

# 人権保障の在り方と「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―

青柳卓弥

### 一 問題の所在

二 従来の「公共の福祉」原理をめぐる解釈論

(一) 一元的・外在的制約説 (美濃部達吉)

(二) 内在・外在・三元制約説 (法学協会編『註

解日本国憲法』)

(三) 一元的内在制約説 (宮澤俊義)

(四) 修正一元的内在制約説 (佐藤功・佐藤幸治

・橋本公巨・浦部法穂)

三 「自由国家的公共の福祉」原理に内在する「外

在的制約」要素を認める見解 (佐藤幸治・橋本

公巨・伊藤正己)

四 西田哲学における「個人主義」「国家」概念

の考察

(一) 個人と社会の関係

(二) 国家の役割

(三) 「自由国家的公共の福祉」論再構築への示

唆

五 結語にかえて

真の善行というのは…主客相没し物我相忘れ  
 天地唯一実在の活動あるのみなるに至つて、  
 甫めて善行の極致に達するのである。<sup>(1)</sup>

——西田幾多郎

## 一 問題の所在

日本国憲法は基本的人権の総則規定である一二条及び一三条、並びに経済的自由権を保障した二二条（職業選択の自由）及び二九条（財産権）において各々、国民の人権が「公共の福祉」原理によって制限されることを規定している。これらの条文の解釈をめぐっては、戦後いち早く学説や最高裁判所の判例によって解釈論が展開されてきたところである。これらの解釈論は人権制約原理としての「公共の福祉」原理による人権制限を、専ら（1）外在的制約としてのみ認める解釈論（「一元的外在制約説」と、（2）内在的制約と外在的制約の両方において認める解釈論、の二つに大別することができるが、第（2）説はさらに、（3）一二条・一三条の法的規範性を認めないことによつて、「外在的制約」を経済的自由権及び社会権の制限の場面に限定しようとする解釈論（内在・外在・三元制約説）と、（4）一二条・一三条の法的規範性を認めた上で、「外在的制約」を経済的自由権の制限の場面に局限しようとする解釈論（「一元的内在制約説」または「修正一元的内在制約説」とに分けられる。第（3）説と第（4）説との違いは、一二条・二九条の「外在的制約」によつて社会権（二五条～二八条）をも制限できるとするか否かの点もあるが、より重要な点は、一二条・一三条における「内在的制約」の法的規範性を認めるか否かの違いであり、どちらにしても「外在的制約」

による人権一般への制限を否定することによって人権侵害のリスクを軽減させようという共通の解釈目的を持った目的論的解釈を行っていると考えることができる。

このような第(2)説以降に展開されてきた解釈論の背景としては、初期の学説・判例において示された第(1)説の「二元的外在制約説」に対して、「二元的外在制約説」における「外在的制約」が人権一般に対する制約原理として独り歩きすることへの危惧があり、戦前の帝国憲法下における「法律の留保」論への復古に繋がりがねないことに對するアンティ・テーゼとして学説が展開してきたことから分かる通り、戦後の憲法学界における「外在的制約」へのアレルギーあるいは抵抗感といったものが憲法解釈論の基底に通底していることは間違いないといえる。その意味では、「内在・外在二元的制約説」や「二元的内在制約説」、「修正二元的内在制約説」における内在的制約と外在的制約との二分論を前提とした上で、あらゆる人権に対する「公共の福祉」による制限を必要最小限にとどめようとする解釈論の方向性自体は、立憲主義憲法学の解釈論としては至極当然のことであつたと評価できよう。また、今日でもそのような解釈論の枠組み自体には有意義性を認めることができよう。

しかし、一方で昨今では、現在の通説とされている「修正二元的内在制約説」における解釈論上の限界というものが露呈してきていることも事実である。例えば、九・一一テロ以降のテロ対策としての人権制約という場面や、最近のパンデミック禍における人権制約という場面において、国民の生命や財産、安全、健康、生活等を保護すべきという公益を理由とする人権制限の正当化を「修正二元的内在制約説」における人権制約理論とどのように折り合いをつけて解釈すればよいのかという問題が生じているのである。

従って、本稿では以下、従来の「公共の福祉」原理をめぐる解釈論における限界と問題点を考察した上で(第二章)、「自由国家的公共の福祉」原理に内在する「外在的制約」要素を検討し(第三章)、かつて西田幾多郎の「善をめぐ

る哲学」において示された「個人主義」及び「国家」概念の検討（第四章）を行うことによって、「自由国家的公共の福祉」論の再解釈のための前提として考察を行うことにする。

## 一 従来「公共の福祉」原理をめぐる解釈論

### (一) 二元的外在制約説（美濃部達吉）

戦後初期の通説として美濃部達吉らによって唱えられた解釈によれば、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ものであり、「公共の福祉」原理は人権の外側にあっ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理解する。また、一二条・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。<sup>②</sup> このような解釈論における「公共の福祉」の具体的な概念については、これを「社会公益」や「公共の安寧秩序」と広く捉えたり、<sup>③</sup> 「配分的正義の理念」<sup>④</sup> あるいは「共存共栄の連帶的福祉」<sup>⑤</sup> と限定的な意味に捉えたりするなど、論者によってその内容は異なる。

このような「二元的外在制約説」の嚆矢ともいえるべき見解は、早くも日本国憲法制定時の憲法制定会議である第九〇回帝国議会での審議における政府答弁の中にも現れていた。昭和二十一年八月二六日の貴族院本会議において、高柳賢三議員の質疑に対して金森徳次郎国務大臣（憲法担当）は次のように答えた。

「言う迄もなく、個人の尊重は同時に共同生活の尊重を含んでおりますが故に、此の第三章の規定は、各個の権利が決して公共の福祉を紊るといふことのないことを前提として規定せられておるものであります。その趣旨は、こ

の憲法改正案の第一条及び第二条「筆者注・憲法第一条及び第三条」によって明かにせられておる所でありまして、第一条「筆者注・憲法第一条」におきましては、この権利そのものに触れて規定を致しまして、国民はこれを濫用してはならない、公共の福祉のためにこれを利用しなければならぬと規定してあります。すなわち権利の濫用ということは公共の利益を害することでありますから、これは憲法が初めから排除せしむとしておられるところであります。又第一二条「筆者注・憲法第一二条」におきましては、立法その他の国政の上におきましての尊重という立場から、すべての権利が公共の福祉に反しないということを明白にしております。この二つの制約によりまして第三章の諸般の権利は必ず公共の福祉の枠内にあるべき趣旨であることは明瞭と考えておるのであります」と。<sup>6)</sup>

また、「公共の福祉」原理によつて外在的に人権を一律に制約する解釈論は、当初昭和二〇年代から三〇年代にかけて、最高裁判所による判例の中でも採用されてきた。昭和二三年、刑法一九九条・二〇〇条の死刑制度の合憲性が争われた尊属殺殺人死体遺棄事件の大法廷判決（昭和二三年三月二二日）において最高裁は、「憲法一三条においては、すべて国民は個人として尊重せられ……最大の尊重を必要とする旨を規定している。しかし同時に同条においては、公共の福祉という基本原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども、立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ」と判示した。<sup>7)</sup>翌昭和二四年、主要食糧の政府への非売の煽動を処罰する食糧緊急措置令一条の合憲性が争われた食料緊急措置令違反事件の大法廷判決（昭和二四年五月一八日）において、最高裁は「言論の自由といえども、国民の無制約な恣意のまゝに許されるものではなく、常に公共の福祉によつて調整されなければならぬのである」と判示した。<sup>8)</sup>さらに、公職選挙法一三八条による戸別訪問禁止の合憲性が争われた昭和二五年の戸別訪問禁止違反事件の大法廷判決（昭和二五年九月二七日）では、最高裁は「憲法二一条は絶対無制限の言論の自由を保障しているのではなく、公共の福祉のためにその時、所、方法等につき合理的制限のおのず

から存することは、これを容認するものと考えべきである」と判示した。<sup>9)</sup> 同じく戸別訪問禁止の合憲性が争点となった昭和二十六年の大法廷の決定（昭和二十六年四月四日）では「憲法二二条所定の言論、出版その他一切の表現の自由は、公共の福祉に反し得ないものであること憲法一二条、一三条の規定上明白である」とされた。<sup>10)</sup> また、占領下の政令による公務員の争議行為禁止の合憲性が争われた昭和二十八年の政令二〇一号事件の大法廷判決（昭和二十八年四月八日）において、「憲法一八条が保障する勤労者の団結する権利及び団体交渉その他団体行動をする権利も公共の福祉のため制限を受けるのは已むを得ないところである」とした。<sup>11)</sup> さらに、昭和三十三年に最高裁は、D・H・ロレンスの『チャタレー夫人の恋人』の翻訳書に関して、猥褻文書の販売、所持を禁止した刑法一七五条が表現の自由の侵害に当たらないかが争われたチャタレー事件大法廷判決（昭和三十三年三月一三日）では、「憲法の保障する各種の基本的人権についてそれぞれに関する各条文に制限の可能性を明示している」と否とにかかわらず、憲法一二条、一三条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである」と、これまでの判例の流れを総括する形で、「公共の福祉」による外在的な人権制約を大幅に認めた。<sup>12)</sup>

続けて、昭和三五年の東京都公安条例事件大法廷判決（昭和三五年七月二〇日）では条例における集団行進の許可制の合憲性が争われたが、最高裁は表現の自由の民主政治における重要性を示した上で、「裁判所は、個々の具体的事件に関し、表現の自由を擁護するとともに、その濫用を防止し、これと公共の福祉との調和をはかり、自由と公共の福祉との間に正当な限界を画することを任務としている」とした上で、「集団行動による表現の自由に関するかぎり、いわゆる『公安条例』を以て、……不測の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最小限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない次第である」と判示した。<sup>13)</sup> ここでは最高裁は一見、表現の自由と公共の福祉との

調和を図るといふ枠組みを示しながら、「公共の安寧の保持」といふ公共の福祉による外在的制約を安易に認めた。このように戦後初期における最高裁判例においては、「公共の福祉」原理が人権制約を行う根拠として金科玉条のごとく振りかざされ、対抗利益との比較衡量が慎重に行われることはなかった。

その後、昭和四〇年代半ばに一時期、最高裁判所は後にみるように「一元的内在制約説」に依拠した判断を示していたが、昭和四八年、一転して従来の一元的外在制約説<sup>14</sup>に戻った。国家公務員の争議行為の処罰する国家公務員法一一〇条一項一七号(当時)の合憲性が争われた全農林警職法事件大法廷判決(昭和四八年四月二五日)において、最高裁は「労働基本権は……勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであって、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法一三条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところである(この場合、憲法一三条にいう『公共の福祉』とは、勤労者たる地位にあるすべての者を包摂した国民全体の共同利益を指すものということができよう。)」と判示した<sup>15</sup>。近年においても最高裁は、破壊活動防止法におけるせん動罪の規定(三九条・四〇条)が表現の自由を侵害しないかが争われた平成二年の破防法違反事件第二小法廷判決(平成二年九月二八日)において、「表現活動といえども、絶対無制限に許容されるものではなく、公共の福祉に反し、表現の自由の限界を逸脱するときには、制限を受けるのはやむを得ないものであるところ」<sup>16</sup>、「せん動は、公共の安全を脅かす現住建造物等放火罪、騒擾罪等の重大犯罪をひき起こす可能性のある社会的に危険な行為であるから、公共の福祉に反し、表現の自由の保護を受けるに値しないものとして、制限を受けるのはやむを得ない<sup>17</sup>」と、対抗利益との十分な比較衡量を行うことなく、戦後初期の頃のような公共の福祉論を根拠にした単純な論理で合憲判決を導いている。

以上のような解釈論に対しては、「公共の福祉」による人権の制約が、戦前の帝国憲法下における「法律の留保」

論が権利・自由の不当な侵害をもたらしたのと同じことを招かないかという懸念が生じ得る。つまり、憲法自体が人権の制約を「公共の福祉」という抽象的かつ曖昧な内容の原理に留保する場合、その「公共の福祉」概念を立法者が法律で以て自由自在に解釈できるとすれば、これは戦前の帝国憲法において保障されていた権利・自由の条項に「法律ノ範囲内ニ於テ」という但し書が付けられることによって、立法者による権利侵害がオールマイティーに可能となつてしまったのと同じことになる。「公共の福祉」概念についても、「配分的正義の理念」や「共存共栄の連帯的福祉」といった意味で理解し、個人主義原理を基礎に社会的な協調を要請するものと捉える場合はいざ知らず（それでも概念の抽象性ゆえの曖昧さによる恣意的な運用の虞は残るが）、特に「社会公益」や「公共の安寧秩序」と捉える場合には、その抽象的な概念の広汎性によつて、「公共の福祉」原理が人権制約原理として独り歩きしてしまう懸念は相当程度、払拭できないと言わざるを得ない<sup>16)</sup>。また、一二条・一三条に規定された「公共の福祉」原理のみが法的に意味があり、二二条・二九条における「公共の福祉」原理の法的効果を無視してしまうことは、条文解釈上は相当無理のある解釈と言わざるを得ない<sup>17)</sup>。

## (二) 内在・外在二元的制約説（法学協会編『註解日本国憲法』）

上記の「二元的外在制約説」に対して、東京大学法学協会編の『註解日本国憲法』によつて示された解釈によれば、憲法一二条・一三条の「公共の福祉」原理は、訓示的・倫理的規定であり、人権制約の根拠規定とは言えない。すべての人権は、権利の社会性からくる内在的・客観的制約に服するにとどまる。一方で、二二条・二九条に規定の「公共の福祉」原理を根拠に、経済的自由権及び二五条〜二八条の社会権は、「福祉国家特有の政策原理<sup>18)</sup>」として外在的・政策的制約を受けることになる。従つて、自由権一般に適用される内在的制約は、裁判所による公正な手続きに基



づいた事後の抑制のみが可能となり、行政による事前の制限は二二条・二九条に基づく政策的制約の場合に限られることになる。<sup>19)</sup>

このような解釈学説は、「二元的外在制約説」が有した「公共の福祉」万能論による人権侵害の虞を回避しつつ、現代立憲主義の憲法が採用した社会国家・福祉国家の理念を「公共の福祉」に織り込んで理解している点で、立憲主義により適った解釈論であるといえよう。しかし解釈方法論上、以下のいくつかの点で疑問が残る。

第一に、そもそも一二条・一三条という憲法の本文を訓示規定・倫理規定とし法的規範性を認めないことは、例えば平和的生存権を規定した憲法の前文を政治的宣言と捉えるのとは異なり、本文の条文である九条の戦争放棄を「政治的マニフェスト」と捉えたり、二五条の生存権を「プログラム規定」と捉えたりする解釈と同様に、解釈者自身が法規範性の有無を自在に左右できてしまうという意味において、憲法規範の特に人権規範の法的効力性という観点からは法的安定性を欠くものであり妥当とは言えないだろう。また、一三条の法的規範性を否定した場合、現代立憲主義における積極国家の役割が増大している文脈の中で、行政府による人権への規制を根拠づけることが難しくなってしまう<sup>20)</sup>か、あるいは同条の幸福追求権を「包括的基本的人権」として、これを根拠にした「新しい人権」を導出することが困難になってしまわないか<sup>21)</sup>という問題がある。さらに、一三条は人権制約の根拠規定である側面のほか、人権について「公共の福祉に反しない限り立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」との文言からは、同条は人権に対する必要最小限度の規制の原則を宣明している<sup>22)</sup>という権力抑制規範としての側面をも有しているということができる。従って、同条の法的規範性を認めないことは、権力制限の機能を減じさせるという意味で立憲主義原理に適った解釈とは到底言えないことになる。

また、二二条・二九条の「公共の福祉」を根拠に社会国家の実現のために経済的自由権への制限が正当化されると

しても、同条を根拠に社会権の人権それ自体への制限が何故に正当化されるのかは甚だ不明確である。同条は経済的・社会的弱者の保護のために、経済的・社会的強者の経済的自由権の制限を認めるものであり、強者の独り勝ちの抑制という社会国家的な理念に基づく「公共の福祉」を定めたものである。そうであるならば、二二条・二九条の「公共の福祉」原理による社会権自体の制約を行うことは、そもそも論理矛盾と言わざるを得ない。社会権の保障自体に財政支出を伴うことからくる一定の限界があることは、社会権の法的性格を「プログラム規定」あるいは「抽象的権利」と捉える解釈論が学説上有力であることから言を俟たないが、それは社会権自体に内在する制約というべきものであり、社会国家理念による制約と捉えることは妥当とは言えないだろう。<sup>23)</sup>

### (三) 一元的内在制約説（宮澤俊義）

上述の「一元的外在制約説」と「内在・外在二元制約説」との対立の中で、その折衷的な見解として宮澤俊義によつて主張された解釈学説が「一元的内在制約説」である。この見解によれば、「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。従つて、二二条・二三条及び二二条・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。つまり、憲法二二条・二三条及び二二条・二九条の法的規範性を認めつつも、それら実定法上の条文の法的効果についてはこれを認めていない。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。<sup>24)</sup> さらに、宮澤は両原理を交通整理に例えて、自由国家的公共の福祉を「すべて

の人を平等に進行させるために、あるいは青、あるいは赤の信号で整理する原理である」のに対して、社会国家的公共の福祉を「特に婦人・子供・老人または病人を優先的にすませるために、他の人間を全部ストップさせる原理である」と理解する。<sup>25)</sup>

このような解釈学説は、昭和四〇年代の一時期、最高裁判所の判例にも大きな影響を与えてきた。昭和四一年、最高裁は公共企業体職員の争議行為を禁止した「公共企業体等労働関係法」(当時)一七条一項の合憲性が争われた全通東京中郵事件大法廷判決(昭和四一年一月二六日)において、「勤労者の団結権・団体交渉権・争議権等の労働基本権は、すべての勤労者に通じ、その生存権保障の理念に基づいて憲法二八条の保障するところであるが、これらの権利であつても、もとより、何らの制約も許されない絶対的なものではないのであつて、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない」と判示した。<sup>26)</sup>また、地方公務員の争議行為を禁止し、処罰する地方公務員法三七条及び六一一条四号の合憲性が争われた昭和四四年の都教組事件大法廷判決(昭和四四年四月二日)でも、最高裁は「公務員の労働基本権についても、その職務の公共性に対応する何らかの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない」と判示した。<sup>27)</sup>このように、この時期の最高裁判例は、憲法二二条・一三条の「公共の福祉」を直接援用することなく、人権には内在的制約が当然に内包されていることを説いている。

また、昭和四四年、マルキ・ド・サドの『悪徳の栄え』の翻訳に関して、刑法一七五条による猥褻文書の規制の合憲性が争われた「悪徳の栄え」事件の最高裁大法廷判決(昭和四四年一月一日)において、田中二郎裁判官による反対意見は「二元的内在制約説」に基づき内在的制約の内容を詳細に論じた。

「憲法二二条の保障する言論出版その他一切の表現の自由や、憲法二三条の保障する学問の自由は、民主主義の基

礎をなし、これを成り立たしめている、きわめて重要なものであって、……『公共の福祉』の要請という名目のもとに、立法政策的な配慮によって、自由にこれを制限するがごときことは許されないものであるという意味において、絶対的な自由とも称し得べきものである<sup>28)</sup>」。

「私も決して、これらの自由が絶対無制限のものであることを主張するのではない。これらの自由にも、必然的にこれらに伴うべき内在的な制約が存する。」

「右にいう内在的制約とは何か、どのような制約が内在的制約として承認され得るか等の問題は、……一般的・抽象的な基準を立ててこれに答えることは困難であるが、それは、これらの自由を保障している憲法の趣旨から汲みとられるほかはない。これらの自由は、元来、これを主張する者が相互に他の自由を尊重し合い、自由の共存を認め合うことを前提とし、それが濫用にわたることなく、社会の通念を基準として、社会一般の正義道徳の観念に違反し、ひいてはこれに現実の危険を及ぼすようなことのない規律を伴う自由としてのみ保障されたものと解すべきであろう。したがって、これらの自由を各人に保障するために必然的に伴う規律は、その内在的な制約として、これを尊重しなければならず、これに違反するのは、自由の濫用にほかならないのである。しかし、この意味での制約は、政策的見地から外来的に定められ得べきものではなく、まさに自由<sup>29)</sup>に内在する制約である限りにおいて、自由の制約として承認されるのである<sup>30)</sup>」。

以上のような「一元的内在制約説」に基づく解釈論は、「内在・外在二元制約説」が有していた問題点を克服しつつ、同説が目的とした「一元的外在制約説」に孕んでいる危険性を回避するという点において優れていると言えるが、人権の具体的な限界についての判断基準としては、「必要最小限度の規制」「必要限度の規制」という抽象的な原則の提示に終始し、明確性を欠いているという難点がある。また、一二条・一三条をはじめ二二条・二九条の法的

規範性は認めつつも、これらの条文に規定されている「公共の福祉」原理に特別な意味をもたせず、人権の本質から論理必然的に「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」原理を導出している点において、憲法条文上の明文規定に沿った実定法解釈論を行うことが適切ではないのかという疑問が残る。さらに、「社会国家的公共の福祉」を職業選択の自由・財産権に論理必然的に内在する制約と捉えている一方で、福祉国家の理念に基づく政策的制約(外在的制約)を「必要限度の規制」として認めている点は、内在的制約と政策的制約との区別が不明確である等の難点がある。<sup>30)</sup>

#### (四) 修正二元的内在制約説(佐藤功・佐藤幸治・橋本公巨・浦部法穂)

如上の宮澤俊義による「二元的内在制約説」の問題点について、近年ではそれを修正した解釈学説が提示されている。

まず、「公共の福祉」原理の憲法条文上における関連づけに関して、佐藤功は憲法一二条及び一三条の「公共の福祉」を消極的原理としての「権利・自由に当然に伴う内在的制約」と捉える一方で、憲法二二条及び二九条の「公共の福祉」を積極的原理としての権利・自由に対して外部から加えられる「国家の政策的考慮からする政策的制約」と捉え、両者を区別している。<sup>31)</sup> また、佐藤幸治が提示している解釈学説によれば、一三条及び二二条・二九条の法的規範性を認めた上で、一三条に規定されている「公共の福祉」を「自由国家的公共の福祉」と捉えた上で、同原理を内在的制約とは解さずに基本的人権の一般的制約根拠であるとする。これは、一三条を「包括的基本的人権」と捉え、これを根拠に「新しい人権」を導出する場合、その各種人権の内容・性格は多種多様であるから、一三条の「公共の福祉」を「内在的制約」としてしまった場合、理論的整合性が保てなくなる虞があることに対する配慮からである。

一方で、二二条・二九条に規定されている「公共の福祉」は「社会国家的公共の福祉」として外在的（政策的）制約を含むと理解する。<sup>32)</sup>

この点について、橋本公巨は、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。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）」と称している。<sup>33)</sup> 同様に、浦部法穂によれば一三条の「公共の福祉」を内在的制約とし、二二条・二九条の「公共の福祉」を「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の保護という観点からの」「政策的制約」と捉えている。<sup>34)</sup>

また、内在的制約の具体的な内容について、浦部法穂は「①他人の生命・健康を害してはならない、②他人の人間としての尊厳を傷つけてはならない、③他人の人権と衝突する場合の相互調整の必要、という観点から帰結される限界」と捉える等、宮澤による「自由国家的公共の福祉」概念における内容（浦部の言う③の要素に該当する）を、①・②においてより具体的かつ詳細に規定している。<sup>35)</sup> 一方で、橋本公巨は内在的制約とは、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道德律（道德的自由と道德的拘束に關するその時々々の支配的見解）に違反しないことを挙げている。<sup>36)</sup> 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「二元的内在制約説」における内在的制約とは異なっ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「その時々々の支配的見解」として認められている道德律によって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かかわる問題を多数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「他者加害原理」の点からも認容できるものとは言えない。

## 二 「自由国家的公共の福祉」原理に内在する「外在的制約」要素を認める見解

(佐藤幸治・橋本公巨・伊藤正己)

以上縷縷、述べてきた「公共の福祉」原理をめぐる解釈学説の流れを端的にまとめれば、「二元的外在制約説」が人権の一般的制約原理として「公共の福祉」による外在的制約を広く認めるのに対して、「内在・外在・三元的制約説」以下「二元的内在制約説」「修正二元的内在制約説」の各々の解釈学説は、「公共の福祉」原理に基づく外側からの人権制約による人権侵害の危険を回避するために、人権一般には内在的制約しか働かないとし、外在的制約が働く余地を経済的自由権等に対する社会国家的な理念に基づく人権制約に限定するというものであった。これらの解釈論が、人権保障を最大の価値とする点において、一貫して立憲主義的な目的論的解釈を展開してきた中で、その解釈論は論理的にも緻密かつ妥当なものへと変化してきた点は評価に値する。

しかし、近年の世界規模で勃発しているテロの脅威やパンデミック禍への対応として、国民の生命・財産・安全・健康・生活等を国家が保護することの重要性は以前にもまして増大していると言えよう。従って、国家が憲法一三条にいう国民全体の「生命・自由・幸福追求権」の基盤となるべき公益を保障するために、他の人権を一定程度、制約しなければならぬ場面はいやが上にも避けがたくなっている。その際、憲法解釈上「公共の福祉」による人権制約を常に内在的制約のみを根拠に行うことができるのか。つまり、人権制約の對抗的価値として、他者の人権への具体

的な侵害がなければ人権への制約は正当化され得ないのかという問題が起こつてきている。

このような状況下においては、佐藤幸治が「自由国家的公共の福祉」における「基本的人権相互の矛盾・衝突」とは「ある基本的人権の規制に導く対抗利益が厳密には基本的人権とは言えない場合も含めて観念する必要がある」と説くように、「基本的人権相互の矛盾・衝突」について一定の幅を以て理解することが求められている。<sup>37)</sup>このことは、「自由国家的公共の福祉」原理に外在的制約を導入しなければならないという趣旨なのか、そもそも「一元的外在制約説」に部分的に回帰しなければならないという趣旨なのか、その意味するところは明確ではない。確かに論者は、「外在的（政策的）制約原理」は基本的には二二条・二九条の場合に限られることを強調しているが、人権制約の根拠となる「対抗利益が厳密には基本的人権とは言えない場合」とは、そもそも「内在的制約説」からの離脱を意味するのではないのか。もつとも既述の通り、論者が「自由国家的公共の福祉」原理を内在的制約と理解せず、基本的人権一般の制約根拠と捉えていることは、そのこと自体には別の理由があつたにせよ、「公共の福祉」原理への「外在的制約」要素の導入に繋がる解釈論を展開することにとっては意味を持つてくることになる。つまり、一三条の「公共の福祉」を根拠にした人権制限に、従来は「外在的制約」と見做され、否定されてきた対抗価値を認めることも可能となる余地が残こされることになるのではないか。この点、論者の真意は明確ではないが、少なくとも、このような提言が出されていること自体、「二元的内在制約説」あるいは「修正二元的内在制約説」が現在、解釈理論として行き詰まっていることを示唆するものであろう。

この点で、既述の通り、早い時期から一三条の「内在的制約」の内容として、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々の支配的見解）に違反しないこと、という要素を挙げていた橋本公巨の解釈論は注目<sup>39)</sup>に値する。すでに指



摘したように、③の道徳律を二三条の「公共の福祉」における内在的制約として適用することは、内心の自由への多数者意思による制限という点で、果たして立憲主義憲法の許容することなのか大いに疑問が生ずるところである。しかしながら、①の「他者加害原理」のほかに、②の「憲法秩序」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つ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。従つて、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、憲法それ自体が存在を論理的な前提としている憲法秩序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。

このような論議の中で注目しているのは、伊藤正己によつて示された「自由国家的公共の福祉」原理に基づく解釈論である。伊藤自身は、「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<sup>⑩</sup>。伊藤の学説では、「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づけていない点<sup>⑪</sup>で、宮澤が提唱した「一元的内在的制約説」の域を出ていないといえるが、そこでの傾聴に値する議論は、「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、「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」とする。<sup>(42)</sup>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くものであり、社会契約説を基礎にした理解といえることができる。

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うくされないかぎりできるだけ他の人間をも維持すべきであ」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」<sup>(43)</sup>（第二章六節）とした上で、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」<sup>(44)</sup>（第二章七節）とした。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って、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」<sup>(45)</sup>（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」<sup>(46)</sup>（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、各人が平等であって、大部分は衡平と正義とを厳密に守るものではない」<sup>(47)</sup>から、所有権の享受は不安定となる。そこで、「生命自由及び資産」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<sup>(48)</sup>

(第九章一・二三節)。つまり、個人は「社会を取結ぶや、自然状態において彼らもつ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うように立法権によって処置されるようになる」とされる。<sup>49)</sup> その際、「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」<sup>50)</sup>「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」<sup>51)</sup>(第九章一・三節)とする。

このようなロック流の社会契約説を基調にして伊藤の解釈論を読むならば、「社会秩序の維持と危険の防止」という意味での公共の福祉は、「自由国家的公共の福祉」に論理内面的に含まれていたものと言うことができる。また、論者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」ないとされるが、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、論理必然的に当然の帰結といえるだろう。

#### 四 西田哲学における「個人主義」「国家」概念の考察

これまでみてきた「自由国家的公共の福祉」原理において、従来「外在的制約」と呼ばれる要素が内在していることを合意する伊藤正己や橋本公巨の学説のほか、その可能性を示唆しているものと窺がえる佐藤幸治の学説は、既述の通りある意味で社会契約説を論拠に正当化することができると考えられる。次に、この点についてかつて我が国で「善の哲学」を展開した西田幾多郎の見解(『善の研究』第二編)を基に、個人と社会の関係、国家の役割について

考察を行うことにする。

## (一) 個人と社会の関係

西田によれば、「個人的善というのは私利私欲ということとは異なつて居る。個人主義と利己主義とは厳しく区別しおかねばならぬ」とした上で、「利己主義とは自己の快楽を目的とした、つまり我儘ということである。個人主義はこれと正反対である」と述べ、「各人が自己の物質欲を恣にするということとはかえつて個人性を没することになる」という<sup>52)</sup>(第二章第三段落)。つまり、西田にあつては個人主義とは、各人が自分の好き勝手を行う自由のことではなく、他者との協調の下に共存共生していくことを意味していると考えられる。また、共同主義との関係について「個人主義と共同主義と相反するようにいうが、この両者は一致するものである」とした上で、「一社会の中に居る個人が各々十分に活動してその天分を發揮してこそ、初めて社会が進歩する」と考える。逆に「個人を無視した社会は決して健全な社会といわれぬ」とする<sup>53)</sup>(第二章第三段落)。西田にとつては、自己と他者とからなる共同体とは対立するものではなく、自己の個性を發揮してこそ社会は進歩するのであり、個人の自由を無視した社会は健全ではないことになる。

さらに、西田は「真正の個人主義は決して非難すべきものではない、また社会と衝突すべきものでもない」とした上で、「いわゆる各人の個人性というものは各々独立で互いに無関係なる実在であろうか。或いはまた我々個人の本には社会的自己なるものがあつて、我々の個人はその発現であろうか」という問題設定をし、「もし前者ならば個人善が我々の最上の善でなければならぬ。もし後者ならば我々には一層大なる社会の善があるといわれねばならぬ」と語りかけている。この問いに対する西田の解答は明確に示されていないが、この直後で「アリストテレスがその政治

学の始めに、人は社会的動物であるといったのは動かすべからざる真理である」と述べていることから、自身は後者の考えを支持しているものと考えられよう<sup>(54)</sup>（第二章第四段落）。

## (二) 国家の役割

このような個人と社会との関係を基に、西田はさらに国家の役割について考察を進める。まず、国家の目的について、「国家の本体を主権の威力に置き、その目的は単に外は敵をふせぎ内は国民相互の間の生命財産を保護するにある」というショーペンハウアー、テーン、ホップズの考えと、「国家の本体を個人の上に置き、その目的は単に個人の人格発展の調和にある」というルソーの考えを引いた上で、「国家の真正なる目的は第一の論者のいうような物質的でまた消極的なものでなく、また第二の論者のいうように個人の人格が国家の基礎でもない」とする。「我々の個人はかえって一社会の細胞として発達し来たものである」から、「国家の本体は我々の精神の根底である共同意識の発現であり」、「我々は国家において人格の大なる発展を遂げることができる」と結論づけ<sup>(55)</sup>（第二章第八段落）。西田にとつては、個人とは社会を構成する部分（西田の言葉によれば「細胞」）であるから、ホップズ流の社会契約論やルソー流の社会契約論に基づいた国家観とは異なり、個人と国家との一体感が強調され、国家の本質を共同意識の発現と捉えている。

さらに、西田は「国家は統一した一の人格であつて、国家の制度法律はかくの如き共同意識の意志の発現である」というプラトンやアリストテレス、ヘーゲルの説を引いた上で、「我々が国家のために尽すのは偉大なる人格の発展完成のためである。また、国家が人を罰するのは復讐のためでもなく、また社会安寧のためでもない、人格に犯すべからざる威厳があるためである」とする<sup>(56)</sup>（第二章第八段落）。このように国家を共同意識の発現と捉える西田の見

解は、自身も言及している通り、明らかにプラトンやアリストテレス、ヘーゲル流の国家観の影響を見て取れるが、国家を統一した人格と捉えているところは国家法人説にもつながる要素を見て採れるであろう。

このような西田の国家論には、確かに一見して国家主義にも傾斜しかねない側面があるところは否定できない。しかし、留意すべき点は、彼が同時に「国家は今日の処では統一した共同意識の最も偉大なる発現である」としながらも、「我々の人格的發展はここに止まることはできない。なお一層大なるものを要求する」とした上で、「それは即ち人類を打して一団とした人類社会の団結である」と、国家の存在を相対化して世界主義的な方向を示していることである(第二章第九段落)。この点は、さらに「国家というものは人類最終の目的ではない。人類の発展には一貫の<sup>(57)</sup>意味目的があつて、国家は各々その一部の使命を充たすために興亡盛衰するものであるらしい」という人類史の壮大な歴史観の中で結論づけられている(第二章第一〇段落)<sup>(58)</sup>。

### (三) 「自由国家的公共の福祉」論再構築への示唆

以上、見てきた西田哲学における個人と社会との関係をめぐる考察は、「公共の福祉」原理による人権の制約を考へる際に多くの示唆に富む点を有していると言える。特に、「自由国家的公共の福祉」原理に従来は馴染まないと考えられがちであつた「外在的制約」の要素を含めて解釈する際に、個人と社会との関係をめぐる考察は有益な材料を提供してくれると考えられる。

但し、そもそも西田の依拠している国家観がヘーゲル流のものであり、それはホッブズの社会契約論やルソーの社会契約論に基づく国家観とは全く異なるものである。その意味で、社会契約論を否定した国家論を基盤とした「個人社会」の関係理論を、ロック流の社会契約論を基盤とした「自由国家的公共の福祉」原理の再解釈にどのように接

ぎ木できるかは、今後の検討をまたなければならぬ。

## 五 結語にかえて

これまで戦後展開されてきた「公共の福祉」による人権制約をめぐる解釈学説の展開を素描し、各々の解釈論の問題点と限界を検討してきた。その結果、国民全体の人権を保障するための基盤ともいえる何らかの公益を保護するために、人権を必要最小限度制限しなければならない必要性に駆られているにもかかわらず、これらの公益が従来は「外在的制約」の根拠として理解されてきたため、現在の通説である「修正二元的内在制約説」の下では人権の制約根拠となる対抗的価値として援用することには限界をきたしているということがわかった。

そこで、「自由国家的公共の福祉」原理に内在する「外在的制約」の要素を導き出す学説に注目し、これを検討したが、そのような解釈論の理論的正当性をより強化するために、ロックの社会契約論と並んで西田哲学における「個人Ⅱ社会」の関係理論の検討を行うことは大きな意義をもつものであると言える。今後、ロック流の社会契約論と西田哲学をどう融合させていくかが課題である。

〔注〕

- (1) 西田幾多郎『善の研究』（岩波書店、一九五〇年）一九三頁。
- (2) 美濃部達吉『日本国憲法原論』（有斐閣、一九四八年）一六六頁。
- (3) 同、一六六頁、一九四頁、一九六頁。
- (4) 柳瀬良幹『基本的人権と公共の福祉』末川博編『基本的人権と公共の福祉』（法律文化社、一九五七年）二六九頁以下、特に二一五―二一八頁。
- (5) 木村亀二『法の理念としての公共の福祉』末川編、前掲書注(4)六七頁以下、特に九七―九八頁。
- (6) 官報号外昭和二年八月二七日二二一頁。
- (7) 最大判昭和二三・三・一二刑集二卷三号一九一頁。
- (8) 最大判昭和二四・五・一八刑集三卷六号八三九頁。
- (9) 最大判昭和二五・九・二七刑集四卷九号一七九九頁。
- (10) 最大決昭和二六・四・四民集五卷五号二一四頁。
- (11) 最大判昭和二八・四・八刑集七卷四号七七五頁。
- (12) 最大判昭和三二・三・一三刑集一一卷三号九九七頁。
- (13) 最大判昭和三五・七・二〇刑集一四卷九号一二四三頁。
- (14) 最大判昭和四八・四・二五刑集二七卷四号五四七頁。
- (15) 最判平成二・九・二八刑集四四卷六号四六三頁。
- (16) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、一九九四年）一八八―一九〇頁。
- (17) 大沢秀介『憲法入門「第三版」』（成文堂、二〇〇三年）七八頁によれば、「公共の福祉による制約を具体的に明らかにしているのは、憲法二二条一項と二九条二項だけであり、憲法上の文言とこの説の解釈とが必ずしも一致しない」とする。
- (18) 山本桂一『公共の福祉』宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系・第八卷基本的人権Ⅱ』（有斐閣、一九六五年）三二頁。
- (19) 法学協会編『註解日本国憲法・上巻』（有斐閣、一九五三年）二九三頁以下。鶴飼信成『新版憲法』（弘文堂、一九六八年）六九―七四頁や、樋口陽一『公共の福祉』論の現状とゆくえ』『判例展望』（ジュリスト五〇〇号、一九七二年）三七―三九頁も、同様の趣旨の説を唱える。
- (20) 今村成和『基本的人権と公共の福祉』小嶋和司編『憲法の争点「新版」』（有斐閣、一九八五年）六七頁は、この点について



「現代の複雑な社会生活のなかでは、各人の自由な活動領域が、公権力の介入により次第に狭められていく傾向にある」ので、「社会におけるより大きな自由や安全や健康があがなわれること：筆者注」は、憲法が保障する自由の領域に次々と加えられる新たな行政的規制によるものであるから、権利の内在的制約などということでは説明のつかないもので、その憲法上の根拠を求めればやはり一二条に行き着かざるを得ない」と指摘する。

- (21) 芦部、前掲書注(16)一九二―一九三頁。佐藤幸治『日本国憲法論〔第二版〕』(成文堂、二〇二〇年)一五二頁。
- (22) 一二条は人権制約の根拠としてのみでなく、「人権制約」を制限する機能をも果たすことに着目する見解として、今村、前掲論文注(20)六七頁のほか、佐藤幸治『憲法〔第三版〕』(青林書院、一九九五年)四〇二頁。
- (23) 伊藤正己『憲法〔第三版〕』(成文堂、一九九五年)二二〇―二二二頁。
- (24) 宮澤俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、一九七四年)二二八頁以下。ほかに二元的内在制約説を採る見解として、清宮四郎『全訂憲法要論』(法文社、一九六一年)一〇六一―一〇七頁参照。
- (25) 宮澤俊義(芦部信喜補訂)『全訂日本国憲法〔第二版〕』(有斐閣、一九七八年)二〇〇頁。
- (26) 最大判昭和四一・一〇・二六刑集二〇巻八号九〇一頁。
- (27) 最大判昭和四四・四・二刑集二三巻五号三〇五頁。
- (28) 最大判昭和四四・一〇・一五刑集二三巻一〇号一三三九頁。
- (29) 同、一二七〇頁。
- (30) 芦部、前掲書注(16)、一九六一―一九七頁のほか、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第七版〕』(岩波書店、二〇一九年)一〇二頁を参照。
- (31) 佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第五版〕』(学陽書房、一九九六年)一四九―一五五頁。
- (32) 佐藤(幸)、前掲書注(21)一五一―一五二頁。
- (33) 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』(有斐閣、一九八八年)一三六―一四〇頁。
- (34) 浦部法穂『全訂憲法学教室Ⅰ』(日本評論社、二〇〇〇年)八一―八四頁。
- (35) 同、七八―七九頁、八三頁。
- (36) 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。
- (37) 佐藤(幸)、前掲書注(21)一五三頁。
- (38) 同、一五二頁。

- (39) 橋本、前掲書注(36) 一四八頁。
- (40) 伊藤、前掲書注(23) 二二〇―二二二頁。
- (41) 同、二一九頁。
- (42) 同、二二〇頁。
- (43) ロック(鵜飼信成訳)『市民政府論』(岩波書店、一九六八年) 二二―二三頁。
- (44) 同、二三頁。
- (45) 同、二二七頁。
- (46) 同、一四―一五頁。
- (47) 同、一二七頁。
- (48) 同、一二七頁。
- (49) 同、一三一頁。
- (50) 同、一三一頁。
- (51) 同、一三二頁。
- (52) 西田、前掲書注(1) 一九六頁。
- (53) 同、一九六頁。
- (54) 同、一九六―一九七頁。
- (55) 同、二〇〇頁。
- (56) 同、二〇〇―二〇二頁。
- (57) 同、二〇二頁。
- (58) 同、二〇二頁。

追記…本稿は、令和三年度(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、文責は全て執筆者に帰するものである。