

(要約)

論文題目 『ドイツ緊急権の憲法史―「危機憲法」論―』

氏名 長利一

一般に「立憲主義」とは憲法に基づいた国家権力の抑制を通じた基本権保障といわれるが、「例外状態」において、憲法の用意する正規の通常手段とは異なる例外的な手段で、このような憲法による国家権力の抑制を解除して一時的な基本権停止を行うことを法的に可能にするのが国家緊急権（以下、単に緊急権と記す）の憲法的編成である。本論文は、そのようなドイツ緊急権に関する法制度、運用及び理論にわたる全体像を、歴史的方法を用いて明らかにしようとした。緊急権の憲法的編成に法と力の闘い合いを見、これを「緊急権のアポリア」と規定したうえで、その全体構造を、ドイツ近現代憲法史を通じて解明した。緊急権という法現象を時々の社会的、政治的、経済的諸事象との因果関係の連関において論ずるに際しては、社会科学的方法として、例えば、歴史学（西洋史学、日本史学等）、政治学、社会学（憲法社会学等）及び哲学等の他の学問領域の知見を参照した。以下、論文概要をのべる。

第1部 危機憲法の始まり：1-1. 近代ドイツ緊急権史と「外見的立憲主義」近代ドイツ緊急権史はフランスの「合囲状態」（état de siège）に由来するが、三月革命時の超法的な運用が先行した後で1850年プロイセン憲法111条において初めて憲法上の規定を見た。翌51年に「プロイセン合囲状態法律」として実定化された（以下「合囲状態」Belagerungszustand はBzと略す）。ドイツの市民革命は挫折したのでなお強力な君主権が残存した。「三月所得」としての君民協約のプロイセン憲法は妥協的な性格を有した。帰属の不明確な国家権限は大抵君主側に有利に推定され、そうした君主大権の最たる例が統帥権であった。Bz法において戦争や叛乱に際して君主の統帥権下にある軍隊出動が予定されていた。日本では19世紀ドイツの憲法体制をして「外見的立憲主義」と称されるが、非常時に君主への権限集中や基本権停止は緊急権一般の属性だから、緊急権が統帥権と相俟って君主権の中核を占めるからといってその憲法的編成を直ちに外見的立憲主義と特徴づけることはできない。その統帥権とて帝国憲法期に入ると緊急権が君主の統帥権から導き得るかどうか憲法論争が生じた。本来「外見的立憲制」観念はマルクス＝エンゲルスに由来し（ドイツ国法学には見当たらない）、ボナパルティズム国家論と結びつけて論ぜられた。西欧史学にいうボナパルティズム国家とは、仏二月革命後に成立した第二帝政下の君主貴族階級・市民階級・労働者階級の力の

均衡状態の上に立って、国民投票を媒介にナポレオン三世の皇帝の地位を利用した「独裁」のことをいう。仏帝政と比べて一層君主貴族に有利に構成される場合が、特殊ドイツ版としてのプロイセン憲法体制である。プロイセンの貴族階級出身の将校官吏と、急速な工業化でその組織的力量を増した労働者階級に脅かされたブルジョアジーが妥協すればするほど立憲主義の外見性を強める。妥協の前提となる均衡の上にビスマルクが君臨した。

1-2. ドイツ帝国憲法期の法実証主義における緊急権論争とその限界 帝国憲法 68 条は皇帝の「戦争状態」宣言権を定める（Bz から戦争状態に改められたのは、その直前の普仏戦争が背景にあることを示唆する）。その要件、布告形式及び法的効果に関してのみ Bz 法が適用された。皇帝の戦争宣言権の法的性格をめぐって憲法解釈論争が行われた。君主の緊急権はその指揮命令下に軍隊を動員することのできる統帥権に由来する（それゆえ、統帥権を有しない諸ラント君主の緊急権は認められない）とする通説（P.Laband）に対し、統帥権の皇帝への排他的帰属を承認しつつも——戦争状態遂行に際し軍事動員が必要であるとしても、軍の補充的性格は国内の秩序維持を目的とする警察的本質を変えはしないとされた（それ故、警察権を有するラントにも緊急権が属する）（G.Meyer）。法実証主義は実定法のみを法として承認し形式論理的な文理解釈を通じた法の体系化を目指す法理論上の帰結から、適用すべき実定法規定がない場合「国法はここで終わる」（das Staatsrecht hört hier auf）として法体系の完結性のドグマを導いた法実証主義にとって、緊急権は「法以前の力」（Macht vor Recht geht）と考えられ、法学ではなく社会学の論ずべき問題とみなされた。法実証主義は皇帝の戦争宣言権を軍事法（統帥権）又は行政法（警察）の問題となしその政治的性格を排除した（実定憲法の表面から危機憲法の除去——国家緊急権の脱政治化）。

1-3. 第一次大戦期の緊急権（帝国憲法 68 条）の運用——戒厳から独裁へ（第一次大戦期のドイツ Bz 研究は日本で初めての試み） 皇帝の「戦争宣言」に伴い直ちに執行権がラント管区（68 区域）毎の各軍団の軍司令官に移行した。これを実際に現場で担ったのが軍司令官であったから「軍司令官独裁」と呼ぶ。古典的な危機憲法である Bz（戒厳）が半世紀以上も経って世界的な帝国主義戦争への適用には種々の困難や限界が生じた。軍団毎の「軍事的分利主義」（Partikularismus）は法律や経済政策に不案内な軍司令官による地域毎の不平等な法運用を招いた。Bz 法律 § 9b の濫用問題がその最たるもの。高度な軍事技術で大規模に動員する近代戦において 19 世紀の戒厳法を遵守していたのでは効率的な戦争遂行は期待され得ない。第一次大戦期における緊急権運用はドイツ近代立憲主義の終焉と新たな危機憲法の始まりを告げた。戒厳から独裁への過渡期危機憲法はヴァイマル期危機憲法の本格化に直接接続する前段階と位置づけられる。

1-4. 危機憲法の構造論——「危機の法」の循環構造 法の危機構造とは、緊急権を憲法の内側に制度的に構造化した「危機の法」がその時々事態依存的な運用を通じて「法の危機」に転化する循環構造をいう。第二帝政とヴァイマルの危機憲法を単独の完結した危機

構造とみるのではなく、前者から後者への歴史的な構造的連続性の視角から捉え得る、全体として構造化することのできる分析枠組が必要である。危機憲法としての「独裁」は第一次大戦期の「軍司令官独裁」からヴァイマル大統領独裁を経てヒトラー独裁に至るように、性格の異なる独裁のジグザグ道をたどる。そこでさしあたり理論枠組の仮構としての危機構造を、憲法制度・運用・理論にわたり三次元的に分節化して論ずることで全体として立体的な危機憲法を構造化する。「危機の法」から「法の危機」を媒介するのは軍司令官の法運用である。運用という法の生々しい現実の適用・執行場面は「緊急権のアポリア」といわれる法と力の闘ぎあいの最前線である。また、法やその運用は法理論のあり方を規定するが故に、法と法運用の構造的危機は法理論の上にも投影される（「法理論の危機」は新たな「危機の法理論」へ）。

第2部 危機憲法の本格化（前編）：2-1. ヴァイマル緊急権史——大統領独裁権 敗戦と革命に続く内乱的状况を歴史的背景とした、帝国憲法 68 条（「戦争状態」）からヴァイマル憲法 48 条（「独裁権」）への発展を制度・運用・理論各々の「断絶と持続」として論じた。まず制度から。①権限主体——皇帝から大統領へ、②権限形式——「戦争状態宣言権」から「独裁権」への緊急権の性格転換、③大統領独裁権の行使要件と内容——個別列举主義から一般条項主義へ、④大統領独裁権に対する議会統制、⑤48 条で予定された「詳細を定める法律」は未制定のままであったのでヴァイマル緊急権は事実上「未完の法」とみることもできた。

2-2. ヴァイマル憲法の初期運用における「軍事独裁」の評価をめぐる憲法論争 ヴァイマルの新制度の下で旧制度の運用が暫時持続したのが大統領独裁権の初期運用の特徴であったが、当時の内乱状况の克服に向け、民主的基盤の上に据えられた大統領のより一層強力な「軍事独裁」が行われた。だが「立憲独裁」（2-3 参照）においては軍事に偏重した独裁と立憲主義の危うい調和が問われる。国家を存立せしめた上「全体として憲法の枠内にとどまった」とする積極的評価には疑問がある。国家存立という「必要の前に法なし」の故に憲法保障は全体として深い傷を負い、後々致命傷となる晚期運用の濫用にも連なる。

2-3. ヴァイマル期の危機憲法の理論——「立憲独裁」論 H. プロイスの「立憲独裁論」は憲法起草に際し、「立憲主義」と「独裁」の均衡・調整を試みた（実際は当面後者の優位が想定された）。一方、後期法実証主義の方でも緊急権の実定化に際し一般条項主義の採用が法解釈を一層困難にしたため、不可侵説内部にアンシュッツらの命令＝法律説とグラウラの厳格説の分岐が生じた。前者は大統領命令に法律と同等の効力を認めることで停止可能な 7 基本権以外の法律の留保を伴う基本権保障の停止を可能にする。学説の対立は大統領の緊急命令権の承認に係る解釈論争とも結びついていたので、その主戦場は経済財政的性質の

大統領命令の是非をめぐる争いでもあった。法実証主義は「立憲主義」よりも「国家存立」のため「独裁」に寄与したというのが本論の評価である。

2-4. C.シュミットの主権的独裁論——アガンベンを手掛かりに この時期の危機憲法の法理論は（不可侵説を含めた）「立憲独裁論」とシュミットの大統領独裁論の対抗関係として捉え得る。シュミット理論は二つの支柱：憲法破毀説と大統領独裁論から成る。前者は憲法破毀を「改正」「停止」から区別することで、措置の内容から「命令＝法律」を除去し一般的な法律の効力を認めず（後に改説）、措置を事態に依存せしめ純粋に事実的な性質に解消する。そうすることで「停止」可能な（48条2項列举の）基本権にかかわらず組織規定を含め無差別な憲法規定の「破毀」が可能になる。後者は1921年の『独裁』で独裁を歴史的に基礎づけた上で24年の国法学会報告でこれに技術的な解釈を施した。シュミットの独裁論は「委任的独裁」と「主権的独裁」を区別し後者を中核に据える。48条5項で予定された法律が立法化されない以上前者から後者への移動は流動的で事態に依存する（「主権的独裁の残存」）。ところが、アガンベンによると、翌22年の『政治神学』において独裁論から主権論への理論的「置き換え」が見られるという指摘がある。『独裁』では独裁者は主権者ではないが、『政治神学』では「主権者とは、例外状態について決定する者」というテーゼによって独裁者は主権者になり代わる（厳密にいうと、独裁者は主権者自身ではなく主権者のように振舞う）。何故なら、二種の独裁の区別はそのミッションの違いに根差すから、「主権的独裁者」のみが例外状態について決定し得る。

第2部（後編）：2-5. ヴァイマル後期における危機憲法 1）大統領内閣の成立（1930） 1929年の世界恐慌が与えた深刻な財政的打撃は政党間の妥協能力を極端に低下させた。こうした経済的政治的困難の中でブリューニング政府は、議会主義的基盤を有さず大統領の信任にのみ基づく「大統領内閣」を余儀なくされた。議会主義の危機は、その機能不全とともに立法機能の中心が議会の法律から、憲法に明文規定のない法律に代わる政府の「緊急命令」への移行に存した。2）大統領独裁権の後期運用（1930～33）——「経済財政的緊急状態」下での緊急命令統治の定着 大統領独裁権の発動要件は一般に戦争や叛乱であるが、後期には経済財政的性質を有する数多の大統領命令が発布された。法律制定に必要な議会多数派形成の不能状態は「憲法障害状態」（J.Heckel）といわれ、国家緊急状態から区別される。後者は戦争や叛乱など憲法の外部世界に由来する事象が原因で国家存立が脅かされる場合をいうが、前者は憲法内部の憲法自身の障碍状態であるところから国家緊急状態には属さない。前期における軍事独裁に偏重した運用傾向から経済財政緊急状態に対処する立法機能への質的転換を見た。その法的意義は、憲法上疑義のある大統領緊急命令による法慣行の承認は、実定法以外認めないとする、19世紀以来のドイツ法実証主義の自身に対する破綻宣告に等しいということにある。ここに大統領独裁権は立法権をも手に入れ事実上三権分立は廃止された。

2-6. 緊急権に対する司法統制——1932 年プロイセン憲法裁判ポレミック 高度な政治性を有することが多い緊急権の性質上司法審査には一般的に馴染みにくいとして司法判断回避の手法（所謂統治行為論）がとられる。ここから緊急権については裁判所よりも議会による事後統制に適するとされた（48 条 3 項）。しかし、その場合でも共和国後期のように議会の機能不全状態下では司法に期待するしかない。尤も緊急権に対する司法消極性において法実証主義もシュミットも一致するが、後者は多元主義の元凶と見られる議会に対する批判的立場に立って、国家統合の象徴であり主権的独裁者とみなされた大統領を「憲法の番人」に担ぎ出す。こうしたシュミットの理論構成は実定法のみを法とみなす法実証主義の限界を衝く。憲法障害下の究極の状況において司法判断の可能性を探ると、実際ライブツヒ判決は制定法に代わる「危機の法」として登場している。

第 3 部（前編）ボン基本法下での危機憲法の展開：3-1. 制憲当初の緊急権論 ボン基本法（以下 GG と略す）制定過程において当初存在した緊急権が後になって削除されたが、戦後当初の緊急権をめぐる内外の特殊な事情がその背景にあったと思われる（占領下での国家主権

を欠いた状態、冷戦下での東西分断国家状態、ドイツ条約の緊急権留保条項の存在など）。それ故、戦後の始めから（西）ドイツの緊急権論の特徴には憲法政策論的性格が色濃く纏わりついていた。その背後には、緊急権のないことを憲法の欠陥と見る「欠缺説」と、緊急権のないことが憲法本来の姿と見てその憲法受容を認めない「否認説」との理論的対立があったとみられる。3-

2. 1968 年緊急事態憲法成立過程における緊急権論争 1968 年緊急事態憲法成立までの

10 年間に亘る緊急権をめぐる憲法論争のベースに「ヴァイマルの過去」と「ボンの現在」

（冷戦という国際政治の現実）の事情が重く投影されていたが、論争はかかる事情に対応して三つの基本的性格を帯びた。①ベンダらの政府見解：もはや「緊急事態に独裁者は存在しない」といわれるほどの例外性の希薄化と「規範完璧主義」といわれる精緻な規範構成が目指された。②シュテルンらの冷戦の危機に開かれた憲法政策論：「過去の苦い記憶」に関し当時の危機を克服し得た WRV48 条の功績を看過しているとしたうえで、目下の冷戦政策として対外的安全保障と国内緊急事態の統合要請を主張する。③批判的緊急論：「1933 年は起こらない」（Ridder）という命題の下に過去の失敗からの学びは過去とは異なる社会条件に規定されざるを得ないが故に、冷戦に規定された緊急権の憲法受容に過去の克服の挫折を見る。そこには核戦争の共通の危機認識に立ちながら、冷戦・分断国家の歴史的条件下で緊急権によって守られるべき国家とは何かを問う国家イデオロギー批判がある。

3-3. 1968 年緊急事態憲法の緊急権制度の概要 1968 年の憲法改正（緊急事態憲法）の 5 つの要点——①「緊急権の議会主義化」：特別多数の議会確定による緊急権拘束と、確定後

の（緊急議会〔合同委員会〕を通じた）議会立法権留保（執行部の緊急命令権の除去）をその二本の支柱とする。憲法上の緊急権規定と一体的に運用される関連付属法律（Nebengesetze）は②に連動して作動する。②「パーマネントな緊急事態体制」：西独の西側 NATO 体制への編成統合過程が進む中で、「防衛事態」「緊迫事態」「同盟事態」といった平時から戦時への移行の多段階システムが GG の冷戦メカニズムの特徴であろう。このシステムは平時と緊急時の境界線をフェードアウトする「パーマネントな緊急事態」といわれる。③二つの防衛概念の区別：領域制限を伴う「防衛事態」（GG115a 条）と、そうした制限がなく集団的自衛権をも含む「防衛」（GG87a 条 1・2 項）の区別が設けられた。④国内緊急事態条項の周辺化：国内緊急権規定の GG 編成上の特徴は対外的なそれと比べ拡散・分散化しかつ周辺化にある。にもかかわらず、国内派兵規定（87a 条 4 項）が存在するので解釈が争われた。なお災害条項（35 条）は「災害緊急事態」ではなく単に「災害事態」と見て緊急権的性格が除去さるかどうかとも争われる（災害時における軍の警察支援も純粋に技術的支援に限定される）。

3-4. 70 年代危機と憲法欠缺 1970 年代の、なかでも RAF と呼ばれる一群のテロリストから生ずる社会的危機は、従来のような国家存立を脅かすようなもの（叛乱や戦争）と違い、市民社会全般の「安全を脅かす危険」と認識された。70 年代テロリズムの猖獗は、「規範完璧主義」であるはずの 68 年緊急事態憲法の「欠缺」（とりわけ国内緊急事態規定の制度的欠陥）を露わにしたので、テロ事件に対処すべくこれを補ったのは「闘う民主制」（憲法忠誠）の再編・強化であった（テロリズムは「例外状態」ではなく原則として通常法の適用で済む）。例えば、「急進左翼取締決定」、連邦憲法擁護法改正などの法改正や新立法（最初のパケット形式での対テロ法）を見た。

3-5. 70 年代危機憲法の性格——通常法のなかにもちこまれた「例外状態」 70 年代テロリズムに覆われた危機的状況下で通常法への危機憲法の浸透は、本来例外状態においてのみ許される基本権制限の通常時への拡大とみられる。そこでは、「自由で民主的な基本秩序」擁護という憲法忠誠形式と、「国家の存立と安全」保護という危機憲法形式（前者は平時の適用執行を原則とし、後者は例外状態においてはじめて問題化する）といった二つの異質な統治形式の渾然一体の下で両者の混同が生じている。

第 3 部（後編）危機憲法の変容——9・11 後：3-6. 「安全」と危機憲法 危機憲法の質的変容の背景にはネオリベ化を背景とした社会領域への市場機能の浸透と公共領域の解体過程での国家理念の転換がある。「予防国家」（「安全保護国家」）の下での自由抑制は、国家財政の危機や経済のグローバル化の下での社会国家理念の後退局面において生じている。私人間の安全確保が法的課題である今日では「自由と安全」の関係は、法律形式でのテロリズム取締法においてこうした変化の特徴（「国家からの自由」よりも「国家による保護」）が際立つ。危険防止から危険配慮への発展過程において公安当局に対する前駆的（Vorfeld）権限の授権へ、警察法の重点

が「予防原則」に移動する。危険の拡散状況下では危険特定は困難なので予防措置が責任のない第三者を含めた包括的なものになる。現代立憲国家における国家理念の転換（「リベラル法治国」から「予防国家」（安全保護国家）への転換）に応じた「自由と安全」のパラダイム転換が生ずる。9・11 後ドイツでも「例のない安全立法の洪水」といわれるほどのリベラル法治国の構造的危機を見る。対テロ諸立法はハイジャック旅客機撃墜などの「限界事例」（Grenzfall）を想定した「安全」を偽装する危機憲法といい得る。

3-7. 「世界内戦」 1) 「リスク」からの「安全」 そうしたリスク事象の発生（例えば、テロリズム、原発事故、環境破壊、感染症パンデミック、核戦争等々）が世界の隅々にまで空間と時間において普遍化した状態は「世界リスク社会」という社会学概念で表象される（U.Beck）。本論では戦争とテロリズム等の脅威を普遍化した社会学概念としての「リスク」が法学的な「危機」概念として再構成される。誰が敵で、その敵がどこに存在し、どこから国家・社会に対し（例えば、9・11 のような）大規模な無差別攻撃を仕掛けてくるのかもわからない「リスク」増大によって一般市民の「安全」に対する脅威はいよいよ増す。こうした一般的な「安全」を脅かす状態は、それまでの危機憲法概念を構成する戦争や叛乱からの区別、軍（対外的安全保障）と警察（国内治安維持）の峻別をますます困難にする。2) 「世界内戦」 19～20 世紀の典型的な内戦は主権国家領土内で政治的に対立する国家権力と叛乱者間の戦闘状態とされてきた。アフガンをはじめ、9・11 後グローバルな拡大を見た内戦を「世界内戦」（Agamben）というとき、単に国家領土内の戦闘の世界大への空間的拡大だけでなく、国家の解体状況のなかでの国家対私人（テロリスト）もしくは私人間の国境を越えた複数国に跨る武力衝突、主権国家による制御が困難であるような武力紛争やテロリズムの全般化としての「グローバルな例外状態」が含意される。

3-8. 危機憲法の変容——緊急権のアポリアとベンヤミンの暴力批判論の蘇生 構成的権力と被構成的権力の弁証法的構造は委任的独裁（立憲独裁）・主権的独裁の何れの独裁にあっても暴力を法構造化するところに緊急権のアポリアが存するが、このような「法」と「力」の相互に否定し合うような弁証法的関係は、ベンヤミンの「(法的) 暴力批判論」の目には均しく克服し得ないものと映ずる。なおその上これまで立憲独裁論やシュミットの主権的独裁論が均しく理論的前提とした例外状態と通常状態の峻別が9・11 後の21 世紀において失われつつある。「世界内戦」を前にして世界的規模の恒常的な例外状態（グローバルな例外状態）の持続は、国家理性に根拠づけられてきた危機憲法体制に変容を迫る。かくて「例外が日常となる」。そうした「例外状態が…通常状態であることを教える」というベンヤミンの歴史哲学テーゼからみて、法の内部に受容された「法的暴力」の破碎を企図する「暴力批判」（論）は21 世紀の今日でも依然として課題であり続けている。ベンヤミンが蘇る。