

「公共の福祉」の原意と機能

—— 感染症リスクに対応する原理 ——

専修大学名誉教授 石村 修

1 「公共の福祉」の魔力と弊害

日本国憲法が制定された後、4か所（12、13条及び22条1項、29条2項）に規定された「公共の福祉」の解釈は、かなりな数の論者による論争を経てきた¹。しかし、現時点ではこの論争も落ち着く地平に辿り着いた感があり、基本書での「公共の福祉」という用語の扱いは小さくなりつつある。例えば、ドイツ法専攻者4名による『憲法I』では、「いずれの説をとっても、基本権が制限可能であるという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」とそっけない²。明治憲法と対比的に（人権）³の充実を見た日本国憲法の初期の運用期にあって、「公共の福祉」の原意に関して、多様な論争が展開されたことにはそれなりの理由があった。「法律の留保」が消え、しかし、基本権が制約される場面が多面的であったことへの反応があり、それは多少とも過敏すぎた傾向があった。基本書で扱われてきた基本権の制約の箇所での議論がこれであり、この論争は基本権の体系や構造と関係して議論されるレベルと、さらに憲法が成立する国家の在り方とも関係して議論するレベルがあった。これらがまぜこぜになって議論された割には、そ

1 その代表的な学説は、末川博編『基本的人権と公共の福祉』（法律文化社、1951年）、公法研究4号（1951年）に収められている。

2 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I』（日本評論社、2016年）、松本和彦執筆、74頁。松本はこう述べても、この原理の機能する場面で適切な考察を行っている（本稿の4章参照）。

3 本稿では、憲法に規定された人権という意味合いで、以下「基本権」の用語を用いる。これが自然権と異なって実体のあるものであり、それであるが故に適用場面がありうるということをも前提とする。憲法に規定された意味は、それが適切に適用されるような条件がまずもって設定されることを必要とする。

の結論の見通しは平板であった。こうした論争を無視するかの如くして、初期の憲法訴訟を扱う司法は、この「公共の福祉」を便利な制約基準として用いることに、なんら後ろめたさを感じない風体を装っていた。つまり、論争の背景は無視され、単純にこれを用いて基本権が制約できるとした感がある。例えば、死刑の合憲性を争った事例が最高裁まで辿りついたとき、せつかく生命の大切さまで言及しながら、死刑の存置を「公共の福祉」という基本原則で片づける無謀さを、当時の最高裁はできたのである⁴。

学説と判例の動きのアンバランスは、公共の福祉の原意を理解していなかった裁判官の認識不足が主たる原因であったが、訴訟手続きの未熟さも管見できた。とくに、最高裁は民事・刑事の裁判は扱ってきたが、憲法訴訟には不慣れであって良いとする雰囲気があり、憲法訴訟の花形となる基本権侵害に係る審査に積極的ではなかった。そこで、憲法秩序の安定的な運用を維持する観点から「公共の福祉」は、基本権の「個々の質と扱われる局面」を無視して使用される状態が続いた。戦後初期の司法の消極的な対応は、憲法訴訟に不慣れな裁判官という実態を露呈していたことになる⁵。研究者から最高裁に入った横田喜三郎に対して、退官時に調査官によって『違憲審査』（有斐閣、1968年）が献呈されたが、この時期あたりが転機になって安定した司法部を作る作業が進められてきた。さらに、本格的に憲法訴訟論の存在が見直されるようになるのは、アメリカ憲法に造詣の深い、伊藤正己判事の登場であり、少数意見のなかで、「公共の福祉」の生きた解釈を展開し、その結果、「公共の福祉」の存在は、審査基準論に橋渡しする機能をもつようになった⁶。さらに、本格的な憲法訴訟論の展開は、芦部信喜と時国康夫の司法研修所でのジョイント講義にあったし、芦部の概説書の登場が大きかった。

芦部の努力は後に言及することにして、まず、戦後の憲法学の定型を試みた、宮沢俊儀の議論を考えてみたい。ごく初期の言及では、「公共の福祉」の内実を示すこともなく、これを第3章全体の限界規定と解していた。曰く、アメリカ独立宣言

4 最大判昭和23年3月12日。解説、根森健，石村・浦田・芹沢編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社，2012年）3頁以下。

5 石村修「法科大学院において憲法判例を学ぶ意義」同『基本権の展開』（尚学社，2017年）補論，司法研修所ではもはや憲法を学ぶ機会はないのであるから、せめて、法科大学院で「憲法訴訟」を熟知してもらいたいという親心がでてきたのであろう。

6 伊藤は、人権を、1 生存的基本権 2 経済的基本権 3 外面性精神的自由権 4 内面性精神的自由権、に区分し、これとの関係で制約を考える。二重の規準の早期の提唱がここにあった。『憲法の研究』（有信堂，1965年）における「基本的人権」（1958年）の52頁以下。

の趣旨を受けて「新憲法13条もそれと同じ趣旨を表している。しかし、それらの権利の尊重といえども無制限なものではない。そこに、『公共の福祉』の限界が存する。」⁷で終わる。こうした無色の解釈は、憲法基本書の定番となった法律学全集4の『憲法Ⅱ』では大変貌し、この時期の通説を形成する解釈を披露していた。これに辿り着くまでにはほぼ10年かかったことになる。宮沢は、後世に言われるところの「一元的内在制約説」を示し、基本権（人権）とは別にあるすべての基本権を制限するものの存在を「公共の福祉」（の原理）と理解し、この機能を明らかにする。それは「人権に対抗する価値がみとめられるには、他人の人権だけである。（そこで人権相互間の調整が必要となり）人権調整の原理ともいえるべきものは、その本質上当然のことながらまず公平の要請を内容とする」。つまり、公共の福祉とは、憲法の文言の「公共の福祉」とは別にある基本権を「実質的に公平」にする働きを示すことになる。この原理をこの時点で提示したことが何よりも重要であった。宮沢がこの原理に辿り着いたのは、本書の前半でかなりな頁を費やして言及した近代憲法発達史からの教訓に在り、「人間主義」の立場であり、「利己主義」の立場ではないという姿勢であった。戦前の憲法観からの脱却がここにあった。各種の批判があることを意識して、9の補足を記しているが、その1で、「公共の福祉」が「人権の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理であり、憲法の明文にその根拠をもつものではない」と断っていることに注視すべきである⁸。

宮沢がこうした視点を示したことの意図は、他の文献から調べなければならないが、そのヒントは「新法律学辞典」の「公共の福祉」の箇所で見えた。おそらく宮沢が書いたと思われる箇所を引用しておく⁹。「公共の福祉の理念は古くアリストテレスやトマス・アクイナス特に後者の有機体的団体主義の思想に遡る、全体は部分に先行し優越する、というのがその本来の根本思想であるが、必ずしも有機体説や全体主義に結合しているわけではなく、純粋な理念として近代個人主義の中にも形を変えて現れている。…その概念は明白ではないが、大体において互いに矛盾することのある多数の個々の利益の正しい調和を意味する。…そう解すると、

7 蛭山政道責任編集『新憲法講座 第二巻』（政治教育協会、1947年）224頁。美濃部達吉を補足する『新憲法概論』（有斐閣、1947年）では、公共の福祉に関する言及はない。

8 宮沢俊儀『法律学全集 憲法Ⅱ』（有斐閣、1959年）214～234頁。1971年に新版が出るが、この箇所はほとんど同じである。

9 我妻栄編集代表『新法律用語辞典』（有斐閣、1952年）260～1頁。執筆者は、宮沢か伊藤正己のどちらかであろう。

公共の福祉の名の下にあらゆる基本的人権の侵害が是認されることになって不当だという反対論がある。しかし、この社会において各個人の利益が相互に矛盾しうる以上、しかも、ある個人の基本的人権を保障することが他の個人（特にその多数）の基本的人権を無視することを是認するものではない以上、かような意味の公共の福祉の概念を全く否定することは許されない。尤も、その場合も、「公共の福祉」の意味は、民主主義の原理と基本権の意義に照応して厳格に解せられるべきであって、これを有機的全体主義の傾向に歪曲してはならない。」この説明の最後に「わが憲法にいう「公共の福祉」はアメリカでいう public policy の観念に近いことに注意しなければならない」と結んでいる。

この解説を注視すると、どうも、大陸法でいうところの, *das gemeine Beste, bien commun* とアメリカでいう *public welfare* の違いを認識した上で、さらに、日本国憲法をアメリカの *public policy* に重ねて理解しようとしている。どうやらこの執筆者は、大陸法とアメリカ法で「公共の福祉」への理解は異なってくること、それは大陸法が「法治主義国家」の伝統があるのに比して、アメリカ法が「法の支配」の下で憲法を理解するということを意識していたのではないかと、との推定をもつことができる。「公共の福祉」は、依って立つ国家論の違いに位置する論者相互の、すれ違いの議論になるおそれがあったのではないだろうか。宮沢の公共の福祉論の特性は、憲法上の文言ではなく、それと別に実質的公平の原理としての公共の福祉が上位概念として措定されていることであり¹⁰、これが今日でも憲法解釈として正しいのか、あるいはその原理が機能するのかどうか、検証されなければならないところである。宮沢の議論は、すでに基本権制約の場面だけではなく、国家権力発動の制約（制約の制約）という場面も考えていたという推定ができる¹¹。

本稿では、近年、ドイツ憲法論が再注目されているような現状にあって、日本国憲法下で確立されてきた「一元的内在的制約説」を見直し、対比的にドイツ国法学が憲法原理として「公共の福祉」を考察する視点を確認し、その場合の憲法の価値体系（とくに、人間の尊厳）がどのようにこの原理に作用しているのかを検証することに主眼がおかれている。同時に、この作業の果実として、今世界中で猛威を振るっている新型コロナウイルス（COVID-19）対処方法に、「公共の福祉」が各種の基本権制約の正統化して使われることの問題を指摘したいと考えた。国家によるリ

10 これが日本国憲法において、宮沢も信奉するケルゼン流の根本規範となるのかどうかは不明である。

11 この趣旨の言及として、根森健『人権保障の理論と課題』（尚学社、2002年）31頁。

スク対処論の切り札として「公共の善（福祉）」が有効に用いられる可能性は大きい。後半は、きわめてアクチュアルの問題であるので、事実が変化するおそれもあるが、前半の理論を検証する具体事例として簡単に言及させてもらった¹²。

2 「法の支配」に依拠した、公共の福祉論

宮沢と異にする憲法解釈は、比較的若手によって東大内に設置された研究会から生まれた。ここでの議論をリードしたのは、日本国憲法のアメリカ流の解釈であると同時に憲法の枠内での解釈の維持であった。後に「内在・外在的制約説」と言われたのは、日本国憲法の新顔の条文である「公共の福祉」の条文を意識した解釈の展開を意図したからである。それは前半の12条、13条と後半の22条、29条を意図的に区分する考え方であり、それは憲法に書き込まれた基本権を動態的に体系化したことの結果によるものであった。同時に、憲法には憲法そのものから導かれる内在的制約と条文として明記された「公共の福祉」が別にあるという考え方を変形とする¹³。日本国が憲法に書き込んだ「権利自由の多くは天賦の前国家的なものと観念されているのである。故に、第12条、第13条をそのような「伝家の宝刀」と考えることは、憲法全体の趣旨を没却することになるのであって、到底認めることはできない。むしろそのような強い権利自由の保障を一般的に与える半面に、そのような保障を与えられた国民に権利自由の自覚ある行使を期待するのが、第12条において国民に課した趣旨であるのである。以上のように解すれば、以下の個別的な権利自由の保障規定の中、特に「公共の福祉」を掲げたところ（22条、29条）の意味が出てくるのであって、その場合はまさに「公共の福祉」が法律による政策（石村強調）的制限の根拠となる」として¹⁴、2重の規準を示した。執筆者は本書では伏せてあるが、アメリカ憲法、特に、ニューデール立法に関わる違憲判決等を熟知したものが書いた可能性がある¹⁵。

12 本稿は、「専修ロージャーナル」誌上に書き溜めてきた、「憲法と安全」（13号）、「緊急事態への憲法的対処方法」（14号）の続編という意味合いをもっている。併せて読んでいただくと、筆者の本稿への意図を理解して頂けるものと思われる。新型コロナ問題は、公共の福祉だけの議論ではなく、後述するように、「人の生命権・生存権」に関わるリスクへの対処問題と思われる。

13 今村成和『人権叢説』（有斐閣、1980年）第1編、参照。

14 東京大学法学協会編『註解 日本国憲法 上巻』（有斐閣、1948年）137頁、この箇所の担当は、鵜飼信成であろうと推定できる。参照、鵜飼『憲法』（岩波書店、1956年）72～76頁。

15 カロリーヌ判決におけるストーン判事の考え方によるものと言われている、U.S. v. Carolene

「公共の福祉」に「法の支配」の原意を読み取るのは、法治主義の伝統だけでなく、「正式の法の支配」を求め、法の「実質的内容の正しさの要請、とくに個人の平等と自由の不可侵性が内包され、さらにそれを制度的に保障するものとしての裁判所の機能に重点が置かれる」¹⁶ ことに注目すると、宮沢の上位におかれた「実質的公平の原理」を、説明概念として持ち出す必要はもはやないことになる。

以上の考え方に基本とし、さらに、憲法訴訟として使える「公共の福祉」論を整理・提案したのは、「法の支配」の流れを受け継いだ芦部信喜、佐藤幸治であったことは間違いがないであろう。つまり、学説は推移してきたのであって、この時代は、基本権の制限根拠としての議論よりも憲法訴訟論での審査基準に寄与する役割をもった「公共の福祉」論を創り出すことを目指した。条文を活かすという「法の支配」の論理を進めて、13条を包括的な基本権（新たな人権）導出の可能性がある条項として活かすことにより、13条は基本権制限条項の性格を弱くする。大方の学説が「公共の福祉」条項に強い役割をもたせない方向で進んできたのと、ここで対抗する。あるいは、宮沢が見抜いていたこの条項の無意味さを、芦部の世代になってはっきりとさせたことになる。

「ただ私（芦部）は、各個の人権について具体的に行われる一定の制約が内在的制約ないし外在的制約として正当化されるものか否かは、『公共の福祉』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、人権規制の限界を確定する基準によって判定することが要請される、という立場を採るので、宮沢説の公共の福祉＝実質的公平の原理という解釈に拠りながら、人権規制の限界画定に関する基準を各個の権利・自由につき具体的に明らかにすることが、より重要な課題であると考え¹⁷。」

芦部は、私人間効力では間接効力説を採るが、その場合どのように効力が及ぶかも、基本権のそれぞれによって異なるという考え方を示す。各基本権の本質をアドホックに考えるのは、基本権が適用される場面を客観的に観察する、慎重な姿勢の表れと考えられる。

佐藤幸治が、13条から描くのは人格に寄与する個人的権利としての「自己決定権」である。彼は、内在的な制約に加えて、パターンリスティックな制約という視点

Products Co.,304 U.S.144.

16 伊藤正己「法の支配と日本国憲法」同『憲法の研究』（有信堂、1965年）7頁。

17 芦部信喜『憲法学 II 人権総論』（有斐閣、1994年）198頁。

を示すことで、13条の構造を体系化している¹⁸。基本権のそれぞれによって制約の程度が異なるとの視点は、芦部と同様である。次の世代のアメリカ法研究者も、ほぼ芦部の路線を継承するものであり、例えば市川正人は、「一般的制約原理」として4か所の公共の福祉を同じ意味と理解し、その大きな幅の中で、各基本権に応じた制約を可能としている¹⁹。したがって、12条、13条は、一般的な制約原理であると同時に政策的な制約原理にもなるとする。司法審査に憲法の実践を求めてきた伝統のあるアメリカ方式にあって、こうした一元的な理解はすっきりするとして、問題は、「公共の福祉」に過剰な制約の根拠を提示する立法が出てきた場合の争い方に移行してこよう。それゆえに、議論は憲法訴訟論に転嫁してきたのは当然であった。

宮沢が示した「実質的な公平の原理」が、すべての基本権の内実を図る基準（尺度）になりうるかは、これから検証されなければならないが、これを提示した上で、基本権の体系を想定している点は興味深い。また、二重の基準が、さらに三重の基準に代わってきた時点で、公平の原理で支え切れるのかの問題も出てくる²⁰。そこで、憲法国家（立憲国家）の見直しがなされてきたドイツの、「公共の福祉」像の現代的な展開が、参考になる可能性がある。それは、国家の役割が多様にある現実があるからであり、国家の及ぶべき領域が拡大の方途にあり、公共性の機能が変化しているからでもある。様々な民営化現象を前にした、「保障国家論」の盛況がこれであり²¹、経済現象への公の関りは、基本権展開の場面の拡張であり、「公共の福祉」は、いつまでも役割を拡張し続けることが予測されている。民営化は公私二元論を変化させるが、これは単純な「私化」ではなく、民営化の名を語る公共化であるとするならば、国家の役割は拡張し続けることになる。経済条項に「公共の福祉」が書き加えられるワイマール憲法からの伝統は、ここに客観化された制度が関係してきたからであり、公共からの要請が受け入れられる余地があったからであろう²²。

18 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）148～151頁。

19 井上典之・小山剛・山元一編『憲法学説に聞く』第3講「公共の福祉と審査基準論」（日本評論社、2004年）46頁。

20 鶴飼信成「法の支配」同『憲法における象徴と代表』（岩波書店、1977年）222頁以下。

21 参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013年）、板垣勝彦『保障行政の法理論』（弘文堂、2013年）、150頁以下。

22 参照、石川健治「財産権①」小山剛・駒村圭吾『論点探究 憲法 第2版』（弘文堂、2013年）224頁以下。

3 憲法国家と「公共の福祉」

ヨーロッパ諸国の憲法には、古くから「公共の福祉」の観念が使用されてきていた。それは、国家社会の意味への問い掛けあるいは政治行為の目的への問い掛けとして、実定憲法に規定される以前から使用されてきた。つまり、その原理が多用された理由は、国家権力の行使を法的だけでなく倫理的な正統化のなかで行使しようとする試みが一方で在り、他方でこれを求める民衆の要請を受けることで、国家の権限行使やそれを支える国家論を正統な目的に限定させることが求められていた。ドイツで長いこと国法学の主題であった「国家目的論」はこれに属する²³。これを総合する *bonum commune*（公共の福祉）こそが、権力行使に付帯する政治倫理の基礎を為してきたことは確かであった²⁴。ここには概念として幸福が望まれていたのであり、日本国憲法13条にもこの傍流は流れてきている²⁵。国民の福祉の実現を特性とする公共体（*Gemeinwesen*）」は、こうした「公共善」の実践を前提としていた。プラトンやアリストテレスが都市国家のなかで実証しようとした善なる体制と腐敗した体制との比較は²⁶、こうして法的概念以前の原理と結びつくことを必至としてきた国家論であり、必然的に抽象的になり、その具体的な定義づけは困難になることは確実であった。便利な概念である限りで、とくに、一定の正統化の効果をあげるためには、頻繁に使用（悪用）されてきた形跡がある。「安寧（*Gemeinwohl*）」という用語は、様々な変種である「公共の福祉（*Allgemeinwohl*）」「公共の善（*Gemeine Beste*）」、「公の安寧（*das öffentliche Wohl*）」、「公共の利益 *Gemeinnutz*」等々の文言をもって無意識の内に使われてきた。

こうした問題の最悪のケースは、全体主義国家の名目的な法体制を賛美・正統化する上で、これらの概念が誤用されてきたことにある。悪名高い1933年の「民族と国家を保護するためのライヒ大統領命令は、その2条で「一ラントにおいて、**公共の安全及び秩序の回復**に必要な措置がとられないときは、ライヒ政府は、その限

23 栗城壽夫「ドイツ国家目的論史小考」同『19世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1997年）、357頁以下、参照、石村修『憲法国家の実現』（尚学社、2006年）61頁以下、小山剛「国家目的と国家目標規定」小山・駒村編『論点探究 憲法 第2版』（弘文堂、2013年）13頁以下。

24 この意味での用語の解説は以下の文献に依った。J.Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, HStR VIII, 1988, Rn.4.

25 この論点の議論は、最終章で考えることにする。

26 世界の名著8巻、田中美知太郎訳『アリストテレス』（中央公論社、1972年）、国法学では「政体論」の次で議論されてきた。

りにおいて、ラント最高官庁の権限を一時的に用いることができる」とあった²⁷。「公共の福祉」と上記したその同義語は、政治的なレトリックとして用いられてきたことは実証済みである。多数で、優位にある自己の正統性を確たるものとするためには、自己に劣った存在を作りこれを蔑視し、排斥するに及んで、公共の福祉は、優位に立つ者の支配となり、全ての人の幸福の理念からは外れていくことになる。人の信念の最高値である宗教が絡んでくると、この幸福感は危険なものとなる。相対主義はこうした場面からは退場し、最悪は「公共の福祉」は、絶対者の支配を援護するおそれが出てくる²⁸。

こうしたマイナス要素をもつゲマインなものに拘って来た国家論に対して、ボン基本法では、思想的にはカントの自由主義やヘーゲル弁証法の再評価をし、憲法のもつ価値原理を体系化して動態的な憲法理解をすることで、固定的な国家像を払拭しようとした。新たな立憲主義の構築がここにあったし、アメリカと同様な司法国家の構築が、固定的な公共性のイメージを変えるのに寄与したことになる。ヘーゲルを持ち出すのは、戦後のドイツで国家論を明確にする必要があったからであり、とくに、分断されたドイツにあってもう一つのドイツを想起しながら、今ある国家を説明する必要があったからであろう²⁹。フランス革命での成果を、この時点のドイツに重ね合わせる時、ドイツが国民の自由を体现できる国家像を求めたことは理由のあるところであった。そこで引用されてきたのは、国家の総体のなかで自由な個人を見出すことにあった。ルソーの思想を乗り越えて、国家の原理に個人の意思を準えた。「法の哲学」の第3章がこの国家を扱っているが、国家の存在意義と国民がこれに帰属する意味が提示される。有名な箇所であるが引用しておく。「国家は、実体的意志の現実性であり、この現実性を、国家的普遍性にまで高められた特殊的自己意識のうちにもっているから、即自かつ対自的に理性的なものである。この実体的一体性は絶対不動の自己目的であって、この目的において自由はその最高の権利を得るが、他方、この究極目的も個々人に対して最高の権利をもつから、個々人の最高の義務は国家の成員であることである。」³⁰

27 邦訳は、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第6版』（信山社、2010年）154頁。

28 ストライスは、ナチスにおけるこうした「ゲマイン」なものの研究を出発点とした。M.Stolleis, *Gemeinwohlformen im nationalsozialistischen Recht* 1974.

29 カントやヘーゲルは、自由を表す思想を代表するものとして使用されてきた。Vgl.E.Denninger, *Gemeinwohl. Was ist das?* KJ.52(1952)S.363.

30 G.W.F.ヘーゲル、藤野渉・赤澤正敏訳『世界の名著、35 法の哲学』（中央公論社、1967年）

国家の存在は「公共の福祉」の地平で説明できることを実証しようとしたのは、R・スメントの「統合理論」であり、価値秩序を国家論にあって明確にしたことによる。国家をゲマインなもの・公共体（Gemeinwesen）とし、「社会活動の現実、文化的なつながり」と精神現象として観る³¹。この概念には無謀のところもあるが、これに一つの道筋を付けたのは、スメントの流れを汲んだ、H.クリュガーであった。彼は名著「一般国家学」の末章で「国家の課題を設定し、遂行する無二の基準としての「公共の福祉」の章を設けて、この無色であった「公共の福祉」に明確な役割を与えていた。つまり、「国家は公共の福祉をもって、はじめて課題を受け取り、実行することができる」とした³²。確かに1946年の新たなバイエルン憲法3条には、「バイエルンは法治国家、文化国家、社会国家である。バイエルンは公共の福祉に服する」とあり、1条での自由国家の宣言が、ここでやや具体化されており、この指標をもって具体的に、国家は活動することになる。三様の国家像を受けた後の公共の福祉への寄与であるから、活動動態への示唆が込められているように思える。国家はゲマインなものと言い換えられるだけでなく、当然の如くに公共のために服さなければならないことになる。ドイツ憲法史上に登場した立憲君主制は、これに反する体制であったとの認識は、公共の福祉が契約思想に繋がり、民主制に寄与すると解されたからである³³。クリュガーの認識は、正統な支配を演出するにも、公共の福祉が倫理的に役立つとして、戦後のドイツを鼓舞するかのごとくである。公職を始めとして公の役割が法的にも明確とされた時代であるが故に、公に拘る論者は、公の機能を拡張して諮る契機をえたことになる。つまり、「国家課題・目標」には無制約な課題の導出が始まる時代を迎えて、「公共の福祉」論は生き返ったことになる。「公共性」への関心は「公共の秩序」に置き換えられるが、そこでは「公序性、公益性、公開性」と関わってくる³⁴。

479～80頁、イーゼンゼーもこの箇所を引用している、Rn.15.

31 R.Smend,Verfassung und Verfassungsrecht(1928), in ; ders. Staatsrechtliche Abhandlungen, 1968.S.119ff. スメントのこうした理論の忠実な紹介は、三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』（信山社、2011年）102頁。

32 H.Krüger,Allgemeine Staatslehre,1966,S.763ff.

33 もちろんその点までこの概念の役割であったと言及するには、反対論がありうる。Vgl. E.Denninger, Gemeinwohl.Was ist das? K.J.heft3, 2019,S.371. 彼は、この概念に過剰な期待をもってはならないことを主張している。イーゼンゼーの主題は広すぎるものになる。せいぜい「国家の課題」に留まることになる。

34 手島孝『学としての公法』（有斐閣、2004年）45頁。

国家が私的な社会に関わることは、原則認められないという「公私二元論」を維持する様相は、公が私に関わらざるをえない場面が結果として現れてきたことによって崩れてきた。環境問題が典型的なように、私人による権利侵害への事後的な救済による解決（インミッション保護）では、本質的・将来的な解決にはならないことから、国家目標の設定という形で憲法が定め、これを行政が執行するという構造が多面的に構築されるようになる。かつての「公共の福祉」論は、「福祉国家による国家目標の遂行」という新たな形をえたことになる。実態が不明で、対象が概括的過ぎたことに因る批判が多かった「公共の福祉」論は、法治国家・福祉国家・環境国家・文化国家・平和国家等の「国家の課題」と融合することで、生き返ったのである。「政治的決断」をもって、国家目標は定められ、その一部は憲法規範として実現した。イーゼンゼーは古典的な概念となった国家目的の代わりに「公共の福祉」で議論しているが、内容的に範囲が規定された国家目標を説明し、さらに、行動様式と関係する国家課題を論じている。課題は、国家防衛、学校、警察、社会保険とお馴染みの公的作用である³⁵。こうした発想は、全て基本法の構造変化にあったことを想起しなければならない。つまり、ここでは、「自由で民主的な基本秩序」という体制を鑑みるのではなく、基本法1条の置かれた位置と構造である。つまり「人間の尊厳」という大命題をまず定めた憲法にあって、「公共の福祉」とはいったい何を意図しているのかである。これを問わなければ、現代国家の国家と憲法の理想形を演繹することは不可能と思われる。イーゼンゼーの総括は、こうした範囲の中で、人間の尊厳と繋げたことで、一応傾聴に値する部分をもっていった。彼の結論は以下の2点になる。

- a) 公共の福祉は、包括的で抽象的なあらゆる目的の基準であった。その元々の古典的な意味からして、公共体・国家（*Gemeinwesen*）の良き状態を表す指標であった。
- b) 公共の福祉が展開された（制度化された）意味は、立憲国家が現実活動する場面よりも、広範なところまで達することで、その立憲国家が負うべき責任の範囲を自ら狭めてきた。こうした意味で、公共の福祉は、あらゆる可視化された条件の権化となり、基本権の担い手は人間の尊厳にしたがい、自由にふるまうことができるようになったのである³⁶。

35 前掲、目標はRn.115、課題はRn.132で述べられる。これの詳しい論点は、石村修『憲法国家の実現』（尚学社、2006年）66頁以下。

36 Isensee, Rn.134.

かくして、「公共の福祉」は国家の権限を明確にすることで、その権限行使の制約を明らかにするという、二重の性格をもつことになる。国家の権限を、警察権限と置き換えればその点ははっきりするであろう。

4 個人の尊重・人間の尊厳と生命権

われわれはやっと最初に提示した問題の段階に戻ってきた。日本の議論とドイツの議論を重ね合わせてここで論じることにする。前半をアメリカの「法の支配」、後半を「法治国家・憲法国家」との関係で概観してきたが、時代は両者の法制が発達して、憲法の運用上、二つの原理が接近していることはほぼ認められている。その点を確認する手立ての第一は、「公共の福祉」と実体的な連携関係にある、「個人の尊重」（日本国憲法13条）と「人間の尊厳」（ドイツ基本法1条）との異同を検証する必要がある。第二は、これらが活動する場面の検証であろう。第一の論点は、国家目的の設定と関係し、蘇生憲法と言われた戦後の憲法群に、改めて人間賛歌の原理が規定され、これが共通の憲法全体を支える原理となったことであり、この原理を体現した「公共の福祉」は国家権力の権限を実現し、同時に制約する原理としての役割を担うことである。

二つの憲法に掲げられた文言については、それぞれ別ルートでそれぞれの憲法に規定されることになり、憲法制定時はともかく現時点では、それぞれ規範的にも重要な基本権として認知され、多方面で機能している。この二つの文言は、基本権として同一の保障対象なのか否か、そしてその保障内容と機能は同じか別かという点に関しても異論があった³⁷。アメリカでの「幸福追求権」と関連して、日本国憲法の「個人の尊重」は、憲法13条の中でどのように解釈されなければならないであろうか。まず日本国憲法13条に関しては、本条に三つの内実が含まれていることには、ほぼ異論のないところまできた。13条は前段と後段で分かれ、前段にある「個人の尊重」は基本権全体をカバーする原理とこれを具体化した基本権が含まれており、私見ではここに日本国憲法を貫く最も重要な「生命権」が含まれていると解される。日本国憲法が誕生した時、我々はこれからのありうる世界像が平和志向

37 この論争は、法哲学のヨンバルトの問題提起から始まったが、同意説が有力になっている。参照、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理』（尚学社、2013年）、12頁以下。日本では「個人」を強調する必要を認識すべしとの押久保倫夫の主張が興味深い。『『個人の尊重』の意義』時岡古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992年）67頁。

であることを再確認した証として9条の規定を2章においた。1章が国民主権を規定し、2章に置かれた「戦争の放棄」の理念は、当然に3章に続く規定である。平和に生きることの積極的な効果は、3章冒頭の「個人の尊重」であり、その具体化は「生命権」として体现されているはずである。個人を尊重することの結果が、各人間を実在する限りで尊重に値するものと表現するとするならば、そこには個々の人間が誕生し、やがて死を迎えるまでの生活保障が読み取られ、憲法に体现された国家の個人の保護義務が導かれる。宮沢が試みた壮大な人権史とこれへの賛歌は、12条13条そして97条をじっくり読み込むことで想定できる。13条の前段をこのように解する解釈は、それを生命権と表現するかどうかはともかく、戦争への反省の下で制定された2つの憲法に通底していることに符合する。9条の平和的生存権との関係で、13条の「個人の尊重」は、飾りだけの内容ではなく、実体的な役割を担うようになったのである³⁸。

13条に注目し、そこに一定の規範的価値があることに言及したのは、1960年代からであった。それはアメリカ研究の種谷春洋、酒井吉栄等であり、ドイツ研究からは田口精一等であり、但しそれは13条後段の「幸福追求権」への言及によってであった³⁹。人格に関係する「プライバシー権」の処遇からこの幸福追求権に注目したのであり、同時に、憲法が用意すべき「包括条項」のルーツ探しを行うことによって、これらの条項の役割を再認識することになる。同時に、グローバルに論じなければならなくなった「環境権」への言及も行わなければならない、包括条項は憲法に於いては、とくに、法の発展的機能を是認する「法の支配」の観点からはありうることであった。この傾向は「新しい権利」の承認とそれへの保障条項の探索と絡んで、めざましい憲法学会の展開をみた分野となった⁴⁰。

13条の「個人の尊重」とドイツ基本法の「人間の尊厳」の同意性が議論されたの

38 参照、石村修『基本権の展開』（尚学社、2017年）Ⅱ章、ほぼ同様な視点を持つ論者として、山内敏弘、島崎健太郎、根森健等の論考があった。山内は平和的生存権との関係で（『人権・主権・平和』日本評論社、2003年）、島崎は胎児の生命権との関係で（憲法理論研究会編『人権保障と現代国家』（敬文堂、1995年）、根森は死刑との関係で『高柳古稀記念』（専修大学出版局、1992年）、それぞれ生命権が重視されていた。

39 種谷春洋「『生命、自由及び幸福追求』の権利一、二、三」岡山大学法経論集14巻3号（1964年、15巻1号、2号（1965年）、酒井吉栄「日本国憲法13条の思想的背景」ジュリスト274号（1963年）、田口精一「ボン基本法における人間の尊厳について」法学研究33巻12号（1960年）172頁以下。

40 石村修、前掲、『基本権の展開』149頁以下。

は、後に続く条文との関係で、それぞれが個別に保障している内容を確定する必要があったからであり、とくに、これをもって生命権との関係を明瞭にしたかったからでもある。13条後段は、「生命・自由、幸福追求」とありこれを概ね総括して「幸福追求権」と規定することが多い。淵源的にアメリカ独立宣言に見るこれらの保障内容は、個人の尊重の実体である「生命権」を中核とし、それ以外の憲法に規定された基本権の内容と重なる部分があることから、一般法と特別法の関係になってくる。ドイツ基本法の人間の尊厳は、2条の2項の「生命権」と一体となって主観的な権利と客観的な権利との部分を構成することになる。したがって、「個人の尊重」と「人間の尊厳」は、憲法全体の構成からしても、同時に、その基本権が有する内容からしても、ほぼ同様な働きと機能を有しており、憲法全体を構成する「公共の福祉」とも基本権を働かす場面では同様の関係をもって現れると考えられる。

「公共の福祉」の「一元的内在理解」は、13条の新たな総合的な解釈の中で、新たな地平を見出してきた。それは憲法訴訟論全盛の時代を迎えて、基本権衝突における調整原理として機能する仕方を見出すことであり、同時に基本権の全体像を俯瞰する原理（権利）としての「公共の福祉」の役割である。前者の問題は、比較考量や比例原則に現れてくる。そして、後者の理解は、基本権の制約がありうる場面の想定を伴って実現される。国家目標・課題との関係での議論はこれである。後者の問題にヒントを提示したのは、内野正幸の「自由制約正当化事由の再提示」であり、多元的な制限事例を類型化している⁴¹。それは「①他者の権利・利益（治安・公衆衛生などを含む）の確保。②本人の客観的保護。③公共道德の確保。④経済的取引秩序の確保。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社会的政策的・経済政策的目的の実現。社会・福祉国家論が言及すべき場面、あるいはパターンリスティックに対応すべき場面にまで言及していることの問題点はあるが、類型化の方向性を示唆したものとして注目された。よりドイツの議論を意識して場の問題を考えたのは、冒頭で紹介した松本和彦である。松本はドイツの熟議民主主義を代表するJ・ハーバーマスの「公共圏」論に注目し、公共圏の構想を「公共の福祉」という空間と読み解く。上から作られた全体主義的な空間ではなく、開かれた空間としてある「公共圏」は、市民による熟議を通じて一定の方向性が定められて行く。松本の結論は明瞭である。「人権制約原理としての『公共

41 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991年）340～3頁、同、「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編『現代の憲法』（日本評論社、1995年）39頁以下。

の福祉』も一般的妥当要求を掲げて登場する以上、この『公共圏』における熟慮と討議の過程をくぐり抜けなければならない。人権制約が正当なのか否かは、公論の空間での徹底した検討を経ることが不可欠なのである⁴²。公共性の要請からくる命題が、ここで明確になった。私的社會を放任するのではなく、公の求められる機能の再認識がここにある⁴³。

公共の福祉の展開場面が、国家統治に関わる場面の問題に関わることになり、国家がいかなる国家行為を正統に国民に対して提示するかというプロセスを探索することになる。公共圏は国民・市民の多様な希望・要請を立法という手続きで実現することであり、公共圏と憲法の関係は、公共圏という場が多く利益を抱えており、これを解決すべき方途が公共圏から見出さなければならないことからくる。公共性の法哲学が、好んで「理由」を問ひかけ、「性、福祉、家族、労働、病理、教育」の在り方を問うのは、「公共での共通項・福祉」のミニマムな共通項を求めていることに違いない⁴⁴。長谷部恭男及び高橋和之が、基本権の制約に、各種の利益を上げたのは、こうした発想に影響を受けたことによると推定される⁴⁵。人権対人権の対立だけでなく、一つの基本権は様々な具体的状況で制約される場面を考えなければならない程、現代社會は複雑であり、作られた公共圏も人工的なものである限りで制約も複層化されている。

こうして辿り着いたのが、13条の「個人の尊重」の意義であることはすでに言及した。その意味で、基本権に内在するというよりも、憲法の全体構成からの見直しであり、私が「憲法國家」の概念に拘ってきたのは、こうした理由からである⁴⁶。「公共の福祉」が「國家に対する人権保護の義務づけ」とであると説明した、玉蟲由樹の結論は、ドイツの最新の國家目標の意味を理解している実証である⁴⁷。つ

42 松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究67号（2005年）144頁。

43 早い時点でこの点を指摘していたものとして、小林直樹『憲法の構成原理』（東京大學出版會，1961年）第6章、がある。

44 井上達夫編『公共性の法哲学』（ナカニシヤ出版，2006年），「パレートの最適」が利益考量で議論される時、法はその時々正義を求めなければならない。みんなのものとした公共は、その正しさを導き出すのは困難であるが、やらなければならないタスクである。

45 長谷部恭男「國家權力の限界と人権」樋口陽一編『講座憲法3 權利の保障1』（日本評論社，1994年），ここでは社會全体の利益として「公共の福祉」を考える。54頁以下、高橋和之「すべての國民を『個人として尊重』する意味」塩野古稀『行政法の發展と變革 上』（有斐閣，1999年）271頁以下。

46 石村修『憲法國家の実現』（尚學社，2006年）83頁。

47 玉蟲由樹「人権と國家權力—『公共の福祉』の多元的機能」法律時報86卷5号（2014年）35頁。

まり、基本権論が主観的なものだけではなく客観的な役割をもって機能しているのは、基本権の統治機構への働きかけの側面を見てのことである。そうであるとすれば、日本国憲法での「個人の尊重」とドイツ基本法での「人間の尊厳」の最も近い基本権は何かという問いかけへの解答を示さなければならないが、それが「生命権」に該当することを、現下の問題と併せて検討することにしたい。

5 個人の尊重・生命権そして「公共の福祉」

憲法国家の存在意義は、国民（人）の「生命、身体、財産に重大な被害が生じる」（内閣法15条）危険を回避することにある。危険状態に陥ることを事前に排除するために、「リスク管理」が多方面で求められるようになって久しい。人のあくなき願望により、多面的な利益をもたらしたが、その利益はグローバルなレベルでの各種の弊害をもたらし、その問題解決にあつて利害関係が複雑すぎて解決に至らない「バルカン化」現象が起きている。戦争という顕現された現象ではなく、そこには単線的な処理では解決できなく、将来の展望がなかなか見極めきれないことが起きている⁴⁸。「リスク」段階で問題の本質を解明し、可能であればリスクを予見し、これの予防活動を行うことが求められる。

現在の日本で起きている最大の事例は、新型コロナウイルス（COVID-19）という「公衆衛生リスク」であり、しかも、グローバル・レベルで発展的に起きており、これの問題解決の出口が見えていないだけに深刻である。可視化できない「ウイルス」によって人から人に移動することでおきる新型感染症であるCOVID-19は、現時点（9月）においてウイルスに対抗するワクチンが完成しておらず、完璧な治療薬がない状態であるので、対応策は人の接触を避けるという社会生活拒否型であるだけにやっかいである。過去の類似した事例が、約100年前の「スペイン風邪」であったとしても、忘れられた「公衆衛生リスク」の現実に向き合う危機に、日本は比較にならないお粗末な国家対応が続いている。医療現場の人たちは、作られたシステムのなかで献身的な働きを強いられているが、問題はリスク回避の原点を考えない、国家（政府）の側の無策である。一体、「危機管理能力なき無法国家」と

48 「リスクマネジメント」は、国際政治学や経営学の議論であったが、今や国際機関や憲法国家があらゆる学問上の知見を結集して検討し、対処すべき問題となっている。かつては警察行政が荷った「安全・安心」の確保の在り方であったが、現下は警察行政では真の問題把握にはならない程に、質が高く、量が多い。

言われても⁴⁹、現況を変えようとしなのは、どうしてなのであろうか。

中国の内陸部の経済都市「武漢（ウーハン）」市場で発生したとされる COVID-19 というウイルスは、同市にパンデミックを齎したが、世界は自国にまでこれがやがて来ることにあまりにも無警戒であったし、WTO の予測も甘かった。ヨーロッパにはイタリア経由で全域に広がり、日本にも様々な経路で入り込み、4月7日に東京をはじめとする7都府県に「緊急事態宣言」を発出し、17日には全国にこの宣言を適用した（5月25日最終解除）。疫学上でのパンデミック（pandemic）とは「世界的規模、又はきわめて広範囲に起き、国境を横断しながら、通常多くの人々が感染する流行」と定義されており⁵⁰、歴史上でこうしたパンデミックは何度も繰り返してきたが、今は、世界が同時代的に活動している状態にある時代であるだけに、パンデミックの速度は速く、被害が弱者、都市部に集中することも各国同様である。医学的には、天然痘やインフルエンザ等のウイルス感染、ペスト・コレラ等の細菌感染、マラリア等の原虫感染に分類されるが、現代はウイルス感染が定期的に起きていた⁵¹。コロナ系としては、近年ではSARSやMERSがウイルス感染であるため、日本では新型コロナと命名されているが、WHOの正式名称は（COVID-19）となっている。新型コロナの名称に拘っているのは、対象法律が「新型インフルエンザ特措法」に依拠している関係によつてのことである。この特措法は、民主党政権の時代にSARS対応で創られた法律（平成24年＝2012年）であり、政府はこの法律の下で定期的な会議を開いていた。問題の出発点は、この法での「指定感染症」の枠内で新型コロナも対応している結果、原則、保健所経由という限定された対応でこれまでできていることにある。しかも、陽性者への対応が、指定感染症枠で実施されている関係で、柔軟ではない。

新型コロナに対応する法律は、以下の4つの法律を主にして対応する姿勢を安倍政権は整えた。組織法と作用法の両者の役割を担うのが「新型インフルエンザ等対策特別措置法」（以下、特措法と略）であり、作用法の中核をなすのが「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」（以下、感染症法）、国外からの入国者の感染者を検査する「検疫法」、そしてワクチンが完成した場合に関係する

49 井上達夫「危機管理能力なき無法国家」法律時報92巻9号（2020年）962頁。

50 大林啓吾『憲法とリスク』（弘文堂、2015年）251頁、同「感染症リスクと憲法」小山剛、新井誠、横大道聡編『日常の中の＜自由と安全＞』（弘文堂、2020年）。

51 入門書として、山本太郎『感染症と文明』（岩波新書、2011年）、石弘之『感染症の世界史』（角川ソフィア文庫、2018年）がある。

「予防接種法」である。それぞれ改正が必要な部分を抱えているが、改正案の検討もなく、野党からの臨時国会の開会要請は無視されている（8月段階で）。特措法に基づいて、「新型インフルエンザ等対策閣僚会議」が最終的な判断を行使するが、諮問機関として「専門家会議」を厚生労働省の管理下に設けた（脇田隆宇座長）。専門家会議が主要な政策を担うことになったが、議事録の公表もないまま、いかなる議論があったかは不明であり緊急事態宣言の提言はこの機関の提案によった。専門家会議は、国立感染症研究所を母体とする政府系の技官を中心にして構成されている関係で、極めて政府よりの政策を提示し、無策を繰り返してきた。しかし幸運にも感染者数が下火になった時点で、政府は経済活動と感染症対策とを並行して行う関係で担当大臣と組織を再編成した（2020年3月6日、西村経済再生大臣）。専門家会議は、メンバーに経済・経営関係者を加えて、名称も「有識者会議」とし（尾身茂座長）、3つの分科会（医学、経済、ワクチン）をもつことになった。有識者会議方式は他省庁も行う方法であり、人選も政府寄りのメンバーからなる、政府寄りの答申を出して、政府の見解を正統化する方式を踏襲したものである⁵²。

新型コロナ対策は、通常のインフルエンザと異なり、現時点で人の生死にかかわる公衆衛生にとって緊急に対処すべき問題である。ほぼ世界同時現象であるのであるから、他国の状況が可視化され、一部不正確な情報しか入手できない国を除いて、死者、重傷者、感染者の数値が伝わってきており、即自的な対応策も情動的に伝えられる。そうしたなかで、日本の検査体制の少なさ、厳格化、それに拘わらず死者が少ないことの不可思議が疑問とされてきた。確かに、アジア型と他所ではどうもウイルスの強さに違いがあり、またアジア人には特殊な抗体があるともいわれているが、この点は事後の科学的な研究に委ねるしかない。

憲法の問題に戻すと、「公共の福祉」を実現するという観点から、特措法を根拠にして、人の各種の自由（とくに、移動の自由、営業の自由、教育の自由）を制限してきた。しかし北海道から始めた緊急事態宣言は、義務教育のような行政措置は一元的であったが、国民に対する自由の制限に関しては、依頼であって禁止ではなかった。例えばパチンコ業者で営業を続けるところには、わざわざ行政の長が赴いて自粛を求めている。ここに、日本特有の法文化があり、他人の目を意識する心理を利用した対応が採られたことになる。特措法は、「事業者は、新型インフルエン

52 諮問行政と言われてきたが、委員の人選は概ね政府系のシンクタンクに委ね、出てくる専門家はその分野の「村」から人選されてきた。

ザ等のまん延により生ずる影響を考慮し、その事業の実施に関し、適切な措置を講ずるように努めなければならない」とあり、事業者の責務は弱い。それでも、多くの事業者がこれに協力し、その結果、経済活動の落ち込みの程度は大きいものがあった。国民の自粛がある程度の効果をもたらしたが、自粛が緩めば第二波が早く訪れ、こうした中途半端な国策は徹底した解決にはいたらない。政府・地方自治体が行った要請だけで、実質的な経済補償は十分なものでなかったことにより、企業倒産が生じ、失業者がでるという悪循環が生じている。

アジアの諸国で比較的感染者数を抑えこむのに成功した例として、台湾・韓国・ベトナムのケースが紹介されている⁵³。成功の秘訣はSARS対策の失敗を教訓とし、まずは行政側の積極対応を是認する立法を整備し、これに基づいて、徹底的な検査を実施し、国民にはPCR検査（polymerase chain reaction）⁵⁴、抗体検査を数多く行ってきたことによる。スマートフォンによる陽性者の追跡も徹底していた。これによって生じるであろう「各種の手当て、奨励、補償」に関しても足りない部分は立法で補っている。徹底した対応を速やかに行うことによって、日常生活に戻すことで、経済活動の損失を最小限にするという効果をもたらしたことになる。日本では、ロックダウンではなく緊急事態宣言を特措法に基づいて4月8日に発した（32条）。実はその前に北海道全域に緊急事態宣言と外出自粛要請を2月28日に出しているが、これについては法的な根拠がない中でのことであり、知事は政府に相談の上この要請をしたことになる。また、国は緊急事態宣言を出したのも、条文の上では、「その全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれのあるもの」（32条）という場合であるが、これでは緊急性の程度が不明である。首相及び専門家委員会からの説明も、これによってどの様なことを実施するかに関して積極策はなく、単に国民に自粛要請を求めるだけであり、かなり消化不良に終わった。

陽性者がクラスター（倍々で拡散する）のような感染症の特性があることから、陽性者を見つけ出すことのために、より多くの人のPCR検査を実施が望まれている。

53 台湾については、林倬如「台湾における新型コロナウイルスへの法的対応」法学セミナー 2020年8月、4頁。韓国については、金明中「日本が韓国の新型コロナウイルス対策からまなべること 1・2・3」ニッセイ基礎研究所、4月10・13・22日。

54 この検査方法は、ウイルスの特性を利用して、必要なウイルスの存在を見つけ出す方法なので、完璧な試験方法ではないことを前提にして実施されている。P・ラビノウ、渡辺政隆訳『PCRの誕生』（みすず書店、1998年）。

るが、専門家委員会及びこれを引く継いだ有識者会議は、「機器・検査員の不足、医療の混乱、偽陽性者の犠牲、偽陰性者の放置、収容施設、医療従事者の不足等」を理由として、この検査の拡充には一貫して消極的であった。初期の陽性者が少ない段階では人の接触を辿って行って該当者をつぶす方法も有効であったかもしれないが、現時点では特定の地域での接触疑いによる陽性者の拡大が出ているので、初期の方法は有効ではない。報道機関等でも主張されているように、地区や対象者がある程度絞っての徹底した検査を実施することで、感染者を抑え込む方式に転嫁する必要がある。

本稿の結論がそろそろ見えてきた。憲法国家において、憲法は個人を尊重するという原理を示し（13条1項）、これの主観的・客観的権利として「生命権」を保障した。これは国家の存立を明確し、憲法の核の内容を意味している。国家はこの生命権を個人のレベルで主張できるように、実体的な権利として保障するだけでなく、この生命を維持するための制度を国家機関のなかに設けなければならない義務を負っている。この構造こそが、13条にある「公共の福祉」が要請する内容であり、公共の善を求める内容になる。もちろんこのことによって、一定の他の基本権の侵害が生じるおそれがあるが、これを定式化するのは、一定のルールによってであり、憲法訴訟論で定式化した基本権調整のルールということになる。「公共の福祉」は国家の行為を制限するだけでなく、国民のために国家を機能させる根拠ともなるのである。こうした論点を「人間の尊厳」に含まれる「生命権」の問題として、J.ハーバーマスと刑法学者のK.ギュンターが議論しているところが参考になる⁵⁵。生命の保護を名目にして各種の権利を制限する方法にうんざりした人々に対して、改めて生命の保護がとにかく重要で、その価値のために他の基本権は制限される⁵⁶。これが正しい「公共の福祉」の使い方であるとの結論に、私もやっと辿り着いた。

6 まとめ

国家や国際連合がまとまってグローバルなレベルで対処しなければならない現象は、多くしかもその規模を多くしている。原因は超現代化された世界であり、地球

55 J.ハーバーマス、K.ギュンター、三島憲一訳「人間の尊厳と生命権は不可分」世界2020年9月号、57頁以下。

56 公共の場でのマスクの不着用に、罰金を科す政策が批判にさらされている。自由の尊さも十分に加味した上で、自己の命を守る意味からも、罰金という策は致し方ないと思われる。

上の時間と規模は狭くなり、これは一定のコントロールを伴って解決しえない状態になっている。しかも、本格的な予防や事後対応には膨大な人的・物的負担がかかることから、これを回避する傾向があり、私的な社会内部に解決を委ねる傾向が、経済大国で生じてきた。新自由主義と言われる傾向がこれである。現時点で生じている感染症の爆発も、新自由主義がもたらしたものの一つと言わざるをえない。例えば、アメリカ合衆国に現れている弱者切り捨て（医療保険をもてないものの存在）が、膨大な死者の数となって表れている。

「公共の福祉」は、憲法に用いられてきたのは、多分に基本権衝突を円滑に解決するためにであり、この場面の解決方法は憲法の適用場面での技術による定式によってなされることになった。すると残された機能は、公共作用における権限の発動の根拠であり、これも一定の根拠がなければ失われる利益は大きい。そこで本稿では憲法国家にとって重要な「個人の尊重」を受けた限りでの基本権の実現に寄与しなければならないことを述べてきた。もっとも、現実の憲法改正でこうした考え方がゆらぎかねないという事実がある。政府を構成する自由民主党が2012（平成12）年4月にまとめた「日本国憲法改正案」では、12条、13条及び29条にあって、これまでの「公共の福祉」に「公益及び公の秩序」を充てている。もちろん考え方自体も異なり、12条では、「・・・自由及び権利には責任及び義務が伴うことを自覚し、常に公益及び公の秩序に反してはならない」となった。自由と権利の両者に無前提で責任と義務を重ね、全体の利益優先の志向を導くおそれがあり、かなり危険なおいがする。13条の「個人の尊重」との繋がりがこうして失われ、個よりも総体を優先させる傾向のある「公の秩序」を使用することで、現憲法のもっていた構造が全面的に転換されるきらいがでてきた。こうした12、13条の改正は、他の条文への影響も大きく、特に精神的自由を規定する条文に対する上からの圧力は大きなものになると思われる⁵⁷。そのような意味からして、現行の憲法12、13条を維持することの意味は大きい。

57 読売新聞が出した憲法改正案には13条の内容はほぼそのままであった。これを考えると自民党案には、一層に基本権への視点が「個よりも全体」という傾向がはっきりと出されている。