

平成 16 年 3 月 25 日

衆議院憲法調査会「安全保障及び国際協力等に関する調査小委員会」に於いて  
岩手県立大学総合政策学部教授 小針 司

「非常事態と憲法（国民保護法制を含む）」レジュメ

1 はじめに - 明治憲法と現行憲法の対比 -

確認事項：明治憲法と現行憲法における非常事態法制

明治憲法では、憲法典上、4 カ条にわたり非常事態に関する規定を設けていた。すなわち、8 条（緊急命令権、帝国議会の承諾権）・14 条（戒厳の宣告権）・31 条（非常大権による権利の制限）及び 70 条（緊急財政処分、帝国議会の承諾権）

\* 緊急命令権と緊急財政処分の帝国議会にかかる要件上の違い

前者の緊急命令権は「帝国議会閉会ノ場合」で足りるが、後者の緊急財政処分にあつては「帝国議会ヲ召集スルコト能ハサルトキ」と定められており、召集不可能がその要件の一つとされていた。

\* 明治憲法の特徴

14 条の戒厳大権以外にも 31 条に非常大権が規定されており、しかも極めて包括的であったこと。

現行憲法では、憲法典上、少なくとも明治憲法的な非常事態の規定は見られない。

・憲法 54 条 2 項の「参議院緊急集会」

これは衆議院の解散中に国に緊急の必要がある場合、内閣の求めに応じて開かれる参議院の集会（緊急集会ともいう）。国政の決定に関する国会中心主義の下、衆議院解散中における緊急事態に備える臨時的ないし異例的な国会の代行機関である（コンサイス法律学用語辞典、三省堂、2003）。

その意味で、現行憲法は明治憲法に比べ非常事態対処に対しては極めて謙抑的である。このことは、今日問題となっている有事法制が憲法典上明文の根拠規範に依拠することなく、専ら立法権行使の所産にとどまることを意味する。かくして、有事法制の憲法上の根拠をめぐる問題が常に存在し続けることとなる。「有事」、すなわち非常事態の一言を以て、何故に平時（通常時）とは異なる法制に国民は服さなければならないのか、と。

< 平時と有事における法制の違い >

一つの譬え、「赤信号のとき止まるのが平時、赤信号でも渡るのが有事。」

\* 平時から有事への移行プロセスと有事から平時への回帰プロセス。その際問題となるのは、有事に形成された法関係が平時回帰後も残存し続けるという事態である。

< 現行憲法が経験した非常事態：占領統治 > ポツダム緊急勅令

それはわが国の対外的独立性という意味での主権の喪失、すなわち終戦後の占領であった。

終戦後占領期間中、連合国最高司令官の発する要求を実施するため、政府が必要な事項を命じ、かつ必要な罰則を設けることができる旨定めた、法律に代わる効力を有する「緊急勅令」（明治憲法 8 条）、すなわちポツダム緊急勅令（「ポツダム」宣言ノ受諾ニ伴ヒ

発スル命令ニ関スル件、昭和 20 年 9 月 20 日勅令 542 号：この勅令の場合、その罰則委任の包括性が憲法上問題となる)の違憲性が争われた事件(昭和 23 年政令 201 号違反被告事件)で、昭和 27 年 4 月 28 日の独立回復後、翌年の 4 月 8 日、最高裁大法廷は次のように判示した(最大判昭和 28 年 4 月 8 日刑集 7 卷 4 号 775 頁)。

「この勅令は、(中略)連合国最高司令官のなす要求に係る事項を実施する必要上制定されたものであるから、日本国憲法にかかわらず憲法外において法的効力を有するものと認めなければならない。」

## 2 非常権とその類型 - 国家緊急権と非常措置権との区別の相対性 -

非常事態に対処する権限をひとまず非常権と呼べば、この非常権は超実定法的なそれとしての国家緊急権と実定法的なそれとしての非常措置権とに二分される。ただし、この区分は相対的なものにすぎない。

### 憲法典の(効力の)停止

この場合、場所(領域)の限定無くしては憲法典の自己否定に至る。憲法典の効力がおよそ全体として停止されるならば、停止せしめる非常措置権もまたその憲法典上の根拠を喪失してしまうからである。したがって、場所的・時間的限定が必要となる。

場所的・時間的に限定された憲法典の停止にあつては、当該場所・時間はおおよそ憲法典の埒外に置かれることとなり、人権のみならず統治機構の側面においても憲法典とはおよそ無縁の法状況が生ずる。

例、当該地方公共団体の組織・機能の停止。長・議会はその活動の法的根拠を喪失する。この点では国の地方支分部局も同じ。憲法典は適用されない。

「人権・統治機構 0% - 非常措置権 100%」

例、共和暦 8 年霜月 22 日(1799 年 12 月 13 日)フランス憲法 92 条

「武装叛乱又は国家の安全を脅かす騒擾がある場合、法律は、時及び所を定めて、憲法の効力(l'empire)を停止する(suspendre)ことができる。」

### 憲法典列举条文の停止

そもそも通常法の効力の停止とは、一定期間、一定領域における、不特定多数のケースへの通常法の一般的な不適用を意味する。

したがって、憲法典列举条文の停止とは、明示の宣言によって自己および他の権限官庁のため、時、所を限り、この条文の適用を一般的に排除して、以て公権力の制約を排除し、公権力の活動範囲を拡大する作用と解される。通常、これらの条文は人権規定なので、結局これらの人権規定による縛りから公権力を解き放つことを意味する。特定の人権規定の適用が一般的に排除される以上、そこで人権を語ることでできず、したがって人権侵害の問題は成立する余地はない。

「列举条文の人権 0% - 非常措置権 100%」

例、1950 年 1 月 31 日プロイセン憲法 111 条

「戦争又は騒擾(Aufbruch)の場合、公共の安全に対する差し迫った危険があるときは、憲法典 5 条(人身の自由)、6 条(居住の不可侵)、7 条(法律の定める裁判官の裁判を受ける権利)、27 条(意見表明の自由)、28 条(一般的刑法による表現行為の処罰)、29 条(屋内における集会の自由)、30 条(刑法に違反しない目的での結社の自由)及び 36

(武力使用)条は、時及び所を限って、停止されうる。詳細は、法律がこれを定める。」  
憲法典上のいかなる条文の効力も停止せず、憲法典上の非常措置権により変容を被る場合、特に人権の制限の度合いが強い場合

人権規定の効力は存続し続けるから、問題は非常事態に伴う非常措置の要請にどこまで人権が譲歩しなければならないか、ということになる。ここでは、憲法のバランス感覚が鋭く問われる。人権規定の効力が停止されない以上、人権は零ではない。したがって、究極的には法益考量の問題となる。この場合、非常事態対処規定が憲法典に存在するので、当該対処の憲法典上の根拠問題は成立する余地はない。問題は、いかなる人権がどの程度非常事態対処のために制限されることとなるのか、である。ここでは、互いに緊張関係に立つ二つの憲法典上の法益の考量・調整の必要が生ずる。

「人権 % - 非常措置権 × × %」

例、次のような規定が想定される。

「政府は、非常事態において、法律の定めるところにより、必要な措置をとることができる。ただし、憲法典のいかなる条文も停止することができない。」

憲法典上、なんらの非常事態対処規定を欠くにもかかわらず、非常事態に対処する必要がある場合

この場合には、非常事態対処の憲法典上の根拠が明文化されていないわけで、つねに対処立法の合憲性が問われることとなる。わが国の現行憲法の在り方がこれで、立法権の配分規定である 41 条に立法の根拠を求めることは可能であるが、人権制約の法理は「公共の福祉」等に見い出すほかはない。

「人権 % - 公共の福祉 × × %」

「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(案)」、いわゆる国民保護法案

(国民の協力等)

「4条 国民は、この法律の規定により国民の保護のための措置の実施に関し協力を要請されたときは、必要な協力をするよう努めるものとする。

2 前項の協力は国民の自発的な意思にゆだねられるものであって、その要請に当たって強制にわたることがあってはならない。」

\* 憲法 18 条 何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。

\* 違法 - 免責か権限付与(非常措置権) - 違法か

前者の場合、憲法 17 条の国家賠償請求権を一片の法律で否定し去ることになる。

参照、郵便法損害賠償免責・制限規定違憲判決

3 非常事態と人権保障 - 高度に発達した民主主義国家における人権の保障のあり方とは? 救命と輸血(信教の自由の保障)問題から考える -

(1) 輸血による救命は病者・負傷者何人とっても権利救済となるのか - 自己決定とパターンリズム(父親的温情主義) -

事前説明なく患者の自己決定権を奪い、その宗教上の信念に反してなされた輸血を人格権侵害とした最高裁判例の概要は次のとおりである。

「患者が、自己の宗教上の信念に反するとして、輸血を伴う医療行為を拒否する意思決定をする権利は、人格権の一内容として尊重されなければならない。手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には輸血するとの方針を説明すべきであったにもかかわらず、その方針を説明せず、輸血の可能性があることを告げないまま手術を施行し輸血をした場合、輸血を伴う手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を原告から奪ったものであり、人格権侵害として精神的苦痛を慰謝すべき責任を負う。」(最判平成12年2月29日民集54巻2号582頁)

これを非常事態に当てはめてみると、避難者が自己の主義信条に反するとして、避難を拒否する意思決定をする権利がそもそも認められるか否か、認められるとすれば、これもまた人格権の一内容をなすものとして尊重されなければならない、その意思を尊重することなく、強制的に避難させた場合、はたして人格権侵害を語るができるか否か、という問題が成立する。これが、自己決定とパターンリズムの問題である。

非常事態における公権力による避難・誘導は何人にとっても生命にかかる権利保障となるのか、それとも「ここで死にたい」と主張する主義信条の持ち主にとっては余計なお世話であり、自己の生のあり方に関する自己決定権の侵害となるのか。人権の充満する国家社会における人権保障のあり方の多様かつ複雑な法状況が今日生じてきている。まさに非常事態法制はこうした法状況をも踏まえて構築されなければならない。

(2) 非常事態をもたらすもの - ゲリラ・コマンドによるゲリラ攻撃とテロリストによるテロリズム -

第一追加議定書(国際的武力紛争の犠牲者の保護に関し、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約に追加される議定書:署名開放1977年12月12日、効力発生1978年12月7日、日本国)43条1項によれば、「紛争当事国の軍隊は、部下の行動についてその国に責任を負う指揮の下にある、すべての組織された武装の兵力、集団及び団体から成る。」とされ、さらに戦闘員については、同条2項に次のように定めている。

「紛争当事国の軍隊の構成員(第三条約(捕虜条約-小針)第33条に定める衛生要員及び宗教要員を除く。)は、戦闘員である。すなわち、それらの者は敵対行為に直接参加する権利を有する。」

なお、紛争当事国が準軍事的機関又は武装した法執行機関を自国軍隊に編入したときはいつでも、他の紛争当事国にその旨通告しなければならない、とされている(同条3項)。また、第三条約である捕虜条約(捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約)によれば、同条約における捕虜としていくつかの部類を掲げているが、ゲリラ・コマンドに関連深いのは次の二つである。

1) 紛争当事国の軍隊の構成員及びその軍隊の一部をなす民兵隊又は義勇隊の構成員  
2) 紛争当事国に属するその他の民兵隊又は義勇隊の構成員(組織的抵抗運動団体の構成員を含む。)で、その領域が占領されているかどうかを問わず、その領域の内外で行動するもの。但し、それらの民兵隊又は義勇隊の構成員(組織的抵抗運動団体の構成員を含む。)は次の条件を満たすものでなければならない。

部下について責任を負う一人の者が指揮していること。

遠方から認識することができる固着の特殊標識を有すること。

公然と武器を携行していること。

戦争の法規及び慣例に従って行動していること。

けれども、ゲリラ戦に従事する不正規部隊であるゲリラ・コマンドについては、その敵対行為の性質から、戦闘員としての要件の緩和が第一追加議定書 44 条 3 項によってなされている。

このように、戦闘員であるための捕虜条約上の 4 要件のうち、遠方から認識することができる固着の特殊標識を有すること及び公然と武器を携行していることの 2 要件の緩和は見られるものの、部下について責任を負う一人の者が指揮していること及び戦争の法規及び慣例に従って行動していること、という他の 2 要件の緩和は認められない。

テロリストに当該戦争の法規及び慣例の遵守を求めることも、さらに緩和された形での武器の公然携行を求めることも共に無意味である。というのも、緩やかな形であれ、これらの要件を充足したのでは、そもそもテロリズムは行い難いからである。したがって、テロリストに戦闘員の地位を認めることは元来できないのである。とすれば、彼らは単なる犯罪者と解するほかはなく、国内刑事法をもって処断されるべきである。この点で、不正規部隊の構成員であるにせよ、戦闘員とされ敵国の権力内に陥った場合に捕虜として処遇されるゲリラとは決定的に異なると言わなければならない。

要するに、原則的には、対テロリズム対処は国内の警察作用（治安維持作用）であり、適用法規は国内法であるが、対ゲリラ戦は不正規戦とは言え、それが対外的防衛作用である以上、適用法規も今日国際人道法とか武力紛争法とか呼ばれるが、かつて戦時国際法の一内容をなした交戦法規である。

では「大規模テロリズム」や「国際的テロリズム」が、その害悪・結果の重大性からして、国連憲章 51 条にいう「武力攻撃」に該当し、自衛権行使の一要件を充足することと成るのか、といった問題も生じるが、それは国際法上の解釈問題であって、門外漢の私としては今現在確たる解答を持ち合わせていない。ただ、法解釈の「連続性」と「漸次の変化」という視点に立つならば（参照、藤田宙靖『第 4 版行政法一（総論）』472 頁）、そもそも「武力攻撃」及びその概念要素としての「武力」というものがいかなるものと解釈されて来たのかといったこれまでの国際法の解釈を踏まえ、ここで問題にしている「大規模テロリズム」が、解釈上、従来の「武力攻撃」の延長線上に位置付けられ得るものか否かについて仔細な検討がなされるべきである（例えば、大河の上流に位置する国家がそのダムを決壊させ下流にある国家に重大な損害をもたらす行為は、はたしてその結果の重大性からして「武力攻撃」に該当するといえるか）。さもなければ、害悪・結果の重大性のひと言でもって国連憲章 2 条 4 項の武力不行使原則がたやすく破られてしまうことになりかねないからである。

#### 4 非常事態法制の根源をなすもの - 国家の大義と個人としての尊重（個人の尊厳） -

立憲主義を一言でいえば、権力抑制原理と語ることができる。近代的「個」をその中核とする近代立憲主義に限っていえば、それは専制主義に対抗してその専断的恣意を排除し、個人の権利・自由を確保すべく成立した憲法原理である。そのためか、「立憲主義の憲法の基本価値は、『個人の尊厳』である（19-20 頁）。（中略）立憲的意味の憲法の目的は人権保障（それを通じて個人の尊厳が保障される）であり、統治機構はそれを実現するための手段である」とも語られる（高橋和之他著『憲法（第 3 版）』20 頁（有斐閣、平成

13) )。まさに、現行憲法 13 条前段は「すべて国民は、個人として尊重される。」と定め、個人主義的世界観を表明し、国家や民族といった全体的なるものに始原的価値を認める全体主義的世界観を否定している。個人主義的世界観といっても、個人主義自体が多義的であるから、多様な解釈の余地があることは否定し難いところである。けれども、個人主義は「自然状態において各人はそれぞれ最高価値の持主である」、「各人は、本来、何ものにも勝って尊重されるべきである」、すなわち「初めに個人ありき」というイデオロギーととらえることができよう(参照、菅野喜八郎『論争 憲法 - 法哲学』18 頁、20 頁)。このような個人主義理解に立ってみれば、まさに「社会契約論とは、個人主義を前提としての、個人に対する国家支配の正当化論」と位置づけられることとなる。かくして、国家は個人の生命・身体・財産を保護してこそ、その支配の正当性を主張することができるのである。

この度今国会に内閣から提出された「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(案)」、いわゆる「国民保護法案」が、その目的を謳う 1 条において、「武力攻撃事態等において武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護し、並びに武力攻撃の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の重要性にかんがみ、(中略)(事態対処法)と相まって、国全体として万全の態勢を整備し、もって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を目的とする。」と定めるのも、このような文脈で読まれるべきものと考えられる。

## 5 おわりに - 若干の提言も交えて -

### 防衛観の視座転換

「わが身、わが家族、わが郷土、そしてわが祖国の共同防衛」

「武器の最中であって法は沈黙する (inter arma silent leges)」という法諺

確固たる実存的な存在である個人はしぶとく生き抜き、再び蘇る。

防衛法学者の宿命：国家と個人の共生を模索し続けること。

### < 参考文献 >

1. 青柳幸一『個人の尊重と人間の尊厳』5 - 44 頁(尚学社、平成 8)
2. 拙著『続・防衛法制研究』197 - 229 頁(信山社、全訂新版、平成 15)
3. 拙著『防衛法概観』204 - 218 頁(信山社、平成 14)
4. 拙稿「周辺事態法」法学教室平成 12 年 1 月号 232 8 - 11 頁
5. 拙稿「有事法制(災害も含む)と国会の役割」ジュリスト平成 12 年 5 月 1・15 日合併号 1177 163 - 168 頁
6. 拙稿「有事三法案の問題性 - 立憲主義の視点から」法律時報平成 14 年 74 巻 12 号 10 - 14 頁
7. 拙稿「憲法 9 条と有事関連 3 法 - 武力攻撃事態法を中心にして - 」法学教室平成 15 年 10 月号 277 13 - 18 頁

その他、防衛法学会編・防衛法研究第 24 号特集・諸外国の緊急事態法制(内外出版株式会社、平成 12)、全国憲法研究会編・法律時報増刊憲法と有事法制(日本評論社、平成 14)がある。なお、若干の変更の余地があることをお断りしておく。