

講 演

ドイツ法におけるテロの可罰的予備
——前倒しによる刑法の拡張に対する批判的考察——

リアネ・ヴェルナー¹
(翻訳：金尚均)

A. はじめに：未知の者に対する戦い

ドイツ憲法擁護庁の報告によれば、国際的な、特に イスラム教徒によるテロに対する戦いに重点が置かれているとされる。確固とした組織、階層的組織をもたないテログループのネットワークが新たな危険と見なされ、これが新たな捜査手段や戦略方法を正当化している。2001年9月11日から2006年までにドイツ連邦検察庁は25600件のテロの嫌疑を突き止めた。

けれどもここではテロリストは、ないに等しいネットワークの中では簡単には発見されない。テロの危険がどこから、どこに向けられているのかは不明である。もっとも有名なドイツ赤軍、クルド労働党、スペインバスク解放戦線、アイルランド共和軍、日本赤軍やオウム真理教などのテロは一定の都市や一定の機関に向けられていたが、そのようなテロはもう古い

1 著者：リアネ・ヴェルナー。ギーセン大学 フランツ・フォン・リスト国際比較法研究書研究助手（ヴァルター・グロップ教授研究室附）。教授資格請求論文執筆中。著者は、北京での第3回グローバル化時代における犯罪と刑法の国際フォーラムに参加して、テロリズムにおける処罰の前倒しについて検討を加えている。これについて英語文献で、つぎのものがある。He Bingsong/Liu Yanping (Hrsg.), The Basic Situation and Strategy of the International Fight Against Terrorism in Post-Bin Laden Era, Beijing 2012, S. 133 ff.; Vgl. dies., 13 GERM. L.J. 1037-1055 (2012), <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1463>.

のである。テロ行為は未知の者から未知の者に向けて行われているようになったのである。刑事訴追は「未知の者に対する戦い」を意味することになった。

できる限り早期に刑事訴追することが必要であるということは明白である。将来のテロを阻止すること以上に重要なことはないように思われる。今眠っている者が明日テロリストになるのである。危険な事態の驚異に対処するためにあらゆる手段を用いることは正しく、刑法もその一つである。刑罰は行為をしたことに基づいて科せられるという概念は、刑罰は行為を阻止するという概念によって取って代わる。可罰的侵害行為は、計画、予備、危険惹起の段階にまで前倒しされる。ヨーロッパ大陸の刑法においてなお処罰の前倒しとして議論されていることは、コモンロー文化においてはprecrimeとして確立しており、サイエンスフィクション映画の「マイノリティ・レポート」、フィリップ・ケアースの「ヴィトケンシュタイン計画」などを思い出させる。

疑いもなく予防的な危険回避措置は社会における法と秩序の保全の本質的土台を形成する。このことは争いようのないことである。リスクが実体刑法の対象となる場合、国家的対応は、警察的危険回避と超えてしまう。リスクを根拠とする市民の基本権への介入が法治国においてなお比例性を有するのかが問題になる。一般市民に対するテロの新たな構造をいうだけで、国家の保護を正当化するのに十分なのであろうか？ 新たな、階層的構造をもたないテロネットワークは最後手段としての刑法の適用を必要としているのであろうか？ なぜなら、構成員の数や構造も知られていないネットワークを突き止めそして破壊することはできないからである。

刑法学は、長きにわたり「前倒し」や「敵刑法」という研究領域として

見つけ出し批判的に議論を重ねてきた。本日の報告では、テロリズム刑法を例にしながら前倒しの許容性について議論する。これについてドイツ刑法の構成要件を説明しなければならない。これについて前倒しの問題に関連して検討する。ここで、予備行為の予備が犯罪化されるのであれば、ドイツ刑法は法治国的に許された犯罪化の限界を超えることになる。なぜなら、仮にテロの危険が予備の処罰によってのみ対処されうるとしたとしても、処罰は刑法的に重要な外界における行為を手がかりにしなければならないのである。そうでなければ刑法は思想刑法となる。このことは全ての被疑者やテロリストに当てはまる。

B. ドイツ法によるテロリズムに対する処罰について

ドイツ刑法は、テロ行為としての客観的に明らかになった個々の行為も主観的にテロを標榜した動機も処罰していない。テロリズムはそれ自体としては刑罰を厳格化する事情ではない。むしろ処罰は国家や市民に対する重大な侵害の惹起の危険を前提にして2つの方向で拡張される。

a) 国内ないし国際的なテロ組織の創設とこれに関連ないし支援する行為を刑法129a及び129条b

b) テロ行為の計画、準備、そして指導について、そしてテロ組織の創設の前段階における行為についてまたはテロ組織との接触やこれに関連する宣伝行為について、刑法89条a、89条b、91条d

b) について2009年に刑罰による対応が行われることになった。これはすでに存在するテロ組織への関与の処罰、つまりa) から落ちることなしにである。2つの犯罪形式は、その都度現実に存在するテロの危険を背景にしてドイツ刑法に導入された。

両犯罪類型はテロの危険を背景にしてドイツ刑法に導入された。

70年代にはドイツ赤軍のテロ行為がテロ組織の創設並びそれへの関与を根拠として処罰の導入へと導いた。ドイツの立法者は処罰の拡張によって新たな捜査方法を提唱した。刑事手続における証拠法上、テロ組織への関与とこれに関連する公共の危険化の証明があれば十分とされる。具体的な証明のための大変な捜査や具体的にドイツ赤軍によって行われた犯罪の捜査の必要はなくなった。刑129条aにおいて規定された犯罪をする決意の証明だけで十分になったのである。確固とした階層構造をもつテロ団体の訴追のための刑法拡張は効果的に見える。なぜなら、これによって関与が明らかにされるからである。これによって構成員を刑事訴追可能にし、そして最終的に組織をつぶすことができる。こうして将来のテロ行為を阻止することができる。

およそ40年後、テロ組織はこのことに学んだのである。脱組織化することで構成員を組織に結びつけることを阻止しようとしているのである。個々の構成員を逮捕することではテロネットワークの撲滅にはつながらない。なぜならそれは階層的に組織化されてないからである。その構成員、準構成員そして支援者は、フェイスブック上の友達のように交流するのである。結びつきがそもそもないテロネットワークでは個々人の結びつきが接触、計画立案、準備、そして宣伝を通じてのネットワークとなる。ネットワークへの全ての結びつきを刑事手続上訴追し刑罰を科すことを通じてネットワークを撲滅することが真のねらいである。それゆえドイツ法は、刑89条a、89条b、91条によって、テロ行為の計画行為、準備行為そしてテロネットワークの構築の前段階において処罰するのである。これらの導入は2007年6月1日のテロリズム撲滅のためのEU枠組み同意に端を発している。この枠組みを国内で実施するに際して、ドイツの立法者は、「テロを撲滅する」という枠組み同意の基本思想は、刑事訴追機関がテロリストが

(龍法 '14) 47-1, 206 (206)

テロ行為をするまで待たなければならないのであるとしたならば、本末転倒になってしまう、と論証した。あらゆる態様のネットワークの結びつきを断ち切るために、ドイツの立法者は行為結果という要件を不要とし、公共に対する危険の惹起または存在だけ十分としたのである。

C. テロに対する刑法的責任の拡張

結果が発生して侵害が生じるまで法がこれを待つのであれば、侵害を訴追し、行為者を処罰することは基本法の保護に資する。リスクの発生をもって介入する法は、テロ行為の阻止に資することになる。「安全保障社会」では、最終的に、法的に保護された利益に対する危険を惹起した者が処罰されることになる。このような帰結は、予防的にあらゆる社会に対する損害を予防するための法システムであろう。リスクが明白であり、危険に対する個人的利益の保護のためにもっとも高次の財である個人の人格権は大安売りされることになり、これにより法治国的秩序を危険にさらすことになる。

テロ撲滅のため犯罪は、他の普遍的刑法とは別個のものではなく、国家の全体機関の一部と定義される犯罪構成要件である。計算不能なリスクに対して刑罰を要請することは一般的に高まっており、テロの危険、環境汚染の危険、マネーロンダリングによる市場操作の危険、またインターネットにおける危険の場合も同じである。日本にとって電子力発電にまつわるカストロフィーをあげることができる。至る所で危険を考慮することができるのです。それゆえ、次に拡張の方法、テロ撲滅のためのドイツ刑法の犯罪における影響をについて検討する。

危険回避阻止に関わる実体刑法は、原則的に構成要件の拡張によってこ

れをする。その結果多くの構成要件は、時間的前倒し、そして予備段階への前倒しによって把握することができる。

1. 実体的拡張

行為によって生じる結果という構成要件要素が、故意によって惹起する危険という実体的に更に別の構成要件要素に取って代わる場合には犯罪構成要件は実体的に拡張する。ドイツ刑法では、保護された攻撃客体に対する具体的危険の惹起を要件とする具体的危険犯と、保護された攻撃客体に対する危険を惹起する可能性がある犯罪である抽象的危険犯とに区別される。しかしこのような区別はもう古い。伝統的には交通刑法がある。道路交通において交通参加者が危険な態度や具体的に惹起された人や財物に対する危険に対して責任を負うのである。

抽象的危険犯に関して行為が潜在的に危険でしかないので、その概念並び正当性は批判にさらされることになる。このような反応は、抽象的危険犯の廃止から特別ないし補足的な要素を加えることによる再構成にまで至る。

行為としての危険の惹起だけで処罰の確定にとって十分であるという構成は最終的に実体刑法を無に帰せしめる。危険の惹起に対して社会を守るために行為者は法益侵害の前段階で処罰されることになる。つまり結果惹起の前に位置する危険の惹起を根拠にということである。このことは展望的であるが、回顧的ではない。展望的規制の方法における刑法的責任の射程範囲が限界のないものにならないようにするために、実質的な限界づけが必要である。このことは、何も危険犯全てを廃止すべきだということを意味しない。なぜなら、別の方法では法益の保護が不可能な領域が存在するからである。道路交通における飲酒運転における危険に対する保護やテロの危険に対する公共の安全の保護などがその例である。

ペルト・シューネマンは、以下のことを要件とすることで危険犯構成要件の限界づけを行う：

- (1) 具体的事情に基づいて法益の保護が攻撃客体の危殆化の場合に必要である
- (2) 規範化によって行為者の基本権の本質的部分に介入しない
- (3) 規範化によってとりわけ明確性の原則など憲法上の原則が守られている
- (4) 実定された構成要件の不法が実定された刑罰の範囲との関係で比例していること

シューネマンのコンセプトは、抽象的危険犯の限界づけを許容する。なぜなら、具体的な危険事情に基づいて合憲的に明確な構成要件の規定を要求するからである。具体的な事情に基づいた危殆化とは、法益の危殆化として示されなければならない。構成要件に該当する行為は固有のものでなければならない。抽象的にすぎない危険犯は適性犯ないし、抽象的・具体的危険犯になる。

2. 狭義の意味における前倒し

構成要件が内容的に拡張されたわけではなく、刑法的責任が本来の実行行為の計画ないし準備段階に前倒しされる場合、狭義の前倒しといわれる。なぜなら、結果を惹起した行為でなければならないことを理由に処罰がなくなるわけではないので、ここでは処罰の拡張が問題になる。前倒しの必要性の主たる理由として社会における安全性欲求の高まりがある。驚異感情は、国境を越える組織犯罪やテロの危険性の高まりによって強くなっている。

このような文脈でギュンター・ヤコブスは敵刑法について議論する。1985年の刑法学者大会での彼によるこの概念の発見に際して、ヤコブスは、前倒しされた実体刑法について記述することが課題であった。刑法上

の責任は攻撃客体に対する危険を撲滅するために前倒しされる。これによって国家は行為者の内的人格領域にまで介入することになる。彼から市民権は剥奪され、行為者は敵となるのである。一定の行為者と犯罪類型について何ら他の刑事訴追の可能性が存在しないのか否かが議論されることになる。いかなる行為者や犯罪類型についてこのことが当てはまるのは明らかではない。なぜなら、多様な危険が広く存在するからである。法治国的基礎づけは困難である。

前倒しそのものとその刑法への影響を検討することで解決方法が見つけられる。アルント・ジンは様々な前倒し犯罪類型を区別した。それによれば、許される刑法の適用は、既存の犯罪に対する刑法的責任が時間的に予備段階に前倒しされるか否か、または新たな前倒しをしている独自の犯罪構成要件が創設されるか否かにかかっている。許容されるかどうかは、犯罪類型の構造、保護法益そしてこれに関連する基本権侵害に基づいて判断されることになる。比例性原則によるコントロールの絶対的限界としてヤコブスは1985年に行為者の内面への介入を提唱している。それによれば実体刑法の適用は、行為者の外的領域に介入する限りでのみ法治国的に基礎づける。なぜなら、内面は人格領域を記述するものだからである。つまり、行為者の内面的思想世界なのである。

危険犯に関する法治国的限界づけについてのシューネマンの基準とパレルなのは明らかである。刑法の適用は両者において、以下の場合にのみ法治国的に許容される：

- (1) 法益保護に適している
- (2) 構成要件が十分に明確に規定されている
- (3) 行為者の内面である中核領域に介入しない
- (4) 規定された構成要件の不法は規定された刑と比例している

ドイツ連邦憲法裁判所は、これについて抑制的である。確かに制限可能でない基本権領域は認められている。しかし、犯罪構成要件の制定についてもこのことが妥当するのは明らかではない。特に、予備行為が犯罪化される場合には特にそうである。犯罪者に同等の基本権を認めようとしなないことは理解できるとしても、害悪の根本はここにある。全ての者を市民と見なす刑法は、これに対して多元的民主主義社会ではいわば背骨としての役割を果たすのである。

D. 前倒しの問題としてのドイツのテロ立法

このような拡張並び前倒しのコンセプトをドイツのテロ刑法に当てはめると、次のことが明らかになる。つまり、反テロ立法は市民と国家の保護のためのテロ行為の阻止ということに目的がある。しかし回顧的刑法だけではテロを阻止することはできない。警察による危険回避措置では個々のテロ行為を阻止することはできるが、危険な事態が生じた場合には排除できない。刑法は予防的な道を進むことになる。

1. 刑法129条a, bによるテロ組織の創設

刑129条a, bによるテロ組織の創設によって処罰範囲は拡張される。これらの規定は抽象的危険犯である。テロ組織に関与しただけで処罰される。刑罰は犯罪行為をしたことではなく、重大な犯罪をするための組織の創設、関与、支援に基づいて科せられる。組織に関係する犯罪は構成要件において次のように示される。謀殺、故殺、民族虐殺、人間に対する犯罪、戦争犯罪（1号）、脅迫による略取または人質（2号）。示された攻撃客体は具体的に危殆化される必要はない。犯罪が実際に行われることは構成要件要素になっていない。組織がそのようなことを犯すことに向けられていな

ければならない。

このような犯罪は、重大な犯罪をする人の決意に対して展望的刑法保護を必要とするほどの人々の危殆化を内包する固有のダイナミクスを有しているということを考慮している。重大な犯罪の挙行を、組織の創設や関与段階で可罰的とすることで阻止するといわれる。そのような組織を創設またはこれに関与したい者に対しては、その基本権は制限される。このような介入は正当化される。組織が刑法典に違反または合意的に秩序に反することを当該組織が決意している場合には基本権は制限される。刑129条aの規定による重大な犯罪を行うとする組織は刑法典の目的に抵触して行動する。これへの関与はそれゆえ刑法によって訴追され処罰されることが許される。

このようになるのかはもちろん流動的である。「組織」、「テロ動機」という構成要件要素には明確な輪郭が必要である。しかも犯罪者が正確でない。なぜなら、組織の創設ではなく、これへの関与に刑罰が科せられているからである。マルク・ツェラーは、正当にもこれを言い換えることを求めている。テロ予防のための抑制的な実体刑法の適用は法治国的要請を尊重し、刑事手続における被告人の権利を保全する。これに対して刑法が予防機能から全て撤退することは全てが警察による危険回避措置になってしまうことになる。

2. 刑法89条a、89条b、91条の予備犯罪

2009年に新設された計画及び予備犯は個人のテロ行為の予備を犯罪している。行為者によって生み出される計画段階の危険が刑法上保護されている法益の危殆化に転化した場合に、個人として行為者が規定される。すでに実体的に拡張した処罰が更に前倒しされる。

(a) 刑法89条a

重大な暴力犯罪を準備している者は、刑法89条aによって処罰される。「テロ組織の創設」の場合と同様に、刑罰は重大な国家危殆化行為の挙行ではなく次のことを通じた予備に基づいて処罰される：

- 武器、爆薬またはその他の爆薬装置の製造または取り扱いのために指導する、指導を受けること（刑法89条a2項1号）
- そのような物質または装置の製造、自己または他人への調達、保全または他人にゆだねること（刑法89条a2項2号）
- 1号にあげた武器、物質または装置の製造のために重要な物質または品物などの調達、保全すること（刑法89条a2項3号）
- 犯罪行為をするのに必要な財産的価値ある者の収集、受領または処分すること（刑法89条a2項4号）

実際に客観的に指導したり、指導を受けたり、物質調達、保全または委託、財産的価値ある物の収集、受領または処分した者は処罰される。主観的目的はここでも生命または個人の自由に対する国家危殆化暴力行為の挙行である。これは、一定の自供に基づいて国家または国際的組織の存続または保全を毀損またはドイツ連邦共和国の憲法原則を排除、無効または掘り崩すのに向けられしかもその適性を有しているものである。

(b) 刑法91条

刑法91条（国家を重大な危険にさらす暴力行為挙行の指揮）

刑法91条によれば、その内容によれば、国家を重大な危険にさらす暴力行為を指揮するのに適する文章を、賞賛しまたは他人がこれを見ることができるようにした者は処罰される。その配布の諸事情が、国家を重大な危険にさらす暴力行為を行う準備を促進しまたはこれをよびおこすのに適して

しなければならない(1号)。同じく、国家を重大な危険にさらす暴力行為をするために、1号に挙げられた文書を調達した者も処罰される(2号)。本規定は、テロ組織に対する支援と宣伝(刑129条5項)の処罰を個人的行為者に転用した。個人行為者としてそのような文書を賞賛し、他人がこれを見ることができるようにするまたは調達した者は処罰される。

(c) 刑法89条b

これに加えて、故意で、刑89条a2項1号に基づいて国家を危険にさらす暴力行為の挙行において指導を受ける意図のもとで、国内(刑129条a)又は国際的(刑129条b)テロ組織との間で関係を構築しまたは維持した者も処罰される。

テロ組織の設立のための抽象的危険犯の前段階であり、しかも指導という予備犯罪の前段階における行為としての接触行為が処罰される。

ここでは前倒しの連鎖が考慮されている。客観的構成要件は単なる接触到にまで及ぶ。

(d) いわゆる許容される前倒し

ドイツ刑法のこれらの予備犯罪の許容性の検証は、上述の諸原則に照らして次のことを示す。つまり刑89条aは、その出鼻をもはや支配できないようなダイナミックなプロセスを行為者が歩み始める具体的な個々の行為に関係する。拳銃や爆発物の扱いを指導する者は、犯罪が行われるというリスクを設定または高めている。指導とは、製造及び取り扱いのための養成である。同じく、刑91条dに基づいて重大な国家危険犯のための指導書を宣伝または処分する者は固有のダイナミクスを生じさせる。なぜなら、文書は指導するのに適しているのに違いないからである。そのためには、文書は理解できる記述で技術的ないしその他の知識を用いて普及され、潜在的行為者が文書の指示に従いそして暴力行為をすることができる

ようにならなければならない。これが可能かまたどのようにしてなのかは、行為に影響を与えるものではない。刑法による国家の介入は、故意と行為動機をもって外界に現れ、そして法治国的秩序の存続を危険にさらす行為者の外的領域に基づいて行われる。

内面と外面の限界づけを理解するためにドイツ刑法では体系的考察が有益である。なぜなら、予備行為の処罰はドイツ刑法では目新しいわけではないからである。刑30条は犯罪への関与の未遂を犯罪化している。可罰的予備行為とは、決意させること、申し出の受け入れ、約束のことである。処罰根拠は、複数の関与者から生じることになる犯罪挙行の固有のダイナミクスをもった危険である。これらの構成要件要素の行為をする者は、事象を手中に収めるだけではない。彼は、犯罪をしようとする思想が現実化するリスクを生じさせまたは高めている。結果の実現のリスクを排除した者だけが不可罰とされうる。処罰のためのこのような基礎づけが十分なものであるか否かは部分的には争われている。例えばこの規定は憲法の明確性原則に抵触すると主張されることがある。ツァツィックはその刑事政策的正当性を否定する。なぜなら、それは一人または複数の関与者の計画としての将来の不法を処罰しているのであり、過去の行為不法を対象としているのではないからである。ヤコブスは刑30条に基づく可罰的予備を正しくないと評価する。ヤコブスの批判は、内面の思想に関わっており、わたしはその批判にしたがう。ヤコブスによれば、複数の市民が決意するという領域も行為者の内面に属する事柄なのである。これは社会を攪乱するような態度をしない限り、誰も介入することのできない絶対に保護される権利の領域である。行為者が彼の内的組織の外的無害化に配慮しない場合にはもはや内的領域ではなくなる。外的に危険であるということは行為者の計画によるのではなく、客観的にのみ判断される。刑30条による犯罪の予備の処罰はこのことからすれば疑わしい。なぜなら、行為者の毀損の主観的計画を通して初めて犯罪の予備行為が明らかになるからである。

このような考えをドイツ刑法におけるテロ撲滅犯罪構成要件に転用すると、テロ組織への関与（刑129条a）、重大な国家危殆犯罪の予備及び指導（刑89条a、91条d）は、テロ行為実現の固有のダイナミクスをもつ危険を胚胎する行為を前提とするということが明らかになってくる。行為者は行為の外的無害性に配慮することができないのである。重大な国家危殆犯罪のための武器や爆発物の取り扱いについて他人を指導した者は、犯罪が行われるリスクを設定しまたは高めたといえるのである。人格権への介入は共同体保護のための国家の義務の前に退くことになる。

重大な国家危殆犯罪のための関係の受け入れについては（刑89条b）、行為はなお行為者の内面的領域にあるままである。接触したにすぎない者は、彼がこのことから生じる可能性を利用するかどうかは彼が決めることができる。ヤコブスによれば彼は客観的無害性にまだ配慮することができるのである。固有のダイナミクスはまだ生じてはいない。なぜなら、すでに関係を受け入れた時点で可罰的であるからである。親密な結びつきは要件とはなっていない。単に電話をかけることで十分である。それゆえ行為者は何ら具体的なテロ計画をもつ必要はなく、しかもテロ行為の意図を持ってこれを受け入れる必要もない。指導する意図だけで十分なのである。このことはしかし証明することはできない。

行為の犯罪的特徴は主観的構成要件によってしか確定することができない。刑89条b2項は、それゆえ、逆に職業的義務を充足するために接触することは処罰から排除しなければならない。市民は、職務上の義務の充足のためにテロ組織との接触を求める場合にはこれによって証明可能な形で正当化されるに違いない。この場合、挙証責任が転換する。責任がないことを証明できない者は処罰されるのである。このことはもはや法治国の刑罰の観念とは一致しない。構成要件自体が不明確である。

「関係の受け入れ」構成要件要素は、構成要件の明確性の要請を満たす

ことができない。行われるはずの犯罪、被害者、行為の場所または時点も規定されていない。行為者並び共犯者の特定も規定されていない。確かに法益として潜在的被害者の生命及び自由があげられているにすぎない。このような根拠づけは、しかし、なぜ、抽象的危殆化段階での保護と並んで予備の前の段階における保護も必要なのかについて説明が必要である。予備の予備の処罰は、テロ行為への関与の処罰を拡張し、重大な国家危殆犯罪の予備はもっと拡張している。このことはもちろん構成要件の明確性原則にとって負担でしかない。いわゆる前倒しは実体的拡張のためにもなお行われる。

可罰的な接触行為は思想犯罪である。ジョージ・オーウェルの著書「1984年」はこのことを明らかにしている。刑法は社会における希望に対応し、危険を回避し安全感情を充足するために将来の危険を対象とすることになる。

E. 結論：未知の者を白日にさらすこと

階層的に組織されていないテロネットワークという新たな形態は社会に対して挑戦している。危険の源泉は確定することができない。リスクが実現する客体、規模そして時点も不明である。「テロとの戦い」は「未知との戦い」なのである。国家がこれに対して危険源を取り扱うことで対応し、その刑法を実体的にしかも時間的に拡張することは理解することができる。なぜなら、誰も未知の大規模で多くの危険がある世界で生活したいとは思わないからである。

刑法は様々な方向に進むことができるという認識が重要である。一方で刑法は規範妥当違背に対して刑罰を科す。他方で刑法は予防的に将来の不法を阻止するために一定の危険の惹起に対して刑罰を定める。このような

区別を市民刑法と敵刑法または回顧的刑法と予防的刑法と呼ぶかもしれない。このような包括的議論はここではもう繰り返さない。ヤコブスによれば哲学的にもうまく基礎づけられた「敵刑法」という名称に賛成する者は、次のような誤解するリスクがある。つまり、敵を市民よりもひどく処遇することや敵刑法をあらゆるところで敵を扱う根拠づけによって許容することである。

逆にこのような区別を拒絶または否定する者は、刑法の拡張を21世紀のリスク社会の必然的展開だとして許容してしまう危険を冒すであろう。ドイツ刑法では、このことは、テロ撲滅に関してテロ組織との関係の受け入れを理由とする主観的意図にのみ依存する処罰という帰結に至るのである。ここで結論とは、職務上の義務のためにテロリストとの接触を求める場合には、市民が不可罰であること自ら証明しなければならないということである。未知の者が白日の下にさらされる。全ての者が知られることになる。ヤコブスのそもそもの批判が当てはまる。つまり、ドイツの立法者は、明白に問題意識もなく、内面的領域への前倒しを透徹させる刑法の現象形態にしてしまった。

区別をする者は、これに対して意識的に限界について争うことになる。このことは、展望的・予防的（敵）刑法をもって市民の権利への自動的で重大な削減を許容することを意味しない。実体刑法による将来の不法の阻止には明確性の原則の尊重と最後原則を尊重した上で特別に正当化する必要がある、ということの意味するにすぎない。しかし、行為者が外面的無害性に配慮している限り、内面領域への介入は許容されない。「寝ることは」許されるのである。推定上のテロリストも同じである。刑89条bの予備の予備の処罰は実体法的基礎なく不法をシンボル化したにすぎない。テロリストと疑われている者に対しては再社会化だけでなく、刑法そのものの再社会化も必要なのである。