

非常事態における憲法の規範関係

— 国家緊急権論の考察 (1) —

加 藤 一 彦

《目 次》

- 一、はじめに
- 二、国家緊急権の概念
- 三、ヴァイマル憲法 48 条と国家緊急権との関係
- 四、ドイツ基本法における議論
- 五、国家緊急権の憲法的封鎖
- 六、小結

一、はじめに

非常事態が発生したときに、憲法はこれにどう向きあうのかというのが、本稿の中心課題である。日本国憲法に関していえば、非常事態はすべて法律事項である——憲法 54 条 2 項に基づく参議院の緊急集会という立法手続上の例外規定を除けば。そこでは、日本国憲法の下位に属する法律群が、どこまで憲法各条項に抵触しないで非常時に通常時とは異なる例外的な法的措置を実行できるかが、主たる関心事になる。非常時といえども非常時法は、日本国憲法に反することは許されず、憲法の枠内にとどまらなければ、違憲の問題が発生する。また、非常時の措置は、事後的に司法審査の対象になり、裁判所による法的救済の道が開かれている。当然、日本国憲法ではできないことを、非常時という理由でこれを正当化することも困難である。少なくとも、憲法上の根拠なしの法律行為は、違法の領域に立脚するとさしあたり指摘しておけばよいであろう。

日本国憲法ではできないことがあると想定し、だからこそ憲法を改正すべきだという言説は、今も昔もあった。過去には、憲法調査会が緊急事態条項の導入意

見を公表したことがある¹⁾。現在でも、自由民主党の「日本国憲法改正案」(2011年)²⁾において緊急事態条項の新設がみられるし、昨今のいわゆる憲法改正4項目の中にも緊急事態条項の導入が構想されている³⁾。

ここでの問題関心は、そうした緊急事態条項導入の是非に関してではない。そもそも緊急事態条項に先立つ国家緊急権あるいは非常時の法の憲法的意味と非常時に向き合う憲法の姿勢が、どのようにこれまで扱われてきたかを明らかにすることにある。いわば「非常時における憲法の扱い方」という最初の部分を検討しなければ、非常時法制の概念把握は困難であろう。そこで、ここでは旧憲法時代よりドイツ法制を導入して非常時法が構築されてきた日本の法経験を踏まえ、ドイツの議論を参考に非常事態に向き合う憲法の法関係性を論じてみたい。本稿のサブタイトルに国家緊急権論(1)とあるのは、筆者がこれからも非常時法を継続して研究することを自身に課しているからである。

二、国家緊急権の概念

1. 国家緊急権の多様な意味内容

国家緊急権 (Staatsnotrecht) とは、一般に「戦争・内乱等により国家そのものが存亡の危機に陥った場合には、政府は、平時においては遵守されるべき憲法その他の国法秩序を無視して、国家の治安と秩序を維持するために適宜に必要な措置をとることができるということ」⁴⁾と定義づけられている。芦部信喜は、国家緊急権についてももう少し具体的な意味を与えている。すなわち「戦争・内乱・恐慌ないし大規模な自然災害など、平時の統治機構をもってしては対処できない

1) 憲法調査会『憲法調査会報告書』(1964年)の第12節「非常事態」770-785頁参照。導入に関し賛成/反対両論併記である。

2) 自由民主党『日本国憲法改正草案 Q & A [増補版]』(2013年)64頁以下に具体的な条文が掲載されている。同草案98条及び99条参照。

3) 緊急事態条項に関する批判的分析として、山内敏弘『改憲論のねらいと問題点』(日本評論社、2020年)が、4項目の論点について適切な分析を行っている。緊急事態条項に関しては、69頁以下参照。

4) 竹内昭夫ほか編集代表『新法律学事典 [第3版]』(有斐閣、1989年)項目「国家緊急権」501頁。

非常事態において、国家権力が、国家の存立を維持するために、立憲的な憲法秩序（人権保障と権力分立）を一時停止して、非常措置をとる権限のこと⁵⁾と定義している。

両定義に共通な点は、国家の存立自体が危殆に陥ったときに、国家が自己保存のために必要な措置を憲法典を含めた既存法令にかかわらず行使することにある。尾高朝雄の言葉を借りれば、「国家の存立を擁護するために、緊急事態に際しては法を破る権力がなおかつ法として発動し得るとというのが国家緊急権⁶⁾の基本的意義である。換言すれば、国家による「法を破る力」を「法を破る法」として描き出すのが、国家緊急「権」の独自性である⁷⁾。

ただ、各国の憲法では、異常な非常事態（Ausnahmезustand、例外状態と訳出する場合もある）を想定した緊急事態条項をもつことがある。その際、当該条項を国家緊急権と捉えず、非常権、非常措置権などと名付ける場合があるが、特段そうした区分は必要ではないように思われる。というのも、小林直樹が指摘するように、非常事態を実定憲法化したところでも、実定憲法の枠外の異常な事態が発生した場合、超法規的・超実定憲法的な国家緊急権の措置が問題となり、したがって国家緊急権を実定化をしているか否かは、非常事態に対応する相対的区分でしかないからである⁸⁾。もちろん、憲法典に緊急権条項をもたない日本国憲法では、緊急権条項の存否が、憲法改正論の論点とはなり得るが、ここでは非常事態が発生したときに、国家が自己保存のために——国民のためではなく——既存の法秩序を侵害する一切のことを念頭に置いて、広い意味での国家緊急権を考察対象にしている。記述の都合上、概念が混同する恐れがあるときには、たとえ

5) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992年）65頁。なお、同『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）388頁参照。

6) 尾高朝雄「国家緊急権の問題」『法学協会雑誌』62巻9号（1944年）893頁。

7) 尾高朝雄『法の究極に在るもの〔新版〕』（有斐閣、1965年）120頁以下参照。

8) 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、1979年）19-21頁参照。ケルゼンは、国家緊急権を政治的・自然法論的判断（Räsonnement）においてのみ把握可能であると指摘し、法外の概念だと指摘する。他方、憲法で定められた非常事態の備えを戒厳（Belagerungszustand）あるいは例外状態（Ausnahmезustand）と名付け、これは法的に把握可能とみる。H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl., 1925, S157. ここで参照できたのは1993年の復刻版である。清宮四郎訳『一般国家学』（岩波書店、1971年）262-253頁参照。

ば、超実定憲法としての国家緊急権と表現するなどして、記述の曖昧さをなるべく避けたいと思う。

II. 第 19 回日本公法学会

日本公法学会は、第 19 回総会（1957 年）において「緊急権の問題」を第 1 部会のテーマにとりあげ、5 つの報告を発表した⁹⁾。総会報告は、大西芳雄「緊急権について」、藤田嗣雄「国家緊急権 — 比較憲法的考察」である。研究報告は、畑博行「国家緊急権の問題 — ワイマール憲法下の緊急措置権を中心にして」、小林昭三「緊急命令について」、田畑忍「政令と緊急権の問題」である。この時期に日本公法学会が緊急権をとりあげたのは、1956 年に憲法調査会法（昭和 31 年法律第 140 号）が制定され、翌年 1957 年 8 月 13 日に憲法調査会が発足したこととは無関係ではない¹⁰⁾。すなわち、1955 年 11 月 15 日、日本民主党（鳩山一郎総裁）と自由党（緒方竹虎総裁）が合同して、自由民主党が結党された。結党にあたり作成された自由民主党の「党の政綱」の「六 独立体制の整備」では、「現行憲法の自主的改正」が謳われ¹¹⁾、また同日に採択された「一般政策」の「独立体制の整備」においては「3 速やかに憲法調査会を設け、憲法改正の調査研究に当たらせる」¹²⁾ことが明記された。石橋内閣を継いだ岸内閣（1957 年 2 月 25 日発足）は、先の第 3 次鳩山内閣の下で成立させた憲法調査会法を起動させ — 日本社会党不参加のまま — 憲法改正を目論みながら、岸内閣の下に憲法調査会を発足させた。

そうした憲法改正の動きの中、日本公法学会において「緊急権の問題」がテーマ設定されたために、「日本国憲法に緊急権の制度がないのにとりあげたのは、立法論としてあった方がよいとの下心があったのではないか」¹³⁾と山本浩三が発

9) 『公法研究』17 号（1957 年）148 頁以下の「学会記事」参照。

10) 憲法調査会の活動概略については、憲法調査会事務局『憲法調査会報告書の概要』（1964 年）9 頁以下参照。また同調査会第 1 回総会の模様については、憲法調査会『憲法調査会第 1 回総会議事録』がある。第 1 回総会は、1957 年 8 月 13 日・14 日連続して内閣総理大臣官邸において行われた。

11) 自由民主党編纂『自由民主党史 資料編』（1987 年）10 頁。

12) 自由民主党編纂『自由民主党史』（1987 年）120 頁参照。

13) 前掲・註 9 の「討議報告」58 頁。

言したことも不自然ではなかったろう。ただ、各報告者の論説は、政治的ではなく冷静な法分析が行われ、討議においてもアカデミックな雰囲気維持されていたように見える。ただ、大西芳雄報告は、「緊急権を立憲主義の枠内にとどめ得る最小限の条件」¹⁴⁾を提言する内容を含み、その点、改憲論議と接続する意味合いが含まれていた。

III. 大西芳雄の立場

大西は、日本公法学会報告に先立ち「国家緊急権の問題」¹⁵⁾を公表している。この論文の中で、大西は、国家緊急権 (Staatsnotrecht) を「国家の危機が極度に重大なとき、国家権力の把握者が国家権力に対して加えられている憲法的または法律的な制約をふりすてて、換言すれば既存の法的秩序を犠牲にして、国家の存立そのものを維持し確保しようとする権力行使」¹⁶⁾と定義づけている。ただ大西は、そうした緊急時における「赤裸々な実力の行使」を「正当な権力」に転換し、「法的に認容されるものとして、すなわち法的な『権利』(Recht)として認識」する必要性を語り、そのためには「どのような非常事態における権力行使も、やはり前もってこれを憲法的に規定しておき、憲法の規定の枠内で、あらかじめ定められたルールに従ってこれを行使し、事態を処理するのがのぞましい」¹⁷⁾と

14) 大西芳雄「緊急権について」『公法研究』17号(1957年)15頁及び同58頁の大西発言。

15) 大西芳雄『立命館法学』1号(1952年)33頁以下。本論文は、同『憲法の基礎理論』(有斐閣、1975年)219頁以下に所収されている。以下、大西論文を引用する場合、同書からである。なお、大西は戦前より国家緊急権を考察している。「国家緊急権の限界」論文は、シュミット学説を念頭に旧憲法31条に定める非常大権規定が、憲法に定められた国家緊急権であることを論証する作品である。大西の基本的立場は、「国家緊急権は與へられた国家秩序を防衛すると云ふ使命を有ち、それ自身憲法的に規定せられた権限に外ならない……憲法的に規定せられた国家緊急権が君主国に於ても、その本質的な限界を有することこそ、正に立憲主義の本質である」とみる点にある。天皇の非常大権を法外の権力とみる見解とは一線を画した見解である。「国家緊急権の限界」田村徳治編『佐佐木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』(有斐閣、1938年)83-99頁所収。引用箇所は99頁。本書は1987年に復刻版が出版されたため、ここでも同書を利用した。

16) 同上・219頁。

17) 同上・220頁。

指摘する。その上で、大西は、国家緊急権が立憲主義の一時停止、一時的独裁の性格をもつことから、立憲主義を保持するために「緊急権制度のミニマムの条件」を提言した。

その条件は、次のようにまとめることができる。第1に、国家緊急権の条件及び効果は、憲法または法律で定めなければならない。第2に、国家緊急権の発動の決定権は、権力者自身の手には与えてはならない。第3に、国家緊急権の終期は、その発動の際に明定されなければならない。第4に、国家緊急権の効力は、絶対必要の最小限を超えてはならず、永久的であってはならない。第5に、国家緊急権の行使の責任は、どこまでも追及される制度でなければならない¹⁸⁾。

日本公法学会の報告「緊急権について」においても、同主旨の条件が提言されているが、第2条件は、「緊急権の発動の決定権は議会に留保すべきである」¹⁹⁾と変えられている。議院内閣制では、議会の行政府への統制力が脆弱であることから、緊急権の認定権者（議会）と緊急権に基づく措置設定・行使者（行政府）とを分離させるべきだと捉えたからであろう。

こうした大西の提言は、自身と日本国憲法との向かい方に関連する。1966年に公表された「憲法の欠缺」論文²⁰⁾では、「憲法の欠缺ではないかと思われる」諸点が列挙されているが、その中に「国家の緊急・非常事態に、立法等の措置を必要とする場合」²¹⁾が数えあげられている。大西によれば、「参議院の緊急集会すら開くことが物理的に不可能になった場合」が想定されている²²⁾。ここでの関心でいえば、大西が「憲法の欠缺」としたところを「憲法がむしろこれを積極的に否定しているのだと考えられないこともない」としながらも、欠缺部分について「憲法の増補によってしか補完できないのであるが、筆者は如何なる内容をもって補充すべきかについて私見をもっている」²³⁾と述べている点に着目したい。つ

18) 同上・239-243頁参照。

19) 同上・215頁。

20) 「憲法の欠缺」『立命館法学』63=64号（1966年）は、前掲書（註15）75頁以下に所収されている。引用は、同書からである。

21) 同上・88頁。

22) 参議院の緊急集会が、物理的にではなく法的に開かれない場合は、極めて例外的に生じうる。その問題点については、加藤一彦『議会政の憲法規範統制』（三省堂、2019年）102-103頁において指摘しておいた。

まり、先に挙げた5つの条件を満たした憲法改正を行うことを了とし、日本国憲法に国家緊急権の発動根拠が存在であることが、「憲法の欠缺」と論評した点に、大西論文の根本があるとみて間違いはない。

IV. 通説的見解

大西報告の後、小林直樹は「緊急権」²⁴⁾を1961年に公表した。小林論文は、大西があげた5条件を「恐らくこれは、今日考えられうる『最良の考^{ドイツアイス}案』」と一定の評価をしつつも、「緊急権の立憲的抑制の機能がどれだけ発揮されるかどうかは、また別問題である」²⁵⁾と指摘する。むしろ小林は、安保闘争直後の60年代初頭の日本社会の現状を考慮し、「幼弱な日本のデモクラシーの地盤のうえに、緊急権制度を早急に採択することは、害悪の危険性は立憲的機能よりも恐らくははるかに大きいとおもわれる」と述べる。そこには、現状の国会運営、議院内閣制のあり方が議会の監督、責任追及を不可能にしている点、裁判所の監督も緊急権抑制機能を果たし得ない点、そもそも国民が「緊急権力を監視できる民主的能力」をもっていない点、換言すれば、民主政を動かす一切の装置への不信感がそこにはみられる。小林は端的に「現在の^{現在の}具体的条件のもとでは、極言すれば、緊急権制度は有害か無用かという選択しか残されないといっても、過言ではないとおもわれる」²⁶⁾とさえ述べている。

もちろん、小林は、後述するK. ヘッセが憲法規範の優位性から憲法典に緊急権制度を導入すべしとする見解に親近感をもっている²⁷⁾。ただ、小林は、当時の日本の政治状況と国民の「憲法への意志」の力不足を認識し、「重要なことは、何よりも、憲法を^{憲法を}実践し日常化していくための第一次的条件の整備であって、無用もしくは危険の予測の大きい制度をととのえることではない筈である。わがくに^にでの根本的な先決問題は、緊急権よりも基本的人権に対する国民の憲法^{憲法}感覚と意志の育成にある」²⁸⁾と述べ、国家緊急権の憲法的編入に対しては反対の立場を

23) 同上・95頁。

24) 小林直樹「緊急権」『日本国憲法体系 第1巻総論 I 宮沢俊義先生還暦記念』（有斐閣、1961年）211-266頁所収。

25) 同上・263頁。

26) 同上・265頁。

27) 同上。

表明している。この小林の立場は、国家緊急権の研究書『国家緊急権』²⁹⁾において強化されている。日本国憲法が緊急権条項を有さないことは、「決して『欠缺』でも『欠陥』でもなく……積極的な意味をもつ『沈黙』だと理解すべきであろう」³⁰⁾と述べ、日本国憲法における緊急権条項不存在の意味には、国家緊急権の否認の論理が内包していると指摘している。

この小林の見解は、1970年代以降の国家緊急権の諸業績においても継承されている。たとえば、国家緊急権の学説整理をした古川純は、「憲法の沈黙は決して『憲法の欠缺』ではなく、積極的に、前文の平和主義と第九条の規定によって緊急権を否定するという原則的態度を示したものと理解すべきであろう」³¹⁾と述べている。また、ドイツの非常事態法制を分析してきた山内敏弘や岩間昭道も同じ方向性にある。たとえば山内は、大西流の議論に対して「このような議論そのものが十分な根拠をもつものではない」、「国家緊急権のための装置を実定憲法上設けることが有効ではない」³²⁾と指摘し、国民の自由と権利にとって異常な緊急事態がある場合には、国民の抵抗権論で対応すべきだと述べている³³⁾。また岩間も「緊急権制度は……日本国憲法が前提とする個人主義的国家観のもとではおよそ存在する余地をもたない」³⁴⁾と指摘し、国家緊急権の憲法上の根拠の不存在が、国家緊急権を否認していると捉え、個人の生存にかかわる非常事態対処の方式として、抵抗権を想定している³⁵⁾。

戦後憲法学の正道を歩んできた各論者の指摘は、今尚、有効である。最高法規たる日本国憲法を超える何らかの「法」の存在が否認され、したがって「法としての国家緊急権」が立脚する憲法的根拠それ自体が否定されているとみられる。日本国憲法が国家緊急権についてふれていないことは、「憲法の欠缺」ではなく、

28) 同上・266頁。

29) 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、1979年）。

30) 同上・187頁。

31) 古川純『日本国憲法の基本原理』（学陽書房、1993年）193-194頁。

32) 山内敏弘「西ドイツの国家緊急権」『ジュリスト』701号（1979年）44頁。

33) 同上。

34) 岩間昭道「非常事態と法」現代憲法学研究会編『小林直樹還暦記念 現代国家と憲法の原理』（1983年）に所収にされているが、ここでは同『憲法破壊の概念』（尚学社、2002年）を利用した。引用頁は337頁。

35) 同上。

日本国憲法の決意の結果である。

しかし、「法としての国家緊急権」が、日本国憲法には存在し得ないとみた場合にも、国家緊急権を論じなければならない局面がある。それは、国家緊急権が自らを「法」と名のらず、「実力」、「権力」あるいは「日本国憲法を破る力」として自己主張する場合、日本国憲法における法的空間の外に「実力としての国家緊急権」が成立し得る可能性が残されているからである。文字通り、Not kennt kein Gebot（必要は法を知らず）と表現される現実の害悪への対処が、日本国憲法の外に立脚する何らかの措置として現れること、すなわち、事実としての必要性から導き出れる「何かしらのモノ」を「国家緊急権」の範疇に入れ、これを合法化できないまでも正当化する論理は、確かにあり得る。その点、先の大西報告が、国家緊急権を日本国憲法に導入しようとしたもう一つの意図は、「実力としての国家緊急権」が日本国憲法を破壊する可能性があり、これを阻止するために、日本国憲法の法的空間に国家緊急権を嵌め込むことを意図していたのであり、この大西の意図は——先の5条件はともかくとしても——やはり留意が必要であろう。

「実力としての国家緊急権」と「法としての国家緊急権」を考えるには、緊急事態法制を憲法典（〔西〕ドイツ基本法）に導入したドイツの緊急事態法制が参考になる。そこで、以下ではドイツの憲法学説の展開を通観してみたい。

三、ヴァイマル憲法 48 条と国家緊急権との関係

1. 通説的理解

19世紀中期以降、ドイツでは法実証主義が隆盛を極めていた。その傾向は、第二帝政期の最晩期にも維持されていた。国家緊急権に関していえば、マイヤー（G.Meyer）は、実定法を超える国家緊急権を否定する見解を明示的に打ち出していた。マイヤーは、実定法を超える国家活動に関して次のように述べている。「国家活動は財政行政なしには考えられないが故に、財政行政が止まることを憲法は欲してはならない」と述べ、予算法律が成立していない事態が発生したときにも、財政が存続しなければならないことを指摘しつつ、次のようにいう。「それは法律の（言い換えれば憲法典の）欠缺ではなく、むしろ法（Recht）の欠缺

であり、その欠缺は法学的概念操作によっては埋めあわせることはできない。ここに国法学は終わる (Das Staatsrecht hört hier auf.)。予算法律が現に存在しないとき、どのようにして手続を進めるかの問題は、法の問題ではない³⁶⁾と述べていた——これがシュミット (C.Schmitt) による³⁷⁾法実証主義者への批判対象となった「ここに国法学は終わる」との引用元である。そうしたいわゆる「欠缺理論」を承認したマイヤーでさえも、「欠缺理論」を根拠に国家緊急権が存在することを明確に否定していた。すなわち、マイヤーは、『ドイツ国法学』導入章の第2章7節「国家の諸機能」の脚注で国家緊急権について、次のように記述している。

「国家の存立と安全が国家権力を必要とするときに、国家権力が自己の活動を進めるにあたり、法的制限を破ることが許される。そうした事態では、行政は法律に違反し、立法は憲法に違反して行動することができる。国家権力のこの権利は、*ius eminens* (ユス エミネンス) あるいは国家緊急権 (Staatsnotrecht) と名付けられている。しかし、この『国家緊急権』の表現は、正しくはない。これに該当する行為は、法の発露ではなく、既存の法に対抗して企図される——その説明は、これが司法と関わる限り自明であり、しかし『その他の国家活動と関わる限りでは』的外れといえる。行政による侵害は、法治国家では常に法律上の根拠を必要とする。たとえ、その侵害が国家の存立と安全を必要とするときでもである。『緊急事態 (Notstand)』は、法律の根拠の代替にはなり得ない。法適合的行政の原理に基づく行政を必要とはしないなど決してあってはならず、行政機関が自ら緊急事態とみなすという状況では、一層そうである。行政は法を破る法をもたない。加えて、立法府が違憲的に行動するとき、すなわち、法律が憲法改正の形式を遵守せずに発せられたとき、これも同じように緊急事態により正当化すべきではない不法であり、本来的にかかる行為そのものには責任が負わされ

36) G.Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 8.Aufl., 2005, S.906. なお、ここで引用した同書は、7.Aufl., 1919.の復刻版である。第7版は、マイヤーの死後、G.Anschützにより補訂出版されている。また、同復刻版には、ベッケンフェルデの本書紹介が掲載され、マイヤーが、ゲルバー・ラーバント流の法実証主義とは異なる点に注意を向けている。

37) カール・シュミット「政治神学」長尾龍一編『カール・シュミット著作集I』(慈学社、2007年) 2-52頁所収、引用は8-9頁参照。

る……自然法上の地位から生じる *ius eminentis* のカテゴリーは、現代の憲法・法治国家においてはもはや存在理由を有さない³⁸⁾。

こうした法実証主義者の見解は、後のヴァイマル憲法の憲法解釈においても正確に継受されてきた。以下では、当時の支配的見解を通観しておこう。

まず、ヴァイマル憲法 48 条は、次のようにライヒ大統領による非常措置権を実定化していた³⁹⁾。

[ヴァイマル憲法 48 条]

- (1) ラントがこのライヒ憲法又はライヒ法律によって課せられた義務を履行しないときは、ライヒ大統領は、武装兵力を用いてこの義務を履行させることができる。
- (2) 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執ることができ、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、第 115 条、第 117 条、第 118 条、第 123 条、第 124 条及び第 153 条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。
- (3) ライヒ大統領は、本条第 1 項又は第 2 項に従って執られた措置について、これを遅滞なくライヒ議会に報告しなければならない。これらの措置は、ライヒ議会の要求があれば、失効する。
- (4) 危機が切迫している場合には、ラント政府は、その領域について、第 2 項に定められているような態様の暫定的措置を執ることができる。当該措置は、ライヒ大統領又はライヒ議会の要求があれば、失効する。
- (5) 詳細は、ライヒ法律によりこれを定める。

当時の支配的見解によれば、このヴァイマル憲法 48 条は、ライヒ大統領の非常措置権を明示したのであって、国家緊急権の存在根拠規定ではないと把握され

38) Meyer, a. a.O., (Fn.36), S. 30f.

39) 条文の翻訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第 8 版〕』（信山社、2020 年）によった。但し、訳を変え、原文を補ったところがある。

ていた。例えば当時の代表的コンメンタールを著したアンシュッツ (G.Anschütz) によれば、同条項がライヒ大統領に「非常権、独裁権」を付与した条項と捉えた上で、次のように指摘する。すなわち「48 条を超えて当該規定に拘束されずあたかも自然法上の『国家緊急権』(Staatsnotrecht) をライヒ大統領、ライヒ政府あるいはラント政府に与えたとはいえない。これが支配的見解である」⁴⁰⁾と述べ、トーマ (R.Thoma) とナビアスキー (H.Nawiasky)⁴¹⁾を引用している。アンシュッツの流れを汲むトーマも、代表的注釈書⁴²⁾の中で次のように記述している。「共和国の国法は、ラント法上の緊急命令を引き受けているだけではなく、ライヒ憲法 48 条によりライヒ大統領に対しラント政府との関係で危機がある場合には、完全に包括的で一時的なライヒ憲法上の特定の基本権停止に関し、法律に代わる(単純ライヒ法律及び一切のラント法律を廃止できる)緊急命令権、緊急処分権、軍事執行権を付与している。ヴァイマル憲法の偉大なる長所の一つは、この憲法が議会制度の失敗あるいは動きの鈍さがある場合には、第二の民主的機関であるライヒ大統領に次の準備をさせている点にある。すなわち——大臣副書と事後的ライヒ議会の統制の下に——危機によって危殆にさらされてしまう合憲的国家生活を何としてでも求めてゆく必要物について配慮しておくことである……これこそが現行憲法の国家緊急権なのである！ この論理を超えて、何らかの『緊急』(Not) を引用し、基礎づけられるライヒの指導、ラント政府あるいはいずれかの行政官庁の措置を合法的なものとして法律家は見なすことはできない。それは憲法違反であろう。確かに、次のことは想定できよう。すなわち、ライヒあるいはラントの状態を法規上侵害する事象は、政治的にいわゆる必要性がある場合に最大限の異常な形で現れるが……そのことは、議会や輿論がこれを認め、裁判所でさえもこれを許容するが故に、正当化することもできよう。しかし、法律学的判断の場では、これらの事象は、法律違反であり、部分革命(部分的なクー・デタ〔Staatsstreich〕)として見なされる奪いといった権力の行使を後で主

40) G.Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., 1933, S. 276f.

41) H.Nawiasky, Die Auslegung der Art.48 der Reichsverfassung, in: AöR., Bd., 9, 1925, SS. 1-55.

42) R.Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit (§76), in: G.Anschütz u. R.Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd., 2, 1. Aufl., 1932, SS. 221-236.

張する類いのものである。憲法上規定されたもの以上の国家緊急権は、秩序づけられた共和国の立憲国家には存在し得ない。カイザー時代のライヒでも、また立憲君主制においてさえも国家緊急権が主張されなかったようにである⁴³⁾。このトーマの見解は、ヴァイマル憲法 48 条 2 項をもって国家緊急権は憲法化され、「実力としての国家緊急権」は、封印されたことを意味している。

しかし、政治実態は、ヴァイマル憲法 48 条 2 項に基づく大統領統治が議会制の代替として機能していた。1919 年から 1932 年まで 233 件のライヒ大統領による緊急命令が発せられていた。しかも、騒擾などの対内的緊急事態において緊急命令が発せられただけではなく、いわゆる憲法不全（憲法攪乱／Verfassungsstörung）に基づく立法緊急事態（Gesetzgebungsnotstand）においても緊急命令権は多用されていた。加えて、ライヒ大統領の「執行権」（Vollziehung）の上に「措置権」（Massnahmen）を設定し、この概念の中に「法定立としての命令権」（Verordnung）を含ませた結果、ライヒ大統領は、代替立法者であると同時に法執行権者の二重の統合権限をもつに至った⁴⁴⁾。1920 年代の初期のヴァイマル憲法揺籃期にその政治実態を眺め、ライヒ大統領の非常措置権を実質化し、議会制の成熟への期待を放棄した憲法理論が生まれるのは、確かに時間の問題であったろう。

II. シュミットの立場

こうした主流の学説に対し、ヴァイマル憲法 48 条 2 項のライヒ大統領非常措置権を独裁権限規定と捉え、この独裁権限の拡大化を図ったのが、シュミットである。「ここに国法学は終わる」ということから憲法学を始めたシュミットにとって⁴⁵⁾、同条項ほど魅力的な規定はない。1924 年の第 1 回ドイツ国法学者大会

43) Ibid., S. 231f.

44) ライヒ大統領の緊急命令の数は、藤田嗣夫『国家緊急権』（国立国会図書館調査立法考査局、1957 年）36-37 頁による。ただ、アンシュッツのコンメンタールによれば、1919-1925 年にはライヒ大統領による緊急命令は 136 件、その後はヴァイマル共和国の相対的安定期を迎え、緊急命令は出されなかったようである。しかしナチス党が躍進する 1930 年より緊急命令が改めて出され、1930 年は 5 件、1931 年は 43 件、1932 年 3 月まで 13 件が発せられた。この数については、Anschütz, a. a.O., (Fn.40), S. 279f.

においてシュミットは、「ライヒ憲法 48 条に基づくライヒ大統領の独裁」⁴⁶⁾を報告した。

この報告の趣旨は、次のようにまとめることができる。第 1 に、ヴァイマル憲法 48 条 5 項 — 「詳細は、ライヒ法律でこれを定める」 — に基づくライヒ大統領の職務権限執行規定が、未だ制定されていないことから — この執行法律は結局制定されなかった — 同 48 条に基づくライヒ大統領の諸権限は、直接的に現に有効な法として認められる。しかも同 48 条 2 項に定める「公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置」に関し、ライヒ大統領は法定立を含め一切の措置を行うことができる⁴⁷⁾。

第 2 に、同 48 条 2 項 2 段に列挙されている 7 つの基本権の停止条項があるが、政治実態ではすでに当該基本権以外の基本権条項が侵害対象とされており、この従来からの実例は承認できる。ライヒ大統領は、例外状態 (Ausnahmezustand) では、実効的な措置を執る必要があるため、当該基本権停止条項を超えて措置権を行使できる⁴⁸⁾。

第 3 に、但し、ライヒ大統領の非常措置権にも限界が設定される。その限界は、同条項が「委任独裁」(kommissarische Diktatur) を定めていることから、ヴァイマル憲法を除去する (Beseitigung) ことには及ばない。非常措置権は憲法改正権ではない⁴⁹⁾。また「主権独裁」(souveräne Diktatur) は、憲法制定権力の実在化であるため、ヴァイマル憲法に立脚するライヒ大統領は、主権独裁を行使することはできない⁵⁰⁾。

第 4 に、ヴァイマル憲法上、国家緊急権 (Staatsnotrecht) は否定される。国家緊急権とは「極限的で予測不能な事態が発生したとき、国家の存立を救い、状

45) 樋口陽一『比較憲法〔改訂第 3 版〕』(青林書院、1992 年) 190 頁参照。

46) C.Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art.48 der Reichsverfassung, in: VVDStRL., H. 1, 1924, SS. 63-104. この報告は、田中浩・原田武夫訳『大統領の独裁』(未来社、1974 年) において訳出されている。引用にあたっては、訳書の頁数も併記する。なお、本報告は、C.Schmitt, Die Diktatur, 7. Aufl., 2006, SS. 211-257. に再録されている。

47) Ibid., S. 63. 訳書・9 頁参照。

48) Ibid., S. 64. 訳書・11 頁参照。

49) Ibid., S. 91. 訳書・60-61 頁参照。

50) Ibid., S. 86f. 訳書・53-54 頁参照。

況に応じて必要なことを行うために活動し得る何らかの国家機関が、憲法諸規定の外であるいはこれに反して行動する」⁵¹⁾点にその特質がある。「国家緊急権とヴァイマル憲法 48 条 2 項とを区別することが強調されるべきであろう。というのも、同条項が憲法適合的に権限 (Zuständigkeit) として定めている以上、同条項はすでに国家緊急権を含んでいないからである」⁵²⁾。すなわち、国家緊急権を否定する実際的理由は、国家緊急権の主張者がライヒ大統領でない場合もあり、またライヒ大統領に対して国家緊急権が向けられるという一種のクー・デタ (Staatsstreich) に順接する可能性があるからである。しかし、こうしたクー・デタへの権利は 48 条からは決して発生しない⁵³⁾。シュミットからすれば、「まづもってライヒ大統領こそがライヒ憲法の番人」⁵⁴⁾であり、これを否定するために非常措置権を超える国家緊急権が、何らかの機関あるいは人物によって行使されることは、ヴァイマル憲法自体の除去となると捉えられる。

こうした国家緊急権の捉え方は、ヴァイマル憲法が機能していた時代のある意味幸福な瞬間の議論であった。ナチス政権樹立後 (1933 年)、ナチス憲法学が隆盛を誇る段になれば——しかもヒンデンブルク大統領が 1934 年 8 月 2 日に死去し、大統領が不在となり、その前日に国家元首法が政府法律として制定公布されたが故に——ヴァイマル憲法 48 条の法解釈論は意味をもたなくなる。

ここで留意が必要な点は、ヴァイマル憲法 48 条 2 項の規定によってヒットラー独裁への道が可能になったことである。すなわち、1933 年 1 月 30 日に発足したヒットラー政権は、翌 31 日の初閣議においてライヒ議会解散を決定し、2 月 1 日ライヒ議会を解散した (ライヒ議会選挙投票日は 3 月 5 日)。2 月 4 日には、ヒットラーは、ヒンデンブルク大統領によるヴァイマル憲法 48 条 2 項に基づく緊急命令 (Notverordnung) を布告させた。「ドイツ国民保護のためのライ

51) Ibid., S. 83. 訳書・46 頁参照 (訳文と同一ではない)。また、尾高は、シュミットが国家緊急権を否定していることに注意を向けている。尾高・前掲論文 (註 6) 898-899 頁参照。

52) Ibid., S. 83. 訳書・47 頁参照。

53) Ibid., S. 84. 訳書・48 頁参照。

54) C.Schmitt, Der Hüter der Verfassung, in: AöR., Bd.16,1929, S. 237. また、本論文が掲載されている Der Hüter der Verfassung, 4.Aufl., 1996, S. 156ff. も参照。なお、同書の初版は 1931 年に出版されている。

ヒ大統領の命令」⁵⁵⁾である。この緊急命令は、集会及びデモ行進に対する包括的制限・禁止規定（同1条以下）のほか、出版物の発行停止（同7条以下）を含み、社会民主党及び共産党などを弾圧する目的で制定された。加えて2月27日のライヒ議会議事堂放火事件を契機として、翌28日に同条項に基づき「国民と国家の保護のためのライヒ大統領の命令」⁵⁶⁾が発せられた。この緊急命令により野党弾圧は成功し、選挙戦ではナチス党は勝利した。これ以降、ナチスは国民による負託を受けた政権として成立し、独裁体制へと突き進んでいったからである⁵⁷⁾。

以上のヴァイマル期における国家緊急権の流れをまとめれば、ヴァイマル憲法48条が、ライヒ大統領に国家緊急権を付与しないところから始まり、しかも厳格な憲法解釈によりライヒ大統領の非常措置権は限定化されるべきと捉えられた。しかし、非常措置権の拡大化がシュミットにより提唱された。ただナチス憲法学は、そうした2つの潮流とは別個の独自の国家緊急権を唱え、ヒットラー総統に包括的な国家緊急権を委ねる理論を構築した⁵⁸⁾。たとえば、ケルロイターは、次のように記述している。「民族の生」を機能させるために国家と法が存在し、民族の生の秩序の安全が最優先され、法と国家はその下におかれる。「より高次の政治的で同時により高次の法的価値を維持していく民族が、その存立に直面するとき、国家緊急権は実定化される。したがって国家緊急権は、国民の法的安定性の理念を法的に形成する」⁵⁹⁾。

今まで憲法典によって封印されていた国家緊急権が、民族を体現する指導者によって常態的に発露していく。そうした憲法理論が、ナチス法学者によってこそ構築されていったといえる。

55) RGBl.1933 I, S. 35.

56) RGBl.1933 I, S. 83.

57) ナチス政権の当時の法制定過程に関しては、分析したことがある。加藤一彦「ナチス憲法としての授権法」藤野美都子 佐藤信行編著『憲法理論の再構築 植野妙実子先生古稀記念論文集』（敬文堂、2019年）85-102頁。

58) 尾高・前掲論文（註6）912-913頁参照。なお、シュミットとナチスとの関係は、1936年を境に疎遠になっていく。ケルロイターによる執拗なシュミット批判が繰り返されたからである。ナチス統治下では、シュミットは政治哲学研究に没頭していく。この点に関しては、蔭山宏『カール・シュミット』（中公新書、2020年）166頁参照。

59) O.Koellreuter, Deutsches Verfassungsrecht, 1.Auf., 1935, S. 13.

四、ドイツ基本法における議論

1. 前提

現在のドイツ基本法の原型は、西ドイツ時代の西ドイツ基本法（ボン基本法）にある。西ドイツ基本法を審議した憲法制定会議（Parlamentarischer Rat）では、いわゆる国家緊急事態法制について審議はされていたが、議決には至らなかった⁶⁰⁾。「ボン基本法は、過去の経験の呪縛から国家緊急事態の規定を放棄した」⁶¹⁾からであり、それには「ヴァイマル憲法 48 条との関連で生じた多くの出来事が同種の法原則を改めて規定することに躊躇を覚えた」⁶²⁾ことが決定的である。ただ、ヴァイマル期に憲法不全（憲法攪乱／Verfassungsstörung）、具体的にいえば、ライヒ議会が立法行為を政争などを理由に行わず、法律制定が不可能になるなど議会の自己否定的な事態⁶³⁾が頻繁に生じた点は——もちろんこれはヴァイマル憲法 48 条 2 項に該当する事態ではなかったが⁶⁴⁾——憲法制定会議では

60) ヘレンヒムゼー草案の 111 条 1 項は、次のように定めていた。「連邦地域における公の安全及び秩序に対する切迫した危険があるとき、連邦政府は連邦参議院の同意を得て、連邦権限の範囲内で法律と同等の緊急命令（Notverordnungen）を発することができる。105 条乃至 108 条については、これを適用しない。この命令は、連邦議会または連邦議会におかれる常設委員会により 4 週間以内に承認を得られなかったときは、その効力を失う」。また同第 3 項において、意見表明の自由、出版の自由、集会の自由、結社の自由、信書の秘密の基本権条項の停止が、期限を定めて規定されている。同 5 項では、以上の基本権停止が継続している間、選挙も行わないことが定められ、従って、立法期の延長（議員任期の延長のこと）が法定されている。ただ、1949 年 5 月 5 日の主査委員会第 4 読会において、本条項はすべて削除された。本文に指摘するように、立法上の緊急事態条項のみが採択された。以上については、P.Häberle, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetz, in: JöR.Bd.1,2.Aufl., 2010,605ff.

61) K.Hesse, Art.: Staatsnotstand und Staatsnotrecht, in: hrsg., Görres-Gesellschaft, Staatslexikon,7.Aufl., 1962, S. 612.

62) T.Maunz, Deutsches Staatsrecht, 15.Aufl., 1966, S176. 本書は、1968 年の非常事態法制整備前の作品である。

63) J.Heckel, Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand, in: AöR., Bd., 22,1932, S. 275. 「憲法不全（憲法攪乱）」とは、国家機関が憲法上自己に割り当てられた機能を外在的理由・内在的理由から行使できず、憲法上の混乱が発生する状況を意味する。

64) Ibid., S. 277.

反省素材であった。そこで過去に立法者の機能不全がライヒ大統領による緊急命令の多発を招いたことから、西ドイツ基本法ではこれに対処するために、同 81 条において立法緊急事態条項を導入した。この 81 条以外にも通常とは異なる事態に対処するための同 37 条（連邦強制条項）、同 91 条（危機的事態の警察力行使条項）及び同 143 条（内乱条項）が規定されていたが⁶⁵⁾、これらの条項は国家緊急事態条項とは異質で通常の警察権行使の根拠規定でしかなかった。

西ドイツ基本法制定時に国家緊急事態条項が存在しなかったのは、西ドイツが三カ国に占領され主権を有さず、ドイツ国防軍は存在していなかったことも決定的である⁶⁶⁾。当然、西ドイツの安全保障は占領軍が担うが、この状況は継続し、1952 年 5 月 26 日に締結されたドイツ条約の補充条約⁶⁷⁾（1954 年 3 月 28 日）において占領軍が、緊急事態（Notstand）において一定の措置（Maßnahmen）を執ることとされていた。すなわち同条約 5 条 1 項は「三カ国はドイツ連邦地域において駐留している兵力の安全を確保するための権利を行使するにあたり、次の各項に定める諸規定を有する」と定め、同 2 項において三カ国が、ドイツにおける緊急事態の宣言権限を有し、秩序の維持と回復のための措置権を行使できるとされていた。

西ドイツは、1954 年 10 月 23 日に署名されたパリ条約（発効は 1955 年 3 月 26 日）によって完全な主権回復を果たし、同時に NATO に加盟した。これに伴い 1955 年にドイツ国防省が設置され、ドイツの再軍備が開始された⁶⁸⁾。そうした一連の再軍備にあたり、西ドイツ基本法の改正及び諸法律の整備が進められることになるが、憲法学でも 50 年代に国家緊急権について重要な論考が公表された。

65) Hesse, a. a.O., (Fn.61), S. 611.

66) 山内・前掲論文（註 32）34 頁参照。

67) BGBl.1954 II, S. 57.

68) 戦後のドイツ再軍備の年代的記述に関しては、山内・前掲論文（註 32）34-36 頁、石村善治「西ドイツ — 再軍備過程の法的諸問題」『法律時報臨時増刊 憲法九条の課題』（1979 年）37-38 頁、影山日出弥『憲法の原理と国家の論理』（勁草書房、1971 年）102-106 頁参照。

II. 学説状況

西ドイツ基本法は、1968年に基本法の改正を伴う緊急事態法制(Notstandsverfassung)を整備した。基本法改正当時の60年代に憲法学において活発な議論が展開されたが、その嚆矢となったのは50年代、すなわちドイツの主権回復時に公表されたヘッセ(K.Hesse)論文⁶⁹⁾である。

このヘッセ論文を中心に国家緊急権論の問題性を浮き彫りにした岩間昭道の研究によれば、法／憲法と国家緊急権の向かい方は、次の3つに大別できるといえる。第1に、非常事態を法の問題として承認し、非常事態を実定法によって対処しようとする立場、第2に、非常事態を法の問題として承認しつつ、これに対しては不文法・不文の法理によって対処しようとする立場、第3に、非常事態は原則として法の外的問題だとして、法の世界から追放・排除しようとする立場、である。その上で、岩間は、それぞれを実定法無限界説、法限界説、法定説とネーミングしている⁷⁰⁾。ただ、この学説のネーミングは、誤解を招きやすい。例えば、実定法無限界説は、実定法が非常時をあまねく実定化できることをもって無限界と表しているのであろうが、法が非常事態と向き合っている関係性をいうのであれば、非常事態憲法定説と呼んだ方が理解しやすい。また法限界説は非常事態不文法説と呼んだ方が良いであろう。最後の法定説⁷¹⁾は、非常事態法外説というべきであろう。というのも、この説は、非常事態を法ではなく「生の権力」、「超実定憲法としての国家緊急権」あるいは、「実力としての国家緊急権」として描いているからである。この学説は、非常事態法制を整備したドイツにおいてすでに否定されている。非常事態を主張する者が、一切の法を飛び越えて、「実力としての国家緊急権」を利用し、自己の行為の合法性も正当性も捨て去り、

69) K.Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, in: DöV., H. 24,1955, SS. 741-746.

70) 岩間・前掲書(註34)308頁参照。

71) 岩間は、同上・325-333頁において、法限界説を展開しているが、引用している文献は19世紀後半の法実証主義者の見解である。当時では、「法」と「政治」を厳格に分け、「法」を「法の言葉」で語り尽くすことが、法実証主義者の質を表していた。「法はここで終わる」ぎりぎりラインを延長しきれた者が、「厳に法的」な法実証主義者として賞賛されていた。現在の憲法学では、そうした学問手法は終わっている。政治に向かい合いながら、憲法学の法律学的解釈を展開することが、戦後の憲法学の流れである。そのため岩間論文では、法限界説に関し、戦後の学説紹介は行われていない。

非常事態が収束した後——収束できなければ国家自体が別の国家に変動する——事後的に合法性と正当性を獲得するといったいわば「結果オーライ」の議論になるからである。これは、非常事態そのものに対する法学の向かい合い方とは異質である。そこで、ここでは前2者の学説を中心に論を進めることにしたい。

(1) 非常事態憲法定説

a) ヘッセの立場

ヘッセは、非常事態憲法定説の代表者である。ヘッセは、「非常事態と基本法」論文において、おおむね次の論旨を展開している。「真の非常事態 (Ausnahmezustand) とは、外部的生活領域から国家の存立あるいは公共の安全と秩序を危機にさらす一切の現に存在する危険において発生する。国家の存立は、中でも戦時の場合に危機にさらされる。公共の安全と秩序に対する異常な危機は、特に国内的騒乱、内乱、異常な自然災害、生活にとって重要な経済的混乱をもたらすストライキ、人々の暮らしを困窮させること、異常な経済的緊急事態から生じる。もっとも最後の事例は、非常事態の伝統的概念をはみ出しているとみえる。しかし経済的・社会的展開は、非常事態の制度に必ず影響を与えていることを示している。この事例は、ヴァイマル共和国の時代にすでに著しい役割を果たしていたことからわかるであろう」⁷²⁾。

このようにヘッセは、非常事態が様々な形で生じ、この発生は不可避であることを示した上で、その特質として次のことを指摘する。非常事態の特質は、例外状況 (exzeptionelle Situation) が、憲法によって定められた通常の方法により妨げられずあるいは除去できず、むしろその防止あるいは除去が、例外的方法によってのみ可能である点にある。その対処方法は、広汎な垂直的・水平的権力集中を伴う。したがって自由主義的憲法国家にとっては、基本権と権力分立の原理に対する一時的停止と制限が行われる。ただ、注意すべき点は、「非常権 (Ausnahmegewalt) の任務は、国家の存立とその通常の憲法状態を支える一点のみにある。非常権は固有の正当性をもたない。非常権の本質は、通常の憲法状態の正当性原理と機能を——一時的にこれから離脱せざるを得ないのであるが

72) Hesse, a. a.O., (Fn.69), S. 741f.

— 回復させ、可能な限り速やかに改めて豊かにすることにある。シュミットが教示したごとく、国家の固有の本質は非常権において最も明確になる、とはいえない。むしろ、民主制的憲法国家においては、国家の権威の本質は、通常時の秩序において明らかになるのであり、国家の現実の中核は、通常の憲法生活に立脚する」。通常への復元の目的を達成するために、非常権は自己の任務を認識して必要とする手段のみを設定し、これを利用し尽くすのである⁷³⁾。

このようにヘッセは、非常権の効用を説き、当時の西ドイツ基本法が非常事態の規定を置いていないことに対し、批判を向けその規範化を強く求める。ヘッセは、次のように述べる。非常事態の規範化の放棄は、非常事態が発生するという現実を前にして危険である。非常権の危険があるからといって、「我々がその危険の故に憲法上、何もしないかあるいは僅かしか対応しないということによって、避けて通れると信じることは誤りである。というのも、異常な全権を最終的には求めざるを得ないという危険は、何もしないことによって排除できないからである。その場面で憲法が配慮をしていないとすれば、責任を有する諸機関は、決定的瞬間において憲法を超越して無視する以外の可能性しかなくなる。国家機関から発せられる措置は、多分に超憲法的または憲法外的緊急権を正当化し得る。だが、非常事態の規範化を放棄して得られるはずのものは、正に逆である。つまり、憲法の安定性と外観性は、保護も維持もできず、むしろ逆に事実の必要性により犠牲を払わざるを得ない」⁷⁴⁾。

では、ヘッセはどのような例外権の在り方を描いているのであろうか。ヘッセは、イギリス型すなわちコモン・ローの伝統の上に立脚したマーシャル・ローに基づく政府が例外状態にあたり全権を掌握し、事後的に政府行為に関し議会によって免責を受ける方式について、一定の理解を示している。非常事態の一回性の特性の故、最小化された規範に基づく非常権を政府が自由に行使しつつも、事後的には議会の追及により政府の責任が最大化される方式である⁷⁵⁾。ただヘッセはこのイギリス型よりも、非常権の濫用の危険性という問題を解決するには、ヴァイマル憲法 48 条の定式が、国法的に要請され法治国家的にも正当化されると主

73) Ibid., S. 742.

74) Ibid., S. 743f.

75) Ibid., S. 744.

張する。もちろん、ヘッセも同条項の歴史的害悪を認めているが、ヘッセは「ヴァイマル憲法 48 条の危険性は、ライヒ大統領の投網のごとく広範な権限にあったのではなく、その適用が適切な区分の意味において真に非常事態（例外状態）に限定されたのではなく、憲法不全にまで拡大化され、非常事態と憲法不全の二つの別の形式が相互に結合してしまった点にある」⁷⁶⁾と指摘する。そこでヘッセは、両者を区分し、真の非常事態に対する憲法規範のあり方を検討する。その憲法規範化のためには、「非常権への十分な全権と完全な責任」と「真の非常事態を制限すること」⁷⁷⁾の二つの要素が両立しなければならない。そこで権力分立の例外化の 3 要素を指摘する。

第 1 に、立法に関してである。非常権の担い手が緊急命令権を有することが必要である。これには連邦議会と連邦参議院が外在的原因で参集できないなどの実質的理由がある。ただし、戦時のような場合には、通常の立法手段を延期するような議会に統制を加えることも可能にしなければ、緊急命令の実効性は担保できない。また、緊急命令に完全な実効性をもたせるには、非常事態が存在する間、基本権の制約あるいは停止が承認される。但し、こうした非常権行使は、事後的に議会の承認を必要とする。

第 2 に、執行部門に関してである。執行部門の垂直的権力の集中が認められる。ラント政府、市町村、市民行政部門に対する統合的機能である。

第 3 に、裁判部門についてである。連邦憲法裁判所が、非常権行使のあり方に関与できることは当然である。しかし、各人の法的保護利益は非常権の措置に対しては、引き下がらざるを得ない。具体的には、非常権に基づく措置に対する訴えの提起あるいは取消訴訟は、延期せざるを得ない⁷⁸⁾。

以上のように、ヘッセは非常権を基本法に導入することを求め、次のようにいう。「正当化できない危機が存在しつつ、他方ではこの問題を前にして回避を選択するというより大きな危機を自らに背負い込む」ことよりも、基本法 79 条 3 項を憲法の番人として機能させ、憲法規範の安定性が求められるべきだ⁷⁹⁾。そし

76) Ibid.

77) Ibid., S. 745.

78) Ibid.

79) Ibid., S. 746.

て何よりも、「規範的なもの」の優位を非常時という例外状態においても妥当させ、「法の任務は、国家の生命が非常事態においてさえも法の軌道にとどまることを保障する緊急秩序の現存在を要求する」⁸⁰⁾点に緊急事態の憲法的編入の意義を見い出している。

このようなヘッセの立場は、西ドイツが主権回復をし、それに伴い自国の対外的・対内的安全保障を構築していく局面で現れたといえる。実際、ヘッセのほかにも、フロアーも「国家緊急権をみて沈黙し、あるいは不十分な措置しか規定していない憲法は、緊急を自己認識することを放棄している。そうした憲法は、責任を負う機関に対し決定すべき瞬間に憲法を超越するしかない選択を与えざるを得ない。憲法外の空間において何かしらのものが発生するとみるのは、いわゆる憲法を超越する国家緊急権によって正当化していくのであろうが、そうしたとき憲法の権威は、どの場合でも損傷を受けざるを得ない」⁸¹⁾と語る。また、当時、マックス・プランク研究所による『国家緊急権』の共同研究も公刊され⁸²⁾、50年代は、西ドイツ基本法に緊急事態条項を導入する主張が、執拗低音として流れていたといつてよいであろう。

1960年代に入ると西ドイツ基本法改正が現実化した。すなわち、1968年の大連立時代に非常事態法制が西ドイツ基本法に導入され、憲法典における緊急事態条項は完備したと思われた。しかし、1970年代に西ドイツ赤軍派によるテロ事件が頻発し、既存の法令では対応が困難な状況が発生した。たとえば、捜査当局が、法律上の根拠もなしにテロ関係者と目される者に対し捜査を行ない、また関係者と目される人物の弁護人について、その接見交通権が制限されるなど、既存の通常法が破られることがしばしば行われた。そこで、テロのような対内的危機が発生した場合、国家は国家緊急権をもとに超法律的対応ができるのかという課題がクローズアップされた。すなわち、西ドイツ基本法体制が非常事態法制をもったとしても、その規範の想定外のことが発生した場合、規範の空白が発生す

80) Hesse, a. a.O., (Fn.61), S. 607.

81) G.Flor, Staatsnotstand und rechtliche Bindung, in: DVBl. H.3., 1958, S. 150.

82) Das Staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, den Niederlanden, der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika; Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, H. 31,1955.

る。非常事態法制を作れば、現在の法的問題はなくなるはずであるが、その一方、想定外のことには対応できないという非常事態法制のパラドックスが顕在化したのである。そうしたときに非常事態法制のさらなる深化を求めたのが、ヘッセとは異なる学派に属するベッケンフェルデである。

b) ベッケンフェルデの立場

ベッケンフェルデ (E-W Böckenförde) は、1968年の非常事態法制は対外的緊急事態に焦点を合わせて基本法を改正したのであり、対内的緊急事態における非常事態は附随的にしか注意が払われず、基本法 91 条及び 87 条 a 項 4 号のような権限集中規定ぐらいしかないと指摘する⁸³⁾。つまりテロ対策の法整備は不完全であり、そこでテロに対しては「非常事態の法的秩序としての『超法律的緊急事態』(übergesetzliche Notstand)」を根拠に政府が何らかの措置を執ることが許されるのか否か、つまり「国家機関の行動能力が、異常なそしてその本質上予測不能な状況に対抗できるのか、同時に憲法国家的法秩序の完結を保護できるのか。また『法はここで終わる』との法諺を受け入れなければならないのか」⁸⁴⁾と問題設定をする。

ベッケンフェルデは、従来から想定外の対内的緊急事態に対しては、刑法・民法の緊急避難条項で処理しようと考えられてきたが、しかし憲法の下位規範である法律によって超法律的緊急事態を作り出す点に批判を向け、超法律的緊急事態が、そもそも憲法上の根拠をもつのかと問題提起をする。そこでベッケンフェルデは、西ドイツ基本法の憲法典に未知の非常事態に対応した条項を導入しようとするならば、ヴァイマル憲法 48 条 2 項のような一般授權条項を構想せざるを得ないという。しかし、「そうした開かれた一般授權は、法治国家の憲法の基本構造を侵害する……。法治国家の憲法は、拘束力のある個別的のみならず包括的なしたがって完結的な国家秩序の行動権限の規定を表している。しかも私自身が支持している見解からすれば、憲法は、国家の行為の力を初めて構築しているのではなく、むしろこれを拘束し制限しているものであり、憲法はどの場合でも、拘束

83) E-W Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, in: NJW., H. 38,1978, S. 1881.

84) Ibid., S. 1882.

力のある限定作用と機能を有している。超法律的緊急事態という原則は、憲法の平面では超憲法的緊急事態（überverfassungsmäßiger Notstand）に変換可能であるが、これは正に法治国家的憲法の統合の解消と憲法国家の原理の放棄以外の何物でもない⁸⁵⁾。

とはいえ、テロ対策のためには、既存の西ドイツ基本法は不十分であり、そこで対内的緊急事態法制をさらに整備しなければならず、そのためには次の点が留意されるべきという。第1に、非常事態を想定外のこととしないために、一般条項が必要であること。第2に、非常事態の保持者とその権限の抑制者とを区分すること。第3に、非常事態を通常の状態に戻す厳格な方向づけが規定されること。この規定がなければ非常事態の継続が、委任独裁を招く危険性を招くからである。第4に、非常事態において発せられる措置は、通常時の法とは本質的に構造上、区別されなければならないこと。特に通常状態の不可侵性を確保することが重要であり、非常事態の拡大や格上げは避けなければならない⁸⁶⁾。この視点の背後には、「非常事態の法の目的依存性と目的限定性は、通常法のための保障手段でもある。非常事態の措置の目標設定は、自由であってはならず、むしろ通常の状態を回復することに向けられており、そこを目指して審査と統制ができるようにすること」⁸⁷⁾があるからである。

加えて、バッケンフェルデは、1980年代初頭に別稿⁸⁸⁾において具体的に西ドイツ基本法改正案を公表した。その改正構想のポイントは次の5点である——先の列挙事項と重複するが改めて紹介しておく。

第1に、通常の状態と非常事態及び非常事態法との明確な区分。非常事態法は、例外状態の公式な宣言においてその表明が行われ、非常事態の宣言権限と非常事態権限の保持者との区分に基づいてその表明がされなければならない。これが権力分立のもっとも重要な要素である。

第2に、目的依存的で通常状態の回復を目指した非常権による制限は、厳格

85) Ibid., S. 1882f.

86) Ibid., S. 1885f.

87) Ibid., S. 1886.

88) E-W.Böckenförde, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, in: hrsg., H.Jochen Vogel, H.Simon, u., A.Podlech, Die Freiheit des Anderen, 1981, SS. 259-272.

な比例原則に服する一時的措置であること。この一時的措置は、既存の法律に基づく法状態を改正できず、暫定的に目的達成するまでの間、重畳適用あるいは執行停止のみの機能しかもたない。

第3に、当該措置権限が、ヴァイマル憲法48条2項にみられる緊急事態立法あるいは代替立法に移行することは、排除される。

第4に、非常事態の主体としての議会の決定的関与は、非常事態の宣言、非常事態の期間の特定及び非常権限の範囲の確定に及ぶ。

第5に、非常権行使に対する政治責任及び統制の強化された様式⁸⁹⁾の存在。

ベッケンフェルデは、以上の5点を満たす緊急事態法制を「権力分立・議会関与型措置モデル (gewaltenteilendes parlamentsbezogenes Maßnahmenmodell)」⁹⁰⁾と名づけ、このモデルの中心的意義は、法律と措置とを厳格に区分する点にあるという。特に措置は、抽象的・一般的指示 (Anordnung) であってはならず、具体的・個別的指示にとどまることが強調されている。ベッケンフェルデはその上で、次のような具体的な西ドイツ基本法改正案を提言している⁹¹⁾。

第X条 (非常事態の宣言及び終了)

(1) 連邦共和国における自由で民主的基本秩序または法的秩序の存立に対し、直接的に存し他の方法をもってしては除去できない異常な危機があるときは、連邦議会は、連邦参議院の同意に基づき、あるいは当該危機が切迫しているときは、連邦議会議長が連邦参議院議長の同意に基づき連邦領域またはその一部について非常事態を宣言することができる。連邦議会の議決は、その構成員の3分の2の多数を必要とする。

(2) 連邦議会議長による非常事態の宣言は、直ちに連邦議会による確認を必要とする。前項2段はこれを準用する。

(3) 非常事態は、宣言の原因となった危機がなくなったときは、直ちに廃止される。すべての非常事態は、宣言が発せられたときから30日経過後、効力を失う。但し、第1項の定めにより明示的議決によりこれを延長することができる。

89) Ibid., S. 265.

90) Ibid.

91) 本文で紹介する条文構造は、Ibid., SS. 266-270. に掲載されている。

第 Y 条（非常事態権限の保持者及び内容）

(1) 非常事態の宣言とともに連邦首相または連邦首相より指名を受けた連邦の大臣は、現に存する危機の除去のために迅速かつ必要なる措置を執る権限を有する。連邦首相は、連邦の諸官庁及びラント政府に対し、並びに連邦首相が緊急とみなしたときは、ラントの諸官庁に対し直接指示をすることができる。

(2) 非常事態の措置は、非常事態の宣言の原因となった危機の除去のために限り、これを行うことができる。当該措置に対しては、比例原則が適用される。非常事態の終了により遅延なく当該措置はその効力を失う。非常事態の措置は、法律に優先する。但し、既存の法律の規定を改正または廃止することはできない。

(3) 危機の除去のための基本権の侵害に関して、やむを得ない必要な場合に限り、連邦首相またはその指名を受けた連邦大臣は（基本法 8 条、11 条及び 13 条）の当該基本権の効力を一時的に停止することができる。その他の基本権は、非常事態の宣言にかかわる権限ある機関の決定によってのみ、その適用を除外することができる。いずれの場合にも、基本法 1 条 1 項及び 2 項の原則並びに 4 条、19 条、101 条から 103 条、104 条 1 項 2 段及び同条 2 項から 4 項の基本権は、停止することはできない。

(4) 基本法 115 条 g 項（連邦憲法裁判所の地位）は、前項を準用する。

第 Z 条（非常事態権限の責任と統制）

(1) 非常事態において執られた措置は、当該措置の合法性に関し裁判所の統制に服する。その管轄権は連邦憲法裁判所とする。

(2) 連邦首相またはその指名を受けた連邦の大臣は、自らに行った措置について責任を負う。連邦憲法裁判所は、連邦議会の構成員の 4 分の 1 以上の申し立てに基づき連邦首相が自己の権限を故意に踰越したと認定したときは、連邦首相は刑法上の責任に加えて、少なくとも 5 年間、公職に就くことができない。

(3) 非常事態の終了の後、連邦議会の調査委員会は、非常事態権限の行使の手法及び当該措置の執行について調査する。調査委員会の設置について連邦議会が 4 分の 3 以上の多数をもって議決したときは、この限りではない。

以上のようにベッケンフェルデは、具体的構想を公表した。そこには非常事態を憲法典に導入することにより、つまり「国家緊急権の憲法化」により、「実力

としての国家緊急権」を否定し、実定法の枠組みが、いかなる非常時においても機能させるべきだとの発想がある。しかし、人智には限界があり、一方、社会変動は無限に広がるため、すべての事象を想定して実定法を完備することは不可能である⁹²⁾。だからこそ次に紹介するシュテルンの見解が今なお一定の説得力を——筆者自身は同意しないが——もっている。

(2) 非常事態不文法説

シュテルン (K.Stern) は、非常事態法制を承認しつつも、その限界を認知し、その限界を超えた場合に、国家緊急権の発動が認められるとするドイツでは少数派の論者である。シュテルンは、「実定化された緊急事態法制を支持する者たちは、一切の超法律的あるいは超憲法的非常権を拒否する」⁹³⁾態度をみせているという。実際、1968年の西ドイツ基本法改正時には、「緊急事態法制の目的は、明示的規定をもって不文の憲法原則を再び取りあげる必要をなくすこと」⁹⁴⁾に主眼が置かれ、緊急事態法制は完備されたかのように見える。しかし、実定化されない異常な緊急事態権限の問題は、国家理性 (Staatsräson) そして不文の国家緊急権 (ungeschriebenes Staatsnotrecht) の問題として残り続けると指摘する⁹⁵⁾。つまり、過去を顧みると、自然法や *ius eminens* に基づき不文の国家緊急権が、すなわち「実定憲法や事前に用意された基幹的法規範を超えて国家権力の担い手に対し、緊急時に危機に対処するための必要なことをなしうる最大級の対外的権利」⁹⁶⁾が承認されてきた。そのことは、1968年改正基本法にもあてはまる。というのも、「この基本法は、一切の緊急事態を記述し、国家の存立と市民を危機にさらす危険に対し、その状況に対処するための通常では許されない権限をすでに保持しているとの保障が与えられているといえるほど、基本法の緊急事態法は完璧であるのか」⁹⁷⁾。むしろ、対内的緊急事態については、基本法の規定は不十

92) 同旨、小林・前掲書 (註8) 111頁参照、山内・前掲論文 (註32) 43頁参照。

93) K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2,1.Aufl., 1980, S. 1328.

94) Ibid., S. 1329.

95) Ibid., S. 1328.

96) Ibid.

97) Ibid., S. 1334.

分である。対内的緊急事態について、一般条項により危機対応をしてはならないとすれば、その詳細な実定化は完璧を目指したとしても欠落が生じる。「完全に破られないものは、限定的にしか規範的に先取りできない」⁹⁸⁾からである。

このように非常事態憲法法定説を批判し、次のように自説を展開する。「にもかかわらず、そうした状況においても、成し遂げなければならないことがある。国家は自身と国家の保護に身を寄せる人々を見捨ててはならない。その行動への掟は、法律上ではなく法的な差し迫った事態 (Zwangslage) に依拠する。この期に及んで、行動への嫌悪さらには行動不能ということは、降伏であろう——法秩序を求めないことなどは、法の自己放棄でしかない。この解決にあたっては、それに対応して法が全般的に動員されなければならない。すなわち、成文法が沈黙しようとも不文法は存在する」⁹⁹⁾。

では、不文の緊急権 (ungeschriebenes Notrecht) は、どのような意義をもっているのだろうか。シュテルンは、不文の緊急権の原理を「成文法の外に立ち、あるいは成文法に抗して極端な予測不能な事態があるときに、行動する力をもった国家機関が、国家の存立を救い、事態の状況に応じて必要なることをなすために断固たる措置を執ること (vorgehen)」¹⁰⁰⁾と定義づける。そこには、憲法国家性が依拠する根本への最大級の危機があり、憲法国家を担保する根本が維持され続けなければならないとする場合に限り、憲法の尊重が放棄されうるという究極的な憲法思想がある。その上で、シュテルンは「不文の (緊急) 権を引き合いに出すのは、次のような唯一の考えられる方法を示している。すなわち、実定法が欠缺している場合があり、これは不可避なのである。不文の法は、法それ自体であり、国家理性あるいは単なる力そのものなのではない。したがって、不文の緊急権も法の原理 (Rechtsgrundsätze) が妥当する」¹⁰¹⁾。つまりシュテルンは、国家緊急事態に法認識不能な「法外の力」である「実力としての国家緊急権」が、国家理性として援用されることを拒絶し、不文の緊急法すなわち「法としての国家緊急権」を設定するのである。

98) Ibid., S. 1335.

99) Ibid., S. 1335f.

100) Ibid., S. 1336.

101) Ibid.

とはいえ、不文の緊急権も法である以上、その行使にあたっては一定の制約があると指摘している。シュテルンは、不文の緊急権行使には次の5つの制約があるという。第1に、不文の緊急権は、本質的な憲法上の利益の保護のために利用されること。第2に、不文の緊急権の援用は、実定法の権限を尽くしても危険が防止されない場合に限定されること。いわば最後の手段 (ultima ratio) であること。第3に、危機にさらされている利益と除去すべき利益との比較衡量が行われること。第4に、過剰の禁止の原則が尊重されること。第5に、一切の措置は、できる限り速やかに通常の状態に戻すことを企図されて行使されること。これらは、刑法34条の緊急避難のアナロジーとしてみられるかもしれないが、刑法を超えて憲法固有の不文の緊急権として捉えることが不可欠であると結論づけている¹⁰²⁾。

このようにシュテルンは、非常事態あるいは国家緊急権が行使される場面では、国家理性が使用されるおそれがあることを認識し、これを避けるために憲法典を超える不文憲法の概念を持ちだし、不文の緊急権が非常事態に法的枠組みを与えることができるとの見解を表明した。

五、国家緊急権の憲法的封鎖

1. 不文の国家緊急権の否定

ヘッセの基本姿勢は、次の点にある。すなわち、「憲法は、静止的かつ通常るときにおいて憲法規範を作る力をもつだけではなく、緊急のときにも正に耐えなければならない。確かに法が『止まる』例外状態 (Ausnahmelage) があるともみるのは、争いが無い。しかし、この構成要件から政治的なるものへの優位性を引き出す一切の理論は、意識しようがしまいが、法の破綻 (Rechtsbrüche) のための正当化の世界を作り出し、正当性の代わりに単なる事実性を設定せざるを得ないとの固有の見解を捉え損なっている。例外状態は、法の向こう側にあるのではない。法の任務は、その限界を最大限に押し出し、これによって法の優位性を可能な限り主張する点にある」¹⁰³⁾。

102) Ibid., S. 1337f.

103) Hesse, a. a.O., (Fn.61), S. 607.

このヘッセの立場から、第1に、「規範的なもの」の優位性が説かれ、第2に、非常事態の法化が主張される。そして第3に何よりもヘッセがターゲットとしたのは、不文の緊急権（ungeschiebenes Notrecht）への回帰の拒絶である。すなわち、不文の緊急権は、あまりにも一般的であるが故に濫用の危険がついてまわり、しかも誰が非常事態権限を行使するかに関しても見解の相違がある。

この批判は、シュテルンの主張に対してあてはまる。確かに、シュテルンは、「実力としての国家緊急権」あるいは国家理性を援用し、非常事態にあたり「必要の前に法はなし」とする見方を否定した。非常時においては、法としての不文の緊急権を設定し、しかもその在り方には法であるための5つの条件をつけることを忘れなかった。しかし、不文の緊急権は、必ずや「憲法を越えて、政治目標として設定された法的に規範化された地点までも飛び越える根拠となる」¹⁰⁴⁾。ここに不文の緊急権論の最大の弱点がある。実際の場面では、不文の緊急権は、国家理性の論理に基づく非法的権力行使と差がなく、非常事態終了後——この終了認定が非常権保持者によって否定される場合があるが——事後的に不文憲法の意味内容を特定することによって、非法的手段を不文法的権力行使として合憲化を図っていくはずである。結局、不文の緊急権は、これを主張する者による言説と行動に関し、事後的に合憲性と正当性を与える手段でしかない。確認すべきは、非法的権力行使は、どこまでも非法の世界にとどまることである。

II. 非常事態の憲法的編入の限界

ベッケンフェルデは、非常事態／例外状態を憲法の柵に封じ込めることが可能であるという立場から、改正案を提言した。この流れに同調するのが、ケルステン（J.Kersten）である。ケルステンは、非常事態（Ausnahmezustand）の輪郭自体がぼやけているために、非常事態の概念把握は困難を極め、逆にだからこそ憲法による封鎖が必要であると主唱する。ケルステンによれば、非常事態の輪郭を不鮮明にさせる原因は、次の4点にあると指摘する¹⁰⁵⁾。第1に、概念上の深淵性（Untiefen）、第2に、規範的・法的非束縛性、第3に、政治的非自制性、第4に、理論的放任性（Ungehemtheit）である。

104) Ibid., S. 609.

105) J.Kersten, Ausnahmezustand?, in: Jus., H. 3, 2016, S. 194.

第1の概念上の深淵性とは、非常事態 (Ausnahmezustand) の言葉をドイツ基本法は用いず、「対内的緊急事態 (innerer Notstand)」の用語を用いたとしても、これを越えた非常事態が発生した場合、これにどのように対処するかの問題は残るという意味である — 不文の国家緊急権の課題を含めて。第2の規範的・法的非束縛性とは、非常事態における規範的状态が事実の要求からその法的拘束性より解き放たれるという意味である。そこでは「非常事態の理念は、非常事態は法を無視するが、これは法を実現するためにこそ行われる。憲法にとってはこういえる。非常事態の事実上の危機状況において憲法秩序を全般的に救うために、法的拘束力なしに憲法機関が行動する。その場合、非常事態の法学的ポイントは、行動している国家機関の法的非束縛性は正当化されるべきなのか、さらには法適合的なのか、あるいはもっと別なことなのか」¹⁰⁶⁾が問題となる。第3の政治的非自制性とは、非常事態における法的非束縛性から導き出される概念である。ヴァイマル憲法 48 条 2 項に定めるライヒ大統領の非常権限に関し、法的枠組みがあつたにもかかわらず、ヒンデンブルク大統領は、その適用を自在に行つたことが、その例示である¹⁰⁷⁾。第4の理論的放任性とは、非常事態に対する研究者自身の構え方が、相当程度、自由であり、非常事態から多様な概念設定が行われるという意味である — シュミットのように例外から通常を把握するような憲法理論¹⁰⁸⁾。

以上の指摘を踏まえ、ケルステンは、ベッケンフェルデ草案を検討し、次のようにいう。非常事態は予測不能性、計測不能性、多面性があるために規範化できず、非常事態を内容的にもれなく規範化することは問題外である。しかし、例外状態の管轄権、手続、方式は規定可能であるとし、ベッケンフェルデの「権力分立・議会関与型措置モデル」は、一定程度有効であると指摘している¹⁰⁹⁾。

ただ、ベッケンフェルデ草案は、非常事態の多様性に鑑み、場合分けして非常時の構成要件を定めておらず、したがってヴァイマル憲法 48 条 2 項 1 号のような一般条項と同じ方向性にある。ベッケンフェルデは、シュミット理論を継受し

106) Ibid.

107) Ibid., S. 195.

108) Ibid.

109) Ibid., S. 200f.

つつも、非常事態を法治国家的に制約し、民主的に責任をとらせることを描いている。その意味で例外状態の規範的・法的非束縛性、政治的無自制性、理論的放任性とは逆の立場にある¹¹⁰⁾。しかし、ベッケンフェルデが非常事態を憲法典に埋め込み、法的非常事態を設定したとしても、この憲法上の非常事態の限界を打破することについては、憲法的に論証することはできないと指摘する。結局のところ、非常事態に向けられた思想は不文の国家緊急権に帰し、非常事態思想の非自制性すなわち濫用の感染力が現れると指摘している¹¹¹⁾。

とはいえ、ケルステンはドイツ基本法の改善を目指し、内的緊急事態条項の改正を支持している。「ドイツ基本法は、例外状態なしに、またシュミットなしに、それ故、憲法秩序の保障が、危機的・国家緊急事態において危機にさらされることなくして、済ますことができるはずである」。具体的には、非常事態時にトップダウンとボトムアップを組み合わせた行政の力を包括的に束ねる施策である¹¹²⁾。そしてケルstenは、1968年時に非常事態法体制を整えたときのように、規範完璧主義と憲法リーガリズムを参考にして、「ドイツ基本法は、危機、緊急事態、テロにあたって憲法上準備はできている。ドイツ基本法は、連邦共和国のすべての住民の安全を実効的に保障するための必要な法的手段はいつでも使える。それ故に、ドイツ基本法は、不文の国家緊急権あるいは例外状態の承認を物理的力の期待と物理的力の思考の対象として認めてはいない¹¹³⁾」と述べ、「必要は法のみを知る。その法こそがドイツ基本法である (Not kennt nur ein Gebot: das Grundgesetz!)」と語る。

こうしたベッケンフェルデ、ケルstenの主張のポイントは、例外状態が憲法外的な世界に存在することを許さず、憲法内の事象とするために、例外状態は、常に通常事態の拡大化された非常事態空間に設置されなければならないことを目的としている。危機に対応する憲法の準備こそが、非常事態法制の眼目だからである。もちろんあらゆる事態を想定して法化することは不可能であるため、そこでは一般条項を作らざるを得ない。そのことは、先のベッケンフェルデ草案第X

110) Ibid., S. 201.

111) Ibid.

112) Ibid.

113) Ibid., S. 203.

条1項が端的に指し示している。もちろん、非常事態憲法法定説は、規範完璧主義を目指す故に、その規範化は一般条項となること必定であり、その結果、一般条項への統制の方法という法的手続論が浮上する。

そこに第1の問題点がある。すなわち、緊急事態における法的制限は、憲法上の実体的価値、基本権の内容にかかわるのであって、非常事態における各国家機関の役割分担論は、基本権制限のための構成の一つに過ぎないはずである。国家機関が融通無碍に活動できなければ、非常時に危機に対応することはできない。ベッケンフェルデ草案は、正にそのための権限だけを定め、活動内容に関しては包括的授權条項を設定せざるを得なかった。一般条項は、確実に基本権制限・停止を伴う。基本権をどの程度まで侵害できるかは、非常事態の質と規模と時間に完全に依存せざるを得ない。非常事態が長期間に及べば、憲法上の基本権の原則と例外が質的に転換する。そしてこれは、次の第2の問題を引き起こす。

第2の問題点は、非常事態の法化を進めていけば、通常状態における法秩序が非常事態の法秩序によって覆われ、非常時法体制が通常法を吸収する可能性が大きくなる点である¹¹⁴⁾。これは憲法典に非常事態条項があるという場合だけではなく、法律によって非常事態法制が完備された場合にも発生する。いわば、非常時法の吸引力が、通常時法体系を吸い寄せ、一国の国法体系が非常時法を中心とした法システムへと転換していく。憲法典に緊急事態条項がある場合には、国家構造の大きな転換になる。法律事項で緊急事態法制を整備すれば、法律群の転換となる。ただ、憲法典に緊急事態条項をもたないまま、法律としての緊急事態法制が作られた場合、憲法による統制可能性は、残余するとみることもできる。しかし、非常事態が発生した場合、憲法による統制力は弱まり、法律が逆に憲法を侵食する可能性が高い。すなわち、緊急事態の法律が憲法規範の規範力を吸収し、これを低減化し、法律が法律以上の規範力を増してくる。そこでは、憲法典に緊急事態条項があるか否かは、確かに決定的な法的意味の相違があるにもかかわらず、緊急事態という異常な例外状況の下では、通常法から非常時法への変転にともない、憲法を例外的に解釈し直すことが生じる。いわば、新たに蓄積された非常時法体系が、最初に設定した非常時法よりも膨らみ、憲法の意味空間が変

114) Böckenförde, a. a.O., (Fn.83), S. 1888.

質していく課題である。これに対抗できる法的仕組みを構築することは、かなり困難であろう。

六、小結

筆者は、非常事態に対応する法制度は、整備しなければならないとする立場に立つ。危機管理の一要素は、どんな事態が発生しようとも、これに対応する法的準備が存在することにある。日本国憲法に関していえば、立法上の緊急事態として参議院の緊急集会が規定されているが（憲法 54 条 2・3 項）、本条項は、「法としての国家緊急権」の源泉規定ではない。本条項以外に国家緊急権、例外状態、非常事態を前提とした積極的憲法条項は存在しない。その意味で「日本国憲法は、国家緊急権を知らない」といえる。

この憲法的評価は、2 つに分かれる。一つは、日本国憲法には、「憲法の欠缺」があるとみなし、憲法改正をもって緊急事態条項が導入されるべきだという先に指摘した大西芳雄の立場である。あるいは、不文の国家緊急権を唱え¹¹⁵⁾、緊急事態に備えようとみるのもこの流れにある。もう一つは、通説の立場であり、日本国憲法は、「法としての国家緊急権」を否定しているという小林直樹などの立場である。

この通説的理解の背後には、憲法 9 条における自衛隊の合憲性の課題と平和主義の実現にとって、自衛隊利用への警戒感がある。しかも、通説が描いている国家緊急権の登場場面は、旧憲法における戒厳（旧憲法 14 条 1 項）、対外的緊急事態すなわち自衛隊法及び武力攻撃事態等法における武力攻撃事態・存立危機事態、刑法上の内乱罪（77 条）、騒乱罪（刑法 106 条）のような国家権力がむき出しに国家の存立のために——場合によっては国民を敵対視してまでも——行動する部面である。だからこそ、通説は、国家緊急権の存在そのものを日本国憲法上はないと捉え、国家緊急権なるものの行使も、禁止されているとみなし、

115) 不文の国家緊急権を唱える代表者として、高柳賢三がいる。憲法調査会・前掲書（註 1）779 頁。また、英米法におけるコモン・ローに立脚するマーシャル・ロー（martial law）の日本国憲法適用性を唱える少数説もある。河原崎峻一郎「マーシャル・ルール、反乱、緊急事態」『ジュリスト』163 号（1958 年）38-42 頁参照。

非常事態が発生したときには、抵抗権をその代替機能として設定し、国家緊急権論を憲法上の人権論へと意識的に切り替えていったのであろう¹¹⁶⁾。そこに日本の戦後憲法学説の特異性がある。

ただこの通説の見方にも弱点はある。本来、国家緊急権の課題は、人権論には転換できないはずである。国家緊急権の本質は、国家が例外状態に直面したときに、国家は如何なる行動をとり、この行動が法に適合的であるのか否かが、問われるところにある。法適合性の分野で、国家行為が憲法上の人権条項を侵害するというを理由に、国家緊急権の存在自体を否定することはできない。例外状態において国家行為が憲法典の要求する統治関連規定を無視しているのか否か、無視していないときでも、憲法上の人権条項のどの部分がどの程度、侵害されているのかが、「法としての国家緊急権」の考察対象である。

もう一つ日本に関していえば、既存の緊急事態法の方性に関してである。国家緊急権の発動は、戦時・武力攻撃のような対外的緊急事態の場合だけではない。国家緊急事態の想定範囲は、大規模災害・大地震、テロによる無差別殺傷行為、原子力発電所の事故、新型感染症の蔓延、経済的パニックなど、およそ人に対する包括的な害悪も含み、その範囲は不定型である。これにどう対応するかが、現況の国家緊急権論の幅と深さの課題である。ある意味、通説が描いてきた国家緊急権の射程は、2001年9月11日を出発点とした「テロとの戦い」から現在のCOVID-19禍の状況とは、明らかに乖離が生じてきている。

日本では、様々な災厄は、各個別法律によって対応してきた。すなわち、国家緊急権の範囲の内、対内的緊急事態で自然災害と目される部面において、内閣による緊急事態の布告が定められている。たとえば、災害対策基本法105条1項の「災害緊急事態の布告」、大規模地震対策特別措置法9条における「地震災害に関する警戒宣言」、原子力災害対策特別措置法15条2項における「原子力緊急事態宣言」、新型インフルエンザ等対策特別措置法32条に基づく政府対策本部の長（首相が兼務）による「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」の公示である。また、対内的緊急事態については警察法が包括的な緊急事態宣言規定を定め

116) 和田英夫『国家権力と人権』（三省堂、1979年）13頁以下参照、影山・前掲書（註68）96頁以下参照、山内・前掲論文（註32）44頁、岩間・前掲書（註34）336頁以下参照。

ている。警察法 71 条の「緊急事態の布告」である。

確かに、日本の緊急事態法制は、国会関与脆弱性、発令要件の曖昧性、発令後の諸措置の法統制などに関し個別的な問題はある。ただ留意すべきは、日本の緊急事態法制の特質は、憲法上の国家緊急権とは切り離され、「法律としての緊急事態」が単独に形成された点にある。この憲法的事実は、憲法の下位規範の様式を枠づける重要な要素となっている。すなわち、憲法規範の重力によって下位の法律を押さえ、緊急時においても憲法規範の侵食を許さず、憲法上の人権の制約も「公共の福祉」に基づく典型的な人権間の調整¹¹⁷⁾として機能させているからである。つまり、憲法の局面における緊急事態、すなわち憲法上の国家緊急権ではなく、憲法が想定している領域の災厄に関し、法律レベルにおいて緊急事態を描くという日本の手法は、決して間違った方向ではない。むしろあえて緊急事態を憲法レベルに引き上げようとするのは、既存の憲法規範の例外を作り、憲法規範の全部または一部を停止する——もちろん人権条項の停止——ことが手段として選択され、ついには日本国憲法によって作られた統治主体者によって、「日本国憲法の停止」へと展開せざるを得ない。むしろ憲法的重力を一層、加重化させ、法律内容の厳格な規範制限を構築することが必要である。

現実の COVID-19 禍に直面し、政府対策の醜さにあきれ——アベノマスクとまで揶揄される愚策——日本国憲法に国家緊急権があれば、もっと違った図柄があったはずだとみる風潮がある。しかし、現況の問題性は、日本国憲法に起因するのではなく、新型インフルエンザ等対策特別措置法と感染症法の法構造にあり、この法律と既存法令を適切に運用できない内閣統治に原因がある。感染症による非常事態、テロによる非常事態などの諸問題の論究は、別稿で論じることにした

い。

117) 清宮四郎の代表的テキストは、公共の福祉を「ある人の人権に対抗するものは、実は、他人の人権なのである。そこで、人権と人権との衝突を防ぎ、両者を調整するものが必要になる」と描く。調整場面で利用されている例が、伝染病にかかった者に対する居住・移転の自由の制限である。清宮四郎『全訂 憲法要論』(法文社、1961年) 107頁参照。

〔追記〕

本稿は、本学の 2020 年度個人研究助成費（研究番号 20-16）による研究成果の一部である。