

東邦大学学術リポジトリ



OPAC

東邦大学メディアセンター

タイトル	明治憲法体制下の緊急権 戒厳と非常大権 緊急権に関する日独の比較近代憲法史
作成者(著者)	長,利一
公開者	東邦大学
発行日	2017.02
ISSN	03877566
掲載情報	東邦大学教養紀要. 48. p.21-73.
資料種別	学術雑誌論文
著者版フラグ	publisher
JaLCOI	info:doi/10.14994/toho.liberal.arts.rev.48.21
メタデータのURL	https://mylibrary.toho-u.ac.jp/webopac/TD31244514

明治憲法体制下の緊急権——戒厳と非常大権 —— 緊急権に関する日独の比較近代憲法史 ——

長 利 一

Das Notrecht unter dem Meiji-Verfassungssystem

Toshikazu TYOU

序論

(1) 緊急権法制研究をめぐる方法論——歴史学と憲法学

「緊急権」の「歴史」は、緊急権が憲法学の対象であると同時に歴史学のそれでもあるから¹、憲法学と歴史学が交錯する場面——それは、いわば歴史(学)的「憲法学」であり、且つ憲法学的「歴史学」であるような両者の交錯場面である。憲法上の緊急権(ここでは明治憲法体制下の戒厳/非常大権)の歴史を論ずるうえで²、それが一方で憲法学的概念であることから、他方でまたそれが歴史的に形成されたことから、同じ対象への接近方法として歴史(学)的方法と憲法学的方法の総合を必要とする領域である。どちらか一方が欠けても対象の全体像を掴むには十全のものとはいえない。そこで、緊急権の全体像を結ぶには、歴史学と法学の両方を総合した社会科学的方法論が求められる。しかるに、これまで歴史的に、大日本帝国憲法(以下、明治憲法と称する)制定以来一般に実定規定の解釈法学(法実証主義)³を中心に学問形成がなされてきた日本のアカデミズム憲法学において緊急権の憲法史(歴史的「憲法学」+憲法的「歴史学」としての緊急権論)は未だ解明されていない課題として残されている(例えば、美濃部憲法学にみられるように、「法の認識」と法解釈という法実践活動の未分離の指摘)。また一方で、戦後「社会科学としての憲法学」という問題提起⁴にもかかわらず、憲法学と歴史学とのフォーマルな学問的交流も十分に行われてきたとはいえない事情からみても、緊急権の歴史的解明は容易ではない。またそのうえ、明治憲法体制下の緊急権を歴史的に検討する場合、日本史学における、「近代日本」をどうみるかという歴史観をめぐる論争内容(マルクス主義的立場に立つ60年代までの戦後主流日本史学から⁵、70年代以降の相対主義的な「歴史構成主義」⁶の台頭とこれに対する批判的立場⁷に至る論争⁸)に、憲法学の立場からどこまで立ち入る必要があるのかといった問題も困難な課題であろう。にもかかわらず、とりわけ、アジア・太平洋戦争の「戦争責任・戦後責任」をめぐる歴史認識問題を念頭に置く場合は、憲法学の立場からもこうした歴史論争を視野の外において緊急権法制を論ずるわけにはいかないようにも思われる。なおこれは別稿に譲らざるを得ないが、緊急権の明文規定を有する明治憲法体制に対しても歴史的な法概念としての立憲主義の成立が承認されるとして、フランス近代史における歴史的なディスコースであるボナパルティズム国家論争は「外見的立憲主義」との関係では触れない

わけにはいかないので、西洋史学の成果の批判的受容も「社会科学としての憲法学」——したがって、緊急権の歴史的憲法論にとって不可避である⁹。

(2) 比較憲法学的方法

本論では歴史的方法のみならず比較憲法学の方法も合わせて必要とされる。とりわけドイツ憲法との比較、且つまた歴史的な比較——プロイセン憲法・ドイツ帝国憲法との比較がなされる。何故比較の対象をドイツ憲法に求めるかの理由は2つある。一つは歴史的理由であり、明治維新以来の日本の近代化——近代法の形成過程において憲法に関し、当時の伊藤博文等のドイツ視察旅行や伊藤著『憲法義解』¹⁰による明治憲法注釈からしても主としてプロイセン・ドイツ憲法を参考にしたとみられるからである¹¹。もう一つの理由は、単にドイツから学んだというだけでなく、憲法の歴史的な性格と憲法構造のドイツとの異同にも着目した憲法理論的理由からである。それは、先行する英仏の資本主義的発展の歴史との比較において、歴史的事情により後から出発したドイツ資本主義と、そのドイツよりもさらに後になって近代化—資本主義化を急いだ日本との共通の国際的、国家的立場に規定された憲法構造——立憲主義化の事情、すなわち近代国家の形成過程において資本主義の歴史的発展段階を異にする後発国家¹²が先発国家に急迫しようとする場合の憲法体制（立憲主義）形成の特殊事情——歴史的範疇としての「近代立憲主義」という一般的法概念枠組との対比において——所謂「外見的立憲制」（F・エンゲルス）¹³——に由来する。それ故、ここでは、かかる一般的・特殊歴史的な法概念枠組として立憲主義を日独比較の規準として構成した場合に、そうした立憲主義下での緊急権の歴史的発展の比較が可能になる（しかし、後述のように、実は日独立憲主義の比較自体がそう単純には運ばない）。しかしながら、一般的な「近代立憲主義」との対比での特殊歴史的範疇としての「外見的立憲主義」は、もともとマルクス主義的方法による階級均衡理論に基づく「例外国家」としての「ボナパルティズム国家」の憲法的表現として論ぜられたのであるから、憲法理論上の厳密な概念規定を欠いていた。こうした、歴史的（19C）に成立した「外見的立憲主義」の憲法的概念規定は、本稿ではそれ自体を論ずることが目的ではないので、行論に必要な限りでの予備作業ということになる。以下では先ず明治憲法体制下の緊急権（法制度上は戒厳及び非常大権）の歴史と法理論（歴史的憲法論）が主軸になるが、それとの関連で必要に応じプロイセン憲法及びドイツ帝国憲法における緊急権史との比較法的考察を試みる¹⁴。

注

¹ 日本史学では、例えば、大江志乃夫『戒厳令』（岩波書店、1978）

² 例えば、小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、1979）140頁以下：これは、管見の限り戦後の明治憲法上の緊急権を論じたものとして最も詳細であり（とりわけ国家総動員法の考察が比較的詳細）、しかも「歴史的比較法的考察」方法をとっている点で基本文献といってよい。また最近のものとして、古川純「戦前の『有事法制』の展開」（全国憲法研究会編『憲法と有事法制』法時臨増2002、46頁以下）。

³ 明治憲法下でのアカデミズム憲法学の法解釈学の代表例として、美濃部・佐々木憲法学。

⁴ 例えば、「シンポジウム・憲法学の方法」法律時報40巻11号（1968）4頁以下、景山日出弥『「科学的」憲法学』公法研究31号（1969）11頁以下ほか、従来多くの憲法学方法論争が展開されてきた。「社会科学としての憲法学」の一定体系的な方法論の理論化として、例えば、長谷川正安『新版憲法学の方法』（日本評論社、1968）、景山日出弥『現代憲法学の理論』（日本評論社、1986）とりわけ19頁以下。

⁵ 例えば、遠山茂樹／今井清一／藤原彰『昭和史』（岩波書店、1959）

⁶ 「歴史構成主義—国民国家論」の立場に立つものとして、例えば、成田龍一『近現代日本史と歴史学書き換えられてきた過去』（中公新書2012）

⁷ 哲学の立場から、例えば、高橋哲哉『歴史／修正主義』（岩波書店、2001）、とりわけ75頁以下。

- ⁸ 論争全体の外観につき、吉田裕「近現代史への招待」（大津ほか編『岩波講座日本歴史第15巻近現代1』岩波書店2014、1頁以下）。
- ⁹ 詳細は憲法理論叢書（敬文堂、2017）掲載予定の別稿参照。
- ¹⁰ 伊藤博文『憲法義解』（岩波文庫）
- ¹¹ 稲田正次『明治憲法成立史（上）（下）』（有斐閣、（上）1960（昭和35）、（下）1962（昭和37）；一般には明治14年の政変で大隈失脚後はイギリス憲法の影響よりもドイツ系憲法、とりわけ1850年プロイセン憲法の影響力が主流となったといわれるが、緊急権だけをみても（プロイセン憲法の影響が主流であることは間違いないが、それだけではないという意味で）帝国憲法も参考にされており一概にはいえないところもあることが知られる。
- ¹² 英仏の「先進国モデル」に対し独日を「後進国」（あるいは「後発型資本主義国家」とするのは「近代主義」に偏した立場であるとの批判に立って、両者各々独自の発展の型であるとする見解もあり得ようが、本稿ではそうした価値判断の違いにかかわらず各々が資本主義の歴史的発展段階を異にするというのは事実認識レヴェルの問題であるとする立場にたつ。
- ¹³ エンゲルスの「外見的立憲制」の詳細は、これも別稿参照（前記注9）。
- ¹⁴ プロイセン憲法及びドイツ帝国憲法における緊急権（戒厳）に関する法的検討につき、長利一「ドイツ近代立憲主義と緊急権」（佐藤幸治ほか編『阿部照哉先生喜寿記念論文集』（成文堂、2007）407頁以下、同「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」初宿正典ほか編『国民主権と法の支配（上巻）』佐藤幸治先生古希記念論文集31頁以下参照。本論ではドイツ緊急権プロパーの研究は右拙稿に譲るので明治憲法体制下での緊急権を検討するのに必要な範囲での日独比較憲法史を試みる。

I 明治憲法体制の歴史的法的性格と「外見的立憲主義」の憲法学的構成

(1) 「絶対主義的天皇制」か「立憲君主制」か、それとも前者から後者への歴史的発展か？

明治国家の歴史的性格はその憲法体制にも投影される。そして、憲法上の緊急権の法的性格はその憲法体制に規定されるとともに、逆に緊急権が（運用も含め）憲法体制の法的性格を規定しうる有力な因子の一つにもなり得る。明治国家の歴史的性格に関する議論として、大正デモクラシー期には、例えば、吉野作造のような自由主義的な国家観も存在し、昭和初期にはマルクス主義の立場（「講座派」と「労農派」の対立）からの資本主義発達史論争があった¹。憲法上の国家論としては穂積八東の独特の（イデオロギー的に歴史性を装いつつ歴史学的実証性を欠くという意味で）非歴史的「国体論」がある²。何れの立場に立って明治憲法体制（その下での緊急権）を解するかによりその法的性格規定が異なる。しかし、ここでそれぞれの国家観について立ち入った検討を加える余裕はないので、緊急権の歴史的解明に必要な限度で極く簡単に明治国家及び明治憲法体制の歴史的法的性格規定を略述しておきたい。尤も、明治維新の歴史的性格の問題は、日本史学上の近代史論争にも係わるので避けて通れないが、それだけに憲法学の立場からは取り扱いが難しい。

明治維新の歴史的性格に関し、日本における近代国家の成立と画される明治維新を17～18Cの欧米に生じた近代的な「ブルジョア革命」とみるか³、それともそうした意味での歴史的に典型的な「ブルジョア革命」でなく、革命の政治的担い手としてのブルジョアジーが社会的勢力として未成熟（「維新」の政治的担い手は薩長土肥の下級武士）であったところから「市民革命」でなく単に「維新」に終わったとみるか争いのあるところである。すなわち、歴史的な社会構成を下部構造と上部構造の総体とみるマルクス主義史学の立場からは、幕末・明治維新にかけての社会は、当時の産業レヴェルにおいてマニファクチュア生産様式が相当に発達していたとみられること⁴。また幕藩体制崩壊に伴う維新直後の廃藩置県、秩禄処分及び地租改正等の一連の近代的諸改革からみても、さしあたり日本の近代資本主義国家の成立を明治維新に求め得るにしても（資本主義国家成立の画期の承認）、その一方で経済的な下部構造への着目

から、封建的な土地所有関係を残していることを重視して「維新」をもって「ブルジョア革命」とみなさず、政治的には維新後もなお半封建的な「絶対主義国家」（地主制を基盤とした天皇制国家）の残存した状態が強調された（明治維新における「経済」（下部構造）と「政治」（上部構造）のズレ）⁵。こうした戦後日本史学主流（マルクス主義（遠山茂樹等）—近代史学（大塚久雄、高橋幸八郎等））に共通の経済過程重視の日本近代史観——英仏との対比で近代化に遅れた後進国独日本の近代史観に対し、桑原武夫を中心とした京大人文研の一連のフランス革命・ブルジョア革命研究から導かれた「初期ブルジョア国家」カテゴリー承認のコロラリーとして明治維新・（不徹底な）ブルジョア革命説が説かれる⁶。

歴史的には市民革命遂行の政治的条件の未成熟にもかかわらず、既に帝国主義段階に達していた欧米諸国からの国際的外圧下にこれへの対応（ナショナリスト的な国民的統合等）を迫られたところに——欧米とアジアの異なる歴史段階とその同時性に⁷——明治維新の性格如何を見極めるのを困難にしている理由の一斑がある。明治維新の歴史的な性格論争のこの困難は、「経済と政治のズレ」に基づく「経済」に対する「政治」の相対的自立性に由来するのみならず、問題をさらに厄介なものにするところの、「政治と法のズレ」（「政治」に対する「法」の相対的自立性）をも考慮に入れなくてはならないところに存する。

「政治と法のズレ」は「事実と法規範」のズレの問題でもあり、朝令暮改を避け法的安定を目指すリジッドな法（憲法）規定は法規範の性質上必ずしも経済的政治的現実に即応したものになるとは限らない。これは単に時間的なズレのみならず、資本主義の経済的後発性の程度に応じた強力な国家主導による「上からの近代化」の政治的要請の法的表現としての憲法制定の課題から生ずるズレの問題でもある。それは、歴史的には自由民権運動がほぼ終息し英国憲法の影響を受けた立憲派（大隈重信）が野に下った明治14年政変の後の1889（明治22）年に制定された明治憲法の外見的立憲主義の性格において顕著にみられる（とりわけ穂積八束の「国体」と「政体」の区別に関する憲法解釈を見よ——穂積は明治憲法の成立を新憲法の制定でなく「改正」とみる——伊藤博文の『憲法義解』が進歩的にすらみえる）。そうして、このような明治憲法の法的性格も1945年まで終始一貫して維持されたとみるのか⁸、そうではなくもともと明治憲法には「絶対主義天皇制」と「立憲君主制」の「二つの魂」（二元主義的憲法構造）⁹が内在していたところ、大正期の上杉・美濃部の憲法論争に至り近代的な「立憲君主制憲法」に発展したみられるべきか（その場合昭和ファシズム期の立憲の後退をどのように評価するかの問題がある）に関しても見解に相違がみられる。本論では、この問題も緊急権の理論と運用のうえで、すなわち、明治憲法体制下の緊急権との連関において検証される——明治憲法の立憲主義と緊急権規定の矛盾・相克において明治憲法体制下の緊急権の法的性格も表出する。近代史において先に帝国主義期に入っていた英仏米と歴史的発展段階の違いの下で遅れて出発したドイツ資本主義よりもさらに後発の、欧米諸国に「追いつき追い越そう」とする日本社会の資本主義的発展の異常なテンポでの早さ（日露戦争時に早くも独占資本の成立が指摘される）、それだけに強力な国家主導による「上からの近代化」が要請された日本では近代化の緩慢な民主主義的成熟を待つ暇（いとま）がなく、近代天皇制を通じ「富国強兵」「殖産興業」のスローガンの下で国家主義的な近代化・資本主義化を強行せざるを得なかった。そこに、緊急権に纏わる、例えば、関東大震災時の朝鮮人虐殺事件やクーデタ事件（2・26事件）・戦争等を包括した社会的困難が生ずるという事情も存し、緊急権の憲法史にもそのことの反映が見られる。

(2) ドイツ国法学における「外見的立憲主義」？

エンゲルスはその「ボナパルティズム国家論」¹⁰において「外見的立憲制」について言及している¹¹。しかし、この用語を初めて用いたのは社会主義者F・ラッサール（Ferdinand Lassalle）らしいが筆者は未だこれを確認できていない¹²。その後現代ドイツでは、例えば、社会経済学派のH・U・ヴェーラー（Wehler）¹³などにその使用例を見ることができるものの、当時から現代に至るまでドイツ国法学・憲法学によるこのタームの使用例を確認することが出来ない。すなわち、管見の限りでは、現在に至るまでドイツ国法学が、このエンゲルスの国家概念（ボナパルティズム国家＝外見的立憲制）を用いてプロイセン憲法やビスマルク憲法を説明している場合のあることを確認できていない、と差し当たりはいうことができる。それ故、「外見的立憲主義」（Schein-Konstitutionalismus）のタームは、実際は当時のドイツ国法学による厳密な法学的概念ではないとみられる。尤も、内容的に類似のものと思われる用語使用の例（「仮装的立憲主義」Pseudo-Konstitutionalismus）は見られる（E・R・Huber）¹⁴。このようなドイツの事情と、日本で用いられる「外見的立憲主義」の憲法学的消息の違いをどう考えたらよいか。これは、推測の域を出ない仮説であるが、エンゲルスが用いた「外見的立憲制」の、戦前講座派の服部之経による引用が日本での初めての用例で、これを鈴木安蔵が憲法概念として導入したものらしく、戦後になってマルクス法学の長谷川正安をはじめ、宮沢俊義、樋口陽一等の「近代主義憲法学」においても用いられるに至り今日定着を見たものと思われる。もともと戦前講座派において法は経済的の下部構造の上部構造への単なる直接の反映としか捉えられておらず、「外見的立憲主義」においても同様な事情の下に独自の法的構造・機能等の認識や厳密な憲法概念規定を欠いていたので、戦後憲法学はこれをあらためて再検討する必要があった。

(3) 明治憲法体制に固有の立憲主義——「明治憲法型外見的立憲主義」

戦前においてアカデミズム憲法学は、穂積、美濃部、佐々木¹⁵いずれも法の認識と解釈の同一視や混同において方法論的内省に乏しく自覚的な体系だった法的方法論に基づく「立憲主義」の緻密な概念構成に至らず、ようやく新カント派哲学のH・ケルゼンの影響を受けた宮沢俊義を例外とするのみであった。こうした戦前憲法学の未成熟に対する反省に立って戦後憲法学は再出発した。その際、一般に「近代立憲主義」は英仏憲法に準拠して議会主義—憲法・議会制定法律に基づく人権保障の憲法的枠組（英仏憲法準拠）により概念構成されるのに対し、「外見的立憲主義」は、戦後マルクス史学—近代史学とパラレルに憲法学でも、ドイツ・プロイセン憲法との特殊歴史的アナロジーにおいて理解されてきた。しかし、これにはやや留保が必要と思われる。「戦後マルクス主義・近代史学—ブルジョア革命史研究」の近代史論争の成果を踏まえつつ、これを憲法学プロパーにおいて法的構成を試みると、少なくとも歴史的には戦前講座派的な単純経済過程による上部への「基底還元論」の弊を避け「国家・法の社会・経済に対する相対的自立性」（エンゲルス・ボナパルティズム国家論——経済的支配階級（ブルジョアジー）の国家における政治支配（ユンカー・大土地貴族）のズレ）を承認しようとするなら、半封建・半近代の「絶対主義国家」観の纏わりついた、独日の特殊歴史的に成立した憲法体制であるところの「外見的立憲主義」をそれ自体としてそうした性格規定のままでよいかどうか再検討の要がある。そして、日本・明治憲法に関する限り、「近代立憲主義」一般との対比で「外見的立憲主義」という特殊学問的タームがドイツ国法学でなく戦後日本憲法学にお

いて定着したのには相当の理由が存すると考えられる。それは、「立憲君主制」と比べ「神聖不可侵・万世一系の神権天皇制」優位の明治憲法体制の特質からみて、下部構造における日独資本主義の歴史的な経済的發展構造の違いの直接的反映というよりも、経済過程から相対的に自立した上部構造における政治・法構造の質的相違に由来するように思われる。「外見的立憲主義」はドイツ・プロイセン憲法ではなく日本・明治憲法体制においてこそ一種独特の憲法概念と見たほうが妥当であるように思われる。これを、ここではさしあたり「明治憲法型外見的立憲主義」（又は「天皇制的外見的立憲主義」と呼んでおこう。さて、こうした「明治憲法型外見的立憲主義」は、歴史的には、経済基底還元論的に独占資本成立期の日露戦争期までとするよりも、「神権天皇制国家」の「テルール」の極まった大逆事件の時期までとした方が妥当であると考えられ、それ以降大正デモクラシーと称される「立憲君主制」期に入る（これに対し、昭和ファシズム期は、後述のように——ワイマール大統領とは性格の異なる——現代的な緊急権の現象形態である「独裁」体制期と規定される）。

（4）戦後憲法学における憲法概念として「外見的立憲主義」

前述したように「外見的立憲主義」は、戦前のマルクス主義の歴史家服部之総、法学者では鈴木安蔵が明治憲法体制を説明するために用いたのに始まるが、とりわけ鈴木木の「明治憲法・外見的立憲主義」説（「程度の差」還元論）¹⁶は、明治憲法体制をプロイセン・ドイツとのアナロジーで論ずる限り論証の厳密性において十分でないと思われる。以来戦後、鈴木安蔵の影響かどうか事情を詳らかにし得ないが、「外見的立憲主義」は、マルクス主義法学の立場に立つ長谷川正安に限らず¹⁷、「近代主義憲法学」の宮沢俊義、樋口陽一等において憲法学上の法概念として広く使用例が見られる¹⁸。前者における概念用法の特徴として、枢密院、参謀本部、御前会議等々の憲法外の状態機関の存在やその政治的軍事的機能についても示唆しつつ明治憲法の外見性が強められていたことが指摘される。一方後者の用例では（議会主義と人権保障を中心の英仏憲法準拠の「近代立憲主義」との対比の意味における「外見的立憲主義」用例）、「ボナパルティズム国家論」という歴史学的社会科学的コンテキストから完全に切断された法概念としてほぼ定着してきたとあってよいのではなかろうか。ただ一般に、宮沢自身も「外見的立憲主義」は明確な法概念とはいえないと認めるように（そこでは何故不明確であるのか論証されていない）¹⁹、また例えば、樋口陽一『比較憲法』²⁰も、プロイセン憲法体制を「外見的立憲主義」と規定するものの、厳密な法概念としての内容規定に乏しいように思われる。（管見の限りでは、「外見的立憲主義」の問題を詳細に論じた、唯一の憲法学プロパーのモノグラフは杉本幹夫「外見的立憲主義の諸問題」のみと思われる²¹）。こうして、これまで「外見的立憲主義」といわれてきたものの厳密な一般的概念規定はない*。

さて明治憲法体制における「明治憲法型（又は天皇制的）外見的立憲主義」において「外見性」といわれるものの内実の全体は、その実定憲法規定の内側と外側の両側面において、概略以下の①～⑧のレベルで確認され得る。明治憲法体制下の緊急権の研究に際しては、これら

* 参考までに、「外見的立憲主義」の定義：歴史的に形成された憲法概念。18～19世紀ヨーロッパ（とりわけ仏独）のブルジョア革命後の諸階級の社会的経済的力関係の対抗と均衡状態のなかで調停者として成立する「ボナパルティズム国家」（マルクス・エンゲルス）における、経済過程から相対的に自立した政治・法構造——そこでは、君主主義と議会主義の二元的構造をもつ独特の憲法体制によって支えられる。立憲主義の「外見性」とは、実定憲法の内と外の両側から憲法の規範力を削ぐ働きをいい、市民革命の所産として創出されたばかりの幼弱な議会の制定法に留保されたところの、憲法に基づく権利保障定式が、一方で憲法の内部から、例えば、憲法に規範構造化された君主の緊急権によって、他方で憲法の外部から、例えば、超憲法的緊急権の存在によって掘り崩されることをいう。

全てのレベルにわたって外見的立憲主義と緊急権との規定・被規定性の相互作用が問題となるが、本論ではその全てにわたり詳細に論及する余裕はない。

①主権領域——ドイツではプロイセン憲法でも帝国憲法でも、その妥協的な二元的構造（君主主義と議会主義）から緊急権が君主大権の属性であることは自明ではなかった。C・シュミットの「市民的法治国家」論における主権決定を遅らせる「延期された形式的妥協」概念²²は、プロイセン憲法・ドイツ帝国憲法が決断主体間の政治的妥協により主権の所在決定を不明確にしたことを指摘するものであるが（ドイツ帝国憲法は主権の所在が曖昧）、ドイツ憲法に比べ、前述のように明治憲法の明文規定における天皇の主権所在決定（同憲法1, 3, 4条）は遥かに明確である²³。固より君主主権が直ちに憲法の外見性に結びつくわけではない。ただ、憲法現実において明文憲法内外の強大な天皇権力（全体としての明治憲法体制）の憲法制定以前の慣習的運用や恣意的適用によって近代的な法治国性が損なわれ（大逆事件の例）、議会主義や基本権保障との均衡を余りに失うとき、憲法は限りなく「外見性」を帯びる（因みに、イエリネクの影響を受けたと思われる美濃部の国家法人説（天皇機関説）は主権所在の決定を曖昧にする機能をもつ、一種のビスマルク憲法的解釈技術と解される）。こうした事情を緊急権に即してみても、プロイセン憲法111条では緊急権主体として国王は登場せず、また帝国憲法68条にいう「皇帝」は主権者ではないところからみても（主権者は諸ラント代表の合議機関である連邦参議院）、階級間の均衡と政治的妥協としての、シュミットのいう「延期的妥協」の性格が君主の主権性の「緩和」——反面での議会主義化（1860年代の憲法紛争自体がその現われと見ることができる）となって憲法に表現されているとみてよい。

②統治構造レベルにおいて議会主義・自由主義的権力分立モデルが除去される。統治構造規範レベルにおける君主大権・大臣・官僚機構（行政権）と議会構成や議会権限（とくに立法権）・行政監督等の権限関係、機能関係（例えば、明治憲法5条における天皇の立法権と議会の「協賛」）が問題となる。緊急権との関係で、その主要効力の一つである軍司令官への行政権（司法権の一部も）移行は、権力分立原理の一部除去といえるが、それ自体は独仏戒厳法における同様の19C「市民的法治国」の典型に属するもので必ずしも憲法の外見性を意味しない（因みに、1848年の「三月所得」である、①で前述した「議会主義化」の徴表として戒厳措置の議会での「釈明」（Rechenschaft）が求められた（BzG §17 卷末資料参照））。（なお、ドイツでは19C「市民的法治国」から現代立憲主義への過渡期において戦時下（第一次大戦）緊急権による議会立法吸収機能が事実上慣行化した。日本でも、昭和ファシズム期の国家総動員法の下行政権と立法権との関係で問題化（法律による命令への白紙委任問題）するが、これは前述のように外見的立憲主義の問題というよりも、その「止揚」としての現代型「独裁」の問題とみられる。後述Ⅳ、Ⅴ参照）。

③ ①②のコロラリーとしての基本権保障における価値の無化ないし縮減は、殊に明治憲法の戒厳と非常大権の場合、法律に留保された臣民権利（明治憲法第2章）に対する軍司令官命令や勅令による侵害によって惹起される。ドイツ緊急権史では一般に、緊急事態下での期間と場所を画定した「基本権停止」（Suspension）において定式化される。立憲主義との緊張関係がピークに達するものこの場面においてである。しかし、それ自体はその法的効力として緊急権の普遍的な属性であるから、外見的立憲主義範疇には属さない。しかし、基本権侵害が法治国原則（例えば、「法律に基づく行政」）に則って行なわれず緊急権が恣意的に運用されると立憲主義を損なうことになる（この関係でも外見的立憲主義が問題となるのは、やはりドイツよ

りも日本の、とくに「行政戒厳」である）。尤も、逆説めくが、緊急権と立憲主義との緊張関係は、立憲主義が歴史的に未発達な外見的立憲主義の憲法においてよりも、社会的危機と、それ故の国家存立の危機状況の増大を背景に立憲主義が高度化（基本権保障の充実）すればするほど人権保障との矛盾や緊張の高まりが深刻なものとなる傾向にある。この点は、立憲主義そのものと緊急権との最も困難なアポリアに属する。

④司法権の領域では、明治憲法上「法律ニ定メタル裁判官ノ裁判」を受ける権利の保障（24条）が緊急事態において例外的に、「特別裁判所」設置（60条）や裁判の公開原則や控訴権保障等において一定の制限を受ける。詳細は後述（戒厳運用）に譲るが、2・26における「行政戒厳」下での「司法テロ」はその最たる例を提供する。こうして天皇の緊急大権の下で統治機構上、議会・立法権と裁判所・司法権の権力分立が一時的に廃止状態になる。但し、③同様、こうした緊急権の機能も緊急権一般の性質に属するが、その甚だしい法治国原則に反する運用は外見的立憲主義の問題となる。

⑤君主の統帥権と軍——明治憲法上、対外国との戦争及び国内秩序の維持（戒厳・非常大権）に軍事的手段が必要とされるが、軍を動かすことのできる最終的な力は天皇の統帥権に存する。統帥権の議会・行政機関からの独立性は事実上慣習法化し（ドイツでも同様な事情）外見的立憲主義の代表例の一つに数えられるが、戒厳における軍の出動が統帥事項か国務事項か、いずれに属するかは「天皇制型外見的立憲主義」の最も困難な問題の一つと目される。

⑥憲法外の「超憲法的国家機関」が存在する。例えば、天皇が親しく主宰する御前会議のほか枢密院（明治憲法56条に根拠を有するが、その政治的機能は事実上超憲法的）、参謀本部・大本営（軍の中核たる統帥権の輔弼機関）、元老、重臣、宮中機関等がある。

⑦成文憲法外の「超憲法的法規」の存在、例えば、皇室自立主義の法的中核たる皇室典範のほか、軍人勅諭（憲法制定前の明治15年成立）及び教育勅語等が憲法と同等の法的効力を有するとともに、これら超憲法的法令は全て議会制定法律ではなかった。換言すると、このことは、国民に適用される規範世界が成文憲法のみではカバーされ得ないことと、憲法の規範力は軍と教育に及ばなかったことが表裏一体の関係にあったこと（「臣民」の精神を支配するものが天皇の「勅」であった）を意味した。本稿において外見的立憲主義が「天皇制型」といわれる所以の一斑もここに存する。

⑧前記①～⑦の全ての範疇において明治憲法成立以前の伝統や法的慣習に基づく既成事実を重んじ、またこれを前提に、その主たる制憲者の意図において（伊藤博文『憲法義解』）憲法の成文化は、規範の新たな創出的意義よりも（すでに存在する伝統的「国体」の）確認的意義の方が強調される²⁴（この点はとくに、天皇制の歴史的伝統の正統性に由来する「国体」論を根拠に明治憲法制定を単に「憲法改正」とみなした穂積八東憲法学に妥当する²⁵）。緊急権領域では、1883（明治15）年の太政官布告に基づく戒厳令の例を挙げることができ、近代的な法治国保障や立憲主義の点で重大な問題を孕む。これも「明治憲法型外見的立憲主義」の特徴の一つといえる。

以上①～⑧からみて、従来戦後憲法学による「外見的立憲主義」ターム用例のコンテクストにおいて、論者によりいずれかを部分的に強調するにとどまり外的立憲主義概念の全体構造を視野に入れていない憾みがある。例えば、宮沢俊義、樋口陽一の場合、「外見的」という意味は、主として実定憲法内部の構成要素（①②③）レヴェル——一般に立憲主義の不徹底が議会権限・基本権保障の制約との関係で論ぜられており、その際大抵プロイセン憲法と同質

の範疇に属する外見的立憲主義の例として明治憲法も挙げられるのが通例である²⁶。これは、前述したことを再確認しておく、これまでの憲法学の外見的立憲主義の用例が、「ボナパルティズム」等の歴史学や社会科学的論証の基盤をもたない法概念であることに依るからである。尤も、マルクス主義法学での用例——長谷川正安の場合の「外見的」は、憲法内部にある明文規定による憲法の「外見化」側面（①～⑤）だけでなく、憲法の外的要素：⑥⑦（憲法外の「超憲法的」国家機関や法規の広範な存在）をも指摘する（杉本幹夫の場合は明治憲法に即した実定法分析が見られない）。なお、どの論者も（「明治憲法型」の場合）とくに⑧に着目して「外見的立憲主義」を論じた例を見ない²⁷。最後に、これも繰り返しになるが、「明治憲法型外見的立憲主義」は「歴史的」憲法概念である点、注意を要する。何故なら、歴史的に見て1889～1945年（明治・大正・昭和）の間一度も改正されることのなかった明治憲法を「外見的立憲主義」概念で説明し尽くすことは到底できないと考えられるからである。少なくとも緊急権から見たその妥当性（賞味期限）は歴史的に限定され（大逆事件くらいまで）、大正デモクラシー期以降は、（ドイツ帝国憲法の場合）第一次大戦期の過渡期を経て現代独裁型立憲主義（ワイマール憲法、日本の場合明治憲法31条・国家総動員法？）へと歴史的発展を見た。

注

¹ 野呂栄太郎『日本資本主義発達史』（岩波文庫）によって先鞭がつけられ、『日本資本主義発達史講座』（1932-33）発刊を契機に、その構成メンバー（山田盛太郎、平野義太郎等）と、雑誌『労農』に依った向坂逸郎、大内兵衛等の学者グループとの間で講座派 vs 労農派論争が始まった。論争は主に革命戦略論と、国家の近代的性格や天皇制評価をめぐる「封建論争」の二段階に分けられる。前者の立場は、「ブロック権力論」（国家権力は資本と地主のブロックの手中に握られているが、その主導権は資本が握るとみる）に立って当面の革命の歴史的課題を社会主義革命に転化するブルジョア民主主義革命とみるのに対し、後者の立場は、明治維新を契機に近代ブルジョア国家に移行した日本では次段階として社会主義革命が課題となっているという認識に立つ。この論争が封建論争に連動すると天皇制の歴史的性格をめぐる評価の問題となる。労農派が下部構造の基底還元論に基づく独占資本の国家支配定式により天皇制を独占・金融資本の単なる道具とみ天皇制の独自の役割を過小評価するのに対し、講座派は、日本共産党の32年テーゼ後、「ブロック権力論」から天皇制の絶対主義的性格の過度の強調へと進み、実証性が十分でなかったにもかかわらず天皇制＝絶対主義の公式主義に固執した。

² 穂積八束『憲法提要（上）（下）』1910（明治43）年；上杉慎吉『帝国憲法述義』（1915（大正3）年）。

³ 典型的には 労農派の近代史観にみられる。労農派の経済的社会的下部構造重視の立場は、明治維新にブルジョア革命的性格を見、そこから、立ち入った政治的考察もなく自動的に政治的上部構造の近代的性格を導くので（経済的下部構造による政治的上部構造に対する基底還元論）、「経済と政治のズレ」は見られない。なお、桑原武夫らの「初期ブルジョア国家」カテゴリーの提起（後注6）も参照。

⁴ 服部之総によると、幕末においてすでに、地主の封建的性格と、他面で製糸業等を中心にマニファクチュア・ブルジョアジーの性格をも併せもつ、「厳密な意味におけるマニファクチュア時代」の段階に達するブルジョアの内発的発展が見られたとする。所謂「厳・マニ・時代」論（『服部之総全集第4巻 維新史の方法』（福村出版、1973）146頁以下、152頁）。

⁵ 講座派の立場、前掲注1参照。

⁶ これに対し、仏革命研究グループの立場から、例えば、フランスのように市民革命後直ちに近代国家の出現をみるのでなく革命後も1848年2月革命まで復古王政も含めジグザグな歴史の歩みを示したとされる（桑原武夫「序論フランス革命の構造」同編『フランス革命の研究』（岩波書店、1959）7頁以下；河野健二「明治維新と『西洋』」桑原武夫編『ブルジョア革命の比較研究』（筑摩書房、1964）11頁以下、14頁以下）；上山春平「明治維新史の分析方法」（同編同書24頁以下）28頁以下も「初期ブルジョワ国家」概念の提起により講座派的「絶対主義説」の再検討を迫る。しかし、こうした立場は「日本近代化成功」の前提に立っての立論のようであるが（典型的には河野論文11頁の「全体として成功を収めた」という評価にみられる）、その近代化の決算が「戦争の惨禍」（日本国憲法前文）だとしたら、こうした前提的評価に対しては疑念を払拭し得ない。なお、坂野潤治『日本憲政史』（東京大学出版会、2008）も「絶対主義」を一切用いない（ここでは「外見的立憲主義」の用語も見られない）。また、日

- 本の近代国家の歴史的な性格をめぐるマルクス主義（講座派／労農派）、近代主義及びアカデミズム史学等の論争に関し、日本のファシズム理論に関連した理論的整理として、安部博純『日本ファシズム研究序説』（未來社、1975）が参考になる。
- ⁷ 桑原武夫編『ブルジョア革命の比較研究』（筑摩書房、1964）5～6頁（序：河野健二執筆）
- ⁸ 長谷川正安『憲法現代史（上）』（日本評論社、1981）35頁によると、「その機構と機能に大きな変化を受けたが」天皇制の「絶対主義という本質には変化がなかった」という。ただ長谷川は、明治憲法を制定直後のものと、1945年の戦時中のものとを「無条件に連続する同質のものとしてあつかってはならない」と断っている（同書34頁）。また別のところでは、長谷川は明治憲法を「半封建的寄生地主制と資本主義的経済制度のバランスの上にとった天皇制」の法的表現ともいう（長谷川正安・利谷信義「日本近代法史」『岩波講座現代法第14巻外国法と日本法』岩波書店、1966、61頁）。
- ⁹ 鶴飼信成「伝統的憲法学の意義と限界」（公法研究31号、1969）6頁は伊藤博文の明治憲法起草に関する文脈において「二つの魂」に言及する。
- ¹⁰ 歴史的にはこれが資本主義の通例の国家形態であって例外ではない（マルクスのimperialism概念：K.マルクス『フランスにおける内乱』（大月書店・国民文庫、1980、80頁）として、マルクスはこうした国家形態を一般化して用いており、エンゲルスのボナパルティズム国家論とややズレが見られるという（西川長夫『フランスの近代とボナパルティズム』（岩波書店、1984）52頁以下、なお同書はほかにもボナパルティズムに関する種々問題提起や批判が多く示唆に富む）。
- ¹¹ エンゲルス『『ドイツ農民戦争』（1870年及び1875年版）への序文』マル＝エン全集第7巻547頁；同「住宅問題」マル＝エン全集第18巻254頁。
- ¹² Ferdinand Lassalle, *Gesprochen, Reden, und Schriften*, Hrsg. E. Bernstein, II, 1919, S.60 (ders., *Über Verfassungswesen*, 1862) なお、石村修『明治国家 その獨逸との隔たり』（専修大学出版局、1999）30頁も参照。
- ¹³ むしろ、法学以外のドイツの社会経済史学、例えば、H-U.ヴェーラー（大野英二／肥前栄一郎訳）『ドイツ帝国1871-1918年』（未來社、1983）99頁（H-U.Weher, *Das Deutsche Kaiserreich 1871-1918*, 1973）に「外見的立憲主義」の用語例を見出し得る。
- ¹⁴ エンゲルスの歴史認識とは無関係に、また端的な「外見的立憲主義」というターム使用ではないが、ドイツ国法学にける類似した用語使用例として、例えば、E・R・フーバーに見られる「潜在的絶対主義」：「プロイセン立憲主義は、こうした議会主義体制への進歩的発展の危険のみならず、反動期の潜在的絶対主義（Krypt-Absolutismus）の反動的発展の危険にも曝されていた」（E.R.Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. III, 1963, S.68）。
- ¹⁵ 美濃部達吉『憲法撮要』改訂第5版（有斐閣、昭和7年/1932）；同『逐条憲法精義』（有斐閣、昭和2年/1927）；佐々木惣一『日本憲法要論』（1930（昭和5）年）ほか。
- ¹⁶ 鈴木安蔵『比較憲法史』（頸草書房1951昭和26）：明治憲法の立憲主義の「外見性」において「はなはだしい」ことの強調（332頁）は、プロイセン憲法との比較において「外見性」の「程度の差」論の展開となっている（具体的な一例として、議会の立法権や予算審議権と承認権等の不十分さが指摘される）。なお、同書によると、明治憲法体制を「外見的立憲主義」と規定するが（325頁以下、332-333頁）、それが必ずしも明治憲法体制に即した厳密な法概念規定の実証となっているかどうかは再検討・再評価の必要があろう。
- ¹⁷ 長谷川正安『現代憲法史〔上〕』（日本評論社、1981）では「偽立憲主義」という用語が使用されている。同書37頁以下では、明治憲法体制外の超憲法機関の存在が指摘されている。
- ¹⁸ 宮沢俊義『公法の原理』（有斐閣、1967）154-155頁によると、「外見的立憲主義」の下では国民代表機関たる性格をもつ議会の権限、とりわけ立法権が単なる法律内容の確定に矮小化され大幅に制約されているという。なお、前注9鶴飼の公法研究報告でも「外見的立憲主義」の用語例が見られる。ほかに最近の使用例として、比較的数少ない日本憲法史教科書、大石真『日本憲法史』（有斐閣、1995）でも、（同書9頁）、「外見的立憲主義」の用語が用いられている（同296頁以下）。ここでは、明治憲法の立憲主義を二元構造で捉え、明治憲法体制を君主主義との緊張関係において「議院内閣制の芽を摘むような」構想としている。なおマルクス主義の政治的「千年王国論」は非マルクス主義を説得し得ないとする、同書（9頁）での大石のプロトタイプのマルクス主義批判は、それこそ「公式主義的」であってマルクス主義法学との実り豊かな対話を結ばないのではなかろうか。
- ¹⁹ 宮沢前掲書154頁
- ²⁰ 樋口陽一『比較憲法』（青林書院新社、1977）も憲法上の議会権限（例えば、法律提案権）との関係で（同書87頁）、また権利保障との関係で（権利保障が自然権思想に基盤を置かない法律の範囲内にとどまる）「外見的立憲主義」を論ずる（同89頁）。
- ²¹ 杉本幹夫「外見的立憲主義の諸問題」『憲法の階級性と普遍性』日本評論社1975、133頁以下所収。
- ²² C・Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S.32（C・シュミット『憲法論』阿部照哉／村上義弘訳、みすず

書房 1974 年, 49 頁)

- ²³ むしろ「明確性」よりも「固有性」を帯びていたというべき。例えば、明治憲法 3 条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」という規定は、プロイセン憲法 43 条「国王の一身 (Person) は不可侵である」と比べても、欧米法流の神から授かった権力に基づく国王 = 「人」(Person) による支配を超えた天皇 = 「神」の観念は他国に例を見ない。
- ²⁴ 『憲法義解』によると、憲法に天皇大権を明記するのは、「憲法に依て新設の義を表わするに非ずして、固有の国体は憲法に由て益々強固なることを示すなり」とされ (同書 22 頁)、もっと一般的に憲法起草の「指導原理」として、『議解』の校註者 (宮沢俊義) によると、「広く海外各国ノ成法ヲ斟酌シ」つつ、同時にあくまで「我建国ノ体ニ基」くことが強調されている (同書 188 頁)。
- ²⁵ 穂積八束『憲法提要 (上) (下)』(明治 43 年)。なお、長谷川正安「憲法学史 (中)」(鶴飼信成ほか編『講座日本近代法発達史 第 7 卷』勁草書房, 1959) 167 頁以下も参照
- ²⁶ 宮沢俊義につき前掲注 19; 樋口陽一につき前掲注 21 参照。「プロイセン外見的立憲主義」につき、鈴木前掲書 234 頁以下、そこではプロイセン憲法を、絶対主義的支配の「仮装形態」とか、「形式だけの立憲主義」と特徴づけ、そうした外見的立憲主義が一方でブルジョアジーの利害を制約しはするが、他方で「下からの労働者農民の政治的台頭の面しては、その脅威に対する防壁として」機能したことが指摘されている (同書 252 頁)。なお、エンゲルスの歴史定式に基づく国家概念である「ボナパルティズム国家」(フランス第 2 共和国後ルイ・ナポレオン帝政) の特殊ドイツ・プロイセン—ビスマルク帝国版としての「似非ボナパルティズム国家」の法的定式が「外見的立憲制」と称された。1871 年以降のドイツ帝政におけるボナパルティズム (「第二ボナパルト帝政」) の特性につき、H. Boldt, Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Eine Studie über den Belagerungszustand als Ausnahmezustand des bürgerlichen Rechtsstaates in 19 Jahrhundert, 1967, S.192-193
- ²⁷ 例えば、杉原泰雄『憲法——立憲主義の創造のために』(岩波書店, 1990) 5 頁及び 9 頁以下でも比較的広義に外見的立憲主義について論及されているが、憲法外・超憲法規範 (機関) に関しては論ぜられていない。

II 明治憲法体制下の戒厳法制¹

明治憲法第 14 条第 1 項 「天皇ハ戒厳ヲ宣告ス」

第 2 項 「戒厳ノ要件及効力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」

(1) 序説

1) エンゲルスの「将校と官吏の特殊なカースト」

エンゲルスが、ボナパルティズム君主制国家の下では「現実の政治権力は将校と官吏の特殊なカーストの手に握られている。…社会の外部に、いわば社会の上に立っているように見えるこのカーストの独立性が、社会から独立しているという外見をこの国家にあたえている」² という場合、現実の政治権力を握り「社会から独立しているという外見」を与えるという「将校と官吏の特殊なカースト」とは、国家主導の「上からの」資本主義化政策を効果的に遂行するに際し——君主権力の政治的支柱としての (東エルベのエンカーの牙城としての) 官僚制が議会主義原理に対抗して組織原理として整備される統治機構のことである³。そして、戒厳法制の社会的実体が軍と警察に支えられているとしたら、エンゲルスのいう「将校と官吏の特殊なカースト」の憲法的構成がここでの課題である (但し、こうしたエンゲルスの命題を直ちに憲法的構成に適用するような機械的公式主義の弊に陥らないよう注意が必要)。さて、その場合、「ボナパルティズム」の典型としてエンゲルスの念頭にある国家形態 (仏第二帝政) において階級対立の調停者がプレビシットによる国民的正統性に支えられている点で独日と異なる。そこでの立憲主義は、ときに議会主義と衝突することもある直接民主制の形をとるが、欽定憲法の形式をとることはもはやあり得ない。市民革命の政治的成果に国家のあり方が規定され、憲法の基本的性格もこれに対応する。日本では近代国家の一範疇としての天皇制・明治国家にお

いて明治維新後（また憲法制定時）も社会的事情からブルジョアジー、労働者階級ともに社会契約当事者として歴史的未成熟のため、階級的均衡関係の表現としての君主とブルジョアジーの政治的妥協や調停の歴史的社会的前提条件が十分に整っておらず、この政治的真空（「神聖不可侵」の天皇制それ自身がある種の政治的真空）を充填するため政治的力関係において相対的に強力な藩閥官僚政府が欽定憲法構想の主役的担い手たらざるを得ない。ここに、日・独（ドイツでは君主・大土地所有ユンカーとブルジョアジーの階級間均衡から導かれる政治的妥協に基づき、その憲法的表現として主権所在の決定を延期するドイツ帝国憲法）の立憲主義の性格の違いが存する。したがって、そうした立憲主義成立史の歴史的事情の違いに由来する、（外見的）立憲主義の厳密な法概念規定の区別（日本の場合前述のように「明治憲法型」）を留保したうえで、以下では「将校と官吏の特殊なカースト」を構成する天皇の軍隊と官僚によって担われる明治憲法体制下の緊急権（法制度上は戒厳及び非常大権）の憲法構成的（立憲的）意義を——ドイツの緊急権との比較も併せて——検証する。

2) 太政官布告戒厳令

「戒厳」というタームのもともとの由来は歴史的には仏独の合囲事態（*état de siège*, *Belagerungszustand*）法制に由来する⁴。日本における戒厳法制もこうした仏独の合囲事態法制の影響を受けたことは、その制定過程からも明らかである⁵。日本における最初の戒厳の法制化は、1889（明治22）年の明治憲法の成文化より以前の太政官布告第36号戒厳令（1883/明治15年）に遡る。明治憲法14条2項は「戒厳ノ要件及効力ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」と規定するが、ここにいう「法律」が制定されるまでは、明治憲法に先行する太政官布告戒厳令が「法律」に代わり適用された（結局法律は制定されることがなかった）。これをどう考えたらよいか。法律形式を備えていない太政官布告である戒厳令を法律とみなし得るかどうか重大な疑義が生ずる。当時その法形式にかかわらず憲法14条にいう「法律」としての効力を有すると解された論拠は、明治憲法76条に基づき、「憲法による法律勅令制定権限の分界に関する規定に抵触する法令もその名称にかかわらず全て有効」というものであった⁶。すなわち、法律と、勅令を含む命令との形式上の区別がなかった、憲法制定前の旧法令は、新憲法下でも新たな憲法上の手続で制定されたものと等しい効力を有し、法律で定めるべき事項に関する規定は法律としての効力をもつからであるとされた。さらにまた、旧戒厳令の憲法的基盤が新憲法の戒厳規定に存するかどうかについても、戒厳の基本的性格に関し憲法自身何ら新たに規定するところがないことを見ても、歴史的にこれに先行した戒厳令における戒厳概念の制度化を容認採用したことが推定されるという⁷。要するに、先行した前法たる戒厳令を後法たる新憲法が改めて改廃しない以上、76条の規定趣旨を考え合わせると憲法による旧法の承認を推測せしめるというのである。ところが一方、明治憲法5条では「議會ノ協賛」を経て初めて法律になると定める以上（同5条は「憲法による法律勅令制定権限の分界に関する規定」の一つ）、「議會ノ協賛」を経ていない太政官布告（憲法制定以前は、法律・勅令、軍令等の法形式の区別がなかった⁸）が法律の効力を有するというのは憲法上疑わしい。このことは、単に法形式だけの問題ではない。こうした憲法解釈の方法は、『憲法義解』がいうように、明治憲法成立以前の法的慣習を前提に、明治憲法の成文化のもつ意義が規範の新たな創出的意義よりも宣言的確認的意義の方を強調するところに存する⁹。という解釈態度に従うものである。これは、市民・労働者階級から立憲主義的譲歩を迫られることの少なかった明治日本において、憲法制定前に政府によって既成事実化された立法事実をそのまま憲法規範レヴェルにまで高めること

を意味した。しかし、この場合立憲主義・法治国原理にとっては議会の形式的手続を経た立法化の存否の方が重要な意義をもつ。何故なら、近代市民革命が立憲主義に対してもつ決定的な意義の一つは、憲法に基づき君主の統治権に対し議会主義的抑制を担保し得る憲法体制の確立にこそ存したからである。3月革命の挫折を見たドイツでさえ、3月前期（Vormärz）においては可能でなかった。憲法の規定（1850年プロイセン憲法111条）に基づく1851年戒厳法律（BzG）の立法化（合法システム régime de légalité としての緊急権）を実現し得た。このドイツの歴史的経験に照らしてさえも、議会による戒厳法律を制定し得なかった明治日本における憲法体制の規範的意義は矮小であり形だけのものであったと評せざるを得ない。先ずこの点で、明治憲法体制下の緊急権は、「明治憲法型外見的立憲主義」の枢要な証左の一つに数え得る。

（2）戒厳宣告の権限主体と権限の性格

明治憲法14条1項によると、戒厳の権限主体は天皇である。そこで天皇の戒厳宣告権が、統帥大権の一部であるか、それとも國務大権に属するかが問題となる¹⁰。統帥作用が軍隊を指揮命令するのにとどまり、原則的に一般国民に対する命令強制権を含まないことを理由に、戒厳は手段として軍事上必要であるとしても、その法的効力（後述）からみて、戒厳司令官の措置（戒厳令14条「特別執行権」）が国民の法律上の権利自由の停止にまで及び得るものである以上、性質上統帥作用とはいえず、それ故、帷幄大権に関する憲法上の明示規定がない限り、内閣の責任下にある——國務大臣の副署を要する——國務大権の作用である、と解された¹¹。この点で当時の憲法解釈学説は一致しており、戒厳宣告権を天皇の統帥権に属すべきとする学説は見当たらない。しかし、全く疑義の余地がないとはいえない。すなわち、戒厳が軍事上軍隊の出動を要し、この軍事発動が憲法上統帥権によるしかないのであれば、戒厳は統帥権行使の一形式ではないかという疑問が生ずる。あまつさえ、明治憲法成文化以前の明治15年に制定された戒厳令に基づく戒厳宣告が、その時点で既に法的根拠もなくその独立性が事実上定まっていたとされる統帥権作用に含まれていたと解し得るなら¹²、そうした歴史的根拠によっても戒厳＝統帥権説が正当化されるであろう¹³。何故なら、ここでも明治憲法制定のもつ意義として規範の新たな創出的意義よりも、憲法成立以前の法的慣行の確認的意義の強調が持ち出され得るからである。これに対し、そうではなく憲法による新たな戒厳創出の立憲主義的意義を強調し得るなら、戒厳は——歴史的ではなく——「論理上当然」國務に属する。さてこの場合、その憲法解釈の論理としては、戒厳が軍事出動を予想するとしても（戒厳令1条）¹⁴、戒厳の主たる法的効力はそこにはなく執行権の軍司令官への移行にあるから、法論理的には戒厳の作用というものは軍事出動命令とは別ものであるとされる¹⁵。まさに、この点こそが戒厳の要である——蓋し、戒厳とは、軍の行動（軍の主要任務は国防にある）それ自体ではなく、地域を限った一時的な軍による「統治」（秩序維持という警察作用）のことだからである。なお、運用の実際から見ても、例えば、1894（明治27）年日清戦争時広島宇品に臨戦地境戒厳、1904（明治37）年日露戦争時長崎佐世保等に臨戦地境戒厳、いずれの戒厳も、前者には内閣総理大臣と陸軍大臣、後者には内閣総理大臣と陸海軍大臣の副署が伴った。

戒厳の権限主体に関しドイツとの比較でみると、ラーバント（P. Laband）の通説的見解によると、1871年帝国憲法68条の解釈として、皇帝の戒厳宣告権が統帥権に由来するもの（Ausschluß）とみられていた¹⁶。しかし、このドイツ国法学の通説から明治憲法におけ

戒厳大権＝天皇統帥権説の妥当性を根拠づけ得るかどうかは疑問である。何故なら、ラーバントの法実証主義的方法是憲法の形式的な体系的解釈であったから（皇帝の「戦争事態」Kriegszustand 定立権が憲法体系上軍事制度（Reichskriegswesen）の一部に属したので）、これを、憲法体系を異にする明治憲法にそのまま適用する訳には行かないからである。しかし、日本でも戒厳発動に際し統帥権に基づく軍隊の出動が不可欠であったにもかかわらず、何故戒厳宣告それ自体は統帥権行使とは別個の権限とされたのか、単に法解釈上の形式的理由だけでは必ずしも説明がつかないであろう。そこに戒厳法成立の明治日本に固有の歴史的背景を見なくてはならない。すなわち、仏独の戒厳法制の性格は純軍事的なものから政治的なものへと歴史的発展をたどり、1848年の市民革命を経て——その発動要件として国内の政敵の反乱に向けられた（軍の国内警察機能の重視）——戒厳の政治的性格は決定的なものとなった。これに対し、このような意味での仏独市民革命的経験と必ずしもパラレルでない明治憲法体制下の戒厳の性格は、相対的に独自の歴史的事情から導かれる。すなわち、維新直後の西南戦争等の内乱状況の克服後農民の一揆の暴動のほか自由民権運動くらいしかなく、それも明治14年政変までに終息したから、その後の明治憲法制定当時の歴史的状况として、外からの欧米列強の帝国主義に直面しつつ、他方で国内においてこれに対応すべく国民のナショナルな統合が急がれた。前者への対処に、対外的戦争準備のため統帥作用の整備（参謀本部の設置等）が必要とされたのに対し、後者には、国内の国民統合に向けた天皇制権力の確立とこれに対する「臣民」の服従が要求された。（明治14年の政変以降）大規模な市民革命の可能性の乏しい政治的状况では国内の政敵に対しては戒厳よりも治安立法による対処で十分であったと思われる（軍は外国との戦争準備に専念する必要があった）。このような対外的及び内政的政策的観点から戒厳が国務作用に属することにさしあたり際立った争いがなかったものと思われる。

(3) 戒厳の要件

戒厳令第1条「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」

1) 「戦時若クハ事変ニ際シ」

戒厳令1条は戒厳を定める要件として「戦時若クハ事変ニ際シ」と規定する。「戦時」とは、通説によると、これを形式的宣戦布告のある場合に限定したようである。だが宣戦の大詔渙発（明治憲法13条）のときから戦時が開始されるとしても、実際にはそうした形式的な宣戦布告なしに国家間で戦闘や事実上の敵対行為が生ずることがあるので、個別実定法¹⁷の目的論的解釈により、国際法の適用如何にかかわらず国内法のうえで事実上の戦争状態が「戦時」に含まれ得ると解する余地があった。次に、「事変」とは、①形式上の宣戦布告に至らない対外的武力戦争、②国内における反乱、③両者とも該当する場合のいずれかの意味とされ¹⁸、通説は、戦時を形式的宣戦布告に限定した上で事変を③と解した。いずれにせよ、戒厳令1条では「戦時」のほかに、形式上の戦争状態の承認を必要としない場合も含まれる「事変」も要件とされた。戒厳が「戦時」のものであるか「事変」に際してのものであるかはここでは重要ではない。何故なら、明治憲法14条ではいずれの要件の場合でも戒厳は天皇大権に属するのに対し、1851年プロイセン合囲事態法律（Belagerungszustand Gesetz 以下ではBzGと略す）で

は、戦時の場合は要塞司令官又は軍団長（§1）、反乱（Aufbruch）の場合は内閣（§2）への戒厳宣告権付与というように¹⁹、要件の違いにより権限主体が異なる場合は要件の厳密な定義が要請されたからである。ところが、帝国憲法68条では戦時又は反乱、内乱の場合を戒厳の要件とせず「公共の安全」定式が用いられたので²⁰、P・ラーバントとG・マイヤー（Meyer）との間で憲法解釈論争が生じた——殊にマイヤーは「公共の安全」定式を文理解釈の有力な根拠に挙げてBz規定を警察法概念で論じた²¹。戒厳がライヒ（この場合宣告権限は皇帝に一元化）だけでなくラント（この場合権限はラント君主乃至ラント内閣）にも承認されうる余地が残された。このようにドイツでは要件問題は権限主体の相違に関する法解釈論争に直接結びついたのに対し、明治憲法14条では要件規定がなく、戒厳令1条「戦時若シクハ事変ニ際シテ」の明文からみてドイツのような争いの余地はない。

しかし、明治憲法体制下の戒厳の要件に関しては形式的な法制度よりも実際の（なかならず「事変」解釈に係わって）運用レベルで深刻な問題を惹起した（例えば、関東大震災・朝鮮人虐殺事件と2・26事件）。何故なら、ドイツでも日本でも戒厳要件の明文に大規模な自然災害、疫病等がないのが一般的であり、「事変」にもこれらが含まれないと解するのが当時の通説的解釈であったからである^{22,23}。この点は、今日の緊急事態に関する一般的な通念と異なる（因みに、近時大規模な自然災害と原発事故のような未曾有の人災を載然と区別せず、両者を結びつけて「非常」の観念で包摂する傾向にあるようにみえる）。とりわけ、関東大震災等における戒厳令の適用如何に関しては、「戦時若クハ事変ニ際シ」の要件に合致せず（明文上戦時又は事変以外の場合は戒厳宣告の余地はないと解された）厳密な法的緊急権の意味での戒厳でなく「行政戒厳」とされたため、後に法解釈上の問題を生んだ（後述Ⅲ「戒厳の運用事例」参照）²⁴。

「戦時若クハ事変ニ際シ」とはどの程度の時間的緊急性を要するかについては、戦争、事変とも発生の切迫の程度を比較的緩く見る傾向にあった²⁵。この点はプロイセン法律も同様の解釈傾向にあり、1871年帝国憲法になって一層この拡大解釈傾向を強めた²⁶——制度本来の意図から逸れて「公共の安全」を一般化する主張によって帝国憲法68条の拡大解釈を可能にして、これをBz定立に関するBZG§§1,2に適用した場合、法律の目的論的解釈により（「目的がより能く達成され得るので」）単なる「おそれ」だけで「戦争」又は「反乱」の場合にもBz（Kriegszustand, Kzと略す）宣告が許されると解された²⁷。

2) 「兵備ヲ以テ全国若クハ一地方ヲ警戒スル」

「兵備」、すなわち兵力の使用が要件とされる。これは、軍隊の出動により「警戒」に当たることをいい、軍隊を用いた「警戒」（警察作用）の必要が生じたことが要件である。もともと緊急権の歴史的ゲネシスはフランスの軍事的要塞戒厳に由来し（本邦戒厳令中の「合圍地境戒厳」はその名残り）、19C初めのドイツにもこの影響が及んだが、その後仏独とも市民革命や反乱の頻発に直面して、Bzは政治的性格をも帯びようになり国内の政敵による秩序妨害に対する警察的防御手段となった。明治日本でも戒厳は、国務領域に属する警察作用でありながら軍事力に依存するため、軍の出動を命じ得る統帥権作用の性格をも合わせもつところがある。しかし、日本の場合、ドイツと異なり連邦制でないので戒厳宣告権の担当者が軍（ライヒ君主）、警察（ラント）であるかどうかは問題になり得ない。また日本では権限担当者の違いから両者を区別することの意義もない。何故なら実際の主たる担当者がいずれであれ、戒厳発動の権限主体は唯一人天皇大権に属するからである。尤も、戒厳の権限行使の要件としては、

警察目的を実現するため軍事的手段の使用が必要である。その際、軍事的手段を使用する限り統帥権が問題となる。しかし、そもそも戦時において外国の敵軍攻撃からの自国防衛を目的とする軍事作用は自国民の生命・身体・自由・財産を侵害することがあってはならない（この点はドイツの議論も同様）。これに対し、警察の目的は国内秩序を維持回復することであるが（警察の消極目的）、その際ことの性質上警察力の不十分な場合に限り軍事力で補う必要が生ずる。このとき軍が警察になるわけではなく、組織、権限作用（指揮命令権）とも軍事的性質を維持したまま、むしろ逆に行政作用としての警察権力が軍の管轄に移行する（軍の「管掌権」——後述戒厳の法的効力参照）。ここにおいて警察に代わる、又は警察力を補う軍の行動の本質は、自国防衛のための外国軍に敵対する軍事行動でなく緊急の場合の国内秩序の維持回復という警察的な消極目的の警察作用である（非常時の緊急作用において、エンゲルスのいうボナパルト国家は「官吏のカースト」を「将校のカースト」で補い支える）²⁸。このように戒厳制度の目的は秩序維持を目的とするが、その手段として軍事力を使用する点で通常の警察作用と異なる。尤も軍事力を使用する限り、消極目的の警察作用に限らず、軍事力による積極目的の達成が含まれることもある（例えば、軍隊による道路修築、橋梁架設等）。ただ、手段としての軍事力使用は、戒厳をその作用要件の基本的性格から見て警察と解するなら、こうした軍事行動に比例原則等の警察法理の適用が可能かどうか等の困難な問題を出来せしめる。ここでは戒厳の警察的性格に関しこれ以上論及しないが、法概念としての戒厳の中核を構成するのは作用要件たる軍や警察行動でなく、その法的効力たる執行権の軍司令官への移行及び基本権侵害の問題であることを見誤ってはならない。（「なお、「戦時若クハ事変ニ際シ」「一地方ヲ警戒スル」という戒厳の時間的・場所的限定要件に関しては次項の「戒厳の法的効力」を参照。）

(4) 戒厳の法的効力

戒厳令第 9 条「臨戦地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ノ軍事ニ関係アル事件ヲ限り其地ノ司令官ニ管掌ノ権ヲ委スル者トス故ニ地方官地方裁判官及ヒ検察官ハ其戒厳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」

同 第 10 条「合囲地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ハ其地ノ司令官ニ管掌ノ権ヲ委スル者トス故ニ地方官地方裁判官及ヒ検察官ハ其戒厳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」

戒厳の法的効力は、戒厳とは何かという戒厳概念の中核を構成する。戒厳の定義は、美濃部によると、「戦時事変に際し兵力を以って全国又は一地方を警備する必要がある場合において、人民の権利保障の法律の効力を停止し、国家統治作用の一部を軍隊の権力に移すこと」、一言でいうと「兵力による一時的専制政治」とされる²⁹。この戒厳定義のうち、「人民の権利保障の法律の効力を停止し、国家統治作用の一部を軍隊の権力に移すこと」という部分が戒厳の効力を構成することになる。こうした国民の権利保障の停止や国家統治（行政・司法）作用は統帥作用でなく国務領域に属するため国務大臣の副署を要するとされた。

1) 軍司令官の管掌権

戒厳実施に際し、戒厳が定められた地域の統治作用がその地方管区管轄の軍司令官へ移行するという効力を生ずる。戒厳令は「其地ノ司令官ニ管掌ノ権ヲ委スル」（同令9条10条）と定める。一般に「管掌」とは、直接自身の執行作用であるよりはその管轄配下の官吏による事務執行に対する指揮監督に主眼を置いた観念である。戒厳の効力として地方行政司法作用の管轄権が軍司令官に移行するとは具体的には、それまでその地方の文官官吏の管轄下にあった事務執行に対する管掌権が戒厳司令官に委ねられることをいうが、実際上は、地方事務組織や行政司法事務それ自体は平時と変わらずそのまま存続させ、軍司令官は事務全般の基本方針を指示するにとどまるのが通例である。戒厳令において、地方官（とりわけ警察官）、地方裁判官・検察官は戒厳宣告時速やかに司令官の指揮を請うべきものとする（同令9条10条）のはこの趣旨を定めたものである。なおこの点は、プロイセンの立法例でも同様である。執行権の軍司令官への移行と行政官庁の服従義務規定（BzG§4①②巻末資料参照）の解釈として、戒厳の法的効力の性質は、戒厳宣告とともに格別の行為がなくても法律上当然に（ipso jure）立法権と司法権を除く執行権の全体が（toto）軍司令官に移行する効果を生ぜしめるとされた³⁰。ただその際、軍司令官の命令に対する官庁の服従義務といっても、実際は従来組織や権限を保持したままであった。

2) 統治作用（行政権・司法権）の軍司令官への移行

戒厳の前記要件として「一地方ヲ警戒スル」とあるところから、その効力も「一地方」に限られる。こうした「戒厳の地域性」の観点からみて、第一に、軍司令官の管掌に移行すべき統治作用は「地方行政事務」であるが、主として地方官庁の権限に属する警察がこれに当たる（ほかに例えば、知事、市町村長等の地方自治団体や国の地方官庁の行政事務も「地方行政事務」に当たる）。これら全てが非常事態（戦時事変）においてその地の戒厳司令官の命令監督下に統一的に行われるよう要請される。第二に、国（中央官庁）の事務でも戒厳地域内で処理される（とくに治安維持に関する）行政事務は軍司令官の管掌に移される（例、秩序の維持回復のうへで実効的な戒厳実施に必要な結社禁止は内務大臣の権限（治安警察法8条））。なお、台湾朝鮮のような「外地」（植民地）の行政事務も「地方行政事務」に当たる。第三に、「地方司法事務」も軍司令官の指揮監督下に入る（同令9条10条）。司法事務とは、司法警察、刑の訴追・執行、民事非訟事件に関する事務等をいい、裁判自体は含まれない司法行政事務のことである。裁判を含まないことは、別に戒厳令11条～13条において戒厳地域内の裁判に関する規定が設けられており、また同16条が司法事務を裁判権から区別していることから明らかである。

3) 権利保障の停止（軍司令官の「特別執行権」）

戒厳令14条「戒厳地境内ニ於テハ司令官左ニ記列ノ諸件ヲ執行スルノ権ヲ有ス但其執行ヨリ生スル損害ハ要賞スルコトヲ得ス

- 第一 集会若クハ新聞雑誌広告等・・・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・・・其輸出ヲ禁止スルコト
- 第三 銃砲彈薬・・・ヲ所有スル者・・・之ヲ検査シ・・・押収スルコト
- 第四 郵信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 ……止ムヲ得サル場合ニ於テハ人民ノ動産不動産ヲ破壊毀焼スルコト

第六 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 合閉地境内ニ寄宿スル者・・・其地ヲ退去セシムルコト

戒厳の定められた地域内において戒厳司令官は、憲法法律で国民に保障された権利を停止し得る特別の執行権を有する。問題の第一は、明治憲法 14 条では戒厳の法的効力に関し憲法自身は直接明文で定めず法律事項としたのに対し、同 31 条（天皇の非常大権）では憲法第 2 章「臣民権利義務」に対する侵害可能性が明文化されているのは何故か（この点は戒厳と非常大権の関係如何に係わる問題なので後述Ⅳ）。この点、プロイセン憲法 111 条は直接明文で停止可能な基本権条項を挙示したうえで（巻末資料参照）、これをさらに法律（BzG §5）のなかでも再び同様な法技術形式を用いて明示した。ところが、1871 年帝国憲法では憲法自身に基本権規定が設けられていなかったこともあって、従来の規定方法を踏襲せず同憲法 68 条の Kz 規定では直接基本権停止に言及せず新たなライヒ法律の制定があるまでプロイセン BzG（ここでは §5）の適用があるとした。蓋し、「立憲の後退」が語られる所以である³¹。翻って戒厳令による軍司令官への特別執行権付与をみると、それが憲法制定以前に立法化された、太政官布告であるため、戒厳中の停止可能な憲法法律に留保された「臣民権利」が戒厳令中に明文化して挙示され得ないのは当然であった。ここに、そもそも議会主義的な国家権力統制（議会の制定する法律に基づく行政権濫用に対する抑制——例えば、「法律に基づく行政」等の法治国原則を見よ）を内実化した近代立憲主義の発現余地を見出すのは困難であろう。このように議会主義の未成熟との関係で「外見的立憲主義」を問題にする場合でも、立憲化以前に存在した事実上（de facto）の——国民代表議会の不存在によって政府権力が掣肘されることのなかった立憲化以前の規範慣行の存続は、後に制定された憲法法律の内実を損なうところの憲法の「外見性」を一層増す契機として重大な影響があったものと思われる（その一方で逆に明治憲法による緊急権の明文化によって立憲主義化・法治国化が促進され得た面もあったかどうか考えてみる必要がある）。それ故、戒厳令における軍司令官の権利停止措置（特別執行権）の行使要件・効力に関し内容的に極めて概括的な授權規定（同令 14 条）となっており、鵜飼信成も指摘する通り、軍司令官に恣意的な裁量の余地を与え憲法上の広汎な自由権侵害に可能性を開く「執行権独裁」を惹起し得ると見られる（尤も鵜飼には「独裁」観念に関する厳密な法的定義が見られない）³²。

さて、うへの議論を踏まえて、実際に戒厳令において個別に列挙された国民の権利自由の停止規定に即して具体的に検討してみよう。戒厳令 14 条は、戒厳司令官の特別執行権（とりわけ特別警察権）に基づき停止が可能な国民の権利事項として個別に 7 つ列挙する。第一に、集会、雑誌等の言論の停止が挙げられる。明治憲法第 2 章は「臣民権利」の一つとして「言論著作印行集会及結社ノ自由」を定めるが（29 条）、これには法律の範囲内での保障という所謂「法律の留保」がつけ加えられている。ここに恣意的な政府権力の濫用に対する議会の立法権による抑制可能性を見出すことができ、それ故にこそ憲法制定に伴う立憲主義の成果も見られる。戒厳令 14 条で「集会若クハ新聞雑誌」の自由停止が挙げられているのは戒厳令制定当時の言論集会法規の停止を念頭に置いたもので、それが憲法制定後に議会で立法化された同種の法規の停止にも及ぶということである。このとき、憲法制定以前において憲法—法律による権利自由保障という近代立憲主義の要請が立法者の念頭に置かれていなかった当時の法規を憲法制定後もそのまま存続させたのであるから、憲法制定後においてあらたに立法化された法律（国民

の権利自由保障）を停止する場合³³、どうかすると「憲法停止」（Verfassungssuspension）という観念そのものが成り立ち得たかどうか疑わしい。「憲法停止」の観念は、公権力による基本権の恣意的な侵害は許されないという憲法的制約が論理的前提となっているのであるから、憲法制定後に戒厳令の適用に当たり法律留保の停止を可能と主張するなら、これに対する、そうした立憲的制約の可能性が論証されなくてはならない。そのためには、少なくともプロイセン憲法と同様に明治憲法においても憲法停止（基本権条項の停止）の明文規定が必要であったであろう。実際、これを怠ったが故に鵜飼も戒厳令の広汎な授權法的性格（「執行権独裁」）を指摘しておきながら、具体的な個別条項の権利自由の停止に際し、法規の実効的な目的達成という目的論的解釈の見地から、例えば、ここにいう「集会」とは広義に解され、治安警察法上の集会だけでなく広く動的な「多衆運動」をも合わせ含むとする拡大解釈を展開する結果とならざるを得なかった。

また例えば、戒厳令 14 条第一の言論集会の自由停止は、同規定において停止可能な憲法条項を明示していないにもかかわらず、憲法 29 条において法律の留保によって保障された出版、結社の自由の停止をも含み、同様にして同条第二～七においても居住移転の自由、住居の不可侵、所有権及び信書の秘密・郵便の自由等停止可能な憲法条項を挙示していないにもかかわらず、戒厳司令官の命令は憲法第 2 章「臣民権利」において法律に留保された殆どの領域をカバーし、法律によることなくこれらの権利自由を停止しうるとされた³⁴。同様に「軍需ニ供ス可キ民有ノ諸物品ヲ調査」（同令 14 条第二）や「止ムヲ得サル場合ニ於テハ人民ノ動産不動産ヲ破壊毀焼」（同第五）は所有権（明治憲法 27 条）、「郵便電報ヲ開竊」（同第四）は信書の秘密・郵便の自由（同 26 条）、「昼夜ノ別ナク人民ノ家屋建造物船舶中ニ立入り檢察スルコト」（同第六）や「合囲地境内ニ寄宿スル者・・其地ヲ退去セシムルコト」（同第七）（第六と第七は合囲地境戒厳でのみ適用される）は居住移転の自由、住居の不可侵（同 22 条、25 条）等の法律上留保された権利自由が戒厳司令官の命令で侵害され得ることを意味する。以上のように戒厳令中に停止可能な憲法条項を明示するのを怠ることは、立憲主義的観点から要請される法治国的保障の重大な侵害を意味するが、もとよりこれも戒厳令自体が憲法制定以前にかかる法令であるためとはいえ、そのことが重大な権利自由侵害の問題を生ぜしめる実際の局面は戒厳運用、殊に法的安定性を欠く「行政戒厳」においてであった。戒厳概念の中核を構成する権利自由侵害は「行政戒厳」において最も深刻であり、ここに明治憲法の外見性の特徴的な発現が看取される。

第二に、プロイセン BzG にも基本権停止（Suspension）規定（§5）が設けられているが³⁵、日本の戒厳令と比べ重大な制度上の相違が存する。プロイセン法律では、基本権停止は戒厳の法的効力として法律上当然に（ipso jure）生ずるものでなく、予め戒厳宣告時にこれと合わせて形式的な布告のなかで基本権停止を明記するか、宣告後の戒厳実施期間中に軍司令官が基本権停止を任意に定める必要があった。この点を捉えて、ドイツの制度では基本権停止が「戒厳の概念の必然的要素」と解されず単に概念の「付随的内容」に過ぎないという評価がある³⁶。日独戒厳法の基本権停止制度を比較するとき、このような評価には問題がある。なるほど、BzG §5 の解釈として、基本権停止は軍司令官の措置を介し別途生ずるものとされた。しかし、憲法レヴェルでの明文化された基本権停止規定（プロイセン憲法 111 条）を見る限り、ドイツ憲法での 19C 「市民的法治国」に典型的な緊急権の確立は疑い得ない。すなわち、ドイツの Bz 制度においても軍司令官への執行権移行と基本権停止の 2 つの効力は、戒厳概念

の本質的属性であるといえる。ヘーネル（Hänel）によると、軍司令官への執行権移行の効力の法的限界は基本権停止制度によって画されるとされる³⁷。また、アンシュッツ（Anschütz）によると、基本権停止とは、個人の自由に対し通常引かれる法律上の禁止に反して（contra legem）又はこれを超えて（praeter legem）介入してはならないところの法的制限——法律に基づく行政の原則——が例外的に停止されることである³⁸。ドイツ戒厳法にとり基本権停止が「付随的要素」であるというなら、かくいうドイツ国法学の戒厳概念において基本権停止を欠いても戒厳法は成立し得たであろうか。むしろ事情は逆である。何故基本権停止が戒厳の中核要素を構成し得るかという、戒厳に伴い生じ得る基本権侵害——立憲主義の歴史的発展を前提にしないで「基本権侵害」の観念自体がはじめから成立し得ない——の重大性に鑑み、基本権保障の例外を厳格に予め憲法法律で定めておこうとしたからである。そもそも制度の沿革を繙くと、仏独とも当初の合囲状態法制のなかに基本権停止は含まれていなかったが、その後の近代立憲主義（殊に基本権）と戒厳制度の平行な歴史的発展に伴い、緊急時における例外的な制度として基本権停止の憲法法律による挙示が法治的保障要請から生じた³⁹。ドイツでも戒厳概念において基本権停止が軍司令官への執行権移行と並んで、またその限界を画するところの中核的な構成要素とされるのは、このような近代立憲主義の歴史的発展と密接不可分な関係にあるからである。したがって、基本権停止をドイツ緊急権の「付随的内容」と解する見方は、戒厳の近代立憲主義に伴う歴史的発展を十分に考慮し得ていないように思われる。そして、基本権停止は、近代から現代に至る社会的危機の増大に対応し益々緊急権行使の要請が高まるに伴い、その法治的保障の強化を必要とするというジレンマを増した（その顕著な例としてワイマール憲法 48 条 2 項を見よ）。

これに対し、日本の戒厳令の場合——以上のような第一・第二の問題点を考え合わせる——プロイセン憲法と比較しても、戒厳概念の立憲主義的未成熟を指摘することができる。明治憲法 14 条では戒厳の効力に関し「法律ヲ以テ之ヲ定ム」とされているが、予定された法律のなかに基本権停止規定が含まれるべきかどうかとも判然とせず、また含まれていると仮定しても——憲法で法律に留保された——どのような基本権が停止されるのかも明示されていないので、これをもって、後になって制定された憲法規定との関係も不明確な戒厳令中の権利自由停止の規定から直ちに「戒厳の概念の必然的要素」が導かれうるといえるだろうか。確かに、戒厳宣告に伴い格別の行為を要することなく軍司令官の権利停止措置が当然に生ずると解されるが、その際プロイセン憲法 111 条のような明文規定をもたない明治憲法 14 条は戒厳令中の軍司令官による恣意的な権利自由侵害を抑制し得ないであろう。戒厳令 14 条に基づいて与えられる軍司令官の広い裁量次第で恣意的な適用の余地を大幅に拡大する結果になろう。実際、そのことは、後の戒厳の運用過程のなかで具体的に示される。

4) 戒厳と司法権

戒厳令第 11 条「合囲地境内ニ於テハ軍事ニ係ル民事及ヒ左ニ開列スル犯罪ニ係ル者ハ総テ軍ガニ於テ裁判ス

刑法第二編第一章皇室ニ対スル罪・・・第三篇・・・」

同 第 12 条「合囲地境内ニ裁判所ナク又其管轄裁判所ト通路断絶セシ時ハ民事刑事ノ別ナク総テ軍ガノ裁判ニ属ス」

同 第 13 条「合囲地境内ニ於ケル軍ガノ裁判ニ対シテ控訴上告ヲ為スコトヲ得ス」

戒厳といえども正規の通常裁判が原則であるが、例外的に「軍衛^が」において裁判の可能性が承認された（戒厳令 11 条）。こうした軍による特別裁判所の設置権限と、法律の保障する裁判官の裁判を受ける権利（明治憲法 24 条）の法治国的要請との「調和」の見地から一定の限界内で（合囲地境内に限り）裁判を軍衛に属せしめたとされる⁴⁰。しかし、これも前述した通り、そもそも「憲法停止」観念そのものの成立余地のないところで、戒厳目的達成と法治国原則による立憲的制約との「調和」の見地が働きうる前提が成立するのだろうか。すなわち、ここでも戒厳令 11～13 条は、法律の保障する裁判官の裁判を受ける憲法法律上の権利の停止が可能である旨を定めた明文規定を設けていないにもかかわらず、どのようにして明治憲法 24 条の侵害が可能であるのか、その明文規定からは判然としない。

「軍衛ノ裁判」とは合囲地境内に限り特設される特別裁判所の性格を有する軍法会議のことである。明治憲法 60 条によると、「特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノ」は法律で定めるとするので、軍法会議法がこれを定めた⁴¹。軍法会議は一般に 5 名の裁判官（将校が当てられる）と検察官その他で構成される合議体である。被告は兵又は軍人の身分を要し（一般国民は戒厳地域においても軍法会議にかけられることはない。この点が後に 2・26 事件における民間人の取り扱いに際し重大問題となった）、裁判官たる将校の階級は被告の階級により異なる。弁護人はない。こうした裁判の構成や手続から合囲地軍法会議は刑事裁判であるのが通例である。以上に加え「軍衛ノ裁判」の訴訟手続に関していうと、軍法会議法の訴訟手続規定に関し多くは特設軍法会議に適用せず、合囲地裁判は略式手続によるのが制度の目的に合致する——合囲地境内では不確定な法律状態の長く継続するのを防ぐため例外として合囲地軍法会議においては控訴を認めず全て一審制とする（戒厳令 13 条）。

注

¹ 管見の限り、鶴飼信成『戒厳令概説』（有斐閣、1945）が、憲法・行政法プロパーの戒厳法の概説書で唯一のものであるが、ほかに軍人（法務将校）による解説書がある、三浦恵一（陸軍憲兵大佐）『戒厳令詳論』（松山房、昭和 7 年、第 3 版昭和 18 年）；日高巳雄（スエオ）『戒厳令解説』（良栄堂、昭和 17 年/1942）；戦後、法学以外の日本史学からのものとして大江志乃夫前掲書（序（注 1））。

² エンゲルス「住宅問題」マル＝エン全集第 18 巻 254 頁。

³ 杉本幹夫前掲書 143 頁以下によると、外見的立憲制が官僚的君主制である限りで、且つ三級選挙法により労働者の議会主義的政治参加を阻むものであった限りで近代立憲主義——ブルジョアの議会主義に対抗する内容を持ち、ドイツ・プロイセンにおける議会主義化問題は大臣の君主 / 議会に対する責任の制度化問題に矮小化されてしまい近代立憲主義への発展的要因の内在化が阻止された；なお、上山安敏「ドイツ第二帝政期の権力構造（三）」法学論叢 83 巻 4 号 76 頁、同『憲法社会史』（日本評論社、1977）所収も参照。

⁴ それは、とりわけフランスにおいて 1789 年の仏市民革命後に要塞が「外国の敵」に包囲されたときの平時とは異なる純粋に軍事上の要塞内の非常法システムを意味した（état de siège militaire）。なお、仏語の état de siège も、独語の Belagerungszustand も、当初は単に「外国の敵」からの軍事的な要塞包囲を意味し、後の歴史的発展が示すような、「国内の政敵」によって惹起される反乱（Aufstand）、内乱（Unruh）等を前提とした政治的な性格をも兼ね備えた緊急権（ête de siège politique）の意味合いは知られていなかった（①要塞が敵に包囲された場合の外敵排除の軍事的制度、②政治的又は擬制的合囲状態（L'état de siège politique ou fictive）における政治目的と軍事的手段の結合）。なお、仏独の戒厳法制の歴史的沿革につき、Franz v. Holtzendorff, Rechtslexikon, 1880, S.261 f; W. Haldy, Der Belagerungszustand in Preußen, Tübingen, 1906, S.6, usw. 前掲拙稿（『阿部照哉先生喜寿記念論文集』408 頁以下）も参照；また、Vgl., C・Schmitt, Die Diktatur, 2. Aufl., 1928, S.171 ff.

⁵ 稲田正次『明治憲法成立史（下）』（有斐閣、1962（昭和 37））によると、明治 20 年の 10 月草案起草に際しての井上毅とロエスレル（Hermann Roesler）との質疑において、明治憲法 14 条は 1851 年 6 月 4 日のプロイセン合囲状態法（BzG）の影響があったことが窺われるが、戒厳を天皇大権として明文化したのは、むしろ権限担当者を法律の規定に委ねたプロイセン憲法 111 条よりも「皇帝を」明記した

- 1871年帝国憲法68条の影響によるものらしい(同書292頁以下)。また一方、後述の明治憲法31条天皇の非常大権の方は、臣民の権利侵害を可能にする点で、基本権停止を明示したプロイセン憲法111条を参考にしたようである(同書892頁以下)。尤も、上杉慎吉によると、明治15年の太政官布告・戒厳令については、明治憲法制定過程以前にまで遡ってみなくてはならないのでやや事情が異なり、「合圍地境」「臨戦地境」の戒厳の区別等の立法内容から見てフランス法を「模したもの」であるとして état de siège の影響が指摘される；上杉「戒厳に就て」法学協会雑誌41巻10号(1923/大正12)97頁。
- ⁶ 鶴飼信成前掲書6頁以下。なお、明治憲法76条「法律規則命令又何ラ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全テ遵由ノ効力ヲ有ス」
- ⁷ 鶴飼信成前掲書15頁
- ⁸ 三浦恵一前掲書1-3頁
- ⁹ 前掲伊藤博文(校註/宮沢俊義)『憲法義解』41頁以下(戒厳)
- ¹⁰ 戒厳と統帥権の関係につき、美濃部達吉『逐条憲法精義』(有斐閣、昭和2年/1927)282頁以下；同『憲法撮要』改訂第5版(有斐閣、昭和7年/1932)340頁以下；鶴飼前掲書22頁以下。
- ¹¹ 戒厳に関する天皇大権の法的性質が国務か統帥かいずれに属するかの問題は、もし後者に属するならば、憲法制定以前から定着を見た統帥権独立の慣行から見て重大な法的帰結が生ずることが予想されることから憲法の「外見性」を一層促すことになろう。なお、明治憲法11条「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」；天皇の統帥権及び統帥権の独立(国務大臣の副署を要せず帷幄機関の輔弼のみで足りる)につき、さしあたり、中野登美雄『統帥権の独立(明治百年史叢書)』(原書房、原本昭和11年、復刻版昭和48年/1973)とりわけ統帥権独立の根拠づけにつき482頁以下；日本史学からの最近のもので、山田朗「軍部の成立」(『岩波講座日本歴史第16巻近現代2』2014)252頁以下、ほか多数。国務大臣の副署の法的意義につき、石村修「明治憲法 その独逸との隔たり」(専修大学出版局、1999)133頁以下。
- ¹² 明治憲法制定以前に統帥権の独立が厳に存在するような事実状況、すなわち憲法典不存在下での戒厳令制定が「余りに早期の立法であった」ことの指摘につき、藤田嗣雄「国家緊急権」公法研究17号1957年28頁。
- ¹³ 鶴飼前掲書26頁。
- ¹⁴ 戒厳令第1条「戒厳令ハ…兵備ヲ以テ警戒スルノ法トス」軍隊による実施が要件とされる(後述)。
- ¹⁵ 鶴飼前掲書26頁以下。三浦恵一前掲書12頁によると、軍隊は憲法11条統帥権に基づき軍令(陸海軍ノ統帥ニ関シ勅定ヲ経タル規程ハ之ヲ軍令トス)で動くが、戒厳は例外で、軍令でない戒厳令という法律の性質である規則に基づき軍隊が出動する。というも憲法14条で戒厳の効力を法律で定めるとしているから、軍令でない軍隊出動は憲法違反にならない、と説明されている。これに対する鶴飼の批判は、2つの軍事出動(統帥権(軍令)に基づくものと戒厳に基づくもの)があるわけではなく、前述のように戒厳と軍事出動命令は別物ということにある(鶴飼前掲書27頁)。
- ¹⁶ Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. IV, Tübingen 1914, 5. Aufl., S.41 ff
- ¹⁷ 当時他の法規制定中に戦時要件を定めるものに、明治憲法31条(非常大権)、国家総動員法1条、11条その他があった。
- ¹⁸ 因みに、国家総動員法1条「戦争(戦争ニ準ズベキ事変ノ場合ヲ含ム以下之ニ同ジ)に際し」として事変が戦争に含まれた。
- ¹⁹ 法律条文テキストにつき巻末資料参照(Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Hrsgs.von E. R. Huber, Bd. 1, 3. Aufl., 1978, SS.527-528)；BzGに関するドイツ国法学者にかかるモノグラフィーは多数に上る。W. Haldy, K.Wilutzky, E. v.Nicolai, C. Bergmann, usw. さしあたりコンメンタールとして、K. Strupp, Deutsches Kriegszustandsrecht. Ein Kommentar des im Deutschen Reiche geltende Ausnahmerechts für Theory und Praxis, 1916 Berlin；文献の詳細につき拙稿(阿部；佐藤記念論文集)参照。
- ²⁰ 1871年ドイツ帝国憲法第68条テキストにつき巻末資料参照。
- ²¹ Bz規定を警察概念で説明するG・マイヤー説の解釈論拠は、①帝国憲法68条の「公共の安全」規定、②プロイセン法律§1(軍司令官、要塞司令官)、§2(内閣)は授權規定であって戒厳要件を定めていない、③68条自身が要件に関し明文規定(「公共の安全」)を有する以上、68条にいう「要件、公布形式及び効力に関してはプロイセン法律が適用される」につきプロイセン法律規定のうち公布形式と効力のみ適用され要件はこれに入らない(Georg Meyer, in: G.Hirth, Annale des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1880, S.346 ff.; Georg Meyer, Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes, Teil 1, 2. Aufl., 1893, S.191ff.)。これに対し、ヘーネル反対説(A. Hänel, Deutsches Staatsrecht, 1892, S.434)：①68条は基本原則を定めるに過ぎず宣告要件は法律事項であるから68条の規定中に要件を定めたものとするならば法律事項の指示は対象を失ってしまう、②法律1条2条が権限委任規定であるとともに要件をも規定しており規定構造上明確に区別可能、③適用すべきプロイセン法律規定に関する68条の解釈として公布形式と効力に限定して要件を含ませないのは恣意的

- 解釈である。しかし、「公共の安全」の明文規定がある以上戒厳の一要件として否定できないので、戦争内乱の場合でも公共の安全の危険のない場合は戒厳宣告できない。因みに、後のワイマール憲法 48 条 2 項は「公共の安寧秩序」と規定した。
- ²² 井上毅の憲法 31 条の解釈（清水伸前掲書 242 頁）によると、「非常」の観念が流行疫病又は飢饉等の場合を指すのに対し、「事変」とは戦時に属し内乱又は愚民蜂起をいう。こうした解釈によれば、天変地異は戒厳令にいう「事変」に含まれない。
- ²³ W. Haldy, *Der Belagerungszustand in Preußen*, 1906, S.42
- ²⁴ やむをえない事情の場合に緊急勅令で戒厳を定めた「行政戒厳」の事例として、明治 38 日露戦争後の講和条約締結時の騒擾、大正 12 関東大震災、昭和 11 の 2・26 事件がある。上杉慎吉が、関東大震災時の行政戒厳の成立を否認するのは、「事変」の解釈として「天災の場合」「社会の騒擾」をも含めるべきとの立場からである。「事変」に関しこうした最広義の解釈をとったうえで、その実際の適用を天皇「大権の裁量」によらしめる；上杉前掲（注 5）「戒厳に就て」102, 106 頁。
- ²⁵ 例えば、三浦前掲書 6～7 頁；日高前掲書 88 頁
- ²⁶ 1851 プロイセン法律 1 条 2 条には für den Fall（～の場合に当たっては）と定め、2 条（内乱）解釈につき状態切迫が事実によって証明されている内乱をも含むと解された（Hänel, a.a.O. S.435）。1870 普仏戦争では仏の宣戦布告 2 日後の 7 月 21 日に独でも戒厳宣告されたが、これに対し第一次大戦では開戦 1 日前の 1914/7/31 に戒厳宣告（次の脚注 27 の文献：Strupp, S.25）。
- ²⁷ K. Strupp, *Ein Kommentar*, 1916, S.26（ストルップによると、「戦争に先行し得る事態が重要」である。これに対し厳格解釈をとるのは、Haldy, a.a.O. S.46-47（Bz 法律 § 1, 2 が例外法（Ausnamerecht）である点を考慮して「特別法（jus speciale）は…厳格に（strictissime）解釈されるべき」）。
- ²⁸ 本来警察目的であるから戒厳は警察の一部、教科書でも警察の章に置かれることが多い。例えば、G・マイヤー行政法教科書では、内務行政の一部としての保安警察（die Sicherheitspolizei）さらに非常保安警察として戒厳が扱われる（G・Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1893, S.191 ff.）。日本でも織田萬『日本行政法原理』は戒厳を「非常警察」として扱う。
- ²⁹ 美濃部達吉『憲法撮要』340 頁；なお、同『逐條憲法精義』（有斐閣 1927/昭和 2 年）281 頁以下。
- ³⁰ 1851 プロイセン Bz 法律 § 4（Dokumente Hrsg. von E. R. Huber Bd. 1, S.528）；条文注釈（Kommentar）につき；Strupp, a.a.O., S.47-48
- ³¹ H・Boldt, a.a.O., S.S.121u. 190
- ³² 鶴飼前掲書 103 頁
- ³³ 例えば、当時の警察法上の取締法規として集会条例（1900/明治 33 年）のほか治安警察法（1900/明治 33 年）；新聞紙につき新聞紙法（1909/明治 42 年）；雑誌等出版物につき出版法（1909/明治 42 年）。以上は平時における通常の警察法的取締法規であるのに対し、戦時非常時における臨時立法として言論出版集会結社等取締法（1914/昭和 16 年）は、「戦時ニ際シ」言論出版等の取締を目的とした。
- ³⁴ 美濃部『憲法撮要』341 頁
- ³⁵ プロイセン Bz 法律 § 5（法律条文テキストにつき、Dokumente, Hrsgs. von E. R. Huber Bd. 1, S.528）
- ³⁶ 鶴飼前掲書 102 頁以下
- ³⁷ A. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, 1892, S.437；ヘーネルによると、基本権停止の法的性質は、①事後の特別措置であることから「付加的措置」（Zusatzmaßregel）、②時間的・地域的限界を伴う特別の「強化措置」（Schärfungsmaßregel）、③憲法全体でなく特定の列挙条項のみの停止が可能である「非全体的措置」（Nichtgesamtmaßregel）が区別される。Auch; Wilhelm Haldy, *Belagerungszustand in Preußen*, 1906, S. 56 ff.
- ³⁸ G. Anschütz, *Der Kriegszustand*, *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1914, S.453. アンシュッツは、Bz の効力を、Kz 宣告により直接法律に基づき発生する「拘束的効力」（obligatorische Wirkungen）と、宣告と同時に事後の格別の任意的行為を要する「任意的効力」（fakultative Wirkungen）の二つのカテゴリーに分け、執行権の軍司令官移行（同法 § 4）を前者、基本権停止（同 § 5）を後者の例とする。プロイセン Bz 法律 § 5 によると、軍司令官が事後に任意の基本権停止を行う場合は同法律 § 3 の手続形式を踏む必要があった。実際、第一次大戦開戦に際し、1914 年 7 月 31 日皇帝命令は Kz の基本権停止の「任意的効果」に関し言及するところがなかったので、皇帝命令は「任意的効力」の惹起を事後の軍司令官裁量に委ねようとしたものと解された。これが許されないと反証するには明文規定を欠くという（Anschütz, a.a.O., S.454）。こうして実際のプラクシス形成においても、多くの軍団管区、要塞管区で軍司令官により自由停止がなされた（後述 V 参照）。
- ³⁹ 緊急権と基本権停止との関係につき、前掲拙稿（『阿部記念論文集』）412 頁以下
- ⁴⁰ 鶴飼前掲書 127 頁以下

Ⅲ 戒嚴の運用事例——とりわけ関東大震災（朝鮮人虐殺事件）、2・26事件

戒嚴令の解釈と運用に関し政府承認の陸軍の公式見解を示すものとして日露戦争前に作成された「戒嚴令実行ニ関スル大方針」（以下「大方針」と略す）を予め瞥見しておくのが便宜である¹。これによると、戒嚴運用上の最大の問題点は、戒嚴令第9条「臨戦地境内ニ於テハ地方行政事務及ヒ司法事務ノ軍事ニ関係アル事件」の範囲と、これと密接に係わる同令14条の「臣民」の権利の範囲如何にあるとされる。すなわち、このときすでに軍部中枢では「憲法上ノ臣民ノ権利、戦時事変ニ際シテモ尚明文ニ依リテノミ除外セラルベキモノ」であるから、その範囲が戒嚴令9条14条の規定では不明確かつ不十分であるとはっきりと認識されていた。そのうえで、こうした認識から、「本来国家ノ目的以内ニ認メラルル臣民ノ権利」である以上「憲法上ノ保障ガ除外セラルル、個々ノ事項ヲ網羅シ得タルモノトスルヲ得ズ、且戒嚴ノ応用ハ警備ノ緩急ニ伴ヒ時態ノ必要ニ適」するよう要請されるが故に、最終的には「諸般ノ場合」戒嚴令の「精神」から見て戒嚴令司令官が任務実行に必要と認めるなら戒嚴令の「明文ヲ須タズ、臨機応変・・・適当ノ措置ヲ採ラバ可ナリ、要ハ唯其事ノ必要如何ニアルノミ」とする結論が導出されるに至る（戒嚴令の明文でなく「精神」が発揮される場面を、後に朝鮮人虐殺事件と2・26事件に見ることになる）。まさに緊急権の法諺である「必要の前に法なし」（Not kennt kein Gebot）ということが自明視されている。こうして、明治15年の戒嚴令は、議会制定の法律形式——明文改正を経ることなく、後に事実上軍部の「大方針」に基づき内容の大幅な変更を被ることになった。かくてこのような陸軍の戒嚴「実行」方針の策定を可能にしたのは、直接には戒嚴令自身の不明確さに由来するが、問題の核心は明治憲法の立憲主義のあり方にこそ存したといえよう。

(1) 日清・日露戦争

明治憲法14条に基づく戒嚴の運用例は7例ある（1つは日清戦争時、6例は日露戦争時）。7例全て軍事戒嚴—臨時・臨戦地境戒嚴として戒嚴令が適用された²。

①日清戦争時の戒嚴期間：1894（明治27）年10月5日～1895（同28）年6月20日 / 同戒嚴区域：広島市全域と宇品 / 同戒嚴司令官：第5師団留守師団長。②日露戦争時の戒嚴期間：1904（明治37）年2月14日～1905（明治38）年10月16日 / 同戒嚴区域：長崎要塞地帯 / 同戒嚴司令官：長崎要塞司令官。③戒嚴期間②に同じ / 戒嚴区域：佐世保要塞地帯 / 戒嚴司令官：佐世保鎮守府司令官。④戒嚴期間②に同じ / 戒嚴区域：対馬とその沿海 / 戒嚴司令官：竹敷要港司令官。⑤戒嚴期間②に同じ / 戒嚴区域：函館要塞地帯 / 戒嚴司令官：函館要塞司令官。⑥戒嚴期間：1905（明治38）年4月13日～同7月7日 / 戒嚴区域：澎湖島馬公要港とその沿海 / 戒嚴司令官：澎湖島戦時指揮官。⑦戒嚴期間：1905（明治38）年4月13日～同7月7日 / 戒嚴区域：澎湖列島を除く台湾全域 / 戒嚴司令官：台湾総督。

①は、「戦時」という形式的要件は充たしていたが、日本本土に対する軍事的脅威がなく、大本営が置かれた広島市が戦地になっただけでもないので戒嚴の実質的必要性はなかった。戒嚴宣告の実質的な目的は、軍事目的というより、軍事予算や戦費調達もさることながら議会からの積極的な戦争支持の獲得、また天皇親政の実を示すことでナショナルな国民統合を達成するという政治的な内政目的にあった。これに対し、②～④は軍事目的の戒嚴であった。日露戦

争開戦に伴う、主として軍事機密保持のための戒厳であった。そのため国民生活との関係で戒厳が必要とされたのは、とりわけ郵便電信の開滅、出入船舶の諸物品検査（戒厳令 14 条第四）くらいであった。⑤⑥はバルチック艦隊来航に伴う海上交通途絶の危険からの戒厳であった³。戒厳宣告の手續形式は次の通り（上の①～⑦全て同じ形式）。

朕帝国憲法 14 条ニ依リ枢密顧問ノ諮詢ヲ経テ戒厳宣告ノ件ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム
御名御璽

明治二十七年十月五日

内閣総理大臣 伯爵 伊藤博文
陸軍大臣⁴ 伯爵 大山 巖

うえのような日清・日露戦争時の戒厳運用においては、前述「大方針」策定はとりたてていうほどの実際上の影響もなかった。しかし、日露戦争後の戒厳運用で事情は一変する。

(2) 日比谷焼打事件

日露戦争後の戒厳運用はそれ以前の戒厳と比べ、その基本的性格において外国との戦争に由来する軍事的なものから、軍隊による国内の治安維持を目的としたものに機能転換した、その嚆矢となる事例である。日露戦争終結に伴う講和条約の内容に激昂した民衆が起こした日比谷焼打事件（1905/明治 38 年）は、戒厳令に基づく正規の戒厳でなく、明治憲法 8 条の緊急勅令に基づく所謂「行政戒厳」（「緊急勅令戒厳」）であった⁵。行政戒厳の運用事例は、日比谷焼打、関東大震災（朝鮮人虐殺事件）及び 2・26 事件と全部で 3 例あるが、とくに後 2 者は日本近代史において社会的政治的にも重大な事件とみられてきたにもかかわらず、これまで戒厳運用の実際を憲法学的に検証する作業が十分に行われてきたとはいえない。

さて、行政戒厳は、もともと戒厳令の成立要件（戒厳令 1 条「戦時若クハ事変」）を欠いているため正規の戒厳として定めることの出来ないものであるから（戒厳成立上の憲法・法律上の根拠を欠く）、戒厳宣告に伴う効力等戒厳令の適用条項に関しても不明確とならざるを得ない。緊急命令で定められるため戒厳の効力以外にも戒厳の適用条項の範囲、区域画定等行政権の裁量余地が拡大され、法的安定性の確保が困難となる傾向にある。運用事例を通じてこうした点を具体的に見ていこう。先ず何故、日比谷事件では戒厳令に基づく戒厳でなく緊急勅令に基づいて行政戒厳が定められたかという点、（正規の戒厳を行うと）「激昂セル民衆ヲシテ却テ益激昂セシムルノ基トナルベク、且戒厳宣告ハ陛下ガ直接ニ行ハセラルルコトナルヲ以テ事体極テ重大ナリ・・・戒厳宣告ノ形式ニ依ラズ、今少シ柔カナル方法ニテ別ニ大権ヲ傷ケス目的ヲ達シ得ル」ために緊急勅令形式によるとされたが（枢密院会議での政府の提案理由）、賛否が分かれ、きわどい採決（7 対 6）で承認されたという⁶。このときの宣告の手續形式を下に掲げておく⁷。

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一定ノ地域ニ戒嚴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

御名御璽

明治三十八年九月六日

内閣総理大臣 伯爵 桂 太郎

勅令二百五号

東京府内一定ノ地域ヲ限リ別ニ勅令ノ定ムル所ニ依リ戒嚴令中必要ノ規定ヲ適用スルコトヲ得

本令ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

明治三十八年勅令第二百五号ノ施行ニ関スル件ヲ裁可シ茲ニ之ヲ公布セシム

御名御璽

明治三十八年九月六日

内閣総理大臣 伯爵 桂 太郎

勅令二百七号（明治三十八年勅令第二百五号ノ施行ニ関スル件）

明治三十八年勅令第二百五号ニ依リ左ノ区域ニ戒嚴令九条及第十四条ノ規定ヲ適用ス但シ同条中司令官ノ職務ハ東京衛戍総督之ヲ行フ

東京市 荏原郡 豊多摩郡 北豊島郡 南足立郡 南葛飾郡

附則

本令ハ發布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

緊急勅令 205, 207 号に次のような行政戒嚴の特徴が端的に出ている。先ず 205 号では「戒嚴令中必要ノ規定ヲ適用スルコトヲ得」として戒嚴令中のどの条項の適用があるのかを明示せず留保したうえで、その施行命令である 207 号であらためて「戒嚴令九条及第十四条ノ規定ヲ適用ス」というふうに具体的な適用条項を明らかにするが、これは事態に応じ別の規定の適用余地もあり得ようことを推測させる。こうした勅令の二段構えは、以後の関東大震災、2・26 事件にも全て共通する。この行政戒嚴の特徴は、軍部当局による実際の運用のうえでの戒嚴令中の適用法規の恣意性と法的安定性（法治国原則の保障——例えば、「法律に基づく行政」、罪刑法定主義、刑罰不遑及等々）の欠如にある。ここに陸軍の「大方針」（「戒嚴ノ応用ハ警備ノ緩急ニ伴ヒ時態ノ必要ニ適（ス）」「明文ヲ須タズ、臨機応変・・・適當ノ措置ヲ採ラバ可ナリ、要ハ唯其事ノ必要如何ニアルノミ」）の要である「要ハ唯其事ノ必要如何ニアルノミ」という緊急権の論理と軍の論理の合致・貫徹（Durchhalten）をみることができる。

実際の事件においては、警察による無差別の武器使用が行われ、合囲戒嚴でのみ適用可能な戒嚴令 14 条第六の規定（「合囲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察スルコト」）が執行された。このとき警察支援のため軍が派遣された。この事件を画期として、以後軍隊の機能が対外的な帝国主義戦争のみならず国内治安維持目的の内政上の政治的性格をも担うようになったことが示された⁸。なるほど日比谷焼打事件では騒擾の規模が後の

関東大震災、2・26事件と比べ小さいものの、「事変」が大規模化するにしがいが「時態ノ必要」「明文ヲ須タズ、臨機応変」という、その恣意性と法治国的保障の欠如が拡大して行く。明治憲法14条の戒厳でなく緊急勅令（同憲法8条）に基づく「行政戒厳」による「事変」への対処こそは、明治憲法体制下の戒厳運用の注目すべき特徴を示している。何故なら、以後関東大震災（朝鮮人虐殺事件）から2・26事件へと行政戒厳が通例の戒厳運用となったからである。このようにそれ自体が憲法規範の「外見性」を強める憲法内在的契機であった天皇大権及び議会の制定法律とならなかった憲法外の規範たる太政官布告・戒厳令は、運用の実際においておよそ立憲主義になじむものとはい難かった。

(3) 関東大震災（朝鮮人虐殺事件）

1923（大正12）年9月1日関東大震災で関東一帯は大きな被害を被ったが、この大災害に際し朝鮮人虐殺事件や亀戸事件等も生じた。戒厳が東京府、神奈川県、埼玉県、千葉県の一府三県に定められ兵員約5万人に達した⁹。このときも正規の戒厳ではなく緊急勅令に基づく行政戒厳であった。戒厳施行の緊急勅令の全文は次の通り。

朕茲ニ緊急ノ必要アリト認メ帝国憲法第八条第一項ニ依リ戒厳令ノ適用ニ関スル件ヲ裁可シ之ヲ公布セシム

御名 御璽

摂政名 大正十二年九月二日

内田臨時内閣総理大臣以下国务大臣副署

勅令三百九十八号

一定ノ地域ヲ限リ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

附則

本令ハ発布ノ日ヨリ之ヲ施行ス

地震のような災害は戒厳令1条の「戦時若クハ事変ニ際シ」という戒厳成立の構成要件に該当しないとされたが、このときも現地派遣の関東戒厳司令官の実際の命令をみると¹⁰、戒厳令9条14条と大体において類似した内容のものであったことがわかる¹¹。

「警視総監及関係地方長官並ニ警察官ノ施行スベキ諸勤務。

- 一 時勢ニ妨害アリト認ムル集会若クハ新聞雑誌広告ノ停止。
- 二 兵器弾薬其ノ他危険ニ互ル諸物品ノ検査押収。
- 三 出入ノ船舶及ヒ諸物品ヲ検査押収。
- 四 各要所ニ検問所ヲ設ケ通行人ノ時勢ニ妨害アリト認ムルモノノ出入禁止又ハ時機ニ依リ水陸ノ通路停止。
- 五 昼夜ノ別ナク人民ノ家屋建造物、船舶中ニ立入検査。
- 六 本令施行地域内ニ寄宿スル者ニ対シ時機ニ依リ地境外退去。
- 七 関係郵便局長及電信局長ハ時勢ニ妨害アリト認ムル郵便電信ヲ開滅ス。」

尤も、現地戒厳司令官の命令を瞥見すると、戒厳令9条14条と異なる注目すべき点、とりわけ、①軍司令官の管掌権に対する「地方行政事務……ノ軍事ニ関係アル事件ヲ限り」の限定がなく軍事関係の有無にかかわらず、また②戒厳令14条にはない「各要所ニ検問所ヲ設ケ……出入禁止」が加えられており(四)、③検査だけでなく押収権限も認めている(二、三)、④五と六では戒厳令14条では合囲地境戒厳にのみ許される権限が行政戒厳にまで拡大されていること等、を見出し得る。これらの諸点に、事情次第で命令権限者の主観的判断に大きく依存する「時勢ニ妨害アリト認ムル」とか「時機ニ依リ」といった規定と相俟って、戒厳令に基づく正規の戒厳よりも一層拡大解釈の可能性を与えられた行政権の裁量下での恣意的な行政戒厳の特性がよく示されている。憲法・法律に厳格に枠づけられた規範適用でなく、その時々緊急勅令に基づく行政戒厳であるが故にその適用や解釈が現地軍司令官の判断に委ねられ(とりわけ戒厳令14条の適用範囲に関し)、この恣意性により朝鮮人虐殺といった大惨事を惹起する結果になった。このような軍司令官命令はその管掌下にある警察及び、その下請化した民間自警団組織によって冷厳に実行された。例えば、大正12年9月3日関東戒厳司令官告諭をみよ：「…此際、地方諸団体及び一般人士も、亦、極力自衛協同の実を發揮して、災害の防止に努められんことを望む」と¹²。また検問体制下で軍や警察の下部組織化した武装民間自警団による戒厳執行を可能にした(前出関東戒厳司令官命令第1号四～六)、「昼夜ノ別ナク人民ノ家屋建造物……中ニ立入検察」の規定によって、検察権のない軍人による夜間の令状のない「不逞鮮人舎」への搜索と「不逞鮮人」の逮捕を可能にした(例えば、朴烈事件)。また、検問体制下で軍隊による武器使用が許されただけでなく、「地方自警団、及び一般人民」の「武器又は凶器の携帯」に対する軍、警察の許可権限が与えられた(9月4日戒厳司令官命令第二号により自警団取り締まり方針を指示)¹³。蓋し、事態の深刻な結果からみると、ひょっとして朝鮮人は「日本臣民に非ず」という当時の社会通念から明治憲法第2章の「臣民権利義務」規定の適用が初めから朝鮮人には拒まれて当然という意識が政府・軍部当局者の念頭になかったといえるかどうか怪しまれるからである¹⁴。

一般的にいうと、このような行政戒厳の運用と、戒厳令に基づく正規の戒厳との不安定な関係こそ「事態に依存する」とか「必要の前に法なし」という緊急権の本質を最もよく表わすものといえるが、このような実定法と自然法の境界のない緊急権は、ドイツで「不文の緊急憲」(unbeschriebtes Notrecht)といわれ、こうした性質に緊急権の論理と生理が端的に示される。ただこのときの戒厳の事態の特徴として興味深い点は、当初当局の主観としては——それも天皇大権を傷つけないようにとの用心のためであるが——なるべく事態を穏便に済ませるため、世間に重大なものと思わせたくないため「今少シ柔カナル方法ニテ……目的ヲ達シ得ル」(枢密院会議における趣旨説明)ようにとの配慮によるものであったのが、後に「ずるずるべったり」に事態が拡大するのを抑制できなくなるところにある^{15,16}。これを運用レヴェルの問題としてみた場合、見ての通り実際は大震災という「自然災害」と「人災」としての朝鮮人虐殺事件とが同時不可分に結びつく事象であったにもかかわらず¹⁷、当時の戒厳要件の形式解釈として「事変」に「自然災害」は含まれないため行政戒厳の方法が採用された経緯がある¹⁸。こうした行政戒厳での対処が原因となって、法適用・解釈の恣意性により法的に不安定な事態が避けられないという結果が生ずる。しかし、それでも9月13日になると軍と警察の行き過ぎに対する修正が始まった。朝鮮人虐殺の最中、無政府主義者大杉栄と伊藤野枝夫妻とその甥の幼児の惨殺(甘粕大尉事件)が明らかになり軍隊に対する非難が高まると戒厳司令官が更迭され

た。9月20日命令（関東戒厳司令官諭示）により自警団への指示権、武装許可権を警察に限定し、軍と憲兵隊がそこから退いた（この命令によって戒厳下の軍の権限濫用を暗に認めた）。

ところが、このときの戒厳運用に関し戦前憲法学、例えば、美濃部達吉の評価によると、「一般人心の鎮静に最も偉大な効果を収め、・・・何よりも大きな安心を与ふることの出来たのは、言ふ迄もなく戒厳令の施行であった」として、「軍隊のありがたみ」がこれほど痛感されたことはなかったとまでいう（1頁）¹⁹。さらに続けて、実は自警団の行動を戒めたのは軍（戒厳司令官）であり実際軍隊がその力を行使することは「寧ろ稀であった」といい（17頁）、畢竟「戒厳令が最も有効に適用せられた実例」（2頁）であると最大限の賛辞が送られた。これに対し、戦後日本史学（例えば、大江志乃夫）による歴史的評価によると²⁰、朝鮮人暴動の「意図的デマ」、「恣意的な無制限の人権抑圧」（137頁）、軍による戒厳令の拡大解釈と権限濫用下に自警団の不法な行動の抑制困難な事態が生じたので、その軍の行き過ぎを後になって修正する必要が生じたとされる。このように関東大震災・朝鮮人虐殺事件における戒厳運用に関する両者の評価は対照的であるが、ここまで極端な評価の違いはどこから導かれるのか、またこれを一体どのように理解したらよいだらうか。一方で、当時の種々の言論統制下での情報不足による制約（それでも当時の資料を見ると、新聞報道で具体的な事態の状況をかなり知りえたようである）を考慮しても美濃部の戒厳及び軍隊に対する認識のあまりのナイーブさ*に驚きを禁じ得ない（美濃部は軍隊が災害救助に役立ったことを素直に喜んだのかもしれないが）²¹。他方で、日本国憲法の時代になってから戦後憲法学は、何故関東大震災時の朝鮮人虐殺事件における戒厳の憲法問題に、日本史学がそうしたように取り組み得なかったのか、そのことの方がもっと驚きを禁じえない。このときすでに、明治憲法体制の外見的立憲主義及び、これと急激に発展した日本資本主義との矛盾は、殊に明治憲法の緊急権規定において、こうした社会的危機を克服するのに戒厳という19Cの古典的な法形式での対処において限界にまで達していた。

（4）2・26事件と特設軍法会議（「司法テロ」）

1）2・26事件と憲法問題

1936（昭和11）年2月26日に皇道派に属する青年将校達が部隊を率いて武力行動を起こした。当初軍部は戦時警備下令で対処しようとしたが、翌2月27日緊急勅令に基づき行政戒厳が宣告された²²。緊急勅令制定の諮詢を受けた枢密院本会議での提案理由によると、「帝都ノ市中ニ於テ或ハ不穩ノ事起ラズトモ斷言シ難ク・・・警察力ニテハ到底之ガ取締ヲ為スコト能ハザルニ至ラン・・・各官庁等ヲ占拠セル部隊・・・今後若シ飽迄右解散ノ説論ヲ肯ゼザルトキハ武力ヲ以テ・・・」警備に当たるよう要請されるとし、全会一致のうえ僅か10分で閉会した。例によって勅令（勅令18号）では戒厳令中の適用規定は明示されず、その施行勅令である勅令19号で戒厳令9条及び14条が適用された（関東大震災時の前例踏襲、但し14条はその全てを適用）。その際「地方官地方裁判官及ヒ検察官」は戒厳区域の軍司令官の「指揮ヲ請フ」たうえ²³、その管掌下に入り（戒厳令9条）反乱軍部隊の鎮圧が実行された。反

* これは、今日の「自衛隊の災害派遣」に対する国民のナイーブさに通ずるものがあるだろうか、本来国防を担うべき軍の「災害派遣」というものの社会通念は、関東大震災時と東北大震災・津波時とは、「憲法9条下の自衛隊」と明治憲法体制下の帝国軍隊という歴史的法的条件の違いに応じた何か性質上の違い、否、それにもかかわらず、もっとそれを越えた共通の性格を内在させているのだろうか。また、同じく「人災」であるにしても、そもそも原発事故という高度に発達した科学技術の制御リスクと、百年近く前の日本の近代化途上で生じた朝鮮人虐殺事件とは社会的事情の違いから同断には論じ得ないのだろうか。

乱鎮圧の奉勅命令の発出により、2月29日反乱部隊の原隊復帰で事件は終息した。戒厳の執行期間は、特設軍法会議による裁判も含め2月27日から、戒厳解止の7月17日までで、その間に反乱部隊を指揮した青年将校達とともに北一輝、西田税ら民間人に対する死刑判決(7/17)が行われた。以上は法的側面から見た2・26事件の簡単な経緯である。

ところで、2・26事件における行政戒厳による対処が、日比谷事件や関東大震災(朝鮮人虐殺事件)といった前例と比べても自明であるのか疑わしい。2・26事件においても過去2例の行政戒厳と同じく、形式的には戒厳令1条「戦時若クハ事変」に該当しないとみられ行政戒厳が実行されたが、同5条の「平時土冠ヲ鎮圧スル為」に該当するかどうかは問われないのは不自然であろう。尤も「平時土冠」とは同1条にいう「事変」に対応し「戦時に準ずる事変」の謂いであるとされたので、第5条を適用するためには、2・26事件を「反乱」であると事実認定したうえでなければ、5条にいう「平時土冠」への該当は承認されないであろう。ところが、これこそが社会的に決定的に重大な問題であったのに、否、それ故にこそ法的に混乱と困難に直面せざるを得なかった理由でもあった。先ずこれを社会的側面から見てみよう。例えば、青年将校が率いた「蕨起部隊」は、当初「出動部隊」といわれたのが、後に「反抗部隊」を経て「反乱部隊」というふうに変化したのは何故か——これは瑣末な単なる名称の変化とはいえない。そこには、表向き、もし反乱軍ということになれば反乱部隊と鎮圧部隊との「軍隊相撃」になるので、これを避けたいという軍の意向があったといわれる(またさらにその背景には、当時の軍部内の政治路線をめぐる統制派と皇道派の政治的確執のため、軍幹部内の皇道派による青年将校の行動に対する擁護の動きもあったと推測される)。ところが、これに反して天皇の意向は、「速ニ事件ヲ鎮定スベク御沙汰アラセラ」れ「今回ノコトハ精神ノ如何ヲ問ハズ甚ダ不本意ナリ。国体ノ精華ヲ傷クルモノト認ム」(木戸幸一)という反乱軍に対し極めて厳しい態度であったらしい。にもかかわらず、軍部は天皇の意に反して、行政戒厳宣告の前にすでに、表向き「軍隊相撃」を避けるためという理由で反乱部隊とみなさないで警備のため「出動シアル部隊」とみなすことで、戦時警備下令によって「蕨起部隊」を警備部隊に編入した(東警作命第三号)²⁴。戒厳宣告に伴う関東戒厳司令部令(勅令第20号)1条2項でも「戒厳司令官ハ其ノ任務達成ノ為前項ノ区域内ニ在ル陸軍軍隊ヲ指揮ス」²⁵とされ、同部隊が警備部隊として戒厳司令官の指揮下に繰り入れられていた。そもそも、速やかに鎮定せよと命じた天皇は戒厳部隊への反乱軍の編入を承知したうえで、こうした勅命を裁可したのか否か。大江志乃夫によると、それまで東警作命第三号等が反乱軍部隊を——天皇の意思に反して——認知したものととして問題視されたため、それは「一ノ鎮定方便」と弁解されていたが、この勅令20号こそ、天皇の名において公式に反乱部隊を免責したものであり、もしそうだとすれば、天皇の命令を偽って、この勅命を作為した者は反乱幫助(陸軍刑法30条：反乱者又は内乱者を利するため命令等を騙り伝えたものは死刑、無期若しくは3年以上の懲役又は禁錮)を免れない。もしそうでなく、天皇が承知のうえであれば反乱部隊の行動は、文字通り天皇の名で免責されたことになる、という²⁶。

次に、憲法問題を考えてみよう。青年将校の行動とその「蕨起部隊」を「警備部隊」とみなすのは現に生じている事実に向き合おうとしない主観的態度というほかない。そうではなく「蕨起部隊」が「反乱部隊」であるという事実認識を前提とするなら、戒厳令1条「戦時若クハ事変」、同5条「平時土冠ヲ鎮定スル為」規定の適用如何に関する法解釈問題から出発するほかあるまい。2・26事件が軍の一部によるクー・デタであるのは明白であるから、「反乱部隊」

という事実認識を承認するなら、反乱部隊の武装規模から見て、事情次第では内乱状態を惹起しえたと思われよう。「事変」（戒厳令1条）又は「平時土冠」（同5条）とは一般に、例えば、戒厳令制定以前の西南戦争（1878/明治10年）のような内乱状態²⁷とか「戦争に準ずべき内乱」²⁸の場合と解釈されるので、2・26事件のような内乱を惹起し得る反乱部隊の軍事行動はこれに該当するというのが素直な解釈ではなかろうか。プロイセン憲法・1851BzGでは明文規定により戒厳発動の構成要件として戦時だけでなく内乱・反乱及び騒擾（Aufbruch）をも予定され、実際にもそのような適用事例がある。これに対し、憲法上の戒厳規定を有しながら、何故行政権や軍の恣意的解釈の余地を大幅に認めることになる行政戒厳の発動が認められたのかという問題の原因には、太政官布告・戒厳令の法解釈・運用レベルだけでなく、立法レベルの局面でも重大な問題が孕まれている。

法解釈としても、例えば、美濃部の憲法教科書その他の論文でも、行政戒厳に関する法解釈上の一言の疑義さえ見られず、それどころか前述のように（関東大震災・朝鮮人虐殺事件につき）賞賛さえされている。こうした問題の所在がどこにあるかを考えてみなくてはならない。一般に緊急権の本質的な法的構成要素は執行権への権力集中と基本権停止に存するが、そのような緊急権の法的効力の発生の有無と範囲は、緊急権行使の構成要件該当性如何（どのような事態が緊急権行使の場合に該当するか）に大きく依存するであろう。法解釈や運用もさることながら、そのような法解釈に重大な瑕疵が生じうる原因は戒厳令の規定自体にも存する。例えば、「平時土冠」という文言表記からして誤解を生みやすい。この点で、次のような憲法学者でない三浦恵一の指摘は注目される。三浦によると、戦時戒厳でなくて戒厳令の一部の適用を可能とする旨を緊急勅令で定める（行政戒厳）というのは、「事重大で謂はば戦時事変に限る現行戒厳令を、然らざる場合に迄拡張する戒厳令の改正にも類する性質」を有するとの認識が示されている²⁹。そもそも明治憲法が法律事項とした戒厳令自体が憲法制定に伴い憲法に基づき創設された議会の法律として公式に改正されることもなく、「土冠」といった前時代的な漢語に見られるような、制憲以前の太政官布告のまま維持され存続したことが法解釈の混乱と困難のもとであるように思われる。翻って、ドイツの近代的戒厳法制が歴史的に19Cを通じて、軍事的な要塞法としての合圍状態法から、政治的な内乱状態や挫折した市民革命等の歴史過程を経て近代法として法の発展（緊急権の立憲主義化を通じた「市民的法治国」化）を緩慢ながらも達成していったことが想起される。これに対し、明治15（1883）年当時の戒厳令には、明治維新直後の内戦状況（例えば、西南戦争）の生々しい記憶のなかで成文化された歴史的背景があったが、その後の相対的に安定化した明治中期の社会事情の変化にもかかわらず、憲法制定後、そうした古典的な戒厳概念の軍事的性格の歴史的克服が課題（緊急権の立憲主義化の課題）として積み残されたままであったのに、また憲法学もこれに取り組むことなく怠慢を重ねる結果になったと思われる³⁰。

2・26事件を奇貨とした所謂統制派による軍部内ヘゲモニーの確立後、戒厳令下に現内閣総辞職のうえ強力後継内閣樹立を迫る、組閣への陸軍の介入に見られる軍部による戒厳の政治的利用——反乱部隊＝皇道派制圧後戒厳をカウンター・クー・デタ的手段として濫用——と、その驚くべき論理の倒錯（事件の原因を生ぜしめた責任は国政にあり、反乱を起こされた軍は寧ろ被害者であるという軍の認識をいう）を見よ³¹。後継広田内閣は軍部の要求に全面的屈服した結果、軍部大臣現役武官制を復活させ、これを契機に事実上の「軍部独裁」への道を切り開いた。かくて、昭和ファシズムの全面展開の画期となった2・26事件を政治的契機に後の国家

総動員法へと連動する更なる危機構造を増幅させたこと、そしてそこでは「危機国家」が新たな危機（「法の危機」「危機の法」）をその内部から生ぜしめる「緊急権の危機構造」³²が成立し得ることに注意しなくてはならない。

2) 2・26 事件における特設軍法会議の設置（「司法テロ」）

行政戒厳の場合、これを定めた緊急勅令のなかで戒厳令中の任意の規定適用の記載が可能であることは前述したが、2・26 事件の場合、戒厳令中の戒厳地境内での裁判に関する規定の適用が予定されていなかったことから、同事件の裁判は、行政戒厳を定めた緊急勅令とは別の緊急勅令に基づく特設軍法会議（「東京陸軍軍法会議」）の設置によって行われることになった。緊急勅令 21 号「東京陸軍軍法会議ニ関スル件」は以下の通り定める。

- 第 1 条 東京陸軍軍法会議ノ設置
 第 2 条 長官を陸軍大臣トスル
 第 3 条 管轄権は陸軍軍法会議法第 1 条ト第 3 条ニ記載スル者ガ犯シタ 2・26 事件ノ被告事件
 第 4 条 (略)
 第 5 条 東京陸軍軍法会議ハ陸軍法会議法第 1 条³³乃至第 3 条ニ記載スル者以外ノ者ガ同法第 1 条乃至第 3 条ニ記載スル者ト共ニ昭和 11 年 2 月 26 日事件ニ於テ犯シタル罪ニ付裁判権ヲ行フコトヲ得
 第 6 条 東京陸軍軍法会議ハ陸軍法会議法ノ適用ニ付テハ之ヲ特設軍法会議ト看做ス

こうして「東京陸軍軍法会議」では、通常裁判所ではおよそ許されない、①弁護人なし、②秘密裁判（審理非公開）、③一審終審制（控訴上告不可）、④民間人を特設軍法会議の管轄下におくといった特別裁判が行われた。これは、あたかも戒厳令 13 条（「合圍地境内ニ於ける軍衙ノ裁判」は「控訴上告ヲ為スコトヲ得ス」）を適用した場合に等しい司法的取扱を民間人に対してなしたことになる。こうした特設軍法会議の設置を行政戒厳宣告に際してなせず、あるいは行政戒厳を定めた緊急勅令のなかでなく、事後に別の緊急勅令で規定するといったやり方が憲法上許されるか。当初の勅令 18 号では適用規定を明記せずにおいて、同 19 号では戒厳令 9 条と 14 条を適用規定として特定したところが、今度は一転して（というのは、犯人逮捕前でなく事後に特別裁判所設置とその手続を定めるというようなことが法定手続の保障を初めとした近代法治国原則の保障のうえで許されるのかという意味で）、別の勅令（21 号）で戒厳令中の規定の法的根拠を示さず陸軍軍法会議法を持ち出した。したがって、うへの緊急勅令の要は 5 条と 6 条にある。このような特設軍法会議設置の法的根拠として陸軍軍法会議法が挙げられているが（勅令 5 条）、「2・26 事件ノ被告」として軍人のみならず民間人（北一輝、西田税）の訴追をも可能にしたのは、緊急勅令 21 号 5 条をみると、「陸軍法会議法第 1 条乃至第 3 条ニ記載スル者以外ノ者」とあるから陸軍法会議法 6 条の適用によるものと思われる（当該適用条項は特定されていないが）。ところで、民間人の司法的保障に関する明治憲法上の規定は 24 条と 60 条である。前者では「日本臣民法律ニ定メタル裁判官ノ裁判」を受ける権利を保障し、後者では「特別裁判所ノ管轄ニ属スヘキモノハ別ニ法律」で定めることになっているから、24 条、60 条にいう「法律」とは、ここでは陸軍軍法会議法がこれに当たるので憲法上は問題

がないように見える。しかし、何故戦時でもないのに民間人を軍人と一緒に軍法会議にかけるなどということが可能なのか³⁴。戒厳令が属地主義に立って合囲地境以外の戒厳区域で民間人をも管轄し得る「軍衙ノ裁判」（戒厳令11条12条）を認めていないのに、行政戒厳にもせよ、いやしくも戒厳の執行期間中（1936/2/27～7/17）に、例外状態での民間人をも管轄する特別裁判が合囲地境以外の区域で可能なかが疑われる。またさらに「東京陸軍軍法会議」が合囲地境以外の戒厳区域での特別裁判所であるだけでなく、陸軍軍法会議法6条は「戦時事変ニ際シ」と定めるから、この規定を、行政戒厳を前提に適用するのであれば矛盾としかいいようがないであろう。何故なら、もともと行政戒厳とは戒厳令1条「戦時事変ニ際シ」の要件に合致しないから敢えて戒厳令でなく緊急勅令に基づく変則的な「緊急勅令戒厳」を定めたという事情が存在するからである。あるいは政府・軍部当局によって陸軍軍法会議法6条にいう（戦場や戦時態勢の前線部隊又は外国軍との敵対状態にある部隊——「軍中」という事態を想定しての³⁵）「戦時事変ニ際シ」に当たるとみなされていたとすれば、これまたいつの間にか「平時」が「戦時事変」に事情次第で変更可能であるような恣意的解釈というほかない。そうであるならば、陸軍軍法会議法6条を法的根拠にして民間人を管轄し得る特別裁判所（「東京陸軍軍法会議」）を設置し得ないのであるから、したがって明治憲法24条及び60条にいう「法律」の定める裁判の保障規定に違反することになる。翻つてもとをたどれば、初め戒厳令中の9条と14条のみの適用とした緊急勅令（「平時」を前提とした行政戒厳）が、いつの間にか適用法令が戒厳令でなく「戦時事変」に適用される軍法会議法に変更されていたという、「平時」から「戦時」へのなし崩しの地続きの、こうした緊急権の現代的性質こそ、2・26事件から2年後の国家総動員法を予告するものであった。戒厳令の定める例外的な属地主義——合囲地境限定の民間人を対象とした特別裁判管轄——からの逸脱を法的に可能としつつ、明治憲法第2章中の24条の「臣民の権利」を停止し得るのは、もはや明治憲法31条の天皇の非常大権のほかなかるう。

大正デモクラシーの一時期における憲法の外見性の緩和にもかかわらず——当時すでに古典的緊急権を脱してワイマール期の独裁型緊急権の時代に入っていたドイツと比べ——緊急権の立憲主義的成熟が十分でなかったことの矛盾の現れ（とくに戒厳の要件と法的効力の法治国化が未成熟で、それが行政戒厳という形式で法適用や解釈等の恣意的運用面に顕著に現れた）とみることができる。こうした矛盾は昭和ファシズム期に入ると、（美濃部天皇機関説事件に象徴されるような）立憲主義の後退として重大な局面を迎えた。しかし、これは、憲法の内と外からの外見性を構成する特殊モメントとしての緊急権こそが幼弱な立憲主義を止揚するような局面において決定的な契機を形成したともいえる——こうした軍部による政治支配の契機となったのが2・26事件における行政戒厳と「司法テロ」³⁶である。朝鮮人虐殺事件から2・26事件に至るこの時期、国家独占資本主義の下で総力戦としての帝国主義戦争の準備に適合した、立憲主義の歴史の変容にパラレルな緊急権の歴史の転換の課題達成——「戒厳から非常大権へ」——が求められていた（ドイツではビスマルクからワイマールへの憲法史において「戒厳から独裁へ」の緊急権の発展をたどった）にもかかわらず、昭和ファシズム期に入っても、法形式的には前世紀の外見的立憲主義の下で、これまた時代遅れの太政官布告・戒厳令との矛盾を放置したまま、そのまた変則形態の行政戒厳でこれを凌ごうとしたが、戒厳には自ずと歴史的限界があった。それ故、結局天皇の非常大権／国家総動員法の終着点に行き着かざるを得なかった。ドイツは、パーベン・クーデタを経て、1933年以降ナチスのヒトラー独裁の時代に入っていた。

注

- ¹ 「戒厳令実行ニ関スル大方針」は「付録」として当時「秘」扱いとされたが（後に大江志乃夫編『陸軍省編纂／明治三七八年戦役陸軍政史第一巻』（湘南堂書店、1983）として公刊された）、以後「大方針」に依拠した戒厳運用の現実において、もとの立法者意思や関連法学説等一切拒否するようになったという（大江志乃夫『戒厳令』岩波書店、1978、95頁）。そのためか、戒厳令に関する注釈書が軍関係者の2著のみである（日高巳雄『戒厳令解説』昭和17年、三浦恵一『戒厳令詳論』昭和18年）。行政法・憲法学者の手になる鶴飼信成『戒厳令概説』（有斐閣）が出たのは敗戦の年、明治憲法廃止間際であった。なお、戒厳の運用の歴史に関し大江前掲書が詳しい。
- ² なお、前掲大江志乃夫『戒厳令』81頁によると、アジア・太平洋戦争時唯一地上戦が行われた沖縄戦でも戒厳が定められるべきであったとし、且つそこで戒厳宣告がなかったが故に違法な「超法規的非常措置」に基づき生じた人命財産の損害について沖縄住民は「要償権」をもつと指摘される。
- ³ 大江前掲書87頁以下。
- ⁴ 国務大臣の副署があるのは、戒厳宣告が国務に属した輔弼事項（明治憲法55条2項）であるため。
- ⁵ 「行政戒厳」につき、美濃部達吉『憲法撮要』（有斐閣、昭和7年（1932）改訂第5版）171頁、黒田『日本憲法論（中）』（弘文堂1939/昭和14）361頁。他に種々の名称の例がある：「準戒厳」につき、宮沢俊義『憲法略説』92頁；「戒厳令の一部施行」につき、佐々木『警察法概論』新法学全集57頁；上杉慎吉前掲論文98頁。こうした特殊な戒厳の特徴からみて「緊急勅令戒厳」とか「平時戒厳」ともいわれた（三浦恵一『戒厳詳論』7-8頁）。美濃部達吉「震災に由る戒厳令の施行」（東京商科大学一橋会発行『復興叢書』大正10年『現代憲政評論』昭和5年所収）によると、「行政的戒厳」とは「軍事上の必要から来たのではなく専ら治安維持の必要の為に警察だけでは力が足りない為に軍隊の力を借りた」もので、ドイツ帝国憲法68条にいう Kriegszustand（戦争状態）でなく Ausnahmезustand（例外状態）であるという（美濃部同上論文11頁）。尤も、ドイツ国法学上の緊急権概念として後者は最も広義の意味で用いられるが、それでもプロイセン戒厳法律の解釈として「災害」は緊急事態概念に含まれていなかった。
- ⁶ 以上、大江前掲書113-118頁。
- ⁷ 勅令の書式及び原文につき、日高巳雄前掲書337-338頁に掲載。
- ⁸ 大江前掲書119頁。
- ⁹ 大江前掲書137頁。なお、美濃部「震災に由る戒厳令の施行」15-17頁中資料（「関東軍戒厳司令官ノ採リタル処置ノ大要（9月11日迄）」）によると、総員約3万5千とある。なお、この関東戒厳司令官の処置報告によると、「當初ニ於ケル流言蜚語モ民心ノ安定ト共ニ消失シ」といい、震災の最中に民心を動揺せしめた「流言蜚語」の事実を認めている。
- ¹⁰ 『現代史資料6 関東大震災と朝鮮人虐殺』（みすず書房、1963/昭和38）101頁
- ¹¹ 勅令399号（9月2日）「大正十二年勅令三百九十八号ニ依リ左ノ区域ニ戒厳令9條及14條ノ規定ヲ適用ス・・・」（美濃部同上論文6-7頁）
- ¹² 鶴飼前掲書188頁所掲「付録第二関係資料」
- ¹³ 『現代史資料6 関東大震災と朝鮮人虐殺』101-102頁
- ¹⁴ 憲法学説もその例外ではなかった。例えば、美濃部も朝鮮、台湾等の植民地には憲法第2章の適用を認めていなかった（後掲注21も参照）。
- ¹⁵ 松尾尊充「関東大震災下の朝鮮人虐殺事件」（同『民本主義と帝国主義』みすず書房、1998、299頁以下所収）により、『現代史資料6』と合わせて関東大震災における朝鮮人虐殺の大よその全貌を知ることができる。松尾同論文（以下一々個別頁箇所を示さない）は、「朝鮮人蜂起」流言の発生と拡大を分けてみている。流言発生の原因は不明で「内地人羅災民の暴挙」が誤伝播されたのではないかと推定する一方で、流言の拡大には官憲（警察と軍）の処置に責任があるという。すなわち、官憲による朝鮮人迫害の責任は、多くの朝鮮人殺傷に直接手を下した民間自警団の組織化（東京、神奈川、埼玉、千葉等関東全体で自警団数は3,686にのぼる）及び、少なくとも部分的な武器提供に対する責任のみならず、直接の責任——例えば、朝鮮人「保護」の名目での集団拘禁（予防検束）が東京だけで11,907人、全国で23,715人（司法省の極秘文書『震災前後ニ於ケル刑事事犯及之ニ関連スル事項調査書』）——も問われるという。また、内相水野錬太郎も、戒厳令発動の直接の動機が朝鮮人蜂起の流言にあることを認め（東京市政調査会『帝都復興秘録』）、当時警察官僚であった（戦後原子力発電所推進の中心人物）正力松太郎に至っては「こうなったらやりましょう」といって軍部を驚かせたというエピソードまである。朝鮮人死者数は正確に把握されておらず不明、官憲発表では300とあるが、実数はその十数倍の3,000～5,000以上になるであろうという。
- ¹⁶ 松尾によると、官憲発表による事実の隠蔽と捏造を大々的に報道する形で新聞等各種メディアもこれに協力したという。議会も「すこぶるあいまいを極めた戒厳令公布の問題を追及するという立法機関とし

- での当然の責務を怠ったと批判される（松尾同論文331頁）。そのなかで、東京朝日新聞（10月22日付）は「（中略）流言を取次ぎ、之に力を加ふるの行動を採った事は各所に実例を見る（中略）殆ど時間的間隔なく彼の如く広き範囲に互って同一流言が行われたに就ては、その背後に大なる組織的の力を感じしめる」といい、また戒厳の要件と効力を明確に規定していない「戒厳令を改正せよ」（11月17日付）と要求しているのは注目値する。なお、保守的な憲法学者の上杉慎吉でさえ（「さえ」といったら失礼だが）、国民新聞（10月14日付）において「数百万市民の疑惑を代表して」流言蜚語の流布、民間自警団の武装と暴行殺傷行為に対する責任を問題にしている。
- ¹⁷ 『現代史資料6 関東大震災と朝鮮人虐殺』中に掲載された「治安当局の所感と戒厳令の公布」（同書1頁以下）に関する資料解説（同書vii頁以下）によると、戒厳令と朝鮮人虐殺との結びつきが指摘されている。
- ¹⁸ 逆の上杉は戒厳適用を天皇裁量にからしめようとする。上杉は、戒厳令解釈及び立法政策として「現行戒厳令の不備にして且つ時代の要求を充たすに足らざること」を指摘しつつ、「天災の場合でも戒厳の必要は切実に生じ来る」として「事変」に「天災の場合」を含めるべきとしたうえで、この場合の実際の適用を天皇「大権の裁量」に委ねる（上杉前景論文「戒厳に就て」102頁）。
- ¹⁹ 美濃部前掲論文に依拠、括弧内の頁はそこでの引用箇所。前掲注16の上杉慎吉の新聞紙上での批判的態度に照らしても、美濃部の態度を当時の情報不足に求めるのには無理があるかもしれない。
- ²⁰ 大江前掲書に依拠する。括弧内の頁はそこでの引用箇所。
- ²¹ 一般に歴史的に近代立憲主義諸国も植民地に本国憲法の適用を認めない傾向にあったが（例えば、1791仏憲法第8章）、美濃部憲法学も明治憲法の第2章（臣民権利義務）の適用を、当時日本帝国の植民地であった朝鮮・台湾には適用されないという解釈をとった（美濃部『律令ト憲法トノ関係ヲ論ス』（明治38年）同『憲法及憲法史研究』266-7頁）。美濃部のこうした憲法解釈は、当時の在日朝鮮人にも適用されたのであろうか。
- ²² 2・26事件に関する新聞記事（昭和11/2/27東朝）によると、27日午前3時半戒厳令が敷かれ、警視庁では香椎司令官の指揮下に入るべく特高部長以下直ちに司令部に赴いた旨の記事が見られる（鶴飼前掲書97頁註記参照）。事件の経過につき、『現代史資料第4巻国家主義運動（1）』（みすず書房、1963/昭和38）164頁以下。
- ²³ 戦時警備下令に際し杉山元参謀次長手記によると、「維新部隊をその警備に充つる如く取扱うを可とする」。また安井（戒厳司令部参謀長）手記によると、香椎司令官は「絶対ニ相撃セザルコト現ニ出動シアル部隊ヲモ戦時警備ニ任ゼシム」と指示したという（大江前掲書166頁以下）。
- ²⁴ 大江前掲書171頁。
- ²⁵ 鶴飼前掲書所掲「付録第二関係資料」190頁。
- ²⁶ 大江前掲書171頁。
- ²⁷ 三浦恵一前掲書21頁。
- ²⁸ 美濃部『逐条憲法精義』281頁。
- ²⁹ 三浦前掲書22頁。
- ³⁰ ここでは格別に立法論が展開されているわけではないが、戒厳の権限管轄に関する別の文脈では、「兎に角古い規則であるから今日誰が見ても改正し度い点は澤山ある」と示唆したうえで立法化が困難であることの理由が挙げられている（三浦前掲書3頁）。こうした軍人（陸軍憲兵大佐）である三浦の立法論が近代立憲主義と不可分に結びついた戒厳概念や戒厳法制化による法治的要請に支えられたものかどうかは不明であるにせよ、また時代の制約とはいえ、歴とした憲法学者や行政法学者（例えば、鶴飼信成）に戒厳令の法解釈に際し明文規定を欠く行政戒厳に関する疑義や、2・26事件等の実際を実現しつつ行政戒厳の執行運用上の不安定を危惧する示唆が見られないのは一体どうしたことか不可思議というほかない（大正デモクラシー期と比べ天皇機関説事件後の昭和ファシズム期の下では自由な学問的営為が困難であったにもせよ）。
- ³¹ 大江前掲書173頁以下。「事件ノ根本解決・・・期セントセバ從來ニ於ケル政治ノ弊ヲ是正スルト共ニ軍部ノ要望ヲ相当容ルルコトニヨリ此軋摩擦面ヲ除去スルニ在リ」という、これがカウンター・クーデタの論理である（大江前掲書175頁）。
- ³² 「緊急権の危機構造」につき詳細は、拙稿（佐藤幸治記念論文集49頁以下）参照。
- ³³ 陸軍軍法会議法1条によると、軍人のみを管轄する常設軍法会議に対する、民間人の管轄が可能な特設軍法会議の設置に関する2つの例外を挙げる。一つは戒厳令10条の合圍地境軍法会議。一つは同法6条（「戦時事変ニ際シ軍ノ安寧ヲ保持スル為必要アルトキハ第1条ニ記載シタル以外ノ者ニ対シ・・・裁判権ヲ行フコトヲ得」）である。後者の例外の場合に当たるとして特設軍法会議での軍人と民間人の併合審理を行おうとした事情の背景には、法的根拠でなく政策的配慮——同一事件の犯人が一部は軍人なので軍法会議にかけ、一部は民間人なので通常裁判所で審理する場合、「相互連絡十分ナルヲ得ナイ為ニ見ミス犯人ヲ逸スル様ナ場合ガアリマス」といった政策的配慮が働いていたらしい。これは大江

によると、反乱は軍部内部の抗争や軍紀頹廃からでなく、逆に陸軍を反乱鎮圧の功労者に仕立て上げ、反乱の首謀者を外部の民間人（北一輝等）に求め、これが「純真なる将校」を利用したという筋書きの軍部の策謀とされる（大江前掲書 195 頁）。

³⁴ これは、ドイツ 11 月革命後のワイマール初期の内乱状況のなかで、カッパ（Kapp）一揆に抗し立ち上がったルール地方の労働者ゼネストを鎮圧するため、ワイマール憲法 48 条 2 項の大統領命令で設置された「略式裁判所」（Standgerichte）が 1920/3～5 の短期間に 205 の死刑判決を下した、政治裁判の性格をもつ所謂「司法テロ」（Justizterror）を想起させる。そこでは、戦場さながら民間人を軍法会議にかけて死刑に処した。Vgl. E.Lucas, Ausnahmezustand in dem ersten Jahren der Weimarer Verfassung (1), Kritische Justiz, 1972, S. 163 ff (171)

³⁵ 田上穰治「非常大権について」国家学会雑誌 56 卷 11 号昭和 17 年 53-54 頁によると、陸海軍軍法会議法（5 条 6 条）は、戒厳宣告がなくても戦時事変に際し軍法会議を民間人に対しかけることが出来るが、これは、裁判権発生の要件として非常状態を要するところの法律の定める特別裁判所（法定裁判官の裁判を受ける権利）である。こうした非常事態での例外裁判所の設置の効力は法律事項の制限が可能な非常大権（明治憲法 31 条）に関連する、という。

³⁶ 前注 34 参照。

IV 非常大権と国家総動員法体制——戒厳から非常大権へ

明治憲法 31 条（「非常大権」）「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」

(1) 非常大権と戒厳

非常大権と戒厳の関係に関する憲法論争は、大略次のように整理できる。

①伊藤博文注解の『憲法義解』¹：非常大権・戒厳とも国家存立の危機とか「外敵内変の時機に臨み」といった非常事態における例外法であることが強調されているほか（「常法を停止し」とある）、両者の具体的関係は判然としない。ただし、国家権力にも憲法の制約が及ぶとする非常大権の立憲主義的性格について言及されているのが注目され、戦時等の国家存立の非常の場合をも憲法でこれを定めておくのが各国憲法の通例であり、非常大権もこの例に属する（妄りに非常権に託して臣民の権利を蹂躪すると立憲主義に反する）との認識が示されている。明治憲法制定当時の「各国憲法の通例」という『憲法義解』の認識は、「各国憲法の通例」の古典的緊急権である戒厳と「非常大権」の区別を判然不能ならしめる。

②美濃部説²：明治憲法 31 条の非常大権の規定は 1850 年プロイセン憲法 111 条の戒厳規定に相当するよう見えるが、そうであるならば、明治憲法には戒厳規定として 14 条が存在するから、31 条と 14 条はいずれかが余分な重複規定ということになってしまう。そこで、非常大権と戒厳の関係が問題となる。非常大権は「戦時又ハ国家事変ノ場合」に軍事行動の必要のためのみ行われ、軍事統治により国民の自由侵害が可能なことを定める。ここから、確かに 31 条の規定は、主として戒厳の場合を意味するけれども、そうではなく、戒厳宣告の場合のほかに、なお大本営の命令（天皇の統帥権）により一般国民に対し軍事上必要な命令をもち得るところに非常大権の意義が存する、とされる。美濃部説は、『憲法義解』の注解に最も近い解釈のように見受けられ、当時の「各国憲法の通例」の立憲主義に即した非常大権解釈をする限り、戒厳との区別に苦心したと思われる。

③佐々木説³：これに対し、非常大権と戒厳は相互に無関係な別個の天皇大権とするのが佐々木説である。戒厳は要件と効力を法律にかからしめるのに対し、非常大権は天皇のいわば「聖旨」であるから議会制定法の関与を許さず大権行使の方法や形式の選択に関し天皇の任意に委

ねられている（この点で「各国憲法の通例」に属さず、明治憲法に固有のもので他に例を見ない）。臣民の権利自由の制限も軍隊の力による場合に限らない。例えば、交通遮断、通信検閲、集団行動の制限等武力使用以外に種々の臣民の自由を法律によらず制限し得るとされる。

④黒田説⁴：美濃部・佐々木両学説とも警察法的意味の安寧秩序の回復だけに重点が置かれているように見え、従来非常大権の発動形式が具体的処分に限定されていたのもそのためであった（確かに、佐々木説は処分だけでなく命令発布も天皇の任意でなくてはならないとしたが、「帝国憲法ノ他ノ條規ハ非常大権ニヨツテ効力ヲ失ハシメラルルコトナシ」といって非常大権による（法律によらない権利侵害の）効力の及ぶ範囲を憲法第2章に厳格に限定した）。しかし、黒田によると、憲法第2章の規定の法律によらない侵害は法律に代わる緊急勅令（明治憲法8条）によつてのみ可能であるから、もし非常権の発動形式として具体的処分のほか法規命令が含まれるとするなら憲法第2章以外の規定（例えば、憲法8条緊急勅令権）にも触れることが前提とされなくてはならない。但し、こうした非常大権行使による立法事項の侵害は憲法第2章の立法事項に直接関係する限りでのみ許され、この点で非常大権は所謂「不文の超憲法的国家緊急権」（Staatsnotrecht）と異なる、と黒田は説く。

⑤田上説⁵：作用の目的（「公共の安寧秩序を保持」）を明示する規定がないので戒厳を治安維持に限るかどうかを疑い（この点で黒田説と同じ）、また非常大権も統帥作用か否か、具体的措置のほか命令権を含むか等、目的の明示規定がないから、発動可能性を直接制限しない限り法律で特別規定を設けることも差し支えないが（この点で佐々木説と異なる）、法律の先占区域について制約がない。非常大権は「独裁」（Diktatur）規定であるが、ドイツでは独裁は戒厳規定にみられるから、戒厳と緊急命令のみならず非常大権を設けるのは他国に例を見ない異例のこととされる（この点では佐々木説に同じ）。非常大権は戒厳の場合に最も必要であるが（非常大権に戒厳を含める点で美濃部説に類似）⁶、兵権による独裁と然らざる独裁の選択の自由が政府にあるとして、田上説が非常権（＝独裁）に経済的混乱をも含め得ると解するのは従来のどの学説とも異なる新見解である⁷。

以上見たように、明治憲法における非常大権と戒厳の関係については定説がなく錯雑としている。解釈にそうした困難を生じせしめた原因は、佐々木や田上のいうように諸外国の憲法に例を見ない「天皇の非常大権」の独自性に由来するものと思われる。ところが、これに反して、当初伊藤博文には非常大権が諸外国（とりわけ仏独）の憲法に通例の法制度であるとの認識があった。このような後の憲法解釈とのズレをどう理解したらよいか。ただこの点では、同じく非常権の独自性を指摘する佐々木と田上の認識のズレにも注目する必要がある。問題はこの独自性の内容にあり、これを理解するには、そうした憲法解釈の背後に憲法制定時から大正デモクラシーや2・26事件を経た昭和初期の戦時ファシズムの時代に至る明治憲法の歴史的発展を見なくてはならない。そうしたところ先ず、佐々木の法実証主義的な憲法解釈は、伊藤博文の多少とも政策的な解釈よりも、その後の憲法外の歴史的社会的政治的影響（とりわけ天皇制の歴史的変容）を考慮しない、憲法制定時の天皇大権規定の文言に最も忠実であろうとする解釈態度であったことが指摘できる。これとは反対に、田上は、第一次大戦後また世界恐慌（1929）後のヨーロッパ大陸における現代立憲主義、またその下での緊急権の歴史的発展を踏まえ明治憲法・非常権解釈に対し必要な変更を加えた（mutatis mutandis）ものといえ、さらにまた、黒田の憲法解釈も当時のドイツ国法学の影響から⁸、かつ戒厳との関係よりも次項で取り扱う国家総動員法解釈との関係で、これと有機的に内的に結びついた、当時の全体主義の

歴史的社会的課題に応答しようとする独自の政治的な非常大権解釈を意欲的に展開した。そこで次に、非常大権と国家総動員法との関係が重要な憲法解釈の課題となる。なお、戒厳と非常大権の関係に関する限り美濃部の憲法解釈は『憲法義解』に近く新味に乏しいといえる。

(2) 非常大権と国家総動員法

国家総動員法（1938/昭和13年）の制定理由は、満州事変を契機に日中戦争へと拡大するなかで国家総力戦（Total War）たる近代戦遂行のため人的物的資源の総動員、すなわち「国の全力を最も有効に発揮せしめる法的根拠を定めようとする」にあった。同法による「国家総動員」の法的定義をみると、「戦時ニ際シ国防目的達成ノ為・・・」として物資、業務、人材の動員要請、臣民徴用、出版統制、経済動員、物価統制等具体的な政策カタログが並ぶ⁹。この法律の基本的性格に関しては、戦時国家事変に際しての適用予定から見て限時法的性格を有するように見えるが、それは法律が委任するところの勅令レヴェルのことであって、法律それ自体は戦時立法と異なり臨時立法の形式をとっていない長期戦に備えたものとみられた¹⁰。しかし、そうした立法技術的な問題もさることながら、国家総動員法の本質的性格は、国家の総資源を「より広く・より早く」動員できるようにするため「戦争体制基礎法」としての国防法であるところに存した。

同法の問題点は、大きく分けて、①非常大権との関係、②包括的命令委任問題の2点である。先ず①の論点は、法律（国家総動員法）による規制は天皇の非常大権干犯であり、行政権の独断専行であると批判された問題である。次に②の論点は、総動員法の多くの規定中に「勅令の定めるところに依り」「勅令を以て定め」とあり、そこから法律による命令委任の範囲がどこまで許されるかが問題となった。①と②は相互に不可分に結びつき絡み合う問題である。国家総動員法の憲法的基盤に関しては、先例説（政府見解）、非常大権説、「憲法・非常大権の規定精神」説によって根拠づけられるとされた¹¹。政府見解によると、すでに大正期に立法化された軍需工業動員法が先例として存在し、今般の総動員法も先例を踏襲して通常立法として提案されたものであるから、憲法上は非常大権とは何ら格別関係ないとされた。こうした政府の先例説に対しては、「全体として授權の規模といい国民に対する権利制限の程度といい総動員法は軍需工業動員法と比較にならない実質をもつ」¹²と批判された。次に非常大権説は、国家総動員法の憲法上の根拠を憲法31条の非常大権に求め、非常大権の行使形式として、具体的な処分や命令だけでなく法律により定めることも可能であるとしてその合憲性を主張する。しかし、こうした「非常大権に基づく法律」という考え方には、大権行使の形式は天皇の任意に委ねられているものであるから¹³、そこに議会の干与の余地を認めることに対する強い批判があった。これに対しその一方で、「国家総動員法の如き広汎なる授權は憲法上の非常大権の法理によらなければ説明できない」とする憲法解釈もなされた¹⁴。

また、「憲法・非常大権規定の精神」を説く黒田は、政府見解のように国家総動員法が憲法31条の非常大権と無関係とは考えないが、しかし一方、憲法上の根拠を、非常大権説のように直接憲法31条の規定に求めるのではなく、その規定の「精神」から導き出そうとする。黒田によると、憲法31条の規定が憲法上の「非常的状态」に関する規定に属するのに対し、総動員法は「正常的状态」に関する憲法規定の構造のうえに築かれていると理論構成したうえで、同法は憲法の通常法構造の中に戦時法体系を確立しようとするものであるから、そうした通常法の例外法的性格は、非常大権規定を設けた「憲法の精神」によってこそ支えられるが故に、

「正常の状態」に関する憲法規定の構造のうえに築かれている総動員法に対し憲法基盤が与えられ得るもの（総動員法は「正常法」に属するが、その「憲法精神」は「非常法」にある）と説かれる¹⁵。こうした黒田の憲法理論構成に対しては、委任命令を授権するところの総動員法は他の法律と同じ効力をもつにとどまり格別優先されるわけではないから、憲法上は「非常の状態」に関する規定として構成される非常大権とは別個の法体系に属するにもかかわらず、憲法の「正常の状態」に関する憲法規定の構造のうえに築かれている総動員法及びその委任命令が他の法律に適用上優先される理由が理解できない、換言すると、総動員法も、「正常の状態」に関する憲法規定の構造のうえに築かれている他の法律と同じ形式的効力を有しているながら、何故同法が優先適用されなくてはならないのか格別の根拠が見当たらないと批判される¹⁶。

以上、国家総動員法の憲法基盤に関する3つの説とその批判を瞥見したが、どの説も、またどの批判も憲法31条の非常大権及び国家総動員法の基本的性格に関する考察を欠くか十分でないように思われる。国家総動員法の本質的な性格は、「戦時ニ際シ」国家の物的人的資源を総動員するため、平時のうちから戦争準備体制（Wehrbereitschaft）を構築しておくこと、すなわち平時から戦時への継ぎ目のない地続きの移行——平時と戦時の有機的な一体化を可能にすることを目的とする、友敵の戦闘概念を立法原理とした「統帥を除く戦争体制基礎法」としての国防法であるところに存した（その下での「高度国防国家」の成立）¹⁷。同法の際立った特徴は、とりわけ「白紙委任」に近い包括的委任命令を授権するところの¹⁸——1941（昭和16）年改正後は「経済全権委任法」の観を呈するといわれた¹⁹——経済条項に見られた。この点では、黒田のいうように、確かに総動員法は「正常の状態」に関する憲法規定の構造のうえに築かれている。ところが一方で、これも黒田のいう通り、こうした憲法の通常法体系に属しつつも同法は非常法的性格を有するところの両義的意義を併せもつ。そして、この両者——「正常の状態」規定と「非常の状態」規定——の矛盾した性格を架橋・媒介するのが非常大権の「憲法規定の精神」なのだとされる。しかし、そうした憲法31条の非常大権の「憲法規定の精神」とはどういうものか、総動員法に憲法的基盤を付与するのに十分な内容や論拠が示されていない²⁰。この点に関し、次のような田上の見解が注目される。黒田が総動員法を正常状態の法に属するとするのも、憲法の非常法体系に属する天皇の非常大権を通常法たる法律で制限し得ないとする通説に従うためである。しかし国家的危機克服を目的として立法化された総動員法が、非常大権と比べても、なお正常な憲法の構造内部にとどまるとされるのは、法律の形式をとるからであって、その法律の命令への白紙委任となると話は別である。通常法に属する法律にしては異例の、広範な国民の経済生活に及ぶ白紙委任を「憲法規定の精神」で説明しきれるかどうか、田上は疑問視する。ただ、非常大権説に立つ田上説の場合でも、総動員法の包括授権規定に関し憲法の非常大権規定の内容が明瞭性を欠くため、経済統制にまで及ぶものかどうか疑われるが、田上によると、経済統制に関し非常大権の「原始的意義の拡張」が、法律のこの点に関する限り確認される、という²¹。しかし、従来歴史的に緊急状態の要件のなかに「戦時事変」のほかに「経済財政的緊急状態」も含まれるとは考えられてこなかった。こうしたことがどのようにして可能であるのか。黒田、田上の憲法解釈ではその論拠は十分示されていないように思われる。

しかし、こうした非常大権と国家総動員法の通常法と非常法の併せもつ両義的な性格の歴史的意義を明らかにするためには、19Cの古典的緊急権である戒嚴との明確な歴史的かつ法的相違の認識を前提としなくてはならない（この点の詳細は第一次大戦期ドイツのBz運用参照²²）。

1889年憲法31条の制憲当初念頭に置かれた「各国憲法の通例」から見た古典的緊急権（＝戒厳）理解では、国家総動員法が制定された1938年当時の世界史的状况において成立した同法の立法事実の合理的説明は到底困難のように思われる。第一次大戦を経た、そしてまた世界恐慌（1929）の後の経済危機状況においては、明治憲法の非常大権と国家総動員法の関係において前者が軍事的非常法体系に、後者が通常法体系に属するといった時代遅れの古典的区別はもはや通用するべくもなかった。にもかかわらず、総動員法に戦時法同然の優先適用を認めようとするから矛盾を生ぜざるを得なくなる。

さて翻って、1889年制定から1945年の敗戦まで、その歴史的社会的発展や変容にもかかわらず、一切明文改正のないまま存続したことが、明治憲法の立憲主義にとり、とりわけ同憲法体制下の緊急権との関係でどのような課題をもったかを考えてみなくてはならない。すなわち、明治憲法の明治期までの立憲主義は、これまで述べて来た通り、『憲法義解』がこれを「諸外国の憲法の通例」の立憲主義云々といおうとも、またドイツのプロイセン憲法や帝国憲法と比べても、明治日本の「近代化」のナショナルな歴史的課題に応ずるため、その外見性の「質」「程度」において「明治憲法型」といえるような独特の姿形をしたものであったといえる。その後戒厳と非常大権の関係では、先ず戒厳に関し、憲法制定後も議会法律による改正を見なかった法制度レベルでも、それ故になおさら運用レベルでも、憲法制定から半世紀を経て、この間の急速な社会事情の歴史的変化に応じた課題に回答すべき規範的要請が生じていた。その意味では、戒厳と非常大権は、前者は時代に即応した軍事的警察的緊急権、後者は世界恐慌後の総力戦遂行のための新たな包括的「独裁的」緊急権としての役割・機能分担と両者の融合・総合作用が——立法と執行・適用及び憲法解釈、各々の面において——要請されていた筈である。しかし、政治・経済・法の全領域において帝国主義戦争の総力戦の課題に応ずべきとする「危機国家」の要請は、憲法の内にあって憲法を止揚し得る可能性をもつ憲法内在的な「構造的危機」を孕む緊急権の歴史的形態として、「危機の論理」とこれに対応する「危機の理論」において応えるよう求められていた。そこでは、こうした危機の時代に、憲法内部に構造化された緊急権は「法の危機」「法理論の危機」を克服しようとして、これが後の新たな「危機の法」「危機の法理論」を創出するような——前者と後者が相互に原因となり結果となるパーマネントな循環において——危機の構造化としての「危機構造」を惹起する緊急権の法則性が見られた（こうした危機克服の課題に対し要請された緊急権とその法理論による応答の仕方に関する日独の相違の検討が必要とされる²³）。

(3) 戒厳から「独裁」への歴史的転換と日独比較史²⁴

——19・20Cを架橋するドイツ緊急権法制

緊急権の歴史と法理論の日独比較を論ずる場合、両国共通の20C帝国主義戦争の経験に由来する緊急権の歴史的発展や運用の実相における具体的な相違を検討してはならない。日本の場合に最初の帝国主義戦争は日露戦争であるが、本格的なそれは1931年満州事変に始まる日中・アジア・太平洋戦争であった。緊急権の歴史と理論に重要な意義を有するのは、そうした世界史的帝国主義戦争（ドイツでは第一次・第二次両大戦）が、それまでの古典的な戦争と全く趣を異にする「総力戦争」（Total War）であったということである。何故なら、国家の人的物的な総資源を根こそぎ動員するこうした戦争の社会的あり方が、それまでの伝統的な緊急権法制としての戒厳から、こうした総力戦争に適合した新たな緊急権法制として

の「独裁」(Diktatur) (ワイマール期の大統領の独裁権 Diktaturgewalt も含め) への歴史的転換を強いたからである。日本の国家総動員法成立の1938年までに、既にドイツは第一次大戦において本格的な総力戦争を体験し、そこでの「Bz から独裁へ」の転換の法的问题(法制、運用及び法理論等)に逸早く直面していた。それは過渡期に特徴的な性格をもつものであったが、そうした転換の歴史的法的意義は画期的なものであった。何故なら、19C 半ばの3月革命とその直後に成立した1851年プロイセン BzG において念頭に置かれていた立法事実は、外国との対外的な戦争よりも「国内の敵」との市街戦——国内の主要都市におけるバリケード戦——といった反乱や内戦状況であったので、20C の総力戦には耐え得ない時代遅れの古臭いものになっていたからである。第一次大戦期のドイツにおける緊急権の立法例と運用を瞥見しただけでたちどころに出来る法理論的困難は、そもそも日独比較憲法史においては、明治憲法体制下の緊急権(戒厳／非常大権)と、一体ドイツの何と比較するのかという日独比較対象に関する基本的な疑問——比較対象となるべきドイツの緊急権は、19C プロイセン憲法111条及び1851BzG/帝国憲法68条(Kz)か、また第一次大戦期のBz/Kz運用か、それともワイマール期の大統領独裁とその帰結としての1933年授権法かという疑問が提起されることである。こうした疑問は、日独の近代資本主義の歴史的発展段階の違いと、これとの関係で、そこから相対的に自立した構造・機能を有する憲法体制と立憲主義の歴史的形態の違いに由来する。日清・日露戦争後に産業資本主義から独占資本主義段階に発展したといわれる日本において「昭和ファシズム・軍部独裁」期に成立した国家総動員法における明治憲法体制下での緊急権と、ドイツの緊急権との比較法史の検討は、単に緊急権の運用レベルにとどまらない、第二次世界戦争期までの日独の緊急権の歴史全体、したがって緊急権と、これとその相互規定性において不可分に結びついた憲法概念としての立憲主義の日独比較史にも連なる、困難な法理論的課題となる。

注

¹ 伊藤博文(宮沢俊義校註)『憲法義解』41-42頁(戒厳)、62-64頁(非常権)。

² 美濃部達吉『逐條憲法精義』(有斐閣1927昭和2年)414頁以下

³ 佐々木惣一『日本憲法要論』263頁以下、同「非常大権(一)(二)」公法雑誌9巻8号12頁以下、同9号25頁以下(1943(昭和18)年)によると、天皇の「聖旨」の点からみて明治憲法に固有で他に例を見ないとされ、プロイセン憲法111条とも要件内容において大なる差があるという(「非常大権(一)」18-19頁)。なお、同「非常大権の憲法上の性質」公法雑誌7巻3号(1941(昭和16)年)81頁以下も参照。

⁴ 黒田覚「国家総動員法と非常大権」法学論叢38巻6号(1938(昭和13)年)20頁以下；黒田覚『日本憲法論(中巻)』362～379頁；同『国防国家の論理』(弘文堂、1941(昭和16)年)151頁以下も参照。非常大権に関する黒田説に対する批判として、森順次「非常大権に就ての一考察」公法雑誌(1938(昭和13)年)4巻12号16頁以下；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(1939(昭和14)年)5巻2号17頁以下/同3号14頁以下。なお、大石義雄「帝国憲法上の非常大権を論ず」公法雑誌1巻11号；同『帝国憲法と国防国家の理論』(叢文閣、1941(昭和16)年)137頁以下も参照。

⁵ 田上穰治「非常大権について」国家学会雑誌56巻11号(昭和17年)48頁以下

⁶ 田上前掲論文52-53頁。田上は、非常大権から戒厳を除外せず、同時にその可能性を戒厳の十分でない究極の場合と考え、それ故、その主たる法的効力である戒厳令14条(非常大権も法律で規定可能である以上、戒厳令も非常大権に準用可能になる)の自由権侵害の列挙規定も——戒厳令の改正がない限り——限定解釈がとられ、法治国的要請に合致した非常大権解釈を試みる。

⁷ 田上前掲論文50頁

⁸ 黒田覚「主権的独裁と主権」法学論叢32巻5号1933(昭和8)年35頁以下では、C・シュミットの『独裁』と『政治神学』における両者の独裁概念の矛盾を指摘して興味深い。シュミット理論から導かれる「独裁者」と「主権者」の区別の法学的構成は明治憲法の天皇の「主権者」「独裁者」の地位を考えるう

えで意義をもち得るであろうか。黒田の学問的営為は当時の日本憲法学の歴史的閉塞のなかで十分な理論的展開をみなかった。

- ⁹ 国家総動員法全般に関する概説書として、末川博ほか共著『総動員法体制』（有斐閣 1940 昭和 15 年）、国家総動員法テキストも同書参照。同法によると、「国家総動員」とは「戦時（戦時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」（国家総動員法第 1 条）と定義される。
- ¹⁰ 杉村章三郎「国家総動員法序説」国家学会雑誌 56 卷 11 号 1 頁以下
- ¹¹ 杉村章三郎前掲論文 8 頁以下
- ¹² 同上 11 頁
- ¹³ 佐々木惣一前掲論文「非常大権（一）」17-18 頁
- ¹⁴ 田上穰治『行政法概論』310 頁
- ¹⁵ 黒田覚前掲論文「国家総動員法と非常大権」17-18 頁
- ¹⁶ 杉村章三郎前掲論文 12-13 頁；同旨の批判は田上穰治前掲論文 58-59 頁にも見られる。なお、黒田前掲論文「国家総動員法と非常大権」によると、非常大権行使の範囲において憲法第 2 章の法律事項に限られず、それ以外の憲法条項の違反にも及ぶとされる（例えば、総動員法に基づく委任命令が憲法第 2 章の法律に留保された臣民権利の侵害に直接関係する限りで、憲法第 2 章以外の憲法 8 条の法律に代わるべき緊急勅令条項の違反を伴う）。こうした黒田の憲法解釈に対する批判として、規定の明文上「天皇大権ノ施行ヲ妨クルコト」がないのは「本章ニ掲ケタル条規」に限られ、法律によらない勅令による憲法第 2 章の法律事項侵害は非常大権にもともと備わった本来の法的効力であるとする見解がある（森順次「非常大権に就いての一考察」公法雑誌 4 卷 12 号（昭和 13 年）16 頁以下；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 5 卷 2 号（昭和 14 年）17 頁以下、同 5 卷 3 号（昭和 14 年）14 頁以下も同旨）。
- ¹⁷ 中野登美雄『戦時の政治と公法』（昭和 15 年）288 頁以下。また、黒田覚『国防国家の理論』（弘文堂、1941 昭和 16 年）；大石義雄『帝国憲法と国防国家の理論』（叢文社、昭和 16 年）。
- ¹⁸ 行政権の委任立法につき、田中二郎「行政権による立法について」国家学会雑誌 57 卷 12 号 1 頁以下。
- ¹⁹ 佐藤功「我が憲法史上に於ける憲法争議（三）——憲法保障制度研究のための資料として」国家学会雑誌 56 卷 9 号 101 頁。なお、佐藤功同論文 97 頁は、総動員法の白紙委任の特徴からみてナチス・ドイツ授権法に比肩し得る授権法たる性格に言及する。
- ²⁰ 黒田には、C・シュミットのワイマール大統領に関する独裁論が念頭にあったかもしれない。黒田前掲論文「主権の独裁と主権」；なお、同「主権概念と正当性」（法学論叢 35 卷 1 号 / 1936（昭和 11）年 1 頁以下）も参照。ただ、民主主義的な立憲主義を備えたワイマール憲法と、独特な「外見的立憲主義」の明治憲法の違いを背景にした日独の緊急権比較を論ずる場合、歴史と法の理論においてどのような問題が生ずるのか「憲法規定の精神」の具体的内容が何ら示されていない。
- ²¹ 田上穰治「非常大権について」63-64 頁
- ²² 拙稿佐藤幸治記念論文集参照。
- ²³ 「危機構造」（「法の危機」「危機の法」及び「法理論の危機」「危機の法理論」）につき詳細は、拙稿佐藤幸治記念論文集所収 49 頁以下。なお、日本における「危機の法理論」として黒田覚の政治的憲法論『国防国家の理論』；黒田によると、「従来の自由主義的な考え方の社会的限界」や「無力性・時代錯誤性」を指摘することで「国防国家」建設の理論づけが目指される（同書 4 頁）。そこでは——「憲法解釈論でなく政治論だという非難も承知」のうえで（自身は「これこそ生きた憲法解釈論」と信じて）——「体制翼賛運動の窮極の目標である国防国家体制」（同 15 頁以下）は、「平時体制そのものを戦時体制化するもの」であり「恒久的性格のもの」と特徴づけられ（同 17 頁）、明治憲法との関係では「国家総動員法体系」と「平時法体系」の二重の法体系をもつ。国家総動員法制定の憲法的意味は、同法によって憲法 31 条非常大権に基づく戦時法体系が確立されたのではなく、憲法の「平時法体系そのもののなかに、戦時法体系が挿入された点に存する」（同 18 頁）ことが強調される。ここに平時と戦時の区別を廃止しパーマネントに「構造的危機」を恒常化させる「危機国家」に関する「危機の法理論」的表現が際立つ。
- ²⁴ 戦後の前掲小林直樹「国家緊急権」（「序」注 2）175 頁による「最後まで抜かれざる“伝家の宝刀”」という 31 条非常大権の評価も、本文以下で述べるような「戒厳から非常大権へ」と「Bz から独裁へ」の日独緊急権のパラレルな、またその一方で日独の異なった歴史的発展という認識枠組が不十分であるため不明確な定式化にとどまっているように思われる。

V ドイツ緊急権法制における戒厳から過渡期「独裁」へ

以下では極く簡単にドイツ第一次大戦期における Bz 法運用と法解釈（学説）を重点的にダ

イジェストしておく¹。

19C末のビスマルク・ボナパルティズムからヴィルヘルム多頭制への急激な移行を背景に、産業革命以来の、階級対立に起因する、社会構造と時代錯誤の政治秩序との深刻な矛盾を、現状維持 (status quo) のために外部へと誘導しようとする「社会帝国主義」の動きは20Cに入ってさらに活発化した。危急存亡のときに当たり国民統合の理念としての帝国主義は時代の寵児となった。折しも1913-14のリセッションに際しドイツは「やけくその一か八かの大勝負」に出た（H・U・ヴェーラーによると、ドイツの第一次大戦は長期的な計画的なものでなく「前方への逃避」と規定される）²。戦争目的は、見かけだけ華々しい「世界強国への挑戦」といった帝国主義の野心にもかかわらず、伝統的な支配関係の現状維持における内部矛盾の対外的転換にあった。こうした階級対立の内部矛盾を抑え込むため中間層へのSPD受容として成立した「城内平和」(Burgfrieden)の、擬制的民族共同体の一体性理念の呪文も、1916年までには破綻していた。階級的対立に対する似非解決策としての全社会の軍事化は「国家社会主義」(Nationalsozialismus)の前駆の形態であったともいわれる（ドイツでは「第2次世界大戦の前史は…すでに第一次大戦のうちに」始まっていた³）。

1914年7月31日皇帝は帝国憲法68条に基づき「戦争状態」(Kriegszustand)をドイツ全土（バイエルンを除く⁴）に宣告した。次いで同年8月4日授權法(Ermächtigungsgesetz)が制定された⁵。ドイツをして総力戦を可能にした法的基盤はこうした皇帝のKz宣告と授權法であった。財政的には戦費の負担に将来の敗戦が予想されていたが、さしあたり長期国債で賄われ（戦時利得に対する課税を拒否した）大ブルジョアはこれを引き受けようとしなかった（後に敗戦で市民中間層はひどい打撃を受けた）。第一次大戦では私的資本所有制には触れず部分的な計画経済にとどまった。以下でKz(Bz)運用も含め、戦時法体制の重要な立法を三点挙げておく。

①1914/8/4 授權法(物的総動員)とBzにおける「経済的緊急状態」の関係——古典的なBz法では、戦時における経済危機を「経済的緊急状態」として、警察概念である「公共安全」定式で法的に構成することが可能であるかどうかは大いに疑問であったが、法理論的に仔細に検討することもなく現場の軍司令官命令の運用においてプラクシス(Praxis)が積み重ねられていった。経済生活や商工農業等の産業分野における経済的性質の夥しい軍司令官命令が頻発され、ライヒ裁判所も「公共安全」の拡大解釈によりこれを承認した(後述③参照)。しかし、例えば、軍需物資統制、最高価格制限、輸出入制限等に関する分野では、授權法に基づく連邦参議院の経済的緊急命令と競合することも多く運用のうで混乱を来した。しかし一方で、授權法も法律の明確性原則・法治国的保障を満たすかどうかは疑問であった。とりわけ、主観的で広範な目的規定及び法律の内容や範囲が法律のなかで明確に定められていない不明確な一般授權法に基づき濫発される政府の委任命令は「抽斗命令」(Schubladenverordnung)⁶の実体を備えた「執行部の緊急命令」にはほかならなかった。こうした授權法は直接適用・執行可能な規定を含まず、白紙委任に近い広範な法規命令発布権を政府に許し、その下で市場経済に適合した措置では適時に確保され得ない国民生活全般の経済運営が可能になった。そこに重大な基本権制限の危険が孕まれていた。

②1916/12/5「祖国救援のための勤労奉仕法」(Hilfsdienstgesetz)(人的総動員)——総力戦における人的動員は強制労働という形をとって現れる。この法律により資本主義経済体制の法的根幹である契約の自由のうち労働・雇用契約の自由が制約を受け——労働市場における

自由市場経済の廃止——労働者に労務提供が義務づけられ、事実上の強制労働が可能になる⁷。公法上の労働関係、民間の生活関連産業の雇用関係を問わず極めて広範囲の労働義務が発生した（例えば、軍需工業への勤労働員）。こうした法律は、法律形式を装いつつ事実上「労働関係の軍事化」をもたらすものであった。また一方で、この法律は、労資（使）の形式的同権化——その制度的表現として労働関係の調停・仲裁委員会の設置⁸——を謳い労働者の組織的國家統合を促進するとともに、軍団管区の軍司令官の後見の下労使（資）協調（「城内平和」の労働関係ヴァージョン）を通じて國民統合を達成しようとした面も有した。しかし、これは結果的に成功せず逆に労使対決の激化を惹起した。1917年秋以来頻発したストライキ（1916年240件から562件に倍増）に軍事的鎮圧で臨んだが、1918年1月にはベルリンで50万、全国で100万の大規模ストに発展しこれを到底抑え得なくなっていた。こうした状況を背景に11月革命勃発の社会的契機は醸成されつつあった。

③Kz (Bz) 法：BzG § 9b 運用——ドイツの戦争指導は皇帝・帝國宰相・參謀本部という三頭体制 (Triumvirat) で構成されたが、殊にその中枢を占めるのが、統帥命令に対する服従義務で皇帝と直接結びついた參謀本部とこれに並ぶ軍団司令官であった。陸軍最高統帥部（ルーデンドルフとヒンデンブルク）は強力な軍事独裁を敷いたが、その実質は帝國全体で63名から成る管区軍団司令官であった。軍司令官命令の運用を概観する前にその法的根拠に簡単に言及しておく。帝國憲法68条によって「ライヒ法律」とされた1851年プロイセンBzGによると、合圍状態 (Bz) 宣告があったとき執行権の軍司令官への移行を定め (BzG § 4)、これとは別に軍司令官の任意 (Bz 宣告時か、事後に) に強化措置として基本権停止を行うことが出来た (同 § 5)。同時にその一方で、執行権移行に際し軍司令官は「公共の安全」のため刑罰で威嚇する命令を發布することが出来た (同 § 9b)⁹。このBzG § 9bの法解釈と運用が大問題となった。何故なら、BzG § 9bに基づく軍司令官命令こそが第一次大戦中のドイツの「軍事独裁」 (Militärdiktatur) といわれるものの法的実体であったからである。§ 9bの軍司令官命令の法的根拠を § 4の規定 (軍司令官への執行権移行) に求める解釈に立てば、9b命令を含む軍司令官の執行権はなお「法律に基づく行政」原則の範囲内で行動しなくてはならないことになる (大戦開始までの通説)¹⁰。しかし一方、軍司令官の9b命令が § 4とは別に、殊に命令の内容として基本権停止を含むなら § 5に基づき發布されなくてはならない筈であった。ところが、戦時中の実際の運用の多くにおいて、任意規定であり且つ強化措置であった基本権停止が形式的に宣告されることなく、軍司令官の9b命令がパーマネントに蓄積されて行き、おまけに、管区軍団司令官の「地方分立主義」 (Paritikularismus) のため軍司令官命令の地域毎の不平等取扱が見られ、それが國民の怨嗟の的になったから、こうした9b運用をめぐって当時のドイツ国法学説において激しい法解釈論争が展開された。先ず裁判所がこうしたBz運用を承認し¹¹、次いで学説がこれに従った。旧来の狭い解釈では戦時の運用に適合しないことが明らかになったからである。しかし、§ 9bに基づく軍司令官の命令権が § 4の執行権のように法律の拘束を受けることもなく、「法律を超え且つ法律に反して」 (praeter wie contra legem) ——法律に留保された基本権保障さえも停止可能であるような——軍司令官独自の立法権さえも授権されるとは¹²、戦前には誰も想像し得なかった「新事実」 (Novum)¹³であった。それ故、9b命令による基本権侵害の範囲や要件及び基準等を軍司令官自身が創出することにならないか、また不明確な法律上の根拠に基づいて軍司令官の命令が軍人・兵以外の民間人・市民をも拘束し得るか等々多くの疑問が提起された。§ 9bに基づく軍司令官命令の実際

の運用においては、BzG §5 所定の表現活動の規制（例えば、戦争貫徹 Durchhalten のプロパガンダの下にプレス検閲）もあれば、§5 に明文上列挙されていない財産権侵害を内容とする戦争経済と緊密に結びついたものも多く含まれていた。後者の社会経済領域に属する命令においては、「公共の安全」の警察秩序定式の下で、そこに「経済緊急状態」が含まれるかどうかは、戦前の通説では極めて疑わしかった。また、前述した8/4授權法との競合関係も厄介であった¹⁴。管区軍団毎のバラバラで不統一な命令発布のプラクシスにせよ、授權法との重複や交錯にせよ、このような古典的緊急権（BzGに基づく軍司令官命令）の法的限界は、すでに1916年のC.シュミットにとって自明であった¹⁵。第一次大戦期の「軍事独裁」——その実体は「軍司令官独裁」（Militärsbehobersdiktatur）——は、なお執行権内部にとどまっておらず、緊急権の歴史のうえではなお戒厳から独裁への過渡的段階にとどまっていたのであって、1918年11月革命を跨いだワイマール憲法（48条2項）下の大統領緊急権の成立を俟って初めて（厳密には1920年頃）、19Cの古典的な緊急権としての戒厳から20Cの「独裁」（Diktatur）への歴史的転換をみたといえよう。

注

- ¹ 帝国主義戦争期（とりわけ第一次大戦期）におけるドイツ緊急権の歴史的発展と運用の詳細につき、拙稿佐藤幸治記念論文集31頁以下参照。
- ² H-U. ヴェーラー（大野英二／肥前栄一郎訳）『ドイツ帝国1871-1918年』（未来社、1983）278頁以下（H-U. Wehler, Das Deutsche Kaiserreich 1871-1918, 1973）
- ³ Meinecke, Autobiogr. Schriften, S.354（Deutsche Katastrophe, 1946）
- ⁴ バイエルンの特殊事情は次の通り。帝国憲法第11章（ライヒ国防制度 Reichskriegswesen）の末尾規定（Schlußbestimmung）は、1870年11月23日の同盟規約に基づいてのみ68条を含む第11章のバイエルンへの適用を承認するとした。同規約によると、Bzの要件、宣告形式及び効力に関しライヒ法律が立法化されない限り帝国憲法68条のKzはバイエルンに及ばないと定めていたところ、新立法の成立を見なかったため、バイエルンは独自に「1912年11月5日の戦時状態法（KZG）」を制定した。第一次大戦開戦時バイエルン国王のKz宣言はこの法律に基づくものであった。
- ⁵ 第2次世界大戦までの2度の1923年（後掲注14参照）と1933年の授權法、さらに戦後西独の1968年緊急事態憲法（Notstandsverfassung）下での労働、経済、食糧、交通、林業木材及び水資源に関する各領域の「確保法律」（Sicherstellungsgesetz）等の諸立法例は全て一般の授權法的性格をもつ。
- ⁶ 「抽斗命令」（Schubladenverordnung）とは、さしあたりその語源からいうと、普段は官僚の抽斗のなかにしまわれていて、いざというときに、その中身が不分明であるにもかかわらず何時でも出せる命令という意味のようである。これが問題となるのは、11月革命後のワイマール初期の大統領命令、及び戦後西独の1968年緊急事態憲法においてである。
- ⁷ その後のドイツ憲法史における立法例として、1938年のヒトラーの「緊急役務命令」（Notdienstverordnung）（1938/10/15「特別国家政治的重要性を有する任務のための労働力確保（Sicherstellung）に関する第3命令」（Dritte Verordnung zur Sicherstellung des Kräftebedarfs für Aufgaben von besonderer staatspolitisch Bedeutung）や、第二次大戦後西独における1968年緊急事態憲法体制下の1968年「民間人保護を含む防衛のための労務提供を確保する法律」（Arbeitssicherstellungsgesetz : ASG）がある。戦後西独では、労働のほか経済、食糧、交通、林業木材及び水資源に関する各領域の「確保法律」が相次いで立法化され、GGの緊急事態憲法規定を補完する包括的な通常（einfach）緊急事態法律（所謂「付属法律」Nebengesetz）の法体系が成立した。そして、この緊急事態法体系は国民生活の全領域をトータルに捕捉し得るという意味において「社会独裁」（Soziale Diktatur）と称される（Heinrich Hannover, Die totale Erfassung des Volkes durch die Nebengesetze, in: Kogon - Abendroth - Ridder, Der totale Notstandstaat, 1965, SS.51 ~ 53では、法律の下でなされ得るであろう「強制労働の現実化」がリアルに想定されおり、「平時におけるトータルな緊急事態国家の編成」が「社会独裁」概念として論じられている）。
- ⁸ この面を捉えて、こうした制度の設置を予定しない1968年「労働確保法」（前注）よりは、労働を義務づけはしたが職業や職場選択の余地のあった分まだましの指摘がある。

- ⁹ BzG § 9b によると、Bz 宣告区域において、「軍司令官の発布した禁止 (Verbot) に違反し若しくは違反を教唆又は煽動した者」は 1 年以下の懲役に処せられると定める (巻末資料参照)。
- ¹⁰ 旧・通説 : W.Haldy, Das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes und der Suspension von Verfassungsgesetzen in Preußen, 1902; usw.
- ¹¹ の運用も含めた Bz (Kz) 判例に詳しいのは : E. Conrad, Das Gesetz über den Belagerungszustand vom 4. Juni 1851 (mit dem Abänderungsgesetze vom 11. Dezember 1915) in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 1916
- ¹² 新・通説 : G. Anschütz, Preßfreiheit und Briefgeheimnis unter dem Kriegszustand, ZStRW, 1915 S.484 ff.; K. Strupp, Deutsches Kriegszustandsrecht. Ein Kommentar des im Deutschen Reiche geltenden Ausnahmerechts für Theorie und Praxis, 1916; usw.
- ¹³ W. Kronheimer, Anordnungsrecht der Militärbefehlshaber unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Rechtszustand, 1921, SS.17-18.
- ¹⁴ シュトレゼマン政府下の 1923 年 10 月 13 日と同年 12 月 8 日の 2 つの授権法直後のワイマール憲法 48 条 2 項に基づく「公共の安全と秩序」の回復のための大統領命令が、両者 (授権法と命令) とともに経済財政領域や国民の社会経済生活領域を対象としたものであったので、後者の独裁命令が前者になり代わる代用品 (Ersatz) であるとか、また両者の交錯や競合関係を捉えて、後に「平準化傾向」(A.Kurz) とか「パラレルな発展」(U.Scheuner) といわれた。ワイマール期の通説的解釈からは、「確定した国のプラクシスによると…伝統的な狭い解釈は 48 条の独裁権の基準」にならず「公共の秩序の重大な障害」に経済緊急状態も含まれるとされた (G.Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom Augst 1919, Anm.13 zu Art.48, 14. Aufl., 1933)。このような意味において、第一次大戦期の「軍司令官命令」はワイマール大統領命令の先駆であったといえよう。なお、大統領命令に対するライヒ財務裁判所 1925/1/5 違憲判決も参照。
- ¹⁵ C.Schmitt, Diktatur und Belagerungszustand, ZStrRWiss., Bd. 38, 1916, S. 138 ff.—C. シュミットの初期独裁論 : シュミットは、法実証主義による解釈枠組内の二種の Bz (§ 4・5 及び § 9b) の区別論争の限界一問題の核心が Bz 内のあれかこれかではなく Bz か「独裁」かにあることを指摘するとともに、19 世紀古典的 Bz が既に総力戦としての現代の帝国主義世界戦争に役立たない時代遅れなものとなっていることを看破していた。シュミットによると、Bz と「独裁」の同一視は歴史的に正しくないという。ドイツでは Bz の権力作用は歴史的には司法領域から行政領域へと拡大を見たが (例えば、Standrecht)、行政の内側にとどまり立法権に及んでこなかった。Bz 下で軍司令官が基本権停止を行うときでも、具体的な場合に一時的に法律を無視することが許されるにとどまる。Bz は立法と執行の分離の維持下における、行政部内での軍司令官への執行権の集中であるのに対し、「独裁」は立法と執行の形式的区別の下で法律の制定権と執行権を同一国家機関が手中に収めることで両者の分離が除去されることである。Bz は権力分立制を建前とするが、「独裁」はこのシェーマと対立する。戦時下のドイツの裁判所の一致したプラクシスは、プロイセン法 § 9b に基づく軍司令官への立法委任を承認し、Bz の権力作用はその運用においてはじめて立法領域にまで拡大を見た。その一方で、63 名の将軍への立法権の授権が、連邦参議院のような中央機関の、法律に基づく授権命令と競合し、事情次第でこれに優越するなら、「集中の反対物」に転化するであろう。蓋し、シュミットにとり、あくまで「独裁」とは単一の中央機関が立法と行政の両機能を掌中に収めているのでなくてはならないからである。(勿論、このときのシュミットの初期独裁論では、後のワイマール憲法状況に対応した「措置」概念 (「措置」と「法律」の区別) や「憲法の番人」論、さらにはその理論的基礎となった、憲法制定権力と結びついた「主権的独裁」と「委任的独裁」の区別のような精巧な理論構成には至っていないが、その端緒となる理論的契機が既にここに孕まれていた)。

結びにかえて

(1) 「明治憲法型外見的立憲主義」の憲法学的構成

本論では明治憲法体制下の緊急権を論じた。「憲法体制」と称したのは、それが、実定憲法以外の法令 (そのなかには憲法制定以前から存在し制定後も効力が存続するものや、その他緊急権と密接不可分な関係にある、例えば国家総動員法等も含まれる) 及び超憲法的国家機関を含め憲法構造全体を形成することが含意されているからである。そうした 1889 ~ 1945 年までの憲法構造全体を「明治憲法体制」と称した。もとより「緊急権」なる用語も、実定憲法上の文言でなく (実定法上明治憲法では「戒厳」又は「非常大権」とか、19C ドイツ憲法では合

囲状態（Belagerungszustand）又は「戦争状態」（Kriegszustand）という用語が使用される）憲法学上の観念である。ここでは、この緊急権に関する研究の方法として二つのコミュニケーションを行なった。一つは、過去の日独間の、もう一つは明治憲法という自国の過去の憲法との歴史的対話である。憲法学を含め法学が法解釈学中心となりがち傾向のなかで、こうしたコミュニケーションを首尾よく行うためには歴史学や社会科学的方法を必要とした。

日独立憲主義の比較に際して、立憲主義の歴史的発展にとって、その背骨をなす社会の歴史的発展の仕方の違い——殊にドイツにおける1848年3月と1918年11月の2つの革命経験と日本の明治維新との違い——は看過し得ない重みをもつ。何故なら、「市民革命」（11月革命の政治的性格に関しては、所謂「市民革命」か「社会主義革命の流産」かといった議論がある¹⁾）はその挫折も含め、近代憲法の歴史が、典型的にはフランス憲法がそうであるように、またドイツでさえ3月革命後の革命の成果、とりわけ、基本権保障を「三月所得」と呼んだように立憲主義が大なり小なり市民革命の所産として認識され、18～19C市民革命の歴史と憲法史がパラレルな関係にあるとされるからである。そこから、立憲主義の「近代性」とは、特殊歴史的國家範疇である資本主義國家に適合的な憲法システム（権力分立、議会主義及び人権保障）を備えているか否かに依存するが、他方、その「外見性」は、資本主義國家の枠組内での「近代性」に関する「程度の差」の問題であるとしても、その國の資本主義の歴史的発展段階の違いに起因する社会階級の対抗と均衡関係の事情により、經濟過程（社会・市場）から相対的に自立した上部構造（政治・法）における國家主導の独自の組織・機能性の個体差によってもたらされた（「經濟」と「政治・法」のズレ——「經濟」に対する「政治・法」の相対的自立性²⁾。さて、本稿では明治憲法体制下の緊急権（戒厳／非常大権）に関する研究に際し、以下のような予備作業を必要とした。エンゲルスの「ボナパルティズム國家論」は、近代資本主義の歴史的発展段階により、仏独の19C中葉の二つの市民革命において社会階級——君主・貴族、市民階級及び労働者階級——の力関係の対抗と均衡に応じ、革命後の、いわば権力の真空状態のなかでの、（仏の場合にとくに妥当する）ある種のプレビシットの「独裁」の國家形態の成立を理論上の仮説として提起した。そこでは、こうした近代國家論のコロラリーとして、この独裁的國家形態が市民革命後の「所得」として成立した立憲主義の「近代性」を「外見的」なものにしてしまう可能性も指摘されていた。革命の成果として議会主義が歴史的に優勢なフランスに対し、革命が挫折したため君主主義の根強いドイツ、なかでも帝國憲法体制のビスマルク帝國は「似非ボナパルティズム」と呼ばれた。しかし、そのドイツよりもさらに後発の歴史的事情をもつ明治日本のようなところでは、少なくとも維新後明治初期から憲法制定時までは「ボナパルト國家」と結びつけて「外見的立憲制」を問題にする意義に乏しいため、立憲主義の「外見性」の「程度の差」が何によるのかの法的根拠に関する認識を困難にした。何故なら、エンゲルスのボナパルティズム國家論の要は、対抗間関係にある社会階級間の均衡状態における調停者としての國家——仏の場合はプレヴィシットの独裁者——の役割に存し、その法的表現としての「外見的立憲制」の成立ということからみて、維新後憲法制定までの明治日本において、歴史的社會構成体としての資本主義社會の成立までは承認しうるとしても、「仏独の經濟的支配と政治的支配のズレ」テーゼと比べても、ブルジョアジーの經濟的支配さえ十分でなく階級間の均衡状態とその調停者としての「ボナパルト國家」の成立——藩閥政府を實體とした天皇制國家の成立を無条件にそのようにいうことができるか——という歴史的條件の未成熟な明治國家においては、少なくとも明治憲法制定当初においては、仏独の立憲主義と断

に論じえないのではない。こうした「明治憲法型立憲主義」の「外見性」の強度は、歴史的には仏独の社会的資本主義的發展段階の違いに由来しつつ、その下で政治的な国家主導の「上からの近代化」要請の（ドイツよりもなお）強いプレッシャーに迫られたことで、社会・経済・政治に対する法（憲法）体制の相対的な自立性・独自性に比例すると考えられる——例えば、神権的天皇制の主権規定はその憲法的表現である。仏独日各々の立憲主義の「程度の差」が相対的であるとしても、その強度の違いの方に重心を移すと、これを基準にした立憲主義の分類——「仏と独日」でなく「仏独と日」という分類の方が適当ではなかろうか。したがって、憲法理論的には次のような構成をとる。明治維新後の日本も近代資本主義国家の歴史範疇に入る以上、近代立憲主義の「程度の差」を論理的前提にしながらも、その「程度の差」に由来する立憲主義の「外見性」の強さは、（資本主義の歴史的發展段階を異にする仏独と比べ）経済と政治のズレに加えて、そのまた政治と法のズレとして（相対的に自立した法独自のリジッドな性質上直ちに経済・政治に対応せず時間的にもずれが生じ得る）、それ故、そうした意味での、少なくとも憲法制定直後（明治中期）から大正デモクラシー期までの——明治44年の大逆事件（「天皇制国家テルール」）をピークとした——明治憲法体制・神権天皇制（明治憲法1条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」同3条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」）を、ある種独特の「**明治憲法型（天皇制的）外見的立憲主義**」として憲法学的に構成することができよう。ここでは、立憲主義という近代世界の「普遍性」を前提にしながら、その普遍性の磁場のなかで、歴史的發展段階を異にする明治日本に固有の立憲主義の外見性として発現する「個別性」は矛盾しない。「普遍性」のなかに「程度の差」としての「個別性」は内包されており、そうした「個別性」のなかに「普遍性」の徴表を見出し得るからである。

その際、こうした意味での明治憲法体制の立憲主義の「外見性」は、主として憲法内部の近代的要素一例えば、議会制、権力分立原理等の統治機構（行政権と立法、司法との関係）及び臣民の権利義務に関する規定等——との関係で特徴づけられてきたけれども、実際には実定憲法内部のみにとどまるものでなく、憲法（典）以外の国家的な法規範や超憲法的国家機関、さらには憲法制定以前の慣習や法令の残存が、いわば憲法を外部から浸蝕し外見性の程度を強めた。殊に明治憲法体制下の緊急権は、憲法（典）の内部と外部の両面からその「外見性」に寄与したといえる。

（2）明治憲法体制における外見的立憲主義の歴史的変容と緊急権

次に緊急権史の日独比較を問題にする場合、ドイツ憲法が1918年11月革命を境に帝国憲法から共和制のワイマール憲法へ、君主制憲法から民主主義憲法へ立憲主義の「質」を根本的に一変させたのに対し、明治憲法が、1889年から1945年まで56年間一字一句明文改正を行うことのないまま第二次世界大戦の敗戦とともにその憲法体制の崩壊を迎えたという、こうした日独憲法史の違いを、立憲主義とその下での緊急権史の評価のうえにどのように反映させ得るのかが問題となる。前者ではプロイセン憲法制定当初と、帝国憲法期を経て第一次大戦期までのドイツ立憲主義の内実の変容は、これを緊急権にパラレルにいうと、古典的Bzから（後のワイマール憲法の大統領独裁に至る）「軍司令官独裁」への過渡期・転換期としての歴史的プロセスであったといえる。後者の場合も、この間の憲法成文の形式的継続性にもかかわらず、実はその立憲主義の内実において相当の変容を見たといわなくてはならない。日清・日露戦争時の軍事戒厳（1905）から、その後の大正期の関東大震災・朝鮮人虐殺事件（1923）を経た昭

和ファシズム期の2・26事件（1936）における行政戒厳まで、全て同じ明治憲法体制下での戒厳運用であるが、約20～30年の時間を隔てた二つの法的性格の異なる戒厳の間に明治憲法の外見性の内実に変化がなかったかどうか、また同時にそうした緊急権運用が憲法の内と外の両側から立憲主義のあり方に影響を与えはしなかったかどうかを問題にしなくてはならない。そして国家総動員法（1938）を支えた、黒田覚のいう「憲法規定の精神」というものも、明治憲法のあり方についていうのであれば、その立憲主義の内実がどのようなものであるか、またその立憲主義とその歴史に規定されつつ、同時にこれを規定さえし得る緊急権の歴史的法的性格に関する具体的な解明が必要であったであろう。

したがって、問題の立て方として、「明治憲法型外見的立憲主義」の歴史の変容において、外見性の程度や質の変容は何に由来するか、あるいはそうした外見的立憲主義の歴史の変容の下で緊急権の法的発展がどのように促され、また逆に緊急権の発展が立憲主義をどのように規定（相互規定）し得たか、というふうの問題提起される。

①憲法制定初期の外見的立憲主義と緊急権：憲法制定で確立した神権天皇制の下での戒厳／非常大権が主権者・天皇の大権の一つであるので、明治憲法における主権規定と緊急権規定の関係を見る限り、「例外状態に関し決定する者が主権者である」というC・シュミットの周知の命題³が当てはまるようにみえる。また緊急権規定と議会・立法権規定との関係では、戒厳と非常大権の両緊急権とも憲法制定後その崩壊の最期まで議会によって制定法化されることがなかった（尤も、前述のように、国家総動員法を非常大権の法律化とみる学説もあった）。これに対し、ドイツとの比較をやや図式化すると、市民革命（挫折）後の「三月所得」として緊急権の憲法への「登録」（Einregistrieren）——立憲主義化（Konstitutinalisierung）が課題となっていたプロイセン憲法では、階級的力関係の対抗と均衡に基づく妥協により戒厳規定（111条）は宣告の権限主体に関する明文規定を欠き、議会によって制定法化された1851年プロイセン合囲状態法律のなかでも戦時の場合に軍司令官、反乱（Aufbruch）の場合プロイセン内閣と定め、プロイセン国王は登場しなかった。1871年帝国憲法で初めてKz宣告の権限主体を皇帝（Kaiser）と定めた（但し、憲法上主権は皇帝にはなく、むしろプロイセンを含む諸ラントの連合体・合議機関である連邦参議院に存した）。

②明治憲法中期の立憲主義の変容と緊急権：大正デモクラシー期の立憲主義——この時期独占資本主義期の歴史の変容に平行な立憲主義の発展の下で、帝国主義枠内での議会主義の発展を見、また美濃部憲法学等の活躍が寄与するところもあり、その外見性を緩和したようにも見えたが、その一方で、関東大震災に際し朝鮮人虐殺事件が行政戒厳の下で生じた。なるほど行政戒厳を外見的立憲主義の緩和に適合した緊急権の歴史的形態とみることもできよう——ここでは、政治と法の乖離は埋められたように見え、美濃部の国家法人説がその法的徴表である。しかしながら、少なくとも緊急権に限ってみた場合、当時すでに古典的緊急権を脱してワイマル大統領緊急権の時代に入っていたドイツと比べ、行政戒厳とその下で生じた虐殺事件の発生は、緊急権の近代化が十分でなかったことの矛盾の現れとみることができる——とくに戒厳の要件と法的効力の法治国化が未成熟で、それが法適用や解釈等の運用面に顕著に現れた。蓋し、明治憲法の内外両方の緊急権——「内」は明治憲法14条・31条、「外」は明治15年太政官布告・戒厳令——が、憲法の議会主義規定や権利保障規定を「外見的」たらしめるという意味において外見的立憲主義を構成する中核的要素の一つであったからである。同時に、こうした緊急権の超憲法的運用がむしろ逆に立憲主義の限界を画するものとなっているということ

ができる。

③明治憲法後期の立憲主義の変容と緊急権：②の矛盾は昭和ファシズム期に入ると、立憲主義の後退、というよりも（美濃部天皇機関説事件に象徴されるような）それ自体の止揚・廃棄とともにピークに達する。しかし、これは、緊急権の側から見ると、国家総動員法という授權法という法律形式を装った緊急権が幼弱な立憲主義を止揚したものともいえる⁴。ここでは、例えば、2・26事件（「司法テロ」を含む）のようなカウンター・クー・デタにおける政治的危機を決定的契機として、これが後の国家総動員法へと連動する更なる危機構造を増幅させたように、「危機国家」が新たな危機（「法の危機」「危機の法」）をその内部から生ぜしめる「緊急権の危機構造」が成立し得ることに注意しなくてはならない⁵（「高度国防国家」⁶の成立）。ドイツではパーペン・クーデタを経て、1933年以降ナチスのヒトラー独裁の時代に入っていた。そして最期に、天皇の非常大権を媒介にした——「憲法の本質」を支柱とした国家総動員法の緊急権史的意義が「明治憲法型外見的立憲主義」の歴史の変容との関係で問題となる。蓋し、日独緊急権の法的性格規定は、それぞれの立憲主義の歴史的發展とその法概念枠組の下で憲法的構成が試みられなくてはならないからである。

（3）天皇の非常大権・国家総動員法の緊急権法制としての特殊な歴史的法的地位

緊急権の日独比較法史において、ドイツの第一次大戦中の緊急権運用（授權法を含めた「過渡期独裁」）を非常大権・国家総動員法の比較対象とした理由は以下の通りである。すなわち、明治憲法体制下の緊急権の特徴を権限主体、要件及び効力から見た場合、戒嚴の緊急権としての歴史的法的限界を超える可能性が天皇の非常大権に見出され得る。何故なら、均しく天皇大権といっても憲法上天皇の非常大権の発動でなければ議会制定の法律に留保された国民の権利保障をトータルに（in toto）侵害し得ないからであり、それはまた、憲法上統治権（立法権・行政権・司法権）を「総攬」する「独裁者」の地位にある天皇でなければ行使し得ないような緊急権の法システムを用意していたからである。明治憲法における天皇の「独裁者」の法形式上の地位は立憲君主としても、その「神聖」不可侵な絶対性（法的政治的無答責という意味でも絶対的である）において異例のものであり、それは緊急権の主体、要件及び効力の全体からみて独特の緊急権類型といってよい。天皇は、C. シュミットのいう意味でも⁷、R. グラウ（Grau）のいう意味でも⁸、ワイマール大統領のような「独裁者」ではあり得なかった。権限主体にのみ着目すると、神権天皇の固有の性格——ドイツのみならず他に類例を見ない固有の性格は、その比較の対象を喪失せざるを得ないであろう。これと異なり、ドイツの大統領独裁型の緊急権の場合、権限主体のワイマール大統領は国民投票で選挙された民主主義的正統性をもつプレシッポ的「独裁者」である。大統領独裁（Präsidentendiktatur）は、緊急権観念の中核的要素において、古典的な戒嚴の下での法的効力（執行権の軍司令官移行）から権限主体と要件への基軸シフト（「経済財政的緊急状態」への要件拡大とこれに伴う独裁措置に基づく基本権侵害の広がり）をも伴うものであった。

「明治憲法型外見的立憲主義」の下での緊急権、それが天皇の非常大権であれ、したがってその憲法上の根拠が非常大権であるとされた国家総動員法の意味での緊急権であれ、その比較対象となるべきドイツの緊急権は、一方で立憲主義という憲法史の概念枠組に準拠した場合、プロイセン憲法・帝国憲法下にあった第一次大戦期のBz・Kz運用（授權法と「軍司令官独裁」の二本立て）になるであろうが、他方で緊急権の法システムの内実からみた場合、ドイツ11

月革命を媒介にした立憲主義の歴史的発展段階（ワイマール憲法は民主主義的立憲主義）の違いにもかかわらず、その比較対象は——殊に非常大権・国家総動員法において——「独裁」型の形式において同類に属するワイマール型緊急権（大統領の独裁措置の拡大解釈によって独裁権は立法機能を吸収する）になろうか。このように日独の緊急権を比較するとき、立憲主義の歴史的発展段階を異にするところから緊急権の比較対象にズレが生ずることに注意しなくてはならない（その憲法史のズレを象徴するような緊急権用語が「立憲独裁」verfassungsmäßige Diktatur⁹であろう）。にもかかわらず、そこには日独共通の歴史的課題——総力戦としての帝国主義戦争の遂行と国家独占資本主義の下での全般的危機の克服を、立憲主義の歴史的発展にパラレルな緊急権の構造転換の定式——「戒厳から独裁へ」「戒厳から非常大権へ」——の下で目指し達成するよう要請されていたはずである。この事情を敷衍すると、1929年の世界恐慌のような資本主義の全般的危機下で、日独ともに経済的には国家独占資本主義、政治的にはファシズム——ここでは歴史的発展段階にもはや殆どズレがないにもかかわらず、憲法体制の法的性格（立憲主義の質）に日独のズレが見られ、異なる憲法体制と立憲主義の下での緊急権は、そのズレ・矛盾克服の社会的政治的要請に応えるべく古い憲法体制を喰い破るミッションを帯びざるを得なかった。すなわち、明治憲法体制下の緊急権は、昭和ファシズム期に入っても、法形式的には前世紀の外見的立憲主義の下でのこれまた時代遅れの太政官布告・戒厳令との矛盾に苦しんだすえ、その改良形態の行政戒厳でこれを凌ごうとしたが、戒厳には自ずと歴史的限界があった——もはや「(行政)戒厳」というピストルでは「非常大権」という大砲の役割を果たすには無理があった¹⁰。戒厳から非常大権への転換と、その機能分化は、国家総動員法の成立において確かに生じていたのである。それ故、畢竟、天皇の非常大権の最終ターミナルに行き着かざるを得なかったのではなからうか。

国家総動員法と、その（黒田覚の所謂）憲法上の「精神的」根拠とされた非常大権は、明治憲法体制後期・晩期（昭和ファシズム・帝国主義戦争期）における歴史的に変容した外見的立憲主義に規定されつつ、同時にこれを規定した（これを「止揚」したといい換えてもよい）緊急権のあり方として、ドイツのような、なお権力の集中力を欠いた地方分立主義的な「軍司令官独裁」でないのは勿論、むしろ「大統領独裁」以上に中央集権的な神権天皇制の下での「軍部独裁」の法的表現形態であった。「天皇の非常大権・国家総動員法」の法的性格は、殊にその立法権の吸収・統合機能において（国家総動員法の下での議会の自死による命令への白紙委任——戦時経済において現れる緊急権の立法機能の吸収）明治・大正・昭和を通じた、「明治憲法型（天皇制的）外見的立憲主義」下での緊急権の歴史的法的な発展の形式的な完成形態であると同時に、実質的な止揚形態でもあった——明治憲法体制は、非常大権・国家総動員法型（「独裁型」）緊急権の完成の、その瞬間に止揚されてしまったということができる。国家総動員法は平時において戦時（帝国主義戦争）に備え、人的物的及び経済財政的に資源を総動員する戦争準備体制法であり、平時と戦時の平準化機能を果たす極めて現代的な性質をもつ緊急権システムであった。それだけに、そうした緊急権システムは、それが19Cの旧時代的な神がかった天皇制の外見的立憲主義の外皮に覆われたことで、その同じ形式の憲法の下での矛盾・相克は極限に達せざるを得ず、その最終局面の8・15の敗戦によって大日本帝国とその憲法の崩壊の日を迎えた。同時に、この崩壊の日から、こうした侵略戦争、そしてまた「ヒロシマ・ナガサキ」に対する「戦争責任・戦後責任」を問う、加害・被害の立場の重なりとその複雑な相互関係のなかで、国民生活が再出発した¹¹。その際、15年にわたる侵略戦争（日中戦争を含

むアジア・太平洋戦争)の遂行において、その内側で法的支柱——はじめは行政戒厳、後に国家総動員法という法形式で——を担ったのが明治憲法体制下の天皇大権としての緊急権システムであった。

注

- ¹ 篠原一『ドイツ革命史序説』(岩波書店, 1956(昭和31))
- ² 「政治」の「経済」に対する相対的自立性を指摘するのは、河野健二前掲論文「明治維新と『西洋』」14頁。河野によると、一般に後発的資本主義国では先発国の外圧下で資本主義の内発的発展が困難であるため「上からの革命」による国家主導の近代化になり易く、そうした場合に経済的下部構造の政治的上部に対する安易な基底還元論では説明し得ない後発国独自の「政治」の「経済」に対する相対的自立性が説かれる。尤も、英国に比べ仏は「後進的」であり、その仏に比べ独は「後進的」とであるというふうには、その「後発性」「後進性」も相対的なものであるから、講座派による明治・日本に関する過度の「絶対主義」強調の再検討が迫られる(上山春平前掲論文も同趣旨)。
- ³ C.Schmitt, Politische Theologie, 1922, S.9; "Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet."
- ⁴ 前掲小林直樹『国家緊急家』174頁は外見的立憲主義概念こそ用いてはいないけれど、明治憲法の緊急権システムが「立憲主義の立場」から見て「明治憲法がそれなりにもっていた立憲的要素」を殆ど除去したことを指摘する。
- ⁵ 「危機構造」につき詳細は、前掲佐藤幸治記念論文集所収拙稿49頁以下。
- ⁶ 小林直樹前掲書160頁以下。第一次第二次大戦、二つの総力戦に集中適応した政治・経済・法の全領域にわたり戦争の危機に備えた国家体制のことであり、そこでは平時と非常時(戦時)の区別が廃止され恒常的な「危機国家」が成立する。中野登美雄前掲『戦時の政治と公法』も参照。
- ⁷ 「委任的独裁」と「主権的独裁」の区別につき、C.Schmitt, Die Diktatur, Von den Anfängen des modernen Souveränitätsdenkens bis zum proletarischen Klassenkampf, 2. Aufl., 1928, S.130 ff.; ders., Die Diktatur der Reichspräsidenten nach 48 der Reichsverfassung in: Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Heft 1., 1924, S.85 ff.; ders., Verfassungslehre, 1928, S.58 ff. u. 111 ff.; ders., Diktatur, in: Staatslexikon, 1. Bd., 1926, S.1450 f.
- ⁸ ワイマール憲法下での後期法実証主義と「立憲独裁」につき、insb., R.Grau, Diktaturgewalt des Reichspräsidenten und der Landesregierungen auf Grund des Artikels 48 der Reichsverfassung, 1922. R.Grau, a.a.O.
- ⁹ 鶴飼前掲書18頁によると、仏独の合回事態制度からの歴史的由来を示唆しつつ、戒厳の実定法解釈としては「戦争形態が所謂総力戦のものに変貌」したことを留意して、こうした政治目的達成のための制度と解する一方で、にもかかわらず、「兵備ヲ以テ・・・警戒スル」(戒厳令1条)というのは、「主として消極的治安維持的性格」を有する軍隊を用いた警戒の規定と解釈する。立憲主義的観点からみた「戒厳から独裁へ」の歴史的法的発展の分析を欠いているので、戒厳令の実定法解釈としてはこれが限界であろう。
- ¹¹ 「戦争責任・戦後責任」につき、元山健/建石真公子編『現代日本社会の憲法』(法律文化社, 2009)144頁(長利一執筆分)。基本文献:日本史学として、家永三郎『戦争責任』(岩波書店);国際法の立場から、大沼保明『東京裁判から戦後責任の思想』(東進堂, 1997)ほか;哲学の立場から、高橋哲哉『歴史/修正主義』(岩波書店, 2001)ほか;なお、ドイツの戦争責任を考えるうえで、カール・ヤスパーズ『戦争の罪を問う』(平凡社, 1998)(Karl Jaspers, Die Schuldfrage, 1946)は必須文献。

【巻末資料】

○1850年プロイセン憲法 111 条：戦争又は反乱の場合に公共の安全に切迫した危険のあるときは、憲法典の第 5 条、6 条、7 条、27 条、28 条、29 条、30 条及び 36 条*は期間と区域を限って失効することができる。詳細は法律が定める。

(*5 条：人身の自由、6 条：住居の不可侵、7 条：裁判を受ける権利、27 条：意見表明の自由・出版の自由・検閲の禁止、28 条：一般刑法による処罰、29 条：集会の自由、30 条：結社の自由、36 条：内乱鎮圧に際しての文民要請)

○1871 年ドイツ帝国憲法 68 条：皇帝は連邦領土の公共の安全を害するおそれのあるとき、その領土のどの地域にも戦争事態（Kriegszustand）を宣告することが出来る。このような宣告の要件、公布形式及び効力を定めるライヒ法律の制定があるまで、これについては 1851 年 6 月 4 日のプロイセン法律の規定が適用される。

（いずれも憲法条文テキストは、Dürig/Rudolf, Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte, 2. Auflage, 1979；なお、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第 6 版）』（信山社、1994）も参照。）

○1851 年プロイセン合囲事態法律（本論関連主要条項テキスト抜粋）

1 条：戦時に際し敵に脅かされ又はその一部が占領された地域において要塞司令官はその守備する要塞地帯の要塞に、総司令官は軍団管区又はその各部に防衛目的で合囲事態を宣告する権限を有する。

2 条：①叛乱に際しても公共の安全に急迫の危険があるときは、戦時平時を問わず合囲事態を宣告することができる。②合囲事態の宣告は国内閣が行なうが、急迫の場合は…臨時に…その地の軍司令官…これを行うことができる。

4 条：①合囲事態宣告の公布とともに執行権は軍司令官に移行する。文民行政官庁及び地方公共団体は軍司令官の指示と命令に従わなくてはならない。②その指示命令につき軍司令官は一身的（persönlich）責任を負う。

5 条：①合囲事態宣告に際し、憲法典の第 5、6、7、27、28、29、30 及び 36 条若しくはその一部を、一時的にかつ区域を定めて失効することが必要と認められるとき、これに関する指示を明示して合囲事態宣告の布告中に定めるか、又は本法律第 3 条の定める形式（合囲事態宣告の形式—筆者注）で布告される特別の命令で公示されるものとする。②…（略）…

9 条：合囲事態が宣告された場所又は区域において、左の犯罪を犯した者は 1 年以下の禁錮に処す。但し、現行法律がそれより重い自由刑を定めるときはこの限りにはない。

同 b：合囲事態宣告のあったとき又はその継続中、軍司令官が公共の安全のために発布した禁止命令（Verbot）に違反し若しくはその違反を教唆又は煽動した者。

17 条：合囲事態の宣告につき、並びにこれとともに…本法律…に列挙された憲法の諸条項の一か条の停止につき直ちに、若しくは次の会期に議会において釈明しなくてはならない。

（法律条文テキストは、Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Hrsgs. von E. R. Huber, Bd. 1, 3 Aufl., 1978, SS.527-528）