

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、 国連人権機関で問題とされるのか？

窪 誠[†]

内容

はじめに	1
第一章 規約人権委員会が指摘する「公共の福祉」概念の問題	3
第1節 「公共の福祉」概念の一般的危険性	5
第2節 「公共の福祉」概念の個別的危険性	7
第二章 「公共の福祉」概念についての日本政府による説明	9
第1節 「公共の福祉」の根拠	9
第2節 「公共の福祉」の内容	11
外在的制約	12
人権相互間調整を図る制約	14
内在的制約	15
第3節 「公共の福祉」の性格	19
第三章 「公共の福祉」に関する日本政府の対応の原因	21
おわりに	26

はじめに

よく知られているように、日本国憲法前文は、国際主義を以下のように高らかに宣言する。

[†]大阪産業大学 経済学部 国際経済学科 教授

草稿提出日 7月7日

最終原稿提出日 9月5日

日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。

実際、日本は、「市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下、自由権規約）（1979年9月21日施行）」、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（以下、社会権規約）（1979年9月21日施行）」の批准を皮切りに、「難民条約（1982年1月1日施行）」、「女性差別撤廃条約（1985年7月25日施行）」、「子どもの権利条約（1994年5月22日施行）」、「人種差別撤廃条約（1996年1月14日施行）」、「拷問等禁止条約（1999年7月29日施行）」などの国連人権条約を批准してきた。

各人権条約にしたがって、日本政府は、各条約の国内実施状況を、関連の条約実施監督機関に、定期的に報告してきた。さらに、日本政府代表は、その報告書に基づいて、各実施監督機関の前で、委員の質問に回答する形で、「建設的対話」を行ってきた。ところが、1981年に日本政府が初めて行った、自由権規約の第1回政府報告書審査から、最近2014年第6回政府報告書審査に至るまで、常に問題とされてきた事柄が存在する。それは、日本国憲法における「公共の福祉」概念である。日本国憲法は、以下の4か条が「公共の福祉」を明記する。

第12条 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つて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第13条 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。

第22条 何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。

第29条 財産権は、これを侵してはならない。

2 財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

ある著名な法律用語辞典は、「公共の福祉」を以下のように説明する。

個々の人間の個別利益を超え又はそれを制約する機能をもつ公共的利益あるいは社会全体の利益を指す語。主として基本的人権その他の諸権利の制約要因として法令上用いられている概念であるが、その具体的内容については争いがある。現行憲法で用いられて以来、各種の法令で広く使われるようになった。¹⁾

この説明から明らかなように、「公共の福祉」は、「主として基本的人権その他の諸権利の制約要因として法令上用いられている概念である」。「公共の福祉」が「基本的人権の〔中略〕制約要因」であるなら、「国際主義」とならんでもう一つの憲法原則である「基本的人権の尊重」も損なわれることになる。

よって、「公共の福祉」概念が、国連人権機関においてどのように問題とされ、日本政府がどのように対応したのかが確認されねばならない。実際、後に見るように、「公共の福祉」が規約違反につながる危険性が、国連人権機関により繰り返し指摘され、具体的な対策まで提案されているにもかかわらず、日本政府はそれに耳を貸さず、同じ説明を繰り返してきた。そこで、そうした対応の原因を明らかにしなくてはならない。それが、本稿の目的である。とりわけ、自由権規約は、日本の政府報告において、最も長い歴史を持つので、この規約実施を監督する国連規約人権委員会と日本政府とのやりとりを中心に検討する。これまで、日本政府は自由権規約第40条に基づく政府報告書を1980年、1987年、1991年、1997年、2006年、2012年に国連に提出している。それらの審査は、1981年、1988年、1993年、1998年、2008年、2014年に規約人権委員会において審査された。そこで、まず、規約人権委員会が指摘する「公共の福祉」の問題点を確認する。次に、日本政府の対応を確認する。そして、最後に、その対応の原因を検討する。

第一章 規約人権委員会が指摘する「公共の福祉」概念の問題

規約人権委員会は、「公共の福祉」の何を問題としているのだろうか。規約人権委員会は、1992年第44会期において、各政府報告書審査後、当該国家の人権状況に関する「主要な懸念事項」や「提言および勧告」を含んだ「意見 (Comment)」を採択することを決定した。

1) 『有斐閣法律用語辞典〔第4版〕』有斐閣、2012年。

「意見」は、1996年から「最終見解 (Concluding Observation)」と改称される。岡本雅享によると、「それまでは報告書審査の中で、各委員がばらばらに意見をいていたのに比べると、委員会全体で採択され、国連文書となるこの『意見』は、ずいぶん重みをもっています」。²⁾ よって、最近の第6回日本政府報告書審査最終見解における該当部分を確認しよう。

「公共の福祉」を理由とする基本的人権の制限

委員会は、「公共の福祉」の概念が曖昧かつ無限定であり、かつ、規約(2条、18条及び19条)の下で許容される制約を超える制限を許容する可能性があることについて、繰り返し懸念を表明する。委員会は、前回の総括所見(CCPR/C/JPN/CO/5, para. 10)を想起し、かつ、締約国に対して、規約18条3項及び19条に定める厳格な要件を満たさない限り、思想、良心、宗教の自由又は表現の自由を享受する権利に対して、いかなる制限も課すことを差し控えるよう、強く求める。³⁾

「繰り返し懸念を表明する」とあるが、その前の第5回審査において、規約委員会は、「繰り返し懸念を表明」していた。⁴⁾ さらに、その前の第4回審査でも、「懸念を再度表明」していた。⁵⁾ つまり、委員会としての見解を開始した第3回審査から問題はすでに指摘され

2) 岡本雅享「自由権規約の日本政府報告書の審議—これまでとこれから」『IMADR:JC 通信』93号、1998年、2頁。

3) CCPR/C/JPN/CO/6, para.22. 外務省「日本の第6回定期報告に関する最終見解」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000054774.pdf>, 最終アクセス2016年3月30日)

4) 「委員会は、『公共の福祉』が人権に対して恣意的な制限を課す根拠とはなり得ないとの締約国の説明を考慮に入れても、『公共の福祉』の概念は曖昧かつ無限定で、規約の下で許される範囲を超える制限を許容しかねないとの懸念を、繰り返し表明する(規約2条)。

締約国は、『公共の福祉』の概念を定義し、かつ、規約が保障する権利に対する『公共の福祉』を理由とするいかなる制限も、規約のもとで許容される制限を超えてはならないことを明記する法律を制定すべきである。」日本弁護士連合会「規約第40条に基づき締約国から提出された報告書の審査—国際人権(自由権)規約委員会の総括所見 日本(仮訳)」第10段落。(http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report.html 最終アクセス2016年7月5日)

5) 「委員会は、『公共の福祉』によって、規約上の権利に制限が課される恐れについての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。前回の見解に引き続いて、委員会は、再度、締約国に対し、国内法を規約に合致させるよう強く勧告する。」CCPR/C/79/Add.102, para.8.

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

ていたのである。⁶⁾

この見解は、「かつ」という文言が示す通り、「公共の福祉」による人権制約にふたつの問題があることを指摘している。ひとつは、前半部分が示すように、「公共の福祉」概念の一般的危険性の問題であり、もうひとつは、後半部分が示すように、「公共の福祉」概念の個別的危険性の問題である。それでは、何が問題なのかを、それぞれの問題ごとに、報告審査における委員の具体的発言から探っていこう。

第1節 「公共の福祉」概念の一般的危険性

まず、人権の一般的制約に関わる問題について。1981年10月、規約人権委員会における第1回日本政府報告書審査において既に、「公共の福祉」による人権制約は規約違反であることが、オブサーバル委員から以下のように指摘されていた。

政府報告書によると、人権の行使は「公共の福祉の理由に基づき制限され得る」という。私の考えでは、そうした条項は、憲法のいくつかの条文、すなわち、12条、13条、22条に見られるが、これらは、規約の諸規定、とりわけ、規約第4条に合致しないものである。なぜなら、規約第4条によると、公共の福祉は、自国の義務に違反する措置を取ることができるときの理由にならないことは、明白だからである。⁷⁾

「公共の福祉」による人権制約は、規約第4条に違反するという。規約第4条は以下のように明記する。

6) 「主な懸念事項 8. 当委員会は、規約が国内法と矛盾する場合に規約が優先するものであることが明瞭ではなく、また、規約の条項が日本国憲法のなかに十分に包含されていない、と考える。さらに、日本国憲法第12条及び第13条の『公共の福祉』による制限が、具体的な状況において規約に適合したかたちで適用されるものであるかどうか、も明瞭ではない。」日本弁護士連合会「規約第40条に基づき締約国から提出された報告の検討—自由権規約委員会の最終見解」(http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_observation_en.html, 最終アクセス2016年3月29日)

7) CCPR/C/SR.319, para.10. なお、翻訳は、斎藤恵彦「日本政府報告書に対する国連人権専門委員会の検討記録（仮訳）—自由権規約をめぐって—」部落解放研究, 29号, 1982年, 61頁を参考にした。他の委員会の発言も参照, エヴァンス委員 (CCPR/C/SR.319, para.40.), ノヴチャン委員 (CCPR/C/SR.319, para.44.)。

第4条

1. 国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合においてその緊急事態の存在が公式に宣言されているときは、この規約の締約国は、事態の緊急性が真に必要な限度において、この規約に基づく義務に違反する措置をとることができる。ただし、その措置は、当該締約国が国際法に基づき負う他の義務に抵触してはならず、また、人種、皮膚の色、性、言語、宗教又は社会的出身のみを理由とする差別を含んではならない。
2. 1の規定は、第6条、第7条、第8条1及び2、第11条、第15条、第16条並びに第18条の規定に違反することを許すものではない。
3. 義務に違反する措置をとる権利を行使するこの規約の締約国は、違反した規定及び違反するに至った理由を国際連合事務総長を通じてこの規約の他の締約国に直ちに通知する。更に、違反が終了する日に、同事務総長を通じてその旨通知する。

この規定は、「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合」において、国家による規約義務違反を認める例外条項である。しかし、その場合ですら、第6条「生命に対する権利」、第7条「拷問又は残虐な刑の禁止」、第8条1「奴隷禁止」、第8条2「隷属状態禁止」、第11条「契約不履行による拘禁禁止」、第15条「遡及処罰の禁止」、第16条「人として認められる権利」、第18条「思想・良心及び宗教の自由」の違反は認められていない。つまり、規約には、一切の制約を受けない絶対的人権と、そうでない相対的人権があり、後者は、国家緊急事態時には制約の恐れがあるものの、緊急時以外は、各条文が明記する制約しか認められないのである。よって、「公共の福祉」という一般概念によって、人権を制約することが認められないことは、言うまでもない。この指摘はその後も再三なされてきた。

規約によれば、ただ特定の権利のみが公的利益や公的秩序を理由として制限されうるのであり、また国家によってもまったく制限できない権利が存在する、ということなのです。⁸⁾

日本の場合、規約が規定する権利はすべて「公共の福祉」という概念に従うので（憲法第12条）、市民の権利に制約が生じることとなります（同第13条）。ところが、規約を詳しく読めばお分かりのように、規約には「公共の福祉」に従わせることができない権

8) 第3回政府報告書審査、ハーンドゥル委員。日本弁護士連合会「日本政府が提出した第3回定期報告書に対する国際人権〈自由権〉規約委員会の審査記録」(http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_record.html, 最終アクセス2016年3月30日)。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

利があるのです。それは、たとえ、「公共の福祉」概念が、規約に規定された権利の適用除外を可能とする根拠になると仮定した場合ですら、そうなのです。⁹⁾

第2節 「公共の福祉」概念の個別的危険性

上に見た最終見解は、「思想、良心、宗教の自由又は表現の自由」という個別的な人権についても、その制約は、「公共の福祉」といった漠然とした一般的概念ではなく、規約の当該個別条項が明記する具体的な制約要件によらねばならないことを表明している。¹⁰⁾ 同様の問題は、すでに、第2回政府報告書審査において、指摘されていた。ヒギンズ委員は、「公共の福祉」による出国の自由の制約が規約違反であることを以下のように指摘していたのである。

公共の福祉として定義される国益に反すると判断された場合、パスポート発給が認められない場合があるということでした。その場合、公共の福祉は、規約第12条3項で

9) 第4回政府報告書審査、ララー委員。CCPR/C/SR.1714, para.35.

10) 規約第18条、第19条は以下のように明記する。

第18条（思想・良心及び宗教の自由）

- 1 すべての者は、思想、良心及び宗教の自由についての権利を有する。この権利には、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由並びに、単独で又は他の者と共同して及び公に又は私的に、礼拝、儀式、行事及び教導によってその宗教又は信念を表明する自由を含む。
- 2 何人も、自ら選択する宗教又は信念を受け入れ又は有する自由を侵害するおそれのある強制を受けない。
- 3 宗教又は信念を表明する自由については、法律で定める制限であって公共の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の基本的な権利及び自由を保護するために必要なもののみを課することができる。
- 4 この規約の締約国は父母及び場合により法定保護者が、自己の信念に従って児童の宗教的及び道徳的教育を確保する自由を有することを尊重することを約束する。

第19条（表現の自由）

- 1 すべての者は、干渉されることなく意見を持つ権利を有する。
- 2 すべての者は、表現の自由についての権利を有する。この権利には、口頭、手書き若しくは印刷、芸術の形態又は自ら選択する他の方法により、国境とのかかわりなく、あらゆる種類の情報及び考えを求め、受け及び伝える自由を含む。
- 3 2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。
 - (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

認められた制約事由のどれにあたるのかご指摘いただけますか。¹¹⁾

この制約が規約第12条2項に合致するとは、今もって、思えません。¹²⁾

結局、「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか？」の回答として、規約は一切の制約を認めない絶対的人権を認め、そうでない相対的人権の制約についても条文に規定された条件に従わせるのに対して、政府の説明する日本国憲法は絶対的人権を認めず、すべての人権を「公共の福祉」という抽象的な概念によって一般的に規制しているからであった。しかし、「公共の福祉」といった抽象的な概念によって人権を一般的に制約できるなどという考えは、自由権規約どころか世界の法的常識に反するものである。実際、安藤仁介教授が規約人権委員会委員であったときに指摘するように、「日本国憲法の『公共の福祉』に見合う、“人権の制限事由”を規定する憲法は、ほとんど見当たらない」。¹³⁾なるほど、1982年「権利及び自由に関するカナダ憲章」は、一方で権利の一般的制限を認めてはいるものの、他方において制限を以下のように限定している。

第1条（カナダにおける権利と自由）

権利及び自由に関するカナダ憲章は、自由かつ民主的な社会において明確に正当化され得る合理性を持ち、かつ、法律で定める制限にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利及び自由を保障する。¹⁴⁾

また、アメリカ政府は、1992年に自由権規約を批准し、1994年に提出した第1回政府報告書において、シャトルワース対バーミングラム市事件連邦最高裁判決を紹介している。¹⁵⁾

11) CCPR/C/SR.830, para.26. なお、関連条文は以下のとおり。

第12条（移動、居住及び出国の自由）

1. 合法的にいずれかの国の領域内にいるすべての者は、当該領域内において、移動の自由及び居住の自由についての権利を有する。
2. すべての者は、いずれの国（自国を含む。）からも自由に離れることができる。
3. 1及び2の権利は、いかなる制限も受けない。ただし、その制限が、法律で定められ、国の安全、公の秩序、公衆の健康若しくは道徳又は他の者の権利及び自由を保護するために必要であり、かつ、この規約において認められる他の権利と両立するものである場合は、この限りでない。
4. 何人も、自国に戻る権利を恣意的に奪われない。

12) CCPR/C/SR.830, para.61.

13) 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、1993年、132巻4-6号、62頁。

14) 国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法集(4) カナダ憲法』2012年、70頁。

15) *Shuttleworth v. City of Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969) in CCPR/C/81/Add.4, para.610.

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

この事件において、裁判所は、公共の福祉、平和、安全、衛生、品位、秩序、道徳もしくは設備利用を理由としたデモの不許可を認める条例を、市行政官に認められる裁量ゆえに、文面上違憲（unconstitutional on its face）と判示したのである。つまり、アメリカでも、「公共の福祉」などの一般概念による人権制約は認められないのである。

それでは、日本国憲法は世界の常識に反している特殊な憲法なのだろうか。それとも、なんらかの別な要因があるのだろうか。この疑問を念頭に置きつつ、日本政府が国連に提出した報告書および政府代表による説明を検討してゆこう。

第二章 「公共の福祉」概念についての日本政府による説明

6回にわたる日本政府報告書及び政府代表説明から、「公共の福祉」の根拠、内容、性格の3点を中心に検討してゆこう。

第1節 「公共の福祉」の根拠

日本国憲法において、「公共の福祉」による人権制約の法的根拠は、どこにあるというのであろうか。驚くべきことに、明確な法的根拠が存在しないことは、第3回政府報告書審査において、政府代表自身が明言している。

憲法12条、13条は公共の福祉が人権を制約する根拠となるとまでは必ずしも明示していないので、公共の福祉という概念が人権一般の制約原理となるかどうかについては、学説上はアカデミックの間では争いがあります。¹⁶⁾

第1回、第2回、第3回の政府報告書も、憲法は、「公共の福祉」により人権が「制限され得る旨定めている」と記すに過ぎない。¹⁷⁾つまり、「公共の福祉」による人権制約は、

16) 日本弁護士連合会「日本政府が提出した第3回定期報告書に対する国際人権〈自由権〉規約委員会の審査記録」(http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_record.html, 最終アクセス2016年3月30日)。

17) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条に基づく報告（仮訳）」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_1.pdf, 最終アクセス2016年3月30日), 「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条に基づく第2回報告（仮訳）」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_2.pdf, 最終アクセス2016年3月30日), 「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第3回報告（仮訳）」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_3.pdf, 最終アクセス2016年3月30日)

憲法解釈の一つの可能性にすぎない。ましてや、国家が制約する根拠となりえないことは言うまでもない。なぜならば、第3回の報告書審査において、ハートゥル委員も指摘するように、「憲法第12条および13条を見てみると、立法者または行政府が人権を制限するための権限が何ら書かれて」いないからである。¹⁸⁾ 現実には、日本政府は明確な条文についてすら、明確性欠如を理由に具体的権利性を否定してきた。たとえば、憲法25条の生存権について、「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」という明確な条文にもかかわらず、条文の明確性を欠くとして、国民が具体的権利を持つことを否定してきたのである。国民の人権は明確な条文があるにも関わらず否定し、国家による人権制約権限は不明確な条文でも認めるとするのは、正義にもとると言わざるを得ない。百歩譲って、たとえ自由権規約批准以前は、「公共の福祉」によって人権を一般的には制約することができたとしても、一旦、この点に関して留保なく、日本が規約を批准した以上、憲法98条2項の条約遵守義務に従って、そのような可能性は排除されたと解釈するのが、論理的必然のはずである。実際、先に言及した安藤教授は、「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（自由権規約のこと—引用者）に規定する“人権の制限事由”を適用すること」を提案する。¹⁹⁾ この提案は、実際に、第5回政府報告書審査において、オフラハーティ委員から日本政府に、以下のように、促されていたのである。

政府が公共の福祉を根拠に人権に恣意的な制約を課すことはあり得ませんという締約国の主張は喜んでお受けしますが、心配なのは、規約を制限する解釈が、依然、制度的に可能なままになっていることなのです。国家による国際的な約束と「公共の福祉」とがどう両立するのか、そして、安藤元規約人権委員会委員の提案を日本政府が検討する用意があるのかどうか、すなわち、日本国憲法の「公共の福祉」という文言の解釈ツールとして、規約が規定する制約を採用する提案を受け入れるかどうかを政府にお伺いしたいのです。²⁰⁾

同様の趣旨が、第5回日本政府報告書審査最終見解にも、反映されている。

委員会は、「公共の福祉」が人権に対して恣意的な制限を課す根拠とはなり得ないとの締約国の説明を考慮に入れても、「公共の福祉」の概念は曖昧かつ無限定で、規約の下で

18) 前掲注8。

19) 安藤前掲注13。

20) CCPR/C/SR.2574, para.26.

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

許される範囲を超える制限を許容しかねないとの懸念を、繰り返し表明する（規約2条）。締約国は、「公共の福祉」の概念を定義し、かつ、規約が保障する権利に対する「公共の福祉」を理由とするいかなる制限も、規約のもとで許容される制限を超えてはならないことを明記する法律を制定すべきである。²¹⁾

こうした建設的な意見にすら、日本政府は耳を貸さず、その後の第6回政府報告審査においてすら、従来と同様の説明を繰り返しているのである。論理に反して、根拠なく繰り返し主張される「公共の福祉」の内容とは何なのか。次に、その内容について、検討しよう。

第2節 「公共の福祉」の内容

人権制約事由としての「公共の福祉」は、明確な法的根拠がないにもかかわらず、その内容はどのように決められるのだろうか。第3回審査における日本政府説明によると、それは、裁判判例であるという。

憲法は公共の福祉に関して明確な規定を有しているわけではありませんが、しかし、公共の福祉の概念は、裁判所の判例およびそれぞれの権利に固有の性格に関する理論により特定化されてきています。したがって、政府の権力および公共の福祉という概念によって、人権が専断的に制約されるという事例はまったく存在していません。国際人権（自由権）規約が各権利を制約する理由を明らかにすべきことについて規定していることは確かですが、しかし、憲法に従えば、公共の福祉という概念によって人権を一般的には制約することができるのです。しかしながら、制約の仕方が異なっているに過ぎず、制約の内容は、規約において定められている人権を制約する根拠と実質的には同じものです。なぜならば、公共の福祉という概念は上に述べたように「特定化」されているからです。²²⁾

しかし、これは無責任な非論理的な回答と言わざるを得ない。そもそも、「公共の福祉」にもとづいて何らかの措置を取る行為者は政府である。よって、「公共の福祉」の内容を

21) 「規約第40条に基づき締約国から提出された報告書の審査 — 国際人権（自由権）規約委員会の総括所見 日本（仮訳）」第10段落。（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report.html 最終アクセス2016年7月5日）

22) 日本弁護士連合会「日本政府が提出した第3回定期報告書に対する国際人権（自由権）規約委員会の審査記録」（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_record.html、最終アクセス2016年3月30日）

説明する責任は、第一義的には政府にある。ところが、政府代表はそれを放棄し、裁判所の判断に委ねてしまっている。一方、裁判所は、法に従って政府の行為を評価する。ところが、「公共の福祉」による人権制約は、その法的根拠自体が存在しないのであった。権力は法に従って行使されかつ規制されねばならないという基本的意味での「法の支配」が、あたかも欠如しているかのようである。実際、第2回審査において、エル・シャフエイ委員は、裁判所による判断の危険性について、以下のように指摘していた。

規約第2条についてですが、政府報告書第1部2(3)による解釈が、人権制約を正当化する憲法第12条、13条、22条の「公共の福祉」概念に与える影響に関して疑問を持ちます。それ（公共の福祉一訳者）が「基本的人権に内在する原則である」というのは、この概念が法律によって規定されているという意味なのでしょうか、それとも、反対に、裁判所が自由に解釈できるものなののでしょうか。後者の場合、明らかに、解釈の裁量がかなり大きいので、その点に関する説明が必要です。²³⁾

では、法的権限も法的根拠もなく人権を制約する「公共の福祉」の内容とはいかなるものなのだろうか。「公共の福祉」の内容は、第1回政府報告書審査で説明された外在的制約、第2回政府報告書で加えられた人権相互間調整、さらに第3回政府報告書で加えられた内在的制約と分類することができる。以下、順を追って検討しよう。

外在的制約

第1回政府報告書審査において、政府代表は、「公共の福祉」の内容を「公共の安全、秩序、衛生もしくは道徳」と説明している。

公共の福祉という概念は、厳格に解釈されており、人権の非合理的な制約を正当化するために濫用されることはありません。これは、日本の考え方によると、公共の安全、秩序、衛生もしくは道徳を意味します。たとえば、日本では大衆デモを行う時は、関係当局に通知する義務があります。このような義務は、集会と表現の自由による一定の制約を課するものであることは、明らかです。とはいえ、このような制約は、公共の福祉、特に、道路交通における公共の秩序をまもるために必要な最小限の条件であると考えられるが、合理的です。よって、憲法に違反するものではありません。²⁴⁾

23) CCPR/C/SR.827, para.38.

24) CCPR/C/SR.324, para.6.

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

また、上述の第2回審査におけるエル・シャフエイ委員による指摘に対して、政府代表は、「公共の福祉」の内容が「国益」であることを明言している。

エル・シャフエイ氏の質問にお答えします。日本政府は現行法の慎重な審査を行ってきていますので、規約規定との齟齬はなく、調整措置も取られておりません。「公共の福祉」の問題に関しましては、この概念の定義は法律上存在せず、裁判所が、各事件におきまして、独自の解釈を行っております。とはいえ、旅券法第3条の適用につきまして、先例が確立しております。それは、国益若しくは国家安全保障に直接かつ重大な侵害をもたらすと信ずるに足る理由がある場合、ある者に対して旅券の発行が拒否される場合があることを定めたものです。たとえば、関係機関は、公共の福祉を維持するために、ある者への旅券発給を正当に拒否することができるということが、最高裁判所自身によって認められております。第2回政府報告書第1部2(3)において、当該原則がどのように行われているかが説明されているわけですが、その背景には、こうしたことがあるのです。²⁵⁾

上述のヒギンズ委員の指摘は、この発言を踏まえたものであった。このように、「公共の福祉」の内容とは、人権に外在する要因であり、主に国家の意思そのものであった。よって、これらを外在的要因と呼ぶことができる。実際、日本弁護士連合会は、第3回政府報告書に対するカウンターレポートの中で、政府が、死刑確定者による家族・友人との面会・通信を禁止していることを批判する。政府自らが、「公共の福祉」=「国家の要請」であることを明言し、死刑確定者が「死そのものを安らかに迎えられるように指導、援助することは、公共の福祉の要請」と主張していたからである。

死刑確定者をして心情を安定せしめ、安定した心情を持続せしめるという安心立命の境地に導くための積極的処遇は、文化国家の刑罰制度として最低の要請であり、広義において公共の福祉に合致するものであり、死刑確定者に罪の自覚や被害者に対する贖罪の観念を起こさせ、死そのものを安らかに迎えられるように指導、援助することは、公共の福祉の要請である。この要請を実現するためにも、本人への指導はもとより、死刑確定者の外部との交渉を制限することは、許容されなければならない。〔東京地方裁判

25) CCPR/C/SR.827, para.53.

所 昭和62年（行ウ）第25号損害賠償請求事件 1988.3.16付準備書面²⁶⁾

人権相互間調整を図る制約

上に見たように、第2回政府報告書審査において、政府代表は、「公共の福祉」の内容が「国益」であることを明言していたのに対して、政府報告書の冒頭部分は、それとは異なる説明をする。それによると、「個人の基本的な人権が平等に尊重されることを可能ならしめるために、基本的な人権相互間の調整を図る内在的な制約」であるという。

憲法は、「公共の福祉」により人権が制限され得る旨定めている（同第12条及び第13条）が、この概念は、個人の基本的な人権が平等に尊重されることを可能ならしめるために、基本的な人権相互間の調整を図る内在的な制約理念として厳格に解釈されており、人権に不合理な制限を加えるものではない。²⁷⁾

これは、第3回政府報告書審査における、政府代表による説明に引き継がれる。

我が国の憲法は第12条において、公共の福祉のために基本的な人権を用いるという責任があり、また、公共の福祉に従う範囲において、人権が立法その他の行政手続において最大限に尊重されると、定めています。これは、絶対的にかなる制約も人権に対して課されることができないということの意味するものではなく、ある程度においては、その本来の性格により、人権に対する制約がありうることを意味するものです。したがって、相対立する基本的な人権は調整されることになり、各権利は平等に尊重されることになります。たとえば、他人の名誉を侵害することに対する処罰は、被告の表現の自由を制約することになりますが、しかし、このような制約は他人の名誉を保護するために必要とされるものです。そして、このような取り扱いは、公共の福祉という概念によって正当化されるわけです。²⁸⁾

26) 日本弁護士連合会「自由権規約（第3回に対するカウンターレポート）」（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_jfba.html 最終アクセス2016年6月28日）

27) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条に基づく第2回報告（仮訳）」（http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_2.pdf, 最終アクセス2016年3月30日）

28) 日本弁護士連合会「日本政府が提出した第3回定期報告書に対する国際人権〈自由権〉規約委員会の審査記録」（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-3rd_record.html, 最終アクセス2016年3月30日）

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

内在的制約

第3回政府報告書審査において、政府代表は、「公共の福祉」の内容について、さらに新たな制約を追加する。人権相互間調整としての内在的制約ではなく、個々の権利に内在する制約があるというのである。

憲法は公共の福祉に関して明確な規定を有しているわけではありませんが、しかし、公共の福祉の概念は、裁判所の判例およびそれぞれの権利に固有の性格に関する理論により特定化されてきています。したがって、政府の権力および公共の福祉という概念によって、人権が専断的に制約されるという事例はまったく存在していません。²⁹⁾

このように、「公共の福祉」に関する政府説明によると、一見、性質の異なる3つ内容類型があるように見える。性質が異なるのであるから、それぞれ別個の説明がされねばならないはずである。ところが、そのような整理はなされていない。第4回政府報告書は、人権相互間調整を図る制約の文脈に続けて、「このように」として内在的制約を説明する。

これは人権保障も絶対的で一切の制約が認められないということではなく、主として、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。例えば、他人の名誉を毀損する言論を犯罪として処罰することは、行為者の言論の自由を制限することにはなるが、この制限は、他人の名誉権を保護するためにはやむを得ないことであり、「公共の福祉」の考え方により説明することができる。したがって、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。例えば、思想・良心の自由（憲法第19条）については、それが内心にとどまる限り、その保障は絶対的であり一切の制約は許されないものと解されている。

さらに、人権を規制する法令等が合理的な制約であるとして公共の福祉により正当化されるか否かを判断するにあたって、判例は、営業の自由等の経済的自由を規制する法令については、立法府の裁量を比較的広く認めるのに対し、精神的自由を規制する法令等の解釈については、厳格な基準を用いている。

このように、憲法には、「公共の福祉」の内容を示す明文の規定はないものの、「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

29) 同上。

されているから、「公共の福祉」の概念の下、国家権力により恣意的に人権が制約されることはあり得ない。³⁰⁾

逆に、第6回政府報告書は、内在的制約の説明の直後に、「このような基本的人権相互間の調整」を説明する。

5. 憲法における「公共の福祉」の概念は、これまでの報告のとおり、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おり、憲法による人権保障及び制限の内容は、実質的には、本規約による人権保障及び制限の内容とほぼ同様のものとなっている。したがって、「公共の福祉」の概念の下、国家権力により恣意的に人権が制限されることはもちろん、同概念を理由に規約で保障された権利に課されるあらゆる制約が規約で許容される制約を超えることはあり得ない。

6. このような基本的人権相互間の調整を図る内在的な制約である「公共の福祉」についての典型的な判例としては、これまでの報告のとおりである〔後略〕。³¹⁾

ところが、第5回政府報告書では、人権相互間調整を説明する段落の直後に、内在的制約が続き、その直後の段落で、ふたたび人権相互間調整にもどって、その裁判例が挙げられていたのである。

11. 憲法における「公共の福祉」の概念については、第4回報告及びコア文書第64項から第68項において述べたとおり、人権保障も絶対的で一切の制約が認められないということではなく、主として、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。したがって、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。

12. さらに、実際に、人権を規制する法令等が合理的な制約であるとして「公共の福祉」により正当化されるか否かを判断するにあたって、判例は、営業の自由等の経済的自由を規制する法令については、立法府の裁量を比較的広く認めるのに対し、精神的自由を

30) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第4回報告(仮訳)」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/2c1_002.html, 最終アクセス2016年3月29日)

31) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第6回報告(仮訳)」(<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000023051.pdf>, 最終アクセス2016年3月30日)

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

規制する法令等の解釈については、厳格な基準を用いている。

13. 「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おり、憲法による人権の制限の内容は、実質的には、本規約による人権の制限事由の内容とほぼ同様のものとなっている。したがって、「公共の福祉」の概念の下、国家権力により恣意的に人権が制限されることはあり得ない。

14. 基本的人権相互間の調整を図る内在的な制約についての典型的な判例として、次の最高裁判所1986年6月11日大法廷判決（要旨）がある。

言論、出版等の表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法第13条）と表現の自由の保障（憲法第21条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な検討が必要である。憲法第21条1項の規定には、表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならないという趣旨が含まれており、同規定はあらゆる表現の自由を無制限に保障しているものではなく、他人の名誉を害する表現は表現の自由の濫用であって、これを規制することを妨げないものの、右の趣旨に鑑み、刑事上及び民事上の名誉毀損に当たる行為についても、当該行為が公共の利害に関する事実にかかり、その目的が専ら公益を図るものである場合には、当該事実が真実であることの証明があれば、右行為には違法性がなく、また、真実であることの証明がなくても、行為者がそれを真実であると誤信したことについて相当の理由があるときは、右行為には故意又は過失がないと解すべく、これにより人格権としての個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和が図られている。表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法第21条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる。³²⁾

つまり、人権相互間調整を図る制約と内在的制約という、ふたつの類型の間に区別はもたれていないのである。なぜか。それは、いずれの類型にも実体がないからである。政府の説明によると、「公共の福祉」の内容を「特定化」するのは、裁判判例なのであった。しかし、6回にわたる政府報告および政府代表による説明が示す判例には、内在的制約について、個別の権利ごとの固有の性格とは何なのかを具体的に示すものは存在しない。人権相互間調整についても、どの人権とどの人権との間の調整なのかを明示するものは一件もない。つまり、ふたつの類型の存在自体が証明されていないのである。なるほど、第5

32) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約第40条1(b)に基づく第5回報告（仮訳）」(http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/kiyaku/pdfs/40_1b_5.pdf, 最終アクセス2016年3月30日)

回政府報告書は、上に見たように、「基本的人権相互間の調整を図る内在的な制約についての典型的な判例として」、最高裁判所1986年6月11日大法廷判決を挙げてはいる。そして、確かに、判決は、「人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保障（同21条）と」の「衝突」を認めている。しかし、この判例は、「典型的」どころではなく、不適切である。なぜなら、この判例は、「公共の福祉」に言及していないからである。³³⁾ ここでも百歩譲って、この判例が用いる「公共の利害」という表現を「公共の福祉」と解したとしても、6回にわたる政府報告のなかで、たったひとつの判例をもって一般類型の存在証明とするには無理があろう。

結局、「公共の福祉」の内容とは、外在的制約、すなわち、「国益」や「国家の要請」といった、いわゆる、お上の意思以外の何物でもないことになる。³⁴⁾ 「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか？」の答えとして、第一章において確認したことは、規約は一切の制約を認めない絶対的人権を認め、そうでない相対的人権の制約についても条文に規定された条件に従わせるのに対して、政府の説明する日本国憲法は絶対的人権を認めず、すべての人権を「公共の福祉」という抽象的な概念によって一般的に規制しているからであった。ところが、本章における以上の考察から、「なぜ」が

33) 民集 第40巻4号872頁。(http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail?id=52665, 2016年3月29日最終アクセス)

34) 江橋崇元法政大学教授は、「公共の福祉」の歴史的経緯について、以下のように述べている。「GHQ草案をよく見てみると、憲法上、市民に向けて義務付けているのは、Article XIで人権を『共同のよきもの (the common good)』のために使えと求めているところと、Article XXIXで所有権を持つことは『公共のよきもの (the public good)』のために使う義務をうむと述べているところの二箇所だけである。つまり、ここには、市民の持つべき共同の徳と、そこから生じる憲法上の義務というものは、政府の維持すべき責務と市民がそれに従うべき義務とは明らかに区別されて、きわめて限定的に用いられているのである。

(5)ところが、日本側の官僚は、このすべてを『公共の福祉』一色に塗りつぶした。市民は、基本的人権の行使にあたって、すべて例外なく、官僚の判断した『公共の福祉』に従う義務を持つことになった。自発的に、自主的に、市民の間で共通の良識、コモンセンスを形成するべき義務は消えた。市民は、自律するものから、国によって規制されるものへと格下げされた。

なお、公共の福祉という言葉の誕生に関していうと、日本側は、GHQ草案では無条件に認められていた居住移転の自由と職業選択の自由に、公共の福祉という制約原理を加えた。

さらに、日本側は、『保護する子女に普通教育を受けさせる義務』『勤労の義務』『納税の義務』を新設することで、『国民の権利及び義務』のうちの義務の部分を手厚いものとした。

こういう一連の措置によって、日本国憲法上の人権保障は、著しく変貌した。主権者市民としての主体的な権利から、国に対する義務を果たすことを前提に、政府の定める公共の福祉に従うことを条件に、日本国民にのみ認められる受動的な権利になったのである。」江橋崇「日本国憲法における『基本的人権』と『公共の福祉』という用語の登場」(http://www.geocities.jp/humanrightspolicy/past/rs012/03.html, 最終アクセス2016年3月30日)

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

一層深く理解される。すなわち、規約は人権が尊重されねばならないと考えるのに対して、政府の説明する日本国憲法は、人権が国家の判断に服さねばならないと考えるからである。これが自由権規約に違反するどころか、人権概念そのものに反することは明白である。そこで、政府はそうした違反を隠ぺいするために、お上の意思を人権の側に仮託して内在的制約とし、表看板として人権相互間調整を掲げたと結論せざるを得ない。すると、「公共の福祉」はそもそも法的概念と言えるのかという疑問が生じることになる。根拠も実体もないにもかかわらず、ある法的措置や法的判断を「公共の福祉」によるものであると説明するならば、それは、法とは離れた、支配のための非論理的かつ恣意的な信条という意味で、国家イデオロギーによる制約ではないのか。よって、次に、「公共の福祉」の性格が検証されねばならないことになる。

第3節 「公共の福祉」の性格

「公共の福祉」が法的概念であるというためには、一貫性がなくてはならない。なぜなら、ある時には援用されて、ある時には援用されないというのでは、法の第一機能である予見可能性が失われるからである。ところが、上に見た最高裁判所1986年6月11日大法廷判決は、「公共の福祉」に言及していないのであった。つまり、人権相互間調整の検討に、「公共の福祉」概念は必要ないことを、最高裁判所自身が証明しているのであった。さらに、この事件を、政府代表が「基本的人権相互間の調整を図る内在的な制約である『公共の福祉』についての典型的な判例」と称揚しても、それは事実に基づくものではなく、単なる政府の希望にすぎないことになる。

そもそも権利相互の衝突を調整するのは裁判本来の機能である。「公共の福祉」を援用しなくてはできないものではない。すでに、1973年4月3日のいわゆる興信所差別身元調査慰謝料請求訴訟判決において、大阪地方裁判所は、名誉毀損と憲法22条の営業の自由との調整にあたって、「公共の福祉」は援用していない。³⁵⁾「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」という民法第1条第1項があるにもかかわらずである。以上は、民事における名誉毀損を取り扱った判例である。他方、上に見た政府報告が人権相互間調整の例とし

35) 本件は、憲法第14条法の下の平等によって、以下のように判示された。「前示認定の事実によれば、本件身元調査に関する報告行為は、広く社会一般に流布するものではないが、たとえその内容において真実であったとしても、原告の結果についての機会均等を奪い、社会的身分による差別的取り扱いをしたものであり、右報告行為により名誉を棄損したものであると認めるのが相当である。」昭和四四年慰藉料請求事件、大阪地方裁判所1973年4月3日判決。部落解放研究所編『身元調査お断り!! 大切にしたいプライバシー』部落解放研究所、1983年、122頁。

て主に挙げていたのは、名誉毀損罪という刑事犯罪であった。ところが、その根拠条文（刑法第230条および第230条の2）どころか、刑法そのものに、「公共の福祉」という文言は存在しない。³⁶⁾つまり、「公共の福祉」とは、一貫性ある法的概念ではなく、実定法根拠があっても必ずしも援用されるとはかぎらない一方で、実定法根拠がなくても政府の希望によって、「公共の福祉」として説明される便宜的な概念にすぎないのである。

結局、日本政府による「公共の福祉」概念の説明は、非論理性かつ非一貫性に満ちたものであった。著者はすでに別稿において、事実から離れた概念中心の語りの危険性を指摘した。³⁷⁾さらに、概念中心の語りにおける非論理性かつ非一貫性についても、「視点を変えて、提示された問題設定自体を問い直し、概念が事実を離れて、ある価値観なり政策なりを遂行するための道具として用いられているという見方をすれば、一転して、これまで不可解に見えた[中略]行動が実は一貫したものであることが見えてくる」ことを指摘した。³⁸⁾「公共の福祉」概念についても同様である。「公共の福祉」は、法的根拠、論理性および一貫性を備えた法的概念ではなく、政府や裁判所の都合によって、援用されたり、されなかったりする国家イデオロギー、すなわち、すべてはお上が支配し判断するという支配意思の道具に過ぎない。上に見た、明確な条文にもかかわらず、国家が生存権の具体的権利性を否定することと、不明確な条文にもかかわらず、国家が「公共の福祉」を援用して人権を制約するという矛盾も、この国家イデオロギーの観点からすれば、一貫したものであることが見えてくる。

そうした国家イデオロギーの性格を最もよく示す例が、第6回審査における「委員会

36) 刑法第230条

1. 公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。
2. 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。第230条の2
 1. 前条第1項の行為が公共の利害に関する事実に係り、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。
 2. 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実は、公共の利害に関する事実とみなす。
 3. 前条第1項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があったときは、これを罰しない。

37) 拙稿「国連『法の支配』プログラム—ある知のあり方」日本平和学会『戦争と平和の法的構想 [平和研究第41号]』2013年、21頁。

38) 同上、26頁。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

からの質問事項に対する日本政府回答」である。政府は、「公共の福祉」の例として、ある最高裁判決を取り上げながら、「なお、『公共の福祉』は、本件における思想及び良心の自由の間接的な制約の理由とはされていない」と宣言する。³⁹⁾ 実際、その最高裁判決には、「公共の福祉」への言及がない。⁴⁰⁾ つまり、人権を制約する根拠がない。問題とされている日本国憲法第19条（「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」）条文にも、人権を制約する根拠が明記されていない。国家による人権制限根拠がないにもかかわらず、裁判所は制限を認めているのである。つまり、「公立高等学校の校長が教職員に対し卒業式等の式典における国歌斉唱の際に国旗に向かって起立し国歌を斉唱することを命じた旨の職務命令」について、「当該教職員の思想及び良心の自由についての間接的な制約を許容し得る程度の必要性及び合理性が認められると判示している」という。⁴¹⁾ すべてはお上りが支配し判断するという国家イデオロギーは、憲法の文言以前に存在し、「公共の福祉」は、国家が必要に応じて時折まとう人権制約のための隠れ蓑に過ぎなかったのである。

第三章 「公共の福祉」に関する日本政府の対応の原因

本稿は、「公共の福祉」が国家イデオロギーの一つの発露にすぎないことを確認した。しかし、それが、国家イデオロギーにとどまるならば、戦後70年にわたる民主主義によって変更できたはずではないか。それができなかったのはなぜかという疑問が生じる。その回答としては、ふたつの論理的可能性が考えられる。ひとつは、民主主義が国家イデオロギーを克服できなかった。もうひとつは、逆に、民主主義が国家イデオロギーに加担してしまった。一見、相反する二つの考えを止揚する働きを、「公共の福祉」という言葉そのものが孕んでいた。「公共の福祉」は、国家イデオロギーであるにもかかわらず、人権相互間調整を表看板として、国家の要請を人権の内在的制約なるものに仮託し、一見民主的な装いをまとっていたことは先に見たとおりである。つまり、「公共の福祉」＝「みんなの幸せ」であるかのように宣伝してきたのである。そのため、国家イデオロギーの客体に過ぎない市民が、「公共の福祉」の名による人権制約の主体に祭り上げられてゆくことになる。つまり、民主主義が国家イデオロギーに加担してしまったために、民主主義が国家イデオロギーを克服できなかったのである。さらに、いかえるなら、国家イデオロギーが、

39) 外務省「市民的及び政治的権利に関する国際規約 第40条1 (b)に基づく 第6回政府報告（仮訳）」188段落。（<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000023051.pdf>, 最終アクセス2016年3月30日）

40) 民集 第65巻4号1855頁。（http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=81378, 最終アクセス2016年3月29日）

41) 同上。

市民を含む日本イデオロギーとして、社会全体を包摂する非論理的的信条になったのである。だからこそ、規約人権委員会による再三の勧告と改善提案にもかかわらず、日本政府代表は、人権は公共の福祉による制約に服するという同じ説明を何度も何度も繰り返すのである。彼らの説明は、規約人権委員会委員や、私たちの考察から見れば、非論理的に見えても、日本国内の議論からさほど離れているわけではない。「公共の福祉」による人権制約は、単なる国家イデオロギーではなく、日本社会全体にとって、「常識」という名の日本イデオロギーとなっているからである。

こうした日本イデオロギーの最も悲惨な犠牲者の例が、ハンセン病患者である。その差別は、後述のように「公共の福祉」の名のもとに行われてきたにもかかわらず、第5回、第6回政府報告書が、ハンセン病患者の差別撤廃と「福祉の増進」を説明する箇所には、「公共の福祉」への言及がまったくない。⁴²⁾「公共の福祉」が真に法概念であれば、過去の反省に立った再発防止のための概念精緻化を図るための努力が明示されていたはずである。しかし、そのような記述はない。つまり、「公共の福祉」が、差別の方向のみに機能するイデオロギーとして、かなりゆがんだ形で用いられてきたことを表している。「公共の福祉」は、ハンセン病患者およびその家族を差別する方向のみに機能するイデオロギーとして用いられてきた。よって、本稿の主題である、「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか?」という問いに対する根源的回答として、「公共の福祉」の現実的なイデオロギー機能を、最後に、検討しなくてはならない。

戦前戦後を通じた日本のハンセン病政策の特徴を、藤野豊教授は以下のように要約している。

たしかに、ハンセン病患者への隔離は日本だけでなく、多くの国家でおこなわれてきた。しかし、患者を療養所に強制隔離し、療養所内では強制労働を課し、反抗する患者には監禁を含む懲罰を科し、ついには虐殺し、さらには断種や墮胎まで強要した国家は、日本のみである。強制隔離・強制労働・懲罰・強制断種・強制墮胎、これらが一体となった絶対隔離こそ、隔離一般に還元できない、「日本型隔離」なのである。⁴³⁾

42) 「市民的及び政治的権利に関する国際規約 第40条1(b)に基づく 第5回政府報告(仮訳)」2006年、145-148段落。「市民的及び政治的権利に関する国際規約 第40条1(b)に基づく 第6回政府報告(仮訳)」2012年、64-66段落。

43) 藤野豊『ハンセン病と戦後民主主義—なぜ隔離は強化されたのか—』岩波書店、2006年、10-11頁。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

1952年、全国癩療養所患者協議会（全癩患協）（1953年より全国国立癩療養所患者協議会（全癩患協））が「新憲法下の収容方法を考えてもらいたい」と要望したのに対して、厚生省の技官は、「国民は公共の福祉を取り上げて入所を拒む人たちを収容するように言うだろう」と回答している。⁴⁴⁾ まさに、「国家の要請」を「公共の福祉」の名によって強制したのである。そして、これに応えるかのように、市民の代表たる議員が人権侵害に加担する。1926年「癩予防法」を改正する1953年「らい予防法」案が国会審議されていた際、全患協はそれまで議員に頼っていた活動から一歩先に進んで、みずから厚生省裏に座り込み、さらに抗議デモを行った。一方、それまで彼らに頼られ、「らい予防法」案に反対していた左右社会党議員は、彼らを罵倒し絶縁を宣言した。⁴⁵⁾ 藤野教授によると、「そこに一貫するのは『公共の福祉』のためには隔離も已むなしとする認識であった」。⁴⁶⁾ つまり、国家イデオロギーたる「公共の福祉」に、市民の代表たる議員が積極的に呼応し、人権侵害の主体となってしまったのである。ハンセン病治療薬がすでに開発され、諸外国では隔離緩和に向かっていることは、調査権限を持つ議員であるから、調べればわかったことである。にも関わらず、非論理的信条たる「公共の福祉」という日本イデオロギーにとらわれて、人権制約へ舵を切ってしまったのである。その結果、戦前から続く従来の政策の延長に過ぎない「らい予防法」が成立した。その第1条は、「公共の福祉」を高らかに宣言する。

この法律は、らいを予防するとともに、らい患者の医療を行い、あわせてその福祉を
図り、もって公共の福祉（下線—引用者）増進を図ることを目的とする。

こうして、国家イデオロギーとしての「公共の福祉」は、市民を包摂する日本イデオロギーとなっていった。その社会的背景には、「救癩思想」があると藤野教授は言う。それは、当初、国家側の救癩運動団体が流布したものであり、「隔離された環境に不満をもたず、ましてや、隔離に対して人権侵害などと抗議せず、隔離を受け入れ、国家の施策と国民の税金によって療養生活を送れることに感謝して日々を送ることを求める論理」である。⁴⁷⁾ とはいえ、この「救癩思想」は、体制側の思想としてのみならず、広く社会全体の思想として浸透していた。上に見たように、国会議員が、患者の代弁者たる間は患者のためとして活動

44) 同上、123頁。藤野豊『厚生省の誕生—医療はファシズムをいかに推進したか—』かもがわ出版、2003年、256頁参照。

45) 同上、206-207頁。

46) 同上、148頁。

47) 同上、206頁。

していたにも関わらず、ひとたび患者が自ら声を上げようならそれを拒絶する態度に如実に表れている。さらに、「救癩思想」は、ハンセン病差別に特有のものではない。あらゆる差別に共通の「思想」である。被差別者が人々に憐れまれるかわいそうな状態にとどまっている限りは、憐れみ同情されるが、ひとたび、彼らが人間としての権利を主張するや否や、「身の程知らず」「わがまま」といった非難の対象とされるのである。「救癩思想」は、「公共の福祉」と表裏一体の日本イデオロギーである。患者の人権に配慮した「ノルウェー方式」と呼ばれる科学的なハンセン病対策が世界で広まってゆくのに逆行して、⁴⁸⁾ 隔離を強化する日本の姿は、国際人権に背を向ける日本の姿と重なるものである。つまり、「なぜ、日本国憲法『公共の福祉』概念が、国連人権機関で問題とされるのか？」という問いに対する回答の根底に、この日本イデオロギーが横たわっているのである。

日本イデオロギーは、法学者も容赦なく巻き込んでゆく。2005年3月、財団法人日弁連法務研究財団は、「ハンセン病問題に関する検証会議最終報告書」において、法学者と「公共の福祉」との関係を以下のように厳しく批判する。

「らい予防法」の廃止がここまで遅れたのは、法律家・団体が社会から付託された責任を果たさず、なすべき行動を怠ってきたのが原因の一つではないか。すなわち、全患協らによる「予防法闘争」を見殺しにし、「らい予防法」の制定を許したこと自体も問題であるが、そのときに憲法違反の疑いなど、同法の問題性を指摘し、表明できなかったことが、その後の同法廃止への取り組みの弱さにもつながり、法廃止がここまで遅れる一因になったのではないか。「公共の福祉」の要請があれば基本的人権を一般的に制限しうるとする通説は、判例と共に隔離法制を支えたのではないか。差別・偏見の放置についても同様ではないか。このような批判に反駁しえるものを法律家は持ち合わせているのであろうか。法学会の場合、「らい予防法」が合憲との政府見解が疑われたことはなく、憲法違反という観点から、「らい予防法」の改正について理論的な検討が加えられたというようなこともまったくない。個々の研究者のレベルにおいても、それは同様であった。「らい予防法」見直し検討会における法学者の発言も、「同法の存在を知らなかった」といった内容のものであった。このような態度は、国賠訴訟でも維持され、ごく一部の研究者を除けば、裁判所が違憲判決を下すというようなことは考えられないという評論家的なものであった。法学会、法学者の責任という視点も極めて弱いといわざるをえない。ハ

48) 和泉真蔵「無らい県運動と絶対隔離論者のハンセン病観」無らい県運動研究会『ハンセン病絶対隔離政策と日本社会—無らい県運動の研究—』六花出版、2014年、75頁。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

ンセン病の差別・偏見についても、それは同様で、法律家が差別・偏見の放置に大きく与っているというような問題意識は、一部の者を除いて、認められない。戦後法学の限界を示しているといっても過言ではない。⁴⁹⁾

実際、日本における最高の知性集団ともいえる日弁連ですら、「公共の福祉」という日本イデオロギーから逃れられなかったのである。日本弁護士連合会は、第4回政府報告書に対するカウンターレポートの中で、「『公共の福祉』概念による人権の制限は、人権相互間の衝突を調整するものばかりではなく、さまざまな国家的利益を理由とした国家権力による基本的人権の制約原理として、実際に運用され機能している」ことを指摘している。⁵⁰⁾ 一方で、「国益」としての「公共の福祉」を批判しながらも、⁵¹⁾ 他方で、「人権相互間調整を図る制約」としての「公共の福祉」を認めてしまっているのである。上に見たように、「人権相互間調整を図る制約」は、その存在が証明されていないだけでなく、そもそも、法論理的に存在しえないのであった。さらに、たとえ、自由権規約批准以前は、「公共の福祉」による制約が認められたにせよ、批准によって、そのような可能性もなくなったはずのものであった。

人々は、事物が存在するからそれを認識するのではない。ある事物を「そのように認識

49) 財団法人日弁連法務研究財団『ハンセン病問題に関する検証会議最終報告書』2005年、755頁。

50) 日本弁護士連合会「国際人権（自由権）規約に基づき提出された第4回日本政府報告書に対する日弁連報告書」（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-4th_jfba.html、最終アクセス2016年3月30日）

51) 「例えば、最高裁大法廷判決（1973年4月25日判決）では、国家公務員法98条2項の公務員の争議行為等の禁止を『国民全体の共同利益（この場合の憲法13条でいう「公共の福祉」とはこれを指すとする）の見地からするやむを得ない制約であって、憲法28条（労働基本権の保証）に反するものではない』としている。」日本弁護士連合会『経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約第16条及び第17条に基づく第2回日本国政府報告書に関する日弁連報告』2001年、3頁。「例えば、我国に在留する外国人について指紋押捺制度を定めた外国人登録法の規定につき、『何人もみだりに指紋の押捺を強制されない自由』があるが、これに対する制約は憲法13条の『公共の福祉』のために許されると判示した最高裁判決（最高裁第三小法廷1995年12月15日判決）は、その理由として以下のように述べている。『しかしながら、右の自由（何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由）、国家権力の行使に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には、相当の制限を受けることは憲法13条に定められているところである』、指紋押捺制度は、『本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資するという目的』を有し、『戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な方法として制定され』『その立法目的は十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できる』として、『公共の福祉』による制約を是認している。ここでの『公共の福祉』の具体的内容は、他人の権利や安全の確保ではなく、『在留外国人の公正な管理』という国家的利益であることは明らかである。」日本弁護士連合会『国際人権（自由権）規約に基づき提出された第4回日本政府報告書に対する日弁連報告書』（http://www.nichibenren.or.jp/activity/international/library/human_rights/liberty_report-4th_jfba.html、最終アクセス2016年3月29日）

しなさい」と教わるから、それに沿って存在を構築するのである。⁵²⁾一旦植えつけられた認識のしかたを変更することは、文字通り、コペルニクスの転換を意味するほど困難である。ましてや、支配者が課した認識のしかたを変更するのは一層困難である。だからこそ、「公共の福祉」概念が人権概念そのものと矛盾することが、ハートゥル委員やラー委員によって、指摘されたにもかかわらず、日本では大した反応もなかったのである。⁵³⁾また、「公共の福祉」が、法的根拠がないにも関わらず、人権制約機能を果たしていることから、「マジックフォーミュラ」⁵⁴⁾、「マジックワード」⁵⁵⁾と呼ばれながらも、存続してきたのである。今こそ、日本における人権の天動説から目を覚まし、普遍的な地動説に向かって起き上がろう。国家の判断を市民の判断と混同するような日本イデオロギーから脱却しよう。

おわりに

法は権力行使の口実にもなれば、社会建設のためのコミュニケーションの手段ともなる。「公共の福祉」の非論理性と非一貫性は、コミュニケーションの拒否と一体であった。規約人権委員会に対して、日本政府が30年にわたって同じ説明を繰り返してきたことは、コミュニケーションの拒否のあらわれである。こうした態度は、日本国憲法の国際主義に背くという以前に、人間の存在を無視し、人々間のコミュニケーションを拒否することによって、日本社会自体を崩壊に導くものである。優秀な日本政府代表が、国連の場において、知的で実りある建設的対話ができるよう、非論理的な日本イデオロギーから解放しようではないか。私たちが、誠実で豊かなコミュニケーションをとおして、一人一人が生きがいのある社会を建設するために、法と人権が生かされねばならない。⁵⁶⁾

*本研究は、大阪産業大学産業研究所分野別研究助成を受けたものである。事務関係者に心より感謝申し上げます。

52) これは当然のことながら日本に限られたことではない。筆者は、別著によって国際法におけるマイノリティ概念が、ヨーロッパにおける伝統的な支配のレトリックに過ぎないことを明らかにした。拙著『マイノリティの国際法』信山社、2006年。

53) 前掲注8, 9参照。

54) Alfred Christian Oppler, *Legal Reform in Occupied Japan: A Participant Looks Back*, Princeton: Princeton University Press, 1976, p.126.

55) 外山太士「自由権規約と日本国憲法解釈—公共の福祉と合理的差別—」国際人権 NGO ネットワーク『ウォッチ！規約人権委員会 どこがずれてる？人権の国際基準と日本の現状』日本評論社、1999年、42頁。

56) ハンセン病患者の闘いについて、徳田靖之弁護士、内田博文教授、藤野豊教授より数多くの示唆と御教示を頂戴しました。心から敬意を表するとともに、深く感謝申し上げます。

なぜ、日本国憲法「公共の福祉」概念が、国連人権機関で問題とされるのか？（窪 誠）

Why has the United Nations Human Rights Committee questioned the concept of “public welfare” in the Japanese Constitution?

KUBO Makoto

Abstract

Since Japan's ratification of the International Covenant of Civil and Political Rights in 1979, the Japanese government has submitted six state reports explaining the human rights situation in Japan. On all occasions the United Nations Human Rights Committee questioned the concept of “public welfare” contained in the Japanese Constitution, suggesting it allowed for a general restriction on human rights in the Constitution. This article clarifies the different viewpoints between the Japanese government and the UNHR Committee as they are found through an analysis of the state reports and the dialogue held between the two parties.