

ミヒャエル・パヴリック

## 『テロリストとその法（権利）』（一）

川口 浩 一（監訳）  
小島 秀 夫（訳）

【解題】 以下の翻訳は、ドイツ・レーゲンスブルク大学のミヒャエル・パヴリック（Michael Pawlik<sup>(1)</sup>）教授の著書『テロリストとその法（権利）（Der Terrorist und sein Recht）——現代のテロリズムの法理論的位置づけについて（Zur rechts-theoretischen Einordnung des modernen Terrorismus）』（二〇〇八年）の全訳である。

まず、著者のパヴリック教授の経歴について紹介する。パヴリック教授は、一九六六年にデュッセルドルフで生まれ、ボン、ケンブリッジ（L. L. M. 取得）、フイレンツェのヨーロッパ高等教育研究所に留学の後、デュッセルドルフで両国家試験に合格（一九八九年、一九九五年）、ギュンター・ヤコブス（Günther Jakobs）教授の指導の下で博士号取得（一九九二年）、教授資格取得（一九九八年）、刑法、刑事訴訟法及び法哲学担当教授としてロストック大学教授（二〇〇〇年）、レーゲンスブルク大学教授（二〇〇三年、現職）となった。著書には、博士論文で一九九三年刊の①『純粹法学論とH. L. A. ハートの法理論——一つの批判的比較（Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Ein kritischer Vergleich, Berlin 1993）』、教授資格請求論文で一九九九年刊の②『詐欺罪における許されない行為（Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, Köln/Berlin/Bonn/München 1999）』の他、二〇〇二年刊の③『正当化的緊急避難——刑法的連帯義務の問題の検討を含めて（Der rechtfertigende Notstand.

『テロリストとその法（権利）』（一）

八七（八七）

Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin/New York 2002』・二〇〇四年刊の④『人格、主体、市民——刑罰の正当化について (Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe, Berlin 2004)』があり、本書が出版された後、現在は犯罪論 (Verbrechenslehre) に関する著書を執筆中である。その他、刑法及び法哲学的テーマに関する論文が多数あり、その一部はわが国でも紹介されている<sup>(3)</sup>。

本書は、レーゲンスブルク法学研究協会 (Juristische Studiengesellschaft Regensburg e.V.) に於て二〇〇七年一月二〇日に講演され、同協会の叢書の三二巻 (Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V.; Heft 31) として二〇〇八年に公刊されたものである。この背景となったのは、二〇〇一年九月一日のアメリカでの同時多発テロ以降のいわゆる「非常事態の全面化」<sup>(4)</sup>といわれる状況の中でテロ対策立法に関するドイツでの議論である。特に、九・一一の事例と同様の事案において、テロリストに乗っ取られた航空機を、攻撃目標とされたビルの中にいる人々を救助するために撃墜することが認められるかという問題や、テロリストが大都会に時限式の核爆弾を仕掛けた場合に、拘束したテロリストの一人に隠し場所を告白させるために拷問を加えることが許されるかという問題 (いわゆる救助のための拷問) などが具体的に起こりうる問題として議論されるようになった。そこでは、これらの問題が従来の緊急避難や正当防衛あるいはその中間の防衛的緊急避難という理論枠組みで解決可能かどうか<sup>(5)</sup>が激しく争われている。例えばグロップ (Gropp) は、航空機の撃墜事例が防衛的緊急避難として正当化可能であるとして次のような事例を挙げる。飛行機を遠隔誘導できるレーダー装置をもった技術者が、長い直線道路を家族と一緒にドライブしていたところエンジントラブルでその道路に不時着しようとした旅客機が近づいてきたために自分と家族の生命を救う唯一の手段としてそのレーダー装置を使い、旅客機の進路を変え、森に墜落させ、その結果旅客機の乗員・乗客は全員死亡した。この事例につきグロップ自身は、従来の解釈論によっても危険源に対する防衛的緊急避難になり正当化されるのだから勿論解釈により、テロの場合の旅客機の撃墜も正当化されるとする<sup>(5)</sup>。また救助のための拷問についても犯人や共犯者に拷問を加える場合について、エルプ

(Ertb) は正当防衛によって正当化されるとする<sup>(6)</sup>。また正当防衛の要件を満たしていない将来の危険を回避するための拷問に防御的緊急避難法理を適用することも考えられよう(以上の議論に関しては刑法学会ワークショップのまとめ「刑雑四八巻二号一〇五頁以下」参照)。また最近では、ケルンでの列車爆破テロ未遂事件などを契機としたビデオでの監視システムの強化に関する議論や、テロ対策を念頭においた「重大な国家を危殆化する暴力行為の準備の訴追のための法律 (Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten)」を提案する二〇〇九年一月一四日の政府草案 (Gesetzentwurf der Bundesregierung) をめぐる議論<sup>(7)</sup>がある。これらの問題の解決案には、次のような三つの方向性がある。一つは、①(防御的)緊急避難・正当防衛など従来の解釈論の適用によって十分解決可能とするものである。航空機の撃墜問題に関する前述のグロップの見解(防御的緊急避難)や、緊急避難における比較衡量の要素にいずれにせよ民間機の乗客は助からないという事情も考慮にいれるべきだとするヒルシュ(Hirsch)<sup>(8)</sup>の見解や救助のための拷問に関する前述のエルプの見解などがこの例である。もう一つはこれとは逆に、②従来の解釈論の枠組みでは解決は不可能なので、例外的状態に関する別個の法枠組みが必要となるとするものである。例えば航空機の撃墜問題に関してジン(Sinn)<sup>(9)</sup>は、それを法的自由な領域であるとして解決しようとし、またヤコブスは、既によく知られているように市民刑法/敵対刑法(Bürgerstrafrecht/Feindstrafrecht)を区別してこの問題を分析し、また公法学者のデーペンホイアー(Depenhauer)<sup>(11)</sup>は、カール・シュミット(Carl Schmitt)の「例外状況」(Ausnahmezustand)の議論を援用し、それに対応した対策が正当化できるとしている。これらに対して第三に③例外状況においてもそのような特別措置の正当化は、およそ不可能であり、また正義や人間の尊厳という価値を維持するためには人命救助のためであっても介入は一切許されないとするものがある。例えばグレコ(Greco)は、救助のための拷問は、たとえいわゆる ticking time bomb 事例(テロリストが大都市のどこかに時限式小型核爆弾を隠したという事例)のような極端な事例においても正当化も(例外的な)免責もできないとしている<sup>(12)</sup>。航空機の撃墜に関して、例えばアルチャングルスキー(Archangelski)<sup>(13)</sup>は、ハイジャックされた乗客の乗った民間機を撃墜することは許されず、発進した戦闘機などもせいぜい建物への激突を回避するように誘導することしかできず、それが不可

能なら見守るしかないとする。これらは、まさに「世界が滅びようとも、正義は行われよ (fat justitia, percat mundus)！」をモットーにする見解であるといえよう。このような議論に関してパウリックも、本書以前に、航空安全法一四三条三項に関する論文 (§ 14 Abs. 3 des Luftverkehrsgesetzes — ein Tabubruch? JZ 2004, 1045-1055)<sup>(15)</sup> を執筆している。そのなかでパウリックは、上述の②の例外状況モデルに基本的に依拠して、従来の解釈論とは異なる枠組みで、国家の憲法的なアイデンティティーに対する緊急事態 (Notlage für die Existenz und verfassungsrechtliche Identität des Staates) における撃墜の正当化の可能性とその条件 (航空安全法一四三条三項における財の衡量における優越を規定する<sup>(14)</sup>) [Normierung eines positiven Gütersaldos] や遺族への補償等) を提示することを試みた。このような試みは、テロに対する強硬な姿勢をとる連邦内務大臣のショイブレ (Wolfgang Schäuble) からも航空安全法一四三条三項に対する連邦憲法裁判所の違憲判決を受けて、メルケル政権の内相として撃墜を可能とするような改正を主張し、パブリックの見解も参照されたことがあった。ショイブレは、さらに対テロ戦争を想定して国内の治安維持にドイツ連邦軍が出動出来るよう憲法改正等を主張している。<sup>(17)</sup> 一般にはショイブレの提案には批判が強いが、部分的には連立政権を組むSPDも同意して立法提案に至ったものもある。パブリックは、基本的にこのショイブレのスタンスを支持する論説をフランクフルター・アルゲマイネ・ツァイトング (FAZ) 誌に掲載して、<sup>(18)</sup> 注目と批判を浴びた。この論説の内容は、一般に批判されているショイブレの提案の一部を理論的な立場から擁護しようとしたものである。勿論これに対しては「キリスト教的で保守的である<sup>(19)</sup>」という評価からの政治的な批判が存在しているが、テロ対策立法を理論的に分析し、その必要性は肯定した上で、手続的保障などについては十分留意すべきであるとの慎重な姿勢も見せている点は検討に値するといえよう。以下で紹介する論文は、この論説での内容を理論的にさらに掘り下げたものとなっており、全訳に値するものであると考える。本書を全訳し本誌に連載することを快諾されたことに感謝しつつ、前書きを終えたい。

(川口浩一)

(1) なお Pawlik という名字のカタカナ表記については「パウリック」「パウリク」「パウリーク」などの様々な表記がなされている。確かにドイツでは、ドイツ語の発音規則 (子音一字の前の母音は通常長母音となる) により「パウリーク」と最

後の母音を長母音で発音する人もいるが、この名はポーランド語系の（ポーランド本国でもかなりポピュラーな）名字で、本来の発音は「パウリツク」が一番近く、またドイツ人の有名なピアニスト Markus Pawlik も「マルクス・パウリツク」と表記されているので本稿では「パウリツク」と表記するにとした。

- (2) 『れちび』学術誌に掲載された論文は、① Ronald Dworkin und der Rechtsbegriff, *Rechtstheorie* 23 (1992), S. 289 ff.; ② Das positive Recht und seine Grenzen, *Rechtsphilosophische Hefte* Bd. 2 (1993), S. 95 ff. (wiederabgedruckt in: Kurt Seelmann [Hrsg.], *Aktuelle Fragen der Rechtsphilosophie*, Frankfurt [Main] 2000, S. 28 ff.); ③ Das Recht im Unrechtsstaat. Zur rechtstheoretischen Rekonstruktion des Verhältnisses von Recht und Politik, *Rechtstheorie* 25 (1994), S. 101 ff.; ④ Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung, *Rechtstheorie* 25 (1994), S. 451 ff.; ⑤ Strafrecht und Staatsunrecht. Zur Strafbarkeit der ‚Mauerschützen‘, *GA* 1994, S. 472 ff.; ⑥ Der disqualifizierte Staatsanwalt, *NSZ* 1995, S. 309 ff.; ⑦ Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur, *GA* 1995, S. 360 ff.; ⑧ Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre. Zur Legitimation des Grundgesetzes bei Hans Kelsen, in: Wilfried Brugger (Hrsg.), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 1996, S. 167 ff.; ⑨ Die Verdrängung des Subjekts und ihre Folgen. Begründungsdefizite in Habermas', System der Rechte', *Rechtstheorie* 27 (1996), S. 441 ff.; ⑩ Verdeckte Ermittlungen und Schweigerecht des Beschuldigten. Zu den Anwendungsgrenzen der §§ 136 Abs. 1 S. 2 und § 136a StPO, *GA* 1998, S. 378 ff.; ⑪ Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus, *Der Staat* 1999, S. 21 ff.; ⑫ Wahrheit und Gerechtigkeit, in: *Evangeltische Akademie Bad Boll* (Hrsg.), *Wahrheit vor Gericht* (Protokolldienst 14/99), Bad Boll 1999, S. 47 ff.; ⑬ Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten, *ZStW* 111 (1999), S. 335. スズヘンハ雑誌 (Marcelo Lermann/Marcelo A. Sancinetti): Revista Para el Analisis del Derecho (Indret) 1/2008, S. 1 ff.; ⑭ Preußentum und Freiheit. Kant und das Pathos der Form, in: Patrick Bahners/Gerd Roellecke (Hrsg.), *Preußische Stile*, Stuttgart 2001, S. 207 ff.; ⑮ Der rechtfertigende Defensivnotstand, *Jura* 2002, 26 ff.; ⑯ Hegel und die Vernünftigkeit des Wirklichen, *Der Staat* 2002, 183 ff.; ⑰ Die Notwehr nach Kant und Hegel, *ZStW* 114 (2002), S. 259 ff. (赤石順一訳・本誌五号に掲載予定); ⑱ Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte, *GA* 2003, S. 12 ff.; ⑲ Betrügerische Täuschung durch

die Versendung rechnungsähnlicher Angebotsschreiben?, StV 2003, S. 297 ff.; ⑳ Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 11 (2003), S. 289 ff.; ㉑ Täuschung durch die Ausnutzung fremder Organisationsmängel? Zur Risikoverteilung gemäß § 263 StGB in den ‚Fehlbuchungsfällen‘ und verwandten Fallkonstellationen, in: Dieter Dölling (Hrsg.), FS für Ernst-Joachim Lampe, Berlin 2003, S. 689 ff. ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ; Revista de Derecho Penal y Processal Penal, 4/2008, S. 541.; ㉟ Selbstsetzung der Regierten: Glanz und Elend einer Legitimationsfigur, in: Jan C. Joerden/Roland Wittmann (Hrsg.), Recht und Politik, Stuttgart 2004, S. 115 ff.; ㊱ Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen“, in Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), FS für Hans-Joachim Rudolph, Neuwied 2004, S. 213 ff. ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ( ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ) 「 ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ 」 ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ; ㊱ § 14 Abs. 3 des Luftverkehrsverhaltensgesetzes—ein Tabubruch?, JZ 2004, S. 1045 ff.; ㊲ Der Täter ist um der Gemeinschaft willen verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen“, in Wolter/Pötzt/Küper/Hettinger (Hrsg.), Festgabe für Claus Roxin, GA 2006, S. 345 ff.; ㊳ Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: Andreas Hoyer/Henning Ernst Müller/Michael Pawlik/Jürgen Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 357 ff. auch erschienen in: ZfS 2006, S. 265 ff.; ㊴ Kants Volk von Teufeln und sein Staat, Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 14 (2006), S. 269 ff.; ㊵ Strafe als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit? (Diskussionsbeitrag zu: Kant und das Strafrecht), Journal der Juristischen Zeitgeschichte (JoJZG), Januar 2007, S. 26 f.; ㊶ Die Bekenntnisbeschimpfung als Beleidigung, in: Christoph Domen (Hrsg.), Die „Regensburger Vorlesung“ Papst Benedikts XVI. im Dialog der Wissenschaften, Regensburg 2007, S. 58 ff.; ㊷ Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung, in: Michael Hettinger/Jan Zopfs/Thomas Hillenkamp u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, S. 411 ff.; ㊸ Der strafrechtliche Schutz des Heiligen, in: Josef Isensee (Hrsg.), Religionsbeschimpfung, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Bd. 42, Berlin 2007, S. 31 f.; ㊹ Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter?, in: Dannecker/Langer/Rantf/Schmitz/Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Köln 2007, S. 133; ㊱ Strafrechtswissenschaft-

- stheorie, in: Michael Pawlik/Rainer Zaczek (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, Köln, Berlin, München 2007, S. 469 ff.; ② Glückwunsch—Günther Jakobs zum 70. Geburtstag, JZ 2007, S. 778 f. の計三四本である (二〇〇九年二月現在)。その他にも特に Frankfurter Allgemeine Zeitung を中心にして多数の評論及び書評を掲載している。
- (3) 例えば②に関しては拙稿「詐欺罪における欺罔行為の意義——その理論的基礎」姫路法学三八号三〇四頁以下、③に関しては森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務(1)」姫路法学、四六号一頁以下、赤岩順二「『防御的緊急避難』における評価観点としての管轄と法益(1)——パウリックの所説を中心に」法学研究論集二六号二一頁以下、同「他人のための緊急避難と危難の『自招』について——パウリックの所説の検討を中心に」法学研究論集二五号六一頁以下を参照。論文については③の翻訳がある他、③については松宮孝明「理論刑法学におけるパラダイムの転換——ギェンター・ヤコブス教授古稀祝賀論文集の紹介」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良(編)・理論刑法学の探究 1 (二〇〇八年) 一九五頁以下、特に二〇二頁以下に紹介がある。
- (4) 例えば、神山健治・東浩紀(対談)「アニメは『この世界』へとながっている」ユリイカ三七巻一一号(二〇〇五年)五三頁以下の東発言参照。
- (5) *Gropp*, Der Radartechniker-Fall—ein durch Menschen ausgelöster Defensivnotstand? Ein Nachruf auf § 14 III Luft-sicherheitsgesetz, GA 2006, 284 ff.
- (6) *Erb*, Notwehr als Menschenrecht, NSStZ 2005, 593 ff. エルブは他に多くのテーマについて繰り返し論文を書いている。最新のものとして *ders.*, Zur strafrechtlichen Behandlung von „Folter“ in der Notwehrlage, in: FS für Manfred Seebode, 2008, S. 99 ff.
- (7) Vgl. *Tonio Walzer*, Der Rechtsstaat verliert die Nerven. Zum Referententwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (ReFE), KJ 2008, 443-451.
- (8) *Hirsch*, Defensiver Notstand gegenüber ohnehin... Anforderungen und Irrtumskonstellationen, FS für *Otto*, S. 469 ff.
- (9) *Sinn*, Tötung Unschuldiger auf Grund § 14 III Luft-sicherheitsgesetz rechtmäßig?, NSStZ 2004, 585 ff.
- (10) この議論に関しては拙稿「敵に対する刑法と刑罰論」法時七八巻三三号(二〇〇六年)一一二頁以下を参照。
- (11) *Deppenauer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaats (Schönburger Gespräche zu Recht und Staat Bd. 8), 2007.

- (12) Greco, Die Regeln hinter der Ausnahme—Gedanken zur Folter in so. ticking time bomb-Konstellationen, GA 2007, 628 ff.
- (13) Archangel'skij, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, 2005 (Diss. Berlin 2005).
- (14) 同法一四条は、次のように規定されていた(現在は三項は削除)。  
 「第一四条(出動措置、命令権限)  
 第1項 特に重大な災厄事故を防ぐために、軍隊は、領空において、航空機の針路を変更させ、着陸を強要し、武力を用いて威嚇し、または、警告射撃を行うことを許される。  
 第2項 個人および公衆に対する危害を最小のものとする措置が選択されなければならず、その措置は目的の達成に必要な範囲において許される。措置によりもたらされる不利益が達成される成果と著しく均衡を欠くことは許されない。  
 第3項 武力の直接的な行使は、航空機が人命に対する攻撃に用いられ、かつ、武力の直接的な行使がそれを防ぐ唯一の手段であるとの状況判断がなされた場合にのみ認められる。  
 第4項 武力の直接的な行使は、連邦国防大臣(代理が任命されている場合にはその任に当たる者)のみが命じることができる。その他の場合においては、連邦国防大臣は、針路変更、着陸強要、武力による威嚇、警告射撃等の措置を命じる権限を、空軍監察官に与えることができる。」
- (15) 同論文の紹介を含めこの問題を詳細に検討した論文として、森永真綱「テロ目的でハイジャックされた航空機を撃墜することの刑法上の正当化(1)―(3・完)」姫路法学四一＝四二号一九五頁以下、四五号一五七頁以下参照。
- (16) 山内敏弘「ドイツのテロ対策立法の動向と問題点」龍谷法学四〇巻四号三三五頁以下。
- (17) またテロ危険人物の収容施設設置や、国外でのテロリストに対する拷問により得られた情報の利用やオンライン捜査を認める憲法改正も主張し、大連立の相手であるSPDからも強い反対を受けたが、二〇〇六FIFAワールドカップやハイリゲンダム・サミットの際は、治安維持や反グローバリゼーション活動家対策のため、EU内のドイツ国境での入国審査を一時的に復活させた (<http://ja.wikipedia.org/wiki/ヴォルフガング・シヨイブレ>の項目参照)。
- (18) Parwlik „Der Terrorist will nicht resozialisiert werden“ FAZ vom 25.02.2008, S. 40.



\*\*\*\*\*

目次 (Inhaltsverzeichnis 頁数は原著)

A. 梃づけられた戦争 (Der gehegte Krieg)	7
B. 戦争遂行としてのテロリズム (Terrorismus als Kriegführung)	10
C. 闘争手段としての刑法 (Strafrecht als Kampfinstrument)	25
D. 承認された敵 (Der anerkannte Feind)	38

A. 梃づけられた戦争

「すべての国民は、迫りくる敵に対して、あらゆる種類の武器を用いて抵抗する義務を負い、敵の命令や通告に従ってはならず、もし敵が命令や通告に従うよう実力をもって強いる場合は、尽くすべきあらゆる手段を投入して敵に損傷を与えなければならない。」この手段に含まれるものとして、特に以下のものが挙げられる。「敵の侵入を防ぎ、また退路を塞ぎ、敵に息つく暇を与えないこと。敵の弾薬や食料品、スパイ、新参者を捕獲すること。病院を機能不全に陥れること。夜襲をかけること、つまりできるだけ悩ませ、苦しめ、不眠にさせ、個人や集団を壊滅させること。」これは、プロイセン国王フリードリッヒ・ヴィルヘルム三世が、一八一三年四月二二日の義勇軍 (Landsturm) に関する勅令の中で定めたものである。<sup>(1)</sup> この勅令が印刷されたプロイセン法令集の頁を、カール・シュミットが「世界のあらゆる法律の中でももっとも稀有の部分」と評したことは、決して誇張ではない。<sup>(2)</sup> この勅令を受けて、パルチザン戦争が他でもなく法律上初めて正統化された。——そしてこのことは、並外れた形式意識と秩序意志を具備している国家において行われたのであった。もっとも、国民に対するこの勅令は三ヶ月しか続かなかった。すでに一八一三年七

月一七日には、あらゆるパルチザンの危険性が排除された。<sup>(3)</sup> こうして、ヴィットリアやライプツィヒ、そしてパリへの進撃における正規軍の戦闘に戦争の行方は委ねられることになったのである。

この義勇軍勅令は非常に注目すべきものである。なぜならその勅令は、歴史的に見ればごく短期間ではあったものの、ヨーロッパにおける古典的な戦時国際法の基本原理を無視するものであったからだ。この国際法は一連の明確な区別に基づいていた。戦争と平和の区別——すでにグロテイウスは、戦争と平和の中間など存在しないことを論じている<sup>(4)</sup>——、戦闘員と非戦闘員との区別、そして最後に敵と犯罪者との区別である。<sup>(5)</sup> パルチザンという存在は、この法体系には位置づける場所がなかった。「パルチザンは、一八世紀における宮廷戦争 (Kabinetkrieg) のように比較的軽装備のとりわけ遊撃的な正規軍か、あるいはまさに法の外に置かれて忌み嫌われる犯罪者として位置づけられる。」<sup>(6)</sup>

もっとも、法的に秩序付けられた社会的制度<sup>(7)</sup> という意味における枠づけられた戦争は、ベルリンの政治学者ヘルフリード・ミンクラーが述べているように、「政治的芸術作品」である。<sup>(8)</sup> このような、枠づけられた戦争は、ヴェストファーレン体制に由来し、<sup>(9)</sup> 世界史的に見れば極めて稀なものである。<sup>(10)</sup> そのような困いこみ (Einklemmung) の努力が結実することが期待できるのは、一八一三年四月時点で見られたように、戦争の開始が予断を許さず、あるいは戦争が免れそうにない場合にもなお、伝統的な諸規則を尊重することに<sup>(11)</sup> ついて、戦争当事者に極めて強固な動機をもたらしうることができる。ヴェストファーレン体制下の国際法における規則遵守の見返りは、まずもって全ての国家を原理的に対等な立場に置くこと、すなわち「その対価は主権の承認にあつたのである。」<sup>(11)</sup> 重大な違反行動に出る国家は、ミンクラーの言葉を引き合いに出すならば、「当該国家が持つ対等という報奨を危険にさらすことになる。そしてこの報奨の喪失はあまりに大きな痛手を被るものであるがゆえに、むしろ戦争に敗北し、領土の損失を甘受したほどであった。」<sup>(12)</sup> 加えて、軍事組織の確立も行われた。非戦闘員の保護に関する戦時国際法上の諸規則は、領土を荒廃させることによって敵に経済的損失を与える——ドイツにとっては不幸なことに三十年戦争においてもなお見られた——<sup>(13)</sup> 戦略から、クラウゼヴィッツが述べたように、主要な戦闘を「戦争本来の目的」とする戦略へと移行することになった。そのような戦闘

においては一般市民が駆り出されることはなく、このように彼らが戦争の帰趨に影響を与えないことが、まさに彼らの保護を可能にしたのである。<sup>(14)</sup>

一八一三年において、こうした諸観点は、プロイセン首脳部にとって一時的に目論まれた人民戦争から軍隊による戦争という従来の路線へ回帰するよう促されるほどまでに重要であると考えられていた。ウィーン会議において、古典的な戦時国際法の基本原則が確認された。<sup>(15)</sup>これを基礎として、一九世紀の長きにわたり、戦争遂行に関する一連のさまざまな条約や規則<sup>(16)</sup>が生み出されていった。諸国によってこれらは一般に遵守され、第一次世界大戦中も基本的には引き続き尊重された。<sup>(17)</sup>イギリスの政治学者、メアリー・カルドーの所見によれば、<sup>(18)</sup>これらの条約や規則は、「戦争独自の論理的必然性、すなわちそのエスカレートする傾向ゆえに、技術発展の可能性と連動する形で、常に新たな規模の破壊が行われた状況下では、政治における合理的手段としての戦争という概念を維持するための一つの道具で」あった。そして、二〇世紀に入るとダムは決壊したのである。それはまたバルチザンの絶頂期の到来とも言えるであろう。それは、第二次世界大戦のバルチザン部隊から一九四五年以降の反植民地解放運動、南ベトナム解放民族戦線や赤色クメール、アフガニスタンなどにおけるイスラム兵にまで見ることがができる。(小島秀夫・訳)

- (1) これは、Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten, Berlin 1813, S. 79f. に活字化されている。
- (2) Carl Schmitt, Theorie des Partisanen, Berlin 1963, S. 47.
- (3) 一八一三年四月二二日に出された義勇軍勅令の改正に関する命令は、Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten, Berlin 1813, S. 89ff. に記載されている。
- (4) Grotius, Vom Recht des Krieges und des Friedens, Tübingen 1950, S. 47.
- (5) Carl Schmitt, Theorie des Partisanen, Berlin 1963, S. 16; 類似のものが、Kaldor, Neue und alte Kriege, Frankfurt 2007, S. 43.
- (6) Carl Schmitt (Fn. 4), S. 17.
- (7) この点については、Preuß, Krieg, Verbrechen, Blasphemie, Berlin 2003, S. 28.

『テロリストとその法(権利)』(一)

- (8) Münkler, Der Wandel des Krieges, Weilerswist 2006, S. 60.
- (9) Preuß (Fn. 7), S. 26.
- (10) Schöff/Pankratz, in: dies. (Hrsg.), Asymmetrische Kriegführung—ein neues Phänomen der Internationalen Politik, Baden-Baden 2004, S. 10. 詳細に〈お Kaldor (Fn. 5), S. 34 ff.
- (11) Münkler, Die neuen Kriege, 6. Aufl., Reinbek 2003, S. 119.
- (12) Münkler (Fn. 11), S. 121.
- (13) von Clausewitz, Vom Kriege, Erststadt 2006, S. 155.
- (14) Münkler (Fn. 11), S. 71, 108 f., 148.
- (15) Buß, Der Kombattantenstatus, Bochum 1992, S. 130 ff.; Carl Schmitt (Fn. 2), S. 16.
- (16) とりわけ、戦時における海商規則に関するパリ宣言（一八五六年）、一八六四年のジュネーブ条約、サンクトペテルブルク宣言（一八六八年）、一八九九年および一九〇七年のハーグ平和会議、並びに、一九〇八年のロンドン会議が挙げられる。一九世紀における戦時国際法の人道化については、Greenwood, in: Fleck (Hrsg.), The Handbook of Law in Armed Conflicts, Oxford/New York 1999, S. 17 ff.; ハーグ会議について包括的に取り扱ったものとして、Duffer, Regeln gegen den Krieg?, Frankfurt 1978, を参照。
- (17) Buß (Fn. 15), S. 132.
- (18) (Fn. 5), S. 49 f.