

〔行事記録〕

第42回シンポジウム

テロリズムと法

－緊急事態の法学的意味－

と き：2010(平成22)年7月23日(金) 10:00～17:30

ところ：関西大学千里山キャンパス 児島惟謙館2階 第2会議室

○竹下 賢 それでは、第42回法学研究所シンポジウムを開催させていただきます。本日のテーマは「テロリズムと法－緊急事態の法学的意味－」ということで、このテーマに関わりますいろいろな研究分野からのご報告をお願いし、最後に総合討論で、学際的というか、学科際的な討論、議論によって問題の理解が深められたらと考えております。

それでは、早速、最初、法学研究所所長の佐藤先生のほうからごあいさつをお願いいたします。

○佐藤やよひ おはようございます。きょう、行いますシンポジウムは「テロリズムと法」ということですが、私はこの報告を聞くのを大変楽しみにしております、わくわくしております。しかしながら、報告の前に少しこの研究所とその歴史についてお話ししたいと思いますので、しばらくの間ご辛抱ください。

法学研究所は現在、児島惟謙館という建物の中にございます。ただいま私たちがいる建物です。研究所は1987年に設立されたものでして、関西大学創立100周年記念の次の年に設立されました。関西大学の前身は、関西法律学校と申しまして、1886年11月、124年前に設立されました。この建物は児島惟謙判事の名前にちなんでつけられたものです。この児島惟謙判事というのは、わが校の前身である関西法律学校の創設に大変尽力してくださいました。彼は、当時、大阪控訴院の院長でしたが、後に現在の最高裁判所に当たります大審院の院長になりました。

児島惟謙判事は、関西大学ばかりではなく、日本の司法界においても非常に重要な人物だとされており、いまだに日本におきましては憲法の擁護者として非常に有名な人物です。これは彼が、1891年に起こりました大津事件において、日本の司法権の独立を守ったためです。

当時、ロシアから皇太子、後のニコライ2世が、日本を訪問していましたが、大津において、警護の警官の1人によって切りつけられました。これが津田という名前の警官です。日本とロシア両方にとって幸いなことに、この暗殺は未遂に終わりました。しかしながら当時の明治政府は、日本の軍が到底ロシアにかなうものではないということを知っておりましたので、ロシアがこれを戦争の口実に使わないかということのを恐れ、津田巡査を当時の旧刑法116条大逆罪、これに基づいて審理するようにと、裁判所にプレッシャーをかけました。ただ、この116条というのは日本の天皇、皇后、及び皇太子に対する行為に対する死刑を規定しているだけで、外国の王族に対しては全く規定はなかったわけです。そこで、当時、大審院長だった児島惟謙は、

この116条は、ロシアの皇太子は日本の皇太子ではないから適用できないという判断をしました。つまり彼は旧刑法116条を厳格に解し、その要件が満たされていないと判断したわけです。したがって、津田は無期徒刑ということになりました。

当時の明治政府及び一般人が寄せる大変なプレッシャーを考えますと、児島判事がその考え方を固持したというのは非常に難しいものがあったと思われます。したがって今でも彼の行為というのは、日本において非常に称賛されているというわけです。

私もこの児島惟謙判事の態度というものは、法的にも政治的にも正しかったと考えております。しかしながら同じような事件が現在起こりましたら、当時の明治政府と同じような意見をもつ人はたくさんいるだろうと思われます。

また、最近の考え方によりますと、津田巡査というのはテロリストというふうにつまえることも可能ではないかと考えられます。もしそうだとしますと、多くの人々は、いわゆる明治政府がとったような超法規的措置も可能だと考えるのではなかろうかとも思われます。もちろん、大津事件での津田巡査というのは、個人的に、しかもある種の精神的な鬱屈からこの犯罪を犯したようですし、いかなるテロリストグループにも属していません。つまり、組織的に犯罪を犯そうとしたわけではありませぬので、今日のテロリストと同列には扱えないと思われまふ。私たちは、現在でも、テロリストを刑法上規定があれば、国家反乱罪とか大逆罪で裁くことはできるわけです。この津田巡査のケースというのは、本日のテーマにはあまり関係はないかも知れませんが、彼をテロリストに含める拡大解釈がなされる可能性が残る限り、大津事件と同様の問題は現在も多々存在するとういう点で少しは関係あるかと思ひます。

そして、もし我々が、テロリストの場合には、現在の市民刑法を超えた措置をとることができると、つまり、これは現在の市民刑法に属さない例外的な状況だということ認めるのであれば、非常に確固たる明確なロジック、それも利益考慮以上のそういったロジックを、こういった措置をとる基礎としなければならないかと考えます。このような基礎も根拠もなくして、このような措置を認めることは、我々が今まで人権を、そして力ではなく法による支配を守ってきた、このすべての努力を無にするリスクを冒すことになります。したがって、私は最初に述べましたとおり、きょうの報告に大変期待をしているわけです。皆様方がきょうのシンポジウムを楽しまれて、そこから何か参考になるようなことを得られるよう期待して止みません。

- 竹下 賢 それでは、私、法哲学専門の竹下と申しますけれども、次に私が今回の趣旨説明をやるつもりでしたが、今の佐藤先生のお話ですべて尽くされていますので省略させていただきます。ただ、今回のテーマは「テロリズムと法」ということで、最初は刑法の立場からのお話になるのですが、その後、国際法、法哲学と続きまして、大変学際的な形で議論を行いますので、その点、皆さん方も緊急事態の基本的な法学的意味について、これからお考えいただければありがたいと思ひます。

それでは、最初、ポライノ先生からご報告をいただきたいと思ひます。セブリア大学の准教授で刑法と法哲学がご専門の先生ですが、この先生に関しましては川口先生のほうから講師紹

介をお願いしますので、よろしく申し上げます。

○川口浩一 どうも、川口でございます。ポライノ先生はまだ今33歳で、ことし34歳になられる非常に若い先生ですが、もう既に先ほど竹下先生のご紹介にもありましたようにスペインのセビリア大学の准教授になられていまして、かなりたくさんのお授業をもたれています。先生はドイツに長年留学されていまして、あの有名なドイツのギュンター・ヤコブス教授のもとで勉強されて、そのギュンター・ヤコブス教授の提唱された敵に対する刑法（Feindstrafrecht）の議論をさらに展開されて非常に大部の博士論文を書かれました。セビリア大学では、この「敵に対する刑法」という名前の講義も1学期にわたってずっと行われているので、この問題に関するスペインでもヨーロッパでも第1人者の地位を既に確立されている先生です。

○竹下 賢 それでは、ポライノ先生のご報告に入りたいと思います。

○ミゲル・ポライノ-オルツ（通訳：森永真綱） 所長の佐藤先生、コーディネーターの竹下先生、皆さん、本日はお招きいただきましてありがとうございます。有名な関西大学にお招きいただいたことは大変光栄です。特に感謝申し上げたいのは、竹下教授、山中教授、川口教授です。このような機会を設けていただいたことに感謝を申し上げます。また、趙教授、葛原教授、飯島准教授ともお会いできたことをうれしく思います。さらに翻訳を担当していただく森永准教授にもお礼申し上げます。それから日本語ができなくて残念です。50年か60年か70年か、それぐらいすればまたできるようになるかもしれませんが……。したがって、最初に私が本日配布されている講演原稿の内容を要約してドイツ語で述べた後、それを森永氏に日本語に翻訳してもらうという形をとりたいと思います。

翻訳原稿が20ページぐらいあるので、配られている翻訳を参照しながら日本語で説明してもらうことにします。

本講演はおおむね三つの部分に分かれています。まず、文学作品『ドン・キホーテ』に基づいて、敵刑法、敵に対する刑法について導入を図るということにしたいと思います。その次に、敵刑法、敵に対する刑法は、だれがいつ言い出した概念なのか、さらにその特徴はどのようなものかについて説明します。さらに、法治国家において、敵刑法がどのような形で存在しているのか説明したいと思います。

それでは、まず導入を行いたいと思います。『ドン・キホーテ』という文学作品の中で、ドン・キホーテが、ガレー船という戦艦の漕ぎ手となることを内容とする刑罰を科せられる囚人たちがたくさんいる場所を通りかかる場面が出てきます。その際、囚人のうちの1人が他の囚人とは異なり、鎖でかなり強く縛られ、さらに鉄の輪を二重にはめられるなど、かなり嚴重に縛られている。そこで、なぜその囚人だけ特に強く縛るのかとドン・キホーテが尋ねたところ、囚人たちを連れていた護送役人が、「この男1人だけで、他の連中全員合わせても、なおそれより多くの犯罪を行っていて、大悪党であるから、いつ逃げ出すかもわからない。いつ逃げ出すかもしれない気の休まる暇もないからだ」と答えます。その1人だけでたくさん罪を犯したということが、特別扱いを受ける理由だというわけです。

これは敵に対する刑法にとって、示唆に富んだシーンであると思われます。つまり、この1

人の男だけは認知的な安全を脅かしている、つまり罪を非常に多く犯した人間は規範を動揺させるのであり、単なる犯罪者と違った特別扱いすべき存在であるということを示しているのです。この点に普通の市民刑法との違いが表れているのです。

敵概念、敵に対する刑法という概念は、ボン大学のヤコブス教授が使い出したものですが、これらが最初に用いられたのは1985年のことでした。ちょうど25年前のことです。この敵刑法という概念を市民刑法という概念と対置しました。敵刑法という概念は、一見、ナチスを想起させる表現ですが、これを用いた理由は、処罰の早期化の問題を説明することにあります。つまり、大部分の刑法上の犯罪には当てはまらないが、例えばテロ結社の設立をはじめとするいくつかの条文は、他の条文とは異なる特別な意義を有していることから、それに言及する際に、敵刑法という概念を用い、市民刑法と対置したのです。

敵に対する刑法の第1の特徴を説明します。殺人罪などを典型とする従来の犯罪は市民刑法に分類されるわけですが、これらはいわば懐古的で、過去に既に起こった事柄に対して向けられています。これは車のバックミラーと同じようなもので、いわば既に通った道路を見るようなものなのです。これに対して敵刑法は未来志向的なもの、つまり将来を見据えた予防的なものなのです。

第2の特徴は、処罰の早期化に見合った形で刑が減輕されていないということです。つまり処罰を大幅に前倒ししているにもかかわらず、刑が重いということです。

第3の特徴は、立法が闘争的なものに変遷しているということです。非常にアグレッシブなものになってきています。例えばテロリズム、組織犯罪、性犯罪に対する立法が挙げられます。その他に、経済犯罪もこれに含まれるか争いがありますが、一応ここに含みうるものといえるでしょう。

第4の特徴は、刑法のみならず刑事手続法上の保障も縮減されている（Abbau）という点です。なお、ここで使っている Abbau という概念は、およそ「消去する」という強い意味ではなく、「減らす」という意味で用いられています。

そもそもヤコブス教授は1985年以降も、敵に対する刑法に関する講演をしていたのですが、2000年前後になってはじめて、この概念が批判的となりました。その頃トピックであったイラク戦争、グアタナモ、テロリズムなどと結びつけられたことが、その理由であると推測されます。

ただ、敵に対する刑法という概念が用いられてから、15年も経った後に、突然批判の対象となったのは驚くべきことです。しかしながら、そもそも、この敵刑法という概念には哲学的な背景があることを見過ごしてはなりません。ここで詳論することはできませんが、竹下教授の先日の授業の中でこの点について紹介しました。ホップズ、カント、フィヒテ、ルソーら哲学者の見解とも関連し、カントの『永久平和のために』にも見られる、非常に長い歴史を有しているのです。

○川口浩一 先ほど言われていたのは、さらに後の西先生の報告とか長尾先生の報告の中でもこういうホップズなどについて研究がありますが、特にこの敵に対する刑法に関して、ホップズ

の業績の中で既にこの構想が見られて、ホップズは内乱等の犯罪、特殊な犯罪に対して別扱いするという非常にヤコブス先生につながるような、そういう議論を既にしていたということだけここで指摘しておきたいと思います。

○ミゲル・ポライノ-オルツ（通訳：森永真綱） 時間も押してきましたので、敵に対する刑法・各論に入っていきたいと思います。

ここでは、そもそも法治国家において敵に対する刑法というのが既存のものであるか否か、またそれは存在すべきなのかという問題について論じたいと思います。

例えば、私、川口教授、森永准教授の3人が非常に有名なテロリストで、2011年に東京でテロを実行する謀議をしたとします。オバマ大統領、スペインの王様など多くの重要人物が集まる機会にテロ行為を行う準備を進め、爆弾などを用意したという場合、どのような措置を講ずるべきでしょうか。法治国家では二つの可能性が考えられます。

一つはテロが行われるまで待つ、少なくとも未遂の段階に達するまで待つことです。これは市民刑法的な発想です。もう一つはその未遂の段階に至るのを待つのではなく、それがわかった現段階で対処する。これが敵刑法的な発想です。すなわち、処罰を早期化するのは。例えばテロ団体の結成を禁止し、爆弾の所持を禁止する構成要件で対処するのです。これを中核敵刑法（Kernfeindstrafrecht）と呼びたいと思います。

この中核敵刑法と呼ばれるものとして三つのものが挙げられます。もっともその前に注意しなければならないのは、現代の法治国家において敵刑法というのは存在しているけども、何でも許されているわけではないということです。一つは組織犯罪に関する諸規定です。例えばテロ団体の結成を禁止する構成要件がこれにあたりますが、処罰は大幅に早期化されています。

重要なのは、テロ結社を設立するといっても、結局は、それに加わる者が集合するという要素と、犯罪を行う目的を有しているという要素の二つから成り立っているにすぎません。これらは法の本来的な見地からは、いずれの要素も中立的なものです。つまり、人が集合すること自体が何かを侵害するわけではなく、また犯罪を行う目的についても、「思想をだれも処罰することはできない」といわれるように、心の中にとどまっている限り、これを処罰の対象とすることは原則的にはできません。このようにして、両要素ともそれ自体としては中立的なものであるにもかかわらず、テロ結社の設立の処罰の前提とされているのです。ここでは処罰の早期化が行われているのです。

つまり、テロ目的をもって集団形成することそれ自体を既遂として取り扱っており、この目的が全く実現されなくても処罰が肯定されるのです。これは敵に対する刑法の一例ということができるでしょう。

すなわち、ここが重要なのですが、結局、そのような集団形成によって、社会における認知的・規範的な不安定が生み出されているということが処罰の根拠となっているのです。つまり、こうした集団を形成することそれ自体が、規範妥当のために必要な最低限の安全を脅かしているのです。ここでは、このような事情が処罰根拠となっているのです。これは市民刑法とは根本的に異なる発想に基づくものであって、まさに敵に対する刑法という名前を与えるべき所以

なのです。

同じことは、所持犯罪、保安処分にも妥当しますし、その他、刑事訴訟法上もそうした諸規定は存在しています。

最後に、これまで論じてきたことを要約したいと思います。そもそもこうしたテーマについて論じたのは、法治国家において普遍的に各国において類似の問題が見られるからです。長尾名誉教授や西准教授のご講演、さらには趙教授のコメントにおいても、テロが話題となっていることから、このことは明らかであるといえましょう。

重要なのは、敵に対する刑法、つまり敵対的な諸規範は、既存のものであり、またそれは必要なものであるという点です。つまり敵刑法は既に存在し要請されているものなのです。もし、この敵に対する刑法がなければ、社会の安全にとって最低限の、その存立にとって最低限の保障というものがなくなり、法治国家が崩壊することになってしまう。よって、敵に対する刑法は欠かすことのできないものなのです。

最後に、佐藤教授に改めて厚くお礼申し上げます。通訳を担当していただいた森永准教授、さらに川口教授にもお礼申し上げます。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。

それでは、引き続きコメントをお願いしたいと思います。まず趙先生から、通訳は金先生ですが、せっかくですのでご紹介を川口先生に。

○川口浩一 それでは紹介係みたいになりますが、こちらにいらっしゃるの韓国はチョンジュ（清州）大学の趙炳宣先生です。趙炳宣先生は私と同年で1959年生まれですが、韓国の成均館大学のご出身で、その後、ドイツのフライブルク大学に留学されて、私もそのフライブルク時代に知り合ったんですけども、環境刑法、アルビン・エーザー先生のもとで、環境刑法の比較法的な研究、その中に日本法の研究も入っているのですが、そのような研究をされて博士号をとられたということで、その後も国際的に活躍されている非常に有名な先生です。

○趙炳宣（通訳：金玲） 関西大学法学研究所主催の国際シンポジウムである「テロリズムと法」において発表することができ、大変光栄です。私は2010年2月に類似するテーマの国際シンポジウムにおいてヤコブス教授の発表に対して韓国の伝統的法哲学の観点からコメントをした経験がありますが、今日は韓国の現行法の観点からポライノ准教授の講演に対してコメントをしたいと思います。

2001年の9・11テロの直後、政府と与党は国会にテロ防止法案を提出しましたが、野党の反対だけではなくて、大韓弁護士協会と国家人権委員会の猛烈な反対を受けて法律成立には至りませんでした。与党はまた2003年8月14日にその修正案を發議しましたが、第16代国会の任期満了と同時に廃案となり、また第17代国会に入っても、与党議員らがそれぞれ2005年3月15日、「テロ対応体系の確立と対テロ活動に関する法律案」、また2005年8月26日に「テロ防止及び被害保全などに関する法律案」、さらに2006年2月14日、「テロ予防及び対応に関する法律案」をそれぞれ發議しましたが、強く反対され、17代国会の任期満了とともに自動的に廃案となりました。

現在の18代国会に入ると、政府は韓国が2004年2月9日に批准した「テロ資金調達の抑制に関する国際協約」の国内履行法として、2007年1月15日にテロ資金調達の禁止に関する法律案を国会に提出して、激しい論争を経た後、同法案中の権利濫用が憂慮される条文が削除され、修正された形で、「公衆など脅迫目的のための資金調達行為の禁止に関する法律案」として、2007年12月7日に国会を通過し、現在施行に至っています。2008年10月28日には再びコン・ソンジン議員による国家対テロ活動に関する法律案が発議され、また2009年4月15日もソン・ヨンソン議員によりテロ擁護及び対応に関する法律案が発議されましたが、両法律案とも国会を通る見込みはないと考えられています。

このように、テロ関連特別法は国際条約の批准のための国内履行法だけは、厳格な限度内で適用されるのを前提に通過しましたが、残りのものはすべて否決されました。このことは韓国が過去に独裁政府の権力濫用の経験をもっており、そのため特に基本権の制限が避けられないテロ法案に対して非常に敏感に反応しているためと言えます。

ところで、ことし5月19日、「G20首脳会議警護安全のための特別法」が通過して注目されていますが、これも2010年11月に開催されるG20首脳会議まで適用される臨時立法に過ぎません。これはことし春に起きました北朝鮮による潜水艦攻撃事件をきっかけにつくられた法律と評価されています。その内容ですが、この法律は大統領室警護部長が統制団長を務めて、警護安全区域での検問秩序の維持、出入り統制を含む集会やデモを制限することができて、また緊急時に軍隊を投じることができるとの内容です。

2001年の9・11テロ以降、韓国においてテロ防止のための特別法を制定しようとする試みはいつも失敗に終わりましたが、これは韓国が過去に独裁政権による権力の濫用を経験したことから、第2の国家保安法に成りかねないかなという、そのような憂慮と批判が強かったからです。テロに関する法律を制定する場合に、特にテロという概念が非常に模糊であり、かつ包括的であるため、恣意的に刑法が適用される可能性があって、また国家情報院の行き過ぎた権限の強化は過去の経験に照らしてみたとときに人権侵害につながる蓋然性が高いという理由で、韓国ではそれまでテロに関する法律の制定を常に心配してきたと言えます。

これに対して、テロではない一般犯罪の領域においては、特に凶悪犯罪と呼ばれる殺人罪と性犯罪を中心には処罰を強化する立法が活発になされています。このような重罰主義の立法傾向と関連して、ヤコブス教授の敵に対する刑法の理論は韓国でも議論されていますが、いまだに批判的な立場が主流をなしており、これに賛成する学者はいないというのが実情です。また、敵に対する刑法の核心領域とも言えるテロ犯罪の領域では、これを敵に対する刑法と結びつけて議論する試みさえ見られないのが現状です。

韓国において、敵に対する刑法の概念がタブー視される理由は、韓国と北朝鮮とが対立する状況の中で、反共法とか国家保安法とかという名目でこれまで人権が侵害されてきた経験があるために、非常に敏感に反応するからだと思われます。同じ理由で、日本で議論される治安刑法の概念も韓国ではこれまでにほとんど議論されていません。しかし、私は、ヤコブスの敵に対する刑法の理論はドイツですら多くの誤解を受けていると感じています。そして私は、敵に

対する刑法の理論を適用することにより、正確にテロリズムないし重罰主義の立法とその限界を把握することができて、この意味で役に立つ道具概念であると考えています。以下、私のこのような立場から韓国の状況と関連させながら、ポライノ准教授の発表論文について簡単にコメントしたいと思います。

韓国の刑法理論において、犯罪者を市民と敵とで区別する試みはこれまでにありませんでした。韓国では犯罪者という概念をもつ規範構造を社会契約説の次元まで結びつけて検討することはこれまで行われませんでした。ヤコブスの市民と敵の概念を韓国の状況に当てはめて論じると、通常の犯罪者と敵としての犯罪者ということになりますが、犯罪学の分野でも刑事政策の分野でもこのような形で法哲学的、そして社会哲学的意味での犯罪者もしくは行為者概念を分析するということは行われませんでした。韓国の刑法学において、法哲学の議論が法哲学の分野を超えて刑法学に直接導入されたのは、恐らくヴェルツェルの目的的行為論と、それに伴う犯罪理論体系をめぐる議論があったときが初めてだと思います。ヴェルツェルの刑法の第一次的任務は法的心情の行為価値を維持することにあるという現実は、当時の主観的違法要素として故意を構成要件段階に位置づける点において注目を集めました。現在でも法益保護説の批判としてまた注目を集めています。

ヴェルツェルの系統を引き継いでいると評価されているヤコブスは、ヴェルツェルの理論をルーマンの社会システム理論と結びつけた規範論に発展させましたが、この理論が果たして法益保護論を代替できる理論なのか、しばらく議論されたものの、韓国では現在まで伝統的な法益保護論が大勢であり、ヤコブスの規範論を継承した学説はほとんど見られません。

私は日本の刑法理論の状況をまだ十分に理解していませんが、韓国に比べてヤコブスの理論が川口浩一先生、そして葛原力三先生と松宮孝明先生を通じてしばしば紹介されて、その理論が一部受容されたように見えます。韓国においてはヤコブスの規範理論が単に積極的一般予防を強調する部分についてだけ紹介されており、その全体像を詳細に研究したり、紹介して受容する者はいない状況であることから、彼の敵の概念は韓国でさらに多くの誤解を呼び起こしていると思われます。ヤコブスの刑罰論、すなわち積極的一般予防理論はドイツ観念論、特にヘーゲルの法の否定の否定の理論の現代版と言えます。また、社会システムの理論の影響を受けて認知的予期と規範的予期の区別とか、コミュニケーションの対象者となるものの人格（ペルゾン）という点を受け入れるならば、自然に特別予防の視点からは刑罰の適用対象は人格ではなく、危険源としての敵であるという考えが導かれます。

日本と異なり韓国ではドイツと同じように二元主義がとられて、保安処分も存在しますが、特に保安処分との関係でヤコブスの理論に基づく分析道具が有効性を発揮する余地はさらに多いと見られますが、残念ながら韓国ではまだヤコブスの理論は、彼のもとで直接学んだ若い研究者がいるにもかかわらず、分析道具としてすら用いられることはありません。

以上で説明したとおり、私はヤコブスの敵に対する刑法の理論は専ら彼の規範論に基づいていると見ているから、ポライノ准教授が1985年のヤコブスと1999年以降のヤコブスは違わないと主張したことに対しては同意したいと思います。また、ポライノ准教授が、ヤコブスの敵に

対する刑法の理論に対して、既に正当化された刑法規範をまた正当化するものという反問を提起したことについても賛意を表したいと思います。ただ、1999年以降のヤコブスから特に9・11テロ事件以降に、敵に対する刑法を単なる記述の次元から規範的正当化の次元へと昇格させたことの当否については、韓国の刑法学の立場から補充的な説明が必要だと思います。

私が考えるところでは、ヤコブスの規範理論の長所の一つは抽象的な理論ないし原則を援用することなく、法の現実を説明することができる点です。ヤコブスにあっては既に規範が現実なのだから、敵に対する刑法が記述なのか正当化なのかを区別すること自体が困難です。ヤコブス本人が主張するように、敵に対する刑法は理念型なので、私たちは現実の中に敵に対する刑法的要素を発見できるに過ぎません。しかし、韓国において理解されるヤコブスの敵に対する刑法は犯罪者を市民と敵に分類し、後者に適用される刑法と理解されています。このような誤解のためにも、ヤコブスはホッブズ、カント、フィヒテ、ルソーの社会契約論を検討して、その人格と非人格ないし例外について説明したと考えられます。

ヤコブスが敵に対する刑法を単純にその対象者の領域の次元で理解するならば、当然ながら敵に対する刑法と市民刑法の区別は難関に直面すると思います。特に韓国の場合は、過去の歴史から日本と違い徳川幕府のような封建体制もなく、市民階級の革命を通じた現代への転換もありません。社会契約に基づいた刑罰理論は韓国人になじみのないものです。しかし、前で言及したように日本と違って韓国は保安処分制度をもっており、2005年8月4日に社会保護法の廃止とともに保護監護制度が廃止されましたが、まだ治療監護は存在しており、少年犯に限定された保護観察は1996年の保護観察などに関する法律を通じて成人までに拡大されました。詳しくはありませんが、日本には保安処分という用語は存在しないようですが、成人に関する保護観察とか補導処分、あとは保護処分、入院措置、これらも保安処分的な性格をもつと考えられます。

これに関連して、韓国の保安処分制度の歴史を要約したいですが、韓国でも1953年の刑法制定時には時期尚早という理由で保安処分制度が導入されませんでした。しかしその後、実務上の必要に応じて少年法の中に保護処分制度、あと国家保安法の中に監視保護制度、麻薬法の中に強制収容制度を導入して、1975年に社会安全法を制定する際に初めて保安処分制度を採択しました。しかし、これは保安処分に対する一般法ではなくて、特定犯罪に対する保安処分のみを規定したもので、1980年に社会保護法の導入の際に初めて一般的な保安処分制度を規定し、韓国の刑法はそのときから二元的な刑事制裁体系へと根本的に変わりました。しかしその後、人権侵害と保安処分の濫用の問題で批判を浴び、1989年、社会保護法の中に保護監護処分が制限的な内容に改正されて、社会安全法の中の保安監護制度が廃止されると同時に、保安観察法に変わりました。また、1988年には、少年犯に限定して適用される保護観察法が制定され、1996年には保護観察法と更生保護法が統合され、「保護観察などに関する法律」になりました。その後も引き続き人権侵害などの批判がなされ、2005年には社会保護法の中の保護監護制度も廃止され、治療監護と保護観察だけが残り治療監護法にかわりました。1995年の刑法改正を通じて、保護観察、社会奉仕命令、受講命令制度が導入されましたが、判例はこれらを保安処分と見て

います。2008年には「特定犯罪者の位置追跡用電子装置の装着に関する法律」が導入され、性犯罪者と未成年誘拐犯に電子足輪を装着させて位置を追跡することが可能となりました。ことしの3月31日にこの法律が改正されて、その適用対象は殺人犯まで拡大され、また性犯罪者に対しては法律が制定された2008年以前にも遡及して適用されることとなります。韓国の最高裁判所は1997年の判決を通じて、保安処分を遡及して適用することを認めています。電子足輪の装着期間も従来の10年以下から、1年以上30年以下と延長されました。2010年3月31日に改正された「児童・青少年の性保護に関する法律」は、性犯罪歴のある者の身上情報に関する請求があった場合にのみ、それを公開するという内容を改正し、その身上情報を地域住民全体にインターネットと郵便を通じて公開する制度を導入しました。2010年6月29日には、「性暴力犯罪者の性衝動の薬物治療に関する法律」が導入され、いわゆる化学的去勢が2011年7月から施行されることとなります。

このような韓国の保安処分を拡大する立法は、狭義の刑法の刑罰を強化する立法とともに敵に対する刑法の登場であると思えます。しかし、敵に対する刑法という概念をもってこのような現象を把握するからといって、無条件にその合法性と正当性を認めるものではありません。韓国の立法資料のどこにもヤコブスの敵に対する刑法の理論を根拠と提示したものはなく、このような立法の規範構造を分析したからといって、これを正当化させたことにはなりません。重罰主義の刑法もこれ以上伝統的な責任刑法ないし法益保護原則で説明できなくなり、さらに保安処分としての多様な処分を法益保護の前置化、または抽象的危険犯の拡大ないし普遍的法益の拡大傾向だけでは説明できなくなります。

最後は結論に入りますが、私はヤコブスの敵に対する刑法の理論を考察する際に、過度に市民と敵の概念に執着すると客観的な分析が難しくなると思えます。なぜならヤコブス教授の理論自体が刑法ドグマチック全体を一貫して規範理論と社会システム理論の結合で形成されて、その立場を出発点としない者の個別的な批判は、結局部分的な論理に過ぎないからです。例えば、ドイツでヤコブスの規範刑法理論に賛同しない教授が市民と敵の区別を批判するのは、ヤコブス派とその反対派の平行線をたどる、永遠に平行する一種の循環論証になるからです。特にドイツの観念哲学とヨーロッパの社会契約論の哲学の伝統のない韓国においては、市民と敵の区別に執着する必要はないと思えます。市民刑法も敵に対する刑法も両極端に位置する理念型と見るべきです。したがって、敵に対する刑法ないし敵の概念それ自体に執着するかわりに、市民刑法的要素と敵対刑法的要素を分析するのが望ましいと思えます。

私見としては、自由刑にさえ、市民刑法的要素と敵対刑法的要素が重なると考えています。例えば、ある殺人犯が10年の懲役刑を宣告された場合、責任主義に基づくその責任に相応する受刑活動をしながら社会復帰の準備をする側面、つまり市民刑法的側面と、10年間は社会から隔離されてその危険源を10年間社会から排除する側面、つまり敵対刑法的要素を兼ね備えているからです。これは保安処分の拡大と刑罰の重罰主義の立法傾向に対してほとんど何らの基準も示せなかった責任主義ないし法益保護主義にかわって、むしろ規範現実を直視させることができると考えられます。

日本も重罰主義の傾向により、1880年に近代刑事制度を導入して以来、初めて殺人などの凶悪犯罪の公訴時効がことしの4月27日から廃止されました。このことは韓国にも広く知られました。韓国も2010年3月31日に「児童・青少年の性保護に関する法律」を改正して、刑法上の軽減規定を削除し、公訴時効の停止規定を導入しました。また、刑法を改正して、死刑、無期懲役の軽減及び仮釈放の要件をより厳しくし、有期懲役の上限を最大50年までに延長しました。私が知っている限りでは日本の有期懲役刑の上限は20年で、加重の上限は30年ですが、これに比べて韓国の場合を見ると、国際的にはとても高い水準であると言えます。韓国の改正刑法が2010年10月から適用されるため、韓国最高裁判所量刑委員会は2010年6月30日に有期懲役の上限を最高50年とする改正刑法、そして児童への性犯罪を犯した場合の法定刑を強化するため、その量刑を50%まで高めるといふ、新しい量刑基準を公布しました。

前述のとおり、ヤコブスの敵に対する刑法の理論でいう敵の概念は、その規範刑法理論ないし社会システム理論に由来する特別な概念であるため、敵だからといって思いのままに拷問してよい対象ではないということ念頭に置かなければなりません。たとえ一般的意味における敵であると認められた場合であっても、国際戦争法上の最低限の基準が適用され、勝手に拷問などを加える対象にはなりません。社会契約論の観点から始まった非人格としての敵は、将来における危険の予防の対象になるに過ぎないという点を念頭に置くと、憲法上の基本権ないし人本主義的最低基準が適用されることは明白です。したがって、刑罰または保安処分が将来の危険の除去に必要な不可欠である最低限の手段であるかどうかを判断するときは、比例性の原則から立法的に検討すべきであり、ただ手続法上の問題として極端な事例、例えば確実にテロ犯である事例、本人が犯人であることを否定しない確信犯の事例なのですが、その事例でその犯人の逮捕もしくは自白を通じて、数多くの人々の命を救うことができるのであれば、手続法的保障を多少緩和することも可能であると思います。

私見として、手続法上の保障を緩和するという点を、ポライノ准教授により言及された敵に対する刑法の四つの特徴の一つととらえるよりも、敵対刑法的要素を分析する際に表れた規範的構造、換言すれば抽象的な法益保護ではなくて、その当時その社会の現実規範が要求する規範確信の創出ないし危険源の除去のための手段として把握するのが望ましいと考えられます。このような立場は原則を捨てたようにも見えますが、規範から原則を導き出して、その原則をもって社会を保護するには、現代社会はあまりにも多面的で複雑に変わってしまったと思われる。原則に対する執着が刑法本来の社会安全の保障に対する責務をイデオロギー化し、学者たちは規範現実とかけ離れたところでみずから満足していると思われる。

ヤコブスの敵に対する刑法理論は、刑法上すべての原則からの決別という意味が大きく、このような観点から「原則-例外」としての「市民刑法-敵対刑法」の区別よりは、個別적이具体的に規範の妥当性を探る課題を我々に付与していると思います。特に韓国の歴史と現実を勘案する観点から、ポライノ准教授のより明確な区別に積極的に反対するのではないのですが、その区別が難解である点でポライノ准教授の見解には賛同できないと思います。同じ観点から、ポライノ准教授の敵対刑法の各論的論議、特に地位犯罪、所持犯罪、保安処分、核心

敵対刑事訴訟法は定形化し過ぎていて、私が考えるヤコブスの敵に対する刑法理論の本来の意味とは距離があると思われます。

以上です。ありがとうございます。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。そうしましたら、席に戻っていただいた上で、12時までということで質問をお願いします。確認的な質問がございましたら、また最後には総合討論を予定しているのですけれども、そのときに参加できないので、今ぜひ質問しておきたいというような方がおられましたら、どうぞお願いします。

○山中敬一 関西大学の刑法を担当している山中ですけれども、ご報告いただいたお二人に質問したいと存じます。まず、趙先生のコメントの中で、対敵刑法と市民刑法の対比につき、分析概念ないし道具としては認めるというふうに言われたのですが、何のための道具かということをお伺いしたいと存じます。つまり、ヤコブス説は法社会学的な分析をしているのではなくて、法解釈学的な議論をしていると私は理解しているのですが、趙先生が対敵刑法と市民刑法を分析されるときに、そのどちらかの要素が強いかどうかというような観点から見べきだといわれているのは、いわば法社会学的に分析するのであればそのとおりなのですが、ただ、それを超えている側面があって、ヤコブスはその規範論の中核概念として用いている点につき、コメントはしないとされる点に問題があるのではないかと思うのですが。

次に、ポライノ先生に対しては、法律学では例えば「人」とか、「人格」といった概念が使われていますが、これは哲学的な議論をさておいても、近代法の確立過程で、「人」とは、例えば、民法でいうと、権利能力の主体であって、権利能力はあらゆる自然人に平等に備わっている。したがって、どのような性質をもった「人」とかは問わず、その内容を問題にしたいときは、その権利能力を制限するのではなくて、法律行為能力を制限するというような形で、例えば、赤ん坊については権利能力の備わった「人格」ではあるけれども「法律行為能力」はないというような分析の仕方をしていたといえます。

法概念がより具体化されることは、ありうると思います。例えば、「物」の概念についても、日本ではまだ刑法でも器物損壊罪の中に動物は入っているのですが、例えば、ドイツ民法では最近では「物」と「動物」とを区別している。ただ、最近では、動物愛護法というようなものを設けて、器物の中から動物を特別扱いすることも行われるようになってきている。したがって、「人」についてもこれを「敵」と「市民」に分けるとことができるのかもしれませんが、規範的思考の前提として「人格」に差を設け、「敵」と「市民」を区別する規範論には疑問を感じざるを得ません。

その他、趙先生は、対敵刑法の例として、保安処分一般について言及されましたけれども、保安処分は何も「敵」を対象とするものではありません。規範を理解し、それに従うことのできない赤ん坊とか精神障害者を「敵」というのであれば、その人達も「敵」かもしれませんが、そういう規範に従えない人も「人格」として扱っているのが近代法ではないのでしょうか。また、例えば、恐らく西先生が言及されると思うんですが、戦時国際法の中で「敵」を扱うのと「味方」を扱うのは別だということはあるかもしれませんが、しかし、その前提として、近代法

の原則としては、やはり人格概念が普遍妥当だと見ることは必要ではないでしょうか。それを取り崩して、赤ん坊とかあるいはテロリストだとか、そういうようなヒトの人格に差があって、「敵」についてはすべての人格性を否定し、または、制限されるというような議論を展開するのは問題だと思われます。

ヤコブス教授は、「人格」に差のある敵と市民の概念を法理論ないし刑法解釈学の中で主張しようとしているけれども、趙先生は恐らくそれをそういう原則的議論を展開しなくても、法社会学的な観点から「対敵刑法的な要素」をもつ規定と、それをもたない要素をもつ規定とがあると分析すればよいとおっしゃりたいのではないかと。また、保安処分一般の問題性を対敵刑法の問題として取り上げるのではなく、ドイツで言うならば、いわゆる「保安監置」の制度を対敵刑法として位置づけたいのではないかと。いずれにせよ、私には、保安処分の制度そのものが対敵刑法と関係づけるのは正当ではないと思われるのです。

- ミゲル・ポライノ-オルツ（通訳：森永真綱） ご質問は中心テーマにかかわることですが、用語法上の問題に過ぎず、他の概念を使うことも不可能ではありません。もっとも、人格性概念は非常に多義的で、例えば民法では24時間生存後に人格になるとされうるなど、各法によって異なりうる、相対的な概念であることをまず確認する必要があります。

そもそも確認しておかなければならないのは、人格や敵という概念は、規範的に定義することが可能なものであるということです。人格は権利と義務の担い手であって、その義務を果たす者のことをいいます。反対に、敵は他人を人格として承認しない、そうした義務を果たさない者のことをいいます。こうした形で規範的にのみ定義可能な概念なのです。ここでは、敵とは、他人を人格と承認せず、安全性を保障しない存在であると定義されるのです。他の定義も可能ですが、長い伝統を有している点に敬意を払わなければなりません。講演の中でも述べましたが、これらの概念は法哲学的な背景を有し、さらにプロイセン法においても人格概念は権利と義務の担い手という形で定義されています。よって、以上のような伝統も踏まえると、この文脈では、これらの概念を用いるのがふさわしいと考えられるのです。

- 山中敬一 それでは、趙先生にもよろしくお願ひします。

- 趙炳宣（通訳：金玲） 山中先生より幾つか、三つぐらい質問があったと思いますが、互いに関連していますのでまとめてお答えします。

まず、ヤコブス教授の理論の中心は刑法解釈学にあるという点については認めます。山中先生はドイツ刑法にとっても詳しく、ヤコブスの理論についてもたくさん研究されていますので、その指摘については認めます。しかし、私のコメントの出発点は現代韓国における重罰主義及び保安処分をどういうふう処理すべきかというところにあります。私個人としては重罰主義に反対しますが、法務部のこのような姿勢については統制する方法はありません。

唯一の方法は韓国の憲法裁判所に提訴し、違憲判決を受けることです。個人的に論文の中でたくさんの批判をしてきましたが、学者としてそのような立法傾向を防ぐことはできません。学者たちが批判する際によく用いる論証としては、責任主義と抽象的危険犯があります。責任主義をもって批判して違憲判決をもらったのは1件しかありません。それは両罰規定に関する

2007年12月の憲法裁判所の判決です。

そのヤコブスの敵対刑法は責任がないという、そういう内容からというより、現在の規範を把握するのに役立つと思います。つまり、正面から危険を除去する説明になるとと思います。例えば化学的去勢とか、あとは電子足輪とか、もしくは韓国で実施される50年の有期懲役刑など、これらを責任主義から説明することはできませんが、ヤコブスの理論を用いてその危険を比例で分析することができると思います。

時間の関係で、先生の質問について簡単に説明したいと思います。ヤコブスの敵対刑法、そして市民刑法の理論はマックス・ヴェーバーが言う理念型の極端にあると思います。その敵という概念は西洋観念哲学に立脚した独特の概念だと私は思います。それをもって危険要素を刑法解釈学で分析することが可能だと思えます。ですので、ヤコブスの論証は基本的に既存刑法の解釈学に重点を置いています。韓国のような新しい立法のある場合にもその理論を応用することは可能だと思えます。

最後に人格と非人格の区別に関する指摘があったと思いますが、これはとても重要なところだと思えます。その非人格というのは西洋哲学にある特殊な概念ととらえていますが、それよりは危険の除去とか、あと将来の予測にもっと意義があると思えます。

最後に法解釈学と法社会学は立法においては一つの論証として厳格に区別することはとても難しいと思えます。

以上の回答が私のヤコブスの理論に対する理解となります。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。

今の問題もまださらに続く話だと思えますが、総合討論のときにまた取り上げたいと思えます。今少し時間が延びてしまいましたので、1時10分ぐらいから昼からの部を始めたいと思えます。よろしく願いいたします。

(休憩)

○竹下 賢 それでは10分になりましたが、午前中に来ておられない方には、午前中の部が少し延びましたので1時10分から開始するというにさせていただきましたので、ご了解ください。

それでは、時間も押していますので、早速、西先生の報告に入りたいと思うんですが、西先生は関西大学法学部の国際法の准教授の先生でございまして、かねてより敵対刑法ではないのですが、その種の友敵理論について国際法の分野で研究をかなり進めておられます。西先生から最初は少し自己紹介的に話をお願いするとして、それではよろしく願いします。

○西 平等 ご紹介にあずかりました西です。関西大学で国際法を教えております。そちらにいらっしゃる藤田久一先生が私の大学院時代の師匠で、それから長尾龍一先生には、やはり大学院のころホップズについての演習に参加させていただいたことがあります。つまり私にとっての先生方を前にして少し緊張しております。きょうは外国からいらっしゃるポライノ先生と

いう新進気鋭の研究者と、それから長尾先生というわが国を代表する法哲学の大家の先生の間を私が埋めるような形で、ちょっとご報告できたらと思います。

早速内容に入りますけれども、テロリズムと法というような問題になるとき、このシンポジウムの案内にも書かれていましたように、やはりカール・シュミットという名前が出てくるでしょうし、さらに最近で言えば対敵刑法という概念を打ち立てたギュンター・ヤコブスの名前が挙がるであろうと思います。それでは、そのヤコブスの敵概念とは何か。ヤコブスの敵概念というのは、他者に対して人格を認めない者だというような説明が先ほどポライノ先生からありましたけれども、その他者に対して人格を認めないことによって、みずから人格として扱われない者のことだと思います。つまり、市民社会において保護される人格としての地位をもたない者のことが、これがヤコ布斯における敵概念です。対敵刑法 *Feindstrafrecht* の対概念が市民刑法 *Bürgerstrafrecht* であるということからも、敵の対概念は市民であるわけですね。市民としての地位を保持し続ける犯罪者、すなわち犯罪を犯してもなお市民として人格を認められる者が、そのヤコブスの「敵」概念の反対概念であるわけです。

それに対してシュミットにおける敵概念はどうか。ここで問題となるのは、友・敵区別よりもむしろ、正しい敵と不正な敵の区別です。つまり『政治的なものの概念』における敵概念よりも、『大地のノモス』で論じられている「正しい敵」の概念のほうが、国際法上は重要です。その「正しい敵」という概念は要するに何かといいますと、これは国際秩序において正当な交戦者としての地位をもつ者のことです。ヤコブスの「敵」概念が法的な地位をもたない者、民法上の地位を認められない者であるのに対して、シュミットの「正しい敵」という概念は戦時国際法上の地位をもつ者、交戦者としての地位をもつ者のことです。

このシュミットのいう正しい「敵」の反対概念なのですけれども、これが犯罪者であるわけですね。これはローマ法に由来する概念なのですけれども、ローマ法において敵とは何かというときに、ローマが宣戦布告し、あるいはローマに宣戦布告する者であると言われていました。そうでない者は「追剥」すなわち犯罪者集団に過ぎないというわけです。その「追剥」の中には海賊とか、そもそも法主体性を認められない野蛮人というようなものが入ってくるわけですが、そういうものが敵としての地位をもたない、正当な交戦者としての地位をもたない単なる「犯罪者集団」とみなされるわけです。

これを言いかえますと、ヤコ布斯において民法上保護されるべき地位をもつのは、「敵」と区別されるところの「犯罪者」であるわけです。それに対してシュミットにおいて戦時国際法上保護されるべき地位をもつのは、「犯罪者」と区別されるところの「敵」であるということです。すなわち、シュミットとヤコブスの議論を考えあわせれば、近代法上、保護されるべき地位をもつ者というのは、市民社会における「犯罪者」と、「国際社会における敵」ということになります。それに対して、保護された法的地位をもたない者は「市民社会における敵」とみなされる者、あるいは「国際社会における犯罪者」ということになります。

それとテロリストの問題とどう関わるかということですが、現代においてテロリストと名指しされる者、テロリストということによってさまざまな特殊な措置の対象とされる者

は、これは近代法において確立されてきた「市民社会における犯罪者」としての地位、あるいは「国際社会における敵」としての地位、そのいずれも剥奪されていて、すなわち逆に言えば「市民社会における敵」、「国際社会における犯罪者」という扱いを受けるということを申し上げたいわけです。すなわち、近代法が、「市民社会における犯罪者」と「国際社会における敵」に対して保護された地位を承認してきた以上、「市民社会における敵」「国際社会の犯罪者」とみなされることによって、少なくとも近代的な保護の基盤を失うこと、それによって、限定のない暴力の対象になりうること、そういうことを指摘したいのです。これでもう十分わかったという人はこれだけでいいのですが、もう少し具体的に何が言いたいかということを説明していこうと思います。

はじめに、犯罪者と敵とはどう違うかということを考えてみましょう。どちらも鎮圧される、抑圧されるべき対象だというふうに考えられるわけですが、一体どう違うのかということですが、ぱっと思い浮かぶ典型的な現象としては、犯罪者というのは、警察が出かけていって生きたまま、なるべく傷つけないように逮捕して、それを裁判や手続にかけて、厳密なルールにのっとって行為と責任を認定した上で処罰するというものです。それに対して敵というのは、これはもう軍によって直接的に撃破するものであって、そのような手続は一切踏まれないわけですね。軍が攻撃する前にその攻撃する相手兵士の違法性や責任の認定をするようなことはしないわけです。なぜそういう違いが生じるのか。この典型的な現象の相違はどういうことに根拠づけられているのか。日常的な感覚からすれば、国内に生じるのが「犯罪者」で国外から来るのが「敵」だというふうに言えるかもしれませんが、これは先ほどの典型的な現象において生じる相違を説明しないわけです。例えばなぜ軍によって「犯罪者」を撃破してはいけないかということ、別に外から来るか内から来るかということからは説明できないわけですね。また武器の強度の違いというのも思いつくわけですが、しかしこれもそんなによく説明ではない。刑事司法がうまく機能しない場合には確かに強力な武器を持った犯罪者を殺してしまう、射殺してしまうということもあるかもしれませんが、理想的に機能している刑事司法のもとでは、恐らくどんな強い武器を持った犯罪者であっても、それをきちっと生きたまま逮捕して裁判手続にかけて、その違法性と責任を明らかにし、処罰することが求められるでしょう。

ちょっと話がずれますけれども、連合赤軍事件というのがあったときに、連合赤軍は軍を名乗るわけですが、それを警察側は殺さないで生きて逮捕せよというわけですね。逆に言いますと、逮捕することによって犯罪者であることを示すわけです。刑事司法の手続を貫くことで、その地位を「犯罪者」におとしめる。かつてのように「敵」と「犯罪者」の地位の区別が一般市民まで含めて広く認識されていた時代には、テロリストと政府との間に概念をめぐる争いといえますか、テロリストの側がみずから軍を名乗り、政府の側はそれを犯罪者としておとしめようとするという構図があって、連合赤軍事件などにはそういうのが表れている。

つまり何が言いたいかと言いますと、「犯罪者」と「敵」との相違は、武器の強度の区別ではなくて、やはり概念の相違だということです。迫撃砲を持った犯罪者であってもやはりそれは

「犯罪者」であって、ナイフしか持たない敵であったとしてもそれはやはり「敵」なのです。

「犯罪者」と「敵」の区別とは、法的な概念の区別である。こう言うと何か国際法と国内法の区別かというようなふうになりがちなのですが、そうではありません。「敵」というものは、これは国内法上も「敵」であるわけですし、「犯罪者」として扱うべきではない。「敵」を捕まえた場合には捕虜になるわけですが、通常の戦闘で人を殺した捕虜を殺人罪で処罰するということは、これは許されないわけですね。国内法上もそのようなことは行われないわけです。普通、敵でない者が殺人を犯した場合には、それは殺人犯になるわけですが、「敵」が「敵」という資格において殺人を起した場合には、これは殺人犯として処罰されません。

このように「犯罪者」と「敵」が法的な概念の区別であるということを確認したうえで、次に、「犯罪者」と「敵」のそれぞれがいかなる概念であるかを考えてみましょう。まず、「犯罪者」とは何か。少なくともヨーロッパの法制史において、法外放逐といわれる処罰形態が、中世にはあったと言われております。これは何かといいますと、重大な犯罪者に対する共同体による宣戦布告であると言われます。その場合、犯罪者はどうなるかといいますと、その共同体構成員としての一切の法的な地位を剥奪され、一切の法的保護を失うのです。そしてその者はもはや法的な地位をもたないモノとして、森のオオカミのように、つまり単なる危険物・危険な害獣として駆除の対象になる。だれがどのような形でそれを殺害しても構わないし、その財産を奪っても構わないということになります。この場合、「敵」と「犯罪者」の区別はない。法外放逐されたものは「敵」であると同時に「犯罪者」であって、その区別のない状態におかれるわけですね。

それに対して近代刑法は、このような法外放逐という処罰形態を許さない。それはなぜなのだろうか。あまり厳密に考えると、とてもややこしくなるのですが、少し幾つかの思想家を取り上げて、取っかかりだけ申し上げたいと思います。刑法学者、近代刑法の思想家として非常に有名なベッカリーアという人がいます。ベッカリーアは社会契約論をとっています。なぜ国家が刑罰権限をもつかというと、それは社会契約によって根拠づけられているからだ。自然状態における戦いに倦み疲れた諸個人が、自由の一部分を譲渡して残りの自由を確保することに同意したことで国家が成立する。この社会契約によって譲渡された自由の総和が国家の刑罰権の基礎であるということです。逆に言えば、その社会契約の範囲内でしかその刑罰を行うことができないということになります。その限度を超えると刑罰はただちに不正になる。ベッカリーアの有名な死刑反対論というのがあるんですけども、なぜ死刑に対して反対するかというと、社会契約において自分を殺す権限を国家に対して与えるはずがないということが根拠になっています。このような社会契約論による刑罰権の構成が我々の関心からなぜ重要であるかというと、ベッカリーアの理論において、「犯罪者」は、刑罰を受けるときにもなお社会契約の当事者であり続けているからです。社会契約の当事者であり続けるからこそ、社会契約による制限がそこにかかってくるわけであります。

ですから、ベッカリーアにおける刑罰の限定は、犯罪者もまた社会契約の当事者であり続けるということ、すなわち市民社会の構成員としての地位を失わないということに根拠をもって

います。また、ベッカリーアは同じ社会契約の当事者ではない者同士、つまり「敵」との間にはそのような限定はないという趣旨のことを書いています。

近代刑法思想上の重要人物としてカントも挙げられるわけですが、カントは「犯罪者」の扱いについて、人格というものを非常に重視しております。「犯罪者」もまた人格として尊重されるのであって、これをモノのように扱ってはいけない、というのです。モノのように扱ってはならないといいますが、それを何かのために利用してはいけない、ということです。例えば「犯罪者」に対する処罰を、他の犯罪者予備軍に対する見せしめとして、つまり、一般的な犯罪の予防のために行う、という考え方があるのですが、これは、社会の安全を確立するために「犯罪者」を利用するということになります。カントは一般予防の要素を全面的に否定するわけじゃないですけども、「犯罪者」もまた人格として扱われるべきである以上、一般予防を主眼として刑罰を根拠づけることは許されないと主張します。したがって、応報刑論が基準となってくるわけです。人格である以上、それはもうモノではないわけですから、社会の安全のための利用とか、あるいは単なる危険物としての除去の対象になってはいけないということになります。

次にヘーゲルについて少し言及しましょう。ヘーゲルというのは非常に難しいことを言う人ですから、そんなによくわかっているという自信はないんですけども。ヘーゲルの法理論においては人格の相互承認ということが非常に重要な位置を占めています。犯罪とは、他者の身体や財産を侵害することによってその人の人格を否定することであり、すなわち犯罪によって人格の相互承認という法原則が否定されるのです。刑罰とは、かかる犯罪を否定することによって、人格の相互承認を犯罪者との関係において回復する、という意味をもたされています。つまり、「犯罪者」は、法の外部に放逐されるべき者ではなくて、刑罰によって人格的關係に連れ戻されるべき者なのです。さらに、ヘーゲルにおいて、死刑が科されることでさえ、犯罪者は人格であり続けます。ヘーゲルにおける死刑の根拠は、犯罪者が、みずからの行為によって定立した規則の適用を受けるということにあります。つまり、人を殺すことによって犯罪者は人を殺してもよいという法規をみずから定立したものとみなされ、したがって、その規則そのものの適用によって自らの生命が侵害されることを受け入れなければならない、というのです。みずからの意思的な行為によって規則を定立するということは、まさに理性的な人格にのみなしうる行為でして、すなわち、その人格性そのものから死刑が根拠づけられる。犯罪者は死刑に処されることでさえ、人格であるとみなされているわけです。むしろ人格であるからこそ、その者に対する死刑が法的に認められるのです。

「犯罪者」と我々の間に人格的關係というものが存在する、という観念が、近代刑法の「犯罪者」保護の基礎にあります。「犯罪者」もまたその人格的な地位を保障されているのであって、人格である以上、我々はそれをあたかも危険物のように除去してはならない。「犯罪者」の行為と責任を適正な手続において認定して、その上で初めてその者を処罰することができる、というのです。

そうしますと、我々と「犯罪者」との間的人格的關係の限界というものが、犯罪者に対す

る市民刑法上の保護の限界になるということになるわけで、ここにヤコブスの対敵刑法論が出てくるわけです。人格としての地位をもたない者は、通常の犯罪者としての市民法上の保護を受けることができないようになるということ、これがヤコブスの対敵刑法論のエッセンスです。つまり、「犯罪者」の保護というものが、人格という市民社会の構成員としての地位の承認に根拠と限界をもつというのです。これは近代刑法の分析としてそれなりに説得力があるのではないかと思います。

次に、「敵」の地位は何かという問題に入っていきます。「敵」というのは、これは人格ではないでしょう。「敵」の典型は兵士です。敵対する兵士は相互に人格的關係に立つか？ 戦場で敵と敵が対峙してお互いに攻撃し合うというときに、相互に人格的關係に立っているのだというは無理があるでしょう。人格的關係というのは普遍的に人間と人間の間には存在するわけではなくて、存在しない場合がある。かつての主人と奴隷の關係は人格的な關係ではないわけですし、また、戦場において敵対する兵士と兵士の間にも人格的關係はない。「敵」というものは、我々にとっての危険物、あるいは我々の任務に対する障害物として、除去される、撃破されるべき存在であるんですね。人格であればその行為と責任をきちっと認定してから、それに見合った形で処罰するという形になるんでしょうけれども、戦争というのはそのような形では行われぬ。敵と我々の關係はそのような關係にはないわけです。

では、敵は法的地位をもたないのか。ここで、国際法学者であれば即答できる問題なのですが、一般的にはちょっと迷うような問題を提起してみたい。例えば我々が反乱軍の兵士だった場合に、我々は政府によって「敵」として扱われることと「犯罪者」として扱われることの違いを望むべきか、いずれが我々にとって有利なのか。国際法学者であれば、敵として扱われるべきだと即答するでしょう。

「犯罪者」として扱われる場合にはもちろん刑法が適用されるわけですが、内乱のような状態においては、恐らく戒厳令がしかれていて、略式の裁判で適当に審理されて射殺されてしまうという可能性があります。「敵」として扱われる場合には、捕虜資格を得ますから処罰されません。通常の戦闘行為については、一切の処罰を受けない、個人責任が問われない。もちろん戦争が終わるまでの間、抑留されるわけですが、それは処罰ではないわけですし、ある程度の自由は認めなければいけませんし、戦争が終わったと同時に釈放されなければいけないというふうになっているわけです。敵は個人責任を負わない、というのは、国際法の固有の考え方だといっていいでしょう。

ある意味で「敵」というのは、この場面においては「犯罪者」よりも厚く保護されている。なぜか。この思想を説明する際に最もよく言及されるのがルソーです。もちろん「敵」の保護された地位という思想をルソーが考案したわけではありませんが、近代思想に対する影響力の点で、ルソーが重要です。戦争は国家と国家の關係であるという有名なルソーの命題がある。戦争とは人と人との關係ではなくて国家と国家との關係なのであり、そこにおいて個人は人間としてではなく、市民としてでさえなく、ただ兵士として偶然にも敵となるのだ、というのです。

ここで注意すべきことに、ここでいう「市民」と「兵士」の区別とは、有名な「市民」と「臣民」の区別に対応していると考えべきです。原語でいえば、citoyen と sujet の区別、英語で言うと citizen と subject の区別にあたります。「市民」とは政治に参加する者、政治に参加し、その政治的決定に参加する資格をもつ者のことです。それに対して臣民というのは国家に対して受動的な立場に立つ者、国家の命令を受けて国家に服従し、国家の命ずるとおりに行動する者のことです。

すなわち、個人が敵となるのは兵士としてだけであると。すなわち、国家から命令を受けて、いわば国家機関として偶然的に敵となるに過ぎないということです。すなわち、戦争というのは国家と国家の関係なのであって、そこにおいて兵士と兵士が戦っているのは、これは国家機関として戦っているに過ぎない。そうであるなら、その行為は国家に帰属しているわけですね。国家に帰属している以上、原則として個人責任は問われないということになります。

さらに、戦争を国家間の関係に限定することによって、国家すなわち、公的なものと区別された私的なもの、私人としての個人生活はその影響をなるべく受けるべきでないということが導かれますし、先ほど言いましたように兵士個人はこれは国家機関として行動しているに過ぎないわけですから、それについて人格的な責任を問われない、戦闘行為そのものについての責任は問われない。もちろん人道法違反とか交戦法規の違反があった場合には別途責任が問われますけれども、単に戦争に参加したというだけでは、それについては責任が問われないということになります。これは戦争自体が違法であるか合法であるかということではありません。その違法性は、国家行為に帰属するのですから。

多分市民感覚としても恐らくそうだと思います。つまり、日本がかつて行った戦争が、違法な戦争であると思う人は多いと思うわけですが、だからといってそれに参加した兵士を皆処罰しようという人はいないわけですね。これは国家行為としての戦争が違法であったとしても、それに参加したそのこと自体が、これは兵士個人の責任とはみなされない。つまり兵士は原則として国家機関として行為しているのだから、その行為は国家に帰属するのだと。つまり、一般的な感覚としてもやはり戦争は国家間のものだから、兵士は個人責任を負わないという感覚があるわけです。

その感覚は国際法においては、「戦争は国家と国家の関係である」という命題によって定式化されているわけです。近代の戦時国際法は、19世紀の大陸ヨーロッパにおいて大きく発展し確立されていくわけなのですが、その戦時国際法の発達・交戦法規の発達に非常に大きな影響を及ぼしたのが、このように戦争を国家間のものとみなす国家間戦争概念であるわけです。

少しやや専門的な話になりますが、実は有名な国際法の父とされるグロティウスは違う考え方をとっているのです。その理由は、比較的はっきりしています。この国家間戦争概念が確立するのは、陸上の戦争についてです。グロティウスが主に想定していたのは海戦、つまり海洋における戦争です。その相違というのは非常に大きいわけです。

陸戦においては、18世紀に常備軍制度が確立して、19世紀には少なくとも正規軍同士の決戦

によって勝敗をつけるということが支配的になっているわけで、国家同士が正規軍を用いて戦争を行うというやり方が確立していくわけです。それに対して、海戦は違うわけです。グロテュウスが書いた国際法の本は、『捕獲法論』というのが最初でありまして、これが『戦争と平和の法』のもとになっています。『捕獲法論』がなぜ書かれたかといいますと、これは商人同士の争いについての法的な弁明書を書いてくれと頼まれて、それについて書いたものなのですね。

東インド会社の商船が、インドネシアのほうに行くわけですがけれども、何か商売がうまくいなくて困っているところにたまたまポルトガルの大量の貨物を満載した貨物船が通ってきたわけです。それ以前にいろいろポルトガルとオランダの間にいざこざがあって、オランダ人の水夫がポルトガルに殺されたりしていたのですけれども、そういういざこざの意趣返しもあって、そのポルトガルの商船をオランダの東インド会社の商船が襲うわけです。襲って、大量の捕獲物を得る。捕獲物と言えるかどうか、それを戦争とみなせるかどうかによります。戦争ではなかったら「追剥」、つまり犯罪行為ということになるんですよ。犯罪行為から得た物は、正当に所有できない。だから、もうけを確保するためには、それが戦争とみなされる必要がある。『捕獲法論』の書かれた背景とはそういうものです。

海戦というのは、伝統的に経済戦争・貿易戦争でして、相手方の貿易ルートを破壊したり、あるいは相手方の貨物を奪って自分の利益にするというのが、これがずっとかなり長く行われているわけですね。それは陸戦と随分違うんです。その中でグロテュウスが、そういう私人の私人に対する行為を、これを正当な戦争として正当化していくというところに『捕獲法論』のもととの執筆動機があって、それでグロテュウスの採用する戦争概念というのは、これは国家間に限定されない、あらゆる人と人との武力闘争が戦争になるわけですね。敵というのは国家ではなくてあらゆる者が敵となる、国民すべてが敵となるわけです。それゆえ原則として敵国民であればすべて殺してもいいし、敵国民の財産であればすべてとってよい。私有財産の保護とか文民保護とか、そういうものは原則としては、出てこないわけです。しかしグロテュウスはそれについて、人道的な配慮というものを援用する。そういう人道的な配慮によってそういう厳格な交戦法規を緩和していきましょうというのです。いわば普遍的な原理と原理の比較衡量によって、交戦法規を形成していくというのが、グロテュウスの、あるいは海戦的な思考であるわけです。

それに対して、ルソーあるいはヨーロッパ陸戦的な思考はそのような志向をとらずに戦争を国家間のものとみなすことによって、それを限定していくという志向をとります。その例としてブルンチュリという人を挙げておきましょう。ブルンチュリはこの国家間戦争概念そのものから人道法上の諸原則を導き出します。文民保護とか私有財産保護とか、捕虜待遇、害敵手段の制限などが代表的な人道法上の原則です。文民保護というのは、すなわち戦争とは、国家間の公法上の関係なのだから私人の私法的な関係というものは戦争の影響から免れるべきだということです。私有財産というのは国家のものではないのだから、国家間戦争においてそれを奪うことは許されない。捕虜というのはもはや国家機関としての指揮命令系統からは外れているわけですから、もはや敵ではない。ましてや犯罪者でもない。みずからの意思と責任によって

行為しているのではないわけですから、犯罪者ではないということになります。害敵手段の制限というのは、戦争とは相手国家を打ち負かすことが目的なのであるから、国家を打ち負かすという目的を超えて人間に苦痛を及ぼすような手段というものは禁止されなければならない、ということです。そのような理由づけによって、この国家間の戦争概念から、人道法の諸原則を導き出して来るわけです。

19世紀に発展した慣習と理論というものは、こういう国家間戦争概念に立脚しているわけですから、これがハーグ、ジュネーブ諸条約に表現されることによって現在においても戦時国際法の、あるいは国際人道法の中核的な原則を形成しているということになります。

テロリストという概念は、以上のような「犯罪者」としての保護も、「敵」としての保護も受けない存在として確立されつつあるのですが、じつは、敵でもなく犯罪者でもないというものは別にテロリストに始まったわけではなくて、伝統的に存在している。国家間戦争の理念は、国家機関たる正規軍によって遂行される戦争であるのですが、そのような正規軍に含まれない軍事力という問題、つまり非正規戦闘員という問題があるわけですね。

正しい敵とみなされる戦争法上の地位をもつ者、つまり交戦法規において交戦者資格を有する者は、原則的には正規軍なのです。国家の指揮命令のもとに行動するような正規軍だけであるわけですね。それに対し非正規戦闘員というものは、これは国家行為を行うものではないわけですから、国家間戦争概念の中には入ってこないわけです。それゆえ、戦争法上の地位をもち、しがたって「敵」ではないということになります。かといってそれは市民的地位を有する「犯罪者」ともみなされない。

具体的にはどのような待遇を受けるかといいますと、捕虜待遇を受けられないわけです。ですから、「犯罪者」として処罰あるいは処刑してもいいということになります。さらに非正規戦闘員の出てくるような軍事占領もしくは内戦状況においては戒厳令がしかれていたりして、通常の刑事手続が保障されないということになります。したがって、戦時国際法上の「敵」としての地位も、市民刑法上の「犯罪者」としての地位も得られないということになるわけです。

この非正規戦闘員というのは比較的古い現象でして、例えば、ゲリラという言葉の起源は19世紀初頭のスペインにあるというふうに言われております。つまりナポレオンがスペインに侵入してきたときに正規軍同士の戦争は速やかにナポレオンの勝利に終わるわけですから、それに対してスペインの農民・民衆がゲリラ戦を行って、それが非常にフランス軍を悩ませて、最終的にフランス軍が敗北する原因の一つとなったと言われております。その中でフランス軍はそのような非正規軍（ゲリラ）を捕虜として扱わなかった。非常に過酷に扱ったわけです。ゴヤに「戦争の惨禍」という有名な版画集がありますけれども、これは単に一般的な戦争の惨禍を表現しているわけじゃなくて、非正規戦闘員の戦争として争われた戦争の残虐な姿をあらわしていると言うべきです。フランスがゲリラを残虐に扱えば、ゲリラ側もフランス兵を残虐に扱うという、そういう残虐性の応酬というのが行われて、このナポレオンのスペイン戦争というのは非常に残虐な戦争だったというふうに言われております。

この非正規戦闘員の地位というものを、伝統的な国際法ではどのように非正規戦闘員の問題

を取り扱おうとしてきたかということですが、1970年代までの一般的な傾向としては、非正規戦闘員を「敵」として認めていこう、「敵」の地位を非正規戦闘員にもなるべく拡大していこうという方向で法発展が行われてきました。これは「非正規戦闘員の戦闘員資格」という国際法上、古典的なテーマであり、そこでは、非正規戦闘員も一定の要件を満たす場合には、交戦者資格を与え捕虜として扱っていこうという方向の発展が見られたわけです。

とりわけ、市民的武装抵抗と植民地独立運動というのは重要な要素です。市民的武装抵抗の典型は、「不法」な占領地域におけるパルチザン活動です。ドイツに対する市民的抵抗活動に象徴されるように、このようなパルチザン活動は、20世紀を通じてある種の正当性をもつものと考えられてきたのです。それゆえ、一定の要件を満たす場合には、パルチザンにも交戦員資格を認めて、それを法的に保護しようとする傾向が20世紀の中ごろまではみられました。また、植民地独立のための武装闘争も、すくなくとも1960年代から1970年代にかけては、正当なものとなされる傾向が強かった。古典的な国際法の考え方からすれば、植民地独立運動というのは二重の意味で非正規なのですね。第一に、植民地は、国際法上は国内に準じるものとして扱われるわけですから、植民地独立をめぐる武力紛争は、戦時国際法が適用されるべき国際武力紛争ではない。第二に、植民地独立闘争において採用されたゲリラ戦術は、国家正規軍によって戦われるべき古典的戦争概念に含まれない。そういう二重の意味で非正規な戦闘員についても、戦闘員資格すなわち正当な敵としての地位を認めていくという方向が見られました。その到達点といえるのが、1977年のジュネーブ諸条約第一追加議定書です。これにおいては交戦者資格が非常に緩和されています。もちろんだからといってすべての非正規戦闘員が交戦員資格を得られるわけじゃなくて、ゲリラの立場からすれば結構限定されているのですが、伝統的な概念から見ればはるかに交戦者資格の条件が緩和されているわけです。また、古典的には国際紛争とみなされない植民地独立闘争について、それを国際武力紛争と認め、交戦法規を適用するということが定められていきます。このような戦闘資格の拡大という方向性が、伝統的な1970年代までの国際法の傾向なのですが、80年代からは、風向きが変わります。専門家にもはっきりとは気づかれないうちに、いつの間にか変わっているわけです。

ひとことでいえば、非正規戦闘員の典型をパルチザンとして観念し、それに法的な地位を与えるという方向から、非正規戦闘員をテロリストとして処罰していくという方向に大きく向きが変わっていくわけですね。これはパルチザン問題というのが基本的に国際人道法の問題でして、テロリスト問題というのが基本的に国際刑事法の問題ですから、風向きが変わることははっきり見えないんです。国際人道法が改正されるわけじゃない。しかし、国際刑事法が発展していくことによって、この風向きの変化というのがはっきりと見てとれるわけです。

1980年代以降の重要な国際法発展として、テロ関連条約の発達というのがあります。テロ関連条約というのは、いろんな複雑な法技術が使われているんですが、乱暴にまとめてしまえば、テロリストを確実に処罰するための法制度を整備するための条約です。すなわち、テロを行った個人を犯罪者として確実に処罰するという、そういう制度のためのものなのです。

ここでテロリストとパルチザンはどう違うんだということが問題になります。これはテロリ

ストの定義をどうするのかという国際法上の長い問題にかかわってくる。テロリストの定義というのは、しばしば試みられるのですが、常に失敗する。なぜかというと、要するにそれは、パルチザンと区別がつかないからだということですね。それぞれの政治的な立場によって、おなじ非正規戦闘員が、あるいは、テロリストと呼ばれ、あるいは、パルチザンと呼ばれ、あるいはフリーダムファイター（自由のための戦士）と呼ばれる。ですから、パルチザンとテロリストは、厳密には違わない。

70年代までの一般的傾向は、非正規戦闘員への戦闘員資格の付与という傾向であったわけですね。これは一言で言えば戦闘員たる個人を処罰しない、行為者を処罰しないということです。戦闘員資格がある以上、その行為者は捕虜として扱われますから、原則として戦闘行為について個人責任を問われません。つまり処罰してはいけないという原則を確立していく方向であるわけですね。それに対して、国際刑事法の発展、つまりテロ関連条約の発展は、これはテロリストの確実な個人処罰を志向するわけです。一見したところ、国際人道法と連続した形かどうか、矛盾しない形で国際刑法が発展しているように見えますけれども、よく考えれば、具体的状況に関してその目指すところは全く逆なのです。つまり、パルチザンとテロリストが区別できないものである以上、国際人道法の発展と国際刑事法の発展は矛盾すると言わざるを得ない。

具体的に言えば、例えばある人が基地などの軍事目標を爆破したとする。そのときに彼がもし戦闘員資格をもっていれば、それは捕まったときに捕虜資格があるわけですから、それは処罰されてはならないわけです。捕虜として抑留されますが、戦争状態が終わった段階で釈放されなければいけない。他方で、彼がもしテロリストとみなされるのであれば、爆弾テロを禁止する条約というのがあります。その条約に従ってその者は確実に処罰されなければならないということになります。

さらに、このテロリストについての例外的な扱いというのが際立ってくるのが、いわゆる9・11テロ以降の出来事です。9・11テロ以降のさまざまなテロ関連法規があるわけですが、そこに顕著に見られたのは、テロリストを市民刑法上の「犯罪者」としての保護を受けない者として扱い、さらに戦時国際法上の「敵」としての保護を受けない者として扱うという措置であるわけです。

市民社会において保護される「犯罪者」ではなくて、「市民社会の敵」としてテロリストを位置づける措置は、いろいろあるわけですが、そもそも、それらの措置を根拠づけている「テロに対する戦争」という概念自体が既におかしいといえればおかしいわけで、テロリストが「犯罪者」だったら戦争にならないはず。「テロに対する戦争」という概念が意味しているのは、テロリストは、戦争の対象、つまり敵であるわけだから、通常の市民法上の「犯罪者」としての地位を保障しなくともよい、ということです。それゆえ、犯罪容疑者に対する憲法上の保障を否定していく。具体的には、無期限の予防拘禁、令状なしの盗聴、個人情報提出命令などですね。通常の「犯罪者」すなわち「市民社会における犯罪者」に認められる法的地位がテロリストには認められない。なぜならば彼は「市民社会における犯罪者」ではなくて、「市民

社会における敵」であるからだということです。

他方において、「国際社会における敵」としての地位がテロリストに与えられたかということ、それはそうではない。むしろ逆であって、国際社会において、テロリストは「敵」の法的地位の例外としての「犯罪者」という扱いを受けることになる。「不法戦闘員」という悪名高いアメリカの用語がつくられたわけですが、この不法戦闘員という言葉はそもそも伝統的な国際人道法の思考にはなじまないですね。国際人道法上、非正規戦闘員は「不法」ではなくて「特権をもたない」戦闘員というふうに呼ばれています。つまり、保護された地位をもたないけれども、それは不法とは言わない。違法ではないけれども戦時国際法上の保護される地位をもたない、戦闘員資格をもたないものというふうに言われてきたわけです。それはなぜかといいますと、伝統的な国際人道法というのは戦闘員資格を拡大する方向に働いていましたから、現在資格をもたない者でももしかするとつかかもしれない、また関係国が加盟している条約が違えば戦争員資格の条件も異なってくる。ある場合に資格をもたなくても、別の条約であれば資格をもつ可能性もあるわけですね。ですからそれを不法というのはおかしくて、それは潜在的には戦闘員資格をもつかかもしれない者というふうに扱われてきた。ですから「不法戦闘員」という言い方は伝統的な国際人道法ではあまりなされなかった。それに対して9・11以降のアメリカは「不法戦闘員」という概念を用います。その者たちは、そもそも捕虜資格をもたない。アフガニスタンという戦争の中で捕らえられた兵士についても、これは「不当戦闘員」だから捕虜資格はないというふうに一律に否定したわけです。一律にその捕虜資格を否定し、捜査とか処罰の対象にしていったということです。「犯罪者」としての地位も「敵」としての地位も否定された者の状況を象徴するのが、グアンタナモ基地の収容者です。捕虜資格をもたないわけですから「敵」としての地位ももたないわけですし、かといって「犯罪者」として、市民刑法上の「犯罪者」としての地位ももっていないわけですね。当初の政府見解に従い、外国にある基地の収容者はアメリカ憲法上の保障を受けない者という扱いを受けたのです。

そろそろ、結論にはいっていきましょう。以上に見てきたように、テロリストは、「市民社会の敵」「国際社会の犯罪者」として扱われることによって、近代法上確立されてきた法的保護枠組みの外部へと放逐されていくわけですが、このような事態に対して、我々はどう対応すべきなのでしょう。

このテロリストという現象が、社会的にみて周辺的な問題であるなら、常に原則に伴われる「例外」として扱われるべきでしょう。「例外」は重要ですが、だからと言って「例外」のみを過大評価するのはバランスを失します。しかしながら、近年におけるテロリスト問題は、単なる「例外」という位置づけを超えているように思われます。それはテロが我々の日常を脅かす危険として現実化しているということでは必ずしもありません。実際にどのぐらいテロが我々の生活に危険なものとしてあるのか？ 交通事故のほうがはるかに我々にとっては現実的な危険なんじゃないか？ という気もするわけですが、そういう現実的な危険という視点ではなく、国政や社会に対する影響力というものから考えると、テロリスト問題というのは、もはや周辺的な問題ではなくて中心的な問題になってきているだろうと思います。

そういたしますと、そのような社会・国家の中心的問題において、「敵」の地位も「犯罪者」の地位ももたない者というものが出てきている、ということになります。そして、このことは、それまで、近代法を通じて形成してきた「敵」の保護された地位、あるいは「犯罪者」の保護された地位というものを、社会の中心的問題において消失させてゆくという効果をもつかもしれない。つまり、伝統的な法枠組みが、抑圧すべき者に対しても認めてきた保護された地位という思考が、その基礎から解体する可能性があるわけです。

それに対する対応としては、二通り考えられます。一つは、これは現在における主流であろうとは思いますが、伝統的な「敵」「犯罪者」の区別消失を受け入れたうえで、普遍主義的な規範の定立によって新たな「保護された地位」を形成していくという方向性です。例えば、普遍主義的な人権法というものを確立していくという方法もあるでしょうし、テロの問題に関して言うならば、国際刑法あるいは国際刑事手続法のようなものを整備していくことによって、近代法上は法的な地位をもたない者に対しても、ミニマムな地位を認めてゆくという方法もある。

もう一つの道としては、そのような普遍主義的な方向を目指すのではなくて、このテロリストのような問題を「例外」化し、局限化することによってノーマルな状態を保全していくという方向性があります。これはヤコブス教授が目指されている方向がこれにあたると思われまます。「対敵刑法」という概念をあえて立てることによって、それが例外状態であることを明確化し、そのことによってノーマルな市民刑法の状態を保持・保全するという方向性です。ヤコブス教授は、通常の市民刑法に「対敵刑法」の論理が入り込むことに対する警戒をしばしば述べていますし、それを、「対敵刑法」概念を導入する根拠として挙げています。また、ヤコブス教授がところどころで国際刑法・国際刑事手続法について否定的な言葉を述べているのは、恐らくこのような方法的な相違を意識されてのことであろうと思います。さらに言えば、カール・シュミットの「正しい敵」の概念も、近代国際法における「敵」の地位を保持するという観点から、普遍主義的な方向性を批判するものといえる。ヤコブス教授もシュミットも、その区別と例外化によって、近代法上の保護された地位を保持していこうという志向をもっています。

ただ、ヤコブス教授の「対敵刑法」概念にしても、シュミットの「正しい敵」概念にしても、それらは、本当に例外を例外として閉じ込めておく力、ノーマルな状態を保全する力をもっているのか、ということが問題になる。例えば、「対敵刑法」という概念がどんどん拡大してしまっていて、それ自体がノーマルな状態を侵食する可能性があります。これは杞憂では決してなくて、「ブルカ（イスラムの衣装）によって顔を隠している者と我々の間には人格の関係は成立しない」なんてことを言う人もいるのです。また、「正しい敵」概念にしてみても、20世紀以降の戦争において、じつは正規軍によって戦われる者は例外的な事象にすぎない、ということを考えるなら、「正しい敵」という概念が守ろうとしているものそれ自体が、じつは例外的なものにすぎなくなってしまうともいえる。例外的なものしか守っていないとすれば、それにはノーマルな状態を保持する力はありませんよね。

近代的な法的地位を、区別と例外化によって確保するというシュミットやヤコブス教授の思

考は、非常に興味深いものであり、おおよそ普遍主義的な思考の優位を信じがちな我々に反省を強いるものですが、しかし、その取り扱いには、十分に注意する必要があります。

ご清聴ありがとうございました。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。

それでは、次は、質疑応答ということです。最後に総合討論があるのですけれども、一応それにつながるような質問とか、この辺を確認したいというような質問がございましたら、どうぞお願いいたします。ございませんかね。そしたら時間も余っていますので、私から少し質問させていただきますけれども、この「敵」の話ですけれども、わからなかったのは、シュミットの「正しい敵」という考え方。これは正当な交戦者としての地位をもつというようなことから、さっきの交戦者資格というのかな、その話とつながるような話になるのですか。

○西 平等 「正しい敵」という概念はじつは非常に古い概念です。シュミットが使ったことで非常に有名になっておりますが、ローマ法において既に「敵」と「追剥」の区別というものがあるわけです。古代においてすでに戦争法というのはあって、正しい原因（根拠・目的）がなければ戦争を行ってはいけないし、戦争を行うにあたって守るべき規則がある。古代の戦争法規則というのはそれほど明確ではありませんが、それにしても、例えばキケロをみれば、ローマの歴史的事例などを引用しながら、敵の交戦者や文民の保護についていろいろ書いており、すくなくとも戦争法の規範を守るべきだという意識はあったようです。

そして、戦争法上の保護を受ける地位についての基準として、「敵」と「追剥」という区別をするんですね。このような区別は、特異なものでも、一般人の感覚から外れたものでもありません。例えばある組織犯罪があったとして、その組織犯罪の実行者を処罰しないというのは、我々の市民感覚からいうとおかしいことだろうと思います。ヤクザの「鉄砲玉」として使われたチンピラも処罰されなければなりませんよね。ところが、ある不法な侵略戦争があったときに、その実行者であるところの兵士を処罰すべきでない、ということも我々の市民感覚に合致するでしょう。さきのアジア・太平洋戦争は侵略戦争であるから、従軍した兵士はすべて処罰されるべきである、なんていう主張はおそらく一般的ではありません。ある組織的な暴力が行われたときに、それをおこなったものが組織的「犯罪者」であるのか、「敵」であるのかという区別は、我々の市民感覚にもありますように、はるか昔からあるわけです。

中世においては、正戦論の中で、正当な君主の権威によって始められた戦争だけが正しい戦争であるという一つの要件があるわけですが、これはある種、敵と追いはぎの区別の一つの重要なメルクマールになっているわけですね。君主だけが戦争を行う、君主の権威だけが戦争開始を決定できると。その君主が戦争を決定した場合には、その君主の決定自体が間違っていたとしてもそれに従ったものは罪を負わないという規範意識もある程度、中世の正戦論においては確立しております。

中世の正戦論というと、我々すぐ正当原因論を思い浮かべるんですけど、実は中世の正戦論において何が一番熱心に議論されているかということ、戦争の主体の基準、つまり、「君主の正当な権威」の問題です。君主の正当な権威によって行われる者だけが正しい戦争である、と

いう正当戦争の要件があるのですが、なぜそれがそんなに重要かという、それによって、「敵」であるか「追剥」であるかが決まるからです。中世の分権的な社会において、誰が「君主」たりうるか、誰が正当な戦争主体でありうるかという問いは、法的に非常に論争的であり、かつ重要な問題でした。

近代法においては、国家だけが「正しい敵」となる資格をもつようになった。それはいわゆるシュミットのいうところの国家間戦争概念というものです。「正しい敵」というのは、概念としては必ずしも国家に限ったことじゃなくて、時々国際法において、「敵」となり得る資格をもつものことです。それが近代においては国家に一元化されたということでもいいだろうと思います。シュミットの「正しい敵」概念もそのようなものです。

- 竹下 賢 非正規戦闘員ということで、それに絡まってくるというのは国家と何か結びつくことになるのですか。
- 西 平等 いや、非正規戦闘員というのはすなわち国家の指揮命令を受けない者、国家の指揮下に入らない者なので、正規軍ではない者です。近代において正当な交戦者という者が国家に一元化された以上、国家機関ではないところの非正規戦闘員は、「敵」となる資格をもたないわけですね。
- 竹下 賢 もたないけども、最近もってきたわけですね。
- 西 平等 最近というか、20世紀を通じて、19世紀終わりから20世紀、1970年代までを通じて一貫して行われたのは、そのような非正規戦闘員に「敵」としての地位、すなわち正当な交戦者としての地位を与えるという動きでした。
- 竹下 賢 その根拠は何か、そしたら国家と何か関係づけるということではない意味合いをもつことになるのですか。
- 西 平等 国家と関連づけは全くないわけではない。例えば、占領下におけるパルチザンというものは、現実の国家ではないけれど、「本来あるはずの国家」と関連づけられている。例えば、ドイツが占領している状態が違法であって、本来ならばそこはベルギーやフランスであるはずで、その本来そこにあるはずのフランスの政治的な意思を担ってパルチザンが活動しているということが、恐らくパルチザンに交戦者資格を与えるべきだという発想の根底にはあるでしょう。しかしそれは法規範には表現されません。法規範において、一定の要件が規定されていますが、それは国家と結びつかなければいけないということではありません。
- 竹下 賢 この一定の要件を満たす場合という、そういうところでいろいろ挙げられているということですね。
- 西 平等 そうですね。それはしかし非常に技術的な指標であって、例えば1899年のハーグ陸戦規則では、責任者の存在、特殊な記章の存在、公然武器携行、交戦法規の遵守というようなものですね。ですから別に国家と結びついていなければいけないということではない。
- 竹下 賢 どうもありがとうございます。どうぞご質問を。
- クレベール・ジミール (英語)
- 西 平等 ジミール先生の質問と私の答えを日本語で説明しておきます。二つの質問がありま

した。一つ目の質問は国家の扱いですね。刑事国際法上の国家の扱いということですが。例えば、アメリカ合衆国のように違法な行為を行っている国家というものを国際刑事法上どう考えるかということや、テロリストを支援している国家をどう国際刑事法上理解するかということですね。もう一つの質問は、一つの国においてテロリストというふうに見える人が別の国に行けば英雄となるようなことはどう考えるのかということですが。

最初の質問については、国際刑事法上の国家の責任というのは、法的には考えにくい。もちろんそういうことが検討されたことがなかったわけじゃないんですけども、基本的には刑事責任というのは個人責任ですから。もちろん国家機関として行為した個人を処罰するということはあり、それが国際刑事法の一つの大きな目的であるわけですが、国家そのものの刑事処罰というのはあんまり考えられていないだろうと思います。国家の国際犯罪という概念が国際法上ないわけではなくて、それについての議論はあります。

それからもう一つは、ある国でテロを行って、ある国でテロリストとみなされるものが別の国に行くと英雄とみなされるということ。これこそがまさにテロ関連条約がなくそう思っている状況です。確実にどこにしようとテロを行ったものは処罰されなければいけない、ということです。そのためにテロリストが所在している国家に対して、それを引き渡すか、みずから処罰するかという義務を課すというのが一般的なやり方なのですが、いずれにせよ必ず処罰されるということが、テロ関連条約の基本的な目的です。

○竹下 賢 時間が来ましたので、これで西先生の報告を終わりたいと思います。どうもありがとうございました。

それでは引き続きまして、長尾先生に「テロリズムの法哲学」ということで、ご報告をいただきたいと思います。

○長尾龍一 児島惟謙のような歴史上の人物の名の建物でお話をさせていただくのは大変光栄だと思っております。今の西さんのお話を承っていて頭のいい人はいいものだな、特に図式の作り方がみごとだと感嘆しました。私の話でも図式がはっきりしなくてはいけないと思うのですが、もう大分年をとって頭もぼけておりますので。実はきのうの夕方7時ごろまで、7月23日はあさっての土曜日だと思いこんでいたのです。別の仕事は一切りついたところで、「ひょっとしてきょうが22日だと、あしたは23日じゃないか」と気がついて、大慌てで準備をし、9時ごろうちを飛び出して、何とか11時半に新大阪に着きました。ネクタイを忘れてきたのは、そのせいで、失礼をお赦し下さい。

敵対刑法問題は主としてシュミットに関係すると思いますが、私のシュミット研究はケルゼン研究の副業という位置づけです。今『ハンス・ケルゼン著作集』というのをを出しており、「自然法論と法実証主義」という巻の校正が終わりかかっているところで、後書きを書かなきゃならない。それは敵対刑法やシュミットにはあまり関係がないように感じていたのですが、自然と法の対抗関係、法が自然を抑え込もうとし、それに対して自然が抵抗する、というような問題はケルゼン問題にも通ずる、と考え直しています。もっと具体的にはホップズの自然状態の問題ですね。(もっとも「ホップズの自然状態は全くの無規範状態ではない。自然状態にも規範

がある」という Taylor-Warrender Thesis という主張があります。彼らは、「自然状態も規範的世界なのだけれども、それを実行させる保障がないから、義務不履行の責任が阻却されるに過ぎないのだ。だから相手が先に履行した場合にはちゃんと履行義務があるのだ」というのです。私は、ウォレンダーのそういう説が間違っているとは思わないのですが、ホブズの内にもいろんな層があって、「完全な無規範状態としての自然状態」という観念の層もあるのではないかと考えています。

従来の理解では、ホブズの自然状態は、社会契約によって克服され、契約締結とともに自然状態から国家状態に移ると考えられていたと思うのですが、シュミットは、そうではなくて国家契約を結んだ後も依然として自然状態は残っていると言う。リヴァイアサン（国家）とピヒモス（反乱勢力）の対抗関係は契約締結後も残っていて、国家がちょっと力を緩めれば反乱勢力は立ち上がる。（僕が出した変な例では）ピヒモスは仁王様に踏まれながら上をぎよろりと睨んでいる天邪鬼みたいなもので、ちょっと踏む足の力が弱まれば、立ちあがって反抗する、と。この残った自然状態の根源は、人間の不条理な情念、彼が言う vain glory、自分は他人よりすぐれているのだとして平等主義的な法秩序に対し抵抗する情念である、というのがホブズの思想ではないか。

それからまた僕がちょっと考えたことなのですが、「半自然状態」というものが考えられるのではないか。例えば森の中の一本道で、向こうから人がやってくる。その人は強盗かもしれないし、人殺しかもしれない。相手もまた同様に感じている。この状態は一種の自然状態ではないか。もっとも僕がそこで殺されて、やがて友人が行方不明だと警察に届け出る、警察が調べて犯人を突き止めて裁判にかける、となれば、山の中の一本道も全くの自然状態ではなく、法秩序のもとにある。しかし事後的には警察が発動して法が適用されるかもしれないけれども、当分の間は自然状態である。死ぬ僕にとっては、「当分」といったって、残りの人生の全部です。この世の中は大部分が、事後的には法が適用されるにせよ、当面は自然状態であるような状態、すなわち「半自然状態」なのではないか。例えばアパートの中に仲の悪い夫婦が2人で住んでいるという状態だって、自然状態じみている。現在のここでも、だれかがピストルを持って僕を撃とうと思ったら撃てる。警官のいる交番の真ん前以外のところはいつどこでもそうだし、警察官だって十分信用できるかどうかわからない。ホブズのいう自然状態は、昔々にあっただけの状態ではなくて、あらゆるところに常にあるのではないかと。

そして、テロリズム問題も、自然状態の問題と境を接している。確かに国家は、テロリストに対しても、可能な限りは法のもとで行動しようとする。しかし「敵」という概念は自然状態の概念だと中期のシュミットは言っている。国家にも、テロリストのような体制の根源的敵対者に対しては、自然状態に戻って闘おうという衝動が潜んでいるのではないか。「敵対刑法」という概念には、国家の自然状態回帰衝動の臭いがする。そう考えると、ホブズの自然状態論には、自然は、いかに人間が抑えようとしてもそれをほねのけて顕わになろうとするものだという発想が潜んでいる。ホブズの怖さは、ロックのように、一応自然状態はもう抑え込んだという前提から市民社会論を展開するに留まらず、自然状態が永遠に残存すると指摘したとこ

ろにあるのではないかと。

その上でホッブズとシュミットを比較してみると、「ホッブズの個人主義対シュミットの団体主義」という主題に遭遇する。ホッブズの自然状態は、一匹オオカミの対立状態であるのに対し、シュミットの自然状態はリヴァイアサン（国家）とリヴァイアサン、リヴァイアサンとビヒモス（反乱勢力）の集団の対立である、と。ホッブズの個人主義的な自然状態モデルをシュミットが集団主義的な形で拡大再生産したのだ、という図式ですね。

もっとも、ホッブズ解釈の問題として、ホッブズは単なる個人主義者かどうかという問題があります。ホッブズは国際関係を自然状態だと言っている。ジョージ・ブルというアメリカの学者がその主張を起点として、リアリズム国際政治学を展開しています。世界の全部の国が核ミサイルで全世界を撃てるようになったとすると、例えばネパールが突然アメリカを憎んでワシントンやニューヨークを核ミサイルで撃つことも可能になる。個人モデルのホッブズの自然状態は、せいぜい1人が1人を殺すくらいだが、世界190の国全部が相互に滅ぼしあえる、全体を巻き添えで滅亡させ得るといふ、恐るべき自然状態が拡大生産されて出てくるのではないかと。だからホッブズ自身の中にも団体主義的な要素がある。彼が自然状態における個人間の対立を *bellum*（戦争）という団体的概念を用いて叙述したのもその表れだし、対話編『ビヒモス』で1640年代のイギリス内戦を「リヴァイアサン対ビヒモス」として叙述したのも、彼の集団主義的発想を物語っているでしょう。

ちょっと順序が悪いのですが、ここでホッブズ解釈の問題に多少立ち入らせて頂きたいと思っています。ホッブズは、*De Cive* や『リヴァイアサン』の中で、自然法規範を列挙していますが、最初に生命防衛権という自然権が挙げられ（A）、それから *Pacta sunt servanda*（合意は拘束する）という契約の拘束力が導入され（B）、その後雑多な法規範が並んでいます（C）。（C）についてホッブズは、色々法規範が並んでいるけれども、全体の趣旨は要するに「おのれの欲せざるところを他人に施すことなかれ」という黄金律に尽きるのだと言っている。この言い方だと一番目から十何番目まで全部が黄金律に含まれているようですが、本当は違うので、僕の考えではホッブズにこの十幾つ並んだ自然法の規範のリストの中で、一番の生命防衛権（A）が最高の位にあり、*Pacta sunt servanda*（B）が二番目、そして三番目以下の（C）だけが黄金律なのではないかと思うのです。だから（B）と（C）を比べれば（B）が上位にある。これがすなわちホッブズの法実証主義で、「契約によっておまへたちは国家権力を選んだのだから、国家権力が黄金律に反するようないわゆる悪法を作ってもそれに従わねばならないぞ」という法実証主義が導き出される。しかし、（A）はそのまた上にあって、いざ、契約（B）によって作った国家が自分を殺そうとしたら、自分は例えば刑務所の役人を殺して逃げることもできる。もはや生命権（A）は国家法（B）に拘束されないという。だからホッブズ法哲学は、窮極的には、個人の生命を絶対とする徹底的な個人主義であると思っています。

ここでもう一つホッブズ解釈の問題に立ち入ると、「ホッブズと宗教」という難問があります。イギリスのフッドという学者が、ホッブズは本気で（彼流の）キリスト教を信じていたと言っていて、これもなかなか説得力があるのですが、私は、ホッブズは何にも信じていなかった

たという説なのです。彼が独身生活でも一生懸命健康を保って九十何歳まで生きたのは、存在するのはこの世の生だけだから、何よりも大事にしなきゃと思ったからじゃないか、と。しかしこの点のホッブズ解釈論争の中で勝負は五分五分でしょうね。

ここで話をシュミットに移しますと、第一に、彼は最初から団体主義者であった。初期の1914年に『国家の価値と個人の意義』という小さな本がありますが、その中で「個人は無意味だ、法も反個人主義だし、国家も反個人的なもので、問題は法と国家のどちらが重要かだけだ」と言っています。彼はホッブズをいろいろ引用しているけれども、ホッブズにおける個人主義的要素はすべて捨象しているということです。

シュミットにおいて敵対刑法論との関係で問題となるのは国家緊急権論でしょう。“Politische Theologie” (1922) という本の中で彼が言っていることを、ケルゼンの概念図式で整理すると、彼は非常事態において、無制限の授権法だけが残ると主張している。ケルゼンの用語法からいえば、無制限の授権規範も法規範なのですが、シュミットのその当時の用語法からすると、normativという言葉は本質的要素として制約を含んでいるもので、無制約なものはnormativでない。だから絶対君主などの主権者は、非常事態でないときはさまざまなnormativな拘束に服しているが、非常事態になると、あらゆる規範から解放されるという。これをケルゼン流に言えば、そこでは主権者には、無限の授権をする唯一の規範だけがその上にあるということです。Politische Theologieの英訳などは、彼のこの議論を無規範的な事実の議論のように解しているけれども、よく読んでみれば、議論はすべて規範的な議論で、非常事態においては国家緊急権という規範的な権利だけが残る、最後には主権者に全面的に授権する規範だけがある状態になると言っているのです。

それに対して“Der Begriff des Politischen”、これは1932年の第2版が有名ですが、最初に発表されたのは1927年に“Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik”に載せた比較的短い論文です。その中でシュミットはnormativとexistentiellという対立概念を導入している。ここでのexistentiellとは、もはやあらゆる規範から独立した没規範的な事実を意味し、緊急事態になれば無規範状態になる、というのです。また国際関係は敵対関係で、無規範状態の世界であると言っている。これは中期シュミットにおける国際法否認説です。この国際法否認において、彼とホッブズとは新たな接点ができた。それ以前は、彼は（ケルゼン流に構成すれば唯一主権者の上位にある無制限の授権規範に基づいて決断を下すという）決断主義という形でホッブズを扱っていたのですが、ここでシュミットの国際社会はホッブズの自然状態であるということになる。これがホッブズとシュミットをつなぐ新たな大きな線です。さっき言ったようにホッブズの自然状態は個人間の自然状態だが、シュミットの自然状態は集団間の自然状態だという話になるのですね。

それでは後期シュミットはどうか。第二次大戦中の1940年か1941年ごろ、シュミットに「ヨーロッパは具体的秩序共同体である」というような思想が登場する。戦争の真最中にどうしてこんなふうを考え始めたのか不思議なところがありますが、恐らくナチドイツの大陸支配と関わっているでしょう。戦後、“Der Nomos der Erde”という本でその発想を体系化した。それ

によれば、「ヨーロッパ国家間の関係、例えばドイツとフランスの関係は、中期には自然状態だと言ったけど間違っていた。実はヨーロッパは『ヨーロッパ公法』という具体的秩序の中にある法共同体だったのだ」というのです。そこでは戦争は制約され、さっき西さんがおっしゃられたように、敵にも法的地位を、「正しき敵」という法的地位を与える、そういう法共同体だったのだ、と。

彼は、中期の自分のパラダイムをヨーロッパに関しては捨てたわけですね。しかしヨーロッパに関しては捨てたけれども、その外に対してはどうか。“Der Nomos der Erde”の中でも、少なくともある時期までヨーロッパと外の世界との関係は全くの無法状態で、何をやってもいいという状態だったということをしきりに言っていて、その状態は訂正されずに終わりまで来ているような感じも受ける。だから結局、シュミットは後期に具体的秩序思想によって、ヨーロッパに関して中期の自然状態図式を捨てただけけれども、その外との関係では捨てていないように思われる。このことはイスラムとの関係とか、ベトナム戦争の理解だとかいろいろなことにかかわってきます。

それから、ちょっと後でもう1回触れるところですが、ついでに言うならば、彼は今やこのヨーロッパ共同体は第二次大戦によって破壊されたと考えた。アメリカ的普遍主義とソ連的普遍主義に挟まれて、この具体的秩序はもはや破壊されたのだ、と。ヨーロッパの秩序はもうない。ドイツは東西に分割され、ヨーロッパは東西に引き裂かれた。こういう敗北意識が戦後の彼の気分だと思えますね。

ところで、シュミットには、近代ヨーロッパ史は没落の歴史であったという歴史観があり、以下その点に触れたいと思います。オーギュスト・コントの有名な3段階説によれば、人類の歴史は神学的段階から形而上学的段階、そして実証的段階へと精神が展開していく。これは超越的なものを否定する典型的な反宗教的啓蒙思想の歴史観ですね。これについて、モリス・オーリューというフランスの公法学者がおります。彼に、1890年代の後半に書いた社会科学概論みたいな著書があって、東大の中では経済学部だけにありますが、最近、私はそれを借りてきてざっと目を通したのです。それで思ったことは、オーリューは普通に法解釈学者で立派な公法学者と思われているけれども、もっと広い視野をもった強固なカトリック信者でもあるということです。彼は、宗教がだんだんなくなるというコントの三段階説に対して、感情的ともいべき激しい反発をしています。シュミットは、自分が具体的秩序思想というものを唱え始める契機となったのがオーリューだと言っていますから、シュミットの具体的秩序思想というものは、従来考えられてきたよりずっとカトリック的なものだと感じました。従来は、具体的秩序思想を彼が唱え始めた時期がナチの発足期だから、ナチ正当化の新しい工夫だというふうに言われてきましたが、実は彼が具体的秩序思想を抱懐し始めたのは1932年頃らしく、その契機にオーリューの影響が深く関わっているらしいのです。

シュミットは1929年にスペインでDas Zeitalter der Neutralisierungen und Entpolitisierungen（「中立化と脱政治化の時代」）という講演をしています。この中で彼はコント流の歴史観に正反対の歴史観を提示している（その中にちょっとコントの名前も出てきます）。以下はそのざっ

とした紹介ですが、私の勝手な事例解説も含んでいます。彼によれば、ヨーロッパ近代史は100年ごとに新しい段階に移ってきた。16世紀は神学の世紀で、あらゆる問題が神学的に立てられ、神学的に解かれた。

ここでもち出す煉獄の話はちょっと雑談風になるのですが、さっきの西さんのお話について、僕が物すごく感心したのは、2時10分にぴたっと終わったことです。僕がどうなるかはわからない……。煉獄とは、天国と地獄の間であって、中途半端に善いことや悪いことをした人間がそこへ行き、罪の分を痛めつけられ、それによって罪が清められて天国に行く、いわば準地獄なのです。この煉獄については聖書の中にはどこにも記述がなく、9世紀ごろから聖職者の間でそれを唱える人が出てきて、13世紀ごろに教会の正統学説の中に取り入れられたというのです。ダンテの『神曲』は、正統化されてほどない時期にこの煉獄を描いたものかも知れません。この煉獄というものが登場すると、キリスト教の教義も大きく変わってきます。第一、人格が立派ですぐに天国に行く人もいるかもしれませんが、大部分の人間は煉獄に行くでしょう。とすると、この煉獄をできるだけ短く軽くしてもらおう、苦痛を軽くしてもらおうとはだれでも考えることで、教会は、壁に亡者たちが煉獄で痛いとか熱いとかと苦しんでいる絵を飾って、「おまえたち、ああいう目にあいたくなければ教会に寄附しなさい、そうしたら神父さんかわりにお祈りしてやるから」みたいな話になってくる。そこから教会の腐敗が始まるわけですね。だから煉獄の教義は教会の腐敗というテーマとは非常に関わりがあるわけです。ルターが攻撃したのも煉獄の教義です。

16世紀に煉獄を攻撃した勢力は三つあった。一つは聖書学者たち、「聖書の中にどこにも根拠がない、あれは坊主が考えついたただの作り話だ」と。もう一つは「天国を金で買うなんて、そんなことはおかしい」と、貧乏貴族や何かが考えそうなことですよ。それから3番目は、だれだと思いませんか、竹下君、だれだと思う？

○竹下 賢 だれですか。

○長尾龍一 君主ですよ。例えば遺言で土地などの全財産を教会に寄附するという者が続出してくると、税金が減るんです。それで君主たちは「去年まであそこから年貢が入ってきたのに、何だか知らないが、今年が入ってこない、何故だ」と尋ねると、「教会に寄附したのです」という。おもしろくないわけですよ。そこへ、例えばヘンリー8世などのところにお雇い宮廷神学者がやってきて、「煉獄なんてないですよ」とか言うわけで、「これはいい話を聞いた」ということになる。それで離婚問題もあって、カトリック教会と縁を切るということになったわけです。やがて、プロテスタントのイギリスで煉獄の教義が禁止されます。ウェーバーのいうカルヴァン派の予定説と資本主義精神の結びつきにも、煉獄の問題が大いにかかわっています。天国に行くか地獄に行くかの二者択一だからこそ、カルヴァン派は非常に緊張度をもって勤労したということでしょう。つまり、煉獄があったら、「自分の罪は中くらいだから何とかなるじゃないか」という感じになっていく。ルターが反旗を翻したときに、北ドイツの諸侯の相当部分がルターを支持した大きな理由が、煉獄がなくなると免罪符（贖宥状とかというんですか、カトリック教会では）でイタリアに財産を持っていかれなくなるということだった。そういう

ことがなければ、1人の坊さんが何か言ったというだけで、大勢力がついてくるわけではないわけですよ。

ともかく、神学の16世紀においては、イタリアがドイツから財産を搾取するという経済問題も、煉獄という神学の問題、神学的教義の問題として争われたわけですね。それで130年間にわたって宗教戦争があって、それでもうへとへtoになって、もうやめようということになったときに、神学的対立を棚上げにするという思想が出てきたわけで、人々は、17世紀思想を導く「形而上学的自然」という概念によって、神学的対立から中立の領域をつくることを考えたのですね。

だから17世紀のグロティウスの自然法もホッブズの自然状態も、ある意味ではガリレイの自然科学も、自然という概念を通じて、さまざまな神学的対立から中立的な領域をつくり、そこを共通の場にしようとしたというわけです。16世紀まではイスラム教圏とキリスト教圏とは同じように宗教的世界観をもって生きていた人たちだったのが、この時期にイスラム、依然として中世的神学の精神的支配を受けているイスラム圏と、宗教的な問題を棚上げにし、世俗化していくキリスト教圏・西ヨーロッパとが分岐した。その先端にホッブズが立っている。『リヴァイアサン』第13章に、人々はどのような動機から自然状態を脱却するかが列挙されている。一つは死の恐怖、第2が快適な生活への願望、それから3番目が勤労によってそれを獲得しようとする意欲。この三つの動機に理性の助言が加わって、自然状態の人間が国家契約に導かれる。

この死の恐怖とは生命欲で、それを最重要視することは、名誉のほうが生命より大事だと考えた騎士道モラルの否定です。そして勤労によって幸福を獲得しようとするという意味は、貴族的なライフスタイルの否定です。否定されるのは貴族的なものばかりではなく、殉教者を最も尊いものとする宗教戦争の論理の否定でもある。命よりも大事なものがあるとするのがヒロイズムですから、ホッブズの人間論はヒロイズムの否定ですよ。日本でも、昔の武士やら昭和10年代の日本人には、死ぬのを怖がっているような人間は人間のくずみたいな考え方があった。そういう人間のくずみたいな人間が本当の一番正しい人間だというのがホッブズの考えです。

それでホッブズの延長線上に「ブルジョワ法治国」がある。刑法でいえば刑罰は死刑と自由刑と財産刑ですが、生命と自由と財産と、この三つが人間にとって一番大事なもので、それを奪われるなら犯罪を犯さないという、そういう人間によって構成された社会が「ブルジョワ法治国」です。17世紀、18世紀の世俗化されたヨーロッパでこのブルジョワ法治国が確立したわけで、その倫理学の代表者がベンタムです。古典経済学の体系もそういう人間像の上に成立するわけです。その意味で、死の恐怖を社会秩序の基盤に据えたホッブズこそ、ブルジョワ法治国思想の先端に立っているのです。これが19世紀になって、マルクス主義的ヒロイズムや植民地解放運動のヒロイズムによって動揺してくる。ホッブズが描いたブルジョワ法治国路線が動揺してきて、そこでまた自然状態が復活する、とこういう話になるのです。

なお17世紀精神の代表者としてスピノザをここに出したのは、あまり大きな体系的な意味をもたせているのではないのですが、ユダヤ教という儀礼の宗教の中にあつた彼が、「儀礼はくだ

らない、宗教の本質に反する」といって儀礼を拒否したことの意味を考えようという趣旨です。これはイスラムのヴェイルなんかの問題にかかわっていて、現在でも儀礼が西側とイスラム社会の非常に大きな対立点になっている。スピノザは儀礼を否定することによってユダヤ教から破門されたわけで、現代における西側とイスラム世界の対立の発端に立った思想家の1人ともいえる、というわけです。

17世紀の宗教対立の中で、1648年ごろにヨーロッパの主な国々が集まってつくったウェストファリア体制、その中心をなすのは何であるかという、地域主権原則です。地域主権原則を宗教戦争の論理の側から見れば、要するに自分と同じ信仰、自分から見ると一番正しい信仰だと思っているものを信じている人たちの集団が、よその国で迫害されても救援軍を出さないということです。僕はこの原則を「見殺し主義」と名づけている。それ以前は「見殺し主義」がなかったから、隣の国だとか向こうの国で自分と同じ信仰の人々が迫害されると出兵し、その結果として国際戦争が起こった。「もう戦争はこりごりだ。あっちの国で迫害される人々は確にかわいそうだけど、ここで兵隊を出したりすれば、宗教戦争時代に戻る。それはいやだ」。この「見殺し主義」がウェストファリアの精神です。

しかし、このウェストファリア体制は、それだけでは非常に危うい体制であった。なぜかといえば、どこの国にも、「外国で自分たちと同じ正しい信仰をもっている人々が迫害されている状態を見殺しにしていいのか」という、強い宗教的動機をもった人たちの集団がある。ウェストファリア側の論理に立つ各国の権力者たちは、常に足元でそういう勢力に脅かされていたわけですから補完原理として「寛容」という原理がもう一つ導入される。宗教戦争の論理に戻らないために、自分の国でも少数派の信仰者を迫害しないことにする。相互的にそうすることによってウェストファリア体制は安定するわけです。ウェストファリア体制が単なる「見殺し主義」であったならば、国内における宗教的動機の強い人たちの集団を抑えることはできないけれども、それに寛容という原理が加えられて、ヨーロッパは平和を獲得した。この寛容とは、別の言い方をすれば宗教的狂信からの決別で、宗教の棚上げということにつながるわけです。

17世紀にこうして宗教的な問題を棚上げにし、「自然」という概念をかわりに置いたことが、シュミットの言うところの中立化への方向づけであるわけです。その後はいよいよ中立化から更なる中立化へと精神史が進行していきました。自然概念について形而上学的対立が起これば、人間の経験とか感性とかというものだけを信ずる「人間的自然」の18世紀になる。それからその自然の中で一番強い欲望は経済だとして、19世紀の経済の時代となり、更に20世紀の技術の時代へと進行する。

このシュミットの叙述は、宗教を棚上げにし、超越的なものを次々に棚上げにしていった過程の叙述で、コントの三段階説の再解釈とも言えましょう。こうしてイスラムとヨーロッパとがどんどん離れていったということになるんですね。

シュミットは神学の陣営の人間ですから、現代の無神論的な文明の約束する地上楽園信仰を、アンチクリストの誘惑だと否定しました。アンチクリストとは、キリストが再臨する前に、

キリストのふりをして出てきて、人々を滅びに誘う者で、ユダヤ教でいう偽預言者ですよ。アメリカとソ連はおのおのの仕方で地上の楽園を約束している。ヨーロッパもその潮流の中でいよいよ「精神」を失っているように見える。20世紀は技術の時代、精神なき技術の時代のように見える。しかしまだ20世紀は30年しか経っていない。これから20世紀に起こることは歴史の逆転ではないか、ということをシュミットは1929年の講演で示唆的な言い方で言って、ヴェルギリウスの言葉を引用している。Ab integro nascitur ordo というのがその言葉ですが、黄金時代から銀の時代へ、それから青銅時代へ、そしてどん底の鉄時代になっている今、いよいよここまで来たところで歴史が逆転するだろう。それが Ab integro nascitur ordo というヴェルギリウスの予言なのです。これはキリストの生まれる直前の紀元前1世紀の言葉だから、キリスト教世界ではキリスト登場の予言だと言われているらしいのですが。いずれにせよシュミットは、いよいよ精神を失ったヨーロッパでも、ここで逆転が起こるということを示唆的に予言しているんです。シュミットがこの段階で念頭に置いていたのは多分ファシズムだと思います。まだナチ政権の直前ですけど、ドイツで起こっているファシズム運動、イタリアのファシズムなどですね。しかし彼も後に、ナチス国家も結局は近代の機械的な国家に過ぎなかったというようなことを言っています。

その後、彼の立場は、さっき言ったようにヨーロッパ秩序、ヨーロッパの具体的秩序というふうに変化しましたが、戦後は、ヨーロッパの具体的秩序も没落した、もはやアメリカとソ連によって挟まれて、みずからの拠点を失ったというように見ている。第二次大戦後の彼はずっとペシミストですね。「パルチザンの理論」という本を先ほどは西さんも引用されましたけど、ヨーロッパがつくった戦争限定の秩序を全世界中において破壊しているのがパルチザンだということで、パルチザン戦争としてのベトナム戦争は、ヨーロッパ的古きよき秩序が世界的規模で崩れているという脈絡で、とらえられています。

このあとの僕の話は余談じみた話で、こんなことをまじめに信じているわけではないのだけでも、イスラムとヨーロッパが16世紀から分岐してきて、ヨーロッパの側では、ベルリンの壁も崩れて、ヨーロッパが統合して、何かよさそうなイメージがあったところで起こったのが、21世紀の発端の9・11事件です。これは16世紀以来ヨーロッパの宗教的精神が脱神学化してきた歴史が極限まで来たところで、思いもかけないイスラムという宗教的精神によって、歴史の逆転が始まったように見える。ほんとにそう見えるかどうかはわからないのだけれども。—というようなことが、私がきょうお話ししようと思ったところなのです。

○竹下 賢 まだ時間はありますが。

○長尾龍一 そうですね、一つ考えている主題は「テロリズムの集団主義とテロリストの実存主義」です。テロリズム全体の構造は集団対集団の対立ですが、テロリストは実存をかけてテロリズムを決行する。テロリストの人間像についてはいろいろな研究がありますが、一方で強い終末感などがあり、他方で生活の破綻とかがある。例えば安田善次郎を殺した犯人などは、経済的に破綻して満州に行って、また失敗して帰ってきてとかいうようなことが一方にあり、他方で「ここで一発やってみようか、やるなら一番悪名高い有名人を殺せ」というような

発想になる。

今のイスラムのテロリストたちは、アルカイダとかいろんなところの機構のPR機関が自爆者を募集し、そしてそれに応じて志願した人たちでしょう。自爆者の遺族には恐らく一定の補償のようなものがあり、その補償金を負担するサウジアラビアの大金持ちとか、そういうシステムがある。しかし例えばこの間、アメリカ軍の病院で、イスラム教徒の医師が並みいる人々を射殺した事件がありましたが、その人は、最初はアメリカ軍の中の軍医として立身しようと思っていたのだけど、だんだん中で疎外感をもってきて、過激派のイマムの説教を聞いて決意して、大量殺りく者になったのです。自爆システムとは殆ど無関係に実存的に自爆したのです。さっきのホップズとシュミットの個人と集団という話で、個人が一たん自爆するという決意をもつと、自爆者と敵社会との関係が自然状態になる。

僕はずっと昔、何かのハイジャック事件があったときに、東京新聞という新聞に書いたことがあります。ハイジャックされた飛行機が空港にとまっていて、中に爆弾を持っているテロリストと大勢の乗客がいる。外では警察が取り巻いて、隙があれば突入しようとしている。その状態は、一瞬の隙もつくってはならない、殺すか殺されるかという一種のホップズ的自然状態です。乗っ取り犯人たちは「飛行機を飛ばせ」と要求する。飛ばしてどこへ行くか、韓国に行っても、敵に取り巻かれていることに違いがないから、自然状態は続く。北朝鮮に行くと、仮に日本と北朝鮮との間が自然状态的敵対関係にあるならば、ハイジャッカーと外の秩序は自然状态的対立でなくなる。本当に北朝鮮と他の国との関係が自然状態なのかどうか問題だけでも、仮に自然状態であるとする、小さな自然状態が大きな自然状態に解消し、ハイジャッカーたちは表に出て、一応話が完結する、と。

もう一つ考えたことは、敵対刑法という主題は、実体刑法よりむしろ刑事訴訟法に深く関わっているのではないか、ということです。実体刑法を適用するのは何より裁判官ですが、捜査においては検察・警察、さらにはCIAなど様々な権力集団が関わります。テロリスト組織を摘発するための拷問といった主題も刑訴の方に多く関わると思います。敵対刑法の先例の一つに魔女裁判がありますが、魔女は現世の敵であり、彼女らの背後に悪魔がついていて励ますから、拷問に関する法典の制限規定を無視しても拷問してよい、と16世紀の刑法の本に書いてあるそうです。

拷問に関しては、ヒロイズムの破壊というテーマもあります。肉体的苦痛によってヒロイズムを破壊することも、テロリストと戦う側の一つの重要な点でしょうね。オーウェルの「1984」の中に、かつて華やかな闘争者であったトロツキーに当たる人物が、英雄的に殺されるのではなく、精神的によれよれの最もみっともない形で世の中に出てくる、それによって彼を英雄にすることを妨げるという話が出てきます。拷問によって屈服させることは英雄を英雄でなくする手段でしょう。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。

久しぶりに長尾先生のお話を聞いて、相変わらずいろんなことを話題にされまして、非常に私にも参考になりました。あと総合討論をやるわけですが、それに先駆けて質問するとか、あ

と参加できないという方、何かご質問があればどうぞ、ご遠慮なくお願いいたします。どうですか。

○**質問者 A** ××ですが、よろしく願いいたします。よい話を聞かせていただきましてありがとうございました。

ちょっと教えていただきたいんですけど、テロリズムの法哲学ということでお話をいただいたわけですが、その法哲学というのはどういう意味なのか。私はちょっと法学者でも何でもありません、普通の技術士なんです。ほんで技術のここの先端科学技術のほうでいろいろ一緒に勉強させていただいておるんですけども、先端科学技術であれば、いろんないわゆる先端科学といいましても、その哲学というのはいわゆるみんなやはりいろいろな仮説……その仮説をもとにいろいろ検討してみて、その結果をそれを検証して、だれでもやればそのとおりできるよと、こういうようなものを哲学と、こういうように考えておるわけです。それで今いろいろ指導はしとるわけです。

それに対して、この今の法律の哲学というのが、いわゆる政治の概念を実在的に調査いたしまして、それで具体的秩序性とか、実存性についていろいろ検討をします。そしてその結果を法律の規範等と比較検討して適用性とか、正当性を確認するということが、法律として、法として実施をしていると、こういうことが法律哲学なのか、法哲学という意味がちょっとわからないので教えていただきたいなと思ったわけです。

以上です。

○**長尾龍一** 難しいことをおっしゃる。しかし、まず僕は、先生のおっしゃられたこととちょっと違った考えをもっていて、科学哲学は全然、先生がおっしゃったようなものじゃないのではないかと思っているのです。先生がおっしゃられたような、仮説を立てて検証するのは、科学そのものであって、科学哲学はそれとまた違うのではないか。科学の前提を問うのが科学哲学で、不確定性原理が自由と必然の問題にどう関わるか、因果律の必然性を否定するものなのかそうでないのか、そういう議論が科学哲学の議論ではないかと。

○**質問者 A** 検証するわけじゃなくて。

○**長尾龍一** いや、検証できる領域は科学の領域なのです。僕は哲学の定義について、こういうことを言っているのですが―。世界で一番頭のいいような人たちが一生懸命努力したら答えが出てくる見込みがあるような問題は科学の主題で、そうやってもなかなか出てきそうもないものは哲学の主題だ、と。例えば古代においては、雷とか稲妻とかという現象は不思議で不思議で、ほとんど古代の有力な哲学者の半分ぐらいの人はこれについて論じているのです。電気現象がまだ分かっていないから、全部間違っているんだけど、アリストテレスなんかも雲と雲が二つぶつかって、そのときドンと音がして光が出るんだとか、いろんなことを言っています。古代の人にはそれが到底わかりそうもなかったから、哲学だったのでしょう。現在において、ビッグバンの前はどんな状態だったとか、こういう問題は哲学の問題かもしれない。ビッグバンの前の状態がわかるようになったら、科学の問題だけど、今はまだ科学哲学の問題かも知れませんね。宇宙は、今、膨張しているけれども、もう1回収縮してくるかとか、そういう議

論は今、科学の問題なのだけど、そういう議論がどういう認識論的な根拠から成り立っているかとかいうようなことが哲学の問題なのでしょうね。

法哲学に関しては、法の究極的な根拠がよくわからない、わかれば科学だけどわからないから哲学なのでしょう。自然状態の問題は典型的な法哲学の問題だと思うんですね。自然の中から規範が出てくる。だから規範を突き詰めていくと、最後のところで何らかの仕方で自然にぶち当たる。その自然と規範がどういう関係に立っているか。わかれば科学の問題だが、いくら考えてもよくわからないから哲学の問題だ、と。したがって、ホップズの問題、ホップズのよう自然状態がどういう仕方で法秩序につながるかということについて考えることが、法哲学の一番基本問題ではないかと思うんですけどね。

- 質問者A どうもありがとうございました。
- 長尾龍一 いや、とんでもございません。間違っているかもしれませんが。
- 竹下 賢 他に何かございませんでしょうか。
- 西 平等 これを機会にちょっと伺いたいことがあります。シュミットとカトリックの関係について、長尾先生がどうお考えになっているかというのを伺いたい。
- 長尾龍一 これはやっぱり難しい主題で、カトリックの人に訊いて頂きたい。僕の素人考えでは、彼のカトリックは主流派からかなり外れた流派に属しているようで、第二次大戦後は、バチカン会議による開明派路線に強く反対しているグループに属していると思います。ハンス・バリオンという彼の親友は、バチカン会議の結果を全く否定しているようです。それから、これも素人考えですが、19世紀末よりカトリック教会の正統教義はトマス・アクィナスのトミズムとされたと思うのですが、トミズムが終末論を棚上げする傾向をもつのに対し、シュミットは終末の切迫という意識のもち主ではないかという感じももっています。全然間違いかも知れませんが。それから、田中耕太郎さんがシュミットが嫌い嫌い、安井郁がシュミットのグロスラウム（大圏）理論を受け売りしたと言うので、教授昇進に猛反対した。この間、あるカトリック信者の憲法学者と話したとき、この話題が出たら、やはり教会内の教義の対立がからんでいるだろうという意見でした。しかしとにかく“Politische Theologie”の「二」というのが難しくてさっぱりわからない。こういう問題は僕なんかには訊くのはまずいんじゃないですか。
- 西 平等 田中耕太郎教授のようなカトリックは、反自由主義的ではありますが、これがカトリック的な法思想だと言われればそうかという気もします。ヨーロッパのほうでとか、国際法学者のフェアドロスなども、職能身分制的・多元主義的な秩序を国家の上にも国家の下にもつくることで普遍主義的ヒエラルキーを描いてみせて、これはとてもカトリック的だとは思うんですね。それが多分主流というか、そういうのが比較的穏健な反自由主義カトリックだと思うんです。シュミットはそんな議論はしません。そもそもシュミットの言う政治神学とは、神学的思考の政治学への受容なのか、それとも、それは神学の政治部門のことなのか、よくわからない。シュミットは、終末論的な議論を行い、しかも、ヒトラーをカテコンになぞらえてみたりする。それは、カトリック神学なのか。しかも終末論の強調とか、あるいは人間

の悪性の強調というのは、むしろ僕の素人的な理解ではプロテスタント系のルター派の考え方だという気もするのですが。

- 長尾龍一 それはやっぱり、僕みたいな中途半端な人間に訊かないほうがいいんじゃないかな。僕はわからないですね。
- 竹下 賢 そうしましたら、予定の時間となっておりますので、ここで休憩を入れて、あとまた総合討論に入りたいと思います。次は16時15分から、ここで再開したいと思います。よろしくをお願いいたします。長尾先生、どうもありがとうございました。

(休憩)

- 竹下 賢 最後の総合討論ということで、お話をいろいろ続けていきたいと思います。初めにこの「テロリズムと法」ということで、学際的な形でその法学的意味を問うというふうに私自身言ったんですが、いろんな面からお話ししていただいて、逆にあまりよくわからなくなって、どうまとめるかというのが難しいところかと思えます。とりあえず最初は初めに報告されたポライノ先生から順番に、他の報告を聞いて、それについての感想のようなもの、そういうことから話を始めていただくということで、この総合討論を始めたいと思います。その後、皆様方からのご質問をお受けしたいと思えますので、よろしくをお願いいたします。
- ミゲル・ポライノ-オルツ (通訳：森永真綱) もう一度、竹下先生にお礼を申し上げます。

他の方の講演・コメント内容についてすべてを把握しておりませんが、趙教授がご自身のコメントの要点を説明してくださり、また森永准教授より、各講演の内容について、少し説明していただきましたので、その限りでコメントしたいと思います。

西准教授と趙教授は、市民刑法と敵刑法の区別そのものに対して批判的なようですが、私の主張は、そもそも市民刑法と敵刑法に区別した上で、それぞれの領域で独自の刑法典をつくるべきだという趣旨ではありません。あくまでも一つの刑法典の中にある条文の分類に過ぎません。このような区別を通じて、むしろ各条文の特徴が明確になると思われれます。もっとも、敵刑法は重大な犯罪に向けられたもので、非常に攻撃的な性質を有するものであることは、たしかかもしれません。

ただ、こうした区別をなくしてしまうと、かえって敵刑法が市民刑法を侵食するのではないかと懸念されます。つまり、これらを混同することで、私の区別によれば敵刑法に分類されるべきものに、市民刑法という名前を与えて、実質的には敵刑法を市民刑法の名のもとで適用する状況になってしまうのではないのでしょうか。よって、むしろやはり区別すべきものは区別したほうがよいと考えられます。このように区別することで、法秩序や市民の自由が保障されるのです。

趙先生のご指摘についてお答えしたいと思います。ヤコブスの理論の中核、現実的な実際の意味というのは、規範概念に重点が置かれているのではないかと指摘されましたが、この指摘は妥当です。たしかに、敵という概念も規範概念に関係するものであり、依存するものです。

規範概念にしたがって、敵や人格は定義づけられるということになります。人格とは権利と義務の担い手であり、これを現実化するものであり、敵とは規範にいつも背を向けて反対し、およそ規範を守る気がないものをいいます。ヘーゲルがいうように、人格を人格として尊重することが根本部分であり、この点において人格は敵と対置されるのです。

ところで、規範という用語を用いる際、規範侵害という形で用いられることが多いです。特に刑法の文脈ではそのような用いられ方をします。よって規範という概念は非常に消極的な意味にとらえられがちです。しかし忘れてはならないのは、規範には積極的な面もあるということです。すなわち規範は単に侵害されるものであるにとどまらないのです。規範は社会的な期待を凝縮したものであって、これを安定化させる機能があるのです。つまり市民の行動規範として、行動の指針を与えるというポジティブな意味があるのです。このような規範の肯定的な観点から敵に対する刑法を観察した場合、まさにこのような規範の肯定的側面を震撼させる、動揺させる場面で登場するのが、敵に対する刑法であるということができるといえます。

例えば、テロリストは規範を動揺させることで、他の市民が法を指針とすることを困難ならしめ、規範に対する信頼を低下させます。このような状況を作出する点に鑑みて、敵と呼ばれているのです。ただ、いずれにせよ趙先生がおっしゃるように、敵という概念は規範概念に依存するものであって、そこに重点があるということは非常に重要な指摘であるといえるでしょう。

それから敵という用語について、長尾名誉教授のご報告との関係で説明したいと思います。既に申し上げました通り、敵という概念は非常に長い歴史を有していて、例えばホブズにおいても、市民に対しては普通の法が適用されなければならないけれども、しかし反乱者に対しては普通の法は妥当されるべきではないとされ、このような者を敵という言葉で表現しています。それから、ルソーも、社会契約論の中で、特に危険な犯罪者は市民ではなくて敵であると述べております。このようにして、まさに敵という概念は初めて用いられたものではなく、フイヒテ、ベッカーリア、カントにおいても用いられている概念なのです。したがって、いわば法哲学の歴史の展開の集大成ともいえるべき概念なのです。

○竹下 賢 そしたら、次に趙先生。今、ポライノ先生から出た質問も踏まえて話ししていただければ幸いです。

○趙炳宣（通訳：金玲） ポライノ先生のご発言に対するコメントは、先ほどちょっと申し上げましたので、それは後ほどまた補充して申し上げます。まずは西先生、長尾先生のご発表についてコメントしたいと思います。

西先生のご発表を聞いて、国際法に関する知識をたくさん勉強できたと思います。ありがとうございます。先ほどのコメントの中にもありましたが、国際法上において敵というのは、積極的な法定的な概念であるところがとても興味深いです。

先の西先生のご発言の中で、法外放逐という概念がありましたが、法外放逐という他の否定的な概念が存在するからこそ、敵というのは肯定的な概念になっているというふうに感じましたが、このように否定的な概念と肯定的な概念に分類する際の、方法論としてヤコブスの理論

が影響を与えているのではないかと思います。

また、私はどんな場合であっても、否定的とか肯定的に完全に分けてしまって定形化する
ことには反対の立場です。

そして韓国でもとても有名な長尾先生のご発表ありがとうございました。韓国の法の場合も
西洋のそれを承継しておりまして、現在、市民社会が形成された中で法哲学の勉強はとても重
要だと思います。私も学生時代に韓国で法哲学の授業を受けて、その中に正義に関する授業が
ありましたが、現代の社会における特定のテーマに関する法哲学の授業は韓国でもそれほどな
されていません。韓国は現在、北朝鮮と対立する関係にありますので、テロリズムに関する法
哲学の研究を韓国で紹介するところに意義があると思います。

時間の関係でまとめて先ほど説明しました山中先生の質問に対する再度の回答と、ポライノ
先生に対する再度のコメントをしたいと思います。

西先生のご発表の、始めのところで理論という単語が使われましたが、その理論が解釈理論
であるのか、それとも何かを論証するための理論なのかについて、韓国の場合は西洋の伝統が
ないため、この点についてもうちよっと明確にすべきだと思います。

私は法哲学についてそれほど詳しくありませんが、ヤコブスの理論の中の法哲学の一番重要
な問題として、技術的概念と正当化的概念のこの二つの概念があると思いますが、この敵対刑
法について、それが技術的概念なのか正当化的概念なのかを明確にすることはとても重要だと
思います。

先ほど、ポライノ先生のご発言の中に、市民刑法と敵対刑法を厳格に区別する必要があると
言及されましたが、その厳格に区別する理由として、敵対の刑法を厳格に区別しないと、次第
に市民刑法のほうで汚染されて、市民刑法本来の姿を失って市民刑法がだんだん強化される
というデメリットがあると思いますが、私はそのポライノ先生のご発言には反対する意見です。

ヤコブスの理論の中で、最初、敵対刑法に関する発表があったときに、私はヤコブスの理論
は、現在、既に存在する法の現実について技術的に解釈していると理解しています。また、反
対にヤコブス先生が敵対刑法をつくったからといって、その後、テロリストとかテロリズムに
対して強力で救済しようとするという立場があると思いますが、それは順序が違うと思いま
す。

私はとても運がよくて、ヤコブス先生とセミナーで一緒に問題について討議する機会があり
ました。その際にヤコブス先生は人格（ペルゾン）について説明して下さいました。ヤコブス
先生はその講演の中で、昔ありました警察刑法の中で既に敵対刑法の姿を見つけることができ
たと言及しました。もし、ヤコブス先生の敵対刑法を刑法解釈の一つの方法として理解するの
であれば、それは無意識的に技術的ではなくて正当化させる、そのような誤解を招く危険性が
あると思います。

結論としては、ヤコブス先生の規範理論の核心は刑法をすべて原則から決裂させることにあ
ると思います。例えば、テロ事件が発生したときに、それが敵に該当するかどうかを判断する
にあたって、まず結論を決めてそこから導くのではなくて、社会全体でその危険性を除外する

必要性があるかどうかをまず判断すべきだと思います。

先ほど、私のコメントがちょっと時間の関係で短くなって誤解を招いたところがあると思いますが、例えば1人の犯罪者について、1人の犯罪者を拷問することによって、もっと多くの人、例えば1万人を救済することができるとしたら、その犯罪者に対して拷問をすることが認められるかどうかという質問があると思いますが、これは非常に難しい問題ですが、正当化の緊急避難とか免責的緊急避難だけではちょっと解釈しにくいと思います。そこで危険除去という新しい論理を用いて、新しい解釈をすればいいと思います。

韓国の場合は保安処分という制度がありますが、それは日本とは異なって韓国ではとても発達しています。刑法理論では、その保安処分については憲法と関連して比例性原則以外ではとても説明しにくいと思いますので、その保安処分についてもヤコブスの規範理論を用いて説明することができると思います。同じく刑法の中にも危険除去とか危険という概念を用いて、それらの問題を解決することができると思います。

以上です。

○川口浩一 今の趙先生のコメントに対して、少しヤコブス説の立場から反論させていただきたいと思いますが、趙先生は先ほど言われたように敵に対する刑法と市民刑法を二分するような形ではなくて、市民刑法の中にも敵に対する刑法の要素があるという、要素別に分類していくというような、そういう考え方をとられていると思います。その点について私は異論がありません。

先ほど、韓国の最近の立法の例の中で、非常に興味深く思った点は、いわゆる電子的な足輪をつけて監視するというのが、今までは性的犯罪者だけに限定されていたというようなことです。それが今度、殺人にも拡大されたということです。ヤコブス説によれば非常に常習的な性犯罪者というのは敵だとみなせるのですが、テロリストと非常にもう常習的な性犯罪者というのは、典型的な敵の中に入るというふうに言っているのですが、ヤコブス先生は、通常の殺人の場合、殺人者は決して敵じゃなく、やはり殺人に対する対応というのは市民刑法で行うべきだというふうにはっきり分けられています。だから、ヤコブス説の立場からいえば、殺人者に対してそのような敵刑法の措置をとるということは絶対に認められないわけです。だけど、先ほど言ったように、そのような区別なしに、定義せずにそういう要素を個別的に見ていくとなると、やはり殺人者でも危険が高い者についてはそのような措置も認められることになってしまい、ヤコブス先生が懸念していた市民刑法の普通原則が、敵対刑法の原則によって侵食されてしまうということが、まさに韓国では今起きているのではないのでしょうか。

○趙炳奩（通訳：金玲） 川口先生、簡単に説明しますと、私自身は市民刑法と敵対刑法に分類すること自体に反対するのではなくて、それを理念型につくってしまって、敵対刑法の中に入れてしまうと、何をすることもできると、そういう状態になることについて反対しています。

例えば、殺人犯罪を全部、一般の市民刑法の中に入れてしまって、敵対要素が一切なくなるという、そういう理解ではなくて、私が考えるのは例えば性犯罪の場合も再犯の要素があると思いますけど、個別的に判断すると殺人犯罪の中にもそのような再犯要素がある可能性があります。

ますので、それを全部、定形化する必要はないのではないかと思います。

敵対刑法という概念自体が重要なのではなくて、敵対刑法を用いて責任刑法で今まで説明できなかった部分について、敵対刑法で説明できるのではないかなというのが私の考えです。それを敵対刑法という概念において、憲法と関連して基本的な分析をすることが有意義だと思います。

○川口浩一 そうしたら再犯の可能性のある殺人者に対して……

○竹下 賢 その議論はかなり続くと思うので、先に西さんと長尾先生に話してもらってからということ。

○川口浩一 わかりました。

○西 平等 一言でいってしまえば私の報告は「敵」と「犯罪者」の区別が、戦時国際法と刑法とでは、その保護された地位に対する意味が逆転しているので、そのことを分析したらどうなるかということをやってみたわけです。なんでそんな区別にこだわるのか。

ヤコブス教授の議論において、市民刑法上保護される地位をもつのは「敵」と区別されるところの、市民としての地位をもっている「犯罪者」であるということであり、シュミットにおいて、戦時国際法上、正当な交戦者として保護を受けるのは、「犯罪者」と区別されるところの「敵」であるということなのですね。ヤコブス先生とシュミットのこの思考上の共通点は、いずれもが法的に保護された地位というものが区別に依存しているということです。区別されたところに地位が生じるという基本的な思考が共通であろうと思います。

このような考え方について、まず一つ批判としてあるのは、こういう考え方自体が間違っているということですね。保護された地位というのは別に区別によって生じる必然性はないじゃないか。普遍的なものから生じる地位だってあるだろう、あるいは普遍主義的なものからこそ法的な地位は生じるべきだ、という立場だって当然あり得るわけですね。別の種類の批判としては、そういう分析、その区別されたものに根拠づけられた法的地位というのは、それは正しいかもしれないけれども、しかし、仮にこれまでの近代法についてのその分析が正しいとしても、それを維持する必要はないんじゃないか、というものです。つまり、そういう区別をすることは近代的な発想であって、我々はそれを乗り越えて、普遍主義的な規範によってミニマムな保護された法的地位を構成するように努力すべきであろう、と。

いろんな考え方があって、私も自信満々に結論を述べることはできないのですが、近代法上の保護された地位が区別に依存するという点については、これは分析としてそれなりに説得力があるだろうと思います。すなわち、ヤコブス教授のように、「敵」と区別された市民としての「犯罪者」が、市民刑法によって保護された地位をもつというのが近代刑法の構造である、という分析は、それなりに説得力があります。さらにシュミットの区別、つまり、「犯罪者」集団とは区別されたところの「敵」こそが、正当な交戦者として国際法上の保護された地位、保護されるべき地位というものをもち、という分析も興味深い。その二つの分析は説得力があるという前提で議論をいたします。

そのうえで、そのテロリストの例外的な状況、すなわちいずれの地位についても例外とされ

ている、テロリストの状況が非常に大きな影響力をもち、主流化している現在において、この区別そのものが消滅の危機に瀕しているだろうということを申し上げた。テロリスト問題が主流化すれば、伝統的な「敵」と区別された「犯罪者」の市民法上の地位というものも、「犯罪者」と区別された「敵」の国際法上の地位というものも、その地位自体が危機に瀕する。その地位が区別に依拠している以上、区別がなくなれば地位もなくなるのではないかという危機感がある。そういう時代分析を試みたのです。

それについて二つの対応があるだろうと思います。一つは、消滅しつつある区別を再建して、例外を例外として局限化し、そのことによって正常状態における伝統的な保護された地位を保全するという方向。これはヤコブス教授の戦略がそういうものです。「対敵刑法」という概念を立てることによって、市民刑法における「犯罪者」としての地位をもたない者に対する措置を例外化していく。例外化することで、それを枠づけ、そのことによって従来の市民刑法上の地位を保全していく。そういう戦略もあるだろう。シュミットの戦略も恐らくそれに近い。

別の戦略としては、区別が消滅するのは仕方がないのだから、それが消滅していく以上は別の思考法を立てるしかないじゃないか、というものです。つまり、区別なく妥当する普遍主義的な規範をそこに定立する。区別ではなくて、普遍的な諸価値の比較衡量や価値実現のための均衡性判断を通じて落としどころを見出して、それによってそれぞれ具体的な状況に応じてそれぞれの具体的な保護を見出していくという思考法もありえます。実はグロティウスなどこういう思考法をとるわけで、そのグロティウスが20世紀の後半から国際法学者によって非常に高く評価される。グロティウスは、19世紀の大陸ヨーロッパの国際法学者には時代おくれだという扱いを受けるんですけど、それが20世紀になって脚光を浴びるのは、時代による思考法の変化というもの恐らく無関係ではないだろうと思います。

ヤコブス教授のように、区別によって法的地位を確保する戦略が正しいのか、あるいは普遍主義的な諸価値の比較衡量や均衡性判断による保護という戦略が正しいのか、それについては、私はよくわからない。「わからない」などと無責任なことを言っているのかという気もしますが、今のところ、暫定的な立場さえとれません。

以上が趙先生のご質問に対するお答えです。もう一つは、京都大学の高山先生からご質問をいただいております。ヤコブス教授が国際刑事法に対して批判的だと私が申し上げた点について、それはどういう内容かと。ヤコブス教授は、国際刑事法に対する見解を、あちこちに断片的に書いていて、それを正確に再構成できるかちょっとわからないんですが、私の理解している限りで説明申し上げます。ヤコブス先生の考え方によれば、市民刑法の基盤というものは犯罪者と我々との間の人格的關係であるわけですが、その人格的關係がなぜ成立するかというと、その共同体において規範がすでに妥当しているからだということです。他者との関係において「犯罪者」がみずから共同体の規範に服しているということによって、そこに人格的關係が生じる。だから、規範がすでに共同体において現実に妥当していることが、犯罪者が人格性を獲得するための条件であるわけです。

ヤコブス教授のお考えによれば、しかしながら国際刑法については、規範が既に共同体にお

いて現実的に妥当しているという前提がない。むしろ妥当すべき規範、妥当することが望ましい規範に基づいて人格的な関係が仮想されているのだということです。こういう仮想的な人格関係に基づいて、市民刑法としての国際刑法が適用され、犯罪者があたかも市民刑法のように処罰されている。こういう状況は、間違いだとは言っていませんが、非常に実験的であって、十分な根拠がないというような評価をされているというふうに理解しております。

○竹下 賢 どうもありがとうございました。そしたら長尾先生。

○長尾龍一 あまり特別な感想もないのですが、一つはテロリズム問題に対するこういう議論が刑法学というところから出てきたことへの感想ですね。それが必然なのか偶然なのかわからないのですが、刑法から出てきたことによって個人責任的、個人主義的モデルに議論が偏向しているのではないかと、という印象をもっています。テロリズム問題は、アルカイダみたいな小さなものか、タリバンみたいに相当大きなものかとはともかく、集団対集団の闘争という性格をもっていて、刑法という切り口は、いい切り口かもしれないけれども狭いのではないかと感ずるのです。西さんの国際法もそうですが、刑法以外の法領域からこの問題にアプローチする必要があるのではないかと。刑法と刑訴を区別するとすれば、さっきも述べたように、刑訴のほうが裁判所を舞台とする刑法よりも法全体の問題として拡大する可能性があるのではないかと。

それから、僕の全然知らないことなのですが、さっきから小耳にはさんだところでは、ヤコブスさんという人は、敵対刑法の概念に、相手を人格として扱うか扱わないかというような概念基準をもち込んでおられるらしい。僕はそれ自体としてもかなり疑問をもつのですが、その点はともかくとして、次のようなことを感ずるのです。すなわち、人格概念は規範体系がつくり出すもので、規範体系ごとに人格概念がある。法的な人格と別に道徳的人格や宗教的人格というものが仮にあるとすると、法的な人格をもたないとして否定された犯罪者も、死刑のときの教誨師、すなわち宗教家によって、魂の救済の対象として宗教的人格として扱われる。さらにまた道徳的人格に関しても、道徳体系ごとに別々の人格があるのか。例えばテロリストを否定する道徳から見れば、そういう人物が非常に悪しき人格、無人格かもしれないが、それを英雄的人格としてとらえる規範体系もある。多元的な人格概念があるのではないかと。そうだとすれば、「コントロール可能な概念を定義にもち込むな」という定義論のルールに反するのではないかと。

また規範概念を通じずに人間を見ると、人間は人格でない、単なる物としてとらえられる。例えばフォイエルバッハの目的刑論は、将来の犯罪を減らすための手段として人を罰するので、人間を手段として扱っているわけで、犯罪者を人格でなく物として扱っているのではないかと。ここでフォイエルバッハ解釈の問題に入れば、その背後にカントがあり、カントは人間を「単なるザッへとして扱わずに人格として扱え」と言っている。この「単なる」というところが重要な点で、フォイエルバッハは、法的にはベントムと同様人間を功利主義的目的の手段として扱うが、道徳的にはカント的な人格として扱うべきだと言っている。「単なる」の方が法で、そうでない方が道徳ですね。これは難しい思想的議論に立ち入ることになりますが、ヤコブス氏が敵対刑法は「人間を人格として扱わない」ものだと言っているとなると、そ

こには、敵対刑法ばかりでなく、伝統的な刑法学の有力な流派である目的刑論において、一般の犯罪者が「目的のための手段」として扱われているのではないか、という問題がある。イエーリングの『法における目的』の英訳が『法は目的のための手段である』となっていることも思い出します。

それから敵の処遇という問題については、まず近代国際法の中では敵も人道的に扱われますが、昔は、敵の一族全員を殺りくし、さらには名誉もすべて剥奪する復讐衝動の世界であった。テロリストによって近代西洋法体制が根本的に挑戦されているならば、実定法的には現代の人道的国际法を基礎として判断することになるにせよ、思想的にはホップズの自然状態に立ち返って考察する必要があるのではないか、敵対刑法論の本来の志向はそれなのではないか、と思うのです。これを僕流にいうと、復讐衝動は人間の自然的衝動で、闘争においては相手を徹底的に憎み、名誉から生命から、すべてのものを剥奪しようとする衝動である。その自然的衝動がだんだん抑制されてきたが、人間はいざ非常事態になると自然的衝動が復権してくる、現在のテロリズム問題にはそういう側面があるのではないか、とか考えてみたのです。

それから、他の方々のお話へのコメントでは全然ないのですが、さっき僕の報告のところで、お話ししようと思っていながら忘れてしまったことを一言お話しさせて頂きたいと存じます。2006年僕はアメリカのバージニア州ウィリアムズバーグというところの友人を訪れ、次の目的地ニューヨークに行くため、リッチモンド空港に向かって1時間ばかりタクシーに乗ったのですが、そのタクシー運転手はベツレヘム生まれのパレスチナ人で、1時間にわたって僕に一生懸命演説するんですよ。

その演説というのが、こういう話なのです。「私はベツレヘムに生まれたが、イスラエル人の迫害に耐えられないので、アメリカは自由の国だというから来てみたのだが、来てみたらやっぱり差別がきつく、おれみたいにちゃんとしたエンジニアなのに、タクシーの運転手なんかしているんだ」という話から始まって、いろんな話になってきたのですが、その中で彼はこんなことを言ったのですね。「もともとユダヤ教とキリスト教とイスラム教は同じものだ。同じ預言者を信じており、コーランの中でもアブラハム以下イエスまでのキリスト教の預言者たちはみんな預言者として扱われている。我々はユダヤ教とキリスト教を友と考えており、マハディ(救世主)が現れて終末になれば、そのことがあらわになるだろう。ただ、シオニストだけは違う。聖書の中では、ユダヤ人は永遠に放浪する運命にあることになっている。それなのにパレスチナにやってきて国をつくろうという考え方が聖書の違反で、その結果として我々はひどい目に遭っている。我々はユダヤ人そのものを敵視はしない、彼らは我々の信仰の友だと思っているが、シオニストだけは別だ。彼らのすることは過酷でナチスと同じだ」と、そんな話だったのです。そして最後には「この三つの宗教のいずれが正しいか、時が至り救世主が現れたときにわかるだろう。そのときが私の生きていうちに來るか來ないか、それは知らないけど」と言うのです。

私はこの話を聞いて、こういうふうにして生きてきて、こういうふうを考えている人たちがいるということに、何というか一種の感に打たれました。さっきの僕の話と関連づけるならば、

十五、六世紀ごろからイスラム教とキリスト教世界が大きく分かれ、キリスト教世界は世俗化の一途をたどってきた。恐らくヤコブス先生なんかの法治主義とか市民法秩序を守るというような考え方も、17世紀の中立化・宗教的寛容という思想の延長線上にある。そういうものと、イスラム教のもっている宗教的な世界観とがここに衝突している。イスラム教の中から、世俗的な西洋文明に追い詰められているイスラム教の現状に対し危機感をもって、もはや終末も迫っているし戦わなきゃならないと思っている人たちが出てきている。イスラム教が全部そういう思想だとは思わないけれど、テロリズムの問題も、現代西洋法治国の刑法理論の視角からばかりでなく、16世紀以来のこのような思想的脈絡から考えるべきかな、と試みているのです。

○竹下 賢 話をお聞きしているうちにもう時間になったという感じなのですが、もう10分ぐらい延ばしてさっきの話の続きもしてと思うのですが。私は長尾先生に、今の話との関係でお聞きしたいのですが、先程からポライノ先生も出しているように、ホブズが一種の人格的結合というような形で近代の出発点を形成したというようなことが言われています。しかし、それと同時にきょう長尾先生が生命権というか、そういうものがもう一つホブズの根底にあるという話をされた、その辺に少し違いがあるんですね。そのあたりのホブズのことを考えると、一体シュミットは何を考えていたのか。要するに、自然状態論ということ自体を、シュミットは否定していたのか、それかあるいは、集団主義的自然状態というようなことを言われましたけども、そういう形で自然状態論という形での何かの枠組みをもっていたのかという、このあたりはどうですか。

○長尾龍一 ご質問の趣旨を充分理解できたかどうか分からないのですが、僕の解釈では、“Politische Theologie” (1922) のシュミットはホブズを決断主義者、非常事態における主権者の超法的決断を説いた思想家として捉え、それを支持している。そして“Der Begriff des Politischen” (1927) のシュミットは、それに加えてホブズを没規範的な自然状態の思想家として捉え、ホブズの個人主義的パラダイムを団体主義的に翻案して、政治集団間の実存的闘争として政治的世界を捉えた。さっき言ったように、1914年の本からシュミットは団体主義者であることを宣言しているのですから、個人主義者のホブズとは違う、違うけれども両者には自然状態論という接点があるという理解です。

○竹下 賢 そしたら先ほどの刑法的な問題の続きをお願いします。川口さん、さっきの質問の続きを。

○川口浩一 ……趙先生は結局、今の韓国で行われているような例えば再犯の可能性のある殺人者に対して、そういう措置をとるということについて、要件は厳格にしないといけないでしょうけども、でもそれは最終的には正当化されるというように考えられているわけですね。その点をまず確認したいです。

○趙炳宣 (通訳:金玲) まず、私個人的意見としては、再犯の可能性のある殺人犯に電子足輪を着用させることについて反対です。韓国では、抽象的な危険犯の理論で刑法を拡大しようとする動きがありますが、抽象的危険犯の理論を用いては、極端の事例を除いてなかなか違憲判決

をもらえないのが現状ですので、その理論の限界（無力さ）を感じました。反対に、ヤコブスの理論の長所の一つが、規範自体が妥当的で現実的であるため、ヤコブスの理論の用いるメリットがあると思います。韓国の現状を申し上げますと、韓国の法務部は死刑についてとても厳格に判断する傾向があり、例えば、4、5人を殺害されたときにのみ再犯の可能性が認められます。また、このような制度はまだ導入されたばかりですので、この効果については不明です。

○竹下 賢 そしたら、あと他には。

○質問者B（ドイツ語）

○ミゲル・ポライノ-オルツ（通訳：川口浩一） 今の話を質問を含めてまとめて訳しますと、まずここで問題になっていたのは、記述と正当化を分けるというような前提に立ち、ここでは記述するという立場に立ったとしても結局、今のドイツの例えば犯罪結社の禁止とか、そのような犯罪について記述していると言ったとしても、それは実際には正当化をもう既に含んでいるようなことになってしまうんじゃないかというのが質問のご趣旨だったと思いますが、それに対するポライノさんのお答えは、むしろこの記述と正当化を分けるという議論自体が問題であって、それを分けることが必要だとしても、最終的には結局はそういう Feindstrafrecht が存在しているということについて論じるということは、それについての正当化が必要であるという、そのような議論ももちろん含んでいるわけで、ヤコブス先生もそのことは認められています。ただ、それは Feindstrafrecht ということを認めたとしても、そうしたら全部を Feindstrafrecht 化をしようとか、そういうことを言っているわけじゃなくて、それはごく限られた法秩序を維持するために最低限必要なものだけを Feindstrafrecht として正当化されるものなのです。むしろ Feindstrafrecht、敵に対する刑法だと名づけることによって、それは一種の危険な概念であるということを意識させる。それには十分な正当化が必要だということを意識させるためには、むしろそれは韓国がすごくそのいい例だと思いますが、そのように名づけずに敵に対する刑法的なものを市民刑法の中になんか取り込んでいる傾向があるわけですが、そういうことを防ぐためには、むしろそのような一定の措置については、それは Feindstrafrecht の領域のものであるということを確認した上で、それがまた正当化されるかどうかということは別個に考えていくべきだということです。以上のようなことが今の議論の内容だったと思います。

○竹下 賢 どうも長い間、ご議論いただきましてありがとうございます。少し時間を延長したのですが、まだまだ議論は尽きません。非常に難しい問題で、現実的な問題であると同時に、それを哲学的にというか、法学的にどう考えるかという非常に難しい問題も突きつけられているという感じが、ここでの先生方のお話をお聞きして理解できました。

それでは最後に、ご講演していただいた先生方への拍手をもちまして、この会を終わりたいと思います。