

【論 説】

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」 ——新型コロナウイルス感染拡大を契機とした一考察——

山 田 亮 介

目 次

1. 問題の所在——新型コロナウイルス感染症対策と人権・私権制約——
2. 緊急事態と憲法
 - (1) 国家緊急権と緊急事態
 - (2) 日本国憲法における緊急事態条項不存在の意味と影響
 - (3) 小括
3. 「公共の福祉」論の再整理
 - (1) 「公共の福祉」の概念
 - (2) 人権制約と違憲審査基準
 - (3) 小括
4. 緊急事態における人権制約と「公共の福祉」
 - (1) 現行法制度と緊急事態における人権制約の特殊性
 - (2) 「公共の福祉」が抱える二つの問題
 - (3) 小括
5. むすびにかえて

1. 問題の所在

——新型コロナウイルス感染症対策と人権・私権制約——

新型コロナウイルス感染症（COVID-19）（以下、新型コロナウイルス）の世界的まん延は、危機管理体制上の多くの課題を浮き彫りにした。中でも憲法や法律に関しては、感染拡大を抑止するためにとられる措置が、人権・私権¹⁾を制約する性格を有するため、その態様や方法をめぐって議論となっている。

2019年末に中国湖北省武漢市を中心に発生した新型コロナウイルスによる感染は瞬く間に中国全土そして全世界に拡大した。2020年1月末にWHOが緊急事態宣言を出して以降、欧米諸国では次々に「非常事態宣言（緊急事態宣言）」が発令され、「都市封鎖（ロックダウン）」がおこなわれた。この都市封鎖は、外出などの移動の自由や、店舗の営業などの経済活動の自由に対する制限を含むもので、違反者には罰則を科すといったように強制力を伴うことが多い²⁾。対して日本においては現状、都市封鎖をおこなう憲法や法律の規定はなく、一定以上の「強制力」のある対処措置には慎重な姿勢をとってきた。

新型コロナウイルスがその適用対象となるように改正された新型インフルエンザ等対策特別措置法（2020年3月13日改正公布、3月14日施行）では次のような対応が法定されている。感染症のまん延が国民の生活や経済に甚大な影響を及ぼすおそれがある場合には、首相によって緊急事態が宣言される（32条1項）。その対象となった都道府県の知事は、住民に対する外出自粛要請（45条1項）や、学校、社会福祉施設、興行場その他の政令で定める多数の者が利用する施設の管理者等に対する施設使用・催物開催の制限や停止の要請・指示（同条2、3項）³⁾、臨時の医療施設のための土地家屋の使用（49条）、医薬品や食品等必要な物資の売渡の要請や保管命令（55条1項、3項）および収用（同条2項）が可能となる。保管命令違反・立入検査拒否については罰則（76、77条）がある。政府は2020年4月7日、同法32条にもとづき5月6日までの29日間、埼玉県、千葉県、東京都、神奈川県、大阪府、兵庫県および福岡県に対して（その後4月16日に対象地域を全国に拡大、期間延長後、全面解除は5月25日）、緊急事態宣言を発出した⁴⁾。ただ、発出当日の夜におこなわれた首相会見で安倍首相は、「お願い」という表現を多用しながら国民の行動変容の必要性を説明し、緊急事態宣言についても、都市封鎖を行うものではなくないとして、海外の状況とは別である旨述べている⁵⁾。

2021年2月3日には新型インフルエンザ等対策特別措置法が再び改正

(以下、特措法という) (2月13日および4月1日施行) されたが、大きな変更点は次のとおりである。新たに「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」(特措法3章の2、31条の4以下) を設け、対象となった都道府県の知事は、特定の事業者に対して営業時間の変更や政令で定める必要な措置を講ずるよう要請することができる(31条の6第1項)⁶⁾。要請に応じない場合には命ずることができ(31条の6第3項)、この命令に違反すると20万円以下の過料がある(80条1号)。ほかに、措置の実施に必要な報告・立入検査の実施(72条1項)、虚偽報告や立入検査拒否には20万円以下の過料(80条2号)も規定された。緊急事態宣言に係る措置としては、施設管理者等に対する施設の使用制限・停止および催物の制限・停止等を要請することができる(45条2項)。要請に応じない場合には、命ずることができ(45条3項)、命令違反者は30万円以下の過料に処される(79条)。措置の実施に際しての虚偽報告等に対する罰則は、上記まん延防止等重点措置と同様である(72条2項、80条2号)。この法改正によって一部の措置に新たに罰則が設けられたが、「過料」は行政上の義務違反などに対して義務履行を促す目的のもので、犯罪行為に対する「刑事罰」とは異なる⁷⁾。こうした規制の程度は、多くの感染していない人々を対象として、営業の自由を広く制約することに鑑みると妥当と言えなくもないが、感染拡大防止のための行動変容を期待しているとする、その効果は限定的なようである。現に東京都は4度目の緊急事態宣言下であるが、都の要請にしたがわず時短営業をしない飲食店も増えているという⁸⁾。移動の自由制限に関わる外出自粛の要請については、罰則は依然として設けられていない。変異ウイルスの影響もあり、一日の新規感染者数は東京で5000人を超え、全国では15,000人超を記録するなど感染拡大が収まらないにもかかわらず⁹⁾、人出の減少は鈍く¹⁰⁾、現在の緊急事態宣言やまん延防止等重点措置に基づく外出規制等の対策は、ほとんど実効性を失いつつある。現行の特措法や感染症法には一部罰則も設けられているが¹¹⁾、諸外国における都市封鎖等の措置と比べると、法制度上は人権制約の程度は決して強いものとは言えない。

日本において緊急事態における人権制約はどのように位置づけるべきであろうか。日本国憲法には緊急事態対応について直接定めた規定が存在しないため¹²⁾、個別の法律で対処することになっている。法律が規定する対策や措置には人権制約に関わるものも含まれるが、解釈において、それら制約の憲法上の根拠となるのは「公共の福祉」である。法律の中には特措法5条のように、対策実施による権利制限が「必要最小限のものでなければならぬ」と具体的に規定するものがあるとはいえ、それだけで緊急事態の規制が人権に対する過度な制約とならないと言い切れるだろうか。一方で逆の見方をすると、緊急事態に国民の生命や安全を守るために強い措置が必要とされているにもかかわらず、人権制約に慎重になるあまり規制を躊躇うおそれはないだろうか。「公共の福祉」の解釈・運用次第では、このどちらの可能性もあると考えられる¹³⁾。「公共の福祉」が何を意味しており、またどのような場合に「公共の福祉」による人権制約が正当化されるのかについては、学説・判例において非常に多くの議論が蓄積されてきたが、依然として不確実で曖昧な部分も多い。緊急事態において必要やむをえずなされる人権制約には、やはり憲法上の明確な根拠が必要ではないかというのが本稿の主たる問題提起である。

2. 緊急事態と憲法

(1) 国家緊急権と緊急事態

これまで緊急事態に関する問題は、憲法学ではしばしば国家緊急権のテーマと関連するものとして扱われてきた。他方、日本の場合は緊急事態の対応が様々な法律で規定されており、新型コロナウイルスへの対処も法律（法整備）に基づいて可能であるとする見解が多い¹⁴⁾。国家緊急権とは一般に、「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限」¹⁵⁾と定義される。こ

の定義によれば、確かに今般の感染拡大は、緊急権が問題となるような非常事態には当たらないため、通常法律の枠内で対処すべきと考えるのが自然かもしれない。けれども、特措法のもとで「緊急事態」が宣言され、例えば営業の自由が広範かつ長期にわたって制限されるなど全くの平常時とは言えない例外的状況が現実が生じている。そして今後いつまた致死率の高い未知の変異ウイルスの感染拡大等によって国民の生命や安全な生活が脅かされ、国政や経済が混乱するような深刻な事態に陥るかもしれない¹⁶⁾。現実が発生する緊急事態においては、法律で対処を予定している例外的状況ないし緊急事態から、国家緊急権という或る種の極限状態（非常事態）までがシームレスにつながっており、実際にはその大部分を占める前者の対応の中で、権力分立の例外措置や人権の制約が問題となる（したがってその適正な制度設計を考究する）と捉える必要がある¹⁷⁾。

小林直樹は、国家緊急権概念について超実定法的性格を有する狭義の国家緊急権と、そこに憲法上の「制度化された緊急権」（非常措置権）を加えた広義の国家緊急権概念に分けたうえで、後者の広義の概念は緊急の度合いに応じてとられる措置の強弱によって3つの分類が可能であるとする。(1) 全体としては平常時の体制を維持したまま、事態に対応して制度の臨時的な機能化を図るもの（例として、ドイツ系諸憲法に広くみられた緊急命令や緊急財政処分制度、日本の参議院の緊急集会）、(2) 憲法自らがより緊迫した非常事態を予定し、立憲主義を一時的に停止して、一定条件のもとで独裁的権力行使を認める場合（例として、フランスの合囲状態、ドイツ系憲法の戒厳、イギリスやアメリカのマーシャル・ルール）、そして(1)(2)のように既定の法秩序の中に制度化されていないものとして(3) 極度の非常事態において、憲法の一切の枠や授權をこえて、非法の独裁措置をおこなう場合があり、特に(2)(3)については、概念上は区別できるが実際には「境界は不明かつ流動的」と述べる¹⁸⁾。日本は、後述のように国家緊急権に対してネガティブな態度であり続けたこともあって、上記分類に従えば(1)ないし(1)にも満たない（それゆえ国家緊急権の出番がない）ケースしか想定していない

ように見える。しかし、いくらそこで法律を周到に準備し議論したところで、それはどこまでも平常時対応の域を出ないものであって、いつか本当の危機的状況が発生した際には、それがたとえ緊急権に関わるようなレベルのものでなくても、対処措置を立憲的枠内に位置づけることが困難となるおそれがある。個々の法律レベルの議論を憲法論へと接続しながら、改めて憲法の中に緊急事態に関する法制度全体の再定位をおこなうといった検討作業の重要性は、新型コロナウイルス感染症パンデミックの経験を経て、より強く意識されるようになったはずである。緊急事態に関する法律には国民の自由や権利の制約について規定するものも多く存在しているため、その制約の態様や範囲などについても憲法との関係で明確に位置づけをし直すべきであろう。冒頭に示した本稿の問題提起はまさにこの点に関わるものである。

(2) 日本国憲法における緊急事態条項不存在の意味と影響

緊急事態に関して明治憲法には詳細な規定が置かれていた（緊急勅令（8条）、緊急財政処分（70条）、戒厳（14条）、非常大権（31条））。一方、日本国憲法には国家緊急権に関する規定が存しない。この意味については以下のような考え方があり。大西芳雄は、憲法に非常事態に関する規定がないのは法の欠陥であるから、立憲主義の維持のためには、国家非常の際の例外的権力行使の態様や限界をあらかじめ憲法に規定しておくべきとする¹⁹⁾。新正幸も、緊急権に関する憲法の沈黙は「憲法の欠缺」であって、平常時の憲法とは別に緊急事態憲法が必要であると説く²⁰⁾。他方、憲法の規定如何にかかわらず、不文の法理として認められるとする説がある。佐藤幸治は、憲法典中に緊急権規定を置くと濫用の危険を否定できず、規定しないことも一つの見識であるとしながらも、「放置すれば憲法典の実効性ないしその生命そのものが失われる緊急事態に不幸にして陥った場合、その救済をはかるため非常措置を講ずることは不文の法理として肯定せざるをえないのではないか」と述べる²¹⁾。対して、憲法上に緊急権規定がないのはそれを否定する趣旨であって、明文で規定することは認められないと捉えるものがある。小

林は、日本国憲法が「旧体制のような緊急権規定を置かなかつたのは、決して『欠缺』でも『欠陥』でもなく—（中略）—積極的な意味をもつ『沈黙』だと理解すべきであろう。」²²⁾と述べ、「旧体制の絶対主義的性格とミリタリズムの一掃をめざした画期的な平和＝民主憲法であることによって、緊急権制度をあえて置かなかつた」²³⁾とする。

もつとも、日本国憲法の制定過程において、日本政府側がGHQに提出した三月二日憲法草案76条では「衆議院ノ解散其ノ他ノ事由ニ因リ国会ヲ召集スルコト能ハザル場合ニ於テ公共ノ安全ヲ保持スル為特ニ緊急ノ必要アルトキハ、内閣ハ事後ニ於テ国会ノ協賛ヲ得ルコトヲ条件トシテ法律又ハ予算ニ代ルベキ閣令ヲ制定スルコトヲ得」と緊急時対応を緊急命令によって可能とすべく条文案が示されていた。しかし、GHQはこれに強硬に反対し²⁴⁾、そうした事態は憲法に明文で規定しなくても委任立法を活用すればよく、それでも対処できない場合には、内閣の「エマージェンシー・パワー」(Emergency Power)によって処理すればよいと指示しており、この点を見る限りでは、日本の意思としてあえて規定しない選択をしたとまで言えるかどうかについては疑問が残る²⁵⁾。

憲法制定過程において国務大臣金森徳次郎がおこなった答弁も、基本的にはGHQの考え方に沿う内容であった²⁶⁾。国内事変のような非常時対応も、民主政治の徹底および国民の権利を保障する見地から、非常大権のような政府の一存でおこなう措置ではなく、あくまで臨時議会や参議院の緊急集会、平常時から必要な規定を準備しておくことで対処すべきである²⁷⁾。憲法は、国民は人権を「公共の福祉」のために利用する責任を負うと規定しているため、表現の自由についても「国家非常の場合に於きまして必要なる枠の中に於てのみ此の権利が保障せらるることは当然であります、而もそれが妥当なりや否やと云うことは、最高裁判所が決定することとなる次第であると考えます」²⁸⁾と述べている。

この答弁内容とほぼ軌を一にするのが、高柳賢三の見解である。1957年に内閣に設置された憲法調査会²⁹⁾において、緊急事態における人権制約の

問題が扱われた際に、高柳は次のように発言している。「元来、非常事態が発生したとき、憲法規定のいかんにかかわらず、それに即応しうる非常措置をとりうることは主権国家の不文の原理である。日本国憲法の場合には、その根拠は、技術的には『公共の福祉』に関する規定のなかに発見できるともいえる。このような場合における人権制限の具体的措置が、現実の措置に照らし妥当かどうかは、最高裁判所の判定に服する」³⁰⁾。憲法上の根拠規定がなくても緊急時には不文の法理と「公共の福祉」および立法によって必要な人権制約が認められるとの立場に立つ意見は他にもあった³¹⁾。しかしこれに対して大石義雄は、「非常事態における措置はその性質上まさに高度の政治性を有する行為であるから、最高裁判所の審査権はこれに及ばないというべきであり」³²⁾、「非常事態を理由として人権を制限する必要があるれば、そのこと自身憲法に根拠がなければならない」³³⁾と述べている。調査会の「共同意見書」「憲法改正の方向」には、非常事態の緊急措置の「唯一の憲法上のよりどころが『公共の福祉』だけというのは、心ほそいかぎり」³⁴⁾であって、緊急事態（非常事態）に対処する制度がはっきりと憲法に明記されるべきとある³⁵⁾。

現行憲法に緊急事態条項がない点に関連して、浜谷英博の次のような指摘がある。「日本国憲法の実質的草案を作った人々（米国人）は、禁止規定がない以上、緊急事態に際して政府は必要性の法理で対応が可能だと考えていた—（中略）—しかし明治以来、大陸法系の考え方で、すべての法体系を組み上げている日本としては、根拠法のない権限は基本的に行使不能と考えるのが一般的であり、そこに憲法解釈の齟齬が生じることになった」³⁶⁾。このように法制度が建て付けられている中であって、学説は既存の法律や緊急事態に備えた立法によって対処すべきとするものが多く³⁷⁾、政府の考え方も同様の立場にたってきた。内閣法制局長官吉國一郎は、現行憲法のもとで非常時立法ができるかという点について、「あくまでも憲法に規定しております公共の福祉を確保する必要上の合理的な範囲内におきまして、国民の権利を制限したり、特定の義務を課したり、また場合によりましては個々の臨機

の措置を、具体的な条件のもとに法律から授權をいたしまして、あるいは政令によりあるいは省令によって行政府の処断にゆだねるといふようなことは現行憲法においても考えられる」と述べ、例として国民生活安定緊急措置法や災害対策基本法を挙げている³⁸⁾。

(3) 小括

緊急事態条項の不存在は、緊急事態に必要な措置を法律や政令に基づいておこない、その際人権制約の解釈上の根拠は「公共の福祉」に求められるとする緊急事態法制の基本的枠組みをつくりあげてきた。占領下において英米法系の考え方を継受したとはいえ、日本の法体系は依然として成文法が中心である。そうであれば、最高法規である憲法に緊急事態の例外的措置や人権制約の根拠となる総則的規定がまったくないにもかかわらず、憲法の下位法である法律や政令等のレベルで詳密な規定を置くというやり方は事理に反する感が否めない。なぜなら、緊急事態においては立憲的憲法の至上原理ともいうべき権力の分立や人権保障の例外に関係する対応措置が必要となる可能性があるにもかかわらず、そのような重大な例外対応を憲法自身ではなく法律等で簡単に認めてしまう（そうすれば緊急時の法令や措置が違憲となりうる）からである。緊急事態の人権制約根拠としてここで示された「公共の福祉」の意味や実際の運用について次にみる。

3. 「公共の福祉」論の再整理

(1) 「公共の福祉」の概念

基本的人権の制約は、まず憲法 12 条、13 条の人権保障の総則的規定の中に「公共の福祉」として規定されている。そして 22 条、29 条の経済的自由の規定中にも再度「公共の福祉」が登場する。人権制約の根拠という点で、きわめて重要な概念であるにもかかわらず、その概念は不確定で多義的である。ゆえに、従来多くの学説や判例が、その意味の具体化や範囲の画定をお

こなってきた。それは人権制約の手法や違憲審査基準論とも関係している。

「公共の福祉」の意味をめぐっては、一元的外在制約説および内在外在二元的制約説、そしてその後の通説的地位を占める一元的内在制約説が展開されてきた³⁹⁾。戦後初期の判例の中に見て取れる一元的外在制約説は、「公共の福祉」を人権概念の外に存する（外在する）人権制約原理として捉え、12条、13条の「公共の福祉」によって、すべての人権が制約できるとするものである。食糧緊急措置令違反事件⁴⁰⁾ やチャタレイ事件⁴¹⁾ の判決では、人権も「公共の福祉」によって制約されうるとの前提に立って、法律による規制目的や規制によって保護される利益を「公共の福祉」にあてはめ、当該人権の性質や制約の必要性、規制のあり方などに深く立ち入って吟味することなく、「公共の福祉」による制約はやはり合憲であるとの結論が導かれている。しかしこれでは、法律の範囲内で人権が認められていた「法律の留保」と大差ないことになる⁴²⁾。

このような問題点を解消すべく唱えられた二元的外在内在制約説は、「公共の福祉」で制約できるのは明文でその旨を規定する経済的自由（22条、29条）や権利の具体化に国家の関与を必要とする社会権（25条～28条）に限られ、その他の人権については、各人権に性質上内在する制約にのみ服し、13条の「公共の福祉」によっては制約が許されないというものである⁴³⁾。12条、13条の「公共の福祉」を訓示的・倫理的な規定とみるべき点に特徴があるが、22条の移転の自由には、人身の自由や精神的自由の要素も含まれるにもかかわらず無条件に外在的制約が許されるのか、包括的人権保障規定としての13条の法的効力を否定すれば、そこから人格的生存に不可欠な新しい人権を導出できなくなるなどの批判がある⁴⁴⁾。

これら二説の対立を背景に主張されるのが、一元的内在制約説である⁴⁵⁾。「公共の福祉」は、憲法規定によって根拠づけられるものではなく（憲法規定の有無にかかわらず）、すべての人権に論理必然的に内在しているものであって、人権相互間に生じる矛盾・衝突の調整をはかるための実質的衡平の原理と解されるべきである⁴⁶⁾。憲法上の権利が他者の権利と衝突する場

合、自由権を各人に公平に保障するための制約は「必要最小限度」のものでなければならない（「自由国家的公共の福祉」）のに対し、社会権を実質的に保障するための制約は「必要な限度」において認められる（「社会国家的公共の福祉」）とする⁴⁷⁾。

ところが、近年はこの通説的理解に対しては疑問を呈する見解も少なくない。長谷部恭男は、「人権を制約する根拠となるのは、かならず他の人権でなければならないとの前提は、『人権』という概念をよほど拡張的な意味で用いない限り理解が困難である」としたうえで、表現の自由に対する規制の根拠となる街の美観や静穏、性道德の維持、電波の混信の防止などは個々人の人権には還元されえないと指摘する⁴⁸⁾。人権の制約事由を、人権相互の矛盾・衝突時の調整に限られないと捉えるのは今日の共通認識となっていると言ってよく、「公共の福祉」の多様な側面を踏まえた類型化がなされてきた。内野正幸は、人権制約正当化事由として、①他者の権利・利益の確保、②本人の客観的利益の保護、③公共道德の確保、④経済取引秩序の確保、⑤自然的・文化的環境の保護、⑥国家の正当な統治・行政機能の確保、⑦社会政策的・経済政策的目的の実現を掲げ、⑥のいわゆる「国益」に関しては、税収入の確保のためになされる酒税法による酒類製造免許制や、刑法92条で規定される象徴的表現としての外国国旗損壊、選挙の公正確保のためになされる選挙犯罪者に対する選挙権の制限（公職選挙法）を挙げて説明している⁴⁹⁾。浦部法穂は、「人権が『公共の福祉』という実体の定かでないものによって制約されるものかどうか、という議論そのものが非論理的である」と述べ、「もし『公共の福祉』という言葉につきあうとするならば」と断ったうえで、人権の内在的限界（内在的制約）として、①他人の生命・健康を害する行為の排除、②他人の人間としての尊厳を傷つける行為の排除、③人権と人権とが衝突する場合の相互調整を挙げ、経済的自由に関しては人権一般の内在的制約を超えて、弱者保護の観点からの政策的制約（22条、29条）を受けるものと理解する⁵⁰⁾。

「公共の福祉」の内容をめぐる学説についてはその一部を紹介するにとど

めたが、本来人権制約事由の限定から始まったはずの議論は、むしろその意味内容を拡張する方向にシフトした⁵¹⁾。もっとも、「公共の福祉」の法的意味については、先述3つの「いずれの学説をとっても、基本権が制限可能とされている点に変わりはないし、制限事由に具体性が乏しい点も変わらない」⁵²⁾との評価が示すように、一元的内在制約説が通説化する同時代には、アメリカ流の違憲審査基準論も導入されてきたことで、いわば「公共の福祉論の役割は地盤沈下した」と捉えられる⁵³⁾。一元的内在制約説において人権制約を正当化する「必要最小限度」や「必要な限度」を具体化するためには、「『公共の福祉』の原理そのものとは別に、各個の権利・自由の性質なり規制の目的・態様の相違を考慮して構成される、人権規制の限界を画定する基準によって判定することが要請される」⁵⁴⁾ことから、学説の主たる関心が審査基準論へと移っていったのである。

(2) 人権制約と違憲審査基準

人権制約によって得られる利益と犠牲となる利益を比較衡量し、前者が大きいときに初めてそのような人権制約が正当化できるとする判断手法が利益衡量論（比較衡量論）である。全通東京中郵事件⁵⁵⁾では、公務員の労働基本権制限は、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべき」で、「合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならぬ」点が示されている。その後の多くの判例においても利益衡量モデルは用いられているが⁵⁶⁾、個別的利益衡量においては、事案ごとに事情を考慮し判断をおこなう過程で、多分に主観や恣意が混ざりこみ、形式・名目だけの利益衡量に陥るおそれも大きい。また、衡量の際、天秤の片方が公権力をつうじた公共的・社会的利益の実現であるとき、私人の利益よりもそちらに重く傾きやすいといった根本的な批判もある⁵⁷⁾。そこで、制約される権利の性質や、制約の目的・手段などの観点から類型化・準則化が求められるようになる。それが審査基準論である。

人権の類型に着目したうえで、精神的自由を規制する立法の合憲性は経済的自由のそれよりも厳格な基準によって判断すべきであるとする「二重の基準」論は、アメリカの判例から影響をうけて形成された⁵⁸⁾。精神的自由が民主的政治プロセスにおいて果たす機能は、一度失われてしまうと回復が困難であることから、表現の自由をはじめとする精神的自由の優位性が導かれる。他方、経済的自由については、政策目的（社会・経済政策）に基づく多様な規制が本来的に予定されているものであるが、裁判所はそうした内容に立ち入って判断するのが不得手であり、また民主的政治プロセスさえ健在であれば、当該規制を民意によって事後的に除去・是正することも可能であるから、一旦は立法に広い裁量を認めて、規制立法に対する裁判所の判断は緩やかにすべきであるとする⁵⁹⁾。小売市場開設距離制限事件⁶⁰⁾や薬事法薬局開設距離制限事件⁶¹⁾では、この基準の考え方に準じて職業選択の自由（営業の自由）の性質が示され、規制目的や手段の必要性・合理性などの観点から判断がなされている。但し、二重の基準論からは精神的自由、経済的自由以外の人権についてはどのような判断基準が妥当するかが明らかでない⁶²⁾。「二重の基準論」をもとに、基準をさらに三つに類型化したものが違憲審査基準論である。大まかに表すと、表現の自由の内容規制など主として精神的自由への規制に対しては「厳格な審査基準」、経済的自由の積極目的規制に対して「合理性の基準」、その間に位置づけられる「中間審査基準（厳格な合理性の基準）」は、表現の自由の内容中立規制や営利的表現、経済的自由の消極目的規制に対して用いられるとされる。それぞれの権利や制約の性格に応じて、規制目的・手段の必要性や合理性等を審査する際の厳格度が異なる⁶³⁾。なお、規制目的の正当性判断は困難なものであって、裁判所の違憲審査の場でも、目的審査より手段審査の果たす役割が重大であったとの指摘にも注目すべきである⁶⁴⁾。

(3) 小括

「公共の福祉」は、解釈によって制約事由を明らかにしたり、権利の性質

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

や規制目的・手段の観点から審査基準が構築されたりすることを通じて、人権制約原理としての内容の具体化・類型化が試みられてきた。日本国憲法が各人権に制約の根拠を明記しておらず、「公共の福祉」という一種のブラックボックスのようなものによって、すべての人権が包括的に制約可能のように読めたというのがそのような解釈作業が必要とされた一つの大きな要因であると言える⁶⁵⁾。

緊急事態における自由や権利の制約は、平常時と比べて広く及ぶことが予想される。例えば、外出規制は、それ自体が移動の自由の制約であるが、移動目的との関係で見れば、信教の自由や表現の自由、営業の自由の制約にも結びつく⁶⁶⁾。その際、各人権に応じて制約の方法や程度、規制に対する審査基準を論じることもそれ自体意味のないことではないが、現在の緊急事態に関する法律では、規制措置による自由や権利の制約は「必要最小限度」でなくてはならないと簡明に規定するものが多い（本稿4.(2)②）。緊急事態の人権制約も「公共の福祉」によって根拠づけるとすれば、憲法13条後段の内容から「必要最小限度の規制」の原則を導出し⁶⁷⁾、制約は〈「公共の福祉」に基づく「必要最小限度」のものとなるようにすべきである〉と解するのが適当であろう⁶⁸⁾。

ところで、高橋和之は日本が現在直面している問題として、最高裁が行っている利益衡量の多くに基準がない点を挙げ、可能な限り審査基準論の発想を取り入れることが当面の課題であるとする⁶⁹⁾。このことは、判例に「公共の福祉」の用語を直接に引用するものよりも、先例の引用に拠るものが多いという点とも関連すると思われる⁷⁰⁾。こうした学説と判例とのある種の隔たりは、緊急時の権利制約に対して司法が判断をくだす場合にどのように作用するのかという点で未だ不明なところが多いが、裁判所が学説の積み上げてきた「公共の福祉」論、すなわち目的・手段審査ないし比例原則を踏まえた詳細な検討に基づき判断する見込みはどれほどあるだろうか。「公共の福祉」概念や基準の精緻化が進められてきた一方で、それらが具体的事件において用いられたり用いられなかったりしながら判断がなされていることを

思えば、結局のところ「公共の福祉」の有する不確実性がそのまま不確実なものとして用いられているという状況は根本的に変わっていないとみてよい⁷¹⁾。また、「公共の福祉」については、国連の人権規約委員会から日本政府が常に（自由権規約 40 条に基づく報告書に対する第 1 回目の審査（1981 年）から第 6 回政府報告書審査（2014 年）に至るまで）、その概念が曖昧・無限定であるとの勧告を受け続けている点にも留意が必要であろう⁷²⁾。こうした不安定な運用に拠ってたつほかない「公共の福祉」は緊急事態における人権制約の場面でいかなる問題を生じさせるか。

4. 緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

(1) 現行法制度と緊急事態における人権制約の特殊性

現行法制度上、冒頭に触れた特措法をはじめとして、大規模自然災害や戦争・武力攻撃、内乱、感染症などの緊急事態を想定した法律が数多く整備されている。自然災害については災害対策基本法を中心に、災害救助法、大規模地震対策特別措置法や地震防災対策特別措置法、原子力災害対策特別措置法など、戦争・武力攻撃・治安については事態対処法、重要影響事態安全確保法、国民保護法、警察法、自衛隊法など、感染症については感染症法、新型インフルエンザ等対策特別措置法などが存在する。こうした法律には国民の権利義務に係る規定がいくつも含まれている。網羅しきれないため気づいた限りで例を挙げると、住民や業務従事者に対する応急措置等への従事・協力（災害対策基本法 65・71 条、災害救助法 7・8 条、国民保護法 80・115 条）、土地や施設・家屋建物、工作物の使用・管理・除去・立入検査等および物資の保管・使用・収用・売渡・立入検査等（災害対策基本法 64・71 条、災害救助法 5・6・9・10 条、国民保護法 81・82・84・113 条、国民生活安定緊急措置法 21・22 条、大規模地震対策特別措置法 27 条）、住民の避難や退去（災害対策基本法 60・61・63 条、国民保護法 66・112・114 条、原子力災害対策特別措置法 27 条の 2・3、大規模地震対策特別措置法 24・25・26

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

条)、通信設備の優先利用(災害対策基本法 57 条、災害救助法 11 条、国民保護法 156 条、自衛隊法 104 条)、自衛隊の防衛出動時における物資の収用や業務従事命令等(自衛隊法 103 条)、物価金融調整(国民保護法 129 条以下、国民生活安定緊急措置法 26 条)などである。他方、法令上特別の措置を講ずることが可能となる「緊急事態」を定めるものとしては、災害緊急事態の布告(災害対策基本法 105 条)、原子力緊急事態宣言(原子力災害対策特別措置法 15 条以下)、国の独立平和・国民の安全確保のための緊急対処事態(事態対処法 21~24 条)、大規模災害・騒乱等に際しての治安維持のための緊急事態布告(警察法 71 条)、間接侵略その他の緊急事態における自衛隊の治安出動(自衛隊法 78 条)などがある。なお、感染症法や特措法で人権制約および緊急事態に該当する規定は本稿 1. (注記含む) で既にみたので再掲していない。措置は要請や指示、命令など様々であるが、違反者に対する罰則を規定するものもある。こうした規制措置に対する政府の基本的スタンスは先に述べたとおりである。すなわち、大規模災害、経済的混乱、武力攻撃など非常な事態が生じた際には「公共の福祉」の観点からなされる「合理的な範囲」において国民の権利を制限し、特定の義務を課す法律を制定することは憲法違反ではないというものである⁷³⁾。但し、上記各法律で規定している制約が「公共の福祉」によって正当化できる範囲にとどまるのかどうかは実際の運用をみなければわからない。法律が想定していないことが起こった際には、(国会が機能していれば) 急ぎ法改正によって対応したり、あるいは必要な措置を政令等で具体化したりすることが求められるであろうが、被害拡大の進行が速く早急な対処が求められる状況下では、概して強い措置が必要とされる(人権制約の度合いが強くなる)ことも念頭に置かなければなるまい⁷⁴⁾。

危機管理の世界では、「プロアクティブの原則」というものがある。これは、①疑わしいときは行動せよ、②最悪の事態を想定すること、③空振り三振はしても見逃し三振は許されない、という三つの考え方で成っている⁷⁵⁾。新型コロナウイルスへの対処について、福田充は「初動において最悪の事態

を想定し、強めの対策をとることで感染拡大を防ぎ、その感染状況が弱まってきたら対策を解除していくというアプローチが望ましい⁷⁶⁾と述べる。欧米諸国に比べ日本は、安心・安全よりも自由の価値を優先させてきた、あるいは安全と自由のトレードオフに直面していながら価値の選択を回避してきたとの見方⁷⁷⁾は、緊急事態における対処措置や人権制約の在り方を憲法学上どのように位置づけるかという問を改めて際立たせる。緊急事態に的確かつ迅速に対処しようとするれば、そこには憲法上の諸原理との間で緊張関係が生まれることもありうる。もし危機管理学の上記の考え方にしたがって「大から小へ」「強から弱へ」という緊急事態対応の本来の性質が特徴づけられるとするならば、当該措置に伴う人権制約は、制約をいかに抑制的におこなうかという地点から出発する「公共の福祉」論とおおよそ真逆の発想に立つものであり、本質的に相容れない性格を有することになる。こうした視点から十分な検討・議論がなされないままに緊急事態の措置を通じて人権が制約される時、それを曖昧な「公共の福祉」の解釈や運用によって説明づけようとするれば、二つのリスクに直面することになる。一つが、緊急事態を理由として人権制約の範囲や強度が過剰になることを容認してしまう〈過剰な制約のリスク〉、もう一つが、本来もっと効果のある強い規制が必要とされているにもかかわらず、人権制約に慎重になるあまり必要な対処が遅れ（もしくは実施できず）、結果として被害や犠牲がさらに拡大してしまう〈過少な制約のリスク〉である。

(2) 「公共の福祉」が抱える二つの問題

① 過剰な制約のリスク

過剰な制約のリスクは、「公共の福祉」の拡張解釈によってどこまでも緊急事態における人権制約が正当化されてしまうおそれのことである⁷⁸⁾。法律上の緊急政令に基づく人権制約を可能としている例として災害対策基本法がある。同法 105 条 1 項は、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災害が発生した場合に、内閣総理大臣は、災害緊急事態

の布告を発することができる旨規定する。そして109条1項では、「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、次の各号に掲げる事項について必要な措置をとるため、政令を制定することができる」と規定する。「必要な措置」とは、不足する生活必需物資の配給又は譲渡、引渡しの制限・禁止や、災害応急対策や復旧または国民生活安定のため必要な物の価格等の最高額の決定、金銭債務の支払いの延期などである（同項1～3号）。その政令には、違反者に対する刑罰を規定することもできる（109条2項）。相当限定された場合を想定しており、効力要件等についても期間の定めや国会の承認などの厳格な制限に服する（同条3項以下）とはいえ、人権制約に係る「必要な措置」の具体的内容を政令に委ねており、罰則も設けることができるとしている点で、憲法22条1項、29条、31条等との整合性が問われうる⁷⁹⁾。工藤達朗は、災害対策基本法109条の法律によらない権利制約が、憲法上許される委任の範囲内かどうか問題となるとしたうえで、次のように言う。「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、不文の憲法法理を援用することはできない—（中略）—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」⁸⁰⁾。ケースは異なるが、この関連で想起されるのは、今般の特措法の規定である。31条の6第1項は「新型インフルエンザ等まん延防止等重点措置」の対象となった都道府県知事は、「営業時間の変更やその他の国民生活及び国民経済まん延を防止するために必要な措置として政令で定める措置を講ずるよう要請することができる」と定める⁸¹⁾。この要請は最終的には命令・罰則（過料）にも発展しうるものであるが、「必要な措置」が法律の趣旨を超えて

政令・厚生労働相告示へ委任されているのではないかという批判がある⁸²⁾。委任立法の性質や範囲をめぐる問題だけでなく、緊急事態において法令に基づいてなされる人権制約の在り方全般に係る論点を含んでいると言える。

緊急事態の法律においては、すべての状況に備えた内容をあらかじめ規定しておくことは不可能であるから、事態が生じた後に法改正をおこなったり、必要な措置を政令等で定めたりすることを通じて、状況変化に臨機に対応していくほかない。ただ一方で、人権制約の度合いが強くなりがちな緊急事態措置にあっても制限が認められない人権や許されない態様・方法の人権制約もあるはずである。ところが憲法にそうした内容がまったく明記されておらず、緊急事態における人権制約もすべて「公共の福祉」によって可能であるとする（初期の一元的外在制約説のような考え方、あるいは基準のない単純な利益衡量のもとで運用されればなおのこと）緊急を口実にして、法令でどのような人権制約も正当化されてしまう危険性がある。仮に、未知のウイルスの感染拡大に伴う緊急事態において営業の自由に対する規制立法や措置の合憲性が裁判で争われた場合でも、正確な知見や情報がない中では規制の目的・手段の必要性や合理性を厳密に審査するのは困難であろう。裁判所も結局、（基準を用いるとしても）緩やかな基準のもとで規制措置を合憲とするか⁸³⁾、もしくは高度の政治性を有するとの理由で判断を回避する（政治部門の判断を尊重する）ことも予想される⁸⁴⁾。解釈や基準の構築によって具体化していくほかない「公共の福祉」という不確定概念を、緊急事態というさらに不確定かつ強い措置が求められる状況において人権制約の根拠として用いるというのは、際限なく人権制約がなされる危険に結びつくという点で「過剰な制約のリスク」になると考える。

②過少な制約のリスク

一方で、過剰な制約のリスクを回避しようとするほど、本来とるべき対策措置がとれない事態（過少な制約）に陥ることも考えられる。法律には緊急事態対処において国民の自由や権利に制約が加えられるときであって

も、人権尊重の理念にもとづき制約は最小限になるよう配慮すべき旨規定するものがある。冒頭にみた特措法5条の規定、感染症法22条の2や34条、48条の2、国民保護法5条1項（基本的人権の尊重）および同2項（国民を保護するための措置における必要最小限度の制限、公正かつ適正な手続、差別的取扱いの禁止、思想良心の自由・表現の自由侵害の禁止）、事態対処法3条5項（武力攻撃事態等および存立危機事態への対処における必要最小限度の制限、公正かつ適正な手続、憲法14条・18条・19条・21条その他の基本的人権に関する規定の最大限の尊重）などである。こうした人権に対する必要最小限度の規制の要請は、緊急事態に人権制約をとる措置を講ずることに対して、政策判断上相当強い抑止力となりうる。

危機管理の原則に則った場合、対処措置の速度や効果を優先すれば、結果として人権に対する制約が「必ずしも最小限度ではない」可能性が生じることになる。無論、このことは緊急事態を言い訳として規制を最小限のものとする努力を怠ってよいということの意味しない⁸⁵⁾。危機的状況からの回復（被害抑止）のためにとられる措置の強度と、人権の保障（必要最小限の制約）という相対立する事項のバランスを図ろうとすることは重要であるが、いかなる場合にも利益価値の重点が人権に対する制約の「最小限度」側へと引張られてしまうのでは、実効的措置も常に最小最弱の規模から試行錯誤的に組み上げなければならなくなる。しかしそれではさらなる事態の悪化（被害の拡大・事態終息の遅延）や取返しのつかない危機的事態を招くことにもなりかねない。未知の緊急事態においては、対処手段の最適解が誰にもわからない中で講じられた措置が果たして最善のもの（最小限度の制約で最大の効果が得られるのが理想であるが）であるかどうかは、多くの場合、将来の事後的な評価や検証を待つ以外ない。正確な情報やデータが不足する中で、被害の状況や変化を把握・予測したり、必要な対策の種類・効果等を実証・判断したりすることが難しい、またはその暇がない緊急事態のさなかには、たとえ規制が自由や権利にとって最小限度の制約と言えるか疑わしい場合であっても、まずは何よりも国民を守るために措置に踏み切らざる

をえないこともある（この点で、緊急事態の規制や措置の合憲性を違憲審査基準論や比例原則でのみ論じることには限界があると考え）。ところが憲法にはそのような特別な性質を有する緊急事態の措置や人権制約に関して何ら規定されていないため、「公共の福祉」と各法令のもとで対応策を講じるしかないが、現実には「公共の福祉」（ないし法律の規定内容）から導出される「必要最小限度の規制」の要請が法的というよりはむしろ事実上の抑止力として、為政者に対して非常措置を思いとどまらせるように作用することも充分考えられる。たとえ法律に根拠があっても、措置を断行すれば、「違憲」の問題が生じやすくなるからである⁸⁶⁾。

東日本大震災の際に災害緊急事態を布告しなかった理由について問われた当時の参事官小滝晃は、災害対策基本法 109 条所定の措置の必要性、国会が開会していたという事情に加えて、「国民の権利義務を大きく規制するという非常に強い措置であるといったことも踏まえて適切な判断が必要なものではないか」と答弁している⁸⁷⁾。権力の濫用抑止と人権の保障は緊急事態にこそ堅持されなければならないというのは無論そのとおりであるが、その反面で謙抑的にすぎる対処措置が時に国民の生命や安全を脅かす結果につながってしまうという「過少な制約のリスク」があることにも目を向けなければならない。対処せざるをえない状態でも「できない」「やらない」というのは、国民を保護する国家の責務に照らして許されないが⁸⁸⁾、かといって「公共の福祉」と法律に基づけば制約できるのにやらないのが悪いというのも些か乱暴な議論のように思われる。人権の制約事由をめぐる議論や違憲審査基準論等によって精緻化・具体化されてきた「公共の福祉」には、緊急事態という特殊な状況における広範かつ程度も強くなりがちな人権制約を正当化するだけの「万能性」は与えられてこなかったと捉えるべきではないだろうか。

(3) 小括

緊急事態における人権制約の根拠を憲法に明記することによって、緊急事

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

態の措置が抱える2つのリスクを緩和できる。過剰な制約のリスクについては、憲法上の根拠によって緊急時に制約できる権利と制約できない権利や許されない制約方法が客観的に明らかになり、制約できる権利についてもその限界が示されることで、緊急事態対処のために法律や命令に基づいてなされる人権制約をより確実に立憲的枠内に位置づけることができる。一方、過少な制約のリスクについては、緊急事態対処として講じられる措置が一定の人権制約を含む場合であっても、憲法条文によって当該人権制約の明確な根拠がともなうことで、必要最小限度の制約であるべきとする人権尊重の原理と、最大の効果が得られる危機対処との間でバランスをとるための立法や政策手段の選択肢が増え、同時に緊急事態の法制度全体の法的安定性が高まるために、より実効的な危機管理体制の構築および対処措置の実施が可能となる。緊急事態対処と人権保障は、危難克服のゴールにおいては手段と目的の関係にあるが、その危難克服のプロセスにおいては多分に両立しない要素を含んでいるため、憲法に明文の規定を置いたうえで、どのように均衡点を見出すかという議論をケース毎に深めていくことが肝要である。

5. むすびにかえて

本稿は、現在進行形の新型コロナウイルスをめぐる法令や感染症対策をきっかけとして、緊急事態における人権制約を「公共の福祉」によって根拠づけようとする際に生じる問題点について考察を試みたものである。憲法における緊急事態条項の不存在は、必然的に緊急時の対応を法律等でおこなうことを要請し、結果、大規模自然災害や国際関係の緊張の高まりを契機として現在まで緊急事態法制が整備されてきた。法律には、措置による人権制約が最小限になるよう配慮するべき旨が規定されているものもあるが、その解釈上の根拠となるのは「公共の福祉」である。しかし本稿3. でみたように、「公共の福祉」をめぐるはその制限事由や基準について、今まで学説や判例がその具体化に取り組んできたが、その曖昧さや抽象性を完全に払しょく

するまでには至っておらず、ましてや人権制約がなされやすい緊急事態においてどのように運用されるかについては実例がほとんどなく、未だ不明なところが多い。緊急事態の措置は、通常時と比べて程度が強く範囲も拡がりがちになるが、その際の人権制約を「公共の福祉」によって説明しようとする、過剰な制約と過少な制約という二つのリスクが生じる点を確認・整理した。前者は「公共の福祉」概念を拡張し、また緊急時の不確定さによって司法による合憲性審査も形式的なものとならざるをえないことで、人権制約が無限定に拡がるおそれがあること、後者は逆に人権尊重の理念および「公共の福祉」の中に「必要最小限度の規制」という原則を看取することによって（法律の規定にもあるように）、そのことが緊急事態にあっても人権に対する制約度合いの強い措置を躊躇させる抑止力となってしまうことを意味する。この点、感染症対策についていえば、外出規制など移動の自由の制限を「感染していない人々」にも罰則付きで一律禁止する（都市封鎖のような）措置は、程度が強く広範にわたる規制であって、立法等によれば「できる」とも考えられるが、たとえ法的には可能であるとしても実際の政治において「できない」と判断されることもありうる⁸⁹⁾。このように運用や解釈次第で人権の制約幅が広がったり狭くなったりする「公共の福祉」は、なかんずく緊急事態においては、法令を媒介として人権の制約を恣意的なものとする危険性がより高まるため（一般の人々の予見可能性という観点からみても）緊急事態における人権制約の根拠として適切ではない。緊急事態の対処措置の実効性と、制約される人権の価値実現という相克する利益を調整するためにも、憲法に通常時の人権制約原理とは別建てで、緊急時の人権制約の態様や方法・限界などの大綱を示し、それに基づいて緊急事態に関する法制度を整備・運用するやり方が妥当と思われる。自由権規約では、国家の緊急事態においても制約が認められない人権（絶対的人権）と制約が可能とされる人権（相対的人権）を分け（4条）、後者についても平常時においては人権ごとに明記された制約しか認められないとするが⁹⁰⁾、このような規定方法は一つの参考となるであろう。そしてまた、憲法上に根拠を置いたとしても、緊急

事態の権力濫用・人権侵害のおそれはないから、措置に対する議会によるコントロールや司法による監視、権利救済のシステムの構築も同時に考えなければなるまい。その意味では、憲法に緊急事態条項を規定すべきか否か、あるいは規定の仕方をどうするかについては、統治機構全体にわたる大きな枠組みとして憲法改正を捉えたうえで、今後さらなる国民的議論の深まりが求められるテーマであると言えよう。

注

※新型コロナウイルス感染症の状況や対策は刻一刻変化しているが、本稿は2021年8月10日時点の情報に基づいて執筆したものである。

※法令の条文は、e-Gov (<https://www.e-gov.go.jp/>) 法令検索システムを参照した。

- 1) 本稿では「人権」を憲法上の基本的人権、「私権」を私法上の権利の総称として用いている。なお、民法1条1項「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」は、その成立経緯において、憲法の理念を取り込む趣旨で設けられたものである（福田健太郎「民法における『公共の福祉』—国家安全保障という視点からの一考察—」青森法学会『青森法政論叢』第13号（2012年）43頁）。
- 2) アメリカ、イタリア、フランス、スペイン、イギリス、スロバキア、タイ、インドネシア、ニュージーランドなどでは非常事態宣言が出され、都市封鎖によってさまざまな人権・私権が制約された。イギリスでは、不要不急の外出や公共の場所における複数名の人の集まりを規制し違反者には罰金を課した。フランスでも、公衆衛生法にもとづき移動の自由が制限され、外出禁止等の違反者には罰金や拘禁刑が科された。イタリアでは、感染を隠して外出した者に対する懲役刑が設けられ、アメリカでも大統領の国家緊急事態宣言や大統領ガイドラインにもとづき、ニューヨーク州やサンフランシスコ州では移動の自由や経済活動の自由が罰則付きで制限された（田上嘉一『国民を守れない日本の法律 感染症、自然災害、ミサイル、侵略行為』扶桑社、2020年）20-24頁。ほかに井田敦彦「COVID-19と緊急事態宣言・行動規制措置—各国の法制を中心に」国立国会図書館調査及び立法考査局『調査と情報—ISSUE BRIEF—』No. 1100（2020年）が詳しい）。
- 3) 興行場法1条1項によれば、興行場とは「映画、演劇、音楽、スポーツ、演芸又は観せ物を、公衆に見せ、又は聞かせる施設」のことで、その他の政令で定める多数の者が利用する施設としては、生活必需品等以外を扱う百貨店やマーケット等店舗、体育館、水泳場、ボーリング場、博物館、美術館、図書館、キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールなどが挙げられている（特措法施行令11条1項各号）。
- 4) 一般財団法人アジア・パシフィック・イニシアティブ（編）『新型コロナ対応・民間臨時調査会 調査・検証報告書』（ディスカヴァー・トゥエンティワン、2020年）144頁および157頁。

- 5) 同書、143頁および「緊急事態宣言 首相会見の要旨」朝日新聞2020年4月8日朝刊24頁。
- 6) 特措法施行令第5条の5では、従業員に対する検査勧奨（1号）、事業を行う場所への入場者の整理および誘導（2号）、発熱その他の新型インフルエンザ等の症状を呈している者の入場禁止（3号）、手指の消毒設備の設置（4号）、事業を行う場所の消毒（5号）、入場者に対するマスク着用等感染防止措置の周知（6号）、マスク着用等措置を講じない者の入場禁止（7号）、その他厚生労働大臣が定めて公示するもの（8号）が定められている。
- 7) 三省堂編修所（編）『デイリー法学用語辞典 第2版』（三省堂、2020年）。
- 8) 「飲食店5割超、時短応じず 都内500店調査 協力金遅れ、離反招く」日本経済新聞2021年7月25日朝刊3頁。同記事によると、日経新聞の調査では、新宿、渋谷、池袋、新橋、上野各駅周辺の個人飲食店500店舗のうち、全体の52%、262店舗が午後8時以降も営業していた。7月21日には都は、3度目の緊急事態宣言下で休業や時短営業の命令に応じなかった都内飲食店60店舗を対象に過料を科すべきとの通知を裁判所に提出している（「都『飲食店60店に過料を』」朝日新聞2021年7月22日朝刊31頁）。
- 9) 「東京感染5000人超え 『18日には1万人超』試算も」日本経済新聞2021年8月6日朝刊3頁。
- 10) 「『再生産数』宣言後も上昇 感染拡大の目安 都内1.4台に」日本経済新聞2021年8月3日朝刊3頁
- 11) 2021年2月3日の感染症法改正にともない、新型コロナウイルスの感染症患者および無症状病原体保有者、疑似感染者のうち感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のあるものは感染症患者とみなして（同法8条2項、3項）、疫学調査協力（拒否等で30万円以下の過料（15条、81条））、入院勧告・入院措置（26条2項、19条）および入院した者の逃亡・正当な理由のない入院拒否に対する50万円以下の過料（80条）が規定されるなど、感染症「患者」については一定の強制力を伴った措置がとれるようになった。なお、外国からの入国者の感染を検査する手続き等については検疫法があり、検疫上の諸措置について罰則（35～40条）が規定されている。
- 12) 参議院の緊急集会（憲法54条）は、後述のとおり憲法制定経緯においては緊急時対応の一つのように位置づけられているが、実際の運用をみると、中央選挙管理会の委員任命に関して請求されたケース（1952年）、昭和28年度一般会計等の暫定予算および法律案の議決を目的としたケース（1953年）など、本来の意味での国家緊急権ではないことは明らかである（参議院ホームページ内〈参議院のあらまし〉<https://www.sangiin.go.jp/japanese/aramashi/keyword/syukai.html>（2021年8月27日閲覧））。
- 13) 大西芳雄は、この点を緊急事態における権力行使の観点からすでに指摘している。すなわち、事態を過大評価することで不必要な権力を行政府に一任するか、事態を過小評価して（あるいは不必要に権力を脅怖して）事態処理に必要な権力を与えな

いかのどちらかに偏る可能性の二つを挙げる（大西芳雄『憲法の基礎理論』（有斐閣、1975年）224頁および235頁）。本稿は、こうした可能性が「公共の福祉」の解釈や運用を通じてなされる緊急事態の人権制約の場面でも生じうる点を明らかにすることを目的の一つとしている。

- 14) 江藤祥平は、憲法に緊急事態条項を設けることは必ずしも立憲主義に反するわけではないとしながらも、「政府が今回の感染症対策で十分に身動きが取れなかったと感じているなら、その原因は憲法に緊急事態条項がなかったためではない。普段から緊急時に備えて実効的な感染症対策のガバナンスを法律レベルで整えていなかったためである」とする（江藤祥平「匿名の権力—感染症と憲法」『法律時報』92巻9号通巻1154号（日本評論社、2020年）75-76頁）。長谷部恭男は、「三密」のような感染リスクが明らかに高い店を営業することはそもそも憲法の保護の範囲外であるため、その営業を禁止し、違反者に罰則を科すことは憲法上問題ないとする。そして、明白に危険とまでは言えない店については、営業禁止は無理としても、一度に入れる客数を罰則付きで制限することなどは可能であるとしている。また、現在の憲法に緊急事態条項がないから国民の権利を制限できないという議論に対しては、国会の立法によれば可能である旨述べている（長谷部恭男・杉田敦「コロナ対策、『罰則』と『自由』と」（考論 長谷部×杉田）朝日新聞2020年7月26日朝刊2頁）。大橋洋一は、「わが国でロックダウンはできないという命題は、そのための立法措置が採られない結果であり、採用する上で法理論上の支障は存在しない」と述べる（大橋洋一「感染予防のための行動制限と補償」『論究ジュリスト』No.35（有斐閣、2020年）48頁）。大林啓吾は、コロナ禍を契機に憲法の緊急事態条項の是非を議論することの重要性は認めつつも、コストベネフィットの観点から、改憲による緊急事態条項導入ではなく法改正による整備を進めるべきとする（大林啓吾「第8章 緊急事態条項の問題—憲法改正のコストベネフィット」大林啓吾（編）『感染症と憲法』（青林書院、2021年）252-253頁）。
- 15) 芦部信喜（著）高橋和之（補訂）『憲法 第七版』（岩波書店、2019年）388頁。
- 16) 大林は、「憲法理論上、緊急時における独裁権力の設定や憲法上の効力停止を求めるものと、公衆衛生上の措置を迅速に行うための緊急事態は意味が異なる。だが、そのように峻別できる場合であればいいが、通常の憲法秩序では対応できないような公衆衛生上の危機に見舞われた場合には両者の問題が混在することになる」と指摘する（大林、注14）234頁）。
- 17) 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所（編）『緊急事態条項の何が問題か』（岩波書店、2016年）132頁以下。山中は、これを憲法秩序の一時「停止」と「例外」の区別として論じ、今後の国家緊急権論の発展は「例外」の方に議論の重点が置かれるべきであるとする。
- 18) 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房、1979年）19頁および42-44頁。なお、緊急事態と国家緊急権との関係性について、「緊急事態」を想定して憲法上の規定を用意しておくことと「国家緊急権」を認めるということを区別すべきとの見解もある（吉田俊弘・横大道聡「探検する憲法：問いから始める道案内（第16回）憲法はい

- かにして緊急事態に備えるのか』『法学教室』2019年7月号（No. 466）（有斐閣、2019年）63頁）。
- 19) 大西、注13) 220-224頁。
 - 20) 新正幸「緊急権と抵抗権」樋口陽一（編）『講座憲法学第1巻 憲法と憲法学』（日本評論社、1995年）224-226頁および231頁。
 - 21) 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院、1995年）50頁。大石眞も憲法典に明文の根拠規定がなくても、国家や政治的共同体の存立を認める限り、「国家緊急権は不文憲法上の権能として認められると考えるべきであろう」とする（大石眞『憲法講義Ⅰ〔第3版〕』（有斐閣、2014年）35-36頁）。
 - 22) 小林、注18) 187頁。
 - 23) 同書、181頁。小林は、「早急な」緊急権の制度化を有害・無用とする（同書、186-191頁）。影山日出弥は、憲法に国家緊急状態の類型がないから国家緊急権のメカニズムは存在せず、緊急事態にはほかの手段で対処すべきとする（影山日出弥「緊急権」芦部信喜・池田政章・杉原泰雄（編）『演習憲法』（青林書院、1984年）111頁）。ほかに、山内敏弘「緊急事態条項導入論をめぐる問題点」龍谷大学法学会『龍谷法学』第51巻第3号（2019年）113-114頁。否認説には、戦前の濫用への反省そして戦後の平和主義という二つの観点に立脚して意識的に憲法上の緊急権規定を除外したと捉えるものがある（野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2012年）405頁〔高橋和之〕、小林、注18) 181頁）。
 - 24) 佐藤達夫（著）佐藤功（補訂）『日本国憲法成立史 第三巻』（有斐閣、1994年）131頁。三月二日草案条文は、同書、93頁以下。
 - 25) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説—連合国総司令部側の記録による—』（有斐閣、1972年）204-205頁。この点につき、岡田大助「国家緊急権の導出可能性」比較憲法学会『比較憲法学研究』25号（2013年）、131-132頁、および浜谷英博「講演要旨 立憲主義と国家緊急権」読売新聞東京本社調査研究本部（編）『読売クオータリー』No. 21（2012年）126頁も参照。なお、1946年4月2日のGHQとの会談で日本側は、緊急時対応を内閣の emergency power で処置すればよいとするGHQ側に対して「憲法をこれから作ろうという際に、超憲法的な運用を予想するようでは、明治憲法以上の弊害の原因となる、すべてが憲法の正案によって処置されるようにすることがむしろ正道ではないか」と反駁している（佐藤、注24) 296頁）。
 - 26) 百地章『日本国憲法 八つの欠陥』（扶桑社、2021年）38-39頁。
 - 27) 昭和21年7月15日第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会金森徳次郎答弁（清水伸（編著）『逐条日本国憲法審議録 第二巻』（有斐閣、1962年）221-222頁）。
 - 28) 昭和21年7月9日第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会金森徳次郎答弁（同書、458頁）。
 - 29) 以下の議論の内容は、山中倫太郎「内閣憲法調査会において非常事態条項・緊急事態条項はどのように考えられたか—争点構造の分析を踏まえて」防衛法学会『防衛

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

- 法研究』第43号（2019年）173頁以下に拠った。憲法調査会の委員の氏名・肩書きについては、廣田直美『内閣憲法調査会の軌跡 渡米調査と二つの『報告書』に焦点をあてて』（日本評論社、2017年）40頁参照。
- 30) 憲法調査会『憲法調査会における各委員の意見』（1964年）484頁。
 - 31) 例えば、真野毅（弁護士）や水野東太郎（日本弁護士連合会会長）の見解である（同上、517頁および535頁）。
 - 32) 憲法調査会『憲法調査報告書』（1964年）776-777頁。
 - 33) 憲法調査会、注30）97-98頁。
 - 34) 共同意見書「憲法改正の方向」（憲法調査会、注30）654-655頁）。
 - 35) 同上、655-656頁。
 - 36) 浜谷英博「『緊急事態条項』を憲法明記させない愚」『正論』2020年2月号（通巻581号）（産経新聞社、2020年）56-57頁。田上、注2）263-266頁および295頁。
 - 37) 例えば、松井茂記『日本国憲法 第3版』（有斐閣、2007年）79-80頁および201-202頁、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所、注17）12頁および25頁、永井幸寿「緊急事態条項の論点」（関西学院大学災害復興制度研究所、注17）76-77頁、井口文男「国家緊急権」大石眞・石川健治（編）『ジュリスト 憲法の争点一新・法律学の争点シリーズ3』（有斐閣、2008年）31頁。
 - 38) 昭和50年5月14日第75回国会衆議院法務委員会内閣法制局長官吉國一郎答弁（国立国会図書館国会会議録検索システム（<https://kokkai.ndl.go.jp/#/>）を利用。以下の国会答弁についても本検索システムを利用した）。
 - 39) 「公共の福祉」をめぐる学説の呼称、概要および変遷については、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）188頁以下、および野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2012年）256頁以下〔中村陸男〕。
 - 40) 最大判昭和24年5月18日刑集3巻6号839頁。なお、以降の判決内容の整理には、裁判所ウェブサイト（<https://www.courts.go.jp/>）内の裁判例検索システムを利用した。
 - 41) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。
 - 42) 芦部、注39）202頁、阿部照哉『憲法〔改訂〕』（青林書院、1991年）88頁。
 - 43) 兼子一（編者代表）法学協会（編）『註解 日本国憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）293-298頁、芦部、注15）100-101頁。
 - 44) 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020）151-152頁、野中ほか、注39）257-258頁。
 - 45) 芦部、注39）195-200頁。
 - 46) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1974年）228-239頁、宮沢俊義（著）芦部信喜（補訂）『全訂 日本国憲法』（日本評論社、1978年（第2版））199-202頁、芦部、注39）195-196頁。
 - 47) 宮沢、注46）『全訂 日本国憲法』、200-202頁。芦部、注15）101-102頁。13条の「公共の福祉」は、形式上人権の制約根拠になるという意味であって、その法的規範性を維持する点で外在内在二元的制約説と異なる。（渋谷秀樹・赤坂正浩『憲

- 法1 人権〔第6版〕』（有斐閣、2016年）340-341頁）。
- 48) 長谷部恭男『憲法 第7版』（新世社、2018年）103-105頁。長谷部はさらに「『人権』を本来、無制約とするこの考え方は、公共の福祉を名目とする国家による規制をも無制約とする危険をはらんでいる」とする。
 - 49) 内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男（編著）『リーディングズ 現代の憲法』（日本評論社、1995年）47-50頁。
 - 50) 浦部法穂『憲法学教室 第3版』（日本評論社、2016年）90-91頁。この考え方を もって、新内在外在二元的制約説ということがある（渋谷秀樹『憲法（第3版）』（有斐閣、2017）165-166頁）。
 - 51) 松本和彦「公共の福祉の概念」日本公法学会『公法研究』67号（2005年）137-138頁。「公共の福祉」論において展開されてきたその他の重要な議論の概要については、同論文139頁以下を参照されたい。
 - 52) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I 基本権』（日本評論社、2016）74頁〔松本和彦〕。個人の自由に対する国家の介入を正当化するための手法として、アメリカ流の審査基準論に代わり、ドイツの憲法裁判で用いられてきた三段階審査（(1)基本権の保護領域の画定、(2)基本権を制限する国家行為の確認、(3)基本権制限の憲法的正当化）が近年有力に主張されている（同書、58-81頁）。
 - 53) 曾我部真裕・赤坂幸一・新井誠・尾形健（編）『憲法論点教室 第2版』（日本評論社、2020年）82頁〔曾我部真裕〕。
 - 54) 芦部、注39）198頁。この点につき佐藤も、13条の「公共の福祉」は基本的人権の一般的「制約根拠」となるものであるが、それぞれの人権の性質に応じて引き出される「正当化事由」とは区別する必要性を説く（佐藤、注44）152頁）。
 - 55) 最大判昭和41年10月26日刑集20巻8号901頁。
 - 56) 本文でとりあげた判例のほかにも、比較衡量論を採用したとされるものに、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）、北方ジャーナル事件（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）、第一次家永教科書訴訟（最判平成5年3月16日民集47巻5号3483頁）、森林法共有林事件（最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁）などがあげられる（芦部、注15）103-104頁、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開（第2版）』（日本評論社、2014年）6-8頁）。
 - 57) 浦部法穂「憲法解釈における利益衡量論」小嶋和司（編）『ジュリスト 憲法の争点（新版）—法律学の争点シリーズ2—』（有斐閣、1985年）262頁、芦部、注15）103頁。
 - 58) 詳細は、芦部、注39）213頁以下。
 - 59) 芦部、注15）104-107頁、野中ほか、注39）264-267頁。本文に挙げたもの以外にも、泉佐野市民会館事件（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁）も経済的自由の制約と対比させて精神的自由の制約を論じる（毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法II 人権〔第2版〕』（有斐閣、2017年）13頁〔松本哲治〕）。
 - 60) 最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁。

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

- 61) 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- 62) 野中ほか、注39) 266-267頁。
- 63) 各審査基準と対応する人権について整理されたものとして、渋谷・赤坂、注47) 342頁以下がある。
- 64) 松本、注51) 143頁。
- 65) 安藤仁介によれば、「公共の福祉」のような不明確な事由にもとづき、人権を包括的に制約できる規定を持つ憲法はほとんど見当たらないという（安藤仁介「人権の制約事由としての『公共の福祉』に関する一考察—日本国憲法と国際人権規約—」京都大学法学会『法學論叢』第132巻第4・5・6号（1993年）61-62頁）。
- 66) 大林啓吾「総論—〈コロナ〉の憲法問題」大林啓吾（編）『コロナの憲法学』（弘文堂、2021年）2-4頁も参照。なお、曾我部真裕「日本国憲法における移動の自由」『法学セミナー』2021年7月号（第66巻7号通巻798号）（日本評論社、2021年）6頁以下では、移動の自由の制限について、フランスの事例に基づきながら詳細な検討がなされている。
- 67) 今村成和「基本的人権と公共の福祉」（小嶋、注57) 67頁）および佐藤、注21) 402頁、野中ほか、注39) 258頁。
- 68) 現に政策判断の場面では「私権制限は最小限とするべき」と認識されている（「休業要請 都の意向前面 対象絞ろうとした政府、押し込まれ」「要請 実効性に課題も 応じぬ場合指示・公表できず」朝日新聞2020年4月11日朝刊2頁）。人権毎に制約の程度を区別することに意識的でないと思われる。
- 69) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第5版』（有斐閣、2020年）、143頁。
- 70) 棟居快行「人権制約法理としての公共の福祉論の現在—最高裁判決における近時の展開を踏まえて—」国立国会図書館 調査及び立法考査局『レファレンス』（No.760）（2014年5月）6-11頁および25-26頁（国立国会図書館ホームページ内よりアクセス（<https://www.ndl.go.jp/jp/diet/publication/refer/index.html>）（2021年8月22日閲覧））、松井、注37) 346頁。
- 71) 窪誠「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか？」大阪産業大学学会『大阪産業大学経済論集』（第18巻第1号、2016年）20頁。
- 72) 同論文、2頁。
- 73) 平成13年4月3日第151回国会参議院外交防衛委員会内閣官房内閣審議官岩橋修答弁、平成16年4月20日第159回国会衆議院武力攻撃事態等への対処に関する特別委員会内閣法制局長官秋山收答弁。
- 74) この点は、近年環境問題などの分野でいわれている「予防原則」とも関連する内容と言える（大沢秀介「危機管理法制の必要性」前田雅英（編集代表）公益財団法人公共政策調査会（編）『現代危機管理論 現代の危機の諸相と対策』（立花書房、2017年）421頁以下参照）。
- 75) 吉井博明「応急時の災害情報の活用に関する課題」（第7章第3節）田中淳・吉井博明（編著）『災害情報論入門』（弘文堂、2008年）272-273頁。吉井は、3つ目の

原則については「空振り覚悟で積極的に対応（避難勧告発令）すべき」という趣旨で述べているのであって、広く人権制約一般を意識して用いているわけではないように見受けられる。なお、木村玲欧「災害に対する『わがこと意識』を如何にして上げるか～避難行動に焦点を当てて考える～」公益財団法人えひめ地域政策研究センター『調査研究情報誌 ECPR』Vol. 42 (2018 No. 2) (2018年) 27-28頁、福田充「新型肺炎、緊急事態宣言を恐れるな」PHP研究所『Voice』(令和2年5月号 通巻509号) 66頁も参照。「空振り」が結果として人権への過剰な制約になりうるという点は、単なる事実としての「空振り」とは事の重大性が異なっており、この原則をそのまま憲法へ採り入れることの適否については、様々な観点から更なる慎重な検討が必要である。

- 76) 福田、同上。なお、危機管理の原則に言及しながら同旨の指摘をするものに百地、注26) 22頁以下がある。
- 77) 武田康裕「序論 安全神話は崩壊したのか」武田康裕(編著)『論究 日本の危機管理体制』(芙蓉書房出版、2020年) 12頁。
- 78) 新、注20) 225-226頁。憲法調査会共同意見書「憲法改正の方向」(憲法調査会、注30) 655頁)。
- 79) 防災行政研究会(編)『逐条解説 災害対策基本法〈第三次改訂版〉』(ぎょうせい、2020年) 675頁。なお、山中、注17) 121頁以下も参照。
- 80) 工藤達朗「国家緊急権と抵抗権」中央ロー・ジャーナル編集委員会『中央ロー・ジャーナル』第16巻第1号(通巻59号)(2019年) 108頁。災害対策基本法の政令への委任について同様の問題を指摘するものに、棟居、注37) 19-21頁。
- 81) 「まん延防止等重点措置」に伴う人権制約は、同措置が「緊急事態措置」と区別されて規定されていることから、厳密には緊急事態下の人権制約と異なるとも言えるが、実際のところ両措置は同時期に併存しており、それぞれの境界も不明瞭である点に鑑み、あえて区別せずに緊急事態における人権制約の範疇で論じている。
- 82) 「重点措置での酒類提供停止は『特措法の委任の範囲を超え、違法の疑い』京大の曾我部教授が見解(〈コロナ禍検証プロジェクト〉ホームページ(NPO法人日本公共利益研究所/主宰:楊井人文)(note株式会社提供サービス(note)(URL https://note.com/verify_corona_ka)) [曾我部真裕] コメント(URL https://note.com/verify_corona_ka/n/na6323b993537))(2021年9月9日最終閲覧)。曾我部は、特措法31条の6で取りうる措置として「営業時間の変更」が例示の筆頭に挙げられていることから、それ以上の措置を政令や告示で定めることができないと解せるところ、カラオケ店でのカラオケ装置の使用禁止や居酒屋での酒類提供禁止は、事実上の営業停止(休業要請)にあたる強力な措置であって、政令・告示に委任できる範囲を超えており違法の疑いがある旨指摘する。同旨のコメントに横大道聡のものがある(「大臣告示で酒提供禁止『行き過ぎ』専門家 法の問題点指摘」東京新聞2021年6月22日朝刊7頁)。
- 83) この点について山中は、「生活関連物資等の買い占め及び売惜しみに対する緊急措置に関する法律」が財産権を侵害しないかについて、災害緊急事態に財産権の制限

緊急事態における人権制約と「公共の福祉」

- がどの程度まで許されるか最高裁のリーディングケースがないとしつつ、森林法共有林事件を引き合いに出して考察している（山中、注17）123-126頁）。
- 84) 江藤は、感染症対策の合憲性判断基準について、緊急事態における人権制約の基本的条件を述べた国際指針「シラクサ原理」にも言及しつつ多角的な検討を加えている（江藤、注14）71-72頁）。ただ、江藤も指摘するように、LRA基準を用いるとしても、LRAの有無の判断など同基準をどの程度厳密に用いることができるか疑問も残る。
- 85) 大西は、緊急権の行使・措置には比例の原則が特に重要と述べる（大西、注13）249-250頁および256-257頁）。なお、感染症対策における行動制限の「必要最小限度」を考える際には、ハンセン病に対する政策の過ちという歴史的反省を踏まえて、より一層慎重な対応姿勢が求められる（江藤、注14）73頁）。
- 86) 百地章「熊本地震…次なる巨大災害に備え、緊急事態条項の創設を！」『正論』2016年7月号（通巻536号）（産経新聞社、2016年）283頁も参照。
- 87) 平成23年3月22日第177国会参議院予算委員会内閣府政策統括官付参事官小滝晃答弁。
- 88) 「公共の福祉」を人権制約の正当化原理としてのみではなく、他者加害を防止し人権を保護するために積極的に国家が行動する義務づけ（基本権保護義務）の根拠として捉える考え方もある（玉蟲由樹「人権と国家権力—『公共の福祉』の多元的機能」『法律時報』86巻5号通巻1072号（日本評論社、2014年）35-36頁）。
- 89) 「憲法調査会の諸見解」においても同様の指摘がある（憲法調査会、注32）784頁）。
- 90) 窪、注71）6頁。欧州人権条約や米州人権条約等にも緊急事態において停止できない人権と制約可能な人権を分けた規定が設けられている（稲葉美香「緊急事態における人権保障の適用停止と停止し得ない権利」（関西学院大学災害復興制度研究所、注17）140頁以下）。