

利益」(橋本・138頁)のことであるとか、あるいは、「権利はすべて法的な秩序ある社会関係があつてはじめて存在しうる」ものであつて、かかる法秩序が「公共の福祉」である(覚道・221頁)とか、説かれる。

上記のような概念規定の例の中に既にうかがわれるところであるが、「公共の福祉」観念は、元来、個人の利益ないし福祉の充足実現ということと、個人ないし個別的存在の立場を超えた社会全体の福祉の実現ということ、との調和を求めようとする課題にかかわるものである。そして、それが「公共」の福祉である以上、多かれ少なかれ後者の側面に比重がおかれており、ただその比重のおき方は時代や国のおかれた政治社会状況に応じて一定しない、ということであろうと思われる。大雑把にいつて、中世から近世にかけては後者に徹底した比重がかけられ、自然権思想の風靡した18世紀やベンサム流の思想が力をもった19世紀にあつては前者に大きな比重がおかれたといふことができる(ベンサムにあつては、「公共の善」とか「共同の善」とかというような言葉は用いられているが、それは、結局、できるだけ多数の「個人」のできるだけ多くの福祉ということであつたのであつて、個人の福祉に還元されえない「公共」の福祉というようなものはありえないという意味で、「公共の福祉」思想の消失であつた、などといわれることがある。尾高朝雄「公共の福祉」思想の消失と再現」法協69巻1号33頁参照)。自由放任主義の行きづまりとそれに伴う積極国家(福祉国家)化は、後者の側面に一定の比重がかけられるに至つたことを意味している。

既にいろいろとところで言及したように、本条後段が特に「公共の福祉」を明記するのは、積極国家(福祉国家)観との結びつきをうかがわせるのであるが、18世紀の自然権思想の継承発展という土台の上においてのものである点に留意する必要がある。「公共の福祉の内容を決定するものは、究極においては、正義の理念である」(橋本・138頁)などと説かれるが、「公共」、「福祉」、「正義」等の相互関係を厳密に問うと難しいことになる(片岡寛光「公共性の理念を求めて」早大政治経済学雑誌238号79頁以下は、「公共性そのものであると同時に、その実体的内容である」、「正義」、「公正」、「福祉」について論じ、「福祉」は人間の幸福またはそのための要件を意味するのに対し、「正義」および「公正」は人と人との関係から生まれる行為の規準である、とする。そして、「正義」は「人人を社会へと糾合し、協同の体系を形成せしめる絆を意味する」のに対し、「公正」はそのような社会の構成員たる「人人の間にいかに平等を達成していくかにかかわるもの、とされる)。ここでは、「現代自然権論」などと称される今日の人権論に強い影響力をもつ、ロ

ールズの「公正としての正義」に触れるにとどめる。それは、次の二つの原理に依拠するものである。①第一原理(平等な自由原理)——各人は、他者にとつての同様な自由と相容れる限り、最大限の基本的諸自由に対する平等の権利をもつべきである。②第二原理——社会的経済的不平等は、(a)正義にかなった貯蓄原理と相容れる形で、最も不利な状況にある人々の利益を最大のものとするように(格差原理)、かつ、(b)機会の公正な平等という諸条件の下で、すべての者に開かれた地位と職務に伴うように(機会の公正な平等原理)、配列されるべきである(J. Rawls, A Theory of Justice 302 (1971))。ロールズのこの「公正としての正義」については、いろいろな立場から問題とされ、批判も受けているところであるが(この点については、たとえば、田中成明「正義・自由・平等——ジョン・ロールズの『公正としての正義』論再説」正義〔1974年度法哲学年報〕参照)、18世紀自然権思想の基本を継承し、その延長線上に立ちつつ、現代国家社会における権利・自由の保障のあり方を考える場合の重要な視座を提供しているように思われる。

(2)「公共の福祉」の内容 「公共の福祉」の概念を基本的に上記のような視座で捉えた場合、それは、基本的には、各人に最大限の諸自由を確保するという観点からの、権利・自由相互間の矛盾衝突を調整する公平の原理であると解すべきものと思われる。この公平の原理には、形式的性格のものと実質的性格のものがあり、前者は、各個人の権利・自由の共存を維持するという、消極目的のための最小限の秩序を内容とするのに対し、後者は、形式的平等に伴う弊害を除去し、多数の人々の生活水準の向上と共同体としての健全な発展をはかるといふ、積極目的のための原理を内容とする。既に述べた「内在的制約」と「外在的制約(政策的制約)」とは、この点に対応するものである。「公共の福祉」には、「自由国家的公共の福祉」と「社会国家的公共の福祉」とがあるとされ(宮沢・II235—6頁)、あるいは、「公共の福祉」にはその性質上、「消極的作用」(社会秩序を維持し、危害を防止するためのもの)と「積極的作用」(社会秩序を形成し、福祉を増進するためのもの)の二種があるとされる(種谷・前掲の「生命・自由および幸福追求権」143頁)のも、共通の発想に立つものである。社会権の保障は実質的公平を達成せんとするものであるが、その実現は財産権や営業の自由等の広範な制限なしには不可能であるから、これらの権利・自由は一般に積極的な政策的制約に服することが帰結される。このことは、立憲民主主義過

程の維持保全という観点からも導かれうる。かかる過程の維持保全にとって、表現の自由に象徴される精神的自由権は、経済的自由権に比べてより不可欠であることが一般論としてはいえるからである。この点、判例も、小売市場の許可制と営業の自由に関連して、経済活動の自由は、精神的自由の場合と違って、社会経済政策実施のため一定の「合理的規制」に服するとしている（最〔大〕判昭47〔1972〕・11・22刑集26巻9号586頁）。

なお、学説上、本条にいう「公共の福祉」とは違って、22条・29条にいう「公共の福祉」は政策的制約を許容する積極的原理を具現するものであるという理解が従来むしろ一般的のようである（橋本・139頁は、「憲法の一般的留保」を定めた13条とは違って、22条・29条は「特別の法律の留保（政策的制約）」を定めたものとする。佐藤（功）・149頁は、22条・29条における「公共の福祉」は積極的な原理の意味で用いられているとする。大西・前掲85頁は、既に触れたように、13条総則説あるいは個別的基本権総括説によれば、13条の「公共の福祉」による制約はすべての個別的基本権にかぶってくると同時に、22条・29条の「公共の福祉」概念は特殊の意味を与えられなければならないとし、しかし、それは、第一に、「公共の福祉」がきわめて不明確な一般条項であるため、本来原則として侵すべからざる基本的人権の性質に反する結果になるばかりでなく、第二に、「現代国家における生産手段……の私有や営業の自由から生ずる矛盾を緩和し調整するための基準として定められた22条・29条の『公共の福祉』と、違った意味に理解しなければならぬ、という矛盾を避けることはできない」という。そして同論文は、結局、「自由及び幸福追求権から個別的基本権を差引いて残った無名基本権（主として人格権）に対してのみ『公共の福祉』の制約が加えられ得る」とするのであるが、ここにいう「公共の福祉」は何を意味するのか、何故にいわゆる「無名基本権」のみが不明確な「公共の福祉」による制約を受けるのか、の疑問が残る）。けれども、憲法が「公共の福祉」という同一の文言を用いている場合、むしろ、「その内容は、実定法概念としては、原則として、同一でなければならない」（種谷・前掲の「生命・自由および幸福追求権」143頁）と解すべきものであろう。すなわち、憲法にいう「公共の福祉」はすべて「内在的制約原理」（消極的作用）と「外在的制約（政策的制約）原理」（積極的作用）の両者を含むものと解される。このように解することは、上述のような「公共の福祉」という本来の語義に適合するものであるとともに、「幸福追求権」がいわゆる経済的基本権に相応する法益をも包摂する包括的基本権と解する立場からの当然の帰結でもある。

問題は、いかなる場合に「内在的制約原理」と「政策的制約原理」のいずれ

が妥当すると解するべきかである。それは、抽象的にいえば、権利の性質と規制目的によって定まるといことになる。まず、「政策的制約原理」が妥当するのは、22条・29条（および場合によっては補充的に13条）によって保障される経済的自由権についてのみであるということである。既に示唆したところであるが、それは、憲法が社会権を保障していることに示されるように、社会経済的弱者の生存を保護し、ロールズのいう「格差原理」的配慮の下に社会経済的不平等の配列を考えて行うとする点にかかわっているからである。22条・29条が特に「公共の福祉」を再言するのも、その趣旨の現われであろう。が、従来応々にして説かれがちであったように、経済的自由の場合はすべて「政策的制約原理」が妥当すると解すべきではない。たとえば、食中毒等の発生防止のための、飲食店の営業活動の規制は、この種の営業活動に内在する制約であって、上にいう「政策的制約原理」にかかわるものと目すべきものではない。また、「経済的自由といっても、人の生存の基盤となっている態様のものもあれば、精神的価値と分かちがたく結びついているもの（たとえば、職業選択の自由）もある」（大須賀明はか・憲法講義(2)194頁〔浦部法執執筆〕）のであって、経済的自由が一律に「政策的制約原理」に服すると解することは妥当ではない。この点、最高裁判所の薬局距離制限違憲判決が、職業は「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである」との認識も示しつつ、①許可制は職業の自由に対する「強力な制限」であるから、合憲的であるためには「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置である」ことを要し、また、②「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置」ではなく、「消極的、警察的措置である場合」には、「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達することができないと認められることを要する」、と述べている（最〔大〕判昭50〔1975〕・4・30民集29巻4号572頁）。ここでは、消極目的のための規制である場合には、その手段は必要最小限度のものでなければならず、「より制限的でない他の選択しうる手段」（いわゆるLRA）の基準が妥当するものであることが示されている。この必要最小限度性は精神的自由の領域ではより厳密に考えられる必要はないかの問題は残るが、それはともかく、経済的自由の領域でもそれが妥当することに注目して

判例索引

東京地判昭61 [1986]・3・20判時1185号67頁	341, 365
東京高判昭61 [1986]・4・9判タ617号44頁 293	393
最〔大〕判昭61 [1986]・6・11民集40巻4号 872頁	278
東京高判昭61 [1986]・8・25判時1208号66頁	290
盛岡地判昭62 [1987]・3・5判時1223号30頁	290
最判昭62 [1987]・4・24民集41巻3号490頁 190	404
大阪高判昭62 [1987]・7・16判時1237号3頁	406
最判昭63 [1988]・6・1民集42巻5号277頁 408	406
大阪地判昭63 [1988]・10・14判時1291号3頁	407
最〔大〕判昭63 [1988]・10・21民集42巻8号 644頁	407
最判昭63 [1988]・12・20判時1302号94頁	329
最判平元 [1989]・3・2判時1363号68頁	295
松山地判平元 [1989]・3・17判時1305号27頁	188
最判平元 [1989]・6・20民集43巻6号385頁 170	405
大阪地判平元 [1989]・11・9判時1336号45頁	170
最判平元 [1989]・11・20民集43巻10号1160頁 85	405
最判平元 [1989]・12・14判タ718号65頁	299
福岡地判平元 [1989]・12・14判時1336号45頁	299
高松高判平2 [1990]・2・19判時1362号44頁	405
長崎地判平2 [1990]・2・20判時1340号30頁	299
神戸地姫路支判平2 [1990]・3・29訟月36巻 7号1229頁	407
仙台高判平3 [1991]・1・10判時1370号3頁	405
東京地判平3 [1991]・5・27判時1387号25頁	404
東京地判平3 [1991]・6・21判時1388号3頁	300
広島高判平3 [1991]・11・28判時1406号3頁	299, 300
福岡高判平4 [1992]・2・28判時1426号85頁	320
高松高判平4 [1992]・5・12判時1419号38頁	405
最〔大〕判平4 [1992]・7・1民集46巻5号 437頁	406
大阪高判平4 [1992]・7・30判時1434号38頁	304
鹿児島地判平4 [1992]・10・2判時1435号24頁	405
最判平4 [1992]・10・29民集46巻7号1174頁	409
神戸地判平4 [1992]・12・14判タ815号150頁	305
福岡高判平4 [1992]・12・18判時1444号53頁	290
神戸地判平5 [1993]・2・22判タ813号134頁	407
最判平5 [1993]・2・25判タ816号113頁	394
最判平5 [1993]・2・26判タ812号166頁	294
最判平5 [1993]・2・26判時1452号37頁	186
最判平5 [1993]・2・26民集47巻3号1687頁	338
大阪高判平5 [1993]・3・18判時1457号98頁	407
那覇地判平5 [1993]・3・23判時1459号157頁	405
大阪地判平5 [1993]・6・18判時1468号122頁	70
東京高決平5 [1993]・6・23判時1465号55頁	319
大阪地判平5 [1993]・6・29判タ825号134頁	322
札幌地判平5 [1993]・7・16判タ824号76頁 280	187
天津地判平5 [1993]・10・25	408
大阪高判平5 [1993]・12・16	328
東京高判平6 [1994]・1・26判時1485号3頁 205	409
大分地判平6 [1994]・6・30	409
大阪高判平6 [1994]・7・20	409

著者紹介

- 樋口 陽一 (ひぐち よういち)
東京大学教授
- 佐藤 幸治 (さとう こうじ)
京都大学教授
- 中村 睦男 (なかむら むつお)
北海道大学教授
- 浦部 法穂 (うらべ のりほ)
神戸大学教授

検印廃止

注解法律学全集 ①

憲法 I [前文・第1条～第20条]

1994年9月2日 初版第1刷印刷
1994年9月20日 初版第1刷発行

著者 樋口 陽一
佐藤 幸治
中村 睦男
浦部 法穂
発行者 逸見 俊吾
印刷者 草刈 龍平

発行所 東京都文京区 株式会社 青林書院
本郷6丁目4-7
電話(3815)5897/Fax(3814)1316/郵便番号113

印刷・製本/中央精版印刷 落丁・乱丁本はお取り替えいたします。
©1994 樋口・佐藤・中村・浦部
Printed in Japan 振替口座 00110-9-16920
ISBN 4-417-00936-8