

クリスチャン・イエーガー「法におけるパラダイム 転換としての敵：法治国家防衛のための手段としての の敵味方刑法の存在と有用性について」

野澤，充
九州大学大学院法学研究院：准教授

<https://doi.org/10.15017/26258>

出版情報：法政研究. 79 (4), pp.148-114, 2013-03-15. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

資 料

クリスチャン・イエーガー「法におけるパラダイム転換としての敵 ——法治国家防衛のための手段としての敵味方刑法の存在と有用性について」

野 澤 充 (訳)

〔翻訳者はしがき〕

以下に紹介するのは、クラウス・ロクシン80歳祝賀論文集に掲載された、バイロイト大学のクリスチャン・イエーガー教授による論文 (Christian Jäger, Der Feind als Paradigmenwechsel im Recht, Zu Existenz und Tauglichkeit eines Feindstrafrechts als Mittel zur Verteidigung des Rechtsstaats, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, Band 1, S.71-90) の翻訳である。イエーガー教授は、クラウス・ロクシン教授に師事し、2003年8月にトリアー大学教授に就任した後、2008年10月からバイロイト大学に移籍した。本論文は、2010年7月16日のバイロイト大学での就任記念講演の原稿をもとに、大幅な加筆・修正を加えたものとのことであり、その内容は、刑法で近年問題とされている、いわゆる「敵味方刑法 (Feindstrafrecht)」の内容上の検討および問題点の指摘をするものである。

「敵味方刑法」という概念は、本論文にもあるとおり、特にドイツ・ボン大学の刑法学者ギュンター・ヤコブス教授 (Günther Jakobs) によってその存在が指摘され始め、犯罪者の社会への再統合を前提とする従来までの「市民刑法」に対して、「再統合の不可能な犯罪者」の存在を前提とし、それに対処する刑法のあり方の概念として生まれてきたものである。とりわけこのような刑法のあり方は、9・11テロを契機としたテロへの対処の必要が求められる中で、広がりを見せているといわれている。当初はヤコブス教授もこのような刑法のあり方に対して批判的な立場をとっていたものの、近年ではそのような刑法規範が現実存在していることを認め、さらにはそれを肯定するかのような傾向も見られる状況にある。

このような「敵味方刑法」という概念に対して、イエーガー教授は「敵味方刑法は、存在しているわけでもないし、その採用が有意義なものであるわけでもない」として、批判的な立場をとり、さらに現行の法制度にもそのようなものが存在しているわけではないと結論づけている。

しかしこのような主張に対しては、現実に近年の刑法および刑事訴訟法においてみられる、テロ対策のための新たな犯罪類型（特にドイツ刑法では129条a「テロ団体の形成」など）や新たな刑事手続制度（特にドイツ刑事訴訟法100条cによる「大盗聴」など）が、やはり再統合不可能な「国家の敵」としての犯罪者を想定しているのであって、その必要以上に前倒しされた段階での厳罰化および手続的対処によって、間接的に一般市民の生活が圧迫されるのではないかとの懸念がある。とりわけイエーガー教授の主張のように、「そのような敵味方刑法という現象は現在において存在しない」としてしまうことは、結果的に進行しつつある上記のような新たな法制度に対する批判的な検討の余地を失わせてしまうのではないかと、「現状追認」の傾向があるといわざるを得ないのではないかと懸念が生じ得るものと言える。

そうではあるが、このような「敵味方刑法」の考え方に関しては、刑事立法の時代に入りつつあるといわれる日本においても検討が進んでおり、本論文を翻訳・紹介することは日本での議論にとっても非常に有意義なものであると考えた次第である。翻訳・紹介に関して快く承諾していただいたイエーガー教授に対して、心より感謝申し上げる次第である。

なお、本文はほぼ原文どおりであるが、日本語としてわかりにくい表現の箇所に関して、意識した部分があることを御承知頂きたい（言葉を訳者が完全に補うなどした場合には、〔 〕 括弧内に示した）。さらに脚注については、できるだけ原論文の脚注を補足するような形で文献名等を記載するように努めたが、いくつかの文献に関しては原論文の引用のままとなっている点を御承知頂ければ幸いである。なお、ローマ数字での脚注は本文の補足説明として訳者が説明を加えたものであるため、ローマ数字の脚注の文責は訳者にある。また、末尾に参考となるであろうドイツ法の条文の日本語訳を挙げた。

*

*

*

被祝賀者〔Claus Roxin〕は、ドイツ刑法解釈論および国際刑法解釈論を決定的に発展させた。回顧すれば、Claus Roxinが刑法学の頂点へと上り詰めることは、優れた展開を事前に予測し、それを概念へともたらし、そして解釈論の形式においてもたらすという、その能力の論理的な帰結であった。その際につねに彼は犯罪行為者を、その人格について自由と答責性を授与されることによって正当に評価されるべき、過ちを犯した人間として見ていた。したがって、彼は常に、この目的に役立つことが刑法理論の使命であるとも確信していた。かつてのRoxinの論考において、まさに法理論に目を向けて、そのことが述べられている。すなわち、「法理論は秩序を創出するに違いない。その秩序は、同時に刑法がそれに従う者の個性を保持する場合には、實際上刑法が公共の法意識を一般予防の意味においてのみ強化し得るということ、社会が処罰されるべき者に対して行うことが、結局のところその者の幸福のためにも最も役に立つものであること、そして犯罪者の弱さと治療の必要性を全て考慮して、目標とされている答責的な人格のイメージが見失われない場合には、犯罪者の社会的無用性を彼自身にとって、そして共同体にとって同様に実りの多い方法でのみ改善し得ることを示すものである⁽¹⁾、と。このような言説は、非人格化するような敵味方刑法とは正反対の対立状況にあることが、以下において示されるべきである。その背後には、この論考が80歳の誕生日への心からのお祝いの言葉とともに捧げられる被祝賀者が、引き続いての論述に基づいてその弟子を評価して頂くという期待があるのである。

Ⅰ. 敵味方刑法の着想

敵味方刑法に関する議論の起源は、1985年にまで遡る。「法益侵害の前段階における犯罪化⁽³⁾」という論考において、Günther Jakobsは市民刑法と敵味方刑法の間の区別についての発端を作った。しかしながらこの区別に対して批判的な力は、Jakobs

⁽¹⁾ Claus Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 387.

⁽²⁾ Roxin自身はそれについて、彼の教科書(AT I §2 Rn.126)において以下のように書いている。「ここで主張された、法益を保護するような、法治国家的・自由主義的な行為刑法の構想からは、Jakobsによって展開された『敵味方刑法』の構想ははるかに逸脱するものなのである。」

⁽³⁾ Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97 (1985), 751ff..

が結局として2004年にその論考「市民刑法と敵味方刑法」を公表するまで、ほぼ20年の間、それほど広がりを見せたわけではなかった。

Jakobsはその論考で、原則的に逸脱した者は交戦されなければならないという見解を主張した。すなわち、このような戦争は合法的な市民の権利の防衛へと導かれ、すなわちその安全に対する権利の防衛へと至る。しかしそれ(すなわち戦争)は、刑罰とは異なって、処罰される者における権利でもなくて、むしろ敵が排除されるのである、と。

Jakobsが敵味方刑法の概念を1985年には、ドイツ刑事立法の敵味方刑法的な傾向を指摘することのみによって、なお早くも記述的に使用していたのに対して、彼の記述はそうこうするうちに、肯定的な基調を是認するようになり、「被抹殺者」に対する敵味方刑法の創出を要求しているように見える⁽⁶⁾。したがって彼によればそのことは、共同の法律状況における生活に参加しない者が消滅しなければならないということの意味し、すなわちそのことは、その者が放り出され、そしていずれにせよその者は人格として取り扱わなければならないのではなく、敵として取り扱われ得ることを意味するのである⁽⁷⁾。それにより、市民が敵という意味での「被抹殺者」へと突然変異し得る領域の存在をJakobsが承認していることは明白となる。

その際にJakobsは、とりわけThomas Hobbsの社会契約についての考察を引き合いに出している。すなわち、このような社会契約は、特定の行為によって取り消されるものである。多数の規定から、「個人的な態度の期待が永続的に裏切られる場合には、個人としての犯罪者の取り扱いについての準備は消滅するということ」が読

⁽⁴⁾ Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, 88ff.. 傾向として賛成するものは、Otto Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2.Aufl., 2007, S.63ff; Michael Pawlik, Der Terrorist und sein Recht, 2008, S.22ff, 41f; Miguel Polaino-Orts, Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un Concepto, 2006, S.97、もっとも、一部においてかなり異なる強調が見られる。Miguel Polaino Navarrete, Die Fuktion der Strafe beim Feindstrafrecht, FS Jakobs, 2007, 549も参照。

⁽⁵⁾ Jakobs, HRRS 2004, 95. (そのまとめを参照)

⁽⁶⁾ 敵味方刑法を顧慮すると必要不可欠であるような、記述的な概念、批判的に告発する概念、および肯定的に是認する概念の事前識別については、Roxin, AT I §2 Rn.127参照。それにより彼は明らかにLuís Greco, Über das so genannte Feindstrafrecht, GA 2006, 102ff.による区別に同調するのである。それについてより詳細には、Greco, Feindstrafrecht, 2010, S.49ff.を参照。Tatjana Hörnle, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs »Feindstrafrecht«, GA 2006, 81 ff.は、「敵味方刑法」概念の記述的次元と規範的次元を区別する。その他の点で、「過激化」の方向への展開については、Frank Saliger, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept, JZ 2006, 758を参照。

⁽⁷⁾ Jakobs, HRRS 2004, 90.

⁽⁸⁾ それについてはさらなる証拠とともに、Roxin, AT I §2 Rn.126.

み取られ得る。このことは、保安監置のほかにも、多数の刑法規範から認識され得るものである。したがって立法者は例えば——公然とそのように述べているのだが——撲滅立法へと移行する、例えば経済犯罪の撲滅のための第一次法律および第二次法律におけるように。同様にテロ撲滅のための法律第1条においても、またはさらに違法薬物取引およびその他の組織犯罪の現象形態の撲滅のための法律においても、もしくは最後に性犯罪およびその他の危険な犯罪行為の撲滅のための法律においても⁽¹⁰⁾もそうである。

Jakobsはこの背景において、明示的に2001年9月11日の犯罪行為をも引き合いに出す。この犯罪行為に関して、「厳密な確定によっては犯罪の範疇のみへと国家に結びつきが課されないのかどうか、やはり十分に問われるべきである——すなわち、まさに行為者を人格として尊重する必要性である——それは、一般的に人格的態度の期待をまさに証明しないテロリストに対しては全く以て適切なものではないのである。別の方法で表現するならば、敵を市民的犯罪者の概念の下に置く者が『戦争』という概念と『刑事手続』という概念が混乱した状況に陥ってしまうのは、驚くべきことではないのである。さらに別の方法で表現するならば、市民刑法から、その法治国家的性質——すなわち激情の抑制、単なる予備へではなくて顕在化された行為のみへの反作用、刑事手続における犯罪者の人格の尊重、そしてその他多くのもの——すなわちこのような性質を市民刑法から失わせまいとする者は、破滅を望まない人々がテロリストに対して行うに違いないことを、別なものとして呼ぶべきであり、それはまさに敵味方刑法、制御された戦争と呼ぶべきなのである⁽¹¹⁾」。このような法治国家的執着の消耗はすでも認識されている。すなわち例えば、テロリスト結社の形成の構成要件における可罰性のさらなる前倒しに際しても、刑事弁護人と訴訟依頼人との接見禁止の命令の可能性に際してもそうである。すなわち敵味方刑法は今日ではすでに既成事実であるように見える。それはもはやそのようなものとして形成され、使用されなければならないものでしかない。まさに今日書き留められるべき、本質的により危険な、市民刑法と敵味方刑法の混合に対しての長所が

⁽⁹⁾ Jakobs, HRRS 2004, 92.

⁽¹⁰⁾ これについてはJakobs, HRRS 2004, 92の脚注29-32を参照。

⁽¹¹⁾ Jakobs, HRRS 2004, 92.

その中にあるだろう、と。⁽¹²⁾

敵味方刑法の存在に対する根拠を、Jakobsは刑罰の目的から導き出そうとしている。

その際にJakobsが、刑法を実際には法益を保護するような道具として機能的に理解しているのではなくて、社会の同一性の保持のための手段として社会学的に理解していることが理解されなければならない。⁽¹³⁾したがって刑罰はJakobsにとつては、⁽¹⁴⁾規範の有効性の防衛による社会の維持に役立つものであり、そして潜在的には積極的⁽¹⁵⁾の一般予防、すなわち法的になされるべきことに関する社会的練習にも役立つものなのである。

それゆえに、まさにいわゆる敵に対する刑罰のこのような予防的な意味の喪失の中に、Jakobsは彼によってそのように示された敵味方刑法に対する根拠を見出すのである、すなわち「敵が問題となっている場合において、市民刑法は名宛人を失った」。⁽¹⁶⁾そういうわけでJakobsによれば、規範に合致した態度への動機づけ能力が全体として欠けているような行為者は、市民刑法上の取り扱いについての要求を喪失するのである。明示的に彼は述べる、「人格的な態度の十分な認識に関する安全を達成しない者は、なお人格として取り扱われることを期待できないだけでなく、国家はその者をもはや人格として取り扱ってはならないことになるのである、なぜならさもなければその者は他者の人格の安全に関する権利を侵害するであろうからである」。⁽¹⁷⁾

しかしながら、Jakobsを完全に理解することを可能にするために、彼の一般的な刑法理論をより詳細な考察の下に置かなければならない。彼にとって重要なのは、個々人がさらにその者に割り当てられた役割を演じることに準拠することのみを刑

⁽¹²⁾ Jakobs, HRRS 2004, 94f.

⁽¹³⁾ Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken, ZStW 107 (1995), 843.

⁽¹⁴⁾ 例えばJakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S.50 ; 同くJakobs, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, FS Saito, 2003, 34参照。

⁽¹⁵⁾ 当然に批判的なのは、Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, FS Hassemer, 2010, 594. そこでは「規範の適用をそれ自身のために保持すること」は、刑罰の目的ではありえないことが指摘されている。

⁽¹⁶⁾ すなわち的確なのは、Arndt Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung-auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 2006, 113.

⁽¹⁷⁾ Jakobs, HRRS 2004, 93.

法も強く要求しなければならないがゆえに、人格がその社会的な役割の中で行動することなのである。その際に臨時雇いのウエーターの例は有名となった、すなわちその者が同時に生物学の学生であったがゆえに、サラダの中に死に至るような毒キノコがあるのを明らかに認識したが、それにもかかわらずサラダを提供した。Jakobsはここで、たとえ客が死亡したとしても、ウエーターを殺人罪を理由としては処罰しようとはしない、そしてその見解を、ウエーターがその社会的な役割の枠内で行動したことに依拠している。すなわち、その者がこのような社会的な役割を遵守している限りは、その者は殺人罪を理由としては処罰され得ないのである、と。そのウエーターはまさに原則的に給仕をしなければならないのであって、生命を保持しなければならないわけではないのである。ここで、Jakobsが法を法益保護に目を向けて理解しているわけではなくて、⁽¹⁹⁾単にその遵守について刑法が尽力しなければならないような社会的な役割を演ずることとして理解していることが明らかになる。しかし個々人がもはや社会的な役割へと立ち戻り得ない場合には、Jakobsにとっては明らかに敵味方刑法が始まるのである。彼は自分自身で次のようにいう、「市民刑法は規範の有効性を維持するものであるが、敵味方刑法（広い意味で、処分法が含まれる）は、危険と戦うものである。」⁽²¹⁾そしてさらに彼は次のように述べる、「原則的な形で逸脱する者は人格的態度の保証を何ら提供しない。したがってその者は市民としては取り扱われ得ないのであって、敵として戦われなければならないのである。」

行為者類型と敵の同一視、ならびに法と戦争の部分的な同一視による、このような敵味方刑法の構想は、学説においては、Carl Schmittの意味における国家社会主義的思想の流布であるという、当然の非難にさらされたように見えた。⁽²²⁾しかしな

⁽¹⁸⁾ Jakobs, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, GS Armin Kaufmann, 1989, 273, 286f. を参照。彼にとっては、せいぜいのところ刑法323条cによる処罰が問題となるにすぎない。

⁽¹⁹⁾ Jakobs AT 2/1ff.を参照。

⁽²⁰⁾ すなわち異なる文脈においてGreco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum “Problem” des Sonderwissens, ZStW 117 (2005), 526f. もまた、帰属理論について一読に値する帰結を導く。

⁽²¹⁾ ことさらに続く引用はJakobs, HRRS 2004, 90, 95.

⁽²²⁾ それについて全体としてはAboso, in: Manuel Cancio Meliá/Carlos Gómez-Jara Díez, Derecho Penal del Enemigo, Band I, 2006, S.58ff.; Kai Ambos, Feindstrafrecht, SchwZStr 124 (2006), 22; Eduardo Demetrio Crespo, in: Cacio/Gómez-Jara I, S.486 (=ZIS 2006, 413ff.); Heinz Düx, Globale Sicherheitsgesetze und weltweite Erosion von Grundrechten, ZRP 2003, 189; Francisco Muñoz Conde, Über das “Feindstrafrecht”, S.36ff.; NK-Paeffgen vor §§32ff. Rn.

からJakobs自身はそれに対して、Carl Schmittの敵概念は、「他者」の意味における外敵〔hostis〕を意味するのであって、一方その敵味方刑法の立場は、敵〔inimicus〕としての犯罪者にに基づくものである、と異議を述べた。⁽²³⁾

しかしながらこのような批判の向こう側で、敵味方刑法という命題に関する議論が憂慮すべき展開を指摘したことが自覚されなければならない、すなわちその議論の進展、つまりその法的な維持可能性が大いに争われるような安全刑法上の規範の増大は、既に今や研究され得るものなのである。

II. 敵の概念

Jakobsはその後の論考において、彼の社会の敵という命題を厳密に規定することを試みた。すなわち彼は、一定の行為者が、その義務の巨大な集まりの中で、一度きりのみ、もしくはわずか数回のみ義務を果たさなかったのであって、したがって全体としてまだ受忍可能である生き方が見られ得るということを目指した。⁽²⁴⁾ このことはおよそ犯罪の通常事例においては事実そのとおりである。犯罪者は、一つの犯罪行為を理由として、または少数の犯罪行為を理由として、即座には社会から離脱することになるわけではない。逆にその行為者は多くの他の状況において、その上非常に適合して行動するかもしれない。それによってその者はむしろ瞬間的に誤って行動したのである、もちろんこのことは中身のあるものではあるが、それゆえ、たとえその者の人格存在の認識的な根拠づけがその犯罪によって動揺したとし

223 ; 同じく Hans-Ullrich Paeffgen, Bürgerstrafrecht, Vorbeugungsrecht, Feindstrafrecht?, FS Amelung, 2009, 91; Cornelius Prittowitz, in: Mir Puig/Corcoy Bidasolo (Hrsg.), La politica criminal en Europa, 2003, S.116; Henning Rosenau, Die Nachträgliche Sicherungsverwahrung – Feindstrafrecht oder Bewährungsprobe für den Rechtsstaat?, in: Forensische Psychiatrie – Ulrich Venzlaff zum 85. Geburtstag, 2006, S.288f.; Saliger, JZ 2006, 761, 以前からすでに、 Bernd Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, GA 2001, 212, 彼に賛成するものとして Karl Heinz Gössel, Widerrede zum Feindstrafrecht – Über Menschen, Individuen und Rechtspersonen, FS Schroeder, 2006, 48. Antonio Cavaliere, “Feindstrafrecht” und “Bekämpfungsstrafrecht” – Zwei unhaltbare Rechtfertigungen für eine Differenzierung von Verfassungsgrundsätzen nach Tätertypen, in: Thomas Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S.325も参照、この文献は敵味方刑法の権威主義的な要素を指摘する。

⁽²³⁾ Jakobs, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, HRRS 2006, 294, 結論として賛成するものとして Greco, Feindstrafrecht, 2010, S.25, この文献は、Jakobsにおける人格の概念が第一に重要なものであるのに対して、Jakobsにおける敵は二次的な概念であることを指摘する。

⁽²⁴⁾ このことさらに続く引用は Jakobs, HRRS 2006, 292.

でも、信頼することが許容され、その人格存在の根拠づけはそれに続く刑罰に際して再び強固になるのである。そういうわけで、刑法は通常事例においては犯罪者を今後も人格として法のもとに考察するようなやり方をとるのである。

それに対して、Jakobsがとりわけ、人間の生命、身体または自由に対する危険の回避のための被疑者と弁護人の間の接見禁止を指摘する場合には、テロの危険の対処に際しての極端な敵味方刑事手続規定が書き留められ得ることになる。⁽²⁵⁾

適切にも彼は盗聴に対して意見を述べている。すなわち、嫌疑に対する盗聴または隠蔽された捜査は、彼によれば、市民の概念とは調和しない。それはむしろ社会の外側に存在する個人に対して向けられるので、その結果そのような敵味方刑法が合法的であるのかどうか、そしてもしそれが肯定されるならば、どの程度までそうなのかのみが問われるべきなのである。

回答の試みとして彼は、国家がその形態を軽率に危険にさらすに違いないことを指摘している。⁽²⁶⁾ すなわち、敵味方刑法が問題となっている場合において、これは同時に、短縮された訴訟手続、嫌疑刑、またはさらに威嚇のための公開での四つ裂き刑およびそれに類似したものを意味するものではない。平和主義者が攻撃者を正当防衛においても殺害しようとしないと宣言し得るのと同様に、法治国家にも、その国家の指導者がさもなければ敵の大量殺戮を行わなければならないであろうような場合に、回避するか、もしくは完全に滅亡するかという自由裁量が任されている。まさに、その自己の肖像を理由として実行しない行動様式が存在するのである。しかし決定的なのは、全く以て完璧な法治国家はテロリストに対してそのように圧倒的な立場の有利性を提供することになるであろうこと、そして法治国家がテロリストにまさに、その適用領域に滞在し、もしくはより詳細には、活動するようになる気持ちを起こさせるであろうことなのである。

ここで、Jakobsがその主張それ自体をすでに再び相対化していることが感じ取られる。しかし他方では、Jakobsが短縮された訴訟手続、嫌疑刑、四つ裂き刑およびそれに類するものを敵味方刑法においてありえないものであるとは考えていないことも明らかとなる。もちろん、彼はそのようなものが行われなければならないわけ

⁽²⁵⁾ Jakobs, HRRS 2004, 93; 同く Jakobs, HRRS 2006, 296.

⁽²⁶⁾ このことさらに続く引用は Jakobs, HRRS 2006, 296f..

ではないことを指摘してはいる。——しかし、その背後にはまさにやはり、極端な場合においてそれは行われ得るであろうという言明が隠れている。Jakobsが別の論考において、テロに対する戦いにおいて「刑事訴訟法136条 a は全ての事例に対して最終的に決定的なものであるわけでは」あり得ないということから出発するのであれば、それもこの方向性を指し示すものである。⁽²⁷⁾

この関連において、ラテンアメリカ、そしてその中でもとりわけコロンビア⁽²⁸⁾においては、敵味方刑法の立場がすでに大きな政治的利害に遭遇することになったことは、言及に値するように思われる。もちろんこのことはとりわけ、コロンビア政府がかなりの時間にわたって組織犯罪との敵対的な対決状況にあるということと関連があるといってよいであろう。

III. 憲法と刑法解釈論という光の下での敵味方刑法の価値と現実

1. 敵味方刑法の温床としてのテロの脅威

自らの死をもはや災いであるとは理解せず、その社会を破壊するような目的の手段として使用するような自爆テロ犯という類型による、外国型のイスラム原理主義テロ——それ自体として自らの死がもはや自らの行動を左右する基準とはならないようなテロ行為は、その者の立場でその基準の喪失によって特徴づけられる方向へと刑事政策を転換するには、よりふさわしいものである。すなわちテロの歴史は、法治国家が限界を超えるような暴力の環境において常に、法治国家の限界の真意をくみ取る傾向があったことを示している。⁽²⁹⁾

ドイツ赤軍によるテロ襲撃に直面して、当時の連邦首相であるHelmut Schmidtは以下のように述べた。「法治国家を確実に保護しようとする者は、内心的には、法治国家によって許容され、そして要求されていることの限界すれすれまでいく準備

⁽²⁷⁾ Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117 (2005), 849.

⁽²⁸⁾ それについては、Alejandro Aponte, Krieg und Feindstrafrecht: Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004; 詳細にはBernd Heinrich, Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention, ZStW 121 (2009), 106f.; Sinn, ZIS 2006, 111も参照。

⁽²⁹⁾ 今日の状況についてMark Alexander Zöller, Willkommen in Absurdistan, Neue Straftatbestände zur Bekämpfung des Terrorismus, GA 2010, 607ff.も参照。

もできていなければならない⁽³⁰⁾」。のちにSchmidtは以下のように断言した。「我々は法治国家の限界すれすれにまで行ったと私は考える。しかし我々はそれを踏み越えたわけではない⁽³¹⁾」。

イスラム原理主義テロとの対決において、政治の保守反動は、新しい脅威の潜在的可能性に本質的により激しく踏み込むものである。したがって、かつての内務大臣であるOtto Schilyは2004年に近代型のテロリストに関連して以下のように述べた。「あなた方がそれほど死を好むならば、あなた方は死ぬことができる⁽³²⁾」。ここでは、敵味方刑法によって述べられていることが明白なものとなっている。すなわち、荒れ狂う暴力によって行動する者は、荒れ狂う国家権力によって対処され得るのである。

2. 敵味方刑法の危険性

しかし敵味方刑法の構想の問題点は今やどこに存在するのであろうか？その問題点は——そしてこのことはあらかじめここで述べられるのだが——、重大な役割侵害に基づく人格状態の喪失を可能なものとみなすことの中に存在する。

敵味方刑法と市民刑法を対置させることによって、このような方法によって部分的な法体系が創設されるのであり、そしてその法体系においては、法治国家的な刑法の断片性を伴って現れてくるような、人格と結びつくような自由な傾向が、もはや何ら有効性を備えていないのである。危険なのは、法的な取り扱いにおける区別が、行為者にのみ結び付けられていて、そしてこのような行為者によって実行された行為には結び付けられていないことなのである。このことは明らかにすでに敵味方刑法の概念と結び付けられているものであり、そしてその概念は、犯罪者の人格と結び付けられるのであって、犯罪者のそれ自体としての現象形態と結び付けられてはいないのである。このことは例えば危険刑法の概念において、安全刑法の概念において、もしくは予防刑法の概念において、実際そのとおりであるのと同様で

⁽³⁰⁾ 1975年3月24日の政府表明からの抜粋。ドイツ連邦議会速記録第7期Nr.5, S.1178f.

⁽³¹⁾ 1977年秋の事件〔(いわゆる「ドイツの秋」)〕に関する9か月についての連邦議会における発言、これについては<http://www.bpb.de/themen/0BGF88.html>も参照。

⁽³²⁾ Schilyの2004年4月26日におけるSpiegel誌のインタビュー。

⁽³³⁾ これについて詳しくは、Roxin, AT I §2 Rn.97ff..

⁽³⁴⁾ である。しかしJakobsによってその敵味方刑法の理由づけのために引用された撲滅法もまた、実際には行為に結びついているのであって、行為者類型に結びついているのではない。それらの法律は、経済犯罪、組織犯罪または性犯罪を撲滅しようとするものである。⁽³⁵⁾ それに対してJakobsが、これらの犯罪行為の背後に処罰されるべき行為者がいることを反論として挙げる場合には、それは当然のことである。⁽³⁶⁾ 行為者なくして犯罪行為は存在しない。しかし決定的なのは、これまで使用されてきたすべての概念が結局、行為者の主観的・人格的狀況を疑問視することなしに、客観的に危険の高さもしくは犯罪領域に結びついていたことなのである。それによりJakobsは、その人格狀況からの離脱を特定の犯罪の実現によって不可逆的なものと評価するような、特定の行為者に対する例外の法を宣伝する。当然なことに、Roxinはそれに対して、人格狀況の否定は多数の中心的な憲法原理に違反することを指摘している。すなわち、人間の尊厳、責任原理、法治国家原理、行為原理、そして無罪推定である。⁽³⁷⁾ Jakobsはおそらくそれに対して、これらの原則は非人格者に対しては適用不可能なのである、と異議を申し立てるであろう。だがそれによって、——領域特有でしかないとしても——人格狀況の剝奪が、裏側として客観的状況の認定を前提としていることが見落とされることになるであろう。しかし、後回しにされることのできない憲法の基本形式としての個人の尊厳と、そのような状況は相いれないのである。⁽³⁸⁾ その他の点では、それは——そしてこの点でRoxinは正当であると認められるべきなのであるが——行為者刑法への危険な方向づけを意味している、なぜなら敵の犯罪訴追の際に行業者類型にしたがって区別されるからである。その際に

⁽³⁴⁾ したがって適切にもSaliger, JZ 2006, 761はFelix Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, 1991; Prittowitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Wolfgang Naucke, Konturen eines nach-präventiven Strafrechts, KritV 1999, 336; Peter-Alexis Albrecht, Kriminologie, 3. Aufl. 2005, S.69ff.; 同じくAlbrecht, "Krieg gegen den Terror"-Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht, ZStW 117 (2005), 852ff.; Haffke, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Wen schützt das Strafrecht, 2006, S.24ff.を指示する。

⁽³⁵⁾ これと同様のものとしてSaliger, JZ 2006, 761.

⁽³⁶⁾ Jakobs, ZStW 117 (2005), 839を参照。

⁽³⁷⁾ Roxin, AT I §2 Rn.129.

⁽³⁸⁾ 少なくとも人間の尊厳と明確性原則にかんがみでの市民刑法と敵味方刑法の区別に反対するのは、Geraldine Louisa Morguet, Feindstrafrecht-eine kritische Analyse, 2009, S.284f.もそうである。しかしながら彼女は、憲法上やはり疑わしいものである、敵味方刑法の適切性および必要性を出発点としている。Morguet, Feindstrafrecht-eine kritische Analyse, 2009, S.244ff.を参照。

⁽³⁹⁾ Roxin, AT I §2 Rn.129. それについては、Demetrio Crespo, in: Cancio/Gómez-Jara, Derecho Penal del Enemigo, Band I, S.493ff. (=ZIS 2006, 413ff.); Roland Hefendehl, Organisierte Kriminalität als Begründung für ein Feind-oder Täterstrafrecht?, StV 2005, 156ff.; Zöller, Terrorismusstrafrecht, 2009, S.283f.も参照。

さらに困難にするのは、このような細分化が単なる嫌疑と結びつき、そしてそれゆえに行為者の取り扱いが常に思い違いの危険を免れないということがさらに付け加えられる。

3. 敵味方刑法の存在について

しかしJakobsはまださらに続ける。すなわちこのような、彼によって必要なものとして、もしくはいずれにせよあり得るものとしてみなされている敵味方刑法が、すでに我々の法現実の一部になっているということを彼は説明するのである。彼はこれについて例も挙げる。⁽⁴⁰⁾すなわち、刑法30条による関与の未遂における、もしくはテロ団体の形成という犯罪における、可罰性のかかなりの前倒しは、市民刑法とは明らかに区別されるべき固有の種類⁽⁴⁰⁾の刑法を根拠づけている。文書犯罪において事情は似たようなものである、すなわち文書犯罪では、すでに単なる行使の目的での不真正文書の作成が可罰的になるのである。敵味方刑法のさらなる表出は、例えば保安監置の法規定がそうである。最後に、刑事手続法も、敵味方刑法的な傾向によって特徴づけられる、例えば、刑事訴訟法112条aによる反復の危険の勾留事由において、もしくは特に重大な犯罪行為における盗聴工作の遂行に関する法規定において、と。

もっとも、挙げられている例が、市民刑法から敵味方刑法への展開を裏づけるのに実際に適切なものであるかどうかは、問われるべきである。

Jakobsによる前提条件によれば、これのための要件は、彼によって挙げられた規範が実際に、正当性への回帰がもはや信じられないような行為者が典型として含まれ得るであろう敵味方刑法の表れであることであろう。彼はまさにこの結論を、例えば刑法30条もしくは刑法129条aおよび129条b（重罪の約束およびテロ団体の形成）におけるような、可罰性のかかなりの前倒しという事実からのみ導き出している。しかしながらこの規定をより詳細に考察すれば、そこで挙げられた行為者において、正当性への回帰がもはや信じられていないような個人が問題となっているというこ

⁽⁴⁰⁾ Jakobs, ZStW 97 (1985); 757; 同様にJakobs, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S.51f.; 同様にJakobs, HRRS 2004, 92を参照。

とを、立法者自身が決して出発点としていないことが示される。逆に、可罰性をかなり前倒しするようなすべての規範は、中止や行為による悔悟のように一身的刑罰消滅事由を含んでいる(例えば刑法31条、もしくは刑法129条第6項と関連しての129条a第7項)。したがって立法者自身は、行為者の合法性への回帰が依然として可能でなければならないということから出発していたのである。敵味方法論を特徴づける、行為者の社会からの永続的な離脱に基づく人格状況の否定とは、これらの規定は全く以て相容れないのである。したがってJakobsは、規範それ自身が原則的に融和にねらいを定めていることを見落としているのである。

しかしその他のJakobsによって挙げられた制度もまた、刑法の部分領域において人格状況の埋没を裏づけるものではない。このことは、比例性原則によって形作られている、保安監置の法規定に対しても同様である⁽⁴¹⁾。Jakobsがこの制度の中に人格状況の喪失を認めるならば、その際に彼は、比例性の原則が当然に行為者に対する人格的な取り扱いの表れであることを見逃している。それに対してJakobsは、責任原理が行為者の人格的な取り扱いの唯一の形式であるというように振る舞う。しかしこのことはまさに正しくない。比例性原則は、そのつどの当事者に対する人格的な取り扱いを前面に出したものであり、そしてまさに責任原理がその限定的な作用をもちや発揮することができないような場面において、その形成力を展開しなければならないのである。それゆえ、国家が比例性の原則を刑事訴追に際しても、ならびに改善保安処分⁽⁴²⁾の適用に際しても用いる限りにおいて、非人格化された敵味方法論という言葉は用いられ得ないであろう。欧州人権裁判所が2009年12月および2011年1月に二つの衝撃的な判決において、保安監置の事後的な延長および事後的な命

⁽⁴¹⁾ これについて詳細には、Roxin, AT I §3 Rn.63ff..

⁽⁴²⁾ これについて適切にもRoxin, AT I §3 Rn.67において以下のように書かれている。「比例性の原則は法治国家思想から出てくるものであり(さらなる証拠とともに、BVerfGE 23, 127 (133))、したがって憲法に位置づけられるものであり、そして過剰侵害禁止 (Übermaßverbot) の意味において利益衡量原則を具体化するものである。」

⁽⁴³⁾ EGMR NJW 2010, 2495、その論評としてHeike Jung, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand der EMRK, GA 2010, 639; Hennig Radtke, Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist?, NSTZ 2010, 537; Frommel, NK 2010, 82 (それにより当該判決は、BVerfGE 109, 133に対して明らかに反論するものとなった)、ならびにEGMR, Urt. v. 13.1.2011-Az. 17792/07; Urt. v. 13.1.2011-Az. 20008/07; Urt. v. 13.1.2011-Az. 27360/04を参照。この領域における判例の展開全体については、Christian Jäger, AT Rn.12a.

⁽⁴⁾ 当該判決に関して詳しくは渡辺富久子「ドイツにおける保安監置をめぐる動向——合憲判決から違憲判決への転換」外国の立法249号(2011年)51頁以下参照。

令の規定を許容できないと宣言したという事実もまた、⁽⁴³⁾人格化された解釈を雄弁に語るものである。

4. 敵味方刑法の不十分な徴憑としての刑法保護の前倒しについて

しかし、一方の側の法治国家の保護と、もう一方の側の拡張された予防国家の樹立との間の境界線は、今やどこにあるのか？

この問題への回答のために、刑法が予防手段としての警察法と比べて抑圧的な手段としての特色を持つことを、さしあたりもう一度ははっきりと認識することが有意義である。警察法が事前的な予防により特徴づけられるのに対して、刑法の特徴は事後的な制裁の威嚇である。重罪の約束やテロ結社への関与を刑罰の下に置いている刑罰法規は、この境界線を徹頭徹尾なお遵守している。なぜなら、刑法30条において反作用として現れる制裁は、刑法129条 a および129条 b におけるのと同様に、先行する、實際上犯罪に同意して形成された結合体に結び付けられたものだからである。その際に、予防が原則的に秘密裏に実行されるのに対して、その制裁の特徴は、それが公然として生じることである。重罪の約束もしくはテロ団体の形成の処罰は、このような境界線を原則的に突破するものではない。むしろ国家が、すでに生じた出来事と結びつき、そしてこれに基づいてその法律効果を付すものなのである。

その際に出される問題は、国家がそのような刑法上の制裁をとることが許されるほどに、〔その出来事が〕すでに十分に生じたのかどうかということのみである。しかしこのことは、比例性原則の採用の下で回答され得るし、そして回答されなければならない。比例性原則の意義は、法とのこのような関連において、兄弟間の近親相姦の可罰性についての連邦憲法裁判所の判決の中で強調された⁽⁴⁴⁾——その結論によれば憲法においては比例性原則のみが基礎に置かれたのであって、法益理論は基礎

⁽⁴⁴⁾ それについて兄弟姉妹間近親相姦の可罰性に關連して、Hassemer補足意見を伴うBVerfGE 120, 257ff.ならびにその解説としてGreco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234ff.; Hörnle, Das Verbot des Geschwisterinzests-Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, 2085 ff.; Hans Kudlich, Erlaubt ist nicht alles, was gefällt...-Das Inzestverbot vor dem Bundesverfassungsgericht, JA 2008, 549ff.; Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, 544ff.; Benno Zabel, Die Grenzen des Tabusches im Strafrecht, JR 2008, 453ff.; J. Ziethen, NStZ 2008, 614ff.

に置かれなかったのだが、たとえそこで導かれた結論が説得力のあるものではなかったとしても〔そのように強調されたのである〕。すなわち比例性原則の特にはっきりとした表れとしての役割を、法益理論は容易に果たし得るのである⁽⁴⁵⁾。しかしこのような比例性原則の一部は、それを越えて、制裁の必要性をも確実にする。その際に、刑法が——そもそも法全体と同様に——有効性の原則〔Effizienzprinzip〕によって形作られていることに関して、疑いは存在し得ない。有効性は一つの法原則であり、そしてとくにそれは刑法原理なのである。刑法が常に、法益侵害が既に発生した場合に初めて活動することが許されるものであろうとするのであれば、それはまさに馬鹿げたことであるという非難に身をさらすものであろう。なぜならその場合には、その存在根拠自体を疑問視することになるであろうような、非有効的な刑法が問題となるからである。しかし有効性原理は、刑法がとりわけ〔国家による〕制御可能性の喪失が差し迫る場合においてその力を発揮することが許されるということを要求する。まさに、例えば重罪の約束において、もしくはテロ団体の形成においても、事態はそのような状況なのである。なぜなら、ここでは犯罪に同意した複数の者の結合体が、さらなる出来事の〔国家による〕制御を場合によっては排除するような、それ固有の推進力の危険性を発生させるからである。国家はそのような場合において、少なくとも重大な法益侵害の危険に際して、より酷いことを予防するために、すでに結合体の動向に対して積極的に行動をする可能性を持たなければならぬのである。

その際に、このような有効性原理が刑法解釈論において他の場所でも見られ得ることが、はっきりと認識されなければならない。例えば、間接正犯の未遂がいつ着手となるのかという問題において、それは現れる⁽⁴⁷⁾。その点においても、そのような未遂は既に出来事の手放し行為によって始まっていることを通説は出発点としてい

⁽⁴⁵⁾ 問題性については、Roxin, AT I §2 Rn.86ff.ならびにWilfried Bottke, *Roma locuta causa finita?*, *Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, FS Volk, 2009, 104; Winfried Hassemer, in: Hefendehlほか (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, S.60; Kristian Kühl, *Fragmentarisches und subsidiäres Strafrecht*, FS Tiedemann, 2008, 41; Schünemann, in: Hefendehlほか (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, S.145も参照。

⁽⁴⁶⁾ Horst Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3.Aufl., 2005を参照。

⁽⁴⁷⁾ Jäger, AT Rn.304; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, AT/II §48 Rn.82ff.; Harro Otto, AT §21 Rn.127; Roxin, AT II §29 Rn.226ff.; Georg Schilling, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975; Hans Welzel, *Deutsches Strafrecht*, S. 191; Johannes Wessels/Werner Beulke, AT §14 Rn.613ff.

る。例えばAが責任無能力のBに対してCを殺害する気にさせた場合には、この未遂は通説⁽⁴⁸⁾によれば、Bの直接的な開始によって初めて行為実行の開始がなされるのではなくて、すでにBを行かせ始めたことによって開始がなされるのである。その背後には、この時点から出来事の〔国家による〕制御可能性が困難なものでなくなり、その上排除されるという考え方が存在しているのである。それゆえ、有効性原理はここでもまた刑法上の帰結を設定しているのである。

これらを背景として、犯罪の既遂の前段階にまで可罰性をずらすような刑罰規範は、その刑罰規範が——比例性原則の一部として——保護されるべき法益との関連を認識させ得るものであり、そして〔国家による〕制御の喪失を予防する限りにおいて、それ自体としては敵味方刑法の表れではない。

文書偽造の犯罪が、ここではすでに単なる行使目的での不真正文書の作成が刑罰の下に置かれているがゆえに、敵味方刑法の表れであるという主張もまた、実際には維持できるものではない。なぜなら、ここでもまた当該規範は、有効性原理に基づいているからである。すなわち、すでに偽造文書の作成が、その使用を顧慮すると〔国家による〕制御が不可能である危険を創出しているのである。したがって構成要件において要求されている行使の目的は、よくよく考えてみれば、決して敵味方刑法の表出ではないのであって、逆に比例性原則に基づく可罰性の限界づけに役立つものなのである。

もちろん、経済刑法にもまた可罰性の前倒しが存在する。すなわち例えば補助金詐欺、投資詐欺、もしくは信用詐欺（刑法264条、264条a、265条b⁽⁴⁹⁾）の犯罪においては、侵害が生じることを必要とすることなく、既に錯誤の惹起によって既遂が認められるのである。しかしここでもまた、許容された前倒しがまさになお肯定され得るであろう、なぜなら錯誤の惹起によってすでに部分的実現が存在しており、そして困難な立証可能性を理由として、補助金回復もしくは信用回復の確実性に関してのさし迫る〔国家による〕制御の喪失が徹頭徹尾根拠づけられ得るからである。

⁽⁴⁸⁾ Armin Engländer, Der Versuchsbeginn bei der Elektrofalle-BGH, NStZ 2001, 475, JuS 2003, 335; Hans-Heinrich Jescheck, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat, ZStW 99 (1987), 130f.; Roxin, AT II §29 Rn.230; 同様にRoxin, Der Anfang des beendeten Versuchs, FS Maurach, 1972, 227ff.

⁽⁴⁹⁾ 例えば刑法264条についての最近の文献としてMichael Gaul, Der Tatbestand des Subvention-sbetrugs, 2010, S.22ff.も参照。

その他の点では、これらの規範もまた行為による悔悟という一身的な刑罰消滅事由を含んでいる（刑法264条第5項、264条a第3項、265条b第2項⁽⁵⁰⁾）。そのような一身的な不処罰事由により、敵味方刑法の非人格化された視点は完全に相容れないものなのである。

その点から、当該前倒しからは敵味方刑法の存在は推論され得ないものでしかないことが明らかになる。

5. 刑法におけるパラダイム転換の象徴としての実質的な非人格化

a) 犯罪の嫌疑と無罪推定の間で

これに鑑みて、どのような発展が、現存の市民刑法を敵味方刑法へと変えるのであろうかという疑問が投げかけられる。これに対する回答は、Jakobs自身が刑法における行為者の非人格化を挙げたことの中に存在する。そして他方でそれは、Roxinが既に1999年に「国家の法文化に対して決定的であるような、その法治国家性を共同で構成するような法律上の要求」と呼んだ見解、すなわち「その人格権および防御権すべてが保持される下でのみ、無罪の者が有罪判決を下されず、そして有罪の者にも有罪判決が下されること⁽⁵¹⁾」という見解の、排除において存在する。これは、かつての内務大臣であったWolfgang Schäubleが2007年に要求したことがそうであろう、すなわち疑念を敵味方刑法の発展と同等に扱うことなく、テロリストに対しては有罪推定へと無罪推定を転換することがそうである。なぜならここでは、もはやまれでしかない規範の許容が問題となっているのではなくて、容疑者に対する国家の一般的な対応が問題となっているからである。有罪嫌疑への犯罪嫌疑の転換を意味するであろう我々の刑法体系の新秩序による、当時、まさにうろたえさせた要求は、事実上もはやある者が容疑者として取り扱われ得る要件に関係するものではなくて、容疑者との人格的な対応のやり方に関係するものとなるであろう。なぜなら犯罪嫌疑とは異なって、有罪嫌疑は行為者に対してその人格全体について厳しく対応するからである。しかしそれにより、事実上当事者の非人格化を推論させるで

⁽⁵⁰⁾ 一身の刑罰消滅事由について一般的には、Roxin, AT I §23 Rn.4.

⁽⁵¹⁾ Roxin, Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, FS Hanack, 1999, 3.

⁽⁵²⁾ Schäubleの2007年4月19日におけるStern誌のインタビュー。

あろうパラダイム転換⁽⁵³⁾が行われるであろう。そうではあるが、無罪推定が、確かに刑事訴追の領域において適用を必要とするものではあるが、しかし危険防衛の領域においてはその適用を必要としていない⁽⁵⁴⁾、という、このような変革の政治的な正当化は、危険な傾向を示すものである。すなわち、法治国家から予防国家への逃避である。国家は完全に明らかに、捜査手続において、その犯罪嫌疑⁽⁵⁵⁾に結びついた、そして無罪推定には結びついていない侵害可能性を伴って刑事手続をも利用するのである。

b) 予防と抑止の間で

そのことから、介入可能性の増強は、まさにこのような領域において2009年に全く以て驚くべき方法で加速した。〔テロに関する〕一般的なひっ迫状況および危険状況についての指摘は、ここで刑事手続を外見上好き勝手に改造するためには常に十分な根拠となった。このような方法で、網目スクリーン犯罪捜査、遠距離通信傍受（刑事訴訟法100条 a）の拡大、大盗聴（刑事訴訟法100条 c）、より長期間の監視（刑事訴訟法163条 f）、ビデオカメラを手段とする監視（刑事訴訟法100条 h 第 1 項第 1 号）、貯蔵データの蓄積ととりわけ個人用コンピューターのオンライン検索が合法化⁽⁵⁶⁾された。

そしてここで、これまでの議論においてひどくわずかにしか注意を払われず、そして学問的にまだひどくわずかにしか検討されていない問題が今や効果を發揮している。すなわち、一方では犯罪行為の訴追に際しては無罪推定（欧州人権条約第 6 条第 2 項）⁽⁵⁷⁾があてはまるのに、しかし他方では刑事訴訟法における捜査手続が、単なる犯罪の嫌疑の存在に結びついている、⁽⁵⁸⁾ということである。したがって刑法にお

⁽⁵³⁾ Thomas S. Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolution, 2. revidierte und das Postskriptum von 1969 ergänzte Auflage, S.57ff.. 彼はパラダイム転換の下で、これまで通用していた説明形式が退けられ、そしてその代わりに新たな説明形式が生じるという科学哲学上の現象を示した。Max Planck, in: Die Naturwissenschaften 33 (1946), 230ff.も参照。それについてより詳細には、Jens Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 3ff.

⁽⁵⁴⁾ Heribert Prantlの2007年4月18日におけるSüddeutsche Zeitung誌のインタビューを参照。

⁽⁵⁵⁾ 異なった嫌疑の程度については、Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §39 Rn.15, 16 und §40 Rn.14を参照。

⁽⁵⁶⁾ このような展開について批判的なものとして、Prantl, Süddeutsche Zeitung vom 21.4.2007も参照、それは具体的に「法治国家を予防国家へと改造すること」であると述べている。

⁽⁵⁷⁾ それについてより詳細には、Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §11 Rn.1ff.

いては自覚して認められ、無限定に適用される無罪推定は、有罪判決の圧倒的な蓋然性のその将来を見越した言い換えでの、捜査手続においてあてはまる犯罪の嫌疑という原理によって、覆われているのである。

このような積み重なりを、今や国家は、予防と抑止の区別を一貫した訴追システムに吸収させるために全く以て利用している。⁽⁵⁹⁾ 捜査手続はそれを超えて広範囲に「秘密裏」の原則によって支配されている⁽⁶⁰⁾ので、個人の権利保護の可能性を實際上許容しないような、潜行的手続が問題となるのである。

その際にこのような高められた介入は、刑法が関連し得るほとんどすべての生活領域にかかわることになる。すなわち、2003年4月1日施行の第4次金融市場促進法⁽⁶¹⁾によって信用供与法 (KWG, Kreditwesengesetz) 24条cの規定が挿入された。それによれば、問い合わせを行った金融業務遂行に関する連邦機関がそのように挙げられた口座に由来する基本データの通知を受けるものである。この基本データとは、口座番号もしくは寄託番号、設立または解消の日付、所有者およびその他の処分権利者の個人データである。刑事訴追官庁もまた、刑事手続の目的のために口座データ呼出手続に関与することができる。2005年4月1日以降、税務署は、これが租税の確定もしくは徴収のために必要不可欠であり、そして租税市民への事前の回答要請が不成功のままであるか、もしくは何らの成果をも期待させない場合には、金融に関する連邦職務に関して国内銀行において、狙いを定めた個別の納税者の口座関係および寄託関係についての情報を呼び出すことができるのである。⁽⁶²⁾ このことは、その他の官庁や裁判所のそれに対応する要請に対しても同様に当てはまる。

⁽⁵⁸⁾ 捜査手続の開始のためには、端緒となる嫌疑で既に十分である。具体的な侵害は十分な犯罪嫌疑を必要とする、より詳細にはRoxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §39 Rn.15, §40 Rn.14, §42 Rn.8を参照。

⁽⁵⁹⁾ Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, StV 2006, 323はこの関連において、予防の構想が刑法をより機能化し、そしてそこから道具、すなわち従順な奉仕者を作り上げたことを指摘した。B. Heinrich, ZStW 121 (2009), 127ff.も参照、その文献は警察法と刑法の明確な分離化に賛成を表明し、そしてその中に敵味方刑法を断念する可能性にわたる決定的な根拠を見て取っている。

⁽⁶⁰⁾ Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §36 Rn.1はその上、捜査手続の「秘密職務化」について述べている。

⁽⁶¹⁾ 2002年6月26日のBGBl. I Nr.39/2002.

⁽⁶²⁾ 公課法 (AO) 93条、93条b。これについては2003年12月23日の租税の誠実さの促進のための法律、2003年12月29日のBGBl. I Nr.66/2003参照。

c) まれでしかない基本権への負荷と全般的な基本権への負荷との間で

無罪推定の原則は、そのような環境の中ではもはや足場を固めるのは困難でしかあり得ない。なぜならばその嫌疑が確認された場合にはじめて、再びその際に無罪推定が適用されるからである。その際に、刑法と刑事訴訟法の相互密接な関連性が無罪推定と犯罪の嫌疑の調整をももたらしていることは、ここ数年間においてひどくわずかにしか考慮されなかった。その際に、連邦憲法裁判所が過去においてこの両方の原則の間のバランスを確立しようと再三再四試みたことが感じ取られ得る。しかしながら、最高裁判所がその際に根本的に取り組む必要があった問題は、常に比例性の原則を背景にして個別の規範のみを計測し得ることの中に存在した。このような背景を前に、まれでしかない大盗聴は、重大な犯罪行為の嫌疑において、そして裁判官によるコントロールの下でまきになお適切なものとして現れたのである。このような根拠に基づいて、財政を消耗させるような租税犯罪行為を背景にして、口座の監視がまきになお受忍可能であるように思われたのである。そして最も重大な犯罪行為におけるオンライン検索もまたこのような背景を前提としており、そして裁判官のコントロールはまきになお甘受可能であるように思われたのである。もっとも、その全体としてこのような処分全ては、阻止しがたくさらに展開するような安全国家に有利になるように、法治国家の抑圧へと至るものである。⁽⁶⁴⁾

憲法理論において、累積的な基本権への負荷⁽⁶⁵⁾というこのような問題は、まだごくわずかにしか議論されていない。その際に、このような議論はまきに逸脱するよう

⁽⁶³⁾ すなわちBVerfG NJW 2010, 833は、貯蔵データの蓄積の目的のために出された電気通信法(TKG)113条a、113条bならびに刑事訴訟法100条g第1項第1文を、それにより電気通信法113条aによる通信記録、すなわち貯蔵データが集められることが許されてしまう限りにおいて、基本法10条に対する違反を理由として無効であると宣言した。ノルライン・ヴェストファーレン州憲法保護法(VerfassungsschutzG NRW) 5条第2項第11号による予防的なオンライン検索もまた、BVerfG NJW 2008, 822によってひっくり返された、しかし厳格な手続要件(裁判官の留保および個人的な生活形成の核心領域の保護)の遵守において、完全に許容されないものとは宣言されなかった。2020年12月31日までの期限つきで今や連邦警察局法(BKAG, Bundeskriminalamtgesetz) 20条kが有効であり、ならびにバイエルンにおいては無期限でバイエルン州警察職務法(BayPAG, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz) 34条dおよびバイエルン州憲法保護法(BayV-SG, Bayerisches Verfassungsschutzgesetz) 6条eが有効である。

⁽⁶⁴⁾ Prantl, Süddeutsche Zeitung vom 21.4.2007は、個人的領域へと徐々に進行しつつあるこのような侵害に関して、具体的に「危険な全体主義化」を指摘する。

⁽⁶⁵⁾ それについては例えば、BVerfG NJW 2005, 1338; Ekkehard Hofmann, Grundrechtskonkurrenz oder Schutzbereichsverstärkung?, AöR 133 (2008), 523ff.; Gregor Kirchhof, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732ff.; Jörg Lücke, Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, DVBl 2001, 1470ff., この文献は、立法機関の手続による基本法のコントロールが、いまだに「逐一個々の点についてなされている」ことを指摘している。

な捜査の可能性に目を向けて、さし迫って必要であろう。なぜなら法治国家が、自由の限界線の全般的な負荷に目をやることなしに、単に個別の処分の限界を査定するのであれば、その場合には法治国家はそれによって必然的にその全体的な効果を見失うことになるからである。

d) 十分な犯罪嫌疑と濃厚な犯罪嫌疑の間で

連邦憲法裁判所が、追加的に可能な方法を決して利用しなかったことも、驚くべきことである。この方法は、そのような処分の使用の際に、刑法において適用されている無罪推定を捜査手続においてもいくらか広く適用を与えるために、裁判官により検討されるべき嫌疑の程度を高める、ということに存在した。その際に連邦憲法裁判所は、刑事手続法の中に模範となるものを見出していた。すなわち未決勾留の使用は、犯罪の嫌疑のみが要求されているのではなくて、さらにその上濃厚な犯罪の嫌疑の存在が要求されているのである。そしてその濃厚な犯罪の嫌疑は、51%以上の有罪判決の蓋然性において既に与えられ得るものではなくて、より高度の有罪判決の蓋然性において初めて与えられ得るのである。⁽⁶⁶⁾

私には、このような要件がまさに個人的領域における最も深刻な侵害に、それが電話監視、口座監視、ビデオ監視、およびコンピューター監視を描き出すように、全く以て転用可能であるように思われる。市民はここで——未決勾留におけるのと同様に——その個人的領域において深刻にショックを与えられるので、無罪推定を刑事手続の領域においてもなおその余地を与えるために、侵害の限界は引き上げられ得るであろう。これに対して、電話監視、盗聴、コンピューター監視および類似の処分は最も重大な犯罪行為においてのみ可能なものであり、そしてそれゆえに要求されるべき嫌疑の程度は低く維持されるべきである、ということは、反論としては持ち出され得ない。なぜなら、未決拘禁においても最も重大な犯罪行為においてさえも、常に高められた嫌疑の程度が要求されているのであって、その結果としてその他の侵害への転用は考えられるように思われるからである。このことはとりわ

⁽⁶⁶⁾ Roxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §30 Rn.5 und §39 Rn.16を参照、それについて詳細にはPaeffgen, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 183.

け、捜査手続における支配的な知識は、広範囲に警察および検察の側にあるがゆえに、嫌疑の程度の裁判官の査定が実務において様々に大雑把にしか生じ得ないという背景を前提にしてあてはまる⁽⁶⁷⁾。結局これにより、連邦憲法裁判所の判例によれば、秘密裏の侵害における侵害の強度はとりわけ高いものであるという事実もまた顧慮されるであろう⁽⁶⁸⁾。

それゆえ、市民をあらゆる十分な犯罪嫌疑において侵害が強度である処分で覆うことを可能にするような逆方向の展開は、全く以て憂慮をもたらすものである。

e) 嫌疑と思い違いの間で

もちろん、このような憂慮が、ここですでに敵味方刑法という、より正確には敵味方刑事訴訟法という言葉を用いる根拠を与えるかどうかという問題は、別の問題である。私は、これは実際はそうではないと考えている。なぜなら、たとえ監視の無い領域が繰り返し縮小したとしても、永久に社会から離脱した敵の類型に刑事手続法は現在結びついていないからである。それを裏づけるように、個別の刑事手続規範の侵害要件は、ひどく不均質なものである。すなわち、例えば電話監視は故意の殺人犯罪において可能である——その際に、嫉妬からその妻を殺害したような単独の殺人犯が問題となっているのか、もしくは治療が必要であるように思われる大量殺人犯が問題となっているのかは、どうでもよい。口座監視においても、立法者は経済犯罪者について、その合法性への回帰が処罰に関してすべての面で可能であると判断されるような行為者類型を念頭においていた。租税CDの購入後の、大量に償還された自首は、これらの行為者がさまざまに、既に処罰への恐れから合法性へと回帰する準備をしていたことを示すものである⁽ⁱⁱ⁾。最後に、ビデオ監視やコンピューター監視も敵味方刑法の表れではない、なぜならそこでもまた、その敵味方刑法への分類が全体としては可能ではないような、全く異なった犯罪行為に結び付けられているからである。したがって、たとえその変更が一段と安全国家の強化に向かって針路を定めるものであるというその発展が全く以て当然に不安だとしてよいとし

⁽⁶⁷⁾ それについてはRoxin/Schünemann, Strafverfahrenrecht, §39 Rn.22を参照。

⁽⁶⁸⁾ オンライン検索についてのBVerfGE 120, 274ff.を参照。

⁽ⁱⁱ⁾ BGH Beschl. v. 20.5.2010, NJW 2010, 2146における公課法371条（「脱税における自首」）規定に関する事件を念頭に置いている。

ても、敵味方刑法の概念はここでは全体としては適合していないのである。

さらには、まさに刑事手続にとってそこからある者が敵として取り扱われるであろう分岐点が示され得ない、という事情が出てきている。ここですでにある者がテロの嫌疑の下に置かれるであろう場合には、潜在的な無実の者が敵味方刑法の取り扱いを——場合によっては拷問もそれに含まれる——受けさせられるであろう危険が冒されることになるであろう。しかし敵味方刑法の影響による市民刑法の汚染のこのような危険を、⁽⁶⁹⁾ 法治国家は甘受することは許されない。それゆえ当然なことに、Roxinは濫用の危険性を指摘している。すなわち、「誰が敵であるのかを権力者が定義づけるがゆえに、その結果として市民の自由は権力者の意のままになり、したがって刑法は犯罪のマグナ・カルタとしてのその自由な機能を失ってしまうであろう。これは誰も望み得るものではないのである」⁽⁷⁰⁾、と。

IV. 結論

全ての点から判断して、敵味方刑法は、存在しているわけでもないし、その採用が有意義なものであるわけでもないであろうことが示された。なぜなら、国家的に使用された暴力が、全住民への暴力の準備を呼び起こすことが可能な状況にある——死刑についての研究がこの結論を容易に想起させる⁽⁷¹⁾——と同様に、Jakobsによって要求され、もしくはあり得るものであるとしてのみ見なされてもいる敵味方刑法の採用もまた、全住民内での敵対関係をあおる危険を冒すものだからである。公然と個々人の再統合能力を排除する国家は、安全へと寄与するのではなくて、社会の分裂および不安定化へと寄与するであろう。

したがって、平和をもたらす自由主義的な刑法のふところにあっては、Roxinがその業績において常に主張していたように、敵味方刑法は繁栄し得ないし、そして繁

⁽⁶⁹⁾ 正当にもJung, *Wieder die neue »Strafjustiz«*, GA 2006, 726は、敵味方刑法が市民刑法に対して「こぼれて染みつくこともあり得ない、それは純粋な幻覚である」という考えを述べている。それについてはJochen Bung, *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*, HRRS 2006, 68f.も参照。

⁽⁷⁰⁾ Roxin, AT I §2 Rn.129.

⁽⁷¹⁾ Jäger, in: *Problemas fundamentales del Derecho Penal, Criminalia*, Academia Mexicana De Ciencias Penales, Año LXVI, Mexico, D.F., Band No.1, Mexico 2000 ; 同くJäger, in: *Problemas fundamentales de politica criminal y derecho penal*, Mexico 2001.

栄することを許されない。そしてそれは被祝賀者がその講義において学生に常に理解させた内容には合致もしない。私が1985年に第一セメスターとして自ら参加したこの講義の追憶は、今日まで私の中に生き生きと残ったままであり、そしてそれは、優れた理論で満たさねばならないという使命に対する謙遜で私をいっぱいにするのである。この使命には、学生に以下のことを繰り返し意識させるということも含まれる、すなわち

法の歴史はあまりに幾度となく、不法の歴史であったということ、
 法律家に与えられた法適用の自由は、責任をも前提としていること、
 まさに刑法において、疑念は常に思い違いの悪魔によって案内されていること、
 そしてそれゆえにいまだにGustav Radbruchの発言である
 「良心の呵責がある法律家のみが、良い法律家になり得る」⁽⁷²⁾
 ということがあてはまること、

である。

しかしまさしくここで、敵味方刑法の問題点が存在している。敵味方刑法は良心を持たないのである。すなわちそれは良心の無いものなのである、なぜならそれは何も、そして誰をも気にかけることを必要としないからである。人格は敵味方刑法の中に溶かされ、そしてそれによりその背後に存在している法をも溶かすのである。なぜなら、法は人格を——法を使用するような人格だけではなく、法が関係する人格もまた——必要としているからである。したがってJakobsによって宣伝された市民刑法と敵味方刑法の対立は、実際には正しいものですらないように見える。⁽⁷³⁾ 敵味方刑法は法ではないのである。実際にはそれは刑事不法に対する狼煙〔前兆〕なのである。⁽⁷⁴⁾

これがすべて至り得る所を、ベルリン地方裁判所の裁判官の発言が示している。

⁽⁷²⁾ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, S.34.

⁽⁷³⁾ それについてはP.-A. Albrecht, ZStW 117 (2005), 858; Manuel Cancio Meliá, in: Jakobs/Cancio Meliá (Hrsg.), Derecho penal del enemigo, 2003, S.99; Hassemer, StraFo 2006, 315; 同くHassemer, Sicherheit durch Strafrecht, HRRS 2006, 138; Matthias Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S.236; Regina Ogorek, Wie wehrhaft ist der Staat?, in: Kurt Graulich/Dieter Simon (Hrsg.), Terrorismus und Rechtsstaatlichkeit, 2007, S.217; Schünemann, Feindstrafrecht ist kein Strafrecht!, FS Nehm, 2006, 219; Zöller, Terrorismusstrafrecht, 2009, S.287も参照。

⁽⁷⁴⁾ Schünemann, FS Nehm, 2006, 227も参照、この文献はまさに敵概念が「人間的な刑法を防衛するように警告するものである」ことを指摘する。

彼はDaschner副警察署長の事例における拷問の脅迫⁽⁷⁵⁾の事件に際して、ベルリン・ターゲスシュピーゲル紙において、2004年12月19日の投書欄に以下のような趣旨の発言をした。すなわち、欧州人権条約第3条の拷問禁止は、誘拐犯および殺人犯には適用されない。誘拐犯と殺人犯は、「人でなしであり、人間ではないものであり、そしてそれにより何人でもないのである。そして周知のごとく、何人も拷問を被らされることは許されないのである」、と。

明らかに裁判官の言葉遊びのみが問題となっているのは、確かである。しかしその背後に、すでに不安になっているに違いない心情が存在するのである。

【参考条文】

〔刑法〕

▼30条 関与の未遂

(1)他の者を、重罪を犯すように、またはその者を教唆するように決定づけようとした者は、重罪の未遂に関する規定に従って罰せられる。ただし、その刑罰は49条1項に従って減輕され得る。23条3項は準用される。

(2)賛同した者、他の者の申し出を受け入れた者、または、重罪を犯すようにもしくはその者を教唆するように他の者と申し合わせた者は、同様に罰せられる。

▼31条 関与の中止未遂

(1)任意に、

1. 他人を重罪へと決定づける試みを放棄し、そしておよそ存在する、他人がその行為を犯す危険を阻止する者、
2. その者が重罪に賛同した後で、その意図を放棄した者、または
3. その者が重罪の実行を約束し、もしくは他の者の重罪の実行の申し込みを受け入れた後で、行為を阻止した者

は、30条に従って罰せられることはない。

(2)行為が中止者の中止関与なしにも行われないうちであった場合、または行為がその者の以前の態度から独立して犯された場合には、行為を阻止しようとするその者の任意かつ真摯な努力は、その者の不処罰に十分である。

▼62条 比例の原則

改善保安処分は、行為者によって実行された行為および期待されるべき行為の意義に対して、ならびに行為者によってもたらされている危険の程度に対して、比例しないものである場合には、命令することはできない。

▼66条 保安監置における収容

(1)以下の場合において、裁判所は刑罰と併せて保安監置を命ずる、すなわち

⁽⁷⁵⁾ 人間の生命の救助のためのものも含む拷問および拷問の脅迫の許容性に反対するものとして、詳細にはそのつどさらなる証拠とともに、Roxin, Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, FS Eser, 2005, 469ff.; Jäger, Das Verbot der Folter als Ausdruck der Würde des Staates, FS Herzberg, 2006, 539ff.; 同様にJäger, Folter und Flugzeugabschuss-rechtsstaatliche Tabubrüche oder rechtsguterhaltende Notwendigkeiten?, JA 2008, 678ff.を参照。

1. ある者が故意の犯罪行為により最低2年の自由刑を宣告され、その故意の犯罪行為が
 - a) 生命、身体は無傷性、個人の自由、もしくは性的自己決定に向けられたもの、
 - b) 各則の第1章、第7章、第20章、もしくは第28章に、もしくは国際刑法典に、もしくは麻薬法に属するもので、かつ上限において最低10年の自由刑が法定刑とされているもの、または
 - c) 本項aもしくはbにおいて挙げられた種類の犯罪行為に基づく行状監督が生じた限りにおいて、145条aの構成要件を充足するもの、もしくは酩酊状態において実行された違法な行為が本項aもしくはbにおいて挙げられた種類の犯罪行為である限りにおいて、323条aの構成要件を充足するものであり、
 2. 行為者が、新たな犯罪行為の前に実行した、本条第1項に挙げられた種類の犯罪行為を理由として、既に2回、そのつど1年以上の自由刑を宣告され、
 3. その者が、新たな犯罪行為の前に、一個もしくは複数のこのような犯罪行為を理由として2年以上の自由刑に服し、もしくは自由剝奪の改善保安処分法の執行を受け、なおかつ
 4. その者が重大な犯罪行為への、とりわけそれにより被害者が精神的もしくは身体的に著しく侵害されるような犯罪行為への性癖の結果として、有罪判決の宣告の時点までに、公共に対して危険であることを、行為者およびその者の行為の全体的評価が明らかにした場合
- である。本条第1文第1号bの意味における犯罪行為としての分類については、12条第3項を準用し、本条第1文第1号cにおいて挙げられた行状監督の終了については、68条b第1項第4文を準用する。
- (2)ある者が、本条第1項第1文第1号に挙げられた種類の、それによりその者はそのつど1年以上の自由刑を科せられる3個の犯罪行為を実行し、なおかつその者が一個もしくは複数のこのような犯罪行為を理由として3年以上の自由刑の宣告を受けた場合には、裁判所は本条第1項第1文第4号において示された要件の下で、刑罰と併せて保安監置を、それ以前の有罪判決もしくは自由剝奪(本条第1項第1文第2号および第3号)がない場合でも、命ずることができる。
- (3)ある者が、本条第1項第1文第1号aもしくはbによる要件を充足する重罪を理由として、または174条ないし174条c、176条、179条第1項ないし第4項、180条、182条、224条、225条第1項もしくは第2項による犯罪行為を理由として、または酩酊状態において実行された行為が前述の違法な行為の一つである限りにおいて323条aによる故意の犯罪行為を理由として、2年以上の自由刑を宣告された場合には、当該行為者が、新たな行為の前に実行していた一個もしくは複数のそのような犯罪行為を理由として、既に一度、3年以上の自由刑を宣告されており、なおかつ本条第1項第1文第3号および第4号に挙げられた要件を充足するときには、裁判所は刑罰と併せて保安監置を命ずることができる。ある者が本条第1文に示された種類の2つの犯罪行為を実行してそれによりそのつど2年以上の自由刑を科せられたことがあり、なおかつその者が一個もしくは複数のこのような行為を理由として3年以上の自由刑の宣告を受けた場合には、裁判所は本条第1項第1文第4号において示された要件の下で、刑罰と併せて保安監置を、それ以前の有罪判決もしくは自由剝奪(本条第1項第1文第2号および第3号)がない場合でも、命ずることができる。本条第1項および第2項はなお適用される。
- (4)本条第1項第1文第2号の意味において、併合刑の宣告は、一個の有罪宣告とする。未決勾留またはその他の自由剝奪期間が自由刑期間に算入される場合には、その期間は本条第1項第1文第3号の意味における執行を終えられた刑罰とみなされる。以前の犯罪行為とそれに続く犯罪行為の間に5年を超える期間が経過した場合には、その以前の犯罪行為は顧慮されない、ただし性的自己決定に対する犯罪行為においては、当該期間は15年とする。当該期間に、行為者が官庁の命令に従って施設に拘禁されていた期間は含まれない。この法律の場所的適用領域の外で有罪判決を下された犯罪行為は、それがドイツ刑法により、本条第1項第1文第1号において示された種類の、本条第3項の場合には本条第3項第1文において示された種類の犯罪行為であったらう場合には、この適用領域の中で有罪判決を下された犯罪行為と同様に扱う。

▼129条 犯罪団体の形成

(1)その目的もしくはその活動が犯罪行為の実行に向けられている団体を結成した者、またはそのような団体に構成員として関与して、その団体のために構成員もしくは支援者を求め、もしくはその団体を支援した者は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2)以下のような場合には第1項は適用されない、すなわち

1. 当該団体が、連邦憲法裁判所が違憲であるとは表明しなかった政治的政党である場合、
2. 犯罪行為の実行が副次的な意味での目的もしくは活動でしかない場合、または
3. 団体の目的もしくは活動が84条ないし87条による犯罪行為に関する限りのものである場合である。

(3)第1項において示された団体の結成行為の未遂は、可罰的である。

(4)行為者が首謀者もしくは背後者の一員であるか、またはその他とくに重大な事例が存在した場合には、6月以上5年以下の自由刑が科され得る。犯罪団体の目的または活動が、刑事訴訟法100条c第2項第1号a、c、d、e、および239条aもしくは239条bによる犯罪行為を除くg、hないしm、第2号ないし第5号、ならびに第7号に挙げられた犯罪行為を実行することに向けられている場合には、6月以上10年以下の自由刑が科され得る。

(5)裁判所は、その有責性がわずかであり、かつその寄与が従属的な意味をもつ関与者については、本条第1項および第3項による刑罰を免除することができる。

(6)行為者が、

1. 団体の存続、もしくはその目的に合致した犯罪行為の実行を阻止しようと、任意かつ真摯に努力した、または
2. 任意に、行為者がその計画を知っている犯罪行為をまだ阻止できるほどに適時に、その知識を役所に知らせた

場合には、裁判所は、当該刑罰をその裁量により減輕し得る(49条2項)か、またはこの規定による刑罰を免除することができる。行為者が、団体の存続を阻止するという目的を達成した場合、またはその者の努力なしにもそれが達成された場合には、その者は処罰されない。

▼129条a テロ団体の形成

(1)その目的もしくはその活動が

1. 謀殺(211条)もしくは殺害(212条)、もしくは大量虐殺(国際刑罰典6条)もしくは人道に対する罪(国際刑罰典7条)もしくは戦争犯罪(国際刑罰典8条、9条、10条、11条、もしくは12条)、または
2. 239条aもしくは239条bの事例における個人の自由に対する犯罪

の実行に向けられている団体を結成した者、またはそのような団体に構成員として関与した者は、1年以上10年以下の自由刑に処する。

(2)その目的もしくはその活動が

1. 他者に、とくに226条において挙げられているような種類の、重大な身体的もしくは精神的障害を加えること、
2. 303条b、305条、305条aによる犯罪行為、もしくは306条ないし306条cもしくは307条第1項ないし第3項、308条第1項ないし第4項、309条第1項ないし第5項、313条、314条、もしくは315条第1項、第3項もしくは第4項、316条b第1項もしくは第3項、もしくは316条c第1項ないし第3項もしくは317条第1項の事例における公共危険犯の犯罪行為、
3. 330条a第1項ないし第3項の事例における環境に対する犯罪行為、
4. 戦争兵器の管理に関する法律の19条第1項ないし第3項、20条第1項もしくは第2項、20条a第1項ないし第3項、19条第2項第2号もしくは第3項第2号、20条第1項もしくは第2号もしくは20条a第1項ないし第3項、それぞれ21条との関連においても、もしくは22条a第1項ないし第3項による犯罪行為、または
5. 武器法51条第1項ないし第3項による犯罪行為

の実行に向けられている団体を結成した者、またはそのような団体に構成員として関与した者は、本項第1号ないし第5号において示された行為の一つが、重大な方法で住民を脅かし、官庁もしくは国際組織を暴行もしくは暴行についての脅迫によって違法に強要し、または国家もしくは国際組織の政治的、憲法的、経済的もしくは社会的構造を排除し、もしくは重大に侵害することを決定づけるものであり、なおかつ、その実行の種類によって、もしくはその効果によって、国家もしくは国際組織を重大に侵害することができる場合には、前項と同様に処罰される。

(3)当該団体の目的または活動が、本条第1項および第2項に挙げられた犯罪行為の一つを行うとして脅迫することに向けられている場合には、6月以上5年以下の自由刑が科され得る。

(4)行為者が首謀者もしくは背後者の一員である場合には、第1項および第2項の場合においては3年以上の自由刑が、第3項の場合においては1年以上10年以下の自由刑が科され得る。

(5)第1項、第2項または第3項に挙げられた団体を援助した者は、第1項および第2項の場合においては6月以上10年以下の自由刑が、第3項の場合においては5年以下の自由刑または罰金刑に処する。第1項または第2項に挙げられた団体のために構成員もしくは支援者を求めた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。

(6)裁判所は、本条第1項、第2項、第3項および第5項の場合において、その有責性がわずかであり、かつその寄与が従属的な意味をもつ関与者については、当該刑罰をその裁量により(49条2項)減輕し得る。

(7)129条第6項は、本条にも適用する。

(8)最低6月以上の自由刑と併せて、裁判所は、公的官職に就く能力、および公的選挙からの権利を得る能力を剝奪することができる(45条2項)。

(9)第1項、第2項、および第4項の場合において、裁判所は行状監督を命ずることができる(68条1項)。

▼129条b 国外における犯罪団体およびテロ団体；拡張的追徴と没収

(1)129条および129条aは、国外の団体に対しても適用される。当該犯罪行為が欧州連合の構成国以外の団体に関連するものである場合には、その団体がこの法律の場所的適用領域内で行われた活動によって実行された場合、または当該行為者もしくは被害者がドイツ人であるか、もしくは国内にいる場合にのみ、適用される。本項第2文の場合においては、当該犯罪行為は連邦司法省の権限によってのみ訴追される。当該権限は、個別の事例に対しても、もしくは一般的に特定の団体に関連する将来の犯罪行為の訴追に対しても与えられ得る。当該権限に関する決定に際して連邦司法省は、当該団体の活動が人間の尊厳を尊重する国家秩序の基本的価値に反し、もしくは民族の平和的な共存に反しており、なおかつ全ての事情を考慮して非難すべきものとして現れているかどうかを考慮に入れるものとする。

(2)それぞれ本条1項と結合した場合を含む、129条および129条aの場合において、73条dおよび74条aは適用され得る。

▼264条 補助金詐欺

(1)以下の者は5年以下の自由刑または罰金刑に処する、すなわち

1. 補助金の認可のための管轄官庁、もしくはその他の補助金手続に介入する官庁もしくは人物(補助金付与者)に対し、補助金についての自己もしくは他者にとって重大な事実に関して、自己もしくは他者にとって有利になるような不適切な、もしくは不完全な届出をなした者、
 2. 法規定により、もしくは補助金付与者により、補助金を顧慮してその使用が制限されている目的物もしくは金銭給付を、使用制限に背いて使用した者、
 3. 補助金の授与に関する法規定に反して、補助金についての重大な事実に関して、補助金付与者に知らずにおいた者、または
 4. 補助金手続において、不適切な、もしくは不完全な届出によって獲得した、補助金資格に関する証明書もしくは補助金についての重大な事実に関する証明書を使用した者
- である。

(2)特に重大な場合においては、その刑は6年以上10年以下の自由刑とする。特に重大な場合とは、通常、行為者が

1. 重大な私欲から、もしくは偽造され、もしくは変造された証明書の使用の下で、自己もしくは第三者に対して、大規模に不正な補助金を獲得した、
2. 公職者としてのその権限もしくはその地位を濫用した、または
3. その権限もしくはその地位を濫用する公職者の助力を利用した場合である。

(3)263条第5項は、本条にも適用する。

(4)第1項第1号ないし第3号の場合において軽率に行為した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(5)行為に基づいて補助金が与えられることを任意に阻止した者は、本条第1項および第4項によっては処罰されない。行為者の中止行動がなくとも補助金が与えられなかった時に、その補助金の獲得を阻止するよう行為者が任意かつ真摯に努力した場合には、その者は処罰されない。

(6)本条第1項ないし第3項による犯罪行為を理由とする1年以上の自由刑とあわせて、裁判所は公的選挙から権利を獲得する能力を剝奪し得る(45条第2項)。当該行為が関係した客体は、没収され得る。その際に、74条aは適用され得る。

(7)この規定の意味における補助金とは、

1. 事業体または企業に対する、連邦法またはラント法による公的資金からの給付であり、少なくとも一部分は
 - a) 市場に合致する反対給付なしに与えられ、なおかつ
 - b) 経済の振興に役立つべきもの、および
2. 欧州共同体の法による公的資金からの給付であり、少なくとも一部分は市場に合致する反対給付なしに与えられるもの

である。本項第1文第1号の意味における事業体または企業は、公企業も含む。

(8)本条第1項の意味における補助金についての重大性とは、以下のような事実に存在する、すなわち

1. 法律により、もしくは補助金付与者についての法律を根拠にして、補助金について重要であると示されている場合、または
2. 補助金もしくは補助金利益の認可、交付、返還請求、再交付、もしくはは放置に、法律上依拠している場合

である。

▼264条 a 投資詐欺

(1)

1. 有価証券、新株引受権もしくは企業の成果への配当が認められる出資分の販売、または
2. そのような出資分への出資を増額する申込み

に関連して、案内書において、または財産状況に関する記述もしくは概要において、広範囲の人々に対して、取得もしくは増額に関する判断にとって重大な状況に関して、好都合であるような不正確な言明を行い、または不都合な事実を黙秘した者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。

(2)当該行為が、企業が自らの名義で、しかしながら他者の計算で処理するような財産に関する出資分に関係している場合には、第1項は適用される。

(3)行為に基づいて取得もしくは増額により条件づけられた給付が提供されることを任意に阻止した者は、本条第1項および第2項によっては処罰されない。行為者の中止行動がなくとも給付が提供されなかった時に、その給付の提供を阻止するよう行為者が任意かつ真摯に努力した場合には、その者は処罰されない。

▼265条 b 信用詐欺

(1)ある事業体もしくは企業、または仮装事業体もしくは仮装企業に対する信用取引の諸条件の承認、維持、または変更の申請と関連する事業体もしくは企業に、

1. 信用受供者にとって有利であり、なおかつそのような申請に関する決定にとって重大な経済的状況に関して
 - a) 不適切な、もしくは不完全な資料、すなわち決算表、利益計算表および損失計算表、財産一覧表もしくは鑑定書を提示する者、もしくは
 - b) 文書上不適切な、もしくは不完全な報告をする者、または
 2. 提示の際に、それがそのような申請に関する決定にとって重大であるような、資料または報告において記述された経済的状況の悪化を知らせなかった者は、3年以下の自由刑または罰金刑に処する。
- (2)申請された給付を行為に基づいて信用供与者が提供することを任意に阻止した者は、本条第1項によっては処罰されない。行為者の中止行動がなくとも給付が提供されなかった時に、その提供を阻止するよう行為者が任意かつ真摯に努力した場合には、その者は処罰されない。
- (3)本条第1項の意味において、
1. 事業体および企業とは、その対象に関わらず、種類と範囲に応じて商業的方法により設立された営業を必要とするものである、また、
 2. 信用取引とは、全ての種類の金銭消費貸借、引受け信用、金銭債権の有償の収益および支払い贈与、手形と小切手の割引および担保、保証、そしてその他の担保の引受けである。

〔刑事訴訟法〕

▼100条 a [遠距離通信の傍受]〔抜粋〕

- (1)以下の場合においては、関係者が知ることなしにも、遠距離通信は傍受し、記録することが許される、すなわち、
1. 特定の事実がある者が正犯または共犯として第2項において示された重大犯罪行為を実行した、未遂が可罰的である場合においては、実行しようとした、または犯罪行為によって実行の準備をしたという嫌疑を根拠づけるものであり、
 2. 当該犯罪行為が個別の事例としても重大なものであり、かつ
 3. 事実の究明もしくは被疑者の滞在場所の搜索が、他の方法では本質的にさらに困難であるか、もしくは見込みがないであろう
- 場合である。

(2)本条第1項第1号の意味における重大な犯罪行為とは、以下のとおりである。

1. 刑法典から
 - a) 80条ないし82条、84条ないし86条、87条ないし89条 a、94条ないし100条 a による、平和への背信、内乱、民主的法治国家の危殆化、ならびに外患誘致と対外的な安全の危殆化の犯罪行為、
 - b) 108条 e による議員への買収、
 - c) 109条 d ないし109条 h による国土防衛に対する犯罪行為、
 - d) 129条ないし130条による公共の秩序に対する犯罪行為、
 - e) それぞれ152条と結合する場合も含む146条および151条による、ならびに152条 a 第3項、および152条 b 第1項ないし第4項による通貨偽造と有価証券偽造、
 - f) 176条 a、176条 b、177条第2項第2号および179条第5項第2号の場合における性的自己決定に対する犯罪行為、
 - g) 184条 b 第1項ないし第3項、184条 c 第3項による児童猥褻文書および青少年猥褻文書の流布、獲得および占有、
 - h) 211条および212条による謀殺および故殺、
 - i) 232条ないし233条 a、234条、234条 a、239条 a および239条 b による個人の自由に対する犯罪行為、
 - j) 244条第1項第2号による集団窃盗および244条 a による重大な集団窃盗、
 - k) 249条ないし255条による強盗と恐喝の犯罪行為、

- l) 260条および260条 a による営業目的の盗品等取得、集団盗品等取得および営業目的の集団盗品等取得、
- m) 261条第1項、第2項、および第4項による資金洗浄および非合法に得られた財産価値の隠蔽、
- n) それぞれ263条 a 第2項と結合する場合も含む、263条第3項第2文において挙げられた要件の下での、および263条第5項の場合においての、詐欺およびコンピューター詐欺、
- o) 264条第2項第2文において挙げられた要件の下での、および263条第5項と結合する場合の264条第3項の場合においての、補助金詐欺、
- p) それぞれ268条第5項もしくは269条第3項と結合する場合も含む、267条第3項第2文において挙げられた要件の下での、および267条第4項の場合においての、文書偽造の犯罪行為、ならびに275条第2項および276条第2項による、文書偽造の犯罪行為、
- q) 283条 a 第2文に挙げられた要件の下での破産、
- r) 298条による、および300条第2文に挙げられた要件の下での299条による競争に対する犯罪行為、
- s) 306条ないし306条 c、307条第1項ないし第3項、308条第1項ないし第3項、309条第1項ないし第4項、310条第1項、313条、314条、315条第3項、315条 b 第3項ならびに316条 a および316条 c の場合における公共を害する犯罪行為、
- t) 332条および334条による収賄および贈賄、

[第2項第2号ないし第11号は省略]

(3)当該命令は、被疑者に対して、またはその者が被疑者に対して特定の通知、もしくは被疑者からの通知を受領し、もしくは転送すること、または被疑者がその連絡を利用することが、特定の事実に基づいて認められ得る人物に対してのみ、向けられることが許される。

(4)本条第1項による処分によって私的な生活形成の核心領域からの情報のみが獲得されるであろうことが認められるような事実上の根拠が存在する場合には、当該処分は許容されない。本条第1項による処分によって獲得された私的な生活形成の核心領域からの情報は、利用されることは許されない。これに関する記録は即座に抹消されるべきものである。その獲得および抹消の事実は文書で明らかにされるべきものである。

▼100条 c [対象者の関知なしでの処分] [抜粋]

(1)以下の場合においては、関係者が知ることなしにも、住居において非公開に話された発言を技術的な手段によって盗聴し、かつ記録することが許される、すなわち、

- 1. ある者が正犯もしくは共犯として、本条第2項に示された特に重大な犯罪行為を実行した、もしくはその未遂が可罰的である場合において、その犯罪行為を実行しようとしたという嫌疑を、特定の事実が根拠づけ、
- 2. 当該犯罪行為が個別の事例としても特に重大なものであり、
- 3. 監視によって、事実の究明もしくは共同被疑者の所在地の捜査のために意義があるような被疑者の発言が記録されることが、実際上の根拠に基づいて承認され得るものであり、かつ
- 4. 事実の究明もしくは共同被疑者の滞在場所の捜査が、他の方法では過度にさらに困難であるか、もしくは見込みがないであろう

場合である。

(2)本条第1項1号の意味における特に重大な犯罪行為とは、以下のとおりである。

- 1. 刑法典から
 - a) 80条、81条、82条、89条 a、それぞれ97条 b と結合する場合も含む、94条、95条第3項および96条第1項、ならびに97条 a、98条第1項第2文、99条第2項、および100条、100条 a 第4項による、平和への背信、内乱、民主的法治国家の危殆化、ならびに外患誘致と対外的な安全の危殆化の犯罪行為、
 - b) 129条第4項後段と結合する129条第1項による犯罪団体の形成、およびそれぞれ129条 b 第1項と結合する場合も含む、129条 a 第1項、第2項、第4項、第5項第1文第1選択肢によるテ

ロ団体の形成、

- c) それぞれ152条と結合する場合も含む146条および151条による、ならびに152条a第3項、および152条b第1項ないし第4項による通貨偽造と有価証券偽造、
- d) 176条a第2項第2号もしくは第3号、177条第2項第2号もしくは179条第5項第2号の場合における性的自己決定に対する犯罪行為、
- e) 184条b第3項の場合における児童猥褻文書の流布、獲得および占有、
- f) 211条、212条による謀殺および故殺、
- g) それぞれ重罪が問題となっている限りにおいて、234条、234条a第1項、第2項、239条aおよび239条bによる個人の自由に対する犯罪行為、および232条第3項、第4項、もしくは第5項、233条第3項による性的搾取の目的での人身売買および労働力の搾取の目的での人身売買、
- h) 244条第1項第2号による集団窃盗および244条aによる重大な集団窃盗、
- i) 250条第1項もしくは第2項、251条による重大な強盗および強盗致死、
- j) 255条による強盜的恐喝、および253条第4項第2文に挙げられた要件の下での253条による恐喝の特に重大な事例、
- k) 260条、260条aによる営業目的の盗品等取得、集団盗品等取得および営業目的の集団盗品等取得、
- l) 261条第4項第2文に挙げられた要件の下での261条による資金洗浄および非合法に得られた財産価値の隠蔽の特に重大な事例、
- m) 335条第2項第1号ないし第3号に挙げられた要件の下での335条第1項による収賄と贈賄の特に重大な場合、

[第2項第2号ないし第7号は省略]

(3)当該処分は被疑者に対してのみ向けられることが許され、かつ、被疑者の住居においてのみ実行されることが許される。他者の住居においては、当該処分は、特定の事実に基づいて以下のことが認められる場合にのみ許容される、すなわち

1. 100条d第2項による命令において示された被疑者がその場所に滞在しており、かつ
2. 被疑者の住居における当該処分が、事実の究明もしくは共同被疑者の滞在場所の捜索へはもっぱら至らないであろう

場合である。

(4)当該処分は、実際上の根拠に基づいて、とりわけ監視されるべき部屋の種類および監視されるべき人物の関係について相互に基づいて、傍受によって私的な生活形成の核心領域に属する発言が含まれないことが認められ得る限りにおいてのみ、命令されることが許される。営業所もしくは店舗における対話は通常、私的な生活形成の核心領域には属し得るものではない。同様のことは実行された犯罪行為に関する対話およびその犯罪行為を手段として行われた発言に対しても当てはまる。

(5)盗聴および記録は、傍受の間に私的な生活形成の核心領域に属する発言が含まれていることの根拠が判明した限りにおいて、即座に中断されるべきである。そのような発言に関する記録は即座に抹消されるべきものである。そのような発言に関する情報は、利用されることは許されない。当該データが含まれていたことおよびその抹消の事実は文書で記録されるべきものである。本項第1文による処分が中断された場合には、当該処分は本条第4項において挙げられた要件の下で継続されることが許される。疑わしい場合には、当該処分の中断もしくは継続に関して即座に裁判所の判断が求められるべきであり、その際に100条d第4項が準用される。

(6)53条の場合において、本条第1項による処分は許容されない。当該処分の遂行中もしくは遂行後に53条の場合であることが明らかになった場合には、本条第5項第2文ないし第4文が準用される。52条および53条aの場合においては、本条第1項による処分から獲得された情報は、基礎に置かれていた信頼関係の意味を考慮して、これが事実の究明もしくは被疑者の滞在場所の捜索に関する利益との関係外のものではない場合にのみ、利用されることが許される。160条第4項は準用される。

(7)本条第5項による利用の禁止が問題になる限りにおいて、検察庁は即座に、獲得された情報の利用

可能性に関して、命令を行う裁判所の判断を求めなければならない。裁判所が利用可能性を否定した限りにおいて、このことはさらなる手続に対しても拘束力をもつ。

▼100条 h [対象者の関知なしでのさらなる処分]

(1)事実の究明もしくは被疑者の滞在場所の捜索が、他の方法ではよりわずかにしか成功が見込まれず、もしくはさらに困難であろう場合には、関係者が知るこなしにも、住居外で

1. 映像記録が作成され、

2. その他の特別な監視目的のための一定の技術的手段が利用される

ことが許される。本項第1文第2号による処分は、取調べの対象が重大な意味を持つ犯罪行為である場合にのみ、許容される。

(2)当該処分は、被疑者に対してのみ向けられることが許される。他の人物に対しては、

1. 本条第1項第1号による処分は、事実の究明もしくは被疑者の滞在場所の捜索が、他の方法では著しくよりわずかにしか成功が見込まれず、もしくは本質的にさらに困難であろう場合にのみ許容され、

2. 本条第1項第2号による処分は、その者が被疑者と連絡を取っている、もしくはそのような連絡がなされたこと、当該処分が事実の究明もしくは被疑者の滞在場所の捜索へと至るであろうものであること、なおかつこれが他の方法では見込みがないか、もしくは本質的にさらに困難であろうことが、特定の事実に基づいて認められ得る場合にのみ許容される。

(3)当該処分は、第三者が共に対象となることが避けられない場合にも、遂行されることが許される。

▼112条 a [さらなる勾留理由]

(1)被疑者が、

1. 刑法典の174条、174条 a、176条ないし179条、もしくは238条第2項および第3項による犯罪行為、または

2. 反復もしくは継続して、刑法典の89条 a、125条 a、224条ないし227条、243条、244条、249条ないし255条、260条、263条、306条ないし306条 c、もしくは316条 a、もしくは麻薬法の29条第1項第1号、第4号、第10号、もしくは同条第3項、29条 a 第1項、30条第1項、30条 a 第1項による、法秩序を重大に侵害するような犯罪行為

を実行したことについて濃厚な嫌疑があり、なおかつその者が法的効力のある有罪判決の前に同種のさらなる重大な犯罪行為を実行し、もしくは当該犯罪行為を継続するであろう危険を特定の事実が根拠づけ、さし迫る危険の防止のために当該勾留が必要なものであり、なおかつ第2号の場合においては1年を超える自由刑が予期され得る場合にも、勾留理由は存在している。本項第1文第2号の意味における行為実行の濃厚な嫌疑の判断においては、法的効力をもって完結した場合も含む他の手続の対象である、もしくは対象であったような犯罪行為もまた、考慮に含まれ得る。

(2)112条による逮捕状の発行のための要件が存在し、かつ116条第1項、第2項による逮捕状の執行の停止のための要件が存在しない場合には、本条第1項は適用されない。

▼136条 a [禁止された尋問方法]

(1)虐待、疲労、身体的侵害、薬品の投与、苦痛、欺罔、または催眠によって、被疑者の意思決定および意思活動の自由が侵害されることは許されない。強制は、刑事手続法がこれを許容している限りにおいてのみ、使用が許される。刑事手続法の規定により許されていない処分による脅迫、および法律上予定されていない利益の約束は、禁止される。

(2)被疑者の記憶力または弁識能力を侵害する処分は、許されない。

(3)本条第1項および第2項の禁止は、被疑者の同意を考慮せずに適用される。この禁止に違反して実現された供述は、被疑者がその利用に同意した場合においても、利用されることは許されない。

▼163条 f [より長期間の監視]

(1)重大な犯罪行為が実行されることについての十分な事実上の根拠が存在する場合には、

1. 24時間を超えて連続して継続する、または

2. 二日間を超えて行われる

べき、計画的に基礎づけられた被疑者の監視が命令されることが許される（より長期間の監視）。当該処分は、事実の究明もしくは行為者の滞在場所の搜索が、他の方法では著しくよりわずかにしか成功が見込まれず、もしくは本質的にさらに困難であろう場合にのみ、命令されることが許される。他の人物に対しては、当該処分は、その者が行為者と連絡を取っている、もしくはそのような連絡がなされたこと、当該処分が事実の究明もしくは行為者の滞在場所の搜索へと至るであろうものであること、なおかつこれが他の方法では著しくよりわずかにしか成功が見込まれず、もしくは本質的にさらに困難であろうことが、特定の事実に基づいて認められ得る場合にのみ許容される。

(2)当該処分は、第三者が対象となることが避けられない場合にも、遂行されることが許される。

(3)当該処分は、裁判所によってのみ、危険が差し迫っている場合には検察庁およびその捜査員(裁判所構成法152条)によっても、命令されることが許される。検察庁またはその捜査員の命令は、その命令が三就業日以内に裁判所によって追認されない場合には、効力を失う。100条b第1項第4文および第5文、同条第2項第1文は準用される。