

テロリズム対策と日本法の諸変動

山 元 一

概 要

日本法もまた、他国の法と同様に世界を揺るがした 9.11 の衝撃を免れることはできなかった。本稿は、ポスト 9.11 状況における日本法におけるテロリズム対策にかかわる法的変動とそれを取り巻く推進論及び批判論から提示された法的ディスクールの諸相を明らかにする〔→Ⅰ〕とともに、それについてささやかな考察を行おうとする〔→Ⅱ〕ものである。Ⅰにおいては、9.11 以前の法状況を一瞥した上で、9.11 以後の制定法の展開〔「テロ対策特別措置法」(2001 年)→「武力攻撃事態対処法」(2003 年)→「国民保護法」(2004 年)→「改正出入国管理・難民保護法」(2006 年)〕とそれらについてなされた法的ディスクールを跡付ける。Ⅱにおいては、日本法の諸変動についての四つの特色を摘示した後で、「安全の専制」論を批判的に言及し、テロリズム対策において司法権の果たすべき役割について検討する。

キーワード

憲法, 司法権, 安全, 自由

はじめに¹⁾

日本法もまた、他国の法と同様に世界を揺るがした 9.11 の衝撃を免れることはできなかった。そこで、本稿は、ポスト 9.11 状況における日本法におけるテロリズム対策の動向とそれを取り巻く法的ディスクールの変動の諸相を明らかにする〔→Ⅰ〕とともに、そ

1) 本稿は、2006 年 6 月 3 日に龍谷大学で行われた比較法学会の小シンポジウム「テロのグローバル化と法の対応比較——9・11 以後の国際法・欧米法・日本法」における筆者の報告「〈日本法：日本における 9.11 以降のテロリズムに対する対応と憲法—〈国際貢献〉への限界と〈テロ予防策／テロ発生時〉における限界〉」のために作成した準備原稿に若干の加筆を行ったものである。同報告については、すでに『比較法研究』68 号〔2007 年〕124-130 頁に「日本における 9.11 以降のテロリズムに対する対応と憲法」と題する小論が公表されているが、同誌の字数制限の故に報告のラフな概要のみに限定して公表せざるを得なかった。本稿は、その内容をより詳細に記述したものである。

れについてささやかな考察を行おうとする〔→Ⅱ〕ものである。

I 日本法の諸変動

1 9.11 を契機とする法改革の展開

以下では、9.11 以前の法状況を一瞥した上で、その後の展開〔「テロ対策特別措置法」(2001年)→「武力攻撃事態対処法」(2003年)→「国民保護法」(2004年)→「改正出入国管理・難民保護法」(2006年)〕を跡付けていく。

(1) 9.11 以前

(i) 対外防衛について

対外防衛に関しては、9.11 以前において、すでに、厳格に限定された専守防衛から踏み出した日米の軍事的協力体制が形成されてきた。すなわち、湾岸戦争の対応の中でPKO法(1992年)が制定され、その後、「新日米ガイドライン」(1997年)→「周辺事態法」(1999年5月)→「船舶検査法」(2000年12月)と展開していく。

(ii) 国内におけるテロないし暴力的活動への対処について

国際法においては、1960年代以降ハイジャック防止等をはじめとして最近の資金提供の規制にいたるまでテロリズム関係の国際条約が積み上げられてきた²⁾のに対して、これまで行われてきた国内法における対処はアドホックな対処であり、実際的な効果をもたらそうとするものではなく、もっぱら世論の沈静化を狙いとするものであった、と考えられる。具体的には、以下の法が制定されていた。

- ①「破壊活動防止法」(1952年7月)
- ②「火炎びんの使用等の処罰に関する法律」(1972年4月)
- ③「サリン等による人身被害の防止に関する法律」(1995年4月)

2) 「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」(1970年)、「民間航空の安全に対する不法な行為の防止に関する条約」(1971年)、「テロリズムへの資金提供の防止に関する国際条約」。参照、古谷修一「国際テロにいかに対処すべきか」『法律時報』74巻6号〔2002年〕11頁以下。古谷は、現実のテロリズム行為が、主権国家の枠外でのみ行われるのではなく、「特定国家の積極的または消極的支援のもとで行われ、もしくは政治の統治機能が極端に脆弱化した国家(failed States)を拠点にしている」ことに注意を促し、そこに国際法におけるテロリズム対策の課題を見出す。

(2) 9.11 以後の法状況

(i) テロ防止関連条約の締結とそれに伴う国内法整備

日本は、9.11 以前までにテロリズム防止に関連する 10 条約の締結を行っていたが、9 月 20 日の G 8 首脳声明で関連条約の早期締結を呼びかけられたことに極めて迅速に対応して、①「テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約」及び②「テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約」の締結のための国内法を整備し、締結を実現した（前者は 2001 年 11 月に、後者は 2002 年 6 月に締結された）。①に伴う国内法的手当てとして、「テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」³⁾（2001 年 11 月）が、また②に伴うそれとして、「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律」（2002 年 6 月）が制定された。さらに、「関税定率法等の一部を改正する法律」⁴⁾（2005 年 3 月）が制定され、テロ対策に係る水際取締りの強化の観点から、①爆発物、火薬類等が輸入禁制品に追加され、②輸出された貨物に係る税関職員の質問検査に関する規定の整備等が行なわれた（参照、関税定率法 21 条、関税法 30 条、65 条の 2、94 条、95 条、105 条、109 条、109 条の 2、115 条）。

このような条約の締結が促進されたことは自然の流れであるといえようが、日本法を際立たせる特徴は、テロリズムが警察法次元の問題を遥かに越え、自衛隊の活動領域の拡大を生み出していくことにある⁵⁾。そのプロセスを(ii)以下で見ていくこととする。

(ii) テロ対策特別措置法（2001 年 11 月）

本法の正式名称は、「平成 13 年 9 月 11 日のアメリカ合衆国において発生したテロリストによる攻撃等に対応して行われる国際連合憲章の目的達成のための諸外国の活動に対して我が国が実施する措置及び関連する国際連合決議等に基づく人道的措置に関する特別措置法」である。9.11 発生後の緊迫した雰囲気の中で、法案提出から極めて短期間のうちに成立した（10 月 5 日閣議決定→法案提出、10 月 29 日成立、11 月 2 日公布・即日施行）。

本法の立法目的は、「国際的なテロリズムの防止及び根絶のための国際社会の取組に我が国として積極的かつ主体的に寄与」（2 条 1 項）することである。その対象国は被害を受けたアメリカに限定されず、「アメリカ合衆国その他の外国の軍隊その他これに類する組織」である（1 条 1 項）。具体的には、「協力支援活動」、「捜索救助活動」、「被災民救援活動」が予定される。政府は、本法制定に際して、自衛隊の活動領域の拡大を正当化するた

3) 参照、飯島泰「テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」『ジュリスト』1219 号〔2002 年〕92 頁以下。

4) 郡山清武「平成 17 年度の関税改正について」『時の法令』1744 号〔2005 年〕37 頁以下。

5) 日本におけるテロ対策の概観として、参照、河村憲明「日本におけるテロ対策法制」大沢秀介＝小山剛編『市民生活の自由と安全』（成文堂、2006 年）271 頁以下。

めに憲法の理念を援用し、憲法前文および98条の国際協調主義の精神に基づくことを強調したのであった。本法の下では閣議で基本計画が決定され、それについて国会の事後的な承認を求める(5条)。

憲法9条から政府解釈が引き出す「武力の行使」及び「外国軍隊との一体化」の禁止という制約が、テロリズム対策における「我が国として」の「積極的かつ主体的寄与」に相応の歯止めをかけた⁶⁾。すなわち、本法によれば、いわゆる「非戦闘地域」(「我が国領域および現に戦闘行為……が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる」地域 2条3項)において、「協力支援活動」(洋上給油や物資輸送がそれにあたるが、物品の提供はできるがその中に武器を含まない。また、給油と整備はできるが、その中に戦闘作戦行動のために発進準備中の飛行機に対する給油と整備は含まれない。)・「捜索救助活動」・「被災民救援活動」などの対応措置が実施される。実質的には対米協力が主要な部分を占める自衛隊の活動領域が、「極東」「周辺」などの地理的な限界から解放され、およそ世界中の公海及びその上空、外国の領域(当該外国の同意ある場合に限る)に拡大したことが、本法の最も重大な帰結である⁷⁾。実際、海上自衛隊の艦隊がインド洋上でテロ掃討作戦に当たる米・英・仏等の艦船に対して、給油や飲料水の無償提供を行ってきた。

武器利用について、「自己又は自己と共に現場に所在する他の自衛隊員若しくはその職務を行うに伴い自己の管理の下に入った者の生命又は身体の防護のためやむを得ない必要があると認める相当の理由がある場合には、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度で、武器を使用することができる。」(12条1項)として、自衛隊員だけでなく「その職務を行うに伴い自己の管理の下に入った者」を防護するための武器使用までも、「武力の行使」ではなく「自己保存のための自然権的権利」の中に位置づけた⁸⁾。

本法は、当初2年間の時限立法として制定され、2003年10月に2年延長され、その後、2005年10月と2006年10月にそれぞれ1年ずつ延長された。延長が2年ではなく1年ずつとなったのは、小泉首相の支援活動継続・慎重論が反映したといわれる⁹⁾。

本法は、国連安保理決議1368及びアメリカからの外圧(“Show the flag”)を背景に、テロリズム対策を理由としてテロリズム対策そのものよりも、日米の軍事的連携の一層の

6) 参照、拙稿「憲法9条と国際協力」『月刊法学教室』277号〔2003年〕29頁。

7) 水島朝穂「『テロ対策特別措置法』がもたらすもの」『法律時報』74巻1号〔2002年〕2頁。

8) 高作正博「憲法からみたテロ対策特措法」山口敏弘編『有事法制を検証する』(法律文化社、2002年)59頁。

9) 2007年7月11日、小池防衛相(当時)は10月に本法をさらに1年延長して、海上自衛隊艦船のインド洋派遣を継続する考えを表明した(河北新報2007年7月12日付朝刊の報道による)。(その後、7月29日の参院選における民主党の大勝、9月26日の安倍内閣総辞職、福田内閣の成立という政治的変動の中で、給油実現のための新法制定を政府は模索するに至っているが、先行きは不透明である。10月29日記)

強化を可能にするものであった。この時点で直ちに国内におけるテロリズム対策のための立法措置は取られることはなかった¹⁰⁾。また、本法で用いられた「非戦闘地域」における自衛隊の協力活動という枠組が、政府見解において、やはり対米協力を基本的内容とするイラク特別措置法（2003年7月）における「人道復興支援活動」「安全確保支援活動」の実施を憲法の枠内にあるものとして位置づけることを可能にすることになる。

(iii) 武力攻撃事態対処法（2003年6月）

本法は、いわゆる有事法制3法（武力攻撃事態法、改正自衛隊法、安全保障会議設置法）の一環をなすものとして、2002年4月に国会に提出され、2003年6月に成立したものであった¹¹⁾。防衛問題に関して野党第一党が賛成に回った法案であり、「極めて画期的」¹²⁾な存在である。

本法では、いわゆる有事において、武力攻撃事態等（武力攻撃事態及び武力攻撃予測事態）が発生した場合には、「対処基本方針」案を安全保障会議の諮問に付した上で、閣議決定をへて国会で承認されなければならない、とされる（9条4項）。

テロリズム対策との関連では、「緊急対処事態」（武力攻撃事態対処法25条）が想定されている。「緊急対処事態」とは、「武力攻撃の手段に準ずる手段を用いて多数の人を殺傷する行為が発生した事態又は当該行為が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態（後日対処基本方針において武力攻撃事態であることの認定が行われることとなる事態を含む。）で、国家として緊急に対処することが必要なもの」とされるが、具体的には、「武力攻撃に準ずるテロ等の事態」を指し、「攻撃対象施設等による分類」として、①「危険性を内在する物質を有する施設等に対する攻撃が行われる事態」、②「多数の人が集合する施設及び大量輸送機関等に対する攻撃が行われる事態」が、また、「攻撃手段による分類」として、①「多数の人を殺傷する特性を有する物質等による攻撃が行われる事態」、②「破壊の手段として交通機関を用いた攻撃等が行われる事態」等の説明がなされている¹³⁾。「緊急対処事態対処方針」の閣議決定の後、内閣に緊急対処事態対策本部が設置される。「武力攻撃事態」だけでなく「緊急対処事態」においても、政府は迅速に対処しなければならない、とされる（25条）。

10) 但し、木下智史「憲法とテロ対策立法」『法律時報』78巻10号9頁は、「同法との抱き合わせで、原発や米軍基地などの国内『重要施設』の警備活動に自衛隊が乗り出すことのできる根拠が与えられ、実質的なテロ対策立法としての側面ももつ」という。

11) 戦後日本における緊急事態に関する研究としては、1963年の「三矢研究」（自衛隊内部で秘密に行われた、ソ連の日本侵攻を想定したもの）と1977年の「有事法制研究」（福田赳夫内閣の下で防衛庁内で行われた研究）が知られている。

12) 磯崎陽輔『武力攻撃事態対処法の読み方』（ぎょうせい、2004年）3頁。

13) cf. <http://www.kokuminhogo.go.jp/arekore/kinkyutaisho.html>

本法3条4項は、基本的人権の保障との関連に配慮する立場を示し、「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ない、これに制限が加えられる場合であっても、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。この場合において、日本国憲法第14条、第18条、第19条、第21条その他の基本的人権に関する規定は、最大限に尊重されなければならない」とした。

なお、本法は、武力攻撃事態等への対処においては、国の活動が有効に行われるだけではなく、国民の側の協力の要請が必要不可欠のものとして位置づけられている。すなわち、「国、地方公共団体及び指定公共機関が、国民の協力を得つつ、相互に連携協力し、万全の措置が講じられなければならない」(3条)、また、「国民は、国及び国民の安全を確保することの重要性にかんがみ、指定行政機関、地方公共団体又は指定公共機関が対処措置を行う際は、必要な協力をするように努めるものとする」(8条)、とされた。これに対応して国民に対する国の措置を主要な課題とする立法が、その翌年に制定された国民保護法にほかならない。

(iv) 国民保護法（2004年6月）

従来の防衛関係法が「国の防衛」を自らの課題としてきたのに対して、国民保護法は、「国民の安全」を強調し、その目的を「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置を的確かつ迅速に実施すること」(1条)にすえた¹⁴⁾。本法は、武力攻撃事態等が生じた場合に、その影響が最小となるようにするべく、国・地方公共団体等の責務、国民の協力等についての必要事項を定めたものである。

テロリズムとの関係では、本法は、武力攻撃事態対処法においてテロリズムが念頭におかれている「緊急対処事態」が生じた場合には、「武力攻撃事態」の場合に準じて、国が主導的な役割を果たすこととなる、「緊急対処保護措置」を取ることを定めている(172条)。国民の協力義務の具体的内容は、①避難に関する訓練への参加(42条3項)、②避難住民の誘導の援助(70条)、③救助の援助(80条)、④消火、負傷者の搬送、被災者の救助その他の災害への対処に関する措置の援助(115条)、⑤住民の健康の保持又は環境衛生の確保の援助(123条)である。国民の保護に関する「基本指針」の策定については、国としての基本的な方針を示し、指定行政機関及び都道府県が「国民保護計画」を、指定公共機関が「国民保護業務計画」を作成する際の基準となるべき事項などを定めることとされている(32～36条)。

本法により、国民は、緊急対処保護措置の実施に関して協力要請があった場合には、

14) 参照、国民保護法制研究会編『逐条解説国民保護法』(ぎょうせい、2005年)555頁以下。

「必要な協力をするよう努めるものとする」、とされている（173条1項）が、すぐあとの2項で、そのような「要請」の性質について、「前項の協力は国民の自発的な意思にゆだねられるものであって、その要請に当たって強制にわたることがあってはならない」、と規定している。さらに、本法は、武力攻撃事態等における場合（5条）と同様に、基本的人権についての配慮を示して、174条1項は、「緊急対処保護措置を実施するに当たっては、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ない」、とする。そして、同条2項は、「前項に規定する緊急対処保護措置を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられるときであっても、その制限は当該緊急対処保護措置を実施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るものとし、いやしくも国民を差別的に取り扱い、並びに思想及び良心の自由並びに表現の自由を侵すものであってはならない」、としている¹⁵⁾。

国民保護措置の主体は、国、都道府県、市町村であり、武力攻撃事態に対する対処が主要な任務である自衛隊において、従たる任務として、住民の安全な避難誘導、避難住民の救援、武力攻撃災害などへの対処等を行う使命が課されることとなった。それに対応して、新たな自衛隊の活動として、「国民保護等派遣」というカテゴリーが新設された（自衛隊法77条の4）。

(v) 改正出入国管理・難民認定法（2006年5月）

国際組織犯罪等・国際テロ対策推進本部（本部長・内閣官房長官 2001年7月閣議決定）が発表した『テロの未然防止に関する行動計画』（2004年12月）では、具体的な「テロの未然防止対策」として、以下の項目を摘示していた。

今後速やかに講ずべきテロの未然防止対策

- 1 テロリストを入国させないための対策の強化
- 2 テロリストを自由に活動させないための対策の強化
- 3 テロに使用されるおそれのある物質の管理の強化
- 4 テロ資金を封じるための対策の強化
- 5 重要施設等の安全を高めるための対策の強化
- 6 テロリスト等に関する情報収集能力の強化等

今後検討を継続すべきテロの未然防止対策

- 1 テロの未然防止対策に係る基本方針等に関する法制
- 2 テロリスト及びテロ団体の指定制度
- 3 テロリスト等の資産凍結の強化

15) さらに、本法175条は、「国及び地方公共団体は、緊急対処保護措置の実施に伴う損失補償、緊急対処保護措置に係る不服申立て又は訴訟その他の国民の権利利益の救済に係る手続について、できる限り迅速に処理するよう努めなければならない」、とする。

このうち、まず、「今後速やかに講ずべきテロの未然防止対策」における「1 テロリストを入国させないための対策の強化」の具体化として、2006年5月に出入国管理・難民法の改正が実現された（平成18年5月24日法律43号）。その内容は、入国する16歳以上の外国人に対し、指紋や顔画像の提供を義務づけるものである。指紋情報はデータベース化され、在留管理や犯罪捜査にも利用される。すなわち、同法6条に次のような3項が新設された。「前項の申請をしようとする外国人は、入国審査官に対し、申請者の個人の識別のために用いられる法務省令で定める電子計算機の用に供するため、法務省令で定めるところにより、電磁的方式（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によつては認識することができない方式をいう。以下同じ。）によつて個人識別情報（指紋、写真その他の個人を識別することができる情報として法務省令で定めるものをいう。以下同じ。）を提供しなければならない」¹⁶⁾〔但し、特別永住者等は除かれる〕。これに加えて、運送業者等に対する旅券等の確認義務として、「本邦に入る船舶等を運航する運送業者（運送業者がないときは、当該船舶等の長）は、外国人が不法に本邦に入ることを防止するため、当該船舶等に乗ろうとする外国人の旅券、乗員手帳又は再入国許可書を確認しなければならない」（56条の2 2005年6月改正）との規定、及び乗員乗客に関する事項の事前報告義務として「本邦に入る船舶等の長は、法務省令で定めるところにより、あらかじめ、その船舶等が到着する出入国港の入国審査官に対し、その乗員及び乗客に係る氏名その他の法務省令で定める事項を報告しなければならない」（57条1項 2006年5月改正¹⁷⁾）との規定が新設された。

次に、同じく「今後速やかに講ずべきテロの未然防止対策」における「2 テロリストを自由に活動させないための対策の強化」として、同法に、法相がテロリストと認定した人物を退去させる規定が設けられた。すなわち、退去強制にかかわる24条に3号の2が新設された。「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律（平成14年法律67号）第1条に規定する公衆等脅迫目的の犯罪行為（以下この号において「公衆等脅迫目的の犯罪行為」という。）、公衆等脅迫目的の犯罪行為の予備行為又は公衆等脅迫目的の犯罪行為の実行を容易にする行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者として法務大臣が認定する者」については、退去強制の対象となることとされたのである（2006年6月13日より施行）¹⁸⁾。

なお、2006年1月6日、政府は、国際テロへの対策を強化するため、「テロ対策基本法」

16) 施行日は、「公布の日から起算して1年6月を超えない範囲内において政令で定める日」とされた（附則1条3号）。

17) 施行日は、「公布の日から起算して1年を超えない範囲内において政令で定める日」とされ（附則1条2号）現在ではすでに施行済である。

18) このほか現在、「4 テロ資金を封じるための対策の強化」の具体化として、弁護士・公認会計士等を対象とするいわゆる「ゲートキーパー制度（依頼者密告制度）」の導入が検討されている。

の制定に着手する方針を固めた、と報道された¹⁹⁾。それによると、基本法はテロの未然防止を課題としており、テロ組織やテロリストと認定しただけで、①一定期間の拘束、②国外への強制退去、③家宅搜索、④通信傍受、などの強制捜査権を行使することを想定しており、テロの定義要件として「集団が政治的な目的で計画的に国民を狙って行う暴力行為」などが挙げられている。

(2) 9.11 以後の法改革についての法的議論のありよう

ここでは、(i)でみた 9.11 以降の法改革について展開された学界内外における法的議論を跡付けていくこととする。

(i) テロ対策特別措置法→〈日本国による国際協力活動に対する憲法 9 条による拘束〉をめぐる論点 (α) 政府の立場

よく知られているように、政府の立場によれば、日本国の国際社会への寄与は、軍事的次元も含めて、日本国憲法前文の国際協調主義によって基礎づけられている、と主張される。「一国平和主義」から、その克服としての「積極的平和主義」ないし「能動的平和主義」への外交方針の転換の一つの具体化としてのテロ対策特別措置法の憲法上の根拠も、そこに求められる。ただし、政府見解において、軍事的次元における国際社会への寄与には、憲法 9 条との関係で一定の限界線が引かれている。すなわち、①集団的自衛権の否定を大前提とした上で、②憲法 9 条 1 項は、「武力による威嚇又は武力の行使」を禁じているが、それに直接に該当しなくとも、他国の軍隊とのいわゆる「一体化」²⁰⁾する場合をも含まれる²¹⁾。これに対して、自衛隊の行う「非戦闘地域」における「後方支援活動」であれば憲法 9 条に違反しない、とする。

(β) 主流派憲法学からの批判

憲法学の主流派の見解²²⁾は、現行憲法の下では積極的な国際協力活動は要請されている

19) <http://www.mainichi-msn.co.jp> 2006 年 1 月 7 日 3 時 00 分配信。

20) 「我が国に対する武力行使がない、武力攻撃がない場合におきまして、仮にみずからは直接武力の行使に当たる行動をしていないとしても、していないとしても、他のものが行う武力の行使への関与の密接性などから、我が国も武力の行使をしたという法的評価を受ける場合があり得る。そのような法的評価を受けるような形態の行為はやはり憲法 9 条において禁止せられるのである」(大森内閣法制局長官・1997 年 11 月 27 日・衆院安全保障委員会)。浅野善治他編『憲法答弁集 1947～1999』(信山社、2003 年) 130 頁。

21) なお、政府は、自衛隊が、PKO 法との関係で、たとえ主体をなす国連の平和維持活動の目的が「武力の行使」等であるとしても、自衛隊の「協力」がそのような活動と「一体化」しないものであれば許容される、としてきた。

22) その代表的論稿として、例えば、深瀬忠一「テロ対策特別措置法と日本国憲法の平和主義(上)(中)(下)」『ジュリスト』1213 号〔2001 年〕8 頁以下、1219 号〔2002 年〕121 頁以下、1220 号〔2002 年〕76 頁以下、山内敏弘『人権・主権・平和』(日本評論社、2003 年) 317 頁以下、井上典之「国際貢献——憲法学の観点から」『ジュリスト』1260 号〔2004 年〕106 頁以下。

が、一切の軍事的貢献は許容されない、と主張してきた。すなわち、確かに、日本国は、テロ撲滅を含めて国際社会における重要な解決課題に直面しているが、憲法9条の存在によって、単に軍事的次元における国際協力の一切が抑制・禁止されており、非軍事的手段を用いて積極的かつ主体的な有益な貢献を行うように、強度な規範的方向づけが与えられている、とする。

テロ対策特別措置法に固有の問題点²³⁾として、①前提となるアメリカによる軍事力の行使そのものが国際法上正当化しえないこと²⁴⁾、②基本計画について国会の承認が事後的なものとなっていることが、シヴィリアン・コントロールの理念に反すること、③本法の武器使用の容認は、もはや「武力の行使」を容認するものとなっていること、④「非戦闘地域」における「協力支援活動」は、「武力の行使」に該当すること、等が指摘された。

(ii) 武力攻撃事態対処法→<これまで制定されなかったこと自体が重大な問題>vs

<制定することそのものが許されないはずの法律>

緊急事態と憲法をめぐることは、いわゆる国家緊急権論議が存在し、憲法典の中に緊急権条項を置くべきかどうか論ぜられてきた²⁵⁾が、それには立ち入らず、武力攻撃事態対処法をめぐる議論についてごく簡単に跡付けるにとどめる。

(α) 推進論

本法提出時において、「備えあれば憂いなし」が小泉純一郎首相（当時）の常套句であった（一例として、2002年4月10日衆院国家基本政策委における土井たか子社民党委員長（当時）に対する答弁）。日本が緊急事態に直面した際には、国や地方公共団体が、国民の生命・財産を守るために全力を尽くすのは当然である。自然災害とは異なり、日本の侵略については、諸外国と異なり、戦後半世紀以上にわたって未整備であったことが重大な問題であった。「このような立法がなされず、有事が到来し、自衛隊の防衛出動という事態が生ずれば、これまでの法状況下では、超法規的対処も想定しなければならなかったはずである」から、本法は、自衛隊の「部隊行動に相応の法的筋道をつけるものであ」って、「超法規的な部隊行動に一定の歯止めをかけた」、とというる²⁶⁾。

(β) 主流派憲法学からの批判論

主流派憲法学の基本的認識²⁷⁾としては、大要、①有事立法は対米軍事協力の必要性から

23) 水島・前掲注7) 1頁以下、高作・前掲注8) 57頁以下。

24) 松田竹男「テロ攻撃と自衛権の行使」『ジュリスト』1213号〔2001年〕17頁以下。

25) 参照、『主要国における緊急事態への対処』（国立国会図書館調査及び立法考査局、2003年）、井上典之「国家緊急権」『岩波講座 憲法6 憲法と時間』（岩波書店、2007年）191頁以下。

26) 小針司『防衛法概観』（信山社、2002年）267～268頁。ただし、この見解は、2002年の同法の提出段階、すなわち未成立段階でなされた評言である。

27) 山内編・前掲注8)、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）所収の

生じたものであり、日本に対する軍事的攻撃やテロなどの有事なるものは、実際には、アメリカのグローバリズム戦略のための戦争に日本が加担した場合にしか発生しない²⁸⁾、②軍隊は、その性質上、国民を守ることはありえず、国民を犠牲にして自己保全を図ろうとする組織である²⁹⁾、③日本が憲法9条を有し、緊急権条項を持たない以上、国会は有事立法を制定する憲法上の権限はないはずである³⁰⁾、④本法は、基本的人権の保障に配慮する姿勢を示しており、人権制約の必要最小限性と適正手続保障を要請しているが、その限りで人権に対する「公共の福祉」による制約を認めていることは「軍事的公共性」を法的に承認していることを意味しており、それ自体日本国憲法と根本的に矛盾している³¹⁾、等の議論が提示されてきた。

(γ) 現実的対応としての民主的統制強化論

武力攻撃事態対処法制定を受けた現実的対応として、憲法学の中から、日本国憲法は緊急権条項を有していないが、「現実の日本の政治が、平和主義の下でのこれまでのためらいを捨て、緊急事態法制を確立しようとしている中で、国家緊急権の問題を視野におきつつも、直面する事態を受け止めて、緊急事態法制の民主的統制のあり方を真剣に検討する時期に来ているのではないかと思わざるをえない」という認識を前提に、「立憲主義の観点からする緊急事態法制に対する議会や裁判所による民主的統制を、とくに手続的観点を重視して考慮すべきではないか」³²⁾、との見解が提示されている。このような観点から本法を観察するとき、「内閣総理大臣への権限の集中と国会による民主的コントロールの軽視」³³⁾という問題点、具体的には、①ドイツ憲法及びアメリカ憲法との対比において、「武力攻撃事態」等の認定における国会の不介入となっている点、②「防衛出動」は事前の国会の承認が原則であるが、「いとまがない場合」には事後でよいとされている点（実際には、事前の国会承認なしの防衛出動命令が常態化する危険³⁴⁾）に、シヴィリアン・コントロールの脆弱さが指摘されることとなる³⁵⁾。

また、「緊急処理事態」におけるテロリズム攻撃に対する対応としては、そのような状

諸論稿，参照。

- 28) 例えば、渡辺治「有事関連法案と日米当局者の意図」全国憲法研究会・前掲注27) 74頁以下。
 29) 古川純「戦後日本の有事法制はどのようにつくられてきたか」憲法再生フォーラム編『有事法制批判』（岩波書店，2003年）73頁。
 30) 杉原泰雄「有事法制と立憲主義について」全国憲法研究会編・前掲注27) 7頁以下。
 31) 岡本篤尚「《軍事的公共性》と基本的人権の制約」山内編・前掲注8) 127頁以下。
 32) 大沢秀介「緊急事態法制についての覚書」『ジュリスト』1260号〔2004年〕143頁。
 33) 大沢・前掲注32) 143頁。
 34) 亘理格「軍事的合理性と憲法9条の論理」『ジュリスト』1260号〔2004年〕101頁。
 35) 例えば、参照、愛敬浩二「『有事』対処システムの問題点」山内編・前掲注8) 106頁以下、本秀紀「『武力攻撃事態法案』における『対処基本方針』の決定・実施と民主的統制」全国憲法研究会編・前掲注27) 124頁以下、新井誠「有事法制とシヴィリアンコントロール」『法学セミナー』2005年1月号40頁以下。

況において、警察や海上保安庁ではなく自衛隊が出動することの是非が問われうる。

(iii) 国民保護法→〈武力攻撃事態対処法等と「車の両輪」〉vs〈有害・無益な悪法〉

(α) 推進論

「あらゆる緊急事態、とりわけ国の外部からの不法な侵攻から国民の生命・財産を擁護するためには、その実効性を担保する二つの手段が確保されなければならない。一つは、実力には実力をもって不法な集団を的確に排除することであり、今ひとつは、侵攻地域に住む住民に状況の正確な情報を付与し、場合によっては迅速かつ的確に安全な地域に避難させることである。前者の根拠法が自衛隊法をはじめとする従来の安全保障関連法であり、加えて2003年6月に制定された武力攻撃事態対処法を中心とする有事関連3法である。そして後者が、2004年6月に成立した国民保護法である」。「この二つの代表的法律は車の両輪にたとえられ、いずれもが国家の独立と国民の安全とにとって不可欠である」³⁶⁾。

(β) 主流派憲法学からの批判論

主流派憲法学からは、国民保護法を擁護しようとする声は聞かれない。国民保護法批判の基本的スタンスとして、有事において国家はその性質上個人の安全を守ることはないのであり、「〈国民生活の安全〉を正当性原理とする国家に身を委ねることによって実現可能なのは、結局は、自らの自律的で主体的な生ではなく、自らの主体性を殺してのみ生き残れるような従属的な生である」から、「常に主体的に周囲の多様な人々と融和できる開かれた社会の構築に向かうこと」を通じて問題解決をするほかはない、と主張して、〈強権の支配国家〉に〈主体的で開かれた社会〉を対置させようとする西原博史の批判³⁷⁾がその代表的見解であろう。

西原は、本法の具体的な問題点として³⁸⁾、①本法は、武力攻撃原子力災害への対処として、放射性物質又は放射線が放出した場合に加え、放出される「おそれ」がある場合についても、原子力防災管理者に通報義務を課すなど、所定の措置についての規定を設けている(105条)が、「現実には、対策の講じようのない攻撃に対しては、手がつけられないことに何の変りもない」ので、「空手形を連発するだけ」の無益な法である、②「生物兵器・化学兵器が使用されて一定地域が『汚染』された場合、最終的には『汚染され、又は汚染された疑いがある場所への交通を制限し、又は遮断する』ことが想定されている(108条1

36) 浜谷英博『要説国民保護法——責任と課題』(内外出版、2004年)8頁。

37) 西原博史「市民的治安主義?」『法学セミナー』2005年1月号10頁以下。西原の関連する論稿として、参照、西原博史「有事法制・新たな人権論・憲法改正策動」全国憲法研究会編・前掲注27)226頁以下。西原は其中で、「基本的人権として主張されるものが、権利主体である具体的な個人を離れ、一元的な利益を共有するものとみなされる『国民』のものとなる段階で、権利を扱う法的な言説が、政治的な目的の前に道を譲っている疑いが生じる」(230頁)、という。

38) 西原・前掲注37)12-13頁。

項6号)」が、このような規定は、「被害地域の人々を他から切り離し、被害地域の人々を救うことを断念し、被害地域に残された家族のもとに走ろうとする人々に救出を断念させて、被害地域における被害拡大を放置するという選択肢」に過ぎない、③本法の狙いは、「統制の取れた有事対応にとって妨害要素となる国民の確実な排除」である、とする。

このほか、①本法は、例えば、知事は、救援を行うため必要があると認めるときは、救援の実施に必要な物資について、その所有者に当該特定物資の売渡しを要請することができ(81条1項)、必要があれば収容できる(同条2項)こととし、それに関連する立入検査を拒み、妨げ、忌避した場合には罰金刑が予定されている(192条)が、「反戦思想」の故にそれを拒絶した場合に罰金刑が科せられることは、協力を要求すること自体が、「協力の拒否」を表明せざるを得なくなり、内心の自由をあぶりだす結果となるので憲法の保障する思想良心の自由に対する侵害となる³⁹⁾、②本法は、「有事」システム整備を通じて「平時」の再構成が行われるところに重大な問題性がある⁴⁰⁾、③本法においては、人権保障の重要さが謳われながら「国民の保護に関する基本指針」は内閣総理大臣に委ねられており、国会は報告を受けるだけであるから関与が弱く、司法権による事後的救済では不十分ではないか⁴¹⁾、との指摘がなされている。

II 日本法の諸変動についての考察

以下では、これまで見てきた日本法の諸変動についての特色を見たうえで〔→(1)〕、日本法におけるテロリズム対策の課題について、ごく簡単に検討することとしよう〔→(2)〕。

1 日本法の諸変動の特色⁴²⁾

日本の諸変動の特色については、以下の4点を指摘しよう。

第一に、特異な宗教的思想に基づくオウム真理教によるサリン攻撃による被害はあった

39) 岡本篤尚「国民『保護』という幻想 part 2」『神戸学院法学』34巻1号〔2004年〕24頁以下。

40) 水島朝穂「『国民保護法制』とは何か」『法律時報』74巻12号〔2002年〕7頁。

41) 二本柳高信「有事法制と国民保護」『法学セミナー』2005年1月号27頁。

42) 外国の観察者によるものとして、cf. Mark Fenwick, “Japan’s response to terrorism post-9/11”, 2005, Victor V. Ramraj, Michael Hor and Kent Roach, (eds.), *Global Anti-Terrorism Law and Policy*, Cambridge University Press, 327-350, Meryll Dean, Renouncing peace in a time of war — Japan’s constitutional conundrum, 2005, Paul Eden and Thérèse O’Donnell, (eds.), *September 11, 2001: A Turning Point in International and Domestic Law*, Transnational Publishers, 419-446, Hans G. Nilsson, European and Japanese responses to September 11 — a comment, *ibid*, 447-452.

ものの、恐らくは、現時点までのところ国際的テロリズム体験を有しない日本ではアメリカ・カナダ・イギリスをはじめとする諸外国で見られるようなテロ対策を機縁とする刑事実体法及び刑事手続法の改正の必要性が主張されなかったため、かかる領域において基本的に変動が生じなかった。また、戦後の代表的な団体規制の治安立法である破壊活動防止法に手が加えられることもなかった。これと対照的に、自国の軍事組織の活動領域の拡大のための有力な根拠を提供した。すなわち、従来から、憲法9条が存在することによって軍事的活動が一定抑制されてきたので、それを乗り越えるための理由としてテロ対策が引き合いに出され、自衛隊の活動領域が地理的な限界を失った。国際貢献≡〈対米協力⁴³⁾〉(テロ特措法の明文上は、「諸外国の軍隊等」)が着実に促進された。

第二に、テロ組織に対する対処について、英米に比べて未整備の状況にあった。その例外として、テロ資金関係の分野では対策が着実に進行した。国際的なイニシアティブの下で、「テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約」に基づいて、「公衆等脅迫目的の犯罪行為のための資金の提供等の処罰に関する法律」(2002年6月)が制定された。また、「金融機関等による顧客等の本人確認等に関する法律」(2002年4月)が制定された。しかし、2006年5月に成立した出入国管理・難民認定法の改正は、アメリカにおける9.11に対する即座の対応として制定され、外国人テロリストの入国阻止を目的の一つに据える「愛国者法(Patriot Act)」(2001年10月26日成立)⁴⁴⁾を参照したものであり、この側面について質的变化が生み出されつつある。

第三に、9.11以後、2003年から2004年にかけて有事法制整備という文脈の中で「武力攻撃事態対処法」における「緊急対処事態」という位置づけの下で実際のテロリズム攻撃を想定するとともに、国民一般のあり方を法的な射程に収める立法(=「国民保護法」)が実現されるに至った点において、9.11が日本法のありように質的な違いが生ぜしめるための重要な駆動因の一つとして貢献したことは確かであると思われる。かかる立法は、①改めて憲法9条と緊急事態法制との間の緊張・矛盾を指摘する議論を強く引き出し、②国民に対する保護・国民に対する義務づけについての憲法上の限界をめぐる論点を浮上させた。これに対して、③日本では、テロ対策が他国との共同による治安活動によって行われることは、現在までのところ想定されていないために、EUで問題となるような国家主権侵害にかかわる問題は生ぜしめてはいない。

第四に、日本では、テロ対策にかかわる種々の人権制限に対して、トランス・ナショナル

43) H. G. Nilsson, *supra* note (42) at 448-449 は、9.11以後、日本とは異なって軍事的な側面ではなく犯罪対策の分野においてであるが、EUとアメリカの協調関係が日本と同様に進展した点に、9.11の与えた重要なインパクトの一つを見る。

44) 大沢秀介「アメリカ合衆国におけるテロ対策法制」大沢=小山編・前掲注5) 5頁以下。

ルな制約を受ける可能性に乏しい。但し、出入国管理法の改正への批判の中で、人種差別撤廃条約（1条1項, 2条）が引き合いに出されている（日弁連『外国人の出入国・在留管理を強化する新しい体制の構築に対する意見書』（2005年12月））。

2 日本におけるテロリズム対策と憲法

以下では、日本におけるテロリズム対策が引き起こす憲法上の問題についてささやかな検討を行うこととしよう。日本において、日本国憲法の下で、＜人権に配慮したテロ対策法体制＞を構想・整備することが可能なのであろうか？ そして、もし可能であるとすれば、それはどのようなものであろうか。それとも、そのような問いは、＜単なるパラドックスな設問＞に過ぎないのであろうか？

(1) 「安全の専制」？

テロリズム対策は、基本的に、予防の問題に関わっている。最近法規制の強化された分野の中で、DVやストーカー対策については、＜特定のな被害者の失われたないし脅威にさらされた自己決定（＝自由）の国家権力による回復＞という被害者に対する個別の人権救済の問題）として定式化することが可能であろう。しかし、テロリズム対策の一環としての予防措置を講ずることは、将来の被害者を特定できない一般予防にかかわる問題であり、そうであるがゆえに、憲法解釈論上は、本来、テロリズムからの安全確保という、個別の人権救済に還元できない公共の福祉による自由の制約の限界をどこに引くことができるか、という設問としてあらわれる。

ところが、テロリズム対策に関する憲法学における議論のあり方としては、9.11におけるアメリカ支援を目的とする「テロ対策特別措置法」はもちろんのこと、国内におけるテロリズム攻撃に関連するものではあっても、「緊急対処事態」を対象を含む「武力攻撃対処法」とそのような事態における保護も想定する「国民保護法」については、これらの立法が自衛隊の活動範囲の拡大を随伴するため憲法9条との関連で憲法論議が活性化したのであって、テロリズム対策固有の問題として議論されてきたのではなかった。このようなあり方は、憲法上の正当性基盤の脆弱な自衛隊の活動領域の拡大を図る格好の口実として政府によってテロリズム対策が持ち出されたという事情があるにせよ、不幸な状況であるといわなければならない。

これに対して、自衛隊と切り離された治安対策の一つにおける要素としてテロリズム対策を主題化する議論の中で、憲法学の関心対象となっている。この文脈で恐らく現在の日本憲法学が基本的に共感をもって受け入れられているのが、「安全の専制」「監視社会」

「生活安全至上主義」批判の見地であろう。その代表的な論調は、『『新しい戦争』の時代に、『私』だけはテロの恐怖から逃れ《安全》でありたいと望むならば、『安全の専制』という罠に陥るしかない。……誰がテロリスト／危険分子であるのか判然としない以上、『自分たちの安全』を脅かす可能性のあるあらゆる『異端』（＝社会の少数派）を選別し、監視し排除し、抑圧する《安全の専制》に依存せざるをえないからである」というものである⁴⁵⁾。

このような立場は、英語圏における“critical security studies”と共通する見地を提示しようとするものであり⁴⁶⁾、確かに、安全をめぐるディスクールに内在する一面の真理を突いており、テロリズムや治安政策をめぐる（法）社会（心理）学的傾向性の認識としては傾聴すべき部分がないとはいえない。しかし、そのような立場は、現在の問題状況において、性急な仕方では《自由》と《安全》を完全にトレード・オフの関係に還元して理解し、その上で《自由》のみを選択しようとする立場であって、必ずしも適切な議論であるとは考えられない。

ところで、この点に関して、フランス憲法に目を向けると、そもそも、1789年人権宣言2条は、公権力を担う立法権と行政権に対して、「すべての政治的結合体の目的は、自然的で時効にかからない諸権利の保持である。それらの権利は、自由、所有、安全（sûreté）及び圧制に対する抵抗である」としていた。ここにいう sûreté の保障の内容は、一般的な理解に従えば、同宣言の7.8.9条で規定されている罪刑法定主義や刑事手続法定主義等に具体化されていると考えられてきた。したがって、それは、もっぱら刑事法の場面での国家の刑罰権の濫用を防止するための人身の自由に関連する規定であって、そのような規定自身の中にもいかなる意味でも諸個人の自由を脅かす要素も含まれていない。これに対して、現在のテロリズムに対する安全の重要性が強く意識される文脈の中では、それとは異なり、sécurité という語句が用いられている。実際、例えば、「1995年1月21日法（安全の指針と計画化にかかわる法律⁴⁷⁾）」や「2003年3月13日法（国内における安全のための法律⁴⁸⁾）」は、その1条を、「安全（sécurité）は、基本的な権利（droit fondamental）⁴⁹⁾の一

45) 岡本篤尚「果てしなき『テロの脅威』と《安全の専制》」全国憲法研究会編『憲法と有事法制』（日本評論社、2002年）262頁。

46) Ian Loader & Neil Walker, *Civilizing Security*, Cambridge University Press, 2007, at 13.

47) Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

48) Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

49) フランス憲法学では、最近、人権論における基本的なカテゴリーとして、従来の「公の自由（libertés publiques）」にかえ、「基本権（droits fondamentaux）」を用いる傾向が強まっている。参照、拙稿「最近のフランスにおける人権論の変容」中村他編『欧州統合とフランス憲法の変容』（有斐閣、2003年）しかしながら、本法で用いられている droit fondamental という表現は、実定法律上の観念であるから憲法によって保障される権利という意味ではないので、<極めて重要な権利>という程度の意味であろう。

つであり、個人と集団の諸自由の行使のための諸条件の一つである」と書き出した。ここでは明らかに、日本語では同じ訳語になってしまう *sûreté* と *sécurité* (=「国家権力の実行する積極的なテロリズム・治安対策等を通じて確保される事実上の効果の総計」) とでは、相異なった内容が観念されている⁵⁰⁾。この意味で、一見、「『市民の安全』を理由とした治安立法が自然権的人権の保障を援用することは、論理的な混乱である」という指摘⁵¹⁾が的確であるように見える。

しかしながら、まさにその自然権思想を基礎とする社会契約論において政府設立の目的が弱肉強食の自然状態を解消することによって〈実質的な意味における *sécurité* (= *sûreté*) の確保〉を図ることであったことに鑑みると、①自然犯的諸犯罪に対処するために、諸個人の〈実質的な意味における *sécurité* の確保を主要な狙いとして政府が設立され、②そのような目的のもとに実現された政府設立によって創設された国家権力が、その目的に反して〈実質的な意味における *sécurité*〉にとつての脅威とならないようにするために、*sûreté* の確保という定式が 1789 年宣言において規定され⁵²⁾、③グローバリズムの進行する今日、人々の実質的な意味における *sécurité* の確保が質的に異なった仕方で——すなわち国家権力以外の主体によって——深刻に脅威にさらされている現状において、そのような脅威に対抗するための〈実質的な意味における *sécurité* の確保〉の重要性が強く意識されるようになり②の重要性と並列的に確認されたのだ(例えば、2003 年 3 月 13 日法(前出))、と整理することができよう。だからこそ、実際、有力なフランス憲法学説⁵³⁾は、今日、「二つの相異なった安全の欠如 (*deux insécurités différentes*)」が見出されるが、一つは、テロリズムを含めた犯罪に起因するそれであり、もう一つは、権力によるそれ (= 国家権力による抑圧) であると述べ、重なり合う *sécurités* 確保という課題について、いわ

50) 只野雅人『憲法の基本原理から考える』(日本評論社、2006 年) 189 頁以下、新井誠「フランスにおけるテロ対策法制」大沢=小山編前掲注 5) 148 頁以下。

51) 石川裕一郎「渋谷区条例：『安全／セキュリティ』という視座」『法と民主主義』377 号〔2003 年〕26 頁。

52) このような本文の叙述にもかかわらず、革命期の思想世界においては、ここにいう国家ないし国家権力は、決して、のちに成立するドイツ公法学が前提とするような市民社会と二元的に対立するものとして理解されていたのではなく、「国家」即「市民社会」(*societas civilis, res publica*) という観念了解の下で、*État, nation, société* 等の言葉が相互に交換可能であったことが注意されなければならない。参照、拙稿「《法》《社会像》《民主主義》(2)」『国家学会雑誌』106 巻 5・6 号 (1993 年) 101-104 頁。注 33)。そうだとすれば、実は、後の時代から回顧的に眺めた場合にのみ、*sûreté* は、本文で位置づけたように対国家的な主観的権利として純化して理解することが可能なものであり、同時代的には、*sûreté* は、*sécurité* と相重なり合うところの、全方向的な〈実質的な意味における *sécurité* の確保〉という要求を含意していたのであり、1789 年宣言では対国家権力の側面が強調されていた、と考えなくてはならないであろう。cf. Hervé Causse, *Le principe de sûreté et le droit à la sécurité*, in *Gazette du Palais*, Recueil novembre-décembre 2001, 2007, p.2008.

53) Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 7^e édition, Montchrestien, 1999, pp.197-198.

ば二正面作戦を取らなければならないとするのである⁵⁴⁾。

このようにみえてくると、テロリズム発生の要因をグローバリズムの下での日本の国際戦略のあり方や社会における構造的不平等に求めることには一定の説得性を有するとしても、テロリズム対策をそのような領域におけるオルタナティブとしての政策課題の実現に解消してしまうことは夢想的であろう。こうして、一方で、かりに「安全への権利」の存在を認めようとする場合でも、それが《自由》を掘り崩さないようにするために厳格な法的権利として彫塑が施されなければならない⁵⁵⁾。そして他方で、テロリズム対策の場面では、*sécurité* としての安全は、人権制約に正当化事由を与える根拠（＝公共の福祉⁵⁶⁾）の一つとしての位置づけを与えられるべきこととなるが、そのこと自体は安全のために政府によって採用される個々の政策や措置の合憲性を保障しないので、そのためにはこれまでの人権論の積み重ねを踏まえた、よりきめ細やかな議論が要求されることとなる⁵⁷⁾。そして、国家が主要な役割を担うべきテロリズム対策の実践そのものを、結局のところ「従属的な生」のためのものであり、国家の外に立つ実践にのみ「自らの自律的で主体的な生」への希求に重ね合わせようとする論法は、率直に言って、著しい単純化論・還元論に支配された不適切な見解⁵⁸⁾というべきであり、そうだとすれば、例えば、安全政策のなかでテロリズム対策のみを突出させず、それを自然災害を含めた多様な安全政策の一環に位置づけようとする all-risk approach を採用するカナダの最近の「Securing an Open Society」なども——批判的点検も含めて——参照しながら、《自由》と《安全》とを単純なトレード・オフの関係として考える視点を克服して、より賢明な政策立案や措置が行われるように促していくことが、——困難ではあるが——今日の憲法学にとっての重要な課題となろう⁵⁹⁾。

54) ドイツ憲法学においても、『安全』や『安全の基本権』といった概念を一人歩きさせない程度には、『安全』とのつきあいに長じている」との指摘がなされている。小山剛「自由・テロ・安全」大沢＝小山編前掲注5) 308-309頁。さらに参照、同「法治国家における自由と安全」村上武則他編『高田敏古稀記念・法治国家の展開と現代的構成』（法律文化社、2007年）24頁以下。

55) cf. Liora Lazarus, Mapping the right to security, 2007, Benjamin J. Gould and Liora Lazarus (eds.), Security and Human Rights, Hart Publishing, 325-346.

56) ここにおいて、公共の福祉を単なる対立状況にある人権相互間の調整原理として理解することはできない。参照、長谷部恭男『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年）65-66頁。

57) この点に関して、小山・前掲注54) 309頁と木下・前掲注10) 10頁は、ニュアンスを異にしながらも、結局、同様の結論に帰着している。

58) 参照、西原・前掲注37)「市民的治安主義？」。

59) Kent Roach, Must we trade rights for security?: The choice between smart, harsh, or proportionate security strategies in Canada and Britain, 2006, 27 *Cadozo Law Review* 2151. 邦語研究として、参照、富井幸雄『憲法と緊急事態法制』（日本評論社、2006年）173頁以下。

(2) テロリズム対策と司法権の役割

周知の通り、「安全」というテーマにかかわっては、治安悪化という認識が主要な要因ではあるが、テロリズム対策もその射程に属するところの、いわゆる監視社会化現象は、今日の公法学に対して大きな課題を投げかけてきている。例えば、現代社会における「生活安全警察」観念⁶⁰⁾をめぐる警察権の意義についての理論的対立は激化している状況にある。かかる問題は警察権と市民社会の関係性の把握と将来の構想に関する極めて困難な問題⁶¹⁾にかかわるものでものものであって、ここではその問題に立ち入る余裕はない。本稿においては、ただ、論点の所在として、現代社会という条件の下で、＜国家権力から完全に自由な領域において、自主的なアソシエーションがもたらしうる市民社会自身による管理統制機能の確保について、リアリティーをもって構想しうるか＞、にかかわっていることを指摘し得るのみである⁶²⁾。本稿は、残念ながら、この点について懐疑的である。

以下では、テロリズム対策において司法権は、いかなる役割を果たすべきかについて、いくつかの——断片的な——指摘を行うことのみで満足せざるを得ない⁶³⁾。

テロリズム対策は、目に見えない敵との果てしない闘いであるため、過剰反応を引き起こしがちである。このような状況の下では、＜《自由》と《安全》の間のバランスをとった政策をとるべきである＞、という一見もっともらしい議論は、差別的取扱いを伴った《安全》の名の下における規制権力の強化を正当化しがちである⁶⁴⁾。Victor V. Ramraj に従えば⁶⁵⁾、テロリズムという人々を根源的で深刻な不安感へと陥れる性質を帯びた問題に対

60) 生活安全警察に対する批判的議論として、参照、清水雅彦『治安政策としての「安全・安心まちづくり」』（社会評論社、2007年）。

61) 例えば、代表的な批判的論稿として、参照、田島泰彦『『監視社会』と市民的自由』『法律時報』75巻12号〔2003年〕29頁以下、『『監視社会』と『警察行政法』理論の展開』『法律時報』75巻12号35頁以下が、あり、その対極に立つ見解として、例えば、田村正博「警察の活動上の『限界』(上)(中)(下)」『警察学論集』41巻6号(1998年)1頁以下、7号(1998年)67頁以下、8号(1998年)79頁以下、高木光「警察行政法の現代的な位置づけ」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開 上巻』（東京法令出版、2001年）、櫻井敬子「行政警察に関する考察」『警察政策』6巻1号(2004年)179頁以下、等を参照されたい。

62) 本稿は、生活安全条例にかかわって、住民のイニシアティブの下で警察と一定の役割分担を行う豊島区における実践を紹介しながら、「監視社会論は、生活安全条例をガバメントの視点でしかとらえない」と批判する村山史世「豊島区条例 協働・住民自治と監視社会」『法と民主主義』377号〔2003年〕31頁の指摘に基本的に共感する。同様の指摘として、伊藤高史「防犯ボランティアと監視社会論」『慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要』55号〔2005年〕111頁、がある。

63) このような課題を論ずるものとして、既に、大沢秀介「アメリカにおけるテロ対策法制と憲法」『警察学論集』58巻6号(2005年)74頁以下、がある。さらに参照、同「自由 VS 安全」『ジュリスト』1334号〔2007年〕94頁以下。

64) Andrew Ashworth, Security, terrorism and the value of human rights, 2007, B. J. Goold and L. Lazarus, *supra note* (55), at 209-210.

65) Victor V. Ramraj, Terrorism, risk perception and judicial review, 2005, V. V. Ramraj et alii (eds.),

して、適切な政策を立案することはことのほか難しい。一般の人々は、恐怖感に駆られて節度あるリスク計算をすることができないし、立法権の判断もそれに左右されがちである。また、専門的知見を有するはずの行政当局もリスク評価は困難なものなので、過度に人権侵害的な措置に訴えがちとなる。こうして、Ramraj は、例えば、アメリカにおける「敵性外国人 (enemy combatants)」の拘留にかかわる事件 (Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)) を素材として、行政当局による拘禁に対する独立の裁判機関による事後的審査の重要性を指摘する。

Cass Sunstein⁶⁶⁾ も、一種の予防的原理 (Precautionary Principle) が、正当化しえない市民的自由侵害を惹起すること、より具体的には、人々が「有効性発見志向議論 (availability heuristic)」[いくつかのリスクについて、それが現実的であろうとなかろうと、それらがとくに実現しそうだ、と主張する議論] や「蓋然性無視論 (probability neglect)」[ほとんど起こりそうにないのに最悪のケースについて人々に注目を向けさせる議論] に幻惑されて、重大な害悪をもたらす効果のほとんどないリスク減少戦略を受け入れがちになることを強く懸念し、次の三つの提言を行っている。すなわち、①市民的自由の制約には立法権による承認がなければならない、②法による負担が広い範囲に及んでいない場合には、通常の政治的安全装置に信頼を寄せることができないので、裁判所は、同定可能な少数者集団構成員に対する自由制約措置については厳格な審査を行わなければならない、③アドホックな衡量に基づく審査は過度の自由侵害を許容しがちであるので、裁判所は、定義づけ衡量に基づいて審査をするべきである、と。

Andras Sajo⁶⁷⁾ に従えば、テロリズム対策の強化とともに現出しつつある国家モデルは、「予防的国家 (preventive state)」である。従来の憲法学が問題としてきた、ドイツ・ボン基本法体制における「闘う民主制 (Streitbare Demokratie)」が、緊迫した冷戦状況の下での政治的に限定されたターゲットへの対処 (ネオナチ政党と共産党) を課題として憲法にビルド・インされたのに対して、かかる「予防的国家」は、ひとまずすべての市民を潜在的にターゲット化するけれども、コストへの考慮から、制度的な差別的取扱いをもたらさざるを得ない。立憲主義の重要な機能のうちの一つは、政治過程において自らの身を守ることのできない無辜の少数者を多数派の感情や偏見から防御するところにあるはずである、と。

supra note (42), at 107, Jeremy Waldron, Security and liberty: The image of balance, 2003, 11 The Journal of Political Philosophy 2 191.

66) Cass R. Sunstein, *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*, Cambridge University Press 2005, 204-223.

67) Andras Sajo, From militant democracy to the militant state?, 2006, 27 *Cardozo Law Review* 2255, at 2269-2270, 2294.

このような見地に立つとき、②にかかわって、第二次世界大戦中日系人を強制収容した Korematsu 事件⁶⁸⁾が直ちに想起される。本事件は、周知の通り、人種的基準に基づいて同定された少数者集団構成員に対して過酷な自由制限が行われ、このような措置に対して最高裁によって合憲判決が下されたが、そのような政策の誤りがのちに政府によって謝罪され、国家賠償が行われた事件であった。今日のテロリズム対策においては出入国管理法制を主なツールとすることが一般化しているのであり、(a)そこにおける人種やエスニシティに基づくプロファイリングによる聴聞を含めた厳格な入国審査を実施する措置が問題となりうる。また、(b)外国人一般に対する厳格な入国審査も問題となりうる。

この点について、Eric A. Posner と Adrian Vermeule⁶⁹⁾ は、緊急事態においては、連邦最高裁の Korematsu 事件における合憲判決はやむを得なかったのであり、コストを考えると人種やエスニシティに基づく入国審査はやむを得ない、とする。また、確かに外国人は参政権を有しないので直ちに政治過程によって政府の政策変更を促すことができないが、外国人に対する規制強化については、次のような反作用が生じる、という。すなわち、①有権者の多数派は外国人の入国や国籍取得がもたらす経済的利益に敏感であるから過度に厳格な外国人政策を維持することはない、②外国人は国内に家族的関係があるものが多く彼らが国民として異議立てをすることができる、③外国人は国籍を取得して将来国民となる可能性があるから、過度に差別的な政策は維持できない、④アメリカ人も国外では外国人であるから外国政府が彼らを差別的に取り扱わないようにするためには、アメリカ政府は差別的な政策を差し控えるようにロビー活動を受ける、と。

しかしながら、まず、(a)の措置については、そのようなプロファイリングが「過剰包摂 over-inclusive」〔そのような母集団において、テロリストは一握りに過ぎない〕と「過少包摂 (under-inclusive)」〔そのようなプロファイリングでは析出されないテロリストも、数多くいる可能性がある〕をもたらすことは明らかであるし、しかも、対象とされた集団に恐怖と憎悪を引き起こし、捜査当局にとって必要な情報を入手し得にくくする、と指摘されている⁷⁰⁾。次に、(b)の措置については、一般論として、外国人のみに対する出入国管理体制の強化は、テロリストが自国民における同志獲得に強いインセンティブを与えてしまう半面、捜査当局や検察当局が刑事裁判に耐えうる証拠固めや情報公開への努力を阻害することになりかねない⁷¹⁾。そしてまた、移民国家という条件の下においては、外

68) Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944).

69) Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*, Oxford University Press, 2007, 115-129.

70) K. Roach, *supra note* (59), at 2185.

71) K. Roach, *supra note* (59), at 2187.

国人についての措置については、上記の Posner と Vermeule の議論に一定の説得性があることは否定されないにせよ、日本においてはまさにそのような条件を欠いている。したがって、Sunstein の指摘する通り、2006 年 5 月の出入国管理・難民認定法改正は、自己情報コントロール権の観点からの批判を別にしても、日弁連の『外国人の出入国・在留管理を強化する新しい体制の構築に対する意見書』（2005 年 12 月 15 日）がすでに指摘しているように、外国人のみ取り出してターゲットしていること自体に憲法上の重大な問題が含まれており、そのような制度設計は、憲法 14 条に違反しており立法裁量の範囲の外に立つ、といわなければならないであろう。

Korematsu 事件における Robert Jackson 判事の反対意見は、civil court の役割が、軍事当局の権限行使の合理性の有無を判断することではなく、憲法上の制約に違反するかどうかのみについてであること、さもなければそれは軍事政策の道具となってしまうことを強調していた。規制権力が軍事的合理性と同様の論理に傾斜しがちなテロリズム対策の領域においてこそ、司法権の役割が試される定めにあることが、確認されなければならない⁷²⁾。

〔補注〕二校時に、『公法研究』69 号に掲載された諸論文及び『国際人権』18 号の〈特集 1〉「人権のゆらぎ——テロ、暴力と不寛容」に掲載された諸論文に接した。

72) cf. Mark Tushnet, *Defending Korematsu?: Reflections on civil liberties in wartime*, 2005, M. Tushnet (ed.), *The Constitution in Wartime: Beyond Alarmism and Complacency*, Duke University Press, 124-140. 但し、Jackson の同反対意見が、実は、「国民が司法に頼る精神」に侵されてはならないという問題意識を基礎におくものであった〔蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、1994 年）262-271 頁〕ことを、わたしたちは片時も忘れてはならない。