

国家緊急権と抵抗権

工藤達朗*

- I 憲法保障制度
- II 国家緊急権
- III 抵抗権

I 憲法保障制度

憲法の改正であれ憲法の変遷ないし解釈の変更であれ、憲法が現実の変化に対応して変動することは、憲法が実効性をもとうとする限り避けられない。しかし他方で、正当な理由がないにもかかわらず、国家権力の違憲行為によって憲法の最高法規性が損なわれることがあってはならない。そのような事態を事前に防止し、または事後的に是正するための制度を「憲法保障制度」という。日本国憲法は、事前の予防的制度として、憲法の最高法規性の宣言（98条1項）、公務員の憲法尊重擁護義務（99条）、厳格な憲法改正手続（96条）を定める。事後の匡正的な憲法保障制度として、裁判所の違憲審査制（81条）がとりわけ重要であるが、権力分立や民主的統治機構も、事前および事後的な憲法保障制度としても機能する。

* 中央大学法科大学院教授

これら日本国憲法が明文で定めた制度は平常時の憲法保障制度であるが、それ以外に非常時の超憲法的な（あるいは法の外の）憲法保障制度として、国家緊急権（→Ⅱ）と抵抗権（→Ⅲ）があげられることがある。平常時の憲法保障が国家行為の適法性を守るものであるのに対して、非常時の憲法保障は、憲法の基本原理または国家の存立を守るために憲法の立憲的な規範を破る権限（国家緊急権）や、合法的に成立した義務を拒否する権利（抵抗権）であって、どちらも既存の実定法を破るものである。明文規定のない日本国憲法上、それらの存在が認められるか、学説上争いが長く続いてきた。

最近になって国家緊急権の議論が再燃している。というのは、自民党が発表した「日本国憲法改正草案」には、第9章「緊急事態」が新設され、98条・99条に国家緊急権が規定されているからである¹⁾。本稿は、憲法改正問題にアプローチする前提として、これまでの学説を整理・確認し、若干の私見を述べることを目的とする。あわせて、国家緊急権と並ぶ超憲法的な憲法保障制度である抵抗権についても触れることにする²⁾。

*スペースの関係で「日本国憲法改正草案」の98条・99条とも第1項だけあげる。

98条1項「内閣総理大臣は、我が国に対する外部からの武力攻撃、内乱等による社会秩序の混乱、地震等による大規模な自然災害その他の法律で定める緊急事態において、特に必要があると認めるときは、法律の定めるところにより、閣議にかけて、緊急事態の宣言を発することができる」（2から4項略）。

99条1項「緊急事態の宣言が発せられたときは、法律の定めるところにより、内閣は法律と同一の効力を有する政令を制定することができるほか、内閣総理大臣は財政上必要な支出その他の処分を行い、地方自治体の長に対して必要な指示をすることができる」（2から4項略）。

Ⅱ 国家緊急権

1. 国家緊急権の概念

国家緊急権とは、戦争・内乱・経済恐慌または大規模な自然災害など、平常時の統治機構をもってしては対処しえない非常事態において、国家の存立を維持するために、憲法の効力を一時停止して、（平常時ならば当然に違憲とされる）非常措置をとる権限をいう。具体的には、一定の国家機関に権力を集中し、基本権の全部または一部の効力を一時的

に停止することによって、非常事態を克服し、正常事態を回復する権限である。したがって、効力停止の対象となる憲法とは、主として、憲法の立憲主義的構成部分（基本権保障と権力分立、法律による行政など）である³⁾。

国家緊急権において一時的な停止・排除の対象となるのは立憲的憲法秩序であるから、立憲主義の憲法の下でのみ問題になり得る。というのは、もともと権力が（例えば君主に）集中し、基本権も保護されていない国においては、正常事態が非常事態になっており、国家緊急権を論じるまでもない。非常時も正常時と同じやり方をすればよいので、どちらも同じ政治運用だからである。

*国家緊急権の概念は一般的に上のように説明されるが、これでは狭すぎるのではないかという疑問がある。というのは、憲法の諸規定を直接侵害し、またはその効力を停止するものでなくとも、合憲的な法律の侵害または効力停止でも国家緊急権の問題とすべき事例があるからである。

例えば、明治憲法制定後まもなくの1891（明治24）年に発生した大津事件では、司法権の独立だけでなく、国家の緊急事態における法の効力も問題となった⁴⁾。これは日本を訪問していたロシア皇太子（後のニコライ二世）が、滋賀県大津において、巡查津田三蔵に切りつけられて負傷した事件である。政府はロシア政府に対する考慮から大審院長児島惟謙に対し死刑判決を下すように働きかけたが、児島は同意しなかった。内閣総理大臣松方正義は、児島に対してこう述べたといわれる。「法律の解釈は然らん。然れども国家存在して始めて法律存在し、国家存在せずば法律も生命なし。故に国家ありての法律なり。法律は国家よりも重大なるの理由なし。国家の大事に臨みては、区々たる法律論に拘泥せずして、国家生存の維持を図らざるべからず」。これこそ国家緊急権の考え方である⁵⁾。確かに、ここで問題とされていたのは刑法の規定であって、明治憲法の規定ではない。しかし、このような場合も国家緊急権の問題とすべきではあるまいか。

日本国憲法下においても、実定法上根拠のない「超法規的措置」や「超実定法的措置」がとられたことがある。日本赤軍によるクアラルンプール事件（1975年）とダッカ事件（1977年）である⁶⁾。クアラルンプール事件では、日本赤軍を名乗るグループが、マレーシアの首都クアラルンプールにあるアメリカ大使館とスウェーデン大使館を襲撃し、外交官50名以上を人質に大使館を占拠し、日本国内で拘置されている日本赤軍メンバーの釈放と航空機の手配を要求した。ダッカ事件では、日本赤軍グループが日航機をハイジャックし、同機をバングラデシュのダッカに強制着陸させ、乗客・乗員156人を人質に、仲間の釈放と身代金15億円を要求した。日本政府は、どちらの事件でも人命尊重の立場から要求を受け入れた。「人

命は地球よりも重い」というのである。政府は、前者は「超法規的措置」、後者は「超実定法的措置」であると説明した。当時の憲法学説がこれらの措置をどのように説明したのか不明である。「超法規的違法性阻却事由」をめぐる刑法解釈の問題で、憲法問題ではないととらえたのであろうか。それとも、当該措置によって得られる利益と失われる利益の衡量を行い、得られる利益は人命という最高の価値であるから政府の法律違反は憲法上正当化されるとしたのだろうか。平時の利益衡量で説明できなければ、国家緊急権の事例である。そうだとすれば、日本国憲法下においてもすでに国家緊急権が発動した事例が存在することになり、単なる抽象的理論の仮定問題ではなくなる⁷⁾。

では、立憲主義的憲法の効力を停止するにもかかわらず、国家緊急権が憲法保障の一つとされるのはなぜか。後に(→Ⅱ4)見る学説のうち、国家緊急権否定説によれば、国家緊急権は憲法の破壊であって憲法保障制度ではあり得ないことになる。これに対して他の学説が国家緊急権を憲法保障の一つとするのは、国家の存立が憲法の効力の基礎であるからであろう。確かに、国家に主権がなければ憲法は最高法規ではあり得ない。それと同じく、国家の存立を外敵や国内の革命勢力から防衛することは、憲法の基本秩序を維持することであるとともに、憲法の立憲的秩序の停止はあくまで非常事態を克服するための手段であり、正常事態を回復し、立憲的憲法秩序を回復することが目的だからである。この目的と手段の均衡が保たれている限り、国家緊急権を憲法保障制度の一つと位置づけることができるだろう。

2. 国家緊急権の実定化

国家緊急権を憲法に取り入れる仕方には、大きく①緊急権を発動する要件・手続・効果等を比較的詳細に定める方式と、②特定の国家機関に包括的な権限を授権する方式がある。①の例として、ドイツ連邦共和国基本法(以下、ドイツ基本法)10a章「防衛事態」115a条以下(1968年のいわゆる緊急事態〔Notstand〕憲法による改正で導入)が、②の例としては、現行フランス第五共和制憲法16条の大統領非常措置権があげられる。ドイツのワイマール憲法48条の大統領の非常措置権も後者の例であった。戦後ドイツが①の方式をとったのは、ワイマール憲法48条が共和国崩壊とナチス登場の原因となったことへの反省に基づくものである。そのため、防衛緊急事態の確定は連邦議会が行い(115a条1項)、緊急事態においても連邦憲法裁判所の地位や権限は原則そのままである(115g条)。しかし、これでは限定的な非常事態にしか対処できないとして包括的な緊急権制

度の創設を提唱する学説も有力である。もちろん、②の方式は濫用されたときの危険はより大きく、かつ、それでもあらゆる非常事態に対処できるほどには万能ではない。

*②の例としてあげた憲法規定は次の通りである。ただし、紙数の関係でその一部である。

フランス第五共和制憲法 16 条 1 項は、「共和国の諸制度、国の独立、領土の保全あるいは国際的約束の履行が重大かつ切迫した脅威にさらされ、憲法上の公権力の正常な運営が妨げられた場合には、共和国大統領は、首相、両議院議長および憲法院長に公式に諮問した後、状況により必要とされる諸措置をとる」と定める（2 項から 6 項略）。

ワイマール憲法 48 条 1 項は、あるラントが憲法上の義務を履行しないとき、大統領は武装兵力を用いてこの義務を履行させることができるとし、2 項は、「ドイツ国内において、公共の安全及び秩序に著しい障害が生じ、又はその虞があるときは、ライヒ大統領は、公共の安全及び秩序を回復させるために必要な措置をとることができ、必要な場合には、武装兵力を用いて介入することができる。この目的のために、ライヒ大統領は、一時的に第 114 条〔=人身の自由〕、第 115 条〔=住居の不可侵〕、第 117 条〔=信書・郵便・電信電話の秘密〕、第 118 条〔=意見表明等の自由〕、第 123 条〔=集会の権利〕、第 124 条〔=結社の権利〕、及び第 153 条〔=所有権の保障〕に定められている基本権の全部又は一部を停止することができる」とする（3 項から 5 項略⁸⁾）。

**なお、日本も 1979 年に締結した国際人権規約（自由権規約、B 規約）は、国民の生存を脅かす公の緊急事態には、締約国が事態の緊急性が真に必要な限度において、規約上の義務に違反する措置を執ることを認めている（4 条 1 項）が、その場合でも停止することのできない権利を定めている（同 2 項）。国家の存立の維持ではなく、国民の生存の維持が目的とされていることが注目される。そこで停止できない権利とされているのは、6 条（生命に対する権利及び死刑〔執行の制約〕）、7 条（拷問又は残虐な刑の禁止）、8 条 1・2（奴隷及び隷属状態の禁止）、11 条（契約不履行による拘禁禁止）、15 条（遡及処罰の禁止）、16 条（人として認められる権利）、18 条（思想・良心及び宗教の自由）である。

3. 明治憲法と国家緊急権

明治憲法は、8 条（緊急命令）、70 条（緊急財政処分）、14 条（戒厳令）、31 条（非常大権）に、非常事態に対処するための規定を置いていた。国家緊急権の実定化である⁹⁾。

① 緊急命令と緊急財政処分：「天皇ハ公共ノ安全ヲ保持シ又ハ其ノ災厄ヲ避クル為緊急ノ必要ニ由リ帝国議會閉会ノ場合ニ於テ法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス」（明憲 8 条 1 項）。

本来ならば、議会の協賛による法律を制定すべきところ、議会在閉会中で緊急の必要がある場合には、天皇が法律に代わる勅令（命令）を制定することができる。立法上の緊急措置である。そのための緊急財政処分については、政府が勅令によって行うことができる（70条1項）。どちらの場合も次の会期に議会の承諾を求めなければならない（8条2項、70条2項）。

② 戒厳の宣告：「天皇ハ戒厳ヲ宣告ス」（明憲14条1項）。戒厳とは、対外的には戦争状態、対内的には内乱その他の動乱に際して、軍事力（兵力）をもって全国または一地方を警備する必要がある場合に、その地域における行政権その他の国家統治の権限の一部を軍隊の権力に移すことをいう。憲法上の国民の権利は必要な限度で停止される。戒厳の要件および効力は法律で定めることになっていたが（14条2項）、結局制定されず、憲法制定以前（1882年）の戒厳令（太政官布告36号）がそのまま法律としての効力を有していた（明憲76条1項参照）。

戒厳令は、戒厳地域を「臨戦地境」と「合囲地境」に分ち、前者では「地方行政事務及ヒ司法事務」のうち軍事に関係ある事件が、後者では事務の全部が、軍の司令官の権限とされた（令9・10条）。合囲地境では、軍事にかかわる民刑事事件は軍法会議が裁判する（令11条）。戒厳地域では、憲法・法律による国民の権利保障は効力を停止するので、集会の自由、出版の自由、信書の秘密、住居の不可侵などは認められず、財産が破壊されても補償はされない（令14条）。

本条による戒厳は、軍事上の必要によるもので「軍事戒厳」と呼ばれる。その宣告がなされたのは、日清戦争（1894-95年）および日露戦争（1904-05年）に際してであった。これと区別されるのが、「行政戒厳」と呼ばれるもので、戒厳を宣告する要件を満たしていないのに、安寧秩序を回復するため、治安維持の必要から、緊急勅令によって戒厳令の一部を施行するものである。「行政戒厳」は、日露講和条約（ポーツマス条約）締結の際の日比谷焼打ち事件（1905年）、関東大震災（1923年）、および、二・二六事件（1936年）に際して行われた。

③ 非常大権：「本章〔＝第2章臣民権利義務〕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」（明憲31条）。この規定の意味は必ずしも明らかではなく、14条の戒厳の宣告を言い換えただけの重複規定であるとするものから、戒厳を超える（超憲法的な）最高の非常措置権を定めたとするものまで、学説は分かれた。しかし、結局31条は発動されることなく終わった¹⁰⁾。

4. 日本国憲法と国家緊急権

(1) 学説

これに対して、日本国憲法には——54条2・3項は参議院の緊急集会を定めるが、これは平時の統治制度の延長にすぎないから——本来の意味での緊急権規定は存在しない¹¹⁾。緊急権規定が存在しない日本国憲法の沈黙の意味について、意識的に排除したのか、あるべきものが欠けているのか、規定がなくとも国家緊急権を行使できるのか、理解が異なる。学説は、①国家緊急権否定説、②欠缺説（憲法改正導入論）、③容認説、④事実説などに分かれる¹²⁾。

①の否定説は、憲法の沈黙を国家緊急権の否認ととらえ、それを積極的に評価する学説である。非常事態であっても、国家の機関は憲法の定める権限の範囲内で活動しなければならない。基本権の制限も、平時に認められる範囲にとどまらなければならない¹³⁾。これに対して、②の欠缺説は、憲法の沈黙を、本来ならば憲法に規定があるべきなのにそれが無いのは憲法の欠缺であると消極的に評価し、国家緊急権の発動が立憲主義の枠内にとどまるために必要な条件を憲法に書き込むべきであるとする。したがって、欠缺説は憲法改正論である¹⁴⁾。

他方で、③の容認説は、憲法の沈黙は国家緊急権の否定を意味するものではないとする。国家と憲法には憲法典よりも基本的な価値がある¹⁵⁾。あるいは、緊急事態に陥った場合、憲法の存続を図るため非常措置を講ずることは「不文の法理」として肯定しなければならないとするのである¹⁶⁾。最後に、④の事実説は、国家の自然権としての国家緊急権を否定した上で、憲法上の根拠なしに緊急事態に対し行使される超憲法的な非常措置は、法の問題ではなく、事実ないし政治の問題であるとして、非常事態を法の外の問題とする¹⁷⁾。

(2) 学説評価の視点

まず、国家に対して個人に優越する価値を認め、国家の存続のために（劣位の価値である）個人を犠牲にしてもよいというのは、日本国憲法の国家観ではない。容認説をとる場合も、生命・自由などの個人の基本権を保護し、そのような憲法秩序を維持するために国家の存在が不可欠であるとして、その限りで、個人の権利保障や憲法秩序を一時的に停止できるにすぎないと考えるべきであろう。したがって、国家が国民の権利保障にかかわる機能を離れて独自の価値を有するわけではないから、国家緊急権を国家固有

の自然権とすることはできない。

否定説において、実定法の枠内で対処できない非常事態が発生した場合には、国家は活動を停止し、個人は非常事態の中にいわば放置されることになる。そこに生じるのは、無国家の状態（＝無政府状態、アナキー）である。そこでは自然状態が復活し、個人は（国家に譲り渡した権利も取り戻すので）あらゆる自然権を行使することが可能である。非常事態に対処する権限は、このような個人の自然権しかありえない¹⁸⁾。否定説をとるべきか否かは、このような自然状態が、ホブズが『リヴァイアサン』で描いた恐るべき闘争状態で、人々は互いに敵対し合うのか、それとも相互扶助的な共同体が自然発生的に出現するのか¹⁹⁾にかかっている。国家の存在しない自然状態に戻っても、人々は互いに助け合って、多少の不便はあっても何とか事態をやり過ごすことが可能であれば、否定説をとるのが望ましいであろう²⁰⁾。

これに対して、国家の存在しない自然状態が、否定説が想定しているものとは異なるホブズ的な状態であるとすれば、否定説は人々を悲惨な状況にただ放置することになる。人々の生命・自由・財産等の基本的権利を守るために国家を創設したのであれば、人々の基本的権利が重大な危機に瀕しているまさにその時に国家がその権利保護の任務を放棄しなければならないというのは、国家の存在理由を否定するものだということになるし、それを避けようとするとは逆に非常の全権を引き出すことになりかねない。つまり、否定説は、(a) 国家緊急権の濫用を防止する点では确实であるが、(b) 国家緊急権の必要かつ十分な行使は度外視しているのである。他の学説はおそらくそのように考えているものと思われる²¹⁾。

法の問題ではなく政治の問題であるとする事実説も、事実上国家緊急権が発動されることがあることを認識している。問題は、不文の法理であらかじめ国家緊急権の行使を肯定しておくのと、一切言及せずにおくのと、どちらが国家緊急権の濫用を防ぎ、必要かつ十分な行使を可能とするかについての判断の違いである²²⁾。確かに、容認説の不文の法理は、内容が曖昧なため、事前に認めておくのは濫用の危険を増大させる。しかし、事実説は、国家緊急権を法的には否定するが、非常事態における実定法上の基礎を欠いた国家権力の発動を事実上容認することになる。これでは法的に無拘束の国家緊急権を認めることになるのではないかとの疑問もある。

また、国家緊急権がだいたいにおいて適切に行使され、事後に立憲的憲法秩序の効力が復活した場合、否定説では、あくまで政府の違憲行為の法的・政治的責任を追及することになるだろう。容認説では、政府の行為が不文の法理に合致している限りで合憲と判断される。事実説では、政府の行為は国会によって事後的に免責されるまではあくま

で違憲であり、国会が違憲行為を免責できるとするのだろうが、イギリスのように不文憲法で、かつ国会主権の国であればともかく、違憲の行為を国会が合憲化できる根拠が不明である。もしこれが可能なら、違憲な法律も国会は合憲化できることになろう。

そこで、緊急事態の認定権者や緊急権発動の効力、期間などをあらかじめ憲法に規定すべきであるとする②の欠缺説が主張されることになる。けれどもどのように実定化するのが大問題であるとともに（→Ⅱ2）、規定の仕方によっては気楽に緊急権を発動できることになってしまうのではないか、という危惧があるため、賛成者は多くはない。

また、憲法上の規定が存在しない場合、欠缺説では国家緊急事態にどのように対応するのか、問題となる。論理的には①③④のいずれの学説とも結びつきうるだろう（ただし、①の論者は導入反対の立場である）。論者によっては、憲法に規定がない限り認められないというかもしれないし、規定がなくとも認められるが、濫用のおそれがあるので、規定しておくことが望ましいというかもしれない。つまり、欠缺説は他の学説と次元が異なるのである。逆にいえば、現状では①③④の学説をとりつつ、憲法（典）の欠缺を主張し、憲法改正によって国家緊急事態に関する規定を導入しようとすることは、論理的に矛盾するものではない。

5. 法律上の緊急権制度

憲法には国家緊急事態に関する規定は存在しないが、にもかかわらず（であるからこそ）、法律のレベルでは、様々な「緊急事態」に対処するための法制度の整備が行われている²³⁾。まず、国の組織では、緊急事態に対処し、緊急事態の発生を防止するために、「内閣官房に、内閣危機管理監一人を置く」（内閣法15条1項）とされる。内閣危機管理監は、国の防衛に関するものを除き、危機管理を統理する。危機管理とは、国民の生命、身体または財産に重大な被害が生じ、または生じるおそれがある緊急事態に対処し、および緊急事態の発生を防止することである（同法15条2項）²⁴⁾。

緊急事態にはどのようなものがあるか。いくつかの法律が「緊急事態」について定める。緊急事態は、対内的なものと対外的なものに分けることができる。①②③が対内的緊急事態、④が対外的緊急事態である。これらは、国家緊急権の定義にあげられた、戦争（④）・内乱（②）・経済恐慌（③）・大規模自然災害（①）にそれぞれ対応する²⁵⁾。

① 災害緊急事態（大規模自然災害）：「非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なものである場合において、当

該災害に係る災害応急対策を推進し、国の経済の秩序を維持し、その他当該災害に係る重要な課題に対応するため特別の必要があると認めるときは、内閣総理大臣は、閣議にかけて、関係地域の全部又は一部について災害緊急事態の布告を発することができる」(災害対策基本法 105 条 1 項)。この布告を発したときは、20 日以内に国会に付議して承認を求めなければならない(106 条)。この布告があったときは、緊急災害対策本部を設置し(107 条)、対処基本方針を定める(108 条)。

「災害緊急事態に際し国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保するため緊急の必要がある場合において、国会が閉会中又は衆議院が解散中であり、かつ、臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を求めてその措置をまついとまがないときは、内閣は……政令を制定」して、生活必需物資の買い占めや売り惜しみを禁止し、価格の上昇に対して最高価格を設定するなど必要な措置をとり(109 条 1 項)、違反者には刑罰を科すことができる(同 2 項)。また、海外からの支援助け入れのため、政令を制定することができる(109 条の 2)。

* 災害対策基本法 109 条は、個人の権利の制限を法律によらずに政令で行うことを認めている。これが憲法に規定されていれば、明治憲法 8 条と同じ独立命令である。本条は法律によらない権利制限を規定するが、これは憲法上許される委任の範囲内に収まっているのか(白紙委任ではないか)、問題となる。本条が平常時の緊急事態を定めているのであれば、国家緊急権発動の場合とは異なり、不文の憲法原理を援用することはできない。学説は一般に緊急やむを得ない事態における必要最小限度の制度であって合憲とするようである。けれども、12 条・13 条の公共の福祉に基づき、比例原則によって正当化できれば(目的と制限の程度の均衡)このような制限が可能である(29 条・31 条に反しない)ということであるとすると、憲法上の国家緊急事態でなくとも、必要があればどこまででも基本権の制限が可能であるとされるおそれがあるように思われる²⁶⁾。

** 大規模自然災害は、それをきっかけに内乱や騒乱が発生する(可能性がある)場合には、次の警察緊急事態につながる。警察力の投入だけでなく、自衛隊の出動もある。自衛隊法は、自衛隊の災害派遣(自衛隊法 83 条)、地震防災派遣(83 条の 2)、原子力災害派遣(83 条の 3)を規定している。

また、大規模自然災害は、対内的な緊急事態にとどまらず、「防衛問題となる潜在的危険性を孕む」ことが指摘されている。東日本大震災(2011 年)では、在日米軍の人道支援・災害救援(「トモダチ作戦」)が行われただけでなく、米軍の強襲揚陸艦が日本海を、原子力空母が東シナ海を航行したという²⁷⁾。

② 警察緊急事態：「内閣総理大臣は、大規模な災害又は騒乱その他の緊急事態に際して、治安の維持のため特に必要があると認めるときは、国家公安委員会の勧告に基き、全国又は一部の区域について緊急事態の布告を発することができる」（警察法 71 条 1 項）。この布告が発せられると、内閣総理大臣は、一時的に警察を統制し、緊急事態を收拾するために必要な限度において、警察庁長官を直接に指揮監督する（72 条）。緊急事態の布告を発した場合、20 日以内に国会に付議して承認を求めなければならない（74 条）。

内閣総理大臣は、次の場合、自衛隊の治安出動を命じることができる。すなわち、間接侵略その他の緊急事態に際して、一般の警察力をもつては、治安の維持することができないと認められる場合である（自衛隊法 78 条 1 項）。この場合、警察官職務執行法が準用され、他に適当な手段がない場合には武器の使用も認められる（89・90 条）。また、出動命令から 20 日以内に国会に付議して承認をもとめなければならない（78 条 2・3 項）。60 年安保のときなどに検討されたことはあるが、実際に自衛隊が治安出動したことはない。

③ 経済恐慌（金融危機）：緊急事態の例として、戦争、内乱や自然災害と並んで経済恐慌があげられるのが普通である²⁸⁾。1929 年、ニューヨーク・ウォール街でおこった株価の大暴落が第二次世界大戦につながったのだから、恐慌への対処は重要である。次のような法律の規定があるが、いずれも「緊急事態」の語は用いていない。

金融危機対応会議は内閣府に置かれた特別の機関であり、「内閣総理大臣の諮問に応じ、金融機関等の大規模かつ連鎖的な破綻等の金融危機への対応に関する方針その他の重要事項について審議し、及びこれに基づき関係行政機関の施策の実施を推進する事務をつかさどる」（内閣府設置法 42 条 1 項）。

内閣総理大臣は、日本全国または特定地域の「信用秩序の維持に極めて重大な支障が生ずるおそれがあると認めるとき」、金融危機対応会議の議を経て、金融機関の株式の引き受けや、破綻金融機関への資金援助等の措置を講ずる必要がある旨の認定を行うことができる（預金保険法 102 条）。

「内閣総理大臣及び財務大臣は……信用秩序の維持に重大な支障が生じるおそれがあると認めるとき、その他の信用秩序の維持のため特に必要があると認めるときは、日本銀行に対し……金融機関への資金の貸付けその他の信用秩序の維持のために必要と認められる業務を行うことを要請することができる」（日銀法 38 条 1 項）。この要請があれば、日本銀行は「特別の条件による資金の貸付けその他の信用秩序の維持のために必要と認められる業務を行うことができる」（同 2 項）。

④ 自衛隊の防衛出動：内閣総理大臣は、我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態または武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態に際して、我が国を防衛するため必要があると認める場合には、自衛隊の全部または一部の出動を命ずることができる（自衛隊法76条1項1号）。この規定により「〔防衛〕出動を命ぜられた自衛隊は、わが国を防衛するため、必要な武力を行使することができる」（同法88条1項）。この武力行使は、「国際の法規及び慣例」を遵守し、かつ「事態に応じ合理的に必要と判断される限度を超えてはならない」（同2項）。また、防衛出動の際、自衛隊の任務遂行上必要があると認められる場合には、一定の物資を収用することができる（同法103条）。

* 「武力攻撃事態」「存立危機事態」等の概念および対処手続などについて、武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律（武力攻撃事態法）を参照。同法は現在、有事に関する基本法の性質を有する²⁹⁾。国家安全保障会議設置法2条1項12号はこの武力攻撃事態等を、通常の緊急事態対処体制によっては適切に対処することの困難な「重大緊急事態」と呼ぶ。有事法制についてはここでは省略する。

6. 法律上の緊急事態と憲法上の緊急事態

これまでみた法律上の緊急事態は、国家緊急権の憲法上の実定化とは異なり、平時の憲法の枠内において緊急事態に対処するものだと解されてきた。しかし、災害対策基本法109条の合憲性をめぐる議論で見たように、緊急事態の程度が重大になればなるほど、それに応じて憲法の柔軟な解釈が可能になるとすれば、法律上の（平時の）緊急事態と憲法上の国家緊急事態（非常事態）との境目が曖昧になる。きわめて重大な緊急事態を想定すれば、法律でどのような権力集中や基本権制限を定めても（緊急事態にしか発動されない前提で）合憲となるからである。国家緊急権の容認説（→Ⅱ4）をとればこのような解釈も可能であろう³⁰⁾。逆にいえば、そうであるなら、憲法を改正して緊急事態条項を導入する意味はないことになる。けれども、これでは平時の憲法解釈に緊急事態を持ち込み、日本の憲法秩序を日常的な緊急権国家体制にしてしまう危険があるだろう³¹⁾。したがって、国家緊急事態にも法律で対処できるから、それで十分だとい切るのも難しい。

Ⅲ 抵抗権

1. 抵抗権の概念——憲法保障の手段としての抵抗権

中世立憲主義においても抵抗権が認められていた。それは、君主への権力集中が不十分で、人々が様々な身分に属し、荘園と同業組合、都市などの中間団体が政治権力を分有しており、国民は君主の違法行為に対抗するだけの実力を備えていたからである³²⁾。ところが、近代以降、国家への権力集中が完成し、身分制度を廃止して人々を一元的に支配する体制が登場すると、国民は国家に対抗できるような実力を持たない。近代立憲主義の憲法の下で、国家による憲法の破壊が行われつつあるときに、それに実力で対抗する権利は認められるのか、認められても事実上国家には対抗できないのだから無意味ではないか、問題となる。

ドイツ基本法 20 条 4 項は、「この憲法秩序を排除することを企てる何人に対しても、すべてのドイツ人は、他の救済手段が可能でない場合には、抵抗する権利を有する」と定め、抵抗権を明文で保障している。しかし、日本国憲法にそのような規定は存在しない。したがって、ここでも、憲法の沈黙をどのように解するかが争われることになるのである。どのように不法な権力であっても、そこに一定の秩序が維持されているのであれば、それに服従するだけの価値はあり、実力行使によってこの秩序を破ることは、結局アナーキーな自然状態を生み出すもので、許されるべきではないという考え方もありうる。しかし、日本国憲法の下で、このような学説（否定説）はまれであり、ほとんどの学説は抵抗権の存在を肯定している（肯定説）。しかし、そこで肯定される抵抗権の概念や内容は、学説によってきわめて様々であるため、まずは、ここで取り扱う抵抗権の定義からはじめなければならない³³⁾。

ここでは、近代立憲主義の憲法である日本国憲法の保障手段としての抵抗権を問題にする。したがって、抵抗権とは、国家による憲法の基本原理に対する重大な侵害行為に対して、憲法を守るために、他の合法的な手段を使い果たした後で、実力をもって（積極的であれ消極的であれ）抵抗する（実定法上の義務に違反する）国民の権利と考えることにする。

この定義がすでに、いくつかの抵抗権概念を排除するものである。まず、すべての基本権（とくに自由権）は抵抗権であるとの学説はここではとらない。報道機関の報道・

取材の自由や一般国民による政府批判の集会の自由や表現の自由が憲法保障の要素であることは認められるが、それは基本権行使の通常の機能であり、ここで抵抗権とは、基本権行使による是正の可能性が尽きた極限状態の権利である。

「合法的に成立している法律上の義務を、それ以外の何らかの義務を根拠として否認することを正当とする主張」という有名な学説はここでも広すぎる³⁴⁾。この学説では、立憲主義憲法と異なるいかなる信条も抵抗権の根拠となりうるため、超国家主義者や無政府主義者による日本国憲法の破壊行為も抵抗権の行使と評価される。しかし、ここで扱う抵抗権は、立憲主義憲法を守るための実力行使に限られる。その意味で、抵抗権は保守的な権利であって、革命権と区別される。

2. 抵抗権の根拠——自然法と実定法

抵抗権の根拠は自然法に求められるべきか、実定法に求められるべきか、学説は分かれる。自然法説は、抵抗権は実定法を破る権利であるから、実定法上の権利ではありえず、自然法上の権利としてのみありうると（実定法化を否定）するものもあれば（A）、実定法に内在した自然法上の権利であるとするものもある（B）。これに対して、実定法説は、（国家緊急権と同じように）抵抗権も実定法化されてはじめて主張できるとする（C）。B説では、憲法自体が自然法論に立脚していれば抵抗権が認められるので、個々の条文にこだわる必要はない。それどころか、A説では、憲法が明文で抵抗権を否定していても抵抗権は認められる場合がある。これに対して、実定法説（C説）では、憲法が明文で抵抗権を規定しているか、解釈により抵抗権を導き出せなければならない。憲法12条・97条を抵抗権の根拠として援用する学説が多いが批判もある³⁵⁾。

3. 抵抗権行使（成立）の要件

何人も憲法違反の法律に従う義務はない。なぜなら、その法律は無効で、拘束力を有しないからである。しかし、個人が自分自身の判断で（主観的に）違憲無効と考える法律でも、他の人々から見ても（客観的に）違憲無効であるとは限らない。最高裁判所によって合憲有効と判断されたら、自分自身の判断は誤りだったとして、その法律に従わなければならない。個人に合憲違憲の最終的判断権があるわけではないから、個人が違憲無効と判断しただけでは、客観的にその法律が違憲無効であることにはならないのである。抵抗権の危険性は、問題となる法律の合憲違憲が客観的に明らかになる前に、抵

抗権を行使する個人の主観によって判断することを認めなければならないところにある。そこで、抵抗権行使の要件は、制限的に、おおよそ次のように考えられる。これは抵抗権の根拠が自然法か実定法かとは関係がない。すなわち、①個々の憲法規定の違反にとどまらず、民主的な基本秩序に対する重大な侵害が行われ、憲法の存在自体が否認されようとする場合で、②その不法が（単に抵抗権を行使しようとする個人の主観においてばかりではなく）客観的に明白であり、③一切の合法的・平和的な匡正手段が有効に機能せず、最後の手段として抵抗のみが残されていることが必要である³⁶⁾。

*この学説に従った下級審判決がある。

札幌市公安条例に違反した被告人が、その行為は抵抗権の発動として違法性がない旨の超法規的違法性阻却事由を主張したのに対して、判決は、日本国憲法は抵抗権については何らの規定を設けていないが、日本国憲法は自然法思想による基本的人権をその本質的構造部分としているのであるから抵抗権を内在せしめているとしたうえで、「抵抗権の行使には厳格なる制限が付されなければならない」としてこう述べた。「〔①〕 先ず憲法の各条規の単なる違反ではなく民主主義の基本秩序に対する重大なる侵害が行われ憲法の存在自体が否認されようとする場合であり、又〔②〕 不法であることが客観的に明白でなければならない。各人の主観的立場のみにより判断されると各人はそれぞれ異なる世界観をもっているから結局無政府状態に墮すこととなる。客観的にして、国民の集団的英知により初めて抵抗権の行使は合法的たり得る。更に又〔③〕 憲法律等により定められた一切の法的救済手段がもはや有効に目的を達する見込がなく、法秩序の再建のための最後の手段として抵抗のみが残されていることが必要であると云わねばならぬ（〔①〕～〔③〕は工藤）。判決は、被告人の行為はこれら要件に該当しないとして、その主張を退けた（札幌地判昭和37・1・18下刑4巻1・2合併号69頁）。その他にも抵抗権が主張された事件があるが、抵抗権の行使を容認した判決はない³⁷⁾。

抵抗権の行使には、いかなる手段を用いることができるのか、積極的な抵抗か、消極的な抵抗か、暴力的な抵抗か、非暴力的な抵抗か、問題とされる。「不法権力を排除し、法秩序を維持又は再建する目的を達成するに必要な限度で、あらゆる可能な實力を行使することができる」³⁸⁾が、目的と手段の均衡が保たれている（比例原則）ことが必要である。いかなる手段が目的達成に必要とされるかは、比例原則に従って判断されなければならない。

4. 抵抗権行使の効果

抵抗権は、裁判で主張可能な権利である。実定法に反する行為が正当な抵抗権の行使である場合には、たとえ行為時には違法とされても、平常事態が回復した後で事後的に違法性が阻却される。しかし、行為時に正当性・適法性が肯定されてこそ、裁判的救済といえるのではないか。

これについては、そもそも国家権力の濫用によって憲法の基本原理が破壊されているときに、裁判所は正常に機能するのか、という問題がある。ドイツでは、1968年の基本法改正で緊急事態憲法を導入するにあたって、20条4項の抵抗権条項が付加された。そして翌年には、それまで法律上の制度であった憲法異議（憲法訴願）を憲法上の制度に格上げし、かつ抵抗権の侵害に対しても憲法異議を提起できるものとした（93条1項4a号）³⁹⁾。緊急事態でも連邦憲法裁判所の権限に変更はないから、裁判による救済を考慮したものといえよう。

*ドイツ基本法に抵抗権条項が導入される以前の事件であるが、連邦憲法裁判所のドイツ共産党（KPD）違憲判決（1956年8月17日）が有名である⁴⁰⁾。ドイツ基本法21条は違憲政党の禁止を定める。違憲の決定は連邦憲法裁判所が行う。この手続においてKPDは抵抗権を主張した。連邦憲法裁判所は、抵抗権の存在自体は肯定したが、KPDの行動は抵抗権行使の要件を充たしていないとした。

5. 小さな抵抗権？

不法国家における「大きな抵抗権」のほかに、法治国家における「小さな抵抗権」が語られることがある⁴¹⁾。極限的な事例における抵抗権の行使ではすでに手遅れである場合が多いのであれば、国家が不法国家になってしまう前に、小さな抵抗の行為がありうるのではないかと、いうわけである。このような「小さな抵抗権」は「市民的不服従」⁴²⁾と同義だと解して差し支えないであろう。

どちらも現行の立憲的憲法秩序を承認した上で、個々の違憲な法律への服従を拒否する。すなわち、正義が一般的に行われている国家（立憲国家・法治国家）において、正義に対する重大な違反が行われているにもかかわらず、社会の多数派が不正を見過ごしていることに抗議するために、自己の良心の決定に基づき、公然と、かつ非暴力的に、実

定法に違反する行為である⁴³⁾。これは、個別の実定法に違反しながらも憲法の基本原理に対する忠誠を表現することで、社会の多数派の正義感に訴えることを目的とする。このような市民的不服従は、道徳的に正当化される。けれども、(裁判所が最終的に法を違憲無効であるとする場合を除き)法律に違反した行為の責任を負わなければならない。これに対して、ドイツの論者の中には、市民的不服従は、それが重大な不法に向けられており、手段が比例原則に合致している限り、基本権の行使として憲法上正当化される、つまり、法的な責任を免れると主張するものもある⁴⁴⁾。

しかし、基本権によって正当化されるのであれば、表現の自由や集会の自由など、個別の基本権の解釈問題であって、抵抗権の問題とする必要性が乏しい。また、良心的兵役拒否も市民的不服従の一つと考えることができるが、ドイツ基本法は明文でその権利を認めている(4条3項)。

また、憲法上の「集会」は「平和的」集会に限られ、「暴力的」集会を含まない⁴⁵⁾から、手段としての非暴力とは何を意味するかが問題となる⁴⁶⁾。たとえば、核ミサイルの配備に反対する目的で、道路や施設の出入り口に座り込んで封鎖し、あるいは施設の中に侵入してミサイル配備に必要な機材の破壊を行うことは、非暴力的な抗議なのか暴力なのか、問題となる。道路に座り込んで封鎖し、交通を妨害する行為は、人を轢くのを避けるために車両を停止せざるを得なくするものであるが、このような運転手に対する心理的強制作用を暴力の行使とみなすことが許されるかが問題となった事件で、ドイツの連邦憲法裁判所は、刑法の「暴力」概念の拡大解釈を違憲とした⁴⁷⁾。けれども、その後の事件では、阻止行動の多くは暴力に当たるとされている⁴⁸⁾。

6. 国家緊急権と抵抗権の衝突

ドイツ基本法の改正の経緯をみると(→Ⅲ4)、抵抗権によって国家緊急権に対抗することを考えていたようにも思われる。国家緊急権の発動を憲法の基本原理に対する重大な侵害行為とみて、それに対して抵抗権を行使するならば、そのときには、国家緊急権と抵抗権が正面から衝突することになる。抵抗権行使は国家の側からは緊急事態に乗じた内乱勢力とみなされるかもしれない。私人の抵抗権行使がかえって憲法の破壊とみられたときは、他の私人による抵抗権行使の対象とされる可能性もある。

事実問題として考えると、物理的な暴力を独占した国家権力に対して、物理的实力を持たない国民の抵抗権が対抗できるはずはないようにも思われるが、抵抗権行使が正当とされる場合には、外国勢力や国際組織が抵抗組織を助けるために介入することも、立

憲主義の名によって正当化される可能性はある⁴⁹⁾。そうなれば、問題は憲法から国際法に移行することになるだろう。

<追記>

本稿は2018年度中央大学特別研究期間制度の成果の一部である。

注

- 1) 自民党の「日本国憲法改正草案」について、水島朝穂「緊急事態条項」奥平康弘=愛敬浩二=青井未帆編『改憲の何が問題か』(岩波書店, 2013年)185頁。国家緊急権に関する最近の文献として、さらに、永井幸寿『憲法に緊急事態条項は必要か』(岩波ブックレット, 2016年), 関西学院大学災害復興制度研究会編『緊急事態条項の何が問題か』(岩波書店, 2016年), 長谷部恭男=石田勇治『ナチスの「手口」と緊急事態条項』(集英社新書, 2017年), 安達光治「例外状態と緊急事態条項」法の理論35号(成文堂, 2017年)95頁などがある。
- 2) 国家緊急権と抵抗権の両者にかかわる文献(憲法テキストを除く)として、新正幸『純粹法学と憲法理論』(日本評論社, 1992年)203頁(第4章 憲法の保障), 同「緊急権と抵抗権」樋口陽一編『講座憲法学I』(日本評論社, 1995年)213頁, 石村 修「憲法保障の理念と制度」同『憲法国家の実現』(尚学社, 2006年)3頁, 岩間昭道「憲法の保障」同『憲法破壊の概念』(尚学社, 2002年)277頁, 川添利幸「憲法の保障—抵抗権と緊急権」同『憲法保障の理論』(尚学社, 1986年)131頁。
- 3) 国家緊急権の代表的定義として、芦部信喜『憲法学I 憲法総論』(有斐閣, 1992年)65頁, 同(高橋和之補訂)『憲法(第7版)』(岩波書店, 2019年)388頁。カール・シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社, 1972年)の用語を使えば、効力が停止されるのは近代憲法の「法治国的構成部分」であり、近代憲法はその他に「政治的構成部分」を含むのである。
- 4) 宮沢俊義「大津事件の法哲学的意味」同『憲法と裁判』(岩波書店, 1967年)191頁。
- 5) この松方の意見に児島は反対したけれど、国家に対して法の価値が優位すると考えていたわけではないとされている。田岡良一『大津事件の再評価』(有斐閣, 1976年)261頁以下参照。
- 6) 柴田光蔵『法のタテマエとホンネ』(有斐閣, 1983年)223頁以下。
- 7) 柳瀬良幹はこれをもっぱら国家緊急権の事例として論じている。柳瀬良幹「国家緊急権の各種」公法研究41号(1979年)37頁。
- 8) フランス憲法は、高橋和之編『[新版]世界憲法集(第2版)』(岩波文庫, 2012年), ワイマール憲法は、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集(第7版)』(信山社, 2016年)123頁。両書にはドイツ基本法の翻訳も掲載されている。独仏の国家緊急権に関する最近の研究として、山岡規雄「ドイツ連邦共和国基本法における緊急事態条項」レファレンス786号(2016年)57頁, 植野妙実子「フランスの国家緊急権」坂口正二郎ほか編・浦田一郎先生古稀記念『憲法の思想と発展』(信山社, 2017年)601頁。ドイツの学説状況については、さらに、岩間昭道「非常事態と法」同・注2)308頁以下のほか、シュミット理論の影響の観点から、古賀敬太『カール・シュミットとその時代』(みすず書房, 2019年)343頁以下参照。
- 9) 明治憲法の国家緊急権について、小林直樹『国家緊急権』(学陽書房, 1979年)140頁, 大江志乃夫『戒厳令』(岩波新書, 1978年)。
- 10) 国家総動員法との関連について、小林・注9)160頁。
- 11) 岩間・注2)293頁。
- 12) 注2)の諸文献のほか、井口文男「国家緊急権」大石眞=石川健治編『憲法の争点』(有斐閣,

- 2008年) 30頁。
- 13) 小林・注9) 181頁, 永井・注1) 21頁。
- 14) 大西芳雄「緊急権について」「国家緊急権の問題」「国家緊急権の濫用」同『憲法の基礎理論』(有斐閣, 1975年) 205頁・219頁・246頁。新正幸・注2)『講座憲法学Ⅰ』226頁も同旨か?
- 15) 小嶋和司『憲法学講話』(有斐閣, 1982年) 26頁。
- 16) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂, 2011年) 50頁。大石眞『憲法講義Ⅰ(第3版)』(有斐閣, 2014年) 12頁も同旨か?
- 17) 芦部・注3)『憲法学Ⅰ』66頁, 『憲法』388頁。
- 18) 岩間・注8) 336頁参照。これが日本国憲法の前提とし立脚する個人主義的国家観の帰結であるとする。井上典之「国家緊急権」長谷部恭男編『憲法6 憲法と時間』(岩波書店, 2007年) 207頁以下も岩間説に賛成するが, 最近岩間説を高く評価するのが, 愛敬浩二「国家緊急権論と立憲主義」奥平康弘=樋口陽一編『危機の憲法学』(弘文堂, 2013年) 184頁, 同「改憲問題としての国家緊急権を考える」関西学院大学災害復興制度研究会編・注1) 89頁である。
- 19) 実際の例が報告されている。レベッカ・ソルニット(高月園子訳)『災害ユートピア』(亜紀書房, 2010年) 10頁は, 「地震, 爆撃, 大嵐などの直後には緊迫した状況の中で誰もが利他的になり, 地震や身内のみならず隣人や見も知らぬ人々に対してさえ, まず思いやりを示す。大惨事に直面すると, 人間は利己的になり, パニックに陥り, 退行現象が起きて野蛮になるというイメージがあるが, それは真実とはほど遠い」という。
- 20) 山崎栄一「自然災害と国家緊急権」門田孝=井上典之編集代表・浦部法穂先生古稀記念『憲法理論とその展開』(信山社, 2017年) 248頁は, 日本に国家が存在しなくなった場合でも, 国際機関や外国による救助・支援が行われるという。日本国憲法の立憲的憲法秩序を遵守すると対処できない事態であるために国家の活動が停止し, 国家が存在しなくなったときに, それでもなお可能な国際機関や外国の活動は, 日本国憲法の立憲的憲法秩序を遵守するものではあり得ない。日本国の活動は日本国憲法に拘束されて停止しなければならないが, 国際機関や外国の活動は, たとえ日本国内において行われるものでも, 憲法の拘束を受けずに, あるいは憲法を無視して行われても問題はないということであろうか。
- 21) 否定説が, どのように悲惨な状況でも, 日本国憲法の理想に殉ずべきであるというのであれば, それこそ立憲主義に反する考え方だという批判もありうる。9条解釈との関係で, 長谷部恭男『憲法と平和を問直す』(ちくま新書, 2004年) 166頁, 同「立憲主義」大石=石川・注12) 7頁。
- 22) あるいは, ①の否定説も, 憲法上(表向き)は国家緊急権を否定するが, 内心では憲法上の禁止を破っても行使する人の登場を期待しているという可能性もある。つまり, 否定説をとるのは政治的効果を期待する戦略だという可能性である。このような憶測は, 9条に関して「原理主義的護憲派の政治的御都合主義」を批判する井上達夫の議論と, それに対する愛敬の応答から生じる。井上達夫「9条問題再説」法の理論33号(成文堂, 2015年) 37頁以下。それに対する愛敬の応答は, 愛敬浩二「政治問題としての憲法9条・再説」法の理論34号(成文堂, 2016年) 147頁, 井上の再批判は, 井上「政治的責任としての誠実性」同書179頁。
- 23) 小林・注9) 191頁以下。
- 24) 井上典之「危機管理と憲法」赤坂正浩ほか『ファーストステップ憲法』(有斐閣, 2005年) 327頁以下。
- 25) 棟居快行「災害と国家緊急権」関西学院大学災害復興制度研究会編・注1) 12頁以下。なお, 山岡・注8) 62頁参照。
- 26) 山中倫太郎「災害緊急事態と国家緊急権」関西学院大学災害復興制度研究会編・注1) 115頁以下。あわせて, 防災行政研究会編『逐条解説 災害対策基本法(第3次改訂版)』(ぎょうせい, 2016年) 674頁以下。そのほか, 災害時には住民に対して救助の応援等を義務づけることができる(災対法64・65条, 災害救助法9条など)が, その合憲性について, 橋本公巨『日本国憲法(改訂版)』(有斐閣, 1988年) 286頁, 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ』(日本評論社, 2016年) 318頁〔松本

- 和彦]。
- 27) 青井未帆「大規模災害時における実力組織の役割」公法研究 76 号 (2014 年) 94 頁・95 頁。
 - 28) 井上・注 24) 329 頁, 棟居・注 25) 15 頁。ドイツ基本法には明文規定がある (109 条 3 項, 115 条 2 項など)。山岡・注 8) 62 頁。
 - 29) 芦部・注 3) 『憲法』71 頁。井口・注 12) 31 頁も同法を「現段階における緊急事態基本法であり憲法的法律としての性格を有している。これにより国家緊急権は日本の憲法秩序の中に確固たる地位を占めることになった」という。
 - 30) 伊藤正己『憲法 (第 3 版)』(弘文堂, 1995 年) 628 頁参照。ただし, 伊藤はこのような学説には反対である。前注で引用した井口の見解も参照。なお, 高見勝利「非常事態に備える憲法改正は必要か」論究ジュリスト 21 号 (2017 年) 95 頁も参照。
 - 31) 「緊急権国家 (体制)」の用語は, 今井弘道『丸山眞男研究序説』(風行社, 2004 年) 第 6 章・第 7 章から借用した。
 - 32) 芹沢斉「立憲主義」芦部信喜編『憲法の基本問題』(有斐閣, 1988 年) 5 頁参照。
 - 33) 抵抗権の概念について, 注 2) の諸文献のほか, 菅野喜八郎「戦後日本における抵抗権論の概観」同『国権の限界問題』(木鐸社, 1978 年) 346 頁, 同「抵抗権」同『続・国権の限界問題』(木鐸社, 1988 年) 23 頁, 澤野義一「抵抗権」大石 = 石川・注 12) 90 頁など。
 - 34) これは宮沢俊義の学説である。宮沢『憲法 II (新版)』(有斐閣, 1974 年) 140 頁。この定義について, 渡辺ほか・注 26) 28 頁 [工藤]。
 - 35) 初宿正典『憲法 2 基本権 (第 3 版)』(成文堂, 2010 年) 515 頁は, このような解釈には無理があるとす。
 - 36) 橋本公巨「抵抗権論」同『基本的人権』(有斐閣, 1975 年) 61 頁以下。
 - 37) 戸松秀典 = 今井功編著『論点体系判例憲法 1』(第一法規, 2013 年) 62 頁 [戸松]。
 - 38) 橋本・注 36) 63 頁。
 - 39) 基本法改正の経緯について, 川又伸彦「緊急事態憲法と憲法裁判」工藤達朗ほか編・戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開 (下)』(信山社, 2017 年) 433 頁が詳しい。
 - 40) 連邦憲法裁判所の KPD 判決について, 橋本・注 36) 52 頁以下のほか, 樋口陽一「自由で民主的な基本秩序の保障と政党の禁止」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第 2 版)』(信山社, 2003 年) 414 頁など参照。
 - 41) アルトゥール・カウフマンは「小銭の抵抗権」と呼んでいる。同 (上田健二訳)『法哲学 (第 2 版)』(ミネルヴァ書房, 2006 年) 269 頁。
 - 42) 日本における議論として, 平野仁彦「抵抗権と憲法遵守義務」長谷部編・注 18) 215 頁参照。
 - 43) ロールズの定義は, ジョン・ロールズ (川本隆史 = 福間聡 = 神島裕子訳)『正義論 (改訂版)』(紀伊國屋書店, 2010 年) 480 頁。
 - 44) ドライアーは, 市民的不服従の概念のメルクマールを充足する行為はすべて, 基本権 (ここでは, 意見表明の自由と集会の自由) の保護領域に含まれるから, 抗議活動が比例的であれば, すなわち, 抗議活動が重大な不法に対して向けられており, 抗議活動がその目標を達成するための手段として適格的 (geeignet) で, 必要 (erforderlich) で, 相当 (angemessen) であれば, 市民的不服従を侵害する法律によって保護された権利や利益は, 基本権に劣後するという。Vgl. Ralf Dreier, Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Peter Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 ff. カウフマンもドライアーの見解に原則的に賛成している。カウフマン・注 41) 269 頁。
 - 45) 渡辺ほか・注 26) 262 頁 [工藤]。
 - 46) 松本和彦「道路上での座り込みデモと強要罪規定の明確性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 II (第 2 版)』(信山社, 2006 年) 452 頁。
 - 47) カウフマンは裁判所の「暴力」概念解釈を批判する。アルトゥール・カウフマン (竹下賢監訳)『正義と平和』(ミネルヴァ書房, 1990 年) 97 頁以下参照。

- 48) 市民的不服従に関するドイツの議論について、C・シュターク「国家目標としての平和」同（廣田健次監訳）『西ドイツ憲法の基礎理念』（有信堂高文社，1987年）115頁、J・ハーバーマス「核時代の市民的不服従」同（三島憲一編訳）『近代 未完のプロジェクト』（岩波現代文庫，2000年）79頁も参照。前者はこの理論に否定的で、後者は肯定的である。
- 49) 篠田英朗「国境を越える立憲主義の可能性」坂口正二郎編『憲法5 グローバル化と憲法』（岩波書店，2007年）117頁。篠田説に対しては、井上典之「国境を越える立憲主義」ジュリスト1378号（2009年）39頁も参照。