

# ギュンター・ヤコブス

## 市民刑法と敵味方刑法

Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht

松宮孝明 (序)  
平山幹子 (訳)

### 序

本資料は、ドイツ・ボン大学のギュンター・ヤコブス教授が、昨年(2003年)11月1日に、本学において行った講演 Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht の翻訳と、これをめぐる当日の質疑応答の記録である。ヤコブス教授は、本学の共同研究「グローバリゼーションとヒューマン・セキュリティ」(基盤研究(S))の一環として、台湾での講演旅行の帰路を好機として、本学にお招きしたものである。内容を見ていただければおわかりのように、本講演は、「9・11」以降の世界における刑法および刑事法全体の動向を、近代の「社会契約説」にあった刑法観を交えながら、本来の意味での刑法である「市民刑法」と、むしろ戦争法に近い「敵味方刑法」に分けて鋭く分析したものである。その意味で、本講演は、テロや国際組織犯罪対策の名のもとに刑事立法が進められているわが国でも、現状を分析する上で貴重な視座を与えるものである。なお、当日の講演会は、刑法読書会との共催であり、関西の多くの刑事法研究者のご参加を得て活発な討論が行われた。本講演およびその日本語訳の公刊をご快諾いただいたヤコブス教授、およびご参加いただいた諸先生方、講演の翻訳および本資料の執筆の労をとられた平山幹子講師に、この場をかりて、お礼を申し上げる次第である。(松宮孝明)

---

### ・序：否定の否定としての刑罰なのか保全としての刑罰なのか

この講演では、市民刑法および敵味方刑法(\*訳者注)について論じますが、そ

これは2つの理念型であって、これまで純粋な形ではほとんど実在したことのなかったものです。すなわち、ごくありふれた一般的犯罪に対する有罪判決　つまり市民刑法　にも、少なくとも将来の危険の何らかの防圧　つまり敵味方刑法が含まれていますし、市民とはほど遠いテロリストでさえ、刑事手続<sup>1)</sup>において市民としての被疑者の権利が認められる場合、少なくとも形式的には人格として扱われます。要するに、重要なのは、二つの孤立した刑法領域を対置することではなくて、一つの世界の二つの対極を描写すること、あるいは、刑法という一つの関係に相対する二つの目的があることを明らかにすることです。その際、これら二つの傾向は完全にオーバーラップすることもできます。つまり、行為者を人格として取扱うか危険源として扱うか、はたまた他者に対する威嚇の手段として扱うかは、重複することがあるのです。これが第1です！

第2に、「敵味方刑法」という名称には*原理的に否定的なもの*(prinzipiell pejorativ)という意味を込めてはいないということを、あらかじめ申し上げておかなければなりません。たしかに、敵味方刑法は不完全な講和のしるしです。もっとも、それは、講和した者だけではなくて、講和しない者にも適用されることがあります。くわえて、敵味方刑法とは、少なくとも正常な態度に対するものであって、無意識的態度や情動的態度に対するものではありません。このことを前提にして、概念の中核部分、つまり、*刑罰*から話をはじめたいと思います。

刑罰は強制、それも　ここではかいつまんでしか扱えませんが　密接な結びつきの中で混ざり合っている多様な種類の強制です。まず強制は、意味を担うもの、つまり、犯罪行為(Tat)に対する応答を担うものです。すなわち、理性ある人格の犯罪行為としてのTatは、規範の不承認、つまり、規範妥当に対する攻撃を意味し、そして刑罰は、(この規範は妥当しないという)行為者の主張は(この社会の)標準にならず、当該規範は変わらず妥当し続けるということ、要するに、社会の(規範的)形態は保持され続けるということの意味します。その限りで、犯罪行為も刑罰強制もシンボリックな相互作用<sup>2)</sup>の手段であり、行為者は人格として真摯に受け止められるのです。というのも、彼が人格としては無能力であるなら、その犯罪行為は否定されるには及ばないからです。

しかし刑罰は、そうしたものであるだけでなく、物理的にも重大な効果をもたらします。そう、たとえば拘禁されている者は刑務所の外で罪を犯すことはもはやできません　自由刑執行中は確実な特別予防です。しかし、自由刑がその保安的な効果を持っていなければ、それが比較的重大な犯罪行為に対する通常のリアクションになることは、おそらく、なかったでしょう。そのかぎりでは、強制は、何事

かを意味するのではなく、むしろ、物理的に作用するのです。すなわち、強制は、法における人格に向けられるのではなく、危険な個人に向けられる、ということです。これは、自由刑の保安的効果から処分としての予防拘禁に移行する場合（ドイツ刑法61条の3、66条）、とりわけ明らかになるといってよいでしょう。視線は、有罪判決が下されるべき犯罪行為を目指して過去に向けられるだけでなく、「重大な犯罪行為への傾向」が公衆に対して「危険な」効果を及ぼす可能性のある将来を目指して、前にも、かつ主として前に、向けられるのです（ドイツ刑法61条1項3号、66条）。つまり、本来的に権利を持った人格、すなわち、刑罰によって否定の否定がなされる者に、危険な個人<sup>3)</sup>、つまり、ここでは、処分されるのであって処罰されるのではないのですが、物理的効果を伴う形で対処される者が取って代わるのです。すなわち、コミュニケーションではなく危険の克服が、市民刑法ではなく敵味方刑法（ここでは、広い意味での刑法です。すなわち、処分は犯罪行為を前提とします。）が洞察の対象となり、後で述べるように、「法」という言葉が双方の概念においてまったく別のことを意味するのです。

今日の学術的議論<sup>4)</sup>の中では、この問題に関して、ほとんど何も見いだせません。法とは何であり、また、何でありうるかの検討を通じて自身の見解を形成する作業のかわりに、法をどのような場合にも捜し求め、同時にそれを直接に所持することを確保して、法をつねに恭しい調子で託宣してきた人たちには、何も期待できません。もっとも、最近の哲学は、問題に少なくとも取りかかることができるために、十分な教示をしています。

## ．いくつかの法哲学的構想

敵との関係が法ではなく強制によって規定されるのに対して、「法」は、それぞれが諸々の権利および義務の担い手である人格どうしの結びつきをいいます。ところで、法はすべて強制権限を兼ね備えており<sup>5)</sup>、そして、いちばん峻厳な強制は、刑法による強制です。それゆえ、どの刑罰も、ちょうど正当防衛がそうであるように、敵に対して向けられていると主張できるかもしれません。そのような主張は決してあたらしいものではなく、むしろ著名な哲学にその原型を持つものです。

とりわけ、国家を契約によって厳格に説明する著者たちは、犯罪をかくのごとく描写します。すなわち、犯罪行為者は契約に違反し、契約の恩恵にそれ以上浴せない、つまり、彼はもはや他人と法的関係に立たない、と。ルソー<sup>6)</sup>でも同じように言われています。すなわち、「社会の法」を攻撃するどの「犯罪者」も国家の「構

成員」であることを放棄している、なぜなら、犯罪者は彼に下された判決が示すように国家との闘争状態におかれるからである、と。その結論はつぎの通りです。「罪人は、市民(citoyen)としてではなく、敵(ennemi)として、殺される」と。同様に、フィヒテもつぎのように主張しています。「市民契約から絶え間なく逸脱する者は、意思によるにせよ軽率さによるにせよ、契約において彼の思慮深さが予定されているところでは、市民としての、また人間としてのあらゆる権利を容赦なく失い、完全に法的権利をなくすことになる<sup>7)</sup>と。フィヒテは、犯罪者のこのような無権理状態<sup>8)</sup>を贖罪契約の構想<sup>9)</sup>によって原則的に緩和しますが、このことは「故意の計画的な殺人」には妥当しません。この場合、法の保護は失われたままです。「……(有罪)判決が下された者は、物つまり野獣だと宣告されている<sup>10)</sup>のです。さらに、フィヒテは決然として言い放ちます。すなわち、人格としての資質が欠けているために、犯罪者の処刑は「刑罰ではなくて保安手段にすぎない<sup>11)</sup>と。詳細には触れません。なぜなら、この簡単なスケッチによって、市民としての地位はどんなときでも失われえないものであるという必然性はないということは、すでに示されているといってもよいと思われるからです。

わたしはルソーやフィヒテの構想に従うつもりはありません。というのも、彼らの構想は、一方で権利を有する市民を他方で権利を有さない敵から区別する点で、あまりに抽象的だからです。法秩序は原則として犯罪者にも権利を認めなければなりませんし、それも、重なりあった一つの根拠にもとづいてそうしなければなりません。すなわち、犯罪者はふたたび社会と折り合いをつける権利を持ちます。また、そのために、彼は人格、つまり市民としての地位を、いずれにせよ権利を持つ形で保持しなければなりません。さらに、犯罪者は損害回復義務を負いますが、この義務も人格性を前提とします。換言すれば、犯罪者は、その犯罪行為によって勝手に社会に別れを告げることはできないのです。

ホッブスはこのことを認めていました。たしかに彼は、いわゆる社会契約論者で(も)ありますが、その本質においては、むしろ制度哲学者です。彼のいう服従契約 それと同格で、力にものを言わせた服従もありますが！ は、本来の意味での契約というよりもむしろ、(将来の)市民が国家をその組織化に際して妨害しないことのメタファーとして理解されなければなりません<sup>12)</sup>。これを裏書きするように、ホッブスは犯罪者に対して原則その市民としての役割<sup>13)</sup>を委ねます。すなわち、市民はその地位を自分で放棄できません。もっとも、反乱、すなわち、国家に対する犯罪の場合は異なります。「なぜなら、このような犯罪者の本質は、闘争状態への逆戻りを意味するような、服従の解約にあるからである<sup>14)</sup>。……このよう

な方法で罪を犯す者は、臣民ではなく敵として処罰されるから<sup>15)</sup>です。

ルソーやフィヒテにとっては本来のどどの犯罪者も敵ですが、ホブスにとっての敵とは、ともかく体制に逆らう者です。契約モデルを国家権力の根拠づけおよび限界づけの規制的理念として用いたカントは<sup>16)</sup>、問題を（フィクションである）自然状態と国家としての状態との境界域に据えました。カントによれば、所有権の保全を可能とするために、どの人格も他人を市民的憲法体制に服させる権限を持っていなければなりません<sup>17)</sup>。このことから、つぎのような問題が浮上してきます。すなわち、強制に服しない者に対してカントは何と言うのか？ 彼の論文「恒久平和のために」では、人間に対して敵対的に振舞うことはどんな場合に許されるのかという問題に長い脚注<sup>18)</sup>が付けられており、そしてそこでは、つぎのように述べられています。すなわち、「人間もしくは人民が生のままの自然状態で私から（必要な）安全を奪い、彼が私の隣にいるという状態によって、現実にはないにせよ、絶え間なく私が脅かされるような彼の状態の無法則性（statu iniusto）というまさにそのことによってすでに私を傷つける場合、私は、彼に私と共通の法則の状態に足を踏み入れるか、私の近隣から立ち去るかのいずれかを強要しうる。」<sup>19)</sup>と。要するに、「共通の法則が妥当する状態」において共に生活を営まない者は、立ち去らなければなりません。つまり、彼は追い出される（あるいは予防拘禁に収容される）のであり、いずれにせよ彼を人格として扱う必要はなく、カントがはっきりと書きとめているように<sup>20)</sup>、「敵として扱う」<sup>21)</sup>ことができるのです。

カントの場合、上で書きとめたように、わたしを「絶え間なく脅かす」者、つまり、市民の状態に服しない者は、人格として扱われません。ちょうどこれに匹敵するのは、ホブスによる国家に対する反逆者の脱人格化です。つまり、彼も原理的に所与の国家体制を否認します。要するに、ホブスおよびカントは 頑強に法に違反するわけではない人格、つまり、原理的に法を破るのではない人格に対しては

市民刑法を妥当させますが、原理的な逸脱者に対しては敵味方刑法を妥当させるのです。後者は人格としての地位を剥奪し、前者はそれを安堵します。前者、すなわち市民刑法は法であって、それも犯罪者に対しても法であり続けます。なぜなら、犯罪者も人格であり続けるのですから。これに対して、後者、すなわち敵味方刑法は、異なる意味での法です。たしかに、国家は、くり返し罪を犯す人格から自己を保全する法を持っています。予防拘禁もまた、詰まるところは法制度なのでから。さらにまた、市民は、国家に適切な処分を求める法＝権利、つまり、ホブスが国家の根拠づけと限界づけに用いた、市民が国家にその安全を求める法＝権利<sup>22)</sup>を持っています。つまり、服従の目的は保護<sup>23)</sup>なのです。しかし、この権利に、

敵、つまり、ホッブスの場合の国事犯、カントの場合のつねに脅かす者、の権利は含まれていません。それは他人の権利なのです。市民刑法はすべての者の法ですが、敵味方刑法は敵と対立する者の法であり、敵に対してそれは、究極的には戦争にまで至る物理的強制でしかありません。この強制は、二つの点で制限される場合もあります。第1に、国家は敵をあらゆる法＝権利から締め出さなければならぬわけではありません。たとえば、予防拘禁処分を受けている者も、物の所有者としてのその役割は、否定されません。第2に、国家は自身が自由にできることのすべてを行わなければならないわけではありません。そうではなくて、とりわけ後の平和締結の可能性を遮断しないよう、自己抑制することもできるのです。しかしこのことによって、敵に対する措置が何事かを意味するものではなく、単に強制するものにすぎないという結論が変わるわけではありません。市民刑法は規範妥当を維持し、敵味方刑法(広い意味では、処分法が含まれます)は危険を除去します。もっとも、数多くの中間形態があることも確かですが。

### ・現実的な人格性と事実的な危険性

なお問題にしなければならないのは、つぎの点でしょう。つまり、なぜ、ホッブスおよびカントはすでに述べたような区別をするか、という点です。その答えは、つぎのような形のテーゼで表現されるといわれます。すなわち、いかなる規範的關係も、そして市民、すなわち法における人格もそうなのですが、それ自体で妥当するものではない、というテーゼです。むしろ人格は、大筋において社会を決定する存在でなければならず、その場合にだけ人格は現実的なのです。

このテーゼの解説のために、言い過ぎかもしれませんが 犯罪と刑罰のシークエンスの通常の事例が意味するものについてコメントすることから、はじめたいと思います。犯罪はカオス状態において存在するのではなく、実定的秩序の規範の違反としてだけ存在します。このことを、ホッブス<sup>24)</sup>以上に、鮮明に際立たせた人はだれもいません。彼は、自然状態においてあらゆる人間にすべてを要求する自然権を、現代の用語法においてはただ権利(jus)とだけ名付けられるもの、すなわち、そこに他人の義務が対応しておらず、むしろ、規範的には無制限で、個々人の物理的強制によってのみ制限される自由の別名でしかないもの、人が欲し、かつ出来ることだけをしたりしなかったりできる自由の別名でしかないものを帰属させました。欲し、かつそれをできる者は、他人を些細なきっかけにもついで撲殺してもよいのです。このことは、ホッブスがはっきりと書きとめているように<sup>25)</sup>、

彼の自然権であり、犯罪とは無関係です。というのも、自然状態では、拘束力をもって定義された秩序が存在しないので、そのような秩序の規範が破られるということもありえないからです。

要するに、ネガはつねにポジを際立たせることでのみ定義されることができ、逆もまたそうである（vice versa）のと同じように、犯罪は秩序づけられた共同体、つまり、国家においてはじめて可能となるのです。その際、犯罪は秩序づけられた共同体の終結のはじまりとして登場するわけではありません。そうではなくて、その動揺として、つまり、修復可能な逸脱としてのみ登場します。説明のために、例をあげてみましょう。甥が被相続人の死を早めるために彼の金持ちのおじを撲殺したとします。そのような事件が原因で滅びる国家はありません。さらに、犯行は国家の存続に反して向けられているのではなく、また、原理的に、つぎのような国家の諸制度に反対して向けられているのでもありません。すなわち、悪い甥が、自分の側では、国家による生命の保護および財産の保護を享受しているような国家の諸制度です。要するに、彼は明らかに自己矛盾をおかしているのです。換言すれば、誰でもわかるように、彼が在籍しようと選んだ国は存在できない世界、それも、一定状態において現実に存在できないだけでなく、理論的にも存在できない世界です。つまり、そんな世界は考えられないのです。

それゆえ、ルソーやフィヒテの厳格な社会契約説とは異なり、現代の国家はここでも私は曖昧な言葉を選択しますが 通常犯罪（Normaltat）の行為者を、殲滅されるべき敵とみるのではなく、市民、つまり、その振舞いによって規範妥当を損傷し、それゆえに強制的にはあるけれども、規範妥当損害を回復するために、（敵ではなくて）市民として引き出される人格とみるのです。このことは、刑罰を通じて、つまり犯罪行為者の展開手段の除去を通じて、行為者によって違背された期待が堅持されること、要するに、この期待が有効であり、行為者の行動格律（原理）は（社会の）標準にはならないことが明らかにされることによって行われます<sup>26)</sup>。

もっとも、このように単純明快、そう、まさに牧歌的な 　つまり、行為者自身がすでに自己の格律が一貫しないと判断している 　のは、犯罪行為者が、犯罪行為はしたけれども、大筋においては市民、すなわち法に誠実に行動する人格としてふるまうという担保を提供する場合だけです。規範妥当が事実抗して完全には徹底されることはできないように、人格性も完全に徹底されることはできません。このことは、すぐに明らかにされることとなります。まずは、規範妥当からです。

規範が社会の形態を規定するとすれば、規範に従った態度が、大筋においては、



現実に期待可能でなければなりません。すなわち、人格の計算は、他人が規範に従った振舞をし、規範に違反した振舞をすることはないであろうということを前提にするものでなければならないということです。すくなくとも、ある程度重要な規範に限った場合であっても、他人が規範に忠実であると期待できるということは、それが現実的でありうるためには、一定の認知的保障が必要です。極端な例でいえば、たとえば、公園で傷害されたり、強盗されたり、ひょっとすると殺されることすらあるかもしれないことをわたくしが真剣に覚悟しなければならない場合には、いずれにせよ(自分は)法の中に存在しているという確信があっても、緊急の場合を除いて、わたくしはそのような公園に赴くという行動は取らないでしょう。十分な認知的安全性がなければ、規範妥当は徐々に腐食し、空虚な約束になります。空虚、なぜならそれは現実の生きた社会の形態にもはや何の効果も及ぼさないからです。理論的には、事実的なものによる規範的なものの保障は、つぎの指摘によって否定されることもあります。すなわち、存在することが許されないものは、それがおそらく存在するだろう場合にも存在してはなりません、人格は権利を所持しただけではなく、その生命を貫徹すること、要するに、欲求をもつ個人として独力で生計を立てることも望みます<sup>27)</sup>。そして、存在が許されないもの(は存在しないであろうということ)に対する信頼は、それが、何が存在することになるのかについての認識によってひっくり返されない場合にしか、それによって自己の生計を立てられるための方向づけの役に立たない、という指摘です。それゆえ、カントは主張するのです。だれもが他人に市民的憲法制度に従うことを強制してよい、と<sup>28)</sup>。

同じことは、犯罪行為者の人格性についてもいえます。すなわち、人格性は、認知的保障がまったくないまま、純然と事実と抗して維持されることはありません。すなわち、他人が個人、つまり、快と不快にしたがって行動する存在として考慮されるだけでなく、人格として受けとめられる場合、すなわち、法と不法に方向づけられることを前提にすべき場合には、その規範的な期待も大筋において認知によって支えられなければなりません、このことは、問題にしている規範が重要であればあるほど、明らかです。

処分としての予防拘禁の例についてはすでに言及しました。数多くのさらなる刑法の規定からは、人格の振舞の期待が絶えず裏切られる場合には、人格として犯罪者を取扱う用意は縮小されるということが読み取れます。かようにして、立法者は(まずは実体法を関心の対象としますが)しばしばそう呼ばれるような闘争の立法に移行します。たとえば、経済犯罪<sup>29)</sup>、テロ犯罪<sup>30)</sup>、組織犯罪<sup>31)</sup>、「性犯罪その他の危険な犯罪」<sup>32)</sup>ならびに「犯罪」<sup>33)</sup>一般の場合です。そこでは、つぎのよ



うな個々人との闘争が予定されています。すなわち、(たとえば性犯罪における)その態度、(たとえば経済犯罪や薬物犯罪、さらに組織犯罪における)その職業生活、あるいは(テロ、組織犯罪、刑法30条の犯罪の共謀における)組織への加入によって、おそらく持続的に、少なくとも明らかに法に違背してきたような、要するに、人格としての取り扱いに必要とされる認知的な最小限の担保を提供していない個々人です。こうした犯罪に対する法のリアクションは、「市民的状态と自然状態との区別」というすでに述べましたカントの考えとちょうど同じように、規範妥当の損害の回復ではなく危険の除去がなによりも重要とされる点に、その特徴があります。つまり、可罰性は予備段階に広範囲に前倒しされ、刑罰は、過去の犯罪の処罰ではなく、将来の犯行の予防とみなされます。要約すれば、立法者の考えはつぎのようなものです。すなわち、他人が「私を(無法則の)状態(statu iniusto)で傷つけ、それによって私が絶え間なく彼に脅かされている」<sup>34)</sup>というものです。さらに、つぎのようにも定式化できます。すなわち、市民の状態にない個人は、人格という概念の恩恵に浴することができない、と。要するに、自然状態とはまさに規範のない状態、すなわち、過度に自由で過度に闘争的な状態のことなのです。闘いの勝者は何が規範なのかを決定し、敗者はその決定に屈しなければならないのです。

以上のことがまだよくわからないとお思ひの方には、2001年9月11日の犯行を指摘することでさまざまご理解いただけたらと思います。日常的な犯罪者の場合には依然として自明であること、すなわち、彼を危険な個人としてではなく、間違った行動をする人格として扱うことは、すでに示したように、(政治的)傾向犯や組織の中に身を置く行為者の場合、そもそも困難になり 彼のくり返される無秩序な態度に由来する危険に対応することの必要性が、前面に出てきます。そして、テロリストの場合には、だれであれ、ここでは法秩序の合理性を根本的に否認し、それゆえ秩序を破壊することを熱望している人がテロリストとみなされますが、人格としての取扱いは終了しています。ところで、謀殺その他を企てるテロリストも、それらの行為は犯罪であると宣言している各国の刑法により、処罰すべき犯罪者として描写されうることに、疑いはないといえましょう。犯罪は、それがラディカルな意図によって大々的に行われた場合でも、やはり犯罪です。

しかし、大いに問われるべきは、犯罪というカテゴリーだけに強く固執することによって、一般に人格的に振る舞うであろうという期待をまさに正当化することのないテロリストに対してはまったく不適切であるような拘束が 犯罪者を人格として尊重する必要性も含めて 国家に課されることはないのかということです。言い換えるならば、市民である犯罪者という概念に敵を位置づける者は、「戦争」

と「刑事手続」という概念が混交しても不思議に思うことはない、ということになります。さらに別の形で定式化すれば、市民刑法からその法治国家的な特性 激情の抑制, 外在化した行為だけに対するリアクション, 単なる予備に対するリアクションの否定<sup>35)</sup>, 刑事手続における犯罪者の人格性への配慮その他 を, つまり, 市民刑法からそういった特性を奪いたくない者は, 破滅したくないのであれば, テロリストに対してしなければならないことに別の名前を, つまり敵味方刑法という名をつけるべきです。これは, 控えめな戦争なのです。

要するに, 刑法の諸規定には二つの極ないし二つの相対する目的があるのです。すなわち, 第1に, 市民を相手にします。その際には, 社会の規範的な形態を確認するために, 刑法は, 市民がその行為を外化するまで待って, 介入することになります。そして第2に, 敵を相手にします。敵は広く前段階で待ち受けられ, その危険性ゆえに闘争されます。第1のタイプの例には, 単独正犯としては, 直接に構成要件実現の着手があった場合にはじめて可罰的になる故殺者(ドイツ刑法22条, 212条)の扱いがあたるでしょうし, 第2のタイプの例には, テロ結社の首謀者や(通常存在するであろう)背後者の扱いがそれにあたるでしょう。彼らには, 未遂の故殺者に比べるとごくわずかしが軽くない刑<sup>36)</sup>が, 結社を創設したりその中で活動したりしただけで(ドイツ刑法129条a), つまり, 場合によっては 多かれ少なかれ漠然と 予測される犯行<sup>37)</sup>の何年も前に, 科せられるのです。これは, 事物の本質上は, 「刑罰」という名の先取りされた予防拘禁といってもよいでしょう。

## 刑事手続法のスケッチ

刑事訴訟法にもこの対極化は見いだせます。それを当然であるとする誘惑が, すぐに思い浮かびます。この点をより詳しく述べることは, ここではできませんが, とにかく概略は述べておこうと思います。一方では, 被疑者・被告人は訴訟の一翼を担う人格であり, 通常は「訴訟主体」と呼ばれます。この点こそが, まさに改革された刑事訴訟を糾問訴訟から区別するものです。たとえば, 法律上の審問を受ける権利や証拠調請求権, 審問立会権や, とくに, 供述の際に許されない形で欺罔されたり, 強制されたり, 誘惑されたりすることのない権利(ドイツ刑事訴訟法136条a)を挙げることができます<sup>38)</sup>。

他方では, この人格の訴訟主体としての側面<sup>39)</sup>に対して, さまざまな純然たる強制, とりわけ未決拘禁(ドイツ刑事訴訟法112条, 112条a)が存在します。予防拘禁とおなじように, 未決拘禁も被疑者に対して何事かを意味するものではなく, 被

疑者に相対する物理的な強制に尽きます。このことは、被告人が訴訟に列席しなければならぬからではありません。容疑をかけられた人格も訴訟に参加します。それも、理性・分別を理由として そうではなくて、被疑者は勾留を手段として出廷を強制されるからなのです。この強制は、法における人格に対して向けられているのではなく 法における人格は、証拠隠滅もしませんし、逃亡もしません、その衝動と恐怖とによって正規の訴訟手続にとって危険であり、そのかぎり  
で敵として振舞う個人に対して向けられています。たとえば、血液採取（ドイツ刑事訴訟法81条 a）などの介入を強制する場合や、つぎのような監視措置の場合も同じです。すなわち、被疑者が知らないかぎりでのみ機能するものであるために、その実施の際には被疑者は何も知らないし、いずれにせよ知っていないはずの措置の場合です。たとえば、通信傍受（ドイツ刑事訴訟法100条 a）その他、秘密捜査（ドイツ刑事訴訟法100条 c）や秘密捜査官の投入（ドイツ刑事訴訟法110条 a）を挙げることができます。実体的な敵味方刑法の場合とおなじように、ここでもつぎのようにいえます。すなわち、そのような措置は法の外で行われるわけではありませんが、処分によって干渉されるかぎり、被疑者はその法 = 権利から締め出されるのです。すなわち、国家は、法的に整備されたやり方 = 権利を廃棄しているのです。

実体法の場合とおなじように、極端な敵味方刑事訴訟の規定はテロの危険の処理に照準を合わせていますが、これについては、接見禁止、要するに、被拘禁者とその弁護人の接触可能性が人格の生命、身体あるいは自由に対する危険回避のために廃棄されていることを指摘すれば十分でしょう（ドイツ裁判所構成法施行法31条以下）。もっともこれは、実定法によって規定されている極端な場合でしかありません。正規の刑事訴訟を超えたところで起こる可能性のあることは、2001年9月11日の犯行以来、広く世界に知られています。たしかに、執行権（行政権）との区別が欠如しているがために、司法の形態ではなく完全に戦争の形態だと呼ぶことのできる手続において、自国の領域内で犯行がおこなわれた国家は、他の諸国、つまり、その国の領域ではこれまで（もっともこれまでだけにすぎませんが）そのような犯行が起きたことのない国々の支援を得て、テロリストの資源を破壊し、テロリスト自身を捕らえようとしています。むしろ、ただちに彼らを殺害しようとしていると述べたほうがいいでしょう。その際、罪のない人々の殺害も、副次的被害と呼ばれますが、甘受されています。捕虜の二重の意味を持った法的地位 犯罪者か、戦争捕虜か？ は、これが戦争を手段とした犯罪追迫であることを明らかにしています。

## ・混交：敵である市民？

国家は犯罪者に対して二種類の態度をとることが可能です。すなわち、国家は、彼らを、罪を犯した市民、すなわち過ちを犯した人格と見るか、あるいは、強制によって法秩序の破壊を止めさせなければならない個人と見るかのいずれかです。双方の見方は、それぞれその正しい適用場所を持っていますが、同時にこのことは、どちらも間違った場所で用いられることがある、ということの意味します。

すでに述べたように、人格性は、それが規範的な構造をもつというだけでは、現実的ではありません。人格に向けられた期待が大筋において充たされる場合に、はじめて現実的になるのです。たしかに、人格は事実に抗する場合も人格だとみなされることができそうですが、かならずしもいつもそうだとはいけません。全体としてはそうとただけです。人格的に振舞うことの十分な認知的担保を提供しない人は、人格として扱われることを期待できないというだけではありません。それだけではなくて、国家は彼をもはや人格として扱ってはならないということです。そうでないと、国家は他の人格のもつ安全を求める権利を侵害することになるからです。要するに、ここで敵味方刑法と呼ばれるものを危険な悪者に仕立て上げることは、まったくの誤りでしょう。そうすることでは、市民的憲法制度に服さない個人をどのように取扱うべきかという問題は、解決されません。すでに述べたように、カントは、彼らの隔離（Trennung）を要求しますが、このことは、まさに、人はその敵から身を守らなければならないということなのです<sup>40</sup>。

他方で、どの犯罪者も原則的に法秩序の敵対者だというわけではありません。それゆえ、この間にほとんど把握できなくなってきた多くの敵味方刑法の目指すところとその各部品を刑法全体に導入することは、法治国家的視点からすれば、有害です。この点は、犯罪予備に関する例<sup>41</sup>が明らかにするでしょう。すなわち、1851年のプロイセン刑法典および1871年のライヒ刑法典は、独立の犯罪予備の処罰を予定していませんでした。社会制度の世俗化のための闘いである文化闘争において、ひとりの外国人（ベルギー人 Duchesne）が外国教会の高位聖職者（ベルギーのイエズス会管区長およびパリの大司教）に対し、大金を支払ってドイツ帝国宰相（ビスマルク）を暗殺しようと提案した後で、その種の最も重大な犯罪の予備は、3月以上5年以下の軽懲役、それ以外の予備の場合は2年以下の軽懲役に処する規定（1876年改正ライヒ刑法典49条 a, 16条）が導入されました。この規定は、その法定刑の軽さからみて、明らかに、敵がどのくらい危険になりうるのかというこ

とではなく、行為者が何をそれまで攻撃していたのか、つまり、公共安全に焦点を合わせたものです。1943年（！）、この規定は（ほかでもなくこの規定は）、つぎのような形で一層厳しくなりました。すなわち、その法定刑は計画された犯行の法定刑と結び付けられたのです。つまり、公共安全に対する犯罪であったものが、それによって本物の予備の処罰に変更されており、そして、この変更は、今日までずっと維持されています。つまり、行為にまだ表れていない（表動されていない）、計画されたにすぎない態度に、すなわち、現実の規範妥当損害にはなくて来たるべき犯行に、換言すれば、アクチュアルな規範妥当の侵害のかわりに将来の損害の危険に、敵味方刑法的規定は結び付けられているのです。テロリスト 原則的な敵対者 の場合には適切となりうること、すなわち、現実化した規範妥当損害に着目するのではなく危険の重大さに着目することが、ここでは、たとえば単純強盗などの犯罪に関するあらゆる計画に転用されます。このような余計な 法外な刑罰強要がなされる根拠づけが欠けている 敵味方刑法は、法治国家にとっては、すでに言及した接見禁止の場合よりも有害です。というのも、後者の場合、テロリスト だと推定される人物 だけが人格として扱われないのですが、前者の場合、テクニカルな意味における犯罪のどの正犯者も教唆者も人格としては扱われず（ドイツ刑法12条1項、30条）、その結果、市民刑法の相当の部分に敵味方刑法が浸透することになるからです。

## ・抗事的人格化：人格としての敵

この講演は、以下の思考プロセスが加えられないうちは、完全とはいえないでしょう。すなわち、すでに示したように、人格的に振舞うことに対する十分な認知的担保を提供する人だけが人格であり、これは、どのような規範性も、それが現実的であるためには、認知的保障を必要とするという認識の結論です。法秩序そのものも例外ではありません。すなわち、それが全体的にみて貫徹している場合にだけ、机上の空論より以上の、つまり、現実的な妥当性をもつのです。もっとも、こうした考え方に対して、今日よく知られているつぎのような見方が存在します。つまり、世界中のどこでも、基本的人権の侵害は甘受されてはならないという形で、法的拘束力のある最小限の秩序が存在しており、同時に、そのような侵害に対しては、むしろ、介入と刑罰で応えられるべきである、というものです。ハーグにおけるユーゴスラビア戦犯法廷、ローマ条約<sup>43)</sup>および国際刑典<sup>44)</sup>はこのような見方の結果です。国際刑事裁判権および国内刑事裁判権について確立されたことをもっと厳密に

見ると、刑罰は規範妥当の保持の手段から規範妥当の根拠づけの手段へと変貌していることが明らかになります。このことが不適切だという必要はありませんが、それは指摘されなければなりませんし、理論的に消化されなければなりません。そして、この課題を解決するためのささやかな試みは、以下のような形で講じられるかもしれません。

基本的人権の著しい侵害は、周知のとおり、地球上のさまざまな場所で生じます。もっとも、通常、人権侵害が生じるのは、その人権が、全体的にみて社会に浸透しているという意味では、それまで確立されていなかったからです。というのも、そうでなければ、散発的な人権侵害はこれらの場所においても確立された秩序の攪乱として理解され、よその土地の裁判権を必要としなくても、処罰されていたはずだからです。おもに西側の二、三の諸国によって、行為の行われた場所ですくなくとも行為者がラディカルに侵害し、かつ侵害しても問題のなかった人権の、グローバルな妥当性が主張されています。行為者の側は、彼によって計画された態度に対して、その行為を禁止する規範が妥当することを常に否認します。なぜなら、そうでなければ、彼は犯行を挙行することなどできなかったからです。それゆえ、*いずれの場合にも* 国内における犯罪行為の基本事例と同様に、世界のどこかにおける人権侵害の場合も 行為者は禁止規範を攻撃しているのであり、それによって影響される規範妥当は、刑罰を通じてその不可侵性を確認されるように見えます。しかし、このように両者を等しく扱うなら、本質的な相違が見過ごされてしまうでしょう。

国家内での犯罪の基本事例では、全体として確立された秩序が、個々の事件の中で無視されます。国家による権力独占権はすでに存在しており、犯罪者はその下に行前からいます。カントはこのことをつぎのように定式化しました。「共通の法則の状態」において「当局」は行為者に対してもその被害者に対しても「強制力」をもっている<sup>45)</sup>、と。それゆえ、これは、行為者に対する被害者の規範的期待のために国家が十分な保障(Sicherheit)を提供することが確信できる状態であり、その結果、にもかかわらずなされた犯罪は、認知的には考慮される必要のない特殊なものと思われ、行為者への帰属とその処罰によって中和されることができるのです。法が現実<sup>に</sup>に妥当している状態では、つまり、まさに機能国家においては、それです！

人権のグローバルな妥当に関しては、事情は異なります。法が世界規模で現実的に妥当している状態になっている、などということはできません。そうではなくて、法妥当の現実化の要請があるといえるに過ぎないのです。しかし、この要請に十分



な根拠がある場合はありますが、しかし、民法上の請求権が、それが十分な根拠を持つことができるというだけで充足されるのではないのと同じように、それだけで現実化するものではありません。換言すれば、そのかぎりでは、ここで問題となっているのは、「共通の法則を有する状態」を維持する（Erhaltung）ことではなくて、むしろ、「共通の法則を有する状態」を確立する（Herstellung）ことだということです。「市民的法則性」の状態が確立する以前の状態は自然状態であり、そこには人格性はまったくありませんし、いずれにせよ保障された（gesichert）人格性は存在しません。したがって、自分に対しても人格であることの十分な担保をまったく提供することのない人権侵害者に対して、「共通の法則を有する」領域を保障するために不可欠なことは、それ自体として、すべて許されるのです。そしてこれは、まず戦争を行うのであり、ただちに勾留状を発行するため警察を派遣するようなことはせずに、行われるのです。もっとも、行為者が捕らえられた場合には、まるで失恋、あるいは、同じような市民による個別の闘争から生じた故殺と同じように、刑法および刑事訴訟法へ移行します。要するに、人権の普遍的妥当性というフィクションを維持することができるように、行為者は人格であると宣言されるのです。秩序の確立（Begründung）の際のこのような強制を、秩序維持のための法と区別するほうが、むしろ、誠実なのではないでしょうか。すなわち、「市民」ミロシェヴィッチは、彼に裁判を受けさせるその社会の出身ではないのであって、それは、「市民」カペー（として処刑されたルイ16世 訳者注）の場合と同じです。当然ながら、わたしは普遍的に妥当する人権というものに反対しているわけではありません。しかし、人権の確立とその保障とはともかく違うのです。それが「共通の法則」である世界憲法（Weltverfassung）の創設に役立つ場合は、人権侵害者は処罰されるかもしれませんが、ただ、それらは罪のある人格に対する刑罰ではなく、危険な敵に対する刑罰なのです。それゆえに、本質的にはこのように呼ぶ方がよいのです。すなわち、*Feindstrafrecht* と。

## ・ま と め

1. 市民刑法の場合、刑罰のあきらかな機能は否定の否定であり、敵味方刑法の場合は、危険の除去です。それぞれの理念型は純粹具体的な形ではほとんど実際には見つけられずにいました。どちらの理念型も正当に存在できます。
2. 厳格な社会契約論の主張する自然法に関しては、各々の犯罪者はただちに敵です（ルソー、フィヒテ）。しかし、規範的期待の名宛人の保持に関しては、原則



的ではない逸脱者に市民の地位を委ねることが優先されます(ホブズ, カント)

3. 原則的な逸脱者は人格の態度に対するいかなる保障も提示しません, それゆえ, 原則的な逸脱者は市民として扱われることができません。そうではなくて, 敵として攻撃されなければなりません。この闘争は市民の合法的な権利, それも市民がその安全を求める権利の結果として生じます。しかしそれは, 刑罰とは別のものですし, 被処罰者の権利でもありません。むしろ敵を取り除くというものです。
4. 実体法上の相対する目的 否定の否定 対 危険の除去 についてとまったく同じことは, 手続法についてもいえます。
5. 明確に輪郭づけられた敵味方刑法は, 法治国家的には, 刑法全体と敵味方刑法的な規定の斑晶とを混ぜ合わせることも, 危険の少ないものです。
6. 政治上の大変革にともなう人権侵害の国際的かつ国内での処罰は, 敵味方刑法的な特徴を持ちますが, その理由だけで不当とされることはありません。

- 1) とりわけ, たとえば接見禁止については, 後述 を見よ。
- 2) これについては, *Jakobs Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Auflage, 1999, S. 98 ff.
- 3) “個人”および“人格”概念については, *Jakobs* (注2) S. 9 ff, 29 ff.
- 4) 最初に *Jakobs ZStW* 97 S. 751 ff, 783 f; *ders.* in: *Eser u. a.* (Hrsg.) *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, S. 47 ff, 51 ff; さらに *Schulz ZStW* 112 S. 653 ff, 659 ff; 反対は *Eser aaO.* (*Die Deutsche Strafrechtswissenschaft*) S. 437 ff, 444 f; *Schünemann GA*2001 S. 205 ff, 210 ff.
- 5) *Kant Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, in: *Kant's Werke, Akademie-Ausgabe, Band 6, 1907, S. 203 ff, 231* (Einleitung in die Rechtslehre, § D).
- 6) *Rousseau Staat und Gesellschaft. „Contrat Social“*, übersetzt und kommentiert von Weigand, 1959, S. 33 (Zweites Buch, 5. Kapitel).
- 7) *Fichte Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, in: *Sämtliche Werke, hrsgg. von J. H. Fichte, Zweite Abtheilung, A. Zur Rechts- und Sittenlehre, Erster Band, o. J., S. 260.*
- 8) 注7と同じ。
- 9) 前掲(注7) S. 260 ff. – Beiläufig: Ein Vertrag mit einem Vogelfreien, Rechtlosen ?
- 10) (注7) S. 278 f.
- 11) (注7) S. 280.
- 12) 以下も参照。 *Kersting Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, S. 95: 「根本契約は, 学問的認識に到達できるよう, 政策的・経験的知識がもたらされなければならないような概念型である。それは, 政策的に理解可能となるよう, 歴史的で国家の根本に関する出来事が包摂されるべき, 解釈の思考パターンである。」 – *Ders.* in: *ders.*

## 市民刑法と敵味方刑法（平山）

- (Hrsg.) Thomas Hobbes. *Leviathan etc.* (Klassiker Auslegen), 1996, S. 211 ff, 213 f.
- 13) *Hobbes* *Leviathan* oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsgg. von *Fetscher*, übersetzt von *Euchner*, 1984, S. 237 ff (28. Kapitel).
  - 14) つぎのように述べる方が適切であろう。すなわち、(役割の)事実上の放棄にあるからである、と 制度が絶交されたわけではない。
  - 15) *Hobbes* (注13) S. 242 (28. Kapitel); *ders.* Vom Bürger, in: *Gawlick* (Hrsg.) *Hobbes. Vom Menschen. Vom Bürger*, 1959, S. 233 (Kapitel 14, Absatz 22).
  - 16) *Kant* Über den Gemeinspruch: **それは理論的には正当かもしれないが、実務には適していない**, in: *Werke* (注5) Band 8, S. 273 ff, 297; - これに対して *Kersting* *Philosophie* (注12) S. 199 ff.
  - 17) *Kant* (注5) S. 255 f (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).
  - 18) *Kant* Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: *Werke* (注5) Band 8, S. 341 ff, 349 (2. Abschnitt, Fn.).
  - 19) これが前掲(注18)を意味する場合、私は「私をすでに何らかの行動によって傷つけた者」に対してだけ(しかし、つねにその場合だけに)「敵対的に振舞」ってよく、「市民の法の状態」において犯罪と関係し、刑法典にしたがって「敵対的な」害悪の付与を特徴づけるが、脱人格化を特徴づけることはない。
  - 20) 前掲(注18) S. 349.
  - 21) もっともこの発言は、虚偽問題に関して、カントの立場に矛盾する。すなわち、虚偽問題に関して、カントは実施された人格性の文脈依存性(すなわち、権利義務関係)を無視するのである。つまり、隣人愛にもとづいてあやまって思い込まれた権利を偽ることにに関して, in: *Werke* (注5) Band 8 S. 421 ff. これに対して *Oberer* in: *Geismann und Oberer* (Hrsg.) *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, S. 7 ff; *Pawlik* *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 89 ff; *Annen* *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1997, S. 97 ff.
  - 22) 基本的には *Isensee* *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983.
  - 23) *Der Zweck des Gehorsams ist der Schutz; Hobbes* (注13) S. 171 (21. Kapitel); *ders.* (注15) S. 132 f (Kapitel 6 Abs. 3).
  - 24) (注13) S. 99 ff (14. Kapitel).
  - 25) *Hobbes* (注13) S. 99 (14. Kapitel).
  - 26) 上記を見よ。
  - 27) 注3を見よ。
  - 28) 注17と同じ。
  - 29) 第1に、*経済犯罪の克服に関する法*(1976年7月29日), BGBl I S. 2034; 第2に、*経済犯罪の克服に関する法*(1986年5月15日), BGBl I S. 721.
  - 30) *テロの克服に関する法*(1986年12月19日) 1条, BGBl I S. 2566.
  - 31) *違法な麻薬取引およびそれ以外の組織犯罪形態の克服に関する法律*(1999年7月15日),

BGBI I S. 1302.

- 32) 性犯罪およびその他の危険な犯罪の克服に関する法律(1998年1月26日), BGBI I S. 160.
- 33) 犯罪克服法(1994年10月28日), BGBI I S. 3186.
- 34) *Kant* 注18.
- 35) *Jakobs ZStW* 97(注4) S. 751 ff.
- 36) 5年以上15年以下にかわり, 3年以上15年以下とされた。 §§ 30, 212, 49 StGB.
- 37) 関与の未遂に関して § 30 StGB, 後述。
- 38) Eine gründlichere Auflistung gibt *Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, § 18.
- 39) 人格の地位の帰結としての協力義務の諸条件に関しては, 基本的に *Pawlik GA* 1998 S. 378 ff mit umfassenden Nachweisen.– *Roxin* (注38)は「手続を甘受すること」の必要性を強制に分類する。これにはつぎの点が矛盾しているというべきである。すなわち, 手続は, それ自体, 人格相互の交際を通じた状況処理のための手段であるという点に矛盾している。
- 40) *Kant* 注18.
- 41) ドイツ刑法30条の歴史については, 以下のものを見よ。LK-*Roxin* (*Jähnke* u. a., Hrsg., StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar, 11. Auflage, 16. Lieferung, 1994) § 30 vor Rdn. 1.
- 42) *Jakobs ZStW* 97(注4) S. 752.
- 43) BT Drucksache 14/2682 S. 9 ff.
- 44) 民族刑法典序文第1項(2002年6月26日) BGBI I S. 2254.
- 45) 注18と同じ。

\* 訳者注

敵味方法という訳語に, 訳者はかならずしも満足していない。刑罰には人格に対する場合と危険な敵に対する場合との2つの側面があり, 刑法も市民の刑法と敵と対立する者の刑法とに区別して考えることができるというヤコブス教授の考えからすれば, 「対敵」刑法, あるいは端的に「敵」刑法と訳す方が適切と思われる。ただ, 「敵」刑法という場合の「敵」が「敵か味方か」という意味での敵を表現するものであるという点を強調する意味で, 近時定着しつつある「敵味方法」という訳語を用いることにした。

訳者コメントにかえて

ヤコブス教授の講演に引き続き, 約2時間にわたり, 活発な質疑応答がなされた。そこで, 講演原稿に対する訳者コメントにかえて, 質疑応答の大まかな記録をここに掲載することにした。当日の発言は基本的にドイツ語と日本語の二か国語で行われたが, 掲載は日本語のものにとどめる。また, 発言者の敬称は省略させていただく。最後に, ご発言いただいた先生方および質疑応答(とりわけ, ヤコブス教授のご発言)について通訳の労をとられた立命館大学法学部の松宮孝明教授に, この

場を借りてお礼申し上げます。

浅田<sup>1)</sup> Feindstrafrecht についての freundlich なご講演、どうもありがとうございます（一同、笑）。私の質問は二つあります。一つめは、保安処分とご講演で指摘された敵味方刑法というのはどう違うのか、という点です。つまり、敵味方刑法は危険の除去を任務とするとされるわけですが、危険の除去というのは、通常、保安処分の任務で、刑罰の任務ではないと考えられています。ご承知のとおり、日本では、100年来、保安処分制度を導入すべきかどうか議論してきましたが、まだ、その導入には至っていないという状況なのです。

もう一つは、敵味方刑法はきれいに輪郭づけることによって法治国家原則に反しないようになるといわれましたが、本当にそれができるのか、輪郭・限界づけるのか、というものです。

ヤコブス まず、最初の質問についてです。危険除去が、本来、処分の任務ではないのか、という質問であったと思います。講演の中で指摘したのは、すでに現実にドイツの刑法の中で、市民刑法と敵味方刑法が混じり合っているということです。具体例としてあげたのは、特別予備の処罰、それから、犯罪結社・犯罪団体への参加罪、とくに、結社罪で特徴的なのは、法定刑が非常に重い、未遂に比べてそんなに違わないということです。現実に刑法の中に危険を除去するという要因が入っているということを言いたいわけです。

つぎに、敵味方刑法と市民刑法のきれいな区別、きれいな輪郭付けができるかという問題についてです。これに関して指摘したいのは、つぎの点です。つまり、30年ほど前にテロリストである被拘禁者と弁護人の接見禁止の措置が採られたわけですが、そのときにドイツの立法者は接見禁止を通常の刑事訴訟法に入れたのではなくて、裁判所構成法施行法という特別な法律、わざと別の法律の中に接見禁止規定入れました。そうすることによって、一般市民である犯罪者とは違う扱いなのだ、一般市民にとって接見交通権を制限するというものではないのだということ、立法の形においてクリアにしたという点を指摘したいわけです。

生田<sup>2)</sup> たくさんあるのですが、どうしましょう。今の質問との関係で、市民刑法と敵味方刑法との区別についてです。つまり、敵味方刑法というものについて、とくにヤコブス先生はヘーゲルでいうところの警察規則の問題を扱っているのかどうかです。危険の除去というのだけれど、除去というのは結局危険レベルでの予防というか、危険レベルでの強制というか、そういったものであり、これが今日の敵味方刑法の大きな特徴です。つまり、侵害行為があってそれをやった

人を社会の敵対者として排除してゆくというよりは、むしろ、犯罪行為といわれるもの自身が非常に予防主義化されてゆく、人格の危険性とか、あるいは、ある意味で行為者刑法的な発想で対処されているのではないかと、単なる刑罰と処分の関係というよりはむしろ、警察規則というか、警察規則による危険除去とか社会防衛その対応関係が問題になっているのではないかと、要するに、敵味方法論というのは、警察法なのではないかと、ということです。ヘーゲルはその法哲学の中で、抽象的な市民法とは異なり、具体的な市民社会においては警察規則が増大せざるを得ないと論じています。つまり、危険除去の問題というのを、ヘーゲルは警察規則の問題として論じていたのではないかと、ということです。

ヤコブス 簡単にいうと、ご指摘の通りです。ヘーゲルがいうように、敵味方法論というのは警察法・行政法に接近するものです。危険の除去にウエイトを置くものです。

生田 私も、社会契約論からすると、犯罪というのは社会契約において形成された社会侵害ですから、犯罪は社会に敵対するという性格を持つことになると思います。けれども、社会契約論の中にもいろいろな流れがあって、ルソーなどでは、社会契約によって自然状態におけるあらゆる自由や権利を社会や国家に委譲してしまうという発想でやっているのですが、ベッカリーアやロックなどですと、社会契約によって自分のもっている自由の一部を抛出しあうという社会契約ですから、社会に敵対した人でも、人としての権利は残るという構想になると思います。ヤコブス教授は、講演の中でなぜベッカリーアやロックを省略してしまったのでしょうか。

ヤコブス まず、ベッカリーアですと、彼の考えについてはカントがつぎのように判断しています。つまり、彼の考えは社会契約説としては弱い、一貫性がない、と。なぜなら、ベッカリーアの見解の特徴は死刑廃止論ですが、社会契約説からいえば、契約を破ったという人物について、契約違反にもかかわらず死刑にしないというのは必ずしも一貫しないからです。ただし、ヨーロッパのこの時代には非常に多くの死刑が科されていて、政策的には死刑を何とかしなければなりません。ですから、ベッカリーアの見解は時代にマッチした主張ではありましたが、つまり、法政策的には非常に適切なことを言っていたわけですが、しかし、社会契約の理論としては、非常に脆弱なものであったと評価できるのです。

生田 脆弱だという理由は、社会契約によって自然状態でもっている自由や権利をすべて社会や国家に委譲するという前提に立つから脆弱なのであって、ベッカリーアのように、基本的に人間としての自由や権利をベースにおいた上で、社会

を成り立たせるうえで必要な限りで本来人間がもっていた自由や権利を委譲するという前提に立てばぜんぜん脆弱ではないのではないのでしょうか。

ヤコブス その話は、ロックでしょうと思っていました。ロックは最強の社会契約論者ですが、ロックの場合、各個人が国家と独立に本来的に権利を持っているとされます。社会契約を結ぶことによってその一部を国家に委譲して、国家がその代わりに保護すると考えられるわけです。要するに、国家以前の権利というのを想定するロックですが、そこから非常にアンビバレントな帰結が導かれます。つまり、国家以前の段階は自然状態で、その自然状態でみんな仲良く暮らしているというときには各人の権利は守られるのですが、しかしつねにそれは侵害されます。つねに自然状態では戦争状態に入るので、人々は契約を結んで国家をつくると説明されます。このロックの考えに対して、1920年代の終わり頃にそれを分析する研究をシュトラウスが出版していますが、それによれば、もし自然状態においてみんながうまく共存できるというのであれば、なぜ国家が必要なのかが疑問だとされています。戦争状態になってしまうというのであれば、今度は逆に、権利というのは要するに実力そのものになってしまうということです。やはり、政治的、そう、アメリカの独立革命などを後押ししたわけですが、そういう政治的主張としてはロックの考えは強力なものであったといえます。ですが、理論的には矛盾を抱えていたのであり、やはり脆弱なものであったと見ざるをえないのではないかと考えます。

生田 いまの理解ともかかわりますが、近代の市民革命期の人権宣言は、単に市民の権利であるだけでなく、人の権利も宣言していました。しかし、実際、ドイツにしても刑法理論として展開したのは、市民刑法・市民権（Bürgerliches Recht）の方でした。人権をベースにした刑法理論は、まさに20世紀後半から、とくに第二次世界大戦が終わってから、つまり、国連なり世界人権宣言ができてくるような段階から、人間の尊厳（Menschenwürde）をベースにした、普遍性を持った人権をベースにした刑法理論がでてくるのであって、そうした新しい段階の理論からすると、敵味方刑法は、市民刑法しか考えることができなかった非常に古臭い近代レベルの理論にとどまっているのではないのでしょうか。人権の普遍性を前提としない市民刑法には限界があるのではないのでしょうか。第二次世界大戦後の今日は、普遍的人権を前提とした理論が必要ではないのでしょうか。そうだとすると、敵味方刑法というのは、いまの人権論からすれば、非常に遅れた理論・立法ではないのでしょうか。

ヤコブス まず、規範的にいえば、普遍的な人権概念を前提とする、最低限の人

権を世界の人を持っているというのは正当です。それに対して、規範的レベルで反対するという意図はまったくありません。講演の中で指摘をしているのは、現実の中で妥当している法、つまり実態の中では、そうはなっていないということです。とくに、アフガンやイラクでの実態、とくにアメリカがアフガンで拘束した敵方の人間ですけれども、パナマのグアンタナモ米軍基地で収容しているのですが、犯罪者として扱うのか戦争捕虜として扱うのか、あるいは、そのどちらの者ともつかないものなのか、はっきりとどういう権利があるものなのかをアメリカは保障していません。とりわけアフガンで捕まえた人に対しては、捕虜としての権利を認めていません。そういう形で、実態としては最低限の普遍的人権を前提とした取り扱いはなされていないということをまず指摘したいのです。

そして、現実世界を分析してみると、人権が無視された場合に考えられる国家の理解として二つの種類があります。国家が間違いだといって人権を全否定する場合と、そうではなくて、そういう国家はたくさんあるわけだから、それ自体において意味がある、それが現実であってそれをある程度認めるような捉え方です。前者の場合は単に全否定であり、国家的規模で最低限の人権を侵害している場合で、そういう国家はよくないものです。ですが、後者の場合は、やはりそれなりに意味があります。とくに、実際にテロリストがいるときに、それに対して何もしないというわけにはいかないのであり、自爆テロをするような人に対して何らかの対処をしなければならないわけです。市民を守るために、テロリストの最低限の人権が無視されることもあるのです。

以上は、2001年9月11日の同時多発テロ、それから、グアンタナモでの取り扱いをみてこのような分析が正しいと思いついた考えです。

高橋<sup>3)</sup> 法制史の研究者です。ご講演で指摘されたカントの考え方、市民刑法と敵味方刑法を区別するという考えにたいへん興味を持ちましたが、そのようなカントの理論は、たとえばフォイエルバッハなど、当時の刑法学者にどのような影響をあたえたのでしょうか。

ヤコブス カントの刑罰理論というのはいずれもうましくいかなかったとおもいます。フォイエルバッハがカントの考え方を実行したわけですが、やはりうまくいっていません。むしろ、ヘーゲルの方が成功したといえるでしょう。フォイエルバッハの同時代に特別予防論、とくに保安的な予防論を展開したグロールマンの方は失敗しました。そのあと、カントの刑罰理論については、あまり大物の後継者が居なかったといえます。カントの考え方は非常に幅広く、一方で応報刑論、他方で予防論があるのだけれど、後世に及ぼした影響は非常に少ないのです。そ



の理由の一つには、犯罪者をつねに国家の中の敵として扱っていたことがあります。高橋 カントの応報刑論は支持されなかったと一般的にいわれていますが、市民刑法と敵味方刑法とを使い分けるといえるのは、当時どのように受け止められていたのでしょうか。

ヤコブス カントの考え方、刑法を二つに分けるといえるのは、ほとんど影響を与えなかったといえます。なぜなら、一つの理由は、啓蒙の終わりごろですが、目的刑論を唱えたクリスチャン・ヴォルフの方が大きな影響を持ったからです。彼はラディカルに泥棒を死刑にするのが十分でなかったら、車裂きの刑にしると主張しました。もう一つの理由は、当時の刑罰の厳しさに対して、カントが反対をしなかったからです。要するに、他人の所有権を泥棒は尊重しない、したがって、所有権一般を尊重しない泥棒に対して、国家は泥棒本人の所有権を無視して、淨財・強制労働をさせることができる、とされたわけです。現在のカント主義者ということで、ケーラー、ツァツィック、カーロ、みんなアマデウス・ヴォルフの弟子ですが、他人の権利を無視する犯罪者に対しては過酷な刑を科してもかまわないということで、犯罪者の人権からすれば、一般からほど遠い意見となっています。

高山<sup>4)</sup> オウム真理教の事件についてどのように評価するのかをお聞きしたいと思います。この事件に関しては、第1審が10年ほど続いているのですが、どのように思われますか。つまり、ヤコブス先生は、テロリストについては特別の処理を用いるなどしてはっきりと分けて扱う方が適切だという考えを提示されたと思います。しかし、ここにいる多くの方は、テロリストも人権があるので、切り離して考えるのは難しいと考えているのではないのでしょうか。オウムのように大きな組織では、組織内部で関与の仕方が人により違い、テロリストとしてそのすべてを切り離して扱うのは難しいのではないのでしょうか。

ヤコブス 10年間未決拘禁されていたということで、確定力ある判決が出ていない事件、通常裁判を待っているということで一般の犯罪者と同じとして扱うということですが、10年間も裁判が続いているということはそれ自体市民としての権利が認められていないだけでなく、そもそも人権すら認められていないのではないのでしょうか。それは日本の刑事裁判自体が問題なのであって、テロリストだけでなく、市民の権利そのものが認められていないという問題なのではないのでしょうか。区別に関してもいえば、法原理から自明になる問題ではないし、リベラルな国家はできるだけ自由にしようとするがそうでないところはそうではありません。だからどうだということはいえません。

高山 国際刑法について、ご講演の最後のところで、国内刑法の適用の場合と違って、すでに妥当している秩序の侵害に対する反応という形での刑法というのは国際社会ではまだ確立していないので、普遍的な人権に対する重大な侵害を処罰するという形でできている、それはまだ規範秩序が確立されつつある段階だ、ということを描かれました。秩序が確立されてゆく段階では、国際刑事裁判所は動き出しているのですが、それはまだ構築されていく段階なのでしょうか。それはいつまで続くのでしょうか。永遠に続くのでしょうか。

ヤコブス 普遍的人権、国際人権法というのは地球の一部では確立されていて一部では確立されていないのですが、確立されている国というのは刑事司法もきちんとしており普遍的な人権が確立されているのであって、結局、国際刑法が適応されなければならない事件が起きるところというのは人権保障が秩序として確立できていないようなところだといえます。

つまり、国際刑事裁判所が必要だということは、国内刑事裁判所では対処できないということですから、人権が確立されていないということです。すでに確立されている人権を維持する刑法も、まだできていないものを確立するために刑法を使うことも正当です。未確立の人権を確立させる刑法は別の刑法なのだけども、それは然るべき時にはあってかまわない、正当なものです。ただそれは別の刑法なのであって、それを区別することが重要なのです。

生田 アメリカは国際刑事裁判所に反対していますが、アメリカは人権が確立されていない国だということなのでしょうか。

ヤコブス 国内的にみれば、アメリカは人権保障において問題ありませんが、国際的にみれば、イラクやアフガンの問題など、非常に強いカラーがあります。対外的な面で、一人強すぎるというのが問題です。

鈴木<sup>5)</sup> さきほど、手続法の問題がでしたが、先生は手続法でも実体法でも敵対的な考え方というのは同じように妥当するといわれました。しかし、手続法の場合は、手続が終わってみないと敵かどうかわかりません。敵として扱うといっても、手続法の場合は、限界があります。たとえば、無罪の推定は、たとえ敵と考えた場合でも出てくる人権保障の側面ではないかと思います。それを手続法であっても実体法と同じように敵味方刑法が妥当するといってしまうのは問題なのではないのでしょうか。無罪推定などについては、どのように考えるのでしょうか。ヤコブス 要するに、刑事手続において無罪推定というのが何を意味しているかが問題です。そこでは、有罪の確定はありませんが、嫌疑の有無および程度によって色々なことが手続上できるということになっています。したがって、ある

程度の嫌疑があれば、あるいは、嫌疑の中身が重要である犯罪の場合は、それを根拠にして刑事手続法はいろいろな強制措置をとっているのであって、たとえば盗聴に関しては、室内の個人的な会話についても一定の犯罪の嫌疑があればできるということになってきています。したがって、嫌疑を理由としていろいろなことができるという中身をみれば Feind の考え方が入ってきているのであって、区別は妥当するといえます。

鈴木 そのように答えられると思っていました。しかし、やはり実体法の場合と異なり、手続法で相手を敵と決め付けること、敵とみることには限度があるのではないのでしょうか。

ヤコブス たとえばテロの組織の人間ではないかという嫌疑の人間に対しては、100パーセント接見禁止であって、程度は問題ではありません。

浅田 はたしてわれわれが、敵刑法（Feindstrafrecht）から免れる道というのはあるのかどうかをお聞きしたいのですか。

ヤコブス それはその人の人間観によるでしょう。性善説、たとえば、ロックによれば、逃げ道があるでしょう。私は、ホブズと同じ悲観主義者で、有史以来の歴史をみても、相手を敵とみなす刑法は不可避であったと考えます。

19世紀の市民社会の中で市民刑法が強くなったのですが、その当時から基本的に敵味方の考え方はあります。ですから、当時から、純粹市民刑法を壊すことはしないで守っていかなければならない、区別していかなければならないわけです。

生田 敵味方刑法がドイツにおいて実効性をもっているのかどうかをお聞きしたいのですが。ドイツでは、国家原則に対する法治国家の危殆罪というのが毎年1万件位あります。しかし、日本はありません。でも秩序は保たれています。ドイツは、そうではないのでしょうか。

ヤコブス 今問題になっているドイツの民主的法治国家を危険にさらす罪というので、毎年1万件位が捕まっていますが、そのほとんどは少年、ネオナチです。しかし、その若者達は愚かなのであって、本当に国家の存立にとって危険なのではありません。日本がそんなものなしでやっていけるのは、むしろ当然でしょう。ドイツは、世界・歴史がドイツを見る目というのに対処しないといけないわけです。危殆罪による処罰は、シンボリックな意味を持つのです。

質疑応答の終了後、ヤコブス教授から、「非常にレベルが高く、実り多いものであった」とのコメントを得た。

- 1) 浅田和茂・大阪市立大学大学院法学研究科教授。
- 2) 生田勝義・立命館大学法学部教授。
- 3) 高橋直人・立命館大学法学部助教授。
- 4) 高山佳奈子・京都大学大学院法学研究科助教授。
- 5) 鈴木茂嗣・近畿大学法学部教授。