

〔翻 訳〕

シュテファン・シック 「統制的理念としての 敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」*

— ドイツの哲学的刑法論に関する重要文献 (3) —

飯島 暢・川口浩一 (監訳)

山下裕樹・森川智晶 (訳)

目 次

- I. 現実性としての敵刑法
- II. 規範的概念としての敵刑法
- III. 統制的理念としての敵刑法

本論文は、ギュンター・ヤコブス (Günther Jakobs) の論争の対象となっている、敵刑法 (Feindstrafrecht) という概念を検討し、同概念を積極的な形での構成的理念としてではなく統制的理念として解釈することを試みる。この目的のために、まず第一に法的現実性の記述のための手段としてのその記述的機能の観点からこの概念を検討する。それに続けてこの概念を規範的に理解することへの批判を分析する。そして最後に、本稿で提案する統制的理念としてこのコンセプトを解釈することを他の可能な代替案——その中には一貫性には様々なものがあるが——に対して比較衡量する。

ある語または論理的・数学的記号の意味がその使用の規則を通じて構成されることを明確化するために、ヴィトゲンシュタインはかつて次のような比喩を用いた。すなわち、同じものはそれ自体において意味を担っていると主張する者を、チェスの駒を作る際に特に恐ろしい形相に作られた自分のクイーンを置く際に、このクイーンはこんなに醜く恐ろしく見えるので、相手方の駒をチェス盤からすべて追い出してしまうぞ、と言うチェス競技者に譬えたのである。ギュンター・ヤコブスが1985年に導入した敵刑法という概念も、最近では、その敵対者から、それは非常に恐ろしく見えるので、啓蒙期以来の法治国家的獲得物をすべて放逐してしまうものだと主張されている。この概念が本当に「悪魔的

* 私は法学士ペーター・チンガー (Péter Csingár) 氏に、この論文執筆の契機を与えられ、多くの貴重な指摘を受けたことを感謝する。

潜在性 (diabolische Potenz)¹⁾を持っているのか、それともその批判者が同じ駒で異なるゲームを行っている或いは同じゲームを異なる駒で行っているのか、以下の叙述では、ヴィトゲンシュタインの意味において、問題となっている敵刑法という概念の属性的自己記述からそれを用いた操作に視点を向けることによって確認がなされるのである。

I. 現実性としての敵刑法

1. 記 述

法益侵害の前段階における犯罪化に関するその研究において、ヤコブスは、市民的自由刑法の浸食への傾向を診断した²⁾。この広く賛同を得ている分析を、彼は4つの症状を手がかりとして根拠づける。つまり以下の様なものである。

a) 責任原則へと方向付けられた市民刑法から闘争立法への移行は、既に、特定の法律を「闘争法 (Bekämpfungsgesetze)」[これらの法律は一般的には「対策」法と訳されているが、それでは原語の「戦い」というニュアンスが伝わらないため、あえて「闘争」等と訳した：監訳者注]として示す所に見られる。——テロとの戦いのための法律 (BGB1. I 1986, S. 2566), 2002年1月9日施行のテロ闘争法, 性犯罪やその他危険な犯罪行為との戦いのための法律 (BGB1. I 1998, S. 160), 違法な麻薬取引及び組織的犯罪行為のその他の形態との戦いのための法律 (BGB1. I 1992, S. 1302), 重大犯罪との闘争強化に関する欧州司法機構法 (BGB1. I 2004, S. 902), 経済犯罪との戦いのための第一次及び第二次法 (BGB1. I 1976, S. 2034 及び BGB1. I 1986, S. 721) のようなものである。「戦い」そして「闘争」という目的設定は、それによって「基本となる国際的な法律のテキストにおいて」「正規の法概念という性質を認め」られたのであるが³⁾、テロリストや(組織的)犯罪者の処罰によって、手段として、本来の警察的な目的、つまり治安の確立が追求されるということを明らかにするものである⁴⁾。

1) Prantl, Vom rechten Gebrauch der Freiheit, Die diabolische Potenz der Angst Sicherheit durch Krieg und Folter? (<http://www.erich-fromm.de/data/pdf/Prantl,%20H.,%202006.pdf> [28.2.2012], S. 8.

2) Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 を参照。敵刑法に関する文献については, Greco, Feindstrafrecht, 2010, S. 31-47 を参照。

3) Domini in: Vormbaum (Hrsg.), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, S. 279 (S. 284)——強調は原著による。

4) Jakobs, ZStW 117 (2005), 839 を参照。刑法の警察化については, Jakobs, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, S. 167 (S. 172-175) も参照。

b) これらの立法者による特定の言い回しは、一定の立法上のざっくばらんさを示す単なる無思慮なレトリックとして軽視されうるかもしれない⁵⁾。しかしここでは、ヤコブスによると、我々の考えは刑法の実質を見ることで改めさせられる。すなわち、犯罪行為との戦いに関するこれらの規定の特殊性は、——保安監置におけるように——刑罰の執行の後で、行為者を治安の目的のために犯罪者として「他者によって管理させる (fremdverwalten)」⁶⁾ ために、行為原則から乖離することにあるか、もしくは、処罰の早期化 (Vorfeldkriminalisierung) のために——つまり、特に、私的領域において為された実質的な準備の犯罪化、犯罪ないしテロ集団の結成 (刑法129条, 129条 a, 129条b) のようなものであるが——、犯罪行為の前に治安の目的のために処罰することにある。しかしここでは、本来の可罰的な行為はそもそも確認されず、直接的には未遂の段階にすら至っておらず、まさに計画されたにすぎないのである。これに関して逆に、単独犯は、それが直接に行為の実現について着手した (刑法22条, 212条) ときに初めて可罰的となる。国家は、そこに従属する主体の取り扱いを通じて、もはや、まさに市民の自由の保障に資する市民刑法のレベルにとどまっておらず、むしろ自由の領域ではなく法益保護のみを最適化すべき新たな法を構成している⁷⁾。

c) さらに、刑法の浸食は、手続的保障の解体において見受けられる。つまり、このことは、刑事訴訟法81条 a によって許容された強制採血や、刑事訴訟法136条 a 及び基本法104条 1 項 2 文と競合するその他の身体的侵襲において既に始まり⁸⁾、さらに、刑事訴訟法100条 a による許されたテレコミュニケーションの監視、秘匿捜査 (刑事訴訟法100条 c)、隠密捜査の投入 (刑事訴訟法110条) に至り、裁判所規約に関する施行法 (EGGVG) 31条⁹⁾ による特定の未決囚との接見禁止に行きつく。すでに勾留それ自体

5) *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (132). 「現在一般的な刑法立法者のレトリックは、見かけ上周辺部の定まった (randständig) 法律においても『闘争』という好戦的な見出しを断念しないであろうし、刑事訴訟法においても、無罪推定にもかかわらず、臆することなく行為者について語るが、これについては下塗りをするにすぎない。それは思慮深く慎重な言い回しの終結であり、今や伐採されたのである。」

6) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293) を参照。

7) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (756). 「主体のそのような縮小化 (Diminuirung) は、市民刑法と明確に区別される固有の種類別の刑法に属する。つまり、敵刑法は法益保護を最適化させ、市民刑法は自由領域を最適化させるのである。」

8) *Arnold*, HRRS 2006, 303 (309) を参照。

9) 「ある人格の生命、身体ないし自由に対する現在の危険が存在し、特定の事実が、危険がテロ結社に由来しているという疑いを根拠づけ、この危険からの防御のため

は、その際に法益保護に資するにすぎない¹⁰⁾。2001年9月11日以来、このことは戦争を通じた犯罪訴追によって、さらに補充されているといえるだろう¹¹⁾。これら全ての措置は、確かに「法の外側で為されたのではないが、被疑者はその措置において侵害される限りで、それらの法によって排除される。つまり、国家は法律上規定された方法で諸権利を廃棄する。」¹²⁾

d) さて、次のような反論がなされうるだろう。つまり、これらの行為の場合は、抽象的危険犯か、雰囲気保護犯 (Klimaschutzdelikte) ないし早期化された法益の侵害であるということである。第一の場合には、犯罪もしくはテロ集団の結成、ないしは、アルコールの影響下での運転や武器として使えるプロトニウムの私的な貯蔵といったような犯罪の共同計画である。ここでは、立法者は行為を、行為者のその後の意思とは独立して、行為が法益を危険に晒したという程度で客観的に危険なものとして評価している。行為者の心情は、その際何の役割も演じず、むしろ立法者は、まさに個人的で内的な差異を抽象化している。それに対して、上述の行為の場合には、特にテロキャンプでの滞在の処罰に関する法律が示すように、逆である。つまり、特定の能力の習得はそれ自体なお危険なものではないので、立法者は刑法89条aにおいて、心情を処罰の対象にしたのである。

つまりこの行為を、早期化された法益の侵害として処罰するという可能性は残されている。そこで、テロ結社が社会に対して存在が明らかになったということから、それどころか実際に、「曖昧な脅威、つまり潜在的に不安化させる作用」¹³⁾ が出発点とされている。つまり、市民刑法の枠組みにおいて、公共の平和、公共の秩序ないし法的平和という法益が侵害されるということが論拠とされるのである。このような法益の妨害とし

ゝめに、受刑者相互間および弁護人との文書と口頭によるやりとりを含む外界との連絡を遮断することが要請される場合には、それに対応して取り決められた事項がなされうる。」

10) そのように述べるものとして、例えば *Hassemmer*, HRRS 2006, 130 (133). 「刑事訴訟法112条aにおける再犯の危険という勾留理由は既に必要とされず、複雑に解釈する必要もない。それはカインの印を額につけている。つまり、それは犯罪行為の防止という実質法的な目的を遂行し、手続き保障という手続法的な目的を遂行しないのである。」

11) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93) を参照。

12) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296).

13) *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht, Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, 2008, S. 29.

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

て、特に、脅迫 (刑法241条)、犯行の予告 (刑法126条1項) ないし人種間の憎悪へ煽動 (刑法130条, 131条) が処罰されている。いずれにせよ、犯罪の事前準備の「早期化に均衡した刑罰の制限」¹⁴⁾ のみが、この処罰の目的が犯罪の危険性にあるのではなく、公共の安全に対してなされた攻撃を処罰する旨を示し得ることになろう¹⁵⁾。とりわけ刑法129条 a, 129条 b によるテロ集団の結成における (法定刑はいずれにせよ重大な傷害の法定刑に合致する!¹⁶⁾、責任原理の限定機能と相容れない刑罰の高さ、それと結び付けられた手続き上の保障の制限は¹⁷⁾、しかしながら反対に、ここでは公共の安全の侵害を処罰するのではなく、一方で威嚇されるべきであり、他方で特に危険が除去されるべきであることを示している。

2. 解 釈

上記の規定は、ヤコブスによると「規範妥当を維持する刑法、つまり通常は責任刑法と呼ばれるものから、切迫する危険の際の処分法 (Maßnahmenrecht) への移行」¹⁸⁾ を示しており、そこにおいては、責任原理や行為原理は、危殆化を克服するために放棄される¹⁹⁾。しかし、まさにそれによって、その言葉の本来的な意味における刑法であることをやめるのである²⁰⁾。さらに言えば、そのような法は、そこに従属する主体を市民として考慮せず、むしろ保護すべき法益の潜在的もしくは顕在的な敵として考慮するのである。

すなわち、ヤコブスによると、市民として個々人は、まさに、彼の「統制を受けない

14) *Jakobs*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, S. 47 (S. 51).

15) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (94); *ders.*, ZStW 117 (2005), 839 (840) を参照。

16) *Pawlik* (Fn. 13), S. 30 f. 刑法129条 b は、さらに結論において、「『全世界における』公共の平和を保護財へと」高めてしまう。

17) 刑法129条 a は、有罪となる行為のあまり大きくない (mäßig) 不法内容にもかかわらず、人格権への勾留にまで至る勾留理由なしの強力な介入 (刑事訴訟法112条3項) と、勾留中の接見禁止を許容する (裁判所構成法に関する施行法31条以下 [§ 31 ff. EGGVG])。 *Pawlik* (Fn. 13), S. 33 を参照。

18) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295).

19) *Pawlik* (Fn. 13), S. 26 参照。

20) そのように述べるものとして *Hassemer*, HRRS 2006, 130 (136). 「抽象的危殆化の刑法において、刑法にとって重要な不法は消え去り、責任、つまり刑法が応答する行為する人格のその点の可能性 (Dafür-Können) は消滅する。」

権利²¹⁾である「内的市民領域」²²⁾を通じて規定される。市民は、そもそも、彼が国家による介入から守られた私的領域を保持する限りにおいてのみ市民なのである。その内的領域が、刑法上有罪となるような対象となることによって、彼からこれ〔私的領域：訳者記す〕が取り除かれるならば、彼はもはや市民として存在していない。この内的領域は、ホップズにおけるように、思想のみを含むのではなく、衣服や住居や所有物と並んで、合意による社会的なコンタクト全てを含む。つまり、何人も思索に対して罰せられることなし (cogitationis poenam nemo patitur) という命題は、私的領域に対する市民の権利の特別なケースでしかなく、他の人格との合意の上での活動を越えない限りにおいては、生活上の行状 (Lebensführung) も含むのである。外的領域は、合意によらない社会的なコンタクトにおいて初めて始まる。すなわち、この意味において、犯罪を準備するような社会関係も、なお私的な内部領域なのである。

市民刑法については、それが外的行為のみを処罰しなければならず、内部領域を処罰する必要はないということが、上記から推論されなければならない。国家は、それが内面を知っていることを理由としてのみ注目される行為を処罰してはならない。市民は、彼が阻害的に振る舞うときにのみ行為者となりうる。「内面を問うことは、いずれにせよ既に阻害的な外部事情の解釈についてのみ許容される。」²³⁾ さもなくば、それ自体目立たない行為でもって処罰することは、本来的には、解釈手段として、この目立たない行為を初めて目立つ行為にする市民の内面に照準をあてることになる。つまり、行為者の内的思想のように、私的領域における犯罪の準備に関する取り決めは不可罰にとどまるべきである。というのも、取り決めを通じた犯罪の準備に関する知識それ自体は、単独犯の頭の中における犯罪の計画に関する知識と同程度に阻害的でしかないからである²⁴⁾。

さて、しかしながら、行為の処罰を早期化 (Vorverlagerung von Straftaten) すれば、外的に阻害的な態度ではなく、外見上は完全に問題のない行為を犯罪化することになり、

21) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

22) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (755).

23) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (761) — 強調は原著による。

24) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (765) を参照。提携 (Zusammenschluss) は行為者によってはもはやコントロール不可能な「独自の力動性を備えた危険」を含むという反対論証は、全ての行為関与者において責任能力のある人格が重要であるとする限りにおいて説得力がない。Jäger, in: Heinrich u. a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, 2011, S. 71 (S. 82) を参照。

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

そのような行為は、行為者の内面の解釈を通じて、法益に対する危険とみなされる。つまり、実体的な刑法において、刑法30条の場合には、関与の未遂の場合、私的であるという条件のもとでなされる取り決めが犯罪行為として定義づけられ、もしくは刑法129条 a, 129条 b がテロ集団の結成を処罰する時には²⁵⁾、市民はもはや市民ではなく、敵として取り扱われる。なぜならば、それが外的には既に阻害的態度に至らなくても、当該市民から彼の内的領域が取り上げられるからである²⁶⁾。したがって、ヤコブスは、市民の自由領域の確保ではなく、むしろ起こりうる将来の損害の危険からの特定の法益の保全目的に資するそのような規定を「敵刑法的な」²⁷⁾ものとして示したのである。

3. 分 析

市民刑法と敵刑法の混同に関する理論的な基礎を形成しているのは、ヤコブスによれば、法益論と契約論である。

a) 法益論は、特に、刑法を法益の保護のための道具と理解し²⁸⁾、それに応じて、刑罰を法益侵害の制裁として理解する。したがって、法益論は、本来は、刑量の限定による実体刑法の制限を目指す²⁹⁾。つまり、法益ドグマは立法者に、彼がそもそも処罰してもよいものに対する厳格な制限を設定すべきである。特に、単なるタブー、倫理、モラルに対する違反の制裁は、これによれば許容されない³⁰⁾。ただし、この意図は、

25) *Parwlik* (Fn. 13), S. 26 を参照。

26) 形式的な刑法においては、例えば、盗聴は明らかに市民の概念に反する。*Jakobs*, HRRS 2006, 289 (296) を参照。

27) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295)。

28) ロクシン (Roxin) が法益として定義しているのは、「個々人の自由な発展や、その基本権の実現と、この目的表象に基づく国家的システムが機能していくことについて」必要な「所与の事柄 (Gegebenheiten) や目的設定」である。*Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 2.

29) 「刑罰を法益保護として」構想したリスト (Franz von Liszt) からすれば、ヘーゲル (Hegel) やカント (Kant) とは反対に、「目的思想の支配こそが、以前の時代の残酷な刑罰に対して個人的な自由を確実な刑で保護するものである。」*v. Liszt*, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Bd. 1, 1970, S. 126 (S. 161) を参照。これに関してはまた *Schünemann*, in: *Vormbaum* (Fn. 3), S. 11 も参照。

30) 性刑法の改正の枠組みにおいて、性的自己決定に違反しない「風俗犯罪 (Sittlichkeitsdelikte)」は刑法から除去された (但し、近親相姦の禁止は例外である)。

ヤコブスによれば、それとは反対のものへと転じたのである。なぜならば、法益の保護という目的のために、刑法は「際限なく」拡大するからである³¹⁾。すなわち、法益に対する危険として示されうるものが、犯罪化されるのである。法益に対する潜在的損害は既遂時期の前倒しを根拠づけ、それによって、「危険の開始が潜在的に制限なく前倒しされうる」³²⁾ ような処罰の早期化を根拠づける。行為者は、「危険源、言い換えれば、法益の敵でしか」³³⁾ ない。つまり、市民刑法という名の下で、法益論は、その帰結において、全ての犯罪行為者を法益の敵として取り扱うように差し迫ってくるのであり、市民の法というコートをもとった敵刑法となるのである。つまり、法益論の論者達は、確かに全ての犯罪者を市民として表示するが、しかしながら、このことを名目の上でのみ行なうのである。というのも、彼らは、市民と敵の違いが無いことに基づき、異なった領域から成る規定を混合しているからである。

b) 特にルソー (Rousseau) やフィヒテ (Fichte) の契約論は、それに対して、全ての犯罪者を敵として宣言するという傾向を持つ。つまり、犯罪は、社会契約の解約を意味するのである。したがって、ルソーやフィヒテは、全ての犯罪者を敵として宣言し、彼らの市民としての地位を否認する。犯罪者は、社会の構成員の間で結ばれた契約を、犯罪において、無効であるとして宣告したのであるから、彼はもはや、その利益を受けることは許されず、他者と共に、もはや法関係において生活することはできない。このようにルソーは、社会的な法を侵害した者を敵としたのである³⁴⁾。フィヒテにとっては、それゆえ、犯罪者の処刑は刑罰ではなく、むしろ保安手段なのである。

c) ホッブズ (Hobbes) の反逆者という人格における敵と市民としての犯罪者の区別や、通常の犯罪者にその人格的地位を残し、原理的な逸脱者のみを敵とするカント (Kant) に倣い³⁵⁾、ヤコブスは、犯罪者は引き続き、権利や義務の担い手として法にと

31) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

32) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

33) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (753).

34) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (89) を参照。

35) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293); *ders.*, HRRS 2004, 88 (90) を参照。カントにおいて、原理的な逸脱者 (自らを自然状態から国家的な状態へと向かわせようとしないう者) が敵となるということを、ヤコブスは特に『永遠平和のために』に関する註釈から導き出す (*Kant*, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. 8. S. 349)。教化不能の犯罪者やテロリストは、その者が一つのもしくは複数の基本となる規範を、その者の行為におい

どまらなければならないと論証する。犯罪者は同時に、自らを補償を通じて社会と新たに和解させる権利と義務を有する。したがって、「法益の敵としての行為者の定義」に対して、ヤコブスは「市民としての行為者の定義」³⁶⁾を対置させる。

市民刑法は、危険闘争に資するのではなく、市民が自らを方向づけるべき規範妥当の維持に資するのである³⁷⁾。犯罪とは財侵害ではなく、「法・権利性 (Rechtlichkeit) の侵害」である³⁸⁾。すなわち、市民の犯罪行為が意味するのは、「規範の否認 (Desavouierung), その妥当性の侵害」である³⁹⁾。その際、犯罪は社会の規範化を解消するのではなく、苛立たせるにすぎない⁴⁰⁾。刑罰は、犯罪者の行為の格率 (Handlungsmaxime) を、標準的なものでないと宣言することによって、規範に違反する行為において表現される主張が基準とはならないことを示し、規範が変更なく引き続き妥当することを確定する⁴¹⁾。規範の社会的妥当は、この規範に行為者の処罰を通じて妥当性が付与される限りにおいて、犯罪者を通じては無効となることはない。その現

ゝて承認していないので、ヤコブスによれば、再び、そこで描かれた自然状態へと後退する。この状態は、カントにとっては敵を伴う状態であり、その際、彼が『人倫の形而上学』において (Kant, in: Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften [Hrsg.], Kant's gesammelte Schriften, Bd. 6. S. 349 f.) 述べたことは、敵は常に「不正な敵」であり、したがって、その者に対しては、自らのものを主張するために、「全ての許容される手段」を用いてもよいということである。ヤコブスの解釈は、その限りにおいて、確かに無理があるが (なぜなら、カントにおいては、むしろ国家間の関係が重要であり、国家の個人に対する関係が重要ではないからである)、原則的には誤っていない。

36) Jakobs, ZStW 97 (1985), 751 (753).

37) Jakobs, HRRS 2004, 88 (90) によれば「市民刑法は規範妥当を維持し、敵刑法は [……] 危険と戦う」。これに反対するものとしては、Schünemann (Fn. 29), S. 17 があり、刑法は規範妥当の維持に資するのではなく、規範は単に法益の維持という目的のための手段にすぎないとする。

38) Jakobs (Fn. 14), S. 49 を参照。Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 97 = ders., in: Moldenhauer (Hrsg.), Werke, Bd. 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1970, S. 185 における「法としての法の侵害」という表現を参照。

39) Jakobs, HRRS 2004, 88.

40) Jakobs, HRRS 2004, 88 (91).

41) ヘーゲルにより次のように述べられている。刑罰は法の否定の否定であり、法の妥当性 (Gültigkeit) を示す。Hegel (Fn. 38 — Grundlinien), § 97 = ders., (Fn. 38 — Werke 7), S. 185 f. を参照。

実性は、刑法上の異議において「抗事実に (kontrafaktisch) 貫徹」されるのであり⁴²⁾、(潜在的) 行為者に対しても (潜在的) 被害者に対しても、それが方向づけを導く機能を保持しうるのである⁴³⁾。つまり、行為と刑罰は「象徴的相互作用の手段」⁴⁴⁾であり、それらは何かしらのことを意味するものである。したがって、ヤコブスの意味における刑罰は、コミュニケーション的なプロセスの要素である。規範侵害に対する異議及びそれによる抗事実に規範確証として、刑罰は「規範侵害の意味における犯行のマージナル化 (Marginalisierung)」⁴⁵⁾を意味するのである。その者の犯行に異議が唱えられる限りにおいて、犯罪者は人格として承認されている。「犯罪者は、法における人格にとどまるのである。」⁴⁶⁾

ただし、この市民の法・権利性の条件は、同時にその限界を示す⁴⁷⁾。というのも、刑罰は、何らかの精神的な事柄、つまり威嚇 (消極的一般予防) や、何らかの身体的な事柄、つまり安全 (消極的特別予防) を意味するだけでなく、むしろ同時に引き起こすからである。この作用を刑罰は強制を通じて達成しようとする。この強制は犯罪者を脱人格化 (depersonalisieren) する⁴⁸⁾。刑罰が、特にこの作用を目的とするならば、そこでは、犯罪者は人格として承認されないだろう。既にヘーゲル (Hegel) は、周知の通り、消極的に予防的な刑法に対して、そこにおいては、人間は、規範的な要求がなされ、洞察に基づく承認を期待しうるような人格として取り扱われず、むしろ、杖を振りかざされる犬のように取り扱われている⁴⁹⁾と異議を唱えていたのであり、保安監置 (刑法66条, 66条 a, 66条 b) においては、「重大な犯罪行為への傾向」(刑法66条1項4文) を伴う犯罪者は、明らかに、保安の対象としなければならない危険や敵のように取り扱われているのである。

d) この点についてまで——哲学的な付随論点は度外視して——ヤコブスは広く賛

42) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (291).

43) *Jakobs*, ZStW 107 (1995), 843 (844). 「刑法はコミュニケーションのレベルで、異常な規範妥当をまさに常に再び確立させる。」

44) *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

45) *Jakobs* (Fn. 14), S. 49.

46) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (292).

47) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289) を参照。

48) *Jakobs* (Fn. 4), S. 169. 「強制は強制された者を脱人格化し、それ以外の全ての他者を美化することになる。」

49) *Hegel* (Fn. 38 — Werke 7), S. 190.

同を得ている。今や問題であるのは、彼が一定の諸状況においては、敵である国家主体として取り扱うこと、すなわち、明白な形で総じてもしくは部分的に共同体的な法則に基づく状態へと自らを向かわせず、それによって国家の規範妥当を永続的な形で脅かす者を、敵として取り扱うことを必要とみなしていることである。社会の構成員が、規範によって自らを方向づけようようになるために規範は理論上妥当しているだけではなく現実的な形で遵守されなければならない⁵⁰⁾。規範妥当への予期の違背があまりにも多い場合には、それは市民に対して、もはや方向づけを果たさないだろう。したがって、法秩序は少なくとも、通常事例においては貫徹されなければならない。規範妥当のように、犯罪者の規範忠誠も一定の認知的な最小限の確証を必要とするが⁵¹⁾、それは全ての者によって果たされるものではない⁵²⁾。自らが生活する社会の規範を承認するという上の認知的な保障を——例えば、重大な法違反 (Rechtsbrüche) を繰り返すことを通じて——拒む者を、法がもはや市民として、つまり自らを規範によって方向づける理性的な人格として取り扱う必要はなく、むしろ、少なくとも部分的には、危険な敵として取り扱うのである。刑罰はその場合、敵に対するリアクションとなり、敵が危険なものとなりうる際のあらゆる手段を奪うのである⁵³⁾。市民との関係で国家に課せられる一定の拘束、とりわけ、「単なる準備ではなく外在化された行為に対してのみ反応すること」⁵⁴⁾は、この場合には不適切となる。この「敵刑法の醜い形態」⁵⁵⁾は、ヤコブスによれば、市民の人格的な行為に関する認知的な最小限の保障を果たさず、外見上継続的に、もしくは決定的に法から逸脱した諸個人が存在する限りにおいて、完全に解決されない (テロリストはその中の、秩序それ自体を否定する極端な事例にすぎない)。一定の観点においては、自然状態へと後退することになろう。なぜならば、犯罪者は規範

50) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (841) を参照。

51) *Jakobs*, HRRS 2004, 99 (91) を参照。また、*Jakobs* (Fn. 14), S. 51 も見よ。「人格として取り扱われようとする者は、彼が人格として振る舞おうとすることに対する一定の認知的な保障を、その者自身で与えなければならない。」

52) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (91) を参照。

53) ヤコブスは挑発的な言葉で、次のように述べている。つまり、敵刑法は、それが人格として取り扱いえない者を「抹殺する (kaltstellen)」ものでなければならない。*Jakobs* (Fn. 14), S. 53 を参照。

54) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92)。

55) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (290)。敵刑法について、「今日において明白な代替」は存在し「ない」。*Jakobs* (Fn. 14), S. 53 を参照。

を事実上全く承認していないからである。したがって、犯罪者のパースペクティブからすれば、彼に対して法は生じておらず、むしろ、いかなる規範が実際に妥当するのかが勝者が決定する戦争の形が支配しているのである⁵⁶⁾。それゆえ、二つの法の理念型が存在する。つまり、「市民刑法は全ての者の法であり、敵刑法は敵に立ち向かう者の法であって、敵に対して、それは、[極端な場合には——訳者記す]戦争に至るまでの身体的な強制にすぎない。』⁵⁷⁾

e) ヤコブスは、刑法を二種類に明確に概念上区別することに賛成する。つまり、通常の犯罪者の場合、刑罰は異議であり、強制的な形で取り立てられる損害賠償の一種であるが、敵の場合には、それは保安である⁵⁸⁾。したがって、市民に対しては、所為の実行、もしくは直接的に着手されたその未遂が待たなければならないが、これに対して、敵に対しては、単なる保安上の理由から、身体的な強制が行使される。この概念上の区分から生じることは、市民である犯罪者を引き続き法人格として取り扱うために、敵刑法を「敵に対する闘争法」⁵⁹⁾として、市民刑法から除外するということである。全ての犯罪者が「法秩序の原理的な敵対者」ではないので、「そうこうするうちに殆ど見通すことのできなくなっている敵刑法的な筋書き (Stränge) や断片 (Partikeln) の一般的刑法への導入は、法治国家の視点からは害悪」⁶⁰⁾である。忍び寄る市民刑法の汚染と市民への敵刑法の不必要な適用は、回避されるべきなのである⁶¹⁾。(山下裕樹 訳)

56) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (92) を参照。このような犯罪者については、場合によっては、アリストテレス (Aristoteles) におけるアコラスト (Akolastos) や、トマス・アクィナス (Thomas v. Aquin) による不道徳から行動する者と比較することが最も容易であるかもしれない。つまり、この者は、道德の特定の原理を承認せず、その限りにおいて教化不可能であり、アクラテス (Akrates) や、一つのケースにおいては、確かに諸原理を承認しているが、意思の弱さから、それに従って行動せず、また他のケースにおいては、原理や行為の事情を (有責的に、もしくは責任なく) 知らなかった無知な者とは対照的なのである。

57) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (90)。——強調は原著による。

58) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (844) を参照。

59) *Jakobs* (Fn. 14), S. 54.

60) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (93).

61) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (295)。 「テロリスト——原理的な敵対者——にとっては適切であるかもしれないこと、まさに危険の大きさに着目し、実現された規範妥当の損害に着目しないことは、ここでは、ある犯罪者、例えば単純な強盗によるあらゆる計画立案のケースへと転用される。そのような不必要な敵刑法は害悪であり、必要なものではない。」 (強調は原著による)

II. 規範的概念としての敵刑法

以下で行う、特に敵刑法を規範的に理解することに関する批判の分析は、一方でその構想の概念的な先鋭化に資することになり、他方で統制的概念としてのその正当性に関する問いへの答えを用意することになる。それゆえ敵刑法の実際上の効果に関する考察には触れずにおく⁶²⁾。

1. 敵刑法と国家社会主義的思想の所産との精神的な近似性

論拠：ヤコブスの敵刑法の構想はそれ自体において矛盾のある、実践不可能または全くナンセンスなものとしてだけではなく、その反対者の幾人からは道徳的に非難すべきものとして批判されている⁶³⁾。それゆえ、多くの批判者達はヤコブスを「精神的な放火者」⁶⁴⁾であると呼ぶ。つまり彼の敵刑法は全体主義的思想の表れであるとする⁶⁵⁾。少なくない数の論者によって、ヤコ布斯（並びに彼の弟子であるパヴリック）は、国家社会主義的思想の所産と接近させられている⁶⁶⁾。歴史的にヤコブスの敵概念に相応しているのは、メツガー (Mezger) の「共同体外の者 (Gemeinschaftsfremden)」, 「反社会的」および「生きる価値のない生命」⁶⁷⁾ の概念である。普通の、再社会化可能な犯罪者とテロリストとの対置は、「歴史を承知している法律家」にとっては、ナチスによって展開された行為者類型論を想起させるものである⁶⁸⁾。そしてもちろん、敵という言葉い

62) そのような経験的論拠は、敵刑法にとって絶対的なのではなく、「専ら偶然的な障害」でしかないであろう。Greco (Fn. 2), S. 40 を参照。

63) ヤコ布斯とパヴリックのテロリストと刑法に関する理論は、ヴァルター (Walter) によると「間違っているだけでなく、危険である」(Walter, Süddeutsche Zeitung v. 22. 4. 2008, S. 14 を参照)。

64) Sauer, NJW 2005, 1703 (1705). Schünemann, (Fn. 29), S. 17 を参照。

65) González Cussac, Feindstrafrecht, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, 2007, S. 1 を参照。

66) Ambos, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 345 (S. 372) を参照。

67) González Cussac, (Fn. 65), S. 10 f.

68) Walter, Süddeutsche Zeitung v. 22. 4. 2008, S. 14. デュクス (Düx) はヤコブスの論文を、「国家社会主義以降のドイツでの学問的論争においては」(Düx, ZRP 2003, 189 [194]) もはや可能であるとは評価されえないであろう程にシニカルで全体主義的なものであると特徴づけた。これについては Cavaliere, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 315 も見よ。

方は「カール・シュミット (Carl Schmitt) の政治的なものの概念との精神的な共通性という懸念」⁶⁹⁾を生じさせるのである。ヤコブス自身が彼の「敵」というカテゴリーの使用とシュミットのそれとの実質的な近似性に反論していることは、数名の批判者達にとって妨げになっていない⁷⁰⁾。これに対してパヴリックは、「概念の保持という自己の要求のためにはシュミット、つまり第三帝国の桂冠法律家の概念を持ち出すことすら構わない」⁷¹⁾という。

分析：もっとも有効な論証をなしうるために、批判者達が「国家社会主義」という評語を使うことは、以下の理由から不十分なものでしかない。

- a) ヤコブスは決して人種イデオロギー的な立場で論証を行っていない⁷²⁾。シュミットの反ユダヤ主義的言明⁷³⁾ または「民族の生活権」⁷⁴⁾を保護する総統に対するシュミットの陶醉への賛同を、ヤコブスに見い出そうとしても無駄である。
- b) ヤコブスを、危険な常習犯罪者に対する法律および保安改善処分に関する法律 (RGGI, I 1993, S. 995) の伝統の中に置くことは、全く不合理である。たしかに保安監置のような規定はこの伝統の中にある、ただしヤコブスはそのような規定の妥当を差し当たり確認するのみであって問題提起を行っているが、しかし彼はその導入を要求していない。したがって、むしろ問題があるのは、おそらくこのような治

69) *Bung*, in: Uwer (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindrechtsstaat*, 2006, S. 249 (S. 250).

70) *Uwer*, in: Uwer (Fn. 69), S. 37 (S. 42). 「ヤコブスはどこにもカール・シュミットを引用していないが、至るところで彼が現れている。」

71) *Walter*, *Süddeutsche Zeitung* v. 22. 4. 2008, S. 14. もっとも、「第三帝国の桂冠法律家」というヴァルデマー・グリアン (Waldemar Gurian) の表現は完全に妥当であるのかは、議論の余地がある。少なくともナチスは、シュミット自身とは異なり、彼によって正当化される点に特に関心を有していたわけではない。シュミットが自己の弁明において示唆したように、しかも彼自身および彼の思想は、„Schwarzen Korps“ [ナチス親衛隊の機関紙：訳者記す] において評判を落としめられていた。*Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Carl Schmitt — Antworten in Nürnberg*, 2000, S. 65 を参照。しかしこのことは逆に、シュミットがその後自らを演出したように、彼が「知的冒険」のみをしたということを意味するものではない ([a.a.O.], S. 60)。

72) *Greco* (Fn. 2), S. 27-30.

73) そのように解するものとして、たとえば *Schmitt*, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, 1982, S. 18 und 109.

74) *Schmitt*, in: Quaritsch (Hrsg.), *Positionen und Begriffe Carl Schmitts*, 3. Aufl. 1994, S. 227 (S. 229).

安法規が今日なお刑法典の一部であるという事実である。なぜなら、まさにこのような刑法典と治安法規の混同——それらの厳格な選別をヤコブスは要求している——を正当化しようと試みたのが、ナチスの法学上のイデオログ達だったからである⁷⁵⁾。

- c) たしかに敵刑法は行為者刑法であるが、これは行為者類型論と同一ではない。たとえばシュミットは、まさしく彼の「法と立法のための国家社会主義的な手引き書」の中で表された「法治国家」という論稿において、行為者刑法と行為刑法の二つをリベラルな法治国家の規範主義的思想に位置づけており、これと国家社会主義的刑法を区別している⁷⁶⁾。
- d) 「敵」または「例外」という構想を要求することは、その発案者が道徳的に不快な人物であったことだけで疑わしくなるわけではない。ある構想は適当であるか適当でないかであって、それ自体不道徳なわけではない。シュミットの国家社会主義への接近が、敵と例外状態という彼の概念の中にすでに含まれていることは、まさしく直接的に自明というわけではない。このことは、積極的な形でシュミットの哲学に影響を受けた人々がいるという事実を示すだけで十分である。さもなければ、アレクサンドル・コジェーヴ (Alexandre Kojève) またはユダヤ人哲学者であると同時にシュミットへの書簡の中で自らを「中心的なユダヤ人」⁷⁷⁾として、それゆえシュミットの生来の仇敵として特徴づけたユダヤ法学者ヤーコプ・タウベス (Jakob Taubes) についても「全体的思想であるという疑い」⁷⁸⁾を持たなければな

75) それゆえエルンスト・シェーファー (Ernst Schäfer) は以下のことを「ドイツ刑法の発展における転換期」とみなした。Schäfer, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935, S. 1366 を参照。それは、上述の法律によって「法違反者」に対する治安が「前面に押し出され、法違反者に対して利用可能な刑法という手段の領域が著しく拡大される」([a.a.O.], S. 1367) ということである。彼がまだワイマール時代には要求していた保安法と刑法の区別を、フリードリッヒ・エトカー (Friedrich Oetker) はその後の国家社会主義時代にはもはや必要ではなく、両形態を結び付けることを国家社会主義的な法によって正当化されるものとみなした。Oetker, in: Frank (a.a.O.), S. 1319 (S. 1364) を参照。その際、彼は犯罪者を法益の敵と規定し、刑罰が「応報をそれ自身のためではなく、国家の権威を維持するために法益保護を目的として」行うことを、刑罰の国家社会主義的な解釈であるとみなした。Oetker (a.a.O.), S. 1322.

76) Schmitt, in: Frank (Fn. 75), S. 24 (S. 31 f.).

77) Taubes, Ad Carl Schmitt, Gegenstrebige Fügung, 1987, S. 39.

78) Hörnle, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 85 (S. 100).

らず、国家社会主義との「精神的な共通性」を非難しなければならなくなってしまう。

2. 敵刑法の不要性

論拠：たとえ敵刑法の構想が、すでにそれ自体としては非難されるべきものでないとしても、しかしながらその実現は、国家はそれがなくともすでに堅固なのであるから、不要である。なぜなら、刑法はテロリストと組織犯罪に対してはすでに検証済みの対抗手段を持っているからである⁷⁹⁾。

分析：この論拠は、それが抗事実的であるため、不十分なものである。というのもヤコブスによると、このように防御を固めた国家はまさしくすでに敵刑法的要素をその刑法の中に組み込んでおり、当該要素を専らそのようなものとして特徴づけていないにすぎないためである。それゆえ大抵の論者達は、刑法が益々安全の利益によって支配される危険防御法の性質を取り込んでいるという点では、ヤコブスと見解が一致している⁸⁰⁾。刑法がこのような要素なくして同じ様に堅固なものであろうか否かは、その限りにおいて仮定的な憶測にとどまる。そしてこのような要素の拡大を、ヤコブスはそもそも擁護していない。

3. 記述と規範性の混同

論拠：ヤコブスの、自らの叙述は記述的であり⁸¹⁾、その限りで法が誰を敵として取り扱うべきかではなく、法が誰を敵として取り扱い、そしてこのことから将来に何が生じるのかを規定している⁸²⁾ という主張とは逆に、ヤコブスは最近の著作物において、もはや記述的、またはさらにいえば単に批判的—告発的ではなく、規範的に当該の概念を用いている。まさに「ショッキングな思想」にみられるこのような曖昧さによって、彼は自らに免疫を与えている。なぜならヤコブスがすでに正当化しているのか、それとも未だ記述しているのかが、わからないからである⁸³⁾。このことは、彼が「ヘーゲリ

79) *Walter*, *Süddeutsche Zeitung* v. 22. 4. 2008, S. 14.

80) *Hassemer*, *HRRS* 2006, 130 (138). 「現代の刑法は、危険防御法に変化しつつある。そのディスクルスは安全の確立と維持に関する利益によって支配されている。」

81) *Jakobs*, *HRRS* 2006, 289 (290) を参照。

82) *Jakobs*, *HRRS* 2006, 289 (289) を参照。

83) *Greco* (Fn. 2), S. 19. カヴァリーレ (*Cavaliere*) は「記述的なものの」単なる「見せかけ」と主張する。*Cavaliere* (Fn. 68), S. 323 を参照。

アーナー、すなわち全体論者 (Holist)⁸⁴⁾ である点に基づいており、それゆえ彼の構想では記述と規範性の間が精確に区別されえないのである。

分析：初めに、このような主張に対していえるのは、ヤコブスは問題なく確実な形でヘーゲリアーナーとしては表示されえない、ということである。しかし本来的には、ヘーゲルもヤコブスも、単に事実的な現実性と理性あるいは規範性の間の相違を認識している。まさにそれゆえ、ヤコブスは、現実的な方向づけを与えない規範に関する単に当為とされるべき妥当と、現実に承認される規範の間を区別している。とりわけヘーゲルにとって、法とは、理性的な事柄に現実性がもたらされるべき領域、または当為に存在がもたらされるべき領域である。すなわち、カントの「悪巧みや暴力が指図する邪悪な道をすべて断ち切るところの法の原則」⁸⁵⁾、すなわち正義はなされよそして世界は滅びよ (fiat iustitia pereat mundus) を、ヘーゲルからすれば、単なる、「空虚な言葉」⁸⁶⁾ とすることは不当ではない。

したがって、たしかに敵刑法的要素の全くない理想的な法治国家が望ましいものであるが、所与の諸状況下では実現不可能であろうし、そもそも法の妥当を保障しえないならば⁸⁷⁾、そのような法治国家はまさに理想的な法治国家の概念に矛盾するであろう。そのような法治国家は、単なる当為の領域において——そしてこの点でヤコブスとヘーゲルの見解が一致しているのは確かである——せいぜいのところ、それを現実から離れたところで観察し、それによって自己の個人的な魂を形成しうる哲学者にとって現実的なものでしかないであろう。その限りにおいて、規範と規範の現実性の諸条件は法学者にとってもラディカルに分離されえない事柄となる。なぜなら、現実的であることは規範に属するからである。そして逆にこのことから、自ら自身を維持するためにありとあらゆる手段を用いる法秩序というものは、形容矛盾になるといえよう。すなわち、その法秩序は法秩序であることをやめてしまうのである⁸⁸⁾。それゆえ、法規範の現実的妥当の諸条件の形式的な記述は、完全に法理論に属するものであるが、これに対して具体

84) *Saliger*, in *Vormbaum* (Fn. 3), S. 203 (S. 204).

85) *Kant* (Fn. 35—Zum ewigen Frieden), S. 378 f.

86) *Hegel* (Fn. 38—Werke 7), S. 240.

87) *Jakobs*, *ZStW* 117 (2005), 839 (847).

88) 「仮借のない刑罰によって貫徹される専制的な秩序」は規範的な秩序ではなく、暴力による統治である。*Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft*, 2. Aufl. 1999, S. 54 を参照。したがって全体主義的な諸国家は人格的秩序を基礎づけるのではなく、個人を制御する道具だけを発展させる。*Jakobs* (a.a.O.), S. 77 を参照。

的諸条件の内容の確定は、法学的ではなく、政治的な問いである。

4. 例外法としての敵刑法

論拠：例外法の一つとしての敵刑法は、法治国家と矛盾する、介入の予測しえない諸帰結を正当化する⁸⁹⁾。敵刑法を語ることで明らかとなる「予期された例外状態への知的な快樂」⁹⁰⁾は例外状態を日常化させ、通常化させる。そのような快樂が法の限界で満足するのではなく、その限界をドグマ化にしようとする限りで、それは「頭脳明晰な精神錯乱者カール・シュミット」⁹¹⁾を想起させるものである。

分析：この論拠は、ヤコブスが例外を要求するのではなく、所与の法律を法の例外として確認して、その諸帰結を分析している点を見逃している⁹²⁾。しかし様々な例外が必要とされるのであれば、それは少なくとも法的に制約されるべきであろう。このような制約の条件は、例外として、すなわち市民刑法の例外としてそれを表示することである。例外をそのようなものとして表示しないならば、例外は消失せず、むしろそれがまさしく後に原則となる。「不完全な法治国家はイデオロギー的な語用によって完全なものとして表される」⁹³⁾。このような例外の通常化は、せいぜいのところ危険からの防御のために危険な個人に適用されるべき、すでに現在効力を有している諸規定が全市民に適用される点に特に示されることになる。

89) *Saliger* (Fn. 84), S. 218 f. 「それは全体主義的な傾向ですらある。なぜなら敵刑法によって予測できない干渉の諸帰結を伴う例外の法が、問題とされないうままサロンで論ずるのにふさわしい (*salonfähig*) ものとされるためである。その限りで、そのような例外法を法治国家でそもそも認めることができるか否かは、もはや争点にならない。例外法の存在がむしろ前提とされ、その諸権能の種類と範囲について問うことのみが許されてしまっている。」

90) *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (423).

91) *Di Fabio*, NJW 2008, 421 (424) — 強調は原著による。

92) たとえば彼は、2006年に憲法違反とされた、無関係の第三者が搭乗する飛行機であってもテロリストによる攻撃の場合にはその撃墜を許容する航空安全法第14条第3項を念頭に置いて、以下のことを確認している。すなわち、そのような「システムを突き破る形での」無辜の市民の権利の剥奪および脱人格化を実行する政治は、例外状態の惹起者がテロリストである場合には、「必要性の」範囲内でおそらくいかなるタブーも自己に課さないであろう。*Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (848) を参照。

93) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (851).

シュミットにとっては主権者が例外状態を決定し、その限りでこの決定は主権によって正当化されるが、適法である必要はないという点において、シュミットとの比較は誤りである⁹⁴⁾。例外状態を合法性のシステムに受容し、そのことによって最終的にそれを骨抜きにしようとする者からすれば、シュミットをほとんど引き合いに出すことはできない⁹⁵⁾。これとは反対に、ヤコブスは法律上の手続きを要請している⁹⁶⁾。敵刑法は法である。なぜならそれは国家、その機関及び諸制度を、犯罪者との関わり合いにおいて拘束するからである⁹⁷⁾。加えて、ヤコブスは、通常状態を例外状態から規定しているわけではなく、その逆なのである⁹⁸⁾。

5. 敵刑法による脱人格化

論拠：ヤコブスの構想は、全ての人間に人間であることによって人格の地位を与えるとする啓蒙思想からの後退を表すものである。これに対して敵刑法は人間を人格としてではなく、特定の種類の犯罪行為と闘うために、刑法による脱人格化が許される危険な個人として取り扱う⁹⁹⁾。なぜなら、法律の違反を予防するために合目的性の観点の下でのみ取り使われる犯罪者は、もはや人格ではなく、単に物以上のものとして認められるにすぎないからである¹⁰⁰⁾。さらにヤコブスの「義務の：訳者記す」履行に依存した (leistungsabhängig) 人格概念は全体主義化されたものであり、人間の尊厳の理念と衝

94) なぜなら例外状態を決定する主権者は、「通常妥当する法秩序の外に存在するが、それでもそれに属する。なぜならその者は、憲法が全体として停止されうるか否かの決定に関して管轄を有するためである。」 *Schmitt, Politische Theologie*, 9. Aufl. 2009, S. 14 を参照。

95) *Schmitt* (Fn. 94), S. 13 を参照。「なぜなら、通常妥当する法命題が記述するような、一般的な規範は、絶対的な例外を決して把握することができず、それゆえに真正の例外が認められるという決定を余すところなく基礎づけることもできないからである。」

96) 敵刑法は法であり続ける。なぜなら、問題となるのは「自然的—情動的な行為ではなく、規則によって導かれた行為」だからである。*Jakobs, HRRS 2004*, 88 を参照。また *Jakobs* (Fn. 14), S. 53 も参照。

97) これに反対するものとして *Schmitt* (Fn. 74), S. 228. むしろ主権者が法を創造する。「総統が、危険が存在する時に自己の総統の地位に基いて、最高の裁判権の所有者として直接的に法を創造する場合、総統は法を最悪の濫用から保護する。」

98) 異なる見解として *Schmitt* (Fn. 94), S. 13.

99) *Crespo*, in: (Fn. 2), S. 385 (S. 393) を参照。

100) *Greco* (Fn. 2), S. 52 を参照。

突する¹⁰¹⁾。敵でないことの挙証責任は全く市民に期待されるものではない¹⁰²⁾。なぜなら、基本法は全ての人間に、失われることのない人格の地位を与えているからである¹⁰³⁾。

分析：実際、ヤコブスは「[義務の：訳者記す] 履行に依存した人格モデル」を主張している。すなわち「人格の地位は、良い振舞いによって認められなければならない。」¹⁰⁴⁾しかし、ここで、まさしくヤコブスの人格の構想を検討しなければならない。彼はカントに依拠して、因果律に服し、快と不快によって規定される自然存在（現象人）としての個人を、規範的な基準に従って自己を自由に規定しうる理性存在（本体人）としての人格と区別している¹⁰⁵⁾。同時に人格であることは、ヤコブスにとって、社会における間主観的な相互承認によってのみ可能となる属性である。それゆえに人格であることとは、義務を認めて受け入れることである。諸人格には当為が、諸人格が当為に従いうることへの信頼の下で、向けられる¹⁰⁶⁾。

したがって人格であることは規範的な構成物である。つまりそれは法適合的態度への他の諸人格による期待である。すなわち、即自的には十分に全ての人間は人格であり、それゆえ全ての人間には、人間であることによって義務の履行が可能である。しかし即自的にのみ、つまり可能性としては人格ではあるが、現実的には他者にとっては人格ではない者、すなわちその者について原則として法忠誠が期待されうるように振る舞わない者は、他人によって人格として承認されるという要求を掲げることでもできなくなる。それゆえに人格として承認されることは、常にそのようなものとして承認されることを欲する者の持参債務でもある。その者は、彼が快と不快に基づくのみならず、規範的な諸要求に基づいて行動することを認知的に補強しなければならない。さもなければ、何

101) Hassemer, HRRS, 130 (138) を参照。

102) Saliger (Fn. 84), S. 217. 「このような、安全の問題に関する市民の共同管轄は、信頼できる法忠誠という拡散性がある故に全体主義的である持参債務において、誤った行為の際に排除されるという帰結を伴う形で放棄されてしまう。市民はもはや国家に対して可罰的な行為の不作为だけを負うのではない。市民は、危険源として排除されないようにするために、——それをはるかに超える形で——信頼のできる法忠誠を表さなければならない。」

103) Neumann, in: Uwer (Fn. 69), S. 299 (S. 313) を参照。

104) Neumann (Fn. 103), S. 310.

105) Kant (Fn. 35 Methaphysik der Sitten), S. 239-242 を参照。

106) Jakobs, ZStW 107 (1995), 843 (866). 人格であることは他人に対する役割を果たすことであり、最も一般的な役割は法の尊重である。

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

らかのことをその者に要求することは、全く無意味である。市民は、その者が通常「少なくとも一定の程度で信頼できる法忠誠」¹⁰⁷⁾を示すことによって、この持参債務を履行する。

しかし、法における人格は、義務の担い手としての承認だけでなく、権利の担い手としての承認を通じて特徴づけられている。したがって、特定の個人から基本的な権利を剥奪する者は、たしかにこの者を引き続き名目上人格ととして語ってはいるが、その者を人格として取り使わず、そのことによって、その者をそのようなものとして承認しないということを示す。すなわち人格は、たとえば刑罰が犯罪者の危険性に対する保安のための手段にすぎない場合には、現実にはそのようなものとして承認されないのである。この意味において、大抵の論者は名目上でのみ失われることのない人格の地位を支持するにすぎないのである¹⁰⁸⁾。

6. 人権の否定としての敵刑法

論拠：ヤコブスは法秩序を非人道化する、なぜなら彼は人格と個人あるいは市民と敵を認めるが、人間の尊厳とこれに対応する形で人権を認めないためである。敵として人間を取り扱うことは、その者がもはや人間ではなく、非人格——すなわち動物として——であることを前提とする¹⁰⁹⁾。それゆえ敵刑法は「人権の普遍主義的構想との決別」¹¹⁰⁾を意味する¹¹¹⁾。というのも、敵刑法は侵害されない人権の普遍的承認と様々な条件を結び付けているためである¹¹²⁾。これにより、敵刑法の構想は同時に憲法にも違反することになる。なぜなら、それは平等原則（基本法第3条）とも人間の尊厳の不可侵性（基本法第1条）とも相容れないためである¹¹³⁾。

分析：実際にヤコブスは、彼の構想の中で人間の概念、それゆえ人間の尊厳と人権の概念を全く意識的に放棄している¹¹⁴⁾。しかしこのことは、一方で彼の理論の法学的な方向性を理由にするものであり、他方で規範は要請と同一ではなく法的安定性を保障し

107) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293) ——強調は原著による。

108) この点が航空安全法14条3項について特に顕著であったことは確かである。

109) *Ambos* (Fn. 66), S. 369.

110) *Pulitanò*, in *Vormbaum* (Fn. 3), S. 269 (S. 270).

111) *Crespo* (Fn. 99), S. 394; *Ambos* (Fn. 66), S. 376 を参照。

112) *Cavaliere* (Fn. 68), S. 326 および *Neumann* (Fn. 103), S. 313.

113) *Gössel*, in: *Vormbaum* (Fn. 3), S. 43 (S. 50 および 55).

114) *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (887) および *Jakobs* (Fn. 88), S. 5 を参照。

なければならないという前提に基づいている。規範は単に主張されるだけでなく、その現実性の点で貫徹されなければならない。そのため、名目上認められるか要請されるにすぎない人権は現実の規範と同一視されえない。なぜならそのような人権は、法が成し遂げなければならないこと、すなわち潜在的被害者と行為者に方向づけを与えることを成し遂げないためである。理性的な事柄は、上述のように、法において常に現実的でもなければならない。「普遍的」人権が多く国々で侵害されており、そこではおよそ実現されていないということを、否定することはできない。グローバルな人権を主張することは、そこでは、行為者によって非常に上首尾な形で反駁されてしまう。これらの国々において、そのような人権が方向づけを与えることはできないし、そのような人権を信頼することもできないのである。このことは、当該の人権の要請としての性格を明らかにする。すなわち、国際刑事裁判権も規範妥当を維持するものではなく、それを戦争状態を通じて初めて基礎づけるのである。すなわち、いかなる法が現実に妥当するのかを決定するのは、軍事的勝利である。人権を侵害する者は軍事的な闘争の対象となるのであり、勾留状に基づき警察によって追及されることはない。行為者が「無害化」されて初めて、刑法典と刑法秩序に移行するのである。その場合、あたかも法秩序がすでに確立していたかのように、「人権の普遍的妥当というフィクションを維持しうるため」¹¹⁵⁾に、行為者は事後的に「人権の承認」という法的義務の担い手として宣言される。しかし、刑罰はまさしくまず世界的な体裁の確立に資することになる。法的な意味で有罪となる諸人格ではなく、危険な敵との闘争がなされるのである。したがって、そのため様々な処分も敵刑法として特徴づけられるべきである。よって国際刑事裁判権は、常に敗北した敵と関わっていかななければならない¹¹⁶⁾。

7. 法治国家との矛盾としての敵刑法

論拠：ヤコブスの敵刑法は、その危険性に基づき人間の選別を行っている。そのことによって、敵刑法は法の下での平等に反している。法治国家はヒトラー、スターリンまたはポル・ポトですら法的人格として取り扱わなければならないであろう¹¹⁷⁾。

分析：ヤコブスは、我々の法治国家では、人間を蔑視する独裁者も法治国家的に取り

115) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

116) *Fronza*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 413 (S. 417 f.) を参照。国際刑事裁判権は政治的・軍事的敗北を一定の程度で道徳的に正当化すべきとする。

117) ゲッセル (*Gössel*) の主張である。引用は, *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (883) による。

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

扱わなければならない点については争っていない——ただしその者達がもはや危険ではなくなった場合に限るのであるが。しかしこのような取扱いを、その者達が現実には権力を行使し、それゆえ切迫した危険が存在する時には、おそらく誰も要請しないであろう¹¹⁸⁾。我々はシュタウフェンベルクに対し、彼がヒトラーに対する法治国家的手続の開始を待たなかったことを非難しないのである。少なくともヨーロッパの法治国家の政治的トップ達がヤコブスのこの判断を正当と認めていることは、そのような政治家達によるビン・ラディンの殺害への疑問とせざるを得ない対応を通じて、おそらくのところ全く誤解の余地なく示されている¹¹⁹⁾。

8. 決断主義的立場としての敵刑法

論拠：ヤコ布斯による市民と敵の区別は、法治国家の支柱を揺さぶるものである。なぜなら、行為ではなく行為者の性質が、市民あるいは敵の集団に属することを決定するためである¹²⁰⁾。テロまたは犯罪結社の構成員の法的に不平等な取扱いがなお正当化されうるとすると、最終的には「全ての住民の集団を『他者』としてスティグマ化すること」¹²¹⁾ になりかねない。なぜなら敵であると宣言することは、常に決断主義的な立場だからである。

分析：この非難は、ヤコ布斯による市民と敵の区別を、シュミットの友—敵の区別と

118) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (289) を参照。

119) 特にドイツ連邦首相であるメルケルはビン・ラディンの殺害についてアメリカ合衆国に祝辞を述べた。ビン・ラディンの殺害は、テロ行為が罪を償わないままではないことを示したものであり、他のテロリストの威嚇に資することになろうと主張された。それは同時に一つの重要な指標となるものであり、危険の排除であるとされた。(http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2011/05/2011-05-02-merkel-osama-bin-laden.html, 28.2.2012) したがって、その際には、結局のところ軍事手段を用いる形で消極的な一般予防と特別予防が行われたのである。

120) アムボス (Ambos) によると、ヤコブスの主張は「特に異文化出身の他者に対して」向けられている。*Ambos* (Fn. 66), S. 364 を参照 (強調は原著による)。

121) *Greco* (Fn. 2), S. 53. それゆえ市民と敵の区別は、我々と同じではない、「移民、浮浪者、薬物中毒者それどころか外国人のような犠牲にされるグループ」(*González Cusseac* [Fn. 65], S. 35) がその外に存在する「集団への後退」となる (a.a.O., S. 23) —— (強調は原著による)。また *Thiée*, in: *Uwer* (Fn. 69), S. 195 (S. 224) も参照。

混同している¹²²⁾。シュミットにとって、友と敵は人間の結合と分離の極限的な終点を示す¹²³⁾。この区別は法的なものではなく、純粹に政治的な、まさに政治的なもの全般を初めて構成する基本的な区別である¹²⁴⁾。敵は、万一の場合にはその者との間で戦争にまで至るコンフリクトが可能となる、生存に関わる他者または外部者である。誰が敵であるかは、言語、宗教、人種等のどのような観点によって連携するかに応じて、友として政治的統一体へ結集する者達による単なる設定である。しかしながら、シュミットはこの意味での敵である公敵 (hostis) を、幾つかの諸根拠から忌み嫌われる敵である私仇 (inimicus) とは厳格に区別している¹²⁵⁾。友と敵の政治的区別は善と悪の道徳的区別とは異なっている。その限りで、敵はまさに犯罪者ではないのである¹²⁶⁾。

しかしヤコブスからすれば、敵刑法における敵は、敵がまさに犯罪者として取り扱われる限りで、むしろ私仇となろう¹²⁷⁾。このような敵は、同等の者として振舞うべきである。社会はその者に対して規範的な要求を向けるが、その者が規範的な予期に継続的な形で違背したため、当該の要求の履行を期待しないだけなのである。規範的要求が存在し、これが外部的行為を通じて違背されることを理由としてのみ、そもそも敵刑法について語るができるようになる。これに対してシュミットの敵には、法的要求あるいは道徳的要求のどちらも設定することはできない。敵は、その者が犯罪者であるからではなく、他者であるからこそ、敵なのである。つまり、敵はシュミットによると排除されるのみであって、処罰されえない。したがってシュミットからすれば、敵はその者が他者であることだけを理由にして犯罪者とされてはならないのである。これに対してヤコブスによれば、そのような他者が犯罪者とされてはならないのは、その者がたと

122) これに対して、すでに *Greco* (Fn. 2), S. 26, 27 は、ここでは単に「表面的な用語の一致」が存在するにすぎないとして批判している。シュミットとヤコブスを同一視することは、「その二人の法律家の独創性と思考システムが体系的に閉じられていることを極めて過小評価している」(強調は原著による)。

123) *Schmitt*, *Der Begriff des Politischen*, Text von 1932 mit einem und drei Corollarien, 1963, S. 38.

124) *Schmitt* (Fn. 123), S. 26.

125) *Schmitt* (Fn. 123), S. 11 f. を参照。それゆえ彼はローマ法を称賛している。なぜなら同法は「敵、つまり公敵を強盗および犯罪者から区別することを」行っているからである。*Schmitt*, *Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 4. Aufl. 1997, S. 22 を参照。

126) *Schmitt* (Fn. 123), S. 27.

127) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294) を参照。

えば信仰する宗教または国籍といった他異性に基いたとしても決して敵ではないからである¹²⁸⁾。むしろ敵とは、態度、職業生活または組織の一員となることによって「おそらく永続的に法に背く」¹²⁹⁾ 全ての者である。敵が市民的態度の最低限の安全を保障しないことを、敵は「自己の態度によって」¹³⁰⁾ 表明しており、ある宗教に所属することや母国語によって表明するのではない。その者は、自由に基いて構成された社会において少なくとも目下のところ教化不能の敵であり、国家の敵というよりも社会の敵である¹³¹⁾。つまりヤコブスによると、一定の観点の下で自らのみを排除することができ、敵となることができるのである。すなわち犯罪的態度を通じてである。「自由に基く社会における排除とは、常に自己排除である。」¹³²⁾ それゆえ犯罪者には、将来の法忠誠を信頼できる形で保障することを通じて、また常に市民状態へ戻る道が開かれているのである¹³³⁾。

128) よって、ヴァルターがたとえば第二次世界大戦中の日系アメリカ人の収容を法治国家上のスキャンダルとするのであれば、彼の主張は無条件で正当なものである。

Walter, *Süddeutsche Zeitung* v. 22. 4. 2008, S. 14 を参照。

129) *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

130) *Jakobs* (Fn. 14), S. 52.

131) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293) 「原理的な敵対者の下では、今日確立された支配の敵対者 (のみ) を理解することはできず、むしろその者は自由に基いて構成された社会の敵対者として把握されるべきである。[……] その者は自己を固定化された犯罪構造の一部とするのであり、そこでは共通の生活態度が個々の犯罪行為にもかかわらず見出されることになる期待が、全くの幻想、まさしく『無限の抗事実的な』期待に薄まることになる。」敵とはまさに法秩序を承認しない者であり、このことはその者の態度によって示される。したがって誰が敵であるのかの決定は、「アプリアリに下される」(*Crespo* [Fn. 99], S. 400) のではなく、本来的にはアポステリアリに下される。

132) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293). ただし自己排除は、いつ排除されるのかそしていつそうではないのかを敵が決定するというを意味するのではなく、このことを決定するのは常に社会である。社会は、どの程度敵を受け入れるのかそれとも除外するのも決定するが、犯罪を行わない義務から敵を排除するものではない。*Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293, 294) を参照。これに対して批判的なものとして、*Ambos* (Fn. 66), S. 362. コロンビアの敵刑法的な諸経験を出発点としながら、それに限定されない形で、*Aponte*, HRRS 2006, 297 (300) は次のように断言する。「敵は常にでっち上げられるものである。常に敵であることと敵に関する決定が存在する。[……] 敵がそのようにも振舞う者である、ということ信じるのは、純粋にナイーブなものであり、デマゴギーでしかない。」

133) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293 f.) 「態度を改めることによって、敵は再び市民にノ

加えてシュミットの構想とは反対に、ヤコブスからすれば、敵は、どのような規範忠誠がその者にもはや期待されないのかに応じて、常に部分的な敵でしかない。それゆえ、敵は完全に法の外部に存在するわけでは決してなく、その者の犯罪的な危険性に関連する市民的な諸権利について排除されるだけである。敵刑法は「市民の地位の一定の——程度の差こそあれ大幅な——減少」¹³⁴⁾ である。

9. 敵刑法の無制約性

論拠：ヤコブスは、何が敵刑法によって許容されるべきかを具体的に説明していない。なぜなら、彼はこのことを最終的には政策的な問題とみなしているからである。この法学的に自己を控えめなものにすることは以下のことのいずれかを意味している。すなわち、ヤコブスが敵刑法を通じて全く際限のない敵との関わり合いを正当なものとし、あるいは、彼が、「専ら抽象的な法のカテゴリーにおいて」¹³⁶⁾ 論証するために、自己の理論の諸帰結を熟慮するという義務に違反しているかのどちらかである。なぜなら指令的に理解すると、敵刑法は、「刑罰権のあらゆる絶対的な制約を無効にすることに至る構想」¹³⁷⁾ であり、そしてその結論においてグアンタナモとアブグレイブの規範的な正当化をもたらすことになるからである¹³⁸⁾。シュミットの哲学とその精神的近似性に基づき、敵刑法は敵の「撲滅と殲滅」のみを追求しうることになる¹³⁹⁾。なぜなら、周知のようにシュミットによると、敵を撲滅するためにのみ、主権者は敵に対して、決定的な局面において戦争を宣言するからである¹⁴⁰⁾。

ゝなりうるであろう。つまり、ここでは社会が敵を『その中へ』入らせないわけではない。敵自身が『中へはいること』を妨げている。なぜなら、自らの持参債務を履行せず、自らについて法に忠実な態度が推測されることを配慮しないからである。」テロリストも後悔し、自らの所為の不法への洞察を示しうること、テロリストになった理由が永続的に人格を規定する必要がないこと（たとえば *Walter, Süddeutsche Zeitung v. 22. 4. 2008, S. 14* を参照）、これら全ては、敵刑法によって不可能になるわけではない。

134) *Silva Sánchez, ZStW 118 (2006), 547 (549)* ——（強調は原著による）。

135) マレーク (Malek) は、これを「真実である無気味な解答」であると恐れている。
Malek, HRRS 2006, 316 を参照。

136) *Ambos (Fn. 66), S. 370*.

137) *Greco (Fn. 2), S. 53*.

138) *Malek, HRRS 2006, 316 (317)* を参照。

139) *Bung (Fn. 69), S. 262* および *Ambos (Fn. 66), S. 357* を参照。

140) *Uwer (Fn. 70), S. 43* を参照。

分析：ここでは明らかに二重の誤解がある。なぜならシュミットにあってもヤコブスにあっても、敵の構想は原則的に制限的 (hegend) 機能を有しているからである。すなわち、シュミットにとっての戦争の理想は、まさしく正規軍隊が闘争する場として、相互に主権がある点について承認しあう主権国家間の戦争である¹⁴¹⁾。この構想に従うと、敵は正に撲滅されるのではなく、打ち負かされるべきであり、つまりその危険性が除去されるべきとなるのである。敵は無力化されて打ち負かされるが、撲滅されるのではない¹⁴²⁾。それゆえタウベスが強調するのは、シュミットが法律家として、彼による敵の規定によって、敵が常に撲滅されなければならないという「神学上の敵の規定による致死の結論を回避しうる」¹⁴³⁾ ことを期待したということである。このことは、シュミットによると、戦争と平和、戦闘員と非戦闘員、特に敵と犯罪者を明確に区別することによってのみ回避されうる。全面戦争は公的なものと私的なもの、軍人と文民の相違を破棄することによって生じる¹⁴⁴⁾。つまり敵を撲滅しようとする戦争は敵と犯罪者の相違の破棄によって生じるのである¹⁴⁵⁾。そのような戦争は、タウベスがシュミットと共に確認したように、当該の戦争の犯罪化を通じては廃止されない。その場合でも当該の戦争は専ら最悪の形態で遂行されるだけである。なぜなら敵対者は、犯罪者として道徳的な観点においてもその資格を奪われる (dequalifizieren) とされるためである¹⁴⁶⁾。

明確な区別をヤコブスも要求する。しかも同様に制約の目的のために要求しているのである。すなわち、責任に関係する市民刑法と単なる保安的な敵刑法の区別は、一方で市民刑法を敵刑法的諸要素による混合から守るべきとされ、他方で敵との関係で以下の点を明確にすべきとされる。つまりこのような犯罪者は、その者が刑罰に適った犯罪を行ったからではなく、社会が自己をその者から守ろうとすることだけ理由にして処罰さ

141) *Schmitt, Theorie des Partisanen*, 1963, S. 87. 「敵は、何らかの根拠から除去され、自己の無価値を理由にして撲滅されなければならないものではない。敵は私自身の次元に存在する。」

142) *Clausewitz, Vom Kriege*, Bd. 1, Berlin 1832, S. 3 f. を参照。

143) *Taubes* (Fn. 77), S. 7.

144) *Pawlik* (Fn. 13), S. 20.

145) それゆえ、まさに戦争のための法は、戦争の犯罪化を不可能にする、戦争の当事者である国々の相互承認を可能とすべきことになる。その場合、全ての敵が正しい敵となる。「正しい敵を承認する能力が、国際法全ての始まりである」。Schmitt (Fn. 125), S. 22 を参照。これに反対するものとして、Kant (Fn. 35—*Methaphysik der Sitten*), S. 349 f.

146) *Taubes* (Fn. 77), S. 50 f.

れるということである。法治国家はその限界を明確化すべきであり、それを隠ぺいすべきではない。したがって、ヤコブスの記述的なものから指令的なものへの移行は、既に存在している敵刑法的な諸規定の拡大ではなく、特定の法律を特徴づけ、それを通常のものから分離するための一つの概念の導入を目的としている。これにより以下の点が明確になる。つまりこの場合、国家は犯罪者をもはや人格または市民として取り扱っておらず、通常の刑法ではなく、最終手段としての例外が問題になるということである¹⁴⁷⁾。事実上すでに行われている部分的な諸権利の停止を表示することは、ヤコブスにとって「例外の警告のしるし」であり、これに対して、市民の法にそのような諸規定を含めることはそれらをいわば通常化してしまう¹⁴⁸⁾。實際上通常の刑法ではなく、予防法である諸法律が名目上なお市民刑法という安心させる名の下で呼称される限りでは、その拡大に反対することは法と国家的には何もないように思われる。これに対し、敵刑法としての表示は、厳格な限定の必要性を明確にする。それゆえ、ヤコブスは敵刑法を必要なものに制限すること、そして存在する敵刑法的な諸規定の縮減に賛同するのである¹⁴⁹⁾。敵は即自的には常に人格であるため、将来の攻撃を不可能にすることのみが許容される。

147) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294). 「敵刑法はまさしく際限のない撲滅のための規則の総体ではなく、賢明に管理された法治国家においては、意識的に例外として、つまり永続的な使用に適していないものとして適用される最終手段である。ただし、このように自己を控えめなものにするためには、敵刑法的規則において『手にする』ものが何であるのかを知ることが先ずもって必要となる。場合によっては好意的であるが、しかし確実に良くはない想定、つまり、全ての法は、それが違った形であってはならないことを理由に、全ての者に対して法であるとの想定は、その状況の単純な特徴づけにおいて——多かれ少なかれ包括的な——その者の諸権利に関わる例外の警告のしるしである敵の排除の表示を隠蔽する。」(強調は原著による)。ここでは賢明さは目的合理性の意味ではなく、フロネシスの意味において理解されるべきである。

148) それゆえポライノ・オルツ (Polaino-Orts) は正当にも敵刑法を「刑法という最終手段の最終手段」として語っている。 *Polaino-Orts*, in: Heinrich u.a. (Fn. 24), S. 91 (S. 111) を参照。

149) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (297) を参照。それゆえ彼は1995年に、刑法267条、130条、131条、140条に基づく処罰の早期化の削除を要請したのである。 *Jakobs*, ZStW 117 (1995), 843 (858) を参照。たとえばコロンビアの刑事裁判所が、ヤコブスの敵刑法を援用した下で一定の法律上の諸規定を違憲であると宣言したという事実は、多くの批判者達によって単純な形で実質的には無意味であるとされた。そのように解するものとしてたとえば *Ambos* (Fn. 66), S. 374.

たとえばテロリストの場合では、その者から「行動の自由への権利」¹⁵⁰⁾を奪うことが主として問題となる。その限りにおいて、敵刑法も専ら消極的特別予防としてのみ正当化されるのであって消極的一般予防としてではない。なぜなら犯罪者は他者の損害の傾向に対して答責的ではないためである。批判者達によって忌み嫌われている拷問方法は全く論ずる価値のないものでしかない¹⁵¹⁾。

10. 形容矛盾としての敵刑法

論拠：以上から、シュミットは、敵をまさに犯罪者であるとは宣言しておらず、これに対しヤコブスは、敵を特別な刑法の対象であると宣言する。それゆえ最後の論拠は、敵との関係で有意的に刑法について語ることができるのか、あるいはむしろ予防的な保安法的一种について語る必要はないのかを問題とする¹⁵²⁾。このことはまさしくシュミットとの関連では疑わしいものとなる。つまり、全ての国家が戦争をする権利 (ius ad bellum) を有する限りで、国家は敵として承認されるべきであって、犯罪者として扱われるべきではない。その限りで、敵刑法は形容矛盾であろう。なぜなら敵は私に対して義務を全く持たないからである。正しくいえば、敵は処罰されうるのではなく、専ら危険として闘争の対象とされうるのである。

これに対してヤコブスにおいては、自己の市民—法的な人格の地位を喪失する敵は、たしかに一定の諸権利を (極端な場合には生命に関する基本権ですら)¹⁵³⁾ 失うが、引き続き

150) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (847).

151) *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 (849) を参照。敵刑法は「今では全てのこと、つまり節度のない行動も許されるという内容である必要はない。むしろ敵には潜在的な人格性が与えられるのであり、それゆえ敵との闘争の際には必要なものを超えてはならない」。 *Jakobs* (Fn. 14), S. 51 を参照。

152) ヤコブス自身はこの点について次のように述べている。「保安法が問題となるところにおいて、なぜこのような保安が敵刑法という名称であるのかが問われるかもしれない。このような名称を与えることの根拠を提供するのは、その保安を形式的に刑法として形成する立法者である」。 *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (294) を参照——(強調は原著による)。

153) ヤコブスはこの基本権の剥奪において、私が考えるのと同様に、可能な脱人格化の内でも最高度のものを見いだしている。これに対して連邦憲法裁判所は、市民の殺害のために用いられることになるテロリストが乗っているだけの飛行機の撃墜を、殺害されるテロリストの人格性の承認と解している。BVerfG, Urt. v. 15.2.2006—1 BvR 357/05, Rn. 140 ff.

き全体的な諸義務を保持する。この義務違反を理由として、その者はそもそも犯罪者であるにすぎない。敵は、特定の諸権利が奪われることによって、非人格として取り扱われる¹⁵⁴⁾。敵刑法は敵を脱人格化する。その者の政治的な志向はその際には重要でなく、重要であるのは蓋然性のある将来の規範違反のみである。したがって敵刑法の意味における敵は、ヤコブスからすれば、戦争法の意味における敵とは区別されるべきことになるだろう。

このことは、とりわけパヴリックにとって、少なくともテロリストに関して、法におけるその者の地位の単純化を意味する。テロリストについては戦争と平和、戦闘員と非戦闘員、戦争と犯罪等の「古典的」区別はもはや当てはまらないのであるから、戦時国際法と刑法という古典的な区別も、もはや適合しえない¹⁵⁵⁾。テロリストに対する法はむしろ「戦争法的諸要素を伴う予防法」¹⁵⁶⁾になるであろう。シュミットにとってパルチザンが「従来通りの国家間戦争の後継者」¹⁵⁷⁾であるならば、パヴリックはパルチザンの理論に倣う形で現代のテロリズムをその首尾一貫した形での継続であるとみなしている。それゆえシュミットにおけるパルチザンのように、パヴリックにおいても、テロリストは犯罪者とされる必要はない¹⁵⁸⁾。テロリズムによる危殆化との闘争においては、むしろ戦争法からの特別予防的な目的設定が、刑法規範の形態で実現される。両者——軍事的な敵対者との関わり合いおよび消極的特別予防——は、ただ敵対者の無害化のみを目標とする¹⁵⁹⁾。しかし、戦争法的な意味における無害化あるいは特別予防は——完全にシュミットに依拠すれば——まさに無害化される敵の脱人格化を意味するものではない。テロリストが準戦争法的な意味における敵と宣言される限りで、その者はまさに承認されるのである¹⁶⁰⁾。通常の刑法の範囲内でのみ、ラディカルな特別予防は脱人格化的なものになるであろう。この意味において、ヤコブスの敵刑法は刑法と戦争法を混同している。このことは、ヤコブスにとって脱人格化が、敵を義務を課してくる規

154) *Jakobs*, HRRS 2006, 289 (293). 「敵の義務は減らされないままである（たとえ義務の履行が認知的にもはや考慮されないとしても）、さもないと敵は義務違反が欠けるために犯罪者ではないことになるだろう。敵から諸権利が剥奪される限りにおいて、敵は——定義に従って——法における人格としては取り扱われないのである。」

155) *Pawlik* (Fn. 13), S. 22 を参照。

156) *Pawlik* (Fn. 13), S. 47.

157) *Pawlik* (Fn. 13), S. 42.

158) これについては *Schmitt* (Fn. 141), S. 87 を参照。

159) *Pawlik* (Fn. 13), S. 26 を参照。

160) *Pawlik* (Fn. 13), S. 40 f. を参照。

範ではなく、快と不快によって部分的に継続して規定されているとみなすことに依拠している限りでは正当である。このことが、自らを代替的な諸規範、あるいはそれらを超えるより高次の価値がある諸規範によって規定されているとみなすテロリストに対して妥当するのかは疑わしい¹⁶¹⁾。

分析：しかしながら、二つの事柄が反論として挙げられる。

- 1) テロリストに向けられない敵刑法的な諸規定によって何があるというのだろうか？ 組織化された犯罪者による危殆化は、もはや軍事的な敵対者あるいはパルチザンによる危殆化の類似としては理解されないはずである。
- 2) 我々はテロリストを本当にパルチザンの延長として理解すべきなのだろうか？ 現代のテロリストには大抵の場合パルチザンの土地に結びついた性格が欠けており、占領者からの自己の祖国の単なる解放が重要となることはむしろ稀であるだけでなく、パルチザンはたしかに自己が戦闘員として表示されない点で利益を得ているが、少なくとも敵の戦闘員のみを攻撃するということが、決定的な相違であると私には思えるのである。これに対してテロリストは、不安と恐怖を蔓延させるために、大抵の場合意識的に民間人を攻撃する¹⁶²⁾。この点は、ヤコブスがテロリストをむしろ犯罪者のカテゴリーに位置づけていることに与すると思われる。その際の相違は、むしろ量的な性質のものであろう。つまり、性犯罪者は、マフィアのように、国家の法秩序を専ら部分的に承認しないだけであるが、テロリストは原則的に承認しないのである。そのため、通常その危殆化のポテンシャルもより大きくなろう。しかしこのことが、テロリストをシュミットの公敵 (hostis) の意味における敵とするわけではない——実際に戦争の当事者であるが、自己の不利な立場に基づいてアシメトリーな形でのみ戦争を行うことができるパルチザンとは異なるのである。

以上のような二つの論証の間には手詰まりの状態が存在するように見える。しかしこれは、敵刑法によって敵を処罰の対象にすることが専ら相対的なものでありうるということを確認するものである。なぜなら、犯罪者はたしかに規範に違反しているが、そのことについて、自己の責任をはるかに超える形で処罰されるためである。一定の観点において——そしてこの点に敵刑法と市民的な法を分離するというヤコブスの提案の決

161) ただし、これに反対するものとして *Jakobs*, ZStW 118 (2006), 831.

162) *Pawlik* (Fn. 13), S. 23 自身はそのように解している。テロリストの戦略は、まさしく戦闘員と非戦闘員の区別の廃止にある。なぜテロリストがこのような区別の利点を享受すべきなのであろうか？

定的なポイントが存在するのだが——未だ直接的には行為の未遂段階に達していないテロリスト、自己が犯罪結社に属していることのみを理由として有罪判決が下されるマフィア、そして自己の責任をすでに清算した保安監置の対象となる犯罪者は、ヤコブスによると処罰の対象とはされない。つまり、そのような者達は社会の安全の必要性に基づき非常に重く処罰されるが、その者達の責任はその際に理由とはなっていないのである。市民刑法は、そのような者達が犯罪者として有罪判決を下されるかのような印象を与え、これに対して敵刑法は次のことを明らかにする。つまり、この場合には、その者から危険が生じ得ると我々が一定の根拠をもって想定するため、相対的な観点の下では責任のない者が処罰されるということである¹⁶³⁾。

(森川智晶 訳)

Ⅲ. 統制的理念としての敵刑法

以上のように、ヤコブスの「敵刑法」に対する根本的な反論が、確かに十分完全に払拭されたわけではないが、少なくとも疑念のあるものとなった後では、このコンセプトと関わる際には、次のような複数の代案が可能であるように思われる。

1. 全ての処罰の早期化、訴訟上の保障の解体等を完全に疑念のないものとみなすことによって、このコンセプトの記述的 (deskriptiv) なポテンシャルを、既に認めない立場。このような立場は、国家が、私的領域における行動様式を処罰するによって、その市民を既に敵として取り扱うわけではないということを含んでおり、結局のところ、連邦憲法裁判所の判例も、私的領域を不可侵の中核領域と国家的に規制可能な領域へと細分化し、この更なる領域への侵害を正当化している¹⁶⁴⁾。この立場は、確かに論理的に首尾一貫した矛盾のないものであるが、刑法の更なる浸食を、これが専ら連邦憲法裁判所によって憲法違反ではないと宣言される限りにおいて、正当化してしまうように思われるのである。
2. 敵刑法に関する学説の多数の見解は、これに対して次のようなものである。つまり、刑法を記述的に分析するための批判的道具として、このコンセプトは広範囲に渡り肯定的に受容されていたし、されているのである¹⁶⁵⁾。しかしながら、指令的 (präskriptiv)

163) このような観点の下では、敵刑法が「概念へともたらされ、法として示される」ことは、全く確実な事柄ではない。Jakobs (Fn. 14), S. 51 を参照。

164) Gössel (Fn. 113), S. 45 を参照。

165) Hörnle (Fn. 78), S. 85-105 を参照。ゲッセルはこの概念を、国家刑罰権の制

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

な形で理解する場合には、この概念は拒絶される¹⁶⁶⁾。つまり、このコンセプトは、刑法における特定の展開を批判的に記述するための有用な道具であり、肯定的に理解すれば、形容矛盾 (contradictio in adjecto) が問題となるのである¹⁶⁷⁾。このことから、あらゆる敵刑法的な規定の廃止への要求が必然的に生じることになる。このような立場を、私は、極度に理念主義的なものと名づけたい。いずれにせよ、現実的に首尾一貫した形で実現させる場合には、この立場は、理念の自己廃棄へと至るように思われる。というのも、そのような国家がその市民の安全を十分に保障しうるのかどうかは、實際上疑わしいからである。

3. 全ての敵刑法的な規定が維持もしくは拡充され、そしてそのようなものとして示されるべきという形式での敵刑法の指令主義的な理解を賛同する立場。このような立場は、学説においては、事実上主張されておらず、政治的に実現される可能性をほとんど有しないものであろう。
4. 2の立場のように、表向き規範的な理由から敵刑法を拒絶するが、しかし結局のところ、1や3の立場のように、ヤコブスが敵刑法として特徴づけた全ての措置を支持する立場。ここで批判がなされる場合には、「概念のタブー化」¹⁶⁸⁾だけが問題となる。つまり、例えば、当時の連邦検事総長であったカイ・ネーム (Kay Nehm) は、2005年のフランクフルト・オーダーにおけるドイツ刑法学者会議で、確かに敵刑法を

↘限という目的のために投入される限りにおいて、賛同できるものとみなしている。

Gössel (Fn. 113), S. 45 を参照。更に、刑事弁護士協会も保安監置に関する改正計画を特徴づける際に「敵刑法」の概念を用いている。(http://strafverteidigervereinigungen.de/Material/Stellungnahmen/Stellungnahme_DiskussionspapierSVOkt2010.pdf [28. 2. 2012], S. 4). この点に批判的なものとして、Saliger, S. 210 を参照。

- 166) Neumann (Fn. 103), S. 314. 「『敵刑法』の概念は、分析的なカテゴリーとして、もしくは批判的な意図において、処罰すべきとされた市民を処罰すべき市民としてではなく『敵』として取り扱う法秩序を密告する目的のために用いられる場合には、良い意味を有している。この概念が肯定的な意味において用いられるならば、それは危険な政治的レトリックへと陥る。なぜなら、それは、敵との闘争のために刑法には (ほとんど) あらゆることが許されるという示唆を容易に生じさせるからであり、『敵』の定義は、歴史的な経験が教えるように、人格の諸集団を国家が訴追する際の実践においては、コントロールされえないものだからである。」

- 167) Meliá, ZStW 117 (2005), 267 (268).

- 168) Meliá, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 1 (S. 9). これに関して批判的なものとして、Prittwitz, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 169 (S. 179) を参照。

拒絶したが、その際同時に、敵刑法の意味における具体的な新规定を要求し¹⁶⁹⁾、既に2002年の時点で、「9・11について考える (Gedanken zum 11. September)」において、「多種多様な制限に服する諜報機関的で予防警察的な手段」との関係で、「訴訟上の強制手段の投入」を通じた「不釣り合いなほど都合のよい [犯罪の：記者記す] 解明の可能性」に熱中していたような場合である¹⁷⁰⁾。そのようなやり方は、結局、敵刑法的なモメントの現実的な拡大へと至ってしまう。なぜなら、それは「あらゆるものの中でとりわけ [もっぱら] 高慢な口調のために作られる」¹⁷¹⁾ からである。

5. 敵刑法は、まさにその語法 (Wendung) としては肯定されるが、更に批判的なものとして理解されることになる。というのも、まさにその語法は、敵を取り扱う際に想定しうる、あらゆる可能な方法の肯定を意味するものではなく、むしろ一つの表示の是認を意味するからである。すなわち、市民や人格という概念と矛盾するモメントを敵刑法的なものとして名づけることである。この意味において、敵刑法の概念の要求された現実性は、一つの統制的理念のそれと多くの点で同様のものとなる。全ての現実的な法秩序において、敵刑法的な規定が存在しており、それらの規定の多くが——特に、一定の処罰の早期化のように¹⁷²⁾、法秩序の維持にとって必然的であろうことは容認される。このことは、そのような規定が常に、そして任意的な極端さにおいて正当化されることを意味するものではない¹⁷³⁾。したがって、統制的な機能は、特に、敵刑法的な要素を通常の刑法から分離する点に認められる——可能な限りで、この分離は廃止として実行されなければならない。統制的理念として、同機能は必然的となる規定との関係では、少なくともなお明確な区別を配慮することになり、それ

169) *Heger*, ZStW 117 (2005), 865 (886 f.) を参照。

170) *Nehm*, NJW 2002, 2665 (2670).

171) *Kant* (Fn. 35), S. 395 [福谷 茂訳「哲学における最近の高慢な口調」谷田信一／北尾宏之／福谷 茂／円谷裕二／田山令史／遠山義孝訳『批判期論集 カント全集 13』(岩波書店, 2002年) 206頁] [原文では「永遠平和のために」とされているが誤りである：記者記す]。

172) この意味において、市民刑法と敵刑法は「純粹に実現化された形ではほとんど見いだされえない、二つの理想型」である。なぜなら、手続においてその者に市民的な被疑者としての権利が認められる限りでは、形式的にはテロリストもなお人格として取り扱われるからであり、他方で、市民に有罪判決を下す場合にも、危険防御のモメントが存在するからである。「刑法という一つの連関における二つの逆方向の傾向」が重要となるのである。*Jakobs*, HRRS 2004, 88 (強調は原著による) を参照。

173) *Jakobs*, HRRS 2004, 88 (95).

シュテファン・シック「統制的理念としての敵刑法 (Feindstrafrecht als regulative Idee)」

によって、再び批判的なポテンシャルを展開しうるのである。したがって、敵刑法を回避されなければならない理論として、しかしまた除去されえない現実として判断することは¹⁷⁴⁾、完全にばかっている。まさに逆のことがいえるのだ。つまり、特に現実の事柄が、法治国家的な観点からスキャンダラスな現実性として、可能なことに従って (kata to dynaton) 除去されるべき場合には、それは概念へもたらされなければならないのである。

(山下裕樹 訳)

〔監訳者あとがき〕

本翻訳は、レーゲンスブルク大学の哲学者シュテファン・シック (Stefan Schick) 博士の「敵 (に対する) 刑法 (Feindstrafrecht)」に関する論文 Feindstrafrecht als regulative Idee, ZIS 2012, 46-60 (www.zis-online.com/dat/artikel/2012_3_649.pdf?) の全訳である。このシリーズでは、これまで刑法学者による哲学的議論を紹介してきたが、今回は逆に哲学者による刑法の議論の検討をテーマとして取り上げた。このテーマは、2000年代初頭のドイツ刑法学における最大の論争といっても過言ではないギュンター・ヤコブス教授の敵刑法論をめぐる論争を、カント的な意味における「統制的理念」*として捉える立場から、いわばセカンドオーダーの観察者の視点に基づいて冷静に分析するという哲学的態度が貫かれた優れた論文である。ヤコブス教授も自分の意を最もよく伝えるものであり、ぜひ読むように私に勧められた。翻訳の許可については、当時レー

174) *Fiandacas*, in: Vormbaum (Fn. 3), S. 21.

* カントにおいて「統制的 (regulativ)」とは「構成的 (konstitutiv)」と対比される用語であり、数学を現象に適用するのを正当化する際の原則である。すなわち「数学にあっては、問題はふたつの量関係の同等性を言明する数式であり、だからいつでも構成的である。そのけっか比例式の三つの項が与えられるなら、第四項もそれによって与えられる。すなわち、構成されることが可能なのである。哲学においては、しかし類推はふたつの量的関係の同等性ではない。質的な関係の同等性である。そこで私は、三つの与えられた項から第四項との関係を認識し、ア・プリオリに与えることができるだけであり、この第四項自身を認識し、ア・プリオリに与えることはできない。もっともたほう私は、この第四項を経験のなかにさがすための規則や、それを経験中に見いだすための徴表は有しているのだ。経験の類推とは、こうして、それにしたがって知覚から経験の統一が生ずるべき……たんなる規則なのであって、(現象の) 対象の原則として、構成的にではなく、ひたすら統制的に妥当するにすぎないことになるだろう」(熊野純彦訳『純粹理性批判』(作品社、2012年) 236頁以下 [強調は原著による])。これに関してはさらに小川 侃「構成」廣松 渉ほか編『岩波哲学・思想事典』(岩波書店、1998年) 491頁以下参照。

ゲンスブルク大学に留学中であった中国・西南政法大学の譚淦講師に仲介の労をとっていただき、今回日中で同時に翻訳されることになった。譚講師にも感謝の意を表しておきたい。

(川口浩一 記)