

(2) 基本的人権の限界 (人権の規制原理)

→ 判例の理解というよりも、憲法 13 条、22 条、29 条における公共の福祉に関する理解が問われる場合がある。

そこで、講座の趣旨からは離れるが、若干の整理をする。

初期最高裁は、簡単な公共の福祉論により、規制を合憲としてきたが、規制されないことが原則であり、その例外をなす公共の福祉の内実を明らかにする必要があった。

公共の福祉に関しては従来、一元的外在論、内外在二元論、一元的内在論という流れで発展を遂げてきたが、近時はそれを見直す傾向にある。

ここで外在・内在とは、規制原理が、権利がそもそも本来(内在)的性質として規制の余地を残しているのか、それとも権利とは異なる外的要因により制約されるのかの違いであり、一元・二元とは規制原理の個数の問題である。

- ・ 一元的外在論は、公共の福祉とは、すべての人権に共通する規制原理として、憲法の外側にある規制原理として理解する。

|——自由権——| ← 制約 ← 公共の福祉 (12,13)

- ・ 内外在二元論は、公共の福祉とは、権利の性質上内在的に存在する公共の福祉とは別の制限と憲法の性質から導かれない外的要因(公共の福祉)の双方から規制されると解する。この説の主眼は、外在的制約は精神的自由については認められず、憲法 22 条 1 項 29 条 2 項という経済的自由が明示的に定める公共の福祉を意味しており、経済的自由のみ外在的制約が許容されると解する点にある。そして、ここでの内在制約とは、①他人の人権を侵害してはならないという自由国家的思想の当然の原理であり、特段の規定は存在せず、憲法 22 条 1 項 29 条 2 項が定める公共の福祉は、社会的保護のための福祉国家的制限として理解する。

|——精神的自由 ← 制約○ ← 内在制約——| ← 制約× ×

|——経済的自由 ← 制約○ ← 内在制約——| ← 制約○ ← 公共の福祉(22I,29II)

- ・ 一元的内在論は、公共の福祉とは、権利の性質上内在する規制原理であり、これは人権相互間の矛盾衝突を調整するための実質的公平の原理と理解される。この説の主眼は、以上の意味で理解される公共の福祉は、内外在二元論における分類同様に、①自由国家的制限と、②福祉国家的制限の 2 種類がある。そして、①の場面では調整である以上必要最小限度の規制のみが許容され、②の場面では必要な限度での規制が許容されるという差がある。加えて、精神的自由の場合には①の規制のみが許容され、経済的自由の場合には①②両方の規制が許容されると考える。

コメントの追加 [大野22]: これは公共の福祉ではない
権利が本来(内在)的に有する規制原理

| ———すべての自由権 ← 制約○ ← 内在する公共の福祉 |

=①自由国家的公共の福祉 すべての人権

→ 最小限度の規制のみが許容

=②福祉国家的公共の福祉 経済的自由のみ

→ 必要な限度での規制が許容

外在的一元論は、すべての規制は憲法の外側に存在する公共の福祉により一元的に説明し、これは全ての人権に妥当する共通の原理と解するため、全ての人権に共通する憲法 12 条 13 条後段こそが意味のある規定となり、憲法 22 条 1 項 29 条 2 項が定める公共の福祉は当然のことを定めたに過ぎないこととなる。

内外在二元論の場合、①内在的制約は公共の福祉ではない当然に存在する規制原理と理解し、②憲法 22 条 1 項 29 条 2 項の公共の福祉のみが規制原理として意味を持つこととなる。それゆえ、憲法 12 条 13 条後段は、当然のことを定めたに過ぎない訓示規定となる。

内在的一元論は、すべての人権は一元的な公共の福祉により制限され、この公共の福祉は憲法 12 条 13 条後段で①の規制原理が定められ、憲法 22 条 1 項 29 条 2 項で②の意味での公共の福祉が定められることとなるから、憲法 12 条 13 条後段及び 22 条 1 項 29 条 2 項はいずれも法的に意味のある規定となる。

外在的一元論	→	憲法 12 条 13 条後段こそが重要！	22 条 1 項 29 条 2 項は意味なし
内外在二元論	→	憲法 12 条 13 条後段は意味なし	22 条 1 項 29 条 2 項こそ重要！
内在的一元論	→	憲法 12 条 13 条後段は①の規制	22 条 1 項 29 条は②の規制

この結果、外在的一元論の場合には、22 条 1 項 29 条 2 項に意味がない以上、規制原理は全てに共通するから、経済的自由も精神的自由も同一の規制原理に服し、二重の基準論に適合的ではないという問題が生ずる。

内外在二元論の場合には、憲法 22 条 1 項 29 条 2 項こそが重要であり、12 条 13 条後段は意味がないと考える結果、新しい人権の根拠である 13 条後段が裁判規範性を失うという致命的な欠点がある。

内在的一元論は、内在的に存在する公共の福祉であるが、その中でも①②の 2 種類の公共の福祉が存在すると考えることで、憲法 12 条 13 条後段 22 条 1 項 29 条 2 項のすべてに意味を持たせることができるため、精神的自由と経済的自由で規制原理をすみ分けるとともに、憲法 13 条後段による新しい人権の余地を認める。

以上からすると、上記 3 説の中では、内在的一元論がもっとも妥当であり、従来伝統的通説として支持を集めていたが、よく考えると、内在一元論の①の公共の福祉のみしか精神的自由の制約を認めない場合、パターンリスティックな本人のための後見的制約はなぜ許容されるのかなど、説明できない領域が存在することとなる。

コメントの追加 [大野23]: ひいては、内外在二元論及び内在一元論の主眼とする精神的自由は社会福祉的制約を肯定しないという目標が達成できず、広く制約が肯定される危険性がある

コメントの追加 [大野24]: もっとも、この説による場合、経済的自由については、福祉国家的制限が許容される結果、広範な裁量が認められ、制約が容易になるという問題が存在する。

なお、生存権についても、基本的に本文同様の理解がなされているが、生存権を定める 25 条は公共の福祉による制約を認めていないから、憲法 13 条の①制約のみが許容されることとなるから、経済的自由とは異なり、公共の福祉により、広範な裁量が認められることはない。

あくまでも 25 条の解釈から広範な裁量が認められており、公共の福祉は関係ない。

実際の法令を見れば明らかであるが、他の人権の衝突矛盾回避以外の場面でも規制の必要性は肯定されるのであり、この場合に限って規制を認めるのは、実際問題として妥当ではない。現に最高裁は、町的美観維持のための表現の自由の制約を肯定している。

確かに、典型的には人の生命身体の安全などの他の人権のとの矛盾衝突回避は、やむにやまれないしは重要な目的と云うるが、そもそも違憲審査基準論が正当な目的による規制を認める余地を残すことからすると、他の人権の衝突・矛盾回避以外の福祉国家的目的も正当な目的として、規制原理となる場合がある。

大切なのは、憲法が許容ないしは想定するような目的による規制かであり、司法試験の論文試験で、この規制原理に関する議論を展開する必要はないと思われる。

短答問題 平成 20 年第 3 問

- ア. 憲法第 13 条の「公共の福祉」は、人権の外にあって、すべての人権を制約する一般的な原理であり、憲法第 22 条、第 29 条が特に「公共の福祉」を掲げたのは、特別な意味を有しないという見解がある。しかし、このような見解では、「公共の福祉」が極めて抽象的な概念であるだけに、人権制限が容易に肯定されるおそれが生じ、ひいては「公共の福祉」が明治憲法の法律の留保のような機能を実質的に果たすおそれがある。
- イ. 「公共の福祉」によって制約される人権は経済的自由権と社会権に限られ、その他の権利・自由には内在的制約が存在するにとどまり、憲法第 13 条は公共の福祉に反しない限り個人に権利・自由を尊重しなければならないという、言わば国家の心構えを表明したものであるという見解がある。しかし、このように同条の法規範性を否定する見解は、プライバシー権などの「新しい人権」を憲法上の人権として基礎付ける根拠を失わせる。
- ウ. すべての人権に論理必然的に内在する「公共の福祉」は、人権相互間に生じる矛盾・衝突の調節を図るための実質的公平の原理であり、例えば、社会権を実質的に保障するために自由権を制約する場合には必要な限度の規制が認められるという見解がある。しかし、この見解では、憲法第 22 条、第 29 条の「公共の福祉」が、結局、国の経済的・社会的政策という意味でとらえられることになり、広汎な裁量論の下で経済的自由権と社会権の保障が不十分になるおそれがある。

A. ア○、イ○、ウ×