

一元的内在制約説における「自由国家的公共の福祉」論再検討のための素描
— ロック型社会契約論に基づく「公共の福祉」原理解釈の試み —

青柳卓弥

一 問題の所在

二 一元的外在制約説の原型としてのルソー型社会契約論

(一) 一元的外在制約説とホップズ型社会契約論

(二) 一元的外在制約説とルソー型社会契約論

三 一元的内在制約説の原型としてのロックの

「自然状態」論

(一) 一元的内在制約説とJ・S・ミルの「他者

加害」禁止原理

(二) 一元的内在制約説とR・ドウオーキンの「権

利至上主義」理論

(三) 一元的内在制約説とロックの「自然状態」

論

四 「自由国家的公共の福祉」論とロック型社会

契約論

(一) 伊藤正己教授の見解

(二) 橋本公巨教授の見解

(三) ロック型社会契約論から見た「自由国家的

公共の福祉」原理

五 結語

一 問題の所在

社会秩序は全ての他の権利の基礎となる神聖な権利である。この権利は自然から由来するものではない。それは約束にもとづくものである。^①

—— J・J・ルソー

日本国憲法一一条・一三条及び二二条・二九条に規定の「公共の福祉」原理をめぐる、これまで展開されてきた解
 釈論について、各々の学説の問題点を検討したうえで、従来の通説である一元的内在制約説、及び今日通説と言われ
 ている修正一元的内在制約説（新内在・外在二元制約説）の側面である「自由国家的公共の福祉」論自体には「外
 在的制約要素」が論理的に内在していることを、J・ロックの社会契約論及び西田幾多郎の「善の研究」をもとにか
 つて指摘した。^②

そこでの趣旨は、これまでの通説である一元的内在制約説あるいは修正一元的内在制約説に見られるように、人権
 の制約原理として個人の人権は他者の人権の侵害への阻止を以てしか制限できないというJ・S・ミル流の「他者加
 害」禁止原理に依拠した「公共の福祉」原理の解釈では、国際的なテロへの対策、世界的規模での感染爆発への対応
 という場面において、国民の生命・財産・権利を擁護するために必要に応じて国民の人権を一定程度制限すること
 ができなくなってしまうという問題意識からであった。しかし、一方で、従来の一元的外在制約説に見られるような「公
 益」を理由とした人権の制限が包括的に無制限かつ広範囲に行われるようになることは、たとえ司法審査の場面に

いて、比較較量論に基づいた判断が行われようと、**「人権」** \parallel **「私益」** \wedge **「公共の福祉」** \parallel **「公益」** という単純化された二元的な対立構図によつて、功利主義的な利益較量を行う限り、人権の軽視に繋がりがかねないだろうという懸念もある。

従つて、「人権保障」 \parallel 「公益」、**「公共の福祉」** \parallel 「公益」という構造の認識の下で、立憲主義原理に適つた人権と公共の福祉との境界線の確定、言い換えれば、公共の福祉による人権の制限をいかに立憲主義原理の枠内で適切に行うことができるかという課題に 대응することが必要であると言える。その際、「自由国家的公共の福祉」原理には論理必然的に「外在的制約要素」が内在するはずであるという考え方は、このような難問への有効な回答を与えてくれるであろう。なぜならば、「自由国家的公共の福祉」原理が依拠するロック型の社会契約論自体には、自由国家の存立目的としてあるいは存立前提として「外在的制約要素」が本質的に含まれるからである。このような観点から、一元的内在制約説あるいは修正一元的内在制約説に含まれる「自由国家的公共の福祉」原理を再解釈すれば、「他者加害」禁止原理に拠らない場合でも、一定の程度・範囲内での「外在的制約」を謙抑的に認めることが可能であるという結論を導くことができるだろう。

本稿では、これまでの解釈学説上の対立軸とも言うべき「一元的外在制約説」と「一元的内在制約説」の理論的原型を模索検討することによつて、これらの両学説がいかに近代憲法の理論的原型であるロック型の社会契約論から逸脱した変形モデルに依拠したものであるかを考察し（第二章・第三章）、二元的内在制約説の一翼である「自由国家的公共の福祉」原理をロック型社会契約論に整合するように再解釈することを提案する（第四章）。

二 一元的外在制約説の原型としてのルソー型社会契約論

(一) 一元的外在制約説とホッブズ型社会契約論

一元的外在制約説は、かつて美濃部達吉に代表される論者によって提唱され、戦後早くに通説とされてきた学説で、その趣旨はあらゆる基本的人権は憲法一二条・一三条に規定された「公共の福祉」に反しない限りにおいて保障されるのであり、「公共の福祉」原理は人権の外側にあつて人権を制約することのできる人権の一般的制約原理であるとして理解する。また、二二条・二九条の経済的自由権に規定された「公共の福祉」については、一二条・一三条によって制約できるものを念のため再言したにとどまり、特段の意味を認めないとする³⁾。その理論的原型は、一瞥したところ絶対君主制への理論的正当性を付与したホッブズ³⁾の社会契約論に求めることができるかもしれない。これまでの学説及び初期の最高裁判所の判例では、一元的外在制約説において人権は「公共の福祉」原理に拠つて、無制限・広範囲に制限されることが可能となつていたからである。

しかし、ホッブズの社会契約論は、①人民による自然権の完全な放棄、②契約によつて設立した国家(「リヴァイヤサン」)への絶対的服従を、その内容としている点で、近代憲法の源流とはいえないであろう。以下、ホッブズの社会契約論を検討しよう。

ホッブズは、「自然法」「正義」「衡平」「謙虚」「慈悲」など、「要するに」「おのれの欲するところを人にもなせ」が、何かの力にたいする恐怖なしに、ひとりでに遵守されることは、私たちの自然の情に反している。情念は私たちを不公平、自負心、復讐などに導く」とし、「剣を伴わぬ契約は、たんなることばにすぎず、人間の生命を保障する力を

「まったく持たない」という認識に立ち、人間の自然状態を「惨めな戦争状態」と捉えている⁵『リヴァイアサン』第二部（第七章）。そして、このように「自己」保存のために争い合う原因として、人間の本性には獲物を得るための「競争」、安全を得るための「不信」、名声を求める「自負」の三つがあることを挙げ、「自分たちすべてを畏怖させるような共通の権力がないあいだは、人間は戦争と呼ばれる状態」つまり、万人の万人に対する闘争状態にあると結論づける⁷（同、第一部（第三章））。

そこで、ホッブズは、個人の自然権を国家に譲渡する目的について「人々が外敵の侵入から、あるいは相互の権利侵害から身を守り、そしてみずからの労働と大地から得る収穫によって、自分自身を養い、快適な生活を送ってゆくことを可能にするのは、この公共的な権力である」とした上で、自然権の譲渡について「この権力を確立する唯一の道は、すべての人の意志を多数決によって一つの意志に結集できるように、一個人あるいは合議体に、かれらの持つあらゆる力と強さを譲り渡してしまうことである」と述べている⁸（同、第二部（第七章））。つまり、ホッブズの社会契約論における自然権の譲渡の根拠は、相互の権利侵害の防御である点において、J・S・ミルの「他者加害」禁止原理に依拠した人権制限と共通のものとと言える。しかしながら、権利の侵害を防御するために全ての自然権を国家権力に譲渡してしまっている点で、近代憲法の嫡流ではない。

また、人民と国家との関係についてホッブズは、「自分たちすべての人格を担う一個人、あるいは合議体を任命し、この担い手『Ⅱ為政者…引用者注、以下同じ』が公共の平和と安全のために、何を行ない、何を行なわせようとも、各人がその行為のみずからのものとし、行為の本人は自分たち自身であることを、各人が責任を持って認めることである。そして、自分たち個々の意志を彼『Ⅱ為政者』の意志に従わせ、自分たちの数多くの判断を彼『Ⅱ為政者』の一つの判断に委ねる⁹」。「その方法は、あたかも各人が各人に向かつて、つぎのように宣言するようなものである。『私

はみずからを統治する権利を、この人間または人間の合議体〔「為政者」に完全に譲渡することを、つぎの条件のもとに認める。その条件とは、きみもきみの権利を譲渡し、彼〔「為政者」のすべての活動を承認することだ〕。これが達成され、多数の人々が一個の人格に結合統一されたとき、それは《コモンウェルス》——ラテン語では《キウイタス》と呼ばれる。かくてかの偉大な《大怪物》(リヴァイアサン)が誕生する。否、むしろ『永遠不滅の神』のもとにあつて、平和と防衛とを人間に保障する地上の神が生まれるのだと〔畏敬の念をもつて〕いうべきだろう」と述べた¹⁰⁾(同、第二部第一章)。このようにホッブズの社会契約論では、人民が設立した公共的な権力である国家に対して、国民は絶対服従しなければならないとされたことから、絶対王政を擁護する政治理論と考えられてきた。

もつとも、このようなホッブズ流の社会契約論に依拠した公共の福祉による人権制約は、君主権原理に基づいた絶対主義的な憲法解釈論としては成立し得ても、国民主権原理に基づいた立憲君主制を採用した日本国憲法下の解釈論としては成立し得ないだろう。

(二) 一元的外在制約説とルソー型社会契約論

それでは、一元的外在制約説の原型はどこに求めることができるだろうか。ここで参考になるのがフランス人権宣言である。同宣言四条は、前段で「自由とは、他人を害しないすべてのことをなしうることにある。したがって、各人の自然的諸権利の行使は、社会の他の構成員にこれらと同一の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない」と規定している¹¹⁾。この条文を以て、同宣言を「他者加害」禁止原理に基づいた一元的内在制約説の例示として説く見解は多い¹²⁾。しかしながら、一方で同条は続く後段で、「これらの限界は、法律によらなければ定められない」とするほか、同五条前段において「法律は、社会に有害な行為しか禁止する権利をもたない」とし¹³⁾、同六条は「法律は一般

意志の表明である」と規定している¹⁵。また、同一条前段は「人は、自由、かつ、権利において平等なものとして生まれ、生存する」と述べた後で、後段において「社会的差別は共同の利益に基づくのでなければ設けられない」と規定する¹⁶。つまり、人権制約の根拠として、人権宣言四条後段やその他の条文では、一般意志である法律によつて、社会にとつて有害な行為の除去という共同の利益のために自然権の制約が行われることを可としている。四条前段によれば、同宣言では一見して一元的内在制約説が採用されているように窺われるが、四条後段の「これらの限界は、法律によらなければ定められない」という文言は一種の「法律の留保」論として、その他の条文と相まつて解釈されることによつて、法律による人権制約の無限定化というベクトルで解釈されることが可能となる方向性を示しているといえよう。

このようなフランス人権宣言に大きな理論的影響を与えた社会契約論を提示したのがルソーであった。ルソーは人民が有する自由・平等といった自然権を保障するためには、人民全員の政治参加によつて人民共通の意志を一般意志として決定し、全員がそれに従うことによつて自由が実現されると考えた。また、公共の利益を追求する一般意志を行使する権利こそが主権であり、これを人民が有すると考えられた。そして、人民が一般意志に服従することを政府と約束することこそが社会契約であった。

ルソーは、自然状態について「人々は、自然状態において生存することを妨げるものもろの障害が、その抵抗力によつて、各人が自然状態にとどまろうとして用いる力に打ちかつに至る点にまで到達した」と想定した¹⁷。その上で、社会契約の役割について「各構成員の身体と財産を、共同の力のすべてをあげて守り保護するような、結合の一形式を見出すこと。そうしてそれによつて各人が、すべての人々と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること。これこそ根本的な問題であり、社会契約がそれに解決を与える」と述べている¹⁸。ル

ソールはこのような諸条項は「各構成員をそのすべての権利とともに、共同体の全体にたいして、全面的に譲渡すること」に帰着すると理解する。¹⁹⁾「この譲渡は留保なしに行われるから、結合は最大限に完全であり、どの構成員も要求するものはもはや何一つない」ことになり、「われわれの各々は、身体とすべての力を共同のものとして一般意志の最高の指導の下におく。そしてわれわれは各構成員を、全体の不可分の一部として、ひとまとめとして受けとる」から、「この結合行為は、直ちに、各契約者の特殊な自己に代って、一つの精神的で集合的な団体をつくり出す」とし、「すべての人々の結合によって形成されるこの公的な人格は、……共和国 (République) または政治体 (Corps Politique) という名前をもっている」「それは受動的には、構成員から国家 (État) とよばれ、能動的には主権者 (Souverain)」、同種のものとは比べるときは国 (Puissance) とよばれる」「構成員については人民 (Peuple) という名をもつが、個々には、主権に参加するものとしては市民 (Citoyens)、国家の法律に服従するものとしては臣民 (Sujets) とよばれる」と定義づける。²⁰⁾『社会契約論』第一編第六章。

また、ルソーは主権者について「結合行為は公共と個々人との間の相互の約束を含むことと、また、各個人は、いわば自分自身と契約しているのので、二重の関係で——つまり、個々人にたいしては主権者の構成員として、主権者にたいしては国家の構成員として——約束している」という関係に基づいて、「すべての臣民を主権者にたいして義務づけうるところの公共の議決〔社会契約〕は、……主権者を主権者自身にたいして義務づけることはできない」「いかなる種類の基本法〔憲法〕も、社会契約でさえも、全人民という団体に義務を負わすことはなく、また負わすことはできない」ことから、「政治体または主権者は、その存在を社会契約の神聖さからのみ引き出すのだから、その最初の行為〔社会契約〕にそむくようないかなることに……、自分を義務づけることは決してできない」と結論づける。²¹⁾ (同、第一編第七章)。

さらに、ルソーは一般意志について、「個々人の利害の対立が社会の設立を必要としたとすれば、その設立を可能なものとしたのは、この同じ個々人の利益の一致だから」、「国家をつくった目的、つまり公共の幸福にしたがって、国家のもろもろの力を指導できるのは、一般意志だけ」であるとし、「主権とは一般意志の行使にほかならぬ」と帰結する（第二編第一章）。従って、社会契約は「何びとにせよ一般意志への服従を拒むものは、団体全体によってそれに服従するように強制されるという約束を、暗黙のうちに含んでいる」と理解し、このことは「市民は」自由であるように強制される」こと以外の何物でもないと論結する（同、第一編第七章）。

つまり、ルソー型の社会契約論では、人民主権原理の下で各人があらゆる自由や権利を国家に譲渡し、一般意志に従う限りにおいて自由が確保されると考えられた。一方で、戦後一貫して主張されてきた一元的外在制約説では、国民主権原理の下で主権者国民の代表者である国会が法律で以て「公共の福祉」の内容を具体的に充填することによって、人権を無限定に制限できると考えられてきた。初期の最高裁判所判例はもろろんのこと、昭和四〇年代以降の比較衡量論が採用された最高裁判決においても、人権制約立法の規制目的Ⅱ「公共の福祉」と保護されるべき人権との間の価値の利益衡量に関して、裁判所は十分な価値の衡量を行うことなく法律上の規制目的（Ⅱ公共の福祉）を重視する立場を採ることが多かった。

従って、一元的外在制約説の理論的源流は、明らかに君主主権原理と親和的なホッブズ型の社会契約論ではなく、国民主権原理の下で一般意志の表明とされる法律による人権制限を大幅に認めることになるルソー型の法律万能主義的「公共の福祉」論であると考えられる。冒頭に引用したルソーの言説——「社会秩序は全ての他の権利の基礎となる神聖な権利である。……この権利は自然から由来するものではない。それは……約束にもとづくものである」（同、第一編第一章）は、あらゆる自然権の前提となる社会秩序を「神聖な権利」と呼びつつ、それ自体は自然権としては

認めずに、社会契約に基づくもの（Ⅱ一般意志）と理解している。ルソーの社会契約論においては、一般意志とは個人の自然権をも凌駕するほど重要な至高性を持つものであり、その一般意志によって自然権の前提となる社会秩序の維持が図られるという民主的正当化が行われている。

従って、このようなルソー型社会契約論からは、立法府の制定した法律に体现される一般意志の至高性のゆえに、人権への外在的制約を広く認める一元的外在制約説が論理的に帰結できることになる。しかしながら、日本国憲法下の「公共の福祉」原理を、このようなルソー型の社会契約論に基づいた一元的外在制約説として理解することは妥当であろうか。次の二点において、ルソー型社会契約論に依拠した一元的外在制約説は、日本国憲法の解釈論としては不適切であると言えよう。

第一に、ルソーの示した社会契約論では、ホッブズの場合と同様に自由・平等といった人民の自然権をすべて国家に譲渡してしまっている点で、これを近代憲法の嫡流と言うことはできない。第二に、自然権を完全に譲渡した人民は、公共の利益を志向する一般意志である立法作用Ⅱ法律に従うことによつて自由を確保できるとされるが、法律の上位概念として憲法の最高法規性を認めた上で、法律の憲法適合性を求める違憲審査制が導入されている日本国憲法の下では、論理的整合性が保てない。ルソー型の社会契約論は、一般意志である法律の至高性を前提とするものであるから、憲法の形式的最高法規性及び実質的最高法規性（Ⅱ人権保障の優位）を認め、そのために裁判所が違憲審査権を行使する制度を採用した近代憲法の嫡流からは逸脱したものであり、フランス流の法律中心主義という特異な「近代」理論であるといえよう。

三 一元的内在制約説の原型としてのロックの「自然状態」論

(一) 一元的内在制約説とJ・S・ミルの「他者加害」禁止原理

このような外在的制約説に対して、その後通説の地位を占めたのが宮澤俊義教授によって提唱されてきた一元的内在制約説である。同説によれば、「公共の福祉」とは人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であり、憲法上の明文規定の有無にかかわらず、人権の本質からはあらゆる人権に論理必然的に内在している。従って、一二条・一三条及び二二条・二九条に規定の「公共の福祉」は、「単に注意的な意味をもつに過ぎない」とする。このような原理は、「自由国家的公共の福祉」として、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、必要最小限度の規制のみが認められるが、「社会国家的公共の福祉」として、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要限度の規制が認められるとする。

それでは、その理論的の原型はどこに求めることができるであろうか。一元的内在制約説の考え方を明確に表明したのは、既述の通りフランス人権宣言四条の前段であると言える。同条は、「自由とは、他人を害しないすべてのことをなすしうることにある。したがって、各人の自然的諸権利の行使は、社会の他の構成員にこれらと同一の権利の享有を確保すること以外の限界をもたない。これらの限界は、法律によらなければ定められない」と規定している。この前段部分は、確かに一九世紀に唱えられたJ・S・ミルの「他者加害」禁止原理に端的に表現された考え方に基づくものである。ミルはベンサム流の「最大多数の最大幸福」という量的な功利主義を否定し、質的功利主義の立場から公権力による個人への干渉が正当化されるべき場合、つまり本稿の文脈に沿えば、人権の制約根拠についてを考察し

た。彼は効用を「進歩する存在としての人間の恒久的利益を基礎とする、最も広い意味における」ものと捉え、「このような恒久的利益に照らして見るときに、他人の利益に係のある各個人の行動に關してのみは、個人の自発性からの統制に服させることを是認する」という見解を示す(『自由論』第一章)。

その際、「政府の干渉の適不適を慣習的に吟味するための承認された原理というものは、事実、存在しない。人々は各自の個人的選り好みに従つて決定」しているという認識に立つた上で、この規則、原理の欠如を埋めるため「他者加害」禁止原理を提示する。すなわち、「人類が、その成員のいずれか一人の行動の自由に、個人的にせよ集团的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠をもつとされる唯一の目的は、自己防衛 (self-protection) である」という原理、また「文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされるための唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にある」という原理を、「およそ社会が強制や統制のかたちで個人と關係するしかたを絶対的に支配する資格のあるものとして」主張できる「一つの極めて単純な原理」であるとする(同、第一章)。

ミルによれば、「自由の名に値する唯一の自由は、われわれが他人の幸福を奪い取ろうとせず、また幸福を得ようとする他人の努力を阻害しようとしなにかぎり、われわれは自分自身の幸福を自分自身の方法において追求する自由である」⁽²⁴⁾。そして、「完全に自由な社会」⁽²⁵⁾とは、第一に「最も包括的な意味における良心の自由と、思想および感情の自由を包括し、また、実際的もしくは思弁的な問題、科学的、道徳的、もしくは神学的な問題のすべてに關する意見と感想との絶対的な自由」、第二に「嗜好および目的追求の自由」、第三に「個人相互間の團結の自由」からなる諸自由が絶対無条件に存在していなければならぬと考えた。その際、嗜好および目的追求の自由とは、「われわれのなすことが、われわれの同胞たちを害しないかぎり、たとえ彼らがわれわれの行為を愚かであるとか、つむじ曲りであるとか、ないしは誤っていると、と考えようとも、彼らから邪魔されることのない」ものとされた。また、個

人相互間の団結の自由についても、「他人に損害をおよぼさないかぎりは、いかなる目的のために団結することも自由でなければならぬ」と考えられた。⁽³⁶⁾ ミルにとって、このような考えは「人類は、自分にとって幸福に思われるような生活をたがいに許す方が、他の人々が幸福と感ずるような生活を各人に強いるときよりも、得るところが一層多いのである」との確信から導き出されたものであった。⁽³⁷⁾

従って、ミルによって提示された「他者加害」禁止原理に関する言説は、一元的内在制約説の理論的支柱とも言うべきものである。しかしながら、そこでミルが完全に自由な社会のために保障されるべき自由として、「良心の自由」「思想及び感情の自由」に加えて「実際のもしくは思弁的な問題、科学的、道徳的、もしくは神学的な問題のすべてに関する、意見と感想との絶対的な自由」を挙げている点については、留意する必要がある。なぜならば、「良心の自由」「思想・感情の自由」が内面的領域の自由である以上、絶対的保障を受けることは当然であるとしても、「意見・感想の自由」を絶対的自由と捉えていることには疑問が生じうるからである。彼自身は「意見を発表し出版する自由は、個人の行為のうち他人に関係のある部分に属しているために、異なる原理の下にあるものと見えるかも知れない」と断った上で、「しかしながら、この自由は、思想そのものの自由とほとんど同様の重要性をもつものであり、また主として同一の理由の上にならなければならないのであるから、実際上は思想の自由と分離することができない」という立場から、⁽³⁸⁾ 言論の自由を「他者加害」禁止原理の例外として絶対的保障を受けることを認めようとする。たしかに思想・良心の自由と言論の自由とが密接不可分の関係にあるとしても、まさに外面的作用である言論の自由を絶対的に保障した場合、他者の人権との衝突は起こり得ないのか。現実にも我が国を含め諸外国においても、言論の自由と他者のプライバシー権や名誉権等の人権との対立・衝突が生起している以上、「意見・感情の自由」を他者の人権と比較衡量した上で判断する必要があるから、言論の自由を絶対的自由と捉えずに、「他者加害」禁止原理を適用

することが妥当であろう。

(二) 一元的内在制約説とR・ドウォーキンの「権利至上主義」理論

上述のようなミルの考え方は、二〇世紀に反功利主義道德哲学の立場に依拠した権利論を提唱したR・ドウォーキンに継承され、理論的に進化発展している。ドウォーキンは、「権利」と「目標」とを区別した上で、裁判官が行う法解釈において、ある政治的決定が個人の権利を尊重し保証することを示すことによって、その決定を正当化することを意図した「原理」の論証と、その政治的決定が社会全体のある種の集団的目標を促進し保護することを立証することによって、これを正当化することを意図した「政策」の論証との二つを基本的に区別すべきであるとす「権利のテーゼ」を説いた。⁽⁴⁰⁾ この中で、彼は権利は権利によってのみ制約されるべきであり、目標あるいは政策によって制約されるべきではないと主張する(『権利論』第三章)。

その上でドウォーキンは、「政府に対抗する個人の権利」とは、「たとえ多数派がある行為を不正と考え、それがなされると多数派の状態が悪化する場合でさえ、当の行為を個人が行いうるような権利でなければならぬ」とし、「もしこの場合、社会は一般的利益を生み出すものであればいかなることをも行う権利があり、また社会の多数派がそのような生活を望むのであれば、いかなる生活環境をも維持する権利があると」考え、「この権利を正当事由にして、これと衝突する個々人の政府に対抗する権利を無視しようと考えるのであれば、これは我々が後者の権利を撤廃したことを意味する」と結論する。⁽⁴¹⁾ さらに、「我々は社会の他の成員が個人として有する権利のみを競合的権利として認めなければならぬ」とし、「ある行為に対する個人の権利と比較衡量され、この行為からの保護を要求するような競合的権利を他者が有しうるのは」「当の他者が個人として有する一定の権限に基づいて政府の保護を要求すること

ができ、しかも同胞多数の大多数がこの要求に参加するか否かに関係なく彼がこの保護を要求しうる場合である」とする。つまり、ドウオーキンによれば「社会の多数派自体の権利と多数派に属する各成員の個人的権利」とは区別されるべきであり、「後者は個人の権利を否定する正当事由に十分なりうるのに対し、前者はこのような正当事由とはなりえない」という（同、第六章）。

ドウオーキンにとつて、「権利を深刻に受け止める (Taking Rights Seriously) べきであると公言し、権利が尊重されていることを理由としてアメリカの統治機構を称賛する者は」、「人間の尊厳という漠然としてはいるが力強い理念」と「政治的平等の理念」という二つの重要な理念のいずれか一方、または両者を受容しなければならないことになる。⁴⁵⁾ これらの理念からは、「人間社会の完全な成員として認めることと矛盾するような人間の扱い方……は著しく正義に反する」ことや、「政治社会の弱者も、その社会の強者が自らのために獲得したのと同じ配慮と尊重を公権力から受ける資格がある」結果、「ある者が、公益に対する影響がどうであれ、決定の自由を有している場合には、すべての方に同じ自由が認められねばならない」ことが帰結される。⁴⁶⁾ つまり、公権力に対して基本的権利を有すると主張できるのは、「人間の尊厳、配慮や尊重を平等に受ける資格その他同様の重みをもつ人格的価値を保護するために当の権利が必要である場合」に限られることになる。（同、第六章）。

このようなドウオーキンの「権利至上主義」論では、「平等な尊重と配慮を受ける権利」という概念を「切り札としての権利」と位置づけることにより、⁴⁷⁾ 具体的な権利どうしの衝突の調整を図ることになるから、「平等な尊重と配慮を受ける権利」それ自体に対する公共の福祉による人権制約は全く認められ得ないことになる。この点に関して、「平等な尊重と配慮を受ける権利」なるものが具体的な実体を欠く抽象的な権利あるいは「原理」であったとしても、そこから論理的に導出されてくる権利が、外面的な作用を伴わない内面的な作用にとどまる内心の領域にかかわる自

由であるとは限らない以上、公共の福祉による制約を受けない「絶対的自由」として保障されることは果たして妥当なのかという疑問が生じる。つまり、「平等な尊重と配慮を受ける権利」から導かれる少数者の人権が、その根本規範ともいふべき「平等な尊重と配慮を受ける権利」を錦の御旗にすることによって、むしろ多数者の人権を侵害することが正当化されてしまうのではないか。もつとも、ドウオーキン自身は前述の通り、「たとえ多数派がある行為を不正と考え、それがなされると多数派の状態が悪化する場合でさえ、当の行為を個人が行いうるような権利」を想定していることから、少数者による多数者への人権侵害は念頭に置かれていないとも言える。

彼の思考枠組みに従えば、「社会の多数派自体の権利」ではなくあくまでも「多数派に属する各成員の個人的権利」が比較較量されることになるはずである。しかしながら、そもそも「平等な尊重と配慮を受ける権利」から導かれた少数者の人権と「多数派に属する各成員の個人的権利」とが利益考慮された場合、「平等な尊重と配慮を受ける権利」の内容が「政治的平等の理念」である場合には、少数者だからという属性を理由に常に少数者の人権が優位に置かれる（言い換えれば、多数派に属している個人の人権だからという理由で常に当該個人の人権が劣位に置かれる）ことになってしまわないか。また、同権利の内容が「人間の尊厳という理念」である場合には両者の優劣がつかないことになってしまわないか。これでは「競合的権利」間の調整原理として「平等な尊重と配慮を受ける権利」は、十分効果的に機能することができるといふことになってしまふ。このような意味で、ドウオーキンの「権利至上主義」論は、従来の一元的内在制約説を理論的には精緻に発展させた思考ではあつても、課題が多いと言わざるをえない。

(三) 一元的内在制約説とロックの「自然状態」論

このようにJ・S・ミルの「他者加害」禁止原理の影響を受け、後にR・ドウオーキンの「権利至上主義」理論に

発展していった一元的内在制約説の理論的原型は、どこに認めることができるであろうか。管見によれば、これをロックの描いた「自然状態」の理解に求めることができると考える。ロックの社会契約論では、その前提ともいえる「自然状態」について、人間の自然状態とは相互に他者の生命・自由・財産といった自然権を尊重する理性である自然法が働き、各人は平等な存在として認められ、基本的には平和が維持されるとされた。もつとも、その理性が十分に働かないことがあり、その場合に自然状態は不安定になることもであるとされた。

ロックは、自然状態について「それは完全に自由な状態であつて、そこでは自然法の範囲内で、自らの適当と信ずるところにしたがつて、自分の行動を規律し、その財産と一身とを処置することができ、他人の許可も、他人の意志に依拠することもいらない」とし、「それはまた、平等の状態でもあり」、「一切の権力と権限とは相互的であり、何人も他人より以上のものをもたない。同じ種、同じ級の被造物は、生れながら無差別にすべて同じ自然の利益を享受し、同じ能力を用い得るのであるから……互いに平等であつて、従属や服従があるべきではない」と記した(『市民政府論』第二章四節)。そして、「自然状態には、これを支配する一つの自然法があり、何人もそれに従わねばならぬ」^{②⑧}。「この法たる理性は、……すべての人類に、一切は平等かつ独立であるから、何人も他人の生命、健康、自由または財産を傷つけるべきではない、ということを教える」とする(同、第二章六節)。

このような自然状態において、人間は「生れながらにして世界の何人(一人また多数の)とも平等に、完全な自由と自然法上の一切の権利特権を無制限に享有する権原をもっている」から、「本来、ひとり自分の所有すなわちその生命自由および財産を他人の侵害襲撃に対して護る権力をもっているばかりでなく、他人がこの法を侵犯した場合に、その事実があまりに凶悪で彼の見るによれば死刑を必要とするというのであれば、その当に備すると確信するがままに、すなわち死罪を以てさえ断罪し、これを処刑する権力を有する」とされる(同、第七章八七節)。つ

まり、「万人が他人の権利を侵害したり、お互いに傷つけ合ったりすることを抑止され、かくして平和と全人類の存続とを目的とする自然法が守られるように、自然状態においては自然法の執行は各人の手に託されている」のである⁵³。

(同、第二章七節)。

たしかに、ロックの「自然状態」では、個人間の自然権は概ね相互に保たれていたから、従来の一元的内在制約説が説くように、人権相互の矛盾・対立を微調整さえすれば事足りたと言える。人権相互の衝突という深刻な場面もほとんど起こりえない以上、公共の福祉による人権制約については、ロックが描く「自然状態」が現実の状態として真実である限り、それに基づいた一元的内在制約説を唱えることは論理的に正当化されるだろう。

しかしながら、このようなロック型の「自然状態」論に依拠した一元的内在制約説は、以下の点で首肯できない。第一に、ロックが想定した「自然状態」はあまりにも平和的、牧歌的な状態であり、現実を反映していない点を挙げることができる。確かに現実に自然状態が完全に平和かつ安全な状態であるならば、公共の福祉による人権の制限は必要がないが、現実の自然状態ではロックも認める通り、財産権や所有権といった所有物に対する権利をめぐって争いが起こることがある。第二に、この点に関して、ロック自身が自然状態における混乱を程度の差はあるとしても認める一方で、それゆえに混乱を解決し、財産権を確実に守るために、自然権を信託して政府を設立する必要から社会契約論を唱えているのである。ロックの社会契約論の中盤の要素である社会の成立に関する狭義の意味の「社会契約」論の部分や、政府への権限の授権に関する「信託」論の部分等を意図的に捨象し、前半の「自然状態」論の部分のみを根拠に一元的内在制約説を主張することには問題がある。

従って、現実を直視した「自然状態」の認識に基づき、ロックの社会契約論全体を理論的根拠とした一元的内在制約説の再解釈を行うことが必要ということになる。

四 「自由国家的公共の福祉」論とロック型社会契約論

(一) 伊藤正己教授の見解

それでは、ロック型の社会契約論の全体に基づいた一元的内在制約説の解釈論とはどのようなものであろうか。⁵¹ つて伊藤正己教授が示した「自由国家的公共の福祉」原理に基づく解釈論について検討しよう。伊藤教授自身は、「公共の福祉」原理を、宮澤流の「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」に分け、前者を「人権享受を保持するという消極的な目的のために必要とされる最小限の秩序」と捉え、後者を「国家の政策に基づいて、個人の生活水準を向上し、福祉を増大するという内容をもつもの」と理解している。⁵² 伊藤の解釈学説は、「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」とを必ずしも実定憲法上の条文と関連付けていない点で、宮澤が提唱した「一元的内在的制約説」の延長線上にあるものだが、その議論において傾聴に値する点は、「内在的制約」の内容に従来であれば「外在的制約」とされるべき要素を加味して解釈している点である。

伊藤によれば、自由国家において「最小限の秩序」を保持するためには人権は制限を受けざるを得ないとして、そのような「内在的制約」の内容として「個人の人権の間に存する矛盾や衝突を調整する」ことと、従来は外在的制約要素と考えられてきた「自由国家にとって最小限の任務とされる社会秩序の維持と危険の防止」を挙げる。その上で、「社会秩序の維持と危険の防止」は、「自由国家においても公共の福祉に属し、これなしには個人の人権も保障を受けない」という意味で個人主義と抵触しない」と明確に指摘する。⁵³ このような見解は、社会契約によって成立した自由国家が、個人間の人権の調整と社会秩序の維持とを目的として組織されたことに基づけば、個人の人権保障は自ずか

ら自由国家設立の目的からする制約を受けなければならないとするものであり、社会契約論を基礎にした正当な理解ということができよう。

(二) 橋本公巨教授の見解

次に、一元的内在制約説に立ちながら、「内在的制約」に幾つかの外在的制約要素を含めて理解する橋本公巨教授の見解を見てみよう。橋本教授はかつて、憲法一三条の「公共の福祉」は内在的制約のみを意味し、二二条・二九条の公共の福祉は政策的制約をも認めるものと解した上で、前者を「憲法がすべての基本権にわたって」「憲法全体の原理、構造から見て、各基本権にいわば内在するものとして、前提とされていたもの」という意味で、「憲法の一般的留保（公共の福祉による制約）」と称する³⁸。また、後者を「憲法が、各基本権について、とくに政策的制約を加えることを立法機関に対して認めたもの」と理解し、「法律の留保（政策的制約）」と捉えている³⁹。

また、内在的制約の具体的な内容について、橋本教授は内在的制約とは、①他人の権利を害しないこと、②憲法的秩序（憲法の基本秩序たる民主主義、平和主義）に違反しないこと、③道徳律（道徳的自由と道徳的拘束に関するその時々⁴⁰の支配的見解）に違反しないことを挙げている。橋本説においては、宮澤の「自由国家的公共の福祉」に相当する①の要素に加え、②・③という従来の「一元的内在制約説」における内在的制約とは異なつた新たな要素を追加していることが注目に値する。

但し、③に関して「その時々⁴¹の支配的見解」として認められている道徳律によって、個人の人権が内在的に制約されるという発想自体には、人権という個人主義原理に基づく概念と果たして相容れるのかどうか、大いに疑問が生じる所である。特に、道徳律という内心の自由に係わる問題を多数者の「支配的な見解」ということで人権制約の根拠

として認めることは、多数者の価値観（≡道徳律）による少数者の価値観の支配を意味することにならないか。その際、少数者であれ多数者であれ、その抱く価値観が内心領域にとどまる限りは絶対的な保障を受けるから、問題となるのは価値観が外部に表明される言論の自由等の場合である。この場合、少数者の価値観の表明によって多数者の人権（思想・良心の自由であれ言論の自由であれ）が侵害されることは多数者の価値観（≡道徳律）の本質的な優位性のゆえにほとんどあり得ないことである。従って、本質的には多数者の価値観（≡道徳律）の表明によって少数者の人権が侵害される可能性が大きいことを考慮すれば、橋本自身が挙げている①の「他者加害」禁止原理という観点からは、むしろ多数者の価値観表明の自由は、少数者の人権を侵害しない限りにおいて認められなければならないはずである。そうであれば、そもそも道徳律による少数者の人権の制限という③の思考枠組みを設定すること自体が、多数者による少数者の人権侵害を潜在的に意味するものであるから、「他者加害」禁止原理を逆適用する限りにおいて、認容できるものではないだろう。

しかしながら、教授の解釈学説が①の「他者加害」禁止原理のほかに、②の「憲法的秩序」を「内在的制約」の要素として列挙していることは、「自由国家的公共の福祉」論を再構築するに当たって、大変示唆深い。そもそも、「自由国家的公共の福祉」原理における人権に対する「内在的制約」とは、「他者加害」禁止原理に基づく人権保障の実質化にあるのであるから、人権保障の前提ともいえる立憲主義憲法の秩序を基礎づける①人権保障、②民主主義、③平和主義は、少なくとも人権保障にとっての必要十分条件としての役割を果たすことになるであろう。この場合、①人権保障の要素は、「他者加害」禁止原理として、すでに「内在的制約」を行う際の根拠となる対抗価値として援用されるものであるから、改めてここで論及する必要はないことになる。従って、民主主義・平和主義という立憲主義憲法の基本原理からなる憲法的秩序こそが、人権保障を行う前提としての対抗価値として人権制約の根拠となること

は言うまでもない。つまり、憲法それ自体がその存在を論理的前提としている憲法的秩序である民主主義や平和主義に反するような人権は、「内在的制約」として論理必然的に制限を受けることになるであろう。このような「自由国家的公共の福祉」原理における内在的制約に憲法的秩序を含める見解は、国家設立の論理的前提によつて（この場合の国家は必ずしも自由国家に限定されるものではなく、社会国家も含めて広く国家一般を示すと考えられる）個人の人権は制約を受けるとするものであるから大変説得力があると言えよう。

（三） ロック型社会契約論から見た「自由国家的公共の福祉」原理

以上、見てきた伊藤正己教授や橋本公巨教授によつて提唱されてきた「自由国家的公共の福祉」論を検討する際に大変役に立つのが、ロックの社会契約論であることは言うまでもない。なぜならば、「自由国家」の役割・機能自体がロックの社会契約論において定義されているものであり、また日本国憲法をはじめ多くの近代憲法がロックの社会契約論の理論的影響の下で制定されてきたからである。そこで、現実を直視した「自然状態」の認識に基づき、ロックの社会契約論全体を理論的根拠とした一元的内在制約説の再解釈を試みよう。

かつてロックは、自然状態を「放縦の状態」と區別して、「各人は」自分自身の存続が危くされないかぎりだけ他の人間をも維持すべきであるとし、「侵害者に報復する場合を除いては、他人の生命ないし生命の維持に役立つもの、他人の自由、健康、肢体、もしくは財貨を奪いもしくは傷つけてはならない」とした上で（市民政府論第二章六節）、自然状態においては「万人が他人の権利を侵害したり、お互いに傷つけ合ったりすることを抑止され、かくして平和と全人類の存続とを目的とする自然法が守られるように、自然法の執行は各人の手に託されている」（同、第二章七節）とする「自然状態」論を示した。

しかしながら、自然状態において各人は「自分自身の一身及び財産に対する絶対の主人であつて、最も偉大な者と同じであり、かつ何人にも服従することがない」(同、第九章一三三節)にもかかわらず、個人は自然状態における危険と不安を回避するために、社会契約締結後に自然状態において各人が有した「犯罪者を処罰し、かつ自然法の執行者となる権利」(同、第二章八節)を放棄する。なぜなら、自然状態においては「すべての者が王であり、各人が平等であつて、大部分は衡平と正義とを厳密に守るものではないのだから、この状態においては、彼の所有権の享受は、甚だ不安心であり、不安定である」(同、第九章一三三節)。そこで、「たとえ自由であつても怖れと不断の危険に満ちている状態を」避け、「生命自由および資産」という総括的に所有と呼ぶものを相互維持するために、人々と結合して社会を組織するのである(同、第九章一三三節)。

ロックによれば、個人は自然状態における不安定を解消するために、同意によつて社会を結成する「社会契約」を原始契約として結び、次いで共同社会(≡政府)への権限の授権を「信託」することになる。ロックの見解において、このような狭義の意味の「社会契約」論と「信託」論についての説明は混在していることが多く、明確に区分できるものではないから、以下にその概要を抜粋しよう。

「成員の一人一人が、この自然の権力を放棄して、ただ、定立された法の保護を訴求することを認められている一切の事件について、これを協同体の手に委ねているところに、そうしてそこにのみ、政治社会がある」(同、第七章八七節)。

「何人かの人々がおのおの自分の自然法執行権を棄て、これを公共に委ねるような仕方の一つの社会を結成するならば、そこに、そうしてまたそこにのみ、政治的または市民的、社会が存する」(これによつて彼は社会、あるいは同

じものであるがその立法者に、社会公共の福祉が要求するような法を、彼に代わって作る権限を授権する」「このことは、人をして自然状態から国家状態に入らしめるのである」(同、第七章八九節)。

「社会が彼らに与えた信任、および神と自然の法が、すべての国のあらゆる形態の政府の立法権に置いた限界である」(同、第二章一四二節)。

また、ロックは社会成立についての「社会契約」論(狭義)と政府への授権についての「信託」論を説く中で、繰り返し社会を結成し政府を設立する目的が「生命・自由・財産という所有権の維持」「平和・安全の維持」であることを強調している。以下、これらについて見てみよう(なお、以下の波線部分は社会の結成や政府設立の目的を示す)。

人間は「本来、万人が自由平等独立であるから、何人も、自己の同意なしにこの状態を離れて他人の政治的権力に服従させられることはない。人が自分の自然の自由を棄て市民的社会の羈絆のもとにおかれるようになる唯一の道は、他の人と結んで協同体を作ることによる同意することによつてである。その目的は、彼らの所有権の享有を確保し、かつ協同体に属さない者による侵害に対してより強い安全保障を確立し、彼らに安全、安楽かつ平和な生活を相互の間で得させることにある」(同、第八章九五節)。

「人類は、自然状態のあらゆる特権」を有しているにもかかわらず、「一人一人がもっている他人の不法行為を罰する権力が無規律不確定に行使されることによつて人々は当惑してしまふ。これが彼らをは確立された統治法という聖所に逃込ませ、そうしてそこに彼らの所有の保護を求めさせることになる」(各人は進んで彼個人の処罰の権力を放棄するようになり、彼らのうち特にこの仕事に任せられた者だけがそれを行使し、しかも協同体自身あるいはその

目的のため彼らがとくに授權した者の同意した規則に従つて、それを行使する」(同、第九章一二七節)。

「人々が社会を取結ぶ大きな目的は、その所有を平穩安全に享受することであり、そのための大きな手段方法は、その社会で立てられた法にあるのだから、一切の国家の第一かつ基礎的な実定法は、立法権の樹立にある」(同、第一章一三四節)。

「人は彼らの取結んだ社会に一切のその自然の権力を譲渡し、そうして協同体はその適當と信するもの手に立法権を委ねる」「彼らは宣言された法によつて支配されるであらう、そうでなければ彼らの平和、靜寧および所有は、自然状態におけると同様の不安定に止ることになるだらう」(同、第一章一三六節)。

「政治の権力は、何人の手にあるうとも、すでに示したように人が所有権をもちかつそれを保障されるという条件の下に、またこの目的のために、委任されている」(同、第一章一三九節)。

「立法権は、ある特定の目的のために行動する信託的権力に過ぎない」(同、第一章一四九節)。

「この権力〔国王の大権〕は、協同体の利益のために行使され、政府への信託にこたえ、その目的にそうよう²⁶⁾に使用される」(同、第四章一六一節)。

「政治権力というのは、各人が自然状態でもつていて、後に放棄して社会の手に与えてしまったもので、社会では、社会が自分の上に立てた支配者に与えられ、それが彼らの利益と、彼らの所有権の保護のために用いられるという明示または黙示の信任をもっている」「この権力の目的と基準とは、……それが為政者の手に移つた時も、その社会の成員の、生命、自由および財産を守る外には、何らの目的、または基準をも持つことはできない」(同、第五章一七一節)。

さらに、ロックは、「公共の福祉」による制限を個人の人権に対してだけでなく、政府権力にも向けるという発想

の大転換を示す。すなわち、個人は「社会を取結ぶや、自然状態において彼らがもっていた平等自由および執行権を社会の手に委ねる」が、「それは社会公共の福祉に適用ように立法権によって処置されるようになる」とし、「社会の権力ないし彼らによって組織された立法権は、公共の福祉を超えるところまで及ぶとはどうも理想でない」「これら一切は、ただ人民の平和安全及び公共の福祉の目的だけに向けられるべきである」(同、第九章一三二節)と述べ、政府に信託された個人の権限が公共の福祉によって制限されるという認識の下で、政府設立の目的である平和・安全を維持することを公共の福祉の内容と理解する。このような見解は、政治権力を「所有権の規制と維持のために、死刑、したがって当然それ以下のあらゆる刑罰のついた法をつくる権利」「このような法を執行し、また外敵に対して国を防禦するために協同体の力を用いる権利」と捉え、「これらすべてはただ公共の福祉のためにのみなされるものである」と宣言したロックの言説に結実されることになる(同、第一章三節)。国民の人権だけでなく、社会の権力あるいは政府の権限についても公共の福祉による制約を受けるといふ考えを提示している点は、立憲主義に適用する権制約の在り方を考える上で大変示唆するところが大きい。

このようなロック流の社会契約論全体(特に、社会の成立に関する狭義の「社会契約」論の部分や、政府への権限の授権に関する「信託」論の部分、政府権力への「公共の福祉」による制限論の部分)を基調にして、伊藤教授や橋本教授の解釈論を読むならば、「社会秩序の維持と危険の防止」「憲法的秩序(憲法の基本秩序たる民主主義、平和主義)に違反しないこと」という意味での公共の福祉は、各々、自由国家の存立目的あるいは国家の存立前提とも言うべきものであるから、「自由国家的公共の福祉」に論理内在的に含まれていたものと言うことができる。また、伊藤教授自身が指摘しているように、これを緩やかに解すると「外在的制約説」による人権制約と同じ結果になりかねないため、「人権の維持のために最小限に必要なものに限られねばならぬ」とされるが、そもそも自由国家の存在自

体が秩序維持・危険の防止のための国家権力の行使を必要最小限に制限した消極国家・夜警国家である以上、「自由国家的公共の福祉」も必要最小限のものにとどまることは論理必然的に当然の帰結といえるだろう。

以上のような「社会秩序の維持と危険の防止」「憲法的秩序（憲法の基本秩序たる民主主義、平和主義）に違反しないこと」を要素とする「自由国家的公共の福祉論」に基づけば、公共の福祉を根拠とする人権の制約について以下のように考えることができよう。例えば、憲法二二条の職業選択の自由によって保障されている国民の「移動の自由」や「営業の自由」といった経済的自由権への制限は、国際的なテロや世界規模での感染症の流行への対策として行われる場合、その目的は憲法一三条の幸福追求権から導かれる国民の生命・身体・健康を保護するためであり、その前提となる社会秩序の維持を図ることであるから、「自由国家的公共の福祉」原理の解釈からは、このような秩序維持の確保を根拠に人権の内在的制約として必要最小限認められることになる。ここでの公権力の行使は、自由国家的任務として「最小限の任務とされる社会秩序の維持と危険の防止」を図ることが、「公共の福祉」の内容として認められるという意味で、「公共の福祉」原理による制約を受けることで、立憲主義に適合するように限界づけられていると解釈できる。⁽²⁰⁾

また、憲法二二条の表現の自由によって保障される国民の「選挙活動の自由」への制限が、公正な選挙の確保を目的に行われるならば、それは憲法一五条で規定された国民の選挙権の行使が適正に行われる前提として、公正な選挙を確保するための民主政のプロセスを維持することに他ならない⁽²¹⁾。従って、そのような人権の制限は、「自由国家的公共の福祉」原理の解釈に立てば、憲法的秩序（憲法の基本秩序たる民主主義）の維持という国家存立の論理的前提から人権の内在的制約として認められることになろう。この場合、公権力は国家の任務として民主政のプロセスという「国家存立のための前提」を確保することを「公共の福祉」の内容として認められるという意味で、「公共の福祉」

原理による制約を受けることで、立憲主義的限界を課されていると解釈することができる。⁽⁸⁰⁾

五 結語

以上、解釈学説上の対立軸とも言うべき「一元的外在制約説」と「一元的内在制約説」の理論的原型として、前者に関してはホップズ型社会契約論とルソー型社会契約論を、後者に関してはロックの「自然状態」論とロックの社会契約論を理論的背景として考察してきた。その結果、ホップズ型社会契約論あるいはルソー型社会契約論に依拠した一元的外在制約説や、ロックの「自然状態」論に依拠した一元的内在制約説は、日本国憲法における人権の制約原理として「公共の福祉」原理を理解するのに妥当な解釈論ではないと結論づけられる。

ロック型社会契約論の全体（特に、社会の成立に関する狭義の「社会契約」論の部分や、政府への権限の授権に関する「信託」論の部分、政府権力への「公共の福祉」による制限論の部分）に依拠した「自由国家的公共の福祉」論に基づいて、公共の福祉による人権の制約を解釈する解釈学説こそが、ロック型の社会契約論に基づいて制定された近代憲法としての日本国憲法の解釈論として正当なものではなからうか。その意味で、かつて伊藤正己教授や橋本公巨教授によって示された見解は貴重な教示を与えてくれるものであり、現在でも重要性をもつものと言えよう。

〔注〕

- (1) ルソー(桑原武夫・前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波書店、一九五四年)一五頁。
- (2) 青柳卓弥「人權保障の在り方と『公共の福祉』原理をめぐる再検討―「自由国家的公共の福祉」原理に内在する『外在的制約』要素の考察―」平成法政研究第二六卷二号(二〇二二年三月)一頁以下参照。
- (3) 美濃部達吉『日本国憲法原論』(有斐閣、一九四八年)一六六頁。
- (4) 永井道雄・宗片邦義訳「リヴァイヤサン」永井道雄責任編集『世界の名著28 ホッブズ』(中央公論社、一九七九年)一九二頁。
- (5) 同、一九二頁。
- (6) 同、一五六頁。
- (7) 同、一五六頁。
- (8) 同、一九五―一九六頁。
- (9) 同、一九六頁。
- (10) 同、一九六頁。
- (11) 辻村みよ子訳「人および市民の権利宣言(一七八九年)」初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集』(第五版)』(三省堂、二〇二〇年)二四七頁。
- (12) 例えば、渋谷秀樹『憲法』(第三版)』(有斐閣、二〇一七年)一六七頁のほか、佐藤幸治『日本国憲法論』(第二版)』(成文堂、二〇二〇年)一四九―一五〇頁、樋口陽一『憲法』(第四版)』(勁草書房、二〇二二年)二〇〇―二〇一頁、辻村みよ子『憲法』(第七版)』(日本評論社、二〇二一年)二三〇―二三一頁、松井茂記『日本国憲法』(第四版)』(有斐閣、二〇二二年)三二二頁等がある。
- (13) 辻村訳、前掲書注(11)二四七頁。
- (14) 同、二四七頁。
- (15) 同、二四七頁。
- (16) 同、二四七頁。
- (17) ルソー、前掲書注(1)二八―二九頁。
- (18) 同、二九頁。

- (19) 同、三〇頁。
- (20) 同、三〇頁。
- (21) 同、三一頁。
- (22) 同、三一頁。
- (23) 同、三十一、三三頁。
- (24) 同、三三頁。
- (25) 同、三十三、三四頁。
- (26) 同、四二頁。
- (27) 同、四二頁。
- (28) 同、三五頁。
- (29) 同、一五頁。
- (30) 宮澤俊儀『憲法Ⅱ「新版」』(有斐閣、一九七四年)二一八頁以下。
- (31) J・S・ミル(塩尻公明・木村健康訳)『自由論』(岩波書店、一九七一年)二六頁。
- (32) 同、二三頁。
- (33) 同、二四頁。
- (34) 同、三〇頁。
- (35) 同、三〇頁。
- (36) 同、二八―二九頁。
- (37) 同、三〇頁。
- (38) 同、二九頁。
- (39) R・ドゥウオーキン(木下 毅・小林 公・野坂泰司訳)『權利論「増補版」』(木鐸社、二〇〇三年)一一〇―一一一頁。
- (40) 同、九八―九九頁。
- (41) 同、二五八頁。
- (42) 同、二五八頁。
- (43) 同、二六四―二六五頁。

- (44) 同、二六五頁。
- (45) 同、二六四頁。
- (46) 同、二六五頁。
- (47) 同、二六五頁。
- (48) このようなドウオーキンの見解の影響を受けて、長谷部恭男教授は「切り札としての人權」を「公共財としての權利」と區別し、前者を絶対的な保障を受けるもの捉え、後者の權利に対してその優位性を認める。「切り札としての人權」は、「個人の人格の根源的な平等性」をその權利の核心とし、「社会全体としての、誰にとっても共通の価値」(≠公共の福祉)であつても、これを覆すことができるものである。従つて、それは個人が自律的に生きるために、多数者の意思に抗してでも保障されるべき權利として、「自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤つてゐるから」という理由に基ついて否定され、干渉されることは禁止されることになるから、内在的制約説は適用されないことになる。長谷部恭男『新法学ライブラリー2 憲法』(第八版)〔新世社、二〇二二年〕一三頁―一五頁。
- (49) ロック(鶴飼信成訳)『市民政府論』(岩波書店、一九六八年)一〇頁。
- (50) 同、一〇頁。
- (51) 同、一二頁。
- (52) 同、八八頁。
- (53) 同、一三頁。
- (54) 一元的内在制約説について、松井茂記教授は「そもそも基本的人權は政府に対してのみ主張しうる權利であるから、ある國民が基本的人權を行使したとき、それが他の國民の基本的人權を侵害するということはありえない」とし、「基本的人權は他の基本的人權によつてのみ限界付けられると考えることは困難である」と指摘する。松井、前掲書注(12)三二九―三三〇頁。たしかに、基本的人權の対国家性(国家からの自由)としての自由權の性質を鑑みれば、構造的には「他の國民からの人權侵害」ということは起こり得ないことになる。しかし、現実には國民相互における權利の対立・衝突は起こり得るのであつて、だからこそ、「人權の私人間効力」論や「国家の基本權保護義務」という問題設定が重要になってくるのである。また、ロック自身が想定した「自然状態」においても、個人による所有權の享有は不安定で危険に曝されてゐるため、これを相互に維持するために社会を組織し、さらに政府を設立してこれを保護するために権限を授權する信託を行つたのである。従つて、松井教授の所説は人權の概念をあまりにも狭義に捉え過ぎてゐる感があり、ロック型の社会契約論からは大きく逸脱するものと言

わざるを得ない。

- (55) 伊藤正己『憲法「第三版」』(弘文堂、一九九五年)二二〇―二二二頁。
- (56) 同、二一九頁。
- (57) 同、二二〇頁。
- (58) 橋本公巨『日本國憲法「改訂版」』(有斐閣、一九八八年)二三六、一三七―一三九頁。
- (59) 同、一三九―一四〇頁。
- (60) 橋本公巨『憲法原論「新版」』(有斐閣、一九六六年)一四八―一四九頁。
- (61) ロック、前掲書注(49)一二頁。
- (62) 同、一三三頁。
- (63) 同、一三三頁。
- (64) 同、一二七頁。
- (65) 同、一四―一五頁。
- (66) 同、一二七頁。
- (67) 同、八八―八九頁。
- (68) 同、九〇―九二頁。
- (69) 同、一四六頁。
- (70) 同、一〇〇頁。
- (71) 同、一二九頁。
- (72) 同、一三五頁。
- (73) 同、一三九―一四〇頁。
- (74) 同、一四三頁。
- (75) 同、一五一頁。
- (76) 同、一六四―一六五頁。
- (77) 同、一七三―一七四頁。
- (78) 同、一三一―一三二頁。

(79) 同、九頁。

(80) この点に関連して、長谷部教授は「国家権限の内在的限界」として「国家は、公共の福祉に反して個人の行動の自由を束縛するべきではない」「国家は公共の福祉に従つてのみ正当に行動しうるのことであり、そのような妄大な根拠なしに個人の行動の自由を束縛することは、個人の人権の侵害である以前に、国家権力の内在的制約を逸脱している」と指摘する。長谷部、前掲書注(48)一一二―一三頁。このような見解に理論的な支柱を与えようと考えられるのが、先述したロックの社会契約論における「社会の権力ないし彼らによって組織された立法権は、公共の福祉を超えるところまで及ぶとはとうてい想像できない」「これら一切は、ただ人民の平和安全及び公共の福祉の目的だけに向けられるべきである」(第九章一二二節)という言説であると捉えることができる。注(78)及び(79)対応部分の本文を参照。

また、教授は国家権力が公共の福祉によって制限される結果、国民に認められる権利を「公共の福祉に基づく権利」と定義し、「切り札としての人權」と区別する。長谷部、前掲書注(48)一一六―一七頁。「公共の福祉に基づく権利」が注(48)で述べた「公共財としての権利」として作用することを期待されているものであるならば、それはまさに本稿でいうところの「自由国家設立の目的」「国家存立の論理的前提」によって保障されるべき権利のことを言うにほかならない。

(81) この点について、一九世紀型選挙活動規制立法と二〇世紀型選挙活動規制立法に関するアメリカ合衆国最高裁判所判決を素材に、両者の間には、選挙権の行使が公正に行使されるためのプロセスを支える「統治の正統性」「選挙における正確さ」という価値と、民主政のプロセス自体を支える政治的表現の自由(Ⅱ)「自己統治の価値」との対立構図が根底にあり、前者の価値観によって後者の価値観を制限することを民主的にどのように正当化するかという「民主政の原理内部における難問が胚胎している」と捉え、「統治の正統性」vs.「政治的表現の自由」との関係における憲法価値どうしの優劣を民主主義の正当性の観点から論じたものとして、青柳卓弥「選挙活動規制立法と民主権原理」『ロック主義への高度な回想』から見た政治的表現の自由の保障―法学研究九一卷一号(慶應義塾大学法学会編、二〇一八年一月)二二七頁以下、二五二―二五三頁を参照。

また、「民主政のプロセスを支えるべき機能を期待されている政治的表現の自由の絶対性を盾に取って、民主政それ自体の崩壊を導いている」という意味で、民主政原理内部のジレンマを惹起させ、受忍し難きアンビヴァレントな結末を導いている」という立場から、現代型選挙活動規制立法に対して違憲判決を下してきたアメリカ合衆国最高裁判所の司法判断を、「ロック主義型民主主義原理」に基づき批判的に分析したものととして、青柳卓弥「政治的表現の自由とロック主義型民主権原理―現代型選挙活動規制立法に対する司法審査への理論的視座として―」平成法政研究二四巻二号(二〇二〇年三月)一頁以下、二頁を参照。

追記…本稿は、令和四(二〇二二)年度平成国際大学研究助成金に基づく共同研究「コロナ禍における人権保障の在り方と『公共の福祉』原理の再検討に関する憲法学的考察」(研究代表…青柳卓弥)における研究成果の一部である。但し、文責はすべて執筆者に帰すものである。