

# 例外状態と正当化

松 生 光 正\*

## I. 問題提起

2001年9月11日の同時多発テロ後の欧米世界においては、テロとの戦いのためには法の正常状態では許容されないような国家権力の行使、たとえば盗聴、拷問、民間機撃墜などもやむをえないものとする主張が強くなり、実際に立法化される例もある。ここで法的に重要な問題となるのは、法治国家においては、明確な法的規定がないか、明示的に反するにもかかわらず、テロに対抗するためやむをえず市民の基本権を侵害してしまう場合、刑法上の緊急避難などの正当化事由を援用しうるかである。一般に刑法の解釈論では、明示的な規定がなくとも、行為の違法性を阻却することは罪刑法定主義に違反せず可能であると考えられており（超法規的違法性阻却事由）、もし国家的行為に適用可能であれば、そのようなテロ対策行為は正当化されることになるだろう。

ところが、ここで問題になる行為は私人の行為ではなく、国家の主権の発動としての行為であり、通常私人の犯罪行為に適用されることが予定されている刑法上の違法性阻却事由の適用が当然であるとはいえないのではないかという疑問が生じる。なぜなら、国家は処罰権力を行使する側であるから、処罰権力から免れさせるという違法性阻却事由の論理を直ちに適用してよいといえるかについては躊躇が感ぜられるからである。市民の基本権を侵害する国家行為を正当化するということは、むしろ国家に基本権侵害の権限を明文の規定なくして認めることになるのもいえるのである。

しかしながら、他方で、現代の世界におけるテロとの戦いにおいて、通常状態では許容されないような手段を国家がとらざるをえない政治状況というものは現実に存在しており、このような場合、やはり法的に正当化できる論理は存在しないのかが重大なテーマとなる。確かに、革命や戦争という状態においては、それまでの正常な法状態とは異なる法状態が存することは一般に認められているが、テロに対抗しなければならない状態はそれと同様なものと考えられるのか。あるいはそもそも非常事態あるいは例外状態とは、正常状態とは異なる単なる事実状態であり、正常な法状態からはとらえることができないものなのか。もしそうであるとするならば、正常な法状態による正当化は考えられないことになるだろう。

---

編集部注\* 九州大学大学院法学研究院教授 本稿は2011年6月17日に開催された第94回特別研究会の報告原稿に、加筆修正したものである。

以上のような問題意識から、ここではもっぱらドイツの法議論を参考にしつつ、例外状態における国家行為の正当化という問題に検討を加えることにする。ドイツの議論を参照する理由は、我が国の刑法解釈論自体がドイツの議論を大いに参考としてきたということと、非常事態ないし例外状態における法という問題についてドイツにおいては、長い法的議論の伝統があり、現在においてもテロの問題を契機として盛んな議論が存在するからである。ただし、この問題については我が国においてはもちろん、ドイツにおいても議論が尽くされているとはいえない状況ではある。

そこで、まず、具体的にどういう事例がテロ対策のため法的に許容されないような手段を行使しなければならない場合かが問題となるが、以下のようないわゆる tragic choice 事例、すわち悲劇的な選択の事例をその典型的な場合として挙げるができる。

〔盗聴事例〕ドイツにおいて1975年に実際に起こった事例であるが、「原子力関係の技術者トラウベ (Traube) は、建設中の増殖炉を担当する企業の幹部であった。彼が施設の秘密の設計図をテロリストに渡すかもしれないという曖昧な嫌疑情報は、テロリストと接触を持っていた弁護士と知り合いであったということだけであった。危険事態が推定されたので、トラウベの私宅に対して当時は不適法な盗聴が行われたが、政府が挙げる根拠は正当化的緊急避難であった。結局、嫌疑は確認されなかった。」<sup>1)</sup> というものである。ここでトラウベはドイツ基本法で保護されている住居の不可侵の権利 (13条) などを侵害されている。

〔拷問事例〕社会学者ルーマンは、すでに1992年のハイデルベルク大学での講演で、「あなたは警察の高官です。あなたの国では (それはそう遠くない将来のドイツにおいて起こるかもしれませんが)、多くの左翼や右翼のテロリストがおり、毎日、無数の無関係の市民に対して暗殺、爆弾使用や殺害・傷害が行われています。あなたはそのようなグループのリーダーを捕まえました。たぶん彼を拷問すると、多くの生命を助けることができます。これは10人や100人や1000人と状況を変えることができます。あなたはどうしますか。」という事例を挙げていた<sup>2)</sup>。これは講壇事例にとどまらず、ドイツにおいては、警察副所長ダシュナー (Daschner) が、誘拐事件に関して被疑者に苦痛を与えても良いという指示を部下に出すという事件が実際に起きたことで現実性を持った問題となっている。ドイツの多くの見解は、「人間の尊厳」を根拠にこのような場合も拷問禁止を導き出している<sup>3)</sup>。

〔航空機撃墜事例〕これはまさにいわゆる 9・11以後世界的に現実化した問題であり、「行為者が、旅客機をハイジャックして高層ビルに対する自爆テロを敢行することを決意して、多数の乗客が登場する大型旅客機に乗り込み、乗務員を脅してこれをハイジャックし、操縦士も排除して自らが操縦桿を握って当該高層ビルに向かった」場合、旅客機を撃墜することができるのかが問われ

---

1) 詳しくは、Der Spiegel, Nr. 10/1977, S. 19ff.

2) Luhmann, Die Moral der Gesellschaft, 2008, S. 228. 初出は、ders, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? 1993.

3) 例えば、Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4.Aufl., 2006, S. 770ff. この問題について、我が国で検討しているものとして、飯島暢「救助のための拷問の刑法上の正当化について」香川法学第29巻第3・4号 (2010) 45頁以下。

る。ドイツでは、立法によりこれを可能とする解決がはかられた<sup>4)</sup>が、憲法裁判所によって違憲判決<sup>5)</sup>が出され、正常な法状態の視点では許容されないのではないかが、重大なテーマとなっている<sup>6)</sup>。

[人質事例]これは、有力な政治家を誘拐したテロリストグループの構成員が、政府に対し、すでに重大な犯罪で有罪とされて刑に服している仲間を釈放することを要求し、もし政府が要求に応じない場合には人質を殺害すると宣言するというような場合である。ドイツでは、70年代にこのような事件が多発し、産業連合会の会頭シュライヤーの誘拐では最悪の事態を迎えた。この場合、政府がテロリストの要求に応じる場合、市民の権利を直接侵害するわけではないが、拘禁中のテロリストを釈放することは、私人であれば逃走罪にあたるような犯罪行為であり、また釈放されたテロリストがさらなるテロ行為に走る可能性が生じる。また、政府が要求に応じない場合には、人質が殺害されるという自体に至る。そのような行為の正当化も問題となる。

以上のような事例は、国家がまさに正常な法状態における手段をもってしては対処できない状況といえ、危険を回避するためには、不適法な形で市民権を侵害せざるをえない状況であり、例外状態といってもよい状況である。しかしながら、ドイツにおける一般的見解は、正常な状態における法が妥当しない例外状態を法的にとらえることはできないと考える。国法学者ヘラーによると、現実の国家憲法は規範性のない正常性は確かに知っているが、逆に正常性のない規範的妥当は知らないとする<sup>7)</sup>。つまり、正常性が規範妥当の前提条件であり、正常性の存しないという意味での例外状態では規範は機能しえないのである。確かに、例外状態 (Ausnahmезustand) という概念は、伝統的に、国家の存立を危うくする異常状態を前提とするとされているが、しかし、憲法的制限を解体して、新たな憲法を創出する主権独裁ではなく、憲法の存立の危険を回避するためにその制限を一時的に超える委任独裁のことだとされている<sup>8)</sup>。その場合歴史的には戒厳令状態が布告されたのであり、いわば戦争状態といえるのであるが、全くの無法状態ではなく、それに対応した一定の法が効果を発するのである。

そうすると、正常な法状態の手段が使えない tragic choice 事例は、戦争状態と考えるべきであろうか。確かに危機的状況とはいえるが、国家の存立にかかわる状況ともとらえがたい。それではこのような意味ではない例外状態は存在するのか、それは正常な法状態からはやはり正当化などの評価を加えることはできないのかが問われなければならないであろう。

---

4) ドイツ航空安全法 (11.1.2005) 第14条第3項は以下のように規定する。「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。」

5) BVerfGE 115, 118ff.

6) ドイツの議論状況については、例えば、Archangelskij, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, 2005. 我が国において検討しているものとして、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 (一)、(二)、(三完)」姫路法学第41・42合併号 (2004年) 195頁以下、第43号 (2005年) 149頁以下、第45号 (2006年) 157頁以下。

7) Heller, Staatslehre, 6. Aufl., 1983, S. 285.

8) Forsthoff, Ausnahmezustand,, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 1, 1956, 455.

## II. ドイツ基本法における国家緊急状態

ドイツにおいては、憲法的規定である基本法に、国家の危機的状態に対処するための詳細な規定が置かれている。そこで、まず検討しなければならないのは、正常な法状態の手段が使えない tragic choice 事例にこれが適用されないかである。ここでは危機を回避するためには市民の基本権が侵害されざるをえないのであるから、もし憲法的規定が適用可能であれば、基本権侵害も正当化されるはずであり、依然正常な法状態における解決といえることになる。

ドイツの基本法制定時には緊急事態に関する規定はまだ整っていたが、1968年に行われた包括的改正により、手続き規定を含めて詳細で複雑な規定が置かれることになり、そのような事態にあっては、基本権が制約される場合のあることが規定されている。すなわち、憲法が通常定めている手段では対応できない国家緊急状態 (Staatsnotstand) に関する規定であり、大きく対外的緊急状態と対内的緊急状態に分けられる。対外的緊急状態には、連邦領域が武力によって攻撃されているか、攻撃が直前に差し迫っている場合の防衛事例 (115条 a I 項以下)、国際的な緊張状態の場合の緊迫事例 (80条 a I 項)、国際機関が同盟条約の枠内においてなす決定に基づく場合に緊急事態法が適用される同盟事例 (80条 a III 項) がある。これに対し、対内的緊急事態は、自然災害又は特に重大な災厄事故の場合の災害緊急状態 (35条 II、III 項) と自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険が存する場合の政治的緊急状態 (87条 a IV 項<sup>9)</sup>、91条 II 項) に分けられる。ここで問題になるテロの事例に関しては、後者の対内的緊急事態に関する規定の適用の可能性が検討に値する。

災害緊急状態に関しては、要件となっている「重大な災厄事故 (Unglücksfall)」を拡張的に適用して重大な抗議行動や人質事例に適用しようとする見解もある<sup>10)</sup>。しかしながら、国家緊急状態とは、そもそも国家の存立を脅かす状況を想定したものであり、警察力が十分でないという理由だけで適用されると考えるべきでない<sup>11)</sup>。このような観点からは重大な抗議行動や人質事例は、安全と秩序を脅かすものとして、警察的対応にとどまるべきものであろう。もちろんテロ行為によって重大な程度の事故、たとえば航空機事故や鉄道事故がすでに発生している場合には、適用可能かもしれないが、tragic choice 事例のようないわば事前の事例には適用困難であろう。

---

9) ドイツ基本法87条 a 4 項は以下のように規定する。「連邦若しくはラントの存立又はその自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために、連邦政府は、第91条第2項の要件が現に存在し、かつ、警察力及び連邦国境警備隊〔の力〕が十分でない場合には、民間の物件を保護するに際し、及び、組織されかつ軍事的に武装した反乱者を鎮圧するに際し、警察及び連邦国境警備隊を支援するために、軍隊を出動させることができる。軍隊の出動は、連邦議会又は連邦参議院の要求があればこれを中止するものとする。」(翻訳は高田・初宿訳「ドイツ憲法集 第5版」(2007年)による。以下同じ)

10) Krey/Meyer, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, ZRP 1973, 2; Spranger, Innere Sicherheit durch Streitkräfteinsatz? NJW1999, 1004.

11) Esklony, Das Recht des inneren Notstand, S. 219; Jahn/Riedel, Streitkräfteinsatz im Wege der Amthilfe, DÖV 1988, 961; Kniessel, „Innere Sicherheit“ und Grundgesetz, ZRP 1996, 484;

そこで政治的緊急状態規定のテロ事例への適用が考えられるかもしれない。これは組織されかつ軍事的に武装した反乱者を鎮圧するために、軍隊を出動させることを認めるものであるが、前提とされるのは、一定数の者による反乱行為であり、軍事的武装という点についても、例外的に警察などによっても使用が許可されているような武器で十分だとする見解<sup>12)</sup>もある一方で、内戦状態が必要とされるのであり、連邦軍がもつばら使用可能な武器を意味するとする見解<sup>13)</sup>も主張されている。いずれにせよ、単独行為によるテロ行為には適用されず、航空機撃墜事例における航空機をこの種の武器と考えることも困難なので、tragic choice 事例への適用は難しいと思われる。

もつとも現行の基本法規定で対処できないような緊急状況に関しては、不文の緊急状態憲法なるものを構想することはできないかが問題となる。しかしながら、これを認めると、戦前のワイマール憲法第48条2項<sup>14)</sup>のように、議会のコントロールを経ない執行権力による不文の基本権侵害を肯定することになり、民主主義的な法治国家の原理からは許容されないであろう<sup>15)</sup>。

結局詳細な緊急状態規定を持つドイツ基本法の下でも、それは国家の存立の基礎を危うくするような状況を前提とするものであり、tragic choice 事例のような例外事例に国家権力の行使を正当化するのは困難であるとすれば、そのような規定を持たない我が国の憲法下では、なおさら憲法上の正当化は困難である。

### Ⅲ. 刑法上の正当化事由の例外状態への適用可能性

#### (1) 刑法上の正当化規定の国家的行為への適用可能性

ドイツにおける公法的学説や判例も国家的行為の正当化のためにしばしば刑法上の正当防衛規定<sup>16)</sup>や緊急避難規定<sup>17)</sup>を援用する。もしテロ事例に対しても刑法上の正当化が可能であれば、そ

---

12) Esklony, a. a. O., S. 211; Hase, AKGG, 3.Aufl., 2001, Bd. 3.Art. 87a. Abs. 4, Rn. 4; Seifert, Verfassungskompromisse und Verschleierungsnormen in der Notstandsverfassung, KJ 1968, S. 18.

13) Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 173f.; Karpinski, Einsatz der Streitkräfte im Staatsnotstand, 1974, S. 41; Trotter, Der Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich, 1997, S. 90.

14) ワイマール憲法第48条2項は以下のように規定する。「ドイツ国内において、公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、又はその虞れがあるときは、ライヒ大統領は、公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置をとることができ、必要な場合には、武装兵力を用いて介入することができる。この目的のために、ライヒ大統領は、一時的に第114条〔=人身の自由〕、第115条〔=住居の不可侵〕、第117条〔=信書・郵便・電信電話の秘密〕、第118条〔=意見表明等の自由〕、第123条〔=集会の権和〕、第124条〔=結社の権刊〕、及び第153条〔=所有権の保障〕に定められている基本権の全部又は一部を停止することができる。」(高田・初宿訳「ドイツ憲法集 第5版」)

15) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18.Aufl.; Jahn, a. a. O., S. 110ff.

16) ドイツ刑法32条は以下のように規定する。「①正当防衛によって必要とされる行為を行った者は、違法に行為をしたものとはならない。

②正当防衛とは、自己又は他人を現在の違法な攻撃から回避させるために必要な防衛である。」

17) ドイツ刑法34条は以下のように規定する。「生命、身体、自由、名誉、財産、又はその他の法益に対する他の方法をもってしては回避することの出来ない現在の危難の中で、自己又は他人をその危難から避けるため、行為を行った者は、対立する利益、殊に当該法益とそれをおびやかしている危険の程度とを考量し、保護さ

れは例外状態ではなく、正常な法状態での対処が可能ということになる。ところが、そもそも主権の発動としての高権的 (hoheitlich) 行為に刑法上の正当化事由を適用できるのかが問われなければならない。

### ①公法－刑法折衷的理論

これは、公務員の行為を私人としての行為とその任務遂行とに厳格に区別し、緊急状況が存在しない場合には、通常の公法的な侵害権限が適用可能であるが、緊急状態下の職務遂行の場合には、無制限に刑法的緊急権を援用でき、その場合は私人として行為していることになるとする。正当防衛を援用する権限はいわば超実定的な人権であり、法律によっても奪い得ないというのである<sup>18)</sup>。しかしながら、緊急状態下であっても職務遂行中の行為はまさに高権的行為なのであり、職務権限の行使として行われていることに変わりはないのであるから、高権的行為に刑法上の正当化事由を適用できるかという問題に正面から答えるものではない。これを超実定的な根拠から肯定しようとするのは一種の自然法的地位を正当化事由に与えるものであろう。

### ②刑法的理論

ドイツにおける通説的見解<sup>19)</sup>は、刑法上の正当化事由を無制限に高権的行為に適用しようとする。判例も同様の立場をとる。たとえば、連邦裁判所は、シュライヤー誘拐の際のRAFメンバーの被拘禁者と外部との接触禁止の適法性に関し、これは刑事訴訟法の明文の規定(148条1項)には反しているが、非常事態では考慮される法益の衡量に基づいてそのような違反を合法と見なさざるを得ないとし、刑法第34条の緊急避難の規定を根拠により価値のある法益を救助するためにそうせざるを得ない場合には法違反は甘受されなければならないとしたのである<sup>20)</sup>。このような無制限説の根拠としてよくあげられるのは、まさに他の手段がなく危険が迫っている非常事態であることと、法秩序の統一性である。しかし、前者は単なる政策的論拠であり、他に法的手段がなければ逆に緊急避難の補充性要件を介して可能となってしまうのは法的根拠とはいえないであろう。後者の観点は、現在いわば固い原理としてそのままの形では維持されていないのであって、むしろ公法的議論と刑法的議論とがどこまで軌を一にするのかしないのかが実質的に基礎づけられなければならないであろう。

無制限的な刑法理論に対する決定的な疑問は、刑法的正当化と公法的授權の決定的な相違から

---

れた利益が侵害された利益をはるかに超えているときは、違法に行為をしたものとはならない。ただし、その行為が、危難を回避するために適切な手段である場合に限る。」

18) Kinnen, Notwehr und Nothilfe als Grundlagen hoheitlicher gewaltanwendung, MDR 1974, 634; Rupprecht, Polizeilicher Todesschuss und Wertordnung des Grundgesetzes, festschrift für Geiger, 1974, S. 791.

19) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 1995, § 17 Rn. 139; Bockelmann, Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, Festschrift für Engisch, 1969, S. 467; Gössel, Über die Rechtmäßigkeit befugnisloser strafprozessualer rechtsgutbeeinträchtigender Maßnahmen, JuS 1979, 165; Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 278; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2008, 166ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8.Aufl., 1992, § 26, Rn. 34; Schwabe, Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, JZ 1974, S. 635; Tröndle/Fischer, StGB, 52.Aufl., 2004, § 34, Rn. 23.

20) BGHSt 27, 260.

生ずる。刑法の正当化事由は国家の処罰権力から免れさせるようとするものであって、国家に基本権侵害の権限を与えるものではない。もし国家による明文の根拠を持たない基本権侵害行為に刑法上の正当化事由が一般的に適用されるとなると、正当化事由に関する規定が国家に権限を付与する機能を持ってしまうことになり、憲法上の「法律の留保」の原則に反することになるであろう<sup>21)</sup>。

これに対し、刑法的理論からは、むしろ国家の行為は権力独占のために比例制原則などにより私人の行為よりも制約されているのであるから、緊急時にはむしろ市民と同じ緊急権が認められるべきであるとする主張もある。たとえば、拷問事例において、逮捕前は、被害者の生命を救出するために許される正当防衛が、逮捕後は警察により行使できなくなると、むしろ犯人の方が被害者よりも優遇されるというのである<sup>22)</sup>。しかし、国家の行為が私人よりも制約されているとするこの考え方の前提がそもそも問題であり、国家的行為と私人の行為の法的性質の相違を正当に考慮しないものである。また、刑法的理論の根拠として、国家の保護義務が持ち出されることがある。連邦憲法裁判所は、被拘禁者と外部との接触禁止の法律化に関し、人間の生命は最高の価値であり、そこからあらゆる人間の生命を保護することは、特に違法な侵害に対して守ることは国家の義務であるとし、自由で民主主義的な秩序の破壊を目的とし、この計画の実現の手段として人間の生命の計画的な破棄を行おうとするテロリストの努力を必要な法治国家的な手段によって有効に対処することを国家に禁じようとするならば、基本法の意味を誤っているであろうと主張したのである<sup>23)</sup>。しかしながら、義務は権限のあることを前提とするのであり、包括的な義務から具体的な法的権限は生じないのである。

なお、刑法的理論の中には、これに一定の制限を加えようとする立場もあり、たとえば、公法的な特別規定によって一定の利益衝突が最終的に規制されている場合には、刑法的な緊急権は原則的に排除されるとする見解があり<sup>24)</sup>。また、法効果の点で比例性原則によって制限を加える見解もある<sup>25)</sup>。しかし、いずれの見解も、やはり、刑法上の正当化事由を授權規範としてしまうという問題点は回避できておらず、特に前者に対しては、公法的規定の欠缺があるか否かという困難な解釈問題を経ずには刑法上の正当化事由は適用できなくなり、また正当化事由が国家的行為に適用できるとしながら、公法の優越を認める点で理論的説明が可能かが問題となり、後者に対しては、刑法上の正当化事由の適用を認めるにもかかわらず、なぜ比例性原則の拘束が課せられるのか、特に正当防衛に関してそのような処理が可能かという点で問題がある。

---

21) Fechner, Grenzen polizeilicher Notwehr, 1991, S. 66; Jahn, a. a. O. S. 355f.; Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, 2002, S. 205ff.; Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 297; Samson, SKStGB, 6. Aufl, 1999, § 34, Rn. 4; Spirakos, Folter als Problem des Strafrechts, 1990, S. 216.

22) Brugger, Von unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter? JZ 2000, 169.

23) BGHSt 49, 24

24) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, S. 773f.

25) Franzheim, Der Einsatz von Agents provocateurs zur Ermittlung von Straftätern, NJW 1979, 2017.

### ③区別的理論

このドイツで有力な考え方は、違法判断を分離してしまうものであり、高権的に行為する者は、刑法上の正当化事由を原則として援用しうるが、その正当化は刑法の内部にとどまり、国家的行為の適法性には影響しないとする見解である<sup>26)</sup>。これによると、確かに刑罰的には正当化されても、公法的規定に対する違反については責任を負うことになり、たとえば懲戒の対象となりうるから、正当化事由の授權規範化という問題は生じない。しかしながら、この考え方に対してはまず法秩序の統一性の観点からの批判が考えられる。もっともこの観点は確かに内容も射程範囲も不明確であり、その直接的適用はもはや主張しえないであろうが、刑罰的適法性と公法的適法性を全く分離してしまうのは、法の無矛盾性の観点からは問題が残る。たとえば、戦闘中の兵士も緊急避難を主張できることになろう。また、実際上の帰結に関しても、刑法上は正当化されても公法上の責任をとられるならば、公務員は当然緊急行為を躊躇することになるであろう。

### ④公法的理論

刑法上の正当化事由は国家的行為の授權のためには援用できないとすると、公法的な権限規範に違反した行為は刑罰的に正当化しえないことになり、公法的に禁止されていることは、刑法上も禁止されていることになるのである。これを無制限に認めるのが、純粋な公法的理論である<sup>27)</sup>。これに対しては公務員に正当化を認めないと、私人よりも保護されないのではないか、あるいは公務員による私人の保護も果たせなくなるのではないかと批判されているが、むしろ国家には、私人よりも権限と資源を与えられており、危険に対して、組織的、かつ計画的に対処できるのであり、同列に評価することはできないであろう。

なお公法的理論には、自己防衛の場合にのみ例外的に刑法上の正当化事由の援用を許す見解もある<sup>28)</sup>。しかし、刑法上の正当化に公法上の授權規範としての性質を否定しながら、自己防衛の場合にのみ例外を認めようとするのは、理論的に説明が困難である。結局、自己防衛権を前実定的な自然法的権利と構成する他ないであろう。

---

26) Felix, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 403; Kirchhof, Helfer in der Not, JuS 1979, S. 433f.; Günther, SKStGB, 7.Aufl., 1999, § 34, Rn. 17; Herzog, NK StGB, 2.Aufl., 2003, § 32, Rn. 83; Ostendorf, Die strafrechtliche Rechtmäßigkeit rechtswidrigen hoheitlichen Handelns, JZ 1981, S. 172; Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Strafrechtslehre, 6.Aufl., 2000, § 8, Rn. 58; Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 137; Seebode, Polizeiliche Notwehr und Einheit der Rechtsordnung, Festschrift für Klug, Bd. 2, 1983, S. 371; Sydow, § 34, JuS 1978, S. 225;

27) Hoffmann – Riem, Übergang der Polizeigewalt auf Private? ,ZRP 1977, 283f.; Jahn, a. a. O., S. 416ff.; Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991, S. 398f., 429f.; Kunz, Die organisierte Nothilfe, ZStW 95 (1983), 982f.; Lübke – Wolff, Rechtsstaat und Ausnahmerecht, ZParl 1980, 116f.; Schwarzbürg, Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler, NStZ 1995, 473; Seelmann, Grenzen privater Nothilfe, ZStW 89 (1977), S. 56;

28) Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW 1977, 839; Hirsch, LK, 11. Aufl. 1994, vor § 32, Rn. 153 und § 34, 19; Schünemann, Die deutschsprachige Strafwissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, GA 1985, 365f.



## (2) 不文の緊急権としての正当防衛・緊急避難

以上において見てきたように、刑法上の正当化事由をそのまま国家的行為に適用することはきわめて困難であると考えられるが、刑法においては、明文の規定がなくとも超法規的な違法性阻却事由はありうると一般に考えられており、国家的行為の正当化に関しても、刑法上の規定を基準として不文の緊急権を構成しようとする見解がある<sup>29)</sup>。それでは正当防衛や緊急避難という刑法上の規定をいわば一般的法理として国家的行為に適用することは可能であろうか。その検討のためには、正当化事由の正当化根拠にまでさかのぼる必要がある。まず、正当防衛に関しては、正当化される根拠としては自己防衛の本能や自己の利益の保全という観点が挙げられているが、国際的關係ではなく、国家の自己防衛として市民の基本権侵害を認める根拠として国家にそのような本能や利益が前実定的に属するとするのは、国家に本来的に市民に優越する法主体の地位を認めるに等しい。他の市民の利益の保護という観点（緊急救助）についても、確かに国家は本来的に市民の利益保護の任務を負っているが、明文の規定がない場合になぜそのような一般的義務から基本権侵害が当然に許されることになるのか理解できないであろう。また「法の確証」という観点も、正当防衛権の根拠として持ち出されるが、これはすでに法秩序を前提としおり、前実定的には国家の利益の保全が常に「正」であるという立場をとらない限り、援用できない。

不文の緊急権の根拠としてしばしば援用されるのは緊急避難である。つまり、トラウベ事例においてすでに主張されたように、他に手段がないならば、より高度の法益を救助するためには、一定の者の基本権の侵害も甘受されなければならないという考え方である。そこでは緊急避難の正当化根拠の一つとして主張される利益衡量原理が一般的法理として持ち込まれているが、そのような一般的法理がそもそも成立しうるかに疑問がある。確かに刑法の解釈論においては、優越的利益の原則を正当化の一般的根拠として主張する見解もあるが、これは緊急避難規定が緊急状態の存在する場合にのみ利益衡量原理を取り入れているという例外性を無視するものである。利益衡量原理を法の一般思想として取り入れるということは、まさに功利主義的原理を法の基礎とすることを意味するのであり、個人の基本権の保護を一般的な価値計算に委ねてしまうことに対しては、個人の利益がゼロと評価されることもありうることから、規範的保証の必要性が反論として持ち出されるだけでなく、どのような価値をどのように評価するのかという価値計算の基準がそもそも原理的に確定できないのであるから、一般的な法原理として耐えうるものではない。結局、利益考量原理は、一応正当とされた利益相互の間の調整原理にすぎないのであるから、それによって基本権侵害の権限を与えることはできないのであって<sup>30)</sup>、国家行為の正当化には役立たないのである。

---

29) Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 103 (1978), 138; Stern, Zur Frage des ungeschriebenen Notrechts, Verfassungsschutz und Rechtsstaat, 1981, S. 181ff.

30) Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, S. 1883; Jahn, a. a. O., S. 431f.

#### IV. カール・シュミットの「例外状態」論

tragic choice 事例のような場合における権力行使が正常な法状態における法的手段によっては正当化できないとするならば、これを法的に正当化できる道は残されていないことになるはずであるが、もし正常な法状態とは異なる次元に位置する「例外状態」における法というものが存在しうるとすれば、正当化の可能性はまだあるかもしれない。

そこで検討に値するのが例外状態論ではしばしば議論の対象となってきたカール・シュミットの考え方である。彼によると「いかなる一般的規範も、生活関係の正常な形成を要求するのであって、一般的規範は、事実上それに適用されるべきであり、かつそれを規範的規制に従わせるのである。規範は、同質の媒体を必要とする。この事実上の正常性は、たんに『外的前提』として、法律学者の無視しうるものではなく、それはむしろ、規範の内在的有効性の一部を構成するのである。混乱状態に適用しうるような規範などは存在しない。法秩序が意味をもちうるためには、秩序が作りだされていなければならないのである。<sup>31)</sup>」つまり、法というものは、そこで適用されるべき正常な状態を前提としているのであり、例外状態に法は適用されないことになる。しかし、「正常な状態が作りだされなければならないし、また、この正常な状態が実際に存在するかいなかを明確に決定する者こそが、主権者なのである。法はすべて、『状況に規定されている法』なのである。主権者が、全一体としての状況を、その全体性において作りだし保証する。<sup>32)</sup>」ここから「主権者とは、例外状況にかんして決定をくだす者をいう。<sup>33)</sup>」という有名な章句の意味が明らかとなる。確かに例外状態はいわば法の存在しない状態ではあるが、主権者によって関係が保たれているわけであり、例外状態は法が全く無関係なものとなっているわけではない。「例外事例において、国家は、いわゆる自己保存の権利によって法を停止する。…通常の状態において、決定の独立的要素が最小限に抑えられうるのとまったく同様に、例外事例においては規範が無視される。にもかかわらず、例外事例さえもが、法律学的認識の対象たりうるのは、両要素すなわち規範も決定もともに、法律学的なものの枠内にとどまるがゆえにである。<sup>34)</sup>」

公法学者ベッケンフェルデは、このようなカール・シュミットの例外状態をむしろ受け入れ、例外状態が法から把握され、支配されるべきであるならば、拒否、つまり例外状態は法的に現れたり、生じたりしないという確認によってではなく、それが出会うこのような状態に合わせた権限と態様を持つ行為によってのみ可能であり、例外状態が例外的性質を保持する、すなわち可能な限り速やかに正常状態へと連れ戻さなければならない場合にもそうなのであるとする。そして、前もって予見しえない状況が例外的性質ではあるが、例外状態の条件や発生、例外権限の行使の管轄、例外権限の目的や限界は規定できるし、規定の必要があるというのである<sup>35)</sup>。しかしな

31) 田中浩・原田武雄訳「カール・シュミット『政治神学』」(1971年)20頁以下。

32) 田中・原田訳21頁。

33) 田中・原田訳11頁。

34) 田中・原田訳20頁。

35) Böckenförde, a. a. O., S. 1885f.

がら、法的意味を持たない例外状態を法的にとらえることはどのようにしてできるのか、そもそもそのような規定は可能なのかについてはなお十分な答は得られていない。

このような例外状態と法との関係について、カール・シュミットの著作を素材に分析を加えたのが、イタリアの哲学者アガンベンである。彼は例外状態と法との関係性について以下のように言う。「例外をまさしく例外として特徴づけるのは、排除されるものが、排除されるからといって規範とまったく関連をもたないわけではない、ということである。それどころか、規範は、宙吊りという形で例外との関係を維持する。規範は、例外に対して自らの適用を外し、例外から身を退くことによって自らを適用する。したがって、例外状態とは秩序に先行する混沌のことではなく、秩序の宙吊りから結果する状況のことである。<sup>36)</sup>」むしろこの意味で法は法でないものを前提としているということになる。「法は法的でないもの(たとえば自然状態としての純粋な暴力)、法が例外状態において潜在的な関連をもつものとして自らを維持することを可能にするものとして前提する。主権による例外化(自然と法権利のあいだの不分明地帯としての)とは、法的参照を宙吊りにするという形で法的参照を前提することである。これこれの物事を命じたり禁じたりするあらゆる規範(たとえば殺人を禁ずる規範)には、前提されている例外として、特殊事例という純粋かつ裁可不可能な形象が書きこまれている。この特殊事例は、通常事例においては、規範自体の違反をもたらず(それはつまり、殺人という例で言えば、自然的暴力としての殺人ではなく、例外状態における主権的な暴力としての殺人のことである)。<sup>37)</sup>」ここからカールシュミットの言う主権の役割の意味も明らかとなる。「実のところ、明らかに、例外状態において行使される暴力は、法権利を保存するのでも法権利を単に措定するのでもなく、法権利を宙吊りにすることで保存し、法権利から自らを例外化することによって法権利を措定する。…例外状態が通常事例から区別されるかぎり、法権利を措定する暴力と保存する暴力のあいだの弁証法は本当の意味では断ち切れていない。それどころか主権的決定は単に、その一方から他方への移行がなされるにあたっての媒介項として現れるだけである(この意味では、主権的暴力が法権利を措定すると言うことができる。というのは、主権権力は、他のしかたでは違法であるような行為の合法性を肯定するからである。また、主権権力は法権利を保存もする。というのは、新たな法権利の内容とは、旧い法の保存にほかならないからだ)。いずれにせよ、暴力と法権利のあいだの連関は、この二つが不分明であるとしても、維持されている。<sup>38)</sup>」

以上のようなカール・シュミットやアガンベンによる分析により、例外状態と法とのパラドキシカルな内在的関係が明らかとなったといえるであろう。法はまさに法の宙づり状態としての例外状態を前提してはじめて法としての資格を明らかにするのであり、この両者を媒介するのが法を措定する権力としての主権である。もちろんここでいう主権とは委任独裁で問題になったような憲法により構成される権力ではなく、憲法を構成する権力としての主権である。tragic choice

---

36) 高桑和己訳・アガンベン「ホモ・サケル」(2003年)(org. Agamben, Homo sacer, Il potere sovrano e la nuda vita, 1995) 29頁。

37) 高桑訳「ホモ・サケル」33頁。

38) 高桑訳「ホモ・サケル」96頁以下。

事例がもし適法なものとして正当化されうるとするならば、それは例外状態における主権の作用としての規範違反の合法化ということになる。しかしながら、例外状態が法と無関係なものではなく、主権の作用により法を自ら例外とすることによって法との関係を保つとしても、法の側から見て例外状態における行為を正当化する、つまり法的に把握することはどのようにしてできるのかは未だ明らかではない。なぜなら、例外状態は規範の妥当していない事実状態なのであり、これを規範的に評価するということが一見すると困難なように思われるからである。

## V ルーマンにおける法のパラドックスと例外状態

社会学者ルーマンは、冒頭で触れたように、「我々の社会に不可欠の規範は存在するか？」という講演の中で、拷問事例を挙げて現実世界では tragic choice 事例がしばしば見られることをシステム論の観点から分析しているのであるが、もし、社会にとって不可欠の価値や規範というものが存在するならば、tragic choice 事例のような場合は正当化の余地はないことになるのであり、ルーマンの分析はここでの問題にとって有益なものと思われる。

ルーマンによると、現代においては、自然法的な議論に頼ることができないとすると、社会がみずから推奨するものを人は尊重する、つまり「価値」であるが、一定の価値が常に他の一定の価値に優先されるべきであるというような確固たるヒエラルキー的秩序は存在せず、価値衝突は個別事例に制限されたままであるから、価値はそれが必要とされるまさにそのときに直接的価値を失うのである。まさにそこに価値のパラドックスが生じうる。「価値は、疑いえないものに頼った決定を行うために必要である。しかし、決定はこの必要性を偶発性という形態へともたらず。価値の尊重の必要性は、それ自体で、－それが決定に至る場合－、偶発的な評価となる、つまり、価値関係、決定状況、決定の過程への影響に従って様々な結果となりうる評価にである。司法や法的解釈論は「価値衡量」について語るが、しかし、それは、それがどのような結果に至るかを明らかにしないという点にのみ統一性を有する公式である。<sup>39)</sup>」そうすると、「公的に認められているよりも、あげうる規範や規範在庫の不可欠性の問題は解消してしまっている。代替的解決は、すでにためされたように、統一のための公式として発展しうるパラドックスを提供できるだけである。…今日の社会では、問題は原理に対する忠誠と恣意性の間の区別に存するのではないという洞察にかかっているかもしれない。原理は、これ以上何も意味しないというようなやり方で作り出されなければならない。しかし、他方で、恣意性は－現実的に観ると－社会的現実では生じない。それ故、問題は法的システムの達成された自律性、自己決定、作動上の閉鎖性を維持することが将来においても成功するであろうかということではっきりとできない。その場合は、このシステムが自身の自律性を構造化し、それ自身の区別の統一性（正と不正の間のそれさえ）のパラドックスを発展させ、偶発性の必要を受け入れることができることは疑いない。規範の不可欠性

---

39) Luhmann, a. a. O., S. 243f.

とはシステムのオートポイエシスである。<sup>40)</sup>」

もし規範の不可欠性といわれているものがシステムの自律性の問題だとすると規範に違反することもシステム分化のあり方によっては許容されることになる。ルーマンは、むしろ今日の世界の状況は、法と不法についての不法な決定の問題へと目を向けるとする。たとえば、すでに挙げた拷問の事例、国際的介入の事例や実行の時点では実定法によってカバーされていた「犯罪」の事後的な有罪判決の事例などである。また、「機能的自律性の根本原理である法治国家や民主主義は、いくつかの領域で貫徹されているとみなされうるだけである。すなわち、違反が個別事例として扱われ、それが違反したシステムに属する手続きを使用して手続きされうるという意味において貫徹されている場合である。世界的には、これは原則というより例外である－これは代わりの観念がどこにも見えないという事実があるにもかかわらず、そうである。それ故、一般的な判断は、世界社会はシステムの機能的分化を採用したが、しかし、多くの機能的領域で（経済、政治、法を含む）、分化のそのような進化的に向上した形態は現れていない」のであり、こうした状況が tragic choice の広範な出現に対応しているように思われるとするのである<sup>41)</sup>。さらに、システムのコードとして有意義であり、そうあり続ける「法か不法か」というハードな二者択一はプログラムの次元では貫徹することになるが、しかし、これを阻止するため、非難可能でない（適法で、責任のない）権利行使も発生した損害に対し責任あるものとする法形象（危殆化責任、厳格責任）を見いだしてきたのであり、拷問の事例も類似した構造を有しているとするのである<sup>42)</sup>。

このようなルーマンのシステム論的分析は、法か不法かという二分コードは常に絶対的貫徹を要求するわけではなく、機能的分化が進んでいないような場合には二分コードの上では不法なことも適法として扱われうることを教えているのであり、tragic choice 事例に代表される例外状態はまさにそのような場合なのである。ここで重要な点はこのようにとらえ方によると、二分コードに依拠する規範のシステムの側から、システム外の、つまり規範の妥当しない環境の状況を参照する可能性が生ずるということである。実は、このような関係は刑法上の正当化事由に関しても見られる現象であり、例外状態に特有の問題ではないことがわかる。この点をルーマンの基礎的理論に基づきながら、今少し敷衍してみたい。

ルーマンによると、法システムは法か不法かという二値的図式、つまり二分コードを用いることによって作動するシステムであるが、法は不法であるという自己言及によるパラドックスを回避するため、法か不法かというコードを正しく帰属させるための条件づけ、つまりプログラム化が行われる。許容規範も一種のプログラムである。このコード化とプログラム化によって自己産出的なシステムとしての法システムの作動が可能となるのである<sup>43)</sup>。法システムは、作動上の閉鎖性を有しているが、それは決してシステムと環境が没交渉であることを意味せず、システム外

---

40) Luhmann, a. a. O., S. 245.

41) Luhmann, a. a. O., S. 246f.

42) Luhmann, a. a. O., S. 248.

43) 馬場靖雄・上村隆広・江口厚仁訳「ニクラス・ルーマン『社会の法』1」(2003年)(org. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993) 177頁以下。

の情報参照する他者言及や環境の特質に継続的、構造的に依拠する構造的カップリングといわれる場合もありうる。ところで正当化事由としてしばしば問題としてきた刑法上の緊急避難規定は、利益衡量原理をその基礎としていることは明らかであるが、この利益衡量は本来的には規範的原理ではないのであり、まさに他者言及の典型的場合である<sup>44)</sup>。法は緊急状態における行動の規範的評価を他のシステム、ここではおそらく倫理システムにおける決定に委ねているのである。恒常的に依存させているという意味では構造的カップリングと言ってよいかもしい。ここから、すでに述べたように利益衡量原理を法の一般的原理として持ち込むことの問題性も明らかとなる。

このような意味で、例外状態における国家の行為も規範の次元でとらえることはできなくても、法システム外での、つまり政治システムにおける国家の事実的決定として法システムにおいても参照することは十分可能であり、許容規範の対象と考えることもできるであろう。実際ルーマンは、例外状態論において重要な「主権」の問題を政治システムと憲法システムとの間の構造的カップリングの問題として扱っている<sup>45)</sup>。従来の議論のように例外状態をいわば無法状態として法の世界から完全に切り離してしまうよりも、法システムとの関係性において考察の対象とすることのできるこのような考え方がより生産的な議論に資すると思われる。

---

44) 馬場靖雄・上村隆広・江口厚仁訳「ニクラス・ルーマン『社会の法』2」(2003年)529頁。

45) 馬場・上村・江口訳「ルーマン『社会の法』2」613頁以下。