

近時の刑事立法に対する批判的検討

——何が問われているのか？——

玄 守 道*

目 次

はじめに

- 1 ヤコブスにおける市民刑法と敵味方法法の構想
- 2 日本における治安刑法の歴史的展開
- 3 敵味方法法の理論的検討

おわりに

はじめに

1990年代以降、刑事立法は盛んである。例えば、支払用カード電磁的記録に関する罪、危険運転致死傷罪、集団強姦罪の新設や有期徒刑の引き上げなどの刑法典の部分改正が行なわれ、さらには、麻薬特例法に代表される薬物犯罪関係の立法や組織的犯罪処罰法、ストーカー規制法、家庭内暴力防止法などの特別刑法上の立法が制定されている。このような近時の刑事立法は、処罰範囲の拡大とともに重罰化を特徴とするものである¹⁾。

このような特徴を有する近時の立法は、その目的を安全／安心に置く点

* ひょん・すど 龍谷大学准教授

1) 井田は近時の刑事立法の特徴として、「従来処罰の対象とされていなかった行為を処罰の対象とする「犯罪化」、従来から処罰されてきた行為に対しより重い刑罰を持って対処しようとする「重罰化」、実害惹起に向けられた行為をかなり早い時期から処罰の対象とする「処罰の早期化」、抽象的に理解された法益の保護のために刑法を用いる傾向という意味で「法益概念の抽象化」、一国の法体系が相互に整合的でない原理や規定から構成された、継ぎはぎだらけのものとなるという意味で「法のパッチワーク化」を挙げる。井田良「最近の刑事立法をめぐる方法論的諸問題」ジュリスト1369号54頁以下。

で共通するものと思われるが、このような目的を有する刑法をドイツでは近時、ギュンター・ヤコブスによって敵味方刑法（Feindstrafrecht）と称され、議論を巻き起こしている。日本においてもこの概念枠組みによって近時の立法の分析を行なうものもある一方で²⁾、日本においては伝統的に安全を目的とする刑法は治安刑法と呼ばれ、治安刑法の観点から近時の立法を治安刑法の現代的変容として分析するものも存在する³⁾。

そこで本稿では、同じ目的を有する敵味方刑法と治安刑法を比較・検討し、近時の立法においていったい何が問題となっているのかを明らかにしたい。その際、まずは敵味方刑法とは何かということを論じ、次いで、日本の戦後の刑事立法、主として治安刑法とされるものを取り上げつつその特徴を論じ、敵味方刑法との異同を検討する。その上で、近時の刑事立法を分析する上では敵味方刑法という分析枠組みを用いることがより実態に即していることを論じ、敵味方刑法の理論的検討を行なった上で、一体何が問題であるのかということを最後に示したい。結論を先取りして言うならば、近時の刑事立法において問われているのは、自律的・理性的な主体という人間像であるということである。

1 ヤコブスにおける市民刑法と敵味方刑法の構想

敵味方刑法は、ヤコブスによって刑事立法の妥当性を分析する中で、主張されたものである。ヤコブスは、当初、敵味方刑法に批判的な立場を

2) 例えば、松宮孝明「『敵味方刑法』（Feindstrafrecht）という概念について」法の科学38号20頁以下。また川口は、敵味方刑法という分析概念として有用であるとする。川口浩一「敵に対する刑法と刑罰論」法律時報78巻3号14頁。

3) 例えば、小田中聰樹「民主主義刑事法学の基本的課題と方法——「現代的」治安法との対向状況を中心に——」井戸田他編『誤判の防止と救済：竹澤哲夫先生古稀祝賀記念論文集』（現代人文社、1998年）11頁以下、内田博文『日本刑法学の歩みと課題』（日本評論社、2008年）など。また生田勝義によれば、近時の刑法あるいは刑事立法は安全保障的な刑法へと傾斜しているとする。生田勝義「日本における治安法と警察」立命館法学292号67頁。

とっているようにみえたが⁴⁾、現在では、以下で検討するように、その存在を肯定するに至っている⁵⁾。

ヤコ布斯によって肯定されるに至った敵味方刑法とはどのようなものかということを確認するためには、敵味方刑法と対概念である市民刑法を理解する必要がある。というのも、ヤコブスの構想の中心は市民刑法であり、敵味方刑法は、市民刑法との関連で示されるからである。したがって、まず、ヤコ布斯によって主張されている市民刑法を概観し、次いで敵味方刑法を検討する。

1 市民刑法

まず、市民刑法についてであるが、ヤコ布斯によれば、市民刑法の目的は、法益保護ではなく、規範妥当の維持にあるとされる⁶⁾。そして、このような目的を有する市民刑法において、犯罪とは規範に対する不承認であり、刑罰とは、それに対する応答、つまり行為者の主張は社会の標準にはならない、したがって社会の規範的形態は変わらず妥当し続けるということを示すものであると理解される⁷⁾。

ヤコ布斯は、以上のような市民刑法が社会において機能するための条件として、2つを挙げている。ひとつは、法規範の妥当であり、もう一つは人格である⁸⁾。

ヤコ布斯によれば、市民刑法が機能するためには、当該社会において法規範がすでに妥当していなければならないとする。すなわち、規範が大筋として (im großen und ganzen) 社会において実践されていることが必要

4) Günther Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW 97., S. 751 ff.

5) その間の経緯については、川口・前掲注2) 12頁以下、松宮・前掲注2) 22頁以下参照。

6) Günther Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 90.

7) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 6), S. 88.

8) Günther Jakobs, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtllichkeit, HRRS 8/2006, S. 290.

とするのである。このことは、社会の構成員が規範に従うということが認知的に保障されていなければならないということを意味する。というのも、いかに規範が社会の構成員に共有されていようと、そのような規範に基づく権利・義務の履行が現実には保障されておらず、それゆえ、当該社会の構成員のだれも規範に応じて行為しないだろうと認知される場合、誰もそのような規範を遵守しようとはしないからである。ヤコブスはこれを認知的安全といい、このような認知的保障がなければ、法規範は空虚な約束になるとするのである⁹⁾。

もっとも、ヤコブスが認知的安全という場合、それには二つの異なるレベルの安全が含まれていることに注意を要するに思われる。すなわち一つは客観的・実在的な意味での安全であり、もう一つは社会構成員の認識レベルでの安全、すなわち間主観的レベルでの安全である。

社会において法規範が妥当するための前提条件として、当該社会において客観的に安全が保障されていなければならないことはいうまでもないであろう。さもないと確認すべき規範が社会においてそもそも存在しえず、規範に従い得ないからである。もっともヤコブスは、客観的実在的な安全が確保されているだけでは法規範が妥当するには不十分であると考えている。というのも、例えば、客観的な安全は確保されているにもかかわらず、社会の構成員の多くが規範に従って行為しないであろうと予期されるような場合もまた、彼、彼女らはそのような規範に従って行為しないであろうからである。すなわち、規範が社会において妥当するためには、更なる条件として当該社会の構成員は規範に従って行為するだろうということに対する彼、彼女らの一般信託が存在しなければならないのである¹⁰⁾。

以上の法（規範）妥当の条件から、さらに次のことが導かれる。すなわち、規範が妥当するためには、その名宛人が、規範を認知し、それに従いうる能力を有していなければならないということである。というのも、規

9) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 6), S. 91., ders., a. a. O. (Fn. 8), S. 291 f.

10) Vgl. Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 291 f.

範に従う能力がなければ、規範に従うことができず、それゆえ、規範が当該社会で妥当し得ないからである。このように、規範を認知し、従いうる能力を有する者であってはじめて、規範に反すること、つまり規範に対する異議申し立て（犯罪）も可能となるのである。ヤコプスは、このように規範に従う能力を有する者を人格と呼ぶ。別の言い方をすると、人格とは、権利義務の担い手として理解されるのである¹¹⁾。

もっとも、人格として扱われるためには、更なる条件が必要である。というのも、人格とは規範との関係で規定されるので、規範の前提条件は人格の前提条件ともなるからである。つまり、人格として扱われるためには、規範に従いうる能力を有することの他に、さらに自己の態度の認知的安全を、他の人格に対して保障することが必要となるのである¹²⁾。ヤコプスによれば、このことは市民の「最低限の責任」であるとする¹³⁾。

2 敵味方刑法

市民刑法は規範妥当の維持を目的とするものであったが、このような市民刑法が機能するためには、規範が社会において妥当していること、そしてその前提としてさらに認知的安全が、法規範の側面においても人格の側面においても保障されていることが必要であった。このような認知的安全の保障が満たされて始めて市民刑法は機能するのである。

もっとも、市民刑法の前提条件それ自体、すなわち認知的安全それ自体が危険にさらされる場合、それは市民刑法の枠内を超えるものであり、それゆえ、市民刑法では対処することができない。したがって市民刑法とは異なる手段によって対処することが必要となる。このように、市民刑法を守るために、その前提条件それ自体に対する危険に対処するために用いら

11) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 290.

12) Günther Jakobs, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Albin Eser/Winfried Hassemer/Björn Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 51.

13) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 293.

れる手段が敵味方刑法なのである。

このように位置づけられる敵味方刑法は、危険の除去による認知的安全の保障をその目的とし、その特徴として、ヤコブスによれば、次の4つのものがあげられる。すなわち 可罰性の前倒し、それに見合う刑の減輕のないこと、刑事立法から闘争立法への移行、手続き保障の解体である¹⁴⁾。

そして、このような特徴を有する敵味方刑法においては、犯罪は、規範の不承認としてではなく、社会に対する危険として理解され、それに対して刑罰は、そのような危険を取り除くための手段として理解されるのである。ここで刑罰は、一種の処分、つまり予防拘禁を意味することになるのである¹⁵⁾。

では、このような敵味方刑法の対象となる者はどのような者なのであるうか？ ヤコブスによれば、敵味方刑法で対処すべきとされる対象とは、「継続的に法から逸脱すると推定され、その限りで、個人的態度の認知的最低限の安全を保障せず、その欠如を自らの態度によって示す者」、すなわち敵である¹⁶⁾。つまり、ここでいう敵は、規範に従う能力を有し、自己の態度において一定の認知的安全の保障を提供しない、ないし拒否する（と推定される）場合に認められるのである。

しかし、なぜ、特定の犯罪者を敵として取り扱うことが許されるのか？ この点に関してヤコブスは、自由な社会において、市民の最低限の責任を果たさない者は、当該社会への参入を自ら拒否するものであり、したがって敵として取り扱われてよいとする¹⁷⁾。さらに国家は、このように人格的に振る舞うということの認知的保障を与えない者を人格として扱ってはならないのである。というのも、さもなければ国家は他の人格のもつ安全へ

14) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 12), S. 51 f.

15) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 6), S. 88 f.

16) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 12), S. 52.

17) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 293 f.

の権利を侵害することになるからである¹⁸⁾。以上のことから、ヤコブスによれば、敵味方刑法はその存在が許容されるのである。

もっとも、このような敵味方刑法が許容されるにしても、その限界が問題となる。この点に関してヤコブスは、敵味方刑法は、それが敵の克服において市民、より正確には国家、その機関や機能と結びついている限り、依然として法でありつづけるのであり、したがってそれは無限定の殲滅ではないとする¹⁹⁾。その上で、ヤコブスは、認知的安全を保障するために必要な限りにおいてのみ敵味方刑法は認められるとするのである²⁰⁾。

3 市民刑法と敵味方刑法の関係

ヤコブスの構想の中心は人格ないし市民と、それに基づく市民刑法であり、それゆえ、まず、人格ないし市民と非人格が区別され、非人格の中で、法秩序それ自体を脅かす者が敵として把握され、敵味方刑法の対象となるのである。

市民ないし人格は、通常、理性的・自律的主体として、規範に従って行為することが予期されるがゆえに、任意に振舞える自由領域が彼ないし彼女に保障されるのである²¹⁾。このような領域に刑法が介入することは許されず、刑法による人格への介入は、当該人格が他の人格領域を侵害（とその危険）したときに初めて許される（事後規制）²²⁾。つまり、人格には、他者の存在を前提し、他者との共存において許容される限りでの自由領域が保障されるのである。このように、刑法の想定する人間を、人格、すなわち自律的・理性的な主体として想定する主体の論理が、刑法の介入に対

18) Günther Jakobs, Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117, S. 846 ff.

19) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 294.

20) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 8), S. 296 f.

21) このような自律的・理性的主体という人間像の意義とそれが刑事立法に与える影響については、松宮孝明「刑事立法論における自律と自己決定」同『刑事立法と犯罪体系』（成文堂，2003年）3頁以下参照。

22) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 6), S. 92.

する一定の歯止め、つまり刑法の守備範囲における内在的制約となるのである。またこの主体の論理においては、自律的・理性的主体と想定されている者の行なう犯罪は一時的な瑕疵として理解されるにすぎない。それゆえ、その瑕疵に見合うだけの制裁が科せられれば、当該犯罪者は未だ自律的・理性的な主体として見なされ続けているので、再び規範適合的な態度へと動機づけられると想定されるために再び社会へと復帰することが予定されるのである²³⁾。このことからすれば、市民刑法においては社会復帰を予定しない刑罰、例えば死刑は否定されるのである。

それに対して、敵は規範に従って行為することが予期されえず、むしろそもそも規範に従わないことが予期されるために、市民に対して保障された自由は敵には保障されず、できる限り早期に介入し、敵を除去することが必要となる²⁴⁾。すなわち、国家は危険とみなされる出来事をあらかじめ予見し、類型化し、これを事前に取り除くことで、市民刑法の前提である市民の認知的安全に配慮するのである²⁵⁾。このような国家による、市民の認知的安全の擁護のためにそれを脅かす者を排除するという配慮の論理の下では、市民と敵が二分され、市民は国家によって敵から保護されるべき客体として位置づけられることになるのである。

以上のように、市民刑法の基礎には主体（人格）の論理があるのに対して、敵味方刑法の基礎には市民は保護すべき客体とする配慮（・排除）の論理があるのである。このように両者は異なる論理をその基礎とするのであるが、市民刑法がその前提とする人間として、規範に従って行為する自律的・理性的主体を想定する場合、それに対立する者、つまり規範に従って行為することを拒否ないし否定する敵とそれに対する敵味方刑法を想定することは論理的にあり得るということになる。さらに、ヤコブスにおい

23) Vgl. Arndt Sinn, Moderne Verbrechensverfolgung auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, ZIS 3/2006, S. 113.

24) Günther Jakobs, a. a. O. (Fn. 6), S. 92.

25) 配慮の論理については、大屋雄裕『自由とは何か——監視社会と「個人」の消滅』（ちくま新書、2007年）113頁以下参照。

て両者の関係は、配慮（・排除）の論理（敵味方刑法）が主体の論理（市民刑法）を維持するための前提として位置づけられているのである。

4 小 括

以上のような、ヤコブスの敵味方刑法という構想に対しては、ドイツにおいて非常に激しい批判が投げかけられ、敵味方刑法という構想は圧倒的に否定されているのが現状である。もっとも、ここで注意すべきなのは、ハインリッヒが指摘しているように²⁶⁾、批判者は、ヤコブスの現状分析は認め、あるいはヤコブスが敵味方刑法の典型例としてあげる129条 a の規定の存在は認めつつ、他方で敵味方刑法という構想を批判しているのである。ここでは、敵味方刑法という構想が、現行法の規定とは離れた、外在的な現行法の認識原理とでも言うべきものとみなされ、そのような構想のみを否定しているように思えるのである。

しかし、ヤコブスの解釈手法は、彼自身何度も強調しているように、あくまで現行法の記述であって、彼の敵味方刑法という構想も現行法を離れて存在するものではない。すなわち、彼の「記述」という手法の主要な目的は、行為原理や責任原理などの法原則では説明できない現行法上の刑罰法規を、敵味方刑法と名指すことで、それがどういうものであり、いかなる原理において動いているのかを示すことによって、現行法の認識を深めることにあつたと思われるのである。

このようにヤコブスの構想を理解する場合、まず問われるべきは、敵味方刑法の典型例とされるドイツ刑法の規定、例えば129条 a が従来の法原理の枠組みでもって説明できるのかどうかである。この点、従来の法原理の枠組みにおいても129条 a が説明可能だとする見解も存在するが²⁷⁾、しかし129条 a を従来の法原理で説明することは困難であり、そのような規定はヤコブスのいう敵味方刑法と解する方が妥当であるように思われる。

26) Bernd Heinrich, die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention, ZStW 121, S. 101.

27) Arndt Sinn, , a. a. O., S. 116 f.

そうすると、問題はこのような敵味方刑法としての規定それ自体の可否なのであるが、この点について検討する前に、日本における戦後の刑事立法を治安刑法の観点から概観し、近時の刑事立法の性格を明らかにしたい。

2 日本における治安刑法の歴史的展開

1（狭義の）治安と治安刑法

日本における治安刑法は、時代によってその内容に変遷が見られるのであるが、各時代に共通しているのは、個人を超越した国家や社会の平穏・秩序を保護することをその目的とするものということである²⁸⁾。もっとも伝統的には、治安刑法は次のように規定される。すなわち、（狭義の）治安とは、「支配層の求める政治的秩序の維持、すなわち、支配層が自ら部分的利益を国民全体の利益に優先させるために生じる反対運動を抑圧し、支配層の欲する秩序を維持すること」であり²⁹⁾、このことを目的とする刑法を治安刑法という。

2 治安法の特徴

そして、宮内によれば、マルクス主義を前提に、伝統的な治安刑法の特徴について、次の4つが挙げられる³⁰⁾。

政府の政策実現のため、国民の反抗を権力的に抑圧し、支配体制を維持強化することを目的とする。このことから、治安刑法は常に体制側対その敵という二項対立の構図をとる。

政治的予防主義を原則とする。

これらの罪は、主観的危険性＝思想の危険性を決定的メルクマールとする。

28) 生田・前掲注3) 58頁。

29) 前野育三「政治的暴力と新しい警察国家の可能性」犯罪と刑罰16号62頁。

30) 宮内裕『戦後治安立法の基本的性格』（有信堂，昭和35年）2頁以下。

構成要件の行為の記述が不明確、あるいは一般条項で行われる。

このように特徴づけられる治安刑法とは、その本質は行為者刑法であって、行為責任原理に基づく市民刑法とは相容れないものである³¹⁾。以下では、このような治安刑法の理解を出発点として、戦後の治安刑法の動きを概観した上で、いわゆる現代的治安刑法と言われるものの性格を明らかにしたい³²⁾。

3 歴史的展開

1945年、日本の敗戦後、占領軍による日本の民主化政策の一貫として、戦前の治安維持法を中心とする旧天皇制治安機構および治安刑法は、基本的には解体、廃止されていった。しかし、1947,8年ごろには、占領軍の政策が、世界情勢の変化に基づく民主化政策から反共軍事基地化政策へと転換し、それに伴って、新しい政治的治安法が形成、整備されていく。このような法律として、例えば、各地の自治体で成立したデモ及び集会規制のための公安条例や、団体等規正令（1949年）などが挙げられる。

その後、サンフランシスコ講和条約を契機として、治安刑法は、占領下の治安刑法から、安保体制化の治安刑法へと再編成、強化されていく。このような背景の下で、その中核を担った治安刑法は破壊活動防止法（1952年）であった。破壊活動防止法とは、「団体活動としての暴力主義的破壊活動を行った団体」に対する規制措置として「団体活動の制限」および「解散の指定」などを規定するとともに、内乱・外患罪の教唆や煽動などを独立に処罰するものであった³³⁾。この時期における治安刑法の対立図式

31) 宮内・前掲注30) 2頁以下参照。

32) 以下の戦後以降の刑事立法の概観は、主として、小田中・前掲注3) 頁以下、内田・前掲注3) 27頁以下、中山研一『現代社会と治安法』（岩波書店、1970年）71頁以下、宮内裕「治安立法の系譜」末川博・田畑忍編『政暴法』（三一書房、1961年）63頁以下、生田・前掲注3) 60頁以下、芝原邦爾「現代社会と刑法」ジュリスト852号12頁以下、松岡正章「現代治安政策の展開と警察」法の科学17号111頁以下などを参照した。

33) 小田中・前掲注3) 14頁以下、生田・前掲注3) 64頁など。

は、占領軍ないし国家対それに政治的に対立する者であった。

1960年代においては、新安保条約の成立によって治安刑法の役割が増しつつも、「護憲運動の定着と広がり」の結果、新たな政治的治安立法の制定や既存の治安立法の適用は困難」となり、それに代わるものとしての機能的治安刑法が登場することになった³⁴⁾。

ここでいう機能的治安法とは、中山によれば、市民的生活秩序の維持ないし一般行政目的の達成を立法趣旨としながらも、国の政治的秩序そのものへの反対ないし抵抗に対する取締りに利用される法のことを言い、このような機能的治安法は、「市民の秩序と政治的秩序とを融合させ、……運用の過程で治安維持の機能を実質的に確保する」ものであった³⁵⁾。このような立法として、酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律（1961年）、各地の迷惑防止条例（1962年以降）、青少年保護条例（1960年）などが挙げられる。また、道路交通法、軽犯罪法などが機能的治安刑法として用いられた³⁶⁾。

このような、1960年代までの立法や社会の動向に対して、平野は1965年に出版された『現代法と刑罰』という著書の冒頭を飾る「現代における刑法の機能」という論文において、機能的治安刑法に警戒を示しつつも、今後の社会においては市民的安全の要求が増大するだろうと予想し、これに應える形で、刑法が「若干積極的になってきてもよい」とした。すなわち、

刑法の目的が市民生活の保護にあるという点、社会の都市化に伴う地域社会統制力の低下、国民生活の向上と安定に伴う、被害感受性の増大などから、個人という価値を尊重するためには市民的安全の要求を無視し得ず、それゆえ刑法は若干積極的になってよいとしたのである³⁷⁾。このような平野の指摘は、その後の日本社会の行方を正しく指摘するものであった。

34) 内田『刑法学における歴史研究の意義と方法』（九州大学出版会、1997年）44頁。

35) 中山・前掲注32）12頁、146頁以下。

36) 小田中・前掲注3）16頁以下、中山・前掲注32）146頁。

37) 平野龍一「現代における刑法の機能」平野龍一編『現代法と刑罰』（岩波書店、1965年）25頁以下。

例えば、警察庁文書『70年代の警察』によれば、規範意識の弛緩、連帯意識の欠如、権利意識の高まりなどが治安情勢を流動化させているとし、その対策として国民と警察との緊密な関係を確立し、地域社会に密着し、国民の要望に応えるコミュニティー・リレーションズ戦略を提示した。これによって、警察権力の市民生活へのより広範囲の関与がもたらされた³⁸⁾。

他方で、立法においても、市民的安全の保護という観点から刑法を拡大する立法がなされた。これは例えば、不特定多数の者に被害をもたらす公害犯罪処罰法や消費者保護立法などの特別刑法において進められた³⁹⁾。

このような警察権拡大や刑事立法の拡大の必要性に関して、芝原は次のように述べる。すなわち「大規模災害や公害による多数の人々の生命身体への侵害、大衆消費者を相手とした詐欺的取引の頻発等、その被害は不特定多数の人々にまで拡大されている」というに認識の下で、「理性による合理的判断によって自らを守りうる人間を前提として構成されている」、従来の刑法では市民的安全の保護として不十分であり、ある一定の状況においては市民もまた保護の客体になるとして、そのような場合には被害が生じる前段階において刑法による規制が必要であるとするのである。そして今後の課題としては、「市民の生活利益に対する侵害の蓋然性が相当に高い行為類型に着目して、それに焦点を当てた刑事制裁の行使」を考慮しなければならないとするのである⁴⁰⁾。このような芝原による刑法の拡大の論理は、まさに市民を保護の客体とみなすもので、配慮の論理に基づくものである（ただし、その手段としての刑罰が犯罪者の社会からの排除までを意味するものではない）。

もっとも、このような刑法の拡大に対して、内田は、機能的治安法を超える市民的治安刑法の契機を見出す。すなわち市民的治安刑法とは、内田

38) 村井敏邦「『テロ対策と厳罰化』試論」前野育三先生古希祝賀論文集刊行委員会編『刑事政策学の体系』（法律文化社、2008年）318頁、松岡・前掲注32）111頁以下、小田中・前掲注3）17頁以下参照

39) 内田・前掲注3）34頁以下、小田中・前掲注3）18頁以下。

40) 芝原・前掲注32）18頁以下。

によれば「市民的擁護という名の下に国家刑罰権を市民の日常生活の隅々にまで浸透させることを目的とし、市民的秩序の実力的貫徹をめざす」ものである⁴¹⁾。すなわち、内田はここでは市民的安全のためと称して、個人の自由よりも安全が優先されているとするのである。

このように、60年代から70年代においては、社会の高度化複雑化、さらには都市化による市民の連帯意識の欠如などに基づく不安などに対処するために、市民的安全の保護という観点から、治安刑法によって擁護すべき対象の重点が政治的秩序から市民的安全へと変化した。それに伴い、治安刑法の対立図式は、市民的安全対それを脅かす者という図式をとった。このように、擁護すべきものを市民的安全として捉え、それに伴いその敵を、市民的安全を脅かす者と規定することで、国家による規制の必要な分野において規制領域を前倒しするなど刑法の守備範囲が拡大していったのである。

80年代以降は、基本的には70年代の課題を引き継ぎつつ、とりわけ国際化という社会の変化を受けて、国際的な要請に基づく犯罪対策立法が登場することになる。これは特に80年代後半以降の薬物に対する規制に顕著である⁴²⁾。このように80年代以降の治安法の構図は、擁護すべき対象に市民的安全とともに国際的組織犯罪に対処するための国際秩序が加わり、それによって、敵とは、市民的安全を脅かす者の中に国際的犯罪組織も加えられたのである。

90年代には、有毒ガスを用いたサリン事件等を引き起こした、いわゆるオウム事件、さらに少年による重大事件、これに関連しての被害者運動の活発化とそれに対する世論の支持により、刑事立法が活発化する⁴³⁾。すな

41) 内田博文「戦後の我が国における近代刑法史研究（四）」神戸学院法学10巻3号7頁，内田・前掲注3）6頁以下。

42) 生田・前掲注3）65頁以下，内田・前掲注3）43頁，小田中・前掲注3）19頁以下，大泉隆司・三浦守「組織犯罪対策」西原春夫編『共犯理論と組織犯罪』（成文堂，2003年）198頁以下参照。

43) 90年代以降の主要な刑事立法の分析として，浅田和茂「刑事立法の重罰化」前野育三先生古希祝賀論文集刊行委員会編『刑事政策学の体系』（法律文化社，2008年）331頁以下など参照。

わち、オウム事件において、テロ対策と70年代以降の都市化の進展に伴う国民の不安感とが結びつけられ⁴⁴⁾、少年などによる重大事件の発生、さらには犯罪被害者の会が結成され、当該会による立法へのロビー活動が近時の立法に重大な影響を与えていくのである⁴⁵⁾。これらの活動は、危険運転致死傷罪、法定刑の上限引き上げ、少年法一部改正などの立法に結実した。これらすべては厳罰化を示すものであるが、浜井によれば、「日本の厳罰化は、被害者支援運動を中心とする市民運動的な厳罰化を、検察官が積極的に支持した結果、実現されたものであり、市民運動や世論と検察官の共同作品」⁴⁶⁾なのである。

このような傾向は2000年に入っても続き、2001年9月11日のテロによって加速度的に増幅した。ここでは、国際的テロ対策立法と社会に対する不安感が合体し、刑事立法が俄然勢いを増したのである⁴⁷⁾。

以上のように、90年代以降、治安法の対立図式は、市民的安全、国際秩序とそれを脅かす者であるが、この図式がそれまでと異なるのは、ここで言う市民的安全とは、それまでは上から与えられていた安全であったのが、90年代以降は、上述のように、現実の被害者とその遺族、さらにはそれを支持する世論をその基礎とする市民的安全なのであり、これはいわば下からの安全である。このような変化に伴い、敵の意味、さらに刑罰の意味についても変化が生じている。つまり、世論が被害者（遺族）への共感を強めることで、犯罪を行なう者は自分たちとは異なる異質な他者であり、そのような者との共存はできないとして、敵をこの社会から取り除くこと、しかも可能な限り長く社会から取り除くことが刑罰の任務となるのであ

44) 村井・前掲注38) 321頁以下

45) 宮沢節生「日本のポピュリズム刑事政策は後退するか 討論者として」日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』(現代人文社、2009年)183頁以下。

46) 浜井浩一・Tom Elis「日本における厳罰化とポピュリズム―マスコミと法務・検察の役割、被害者支援運動」日本犯罪社会学会編『グローバル化する厳罰化とポピュリズム』(現代人文社、2009年)118頁。

47) 村井・前掲注38) 323頁以下参照。

る⁴⁸⁾。それゆえ、犯罪化の拡大とともに全体的な重罰化の傾向が顕著となるのである。ここでは、国家による刑罰権拡大が、配慮の論理の下、社会から不審者を取り除くという排除の形で進められるのである。

4 小 括

以上の簡単な概観から明らかになるのは、犯罪化の拡大と重罰化それぞれの契機である。犯罪化の契機は、大きくは二つあるように思われる。一つは、社会の高度化複雑化による、不特定多数の者に対する被害を防止するための犯罪化（60年代以降）であり、もう一つは国際的要請による犯罪化（80年代以降）である。

他方で、重罰化の契機は、価値観が多様化し、自明性の失われた社会において、自らがいつ被害者になるかわからないという不安感と、被害者（遺族）に対する、世論の共感に基づく、犯罪者の社会からの排除（90年代以降）である。これらによって、現代の犯罪化と重罰化が進行していると思われる。

次に、伝統的、あるいは政治的治安刑法と比較して90年代以降のいわゆる現代的治安刑法の特徴としては、次の4つが挙げられるであろう。

伝統的治安法と同様に二項対立図式をもちいるが、しかし擁護すべき対象が、国家ないし政治的秩序から国際的秩序と市民的安全へと変化し、その際の刑法の介入の基礎には配慮の論理が存在する。そして世論が国家による市民的安全の擁護による犯罪化と重罰化を支持する、つまり、世論が積極的に国家による配慮を望んでいるということが特徴的である。ここでは、市民は自ら統治の客体たろうとしているのである⁴⁹⁾。

予防主義。擁護すべきものが侵害されれば、目的が達せられない以上、その前段階での処罰が要請される点では伝統的治安刑法と同様で

48) 松原芳博「被害者保護と「厳罰化」」法律時報75巻2号23頁参照。

49) 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号72頁参照。

ある。もっとも、伝統的治安法においては、その対象はもっぱら政治的な敵対者として特定されていたために、それら者に対してのみ処罰が前倒しされたのである。

処罰範囲の拡大と重罰化。上述のように、現代的治安刑法は、擁護すべき対象を市民的安全や国際秩序のように漠然としたものとして捉え、それを世論が支持する結果、処罰範囲が拡大し、重罰化するのである。

刑罰の意味変化。伝統的治安刑法においては、刑罰は政治的敵対者の弾圧、転向の手段であったのが、現代的治安刑法では、社会からの排除の手段として用いられている。

現代治安刑法を以上のように特徴づけることができるとして、次の現代的治安刑法と敵味方刑法とを簡単ではあるが、比較検討しよう。

まず、両者に共通するのは、その目的を市民の安全・安心におくもので、両者とも行為責任原理では説明が困難な刑罰法規であり⁵⁰⁾、処罰範囲の拡大と重罰化をその特徴とする点である。

次に、異なるのは、敵味方刑法が近時の刑事立法の分析から主張されたのに対して、治安刑法はもともと支配層の体制維持のための道具として用いられたものであったという点を重視する点である。つまり、治安刑法は「支配的グループの恣意的運用を許容し、その政策実現を権力的に保障するための法的武器」として用いられてきたのである⁵¹⁾。このことから、恣意的運用の恐れのある刑法は治安刑法たりうるとし、批判されてきたのである。つまり、日本において、治安刑法はそれ自体否定的なものと解されているのである。それに対して敵味方刑法は、支配層による統治政策遂行のための恣意的運用の危険性という視点が存在しないために、ヤコブスも述べるように、それ自体、否定的な意味を有しないとする点である。

両者にはこのような相違が存在するのであるが、近時の刑事立法を分析

50) 松原・前掲注49) 65頁参照。

51) 宮内・前掲注30) 3頁。

するに際しては、治安刑法というよりも敵味方刑法によって分析するのが妥当であるように思われる。というのも、（伝統的）治安法の本質は、上述のように、政治的エリートの自己保全のための刑法の恣意的な運用にあるのに対して、敵味方刑法の要求主体は、大衆である可能性が高く⁵²⁾、近時の刑事立法もまたその要求主体はすでに見たように主として一般の市民であり、この意味で近時の刑事立法を分析するには、とりわけ、刑罰の意味変化を的確に捉えるには敵味方刑法を用いる方がより実態に即していると思われるからである。このように理解する場合、近時の刑事立法の当否は敵味方刑法の妥当性如何に関わるのである。

3 敵味方刑法の理論的検討

最後に敵味方刑法を検討しよう。以下では3つの問題に分けて若干の検討を行う。

1 根拠の問題

ヤコブスによれば、国家は、このように人格的に振る舞うということの認知的保障を与えない者を人格として扱ってはならない、というのも、さもなければ国家は他の人格のもつ安全への権利を侵害することになるからとして、敵味方刑法の肯定を試みている。つまり、敵味方刑法の正当化根拠を他の人格の安全への権利の保障に求めているのである。ここで問題となるのは、安全の意味である。すなわち、上述した二つの安全を区別して検討されなければならない。

まず、客観的、実在的な安全に対する危険が存在し、法的平和が確立していない場合には、確かに国家は他の人格の安全を守るために対処すべきであるが、それはもはや一種の内戦状態であるので、そこに刑法の出番は

52) 松宮孝明訳「ギュンター・ヤコブス 現代の挑戦を前にした刑法学の自己理解」立命館法学280号114頁。

ない。というのも、刑法が法である以上、その前提として法的平和状態が確立していることが必要であるからである。したがって、この意味での敵味方刑法はもはや刑法ではない。

次に、認識レベルでの安全に対する危険についてであるが、ここで問題となっているのは、他の人格に対する現実の危険ではなく、安全が損なわれるかもしれないという不安感に過ぎない。このような場合にまで刑法は用いられうるべきなのだろうか？ つまり刑法は、社会構成員の不安を解消し、信頼を確保するための手段として適切なのか？ ここでは、刑法というよりも、啓蒙こそが重要なのではないのだろうか。

2 区別の問題

次に問題となるのは、市民と敵とを区別できるのかという問題である。たしかに、敵味方刑法を特徴付けることができれば、法律上、両者は区別可能ではあるが、しかし問題はその適用においても両者は区別可能なのかということである。というのも、処罰範囲が前倒しされ、それに伴い犯罪行為と非犯罪行為との境界が曖昧になることから、その適用において市民と敵との区別は困難となるからである。両者が法律上においてだけでなく、その適用においても明確に区別されないのであれば、敵とは想定されない市民をも巻き込むことになり、逆に市民の自由が阻害されることになると思われる⁵³⁾。これは手段が目的に反する結果に至ることを意味することにならないのか？

また、刑罰法規の適用において犯罪行為と非犯罪行為とが明確に区別できないのであれば、国家によるその恣意的運用の危険性は高まる。ここで

53) 井田によれば、「組織犯罪を予定した立法に見られる例外的な原理が、通常の刑法の領域を支配する一般的原理を侵食するという危険が生じ」ているとし、「例外原理の支配する領域を可能な限り狭く囲い込んで（すなわち、本当に理由のある場合に狭く限定して認める）、一般的原理への影響を極力少なくするという対応が必要であるが、その境界を明らかにすることは容易なことではない」とする。井田良「刑事立法の時代——現状と課題——」犯罪と非行160号26頁。

は治安刑法の視点を参照すべきである。いずれにせよ、この点に関しては、今後、個別の刑罰法規ごとの検討が必要であるように思われる。

3 主体との論理と配慮の論理の関係

最後に人間像の問題に言及しよう。上記の検討において、市民刑法と敵味方刑法の関係について、後者を前者の前提として位置づけた。すなわち、敵味方刑法もまた市民刑法を維持するためのものとして位置づけたのである。このことは、敵味方刑法が市民刑法の前提条件である認知的安全の保障を目的とすることから解することができようと思われる。

このような理解が正当である場合、両者の関係には矛盾が存在するようと思われる。すなわち敵味方刑法は、上述のように、配慮（・排除）の論理をその基礎におくものであるが、配慮（・排除）の論理は、市民の安全を守るという目的のために、市民を、主体としてではなく、保護の客体とみなすのである。簡潔に言えば、主体の維持のために主体を保護の客体とみなすということである。このことは、敵味方刑法の局面では、市民の保護のために、市民の自由を制限してよいということを意味する。しかしこれは、市民の自由を守るために市民の自由が侵食されるというパラドックスに陥っているのではないのだろうか？

このことは、市民刑法の基礎にある主体の論理と、敵味方刑法の基礎にある配慮（・排除）の論理とが、相互に矛盾する関係であって、両立するものではないことを示しているのである。

お わ り に

以上、日独のいわゆる安全刑法を概観し、検討してきたわけであるが、このことから次のことが明らかになったと思われる。すなわち、ヤコブスによる敵味方刑法に関する議論は、市民刑法とは異なる原理を有する敵味方刑法の存在を指摘した点で非常に重要であるということ、さらに近時の

日本における刑事立法の分析においても、治安刑法の観点によるよりも敵味方刑法の観点からの分析の方がより実態に即した分析が可能であるということである。

しかし、さらに進んで、敵味方刑法を正当化することには、これまでの検討から明らかなように問題がある。すなわち敵味方刑法において人格ないし市民は保護客体とみなされるため、理論的にはそれに対する内在的な制約は存在せず、実際の運用においても敵と人格ないし市民とが明確に区別できず、それゆえ敵味方刑法の人格ないし市民への適用が否定し得ないのであれば、市民刑法を維持するために必要とされた敵味方刑法が、維持すべき当の市民刑法を侵食していくのである。もっとも、自律的・理性的な主体を想定する市民刑法を前提とする限り、敵とそれに対する敵味方刑法は論理的に否定しえず、さらに、ヤコブスが言うように、敵味方刑法が自律的・理性的な主体を維持するために必要なものとして位置づけられるのであれば、問題は敵を想定する敵味方刑法そのものというよりも、市民刑法の前提とする自律的・理性的な主体それ自体にあるように思われるのである。そして、市民刑法の想定する自律的・理性的な主体という人間像に関しては、近時、有力な批判もまた行なわれているのである⁵⁴⁾。

にもかかわらず、自律的・理性的主体を想定する市民刑法を維持し、なおかつ敵味方刑法を否定しようとするのであれば、論理的には想定可能な敵を作らない政策を行うことで事実として敵が生み出されないようにするしかない。つまり社会において敵味方刑法が実際上必要とされないようにするしかないのである。これはすなわち、市民刑法の担い手である自律的・理性的主体を育て、増やしていく政策、個々人を当該社会の一員として包摂する政策（刑事政策、さらには社会政策、しかもグローバルな政

54) 例えば生田は、自律的人間観とそれに基づく刑法を「個々人の自律を擬制した排他的嚴罰刑法」と批判し、それに対して、「人は人であることにおいて尊厳を保障される」とする人権をベースとした、「自立を支援しあう連帶的包容的な刑法」を対置する。生田勝義「嚴罰主義と人間の安全——刑法の役割についての一考察」広瀬他編『民主主義法学・刑事法学の展望 下巻』（日本評論社、2005年）50頁以下。

策）を採るべきことを意味するのである⁵⁵⁾。そして、このことから明らかになるのは、市民刑法が十分に機能するには、常に社会包摂型の刑事政策、さらには（グローバルな）社会政策が行なわれなければならないということである。さもなければ、当該社会が、敵を作り出してしまうことになるからである。この意味で市民刑法と包摂型の刑事政策、社会政策とは不可分の関係にあるのである。

もっとも、市民刑法を機能させるためには、包摂型の刑事政策、社会政策をとることが必要不可欠であるにしても、それによって敵の創出を完全に防ぐことは困難であろう。そうであるならば、やはり、問題の根源である自律的・理性的主体という人間像を想定することが果たして妥当なのかどうかが問われなければならないが、この点の検討については別稿に委ねざるをえない。

* 本稿は、2009年9月にドイツ、アウクスブルグで行なわれた日本とドイツにおける刑罰論に関するシンポジウムにおいて報告した原稿を修正・加筆し、最小限の注を付したものである。本稿の問題意識は、本稿が捧げられるべき生田勝義先生より筆者なりに受け継いだものであり、本稿のような粗いものでも生田勝義先生の学恩に少しでも報いることができれば望外の幸せである。

55) 松宮・前掲注21) 3頁以下、12頁以下参照。さらに松宮孝明「実体刑法とその国際化——またはグローバリゼーションに伴う諸問題」法律時報75巻2号28頁参照。