

緊急事態条項導入は立憲体制の破壊か補完か

独裁の不安を煽る非常識

わが国には緊急事態条項の導入を独裁の始まりのように言って反対する勢力があるが、非常識だ。非常時への備えを欠いたまま放置する方が、立憲主義の精神に反するのだ。漠然たる不安を煽る姿勢を改め、問題点が具体的に指摘して正すことこそ求められよう。

松浦 一夫
▶防衛大学校教授

安倍首相はヒトラーか

「安倍首相はヒトラーに似ている。」最近このような比喩が目につく。試しにインターネットで「安倍 ヒトラー」で検索してみたところ、安倍首相の顔写真にヒトラーの姿を重ね、チョビ髭を書き込んだ画像とともに、数えきれない記事が列挙される。

安倍首相がヒトラーに似ているというのは、もちろんその容姿のことではない。憲法改正を政権の目標に掲げる政治方針が、ナチス

の政権獲得過程とダブって見えるというところらしい。なかでも樫玉に挙げられているのが、緊急事態条項である。

自民党は平成二四年に「日本国憲法改正草案」を発表し、その九八条・九九条で緊急事態対処を定めている。それによれば、「我が国に対する外部からの武力攻撃、内乱等による社会秩序の混乱、地震等による大規模な自然災害その他の法律で定める緊急事態」において内閣総理大臣が緊急事態宣言を発し、「法律と同一の効力を有する政令」を制定し、緊急事態に対処することになっている。

この点について民主党の岡田代表は、一月十五日放送のBSの番組で、「法律がなくても首相が政令で権利を制限できる。これは恐ろしい話だ。ナチスが権力をとる過程とはそういうことだ」と述べ、社民党の福島副党首も同月十九日の参院予算委員会で、「内閣が法律と同じ効力を持つ政令を出せるようになるなら、ナチスドイツの国家授権法と全く一緒だ」と述べたという。福島氏の言うナチスの「国家授権法」は、一般的には「全権委任法」と呼ばれる。

緊急事態において通常の立法をまわって必要措置を適時にと

れない場合に、本来ならば議会が法律で定めるべき事項について政府が緊急命令を発し、臨機の措置をとる方法は多くの国が採用するものである。にもかかわらず、なぜ自民党案の緊急事態条項がナチスの全権委任法と同じとみなされ、全体主義に道を開くものと批判されるのか。

全権委任法とは何か

全権委任法とは、正確には「民族および国家の危難を除去するための法律」(一九三三年)のこと

ある。政府が法律を制定できるようにすることで、立法権を包括的に政府に移譲し議会を無力化するばかりか、本来は大統領(ヒンデンブルク)が行うべき法律の認証も首相(ヒトラー)が行うようにして政府単独で施行できるようにした。この法律は時限立法であり、政権交代時に失効するものであったが、実際には消し崩しに延長されヒトラー政権は水統化した。このような歴史的事実から、ナチス独裁の道を開いた憲法として今回も引き合いに出されたわけである。しかし、なぜこのような憲法の

成立をドイツ国民は許してしまっただのか。ヒトラーがヴァイマル憲法体制を破壊したと多くの論者が批判するが、ヒトラー独裁を生み出したのもまたヴァイマル憲法であることを知る必要がある。

独裁を生んだヴァイマル憲法の欠陥

ヴァイマル憲法は、議院内閣制に加え直接選挙により選出される大統領が併存する二元的統治体制を採用し、国民投票制度を備えることにより、国政への民意の直接的反映に配慮した。また、社会的弱者の救済にも努め、はじめて社会権規定をおいた先進性はよく知られる。

しかし、ヴァイマル共和政は第一次大戦の敗戦と革命の混乱の中で誕生したもので、社会基盤は弱い弱であった。完全比例代表選挙を採用したため議会は次第に小党林立状態になり、政府への信任は不安定であった。憲法制定からナチスの政権獲得まで十四年間に二一の内閣が生まれたが、十二は少数内閣であった。一九二〇年代半

ば以降、次第にヒンデンブルク大統領による首相任命のみに基づく「大統領内閣制」に移行し、議院内閣制は空洞化した。

ヴァイマル末期、一九三〇年から三年間で法律の成立件数は九八から五に激減する一方で、大統領の緊急命令は五から五九に急増した。議会の立法機能の喪失を補うため、いわゆる授権法が制定されるようになり立法権が政府への移譲が進んだ。大統領の緊急命令も授権法の制定も、その憲法上の根拠は「公共の安全と秩序の回復」のために大統領が「必要な措置」をとることができる」と定める四八条に求められた。

選挙でも極右(ナチス)と極左(共産党)が議席を伸ばす一方で、ヴァイマル共和政を誕生させた諸政党は衰退し、議会の合意形成はもはや不可能になっていた。国会議事堂放火事件を理由にナチスが共産党を駆逐し、最後には全権委任法によりナチス独裁への道が開かれた。

つまり、議会の立法機能の喪失と政府の独裁化は、ヴァイマル憲法に内在する制度的欠陥と政府批

自民党改憲案とナチスの類似性?

さて、この全権委任法と自民党の改憲案の緊急事態条項は、どこが似ているのであろうか。自民党案は九九条で、緊急事態宣言下で「法律と同一の効力」を有する緊急政令の制定を認める。確かに国会の立法権を「一時的とはいえ政府に移譲することを認める点で、全権委任法との類似点が無いとは言えない。しかし、ナチスの全権委任法は、議会の立法機能がすでに喪失していたことを背景として、立法権の包括的な奪取を狙ったものである。自民党案は、このような立憲体制の転覆を目的とするものでないことは言うまでもなく、むしろ国会の機能維持と非常措置への民主的統制を定める点で全く異なるものである。緊急事態宣言の布告について国会の承認を要件とする上に、緊急政令についても事



まつじゅら・かずお
一九五九年生まれ、防衛大学校公営校舎長、防衛大学校教授、専門分科長、憲法・安全保障法、主要著書「立憲主義と緊急事態条項」(二〇一六年)、「国政と憲法」(二〇一五年)、「一九二〇年代半のナチス政権獲得の経緯」(二〇一四年)、「憲法改正」(二〇一四年)など

後の国会承認を求めている。国会の議決があれば緊急事態宣言を解除できるため、国会の機能が健全に維持されていれば、緊急政令による政府の権力乱用がある場合には、国会の議決によりこれを終了させることができる。自民党案では、緊急事態宣言期間中衆議院は解散されず、その機能を維持し続け、政府の非常措置をコントロールできる地位を保持できるように配慮されている。全権委任法と同一視するのは、あまりに短絡的である。

自民党案に足りないもの

もつとも自民党案にも改善すべき点はある。

これまで述べたように、自民党案を批判する論者がとくに問題視するのは、政府の緊急政令制定権の乱用のおそれである。自民党案では、内閣総理大臣による緊急事態宣言に対する国会の承認手続きも、政府による緊急政令の制定とこれに対する国会の事後承認についても、その詳細は法律で定める

ことになっている。したがって、緊急事態憲法条項を実施する法律が制定されないと明確にならない点が多く残されている。たとえば、緊急政令について国会の事後承認がいつまでに必要なのか、承認が得られない場合に緊急政令によりすでにとられた措置の効力はどうか等については、自民党案の条文だけでは、はつきりしない。

また、緊急政令にも限界はあるはずで、緊急事態対処に必要であることを名目に何でもできるといふことにはならない。緊急政令が「法律と同一の効力」を有するということとは、既存の法律を全面改正し、どのような内容にも変更できるのか。既存の法律を廃止することすらできるのか。改憲案九八条・九九条の施行法律すらも改正・廃止できるとすれば問題である。施行法律が緊急政令により無効化され、あるいは施行法律が制定されないようなことになれば、憲法上の政府の緊急立法権だけが残り、これを規律する法がないことになる。ヴァイマル憲法四八条の大統領非常措置権が乱用された一因も、この条項を実施する法律が

国家の「外科手術」

国家緊急権の行使は、いわば国家の入院・外科手術である。障害の克服のため平時時の憲法の統治ルールと人権保障の例外を許容する必要がある。しかし、国家緊急権には大きな危険が伴う。緊急事態を理由に政府が憲法からの逸脱を常態化し、立憲体制そのものを破壊し、回復不能にするおそれがあるからである。

人体の外科手術は、資格を有する医師が正しい医療技術により、正常な身体機能の回復のための必要最小限度において執り行うものでなければならぬ。そして可能な限り患者自身の同意を得る必要もある。無資格者が誤った知識と未熟な技術により身体を切開するのは、医療行為ではなく犯罪である。患者が死に至る危険も高い。

国家緊急権の行使も、いかなる非常事態に、誰がどのような手続きで、どのような緊急措置を発動するかを平時からできる限り法制度化し、国民自らがこれに同

制定されなかったことであつた。

筆者は、このような不安を払拭するために、改憲論議と並行して、自民党案九八条・九九条施行法律を「緊急事態基本法」として案文の詳細を詰めておくべきであると考ええる。この法律の中で緊急政令に委任すべき事項を列記することにも、緊急政令ではできないことを定める(たとえば、緊急事態において停止されてはならない特定の基本権を国際人権条約にしたがい明記する等)。そして、施行法律自体は緊急事態宣言下では緊急政令によつては変更できないことを憲法に定める必要がある。

法律レベルの緊急措置で十分か

ところで、緊急事態条項を憲法に導入することに反対する論者の一部は、法律レベルの対応で十分であると主張する。

すでに日本には防衛・治安・防災の各分野での緊急事態対応を定める法律規定があり、不足があればこれを改善すればよい。緊急事態対応に伴う人権制限も「公共の

福祉」による制約で説明できる。改憲しなくても、緊急事態法律規定の拡充で十分対応できる。――

筆者も、このような考えを否定するつもりはない。日本はこれまでも東日本大震災を含め多くの大規模災害を経験している。その反省を生かし、平時時に想定できる被災状況に対応するために通常法律の整備を進めることは重要である。ただ、憲法に緊急事態条項が必要である理由は、平時時の立法府の想定をはるかに超える事態が発生し得るところにある。

緊急事態条項の必要性

憲法の緊急事態条項の必要性を理解するために、ここで国家を人体になぞらえる比喩を考えてみる。健康者は不自由なく通常の日常生活を送るが、不幸にして病にか

意を与えらるるとともに、政府による緊急権の乱用を防止する備えが必要である。これが明確にされないまま重大緊急事態に直面し、超憲法的非常措置を政府に全面的に委任することは、国家的犯罪を生み、立憲体制の死滅を招く危険が高くなる。

国会機能の維持

したがって、日本国憲法の緊急事態条項を考える場合、政府の緊急権限乱用を防止するため、緊急事態宣言中は国会の機能を停止させないことが重要である。緊急事態期間中は衆議院の解散を禁止し、任期が満了しても自動的に延長させる必要がある。加えて現憲法では、衆議院の解散中に大災害が起き選挙が実施できないと、衆議院員が不在となつてしまつた問題も考えられる。「衆議院が解散中でも憲法五四条二項の参議院の緊急集会の制度があるから問題ない」と思ふかもしれないが、緊急集会でとられた措置は衆院選挙後の次の国会開会までの臨時的措置であ

り、衆院解散から最長でも七〇日以内には国会が召集できることを前提にしている。大災害により選挙が半年以上延期され、衆議院が機能しないような最悪の事態を想定するならば、「参院の緊急集会で十分対応できる」とは考え難い。

イメージ戦略よりも対案を

アルジェリア危機を背景にド・ゴールが樹立したフランス第五共和政の憲法(一九五八年)には、大統領の非常大権のほか戒厳の規定がある。ドイツは、一九六八年に多くの緊急事態条項を導入したが、最初にその検討に着手したのはアデナウアー政権である。憲法に緊急事態条項を導入することが独裁への道を開くもので、これを提唱する者は「ヒトラーと同じ」だという人々は、ド・ゴールやアデナウアーにも同じ評価を与えるのであろうか。野党は、安倍首相に独裁者のレッテルを貼るイメージ戦略に頼るのではなく、自民党案への対案や修正案をもつて建設的な議論を進めるようお願いしたい。

1 序論 —— 立憲主義と国家緊急事態

松浦 一夫
(防衛大学校助教授)

はじめに

緊急事態法制は、いわゆる国家緊急権 (Staatsnotrecht) との関連において発生してきた法類型である。一般に、国家緊急権とは、戦争や内乱、大災害などの重大緊急事態に際して国家の存立を擁護するにあたり、通常の法的手段によっては有効に処置できない場合に、平常時ならば違憲・違法とされるような権力行使が認められることをいう。

このような一般的意味での国家緊急権は、いつの時代のいかなる政治体制の下でも、多かれ少なかれ問題となり得る。だが、今日憲法学において関心が持たれる国家緊急権は、より限定された概念である。それは、国権濫用を抑止する権力分立制や基本権の保障による人間の尊厳の確保などを核心とする近代立憲主義を前提にした上で、緊急事態に際してこのような憲法原理に対し発生するであろう危機を克服し、その維持・回復を実現するために、権力の集中や人権の一部停止など立憲主義憲法原理の一時停止がやむをえない措置として許されるという意味において、すなわち非常時における憲法保障の最終手段として考えられる国家緊急権のみである。⁽¹⁾

1 立憲主義と国家緊急権

立憲主義と国家緊急権のこのような微妙な関係ゆえ、憲法学が国家緊急権を扱う場合、立憲主義の趣旨をどのように理解するかが論者の立場を分かっことになる。

立憲主義の発現形態は、各国・各時代により様々であり、これを一義的に定義することは難しい。立憲主義の母国イギリスにおいて、それは君主の意思が

法とされる絶対王政に対して伝統的諸制度・慣習法による統治権の抑制を主張する法曹貴族の対抗原理として登場し、漸進的に議会主権と国民主権を確立する思想的淵源となった。独立・革命により中世と近代を分かったアメリカ・フランスにおいては、立憲主義は、憲法制定会議による成文憲法の制定を通じて自由民主主義の要請と結びつき、成文憲法による国家権限の創出と組織化の原理（権力分立制）に具体化された。⁽²⁾

立憲主義概念のもつ多様性をあえて捨象してこれを近代的意味において定式化するならば、それは、政府の政治的決断およびこれへの被治者の参加、ならびに政府の決断の制度的拘束とその結果生じる被治者の自由の関係のしくみとすることができよう。近代立憲主義に基づく憲法は、このような政治的決断とその制度的拘束のバランスを最適化することにより、国家の活動として観念される人間の行動様式が、ある価値（いわば実定憲法典の妥当根拠としての「根本規範」）の擁護に向かい、紛争を最小化するために規範化された体系といえる。⁽³⁾

近代立憲主義は、国家の専制に対抗して個人の自由人権を保障することを目的とする憲法原理である。この目的のため、憲法学は、法が国家を創設し、国家の任務・組織・権限は法により創設的に規律されると観念する。とくにそれが法実証主義と結びつくとき、実定憲法典が完結的に国家行為を規律し、それ以外の法源による正当化の可能性は排除される。この建前に立てば、平常時の憲法により対処できない非常事態に遭遇した場合には、憲法典が非常措置に関する授權規定を保存しない限り、国家に不作為を求めるほかなく、少なくとも超憲法的国家緊急権に拠り国家の非常措置を承認することはできないことになる。⁽⁴⁾

しかし、憲法典は、国家〈権力〉を法的〈権限〉に置換し、その行使の態様を規律することはできても、国家〈権力〉自体を生み出すものではない。近代立憲主義の原理は、抑制されるべき〈権力〉の存在とその実効的な行使を前提にしてはじめて意味を成す。憲法典は、「社会・政治共同体としての国家」の実存があってはじめてその効果が発揮されるのであり、それを前提とした場合にのみ「規範概念としての国家」に対する法の先在性・優越性を認める意味がある。⁽⁵⁾ 国家が存続の危機に瀕している局面において、法の欠缺を理由にその

不作為を要求し、あるいは権力分立を理由に政府が政治的決断を回避することは、国家（「社会・政治共同体」）の廃滅を求めるのと同義であり、国民を無政府状態に放逐することを意味する。近代立憲主義は、このような無政府主義を主張するものではないはずである。

2 緊急権制度の概念類型

とはいえ、すべての国家〈権力〉が憲法・法律に従って合法的に行使されることが近代立憲主義の根本的要請であるとするれば、実定法秩序は平常時のみならず戦争・内乱・大災害等の非常事態においても国権の行使を規律し、可能な限りその濫用を防止するものでなければならない。実定憲法典が国家緊急事態に関する規定を保存しない場合でも、国家が対外的防衛や国内治安の維持をもって国民の安全を確保することを基本目的とする限り、現実には発生した危機に対し何の行動もとらないことなどあり得ない。この場合、政府は（少なくとも実定法上は）、違法であるが正当と考える非常措置により危険を防除し、平和を回復する以外に方法はなくなる。だが、その正当性を不文の国家緊急権により根拠づけ、政府の超法規的非常措置を許容することは、原理上無限定の権能を承認することになり、立憲国家破壊の危険を内包することになる。このような危険を予防するには、国家の非常事態対処制度を何らかの形で法制化する必要がある。国家緊急事態について、しかるべき実定憲法上、あるいは憲法慣習上の制度化がなされていないならば、緊急事態対処に際して、危機克服の必要を大義名分として憲法（典）を踰越するフリーハンドを政府に認めることになり、憲法の優位と安定は、事実の力の前に犠牲にされることになるう。

立憲主義の侵害度の観点から歴史上の緊急権制度を分類すると、以下の3つのカテゴリーに類型化が可能であるといわれる。⁽⁶⁾

- ① 比較的軽微な危機状況に対応するため、平常時の憲法体制を維持しながら制度の臨時的な機能化を図るもので、憲法が通常の状態に臨時措置権を予め付与する方法。具体例として、大日本帝国憲法の緊急勅令（第8条）・緊急財政処分（第70条）、日本国憲法の参議院の緊急集会（第64条）、ドイツ基本法の立法緊急事態（第81条）などが挙げ

られる。⁽⁷⁾

このような臨時的措置は、平常時の憲法体制の大枠を変更するものではなく、立憲主義憲法の停止を内容とするまでには至らないため、緊急権制度として扱うべき対象ではない。本来の意味における緊急権制度は、以下②③の類型に属するものである。

- ② より強度の非常事態に対処するため、一定の事態発生を要件として平常時の立憲主義的統治制度の一部を変更し、一時的に特定の国家機関（通常は軍を含む執行府）に権力を集中させ、危機克服に必要な限度において基本権の一部制限など非常措置をとることを憲法（または憲法慣習）が認める方法。この制度には次の3種が更に大別される。
- (i) 行政権が平時の法的制約を解除され、執行府（ないし軍）が独裁的権限を獲得する「行政型」。革命以後のフランスで確立された「合囲状態」(état de siège)、これを受容したドイツの「戒厳」(Belagerungszustand)、その流れを汲む明治憲法の戒厳（第14条）や非常大権（第31条）など大陸法系の制度と英米法系諸国のマーシャル・ローないしマーシャル・ルール (martial law, martial rule) がこの方式に属する。
- (ii) 一部立法権が執行府に授権される「立法型」。1850年プロイセン憲法（第63条）をはじめとする19世紀ドイツ諸邦憲法（1818年バーデン憲法第66条、1819年ヴェルテンベルク憲法第89条、1831年ザクセン憲法第88条等）に規定される国王緊急命令制定権、ナチス・ドイツの1933年授権法、イギリスの国土防衛法（1914年）や緊急権（防衛）法（1939年）などがこれにあたる。
- (iii) (i)(ii)の両者の性格を併せ持つ「混合型」。戦時内閣・大統領独裁などがこれに分類される。ワイマール憲法第48条やフランス第5共和制憲法第16条が定める大統領非常措置権がこの例である。
- ③ さらに極度の非常事態において、憲法典が予定する例外的非常措置によってもなお有効な対処をなし得ない場合、あるいは、英米のように憲法典が非常事態に関する規定を置かない場合、憲法上の授権の枠を超え、立憲主義的憲法体制全体を一時的に無視して緊急避難的に独裁的非常措

置をとる方法がある。

本来、「国家緊急権」はこのカテゴリーのみを指す用語であった。たとえば、C.シュミットは、ワイマール憲法第48条第2項の大統領非常措置権と国家緊急権を区別し、次のように説明している。

「国家緊急権を第48条第2項の規定から区別するために強調しておきたいことは、ただ後者の規定が憲法上の管轄権限として定められているという理由だけからしても、これには国家緊急権が含まれない、という点である。極端な事例において、第48条に基づく権限の他に、独立に国家緊急権が発動され、かつ事態によっては、この緊急権の主体として、ライヒ大統領ではなく、ライヒ政府が単独で登場するというような場合も考えられよう。それどころか、たとえば、ライヒの大部分が敵に占領されたとか、クーデターだとかの場合に、この緊急権が憲法を守るために、たとえば非常事態の宣言を拒否するライヒ大統領に対して行使される、という場合すら考えられよう。」⁽⁸⁾

この本来的「国家緊急権」は、実定憲法典に根拠を置くものではなく、「必要性の原理 (necessity - doctrine)」や「国家正当防衛・緊急避難 (Staatsnotwehr, -nothilfe)」といった不文の法理、あるいは自然法のような超実定的根拠に基づくものである。しかし、このような超実定的緊急権であっても、それが立憲体制の救済を目的とする緊急避難的措置であるかぎり、政府のとり得る手段は無制限のものではありえない。その行使には、緊急権の目的に照らした必要性・補充性・比例性の原則が要件として求められ、その妥当性が事後的に評価されることになる。⁽⁹⁾ イギリスの緊急権制度においても、コモン・ロー上の不文の法理として「必要性の原則」に基づき政府は一切の非常措置をとることができるが、要件の存否や措置の必要性に疑義がある場合には事後に司法審査に付され、その違法責任が追及されるのであり、これを阻却するには議会による免責法 (Indemnity Act) の制定が必要とされる。

3 概念類型区分の相対性

緊急権制度の特徴を大別すれば、以上のような説明が可能であるが、その区画はあくまで相対的なものと理解されるべきである。たとえば、イギリスにおいて、コモン・ロー上の不文の法理とされる「必要性の原理」に基づき執られた政府の緊急措置の中にマーシャル・ローの布告が含まれると解すれば、②(ii)と③は一制度の2つの特徴を示すにすぎない。

また、沿革的にみても、ヨーロッパ各国の制度類型はそれぞれの特徴を示しているが、その差異は決定的なものではない。概して、大陸法系制度は緊急権制度を予め実定憲法典に設けておき、英米法系制度はこのような制度を実定憲法上明文化せず、その都度制定される法律や議会決議により対処するのを特徴としている。しかし、緊急事態法制の類型を大陸法系と英米法系に截然と区別し、両者の差異を過度に強調することは適切でない。

1814年フランス・ルイ18世の欽定憲章(La Charte)第14条に端を発し19世紀ドイツ諸邦憲法が継受した緊急命令の制度は、元来、イギリスにおける違法緊急命令の事後の免責の慣行を逆転させたものであったといわれる。⁴⁰⁾同様に、大陸法系の「合囲状態」「戒厳」も、イギリスのマーシャル・ローが、フランス革命期のバリエで飢餓暴動が発生した際(1789年10月21日)制定された戦争法(Loi martiale)により受容・実定法化され、これが1791年7月8日、1797年9月5日の法律を経て、1948年第2共和制憲法(第106条)、1849年8月3日および1878年4月3日合囲状態法において非軍事的領域にまで拡大され、さらにこれがドイツ諸邦憲法とくに1850年1月13日のプロイセン憲法の非常事態規定(第111条)およびその施行法である1851年6月4日プロイセン戒厳法などに採用されたものである。⁴¹⁾

このような歴史的経緯から、イギリスは、文字どおり欧州緊急権制度の母国であるといえる。しかし一方で、今世紀に入ってからのイギリスにおける緊急権制度には、コモン・ロー方式から実定法主義への転換が認められる。第一次大戦以降、イギリスでは、1914年の国土防衛法(Defense of Realm Act)や1920年および64年の国家緊急権法(Emergency Powers Act)、1939年国家緊急権(防衛)法(Emergency Powers (Defense) Act)、空襲警報法(Air Raid

Precaution Act)、民間防衛法(Civil Defense Act)等、政府に非常措置権を授権する成文法が数多く制定されており、伝統的コモン・ロー方式とあわせ一国の制度の中で②と③を併用する方向性を示している。

また、緊急事態法制において最も徹底した実定法主義を採るドイツにおいても、立法者が予め想定できず、したがって非常事態法により対処できない応急的措置を、「超憲法的緊急事態(überverfassungsrechtlicher Notstand)」として正当化し、また刑法上の緊急避難を根拠にその違法性を阻却した先例がある。

法実証主義が優勢であった19世紀後半のドイツにあっても、国家統治の継続の必要が国法に優位することが認められたケースがある。本来の意味における国家緊急権の対象となる事例ではないが、いわゆるプロイセン憲法争議(1862-66)において、ビスマルクは、議会の議決に反して兵制改革を強行し、予算不成立のまま軍事予算を執行したことの違憲・違法性を糾弾された際、イギリス方式に倣い免責法を通過させることにより、事後的にその合法性を回復したことはよく知られている。⁴²⁾争議中ビスマルクは、議会による予算拒否のような憲法典の規定しない欠缺がある場合には、国王の主権の権力をもってこれを成立させ得るとする主張(欠缺説)をもって議会に対抗した。この説を一貫させるならば、議会の事後免責は不要のはずである。免責法による決着は、ビスマルクと議会下院の政治的妥協であった。⁴³⁾

憲法典が予定しない例外的事態を超憲法的根拠により手当し、これを收拾する手法は、19世紀の外見的立憲主義の時代特有のものではない。比類のない綿密さをもって非常事態対処規定を整備するドイツ基本法のもとでも、立法者が予期できなかった憲法敵対行為に対して例外的措置をもって対処することが不可避な場合がある。1970年代後半、頻発するテロを予防するための情報収集活動の一環として行われた憲法擁護庁による室内盗聴をめぐる事件(いわゆるトラウベ事件およびシュタムハイム事件)等に際して、その違法性を阻却するに刑法の緊急避難規定(第43条)を根拠に「超憲法的緊急事態」の法理を政府が主張し、連邦憲法裁判所がこれを容認したことは注目される。⁴⁴⁾これらの事例は、ドイツにおいても、国家緊急措置は実定法上の措置に尽きるものではなく、実定法の欠缺を超実定的根拠により補充し、あるいは一定の条件の下に緊急避難としてその違法性を阻却し、容認し得ることを示している。⁴⁵⁾

おわりに

憲法秩序に対し発生する危機の原因を全て事前に予測し、これへの対処措置を完全に法制化することは不可能であるし、またその必要もない。重要なのは、各国が、緊急事態に際して、実定憲法典の妥当根拠である高次の法益（「根本規範」）を保護するために、政府に非立憲的非常措置権を一時的に授権し、または実定法に違反する緊急避難措置を免責する法制度が必要であることを認識し、夫々の法慣習や国民の法意識に照らして、緊急権の法的制度化をどの程度の範囲・規模に設定すべきかを目的合理的に国家実践において摸索しつづけてきたという事実である。憲法学が、国家緊急権・緊急事態法制を検討するに際して主眼を置くべきは、この点に尽きる。国家に対する不信のあまり、緊急権の適用条件を余りに微細に法制化すれば、緊急措置の機動性が損なわれる。一方、余りに包括的・弾力的条件のもとに緊急権を政府に授権すれば、その濫用を招くおそれがある。緊急権法制化の「適正規模」をどのように設定するかは、形式論理的解決を受け付けるものではなく、結局のところ各国の歴史的経験が決定することであろう。

(注)

- (1) 大西芳雄「緊急権について」、『公法研究』第17号（1957）9頁、川添利幸『憲法保障の理論』（尚学社、1986）144頁、新正幸『純粋法学と憲法理論』（日本評論社、1992）221頁。
- (2) 阿部 斉「立憲主義について——その政治学的考察」、下山瑛二・高柳信一・和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開2 統治機構』（東京大学出版会、1978）所収9-12頁、14-30頁。
- (3) 中川 剛『立憲主義の研究（増訂版）』（法律文化社、1986）2-4頁。中川教授は、歴史上様々な形式を伴って現れた諸国の立憲主義を通覧するなかで、「意思の支配（情動的なもの）と法の支配（合理的なもの）の対立と統合」にその本質を求める独特の立憲主義観を提示される。なお、本稿で「根

本規範（Grundnorm）」という語を用いる場合、H. ケルゼンの説くような、最上位の授権規範として法論理的に指定された仮説概念としてではなく、憲法定者に制憲権を授権し、その基本的決定を明定する歴史的意志行為として、実定的法規範の意味で用いている。「歴史的意志行為に基づいて定立され、現に各国の憲法について現存している」実定規範としての根本規範については、清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979）32-33頁。

- (4) 国家非常事態について憲法学が採用してきた様々な法理論的アプローチの紹介とその内在的批判について、参照、岩間昭道「非常事態と法」、『小林直樹先生還暦記念 現代国家と憲法の原理』（有斐閣、1980）所収、259頁以下。
- (5) 国家と立憲主義および憲法典の関係について、小嶋和司「法源としての憲法典の価値について」、『公法の理論（下）』（有斐閣、1977）所収、1445頁以下、とくに1464頁以下。「憲法典は、その〔根本法の名称で呼ばれる法の〕中でもっとも根本的と考えられる国家の生命原理でもなければ、それを表示するものものでもない。[...] 国家の生命原理とは、国家あるかぎり存するもので、立憲主義とか、いわんや憲法典をまっただけ存在するものではない。憲法典は、国家に生命原理の存することを前提として、その組織と国政の内容について常態の場合における行使のあり方を制約するものにすぎない。」（1470頁）また、憲法学のとるべき立憲主義の理解について、小針 司『憲法講義（全）』[改訂新版]（信山社、1998）25-31頁、同『文民統制の憲法学的研究』（信山社、1990）5-7頁。
- (6) 小林直樹「緊急権——立憲体制と危機政府の問題」、『宮沢俊義先生還暦記念 日本国憲法体系 第一巻 総論』（有斐閣、1961）所収212-213頁、同『国家緊急権』（学陽書房、1979）42-45頁。このほか、和田英夫「緊急権と抵抗権」、『岩波講座現代法2 現代法と国家』（岩波書店、1965）所収131-132頁、影山日出彌『憲法原理と国家の論理』（勁草書房、1971）78頁以下、新正幸『前掲書』（注1）219-220頁、古川 純『日本国憲法の基本原理』（学陽書房、1993）191-193頁、水島朝穂『現代軍事法制の研究』（日本評論社、1995）196-7頁、等我が国の国家緊急権関係文献の多くが基本的に小林論文の類型化に依拠する。
- (7) 制定当初から存在した立法緊急事態の規定とは別に、ドイツ基本法は、

第17次基本法補充法（1968年6月24日）によりいわゆる「緊急事態憲法（Notstandsverfassung）」を導入した。緊急事態憲法は、防衛上の緊急事態において極めて広範な非常措置権を政府に付与するものではあるが、基本的には三権分立の例外を許すものではなく、基本権の制限も憲法が予定するケースにおいて法律に基づきなされるものであることから、これを「常態憲法」と全く異質な非立憲主義的原理に基づくものとみなすことは難しい。むしろ、三権の機能化により緊急事態に対処を図るものであり、本稿の分類法に照らせば、緊急事態憲法全体が①に近いものとみなすべきかもしれない。だが、それゆえにドイツ緊急事態憲法は「常態憲法」と「非常事態憲法」の厳格な区別を廃し、逆に《非常事態の常態化》を定着させるものとして批判されることにもなる。新 正幸「緊急権と抵抗権」、樋口陽一編『講座憲法学1：憲法と憲法学』（日本評論社、1995）所収、222-223頁、水島朝穂『前掲書』242-243頁。ドイツ緊急事態憲法について、詳しくは本誌所収の拙稿「ドイツの緊急事態法制」参照。

(8) C. Schmitt, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Vefassung*, 1928, [1964]. 邦訳、田中浩・原田武雄訳、C. シュミット『大統領の独裁』（未来社、1974）47頁。

(9) この問題については、戦後我が国でも多くの憲法学者が取り組んできたところである。国家による緊急権行使の要件としては、一般に次の諸点が挙げられる。

- ① 緊急権行使の目的が、憲法体制の維持回復にあり、その修正や破棄は許されないこと。
- ② 憲法上の制度・機関の機能麻痺が明白であること。
- ③ 危機克服のため通常の憲法上の手段が存在しないか、またはその効果が期待できない場合にかぎられること。
- ④ 目的に対する手段の比例性が厳格に順守されるべきこと。正常な憲法秩序の維持回復という目的のため、必要最小限度の措置のみが許されること。
- ⑤ 緊急権発動の決定権が議会に留保されること。また、とられる（とられた）非常措置に対する民主的・司法的統制が確保されていること。
- ⑥ 緊急権行使による例外的非常措置は、一時的なものであり、時間的に制

約されること。その終期は、発動の際に明定されるか、その終期決定権を議会に留保すること。

- 大西芳雄「前掲論文」11-15頁、同『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975）213-214頁、小林直樹『国家緊急権』106-107頁、187-188頁、川添利幸『前掲書』145-146頁、新 正幸「緊急権と抵抗権」（注(7)）218-219頁。
- (10) フランス1814年憲章におけるイギリス立憲君主制の受容とドイツ諸邦への伝播について、参照、小林昭三『比較憲法学・序説』（成文堂、1999）65-70頁。
- (11) 民主主義研究会編『欧米八ヶ国の国家緊急権』484頁以下。同書は、一般書籍として刊行されたものではなく著者も不明であるが、我が国における欧米諸国の緊急事態法制の歴史的・比較法的研究として最も本格的なものの一つである。なお最近信山社から復刻された。
- (12) プロイセン憲法争議について詳しくは、木谷 勤『ドイツ第二帝政史研究』（青木書店、1977）54-70頁。
- (13) 栗城壽夫『十九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1997）396-398頁。法実証主義の立場から不文の国家緊急権を否定したG. アンシュッツですら、プロイセン憲法争議に関しては、「国法はやむ。しかし国家はやまない。」との立場から国家（先の用語法に従えば、「社会・政治共同体としての国家」）の国法に対する優越性を認め、「事実の支配」として予算不成立時の国家統治の継続を承認した。Vgl. Meyer-Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrecht*, 7. Aufl., 1919, S. 904ff. この点について、参照、岩間昭道「前掲論文」280頁以下。ちなみに、岩間教授は、アンシュッツの所論を、その方法論的立場（岩間教授の分類によれば非常事態を法の外的問題として排除する「法限界説」）からみて一貫性を欠くものと批判される。教授自身の立論は、「個人の人権、つまりは個人=人間存在というもっとも根源的な『実存的なるもの』」（275頁）の優位を唱え、「個人主義的国家観のもとで設けられる緊急権制度」においては、外国からの侵略など例外状態が生じた場合の事態対処任務は、「法理上は国家権力以外（社会的諸集団、最終的には個人）に帰属することになる」とし、実定憲法典が破綻を来すような非常事態においては、国家は不作為を要求され、「自らの人権を守るためにかよう

な事態に対していかに対処すべきか、みずからの生命を賭して抵抗するか降伏するかあるいは亡命するかといったことについての最終決定権の留保にこそ、人権の究極の核心が存在する」(289頁)と主張される。「個人主義的国家観とそれに基づく立憲主義の原理は、究極的には個人の人権のために『国家』の消滅を肯定する立場に帰着する。」(291頁)しかし、それは結局のところ、歴史的に形成された「社会・政治共同体としての国家」の实在を否定するばかりでなく、概念的にも国民を「規範概念としての国家」構成以前の「自然状態」に放置することを意味するのであり、「人権の究極の核心」というより、国法学・憲法学の全否定にすぎないのではないか。なお、憲法秩序を破壊する憲法敵対行為に対する憲法保障の手段としての自然法上の「国民の抵抗権」を承認すべきか否かは、これとは別の問題である。

(14) これら事件の概要および判例、学説については、神山敏雄「刑法上の緊急避難と国家行為(上)(下)」、『ジュリスト』(No.695)101-108頁、(No.696)142-149頁。

(15) Vlg. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 1334 ff. このような「超憲法的緊急事態」理論を承認することは、緊急権の制度化(ドイツ基本法の非常事態憲法そのもの)を無意味化することになるとする批判がある。(たとえば、山内敏弘「西ドイツの国家緊急権」、『ジュリスト』(No. 701)44頁。また、参照、水島朝穂『前掲書』207頁以下および253頁以下。)しかし、緊急事態法の予定し得なかった非常措置の違法性を阻却するために超憲法的根拠や刑法上の緊急避難を引くことがあるとしても、それはあくまで補充的効果をもつにすぎない。非常事態法が予定する事態に対処するに際して、政府が所定の法的手続をとり得るにもかかわらずこれを無視したとすれば、その措置の違法性が阻却されることはない。その意味で、国家緊急権の法制度化の追求が、超憲法的国家緊急権発動の極小化に貢献することは否定されないであろう。なお、「法的規制を厳しくすればするほど、専断的権力を振りたいと考える実力者によってそれが無視または廃止される可能性が増大する」(小林直樹『国家緊急権』113頁)といった法社会学的批判は、ここではとりあえず棚上する。

2 米国の緊急事態法制

～わが国有事法制研究におけるいわゆる第3分類の分野を中心として～

浜谷 英博

(松阪大学政策学部・教授)

1 緊急事態における憲法上の根拠と戦争権限

(1) 憲法上の根拠

現行米国憲法には、大陸法系諸国に見られるような明示の緊急権限規定はない。なぜなら「現行憲法自体が深刻な非常時に採択された」のであり、「政府の諸権限も非常時に照らして決定されており、」基本的に「非常時は権限を創設しない⁽¹⁾」とする米国憲法の伝統的立場があるからである。かかる立場は、非常時における基本権の停止に関し、米国憲法の当然に認めるところではないとの解釈として、有名なミリガン事件判決の際にも確認されている。つまり「非常時にいずれの憲法規定をも停止できるとする原理は有害であり、かかる原理の基礎になっている必要の理論は誤りである⁽²⁾」とする。

しかしながら現実には、国家的危機の程度や規模および範囲や地域といったいわゆる事態の深刻度によって、時の大統領は、全般的な統治権の行使として実効性のある危機対応策を臨機応変に実施し、また国民の側も大統領の迅速な決断と実行を大いに期待してきたことも歴史的事実である。すなわち国家や国民のあらゆる非常事態に対処するため、大統領に包括的な緊急権限が付与されていると解することは、時代を問わず国民のごく一般的な認識とされている。つまり前記の判例の趣旨は、「非常時といえども、ヨーロッパ大陸諸国で見られるような人権の一般的制約は許されないが、国家的危機が生じた場合に、その存立を保持するために必要な措置まで禁ずるものでは決してない⁽³⁾」ということを意味する。

それらの憲法上の根拠としては、行政権が大統領に帰属することを規定した

編集後記

我が国政府部内の有事法制研究は、昭和52年8月、三原防衛庁長官の指示により防衛庁内で開始された。その後、防衛庁所管の法令（第1分類）に関しては昭和56年4月に、他省庁所管の法令（第2分類）に関しては昭和59年10月にそれぞれ「中間報告」が発表され、問題点の洗い出しは済んでいるが、所管省庁が明確でない事項に関する第3分類に関しては、その進捗状況の報告もなされないまま今日に至っている。また、政府内の有事法制研究そのものが立法を前提とした作業でないことも足枷となり、研究全体が、立法論に立ち入った具体的検討に踏み込めないまま停滞している感は否めない。故・小淵首相が一時期見せた立法への積極姿勢も、森政権に変わり沙汰止みの状態である。

本号では、特集テーマとして「諸外国の緊急事態法制」をとりあげた。とくに第3分類に関わる事項（有事の際の民間輸送の安全確保・住民保護・電波の効果的使用など）に関連づけて、米国・ドイツ・フランスおよび我が国旧憲法下の緊急事態法を検討する論考が寄せられた。《特集》と銘打ってはいるが、各論文は統一的編集方針の下に調査・執筆されたものではない。各著者の従来の研究の延長上に執筆されたものであることから、論文の構成や論じ方は区々であるが、将来の立法論議のため参考になれば幸いである。

職務多忙の中、貴重な論考を寄せられた会員諸氏には、この場をかりて感謝申し上げます。

なお、いうまでもなく、本誌所収の論文において表明された見解は、著者個人のものであり、所属機関の立場とは無関係である。また、政府部内の検討作業との関係も一切ないことをお断りしておく。

編集部

防衛法学会のお知らせ

年間会費（機関誌代を含む。）

通常会費＝5,000円 学生会費＝4,000円 賛助会費＝1口 15,000円

☆入会申込先

〒152-0004 東京都目黒区鷹番3-6-1

内外出版(株)内 防衛法学会事務局 電話 03(3712)0141(代) FAX 03(3712)3130

『防衛法研究』既刊号等入手ご希望の方は、内外出版株式会社までお問い合わせ下さい。

★内外出版株式会社

東京 〒152-0004 東京都目黒区鷹番3-6-1

電話 (03) 3712-0141(代) FAX (03) 3712-3130 振替 00190-5-148511

大阪 〒531-0041 大阪市北区天神橋7-1-10

電話 (06) 6358-6365 FAX (06) 6358-1418

複写される方に

本誌に掲載された著作物を複写したい方は、日本複写権センターと包括複写許諾契約を締結されている企業の従業員以外は、著作権者から複写権等の委託を受けている次の団体から許諾を受けて下さい。なお、著作物の転載・翻訳のような複写以外許諾は、直接本会へご連絡下さい。

〒107-0052

東京都港区赤坂9-6-41 乃木坂ビル3F

学術著作権協会

(TEL/FAX: 03-3475-5618)

防衛法研究 第24号 (2000年)

平成12年10月1日発行

定価 1,890円 (本体価格 1,800円)

(送料実費)

編集人 防衛法学会

発行所 内外出版株式会社

代表者 蜂巣郁雄

〒152-0004

東京都目黒区鷹番3-6-1

☎ 03(3712)0141(代)

FAX 03(3712)3130

振替 東京 00190-5-148511

〒531-0041

大阪市北区天神橋7-1-10

☎ 06(6358)6365

FAX 06(6358)1418

(落丁・乱丁は、お取替えいたします)