

匿名の権力

—— 感染症と憲法

江藤祥平

1 はじめに——混沌と無秩序のなかで

(1) ウィルスとの闘いに必要なもの

本稿を執筆している6月上旬は、新型コロナウイルスが猛威をふるったただ中にある。このウィルスは、すでに世界で600万人以上の感染者を出し、35万人以上の命を奪ったにもかかわらず、その勢いはとどまるところを知らない。日本もその例外ではなく、感染症は1万7千人以上、死者は900名を超えており、減少傾向にあるとはいえず予断の許さない状況が続いている。ところで、このように人の死を数値で表すことで、我々の思考はすでにある種の罠に陥っていることを忘れてはならない。その罠とは、死者の一人に数えられたその人の人生は、ただ我々に被害の重大さを伝えるためだけの存在に成り下がっているという点にある。彼や彼女が、いかなる人生を生きて、どう思うか、この世を去っていったのかを、数字は語ることはない。

このような思考は、日本国憲法13条にある「個人として尊重される」という見方は鋭い緊張関係に立脚している。個人として、その人がかけがえのない存在であることは、その人がかけがえのない存在であることは、決して死者1名という数値では言い表せない。彼や彼女が生産を賭けて伝えたかったメッセージは、新型コロナウイルスの恐ろしさなどではない。彼らの歩んできた生の全体そのものなのである。にもかかわらず、我々が彼らを数字でしか見ないのは、ウィルスの方が人間を数で見ているからである。ウィルスにとってにはより多くの人間に寄生することが自らの存在証明に陥らざるを得ないのである。したがって、我々の思考に陥らざるを得ないのである。しかし、このように人間を数字で把握することによって、我々の思考は戦時中のそれに限りなく接近している。

(2) 絶妙なバランス

以上に述べてきたことを憲法学の言葉で言い表すならば、感染症対策には「公共の福祉」と「個人の権利」のバランスが求められるという、憲法学ではお馴染みの図式へと落ち着く。一方で、ウィルスとの闘いが一種の戦争である以上、統治の手法が戦時中のそれに接近してくることは必然である。そして、戦争状態が市民的自由を過度に制約し、国を破壊にまで導きかねないことを、我々は過去の経験から知っている。しかし他方で、昔が好き勝手に振舞っていた

ては、この闘いに勝た、きかないのもまた事実である。重要なのは、人権への制約を最小限に留めながらウィルスとの闘いに勝利するという、相反する2つの要求の間で絶妙のバランスを実現することである。

もっとも、そこに唯一絶対の正しいバランスの取り方があるわけではない。後知感でこれがベストなバランスだったということは言えても、感染症リスクを事前に正確に把握することはできない以上、バランスの取り方は複数ありうる。しかし、どれだけ不確実性を伴うとしても、そこには正しいバランスがあることを前提に、我々はそれを希求し続けなければならない。見えない敵への恐怖に屈して、人間性を毀損するのは簡単である。しかし、それでは仮に闘いに勝利したとしても、そこにはウィルスが蔓延した以上恐ろしい世界が我々を待ち受けることになる。およそ憲法学に存在意義があるとすれば、この恐怖に屈することなく、混沌と無秩序の中から、多様性と秩序を回復する道筋を示すことである。

2 感染症対策の憲法的基礎

(1) 健康への権利と他者加害

チャーターの第一便で帰国した日本人のうち2人がウィルス検査を拒否して帰国したとき、検査を強制すべきだという批判が巻き起こった。そのなかには、検査強制ができない理由を人権に求めるものや、その人権を一時的に停止させる緊急事態事項が憲法にないからとするものもあった。しかしこれは正確ではない。たしかに、日本国憲法は行動の自由を一般的に保障しているが、これは絶対無制限の自由ではない。社会全体の利益を増進する「公共の福祉」(憲法13条)を図るための措置であれば、行動の自由を制約することも認められている。今回のケースにおいても、然るべく法令上の措置に基づき処置を行っていたならば、検査強制は憲法上許容されていたはずである⁹⁾。

たしかに、憲法学は従来から公共の福祉の拡大に警戒的であった。しかし、この感染症対策のような国民の生命・身体の安全を守るための消極目的制については、国家が一般的に規制権限を有すること(検疫法2条8号参照)。

9) この時点では検査感染症に指定する命令が施行されていなかったため、検査や診察等の措置を行うことができなかった経緯がある(検疫法2条8号参照)。

4) 在欧米について、欧州人権条約5条1項4号および社会権規約2条2項(c)号を参照。

5) 「経済的及び文化的権利に関する国際規約(社会権規約)」12条12項。憲法25条1項も参照。

6) 「規制権限の不行使を理由に賠償責任を認められたものとして、豊利平成16年10月15日民衆58巻7号1802頁(水俣病問題訴訟上告判決)。

7) ただし、刑法上の身体に対する罪を認めるのは、因果関係や故意の観点からいって難しいであろう。

8) See Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon Press, 1986) at 412-424.

とを疑ってこなかった⁴⁾。その理由は第一に、国民は到達可能な最高水準の「健康を享受する権利(The right to health)」を有しているからである⁵⁾。健康に生きることが、我々が人間として自律して生きる上で不可欠の条件である。憲法が「社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」(25条2項)と定める趣旨もそこにある。その結果、国家は、病気の発生・拡大防止を怠って国民の健康被害を放置した時は、規制権限の不行使(場合によっては立法不作為)を理由に法的責任を問われることになる⁶⁾。

国家に規制権限を認めるもう一つの理由は、感染症が「危害原理(harm principle)」を適用する典型的な場面だからである。ここに危害原理とは、個人の自由な行動が他者に危害を与えるときには国家の介入が認められるとする考え方をいう。何をもちつて危害とみるかについては争いがあるが、その基本的な考え方は憲法学において承認されている。そして、感染症はポップスの言葉で言うところの「人間は人間にとって嫌である」状態を引き起こすため、この危害原理を理由として国家は強制力を行使することが認められると解される⁷⁾。

もっとも、今回のように無症状病原体保有者が多数を占める感染症の場合に、何をもちつて「危害」とみるかは難しい問題である⁸⁾。というよりも、感染しているかどうかは本人にもわからない場合が多いために、どこまでの範囲に危害が及ぶのかを了知しえないからである。そうになると、危害を与える「可能性」を根拠に国家の介入を認めざるを得ないが、可能性云々を言い出すと危害の範囲は際限なく広がりが、国家の介入範囲も際限なく拡大するそれがある。そうならないためには、危害の可能性は、観念的・抽象的なものでは足りず具体的・現実的なものである必要がある。

(2) 感染症対策の合憲性の判断基準

このように、国家は一般的に感染症対策の規制権限を有するといえるが、一口に感染症といってもその種類は様々であり、したがってその対策方法も多種多様である。一方で、生命・身体への危険性がそれほど高くないにもかかわらず、行きすぎた措置を採ることは憲法上の問題を生じさせるが、他方で、

1) 感染者数・死者数は、ジョン・ホプキンス大学の調べによる(2020年6月6日時点)。

2) 江藤祥平「個人として、そして国民として在るといふこと」法律時報92巻1号(2020年)36頁以下。

今回のケースのように手を拱いているうちに取り返しのつかない事態を招くこともある。その感染症に對していかなる対策を講ずべきかは専門家の間でも意見の分かれる難しい判断であり、結果のみをもって合法・違法を断ずることは適当ではない。

この点で本邦の感染症予防法（感染症の予防及び感染者の患者に対する医療に関する法律）を見ると、一類から五類の感染症と指定感染症、新感染症、新型コロナウイルス感染症に分類した上で、それぞれその危険度に応じた対策を採るものとしており、感染症のリスクと人権保障とのパララを図ろうとする者等に対するいわれのない差別や偏見が存在したという事実を重く受け止め、……これまでの感染症の予防に関する施策を抜本的に見直し」と記された同法の前文には、歴史的な真の遺産を教訓とする強い覚悟が示されている。

その感染症予防法は強制力を伴う主な措置として、就業制限、入院の勧告・措置、検体採取を想定しており、また水際阻止を目的とする検疫法は、隔離、停留、検査を想定している。いずれも国民の行動の自由を大幅に制限するものではあるが、感染症の危険度に応じたこれらの措置を取ることが憲法上正当化されることが間違いない。さらに今回のケースでは「新型コロナウイルス等対策特別措置法（以下、特措法）」に基づき、生活用水の使用制限、建物の立入制限、封鎖、交通の制限、発生・実施する措置の公表⁹⁾、避難状態の報告、外出自粛等の要請も認められるに至ったが、これらの措置も場面に応じて正当化されることが間違いない。

問題は、ある具体的な措置が憲法上正当化されるかどうかを見極めるその基準である。判例の考え方からすると、基本的には、措置により侵害される基本的人権の重要性と、措置がなされない場合に侵害されることのある他の基本的人権の内容やその侵害の発生危険性の程度等を考慮して決せられることになる¹⁰⁾。もっとも、人権の重要性や制限の程度如何によっては、単純な比較考慮ではなく、明らかに差し迫った危険の発生が具体的に予見されることや、目下の措置よりも制限的でない手段は存在しないことまで求められるであろう¹¹⁾。

このように考え方は、緊急事態において人権制限

9) ただし、特措法の公表は事実上の制約として機能することからすると、休業要請・指示（45条2・3項）を直ちに公表（45条4項）と結びつける司法の立付けは、比例原則の観点からは問題含みである。
10) 憲法判平成4年7月1日民集46巻5号437頁（成田司法事件）等。
11) 最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁（奈良野市民会館事件）等。
12) Sincusa Principles on the Limitation and Derogation of Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights Annex UN Doc E/CN.4/1985/4 (1984).
13) 今回の専門家知見の問題については、井上達夫「コロナ・ラプンディエー——パンデミックがもたらす『無責任の体系』法と哲学第6号（2020年）1頁以下。

をする際の基本的な指針を述べた国際指針である「シラウサ原理（1984年）」¹²⁾にも沿う。同指針は、公衆衛生を守るために人権制約が合法とされる条件として、より制限的でない他の手段が存在しないこととを要求するIRAの原則、制限の程度は目的に比例したものでなければならぬとする比例原則を採用し、さらに人権制限の必要性の評価は客観的な考慮に基づき、これを求めており、十分な相換なく人権制約すること厳しく戒めている。

もっとも、このような一般的な基準を前提にしてもある措置が憲法に適合するかの線引きが明確にならなければならない。実際の適用の場面においては、リスク判断をいかにするか、IRAの有無をどのように判断するかなどの問題は依然として残る。その場合、一定の範囲で行政裁量を認めざるを得ないが、人権制限の程度が極めて強度にわたる以上、その裁量は広範なものではあり得ない。

この点で、判断過程の公正性を担保する一つの方法として専門家知見が重要となることは間違いない。専門家の判断は専門知に徹する限り、通常は信認に値することが殆どだからである。しかし、感染症の場合には専門家の間でも知見が分かれる場合が多く、また政策的判断の余地を多分に残すことに鑑み、専門家の判断に依っていると直ちに免責されるものではない。大切なのは、判断過程の公正性と透明性を確保しつつ、責任の所在を明確にするガバナンス体制をあらかじめ整えておくことである。

3 大規模な行動制限・集会禁止措置の合憲性

(1) ロックダウンの可能性
今回の感染症対策として、フランスやアメリカなどでは、強制力を背景に外出禁止令や営業停止命令の措置が採られた。その目的は、人の移動を可能な限り減らすことで、感染拡大の防止を図ることに限られる。このような措置は感染拡大を防止する上で有効であるが、それにより憲法上保障された自由が広範に制約されることになる。その自由の中には、散歩や買い物に行くなどの「一般的な行動の自由」のみならず、人格的価値との関連の深い「表現の自由」や「営業の自由」も含まれる。このような自由も含まれて一律に制約することが認められるのか、

ここでは問題となる。

この点、現行の日本の法律では、感染症のケースで大規模な行動制限措置を強制的に採ることは想定されていない。感染症や無症状病原体保有者、さらには疑似患者に対しては一定の措置を採ることはできるが、それが当たらない人々にはせいぜい外出しないことを要請できないに過ぎない。では憲法上、いかなる場合も大規模な行動制限措置を採ることが許されないのかといえ、そうではない。例えば、災害対策基本法63条は、災害の危険が切迫している場合において、避難勧告や指示に加えて、警戒区域を設定することで、立ち入り制限・禁止、又は退去を命ずることができるとしている¹³⁾。これは「人の生命又は身体に対する危険を防止するため特に必要」とあれば、罰則付きで行動の自由を大幅に制限できるとしたものであり、その高度の必要性からして、同条の合憲性は否定し難い。事実、同様の規制は他の個別法においても見られる¹⁴⁾。

以上を踏まえれば、感染症のケースでも、上記の場合に類する危険が想定される場合には、大規模な行動制限措置をとることに憲法上の支障はないものと解される。実際、新型コロナウイルスのように感染が非常に強い感染症の場合、外出禁止措置は有効な手法となり得る。しかし、同時にわが国では、感染症の患者等に対する差別や偏見が原因で、科学的根拠を欠く中で強制的な隔離が実施された過去があることを忘れてはならない¹⁵⁾。過ちを繰り返さないためにも、いかなる要件の下で外出禁止令が許されるのか、その禁止を一律に及ぼすべきか、禁止の代償をどうするのかなど、憲法上の諸点を一つひとつ丁寧にクリアする必要がある。

(2) 表現の自由の場合—共同前と身体
ここで、まず問題になるのが、大規模な行動制限が「表現の自由」、特に「集会の自由」に対してもたらすインパクトである。一般に、今回のような消極目的の規制の場合、表現内容に中立的であり、思想の自由市場への伝達効果を歪めるおそれは小さい

から、必要かつ合理的な相換があれば規制は認められると解するが素直な見方ではある。しかし、通常の内容中立規制の場合にはその他に表現を伝達する手段が開かれているのに対して、ロックダウンの場合にはおおよそ公共空間において表現行為をする機会が奪われる点で大きな違いがある。その意味では、内容中立規制とはいえず、内容規制に準ずる効果を有している可能性がある。

もっとも、デジタル技術の発展のおかげで、インターネットがあれば我々は外出しなくても表現を取り取りできるようなようになった。実際、私たちは自宅にいながら、メール、SNS、動画を駆使して、現実と遜色ない程度のコミュニケーションを行うことができ、これは政治的言論についても同様であり、実際に今回の外出自粛の中でも、検察庁法改正法案や定額給付金の配分の在り方についてインターネット上で批判の音が上がり、それが政策形成に一定の影響を及ぼしたかのようである。このように外出禁止を及ぼしたとしても有効な表現手段が開かれていることを重視すれば、大規模な行動制限を通常の内容中立規制と同様に扱って良いようにも思われる。

しかし、表現の自由には、デジタルな空間では汲み尽くすことのできない価値がある。それが「身体性」である。一般に、表現の自由は精神的自由の一つと位置付けられているが、その精神に先立ち存在するところの「肉體」もまた重要である。身体を精神に先立つ主体として捉え入るのはメルロ＝ポンティ¹⁶⁾であるが、その哲学に深入りすることは、他人と私¹⁷⁾の行為がどうして身体を知覚することである、他人と私¹⁸⁾と同じ世界に属することを理解する上で重要である。デジタルな世界でも表現前の感覚が皆無というわけではないが¹⁹⁾、他人の身体に触れているところでは、コミュニケーションはどこか軽いのものとならざるをえない。

集会の自由の意義は、まさにこの身体性にあり、人々が現実に集うことにより生まれる場の磁気力は羨ましいものがある。この間、世界各地で見

14) アメリカでのロックダウンが1週間早く実施されていたなら、実際の死者数の55%以上を回避できたと言われている（Pei, Sen & Kanda, Sankiran & Shaman, Jeffrey (2020). Differential Effects of Intervention Timing on COVID-19 Spread in the United States. medRxiv: the preprint server for health sciences. 10.1101/2020.05.15.20106855）。
15) 選別に対しては、十万人以下の閉鎖又は拘留が科される（同116条）。なお、原子力緊急事態宣言については、原子力災害対策特別措置法23条2項参照。
16) 刑罰法23条の2・28条、武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律114条等。
17) 国のハンセン病政策の違法性を認められた憲法訴訟として、熊本地裁平成15年5月11日判決時第148号30頁。
18) M. メルロ＝ポンティ（晩年著書・木田元訳）『行動の構造（上下）』（みすず書房、2014年）。
19) この規制（present）の要否は、例えばオランダ王国の是非にも関わる（『「オンライン国会」はありか、なしか』（東京新聞電子版2020年5月10日配信）における中野重博・長谷部昌房発言を参照）。

20) これらデジタルな技術が発展しはじめられるのは、その一回限りの共時的現前に限らないハイパーマーズムを見出し始めているからである。

られたサイレント・デモはそのことを提弁に物語り、十分な防具を与えられずに最前線に送り込まれる医療従事者が、一言も発することなく、ただその身に集うだけで発せられる無言の威力、この身体性を放きにしては決して語る事ができない。そして、その威力がやむにやまれぬ利益に奉仕し、手段が必要最小限であることが示されない限り、当該集会との関係では違憲の措置というべきである。

(3) 経済的自由の場合——経済が、生命が、次に問題となるのが、事業者に対する営業停止措置が経済的自由に対してもたらすインパクトである。この点、セオリー通りなら、二重の基準により営業の自由に対する制約は広範に認められるはずだが、そう簡単には割り切ることができない。なぜなら、経済を長期間にわたって止めれば、事業者は産業に追い込まれ、失業者が増加し、多くの人の「最低限度の生活を営む権利」(憲法25条1項)すら侵害されかねないからである。人命よりも経済をという冷たく聞こえるかもしれないが、事実、我々が生きていく上で経済活動は不可欠である。

もっとも、そのことを踏まえた上で、営業停止措置を採るのが妥当な場面はありうる。その時に生じる問題が、補償の要否である。この点もセオリー通りなら、消滅目的の規制であり、かつ侵害行為の対象が広く一般的であることから、憲法29条3項を根拠とする補償は不要ということになる。しかし、ここで営業や規模によっては「最低限度の生活」を割込む危険があることからすると、主観的権利は認められないにしても、国家には市場の公正な競争秩序を確保するために必要な限度で補償を行うべき義務が課せられているとみるべきである。

しかし、国家が営業補償を実施したとしても、国家の財源には限りがある以上、廃業に追い込まれる事業者は必ず出てくる。これを仕方がない犠牲として割り切るかどうかは、感染症の危険度によっても変わってくるであろう。例えば、エボラ出血熱のよう

に致死率が高い、Eの場合、完全に制圧する必要性が高いことからやむを得ない制約といえようが、季節性インフルエンザのように感染力は強いが致死率は低いという場合、犠牲を甘受しつつ集団免疫の獲得を目指すという途も開けるから、そもそも営業停止の措置は認められたいとも考えられない。

(4) 集団免疫の獲得と個人の尊厳 微妙なのが、今回のケースのように感染率も死亡率もそこそこ高い感染症の場合である。この場合に完全制圧と集団免疫のどちらに引きつけて考えるかは難しい問題である。この点でスウェーデンは、必ずしも集団免疫の獲得を目指したもてはないうとして、経済活動を停止させることなく、自発的な社会的隔離の実践を通じて感染を目標そうとしている。もしこの対策を取ることが合理的であるなら、営業停止よりも制限的でない他の手段(LIRA)が存在することに於けるため、大規模な営業停止措置は憲法違反とされる余地が出てくる。

このスウェーデンモデルを憲法との関連でどう評価するかは難しい。経済活動を止めないこと、短期的には感染者数・死者数の増加幅はロックスダウンに出して大きくなる。そのこと自体は長期戦を展望したときに繰り込み済みの犠牲といえようが、問題は今回のケースの場合その犠牲が重症化しやすい高齢者に不可避的に集中する点にある。このように特定個人に対し重大な健康被害を受忍させる政策を採る個人に、憲法上の原則の観点から問題であれば、たとえその政策が結果として多くの人命を救い出せるとしても、それを人権制限の度合いが低い手段と一概に位置付けることはできないであろう。

これと関連する問題は、憲法学では予防措置の強制は是非として論じられてきた。予防措置もまた集団免疫の獲得を目指しているが、ある特定の個人に対して必ず重篤な副反応を生じさせるために、その強制が認められるのかが問題とされてきた。この点で裁判例の中には、「個人の尊厳の確立を基本原理

として憲法秩序上一定個人に対し生命ないしそれと比するよう重大な健康被害を受忍させることはできない」としつつも、予防接種の「制度全体としては、これを適法かつ合憲と評価すべき」と述べている。同判決の一審はさらに進んで、特定個人に対する健康被害についても損失補償(適法行為)のアナロジーで対応しようとしている。

以上を踏まえ、特定個人の重大な犠牲の上に成り立つ政策であっても合憲とされる余地は否定されなく、新型コロナウィルスのように、死亡リスクが低くない上に、高齢者に犠牲が集中するようない場合は、合憲のハードルは相当に高いとみられる。まず前提条件として、政府は国民に対して、その政策を採用することを明確にし、それに伴うリスクを明確に説明する必要がある。その上で、高齢者にリスクが偏ることが具体的に予見される以上、政府は医療資源を集中的に投下して、そのリスクをできるだけ抑え込む努力をする必要がある。かかる努力を怠って多大な犠牲を生んだ場合には、政府の行為は平等原則(憲法14条)に反するというべきである。

4 「緊急事態宣言」の憲法的課題

(1) 必要性は法を破る 2020年4月7日、特措法に基づき緊急事態宣言が7都府県に発令され、16日に全国へ拡大された。これにより、外出自粛要請(同45条1項)や施設利用停止等の協力要請(同24条9項、45条2・3項)など強制力を持たない措置ではあるが、それでも緊急事態宣言が発令されたことの意味は大きい。なぜなら、緊急事態宣言は、平時であれば憲法とされる行為が緊急性を理由に合法になるという意味で、「必要性は法を破る」という立憲主義とは緊張関係に立つ考え方に支えられているからである。

とはいえ、緊急事態というのには理に生じるし、その時に平時とは異なる取り扱ひが必要となりうることは立憲主義も否定しない。しかし同時に、この

緊急事態が立憲主義を破壊してきた歴史があること事実である。ナチスは大統領緊急命令を用いてワイマール憲法が保障する基本権を停止することで抵抗勢力を弾圧し、さらに独裁法を成立させて全権委任によるヒトラー独裁を可能にした²⁰⁾。戦前の日本でも天皇が法律に代わり命令を発する「緊急勅令」(旧憲法8条)が私権を大きく制限する役割を果たした過去がある。

この危うさが決して過去の話にとどまらないことは、今回のケースを見てもわかる。ハンガリーが制定した非常事態法は、非常事態の間は選挙を許さず、また期限を設けていない²¹⁾。また日本においても、時の首相をはじめ複数の政治家から、憲法に「緊急事態条項」を入れるべきという意見が示されている。通常の法律レベルでも対応可能であるのに、わざわざ憲法改正に言及するその手法は、歴史的に、わが国の政策アジェンダを推し進めるものであり、「火事場泥棒」(木村草太)とも評されている。

(2) 憲法上の緊急事態条項

もっとも、憲法に緊急事態条項を設けることが、必ずしも立憲主義に反するわけではない。緊急事態条項そのものは、例えばドイツやフランスの憲法においても設けられている。しかし、その発動要件は明確かつ厳格であり、極めて例外的な場合に限定されている。今回のケースについても、ドイツの内閣の緊急事態法には当たらないとの理解の下、州レベルの災害防止法で対策をとるとする。また、フランス憲法にも緊急事態条項はあるが²²⁾、過去に一度しか発動されたことはなく、今回のケースでも法律レベルの緊急事態法で対策することに止まる。

このように、憲法上の緊急事態が明確かつ限定的な要件の下でのみ認められているのは、それが立憲主義と矛盾しないぎりぎりのラインだからである。しかも、ドイツやフランスの場合には、憲法裁判所や憲法院といった司法部門による審査も期待され、権力分立のバランスは辛うじて保たれる。これに對

27) 東京高平裁判4年12月18日判時145号3頁。その流れを受けて、1994年の改正予防接種法では「義務接種」から「努力義務」へと改められた。
 28) 米村哲人「感染症対策の法的ガバナンスと専門家の役割」本誌20巻7号(2020年)2頁の指図参照。
 29) 憲法上では有名な「明白かつ現在の危険」のテストも、現時における例外措置を正当化する論理として生まれた背景がある(See Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)).
 30) 藤しくは、菅野部雄男・石田勇祐「ナチスの「手口」と緊急事態条項」(集英社、2017年)。
 31) 須野隆夫「コロナウィルスへの知識の対比とEUIにおける立憲主義」当刊誌連発タイムズ2020年5月号掲載中。
 32) 対内的緊急事態を宣言できるのは、「連邦及び州の存立又はその自由を主目的とする本邦秩序に対する差し迫った危険」を防止する場合である(ボン基本法90条)。
 33) 非常事態措置の発動が可能になるのは、「共和国の独立性、国の独立、領土の保全あるいは国際協定の履行が重大かつ切迫した脅威にさらされ、憲法上の公権力の正常な運営が妨げられた場合」である(第5共和制憲法105条)。

21) それら憲法違反の自由が人格的価値と深い連関を有すること、消滅目的ならLIRAが要求されるといふ数事法判決(憲大判昭和59年4月30日民集29巻4号572頁)の提示する理由からだけではない。
 22) 憲大判昭和63年11月27日刑集22巻12号1402頁(河川附近地帯制限令事件)等。
 23) これは「営業の自由」ではなく「人権」とする見方である(岡田与好「競争と結合——資本主義的自由経済をめぐって」(集英社、2014年)参照)。
 24) 季節性インフルエンザの年間感染者数は国内で推定約1000万人程度、そのうち重症死亡概念を用いて推計される年間死亡者数は約1万人程度とみられる(https://www.mhlw.go.jp/funyo/funbun/kenkou/kenkou00/02.html Q1068)。
 25) 新型コロナウィルスの致死率は、現在のところ平均で6-8%程度とみられるが、10%を超える国もあり、まだ不確定である(下記ウェブサイトに基づく調べ https://ourworldindata.org/mortality-risk-covid)。
 26) スウェーデンにおける死者の集に8割を超える人々が70代以上の高齢者である(前掲注25)にあるウェブサイトに基づく調べ)。

照的に、日本「若者匿名の名も伏せられること
も、自衛が自己決定ではなく共同体における「関係
性の権力」³⁴⁾として機能していることを物語る。

これは公権力自らによる警察作用ではない。本来
憲法学の守備範囲外かといえそうではない。本来
は、自己決定の帰結であるはずの自衛が、関係性の
権力に吞み込まれていること自体、それが憲法13条
という個人の尊厳ではなく、尊厳と引き換えに差し
出された共同体への従属を求めるといえるべきであ
る。そして、それが要請とは異なる公権力のお
お慰付きである以上、自衛警察は自衛を破る人々
に対し容赦なく正義の鉄鎧を下すであろう。そこに政
府言論のmediumとして私人が媒介されていると見
れば、これは正しく憲法問題となる³⁵⁾。

(2) 自衛と立憲主義

とはいえ、自衛の要請は強制力の行使と比較すれ
ば、よりソフトな統治手法ではあることもまたたし
かである。しかし、捉え方次第では、むしろ自衛要
請の方が立憲主義に沿わない帰結をもたらす可能性
がある。

第一に、公権力からすると「自衛」は責任を個人
に転嫁できる分、自己の責任逃れの論理として機能
するおそれがある。すなわち、強制力を行使すれ
ば、市民が命令に従わなかった場合、個人は国家を
相手として訴えることができるため、国家権力の限
界、すなわち私的の自由の範囲を、裁判の場で固定す
ることができる。これに対して自衛の場合、国家は
匿名の権力として背後に退いているため、市民は國
家と直接対峙することができず、かえって裁判の矛
先は自衛を破った当の個人に向かう。もし事業者が
営業停止に追い込まれたとしても、それは自衛とい
う選択の結果であるから、営業補償を求めることも
できないであろう³⁶⁾。

第二に、これは特に日本型共同体に顕著である
が、自衛における行動基準は「世間」の限となるた
め、萎縮効果が働いて私的領域が必要以上に覆され
るおそれがある。そこでは、外出を控えたり、マス
クを付けたたりするのは、感染拡大を防止するため
というよりは、共同体への順応を示すためである。し
たがって、特に科学的根拠のないことであっても、個
共同体が同じ振る舞いをしていっているというだけで、個

34) 一型監視システム=パンパプティコンは、ペンサムの考え付いた監視態様。権力の自動化作用を可能にするこの仕組みに、フー
コーは強制力を要することなく権力関係を巧妙に実現する可能性を見ている (M・フーコー (田村保樹) 『監視の誕生 監視と処
罰』(新潮社、1977年) 198頁以下)。

35) 松平健仁「『自衛』とネット・ウィッチ」としての日本型共同体主義」『憲法問題』40号 (2018年) 91頁。

36) ただし、松平・野村雄三は、憲法13条との関係で自衛を要請とするのは困難という。

37) これは対照的に、福島第一原発事故に伴う原子力による被害の賠償については、「原子力損害賠償法」に基づき、政
府は賠償額を通じてこれまでに多額の資金を交付している。

備よりはベターである。ただ、それでは能動的な市
民は生まれてきよまない。立憲政治に不可欠な
政治への信頼も生まれてこない。これが現在の日本
型立憲主義の限界である。

6 おわりに

今回の感染症が突きつけたのは、人間は所詮消費
される存在に過ぎないのかという問いである。外国
人を罵り、感染者を罵り、最前線に闘う医療者まで
罵る我々を見るとき、そこにウィルスと区別され
た意味での人間性を見出すことは正直困難である。
しかし、同時にマスクを買い取らない高齢者のために手
作りでマスクを作る中学生の姿や、献身的に医療に
従事する者の姿を見るとき、そこに我々にはある
が、しかし確かな希望を見いだすことができず。憲
法学に突きつけられた問いは、この希望をいかにガ
ハナンスへと反映させていくかである⁴¹⁾。

(えとう・しょうへい 上智大学准教授)

自衛が社会を内化

人は同じ振る舞いを ようになる。逆にいえば、
世間の眼が及ばないところでは、個人は共同体の規
範を破るべきにようにした抵抗はない³⁸⁾。目下の懸念
を晴らすかのように、欲望むき出しの個人が現れ
る。いずれにせよ、そこには自分の頭で考えて行動
する主体的な個人はどこにも存在しない。

このように自衛の要請は、国家の責任を曖昧に
し、個人の自由を必要以上に萎縮させ、さらに個人
の無責任を助長する点で、立憲主義の精神に悖る面
がある。ならばいっそのこと、最初から強制力と結
びつけた形で感染防止対策を実施する方が、強力な
政治的指導性の下で責任ある政策を実施することが
できるし、無責任な世間の眼に引きずられることが
ない分だけ、感染症対策としても立憲政治としても
優れているように思う。事実、今回政府は自衛の要
請にこだわったために、必要以上に世論の意向に引
き運ばれた結果、野田家頼みとなって政策決定の自
主性を失ったようにみえる³⁹⁾。

(3) 強制か、自衛か

にもっとも、日本の現状を踏まえたときに、強制力
に頼るのがベターかどうかはおおむね定かではない。た
しかに、国家と個人の対決構図を可視化した方が、
責任と自由を主題化することができる点では望まし
いが、それは対決を可視化できる公平なアリーナが
あってのことである。それは日本の場合には裁判所
と消極的である以上、強力な政治的指導性にかえって
権威主義を追求するだけの可能性はある⁴⁰⁾。実際、
今回のケースでは、政府よりもむしろ大衆がより強
力な緊急事態宣言を望んでいた節がある。この大衆
の動向と政治の権威主義が結びついたとき、そこか
らファシズムまでの距離はもうそれほど遠くない。
つまり、理想をいえば、強制力よりはやはり自衛
なのである。しかし、それは権力性を内面化しただ
けの自衛とは違い、市民としての自己拘束でなけれ
ばならない。それこそが憲法学が13条の文脈で述べ
てきた人格的自律の価値である。しかし、その人格
的自律が言就上の虚構に止まるといふのなら、当面
は一般的自由化を前提にしつつ、それを制限する國
家権力を可視化して、その両者を対決させる方が自
衛

38) これが山内という「匿名の無責任な力の非合理的な運用」、すなわち「下克上」へと導かれる (丸山眞男「軍閥支配者の精神形態」
『現代政治の思想と行動』(東京社、1956年) 所収)。

39) 日本よりも感染者・死者数で上回る西ヨーロッパ諸国のリーダーたちが軒並み支持率を上げたのに対して、安倍政権の支持率
が低下している現状は、この自立性を欠いたことをへの不満を示すものとみられる (https://shibuya.com/chart/21812/world-
leader-approval-ratings/李朝)。

40) この点で、宗教団体の集約の自由とロックダウンの相違でプロテスタントの権限の是非について憲法判断を示したアメリカの連邦最高裁判決
として、South Bay United Pentecostal Church, et. al. Applicants v. Gavin Newsom, Governor of California, et. al. 590 U.S. ___ (2020)
がある。

41) 本稿は、科学研究費補助金・若手研究 (20K13522) の研究成果の一部である。