

大日本帝国憲法における非常大権の法概念

加 藤 一 彦

《目 次》

- 一、はじめに
- 二、天皇大権の概観
- 三、戒厳大権の法概念
- 四、非常大権の法概念
- 五、小結

一、はじめに

大日本帝国憲法（以下、旧憲法と略記する）31条は、「本章ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」と定めていた。ただ旧憲法時代を通じて、この「非常大権」は、一度も発動されることはなかった。もちろん、「戦時」のほか「国家事変」に関わる事象はあったが、旧憲法下の別の非常事態法制に基づく法的措置が行使され、旧憲法31条自体が機能したことはなかった。

筆者の問題関心は、「なぜ旧憲法31条は発動されなかったのか」にある。もちろんこの関心を引き起こしたのは、従前読んでいた書物の記述が頭の中に残存していたことと関連している。それは、大江志乃夫著『戒厳令¹⁾』である。同書77-79頁の記述は、旧憲法14条に定める「戒厳大権」と同31条に定める「非常大権」は重複規定であり、憲法制定者の過誤の結果であることを著している²⁾。

天皇大権である戒厳宣告、すなわち旧憲法 14 条 1 項に定める「天皇ハ戒厳ヲ宣告ス」の規定は、適用経験がある。ただ、「戒厳規定と重複した非常大権規定」という理解から、旧憲法 31 条が意味を失い、無駄な憲法規範であるという結論を引き出すことはできない。問題は、両規定が重複しつつも、重複していない領域があるはずであり、その領域がどこに位置するかを確定する点にある。憲法規範が想定している憲法現実が那邊にあり、その規範適用場面がどのように描かれていたのかを吟味することによって、非重複領域を浮き彫りにすることは可能なように思われる。しかも、この領域をどのように設定するかは、旧憲法への解釈者の基本精神と密接に結びついているとみられる。というのも、旧憲法 31 条は、天皇主権下の天皇の究極的「非常大権」であり、それ故、「法解釈としての 31 条論」は、解釈者の「法としての大日本帝国憲法」と「大日本帝国の実像」との相克を必ずや反映しているはずだからである。

本稿は、今後、研究する日本国憲法における「国家緊急権」論への予備的考察である。旧憲法から始める理由は——研究の常道という側面のみならず——「ミリタントな緊急国家」³⁾としての「明治国家」が、かつて存在し、崩壊したという日本国の経験自体を迫体験しなければならないと考えるからである。

二、天皇大権の概観

旧憲法に関する最初の憲法体系書である穂積八束『憲法提要 下巻』⁴⁾によれば、大権とは、「元来天皇ノ権力ノ義ニシテ即チ国家統治ノ大権ヲ指ス」⁵⁾。天皇が有する大権の領域は、立法事項と司法事項を除いた「憲法ノ明言シテ特ニ此ヲ君主ノ親裁専断ニ留保スルノ事項ハ大権必須ノ範囲ヲ為ス」点にある。ただ穂積は、「此レ等以外ノ残余ノ事項ハ亦大権ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ妨ケス、之ヲ自由ノ事項トス」⁶⁾と把握したため、憲法上

の天皇大権は無限に拡大する要素を孕んでいた。

穂積は、旧憲法上、明示された「大権必須ノ範囲」としての天皇大権を15個列挙している。1. 法律裁可権 (60条)、2. 議会召集権 (70条)、3. 勅令発布権 (80条)、4. 行政命令発布権 (90条)、5. 文武官任命権 (10条)、6. 陸海軍統帥権 (11条)、7. 陸海軍編成権 (12条)、8. 宣戦講和条約締結権 (13条)、9. 戒厳宣告権 (14条)、10. 爵位等授与権 (15条)、11. 大赦権 (16条)、12. 非常大権 (31条)、13. 貴族院構成権 (34条)、14. 憲法改正発議権 (14条)、15. 皇室典範改正権 (74条)である。

この列挙された大権事項の規範的意義は、「憲法ノ此ノ列挙明言ヲ以テ議会ノ干渉ヲ排斥シ、之ヲ永遠ニ君主ノ専断ニ留保スルノ憲法ノ用意」⁷⁾する点にある。ただ穂積にあつては、「大権行動ノ範囲ハ固ヨリ憲法列記ノ事項ニ限ルモノニ非ス」といい、憲法上、明言された「大権事項」とは峻別された「大権」の観念を挙げ、「大権可能ノ広汎ナル区域アリ、一一(いちいち／引用者)列挙スルヲ許ササルハ論ナシ」⁸⁾としている点には注意が必要である。

穂積の後継者である上杉慎吉は、『憲法述義 全』⁹⁾において、天皇大権の意義を穂積よりも一層明確に非法的観念として設定している。すなわち、上杉は、「憲法ハ一切ノ事項ニ付キ、統治権ノ全範囲ニ亘リテ、之ヲ行使スルノ條規ヲ定メス、最モ広キ範囲ノ國務ハ、憲法之ヲ行フノ條規ヲ定メサルモノニ属ス、此ノ範囲ノ國務ニ就テハ、憲法之ニ依ルヘキノ條規ヲ定メサルモノナルカ故ニ、憲法制定以前ニ於ケルト同シク、天皇自由ニ之ヲ行フノ形式ヲ定ルハ性質上当然ナリ」¹⁰⁾と指摘している。さらに上杉は、天皇大権は「親裁専行」である以上、「大権ハ統治権ノ意ニ非ス」¹¹⁾と述べ、その範囲、形式も「無制限」と把握する¹²⁾。すなわち、上杉にあつては、天皇大権はもはや法概念として把握されていない。

これに対し、穂積系列に属さない¹³⁾美濃部達吉の見解は、旧憲法の自

己完結的憲法解釈を基本とするため、「大権」を法的概念として描くことに特徴がある。すなわち、そもそも美濃部は、「国家トシテ成立セル以上ハ国家ノ権力ハ必然ニ法ニ依リ制限セラレタルモノナルヲ要ス」¹⁴⁾という見方から出発し、国家と国民との支配関係性を「事実上ノ権力服従関係」から「法律上ノ権利義務ノ関係」に収斂させることを基本とする。その上で、美濃部は、大権は「国法上天皇ニ属スル所ノ権能ヲ謂フ」と定義づけ、大権を法概念として設定し、「我が国法ニ於ケル天皇ノ大権ニハ其輔弼ノ機関及行動ノ形式ノ異ナルニ依リ五種ヲ分ツコトヲ要ス」¹⁵⁾と述べる。美濃部が天皇大権として列挙した5事項は、1. 国務上の大権、2. 皇室大権、3. 統帥大権（軍令大権）、4. 祭祀大権、5. 栄典授与大権、である。ただ、これは大分類であり、国務上の大権の中に、(1) 立法ニ関スル大権、(2) 議会ノ組織及開閉ニ関スル大権、(3) 官制及任官大権、(4) 軍編成ノ大権、(5) 外交大権、(6) 戒厳宣告ノ大権、(7) 恩赦大権、(8) 植民地統治ノ大権¹⁶⁾、が含まれている。

以上の記述を踏まえて、天皇大権自体への解釈者の態度を確認しておこう。確かに、旧憲法の前文は、「国家統治ノ大権ハ朕カ之ヲ祖宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ朕及朕カ子孫ハ将来此ノ憲法ノ条章ニ循ヒ之ヲ行フコトヲ愆ラサルヘシ」と定め、旧憲法4条では、「天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ」と明示することにより、法治国家の基本線が示されていた。しかし、いわゆる旧憲法解釈の「正統派」は、天皇大権を法典としての旧憲法に根拠を置かず、「御告文」にある「皇祖皇宗ノ遺訓ヲ明徴ニシ典憲ヲ成立シ条章ヲ昭示シ内ハ以テ子孫ノ率由スル所ト為シ外ハ以テ臣民翼賛ノ道ヲ広メ永遠ニ遵行セシメ益々国家ノ丕基ヲ鞏固ニシ八洲民生ノ慶福ヲ増進スヘシ茲ニ皇室典範及憲法ヲ制定ス」という文言と「大日本帝国憲法発布ノ勅語」（明治22年〔1889〕2月11日）にある「朕国家ノ隆昌ト臣民ノ慶福トヲ以テ中心ノ欣榮トシ朕カ祖宗ニ承クルノ大権ニ依リ現在及将来ノ臣民ニ対シ此ノ不磨ノ大典ヲ宣

布ス」との文言から、天皇大権の正当性を導き出していた。すなわち、穂積／上杉は、旧憲法に明示された天皇大権事項は例示にとどまると考え、自己が想定する大権を法典としての憲法の上位に位置する「皇祖皇宗」観念から導き出し、いわば天皇大権を真空状態に置くことによって、大権を大権ならしめようと考えていた。

逆に「立憲派」¹⁷⁾は、西欧立憲君主制をモデルに天皇大権を法の形式で説明し、法の枠の中で天皇大権を理解しようと努めていた。美濃部の場合、たとえば、旧憲法31条に関し、立憲君主制下の法解釈として成立することを論じ¹⁸⁾、同規定を天皇の軍統帥権の一種としての軍令権として限定化を試みていた¹⁹⁾。この正統派と立憲派の二つの潮流は、旧憲法14条と31条に関する法解釈の相違を示すだけではなく、法解釈者の旧憲法への距離をも示している。そしてこの距離は、日本政治がファシズム化する中で、旧憲法31条の規定をめぐって再度、意識されることとなる。

三、戒厳大権の法概念

1. 戒厳令の制定

旧憲法上、国家非常事態の場合——もちろんこの概念自体に振幅の相違があるが、このことは後述する——帝国議会の関与を許さない天皇大権が三つ定められている。緊急命令大権、戒厳大権、非常大権である²⁰⁾。

緊急命令大権は、緊急勅令発布大権（8条1項）及び緊急財産処分命令大権（70条1項）の二種からなる。もっともこの二つの天皇大権に対しては、事後的に帝国議会の関与が認められている。すなわち、この大権が発せられたときは、政府は次の会期において帝国議会の「承諾」を求めなければならないと定められている。

戒厳大権に関し、旧憲法14条は、「天皇ハ戒厳ヲ宣告ス」、同2項「戒厳ノ要件及効力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」と定め、その法的内容は法律事項

とされている。では、戒厳の法令は、どのような法形式であろうか。

旧憲法制定前の1882年（明治15年）に太政官布告36号として公布され、1886年（明治19年）に勅令74号として改正²¹⁾公布された戒厳令がある。旧憲法14条2項によれば、戒厳法規は法律として定められることとなっていたが、憲法制定後、新たに立法措置がとられることはなかった。旧憲法76条にいう「法律規則命令又ハ何等ノ名称ヲ用キタルニ拘ラス此ノ憲法ニ矛盾セサル現行ノ法令ハ総テ遵由ノ効力ヲ有ス」との規定に準拠し、戒厳令がそのまま旧憲法14条の具体化法律として法的効力を継続していた。戒厳が天皇大権事項に属するとしても、帝国議会が立法者として「戒厳法律」の制定に「協賛」する機会はなく、戒厳令が旧憲法制定後も効力をもつこととなったのである。

2. 戒厳の観念と戒厳令の法内容

野村淳治によれば、戒厳とは「戦時又は事変に際し、全国又は一地方に於て秩序紊乱し（人の行為の準則、殊に法律上の規範違反の事件が大規模に発生し）、司法及び行政機関（殊に文官たる司法官及び行政官）の力に依つて最早秩序を維持すること能はざる場合に於て、軍隊の力を以て人民の自由及び財産に対して制限を加へて秩序の回復を計ることをいふ」²²⁾。

そうした意味での戒厳は、二つの法系にみられる。英米法では、マーシャルロー（Martial Law）、独仏法系では合囲法（Belagerungszustand）である。日本の戒厳令は、後者の系列に属する。というのも、日本の戒厳令は、その制定時に旧プロイセン合囲法（Gesetz über den Belagerungszustand vom 4.Juni 1851）をモデルにしており、旧憲法14条（31条の非常大権規定も含めて）も、ドイツ帝国憲法（ビルマルク憲法／1871年）68条に定める「皇帝は、連邦の領域内で公の安全が脅かされた場合には、そのすべての地域に戦争状態（Kriegszustand）の宣言をすることができる。かかる宣言の条件、公布の形式及びその効果を規律

する帝国法律が公布されるまでは、1851年6月4日のプロイセン法律の規定が適用される²³⁾との条項を参考に制定されたからである²⁴⁾。

旧憲法14条は、戒厳令を追認確認した規定であったため、特段、戒厳要件を定めていない。また旧憲法の公定的注釈書『憲法義解』²⁵⁾においても、すでにある戒厳令を前提に「恭て按ずるに、戒厳は外敵内乱の時機に臨み、常法を停止し、司法及行政の一部を挙げて之を軍事処分に委ぬる者なり。本条は戒厳の要件及効力を以て法律の定むる所とし、其の法律の條項に準拠して時に臨て之を宣告し又は其の宣告を解くは之を至尊の大権に帰したり」と記述され、戒厳内容に関する特段の注釈はない。

では、戒厳令の法構造はどのようなものであろうか。戒厳は、本来的に「非常保安の制度であつて、戦時若くは事変に方り、行政及司法の全部又は一部を軍事権力の手を移すことを云ふ」²⁶⁾と指摘されているように、戒厳令はこれに沿った法構造を完備している。戒厳令は、全16箇条の条文からなるが、ここでは重要な点を概観しておこう。

戒厳令1条は、「戒厳令ハ戦時若クハ事変ニ際シ兵備ヲ以テ全国若クハ一地方ヲ警戒スルノ法トス」と定める。すなわち、「戦時若クハ事変」のときに「兵備」を利用して「警戒」することが、戒厳の基本的意味である。戒厳令上、戒厳の種類は、二種類ある。同2条によれば、「戒厳ハ臨戦地境ト合圍地境トノ二種ニ分ツ」と定めている。臨戦地境とは「戦時若クハ事変ニ際シ警戒ス可キ地方ヲ区画」されたものをいい、合圍地境とは「敵ノ合圍若クハ攻撃其他ノ事変ニ際シ警戒ス可キ地方ヲ区画」されたものを指す。この区分は、戒厳の必要性の度合いと関連する。

戒厳の宣告は、旧憲法14条によれば、天皇の専属的権能に属する。この天皇大権による戒厳宣告が基本形であり、この正式の戒厳を「通常戒厳」あるいは「軍事戒厳」²⁷⁾という。但し、緊急性が高いときは、現地司令官に「臨時戒厳」の宣告権が付与されている。すなわち、戒厳令4条は、「戦時ニ際シ鎮台²⁸⁾ 營所要塞海軍港鎮守府海軍造船所等速カニ合圍若クハ

大日本帝国憲法における非常大権の法概念

攻撃ヲ受クル時ハ其地ノ司令官臨時戒嚴ヲ宣告スルコトヲ得又戰略上臨機ノ処分ヲ要スル時ハ出征ノ司令官之ヲ宣告スルコトヲ得」と定めている。これが戦時臨時戒嚴である²⁹⁾。また、「戦時」以外の場合で、かつ「通信断絶」状態があり、天皇に上奏できないときは、「平時土寇ヲ鎮定スル為メ臨時戒嚴ヲ要スル場合ニ於テハ其地ノ司令官速カニ上奏シテ命ヲ請フ可シ若シ時機切迫シテ通信断絶シ命ヲ請フノ道ナキ時ハ直ニ戒嚴ヲ宣告スルコトヲ得」（同5条）とされているが、これを事変臨時戒嚴という。

3. 戒嚴令適用による区分

旧憲法14条に基づく戒嚴（真正戒嚴又は軍事戒嚴ともいう）は、日清戦争及び日露戦争時に2回、7件あり、「戒嚴宣告ノ件」がそれぞれ宣告された³⁰⁾。これに対し、戒嚴令1条に定める「戒嚴令ハ戦時若クハ事変ニ際シ」の法的要件が充足されない場合にも、戒嚴令が適用されることがある。通常この戒嚴形式を「行政戒嚴」という。美濃部によれば、「戒嚴宣告ノ要件備ハラザル場合ニ於テモ国内ノ秩序紊レ兵カヲ以テテ地方ヲ警備スベキ臨時緊急ノ必要ヲ生ジタルトキハ緊急勅令ヲ以テ特ニ戒嚴令ノ一部ヲ特定ノ地域ニ施行スルコトアリ」とされ、この行政戒嚴の目的は、「治安維持ノ為ニスルモノ」にあるといわれている。この行政戒嚴の適用事例は、3回ある³¹⁾。日比谷焼き打ち事件（1905年）、関東大震災（1923年）、二・二六事件（1936年）である。

行政戒嚴は、天皇が旧憲法8条に基づき緊急勅令を発するところから始まる。すなわち、「天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議會閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス」との旧憲法8条に基づき天皇が緊急勅令を発するが、その緊急勅令の中に戒嚴令の一部条文適用を明示にすることによって、戒嚴令宣告と同一の法的効果を発生させることができる。

最初の実例である日比谷焼き打ち事件における実際の法形式では、次の

ようになっている。「東京府内ノ一定ノ地域ニ戒厳令中必要ノ規定ヲ適用スルノ件」の法名に続けて、「朕茲ニ緊急ノ必要アリト認メ枢密顧問ノ諮詢ヲ經テ帝国憲法八条ニ依リ東京府内ノ一定ノ地域ニ戒厳令中必要ノ規定ヲ適用スルノ件ヲ裁可シ之ヲ公布セシム」とする公布文があり、法文では「東京府内一定ノ地域ヲ限り別ニ勅令ノ定ムル所ニ依リ戒厳令中必要ノ規定ヲ適用スルコトヲ得」（勅令二〇五号）とされている。加えてこの勅令二〇五号に基づき「明治三十八年勅令二百五号ノ施行ニ関スル件」として勅令二〇七号が新たに発せられ、同勅令の法文では、「明治三十八年勅令二百五号ニ依リ左ノ区域ニ戒厳令第九条及第十四条ノ規定ヲ適用ス（以下、省略）」と定め、明示的に戒厳令9条及び14条³²⁾が緊急勅令として機能することが法定化されている。なお、この行政戒厳の手法及び適用条文は、その後の2回の行政戒厳においても同一である。

この緊急勅令としての行政戒厳が、通常の戒厳（真正／軍事戒厳）とは異質であることから³³⁾、行政戒厳は戒厳ではないという見解もある。すなわち、上杉慎吉は、関東大震災後、1923年（大正12年）9月2日に「一定ノ地域ニ戒厳令中必要ノ規定ヲ適用ヲ適用スルノ件」（勅令398号）に基づき「大正十二年勅令三百九十八号ノ施行ニ関スル件」（勅令三百九十九号）が発せられ、同勅令において「戒厳令第九条及第十四条ノ規定を適用ス」という法形式について、疑問を呈している。上杉によれば、この行政戒厳は、「戒厳と一般に云つて居るけれども、実は戒厳ではないのである。憲法第十四条に依る戒厳の宣告はなかつたのである。戒厳司令部と名づくる者が出来たのであるけれども戒厳の名を冠したのは、唯だ鎮戍警備するの意を示しただけであつて、憲法に定める戒厳の意では決してないのである」³⁴⁾と指摘している。

もとより、上杉の目的は、現行戒厳令の不備を指摘し、「新に戒厳法を制定するの必要」³⁵⁾を説くためにあつた。すなわち、将来の「戒厳法」には、騒擾暴動等の事変に対し、軍事戒厳と別個に一般保安のための「政治

戒厳」が新設されるべきであり、「国家の政策の遂行を妨ぐべき障害を除却する」ことが必要であるという文脈で³⁶⁾、既存の戒厳令批判が行われていた点に留意が必要である。もつともこの上杉の指摘は、経済統制法としての国家総動員法制定によって、現実化されることとなる。

四、非常大権の法概念

1. 非常大権規定の源泉

まず、旧憲法 31 条の非常大権規定と戒厳宣告規定（14 条）との法的関係性について、一瞥しておきたい。

大江の見解は——藤田説を支持した上で——旧憲法 31 条と 14 条は重複規定とする点にある。すなわち、ドイツ憲法（ビスマルク憲法/1871 年）68 条は、「皇帝は、連邦の領域内で公の安全が脅かされた場合には、そのすべての地域に戦争状態の宣言をすることができる。かかる宣言の条件、公布の形式及びその効果を規律する帝国法律が発布されるまでは、1851 年 6 月 4 日のプロイセン法律の規定が適用される」と定めていた。この規定が、旧憲法 14 条の対応条文である。一方、プロイセン合囲法³⁷⁾（1851 年 6 月 4 日）が根拠としたプロイセン憲法（1850 年）111 条は、「戦争又は暴動の場合で、公安に対する差し迫った危険があるときは、憲法第 5 条（人身の自由——引用者。以下、括弧は引用者による）、第 6 条（住居の不可侵）、第 7 条（裁判を受ける権利）、第 27 条（表現の自由）、第 28 条（刑法処罰）、第 29 条（集会の自由）及び第 36 条（内乱の鎮圧方法）は、一時的にかつ場所を限って、その効力を停止することができる。詳細は法律でこれを定める」と定めていた。この規定が旧憲法 31 条の対応条文である³⁸⁾。

大日本帝国憲法が準拠したプロイセン憲法に従えば、プロイセン憲法 111 条を模倣し、旧憲法上の「臣民権利義務」条項に制限を課し、「本章

ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」(31条)とし、その上で戒厳令の根拠規定を置くことで足りたはずである。しかし、当時の憲法制定者は、戒厳令がすでに存在していたことから、戒厳令の根拠規定を旧憲法にはめ込み(14条)、その結果、緊急時の天皇大権規定が二本立てに憲法化されることとなった³⁹⁾。すなわち、戒厳令は、統治構造における天皇大権の一種として把握され、旧憲法第1章「天皇」の条項において、天皇大権として規範化される一方、第2章「臣民権利義務」の条項では、臣民の権利制限規定として、天皇の非常大権が明文化された。おそらく「制度としての戒厳大権」と「人権制限原理としての非常大権」は、憲法制定者にとってはさほど違和感はなかったであろう。しかし、両者が発動される法的事態は、基本的には同一原因であり、そのため実際の場面では、両者は重複する可能性を孕む。この重複を旧憲法の欠点と見るか、あるいはそうまでして、大日本帝国憲法の根本義を維持しようとしたと描くかは、評価が分かれるところである。

2. 両規定の法的関係性に関する憲法解釈

旧憲法制定後、旧憲法14条と31条との法的関係性は、どのように描かれていたのであろうか。まず、事実上の政府公定解釈を示している『憲法義解』では、旧憲法14条に関して、戒厳令の根拠規定であることを明示しているほか、特段の註釈はない⁴⁰⁾。これに対し、旧憲法31条の非常大権の憲法的意義については、比喩表現を使ってまで詳細にふれている。すなわち、非常大権規定を置いた意味は、「国権は危機の時機に際し国家及国民を救済して其の存立を保全する為に唯一の必要方法ありと認むるときは、断じて法律及臣民権利の一部を犠牲にして以て其の最大目的を達せざるべからず。此れ乃元首の権利なるのみならず、亦其の最大義務たり。国家にして若此の非常権なかりせば国権は非常の時機に際りて其の職を盡すに由なからむとする」⁴¹⁾点にあるという。すなわち、非常権を予め憲法

典に導入することによって、「危機の時機」に対応する天皇大権の法制度化を目指していたといえる。

この見解は、穂積においても承認されているが、しかし、穂積の場合は——大江が指摘しているように⁴²⁾——旧憲法 31 条が、「戒厳の宣告」を超えた事態に関する規定と捉えつつも、天皇が非常大権を施行する実質的意義を見いだしてはいない。穂積によれば、「非常ノ場合ニ於テ非常ノ権力ヲ以テ国家ノ独立存立ヲ維持遊バサルル憲法上ノ御責任ガアルト申シテモ宣イ位ノコト」と捉え、「国ヲ治ムル人ノ徳義ニ存スルノデゴザリマス」⁴³⁾と述べ、天皇統治のいわば訓示的規範として把握している節がある。

他方、上杉は非常大権を「戒厳の宣告」とは異質な法的大権であることを指摘している。すなわち、「天皇ハ必要ニ応シ、憲法ノ自由権ノ規定ニ拘ハラズ、法律ニ依ルコトナク、又ハ一定ノ条件ニ考慮スルコトナク、之ヲ制限スルコトヲ得、自由権ニ関スル法律ノ規定モ、亦之ヲ停止スルコトヲ得ルモノト為セルナリ、非常大権ノ施行ハ戒厳ト異レリ、戒厳ノ場合ノ如ク、司法行政ノ権ヲ軍衙ノ手ニ移スニ非ス、直ニ自由権ニ拘ハラサルノ大権ノ行動アルコトヲ得ルナリ」⁴⁴⁾として、天皇主導による自由権包括制限条項が天皇大権規定の意味であると把握している。

美濃部も、非常大権規定への対応に苦慮している。旧憲法 31 条が定める「戦時又ハ国家事変ノ場合」に認められる天皇大権に関し、後者の「国家事変」を「内乱」に限定し、非常大権は、「政務に関する天皇の大権に属するものではなく、陸海軍の大元帥としての天皇の大権に属する」⁴⁵⁾と把握する。また「本条の規定は、戦争又は内乱に際し軍隊を動かす場合には、軍隊の活動の為に必要なる限度に於いて、大元帥としての天皇の命令に依り又は天皇の委任に基く軍司令官の命令に依り、法律に依らずして人民の自由及び財産を侵害し得べきことを定め」た点にあり、「本条は、軍隊統治の制を認めたものに外ならぬ」⁴⁶⁾と述べている。そうした解釈の意図は、旧憲法 14 条の「戒厳の宣告」規定との重複規定であることを避け、

「戒厳の宣告せられた場合の外に、尚大本營の命令に依つても一般人民に対し軍事上必要なる命令を為し得る」⁴⁷⁾点にある。

これに対し、佐々木惣一は、非常大権規定に独自の意味を付与している。佐々木も美濃部同様、「国家事変」を「内乱アル場合」⁴⁸⁾に限定し、「戦時又ハ国家事変ノ場合」には、「帝国憲法所定ノ臣民ノ権利義務ノ条項ニ拘束セラル、コトナク、大権ヲ以テ、臣民ノ行為ヲ規定」⁴⁹⁾することができるかと捉えている。

ただ佐々木は、美濃部と異なり、非常大権は、戒厳とは異質な天皇大権と捉えている。佐々木は次のようにいう。「非常大権ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ処スル非常手段ナリ。而モ其ノ唯一ノモノニ非ズ。戒厳モ亦戦時又ハ国家事変ノ場合ニ処スル一ノ手段ナリ。然レドモ帝国憲法ハ第十四条ニ於テ、前記非常大権以外、別ニ戒厳ノ事ヲ定メ、且戒厳ノ要件及ビ効力ハ法律ヲ以テ定メラル、コト、セリ。然レバ前記非常大権ハ戒厳ノ場合ノ大権ニ非ズ。又之ヲ含ムモノニ非ズ」⁵⁰⁾。つまり、佐々木は、非常大権を戒厳の延長線上には描かず、「国家ノ存立」が危殆に遭遇したときに、「武力ヲ用キルコト以外ニ種々ノ必要ナル処置」⁵¹⁾も憲法第2章に対する制限として機能する点に着目している⁵²⁾。

両学説は、非常大権規定を戒厳大権規定と重複してみるか、あるいは非常大権規定を独自の規定とみるかに相違はあるが、非常大権規定の発動要件としての「戦時又は国家事変」——特に「国家事変」に関して——限定解釈を加えている点では共通している。また、非常大権の効果が、憲法第2章に掲げる「臣民ノ権利」の制限だけに及ぶことも共通している。しかし、このある意味「正常な」憲法学説は、ドイツファシズム法学を積極的に受容した学者によって、転換させられていく。

3. ファシズム国家実現手段としての非常大権規定

ドイツでは、1933年1月30日のヒットラー政権成立後、ナチス独裁

大日本帝国憲法における非常大権の法概念

のための諸立法が制定され続けた⁵³⁾。その一方、ファシズム法理論を構築した C. シュミットの理論が 1930 年代の日本ファシズムの時代に紹介されていた。その中で、日本においてもこの状況に呼応し、旧憲法 31 条の非常大権規定に独自の意味を与える見解が登場した。これを主導したのが、黒田覚である。

黒田は、その体系書『日本憲法論 中』⁵⁴⁾ (1937 年) において、次のような新見解を表明した。「第三条の規定によつて戦時又は国家事変を契機として発生する一切の危機を克服するための諸手段がとられ得るのであり、この目的のために憲法第二章中の自由権に関する規定の停止せられることがあり得ると云ふことになる。唯かような第三条の規定が発動し得るためには、『非常状態』に関する帝国憲法上の他の規定の示す諸手段によつては克服し得ない高度の危機を前提とするものであることは明記されなければならない」⁵⁵⁾。また旧憲法 31 条の規定に関しては、同条項が「国家の存立のための最後の手段として存するものと見る」限り、法の定立が、包括的に行政権に移行し、「第二章の立法事項と直接の関連に立つ限りに於ける第二章以外の立法事項の規定の侵害」⁵⁶⁾ が可能であると結論づけていた。

黒田のこの見解は、「国家総動員法と非常大権」⁵⁷⁾ において、さらにファシズム法理論として「成熟」していく。すなわち、黒田は佐々木説を継受し、非常大権規定が、臣民に対する処分権のみならず、法規定立行為を含むと解し、「非常大権の発動によつて、獨り憲法第二章の自由の保障が停止せられるのみではなく、第二章の立法事項が非常大権に移管せられる」⁵⁸⁾ ことを前提に、同規定が、国家総動員法が想定している以上の「非常的状态」における「国家的危機を克服するための最後の手段」⁵⁹⁾ としての天皇大権であることを主張している。

この黒田の言説は——国家総動員法 (1938 年) が、『「正常的状态」における帝国憲法の構造の上に築かれ」、「戦時法の体系を確立」させるもの

であり、「戦時（戦争ニ準ズベキ事変ノ場合ヲ含ム）」（同法1条）における勅令の根拠法律であり、憲法上、合憲とする文脈において⁶⁰⁾——天皇の究極的非常大権が、憲法上の「非常的状态」に対応する規定として、天皇の意思に留保され続けることを論証するためであった。

この黒田の主張は、直ちに大きな反論を受けることになる。尾高朝雄は、黒田が旧憲法31条が旧憲法第2章の制限だけを規定しているにもかかわらず、それ以外の条文をも非常大権規定によって制限できるという主張に対し、「さような解釈は、ひるがえつて憲法第31条を『侵害』する」⁶¹⁾と指摘したうえで、黒田解釈の手法自体に対しては、「解釈によつて法を活かす傍ら、解釈によつて法を『侵害』することを許すのは、法の破碎への一歩の接近である」⁶²⁾と批判した⁶³⁾。

もちろん黒田の非常大権規定の解釈には、黒田自身一定の限界を設定している。旧憲法時代の理解によれば、国家緊急権（Staatsnotrecht）は、「成文憲法の一切の規定を国家の存立を救うために無視しうる」⁶⁴⁾観念として描かれていたが、非常大権は、かかる意味での「国家緊急権」とは異質であるという。というのも、黒田には、シュミット流の制度体（的）保障論が前提とされていたからである。すなわち、黒田は「非常大権はそれ自体憲法的に規定された法的制度（Rechtsinstitut）である」と述べ、非常大権規定がよつて立つ旧憲法自体を崩壊せしめる国家緊急権は、解釈上、認められないと判断したからであろう。

しかし、黒田の非常大権規定の解釈は、この規定さえ用いれば、法律の規定なしに、憲法第2章の臣民の自由・権利制限が可能であり、その制限を課す立法事項が天皇大権に移行し、しかも第2章に直接関連する事項のみならず、憲法第2章以外の領域も大権に服するのであるから、天皇の非常大権は、戦時・国家事変の場合には、いわば無限規定として機能する。そこでは、非常大権と国家緊急権との相違は——その行使者が天皇以外に存在しないことが約束された上で——全ての国家措置が、単に旧憲

法 31 条に根拠を置くか否かの法的言葉遊びにならざるを得ない。黒田寛をしてシュミットの「二番煎じ」⁶⁵⁾ と呼ばれる所以は、正にそこにある⁶⁶⁾。

4. 国家総動員法との関連

国家総動員法（1938 年〔昭和 13 年〕4 月 1 日公布）⁶⁷⁾ は、立法権を行政権に移譲した授権法である。この授権対象法規は、勅令のほか、閣令など広汎に及ぶ。国家総動員法 1 条は、「本法ニ於テ国家総動員トハ戦時（戦争ニ準ズベキ事変ノ場合ヲ含ム以下之ニ同ジ）ニ際シ国防目的達成ノ為国ノ全力ヲ最モ有効ニ發揮セシムル様人的及物的資源ヲ統制運用スルヲ謂フ」と定め、同 4 条以下では「政府ハ戦時ニ際シ国家総動員上必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ」人的・物的制限を課す構造となっている。もちろんこの勅令に基づきさらに授権関係性が成立するため、行政機関による立法作用の行使が可能となった。国家総動員法制定後、1943 年末までには、80 本の勅令が制定され、勅令に基づいて数多の行政立法が発せられ続けた⁶⁸⁾。

国家総動員法と非常大権について、ここでは法理上の問題点だけを指摘しておこう。黒田は、帝国憲法の状態を「正常的状态」と「非常的状态」に区分し、国家総動員法は、後者に属し、「正常的状态に関する諸規定の上に築かれた他の法体系とは全然別個の地位」、すなわち、「戦時法体系としての別個の地位」⁶⁹⁾ に立つと説明する。その上で、国家総動員法が発動する場合には、「この法律及びその委任にもとづく勅令は、他の法律適用上優先する」⁷⁰⁾ と結論づける。もちろんこの結論の目的は、既存法秩序を国家総動員法に基づく勅令によって、「実質的には立法権の行政への移管」⁷¹⁾、すなわち、勅令による法律事項の制定のみならず、新規勅令による既存法律の改廃にある。

この黒田の独自の見解に対しては、次の大石の批判が適切である。「国家総動員法に基く委任命令それ自身は勅令であるが、本来法律でなければ

規定することを得ない事項を規定し得る、ということであって、決して、国家総動員法に基く委任命令たる勅令の効力は他の法律の効力よりも強いということではない。委任命令の規定事項が立法事項であるといふことゝ委任命令の法律に対する効力といふことゝは全く別のことである⁷²⁾。「委任命令が他の法律に優先するなどいふが如きことは、委任命令する法律の如何に拘らず、我憲法の法理としては全く誤である」⁷³⁾。

おそらく黒田には、ナチス政権の下で制定された授權法 (Ermächtigungsgesetz.1933年3月24日) の制定が頭にあつたのであろう。本法は、ライヒ法律制定権限をヴァイマル憲法に定める手続きの外に、ライヒ政府に付与することを定めていた (同法1条)。しかし、本法の実質的意味は、この授權法が、憲法改正法律として制定された点にある (ヴァイマル憲法76条)。すなわち、ヴァイマル憲法の外に、いわばナチス暫定憲法 (Vörläufiger Verfassung) が存在するという二元型憲法体系が構築され、後者によって前者を浸食し尽くす点にこそ、授權法の最大目的があつた。黒田の場合、旧憲法の頂点に天皇が位置し、天皇が各種大権の保持者であり、「戦時又は国家事変」において非常大権を行使する存在であるため、ナチス授權法のような憲法改正法律とその効力を国家総動員法に描く必要はなかつた。黒田にとって、旧憲法の第2章の「臣民権利義務」条項と旧憲法5条の「帝国議会ノ協賛」規定が、「戦時 (戦争ニ準ズベキ事変) ノ場合」には、障碍となる規定であり、この両規定を空洞化することによって、また旧憲法の「非常の状態」を常態化させ、軍事政府の命令を勅令形式に転換することを通じて、外見的立憲主義的憲法としての旧憲法の実質的転換を意図していた。

五、小結

これまで旧憲法から国家総動員法制定時まで時間軸に沿いながら、各憲

法学説を通観してきた。天皇大権を天皇主権の存在根拠とする点においては、各学説に大きな相違はない。旧憲法 31 条の非常大権についても、穂積・上杉説にせよ、美濃部あるいは佐々木説にせよ——説明の仕方は異なるが——本条が旧憲法 14 条の戒厳大権以上の「戦時・国家事変」に対応した規定であり、究極的な天皇大権とみる点では一致している。また、上杉説においても、非常大権が発動される場合には、同条が自由権包括制限条項として機能することを認めているが、この点についても、立憲学派に大きな差はない。ファシズム法学説としての黒田が、非常大権の発動時に旧憲法第 2 章以外の領域にまで制限が及ぶとする奇異な見解を表明しているだけである。

では、なぜ、非常大権規定について、憲法学説は、大方の一致をみているのであろうか。私見によれば、非常大権規定の曖昧性がその一因と思われる。藤田によって、戒厳大権規定と非常大権規定は重複規定であることが指摘されているように、戒厳宣告の場面と非常大権の想定している場面が、峻別しきれないところに原因がある。美濃部立憲学派を継受した宮沢俊義は、非常大権発動について「『戦時又は国家事変』ならば常にその発動が許されているわけではない」と指摘し、緊急勅令（8 条・70 条）、戒厳（14 条）の適用がまず考えられると述べている。その上で「『戦時又は国家事変』に際しても、それらの手段で間に合ふ場合はそれらによるを要し、それらを以てしても十分でないといふ場合にはじめて非常大権が発動すると解すべきであらう」⁷⁴⁾ という言説にみられるように、非常大権の発動場面は、既存実定法の想定領域を超えるような国家危機を想定していた。

そうすると、非常大権想定領域と国家緊急権発動との相違は何かという別の問題が、新たに発生する。もともと、旧憲法時代において憲法学説が定義していた国家緊急権は、「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」⁷⁵⁾ 法概念であった。黒田が非常大権の拡大化を目指したものの、「成文憲法の一切の規定を国

家の存立を救うために無視しうるところのいわゆる国家緊急権 (Staatsnotrecht) の観念」を旧憲法に導入することに慎重であったのは、国家緊急権が旧憲法の「法的組織 (Rechtsinstitut)」ではないからである。

おそらく旧憲法時代に理解された「法を破る権力を法とする」国家緊急権は、両義性をもつが故に、否定的に理解されたのであろう。一つは、尾高が描くように、欽定憲法である大日本帝国憲法の保護のために、旧憲法下の「いかなる政治も『政治の矩』を破ることは許されない⁷⁶⁾」という護憲の論理である。その背後には、国家緊急権は、欽定憲法典としての旧憲法の外にある「法外の論理」と順接することへの危機感がある。もう一つの理由は、国家緊急権の主体性が、天皇ではなく別の組織体——軍部あるいは軍部によって擁立される皇族勢力、さらには極端な場合には、「臣民」たる被支配層——が主張したとき、天皇主権を根本とする大日本帝国憲法自体が攻撃対象となり得る論理を内包していたからである。国家緊急権は、旧憲法における「天皇大権としての非常大権」すらも超越する法理を含んでいたからである⁷⁷⁾。

では、国家緊急権の前の段階にある旧憲法 31 条に立脚する非常大権とは一体、何であったのであろうか。ヒントは、敗戦後、大日本帝国憲法改正に関する「美濃部意見書」(1945年11月8日)にあるように思われる。美濃部は天皇大権の修正に関し、「第三 天皇ノ大権」の部分において、天皇の独立命令の廃止のほか、「第三十一条 (非常大権規定——引用者) 削除」と記述している⁷⁸⁾。加えて、別の論文では「憲法三十一条の所謂非常大権は、その意味が甚だ不明瞭で、種々の誤解の原因ともなっており、これは削除せられるのを当然となすべきであろう⁷⁹⁾」とも語っている。非常大権規定は、少なくとも立憲学派にとって、立憲的に解釈不能の規定であり、もつといえは「法としての憲法」により封鎖しきれぬ代物ではなかった。それゆえ、天皇大権としての非常大権は、法制度上、調整不可能性を内在化していたと評しうる⁸⁰⁾。

唯一、非常大権規定が発動されても不思議ではない事態は、敗戦の時であつたろう。しかし、第2次世界大戦敗戦という国難の時代にあつても、「大東亜戦争終結ノ詔書」(1945年8月14日)⁸¹⁾、降伏文書署名時における「降伏文書ノ誓約履行ノ詔書」(1945年9月2日)は、旧公式令1条⁸²⁾による天皇大権事項の範囲内に収まり、非常大権が表に出る余地はなかつた。結論的にいえば、旧憲法31条における非常大権は、旧憲法制定時における過誤から導入され、敗戦という国難においてさえも、非常法としての形式的及び実質的機能を果たし得ない無用の憲法規範であつたのである。

【追記】

宮崎良夫教授より、旧憲法時代の蔵書の寄贈を受けた。旧憲法について勉強を始めた時機と重なり、私にとって幸福なプレゼントであつた。本稿が、先生の学恩に、いささかでもお応えできればと念じている。また、同僚である久保健助教授より旧憲法時代の重要な著作・資料をお借りすることができた。茲に改めて御礼申し上げたい。尚、本稿は、科学研究費基盤研究(A)「二院制に関する動態論と規範論の交差的研究」(25245005)及び2014年度個人研究助成費の成果の一部である。

註

- 1) 大江志乃夫『戒嚴令』(1978年、岩波新書)
- 2) 同上・79頁。大江は藤田嗣雄の説を支持している。藤田は、「戒嚴の法律的意義が憲法草案の起草者たちによって、十分に把握されなかつた」結果、旧憲法14条と同31条の「反復規定」が発生したと指摘している。藤田嗣雄『明治軍制(一)』(1951年、限定刊行)255頁参照。なお、藤田の業績略歴等は、同『欧米の軍制に関する研究』(1991年、信山社)621-

- 631 頁に掲載されている。
- 3) 小林直樹『国家緊急権』（1979年、学陽書房）140頁。
 - 4) 穂積八束『憲法提要 下巻』（1915年、有斐閣）。本稿では大正4年第5版（1915年）を利用した。
 - 5) 同上・631頁。
 - 6) 同上・657頁。なお、本稿ではすべて旧字を新字に改めている。
 - 7) 同上・668頁。
 - 8) 同上・668-669頁。
 - 9) 上杉慎吉『〔増訂改訂〕新稿 憲法述義 全』（1926年、有斐閣）。本稿では大正15年第5版（1926年）を利用した。
 - 10) 同上・610頁。なお、旧字を新字に改めた。
 - 11) 同上・612-613頁。
 - 12) 同上・611頁。
 - 13) 国立国会図書館『憲法資料展示会目録』（1951年）の附録/各種図表『大日本帝国憲法解釈論系統図』（制作/小島和司）が、旧憲法時代の憲法研究者の立場を知るのに有益である。
 - 14) 美濃部達吉『憲法撮要』（1927年、有斐閣）31頁。本稿では昭和2年〔訂正4版第6刷（1927年）〕を利用した。なお、旧字を新字に改めた。
 - 15) 同上・209頁。
 - 16) 同上・214-216頁参照。
 - 17) （註13）の「附録」『大日本帝国憲法解釈論系統図』によれば、立憲派の創者として、高田早苗、有賀長雄、一木喜徳郎の3名があげられている。
 - 18) 美濃部・前掲書・184頁。
 - 19) 同上・576頁。
 - 20) 大石義雄「帝国憲法の非常大権を論ず」『公法雑誌』1巻11号（1935年）19頁参照。
 - 21) 改正箇所は、戒厳令6条である。勅令の原文では、「六條中『要塞司令官』ノ下『警備隊司令官若クハ分隊隊長』ノ一三字ヲ加シ」となっている。
 - 22) 野村淳治「戒厳」末弘厳太郎 田中耕太郎責任編集『法律學辞典 第四巻』（1934年、岩波書店）157頁。
 - 23) 法文の訳文は、高田敏・初宿正典『ドイツ憲法集〔第5版〕』（2007年、信山社）を参照した。

- 24) 鶴飼信成『戒嚴令概説』(1944年、有斐閣)23-24頁参照。
- 25) 伊藤博文著 宮沢俊義校註『憲法義解』(1940年、岩波書店)41-42頁。
本稿では、この岩波文庫版を利用した。
- 26) 上杉慎吉「戒嚴に就て」『法学協会雑誌』第41巻10号(1923年)95頁。
- 27) 美濃部・前掲書・579頁。
- 28) 「鎮台」の用語は、鎮台條令によるが、これは明治21年勅令27号師團司令部條令により廃止された(明治21年〔1888年〕5月12日)。よって戒嚴令中「鎮台」は、師團司令部の意である。また「営所」は、「旅団司令部」の意である。鶴飼・前掲書・62頁以下参照。
- 29) 同上・60頁。
- 30) 北博昭『戒嚴』(2010年、朝日新聞出版)44頁参照。戒嚴宣告の勅令文は、鶴飼・前掲書・181頁以下に掲載されている。第1回目の「戒嚴宣告ノ件」の公布文は、次の通りである。「朕帝國憲法第十四條ニ依リ枢密顧問ノ諮詢ヲ經テ戒嚴宣告ノ件ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム」。
- 31) 北・同上・47頁参照。
- 32) 戒嚴令9条は、「臨戰地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ノ軍事ニ關係アル事件ヲ限リ其地ノ司令官ニ管掌ノ權ヲ委スル者トス故ニ地方官地方裁判官及ヒ檢察官ハ其戒嚴ノ布告若クハ宣告アル時ハ速カニ該司令官ニ就テ其指揮ヲ請フ可シ」と定める。同14条は、「戒嚴地境内於テハ司令官左ニ記列ノ諸件ヲ執行スルノ權ヲ有ス但其執行ヨリ生スル損害ハ要償スルコトヲ得ス」、「第一 集会若クハ新聞雜誌廣告等ノ時勢ニ妨害アリト認ムル者ヲ停止スルコト」、「第二 軍需ニ供ス可キ民有ノ諸物品ヲ調査シ又ハ時機ニ依リ其輸出ヲ禁止スルコト」、「第三 銃砲彈藥兵器火具其他危險ニ渉ル諸物品ヲ所有スル者アル時ハ之ヲ検査シ時機ニ依リ押収スルコト」、「第四 郵便電報ヲ開緘シ出入ノ船舶及ヒ諸物品ヲ検査シ並ニ陸海通路ヲ停止スルコト」、「第五 戰狀ニ依リ止ムヲ得サル場合ニ於テハ人民ノ動産不動産ヲ破壊燬燒スルコト」、「第六 合圍地境内ニ於テハ昼夜ノ別ナク人民ノ家屋建造物船舶中ニ立入り検査スルコト」、「第七 合圍地境内ニ寄宿スル者アル時ハ時機ニ依リ其地ヲ退去セシムルコト」と定める。
- 33) 野村・前掲論文(註22)・2276頁参照。
- 34) 上杉・前掲論文(註26)・98頁。
- 35) 同上・102頁。

- 36) 同上・103頁以下に「戒厳法」の趣旨説明が記述されている。
- 37) プロイセンの戒厳令（合囲事態法）については、長利一「ドイツ合囲事態（belagerungszustand）法制研究（1-2）」『法學論叢』第123巻5号（1988年）68頁以下／同第124巻1号（1988年）40頁以下がある。特に同（2）の55-58頁に合囲事態法の訳文が掲載されている。この合囲事態法が、日本の戒厳令の手本となった。
- 38) 大江・前掲書・78-79頁参照。
- 39) プロイセン憲法63条は、「公安の維持あるいは異常な緊急状態の排除が差し迫って必要な場合にのみ、議会が召集されていない限りにおいて、大臣全体の責任において、憲法に違反しない命令が法律の効力をもって公布される。ただしこの命令は、議会の直近の会議に、承認のためにただちに提出されなければならない」と定めていた。憲法制定時、井上毅とロエスレルとの問答においては、プロイセン憲法63条と同111条との関係性が問題とされた。ロエスレルは、緊急時において、議会の関与の有無が重要な指標であることを指摘した。その一方、旧憲法14条と31条との関係性については、不明確なままである。この点については、稲田正次『明治憲法成立史 下巻』（1962年、有斐閣）317-320頁参照。
- 40) 伊藤博文著 宮沢俊義校註『憲法義解』（1940年、岩波書店）41-42頁。
- 41) 同上・63頁。
- 42) 大江・前掲書・73-74頁参照。
- 43) 穂積八束『皇族講話会に於ける帝国憲法講義 前編』（1912年、協同会）303頁。なお、本書は、明治34年から35年（1901-1902年）にかけて、穂積が皇族相手に進講した内容がまとめられてものとされている。
- 44) 上杉・前掲書（註9）・634頁。
- 45) 美濃部達吉『逐條 憲法精義』（1934年、有斐閣）416頁。ここでは、1934年（昭和9年初版第10刷）を利用した。
- 46) 同上・417頁。
- 47) 同上・417-418頁。宮沢俊義も、非常大権規定を戒厳及び緊急勅令の定めとの関係で、戒厳等の規定を「以てしても十分ではないという場合にはじめて非常大権が発動すると解すべきであろう」と指摘し、非常大権が戒厳の宣告と相関関係性をもつことを指摘している。宮沢俊義『憲法略説』（1942年、岩波書店）70頁。

- 48) 佐々木惣一『日本憲法要論』(1930年、金刺芳流堂)262頁。佐々木は、「天変地異、悪疫流行、経済的混乱、社会的闘争等ノ場合ハ国家事変ノ場合ニ非ズ」と述べる。
- 49) 同上。
- 50) 同上・263頁。
- 51) 同上。
- 52) 戦後、いわゆる近衛ルートによる憲法改正の調査において、佐々木(内大臣府御用掛)は「帝国憲法改正ノ必要」(1945年11月23日)を奉答した。いわゆる佐々木案では、非常大権規定について「所謂非常大権ノ発動ニ付テモ帝国議会ノ参与アルコトヲ新ニ定ム」とされ、非常大権規定を残存させている。これは、後述するように美濃部が「削除」を述べた立場とは異なる。この点からも、佐々木が非常大権に独自の意味合いをもたせたことが窺い知れる。いわゆる佐々木案の原文は、芦部信喜ほか編著『日本立法資料全集 日本国憲法制定資料全集(1)』(1997年、信山社)69頁による。
- 53) ナチス時代の立法については、Hrsg. Ingo von Münch, Gesetz des NS-Staates, 3. Aufl., 1994. が便利である。
- 54) 黒田覚『日本憲法論 中』(1937年、弘文堂書房)。同『日本憲法論 上』(1937年)の「はしがき」において、黒田は「この日本国家の特殊性を、その特殊性の故に、あらゆる一般性から遊離せられた個別性として示すことを避け、その特殊性を一般性によって裏づけることによって、一般国家学的乃至一般国法的基礎の上に、その特殊性を解明しようと試みた」と述べている。しかし、黒田は、帝国憲法をもっぱらナチス憲法論的に再構成することを意図していた。黒田にみる社会科学における批判的認識力の欠如をして、同書が成り立っているといっても過言ではない。黒田批判については、小林直樹「日本におけるドイツ公法学の影響」鈴木禄弥ほか編『概観ドイツ法』(1971年、東京大学出版会)34-35頁参照。
- 55) 同上・375頁。
- 56) 同上・371頁。
- 57) 黒田覚「国家総動員法と非常大権」『法学論叢』38巻6号(1938年)。なお、同論文は同『国防国家の理論』(1941年、弘文堂書房)151-190頁に所収されている。ここでは、同書から引用する。

- 58) 同上・187頁。
- 59) 同上・190頁。
- 60) 同上・177頁。
- 61) 尾高朝雄「国家緊急権の問題」『法学協会雑誌』62巻9号(1944年)927頁。
- 62) 同上。
- 63) 黒田批判の論文として、森順次「非常大権に就ての一考察」『公法雑誌』第4巻12号(1938年)16-38頁、大石義雄「非常大権に関する憲法学説の一例(一)、(二完)」『公法雑誌』第5巻2号(1939年)17-34頁、同第5巻3号(1939年)14-35頁がある。
- 64) 黒田・前掲書・188頁。
- 65) 長谷川正安「憲法(戦前)」『ジュリスト/400号記念特集 学説百年史』(1968年)22頁。
- 66) 黒田の見解は、シュミットの『大統領の独裁』に起因する。邦訳として、田中浩・原田武雄訳『大統領の独裁』(1974年、未来社)7-92頁所収がある。
- 67) 国家総動員法の内容は、経済統制立法である。国家の人的・物的資源を戦争に「有効」に活用するために制定された。ファシズム法の特質としての国民の政治的自由制限を主目的とはしていない。本法が、政治的自由権の規制立法でないのは、すでに個別立法が市民的自由規制立法として機能し、旧憲法第2章の「臣民権利義務」規定が形骸化していたからである。国家総動員法の運用に関し、「私有財産制の否定」という批判があったのは、そのことを表している。この点については、古川隆久『昭和戦中期の議会と行政』(2005年、吉川弘文館)47頁以下の記述が参考になる。また、「経済の統制に関して非常大権の原始的意義が拡大されたことが」国家総動員法の意味であるという指摘がある。この点については、田上穰治「非常大権について」『国家学会雑誌』56巻11号(1942年)64頁参照。
- 68) この値は、1943年末までであり、『国家総動員法1-5巻』(1989年、日本図書センター)によった。ただし、同書「はしがき」によれば、「国家総動員法及戦時緊急措置法廃止法律(1945年〔昭和20年〕)までの国家総動員法関連法規の正確な法令数は、不明とのことである。また、大江志乃夫

- 『統帥権』（1983年、日本評論社）199頁以下参照。
- 69) 黒田・前掲書（註57）157頁。
- 70) 同上。
- 71) 同上。
- 72) 大石義雄「非常大権に関する憲法学説の一例（一）」、『公法雑誌』第5巻2号（1939年）34頁。
- 73) 同上。
- 74) 宮沢俊義『憲法略説』（1942年、岩波書店）70頁。宮沢は続けて、非常大権規定につき「その法律的内容如何については問題が多い」と述べ、非常大権規定の実際の意味については、その答えを留保している。
- 75) 尾高・前掲論文（註61）893頁。
- 76) 同上・930頁
- 77) この点について、シュミットの国家緊急権の言説が説得的である。シュミットは、ヴァイマル憲法の非常事態法制と国家緊急権とを識別している。国家緊急権は、「ライヒ大統領に対して行使される」理論的可能性をもつが故に、国家緊急権を正当化することはできないと指摘している。田中浩・原田武雄訳『大統領の独裁』（1974年、未来社）46-49頁参照。原文は、C. Schmitt, Die Diktatur, 7. Aufl., 2006, S. 233. おそらく、旧憲法時代に国家緊急権が否定的に理解され、また黒田さえも非常大権は国家緊急権と区別されるべきだとしたのは、国家緊急権を理論的に承認することは、旧憲法の「欠缺」を認めることと連関するからであろう。
- 78) 「美濃部意見書」については、高見勝利編『美濃部達吉著作集』（2007年、慈学社）194頁を利用した。
- 79) 美濃部達吉「民主主義と憲法」高見・同上所収・222頁。
- 80) 憲法問題調査会における宮沢俊義委員による「大日本帝国憲法改正案」では、「第三条 削除」とされ、また清宮四郎委員「大日本帝国憲法改正試案」でも、「第三条及第二条 削除」とされた。出典は、芦部信喜ほか編著『日本立法資料全集 日本国憲法制定資料全集（1）』（1997年、信山社）167-173頁による。同委員会において、非常大権規定削除は、「多数」のようである。「憲法問題調査委員会第三回総会議事」（1945年11月14日）によれば、第31条に関して、「内容が明確デナク且ツ大低（抵）ノコトハ緊

急勅令デアリ得ルシ或場合ニ於テハ却ツテ三一条ノ方ガ狭クナルコトモアル。従ツテ此ノ条文モ戒嚴ト共ニ削除シタ方ガヨイ」と報告されている。引用は、同 340 頁。

- 81) 「大東亜戦争」の呼称は、1941 年（昭和 16 年）12 月 10 日の大本営政府連絡会議による「今次戦争ノ呼称並ニ平戦時ノ分界時期ニ関スル件」において決定され、同 12 日閣議決定された。なお、決定文書は、次の通りである。「一、今次ノ対米英戦争及今後情勢ノ推移ニ伴ヒ生起スルコトアルヘキ戦争ハ支那事変ヲモ含メ大東亜戦争ト呼称ス 二、給与、刑法ノ適用等ニ関スル平時、戦時ノ分界時期ハ昭和十六年十二月八日午前一時三十分トス」。この点については、庄治潤一郎「日本における戦争呼称に関する問題の一考察」『防衛研究所紀要』（13 卷 3 号 2011 年）44-45 頁参照。
- 82) 旧公式令 1 条は、次のように定めていた。「皇室ノ大事ヲ宣誥シ及大権ノ施行ニ関スル勅旨ヲ宣誥スルハ別段ノ形式ニ依ルモノヲ除クノ外詔書ヲ以テス」、同 2 項「詔書ニハ親署ノ後御璽ヲ鈐シ其ノ皇室ノ大事ニ関スルモノニハ宮内大臣年月日ヲ記入シ内閣総理大臣ト俱ニ之ニ副署ス其ノ大権ノ施行ニ関スルモノニハ内閣総理大臣年月日ヲ記入シ之ニ副署シ又ハ他ノ國務各大臣ト俱ニ之ニ副署ス」。