

緊急事態法制の憲法構造問題

— 国家緊急権論の考察 (2) —

加 藤 一 彦

《目 次》

- 一、はじめに
- 二、国家緊急権学説の系譜
- 三、緊急事態法律の整備過程
- 四、緊急事態法制の法構造問題
- 五、小結

一、はじめに

本稿の主たる関心は、日本国憲法下の非常時法の法設計の限界問題にある。つまり、憲法改正なしにどこまで日本国憲法が非常時に対応できるかという憲法の積載能力の問題である。この問題を解くにあたっては、憲法体制がこれまで非常時にどのように向き合い、また向き合ったときにどのような課題が投げかけられたのかという点から始めなければならない。ただ、筆者の能力からして、旧憲法体制以降の緊急事態法制・軍事法制を全般的に把握することは困難である。また、現憲法における緊急事態法律群をそれぞれ分析することも無理である。そこで、ここでは、平時から緊急事態への移行の法律構成に着眼した。すなわち、内閣は、どのような事象があれば、緊急事態と判断し、その判断の前後に国会はどのような役割を有するのかという点に的を絞ってみた。

ただそうした議論をする前に、国家緊急権論に関し、日本の学説状況について言及してみた。というのも、日本国憲法上、国家緊急権条項が存在しないことが、緊急事態法律群に何を与え、何を与えなかったのかが把握されるべきと考えたからである。この作業によって、「国家緊急権なるもの」の大枠の中で、緊急事態

に対応する各法律の特質が明らかになろう。また、旧憲法時代の憲法と非常時との向き合い方について、最小限の復習を試みた。この復習によって、現憲法における国家緊急権の扱い方と緊急事態法律群の策定に、何らかの方向性が与えられたと推察したからである。以上の手順を踏まえて、日本国憲法における緊急事態法制の方向性を示すことができると念じている。

二、国家緊急権学説の系譜

1. 前景

国家緊急権 (Staatsnotrecht) とは、「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限」¹⁾と一般的に定義されている。この定義によれば、国家緊急権の特質は、第1に、国家存立のための法理論であり、国家の保護を受けるはずの国民は背後に置かれること。第2に、憲法規範の効力が一時的に全部または一部停止されること。第3に、国家権力を把握する者が憲法の上位に立ち、自己の権力行使を正当化し、事後においてその行為の合法性を主張できること、にある。

定義はそのように描けるが、これを実際の場面であてはめようとした場合、自己矛盾に陥る。事前に非常時法で対処できない事態が発生した場合、誰が国家緊急権を主張できるのかという課題である。棟居快行が、「平時の統治機構が国民主権国家、民主主義の国においては統治機構の全てなのです。非常時の統治機構は、そもそも存在しない」²⁾と語り、「誰が正当な権力者なのか」³⁾という問題に当然、行きつかざるを得ないことを指摘している。この棟居の指摘は、確かに一面の真理を含んでいる。人間が想定できる非常時・異常時の範囲は限られており、法に全てのことを記入することは不可能だからである。この不可能なことを知った上で、なおかつ国家緊急権の存在を主張することは、法の世界では説明できな

1) 芦部信喜『憲法〔第7版〕』(岩波書店、2019年)388頁。

2) 棟居快行「災害と国家緊急権」関西学院大学災害復興制度研究所編『緊急事態条項の何が問題か』(岩波書店、2016年)23頁。

3) 同上。

いかかもしれない。つまり「国家緊急権なるもの」の行使は、法の場面で評価することが困難である。芦部が先の定義に続けて「超憲法的に行使される非常措置は、法の問題ではなく、事実ないし政治の問題である」⁴⁾と記述したのは、国家緊急権が法の臨界点を常に超え得る「事実としての力」、あるいは「事実の世界」へと転換することを意味している。

とはいえ、国家緊急権の存在自体を無視しても意味がないであろう。というのも、異常な非常事態は、どこの国でも生じ、これを放置せずむしろ対処するのが人間の営為だからである。その営為を法的に評価することは、規範科学の観点からして無意味ではない。では、このような「取扱注意」を要する国家緊急権は、日本ではこれまでどのように扱われてきたのであろうか。

II. 旧憲法における非常時処理方法

大日本帝国憲法（1889年）は、立憲君主制的憲法である。そこでは主権者である天皇が非常時に一切のことをなす権限を有するとの言説——「主権者とは例外状態についての決断者である (Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheidet.)」(C. シュミット)⁵⁾——が成立する憲法環境があった。旧憲法は、君主の大権事項を天皇大権として当初より組み込んでいた。非常時に際し天皇が統帥権（同11条）を行使する場面では、戒厳の宣告（同14条）、非常大権（同31条）が定められていた⁶⁾。他方、軍事権行使を前提としない「公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要」（同8条1項）がある場合には、天皇が緊急勅令を発することができ、また「公共ノ安全ヲ保持スル為緊急ノ需要アル場合」には、天皇は緊急財産処分（財政的緊急命令）を行使することができた（同70条）。もっとも、両者の「緊急ノ必要」、「緊急ノ需要」の措置は、帝国議会が召集されていないという消極的事由を要件として発せられる。

帝国議会は立法権行使につき天皇の「協賛機関」（同5条）にとどまり、法定

4) 芦部・前掲書（註1）388頁。

5) C. Schmitt, Politische Theologie, 11. Aufl., 2021, S. 13. 長尾龍一訳「政治神学」同編『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2頁。

6) 戒厳と非常大権に関しては、分析したことがある。加藤一彦「大日本帝国憲法における非常大権の法概念」『現代法学』（東京経済大学現代法学会誌）28号（2015年）95-121頁。

立は天皇大権の前に引き下がらざるを得ない。すなわち、帝国議會召集権能は天皇のみに属し、帝国議會のみならず、貴族院、衆議院は「全ク自律的集會権ナク、又自ら會期ヲ伸縮スルノ權ヲ有セズ、其ノ活動ヲ終始セシムルハ憲法ノ制限ノ下ニ一ニ天皇ノ大権ニ依ル」⁷⁾。しかも常会は「三箇月ヲ以テ會期トス必要アル場合ニ於テハ勅命ヲ以テ之ヲ延長スルコトアルヘシ」(同 42 条)と定められ、臨時會召集も天皇権能に属し、その會期も勅令で定められていた。

こうした立法定立構造からすれば、平時においても勅令中心立法が原則とならざるを得ない。実際、旧憲法時代(旧憲法施行から日本国憲法施行直前まで)の法律と勅令の件数は、法律 3,282 件、勅令 25,252 件であり⁸⁾、勅令が圧倒している。また帝国議會が召集されず、「緊急ノ必要」(同 8 条)がある場合に発せられる緊急勅令と「緊急ノ需要」(同 70 条)がある場合に発せられる緊急財産処分(緊急財政的勅令)の件数は、前者では 89 件、後者では 24 件が記録されている⁹⁾。なお、両規定が併用される場合があるが、その件数は 6 件である¹⁰⁾。

まとめていえば、旧憲法では平時において勅令中心立法が貫徹され、帝国議會が召集されないあるいは召集不可能な場面でも緊急勅令、緊急財産処分の天皇大権が整備されていた。また、軍勢力を要する非常時では、戒嚴の宣告及び一度も発令されなかった非常大権も用意されていたことも忘れてはならない。

さらに、旧憲法に当初から規定された先の法的根拠規定に加えて、帝国議會が自己の立法権を政府に委譲し、委任を受けた政府が勅令を発する権限を獲得したことも重要である。たとえば、国家総動員法(1938 年)¹¹⁾では、「政府ハ戦時ニ際シ国家総動員上必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ帝国臣民ヲ徵用シテ總動

7) 美濃部達吉『憲法撮要〔改訂 5 版〕』(有斐閣、1932 年) 419 頁。

8) 増田知子「近代日本政治における緊急勅令の概要」『名古屋大学法政論集』273 号(2017 年) 7-10 頁の表参照。また、『内閣制度七十年史』(1955 年) 679-681 頁所収の「法令・条約公布一覧」参照。

9) 増田・同上・10 頁。

10) 法制局『緊急勅令集』(1935 年)及び同『緊急勅令集追録』(出版年不明)には、旧憲法制定以降、1945 年 8 月 15 日までの緊急勅令及び緊急財産処分が全て収録されている。両書による公式数は、緊急勅令 75 件、緊急財産処分 13 件、それとは別に併用 4 件である。本文の数と一致しないのは、敗戦後の占領時代に多くの緊急勅令／緊急財産処分が日本国憲法施行前まで発せられたからである。

11) 『官報』第 3371 号 1938 年〔昭和 13 年〕4 月 1 日 1 頁。

員業務ニ従事セシムルコト得但シ兵役法ノ適用ヲ妨ゲズ」(同4条)という法形式で帝国議会の議決なしに広範な経済統制法令を定立してきた。特に、敗戦間際に戦時緊急措置法(1945年)¹²⁾が制定されたことは決定的である。というのも本法は、政府への包括的授権法であったからである。同法1条は、「大東亜戦争ニ際シ国家ノ危急ヲ克服スル為緊急ノ必要アルトキハ政府ハ他ノ法令ノ規定ニ拘ラズ左ノ各号ニ掲グル事項ニ関シ応機ノ措置ヲ講ズル為必要ナル命令ヲ発シ又ハ処分ヲ為スコトヲ得」と定め、同2条では「政府ハ勅令ノ定ムル所ニ依リ前条ノ規定ニ基キテ発スル命令ニ依リ為ス処分又ハ同条ノ規定ニ依リ為ス処分ニ因リ生ジタル損失ヲ補償スルコトヲ得」と定めたことから、勅令が帝国議会による法律制定の代替立法機能を果たした¹³⁾。ただ、敗戦直前に戦時緊急措置法が制定されたため、本法に基づいて制定・施行された勅令は2件と少ない¹⁴⁾。

以上のように非常事態に対応した憲法制度が完備されていたが、そういう法環境の下でも、国家総動員法と戦時緊急措置法が制定されたのは、「新たな非常事態が発生した場合には、それに対応できる法制度が必要だ」という見方が大勢を占めていたからである。だがそれは、非常大権規定に基づく天皇の非常措置権の実用が困難であることの裏返しでもある。以下では、非常大権の学説について通観しておこう。

Ⅲ. 国家緊急権と非常大権との関係

旧憲法31条は、非常大権の規定である。同31条は「本章ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」と定め、旧憲法「第二章 臣民権利義務」の諸規定が停止されることを明示している。

非常大権規定の意義は、『憲法義解』によれば、次のように解釈されていた。「国権は危機の時機に際し国家および国民を救済してその存立を保全する為に唯一の必要方法ありと認むるときは、断じて法律および臣民権利の一部を犠牲にし

12) 『官報』第5531号1945年〔昭和20年〕6月22日109頁。

13) 戦時緊急措置法に関しては、加藤一彦「ファシズム法としての戦時緊急措置法の法構造」『現代法学』(東京経済大学現代法学会誌)38号(2020年)3-35頁。

14) 同上・11頁参照。「戦時罹災土地物件令」(勅令411号)『官報』第5548号1945年〔昭和20年〕7月12日85頁、「戦時緊急措置法ニ基ク税制ノ適正化ニ関スル件」(勅令423号)『官報』第5556号1945年〔昭和20年〕7月21日145頁。

て以てその最大目的を達せざるべからず。これ乃ち元首の権利なるのみならず、またその最大義務たり。国家にしてもしこの非常権なかりせば国権は非常の時機に際りてその職を尽くすに由^{ゆえ}なからむとする。各国の憲法に或はこの義を明示し、或は明示せざるとにかかわらず、その実際に於て存立を保全する国権の権力を認許せざるはあらず。何となれば、各国すべて皆戦時のために必要な処分を施行するは誣^しふべからざるの事実なればなり。ただし、常変の際、間に髪^{かみ}を容ること能はず。夫の時期の必要に非ずして妄^{みだり}に非常権に推托し以て臣民の権利を蹂躪するが如きは、各憲法の決して許さざる所なり。けだし正条に非常権^{がえ}を掲げおよびその要件を示す者は非常の時期のために憲法上の空欠を潰すことを肯むぜざるなり」¹⁵⁾。

ただ『憲法義解』において、非常大権規定(31条)と戒厳の宣告規定(14条)との相違が明らかにされず、その後の学説においても、どのような場合に非常大権が発動されるのか、また非常大権の法的効果・法的範囲はいかなるものかに関し、各論者に意見の一致はなかった。この点に関し、すでに別稿¹⁶⁾でふれておいたので、ここでは次のことを指摘しておきたい。旧憲法31条に定める「戦時又ハ国家事変ノ場合」に、憲法条項の侵害対象は第2章の「臣民権利義務」にとどまるのか否かという点が、重要である。通説的理解は、臣民の権利義務の諸規定への侵害のみがその限界と捉えている¹⁷⁾。他方、黒田覚は、非常大権の対象は、臣民の権利義務の諸規定にとどまらず、「第二章以外の立法事項の侵害」¹⁸⁾も可能であるという見解を表していた。

こうした非常大権の適用範囲をめぐる相違は、旧憲法に対する立憲主義的解釈への論者の対応と関連していたが、しかし、これとは全く異なる方向性を示した非常大権の解釈が1930年代に生まれたことには注意が必要である。山崎又次郎は、旧憲法31条は、「憲法の破毀(Verfassungsdurchbrechung)」の根拠規定と捉える独特な学説を展開していた¹⁹⁾。山崎は次のように述べる。「憲法の破

15) 伊藤博文著 宮沢俊義校註『憲法義解』(2019年、岩波文庫)73頁。ただし、ふりがなを省略したところがある。

16) 加藤・前掲論文(註6)104-110頁参照

17) 美濃部達吉『憲法精義』(有斐閣、1934年)417頁参照。佐々木惣一『日本憲法要論〔訂正4版〕』(金刺芳流堂、1933年)262-263頁参照。

18) 黒田覚『国防国家の理論』(弘文堂、1941年)187頁。

毀は、全体としての政治的存在の利益の為に、執られるものが故に、それは、此点に於て、単なる法規に先んじて、政治的存在の在ることを意味するのである²⁰⁾、「天皇の『大権』とは……憲法上、法律的形式を具備したる大権に非ずして、実に、天皇の統治権即ち私の所謂、政治的権力に還元せられたる大権である²¹⁾、換言すれば「本条の規定は、私を以てすれば、決して憲法上に於ける所謂『非常大権』に関する規定ではない²²⁾。つまり山崎によれば、天皇主権を前提として制定された大日本帝国憲法は、憲法制定権者たる天皇によって、成文憲法として制定されたにもかかわらず、現時点における主権者たる天皇は、改めて憲法制定前の段階の祖宗以来からの「国家統治ノ大権」を再起動させることができると捉える。旧憲法 31 条は、いわば法としての憲法の一つの穴であり、栓で閉じられたその穴は天皇のみが操作し、その結果、規範としての憲法自体を天皇の意思によって排除できるという、あからさまな神権的国体維持学説を唱えた。

では、非常事態に対応可能な法制度を持ち、非常大権規定の解釈拡大化も可能であった旧憲法時代に、国家緊急権の法概念は、どのように描かれていたのだろうか。戦前の憲法学説において国家緊急権の研究は乏しいが、次の 2 つの作品が重要である。一つは大西芳雄の「国家緊急権の限界」²³⁾、もう一つは尾高朝雄の「国家緊急権の問題」²⁴⁾である。

大西は、国家緊急権をかなり限定的に定義づけている。すなわち、「国家緊急権は国家秩序の終局的な基礎をなす法以前の憲法制定権力を問題とすることなく、この憲法制定権力に依つて与えられ、組織化せられた国家組織の内部に於て、機能を営み、限界が与えられてゐるものである」、「国家緊急権は与え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された権限に外ならない²⁵⁾。一方、大西は「国家非常権」という観念を設定している。Staats-

19) 山崎又次郎『憲法学』(丸善、1933年)167頁参照。

20) 同上・166頁。

21) 同上・167頁。

22) 同上・168頁。

23) 大西芳雄「国家緊急権の限界」田村徳治編集『佐佐木博士還暦記念 憲法及行政法の諸問題』(有斐閣、1938年)83-101頁。

24) 尾高朝雄「国家緊急権の問題」『法学協会雑誌』62巻9号(1944年)893-931頁。

25) 大西・前掲論文(註23)99頁。

notrecht の訳語²⁶⁾がこれに対応する。国家非常権は、「憲法制定権力の謂わば派生物として主権者のみがこれを有する……この国家非常権は国家の同一性を保持しながら、換言すれば憲法制定権力の存在自体には触れないで、新しい国家法律秩序を造り出すものであり、かゝる意味に於て既存の法的秩序を標準としてはその合法性を問題とされ得べきものではなく、たゞ将来の新しい憲法秩序によつてのみその合法性が問題とされ得るのみである」²⁷⁾。大西が戦後に著した「国家緊急権の問題」²⁸⁾論文では、この2つを次のように表現している。国家緊急権＝「実証法的にその行使が限定されている非常的権力」²⁹⁾、国家非常権＝「国家の危機が極度に重大なとき、国家権力の把持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」³⁰⁾である。

大西が、非常権を以上のように分類したのは、先の山崎学説への批判と関連している。すなわち山崎が非常大権規定を天皇が一切のことをなし得る政治権力と把握したことに対し、非常大権はそういう性質のものではなく、「憲法に規定せられた国家緊急権の一種」³¹⁾と制限的に捉え、「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」³²⁾と描き出したかったからに外ならない。つまり、大西にとっては、旧憲法は非常事態に対応した憲法的装備が備わっており、これを越えた「国家非常権」を用意する必要はないという実質的な判断がそこにはあった。大日本帝国憲法を超越する政治権力の源泉を

26) 同上・97頁。

27) 同上。

28) 大西芳雄「国家緊急権の問題」『立命館法学』1号(1952年)、同『憲法の基礎理論』(有斐閣、1975年)219-245所収。引用は同書からである。

29) 同上・220頁。

30) 同上・219頁。この区分は、ヴァイマル憲法48条におけるライヒ大統領の非常権に関する法実証主義者たちの憲法解釈と同様である。たとえば、R. Thoma, Der Vorbehalt der legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: G. Anschütz u. R. Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., 1932, S. 231f. 参照。トーマは、ヴァイマル憲法の国法秩序の此岸に生じる一切のものを「国家的不法 (Staatsunrecht)」と表現している。Ibid., S. 232.

31) 大西・前掲論文(註23)101頁。

32) 同上・99頁。

この憲法の中に見いだすことは不可能だという見解である。

尾高は、国家緊急権 (Staatsnotrecht) を大西とは逆の形で定義づけている。尾高にあつては、「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するのが『国家緊急権 (Staatsnotrecht)』」³³⁾の特質だとみる。他方、「非常緊急に対処するための例外措置であっても、それが法によつて、特に立憲国家の憲法によつてあらかじめ法制度として規定されてゐる場合には、その発動はここにいう『法を破る法』ではなく、それ故に国家緊急権ではない」、「これを憲法上の非常措置法または非常措置権と名づける」³⁴⁾。したがつて、ヴァイマル憲法 48 条 2 項のようなライヒ大統領の独裁権は、国家緊急権ではなく立憲制度上の非常措置権であり、「法を破る法」の意味を持たないと指摘している。

尾高論文の主旨は、旧憲法において非常事態が発生した場合、「法を破る法」としての国家緊急権が主張できるか否かにある。尾高は、戒厳とこれを超える戦時・国家事変のときに発動される非常大権という主たる旧憲法の非常措置権が、天皇大権として実定法化されている点を重視し、これを超える「国家緊急権の概念、もしくはこれに類似する法の破砕の企図の介入する余地は全くないといふべきである」³⁵⁾との結論を下す。すなわち、尾高は、非常大権を拡大する黒田学説また旧憲法を全面的に戦時規範体系へと転換する大串兎代夫の「神ながら」国家論³⁶⁾の立場を否定し、同時に法解釈により非常大権の質的転換を図るのではなく、憲法改正の手法の重要性を指摘する。けだし、「大日本帝国憲法は、わが国の国家活動が常にそれによつて行はるべきところの『政治の矩』を破ることは許されない」³⁷⁾からである。尾高がケルゼン『一般国家学』に叙述されている「国家は『生存』しなければならないという殊勝な断言の背後には、多くは次のような無遠慮な意志だけが隠れている。それは、国家は、『国家緊急権』というものを是認させてこれを利用する人々が正しいと思うように、生存しなければならないと

33) 尾高・前掲論文 (註 24) 893 頁。

34) 同上・894 頁。

35) 同上・931 頁。

36) 大串兎代夫『現代国家学説』(文理書院、1941 年) 232-234 頁参照。

37) 尾高・前掲論文 (註 24) 931 頁。

いう意志である」³⁸⁾との至言を引用し、「法の破碎という危道に近づくことがないように」³⁹⁾、つまり国家緊急権が天皇大権の保持者である天皇に対して向けられることがないように、旧憲法において国家緊急権を封鎖したといえる。正に、その意味で尾高は旧憲法の護憲派であった。

以上のように、旧憲法における非常事態に即応した各憲法条項及び非常時法体制は、国家緊急権の必要性を減じていたと指摘できる。立憲君主制国家において、君主が最終的に一切のことをなし得る法的大権を保持するが、大日本帝国憲法は、正にそのような憲法体系を当初より法として形成し、1930年代以降の戦時においてはこれを強化する形で法律の定立を図ってきたが故に、尾高のいう意味での国家緊急権を封印できたのである。

IV. 日本国憲法における学説状況

日本国憲法は、国家緊急権を知らない。憲法上、国家緊急権の明示的根拠規定も類推規定も一切存在しない。参議院の緊急集会（憲法 54 条 2・3 項）の規定は、そのような根拠規定ではない。緊急集会規定は、解散を原因に衆議院議員が存在しない場合に、参議院が国会の代行を行うための規定である。この規定が導入されたのは、旧憲法の緊急勅令及び緊急財産処分に類する規定が日本国憲法草案にはなく、日本の法務官僚が、自然災害等が発生した場合、立法行為が不可能になる事態を重くみ、内閣と参議院が立法行為を分有すべきだという主張を強硬に行い、連合国総司令部（GHQ）側がこれを受け入れたことに始まる⁴⁰⁾。本条

38) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 157. 但し、ここでは 1993 年版 (Nachdruck) を利用した。清宮四郎訳『一般国家学』(岩波書店、1971 年) 262-263 頁。

39) 尾高・前掲論文 (註 24) 920 頁。

40) 参議院の緊急集会が作られた経緯については、加藤一彦『議会政の憲法規範統制』(三省堂、2019 年) 83-125 頁、高見勝利「天変地異と憲法」憲法理論研究会編『憲理研叢書 19 号 政治変動と憲法理論』(敬文堂、2011 年) 3-15 頁参照。また同『政治の混迷と憲法』(岩波書店、2012 年) 261-274 頁にも所収。緊急集会の開催は、衆議院解散により衆議院議員が不存在であることを絶対条件とする。この条件を緩和することは不適切である。但し、高見は、衆議院議員任期満了により衆議院議員が不存在になる場合に、参議院の緊急集会を開くことができるとの見解を著している。同「大震災と憲法」『世界』883 号 (2016 年) 156-157 頁参照。しかし、この見解は不適切である。これほどまでに拡大解釈をすれば、統治構造の憲法条文の拘束性は低減する。そこでは

項の規範的意味は、これ以上のことをもたず、そこから非常時に対応する法観念を引き出すことも、国家緊急権の論理を導くこともできない。

日本国憲法に国家緊急権の根拠規定がないことから、当然、国家緊急権については、これを導入すべきか否か、あるいは憲法上、何らかの憲法解釈を通じて、その存在を引き出そうとするか、あるいはそうした作業を否認するかをめぐってこれまで学説が展開されてきた。以下では、代表的な論者の学説を概観し、現時点の憲法学説の到達点をみておこう。

日本国憲法に国家緊急権／非常事態条項が存在しない点について、最初に問題としたのは、東京大学憲法研究会（1947年9月発足）である。その研究報告書「憲法改正の諸問題」⁴¹⁾の総論を担当した田中二郎は、「非常事態に対する措置」について考察を加えている。田中によれば、「われわれの研究会においては、多数の意見は、そのような緊急事態の法的措置に関する規定の必要を認めず、そのような規定を置くことにむしろ積極的に反対した」⁴²⁾。というのも、ヴァイマル憲法48条がヴァイマル憲法崩壊の原因になったこと、また「あらゆる非常事態に対する措置を広く規定するとすれば、それは、濫用の危険を齎らすこととなる」からである。加えて、田中は次のようにいう。「憲法政治の保障は、右に述べたような危険を冒してまで、憲法の規定の論理的完璧さを期することによつてではなく、民主主義の基盤に立つ健全な常識によつて、可能なのである。それによつて克服しえない非常事態の到来は、憲法の否定であり、革命である。憲法の中に、革命についての規定をおくことは、憲法の自殺の承認である」⁴³⁾。

田中がどのような非常事態を想定していたかは不明であるため、この文意には論理的飛躍がみとれる。ただ、研究会が国家緊急権／非常事態条項の導入につき明示的に反対意見を表明したのは、旧憲法時代の非常時法制の経験が、マイ

政治に立ち向かうはずの憲法の規範力は——緊急集会を求める権能を持つ——内閣の意思によって恣意的に縮小される可能性が高まる。高見の「憲法に欠缺はない」との主張は、「憲法の無謬性」と紙一重である。むしろ、緊急集会が開けない事態があるこそ、衆議院議員任期満了前に衆議院議員の総選挙を必ず行うとの憲法的意義を確かめた方が適切であろう。

41) 「憲法改正の諸問題」『法学協会雑誌』67巻1号（1949年）1-84頁。

42) 同上・8-9頁。

43) 同上・9頁。

ナス・イメージとして捉えられた結果であろう。ただ、非常事態条項不要という見解は、次のことを無視しては語ることはできない。当時、日本は主権国家ではなく占領下に置かれており、日本国内において非常事態が発生した場合には、連合最高司令官が対処する点である。すなわち、「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ発スル命令ニ関スル件」（いわゆるポツダム勅令）⁴⁴⁾に基づき連合最高司令官の要求があるときには、同勅令に基づき日本国憲法の本来の守備範囲の外の領域まで命令の法形式をもって日本政府が発するとされていた（いわゆる間接統治）。そこでは、日本国憲法が想定していない事態があった場合にも、連合側側の要求によって、いかなる対処もできるという一種独特な法環境があり——占領法と日本国憲法の二重構造——またそれゆえに憲法に非常事態条項がなくとも、GHQがなんとかしてくれるという安心感も不要論に影響を与えたと指摘できる。

国家緊急権／非常事態条項は不要とみるのが初期の流れであるが、その後次第に、憲法は非常時に積極的にかかわるべきとする学説が現れてきた。1950年代後半の憲法改正論議においてである。その方向性は、第1に、憲法改正による国家緊急権の承認と非常事態条項の新設、第2に、不文憲法による国家緊急権の発動を求める学説である。

第1の立場は、非常事態憲法法定説である⁴⁵⁾。この代表者が大西芳雄である。大西は、非常事態を想定していない日本国憲法を「憲法の欠缺」と診断し、憲法改正を従来より唱えていた⁴⁶⁾。憲法典に導入すべきとする代表的論者である。またこの見解は1957年に発足した憲法調査会における多数意見である⁴⁷⁾。この流

44) 『官報』号外第5608号1945年〔昭和20年〕9月20日1頁。勅令第542号。この勅令は旧憲法8条1項に基づく緊急勅令である。同勅令の原文は、以下の通りである。「政府ハ「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ聯合國最高司令官ノ爲ス要求ニ係ル事項ヲ實施スル爲特ニ必要アル場合ニ於テハ命令ヲ以テ所要ノ定ヲ爲シ及必要ナル罰則ヲ設クルコトヲ得」。なお、同日に公布施行されたもう一つの勅令第543号では、命令（勅令、閣令、省令）違反に対し懲役又は禁固3年以下、5千円以下の罰金等が定められている。

45) 学説の分類と名称は、加藤一彦「非常事態における憲法の規範関係」『現代法学』（東京経済大学現代法学会誌）39号（2020年）49-50頁において示しておいた。

46) 同上・35-37頁において、大西の見解を分析しておいた。大西の見解は、「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。なお、同『憲法の基礎理論』205-218頁に同報告は収録されている。

47) 憲法調査会『憲法調査会報告書』（1964年）772-773頁参照。

れは、現在までの改憲論に継承されている。

第2の立場は、国家緊急権不文法説である。この見解は、英米法のマーシャル・ルール (martial rule / マーシャル・ローという場合もある) を援用し、憲法に非常事態が規定されていない場合に、必要性 (necessity) の理論をもって、行政府が一定の行為を行い、事後において議会による免責を求めるという学説である (免責法 [indemnity act / Indemnität] の制定)。これは、憲法調査会における高柳賢三 (会長) が、「不文の原理」を想定し、非常事態における政府による措置権を承認する見解を明らかにしたことから一定程度の理解者を獲得した⁴⁸⁾。また高柳は、別のところで非常事態の措置を「憲法中に規定することは、有害かつ無益である」としながらも、非常事態が起きた場合は、「憲法の規定いかにかわらず、それに即応する非常処置をとりうることは、不文の原理である」と指摘し、この措置権は「自衛権とひとしく、国家に本質的なものであつて憲法に明文がなくとも存在する」⁴⁹⁾と述べている。

こうした見方は、英米法系憲法研究者によって、現在まで脈々と受け継がれている。例えば佐藤幸治は、「非常手段的憲法保障」として「憲法の存続を図るため非常措置を講ずることは不文の法理として肯定しなければならないであろう」⁵⁰⁾との見解を著している。ただ、佐藤の場合、むき出しの国家体制維持を承認するというよりも、「日本国憲法にあつては、単に『国家の存立』のためということではなく、個人の自由と権利の保障を核とする憲法秩序の維持ないし回復を図るためのものでなければならない (目的の明確性の原則)」⁵¹⁾と指摘し、非常措置権行使にあつては、「一時的かつ必要最小限度性」と「責任性の原則」を行使条件としている⁵²⁾。

48) 同上・779頁。同趣旨の見解として、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。

49) 高柳賢三「憲法に関する逐条意見書」『ジュリスト』289号(1964年)42頁。

50) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』(成文堂、2020年)62頁。

51) 同上。

52) 同上。この佐藤の見解は、ドイツでは少数説であるシュテルンの立場に近い。K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, 1. Aufl., 1980, S. 1328ff. シュテルン学説に関しては、加藤・前掲論文(註45)58-60頁において、分析しておいた。

こうした見解に対し、通説的理解は、日本国憲法には国家緊急権、非常措置権の根拠規定が存在しないことを理由に、そのような非常権一般は、積極的に否認されるという国家緊急権否認説である。この見解を最初に主張したのが、小林直樹である⁵³⁾。小林は、その『国家緊急権』において国家緊急権否認説を唱える。「憲法が緊急権規定をもたなかったのは……憲法の欠缺でも欠陥でもなくて、旧体制の経験に鑑みてその遺物を払拭するという過去に対するネガティブな側面と、平和原則および民主主義に徹するというポジティブな意味を有する」⁵⁴⁾、「憲法が、旧体制のような緊急権規定を置かなかったのは……積極的な意味をもつ『沈黙』だと理解すべきであろう」⁵⁵⁾。

また、芦部信喜も国家緊急権を認めることには反対の立場に立つ。芦部は、「実定法の規定がなくても、国家緊急権は国家の自然権として是認される、とする説は、これを採ることはできない。憲法上の根拠なく緊急事態に対して超憲法的な非常措置権として行使されるものは、法の問題ではなく、事実ないし政治の問題である。この点で、自然権思想を推進力として発展してきた人権、その根底にあってそれを支えてきた抵抗権と、性質を異にする」⁵⁶⁾と指摘し、憲法を超える国家緊急権の概念を法の世界から追放する。

国家緊急権論を考察した古川純、山内敏弘、岩間昭道の諸研究は、先の戦後憲法学の潮流の中にある。例えば、古川は、「成文憲法主義の現行憲法下に不文の国家緊急権を認めることは、立憲主義の自殺行為であり、論理矛盾となる」⁵⁷⁾、「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と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」⁵⁸⁾と指摘している。また山内⁵⁹⁾は、「国家権力に国家緊急権を付与

53) 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頁が小林の最初の論考である。

54) 小林直樹『国家緊急権』(学陽書房、1979年) 181頁。

55) 同上・187頁。

56) 芦部信喜『憲法学 I』(有斐閣、1992年) 66頁。

57) 古川純『日本国憲法の基本原理』(学陽書房、1993年) 207頁。

58) 同上・193-194頁。

59) 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。最近の作品として、同『安倍改憲論のねらいと問題点』(日本評論社、2020年) 102頁以下参照。

すること」は、「究極的には不可能」と指摘する。岩間は、集合主義的国家観から個人主義的国家観に転換した日本国憲法では、国家緊急権の存在自体が否定されと捉える⁶⁰⁾。最近では、棟居快行⁶¹⁾もその流れを引き継いでいる。

学説状況をまとめていえば、日本国憲法は、国家緊急権あるいは非常措置権を認めず、これを積極的に否認している。とはいえ、これは憲法上の論理にかかわる課題でしかなく、緊急事態／非常事態の事象は、自然災害をも含め確実に起きる。和田英夫が指摘するように、「日本国憲法の常時法的・平時法的性格という基本的特質」があるにもかかわらず、「憲法がひろい意味での緊急事態に全く無関心ではないことは、憲法五四条の参議院の緊急集会から明らかであるが、そこにおける緊急事態への対処の方式は……『国権の最高機関』（四一条）たる国会レベルに留保される（ここにも国会中心主義体制がみられる）」⁶²⁾と述べている点に留意が必要である。日本では「国家緊急権の具体化としての法律」が、これまで多く制定されてきており、その実態は、憲法上の国家緊急権否定論とは切斷されながら、防衛法制と連動しつつ、現在も進行しているからである。では、法律レベルにおける非常時法制の現況は、いかなる様相を示しているのだろうか。

三、緊急事態法律の整備過程

1. 雛形としての2つの警察法

非常事態を想定した法律規定が、最初に現れたのは警察法である。GHQは、1945年9月21日「降伏後ニ於ケル米国ノ初期ノ対日方針」(United States Initial Post Surrender Policy For Japan/SWNCC150/4/A)⁶³⁾を決定し、日本における秘密警察の解消を要求した。10月4日、GHQは日本政府に対し、「政治的公民的及宗教的自由ノ制限除去ニ関スル覚書」(SCAPIN93. いわゆる人権指令)を発令した。この指令によって、内務大臣、警保局長、警視總監、府県警察

60) 岩間昭道『憲法破毀の概念』(尚学社、2002年)336-337頁参照。

61) 棟居・前掲論文(註2)27-28頁参照。

62) 和田英夫『〔新版〕憲法体系』(勁草書房、1982年)418頁。

63) 原文と邦訳は、『日本管理法令研究』第1巻第2号(1946年)71-84頁に掲載されている。ここでは、大空社の復刻版(1992年)第1巻を参照した。

部長、特高警察関係警察官が罷免され⁶⁴⁾、これ以降、警察組織の抜本的改革が進んでいく。

1946年7月以降、地方自治制度の改革と並行して、警察制度の改革が推進されていく。11月9日、警察制度審議会が内務大臣の下に置かれ、12月23日に答申が提出された。この答申では、①警察事務は道府県及び大都市に委ねること、②道府県警察と大都市警察は対等とし、これら警察部長は中央の選考委員会の議を経て各自治体で任命すること、③国家警察の機関として、中央警察庁と地方警察庁を置き、その監視機関として警察委員会を設けること、④警視庁は、中央警察庁の直轄とすること、などが提言された⁶⁵⁾。

この答申を受け、片山首相はGHQの指示の下、警察法案を策定した。具体的には1947年9月16日、マッカーサー最高司令官は、片山首相に書簡を送り、これにより警察法の基本方針が定まった。ここでの関心に絞って言えば、この書簡の次の記述が重要である。「国家的非常事態に際しては、都道府県又は地方警察事項に関し、中央政府が一時的に干渉する道は開かれるべきである。斯かる際に於ては、国家公安委員会の勧告に基き総理大臣は国家地方警察の都道府県部隊に対し指揮権を行使することが出来る。但し右の措置は20日以内に議会の承認を要する。斯くすることにより、中央政府の独断的警察干渉に対し都道府県知事の権限を擁護し得ると同時に国家利益に対し充分なる保護を与え得るであろう⁶⁶⁾。またこの書簡の添付書類では次の記述がある。「N・R・P (National Rural Police Force / 国家地方警察のこと — 引用者) は国家地方警察部隊又は自治体警察隊に対し、非常事態 (emergency) に於ける執行的管理を担当しなければならぬ。非常事態とは、国家の安寧 (the national welfare) に関わり、又影響あるものであつて、法律の定めるところにより、内閣総理大臣によって、全警察力の統制が行はれる」⁶⁷⁾。

9月20日、警保局は『「マ」書簡に基づく警察改革要綱 (案)』を作成したが、

64) 田上穰治『警察法〔増補版〕』(有斐閣、1978年)18頁参照。

65) 同上・20頁参照、警察制度研究会編『〔全訂版〕警察法解説』(東京法令出版、2004年)4頁参照。

66) 自治大学校研究部監修『戦後自治史 IX』125頁。なお、引用にあたっては文生書院の復刻版を利用した。引用元は第5巻(1977年)である。

67) 同上・128頁。同文書の英文原文は132頁所収。

そこには次の記述がある。「非常事態発生の場合には総理大臣は中央公安委員会の勧告に基き、都道府県国家村落警察及び地方自治体警察を指揮し得るものとする。但し廿日以内に国会の追認を受くるを要する」⁶⁸⁾。これに対し GHQ / G2 (民間情報部公安課) は、同 30 日「日本警察の改組に伴う日本政府官吏の態度の決定に関する件」を日本側に連絡してきた。そこでは「国家非常事態法案 (National Emergency Plan) を裏付する管理機関の基礎的機構を設立すること」⁶⁹⁾が求められている。その後、日本側は GHQ と交渉したが、GHQ は譲歩せず、先の 30 日決定に基づき警察法案⁷⁰⁾が作成され、11 月 10 日同法案は閣議決定された。

同法案には第 7 章「国家非常事態の特別措置」(Special Measures in a State of National Emergency) が規定され、同 62 条は「国家非常事態に際して、治安維持のため特に必要があると認めるときは、内閣総理大臣は、国家公安委員会の勧告に基き、全国又は一部の地域について国家非常事態の布告を発することができる」と定められた。また同 65 条は、「国家非常事態の布告は、これを発した日から 20 日以内に国会の承認を得なければならない。もしも衆議院が解散されているときは、日本国憲法第 54 条に規定する緊急集会による参議院の承認を求めなければならない」とされ、当初の GHQ の要求がそのまま反映されている。その後、警察法は 12 月 17 日に公布されたが (法律第 196 号)⁷¹⁾、「国家非常事態」に関しては、変更はない。

ところが警察法は、7 年後、全部改正されることとなった。GHQ が描いた自治体警察があまり機能せず、人口 5,000 人以上の町村地域に 1,605 にも上る自治体警察が置かれ、警察活動が細分化されたことが主たる原因である。特に、国家地方警察と多数の市町村自治体警察が併存したために、警察機構の複雑化、施設及び人員の重複など、警察力の低下が認められた⁷²⁾。すでに旧警察法は、8 回

68) 同上・139 頁。

69) 同上・143 頁。

70) 警察法案は、同上・146-163 頁に所収されている。

71) 『官報』第 6279 号 1947 年〔昭和 22 年〕12 月 17 日 175 頁。また、当時は英文官報が発行されていた。警察法は Official Gazette, 12. 17. 1947, pp. 6-15. に所収されている。「国家非常事態」の訳語は National Emergency であり、草案段階と同じである。

にわたり改正されてきたが、日本独立後、改めて警察法を抜本的に見直し、1954年6月8日に現在の警察法が制定された⁷²⁾。

1954年警察法は、旧警察法上の「国家非常事態の特別措置」について、次のように改められた（下線部は、重要な文言の修正の箇所である。以下、本稿において同じ）。

第六章 緊急事態の特別措置

(布告)

第71条 内閣総理大臣は、大規模な災害又は騒乱その他の緊急事態に際して、治安の維持のため特に必要があると認めるときは、国家公安委員会の勧告に基づき、全国又は一部の区域について緊急事態の布告を発することができる。

2 前項の布告には、その区域、事態の概要及び布告の効力を発する日時を記載しなければならない。

(内閣総理大臣の統制)

第72条 内閣総理大臣は、前条に規定する緊急事態の布告が発せられたときは、本章の定めるところに従い、一時的に警察を統制する。この場合においては、内閣総理大臣は、その緊急事態を收拾するため必要な限度において、長官を直接に指揮監督するものとする。

(長官の命令、指揮等)

第73条 第71条に規定する緊急事態の布告が発せられたときは、長官は布告に記載された区域（以下本条中「布告区域」という。）を管轄する都道府県警察の警視総監又は警察本部長に対し、管区警察局長は布告区域を管轄する府県警察の警察本部長に対し、必要な命令をし、又は指揮をするものとする。

2 第71条に規定する緊急事態の布告が発せられたときは、長官は、布告区域を管轄する都道府県警察以外の都道府県警察に対して、布告区域その他必要な区域に警察官を派遣することを命ずることができる。

3 第71条に規定する緊急事態の布告が発せられたときは、布告区域（前項の規定により布告区域以外の区域に派遣された場合においては、当該区域）に派

72) 警察制度研究会編・前掲書（註65）10頁参照。

73) 同上・12-19頁参照。

遣された警察官は、当該区域内のいかなる地域においても職権を行うことができる。

(国会の承認及び布告の廃止)

第 74 条 内閣総理大臣は、第 71 条の規定により、緊急事態の布告を発した場合には、これを発した日から 20 日以内に国会に付議して、その承認を求めなければならない。但し、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会においてすみやかにその承認を求めなければならない。

2 内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があつたとき、国会が緊急事態の布告の廃止を議決したとき、又は当該布告の必要がなくなつたときは、すみやかに当該布告を廃止しなければならない。

(国家公安委員会の助言義務)

第 75 条 国家公安委員会は、内閣総理大臣に対し、本章に規定する内閣総理大臣の職権の行使について、常に必要な助言をしなければならない。

この新警察法の規定に関し、次の 2 点が重要である。第 1 に、旧警察法で用いられた「国家非常事態」の文言が「緊急事態」に変更され、さらに「緊急事態」の例示として「大規模な災害又は騒乱」が加えられた点である。この変更理由は、「国家非常事態」の文言は、誤解を受ける恐れがあること、旧保安庁法(1952 年)⁷⁴⁾の 61 条は命令出動に関し、「内閣総理大臣は、非常事態に際して、治安の維持のため特に必要があると認める場合には、保安隊又は警備隊の全部又は一部の出動を命ずることができる」と定め、「国家」を外した「非常事態」の用語を使用したこと、さらに保安庁法を引き継いだ自衛隊法(1954 年)の 78 条も「内閣総理大臣は、間接侵略その他の緊急事態に際して、一般の警察力をもつては、治安を維持することができないと認められる場合には、自衛隊の全部又は一部の出動を命ずることができる」と定めたことから、非常時を表す法文として「緊急事態」の用語を使用し、警察法と一致させるべく「緊急事態」に統一したからである⁷⁵⁾。

74) 『官報』号外第 77 号 1952 年〔昭和 27 年〕7 月 31 日 1 頁。

75) 柴田達夫監修『警察法解説』(警察図書出版、1954 年) 311 頁参照。

第2に、緊急集会規定に関してである。旧警察法65条は、「衆議院が解散されているときは、日本国憲法第54条に規定する緊急集会による参議院の承認を求めなければならない」としていたが、新警察法74条は、「国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会においてすみやかにその承認を求めなければならない」と定め、国会の事後承認規定に変更した点である。国会閉会中であれば、臨時会を召集すれば、新国会の召集を待つ必要はないであろう。また衆議院解散により衆議院議員が不存在の場合は、参議院の緊急集会を開けば、迅速な国会承認を獲得することは可能である。しかし、新警察法は自衛隊法78条2項における治安出動規定の「国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会において、すみやかに、その承認を求めなければならない」との同一法文に合致させた規定表現となっている。この点については、後で各法律との比較の中で論じたい。

II. 災害対策基本法における政令制定権

災害対策基本法(1961年)は、伊勢湾台風(1959年9月26日)により甚大な人的損害・物的損失を受けたことを契機に制定された。この法律は、「緊急措置」として本来法律で定める事項に関し、内閣が政令を制定できる規定を置いている点で一種独特である。当初の災害対策基本法⁷⁶⁾は、「第8章 災害緊急事態」に関し、憲法上疑義があるとして、当該105条から112条までを第8章の表題を残したまま全部削除して公布された。そこで、公布後改めて、災害緊急事態につき、国会審議を行い、翌1962年に同法を改正し、第8章を復活させる⁷⁷⁾という特異な経緯を経て制定された⁷⁸⁾。当時の当該条文は、以下の通りである。

(災害緊急事態の布告)

第105条 非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものである場合において、当該災害に係

76) 『官報』第10473号1961年〔昭和36年〕11月15日313頁。

77) 『官報』第10612号1962年〔昭和37年〕5月8日132頁。

78) 制定経緯に関しては、防災行政研究会編集『逐条解説 災害対策基本法〔第3次改訂版〕』(ぎょうせい、2016年)1-11頁参照。

る災害応急対策を推進するため特別の必要があると認めるときは、内閣総理大臣は、閣議にかけて、関係地域の全部又は一部について災害緊急事態の布告を発することができる。

- 2 前項の布告には、その区域、布告を必要とする事態の概要及び布告の効力を発する日時を明示しなければならない。

(国会の承認及び布告の廃止)

第 106 条 内閣総理大臣は、前条の規定により災害緊急事態の布告を発したときは、これを発した日から 20 日以内に国会に付議して、その布告を発したことについて承認を求めなければならない。ただし、国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合は、その後最初に召集される国会において、すみやかに、その承認を求めなければならない。

- 2 内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があつたとき、国会が災害緊急事態の布告の廃止を議決したとき、又は当該布告の必要がなくなつたときは、すみやかに、当該布告を廃止しなければならない。

107 条及び 108 条省略

(緊急措置)

第 109 条 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において、国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置をまついとまがないときは、内閣は、次の各号に掲げる事項について必要な措置をとるため、政令を制定することができる。

- 一 その供給が特に不足している生活必需物資の配給又は譲渡若しくは引渡し制限若しくは禁止
- 二 災害応急対策若しくは災害復旧又は国民生活の安定のため必要な物の価格又は役務その他の給付の対価の最高額の決定
- 三 金銭債務の支払（賃金、災害補償の給付金その他の労働関係に基づく金銭債務の支払及びその支払のためにする銀行その他の金融機関の預金等の支払を除く。）の延期及び権利保存期間の延長

- 2 前項の規定により制定される政令には、その政令の規定に違反した者に対して2年以下の懲役若しくは禁錮、10万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑を科し、又はこれを併科する旨の規定、法人の代表者又は法人若しくは人の代理人、使用人その他の従業者がその法人又は人の業務に関してその政令の違反行為をした場合に、その行為者を罰するほか、その法人又は人に対して各本条の罰金、科料又は没収の刑を科する旨の規定及び没収すべき物件の全部又は一部を没収することができない場合にその価額を追徴する旨の規定を設けることができる。
- 3 内閣は、第1項の規定により政令を制定した場合において、その必要がなくなつたときは、直ちに、これを廃止しなければならない。
- 4 内閣は、第一項の規定により政令を制定したときは、直ちに、国会の臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求め、かつ、そのとつた措置をなお継続すべき場合には、その政令に代わる法律が制定される措置をとり、その他の場合には、その政令を制定したことについて承認を求めなければならない。
- 5 第1項の規定により制定された政令は、既に廃止され、又はその有効期間が終了したものを除き、前項の国会の臨時会又は参議院の緊急集会においてその政令に代わる法律が制定されたときは、その法律の施行と同時に、その臨時会又は緊急集会においてその法律が制定されないこととなつたときは、制定されないこととなつた時に、その効力を失う。
- 6 前項の場合を除くほか、第1項の規定により制定された政令は、既に廃止され、又はその有効期間が終了したものを除き、第4項の国会の臨時会が開かれた日から起算して20日を経過した時若しくはその臨時会の会期が終了した時のいずれか早い時に、又は同項の参議院の緊急集会が開かれた日から起算して10日を経過した時若しくはその緊急集会が終了した時のいずれか早い時にその効力を失う。
- 7 内閣は、前2項の規定により政令がその効力を失つたときは、直ちに、その旨を告示しなければならない。
- 8 第1項の規定により制定された政令に罰則が設けられたときは、その政令が効力を有する間に行なわれた行為に対する罰則の適用については、その政令が廃止され、若しくはその有効期間が終了し、又は第5項若しくは第6項の規

定によりその効力を失った後においても、なお従前の例による。

災害緊急事態を改めて導入するにあたって、第40回国会では慎重な審議が行われた。衆議院地方行政委員会に参考人として、小林直樹、田上穰治、大西邦敏の憲法研究者が、出席している。結論的にいえば、3名とも同法案における災害緊急事態の布告制度、緊急措置としての内閣の政令制定権を合憲であると陳述している。

まず小林直樹は、「現行憲法のもとにおいて緊急権制度を認めるということには強い疑問を持つものでありますが、非常災害という特別の要件のもとにおいては緊急制度を一般化することはおそらくないだろう……本改正案については、これを違憲とする格別のいわれはないのではないか」⁷⁹⁾と述べ、法案の合憲性を指摘している。さらに、法案105条の厳格な枠組み、緊急権制度における立憲的制約の確保が法案には備わっていることを示した上で、法案109条の内閣の緊急政令制定権に関しても、限定化された「要件のもとで人権規定に触れるような問題は生じない」と指摘している⁸⁰⁾。

田上穰治は、法案109条の政令制定権に関して、「大体この程度に政令の内容の規定事項で限定されておりますならば、憲法違反の疑いはないと考えるものであります」と小林と同じ見解を述べている。また田上は、「今回の法案のように政令に通常の形で委任するのではなくて、この法律によりまする政令は、その直後に、臨時国会あるいは参議院の緊急集会におきまして、これを正常な姿の立法に変えなければならない、そういう暫定的な措置でございます……こういうことになりますと、これは通常の場合よりもやや委任の範囲が広い。その意味あるいは授權立法と言えるかと思えますけれども、私は国会の立法権を侵すことにはならないと思うのであります」⁸¹⁾といい、109条の危険性を意識しつつ、内閣の政令制定権の合憲性を主張している。

大西邦敏は、改憲論者として「すみやかに今の憲法を改正して、これが対策

79) 『第40回国会 衆議院地方行政委員会議録第29号』1962年〔昭和37年〕4月13日1頁。

80) 同上・2頁。

81) 同上。

(緊急非常事態のこと——引用者)を憲法上可能ならしめる必要がある」⁸²⁾と自説を述べつつ、法案 109 条の規定については、「慎重に過ぎやしないか」と疑問を呈する。「国会開会中には、緊急措置を必要とするときになりますと、政令ではできずして立法措置をとらなければならない。この立法措置が手間どって、あるいは時宜を失するというようなことはありやしないか」⁸³⁾と非常時法のパラドックスを突き、内閣による政令制定権の拡大化を暗に示唆している。

以上のように、法律が将来の危機を予想して、国会が緊急集会を含め召集されない場合があることを想定し、その場合に限って、内閣が法律の予め定めた範囲内について、政令を制定できるとの 109 条が、憲法上、合理化され導入されることとなった。ただ、注意すべき点は、この緊急政令制度が、拡大化してきている点である。緊急政令制度は、緊急事態時に内閣に対し立法作用を授権する劇薬であり、だからこそ、各種緊急事態諸法は、この緊急政令制度を導入しなかった。しかし、国民保護法では、災害対策基本法 109 条を準用する規定が導入された(同法 130 条 2 項)。この点に関しては、後述したい。

III. 「布告」・「宣言」条項を有する措置法

災害などの緊急の対応は、各個別法律に基づいて行われる。すなわち、多様な緊急事態の内、個別的な対内的緊急事態は、内閣総理大臣による緊急事態の布告・宣言より開始される。この「布告・宣言」規定が重要なのは、これを機会に平時的法適用から緊急事態的法状態への切り替えが始まり、当該法律に定める人権制限を含めた広範な法規制が可能となるからである。この「布告・宣言」条項は、先にあげた例のほか、既存法律上、次の 3 つの特別措置法にみられる。

(1) 大規模地震対策特別措置法

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」である。本法の 1 条は、「この法律は、大規模な地震による災害から国民の生命、身体及び財産を保護するため、地震防災対策強化地域の指定、地震観測体制の整備その他地震防災体制の整備に関する事項及び地震防災応急対策その他地震防災に

82) 同上・3 頁。

83) 同上。

関する事項について特別の措置を定めることにより、地震防災対策の強化を図り、もつて社会の秩序の維持と公共の福祉の確保に資することを目的とする」ために制定された（1978年）。緊急事態の中の自然災害の一つである大規模地震災害に特化した法律である。同法9条は、次のように定める。

（警戒宣言等）

第9条

内閣総理大臣は、気象庁長官から地震予知情報の報告を受けた場合において、地震防災応急対策を実施する緊急の必要があると認めるときは、閣議にかけて、地震災害に関する警戒宣言を発するとともに、次に掲げる措置を執らなければならない。

- 一 強化地域内の居住者、滞在者その他の者及び公私の団体（以下「居住者等」という。）に対して、警戒態勢を執るべき旨を公示すること。
- 二 強化地域に係る指定公共機関及び都道府県知事に対して、法令又は地震防災強化計画の定めるところにより、地震防災応急対策に係る措置を執るべき旨を通知すること。
- 2 内閣総理大臣は、警戒宣言を発したときは、直ちに、当該地震予知情報の内容について国民に対し周知させる措置を執らなければならない。この場合において、内閣総理大臣は、気象庁長官をして当該地震予知情報に係る技術的事項について説明を行わせるものとする。
- 3 内閣総理大臣は、警戒宣言を発した後気象庁長官から地震予知情報の報告を受けた場合において、当該地震の発生のおそれなくなつたと認めるときは、閣議にかけて、地震災害に関する警戒解除宣言を発するとともに、第1項第一号に規定する者に対し警戒態勢を解くべき旨を公示し、及び同項第二号に規定する者に対し同号に掲げる措置を中止すべき旨を通知するものとする。

(2) 原子力災害対策特別措置法

原子力災害対策特別措置法15条2項には、「原子力緊急事態宣言」規定がある。同法1条は、次のように定める。「この法律は、原子力災害の特殊性にかんがみ、原子力災害の予防に関する原子力事業者の義務等、原子力緊急事態宣言の

発出及び原子力災害対策本部の設置等並びに緊急事態応急対策の実施その他原子力災害に関する事項について特別の措置を定めることにより……《中略》……原子力災害に対する対策の強化を図り、もって原子力災害から国民の生命、身体及び財産を保護することを目的とする」(1999年)。同法第3章では、原子力緊急事態宣言に関し、次の規定を設けている。

第三章 原子力緊急事態宣言の発出及び原子力災害対策本部の設置等 (原子力緊急事態宣言等)

第15条 原子力規制委員会は、次のいずれかに該当する場合において、原子力緊急事態が発生したと認めるときは、直ちに、内閣総理大臣に対し、その状況に関する必要な情報の報告を行うとともに、次項の規定による公示及び第三項の規定による指示の案を提出しなければならない。

- 一 第10条第1項前段の規定により内閣総理大臣及び原子力規制委員会が受けた通報に係る検出された放射線量又は政令で定める放射線測定設備及び測定方法により検出された放射線量が、異常な水準の放射線量の基準として政令で定めるもの以上である場合
 - 二 前号に掲げるもののほか、原子力緊急事態の発生を示す事象として政令で定めるものが生じた場合
- 2 内閣総理大臣は、前項の規定による報告及び提出があったときは、直ちに、原子力緊急事態が発生した旨及び次に掲げる事項の公示（以下「原子力緊急事態宣言」という。）をするものとする。
- 一 緊急事態応急対策を実施すべき区域
 - 二 原子力緊急事態の概要
 - 三 前二号に掲げるもののほか、第一号に掲げる区域内の居住者、滞在者その他の者及び公私の団体（以下「居住者等」という。）に対し周知させるべき事項
- 3 内閣総理大臣は、第1項の規定による報告及び提出があったときは、直ちに、前項第一号に掲げる区域を管轄する市町村長及び都道府県知事に対し、第28条第2項の規定により読み替えて適用される災害対策基本法第60条第1項及び第6項の規定による避難のための立退き又は屋内への退避の勧告又は指示を行うべきことその他の緊急事態応急対策に関する事項を指示するものとする。

4 内閣総理大臣は、原子力緊急事態宣言をした後、原子力災害の拡大の防止を図るための応急の対策を実施する必要がなくなったと認めるときは、速やかに、原子力緊急事態の解除を行う旨及び次に掲げる事項の公示（以下「原子力緊急事態解除宣言」という。）をするものとする。

一 原子力災害事後対策を実施すべき区域

二 前号に掲げるもののほか、同号に掲げる区域内の居住者等に対し周知させるべき事項

（原子力災害対策本部の設置）

第 16 条 内閣総理大臣は、原子力緊急事態宣言をしたときは、当該原子力緊急事態に係る緊急事態応急対策及び原子力災害事後対策（以下「緊急事態応急対策等」という。）を推進するため、内閣府設置法（平成 11 年法律第 89 号）第 40 条第 2 項の規定にかかわらず、閣議にかけて、臨時に内閣府に原子力災害対策本部を設置するものとする。

2 内閣総理大臣は、原子力災害対策本部を置いたときは当該原子力災害対策本部の名称並びに設置の場所及び期間を、当該原子力災害対策本部が廃止されたときはその旨を、直ちに、告示しなければならない。

原子力緊急事態宣言は、2011 年 3 月 11 日に東京電力福島第一原子力発電所の事故（15 条 1 項 2 号該当事例）及び同 12 日の福島第二原子力発電所事故（15 条 1 項該当事例）について、それぞれ発せられたことがある。戦後日本において、緊急事態が発せられた最初のケースである。原子力緊急事態宣言の件数は 2 件である。なお、2 件とも現段階（2021 年 10 月末）では、同法 15 条 4 項に基づく「原子力緊急事態解除宣言」は発せられていない。

(3) 新型インフルエンザ等対策特別措置法

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」の公示制度がある。同法 1 条は、「この法律は、国民の大部分が現在その免疫を獲得していないこと等から、新型インフルエンザ等が全国的かつ急速にまん延し、かつ、これにかかった場合の病状の程度が重篤となるおそれがあり、また、国民生活及び国民経済に重

大な影響を及ぼすおそれがあることに鑑み、新型インフルエンザ等対策の実施に関する計画、新型インフルエンザ等の発生時における措置、新型インフルエンザ等緊急事態措置その他新型インフルエンザ等に関する事項について特別の措置を定めることにより……《中略》……新型インフルエンザ等の発生時において国民の生命及び健康を保護し、並びに国民生活及び国民経済に及ぼす影響が最小となるようにすることを目的とする」ために民主党政権時に制定された（2012年）。本法 32 条は次のように定める。

第 32 条 政府対策本部長は、新型インフルエンザ等（国民の生命及び健康に著しく重大な被害を与えるおそれがあるものとして政令で定める要件に該当するものに限る。以下この章において同じ。）が国内で発生し、その全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれがあるものとして政令で定める要件に該当する事態（以下「新型インフルエンザ等緊急事態」という。）が発生したと認めるときは、新型インフルエンザ等緊急事態が発生した旨及び次に掲げる事項の公示（第 5 項及び第 34 条第 1 項において「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」という。）をし、並びにその旨及び当該事項を国会に報告するものとする。

一 新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施すべき期間

二 新型インフルエンザ等緊急事態措置（第 46 条の規定による措置を除く。）を実施すべき区域

三 新型インフルエンザ等緊急事態の概要

2 前項第一号に掲げる期間は、2 年を超えてはならない。

3 政府対策本部長は、新型インフルエンザ等のまん延の状況並びに国民生活及び国民経済の状況を勘案して第 1 項第一号に掲げる期間を延長し、又は同項第 2 号に掲げる区域を変更することが必要であると認めるときは、当該期間を延長する旨又は当該区域を変更する旨の公示をし、及びこれを国会に報告するものとする。

4 前項の規定により延長する期間は、1 年を超えてはならない。

5 政府対策本部長は、新型インフルエンザ等緊急事態宣言をした後、新型インフルエンザ等緊急事態措置を実施する必要がなくなったと認めるときは、速や

かに、新型インフルエンザ等緊急事態解除宣言（新型インフルエンザ等緊急事態が終了した旨の公示をいう。）をし、及び国会に報告するものとする。

- 6 政府対策本部長は、第1項又は第3項の公示をしたときは、基本的対処方針を変更し、第18条第2項第三号に掲げる事項として当該公示の後に必要とされる新型インフルエンザ等緊急事態措置の実施に関する重要な事項を定めなければならない。

「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」は、2020年2月以降のCOVID-19（新型コロナウイルス）の感染爆発期に、「新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言」として2020年4月7日に埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、大阪府、兵庫県及び福岡県に対して初めて公示された⁸⁴⁾。その後、この最初の緊急事態宣言は、2020年4月16日に「緊急事態を実施すべき区域」を「全都道府県の区域」を対象に再宣言された⁸⁵⁾。2021年10月31日の段階では、同宣言は、数回の宣言の延長及び地域拡大をしながら、繰り返し発し続けられている⁸⁶⁾。

以上の特別措置法を確認していえば、大規模地震対策特別措置法9条の「警戒宣言」、原子力災害対策特別措置法15条2項の「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「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」（「新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言」を含む）の各「宣言」規定は、各事態に応じて個別法律によって内閣が主体となって、対処するという法形式である。この立法例は、ある段階で統治主体者が「宣言」を発することが必要とみなしたときに、いわば「点としての危機」を立法事実として認識し、緊急事態に対処しようとする個別対応方式である。そこで、立法事実がかみ合わない周

84) 『官報』号外特第44号2020年〔令和2年〕4月7日1頁。

85) 『官報』号外特第50号2020年〔令和2年〕4月16日1頁。

86) 例示すれば次の通りである。『官報』号外特第1号2021年〔令和3年〕1月7日1頁、『官報』号外特第4号2021年〔令和3年〕1月13日1頁、『官報』号外特第38号2021年〔令和3年〕4月23日2頁、『官報』号外特第41号2021年〔令和3年〕5月7日2頁、『官報』号外特第59号2021年〔令和3年〕7月8日1頁、『官報』号外特第65号2021年〔令和3年〕7月30日1頁、『官報』号外特第70号2021年〔令和3年〕8月17日1頁、『官報』号外特第72号2021年〔令和3年〕8月25日1頁。なお、「新型インフルエンザ等緊急事態」が「新型コロナウイルス感染症緊急事態」と名称が異なるのは、次の脚注にあるように法改正がなされたからである。

辺事象が生じたときには、対処が不可能となる。実際、政府は、COVID-19の国内発生後、新型インフルエンザ等対策特別措置法の適用に躊躇し、2020年3月13日に同法の附則1条を改正し⁸⁷⁾、COVID-19を「新型インフルエンザ等」とみなすという法措置をとった。これは、個別立法の範囲を絞れば対応が困難となるという緊急事態法制のパラドックスが現れた事例であろう。

IV. 国民保護法 44 条の「警報」の発令制度

以上の3つの特別措置法は、危機管理 (Crisis Management) の視点からみると、各個別事象に応じたいわば「点としての危機対応」である。もちろん日本では1998年に内閣法を改正し、同15条1項において「内閣官房に、内閣危機管理監一人を置く」と定め、危機管理監のポストを新たに置き、危機管理は一つ前進した。また、有事法制の整備の一環として、各種の事態対処法も制定されていった。これによって、広範な投網をかけるかたちで緊急事態の対処措置が執られることとなった。しかし逆にだからこそ、対処措置と憲法上の人権規定との関係性が問われる機会は、増大していく。ただここで問題としたいのは、平時と危機管理法上の緊急事態との切り替え制度、すなわち、人権制約の端緒を開くポイントが、事実上、「緊急事態の宣言」と同一効果をもっているのではないか、という点である。

まず、日本の危機管理法を通観しておこう。危機管理法の仕組みは、2本立てである。第1に、国家安全保障会議設置法2条(2013年。旧法は安全保障会議設置法〔1986年〕)及び内閣法17条2項に基づく防衛法制における危機管理、第2に、内閣法15条2項に基づく危機管理、すなわち「国民の生命、身体又は財産に重大な被害が生じ、又は生じるおそれがある緊急の事態への対処及び当該

87) 改正は次の通りである。第1条の2「新型コロナウイルス感染症(病原体がベータコロナウイルス属のコロナウイルス(令和2年1月に、中華人民共和国から世界保健機関に対して、人に伝染する能力を有することが新たに報告されたものに限る。))であるものに限る。第3項において同じ。)については、新型インフルエンザ等対策特別措置法の一部を改正する法律(令和2年法律第4号。同項において「改正法」という。)の施行の日から起算して2年を超えない範囲内において政令で定める日までの間は、第2条第一号に規定する新型インフルエンザ等とみなして、この法律及びこの法律に基づく命令(告示を含む。)の規定を適用する」。以下、省略。

事態の発生の防止」に関わる危機管理である。前者の国家安全保障会議が、いわゆる日本版 NSC (National Security Council) であり、国防に関わる危機管理担当部門である。後者は危機管理のうち、「国の防衛に関するものを除く」ものを対象とする。もっともこの区分は、実際の緊急事態においては、相対的ではない。というのも、日本に対する武力攻撃が発生した場合には、防衛法制上の法律によって重大緊急事態を処理するだけではならず、警察法、災害対策基本法など多様な治安維持のための法律が適用され、したがって内閣法 15 条 2 項による危機管理も当然、実行されなければならないからである。この複合災害が、国民保護法 2 条 3 号に定める「武力攻撃災害」及び同 183 条に定める「緊急対処事態における災害」である。この災害が発生した場合には、内閣法 17 条 2 項と 15 条 2 項の両規定適用による危機管理が起動することとなる。

では、日本の危機管理法上、対外的緊急事態に対応する法的枠組みはどのようなになっているのであろうか。

第 1 に、自衛隊法 76 条の防衛出動に関わる事態対処法（武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律／2003 年）が重要である。事態対処法 2 条 8 号ロ (1) には「警報の発令、避難の指示、被災者の救助、施設及び設備の応急の復旧その他の措置」が定められている。この警報発令制度は、自然災害などの警報とは、性質が異なり、各人権の制限を可能にする端緒の政府宣言である。というのも、同条項を受け、国民保護法（武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律）44 条において「対策本部長は、武力攻撃から国民の生命、身体又は財産を保護するため緊急の必要があると認めるときは、基本指針及び対処基本方針で定めるところにより、警報を発令しなければならない」と定め、その警報事項は「一 武力攻撃事態等の現状及び予測 二 武力攻撃が迫り、又は現に武力攻撃が発生したと認められる地域 三 前二号に掲げるもののほか、住民及び公私の団体に対し周知させるべき事項」とされ、内閣総理大臣（対策本部長／事態法 11 条 1 項）が、「対処基本方針」（同 9 条 1 項）を定める結果、この「警報」は防衛法上の「緊急事態の宣言」と同じ意味をもつからである。

第 2 に、事態対処法 22 条 1 項には、緊急対処事態という新たな法概念が導入された。これは「武力攻撃事態等及び存立危機事態以外の国及び国民の安全に重

大な影響を及ぼす緊急事態」を意味する。政府が想定している緊急対処事態の内容は、主に外国勢力による①危険性を内在する物質を有する施設等に対する攻撃（原子力発電施設の破壊など）、②多数の人が集合する施設及び大量輸送機関等に対する攻撃（ターミナル駅等の爆破）、③多数人を殺傷する特性を有する物質等による攻撃（サリンなどの大量散布）、④爆破の手段として交通機関を用いた攻撃（航空機による自爆テロ）⁸⁸⁾である。

緊急対処事態が発生したときには、同法 22 条 3 項 2 号において「緊急対処事態における攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護するため、又は緊急対処事態における攻撃が国民生活及び国民経済に影響を及ぼす場合において当該影響が最小となるようにするために緊急対処事態の推移に応じて実施する警報の発令」が定められている。この警報を契機に「緊急対処事態対処方針」に基づき「緊急対処措置」を実施することとなる。

このように「警報の発令」は、法的拘束力のある対処基本方針を遂行するための宣言規定である。気象情報は、国民に注意を促す事実行為に属するが、「警報の発令」は、その時点より法的効果が生じることの始期を意味し、発令以降、緊急事態に基づく諸措置が起動し、合法化される。「警報の発令」後、国民には「警報の通知・伝達」がなされる。国民は、「警報」の中味について、緊急情報ネットワークシステム (Em-Net)、全国瞬時警報システム (J-ALERT)、中央防災無線、消防防災無線、都道府県・市町村防災行政無線を通じて知ることになる⁸⁹⁾。その際、国民は「警報の発令」があったことを「警報の通知」により知る得るが、この「通知」を気象情報と同列な事実の通知であると誤解するおそれは多分にある。事態対処法上、「警報の発令」の文言を使った意図が、再吟味されるべきである。むしろ、先の各特別措置法に倣い「緊急事態の宣言・布告」と書いた方が正直なのであろう。しかし、「緊急事態宣言」という語感につきまとう軍事法的意味を避け、行政法的領域でことを処理したいとの思惑があったように思われる。

88) 内閣官房国民保護ポータルサイトの <http://www.kokuminhogo.go.jp/gaiyou/kinkyutaisho.html> 参照

89) 同上の『国民の保護に関する基本指針』（2017年）19頁参照。

四、緊急事態法制の法構造問題

1. 日本国憲法体制と国家緊急権

憲法学説の主流は、大日本帝国憲法時代を含め、国家緊急権の実在性を否認し続けている。旧憲法は、憲法典に4つの緊急事態に対応する規定があり、また国家総動員法及び戦時緊急措置法に基づく政府による委任立法が可能であったが故に、国家緊急権の登場をことさら主張する必要性はなかったからだと見える。だがそれよりももっと実質的理由があったように思われる。旧憲法体制を保全するはずの国家緊急権の主張は、理論上、旧憲法の枠を超えることを可能にする。先にあげた山崎又次郎の「憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung)」にみられるように、天皇主権体制の維持の主張は、大日本帝国憲法を超えた新憲法制定権力と結びつき、現天皇を排除し、新天皇を成立させ、新国家建設に置き換えることも可能だからである。尾高が、大日本帝国憲法31条に基づく非常大権規定を「戦時体制への転換」のために拡大解釈しようとする大串兎代夫の主張に対し、欽定憲法としての大日本帝国憲法を維持することが重要であると述べ、「第七三条に規定せられた手続き」（憲法改正規定）によってのみ大日本帝国憲法を転換できるとし、これが「政治の矩」と反論したのは⁹⁰⁾、国家緊急権の危険性を自覚した結果に外ならない。

日本国憲法制定時では、旧憲法の緊急勅令及び緊急財産処分に対応する部分は——旧憲法と同様に衆議院が解散により不存在の場合があることから——新たに作られた参議院がこれを引き継ぐ形でGHQとの交渉がまとまった。旧憲法における戒厳の宣告及び非常大権の規定は、マッカーサー草案（1946年2月26日臨時閣議配布）にはなく、また日本側も復活交渉は一切していない。加えて、日本国憲法案を審議した帝国議会においても、国家緊急権に関する本格的議論は行われていないことから⁹¹⁾、当初より、国家緊急権の実在性は否定されていたと

90) 尾高・前掲論文（註24）930頁。

91) 清水伸『逐条 日本国憲法審議録〔増補版〕』第3巻』（原書房、1976年）17-18頁参照。金森徳治郎（国務大臣）は、次のような答弁をしている（旧字体のママ）。「尚ほ之に關聯をして申上げたいのは、國家の緊急の場合、普通の政治の形式を以てしては切抜け難き場面が想像出来るのでありまして、萬一にも斯様な場合が起りましたならば如何にするかと云ふ疑問があります、是は憲法發達の諸國の例を求めて行きますならば、

いえる。

戦後憲法学の通説は、この基本線を維持し、日本国憲法の国家緊急権への沈黙を「憲法の欠缺」ではなく、「憲法の積極的否認」としてこれまで描いてきた。予測不能な異常事象が日本で発生した場合、「国家緊急権なるもの」が現れることはある。芦部は、これを「法の問題ではなく、事実ないし政治の問題である」とし、超憲法的・憲法外的事象としてのみ国家緊急権が登場する場面があることを認めている。しかしこれは、法の概念ではない。日本国憲法は、国家緊急権を積極的に否認しているというよりも、国家緊急権を放逐しているというのが、正確な認識であろう。

このことからすると、日本国憲法の下にある諸法律・政令は、国家緊急権を想定した緊急事態即応型としては構築できない。前提となるのが日本国憲法の規範秩序とその規範力の維持にあり、これが非常時法の出発点である。既存の緊急事態法制・危機管理法体系は、確かに日本国憲法に基づいて制定されてきた。だが、ほとんど完備したかに見える緊急事態法制の帰結は、緊急事態法一般にある負の部面が、顕在化しているように思われる。すなわち、原野翹が指摘するように「法は、非常事態における国家権力＝軍の権力行使をコントロールするものとし

多くの場合に斯くの如き非常の場合は非常の措置として、謂はば規定なき所に政治の運用があつたのであります、我が國の現行憲法は其の非常な場合を特に周密に豫め規定を設けまして、緊急勅令であるとか、財政上の緊急處分であるとか、其の外直接間接に是等の緊急の場合に處する途が設けられてあつたのであります、改正案に於きましては如何なる態度を執つたかと申しますると、從來の即ち現行の憲法は餘りにも此の緊急の措置を講ずるに當局者に便宜過ぎるのであります、それが爲に民主主義政治の運用の上に遺憾なる結果を生じたやうに思ふのであります、故に民主政治を徹底する見地と致しまして、此の緊急措置に關します規定は、憲法の中には多くは設けられて居りませぬ、併しながら特に考へますのは、衆議院が解散せられ、未だ其の内容が充實しませぬ爲に、急に議會を開くことが出来ないと云ふ特殊の場合に於きまして、詰り解散後暫くの間他に方法がない場合に於きましてはどうするかと云ふ所を、特別な規定を以て補充を致しまして、參議院の緊急集會と云ふ方法を以て、豫測すべからざる緊急の事態に對し暫定の措置を執り得る方途を規定したのであります、固よりは是は暫定の措置でありまして、決して此の民主政治の本筋に微動だも生ずる所のものではないのであります、さう云ふ特殊の場合を除きましては、臨時に必要な起れば其の都度議會の臨時會を召集して、立憲的に萬事を措置することが妥當であり、其の方針を基礎として憲法の規定が設けられて居るのであります。『第90回帝國議會 衆議院 帝國憲法改正案委員會議録(速記)第2回』1946年〔昭和21年〕7月2日5頁。

てよりも、それを正当化するものとしてのみ機能する」⁹²⁾問題性である。つまり、これまでの緊急事態法制の実質は、緊急時における政府統制にアクセントを置いたこと以上に、緊急時における政府措置への合法性と正当性を広汎に提供してきた意味合いが強い。では、日本の緊急事態法制の何が、課題なのであろうか。

II. 緊急事態の認定と国会統制

まず、緊急事態の認定は、どの国家機関が行うのかという問題がある。(旧西)ドイツでは、1968年に当時のボン基本法(ドイツ統一後はドイツ基本法)を改正し、緊急事態法制を完成させた(Notstandsverfassung)。緊急事態の中で最大級の国家的危機は、「連邦領域が武力によって攻撃され、またはこのような攻撃が直前に差し迫っている」防衛上の緊急事態(ドイツ基本法115a条1項)が発生する場合である。この緊急事態は、日本の武力攻撃事態法2条に定める①武力攻撃、②武力攻撃事態、③武力攻撃予測事態に相当する。ドイツ基本法上、この防衛事態の確定は、連邦参議院の同意を経て連邦議会が行うが(同条1項)、連邦議会が集会不能な場合は、合同委員会(連邦議会議員が3分の2、連邦参議院構成員が3分の1という構成。同53a条)が確定する。つまり、緊急事態の認定権者は立法府にあり、緊急事態後の執行者は連邦政府に属し、両国家機関の役割分担が、憲法上、明示されている点が重要である⁹³⁾。

他方、日本の緊急事態法制は、緊急事態の認定権と緊急事態の執行権は、内閣がいずれも保有する。国会の関与は「承認」——両議院の一致した承認議決が必要である⁹⁴⁾——の法形式としてあるが、国会関与の仕方、その時期さらにその関

92) 杉村敏正・中山研一・原野翹『治安と人権』(岩波書店、1984年)〔原野執筆〕295頁。

93) ドイツの緊急事態法制に関しては、山内・前掲論文(註59)38-40頁参照、水島朝穂『現代軍事法制の研究』(日本評論社、1995年)225-253頁参照。また包括的な西ドイツ非常事態研究として、民主主義研究会『西ドイツの非常事態法』(1969年)が今なお有益である。緊急事態の認定権とその執行権を区分することの重要性に関しては、E-W. Böckenförde, Ausnahmerecht und demokratischer Rechtsstaat, in: hrsg., H. Jochen Vogel, H. Simon, u. A. Podlech, Die Freiheit des Anderen, 1981, SS. 264-265. においてベッケンフェルデが強調するところである。

94) 法律上の国会承認に関し、衆議院と参議院は対等である。衆議院の優越は、国会法13条の会期延長のみ法律上認められている。したがって、所謂、「衆参逆転国会」が生

与の呼び方は、各法律により異なる。平時から緊急事態に切り替わる時点に着目すれば、次のように整理することができる。

①国会／緊急集会併用事前承認型

- ・武力攻撃事態及び存立危機事態による防衛出動の承認（武力攻撃事態法 9 条 4 項／自衛隊法 76 条 1 項）→但し、例外的に事後承認規定あり（同 9 条 4 項）

②国会事後承認型

- ・緊急対処事態対処方針の承認（武力攻撃事態法 22 条 5 項）
- ・警察法 71 条の緊急事態の布告の承認（74 条）
- ・災害対策基本法 105 条の災害緊急事態の布告の承認（同 106 条）

③国会／緊急集会併用事後承認型

- ・旧警察法 62 条の国家非常事態の布告の承認（同 65 条）
- ・災害対策基本法 109 条の内閣による緊急政令の制定（同 109 条）

④国会事後報告型

- ・新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく新型インフルエンザ等緊急事態宣言（同 32 条 1 項／新型コロナウイルス感染症緊急事態宣言）の国会報告

⑤国会関与不存在型

- ・大規模地震対策特別措置法 9 条の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 条の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 31 条の 4 に基づく新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置の公示

この整理から、次のことが指摘できる。第 1 に、国会関与の方法として、参議院の緊急集会が利用される場合（旧警察法）と「国会が閉会中の場合又は衆議院が解散されている場合には、その後最初に召集される国会において、速やかに、その承認を求めなければならない」と規定する 2 種類あるが、現在では後者が原則となっている点である。国会閉会中がおよそ 1 年の半分に近いことから、参議院の緊急集会規定（憲法 54 条 2・3 項）を嵌め込んでも、あまり意味がな

じた場合は、国会不承認の議決の法的可能性は高まる。但し、政治的ハイリスクを考えれば、野党は不承認の議決はできないであろう。

いと考えた結果であろう。しかし、会期終了を原因とする国会閉会と衆議院解散を原因とする国会閉会は、概念上、区分でき、したがって前者の場合には、臨時会召集を内閣に義務づけることが、国会関与可能性を高めるといえる。

第2に、国会関与が、「承認」と「報告」に大別でき、加えて国会関与が法律上、明記されていない場合がある点である。

内閣が現状を緊急事態の要件に該当すると認定し、これに基づいて対処・措置をとる法律形式において、当該法律を制定した国会が、内閣の現状認識に関し関与できない⑤国会関与不存在型は、問題が多い。大規模地震対策特別措置法9条、原子力災害対策特別措置法15条の宣言規定は、緊急時への切り替えを意味するが、その前後に少なくとも国会関与の機会が設定されるべきであろう。確かに、国民の避難が最優先され、時間的切迫性があり、国会に報告する時間的余裕がないことが、国会関与を排除した根拠ではあろう。しかし、事後に時間的余裕があるときにも、国会報告をしなくてもよいということにはならない。

但し、④国会事後報告型も課題がある。内閣は、緊急事態準拠法に従い意思決定をし、対処・措置を執行していくが、これを切れ目ごとに国会が事前に統制し、緊急事態宣言後もこれを監視続けることが重要である。例えば、改正新型インフルエンザ等対策特別措置法（2021年）では、「新型インフルエンザ等緊急事態宣言」（同32条）が発せられた場合、憲法上の人権である営業の自由、移動の自由の制限が都道府県知事の命令によって行われ、その違反者には行政罰を課すなど、重大な人権制約が新たに加わった。だが、改正法では旧法と同様、この法律を作った国会が、立法者意思に沿った行政を執行しているのか否かを検証し、節目の段階で国会意思が入り込む余地はない。人権制約を大幅にするのであれば、国会報告から国会承認に格上げすべきだったろう。

加えて2021年改正法では、「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置の公示」制度が導入され、国は、都道府県知事に指示をして、各知事は「営業時間の変更その他国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある重点区域における新型インフルエンザ等のまん延を防止するために必要な措置」（同31条の6）をとることができるようになり、行政罰も科すことが法定された（同80条）。しかし、政府対策本部長（内閣総理大臣）による「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」が公示された場合、その前後に国会の関与は法的に保

障されていない。その点、「新型インフルエンザ等対策特別措置法等の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（衆議院）の「二」において「まん延防止等重点措置の公示については、あらかじめ学識経験者の意見を聴いた上で行うこととし、国会へその旨及び必要な事項について速やかに報告すること。また、まん延防止等重点措置の公示期間の延長、区域変更、又は解除についても同様とすること」とされたことは、本条項の欠点をはしなくも表している。ただここで重要な視点は、今回の改正によって新型インフルエンザ等対策特別措置法には、⑤国会関与不存型が同居するという変則が生じたところにある。この点、インフルエンザ等緊急事態と統一的な公示制度に代える必要がある。

第3に、①国会／緊急集会併用事前承認型、すなわち、国会の事前承認の実効性の問題である。現行法上、武力攻撃事態と存立危機事態による防衛出動の承認（武力攻撃事態法9条4項／自衛隊法76条1項）だけが、この類型に属する。日本の法制上の最大級の危機を想定しているのが防衛法制である。確かに、防衛出動を伴う武力攻撃事態・存立危機事態について、内閣総理大臣が国会承認の求めを事前にする規定のあり方は、正しい方向性をみせている——但し、これには例外があり、武力攻撃事態法9条4項において国会の事後承認規定がある⁹⁵⁾。また衆議院解散によって国会閉会の場合には、参議院の緊急集会を利用することも理にかなっている。ただ、会期終了後の国会閉会中の場合については、国会承認は規定されていない。むしろ、国会閉会中の場合には、内閣による臨時会召集の義務規定を導入するのが、適切であろう。その点、災害対策基本法109条1項に基づく緊急政令制定手続規定の方が、内閣の専断を阻止し得るに適している。すなわち、「国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置をまついとまがないとき」という厳格条件は、内閣に臨時会召集義務を課すと同時に、内閣による事後承認の求めを最小化できるからである。さらに憲法53条後段に基づき衆議院あるいは参議院が臨時会召集を求めたときには、これを実質化する新たな規定が必要なように

95) 武力攻撃事態法上、武力攻撃事態のほか存立危機事態に関しても、国会の事前承認を必要としない同法9条4項には問題が多い。というのも、存立危機事態は、日本への直接的武力行使の概念には入らないからである。この点については、山内敏弘『「安全保障」法制と改憲を問う』（法律文化社、2015年5-6頁参照）。

思われる。現状では、臨時会召集は内閣の自由裁量となっているからである。ただこの点は、国会承認の課題というよりも国会運営全般にわたる今日的課題なので、別に論じてみたい。

また、国家承認が得られなかった場合の処理の仕方も問題がある。①国会／緊急集会併用事前承認型の場合、国会が事前承認を否決したとき、否決の効力がどこまで及ぶかは、武力攻撃事態法 9 条及び自衛隊法 76 条に特段の定めはない。他方、自衛隊法 78 条の治安出動に関しては、同 3 項において「内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があつたとき、又は出動の必要がなくなつたときは、すみやかに、自衛隊の撤収を命じなければならない」と定めており、法体系上の齟齬が生じている。加えて、国会不承認の議決があつた場合、内閣は当然これに拘束されるが、いつまでに内閣の措置が撤回・終了するのが、法文上、明示されていない。先の自衛隊法 78 条では、「すみやかに」という法文を用い、警察法 74 条 2 項及び災害対策基本法 106 条 2 項などにおいても「すみやかに」である。この「すみやかに」は極めて時間の概念としては曖昧な表現である⁹⁶⁾。不承認の議決があつたとしても、内閣が「すみやかに」条項を逆手にとり時間的制約から免れることが可能である。つまり時間の解釈権を内閣に留保させるのではなく、国会の不承認の議決後、「X 日以内に内閣は撤回しなければならない」などと改めるのが適切である。さらに、内閣が、一定の日時が経過しても当該措置を撤回しないことも予想されることから、「国会不承認後 X 日以内に消滅する」など自然消滅条項の導入が適切であろう⁹⁷⁾。

他方、①国会／緊急集会併用事前承認型に関しては、別の視角からの批判的検討もあろう。それは法律上、想定している武力攻撃事態の範囲についてである。

96) 「すみやかに／速やかに」の用語は、法令解釈上、次のような意味をもっている。「同じく時間的近接性を示す『直ちに』、『遅延なく』に比し中程度の近接性を求めるもので、『できるだけ』、『できる限り』などを付けて又はそのまま訓示的な意味で用いられる」。法令用語研究会編『法律用語辞典〔第 4 版〕』（有斐閣、2012 年）655 頁。「訓示の意味をもつ」との指摘は、『法令用語辞典〔第 10 次改訂版〕』（学陽書房、2016 年）の「直ちに」の項目（523 頁）にもある。

97) ここではふれないが、安保関連法の各国会承認の問題については、植松健一「安保関連法案における国会承認制度の欠陥」『別冊法学セミナー 新・総合特集シリーズ 7 号 安保関連法案総批判〔別冊法学セミナー 235 号〕』（日本評論社、2015 年）86-99 頁が適切なコメントを付している。

日本の防衛法制及び危機管理法制全般は、内閣が正常に機能し、国家活動も通常に機能することが前提となっている。日本への直接的な武力行使が、統治機構を決定的に破壊することを想定外としている。確かに、突然の一撃によって統治機構が崩壊することは、ないかもしれない。ただ、国会承認が物理的に不可能な事態は想定しておいた方が良好であろう（憲法 56 条 1 項による 3 分の 1 の定足数が満たない場合）⁹⁸⁾。

仮に国会承認が不能状況にあるとき、いかなる代替案があるだろうか。日本国憲法上、国会の代行機関は存在しない。また、憲法上、ドイツ基本法 53a 条のような合同委員会を法律によって設けることは、不可能である。それ故、国会代行機関の設置は、今後、憲法改正論議において重要な論点となっていくはずである。旧憲法時代の戦時緊急措置法によって設置された「戦時緊急措置委員会」（同法 4 条 1 項）がおそらくモデルとなろう⁹⁹⁾。

98) 国会が国会議事堂で行われなければならないという法律上の根拠は乏しい。国会法 5 条は、「議員は、召集詔書に指定された期日に、各議院に集会しなければならない」と定め、国会議事堂であることを特定していない。衆議院規則 1 条は「議員は、召集詔書に指定された期日の議長が定めた時刻に、衆議院に集会しなければならない」、参議院規則 1 条「議員は、召集詔書に指定された期日の午前十時に参議院に集会しなければならない」と定めているが、国会議事堂内の衆議院／参議院であると必ずしもいえないように読める。また、天皇の召集詔書では、常会の場合、第 204 回国会の詔書では「日本国憲法第七条及び第五十二条並びに国会法第一条及び第二条によって、令和三年一月十八日に、国会の常会を東京に召集する」（『官報』号外特第 3 号 2021 年〔令和 3 年〕1 月 8 日 1 頁）となっており、国会議事堂が特定化されていない。国会議事堂が使用不能ほどの災害／武力攻撃災害を受けた場合には、ほかの地と施設において国会は召集可能と考えるのが自然であろう。

99) 加藤・前掲論文（註 13）3-35 頁参照。また、高見勝利は、日本国憲法制定時に遡り、松本丞治の見解に注目している。高見・前掲書（註 40）の『政治の混迷と憲法』262-263 頁参照。松本は、「憲法改正私案（1 月 4 日稿）松本丞治」において、「第八条 天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議會閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス但シ議院法ノ定ムル所ニ依リ帝国議會常置委員ノ諮詢ヲ經ヘシ」との構想をもっていた。この「帝国議會常置委員」が、議會閉会中に代行議會として機能できる点に着目したからであろう。松本私案に関しては、国立国会図書館の HP「日本国憲法の誕生」の中の「資料と解説 2-8 松本國務相「憲法改正私案」」に掲載されている。ただ、「常置委員会」は松本のアイデアではない。旧帝国議會時代に衆議院側は、閉会中審査を行えるよう「常置委員会」の設置を求め、議院法改正要求が出されていた。たとえば、衆議院は第 64 回帝国議會に「議院法中改正法律案」を提出し、同法 12 条に「常置委員会」を設置することを求めていた。衆議院では可決

III. 緊急政令権の拡大傾向

緊急事態法律群において、緊急政令を予め制定できるとする規定は、当初、災害対策基本法 109 条 1 項 1 号乃至 3 号だけであった。そのほかの緊急事態法律は、法律において特定事項について、政令事項を定め、委任命令に基づき内閣の措置を合法化する法構造をとっている。災害対策基本法が特異なのは、「国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置をまついとまがないときは、内閣は、次の各号に掲げる事項について必要な措置をとるため、政令を制定することができる」と定め、同 4 項において「内閣は、第 1 項の規定により政令を制定したときは、直ちに、国会の臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求め、かつ、そのとつた措置をなお継続すべき場合には、その政令に代わる法律が制定される措置をとり、その他の場合には、その政令を制定したことについて承認を求めなければならない」と定めていることから、内閣への授権法としての性格を有する点にある。また同 2 項には、この緊急政令に実効性を持たせるため、「その政令の規定に違反した者に対して 2 年以下の懲役若しくは禁錮、10 円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑」を科すことも定めている。災害対策基本法が授権法であるが故に、制定時に議論が紛糾し、1 年遅れで当該規定が改めに挿入され、衆議院地方行政委員会において参考人 3 名の憲法研究者による合憲の言質を取り付け、ようやく立法されたことは、当初より、当該条項が授権法としての危険性を有していたことを示している。小林直樹が、同法 105 条 1 項にいう「非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものである場合」に限って緊急政令を合憲とし¹⁰⁰⁾、田上穰治も経済的

されたが、貴族院側の反対にあい審議入りはできなかった。審議過程においては、衆議院事務局『議院法改正経過概要』（1936 年）1226 頁以下参照。また第 65 回帝国議会については 1290 頁以下、第 67 回帝国議会については 1304 頁以下にそれぞれ経過状況の記述がある。「常置委員会」の論考に関しては、清水睦『現代議会制の憲法構造』（勁草書房、1979 年）60-63 頁、白井誠『国会法』（信山社、2013 年）7 頁参照。また、閉会中審査が戦後の国会法に規定されたことの衆議院側の反応に関しては、『第 91 回帝国議会 衆議院議事速記録第 12 号』1946 年〔昭和 21 年〕12 月 19 日 135 頁参照。100) 『第 40 回国会 衆議院地方行政委員会議録第 29 号』1962 年〔昭和 37 年〕4 月 13 日 6 頁参照。

自由に関する制約に限って、緊急政令を合憲としたのは、授權範囲が広がることの危険性を認識していたからに外ならない¹⁰¹⁾。

だがこの緊急政令制定の法範囲が、その後、拡大したことに注意が必要である。阪神・淡路大震災（1995年）のときに外国からの支援を相当受け入れたが、その折りに、災害対策基本法上、支援を円滑に受け入れる規定がないことが判明した。そこで同法109条の2が1995年に新たに挿入された¹⁰²⁾。同条項は、「災害緊急事態に際し法律の規定によつては被災者の救助に係る海外からの支援を緊急かつ円滑に受け入れることができない場合において、国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置を待ついとまがないときは、内閣は、当該受入れについて必要な措置をとるため、政令を制定することができる」との経済関連法規とは異なる新規定が新設された。しかし、この新規定の必要性は、相当程度疑わしい。実際、2011年3月11日の東日本大震災では、同法105条1項の「災害緊急事態の布告」は発せられず、緊急政令なしに諸外国からの支援が、問題なく行われたからである。おそらく、法改正時に立法事実が確認されず、いわば泥縄的に法改正が行われたといえるだろう。その後、緊急政令の拡大を目指す動きは、自然災害とは異質なところでも、確実に現れ始めている。

災害対策基本法109条1項の緊急政令の発動は、自然災害を原因とした「災害緊急事態」であり、しかもその範囲は次の3つに限定されている。すなわち「一 その供給が特に不足している生活必需物資の配給又は譲渡若しくは引渡しの制限若しくは禁止」、「二 災害応急対策若しくは災害復旧又は国民生活の安定のため必要な物の価格又は役務その他の給付の対価の最高額の決定」、「三 金銭債務の支払（賃金、災害補償の給付金その他の労働関係に基づく金銭債務の支払及びその支払のためにする銀行その他の金融機関の預金等の支払を除く。）の延期及び権利の保存期間の延長」である。この内、最後の「金銭債務の支払」の「延期及び権利の保存期間の延長」とは、金融モラトリアム、すなわち支払い猶予を意味する。金融モラトリアムは、旧憲法時代に2回経験がある。関東大震災時に緊急勅令として「私法上ノ金銭債務ノ支払延期及手形等ノ権利保存行為ノ

101) 同上・2-3頁参照。

102) 防災行政研究会・前掲書（註78）678頁参照。

期間延長ニ関スル件」(勅令 404 号／1923 年〔大正 12 年〕9 月 7 日)¹⁰³⁾において 30 日間の支払い猶予、昭和金融恐慌時(1927 年)では、これも緊急勅令として「私法上ノ金銭債務ノ支払延期及手形等ノ権利保存行為ノ期間延長ニ関スル件」(勅令 96 号／1927 年〔昭和 2 年〕4 月 22 日)¹⁰⁴⁾が発せられ、21 日間の支払い猶予が行われたことがある。

現段階では、金融モラトリアム条項は、災害対策基本法 109 条 1 項のほか、新型インフルエンザ等対策特別措置法 58 条 1 項、国民保護法における武力攻撃災害においても導入されている(緊急政令制定における国会手続に関しても災害対策基本法 109 条 3-7 項が準用される)。国民保護法 130 条 1 項は、「内閣は、著しく大規模な武力攻撃災害が発生し、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において、国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置を待ついとまがないときは、金銭債務の支払(貸金その他の労働関係に基づく金銭債務の支払及びその支払のためにする銀行その他の金融機関の預金等の支払を除く。)の延期及び権利の保存期間の延長について必要な措置を講ずるため、政令を制定することができる」と定め、災害対策基本法と同一な金融モラトリアム条項を法定している。

確かに、国民保護法の緊急政令条項は、経済活動に関する金融モラトリアム条項であり、災害対策基本法と同一歩調をとっている。しかし、国民保護法が内閣に緊急政令権を付与したことは、たとえ、経済活動支援のためとはいえ、従来の法体系とは明らかに異質な段階に入ったといわざるを得ない。というのも、武力攻撃災害は、自然災害・感染症とは異質な武力的行使の結果としての人為的災害であり、またそもそも国民保護法は事態対処法と一体となった防衛法制である。国民保護法上の「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置を的確かつ迅速に実施すること」(国民保護法 1 条)であれば、内閣の緊急政令権は、防衛法領域において拡大することもあり得る。今後の防衛法制の展開に注視していく必要がある。

103) 『官報』号外第 7 号 1923 〔大正 12 年〕9 月 7 日 2 頁。

104) 『官報』号外第 92 号 1927 年〔昭和 2 年〕4 月 22 日 1 頁。

五、小結

これまで日本の国家緊急権論の現況と平時から緊急事態への切り替えに着眼し、各緊急事態法の問題点を指摘しつつ、分析を加えてきた。ここでは、私見を交えながら、筆者なりの結論を提示しておきたい。

第1に、日本国憲法上の国家緊急権の存在に関してである。筆者も日本国憲法は国家緊急権を積極的に否認しているとの通説を支持したい¹⁰⁵⁾。むしろ、国家緊急権の法概念は、日本国憲法上、有害であり、それ故に放逐されるべきだと考える。したがって、日本国憲法を改正し、緊急権条項を導入しようとの提案は支持し得ない。おそらく日本国憲法に国家緊急権を導入し、「制度化された国家緊急権」条項、すなわち非常権条項を新設すれば、日本国憲法は自らの中に「憲法自死の方法」を書き込むこととなろう。「制度化された国家緊急権を有する日本国憲法典」は、その後、「憲法改正」と「国家緊急権」の2つの力学によって、憲法典自体の憲法保障機能の低減化に苦しむことになろう。

また英米法系の研究者によって、不文の国家緊急権が主張されるが、これも支持しがたい。おそらく、この立場にある者は、既存の緊急事態法律群が想定していない事態があることを念頭に、最終的には不文の国家緊急権を持ち出し、政府の行為——場合によっては、国家緊急権を主張する者であれば誰もが主体となるが——を合法化し、当該措置に正当性を与えることができると把握したのであろう。国家緊急権に基づく政府措置を通じて、その措置の「成功」の結果、日本国憲法が平時に切り替わると期待してのことである。そこでは、いわば「回復権としての国家緊急権の発動」が前提とされている。

しかし、これは本当であろうか。むしろ、あり得る凶柄は、「不文の国家緊急権」発動後、政府は、「日本国憲法には構造的欠陥がある」、「憲法の欠缺である」とみなし、「日本国憲法の停止」さらに進んで「日本国憲法の破毀 (Verfassungsdurchbrechung)」を宣言し、緊急事態収束後は、新たな憲法制定権力を発動し、新憲法制定へと接続するとみた方がよいであろう。日本国憲法ではできないことを後追いの「不文の国家緊急権」で処理するという発想の基底には「日本国憲

105) 加藤一彦『憲法〔第3版〕』(法律文化社、2017年) 338-339頁参照。

法への回復権」の期待がありつつも、しかしながらこの「回復権」を起動させる日本国憲法上の規範供給作用は存在しない。国家緊急事態により導かれる「不文の国家緊急権」の役割は、現憲法を凌駕する政治の力に最高規範としての「憲法のマント」を与え、あたかも政府の行為が、「法としての憲法」であるかのように振る舞いさせ続けるのを偽装するだけであろう。

第2に、国会統制脆弱性の課題である。具体的には、平時から緊急事態への切り替えにおける国会の役割が、弱くまた複線化している点である。これは、大きな枠組みでいえば、そもそも国会の会期制度の問題でもある。国会法2条は「常会は、毎年1月中旬に召集するのを常例とする」と定め、同10条は「常会の会期は、150日間」とされていることから、国会の活動期間は、通例では半年未満である。逆にみれば、国会閉会中の方が長いということになる。確かに、国会延長はしばしば行われ、7月末まで会期が確保される場合もあるが、所詮、会期延長は与党の決するところであり、また与党が是非にでも法案・補正予算案を通過させるための政治技術でしかない。緊急対応のためには、そのときに国会が活動能力を確保していることが重要なのである。災害対策基本法109条1項などに基づく緊急政令を内閣が発する場合、「国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置をまついとまがないとき」が法定されているが、この国会空白が生じやすい法環境は、やはり是正した方がよいであろう。国会閉会中が例外となるよう常会の会期は、最低でも1年の半数に相当する180日-200日に改正すべきであろう。

また、国会の関与の仕方にも課題がある。日本の緊急事態法は、緊急事態の認定と緊急事態の措置権を区分せず、内閣総理大臣と内閣が一体となって、緊急事態を処理する方式である。国会の関与とその仕方は、各個別法律によってバラバラに定められている。そこで国会承認型を基本形として統一すべきだと思われる。例えば、⑤国会関与不存在型に入る大規模地震対策特別措置法9条の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条の原子力緊急事態宣言は、確かに迅速性が求められている。しかし、事後的にも国会に承認・報告義務が政府にはないとするのは、国会軽視といわざるを得ない。この点、2021年2月に施行された新型インフルエンザ等対策特別措置法について、「まん延防止等重点措置」が新設されたが、この措置発動に国会報告すら規定されない現状は、緊急

事態法制の基本線から逸脱していると指摘できる。

加えて、④事後国会報告型として、新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく新型インフルエンザ等緊急事態宣言（同 32 条 1 項）の国会報告制度がある。これは、政府対策本部長（内閣総理大臣）による同宣言後、事後的に報告を受ける形式である。しかし、行政罰条項を今回導入した関係上、新規行政権行使に関しては、国会の承認を条件とすることが適切であったろう。したがって、国会報告型ではなく、国会承認型へと変更すべきである。

もっとも国会承認型といっても、①国会／緊急集会併用事前承認型と③国会／緊急集会併用事後承認型の 2 つがあるが、基本は前者が適切である。つまり、（i）国会開会中の場合には、両院の関係委員会を開き承認を求める手続に入ること、（ii）国会閉会中の場合には、内閣が直ちに臨時会を召集すること、（iii）解散により衆議院が存在しない場合には、参議院の緊急集会を直ちに求めること、によって国会承認の迅速性を確保することができる。国会事後承認は、真にやむを得ない場合に限定化することが、国会による内閣への憲法的統制の現実化に資する。したがって、武力攻撃事態法 9 条 4 項は改正の必要がある。少なくとも災害対策基本法 109 条の緊急政令制定手続条項と合致させるのが、適切である。

第 3 に、緊急事態法制のパラドックスの課題である。一つは、「緊急事態法制の赤字」の問題である。すなわち、緊急事態法制を整備したとしても、既存法令で対処できるのは、法令制定時に想定された緊急・非常事態までである。そこで法令制定後に改めて遭遇するあるいは自己が描いた事態が起り得ると考えたときには、既存法令は不十分なものと描かざるを得ない。所詮、全てを想定して法を作ることが不可能であるが故に、さらなる緊急事態法を作らねばならないというエンドレスな言説である。そこでは、止めどなく緊急事態法律の必要性が主張され、結果的に非常時法の面的拡大化が図られる。

もう一つは、この言説を受け、平時より緊急事態に備え、法律上の想定外を潰していけば行くほど、平時法は緊急事態法に引張られ、平時法の法的空間の意味内容が変化し、緊急事態法体系が平時法を質的に転換させる課題である。日本の場合、2016 年に完成された「平和安全法制整備法」後の法の世界は、従前とは明らかに異なり、複数の「XX 事態」を前提とした法律が整備された。統治構造に関していえば、官邸機能強化が内閣府設置以来（2001 年）進められ、危機

管理対応のために2013年に国家安全保障会議が設置された。平時に検討されるべき「国家安全保障に関する外交政策及び防衛政策の基本方針並びにこれらの政策に関する重要事項」（国家安全保障会議設置法2条1項11号）については、全体の閣議ではなく、内閣総理大臣（議長）、官房長官、外務大臣、防衛大臣の4名のみが関与する所謂「四大臣会合」が規定された。通常であれば、内閣が閣議において決定すべき事項が、先の四大臣会議体の専権とされた（同法5条2項）。このことは、国務大臣間に等位を新たに作ったことだけではなく、閣議の質的転換が生じたことを意味する。本来であれば、緊急時に全国務大臣が閣議において一致した行動をとることが期待されていたのであるが、今後は、国家安全保障会議において決せられた事項について、閣議がこれを追認せざるを得ない状況が作られることとなる。

防衛法制との関係でいえば、次の様相がみえる。すなわち、平時におけるこうした法的方向性は、憲法原理としての平和主義に対立し、憲法9条において戦争の放棄を定めていることに抗い、別の道を指し示している点である。「積極的平和主義」という政府政策は、憲法規範と真逆なベクトルに向かい、平時における座標軸が、相当程度、不確定的緊急事態に吸い寄せられていく。その帰結としての現況では、平時においていかにして国際平和を創造し、憲法9条の価値理念を現実化していくかという政策判断はなく、重大緊急事態（武力攻撃事態等、存立危機事態、重要影響事態、国際平和共同対処事態など）に対応してさらなる法律整備が必要だという推進力が強まっていく。その現象は、核禁止条約（Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, 2021年1月発効）に関し、政府があまりにも冷淡であることにも現れている。国是とも称される「非核三原則」（1967年）を国際法として国際社会に広げる努力よりも、危機対応の名目で核の傘による国家安全保障を優先させた結果である。

緊急事態に対応させる法律を制定するにあたり、日本国憲法は阻害にならない。日本国憲法の価値理念に即した緊急事態法律を作ることが、国家の使命である。その最重要な視点は、日本国憲法の規範力を法律によって強化することである。その主目的は、日本国憲法13条に定める「すべて国民は、個人として尊重される」との最高善の現実化にある。この主目的に適合的な緊急事態法制・危機管理法システムに作り替えることが、21世紀初頭の世代の使命だと思う。憲法価値

理念を忘れた緊急事態法制は必ずや破綻する。その光景を COVID-19 禍にいる人々はすでにみてきた。

〔追記〕

本稿は、本学の 2021 年度個人研究助成費（受給番号 21-6）による研究成果の一部である。