

敵味方刑法とは

平成 22 年 2 月 1 日法哲学ゼミ 岡田万梨子・高元康佑・宮村佳男

近年、組織犯罪やテロリズムへの対策として、一定の範囲で、犯罪成立時期を前倒しにしたり、刑罰を加重したり、また、手続的な権利保障の水準を引き下げたりする立法が各国で見られる。この現象を *Günther Jakobs* ギュンター・ヤコブスは「敵味方刑法」と名付けて分析している¹。通常の「市民刑法」が、処罰する側もされる側も同じ市民であることを前提とするのに対し、「敵味方刑法」では、対象者が、被害者や処罰する側とは異質の「敵」という存在として格付けされているのである。この問題は以前から存在していたが、犯罪の国際化により尖鋭化したと見ることができる (*W. Hassemer*)。 (京都大学教授 高山 佳奈子)

1. 実際問題、敵味方刑法はどのように現れているか

一つの大きな特徴として、その典型が共謀罪。日弁連は、共謀罪導入で、日本の刑法の体系が敵味方刑法に変わる、と批判。「刑法の処罰範囲の拡大、犯罪成立時期の前倒しは、犯罪とされる行為のすべてを取り締まることが困難であることを前提としており、刑罰権の恣意的・差別的適用をもたらしかねない。そこでは、『なされた行為』よりも『敵』と『味方』の区別の方が重要である。ゆえに、行為よりも行為者が重視され（『行為者刑法』）、法定刑にも『組織犯罪』と『一般犯罪』とでのダブルスタンダードが導入される。同時に、『刑罰』の意味も変わる。『敵』に対する刑罰では、『社会復帰』（＝統合、同化）は意味をなさなくなるのである。」

敵味方刑法の内容は、ドイツでの分析だが、処罰範囲の前倒し、罪刑の不均衡、一般犯罪への領域の拡張、手続的権利の制限、具体的には、テロ結社の形成、未遂減輕がない、テロ犯罪・組織犯罪だけでなく犯罪一般が領域、接見禁止が典型。

日本でも同じような方向がある。（「経済犯罪、テロ犯罪、組織犯罪ばかりでなく、徐々に限界を失いながら、性犯罪その他の危険な犯罪ならびに犯罪一般」が犯罪化される範囲を広げ、かつ、重罰化による「隔離」の傾向を強めていることが、その例証である。しかも、それは、「9・11」後のテロ対策においてばかりでなく、「性犯罪その他の危険な犯罪ならびに犯罪一般が闘争の対象となりつつある」のである。そこでは、刑罰の一層の強化が求められるが、それは古典的な威嚇的予防を目的とするよりも、むしろ、刑務所への拘禁による「隔離」「無害化」を前面に押し出した立法となっている。それはまさに、「共存の法」ではなく「闘争の法」となりつつあるのである。）

2. 今、なぜ、敵味方刑法か

¹ ドイツにおいて 1970 年代中ごろから続いている刑法の拡大、具体的には、環境刑法や経済刑法、薬物刑法、対テロ刑法での抽象的危険犯の新設・拡大、犯罪化の早期化傾向を問題として、妥当な刑事立法を探究するという共通テーマの一端を担うものであった。そこでは、その後に主張内容の変容はあるもののヤコブスは、「敵味方刑法」を、法益の徹底的な保護を目指して実害発生のはるか前の段階での行為をも犯罪化するものであり、犯罪者にも不可侵の「私的領域」があるとする市民刑法に対立し、かつ、現代ドイツ法にはふさわしくないものとして、その可能な限りの廃絶を主張していた。

ヤコブスによると、「前倒し、重罰による闘争、手続的保障の制限といった用語によって、国家はその市民と語るのではなく、その敵を威嚇するのである」「敵は實際上、人格ではないのである。つまり、観念的に言えば、敵味方刑法は、その Gehegtheit（維持すること）あるいは Totalitat（全体性）が敵の恐れる全てのことに依存する戦争なのである」「敵味方」というのは戦争の言葉。（ヤコブスは敵味方刑法を否定していない）。

では、誰が誰に戦争をしかけているのか。

共謀罪は「英米において集団自体を危険視する前近代的発想に根を置き、労働運動・政治運動の弾圧や法による道徳の強制に活用されてきた長い歴史を有するものであって、治安立法の典型である」（浅田和茂）「このようにして、刑事司法そのものが一般市民相互の約束事としての市民刑法としての性格を変容させ、社会の中の貧困層や民族的少数派、社会的反対派の抑圧のための道具（「敵味方刑法」）となりかねないのである」。

専修大学教授・小田中聡樹は、最近マスコミが「犯罪件数の増加・検挙率の低下」「治安悪化」を大きくキャンペーンし、これを受けるかたちで政府がさまざまな治安対策を打ち出している。現在の治安対策の特徴を、「国民の中にある安全要求を警察がたくみにすくい取るかたちをとって、警察による市民の組織化が進んでいる」と指摘している。刑法、刑事訴訟法という法律の分野においても、市民の安全要求に応えるという形をとって、様々な法律がどんどん作られている。その切り込み役になっているのが生活安全条例である。ピッキング用具の携帯禁止に関しても、まず自治体の条例がつくられて、それを後追いする形で法律が作られた。小田中は、「こうした条例の制定の背後にいるのが警察である。警察が、条例をつくれという動きを組織化している」、と分析している。また、「刑法の原則を揺るがすような動きがでてきた、それが共謀罪」という。「組織的犯罪対策法の一部改正」という法案（衆議院の解散によって一旦廃案となった）に盛り込まれている「組織的な犯罪の共謀の処罰」=共謀罪は、どういう犯罪が対象となるかといえ、580にもおよぶ。相当に範囲が広いので、実質上刑法改定と同じ意味をもつほどだ。「犯罪の共謀だけで処罰するというのは、『行為は処罰するが、意思は処罰しない』というフランス革命以後の刑法の大原則（行為刑法）の重大な変更だ。もし意思を処罰するとなれば、内心の自由と言論の自由を脅かすことになる」と、共謀罪の危険性を明らかにした。しかも、「共謀」というのは、会議などで決めたというような場合でなくとも、あうんの呼吸で意思が合致すれば、それも「共謀」とされてしまう。次に、現在の刑法改定の大きな特徴として、「早期処罰化」「厳罰化」「処罰範囲の拡大」の3点を突き出した。この早期処罰化のために、犯罪が起こってから捜査を始めるのではなく、犯罪が発生する前から、例えば、監視カメラで監視したり盗聴したりして、「犯罪が起こりそうだ」という段階から捜査する。これによって、強制捜査に必要な裁判所の令状も、それに見合った形で前もって出される。このように強制捜査による権力の濫用を制限する原則

が崩され、捜査のやり方も、盗聴や、おとり捜査、身分を隠して犯罪組織に潜り込む、などの“汚い捜査”が横行していくことになる。警察が、地域を束ね、学校を束ね、家庭の中にも大手を振るって入り込んでくる。しかし、「治安の維持」という観点から入り込んでくるわけで、本当の意味で人間関係を再建するためにどうするのか、という問題には関心を持たない。むしろ、根本的な問題には手をふれずに、鞭の力で人と人をつなげようとする。つまり、人間社会を「敵味方社会」に変えてしまう。そのことで、ますます人間関係を回復不能な状態にしてしまう。

3 . この言葉の意味するもの（「敵味方刑法」という概念について、松宮孝明）

2003年の立命館大学における講演では、ヤコブスは、「敵味方刑法」は、従来から、現実の刑事法の中には多かれ少なかれ含まれていることを指摘する。すなわち、刑務所への拘禁を内容とする自由刑が今日の刑罰の主流となった背景には、拘禁中は確実に社会におけるその人物の犯罪を阻止できる「隔離」という機能があるからであり、その限りでは、現実の刑法は「敵味方刑法」の要素をもっているというのである。くわえて、2005年のドイツ・フランクフルト(オーデル)刑法学者大会における報告では、「少なくともある程度の信頼できる法遵守的態度を示す者は誰でも、人格として扱われる権利を有する」けれども、明らかな法敵対的態度を示す人物(テロリスト等)からは、この権利は剥奪されることになることまで述べられている。それは、たとえば、ハイジャックによって攻撃の道具として用いられることになった航空機のドイツ軍による撃墜を許容するドイツ航空安全法 14 条 3 項が認められるのであれば、このような場合に必要とあれば無辜の市民ですら犠牲にする国家は、ましてや、その存立のためには、テロリストに対して必要なことはなんでもすることになるのだという論理で説明される。結論的には、現実の国家における「敵味方刑法」の存在は不可避であって、「これらは、それ自体としてではなく、それが市民刑法の隠れ蓑をまとってやって来るので、法治国家に対する挑戦となる」。

また、「敵味方刑法」の刑法観は、刑罰論においても現れる。ヤコブスによれば、「敵味方刑法」の反対概念である「市民刑法」と調和するのは、市民の自律能力を前提とした「積極的一般予防」ないし「新応報刑」などの「規範予防論」である。反対に、他者の威嚇を内容とする「消極的一般予防」、(おろかな)市民の規範意識を強化しようとする「社会教育」、子供の教育をモデルとする「特別予防」、犯罪者の隔離による犯罪予防を目指す「無害化」は、すべて、「敵味方刑法」としての傾向をもつ。しかも、それは刑務所における「過剰収容」によるコスト増にもかかわらず推進されているのである。

この点については、2006年に窃盗罪等に罰金刑を追加したことも、この傾向の皮肉な例証となっている。というのも、理論的には、懲役刑しかなかった窃盗罪に罰金刑を新設することは「刑の下限の引下げ」を意味するはずなのであるが、法務省はこの改正を「従来起訴猶予とされていた事案にきちんと刑罰を与えるため」と説明して

おり、決して、「刑の引下げ」ないしそれによる「過剰収容」の解消策としては説明していないからである。それは、今日の刑法改正が、何らかの意味で犯罪に対する、よりタフな対応を目指すものであることを根拠としなければ「世論」の支持を得られないものであることを意味しているように思われる。

3. 「敵味方刑法」の事案

【事例 I】

ある時大阪のホームレスの人が道路運送車両法違反という罪で逮捕された。彼は数年来長居公園の小屋で生活しながら、公園の仲間の支援活動を行ってきたいわゆるホームレスで長居公園に住んでいた。その時は、世界陸上が開催されるために、警察は長居公園のホームレスを撤去しようとしていた。彼は、世界陸上開会式への抗議行動(集会・デモ)などをしようとしていました。警察はその抗議の声を圧殺するために世界陸上開会式の前日に彼を逮捕しました。

「警察は8月24日朝から彼をつまわし、アルバイト先など3カ所を家宅搜索、さらに搜索の後に逮捕する、というやり口を使ってきました。8月27日、裁判所は彼の身柄をさらに10日間勾留する勾留延長を命じ、同時に接見禁止措置まで行なった。」これは紛れもなく彼と彼が関わる運動への弾圧であり、予防拘束です。

通常は、放置していたホームレスを、世界陸上を開催するときに邪魔だから逮捕する。しかも、普通だったら、見つからないような軽微な犯罪で逮捕し、その後のデモ活動などをさせないように拘留する。同じ事をやっても、犯罪になる人と犯罪にならない人がいる。世界陸上を開催するために、このホームレスは敵とみなされて逮捕された。

【事例 II】

反戦ビラ配布の目的で立川自衛隊官舎内に立ち入った3名が、住居侵入罪の容疑で逮捕・起訴された事件。この事件は、刑法上の住居侵入の論点などにもかかわってくるが、単なるビラを配布しただけで警察に捕まった事件と考えると、反戦という目的だから逮捕された、とも考えられる。この事件では、他にも住民にとって迷惑なチラシなどもあったにもかかわらず、「反戦」という国にとって敵と考えられる目的だったからこの人だけが逮捕された。

【事例 III】

市議会議員 A は、政治団体の収支報告書の記載に軽微なミスがあっただけで、長期間勾留されて有罪判決を下された。

A と同様の罪で逮捕起訴されるとすれば、多数の国会議員が拘置所につながれることになるだろう。では、なぜ A だけが逮捕起訴されたのか。それは、A が労働組合運動に関わっている「敵」だからである。

【事例 IV】

2009年3月3日、陸山会(小沢一郎・民主党幹事長の資金管理団体)の会計責任者兼公設第一秘書が政治資金規正法違反の容疑で逮捕され、東京にある「陸山会」事務所には家宅捜索が行われた。

この逮捕は「『国策捜査』ではないか」と疑われている。逮捕が衆議院選挙の前の時期だったからである。「民主党にダメージを与えるための捜査ではないか」と疑われているのである。

元東京地検特捜部長・宗像紀夫氏によれば、検察の伝統的な考え方では、政治資金規正法違反というのは、例えば多額のウラ金を取得していたようなケースでない限り、事件の最終目的とはなりえない。第2・第3の、贈収賄や脱税などの、より悪質・重大な犯罪の摘発が後に控えているときにのみ、政治資金規正法違反による強制捜査といった例外的な捜査手法が許される。ちなみに、リクルート事件の時には、3人の自民党有力政治家の秘書や政治団体の会計責任者が政治資金規正法違反(虚偽記載、量的制限違反)で摘発された。金額は数千万～数億円であったが、いずれも在宅で調べて、略式起訴であった。

【皆さんへの問い掛け】

この国では、よき政治家を育てようとする国民は少ない。

また、国民の歓呼を背にさっそうと登場しても、国民は飽きやすく、すぐに政治・政党・政治家への期待は幻滅に変わる。マスコミは常に政治家を小馬鹿にして、「ハラを固められない」「ブレる」、いざというときに決断ができず、意見が変わりやすい指導者を軽蔑してきた。そのため、殿様やお坊ちゃん政治家の任期は短い。

しかし、排除と貫徹を自分勝手に突き進む「ただの豪腕」を政治力と勘違いしてはならないことは、ブルドーザー田中一派を見ればよく分かる。この人たちの腕力は、外に向けられるだけでなく、いずれは自分たちの内側に向いてくる。要するに、「ただの豪腕」に期待をすることは、自分たちの党そのものもぶっ潰しかねない危険きわまりないことを認識しなければならないし、またそのような御仁達なのである。政治は人心の動員にかかわる。よってリーダーの独善に愛想をつかして党員が去っていくのであればすぐに敵失となってしまう。「自由民主党」 - 「自由」 = 「民主党」、権力者をおそれ、物言えない民主党議員たち、そして選挙と金のことしか頭のない無能で横暴な政治家が無謀な決断をすれば、政治運営はいずれ破綻してしまう。とくに外交におよべば、取り返しのつかない一大事となること必然である。

そこでお聞きしますが、皆さんは今回の鳩山・小沢スキャンダルは次のカテゴリーのどこに原因がありながどのように関係していると思われますか。思いの丈を「善・悪」二元論でご記入ください。

【鳩山・小沢・民主党等への一家言】

政治家・政党（立法）	善	【国家・国民のための利益追求】
	悪	【利権の誘導】
マスコミ	善	【報道・取材の自由】
	悪	【面白・白黒ジャーナリズム】
司法・行政	善	【罪刑法定主義に基づいた公平・公正】
	悪	【リーク】
国民	善	【知る権利】
	悪	【法・政治への無関心】