



安全安心社会研究ワーキングペーパー

WP-2008-002

2008年12月9日

憲法と市民生活における安全・安心

井上 典之*

要 約

近代立憲主義の下では、国家と個人が対置され、国家権限の行使は憲法上保障される自由・財産によって枠づけられていると考えられてきた。そのために、国家権力は「公共の福祉」の実現のためにのみ行使されると考えられ、他方、公共の福祉の内容については必ずしも明確に定義づけられず、抽象的な危険回避・予防で最高裁の判例上も人権制約の許容性を判定してきている。

本稿の目的は、危険という概念の裏側に存在する市民の安全・安心というものを、正面から憲法上の法益としてとらえ直し、市民が国家に対して安全な社会や安心して暮らせる生活環境の構築を主張できないか否かという問題を、人権論・国家論の見直しによって検討することにある。そして、安全・安心というものが個人の自己決定・自己責任で調達できないものとするれば、憲法上、それを公共の福祉の内容として、国家に実現を求めることができる法益ととらえる可能性を探るものである。

安全安心社会ワーキングペーパーは、安全安心なまちづくり政策研究群の研究成果を速報し、広く社会に問題提起するために公表しています。未定稿ですので、著者の承諾なく引用することはお控えください。また、本稿に示された意見はすべて著者個人のものであり、著者が所属する組織のものではないことにご注意ください。

財団法人ひょうご震災記念 21 世紀研究機構

安全安心なまちづくり政策研究群

* 神戸大学大学院法学研究科教授
noinoue@kobe-u.ac.jp



Cluster for Safe and Secure Communities, Kobe, Japan
Working Paper-2008-02
December 9, 2008

The Constitution and the Safety and Security in the Society

Noriyuki Inoue*

Abstract

The constitutionalism is based upon the idea that the state is opposed to individuals and the powers of the state are limited by the constitutional rights of the individual, especially liberty and property right. Therefore the state's powers are exercised only under the name of the public welfare. On the other hand the content of the public welfare is uncertain, and the Supreme Court decided that the constitutional rights are restrained by the abstractly defined public welfare, for example the avoidance or the prevention from the abstract danger against the society.

The purpose of this paper is to inquire into the method for the understanding the safety and security in the society as one important interest of the Constitution. Normally man sees the danger against the society as the legitimate reason for the restraint of the constitutional rights. But there may be the safety and security in the society behind the danger against the society. In this paper I consider the problem, whether the citizen can require the peaceful life in the safe and secure society against the state as the constitutionally protected interest or not. And I explore the possibility of regarding the safety and security as a constitutional content of the public welfare that the state must arrange for the citizen, if the individuals cannot get the safety and security by their self-determination and self-responsibility.

* Professor of the Graduate School of Law, Kobe University, Japan
noinoue@kobe-u.ac.jp

憲法と市民生活における安全・安心

井上典之

1 はじめに—危険に対処する国家権限の問題—

第二次世界大戦後の 20 世紀憲法学は、国家についての立ち入った検討をすることなしに「憲法とは国家の基本法である」との命題から直ちに実定憲法典に規定された規範の内容理解を展開することから、「国家論抜き憲法論」といわれている。そこでは、一応、領土・国民・統治権という三つの要素を備えた社会状態を「国家」ととらえ(国家三要素説)、そのような(社会学的・歴史的)国家を法的にどのようにとらえるかという観点から一応「国家」を法人ととらえつつも、社会契約論を前提に個人の人権を中心にして憲法の規範内容が展開されるのである。すなわち、人間が生まれながらにして当然に持つ権利としての基本的人権の基礎的要素としての個人の自己決定・自己責任を確認した後に、市民の「自由・財産」の保障は個人の自己決定・自己責任に基づくものとの見解が出発点となり、主として市民の「自由・財産」の保障とその制約の正当性を中心にした議論が展開されている。ここには、個人の活動領域を中心にした憲法上保障される自由・平等がテーマ化され、そのような自由や平等、個人の財産に対する危険要因としての国家という位置づけが、憲法学における歴史的に裏付けられた当然のものとして示されている。

しかし、20 世紀末から 21 世紀初頭の自然災害の発生や環境保護に対する世論の昂揚、いわゆる 9・11 以降の世界的規模での国際テロリズムの活動とその攻撃可能性、世紀の転換点から 21 世紀にかけてのグローバル化による経済領域での相互依存性から発生する様々な問題や、近年とみに増えている企業倫理の崩壊とサプライチェーンの欠如からの食に対する安全性への疑問に直面し、市民生活における安全・安心への関心が高まるにつれて、危険発生に対処するための国家・公権力の役割が強く意識されるようになってきている。そこには、従来潜在的には存在していたが、必ずしも意識の上で十分認識されていたとはいえない予期せぬ危険が顕在化したことから、第二次世界大戦後、意識的に考慮の外に置かれていた国家の「危機管理」能力が問われ始めたという状況の出現がみられる。換言すれば、個人の自己決定・自己責任の強調の裏側に、少なくとも一定の範囲で国家・公権力が市民生活において発生する可能性を持つ危険に対して、事前にそれに対処する仕組みを予め備えておく必要性を市民一人ひとりが意識し始め、結果として、

「国家の基本法」である憲法規範の内容を、その観点からとらえ直すことが憲法学に課せられるようになったということである。

この点と関連して、現実には、「内閣が日本国憲法の定める国務を総理する任務を十全に果たすことができるようにするため、内閣の機能を強化し、内閣総理大臣の国政運営上の指導性をより明確なものとし、並びに内閣及び内閣総理大臣を補佐し、支援する体制を整備すること」(中央省庁等改革基本法 4 条 1 号)を一つの目標として改革された 21 世紀における中央省庁の仕組みとして、「危機管理（国民の生命、身体又は財産に重大な被害が生じ、又は生じるおそれがある緊急の事態への対処及び当該事態の発生の防止をいう。）に関するもの（国の防衛に関するものを除く。）を統理する」ために「内閣危機管理監」が内閣官房に置かれ(内閣法 15 条)、危険に対する対処のための制度が準備されるに至っている。それだけにとどまらず、様々な危険に対処する仕組みが模索され、武力攻撃事態対処法や国民保護法、災害対策基本法や預金保険法、食品衛生法などによる実定法上の仕組みも整備されるようになってきている。そのために、もはや危険に対処する国家権限を無視した形で憲法論を展開することができない状況が目の前に現れているともいえる。

国家が国家であるためには、一定の地理的領域内で生活する市民の安全・安心を確保することが古典的な消極国家においても当然の任務とされていた。現代において、その任務の遂行、言い換えれば国家の権限行使が再び大きな問題となっているということは何を意味するのかが、現在の問題の理解のためにまず第一に必要となる。そこで、以下では、簡単に、市民の安全・安心というものが憲法上どのような内容・機能を持つのかを検討することで、現在問題とされて市民の「安全・安心」と憲法という「国家の基本法」との関係の一端を解明しようと思う。

2 人権制約原理としての「公共の福祉」と安心・安全

(1) 「公共の福祉」という国家権限

憲法・憲法学の存在意義は、国家権力を制限・コントロールすることによって、個人の自由・財産を守るところにあるというのが、従来の憲法学の一般的な通念であった。すなわち、「国家権力の制限・コントロールによる市民の自由実現」、これが憲法学のテーマとされていたのである。ここでは、憲法上国民に対して保障される人権としての自由・財産は国家の介入が原則として禁止される個人の私的領域であり、国家の行為が当該自由・財産に対する侵害として現れる場合のみ憲法・憲法学と国家との接点が登場するにすぎなかった。そのために、国家は、

自己の行為による憲法上の自由・財産への介入を侵害ではなく正当な活動としていかに正当化し得るのかという文脈において、人権保障の裏側から「陰画」として描かれてきたとの指摘がなされることになる。

そのような国家行為の正当性の議論は、人権制約のための「公共の福祉」についての議論として展開される。つまり、「人権といえども絶対的に無制約で保障されるものではなく、『公共の福祉』による制約に服する」という一般的命題の下で、憲法上保障されている自由・財産への国家の介入が「公共の福祉」に基づく権限の行使か否かが問題とされることになる。しかし、初期の最高裁判例がそうであったように、「公共の福祉」という憲法上の形式的な人権制約根拠を持ち出せば自由・財産の規制が許されるとの短絡的な結論が導き出せることの問題性が意識されるようになると、抽象的な「公共の福祉」論ではなく、自由・財産を規制し得る「公共の福祉」とは何かを明らかにすることが必要と考えられるようになった。すなわち、国家が達成すべき諸々の目標を総括する概念として「公共の福祉」を設定したとしても、そして、国家は「公共の福祉」のために憲法上不可侵とされている自由・財産を制約することができるとしても、「公共の福祉」を強調するだけでは逆に自由・財産に対する危険を伴う、ということである。

そこで、「公共の福祉」とは何か、が問題として提起されることになるが、憲法学説は、これについて確固たる解答を提示してはいない。非常に一般的・概括的に、「公共の福祉」とは、各個人に対して基本的人権を平等・公平に保障するために人権相互間の矛盾・衝突を調整するための必要最小限度の規制のための原理(自由国家的公共の福祉)として、ならびに、各種の自由権の経済的裏付けとしての社会権を実現し、安定した経済的・社会的生活を実質的に可能となるようにするための社会的・経済的政策を実施することから生ずる自由・財産への介入の原理(社会国家的公共の福祉)という形で定式化するのみである。そしてこの点は、憲法自身が「公共の福祉」の内容を具体的に述べていない以上、やむを得ないことと考えられている。憲法は、「公共の福祉」の内容を具体的に決定せず、その決定は、第一次的には民主的な政治過程に委ね、当該決定が恣意に流れないようにするための仕組みについての手続・制度を規定するだけとなっている、ということである。いずれにしても、国家は「公共の福祉」に基づく権限によってしか個人の自由・財産に介入できず、「公共の福祉」が国家の活動の正当化根拠であると同時に、それが国家の活動の限界を画定する点は共通理解とされている。そして、「公共の福祉」の具体的内容は、個別の「自由・財産」の種類・性質に従って確定されていくことが今日の共通の問題意識とされるに至っている。

(2) 判例にみる「公共の福祉」

この点で、最高裁判例は、自由・財産を制約する具体的な法令の合憲性審査の場面で、「公共の福祉」の内容を個別的に提示している。そこで、いくつかの重要な判例によって提示される「公共の福祉」の内容を確認しておくことが必要となる。

まず、例えば、薬事法の薬局開設許可制の下での距離制限(適正配置)規制が問題となった薬事法違憲判決(最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁)で、最高裁は、「国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なもの」と「社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なもの」という二つのものを「公共の福祉」の内容として提示し、「医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給(不良調剤を含む。以下同じ。)から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる」として薬局開設許可制自体を職業の自由に対する必要かつ合理的措置とし、さらに、「適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」であるとして、規制目的そのものは「公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということが出来る」との判断を下している。

この経済活動に対する規制の問題と別に、財産権に関して、奈良県ため池条例事件最高裁大法廷判決(最大判昭和 38 年 6 月 26 日刑集 17 卷 5 号 521 頁)は、その「制限の内容たるや、立法者が科学的根拠に基づき、ため池の破損、決かいを招く原因となるものと判断した、ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、または建物その他の工作物(ため池の保全上必要な工作物を除く)を設置する行為を禁止することであり、そして、このような禁止規定の設けられた所以のものは、本条例一条にも示されているとおり、ため池の破損、決かい等による災害を未然に防止するにあると認められる」とし、「ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例一条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきであり、「ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていな

いものであつて、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にあるものというべく、従つて、これらの行為を条例をもつて禁止、処罰しても憲法および法律に抵触またはこれを逸脱するものとはいえないし、また右条項に規定するような事項を、既に規定していると認むべき法令は存在していないのであるから、これを条例で定めたからといつて、違憲または違法の点は認められない」として、危険に対する予防の観点からの規制はそもそも財産権の行使として憲法上も法律上も認められていないとの判断を下している。また、主要株主による株式等の短期売買利益の提供請求を会社に認める証券取引法の規制が問題とされた最高裁大法廷判決(最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁)では、財産権行使としての許容性それ自体ではなく「財産権に対する規制」について、それ「を必要とする社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策に基づくものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたる」とし、「上場会社等の役員又は主要株主がその職務又は地位により取得した秘密を不当に利用することを防止することによって、一般投資家が不利益を受けることのないようにし、国民経済上重要な役割を果たしている証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともに、これに対する一般投資家の信頼を確保するという経済政策に基づく目的を達成するためのものと解することができる」と述べて、規制目的の正当性を提示している。ここに、経済的自由・財産権に対する規制の正当化根拠として、安全の確保、危険に対する予防、公平性・公正性の維持による投資家の信頼確保といった、社会生活における市民の安全・安心が提示されることになる。

以上の経済的自由・財産権に対する規制の可否とは別に、民主制国家において基本とされる表現の自由に対する規制についても、同じく社会の安全確保が「公共の福祉」の内容として提示される。例えば、破防法煽動罪事件(最判平成2年9月28日刑集44巻6号463頁)で、最高裁は、「表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ、右のようなせん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ない」とし、また、過激派による関西空港開港反対集会の開催を拒否した問題が争われた泉佐野市民会館訴訟(最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁)で、最高裁は、「『公の秩序をみだすおそれがある場合』を本件会館の使用を許可してはならない事由として規定しているが、同号は、広義の表現を採っているとはいえず、右のような趣旨か

らして、本国会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本国会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当である」として、「人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険」の程度については経済的自由・財産権の場合よりも厳格な比較考量が必要との認識を示しつつも、自由規制の正当化根拠としての「公共の福祉」の内容としてはやはり安全性の確保が挙げられている。

以上の最高裁の判例から、憲法上保障される自由・財産の規制根拠としての「公共の福祉」は、その具体性、ないしは危険発生の予見可能性の程度という点で多少の違いが認められるものの、社会生活における安全の確保という内容が与えられることになる。しかし、「公共の福祉」の内容となる安全とは何かという点に関しては、災害発生の可能性からの予防、生命・身体・財産に対する危害発生の回避として、個人の生命・身体・自由・財産というやはり憲法上保障されている法益に対する危険防止・回避が安全の確保になるとの見解が暗示されている。すなわち、この見解によると、抽象的にせよ個人の法益に対する危険の防止・回避から市民に安心感を与えることが国家の「公共の福祉」権限とされているのではなく、「公共の福祉」の内容は、憲法学説がいうように、個人の憲法上の自由・財産の衝突を調整し、実質的に当該自由・財産が保障されるようにすることにあり、安全・安心は、個人の法益保護の結果、派生的に生み出される反射的なものにすぎないことになるのである。これでは、安全・安心は憲法上保障される自由・財産に対して直接向き合うべき対抗利益ではなく、自由・財産の規制によって得られる副次的な産物にすぎない。しかし、はたして本当にそのような理解でよいのだろうか。国家による安全・安心の確保は、人権制約の結果生ずる派生的・反射的利益にすぎないのか、という点の検討が必要になる。

3 法益としての安全・安心

(1) 安全・安心についての2つの方向性

人権制約原理としての「公共の福祉」の内容にみられる安全は、それ自体は規制の結果得られる副次的なものであるとしても、「自由・財産」の制約によって国家から与えられるものとの理解が可能になる。そして、そのようにして得られる

安全が確保されることによって、一般市民は、心理的な感情として安心というものを抱くことができるようになる。ここでは、個人の自由・財産を他者の権利侵害の可能性を根拠にして規制することにより、一般市民の安全が国家によって保全され、その結果として安心感を市民が抱くという図式での「公共の福祉」の実現が図られている。

これに対して、「自由・財産」に対する危険からの保護という視点から見れば、一般市民の安全・安心は、国家による規制によっても「自由・財産」に対する危険が発生する可能性を持つために、被規制者の立場に置かれた個人にとっては、国家の介入からの保護の必要性を要求しなければならないことになる。すなわち、国家による「自由・財産」の規制は、被規制者の側からみれば自己の「自由・財産」に対する危険と映り、まさに当該個人にとっては自己の「自由・財産」についての安心は国家によって否定されているということである。このような視点が登場するが故に、実は「公共の福祉」は国家による安全・安心の確保という権限と等置されず、他者の権利・利益の侵害の危険回避・予防という権限に縮減されていると考えられる。ここに、安全・安心の確保という問題について、「公共の福祉」という国家の権限を中心にした「自由・財産」の保障を軸に据えて考えた場合の2つの方向性が示されることになる。

第一に、人権制約原理としての安全は、人権行使による他者の権利侵害という抽象的なレベルでの危険の回避を意味し、その結果として市民には抽象的レベルでの安心が付与されることになる。すなわち、無制約の状態の自由・財産の行使を観念すれば、相互にその衝突が起こり、力の強い者の自由・財産の行使のみが可能となるだけであるし、また、力の強弱を別をしても、近代立憲主義の基底的原理である「個人の尊重」を前提にすると、すべての市民に平等に自由・財産の利益享受が保障されていなければならないということである。この状態を確保するためには、国家がその権限を行使して、自らの支配に服する市民(国民)に対して強制力をもって濫用と思われる自由・財産の行使を規制しなければならない。無制約の自由・財産の行使は無秩序を惹起し、その結果として生じる社会不安を除去するという任務を国家が引き受ける、という図式での市民の安全・安心の確保になるのである。これは、近代国家の出発点において当該国家の特性が消極国家とされた時点でも、公共の安全・秩序の維持をその最も基本的な目的としていたところに現れる。ここでは、市民は国家の支配に服従するという受動的な地位において、国家が物理的暴力を独占し、統一的な権力によって統一的に支配を及ぼすことで、市民は他者からの不当な物理的暴力(自由・財産の濫用)から保護されることになるのである。

これに対して、「自由・財産」が保障されている状態の維持が自己の権利保障に

ついでに安全を意味し、各人が安心感を得られるという場面では、国内における物理的暴力を独占する国家の不在が必要とされる。ここでは、「国家からの自由」の実現によって、すなわち、国家の不在の結果として具体的に権利が保障されていることによって市民には安心感を得られるのである。この点で、20世紀憲法学の存在意義は、近代国家の下で自力救済が禁止された状態において、前述のように、物理的暴力を独占する国家権力を制限しコントロールすることによって、前国家的な人権として保障される個人の自由・財産を守るところに見出されていた。したがって、第一の場面とは異なり、国家と市民の安心感(=自由・財産の保障)は対立的に把握され、国家権力の登場は市民に不安を与えることになり、市民の安全・安心を確保する方法は国家の不在であるとされる。その結果として、第一の場面での国家の任務は、抽象的なレベルではなく、少なくとも通常の判断能力を持つ市民の目から見ても具体的に少なくとも合理的と感じられる程度にまでは自由・財産の行使の制約についての正当化理由が必要とされ、抽象的な国家目的としての公共の安全・秩序の維持という視点からの「公共の福祉」の内容規定は懐疑的に受け取られることになるのであった。

しかし、以上の第一の場面と第二の場面が本当に対立的で矛盾したものであるのかが、現在の国家・社会状況の下で、事実の問題としてではなく、憲法規範における法的な問題として検討されなければならない。第一の場面では、国家ではなく私人である第三者からの自己の自由・財産に対する危険からの保護としての安全・安心が問題になる。第二の場面では、国家権力そのものによる自由・財産に対する危険からの保護としての安全・安心が問題とされる。そして、第一の場面では、権利を侵害される危険のある市民・権利を侵害する可能性のある私人・国家という三極関係で問題がとらえられているのに対して、第二の場面では、権利を規制される市民・権利を侵害する国家という二極関係で問題がとらえられている。しかし、どちらの場合にも、自己の自由・財産が確保されているという権利保障の状態が安全な状態であり、自由・財産という権利が危険にさらされていないことによって安心が得られる、というとらえ方においては同じ方向を向いているものとなっている。ということは、問題を三極関係(あるいは侵害可能性のある私人を複数存在するとすれば多極関係)でとらえることと二極関係でとらえることに、結論において逆のベクトルが働くほどの憲法規範における自由・財産保障の意味があるのかということになる。

(2) 国家による現実的自由の実現

第二の場面での自由・財産保障の実現=国家の不在との観念の背後には、実は一定の国家観・人間像が存在する。それは、国家権力の行使は個人の行動の制約

であり、それを憲法によって枠づけてコントロールすることが個人の自由の実現であり、他方、自由・財産という基本的人権の享有主体である市民一人ひとりが国家の援助・支援なしでも自律的な意思と能力に基づいて自己の人生を自己決定によって送ることができる、という近代立憲主義の下での基本理念である。しかし、憲法規範として自由・財産が保障され、国家が何もしなければそこで保障される自由・財産が現実的に実現される、すなわち、市民一人ひとりがその利益を享受できるか否かは、すぐれて偶然に依存することになる。自由・財産が現実的自由となるためには一定の条件を必要とし、そのような諸条件は今日において市民一人ひとりがすべて自力で調達できるものではなく、公的な管理統制の下ではじめて実現され得ること、したがって、国家の不在が自由の最大化であるという観念は現在では単なる擬制にすぎないことは否定できないものとなっている。そうだとすれば、第二の場面で問題とされる国家による規制は、場合によっては第一の場面での自由・財産の確保の手段となり得る。そしてこのように、自律的な個人の能力によってのみでは自己の「自由・財産」が十全に確保できないという現実を前提に問題をとらえ、いかにして安全・安心を実現するのかが問われている現在、憲法によって創設される、あるいは憲法の存在と表裏の関係にある「国家」という制度によって個人の「自由・財産」の保障が実現されているという市民の信頼を前提にしなければ、そこでの安全・安心の確保は不可能になる。

それでは、国家は安全・安心を法益として保護する権限・義務を負うのかが残された問題となる。そのためには、自由・財産とは別に、安全・安心が独立の法益となるのかが前提問題として検討されなければならない。

立憲的意味の憲法とされる日本国憲法は、他の国の憲法典と同じように、「自由・財産」を基本的人権のカatalogとして保障するが、安全の確保のためのカatalogは規定してない。安全・安心は、果たして近代立憲主義の理念の下での規制の結果得られる反射的利益なのか。しかし、自由を原則とし、国家は具体的危険の存在する場合にのみ必要最小限で規制を加えることができる、という消極国家の理念は、様々な場面で限界を露呈している。その意味で、消極国家として規定されていた自由主義的な市民的法治国家は、現在では積極国家、社会的立憲国家へと移行している。その際に重要なのは、積極国家・社会国家が消極国家・市民的法治国家を否定したわけではなく、前段階のレベルで存在していた国家に新たな目的を付け加えたものであるということである。消極国家において存在していた公共の安全・秩序の維持という目的は否定されておらず、積極国家においてもそれを継受した上で新たな目的が追加されている。それは、社会の中に存在する危険に国家自身が対処して、市民の現実的自由を実現するということである。その場合、国家権力の発動による危険への対処という方法で安全を生み出し、現実

的自由の実現によって安心を付与する、という図式で国家の活動をとらえ直せば、従来、規制と考えられてきたものも真の自由を阻害する要因の除去としてとらえ直すことが必要になる。ここに、現実の実定憲法典の下での国家目的論の再考の必要性が登場する、と言い換えることができる。但し、その場合、危険への対処の裏側に「安全・安心」があるというとらえ方では、いつまでも憲法学におけるキーワードは「危険」という姿で現れるにすぎない。むしろ「安全・安心」をキーワードに、「自由・財産」への国家権力の介入の比例性という観点からの人権論の見直しも、規制概念の見直しと共に必要となることはいうまでもない。

4 まとめと問題提起

「市民が最大限の安全を求めるならば、それに応えるのが政治部門の責務ではないのか。薬害や食の安全、環境保護と同じように、テロや組織犯罪、日常生活を脅かすその他の犯罪に対しても、国は積極的な立法・行政を通じて規制権限を行使し、皆が安心して暮らせる社会を実現すべきではないのか。監視が犯罪の予防や解明に役立つのであれば、憲法学はなぜ反対するのか」(小山・後掲ジュリスト 48 頁)。

日本国憲法を基礎にして民主的法治国家の確立が今日なお課題であり続けていることに鑑みれば、戦前の明治憲法下での国家主義的潮流からの決別のために、「国家」を前面に押し出して、安全・安心の確保を国家目的として展開することに懐疑的であったことにはそれなりの理由があろう。そして、社会において存在する危険に対処するための「国家の危機管理能力」論は、法益としての安全・安心の議論というよりも、むしろ憲法学では「危機管理」による人権制約に対する問題提起の議論になっていたのではないかと、という点は指摘できる。市民の安全・安心は一種のスローガンとしては一定の意義を認められるとしても、それを超えて法理論的に正面から取り上げることは、国家による私的領域への不必要なまでの介入を承認してしまわないかという警戒感から、個人の自己決定・自己責任を名目に、あるいは「個人の尊重」をキーワードとして、国家権力の登場を抑制してきたといえる。そこには、「国家」そのものに対する不信感から、「国(くに)」に囚われずに「個人」としての市民の存在を中心に憲法論の構築を目指す 20 世紀憲法学の基本姿勢が見出せる。

しかし、安全・安心の問題は、本来的に市民個人の自己決定・自己責任の問題かという点の問い直しが現在生じている。市民一人ひとりが国家の援助・支援なく本当に自己の自由・財産を現実的自由として確保し得るのかという問いについ

では、ノーの回答しかないのではないか。自由を現実的自由として享受するためには、そして、財産を財産として保有するためには、それらを真に自由・財産として承認し、その享受の前提条件を法的に整備する制度が必要になる。それと同じように、市民の安全・安心を確保するための国家の「危機管理」は、安全・安心のための法的制度作りを必要とする。そこには、国家によって行使される「公共の福祉」の権限が、人権として憲法上保障されている権利の制約原理としての議論としてだけでなく、「安全・安心」を保護されるべき法益としてその権限の実質的内容に取り込むことが必要となる。

この点はさらに、近代立憲主義の理念を継受し、日本国憲法の基本原理とされる「個人の尊重」の解釈にも反映されなければならない。「個人の尊重」原理に対応する国民の「幸福追求権」(憲法 13 条)は、現代国家において国家の不在によってのみ実現されるわけではない。もちろん、個人の「幸福」の内容は、市民一人ひとりが国家の援助なしに決定することができる。しかし、それを追求し、実現するためには、国家の不在が最良の策であるという状況は現実にはマッチしないものとなっている。そして、個人の「幸福」が何よりも安全で安心できる社会での生活にあるとすれば、「幸福追求権」の内容に市民一人ひとりの安心できる生活というものが含まれることになる。この観点からも、安全・安心というものの憲法規範としての法益性を考える時期にきているのではないだろうか。

参考文献

- 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』3頁以下(2008年・信山社)。
井上典之「危機管理と憲法」赤坂・井上・大沢・工藤『ファーストステップ憲法』321頁(2005年・有斐閣)。
大沢秀介「現代社会の自由と安全」公法研究 69号 1頁(2007年)。
大石眞「『安全』をめぐる憲法理論上の諸問題」公法研究 69号 21頁(2007年)。
工藤達朗「自然災害からの保護を求める憲法上の権利」公法研究 61号 206頁(1999年)。
工藤達朗『憲法の勉強』3頁以下、240頁以下(1999年・尚学社)。
小山剛「震災と国家の責務」公法研究 61号 196頁(1999年)。
小山剛「陰面としての国家」慶應義塾大学法学研究 80巻 12号 143頁(2007年)。
小山剛「監視国家と法治国家」ジュリスト 1356号 48頁(2008年)。
中島徹「財産権の自然性と実定性」ジュリスト 1356号 12頁(2008年)。
西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト 1356号 75頁(2008年)。

長谷部恭男「国家は撤退したか—序言」ジュリスト 1356号 2頁(2008年)。
森英樹「『戦う安全国家』と個人の尊厳」ジュリスト 1356号 57頁(2008年)。