

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	オーストラリア憲法と緊急権
他言語論題 Title in other language	The Constitution of the Australian Commonwealth and Emergency Powers
著者 / 所属 Author(s)	山田 邦夫 (Yamada, Kunio) / 国立国会図書館調査及び立法考査局専門調査員 憲法調査室主任
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	822
刊行日 Issue Date	2019-07-20
ページ Pages	01-30
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	オーストラリアでは緊急事態には「通常の法」で対処し、外敵の侵略以外の緊急事態対応は各州の権限に属する。近年、対テロ戦争の影響などにより連邦による緊急権制度への関与が強まっている。

* 掲載論文等は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。

* 意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

オーストラリア憲法と緊急権

国立国会図書館 調査及び立法考査局
専門調査員 憲法調査室主任 山田 邦夫

目 次

はじめに

I オーストラリア緊急権に関する憲法的枠組み

- 1 連邦行政府の権限
- 2 連邦と州の権限関係とネーションフッド権限
- 3 緊急権と司法

II 連邦と州の緊急権制度

- 1 連邦の防衛権限
- 2 内的緊急事態と州の権限
- 3 内的緊急事態に係る防衛軍の出動
- 4 テロ対策—管理命令と予防拘禁命令—

おわりに

キーワード：オーストラリア、憲法、緊急事態、緊急権、災害、テロ

要 旨

- ① オーストラリアでは、連邦憲法にも州憲法にも緊急権規定がなく、緊急時に行政府に全権を付与するような立法上の仕組みもない。その点は現在の日本における事情と同様である。緊急事態の確定や緊急権の行使・制御は、「通常の法」(議会制定法とコモン・ロー)の枠組みに従って展開するとされる。緊急権行使の根拠には、英国法の伝統に由来しコモン・ローに基づく大権上の権限(行政権に固有の権限)があるが、司法審査には服すべきものとされる。
- ② 連邦制のオーストラリアでは、立法権限が連邦と州との間で分割される。連邦憲法上の残余権限の原則によって、防衛権限以外には州が緊急事態法制の権限を有しており、実際に各州は、とくに大規模自然災害を念頭に種々の緊急事態管理法を整備している。その中で、平時からの体制づくりと計画を含む包括的な立法がなされている。州レベルでの対応が困難な場合には連邦による支援が行われるが、その枠組みは連邦・州間の合意ベースで作られ、必ずしも連邦法で裏付けられるわけではない。
- ③ 連邦は、緊急事態対応に係る包括的な立法権限を持たず、個々の分野で制度づくりを行っているが、とくに近年は国内テロ対策として防衛法や刑事法典の改正による取組を強化している。その根拠としては、本来は対外的な脅威に対処することが想定されてきた防衛権限が援用されている。
- ④ 連邦政府の行った世界金融危機に対応する財政的措置が、連邦のいわゆる黙示的ネーションフード権限(憲法には明記されないが、国の地位に基づく権限)に基づく緊急事態対応として是認されるなど、連邦行政権の緊急権行使の枠組みは拡大しつつある。
- ⑤ オーストラリアは、司法審査において判断の根拠となるべき権利章典を欠くために、自ずとコモン・ローという必ずしも明確とはいえない不文法に依拠するところが大きくなる。緊急権に係る司法審査においては、グローバル化するテロを前にして、行政権に譲歩することを余儀なくされる傾向にある。緊急時に必要とされる権力集中と法の支配との適切な均衡をどこに見出しうるかが問題となる。

はじめに

憲法において何らかの緊急権 (emergency power)⁽¹⁾ について規定する国としては、ドイツ、フランス、イタリアなどが知られている⁽²⁾。また、英国、カナダ、ニュージーランドでは、憲法でなく緊急事態に関する基本的・包括的な法律において、緊急事態に対する準備・対応や緊急権の行使に関する規定が置かれている⁽³⁾。

これらと異なり、本稿で扱うオーストラリア連邦では、憲法に緊急権規定がなく、緊急事態に関する基本的・包括的な法律も定められていない。その点では、現在の日本における事情と類似しているとみてよいであろう。

オーストラリアは、1901年にそれまでの英国6植民地が連邦を結成して成立した国である(初期は「自治領」(Dominion))。英国法の伝統を強く受け継いでいる点ではカナダやニュージーランドと同様であるが、これらの国や英国が単一の憲法典を持たないのと異なり、連邦結成のために制定されたオーストラリア連邦憲法を有する。しかし、その憲法には緊急権規定がなく、またそのことは、連邦を構成する旧植民地である各州(State)⁽⁴⁾の定める憲法についても同様である。

では、オーストラリアにおいては、外敵からの侵略や大規模な自然災害、あるいはとくに近年の懸念であるテロといった緊急事態に直面したときのために、いかなる制度が備えられているのであろうか。本稿では以下、このことについて考察していくが、オーストラリア法制度における特徴で、緊急権の問題を議論する上で不可欠なものを次に掲げておきたい。いずれの特徴も、日本の場合と大きく異なるものであり、緊急権制度を一貫した体系として把握することを困難にしているものでもある。

まず、英国法の伝統である。とくにコモン・ロー (common law) という不文法と国王大権 (royal prerogative) の存在が、緊急権行使の根拠とその抑制に関わりうる (I-1-(2)を参照)。

第2に、連邦制である。立法権限が連邦と州との間で分割されていることが、緊急事態対応や緊急権行使における連邦・州関係の在り方に関わっている (I-2-(1)を参照)。

第3に、憲法上の権利章典 (Bill of Rights) の欠如である。カナダやニュージーランドとも異

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、2019年6月18日である。

(1) 緊急権の「意味は必ずしも自明ではないが、一般的には、「戦争や内乱、自然災害などの緊急事態に対処するために憲法の効力を全部又は一部停止する効力さえ有する国家の例外的な権限の総体」をいう」とされる(杉原泰雄ほか編『体系憲法事典 新版』青林書院, 2008, p.267 (村田尚紀執筆部分))。

(2) 各々、山岡規雄「ドイツ連邦共和国基本法における緊急事態条項」『レファレンス』786号, 2016.7, pp.57-76. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10126911_po_078603.pdf?contentNo=1>; 矢部明宏「フランスの緊急状態法—近年の適用事例と行政裁判所による統制—」『レファレンス』748号, 2013.5, pp.5-26. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8206691_po_074801.pdf?contentNo=1>; 山岡規雄「イタリア共和国憲法と緊急事態」『レファレンス』802号, 2017.11, pp.53-70. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10990717_po_080203.pdf?contentNo=1> を参照。

(3) 矢部明宏「英連邦諸国(イギリス、ニュージーランド、カナダ)の緊急事態法制—大災害時の緊急権行使と緊急事態管理の仕組み—」『外国の立法』No.251, 2012.3, pp.65-86. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3487059_po_02510004.pdf?contentNo=1> を参照。

(4) オーストラリア連邦(Commonwealth of Australia: Cth)は、ニューサウスウェールズ(New South Wales: NSW)、ヴィクトリア(Victoria: Vic)、南オーストラリア(South Australia: SA)、クイーンズランド(Queensland: Qld)、タスマニア(Tasmania: Tas)、西オーストラリア(Western Australia: WA)の6州で構成される。このほか一定の自治権を有する連邦直轄地として首都特別地域(Australian Capital Territory: ACT)と北部特別地域(Northern Territory: NT)があり、本稿では必要のない限り、これらを「州」にまとめて扱う。

なり⁽⁵⁾、連邦憲法にも州憲法にもまとまった人権規定がないため、緊急事態立法や緊急権行使に伴う人権制限に対する歯止めが問題になりうる（II-2-(3)を参照）。

I オーストラリア緊急権に関する憲法的枠組み

1 連邦行政府の権限

(1) 「通常の法」に基づく緊急権

米国では2001年の9.11同時多発テロ事件以降、緊急事態に関するシュミット理論が政治的・法的論議の中で大きな役割を演じているという⁽⁶⁾。戦間期ドイツの代表的な公法学者・政治学者であったシュミット（Carl Schmitt, 1888-1985）は、「例外状態」を看過し、「常態」を想定する法実証主義、自由主義、議会主義、多元主義に対する徹底した破壊作業」を遂行したとされ、一時期ナチスのイデオログともなった⁽⁷⁾。シュミットの主張によれば、緊急事態に対する行政権の対応は法的秩序には取まらない。彼は、緊急事態の要請は原則として予測不可能であり、法的・憲法的規範における法の支配（rule of law）⁽⁸⁾に適合した枠組みの外に出ると説いた⁽⁹⁾。現代の政治学者らは、9.11事件の衝撃を受け、シュミットの考えを何らかの形で取り込むことで、米国の立憲主義と対テロ戦争（war on terror）という現実との折り合いをつけようとしたのである⁽¹⁰⁾。

他方、シュミットを否定し、緊急権を法の統制の下に効果的に服せしめようとする主張もある。たとえば、緊急事態に際して立法府が行政府に対し特別権限を付与することで、緊急権行使を立法府の統制の下に置くという考えがあり、緊急権の濫用を防ぐためにその立法過程そのものにも強い制約が課せられるとする。また、緊急権を通常の法（ordinary law）として扱い、司法による通常の監督に服せしめるという考えもある⁽¹¹⁾。

本稿が扱うオーストラリアについては、法学者のリー（Hoong Phun Lee, モナシュ大学⁽¹²⁾）らによれば、同国の憲法秩序は法の支配を前提としており、シュミット的な考えは否定されるという。すなわち、オーストラリアの統治の枠組みにおいては、連邦・州の各行政権（executive power）を超法規的に根拠付けるものはなく、オーストラリアの各議会も⁽¹³⁾、行政府に緊急権を付与したり抑制したりするための特別な手続を持たない。憲法上、特別のルールを要する緊急事態立法のカテゴリーもない。「したがって、オーストラリアの憲法秩序においては、緊急事態への行政

(5) カナダは、「権利及び自由に関するカナダ憲章」（1982年憲法第1章）、ニュージーランドは「1990年ニュージーランド権利章典法」と「1993年人権法」を制定している。

(6) William E. Scheuerman, “States of emergency,” Jens Meierhenrich and Oliver Simons, eds., *The Oxford handbook of Carl Schmitt*, New York, NY: Oxford University Press, 2016, pp.547-548.

(7) 猪口孝ほか編『政治学事典 縮刷版』弘文堂, 2004, pp.492-493; 阿部齊ほか編『現代政治学小辞典 新版』有斐閣, 1999, p.211.

(8) 法の支配とは、人が支配するのではなく法が支配する、ひいては統治される者だけでなく統治する者も法に従うという原則であり、恣意的権力の支配を排し、権力者による権力の濫用を強く戒める政治の指導原理である。田中英夫ほか編『英米法辞典』東京大学出版会, 1991, p.743; 小山貞夫編著『英米法律語辞典』研究社, 2011, p.984を参照。

(9) Scheuerman, *op.cit.*(6), pp.557-560.

(10) *ibid.*, pp.561-565.

(11) William E. Scheuerman, “Survey Article: Emergency powers and the rule of law after 9/11,” *Journal of Political Philosophy*, 14(1), Mar 2006, pp.74-81.

(12) モナシュ大学は、メルボルンに本部を置く大学である。

(13) 「オーストラリアの各議会」とは、連邦議会と各州・特別地域の議会をいう。

権の対応について、その確定や行使、制御は、通常の法の枠組みに従って展開する」とされる⁽¹⁴⁾。

「通常の法」といった場合に問題になるのは、現実の緊急事態のときにこれに対処するための制定法 (statute) が存在しない場合がありうることである。上にみたように、オーストラリア憲法には緊急権規定がなく、シュミットの法的支配に反するような権限行使はもとより、議会在政府に対して全面的な緊急権を付与することも認められない。

では、オーストラリアにおける緊急権の根拠は何に求められるのであろうか。

(2) 連邦行政権の根拠

連邦の行政権は、憲法第 61 条により次のとおり定められている。

第 61 条 連邦の行政権は、女王に属し、女王の名代としての連邦総督がこれを行行使する。行政権は、この憲法および連邦法律の執行および維持に及ぶ⁽¹⁵⁾。

このように、行政権は憲法と連邦法⁽¹⁶⁾の「執行および維持に及ぶ」(extends to the execution and maintenance) と、極めて簡潔に規定されている。憲法学者のアロニー (Nicholas Aroney, クイーンズランド大学) らによれば、この規定から、行政権には「執行および維持」に必要な権限や付随する権限も含まれると解されているが⁽¹⁷⁾、それ以上の具体的な権限の範囲や権限行使の在り方は必ずしも明らかでない。憲法制定時には、行政府の構成を規定するだけで充分と考えられ⁽¹⁸⁾、「権限の範囲については推論に、立法府と行政府の関係性については慣習に」委ねられたとされる⁽¹⁹⁾。この「推論」の基礎となるのが、次に述べるコモン・ローである。連邦の行政権の性質や範囲が依拠する法源 (sources of law) には、憲法と連邦法のほかにコモン・ローが加わるのである。

コモン・ローとは、イングランドの伝統的な法に由来し、判例の集積により発展した不文法である⁽²⁰⁾。英国法の伝統を継承したオーストラリアの法秩序においては、コモン・ローが重要な構成要素となっている。上に触れた「通常の法」における「法」には制定法とともにコモン・

(14) Hoong Phun Lee et al., *Emergency Powers in Australia*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2019, pp.64-65.

(15) 以下、オーストラリア憲法の和訳は佐藤潤一による (畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法集 第5版』有信堂高文社, 2018, pp.81-105)。

(16) 第 61 条の「連邦法律」(laws of the Commonwealth) には委任立法も含まれるが、コモン・ローは含まれない。Nicholas Aroney et al., *The Constitution of the Commonwealth of Australia: History, principle and interpretation*, Port Melbourne, Vic: Cambridge University Press, 2015, p.432 を参照。

(17) *ibid.*, p.444.

(18) 行政府の構成については、連邦総督 (Governor-General) や行政評議会 (Executive Council)、国務大臣 (Minister of State) などの規定があるのみで、内閣も首相も規定されていない。

(19) Aroney et al., *op.cit.*(16), p.385. 連邦議会在権限を有する立法事項が、憲法第 51・52 条に個別具体的に列挙されているのは対照的なのである。

(20) コモン・ローは元来、12 世紀以降、イングランド王国内の共通法 (= common law) として、従来の地方慣習法やローマ法などを参照しつつ、国王の裁判所において裁判官が創造してきた法とされる。コモン・ローは多義的な用語であり、いわゆる大陸法 (civil law) に対して英米法を総称する場合に用いられることもある。本稿が扱う範囲では、基本的に、議会制定法に対する判例法体系をいうものとして用いられる。Daniel Greenberg et al., eds., *Jowitt's dictionary of English law*, v.1: A - I, 4th ed., London: Sweet & Maxwell, 2015, p.491; Ray Finkelstein et al., eds., *LexisNexis Australian legal dictionary*, 2nd ed., Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2016, p.293; 幡新大実『イギリスの司法制度』東信堂, 2009, pp.30-32 を参照。

ローも含まれるのである⁽²¹⁾。コモン・ローとは、いわば裁判官が作った法体系であり、議会在法律を制定した部分については効力を失う⁽²²⁾。ただし、制定法は、明確な文言がない限り、コモン・ローにより承認された基本的権利を廃止したと解されてはならないとされる⁽²³⁾。

行政権の法源の1つがコモン・ローという不文法であれば、行政権の正確な性質・範囲や他の法源（憲法と連邦法）との相互作用の在り方を認識するのは、容易なことではない⁽²⁴⁾。アロニーらは、上に触れた憲法第61条から「推論」される行政府の権限について、「これらは主として、連邦が「女王の政府」として構成され、それが独立の、主権を有する連邦国家の政府であるという事実由来する」が、これらの権限の性質は曖昧なものであり、条文から正確に解釈し特定することはできないと指摘している。その上で、このような連邦行政府の権限として、次のような広範なものを掲げている⁽²⁵⁾。

- ①コモン・ローにより承認され、連邦に実質的に帰属するクラウン（Crown）の権限（総称的に大権（*prerogative*）とも称される。）と⁽²⁶⁾、この大権に含まれる狭義の大権上の権限（*prerogative powers*）⁽²⁷⁾。和戦の宣言や外務、条約締結、栄誉の付与、特赦、政体の存亡がかかる深刻な緊急事態における一連の不特定の権限（*undefined powers*）といった、政府のみに帰属する権限をいう。
- ②同じくコモン・ローに由来する法人としての政府の行為能力（*capacities*）。契約の締結、信託、財産移転、会社の登録、共同経営・合併、訴訟などが含まれる。
- ③行政権の黙示的「ネーションフッド」権限（*implied executive 'nationhood' power*）。ネーションフッド権限、すなわち国の地位に基づく権限ということがことさらに掲げられるのは、元来は州の集合体にすぎなかった連邦が、次第に国としての権能を強化させてきたという認識に基づいている。

ここに挙げられた連邦行政府の権限に照らせば、緊急権の行使は、まず①の大権上の権限に根拠を有することが理解できるであろう。「クラウン」の語が用いられるのは、もとよりオーストラリアの元首が英国女王であり、その「大権」の語を引き出すためであるが、一般にクラウンとは、女王（君主）の下における行政組織全体を指すことが多い。憲法上、女王の権限を行使するのはその代理である連邦総督（*Governor-General*）であり（第2条）、連邦総督は内閣と大臣の助言に基づいて行動するので、大権上の権限を行使するのは事実上、行政府ことに内閣という

(21) コモン・ローは時代とともに変化する法でもある。オーストラリアのコモン・ローも、裁判所の判例を通じて「英国を含む他の英連邦諸法域のそれとの間で懸隔が広がりつつある」とされる（Patrick Parkinson, *Tradition and change in Australian law*, 2nd ed., Pyrmont, NSW: LBC Information Services, 2001, p.219）。

(22) 議会制定法によるコモン・ローの排除は、自治領においても認められることが認識されていた。Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., London: Macmillan, 1959, p.107.

(23) Finkelstein et al., eds., *op.cit.*(20)

(24) Aroney et al., *op.cit.*(16), pp.428-429.

(25) *ibid.*, p.488.

(26) 英国法において、国王大権がコモン・ローにより承認されるものであることは、ジェームズ1世（James I）時代（1603～1625年）の判例（*Case of Proclamations*（1611年））により示されている。エリック・バーレント（佐伯宣親訳）『英国憲法入門』成文堂，2004，p.139。（原書名：Eric M. Barendt, *An introduction to constitutional law*, 1998）；幡新大実『イギリス憲法I 憲政』東信堂，2013，pp.58-61を参照。

(27) アロニーらによれば、「…建国者らが行政権を検討したときには、それが立法権・司法権と分離したものであるべきことは理解していた一方で、英国的立憲主義の実践的で経験的な方法で考えたと言明することは可能である。結果として、クラウンに対する制定法上の権限付与とは別に、行政権の内容は本質的に「大権」に照らして決められることを予定したのである」とされる（Aroney et al., *op.cit.*(16), p.386）。

ことになる⁽²⁸⁾。オーストラリアの文献においても、executive powers と prerogative powers の語は互換的に用いられることが多い⁽²⁹⁾。

次に、③のネーションフッド権限も、緊急権行使の根拠となりうることが予想されるであろう。実際、金融危機が緊急事態と同等に扱われた2009年のペープ事件判決で(後述)、オーストラリア高等裁判所(High Court of Australia、以下「高等裁」)⁽³⁰⁾は、連邦の行政権は、「制定法上の権限と大権には限定されない。それは、一国の政府の適切な目的を果たすことができるものでなければならない」との見解を示した⁽³¹⁾。しかし、元来憲法学の主流は、第61条の及ぶ範囲がコモン・ローにより承認された行政権を超えることを認めていなかったとされる⁽³²⁾。コモン・ローを基礎とする大権上の権限と異なり、「黙示的」とされることが示すように、ネーションフッド権限が何を法源とするのかは必ずしも明確でなく、批判も多い。この点は、I-2-(2)で扱う。

(3) 大権上の権限

オーストラリア憲法学では、連邦政府の権限の範囲や限界をイメージするために、「深度」(depth)と「幅」(breadth/width)の語が用いられることが多い。前者は連邦における行政権の立法権に対する関係、すなわち行政府が議会からの権限付与なくいかなる権能を行使できるか、後者は連邦制の中で連邦政府が(州政府の権限に対して)いかなる権限を有しうるかを表している⁽³³⁾。いずれも現代の行政国家化の文脈における連邦行政権の肥大化を表現する場合にも適しているが、前項に挙げた用語を使えば、前者は大権上の権限に関わり、後者はネーションフッド権限の問題に関わることになるであろう。

まず行政権の「深度」の問題に関し、憲法・公法学者のソーндーズ(Cheryl Saunders、メルボルン大学)によれば、行政権に固有の「大権」の性質をいかに解すべきかについては大きく見解が分かれているという。一方では、19世紀英国憲法学の泰斗ダイシー(Albert Venn Dicey、1835-1922)のいう「クラウンの手に法的に残されてきた裁量的・専断的権限の残余」⁽³⁴⁾とする見解があり、他方では17世紀英国の思想家ロック(John Locke、1632-1704)のいう「公共善のために、法の規定がなくとも、ときにはこれに反してでも裁量に従って行動する」権限をも許容する見解

(28) この関係は6つの州の各々についても同様である。各州の元首は英国女王であり、その代理としての州総督(Governor)は州内閣の助言に基づいて行動する。

(29) 英国法学者のバーレント(Eric M. Barendt)も、「国王の大権は、政府の持つ事実上の政治的権限を覆い隠す法的擬制」であると述べる(バーレント 前掲注26, p.141)。

(30) 高等裁は、連邦の終審上訴裁判所である(憲法第73条第1項)。7人の裁判官で構成される。司法制度の概要については、山田邦夫「オーストラリアの憲法事情」『諸外国の憲法事情 3』(調査資料2003-2)国立国会図書館調査及び立法考査局、2003, pp.104-106. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_999538_po_20030206.pdf?contentNo=6>を参照。

(31) Pape v Commissioner of Taxation (2009) 238 CLR 1; George Williams et al., *Blackshield and Williams Australian constitutional law and theory: Commentary and materials*, 6th ed., Annandale, NSW: Federation Press, 2014, pp.379-380. なお、判例の引用は「原告v被告(判決年)典拠」で表示される。典拠の「238 CLR 1」とは、高等裁判例集(Commonwealth Law Reports)の第238巻1頁であることを示す。

(32) Aroney et al., *op.cit.*(16), p.460.

(33) Cheryl Saunders, *The constitution of Australia: A contextual analysis*, Oxford: Hart Publishing, 2011, p.177.

(34) Dicey, *op.cit.*(22), p.424. 英国王の大権上の権限は、制定法により失われる。近年の例を挙げれば、下院総選挙の実施を5年ごとと規定し、政権主導による下院解散の抑制を図ったFixed-term Parliaments Act 2011 c.14(UK)が制定されたことにより、下院解散に係る大権上の権限が失われたとされる(河島太朗「イギリスの2011年議会任期固定法」『外国の立法』No.254, 2012.12, pp16-17. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_4023707_po_025402.pdf?contentNo=1>)。

である⁽³⁵⁾。ダイシーの見解は英国の議会主権に由来し、行政府が立法府に従属するという伝統を反映しており、しかも「大権はコモン・ローに依拠するので、立法上の規制や自制に従うことになる」⁽³⁶⁾とされる。ロックの見解は、行政権には不測の事態に備えた自由裁量の余地があるというものである。アロニーらは、憲法や制定法、コモン・ローという法源を超えて「行政権に固有の内容が予定されてきたとは思われない」としつつ、こうした自由裁量は、「唯一許容されてきた」ものとして、例外的な状況、すなわち人民の福祉を脅かし（暴動や悪疫）、国家の存在や政治制度を脅かし（戦争や侵略、反乱）、その機能を失わせるような緊急事態においてのみ生じうるとする⁽³⁷⁾。

このようにアロニーらは、緊急時における例外的な大権行使の存在は認めている。ただし、「大権はコモン・ローにより承認されるものであり、大権を完全に独自のものとすることなく、「通常のコモン・ローの道を外れたものとして」区別する一定の本質が、大権の中にとどまっている」と、大権行使に何らかの歯止めがあるべきことをも示唆する。その本質とは、第1に、「最も重要な」ものとして、「その残余としての性格」(residual character)であり、その関連で第2の本質として「新たな大権事項が生まれにくいこと」、第3に「大権は制定法によって無効になりうる」こと、第4に「大権は一般に司法審査に従う」こと、第5に「法の適用からの免除を許容し、犯罪を設け、租税を賦課するために利用されてはならない」ことを挙げている⁽³⁸⁾。

他方でリーらは、大権の性質を「残余」とするダイシーの見解には必ずしも従わないものの、行政府が立法府に従属することが憲法に規定されていることは、行政府の行使する緊急権の性質や範囲を理解するために重要なことであるとする⁽³⁹⁾。リーらにせよアロニーらにせよ、ダイシーとロックのいずれか一方の見方に与するというより、各々述べるところは両義的であり微妙である。国民や国家が危機に瀕した際の裁量的権限行使を例外的に認めつつ、立法権と司法権の——事前にせよ事後にせよ——統制に服さなければならないという理解は共通している。

(4) 緊急権の問題と限界

法学者のヘッド (Michael Head, ウェスタンシドニー大学) などによれば、そもそも、大権の範囲とは不明確なものであり、権限事項の一覧化にはなじまないとする見解が一般的である⁽⁴⁰⁾。アロニーらも、緊急事態において、大権の及びうる範囲は「ことのほか難解」かつ不確実であると述べる。「公共の安全の維持」といった無定形の観念では、「奮い立つ行政府に、過剰で無秩序な権限を与える」リスクがあるという⁽⁴¹⁾。

既に触れたとおり、リーらによれば、オーストラリアの法には超法規的な緊急権というものはない。もとより、行政権は法に立脚しているものであり、行政府の緊急権は、「法に従うがゆえ

⁽³⁵⁾ Saunders, *op.cit.*(33)

⁽³⁶⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), p.445. こうした「大権」の捉え方は、高等裁の裁判官らによっても採用されてきた。Barton v Commonwealth (1974) 131 CLR 477 では、「クラウンの大権上の権限、すなわち、コモン・ローによりクラウンに与えられた権限」と言及された (James Stellios, *Zines's The High Court and the Constitution*, 6th ed., Annandale, NSW: Federation Press, 2015, p.372)。

⁽³⁷⁾ Aroney et al., *ibid.*, pp.386-387. 逆に、緊急権の行使を認める制定法が欠如している以上、伝統的な大権上の権限に依拠せざるをえないと考えることもできる (Michael Eburn, "Managing 'civil contingencies' in Australia," Clive Walker, ed., *Contingencies, resilience and legal constitutionalism*, London: Routledge, Taylor & Francis Group, 2015, p.31)。

⁽³⁸⁾ Aroney et al., *ibid.*, pp.448-449.

⁽³⁹⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.56-57.

⁽⁴⁰⁾ Michael Head, *Emergency powers in theory and practice: The long shadow of Carl Schmitt*, Farnham, Surrey, England: Ashgate Publishing, 2016, p.211; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.366-368.

⁽⁴¹⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), p.448.

に制限が課せられる」。たとえば、「恣意的な拘禁を行う行政権限はなく⁽⁴²⁾、行政権には「国の法」(law of the land)⁽⁴³⁾を改変したり省略したりする権限もない」のである⁽⁴⁴⁾。

また、たとえば戦時には財産収用も行われうるが、その権限には限度がある。すなわち、連邦議会の立法事項を列挙する憲法第 51 条には、第 31 号として財産取得に関する立法権限が規定され⁽⁴⁵⁾、「正当な条件により」という要件が課せられている。この要件は、他の立法事項に係る財産取得に対する限度としても機能する。したがって、「この立法権限上の制限は、立法上認められた財産取得が〔同条第 6 号の〕防衛権限⁽⁴⁶⁾に従って生じたときにおいても適用される」ことになる（〔 〕内は筆者補記。）⁽⁴⁷⁾。行政府の側からみれば、連邦の行政権を定める憲法第 61 条に由来する権限に基づいて収用することはできるとしても、「正当な条件」という要件に従い、適切な補償などを行わなければならないということになる。リーらは、このことは、より広く、議会の意思に従うべき行政府が、軍事目的による財産の取得・破壊に当たり、憲法第 51 条第 31 号の定める立法権限より拡張した権限を行使することは異常であるという考えにも合致すると指摘する⁽⁴⁸⁾。

制定法上の権限付与が欠如する場合に、緊急権をいかに抑制すべきかを見定めることは困難な問題である⁽⁴⁹⁾。この場合における行政府の行為の妥当性を決める法的な基準は、やはりコモン・ローに依拠せざるをえない。緊急事態において「行政権が通常と異なる性質を帯び」て大権上の権限を行使する場合、上に述べたように、コモン・ロー上、大権とは残余のものであり、「本質的に立法に服するもの」であれば、その行使は立法がなされるまでの「暫定的な措置にすぎない」と考えることもできる。こうした大権の本質に従って憲法第 61 条の行政権の範囲を決めれば、「議会と憲法の優越性を維持し、責任政治体制を付与する憲法と整合する」とされる⁽⁵⁰⁾。

それでも、ことに安全保障分野において、制定法は大権上の権限に優越するのか否かという問題は残っている。2001 年のタンパ号事件判決では、不法入国被疑者の国内施設への拘束を定める 1958 年移民法 (Migration Act 1958 no.62 (Cth)) の規定にもかかわらず、軍がボート難民の上陸を阻止して第三国に移送したことについて、オーストラリア連邦裁判所 (Federal Court of Australia、以下「連邦裁」) は、政府は憲法第 61 条の権限に基づき「国の主権」の保護に必要と考える措置をとることができることを是認した⁽⁵¹⁾。ヘッドは、政府は同じ論理によって、とりわけテロ対策において、立法で付与された権限外の措置に訴えるのが許されることになると指摘する⁽⁵²⁾。

(42) *Chu Kheng Lim v Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs (Cambodian 'Boat People' Case)* (1992) 176 CLR 1. この判決の中で、「コモン・ロー上、恣意的な逮捕・拘禁の権限を与える拘禁令状 (lettre de cachet) その他の令状は認められていない」ということが示された。

(43) 「国の法」とは、「元来は *Lex Terrae* の英訳で、その土地の法程度の意味であったが、後には法の適正手続き [正当な法の手続き] (*due process law*) と同義語にまで変質している」(小山編著 前掲注(8), p.626. [] 内は出典のまま。)とされる。ここでは、直前で、コモン・ロー上、恣意的な拘禁などは認められない(前注を参照)とされたことを受けている。

(44) *Lee et al., op.cit.*(14), pp.80-81.

(45) 憲法第 51 条第 31 号「議会在法律を制定する権限を有する目的のために、正当な条件により州または個人から財産を取得すること」

(46) 後掲注(98)を参照。

(47) *Lee et al., op.cit.*(14), p.79.

(48) *ibid.*, p.80.

(49) *Aroney et al., op.cit.*(16), p.389.

(50) *ibid.*, p.451.

(51) *Ruddock v Vadarlis (Tampa Case)* (2001) 110 FCR 491. 同判決から高等裁への上訴は却下された。*Williams et al., op.cit.*(31), pp.374-378 を参照。

(52) *Head, op.cit.*(40), pp.209, 212.

リーマン・ショック後の世界金融危機時の景気刺激策立法をめぐるペープ事件判決においては⁽⁵³⁾、「行政府とは、戦争や自然災害であれ、今回のような規模の金融危機であれ、危機に対応する能力と権限を有する政府機関である」として、政権のとした危機対応措置が4対3の多数決で支持された。多数意見は、世界的に深刻で例外的な金融危機であったことは争われない事実であると判断した。しかし、行政府の政策判断における「主観性」を問題視する議論がある。すなわち、例外的な金融危機との認定自体が政府自身の判断に依拠しており、しかも、これだけの規模の緊急事態への対応に最も適応できるのは連邦政府であるというのも、政府の判断そのものであったと指摘されている。反対意見の裁判官らは、危機や緊急事態の存在を根拠にすれば、必然的に合憲基準がもたらされるということには納得しなかったという。例外的な状況において「深度と幅の両方において潜在的に自己規定的」な権限を行政府が自ら主張し、それが認められたことに対し、彼らは根本的な不安を表明したとされる⁽⁵⁴⁾。

アロニーらによれば、防衛や国家安全保障に係る事項でさえ、行政権に許される行動の正確な範囲は、制定法を欠くところでは曖昧なままである。いかなる行動が連邦に要請されうるか事前に正確な評価を許さない緊急事態については、もっと曖昧である。連邦は、戦争で敵を撃退する権限を有しているとしても、たとえばテロ活動などに対する措置の範囲は明らかでない。戦争や全面的な反乱とまではいかないが国家安全保障に関わる緊急事態において、強制力の使用や強制的拘束、財産の破壊などの措置を、政府がどの程度とることができるのか。戦争や反乱があるか否かでなく、まさに連邦の存在や憲法・統治組織を脅かす緊急事態があるか否かが問題になるとされる⁽⁵⁵⁾。

2 連邦と州の権限関係とネーションフッド権限

(1) 憲法上の立法権限分割と州における緊急権

オーストラリアの法制度・政治制度は、英国のそれを受け継いでいるものの、単一国家である英国に対して連邦国家である点で大きく異なっている。

一般に連邦国家においては、憲法規定により、連邦と連邦構成体（オーストラリアにおいては6つの州）との間で立法権限が分割される。オーストラリア憲法では、第51条で連邦議会の立法事項が第1号から第39号まで列挙され、第52条では、連邦議会が専属的に立法権限を有する事項が第1号から第3号まで列挙されている⁽⁵⁶⁾。第51条の掲げる事項については、明文上あるいは解釈上連邦に専属するものでない限り、州議会が立法することは妨げられないが（第107条）、同じ事項について連邦法と州法が抵触し合う場合には連邦法が優先する（第109条）。第51・52条の列挙権限（heads of power）以外の事項（residual powers. 残余権限）については、州議会のみが立法権限を有することになる⁽⁵⁷⁾。このように憲法上は各議会の立法事項として表現されるが、オーストラリアでは連邦も州も英国から継受した議院内閣制を採用しているので、連邦議会・州議会の各立法権限はおおむね連邦の権限と州の権限であると理解することができる。

⁽⁵³⁾ 前掲注(31)の判例

⁽⁵⁴⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), pp.467-468.

⁽⁵⁵⁾ *ibid.*, pp.433-434.

⁽⁵⁶⁾ 憲法第51条柱書は、「[[連邦] 議会は、この憲法に反しない限り、連邦の平和、秩序および良き統治のために、次に掲げる事項について法律を制定する権限を有する。」と規定し、同第52条柱書は、「[[連邦] 議会は、この憲法に反しない限り、連邦の平和、秩序および良き統治のために、次に掲げる事項について法律を制定する専属的権限を有する。」と規定する（[] 内は筆者補記。）。

⁽⁵⁷⁾ 山田 前掲注(30), pp.107-108 を参照。

緊急権の行使については、連邦憲法は大規模自然災害その他の緊急事態に関する規定を有しないので、連邦に専属する防衛権限を除けば（詳細はII-1-(1)を参照）、残余権限として州の権限に属することになる。とはいえ、連邦憲法にはもとより各州憲法のいずれにおいても、緊急事態の際に行政府に裁量的な権限の行使が認められるとか、議会在これを行政府に委ねることができる（議会在そのような権限がある）といった規定があるわけではない⁽⁵⁸⁾。

前節で述べたとおり、連邦の行政権による緊急権は、コモン・ローに承認された大権上の権限を根拠に行使しうると同時に、やはりコモン・ローによる制約を受ける。州の場合も、連邦結成以前は英国の自治植民地として存在し、英国的な大権上の権限を継受してきたのであって、コモン・ローとの関係では連邦と同様である⁽⁵⁹⁾。他方、連邦憲法は改正手続に国民投票の要件を含む硬性憲法とされるのに対し、州憲法は基本的には各州議会在制定する通常の立法であって（軟性憲法）、優越的な法としての地位を有せず、より柔軟な運用が可能である。このことと上述の残余権限であることを考え合わせれば、州の方が連邦に比べて緊急権の行使に対する法的なハードルは低いと考えてよいであろう。

実際、州政府は州の「平和、秩序および良き統治」に係る立法の全権（plenary powers）を有するとされ⁽⁶⁰⁾、II-2-(1)にみるように、各州は、緊急時に対処する機関を設置してこれに緊急権を付与し、必要に応じ政府全体を緊急事態対応に動員する内的緊急事態立法を整えているとされる⁽⁶¹⁾。

(2) 黙示的ネーションフッド権限による緊急事態対応

連邦とは元来、連邦構成体の集合であり、オーストラリアの場合も、1901年に従来の6つの英国植民地の一種の調整機関として連邦が結成されたとみることができる。連邦憲法に、連邦議会的の立法事項が限定列挙されたのも、連邦議会上院が米国などと同様に州権を代表する機関として規定されたのも、その表現である。

しかし、連邦結成後のオーストラリアにおいては、州の地位（statehood）に対して、連邦が体现する国の地位（nationhood）が次第に優越性を増すようになった。もとより憲法に新たにその旨が明記されたわけではなく、講学上、「黙示的」ネーションフッド権限と称されるのであって、高等裁が明確にこの語を採用しているわけでもない。I-1-(3)で触れた連邦権限の範囲を表す「幅」とは、憲法第51・52条に掲げる列挙権限がいかに拡張されてきたかということに関わる。もっとも、憲法制定以来の改正史の中で新たな立法事項が書き加えられたことはほとんどない⁽⁶²⁾。アロニーらによれば、列挙権限に対する「拡大主義的解釈技術」を適用した結果、連邦が次第に、直接間接に、州政府等に対する影響力を強めてきたとされる。高等裁も、個々の裁判官らがこうした動向に抵抗することがあったものの、全体としては「連邦の権限と影響力の

⁽⁵⁸⁾ 緊急事態関連の規定としては、ヴィクトリア州憲法（Constitution Act 1975 no.8750 (Vic)）第20条の緊急時の議会的の緊急招集、クイーンズランド州憲法（Constitution of Queensland 2001 c.1 (Qld)）第19B条第5項の緊急時の選挙の中止といった規定がみられる。

⁽⁵⁹⁾ ただし、緊急権に関連していえば、州は軍を持つことができず外交権も否定されているため、州の行政府における大権上の権限は戦争や条約締結には及ばない。

⁽⁶⁰⁾ Eburn, *op.cit.*(37), p.26. 連邦の「平和、秩序および良き統治」に係る立法権限は、もとより連邦議会在有する（憲法第51・52条柱書）。前掲注⁽⁵⁶⁾を参照。

⁽⁶¹⁾ *ibid.*, p.33.

⁽⁶²⁾ わずかに、社会福祉に係る第51条第23A号が1946年に追加されたのみである。条文改正の例としては、1967年に同条第26号の規定から先住民族を差別する文言を除いた1件のみを数える。

漸次的拡大を維持し、支えてきた」という⁽⁶³⁾。

ネーションフード権限が高等裁の判決の中に、文字どおり黙示的に初めて表れたのは、1915年に遡るとされる⁽⁶⁴⁾。この判決は、連邦に対する詐欺罪の遡及処罰を規定した法を合憲としたもので、憲法第51条第39号は⁽⁶⁵⁾、政府の存続や、執行する直接的権限の適切な行使に必要なあらゆる付随的権限を含むものとして理解するべきであるとされた。この時は、あくまで「保護的で自己防衛的権限のみ」とされていたが、第2次大戦後にはこれが「政府を保護し維持する」ための付随的権限⁽⁶⁶⁾、「連邦の法的・政治的組織」全体の保護と維持⁽⁶⁷⁾などと、政府の及ぶ権限の範囲が解釈上少しずつ拡張されていった⁽⁶⁸⁾。

近年では、I-1-(4)で触れたペープ事件判決で、連邦政府による緊急権行使がネーションフード権限により認められることが示唆された。ここでは、世界金融危機への対応としての対納税者給付金による景気刺激策立法⁽⁶⁹⁾は連邦の立法事項に含まれないとの訴えに対して、高等裁は、かかる政府支出は憲法第61条の連邦行政権に裏付けられ、これに係る立法措置は第51条第39号に裏付けられることを示した。ただし、この金融危機が緊急事態であると明言されたのではなく、またネーションフード権限の語が用いられたわけでもない。金融危機は、自然災害などの緊急事態の場合と「類似」したものと位置付けられた。

アロニーらは、この判決により黙示的ネーションフード権限が「第61条の範囲の究極の決定要因」として認められたことは、近年の憲法法理における進化の所産であると評している⁽⁷⁰⁾。

他方、憲法学者のトゥーミー (Anne Twomey, シドニー大学) は、この判決において、行政権の根拠に係る制定法、大権上の権限、行為能力に次ぐ「第4類型」について、その名称 (=ネーションフード権限) も法源も示されなかったため、この権限の性質は不明確であり、その行使に対する限度を認識することが困難であると批判している⁽⁷¹⁾。高等裁が行政権を検証し、類別し、限度を画する数少ない機会が失われ、将来、連邦政府がその財政権限で対処すべき「緊急事態」とみなせば、ネーションフード権限はいかなる立法の正当化にも用いられる可能性があるかと危惧する⁽⁷²⁾。

黙示的ネーションフード権限は、憲法に明記された立法権限の分割を「妨害する手段」⁽⁷³⁾として使われるとすれば、「幅」の拡大、すなわち州に対する連邦支配権の強化に資するものと捉えることができる。しかし、ペープ事件では、必ずしも連邦の立法措置による州権の圧迫が争点となったわけではなく、この判決の眼目が、憲法第61条に依拠したネーションフード権限の行使に「付随」して、第51条第39号により立法がなされたと判断したところにあったとすれば、

⁽⁶³⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), p.195.

⁽⁶⁴⁾ R v Kidman (1915) 20 CLR 425; *ibid.*, p.196.

⁽⁶⁵⁾ 憲法第51条第39号「この憲法により、[連邦] 議会、[連邦] 議会のいずれかの議院、連邦政府、連邦裁判所、または連邦の行政機関もしくは公務員に与えられた権限の執行に付随する事項」([] 内は筆者補記)。ここでの「連邦裁判所」(Federal Judicature) とは、総称的に連邦の裁判所全体を指す。

⁽⁶⁶⁾ Burns v Ransley (1949) 79 CLR 101.

⁽⁶⁷⁾ R v Sharkey (1949) 79 CLR 121.

⁽⁶⁸⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), pp.196-197.

⁽⁶⁹⁾ Tax Bonus for Working Australians Act (No 2) 2009 no.5 (Cth) による。

⁽⁷⁰⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), p.451.

⁽⁷¹⁾ Anne Twomey, “Pushing the boundaries of executive power: *Pape*, the prerogative and nationhood powers,” *Melbourne University Law Review*, Vol.34 No.1, 2010, pp.315-318.

⁽⁷²⁾ *ibid.*, pp.342-343.

⁽⁷³⁾ *ibid.*, p.330.

むしろ「深度」の拡大が含意されていると考えてよいであろう。

3 緊急権と司法

(1) 緊急権と裁判所の自己抑制

では、緊急事態に関わる行政府の措置に対して異議が申し立てられた場合に、司法はいかなる態度を示しうるのだろうか。

憲法上、高等裁には、連邦の行為の合法性に係る司法審査権が与えられている。高等裁が第1審裁判権を有する事項を列挙した第75条中、第3号の「連邦が当事者である事件」や、第5号の「連邦の公務員に対する職務執行令状、禁止令状または差止命令の発給を求める事件」がその根拠とされる⁽⁷⁴⁾。この第5号に基づき、高等裁が連邦の公務員による権限踰越を抑止する機能を有することが、判例で示されている⁽⁷⁵⁾。

また高等裁は、具体的な訴訟事件を前提とする違憲立法審査権を有する⁽⁷⁶⁾。このことは、憲法に明確に規定されているわけではなく、第76条第1号が高等裁による憲法裁判の権限を規定するにすぎない⁽⁷⁷⁾。しかし、高等裁は当初から、「連邦憲法の解釈者」であり、「州・連邦の立法・行政行為の合憲性の裁定者」であるとみなされてきた⁽⁷⁸⁾。

このように、一般的には行政府の行為や立法府の制定した法律に対して、広く高等裁の司法審査権が及ぶ。緊急権の行使に係るものであっても、たとえば大戦中には、防衛権限を根拠とした戦時立法に対する違憲審査が行われていた（詳細はII-1-(1)・(2)を参照）。

ただし、緊急権の行使に対する高等裁の司法審査には、裁判所の自己抑制 (judicial restraint) という可能性があることが指摘されている。以下、主にリーらの議論に即して記述する。

第1に、司法判断不適合性 (non-justiciability) の観念である。一般に司法審査において、次のような場合には司法判断不適合となりうる⁽⁷⁹⁾。

- ・「政治問題」 (political questions) に関する場合。裁判所は有権者の代表でなく有権者に責任を負うのでもないので、「高度の政策」 (high policy) に係る決定の合理性について判断すべきではない。
- ・多くの利害が複雑に絡み合う「多極的」 (polycentric) な紛争の場合。
- ・裁判所が当該問題の解決に必要な「専門性」 (expertise) を欠く場合。

緊急権の行使に対する訴訟の中に、これらのうちいずれかの理由で司法判断不適合となるものがありうるのは理解し易い道理である⁽⁸⁰⁾。現代の英国の判例でも、「条約の締結、領土の防衛、恩赦、栄典の授与、議会の解散、大臣の任命のような大権事項には司法審査を受け入れる

⁽⁷⁴⁾ Saunders, *op.cit.*(33), p.217.

⁽⁷⁵⁾ Bank of New South Wales v Commonwealth (Bank Nationalisation Case) (1948) 76 CLR 1; Aroney et al., *op.cit.*(16), pp.529-530.

⁽⁷⁶⁾ Saunders, *op.cit.*(33), pp.75-80.

⁽⁷⁷⁾ 憲法第76条は、授権法により高等裁に第1審裁判権を付与することのできる事項を列挙しており、その第1号は「この憲法に関して生じる事件、またはこの憲法の解釈を含む事件」というものである。これを受けて、Judiciary Act 1903 no.6 (Cth) により高等裁に当該裁判権が付与されている。なお、憲法第75・76条は高等裁に「第1審裁判権」を付与する事項を列挙しているが、これらの連邦裁判権事項は、第77条の規定により、他の連邦裁判所や州の裁判所に付与することが認められている (*ibid.*, p.77)。

⁽⁷⁸⁾ Peter Hanks et al., *Constitutional law in Australia*, 3rd ed., Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2012, pp.30-31.

⁽⁷⁹⁾ Peter Cane, *Administrative law*, 5th ed., Oxford: Oxford University Press, 2011, pp.272-278.

⁽⁸⁰⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.236-237.

余地がない」とされていた⁽⁸¹⁾。このような考え方の下では、高度の政策判断に基づく大権上の権限としての緊急権の行使を、司法審査に服せしめうるか否かは微妙な問題となる。しかし、こうした特定の主題であれば「包括的」(blanket)に司法審査を一切許さないとするアプローチは、厳しい批判を浴びることとなり、今日の裁判所は、提訴された個々の問題ごとに、司法判断不適合性が争点にならないか否かを考慮する傾向にあるとされる⁽⁸²⁾。また、仮に多極的な紛争ゆえに、あるいは専門性の欠如ゆえに司法判断不適合となりうるとしても、問題の決定がなされた過程が適正なものであったか否かを審査することは妨げられないとも指摘されている⁽⁸³⁾。

第2に、この司法判断不適合性にも重なる部分があるが、緊急権の審査において、裁判所が行政の意思決定者の判断に対しいかなる程度の譲歩(judicial deference)を行うかという問題がある。

オーストラリアの裁判所は一般的に、行政府による法の解釈に譲歩しないということが、高等裁によって明言されている。すなわち、「司法権の本質的な性格とは、制定法が行政の意思決定者に対し付与した権限の限界を定める法を宣言し、強制すること」なので、法律の規定の意味について裁判所が行政府に譲歩することは、「法を解釈する司法の責任の放棄」であり、「解釈の権限」を行政府に引き渡すことになるとしたのである⁽⁸⁴⁾。しかし、高等裁は同時に、特定の状況においては、審査を行う裁判所が、一定の権限の行使に必要となる管轄権基礎事実(jurisdictional fact)⁽⁸⁵⁾の存在について、主たる意思決定者の判断を重視する選択がありうるということをも明確にした。たとえば、行政の意思決定者の有する特定の専門性がその判断に必要とされるに十分なものであり、かつ、法廷に提出された証拠がすべての重要な点で当該意思決定者が用いた証拠と実質上同じである場合などである⁽⁸⁶⁾。

このことを考慮すれば、緊急権立法の下でなされた決定に対する司法審査においては、当該決定が管轄権基礎事実の存在に依拠していた場合には、その事実の存在について行政府の意思決定者の判断に譲歩することがありうると思われる。実際、ヴィクトリア州の2008年公衆衛生・福祉法(Public Health and Wellbeing Act 2008 no.46 (Vic))第198条以下は、「公衆衛生に重大な危険」がある場合に緊急事態宣言が発せられ、特定の緊急権が行使されることを規定するが、こうした危険の存在の判断は簡単なことでなく、大臣は州の衛生局長の助言を求め、影響を受ける人口数、危険性のある場所・切迫度・重大性、危害の性質・規模・影響、生じうる疾病・傷害、警告・防護・治療その他の人の健康への危険を除去し緩和する措置の実用性・効果を勘案しなければならない。これらはすべて、その確認に当たり、的確な専門性が重要な支えとなる事項でもある⁽⁸⁷⁾。

第3に、聴聞原則(hearing rule)⁽⁸⁸⁾に対する制限が挙げられる。事柄により迅速な決定を要したときには、裁判所は、聴聞原則が排除されると判示する可能性があり、とくに緊急事態の場

(81) Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374. パーレント 前掲注(26), pp.179-180 を参照。なお、この点は、「大権は一般に司法審査に従う」べきであるとするアロニーらの議論(I-1-(3)を参照)と整合しないことになる。

(82) Lee et al., *op.cit.*(14), p.234.

(83) *ibid.*, pp.237-239.

(84) Corporation of the City of Enfield v Development Assessment Commission (2000) 199 CLR 135.

(85) 管轄権基礎事実とは、行政機関の行為の前提となった事実をいうが、その機関が第一次的にその事実に基づく行為をなす権限を有しなければならない。Finkelstein et al., eds., *op.cit.*(20), pp.858-859. ('jurisdictional fact doctrine'); 小山編著 前掲注(8), p.601 (「管轄権基礎事実の法理」)を参照。

(86) Lee et al., *op.cit.*(14), p.248.

(87) *ibid.*, p.249.

(88) 聴聞原則とは、意思決定者は、その決定により損害を受ける者に対し、意見提示の機会を与えなければならないという原則である。Finkelstein et al., eds., *op.cit.*(20), p.714 を参照。

合にこれが想定される。英国の 1899 年の判例では、1875 年公衆衛生法 (Public Health Act 1875 c.55 (UK)) に基づき感染者を病院に収容する命令は、即座に行う必要があり、したがって一方的な措置もありうると判示された。オーストラリアの高等裁でも、こうした緊急権行使の場合に聴聞原則を制限しうるとの判断が支持されている。すなわち、2013 年海洋取締権限法 (Maritime Powers Act 2013 no.15 (Cth)) 第 72 条の規定により、拘束した船上でスリランカ人の庇護申請者を拘束したことについて、コモン・ロー上の聴聞原則は適用されないと判示したのである⁽⁸⁹⁾。

(2) 立法による司法審査の制限

リーらは、制定法の中には、司法審査の制限を招く条項を含むものがあり、これが緊急権の行使に対する司法審査の実施を妨げることに結び付く可能性があるとして指摘する⁽⁹⁰⁾。こうした条項は「剥奪」ないし「排除」条項 ('privative' or 'ouster' clauses) と称され、コモン・ロー諸国の法律にみられるものである。これは、ある法律に基づいて行う行政審判等の決定を最終のものとし、裁判所の管轄権を除去することを意図した当該法律中の条項をいう⁽⁹¹⁾。行政権による司法権の制限を立法で認めるものなので、憲法上の三権分立原則に抵触しないかが問題となる。

第 2 次大戦期の 1941 年に制定された国家安全保障 (炭鉱産業雇用) 規則 (National Security (Coal Mining Industry Employment) Regulations SR 1941 no.25)⁽⁹²⁾ に基づき設置された地方仲裁付託委員会 (Local Reference Boards) について、同規則第 17 項は、当該委員会の決定に対する裁判所への提訴を禁じていた。これに関する裁判において高等裁は、文理解釈は取らず、同委員会の権限が及ぶのは炭鉱産業の労使紛争に限定されるので、その限度を超えた場合の裁判所の管轄権は喪失していないとした⁽⁹³⁾。こうして、「おそらく、戦時中であり、地方仲裁付託委員会の決定を提訴から保護する必要性に気を配ったのであろうが」、この排除条項に一定の効力を認め、かつ憲法には反しないと判示したのである⁽⁹⁴⁾。

その後、少なくとも連邦法の下では、こうした解釈が排除条項に対する標準的解釈と考えられていた。しかし高等裁は、2003 年の 1958 年移民法に係る事件判決では異なるアプローチをとり、問題の決定に管轄権錯誤 (jurisdictional error)⁽⁹⁵⁾ が伴っていたため、排除条項 (同法第 474 条) で保護される決定とは認められないとした⁽⁹⁶⁾。これにより、排除条項は違憲ではないとしつつ、実質的に骨抜きにしたのである。この判例により、連邦法の排除条項は、緊急権に係るものを含むとしても、当該連邦法に基づく決定の司法審査を排除する効果を持つことがありえなくなったとされる⁽⁹⁷⁾。

⁽⁸⁹⁾ CPCF v Minister for Immigration and Border Protection (2015) 255 CLR 514; Lee et al., *op.cit.*(14), pp.252-253. 2013 年海洋取締権限法については、等雄一郎「オーストラリアの海上保安体制と 2013 年海洋取締権限法」『外国の立法』No.259, 2014.3, pp.145-183. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_8433522_po_02590010.pdf?contentNo=1> を参照。

⁽⁹⁰⁾ Lee et al., *ibid.*, p.253.

⁽⁹¹⁾ Finkelstein et al., eds., *op.cit.*(20), pp.1098, 1211.

⁽⁹²⁾ National Security Act 1939 & 1940 nos.15 & 44 (Cth) に基づく規則。

⁽⁹³⁾ R v Hickman; ex parte Fox and Clinton (1945) 70 CLR 598; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.421-422.

⁽⁹⁴⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.253-255.

⁽⁹⁵⁾ 管轄権錯誤とは、意思決定者が、付与された管轄権を超えてそれを行なったこと、すなわち、権限を適正に行行使しなかったことをいう。現在では実質的に権限超越 (ultra vires) と同義とされる。Finkelstein et al., eds., *op.cit.*(20), p.858 を参照。

⁽⁹⁶⁾ Plaintiff S157/2002 v Commonwealth (2003) 211 CLR 476; Williams et al., *op.cit.*(31), p.422.

⁽⁹⁷⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.255-257.

II 連邦と州の緊急権制度

緊急事態に対応する権限は、I-2-(1)で述べたとおり、防衛権限に係るものが連邦に専属することを除き、基本的には州に属する。単純化すれば、対外的な緊急事態には連邦が対応し、内的緊急事態には原則として州が対応するという図式になる。ただし、内的緊急事態に対して連邦が関与する枠組みもあり、ことに近年はそれが強化されつつある。

この章では以下、第1節で外敵による侵略など対外的緊急事態に対応するための連邦の防衛権限を取り上げ、第2～4節で内的緊急事態に係る諸制度について述べる。後者のうち第2節では主に州が担う内的緊急事態対応の枠組みについて概要を簡略にまとめ、第3節では内的緊急事態のうち「州内の暴力行為」に対する連邦の防衛法制による対応、第4節で連邦の刑事法制による国内テロ対策について紹介する。

1 連邦の防衛権限

(1) 「月の満ち欠け」—戦時と平時—

憲法上、連邦の防衛権限は、連邦議会の立法事項の1つとして第51条第6号に規定されている⁽⁹⁸⁾。防衛権限は連邦に専属する権限であって、州はこの権限を有しない。すなわち、第69条第1項は、「陸海軍による防衛」が連邦成立後に州から連邦に移管されることを規定しており、かつ、第52条第2号により、このように憲法により連邦行政府の監督下に移管された公務部門に関する事項は、連邦議会の専属的立法権限に属することが定められている。また憲法は、州が軍を持つことを原則的に禁ずるとともに（第114条）、連邦が州を侵略から防護する義務を負い、「州の行政府の要請があったときは州内の暴力行為（domestic violence）から防護しなければならない」ことも規定している（第119条）。

もとより第51条の列举権限に序列はないので、同条第6号の防衛権限が最優先であるとして連邦に無制限の防衛権限が付与されるわけではない⁽⁹⁹⁾。他方、この第6号の規定には他の列举権限にはみられない「目的」観念があると指摘されている⁽¹⁰⁰⁾。すなわち、単に「陸海軍」と規定するのではなく、これによる「連邦および各州の防衛」という目的が明示され、そのため防衛権限は「不変の意義、しかして可変の内容」を有する権限となる。したがって、防衛に係る連邦による介入の領域も、危急の際には変化するとされる⁽¹⁰¹⁾。では、連邦はこの防衛権限を根拠として、外敵からの侵略など防衛に係る緊急事態に際して、あるいはそれに備えて、いかなる内容の立法措置を、いかなる程度にとることが認められるのだろうか。

この点に関し従来の高等裁の態度は、連邦の防衛権限は、他の諸権限と異なり、月の満ち欠け（waxes and wanes）のように戦時には拡大され平時には縮小されるというものである⁽¹⁰²⁾。こ

⁽⁹⁸⁾ 憲法第51条第6号「陸海軍による連邦および各州の防衛、ならびに連邦法の執行および維持のための武力の統制」。なお、同条第32号には「連邦の陸海軍のための輸送に関して鉄道を統制すること」が挙げられている。

⁽⁹⁹⁾ このことは、第1次大戦中に連邦に広範な裁量権を与えた高等裁判決（Farey v Burvett (1916) 21 CLR 433）の中でも示されていた（この事件については、II-1-(2)を参照）。

⁽¹⁰⁰⁾ Stenhouse v Coleman (1944) 69 CLR 457; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.778-779.

⁽¹⁰¹⁾ David P Derham, “The defence power,” Rae Else-Mitchell, ed., *Essays on the Australian Constitution*, 2nd ed., Sydney: Law Book, 1961, pp.161-162.

⁽¹⁰²⁾ 山田 前掲注⁽³⁰⁾, pp.113-114.

のことを明確に示したのは、1951年の共産党事件判決（詳細は次項（II-1-(2)）を参照）⁽¹⁰³⁾である。判決の中で、防衛権限には2つの側面があるとされ、第1の側面は、軍の人員・装備・基地建设など陸海軍に直接関わる法の制定に係るものであり、連邦は平時・戦時ともにこれらに取り組みることができる。第2の側面は、物価や物資配給、賃借料、借地人の立退き、土地所有権の移転、雇用条件などに関わる法の制定に係るものであり、通常の国民生活においては防衛に関連するとみなしえない無限に広範な事項を含みうる。戦争の事実が確定すると、戦時立法に関連する高等裁の司法審査に当たっては、最初の段階として、戦争または国家緊急事態の存在により第2の側面である拡大した防衛権限が発動されるか否かが検討される。次の段階では、問題の法律が、その性質に照らして、緊急事態対応に資する措置であるかどうか審査される⁽¹⁰⁴⁾。

この見解に従い、戦時と平時における連邦の防衛権限の伸縮は、次のように敷衍されている。すなわち、戦時には防衛権限は広範な統制にわたり、戦争の遂行や軍需のみならず、産業一般、食料、被服、住宅、財政・経済・社会状況にも関わりうることになる。これに対して、平時には防衛権限は最も狭いものとなるが、上記の第1の側面に付随する立法は許される。戦争の前後は微妙である。戦争の危険が増大した場合には、その準備として、一見防衛とは関係のない事柄について、連邦の立法権限の拡大が許されることが考えられる。他方、戦争が終結したときには、それとともに直ちに戦争前の状態に復すると期待するのは困難であり、連邦議会は、戦争による産業・社会・経済の様々な領域における混乱に対処するため、連邦政府に十分な権限を付与しなければならない。同時に、戦時中に導入された様々な立法措置を廃止するに当たっては、混乱を招かないよう慎重を期さなければならない⁽¹⁰⁵⁾。憲法第51条に沿って述べれば、戦時において防衛権限を全面的に拡張した場合には、本来は他の列挙権限に属するものであって、防衛権限に関わる意味合いが平時には考えられないような、広範で詳細な統制権が連邦に付与されるということになる⁽¹⁰⁶⁾。

(2) 防衛権限に関する判例の動き

防衛権限に関する初期の判例としては、第1次大戦中、連邦の1914年戦争警戒法（War Precautions Act 1914 no.10 (Cth)）に基づく物価調整規則に係る判例がある⁽¹⁰⁷⁾。同規則によるパンや小麦の価格統制は防衛権限外であるとの主張を、高等裁は多数決で退けた。多数意見は、当該規則が正当な防衛目的の遂行との現実の関連性を有することを要するとの見解を示しつつ、ひとたびこの関連性が確認されれば、「当該措置の効果や合理性」を判断するのは裁判所でないとした⁽¹⁰⁸⁾。リーらはこれに対して、立法措置が必要であるとかその内容が充分であるといったことと、憲法適合的であることとは別の問題であり、議会に野放しの裁量を委ねることは裁判所の違憲審査機能の放棄を招く危険性につながりかねないと批判している。

第2次大戦中の憲法裁判では、必需物資の販売・頒布の規制に関し、それらが防衛に現実の

⁽¹⁰³⁾ Australian Communist Party v Commonwealth (Communist Party Case) (1951) 83 CLR 1; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.864-874.

⁽¹⁰⁴⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.26-33.

⁽¹⁰⁵⁾ *ibid.*, pp.37-41.

⁽¹⁰⁶⁾ Derham, *op.cit.*(10), p.158. 他の列挙権限に属さず、州の権限に属するような事項についてさえも、防衛との現実の関連性を前提に、同条第39号の「付随的権限」で立法が可能であることが示唆されている (*idem*, p.164)。

⁽¹⁰⁷⁾ 前掲注(99)の判例

⁽¹⁰⁸⁾ Derham, *op.cit.*(10), pp.160-161.

関連性がある限りは、広範な裁量権を担当大臣に付与する規則が有効であるとされた⁽¹⁰⁹⁾。また、軍需品等の生産のため、女性を男性の賃金の6割を下限とした賃金で働かせることも、憲法第51条第6号の権限内のこととして認められるなど⁽¹¹⁰⁾、多くの訴訟で連邦の防衛権限に基づく措置が支持されている⁽¹¹¹⁾。しかし、他方で高等裁は、このような時期においても一定の法令を無効と判示しており、たとえば、防衛権限といえども、州際通商・交通を「絶対に自由」と規定する同第92条には服さなければならないとした⁽¹¹²⁾。また、防衛や戦争遂行に有害と認定された団体などに対する規制が問題となったエホバの証人事件では、当該規制に係る規則は信教の自由を保障する同第116条には違反しないものの、防衛との現実の関連性を欠くとして無効とされた⁽¹¹³⁾。

前項(II-1-(1))でみたとおり、防衛権限は全体状況に応じて伸縮するが、その全体状況については、裁判所は、「裁判所による確知」(judicial notice)⁽¹¹⁴⁾の法理を用いて判断することができるとされる⁽¹¹⁵⁾。しかし、戦時と平時の区別による防衛権限の説明は、現実的には極めて困難な問題である。1950年、メンジーズ(Robert G. Menzies)自由党政権は、世論の支持を背景にオーストラリア共産党を非合法化するため、防衛権限などに基づき1950年共産党解散法(Communist Party Dissolution Act 1950 no.16 (Cth))を制定したが、高等裁は同法を違憲と判示した。前項で触れた共産党事件判決がこれである。当時はオーストラリア軍が朝鮮戦争における国連軍に参加していたが、オーストラリアが「戦時体制」(war footing)にあるわけではなく、この件は平時であることに基づいて扱うべきとされた⁽¹¹⁶⁾。その後朝鮮戦争が激化し、メンジーズ首相が「第3次大戦」が迫っているなどと公言するような状況の中で、前文に「国際的緊急状態」において「防衛準備を直ちに整えることが肝要」と規定する1951年防衛準備法(Defence Preparations Act 1951 no.20 (Cth))が制定された。同法第4条の規定に基づき制定された借入と株式発行を規制する規則は違憲であるとの訴えに対して、高等裁は、同法制定当時は国際的な緊張が高まり、世界戦争の可能性もあったとしてこれを退けたのである⁽¹¹⁷⁾。

近年では、戦時・平時の区別によっては、たとえば1991年の湾岸戦争や2003年のイラク戦争といった、オーストラリア領土の防衛には直接関わりがない戦争に、オーストラリア軍を派遣したことの説明が充分できないと指摘されている⁽¹¹⁸⁾。他方、グローバル化するテロへの対策のために、平時における防衛権限に対する抑制も揺らいでいる(詳細はII-4-(2)を参照)。

⁽¹⁰⁹⁾ 前掲注⁽¹⁰⁰⁾の判例; Williams et al., *op.cit.*(31), p.845.

⁽¹¹⁰⁾ Victorian Chamber of Manufactures v Commonwealth (Women's Employment Case) (1943) 67 CLR 347.

⁽¹¹¹⁾ Derham, *op.cit.*(100), p.163.

⁽¹¹²⁾ Gratwick v Johnson (1945) 70 CLR 1.

⁽¹¹³⁾ Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Inc v Commonwealth (Jehovah's Witnesses Case) (1943) 67 CLR 116; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.1174-1175.

⁽¹¹⁴⁾ 「裁判所による確知」とは、「裁判所が、訴訟手続上、証拠によらずに、一定の事実の存在を認める行為。その事実については当事者による立証は不要となり、反証も許されなくなる。これが許される範囲は、公知の事実や、確実な根拠により正確かつ容易に認知することのできる事実に限られている」(田中ほか編 前掲注(8), p.483)。また、「裁判所が証拠によらずに一定の顕著で争いえないような事実の存在を認める行為」(小山編著 前掲注(8), p.597)とも定義される。

⁽¹¹⁵⁾ Derham, *op.cit.*(100), pp.162, 179.

⁽¹¹⁶⁾ Aroney et al., *op.cit.*(16), pp.148-149. 翌1951年にメンジーズ政権は、共産主義の非合法化を求めて憲法改正を試みたが、国民投票で僅差で敗れた。

⁽¹¹⁷⁾ Marcus Clark & Co Ltd v Commonwealth (Capital Issues Case) (1952) 87 CLR 177; Williams et al., *op.cit.*(31), pp.874-876; Lee et al., *op.cit.*(14), pp.33-36.

⁽¹¹⁸⁾ Williams et al., *ibid.*, p.863.

2 内的緊急事態と州の権限

(1) 州による対応

「内的緊急事態」(civil emergency / civil contingency. 「民間緊急事態」とも)の語は、主として、対外的な緊急事態以外の場合で、政府による特別な緊急権の行使を正当化するに足るだけの規模や範囲、破壊力を有する緊急事態を指すときに用いられる。地震や森林火災、洪水、疫病など自然災害の場合もあれば、広範な公共の秩序の妨害など人為的なものも含まれる⁽¹¹⁹⁾。

内的緊急事態に対処する主たる責務を担うのは州政府である (I-2-(1)を参照)。リーらによれば、どの州も緊急時には、州憲法の規定する通常の立法府・行政府の権限配分 (distribution) に代わり、規則制定権を行政府に集中させるようになっている。こうした権限の行使が正当化される緊急事態の領域は必ずしも特定されていないので、総合的特別権限 (general special powers) と称される⁽¹²⁰⁾。制度の枠組みは、伝統的には英国の 1920 年緊急権法 (Emergency Powers Act 1920 c.55 (UK))⁽¹²¹⁾に類似した立法により、州総督が緊急事態を布告し、通常の憲法体制は一時停止されて大臣などに広範な権限が与えられるというものである⁽¹²²⁾。たとえば、ヴィクトリア州の 1986 年緊急事態管理法 (Emergency Management Act 1986 no.30 (Vic)) 第 24 条によれば、大臣は緊急時には災害対応や復旧の妨げになると判断した法令の停止を宣言することができる。もっとも、ヘッドは、このような制度の下では、基本的な市民的権利・自由が、政令や警察の命令により失われたり停止されたりすることもありうると指摘する⁽¹²³⁾。

しかし、近年の各州における緊急事態管理法 (emergency management acts)⁽¹²⁴⁾制度の下では、官僚機構による緊急事態管理が意図され、平時からの体制づくりと計画に重点が置かれる傾向にある。緊急事態法を専門とするエバーン (Michael Eburn, オーストラリア国立大学) によれば、災害対策に特化した委員会などが設置され、洪水や森林火災などの特定の緊急時に担当大臣に助言するという仕組みを設けたり、州内閣全体で府省横断的な緊急事態対応の調整に当たる計画を策定したりしている。また、各州では特定の事態への対応を主導するための特定の機関を設置しているが、より全体調整を要するときに対応体制を主導する管理担当官 (通常は警視総監) を、州や地方政府レベルで常設している。さらに、自然災害後の長期復興を担う復興管理担当官をも常設する傾向にあるという⁽¹²⁵⁾。

⁽¹¹⁹⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.170.

⁽¹²⁰⁾ *ibid.*, pp.175-176.

⁽¹²¹⁾ 英国の 1920 年緊急権法は、第 1 次大戦後の社会不安を背景に、主として、基幹産業の労働者による壊滅的なストライキに対抗するために制定された (矢部明宏「憲法上の国家緊急権—イギリス—」国立国会図書館調査及び立法考査局『主要国における緊急事態への対処—総合調査報告書—』(調査資料 2003-1) 2003, pp.17-18. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_999552_po_20030104.pdf?contentNo=4>)。現在は、これを受け継いだ Civil Contingencies Act 2004 c.36 (UK) が施行されている (岡久慶「緊急事態に備えた国家権限の強化—英国 2004 年民間緊急事態法—」『外国の立法』No.223, 2005.2, pp.1-37. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000423_po_022301.pdf?contentNo=1>)。

⁽¹²²⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.179-180.

⁽¹²³⁾ Head, *op.cit.*(40), p.223.

⁽¹²⁴⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.180 は次の各州立法を挙げている。State Emergency and Rescue Management Act 1989 no.165 (NSW); Emergency Management Act 1986 & 2013 no.30 & 73 (Vic); Emergency Management Act 2004 no.30 (SA); Disaster Management Act 2003 no.91 (Qld); Emergency Management Act 2006 no.12 (Tas); Emergency Management Act 2005 no.15 (WA); Emergencies Act 2004 no.28 (ACT); Emergency Management Act 2013 no.27 (NT)。

⁽¹²⁵⁾ Eburn, *op.cit.*(37), pp.33-34. そのほか、ボランティアを主体とした各州緊急事態支援活動 (State Emergency Service) の枠組みも法制化されているという (State Emergency Service Act 1989 no.164 (NSW); Victoria State Emergency Service Act 2005 no.51 (Vic); Fire and Emergency Services Act 2005 no.40 (SA); Disaster Management Act 2003 no.91 (Qld); Emergency Services Act 1976 no.29 (Tas); Fire and Emergency Services Act 1998 no.41 (WA); Emergencies Act 2004 no.28 (ACT); Disasters Act 1982 no.96 (NT))。

リーらによれば、緊急事態対応が事前に計画され、職責を担う公務員の間で緊急権の行使を分担する官僚機構の体制が整えられると、政治職の高官が自らの権限の限度を超え、あるいは権限行使を集中して、州の民主的体制を恒久的に弱体化させることがより困難になるので、憲法的レジリエンス (constitutional resilience)⁽¹²⁶⁾が向上するという。もっとも、こうした枠組みによる緊急権発動の標準化ないし自動化によって、「特別権限」という性格付けが失われる可能性はある⁽¹²⁷⁾。

(2) 州と連邦の協力関係

前項に述べたように、内的緊急事態には主に州政府が対処する責務を有するが、州がその能力を超える事態に直面したときには連邦が支援を行うことになる。近年では、州に対する連邦の支援という一方的な関係から進んで、連邦や州などが各々の立場に応じ協力して対応する制度へと変化しつつあるという。

全豪政府間協議会 (Council of Australian Governments: COAG)⁽¹²⁸⁾は2008年、連邦政府と州政府が協力して緊急事態への対応・復旧を調整する大枠を承認した⁽¹²⁹⁾。また、連邦法務総裁府の全豪緊急事態管理局 (Emergency Management Australia: EMA)⁽¹³⁰⁾が同年に策定した災害対応計画⁽¹³¹⁾では、緊急時に州から連邦政府に物資の支援を要請する枠組みや、連邦政府における調整体制が定められた。

COAGが2011年に採択した「災害レジリエンス国家戦略」(National Strategy for Disaster Resilience: NSDR)⁽¹³²⁾では、緊急事態管理における重点が災害対応・復旧から災害への備えや被害防止に移され、連邦や州の政府、経済界、非政府組織などの間で責務を分かち合うものとして扱われている。自然災害に焦点が当てられているが、ここに示された取組は疫病やテロ事件に対する防備にも応用可能であるとしている。これ以降、連邦法務総裁府の監修の下に、災害・防災対策に関する様々なハンドブックが作成、公開されている⁽¹³³⁾。

ただし、基本的に制定法の裏付けを欠く中で、連邦の行使する権限の性質や範囲はやはり曖昧である。1974年に北部特別地域のダーウィンがサイクロン・トレーシーにより甚大な被害を被ったときには、現役陸軍少将が連邦政府の災害対応組織の長官として(文民の立場で)復旧活動を指揮した。当時の北部特別地域はまだ自治権を付与されていなかったが、かといって連邦直轄地に対する権限(憲法第122条)に基づく直接的介入ではないとされた。このことから、国

⁽¹²⁶⁾ Resilience は、「回復力」、「強靱性」などとも訳される。憲法的レジリエンスとは、Lee et al., *op.cit.*(14), p.172 によれば、オーストラリアの憲法構造とこれに基づく権限・責任分割の安定性を、特別権限が恒久的に弱体化させることがないように用いられる方策のことをいう。

⁽¹²⁷⁾ *ibid.*, p.182.

⁽¹²⁸⁾ COAG は、連邦・各州首脳等の協議体であり、連邦首相、各州・各特別地域首相、全国地方政府協会議長で構成される。1992年に設置され、通常は年2回開催される。

⁽¹²⁹⁾ “Appendix: Model arrangements for leadership during emergencies of national consequence,” Australian Institute for Disaster Resilience, *Australian Emergency Management Arrangements* (Australian disaster resilience handbook collection: Handbook 9), 2014, pp.25-27.

⁽¹³⁰⁾ EMA は、2018年に法務総裁府から内務省に移管された。

⁽¹³¹⁾ Emergency Management Australia, Attorney General’s Department, “Australian Government disaster response plan: COMDISPLAN,” Sept 2008.

⁽¹³²⁾ Council of Australian Governments, *National Strategy for Disaster Resilience*, 2011.

⁽¹³³⁾ “Australian disaster resilience handbook collection.” Australian Disaster Resilience Knowledge Hub website <<https://knowledge.aidr.org.au/collections/handbook-collection>>

家的大規模災害に対処する連邦の権限が憲法に明記されていない以上、州で同様の事態が発生したときに連邦が対処する場合にも、連邦の有する大権上の権限の行使になりうるということが示唆されている⁽¹³⁴⁾。

他方、エバーンは、自然災害に対する連邦政府の取組は、テロ対策に比べ主流になっていないと指摘する⁽¹³⁵⁾。テロ対策については、COAGが2015年に公表した全豪テロ対策戦略 (Australia's Counter-Terrorism Strategy) の下で全国テロ対策計画 (National Counter-Terrorism Plan) が策定され、その中で、「国家的テロ状況」 (National Terrorist Situation) の認定に至れば、連邦が主導して被害地域に係る権限や領域を超えて対策を決定することが定められている⁽¹³⁶⁾。連邦法上も、1903年防衛法 (後述) において、テロなどの「州内の暴力行為」に対し連邦軍が対処する手続が規定されている。こうしたテロ対策に比べ連邦レベルの法制度化が未整備の自然災害対策について、エバーンは、必要な緊急権を、その行使を認める明確な基準とともに整備する連邦法を、大惨事に襲われる前に制定するべきではないかと主張する⁽¹³⁷⁾。たしかにオーストラリアでは、現在のところ、米国や欧州諸国ほどには深刻なテロの脅威を直接受けているわけではない。

最近では、特定の内的緊急事態に対処する重要な管理権限を連邦に付与する連邦法の制定もみられるようになった。たとえば、動物やヒトへの感染症対策に係る連邦法として制定された2015年バイオセキュリティ法 (Biosecurity Act 2015 no.61 (Cth)) の第443・475条では、深刻な感染症の発生に係るバイオセキュリティ緊急事態を宣言する権限を連邦総督に与えている。連邦は、その論拠として、黙示的ネーションフード権限 (I-2-(2)を参照) に基づき一定の緊急権を行使しうる権限を挙げているという⁽¹³⁸⁾。

リーらによれば、巨大な内的緊急事態において緊急権を連邦に一元化したときに、いかなることが生ずるかは未解決であるとされる。近年の政府間協定などでは連邦への権限集中がみられており、連邦は内的緊急事態が国家的な性格を有することを次第に主張するようになっていくかのようなのである。しかし、ペープ事件における反対意見では、連邦権限の拡張は、連邦・州の分立や連邦の限定的権限という長きにわたる了解と簡単には適合しないとされていた。リーらは、それでも、重大な内的緊急事態であって連邦のみ対応が可能であるという場合には、こうした反対論は必然的に消え去り、憲法上の制約はかなりの程度軽減されうるであろうと指摘している⁽¹³⁹⁾。

(3) 公共の秩序の維持

州内の秩序維持は各州政府の警察力が担うところであるが、次第に、公共の秩序への脅威を制御・防止するために警察権限が拡大されてきた。リーらによれば、2005年にシドニーでクロナラ暴動 (Cronulla Riots) が発生し、これがオーストラリアにおける治安法の展開のきっかけとなり、政府の有する治安対策の権限が極めて広範なものとなったとされる⁽¹⁴⁰⁾。

伝統的にコモン・ローでは、集会 (assembly) は、すべて平穏かつ秩序正しく、交通に対する

⁽¹³⁴⁾ Head, *op.cit.*(40), pp.206-207; Eburn, *op.cit.*(37), pp.32-33.

⁽¹³⁵⁾ Eburn, *ibid.*, p.30.

⁽¹³⁶⁾ Australia New Zealand Counter-Terrorism Committee, *National Counter-Terrorism Plan*, 4th ed., 2017, pp.21-22.

⁽¹³⁷⁾ Eburn, *op.cit.*(37), p.33.

⁽¹³⁸⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.171.

⁽¹³⁹⁾ *ibid.*, pp.174-175.

⁽¹⁴⁰⁾ *ibid.*, pp.84-85.

暴力・妨害の脅威も煽動もないときには禁止されない。3人以上の者が、暴力を伴う犯罪やその準備の目的で集まり、あるいは近隣の住民が「平穏が害される恐怖を感じる」ような方法で集まったときは、違法な集会とされる。その他騒動や暴動などを含め、共通する原則は、現に、あるいは潜在的に危険なために、公衆の一定レベルの不安を引き起こすような行為が罰せられるということである⁽¹⁴¹⁾。

公共の秩序を危うくするような集会については、いくつかの州で、危険の兆候が現れる前にこれを阻止することを目的とした権限を導入する動きがある。これらは予防的な (pre-emptive) 措置であり、集会制限権限 (anti-assembly powers) と総称され、より具体的には次のようなものが挙げられる⁽¹⁴²⁾。

第1に、追出し権限 (move-on powers) であり、集会が平穏への侵害となる前に解散させるものである。たとえば、ヴィクトリア州の1966年略式起訴犯罪法 (Summary Offences Act 1966 no.7405 (Vic)) 第6条 (Direction to move on) がこれを規定している。これは、2009年の同法改正⁽¹⁴³⁾で導入されたものである。その後の政権が、合法的な抗議集会や労働者の示威行為に対してもこの権限を及ぼそうとしたが、失敗している⁽¹⁴⁴⁾。

第2に、抗議制限法制 (anti-protest laws) によるものである。特定の目的で特定の地域で行われる抗議活動を禁止し、あるいは厳しく制限する立法であり、直接行動と称されるような抗議活動を徹底的に抑止するものである。クイーンズランド州の2013年G20 (安全・治安) 法 (G20 (Safety and Security) Act 2013 no.56 (Qld)) が例として挙げられる。これは、2014年に同州ブリズベンで開催されたG20の治安確保のための限時法であり、指定された「治安地域」では、同州の1992年平和的集会法 (Peaceful Assembly Act 1992 no.38 (Qld)) の規定は適用されないなどとされた。こうした制度に対しては、平穏な反対表明者を消沈させ、正当な抗議活動を過度に犯罪化するものであって、オーストラリア法制度の「根幹を揺るがす」 (shaking the core) との批判があるという⁽¹⁴⁵⁾。

第3に、結社制限措置 (anti-association measures) である。公共の秩序への脅威となるような結社を禁じ、「管理命令」によって個人同士が提携することを禁じる法律が多くの州で制定されている⁽¹⁴⁶⁾。これらの措置は、将来の犯罪行為を見越して行う点で物議を醸しており、こうした制度の有効性や憲法適合性が繰り返し問題とされているという⁽¹⁴⁷⁾。管理命令は、元来は対テロ戦争の目的で用いられており、この章の第4節で扱うこととする。

治安を制御する警察権限が、これほど広範になった理由の1つとして、言論、集会、結社の自由について、憲法上の保障が明記されていないことを挙げることは可能である。基本的に連邦や州の憲法は権利章典を有せず、連邦憲法が明示する人権関係条項としては、わずかに財産権

⁽¹⁴¹⁾ *ibid.*, pp.89-90; Lord Mackay of Clashfern (editor-in-chief), *Halsbury's laws of England*, v.26. Criminal law, 5th ed., London: LexisNexis, 2016, pp.157-166.

⁽¹⁴²⁾ Lee et al., *ibid.*, p.103.

⁽¹⁴³⁾ Summary Offences and Control of Weapons Acts Amendment Act 2009 no.92 (Vic).

⁽¹⁴⁴⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.103-110.

⁽¹⁴⁵⁾ *ibid.*, pp.110-112.

⁽¹⁴⁶⁾ Crimes (Criminal Organisations Control) Act 2012 no.9 (NSW); Crimes (Serious Crime Prevention Orders) Act 2016 no.15 (NSW); Criminal Organisations Control Act 2012 no.80 (Vic); Serious and Organised Crime (Control) Act 2008 no.13 (SA); Penalties and Sentences Act 1992 no.48 (Qld); Criminal Organisations Control Act 2012 no.49 (WA); Crimes (Sentencing) Act 2005 no.58 (ACT); Serious Crime Control Act 2009 no.32 (NT).

⁽¹⁴⁷⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.117.

(第 51 条第 31 号)、陪審制 (第 80 条)、政教分離・信教の自由 (第 116 条) などが散在するにすぎない。

しかし、政治的言論の自由については、1990 年代の一連の高等裁判決により、代表民主制と責任政治を定める憲法に由来する黙示的自由であることが明確にされた⁽¹⁴⁸⁾。このことは、コモン・ロー制度の中では、もっぱら判例によって展開する人権保障が存在することを示している。後にこの黙示的自由は、政治的ないかなる表現行為にも及ぼされるようになり、こうした行為を禁ずる制定法は、公共の秩序に対する重大な脅威を禁止するため必要な限りにおいて認められると解されることとなった⁽¹⁴⁹⁾。

そうであれば、上述の予防的な集会制限の是非も、政治的言論の自由との関係では、真に「公共の秩序に対する重大な脅威」に対するものであるか否か、慎重な考慮が要請されるであろう。ただし、緊急権との関係では、緊急時の治安権限は政治的言論の自由の原則を排除しうることが示唆されている⁽¹⁵⁰⁾。他方、必ずしも政治的とはいえない表現行為については、その自由に対する治安権限が行使された場合に、政治的言論の自由の場合に比していかなる考慮が要請されるべきなのか、明確な保障がないという問題は残るであろう。

3 内的緊急事態に係る防衛軍の出動

(1) 「州内の暴力行為」に対する連邦の介入

憲法第 119 条により、連邦は、「州内の暴力行為」に対し、「州の行政府の要請」を受けて当該州を防護する義務を負う。州内の秩序維持は州政府の任務であって、州内の暴力行為に対処するのは、本来的に州警察の役割である。同条は、連邦が州を防護する目的で一方向的に介入することを排除しているのである。

しかし、ヘッドによれば、連邦結成以来、州内の暴力行為に対する軍の出動は、労働争議や以下に述べるヒルトン爆破事件に対するものを含め幾度も例があるが、いずれも第 119 条の規定に基づいたものでなく、立法で権限を付与された行動でもなかった。むしろ、「ネーションフード」原則に基づく行政権の行使であるといった捉え方がなされているという⁽¹⁵¹⁾。

これとは別に、州内の暴力行為により、当該州に存在する連邦の何らかの利益が損なわれるような場合に、連邦は州政府の要請がなくとも軍の使用を主導することが許されるかということも重要な問題となる。これに関し、1949 年の高等裁判例においては、州内の暴力行為が連邦政府機能 (郵便など) や連邦の市民権 (連邦選挙権など) への侵害に及ぶ場合には、当該州でなく連邦自らを防護するために実力の使用が認められることが示された⁽¹⁵²⁾。1978 年 2 月には、英連邦政府首脳地域会議 (Commonwealth Heads of Government Regional Meeting) が開催される予定であったシドニーのヒルトンホテルで爆破事件が発生し、フレーザー (Malcolm Fraser) 首相は会議の保安のため軍の招集を決めた。フレーザー首相はニューサウスウェールズ州首相と協議はし

⁽¹⁴⁸⁾ 代表民主制は両議院の直接選挙制を規定する憲法第 7・24 条に示され、責任政治は大臣がすべて連邦議会議員から任命されることを規定する同第 64 条に示されているとして、政治的自由が憲法の条文に由来することが明らかにされた (Lange v Australian Broadcasting Corporation (1997) 189 CLR 520)。連邦憲法上の人権保障については、佐藤潤一「オーストラリアにおける人権保障—成文憲法典で人権保障を規定することの意義・研究序説—」『大阪産業大学論集 人文・社会科学編』12 号, 2011, pp.31-32; 山田 前掲注⁽³⁰⁾, pp.115-117 を参照。

⁽¹⁴⁹⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.86-87.

⁽¹⁵⁰⁾ *ibid.*, pp.125-126.

⁽¹⁵¹⁾ Head, *op.cit.*(40), p.209.

⁽¹⁵²⁾ 前掲注⁽⁶⁷⁾の判例

たが、州側からの正式の要請はなく、連邦政府は 11 人の各国首脳を守る義務があるとの見解をとった⁽¹⁵³⁾。

近年のように、グローバルに活発化したテロ組織の活動により、仮に大規模な緊急事態が発生し、多くの市民の生命や財産に危害が及ぶおそれが生じた場合には、州の警察力ではこれに対抗できず、連邦の統制下にある軍に頼らなければならないことが想定される。2014 年 12 月にシドニーで発生した「イスラム国」(Islamic State: IS) 共鳴者による人質立てこもり事件では、ニューサウスウェールズ州警察のみが対応したが、事後に行われた検視官による報告では、このようなテロ事件への対応を軍に移管すべきか否かが課題とされた⁽¹⁵⁴⁾。

以上のように、各州内の暴力行為に対しては、連邦自らの利益の防護と、当該州の要請に基づく連邦による防護との 2 つの場合があることになる。各々の場合についての軍の使用に関しては、次項にみるとおり、現在では 1903 年防衛法 (Defence Act 1903 no.20 (Cth). 以下「防衛法」) が規定している。いずれにしても、テロなど緊急事態に対して秩序と安全を維持するため文民警察に加えて軍を使用するに当たっては、いかにして軍を文民政府の統制の下に置き、その機能の法的・憲法的限界を明確に設定するかが課題となる。

(2) 防衛法上の規定

防衛法では、第 IIIAAA 編「連邦の利益、州・特別地域を防護するための防衛軍の招集」(第 30～51ZD 条)において、「州内の暴力行為」⁽¹⁵⁵⁾等に対する軍の使用の手続や要件などが規定されている⁽¹⁵⁶⁾。一連の規定により、州内の暴力行為に対しては、必要な場合に、「連邦の利益」(Commonwealth interests)を防護するため、あるいは当該州政府の要請により、連邦の軍が出動して州の警察力を支援することになる。

なお、同編は 2018 年 12 月、テロを含む州内の暴力行為などから連邦の利益と州を防護する軍の機能を強化することを目的として全面改正され⁽¹⁵⁷⁾、州が軍の支援を要請する際の要件の緩和、複数の州への対応、必要に応じ招集命令の対象の州の領域を越えて対応すること、待機招集(後述)の拡充、出動中の軍構成員による捜索・逮捕・制御に係る権限行使の簡易化・拡充・明確化等が図られている⁽¹⁵⁸⁾。以下、改正後の規定に即して概略を示す。

同編において軍の招集命令 (call out order) は、連邦の利益の防護の場合 (第 33・34 条) と⁽¹⁵⁹⁾、州の防護の場合 (第 35・36 条) との 2 種類に分けられ、各々に即時招集の場合 (第 33・35 条) と待機招集 (contingent call out) の場合 (第 34・36 条) とが規定されている。州の防護については、当該政府から連邦政府への要請が前提となる。連邦の利益の防護については、このような要請

⁽¹⁵³⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.227-228.

⁽¹⁵⁴⁾ *ibid.*, pp.219-220.

⁽¹⁵⁵⁾ 防衛法における「州内の暴力行為」(domestic violence)の語は、憲法第 119 条における語がそのまま用いられたものである。もとより、原語は現代では家庭内・夫婦間暴力の意味で用いられており、「時代錯誤的」とも評されている。憲法にも防衛法にもこの定義は明示されておらず、防衛法には軍の出動の前提となる暴力行為の程度に関する規定もないので、政府と軍に広範な裁量権が与えられていると批判されている。Head, *op.cit.*(40), p.207 を参照。

⁽¹⁵⁶⁾ 憲法第 119 条はもっぱら「州」への対応のみ規定しているが、防衛法では特別地域も州と同等に扱われている。

⁽¹⁵⁷⁾ Defence Amendment (Call Out of the Australian Defence Force) Act 2018 no.158 (Cth).

⁽¹⁵⁸⁾ The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, “Defence Amendment (Call Out of the Australian Defence Force) Bill 2018: Explanatory memorandum,” pp.2-3. <https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r6149_ems_e37f78f9-4cce-462c-ad89-c8b719973e42/upload_pdf/676723.pdf>

⁽¹⁵⁹⁾ 連邦の利益の防護の場合には、州内の暴力行為のほか、近海 (offshore. 領海・排他的経済水域・オーストラリア大陸棚海域等とこれらの上空を含む。)における脅威に対するものも含まれる。

がなくとも可能であるが、その場合には連邦政府は当該政府と事前に協議する必要がある。ただし、事態の急迫によりそれが実行可能でない場合にはその限りでない（第38条）。待機招集とは、不測の暴力行為などが発生するおそれがあるときで、事態の急迫により、発生してからでは招集命令が実行可能でないような場合に発令される。

招集命令は、首相・防衛相・法務総裁が一定の要件に基づき判断した場合に連邦総督が書面により発令する（第33～36条）。招集命令の有効期間は、即時招集が20日以内、待機招集は命令で特定された期間内とされ、各々延長することが可能である（第37条第2項）。招集命令の発令や変更、終了については、当該州政府に対し、原則として通知しなければならない（同条第7項）。

防衛軍司令長官（Chief of the Defence Force）は、招集命令に特定された目的の達成に適切かつ必要な方法により、また防衛相の臨機の指示に従って、軍を使用しなければならない⁽¹⁶⁰⁾。また、人や財産への重大な危害のおそれがない限り、抗議や異議申立て、集会、争議行動を阻止・制限してはならない（第39条）。軍構成員が行使する権限や禁止・制限事項については、第41～51S条に詳細に規定されている。

さらに、「突発的かつ非常の緊急事態」（sudden and extraordinary emergency）の場合に備えて、軍の出動手続の迅速化も規定されている⁽¹⁶¹⁾。すなわち、この場合には、招集命令は首相が発令できることになっており、首相がこれを行えないときは防衛相と法務総裁が共同で発令し、さらにこの両者のうち1人が欠けたときは他の1人と他の大臣（副首相・外相・蔵相・内相のうち1人）が共同で発令できる（第51U条第1・2項）。こうした至急招集命令（expedited call out order）は書面による必要はないが、発令者と防衛軍司令長官は記録を作成し署名しなければならない（同条第3項）。命令の有効期間は5日を限度とし（第51V条第4項(b)）、延長することはできない（同条第2項）。

いずれの招集命令についても、防衛相は、終了後7日以内に、軍の使用に係る報告とともに連邦議会両院に提出しなければならない（第51ZA条）。

ところで、「連邦の利益」の防護に係る規定が初めて防衛法に盛り込まれたのは、2000年の同法改正⁽¹⁶²⁾によるものであり、前項に触れた判例などで認められた憲法第119条の規定の「例外」を明文化したと捉えることが可能だが、防衛法はその判決内容を超えて連邦の権限を拡張しているとも指摘されている。ことに「連邦の利益」そのものの定義がなされていないために、いかなる州内暴力行為でも連邦の利益に対する脅威と拡大して解釈され、第119条の意味が希薄化するおそれがあると批判されている⁽¹⁶³⁾。

4 テロ対策—管理命令と予防拘禁命令—

(1) 管理命令と予防拘禁命令の制度

今日の「対テロ戦争」においては、多くの社会が終わりのない緊急事態体制下に置かれ、そ

⁽¹⁶⁰⁾ もとより文民統制（civilian control）を確保するための仕組みである。そもそも憲法第68条で連邦総督が軍の最高指揮官とされていることが、憲法上の文民統制規定と解されている（Peter W. Johnston, “Re Tracey: Some implications for the military-civil authority relationship,” *Western Australian Law Review*, Vol.20, 1990, pp.80-85）。

⁽¹⁶¹⁾ 防衛法に「突発的かつ非常の緊急事態」規定が盛り込まれたのは、2006年の改正（Defence Legislation Amendment (Aid to Civilian Authorities) Act 2006 no.3 (Cth)）による（Peta Stephenson, “Fertile ground for federalism? Internal security, the States and section 119 of the Constitution,” *Federal Law Review*, 43(2), 2015, p.303）。

⁽¹⁶²⁾ Defence Legislation Amendment (Aid to Civilian Authorities) Act 2000 no.119 (Cth)。

⁽¹⁶³⁾ Stephenson, *op.cit.*(161), pp.302-303.

ここでは例外的な権限 (exceptional powers) に長期間の生命が与えられてしまう⁽¹⁶⁴⁾。米国の 9.11 事件以後、多くの国では、政府が「テロ事件に対応し、かつ、望ましくはかかる事件の発生を防止する」権限を高めるべく、新たな立法を行ってきた。オーストラリアにおいても、連邦議会が多くの対テロ法を制定し、その中で市民的自由の制限を伴うような立法も行われており、各州議会もこのような連邦法を補完する法律を制定している⁽¹⁶⁵⁾。

テロと戦うための強力な連邦法上の手段として、管理命令 (control order) と予防拘禁命令 (preventative / preventive detention order) が挙げられる。いずれも、2005 年 7 月にロンドンで発生し 56 人が犠牲となった同時爆破テロを受けてオーストラリアが導入し⁽¹⁶⁶⁾、同年中に改正された刑法典 (Criminal Code)⁽¹⁶⁷⁾ に盛り込まれたものである⁽¹⁶⁸⁾。

まず管理命令とは、テロを未然に防ぐため、テロ活動関与の疑いのある者に外出制限など一定の行動の制限を課すものである。英国が 2005 年テロリズム防止法 (Prevention of Terrorism Act 2005 c.2 (UK)) で規定し⁽¹⁶⁹⁾、これをモデルとしてオーストラリアが導入したとされる⁽¹⁷⁰⁾。

オーストラリアにおける管理命令の手続は、連邦警察幹部 (senior AFP member) が⁽¹⁷¹⁾、法務総裁の承認を得た上で裁判所⁽¹⁷²⁾ に仮管理命令 (interim control order) の発出を申請し、当該裁判所は諸要件が満たされていればこれを発出する (刑法典第 104.2~104.4 条)。至急の場合には、裁判所への申請前に法務総裁の承認を得る必要はない (同第 104.6 条)。管理命令の対象者に課すことができるのは、特定区域への立入り制限や出国制限、特定日時の外出制限、追跡装置の装着、特定個人との連絡の制限、特定の通信手段の使用制限、特定の物品の所持・使用制限、特定の活動についての制限、報告の義務付け、本人写真の撮影・指紋押捺、特定のカウンセリング等の受講といったことである (同第 104.5 条第 3 項)。発出された仮管理命令は、連邦警察が対象者に対して直接通知する。仮管理命令は、提出された証拠等によって裁判所が審査し、対象者かその代理人が出頭した上で、これを確定管理命令 (confirmed control order) (変更を加えることも可能) とし、あるいは取消し・無効とすることができる (同第 104.14 条)。確定管理命令は、仮管理命令発出の日から 12 か月以内が有効期限であるが、その後も継続して発出することは妨げられず (同第 104.16 条)、回数の上限は定められていない。

⁽¹⁶⁴⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.4.

⁽¹⁶⁵⁾ Michael Kirby, "Terrorism and the democratic response 2004," *University of New South Wales Law Journal*, 28(1), 2005.4, pp.225-226.

⁽¹⁶⁶⁾ Kent Roach, *The 9/11 effect: Comparative counter-terrorism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p.339.

⁽¹⁶⁷⁾ 刑法典は、Criminal Code Act 1995 no.12 (Cth) の附表 (Schedule) として規定されている。

⁽¹⁶⁸⁾ Anti-Terrorism Act (No. 2) 2005 no.144 (Cth) による。

⁽¹⁶⁹⁾ 岡久慶「英国 2005 年テロリズム防止法」『外国の立法』No.226, 2005.11, pp.44-82. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000390_po_022602.pdf?contentNo=1> を参照。同法は、9.11 事件を受けて制定された Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 c.24 (UK) を改正したものである。

⁽¹⁷⁰⁾ Diane Webber, *Preventive detention of terror suspects: A new legal framework*, London: Routledge, 2016, p.120.

⁽¹⁷¹⁾ 連邦警察幹部とは、連邦警察長官 (Commissioner of the Australian Federal Police)、同副長官 (Deputy Commissioner)、警視 (Superintendent) 以上の構成員をいう (刑法典第 100.1 条)。なお、連邦警察は Australian Federal Police Act 1979 no.58 (Cth) により設置され、その役割は、連邦刑事法の執行、国際的で重大な組織犯罪の捜査、国内外の犯罪活動からの連邦の利益の擁護などであり、首都特別地域 (ACT) その他の連邦直轄地 (北部特別地域 (NT) を除く。) の警察機能も有する。"About us: Our organisation." Australian Federal Police website <<https://www.afp.gov.au/about-us/our-organisation>> を参照。

⁽¹⁷²⁾ 管理命令発出を管轄する裁判所は、連邦裁と連邦巡回裁判所 (Federal Circuit Court of Australia) である (刑法典第 100.1 条)。

次に、管理命令と同時にテロ対策として導入された予防拘禁は⁽¹⁷³⁾、テロ行為の実行を未然に防ぐため、あるいは既遂のテロ行為の直後にその証拠を保全するために、短期間の予防拘禁を行うというものである（同第 105.1・105.4 条）。

予防拘禁の対象者に最初に予防拘禁命令を発出するのは、連邦警察幹部である（同第 105.8 条）。同じ者について予防拘禁を継続する場合に当該命令を発出する権限を有するのは、基本的に司法裁判所の裁判官であり⁽¹⁷⁴⁾、連邦警察から申請を受け、これを審査した上で発出する（同第 105.11・105.12 条）。最初の予防拘禁命令の有効期限はその発出後 48 時間であり（同第 105.9 条）、かつ、身柄拘束後の有効期限は 24 時間である（同第 105.8 条第 5 項、第 105.10 条）。継続予防拘禁命令の場合の有効期限は、最初の予防拘禁命令による身柄の拘束時から起算して 48 時間である（同第 105.12 条第 5 項、第 105.14 条）。

(2) 根拠としての防衛権限

刑事法制は、憲法第 51・52 条の列举権限には挙げられておらず、本来は州議会の立法事項に属する⁽¹⁷⁵⁾。ただし連邦議会も、連邦の立法権限の範囲にある事項に関する刑事法を定めることは許されると解されている⁽¹⁷⁶⁾。では、連邦議会が上記の管理命令や予防拘禁命令に係る刑事立法を行うとき、立法権限の根拠となる事項はどこに求められるのであろうか。

連邦政府は、管理命令の初の適用に係る 2007 年のトーマス事件⁽¹⁷⁷⁾において、こうした立法権限の根拠を主に第 51 条第 6 号（防衛）に求めた⁽¹⁷⁸⁾。この事件の原告は、アルカイダによる訓練を受けテロ活動に従事できる能力を身に着けたとされている。連邦刑法典の規定に基づく仮管理命令によって、午前 0～5 時の外出禁止や週 3 回の警察への報告、電話やインターネットの使用制限が課され、テロ組織の構成員や 50 人の特定の人物との連絡が禁止された⁽¹⁷⁹⁾。原告は、管理命令制度は、防衛権限によって根拠付けられないと主張した⁽¹⁸⁰⁾。

判決の中では、テロ行為からの国民と財産の保護は、必然的に防衛権限を発動するものであると結論付けられた。憲法上の防衛権限は、従来、戦時等における敵国からの侵略など対外的な脅威に関するものに限られると考えられてきたが、トーマス事件判決により、これらにとどまらず国内の治安やテロ攻撃への対処についても、第 51 条第 6 号の防衛権限に依拠しうることが示されたのである⁽¹⁸¹⁾。憲法上の防衛権限に関する大きな転換であるとともに、これによっ

(173) 予防拘禁とは、「当該人物の犯行歴、精神状態等からみて釈放すればさらに法違反を犯す高度の蓋然性が認められる場合、法的に未だ有罪とされていない時点または刑期終了後に、公共の安全確保を根拠に裁判所が命じる身柄の拘束」をいう（田中ほか編 前掲注(8), p.661）。

(174) 連邦裁、連邦巡回裁判所、各州・特別地域最高裁判所の裁判官などであり、一定の退官した裁判官も含まれる（刑法典第 105.2 条）。

(175) Saunders, *op.cit.*(33), p.279.

(176) このような解釈は、憲法第 51 条柱書の規定（前掲注(56)を参照）に依拠している。Gabriël Moens and John Trone, *Lumb, Moens and Trone the Constitution of the Commonwealth of Australia annotated*, 8th ed., Chatswood, NSW: LexisNexis Butterworths, 2012, p.202 を参照。

(177) Thomas v Mowbray (2007) 233 CLR 307.

(178) ほかに第 51 条第 29 号（対外業務）・第 37 号（州が連邦に立法を付託した事項）、さらに黙示的ネーションフッド権限（第 51 条第 39 号と第 61 条の組合せ）が挙げられた（Oscar I Roos, “Alarmed, but not alert in the ‘war on terror’?: The High Court, Thomas v Mowbray and the defence power,” *James Cook University Law Review*, Vol.15, Dec 2008, p.174）。

(179) Williams et al., *op.cit.*(31), p.877.

(180) Roos, *op.cit.*(178), p.175.

(181) Hanks et al., *op.cit.*(78), p.460; Moens and Trone, *op.cit.*(176), pp.129-130.

て連邦の刑事法がカバーする領域も拡大したことになる。ヘッドは、平時における防衛権限に対する抑制という共産党事件判決以来の原則が（II-1-(1)を参照）解体されたとも批判している⁽¹⁸²⁾。

目的で表現される防衛権限については（II-1-(1)を参照）、当該権限の下で制定された立法の合憲性を判断するに当たり、比例原則（proportionality principle）に従わなければならない⁽¹⁸³⁾。究極的には、望ましい目的と手段との合理的な比例性に係る判断を要する。トーマス事件判決に対しては、比例性審査が適切に行われなかったという批判がある⁽¹⁸⁴⁾。

(3) 制度に対する批判

管理命令も予防拘禁命令も極めて強力な法的手段とされるが、こうしたテロに対処するために警察が行使する権限に関しては、公共の安全の保護と法の支配との折り合いをいかにつけるかという、憲法解釈上の諸問題が挙げられている。リーらによれば、多岐にわたる基本的人権——自由権、無罪の推定、プライバシー権、結社の自由、表現の自由、移動の自由——を侵害しうるのであり、リベラル・デモクラシーにおける合憲的な方法なのかどうか、多くの議論がなされてきたという⁽¹⁸⁵⁾。憲法学者のウィリアムズ（George Williams, ニューサウスウェールズ大学）は、オーストラリアが権利章典を有しないことで（II-2-(3)を参照）、裁判所が対テロ法制における人権制限が必要で相応なものか否かを判断する仕組みを欠き、この問題が純粋に政治的なものになってしまうと批判する⁽¹⁸⁶⁾。

管理命令制度については、モデルとなった英国の制度では、容疑内容の通知や対象者の特別代理人に関する仕組みがあり、その要件については批判もあるが⁽¹⁸⁷⁾、オーストラリアではこうした「市民的自由の安全装置」の仕組みすら存在しないと指摘されている⁽¹⁸⁸⁾。

予防拘禁命令の有効期限は、前項にみたように最大 48 時間と比較的短いようにみえる。これは、憲法上の権力分立原則を根拠とする憲法訴訟を避けるための措置であるとされる。すなわち、司法権は立法権・行政権から厳格に独立していなければならない、司法権は憲法の規定に基づき設置される裁判所にのみ付与され、かつ裁判所は非司法的権限を付与されてはならない

⁽¹⁸²⁾ Head, *op.cit.*(40), p.213.

⁽¹⁸³⁾ Derham, *op.cit.*(101), p.161.

⁽¹⁸⁴⁾ Roos, *op.cit.*(178), p.189 は、その顕著な例として、刑法典第 100.1 条中に規定される「テロ行為」(terrorist act) の「定義により禁止されるものは、防衛権限の中心的概念に含まれるものであり、「このように定義された「テロ行為」からの保護は、必然的に防衛権限を導くものである」という判決文中のくだりを挙げ、「途方もない断定」であると批判する。

⁽¹⁸⁵⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), pp.137-138, 141-142.

⁽¹⁸⁶⁾ George Williams, “Anti-terror legislation in Australia and New Zealand,” Victor V. Ramraj et al., eds., *Global anti-terrorism law and policy*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp.542-546.

⁽¹⁸⁷⁾ 英国の場合は、2005 年テロリズム防止法により（II-4-(1)を参照）、管理命令に対する不服申立手続による非公開審理において、法務総裁により選ばれた「特別代理人」が容疑者の利益を代表することが定められていた。ただし、「特別代理人は通常の弁護士のような依頼人に対する義務を負わないことが明記され、容疑者に対して非公開資料の内容を開示することもできない。このため容疑者は自分に有利な弁論を行うための具体的な指示を代理人に与えることができず、これが裁判として著しく公正さを欠くと批判された」。岡久慶「イギリスの 2011 年テロリズム防止及び調査措置法—テロリスト容疑者対策の変遷—」『外国の立法』No.267, 2016.3, p.51. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_9914661_po_02670004.pdf?contentNo=1> を参照。なお、英国では Terrorism Prevention and Investigation Measures Act 2011 c.23 (UK) により管理命令制度は廃止され、それより「権利侵害を軽減した新しい措置」が導入された。しかしその後、「イスラム国」の台頭等を受けて、Counter-Terrorism and Security Act 2015 c.6 (UK) により再び強硬な制約を伴う法改正が行われた。同, pp.51-52 を参照。

⁽¹⁸⁸⁾ Webber, *op.cit.*(170), p.121.

という法理が、かつての憲法裁判により⁽¹⁸⁹⁾確立しているからである。ところが各州では、権力分立原則による制約はこれほど厳格でないとしてされており、連邦の要請に応じて、最大 14 日間の追加拘禁を認める「補充立法」が行われている⁽¹⁹⁰⁾。

いずれの命令についても、テロ予防政策の法的手段として強硬すぎるのが問題とみられているという。対象者が有罪であるとか、犯罪に関与した疑いがあるといった要件が必要とされなにかかわらず、個人の自由に対する重大な制約を可能にするものであって、「有罪証明までは無罪」(innocent until proven guilty)との古い法諺に対する侵害以上のものがあると厳しく批判されてもいる⁽¹⁹¹⁾。

トーマス事件など従来のテロ関係の裁判において、オーストラリアの裁判所は、「進行中のテロ緊急事態を前に、譲歩的な姿勢」をとってきており、司法は、「人民の安寧が最高の法であれ」(*salus populi suprema lex esto*)の原則を優先する必要性を示してきたとされる。しかし、予防拘禁命令の枠組みは、実質的には司法を行政による拘禁制度に従属させるものであって、「司法府の立憲的な到達点を侵すことになる」と言明しても許されよう」とも批判されている⁽¹⁹²⁾。

おわりに

オーストラリアが権利章典を有しないのは、英国法の伝統に鑑みれば、むしろ自由の尊重と権力に対する懐疑の一端を表しているのかもしれない。ダイシーによれば、英国法における個人の自由や権利は、憲法上の権利章典によってでなくコモン・ローによって保障される。成文憲法典を持つ国では権利の停止や排除という考えが容易に生まれるが、裁判所が定めた個人の自由や権利の「結果」(consequence)が憲法となるとされる英国法においては、憲法の停止とは革命以外にはありえないという⁽¹⁹³⁾。人権が法律により与えられるのではなく、逆に、個人は「法律が禁止する場合を除いて何をするのも本来自由」というのが英国裁判所の「最も基本的な考え方」であり、コモン・ローの「根本原理」とであるとされる⁽¹⁹⁴⁾。

かつてオーストラリアのメンジーズ首相は、第 2 次大戦の勃発に際し、連邦議会下院で次のように発言した。これは、緊急事態立法⁽¹⁹⁵⁾を導入するに当たり、第 1 次大戦では行政府が不当な権限行使を行ったとして懸念を示す野党議員を説得するために用いた言辞である。

この種の立法は、有能かつ鋭敏な者の手により国家安全保障の手段とすることができますが、悪しき者の手にかかれば抑圧の道具にもされかねません。…一国を圧倒するような最悪の悲劇とは、自由を守る戦争に成功しながらも、その過程で自らの自由を喪失することだということを、私たちは忘れてはならないのであります⁽¹⁹⁶⁾。

⁽¹⁸⁹⁾ R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia (Boilermakers' Case) (1956) 94 CLR 254.

⁽¹⁹⁰⁾ Williams, *op.cit.*(186), p.556; Roach, *op.cit.*(166)

⁽¹⁹¹⁾ Williams, *ibid.*

⁽¹⁹²⁾ Lee et al., *op.cit.*(14), p.169.

⁽¹⁹³⁾ Dicey, *op.cit.*(22), pp.195-203.

⁽¹⁹⁴⁾ 幡新 前掲注(26), p.62.

⁽¹⁹⁵⁾ National Security Act 1939 no.15 (Cth) である。前掲注(92)を参照。

⁽¹⁹⁶⁾ Hansard, House of Representatives, Commonwealth of Australia, 7 Sept 1939, p.165; Lee et al., *op.cit.*(14), p.263 の引用を参照。

このように、緊急事態立法の制定に当たり、提案者自らその危険性を認識していることを示すことで、自由の擁護をより強調するかのように見えるのが興味深い。

近年、9.11 事件をはじめとするテロや大規模な自然災害が相次いでいることで、多くの国の政府は矢継ぎ早に緊急権に係る立法措置を導入するようになり、オーストラリアもその例に漏れない。

オーストラリア高等裁裁判官であったカービー (Michael Kirby) は、2005 年、「自由・テロリズム・裁判所」と題する講演で、戦争やテロ対策における自由と法の支配の確保を説く中で、第 2 次大戦中の米国の日系人強制収容に関連する次のような言葉を引用している。よく知られているように、米国政府は、この件について戦後 30 年以上を経た後に過ちを認め、被害者に謝罪と賠償を行うようになった。大戦当時に強制収容に抗して有罪となったコレマツ (Fred Korematsu) は、1983 年の再審により名誉を回復したが、コレマツの有罪判決を無効としたカリフォルニア州北部地区連邦地裁パテール (Marilyn H. Patel) 裁判官が次のように語ったという。

災難時に、軍事的必要性和国家安全保障という盾を、政府の行為を嚴重な精査と説明責任からかばうために利用してはならないのです⁽¹⁹⁷⁾。

行政府は、法と秩序の維持、公共の安全の確保について執行上の責務を負い、緊急事態に際してはこれに対処する特別の責任と義務を担う。他方、緊急権の観念は、国などの危急時に行政府が憲法規範外で行動する権限の付与を想定するので、法の支配と背反しかねないことになる。このジレンマを解決するため、緊急権を憲法で規定すれば、憲法規範外の行動を最終的に憲法の枠内に回収できるのではないかという考えもある。

しかし、オーストラリアでは、本稿でみてきたように、憲法でなく「通常の法」を緊急事態に対する備えとしている。個人の自由と権利に高い価値が置かれ、一時的にせよ過度に権力が集中するのを避けようとしているようにもみえる。すなわち、緊急時に行政府が強力な権限行使を許されるのは、あくまで国民と社会を守るために必要とされる限りにおいてであり、平時の回復とともにこうした権限は終了するのであって、基本的な自由と権利が恒久的に犠牲にされてはならない。過度な権限行使に対しては法による抑制が存在し、最終的には裁判所が政府に自制を促す、という考え方である。

にもかかわらず、グローバル化するテロを前にして、高等裁がより広範な権限を行政府に認めるのを余儀なくされていることも、上にみたとおりである。危急の際に、公共の安全と法の支配との適切な均衡をいかに確保するかが問題とされる。エバーンが説くように、緊急権の行使という「通常の成行きでは正当化されないかもしれない行動」について、「制定法によるにせよコモン・ローによるにせよ」、あくまで法によって正当性が確保されなければならないのである⁽¹⁹⁸⁾。

(やまだ くに お)

⁽¹⁹⁷⁾ Michael Kirby, "Liberty, terrorism and the courts," *University of Western Sydney Law Review*, 9(1), 2005, pp.11, 27.

⁽¹⁹⁸⁾ Eburn, *op.cit.*(37), p.30.