

憲法と安全—警察と自衛隊の役割

専修大学名誉教授 石村 修

1 はじめに

近代憲法の目的は、国家の担い手である国民の人権を規定し、国家の基本構造を定めることであり、国家そのものの行動様式を憲法に定め、国家機関が国民にとって重要な役割を果たすことを求めることになる。ドイツ語で示されてきた *Verfassungsstaat* を「憲法国家」と訳したのは、国家に対する憲法の優位性を明らかにしたうえで、同時に近代憲法の普遍的な役割を示すことに意図があった¹。国家は権力装置であり、これが機能する場面を予め規範で拘束して置くというシナリオを創ることが、近代憲法の役割であった。こうした憲法と国家の関係を考える作業を私が繰り返してきたのは、今の日本国の国家目的を明らかにしておくだけでなく、それに続く国家目標ないし課題を憲法から導出して置くことが必要と考えたからである。国民は国家にたいして自己の安全の確保を求め、その限りで国家に権力を付与したのであり、国家は脱イデオロギー化された権力の担い手であることが必要であった²。国家の中心にして構想されてきたのは「国家保障」の観念と制度であり、その典型的な表れは2013年に導入された「国家安全保障会議」（日本版NSA）であろう（後述、4章）。私がこれまで検討してきたのは憲法のなかでの安全であり、これを警察の関係で考察してきた³。日本の憲法学では、これまで静態的な憲法規範の存在を前提としており、その結果、作られた憲法の本質に注目し、その関係で実質的な憲法を定義し、これをもって憲法の特性を定義する例が多かった。日本国憲法

1 石村修『憲法国家の実現』（尚学社、2006年）はしがき、参照。一般には「立憲主義」と表現され、これの在り方をめぐる論争は尽きない、棟居快行「立憲主義の条件」専修ロージャーナル12号（2016年）43頁以降。

2 E.Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, 1968 Frankfurt am Main, S.13.

3 石村修「警察の法構造」公法研究70号（2008年）186頁以下。

の特性は「人権、国民主権、平和主義」と言い表されてきたが、これの実際の中身は各種であり現実にこれを明確にすることは困難を極めてきた。実質化された憲法の論拠も様々であり、内容もばらばらであることから、静態的な憲法分析の限界が見えてくる。対比的にドイツでは動態的な憲法理解が有力になってきており、そこで国家目的だけに拘らないで、国家目標 (Staatsziel) ないし国家課題 (Staatsaufgabe) にまで言及することで条文の運用が流動的になった。国家目的は古典的には国家を形成するものであったのに比して、国家目標は立法府への委託された範囲は大きいものの執行権が主体となって時流に合わせて実態を変化させていくことが可能である。例えばワイマール憲法での経験を踏まえて、国家目的としては「社会的法治国家」(20条1項)を宣言し、その実現には立法府に託された部分が大きい。さらに、ドイツでは必要に応じてアンケート委員会を設け、基本法の改正内容を検討するのを例としてきた。国家目標規定として、環境権が提示されたのは最も代表的なことであり、その後のこの条項は多方面に影響を与えている。

本稿ではかたまり尽くされてきた感のある「安全」を総合テーマとし、その具体的な表れとして、「警察と軍隊(自衛隊)」の関係を問題とすることにした⁴。学会レベル⁵、教授資格論文⁶で一気に「安全」がテーマになったのは、憲法環境として問題とする内容を多く含み、総論の部分だけでなく、各論の部分にあっても論じなければならない論点が多くなったことが原因である。安全に関する社会現象に即応するような形で立法が為されているのもこの分野の特性であるかもしれない。「安全」は、国家目的・目標・課題のそれぞれで語ることが可能であるが、規範的な現れ方も当然に異にして表されることになり、規範の実効性での区分が可能になる。近代的な国家目標では、総括的には「法治国家、文化国家、平和国家、環境国家」と分析されるが、これは国家を構成する機関へのメッセージを表したものであることになろう⁷。しかし、これでは総合的な指標が国家に提示されるだけであり、国民相

4 近年の「安全」をテーマにしての総合研究は、慶応義塾大学のグループと名古屋大学のグループが成果を残している。前者は、大沢秀介・小山剛編『市民社会の自由と安全』(成文堂、2006年)、同、『自由と安全』(尚学社、2009年)、後者は、森英樹編『現代憲法における安全』(日本評論社、2009年)が代表的になる。

5 最近では、公法研究69号(2007年)の報告(大沢秀介、大石眞、白藤博行、山田洋)が基本的な視座を示し、「人権と安全、生活と安全」で総合的に議論された。

6 目にしたもののだけでも、P.T.Stoll,Sicherheit als Aufgabe von Staat und Gesellschaft,Tübingen 2003,S.Tannenberger,Die Sicherheitsverfassung ,Tübingen 2014,がある。

7 Vgl.K-P.Sommermann,Staatsziele und Staatszielbestimmungen,Tübingen,1997,S.205.

互の関係である社会には規範的な効力を及ぼすわけではない。ドイツでは古くはプロイセン一般法のなかで、国家目標が規範化され出した。開明的な潮流は、君主に対して恣意的な法の運用を制限し、今日でも法治国家の原理を構成する「恣意的運用の禁止、過剰禁止、法適合性、自由と財産の保障」が求めることになり、これらが国家目標の法に適った適用を促すことになった⁸。

本稿ではなぜ「安全」を憲法（学）で問題とするのかを確認することから出発する。安全への願いをもって、人が社会と国家に求める基盤が概観できる構造がすでに作られている⁹。孤立した存在では生きられない生命体の典型例である人間は、他者との共存を促され、適切な共同体であり、適度の生活圏を構成することになる国家（Gemeinwesen）において、危険な状態になることをできるだけ排除してきた。近代人は自分の力で自己の生命と財産を守ることが原則であり、資産家であれば自警団をもって過大な安全・安心を期待することが可能である。しかし、近代は国家が等しく国民に安全を約束する時代でもある。啓蒙主義が社会契約論をもって共同体の存立を導出したのは、安全な生活の確保が第一の理由であったはずであり、その根拠は程度の変化があるにしても本質は変わらないと言える。ホッブスが描いた自然状態は戦闘状態であったから、新たに契約で争いの無い状態を作る必要があるとした。これに反して、ロックが描いたのは更なる安全の志向であり、アメリカ独立宣言にある「生命、自由、幸福追求」が安全の中身であることは多くの者によって説明されていることである。

現代は、科学技術の発展とそれが生み出してきた弊害に対処する「リスク社会」論の登場がある。国際政治・経済学でのリスク論は、法学の世界では環境国家の問題を一気に議論することと関連して論じられてきた¹⁰。人間の飽くなき願望である「豊かで快適な生活の追求」は、生活環境への負の遺産を生み出し、他の生物体の生の営みを妨害するに至った。国家目的にまで一気に環境国家の実現が求められるようになったのは、国家の「テクニクによる安全」を欠いては将来の人間の生存が危うくなったからであった。東西ドイツが一つになった段階で、新たに誕生した5つの州は新しい憲法を制定し、その中に新しい国家目標として「環境」を掲げた。そ

8 Ebd.,25.

9 Stoll, (注6) S.5f.彼は安全を国家の課題として描いており、その点では作られた法律の分析が一層に必要になってくる。

10 ベックが主張したリスク社会論は、危険の段階を回避する論理として、多様な分野で使用されることになる。U.Beck,Risk Society,1992.

して国家と社会を巡るパラダイムの転換を求め、それを「安全・多様性・連帯」と命名した¹¹。ここで「安全」がまず憲法国家で保障されるべきことが提唱されたことになる。曰く「安全が意味するところは、個人に保障された自由への約束というよりは、基本的には限りなく終わるところのない国民に対する社会、テクニク、環境ないし犯罪によるリスクと危険から国民を保護する、国家の活動の約束である」¹²。安全を巡る本質的な問題についての認識をもったうえで、本稿では安全を実現する手段（公法上の主体）である、警察と自衛隊に視点を置いて論を進めることにする。これらの国家機関は、過剰な任務を今日では要請されており、それは憲法国家の役割に適うことになるのが検証されなければならないであろう。

2 憲法における安全

日本国憲法では、安全の文言が隠れている。それだけではなく、「警察と軍隊」を文言として直接記した条文も欠いている。比較憲法的にはその両者を明確に規定した憲法があるから、日本国憲法は重大な欠缺憲法ということになるのであろうか。国家目的としての安全を明確にしたのは、20世紀で新装なったスイス連邦憲法である（1999年）。その2条の1項で「スイス連邦は、国民の自由と権利を保障し、国の独立と安全を確保する」と明確に国家の存立目的を明らかにした。誓約同盟として誕生したスイスは、多民族が周辺国家からその国土を護るという絶対命題をもって連邦国家を形成したのであるから「国の独立と安全」を確保するための最大の努力を行ってきた。とくに、戦間期のスイスが採用した安全保障体制は、中立国家を維持しながら固定した秩序形成を図るための治安立法を確立してきたのである。これが冷戦期における安全確保体制のモデルとなっていたことは有名である¹³。スイスの国家形成が特殊であったとしても、安全に関してはいずれの憲法体制も前提としているのであり、具体的にその安全の文言を書き込む必要はなかったということになる。「安全体制」の概念は、したがって、憲法学からの解説が必要になってくる¹⁴。さらに、大方の憲法では目標や課題として安全が語られている。どのように

11 Bizzer/Koch(Hrsg.),Symposium zum 65.Geburtstag Erhard Denninger,Baden-Baden,1998,S.7f.
デニングャーは当初、「多様性・安全・連帯」としたが、後になって、「安全」をまず3原則の冒頭に置いた。

12 Denninger,Menschenrechte und Grundgesetz,Frankfurt am Main,1994,S.48.

13 石村修「スイス連邦国家における国家保障」同『憲法の保障』（尚学社、1987年）第6章）。

14 S.Tanneberger,Die Sicherheitsverfassung,Tübingen,2014,S.8f.

国家が安全に与するかは、憲法の全体構造から基本姿勢が示され、具体化は立法に委ねられてくることになる。

本稿でしばしば比較の対象として言及されるドイツ基本法では「安全」の文言はないが、警察と軍隊は書き込まれている。ただし、特殊な意味をもってである。ドイツが西側の国家として承認された段階で、再軍備が許された（1956年）。新たに書き込まれた87a条は、NATO軍に依拠するドイツ連邦軍の設置を規定しており、同時に、男子には兵役義務が復活した（12a条）。再軍備のプロセスはすでに一定の分析がなされており¹⁵、冷静に見れば対外的な利益と西ドイツ政府の利益との合致の下で、「防衛上の緊急体制」が形成された（115a条以下）。その後、この国の軍隊は憲法裁判所の判断枠組みのなかで機能してきた。憲法にしたがって存立する軍隊と同じく、警察も憲法にしたがってリスク・予防国家現象に対応してきた。先に記した再軍備を定めた条項を受けて、警察も職務共力関係にある（35条2・3項）。ここでは国家権力行使の主体として、警察と軍隊が一体になる側面が明確に示されている。本来的には国内の治安の維持に第一に関わる警察活動に軍が参加し、さらに、防衛上の緊急事態に警察が支援するパターンも書き込まれている。警察は州の権限であるが、テロ等に関わるものは連邦権限となる（73条9a）。

近代以降では、軍の任務は対外的な他国との戦闘行為にあり、これに警察も末端の部分で協力してきた。変形がここにはあり、「軍警察、憲兵、秘密警察、親衛隊」にいたるまでの暴力装置に転嫁する組織もあった。警察と軍隊は情報を共有することで、任務の連帯は可能であった。ただし、国家内でのヘゲモニー争いでもって、国家警察と軍隊が対抗する場面は沢山あった。ドイツに関しては、とくに冷戦の最前線にあった関係で、国内的にも戦う姿勢を示し（戦う民主主義）、敵と味方を識別する構造のなかで、警察と軍隊の共存関係がありえたのである¹⁶。国家保障を、憲法保障と表現を変えて、警察と軍隊が協力できる体制が続いてきたことになる。ドイツの法治国家原理の徹底で、かかる状況に対して多くのテクニク立法を制定したのも理由があるところであり、かかる立法に憲法裁判所が改善命令を出し続けてきたのも理由のあるところであった。こうした憲法国家状況を「手懐けられたレバイアサン」（Der gebändigte Leviathan）と命名したデニングアの視点は、同憲法体制の特性を適切に評したものと思われる¹⁷。過剰な憲法保障に進む立法者には、

15 例えば、岩間陽子『ドイツ再軍備』（中央公論者、1993年）。

16 R.C.van Ooyen, Öffentliche Sicherheit und Freiheit, Baden-Baden 2 Aufl. 2013 S.201f.

17 Denninger, Der gebändigte Leviathan, Baden-Baden, 1990, この論文集では、警察の役割が多様

憲法裁判所の審査が及ぶことによって、独善的な警察権の運用に歯止めがかけられてきたことはたしかであった。

先に指摘したように日本国憲法には、「警察，軍隊」の用語が欠けている。警察は、「公共の福祉」（13条）の実現と関係し、司法警察の権限行使として関係するので（31条）、当然に警察の実態は予測されるべきところであり、警察法が組織を定めていることになる。すると警察権限の行使を認めるのは「公共の福祉の実現」という観点から説明できるにすぎない。これを改善する意図をもって、自民党の「新憲法草案」では、「公益及び公の秩序」と言い換えている。これによって公安警察の機能する場面を拡大する意図であるとすれば問題が出てくる。自治体警察として再構成された警察が、国家警察の様相を帯び、自衛隊の機能をサポートする場面が想定されるとすれば、戦後改革の意図は失われてしまう恐れがある。日本は連邦制国家ではないのであるが、警察は地方自治体に設けられた組織であり、警察官は基本的に地方公務員である。しかし、警視正以上からは国家公務員となるので、政府からの指揮命令権の下で公安警察組織は動くという構造になる。こうして、警察の国家集中を排除しようとしたGHQの意図に反し、今日の警察組織は過度に政府に依拠する組織体系にある。国家公安委員会の独立性が問題とされる所以はここにある。むしろ「地方自治の本旨」の範囲内の組織と解するところに本筋があり、例外的な緊急事態に限定して国家組織との連携が議論になるであろう（後述）。そこで警察官の特別な権限行使に関しては、地方自治体の長の許可を必要とすることになる。第1回目のPKOとして「文民警察隊75名」と選挙監視団がカンボジアに派遣され、2名の犠牲者を生み出した。この文民警察は政府の意向があったことになるが、最終的には自治体の長の判断でもあった。地方自治体での警察が主であり、国家警察はそれを補うものという関係にあることを確認しておかなければならない。

他方で、自衛隊は当初は、朝鮮戦争で国内の国家警察が欠けるという趣旨で「警察予備隊」として出発した（1950年）。GHQによるポツダム政令により、「わが国の平和と秩序を維持し、公共の福祉を保障するのに必要な限度内で・・・」、急遽設けられた。再軍備への路線は、占領体制が許容する範囲で作られていったことを考えると、ドイツの事例との近似性を考えざるをえない。主権の回復度の違いは、隣国の脅威の近さにあったにあってあろうが、吉田、アデナウアー両首相は、ほぼ同

になる場面を明らかにし、伝統的な警察像を超えて予防国家論に至る。

一の思惑をもって、占領体制に対峙していたことになる¹⁸。ただし、アデナウアーの方が再軍備に熱心だったようであり、西ドイツの方が逼迫度は高かったことになる。警察予備隊の設置は、司法権の本質を問う憲法訴訟にまで発展したが、結論はなにもえられず、政治の世界の進行が優位に立ったことになる。憲法の改正を伴って再軍備を進めることができた西ドイツと憲法の解釈の変更をもって再軍備に進んだ日本とはかなりな違いがある。日本国憲法9条の下で作られたのは「自衛隊」であり、多面的な目的をもった「軍隊」でなかったはずである。

正規の軍隊であれば当然に憲法中に記される要素である、「立憲主義コントロールの方法、軍の組織、軍人の身分保障と懲戒方法」等があっただけであり、唯一あるのが「文民条項」(66条2項)である。憲法9条の存在は、正規の軍隊を設けることへの歯止めになっていることは明確であり、その点からして憲法改正が憲法制定後から早くも主張されてきた。問題の自衛隊が当該条文から正当化できるかどうかについては争いがある。憲法研究者においてもこの条文の解釈をもって自衛隊合憲論が増えてきた感もする。自衛隊は既成の存在となり、ある程度国民のために寄与しているとの部分を評価しての判断ということになる。また、平和主義が国際政治の動向と連動することもこうした傾向に拍車をかけている。しかし、9条の規範力は厳然としていると考えざるをえない。1項によってなのか、2項によってなのかはともかく自衛隊の存在は、軍事力を背景にした対外的な安全を確保する実力組織であるかぎり、違憲の存在である。他国からも軍隊と認識されていることからして、自衛隊は多様な海外の活動に参加する時点で、単なる自衛のための国家組織ではなくなってくる。

文明国家は、一応国益の観点からの戦争をしかけることはなくなった。しかし、グローバリズムという「妖怪」が世界を支配しており、強国の資本の支配は政治的に弱体な部分に進出し、資源確保、経済秩序の安定の観点から他国への干渉を進め、そこから国内対立を助長させることになる。ほとんどの国家が平和条項を憲法に持っていたとしても¹⁹、この地球から紛争・戦闘行為が消えないのは、平和を実現することの条件作りの共通項が見いだせていないことが原因のようである。そこ

18 大嶽秀夫『アデナウアーと吉田茂』(中央公論社、1986年)、『二つの戦後』(日本放送出版協会、1992年)が参考になる。

19 この分析をしたことがあるが、憲法の平和主義の条項の実現度の難しさを感じたが、その感はいまも変わりが無い。参照、石村修「比較憲法現象としての平和」石村、小沼、古川編『いま戦争と平和を考える』(国際書院、1993年)。

で、日本国憲法の平和主義を定めた9条をもって、国家目標規定と読み替える議論もでてきた²⁰。今日の平和に関わる国際状況に依存することになるこの理解は、自衛戦争の可能性を拡張し、集団的安全保障の枠組みまでに至った政府の見解を追認することになるおそれがある。平和主義は、フランス革命以来の近代国家を支えるルールであり、その実現には各国家の執政権の裁量事項として留保されてきた部分が多いが、今日では国際法・国内法を制約する部分が多く、国際慣習法（ユス・コーゲンス）として侵略戦争の禁止は明確になっている。それでも列国はなんらかの理由をもって他国に干渉することを繰り返した。日本国はこうした流れのなかでは、極めて特殊な軍備全面禁止の条項をもって世界に範を示そうとしたのであり、軍事目的に関わる事項を実行する実力組織を憲法で禁止したことになる。今後は、この条項が理念から離れていった内実を初期の原型に戻すのか、あるいは憲法改正による正常化のいずれかを行う段階に来ている。

3 比例原則

一 **警察作用との関係** 比例原則は行政法の原理とする理解があるが、さらに、これを憲法13条で定まった原理であるとの理解も支配的になりつつある²¹。13条後段の「公共の福祉」を実質的公平の原則の保障と読み込むことで、公法全体に関わる共通原理として権力行使の在り方がここに定まっているとの理解は誤りではない。公と私の二元的な構造を前提とする法構造にあって、公の権限行使は抑制的でなければならないとする近代法の原理は、近代国家に普遍的な共通原理となっている。護るべきは個人の自由な自己決定が保障された社会構造であり、13条が保障する射程範囲は広範に及んでおり、比例原則が個別の法適用の場面においても機能しなければならない範囲は広いものがある。その意味で憲法だけでなく、行政法、そして警察法のなかに現れている比例原則の使命は大きいものがある。行政権だけでなく、司法権も審査段階でこの原理を盛んに用いることになっているのは、権力の発動は、慎重でなければならないことを心がけてきたからに他ならない。憲法の全体領域で比例原則を使用できるかどうかには異論や慎重論がある²²。この問題を、

20 岩間昭道『憲法綱要』（尚学社、2011年）、354頁、同、「憲法九条についての若干の考察」千葉大学法学論集、31巻1号（2016年）15頁以下。

21 宮田三郎『警察法』（信山社、2002年）、70頁。

22 例えば、青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996年）337頁以下。西原博史「リスク社会・予防原則・比例原則」ジュリスト1356号（2008年）75頁以下。

審査基準論としてアメリカ型によるべきかドイツ型によるべきか、というあまり生産的でない議論とはせずに、公権力の発動の仕方と考えれば、憲法学からも比例原則を論じる意味がある。ドイツの通説では、基本権の侵害にならなければ警察権の行使が認められるとの解釈を、2条1項から導き出さしている²³。

行政法の体系書では、必ず「比例原則」(Verhältnismässigkeit)に言及してきた。行政の法適合性に関係して、妥当している法規を侵害することは許されないとされ、「行政がその役割を実行するにおいて、目的を達成する上での多くの措置から最も適合的なものを選択し(目的との一致)、できるだけ不都合な結果をもたらさないように心がける(必要性)ことが」求められる²⁴。比例原則は選択の対象が複数ある場合に、行政が対処するのは「最小限の措置で、最大限の効果をもたらす」という具合の大変に困難な措置を、行政主体は実行しなければならないことを意味してきた。この場面には動態的な公法理解が必要であり、基本権の保護という客体の存在が明確な場合にあつて、賢明な行政主体の国民に向かう姿勢を、事例ごとに変えるという姿勢が求められる。

比例原則の本来のルーツは、警察法にあつた。その歴史は古く、1931年プロイセン警察行政法14条1項にそのルーツがあるとの指摘がなされてきた。この法に熟知している須藤氏の業績から引用すると²⁵、「警察官庁は、公衆あるいは個人について、公衆の安全又は秩序を脅かす危険を防止するため、現行法の範囲内において義務に適った裁量により必然的な措置をとらなければならない」とした。この伝統が戦後も各州の警察法に受け継がれ、州の警察法のモデルであつた代々の「統一警察法模範草案」の2条に規定されていた。これが統一後に連邦警察法(BPoIG)として整除されている。その15条は模範草案の2条をほぼ踏襲して以下のように定めている。

- 1項 (警察は)、多くの可能で適合的な措置の中で、個人及び公衆をできるだけ侵害しないと予見される措置をとらなければならない。
- 2項 この措置は、求められた成果に不釣り合いとして映る不利益を引き起こしてはならない。
- 3項 この措置はその目的が達成されるまで、あるいはその目的が達成できないと判明されるまでに限って許容される。

23 Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht 4 Aufl., München, 2007, S. 182.

24 H.J. Wolff, O. Bachof, Verwaltungsrecht I 9. Aufl. München, 1974, §30 II b.

25 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』(法律文化社, 2010年), 101頁。

日本の警察法には同様の規定はないが、警察官職務執行法1条2項には「この法律に規定する手段は、前項の目的のために必要な最小限度の限度において用いるべきものであって、いやしくもその濫用にわたることがあってはならない」とし、「過度の禁止」の精神が示されている。警察法の世界は、その権限行使についての多くの基本原則を有している。これは警察権限の制限の観点からくるものであるが、その中で比例原則が優位に立っていることは明白である。そうであるが故に、その意味内容を分析し体系化する作業が実施されてきた。まず上位概念としての「広義の比例原則」は、先のドイツ警察法15条1項の内容であり、警察法の目的である国民の生命、身体、財産をその侵害行為から守ること、つまり危険防止という目的のために適格的であり (geeignet)、選択されたその措置が、警察目的に役立つものであることを意味する。2項は、さらに広義の比例原則としてその選択した措置は、他の考えられるものよりも必要なもの (Erfordlichkeit) であると解する。必要性は必然性に繋がるから、その結果、最小限度の侵害であることが求められる²⁶。アメリカで発達してきた審査基準のなかの (LRAの原則) に近似して使用される。そして3項は、狭義の意味での比例原則であり、選択された手段が目的と釣り合っている場合に、危険予防という目的との間で結果として釣り合っていると判断される。いずれの段階にあっても、比例原則の適用は比較考量を実施することを前提とする。自由主義に基づく国家体制であるが故に、自由な国民が有する客観的な既存の価値 (財産) は尊重されるべきであり、その点で比較できる複数の対象の存在が重要なのである。

比例原則の論理構造は明確であり、司法審査の手続では力を発揮することになるであろうが、問題は警察権の側が現実に権限を発動する場合に、その使用を明確に制約することになるかである。今日では、警察側も科学的な捜査を実施し、実際に行使できるテクニックも多様になってきている。例えば、「防犯カメラ、Nシステム、GPS装置、顔認証装置、事前旅客情報システム (APIS)、オンライン情報システム」等がこれである。日本ではこうした新たな捜査手段を正当化する立法がなされていないために、比例原則を使用すれば、警察側が自由に被疑者の基本権を侵害するおそれのある行為を合法的に行うことが可能になる。この点は、ドイツ連邦裁判所が規定した「3段階補充規定方式」が法治国家原理の貫徹として参考になる²⁷。

26 宮田、69頁以下、須藤、14頁以下で詳しく展開されている。ドイツで憲法裁の中で使用され、日本でも審査基準として認知される比例原則は、ほぼ同様の内容として使用されている。参照、小山剛『「憲法上の権利」の作法』第3版 (尚学社、2016年) 360頁以下。

27 Vgl. Denninger, Lüderssen, Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978 302f.

警察活動が行われるのは、第一に特別立法があり、これによる個別の授権があつて、特別な警察権限が行使できるのである。次いで、警察法上、刑事手続法での授権行為がある場合であり、一般概括条項の適用を考えるのは最後である。したがって比例原則は慣習化されていると同時に個別の法規で規定されている部分があり、これのみに依拠するのは問題があるところとなる。ドイツ憲法裁判所のこれまでの判断も、この点に焦点が置かれており、多くは立法府の不十分さを指摘するものであった。GPS捜査に関して日本の最高裁が示した判断（最高判大平29・3・15）は、違憲判断ではなく法令違反（刑事訴訟法上の令状違反）であったが、それでも警察権限行使の違法性を指摘した点では、比例原則の後からの適用という意味で画期的であったと言えよう。しかし、使用する側の警察が判断して、自己の裁量権の限界を超える論理を比例原則に認めたとするならば、警察側にフリーハンドを与えてしまう可能性は残る²⁸。これの欠陥を補う意味で、個別な警察立法の整備が望まれるところであり、司法審査の基準としても、比較考量の手法の厳密な適用が望まれるところであり、その点でドイツ憲法裁判所の「3段階補充規定方式」での憲法運用は、参考に値する部分があると言えよう。

最高裁がドイツの方式に倣って比例原則を使用したことにつき、近時見直しをした判例は、薬事法にあった薬局開設の距離制限の事例であろう。石川健治の評価は、「段階理論よりもシンプルな比例原則の方が小回りはきくということもあり得よう」とする²⁹。この事例は経済的な利益が絡む事例であり、比例原則の純粹な人格権適用の場面にあつては慎重な方式が望まれることになろう。警察法はさまざまな基本権に関係して適用されるのであるから、適用される場面を見極めることも大事であり、そこでは段階理論の応用が必要になってくる。

二 軍隊における比例原則

本来軍隊は訓練された軍人と傭兵によって国家単位で構成され、軍人はその国家が戦闘するに及んでは国家の威信を賭けて戦い、自らの生命を失うことも覚悟しなければならぬ存在であった。軍人を構成することが困難になるに応じて、市民から徴兵して補充することが多くの国で行われてきた。国際法はこうした状況を変化させてきている。最大の変化は、第一次世界大戦後に締結された不戦条約（1928年）であり、「国家の政策としての戦争を放棄する」とあり、本来的には戦闘はこれ以

28 前掲、宮田、「しかし最小限度の侵害という原則は、実際には、機能しなかったという」指摘がこれである、72頁。

29 石川健治「薬局開設の距離制限」ジュリスト別冊『憲法判例百選①』6版 207頁。

外の名目で実施されることになった。第二次世界大戦後の国連は、冷戦の渦中では安保理の機能不全で国連軍が常備軍として形成されることもなく、安全保障の連合のなかで平和政策の遂行に甘んじてきたことになる。

国際法は、戦時国際法の積み重ねのなかで、戦闘行為に至った場合のルールを確立してきた。それにも関わらず、戦闘行為のなかで犠牲者の数は増加の一途と辿り、しかもその多くの犠牲者が通常の市民であるというデータが出ている³⁰。第二次世界大戦での死者は85,000,000人とされている。各国別で軍人と民間人の関係を示すと、日本軍人210万人、民間人80万人に対して、アメリカ軍人40万人、民間人数十名、と対比的である。この違いは戦場がどこであったかの違いでもある。この戦争後に起きた戦争（内紛も含む）での犠牲者の90%は民間人であったという統計もある。これは、空軍が陸海軍から独立して空からの攻撃が圧倒的になり、敵の見えない戦闘が行われていること、戦闘の場が農村部ではなく都市部で実施されていること等が原因となっている。飛行機からロケットによる攻撃は、不特定多数の人々や施設がターゲットになることは明瞭である。またゲリラ活動、テロ活動は民間人に隠れて行われることとも関係する。敵と味方の区別が付かない場面では、人を殺戮することで自分の身を守らなければならないからである。今日の戦争は、最大の効果は相手の存在を失わせることであり、通常の国制を維持できないような状態を作り出すことで、絶対的な優位を作り出すことを目的としている。想定される最も効果があるが実行すべきでない攻撃とは、大規模重要施設、とくに原子力発電施設にミサイル攻撃をすることであり、数発をもって相手国に致命的な打撃を加えることが予測される。唯一日本に原爆を投下したことの責任を考えれば、これは人道的に許されない攻撃と言える。こうした渦中で民間人が巻き沿いになり、犠牲になることを考えると、戦闘行為の愚かさは繰り返し指摘されてきた通りである。

これまでの戦闘行為を正当化してきたのは「正義の戦争論」であり、そこで悪魔の知恵として考えられてきたのが、「比例の原則」であった。正戦に関してスコラ神学者が悩んだのは、「罪なき人々を殺し、または彼らの財産を奪うことが許されるか」であった。この点の悩みは、聖職者を始めとして殺害してはならない者を特定することから始まった。聖職者も医師と同様に、軍隊と行動を共にしてきたのである。しかし、近代の戦闘行為はその殺害してはいけない者の識別を困難にしてく

30 公表されている一般的なデータによる。最近は無人数による攻撃が民間人の犠牲者を増加させることになる。

た。「戦争の正しい理由があれば、罪ある者は合法的に殺しうる。しかしこの行為によって罪なき者も害されようとするときは、二つの条件が満たされねばならぬ。めざす唯一のものたる合法的な結果が、同時にめざされたのではない悪結果を引き起こさずには達成されないこと、この悪い結果が善果によって償われること、つまり、善果が少なくとも悪果と同等の価値と重要性とをもつこと、がこれである」³¹。スアレスやヴィトリアが悩んだ結論は、正戦の論理をもってして、「罪なき者」を犠牲にすることができるとした。比例原則とは、「軍事攻撃目標がきわめて大きなもので、攻撃するより他に方法がない場合には、その周辺にいる民間人に被害を与えることを許される」とするもので³²、警察法の例とは異なる意味をもっている。軍隊は、圧倒的に人に危害を与えることを想定したものであるからである。

1949年8月12日のジュネーブ諸条約は侵略戦争の禁止を国際法において規定したものであるが、これを補足する内容の追加議定書（国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書）が、1977年に作られている。ベトナム戦争後の国連は、民間人に多数の犠牲者がでたことを考慮してこの追加議定書を作ったことになる。基本は文民保護であることははっきりしているが（48条）、比例原則なるものが51条に入っている。その5項は「次の攻撃は、無差別なもの認められる」とし、bは「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益との比較において、巻き添えによる文民の死亡、文民の障害、民用物の損傷又はこれらの複合した事態を過度に予測される攻撃」とある³³。この条文の読み方は微妙であるが、文民に被害が生ずることを軍事的利益との比較で認めている。後のテロの犯罪行為に対応する論理と近いもので、重要な利益を守るためには、一定の犠牲は覚悟するという論理に繋がる。少数者の利益を、とくに、生命を犠牲にできるという考え方が果たして認められるのか、章を変えて考えることにする。

4 警察と軍隊の接近

一 戦闘行為への対応 上記した比例原則を警察活動と軍事活動の両側面で関連させている事例が「テロ対策」立法で表されている³⁴。アメリカの9・11にショックを受けた諸国がこれへの対策立法を作り上げてきた。ドイツでの立法過程は実に

31 P.J.ヘルツォク、小林珍雄訳『戦争と正義』（創文社、1955年）146頁。

32 H.ジン、田中利幸訳『テロリズムと戦争』（大月書店、2003年）80頁。

33 広部・杉原編『解説 条約集』（三省堂）。

34 V.Ramraj,M.Hor,K.Roach,Global Anti-Terrorism Law and Policy, Cambridge 2009,で詳しい。

複雑な政党間の対立の後に、2004年1月14日に「航空安全任務に関する法律」を制定した。これの4条に次の内容の比例原則が書き込まれている。

4条「個人または公共に害が最小になるような措置が講じられなければならない。講じられる措置が、それによって達成される成果に比して大きい不利益をもたらすことは許されない。措置は、目的を達成されないことが明らかになる時までに関り講じることができる」³⁵。

航空安全法の合憲性は制定後直ちに連邦憲法裁判所で正されることになり、8名の判事の全員一致で違憲判決が出されたことで、日本でも注目を集めた（BVerfGE 115,118）³⁶。この法は、ハイジャックされた飛行機に乗客が乗っていたとしても、地上にいる他の多数の市民の生命を考えて、そのハイジャック機を軍の飛行機でもって、警告の後に撃ち落とすことできるとしたものである。軍事的な意味での比例原則の応用であった。地上の多くの生命を守るという観点から、ハイジャックされた飛行機は全体としてミサイル化状態になっているのであるから、これを撃ち落とすのは比例原則に適用とするのが、立法の趣旨であった。しかし、問題はドイツ基本法が、冒頭の条文で「人間の尊厳」を規定し（1条）、この条文に照らせば、まだ生きている生命を攻撃することが認められるのかという、「生命権」に関わる根源的な問題が問われていた。戦争状態ではないが、テロ犯に絡む事例は、多くの国は立法をもって、警察の職務としているが、警察力で不測の場合は軍隊が登場することを認めている。航空安全法はその立法の際には、そうした安全への配慮をテロ撲滅という側面に重点を置いたところにあり、そこでハイジャックされた時点で、機体のなかの生命を無視したことになる。立法する側は、ニューヨークだけでなく、自国でも同様の事例が起きたことにショックを受けていたことになる。他の審査はクリアしたとしても、「ハイジャック犯だけの飛行機」と異なり、「罪のない乗客」が搭乗している飛行機への攻撃は、比例原則に違反する、との結論は当然のことと言えよう。しかし、こうした類似事例はいずれにせよ起こりうる。その点で、事前の予防警察業務が重要になってきたが、ここでも新たな人権侵害が起きる可能性が

35 訳は、渡邊斉志「ドイツにおけるテロ対策への軍の関与—航空安全法の制定」外国の立法223号（2005年2月）41頁によった。

36 この判決への言及は多い。山内敏弘「ドイツのテロ対策立法の動向と問題点」竜谷法学40巻4号（2008年）、335頁以下、森英樹「『戦う安全国家』と個人の尊厳」ジュリスト1356号（2008年）57頁以下、島崎健太郎「人間の尊厳なき生命権の限界」青山法学論集56巻4号（2015年）21頁以下、等を参照。

ある。テロの事例は、テロが生起する原因を作り出している国家の覇権主義を、国際社会がまとまって批判していく体制を強化することが必要である。

警察の役割は、市民（国民）の安全の確保にあり、その役割との関係で通常装備している機材も限定化されており、人数的にもぎりぎりのところでの職務を遂行している。とするならば過剰な任務をできるだけ避けたいのが本音であろう³⁷。その点で、通常の警察を超えた特殊部隊が登場している。戦前は憲兵なる軍隊内の警察があり、これが必要に応じて市民の前にも登場してきた。もう一つ特殊な警察として特別高等警察があり、国体護持の観点からこれに関連する立法に合わせて機能してきた。この二つの内務省に関わる組織は戦後解体したが、その後「公安警察」として新たな警察法上の組織となって存在している。この詳細についてはすでに言及してきたところであるここでは繰り返さない³⁸。警視庁機動隊、SAT（特殊部隊）が警察側の危機対応では限界であるに比して、自衛隊の側の方が国内の安全への即応部隊としては適切とされ、世界中で特殊な部隊の存在が知られるようになった。

自衛隊は警察予備隊の時代を含めて、すでに警察力を超えた武力を備えた国家組織であり、憲法9条の下であっても戦力に該当する実力を有していた。ただし、警察予備隊の時代は、実際にその組織を動かされるのは、主権の回復が為されていない関係から米軍事顧問団が作成したシナリオによっていた。自衛隊に格上げされた時点で、主たる役割は旧日米安全保障体制の下での、陸・海・空が揃った自衛のための部隊であり、「直接侵略及び間接侵略に対しわが国を防衛すること」（自衛隊法3条1項）としている。この条項の「主たる任務」とされているところをここで問題にしなければならない。つまり、実際に他国の侵略は、安保体制が機能する限りでないと踏んだとしても、なお、自衛隊が実際に実力部隊として必要とする想定事例を明示しておかなければならない。そこで出てくるのが、警察力の補助機能を充実させ、他方で国際的な貢献をすることに存在意義を示すことであった。前者は国民の目を引けるような局面で、後者は、友好国の連帯を意識し、国際社会での地位を高めるという効果を期待してのことであった。膨大な予算措置を受けた組織からすれば、一定程度の結果を示すことが何よりも重要であったことになる。自衛隊は他国、とくに、仮想敵国に対する抑止力のために必要不可欠のものであり、それは金銭的に測ることのできないものであると言われ続けてきた。国民への直接的利

37 警察は軍事行為に向かつては、あくまでも「補助機関」に過ぎない。Vgl.Liskin/Deninnger, Handbuch des Polizeirechts 4Aufl.München 2007,C 134.

38 石村修『憲法国家の実現』（尚学社、2006年）第5章参照。

益還元が薄いとなれば、宣伝行為の一策として海外に出ることが企図された。それが国際貢献であるが、これも慎重に段階を踏んで、国際貢献の路線を歩んで行ったことになる。しかし、肝心の戦闘行為は厳禁であったとすれば、現場の指揮官と昇格した防衛相の間には微妙な溝ができてきたはずである。日本は先に記したように自衛隊法の改正をもって、非軍事的な国際貢献を行うことから始めた（3条2項）³⁹。湾岸戦争時には「避難民の輸送」に自衛隊機を使用することを可能としたが（自衛隊法100条の5）、実際は民間団体が金銭を提供して民間機でおこなった。もっとも最近の南スーダンへの派遣はインフラ整備であり、戦闘の外での活動であったが、当時の消えた「日報」からは戦闘の継続が伝えられており、綱渡りの状態の日常であったことが予測されている。丸腰で出かけることから始まり、形を少しずつ変えてきているが、「集団的安全保障」の枠組みまで認めることによって、国際貢献ではなく連合した戦闘行為に至るシナリオにまで達してしまった。自衛隊法の外向きの活動可能性の幅は確実に広がってきたのである⁴⁰。

自衛隊の国内治安活動に関しては、警察力の不足部分を補い、さらに、自衛隊の存在を国民にアピールする上で積極的である。自衛隊法が定める治安出動は、内閣総理大臣の命により、「間接侵略その他の緊急事態に際して」出動を命ぜられるもので、警察力では対応できないとの条件がある。命令による出動（78条）と都道府県知事による要請による出動があり（81条）、過去に検討された事例はあるが一度も発動されてはいない。自衛隊がでるということは内戦に近くなるし、国民を過剰に刺激はしたくないという配慮が働いた結果であろう。自衛隊のこの種の活動に関しては「備えあれば憂いなし」の可能性が強く、さらにこれを強めたのは有事法制の整備であり、この時期に歴代の与党が要請してきた体制が実現した。

アメリカにおける同時多発テロの事件を受けて、関連する3法を整備して「有事法制」が完遂された（2003年）。タイミングをうまく図ったことになる。この立法にもアメリカ側の意向が読み取れる。「自衛隊法の改正、安全保障会議設置法の改正、そして武力事態対処法の制定」がこれである⁴¹。2015年に設置法は改正され、

39 この問題点について多くの文献があるが、例えば、山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社、1992年）、第5章「平和憲法と『国際貢献』」参照。

40 こうした変容の段階について、水島朝穂『平和の憲法政策論』（日本評論社、2017年）、第3章が参考になる。

41 全体の構造は、全国憲法研究会編、法律時報増刊『憲法と有事法制』（日本評論社、2002年）が詳しい。

安全保障会議は名称として「国家安全保障会議」とされ（設置法1条）、内閣のなかの内閣として執政部分の権限強化を図ってのことになる。国会に提出された理由書では、「審議事項を国家安全保障に関する重要事項に拡充し、国家安全保障に関する外交政策及び防衛政策等の基本方針等の一定事項」について審議する4大臣会議を実施できることを心がけ、その情報提供機関として内閣官房に「国家安全保障局」を設けることを意図している。通常的安全保障会議には警察の代表として、総務大臣、国家公安委員長が出席しているが、4大臣会議には9大臣は外されている。こうして集約化された内閣官房主体の危機管理体制が、形成されたことになり、緊急事態法制は自衛隊を主として機能することが明確になった。さらに、武力事態法では、国家の安全に加えて「国民の安全」が入り、有事法制の特性が明らかになった。つまり、地方自治体を含む国家機関だけではなく、民間のそれぞれが有事に対応するという体制が作られたことになり、その観点で、「国民の安全」が法の目的に入ってきたことに注意すべきであった。

内閣総理大臣によって招集される通常の「安全保障会議」には関連大臣だけでなく、国家公安委員会委員長と防衛庁（現在は省）長官が出席することは、警察と自衛隊は有事では一体的に活動することが明白となった。有事の回避の検討を考えるのではなく、有事が生ずることを促し、これに対処する方法を検討するという逆転の発想が、この法制にはあったはずである。以下では、平和憲法に沿った活動の可能性を考えることにする。

二 警察と自衛隊による国民のための協力活動 自衛隊が発足して以来、狭義の意味での防衛出動（76条）はないという意味では、日本国は一応「安全」の国制を保ってきたことになる。戦後直ちに始まった冷戦では、ソ連が仮想敵国となり北海道に主要な基地が作られた。その後のインドシナ戦争を始めとする東南アジアへの安全保障体制として、沖縄に基地が集約することになるが、沖縄県民の意向を無視した形で基地問題があった。国内での安全を確保するためには、警察が主たる役割を果たしてきたことにはすでに述べてきた。ここで最後に言及すべきは、自衛隊の存在に意味があったとされる、もう一つの役割である「災害派遣」の局面である。自衛隊法が定める災害派遣の基本は、都道府県知事の要請によるものであるが、防衛大臣の判断で自衛隊を災害派遣することも認めている（自衛隊法83条2項）。この役割は、国民のために行うものである、他の役割が国家のためであるのと対照的である。

日本国は過去に大きな災害があり、これに対処するための特別立法を設けてきた。

災害対策基本法が基礎になるが（1961年）、災害後の対応を意識する「激甚災害、特定非常災害」とする内閣府の対応が形成された。政府の下に中央防災会議が作られ、これによって政府、地方自治体、指定公共機関、等が一体となって機能することを可能にした。即応体制を考えて、国会ではなく執政権で非常事態に対応する体制が形成されたことになる。先の有事法制の自然災害対応型として想定された。過去の経験からしても将来の災害は十分に考えられるところであり、予防活動、啓蒙活動もここでは怠ってはならないことになる。日本国の地理環境から発生することが予測される大型地震とそれに伴う火災、津波、人命救助、等の活動に、警察、消防、自衛隊が救助部隊として最も機能したことは明白であった。

これらは組織としての統一性と機能性があり、日常的に訓練しており、装備品をもち、備蓄の品を有している点で、災害対応に必要な不可欠の組織である。国家、自治体の対応機関は、情報の集約化を図り、権限を集約させて国民の日常生活の回復に向けた対応を実施することが必要になり、この点でも比例原則は機能しなければならない。憲法は非常事態である災害の問題は想定するけれども、災害の事例を詳細に法でもって事前に予測しておくというわけにはいかないはずである。様々な対応のケースがあることなので、基本は常設の組織である行政の担当機関が直接に指揮をとり、ここが行政官を動員し、それに警察と消防が協力するということを予定している。自衛隊は、「緊急性、公共性、非代替性」が明確である場合に要請されるという法構成になっている。阪神淡路災害の時に、自衛隊の対応が遅れたのは、自治体の要請がなかったからであるということにあり、その後、防衛大臣の判断で動かせることになった。しかし、災害対策法では内閣総理大臣、自衛隊法では防衛大臣となっており、ここは法令上での不統一がある。

こうした災害に特別部隊が必要であるとする点からして、自衛隊の本質的な「解編」への勧めがあっても不思議ではない⁴²。国民にとって災害に備えるという要請からして、「災害救助隊」の組織が存在しても、憲法違反を唱えることはないであろう。自衛隊自体も災害対応を意識した部隊を設け、特殊装備を備え、そのための日常的な訓練を行っているようである。この訓練は国民の目に触れるところで行われており、戦闘訓練とは本質的に異なっている。自治体と合同での訓練もあるようであり、武器をこうした装備品に変えることは、予算の面からも十分に可能なこと

42 こうした平和政策を早くから提案していた水島氏の慧眼に、私も賛意を持っている。注40の第二章。

であると思われる。同時に国際部隊である「国際緊急援助隊」の活動にも注目したい。ここでは組織を超えた活動の輪がある。

まとめ

国家が関係する安全への対応について、警察と軍隊（自衛隊）の在り方について原理的に言及してきた。安全は危険に至らない対応策として、予防活動も含めて対応する必要があるが、警察と軍隊とは本来は根本的に国民に向かう姿勢を異にするはずである。危険に至らない段階でのリスクを予測し、これに対応するのは実は困難な作業であると言える。リスクは個人レベルで対応する時代から、今や公の力をもって対応しなければならない時代になっている。そのために、比例原則が作用する部分はあったであろうが、比例原則のみに頼って国家が市民社会に関与することは抑制的であらねばならない。警察は市民生活に密接な部分があるから余計にこの部分は慎重でなければならないであろう。これに比して軍が作動する場面は、災害のように国民生活の救済にあずかる部分の場合には最大の働きが期待されることになる。問題は個別に考察しなければならない場面が多く、リスクの対象に應ずる形で警察も軍隊も機能の仕方を異にすることは明白である。技術の時代、グローバル化の時代にあって、国家の対応の仕方はマニュアルにしたがって展開されることはない。対象が複雑で、大型化し、想定されるリスクが想定外の展開を見せることもありうるからである。

世界中で大型のテロ活動が生起している⁴³。テロや内紛は、それを生み出す要因を見つけることができる。それを解消する能力を国家は備わっていなければならないはずであり、そのための技術的な装置を国家は有することができるが、個人の私的な領域に関わることになるので、その点からして監視国家化が余儀なくされている。しかし、これの過剰化を避ける意味からして、法治国家原理の貫徹が実現されなければならないところである。国民に最も接点がある警察機構は、安全に関して最も信頼のおける存在にならなければならないが、再三述べてきたように日本では立法化の枠から外れたところで機能している部分があり、この部分の解消を急がなければならない。立法化のなかで警察権限の限界が問われることになり、その場合

43 本稿ではテロそのものについては言及できない。歴史の深い、定義が不可能なこの現象については多方面から分析できよう。刑事法からのものとして、M.Zöller, *Terrorismusstrafrecht*, Heidelberg, 2009. が参考になる。最近のものとして、大沢・新井・横大道編『変容するテロリズムと法』（弘文堂、2017年）がある。

には立法が憲法の原理に抵触しないことを前提とされなければならない。ここに古典的な意味での法治国家の原理の実現が期待される場所である。

他方、自衛隊の存在は、核戦争が予定される時代にあつて、原状の人員と装備では戦力としては頼りない実力部隊である。それはあくまでも自衛隊であるからであるとすれば、自衛隊の名に徹する形まで縮小することが求められよう。存在するものを無視するわけにはいかないが、災害部隊として以外に実質的に機能していない現実からして、安全対応の組織に解消することが、平和政策としては望ましいことになる。国民の安全対応であることで、国民の安全への願望を満たしうるのであろう。安全の確保は国家という入れ物に国民が期待する最大のものであり、戦闘部隊が存在するか安全が確保されるのかどうかは、国際的にも緊張関係がある今こそ国民の大きな議論に乗せていくべきであろう。憲法9条を長らく有してきたことの成果を無視してまで、憲法を改正したい意図の真意を暴かねばならないであろう。本稿が辿った地平は、以上の点にまでに留まるが、平凡な結論こそが「安全」に真に寄与するところのものであると信じてやまない。

追記

本年度退職される皆様に感謝の念をもって拙稿を贈ることにしたい。これまでの友情に感謝するとともに、皆様の一層のご活躍を祈念いたします。