

テロリズムと刑法：韓国の視点から見た「敵対刑法」についての論争*

— 同時に Polaino-Orts 教授の発表論文に対する簡略なコメント —

趙 炳 宣**

I. 序論：韓国での激しいテロ立法論争

2001年の9.11テロ直後、政府と与党は国会に「テロ防止法案」を提出したが、野党の反対だけでなく大韓弁護士協会と国家人権委員会も強力に反対して法律成立には至らなかった。与党はまた、2003年8月14日、その修正案を発議したにもかかわらず、第16代国会（2000.5-2004.5）の任期満了のため、廃案となった。第17代国会（2004.5-2008.5）に入っても、与党議員らが各々、2005年3月15日、「テロ対応体系の確立と対テロ活動などに関する法律案」（공성진（コン・ソンジン）議員案）、また、2005年8月26日にも、「テロ防止および被害保全などに関する法律案」（조성태（チョ・ソンテ）議員案）、さらに、2006年2月14日、「テロ予防および対応に関する法律案」（정형근（チョン・ヒョンゲン）議員案）を発議したが、反対意見が強力で、第17代国会の任期満了とともに自動的に廃案となった。

現在の第18代国会（2008.5-2012.5）に入ると、政府は、韓国が2004年2月9日批准した「テロ資金調達の抑制のための国際協約」（2003年3月18日発効）の国内履行法として、2007年1月15日、「テロ資金調達の禁止のための法律案」を国会に提出して激しい論争を経た後、同法案中、権力濫用が憂慮される条文が削除されて修正された形態で、「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日に国会を通過して、現在は施行されるに至っている。2008年10月28日には、また공성진（コン・ソンジン）議員によって、「国家対テロ活動に関する基本法案」が発議されたし、2009年4月15日には、송영선（ソン・ヨンソン）議員によって、「テロ予防および対応に関する法律案」が発議されたが、両法律案ともそのすべてがそのまま国会を通る可能性はほとんどないと考えられている¹⁾。このように、テロ特別法は、国際条約の批准のための国内履行法だけは、非常に厳格な限度内で適用されることを前提に通過したが、残りのものは

編集部注* 筆者の不十分な日本語原稿を校閲し、講演の際には通訳をいただいた関西大学の金玲先生に深く感謝申し上げるとともに、金先生とともに校閲の労をお執りいただいた関西大学の山名京子先生に心より御礼申し上げます。また、遠く離れた東京から筆者の講演に御関心を向けて頂き、特に刑法の専門用語の選別と意味伝達に重点をおいて本稿に多くの且つ細心の修正を施して頂いた慶應義塾大学の井田良先生にも深甚なる謝意を表します。

** 清州大学校法科大学教授 本稿は平成22年7月23日に開催された法学研究所第42回シンポジウムでの講演内容に加筆・修正したものである。

1) 韓国でのテロ立法と対策に対し詳細には趙炳宣、「国際テロリズムと国際サイバーテロに対する国際刑事司法共助の問題点と改善方向」対テロ政策研究論叢第7号（2010.1）、47-71（韓国語論文）参照。

すべて否決された。このことは韓国が過去に独裁政府の権力濫用の経験を持っており、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非常に敏感に反応しているためといえよう。

ところで、今年2010年の5月19日、「G20首脳会議警護安全のための特別法」²⁾が通過して注目されているが、これさえも、2010年11月に開かれることになる「G20首脳会議」まで適用される時限立法に過ぎない。今春の西海での北朝鮮の潜水艦攻撃（いわゆる‘天安（チョナン）艦’事件）をきっかけとして醸成された危機の雰囲気の中で通過したと評価されるこの法律は、大統領室警護処長が統制団長の任に就いて警護安全区域で検問、秩序維持、出入り統制を行うことができ、集会やデモの制限も可能であり、また、有事の際に軍隊を投じることができるという内容をもっている。

要約すれば、2001年の9.11テロ以後、韓国でのテロ防止のための特別法を制定しようとする試みは全て失敗に終わったが、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」になりかねないという憂慮と批判が強かったためである。テロに関する法律を立法する場合、特にテロ概念が極めて曖昧であり、かつ包括的なので、恣意的に刑法が適用される可能性があり、また、国家情報院の行き過ぎた権限強化は、過去の経験に照らしてみたとき、人権侵害につながる可能性が大きいという理由で、韓国では、これまでテロに関する法律の立法は常に失敗してきたといえることができる。

これに対し、テロでない一般犯罪の領域では、特に「凶悪犯罪」と呼ばれる殺人罪と性犯罪を中心に、処罰を強化する立法が活発に行われている。このような重罰主義の立法傾向と関連し、Jakobsの敵対刑法（Feindstrafrecht）の理論が韓国でも議論されているが、まだ批判的立場が主流をなしており、これに賛同する学者は一人もいないのが実情である³⁾。また、敵対刑法の核心領域ともいえることができるテロ犯罪の領域では、これを敵対刑法と結びつけて議論する試みさえまだ見られない状況にある。

韓国において、敵対刑法の概念がほとんどタブー視されている理由は、これまでに韓国と北朝鮮とが対立する状況の中で、「反共法」あるいは「国家保安法」などという名目で人権が侵害された経験があるために、これに対して非常に敏感に反応するためだと思われる。同じ理由で、日本で議論される「治安刑法」の概念も、韓国ではこれまでほとんど議論されたことがない。しかし、

2) 法律10362号、2010年6月8日制定、2010年10月1日施行。

3) 韓国においては、Jakobsの刑法理論は、主にその積極的一般予防の理論や機能的責任論を中心に紹介され始めたが（例をあげれば、김성돈（キム・ソンドン）「積極的一般予防論と機能主義的刑法解釈——G. Jakobsの理論を中心に」刑事法研究第10巻（1997.12）、91以下（韓国語論文）；その他大部分の刑法教科書では簡略に紹介されているが、個別的論点を離れて全体的にJakobsの規範論的解釈理論を積極的に支持する学者は見られない）、1997年김일수（キム・イルス）教授が敵対刑法の理論を批判した（김일수（キム・イルス）「敵対刑法——山を越えて愛の刑法」高麗法学第49号（2007）、1-32（韓国語論文）。その後、2009年に、Jakobsの敵対刑法に関する代表的な論文が翻訳された（신양균（シン・ヤングン）訳「市民刑法と敵対刑法」全北（チョンブク）大法学研究第29集（2009.12）、361-378（韓国語翻訳）。また、批判的な論文（김호기（キム・ホギ）「Jakobsの敵刑法論とそれに対する批判」ソウル法学第16巻第2号（2009.3）、39-59（韓国語論文））が発表された。

筆者の印象では、Jakobsの敵対刑法の理論は、ドイツですら多くの誤解を受けている。そして、筆者は、敵対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できることができ、その意味で役に立つ道具概念であると考えている。以下では、筆者のこのような立場から、韓国の状況と関連させながら⁴⁾、Miguel Polaino-Orts教授の発表論文(Feindstrafrecht: funktionale Entmythifizierung eines Begriffes)について、簡単にコメントしようと思う。

II. 韓国の状況に当てはめた「市民」と「敵」の区別

韓国の刑法理論において、犯罪者を市民(Bürger)と敵(Feind)とに区別するという試みはこれまで行われなかった。韓国では、犯罪者という概念の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ということはこれまで行われなかったのである。Jakobsの市民(Bürger)と敵(Feind)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」ということになるが、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・社会哲学的意味での犯罪者(行為者)概念を分析するということは行われたことはなかった。韓国の刑法学において、法哲学の議論が法哲学の分野を越えて、刑法学に直接導入されたのはおそらくWelzelの目的的行為論とそれともなう犯罪理論体系をめぐる議論があったときが初めてのことであっただろう。Welzel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」という言及は、当時は、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たが、現在でも、法益保護説の批判としてまた注目を集めている。Welzelの系統を引継いでいると評価されるJakobsは、Welzelの理論をLuhmannの社会システムの理論と結びつけた規範論に発展させたが、その理論が果たして法益保護論を代替できる理論なのかは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、Jakobsの規範論を継承した学説はほとんど見られない。筆者は、日本の刑法理論の状況をまだ十分に理解していないが、韓国に比べて、Jakobsの理論が川口浩一、葛原力三、松宮孝明らの諸教授等によって⁵⁾しばしば紹介され、その理論が一部受容されているように見える。韓国においては、Jakobs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がいない状況であることから、彼の敵(Feind)の概念は、韓国でさらに

4) 筆者は、2010年2月19日、スペインのセビーリャ大学校で開催された敵対刑法に関する国際シンポジウム(Conferencia Magistral "Sobre la Teoría del Derecho Penal del Enemigo", Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla)において、Jakobsの主報告に対し、韓国の伝統的な法哲学の立場からコメントをしたことがあるが(Cho, Byung-Sun, Ein kurzer Kommentar zum Jakobs' Feindstrafrecht aus der Sicht vom koreanischen Altrechtsgedanke – zugleich ein kritischer Überblick der Entwicklung des modernen Strafrechtswissenschaft in Korea)、ここでは、主に韓国の現行法との関係で、敵対刑法の理論に対し言及しようと思う。

5) 例をあげれば、Günther Jakobs(川口浩一翻訳)「どのようにそして何を刑法は保護するのか? — 否認と予防; 法益保護と規範妥当の保護」姫路ロー・ジャーナル2005年、33-41。

多くの誤解を呼び起こしていると思われる。

Jakobs 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 Hegel の「法の否定の否定」の理論の現代版といえる。また、社会システム理論の影響を受けて、認知的予期と規範的予期の区別、コミュニケーションの名宛人としての人格 (Person)、Hegel の弁証法的理論にいういわゆる「認知的補強」を通じて、一般予防の対象を人格で限定する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」であるという考え方が導かれる。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、保安処分も存在するので、特に保安処分との関係で、Jakobs 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大きいと見られるが、残念ながら韓国では、まだ Jakobs の理論は——彼の下で直接に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がない。

以上で説明した通り、筆者は、Jakobs の敵対刑法の理論は、もっぱら彼の規範論に基づいていると見ているから、Polaino-Orts 教授が、1985年の Jakobs と1999年以降の Jakobs は変わらない、と主張したことに対し同意したい。また、Polaino-Orts 教授が、Jakobs の敵対刑法の理論に対し、「すでに正当化された刑法規範を（また）正当化するものか？」という反問を提起したことについても賛意を表したい。ただ、1999年以降の Jakobs が、特に9.11テロ以後に、敵対刑法を単なる記述 (Deskription) の次元から、規範的正当化 (Legitimation) 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考える。

筆者が考えるところでは、Jakobs 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、法の現実を説明できる点である。Jakobs にあっては、すでに規範が現実そのものなのだから、敵対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ある。Jakobs 本人が主張するように、敵対刑法は理念型 (Idealtypus) なので⁶⁾、私たちは、現実の中に「敵対刑法的要素」を発見できるだけである。しかし、韓国では Jakobs の敵対刑法は、犯罪者を市民 (Bürger) と敵 (Feind) とに分けて、そのうちの後者に適用される刑法と理解されている。言い換えれば規範適用対象者の範囲 (Täterkreis) という次元で理解されているのである。しかし、これは誤解である。Jakobs は Hobbes, Kant, Fichte, Rousseau の社会契約論を検討し、これらに基づいて、社会の構造と機能を客観的・分析的に説明するための分析用具として人格 (Person)、非人格 (Unperson) および除外 (Exklusion) という概念を構成し、これを出発点として彼の理論を説明しようとしたに過ぎない、と理解すべきである。言い換えれば、市民と敵の概念は、社会契約論を基盤とする刑罰理論に由来する、刑法の機能を説明するための概念であって、社会構成員を二分する概念ではないということである。韓国におけるように Jakobs の敵対刑法を、単に規範適用対象者の範囲という次元においてだけ理解するならば、当然、敵対刑法と市民刑法の区別は難関に直面することになるだろう。特に韓国では、過去の歴史において、日本と異なり、徳川幕府に

6) このような主張をした最も代表的な論文では、Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS Maerz 2004 (3/2004)、88。

おけるような封建体制もなかったし、市民階級（Bürger）の革命を通じた近代への転換も見られなかった。社会契約に基づいた刑罰の理論は、韓国には見られない考え方である。しかし、既に言及した通り、日本とは異り、韓国は保安処分制度を持っており、2005年8月4日、社会保護法の廃止とともに保護監護制度（ドイツのSicherungsverwahrungに相応する）は廃止されたが、まだ「治療監護」の制度は存在しており、少年犯罪者に限定された保護観察の適用範囲は、1996年の「保護観察等に関する法律」を通じて成人にも拡大された。日本の現行法には、「保安処分」という用語は存在しないが、成人に対する保護観察（日本刑法第25条の2）、補導処分（日本売春防止法第17条）、保護処分（日本少年法第24条）、措置入院（日本精神保健および精神障害者福祉に関する法律第29条）は、保安処分的な性格をもつものであると思われる。

これと関連して、韓国の保安処分制度の歴史を要約すれば、次のようになる。韓国も、1953年刑法制定当時には、保安処分は時期尚早という理由で導入されなかった。しかし、その後、実務上の必要により、少年法において保護処分、国家保安法において監視・保護、麻薬法において強制収容が導入され、1975年、社会安全法を制定し、これにより初めて保安処分制度を採用した。しかし、それは保安処分を一般的に認めるものではなく、特定犯罪に対する保安処分だけを規定したものである。1980年に、社会保護法が制定されるに至って初めて一般的な保安処分制度が採用され、韓国の刑法は二元主義の刑事制裁体系を採ることとなり、根本的な変革を経験した。しかし、その後、人権侵害と保安処分の濫用という点が批判を受け、1989年、社会保護法の保護監護処分がその適用を制限される方向で改正され、社会安全法の保安監護制度が廃止されて保安観察法に変わった。1988年には、少年に限定して適用す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て「保護観察などに関する法律」になった。それ以降にも、人権侵害等の批判が加えられると、2005年に、社会保護法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って治療監護法に変わった。1995年には、刑法が改正され、保護観察、社会奉仕命令、受講命令制度が導入されたが、判例はこれをそれぞれ保安処分的一种としている（大判1997.6.13、97㉔703）。

2008年には、「特定犯罪者の位置追跡電子装置装着に関する法律」が制定され（2008年9月1日から施行）、性犯罪者と未成年者誘拐犯人に電子監視装置を足に装着して所在を追跡することができるようになった。最近、2010年3月31日に、この法律が改正され（2010年7月16日から施行）、適用対象を殺人犯人にまで拡大し、性犯罪者に対しては、法律が制定された2008年以前に行われた犯罪にも遡及してこの処分を適用することになった。韓国の大法院は、すでに1997年判決により、保安処分を遡及して適用することを許容している（大判1997.6.13 97㉔703）。電子監視装置の装着の期間も、「10年以下」から「1年以上30年以下」に延びた。2010年3月31日改正された「児童、青少年の性保護に関する法律」（2010年4月15日から施行）は、以前は、性犯罪者の身上情報を請求がある場合にだけ公開していたところ、これを変更して、その身上情報を地域住民全員にインターネットと郵便で公開する制度を導入した。2010年6月29日には、「性暴行犯罪者の性衝動薬品治療に関する法律」が制定され、いわゆる「化学的去勢」が2011年7月から実施されることになった。

このような韓国の保安処分を拡大する立法は——刑罰を強化する立法傾向（「重刑主義」）とともに——敵対刑法の登場だと見ることもできる。しかし、敵対刑法という概念でこのような現象を把握することは、無条件にその合法性ないし正当性（Legitimation）を認めることを意味しない。韓国の立法資料を見ても、どこにもJakobsの敵対刑法の理論を根拠として提示したものは全くない。このような立法の規範構造を分析することは、これを正当化することと同じではない。重罰主義の刑法は、これを伝統的な責任刑法や法益保護原則で説明することは困難となったし⁷⁾、さらに保安処分として導入された多様な処分（たとえば、電子監視や化学的去勢）を「法益保護の前置化」（Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes）、「抽象的危険犯の拡大」あるいは「社会的法益の拡大傾向」などの観点から説明し尽くすことはできなくなった。

III. 結論：市民と敵の区別を越えて

筆者の考えでは、Jakobsの敵対刑法の理論を考察するとき、過度に市民と敵の概念に執着することは、客観的な分析を難しくする。なぜなら、Jakobsの理論が理論刑法学全体を首尾一貫して規範理論と社会システム理論の結合により形成しようとするものであり、同じ立場を採らない者の個別的な批判は、結局、一部分にあてはまるにすぎないものとなるためである。例をあげれば、ドイツで、Jakobsの理論に追従しない学者たちが、市民と敵の区別を批判するのは、Jakobs派とその反対派の平行線を描く、永遠に平行した一種の循環論証になるためだ。特に、ドイツの観念論哲学やヨーロッパの社会契約論の伝統がない韓国では、市民と敵の区別に執着する必要はないと考える。市民刑法も敵対刑法も両極端に位置する理念型（Idealtypen）にすぎないものとするべきである。したがって、敵対刑法ないし敵の概念それ自体に執着するのではなく、その代わりに「市民刑法的要素」と「敵対刑法的要素（Feindstrafrechtliche Elemente）」を分析することが望ましいと考える。私見では、自由社会の刑法においてさえ、市民刑法的要素と敵対刑法的要素のそれぞれが併存している。ある殺人犯人が10年の懲役刑を宣告された場合、責任主義により彼の責任に相応する受刑生活をしながら社会復帰を準備する側面（市民刑法的要素）と、10年の間は社会から隔離され、その危険源（敵としての存在）を10年の間社会から除去する側面（敵対刑法的要素）を兼ね備えていると見ることができる。これは、保安処分の拡大と重罰主義の傾向に対しほとんど何の基準も提示することが出来ない従来の理論に代わって規範の現実を直視することを可能にするものであるように思われるのである。

日本にも、重罰主義の傾向が見られ、最近、2010年4月27日には、殺人罪など重大犯罪に対する公訴時効を廃止したが、これは韓国にも広く知られている。韓国も、2010年3月31日、「児童、青少年の性保護に関する法律」を改正して、刑法上の減輕規定を削除し、公訴時効を停止する制

7) 日本の刑法について、筆者と類似の見解を述べている論文として、Ida, Makoto, Der Ruf nach einem schärfenden Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft in Japan, in: Matthias Jahn, Hans Kudlich und Franz Streng (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform, Festschrift fuer Heinz Stoeckel zum 70.Geburtstag, 2010, S. 361 f.がある。

度を導入した。また、刑法を改正して、死刑、無期懲役の減輕および仮釈放の要件もともにより厳格なものとし、有期懲役の上限を50年とした。日本においては近年の改正により有期自由刑の上限が20年、刑を加重する場合は30年とされたが、韓国の場合はそれよりもはるかに重く、国際的に見ても非常に重い刑となった。韓国の改正刑法は、2010年10月から施行されるが、大法院量刑委員会は、2010年6月30日、有期懲役の上限を最高50年とした改正刑法と児童性犯罪に対する強化された法定刑を反映するための新しい量刑ガイドラインを用意して公表した。

筆者が上で主張した通り、Jakobsの敵対刑法の理論において用いられる「敵」(Feind)の概念は彼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」であるから、「敵」であるからといって思いのままに拷問を加えることができるそのような対象ではないという点を念頭に置かなければならない。たとえ一般的意味での敵だと認めるとしても、国際戦争法上の最小限の基準が適用されてむやみに拷問などができる対象ではない。社会契約論上の観点から始まった非人格(Unperson)としての敵に対し将来の危険の予防の対象になるだけだという点を念頭に置かなければ、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という点は明白である。したがって刑罰や保安処分が将来の危険の除去に必要な不可欠な最小限の手段なのか従来どおり比例性の原則にてらして立法的に検討されなければならない問題となる。ただし手続法上の問題として極端な事例、例えばテロ犯が確実な事例(本人が犯人であることを否定する場合でない確信犯の事例)でその犯人の逮捕や自白を通じて数多くの人の命を救うことができるならば、手続法的保障を多少緩和させることも可能であろう。私見では、これをPolaino-Orts教授が言及した「敵対刑法の四つの特徴」の一つと見ることよりは、敵対刑法的要素を分析しながらあらわれた「規範の構造」、言い換えれば抽象的な法益保護でなく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把握することが望ましいと考える。このような立場は原則を放棄したように見えたりもするであろう。しかし規範から原則を導き出して、その原則から社会を保護するには、現代社会はあまりにも多元的で複雑に変わってしまったと考える。原則に対する執着が刑法の本来の社会安全の保障に対する責務を「イデオロギー化」してしまい、学者らは規範現実と距離が遠いところで自ら満足していると考ええる。筆者はJakobsの敵対刑法の理論には「刑法上すべての原則からの決別」の意味が大きく、このような点で「原則-例外」としての「市民刑法-敵対刑法」の区別よりは、個別的に具体的に規範の妥当性を探る作業の課題を私たちに課していると考ええる。このような点で筆者は-特に韓国の歴史と現実を勘案した観点で- Polaino-Orts教授のより明らかな区別に積極的に反対するのではないがその区別が難解であるという点で彼の意見に同意しない。同じ観点でPolaino-Orts教授の敵対刑法の各論的議論、特に地位犯罪(Statusdelikte)、所持犯罪(Besitzdelikte)、保安処分(Massregel)、核心敵対刑事訴訟法(Kernfeindstrafprozessrecht)も過度に「定型化」されており、筆者が考える「敵対刑法理論の本来の意義」とは距離があると考える。

