

論説

国家破産の法的検討

——プロセス的把握という一つの試験的議論について——

2019年4月入学

島田 快

I. はじめに

II. Von Lewinski 論文の紹介

1 問題提起

2 概念整理

(1) 総論

(2) 私法上の概念について

(3) 公法上の概念について

3 国家の財政危機

(1) 国家が財政危機に陥る可能性及びその原因

(2) 早期警戒システム (Frühwarnsystem) の効果と限界

(3) 破産法及び緊急事態憲法 (Notstandsverfassung) の不適用

(4) 現代的法治国家の前提

4 具体的対処の方策

(1) 財政学的視点 (finanzwirtschaftliche Dimension)

a 準備金の解消

b 信用調達 (Kreditaufnahme)

(a) ヨーロッパ法と基本法的厳格な規制及びその実効性

(b) 危機状態での信用調達

(c) 実際における余地

(2) 組織的観点 (Organisationsdimension)

(3) 実体的観点 (materielle Dimension)

a 公課の引上げ (Abgabenerhöhung)

(a) 租税でない公課

(b) 租税

b 給付削減 (Leistungskürzung)

c 財産権に対する介入 (Eingriff in Eigentumsrechte)

d 公課引上げ, 給付削減, 財産権介入の関係

5 まとめ

III. 日本法への示唆

1 日本法との無視しがたい相違

2 Von Lewinski の議論の特色と日本法への示唆

3 おわりに

I. はじめに

「国家破産」という言葉を聞いて我々どのような事象をイメージするだろうか。比較的印象に新しいのは2009年のギリシャの債

務危機の例があるだろう。あるいは、歴史に多少明るい者なら、世界大戦後の敗戦国における一連の経済施策を思い出すかもしれないし、公法上の法人の破産という点で、2007年の夕張の財政破綻¹⁾を連想する者もいるかもしれない。

1) 国同様の統治団体に分類される地方公共団体の破産・再生処理は、国家破産を考察する上でも重要性を有する。地方公共団体の財政の健全化に関する法律(平成19年法律第94号)は、実質赤字比率等の健全化判断比率が一定の率を上回った場合、自律性をもって行う財政健全化計画(4条以下)、及び、さらに財政状況が悪化した場合に、より強固に国の監督を受けながら行う財政再生計画(8条以下)の二段構えでの再生手続を定める。同

このように我々は、国家破産という事象について、実に多様な例を見ているにも拘わらず、日本法の領域において、法的な検討で包括的になされたもの²⁾というのは、管見の限りでは存在しない³⁾。また、外国語文献においても、国家破産に関して、法的に検討をするものは一定数見られるものの⁴⁾、詳細かつ総合的に検討したものであるというものはやはり多くない。

このような議論状況の下、Kai von Lewinski の『公法的倒産と国家破産』⁵⁾が2011年に刊行された。これは、ギリシャ危機を契機として耳目が集まった国家破産という事象について、包括的な検討を行ったものである。同論文は、フンボルト大学ベルリン (Humboldt-Universität zu Berlin) に提出された教授資格論文 (Habilitation) であり、州 (Land) 及び国をも含む公法上の法人について、破産という切り口で、実定法的に包括的な検討をした稀有なものである。本稿は、同論文を紹介

し、あわせてささやかながら日本法への示唆 (の有無) を検討しようとするものである。

このような検討はいかなる意味を有するであろうか。第一に、わが国は、世界的に見ても、特に多額の国債発行残高を抱えて財政が逼迫していることが従前から指摘されている。こうした状況に鑑みると——わが国で近い将来に起こるかどうかは別にして——国家破産という現象を法的に検討することも、転ばぬ先の杖ということで、検討して損ということはないだろう。第二に、ドイツは先進経済国の一つとして経済状況が比較的類似するのみならず、その実定法構造は、(英米法に比べれば) 一定程度日本と類似するという点でも日本法への示唆を得る上では参照するに有利な特質を有している。第三に、同論文が扱うのは、国家破産であるが、のちに紹介するように、少なくとも同論文の視界は、必ずしもいわゆる「財政破綻」的事態、すなわち経済的窮境の最終局面だけに限られたもので

法については、三橋一彦「地方公共団体の財政の健全化に関する法律」ジュリ 1341 号 61 頁 (2007) や木村琢麿「地方財政健全化法の 2 段階スキームをめぐる諸問題」ジュリ 1366 号 33 頁 (2008) 参照。

2) もっとも、国家の破産能力や払下げといった場面で、部分的には議論が蓄積していることも忘れてはならない。例えば、公法人の破産能力の有無や公共債のデフォルトといった局面が議論の中心であり、伝統的に国家の破産能力は、(破産法・民事再生法の一般則としては、民法上の権利能力を反映し、訴訟能力に依って認められるはずである (破産法 13 条及び民事再生法 18 条が準用する民事訴訟法 28 条, 29 条参照) にも拘わらず、) 「本源的な統治団体」ゆえ、解体清算により法人格が消滅することで統治作用に障害が生じることから否定されている (西沢宗英「いわゆる『公法人』の破産能力について」判タ 499 号 33 頁, 35 頁 (1983), 江頭憲治郎「公共債のデフォルト——法制及び契約の在り方——」江頭憲治郎・増井良啓編『融ける境 超える法③ 市場と組織』59 頁, 63 頁 (東京大学出版会, 2005), 伊藤真『破産法・民事再生法 [第 4 版]』86 頁, 821-822 頁 (有斐閣, 2018), 山本戸克己『破産法』38 頁 (青林書院新社, 1974) 等参照), 伊藤真ほか編『条解破産法 [第 3 版]』238-239 頁 (弘文堂, 2020) 等参照)。仮に分配に至っても国家の監督の下で公平な分配をすることが必要であることをも指摘するものとして、加藤正治『破産法要論 [第 20 版]』265 頁 (有斐閣, 1957)。

3) なお、これに対して、いかに財政破綻を防ぐか、また、起こった場合どうなるかなどについては、いままでも経済学を中心に幅広く議論がなされてきた。例えば、前者について深尾光洋『財政破綻は回避できるか』(日本経済新聞出版社, 2012), 貝塚啓明=アン・O・クルーガー『日本財政破綻回避への戦略』(日本経済新聞出版社, 2006), 持田信樹=今井勝人編著『ソブリン危機と福祉国家財政』(東京大学出版会, 2014), JEROME ROOS, WHY NOT DEFAULT?: THE POLITICAL ECONOMY OF SOVEREIGN DEBT (2019) など。後者について、小林慶一郎編『財政破綻後——危機のシナリオ分析——』(日本経済新聞出版社, 2018), D・スタックラー=S・パス (橋本明美・臼井美子訳)『経済政策で人は死ぬか』(草思社, 2014), Benu Schneider, *Sovereign debt restructuring: further improvements in the market-based approach*, 13(3) CAP. MARK. LAW J. 294 (2018) など。

4) 例えば、Jean-François BOUDET, *Essai sur le défaut souverain*, RIDE 29, 2015, pages 373 à 395; Vassilis Paliouras, *The Right to Restructure Sovereign Debt*, 20(1) J. INT. ECON. LAW 115 (2017); Simon Gleeson, *Bank capital regulation and sovereign debt restructuring*, 13(3) CAP. MARK. LAW J. 467 (2018); Jasper Finke, *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?*, 21(4) EUR. J. INT. LAW 853 (2010); 私法的な破産との類似性から国家破産にも破産手続を導入することを論じるものとして, Antonis N. Malagardis, Ein 'Konkursrecht' für Staaten?, *Nomos Universitätschriften Politik Bd. 8, 1. Aufl.*, 1990.

5) Kai von Lewinski, *Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott.*, *Jus. Publicum Bd. 202.*, 1. Aufl., 2011. なお, von Lewinski が編者となって, 同書の論述の主要項目について他の論者により議論がなされた論文集として, Kai von Lewinski (Hrsg.), *Staatsbankrott als Rechtsfrage, Gesetzgebung und Verfassung Bd. 3, 1. Aufl.*, 2011.

はない。こうした意味において、日本が財政破綻に陥らないことを仮定しても、同論文の議論を参照する価値はあるように思われる。第四に、わが国の財政それ自体への視点をひとまず置くとしても、こうした議論が、「世界最大の債権国」⁶⁾としてのわが国の利害からして、外国国家の「破産処理」の有する法的規律に関心があつてしかるべきであろうという点が挙げられる。第五に、近年のドイツにおいて——さらにはコロナ禍でも、あるいはコロナ禍ゆえに一層——強く意識されている財政規律の領域におけるドイツ法の一展開を記すという意味がある。

こういった問題意識及び紙幅の都合上、本稿では同論文中、従来日本法上特に議論がなかった国家レベルの「破産」について、ドイツ基本法秩序（及びこれに影響する限りでのヨーロッパ法⁷⁾）の観点において検討されている部分に焦点を合わせることにする⁸⁾。本稿の特質上、基本法や法律の条文の個別の解釈に立ち入って検討することはせず、全体像を概観しつつ国家破産上の位置づけを探るにとどめることもここで断っておく。

II. Von Lewinski 論文の紹介

1 問題提起

von Lewinski（以下、「著者」）は、法が公的部門（die öffentliche Hand）に無限の支払能力（unbegrenzte Zahlungsfähigkeit）を認めているにも拘わらず⁹⁾、実際には二度の世界大戦後の例を筆頭に、たびたび過去及び現在にドイツでは公法人の「破産」的現象が生じている点から叙述を始める¹⁰⁾。実定法上も、このような歴史的事実にも拘わらず、倒産法（Insolvenzordnung）は破産手続から国家や州を除外しており（12条1項¹¹⁾）、このような公法人に係る倒産の手続は、僅かであるとする¹²⁾。そこでこのような「破産」について、ドイツの文献でいかに国家の財政破綻が論じられたかを遡って検討するのであるが、最も盛んに論じられたのは、南米諸国の財政破綻に触発された19世紀末から第一次世界大戦までの時期であり、ドイツ国家が「国家破産」の憂き目にあった二回の世界大戦後には驚くべきことにこのテーマは検討さ

6) 財務省「令和元年末現在本邦対外資産負債残高の概要」(https://www.mof.go.jp/international_policy/referencce/iip/2019_g.htm, 2021年3月18日最終閲覧)によれば、対外純資産残高は364兆5,250億円であり、主要国の中で最大である。

7) ヨーロッパ法（EU法）については、国際法とも国内法とも異なった法領域であり（ヨーロッパ法の直接適用性（Case C-26/62, Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen, ECLI:EU:C:1963:1）やヨーロッパ法の国内法に対する優越（Case C-6/64, Costa v ENEL, ECLI:EU:C:1964:66）が現在は承認されている（庄司克宏『新EU法基礎篇』219-287頁（岩波書店，2013）参照）。本稿では、焦点を基本法秩序に絞る観点から、ヨーロッパ法も深く立ち入って記述することは避けることにするが、通貨政策をはじめ、ドイツ公法とヨーロッパ法が不可分一体となっている局面も多々存在するため、その場合には必要に応じて記述に及ぶこととした。また、ドイツ特有で日本に妥当しない連邦制についても取り扱わないこととする。

8) すなわち、本稿の叙述は、同書中、第1章の導入、第2章の概念定立、第5章の国家の破産及び第8章の総括を中心とする。原則として同書の順番に沿うが、要約の必要がある部分については適宜順番を組み替えた。なお、同論文は、国家破産の対処をある面で助力し、ある面で制限するものとして連邦システムを位置づけるのだが、これを扱う第7章において、いわゆる州や市町村といった団体のみならず、EUもそのシステムの一部として位置づけられて叙述されている点は特筆に値する（ドイツにおけるこうしたEUの把握の仕方について、林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論」中村民雄＝山元一編『「ヨーロッパ憲法」の形成と各国憲法の変化』177頁（信山社，2012）参照）。

9) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 1.

10) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 2-7.

11) ドイツ破産法12条1項は以下のように定める。

[次の各号の] 資産（Vermögen）について破産手続（Insolvenzverfahren）は許容されない。

1. 連邦又は州（Land）；

2. 州法がこのことを定める場合の、公法上の法人であつて、州の監督に服する者

12) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 7.

れてこなかった¹³⁾。公法上の法人の財政危機の対処につき、包括的な検討はされていないと総括する。

導入の最後として、著者はこの仕事を、現在妥当する法について、意識的に実証主義者的アプローチ (positivistischer Ansatz) を採って行い、比較法の類はここでは行わないのだとする¹⁴⁾。

2 概念整理

(1) 総論

著者は、実際に法の主体のレベルごとに合わせた実定法的検討をするに先立って、破産や倒産に関係するドイツ法上の既存の言葉ないし概念¹⁵⁾を検討し、これらが国家破産においていかなる意味で用いられ得るかを検討する。ドイツの法的文献では概念定立 (Begriffsbestimmung) を行うのは通例であるようであり¹⁶⁾、この点で重要と思われるが、本稿の主眼である国家破産の法的解明においては、私法や日常生活において用いられる語では問題を捉えきれないという点においても、この作業は極めて重要である。

(2) 私法上の概念について

まず、著者は既存の概念の検討から始める。実定法上、Bankrott という概念は、まずドイツ刑法典 283 条(a)¹⁷⁾に現れ、倒産 (Insolvenz) と同義に用いられている。また、Bankrott はこういった用法に加えて、財政学や連邦憲法裁判所判例¹⁸⁾においても応用的に、国家破産を指すべく使用されている語であると指摘する¹⁹⁾。もっとも、その用法

は精確性を欠いた記述的な (beschreibend) 概念にすぎない。

次いで、旧破産法の Konkurs に代わって 1999 年ドイツ倒産法 (Insolvenzordnung) で採用された Insolvenz という概念が俎上に載る。しかし、Insolvenz はその実、手続の名称にすぎず、手続が開始するかはむしろ、下位概念である支払不能 (Zahlungsunfähigkeit) 及び債務超過 (Überschuldung) に委ねられている。そして、これらの下位概念は不明瞭であるのみならず、公法的な事物連関 (Sachverhalt) にも適合しない²⁰⁾。まず、支払不能に関して、国家は自らが自らの達成すべき責務の規模 (Maß der Aufgabe) とその手段を定めるため、市民がもはやそれ以上公課を支払えないような場合にしか起こらない²¹⁾。また、債務超過も、公的財産のかなりの部分は強制執行に服さず、破産財団にならない点 (民事訴訟法 (Zivilprozessordnung) 882 条 a 第 2 項 1 文等)、租税等の国家的収入の特殊性、財産権秩序と基本法 14 条の枠内で一方的に義務を変更できる点等から妥当せず、こういった私法的概念を公法上に移入 (Übertragung) するべきではないと主張する²²⁾。

(3) 公法上の概念について

Bankrott や Insolvenz の無用性ゆえに、むしろ国家の財政的斜陽 (finanzielle Schiefelage) はプロセスとして把握されるべきである²³⁾。こうして、財政危機の進展度合いに応じた「危機」や「緊急事態」等の公法的概念のカスケードが一通り検討されることとなる。予算法は古典的な国家の内部法であり、それゆえ「予算危機 (Haushaltskrise)」(と

13) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 7-13.

14) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 14-15.

15) Bankrott, Insolvenz, Konkurs のほか、俗に国家破産を指示する言葉として Pleite, Ruin といった言葉の存在にも言及がされている。

16) 坂東行和『法の世界とその周辺——法的思考と中世イギリス史』3 頁 (法律文化社, 2001) 参照。

17) Bankrott という表題で刑法典 (Strafgesetzbuch) 283 条 1 項は次のように定める。「債務超過、又は、差し迫った (drohender)、若しくは、生じた (eingetreter) 支払不能の場合であって、[以下の各号の行為をした] 者は、5 年以下の自由刑、又は罰金をもって罰せられる。」

18) BVerfGE 19, 150 [159]; BVerfGE 41, 126 [151].

19) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 16-18.

20) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 18-19.

21) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 21.

22) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 22-23.

23) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 24.

その多様なバリエーション²⁴⁾は支払能力等の欠如や国家危機に直結するものではない²⁵⁾。連邦憲法裁判所が形成した²⁶⁾「究極的予算緊急事態 (extreme Haushaltsnotlage)」は、より破産近似の概念だが、なお「予算危機」の悪化したものを示すにとどまると著者は述べる²⁷⁾。これらに対して、内部領域にとどまらないのが、連邦憲法裁判所が示した²⁸⁾「連邦国家的緊急事態 (bundesstaatlicher Notstand)」が意味する「一定の究極的予算緊急事態 (qualifizierte extreme Haushaltsnotlage)」であって²⁹⁾、ここでは国家の責務の履行に一定の障害が生じているという状態を指している³⁰⁾。以上から、財政危機は、通常時と対置され、その下位区分として予算危機と究極的予算緊急事態が観念される、との結論が示される。

3 国家の財政危機

(1) 国家が財政危機に陥る可能性及びその原因

本論文の第5章では、国家の財政危機について論じられている。著者は、その冒頭において、序論で強調した、国家が財政危機に瀕し得るということをより詳しく論じ³¹⁾、そしていままで破産しない理由として語られてきた原因に反駁する。

まず、著者は歴史的な例を挙げ、金融市場

危機や自然災害、自治体の財政危機の波及、さらに——日本にとって特に興味深いことに——人口動態による変化など多様な要因が国家破産に繋がり得る原因であることを挙げる³²⁾。次に、これに対して、国家には「無限の履行能力 (unbegrenzte Leistungsfähigkeit)」があるから潰れないとする考え方を検討する。第二次世界大戦後、社会的な領域で増大する負担にも拘らず、例外的な短い時期を除けば履行能力を欠くことはなかった³³⁾。租税国家概念からしても、国家は租税主権を有し、これにより不足資金を(事実上、政治上の限界に到達しない限り)調達することができる³⁴⁾。この点については、無限の履行能力を理由に国家を破産手続の対象から除外する連邦憲法裁判所の判例³⁵⁾を参考にする向きもある。しかし、著者はこれを、当時まだ有効だった破産手続の開始を避けながら戦後負担の再分配をするための議論であり、債権者に法的請求権を与えないという意味において、無限の履行能力と関連していない議論であると評価する³⁶⁾。

また、巨大証券会社等についての金融市場での経験論をこの局面に流用し、国家がその「Systemrelevanz (システム連関)」を有するゆえに「too big to fail (大きすぎてつぶせない)」といった考え³⁷⁾も、当時そのようにいわれていたリーマン＝ブラザーズの倒産が実際には起きたことを例に挙げ、規範的な

24) 例えば、厳しい予算事情 (angespannte Haushaltslage)、切迫した予算緊急事態 (drohende Haushaltsnotlage)、究極的予算状態 (extreme Haushaltslage) など。

25) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 25-26.

26) BVerfGE 86, 148 [262, 267] なお, BVerfGE 116, 327 [387] でその射程に限定。

27) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 26.

28) BVerfGE 116, 327 [Ls. 2a, 2b, 377ff.]; 同判決については上代庸平「83 ラント間財政調整における連邦財政原理」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』374頁(信山社, 2018)も参照。

29) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 26-27.

30) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 28.

31) なお, 1.の問題提起と重複する部分があるにも拘わらず, あえて繰り返しを厭わず記述するのは, 1.は州や国際法等も含めた本書の総論として置かれている部分だからである。

32) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 245-246.

33) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 247.

34) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.2), S. 248-18.

35) BVerfGE 15, 126 [135f.]; BVerfGE 19, 150 [159].

36) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 247-248.

37) 著者はこういった考え方が有力だった例証として, 例えば2008年のリーマン・ショックの以前には, 1995年欧州委員会決定において95/547/EGv. 26. 7. 1995, ABl. EG Nr. L 308のいわゆるCrédit Lyonnais事件で「破産には大きすぎる[ために,] 国家による明示又は黙示の信頼が存する」として言及されたことを取り上げる。

とっかかり (Verankerung) を欠き、法的原則ではなく、精々経済的、政治的な原則にすぎないため、不適当であると排除する³⁸⁾。

(2) 早期警戒システム (Frühwarnsystem) の効果と限界

以上のように国家がやはり国家破産に陥る可能性があるとして、これをどのように防止すればよいのだろうか。

著者は、ここで規範的平面における(唯一の³⁹⁾) 対抗策として、財政危機を早期に感知することのできる法システムに埋めこまれた種々の早期警戒システムの存在を挙げる⁴⁰⁾。

このような早期警戒システムの例は、第一に、支払義務に対応する予算の不足や強制執行に伴う報告義務である⁴¹⁾。これらは蔵相や議会といった上位平面へのシグナリング機能を有するからである。第二に、事実上及び法律上の公法上の財産への監督である⁴²⁾。第三に、財政計画が挙げられる⁴³⁾。もっとも、財政計画のうち中期財政計画 (mittelfristige Finanzplanung)⁴⁴⁾ は、70年代の財政憲法改革で財政危機に対処することを目的として基本法秩序に導入されたものの、結局国家

運営上の情報収集の手段以上の意味を持たなかった⁴⁵⁾。このほかに、ヨーロッパレベルでも予算計画を提出しなければならない。第四は、予算サイクル (Haushaltskreislauf)、すなわち前年度の予算状況から新たな予算を編成し、議会で承認され、実行する過程である⁴⁶⁾。同論文では、特にその各過程で議会、政府、安定化委員会や会計院の間で情報交換がなされる⁴⁷⁾ ことが挙げられている。第五に、安定化委員会 (Stabilitätirat) 及びヨーロッパ法上の監視を挙げる⁴⁸⁾。これは、大蔵省で収集された情報は精確であるものの、多数派にはこれを過大評価するインセンティブがあるため、外部からの監視が必要であるという考えに基づき設置される⁴⁹⁾。ただし、著者は、この実効性は未実証であるとも付言している。第六に、立法の影響及びコストの評価が関係者に一定程度義務付けられている場合に、これも早期警戒システムになり得るとする⁵⁰⁾。もっとも、その効果について著者は懐疑的である。第七に、基本法 115 条 1 項や 109 条 3 項 2 文に表れている債務制限 (Schuldengrenzen)⁵¹⁾ を挙げる⁵²⁾。著者は、日米のような高債務国であっても財政破綻を

38) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 248-249.

39) この重要な限定を示唆するのは、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 540. において括弧書きの nur である。

40) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 250.

41) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 49-54, 86-88, 95-96.

42) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 116.

43) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 251-252.

44) 基本法 109 条 4 項のほか、連邦及び州の予算原則に関する法律 (Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder) 50 条、経済安定成長促進法 (Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft) 9 条参照。

45) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 251 Anm. 24. において、著者は予算が世界経済の調子に依存した予測の不確実性であり、さらに拘束力もないためだと指摘している。

46) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 252-254.

47) 例えば、連邦予算法 (Bundeshaushaltsordnung) 27 条ないし 29 条に基づく前年度予算期の経験を踏まえた予算計画の策定や、管理勘定 (Kontrollkonto) への記帳 (基本法 115 条 2 項 4 文)、連邦予算法 31 条や連邦債務制度規律法 (Gesetz zur Regelung des Schuldenwesens des Bundes) 3 条 2 項に基づく連邦蔵相の議会 (の委員会) への財政報告 (Finanzbericht) 等が挙げられている。こういった制度の一端について、石森久広「ドイツ財政コントロールシステム [原文ママ] における助言活動の意義」広島法学 42 巻 3 号 178 頁 (2019) 参照。

48) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 254. vgl. auch S.440-442(Kapitel 6, C. II. 1).

49) 具体的には、EU 運営条約 126 条及び閣僚理事会規則 (Verordnung(EG); Council regulation) 1466/97 に基づくヨーロッパの安定性評価の監督、及び、EU 運営条約 121 条に基づく一般的監督、並びに、第二次連邦制改革で導入された基本法 109 条 a と安定化委員会の設立及び予算緊急事態の回避に関する法律 (Gesetz zur Errichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen) 3 条 1 項による監視である。

50) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 254-255.

51) 基本法 115 条 2 項参照。一連の改革の経緯について、石森久広『財政規律の研究——ドイツ憲法上の起債制限』(有信堂高文社, 2018) 参照。

52) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 255-256.

引き起こしていない例を挙げて、債務水準と国家破産の関連性に疑問を呈しながらも、責任ある主体において一定の手続を取らせる点で警戒機構として債務制限を評価している。

ドイツにおけるこれらの多種多様な早期警戒システムは、政治的システム内での具体的構造のため、債務制限に関して際立った役割を果たしておらず、これらのシステムの主要な効果は、財政政治 (Finanzpolitik) の回避ではなく、関係アクターに情報を提供することである、と著者は締めくくる⁵³⁾。

(3) 破産法及び緊急事態憲法 (Notstandsverfassung) の不適用

冒頭でも指摘されていたように、国家の下にある公法上の法的人格 (juristische Person) と異なって、国家には倒産手続の適用がない根拠はなんであろうか。著者は、様々な理由づけがあるとす。国家の機能能力 (Funktionsfähigkeit) を参照し、あるいは、国家の存在が憲法上前提とされているとするなど、事物の本性 (Natur der Sache) に求める議論がある。また、国家が国際法上の主権的主体として対自的権力 (Gewalt über sich) を許容し得ないとする議論もある。それから実際的理由としては、手続が欠缺していること、これを許容した場合に外部からの資金調達上高リスクにならざるを得ないことを挙げる⁵⁴⁾。

しかし、著者は基本法の観点から、国家それ自体 (Staat als solcher) への破産法の適用が、民主政原則と権力分立 (Gewaltentrennung) と相いれないのが決定的だとす。こうした見地から著者は倒産法 12 条 1 項を賢明かつ適切と評した上で、特別な手続が必要であるとする⁵⁵⁾。

さらに、こうして私法的に適用すべき規範

がないことを論証し、返す刀で著者は基本法等にも財政危機に対処する法は欠けている (あるいは避けている) ことをも指摘する。いわゆる緊急事態憲法 (Notstandsverfassung)⁵⁶⁾ は「経済的社会的構造における障害」には適用されず、基本法 115 条 a 以下の防衛的緊急財政憲法 (Verteidigungsnotfinanzverfassung) は防衛事態にのみ関係する。予算成立についての 111 条や予算執行についての 112 条は財政的緊急事態憲法 (Finanznotstandsverfassung)⁵⁷⁾ ではなく、緊急予算法 (Nothaushaltsrecht) にすぎない。こうした欠缺は、著者において「規範的差控え (Zurückhaltung)」として、合目的的で賢明な決定だと肯定的に扱われる。基本法は、適合的でないかもしれない規定に個別性の強い国家破産の処理を服せしめるのは妥当ではないとして、政治的決定を通じた民主的対処を優先させている⁵⁸⁾。

(4) 現代的法治国家の前提

以上のような現状整理をしつつ、著者はここで改めて私法的な破産と公法人の破産が異なることを強調する。著者は、私法的な破産の目的を、社会的平和の保護、債権者平等、債務者の生存の維持の三つに集約する。そして、このうち特に債権者の平等を強調する Ludwig Häsemeyer の見解⁵⁹⁾ を引用した上で、一方でこれらの原則が国家破産においても妥当することを示唆し、他方で抽象的な福祉国家の受益者 (Sozialstaat Begünstigten) の利益への配慮が必要である点やそもそも債務者たる国が法及び法体系の根源であるという点で、この三つの目的が違った表れ方をしたり、この三つの中でバランスが生じたりすることを強調する⁶⁰⁾⁶¹⁾。

そして、国家破産を法的に検討する大前提

53) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 256.

54) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 256-257.

55) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 257-258.

56) 例えば、連邦国境警備隊の州の支援等 (基本法 35 条 2 項及び 3 項)、連邦又は州の存立に関する事態の軍隊出動 (87 条 a 第 4 項, 91 条) など。

57) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 258-259.

58) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 260-262. Vgl. auch S. 541.

59) 著者が引くのは、Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 3.01, das gesamte 2. Kapitel (Rn. 2.01ff.), und Rn.4.01. ただし、本稿筆者において確認できたのは 3. Aufl. 2003. のみ。

60) こうした倒産法の三原理の国家破産への妥当性について説明するにあたり、著者が三和音 (Dreiklang) やその響き (Töne) が変わるという比喻を用いている点は特徴的である。

として、国家に関する以下の三つの仮定を置くのである。第一に、国家の維持 (Staatserhalt) である⁶²⁾。これには二つの内容がある。一つ目の内容として、国家破産に至っても国家はなお持続的に存在しなければならず、その解散 (Auflösung) は検討上可能性から除外されるということである⁶³⁾。これは、主権の権力 (hoheitliche Gewalt) を行使できる、すなわち法制度及び立法制度 (Rechts- und Rechtssetzungswesen) といった国家の基本的な機能が必要であることによる。とりわけ、債権者と国家の人民 (Staatsvolk) の双方又は一方に犠牲を要求する危機対処の局面では (財政) 権力を行使することが可能でなければならぬため、国家の形式における目的組合 (Zwangsverband) が必要であることが指摘される。

また、国家の維持の二つ目の内容として、基礎的国家機能の確保 (Sicherstellung grundlegender Staatsfunktionen) が必要である。古典的な国家の責務は「夜警国家」的な安全と平和の確保だが、これに加えて、少なくとも必要不可欠な生存の基礎 (elementare Lebensgrundlagen) の保護、さらに現代的な社会国家観に基づいて教育や環境保全も含まれ得る。そして、こうした国家の責務は政治的に決定される必要がある。

第二に、法的考察⁶⁴⁾のためには、国家が恣意的な解決を許さない法治国家⁶⁵⁾であることも必要だとする⁶⁶⁾。

そして第三の前提は、憲法の維持 (Verfassungserhalt) と題し、解釈的 (dogmatisch)、

実定法的な観点における基本法を出発点とすることであり、一般的な、あるいは、法哲学、法史学といった観点から出発することを回避する⁶⁷⁾。

4 具体的対処の方策

著者は、以上述べた前提の下、これに対する実定法に沿った解決策を検討する⁶⁸⁾。その基本法的な規則は、立法者が具体的な要求を適切に書き込めるような枠を与えるものであるとする。その基本的な発想は「大幅な倭約と……歳入の増加 (größter Sparsamkeit undErhöhung der Einnahmen)」であって⁶⁹⁾、具体的には、財政学的観点、組織的観点及び実体的観点という三つの処置角度とその統合を論じる形で論述は展開される。

(1) 財政学的視点 (finanzwirtschaftliche Dimension)

著者は最初に、時間的に対称な、過去に蓄積した準備金 (Rücklage) の解消と未来に得られるべき収入を前借りする信用調達 (Kreditaufnahme) という二つの財政学的視点を対置して取り上げる。

a 準備金の解消

まず、前者の観点としては、景気調整準備金 (Konjunkturausgleichsrücklage)、払下げ (Privatisierung)、目的と結びつけられた資産の再分類 (Umwidmen) の三つの手法が取り上げられる。一つ目の景気調整準備金は、基本法旧 109 条 3 項 1 文 2 号に規定されていた、景気変動を吸収するため景気拡大時に積

61) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 263.

62) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 264-267.

63) なお、著者は v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 264-265. において、余題 (Exkurs) と称し、前提として本文で立ち入らなかった国家破産に基づく国家の解散の可能性について検討し、ニューファンドランドの事例が例外的に存在したほかは歴史的にはないこと、Georg Jellinek の所説 (Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S.182f., 394ff.) によるならば国家の三要素 (国家領域, 国家人民, 国家権力) のうち、国家権力が欠落すれば解散する可能性自体はあり得ることなどを指摘している。

64) 著者はここで、しばしば非法治国家の方が財政危機の対処において短期的で効果的でさえあり得る、という言及をしていることは特筆に値する。

65) なお、ここでいう法治国家が、第二次世界大戦を経るまでのいわゆる形式的法治国家概念によるものではなく、実質的法治国家の事であるのは明らかである。

66) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 267-268.

67) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 268.

68) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 269.

69) BVerfGE 86 148 [270]; ただし、こうした定式の立て方は、貨幣現象を視野に入れていない点で疑問を呈する余地があるだろう。

み立て、景気縮小時に取り崩す準備金を指す⁷⁰⁾。第二次連邦制改革によりこれは基本法上の根拠を失ったが、著者によれば、同条項が第二次連邦制改革で削除されてもなお、基本法新 109 条 4 項の「予算法の妥当する原則」(geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht) に従って可能だという⁷¹⁾。

二つ目は公有財産の払下げによる流動性の確保であり、これに一般的な限界はないとする⁷²⁾。ただし、連邦予算法 63 条 2 項 1 文は国家の売却権能を「予見可能な将来に国家の任務を遂行するために必要とされない資産」(すなわち、金融資産)に限定しているため、この限定を解除しようとする限りで政治的決定(すなわち、法律の改正)が要される。著者はこうして払下げを財政危機において十分活用し得るものと見るのであるが、その場合であっても文化国家は憲法上の財産(Verfassungsgut)ではなく、むしろ憲法の前提であるから、議会が重要な歴史的建造物やアーカイブについては文化財として保護することもできることを留保している。

三つ目は、組織法的に一定目的に結び付けられている財産をその根拠法の改正によって流用することである⁷³⁾。例えば、連邦銀行の 250 万ユーロの準備金(連邦銀行法 2 条 2 文)や連邦年金基金(Versorgungsrücklage)の切崩しをいい、この場合も、大学(基本法 5 条 3 項)や放送局(基本法 5 条 1 項 2 文)といった基本権の担い手が基本権を侵害され

た場合といった例外⁷⁴⁾を除いて、立法者の判断に委ねられていると論じられている。

b 信用調達 (Kreditaufnahme)

(a) ヨーロッパ法と基本法的厳格な規制及びその実効性

ヨーロッパ法では、加盟国の過剰な政府赤字の禁止規定(EU 運営条約 [Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; the Treaty on Functioning of the European Union] 126 条 1 項)が、いわゆるマーストリヒト基準⁷⁵⁾(GDP の 3% 以下、及び、GDP6 割以下)として明確に具体化されている。それにも拘わらず⁷⁶⁾、欧州委員会が監視する基準を定める同条 2 項がこの原則に対する例外を認める⁷⁷⁾のみならず、それを具体化する規則 (VO: Verordnung; Regulation) Nr. 1467/97 des Rates v. 7.7.1997⁷⁸⁾ 第 2 条 1 項の「これが関係加盟国の支配を逸し、国家的財政状況が重大な悪影響を及ぼす場合」、さらに構造的赤字でこれらが使えない場合に VO1467/97 第 2 条 2 項の「深刻な景気後退」などで弛緩している。基本法の平面では、第二次連邦制改革⁷⁹⁾による「債務ブレーキ (Schuldenbremse)」の導入に伴い、原則的に起債は禁止されている(基本法 109 条 3 項 1 文、115 条 2 項 1 文)。こうした規則は、ヨーロッパ法の硬直的で順景気循環的であり得る債務限界と、反景気循環的な(従前の)基本法のアプローチを統合したものだが、この両者が抵触する事態においては、ドイツ法

70) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 270-271.

71) ただし、この点について、著者は、この準備金は 70 年代初め以降、世界的な課税の悪化のため設けられることがなく、現実に合わせて基本法が整序されたにすぎないことを示唆している。

72) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 271-272.

73) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 272-274.

74) この場合であっても、解散やそれに続く財政的な清算については保護されないという。赤字の削減の観点から、不採算な事業体を抱え続けるのを強制することは不合理であるため原則的に支持できるものの、介入より重い解散等といった措置について、限界を設けないことがよいのかはやや疑問がある。

75) EU 運営条約第 12 議定書第 1 条参照。

76) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 277.

77) 126 条 2 項 (a) は、「実質的かつ継続的に比率が低下し、参照値に近似した水準に近接し、又は、参照値の超過が例外的かつ一時的であって、比率が参照値の近傍にあるとき」を例外としている。

78) Vgl. VO(EG) Nr. 1056/2005 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr.1467-97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit v. 27. 6. 2005 (ABL EU Nr. L 174 S.5).

79) 基本法旧 115 条 1 項 1 文は投資支出の高さで総額を限界づけていたが、マクロ経済の不安定さと高失業率から「マクロ経済の均衡の崩壊」を要件とする例外的起債(旧 114 条 1 項 2 文 2 段)が常態化していたため、(ヨーロッパ法上の義務の基本法への逐次導入と並行した形で、) 2009 年の第二次連邦制改革において、基本法上厳しい制限が課された。

に優越するヨーロッパ法が適用される（基本法 109 条 2 項の「この枠内で (in diesem Rahmen)」という文言も参照）。このほか、構造的な余地 (struktureller Spielraum) が GDP の 0.35% まで認められており (109 条 3 項 4 文)、景気変動に帰せられる限りでは基本法 115 条 施行法 (Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 des Grundgesetzes) 5 条と同条 4 項に基づく 115 条 命令 (Verordnung) によってもこれは可能である。

(b) 危機状態での信用調達

著者は次に、特に財政危機を念頭に置いたときの信用調達の可能性を三つに分けて検討する。一つ目は、基本法 115 条 施行法 8 条に基づく補正予算により見込み税収の 3% まで信用調達が可能であることである。二つ目は、自然災害や外因の緊急事態における信用調達であり、財政危機が外因的な場合には可能である (基本法 115 条 2 項 6 文。なお、その成立には総議員の過半数が必要であり、償還計画の策定と直ちに償還を開始するという制限がある)。三つ目には、基本法外における諸手法がある。具体的には、現金信用 (Kassenkredit)⁸⁰⁾ を活用したり、特別基金 (Sondervermögen) を設置⁸¹⁾ したり、また、連邦国家性 (Bundesstaatlichkeit) から「究極的な予算緊急事態」において、連邦や他州が救助に及ばない限りで、(州) 憲法上明文がなくても信用調達ができるとしたベルリン州憲法裁判所判例⁸²⁾ を応用すべきであると著者は主張する。さらに、第二次連邦制改革以前のような基本法違反の常態化という可能性も考えられるものの、現在は (議員

の 4 分の 1 で申し立てられる) 抽象的規範統制 (基本法 93 条 1 項 2 号) や管理勘定への記帳 (基本法 115 条 2 項 4 文)、安定化委員会の監視などで、概してそうした事態は起こり得ないとしている。

(c) 実際における余地

法的制限は上述のごとくであるものの、実際には準備金も信用調達も、これらが問題になるとときには既に (経済的、政治的に) できなくなっている可能性が高い⁸³⁾。

(2) 組織的観点 (Organisationsdimension)

著者が財政学的観点の次に挙げるのは、国家の組織を改編することで財政危機に対処するという組織的観点である。主として経済的、金融的変数に基づく財政という分野に対して、国家組織という分野は優れて法が規律する分野である⁸⁴⁾。

この観点に含まれる第一のものは、経済社会システムそれ自体への介入である。ここでは、国家の再生上、マクロ経済的均衡の保護を定める基本法 109 条 2 項は「魔法の四角形 (magisches Viereck)⁸⁵⁾」がコントロール困難なために障害にならず、さらに仮に障害となる場合は、基本法 79 条 3 項に配慮しつつ立法により変更できる⁸⁶⁾ ため、こうした国家の行為は原則自由である。これに対して、これらの措置が純粋な国家経済 (reine Staatswirtschaft)⁸⁷⁾ の導入に当たり、あるいは、職業の許可制が比例原則に違反する場合は、ヨーロッパ法のみならず、基本法 14 条の財産権や 12 条の職業の自由にも抵触して許されない⁸⁸⁾。このほか、政策的なインフレによる債務の実質的削減に対しては、基

80) 短期的な流動性の確保のため、連邦及び州の予算原則に関する法律 13 条 1 項 2 号や連邦予算法 18 条 2 項 2 号などで許容されるが、6 か月までに払い戻されなければならない (基本法 115 条 施行法 1 条 3 文)、実用性は乏しい。

81) 特別基金は、ドイツの再統一や 2008/2009 年の金融危機時も使われたものの、旧 115 条 2 項における連邦法律による例外の廃止で (基本法の改正なしには) なくなっている。

82) VerfGH Berlin, NVwZ 2004, S. 210ff.

83) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 291-292.

84) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 292.

85) マクロ経済的均衡の内容であって、物価の安定、雇用率、対外均衡、経済成長の四つの (相反し得る) マクロ経済的目的を極に取った四角形である。経済安定成長促進法 1 条 2 文も参照。

86) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 292-293.

87) 注意が必要なのは、ここで国家が市場に積極的に関与すること自体は否定されていないことである。例えば、著者は、国家が一定の業種に独占を賦与し、あるいは国営企業を設置して追加的収入源を確保するといったことを挙げている。

88) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 293-295.

本法 88 条が定める連邦銀行 (Bundesbank) の自律性・独立性に抵触するのみならず, EU への通貨高権 (Währungshoheit) の移譲のためできないという例外も存する⁸⁹⁾⁹⁰⁾。

第二は, 国家及び行政組織の改組 (Umbauen) である。もっとも, 憲法上の機関 (連邦衆議院や連邦参議院) については, 基本法 79 条 3 項の永久性保障 (Ewigkeitsgarantie) への抵触の問題があることに加えて, そもそも目的たる支出削減に繋がらないだろうとする⁹¹⁾。その下位の国家機関については, 行政権の編成高権 (Organisationshoheit) があるものの, 広範囲な法律の留保も存在する⁹²⁾。ここにおいて, 改組による節約の可能性は, 専門技術的観点から法律家より行政学者が適切に判断できるという形で記述されている。

第三は, 公勤務関係⁹³⁾⁹⁴⁾における賃上げ凍結 (Verzicht auf Gehalts- und Besoldungserhöhung), 給与削減や解雇である⁹⁵⁾。公勤務の給与は労働協約 (Tarifvertrag) に基づき, そしてその主体たる労働組合は, 結社の自由 (基本法 9 条 3 項) や労働争議の自由を憲法上留保なく保障されているため, (単なる) 予算危機にとどまる限り, こういった施策の実現可能性は通常労働組合の意欲に依存することとなる。したがって, 国家が憲法

内在的制限に基づいて一方的に介入することができるのは, 実際の (tatsächlich) 国家緊急事態においてである。これに対して, 官吏 (Beamten) には, 基本法 33 条 5 項が定める「職業的公僕の伝統的原則 (hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums)」が妥当するところ, 一方で, 原則として解雇を許さない生涯原則 (Lebensprinzip) という形で財政再建の障害となるものの, 他方で, ストライキ権の不存在や, 官職に専念するに足る俸給等を与える扶養原則 (Alimentationsprinzip) に支えられた「一般的な経済的, 財政的発展に応じ」(連邦俸給法 [Bundesbesoldungsgesetz] 14 条 1 項⁹⁶⁾) てなされる定期的な給与調整の存在から, ([特別な] 配慮義務及び官職適合義務が達せられる限りで) 賃上げの凍結や給与の削減があり得る。

以上に挙げたような組織的な側面における改造は, 労働組合の勢力が発達したために政治的にも, また, 財政危機において忠誠ある (loyal) 国家機能の保護が重要であるという点においても, 現実的な限界が法的な限界に先立ってしまうのである⁹⁷⁾。

(3) 実体的観点 (materielle Dimension)

最後に取り上げられるのは, 前二つの国家自体の変革を観察した観点に対して, 国民から資源を調達する「実体的観点」である。こ

89) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 295-297.

90) なお, 通貨高権の移譲先のヨーロッパ中央銀行 (Europäische Zentralbank) も, 貨幣供給量の増大とそれによるインフレの防止の観点から行使できない (EU 運営条約 123 条)。

91) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 298-299.

92) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 299-300.

93) ドイツにおいて, 公法上の法人に勤務する公勤務 (öffentlicher Dienst) は, 基本法上の制度的要請に服する官吏 (Beamten) とそれ以外の被用者 (Arbeitnehmer) に分別され, 本稿もその区別にのっって議論がされている。本文中の「職業的公僕 of 伝統的原則」とは前者にのみ妥当する諸原則で, 本文中に挙げたもののほか, 公法上の勤務関係と忠誠関係と引き換えに, 能力に応じて任用される成果原則 (Leistungsprinzip) や, 学歴や専門分野に応じて採用・昇進する経歴原則 (Laufbahnprinzip) 等がある。なお, 後者についてはさらに職員 (Angestellte) と労務者 (Arbeiter) の区別も存したが, 差別撤廃の要請から一括して被用者 (Beschäftigte) とされてきている。以上について, 早津裕貴「ドイツ公勤務者の法的地位に関する研究 (1) ~ (4・完)」名古屋大学法政論集 271 巻 1 頁, 273 巻 37 頁, 274 巻 191 頁, 275 巻 349 頁 (2017)。

94) ドイツにおいては, いわゆる特別権力関係 (Sonderrechtsverhältnis) 論がいまも妥当しており, 公勤務において, 雇用当局 (Dienstherr) 及び雇用者 (Arbeitgeber) と被用者 (Beschäftigte) は特別に密接な関係に立ち, 相互の誠実義務を有する。ここにおいて, 国家は公僕 (Staatsdiener) に犠牲と制約 (Opfer und Einschränkung) を求めることができる一方で, 特別の誠実義務及び配慮義務をも負う。

95) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 300-304.

96) 憲法的には, やはり 33 条 4 項の公務員とその家族に収入を終身的に保障しなければならないとする扶養原則 (Alimentationsprinzip) に基づく。

97) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 305.

の観点との関係では、公課引上げ、給付削減及び財産権に対する介入という三点から検討がなされた上で、それぞれの関係について論じられる。

a 公課の引上げ (Abgabenerhöhung)

著者は、財政危機における公課を論じる総論として、公課が近代的特点のある財政国家 (Finanzstaat) の主要な収入源であることを前提に、とりわけ租税は「前提なく引き上げ得る公課」であることから、財政国家の体系において租税でない公課 (nichtsteuerliche Abgaben) と異なるという区別を強調する⁹⁸⁾⁹⁹⁾。

(a) 租税でない公課

租税でない公課として、受益負担 (Vorzugslast)、特別公課 (Sonderabgabe)、社会保障公課 (Sozialversicherungsabgabe) 等がある。

受益負担は、料金 (Gebühren) と分担金 (Beiträge) をいい、制度利用者の利用対価の負担である¹⁰⁰⁾。行政上その給付に要した費用を基準とするのが平等原則や比例原則の原則的帰結であって¹⁰¹⁾、財政危機においてはむしろ、社会的、経済政治的になされた公課の段階付け (Staffelung) を比例原則と社会原則に従って強制される水準に削減することが眼目となる。

特別公課¹⁰²⁾は、一定の同質的集団が、特

定の公課目的に密接に関連し、その目的の達成のために集団の責任 (Gruppenverantwortung) が存する場合に、集団的利益のために使用される場合にのみ課することが許される公課であり、近年はこれにつき資料義務・手続義務¹⁰³⁾が強調されている¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾。

また、(一応の独立分類として) 社会保険公課というものもあり、これは国家財政に直ちに結びつかないが、支出を減らす形で財政再建に貢献し得る¹⁰⁶⁾。

その他の公課 (sonstige Abgabe) の創設の可能性も否定しないものの、財政憲法上、主要な目的が反対給付なき (gegenleistungsfrei) 収入引上げである場合は租税と衝突するため、このような公課の活用は限られたものとなる。こうして、危機対処の際に非租税的な公課の役割は限定的なものとなるが、なお料金国家を徹底することで節約を進める可能性は肯定的に評価される¹⁰⁷⁾。

(b) 租税

そこで、著者において危機対処の公課のうち中核的役割が担われるのはやはり租税となる¹⁰⁸⁾。租税はその程度において (in ihrer Höhe) 「前提なく引き上げられる」公課として、財政憲法によっても基本法的自由権によっても、本質的には (wesentlich) 制限されないからである¹⁰⁹⁾¹¹⁰⁾。

まず、基本法上連邦及び州が課せる租税の

98) ドイツの租税法の議論においては、伝統的に国家による金銭賦課一般が公課ないし賦課金 (Abgabe) とされ、その下位分類として租税 (Steuer) とそれ以外 (分担金 (Beitrag), 料金 (Gebühr), 特別公課 (Sonderabgabe) 等) が設けられる形で分別・体系化されているところ、同論文でもそういった区分を前提に議論が進められている。ただし、Abgabe はしばしば俗に税の意味で用いられる点には留意が必要である。

99) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 306. vgl. auch S.543.

100) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 306-307.

101) ただし、費用移転や利得の吸収、社会的目的から一定程度立法者による裁量が認められる。Vgl. BVerfGE 50, 217 [226f.]; BVerfGE 93, 319 [344]; BVerfGE 80, 103 [107] u. s. w.

102) 著名な例としては、第二次世界大戦後流入してくるドイツ人難民及び避難民と戦災を受けなかった国民との平等を図って課された特別公課がある。

103) Vgl. BVerfGE 108, 186 [218]; BVerfGE 110, 370 [393].

104) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 308-309.

105) なお、判例法 (BVerfGE 57,139 [167f.]) 上、自動車税などの誘導的特別公課 (Lenkungs Sonderabgabe) に関しては上述の要件は緩和されるが、それは公課の発生が最初から回避されるべきであり、収益をもたらさないということに基づく。

106) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 309-310.

107) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 310-311.

108) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311; vgl. auch S. 543.

109) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311.

110) 租税と基本法の関係について、瀧圭吾「政策税制と憲法——ドイツ法を素材とした序論的考察」海外住宅・

種類は、基本法上 106 条 1 項及び 2 項に限定されているものの、考えられるほとんどの税種は 106 条 1 項から 3 項に列挙されており、こうした税種の制限及びこれに伴う立法の制限は実際上の意義に乏しい。そして、著者は列挙された税種のうち、1 項 2 号の消費税 (Verbrauchssteuer) と 2 項 3 号の取引税 (Verkehrssteuer) が特に重要な役割を果たすだろうとする¹¹¹⁾¹¹²⁾。

税種の限定列挙に次いで、基本法 14 条の財産権 (Eigentumsrecht)¹¹³⁾ 保護もまた実効的な制限になり得ない¹¹⁴⁾。そもそも、伝統的に租税は「総財産それ自体 (Vermögen als solches)」に対して課されるものであるから侵害を観念できないとされてきた。そして、人格権に関する 2 条 1 項では租税を有効に法的統御することができないという問題意識から、14 条の活用が試みられてきた。連邦憲法裁判所の判例¹¹⁵⁾ では、14 条の「同時に (zugleich)」という文言を手掛かりに、財産は既に一度課税された収入から構成されるため、財産の半分以上には課税できないという「二等分原則 (Halbteilungsgrundsatz)」が示された。その射程はのちに財産税 (Vermögenssteuer) に限定された¹¹⁶⁾ものの、さらに基本法 14 条の適用範囲を明らかにするための「連結点 (Anknüpfungspunkt)」は財産権で足りる¹¹⁷⁾とするなど、14 条の保護は拡大傾向にある。しかし、著者は、2 条 1

項と 14 条とを本質的には区別することはできないとする。そもそも、基本権の文脈における課税についての中核的問題は 14 条における租税の理解ではなく、むしろ常に自由権的保護は 2 条 1 項の一般的行為の自由について存した。決定的なのは、租税は特定の国家目的との関係があるわけではなく、一般的な政府の財政需要充足を目的とするという性質上、租税法における比例原則の理解が妥当しないことである。したがって、14 条の文脈において、(議論がされてきた 2 条 1 項の) 比例原則により鋭い輪郭を与えることはできないと主張する。

とはいえ、その他の憲法的課税限界がいくつか考えられる¹¹⁸⁾。第一に、短期的増税について遡及効との関係で信頼保護と抵触し得る(後述の遡及効を参照)。第二に、基本法 106 条 3 項 4 文 2 号の過剰負担 (Überbelastung) の禁止¹¹⁹⁾、第三に、国際法及びヨーロッパ法上の差別的待遇の禁止が挙げられる。第四に、窒息税 (erdrosselnde Steuer) は、流通から締め出すことを目的とした場合は 14 条 1 項、特定の好ましからざる行為を排除しようとする場合は 12 条 1 項や 2 条 1 項の問題となる。そして、財産関係の基礎的な変更たる補償なき没収 (Konfiskation) 的な税は、通常名称のいかに拘わらず許されないとされているが¹²⁰⁾、「国家的例外状態 (staatliche Ausnahmelage)」においては連邦

不動産税制研究会編著『欧米 4 か国における政策税制の研究』92 頁、119-161 頁 (公益財団法人日本住宅総合センター、2014) も参照。

111) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 311-312.

112) このほか、財政危機の対処という面からは、1 項 5 号の負担調整的公課 (Lastenausgleichsabgabe) 及び同項 6 号の補充的公課 (Ergänzungsabgabe) も考えられる。

113) Eigentum は元来所有権を指す言葉であるが、ドイツ法上その保護範囲はいわゆる所有権以外に拡張し続けていることも踏まえ、財産権と訳している。石川健治「財産権①」小山剛＝駒村圭吾編著『論点探求憲法〔第 2 版〕』224 頁 (弘文堂、2013) 参照。

114) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 312-315.

115) BVerfGE 93, 121 [137, 138].

116) BVerfGE 115, 97 [108ff.]; 同判決については畑尻剛「47 所得税・営業税と『五公五民原則』」ドイツ憲法判例研究会・前掲注 28)211 頁をも参照。

117) 連邦憲法裁判所判例によれば、このことは所得税や法人税については既に妥当しており (BVerfGE 115, 97 [110])、他の税種にもこうした限界と制限が働いていくべきであると著者はいう。

118) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 315-318.

119) BVerfGE 23, 288 [314f.].

120) BVerfG は租税が「金銭的履行義務が関係者に過剰に負荷をかけ、その資産関係 (Vermögensverhältnis) に抜本的に影響を与える、すなわち窒息の効果 (eine erdrosselnde Wirkung) を与えるとき」には 14 条違反になるとしている。BVerfGE 78, 232 [243]; BVerfGE 14, 221 [241].

憲法裁判所判例¹²¹⁾によっても留保されている。

以上と異なる視座としては、生存最低限(Existenzminimum)の絶対的な限界がある¹²²⁾。すなわち、連邦憲法裁判所判例において、社会国家原則との相互作用における人間の尊厳と自由の基本権¹²³⁾の双方に由来する基本法上の絶対的限界として、「人間の尊厳ある存在のための最低限の前提の生成に必要」である分¹²⁴⁾、また、すべての租税負担の控除後に、租税義務者には、その生活を維持するために十分な分が残されなければならないという租税憲法原則が存し¹²⁵⁾、これは永久性保障(基本法79条3項)の一部をなす。もっとも、社会給付は一般的な経済状況に依存するため¹²⁶⁾、まさに危機時において、生存最低限の相対性が現れる。衛生や食料といった「生存的な(existentielle)」基準は維持されるが、什器や住居空間の大きさ、場所、設備は社会的余裕の水準(gesellschaftliches Wohlstandniveau)に依存することとなる¹²⁷⁾。

また、さらに、平等原則も危機時において課税の限界を構成する¹²⁸⁾。租税の体系は給付能力(Leistungsfähigkeit)に立脚し、また、多数派の少数派弾圧を防ぐため、特定の人口集団(Bevölkerungsgruppen)に差別的な課税をしてはならない。こうした限界は、個別の公課のみならず、(判例から全貌は明らかでないものの)全体的文脈における累積的なものについても及ぶ。ただし、これらの原則

が守られている限りで、立法者には広い裁量が認められる。

以上のように、租税が原則的に広汎な利用可能性を有することを論じつつ、一定の基本法的な相対的、絶対的制限にかかることを著者は論証するのであるが、財政的側面で論じたのと同様に、著者はこういった最終的な法的限界に到達する前に、国民経済的限界及び政治的限界にぶつかるだろう¹²⁹⁾、と結論して終える¹³⁰⁾。

b 給付削減(Leistungskürzung)

公課の引上げの次に論じられるのが、歳出を減じることで財政均衡達成の手段とする給付削減という手段である。

著者は、まず、法的に拘束力ある終局的請求権(rechtkräftiger und bestandkräftiger Anspruch)は基本法14条1項及び3項の保護に服し、連邦憲法裁判所判例¹³¹⁾によれば、原則的に基本法14条の内容・限度決定の信頼保護の問題と整理される¹³²⁾。それに至らないその他の法的地位は、立法的決定の可逆性(Reversibilität)に基礎を置く民主的支配の見地から、原則的に変更・取消しすることが許容されるとする。これを制約するのは法治国家原則に基づく遡及効の禁止(Rückwirkungsverbot)に表れている信頼保護(Vertrauensschutz)の原則とされる¹³³⁾。遡及効の禁止のうち、真正遡及効(echte Rückwirkung)とは完結した生活関係に介入することをいい、これはその信頼が保護に値しないか、公共の福祉のためやむを得ない事情

121) BVerfGE 93, 121 [138f.].

122) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 318-321.

123) BVerfGE 82, 60 [85].

124) BVerfGE 110, 412 [433f.].

125) BVerfGE 87, 153 [169].

126) BVerfGE 87, 153 [170].

127) ここに挙げられている諸要素について、連邦憲法裁判所は社会福祉法(Sozialhilfegesetz)の給付要件に係らしめている。BVerfGE 87, 153 [171].

128) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 321-322.

129) 著者は前者の例として、時間を必要とする税の最適化や資本逃避、租税抵抗により、一定の税率において限界収入が負になるといういわゆるLaffer curveによる説明やワイマール共和国において実際にこうした事態が起こった事例を、後者の例として、EUを含むグローバル化に伴う資本移動とロビイングを挙げる。

130) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 322-323.

131) BVerfGE 36, 281 [293].

132) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 324-325.

133) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 325-327.

(*zwingender Grund*)がある場合のほかは禁止される。こうしたやむを得ない事情があるかどうかのメルクマールは、ほかに利用可能な利潤調達手段があるかどうかである。不真正遡及効 (*unechte Rückwirkung*) は開始したが完結していない生活関係に対する介入をいい、原則自由であるものの比例原則の制限は及ぶとされる。そして、こうした介入は前もった一般的留保では足りず、都度状況に応じて民主的決定に基づき、立法的に決されなければならない。

これらの法治国家的限界と独立して、やはり「人間の尊厳ある生存のための最低限の前提」として、社会的最小水準を保障する社会国家原則 (*Sozialstaatsprinzip*) 的な限界が存在する¹³⁴⁾。もっとも、その内容は一義に定めがたいものであって、(*dogmatisch* に乗り越えることができないとされる人間の尊厳そのものと異なり、) 人間の尊厳がある状態は国家財政の状況によって相対的であるから、公課について述べたのと同様に、社会の状態に依存して(低下方向で)動き得る限界でもある。

○ 財産権に対する介入 (*Eingriff in Eigentumsrechte*)

実体的観点の三つ目は、財産権に対する諸

介入が挙げられる。例えば、貴金属など物の強制的供出や、債権とりわけ借款 (*Anleihe*) への支払いの中止 (モラトリアム) や償還の延長、利息の切下げ、立法的な借換えの強制、外貨の自国通貨への変換などである¹³⁵⁾¹³⁶⁾。基本法 14 条は、国家に対する契約的請求権や公法上の請求権を含んだ物的、債権的財産権を保護するものであって¹³⁷⁾、これに対する介入として、内容・限度決定 (14 条 1 項 2 文)、収容 (14 条 3 項)、社会化 (15 条) が挙げられる¹³⁸⁾。

第一の内容・限度決定は、基本的に立法者に委ねられるが、過剰規制の禁止 (*Übermaßverbot*) による制限が及ぶ¹³⁹⁾。第二に考えられる収用 (*Enteignung*) は、連邦憲法裁判所判例¹⁴⁰⁾によれば、憲法制定以降争いがない原則であって、文言としても公共の福祉 (*Wohl der Allgemeinheit*) のために許されることになっていることから、排他的に国庫目的 (*ausschließlich fiskalischer Zweck*) の場合には許されない¹⁴¹⁾。このことは、また、租税が租税義務者に総財産のどの部分から履行するかを選択可能性を与えている点からも基礎づけられる。第三に社会化 (*Sozialisierung*)¹⁴²⁾ という手段が考えられるが、著者は実際に用いられたことのないこの規定につ

134) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 327-330.

135) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 330-332.

136) なお、こうした介入と財産権の抵触は、(本来的には) わが国の戦後処理においても無縁でないはずであった。例えば、戦時補償特別措置法 (昭和 21 年法律第 38 号) により税率 100% の課税をすることで戦時補償を打ち切った例がある。同法は、形式及び「便宜」上税の形式をとったが (第 90 回帝国議会衆議院戦時補償特別措置法案 (政府提出) 外五件委員会第 2 号 (昭和 21 年 10 月 1 日) 議事録 [石橋国務大臣発言] (<https://teikokugikai-ndi.go.jp/#/detail?minId=009012048X00219461001&spkNum=3&single>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)), その実質は戦時中契約された軍需品の未払い代金等の一方的な切り捨てであり、当時は没収 (「コンフィスエーション」) ではないかと疑問を呈されていた (第 90 回帝国議会衆議院戦時補償特別措置法案 (政府提出) 外五件委員会第 6 号 (昭和 21 年 10 月 5 日) 議事録 [武藤嘉一発言] (<https://teikokugikai-ndi.go.jp/#/detail?minId=009012048X00619461005&spkNum=15&single>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)) もの、改正憲法の公布・施行前になされ、かつ、GHQ の圧力の下なされたという事情もあって、この点について深く議論されることはなく、今日に至っている。

137) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 332-333.

138) これら三つのうち内容・限度決定と収用はその境界が争われてきた。BVerfGE 58, 300 [330ff.] において「財産権者の権利義務を一般的抽象的に確定するもの」が前者で、個別具体的に決定するものが後者という定式で一応の決着がみられている。以上について、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 333-335.

139) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 335.

140) BVerfGE 38, 175 [180].

141) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 335-336.

142) 社会化とは、基本法 15 条により定められている財産の強制的移転の手法で、「土地、天然資源及び生産手段」を補償の下、公有財産又は他の形態の公共経済に移すことである。同条は、基本法制定時に社会民主主義を目指す社会民主党の主張を容れて規定されたものだが、これまでに一度も使用されたことはなく、連邦憲法裁判所判例もしたがって存在しない。

いて、詳論をあえて避ける¹⁴³⁾。以上から、財政危機において、収容と社会化はそれ自体で財産権への介入の正当化事由にはならないため、内容・限度決定が比例原則の下で主要な役割を果たすとまとめている¹⁴⁴⁾¹⁴⁵⁾。

著者はさらに、ここで基本法の改正による補償なき財産権への介入の可能性と限界をも検討する¹⁴⁶⁾。すなわち、財産権は永久保障（基本法 79 条 3 項）の明示の対象（基本法 1 条及び 20 条）とされておらず、基本法 14 条の基本権のいわゆる「人間の尊厳の核心（Menschenwürdekern）」部分が基本法 1 条 1 項及び 2 項に対応する秩序に不可欠な限りで、結果として生存最低限の保障として、永続性保障の対象となるほかは、改正によって介入することも可能である。また、著者は国際法と国内法の二元論の立場から、国際法的義務より憲法的義務を優先する可能性をも指摘している¹⁴⁷⁾。

d 公課引上げ、給付削減、財産権介入の関係

著者は、ここまでの議論で、上述の三つの実質的対処方法を互いに相関連する形では記述してこなかったが、三つとも財政的国家危機において、生存最低限の保護を除いて実際的な制限がかからない¹⁴⁸⁾。こうした状況では過剰規制の禁止や比例原則の効果は限られているため、介入を制限し、負担を割り付ける（Verteilung）べく、一般的平等原則（基本法 3 条 1 項）の表れであり、体系的正

当性（Systemgerechtigkeit）¹⁴⁹⁾の特別な事例としての、また、異なる下位体系（Subsystem）の集約かつ平準化としての、再生の正当性（Sanierungsgerechtigkeit）が問題となる¹⁵⁰⁾。

国家破産においては、様々な形で債権者として国民が関与し、（主観的権利に限らない意味での）権利関係が複雑（契約、財産権請求権、租税の課負担可能性、社会的合理性＝社会国家的正当性）である。それゆえ、私法上の再生のような平等弁済は、国家破産においてはなされない¹⁵¹⁾。そして、ここにおいて、再生の正当性は負担平等の原則（Prinzip der Lastentragungsgleichheit）に倣い（folgen），給付能力のほか、苦痛能力にも基づき、これらの相互関係において再生手段は決せられなければならない¹⁵²⁾。こういった一般的原则である再生の正当性や負担の平等の原則は、法律的な構造及び具体化が必要とされるので、（戦争後の処理について）広範な政治的評価裁量及び構築裁量（Einschätzungs und Gestaltungsspielraum）を認めた連邦憲法裁判所の態度¹⁵³⁾は、経験的知識（Erfahrungswissen）のない財政危機に対してもとられるべきである¹⁵⁴⁾。しかも、著者は、この裁量において、再建後の原状回復（Wiedergutmachung）等や赤字の責任で「罰する」ことをしない未来志向の重みづけがされるべきであり、公的サービスの維持や生産的資産の優遇、外国債権者や貸付の劣後の取扱い、

143) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 336-338. ただし、小活字で、「生産手段」に銀行やサービス業が入るか、移転先の「他の形態の公共経済（andere Form der Gemeinwirtschaft）」とは何か、また、国家再生に用い得るかという現在の学説上の議論を紹介している。

144) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 338-339.

145) なお、以上の基本法の観点に加えて、EU 法により直接的、間接的差別が禁止され、また、物、人、資本の自由移動が認められているため、その観点も考慮しなければならない。以上について、v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 339-340.

146) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 348-349.

147) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 349-351.

148) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 352-353.

149) この体系的正当性ないし体系適合性という概念について、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学 13 卷 3 号 1065 頁（2014）参照。

150) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 353.

151) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 353-354.

152) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 355.

153) BVerfGE 27, 253 [286]; BVerfGE 41, 126 [175].

154) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 355-361.

あるいは資金供与を受けるための優先的取扱いも許されるとする。

こうした考慮のほか、現実の財政危機では対処に使える時間が限られ得るという性質から、さらなる範囲において、定型化及び図式化 (Typisierung und Schematisierung) した取扱いが許される¹⁵⁵⁾。

5 まとめ

本論文の結論に当たる第8章では、(国家以外の公法上の法人を含み、EU法、国際法の考察も行った) 議論内容を簡潔に振り返った上で¹⁵⁶⁾、その展望を述べる¹⁵⁷⁾。まず、法は政治的意思決定プロセスの枠組みを定め、部分的にはさらに政治的統一の手續と形式をも定めることで、計算可能性と正義の基本的水準を保障する役割を果たすと評する。こうして、「財政危機の直接の対処」に関する限りで、公法的な破産も規範的空白地帯 (Leerstelle) ではない。

他方で、規則 (Regelung) に欠けているのは再生 (Sanierung) の観点である。僅かに基本法109条1文3号の再生プログラムの新設の例があるほかは、建設的かつ治癒的アプローチはむしろ法政策的 (rechtspolitisch) な空間において特に見られる¹⁵⁸⁾。もっとも、再生の観点を(規則に)導入することは、一見して見えるより広範に影響が生じる。再生は、内には民主的正当性 (demokratische Legitimation) の原則と、外には主権とも緊張関係に立ち、債務者(たる国)の主張のみを前提とするわけではない。それだけでなく、債権者に対する法的な力を前提とする債権者の参加は、グローバル化や財産権の保護との関係で問題含みである。

よって、公的部門の財政危機について再生

の視点をも含んだ規範化が実現するまで、法的実行 (Rechtspraxis) と法学は、妥当する短期かつ具体的な利益の調整を計算する規則に関わることになるのであり、同論文の狙いはその範囲、変数の豊富さとパフォーマンス (Umfang, Variantenreichtum und Leistungsfähigkeit) を示すことにあったとして締めくく

III. 日本法への示唆

ドイツ法における国家破産についての von Lewinski の議論は日本法にどのような示唆があり得るか、その議論が前提としているドイツ法と日本法の(実定法的に)特に決定的な違いになり得る相違を改めて概観した上で、著者の議論の内在的な特色と問題点、日本法への示唆を簡単な指摘することで本稿における考察としたい。

1 日本法との無視しがたい相違

こうした相違の第一は、憲法の採用している価値体系自体の違いである。この点については、他の優れた研究に任せて詳述はしないが、例えば、基本法における人間の尊厳と日本国憲法における個人の尊重との相違¹⁵⁹⁾を重視すれば、破産処理において当然結果の違いを及ぼし得るだろう。

第二に、(周知の事実であるが) 広く憲法システムを捉えた場合における規律密度ないし判断の仕掛けの違いである。例えば、著者は、現行基本法に基づいた議論のみならず、基本法の中の価値序列に従って、規範が改正されることも視野に入れた立法論的議論をもたびたびするが、これが前提とするのは、——特に109条以下の財政憲法の条項につい

155) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 362-363.

156) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 533-549

157) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 550-551

158) 著者は、この叙述に際して、アルゼンチン危機の衝撃 (Impetus) では、こうした改革に足りる強さがなかったが、2008/2009年の金融市場危機は国際的共同の可能性を示し、さらにEUのギリシャはじめ財政悪化した加盟国が法制的変化の媒介として作用し得ると示唆している。

159) ホセ・ヨンバルト『人間の尊厳と国家の権力——その思想と現実、理論と歴史——』(成文堂、1990)、根森健「人権としての個人の尊厳」法教175号52頁(1995)等参照。

てしばしばなされているように——(比較的)頻繁な改正と、それとの相互関係において設定される詳細で規律密度の高い規定であり、また、抽象的規範統制と州や野党議員の活発な訴訟活動の組み合わせにおいて、連邦憲法裁判所が具体的争訟性をしばしば欠きがちな財政憲法規定における判断を下している運用である。

翻って、日本国憲法は、財政について83条以下の僅か9箇条で手続を定めるにすぎず、その内容も骨子をpushした上で大幅に法律へ委任することを予定した概括的規定である。他方で、(規定上の差異はともかく、事実上)その改正は難しいといわざるを得ない¹⁶⁰⁾。こうした特徴に由来して、日本国憲法秩序の下ではこうした財政的規定は、ほとんど法律の平面でなされ、憲法の出る幕は固より少ない。しかもわが国の違憲審査は、いわゆる付随的違憲審査制を基礎としており、少なからぬ部分が国の内部法と観念される財政法の領域に属する国家破産に関して、憲法判断が下されることはほぼない。

少なくとも著者の論述において、プロセスによる国家破産の把握を目指すとき、そこで参照されていたのは、基本法上の緊急事態憲法ないし判例法であった。日本法において、国家破産のプロセス的な把握という方法論を移入しようとするのであれば、どうやってこういった規範的な分節の契機の不存在(ないし不十分)を克服するかということの問題になり得る¹⁶¹⁾。

第三に、ヨーロッパ法という上位平面の存在である。詳述はしないが、特に通貨操作の局面などにおいて、少なくとも明文上、憲法

(的条約)に中央銀行に関する規定を持たないわが国では、国の債務を軽減する動機において政府が日本銀行に介入することは比較的容易であり、他方で、そういった平面の違いによる規範的なブレーキによらずに日銀の独立性の維持と監督をしなければならないという点はやはり大きな違いといえるだろう。

2 Von Lewinski の議論の特色と日本法への示唆

こうした同論文の対象たるドイツ実定法と日本法の重大な点での相違を乗り越えて、なお日本法に有益な示唆をもたらす点があるとしたらなんであろうか。最後に著者の議論の特徴を析出しつつ、考えてみることにしたい。

著者の議論の特色の第一は、著者の叙述は——著者自身の叙述や著者の論文の書評¹⁶²⁾でも指摘されているが——あくまで同論文の提出時点のドイツ(あるいはヨーロッパ法、国際法)の実定法に議論を絞っている点である。このような方法論の選択は、国家破産の法的検討において、一見自明なことのようにも思えるが、そうとはいいい切れない。そもそも、国家破産について実定法上明文の規定もほぼないため、立法論や抽象的一般的法理の議論、あるいは学際的手法、法政策論に回収することも一つの選択肢であろうところ、著者はあえて必ずしも国家破産を念頭に置いていない現行実定法を基盤に議論を進めたのである。こうした方法論は、空中戦じみた議論を回避して、地に足の着いた一つの視座を提供したものであると評価でき、日本法におい

160) こうした事実上の困難性は、そもそもの発議に必要な両議院における3分の2の賛成が、55年体制以来、最大与党である自由民主党によってすら容易には確保されてこなかったことのほか、例えば1945年から2020年の間に日本では結局憲法改正が実現した例がないのに対し、ドイツでは65回、その他の主要先進国でも数回以上改正が行われていることなどからも推察できる(山岡規雄=井田敦彦「諸外国における戦後の憲法改正〔第7版〕」調査と情報1133号1頁(2021)参照)。

161) なお、こうした契機が存在しないということは、緊急事態法制の不存在を意味するものではない。例えば、災害対策基本法(昭和36年法律223号)109条1項は、「災害緊急事態に際し国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保するため緊急の必要がある場合」で国会が開けないときには、物資(1号)、物価(2号)を制限するなどの緊急政令の制定権限を、国会の事後承諾等の要件の下、内閣に認めており、諸外国の法制に比べて見劣りするものではない。そうではなくて——むしろ、昨今のコロナ対応においてよく観察されているかもしれないが——国の行為に対する、地方自治体や野党議員の法的な構成における議論の構築という平面の問題なのである。

162) *Anna Leisner-Egensperger*, *Buchbesprechungen und Buchanzeigen*, *Der Staat* 2012, S. 641.; *Michael Droegel*, *Literatur*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2012, S. 256.; *Kyrill-A. Schwarz*, *Literatur*, *JuristenZeitung* 2011, S. 999.

ても国家破産について論じる方法論としてあり得る途である。他方で、本当に財政破綻の全貌——ことに貨幣現象が絡む場合——を捉え得るのか、あるいは捉えられるとしてもその上での有効性は問題となり得る。

第二に、国家破産をプロセスとして捉える点である。私法的倒産手続においては、一定の状態（支払不能¹⁶³）ないし行為（支払停止¹⁶⁴）をメルクマールとして手続が開始され、生産価値保障原則の下、債権者は一定の序列に従って平等に弁済を受ける。しかし、著者は、租税を中心に強制的に資源を民間セクターから吸い上げられる国家にはこうした終局的な状態によるメルクマールがうまく当てはまらないことから、むしろ「危機」を、段階を経て進行する連続的なものとして観念した上で、早期警戒システムによる検知と——私法的破産との類似性に一定の配慮をしつつも——公法の枠組みにおける民主的な政治的決定を組み合わせるべきものとして把握するのである。こうした整理において、「国家破産」が、倒産法の延長線上の議論から、むしろ国家を介する貨幣の動きを見る近時の財政法の議論¹⁶⁵に近接したものとなることは、容易に看取できよう。そして、こういった議論のベースラインが、健全な財政状況であるか、あるいは終局的な破綻であるか、という違いがどれほどの意味を有するか——あえて大仰にいうならば、「コペルニクスの転回」となり得るか——こそが、国家破産という独自の視座を立てるべきかを決することになるだろう。仮にこの独自の視座の有用性をもし肯定し得るのであれば——あるいはその有用性を判断できるだけの議論が蓄積するまでの措置として——プロセスとして

の国家破産という把握の方法を日本法にも適用することは、公法・財政法の複眼的把握に繋がり得るだろう。

第三に、法的検討の前提として、国家の存続の前提、国家の法治国家の前提、そして基本法の維持という三つを仮定する点である。これはとりわけ法的「革命」を数度経験したドイツの近現代史に根差した意識であるのはいうまでもなく、この三つの命題の定立の順は近代国家の成立から現代国家への変遷をなぞったものでもある。基本法は人間の尊厳等の永久性（79条3項）を定めており、これを保障するため必要不可欠な前提として、法治国家としてのドイツが存することの必要性・必然性は肯定することができる。日本法に引き直して検討する際にも同様の考慮が妥当する。問題は、それに加えられた部分、あるいはその三つの分別の仕方ということにある。著者は、ここにおいて、「国家の存続」の前提の内容として、いわゆる夜警国家的な作用に加えて、文化国家・社会国家的な前提をも読み込むことを示唆するのであるが、それらの間の関係ないし強弱は不明確であるとともに、法的検討の前提として立てた条件がそのまま法的検討の内容と化しているのではないかと批判することができると思われる。それゆえ、国家破産について示唆を引き出すのであれば、この点に関してはさらに検討が求められるだろう。

第四に、著者の構想する法的危機対処では、議会の民主的決定の重要性とそこにおける広範な裁量、そして、その裁量ゆえに法的限界に経済的・政治的限界が先立つという指摘が強調される点である。一方で、（これが第一の点の方法論の必然的帰結としても）そ

163) 破産法2条11項「債務者が、支払能力を欠くために、その債務のうち弁済期にあるものにつき、一般的かつ継続的に弁済することができない」客観的状态をいう。

164) 「債務者が、支払能力を欠くために一般的かつ継続的に債務の支払をすることができないと考えて、その旨を明示的又は黙示的に外部に表示する行為」をいう（最一判昭和60年2月14日集民144号109頁、最二判平成24年10月19日集民241号199頁等）。

165) 租税法との対比において、財政管理法に局限する伝統的財政法学の再考を促し、経済学や行政学をも取り込んだ財政法学の構築を目指すものとして、藤谷武史「財政活動の実体法的把握のための覚書（1）」国家学会雑誌119巻3・4号1頁（2006）、法時88巻9号特集「財政法学の体系的再構築に向けて」（とりわけ、片桐直人「財政・会計・予算——財政法の基礎をめぐる一考察」法時88巻9号4頁（2016））及び法時91巻12号特集「財政法学の展開と行方」（とりわけ、上田健介「財政法学の展開と行方——総論を兼ねて」法時91巻12号4頁（2019）、片桐直人「財政法学の分化と統合——ひとつの試論」法時91巻12号16頁（2019））掲載の各論文参照。

もそも果たして議会の民主的決定へ委ねることが危機対処のすべての局面で賢明な決定に繋がるか¹⁶⁶⁾、他方で、實際上ほとんど空虚な法的規制の意味は何なのか、ということも問われるだろう。さらに、その裁量の在り方についても問題なしとはいえない。著者は、それは未来に重みづけて存し得るというのであるが、それが定型化・図式化との関係において現れる程度や限界¹⁶⁷⁾、また、公法的な処理の中に埋め込まれている私法的な破産の現れ方の程度や限界がいかほどのものであるか、ということには一層の考察が必要となるはずである。

第五に、著者の論じる具体的対処方法において租税の占める格別の位置である。租税以外の公課によることや、既存の制度や国有財産に手を入れることに比べても、租税は一般的な財源調達手段であり、その結果、実体法的制限がほとんど効かないものとして位置づけられる。これはまた日本でも同様であって、その有用性ゆえにいかに限界づけるか、あるいは日本において公課等との関係をどうするかを、租税法律主義の精緻化を含めてさらに検討する必要があるだろう¹⁶⁸⁾。

3 おわりに

von Lewinski は、本論文を端的にまとめた第8章冒頭の段落をこのような言葉で締めくくっている。「公共部門の財政危機は法的問題であって、法の問題ではないのだ

(Die finanzielle Krise der öffentlichen Hand ist ein Rechtsproblem, kein Problem des Rechts.)」¹⁶⁹⁾。公的部門の財政危機について包括的に検討する同論文は、現代ドイツの問題意識の端的な表れであり、また現代法における恒久性が自明の前提とされている法的国家と、民間セクターと異なる特殊な形において活動する現実の国家との間のギャップを、法を媒介に整序しようとしたものである。ここにおいて「国家破産 (Staatsbankrott)」は、一般に考えられる破産法の「破産」ではない。それは、必ずしも予見し得るものばかりではない諸事情の集積の果てに、段階的に起こる統御の破綻であって、しかも、破産類似の現象において現れる「破綻」なのである。その採った方法論が真に適切か、必ずしも直ちに分明だと断言はできないが、少なくとも一つのあり得る重要な筋であるとはいえよう。今後さらなる議論が期待される。

残された問題は多々ある。まず、2020年初旬より、そして現在もなお、世界を震撼させているコロナ禍がもたらした経済収縮と巨額の財政支出は、同論文が前提としていた状況に新たな局面をもたらしている可能性がある¹⁷⁰⁾。また、現在外国語文献で盛んに議論されているのはむしろ、国際法の領域における債権者と債務者たる国の関係である。こうした空間では、国際実定法そのものより、Paris club といった政治的会合や, *pari passu* 条項や *Clausula rebus sic stantibus* 条項といった契約上の条項をめぐる議論され、(あ

166) 藤谷・前掲注 165)43 頁以下、上田・前掲注 165)6 頁以下参照。

167) この点については、ひょっとすると行為規範と評価規範の違いということかもしれない。だが、そう位置づけた場合にも、この二つがいかなる根拠において質的・量的な差に立つのかは、やはり論証が必要であろう。

168) 最大判平成 18 年 3 月 1 日民集 60 卷 2 号 587 頁は、租税をその形式に拘わらず「国又は地方公共団体が、課税権に基づき、その経費に充てるための資金を調達する目的をもって、特別の給付に対する反対給付としてでなく、一定の要件に該当するすべての者に対して課する金銭給付」と定義する。租税の定義について、藤谷武史「租税法と財政法」中里実ほか編『現代租税法講座第 1 巻 理論・歴史』61 頁、63-76 頁 (日本評論社、2017)、及び、藤谷武史「環境税と暫定税率——租税法・財政法・行政作用法の交錯領域として」ジュリ 1397 号 28 頁、31-32 頁 (2010) も参照。

169) v. Lewinski, a.a.O. (Anm.5), S. 533.

170) ドイツでも、115 条 2 項 6 文に基づく例外的な起債により、GDP0.35%の起債限界を超えた起債がなされている (Deutscher Bundestag „Bundestag billigt mit breiter Mehrheit Nachtragshaushalt für 2020“ (2020 年 3 月 25 日) (<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw13-de-corona-schuldenbremse-688956>, 2021 年 3 月 18 日最終閲覧)。この点につき、日本法に関して、藤谷武史「コロナ危機と財政法」法時 92 卷 12 号 85 頁 (2020)、神山弘行「COVID-19 と租税法——危機対応の財源と世代間分配」法時 92 卷 12 号 94 頁 (2020) は現時点で最新の動向を検討している。

えて挑発的な言葉遣いをするならば) こうした非法的分野に「逃避」している特徴があるのであって、一筋縄ではいかない。また、それらの前提問題として、公債が有する法的性質やそれと財政法・国際私法との関係をも考えなければならない。これらも国家破産の法的解明という本稿の課題の解決上、一体的に検討しなければならないはずであった。しかし、本稿では立ち入る余地はなかったため、これらについてはまた別の機会を待たなければならない。

* 謝辞

本稿の作成において、神山弘行先生には終始懇切丁寧な指導を賜った。また、租税法ワークショップで藤谷武史，増井良啓両先生，並びに，(以下敬称略) 藤原健太郎，三島隆人，土屋春香及び吉沢健太郎の各氏には大変ためになるアドバイスをいただいた。

この場を借りて改めて深く御礼を申し上げる次第である。

(しまだ・かい)