

例外状態と財政危機

ミヒヤエル・クビチエール*
川口浩一**・森永真綱*** (訳)

I. 法の形式性と危機

1. カール・シュミットのテーゼ

「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、規範の内在的妥当 (Geltung) の一部を構成するのである。カオス状態に適用しうるような規範などは存在しない。法秩序が意味を持ちうるためには、秩序が作り出されていなければならないのである」¹⁾。これらの言葉によって、カール・シュミットは²⁾、1922年に、ある法理論的認識を要約したのです。それは、彼の刑法及び法学方法論に関する、今日ではほとんど忘れ去られた初期の文献の中でかねてより徐々に展開されていたものでした³⁾。それに新たに付加されたのは、国家論的な結論でした。「正常な状態が作り出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」⁴⁾。次のような世紀の公式によって、シュミットはこの「着想」⁵⁾を明らかにしました。「主権者とは、例外状態に関して決定をくださる者をいう」⁶⁾。例外状態における主権者の権限に関するシュミットの言明も、センセーショナルなものです。すなわち、主権は秩序を安定化または回復さ

編集部注* ケルン大学法学部教授

** 関西大学法学研究所例外状態と法研究班研究員、大学院法務研究科教授

*** 関西大学法学研究所例外状態と法研究班委嘱研究員、甲南大学法学部准教授

本稿は、2013年10月4日に開催された例外状態と法研究班公開研究会の報告用原稿を基に加筆・修正を加えたものである。

1) *Schmitt*, Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 9. Aufl. Berlin 2009, S. 19.

2) 彼の生涯と業績については、*Mehring*, Carl Schmitt, Aufstieg und Fall, 2009; シュミットの法学的思想に関する基本的な文献として、*Hofmann*, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 5. Aufl. 2010.

3) とくに *Schmitt*, Gesetz und Urteil, 1912 (hier zitiert nach der 2., unveränderten Auflage von 1969); *ders.*, ZStW 38 (1917), 138 ff.; *ders.*, ZStW 38 (1917), 783 ff.; *ders.*, Der Wert des Staates, 1917.

4) *Schmitt* (Fn. 3), S. 18 f.

5) *Hofmann*, Der Staat 44 (2005), S. 171.

6) *Schmitt* (Fn. 1), S. 13.

せなければならず、そのために「規範的拘束」から解放される⁷⁾、端的にいえば「例外事例において、国家は法を停止する(…)」とされたのです⁸⁾。

2. 財政危機における超法規的救済措置

こうしたシュミットの言明は、法治国家の行為と相容れないものだと考える人には、以下に示す出来事を思い出して欲しいと思います。2007年9月のリーマン・ブラザーズ破綻後に、財政危機がドイツを襲った際、ドイツの預金者が銀行預金に殺到する徴候がみられました。こうしたいわゆる取り付け騒ぎが起これば、財政システムや経済システムに、想像もつかない結果をもたらす恐れがありました。「国家的緊急事態」を回避すべく、首相と財務大臣は、2008年10月の初旬に、国家による預金の全額保証を表明しましたが、その法的根拠は存在しなかったのです⁹⁾。それから1年半後に、ギリシャが、何十年にもわたる政治的・経済的に放漫な財政運営により、破綻の淵に追い込まれます。EUの諸機関やユーロ圏の諸政府は、連鎖反応が起こって、その他の高債務国も破綻し、最終的にユーロが崩壊することを懸念しました。加えて、諸国による融資の問題が、ヨーロッパ金融市場に波及する恐れがあったのです¹⁰⁾。そこで欧州理事会は、ギリシャに800億ユーロを提供し、それ以外にも「ユーロ単一通貨圏の安定を図るために、あらゆる手段を尽くすこと」を決定しました¹¹⁾。この状況で即座に行動しなければ、後に発布された命令に書かれているように、「EUの安定性、統一性、完全性は深刻な形で脅かされたであろう」といわれています¹²⁾。妥当かつ支配的な見解によれば、これはヨーロッパ法違反にあたります。EUの機能に関する条約(AEUV)の122条の限定的な例外規定は、自己債務による国家債務危機の克服のための行動を許容していませんし、さらに、ヨーロッパの国家間財政調整は、122条の体系的位置づけと整合させることはできません¹³⁾。2010年にヨーロッパ中央銀行が課した、ユーロ圏の高債務国の公債購入に関するプログラムも、EUの機能に関する条約123条の文言には反しないとしても、いずれにせよ同条の趣旨であるヨーロッパ中央銀行による対国家融資を防ぎ、国家の政治的独立性を

7) *Schmitt* (Fn. 1), S. 18.

8) *Schmitt* (Fn. 1), S. 18. – *Isensee*, in: ders./Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 7, 1. Aufl. 1992, § 162 Rn. 91 f. も参照。

9) *Steinbrück*, *Unterm Strich*, 2011, S. 193 ff.

10) これについては、*Schorkopf*, *AöR* 136 (2011), 332, 336 ff.

11) *Erklärung der Staats- und Regierungschefs des Euro-Währungsgebietes v. 7.5.2010*, S. 1 f.

12) *Rat der Europäischen Union, Verordnung (EG) Nr. 407/2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus*, *ABl. EU* 2010 Nr. L 118/1, *Erwägungsgrund* 4.

13) *Barbato*, *Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik* 6 (2013), S. 249 ff.; *Vedder/Heintschel-von Heinegg*, *Europäisches Unionsrecht*, 2012, Art. 125 Rn. 10; *Hentschelmann*, *EuR* 2011, 282, 291 ff. 批判的なものとしてさらに、*Jörges*, *Der Staat* 21 (2012), 357, 368; *Streinz-Kempfen*, *AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 122 Rn. 13; *Kube/Reimer*, *NJW* 2010, 1911 ff.; *Schorkopf*, *AöR* 136 (2011), 332, 339 f. 懸念を示さないものとして、*Grabitz/Ruffert/Nettesheim-Bandilla*, *Das Recht der Europäischen Union*, 42. *Ergänzungslieferung* 2010, Art. 125 Rn. 14 ff.

保障するという理念には反しているのです¹⁴⁾。

仮に、以上に挙げた諸事例に特徴的なのが、「例外状態という条件下での行動」であるとしましょう¹⁵⁾。こうした解釈は、シュミットが彼の『世界経済危機が頂点に達した際に出された—『憲法の番人』という著書の中で、経済的・財政的な緊急状態や例外状態と軍事的・警察的な例外状態(すなわち戦争や内戦)とを区別したことによって支えられています¹⁶⁾。しかし、今日の状況が冒頭で紹介したカール・シュミットの例外状態と同視できるかは、疑問の余地があります。たしかに、銀行の連鎖倒産が、ドイツ連邦共和国にとって、ギリシャやユーロ圏の収拾のつかない破綻と同様に、「極度の緊急事態」¹⁷⁾を意味していたことに疑いはありません。そうであるがゆえに、諸国家は、シュミットを拠り所とする思考過程を展開する形で、現行法が提供できなかった手段をとったのです¹⁸⁾。しかし、上記の緊急措置は—これから見るように—体系的レベルでは、「正常状態の法」と「例外状態における行動」という二つの極の中間に位置しています。このことは、初期の業績から1931年頃までのシュミットの思想の展開を追うことで、明らかになるでしょう。そこで示されるのは、例外状態の様々な構想上のバリエーション、あるいは例外状態概念の様々な使用法だけではありません。さらに、現行法の限界を超越する国家的な緊急措置のすべてが、強行裁決的に (a limine) 法治国家に反しているとして拒絶されてはならないことも、明らかにされます。

3. 刑法と特別理論

その投入が危険の抑制のために必要な限りでのみ、緊急的な措置が正当化されることは、目的合理主義的思考のロジックに根ざしています¹⁹⁾。刑法は、危険防除の道具ではなく、むしろ刑罰は有責的な行為に対する反応です。ただ、刑法も「例外的に」財政危機のような深刻な状況を抑える手段として投入することが許されるかは、未解決の問題です。実際のところ、刑法学は一公法と異なり—こうした問いを明確な形で立てたことすらなく、せいぜいのところ例外状態の理論にわずかに触れる程度だったのです²⁰⁾。このことの原因として、カール・シュミットが刑法理論にと

14) 違反を認めるものとして *Kube/Reimer*, ZG 2011, 332 ff.; *Seidl*, EuZW 2010, 521 ff. 他の見解を唱えるのは、*Herrmann*, EuZW 2010, 645 ff.; *Steinbach*, NVwZ 2013, 918 ff.

15) このようにいうのは、*Barbato* (Fn. 13), S. 250, 257. – *Hufeld*, *Integration* 34 (2011), 117, 122 f.; *Jörges*, *Der Staat* 21 (2012), 357, 368も、この脈絡において例外状態を参照している。さらに *Kaiser*, in: *Schröder/v. Ungern-Sternberg* (Hrsg.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, 2011, S. 119, 140参照。その記述の中で、EUの機能に関する条約122条の柔軟な解釈を、ワイマール帝国憲法48条2項の緊急命令権の拡張解釈になぞらえている。

16) *Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, 1931 (hier zitiert nach der 2. Aufl. 1969), S. 119.

17) *Schmitt* (Fn. 1), S. 14参照。

18) この方向を示すものとして *Böckenförde*, *NZZ v.* 21. 6. 2010. 慎重な態度を示すものとして *Schorkopf*, *AöR* 136 (2011), 332, 342.

19) *Schmitt*, *ZStW* 38 (1917), 138, 158参照。

20) 航空安全法およびイスラムのテロリズムに関する議論を巡り、例外状態に言及するものとして、*Jahn*, *Das Strafrecht des Staatsnotstands*, 2004, S. 94 ff., 209 ff.; *Paulik*, *JZ* 2004, 1051, 1054 ff.; *Wittig*, *Festschr. f.*

って、依然、好ましからざる人物 (persona non grata) であるということも挙げられます。このことは、最近では、いわゆる敵に対する刑法に関する議論において示されています²¹⁾。

しかし、公法においては、シュミットの業績の一部をリベラルな形で再解釈し、これらに法治国家的な枠組みを与えることは可能であることが示されています²²⁾。そのため刑法学も、全部を調べた上で、よいところは残すべきだという原則に従うべきでしょう。そのようにしないと、刑法学は、悪しき社会、つまりこの文脈でいえば、リベラルでない社会の中で出会ったことだけを理由に、知見を放棄することになってしまうでしょう²³⁾。とはいえ、刑法学が戦後数十年に渡ってシュミットに近づくことをためらったのは、もっともなことです。ドイツ連邦共和国が、ナチス国家とは政治的に反対の構想として把握されたのと同じように、刑法学は、ナチス期の刑法理論との構想上の限界づけの可能性を模索したのです²⁴⁾。カール・シュミットの法理論的認識の再生は、以上のような背景の下では考えられなかったのです。このようにシュミットの遺産をテーマ化しないことは体制の刷新という目的にとって避けられないことだったかもしれません。しかし、刑法学は彼の遺産を拒否することができたのでしょうか。そうではありません。刑法学は、リベラルで法治国家主義的な解釈の可能性について検証することなく、およそ学問的に信頼に値しないものとみなして、強行裁決的に (a limine) これを退けたことで、暗黙のうちに、彼の理論のリベラルでない形での解釈に従ったのです。

こうした法学論上の理由からすでに、法治国家的な刑法を例外状態の理論と調和させることが可能か否かが、以下で検討されるべきなのです。もっとも、この刑法理論的な問題について検討することには、実務的理由があります。一つ目の理由は、今日の財政危機の中ですでに、銀行経営者に有罪判決を下すことを可能ならしめる目的から、現行刑法の限界を超えようとする試みがあったということです²⁵⁾。すなわち、シュトゥットガルトの検察当局は、バーデン・ヴュルテンベルク州立銀行の代表者を起訴しましたが、その根拠を、銀行の貸借対照表 (Bilanz) は子会社

Roxin, Bd. 1, 2011, S. 113, 127 (いずれの論者も批判的ないし否定的である。これに対し肯定的なものとして *Merkel*, *Die Zeit* v. 18.7.2004, S. 33 f.

- 21) これについては、*Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, 2009, S. 38 f. 参照。Pawlik は、シュミットのバルチザンの理論を採り上げているが、敵に対する刑法の理論については、法理論的根拠からこれを否定している。— 敵に対する刑法については (最近のものとして *Jakobs*, in *Rosenau/Kim* (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, S. 167 ff.)。敵に対する刑法への批判に関し、包括的に扱うものとして、*Heinrich*, *ZStW* 121 (2009), 94; *Vormbaum* (Hrsg.), *Kritik des Feindstrafrechts*, 2009; *Greco*, *Feindstrafrecht*, 2010.
- 22) これについては、*Lübbe*, in: *Quaritsch* (Hrsg.), *Complexio Oppositorum*, 1988, S. 427 ff.; *Manil*, *Festschr. f. Stourzh*, 1999, S. 99 ff.; *Mehring*, *Der Staat* 47 (2008), 241 f.; *Neumann*, *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin*, 2010, S. 733, 738 ff.
- 23) 政治哲学および公法との関係でそのようにいうものとして、*Lübbe* (Fn. 22), S. 429 f.
- 24) キーワードとして、ここでは以下のものが挙げられよう。(キリスト教的に裏づけられた) 1940年代末期ないし1950年代初期における自然法ルネッサンス (これについては、*Hofmann*, *Rechtsphilosophie nach 1945*, 2012, S. 10 ff.) および(1920年代に瓦解した)立法批判概念としての法益の再生 (これについては、*Kubiciel*, in: *Löhnig/Preisner/Schlemmer* (Hrsg.), *Reform und Revolte*, 2011, S. 217, 225; *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 47 ff.)。
- 25) これについてはすでに *Kubiciel*, *ZIS* 2013, 53, 56.

のリスクを反映していなければならないことに求めたのです²⁶⁾ —しかし行為時に妥当していた貸借対照表法の規定によれば、特別目的会社（Zweckgesellschaft）のリスクを銀行の貸借対照表に算入すべきことは定められていませんでした²⁷⁾。刑法において妥当している被告人の不利となるような類推解釈の禁止と、行為時に妥当していた法のこうした解釈を調和させることは極めて困難でしょう²⁸⁾。銀行は国家の救済によって破産を免れたにもかかわらず、ナオケは、破産罪による銀行経営者の処罰を可能ならしめるために、刑法283条6項の一義的な文言は「超えることが可能である」²⁹⁾とまでいいます。このような見解は、現行法や法律主義を明らかに無視しており、法律主義を実用に耐えないものとみなしているのです³⁰⁾ —いずれにせよ正常状態下ではそのようにいえるでしょう。シュミットのテーゼと法治国家的な刑法との関係に取り組むことが必要な二つ目の理由は、財政危機がヨーロッパで一段と高まり、それがドイツにも及ぶ危険が依然として存在することにあります。そうした場合に、いかなる（刑法を用いた）措置が必要となりうるか、それは1920年代末の世界恐慌、つまりシュミットの例外状態のイメージに非常に近い状況を振り返ることで、明らかになるのです。法政策だけでなく、刑法学もまた、財政危機の先鋭化の可能性に備えるべきでしょう。しかし、そのためには、刑法学が例外状態の理論と根拠づけられた関係に立ち、これまで行われてきたように、直感的あるいはその出自を理由に同理論を拒否しないことが前提となります。この講演は、そうしたことに寄与しようとするものです。

II. 例外状態

1. シュミットが例外状態に関する法理論へと至った経過

シュミットの今日においてはほとんど忘れられた初期の業績の一つに、まだ司法修習生であった頃³¹⁾に書かれた「法律と判決」があります。この業績においてシュミットは、裁判官の判決が正しいものとなるのはどのような場合か、という法理論と法実務の双方にとって重要な問題を提

26) Presseerklärung der Justiz Baden-Württemberg vom 28.11.2012, <http://www.lsg-baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1280524/index.html?ROOT=-1>.

27) 特別目的会社を銀行の貸借対照表に算入する義務が当時存在しなかったことについては、*Ransiek*, WM 2010, 869, 870, 872; *Rönau*, in: Schünemann (Hrsg.), Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?, 2010, S. 43, 54 ff.; *Wafßner*, ZIS 2012, 648, 649. – I. Erg. wie die StA Stuttgart *Gallandi*, wistra 2009, 41, 45参照。

28) 類推解釈の禁止については、*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 5 Rn. 8.

29) *Naucke*, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat – Eine Annäherung, 2012, S. 64. ナオケの政策的経済犯罪の概念については、*Jahn*, wistra 2013, 41 f.; *Kubiciel*, ZIS 2013, 53, 56 ff.

30) 法律主義の意義については、さしあたり *Roxin* (Fn. 28), § 5 Rn. 1 ff. 参照。 — その起源について包括的に述べるものとして、*Binding*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 1, 1885, S. 17 ff.; *Schreiber*, Gesetz und Richter. Studien zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes „nullum crimen, nulla poena sine lege“, 1976.

31) このシュミットのデュッセルドルフにおける司法修習生時代と『法律と判決』の成立については *Mehring* (Fn. 2), S. 37 ff. を参照。

起しました³²⁾。

シュミットは、裁判官はある事例を一定の法律に包摂することのみが許されるという想定を、実務的に反駁されたものと看做していました³³⁾。つまり「わずかばかりの条文において多様な生活についての規則を全て発見できる(…)」³⁴⁾ということなど考えられないというのです。法理論的なレベルにおいて彼は、論理的な思考操作の助けを借りて確かに既存の素材は体系的に把握されるが、既存の法素材において欠けている規範的な内容を産出することは不可能だとしたのです³⁵⁾。シュミットによれば、裁判官は法律からの論理的な推論の助けだけによって判決するのではなく、「数千の学問的諸概念、本の山、先例の図書館」の助けを借りて判決するのです³⁶⁾。このことは、裁判官が判決理由を第一次的に当該法手続の該当者(当事者)となった素人のために書くのではなく、専門的な聴衆、すなわち当該手続および審級過程に関与する各法律家の代表者のために書いていることがその根拠とされます。裁判官と弁護士には、裁判官の決定が法律に基づいているという理由づけが示されるべきです。なぜならば、法律と先例によっては決して完全に決定することは出来ず³⁷⁾、その結果、必然的に生じる最良の余地が裁判官の決定によって充足されなければならないからです。しかしその場合、裁判官は、その判決を法律の文言に結びつける際に、上級審裁判官および他の法律家に、それが当該裁判官の恣意的な決定ではなく、そこにこれまでの解釈の許容される発展が認識できるようにしなければならぬとされるのです³⁸⁾。シュミットの言葉によれば、裁判官は「事実的になされる実務に対応する(…)」理由づけをするように努めなければなりません。もし裁判官が通説から逸脱しようと欲するならば、「その逸脱が、予見・計算可能性の範囲内にあるということ」が「納得できるような」論拠を示さなければなりません³⁹⁾。裁判官がそのような理由づけに成功した場合には、ほかの裁判官も同様に判決することが想定され、その場合に当該判決は正しいものとなるとされるのです⁴⁰⁾。

32) *Schmitt* (Fn. 3), S. 1.

33) *Schmitt* (Fn. 3), S. 2 f.

34) このこと及び以下のことについては *Schmitt* (Fn. 3), S. 8 f.

35) *Schmitt* (Fn. 3), S. 13: 「純粹に論理的な方法によって、自己の認識を整序することはおそらく」できるが「その内容を増やすことはできない(…)。」同様のものとして *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Aufl. 2011, S. 298, 304.

36) *Schmitt* (Fn. 3), S. 9.

37) このあらゆる判例の創造者の次元については *Binder*, Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935, S. 994. — さらに以下の文献も参照: *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 373; *Dreier*, Rechtstheorie 2 (1971), 37, 41; *Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 251, 252, 260 f.; *Arthur Kaufmann*, JZ 1975, 337, 339; *Kudlich/Christensen*, JZ 2009, 943, 946; *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 57 f.; *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 1, 44; *Schuhr*, Rechtsdogmatik als Wissenschaft, 2006, S. 34 f.; *Rüthers*, JZ 2006, 53, 59; 例外事例にのみそれを認めるものとして *Neumann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 333, 336 f.

38) *Kubiciel* (Fn. 37), S. 39, 44 f.

39) *Schmitt* (Fn. 3), S. 78. Aa.O., S. 113 f. も参照。

40) *Schmitt* (Fn. 3), S. 71.

このことによってシュミットは、裁判官の判決の通常事例（Nomalfall）についての説得的な理論を展開しました。しかし『法律と判決』において既に例外状態と規範妥当の関連についての理論の萌芽がみられるのです⁴¹⁾。なぜならばシュミットは、「実定的法律内容の外部にある諸要素」または「突然生じる法生活の変化」が法律をその事実的な妥当において動揺させうるということを意識していたからです⁴²⁾。その種の動揺によって、通常の原因づけ図式によって正当化されえない諸判決〔決定〕が要請されます。だからといってこのような判決は誤りだということになるのでしょうか？それらは法的妥当を要求できるのでしょうか？これらの問いに法的日常に追われた司法修習生であったシュミットはこれ以上立ち入ることはありませんでした。しかしまもなく彼はそれに取り組みざるをえなくなったのです。

2. 通常〔正常〕状態と例外状態

第一次世界大戦の勃発とともにシュミットは軍の行政活動に従事することになりました⁴³⁾。このことは彼に、政治のおよび法学的例外事例に関する関心を呼び起こす契機を与え⁴⁴⁾、また戒厳状態〔体制〕に関する報告書を書くことも命じられました⁴⁵⁾。この戒厳状態は開戦以来ずっと続き、その軍事行政部には広範囲の権限、特に法律に代わる行政命令権（Verordnungsgewalt）が与えられていた⁴⁶⁾。シュミットは、このような行政権の軍事行政部への移譲が刑事訴訟法の規則をいかに変更したかを研究しました。注目すべきことに、彼は、軍事命令権者による刑事訴訟法上の権限の代行がその権限の地位を変更するものではなく、軍によって命じられ実行された捜索または押収は、純粋な事実行為ではなく、法律行為であるということを強調しています⁴⁷⁾。このことは、シュミットが戒厳状態を軍事的に管理される自然状態と捉えていたのではないことをはっきりと示しています。個々の諸権利は停止され、権限は変更されうるが、しかし法的秩序は維持されているのです。それだけは十分ではありません。すなわちシュミットは刑事司法を、刑罰と通常国家裁判所によるその科刑の関係を強調することによって、特別の保護下においたのです。「それゆえ刑事裁判権の行使によってのみ国家の刑罰請求権が行使される。この国家の処罰法〔権〕（*jus puniendi*）の特別性は、憲法規定の停止によっても執行権の移譲によってもいささか

41) 同様の解釈として *Hofmann* (Fn. 2), S. 31. 一異なる解釈として *Korioth*, AöR 117 (1992), 212, 219は、裁判官の決定における恣意的要素へのシュミットの関心の中に、裁判官が例外事例を取り扱うことへの告知が見られるとしています。しかしこの見解は、例外事例だけではなく、通常事例においてもある一定の決断が不可欠であるということを見逃している。

42) *Schmitt* (Fn. 3), S. 113, 117.

43) *Mehring* (Fn. 2), S. 38 ff., 67 ff., 76 ff.

44) 彼の関心を示すものとしてまた *Schmitt*, AöR 16 (1929), 161 Fn. 1.

45) この日記における参照について *Mehring* (Fn. 2), S. 88.

46) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 784, 785, 791. これについて包括的なものとして *E. R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 5, 1978, S. 62 ff.

47) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 783, 788.

も変更されるものではない。』⁴⁸⁾

3. 理論および実務における例外状態

その教授資格請求論文の後に公刊された研究「独裁と戒厳状態」⁴⁹⁾においてシュミットは語気を強めています。その法秩序の維持の目的のための「法秩序の停止」の思想がそこでははっきりと前面に出されています⁵⁰⁾。シュミットによれば、戒厳状態においては、その事実上の特別性のために刑罰威嚇の強化〔重罰化〕や白地刑罰規定の導入などの特別の法的措置が必要となります⁵¹⁾。しかし戒厳状態の本質は、軍事命令権者によって追求された目的を阻害するであろう憲法規定の停止にあります。つまり「それらはその命令権者の活動にとっての障害物とはならない」⁵²⁾のです。「法によって、その内部でこの軍事命令権者が自ら適合したと考える手段を使用することが許される法から自由な空間が画定される(…)」⁵³⁾その限りで「いわゆる自然状態への回帰」が生じるとされるのです⁵⁴⁾。

このことは確かに用語法的には明白にトーマス・ホブズを参照したものだといえますが、シュミットがそのアプローチから引き出した法政策的な帰結を考察する際には概念的には必ずしも鋭い〔的確〕とはいえないものであることは明らかです。すなわちその帰結は、彼の戦闘的な言葉に比べると、はるかに控えめなものなのです。このことは彼のワイマール憲法48条2項の大統領の例外的権限に対する態度に示されています。この規定によれば、大統領は、緊急事態において、あらゆる「公共安全と秩序を回復するために必要な措置」をとり、この目的のために個別に列挙された基本権を停止することができます。政府と議会はワイマール共和国の初期と末期において「慢性の阻害状態」⁵⁵⁾に陥っていたので、大統領のみがある程度の行為能力を持っているとされたのです⁵⁶⁾。シュミットは大統領を政党を超えた中立的な審級として様式化し、憲法の番人に選出したのです⁵⁷⁾。しかし彼は大統領に、その緊急権限がその目的と比例性原則への拘束によって限定される「委任的独裁」のみを認めていました⁵⁸⁾。シュミットが他の箇所書いているように、国家は他の権力と同様に根拠がある場合のみ正当化されるのであり、国家においてその

48) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 783, 796. —このことによってシュミットの論拠が一般刑法の軍事裁判権への移行を認めることになるわけではないことについては *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 158 f. もまた参照。

49) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138 ff.

50) さらに *Hofmann* (Fn. 2), S. 53.

51) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 143 ff., 153.

52) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

53) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

54) *Schmitt*, ZStW 38 (1917), 138, 159.

55) 妥当なものとして *E.R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 7, 1984, S. 2.

56) *E.R. Huber* *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 6, 1981, S. 732 ff.

57) *Schmitt*, AöR 16 (1929), 161, 223 f., 233 ff.

58) *Schmitt*, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis hin zum proletarischen Klassenkampf*, 1921, S. 33 ff., 134 ff. 参照。これについてはまた *Huber* (Fn. 56), S. 691 ff.; *Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, S. 600 f.

正当化根拠は、法を実現するという国家の任務から導き出されるのです⁵⁹⁾。このことは、緊急事態において法の停止はまさに法の実現のためのものであるということの意味します⁶⁰⁾。それゆえ緊急権限の行使の目標は憲法秩序の回復なのです⁶¹⁾。その手段の選択にあたっては、比例性原則が考慮されなければなりません⁶²⁾。このようにして初めて例外状態は、法秩序に接続したものであり続けるのです。

このことは、シュミットの自然状態と同様の絶対的な例外状態の参照は主に国家論的な分析に資するものであり⁶³⁾、おそらくはまた彼の反有神論的傾向と定式化に対応したものだということができるでしょう。これに対して憲法政策的な現実においてシュミットは自然状態を語っているのではなく⁶⁴⁾、また「規範に拘束されない行為」を喧伝しているのでもなく⁶⁵⁾、限定された緊急権の行使ということを主張しているのです。このことが委任的独裁を主権的独裁から、ワイマール憲法における大統領をリバイアサンから、そして憲法学者としてのシュミットを国家哲学者としてのシュミットから区別しているのです⁶⁶⁾。このように見れば、シュミットの——見アンヴィヴァレントにみえる——「例外状態」に関する言明はリベラルな刑法学にも次のような2つの態様で接続可能であるように思えます。すなわち一つは、絶対的な、——自然状態と同置される——例外状態は、法理論的な分析の思考形象として役立つのですが、現実にし迫った危険を克服するための法政策的モデルとしては使用できません。もっとも、法政策的正当化モデルとしては、シュミットが戒厳状態に関する論文において展開し、彼自身が後にワイマール憲法〔体制〕の危機に際してモデルとして使用したもう一つのより弱いヴァージョンが援用されるでしょう。

4. 1945年以降の例外状態をめぐる議論

1945年以降、例外状態の理論は忘れ去られました。このことの原因は、シュミットの失脚に加えて、ドイツ連邦共和国がすさまじいスピードで築かれ安定化させられたことにあります⁶⁷⁾。さ

59) Schmitt, Der Wert des Staates (Fn. 3), S. 52, 54.

60) Schmitt (Fn. 58), S. IX.

61) 具体的には全体主義的独裁の防止が重要となる。Der Hüter der Verfassung (Fn. 16), S. 78 ff. における彼の「全体国家への転換」への警告を参照。——この意図についてはHuber (Fn. 56), S. 747 f.; Mehring (Fn. 2), S. 123. 1932年8月のワイマール憲法48条2項を超えた緊急状態プランですら、この意図に基づいていたことを示したものとしてHuber, in: Quaritsch (Fn. 24), S. 33, 39 ff.

62) Huber (Fn. 56), S. 692

63) Isensee, in: Brugger/Haverkate (Hrsg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP-Beiheft 84, 2002, S. 51, 66: 「国家論の一般的概念」参照。

64) このことを看過するものとしてHofmann (Fn. 2), S. 60.

65) これに対してMahlmann, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 2. Aufl. 2012, § 22 Rn. 10参照——またJahn (Fn. 22), S. 95: 「実定法は(…)その拘束性を失う。」も参照。

66) 自然状態についてはHobbes, Leviathan, 1970, S. 112 ff. (第13章); これについてはKersting, Thomas Hobbes zur Einführung, 2002, S. 107 ff. シュミットにおける国家哲学的思考と憲法的・法哲学志向の区別についてはIsensee, in: Brugger/Haverkate (Fn. 65), S. 69. 参照。

67) 後者に関してはVolkman, Merkur 708 (2008), 369, 373.

らに1968年以降、いわゆる緊急事態憲法〔非常事態憲法〕が基本法に盛り込まれました。このようにして、一方では、例外状態ははるかに遠のき、他方では、現行法により解決されうるように思われたのです。そのため、シュミットの理論を再生することは不要であると考えられたことは想像に難くありません。こうしたことは「ドイツの秋」で一変します。ドイツ赤軍（RAF）のテロリズムに対して、連邦政府や州政府は一度ならず措置を講ずる必要に迫られたのですが、それらは法律上の根拠を持たず⁶⁸⁾、—せいぜいのところ—「超法規的緊急避難」に根拠を求めることで正当化されました⁶⁹⁾。フライブルク大学着任後の有名な初講義の中で、ベッケンフェルデは、これらの措置を背景に、「排除されていた例外状態」⁷⁰⁾の再来を確認した上で、例外状態を概念的に把握し、法治国家的な枠組を与えるべきだという提案を提示して説明しました⁷¹⁾。彼の一連の業績は、シュミットの主張内容を、今日まで達成されていない法治国家的レベルに高めたにもかかわらず⁷²⁾、ドイツの秋が終わる前に、議論は下火になりました⁷³⁾。2001年以降の（いまではイスラムの）テロリズムの再来後も、通常の状態では想定されない諸規定を公共団体の保護のための例外的措置として正当化する試みがわずかながら存在しました⁷⁴⁾。通説はこうしたアプローチを斥けていますが、その際、主として、以下の二つの論法に依拠しています。まず、例外法を規範化すれば、例外状態のために許された「法違反や価値違反が、その他の、質やカテゴリーが異なる領域へと」転用され、法秩序の合意基盤の侵蝕が生じうることになるとされています⁷⁵⁾。これは、古典的なダム決壊論法です。しかしながら、その直感的な説得力は、とりわけ、漠然とした将来

68) 以下の文献が挙げているリストを参照。*Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1882; *Isensee*, in: Brugger/Haverkate (Fn. 63), S. 71: 受刑者と弁護士の接見禁止; テロリスト支援の被疑者の通信傍受; ラント政府による下級官庁に対する、裁判所の決定を実施しないようにする命令; 準軍事的な人質救出のための GSG 9 [警察対テロ特殊部隊] の外国における投入; 内閣府におけるいわゆる「危機対策大本部」による管轄の限界を超越した対テロ措置。

69) これに対して批判的なものとして *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1882 ff.; *Lübbe-Wolff*, ZParlF 1980, 111 ff.

70) *Böckenförde*, NJW 1978, 1881 ff. —現在まで続く例外状態の排除と、これを規制することへの立法者の躊躇については *Isensee*, in: Brugger/Haverkate (Fn. 63).), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, ARSP-Beiheft 84, 2002, S. 51, 66を参照。

71) *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1884 ff.; *ders.*, ZParlF 1980, 591 ff.; *ders.*, Festschr. f. Martin Hirsch, 1981, S. 259 ff. 法治国家的な限界設定については *Isensee* (Fn. 8), § 162 Rn. 100 f. も参照。

72) *Hofmann*, Der Staat 44 (2005), 171, 180; *Volkmann*, Merkur Nr. 708 (2008), 369, 373. 参照。

73) (肯定的なものとして) *Isensee*, in: Peisl/Mohler (Hrsg.), Der Ernstfall, 1979, S. 98 ff.; (批判的なものとして) *Lübbe-Wolff*, ZParlF 1980, 111, 121 ff. 参照。

74) テロリストによってハイジャックされた航空機における無辜の者の殺害の問題については *Isensee*, Festschr. f. Jakobs, S. 205, 230; *Merkel*, Die Zeit v. 18.7.2004, S. 33 f.; *Sachs-Murswiek*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 182a; *Pawlik*, JZ 2004, 1051, 1054 ff.を参照。さらに *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 2/2004, Art. 20 Abs. 2 Rn. 40も参照。これに対しこのような説明の試みに反対するものとして *Höfting/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1086 ff.; *Augsberg*, in: Arndt u.a. (Hrsg.), Freiheit-Sicherheit-Öffentlichkeit, 2009, S. 17, 19 ff.; *Frankenberg*, Staatstechnik, 2010, S. 10, 231 ff., 261 ff.; *Wittig*, Festschr. f. Roxin, Bd. 1, 2011, S. 113, 127.

75) そのように解するものとして *Höfting/Augsberg*, JZ 2005, 1080, 1087 f. 同様のものとして *Augsberg* (Fn. 74), S. 28; *Pawlik*, JZ 2004, 1051, 1055; *Schmidt-Jortzig*, Festschr. f. Ress, 2005, S. 1569, 1578 f. すでにそのように解していたものとして *Lübbe-Wolff*, ZParlF 1980, 111, 123.

の展開に対する不安を利用することに基づいています。つまり、ダム決壊論法が記述しているのは、多くの者が恐れ、その発生を何人も確実に阻止しえない結末です。この構造は、すべり坂の抗弁 (der Einwand der schiefen Ebene) から、さらなる議論を全て終了させる潜在性を入手しているのです。これは「論証ストッパー」です。そのため、すべり坂論証 (Slippery-Slope-Argumente) が応用倫理学において認められるのは、好ましくない結果が生じる蓋然性が極めて高い場合に限られています⁷⁶⁾。しかし、死活にかかわる異常な緊急状況の克服のための特別法が適用されることは、政治的に安定した国家においては、ほとんどありえません。特別法の適用は滅多にないこととすし、例外法によって撲滅されるべき危険が生ずることも極めて異常なことであるため、正常な状況における諸問題の克服のための模範的性質が例外法に備わるようなことなどありえないのです⁷⁷⁾。

これに対し、テロリズムの撲滅のために例外論を用いることに対する二つ目の批判については反論の余地はありません。シュミットによっても示された危機的状況における法の停止の要件を引き合いに出されます。それによれば、法の停止が正当化されるのは、共同生活秩序が実際に危険にさらされている状況に限られるとされています⁷⁸⁾。安定した西側の民主主義諸国において、テロリズムはこのようなポテンシャルを備えていません。ドイツ、日本あるいはアメリカ合衆国のような国を破滅の淵へと追い込む能力を持ったテロ組織など存在しないのです⁷⁹⁾。こうして、1920年代末の経験がわれわれに教えているように、アルカイダは一連の財政危機とは区別されるのです。

Ⅲ. 財政危機

1. 1920年代末の世界恐慌における例外法

「暗黒の金曜日に」ニューヨークで始まった経済危機は、第一次世界大戦とその結末により弱体化したドイツ帝国を遅れて直撃しましたが、その威力はすさまじいものでした。1929年以降、経済システム、社会システム、財政システムが、混乱の進行する状態に置かれ、それと同時に失業者数が急増する中で税収が落ち込み、「壊滅的な状況」になりました⁸⁰⁾。財政と実体経済が完全に崩壊するのを阻止するために、「緊急命令が次から次へと」出されるような立法が行われました⁸¹⁾。憲法史家で生き証人のエルンスト・ドルフ・フーバーの表現によれば、ドイツは「経済財

76) さらに *Sinnott-Armstrong/Fogelin, Understanding Arguments: An Introduction to Informal Logic*, 8. Aufl. 2009, S. 329. Vgl. ferner *R. Merkel, Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 285 ff. 参照。

77) とくに刑法89条 a について、*Kubiciel (Fn. 37)*, S. 233 f.

78) *Höfting/Augsberg, JZ 2005, 1080, 1086; Hofmann (Fn. 2)*, S. 68.

79) *Höfting/Augsberg, JZ 2005, 1080, 1086.*

80) このようにいうのは、*Huber (Fn. 56)*, S. 702 f.

81) *Stoll, AcP 134 (1931)*, 338 f.

政上の例外状態」に置かれたのです⁸²⁾。その克服のために、数多くの緊急命令が發布されました。例えば、ドイツに居住する私人や納税義務を負っている法人は、緊急命令により、外国の通貨や外貨建て債権を帝国銀行に提供し、その求めに応じてそれらを購入することを義務づけられました。資本逃避や租税回避に関する命令に違反した場合、過失によるときは禁固刑とされ、故意によるときには10年以下の懲役刑を科すものとされていました⁸³⁾。さらに、その他の諸規定が設けられました。例えば物価監視や価格引き下げ、特定の銀行取引の禁止に関するものが挙げられますが、これらも同様に罰則を伴っていました⁸⁴⁾。たしかに、法学において、こうした刑法の拡大に対する批判は散見されました⁸⁵⁾。

もっとも、この緊急命令は、どこから見ても、正常な状態の法から逸脱する全く新しい種類の例外法を含んでいませんでした。すでに20世紀初頭に、ドイツは私経済に大幅に介入してこれを統制する「経済国家」に移行していたのです⁸⁶⁾。こうした目的のために、ドイツは刑法も活用していました。そこで、マックス・エルンスト・マイヤーは、すでに1903年には、経済統制的な特別刑法を発見していました。彼によれば、「発展した今日の法秩序」にあつては、刑法の中に、文化規範に基づかない、「特別な社会生活」のみを念頭に置く特殊な義務を定める「専門化された諸規定」が存在する、と述べていたのです⁸⁷⁾。罰則をともなう経済行政法の一次規範(Primärnorm)の数は、第一次世界大戦の間に増加し⁸⁸⁾、経済的一次規範の刑法的保護は、経済危機の初めにはすでに、刑事立法の一つの型式として確立されていました。そのため、刑法の枠組みからの「飛躍」は、こうした立法技術の利用にではなく、刑法上の一次規範にあるのです。価格統制、締約強制、資本取引の制限—これらは正常な状況の法からの逸脱です。こうした逸脱は「経済危機という激動の時代」に「生活関係秩序を維持し、無秩序となる危険に対処する」⁸⁹⁾ための道具としてのみ、正当化が可能であるにすぎません。さらに、一次規範が、責任に見合った刑罰の原則と調和させることが困難で、しかもドラスティックな刑罰威嚇の下に置かれることになってしまいます。

82) *Huber* (Fn. 56), S. 767 f.

83) 全体については *Bernard*, JW 1931, 2058, 2059. さらに *Grünhut*, Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 5, 1929, S. 116 ff.; *Jescheck*, JZ 1959, 457; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Bd. 1, 1976, S. 43 f.; *Werner*, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, 1991, S. 40 ff. 参照。

84) 4. Notverordnung vom 8.12.1931, RGBI. I, S. 702, 704. これについては、*Rauch*, ZStW 58 (1939) 75, 86 参照。同書において、過剰に産出された特別法に対する批判がなされている (a.a.O., S. 97 f.)。

85) *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 355. 批判的なものとして、さらに *Grünhut*, ZStW 53 (1934) 1, 3.

86) これについては、*Schmitt*, Der Hüter der Verfassung (Fn. 16), S. 80 ff.

87) *Mayer*, Rechtsnorm und Kulturnorm, 1903, S. 22 ff.

88) これについては、*Meyer*, LZ 1918, 185 ff. (40,000以上の刑罰規範について言及している) および *Tiedemann*, GA 1969, 71, 73 f.

89) このようにいうのは、*Schlegelberger*, JW 1931, 2057, in einer Vorbemerkung zu den Notverordnung über den Verkehr mit Devisen und der Notverordnung gegen die Kapital- und Steuerflucht.

2. 将来の財政危機の阻止・克服のための例外刑法？

ワイマール共和国における緊急避難的立法と比較すれば、ドイツの刑法立法者による今日の財政危機に対するこれまでの反応は、一見、無害であるかのように映ります。これまでのところ、54条 a が銀行法 (Gesetz über das Kreditwesen (KWG)) に新設されたにとどまります。この条文では、金融機関または金融機関グループが、同条に定められたリスク減少戦略、それに対応する手続き、構想を利用することを配慮しなかったことにより、機関、上位の企業、またはグループに属する機関の存立の危険を惹起した者に対して、刑罰を科す旨が規定されています⁹⁰⁾。しかし、この規定が財政危機の再発を防止できるかは極めて疑わしいです。そのため、特別の刑罰法規が許されるのかが問われなければなりません。もし財政危機がさらに高まり、大きな債務を負ったドイツが強力なダメージを受けることになれば、財政システム、全体経済、社会秩序を安定化させるべく、さらなる (刑法上の) 措置が必要となるかもしれません。かつての世界恐慌に目を向けることで、このような場合に、刑法の「慎重で、体系的な継続的發展」⁹¹⁾にとどまることはできないことを予感させたかもしれません。

こうした現代的背景の中、例外的な刑罰法規が許されるのかという問いが、刑法学に投げかけられているのです。刑法学は、その自己理解にしたがって、立法者に忠告したり、彼らをコントロールするつもりである以上⁹²⁾、この問題から逃れることはできません。それどころか、刑法学は、財政危機が再来した場合に向けて「合理的な準備」をしなければならないのです⁹³⁾。特に、立法者が例外的な状況において尊重すべき枠組みを設定すべきでしょう。というのも、立法者は、例外状況においてですら、規範的に拘束されることなく行動することはできないからです。たしかに、憲法秩序は法共同体の自己放棄は要求していません⁹⁴⁾。むしろ要求しているのは、その防衛であり⁹⁵⁾、「緊急状態が無法に墮することを防ぐ」ことです⁹⁶⁾。こうした目的のために、いくつかの憲法規範や基本権も制限され、あるいは失効させることが許されるかもしれません。しかしながら、防衛の対象は、ホップズ主義者の権力機構ではありません。防衛されるのは、法秩序であり、憲法秩序なのです⁹⁷⁾。それゆえ重要なのは、憲法秩序の停止ではなく、憲法体制における例外なのです⁹⁸⁾。

90) これについては、*Hamm/Richter*, WM 2013, 865 ff.; *Jahn*, FAZ v. 31.7.2013, S. 19; *Kasiske*, ZIS 2013, 257 ff; *Kubiciel*, StV 10/2013, Editorial 参照。

91) しかし、これを例外規定の代替手段 (Alternative zu Ausnahmeregelungen) と名づけるものとして、*Augsberg* (Fn. 74), S. 38.

92) 刑法学の刑事政策的機能については、*Kindhäuser*, ZStW 121 (2009), 954 ff.; *Kubiciel* (Fn. 37), S. 14 ff.

93) このようにいうのは *Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63), S. 70 である。類似の指摘をすでにしていたものとして、*Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1886 ff.; *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 352 f.

94) *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 1336.

95) このことを適切に表現するのは *Hesse*, JZ 1960, 105, 108 である。「緊急時に維持できない憲法は、その意義を失っている」とされる。

96) *Maunz/Dürig-Epping*, GG, Bd. 7, 64. Lieferung 2012, Art. 115a Rn. 14.

97) 妥当な主張をするものとして、*Isensee*, in: *Brugger/Haverkate* (Fn. 63), S. 65 f.

98) このことを適切に表現するのは、*Isensee* (Fn. 70), S. 111 である。これに与するものとして、*Schmidt-*

したがいまして、形式や内容において現行刑法の構造との連続性を備えているとはいえない例外的構成要件にも、限界が設定されます⁹⁹⁾。例外状況における刑事立法は、いかなる「合意が得られている原理」や「根本的法原理」と結びつけられうるのでしょうか¹⁰⁰⁾。まず最初に、民主主義原理が挙げられなければなりません。この原理によって以下のことが要求されます。すなわち、例外状況下にあるか否かという難しい判断は、民主主義的に正統化される機関によって行われなければならない、行政機関によって行われてはなりません。そのため、財政システム危機の確定は、連邦議会によって行われるべきであって、ドイツ連邦金融監督庁 (BaFin)、ドイツやヨーロッパの中央銀行によってなされてはならないのです。さらに、比例性原理が尊重されなければならない、しかも以下の如く二重に行われる必要があります。まず第一に、例外的構成要件の導入は最終手段 (ultima ratio) であるため、存在する法的なレパートリーによって当該の危機への対応が可能であるとき、その導入は禁じられます¹⁰¹⁾。第二に、例外規範は、それらが必要となる場合、それらの側において比例的でなければなりません¹⁰²⁾。どのような規範が刑法上貫徹されなければならない、かつそれが許されるかについては、具体的ケースにおいて、基本権的な保護義務を当該の自由権と考量することによって決められるべきなのです¹⁰³⁾。たとえいかなる対処が必要となろうとも、いずれにせよ、それらは暫定的な性質を備えることしか許されません¹⁰⁴⁾。というのも、それらは正常な状況の回復に資するものであって、例外状況の継続に資するものではないからです。そのため、例外規定はあくまでも限時的なものとし、場合に応じて延長するのが賢明です。さらに、刑法における比例原則は責任超過の禁止を通じて具体化されるということ、立法者は考慮しなければなりません¹⁰⁵⁾。責任超過の禁止とは、たとえ威嚇のためには、より長く拘禁することが望ましいように思われる場合でも、刑の重さは行為責任の程度を超えてはならないということの意味します¹⁰⁶⁾。たしかに行為責任は弾力性のある基準ではありますが、これにより「およそ責任に見合わない」¹⁰⁷⁾ 刑罰が阻止されます。この基準は、「正常な状況」においても、それ以上のものをもたらすことはできません¹⁰⁸⁾。いずれにせよ、とりわけ現行刑法の憂慮すべき「継続的發展」

Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf-Hopfauf, GG, 12. Aufl, 2011, Vorbem, Art. 115a Rn. 2.

99) 書かれざる緊急権には限界があり、法的な諸原則が妥当することは、v. Mangoldt/Klein/Starck-Grote, GG, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 115a Rn. 6; *Stern* (Fn. 58), S. 1332も強調している。

100) 法律が存在しない領域における決定をこのように遡って結びつけること (Rückbindung) については、*Hassemer*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Fn. 35), S. 251, 256 f. 参照。

101) *Stern* (Fn. 58), S. 1338.

102) *Böckenförde*, NJW 1978, 1881, 1890; Mangoldt/Klein/Starck-Grote, Art. 115a Rn. 6; *Schuppert*, AöR 120 (1995), 32, 85.

103) *Böckenförde*, Festschr. f. Martin Huber, S. 259, 264 ff.; *Isensee*, in: Brugger/Haverkate (Fn. 63), S. 72; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1980, S. 1336, 1338もこのようにいう。

104) *Stoll*, AcP 134 (1931), 338, 355.

105) 責任超過の禁止については、*Kubiciel* (Fn. 37), S. 247 ff.

106) *Roxin* (Fn. 28), § 3 Rn. 52.

107) BVerfGE 120, 224, 241参照。

108) *Kubiciel* (Fn. 37), S. 248 ff.

が阻止されます。刑罰という独特の法効果を備える刑法は、有責的な行為に対して反応します。したがって、この法効果を行為から、すなわち刑罰を責任から乖離させる者が創出しているのは、刑法ではなく、純粋な例外法なのです。こうした例外法は、責任主義を放棄することで、法効果を測る尺度を欠くことになるため、正当化することは困難です。加えて、刑罰を責任に結びつけることは、少なくとも、行為時には不処罰であった行為について、人格を威嚇目的のために処罰するという先に挙げたような試みへの対抗措置になるのです。最後に、この講演で概略を述べた「刑法上の緊急避難制度」に関する他の内容をさらに指摘できるでしょう。それは、例外状況においても、「司法から自由な空間」が存在してはならず、あくまでも法的手段の制限が許されるに過ぎないということです。これはすでに今日、緊急避難の諸規定にみられるのと同じことです¹⁰⁹⁾。

これらの限界が緊急状況においても尊重されれば、正常な状況との連続性を維持することができます。わたしたちみんなが望んでいるのは、正常な状況を決して失わないことなのです！

〔訳者あとがき〕

この論文は、2013年9月に法学研究所で講演が予定されていたケルン大学教授のミヒャエル・クビチエール (Michael Kubiciel) 博士 (クビチエール教授の経歴については関西大学法学論集63巻4号〔2013年〕222頁参照) によるものである。残念ながらご家族の急病のため来日は中止されたが、研究会自体は代読という形で行い、活発な議論がなされた。議論の内容としては、法哲学的観点から例外状態の意義は主権独裁に対応するような場合に限定すべきではないかという点や、戒厳状態 (佐藤立夫「戒厳令論：特に戒厳令の逐条解釈を中心として」比較法学23巻2号 (1990年) 145頁以下) や秩序思想 (これに関して西平等「カテコン (抑止する者) という視座—カール・シュミットの秩序思想に基づく EU の現代的な可能性」法律時報85巻11号 (2013) 20頁以下) との関係、本論文で提案されているような例外状態において比例性原則による制限は現実に可能かなどの問題が活発に議論された。なお本論文でも指摘されているようにカール・シュミットがその研究者としてのキャリアを刑法学から始めていることは意外と知られていないが、最初期の刑事法に関する議論も興味深いものがあり今後検討が加えられるべきであろう (これに関しては拙稿「刑法学者としてのカール・シュミット—予備的考察 (カール・シュミットの学生時代)」法学研究所研究叢書第50冊掲載予定を参照)。

〔川口浩一〕

109) Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau-Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Vorbem. Art. 115a Rn. 37 m.w.N. 参照。

