



この印刷物は、印刷用の紙へ  
リサイクルできます。

# 非常事態における基本権保障の憲法構造 —ドイツ近現代憲法史における基本権の 「停止」と停止なき「特例的制限」

山 中 倫 太 郎

# 非常事態における基本権保障の憲法構造

## —ドイツ近現代憲法史における基本権の 「停止」と停止なき「特例的制限」

中山倫太郎

### はじめに

#### (1) 問題の所在

非常事態—戦争、大規模な自然災害または事故、重大テロ、経済恐慌など—において、基本的人権の保障、および、それに対する公権力の介入の憲法適合性は、いかなる法理によって把握され、評価されるであろうか。クラウス・シュテルン (Klaus Stern) は、「戦後ドイツ憲法学的一大エンツィクロペディー」<sup>1</sup>において、このような周辺的な問題にも目配せを怠らず、「非常事態における基本権」という一節を割いて、そのほぼ冒頭で次のように述べている。

「通常の状態とは異なり、非常事態の状況は、その性質によれば、個人の諸権利との衝突を来たさずして、克服されえない。存在に関わる脅威は、共同体の維持のために、すべての諸力の総体的な投入を求める。そのことは、国家権力と公民に等しくあてはある。潜在的諸力をそのように集中し統合するに際して、通常の状態にも増して、個人の諸権利がより強く損なわれることは、明らかである。紛争状況は、いわば宿命的なものである。それゆえに、国家権力が憲法化され、基本権が憲法によって基礎づけられるようになって以来、憲法は、非常事態の場合のために、個人的な諸権利を考慮

して特別の規律をなすことを、放棄することができなかつた。」<sup>2</sup>

かかる論述には、非常事態において基本権の保障が危うくなること、それゆえに、近代立憲主義の下、非常事態における基本権保障にとって憲法が重要な意味を帯びることが、端的に示されている。そして、現在の日本国憲法が非常事態に関する規定をほぼ有しないからといって、非常事態における基本的人権の保障という問題自体が消え去ってしまうわけではない。

日本の憲法学における従来の議論は、非常事態に関する憲法問題を、憲法理論、統治機構論および基本的人権論の全般に跨がる問題として、ほぼもっぱら、「国家緊急権」または「緊急権」の標題の下で取り扱ってきた。そのような議論状況の下で先行研究との関係を明らかにするためには、まず、それとの関係で問題の所在を特定しなくてはなるまい。

日本の憲法学における国家緊急権のポピュラーな定義（狭義の国家緊急権）によれば、国家緊急権とは、「戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態において、国家の存立を維持するために、国家権力が、憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限」<sup>3</sup>とされる。そのような定義に厳密に従うならば、伊藤正己がいうように、「憲法秩序の停止を伴わない程度の事態については、緊急権の概念をあてはめる必要はない」ことになる<sup>4</sup>。このことを基本権論に即していえば、国家緊急権の問題となるのは、非常事態における、基本的人権の停止ということになるはずである。なお、非常事態における、基本的人権の停止には、理論的分類としては、憲法に従った停止（憲法制度上の国家緊急権）と、超憲法的な停止（超憲法的な国家緊急権）が理論的にはりうることに注意しなくてはならない。

他方、かつて日本公法学会において国家緊急権が主要テーマに掲げられた際、田畠忍が、「緊急権には段階があり、人権を停止するものと、停止しないものとがある。」<sup>5</sup>と述べていたことが、基本的人権論との関係で注目される。また、大石眞は、「国家緊急権（Staatsnotrecht）とは、通常の立憲的制度では対処することのできない大規模な戦争・内乱・経済危機などによって、国家の存立そ

のものが脅かされるような緊急事態が生じた場合に、国家機関に認められる非常措置権<sup>6</sup>とした上で、「非常事態法に基づく特別の例外的な制限の問題」について、「国家緊急権に基づく基本権の制限ははたして可能か」という問い合わせて、「非常事態における必要最小限の基本権制限は、憲法上、当然の法理としてみとめられると考えるべきであろう。」と結論づけている<sup>7</sup>ところ、この場合、「非常事態における必要最小限度の基本権制限」という表現で指し示されているのは、基本的人権の停止を伴わないものであると推察される。というのは、そのような記述に統いて、基本権の停止を予定していない、ドイツ基本法の非常事態関連規定（基本法115a条～1151条など）、また、日本の武力攻撃事態対処法・国民保護法が引き合いに出されているからである。以上の解説においては、非常事態における、基本的人権の停止を伴わない「特別の例外的な制限」もまた国家緊急権との関連で論じられている。本稿では、このような「特別の例外的な制限」のことを「特例的制限」と呼ぶことにしよう。

以上の対比から明らかになるのは、基本的人権の停止を伴わない特例的制限が、国家緊急権論の射程に含まれたり、含まれなかつたりすることである。そのような対照からは、国家緊急権の概念の“外”または“内”に、非常事態における、基本的人権の停止、および、それを伴わない特例的制限—通常時に許される限度を超える制限—という二つの問題があることを見て取ることができる。

かつて小林直樹が、「広義の緊急権」を、緊急の度合いに応じてとられる措置の強弱に従って、①「全体としては平常時の体制を維持したまま、事態に対応して制度の臨時的な機能化を図るもの」、②「憲法みずからがより緊迫した非常事態を予定し、立憲主義を一時的に停止して、一定条件のもとで独裁的権力を認める場合」、③「極度の非常事態において、憲法の一切の枠や授権をこえて、非法の独裁措置を行う場合」という三つの類型に一統治機構に関する例を挙げながら一区分した<sup>8</sup>ところによれば、上述の二つの問題は、基本的人権の問題に即していえば、②と①の区別に対応する問題であると整理できる。

では、かかる二つの法理の間には、いかなる異同があり、いかなる相互関係

があるであろうか。この点について、日本の憲法学においては、あまり立ち入った取り扱いがなされてこなかったようにみえる。というのは、非常事態・緊急事態または国家緊急権を表題とする教科書・論文の記述には、その区別に関する説明、また、区別に基づいた議論の分節化とそれに基づく展開がほとんどみられず、両者が一括りに説明と賛否の対象とされることも、少なくないからである。

非常事態における基本的人権の停止、および、それを伴わない特例的制限の異同および相互関係について、教科書または論文においてほとんど取り扱われてこなかったのは、教科書の場合には、その概説書としての性格を考慮しなくてはならないが、それに加えて、次の事情から関心自体が向きにくかったと推察している。すなわち、一方の立場からは、国家緊急権または非常事態法による基本的人権の停止と特例的制限は、権力の集中と拡大という特徴を有する点において共通し、立憲主義との関係で緊張関係に立つので、その二つの法理を一体として糾弾の対象とすることが課題とされたのに対して、他方の立場からは、国家緊急権または非常事態法によって非常事態に実効的に対処するためには、基本的人権の停止であれ、特例的制限であれ、とにかく公権力の強力な基本的人権への介入権限を弁証することが課題とされてきた、それゆえに、いずれの立場からも、両者の違いおよび相互関係に関心が向きにくかったという事情である。また、両者の違いおよび相互関係は論者にとって自明であり、殊更に論じるまでもないと考えられたかもしれない。

そのような推察があたっているかは、検証する必要がない。これに対して、二つの法理の違いに注意を向けた上で、その異同を踏まえた議論を発展させてゆくことは、必要不可欠である。というのは、憲法解釈および憲法政策の二つの次元において、両者を区別して取り扱うべき理由があるからである。ここでは概略的な説明に止めるが、次の理由を挙げることができる。

まず、憲法解釈論の次元では、超憲法的な基本的人権の停止の問題とは別に、日本国憲法自体が憲法に従った基本的人権の停止を認めているかが問題となる。この問題につき、① 日本国憲法は、基本的人権保障の本質に関わる、基本的

人権の停止規定をもたないし、また、② 日本国憲法制定に際しての帝国議会での審議において、臣民の権利停止を予定した、明治憲法の非常大権（31条）<sup>9</sup>に相当する規定を設ける必要性に関する、北浦圭太郎委員（日本自由党）の質疑に対して、金森徳次郎国務大臣は、その質疑を「政府一存に於て」行われる基本的人権停止の問題と捉えたことには注意が必要であるが、民主主義を徹底して国民の権利を十分擁護し、憲法破壊を避けるべきこと、また、臨時会または参議院緊急集会による臨機の対応、および平素からの法令の整備による対応が可能であることを理由として挙げ、規定を設けることに否定的な見解を示した<sup>10</sup>こと、さらに、③ 立憲主義という基本に立ち返った場合に、憲法に従った基本的人権の停止は、憲法に従っているとはいえ制限規範としての人権規範の効力停止であるので、立憲主義との関係でより深刻な問題となることを挙げることができる。これらの理由から、日本国憲法は基本的人権の停止を一切認めていないと結論づけることができる。これに対して、基本的人権の停止を伴わない特例的制限についていえば、①については、非常事態における基本的人権の制限の明文の特則は日本国憲法には確かにないが、13条の「公共の福祉」を根拠規定とみる余地がある<sup>11</sup>こと、②については、非常事態における基本的人権停止についての答弁であるにとどまること、③については、基本的人権の特例的制限においても、非常事態において憲法—特に基本的人権規範—が効力を有することが前提であるので、立憲主義の基本は依然として維持されていることを指摘することができる。以上のような理由から、両者の違いは、現在の日本国憲法解釈の上でも重要である。そうである以上、いかなる点で両者が違うかを解明することは、憲法解釈論における実益があることになる。

次に、（形式的意味における）憲法の政策論の次元においても、基本的人権の停止までも必要とするような非常事態は、基本権を伴わない特例的制限によって対処しうる非常事態と対比すれば、現実的には蓋然性が低い<sup>12</sup>ので、法政策上の課題の焦点は、非常事態における基本的人権停止の問題ではなく、むしろ、停止を伴わない特例的制限の問題の方にあると考えることができる。

以上の点に鑑みれば、両者に通底する理論をも積み重ねてきた従来の議論の

成果を踏まえながらも、非常事態における、基本権の特例的制限の問題の機微に応じた解釈論・政策論を発展させてゆくことが今後の非常事態法論・国家緊急権論の課題といえる。そして、そのような課題へと進んでゆくためには、両者の異同を解明することが必要である。そのような解明は、国家緊急権論において基本的人権の非常事態特例的制限がいかなる地位を占めるかという、上述の問題に対しても、より明確な見通しをもたらすであろう。

本稿は、以上のような問題関心に基づいて、（超憲法的な問題ではなく）憲法制度上の問題として、非常事態における、基本権・基本的人権の停止とそれを伴わない特例的制限の異同および相互関係を解明することを目的とする。そのために、近代以降のドイツ憲法の理論と実践を歴史的に概観し分析することにしたい。

かかる素材に着目するのは、次の点で問題の解明にとって利点を有すると考えたからである。一つには、ドイツでは、プロイセン憲法からヴァイマル憲法までの憲法典が非常事態における基本権停止を予定していたことを前提に、それについて、国法学・憲法学における解釈学説があったのに対して、戦後のドイツ連邦共和国基本法の制定時において、ヘレンキームゼー草案を通じて検討されたことを除けば、基本権停止が姿をみせることなく、1960年代の基本法改正の過程を通して、むしろ特例的制限が基本となるに至った。こうした歴史的転換があるがゆえに、非常事態における基本権停止から特例的制限へのドイツ憲法史上の転換を跡付けることで、両者の異同を、歴史的文脈との関連性を踏まえながら具体的に明らかにしうると考えられることである。もう一つは、ドイツ憲法の実践と理論には、かかる歴史的な発展に伴って、非常事態における基本権停止と特例的制限について、一定の議論の蓄積がみられ、そのような議論を整理し分析することによって、両者の法構造の異同は、理論的にも明確になると考えられることである。

戦後日本の憲法学の国家緊急権・非常事態法研究には、一般憲法学・比較憲法学の優れた先行研究がある<sup>13</sup>。また、本稿の主題に直接関わる、近代以降のドイツ憲法については、比較憲法学および憲法史学の詳細な研究として、その

前史からプロイセン憲法を経てビスマルク憲法に至るまでの戒厳法制の歴史的および理論的展開を跡付け、かつ歴史的・政治的な観点から分析を加えた、長利一の一連の諸論文<sup>14</sup>、また、ヴァイマル憲法48条2項のいわゆる「独裁条項」の歴史的および理論的な展開を「憲法破毀」の概念との関連で主に憲法運用史的・学説史的な観点から分析を加えた岩間昭道の著作<sup>15</sup>が既にあるし、また、戦後の基本法については、1968年の基本法改正によって導入された、また、それに至るまでに検討された非常事態条項を紹介および分析している文献も多い<sup>16</sup>。それらは貴重な先行研究をなしているが、本稿の問題関心および研究方法との関係でみれば、次の点で後続の研究に余地がないではない。すなわち、①非常事態における基本権保障の問題に焦点に当てたものではないこと、②近現代のドイツ憲法の一定の時期を対象とするものではあっても、その全体を俯瞰してその発展傾向を把握しようとするものではないこと、また、③非常事態における基本権停止と特例的制限の異同および相互関係という問題関心に立つてその憲法構造の異同の分析を試みるものではないという点である。本稿は、長や岩間の先行研究に大きく依拠しそれと重複する部分も少なくないが、非常事態における基本権停止と特例的制限の異同および相互関係という問題関心の下、①から③までの点について、より立ち入った検討を加えようとするものである。

このような問題関心に対応するものとして、ドイツの国法学、憲法解釈学、憲法史学には、また、憲法実践においても、その時代ごとの憲法の下で、または、ドイツ近現代憲法の一定期間につき、精密な検討を加えているものがありし、非常事態における基本権という主題の下で、シュテルンの『ドイツ連邦共和国国法』が概略的な記述をしている。本稿は、そのような研究成果を整理および分析することによって、非常事態における基本権保障の、ドイツ憲法史上の発展傾向を粗描し、その憲法構造を分析するものである。

## (2) 本稿の構成

本稿は、次のような構成で検討する。第1章では、非常事態における基本権

停止が予定されていた、プロイセン憲法からヴァイマル憲法に至るまでの基本権停止の憲法実行および学説の展開を歴史的に概観した上で、非常事態における基本権停止の憲法構造を分析する。第2章では、戦後基本法の制定から1960年代の非常事態憲法規定の補充以降に至るまでの憲法実行および学説の展開を跡付けた後に、非常事態における、基本権の特例的制限が有する憲法構造を分析する。最後に、**おわりに**では、第1章および第2章における歴史的概観および憲法構造の分析を踏まえた上で、非常事態における基本権保障の発展の歴史を総括しながら、非常事態における、基本権の停止と特例的制限の憲法構造の異同を明らかにする。その成果を踏まえ、本論の検討の結果が日本の憲法学における国家緊急権論との関係でいかなる意味をもたらすかを示すことを試みることとしたい。

## 1. 非常事態における基本権停止

### (1) プロイセン憲法からヴァイマル憲法に至るまでの基本権停止

ドイツ近代憲法において、基本権停止は、19世紀半ばにおいて、合団状態・戒厳（Belagerungszustand, État de siège）<sup>17</sup>の実行および法制度と結びつかたちで姿をあらわした。その法制度は、絶対君主制下における戒厳の実行、また、フランスにおける、18世紀末から19世紀へと続く、革命と反革命の動乱のなかで発展してきた近代的戒厳制度に淵源し、その影響を受けながら形成発展してきたので、まずはその前史をごく大まかに俯瞰しておく<sup>18</sup>。

絶対君主制国家において、君主は、擾乱の鎮圧に際して、「武器の前には法は沈黙する（inter arma silent leges）」の原則に基づいて、いわゆる「軍法（loi martiale）」・「戦争法（Kriegsrecht）」を布告し、法の停止、軍への執行権の付与、および、特別に設置された軍法会議における暴動関係者の処断に踏み切つてきた。

その後、かかる全権は、1789年のフランス革命によって姿を消し、フランスでは、1789年10月21日の暴動法<sup>19</sup>を経て、近代的な戒厳制度に発展してゆくことになった。戒厳・合囲状態 (*état de siège*) の概念は、中世に遡り、要塞の防衛のための準備措置によって作り出された法状態を意味した。

1791年7月8日のデクレが初めて定めた、近代的な戒厳制度は、そのようなイメージの通り、戦争で包囲された要塞を外敵から防衛するための軍事的手段としての軍事的戒厳 (*état de siège militaire*) として成立した。その後、かかる軍事的戒厳の制度は、「国内の敵」という擬制の下で、内乱における叛徒の鎮圧のための制度として政治的戒厳 (*état de siège politique*) の制度へと展開していく。1797年8月27日の法律、および1811年12月24日のナポレオンデクレは、その例である。戒厳がこのような発展を遂げるなかで、1799年12月13日の憲法は、「武装蜂起または国の安全を脅かす騒擾の場合」における、憲法の停止を予定していた92条が、戒厳との関係は明らかではなかった。戒厳が法制化を遂げ、基本権の停止と結びついたのは、1848年11月4日の憲法106条を受けて制定された、1849年8月9日の戒厳に関する法律<sup>20</sup>においてであった。この法律では、法律で列挙された人権以外の停止ができないこととされ（11条）、そのことによって、憲法全体が一括停止されるのではなく、限定列挙された特定の人権のみが停止可能とされた。その前提として「論理的にも歴史的にも、国家権力の抑制を通じての人権保障は憲法に基づいて行なわなければならないとする立憲主義的乃至法治主義的国家観の確立が先行している必要」<sup>21</sup>があった。

### ① プロイセン憲法における基本権停止

このようなフランスの戒厳の制度史・運用史の影響を受けながら、ドイツの戒厳の制度と運用は、軍事的戒厳から政治的戒厳へ、さらに、戒厳の法制度化へという、フランスと基本的に同様の発展を辿った<sup>22</sup>。1849年3月28日のフランクフルト憲法197条<sup>23</sup>では、戒厳と基本権停止を結びつける形で法制化が試みられ、その点で、「ドイツ近代史上初の法治国家化」<sup>24</sup>をみるとことになった。

フランクフルト憲法が流産に終わった後、1848年12月5日のプロイセン欽定憲法110条、および1849年5月10日の戒厳に関する緊急勅令がそれぞれ改正されて、1850年1月31日のプロイセン国憲法典（本稿では、「プロイセン憲法」と呼ぶ）111条、および1851年6月4日の戒厳に関する法律<sup>25</sup>が成立した（本稿では、「プロイセン戒厳法」と呼ぶ）。そこにおいて、非常事態における基本権停止は、戒厳宣言と結びつく形で次のように予定された。

#### 1850年1月31日のプロイセン国憲法典

「戦争又は内乱に際し、公共の安全にとっての危険が差し迫ったときは、憲法第5条（=人身の自由）、6条（=住居の不可侵）、7条（=法律による裁判官による裁判、例外裁判所の禁止）、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）および36条（=軍隊の国内出動手続保障）は、一時的に（zeitweise）および地域的に、失効される（außer Kraft gesetzt werden können）。詳細は法律で定める。」（111条）

#### 1851年6月4日のプロイセン戒厳法

「戒厳の宣言に際して、憲法第5条、6条、7条、27条、28条、29条、30条および36条、またはその一部の効力を、一時的に（zeitweise）および地域的に失効させる（außer Kraft setzen）ことが必要であると考えられるときは、そのことに関する決定は、戒厳状態の宣言の公示に明示されなくてはならず、または、同一の形式（§ 3）の下で公示されるべき特別の命令において公示される。」（§ 5第1項）

「前項で掲げた条項の全部または一部の停止（Suspension）は、戒厳において宣言された地域について、かつ、戒厳状態の間についてのみ、許される」（§ 5第2項）

上記プロイセン戒厳法 § 5第1項において特定基本権を「一時的に（zeitweise）」「失効させる（außer Kraft setzen）」ことが予定されていたが、これが2項において「停止（Suspension）」と言い換えられていることによって、

その意味がより明確になるであろう。

さて、長が指摘するとおり、「Bz[戒厳]法制の完成は法制化以前のBzの「前史」の終了を意味するにすぎず、同時に以降の本格的な発展の画期ともなるものである。」<sup>26</sup>。基本権の停止もまた、1919年のヴァイマル憲法の成立まで、戒厳法制と結びつく形で存在し続けることになった。

## ② ビスマルク憲法における基本権停止

その後、1871年4月16日のドイツライヒ憲法（本稿では、「ビスマルク憲法」と呼ぶ）の制定によって、戒厳と結びついた基本権停止は、その後、いかなる帰趣を辿ったであろうか。ビスマルク憲法68条では、「戦争状態（Kriegszustand）」の規定が設けられ、その下で、プロイセン憲法および戒厳法の法伝統は、継承されることになった。同条では、次のように定められていたからである。

### 1871年4月16日のビスマルク憲法

「ドイツ皇帝は、連邦領域内において公共の安全が脅かされたときは、領土のいずれの部分についても、戦争状態（Kriegszustand）を宣言できる。この宣言の要件、公布形式および効果を規律するライヒ法律が制定されるまでは、1851年6月4日のプロイセン法律（法令集1851年451頁以下）の規定が適用される。」（68条）

もっとも、この規定に予定されたライヒ法律は、1918年まで制定されることがなかったので、1851年のプロイセン戒厳法が効力をもち続け、第一次大戦中にいくつかの補充法が制定されたが、プロイセン戒厳法が効力を有することに変わりなかった。なお、バイエルンについては、ビスマルク憲法および連合条約に従ってビスマルク憲法68条の適用が除外されていた<sup>27</sup>ので、特有の戒厳法制が成立することになった。

ビスマルク憲法は、基本権条項を有しなかったので、プロイセン戒厳法が予定する基本権停止条項がビスマルク憲法下で有する意味が問題となつた。国民

の諸権利に関係する、プロイセン憲法の基本権条項の規律事項の大半は、ビスマルク憲法の下では、ライヒの特別法律によって規律されたので、プロイセン憲法で停止が予定されていた基本権条項に対応する、ライヒ法律上の関連条項が停止されるものと解された<sup>28</sup>。

以上のような戦争状態の法制度は、第一次大戦における近代的な全体戦争の状況に適応せしめられる形で、重大な変容を被ることになった。長によれば、「ビスマルク憲法における戦争状態は、「ドイツ19世紀初め以来の一世紀間のB Z [戒厳]の歴史的発展のアンカー（最終走者）として、当初立法者が想像しえなかつたような帝国主義戦争の総力戦（total war）に適合する新たな役割—法形式をそのままにしてその機能において旧式のB Z [戒厳]とはいえないようなものに再生し、後のワイマール大統領の『独裁』に接続する前駆的役割を担わされた」<sup>29</sup>とされる。基本権停止との関係でいえば、プロイセン戒厳法9b条（「戒厳宣言に際してまたは戒厳の継続している間、公共の安全のために軍司令官の発した禁止に違反した者はそのかした者」の処罰を定める）が、白地刑罰法規としての意味を超えて軍司令官の緊急命令権の根拠とみなされ、戦時の通説および裁判例で支持された<sup>30</sup>だけでなく、同条に見出された包括的授権を戒厳法5条に基づく基本権停止とは別の権限と解する学説も、現実の運用に対応して唱えられた<sup>31</sup>のであった。

さて、1914年6月31日の命令により、ビスマルク憲法68条に従ってバイエルン以外のライヒ領域に戦争状態が宣言された（バイエルンでも、同日にバイエルン法に従って同様の宣言がなされた）。クリントン・ロシター（Clinton Rossiter）によれば、1914年までの40年間で、戦争状態の法制度が発動されたのは2回のみであったが、第一次大戦の4年間において、政府は言論や行動によって戦争遂行を妨害しようとする左派勢力に対して頻繁に戦争状態に訴えたといわれる<sup>32</sup>。基本権の停止は、裁判官の令状なしでの逮捕および家宅捜索（⇒人身の自由）、特別裁判所の設置（⇒法律による裁判官による裁判、例外裁判所の禁止）、検閲その他意見表明の自由に対する規制（⇒出版の自由、検閲の禁止）、集会・結社の禁止（⇒集会・結社の自由）、国内騒乱への対処の

ための軍隊の直接出動（⇒軍隊の国内出動手続保障）を可能とした<sup>33</sup>のであった。

### ③ ヴァイマル憲法における基本権停止

以上のように、プロイセン憲法からビスマルク憲法まで、第一次大戦中における転換を経ながらも、プロイセン戒厳法が効力を持ち続けた。かかる戒厳法の伝統に引き続いて、非常事態における基本権停止を予定することになったのが、1919年8月11日のドイツライヒ憲法（本稿では、「ヴァイマル憲法」と呼ぶ）の48条2項であった。同条項は、ライヒ大統領に広範な非常措置権を付与し（1文）、また、基本権の停止を予定していた（2文）。1文と2文の関係について解釈に大きな対立があったので、1文と2文を分けて紹介しよう。

#### 1919年8月11日のヴァイマル憲法

「ドイツ国内において、公共の安全および秩序に著しい障害が生じ、またはそのおそれがあるときは、ライヒ大統領は、公共の安全およ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、武力を用いて介入することができる。」（ヴァイマル憲法48条2項1文）

「ライヒ大統領は、その目的のために、114条（=人身の自由）、115条（=住居の不可侵）、117条（=信書、郵便、電信電話の秘密）、118条（=意見表明の自由）、123条（=集会の権利）、124条（=結社の権利）および153条（=所有権の保障）で定められた基本権の全部または一部を、一時的に（vorübergehend）失効させることができる。」（同2文）

このヴァイマル憲法48条2項は、ビスマルク憲法68条およびその下で適用されたプロイセン戒厳法の伝統との関係で説明される<sup>34</sup>が、次の点には留保が必要である。すなわち、「新たな例外法の創始者」<sup>35</sup>でもあったフーゴー・プロイス（Hugo Preuß）が、「48条2項を形成するに際して、1851年6月4日のプロイセン戒厳法の、回りくどく、鈍重な装置と関連するビスマルク憲法68条の模範ではなく、エルザス・ロートリンゲンの簡潔な独裁条項に

遡った」<sup>36</sup>結果として、プロイセン草案がその「独裁条項」を直接に反映することになったことである。その「独裁条項」とは、1871年12月30日のエルザス・ロートリンゲンにおける行政の設置に関する法律<sup>37</sup>に含まれた条項であった<sup>38</sup>。その条項は、エルザス・ロートリンゲン最高長官に、「公共の安全にとっての危険に際して、危険を防ぐために必要と考えるあらゆる処置(Maßregeln)を速やかに執る」ことを包括的に認めていた。そのような条項に倣って作られたヴァイマル憲法48条2項1文は、非常措置に際して、1851年のプロイセン憲法およびビスマルク憲法にみられた戒厳・戦争状態の宣言という形式行為を要件としていない点、また、宣言に伴って発生する法効果に限定を加えるものでもない点に、プロイセン憲法およびビスマルク憲法における戒厳・戦争状態との違いがみられる<sup>39</sup>。

以上は、その後48条2項1文として成立することになった法文に関わるのに対して、その第2文として文言化されるに至った基本権停止が登場したのは、憲法委員会および総会における修正を通じてである。プロイセン憲法111条・プロイセン戒厳法およびビスマルク憲法68条の伝統の影響をより強く見出すことができる的是、この第2文であったといえるかもしれない。第2文は、ゲルハルト・アンシュツ(=Gerhard Anschütz)によれば、「既に旧法によれば、法律(参照、戒厳法§5)によって示された特定の基本権を、戦争状態の間、『一時的および地域的に』失効させる(außer Kraft setzen)ことができた。これは、維持されている。」<sup>40</sup>と説明された。また、シュミットによれば、「第2文に基づく権限は、事柄においても文言においても、1851年のプロイセン戒厳法の、いわゆる小戒厳(16条)に対応し、これによれば、政府は、執行権の譲渡なしでも、それ自体管轄を有する諸官庁のために特定の基本権を停止することができた。」と説かれた<sup>41</sup>。プロイセン戒厳法16条<sup>42</sup>は、基本権の停止のために戒厳宣言を必要としなかつたから、シュミットのいうように、非常事態宣言を形式行為として予定していなかったヴァイマル憲法48条2項1文と連結された2文の基本権停止は、小戒厳と共通している。また、停止されうる基本権として列挙されているものは、プロイセン憲法・戒厳法と大部分が重複して

いる（もっとも、ヴァイマル憲法48条2項では、信書、郵便および電信電話の秘密、および所有権の保障の停止が付け加わったのに対して、法律上の裁判官による裁判の保障の停止が明文化されていない<sup>43</sup>）。

以上のような基本権停止条項の挿入については、オスカー・コーン（Oskar Cohn）議員（独立社会民主党）のように、かつての戒厳法に基づく、基本権の停止が問題に満ちていたこと、また、将来的な濫用可能性を指摘して強く反対する見解もなかったわけではないが、共和国創設当初における危機的状況において、基本権の停止を含む、強い権限を必要と考える見解が大勢を占めた<sup>44</sup>。

かくして成立した48条2項の法的位置づけを見定める際に特に重要なのは、「詳細は、ライヒ法律で定める。」と定めた48条5項である。同条の制定にしてイメージされていたのは、プロイセン戒厳法に相当するライヒ法律であった。そのような法律によって、非常措置権の要件、内容および効果に形式を付与し、もって、非常措置権に対して法治国家的な枷を嵌めることが予定されていた。また、暫定的に戒厳法を適用することも提案されたが、共和国成立時の危機が克服されるまで法律の制定を延期すべきことを主張したプロイスの反対論が受け入れられ、その法律は制定されることはなかった<sup>45</sup>。

結局、プロイセン戒厳法以来の、非常事態の法治国家的規律の発展の線に沿った、かかる法律が制定されるまでは、暫定的状態ではあるが、48条2項—それは、直接に効力を有する法と解された一の包括的な授権によって共和国創設当初における危機に対処することとされ<sup>46</sup>、その後も、「共和国ライヒ議会の議事録やドイツ法学雑誌のページには、制限法の制定を求める懇願がちりばめられているが、行動は決して起こされなかつた」<sup>47</sup>。これは、基本権の停止に対する制限の弱さにも直結する問題であった。

さて、憲法運用に視線を移すと、ロシターが、ヴァイマル憲法48条2項の運用史を俯瞰した上で総括したところによれば、①共和国初期（1919—1924年）には、危機に際して共和国の生命を救う<sup>48</sup>と同時に、それが経済的危機の領域にまで拡張され、緊急命令の根拠とされた、②共和国中期（1925

—1930年）には、共和国の相対的な安定のゆえに、運用が休止された、③共和国末期（1930—1933年）には、「共和国の拠り所」であった48条2項は、「ヒンデンブルクおよびペーペンによって独裁政治へと導く掛け橋に転換され、この橋を渡ってアドルフ・ヒトラーは、邪悪な権力へと行進した。」、とされる<sup>49</sup>。かかる時期区分との関係で基本権停止の運用例を挙げるならば、次の通りである。①の時期のものとして、公共の安全および秩序の回復のための1920年1月13日の緊急命令<sup>50</sup>が7基本権停止を定めていたことを挙げることができる。そのような基本権停止の憲法運用は、絶えざる危機に脅かされた初期共和国の憲法秩序の自己防衛に奉仕するところがあったが、また、峻厳な措置の根拠ともなった。これに対して、③の時期については、アドルフ・ヒットラー（Adolf Hitler）首相の下で、国会議事堂放火事件の翌日の1933年2月28日に制定された大統領命令<sup>51</sup>が、1933年3月24日の法律（いわゆる「全権委任法」）<sup>52</sup>と相俟って、ヴァイタルなものとなってしまったことを指摘できよう。1920年1月13日の緊急命令と同じ文言の7基本権停止条項（§ 1）を有した、その命令は、「国家を脅かす、共産主義の暴力に対処するため」という目的のために濫用されたが、それは、もはや「一時的な」失効の域を超えており、基本権規範の廃止という、立法行為に比類すべき法行為として特徴づけることができるかもしれない。

また、以上の憲法運用の過程において、ヴァイマル憲法48条2項2文に列举された基本権以外にも、多くの憲法規定との抵触—基本権領域では、例えば、特別裁判所の禁止（105条）、営業の自由（151条）—が問題となる措置が執られた。その憲法運用は、ドイツ国法学説において激しい論争を巻き起こし、制御が不安定なヴァイマル憲法48条2項の機能と逆機能の振り幅は、より大きなものとなった。

## （2）非常事態における基本権停止の憲法構造

前節でその略歴が示された、非常事態における基本権停止は、いかなる憲法

構造を有するであろうか。それぞれの憲法のしきみにおいて、基本権の停止の範囲、その権限の所在、および、具体的な手続きには、少なからず違いがないではない。また、特に、ヴァイマル憲法48条2項の解釈学説には、いくつかの重要な対立点があり、それをどのように結論づけるかによって、同条項が予定しているしきみは、論者によって大きく異なる。けれども、その点の分析は本稿の目的にとって必要不可欠ではないので、非常事態における基本権停止に共通する憲法構造の抽出のみに、専心することにしよう。

### ① 基本権の効力停止

カール・シュミット (Carl Schmitt) は、「憲法停止 (Verfassungssuspension)」—「個々のまたは多数の憲法規定の一時的な失効」—を、憲法に従ったものか否かという観点から、「憲法を無視する憲法停止 (verfassungsmißachtende Verfassungssuspension)」と「憲法に従った憲法停止 (verfassungachtende Verfassungssuspension)」に区分した<sup>53</sup>。

かかる区分によれば、ヴァイマル憲法48条2項2文が予定する基本権の停止は、シュミットが次のように解説するように、「憲法に従った憲法停止」の一例とされる。すなわち、それは、「停止 (Suspension) のために予定された憲法規定を遵守して、憲法規定を一時的に失効させること (vorübergehende Außerkraftsetzung)、たとえばライヒ憲法48条2項2文に従って、この条文に列挙されたライヒ憲法114条、115条、117条、118条、123条、124条、153条の7つの基本権条項の一つ、いくつか、または、すべてを失効させること (Außerkraftsetzung)」<sup>54</sup>とされる。プロイセン憲法111条も、「停止について憲法規定を遵守して憲法規定を一時的に失効させる」点において違いがないから、「憲法に従った憲法停止」に区分されよう。したがって、両者は、憲法に従ってなされるものである点、すなわち、エルнст・ルドルフ・フーバー (Ernst Rudolf Huber) の表現によれば、「実定法秩序の制度化された要素」<sup>55</sup>である点において、共通していることになる。かかる制度が、「国家緊急権 (Staatsnotrecht)」と呼称されるか否かは、その論者の定義によって異なりうる<sup>56</sup>。

では、非常事態における基本権停止は、いかなる憲法構造を有するであろうか。シュミットは、ヴァイマル憲法48条2項1文の憲法破棄権の概念を解明する際に、基本権の停止の概念を明確化することに成功している<sup>57</sup>ので、シュミットの説明を中心に据える<sup>58</sup>。

一般に、規範の効力を停止することは、シュミットによれば、「概念的には、明確な宣言を通じて、みずからのために、および、管轄に従って行動するすべての官庁のために、その効力を棚上げする」<sup>59</sup>ことを意味する。そのことは、シュミットが刑事法を例示して対比しているように、規範が効力を有することを前提にしてその例外を認めること（恩赦）ではないし、また、規範に違反しそこから逸脱する（刑事法違反行為）ことでもない<sup>60</sup>。

シュミットは、「憲法に従った憲法停止」の例として、ヴァイマル憲法48条2項を例示しながら、特に基本権の停止について、「停止について予定された憲法法律規定を遵守して、憲法法律規定を一時的に失効させること、たとえばライヒ憲法48条2項2文に従って、この条文に列挙されたライヒ憲法114条、115条、117条、118条、123条、124条、153条の7つの基本権条項の一つ、いくつか、または、すべてを失効させること」と説明していた。かかる説明においては、非常事態においても基本権規範が効力を有することを前提にしつつも、それを一時的に失効させる行為が述べられている。そのような失効は、非常事態における一時的なものに止まるので、「停止（Suspension）」という表現に置き換えることができよう。プロイセン憲法111条および戒厳法§5第1項では、「一時的に（zeitweise）」「失効させる（außer Kraft setzen）」ことが予定されていたが、これが「停止（Suspension）」（同第2項）という表現に置き換えられていることは、その実例である。そして、このような非常事態限定的な、基本権の一時失効（=停止）は、基本権を廃止することとは異なる。そのことについては、「48条において独裁者に許された基本権停止（Grundrechtssuspension）は、停止された規範が、その失効の間、現行法の構成要素であることを止めることを意味するわけではない」<sup>61</sup>という、リヒャルト・グラウ（Richard Grau）の説明が、整合的な理解を可能と

する。また、シュミットがビスマルク憲法下における基本権停止の効果につき、プロイセン憲法5条および6条に相当するライヒ刑事訴訟法の規定は廃止されることなく通用し続けるが、軍司令官は、具体的な場合に、その規定を無視することができる、と述べている<sup>62</sup>点にも、基本権停止について同様の理解があるようと思われる。

では、基本権の停止によって、いかなる法的効果が発生するであろうか。その効果は、プロイセン憲法、また、ヴァイマル憲法において、基本権が国家機関に対していかなる憲法的制約を課しているかに依存し、その裏返しとしての制約の一時失効（＝停止）ということになる。プロイセン憲法111条からヴァイマル憲法48条までの基本権停止について、より立ち入って検討してゆくことにしよう。

プロイセン憲法111条、また、ビスマルク憲法68条の下でもプロイセン戒厳法が適用されたが、基本権カタログをもたないビスマルク憲法の下では、既に触れたように、プロイセン憲法で停止が予定されていた基本権条項に対応するライヒ法律の関連条項の効力が停止されると解された。そして、関連法律の条項の効力停止も「法律による行政」の原則の解除を意味し<sup>63</sup>、法律の制約を受けない措置を執行部門—戒厳法4条に従って執行権委譲を受けた軍司令官一に可能ならしめた。例えば、アルベルト・ヘーネル（Albert Haenel）によれば、「停止（Suspension）の権限が行使される限りにおいて、軍事指揮権者およびそれに服する諸機関の、前述の目的にのみその実質的制限を見出す自由裁量が、この法律上の特別規定にとって代わる。」<sup>64</sup>とされている。この場合において、このような基本権停止の効果が発生するのは、執行府、特に戒厳宣言によって執行権の委譲を受ける軍司令官との関係であって、文民官庁や私人に対してではない<sup>65</sup>。

次に、ヴァイマル憲法における、基本権の停止は、どうであろうか。ヴァイマル憲法48条2項2文における、基本権の停止それ自体の意味について、シュミット、グラウ、アンシュツツの三者の説明をみてゆくことにしよう。これら論者は、48条2項解釈をめぐって、様々な点で大きく対立していた<sup>66</sup>だけに、

基本権の停止の意味自体に違いがあったかは、ここで検証しておく必要がある。

まず、シュミットによれば、基本権の停止とは、「行政すなわち積極的に行動する国家に対して設けられ、それを抑制する法的制約を除去して、措置のためにより広い活動範囲を作りだそうとする、特別な形式」<sup>67</sup>であって、その権限の行使によって、「行動する国家官庁に対して公民のために設けられている法的制約が除去される」<sup>68</sup>ことになる。シュミットが、基本権の実定法的意義を「基本権として保障された自由の制限は、法律すなわち普遍的規範に基づいてのみ、法律適用行為によってなされうる」点に見出していた<sup>69</sup>ことは、ここでの議論に関係する。そのような意味での基本権規範の対国家的制約を一時的に除去することが基本権停止ということになるであろう。具体的には、シュミットは、人身の自由を制限する法律につき、警察法上の概括授權条項においてさえも通常許容される制限の限界に関する規律が形成され、そのことが予測可能性と被限定性をもたらしてきたことを指摘した上で、48条2項2文について、次のように説いていた。「このような実行の正常な前提が存在せず、したがって、より広範かつ予測しえない介入が必要となる場合、すなわち例外状態の場合のために、48条2項のように、基本権の停止（Suspension）、すなわち一時的失効（zeitweilige Außerkraftsetzung）の可能性が憲法上予定されているのである」<sup>70</sup>。

次に、グラウによれば、基本権の停止（Suspension）とは、「この強度の、法律による行政の原則が、独裁者に対して効力を停止させられる、停止が続く間、基本権によって保護された生活領域へのあらゆる介入が、48条の任務規範に基づいて許されるべきことを意味する。」とされる<sup>71</sup>。停止可能性が予定された基本権は、グラウによれば、「その共通の核心によれば、法律による行政の原則の逸脱形式（Ausbruchsform）である。」とされた<sup>72</sup>のであった。

また、アンシュッツによれば、「停止は、従来と同じように、通常時に執行権に課されている、法律上の制限から解放することにより執行権の諸権限を拡張するという目的でなされる。…その制限の除去は、次のことを引き起こす。すなわち、すべてのこれら機関は、停止された基本権によって画定された個人

的自由一例えば、意見表明の自由、集会および結社の自由、所有の自由一の行使可能性に、義務に従って行使されるべきであり措置の目的（公共の安全および秩序の保護と回復）にのみ拘束されるがその他の点では自由な裁量に従って介入することができ、その際、諸基本権およびそれに附属する実施諸法律（出版法、結社法、刑事訴訟法、収用法）、並びに一般警察法およびその一般条項（…）に含まれた権力制限的法原則に拘束されない。」<sup>73</sup>と説かれた。

以上の三者の説明にニュアンスや力点の置き所の違いがないかどうかは、上記の説明からは判然としないところがある。けれども、基本権によって保護された自由への介入に対する法的制約でもある、法律による行政の原則の一時失効（=停止）が述べられている点に共通点があるとみるとできよう。現実の憲法運用においても、同様の効果がみられる。例えば、いくつかの州を除いてドイツ全土に対して命ぜられ、48条2項に基づく大統領命令の典型であった、1920年1月13日の緊急命令において、「ドイツライヒ憲法114条、115条、117条、118条、123条、124条および153条の効力は、当分の間（bis auf weiteres）、失効される。したがって、人身の自由、および、出版、集会、結社を含む自由な意見表明の権利の限界づけ、信書、郵便、電信および電話の秘密に対する介入、家宅捜索および押収の命令、並びに、所有権の限界づけは、法律上定められた限界にかかわりなく許される。」（§1）と定められていた。

ところで、ハンス・ボルト（Hans Boldt）が分析したように、基本権の停止は、シュミットの説明にもあらわれていたように、一つの独立した法行為によってなされ、その行為によって生じた法状態の下で執られる諸措置とは区別される<sup>74</sup>。したがって、ドイツ憲法の場合には、基本権停止行為→介入という二段階の行為があるものと観念されよう（なお、基本権停止をしないで介入をすることが、そのような二段階プロセスが存在することによって排除されるわけではない）。また、基本権の停止の効果が執行権（執行部門）との関係で意味をもつたことは、基本権が執行権に対するものとして効力を有したことの裏返しであるが、執行府の内部では、かかる制限の除去は、具体的に、ライヒ

大統領、州政府、その直接の受任者（文民委員、軍事指揮権者）、通常管轄を有する諸官庁<sup>75</sup>、および、「独裁権者の補助者」<sup>76</sup>との関係でなされるものと解された。

## ② 基本権の効力停止に対する制限

以上のような、基本権の停止に憲法的制限は設けられていたであろうか。本稿では、基本権停止の権限分配や手続といった組織法・手続法の問題ではなく、実体法的な制限の問題を中心に据えて検討することにしよう（次章における、基本権の特例的制限についても、同様とする）。

プロイセン憲法111条・プロイセン戒厳法からヴァイマル憲法48条2項2文に至るまでの基本権停止条項には、基本権介入の授権をする側面と、それを限定しようとする側面もあった<sup>77</sup>。確かに、そのような基本権停止は、立憲主義の根本理念を体现し公権力に制限を加える基本権の効力を停止する点において、立憲主義の理念と衝突する。けれども、他面で、それが憲法に従ってなされ、それに対して憲法的な制限が課せられるようになった点で、当初は「外見的立憲主義」に過ぎなかったとはいえ、立憲主義の影響を受けたものではあった。そのことは、それ以前の戒厳には法的な根拠と制限がなかったことと対比すれば明瞭である。

では、基本権の停止に対して、いかなる憲法的制限が課せられていたのであろうか。プロイセン憲法111条、ビスマルク憲法68条、そして、それらの下で適用されてきたプロイセン戒厳法において色濃かった地域限定性の側面がヴァイマル憲法48条2項において影を潜めた点は、指摘しておかなくてはならない。その点は留保しつつ、共通してみられるものとして、事態の限定、目的の限定、停止可能な基本権の限定を挙げることができる。

**事態の限定** プロイセン憲法・ビスマルク憲法における、基本権の停止は、戒厳・戦争状態の宣言を要件とし（但し、小戒厳の場合を除く）、その宣言は、プロイセン憲法111条、ビスマルク憲法68条およびプロイセン戒厳法1条・2条によれば、① 戦争または内乱において、②「公共の安全に対する危険がさし迫った場合」（プロイセン憲法111条）、「公共の安全が脅かされた場合」

(ビスマルク憲法68条)が実質要件となるので、基本権の停止は、そのような事態によって限定されることになる。この場合、警察などによる通常の防禦手段を超える危険の場合に限られ、また、内乱の危険に関連がない限り、災害状況、経済危機、さらに、「憲法障害 (Verfassungsstörung)」—「最高の憲法機関が、みずからまたは他の機関にある理由から、その憲法上の機能を遂行できず、そのために活動できなくなる場合に発生する、国法上の異常事態」<sup>78</sup>—には、基本権停止を含め例外的権力に訴えることが許されなかつた<sup>79</sup>。

また、ヴァイマル憲法48条2項2文による、基本権の停止は、「公共の安全および秩序に著しい障害が生じ、またはそのおそれがあるとき」を要件とするものであり、「公共の安全および秩序」とは、警察法上の意味ではなく、国法上の意味、すなわち、国家、その機関の存立および機能に結び付けられた意味を有する<sup>80</sup>。この場合、プロイセン憲法111条およびビスマルク憲法68条とは異なって、戦争または内乱という限定（上記①）が付されていないことに加え、「公共の安全」のみでなく、「公共の秩序 (öffentliche Ordnung)」に「著しい障害が生じ、またはそのおそれがあるとき」も要件に加えられたことが、経済危機、さらには、憲法障害にも48条2項を適用しうることの解釈上の手掛かりとなつた<sup>81</sup>。したがつて、プロイセン憲法111条およびビスマルク憲法68条の場合に比べて、基本権の停止の射程が広がつたことになる。

なお、基本権の停止は、プロイセン憲法111条・ビスマルク憲法68条と、ヴァイマル憲法48条2項とでは、非常事態の宣言という形式行為が法的な要件とされているか否かという点でも異なつていた<sup>82</sup>（但し、戒厳法15条が予定した小戒厳の制度において戒厳宣言がなくても基本権停止が可能であった）。この点において、ヴァイマル憲法48条2項では、非常事態の宣言と廃止という形式行為による区切りが失われてしまった。そして、5項が予定する施行法によって、プロイセン戒厳法以来の形式が回復されることは、ついぞなかつた。

ともあれ、以上からすれば、基本権の停止が一定の事態に限定されているので、基本権の停止に引き続く基本権領域への介入も、限定された事態においてのみ存在しうることになる。

**目的の限定** 次に、基本権の停止には、通常の憲法状態の回復という目的のためのものでなくてはならない点で、目的に限定があった。フーバーが特にヴァイマル憲法48条2項について述べたように、「例外状態のこのような法は、内容的に、その目的すなわち旧態の回復（status quo ante）によって、規定され、限定される」<sup>83</sup>のであり、かかる目的規定性は、基本権の停止についても同様であった。そのことは、ヴァイマル憲法48条2項で、「公共の安全および秩序を回復させるために」という、1文（非常措置権）と2文（基本権停止権）の両方に係る文言によって特に明確に示され、1920年1月13日の緊急命令においても、「公共の安全および秩序を回復させるために」という目的規定（前文）の下で基本権停止が定められた（§1）。グラウによれば、「48条に基づいてなされる、すべての措置は、公共の安全および秩序の回復の目的を狙いとしていなくてはならないが、この唯一のものとしての目的規定は、独裁的措置をなすことがおよそ必要であるか否かにとってのみ決定的である。」<sup>84</sup>とされる。

このように目的の限定があるので、基本権の停止は、非常措置権全般がそうであるように<sup>85</sup>通常の憲法状態の回復までの一時的・暫定的なものという理論的位置づけとなるであろう。そのことは、プロイセン憲法111条およびヴァイマル憲法48条2項において「一時的に」という文言で表現されている通りである。もっとも、一時性の要請が実行において意味を持ち得たかは、検証を要する<sup>86</sup>。目的の限定からさらに進んで、48条2項の非常措置権の全般について比例性の要請を限定として挙げる論者もあった<sup>87</sup>が、シュミットによって批判が加えられた<sup>88</sup>ことに加え、それが基本権の停止といかなる関係に立つか明らかでない。

なお、以上のような目的拘束性は、停止行為それ自体のみでなく、それに引き続く介入にも妥当する。そのことは、アンシュッツが、基本権の停止の効果について、「すべてのこれら機関は、停止された基本権によって画定された個人的自由…の行使可能性に、義務に従って行使されるべきであり措置の目的（公共の安全および秩序の保護と回復）にのみ拘束されるがその他の点では自由な

裁量に従って介入することができ」<sup>89</sup>る（傍線は、山中による）と述べていた点にあらわれている。

**停止可能な基本権の限定？** さて、憲法に従った憲法停止が予定されるようになると、憲法を全体として停止するのではなく、停止可能な憲法条項に限定が加えられるようになった。基本権についても同様であり、プロイセン憲法 111 条およびプロイセン戒厳法 5 条において、さらに、ヴァイマル憲法 48 条 2 項 2 文において、停止可能な基本権が列挙されることになった。しかし、かかる列挙は、基本権の停止に対する、事項的な限定となりえたであろうか。

プロイセン憲法・プロイセン戒厳法の解釈論としていえば、条文に列挙された基本権のみが停止の対象となることは一般に承認されていた<sup>90</sup>し、基本権カタログをもたなかつたビスマルク憲法についても、その基本権の規律領域に属する法律について同様であった<sup>91</sup>。けれども、第一次大戦下において、ビスマルク憲法 68 条の下でのプロイセン戒厳法 9 b 条が軍司令官の命令権の根拠とされ、そこに法律を超えて法律に反して措置を執る一般的な権限を見出すという—それまでにみられなかつた—実行および学説<sup>92</sup>があらわれ、停止可能とはされていなかつた基本権の侵犯を正当化することになってしまった。

他方、ヴァイマル憲法 48 条 2 項 2 文についても、国法学の通説によれば、「挙示すなむち限定 (Enumeratio ergo limitatio)」という基本に則つて、2 文で列挙された基本権のみが停止されるものと解された。より詳しくは、1 文の非常措置権が 2 文の基本権停止を含むものと解した上で、2 文の限定列挙を 1 文の非常措置権の限界として位置づけ、それゆえに、2 文で列挙された以外の憲法条項は、1 文の非常措置権によって侵犯されではならないと結論づけられた<sup>93</sup>。停止に服さず、緊急命令の制限に服さない基本権は、「独裁に服さない (diktaturstfest)」基本権<sup>94</sup>と呼ばれることがある。もっとも、通説によれば、48 条 2 項 1 文に基づいて認められると解された緊急命令は、法律に相当するものとして、法律の留保つきの基本権の制限の根拠となりうると解された（例えば、アンシュッツ）<sup>95</sup>ので、法律の留保つきの基本権については、停止可能な基本権に属しなくとも、緊急命令による介入が正当化される余地が残され

た<sup>96</sup>。このような見解によれば、例えば、法律の定める裁判官による裁判を受ける権利の保障（105条1項）は停止可能な基本権ではなかったが、特別裁判所（＝軍事法廷）を設置することが、緊急命令によって可能であつたし、通商・営業の自由（151条）や契約自由（152条）などについても、同様であつた<sup>97</sup>。

以上のようにみてきた通説に対しては、シュミットおよびエルヴィン・ヤコビ（Erwin Jacobi）の見解が対立した。その論争については、先行研究で紹介と分析がほぼ尽くされている<sup>98</sup>ので詳しく扱わないが、シュミットは、1文の非常措置権と2文の基本権停止権を区別した上で、2文の限定列举は1文の非常措置権を限定する意味をもたず、1文の非常措置権に従って2文で列举された条項以外の憲法条項の侵犯も許されると解した<sup>99</sup>。このような区別は、フーバーによれば、基本権の効力の一般的停止（2文）と、個別の場合における基本権の具体的な「破毀（Durchbrechung）」（1文）の区別に基づくものであつて、第一次大戦期における実行に基づいていいるといわれる<sup>100</sup>。この「破毀」がいかなることを意味するかについて、シュミット自身の説明によれば、「憲法破毀（Verfassungsdurchbrechung）」とは、「一つまたは複数の、特定の場合についての憲法法律規定の侵犯であるが、例外としてなされる侵犯、つまり、破棄された規定がその他の点では依然として変更されずになお効力を有し、永続的に廃止されることも一時的に失効される（停止される）こともないという前提の下でなされる侵犯である」とされている<sup>101</sup>。

以上のような学説上の対立があるなか、ヴァイマル憲法の実際の運用においては、2文で列举された条項以外の憲法条項も、1文の非常措置権の行使による強度の介入にさらされてきた。そのような運用に対して、ライヒ裁判所の判例は、特別裁判所の設置（103条3項）、経済的自由の制限（151条3項）、契約自由の制限（152条1項）の規定にいう「法律」に代わる緊急命令によって、大統領が法律の留保つきの一けれども、48条2項2文によれば停止可能とはされない—基本権を制限することを認めてきた<sup>102</sup>。そのことからすれば、停止可能な基本権の限定という、ヴァイマル憲法48条2項の独裁権に対する

防壁の一つには、憲法破棄権という、シュミットのような際どい理論構成をとらない場合であっても、基本権停止を伴わない特例的制限の余地を緊急命令に残すことによって、実質的には穴があいてしまっていたといえる。そのことは、アンシュッツのような通説的見解にも、あてはまる。

このようにみると、判例・通説は、停止可能な基本権の限定という立場をとることによって、停止を伴わない—緊急命令による—特例的制限を前景に押し出したといえる。そのような特例的制限にも限界を設けるという課題にドイツが本格的に取り組むことになったのは、基本権停止の規定をもたなくなつた戦後基本法の下で、しかも、1960年代になってからであった。

## 2. 非常事態における基本権の特例的制限

### (1) ドイツ連邦共和国基本法における基本権の特例的制限

#### ① 基本法制定時における基本権停止の継承？

前章で検討してきた、基本権停止の憲法構造は、戦後の基本法においていかなる帰趣を辿つたであろうか。

1948年から49年にかけての戦後ドイツ基本法の制定に際して、当初の草案では、非常事態条項が設けられていた。基本法の原案となったヘレンキームゼー草案111条がそれであり、特に基本権の停止については、その3項で次のように規定されていた。

「差し迫った危険によって連邦の存立またはその自由で民主的な基本秩序が脅かされているときは、法律によって、法律制定機関に支障ある場合には、第1項による命令によっても、意見表明の自由（7条1項）、プレスの自由（7条2項）、集会の自由（8条）、および結社の自由（9条）の基本権、並びに、郵便の秘密（11条）の基本権は、

期限付きで (befristet) 失効されうる (außer Kraft gesetzt werden können)。その法律または命令においては、その停止された基本権を条文とともに示さなくてはならない。命令は、それが 1 項 3 文に従って承認された場合でも、連邦議会またはその常任委員会の議決に基づいて、失効する。」(ヘレンキームゼー草案 1 1 1 条 3 項)

この第 3 項は、緊急命令権について定めた 1 項を受けたもので、基本権の停止のために法律または緊急命令という形式が要求されている点、また、停止可能とされた基本権の数が減っている点、さらに、実質要件（「差し迫った危険によって連邦の存立またはその自由で民主的な基本秩序が脅かされているとき」）がより限定されている点で、ヴァイマル憲法 4 8 条 2 項と比べれば、抑制的な内容であったといえる。

その草案を作成したヘレンキームゼー会議の第 1 作業部会では、委員の大多数が基本権停止条項の挿入を支持し、その際、「民主政国家には、その存在および本質的特徴の防衛のために必要な武器を拒絶されてはならない。」という考えが表明された。ただ、かかる賛成意見にあっても、基本権の停止をより厳格な要件に服せしめることが前提とされ、また、人間の尊厳条項はおよそ停止しないと考えられていた。このような賛成意見に対しては、危機への対処は、通常の警察的手段で十分であるという反対論もなかったわけではないが、少数にとどまった<sup>103</sup>。

このような審議を踏まえた、1948年8月28日の第7回全体会議では、ナチス独裁体制の確立に緊急命令権がいかなる寄与をなしたかが緊急命令権の再生の可否をめぐって争われ、非常事態条項について比較的詳細な論議をもたらした。ただ、基本権の停止については、緊急命令権の導入について一ナチス独裁体制の確立を容易にしたという見方の下反対論を展開したハンス・ナヴィアスキー (Hans Naviaasky) も、基本権停止条項に別問題として捉えていた<sup>104</sup>。

以上の経過を経て、憲法会議報告書では、「多数は、徹底的な議論の後、緊急命令権、および、法律またはいざという場合には緊急命令によっても政治的

基本権を停止できることについて賛成した。しかし、なされた提案は、非常事態権限を狭い要件に拘束し、民主的な諸機関の協力をできるだけ確保し、緊急命令の実行に簡単に結び付く、不都合な状態を、可能なかぎり防止した。」と報告され<sup>105</sup>、上述のヘレンキームゼー草案 111 条が成立することになったのであった。

その後、議会評議会の審議では、その案に変遷がみられるものの、原則問題委員会における第 4 読会までは非常事態条項が維持され、そこにおいて基本権の停止も一貫して予定されていた。けれども、1949 年 5 月 2 日の一般編纂委員会において、理由が述べられることなく非常事態条項の削除が提案され（社会民主党（SPD）、キリスト教民主同盟（CDU）および自由民主党（FDP））、5 月 5 日の主要委員会では、その問題が詳しく討議されることなく、その条項が削除されることになった<sup>106</sup>。他方で、立法緊急事態に関する条項<sup>107</sup>は、非常事態条項とは別に成案に至った（基本法 81 条）。

ウルリッヒ・ショイナー（Ulrich Scheuner）によれば、非常事態条項については、「法制化の可否の問題よりも、法制化の方法について議論の余地があった。総じていえば、その問題には中心的意義が認められなかった。」<sup>108</sup>といわれたが、非常事態条項がほとんど理由付けと討議がないままに削除された動機については必ずしも事実関係が明らかではなく、それゆえに見方に対立が生じた。一方で、ユルゲン・ザイフェルト（Jürgen Seifert）は、「もって、憲法制定者は、明確な決定をした。基本法は、なんらかの仕方で有名なヴァイマル憲法 48 条を想起させる、非常事態の権限を含まないという決断である。」<sup>109</sup>という。かかる見解は、ヴァイマル憲法 48 条 2 項の教訓から非常事態規定の導入をおよそ否定したことを基本法制定者の意図とみるものであろう<sup>110</sup>。このような見解に対して、シュテルンは、『本来の』非常事態法を当初は規律しないでおいたのは、それを欲しなかったからでないし、およそ不必要であると考えたからでもない。そうではなく、多くの提案された規律草案があつたにもかかわらず、最終的に一致をみなかつたからである。」<sup>111</sup>という。かかる見方からすれば、非常事態規定の導入の必要は認めるが、具体的な規律内容に一致が成

立しなかったので規律を見送ったということになろう。そのように一致をみなかつたとしても、非常事態条項がほとんど理由付けと審議がないままに削除されたことは不思議でもあるが、シュテルンは、「このような異常な経過となつた理由は、従来の研究の状況によれば、解明されていない。その理由は、推測されうるに過ぎない。」<sup>112</sup>と述べ、いくつかの事実上の手掛かりを挙げるにとどまっている<sup>113</sup>。

このように二つの見方があるが、いずれにせよ、ドイツ連邦共和国が占領下にあつたことがなんらかの影響を与えたと推察され<sup>114</sup>、特に、安全保障の責任が占領国によって担われていたという背景が非常事態条項を設ける必要性を低め、かつその条項を設けないという決定をより容易にしたと考えられる<sup>115</sup>。

結局のところ、1949年5月23日に制定されたドイツ基本法は、その制定当初から非常事態条項をもたなかつた。それに伴つて、プロイセン憲法111条からヴァイマル48条2項2文に至るまで継がれてきた、非常事態における基本権停止の条項は、戦後に制定された基本法において姿を消すことになったのであつた。

ちなみに、基本法制定後に制定された州憲法は、非常事態条項を有している場合にも、基本法と同様に、基本権停止条項を有していない（1950年6月28日のノルトライン・ヴェストファーレン州憲法60条、1951年4月13日のニーダー・ザクセン暫定憲法35条、および、1953年11月11日のバーデン・ヴュルテンベルク州憲法62条）。そのことは、基本法制定前に制定された、いくつかの州憲法が基本権停止条項を有していたことと対照的である（1946年12月1日のヘッセン州憲法125条、および1946年12月2日のバイエルン州憲法48条）<sup>116</sup>。この点にも、基本法制定後に基本権の停止が陰を潜めてゆくという趨勢を見ることができるかもしれない。

さて、基本権の停止の規定を有しない基本法の下、アンドレアス・ハマーン（Andreas Hamann）は、1958年の論文において、基本法下における基本権の停止の可否について、次のような議論をしていた。まず、ハマーンは、基本権の停止と制限の区別を次のように説明した。「基本権の停止（…）を、単

なる制限とみなすことはできない。停止が続いている間、…それに関する基本権は、少なくとも実際上実在しない、すなわち、“実を失った権利 (nudum ius)” に格下げされる」<sup>117</sup>。かかる区別の上で、ハマーンは、基本権の本質的内容の保障（基本法 19 条 2 項）は、「基本権の制限、すなわち、部分的な現実化阻止のみを許し、その完全な除去を許していない。」、「我々の現行憲法が基本権の停止と制限の間の区別を誤認しなかつたことは、私見によれば、基本法 117 条 1 項および 2 項が示している。そこで扱われた（その間に時代遅れになった）二つの例外の場合においてのみ、我々の基本法は、基本権の停止を許している。」<sup>118</sup>と述べたのであった。ここで挙げられた 117 条とは、経過規定として男女同権（基本法 3 条 2 項）および移転の自由（11 条）に抵触する法律が暫定的に有効であることを認める規定である。このように、ハマーンは、基本法の下で基本権の停止を否定したのであった。

また、コンラート・ヘッセ（Konrad Hesse）も、基本法下では、基本権の停止をなしえないという考え方であったと推察される。というのは、基本権停止を可能とするためには基本法改正を要すると論じていた<sup>119</sup>からである。もっとも、ヘッセは、憲法改正論としては、基本権の停止についても視野に入れ、それを法制化することは基本権の本質内容の保障に抵触しない—それゆえに、憲法改正の限界を超えるものではない—と考えていた<sup>120</sup>。かかる見解は、ハマーンの議論との対比において、非常事態における、基本権の停止と本質内容保障の関係という根源的な論点の所在を明るみに出しているといえよう。

## ② 1968 年の基本法改正における基本権の特例的制限

**特例的制限への「転換」** 以上に垣間みられる学説状況の下で、1960 年代の基本法改正はどこへに向かっていったであろうか。

非常事態における、基本権の保障にとって最大の転機となったのは、非常事態条項に関する、1960 年代の基本法改正の過程であった。その過程は、10 年弱、5 つの草案の検討にもわたるものであった<sup>121</sup>が、非常事態における基本権のあり方にとって特に重要な転機をなしたのは、1960 年のシュレーダー草案（Schröder-Entwurf）—政府提出による最初の政府草案—であった。

同草案 115a 条では、「例外状況 (Ausnahmezustand)」—「連邦若しくは州の存立または自由で民主的な基本秩序にとって切迫し、かつ 91 条の手段ではもはや対処できない危険」—が原則的に連邦議会によって議決され、かつ連邦大統領がその議決を公布することを要件として（1 項）、「例外状況」の間に限って、連邦政府が法律に代わる命令を発することが認められていた（4 項）。この命令では、「例外状況の間につき、5 条、8 条、9 条、11 条および 12 条を、それ以外の場合に予定される限度を超えて制限する (einschränken)」こと、および、自由剥奪について一定期間内における裁判官の手続的関与を保障した 104 条 2 項および 3 項を「失効させる (außer Kraft setzen)」こと（4 項 2 号 a）、さらに、14 条 3 項に拘束されない公用収用の場合、補償の種類と範囲を後日に規律すること（4 項 2 号 b）ができる。政府の提案趣旨説明では、これら条項は、次のように説明された。

「危険の除去のためには、例外状況の間につき、それ以外の場合に予定される限度を超えて個々の基本権を制限することが必要となりうる。基本権の制限の権限は、あらゆる非常事態規律の本質的メルクマールに属する。第 2 号は、明示的に列挙された諸基本権に関して、相当する権限を保障する。」<sup>122</sup>

この条項は、非常事態における基本権保障にとって重要な転機であったといえる。というのは、この草案では、それまでのドイツ憲法史において常にみられた、非常事態における基本権停止の枠組みが、上述の 104 条 2 項および 3 項の手続保障を「失効させる」ことが予定されていたという点を除いて姿を消しているからである。そして、この条項では、通常時との関係で、「それ以外の場合に予定される限度を超える制限」という表現が用いられるが、このような制限は、基本権の停止を伴わない、基本権の特例的制限を意味している。

それ以降の草案では、上述の 104 条 2 項および 3 項を「失効させる」という文言もまた姿を消し（ヘッヒヤール草案 115b 条 2 項 d 号）<sup>123</sup>、以降は、非常事態における特例的制限が基調となった。そのような経緯は、非常事態に

における基本権保障の憲法構造のいわば「転換」であったといいうる。

なお、非常事態における特例的制限の根拠となる法形式について、ここで補足しておきたい。1960年のシュレーダー草案は、連邦政府による緊急命令を予定していたが、1965年のベンダ草案、また、1967年のリュッケ草案を経るなかで緊急命令の制度が次第に姿を消し、法律の留保原則が非常事態における特例的制限の領域にも貫徹されるようになった<sup>124</sup>。その背景には、議会が活動不能となる場合に備えて小規模な委員会（「合同委員会」（基本法53a条1項および2項））に議会の立法機能を代替させようとする試みがあつた<sup>125</sup>こと、また、かなり広い立法委任という例外があつたことには注意しなくてはならないが、ともあれ、非常事態における特例的制限も、通常時における制限の場合と同様に、法律の留保の下に置かれることになったのであった。

**特例的制限の憲法構造の分化** 以上のように、非常事態における特例的制限の憲法構造が基調となつたが、非常事態特例的な制限の留保が一般条項化されることはなかつた。むしろ、非常事態特例的な制限に関する憲法的規律は、次のように、非常事態の区別に応じ、かつ個別基本権ごとに、構造分化しながら厳格規律化していった。こうした点は、ドイツ憲法史における過去の憲法との対比からも、また、比較憲法的にみても、ドイツ基本法の非常事態規定の特徴を成している。

**i. 非常事態の区別** かかる厳格規律化にとって重要な契機は、1962年のヘッヒャール草案以降、非常事態が脅威の源泉の内外の別に応じて、「外的非常事態 (außerer Notstand)」と「内的非常事態 (innerer Notstand)」に区別されたことである。前者は、1968年の法務委員会案以降、さらに、「防衛事態 (Verteidigungsfall)」（基本法115a条）およびその前段階を意味する「緊迫事態 (Spannungsfall)」（80a条）に、基本法上区別されたのに対して、後者は、自然災害および重大事故災害に関する「災害事態 (Katastrophennotstand)」（35条2項）、および、内政上の危機状況を意味する「狭義の内的非常事態」（または「狭義の国家非常事態 (Staatsnotstand im engeren Sinne)」）（91条）に講学上分けられることになった<sup>126</sup>。かかる

区分は、非常事態特例的な制限の可能性と限界に関する規律を分化させ精緻化させることの前提となった点において重要であった。そのような規律法は、「厳格規定型」—「緊急権を厳格な規律の下に拘束し、かつそれを広範なコントロールに服せしめる」規定方式<sup>127</sup>の制度形成にとっての基盤となった。

**ii.個別基本権への分化** 以上のような非常事態の区別を前提として、さらに、それぞれの非常事態の特性に応じて必要かつ許容されると判断された特定の個別基本権についてのみ、非常事態特例的な制限の留保が明文化されることになった。

外的非常事態については、1968年の基本法改正によって、まず、防衛事態において、「事態が必要とする限度において」、法律で次のことを定めることができることとされた。すなわち、公用収用に対する損失補償について、通常時の規律（基本法14条3項2文）とは異なる暫定的規律をすること（115c条2項1号）、また、自由剥奪に際して保障される裁判官審査の期限（104条2項3文および3項1文）を適用することができない場合のためにその期限を最大4日にまで延長すること（115c条2項2号）である。

さらに、防衛義務者に対して、文民保護を含む防衛のために、軍隊における給養、公行政、または文民の給養の分野における非軍事的な役務給付を義務づけること（12a条3項）<sup>128</sup>、また、その分野の従事者の職場変更を禁止すること（6項）<sup>129</sup>、さらに、一定年齢の女性に対して、医療・衛生施設における非軍事的役務を義務づけること（4項）<sup>130</sup>などが、法律によってまたは法律に基づいてできることとされた。このような非常事態特例的な制限留保の規定が特に設けられたのは、伝統的・一般的な役務給付義務に関して従来からあった12条2項1文が非常事態特例的な基本権制限の根拠にもなりうるという見解に疑問があったからで、かかる疑問を解消するために、非常事態特例的な基本権制限の留保規定を明文化し、その制限の限界を明らかにすることが選択された<sup>131</sup>。

内的非常事態については、1968年の基本法改正によって、「連邦若しくは州の存立若しくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止す

るために必要な場合、…自然災害若しくは特に重大な事故に対処するために必要な場合」における、移転の自由の基本権の制限規定が基本法11条2項に追加された。改正前の11条2項において、移転の自由が「可罰的な行為を防止するために」制限されうることが予定されていたが、これを根拠にして故意が立証できない場合にも特定の禁止区域に立ち入ることを禁止できるかどうか疑問の余地があったので、1967年のリュッケ草案の91条3項では、非常事態特例的な制限の可能性が明らかにされ<sup>132</sup>、それが最終的には、11条2項への追加として決着をみたのであった。

**特例的制限に対する制限の実効性？** 以上のように、1968年の基本法改正の過程においても、非常事態における基本権停止の規定は姿をあらわすことがなく、むしろ、非常事態における特例的制限が基調であることが、より明確になった。かかる基礎に立って、非常事態においても基本権を最大限に保障するために、その制限の許容性および限界を（形式的意味における）憲法のレベルで厳格に規定しようとしたのであった<sup>133</sup>。

このような規定が実際にいかなる形で運用され機能するのかは、予測にわたる問題とならざるを得ない。ビスマルク憲法68条およびプロイセン戒厳法9b条の運用、そしてヴァイマル憲法48条2項の運用において、非常事態対処の必要性に引きずられる形で基本権停止に対する制限が緩和され、それが乗り越えられてしまう傾向がみられたことは、既に指摘した。1968年の基本法改正以降、非常事態における基本権保障の憲法構造に「転換」があった後も、実体法上の限界設定の厳格化にもかかわらず、また、組織的・手続的な基本権保護（例えば、連邦憲法裁判所による基本権保護手続）が強化されたにもかかわらず、さらに、歴史的な諸条件の変容にもかかわらず、かかる傾向が非常事態法の「本質」として避けがたいのであれば、非常事態における基本権停止がそれを伴わない特例的制限に置き換わったところで相違はないし、また、両者の区別はさほど重要性をもたないことになる。だが、歴史的な現実の諸条件や実定憲法の具体的な規範内容に関わりなく、ア・プリオリに成立する、非常事態法の「本質」なるものが存在するであろうか。

他面、1968年の基本法改正によって、非常事態に関する規定が整備されたにもかかわらず、1970年代のテロリズムに直面して超法規的措置の可能性が語られるようになり<sup>134</sup>、そのような事象は、水島朝穂によって、「緊急権の制度化を極限まで追求しても、『新しい事態』の出現によって制度化の枠を越える遠心・解離的傾向が不可避的に生み出されるという緊急権のアポリア」<sup>135</sup>として説明された。そのようなダイナミズムが「不可避的」であるとまでいえるかは判断を留保したいが、法規範によって把握し尽せない事態が発生する可能性を完全には排除することはできないこと、また、そのような事態が現に生じ、またはその蓋然性が高まった場合には、公権力の担当者が、「不文の国家緊急権の承認に踏み込むか、あるいはその『新しい事態』に照応して制度自体の拡張→改変を繰り返すか」<sup>136</sup>という選択に逢着することになることも確かである。非常事態における基本権の保障にも、同様の問題がある。はたして、超憲法的な国家緊急権の行使として、基本法が予定した限界を超えるような、基本権の特例的制限が呼び出され、さらには、基本権の停止が呼び戻されることが、今後ありうるのであろうか。

## **(2) 非常事態における基本権の特例的制限の憲法構造**

さて、1960年代の基本法改正の経緯には、非常事態における、基本権の保障とその特例的制限のあり方の断片があらわれている。次に、学説による分析を踏まえて、1968年の基本法改正から現在までの基本法が、非常事態における、基本権の保障とその特例的制限についていかなる憲法構造を有しているかを分析することにしよう。

### **① 基本権の効力の貫徹**

まず大前提になるのは、基本法においては、非常事態における、基本権の停止の憲法構造が存在しないことである。そのひとつの根拠として、プロイセン憲法111条およびヴァイマル憲法48条2項とは異なって、非常事態における、基本権の停止が予定されていない<sup>137</sup>ことが重要である。また、ハマーンの見解にみられるように、基本権の停止が基本権の本質的内容の保障（19条2

項) と抵触する可能性<sup>138</sup>、また、基本法 117 条 1 項および 2 項のみが例外的に基本権の停止を許していること<sup>139</sup>も、挙げることができる。特に前者の論点は、理論的にも重要である。さらには、1960 年代における基本法改正の過程において、シュレーダー草案以降、非常事態特例的な制限が明確な基調となつて、非常事態における基本権停止の規定が設けられなかつたという沿革があつたことも、既に示した通りである。

かくして、基本法の下では、非常事態においても、基本権が—その停止の可能性によって相対化されることなく—効力を有するという憲法構造が基盤となつた。その壮大な体系書において、非常事態における基本権保障にも一節を割いたシュテルンでさえ、基本権停止の概念は、「包括的な憲法上の基本権保護のために、現代の基本権理論にはなじみがない。」<sup>140</sup>と脚注で僅かに触れているに過ぎない。そのことにも、基本法下の基本権学説が、ヴァイマル憲法以前のそれとは異なつて、基本権の停止の法理とは疎遠なものとなつたことをみてとることができる。

そして、かかる憲法構造の下で非常事態関連法律が制定されていることは疑いがない。そのことは、非常事態特例的な基本権制限の根拠である通常法律（いわゆる「確保法（Sicherstellungsgesetz）」）に看取することができる。そのことは、例えば、外的非常事態につき、職業の自由の基本権に対する特例的制限の根拠である役務確保法において、「職場の自由な選択の基本権（基本法 12 条）は、緊迫期および防衛事態にも効力を有する。」という文言で確認的に規定されている（1 条）。また、学説でも、いずれの非常事態においても基本権が効力を有することについて、異論はみられない<sup>141</sup>。

## ② 基本権の特例的制限

### a. 全般的規律

以上のように、基本法は、非常事態においても基本権の効力が貫徹されることを大前提としている。もっとも、非常事態における、基本権の特例的制限の留保が、全般的に一すなわち、すべての非常事態、および、個々の基本権に共通するものとして一明文で予定されていることはない。

むしろ、非常事態における基本権保障に関する、ドイツ基本法の規定は、非常事態の別に応じて、かつ、個別基本権条項のいくつかについて、非常事態特例的制限の留保を明文化している。そのような規律の下では、非常事態の区別に応じそれぞれの個別基本権ごとに、個別・具体的に検討することが必要になってくる（個別的規律の問題として、**b**で検討してゆく）。

かかる規律法の下にあっては、非常事態特例的な制限の留保が基本法で特に明文上根拠づけられているわけではない個別基本権の場合には、非常事態特例的な制限が許されるかどうかが疑わしいものとなる。1967年のリュッケ草案の政府趣旨説明において、（現在の外的非常事態に相当する）「外的な危険の状態において、原則的には、通常時にも増して基本権を制限することはできない。」<sup>142</sup>という原則論が確認されたことは、基本法改正者が非常事態特例的な制限をなるべく限定的な存在として位置づけようとしてきたことを推認させうるから、なおのことである。

もっとも、理論的には、基本権の制限に関する—非常事態特例的な制限の留保条項との関係で—より一般的な留保条項が非常事態特例的制限の根拠としても機能しうること、それゆえに、同一の留保条項が通常時と非常事態とでは異なる適用をみることが理論的には考えられないわけではない。次のような説示は、そのような指摘とみることができる。「非常事態においては、基本権の保証に付加された一般的な法律留保もまた、異なった重みを得る。確かに、それは、通常時におけるのと同様に、一般的および個別的な利益の間の調整の装置であり続けるが、非常事態において脅かされた公の利益は、個人的な利益よりも、しばしばより重みをもつ」<sup>143</sup>。

そのような理論的可能性に合致する憲法運用は、ドイツ基本法の下でみられる。ヘッセは、非常事態関連の通常法律（いわゆる「通常非常事態法律」）によれば、「既に従来から存在している制限留保に基づいて、一連の諸基本権が、通常状態におけるよりもさらに制限されうる。このことは、移転の自由および住居の不可侵の諸基本権について特にあてはまる（参照、基本法17a条2項）。」<sup>144</sup>と述べている。ここでヘッセが特に挙げているのは、通常時から防衛

目的のために移転の自由および住居の不可侵を制限することを認めている基本法17a条2項であり、そのような一非常事態特例的な制限のみに限られない一留保条項が特にある場合には、そこに非常事態特例的な制限の根拠を見出すことは、より容易である<sup>145</sup>。

これに対して、例えば、意見表明の自由の基本権の「一般法律」による制限の規定（基本法5条2項<sup>146</sup>）、屋外集会の自由の法律による制限の規定（8条2項<sup>147</sup>）などが、通常時における基本権制限のみでなく、非常事態における特例的制限の根拠にもなりうるであろうか。政治的な基本権の領域において、非常事態特例的な制限の規定が姿を消していった、1960年代の基本法改正経緯、すなわち、1960年のシュレーダー草案以降、集会の自由、結社の自由、および報道の自由の基本権に関する、非常事態特例的な制限の留保規定がみられた<sup>148</sup>が、これがリュッケ草案をもってついに姿を消したという経緯からすれば、このことは、より微妙な問題となる。この論点は、政治的自由の領域において、非常事態特例的な制限が許されるのか否かという重要問題に属し、潜在化しているのが現状であるようである。

以上のように、非常事態特例的な制限が許されるか否かそれ自体が個別基本権によっては争点になりうるが、それが許される場合において、その制限が法律の留保の下におかれることには争いがない<sup>149</sup>。そのことは、1960年代の基本法改正の過程において緊急命令制度が次第に姿を消し、非常事態においても法律の留保の原則を貫徹させることになったという経緯にも示されている。このことから、非常事態における特例的制限も、法律によるか、法律の根拠に基づいてなされなくてはならないことになった。そのような要請があるので、ドイツ基本法の下では、1960年代の基本法改正の過程と平行して、非常事態関連法律が数多く制定され、非常事態における特例的制限の根拠が定められた。また、その法律において、かなり包括性の高い立法委任がなされていることにも注目しなくてはなるまい。なお、その法律が一般性の要請を充足し、かつ、制限されるべき基本権を挙示しなくてはならない（基本法19条1項）ことも、非常事態特例的な制限に同様にあてはまる。

## b. 個別的規律

以上のような全般的な規律の下、非常事態の分化に対応させて、少なくともいくつかの個別基本権については明確に、非常事態特例的な制限の留保が基本法で定められることとなった。

**i . 外的非常事態** まず、外的非常事態については、そのような例として外的非常事態に関する基本法 12a 条 3 項以下がある。その規定は、職業の自由の基本権（基本法 12 条 1 項 1 文）<sup>150</sup>について、非常事態特例的な制限の留保を特に定めている。他の基本権と同様に、職業の自由の基本権は、外的非常事態においても効力を有し、かつその停止が予定されていない。その上で、非常事態特例的な制限の留保条項である基本法 12a 条 3 項以下が外的非常事態の確定と公布を契機として特別規定として適用され<sup>151</sup>、非常事態特例的な制限が可能となる。かかる憲法構造は、非常事態特例的な制限の留保規定の適用の可能性を非常事態の確定手続に依存させている点で特徴的であり、そこでは、基本権的な地位について、通常時と非常事態の間で厳格な区別が設けられている。

**ii . 内的非常事態** また、基本法の文言と合わせて制定史上の沿革からも、非常事態特例的な制限の留保の存在が明らかになる条項もある。その例として、内的非常事態について、「連邦若しくは州の存立若しくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、…自然災害若しくは特に重大な事故に対処するために必要な場合」における、移転の自由の基本権の制限を定める基本法 11 条 2 項がある。その規定が、内的非常事態について、非常事態特例的な制限—具体的には、禁止区域の決定、強制的な退去・避難措置<sup>152</sup>—の留保を含んでいることは、同条項を非常事態関連規定の一環として挿入した、基本法改正の沿革から明らかになる<sup>153</sup>。そのような事情があるので、この規定は、内的非常事態における基本権の特例的な制限の留保規定として、学説では整理されてきた<sup>154</sup>。もっとも、かかる制限留保規定の適用は、基本法の上では、非常事態の確定に係らしめられているわけではない。その点では、前述の基本法 12a 条 3 項以下とは異なっている。

以上のように、非常事態においても基本権の効力が貫徹されることが大前提とされることになったが、非常事態における特例的制限が一般的に一すなわち、

すべての非常事態、および個々の基本権に共通するものとして一明文で予定することはなされていない。

### ③ 基本権の特例的制限に対する制限

以上のようにして、非常事態特例的な制限が許されている場合に、それに対する制限（「制限に対する制限」）がある。かかる特例的制限に対する制限は、基本法の基本権保障の下では、執行部門に対するものにとどまらず、立法部門に対するものでもあり、この点で、プロイセン憲法・戒厳法およびヴァイマル憲法の下における基本権停止（およびそれを伴う介入）に対する制限が主として執行部に対するものであったことと、対照的である。

基本権の特例的制限に対する制限は、基本権の全般に通用する規律（a）と個別の基本権に通用する規律（b）に区分されうる。その区分に従って、順に検討してゆくことにしよう。

#### a. 全般的な規律

**事態の限定** 基本権の特例的制限は、非常事態という時間的な限定の下におかれる。既に検討したように、基本法は、1968年の基本法改正を通じて、最終的に、非常事態を外的非常事態（防衛事態および緊迫期）、および内的非常事態に区別して、そのいくつかについて実質的要件を定義した。それに合わせて、非常事態の確定・宣言の制度は、非常事態の別に応じて個別化されることになった<sup>155</sup>。そのような制度分化の下で、非常事態における基本権的地位の変動の内容が非常事態の別に応じて分化せしめられている。

**目的の限定** 基本権の特例的制限は、目的によっても限定される。ヘッセがいうように、「正常な憲法秩序の回復という目的は、同時に非常権力の諸措置に限界を設定するのであって、例外的な諸措置は、憲法秩序の回復に役立ち、比例原則に従っている限りでのみ許容される」<sup>156</sup>。かかる目的は、非常事態の区別に応じて、また、いくつかの基本権条項においてより具体的に規定されたので、個別的規律に応じた検討課題となる（この点は、bで個別に検討する）。

**特例的制限可能な基本権の限定？** では、非常事態における特例的制限に服する基本権には、限定があるであろうか。②でみたように、いくつかの基本権

について、非常事態特例的な制限が許されることが基本法で明文化されたことによって、それ以外の基本権については、非常事態特例的な制限が許されないのかどうかという未解決の問題が生ずる。この点については、既に述べたように、非常事態特例的な制限を明文化されたものに限定する意図が1968年改正に至る過程にはなかったわけではない。とはいえ、理論的には、基本権の制限に関する—非常事態特例的な制限の留保条項との関係で—より一般的な留保条項が非常事態特例的制限の根拠としても機能する可能性も残されている<sup>157</sup>。このようにみると、この問題において制限に対する制限があるか否かについて不明確な点が残される。

**比例原則** 上述のヘッセの解説にもみられるように、比例原則—過剰介入の禁止—が非常事態における特例的制限に対する制限として存在することにも異論はない<sup>158</sup>。そのことは、基本権の停止の可能性が予定されていないことの理論的帰結といえるかもしれない。また、制定史上も、例えば、1967年のリュッケ草案の政府趣旨説明において、特に外的非常事態につき、非常事態特例的な制限に関する明文規定（現在の基本法12a条など）を指して、「しかし、このような数少ない基本権制限も、憲法によって、比例性の原則に拘束される。」<sup>159</sup>と説かれていた。

**本質的内容の保障** また、非常事態においても、本質的内容の保障（基本法19条2項）が特例的制限に対する制限であることは、文言（「いかなる場合も」）のみでなく制定史上も明確な根拠をもつ。すなわち、1967年のリュッケ草案の政府趣旨説明では、比例原則に関する上記の説明に引き続いて、「さらに、19条2項の制限は拘束力を有し、それによれば、基本権の本質的内容は、いかなる場合にも侵害されてはならない。」と説明されていたからである。非常事態における、本質的内容の保障は、学説でも一致して承認されている<sup>160</sup>。

### b. 個別的な規律

以上のような、全般的な規律に付け加わるのが、非常事態の別に応じ、かつ、個別基本権の機微に従って調整された個別的な規律である。そのような規律の下で制限に対する制限の憲法構造の分化をみたという点が、ドイツ基本法の非常

事態規定が「厳格規定型」であるゆえんである。非常事態特例的な制限に対する制限の憲法構造は、具体的には、次のように分節化していった。

**i. 外的非常事態** 非常事態特例的な制限の留保条項では、次のようにして、いくつかの基本権の非常事態特例的制限に対して、個別的な規律によってさらなる限定が加えられた。

まず、職業の自由の基本権に対する非常事態特例的制限は、外的非常事態（防衛事態および緊迫事態）が法定の形式的・実質的要件の下で確定された場合に限定され、かつ、非常事態における特例的な制限の目的が「防衛および文民たる住民の保護」（基本法12a条3項）という目的に限定されている。それに加え、人的範囲（兵役義務者〔非軍事的役務給付義務に関して〕（12a条3項）、「18歳から55歳までの女子」〔医療関係における女性の非軍事的役務給付義務〕（同4項））、義務づけ目的業務の範囲（軍隊・文民の給養、並びに公行政〔非軍事的役務給付義務に関して〕（同3項・6項）、医療衛生施設における業務〔医療関係における女性の非軍事的役務給付義務〕（同4項）、義務づけの法形式（公法上の勤務関係への編入は警察・主権的公行政の遂行のために限る〔非軍事的役務給付義務に関して〕（同4項））、義務の内容（女性の武器をもつてする役務への義務づけ禁止〔医療関係における女性の非軍事的役務給付義務〕（同4項））といった側面から多角的に限定が加えられている。このような限定には、ドイツの非常事態憲法の厳格規定型の憲法構造の特徴があらわれている。

目的の限定というアプローチは、基本法17a条2項による、移転の自由および、住居の不可侵の基本権の特例的制限についてもとられており、その目的は、ここでも「文民たる住民の保護を含む防衛」という形で特定されている。

また、基本法115c条において、自由剥奪について手続保障の下限が設定されていること、損失補償に関する非常事態特例的な規律が暫定的なものに止められていることも、非常事態特例的な制限に法的限界を画するものとして注目しなくてはなるまい。

**ii. 内的非常事態** 内的非常事態については、既にみたように、移転の自由の基本権の非常事態特例的な制限の留保規定である11条が、「連邦若しくは

州の存立若しくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するため」、そして、「自然災害若しくは特に重大な事故に対処するため」という形で基本権制限の目的を限定している点は、上記の12a条3項および17a条2項と同様のアプローチである。

また、外的非常事態の問題でもあるが、労働条件および経済条件の維持促進を目的とする団体がそのために行う労働争議に対して、非常事態の諸措置（役務給付義務の賦課、軍隊の出動など）を向けることは許されない（9条3項3文）こととされる。これは、「非常事態において、団結の自由は、3項3文（…）が明らかにするように、追加的な制限の下にはない。」<sup>161</sup>ということを意味する。こうした規律は、個別の規定よって非常事態特例的な制限に対して絶対的な限界を設定するものとして独特的の意義を担っている。

## おわりに

### （1）ドイツ憲法史上の非常事態における基本権保障の発展傾向

本稿では、非常事態における基本権保障につき、近代以降のドイツ憲法制度史の略歴を辿ってきた。その際、法制史研究として耐えうるまでに一次資料による検証を重ね、また、事実関係の詳細を解明することで検討を詰めることは全くできなかった。ただ、非常事態における基本権停止と特例的制限の異同とはいかなるものであろうかという本稿の中心的な問い合わせとの関係で、次のように歴史的発展傾向を総括することで、さしあたっての区切りとしたい。

ドイツ憲法史において、非常事態における基本権停止は、当初は、「外見的立憲主義」であったとはいえ、立憲主義の成立に伴い、戒厳と結び付く形で、「憲法に従つた基本権停止」へと憲法制度化を遂げてゆくことになった。憲法制度としての、非常事態における基本権停止の憲法構造は、プロイセン憲法111条および戒厳法、そして、ビスマルク憲法68条の下で戒厳法が継承されたこ

とを経てヴァイマル憲法48条2項に至るまで、若干の変容を被りながらも基本的な憲法構造として維持されてきた。そのことから、非常事態における基本権への介入に際しては、より強力な手段としての基本権停止が前面に存在してきた。

しかし、非常事態における基本権停止は、1949年の基本法制定に際して、その動機は定かではないが、憲法から姿を消すことになった。その後、1968年の非常事態関連規定の基本法への挿入に際しては、非常事態における基本権停止が予定されることとはなかったので、基本権停止を伴わない特例的制限が前面に出てきた。この場合、その特例的制限の憲法構造は、非常事態の区別に基づいて、個別基本権ごとの構造分化を遂げた。かかる構造分化において、「制限に対する制限」の局面における厳格規律化が顕著であり、また、精神的自由の領域における特例的制限の明文化の忌避、それに伴って、非常事態における基本権の特例的制限を事項的に限定しその憲法構造を部分領域に止めようとする傾向がみられる。

以上のような発展傾向を俯瞰した場合、そこには、ドイツ近現代憲法における、非常事態における基本権停止から、基本権停止を伴わない特例的制限への基盤的な憲法構造の「転換」、また、かかる「転換」の下における憲法構造の分化・厳格規律化、さらには、部分領域への限定という傾向を看取することができる。

このような発展が「外見的立憲主義」から出発したドイツ立憲主義の一般的な発展傾向といかなる関係にあるかは、憲法史上興味深い課題である<sup>162</sup>。また、ドイツ国内法のかかる発展のなかに、ヨーロッパ人権条約、そして、国際人権規約による国際法的発展がいかに交錯してくるかという問題も、徹底的な研究を要する課題である。とりわけ、非常事態における人権のデロゲーション(derogation) — ドイツの文献では、しばしば、これもSuspensionと表記される — が非常事態における基本権停止および特例的制限といかなる関係に立って国際法と国内法の法構造の交錯が成り立っているかは、大きな問題である。より立ち入った研究については、今後の課題とせざるを得ない。

## (2) ドイツ憲法史上の非常事態における基本権保障の法構造

本稿では、以上のような歴史的俯瞰を踏まえて、ドイツ憲法における非常事態における基本権保障の憲法構造を、基本権の停止と特例的制限について、その異同の対照を可能とするように分析してきた。その分析は既に本文で終えているので、ここでは要点を挙げつつ、特に注意されるべき点について補足することでまとめたい。

① 非常事態における基本権停止には、超憲法的基本権停止と憲法に従った基本権停止がある。憲法に従った基本権停止は、憲法制度として予定されている点において、非常事態における、基本権の特例的制限と共通する。本稿が主題としてきたのは、憲法制度としての非常事態における基本権停止および特例的制限である。

② また、基本権停止は、ドイツ憲法の場合には、基本権停止行為という—非常事態宣言とは別の一独自の法行為によってなされ、その行為に引き続いてなされうる、本来基本権によって保護されていた範囲への非常事態特例的な介入（集会禁止措置、検閲など）とは区別されつつ、一連のプロセスを成している。このような【基本権の停止→介入】というプロセスは、基本権停止を伴わないで基本権によって保護された範囲への非常事態特例的な介入をするというプロセス（【基本権の停止なし（＝基本権の効力の維持）→介入】）とは異なる。いずれの介入も「制限」と呼ぶことは不可能ではないし、いずれも非常事態特例的な介入ではあり、いかなる用語で両者を区別するかは悩ましいが、本稿で「特例的制限」と呼称し、「停止」との対比で分析してきたのは、後者のことであつた。

③ 非常事態における基本権停止と、それを伴わない特例的制限の憲法構造は、非常事態においても基本権が効力を有するという前提に立ちつつも、非常事態における基本権保障に関する例外法の体系の下に位置している点、また、基本権に対する介入領域の拡張をもたらす—換言すれば、個々の基本権の保障

を縮減する一点において共通している。そのような例外的な憲法構造は、非常事態の対処を目的とした、一時的・暫定的な憲法構造である。

④ 非常事態における基本権停止と特例的制限の憲法構造には、いずれにも、非常事態という事態、通常の憲法状態の回復という目的、および、停止または特例的制限が可能な基本権という観点からの法的限界が憲法制度上組み込まれている点で共通する。

⑤ けれども、非常事態における基本権停止と特例的制限の憲法構造は、次の点に違いがある。非常事態における基本権停止は、非常事態において基本権の効力を一時的に失わせるものであるのに対して、非常事態における、基本権の特例的制限は、非常事態においても基本権の効力を維持した法状態の下でなされる。その結果として、公権力の介入権限に対する制限のあり方に質的な違いが生じる。

⑥ その具体的な違いは、基本権規範からいかなる効力が導かれるかに依存する。プロイセン憲法からヴァイマル憲法までであれば、執行部門—特に執行権の委譲を受けた軍隊—との関係における、法律による行政の原則—また、法律で定められた法原則（例えば、警察比例原則）—の効力の有無としてあらわれた。これに対して、基本法の下では、基本権の効力に大幅な拡充と転換があつたので、さらなる要素が付け加わる可能性がある。かりに基本法の下で基本権停止が予定されていたとすれば、法律による行政の原則の一時失効という伝統的な内容に加えて、立法部門との関係も視野に入れた上で、憲法上の比例原則の効力の停止も理論的帰結として考えられるし、また、基本権停止については、ハマーンが着眼していたように、本質内容保障と根本的な抵触を来たす可能性も検討されなくてはならない。もっとも、シュテルンが基本権停止の概念は、「包括的な憲法上の基本権保護のために、現代の基本権理論にはなじみがない。」と述べたように、非常事態における基本権停止が予定されていない現行基本法の下では、基本権停止の法的效果に関する解釈学説がみられないで、このことは理論的な推測の域を出ない。

なお、以上①から⑥までに示した異同は実体的な特徴に関するもので、非常事態における基本権保護の組織・手続に関する問題までを視野に含むものではない。例えば、非常事態における基本権停止または特例的制限の要件である、非常事態の布告権の所在およびその行使手続き、また、非常事態における基本権停止または特例的制限が法的な限界を踏み越えた（または、踏み越えるおそれがある）場合における、議会や裁判所によるコントロールや救済の権限や手続きについては、別途の検討に委ねなくてはなるまい。

### （3）日本における国家緊急権論・非常事態法論への示唆

以上を踏まえて、日本の憲法学における国家緊急権論にとっていかなる示唆が得られるであろうか。

① まず、本稿では、ドイツ憲法における、非常事態における基本権停止と特例的制限の憲法構造の区別を示したが、そのような区別が、一般憲法学上の有意義な区別でありうるかは判断を保留するとしても、日本国憲法の解釈および政策にとって、かかる区別は、有意味な区別である。日本国憲法解釈に即した理由は、本稿冒頭で既に示した通りであるが、とりわけ、ドイツ憲法史との交錯点として次の点があると考えられる。すなわち、日本国憲法制定に際して、非常事態における、臣民の権利の停止を定めた非常大権規定（明治憲法31条）の導入が否定されたが、その規定は、プロイセン憲法に由来する戒厳規定（明治憲法14条）一その実施法である戒厳令とともに、臣民の権利停止を予定していた一と重複した密接な関連を有するものであった。このことからすれば、日本国憲法の制定によって、日本法もまた、プロイセン憲法以降の基本権停止の伝統からの決別を成し遂げたといいうる。

このような区別をより明確に踏まえた議論へと展開してゆくことは、日本の国家緊急権・非常事態法に関する、憲法の解釈論および政策論の精緻化に途を開く。本稿冒頭で論じたように、現在の日本国憲法は、非常事態における、超憲法的な基本的人権の停止はいうまでもなく、憲法に従つた、基本的人権の停止も許していないものと解される。そのような日本国憲法の下で、現在の非常

事態関連法律、例えば、災害対策基本法、武力攻撃事態対処法、国民保護法などを憲法適合的に位置づけるならば、これらを基本的人権の停止を予定する法律であるとは解することはできない<sup>163</sup>。また、武力攻撃事態対処法、国民保護法の法律制定時にも、その可否および限界が問題とされたのは、非常事態における、基本的人権の停止ではなく、いくつかの条項に根拠規定が設けられたにとどまる、基本的人権の特例的制限の方であった<sup>164</sup>。

このような位置づけからすれば、基本法としての性格を有する武力攻撃事態対処法の総則的規定（第一章）において、「武力攻撃事態等への対処においては、日本国憲法の保障する国民の自由と権利が尊重されなければならず、これに制限が加えられる場合にあっても、その制限は当該武力攻撃事態等に対処するため必要最小限のものに限られ、かつ、公正かつ適正な手続の下に行われなければならない。」（3条4項）という「入念的規定」がおかれていることに、理論的に重要な含意を読み取ることができる。それは、基本的人権が効力を有することを前提としてそれを最大限に尊重しようとした憲法13条の趣旨が武力攻撃事態においても妥当するという意味合い、また、武力攻撃事態において基本的人権の停止が予定されていないという含意である。

また、上記の解釈論上の区別の視点は、翻って、今後の法政策論の次元でも、明確に意識される必要がある。提案された法律案または憲法改正草案が根拠づけようとしているのが、非常事態における、基本的人権の停止なのか、停止を伴わない特例的制限に止まるのかは、その政策論上の当否を考える上で、憲法的に重要なチェックポイントだからであるし、また、制定後の憲法解釈にとっても意味をもつからである。

② 日本国憲法の解釈および政策にとって中心問題となりうるのは、基本的人権の停止ではなくて、停止を伴わない特例的制限の問題の方である。そのようななかで、日本の憲法学における国家緊急権論<sup>165</sup>が蓄積してきた結論およびその根拠づけが、基本的人権の停止を伴わない特例的制限についても妥当するかが精査されなくてはならない。というのは、国家緊急権のポピュラーな定義に基づいて「憲法秩序の一時停止」—基本的人権の停止—をもっぱら念頭にお

いて議論を展開している国家緊急権論も、少なくないからである。その際、非常事態における基本的人権の停止とその特例的制限の異同を精確に踏まえなくてはなるまい。

③ 日本国憲法の解釈において今後焦点となるのは、非常事態における、基本的人権の特例的制限が許されるかどうか、許されると解する場合には、具体的にどの程度まで許されるかという点であると考えられる。というのは、日本の非常事態関連法律では、「武力攻撃事態」、「緊急対処事態」および「災害緊急事態」<sup>166</sup>という、非常事態の区別に応じた法制度の分化の方向性を辿っており<sup>167</sup>、かかる分化の下で、次のような個別基本権ごとの憲法問題が未だに残されているからである。すなわち、i. 非常事態における特例的制限が許される基本権とそうではないものを区別すること、ii. 許される場合には、許容性の有無をいかなる観点および基準で判定するかという問題である<sup>168</sup>。高橋和之が指摘したように、上述の非常事態関連法律は、まさに「事の性質上国民の人権（財産権・居住移転の自由等）の制約を伴うものであり、その規定の仕方と運用が『公共の福祉』により正当化しうる範囲内にとどまるのかどうか、今後の検討課題に残されている。」<sup>169</sup>といえ、かかる課題のためには、非常事態の区別に即し、また、個別の基本的人権の個性に照らした検討を一特例的制限にも服さない基本的人権の確定と根拠づけという本質的な問題<sup>170</sup>を含めて一積み重ねることが不可欠である。そのような関心からは、ドイツ連邦共和国において戦後、特に1968年の基本法改正によって基本権の停止を伴わない特例的制限へと明確な移行がもたらされた過程を経て、非常事態の区別に応じ、かつ、個別基本権ごとに、非常事態における、基本権の保障と制限の憲法構造に分節化が生じたこと、そのことに対応して、総論的な議論では賄い切れない、各論的な機微に属する問題についても、実行および理論が積み重ねられてきたことは、議論の大きな発展の方向性として示唆的であるといえるだろう。

## 注

- 1 クラウス・シュテルン（著）／井上典之、鈴木秀美、宮地基、棟居快行（編訳）『ドイツ憲法Ⅱ』（信山社・2009年）（棟居快行による「はしがき」iii頁）
- 2 Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd.2, 1980, S.1344.
- 3 芦部信喜（著）・高橋和之（補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店・2015年）376頁。
- 4 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂・1995年）621頁。なお、伊藤は、引用部の直前において、国家緊急権を、「戦争、内乱その他が原因となり、國家が緊急・非常な事態におかれたとき国家権力が平常の憲法秩序に厳格に従つてはその事態に対応できないため、憲法秩序を一時停止して非常の措置をとる権限」と定義している。
- 5 「討議報告」公法研究17号（1957年）61頁。
- 6 大石眞『憲法講義I〔第2版〕』（有斐閣・2009年）34頁。
- 7 大石眞『憲法講義II〔第2版〕』（有斐閣・2012年）42-43頁。
- 8 小林直樹『国家緊急権』（学陽書房・1979年）42-43頁。
- 9 「本章ニ掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事変ノ場合ニ於テ天皇大権ノ施行ヲ妨クルコトナシ」（31条）。この規定は、臣民の権利義務を定めた第2章に置かれ、その権利の停止を認めるものであった。
- 10 参照、1946（昭21）年7月15日衆議院委員会金森徳次郎国務大臣答弁。かかる答弁に対して、北浦委員は、政府にそのような権限を付与することについては、同意しながらも、国会に基本的人権の停止権を付与することについて再検討を促している。金森国務大臣の答弁は、直接には“政府による”基本的人権の停止の可否に関する応答であるので、ややかみ合っていない部分が含まれていることに注意しなくてはならない。
- 11 大石『憲法講義II〔第2版〕』42-43頁では、非常事態における、基本的人権の特例的制限の根拠として、不文の法理の可能性を示しつつ、明文の根拠としては、憲法13条の「公共の福祉」が挙げている。
- 12 基本人権の停止までも必要とするような非常事態が現実的なシナリオとしてありうるかを専門的・科学的知見を総動員して判断しなくてはならないが、その際、法律学的方法によって判断に貢献できる部分は、ごく僅かである。
- 13 包括性の高い著作として、小林・前掲書、民主主義研究会『欧米八ヶ国の国家緊急権』（信山社・2000年）、藤田嗣雄『国家緊急権』（国立国会図書館調査立法考査局・1957年）。
- 14 長利一「ドイツ合団事態（Belagerungszustand）法制研究（一）（二・完）」法学論叢123巻5号（1988年）68頁以下、124巻1号（1988年）40頁以下、同「ドイツ国家緊急権史研究」室蘭工業大学研究報告（文科編）41巻（1991年）23頁以下、同「ドイツ近代立憲主義と緊急権」佐藤幸治、平松毅、初宿正典、服部高宏（編）『現代社会における国家と法』（成文堂・2007年）407頁以下、長利一「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」初宿正典、米沢広一、松井茂記、市川正人、土井真一（編）『国民主権と法の支配（上巻）』（成文堂・2008年）所収31頁以下。
- 15 岩間昭道『憲法破毀の概念』（尚学社・2002年）。また、ヴァイマル憲法48条2項については、畠博行「国家緊急権の問題」公法研究17号（1957年）32頁以下、同「ドイツにおける国家緊急権の制度の概観」法学論叢66巻3号（1959年）65頁以下などがある。

- 16 黒田覚「西ドイツ基本法の緊急事態に関する最近の改正草案」*ジュリスト*272号（1963年）53頁以下、影山日出弥「西独『緊急事態法』の問題点」*法学セミナー*149号（1968年）8頁以下、山内敏弘「西ドイツの国家緊急権」*ジュリスト*701号（1979年）33頁以下、水島朝穂「西ドイツ緊急事態法制の展開」*法律時報*51巻10号（1979年）69頁以下、同『現代軍事法制の研究』（日本評論社・1995年）225頁以下、松浦一夫「ドイツの緊急事態法制」*防衛法研究*24号（2000年）49頁以下など。
- 17 *Belagerungszustand, Etat de siège*の邦訳については、「合囲状態（事態）」と「戒厳」という二つの訳語がある。長が指摘するように、「明治憲法上の『戒厳』という漢語的表現も、ドイツ憲法上の用語としてそのまま使用することの当否が問われる」（長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」32頁）ことは確かであり、その点には、注意しなくてはなるまい。もっとも、他面で、「合囲状態」よりは「戒厳」の邦語の方が比較的広く普及し、制度の大まかなイメージを喚起することに適しているので、明治憲法における「戒厳」とドイツにおける*Belagerungszustand*が必ずしも同一ではないことに注意を喚起した上で、本稿では「戒厳」という訳語によることにする。なお、「戒厳」という漢語のルーツについて、詳しくは、北博昭『戒厳』（朝日新聞出版・2010年）15頁以下を参照されたい。
- 18 前史については、次の文献に全面的に依拠しているので、詳細にわたる部分について参考されたい。Vgl. Carl Schmitt, *Die Diktatur*, 6.Aufl., 1994, S.168ff.（カール・シュミット（著）/田中浩、原田武雄（訳）『独裁』（未来社・1991年）192頁以下）；Hans Boldt, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, 1967, S.25ff.また、参考、長「ドイツ合囲事態（Belagerungszustand）法制研究（一）」73頁以下、同「ドイツ国家緊急権史研究」30-31頁、同「ドイツ近代立憲主義と緊急権」409-411頁、水島『現代軍事法制の研究』199頁以下。
- 19 *Loi du 21 octobre 1789 les attroupements ou loi martiale*
- 20 *Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège*
- 21 長「ドイツ合囲事態（Belagerungszustand）法制研究（二・完）」60頁。
- 22 フランクフルト憲法までのドイツにおける戒厳の制度と運用の歴史については、次の文献に全面的に依拠しており、本稿は、基本権の停止に直接関連する限りで、概略を示したに過ぎない。詳細について次の文献を参照されたい。Boldt, a.a.O., S.60ff.長「ドイツ合囲事態（Belagerungszustand）法制研究（一）」84頁以下、同「ドイツ国家緊急権史研究」31頁以下。
- 23 「戦争または内乱の場合には、逮捕、家宅捜索および集会の権利に関する基本権の規定は、ライヒ政府または邦政府により、個々の地域について、一時的に失効させることができるが、以下の各号の条件によってのみできる。
1. その命令は、いかなる個別的な場合においても、ライヒまたは各邦の総理省によって出されなければならない。
  2. ライヒおよび邦の議会がその時に集会しているときは、ライヒの省は、ライヒ議会の同意を、各邦の省は、邦議会の同意を直ちに得なければならない。これらの議会が集会していないときは、その命令は、これらの議会が召集されてなされた措置が承認のために提出されることなしに、14日を超えて続いてはならない。
- 詳細の規定は、ライヒ法律に留保する。
- 要塞における戒厳の公布については、従前の法律の規定がその効力を維持する。」
- 24 長「ドイツ合囲事態（Belagerungszustand）法制研究（一）」92頁。

- 25 Gesetz über den Belagerungszustand vom 4.Juni 1851 (Ernst Rudolf Huber(Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.1, 1961, S. 414ff. (Nr.169))
- 26 長「ドイツ合団事態 (Belagerungszustand) 制法研究 (二)」55頁。
- 27 Vgl. Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.3, 1963, S.1044f.
- 28 長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」40頁。
- 29 長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」31-32頁。
- 30 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.3, S.1050; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.5, 1978, S.46.
- 31 長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」40-42頁。
- 32 Clinton Rossiter, Constitutional Dictatorship, 2002, pp.36-37 (クリントン・ロシター(著) /庄子圭吾(訳)『立憲独裁』(未知谷・2006年) 73頁。本稿における邦訳に際しては同書を参照したが、適宜変更を加えている。以下においても、同様。).
- 33 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.3, S.1052f.; ders., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.5, S.44.
- 34 Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14.Aufl., 1933, S.275f.; Rossiter, op.cit., pp.35- (ロシター(著) /庄子(訳) 前掲書72頁以下). また、参考・岩間・前掲論文20-21頁。
- 35 Ernst Rudolf Huber, Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, in: Festschrift für Werner Weber zum 70.Geburtstag, 1974, S.32.
- 36 Huber, Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, S.32.
- 37 Gesetz betreffend die Einrichtung der Verwaltung in Elsaß und Lothringen (Ernst Rudolf Huber(Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.2, 3. neubearbeitete.Aufl., 1986, S.466ff. (Nr.279)).
- 38 そのような沿革を指摘するものとして、vgl.Stern, a.a.O., S.1308f.; Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, 1981, S.688f.; ders., Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, S.32f.
- 39 Vgl. Anschütz, a.a.O., S.277; Huber, Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, S.31f.; Stern, a.a.O., S.1309f.
- 40 Anschütz, a.a.O., S.288.
- 41 Carl Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, in: ders., Die Diktatur, 6.Aufl., 1994, S.227f. (カール・シュミット(著) /田中浩、原田武雄(訳)『大統領の独裁』(未来社・1987年) 36-37頁。本稿における邦訳に際しては同書を参照したが、適宜変更を加えている。以下においても、同様。).
- 42 「戒厳状態が宣言されていないときにも、戦争または反乱の場合であって、公共の安全にとっての差し迫った危険に際しては、憲法5条、6条、27条、28条、29条、30条および36条、または、その個々は、国家官庁によって、一時的かつ地域的に失効されうる。」(プロイセン戒厳法16条)
- 43 もっとも、そのような違いにもかかわらず、いずれの基本権に対する介入もなされた点で、実行上大きな違いがない。Vgl.Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte

seit 1789, Bd.6, S.715(Fn.47).

- 44 48条の全般については、see Rossiter, op.cit, p.35 (ロシター(著) /庄子(訳)・前掲書71-72頁以下)。また、特に基本権の停止については、参照、岩間・前掲書21-23頁。
- 45 See Rossiter, op.cit, pp.64-65 (ロシター(著) /庄子(訳)・前掲書113頁) .
- 46 Vgl. Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.231f., 238f., 253ff. (シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』44-45頁以下、56頁以下、84頁以下)
- 47 Rossiter, op.cit, p.64(ロシター(著) /庄子(訳)・前掲書113頁).
- 48 もっとも、①の時期の憲法運用において、左翼勢力への弾圧に偏した運用が共和国の右傾化を招いたとされる（岩間・前掲書40-41頁）。
- 49 また、48条2項の運用状況については、引用部分も含め、see Rossiter, op.cit, pp.59-60(ロシター(著)/庄子(訳)・前掲書106頁) また、分析も含め、参照、岩間・前掲書26頁以下、76頁以下。
- 50 Verordnung des Reichspräsidenten Ebert betreffend die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Reichsgebiet mit Ausnahme von Bayern, Sachsen, Württemberg und Baden und der von ihnen umschlossenen Gebiete nötigen Maßnahmen (Ernst Rudolf Huber (Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.4, 3.neubearbeitete Aufl., 1992, S.236(Nr.196)).
- 51 Verordnung des Reichspräsidenten v.Hindenburg zum Schutz von Volk und Staat (Huber(Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.4, S.663(Nr.530))
- 52 Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Huber(Hrsg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd.4, S.665(Nr.532))
- 53 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 9.Aufl., S.100f. (カール・シュミット(著)/阿部照哉、村上義弘(訳)『憲法論』(みすず書房・1974年) 127-128頁。本稿における邦訳に際しては同書を参考したが、適宜変更を加えている。以下においても、同様)
- 54 Schmitt, Verfassungslehre, S.100f. (シュミット(著)/阿部、村上(訳)『憲法論』128頁) .
- 55 Huber, Zur Lehre vom Verfassungsnotstand in der Staatstheorie der Weimarer Zeit, S.33.
- 56 シュミットによれば、「国家緊急権 (Staatsnotrecht) は、極度の、不測の事態において、國家の存立を守り、事の状況に従って必要なことをなすために、行動する力をもつ、なんらかの国家機関が、憲法規定の外で、またはそれに反して、措置を行うことに基づく。」とされる (Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.232f. (シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』46頁)。かかる定義からは、48条2項2文による基本権停止は、憲法上の法制として予定されている点で「国家緊急権」ではないことになる。
- 57 基本権停止との対比によって憲法破棄の本質を解明するシュミットの論理について整理分析を加える先行研究として、参照、岩間・前掲書71頁以下。憲法破棄の概念は、理論的な側面からいえば、「憲法改正あるいは停止の概念を明確化する上で果たした機能」(岩間・前掲書76頁) を有していたといえる。
- 58 シュミットは、ヴァイマル憲法48条2項2文の基本権停止権とは別の権限として、

- 1文の憲法破毀権を構成するという独自の学説の構築に至った。基本権の停止の憲法構造の分析それ自体は、憲法の一般理論に属する分析であって、特異なものではなかったと考えられる。
- 59 Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.224(シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』29—30頁).
- 60 Vgl.Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.224(シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』30—31頁).
- 61 Richard Grau, Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, in: Gerhard Anschtz/Richard Thoma(Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2.Bd., 1932, S.282.
- 62 Carl Schmitt, Diktatur und Belagerungszustand, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1917, S.159.
- 63 長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」40頁。
- 64 Albert Haenel, Deutsches Staatsrecht, 1.Bd., 1892, S. 438; vgl. auch Karl Strupp, Deutsches Kriegszustandsrecht, 1916, S.70.
- 65 Vgl. Strupp, a.a.O., S.70.
- 66 Vgl. Anschtz, a.a.O., S.267ff.; Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.211ff.(シュミット(著)/田中、原田(訳)『大統領の独裁』9頁以下); Grau, a.a.O., S.274ff. また、その対立点を整理分析した邦語文献として、参照、岩間・前掲書53頁以下。
- 67 Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.225(シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』33頁).
- 68 Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.224f. (シュミット(著) /田中、原田(訳)『大統領の独裁』31頁).
- 69 その場合の法律とは、「法治国家の配分原理の理念に合致する、一定の実質的性格」を有する法律である。また、シュミットは、憲法改正によって基本権を廃棄しないことも挙げていた。Vgl. Schmitt, Verfassungslehre, S.176f.(シュミット(著)/阿部、村上(訳)『憲法論』208—209頁).
- 70 Schmitt, Verfassungslehre, S.176(シュミット(著)/阿部、村上(訳)『憲法論』208—209頁).
- 71 Grau, a.a.O., S.284.
- 72 Grau, a.a.O., S.283.
- 73 Anschtz, a.a.O., S.288f.
- 74 Vgl. Boldt, a.a.O., S.148.
- 75 Anschtz, a.a.O., S.288.
- 76 Grau, a.a.O., S.283; Anschtz, a.a.O., S.288.
- 77 プロイセン憲法・戒厳法につき、vgl. Boldt, a.a.O., S.145.
- 78 Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20.Aufl., 1999, S.301(Rdnr.721)(コンラート・ヘッセ(著)/初宿正典、赤坂幸一(訳)『ドイツ憲法の基本的特質』(成文堂・2006年)446頁。本稿における邦訳に際しては同書を参照したが、適宜変更を加えている。以下においても、同様。).
- 79 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.3, S.1048.

- 80 Stern, a.a.O., S.1310; vgl. auch Grau, a.a.O., S. 278; Anschütz, a.a.O., S.278ff.
- 81 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.699ff.
- 82 このようなしきみは、フランスの戒厳制度が、非常事態の宣言の効果として基本権が自動的に効力を停止することを予定していたことと対照をなしている。Vgl. Boldt, a.a.O., S.147.
- 83 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.688.
- 84 Grau, a.a.O., S.279.
- 85 非常措置権全般についての解説として、vgl.Grau, a.a.O., S.280.
- 86 48条2項に基づく大統領命令の典型であった、1920年1月13日の緊急命令では、基本権が「当分の間 (bisauf weiteres)」失効されることが定められ、少なくとも文面からすると一時性の要請が後退しているようにみえる。
- 87 Vgl. Grau, a.a.O., S.281f.
- 88 シュミットは、「警察の諸権限と独裁上の諸権限の間の、この原理的な違いが誤認されていることが、グラウの著書の論述に独特の狭隘さを与えていた。」と批判する (Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.242(Fn.26) (シュミット (著) /田中、原田 (訳)『大統領の独裁』64-65頁)。
- 89 Anschütz, a.a.O., S.288f.
- 90 Boldt, a.a.O., S.145.
- 91 Strupp, a.a.O., S.70. 長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」40頁。
- 92 学説状況については、長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」40頁以下で分析がなされている。本稿では、ごく簡単にしか紹介できなかつたので、そこで挙げられている参考文献も含めて参照されたい。
- 93 Vgl. Anschütz, a.a.O., S.289.
- 94 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.716f.
- 95 もっとも、反対説もあつたし、アンシュツも、後に改説して一部例外を認めている。議論状況の概観については、参照、岩間・前掲書66-67頁。
- 96 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.716f.
- 97 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.716f.
- 98 論争の全体像については、see Rossiter, op.cit, pp.61- (ロシター (著) /庄子 (訳)・前掲書108頁以下)。また、参照、岩間・前掲書53頁以下。
- 99 Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, S.211ff. insbes.240f. (シュミット (著)/田中、原田 (訳)『大統領の独裁』9頁以下特に61頁)
- 100 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.716.
- 101 Schmitt, Verfassungslehre, S.99f. (シュミット (著)/阿部、村上 (訳)『憲法論』127頁)。また、的確な解説として、参照、岩間・前掲書59-60頁以下。
- 102 Vgl. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd.6, S.717(Fn.56).
- 103 Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee Bericht des Unterausschusses I, in: Peter Bucher (Bearb.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949 Akten und Protokolle, Bd.2, 1981, S.229f.
- 104 Plenarsitzungen 23.August 1948, in: Bucher (Bearb.), a.a.O., S.421ff. また、緊急命令権条項に関する議論の経緯については、水島『現代軍事法制の研究』214頁(脚注26)でも、簡潔に要約されている。
- 105 Bericht über den Verfassungskonvent, in: Bucher (Bearb.), a.a.O., S.559.

- 106 BT-Drucks. 5/1879, S.7; Torsten Stein, Grundrechte im Ausnahmezustand, in: Detlef Merten/Hans Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd.1, 2004, S.952 (Rdnr.17).
- 107 その条項は、法律の制定をめぐって政府と議会の間に紛議が生じた場合に、政府が連邦参議院の同意を得て緊急立法することを可能とするものである。これは、ヴァイマル憲法の下でそのような事態が頻発してヴァイマル憲法48条2項に基づく緊急命令が常態化したことへの反省に基づくもので、その48条が有していた問題の一端は、そのような形で克服が目指されたのであった。
- 108 Ulrich Scheuner, Einleitung, in: Carl Otto Lenz, Notstandverfassung des Grundgesetzes, 1970, S.12.
- 109 Jürgen Seifert, Gefahr im Verzuge, 4.neubearbeitete Aufl., 1965, S.15.
- 110 このような見方として、参照、山内・前掲論文34頁。
- 111 Stern, a.a.O., S.1315.
- 112 Stern, a.a.O., S.1315.
- 113 Stern, a.a.O., S.1315f.
- 114 民主主義研究会・前掲書539頁、水島『現代軍事法制の研究』206頁。
- 115 Vgl. Stern, a.a.O., S.1315f. また、参照、山内・前掲論文34頁。山内は、同頁において、当時の西ドイツが「国家緊急権発動の重要な裏付けとなる軍隊を保持していないかった」という点も挙げている。
- 116 戦後の各州における非常事態条項の概観については、さしあたり、参照、民主主義研究会・前掲書539頁。
- 117 Andreas Hamann, Zur Frage eines Ausnahme- oder Staatsnotstandsrechts, DVBl. Heft 12 (1958), S. 407.
- 118 Hamann, a.a.O., S.407f.
- 119 Konrad Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DöV Heft 25 (1955), S.745.
- 120 Vgl. Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, S.745f.
- 121 それぞれの基本法改正草案の邦訳および解説として、粕谷友介「西ドイツ緊急事態憲法の制定過程（一）～（六・完）」上智法学論集17巻1号（1973年）105頁以下、17巻2号（1974年）55頁以下、17巻3号（1974年）125頁以下、18巻1号（1974年）115頁以下、18巻2号（1975年）117頁以下、18巻3号（1975年）83頁以下がある。本稿は、その邦訳を参照しているが、それにはよっていない。
- 122 BT-Drucks.3/1800, S.4.
- 123 「外的危険状態の間につき、自由剥奪に関する、104条2項および3項とは異なるが一週間を超えない期限を、連邦法律によって定めることができる。」（ヘッヒヤール草案115b条2項d号）という文言（BT-Drucks.4/891, S.2）となった。
- 124 なお、州憲法では、一部の州において、緊急命令制度が予定されていることに注意しなくてはならない。
- 125 邦語文献では、参照、百地章「西ドイツの緊急事態憲法」愛媛法学6号（1973年）125頁以下。そこで指摘されているように、「合同委員会の強化と緊急命令権の排除とは密接な関係にあった」（128頁）。
- 126 災害事態を内的非常事態とは別の独自のカテゴリーとして整理しているものもある。参照、百地・前掲論文117頁。
- 127 「一般授権型」「厳格規定型」という分類については、新正幸「緊急権と抵抗権」樋口陽一（編）『憲法と憲法学 講座憲法学（第1巻）』（日本評論社・1995年）

222-224頁による。

- 128 「1項または2項の役務に徴用されていない防衛義務者は、防衛事態において、法律により、または、法律の根拠に基づいて、文民たる住民の保護を含む防衛の目的のために、労働関係において、非軍事的な役務給付の義務を課されうるが、公法上の勤務関係における義務づけは、警察上の任務の遂行、または、公法上の勤務関係においてのみ遂行されうる、公行政の高権的任務の遂行のためにのみ、許される。1文による労働関係は、軍隊において、その給養の分野において、および、公行政において創設されうるが、文民たる住民の給養の分野における労働関係での義務づけは、その生活必需の需要を充足し、または、その保護を確保するためのみ、許される。」(基本法12a条3項)。なお、「1項または2項の役務」とは、兵役またはそれに代わる役務(代役)である。
- 129 「防衛事態において、3項2文に掲げられた分野のための労働力需要を自由意思に基づいては充足することができない場合には、この需要を満たすために、法律により、または、法律の根拠に基づいて、職業遂行または職場を放棄するドイツ人の自由は、制限されうる。防衛事態の発生前には、5項1文を準用する。」(基本法12a条6項)
- 130 「防衛事態において、文民の衛生医療施設および駐在の軍病院における、非軍事的役務給付への需要を自由意思に基づいて充足することができない場合には、法律により、または法律の根拠に基づいて、満18歳から満55歳までの女性は、この種の役務給付のために徴用されうる。その女性に、いかなる場合にも、武器による勤務を義務づけてはならない。」(基本法12a条4項)
- 131 Vgl.BT-Drucks.5/1879, S.18f.
- 132 Vgl.BT-Drucks.5/1879, S.24.
- 133 この点については、「結局、防衛事態における最大限の人権保障という理念は、68年緊急事態憲法においても成功していないといわざるをえない」(山内・前掲論文40頁)という評価もあり、評価が分かれどころであろう。
- 134 Vgl.Meinhard Schröder, Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates, AöR 103/2, S.121ff. また、参照、山内・前掲論文42頁以下、水島『現代軍事法制の研究』206頁以下。
- 135 水島『現代軍事法制の研究』208頁。
- 136 水島『現代軍事法制の研究』208頁。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)所収193頁。
- 137 この点を指摘するものとして、vgl. Kay Windthorst, Der Notstand, in: Markus Thiel(Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, 2003, S.390; Wolfgang Graf Vitzthum, Der Spannungs- und der Verteidigungsfall, in: Josef Isensee und Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.7, 1992, S.446(Rdnr.41); Wolfgang März, Äußerer Staatsnotstand, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3, völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., 2014, S.1014(Rdnr.68). 但し、公用収用および自由剥奪に関して非常事態特有の手続的規律を許容する115c条2項の理論的な性格について微妙な点がある。
- 138 Hamann, a.a.O., S.407.
- 139 Hamann, a.a.O., S.407f.
- 140 Stern, a.a.O., S.1344.
- 141 Vgl.z.B. Bruno Schmidt-Bleibtreu/Axel Hopfauf, Art.115c, in: Bruno Schmidt-

Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10.Aufl., 2004, S.2029 (Rdnr.8); Stein, a.a.O., S.971 (Rdnr.66); Michael Kloepfer, Verfassungsrecht I, 2011, S.991(Rdnr.58); Vitzthum, a.a.O., S.446(Rdnr.41); März, a.a.O., S.1014(Rdnr.68).

- 142 BT-Drucks.5/1879, S.16.
- 143 Eckart Klein, Innerer Staatsnotstand, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.12, 3, völlig neubearbeitete und erweiterte Aufl., 2014, S.960(Rdnr.68). 引用部分は、内的非常事態に関するものである。また、クラインは、そのような理は留保が付されていない基本権に関する憲法留保にも妥当するともいう。
- 144 Hesse, a.a.O., S.307(Rdnr.740) (ヘッセ (著) /初宿、赤坂 (訳)・前掲書4 5 5頁) .
- 145 他の学説も、1 7 a条 2 項をそのように解釈してきた。基本法 1 7 a条 2 項が防衛事態における特例的な基本権制限の根拠を含んでいることを前提とした記述として、Vgl.z.B. Stein, a.a.O., S.960 (Rdnr. 36); Schmidt-Bleibtreu/Hopfauf, a.a.O., S.2029(Rdnr.8).
- 146 「これらの権利は、一般法律の定め、少年保護のための法律上の規定、および個人的名誉権によって制限される。」(基本法 5 条 2 項)
- 147 「この権利は、屋外集会については、法律により、または、法律の根拠に基づいて制限されうる。」(基本法 8 条 2 項)
- 148 例えば、1 9 6 5 年のベンダ草案 1 1 5 d条 2 項a号には、外的危険状態につき、集会の自由、結社の自由および報道の自由の基本権に関する特例的制限の規定が残されていた (vgl. BT-Drucks. 4/3494, S.4f.)。
- 149 Jana Hertwig, Staatsnotstandsrecht in Deutschland, in: Andrej Zwitter(Hrsg.), Notstand und Recht, 2012, S.123.
- 150 「すべてのドイツ人は、職業、職場および養成所を自由に選択する権利を有する。」(基本法 1 2 条 1 項 1 文)
- 151 特別規定としての位置づけについては、Vgl. Rupert Scholz, Art.12a, in: Theodor Maunz/ Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 1984, S.16(Rdnr.21ff.).
- 152 vgl. Klein, a.a.O. (Fn.143), S.962 (Rdnr.71); Stein, a.a.O., S.969 (Rdnr.59).
- 153 なお、信書、郵便および通信の秘密に対する、憲法擁護上の目的からの制限を定める基本法 1 0 条も 1 9 6 8 年の基本法改正で挿入されたが、これは直接には非常事態法には分類されない。むしろ、非常事態が発生することを事前に妨げるための、通常時からの制限を予定するものである。Vgl. Klein, a.a.O. (Fn. 143), S.963f. (Rdnr.72);Stein, a.a.O., S.967f. (Rdnr.56).
- 154 Z.B. Hans D.Jarass, Art.11, in: Hans D.Jarass, Bodo Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 7.Aufl., 2004, S.339(Rdnr.10); Stein, a.a.O., S.968f. (Rdnr.58f.).
- 155 基本法では、緊迫事態および防衛事態についてのみ、基本法 8 0 a 条および 1 1 5 a条以降に、非常事態の確定の制度が明文化されている。これに対して、災害事態については、州法で定められている。
- 156 Hesse, a.a.O., S.302f. (Rdnr.724) (ヘッセ (著) /初宿、赤坂 (訳)・前掲書4 4 8頁)
- 157 そのような理論的可能性を前にして、センセーションナルで批判的な見方をすれば、「『補充法』における以上のような、平時または『危険状態』での一定の基本権を制限しあるいは停止する制度が、明文で指示された基本権に限られると考えることはできない。むしろ、これらの基本権を中心にして、基本権保障の憲法上の全構造は『国家目的』－『軍事的必要』により、根底から変化せざるをえない。」(影山・前掲論

文13頁)ということになるのであろう。

- 158 Stern, a.a.O., S.1348; Vitzthum, a.a.O., S.446 (Rdnr.41); Stein, a.a.O., S.971 (Rdnr.66).
- 159 BT-Drucks.5/1879, S.16.
- 160 Vgl.z.B.Hertwig, a.a.O., S.123f.; Stein, a.a.O., S.972 (Rdnr.66).
- 161 Hans D.Jarass, Art.9, in: Hans D.Jarass, Bodo Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 7.Aufl., 2004, S.320 (Rdnr.39).
- 162 「外見的立憲主義」と国家緊急権の関係は、一つの重要な論点である。ドイツ戒厳法と「外見的立憲主義」の関係については、参照、長「ドイツ国家緊急権史研究」23頁以下。同「ドイツ近代立憲主義と緊急権」413頁以下。長の研究は、「緊急権研究の視野をブロイセンB Zやワيمール大統領緊急権の研究枠組み自体の中だけに限定してしまうのではなく、2世紀に亘るドイツ立憲主義の近現代史の全体像のなかで捉え直す」(長「ドイツ『市民的法治国』原理と緊急権」32頁)ことを志すものであり、本稿も問題関心を共有する。
- 163 この点について、理論的に的確な記述を含むものとして、参照、高橋和之『立憲主義と日本国憲法[第3版]』(有斐閣・2013年)422頁。そこでは、正当にも、日本国憲法は、「有事に対処するための法制を法律で定めることまで禁止したと解すべきではなく、人権保障や権力分立を完全に停止するような内容でない限り、特定の場合の人権制限や行政権の強化を法律で定めることは許されよう。いわゆる『有事法制』(『武力攻撃事態法』、『国民保護法』、『米軍行動円滑化法』等から成る)は、かかる観点から吟味すべきものである」と説かれている。
- 164 参照、礒崎陽輔『武力攻撃事態対処法の読み方』(ぎょうせい・2004年)25-26頁、同『国民保護法の読み方』(時事通信社・2004年)20-23頁。
- 165 例えば、大西芳雄「緊急権について」公法研究17号(1957年)1頁以下、岩間・前掲書293頁以下、水島『現代軍事法制の研究』196頁以下、松浦一夫「序論—立憲主義と国家緊急事態」防衛法研究24号(2000年)7頁以下、村田尚紀「立憲主義と国家緊急権論」憲法問題14号(2003年)106頁以下など。また、比較的近時の研究として、参照、井上典之「国家緊急権」長谷部恭男(編)『憲法と時間』(岩波書店・2007年)所収191頁以下、愛敬・前掲論文175頁以下、岡田大助「国家緊急権の導出可能性」比較憲法学研究25号(2013年)123頁以下など。
- 166 なお、警察法第6章の警察緊急事態(71条以下)は、警察組織に関する組織法上の変動をもたらすものにとどまり、現状では基本的人権の保障に直接関わるものではない。
- 167 そのような方向性は、かりに一般条項型の非常事態条項が憲法改正によって挿入された場合であっても、法律レベルで踏襲される予想される。
- 168 災害対策基本法における災害緊急事態の制度については、中山倫太郎「災害対策基本法の災害緊急事態制度の趣旨、構造および課題」防衛大学校紀要(社会科学分冊)108輯(2014年)59頁以下、同「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)109頁以下で、問題提起と解決の手掛けりを示した。
- 169 高橋・前掲書58頁。
- 170 そのような問題に立つものとして、愛敬・前掲論文175頁以下、稻葉実香「人権の階層化のこころみ」大石真、土井真一、毛利透(編)『各国憲法の差異と接点』(成文堂・2010年)所収445頁以下。