の凍結については、21. 9. 2005 in der Rechtssache T-306/01, OJ C 281/17, および 12. 12. 2006 in der Rechtssache T-228/02の、ヨーロッパ共同体の最近の傾向の様子の決定参照。盗聴システムの梯形による電子情報通信への盗聴については、11. 7. 2001, A5-0264/2001 PAR1のヨーロッパ議会の報告参照。国際銀行間通信協会の銀行データの有効利用については、2006年6月24日・25日付の Süddeutsche Zeitung Nr. 143, S. 1f. 参照。

(110) これについては、前出II.B.2.dd 参照。ドイツでのテロとの闘いにおける秘密情報機関の権限の強化については、„Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes“, BT-Drucks. 16/2921, 警察法 (Polizeirecht) については、後出II.B.3.b 参照。

(111) Eckert, The Politics of Security, Max Planck Institute for Social Anthropology Halle, Working Papers No. 76, 2005 参照。このシステムが市民権を持つ国民へ拡大し、システムに基づく決定によって、国籍が剝奪されることについて、アメリカ合衆国については、Hooker, Emory Intl. Law Rev.

de⁴⁾ は、戦時国際法 (Kriegsvölkerrecht) においてはじめて整序されたわけではなく、国内法においてすでに整序されているのである。

上述の、国際的なネットワークに対する領域国家の、新たな「非対称的な戦争 (asymmetrische Kriegen)」における国内の治安と国外の治安ならびに犯罪と戦争との区別の解消は、——テロとの闘いの際に——個々の国家がこれ超えて、戦争法上の措置 (*kriegsrechtliche Maßnahmen*) を行使するきっかけとなる。この際、戦争法は、国家の介入措置を本質的に拡大する⁽¹¹²⁾。——以前はとりわけアメリカ合衆国とイスラエルに対して向けられていた——テロリストと推定される者⁽¹¹³⁾ に対する戦争法の適用にまつわる議論は、2007年の初めに、ドイツ法にも波及した。ドイツ連邦内務大臣の法案は、今や、——連邦憲法裁判所が航空安全法 (Luftsicherheitsgesetz) に対する判決において憲法違反であると判断したところであるが——テロリストによって乗っ取られた航空機を戦時国際法に基づいて打ち落とすことを可能にしようとしている。そこでは、ドイツ連邦共和国基本法87a 条 2 項に関する新法案が、「準防衛事例 (Quasi-Verteidigungsfall)」に対して戦力を投入することを許容するとしている⁽¹¹⁴⁾。

19 (2005), S. 305-381 参照。カナダについては、das „security certificate“-Verfahren gem. Part I Dimision 9 des Immigration and Refugee Protection Act 参照。本法が可能とするのは、特別追放手続において外国人が拘禁されるということである。拘禁とそれに続く国外退去についての裁判所の審査は、情報の秘密的取扱いという理由によって、場合によっては、当事者および当事者の法定代理人の欠席のもとで行われる。

(112) これについては——アメリカ合衆国およびイスラエルのテロ対策措置を例として——後出 II.B.2.a.ff. 参照。

(113) アメリカ合衆国とイスラエルにおける戦争法上のテロ対策措置については、後出 II.B.2.a.ff. 参照。ドイツにおけるテロ対策措置については、後出注 (166) を見よ。

(114) これについては、ショイブル (Schäuble) 連邦内務大臣との対談を扱った 2007年 1月 2日付の Süddeutsche Zeitung Nr. 1, S. 1, Nr. 2 vom 30. 1. 2007, S. 5 und Nr. 3 vom 4. 1. 2007, S. 5 の記事参照。テロリストの攻撃に対する防衛の際に、軍事的手段を伴う戦力によって警察を支援することを可能にするための最新のプランについては、2006年 11月 16日付の Süddeutsche Zeitung Nr. 264, S. 6 参照。ならびに、警察と連邦国防軍との間の新たな協定については、Ziercke (前出注 (103)), in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 44 f.; さらに Kästner, ebenda, S. 71-72 参照。これに対して他方で、ドイツにおいてはこれ

国内的治安と国外的治安、犯罪と戦争、予防と抑止、警察と秘密情報機関、ならびに、警察と軍隊、これらのそれぞれの政治的および法的区別の消失は、複雑かつ多様な新たな治安法を作り出す⁽¹¹⁵⁾。この治安法は、とりわけ危険を防止することを目的とし、そこにおいて、古典的刑法は、部分的に、もはや限られた役割を果たすにすぎない。この結果として生じる、刑法以外の規制領域への任務の移動が、この場合に（すでに警察法においてのみならず、とりわけ秘密情報機関法（Geheimdienstrecht）、外国人法（Ausländerrecht）および戦争法において）、これらの新しい法領域が、刑法に匹敵しうるだけの保護レベルを保障しないという危険をもたらしている。このことは、構成要件の明確性という実体法上の要件や、刑法における責任原理の保障だけに当てはまるのではない。それは、一般的な憲法上の比例性原則の保障をも超えてしまうのである⁽¹¹⁶⁾。介入闘、犯罪の嫌疑の基準点（これは、危険を通して警察法に導入されている）、当事者の協働義務（例えば、租税法において）、証明の問題、裁判官の留保、その他の保護措置、司法権の管轄を執行権へ移譲すること、あるいは、根本的な法規を創設する際の議会の関与を顧慮する場合にも、同様の危険は存在する⁽¹¹⁷⁾。上述のリスクは、刑法の外側への移譲にとどまらずに、刑

まで、軍事的なテロ対策措置はほとんど認められていない（Schily [前出注 (22)], in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 13f. 参照）。それゆえ、先に触れた航空安全法に対する連邦憲法裁判所の決定は、戦力を、防衛および闘争手段ではなく、警察への支援および災害出動に活用するものとした（BverfG NJW 2006 751-761 [754 ff.] 参照）。

- (115) これについては、Beck (前出注 (3)), S. 10 f.; Münkler (前出注 (67)), in: *Bundeskriminalamt* (Hrsg.), S. 17,ならびに犯罪学の観点から、Albrecht, *Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie* 2002, 5-17 (8 ff.) 参照。アメリカ合衆国における法律状況については、Vervaele, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 201-254, ならびに Seamon/Gardner, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 28 (2004-2005), S. 319-463 参照。Patriot Act およびそれが国家の捜査手段に関する法、ならびに捜査の際の私人の参加に対して持つ意味については、Howell, *George Washington Law Review* 72 (2003-2004), S. 1145-1207 (1178-1207) を見よ。アメリカ合衆国およびイスラエルの状況については、Gross, *The Struggle of Democracy Against Terrorism*, Charlottesville 2006, 特に S. 92-119 参照。
- (116) これについては、Hassemer (前出注 (82)), *StV* 2006, 322, 329 ff. をも参照。
- (117) この関係においては、危険防止も考慮して、Hoffmann-Riem, *ZRP* 2002,

法内部において、保護基準の時期までもが変更されるリスクと並んで存在しているのである。

ff) 例えば、アメリカ合衆国のテロ対策措置に見られるように、犯罪抑止と危険の封じ込めを行う場合、このような座標軸の移動は、特に明白である。アメリカ合衆国の法規によって展開されてきた「対テロ戦争」という新しい構想は、全力を動員するためのレトリック的な目的に利用される（「貧困との戦い」において用いられるように）だけでなく、とりわけ、古典的な「法執行」のアプローチによっては戦争の場合を除いて不可能であるような法的介入の正統性にも利用されている⁽¹¹⁸⁾。そのとき、戦争法上の権限があると誤って想定されたり、通用性を持たない管轄が適用されたりすることが、執行権によって、きわめて広範囲にかつ法的に異論の余地のある方法で行われている。かくして、アメリカ合衆国の「対テロ戦争」によって確認されるのは、上述の様々な個別的变化が、複合した形で、自由の価値の保護に長い伝統を持つ国家においてさえ、古典的な自由権に対する重大な侵害へと至りうるということである。したがって、アメリカ合衆国の事例で完結を見たこのような展開の個別要因とそれらが共同して作用する可能性が、早急に、全体的文脈の中で証明されるべきである。

「対テロ戦争」というアメリカ合衆国の構想によって、第1に、戦争法上の権限が基礎づけられる。その権限は、刑法や警察法によって許容された措置を大きく超えている。戦争法は、——刑事訴訟法や警察法と異なり——特定の場合に、活動中の戦闘員を殺害することを許容している。したがって、場合によっては、テロリストと推測される者の殺害も許容されるであろう⁽¹¹⁹⁾。また、

497-501 参照。議会による刑事立法については、前出注 (29) の文献参照。

(118) これについては、*Ackerman*, *Yale Law Journal* 113 (2004), S. 1029-1091; *Meierbenrich*, *Journal of Conflict and Security Law* 11 (2006), S. 1-40 (7 ff.) 参照。

(119) テロリストである敵対者に狙いを定めた殺害行為が法的な観点の下で最も詳細に議論されているのはイスラエルである。これについては、*Gross* (前出注 (115)), S. 220 ff., ならびに、現在では、2006年12月13日のイスラエル高等司法裁判所の詳細な判決 ((HCJ 769/02) をも参照。イスラエル最高裁判所は、刑法上の措置はテロとの闘いに十分ではないということを当然のこととみなしている (例えば、判決理由書 Ziff. 21 および 26 参照)。その際、バラク (*Barak*) 裁判長は、テロリズムの事案に関するアメリカ法について、アメリカ合衆国政府によってなされているように、「兵士」と「市民」とに並んで

テロリストの戦闘員である疑いのある者は——具体的な犯罪行為の証拠が無くても——闘争の間、身柄を拘束しておくことができる。「戦争」を基礎づけるための思考上の出発点は、合衆国政府の見解からもたらされる。その見解とは、タリバン（Taliban）とアルカイダ（Al Qaida）は、アメリカ合衆国に対して戦争を布告したので、それゆえ、アメリカ合衆国との戦争状態を依然として継続している状態にあるという見解である。しかしながら、このアプローチは、アフガニスタンにおけるタリバンとの領土的に限界づけられていた闘争を超えて、あらゆる形態の国際的なテロリズムに及ぼされる⁽¹²⁰⁾。そうすると、アメリカ合衆国政府の見解によれば、テロリストであると誤信された者は、世界中でいつでも攻撃され、「対テロ戦争」の間、身柄を拘束されうることとなる⁽¹²¹⁾。

その際、この新たな介入手段は、第2に、同じく戦争構想に基づく特別権限によって補完されている。政府の見解よれば、大統領は、戦争の継続を理由として、国際的なテロリズムに対して大統領の憲法上の「戦力（war powers）」で対抗することが可能であり、また、「指揮官（commander in chief）」として、平時時には立法権に留保されるところの広範囲にわたる行政命令を発することが可能である⁽¹²²⁾。そのような「大統領命令」という方法においてテロリストであると誤信された者は、「敵の戦闘員（enemy combatants）」と宣告され、アメリカ合衆国の国民か否かの尋問が、国家安全保障局（National Security Agency）によって、法的な権限に基づかずに行われることが許容され、

「非合法的な兵士」という第3のカテゴリーを認めるようなことは決して認められない、としている。しかしながら、彼は、戦闘員の活動を支援するような市民に対して、戦争法によって許容された措置によって、〔テロリストの〕殺害を正当化している（Ziff. 30 ff 参照。ただし、他の箇所では *Rivlin* 副裁判長は、殺害されたテロリストを「非合法的な兵士」あるいは「市民化されていない市民」というグループに分類することは決定的ではないと判断している。判決理由書 Ziff. 2 参照）。

(120) これについては、*Bellinger, Fifth Anniversary of September 11th Attacks, Remarks, Rome, September 11, 2006*, <http://www.state.gov/s/1/rls/73082.htm> (Stand: 18.12.2006) 参照。

(121) この理由づけの疑わしさについては、*Ackerman, Yale Law Journal* 113 (2004), S. 1029-1091 (1032 ff.) 参照。

(122) *Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 3. Aufl. 2002, S. 665 f.; *Ramsey, University of Chicago Law Review* 69 (2002), S. 1543-1638 参照。

刑事手続に代わる特別軍事法廷が、テロリストであると誤信された者に対して設定される⁽¹²³⁾。

戦争法上、新たに創設された介入手段は、伝統的な「法の執行」の外側にある固有権として、手続保障および必要性があるとされた手続の解体をも正当化する。このことは、とりわけ、連邦証拠規則、連邦刑事訴訟規則、および統一軍事裁判法典 (U. C. M. J) に対する証拠法上の修正という点に妥当する⁽¹²⁴⁾。テレビカメラを用いた訴訟の導入および「伝聞証拠」の利用と並んで、拷問手段を用いる場合でさえ、得られた証言の利用可能性は、部分的に、情報の信頼性という問題にのみ依拠すべきなのである⁽¹²⁵⁾。元々このようなアプローチは、いわゆる「敵の戦闘員」と認識されたテロ容疑者を、通常裁判所に導くそれぞれの途を遮断することさえ可能にするものであったようである。そのため、抑留者に対する個人的な非難の審査は、もっぱら、軍事裁判所——いわゆる戦闘員身分審査法廷 (Combatant Status Review Tribunal (CSRT)) ——を通じて行われたのである。その間、連邦最高裁判所は、確かに、グアンタナモ軍基地の拘禁者をアメリカ合衆国民事法廷へと送り続けた⁽¹²⁶⁾。抑留者の取扱いに関する法律 (Detainee Treatment Act) や2006年軍事委員会に関する法律 (Military Commission Act von 2006) によって、訴訟を部分的に取り消し、軍の裁判主権を確保するために、新たな試みが行われた⁽¹²⁷⁾。

(123) *Wang*, Harvard Journal on Legislation 43 (2006), S. 517-534; *Koh*, American Journal of International Law 96 (2002), S. 337-344 参照。上述の措置のうちの最後のものは、最高裁判所のハムダン (Hamdan) 判決において憲法違反であることが明らかにされた (*Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 [2006] 参照)。現在においては、この〔特別軍事〕法廷は、2006年軍事委員会法 (Military Commission Act von 2006) によって、修正された形で、「Hamdan 判決」に対応して、新たな法律上の根拠を与えられている。これについては、Military Commissions Act of 2006, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (2006), さらに The Manual for Military Commissions, 2007 (<http://www.defenselink.mil/news/commissionsmanual.html>) (Stand 26.2.2007); *Katyal*, Harvard Law Review 120 (2006), S. 65-123 参照。

(124) *Ratner*, Litigating Guantanamo, in: *Kaleck* u.a. (Hrsg.), International Prosecution of Human Rights Crimes, 2006, S. 201, 208 参照。この点についてはまた、*Hamdi v. Rumsfeld* 124 S. Ct. 2633 (2004) をも見よ。

(125) Military Commissions Act of 2006, Sec. 948r, para. (c), (d) 参照。

(126) *Rasul v. Bush*, 124 S. Ct. 2686 (2004) 参照。

軍に向けられたテロに対する闘いをカテゴリー的に配置することは、最終的には民間刑務所の外に〔テロ〕嫌疑をかけられた者を収容することを可能にする。軍事施設内に抑留することは、アメリカ合衆国政府に対して、外国〔人〕捕虜をアメリカ本土から遠ざけ、それによって、合衆国政府の見解からは、アメリカ合衆国憲法における種々の市民権の事実的な保護の範囲が及ぶのを妨げることを許容する⁽¹²⁸⁾。国際法上の種々の義務の特別な解釈を通じて国際的・人道主義的な諸規定の利用可能性さえ否定されたのである⁽¹²⁹⁾。しかし、いまや、合衆国連邦最高裁判所のハムデン判決以来、少なくとも、4つのジュネーブ条約に共通の3条が注目されなければならない⁽¹³⁰⁾。この立場からは、描写された行為態様の大部分が、アメリカ合衆国憲法原理の特殊性によって制限され、または、許されうるであろうということも、もちろん示されている⁽¹³¹⁾。

欧州理事会特別捜査官、ディック・マーティー（*Dick Marty*）の最終報告書、ならびに多くのメディア報道を考慮すれば、いかなる措置が、国家的な種々の拘束、および、国際的な種々の義務が省みられずにテロ戦争において命じられるかについて、なお、様々なレベルが存在しうるであろう。これらの措置については、CIAの「特別引渡し」を含むものであるが、この「特別引渡し」は、一方で、アメリカ合衆国外で法治国家的な手続なしに行われるテロ容疑者の誘拐、およびそれに引き続く拘置と尋問とから構成されるものである⁽¹³²⁾。他方、ここには、CIAや軍隊のメンバーによる、攻撃のかつ非人道的

(127) 立法機関も軍事委員会に関する法律の方策を承認しているということは、将来の訴訟において、アメリカ連邦最高裁判所の統制権に重大な影響を及ぼす。

アメリカ合衆国憲法によれば、議会による大統領への明示的な援助は、大統領の行政権の限界を決するキーとなる要素である。Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 72 S. Ct. 863 (1952), S. 870f. (Jackson, J., concurring) 参照。

(128) この点については、Ratner（前出注（124）），in: Kaleck u.a. (Hrsg.), S. 201, 203ff. 参照。ハイチ難民に関する上述の事例に言及している。

(129) Arnold, ZaöRV 66 (2006), S. 297-320 (310ff.) ; Oeter, Archiv des Völkerrechts 40 (2002), S. 422ff. (437ff.) 参照。

(130) Hamden v. Rumsfeld, 126 S. Ct. 2749 (2006) 参照。

(131) このような理由から、他の関係諸国の措置のパッケージのなかにも類似の相互関係が生じるのかどうか、ないしは、アメリカ合衆国憲法を離れて、上述のようなアメリカ的な展開が生じるのかどうか検討される。

(132) Marty（前出注（109）），Draft Report-Part II, Rdn. 22 参照。

な尋問方法が含まれる⁽¹³³⁾。

アメリカ合衆国の2001年9月11の〔テロ行為の〕公示後に採られた措置は、ヨーロッパ大陸における措置と比較して、非常に広いものであり、それゆえ、刑法の機能的限界の今日の変更を特に明らかにするのである。しかしながら、新しい介入措置および新しい治安法が、いかなる範囲で市民権の保護の伝統的な限界をなおざりにするか、また、それらがいかなる範囲で事実上有効であるか、さらに、それらが、いかなる意図しない効果を有しているかは、新たな脅威に鑑みて、ヨーロッパにおいても、また、その他の地域においても、しばしばその政策によって見過ごされている。同様のことは、社会のコントロールの介入度合いがあまり強くない、代替的な措置を究明することについても妥当し、そのような措置は、いまよりもさらに大きくなる将来的な新たな危険を考慮して取り入れられるものであるが、以下でより詳しく分析しよう。

b) 代替案の構想

複雑な犯罪の新たなリスクについては、刑法の限界突破 (Entgrenzung) によって回答が与えられうるというだけでなく、犯罪予防および特別な社会的コントロールの(刑法外の、また、特に法律外の)代替的措置の展開という、上述の第2の解決戦略によっても、回答が与えられうる。このような措置は、多様な可能性を含むものである⁽¹³⁴⁾。先を見越して効果のある代替的な保護処置に関する第1のグループについては、技術(例えば、サイバー犯罪の領域)⁽¹³⁵⁾による潜在的な被害者の自己保全、予防手続上のコントロール(例え

(133) Rodley, *The Prohibition of Torture: Absolute Means Absolute*, in: *Kaleck*, u.a. (Hrsg.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, S. 185-200 (187f.) 参照。正規の軍隊による尋問については、現在のところ、2006年国防総省取用法 (Department of Defense Appropriations Act 2006) 100条から104条までを参照。この点についてはまた、グアタナモ米軍基地における尋問方法についてのFBI内部調査に関する文書 (<http://foia.fbi.gov/Guantanamo/detainees.pdf>) (2007年3月1日現在) をも見よ。

(134) この点について学説では——もちろん、常に明確かつ実践的というわけではないが——第1段階・第2段階・第3段階の予防、および技術的予防の間の区別、ならびに、予防・干渉・事後対策の各方法の区別がみられる。包括的なものとして、*Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 1996, S. 246-271 参照。

(135) このような措置の必要性については、さしあたり *Sieber*, *The International Handbook on Computer Crime*, Chichester 1986, S. 117-145 参照。

ば、医事法におけるもの⁽¹³⁶⁾、行政法上の訴訟規則 (例えば、汚職との闘いに対する措置)⁽¹³⁷⁾、社会問題の除去 (例えば、テロの諸原因として)⁽¹³⁸⁾、それ以外の犯罪の諸原因の除去 (例えば、補助金犯罪の領域)⁽¹³⁹⁾、ならびに、いわゆる構造的予防 (Strukturprävention) (例えば、組織犯罪の領域)⁽¹⁴⁰⁾ といったものも含まれる。

措置に関する第2のグループは、代替的なコントロール・システムを含むものである。ここには、秩序違反法上ないし行政法上の制裁や、民法上の補償請求権 (度重なる損害賠償の形式でも) が入るだけでなく、同様に、特別の解決戦略 (例えば、仲裁、犯罪者と被害者の和解、ないし刑事国際法上の犯罪の領域における真実発見委員会)⁽¹⁴¹⁾、ならびに、自主規制や、民間と国との共同規制 (例えば、インターネットや報道の領域)⁽¹⁴²⁾ も含まれる。最後に挙げた領域においては、アメリカやイタリアの諸規定が、企業に対する制裁の量刑に際して、コンプライアンス・プログラムを考慮するという特別の解決モデルを示しているが、この特別の解決モデルは、刑法上の制裁や恩典を用いて、私的な予防措置や自主規制措置を促進するのである⁽¹⁴³⁾。研究者たちの倫理綱領および行動規範は——すでに存在する法的な諸規則と並んで——いまのところ、特に上述の、生命科学の領域における生産物の、リスクが大きい二重使用とい

(136) これについては、後出III.B.3.c.bb., 特に注 (211) の文献参照。

(137) Sieber/Bögel (前出注 (16)), S. 363f 参照。

(138) Bundesministerium des Inneren/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (前出注 (56)), S. 184-190 参照。

(139) Sieber, SchwZStr 114 (1996), S. 357-395 (377ff.) 参照。

(140) Sieber/Bögel (Anm.16), S. 292-327 参照。

(141) この点について一般的には、Roxin (前出注 (41)), in: Dolcini/Parielo (Hrsg.), S. 733, ならびに、特に紛争状態後については、Report of the Secretary-General: The rule of law and transnational justice in conflict and post-conflict societies, UN Doc. S/2004/616, 3. 8. 2004, および Wolfrum, in: Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I /3, 2. Aufl. 2002, §190, S. 1014 ff. 参照。

(142) インターネットの自己規制については、Sieber (前出注 (46)), in: Waltermann/Machill (Hrsg.), S. 319-399 (378ff.); ドイツの報道方法の問責については、OLG Köln, Urteil vom 11. 7. 2006, Az. 15 U 30/06, <http://www.miur.de/dok/333.html> (2006年12月18日現在) 参照。

(143) Sieber, The Quarterly Review of Corporation Law and Society (Tokyo) 4/2006, 73-146 参照。

う濫用の可能性を軽減することが望まれる⁽¹⁴⁴⁾。

これらの代替的または補足的コントロール・アプローチを利用することによって、古典的刑法の機能的限界と共に、しばしば、その適用領域の限界も克服される。なぜなら、例えば、企業や団体による私的な予防措置は、刑法と同様の国家的限界とは衝突しないからである。後者が明白となるのは、国際的に活動する企業が、自己責任 (Selbstverpflichtung) という方法で、インターネットにおける違法なコンテンツを遮断する義務を負う場合である⁽¹⁴⁵⁾。上で言及した国家権力の減退および「世界経済の重鎮 (Funktionäre) による超国家的な支配」の開始の中にグローバル化の特徴を見いだすならば⁽¹⁴⁶⁾、非国家的 (でもある) な措置を社会コントロールに取り込むことへの移行の強化が、当面採りうる可能な解決策である。この解決策には、将来より重要な意義がもたらされるであろう。国際的な領域においては、私的な関係者および「公私共同 (private public partnerships)」の混合形態によるこれらの措置によって、上述の多段階システム (Mehrebenensysteme) は、一層複雑で一層見通しの効かないものとなる。これによって、法の断片化は、社会コントロール・システムのさらに広くいきわたった断片化へと展開する⁽¹⁴⁷⁾。

代替的コントロール構想、とりわけ私人によるコントロール構想は、新たなチャンスを提供するだけでなく、一部には、法的および政治的リスクを秘めている。これらのリスクは、とりわけ、犯罪のコントロールの私有化、ならびに、これと結び付いた、刑事訴訟上の保証の喪失、基本権における [国家による] 介入の法治国家的コントロールおよび民主主義的正統性の喪失の中に存在する。このことが現れているのは、例えば、インターネット・プロバイダーが制裁を恐れて違法なインターネット・コンテンツを禁止する上述の自己責任で行うことが、広範囲にわたる、コントロールの効かない私的な検閲に至る場合である⁽¹⁴⁸⁾。また、国際的なスポーツ団体が、刑法の基準によれば、「厳格責

(144) 前出注 (49) 参照。

(145) Sieber (前出注 (46)), in: Waltermann/Machill (Hrsg.), S. 319-399 (379 ff.) 参照。

(146) Di Fabio, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 69 参照。

(147) これについては、前出注 (27) および (29) の文献参照。

(148) Sieber (前出注 (46)), in: Waltermann/Machill (Hrsg.), S. 319-399 (379 ff.) 参照。刑法の民営化の傾向は、個々の法秩序において現れている。例えば、民間の安全保障企業 (その企業には特別な権限が認められている) や、(例えば、アメリカ合衆国における) 行刑の民営化、国家の監督措置に対して

任 (strict liability)」的な手段であり、かつ、無罪の推定に反する強力な介入的制裁をドーピングに対して賦課する場合⁽¹⁴⁹⁾にも、このことは明らかとなる。もちろん、刑法の民営化の限界というこれに関連する問題は、これまでほとんど解明されていない。その問題を論及する際には、とりわけ、法哲学において有力化している社会と国家との区別の解消⁽¹⁵⁰⁾をも批判的に検討すべきである。この結果として生じる社会と国家の同一視は、社会的対立を仲介し、中立化する国家の能力を減退させ、その結果、弱い立場にある人（すなわち被疑者）はもはやこれまでのように国家によって保護されないことになる。

3 関連研究：刑法の機能的限界の理論への道

ここで分析した展開に基づいて、フライブルクのマックス・ブランク外国・国際刑法研究所の新たな研究プログラムの第2の重点課題は、刑法の機能的限界の理論のおよび実体的な探求にある。これに相応する刑法の機能的限界の理論 (*Theorie der funktionalen Grenzen des Strafrechts*) の基盤を求めるにあたり、とりわけ、3つの中心的な問題提起が重要である。a) 様々な法秩序の中で、刑法の機能的限界の変容がどの程度生じているのか、また、これらの変化は、新たな脅威によってどの程度正当化されるか、あるいは、それは何か他の原因に基づいているのか、b) 刑法の機能的限界の変容は、実際に社会の安全をどの程度改善しているのか、また、その変容は、国民の自由をどの程度脅かしているのか、そして、どの原理および区別化が、将来の刑事政策のためにどの程度発展させられうるのか、c) どのような代替的ないし補足的な（刑法以外の）措置が、リスクを減少させるために利用できるのか、また、これらの措置は社会の安全ならびに国民の自由に対してどのような効果を与えるのか、そして、どのような原理および区別化が、将来の刑事政策のためにどの程度重要

私人に協力義務を課す措置（例えば、資金洗浄の摘発、遠隔通信手段の監督および麻薬製造のための原料についての監督）、私法上の制裁による刑法上の制裁の代替（例えば、「三倍額賠償」訴訟や企業内司法）においてである。これについては、前出II.B.2.a.cc. およびII.B.2.bを見よ。

(149) *Sock*, The Strict Liability Principle and the Human Rights of Athletes in Doping Cases, The Hague 2006参照。これについては、*Koch*, in: Röhricht/Vieweg (Hrsg.), Doping Forum, 2000, S. 53-61 (66)をも見よ。

(150) *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft-Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1997における国家の不尊重参照。これに批判的なのは、さしあたり *Kargl*, GA 1999, 52-66 (66)である。

性を持つのか。

a) 変化とその原因

これまでに分析した刑法上の変化の原因の探求は、ここで素描した新たなリスクの現実的な規模のみを考慮すればよいというわけではない。これと並んで探求されなければならないのは、現在において確認可能な、刑法の限界突破についての他の原因可能性である。例えば、リスク社会における安全への要求の増大⁽¹⁵¹⁾、犯罪への不安の変化⁽¹⁵²⁾、グローバル社会における価値の喪失、これと結び付いた「寛容性の絶対的不存在 (Null Toleranz)」に向けられた欲求、大多数の死亡事例に伴う偶発的に生じるリスクに対する不合理な反応⁽¹⁵³⁾、信任および選挙人を (再び) 獲得するために、国家政府および超国家的な機関によって、目的に反して刑法が利用される可能性、ならびに、報道機関、被害者保護団体あるいは安全について管轄を有する個別官庁による危険の誇張⁽¹⁵⁴⁾ などである。これらの関連においては、次のような問題も重要である。すなわち、新しい特殊なリスクがどの範囲で、このリスクを考慮して専ら特殊な介入権限に至るのか、あるいは反対に、一般的に刑罰を厳しくするための誘因として受け取られるのか、という問題である。

b) 能率性と法的保障

刑法の新たな変容の結果という問題は、新たな規定の実効性や介入の強度と並んで、とりわけ以下のような限界と関係する。すなわち、刑法の古典的な目標設定、ならびに、人間の尊厳、責任原理、法治国家原理、権力分立原理、お

(151) リスク社会における強力な国家への国民の欲求については、Sieber, CR 1985, 100-113 (112 f.) およびそこに掲載されたその他の文献参照。

(152) しかしながら、ドイツにおけるこの状況については、Bundesministerium des Innern/Bundesministerium der Justiz (Hrsg.) (前出注 (56)), S. 485-533 参照。

(153) テロリズムの領域における、行動理論の見地からの、不合理なリスク予防行動によるいわゆる「不安リスク」に対する反応については、Gigerenzer, Risk Analysis 26 (2006), S. 347-351 参照。

(154) これについては、Cornils/Greve, Denmark on the Road to Organized Crime, in: Fijnaut/Paoli (Hrsg.), Organised Crime in Europe, Patterns and Control Policies in the European Union and Beyond, Dordrecht 2004, S. 853-878; Elbert, ZStW 118 (2006), S. 953-967; Hassemer (前出注 (82)), StV 2006, 325 参照。エルバート (Elbert) は、特に、「安全性が欠如した、他者に対して恐怖を抱く社会」についても具体的に言及している。

よび、（超国家的な段階ではもちろん争いがないわけではないが）民主政原理が刑法の拡大に対する防護壁となる限界である⁽¹⁵⁵⁾。このことが妥当するのは、例えば、新たな情報技術に基づいた捜査手段の利用や新たなリスクを考慮した刑事手続上の衡量の変化、予防に向う刑法の変容、刑法と警察法との関係ならびに犯罪コントロールへの私人の参入についてである。

警察、関税、秘密情報機関および外国人管轄庁、ならびに（個別国家における）軍隊、これらの（行政）法への刑法的な規制対象の移行に基づいて、とりわけ注目を引くのは、新たに発生し拡大している治安法の理論上の基礎、そして特にここに妥当する法治国家的保障の分析である⁽¹⁵⁶⁾。

現代の脅威に満ちた状態についての経験的な分析が、予防に向けられた国家の権限の強化を正当化するならばそのかぎり、個々の場合において、とりわけ次のような問題が提起される。すなわち、必要不可欠な予防上の措置が、治安法という「新たな軌跡 (neue Spur)」におけるよりも早い時期に、警察法、秘密情報機関法、その他の行政法あるいは刑法において規定されるべきではなかったか、という問題である。この問題提起は、例えば、次のような人物に対して告発をすべきか、そして、告発することができるか、ということについての可否および程度が問題とされる場合に明白となる。そのような人物とは、テロリストの養成所に赴く者、テロリストの養成所から帰還する者、または、その他の理由から、テロリストの「予備軍 (Schläfer)」もしくは「危険である (gefährlich)」と疑われている者であるが、可罰的行為をしていない者である。これについては、上で確認したアメリカ法が、期間を定めずに敵の戦闘員を拘禁しようとする⁽¹⁵⁷⁾、新しい「戦争法」の可能性と危険性を具体的に示している。これに対して、フランス法は、一般的な刑法上の警察拘禁の可能な期間を、複数の行為において——とりわけ組織犯罪およびテロリズムに対して——4日ないし6日間延長しており、その際、——自白を獲得する目的を伴うことが多いが——犯罪の疑いがあると判断された者、逮捕された者を裁判所に拘引するまでの期間および弁護人の通告に関する法治国家的保障は弱められる⁽¹⁵⁸⁾。これに対して、統制命令 (Control Orders) を新たに創設したイギリ

(155) 超国家的段階での民主主義原理の問題については、前出注 (29) の文献参照。

(156) また、BverfG NJW 2006, 1939-1951; *Hassmer* (前出注 (82)), StV 2006, 328 ff. をも参照。

(157) これについては、前出II.B.2.a.ee. および ff. 参照。

ス法は、警察システムと刑法システムとの統一体、という選択肢と危険を示している。イギリス法は、警察と裁判所の広範囲に及ぶ保安権限を規定しており、この保護権は、すでにヨーロッパ人権条約15条に従った人権に対する侵害のための標準的な方法を予定している⁽¹⁵⁹⁾。これに比べて、ドイツ法は、「危険人物」(例えば、フリーガン)の時間的に制限された形で限界づけられた非拘禁的措置 (Ingewahrsamnahme) について、警察的な予防権限を、限られた範囲内で予定しているにすぎない⁽¹⁶⁰⁾。ただし、ドイツ連邦司法省は、現在、刑法129a 条を拡張することによる、これらの問題性の刑法的な解決を審査している。拡張された129a 条は、刑法の新たな前置化構成要件 (Vorfeldtatbestände) (テロリズム教育を、それに相応するトレーニング・キャンプで遂行する) によって、既存の刑事手続上の介入権限 (特に刑事訴訟法112条3項と併せて、特定の「予備軍」に対する予防的な措置をも可能にするものである。予防に動機づけられた、立法者による非常に広範囲な可罰性の前置化、ならびに特定の犯罪についてすでに適用されている反復の危険性 (刑事訴訟法112条) という勾留理由についての潜在的な操作可能性は、それに相応する「体系の転換」の問題と危険とを明るみに出したことは確かである⁽¹⁶¹⁾。こ

(158) これについては特に、2003年3月18日の法律第2003-239号および刑事訴訟法706-88条参照。

(159) この統制命令 (Control Orders) については、2005年3月11日のテロリズム予防法 (Prevention of Terrorism Act 2005) 参照。英国におけるテロ対策措置一般については、2000年7月20日のテロリズム法 (The Terrorism Act 2000)、2001年12月14日の反テロリズム、犯罪および安全法 (The Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001) および2006年3月30日のテロリズム法 (The Terrorism Act 2006)、ならびに House of Commons/Home Affairs Committee, Terrorism Detention Powers, Fourth Report of Session 2005-06, Vol. 1, London, 20 June 2006を見よ。ブレア (Blair) 首相による (従来の28日という期間を90日という期間に延長するための) 新たな規制プログラムについては、2006年11月16日付の Süddeutsche Zeitung Nr. 264, S. 7 参照。

(160) これについては、例えば、バーデン=ヴュルテンベルク警察法 (PolG-BW) 28条、バイエルン警察任務法 (BayPAG) 17条、20条 (最長で2週間の拘束) 参照。また、国内の治安維持のためのスイス連邦法 (Schweizer Bundesgesetz zur Wahrung der inneren Sicherheit) 24e 条についての草案 (24時間) をも参照。

(161) 刑事訴訟法112a 条に対する法治国家のおよび刑事政策的な疑念については、Hassemer (前出注 (82)), StV 2006, 323 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht,

のことはとりわけ次の場合に妥当する。すなわち、今日において著しい、予防的な目標を持つ訴訟法上の介入を可能にしている⁽¹⁶²⁾、刑法129a条のような大幅に前置化され、一部には漠然とした諸々の構成要件が、諸々の措置の結節点となっている場合である。テロリストのトレーニング・キャンプにおける訓練という事例について、人々がそれに相応する予防の利益を肯定するならば、刑法的な手段を展開する際に必ず、追加的な問題、および個別事例において答えることが困難である問題が提起される。その問題とは、罪となる行為が侵害した法益とは何かという問題、および、場合に依りて、それに相応する刑法的保護の前置化が基礎づけられうるか否か、という問題である⁽¹⁶³⁾。かくして、テロリストのトレーニング・キャンプでの滞在という事例は、抑止および法益保護という古典的な任務ならびに体系的な観点の下で刑法の責任原理を顧慮している現行ドイツ刑法が原理的に、純粋な予防目的の設定のために適した場所ではないということを示している。

もちろん、そのことによって、以下の問題は〔依然として〕残されたままである。すなわち、具体的な原因行為や、それに対する独立した検察庁の指揮監督権限、裁判官留保、その他の保障を、刑法上の構成要件と結び付けることによって、徹底的な干渉を伴う予防的措置と刑法とを——より決定的に——結び付けることが、あまり厳密ではない危険概念と結び付く保障と比べて、自由権の保護には役立たないかどうかは、比例性の原則によってのみ制限されるが、同様のことは、裁判官留保を命じる伝統的な警察法についてもいえるのか、という問題がこれである。さらに、問題は、警察法ないしその他の「治安法」の領域に刑法上の保障を「輸出」することをめぐって生じる。保安監置制度は、「危険な人物」に対する純粋な予防措置も、刑法上の種々の保障と結び付けて、独立の「てがかり」(Spur)の中に規定されうるという厳格な要件を

25. Aufl. 1998, § 30 Rdn. 13 f. 参照。「偽の」拘禁理由一般については、*Spinelis*, in: *Hoyer u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für F.-C. Schroeder*, 2006, S. 861-875 (867 ff.) 参照。

(162) この組織犯罪に対する批判については、前出注(81)の文献参照。

(163) ——議論の余地のある——法益概念の機能については、*Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil-Grundlagen*, 4. Aufl. 2006, §2 Rdn. 1-141 (特に Rdn. 2 ff.); *Dubber*, *ZStW* 117 (2005), S. 485-518 (特に S.501 ff.); *Hassemer/Neumann* (前出注(4)), in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Vor §1 Rdn. 108-195*; *Wohlens*, *GA* 2002, 16-20 (16 f.) 参照。同様に議論の余地のある、129a条の正統性については、前出注(81)の文献を見よ。

示している⁽¹⁶⁴⁾。保安監置およびその他の保安措置に際しては、責任原理が放棄されるにもかかわらず、適格な刑法上の構成要件上の結び付き、刑法的・手続的保障、裁判上審理された予測判決の蓄積が、将来の危険性を考慮して、いずれにせよ、(もちろん、徹底的な干渉がとても少ない)警察法上の予防措置によって達成されるものよりも、より良い保護の標準を保障するであろう。

刑法の領域における予防の役割、刑法および一般的な治安法の領域における刑法上の種々の保障の役割は、それゆえに様々な観点でお明瞭化される必要がある⁽¹⁶⁵⁾。同じことは、刑法と、ドイツにおいては——(国際的な)ネットワークによるテロ攻撃の場合には、怪しげな——武装した外部の敵による現存の、かつ違法な攻撃を要件とする戦争法との限界づけにも妥当し、ならびに、国連憲章51条の自衛権の解釈に妥当する⁽¹⁶⁶⁾。したがって、上で分析した危険や、ここで問題としている理論的な観点や限界づけの問題を考慮した予防的措置の必要性および方法に関する問題は、複雑な犯罪の法律事実的な展開が伝統的な刑法に根本的な形で挑み、「刑法の限界」を中心的な将来的研究問題に含めることを再び裏づけるのである。刑法の重大な変更をめぐる上述の議論は、経験的に検証可能な新たなリスク、ここから結果として生じる保護の必要性、種々問題となるコントロールのアプローチの各分析がいかに重要であるかとい

(164) これについては、BverfGE 109, 133-190 (133ff.) 参照。基本法の権限秩序の意味における刑法としての事後的な保安監置の権限については、BverfG NJW 2004, 750-761参照。新たに規定された刑法66b条(事後的な保安監置)に関する連邦通常裁判所判決については、StV 2006, 63-71および、*Ullbruch*, NJW 2006, 1377-1385 の諸判決参照。

(165) この点については、また、*Hassemer* (前出注 (82)), StV 2006, 322ff. をも参照。

(166) ドイツ法——基本法87a条、特に、同法第4章および115a条——に基づく「国外の」防衛、および「国内の」緊急避難について、また、以上のことについては、*Dürig*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung, 47. Lfg. 2006, Art. 87a, 特に Rdn. 100, ならびに *Herzog*, a.a.O., Art. 115a, 特に Rdn. 21, 26参照。国連憲章51条の解釈、およびテロリストに対する戦争法上の問題の解釈については、基本的な研究として、論文集である *Walter/Vöneky/Röben/Schorkopf* (Hrsg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, 2004, 特に S. 789 ff. 参照。領域国家のネットワーク構造による平衡上の介入の現象学的な問題については、前出注 (110)、また、アメリカ合衆国およびイスラエルの状況については、前出 II.B.2.以下参照。

うことを、さらに明らかにする。

c) 代替案とその評価

かくして、刑法の限界のひとつの理論は、刑法それ自体と治安法における他の概念との限界づけと並んで、特に——それが形式的なものであろうと実質的なものであろうと——異なる態度に対する反応についての類型的な代替案アプローチに関する問題を含む。このことは、形式的・実質的社会統制という他の戦略および治安法の「民営化」について、刑法を通じた態度コントロールという関係に従って、さらなる根本問題を投げかける。従来の諸研究は——特に組織犯罪について——以下のことを裏づける。すなわち、先を見越して効果のある法律外の予防措置（例えば、組織犯罪の違法な市場の諸原因の除去）は、刑法上の措置や、警察法上の措置、ないし完全な軍事的措置と比べて効果的であるというだけでなく、しばしば、法的な強制権限と比べて、個人の自由権に対する侵害がより少ないということである⁽¹⁶⁷⁾。それゆえ、このような措置の分析には、これまでなされてきた以上の注意が払われるべきである。

C 結論と研究の重点課題

以上の論述の俯瞰から、刑法の適用範囲の限界および機能的限界にまつわる問題は、共通ないし類似の原因を有しているということが明らかとなる。これらの問題は、グローバルな規模で生じている、社会の技術的、経済的および政治的な変遷に起因している。この変遷は、犯罪、リスクおよびそれらに対する知覚だけを捕捉しているわけではない。この変遷は、刑法の根本にある、国法のおよび法理論的な指示システム (*staatsrechtliche und rechtstheoretische Referenzsystem*) をも変化させる。(世界的リスク) 社会においては、唯一の主権と明確に定義された刑法を伴う、階層的に組織化された「閉じられた」法秩序における、国民と国家との双極的な国家関係に代わって、次のような主体が登場している。すなわち、様々な法のおよび社会的な社会コントロールの形態、様々な部分的法システム、様々な強度で拡充された国民の自由の保護、および、複雑な交換関係を伴う複雑な多段階システムにおける、多数国家から成る、超国家的または国際的な、公的および私的な主体である。社会、犯罪および刑法的指示システムに関するこのような変遷は、——国家の領土と抑止に適合した——古典的な刑法に、カテゴリー的に挑戦し、とりわけ刑法の場所的お

(167) この点については、*Sieber/Bögel* (前出注 (16)), S. 292-327参照。

よび機能的限界と関連した根本的な変化をもたらす。

それゆえ、世界的リスク社会における刑法の機能と限界についての説明モデルを考案し、そして、この新たなる挑戦への対応を展開しようとするならば、刑法の適用範囲と機能的限界を対象とする研究課題への対応は、犯罪学、法理論、国法、および刑法の基盤に遡らなければならない。そうする場合は、この対応に相応する理論的な構想は、応用志向的な研究において、従来の政策よりも実効的であるのみならず、普遍的に妥当する人権の根拠に基づいて、より良い自由権の保護および法治国家原理の維持を保障する刑事政策を促進しうる。高度に差し迫った時間的狀況、および政治的にやむをえない行為事情のもとで実現された、2001年のニューヨークおよび2005年のロンドンでのテロに対するアメリカ合衆国およびイギリスの法的反応は以下のことを示している。すなわち、この種の問題は、センセーショナルな犯罪状況に対する感情に導かれた議論の渦中にある政治家のみによって対応されてよいものではなく、それ以前に刑法学によって考察されなければならないということである。

その際、もちろん問題提起の数と複雑性は、軽率な対応や単純な理論を決して許容しない。反対に、ここで提起された問題に対応するための方法論上の理解を熟考すること、とりわけ、呈示されたプログラムに関連する研究方法論を展開することが必要不可欠である。

III 研究方法および研究コーディネート

これまでに言及した諸々の根本問題と、世界的リスク社会における刑法の適用範囲および機能的限界の包括的な理論アプローチの中にその問題を組み入れることは、研究方法に関して3つの任務を打ち立てている。第1に、ここで提起された個々の問題に対処するための一般的な研究方法が決定されなければならない(後出A)。次いで、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、全体プロジェクト、個別プロジェクト、および学術論文という形態で進められている個々の研究が、ここで呈示した複雑な問題提起を考慮に入れて、どのようにコーディネートされるべきかという問題について回答されなければならない(後出B)。最後に、中期ないし長期的に見て、研究プログラムの実現は、次世代の学者のこれに応じた教育と結集をも必要とする(後出C)。

A 一般的な研究方法

ここで提起された個別問題に解答を与えるための一般的な方法は、とりわけ、新たな研究プログラムの様々な経験的、規範的および法政策的な問題提起によって決定される。

1 社会科学の経験的研究手法

関連する犯罪形態、刑法上の措置の実効性、政治家が一定の反応をする原因、およびその他の犯罪学上の問題提起、これらに分析を加えるためには、まず社会科学の経験的研究手法が必要となる⁽¹⁶⁸⁾。この研究手法は、当研究所の犯罪学研究グループの中心的な活動方法であり、この研究手法とともに、そして当研究所の基礎を築いたハンス・ハインリッヒ・イエシェックの「ひとつの傘の下にある刑法と犯罪学」⁽¹⁶⁹⁾との結合という目的とともに、緊密な協働が行われているのである。その際には、とりわけ、新たな治安リスクに対する国民と政治家の反応についての回答を与える諸々の方法もまた、さらに発展させられることができる⁽¹⁷⁰⁾。さらに、刑事政策的な構想を評価するための方法もまた、中心的意義を獲得するのである⁽¹⁷¹⁾。

2 刑法解釈学と普遍的刑法学

つぎに、規範的な問題提起に分析を加えるための要件は、法理論である。新たに発生した（刑法内外の）治安法のカテゴリーと部分システムを決定しなければならない場合には、例えば、目下の研究プログラムに関する意義は、法理論に帰着するのである⁽¹⁷²⁾。古典的な国内（とりわけドイツの）刑法におい

(168) これについては、*Albrecht*, *Rechtstatsachenforschung zum Strafverfahren*, 2007; *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 1996, S. 32-67 参照。

(169) *Jescheck*, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 1980; *ders.*, *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, in: *Albrecht/Kürzinger* (Hrsg.), *Kriminologie in Europa _ europäische Kriminologie?*, 1994, S. 7-11 参照。また、共同作業の発端については、*Kaiser*, *ZStW* 83 (1971), S. 881-910 をも参照。

(170) これについては、前出 I.B.3.a. 参照。

(171) これについては、*Biolley/Weyembergh* (Hrsg.), *Comment évaluer le droit pénal européen*, Brüssel 2006 参照。

(172) これについては、*Hassemmer* (前出注 (82)), *StV* 2006, 328ff.; *ders.* (前出注

て、刑法理論は、——とりわけ法教育の際には——体系的な秩序、概念形成、解釈、方法論の考察、そして保護される価値の決定を通じて、長きにわたって、正義、法的安定性、法的平等、そして国家の法の正統化に寄与してきた⁽¹⁷³⁾。同様のことが、超国家的な法と国際法にも当てはまらなければならない。超国家的な法と国際法は、コモン・ローの強力な影響力の下でも、今日発展している。ここで発生している「ヨーロッパ刑法理論」は、もちろんドイツの刑法理論よりも、方法の開放性が広いことと、問題を考慮する意義が大きいことによって特徴づけられる⁽¹⁷⁴⁾。その際に、例えば、一般的な法原理によって刑事国際法が決定される場合や、比較法的な評価によってヨーロッパ法が決定される場合には、超国家的な法と国際法は、新たな方法の問題もまた提起する⁽¹⁷⁵⁾。

刑法理論の中心的方法としてのシステム形成、概念形成、そして根本的な価値の決定は、もちろん通用する法律とその形成にのみ限られるわけではない。この方法と刑法システムへと回帰することにより、むしろ国際的に比較可能な問題提起に関する、世界的および一般的に通用する知見を獲得することもまた可能になる⁽¹⁷⁶⁾。このような「普遍的刑法学」、*「刑法の国際的な文法」*、もし

(161)), in: *Hoyer u.a.* (Hrsg.), Festschrift für F.-C. Schroeder, 2006, S. 62 ならびに前出 II.B.3.b. 参照。

(173) 刑法学の概念、方法および目的については、*Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. 1991, 特に S. 307 ff.; *Hassemer*, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1974, S. 143-194; *Hoyer*, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1977, 特に S. 2 ff.; *Langer*, GA 1990, 435-466; *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl. 1996, §6 I, S. 42; *Roxin* (前出注 (163)), §7 Rdn. 1 ff.; *Vogel*, *Juristische Methodik*, 1998, S. 123 f. 参照。

(174) 基本的なものとして、*Vogel*, GA 2002, 517-534 (522 ff.) ならびに、*ders.*, GA 1988, 127-150 参照。

(175) これについては、*Sieber* (前出注 (2)), in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 103-109 参照。

(176) 一般的に通用する知見の獲得の目的設定については、後出注 (196) に挙がっている歴史的な指摘と並んで、*Dubber*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, S. 1287-1325 (1305 ff.): *Fletcher*, *The Grammar of Criminal Law*, Bd. 1, Oxford 2007, sowie *Hirsch*, *ZStW* 116 (2004), S. 835-854 (S. 840 ff. および特に S. 849 in Anm. 32); *Vogel*, GA 1998, 127-150 参照。刑法理論と刑事政策の刑法シス

くは「ヨーロッパ共通の刑法システム」の発展は、もちろん、まず単一国家の法秩序を超えたところに存在する「メタ段階」という共通の事実問題と構造が確認され、比較可能にされ、そしてこれらに基づいて理論的な構想が展開されるであろう、ということを前提としている⁽¹⁷⁷⁾。このことによって生まれた国際的なないしは普遍的刑法学は、それゆえ、実体法にとどまることはなく、また個々の国家の法の輸出を目的とするものではまったくなく、刑法学者の国際的な共同体によって、一般的に通用する解決策を獲得することを目指しているのである⁽¹⁷⁸⁾。そのような普遍的刑法学は、国内のおよび国際的に通用する法の刑法理論、ならびにこれに相応した刑法改正にも資する⁽¹⁷⁹⁾。そのような普遍的刑法学の基礎は、法理論の方法、とりわけ比較刑法と刑法システムの比較と同列にある。

3 多段階システムにおける比較刑法およびシステム比較

a) 現存する研究プログラムのグローバルな文脈、国際的な刑事法学の発展のための当該プログラムの寄与、および国際的に整えられたその法政策上の目標設定の結果として、比較刑法および研究手法の比較⁽¹⁸⁰⁾が、研究プログラムを転換するにあたって、中心的な役割を果たすようになった。

その際に、比較法は、まず、現在の法の発展の総括および分析にとって必要不可欠である。刑法および制裁法は、多くの異なる——国内的・国際的——法秩序およびシステムにおいて規定されているのであるから、国際的な総括と比

テムへの回帰については、*Hassemer*（前出注（173））、S. 155-176参照。

(177) これの詳細については、後出 III.B.3.a ならびに、詳しくは、*Sieber*（前出注（2））、in: *Sieber/Abrecht*（Hrsg.）、S. 114 ff., 137 f., 140 f. 参照。

(178) これについては、とりわけ、*Hirsch*, ZStW 116（2004）、S. 835-854（特に S. 850 ff.）参照。

(179) この二重の機能に基礎を置く、刑法理論と刑事政策の関連については、*Hassemer*（前出注（173））、特に S. 143 ff., 155, 176参照。その際、法理論が、現実に存在している刑法理論にのみ用いられるのか、もしくは「純粋な刑法学として一般化可能なのか、すなわち、考慮しうるすべての刑法秩序に対して等しく妥当する認識」を獲得しうるのか、については、ここでは未決定のままにしておくことができる。後者の意味においては、*Langer*, GA 1990, 435-466（436）. 特定の法秩序を超えて、それゆえ、構想形成の抽象度によって、特別な法理論とは区別される「一般的な刑法理論」としての法理論については、*Dreier*（前出注（2））、S. 94 f. 参照。

(180) *Sieber*（前出注（2））、in *Sieber/Abrecht*（Hrsg.）、S. 78-151 参照。

較のみが、現在における世界規模の諸々の発展とそれらの関係の全体像および根拠を与えることができ、そして、そのような比較と総括は——それについては、本稿が第一のアプローチにおいて検討したが——その危険もろとも、早い段階から示していた。今後、そのような総括といったものは、特に、EU における超国家的ないし国家的な刑法の発展への評価に当たっても必要不可欠である。その総括においては、相互信頼の原則が、加盟候補国について1度だけ保障されねばならないというだけでなく、全加盟国についても永続的に保障されなければならない⁽¹⁸¹⁾。現行法の分析は、比較刑法を必要とするが、それは、評価的な比較法によるヨーロッパ法のギャップを埋めるため、また、一般的な法原則の発見による刑事国際法のギャップを埋めるためにも必要である⁽¹⁸²⁾。

新たな研究プログラムの刑事政策的な目標設定については、比較刑法がさらに、解決のための新たな理念を刑法の内部および刑法外で提供し、また、異なる刑事政策的モデルの「善良な統治」という政策や、「基準となる」政策を促進する。その際、刑法外の措置をも比較法的に取り込むことや、異なるモデルを比較することは、国際的な刑法の調和のプロセスで、抑圧や厳罰化に向かう近時の傾向を克服する機会を与える。国際的な刑法の調和というのは、——広範な刑事政策上の諸領域および組織化された協調モデルにとって、刑法の適用領域の限界を克服するための必要条件である——法の調和にとって方法論的な基礎でもある。

その際に、比較刑法は、学問上の刑事政策の基本的な評価問題についての解決アプローチをも提供しうる。このような評価問題は、刑事政策がしばしば、学問上はもはや証明不可能であり、ただ主観的な価値決定として捉えられざるをえない、そのような基礎評価に依存しているところにある。その際、開かれた社会における人の自由や⁽¹⁸³⁾、人権のような、抽象度が高い基本的価値から出発すると、背景を探ることのできないドグマに対する合理的に推論可能な結論の範囲は拡張されうる。それゆえ、方法論的に確実性が証明された比較刑法は、この点について、特に独自に寄与するが、それは、そのような比較刑法が、基本的評価・比較考量・演繹を承認する際に、可能な代替案を示し、永続

(181) これについては、*Biolley/Weyembergh*, in: dies. (Hrsg.), *Comment évaluer pénal européen*, Brüssel 2006, S. 219-233 (255f.) 参照。

(182) これについては、*Sieber* (前出注(2)), in *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 103-109 参照。

(183) これについては、前出注(2) 参照。

的な自省のきっかけを与えるものだからである⁽¹⁸⁴⁾。法解釈学のこのような基本的評価および方法論は、比較法的に解明された国際的な解決策の蓄積や、異なる解決策の刑事政策的な評価と共に、負担可能な刑事政策上の諸提案の基礎を構築するのである。

b) その際、比較をするという事は、一般に、比較可能な事情を要件とする。このことは、根本的な差異を有する基底的评价を伴う法システム間での刑事比較法の場合だけでなく、多段階システムにおける種類の異なる法秩序と部分法秩序との間の比較の場合にも問題となる。国民国家の諸原理（例えば、民主主義原理など）は、さらなる理由づけをすることなしには、国民国家的秩序から、超国家的秩序または私的秩序へ移行されない⁽¹⁸⁵⁾。それゆえ、種類の異なる（例えば、国民国家的な、国際的な、および私的な）システムの比較、とりわけ国際刑法と超国家的刑法についての研究は、何よりもまず、次の事柄を必要とする。すなわち、その時々の秩序の構造分析、それらの秩序の政治的および（国際）法的基盤の探求、ならびに一般的に妥当する価値およびすべての秩序システムに妥当する価値の決定である。この価値は、とりわけ人権の中に見いだすことができる⁽¹⁸⁶⁾。したがって、法理論や国家理論、国家機関、国際法、ヨーロッパ法、そして人権、これらについての基本問題は、国際的および超国家的（刑）法システムについての分析ならびに比較に対して重要な意義を持つ。

この問題提起によって、比較刑法は、目下の研究プログラムにとって、研究方法であるだけでなく、中心的な研究対象でもなければならないということが明らかになる。このように、比較刑法の理論を展開することが必要不可欠であり、その理論の展開は、とりわけ比較刑法の前提、方法および可能性を関連づけるのである⁽¹⁸⁷⁾。

(184) これについては、Sieber（前出注（2））、in Sieber/Albrecht（Hrsg.）、S. 103-109参照。

(185) これについては、前出注（27）および前出注（30）参照。

(186) これについては、前出注（27）および前出注（30）、ならびに、研究方法および研究対象としての比較刑法の詳細については、Sieber（前出注（2））、in: Sieber/Albrecht（Hrsg.）、S. 111-125、および、標準的な基本価値については、特に S.121-123参照。

(187) これについては、Sieber（前出注（2））、in: Sieber/Albrecht（Hrsg.）、S. 126 ff. の第1のアプローチ参照。

B 研究プロジェクトの構想およびコーディネーティング

1 研究コーディネーティングの目的

刑法部門の新たな研究プログラムは、プログラムの問題提起の射程と複雑性の点においても、協力をする協働者や博士論文執筆者、客員研究者の数の点においても、個人的な刑法研究プログラムを超えている。しかしながら、このプロジェクトと共に遂行されているマックス・プランク研究所の基本研究は、研究者の自己理解に従って、独立した個別プロジェクトを目標に向けて集団化することはできない。そうではなく、この基本研究は、研究プログラムの中で研究キャパシティーを統合することによって、個別プロジェクトの合計を超える⁽¹⁸⁸⁾より大きな価値（を獲得するものでなければならない。それゆえ、研究プログラムの転換の中心的意義は、研究テーマの集約と並んで、何よりもまず、フライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所で、全体プロジェクトおよび個別プロジェクト（とりわけ多数の博士号請求論文）という形態において実現されている個別の研究プロジェクトの構想と調整にある。

2 中心的な研究領域における問題設定の集約

プロジェクトの大多数にとって、このように必要とされたコーディネートは、研究プログラムにおいて、3つの大きな研究領域と複数の研究分野の形成によって解決される。これを形成することには、刑法の適用領域および機能的な限界に関する、ここで浮き彫りにされた問題設定について、特に大きな意義が与えられる。その際に、この研究分野は、研究所の組織的な段階に対して、相応する国家の研究報告や事実の研究報告に広く対応している。その研究報告においては、特殊な題材に対する特別な専門知識が育成されている。

- 現存しているプログラムの転換に関する比較刑法の特別な重要性に基づいて、比較刑法は、中心的方法として、特別な研究分野とともに、最も広い研究領域を形成する。
- 第2の研究領域において、さらなる研究分野は、超国家のおよび国際的な法秩序ならびに法システムに関連して、形成される。このような法秩序や法システム、すなわちヨーロッパ刑法や刑事国際法において、上述した研究問題

(188) これについては、さしあたり前出注(2)参照。

は、適用領域上および機能的な限界と特に関係する。発生している多段階システム内の関係性に鑑みて、さらなる研究分野として、古典的な司法共助および新たな国際的協働形態という領域が加わっている。

- すでに述べた問題設定と研究プログラムの集約は、関連する法システムを考慮に入れて発生しているだけでなく、さらに特定の犯罪領域をも考慮に入れて発生している。その犯罪領域において、上述した根本問題が、とりわけ含蓄の深いものとなる。このことは、とりわけインターネットの濫用、および医学や異なる生命科学によるグローバルなリスクという研究分野において提起されている関心問題について、妥当する⁽¹⁸⁹⁾。特定の犯罪領域には、経済犯罪、組織犯罪、およびテロリズムといった複雑な犯罪の異なる形態もまた、取り込まれる。この犯罪形態においては、刑法の限界が特に明白に現れる⁽¹⁹⁰⁾。

この研究領域と研究分野、ならびに目下取り扱っている問題設定は、以下で、新たに統合された研究プロジェクトに際して述べることにする。この研究プロジェクトは、同研究所で、特に2005年以降に開始されたものである⁽¹⁹¹⁾。

(189) この研究分野は、フライブルク・マックス・プランク研究所ですで行われている研究活動とも部分的には一致する。しかしながら、特定の問題設定および重点に向けた、この分野における研究に集中する、という点では新しいものである。この活動は現在、1つの研究プログラムに取り込まれている。この研究プログラムは、必要な相乗効果のための条件を、とりわけ可能な理論形成に鑑みて、遂行している。それゆえ、当該研究プログラムは、いくつかの研究分野および研究重点に関連することが多々ある。例えば、他国家の法秩序の基盤に向けた比較刑法という方法で、刑事国際法のための刑法の一般的法原則が、導き出される場合である。この法原則は、刑法の機能的限界についても意義を有する。このプロジェクトは、これらの諸事例において、多くの研究分野における関連する経験から、利益を得ることができ、そしてそれによって、様々な研究分野における新たな知見もまた反映することができる。

(190) 研究計画の詳細については、*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.), *Forschungsbericht 2004-2005*, 2006, S. 40 ff. 参照。

(191) フライブルク・マックス・プランク外国・国際刑法研究所の刑法研究グループの研究蓄積は、2003年終わりの所長引継ぎの時点では、以前に始まった多くのプロジェクトによって大部分は結び付けられている。このプロジェクトは、古くに遡るものもあり、それゆえ優先的に完了されねばならない。すでに

3 研究分野と研究プロジェクト

a) 比較刑法

比較刑法は、グローバルな法的問題設定に対する、その高度な重要性に基づいて、新たな研究プログラムの転換のための本質的な研究方法にとどまらず、むしろ中心的な研究対象そのものである。それゆえ、比較刑法の目的、任務、そして方法は、研究の重点や重要な研究分野を形成するのである。この研究の重点や研究分野において、比較刑法に関する上述の理論に対する、フライブルク研究所の個々の認識は、さらに展開させられるべきである。それゆえ、比較刑法の任務、方法、および理論アプローチは、ここ 2 年間で研究所の新たな研究活動の開始から存在していた。その際に、比較刑法の方法、とりわけ普遍的、機能的、体系的かつ価値比較的であり、事例に基いており、コンピュータに関連した比較刑法は、現存している研究プログラムの現実化に対して、特に意義を有する⁽¹⁹²⁾。

比較刑法のさらなる展開のためには——とりわけ比較法的な基礎研究もまた目的のために——様々な国家的および国際的な法秩序に関するデータ蓄積が必要となる⁽¹⁹³⁾。このデータ蓄積は、比較刑法の方法問題に関してのみ、必要不可欠というわけではない。データ蓄積は、単一国家のおよび国際的な刑法に対する知識の基礎として、多くの将来的なプロジェクトにもまた資する。基礎知識への要求は、データ・バンクやコンピュータに基づいた専門システムの発展によって、満たされることになるであろう⁽¹⁹⁴⁾。それゆえ、長期にわたってなされる研究プロジェクトの目的は、情報システムの構想である。この構想は、方法的小および理論的に確保された基盤、刑法総論についての相応するプロトタイプの構造、関連する法律問題に対する体系的な概観の比較の展開、ならびに

完了したプロジェクトとはまだ継続している古いプロジェクトについては、*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 20, 22 f. 参照。

(192) ここでは、相応するそしてすでに公表された実績を参照する。これについて詳細は、*Sieber* (前出注 (2)), in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 131-151 参照。

(193) 比較法と外国法との関係については、*Jung*, Jus 1998, 1-7 (2); *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 22-25, 27-28 参照。

(194) 関連する法情報理論の可能性と限界については、*Sieber*, JURA 1993, 561-571 (565-567) 参照。

これと結び付いた比較刑法の方法のさらなる展開、これらに向かうものである。研究プログラムの——根本的かつ長期にわたる——このプロジェクトは、1999年のクラウス・ロクシンによる主張に対する回答としても理解される。ロクシンは、全ヨーロッパ、およびヨーロッパ以外の主要国の刑法を総合的に描写することを、「世界的な刑法学の将来的任務」と呼んだ⁽¹⁹⁵⁾。

その際に研究プロジェクトは、とりわけ上述の普遍的刑法学に貢献し、さらに1世紀以上前にフランツ・フォン・リストによって定式化された、比較法による基盤を目指す、一般刑法理論という長期目標にもまた貢献する⁽¹⁹⁶⁾。それゆえ、目下行われている検討の中心には、関連する問題と規制の普遍的なメタ構造に対する分析が存在している。この分析は、世界中の様々な規制を全般的に比較可能とするための、普遍的刑法学の基礎として必要である。そのようなプロジェクトには、「世界の架け橋」としてのインターネットを超えて、フライブルク研究所のシステムが自由に利用できるようになれば、そのプロジェクトが有する情報構造によって、さらに外国の学者たちによる批判的な意見交換がなされることが期待されている⁽¹⁹⁷⁾。所長の交代によって始められた、比較刑法および外国刑法に関する他のプロジェクトと共同して⁽¹⁹⁸⁾、このプロジェクトに際しての活動は、すでに比較刑法の方法についての新たな認識に至っている⁽¹⁹⁹⁾。

(195) *Roxin, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in: *Eser/Hassemmer/Burkhardt* (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, S. 369-395 (381 f.).

(196) *von Liszt, Zur Einführung, Rückblick und Zukunftspläne*, in: *Internationale Kriminalistische Vereinigung, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, Band I: Das Strafrecht der Staaten Europas*, 1894, S. XX f., XXV 参照。これについては、前出注 (173) をも見よ。

(197) このプロジェクトについての詳細は、*Sieber* (前出注 (2)), in: *Sieber/Albrecht* (Hrsg.), S. 131-151; *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 42-51 参照。

(198) このプロジェクトは、例えば、法の調和の要因、関係者および手続、イスラム教の法と西欧の法との根本的な差異、ならびに、イタリアにおける大規模犯罪と小規模犯罪との克服についての新たな方法に関係している。比較刑法ならびに外国法の現在の研究領域については、*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 40-67 参照。

b) 国際的な法システム

現在の研究プログラムの問題設定について、——比較法の枠組みに含まれる——外国法に並んで、とりわけ超国家のおよび国際的な法秩序、ならびに司法共助の問題、そして多段階システムにおける他の協働形態の問題が重要性を持つ。

aa) 様々な要素から成る（ヨーロッパ連合やヨーロッパ会議の）ヨーロッパ刑法は、新たな研究プログラムに関して、とりわけ刑法の場所的限界に鑑みて、そして特に刑法システムの協働に対する刑法のモデルに関して、関心を有する⁽²⁰⁰⁾。

それゆえ、ヨーロッパ刑法に向けた大規模な研究目的は、将来的なヨーロッパの刑事訴追に関するモデルの展開、ならびに他の政治的・経済的な提携に対する相応の解決原理の展開である。その際に、研究プロジェクトは、まず比較法という方法で、刑法秩序の様々な連邦上のおよび超国家的な協働モデルを比較し、そして評価するのである。超国家的な解決モデルにおいて刑法が適応する過程、ならびに協働モデルにおける決定の相互承認という原則は、特別な注目に値する⁽²⁰¹⁾。さらに、さらなる（中央集権化された）刑法秩序が取り込まれることによって、ヨーロッパ国家の刑事司法の一般的な基本原理および法原理が浮き彫りにされる。これらの原理は、超国家のおよび協働の解決モデルによって充足されるか、もしくは修正された形態において、これらの解決モデルに転用される。ヨーロッパ憲法の構想における非体系的な刑法規制は、ヨーロッパの拘禁命令やヨーロッパの証拠指示をめぐる議論のように、次のことを明らかにしている。すなわち、そのような構想上の基礎活動が、将来的なヨーロッパの刑事政策の要件であるということである。刑法システムの合に向けたこの基礎活動は、ヨーロッパの拘禁命令、および証拠法における相互承認の

(199) これについては、*Sieber*（前出注（2）），in: *Sieber/Albrecht*（Hrsg.），S. 78-151参照。

(200) ヨーロッパにおける刑法の発展については、*Hecker*，*Europäisches Strafrecht*，（2005）；*Satzger*，*Europäisierung des Strafrechts, Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht*，2001；*Sicurella*，*Diritto Penale e competenze dell'Unione Europea*，2005，ならびにドレスデンの刑法学者会議の報告，*ZStW* 116（2004），S. 275-474参照。これについては、また、さしあたり *Sieber*，*ZStW* 103（1991），S. 957-979（963 ff.）をも見よ。

(201) 異なるモデルの決定については、前出 II.A.2.b.および 3.a 参照。

原理に向けたさらなるプロジェクトと論文によって促進される⁽²⁰²⁾。

bb) 研究プログラムに対する刑事国際法の意義は⁽²⁰³⁾、特定の人による犯罪の普遍的な規制と訴追に際して、同じく、国家の刑法秩序が徐々に一体化することに関する刑事国際法のモデル機能の中に存在している。国家の刑事国際法を比較するために、すでに研究所で近時行われている研究プログラムの成立によって⁽²⁰⁴⁾、今やとりわけ世界中に通用する法秩序の発生過程が検討されている。

その際に、大規模なプロジェクトは、犯罪行為への参加という事例に関する、一般的な法原理の展開に取り組んでいる。この事例はとりわけ、「犯罪者グループおよびネットワークにおける指導者の可罰性」という刑事国際法に関係する状況である。プロジェクトは、「共同犯罪活動」という刑事国際法にとって重要な姿への特別な考慮の下での関与者の規制への比較によって、外国での行為を帰責する際の刑法の機能的限界という中心的な研究問題に対する知識もまた、同時に提供している。その際の検討は、すでに説明した比較刑法のためのマックス・プランクの情報システムの枠組みで行われ、40を超える法秩序を取り込んだ下での、比較法的な要求を満たす問題設定という事例について、このプロジェクトのための最初のテスト、そしてこれと結び付いた比較刑法理論の展開もまた、同時に形成するのである⁽²⁰⁵⁾。

同様の目的は、すでに2004年に完成された、刑事国際法における量刑のためのプロジェクトによって実現されるであろう⁽²⁰⁶⁾。刑事国際法によるさらなる

(202) ヨーロッパ刑法の領域における当研究所の様々な研究プロジェクトについては、*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrechts* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 70-81参照。

(203) 刑事国際法の発展についての要約として、全体的には、*Cassese, International Criminal Law*, Oxford u.a. 2003; *Werle* (前出注 (23)), 特に S. 1-28参照。

(204) これについては、*Kreicker, Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, 2006の最終巻、ならびに *Eser/Kreicker* bzw. *Eser/Sieber/Kreicker* の第6巻とそれに付属の国家報告参照。

(205) これについては、*Sieber/Koch/Simon, Strafbare Mitwirkung von Führungspersonen in Straftätergruppen und Netzwerken: Eine rechtsvergleichende Analyse*, in: *Max-Planck-Gesellschaft* (Hrsg.), *Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 2006* (auf CD-ROM) 参照。

(206) *Sieber* (Hrsg.), *The Punishment of Serious Crimes, A comparative*

計画は、ルワンダの集団殺戮 (Völkermordes) の実行という事例について、様々な国家の法秩序や国際的な規制の類似性という問題を取り扱っている⁽²⁰⁷⁾。刑事国際法に対するこのプロジェクトは、ヨーロッパ刑法への研究と、後述する情報刑法への活動とが共同して、世界的リスク社会における刑法の領域的限界という問題の理論的な一貫性に向けた、そして国家を超えて通用する刑法のモデルの展開に向けた初めての礎石を形成するのである。

cc) 国家を超えた効力を有する刑法という目標を持った、異なる国々の法秩序の国際的協働は、古典的な態様においては、国際的な職権共助および司法共助によって実現される。これまでに確認したグローバル化という現在の変化は当然、この制度の本質的な変化ならびに新たな協働形態によるこの制度の補完に至る。この変化は、決定の直接的承認やデータの任意利用のような、司法共助を緩和する新たなメカニズムに関連する。他方、国際的なタスク・フォースおよび機関における共同作業という新たな形態が生じている。この新たな形態は、一部には複雑な多段階システムに至っている。

以上の理由から、この機関は、2006年、テロリズムの領域におけるドイツとアメリカの共同作業に関する法的問題についてのドイツ・アメリカ協議会に参加した。将来のヨーロッパ刑法のために、刑法上の協働形態に関する上述した研究プログラムを補完するにあたり、2007年に発足するさらなるプロジェクトは、とりわけ新たな国際協働形態を構成するものとしての実体刑法の創設および管理に取り組み、そして、そのような実体刑法の正統性の要件を探求するものとしている。

c) 重要な処罰範囲

目下の研究プログラムの問題提起については、抽象的・一般的な方法においてのみならず、関連する処罰範囲における具体的な問題提起においても実施される。その処罰範囲においては、[刑法の]適用範囲および機能の限界という問題が、きわめて明白に現れる。そして、その処罰範囲は、「複雑な犯罪」という概念によってまとめ上げることができる。

aa) サイバー犯罪 (Cybercrime)⁽²⁰⁸⁾ およびそれに対応するインターネット

analysis of sentencing law and practice, 2 Bände, 2004参照。

(207) 刑事国際法の現在の研究領域については、*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 84-98参照。

(208) Sieber, *Computerkriminalität und Strafrecht*, 2. Aufl. 1980; ders., *The*

ト法⁽²⁰⁹⁾は、その際、刑法の適用範囲の限界と同時に刑法の機能的限界をも考慮に入れて注目されるべきである。これまでに分析したように、国際的なコンピュータ・ネットワークにおけるデータの伝達は、空間および時間という古典的なカテゴリーの解消に至り、そしてそれゆえに典型的な国家を超えた犯罪に行き着いている。その犯罪は、高度な遍在性 (Ubiquität)、大きなリスクおよび特別な複雑性によって特徴づけられる。

それゆえ、サイバー犯罪および情報刑法の研究を始めるにあたり、第1に、関連のある複雑な犯罪、それらの犯罪の——情報という非実体的な特徴によって形作られる——所為客體、およびそれらの犯罪の特別なリスク、これらに対する分析が行われる。次いで、これに基づいて、技術的複雑性を持つ領域での国家を超えた犯罪に対する、国家および国際的なコントロールの可能性と限界が探求される。このことは、個別研究の領域で行われている。人に関するデータを任意利用することに由来する支配ないし監視可能性 (*Macht- und Überwachungspotential*) は、新たなリスクという観点の下でも、インターネット上の新たな捜査手段に対する考慮の下でも同様に注目される。インターネットの匿名性に関するプロジェクトは、インターネットに対する必要不可欠な監視と監視のない領域における情報自己決定権との衡量を扱っている。インターネットにおける国家的な保護ないし隔離手段の実現可能性、特別な領域における刑法の適用、ならびに社会コントロールという代替手段の発展、これらに向けたさらなる活動は、刑法の適用領域および機能の限界に対して重要な結果をもたらす⁽²¹⁰⁾。ここでは、当研究所の犯罪学研究グループ、とりわけ経験的な刑事手続研究という当該研究グループの重要な研究ポイントとの密接な関

International Handbook on Computer Crime, Chichester 1986; ders., Strafrecht und Strafprozessrecht, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 1999, Teil 19; ders., The threat of cybercrime, in: *Council of Europe* (Hrsg.), Organised crime in Europe: The threat of cybercrime, Situation report 2004, chapter 3, Strasbourg 2005, S. 81-218 参照。

(209) *Sieber*, The International Emergence of Criminal Information Law, 1992; ders., NJW 1989, 2569-2580; ders., The Emergence of Information Law, in: *Lederman/Shapira* (Hrsg.) (前出注 (81)), S. 1-29 参照。

(210) インターネット法の領域における当研究所の様々な研究プロジェクトの詳細については、*Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 102-119 参照。

連性が明らかになる⁽²¹¹⁾。

bb) 医学、バイオテクノロジーおよびその他の生命科学が有するグローバルなリスクは、新たな研究プログラムの枠組みにおいて、刑法の適用領域の限界との関連で注目されているだけでなく、国によって異なる評価の問題や（例えば、試験管内の胚を用いる研究⁽²¹²⁾等の）他の法秩序における回避、根本的な価値基準についての国際間の相違を取り扱うこととの関連においても注目されている。この領域においては、とりわけ、ここでの実用的な代替的リスクコントロール手段を手がかりとして、新たなリスクや刑法の機能的限界に関する理解を得ることができる。このことについての例として、ドーピングとの闘いにおけるスポーツと国家との間の任務の分配、医薬品の偽造に対する企業の自己防衛、専門的知識に基づいた品質保証のための事前検査の実施を刑事手続において「確認」することによる法的コントロールの方向づけ、官庁または裁判所の認可要件、（きわめて国際化の進んだ臨床医薬品検査も含めた）「限界的な」医療侵襲について判断するための私的または国家的な倫理委員会、ならびに関与をする研究者の倫理規定や実施規定によってバイオテクノロジーに由来する「デュアル・ユース製造物」の悪用を防止すること等がある⁽²¹³⁾。それゆ

(211) 簡潔に述べたものとして、*Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 170-189 参照。犯罪学の可能性に対する批判的な見解については、*Lüderssen*, StV 2004, 97-101 (101) 参照。サイバー犯罪に対する犯罪学からの研究アプローチについては、*Moitra*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2005, 435-464 参照。

(212) これについては、*Dahs/Müssing und Eser/Koch*, in; *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Hrsg.), *Forschung mit humanen embryonalen Stammzellen*, 2003, S. 1-35 und 37-78; *Hetz*, *Schutzwürdigkeit menschlicher Klone ?*, 2005; *Koch*, *Erzeugung und Verwendung, therapeutischer Klone' aus rechtlicher Sicht*, in; *Dabrock/Ried* (Hrsg.), *Therapeutisches Klone als Herausforderung für die Statusbestimmung des menschlichen Embryos*, 2005, S. 183-207 参照。

(213) ドーピングについては、前出注 (149) で指摘したものと共に、*Röhrlich/Vieweg* (Hrsg.), *Doping-Forum, Aktuelle rechtliche und medizinische Aspekte*, 2000 における諸論文; *Prokop*, *Die Grenzen der Dopingberbote*, 2000 参照。上述の諸国家における臨死介助 (Sterbehilf) に関する新たな法の発展については、*Schreiber*, in: *Rogall* (Hrsg.), *Festschrift für Rudolphi*, 2004, S. 543-552 を参照。医薬品のテストについては、*Hägele*, *Arzneimittel-*

え、研究所の伝統ある医事法の研究報告⁽²¹⁴⁾は、生命科学の新たなリスクとそのリスクのコントロール可能性を考慮に入れつつ、長期間にわたって強力に遂行されている⁽²¹⁵⁾。

それゆえ、胚の地位に関する当研究所の現行プロジェクトの終了後⁽²¹⁶⁾、薬剤過誤の研究と並行して、医学やその他の生命科学の領域における代替的なコントロール戦略の研究が始められるべきである。行動規範による研究リスクの特殊なコントロール可能性は、——生命科学の領域における新しいリスクを特別に考慮して——ひとつの研究プロジェクトの枠組みで探究されるのではなく、マックス・プランク協会（Max Plank Gesellschaft）のいくつかの実務指向的な活動グループにおいて、当研究所に独自の行動規範を展開するために探究されるのである。このような代替的コントロール措置は、比較法という方法をとって探究され、体系化され、評価されうる。その際に得られた知見は、サイバー犯罪の領域で相応の、ただし、より技術思考の強い知見を補足するであろう。また、それによって——様々な犯罪領域の研究にとっての付加価値として——代替的な社会コントロール措置の体系づけや評価を可能にするであろう。

cc) 研究プログラムによって提起された、刑法の限界という中心的な問題は、複雑な犯罪というより広範な領域において、特に経済犯罪、組織犯罪、テロの領域でも生じている。このことは、上で分析した「刑法の拡大」についても、また、研究プログラムの枠組みのなかで特別に重要性をもつ代替（的）コントロール措置についても妥当する。

刑法の限界についての当該研究の中心点には、テロについての研究プロジェクトが位置づけられるであろう。その際、異なる法秩序の中で、特にテロ立法の原因と結果がそれによる自由権の侵害を考慮して分析され、比較され、評価

prüfung am Menschen, Ein strafrechtlicher Vergleich aus deutscher, österreichischer, schweizerischer und internationaler Sicht, 2004参照。実施規定については、前出注（143）の文献参照。

(214) これについては、Eser, Perspektiven des Medizin(straf)rechts, in: Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 2006, S. 9-31 参照。

(215) これについては、前出注（49）参照。

(216) 医事法の領域における当研究所の現行の研究プログラムにつき詳細は、Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht (Hrsg.) (前出注（190）), S. 122-126.

される。このような研究は、当研究所の刑事政策研究グループや、その他のマックス・プランク研究所、そしてそのヨーロッパのパートナーとの協働による大きな学際的プロジェクト計画の一部であるべきである⁽²¹⁷⁾。それによって、いかなる範囲まで立法者が客観的なリスク増加や、大衆および/または政治上の関係者の主観的期待によって影響を受けるかという問題に対する回答が可能となるであろう。このようなプロジェクトは、テロについての個々の学位請求論文、インターネット、ならびに、生命科学のリスクについてのプロジェクト、ならびに、さらなるプロジェクト⁽²¹⁸⁾とともに、世界的なリスク社会における刑法の機能的限界に関する上述の諸理論についての最も重要な基礎となる。

C マックスプランク比較刑法国際リサーチスクール

研究プロジェクトを効果的に実行していくには、中長期的に見て、若手の研究者に相応の育成を施すことも必要である。2007年3月に始められた、「マックス・プランク比較刑法国際リサーチスクール」は、このような育成に貢献している⁽²¹⁹⁾。このリサーチスクールは、当研究所の刑法部門によって、当研究

(217) 刑法の限界という領域での当研究所の様々な研究プロジェクトにつき詳細は、*Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (191)), S. 130-141参照。テロ研究の領域における様々なマックス・プランク研究所に共通の研究イニシアチブの提言については、*Max-Planck-Gesellschaft, Terrorismus, Krieg, politisch Gewalt, Forschungsperspektiven der Max-Planck-Gesellschaft 2005*, S. 113-114参照。

(218) 特に、フランスにおける組織犯罪との闘いに関する新しい刑事手続について、2005年にすでに始まっている学位請求論文プロジェクト、および、イギリスにおけるテロとの闘いに関する2006年に始まっている学位請求論文プロジェクトが、刑法の機能的限界について、特別の問題提起を行っている。このほかの学位請求論文プロジェクトでは、刑事訴追の際の私人の協働義務を論じるものもある。企業犯罪の防止のための代替策としてのコンプライアンス・プログラムの導入に関する学位請求論文は、サイバー犯罪や生命科学の領域での濫用という範疇における代替措置に相応する分析を補足するものである。これについては、*Max-Planck-Institute für ausländisches und internationales Strafrecht* (Hrsg.) (前出注 (190)), S. 130-141参照。

(219) マックス・プランク国際リサーチスクールの組織、ならびに、そこでの特別研究助成金制度については、<http://www.mpg.de/instituteProjekteEinrichtungen/schoolauswahl/criminalLaw/index.html> (2006年12月18

所の刑事政策部門およびフライブルク・アルバートルー・ドヴィツヒ大学法学部との共同で運営されている。〔その〕目的は比較法そのものを行うテーマあるいは、——リサーチスクールのその他の活動とも関連する——比較法を目的ないし根拠とするテーマで、特に刑法の限界に関する新たな研究プログラムの問題提起を考慮に入れながら、学位を取得することである。その際に、研究の関心の中心となるのは——その他の関係機関や教授陣の活動の重点を考慮に入れた——刑法の調和および国際化、ならびに刑法の国際的な制度化および限界〔づけ〕である。諸テーマの重点は、複雑な犯罪（インターネット犯罪の領域やテロの領域におけるもの）、犯罪の科学的把握、犯罪〔それ自体〕および犯罪に関する討議の展開、刑法史の領域および犯罪評価の困難性に対する比較法的な諸問題のなかに存在している。そのことによって、研究プログラムに共通の根本問題が、研究所の様々なプロジェクトや、学位請求論文の活動と結び付けられ、かつ、リサーチスクールの共同セミナーにおいてさらに展開されるのであれば、このことは、個々の活動にとってだけでなく、ここで全体的に問題となった研究プログラムや、その包括的な問題提起にとっても、さらなる相乗効果と新たな知見をもたらさしうるのであろう。それゆえ、〔ここで〕表された研究領域において、後進の研究者を専門〔特殊〕的に育成することは、研究プログラムを長期的には本質的に向上させるであろう。

IV 結 語

1 フライブルク・マックス・プランク外国・国際刑法研究所の刑法研究部門は、所長交代の後、ハンス・ハインリッヒ・イエシェック (*Hans-Heinrich Jescheck*) およびギュンター・カイザー (*Günther Kaiser*) によって基礎づけられ、またその後任であるアルビン・エーザー (*Albin Eser*) およびハンス・ヨルグ・アルブレヒト (*Hans-Jörg Albrecht*) によっても追求された、「ひとつの傘の下にある」刑事政策と刑法の研究グループの学際的統合、ならびに、基礎的な方法としての比較刑法への方向づけといった当研究所の方針を継続している⁽²²⁰⁾。これに際しては、とりわけ、この研究や、2007年に新しく当研究所に創設された、マックス・プランク比較刑法国際リサーチスクールが、長期

日現在) 参照。

(220) これについては、*Albrecht/Sieber* (Hrsg.) (前出注(2)) の諸論文参照。

的かつわかりやすい研究プログラムの枠組みで、初めて発展していくことが新しいものである。このプログラムは、国際的な研究競争をマックス・プランク協会の研究に今日据えつける、という高い要求を支えるものである。当該研究プログラムは、その研究の重点と研究分野と共に、重要な将来的問題に関する活動を束ね、根本問題や理論的アプローチ、方法論に関する分析を促し、また、若手研究者を支援し、とりわけ、個々の問題を超越する付加価値をももたらす。

2 この新しい研究プログラムは、重なり合って構築される3つの共通の研究目標を有している。すなわち、(a) グローバル化や技術的・経済的変化によって形成された社会における犯罪と治安を脅かすリスクについての事実的な変化の分析、(b) 現行刑法および法実務における上記に相応する規範的変化の分析および批判的評価、ならびに、(c) この変化に向けられる現在のおよび将来的な刑事政策的問題に対する回答の展開である。

このような研究目標を考慮して、本稿は、現在における社会の変化、現在における犯罪動向の変化、そして研究問題を明確に述べるための基礎としての現在における刑法の変化を検討してきた。分析の出発点となるのは、「世界的社会」、「情報社会」および「リスク社会」という概念と結び付いてキャッチフレーズ的に示され、そして詳細に分析された社会的変化であった。このような変化と共に、今日、刑法に対して新しい挑戦が生じており、そのような挑戦は、国家を超えた犯罪の増加ならびに重大な潜在的リスクの増加、そして高度の複雑性によって特徴づけられる。

国家を超えた犯罪の増加は、とりわけグローバル化による技術的・経済的・政治的变化に基づいており、そのような変化は、例えば、国際的なデータネットワークやグローバルな違法市場において、国境を越える犯罪遂行の新たな機会を創出するものである。国家を超えた犯罪への新しい機会は、単一の国家に妥当する刑法の領域的限界を招来している。というのも、単一国家の判決の効力が他の領域に及ぶためには、時間のかかる官庁の手続や司法共助の手続が必要であり、国家間刑法秩序が相反する場合には、超国家的な犯罪に対して国内刑法を適用することが困難だからである。それゆえ、国家を超えて通用する刑法によって、このような領域的限界や、その限界を克服する可能性は、将来的な研究の第1の重点を意味しており、この重点は、国際的な刑法統合の理論を目的としている。

さらに、技術的・経済的・政治的变化には、リスクの増大、犯罪の複雑さの

増幅、特別の捜査の困難さを伴っている。例えば、国際的な組織的分業に基づく犯罪者構造、ならびに、犯罪遂行を監視する際に新たな技術を使用する場合である。その際、リスクの増大は、とりわけ、テロ犯罪、組織犯罪、経済犯罪、インターネット犯罪といった領域、また、生命科学の濫用可能性という犯罪領域でみられる。このプロセスは、グローバル化という文脈における伝統的な国民国家のコントロール喪失によって強化されるが、各国民国家はもちろん、目下、国家間の協働という新しいネットワーク、技術的な監督措置、予防思考を志向する新しい「治安法」、私人の協働義務、社会コントロールの代替措置を通じて、このプロセスを調整しようと試みている。この変化に伴い、伝統的な刑法は、社会の保護の保障、また、個人の自由の保障という刑法の任務に際して、その機能的限界に帰着する。刑法の機能的限界についての現在分析している理論的かつ実際的な基礎の展開、ならびに、ここから帰結される予防法・治安法といった問題、および社会コントロールの代替措置は、それゆえ、当該研究の第2の重点を表しているのである。

その際に、双方の重点において、同様のもしくは緊密な関係を持つ基本問題が明らかになる。例えば、多国家間、超国家的、および私的な関与者ならびにこれらの関与者から生じる世界的リスク社会における法の断片化を伴う、複雑で部分的には相互に衝突し競合する多段階システム、この多段階システムによって国民と伝統的な国民国家との双極的な関係を補足することに起因する刑法の変化という問題である。

3 刑法研究部門は、この世界にわたる犯罪および犯罪コントロールの変化を、事實的、規範的、そして法政策的な段階において、とりわけ刑事政策の改善という目的をもって分析している。それゆえ、目指された目的を達成するための中心的な研究方法は、——主に犯罪学の研究グループによって行われている——経験的な社会研究の方法と並んで、まず新たな多段階システムの刑法上の指示枠組を決定するための、法理論上、国際法上、ヨーロッパ法上、および人権上の根本問題に取り組むことである。次いで、法解釈学という方法、国際的な刑法学における協力ならびに比較刑法が、特別な重要性を持つ。その際に、比較刑法は目下のプログラムにおいて、研究方法であるだけでなく、中心的な研究対象でもある。

4 かくして、フライブルクのマックス・プランク外国・国際刑法研究所は、さらに、21世紀における社会状況の変化に直面して、ハンス・ハインリッヒ・イエシエック教授が、1954年の就任講義によって⁽²²¹⁾、ならびに1966年の

研究所の基礎づけによって描写した道を追いかけるのである。ハンス・ハイ
ンリッヒ・イエシエックは、著者、研究所の職員、研究所に滞在中の者にとって
喜ばしいことに、これまでと同様、本研究所の発展に並々ならぬ関心をお持ち
であり、そしていまだなお文字通り活躍中である。本稿は、2007年1月10日の
92歳の誕生日に、イエシエックに捧げるものである。今後のますますのご発展
を祈念する次第である。

(21) *Jescheck, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsverglei-
chung, 1955 参照。*