

国家緊急権の概念の整理及び分析
—ドイツにおける Staatsnotrecht の概念の整理
及び分析を踏まえて—

山中 倫太郎

国家緊急権の概念の整理及び分析 ——ドイツにおけるStaatsnotrechtの概念の整理 及び分析を踏まえて——

山中 倫太郎

はじめに

1957年の日本公法学会において、「国家緊急権がとりあげられた経過について解答されたい。日本国憲法に緊急権の制度がないのにとりあげたのは、立法論としてあった方がよいとの下心があったのではないか」という質問に対して、宮沢俊義は、理事会を代表して、次のように答弁し、その際、「国家緊急権」と「緊急権」は、特に区別されていなかった。いわく、「とりあげた意図に懸念されるようなことはない。緊急権の問題は二つある。第一は、憲法上の制度としての問題である。第二は、実定法を越えた法哲学的な問題である」。その宮沢は、「日本国憲法が抵抗権及び緊急権を認めていると考えているか」という質問に対して、「現行日本国憲法がそれらを認めるか否かはterminologyの問題となる」¹と応答し、用語法に関する問いを提起したのであった。実際、この学会の討議において、「緊急権」の概念は、「この討議を通して明らかな如く、多義的で不明確ではある」²と総括された通りであった。このように概念が多義性を残している場合に、用語及びそれが指し示す概念に関する問いは意味をもつだろう。

このような問いは、現在においてなお重要であるといえる。というのは、その後から現在に至るまでに、国家緊急権に関する学説が更に蓄積し、最狭義の国家緊急権の概念に立脚する伝統的な議論から、狭義の国家緊急権の概念に立脚し現在の日本の憲法学において最も馴染みのある議論はもちろん、さらには、

広義の国家緊急権の概念に立脚するために非常事態・緊急事態と憲法の関係について包括的な視野をもたらず議論までが重層的に存在し³、時には混在しているところ、国家緊急権の概念の広狭が出発点において異なっているために、国家緊急権を主題とし従来の先行研究の成果を踏まえて議論を発展させるに際して錯綜と混乱がもたらされることがないではなかったからである。そのような過誤を防止するためには、国家緊急権の用語及びそれが指し示す概念に立ち返ってこれを整理することが有益である。しかし、先行研究において概念整理のために有益な記述も論文及び教科書にはみられるものの、この点についてより包括的な整理の余地を残しているように思われる。そこで、本稿では、従来の先行研究における整理の成果を踏まえた上で、日本の憲法学における国家緊急権の概念の整理及び分析を更に発展させることを試みる。

このような作業に際して、日本における学説のみを対象として研究を進めることも考えられなくはないが、本稿では、少し迂遠な途を選択することにした。すなわち、ドイツにおけるStaatsnotrechtの概念を整理及び分析し、その際、その概念の沿革及び背景、概念の外延及び内包、概念の広狭の相互関係、並びに下位概念の区別を紹介した上で、日独両国の憲法及び学説の展開の異同を踏まえながら、これを日本の憲法学における国家緊急権の概念の整理及び分析に応用することにする。このようにドイツにおけるStaatsnotrechtの概念を参照するのは、日本の憲法学における国家緊急権の語がドイツ語のStaatsnotrechtの訳語として示されてきたために、日本の国家緊急権に関する学説がドイツにおけるStaatsnotrechtの概念に影響を受けたところが少なくないからである。

本稿では、まず、ドイツにおけるStaatsnotrecht概念を、その広狭の観点から整理及び分析し、その際に、概念の沿革及び背景、概念の外延及び内包、概念の広狭の相互関係、並びに下位概念の区別を明らかにする（第1章）。次に、日本における国家緊急権の概念を、その広狭の観点から整理した上で、ドイツにおけるStaatsnotrechtの概念との異同及び影響を検討しながら、日本における国家緊急権の概念の背景及び沿革、外延及び内包、概念の広狭の相互関係、並びに下位概念の区別について、より立ち入った整理及び分析を試みることに

したい（第2章）。

なお、用語の問題を二点予め説明しておきたい。日本の学説においては、「国家緊急権」と「緊急権」という二つの用語が使用されることがあり、その相互関係を問題にする余地がないではない。この点、「国家緊急権」を短縮して「緊急権」と呼ぶことがより一般的である⁴が、両者を意識的に使い分けているように見受けられる例も全くないではない。この場合、英米のEmergency Powerとの対応関係も意識する必要があるかもしれないが、いずれにせよ、「国家緊急権」と「緊急権」に意味の違いが明確にみられる場合には、その旨を本文中において特に断ることとする。また、近時の憲法学では、「非常事態」と「緊急事態」の意味に区別を設ける例がみられ、その背景に重要な理論的相違が読み込まれる形となっている⁵。そのような理論的相違に着目する意義は否定できないが、「非常事態」及び「緊急事態」の語の意味のレベルにそのような理論的区別を持ち込むのではなく、語の意味とは独立の理論的問題として主題化することが適切であると考えするため、また、従来の議論では、両者の意味を明確に区別しない方が一般的であると見受けられるため⁶、本稿では、「非常事態」及び「緊急事態」の用語の間に意味の違いを設けることをせず、意味の違いを前提とする論者の議論を紹介する際には、その旨を特に明記することとする。

1. Staatsnotrechtの概念

(1) 最狭義のStaatsnotrechtの概念

近世における領主の高権的諸権利——その集積としての領主高権——は、個人の「既得権（worlterworbenes Recht）」によって制約を受け、これは自然法に基礎を有していた。しかし、フーゴー・グロティウス（Hugo Grotius）において、dominium eminens（上級支配権）の概念は、自然法に基礎付けられ、既得権の保障を相対化する契機を含むものであった。すなわち、人が人又は物を法的に支配する「能力（facultas）」すなわち「支配権（dominium）」には、

個人の利益のために個人に付与された能力又は権利である *facultas vulgaris* と、これに優越し公共の利益のために個人及びその財産の上に及ぼされる *facultas eminens* 又は *dominium eminens* があるところ、公共の福祉のために必要であり、かつ、補償を条件として、前者は後者によって侵害されうると考えられた。このような *dominium eminens* は、公用収用権の理論の源であったが、また、公共の優越的利益に基づく緊急権の萌芽ともなった⁷。その後、非常事態の必要に基づく法侵犯的処置が財産権の侵害に限られず許容されていることが認識されるようになると、それらの諸処置一般に通ずる権限が観念されるようになり⁸、これに対応して、*dominium eminens* の語義が拡張されたとも指摘される⁹が、また、広い概念及びそれを指す用語が形成されていった。すなわち、ザムエル・プーフENDORF (Samuel Pufendorf) が *dominium eminens* を物権的基礎から解放し、*jus eminens* の概念を形成したことが指摘される¹⁰が、更なる概念の拡張の下で、これを指し示すために、19世紀初頭には、*potestas*, *imperium eminens*, *äußerstes Recht*, *Ausnahmegewalt* 等の語の他に *Staatsnotrecht* という語が使用されるようになった¹¹。

このうち、既得権保障との関係では、オットー・マイヤー (Otto Mayer) によれば、次のように説かれた。いわく、「(諸個人の既得権に由来する) 高権的諸権利のこのような制限に対して、他方では、今や更に、新たな高権的権利が生じる。これは、その諸制限も破ることができ、かくして、その制度全体の遮断を成す。諸個人の既得権が高権的諸権利にとっての限界をなすのは、事の通常の推移においてのみである。例外的場合には、公行政は、これにも拘束されない。要件は、衝突 (*Kollision*) であり、すなわち、既得権の除去は、国家目的の達成のために差し迫って必要でなければならない。この場合には、所有権が剥奪され、特権が廃止され、契約が破られうる。このような特別の権力は、それ自体として、なお独自の高権的権利として形成され、他のすべての高権的諸権利の背後に補完的に存立する。これは、*jus eminens*、*potestas*, *imperium* 若しくは *dominium eminens*、又は、国権の極限的権利 (*äußerstes Recht der Staatsgewalt*)、絶対権 (*Machtvollkommenheit*) と称される」¹²。

このように *dominium eminens* 又は *jus eminens* に端を発し、一般化の過程を通じて成立したのが *Staatsnotrecht* であり、その本来の意味は、尾高朝雄の表現を借りれば、「国家の存立を擁護するために、緊急事態に際しては法を破る権力がなおかつ法として発動し得るというのが『国家緊急権』の理論」であり、その際、「国家緊急権は、その名のごとくに、自ら『法』であり『権』であるということを標榜」し、「国家緊急の場合にあたり、国家を救うために法を破る当然の権利が発生する」という考えであった¹³。このような沿革においては、破られることになる「法」が成文法か否かは、さしあたりは問題とはされていないが、その後のドイツの歴史的な展開においては、成文法、とりわけ成文憲法の占める地位が高められた。

ドイツの法治主義の発展は、非常事態について憲法典に成文規律を設け、国家緊急権にいう「権」を成文法によって基礎付けかつ限界付けるという方向に進んだ。そうすることによって、「緊急の場合に平時の法治主義の原則が停止されても、それはそれ自身憲法に則って行なわれるのであるから、法が破られたことにはならない」¹⁴。その例として、1850年のプロイセン憲法における戒厳及び基本権停止（111条）を挙げることができるが、また、その後、1870年のビスマルクライヒ憲法における戦争状態（68条）の規定において、非常事態について成文憲法的規律がなされた。かくしてクラウス・シュテルン（Klaus Stern）の表現を借りれば、*Staatsnotrecht* は、「憲法化（*konstitutionalisieren*）」されることになった¹⁵。しかし、そのように成文憲法的規律が非常事態にまで拡張されるという法状態の下でも、成文憲法を超える権限が *Staatsnotrecht* として認められるか否かが問題となった。いずれにせよ、そこで争点となった *Staatsnotrecht* とは、最狭義のものであり、ヨハン・カスパー・ブルンチュリ（Johann Caspar Bluntschli）による次の記述には、そのことが前提とされている。いわく「国家は高い性質の存在であるので、政府の第一の義務である、国家の存在の維持の配慮は、非常時には、個々の権利及び現行秩序を実際に侵害することを正当化しうる。国家を救うことが実際に重要であり、それが私人の、又は、住民のすべてさへの集団の現存の権利に対

する介入なしでは不可能な場合には、政府は、後者を保護するために前者を滅亡させることができないし、してはならない。むしろ、『人民の保護が最高の法（*Salus populi suprema lex esto*）』という原則に従って、国家の維持及び救助のために必要なすべてのことをしなければならない。このことに基づくのが、政府の、いわゆる例外権力（*Ausnahmegewalt*）、『緊急権（*Notrecht*）である』¹⁶という。ここでは、*Notrecht*という用語が用いられているが、最狭義の *Staatsnotrecht* の概念に対応するものとみてよいだろう。

これに対して、*Staatsnotrecht* の存在を否定する見解においても、最狭義の *Staatsnotrecht* の概念は、次のような記述に引き継がれている。ハンス・ケルゼン（*Hans Kelsen*）によれば、「人民の自然、天賦の基本権及び自由権に対するものとして、ときどき国家の一種の自然権も主張される。それは、国家存在の事実そのものから生じるが、国家はさればといってこれを非常事態の際にのみ行使できるものである。すなわち、もしそのような非常事態が発生したならば、国家は既得権をも侵害できるし、その人民の自由の領界を、法律の授權がなくても侵害し、殊に損失補償なしにも人民の所有権を剥奪または廃絶することさえできる。いな、非常事態は、結局は、国家機関殊にまた元首が、およそ法秩序を侵すこと、憲法に違反することをも是認するものである。世人はこれを *Staatsnotrecht* といって、次のように論証する。すなわち、国家はなにはさておき生存しなければならないし、もしこれが適法手段では不可能なときは、国家の最高機関とりわけ最高機関である君主は、国家を維持するためにあらゆることをする義務があるというのである。この場合に問題になるのは、もちろん政治的・自然法的議論だけである。それが——例によって——実定法と見せようと試みるのである。国家は『生存』しなければならないという殊勝な断言の背後には、多くは次のような無遠慮な意志だけが隠れている。それは、国家は、“*Staatsnotrecht*” というものを是認させてこれを利用する人々が正しいと思うように、生存しなければならないという意志である」¹⁷。また、ゲオルグ・イエリネック（*Georg Jellinek*）が、「危機の時代において、国家生活のゆくえを決定する力は、決して法に内在するのではない。国家秩序の顕著

な侵害行為の体裁をつくろうためにStaatsnotrechtの範疇が使用されたが、それは、力は法にまさるという命題の別箇の表現にすぎないのである」¹⁸と説く場合も、最狭義のStaatsnotrechtの概念が出発点とされている。

このような最狭義のStaatsnotrechtの概念は、その概念形成の当初は、自然法に基礎をおいていた。しかし、ドイツにおいては、法実証主義の潮流が支配的になるにつれ、最狭義のStaatsnotrechtは、実定法の領分からは放逐されることになった。かくして、ゲオルク・マイアー（Georg Meyer）は、「自然法の土壌に育生した…ius（jus）eminensのカテゴリーは、現代の憲法国家又は法国家において、もはや存在資格を有しない」¹⁹という結論に至ったのであった。

（2）狭義のStaatsnotrechtの概念

1919年のヴァイマル憲法では、ドイツにおける非常事態の成文憲法規律の伝統を継承して、大統領の非常権限（48条2項）が憲法典の明文で基礎付けられ、その伝統は、新たに一般条項型の規律方式によって継承されることになった。このようなヴァイマル憲法の下、リヒャルト・トーマ（Richard Thoma）は、国家緊急権の概念を再構築するという試みを正面から展開したわけではないが、同憲法48条に触れて説明を加えるなかで、同条で法制度化されている権限としての「現行憲法制度上のStaatsnotrecht（Staatsnotrecht des geltenden Verfassungssystems）」と、これを超える権限としての「憲法を踏み越えるStaatsnotrecht（verfassungsüberschreitendes Staatsnotrecht）」を区別した²⁰。この場合、Staatsnotrechtの概念においては、最狭義のStaatsnotrechtに対応する「憲法を踏み越えるStaatsnotrecht」のみでなく、「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」も、Staatsnotrechtの概念に含まれているので、本来の最狭義のStaatsnotrechtとの対比でいえば、概念が広いといえるだろう。

このようにStaatsnotrecht概念の意味が広がったことについては、Staatsnotrechtを本来の意味において最狭義に捉える論者から、ある種の異議めいた指摘がなされることとなった。例えば、カール・シュミット（Carl Schmitt）は、「Staatsnotrechtは、極度の予期しえない事態において、国家

の存立を守り、事態の状況に従って必要なことをなすために、行動する力をもつならんかの国家機関が、憲法諸規定外で又はそれに反して措置を行うことを根本とする」とした上で、ヴァイマル憲法48条2項は、「憲法上の法制度として例外状態を規律する。このことによって、Staatsnotrechtとの混同は、排除される」²¹と指摘した。ヴァイマル憲法48条によって予定される大統領権限は、基本権の停止のように立憲的憲法秩序を一時停止するようなものではあっても、憲法上の法制として予定されている時点で既にStaatsnotrechtではないということであろう。また、尾高は、「国家緊急権」＝最狭義のStaatsnotrechtという前提の下で、次のようにいう。いわく、既にヴァイマル憲法48条の規定がある以上、「その範囲内で大統領が独裁権を行なうことは、憲法上認められた非常措置権の行使であって、国家緊急権ではない。これをStaatsnotrechtと呼ぶ学者もあるが、それは、緊急事態に対処するための憲法上の非常措置権を立憲制度上のStaatsnotrechtと名づけたまでのことであって、非常措置権の範囲をふみ越えるような『法を破る法』の意味で、これを国家緊急権といおうとしているのではない。それだけ法治主義の弾力がましたのであり、それだけ合法性の枠がひろめられたのである。かかる制度がなければ国家緊急権となるべき事柄が、この制度によって国家緊急権ではなくなったのである」²²。以上の記述においては、最狭義のStaatsnotrechtと狭義のStaatsnotrechtの意味の違いが鮮明に表れている。

確かに、「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」は、「憲法に従って憲法を破る」ものであるところ、これは「憲法に従って」なされるから「憲法を破る」ものではないとも考えられる。最狭義のStaatsnotrechtの概念は、まさに「法を破る」点にStaatsnotrechtの特徴を見出すものであるから、そのようなものはStaatsnotrechtではないということになるのであろう。他方、狭義のStaatsnotrechtの概念の背景には、「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」は、「憲法に従って」なされるとはいつても——基本権停止のように——「憲法を破る」ことにおいては同様であるから、これをStaatsnotrechtと呼んでも構わないのではないかという発想があると考えられる。

上記の「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」は、ヴァイマル憲法48条の明文から導かれる権限に対応し、法実証主義の潮流の下、その成文の規定によって非常事態が最終的に規律され尽くされていると考えられたこともあり、それを超える不文の非常事態権の行使は、「憲法を踏み越えるStaatsnotrecht」として違法と評価されることになった。実際、トーマは、「(現行憲法制度上のStaatsnotrecht)を超え、なんらかの『緊急(Not)』を援用することで基礎付けられた、ライヒ首脳、州政府又はいわんや行政官庁の何らかの措置を、法律家は、適法であると認めることはできない。それがなされれば、憲法違反である。…憲法の規制を踏み越えるStaatsnotrechtは、既に帝国においても及び立憲君主国(…)においてさえそうであるように、整序された共和的立憲国家においては、存在しない」²³と述べている。ここには、非常事態権限の評価に際して、＜成文—憲法秩序内⇒合法/不文—憲法秩序外⇒違法＞という結び付きがみられ、不文のStaatsnotrechtは、法を超えるStaatsnotrechtであると考えられているわけである。このような結び付きは、ドイツにおける法実証主義、成文法主義及び法の完結性の観念に由来するものであった。しかし、実質的意味における憲法を基準として、憲法制度化されたStaatsnotrechtと超憲法的Staatsnotrechtを区分するならば、比較法的には、不文法上のStaatsnotrechtが前者に該当することも考えられ、実際、英米のコモンロー上のマーシャル・ルール(martial rule)を前者に位置付けることが可能である。このような比較法上の例は、上記の結び付きが必然ではないことを示しているといえよう。

さて、狭義のStaatsnotrechtに該当する具体例には、いかなるものがあるであろうか。トーマが「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」の例として挙げたのは、ヴァイマル憲法48条であるから、同条から導かれる権限がそれに該当することは、確かである。そして、同条から導かれる権限の内容として考えられるものは、基本権停止、さらに、通説及び実行によれば、緊急命令権、加えて、有力説によれば、基本権停止と区別される「憲法破毀(Verfassungsdurchbrechung)」であった。この「憲法破毀」は、シュミットによれば、「一つ又は多数の特定の個別事例における憲法法律の規定の侵害であるが、例外としてであり、侵犯

された規定がそれ以外は変わらず引き続いて効力を有し、したがって永続的に廃止され又は一時的に失効させられる（停止される）こともないという前提の下になされる」ものであり、「憲法停止（Verfassungssuspension）」——「個々の又は多数の憲法法律規定の一時的な効力停止」を——と区別される²⁴。シュミットは、ヴァイマル憲法48条2項後段が、「憲法停止」としての基本権停止の権限（同条項前段）とは別に、エルヴィン・ヤコビ（Ervin Jacobi）に倣って、「憲法破毀」の権限を定めていると解釈していた²⁵。

以上の具体例から狭義のStaatsnotrechtの概念を画定するならば、立憲主義的憲法秩序の一時的な「停止」、さらに、シュミットの区別に依拠するのであれば「破毀」も、狭義のStaatsnotrechtの概念の構成要素と考えることができる。このような概念画定からすると、非常事態において国家の存立を守るために「憲法を破る」ことがStaatsnotrechtの特徴であることは、最狭義のStaatsnotrechtの概念と変わらないが、憲法上の法制として予定されているか否かにかかわらない点において概念が広がっているといえるだろう。

（3）Staatsnotrechtの概念の独自の意義の喪失？

戦後のドイツ連邦共和国基本法の下においても、本来の意味における、最狭義のStaatsnotrechtの概念に依拠する文献もなかったわけではない。しかし、狭義のStaatsnotrechtの概念によりつつ、その類別を示すために限定詞を付する例が一般的であったと見受けられる。例えば、ハンス・クライン（Hans Klein）は、1952年の鑑定意見書において、「ドイツ国法学の主要な見解は、超法規的Staatsnotrecht（übergesetzliches Staatsnotrecht）を拒絶している」と総括していた²⁶が、この場合、成文憲法に基礎を有しない、狭義のStaatsnotrechtが主題とされていた。

しかし、戦後においては、Staatsnotrechtが狭義のそれよりも広い意味をもつ場合もみられなくなかった。例えば、コンラート・ヘッセ（Konrad Hesse）の用語法からは、Staatsnotrechtの概念は、国家の主観的なNotstandsrechtの総体を意味しうる²⁷。Notstandsrecht（非常事態法）は、非

常事態に特有の例外的法を指すところ、これは、憲法秩序の一時停止を内容とするものに限られないから、この意味における *Staatsnotrecht* は、狭義の *Staatsnotrecht* よりも内容的に意味が広がる場所があるといえるかもしれない。そのような *Staatsnotrecht* の語及び概念によるならば、それは独自の意義の多くを失うことになるだろう。というのは、戦後のドイツ基本法の下で、1968年の基本法改正によってその明文の基礎をもつようになった、非常事態の法及び権限を総称する語及び概念としては、*Notstandsrecht*（非常事態権・非常事態法〔又は緊急事態権・緊急事態法〕）²⁸、又は、*Recht des Ausnahmezustand*（例外状態法）²⁹が用いられるようになり、憲法との関係では、*Notstandsverfassung, Notstandsverfassungsrecht*（非常事態憲法〔又は緊急事態憲法〕）³⁰、又は、*Ausnahmeverfassungsrecht*（例外憲法）³¹という語及び概念によって説明されるようになったからである。

もっとも、このような語及び概念及び用語に依拠する場合においても、実定憲法を超える権限又は権能を特に指して論ずる必要を完全に排除することはできない。そのために、最狭義の *Staatsnotrecht* の概念及び用語に再び脚光が当てられ³²、あるいは、狭義又は広義の *Staatsnotrecht* の概念及び用語を基礎としつつも最狭義の *Staatsnotrecht* を特に指し示すための限定詞を付して、上述の「超法規的 *Staatsnotrecht*」という用語の他に、「超憲法的又は憲法外の *Staatsnotrecht*（über- oder außerkonstitutionelles *Staatsnotrecht*）」という用語によって説明がなされることがないではない³³。

2. 国家緊急権の概念

本章では、日本における国家緊急権の概念及び用語の意味の広狭を中心にその違いを明らかにした上で、ドイツにおける *Staatsnotrecht* の概念との対応関係、及び、若干ではあるがその影響関係も明らかにする。併せて、ドイツにおける *Staatsnotrecht* の概念との関連において明らかにされた事項、すなわち、

概念の沿革及び背景、概念の外延及び内包、概念の広狭の相互関係、並びに下位概念の区別を参考にして、日本における国家緊急権の概念と関連する事項を明らかにする。

(1) 最狭義の国家緊急権の概念

市村光恵は、「独逸ノ学者」(ゲオルグ・マイヤー等)の学説を引き合いに出して、司法の「他ノ国家機能ハ国家ノ存在又ハ保安ニ必要ト認ムル時ハ法律上ノ制限ヲ破ルコトヲ得此ノ如キ場合ニ行政行為ハ法律ニ違反シ立法行為ハ憲法ニ違反スルコトヲ得此機能ヲ称シテ超脱権ユス、エミネンス又ハ国家ノ緊急権ト謂フスターツノートレヒト」と述べ、最狭義のStaatsnotrechtの概念を指して「国家緊急権」という語を用いている。このような用語法の下、帝国憲法の緊急命令(8条)及び非常大権(31条)は、「適法行為ニシテ違憲ノ超脱権ニアラス独逸学者ノ云フカ如キ緊急権ハ法ノ結果ニアラス却テ現行法ニ違反シテ行ハルルカ故ニ権利トハ謂ヒ難シ」という³⁴。

このような国家緊急権の語に対応するのが最狭義のStaatsnotrechtであることは、黒田覚においても同様である。黒田は、「成文憲法の一切の規定を国家の存立を救ふために無視し得るとする所の所謂国家緊急権 (Staatsnotrecht)」という表現において、「国家緊急権」の語をドイツの最狭義のStaatsnotrechtの概念に対応させた。そして、非常大権の規定(明治憲法31条)が「第8条・第70条・第14条の規定と等しく、それ自体憲法的に規定せられた法的制度(Rechtsinstitut)である以上、その範囲は無制限のものであり得ないことは明らかである」とした上で、これが「所謂国家緊急権 (Staatsnotrecht) と区別せられるべきは云ふまでもない」と述べている³⁵。

また、尾高も、最狭義のStaatsnotrechtの概念に「国家緊急権」の語を対応させている。既に引用したように、尾高は、「国家の存立を擁護するために、緊急事態に際しては法を破る権力がなおかつ法として発動し得るとというのが『国家緊急権』の理論」であり、その際、「国家緊急権は、その名のごとくに、自ら『法』であり『権』であるということを標榜」し、「国家緊急の場合にあたり、

国家を救うために法を破る当然の権利が発生する」と述べているが、これは、本来の意味における、最狭義の *Staatsnotrecht* の概念に関する沿革を踏まえ、これに忠実な概念規定であった。そして、尾高は、国家緊急権の語が最狭義の *Staatsnotrecht* の概念を指すことを厳格に維持するために、憲法で制度化された非常権限を「非常措置権」と呼んでこれを「国家緊急権」と区別し、明治憲法8条、70条、14条及び31条に基づく天皇大権の発動は、「いずれも憲法上の〈非常措置権〉であって、〈国家緊急権〉ではない」と結論付けたのであった³⁶。

以上のように、戦前日本における国家緊急権の語は、最狭義の *Staatsnotrecht* の概念を指していた。この意味における国家緊急権は、最狭義のものである。ドイツにおける主要な理論的展開と同様に考えるならば、この意味における国家緊急権は、実定法を超越する政治又は自然法の領分に属する問題となり、実定憲法学の考察の対象にはなりえないことになるだろう。戦後の1957年の日本公法学会における討議において、小嶋和司は、「緊急権の問題には種々ニュアンスがあり、一番強い国家緊急権にとらわれすぎると政治的だとの印象を与える。国家緊急権から一番手近な緊急集会制度に至るまで範囲は広い」³⁷とも指摘していた。そこでいう「一番強い国家緊急権」は、おそらく最狭義の国家緊急権を指し³⁸、それゆえに、それにとらわれることは、「政治的だとの印象を与える」と考えられたのであろう。

(2) 狭義の国家緊急権の概念

上記と同じ、1957年の日本公法学会における討議では、本稿冒頭で紹介したように、「国家緊急権がとりあげられた経過について解答されたい。日本国憲法に緊急権の制度がないのにとりあげたのは、立法論としてあった方がよいとの下心があったのではないか」という質問に対して、宮沢は、理事会を代表して次のように答弁した。いわく、「とりあげた意図には懸念されるようなことはない。緊急権の問題は二つある。第一は、憲法上の制度としての問題である。第二は、実定法を超えた法哲学的な問題である。法哲学の根本問題として

実定法を超えるものに、下からの抵抗権と上からの国家緊急権とが対抗関係にある。このように、緊急権は、制度的な問題であると同時に法哲学の問題でもある。従って種々な角度からの見解、また立法論もあることを予想していた³⁹。その質疑には、「戦後の日本において、国家緊急権という言葉は公法学者の間ですら久しくタブー的存在であった」⁴⁰という事情が反映しているかもしれないが、また、本稿の主題との関係で注目されるのは、宮沢の答弁における「緊急権」の概念において、「憲法上の制度としての問題」も視野に入っていることである。このような「緊急権」の概念が、最狭義の国家緊急権よりも広いことは明らかである。

このような傾向は、その後も引き継がれているといえるだろう。現在の日本の憲法学において、国家緊急権の定義として広く知られているのは、「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限」⁴¹という定義である。内閣法制局長官の答弁でも、このような定義が引かれた上で、引き続き答弁の基礎に据えられていた。すなわち、「国家緊急権と申しますのは、これは講学上の概念でございまして、戦争とか内乱とか、あるいは恐慌、大規模な自然災害など、平時の統治機構をもってしては対処できない、そういった非常事態におきまして、国家の存立を維持するために、国家権力が立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限をいうものと解されているわけでございます。これは、一般的に、学説上、大体このような概念でございます」⁴²。また、学説における基本的に同様の定義として、次のものを挙げることができるだろう。伊藤正己は、国家緊急権を、「戦争、内乱その他が原因となり、国家が緊急・非常な事態におかれたとき国家権力が平常の憲法秩序に厳格に従ってはその事態に対応できないため、憲法秩序を一時停止して非常の措置をとる権限」⁴³としているし、また、佐藤幸治は、「ここに国家緊急権とは、戦争、内乱その他の原因により、平常時の統治機構と作用をもっては対応できない緊急事態において、国家の存立と憲法秩序の回復を図るためにとられる非常措置権のことをいう。立憲主義

国家にあつては、立憲主義体制を一時停止して多かれ少なかれ権力集中をともなうのを通例とする」⁴⁴という。佐藤の場合は、「立憲主義体制を一時停止して多かれ少なかれ権力集中をと」という要素を定義に組み込むのではなく「通例」という位置付けにとどめ、より広い概念の余地を残すこととなっている点で特徴的であるといえるかもしれない⁴⁵。

以上のような定義及び例示は、国家緊急権が「立憲的な憲法秩序」（芦部）又は「立憲主義体制」（佐藤）の一時的な「停止」を内容としていることを特徴としている。もう少し具体的にいえば、「国家緊急権の内容は、立憲主義の一時的停止であり、より具体的には、人権保障の停止（人権の広範な制限）と権力分立の停止（執行権への権力の集中）である」（高橋和之）⁴⁶といわれるように、人権保障及び権力分立の停止ということになるだろう。

このような意味における国家緊急権は、狭義のStaatsnotrechtの概念に概ね対応し、それゆえに、その下位分類において、狭義のStaatsnotrecht概念に立脚したトーマによる分類がしばしば参照されることになる。

もっとも、狭義の国家緊急権の概念の枠内においても、厳密に検討してみると、いくつかの違いもないではない。一つには、非常事態又は緊急事態の性格について、「平時の統治機構をもっては対処できない非常事態」（芦部）とされることがあるのに対して、「平常時の統治機構と作用をもっては対応できない緊急事態」（佐藤）とされることもある。ここで表現上の微妙な差異に固執することは適切ではない可能性もあるが、国家緊急権が統治機構の問題——例えば、緊急命令の問題——としてのみ捉えられる傾向があるのは、このような点に遠因があるかもしれない。しかし、この点に関しては、非常事態における人権保障の問題も、Staatsnotrechtの沿革（既得権保障の侵犯）及びその後の展開（例えば、基本権停止（プロイセン憲法111条、ビスマルクライヒ憲法68条及びヴァイマル憲法48条））の中心的問題であったことからすると、その点を明確とする定義がありうるところで、そのような難点を解消するためには、佐藤の定義にみられるように、「平常時の統治機構と作用をもっては」（傍点は、山中による）対処できない非常事態とするか、伊藤の定義にみられるように「平

常の憲法秩序をもっては」対処できない非常事態とすることによって統治と人権を包括する表現とすることが必要であると考えられる。

もう一つは、国家緊急権の目的として、Staatsnotrechtの沿革にも忠実にも国家の存立維持が掲げられるのが一般的ではあるが、その他に、「憲法秩序の回復」が含まれる定義⁴⁷、さらに「公共の安全と秩序」も含まれる定義⁴⁸、また、「国民の生命の保護」及び「国家自身の存立の維持」の「両者を含めて国家の任務の達成」⁴⁹を目的とする見解がある他、日本国憲法の下におけるあるべき概念として人権保障という目的を挙げる見解もみられる⁵⁰。このように、日本の憲法学では、目的との関係でも国家緊急権の定義に多様性がみられ、その根底に国家観をめぐる原理的対立が控えている⁵¹ことには注意しなくてはなるまい。

このような狭義の国家緊急権に立脚する見解が下位分類として挙げているのは、①「憲法上一定条件の下で立憲主義を一時的に停止して独裁的な権力の行使が認められる『憲法制度上の国家緊急権』」と②「憲法の授權や枠を越えて独裁的な権力が行使される『憲法を踏み越える国家緊急権』」の区別（佐藤）⁵²、あるいは、①'「憲法みずからが憲法秩序を一時的に停止できる場合を定め、一定条件の下に独裁的な権力の行使を国家のある機関に認めている場合」（「憲法制度上の国家緊急権」）と②'「憲法の一切の制約をこえた超憲法的な独裁的な権力の行使がされる場合」（伊藤）⁵³である。このような下位分類によって、狭義の国家緊急権の概念の下に最狭義の国家緊急権が占める地位について見通しが生まれることになる。このような下位分類との関係でみると、大西芳雄は、前者に対応するものとして「国家緊急権」という用語を当て、後者に対応するものとして「国家非常権」という用語を当てて整理できる⁵⁴。この場合、狭義の国家緊急権の概念に立脚する尾高が、前者を「非常措置権」、後者を「国家緊急権」としていた（(1)において上述した）ことと対比すると、「国家緊急権」という用語の使い方が異なっていることに注意が必要である。

狭義の国家緊急権に該当するものとして、具体的にいかなるものが挙げられるであろうか。上記の区別のうち「憲法制度上の国家緊急権」についてここで特に検討すると、ヴァイマル憲法48条の大統領の独裁権⁵⁵、英米のコモンロー

上又は議会制定法上のマーシャル・ルール⁵⁶、仏独の「合囲状態（état de siège）」又は「戒厳（Belagerungszustand）」⁵⁷、また、明治憲法の戒厳（14条）及び非常大権（31条）⁵⁸がその具体例とされている。英米のコモンローが挙げられていることからすれば、「憲法制度上の国家緊急権」は、不文法によって制度化されたものも含んでいるとみることができる。とすれば、トーマの「現行憲法制度上のStaatsnotrecht」と「憲法を踏み越えるStaatsnotrecht」の区別においては、当時のドイツの支配的理論の下、非常事態権限の評価において、＜成文－憲法秩序内⇒合法/不文－憲法秩序外⇒違法＞という結び付きがあったことと対比すると、日本の憲法学における狭義の国家緊急権の下位分類においては、その対立を相対化する側面があると考えられる⁵⁹。

ところで、日本の憲法学説には、国家緊急権に関する日本国憲法の沈黙をいかに解するかを中心的な争点とする形で、容認説、否定説及び欠缺説が存在してきた⁶⁰。この場合、狭義の国家緊急権が問題とされており、通説の立場によれば、日本国憲法の下では狭義の国家緊急権は存立の余地がないことになるだろう。

（3）広義の国家緊急権の概念

以上のような、狭義の国家緊急権の概念は、現在の日本の憲法学において広く受容されることになっており、その概念から出発して議論が構築される例が少なくない⁶¹。もっとも、これまでの憲法学の文献には、広義の国家緊急権の概念がみられることもないではなかった⁶²。小林直樹は、その包括的な単著『国家緊急権』において、「広義の国家緊急権は、国家および基本法秩序（ひいては国民生活全体）の維持・存続を脅かす重大な非常事態に対処するため、一時的に平時法制を超えた権限を政府（および/または軍事部）に委任し、これに特別措置を可能ならしめる場合の例外権力をいう」⁶³としている。また、新正幸は、「通常、国家緊急権とは、広義^{ママ}において、戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など平常時の立憲主義的統治機構をもってしては対処しえない緊急事態において、国家の存立を保全するために、特定の国家機関に認められた緊急措

置をとりうる非常例外的な権能であるとされる」という⁶⁴。このような定義において、そこで明確に表現されているように「広義」の国家緊急権の概念が問題とされている。

最狭義及び狭義の国家緊急権との対比で重要なのは、広義の国家緊急権が「例外権力」(小林)、「非常例外的な権能」(新)として規定され、この場合には、「立憲的な憲法秩序を一時停止」することが構成要素とはされていないことである。このような概念規定がより広いことは、最狭義及び狭義の国家緊急権の概念が例外権力の中でも最も強度な「立憲的な憲法秩序を一時停止」を構成要素としている点と比較すると明らかになるであろう。狭義の国家緊急権の概念に立脚した伊藤が「憲法秩序の停止を伴わない程度の事態については、緊急権の概念をあてはめる必要はない」⁶⁵と説いていることは、広義の国家緊急権との関係で対照的である。

このことは、広義の国家緊急権の概念に依拠している場合において、その下位分類がなされているところ、その内容をみれば明らかである。小林は、緊急の度合いに応じてとられる措置の強弱に従って「広義の緊急権」——小林においては、広義の国家緊急権を指す場合に、前述のように「国家緊急権」という語が用いられることもあるが、「緊急権」という用語がより選好されているようである——を区別し、①「全体としては平常時の体制を維持したまま、事態に対応して制度の臨時的な機能化を図るもの」、②「憲法みずからがより緊迫した非常事態を予定し、立憲主義を一時的に停止して、一定条件のもとで独裁的権力行使を認める場合」、③「極度の非常事態において、憲法の一切の枠や授權をこえて、非法の独裁措置を行う場合」という三つの区分を示した⁶⁶。また、新は、①「あくまで平常の立憲主義的憲法体制を維持したまま、一定の緊急事態に対処するため、通常の家機關が一定の臨時的措置をとりうることを憲法自身が明示に認めた権能」(「立憲主義的臨時措置権」)、②「非常事態に対処するため、一定の要件の下に平常の立憲主義的統治機構を一部変更して特定の家機關に権力の集中を認め、その家機關が人権保障規定の一時的停止などの非常措置をとることを憲法自身が明示に認めた権能」(「超立憲主義的非常

措置権」)、③「極度の非常事態に対処するため、憲法にもとづかないで、立憲主義的憲法体制それ自体を一時的に停止または廃棄する超憲法的措置」(「超憲法的措置」)に区別した⁶⁷。新の分類に際しては、小林の分類が脚注で参照されており、「緊急事態においてとられる『措置』(個別的規範に限定されない)が立憲主義的憲法規範といかなる関係に立つか」⁶⁸、また、緊急の「度合いに応じてとられる措置の強弱」⁶⁹に着目した分類という点において基本的には小林のものと同様であると考えられる⁷⁰。もっとも、新が①'及び②'において「明示に」という要素を示している点は——ドイツにおける<成文—憲法秩序内/不文—憲法秩序外>という結び付きには親和的であるが——独特であるといえるかもしれない。新の分類からすると、不文法上の非常権限を位置付ける余地が失われるように思われるが、新自身も、「イギリスやアメリカの *martial law*, *martial rule* は、憲法上明示されていないが、合憲的措置と認められており、実質的には、これ(山中注——上記の②')に属すると見られる」⁷¹と補足している。いずれにせよ、このような広義の国家緊急権に基づく下位分類は、非常事態における政府の非常緊急権限の全体において、最狭義及び狭義の国家緊急権が占める位置付けの俯瞰を可能にする点で優れているといえるだろう。

さらに、小林は、制度化の有無を基準に、「制度化された緊急権」と「超制度的な狭い意味の『国家緊急権』」⁷²に分別し、新は、①'及び②'の「実定憲法上の国家緊急権」と③'の「超憲法的な自然法上の国家緊急権」に括っていた⁷³。新が③'を「実定憲法秩序以外の規範、すなわち広い意味での自然法」と関連付け、ケルゼンの国家緊急権批判を引いている⁷⁴のは、ドイツにおける最狭義の *Staatsnotrecht* の自然法的沿革とその後の実証主義陣営からの批判に即したものであったといえるだろう。また、新が②'を「狭義かつ固有の意味における実定憲法上の国家緊急権」としている⁷⁵のは、ドイツにおける憲法制度化された *Staatsnotrecht* の元来の姿——立憲主義的憲法秩序の一時的な停止——に対応しているといえる。

さて、広義の国家緊急権の概念に該当するものは、いかなるものであろうか。上記の②(又は②')及び③(又は③')は、狭義の国家緊急権に対応し、(2)で

述べた内容と重複するため、特に繰り返し挙げない。広義の国家緊急権に特有の問題は、①（又は①'）に該当する例である。その例として、小林は、「ドイツ系諸憲法に広くみられた緊急命令（Notverordnung）や緊急財政処分の制度」、日本国憲法の参議院緊急集会制度（54条3項）を挙げ⁷⁶、新は、明治憲法における財政緊急処分制度（70条）及び緊急勅令制度（8条）、日本国憲法の参議院緊急集会制度（54条3項）、並びに、ドイツ基本法の立法緊急状態制度（81条）を挙げていた⁷⁷。これらはすべて統治機構の例であり、小林及び新の区分の①及び①'において非常事態における人権保障の問題の位置付けが必ずしも明らかではない⁷⁸が、②及び②'では人権保障の問題も視野に入れられていることと整合的に分類を一貫させて、人権が一時停止されていない——それゆえに、人権の効力が維持されている——という前提の下における、通常時には許容されない程度の、非常事態特有の人権制限⁷⁹を①（又は①'）に対応するものと整理することが可能であると考えられる。

また、広義の国家緊急権と法律上のいわゆる「緊急事態法制」の関係は問題となるが、災害対策基本法上の災害緊急事態制度は、同法の制定時の有識者ヒアリングにおいて、小林によって「一種の緊急権的な制度」とされた⁸⁰し、田上穰治によれば、「緊急権という言葉が確かに今この法案と関係がないわけではありませんが、少し表現がきついような感じもいたします。と申しますのは、広い意味においてはもちろん緊急事態に関する法案でございますから、緊急権と学問的に考えてよいと思っております」とされた⁸¹。このような位置付けは広義の国家緊急権の概念の下では適切であろう。というのは、少なくとも災害緊急事態における「緊急政令」の制度は、権力分立の原則及び規範の一時停止を前提とするわけではないので、狭義の国家緊急権には該当しないが、通常時を基準にすると非常事態特有の——停止を前提としない——例外を定めるものであるからである⁸²。その他の緊急事態法制、例えば、武力攻撃事態対処法及び国民保護法においては、災害対策基本法の「緊急政令」のような制度は**部分的に存在し**、武力攻撃事態における人権制限には、通常時を基準にすると非常事態特有の制限といえるものが考えられ、小林及び新の区分の①又は①'に

において非常事態における人権制限の問題の位置付けが必ずしも明らかではないことは既に指摘したが、この分類との関係において①又は①'に対応するものと位置付けることができよう。

なお、狭義の国家緊急権の概念からすれば、法律上の「緊急事態法制」は、立憲的憲法秩序が一時停止されることを前提とするものではないので、国家緊急権に該当しないことになる。そのことは、例えば、武力攻撃事態対処法関連三法案の制定時に、津野修内閣法制局長官（当時）によって、「武力攻撃事態対処関連三法案につきましては、申すまでもありませんが、日本国憲法の範囲内で立法化をしようとするものでありますから、これまで述べてきました立憲的な憲法秩序を一時停止する性格を有する講学上の国家緊急権の制度を図るといったような法律ではないということでございます」⁸³と説明されたとおりである。もっとも、法律上の「緊急事態法制」が立憲的な憲法秩序の一時停止に該当するような改変又は運用へと発展するならば、そのような発展は、狭義の国家緊急権を否定する通説によれば、憲法違反ということになるだろう。また、かつて伊藤が、警察法上の「緊急事態」（71条）、自衛隊法上の「治安出動」（78条及び81条）並びに「防衛出動」（76条）を挙げた上で、「そこに憲法を一時的に停止する権限も定められているとするのは、憲法の趣旨に反する」⁸⁴と指摘したことも、狭義の国家緊急権を違憲とみる通説の立場からの帰結である。

おわりに

本論では、国家緊急権という語及びそれが指し示す概念の広狭の整理及び分析を実施し、その際、ドイツにおける *Staatsnotrecht* の語及び概念との関係も明らかにしてきた。その作業は、用語法及び概念設定との関係における、議論の混乱及び錯綜を避けるためのもので、本論において完結しているが、そのために更に必要であると考えられることを、本稿における成果を踏まえて発展的に提示してむすびとしたい。

現在、日本の憲法学においてかなり広く受容されているのは、狭義の国家緊急権の概念であり、これに依拠することは、議論の混乱及び錯綜を軽減するために有益である。もっとも、この場合にも難点がないではない。

一つの難点は、狭義の国家緊急権の概念に立脚する場合には、Staatsnotrechtの本来の意味からいくぶん逸脱していることであり、この点は、本論で述べたように、かつて尾高によって自覚的に問題とされていた通りである。もっとも、ドイツにおいても、トーマのようにStaatsnotrechtという語を狭義の概念を指すものとして用いる例がみられ、また、そのような概念の拡張が必ずしも基礎をもたないわけでもないから、Staatsnotrechtの訳語として狭義の国家緊急権の概念に立脚することも不当ではないと考えられる。むしろ、理論的により重要なのは、国家緊急権という語が指し示す概念のなかに、「憲法制度上の国家緊急権」と「憲法を踏み越える国家緊急権」という理論的地位において異なるものが混在し議論の混乱をまねく可能性があることである。その難点を解消するためには、狭義の国家緊急権の下位分類からするといずれの意味における国家緊急権が主題とされているのかを必要に応じて明示して国家緊急権の問題を取り扱うことが有益である。

もう一つの難点は、狭義の国家緊急権の概念では、非常事態に特有の例外的法ではあるが立憲的憲法秩序の一時停止を前提とするわけではないことを特徴とする法の領域を捉えきれないことである。にもかかわらず、日本では、これを捉えることを可能とする、代替的な概念枠組みが必ずしも十分に定着していないようである。この難点に鑑みると、むしろ、広義の国家緊急権の概念が有益であると考えられる。というのは、それは、立憲的憲法秩序の一時停止を伴わない、いわば「小さい」、「弱い」あるいは「モデレートな」非常事態権限も視野に含み、これまで「国家緊急権」という語の下に扱われてきた内容の包括的な取り扱いをもたらすからである。この意味において広義の国家緊急権の概念を再検討することは決して無意味ではない⁸⁵。そして、狭義の国家緊急権の概念から出発することによって生じる難点を解消するためには、広義の国家緊急権の概念の下で見通された、非常事態の権限及び権能の全体像及び下位分類

を踏まえた上で、非常事態に特有の例外的法という法の領域に着目を促すような概念枠組みを設定することが必要であると考えられる。そのためには、国家緊急権という語が狭義の国家緊急権を指すという——比較的広く受容された——用語法を動かさないとすれば、非常事態法（又は緊急事態法）、特に憲法との関連では、非常事態憲法（又は緊急事態憲法）という概念枠組みが有益であるだろう。この点について示唆的であるのは、本論で検討したように、ドイツにおいて *Staatsnotrecht* の語及び概念の意味が拡大するなかで、むしろ、*Notstandsrecht* ——非常事態法（又は緊急事態法）と訳される——及び *Notstandsverfassung* ——非常事態憲法（又は緊急事態憲法）と訳される——の概念が代替的な語及び概念枠組みとなっていることである。実定法によって基礎付けられた、国家の非常事態権限は、日本においても、そのような概念枠組みによって統一的に説明することが可能であり⁸⁶、この場合になお国家緊急権の概念及び語が独自の意味を残すとすれば、実定法の領分を超えたものとしてしばしば位置付けられる「憲法を踏み越える国家緊急権」——最狭義の国家緊急権の概念——の方であるだろう。もちろん、その実定法上の評価が極めて問題となることは、いうまでもない。

注

- 1 「討議報告」公法研究17号（1957年）58—59頁。
- 2 同上、64頁。
- 3 戦後日本の国家緊急権の学説史を概観した先行研究として、参照、古川純「国家緊急権」法律時報49巻7号（1977年）249頁以下、村田尚紀「立憲主義と国家緊急権」憲法問題14号（2003年）107—112頁。そこに国家緊急権概念の広狭の問題が伏在していることを明らかにするのが本稿の課題である。
- 4 「国家緊急権」の短縮形が「緊急権」であることを明示している例として、水島朝穂『現代軍事法制の研究』（日本評論社・1995年）196頁、川添利幸・山下威士（編）『憲法詳論〔改訂版〕』（尚学社・1993年）441頁（石村修執筆箇所）。明示はしていないが、そのような用語法によっているとみることが出来る例として、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）621—623頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂・2020年）60頁、樋口陽一・佐藤幸治（編）『憲法の基礎』（青林書院新社・1975年）50頁以下（初宿正典執筆箇所）、また、新正幸「緊急権と抵抗権」樋口陽一（編）『講座・憲法学（第1巻）憲法と憲法学』（日本評論社・1995年）216頁には、

- 「緊急権ないし国家緊急権」という表現がみられる。
- 5 参照、愛敬浩二「改憲問題としての緊急事態条項」論究ジュリスト15号（2015年）142—143頁。
 - 6 内閣憲法調査会の審議における用語法については、例外がないではないが、原則的には、区別がなされていない。参照、高見勝利「非常事態に備える憲法改正は必要か」論究ジュリスト21号（2017年）96—97頁、山中倫太郎「内閣憲法調査会において非常事態条項・緊急事態条項はどのように考えられたか—争点構造の分析を踏まえて」防衛法研究43号（2019年）176頁。本論で紹介する学説においても、少なくとも明確に区別しているものはみられない。
 - 7 Johannes Projahn, *Staatsnotrecht*, 1929, S.7ff. 尾高朝雄『法の窮極に在るもの〔新版〕』（有斐閣・1965年）105—106頁。
 - 8 Vgl. Hans-Ernst Folz, *Staatsnotstand und Notstandsrecht*, 1962, S. 153f.
 - 9 尾高、前掲書106頁。
 - 10 Projahn, *a.a.O.*, S. 11.
 - 11 Folz, *a.a.O.*, S.154.
 - 12 Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd.1, 1923, S. 33.
 - 13 尾高、前掲書103頁。
 - 14 尾高、前掲書108頁。
 - 15 Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.2, 1980, S.1293.
 - 16 Johann Caspar Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, 1852, S.414f.
 - 17 Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S.157.（邦訳は、ハンス・ケルゼン（著）・清宮四郎（訳）『一般国家学』（岩波書店・1971年）262—263頁によったが、本稿における語の統一上必要な範囲で変更を加えた）
 - 18 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3.Aufl., 1913, S.359,（邦訳は、ゲオルク・イエリネック（著）・芦部信喜他（共訳）『一般国家学』（学陽書房・1974年）290頁によった）
 - 19 Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 8.Aufl., unveränderter Nachdruck der 7.Aufl., 1919, S.30f.（Anm.d）.
 - 20 Richard Thoma, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd.2, 1932, S.231f.
 - 21 Carl Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, in: ders, *Die Diktatur*, 6.Aufl., 1994, S.232f.
 - 22 尾高、前掲書109頁。
 - 23 Thoma, *a.a.O.*, S.231f.
 - 24 Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 9.Aufl., 2003, S.99f.
 - 25 Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.224ff., 241; Schmitt, *Verfassungslehre*, S.99f. また、参照、岩間昭道『憲法破壊の概念』（尚学社・2002年）57頁以下。
 - 26 Hans Klein, Gutachten von Professor Dr. Klein, in: *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd.2, 2.Halbband, 1953, S.514.
 - 27 Vgl. Konrad Hesse, Staatsnotstand und Staatsnotrecht, in: *Staatslexikon*, 6.Aufl., Bd.7. Sp.607.
 - 28 Z.B. Reinhold Zippelius/Thomas Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht*, 33.Aufl.,

- 2018, S.598ff.; Stern, *a.a.O.*, S.1285ff.
- 29 Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20.Aufl., 1999, S.300ff.
- 30 Z.B. Stern, *a.a.O.*, S.1283ff.; Michael Kloefer, *Verfassungsrecht I*, 2011, S.988ff.
- 31 Z.B. Anna-Bettina Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht*, 2020, insbes. S. 74ff.
- 32 Folz, *a.a.O.*, S.151 ff. ; Michael, Krenzler, *An den Grenzen der Notstandsverfassung*, 1974, S.49ff.
- 33 Vgl. z.B. Konrad Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, *DöV* 1955 Heft. 24, S.744; vgl. auch Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, 1959, S.24.
- 34 市村光恵『改訂帝国憲法論（全）』（有斐閣・1925年）460頁。
- 35 黒田覚『改訂日本憲法論（中）』（弘文堂書房・1940年）375—376頁。
- 36 尾高朝雄「国家緊急権の問題」法学協会雑誌62巻9号（1943年）15頁、尾高『法の窮極に在るもの』109頁。
- 37 「討議報告」59頁。
- 38 その後の小嶋の著作において、「国家緊急権」という用語は、おそらく最狭義の概念を指すものとして用いられている。参照、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会・1987年）34頁、また、参照、同「法源としての憲法典の価値について」『小嶋和司憲法論集3 憲法解釈の諸問題』（木鐸社・1989年）所収504—505頁。
- 39 「討議報告」58—59頁。
- 40 畑博行「国家緊急権」法律時報41巻5号（1969年）42頁。
- 41 芦部信喜（著）・高橋和之（補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店・2019年）388頁。芦部と同様の定義によるものとして、例えば、行政法制研究会「国家緊急権」判例時報1768号（2002年）29頁以下。
- 42 2002年（平成14年）5月8日衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会津野修政府特別補佐人（内閣法制局長官）答弁（第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会会議録第4号38—39頁）。
- 43 伊藤、前掲書621頁。
- 44 佐藤、前掲書60頁。
- 45 和田英夫の定義でも、「通例は多かれ少かれ、権力の集中・拡大・強化・解放による立憲主義憲法体制の部分的ないし一時的停止を伴うものである」とされていた（和田英夫「緊急権と抵抗権」橋本公宣・和田英夫（編）『岩波講座現代法2 現代法と国家』（岩波書店・1965年）所収131頁）。
- 46 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣・2012年）404頁（高橋和之執筆箇所）。
- 47 佐藤、前掲書60頁。
- 48 岩間、前掲書293頁。
- 49 柳瀬良幹「国家緊急権の各種」公法研究41号（1979年）38—39頁。
- 50 岩間、前掲書297頁。また、参照、井上典之「国家緊急権—非常時の憲法と憲法規範の一時停止—」長谷部恭男（編）『憲法と時間』（岩波書店・2007年）205頁以下。
- 51 参照、岩間、前掲書332頁以下。
- 52 佐藤、前掲書60頁。
- 53 伊藤、前掲書621頁。
- 54 大西芳雄「緊急権について」公法研究17号（1957年）1頁以下特に4頁、大西芳雄「国家緊急権の問題」立命館法学1号（1952年）33—35頁。
- 55 佐藤、前掲書60頁、伊藤、前掲書621頁、芦部、前掲書389頁。畑博行「ドイツに

- における国家緊急権の制度の概観」法学論叢66巻3号（1959年）65頁以下特に75頁以下。
また、広義の国家緊急権の下で位置付けるものとして、参照、小林直樹『国家緊急権』
（学陽書房・1979年）43頁。
- 56 佐藤、前掲書60頁、伊藤、前掲書621頁。また、広義の国家緊急権の下で位置付けるものとして、参照、小林、前掲書43頁。
- 57 広義の国家緊急権の下で位置付けるものとして、小林、前掲書43頁。また、プロイセン憲法の戒厳、及び、ビスマルク憲法の「戦争状態（Belagerungszustand）」につき、参照、畑「ドイツにおける国家緊急権の制度の概観」72—74頁。
- 58 おそらく、佐藤、前掲書61頁、伊藤、前掲書622頁。また、芦部信喜『憲法学Ⅰ』（有斐閣・1992年）68頁（脚注12）では、「戒厳と非常大権が緊急権プロパー（狭義の緊急権）である」とされている。内閣法制局長官の答弁でも、「このような国家緊急権につきましては、大日本帝国憲法におきましては、戦争、内乱等の非常事態において、天皇による戒厳、それから非常大権などとして憲法に規定されておりまして、制度化が図られているところでございますが、日本国憲法においては、そういった規定はないわけであります」とされている（2002[平成14]年5月8日衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会津野修政府特別補佐人〔内閣法制局長官〕答弁〔第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会会議録第4号39頁〕）。また、広義の国家緊急権の下で位置付けるものとして、参照、小林、前掲書43頁、150頁以下。
- 59 もっとも、例外もないではない。例えば、参照、川添・山下（編）、前掲書442頁（石村執筆箇所）。
- 60 学説対立の概況として、例えば、参照、井口文男「国家緊急権」高橋和之・大石眞（編）『憲法の争点[第3版]』（有斐閣・1999年）24—25頁、村田、前掲論文111—112頁。
- 61 例えば、富永健「国家緊急権の法制化について」憲法論叢3号（1996年）71—72頁、井上、前掲論文192頁、愛敬「改憲問題としての緊急事態条項」142頁など。
- 62 小林、前掲書25頁、新正幸『純粋法学と憲法理論』（日本評論社・1992年）219頁、樋口・佐藤（編）、前掲書50—51頁（初宿執筆箇所）の他、おそらく、水島、前掲書196頁、大石眞『憲法講義Ⅰ〔第2版〕』（有斐閣・2009年）34—35頁など。
- 63 小林、前掲書25頁。
- 64 新、前掲書219頁。なお、新は、「本来の緊急権制度」は、「権力分立制および基本的人権の一時的停止」を内実とすると述べており（新「緊急権と抵抗権」227頁）、この場合は、むしろ、狭義の国家緊急権の概念に対応するものと思われる。
- 65 伊藤、前掲書621頁。
- 66 小林、前掲書42—43頁（初出は、小林直樹「緊急権—立憲体制と危機政府の問題—」『日本国憲法体系（第1巻）総論Ⅰ』（有斐閣・1961年）所収212頁）。
- 67 新、前掲書219—220頁。
- 68 同上、219頁。
- 69 小林、前掲書42頁、新、前掲書229頁（脚注1）。
- 70 古川純が、小林の分類に立脚しつつ、上記①の措置は、「われわれの前提としてきた緊急権のカテゴリーには属していないというべきである」と述べている点は、古川がより狭義の国家緊急権の概念に立脚していることを前提としている（参照、古川、前掲論文249—250頁）。和田英夫も、おそらく小林の分類に立脚しつつも、「われわれがここで問題とする緊急権」から上記①を除外している（参照、和田、前掲論文131頁）。
- 71 新、前掲書220頁。

- 72 参照、小林、前掲書18—19頁。
- 73 新、前掲書220頁。
- 74 新、前掲書220頁、232頁。
- 75 新、前掲書220頁。
- 76 小林、前掲書43頁。
- 77 新、前掲書219頁、221—222頁。
- 78 もっとも、小林は、「憲法12・13条の『公共の福祉』を手がかりに」した「法律的に軍事力を用いないモデレートな緊急権制度」の存在についてそれが違憲ではないことを含め言及しており（小林、前掲書184頁）、そこでは「緊急権制度」における人権制限も念頭に置かれていると見受けられる。また、分類では必ずしも明らかではない、非常事態における人権制限の問題は、同書の全般において触れられている。
- 79 本稿筆者は、これを「特例的制限」と名付けることによって、非常事態のみに限定され、かつ、人権保障が停止されているわけではないが通常時に許される程度を超える人権制限という問題領域を表現しようとしてきた（参照、山中倫太郎「非常事態における基本権保障の憲法構造—ドイツ近現代憲法史における基本権の『停止』と停止なき『特例的制限』」防衛大学校紀要（社会科学分冊）113輯（2016年）1頁以下、山中倫太郎「非常事態における基本的人権と日本国憲法—基本的人権の停止の否定という基本的視点」防衛法研究40号（2016年）186—187頁以下）。これにそのまま対応する原語がドイツにあるわけではないが、このような人権制限は、現在では、国家緊急権の概念ではなく、通常時の憲法と構造的に区別される非常事態憲法又は例外憲法の概念の下で理論体系上取り扱われるのが通例である。なお、かかる人権制限に際しては、人権が完全に効力を維持していることが前提であるので、法律の留保原則及び比例原則等が適用される。また、この意味における「特例的制限」は、シュミット理論でいう「破毀」とは、全く異なる。というのは、後者では、基本権の効力が維持されるものの、それは個別的具体的に無視されるからである。
- 80 1962（昭和37）年4月13日衆議院地方行政委員会小林直樹参考人陳述（第40回国会衆議院地方行政委員会会議録29号1頁）。
- 81 1962（昭和37）年4月13日衆議院地方行政委員会田上穰治参考人陳述（第40回国会衆議院地方行政委員会会議録29号8頁）。
- 82 この点については、参照、山中倫太郎「災害対策基本法における災害緊急事態制度の趣旨、構造および課題」防衛大学校紀要（社会科学分冊）108輯（2014年）71—74頁、82—83頁。
- 83 2002（平成14）年5月8日衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会津野修政府特別補佐人（内閣法制局長官）答弁（第154回国会衆議院武力攻撃事態への対処に関する特別委員会会議録第4号39頁）。
- 84 伊藤、前掲書623頁。
- 85 このような理由から、山中「災害対策基本法における災害緊急事態制度の趣旨、構造および課題」67—68頁では、広義の概念からするといかなる定義となるかを定式化し、広義の概念からすれば災害対策基本法上の災害緊急事態制度が国家緊急権の概念の下に位置付けられることになることを示した。この箇所において、「国家緊急権に関する『広義の定義』を採用すべき」か否かは判断を保留したつもりであったが、誤解を招いたようである（参照、愛敬「改憲問題としての緊急事態条項」148頁）。むしろ、そこで強調したかったことは、国家緊急権に定義の広狭がありうることを直視した上で、「出発点となる定義に基づいて論述を一貫させるべきである」という基本的事柄に過ぎない。

- 86 新「緊急権と抵抗権」214—215頁では、「近代憲法の二重構造—平常時の憲法と非常時の憲法」という図式の下で「緊急事態憲法ないし非常事態憲法」という概念枠組みが示されており、注目に値する。