

## もう一つの「公共の福祉」論

——改憲論における「公共の福祉」の書替え——

倉 持 孝 司

戦後展開されてきた改憲論は、二〇〇五年一月二二日、政権党である自由民主党が改憲案（実際は、「新しい憲法を制定する」として「新憲法草案」と称する）を結党五〇年記念大会で正式発表するという局面を迎えた。

戦後の改憲論は、日本国憲法第九条を標的にするという点では一九五〇年代以来一貫しているが、九〇年代以降、その主要な論点は、従来の国防（個別的自衛権の問題）のための自衛隊の合憲化から対米協力（集団的自衛権の問題）を核とする「国際社会の平和と安全」の確保（国連協力のみならずいわゆる多国籍軍への参加を含む）のための自衛隊の海外派兵合憲化へと転換してきている。同時に、九〇年代以降の改憲論は、「九条改憲」を中心にしつつも、全面改憲論として展開されてきており、論点は、「新しい人権」の明記の必要性を主張するなど人権規定の変更さらには内閣総理大臣の権限強化あるいは憲法裁判所の設置を主張するなど統治機構改革にも及んでいる。<sup>(1)</sup>

本稿は、九〇年代以降の改憲論が提起する多くの論点の中から、「公共の福祉」の書替えによる人権制約の強化あるいは人権制約条項の「新設」の問題をとりあげて、直接には二〇〇〇年以降の改憲案から読売新聞社・憲法改正第二次試案および先の自由民主党「新憲法草案」を中心にとりあげいくらかの検討をしておこうとするものである。

## 一 改憲論における「公共の福祉」の書替え―「九条改憲」との関連性

人権制約の強化あるいは人権制約条項の「新設」という論点は、戦後の改憲論において目新しいものではなく、すでに五〇年代改憲論においても提起されていた。この五〇年代改憲論の特徴は、論者によって、一言にして、その「復古主義的志向」にあり、「人権条項に通則規定として『基本的人権は社会の秩序を維持し、公共の福祉を増進するために法律を以て制限しうる旨』(自由党案) という類いの制限の規定を置くか、個々の人権条項に制限規定を設けて、日本国憲法の強い人権保障規定の制限をめざしていた」ことが指摘されている<sup>(2)</sup>。

しかし、その後の改憲論においては、「五〇年代以来の『公共の福祉』による制限論は影をひそめ、現状維持とするか、逆に『知る権利』『環境権』などの新しい人権を挿入すべしという案が登場したことが注目される」<sup>(3)</sup>が、人権制約の強化あるいは人権制約条項の「新設」の主張は、九〇年代以降の改憲論において再び重要な位置を占めることになった。

この九〇年代以降の改憲論は、一見したところ、人権制約の強化⇨秩序維持論を主張する点で「復古主義的志向」をもつと特徴づけられた五〇年代改憲論の「復活」であり、他方での「新しい人権」条項新設の主張と矛盾するかのように見えるが、そうではなくて、「秩序強化論は、『新しい人権』論とセットになって」提起されている点に「注目すべき特徴」を有している<sup>(4)</sup>。すなわち、先と同じ論者が指摘するように、九〇年代以降の改憲論における人権制約の強化⇨秩序維持論は、五〇年代のその単なる「復活」ではなくて、「企業社会的統合の解体のもとで起ころであろう大衆運動や、新自由主義改革とりわけ規制緩和の結果、これまた続出するであろう市民や消費者の裁判運動の昂揚などに対する予防的措置として主張されていると考えられる」と結論づけられることになる<sup>(5)</sup>。

ここでは、九〇年代以降の改憲論における人権制約の強化<sup>11</sup>秩序維持論の展開について、以上の分析に抛りつつ、「九条改憲」および「緊急事態」条項の新設との関連性に注目しておきたい。<sup>(6)</sup>

先に言及した二〇〇五年の自由民主党「新憲法草案」における関連規定は、次のようである。すなわち、「九条改憲」については、日本国憲法第九条第一項はそのまま残した上で（同条二項は、削除）、第九条の二を新設し、その第一項で「我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全を確保するため、内閣総理大臣を最高指揮権者とする自衛軍を保持する」とし、第三項で「自衛軍は、第一項の規定による任務を遂行するための活動のほか、法律の定めるところにより、国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行われる活動及び緊急事態における公の秩序を維持し、又は国民の生命若しくは自由を守るための活動を行うことができる」とする。

こうして、新設される「自衛軍」は、国防のほか「国際社会の平和と安全」の確保のための国際的協調活動に加え、「緊急事態における……活動」を行うことを任務とすることになる。なお、先行する自由民主党憲法改正プロジェクトチーム「安全保障についての要綱案」（二〇〇三年七月二四日）は、「国家緊急事態」を「防衛緊急事態（外部からの武力攻撃により国家の独立又は安全に重大な影響が生じ、又は生ずるおそれのある事態）」、「治安緊急事態（テロリスト等による大規模騒乱その他わが国の民主的な基本秩序に対する差し迫った危険が生じ、又は生ずるおそれのある事態）」、「災害緊急事態（大規模な自然災害等により国民の生命、身体又は財産に被害が生じ、又は生ずるおそれのある事態）」に類型化し、いずれも自衛軍の出動対象としていた。また、同プロジェクトチーム「論点整理」（二〇〇四年六月一〇日）は、「安全保障」の項で「非常事態全般（有事、治安的緊急事態（テロ、大規模暴動など）、自然災害）に関する規定を盛り込むべきである」（「非常事態については、…憲法に明文の規定を設ける方向で議論する必要がある」としていた。自由民主党「憲法改正草案大綱（たたき台）」（二〇〇四年一月一

七日)は、「国家緊急事態及び自衛軍」の項で先の「要綱案」の「緊急事態」の三類型をあげた上で、「緊急事態」において「例外的に基本的な権利・自由が制限されることがあり得る」ことを定めるとし、①「防衛緊急事態」における国防、②「治安緊急事態、災害緊急事態その他の公共の秩序の維持に当たること」さらには③「国際貢献のための活動(武力の行使を伴う活動を含む)」を行うこと」を「自衛軍の任務」としていた。しかし、自由民主党新憲法起草委員会「要綱第一次素案」(二〇〇五年七月七日)では、「安全保障及び非常事態」の項目がおかれていたが「非常事態」については特に言及されず、「新憲法第一次案」(同八月一日)・「同第二次案」(同一月二日)では、「自衛軍」による「我が国の基本的な公共の秩序の維持のための活動」が規定されていたが「非常事態」・「緊急事態」の文言は用いられていなかった。そして、「新憲法草案」では、「緊急事態」の文言を用いて、「自衛軍」の任務として他の活動と並べて「緊急事態における……活動」を挙げていることからするとそれは先の「治安緊急事態」「災害緊急事態」に対応するものといえようがそれ以上<sup>(7)</sup>のことを想定していない。以上より、政治状況との関連での変遷という事情を考慮すると、自由民主党の複数の改憲案のうち「草案大綱」がいわば理想の改憲構想を示すものだといえよう。

また、「新憲法草案」第二二条では、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、保持しなければならない。国民は、これを濫用してはならないのであって、自由及び権利には責任及び義務が伴うことを自覚しつつ、常に公益及び公の秩序に反しないように自由を享受し、権利を行使する責務を負う」とし、同第一三条では、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公益及び公の秩序に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」とされている。なお、前記「論点整理」は、「社会連帯・共助の観点からの『公共的な責務』に関する規定を設けるべきである」、「国の防衛

及び非常事態における国民の協力義務の規定を設けるべきである」との「意見」を記し、日本国憲法の「公共の福祉」を「公共の利益」あるいは「公益」とすべきである」としていたが、「公共の利益」・「公益」の内容あるいは「非常事態」との関連については明示されていなかった。前記「草案大綱」は、「基本的考え方」において、「家庭や共同体が、『公共』の基本をなす」、「二一世紀における現代憲法は、国家と国民を対峙させた権力制限規範というにとどまらず、『国民の利益ひいては公益を護り、増進させるために公私の役割分担を定め、国家と地域社会・国民とがそれぞれに協働しながら共生する社会をつくっていくための、透明性のあるルールの束』としての側面をも有する」としていわば新たな憲法観を提示し、「基本的な権利・自由及び義務」の項で、「基本的な権利・自由の行使は、他人の基本的な権利・自由との調整を図る必要がある場合又は国家の安全と社会の健全な発展を図る『公共の価値』がある場合に限って」制限されるとした。この場合、『公共の価値』による人権制約は、学界における通説的な理解である『人権調整の場面』だけではなく、『国家・社会の安全・健全な発展』のためにも許容されることを明確にしている」と説明されていた（『公共の価値』という用語については、『公共の利益』『公共の本質』『公共の意義』『公共の福利』『公共の幸福』などの用語もありうるとしていた）。また、『草案大綱』は、「国民の責務」として『国防の責務』『国家緊急事態における協力義務』を明記する」とし、先にみたように「国家緊急事態における基本的な権利・自由の制限に関する措置」についても定めるとしており、この点でも『草案大綱』が自由民主党の本来の改憲構想を示すものだといえよう。そして、前記「要綱第一次素案」は、「国民の権利及び義務」の項で、日本国憲法の「公共の福祉」の概念は曖昧なので「個人の権利を相互に調整する概念として、または生活共同体として、国家の安全と社会秩序を維持する概念として明確に記述する」として、『公共の福祉』を『公益及び公共の秩序』などの文言に置き換える」としていた。ここで、『公益及び公共の秩序』は、『生活共同体として、国

家の安全と社会秩序を維持する概念」として用いられていたが、前記「第一次案」・「第二次案」は、「公共の秩序」を「公の秩序」に改め「公益及び公の秩序」とすることで意図を一層明確にし、それは「新憲法草案」に踏襲された。このように、「私的な生活世界と関わりを持ちうる『公共の福祉』文言を、『私益』を対概念とする『公益』文言のみならず、公の『秩序』文言に置換することは、アプリオリに優位に立つ『公』に自由・権利を劣位させる含意と読むほかない<sup>(8)</sup>。すなわち、日本国憲法における「公共の福祉」が従来「個人の権利を相互に調整する概念」として理解されてきたのだとすると、「新憲法草案」において「公共の福祉」に置き換えられる、「公共」および「福祉」と切り離された「公益及び公の秩序」の維持とは、実際は端的に「国家の安全と社会秩序」の維持であり、それが人権制約事由とされることになり、それはまた、先の第九条の二の規定と連動して、その結果、「自衛軍」による国防、「国際社会の平和と安全」の確保のための国際的協調活動さらには「緊急事態における……活動」に際して、「公益及び公の秩序」の維持のために国民の権利・自由が制限されることが予定されることになる<sup>(9)</sup>。

九〇年代以降の改憲論の一傾向を代表する読売新聞社・憲法改正試案（ただし、これまでに第一次試案一九九四年、第二次試案二〇〇〇年、第三次試案二〇〇四年と三つの改憲案が出されており、発表の時期によって内容を変化させている。）は、その第二次試案において、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。また、国民は、常に公共の福祉との調和を図り、これを濫用してはならない」（傍線引用者）としていた第一次試案（二六条）の傍線部分を修正して、「国民は、常に相互に自由及び権利を尊重し、国の安全や公の秩序、国民の健全な生活環境その他の公共の利益との調和を図り、これを濫用してはならない」（一七条）とした（なお、日本国憲法の「公共の福祉」は、第二次試案ではすべて「公共の利益」に置き換える<sup>(10)</sup>とされている）。

また、第二次試案第八八条（第三次試案八九条）第一項では、「内閣総理大臣は、国の独立と安全又は多数の国民の生命、身体若しくは財産が侵害され、又は侵害されるおそれがある事態が発生し、その事態が重大で緊急に対策をとる必要があると認めるときは、法律の定めるところにより、全国又は一部地域について、緊急事態の宣言を発することができる」とし、同条第三項では、「内閣総理大臣は、緊急事態の宣言を発した場合には、法律に基づき、自衛のための軍隊のほか、警察、消防等の治安関係機関を一時的に統制し、それぞれの機関の長を直接に指揮監督できる。…」とした上で、第九〇条（第三次試案九一条）では、「内閣総理大臣は、緊急事態の宣言を発した場合に、国民の生命、身体又は財産を守るためにやむをえないと法律が認める範囲内で、身体、通信、居住及び移動の自由並びに財産権を制限する緊急の措置をとることができる」とした。こうして、第二次試案は、第一次試案を大きく修正し、一方で、人権制約条項を強化するとともに、他方で、「緊急事態」条項を新設した上で、「緊急事態」に際して制限しうる人権を列挙する形で「緊急事態」における人権制約を明記した。

読売新聞（二〇〇〇年五月三日付）の第二次試案についての解説によると、「他者の自由及び権利の尊重を欠いた行き過ぎた個人主義は、今日の社会に様々な歪み、ひずみをもたらした」が、その一因は「自由及び権利との調和を図るべき『公共の福祉』の概念が明確ではなかったこと」にあるとして、権利・自由には「責任及び義務が伴う」ことを明記し、「公共の福祉」を「公共の利益」にあらためるその内容を「国の安全や公の秩序、国民の健全な生活環境その他の公共の利益」としたとしている<sup>(4)</sup>。この「公共の利益」の「中核」を「国の安全や公の秩序」とした点については、「読売案の国家構想は、新たな軍事大国化と新自由主義型国家であるが、それは一方では、新しい人権や、情報公開などの制度を拡充して上層市民の政治参加の道を拡大すると同時に、下層に対する『強い国家』すなわち治安の強化を特徴とする」のであり、「国の安全や公の秩序」は、こうした「新たな国家の『強い国家』として

の側面を明記したものである」と評されるが、第二次試案における「国の安全や公の秩序」の明記は、「治安の強化」のためのものであるとともに「自衛のための軍隊」の設置および「緊急事態」条項の新設と構造的にセットになつてゐることを確認しておきたい。読売新聞の解説は、「国の大きな役割は、国民の生命、身体、財産や基本的人権を守ることであり、その大前提として『国の安全』は欠かせない。国の安全が脅かされる事態に陥れば、国民の基本的人権を守ることができなくなるからだ」としているが、「国の安全」は、具体的条文においては、一方で、国民の権利・自由の制限事由として掲げられており、他方で、「緊急事態」条項とも結びついている。

以上の自由民主党「新憲法草案」や読売新聞社・憲法改正第二次試案における「公益及び公の秩序」あるいは「国の安全や公の秩序」等と人権制限との関連については、一政治家による改憲案において、その意味するところについて端的に次のように述べられていることが参考になる。すなわち、改憲案には、「この憲法の保障する基本的人権はすべて公共の福祉及び公共の秩序に遵う。公共の福祉及び秩序に関する事項については法律でこれを定める」との規定をおくが、「例えば通信傍受法案。これは国防を含めた治安維持に欠かせない。その問題を国民には隠して、捜査するのに少しだけ必要などと誤魔化しながら法案を通そうとする。住民台帳をつくるのも、税金のためだけではない。有事の安全保障や緊急時の危機管理に必要なだからこそ、背番号制度を導入するという形で論議されるべきではないか。日本の政治は、その本質を取り違えている。公共の福祉という概念をきちんと国民に理解してもらつて、その上で具体的な危機管理システムを提案すべきではないか」として、人権は、「国防を含めた治安維持」、「有事の安全保障や緊急時の危機管理」を内容とする「公共の福祉及び公共の秩序」によって制限される<sup>(12)</sup>とされているのである。



## 二 改憲論における「公共の福祉」の書替え—国際人権規約との関連性

先にみたように、読売新聞社・憲法改正第二次試案は、日本国憲法の「公共の福祉」を「公共の利益」に書替え、その内容を「国の安全や公の秩序、国民の健全な生活環境その他の公共の利益」として明示する形で人権制約条項の「新設」を提起しているが、『憲法改正読売試案二〇〇四年』は、それに関して次のように解説している。

すなわち、『公共』の意識を堅持しつつ、人権に対する無限定な制約を排除し、『公共の福祉（利益）』の言葉を明確化するには、現行憲法をどう改めればいいのかということから、「国際人権規約」の規定に注目した（先の自由民主党「草案大綱」も、「世界人権宣言及び我が国が批准した人権に関する国際条約に適合するように」との「解釈指針を定める」としていた）。戦後、『個人の尊厳』や『人権の尊重』が前面に出て、『公』の概念が後ろに追いやられてきた傾向がある。そうした状況の中で、憲法上の人権の制約原理における『公』の概念が薄まり、『公共の福祉』の概念がわかりにくくなってきたのではないだろうか。「国際人権規約の中にこそ、バランスのとれた考え方が見いだせると考え、それを日本の憲法に援用することで、『公共の福祉（利益）』をより明確にすることができると判断した」。「国際的なテロが横行し国内の治安が悪化する中、『国の安全』や『公の秩序』が保たれていなければ、個々人の基本的人権の保障は危うくなる。『国民の健全な生活環境』も、現代の民主主義社会にとって不可欠な要素だ」。「二〇〇〇年試案は、行き過ぎた個人主義による価値観の混乱状況に歯止めをかけるためにも、国際人権規約が列挙する『公共の価値』を国民全体が共有すべきものとして、人権の制約原理に掲げることが大きな意味があると考えた」と。<sup>(43)</sup>

ここで援用されている「国際人権規約」（市民的及び政治的権利に関する国際規約。以下、B規約という。）は、

日本国憲法が規定する「公共の福祉」とどのように関連するのであるうか。

いわゆるB規約人権委員会は、日本政府からの報告の提出に応じて「最終見解」を採択してきたが、例えば第四回報告をめくっては次のようである。

日本政府の第四回報告は、「日本国憲法における『公共の福祉』の概念」について、日本国憲法第一二条、第一三条は、「基本的人権相互間の調整を図る内在的な制約理念により一定の制限に服することがある旨を示すもの」であるとした上で、「そもそも他人の人権との衝突の可能性のない人権については、『公共の福祉』による制限の余地はないと考えられている」こと、B規約とは人権制約についての「規定振りが異なる」が日本国憲法における「『公共の福祉』の概念は、各権利毎に、その権利に内在する性質を根拠に判例等により具体化されている」こと、「『公共の福祉』の概念の具体化が図られることにより、実質的には、B規約による人権の制限事由の内容とほぼ同様なものとなっている」とした<sup>(4)</sup>。また、日本政府は、B規約第四条について、「(a)緊急事態を想定した法令には、基本的人権を制約する規定は何らおかれていない、また、(b)我が国においては、緊急事態が発生した場合には、必要に応じて、憲法及び本規約に従った措置が講ぜられることになるであろう」と述べている<sup>(5)</sup>。

これに対する「B規約人権委員会の最終見解」(一九九八年一月一九日)は、「委員会は、『公共の福祉』に基づき規約上の権利に付し得る制限に対する懸念を再度表明する。この概念は、曖昧、無制限で、規約上可能な範囲を超えた制限を可能とし得る」として、「国内法を規約に合致させるよう強く勧告する」と述べている。

このように、日本政府の報告と「B規約人権委員会の最終見解」との間にずれが生じるというのは、どういふことであろうか。この点国際法の分野から、人権の制限方式(および人権制限事由)に関して日本国憲法とB規約との間に「顕著な違い」が存することが指摘されることがあるが、論点は、大きく二つあると整理することができよ

う。第一は、人権の制限方式（および人権制限事由）が、包括的か、個別的吗ということであり、第二は、「緊急事態」における人権制限のあり方である。

第一の論点である人権の制限方式（および人権制限事由）の違いについて、例えば、次のように言われる。日本国憲法は、「『公共の福祉』のみを『人権の制限事由』とし、これをすべての人権に適用する包括的な『人権の制限方式』を採用している」のに対して、B規約は、「原則として、個別の人権ごとに『人権の制限事由』を明記する『制限方式』を採用」している。<sup>(17)</sup>

この指摘は、単に人権の制限方式（および人権制限事由）が包括的か個別的吗を問題にしてはならず、B規約における各種の『人権の制限事由』の方が、「日本国憲法にいう『公共の福祉』に比して、それぞれの内容がはるかに具体的かつ個別的」であるということの問題にしているのである。すなわち、B規約には、「公共の安全」や「民主的社会における道徳」などのように「適用すべき状況に応じて、その内容をより具体化する必要のある概念がないわけではない」が、その他にも、「恣意性」（同六条一項）、「合理性」（同二五条）、「人道性」（同二〇条一項）のように「適用される状況に応じて、その内容をより具体化する必要のある概念は、数多く存在する」。したがって、「むしろ『公共の安全』や『民主的社会における道徳』が、『公の秩序』や『公衆の健康』などと並ぶ『個別的な』概念であり、それぞれの適用範囲が限定されている事実こそを、評価すべきであろう」というのである。<sup>(18)</sup>

これについては、どのように考えられるであろうか。例えば、表現の自由を規定するB規約第一九条をみても、第二項で表現の自由についての権利を広範かつ具体的に保障したあとで、第三項で「〔第二項〕の権利の行使には、特別の義務及び責任を伴う。したがって、この権利の行使については、一定の制限を課することができる。ただし、その制限は、法律によって定められ、かつ、次の目的のために必要とされるものに限る」として、「(a)他の者

の権利又は信用の尊重、(b)国の安全、公の秩序又は公衆の健康若しくは道徳の保護」をあげている。

この点、憲法学の分野から次のような指摘がなされている。すなわち、B規約第一九条第三項が冒頭で「特別の義務及び責任を伴う」と規定したのは、「人権保障を趣旨とする本条約からしても異常である。これはマスメディアを意識したもの」と指摘されているが、特別の義務ないし責任の範囲内でしか表現の自由は認められないかのごとき誤解を生じるおそれがあり、ほぼ絶対的な保障が認められるべき表現の自由にかかわる規定としては不適切である」ということ、第三項に「限定列挙された目的」について、「限定列挙とはいえ、これら各目的は規定の文面上は漠然かつ広範であるとともに、これら目的をあわせるときわめて一般的・包括的であつて、実際にこれまでの表現の自由の制限(濫用を含めて)はこれら目的のどれかを理由として行われたといえる」こと、例えば、「国の安全」については、「『国家全体に対する政治的または軍事的脅威が深刻な場合』…に限定解釈すべきであるが、それにしてもいかなる制限が許されるかは明らかとはならない」し、「公衆の道徳」については、「ボルノグラフィイや冒瀆的な表現の制限などが予想されているが、こうした種類の表現を規制することが許されるかどうか議論があるうえに、そもそも『公衆の道徳』といった目的が表現の自由の制限目的として許されるかどうかきわめて疑問であろう」と、したがって、「いかに『目的』を限定解釈しても、なおかつ広範性・漠然性は払拭できない」ことなどである(他にも、「他の者の権利の尊重」について、「特に漠然とした規定であり、広範な裁量権を国家に付与している」こと、「公の秩序」について、漠然としていることなどを指摘する)<sup>(4)</sup>。

日本国憲法第一三条の「公共の福祉」の理解としては、「基本的人権の一般的な制約根拠となるものであるが、それ自体としては基本的人権の制約の正当化事由となるのではない。正当化事由は、各基本的人権の性質に応じて具体的に引き出されなければならない」とするのが従来の通説であるといえよう。そして、抽象的には、「公共の福

『社』は本質的に個人の基本的人権と対立する実体的な多数者や全体の利益を意味するのではなく、各個人の基本的人権の保障を確保するための、基本的人権相互の矛盾・衝突を調整する公平の原理である」とされる。<sup>例</sup>

先の表現の自由を例にとると、日本国憲法は、「国の安全」等を制限事由として列挙することとをせず原則無制限の形で保障した上で、その都度問題となる制限が「公共の福祉」との関係で許容されるのかどうか、どこまで許容されるのかを検討していくというアプローチをとることを予定していると解されるのに対して、B規約は、制限条項において「制限を課すること」を認めた上で、その制限が「法律によって定められ(た)」ものであるかどうか、その制限が「国の安全」の保護等の目的に合致したものであるかどうか、その「目的のために必要」なものであるかどうかを順次検討していくというアプローチをとることを予定している。

この点、B規約第一九条について、B規約人権委員会が採択した「一般的意見一〇」は、「第三項は、表現の自由についての権利の行使が特別の義務及び責任を伴うことを明示的に強調する。そしてこの理由から、本権利に対する一定の制限は、他の者の利益又は共同体の全体としての利益のいずれかに関する場合に許される。しかし、締約国が表現の自由の行使に対し一定の制限を課する場合、その制限は、権利それ自身を否定するような状況に陥らすことはできない。第三項は、条件を定めており、そして制限が課されるのはこの条件に服する場合のみである。つまり、制限は、『法律によって定められ』なければならないし、第三項(a)及び(b)で定める目的の一つのために課することができるのみであるし、そしてこの目的の一つのために当該締約国にとって『必要』とされるものとして正当化されなければならない」(日本弁護士連合会訳)としている。

このように日本国憲法とB規約のアプローチとは異なっており、先のように両者の間には人権の制限方式(および人権制限事由)に関して「顕著な違い」が存すると指摘されることになる。しかし、両者の関係はさまざまであ

る。先のように、B規約第一九条と日本国憲法第二一条の関係のように、後者の保障が前者のそれよりも「厚い」とされる場合もある。<sup>(21)</sup>

確かに、日本国憲法における「公共の福祉」について、条約であるB規約との関連で例えば実際の日本の裁判例が問題とされる場合、「公共の福祉」の具体的な内容が一定しないことは、この概念が本質的に、それを解釈・適用すべき裁判所の判断いかんで、過度に人権を制限し、濫用される危険性をもつ原理であることを意味<sup>(22)</sup>しており、「公共の福祉」による人権制限の行き過ぎに対し、明示の歯止めを欠いていることは、日本国憲法の大きな問題点である<sup>(23)</sup>という指摘が一般的には妥当しよう。しかし、問題は、日本国憲法の人権の包括的な制限方式にあるのではなく、「公共の福祉」という「抽象的かつ曖昧な概念が憲法上の基本的人権を制限するために、便宜的にかつ安易に用いられているのが実情である<sup>(24)</sup>」とされるような運用の実際にあるのではないだろうか。そうだとすると、九〇年代以降の改憲論が、「公共の福祉」に関わる運用の実際（とくに実際の裁判例）を具体的に検証することなく、人権制限の強化あるいは人権制約条項の「新設」を主張するのであれば、それは妥当ではない。しかも、先みた読売新聞・憲法改正第二次試案は、B規約を援用してそのアプローチを採用するかのようにはいいながら、実際には、B規約が個別の条文ごとに個別の制限事由を限定列挙しつつその目的との関連で適合性、必要性を問題の制約ごとに点検するアプローチを予定しているのは異なっており、「国の安全」等の制限事由を一般的・包括的に明示した上で人権に対してそれとの「調和を図る」ことを要求するという形で文字通りの包括的制限アプローチを確立しようとしているのである。この点、『憲法改正読売試案二〇〇四年』は、「『国の安全』や『公の秩序』を拡大解釈した恣意的な人権の抑圧は、厳にこれを排除しなければならない<sup>(25)</sup>」とするが、具体的な試案の中に人権の包括的な制限事由である「国の安全」や「公の秩序」等の概念あるいはその適用を限定するものではなく、きわめて強度な人

権制限的構造をつくり出すものとなっている。

以上第一の論点は、第二の論点である緊急事態における人権制限のあり方にも関連している。

日本国憲法とB規約との間の「顕著な違い」を指摘する先の見解によると、B規約第四条について、「内乱や騷擾のような非常事態の際に、国家が一時的に、住民の表現の自由や移動の自由などを制限することを認める規定であつて、各国の憲法に定める戒厳令の場合などを想定している」として、「B規約は、非常事態において、B規約の定める人権が包括的な制限に服することを認めてはいるが、その反面、具体的な制限措置が差別的な性格を有さないことを要求するとともに、包括的な制限そのものに服さない人権が存在することを明記しているのである。このように、いわば『絶対的な人権』の存在を認める点において、B規約の『人権の制限方式』は、日本国憲法のそれと顕著な違いを見せている」としている。<sup>24)</sup>そして、次のように言う。「日本国憲法は、B規約第四条の定める『緊急事態』に対応する規定をおいていない。しかしながら、仮にそうした事態が発生した場合に、『公共の福祉』を根拠として絶対的な人権を制限することは、日本がB規約を批准したことによって負っている国際法上の義務に違反する可能性が強い。」とくにB規約委員会の関心は、各国の緊急事態の規制が、B規約第四条に掲げる絶対的な人権を侵害しないかどうか、に寄せられてきたのである。「日本国憲法にいう『公共の福祉』の内容を明らかにするために、B規約に規定する『人権の制限事由』を適用する」と。

これについて、「デロゲートできない権利を人権の制限事由たる『公共の福祉』の限界として捉えようとする」見解だと評し、「より軽微な公共の福祉のためには人権の制限が認められているのに、より大きい福祉が問題となる緊急事態のときには、突然使えなくなると考えるのは、いかにもバランスを失った解釈である。論ぜられるべきは権力の濫用を防ぐための法的・政治的制限付けであつて、デロゲーションそのものを否定することではない」とす

る指摘がある。<sup>(24)</sup>そして、次のように言う。「デロゲーション条項がないことによって、「日本国」憲法はデロゲーションを禁じたとする解釈が有力に展開されていることに注目する必要がある。論理的に、憲法に規定する人権規定の全てが、デロゲートできない権利ということになる。「ただし、実務的には制限条項に従って処理されることになるだろう。例えば、憲法規定にデロゲーション条項が規定されておらず、有事立法の試みが戦後数回にわたって実現していない日本は、当該状況に関して日本国憲法第一三条を利用することになろう」と。

この間日本において、右で言及された「有事立法の試み」が「実現」という局面を迎えたが、政府は、武力攻撃事態法案と日本国憲法の関係について、次のように日本国憲法第一三条を「利用」して説明していた。

「武力攻撃事態への対処のために国民の自由と権利に制限が加えられるとしても、国及び国民の安全を保つという高度の公共の福祉のため、合理的な範囲と判断される限りにおいては、その制限は憲法第一三条等に反するものではない」と。

ここで想起されるのは、かつて自衛権の根拠として日本国憲法第一三条を援用する見解があったということである。そして、同見解については、次の指摘があげはまる。

「一三条によって国民の生命・自由・幸福追求の権利が『国政上最大の尊重』を求められていることを理由に、外敵の侵入に対抗する実力を国が保持すべきことを説く。この説明は、たしかに、近代立憲主義のもとで、また、近代立憲主義の原理に関連づけて武装・軍備の根拠を實質的に示そうとする場合に、唯一可能な説明方法である。それゆえ、この説明は、戦力不保持規定をもたない国の、軍事力の實質的根拠としてならば、成立できるであろう。そして、軍事力に対する制約を画するものとして、意味をもつであろう。しかし、日本国民は、みずからの生命・自由・幸福追求、もつとひとこといえばみずからの個人としての尊厳を確保するために、あえて、九条を



日本国憲法のなかに規定したはずである。すなわち、九条の存在自体が、一三条による自衛権論によって「戦力に至らない自衛力」を根拠づけることを否定したものと、見なければならぬであろう」と。

同じことは、国家緊急権について積極的に「沈黙」という形で否定したと解される日本国憲法の下で、「実務的に」その第一三条によって「有事立法」の根拠を示そうとする先の政府見解についてもいえるであろう。実際そのような批判が、憲法学の分野において次のように行われた。

一切の戦争を放棄し、軍事力の保持と行使を禁止している日本国憲法の下で、「自衛隊の存在と活動を前提とし、『有事』（＝戦時）における行動を容易ならしめるための基本的人権の制限は、どう見ても『公共の福祉』の名に値しないとわなければならない」<sup>(61)</sup>。日本国憲法の下で、「軍事を公共と見なしての人権の規制はないはず」である。<sup>(62)</sup>「近現代の市民憲法においては、『治安と国防』は、人権制約の根拠となる『公共の福祉』の具体的な内容と考えられがちであった」<sup>(63)</sup>が、日本国憲法の下では「そのような伝統的な議論を認める余地はない」と。

また、国際法学の分野で、「有事法制下での人権の制約は、自由権規約四条との適合性を厳しくチェックされるのは当然としても、そもそも憲法そのものとの両立性に根本的な疑問符がつくのである。となれば、それは、高次の人権水準からの逸脱をいっさい認めぬ自由権規約五条二との関連で、規約との両立性にも影響を与えかねない。戦時を理由とする人権の制約を原理的に拒否する憲法は、その限りにおいて、戦時における人権の制約を認める自由権規約よりも高い人権保障水準を設定しているといえる」（この場合、「そうした水準を、緊急事態規定を用いて低下させるような営みは規約五条二によって厳に禁じられている」のであると指摘される）<sup>(64)</sup>。

それだけではない。改憲論における「緊急事態」条項の新設は、日本国憲法との関連で次のように解されよう。日本国憲法が「とりわけ九条の戦争放棄・軍備保有禁止条項に制約されて、国家緊急権によって対処しなければな

らないと考えられてきた国家緊急状態の存在それ自体を否定しようとした」と解するならば、日本国憲法は、「かりに緊急状態が発生する場合があります」としても、国家緊急権とそれを物理的に担保する軍事力の行使による対抗の形態を積極的に拒絶するという制憲意思の規範体系である」と解されることになる。したがって、日本国憲法の「国家緊急権」についての「沈黙」は、「消極面では不文の国家緊急権を認めないことを意味すると同時に、積極的に、前文・九条の平和条項とむすびついて、平和条項が憲法改正の対象にはいらないとみる見解にたつきがり、憲法改正によっても国家緊急権の制度を肯定しないことをも示唆している重要な根拠となりうる」と解される、と。

## おわりに

日本国憲法の「公共の福祉」を「国の安全」や「公の秩序」等に書替えて人権制約事由を明記する形で制約条項の「新設」を提起する改憲案は、「国の安全」や「公の秩序」等を制約する仕組みをいっさい用意していない。また、その改憲案は、「九条改憲」をめざしていることから、それと連動して「『軍事的に必要とされる事項』Ⅱ『軍事的必要性』に高度の公共性」を認める「軍事的公共性」を「国の安全」等を通して憲法上正面から認めることになり、それが人権制約事由として機能することになる。「緊急事態」条項を新設し「緊急事態」での人権制約をめざす改憲案もまた、「緊急事態」における人権制約を制限する仕組みをいっさい用意していない。その第二次試案についての先の読売新聞の解説は、「国際的にも、主要国の多くが緊急事態に関する憲法規定を持っており、国の緊急事態に対処するための基本方針を憲法に明記しておくべきである」とするが、このような「緊急事態」条項の新設の論法は「九条改憲」のそれと共通している。

通常時の人権制約条項についても言えることであるが、「緊急事態」における人権制約についてはヨーロッパ人権条約や国際人権規約においては歴史的な実践の積み重ねがあつて、その結果例えば「緊急事態における効力停止に厳格な基準をあてはめるようになっていゝ」とされるような状況がある。また、「①東西対立を克服したヨーロッパが、②『憲法、ゲマインシャフト』という価値理念を少なくとも建前として共有しつつ、③その維持を目的として、④ヨーロッパ規模の裁判手続によるコントロールをも裏づけとして備えながら議論している緊急権問題と、これらすべての条件を持たない現在の日本での『有事法制』論議とを、比較可能な対象としてならべることができない」と指摘されるが、これは改憲論による「緊急事態」条項の新設にもあてはまる指摘であろう。国際人権規約や国際社会の動向を安易に援用する改憲論にとつて、これらの指摘はきわめて重い意味をもっている。さらにまた、「国の安全」等を人権制限事由として掲げることなく、「一切の戦争」のみならず「戦力」の保持を否定し、「緊急事態」をも想定しない日本国憲法は、それ自体独自の歴史的意義を担っている。

### 注

(1) ただし、九〇年代以降今日に至るまでの改憲動向は、大きく三つの段階に区分できるとの分析がある（渡辺治「自民党新憲法草案の登場と改憲問題の新段階」ポリテイク11号（二〇〇六年 六〇頁）。なお、本記念号が捧げられる森英樹は、改憲論に對抗して憲法改悪阻止の論陣を張ってきた論者であるとともに、「安保体制」論を論じてきた憲法学の領域では数少ない論者の一人である。憲法学の領域でとりわけ「安保体制」論は、ますます重要な研究課題になってきている。

(2) 渡辺治「憲法「改正」の争点」（旬報社、二〇〇二年）四三〇頁。なお、一九四九年公法研究会「憲法改正意見」（法時二二巻四号（一九四九年））は、「『公共の福祉』という言葉が、再び嘗つての『滅私奉公』的解釈に利用される惧れがないとはいえない

い、「民主化の日なお浅い我国でこうした言葉によって基本的人権の限界を示すことは甚だ危険といえよう」などとして、「基本的人権の享有に対する制限も、同じく基本的人権によることにし、「公共の福祉」という如き曖昧な、内に非民主的解釈の余地をのこす言葉は本憲法の根本精神に基いて、この憲法の簡条から、ことごとく削除することを主張」していた(渡辺・前掲注(2)所収、四五七―四五八頁)。

(3) 渡辺・前掲注(2)、四四九頁。

(4) 渡辺・前掲注(2)、六三頁。

(5) 渡辺・前掲注(2)、六四頁。

(6) 改憲論の異なる潮流について、渡辺・前掲注(2)、六四―六五頁。

(7) この点、「緊急事態」対応の規定よりは、自衛隊法七八条の治安出動が「一般の警察力をもっては、治安を維持することができない場合」に限定していることとの対比では、そうした限定のないいわば常駐の任務とされた」とされる(森英樹「自民党『新憲法草案』の『新』しさ」法時七八巻一号(二〇〇六年)一―三頁)。なお、自由民主党案および後述の読売新聞社・憲法改正試案の変遷等について、「現代の改憲案を読む」(渡辺治・二宮元・蓑輪明子執筆分)ポリティーク11号(二〇〇六年)一八四頁。

(8) 森・前掲。いわゆる経済的自由については、「新憲法草案」は、一方で、「何人も、居住、移転及び職業選択の自由を有する」(同二二条)として制約条項を付しておらず(「公共の福祉に反しない限り」を削除)、他方で、「財産権の内容は、公益及び公の秩序に適合するように、法律で定める」(同二九条一項)としている。前者は、「グローバル時代の新自由主義的『改革』を強く意識してのことと推察できる」と評される(森・前掲)。後者について、「草案大綱」は、財産権について「公共の価値による制約をより強化」することで、「特に土地所有権に代表されるような財産権の行使を制限する立法はより定めやすくする」としていた。なお、「公共の福祉」を「公共善」すなわち「あくまでも人々の利益であり福祉」と解する「コミュニティアニズム的

- 解釈」の立場から、自由民主党案の変遷をたどって、「順次、意図が明確になり、人権制限が、人々の福祉のために行われるのではなく、『国家・政府の利益と秩序保持』のために行われることが明文化された。従って、この改正案では、人権が『公共』人々（の福祉）」のためではなく、『公』国家・政府のために制限できることを謳っていることになる」と批判する見解がある（これについて、後注<sup>(2)</sup>）（小林正弥「基本的人権をめぐるコミュニティアニズム的活憲―義務導入論批判と『公共の福祉』の再解釈」坂野・新藤・小林共編著『憲政の政治学』（東京大学出版会、二〇〇六年）八〇、一一二―一三頁）。
- (9) 山内敏弘「日本国憲法原理の廃棄狙う『新憲法草案』」法と民主主義二〇〇五年二月号四頁、西原博史「人権規定を弾圧装置に変える道」同前、一八頁。
- (10) 解説は、読売新聞社『憲法改正読売試案二〇〇四年』（中央公論新社、二〇〇四年）にまとめられている。
- (11) 渡辺・前掲注<sup>(2)</sup>、一七三頁。
- (12) 小沢一郎「日本国憲法改正試案」文芸春秋一九九九年九月号九四頁。
- (13) 読売新聞社・前掲、一〇〇―一〇七頁。
- (14) 「内在的な制約理念」といつつ、ここでB規約の「制限事由の内容とほぼ同様」とするのはおかしい。後者は、「内在的な制約理念」では説明しえないはずである。例えば、表現の自由に関して、日本国憲法第二一条第一項とB規約第十九条との関係につき、後述。
- (15) 「緊急事態」を想定した法令として、災害対策基本法、警察法、自衛隊法などがあげられる。
- (16) 安藤仁介「人権の制限事由としての『公共の福祉』に関する一考察―日本国憲法と国際人権規約―」法学論叢一三三巻四―五  
二六号（一九九三年）五九頁。
- (17) 安藤・前掲、五九頁。この点、憲法の領域では、「人権保障の方式」には、「絶対保障型（アメリカ憲法型）」、「相対保障型（ワイマール憲法型）」、「折衷型（ドイツ基本法型）」があり、最後のものは「戦後の西側ヨーロッパの民主政憲法を特徴づけ

る新しい立憲主義のモデル」とされる。日本国憲法は、「絶対保障型」であるが「公共の福祉」による制約の存在を明らかにしていることから、「絶対的保障の基本思想を堅持して権利・自由に内在する制約を個別的・具体的に明らかにすることがきわめて重要な課題となる」とされる(菅部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、一九九四年)一七九—一八六頁)。

(18) 安藤・前掲、五八—五九頁。

(19) 横田耕三「第一九条」宮崎繁樹編著『解説・国際人権規約』(日本評論社、一九九六年)二一四—二二〇頁。

(20) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)四〇—四〇三頁。近年、「公共の福祉」理解をめぐってさまざまな見解が提示されているが(松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究六七号(二〇〇五年)一三六頁)、それに関して、例えば最近の憲法教科書において、「公共の福祉」を人権間の矛盾・衝突の調整原理だとする点を問題にして、結局、「人権を規制する目的は、必ずしも他の人権との調整に限定されず、人権とは言えなくとも重大な公益と認められれば、それと調整する場合も含まれると解するのがよいのではないか、というのである」として言及されている(高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、二〇〇五年)一〇七頁)。関連して「公共の福祉」について「『公共善』ないし『共通善』」と解する、「自由主義を前提にしたコミュニティリズム的解釈」の立場に立って、「『公共の福祉』は個々人の権利の衝突を調整するためだけではなく、コミュニティ全体の観点から人権制限を考える」、「この場合の『公共の福祉』は『国家』公の利益や都合を意味するわけではなく、あくまでも『国民』人々『公共の利益』を意味する、と解すべきである」とする見解がある(小林・前掲、一〇二頁)。いずれにせよ、これら近年の見解は、憲法解釈論の問題として出されているものである。本稿は、本文で言及した限りでの通説の立場に立っている。

(21) 横田・前掲、二一八頁。「国際人権規約には、同規約に規定されている制約事由の方が憲法に規定されている制約事由よりも広いように読める規定が、少なからず存在する」として、B規約第一九条があげられる(米沢広一「国際社会と人権」樋口陽一編『講座・憲法学三権利の保障(1)』(日本評論社、一九九五年)一八七、一八九頁)。

- (22) 安藤・前掲、六二―六三頁。
- (23) 日本弁護士連合会『国際人権規約と日本の司法・市民の権利』（こうち書房、一九九七年）五八頁。
- (24) 読売新聞社・前掲、一〇七頁。
- (25) 安藤・前掲、五六―五七頁。ただし、B規約四条の「緊急事態」は「戦争」を含む（寺谷広司『国際人権の逸脱不可能性』（有斐閣、二〇〇三年）一五九頁）。
- (26) 安藤・前掲、六三―六五頁。
- (27) 寺谷・前掲、三六七頁。
- (28) 寺谷・前掲。
- (29) 「武力攻撃事態における憲法で保障している国民の自由と権利について」衆議院武力攻撃事態対処特別委員会二〇〇二年七月二四日（福田國務大臣）。あわせて、思想・良心の自由（一九条）、信仰の自由（二〇条）について、「思想、信仰等に基づき、又はこれらに伴い、外部的な行為がなされた場合には、それらの行為もそれ自体としては原則として自由であるものの、絶対的なものとは言えず、公共の福祉による制約を受けることはあり得る」とした。そして、「外部的な行為」の具体的な例としては、「自衛隊法の第一〇三条に基づき、保管命令を受けた保管者が、その思想、信仰等のために自衛隊に協力しないという考え方に立って、当該命令の対象となつている物資を毀棄する、そしてまた、搬出したりするというような行為」をあげた。なお、「我が国の平和と独立」や「国及び国民の安全」を確保するという高度の公共の福祉」など政府見解について、武力攻撃事態対処法研究会編『武力攻撃事態対処法の解説Q&A』（ぎょうせい、二〇〇三年）。
- (30) 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院新社、一九九五年）四四〇頁。この点は、倉持孝司『「危機管理」と憲法学』法時七三卷一号（二〇〇一年）三八頁で検討したことがある。
- (31) 山内敏弘『有事』三法と憲法の危機』法時七五卷一〇号（二〇〇三年）六一頁。

- (32) 仲地博「国民『保護』法制と基本的人権」法時七五卷一〇号（二〇〇三年）七六頁。
- (33) 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『憲法と有事法制』（日本評論社、二〇〇二年）一〇頁。
- (34) 阿部浩己「緊急事態における人権保障」国際人権一四号（二〇〇三年）三頁。
- (35) 影山〓山内「緊急権」荻部〓池田〓杉原編『演習憲法』（青林書院、一九八四年）一一一—一二二頁（影山執筆）。この点は、倉持孝司「『改憲』論と『緊急事態』条項新設の意義」全国憲法研究会編・前掲、二二〇頁で検討したことがある。
- (36) 岡本篤尚「〈軍事的公共性〉と基本的人権の制約」山内敏弘編『有事法制を検証する』（法律文化社、二〇〇二年）一二七頁。従来、日本国憲法の全体構造との関係で、「公共の福祉」理解をめぐって、「軍事的公共性の観念は、そもそも存立しえない」という形で論じられてきた（小林直樹「厚木基地公害訴訟控訴審判決批判」ジュリ八六六号（一九八六年）三六頁）。本稿で問題にしている改憲案は、こうした議論の憲法上の根拠を否定するものとなる。
- (37) 阿部・前掲、四頁。
- (38) 樋口陽一「緊急権論議の前提」全国憲法研究会編・前掲、五頁。