

翻 訳

ベンノ・ツァーベル
「法的安定性、法による安全と予防—現代刑法の
ジレンマ」

Benno Zabel, Rechtssicherheit und Prävention. Über ein Dilemma
des modernen Strafrechts

訳 山 本 紘 之

訳者はしがき

本稿は、2016年3月24日に本学で開催された、ライン・フリードリヒ・ヴィルヘルム大学ボン（ボン大学）教授ベンノ・ツァーベル教授（Prof. Dr. Benno Zabel）による講演原稿を大幅に加筆修正したものの和訳である。本講演の基となった論稿は、J. Schuhr (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft* (2014) 219頁以下に掲載されている。

タイトルの原文は、“*Rechtssicherheit und Prävention. Über ein Dilemma des modernen Strafrechts*”であり、表題のように訳出した。というのは、本稿Ⅱで詳述されているように、*Rechtssicherheit*という用語には、法的安定性にとどまらず、「法による安全」という含意もあるからである。そして、この両者はときとして衝突関係に至る。というのは、安全保障という思想から導かれるテロ対策などの立法は、処罰の早期化などの面において、安定性を旨とする伝統的な刑法観とは異なる事象をもたらすからである。

本稿は、とりわけ国家観という切り口から、そのような刑法の変容の分析を試みるものである。ゆえに本稿は、現状を肯定しようという試みではなく、あくまでも変容の背景を追究しようとするものである。上記のような社会の変革が刑法に影響をもたらすということは、わが国にも無縁の事象ではない

と思われ、裨益するところも少なくないと思われる。

また、上記の講演会においては、多くの参加者を得ることができ、講演後は活発な質疑応答がなされた。ご参加いただいた各位と、質疑の通訳をお引き受けいただいた富川雅満氏（中央大学法学部助教）に、この場を借りて衷心より御礼申し上げたい。

I. はじめに

つい先日、ベルギーにおいて連続テロが発生した。本講演は、このような情勢における刑法のあり方とも関連するものである。

法における不安定さが増す—あるいは、増しているように見える—ほど、法的安定性という観念は重要になる。この印象が鮮明になるのは、法政策的な、しかしとりわけ学問論理的な最近の議論に触れるときである。社会のリスク、ほとんど制御できない複層的脅威または個々の不確実性という不安は、すでに半ばインフレ状態に見受けられ、また同時に、その状況を司法上適切に扱うという、現代秩序の問題が確認されるのである。それに伴う変化の過程が国家の自由・安全構造の内部において現れるということは、広く一致した見方である。しかしながら、その際に国家衰退の歴史や法的秩序の構造の変遷が議論になるかどうかは、今なおほとんど一致をみていない。それに応じて、新たな安全と取締りの保証者の登場が喧伝されている一方で、飼いならされたりヴァイアサン、国家の社会化あるいは境界化が論じられることになる¹⁾。しかしそれは、「国家対極的な」観点を対極化させているもので、現在の発展のメカニズムや細構造を説明するどころか、隠ぺいしてしまう。

それに対して法的安定性の魅力は、分析をそのような議論の視点から解き放ち、同時に、統一的な「法に内在的な」根拠に対する解釈論的関心と結びつけることができるという点にある。もっとも、我々が履行と正当性の関係として示している相互契約の規範的規定が問題の中心であることは、明白である。それによれば、法と国家はそれが社会のプレイヤーによる安全への期

待を尊重して充足することによって正当化されたとみなしうる。この契約が法学上どのように「具現化され」、どのような緊張状態に至るのかは、特に刑法を手がかりとして論じることができる。そのためにまず、法的安定性の一般的理解について論じ、現在の刑法実務と向き合いたい(Ⅱ)。それに続いて、法的安定性の保障—予防思考—という視点に集中し、この思考が、規範、社会および刑法の関連にどのような結果をもたらすかを叙述したい(Ⅲ)。それによって、従来ほとんど認識されてこなかった体系的問題が現れることとなる。そこで示されるのは、特に、現代の法的安定性というロジックが、従来の刑法の所為と帰属のモデルを、動的な紛争のパラダイムへ移すということである。この変換過程は、我々のテーゼに対して、積極的規範の統一機能を中心とする現代社会の原理的新方針を示す(Ⅳ)。最後に、この展開が法的安定性という理念にどのような結果をもたらすかを、少なくとも大まかには示したい(Ⅴ)。

Ⅱ. 法的安定性の二律背反

1. 法による安全と法の安定性

法的安定性の任務と意義をめぐる議論は、こんにち二つの潮流を示している。第一に法による安全保障であり、第二に特に保障機能、すなわち法の安定性である²⁾。第一の理解が、歴史的に優先されてきたと言える³⁾。その限りでは、法による安全の保障は個人および集団の利益を保護する、すなわち規範と秩序を安定させるという当初の任務を強調する。それによって作られる秩序という権力への信頼が、種々の不明確性への不安、とりわけ犯罪への不安を阻止する一助となる。これはすでにホッブズに見られる⁴⁾。現代化された安全レジームは、その目的のために超越的な範型、すなわち神による救済の秩序とそれと結びつく世界観に遡る一方で、そのような遡及は、世俗的に組織化された、その意味において「みずから興された」公共団体にとっては不可能である。むしろ積極的規範の国家に特徴的なことは、その自己授権と権力

独占が、それと同じく法的安定性を保証し、正当化するということである⁵⁾。それゆえ、もちろん法治国家は予防国家となる⁶⁾。というのは、安全保障と正当化は、相互に関連するからである。安全が失われたと認知される、あるいは実際に失われることによって、正当化の問題が生じるからである。それが争われるのは、法律によって早期に、ありうるリスク、想定しうる脅威状況および潜在的偶然性に対応する場合にほかならない。現代の安全の約束は常に正常さの約束として表れ、規範はその実行装置として現れる。しかし法治国家は一その要求に基づいて一予防国家にとどまらず、自由保障国家でもある。それと結びつくのは、視[・]点[・]の[・]転[・]換[・]、特に法による安全から、法の安定性への転換である。現在の(刑罰を執行する)国家はそのため、逆説的な試みを引き受けているように見える。すなわち、国家はその権力とルール^の裁量を、法に従属するプレイヤーに有利なように限定するという経験である。法的安定性はここでは、みずから興された公共団体の規範と価値の柔軟性を保障している。法の安定性はその限りにおいて、個々人を国家権力による不当侵害から保護するために法を充実させるという、形式的、組織的要求をしているのである。しかしこの形態の権力制限はパラドックスではなく、すでに上記の相互契約の一部である。国家が法的主体としてのプレイヤーを承認することで、国家そのものの正当性の規範的基礎を生み出すことができるのである⁷⁾。

現代のプロジェクトはそれゆえ、二つの構想を相互に結びつける法的安定性の理解を主張する。いずれも、法の実効性、信頼性、予測可能性および認識可能性という少なくとも四つの構成要素によって特徴づけられる。実効性は具現力、信頼性は持続性、予測可能性は情報の社会的許容性、認識可能性は公共性および複雑さの減少を示す⁸⁾。

しかしながら、さらなる法に[・]外[・]在[・]的[・]な[・]構[・]成[・]要[・]素[・]、特に経済学—正確には制御経済学—によって、この「安定性という座標系」は、力と緊張の場にまで発展した。我々の認識関心にとっては、現代の法と秩序の政策の、利益とコ

ストの考慮を強調することで十分である⁹⁾。というのは、法律が社会コントロールの普遍的手段となるにつれて、保障の契約を十分に果たすためにはどの資源をどのように用いるべきかという問題を解明しなければならないからである。構成要素による法的安定性の規範的および実際的な中核は、それにゆえに効率性原理にまとめることができる¹⁰⁾。法的安定性の実務にとっては、適切な紛争調整に関するシステム内在の問題が、経済的許容性と社会的実効性に関する法に外在的な問題と競合していることが再び想起される。この意味において、現代の法的安定性の理解は—通常言われているところよりもきわめて強く—動的な規範の安定化というイメージによって特徴づけられる。それが何を意味し、規範運用と正当化構造においてどのように表れるかは、刑法を手がかりとして描写することができる。

2. 法的安定性の二律背反性—刑法を例として

刑法は、国家による最も峻厳な介入手段として知られている。第一には嫌疑の解明と事実の発見に資する権力関係が構造的に守られているとはいえ、捜査・公判手続は個々人を巻き込むものである¹¹⁾。手続が無罪で終わらなければ、所為の不法に見合った制裁が、有罪判決に基づいて科されることとなる¹²⁾。近代刑法の理念は、国家の強制権限は厳格な原理という条件によって束縛されるという点にあったのであり、それは今なお続いている。この尽力の特徴的な表明が責任主義と、遡及処罰の禁止、明確性の原則、法律主義、類推解釈の禁止の要請を含めた罪刑法定主義である¹³⁾。—支配的見解のように—罪刑法定主義の要請は刑法、すなわち本来同じ効果を楽しむべき実体法と手続法の全分野にまでは及ばないと考えるとしても、以下の点が重要なことは明白である。すなわち、立法者と司法官僚は、権力分立による権利保障という意味において、刑事手続から恣意を排除し、刑罰権の行使を規範に基づく合理性、一般的制約、原理的予測可能性という基準にしたがって行使する義務を負っているということである。

規範の適用準則や公平性の準則が第一に立法者と国家のプレイヤー、特に

裁判官に向けられたものだとしても、それらは一少なくとも制限された形態では一被疑者や被告人とも関連する¹⁵⁾。というのは、憲法と人権法によって体系化された枠組み、すなわち関連準則（欧州人権規約、世界人権宣言）の一般的解釈によってはじめて、個々人に効果的かつ包括的に手続参加を保障できるからである¹⁶⁾。このことを現行法について述べるのであれば、構成要件の透明性・明確性の必要性にとどまらず、たとえば訴訟主体としての被疑者の地位の保全、手続の司法形式の尊重、検察官による嫌疑の開示および裁判による真実究明ならびに証拠評価（StPO 152条2項、160条以下、244条2項、261条）などに表れる手続の司法形式の尊重が挙げられよう¹⁷⁾。法律と手続の形式というプログラムが、法による安定性によって論じられるものを活発化させるということは、容易に想像できる。それゆえ、刑事訴追権は国家の制裁・介入権限の定式化と限界づけの下でだけ、存在しうるのである。刑法46条の量刑準則だけを考えてみても、近代刑法のモデルが、犯罪抑止、安全への期待、特別予防という考えを統合しているかどうかは、争いがある。

他方で、ドイツ刑法における重点が大きく移行したことを看過してはならない。その限りにおいて、遍在的な法的安定性という表象の有意性が増していると言うことができ、それは動的なものとして性格づけられてきた。ここでは、三つの観点を明らかにしたい。すなわち、刑法のインフォーマル化、再私事化、予防警察化である¹⁸⁾。インフォーマル化については、ここでは特に、StPO257条cおよび153条a以下に基づく合意と起訴便宜主義を挙げることができる¹⁹⁾。この関連における実務の個別の点を論じないとしても、その機能と法的安定性との関連は明らかにできる。この準則の目印は、手続を早期に、リソースを保護しつつ終結させるために、インフォーマルな交渉・協力要因の導入、「目的に沿った」自白その他を可能にすることであるが、この「短縮化された手続」が責任原理、真相究明および従来の規範適用または公正準則に合致するか否か、どのように合致するのかは、これまで十分に解明されてこなかった²⁰⁾。この実務は、とりわけ注目に値する。なぜなら、刑事政策的

な効用の衡量と制御効果は、ほとんど完全に、手続の経過に統合されるからである。その際、どのようにして法による安定性が保障されるのかということとは、今や、多くの点では手続関与者の関心に、また限定的には一般的に拘束力を持つ刑法の規範・組織構造に強く左右される²¹⁾。それゆえ、法的安定性がここでは不安安全さの支配という考慮へと変化し、前提とされている原理の方針ではなく、衡量と結論重視の裁量が議論になっていることは、不思議なことではない。この傾向は、顕在化しつつある刑法の再私事化においても顕著に見られる。その典型例は、巨大経済企業分野で展開されている刑事コンプライアンスと内部調査である（実際にドイツでは、フォルクスワーゲンの排気ガスをめぐるスキャンダルの究明において、再び脚光を浴びている）。ここでは、国家に許容され、またはそれどころか要請されているソフトローが問題になっており、それによって、私的な団体行動が自己統制、いわゆるガバナンス措置という方法で、職員や従業員に適用される法規範の遵守の奨励を試みるのである。その限りでは、目的は、犯罪の「場」と態度を回避あるいは早期に発見することである²²⁾。法的安定性という問題にとって重要な推進力は、自己統制というこの形式が、まずもって刑法、特に手続法の規範と法の構造の完全な外側に移されているという点にある。刑法が重要でなく、せいぜい倫理的な業務遂行が問題になっている場面では、それは特に問題なからう。しかし、事案は複雑であり、社会における予防制御の措置と抑圧的な嫌疑の捜査措置との限界が流動的なことは、まれではない。コンプライアンス応嘱者に生じうる答責性—特に保証人的義務—と並んで²³⁾、とりわけこの捜査に巻き込まれる者の保護が重要である。法の安定性を、どのようにして国家に委ねられる危機管理に有利になるように削ぐかは、制度的保障の射程を見れば明らかとなる。私的な調査者については、直接的かつ効果的な基本権の制約はまったくない²⁴⁾。他方で、どのような協力義務を個々人が負うのか、自己負罪拒否特権の保障への制限はあるのか、あるとすればどの程度なのか、偶発的な違反は獲得された情報の利用にどのような効果をもたらすのかは広

く問題として残されたままである。²⁵⁾このような法的安定性の後退、または一
中立に述べれば一再構築も、社会的な制御必要性・国家による処罰の必要性
によって条件づけられていることは明白である。その間、通常のレパートリー
に属することとなった実体法・手続法の早期化の手法よりも明白な鉾脈が露
出することは考えられない。手続法は、ドイツの解釈学においては、一よく
知られているように一刑法の警察化または厳罰化という標題下で共に扱われ
てきた。²⁶⁾この展開はしかし、さまざまな理由で強調されるべきである。第一
に、立法者による早期化の手法は、リスク意識の変革、結果の志向、とりわ
け現代社会の「傷つきやすさ」への回答ではないだろうか。端的に言えば、
保障水準が高くなるほど、生じうる侵害への不安も増すという構図である。
第二に、こうした偏流は、予防国家とそれによる予防思想が古典的な自由の
議論に比して大きな意義を得ていることに注意を向けさせることである。刑
法にとって、その所見は些末なことではない。刑法は、所為責任と関連する
制裁の制御のウルティマ・ラティオであることを求める請求を通じて、これ
まで述べてきたような変更を仲裁しなければならない。こうした「保障のジ
レンマ」を、それは正当なものであるが、法的安定性、予防および刑法解釈
の関係を深く検討するきっかけとしたい。

Ⅲ. 予防と解釈学

1. 予防というロジック

Prävinireとは、先んじることを意味する。予防思考の魅力が将来との関
連にあることは、よく知られている。将来に関する権力を得ることは、現代
社会の中心的関心事である。²⁷⁾しかし今や、予防思考は現代社会の「発明」で
はない。以前の秩序も、予防思考に再三再四立ち戻っている。決定的な相違
は、以前の予防は、神の運命という形而上学、「神への信頼」に埋め込まれ
たままであるという点である。予防は「それじたい」に価値があるとは理解
されていなかった。²⁸⁾現代の予防はそれに対して、懐疑的でラディカルなもの

を根拠にしている。個人と社会、逸脱と犯罪は、一通例の理解によれば—それらがリスクとして計算と算定が可能である場合に限って、制御できる。信頼はここでは、予防への信頼となる。そこから、現代の予防というロジックが生じる。以下の五点について述べたい。²⁹⁾

a) 偶然の克服としての予防

偶然とは、不確実なもの、変化しうるものである。偶然性という経験は、可能性の領域、特に社会的に暗示された可能性の領域を示す。そのように開かれた、変化しうる可能性の領域だけが、防止行為によって干渉することができる。偶然性が行為選択の積極的拡張だけでなく、威嚇されたもの、意欲されていないものを含むという点において、予防とは変更の余地のないものではない。³⁰⁾ 予防的行為の説得力は、その行為が固有の適用要件を熟知することを前提とする。しかし、データ確認と加工、原因調査と予測、コントロールと介入のプログラムなしには、それを発展させることはできない。³¹⁾

b) リスク考慮としての予防

リスクとは、ありうる将来の損害であり、解釈学的には法益侵害である。リスクの起こりうる発生は、自己の（個人、国家の）行為の結果として再構成される。それに対して危険は、損害の蓋然性であって、行動者固有の制御と支配可能性という管轄に基づいて遠ざけられるものである。³²⁾ たとえばリスクと危険のいずれが問われているのかは、それゆえルーマンによれば、社会における自己と他者の画定の問題なのである。³³⁾ 予防は、—特に安全と法—将来の状況を現在の判断と結びつけることによって、危険をリスクに転換する。予防が可能に思われる場面では、リスクあることは断念されるのである。その方法は、リスク回避という方法またはリスクマネジメントというモデルで想定しうる。³⁴⁾

社会と国家による社会コントロールは、したがって、将来の望まれざる結果—病気や犯罪—発生の防止を試み、または発生した場合は損害を補償し—刑法の場合のように—さらには象徴化するための事前の配慮をなすものであ

る。予防措置、すなわち一般予防、特別予防さらには統合予防というさまざまな形態が、その望まれる効果に応じて考慮される³⁵⁾。

c) 学問的考慮としての予防

予防はリスクと関連するが、そのリスクはデータ加工と予測によってしか制御できないからこそ、規範的に保障された学問と安全の産物を必要とする³⁶⁾。予防が嫌疑を一般化するという程度において、蓋然性の考慮が、社会の不確実性と確実さの喪失を規律する。すなわち、リスクと干渉の知識は発見可能なものではなく、予防のための干渉においてはじめて確立されるのである³⁷⁾。警察と犯罪の統計は、たとえば第一に、その基礎に置かれている「認知スクリーン」を反映している。つまり決定的なことはつねに、リスクの支配可能性を期待させる知識と知識の考慮なのである³⁸⁾。予防はそのため、社会の終わりなき計画である。同時に、コストとベネフィットの考慮が関心の中心となる。

d) コストとベネフィットの考慮としての予防

コストとベネフィットの考慮は、古くまた二律背反的である。現代の社会と国家にとっては、その考慮は自明である。もちろん、この考慮が純粋な嗜好の判断として、防御権の承認に対する個々人の要求を巧妙に隠すおそれがある場合は、その考慮を限定的にする必要がある。予防の重要性が増している事実は、ここでも、解釈の余地を広げることとなる。すなわち、すべて、あらゆるものが道具化のドグマに服するとは限らない。しかしそれは、望まれる効果をわずかな費用で達成したり、同じ費用でより高い効果を引き出すことを、予防という示唆の力が動かすことを意味しない。防止は、有利で作用力ある意思疎通が可能であるから魅力的なのである³⁹⁾。威嚇と制裁という典型的なプログラムと並んで、自由意思による非形式的な自己コントロールというレジームが「同じ権利を持って」扱われる。象徴的刑事立法とすでに述べた刑事コンプライアンスは、これにとって適切な資料をもたらす。

e) 「正常性の生産者」としての予防

予防における解釈の余地と並行して、広範な定義の権限が現れる。規範や当為価値から外れるすべてのものが、リスク徴候であって、社会的予防という出発点になるのである。決定的なことは、「社会にとって重要な関連規範」が態度や状況の正常性に関する問題を決定して答えているという点である⁴⁰⁾。しかしながら、規範という橋と病理学が予防という社会コントロールの「通常性定義」を結びつけるという程度において、社会の権利安全を規格化する必要性と正常なルーチンの間の境界が消失することとなる⁴¹⁾。

例を挙げよう。たとえば刑事や立法の政策が、—通常は—さらなる犯罪を抑止するために、行為者の処罰に限らず、同時に推測または暗数を考慮し、可能な犯罪学的要素を準備し、それらの要素に干渉する場合、規格化された制御メカニズムは、通常のルールに変容する。短期間に公布される犯罪対策のための法律、または治療のための法律による、新たな危険性を持つ行為者類型の構造は、上記の点だけを強調している⁴²⁾。それはさらに、予防のロジックの原理も強調する。後者は、その原理が現代社会における不確実性の不安を等しく終結させ、対応を契約することに基づいている。この契約は、いわゆる予防刑法において、特殊な形で表明される。

2. 予防刑法

立法と解釈学は、予防というロジックを長らく引き受けてきた⁴³⁾。予防という範型は、いよいよ魅力的なものとなっている。そしてそれは、既知の、対立した議論のある問題であるにも関わらず、それを構造化の危険と越境リスクという標題下に統合することができる⁴⁴⁾。その限りでは、ヴィンフリート・ハッセマーが述べるように、「われわれが刑法の将来に関する熟考において立てなければならない支柱だけでなく、時代に即し、また憲法にも適合する刑法秩序の顕れとしての支柱⁴⁵⁾」が示されているのである。それゆえ、こんにち、ヴォーラーズが指摘するように、「予防刑法という犯罪類型」について

述べることが一貫している⁴⁶⁾。この展開が刑法にとってどのような結末をもたらすかを、テロ対策という例と、それと結びついた規範類型を用いて省察したい。

刑法によるテロ対策は（それがすべてではないが）、社会コントロールの、抑止・予防的な要素と、介入・懲罰的な要素を調和する試みである。すなわち刑法は、予防的犯罪対策という新たな形態と、効果的な訴追準備が義務づけられているのである。ハッセマーの述べる「刑法による予防」は、そのスローガンである⁴⁷⁾。個々の刑事政策的な議論に、ここで立ち入ることはしない⁴⁸⁾。むしろ我々の興味を引くのは、その関心事がどのように刑法の規範・保障構造へ組み込まれるかという点である。それは、関連する構成要件、特にごく最近新設されたStGB 89条aによって明らかとなる。本条は、国家を侵害する犯罪行為の準備をした者、準備行為が外国でなされた場合にも可罰的とするものである⁴⁹⁾。さらにその場合は、StPO 100条aおよび100条cに基づく広範な通信傍受と住居監視の措置が用いられる⁵⁰⁾。

StGB 89条aの規範構造は、抽象的危険犯に合致する。抽象的危険犯とは、—ヤコブスは早くからすでに注意を喚起していたが—犯罪とされる態度が、刑法にとって重要な法益侵害の早期の段階に移行されるという規範構造として理解されている⁵¹⁾。一定の不安全、危険化、脅威状況を刑法によって克服する場合には、指導、先導機能は予防に譲歩するという観念は、刑法による保証の枠組みを大幅に再調整することにつながる。

抽象的危険犯では、古典的な、従来の侵害犯にあっては通例の（結果）不法連関が後退している。というのは、「法益からの距離」が折に触れて述べられているからである⁵²⁾。立法者による「早期化政策」によって、抽象的危険犯には様々な形態が存在しうるということが、今や明らかとなっている。放火罪と、平和に対する罪、交通事犯、環境犯罪あるいは国家に対する罪の間には、その不法の性質に大きな差異が見出されるのだから、そのことは明白であろう。それに応じて解釈学は、犯罪類型の分類を変化させようと試みている。通常

は、具体的危険犯、漸次犯および予備罪に体系化がなされる⁵³⁾。この体系はとりわけ、予防という潜在的推進力に新たに注意を向けさせるという点で、意義がある。リスクという概念は法による安全にだけ資するので、予防においては、危険または危険性をリスクに統合することができ、叙上の体系化は、きわめて様々な一常に新しい—行為態様を、規範の「抑止的考慮」または規範類型に統合することができる。飲酒運転の犯罪化から国家を危険にさらす罪に至るまで、すべて可能である。いずれにしても、StGB 89条aによる、国家を危険にさらす罪は、具体的な保護連関すらもどれほど後退しうるかを示すものである。典型的な刑法的自由侵害という前線から遠く離れた行為は、補充的な正当性という観点を用いることによってはじめて社会倫理的な非難に値するということは、ごく明白である。たとえば、制度の保護または類似の書き変え先が、個々の自由保護に資することによってである⁵⁴⁾。

それに対して、その時々のおもろ人の不安という一般的な不確実性や、それと並行するリスク減少による不安解消の要求のような社会心理的要素がクローズアップされる。刑法にとって伝統的に拘束力を有する行為主義と責任主義というカテゴリーによる、そのような犯罪、制裁形式を省略してしまうと、正当化の問題は見通しの利かないものになってしまう。ここでは、心情または警察刑法という異論だけを取り上げたい⁵⁵⁾。この問題と異論は、解釈学においてもそうであるように、相応するカテゴリーの革新的解釈によって扱うことができる。そこで問題となるのは、安全に方針づけられた態度のコントロール⁵⁶⁾、主観的要素の「先取りの要請」⁵⁷⁾あるいは「緩やかな責任への方向づけ」⁵⁸⁾である。遅くともここにおいて、「刑法による安全」との連携における法による安全さは、包括的な偶然性の克服を目標としていることが明らかとなる。抽象的危険犯はしたがって、一様々な形式においても一不安全性を抱える状態という規範的プログラムを貫徹しなければならないのである。抽象的危険犯は、不安定さを抱える罪として、予防のロジックを具体化するのである。ここにおいて抽象的危険犯は、広範に行為と切り離された帰責モデ

ルを、脅威に方向づけられた干渉装置と結びつけている。これまで見てきたように、立法者は、知識と態度の制御という形態によって、現行手続法にまで支配を及ぼしている。というのは、裁判官や弁護士にとっては、危険の立証という具体的な条件を、その帰責モデルに適合させることがとりわけ問題だからである。その際、この犯罪類型にあっては、その本当の意義は訴追、有罪判決の重要性にあるのではなくて、捜査措置の連結点として、特に先述の通信傍受や住居の監視に資するという手続実務上の機能にあるのではないかという疑念が湧く⁵⁹⁾。しかし、そのような「法的安定性という文化」は、刑法の正当化構想とどのように一致するのだろうか。

IV. 行為から法的（不）安定性に関する紛争への移行？

①行為刑法と「紛争マネジメント」

法的安定性という文化が予防というロジックを引き受ける程度において、刑法の正当性のコンセプトとその社会的機能は変化しなければならない。それは、従来の所為、行為との関連性の地位に、法的、解釈論的な紛争対応が入り込むというテーゼに行き着く⁶⁰⁾。現代刑法にとって紛争というパラダイムは、目新しいものではない。むしろ逆であって、紛争解決または紛争処理という問題は、もとの任務を現代風に置き換えたものなのである。その限りでは、紛争と紛争解決は、刑罰による所為への応報と関連する⁶¹⁾。しかし、現存の紛争対応について論じる限りにおいて、意義と、その限りにおけるパラダイムの転換があると言えるのである。

それによれば、刑法（手続）法による紛争対応は、帰属、制裁プログラムの新方針として理解される。同じことは、「保護形式」という構想（ツァハリエー訳注：Heinrich Albert Zachariae. 19世紀のドイツの刑法学者）にも妥当する。ここで決定的なことは、厳格な所為の画定を少なくとも部分的には解消し、機能的考慮を志向することであり、それにもまして、紛争者の期待と利益を、作用と関連して追及することが、優先的に問題となる。このよ

うにして、関与者、すなわち被疑者、行為者、被害者—それとともに、国家と市民社会—が柔軟かつ規範固有に嫌疑、帰属および制裁プログラムに組み込まれることになるのである。そうした追及は、テロ対策と関連する刑法規範においてだけでなく、実体法におけるいわゆる平和や感情の保護⁶²⁾、あるいは手続法については、合意や加害者被害者和解にも見られる⁶³⁾。その限りでは、刑法における「特定の」紛争マネジメントが存在するわけではない。むしろ、安全性への信頼、期待および利益が、個人的または社会的関連性の程度と、侵害または侵害の蓋然性の程度に応じて、相互に関連づけられるのである。

一方で、そのことは叙上の犯罪類型を通じてなされ⁶⁴⁾う。他方で、その理念は、様々な手続的および制裁法的調整によっても実行され⁶⁵⁾うるのである。たとえばStPO 257条cに基づく合意にあっては、紛争は真実究明義務の新たな方針によって解決されるし、StGB 46条a、StPO 155条aに基づくいわゆる加害者被害者和解にあっては、量刑法の適用を、「被害者と関連する結論の正当性」を考慮してスライドさせることが問題となっている⁶⁵⁾。両者は、(量)刑法の従来⁶⁶⁾の理解と毛色がやや異なる。

その限りでは、紛争というパラダイムは、多極的かつ多角的に方向づけられる。同時にこのパラダイムは、—古典的な行為(捜査)パラダイムと異なり—規範的な次元と経験的なそれを、特に不法の類型化と制御の確実さという要素を結びつける。とりわけ、制御の確実さという固有の要素は、紛争対応という予防的ロジックを強調し、この要素は、国家の社会的コントロールの個々の、または社会的な作用効果を直接に引き合いに出すのである⁶⁷⁾。もっともこれは、以下の問題を投げかける。

②この展開は法的安定性の喪失と結びつくのか？

これまでの概観を確認すると、法的安定性は、現代社会の中心的成果として妥当するということである。権利保障と正当性の相互保障は、それと関連する。それによれば、法と、刑を執行する国家は、社会の参加者の安全性の期待を満たす限りにおいて、正当化されたとみなされる。ここにおいて特に

重要なのは、法による安全という観点である。というのは、法による安全という理解が目的とするのは、法の構造的機能に対するイメージだけでなく、むしろ、法の性質そのものだからである。しかし同時に、法的安定性—（刑法による安定さ—の構造的理解が影響力を失うこともない。その理由は、予防思考が国家にとって魅力的だということがすべてではないが、大部分である。ここにおいて、国家は介入国家としても理解されることになる。⁶⁸⁾そこから、刑法を手がかりに見てきたように、法的安全性の「構造的ジレンマ」が生じるのである。第一に、安全保障の規範的および原理的基準、すなわち法の効率性、信頼性、予測性および認識可能性は、維持されなければならない。それらにおいては、法と国家独自の柔軟性が現れるのである。その一方で、法と国家は、偶然性、効率性、リスクの意識の変化に対応しようとする。「安全さという基本権」（イゼーンゼー）への要求は、その表れである。⁶⁹⁾刑法は、そこから生じる緊張に、厳格な所為との関連から、流動的な紛争対応への転換を通じて取り組もうとする。「リスクを限定する安全性コミュニケーション」という思想が前面に押し出されるのである。現代警察法においては、危険という前線において、またそれとともに現れる危険調査の権限における危険概念の拡張によって、類似の傾向を見出すことができる。⁷⁰⁾しかし、この展開はどのように整理されるべきか。法的安定性の喪失または法的安定性という基準の劇的な縮減は、われわれと関連があるのだろうか。

これらの展開の整理は、国家または社会論的な観点を考慮し、国家と社会の変遷を視野に入れることによって可能となる。現在の保障基準の展開は、すでに示したように、リベラルな法治国家と、それによって現れる権力の独占化および制御の要求と密接に結びついている。この保障のパラダイムは、包括的、階層的かつ画一的に法適用と司法形式を整備し、あるいは整備すべき国家を想定している。⁷¹⁾それによって法の現状が描写されているのか、されているとすればどの程度かという点をここで論じることはできない。いずれにしても、現在の国家はこのイメージと、せいぜい一部しか合致していない。

現在の国家はむしろ、「二重国家」、すなわち干渉と協力、制御と自己統制の国家なのである。この新たな分離は、社会とそのプレイヤーの復権に対する反応として理解しうる。一方においては市民社会⁷²⁾、他方においては「社会の国家必要性⁷³⁾」という問題が、極点を挙げる。国家は、その保障任務を果たさなければならない。すなわち、一方では承認された秩序の、他方では「平等な共同プレイヤー⁷⁴⁾」の保障である。しかしその通りだとすれば、この展開は、法的安定性の内容と形態、さらには我々の推定によれば、刑法以外の分野にも影響をもたらすこととなる。

法による安全は、法を通じた「新たな」安全という方法で局地化、複層化されることができる⁷⁵⁾。紛争構造と制御効果に応じて、干渉または統治行為の様々な形式的実質的要件が適用される。原則として考慮すべきは、曖昧さへの関心が高まっていることである（ハッセマー⁷⁶⁾）。法的安定性、特に法律主義という当初から生じていた構造要素へのそのような認識を持つのであれば、結論は明白である。法律概念、その手続化の可能性および対応機能は、解釈の余地を残した、インフォーマルな形式性に変化する⁷⁷⁾。若干の法学者は、不明確性の解消を目的とする法律類型への展開や従来のモデルに比して柔軟で、ハイブリッド化された基盤について論じている⁷⁸⁾。この展開は、権力の独占としての国家に行動裁量を与えるだけでなく、個々のプレイヤーに法形成の新たな可能性を「保障する」ものである⁷⁹⁾。

（法律による）行動裁量と「規範の曖昧さ」による（インフォーマルな）法形成の可能性は、逆説的に聞こえるかもしれないが、それと同時に、法的安定性の喪失、順応および獲得を同時に意味する。この評価にとって決定的なことは、法がみずから柔軟になることと、社会的な制御要求の間の止揚不可能な緊張である。すなわち、予防思考が呼び寄せる「構造的な二律背反」である。予防の技術は、膨大な社会の安全と統治の要求に対応している。その将来との関連はその際に、きわめて複雑な社会の、合理的な結果への方向づけに対する意識を先鋭化させる。そこで問題となるのは、予防がどのような

形式において、社会制御の個々の環境において通用性を持つべきか、という点である。これは、(刑)法だけでなく、たとえば健康関連や環境保護といったほかの分野とも関連する⁸¹⁾。法的安定性は、社会の変遷の表れであり、目印である。従来の要求が支配者の統治が予測不可能であることに対して論争的に向けられたものであったもので、その目的は、個人と社会の自由の組織的前提を生み出すものであったとすれば、こんにち第一に重要なことは、個人と社会の自由の可変性を強調し、その意義を理解することである。これまでは、現在の市場と国家の関連や技術と法の関係、あるいは生活領域内で人とのように接するべきかという問題だけが取り上げられてきた⁸²⁾。ここでは、法的安定性の良し悪しが問題になっているのではなくて、従来は見られなかった紛争または従来知覚されてこなかった関心期待との取り組みを適切に手続化することなのである。この変化の過程は、しばしば危機として論じられてきたが、法による安全という意味での法的安定性の喪失を収束させる。これまで見てきたように、法的安定性という理念は、それじたいが不確実性を、その限りで不明確性も「生産する」ものなのである。現代の「保護と安定性」(カウフマン)⁸³⁾は法的な選択肢の供給を目的とするが、直接かつ個々の法(益)実現を目的とするものではないからである⁸⁴⁾。しかしながら、法的安定性の喪失はとりわけ、社会の安定性への信頼に有利な「自己信頼」の喪失を意味する。この書き変えの結果は、法の新たな機能、すなわち統一性、同一性の創設である⁸⁵⁾。というのは、安全が「先導価値」として他の価値を排除するという程度において、法とりわけ刑法は、包括的な価値、意義の埋め合わせのために援用されるからである。ここでは想起されるべきは、「新たな感情、被害者の保護」だけでなく、多面的な基礎を有するテロ、危険対策である⁸⁶⁾。まさに安全の保護においては刑法の「シンボリックな付加価値」が補強される。その限りでは、規範的な曖昧さは問題ではない。むしろ、法と社会、(安全のための)実行と正当化を相互に関連づけるチャンスである。

しかし、この「構造的な二律背反」は法的安定性という事柄の終着点なの

だろうか。たしかに予防思考が、現代の公的団体にとっての中心的意義であることは否定しないが、しかし同時に、法治国家は常に自由保障国家でもあるという叙上の認識を示すのであれば、そうではあるまい。しかしそれは、法治国家と予防の仲介は「自由による安全」という枠組みによってなされるべきだということにほかならない。安全という価値はしたがって、そこに沈殿している「基礎価値」によってのみ、意義を持って主張されるのである。いずれの「価値」も、それゆえに分離させて論じることはできず、その関連網において位置づけられるべきである。この考察の最後に、ここからどのような結論が導かれるのかを描写したい。

V. 組織的脈絡における自由と法的安全性

法的安定性という観点の利点は、我々が最初に定式化した命題、すなわち「国家中心的な」議論によって発見された社会の秩序とコントロールの構造を明確に際立たせ、説得力を持たせることができる点にある⁸⁷⁾。今や、それをさらに詳述することができる。その際、制度と承認という視点が結びつけられる。機関という概念には、従来の理解におけるように、国家的または政治的装置、たとえば官公庁、裁判所や、ごく一般的には役所だけが含まれているのではない。より広い理解においてはさらに、規範、手続および指導的原理を含めることができる。ニコラス・ルーマンはその限りで、制度としての基本権について述べている⁸⁸⁾。我々の法と憲法の秩序が制度の配置を示しているということは、法治国家と法的社会をフィクションや援助のための構造物としてだけではなくて、常に履行を行う約束として理解すべきことを意味する。法治国家や法的社会は約束それじたいとして、権力や秩序の通用性要求を具体化したものであることに疑いはない。法治国家や法的社会はそれゆえ、個々人—刑事手続のプレイヤーなど—を、前もって、一定の方法で独立して保護する。したがって我々は、制度を簡単に変更したり、存在しないかのように説明したりすることはできず、革新的な変革を思いとどまるべきなので

ある。さらに同時に、この制度の配置は、プレイヤーの承認のためのものである⁸⁹⁾。もし（禁止の）ルールがおよそ無視され、長期的に尊重されていなければ、立法者は立法者とはいえない。基準と判断に尊重を示さなければ、判例と刑事手続に価値を見出すことはできない、といった具合である⁹⁰⁾。その限りでは、制度による潜在的自由と述べることも可能である。

しかし、法的安定性という問題は何を指すのであろうか。今や法的安定性という問題は、以下のような理由で重要である。なぜなら、法と安全の関連を、「戦略的な」または制度的な答責性による、さらに「規範統合的な」答責性によって特徴づけようとするからである。「規範統合的な」答責性を持ち出すことは、現在の合理性、規範および手続の文化が我々の法と正義の意識の結果でもあることを気づかせる。規範統合的な答責性は、規範が（被疑者、行為者などとしての）主体との観点においても体系立てている自由と関連する。ここではそのため、規範設定、規範適用および規範への従属という現代の公的団体にとって中心的な区別が否定される。もっとも、我々は市民そして制度化された法的行為の関与者として、不可避のまたは必要な概念とカテゴリーの変遷にも責任を持たねばならないことも明らかとなる。その限りでは、我々もそれを忌み嫌うべきではない（それに対する批判が不要だということの意味するわけではない）。法律特に刑法において我々がどの程度の効率性を許容すべきか、どのような形式における、どのような法的題材における、どのような脅威状況を見出すべきかをめぐる論争は、それゆえ、プレイヤーの規範妥当性と規範正当性の理解に立ち戻ることなしには展開することができない。その限りでは、「自由による安全」としての法的安定性という問題は、おそらく決定的な点を強調しているのである。特に、あらゆる法秩序とあらゆる社会は、固有の「規範的な価値という設備」に対してありうる不明確さと不安、リスクと偶然性にどのような影響を認めていくかという問いに答えなければならない。

注

- 1) この議論については、vgl. nur *A. Anter*, *Die Macht der Ordnung*, 2. Aufl. 2007, S. 159 ff. und öfter; *J. Bartelson*, *Critique of the State*, 2001; *E.-W. Böckenförde*, *Staat, Nation, Europa*, 1999; *O. Depenheuer*, *Erzählungen vom Staat*, 2007, S. 7 ff.; *U. di Fabio*, *Das Recht offener Staaten*, 1998; *R. Esposito*, *Communitas*, 2004, S. 7 ff.; *D. Garland*, *Kultur der Kontrolle*, 2008; *D. Grimm* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1994; *S. Haack*, *Verlust der Staatlichkeit*, 2007, S. 157 ff.; *N. Luhmann*, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Bd. 4, 1994, S. 101 ff.; *W. Reinhard*, *Geschichte der Staatsgewalt*, 1999, S. 31 ff.; *ders.*, *Geschichte des modernen Staates*, 2007, passim; *H. Schulze-Fielitz*, in: *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat*, 2. Aufl. 1998, S. 95 ff.; *G.F. Schuppert*, *Der Staat als Prozess*, 2010, passim; *M. Stolleis* ZNR 1989, S. 129 ff.; *B. Zabel*, *Rechtsgewährleistung*, 2012, S. 151 ff.
- 2) これに関する浩瀚な基礎研究として、vgl. nur *A. v. Arnoulds*, *Rechtssicherheit*, 2006, S. 76 ff. und öfter.
- 3) 先駆的なものとして、*W. Conze*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 831 ff.; darüber hinaus *F.X. Kaufmann*, *Sicherheit als soziologisches und politisches Problem*, 2. Auf. 1973, S. 31 ff. und öfter.; *M. Makropoulos*, in: *HWdPh* Bd. 9, 1995, Sp. 745 ff. und *G. Radbruch*, *Der Zweck des Rechts*, in: *GA* 1990, S. 39, 45; zur Etymologie v. *Arnauld* (Fn. 2), S. 63 ff., dort m.w.N.
- 4) *T. Hobbes*, *Leviathan or the Matter, Form, and Power of Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, 1651/1966, pp. 116 f., 157 f.
- 5) これを分析するものとして、*B. Zabel* ZStW 120 (2008), S. 68 ff.
- 6) これに関する研究として、vgl. *F. Ewald*, *Der Vorsorgestaat*, 1993 und *C. Sunstein*, *Gesetze der Angst*, 2007.
- 7) 現在の議論については、siehe nur *E.-W. Böckenförde*, *Der säkularisierte Staat*, 2006.
- 8) 詳細については、*v. Arnould* (Fn. 2), S. 104 ff.
- 9) Statt Vieler *M. Leschke*, *Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie*, 1993.
- 10) Siehe etwa die ausführlichen Untersuchungen von *H. Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl. 2005, S. 393 ff. und *C. Theobald*, *Zur Ökonomik des Staates*, 2000, S. 15 ff.; 刑法と関連するものとして、*B. Haffke*, in: *Festschrift für C. Roxin*, 2001, S. 955 ff.
- 11) さまざまなアクセントがあっても、こんにちまで支配的な手続法の見解である。vgl. nur *W. Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11. Aufl. 2010, § 1 Rn. 3 ff.; *W. Hassemer* ZStW 121 (2009), S. 829 ff.; *U. Murmann* GA 2004, S. 65 ff.; *P. Rieß* JR 2006, 269 ff.; *C. Roxin/B. Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 1 Rn. 1 ff. und *T. Weigend*, *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989, S. 173 ff.; *ders.* ZStW 113 (2001), S. 271 ff.; jeweils m.w.N.
- 12) *G. Jakobs*, *System strafrechtlicher Zurechnung*, 2012, S. 20 ff.; *M. Köhler*, *Strafrecht*, 1997, S. 20 ff.; *P. Noll*, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962; *M. Pawlik*, *Das Unrecht des Bürger*, 2012, S. 82 ff. und öfter.; *C. Roxin*, in: *Festschrift für P. Bockelmann*, 1979, S. 279 ff.; *W. Schild*, *GA* 1995, S. 101 ff.; *K. Seelmann*, in: *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, S. 85 ff.; *E.A. Wolff* ZStW 97 (1985), S. 786 ff.; *R. Zaczyk*, in: *Festschrift für A. Eser*, 2005, S. 207 ff. und *B. Zabel*, *Schuldtypisierung*, 2007, S. 242 ff. – Vgl. jetzt aber auch *T. Hörnle*, *Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf*, Baden-Baden 2013, S. 11 ff.
- 13) 罪刑法定主義一般については、*I. Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998; *G. Staechelin*,

- Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 207 ff.; G. Teubner/T. Gostomczyk Die Verwaltung 36 (2003), S. 141 ff.; strafrechtlich: W. Naucke, Über Generalklauseln, 1973, S. 1 ff.; C. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 1 ff.; W. Schild, in: Festschrift für Lenckner, 1998, S. 287 ff. und B. Schünemann, Nulla poena sine lege?, 1977.
- 14) Einzelheiten bei H. Kudlich, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 233 ff., dort auch m.w.N.
 - 15) E. Bacigalupo, in: Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 379 ff.
 - 16) Vgl. K. Gaede, Fairness als Teilhabe, 2007 und J. Renzikowski, in: Festschrift für H.-J. Lampe, 2003, S. 791 ff.
 - 17) 根拠の関連については、特に、Murrmann (Fn. 11), S. 65 ff.
 - 18) これについて本質的な分析をするのは、W. Hassemer, Strafrecht, 2008, S. 41 ff. und B. Schünemann ZStW 114 (2002), S. 1 ff.; この問題に関する包括的な近刊予定のモノグラフィーとして、Zabel, Die Ordnung des Strafrechts. Zum Formen- und Funktionswandel der Zurechnungs- und Verfahrenspraxis.
 - 19) LR-StPO/Beulke, § 153a, 26. Aufl. 2008, Rn. 1 ff.; G. Fezer NStZ 2010, S. 177 ff.; T. Fischer StraFo 2009, S. 188 ff.; M. Hettinger JZ 2011, S. 292 ff.; M. Jahn StV 2011, S. 497 ff.; K. Lüderssen, in: Festschrift für Hamm, 2008, S. 419 ff.; E. Weßlau ZStW 116 (2004), S. 150 ff. und SK-StPO/Weßlau, § 153a, 4. Aufl. 2010, Rn. 1 ff.
 - 20) この議論について、vgl. einerseits Fezer (Fn. 19), S. 177 ff. und andererseits M. Jahn ZStW 118 (2006), S. 427 ff.
 - 21) 連邦憲法裁判所は最近、訴訟経済と法的安定性の緊張関係を、刑事訴訟における申合せの実務を考慮して突き止めようとしている(2013年3月19日判決 - 2 BvR 2628/10, NStZ 2013, 295)。そこでは、申合せはたしかに原則として許容されるとされたが、必要な法治国家的基準が勧告されている。連邦憲法裁判所は、「法治国家原理とは」「基本法の本質的原理の一つである(BVerGE 20, 323, 331)。裁判所は、法的安定性を保障し、国家権力を法よって拘束して信頼を保護することによって自由権を保護している(BVerGE 95, 96, 130)。法治国家原理は、基本法の指導理念の一つとして、実体的公平の要求を含んでおり……基本的な公平の要請の一つとしての法平等の原理を内包している(vgl. BVerGE 84, 90, 121)。」規範的要求と現実の実務の間にある逆方向性が、適用される憲法としての刑事手続法の説明によって架橋されうるかどうか、示されなければならない。
 - 22) Aus der umfangreichen Literatur siehe nur D. Bock, Criminal Compliance, 2011, S. 27 ff. und öfter; L. Kuhlen (Hrsg.), Compliance und Strafrecht, 2013; C. Momsen ZIS 2011, S. 508 ff. und T. Rotsch ZIS 2010, S. 614 ff.
 - 23) Vgl. BGHSt 54, 44. BGHはこの判断で傍論として、最高責任者は通常は企業従業員の犯罪行為に関する保証人として問題になる旨の見解を示した。それと結びつく問題、すなわちほとんどの結合構成要件は故意犯として形成されているが、最高責任者は必要な(そして証明可能な)具体的所為遂行の認識を有していないといった問題については、ここで論じることはできない。
 - 24) Dazu jetzt M. Jahn StV 2009, S. 41 ff.; C. Knauer/E. Buhlmann AnwBl 2010, S. 387, 388; Momsen (Fn. 22), S. 508, 512 ff.
 - 25) というのは、自己負罪拒否特権は、国家に対してしか効力を持たないからである。さらに、従業員の供述強制は、契約上または事実上の誘因にすぎない。その限りでは、聴取を受ける従業員は被疑者としての性質を有さず、StPO136条、136条aの適用を受けず、それゆえに証拠評価は禁じられない。これらの規定の類推適用ができるかどうか

- かは、争いがある。詳しいのは、*Jahn* (Fn. 24), S. 41.
- 26) *W. Naucke* *KritV* 2010, S. 129 ff.; *H.-U. Paeffgen*, in: *Zur Theorie und Praxis des Strafprozesses*, 1995, S. 13 ff.
- 27) *N. Luhmann*, in: *Soziologische Aufklärung* 5, 2. Aufl. 1990, S. 131 ff.
- 28) 予防と安全の考慮は、その限りで、包括的な「救済経済」と関連していた。これについては、Näher dazu *K. Härter et al.* (Hrsg.), *Repräsentationen von Kriminalität und öffentlicher Sicherheit*, 2010 und *C. Kampmann/U. Niggemann* (Hrsg.), *Sicherheit in der frühen Neuzeit*, 2013; 現代化される前の社会の時間と将来の理解については、*T. Nipperdey*, *Gesellschaft, Kultur, Theorie*, 2011, S. 74 ff. を参照。
- 29) 以下では、社会学の研究結果を取り上げたい。vgl. etwa *U. Bröckling* *Behemot* 2008, S. 38 ff. *F. Ewald* *Soziale Welt* 49 (1998), S. 5 ff. und *M. Hafen*, *Grundlagen systemischer Prävention*, 2. Aufl. 2013, S. 79 ff.
- 30) Vgl. *W. Bonß*, in: *Handeln unter Risiko*, 2010, S. 33 ff.; *A. Evers/H. Nowotny*, *Über den Umgang mit Unsicherheit*, 1987, S. 32 ff. und *M. Makropoulos* *Soziale Welt* 41 (1990), S. 407, 408 ff.
- 31) *U. Bröckling*, in: *Sicherheitskultur. Soziale und politische Praktiken der Gefahrenabwehr*, 2012, S. 93 ff.
- 32) Grundsätzlich *U. Beck*, *Risikogesellschaft*, 1986.
- 33) *Luhmann* (Fn. 27), S. 131, 134 ff. *Bröckling* (Fn. 29), S. 38, 41によれば、「リスクとは、それに対する予防的または損害除去の措置を採りうるすべてのものを言う。『客観的な』事実上のメルクマールはしたがって存在しないし、社会的構造または主観的な評価でもなく、『合理性のシェーマ』、すなわち合理性の一定要素を整理し、それを算定可能とし、作用を及ぼすための種類および方法なのである。」
- 34) *Makropoulos* (Fn. 30), S. 407, 417 f. und *D. Defert*, in: *The Foucault-Effect. Studies in Governmentality*, 1991, pp. 211 ff.
- 35) *Bröckling* (Fn. 31), S. 96は、射程、干渉点、作用メカニズムおよび関与プレイヤーを考慮して区別または補充する技術群について言及している。
- 36) Vgl. *I. Augsburg* (Hrsg.), *Ungewissheit als Chance?*, 2009 und *P. Collin* (Hrsg.), *Das Wissen des Staates*, 2004.
- 37) Dazu *Evers/Nowotny* (Fn. 30), S. 46 ff. und *O. Breidbach*, *Neue Wissensordnungen*, 2008, S. 20 ff.
- 38) *N. Luhmann*, *Soziologie des Risikos*, 1991, S. 41 ff.
- 39) *S. Krasmann*, in: *Sichtbarkeitsregime*, 2012, S. 53 ff.
- 40) 「正常性」という概念と規範と正常性の関連については、*G. Canguilhem*, *Das Normale und das Pathologische*, 1974. そこでは、通常さとは、規格(化)のプログラムの実行の結果だとされる(S.166 f.)。類似のものとして、「正常性とは、規格の生物型である」とする、*W. Kersting*, *Politik*, 2000, S. 128. 特に*M. Foucault*, *Die Anormalen*, 2003 und *A. Reckwitz*, *Das hybride Subjekt*, 2006, S. 412 ff. 学問論理的なものとして、*J. Link*, *Versuch über den Normalismus. Wie Normalität produziert wird*, 3. Aufl. 2006; *ders.*, in: *Gefahrensinn, Archiv f. Mediengeschichte* 2009, S. 11 ff.
- 41) Dazu und zum Folgenden *Bröckling* (Fn. 29), S. 43 f.
- 42) この展開を簡潔に述べるものとして、*Zabel* (Fn. 18), 1. Teil, I.1.1. ff. und 2. Teil, III.2.2.2.c). 法理論的には、*E. Denninger*, *KritV* 2002, S. 5, 13が、「正常性とは、それじしんによって、持続的に繰り返される存在によってなされ、正当化される。正当性がもっとも強く作用するのは、正当性を認識できずに問題となり、再帰的な正当化がまったく必要ない場合である」と述べる。

- 43) Statt Vieler *G. Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976; *K.F. Gärditz*, Strafprozess und Prävention, 2003, S. 52 ff. und *B. Schünemann*, in: Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 153 ff.; differenzierend *J. Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014; zur Kritik dieser Entwicklung siehe nur *P.A. Albrecht*, Auf dem Weg in die Sicherheitsgesellschaft, 2010; *M. Kahlo*, in: Rechtsgutstheorie, 2003, S. 26 ff.; *Köhler* (Fn. 12), S. 20 ff.; *W. Naucke* KritV 1999, S. 336 ff. und jüngst *Pawlik* (Fn. 12), S. 82 ff.
- 44) Einzelheiten bei *R. Zaczyk* Der Staat 50 (2011), S. 295 ff.
- 45) *Hassemer* (Fn. 18), S. 239, 259.
- 46) *W. Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 29 ff. und öfter.
- 47) *Hassemer* (Fn. 18), S. 239.
- 48) Vgl. nur *G. Jakobs*, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 47 ff.; *R. Griesbaum*, in: Festschrift für K. Nehm, 2006, S. 125 ff.; *H.-L. Kunz* KrimJ 2010, S. 9 ff.; *H.-U. Paeffgen*, in: Festschrift für K. Amelung, 2007, S. 81 ff.; *M. Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht, 2008, S. 25 ff. sowie die Beiträge in: *T. Uwer* (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, 2006.
- 49) 現在のテロ対策立法については、vgl. hier nur *Fischer-StGB*, 61. Aufl., § 89a Rn. 1 ff.; *N. Gazeas/T. Grosse-Wilde/A. Kießling* NStZ 2009, S. 593 ff.; *K. Gierhake*, Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht, 2013, S. 180 ff., 289 ff.; *M. Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil, 2013, S. 227 ff.; *T. Müller*, Präventive Freiheitsentziehung, 2011; *H.-U. Paeffgen*, NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 89a Rn. 1 ff.; *H. Radtke/M. Steinsiek* JZ 2010, S. 107 ff.; *B. Zabel* JR 2009, S. 453 ff. und *M.A. Zöller*, Terrorismusstrafrecht, 2009.
- 50) *K. Eckstein*, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 163 ff.
- 51) *G. Jakobs* ZStW 97 (1985), S. 751 ff. Zur aktuellen Debatte siehe etwa *R. Hefendehl/A.v. Hirsch/W. Wohlers*, Die Rechtsgutstheorie, 2003; zum abstrakten Gefährdungsdelikt bereits *K. Binding* GS 68 (1919), S. 357, 365 f.; darüber hinaus *A. Hoyer*, Eignungsdelikte, 1987, S. 18 ff.; *W. Beck*, Unrechtsbegründung, 1992, S. 134 ff.; *F. Herzog*, Gesellschaftliche Unsicherheit, 1991, S. 50 ff.; *U. Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 280 ff.; *L. Kuhlen* GA 1986, 389 ff.; *B. Müssig*, Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1993, S. 204; *C. Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993, S. 167 ff. und *F. Zieschang*, Gefährdungsdelikte, 1998, passim.
- 52) So *W. Hassemer*, AK-StGB, 1990, vor § 1 Rn. 400.
- 53) *Wohlers* (Fn. 46), S. 307 ff.; insofern unter Anknüpfung an *W. Frischs* „Typen der Risikoschaffung“, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1993, S. 96, 98, 250 ff. und öfter.
- 54) その意味において、*Kubiciel* (Fn. 49), S. 237 f. は、「それゆえ、StGB 89条aは、個人の権利を間接的にしか保護しない一方で、直接には、国家や国際法上の機関の保護を目的としているのである。」と述べる。
- 55) 力点に差異はあるが、*S. Beck*, in: Festgabe für R. Paulus, 2009, S. 15 ff.; *Paeffgen* (Fn. 48), S. 81, 112; *Pawlik* (Fn. 48), S. 27; unter Hinweis auf die Ulpian-Sentenz: „cogitationis poenam nemo patitur“ (Digesten 48.19.18); ähnlich bereits *Jakobs* (Fn. 51), S. 752, 753 f. Kriminalsoziologisch *S. Krasmann*, in: Archiv für Mediengeschichte, 2009, S. 139 ff. どの程度まで立法者がStGB 89条aというルールにおいて特別予防の考慮に立ち戻り、リストの行為者と危険のモデルと改めて結びつけたのかは、ここでは論じることができない。

- 56) *Kindhäuser* (Fn. 51), S. 280 ff.
- 57) Zur Diskussion jüngst *Kubiciel* (Fn. 49), S. 257 f.
- 58) そのため、*T. Weigend*, in: Festschrift für H.J. Hirsch, 1999, S. 928.は、連邦憲法裁判所の判例による立法者と裁判官の広範な「判断の裁量」を考慮する。
- 59) *Fischer-StGB* (Fn. 49), § 89a Rn. 9.
- 60) Ausgearbeitet bei *Zabel* (Fn. 18), 2. Teil, III.2.1. ff.
- 61) Dezidiert *W. Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, § 30 II., III. (刑法の特殊性としての「紛争対応の特別の定式化」)
- 62) 刑法における感情と平和の保護については、vgl. *T. Hörnle*, in: Rechtsgutstheorie, 2003, S. 268 ff.; *dies.*, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 41 ff. しかしながら同書は、紛争というパラダイムには取り組まず、通説的なドグマと関連して、「見せかけの法益」に対する批判を用いている。特に、刑法において問題のあるタブーの保護との関連においては、*K. Seelmann*, in: Festschrift für Hassemer, 2010, S. 249 ff. und *B. Zabel* JR 2008, S. 453 ff.
- 63) 合意について早くから議論していたのは、*K. Lüderssen*, StV 1990, S. 419 ff. 加害者と被害者の和解については、*F. Streng*, in: NK-StGB, 4. Aufl. 2013, § 46a Rn. 1 ff.
- 64) その限りでは、立法者にとっては—いずれにしてもこの領域では—予防ロジックの「一貫した」貫徹が問題なのである。なぜなら、抽象的危険犯は「リスク配分」による危険限定のプログラムのためにあるからである。この展開に批判的なのは、*W. Frisch*, in: Rechtsgutstheorie, 2003, S. 215 ff. und *R. Hefendehl* (Hrsg.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, 2010; *B. Heinrich* ZStW 121 (2009), S. 94 ff. und *Müller* (Fn. 49), S. 137 ff.
- 65) 詳細な分析として、*Zabel* (Fn. 18), 2. Teil, III.2.1. ff.
- 66) 合意と刑罰の正当性の関連については、*F. Streng*, in: Festschrift für H.-D. Schwind, 2006, S. 447 ff. und *T. Weigend* JZ 1990, S. 774 ff. いわゆる制裁権については、BVerfG Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, NStZ 2013, 295; 加害者と被害者の和解を考慮したものとして、*Fischer-StGB* (Fn. 49), § 46a Rn. 3が、「司法の観点から、その中心にあるのは不法との闘争ではなく紛争解決にあるという構想は統合可能である。」とする。
- 67) Vgl. これについては、3aを参照。
- 68) *P. Kirchhof*, Der Staat als Garant und Gegner Freiheit, 2004.
- 69) *J. Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 33は、「基本権国家の義務は、二つの観点において見出される。基本権を(消極的に)尊重されるだけでなく、(積極的に)保護するという点である。保護の観点は、全体において基本権の安全を形成する。……基本権は、その保護を必要としている市民を出発点としている一方、保護義務は、それを保護する国家に焦点を合わせている。」と述べる。
- 70) *E. Denninger*, in: Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl. 2012, Abschnitt D. (Gefahrenabwehr); *C. Gusy*, in: Jahrbuch öffentliche Sicherheit, 2010/2011, S. 21 ff. und *U. Volkmann* NVwZ 2009, S. 216 ff.
- 71) *K. v. Schlieffen*, Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, S. 27 ff. und öfter.
- 72) Vgl. nur *A. Vosskuhle* Der Staat 20 (2001), S. 495 ff. und *di Fabio* (Fn. 1), S. 90 ff.
- 73) Dazu die Beiträge in: *C. Leggewie* (Hrsg.), Soziale Demokratie, Zivilgesellschaft und Bürgertugenden, 2008.
- 74) *B. Vogel*, Die Staatsbedürftigkeit der Gesellschaft, 2007, S. 13 ff. und öfter.
- 75) そのような分析として、*M. Stolleis* (Fn. 1), S. 129 ff.
- 76) 管理の形式と実務をめぐる現在の議論、特に行政法と刑法で検討された展開について

- は、vgl. dazu einerseits *G.F. Schuppert*, *Der Rechtsstaat unter Bedingungen informeller Staatlichkeit*, 2011, *ders.* (Fn. 1), S. 137 ff. andererseits *M. Jahn*, in: *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 175 ff.; *K. Lüderssen*, in: *Festschrift für G. Fezer*, 2008, S. 531 ff. und *B. Zabel* JZ 2011, S. 617 ff.
- 77) この関心と曖昧さの必要性については、*Hassemer* (Fn. 52), Rn. 18; zur Kritik etwa *T. Fischer* NSTZ 1988, S. 162.
- 78) *G.F. Schuppert*, *Governance und Rechtssetzung*, 2011, S. 97 ff.
- 79) *Teubner/Gostomczyk* (Fn. 13), S. 141, 166.
- 80) 特に刑事手続を考慮したものとして、*M. Jahn* ZStW 115 (2003), S. 815 ff.
- 81) 健康保険について、*P. Fuchs*, in: *Moderne Mythen der Medizin*, 2008, S. 363 ff.; *M. Hafen* (Fn. 29), S. 79 ff.; 環境保護について、*U. Hapke*, *Prävention und Umwelthaftung*, 2001; darüber hinaus *M. Heger*, *Die Europäisierung des deutschen Umweltstrafrechts*, 2009, S. 185 ff., 229 ff. und *F. Saliger*, *Umweltstrafrecht*, 2012.
- 82) Vgl. nur *U. di Fabio*, *Wachsende Wirtschaft und steuernder Staat*, 2010 und die Beiträge in: *B. Fateh-Moghadam* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010; zur Kontroverse um Grund und Reichweite der Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB siehe etwa *C. Roxin* GA 2013, S. 313 ff. さらに、治療中止に関する最近のBGHの判断として、BGHSt 55, 191.
- 83) *Kaufmann* (Fn. 3), S. 57.
- 84) これを述べるものとして、*U.K. Preuß* KritV 1989, S. 3, 7. ここでは、以下のように述べられている。「法の安定性は、法益の安定性と同義ではない。法益保護が、契約維持の具体的・直接の保証人または法律の充足によってではなく、法体系全体を参照することによってなされるのであれば、法的安定性という約束は法体系の安定性によって否認されているように見える、という失望の可能性がある……」と。
- 85) 詳細については、*Zabel* (Fn. 18), 3. Teil, I.1.2.
- 86) これについては、前述 3 b) および 4 を参照。
- 87) 1 における記述を参照。
- 88) *N. Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 4. Aufl. 1999. 刑法、特に刑事手続法の「原理組織」がまさに、制度を配置することの個々の学問的な意義を明らかにしうることについて、vgl. nur *H.H. Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl. 2010, §§ 12 ff.
- 89) この緊張関係については、*J. Searle*, in: *Journal of Institutional Economics* 1 (2005), pp. 1 ff. und *R. Jeaggi*, in: *Sozialphilosophie als Kritik*, 2009, S. 528 ff. いずれの論者も、制度または制度に関する事実は、認識様態的、存在論的観点から観察されうるもので、その二つの観点は混同されてはならないとしている。さもなければ、一方においては制度が我々によって構築され、その限りで我々から独立し、他方ではその客観的妥当性すなわちその主観的な処分不可能性は、容易には否認されないということが隠されてしまうとされる。制度に関する事実が認識態様的にとどまらず存在論的に何らかの客体を記述しているとすれば、最終的に一つの問題が生じる。被造物という性質を露出させずに制度が独立する危険が少なくとも存在するということである。ここでは、客体の優位性がイデオロギーとなっており、目的の疎外化、「解放」、「空疎化」および「浸食」、すなわち「悪い」制度が正当化され、同時にそれを順応させたり、さらにはその廃止を妨げることになりうるという危険が生じうる(前掲文献を参照)。
- 90) *B. Zabel*, in: *Autonomie und Normativität*, 2014, S. 153 ff.