

有事法制と「憲法上の権利」

—— ヴァイマル憲法第48条の教訓より ——

飯 島 滋 明

The Foreign Armed Attack contingency Law and Constitutional Rights: Lessons
from Article 48 of Weimar Constitution

IJIMA Sigeaki

〔本論文の構成〕

第1章：はじめに

第2章：ヴァイマル憲法第48条と法的歯止め

第3章：ヴァイマル憲法第48条の行使の態様

第4章：なぜヴァイマル憲法第48条の濫用を阻止できなかったのか

第5章：結論

— 有事法制に対する法的歯止めは有効に機能するのか —

第1章：はじめに

(1) 1965年2月10日、衆議院予算委員会。日本社会党の岡田春夫議員は、日本に仮想敵国はあるのか、シベリアン・コントロール、軍国主義等についての見解を佐藤榮作首相に求めた。佐藤首相は、「〔中国を〕仮想敵国としておりません。これははっきり申し上げる。ことに、私どもは、終戦後新生日本、この日本の性格はよく考えていただきたい。これは私ども自慢ができる。このくらい自由を守り平和に徹するという国はないと思う」、「いずれの国も仮想敵国として日本は考えておりません」、「私どもがいま新しい憲法のもとの民主主義、また基本的人権尊重、こういう立場に立ちますと、全体主義的な考え方を排撃しておくことはよく御承知なはずだ。したがって、私どもは、一部の国家がとっておるような全体主義的な傾向はとらない、このことははっきり申し上げる」(〔 〕は飯島補足)と断言した。その直後、岡田議員は「昭和三十八年度統合防衛図上研究」(いわゆる「三矢^{みつや}研究」)を暴露し

た。その研究では、中国・北朝鮮が敵と明言されていた。また、経済統制、徴兵制実施等の国家総動員体制の確立が目指されていた。さらに、有事に際して必要な87の法律を2週間で、「もっと緊急なものは委員会の省略を行なって、即座に本会議において上程可決させる」という内容の研究が行われていた。このことに対して佐藤首相は怒り、「私は、ただいまのようなことは絶対に許せないことだ、かように考えます」、「私は、同じように国民の一人としてこれを非常に心配しておる。かような事態が政府が知らないうちに進行されている、これはゆゆしいことだと思います」と答弁した。1965年6月、野党の集中攻撃を受けて小泉純也防衛庁長官は辞任した。特別裁判所の設置、徴兵制の実施等、憲法を無視したこの研究が有事法制の土台となっていたこともあり、有事法制は国民から疑惑の眼で見られ続けてきた。

(2) 2002年4月17日、小泉純也の息子、小泉純一郎首相はテロや不審船事件を口実として有事三法案を国会に上程した。武力攻撃事態法案を中心とする有事三法案の法的構造については優れた分析がすでに多々存在するので、ここでその内容を詳解することはしない。一言だけ付言するならば、「武力攻撃事態」等との認定がなされた際には、「地方公共団体」・「指定公共機関」は法的に拘束され、また、物資保管命令違反者に対しては罰則を設けて強制的に自衛隊などへ協力させるといったように、国家総動員体制の確立が可能な法的構造を有するという点では、今回の有事法制も「三矢研究」と根本的な違いはない。しかも、首相が権限を行使する前提となる「武力攻撃事態」等について、どのような事態が「武力攻撃事態」等なのかということすら法案提出者達自身も把握していなかったことが白日の下に曝されたこともあり¹、2002年7月に衆有事特別委で継続審議となった。155国会にも修正案が提出されたが、11月に2度目の継続審議となった。

(3) 2003年5月13日、有事法制に関して、基本的人権尊重の明記、国会による対処措置の終了、国民への情報提供、国民保護法制整備までの一部措置の施行凍結、事態の認定の前提となった事実の明記等、民主党の意向を与党が受け入れる形での合意がなされた。

その結果、5月15日に衆議院を通過し、6月6日に参議院を通過して有事三法案は成立した。採決は記名方式ではなく起立によったため、正確な表決数は確定できないが、約9割の議員が賛成した。有事三法が成立した6月6日、スポーツ紙夕刊の一面を大々的に飾ったのは、7番に打順が下がったニューヨーク・ヤンキースの松井秀喜が26日ぶりに(119打席ぶりに)第4号ホームランを打った記事であった。

9割もの議員が賛成し、スポーツ紙が有事三法の成立をそれほど問題としなかったのは、有事法制が有する危険性がなくなったからなのか。とりわけ、5月13日の修正により、有事に際しての基本的人権の保障と民主的統制が確保されるとの見解がメディア等でも出された。しかし本当にそうなのか。「基本的人権の尊重」が日本国憲法の核心的価値である以上、今回の有事法制が憲法上の権利を不当に侵害することがないのかどうかという問題は、憲法上極め

て重要な問題である。本稿では、今回成立した有事法と憲法上の権利の関係についての考察を行う。ところで、この問題を考察するにあたっては、看過し得ない歴史的教訓が存在する。後述するドイツ・ヴァイマル共和国の歴史である。ここでは簡単に述べておくに留めるが、ヴァイマル憲法第48条1項では「共和国執行」(Reichsexekution)、第2項では「独裁権力」(Diktaturgewalt)²と一般的に称された権限が大統領に付与されていた。そして、その濫用を阻止するために、国会の取消権限(第48条3項)等が規定されていた。こうした規定を持つヴァイマル憲法下で第48条は実際にどのように行使され、それらの権限の濫用に対して設けられた法的足枷はどのように機能したのか。ヴァイマル共和国の歴史を踏まえた上で、有事法制に課せられた諸制約が有効に機能し、憲法上の権利に対する不当な侵害がなされる可能性がないのかどうかの考察を加える。

第2章：ヴァイマル憲法第48条と法的歯止め

ヴァイマル憲法第48条では以下のように規定されていた。

- 「① ある州が、共和国憲法または共和国法律によって課せられた義務を履行しない時、共和国大統領は、武装兵力を用いてこの義務を州に履行させることができる。
- ② ドイツ国内において、公共の安全および秩序が著しく乱され、また危機にさらされる時、共和国大統領は公共の安全および秩序を回復させるために必要な措置をとることができる。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、共和国大統領は、一時的に第114条〔=人身の自由〕、第115条〔=住居の不可侵〕、第117条〔=親書、郵便、電信電話の秘密〕、第118条〔=意見表明等の自由〕、第123条〔=集会の権利〕、第124条〔=結社の自由〕、および第153条〔所有権の保障〕に定められている基本権の全部または一部を停止することができる。
- ③ 本条第1項または第2項に従ってとった全ての措置について、共和国大統領は、これを遅滞なく国会に報告しなければならない。これらの措置は、国会の要求に基づき効力が停止されうる」(第4項、第5項は省略。〔 〕は飯島補足)。

「WRV〔ヴァイマル憲法〕第48条2項は国民議会において最も争いのあった規定の一つであった」(〔 〕は飯島補足)³と言われるように、国民議会では第48条の権限についての議論が活発になされた。

国民議会の第二読会で、コーン議員は憲法草案からの非常権限の削除を主張した。しかし、彼が反共和國的な「独立社会民主党」に属していたこと、当時の非常に危機的な状況下ではこの権限の必要性が痛切に感じられことにより、削除には至らなかった⁴。とはいえ、この規定が有する危険性が認識されていなかったわけではない。第48条に関しては、いかなる状況

でも拡大解釈すべきではないとヴァイマル憲法の起草者プロイスも考えていたのであり⁵、結果としてはこの権限が濫用されないためのさまざまな法的拘束が設けられた。48条3項に規定されているように、第48条2項に基づく措置を国会は取り消すことができる。また、ヴァイマル憲法第50条では、「共和国大統領のすべての命令および処分は、軍事の領域に関するものである場合においても、それが効力を持つためには、共和国首相または主務大臣の副署を必要とする」と規定されているように、大統領の行為には「副署」(Gegenzeichnung)が要求されている。その上、共和国大統領が「共和国憲法または共和国法律」に違反した場合、国会は共和国大統領を「国事裁判所」に提訴することができる(第59条)。14年間のヴァイマル期を通じて、第48条に基づき出された命令は250回以上もあるが⁶、第48条はどのように行使され、どのようにその歯止めは機能したのであろうか。次章ではそのことを概観しよう。

第3章：ヴァイマル憲法第48条の行使の態様

本来ならば、第48条に基づく大統領命令を全て検討した上で、その法的性質につき言及するのが筋ではあろう。とはいえ、上述したように、ヴァイマル期に出された大統領命令は極めて多く、ここで全てを紹介するのは不可能である。ここでは代表的な事例をいくつか挙げよう。

(1) 「パーベン・クーデター」(Preussenschlag)

この事件は、「ヒトラーを可能にしたもの」が論じられるに際しては常に言及され、「第三帝国成立の直接的前史」・「プレ・ファシズム」の成立を告げたと称されている。面積・人口ともに全国の5分の3を占め、「民主主義の砦」といわれたプロイセン州は大統領を取り巻く右翼政治家達にとっては極めて目障りな存在であったが、そのプロイセン州を支配下に置くために第48条が用いられた。この事件、rape of Prussia⁷と称されているが、まさにプロイセン州、ひいてはヴァイマル民主主義を蹂躪する出来事であった。事件を概観しよう。1932年7月17日の日曜日、ハンブルク市アルトナで、ナチス黨員と共産黨員の間で死者17名、負傷者100名を超える烈しい市街戦が起こった(「アルトナの血の日曜日事件」(Altonaer Blutsonntag))ことを口実として、パーベンは「プロイセン州地域に於ける公の安全および秩序の回復に関する共和国大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Gebiet des Landes Preussden)と「大ベルリンおよびブランデンブルクに於ける公の安全および秩序の回復に関する共和国大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Gross-Berlin und Provinz Brandenburg)の2つの大統領命令を出した⁸。この2つの大統領命令により、プロイセン州各省の庁舎は国防軍兵士によって実力

占領され、プロイセン州首相ブラウンをはじめ閣僚全員と重要な省の次官は解任され、プロイセン警察は国防軍の管轄下に置かれた⁹。

(2) ヒトラーによる非常権限の行使

1933年1月30日、ヒトラーは政権の座についた。ヒトラーは2月1日に国会を解散し、総選挙を3月5日と決定した。総選挙までの1ヶ月間、ナチスは第48条を最大限利用した。

個人が自己の人格を形成するためには自由に表現させることが必須であるという観点（自己実現の価値）から、また、民主主義を実質的なものにするためには自由な意見交換が必要であるという観点（自己統治の価値）から、表現の自由は憲法学上は一般的に「優越的地位」を有するとされている。その表現の自由について、「ナチスが最初に言論の自由を蹂躪したときに法的根拠としたのは、ワイマール憲法第48条の大統領緊急令である」¹⁰と言われている。例えば「ドイツ国民の保護に関する2月4日の共和国大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz des deutschen Volkes)¹¹。「引出命令」(Die Schubladenverordnung)¹²と称されるように、どのようにでも解釈できる命令であった。この命令を根拠に、「3月5日の投票日までには発禁処分を受けたものは108紙に及んだ」¹³。2月27日に国会が放火されるという事件が起こったが、その国会炎上事件を口実として出された「国民と国家の保護のための共和国大統領命令」(Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat)¹⁴、通称「国会炎上命令」(Reichstagsbrandverordnung)。基本権の制約は「それらについてその他の法律で規定された限度を越えても許される」(第1条)とされたこの命令によって、「言論と報道の自由は、他のあらゆる基本的人権と共に抹殺されてしまった」¹⁵。この命令に基づき4000人の共産党員や社会民主主義者などのナチスの政敵が逮捕された¹⁶。結局、1933年3月から4月までには約25000人が¹⁷、そして秋までに約10万人が国会炎上命令に基づき「保護検束」された¹⁸。ヒトラーの独裁を可能にさせたことで名高い、「国民と国家の困難を除去するための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich)¹⁹、通称「授権法」(Ermächtigungsgesetz)の成立によってこれらの大統領命令が果たした役割は決して無視できないものであった。「授権法」を成立させるため、ナチス党は国会召集前、2月28日の命令に基づいて共産党の全議員81人や数名の社会民主党員を逮捕し、共産党の全議席を無効とする措置をとった。大統領命令を根拠にナチスの政敵を排斥した上で「授権法」が国会で審議された。その結果、「共和国の法律は……共和国政府によってもこれを議決することができる」(第1条)、「共和国首相が議決した共和国の法律は、国会及び共和国参議院の制度それ自体を対象としない限り、共和国憲法〔ヴァイマール憲法〕に違反することができる」(第2条。〔 〕は飯島補足)との規定を有する「授権法」は441対94（反対は社会民主党だけ）という圧倒的多数で3月23日に可決された。ここでヴァイマール憲法は事実上終焉を迎えた。

第4章：なぜヴァイマル憲法第48条の濫用を阻止できなかったのか

(1) 以上、ヴァイマル憲法第48条の濫用の代表例を紹介した。こうした濫用例だけを紹介するのは片手落ちかもしれない。第48条の行使の対応について、「共和国成立後の数年間の危機の時代には、この権限なくしては、おそらく共和国の存続すら不可能であっただろう」²⁰とも指摘されている。ヴァイマル共和国は通常、第1期（1919～23年）、第2期（1924～29年）、第3期（1930年～33年）に分類され、特に叛乱等が絶えなかった第1期についてこうした評価が下される事は多い。しかし、上述したように、憲法制定当時、「最も進歩的かつ民主的」と言われたヴァイマル憲法を死刑に処すのに無視し得ぬ役割を果たしたのは、まさに第48条の非常権限であった。ところで、非常権限の濫用を警戒して、ヴァイマル憲法上様々な法的な足枷がはめられていたはずではなかったのか。にもかかわらず、それらの法的制約が有効に機能しなかったのはなぜか。

(2) 「7つの基本権に言及しているということは、(例示的列举ではなく)限定列举という法的性質を有する」独裁権力〔=第48条2項の権限〕は列举された〔7つの〕基本権以外の基本権を失効させることは許されない²¹（（ ）は原文，〔 〕は飯島補足）と、ヴァイマル期を代表する国法学者アンシュッツも述べていたように、ヴァイマル憲法48条2項に基づき「効力を停止する」(ausser Kraft setzen) ことができるのは、第48条2項で列举された7つの基本権だけと一般的に解されていた。しかし、「実際には緊急命令に対する違反はWRV〔=ヴァイマル憲法〕116条により処罰できないはずである」にも拘らず「多くの緊急命令には〔現実には〕刑罰規定を含んでいた」²²。「特別裁判所はこれを禁止する」(ヴァイマル憲法第105条)との規定にも拘らず、特別裁判所が設置されたと、ヴァイマル期を代表する国法学者カール・シュミットも指摘する²³。このように、実際には第48条2項に列举された基本権以外の基本権も侵害されていた。しかも、そうした違反に対する統制 — 例えば違憲な国家行為を裁判所が無効とする — は有効に機能しなかった。アーベントロートは「ヴァイマル憲法を踏みにじった国法学〔憲法学〕と裁判所の有力な部分」が「反憲法的憲法解釈」によって「憲法の空洞化」をすすめたと述べている²⁴。「国法学の有力な部分」 — 例えば、民主主義に適合的な政治体制は独裁だと主張したり²⁵、非常事態にはあらゆる「憲法法律」(Verfassungsgesetz)に違反できる等²⁶の、「無制限の全権」(eine grenzenlose Machtvollkommenheit)²⁷を持つ大統領こそが憲法の番人だと主張したシュミット — に関しては、本稿では詳しくは述べない。裁判所については、「法令、なかでも大統領命令のあるものは、その合憲法の範囲を逸脱したと思われるものが相当あったにもかかわらず、裁判所はほとんど違憲の判決を下したことはなかった」²⁸。例えば先に紹介したブリューニクの非常権限の行使に対しては、「このような明瞭な憲法違反にもかかわらず……裁判所は次々とこれを合憲なりと判決する無気力ぶりを示した」²⁹。パーペン・クーデターに際しても、「この事

件においても、国事裁判所は緊急措置に対して批判的な見解を述べることに躊躇しつづけた」³⁰、「国事裁判所は、独裁のための措置を事後的に審査する時には抑制的な態度をとるというかねてからの判例の路線にとどまることとなった」³¹。こうして、ヴァイマル期の裁判官達は違憲の大統領命令を無効とすることによって憲法の番人の役割を果たすのではなく、むしろ大統領命令にお墨付きを与えたのである³²。

(3) ヴァイマル憲法第48条3項に基づく、国会の取消権限も十分に機能しなかった。「国会が政府の活動を統制するのを阻止するために、第48条の適用は国会を解散する慣習と結びついていた」³³のであり、その原因を法制度に求めるとすれば、解散権の存在を挙げることができよう。例えば1930年7月16日、ブリューニク首相が提出した「財政救済法案」は国会で否決された。すると2日後の7月18日、ブリューニクは大統領命令でそれを施行した。国会はその大統領命令を第48条3項に基づき失効させた（236票対221票）が、それに対してブリューニク首相は国会を解散し、7月26日には第48条を根拠として、廃止された措置をさらに強化した命令を出した³⁴。別の例を挙げよう。「1932年9月12日の国会解散に関する共和国大統領命令」（Verordnung des Reichspräsidenten über die Auflösung des Reichstag vom 12 September 1932）。この命令で挙げられた国会解散の理由は「今年9月4日の私〔ヒンデンブルク〕の緊急命令（Notverordnung）の廃止を国会が要求するおそれがあるので、憲法第25条に基づき私は国会を解散する」〔傍点は飯島による強調、〔 〕は飯島による補足〕³⁵とされていたように、非常権限に対する国会の統制を免れるために国会の解散を行うことが憚ることなく挙げられていた。ヴァイマル憲法上解散権に課された制約は「同じ理由（gleicher Anlass）による解散は1回に限る」（第25条1項）というものだけであった。別の理由などはいくらでも挙げられるのであり、この規定も解散権行使に対する法的制約とはならなかった。その上、「総選挙は、解散後遅くとも60日目に施行」され（同第25条2項）、「選挙後遅くとも30日目に第1回の集会」（同第23条2項）を行えばよいことになっていた。従って、国会の解散が行われると約3ヶ月間、大統領は国会の統制から免れることができた³⁶。このように、ヴァイマル期の解散権は、大統領命令の威力を高めるのに少なからぬ役割を果たしたのであり、「元来「国民の意志を問う」という民主主義的制度であった解散・選挙も、このような大統領の25条解散権の濫発により、議会の無能力ともあいまって、ワイマル憲法の崩壊を一層促進せしめる強い拍車」³⁷となった。

(4) 「第48条2項の独裁者は、議会制立法者〔原文はder parlamentarische Gesetzgeber = 「国会」（Reichstag）のこと〕が独裁に寛容である場合にのみ、すなわち、処置を失効させることを要求する国会の権利を行使せずに、そしてまた副署を行う共和国政府に対して不信任投票を行わない場合にのみ、合法的に活動できる」（〔 〕は飯島補足）³⁸、「国会の解散には首相の副署が必要であったため、国会自身その解散についてある程度まで影響を与える

ことができた。これによって大統領の恣意的な解散権の行使も阻止できることになっていた」³⁹等の指摘のように、「副署」も、大統領による権力の濫用を防ぐ手段となるはずであった。しかし、「これも国会と政府との間に信任関係が持続している時のことである」⁴⁰。国会と首相が同質的な政治傾向を有するのであれば、大統領が国会を解散しようという意思を有していても、首相が「副署」しないことにより、解散権を行使することはできなかったはずである（尤も、国会と首相が同質的な政治的傾向をもつ場合、今度は第48条3項の取消権限が機能しないことが想定される⁴¹）。ところが実際には、完全比例代表方式の選挙法の下で国会での小党分立の状態が出現したこと、政党が良い意味での妥協を知らず、純粋に理想を追求めて非妥協的な態度をとったことなどが原因となって、首相の選任も含めて、国会内での意思統一ができなかった。こうした国会の機能麻痺の結果、国会に明確な多数の基盤を持たず、大統領の信任だけによって辛うじて存続する「大統領内閣」(Präsidentalkabinett)あるいは「戦闘政府」(Kampfbregierung)⁴²が出現した。そして、国会と内閣が異なる政治的基盤を有し、対立している状態では、首相等の「副署」を通じて大統領命令の濫用を阻止するという状況は生じなかったのである。

(5) 小 括

「公法学的、乃至制度論的論者がワイマール共和国の崩壊原因の究明に際してしばしば陥る不安定要因と崩壊原因との素朴な混同は激しく排撃されねばならない」(傍点は原文)⁴³との指摘のように、ヴァイマール共和国終焉の原因を、第48条を含むヴァイマール憲法の欠陥とする宿命論的な見解は採ることはできない。例えば1933年2月4日の共和国大統領命令に関して、それまでの警察命令とは本質的に違いはないが、大統領命令がテロの手段になったのは、むしろ大統領命令が恣意的にかつ拡大適用されることによってであった⁴⁴との指摘がなされているように、ヴァイマール憲法第48条が濫用された責任の大部分は実際の運用、また、そうした運用を生み出す原因となった社会的、政治的、国際状況に帰せられるべきであろう。とはいえ、「憲法制定国民議会(Die verfassunggebende Nationalversammlung)では……こうした権力集中に対する懸念は、一つには、大臣の副署に含まれる抑制によって、さらには、諸措置は遅滞なく国会に報告され、そして国会の要求に基づき効力が停止されうると規定する第48条3項によって、解消されたものと見なされていた」⁴⁵。にもかかわらず、結果としては、第48条の濫用に対する歯止めとしての役割を期待された諸制度は有効に機能しなかった。例えば非常権限の濫用阻止のために設けられた国会の取消権限(第48条3項)も、大統領による解散権の行使により、結局は無意味なものとなった。いかなる法的歯止めを設けたとしても、ヴァイマール憲法第48条のような広汎な権限が行使された際には、実際の運用次第では結局はその意味をなさないということを、ヴァイマール憲法第48条の歴史は我々に教えてくれる。

第5章：結 論

— 有事法制に対する法的歯止めは有効に機能するのか —

(1) 以上、ヴァイマル憲法第48条の行使の概観、及びその濫用を警戒して設けられた法的拘束が機能しなかった原因に言及してきた。ヴァイマル憲法下での非常権限の行使の歴史を教訓とすると、今回成立した有事法制に関しては以下のことが指摘できよう。

① 基本的人権尊重の明記について。民主党は「基本的人権の保障については単なる理念規定となっており」「表現の自由など基本的人権の確保に関する規定が曖昧」なので、基本的人権の保障にとっては不十分であると政府の法案を批判してきた。5月13日の法案修正の結果、「武力攻撃事態等への対処においては、日本国憲法の保障する国民の自由と権利が尊重されなければならない、これに制限が加えられる場合にあっては、その制限は当該武力攻撃事態等に対処するため必要最小限のものに限られ、かつ、公正かつ適正な手続の下に行われなければならない。この場合において、日本国憲法第14条、第18条、第19条、第21条その他の基本的人権に関する規定は、最大限に尊重されなければならない」(3条4項)との規定に落ち着いた。しかし、こう規定することで、個人の憲法上の権利に対する侵害が阻止されるのか。民主党の対案も、「公正かつ適正な手続による必要最小限度の制約を認めるという骨格部分では政府案との決定的な違いはない」⁴⁶。それどころか、2003年4月30日に民主党が国会に提出した「対案」では「絶対的保障」とされていたのに、今回成立した法律では「最大限に尊重」となった。「最大限の尊重」という文言では、「保障」はされなくとも「尊重」されれば良いという解釈がなされる可能性もあろう⁴⁷。なお、有事に際しての自衛隊の行動と法規範との関係に関する政府の解釈をここで紹介しよう。「お医者様が手術」をしたり、「ボクシングで殴り合っておっても……傷害ではない」のは、「その行為自体は構成要件には該当するけれども……これは違法性がない」のと同様に、「戦闘行為に際しまして行政法規等の国内法規に従えない、そういう場合がありますでも、〔自衛隊法〕八十八条の要件を満たしております限り、これは八十八条に基づきます正当な行為、そして違法性が阻却される」(〔 〕は飯島補足)⁴⁸。こうした政府の見解では、防衛出動(自衛隊法76条)した自衛隊がとった行為は全て違法性が阻却されて、違憲・違法な行為は存在しないことになろう⁴⁹。その上、実際に憲法上の権利侵害がなされたとしても、その違憲・違法行為に対する法的サンクションが実効的に機能するのか。一つの回答としては、違憲法令審査権(憲法第81条)を有する裁判所がその任務を果たすというものであろう。しかし、これでは、有事の際の権利保障の度合は裁判所のさじ加減次第であるという結論になり、実質的な担保とはならない。確かに、ヴァイマル期のような極端な「不公平」裁判はさすがに行わないであろう。しかし、「行政府の「政策的・

技術裁量」の尊重をここまで徹底すれば、裁判所はいらない⁵⁰と評価されるような裁判を第9条関連の事件に関して裁判所が行っているとすれば、実際問題としては、自衛隊が出動した際の行為の合憲性等に関する裁判がなされた場合、自衛隊等の行為にお墨付きを与える判決を裁判所が連発しないと断言できない。結局、「基本的人権の最大限の尊重」などを書き加えたところで、それは実効的な歯止めにはまったくならない⁵¹のである。

- ② 「民主的統制を十分に確保」するために、「対処措置」の終了について、国会の決議等で可能にするべき」として、国会による対処措置の終了が規定された（武力攻撃事態法9条14、15項）。しかし、「対処措置」を国会の議決で終了させることができる旨の規定を設けたとしても、国会の解散権に対する歯止めがなければ何の意味も持たないことは、上述したヴァイマル共和国の解散権の歴史を概観すれば一目瞭然であろう。首相の濫用を阻むための国会の決議等を有効にするためには、例えば「〔共和国大統領が緊急権を行使した際には〕国会は当然に開会する」（フランス第5共和制憲法第16条4項）、「国民議会は緊急権の行使の間は解散されない」（同第16条5項）といった規定を設け、首相が解散権を行使して国会のコントロールから逃れる術をなくすことが必要であろう⁵²。解散が禁止される旨の規定が設けられていない今回の有事法制では、いくら国会の議決により対処措置を廃止できるとしても、解散権が行使されれば国会のコントロールが画餅となることはヴァイマルの歴史が教えるところである。というよりも、より根本的な問題として、首相の行為を国会が統制するということを日本国憲法の下でそもそも想定できるのであろうか。この点については、小沢一郎の改憲試案は示唆的である。小沢は、「日本の場合は多数派を占める政党が内閣をつくる議院内閣制なので、内閣と国会の意思が対立することは基本的にはありえない」として、緊急事態について国会の承認を要件としていない⁵³。ヴァイマル憲法のように、非常権限の担い手である大統領と国会が別々の政治的支持基盤を持ち、両者が政治的同質性を持たない可能性がある場合には⁵⁴、大統領の非常権限の行使を国会がコントロールするという法制度を設けることはそれなりの意味があるかもしれない（尤も、ヴァイマル共和国下でも国会のコントロールが機能しなかったのは上述の通りである）。しかし、日本国憲法では、内閣の存続は国会の信任にのみ基づく一元型議院内閣制が採用されている。一元型議院内閣制の下では通常、与党の党首が首相に指名され、かつ与党は首相の政策をよほどの事がない限りは支持するであろう。それゆえ、国会の関与をいかなる段階で法的に設けたとしても、また、法文上どのように強化したとしても、実際の運用上それが有効に機能するとは想定しにくいのではなかろうか。

- ③ 国民への情報提供、事態の認定の前提となった事実の明記等はどうか。民主党は「政府の説明責任を明示し、適切な情報公開がなされないと、民主的社会を脅かす危険がある。適正な情報公開について政府の責務が明記されていない」として、国民への情

報提供、事態の前提となった情報公開を要求した。この意見も反映されて、武力攻撃事態法に規定された。こうした措置は首相の権限濫用に対する歯止めとなるのか。この問題を考えるにあたっては、「大統領は教書によりこれらの措置〔緊急権に基づく措置〕を国民に通告する」（フランス第5共和制憲法第16条2項。〔 〕は飯島補足）との規定を有するフランスの議論も参考になろう。この条項に関しては、「〔国民の〕同意を獲得するために、正当化となる」⁵⁵（〔 〕は飯島による補足）と指摘されている。政府が自己の措置について国民に説明する場合、たとえ違憲・違法・非道な行為を行ったとしても、自らの行為が違憲・非道などと宣言することはほとんどない。自らの措置を美化して宣伝するであろう。本稿で考察対象としたヴァイマル期の歴史を振り返っても、例えば上述した「国会炎上命令」が施行された際、共産党の暴力革命がナチスにより巧みに宣伝された。また、ナチスの権力掌握にとって決定的な出来事とされる、1934年6月30日の「レーム粛清事件」。これは、レーム等 S A [= ナチス突撃隊]^{エスアール}高官、ヒトラーのミュンヘン一揆（1923年）を妨害したフォン・カール、かつてはナチス党内でヒトラーと勢力を2分したシュトラッサー、元首相シュライヒャー等のナチスの政敵が粛清された事件である。この粛清に関して、7月13日にヒトラーは国会で、彼らがフランスの援助のもとにクーデターを共謀したので、彼らが行動を起こす前に弾圧したと、事実を捏造して報告した。以上のことを踏まえると、「国民への情報提供、事態の認定の前提となった事実の明記等」は、権力の濫用を戒めるところか、首相がプロパガンダを行う場を合法的に提供する可能性がある。

（2）結 論

ヴァイマル憲法第48条以上に緩やかな法的制約しか課されていないフランス第5共和制憲法第16条（緊急権）の実際の発動（1961年4月）について、「民主主義体制の防御の役割」⁵⁶を果たした等の評価が多々見られるように — 尤も、多くの人権侵害が行われた事実は看過されるべきではない⁵⁷ — ，ある現象の直接的な原因は法制度に求められるのではなく、むしろその運用や政治的状況に求められるべき場合も存在する。包丁が殺人の道具に使用された際、責任があるのは包丁なのか。包丁は使い方によってはおいしい料理を作る便利な器機ともなり、危ない凶器にもなる。同様に、有事法制も100%濫用されると断言することはできない。とはいえ、今回成立した有事三法も、基本的人権を侵害し、国家総動員体制を確立することを可能にさせる法的構造を有している。そして、そうした首相の濫用を警戒して設けられたさまざまな法的拘束も、類似の法的歯止めが設けられていたヴァイマル憲法の歴史を参考にする限りでは、確実に機能するとは断言できない。それゆえに、今回成立した有事法制という包丁も、「武力攻撃事態」等が認定された際、首相の性格及び運用次第では、国家総動員体制が確立され、憲法上の権利に対する正当性なき権利侵害が行われる可能性があることは銘記しておくべきであろう。

註

- ¹ 例えば2002年5月7日,「国権の最高機関」(憲法第41条。傍点は飯島による強調)たる国会の衆有事特別委での,民主党の岡田克也議員と中谷元防衛庁長官の以下の論戦を参照(なお,前田哲男・飯島滋明『国会審議から防衛論を読み解く』(三省堂,2003年)282頁以下「武力攻撃予測事態」に掲載)。

○中谷 [前略]「武力攻撃が予測されるに至った事態」というのは,防衛出動が予測される事態と同じでございます。

○岡田 それでは,防衛出動が予測される事態というのは一体何ですか。

○中谷 武力攻撃が発生することが予測される事態でありまして[後略]

○岡田 ちょっと,私もある程度何を聞くか,少しは事前にも述べていたつもりですし,余りにもお粗末な答弁じゃないですか,今のは。何も語っていないに等しいと思いますよ。こんなことじゃ,これは議論する意味ないじゃないですか。もっと明確に述べてください。

- ² Gehard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 1927, S.165ff.

- ³ Ch.グズィ著／原田武夫訳『ヴァイマル共和国 — 全体像と現実 — 』(風行社,2002年)30頁。なお,本稿では必ずしも日本語訳に従っていないことを断っておく。

- ⁴ 第48条をめぐる国民議会での議論について,カール・シュミット著・田中浩／原田武雄訳『大統領の独裁』(未来社,1987年)236-241頁。岩間昭道『憲法破壊の概念』(尚学社,2002年)6-26頁。

- ⁵ 初宿正典「フーゴ・プロイスとヴァイマル憲法構想」宮田光雄編『ヴァイマル共和国の政治思想』(創文社,1988年)168-9頁。

- ⁶ Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship*, Princeton University Press, 1948, p.33.

- ⁷ *Ibid.*, p.57.

- ⁸ *Reichsgesetzblatt*, 1932 I, S. 377. これら2つの大統領命令の邦訳は飯島滋明「国家緊急権(2)」『早稲田大学大学院法研論集第102号』(2002年)365(18)頁。

- ⁹ 事件の詳細に関しては,ハインツ・ヘーネ著／五十嵐智友訳『ヒトラー独裁への道』(朝日新聞社,1995年)253-272頁。

- ¹⁰ ノイベルト・フライ／ヨハネス・シュミッツ著／五十嵐智友訳『ヒトラー独裁下のジャーナリストたち』(朝日新聞社,1996年)32頁。

- ¹¹ *Reichsgesetzblatt*, 1933 I, S.35-40.

- ¹² Werner Frotzcher/Bodo Pieroeth, *Verfassungsgeschichte.*, 3. Aufl. München, 2002, S.309.

- ¹³ 加瀬俊一『ワイマルの落日 — ヒトラーが登場するまで1918-34』(光人社,1998年)280頁。

- ¹⁴ *Reichsgesetzblatt*, 1933 I, S.83. 邦訳は高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第2版)』(信山社,1997年)153-4頁。

- ¹⁵ ノイベルト・フライ／ヨハネス・シュミッツ著／五十嵐前掲注10) 文献32頁。

- ¹⁶ Otto Kimminich, *Deutsche Verfassungsgeschichte.*, Athenaenum Verlag, 1970, S.568.

- ¹⁷ ノイベルト・フライ著／芝健介訳『総統国家 ナチスの支配 1933-1945年』(岩波書房,1994年)67頁。

- ¹⁸ Werner Frotzcher/Bodo Pieroeth, a.a.O., S.312.

- ¹⁹ *Reichsgesetzblatt*, 1933 I, S.141. 邦訳は高田／初宿前掲注14) 文献155-7頁。

- ²⁰ カール・シュミット著・田中／原田前掲注4) 文献240頁。

- ²¹ Gehard Anschütz, a.a.O., S.174.

- ²² Ch.グズィ・原田前掲注3) 文献32頁。

- ²³ カール・シュミット著・田中／原田訳「ライヒ大統領の独裁」前掲注4) 文献11-2頁。

- ²⁴ アーベントロート著／村上淳一訳『西ドイツの憲法と政治』(東京大学出版社,1971年)4頁。

- ²⁵ カール・シュミット著／樋口陽一訳「議会主義と大衆民主主義の対立」『危機の政治理論』(ダイヤモンド社,1984年)131頁。

- ²⁶ カール・シュミット著／尾吹善人訳『憲法理論』(創文社,1990年)34-5, 143-4頁。

- ²⁷ カール・シュミット著・田中浩／原田武雄訳『政治神学』『政治神学』（未来社，1997年）18頁。
- ²⁸ 大西芳雄「ワイマール憲法の崩壊」『法律時報第29巻第1号』（日本評論社，1957年）52頁。
- ²⁹ 斎藤秀夫『裁判官論』（一粒社，1979年）203頁。なお、ヴァイマール期の「不公平」裁判の様子に関しては、清水誠編『ファシズムへの道 ワイマール裁判物語』（日本評論社，1978年）参照。
- ³⁰ Ch.グズィ・原田前掲注3）文献35頁。
- ³¹ Ch.グズィ・原田前掲注3）文献205頁。
- ³² なお、「ワイマール時代の裁判所が憲法上の保障の機能を十分に果たせなかったことから、国家権力の第三権として、裁判所の担う裁判権をより強調する必要があった」ため、現ドイツ共和国基本法では、ヴァイマール期の「司法」（Rechtspflege）ではなく「裁判」（Rechtsprechung）の標題がつけられている。工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版部，2002年）7頁〔古野豊秋執筆〕。
- ³³ Hans Boldt, "Article of The Weimar Constitution, Its Historical And Political Implications" in: *German Democracy And The Triumph of Hitler*, 1971, p.96.
- ³⁴ Erich Eyck, *Geschichte der Weimarer Republik*, 3. Aufl., Erlenbach-zürich, 1962, S. 343.
- ³⁵ *Reichsgesetzblatt*, 1932 I, S.441.
- ³⁶ 例えば、ここで挙げたブリュニングによる解散の場合、1930年7月18日に国会が解散され、9月14日に選挙が行われ、国会が召集されたのは10月13日であった。
- ³⁷ 山下威士『カール・シュミット研究』（南窓社，1987年）171頁。
- ³⁸ カール・シュミット著・田中浩／原田武雄訳『合法性と正当性』『合法性と正当性』（未来社，1997年）126-7頁。
- ³⁹ 阿部照哉「ワイマール憲法の崩壊過程」『法学論叢』78巻3・4号63-64頁。
- ⁴⁰ 阿部前掲注39）文献64頁。
- ⁴¹ この点について、以下の主張を参照。「内閣が国会の確固たる多数派連合（ワイマール連合）に基づいて形成されるような場合には、原則として内閣が副署した命令に対して、国会が廃止要求の議決をするということはほとんどありえなかった」（岩間前掲注4）文献94頁）。
- ⁴² 「戦闘政府」とは、「共和国大統領によってのみ選ばれるものであり、それは政党との結びつきを考慮することなく「専門家」によって構成されると共に、議会からの不信任に対して非常時には共和国議会の解散、あるいは解散の脅しを持って対処すべき」とされた政府である。Ch.グズィ・原田前掲注3）文献29頁。
- ⁴³ 山口定「ワイマール共和国における議会主義政治体制（1）— その構造的な不安定性に関する序論的考察 —」『立命館法学第24号』（1958年）20頁。
- ⁴⁴ Werner Frotzcher/Bodo Pieroth, a.a.O., S.310.
- ⁴⁵ カール・シュミット著／田中・原田訳「ライヒ大統領の独裁」前掲注4）文献44頁。
- ⁴⁶ 塚田哲之「「歯止め」はどこまでなされたか？「基本的人権」は「最大限尊重」されるのか」『法学セミナー2003年10月号』（日本評論社）7頁。
- ⁴⁷ 「〔民主党の〕「対案」中の「絶対的保障」が消えたことからすれば、「最大限に尊重」とは言っても、結局単なる「尊重」よりは制約の程度は弱いということになりかねない」。塚田前掲注46）文献8頁。
- ⁴⁸ 2003年5月23日参有事特別委での石破防衛庁長官発言。前田・飯島前掲注1）文献288頁以下「自衛隊の行動と超法規」に一部掲載。
- ⁴⁹ 石破防衛庁長官が述べたのと同趣旨の見解が防衛庁のホームページで述べられていることに対し、山内敏弘は「〔自衛隊が戦闘行為の一環として行う行為が……正当行為として容認されるという見解は〕立憲主義や法の支配の基幹をないがしろにする」、「自衛隊が戦闘行為の一環として行う行為が国民を殺傷することになったとしても刑事上の責任を問われないとすれば、そもそも自衛隊の戦闘行為は何のためなのか」（〔 〕は飯島が内容を要約）と批判する。山内敏弘『人権・主権・平和』（日本評論社，2003年）359頁。
- ⁵⁰ 水島朝穂『武力なき平和 — 日本国憲法の構想力 —』（岩波書店，1999年）146頁。水島は、沖縄代理署名訴訟最高裁判決にこうした評価をしているが、この評価が当てはまるのは、9条関連に関する事件ではこの事件だけなのか。この点について、飯島滋明「憲法第9条関連の事件をめぐる司法の対応」前田・飯島前掲注1）文献83頁参照。
- ⁵¹ 水島朝穂「「有事法制」の危険な性格はなにも変っていない」『世界2003年7月号』（岩波書店）33頁。

- ⁵² とはいえ、ドゴールが憲法第16条に基づく緊急権を発動した際、国会のコントロールは機能しなかった。飯島滋明「国家緊急権 (1)」『早稲田大学大学院法研論集第100号』(2001年)500(7)-499(8), 487(20)頁。
- ⁵³ 小沢一郎「日本国憲法改正試案」『文芸春秋 1999年9月号』104頁。
- ⁵⁴ 「共和国大統領は、全ドイツ国民によって選挙される」(41条1項) ので、国会多数派と異なる政治的立場に立つ人物が大統領に選出される可能性があり、実際にもそうなった。1925年に大統領となり、34年まで職に在ったヒンデンプルクは保守的な帝政派軍人だったが、1932年7月31日までの国会での第1党は社会民主党であった。
- ⁵⁵ Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 11^{éd.}, Montchrestien, 1991, p.671. 山口俊夫『概説フランス法上』(東京大学出版会, 1998年) 156頁。
- ⁵⁶ 例えば渡辺和行・南充彦・森本哲郎著『現代フランス政治史』(ナカニシヤ出版, 1998年) 187頁。
- ⁵⁷ 飯島滋明前掲注 52) 文献 497 (10) - 494 (13) 頁。

(2003年11月7日脱稿)

(いいじま しげあき 本学非常勤講師)