

「公共の福祉」に関する若干の考察

Some Reflections on the Concept of "Public Welfare"

安田 寛
Hiroshi Yasuda

In the draft Constitution of Japan, prepared by the staff of General MacArthur, distinction was made between "common good" (Art.11), "general welfare" (Art.12 and 21) and "public welfare" (Art.27). The Japanese government misunderstood these three phrases for synonymic. They were indiscriminately translated "kokyo - no - fukushi." Hence subsequent confusion.

An attempt is hereby made to disentangle such confusion.

I. はじめに

(1) 日本国憲法では「公共の福祉」の文字は4か所で用いられている。

第12条では、この憲法が保障する自由及び権利は「公共の福祉のために」利用すべきことが定められている。

第13条では、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」尊重されることが定められている。

第22条第1項では、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ことが定められている。

第29条第2項では、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ものと定められている。

(2) これらの各条文を総司令部草案について検討すると興味深い事実が分かる。

第12条(草案第11条)は、次のようになっている。

The freedoms, rights and opportunities enunciated by this Constitution... involve an obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common good.

第13条(草案第12条)は —

Their right to life, liberty and the pursuit of happiness within the limits of the

general welfare shall be the supreme consideration of all law and of all governmental action.

第22条(草案第21条)は――

Freedom of association, movement and choice of abode are guaranteed to every person to the extent they do not conflict with the general welfare.

第29条(草案第27条)は――

The right to own property is inviolable, but property rights shall be defined by law, in conformity with the public welfare.

(3) 草案では、“common good” — “general welfare” — “public welfare” と、3通りの文言が用いられている。

田中英夫・英米法辞典は、“general welfare”の項で「市民の健康、道徳、安全などについて政府がもつ関心一般をさす言葉」と説明している。しかして、この概念は“police power”と結び付いている。“police power”の項では、「州が州民の健康、安全、道徳その他一般の福祉(general welfare)を保護・向上させるために各種の立法を制定・執行する権限」と説明している(この説明で「道徳」といっているが、内心のそれではなく、もっぱら外形的な風紀・風俗を指すであろう。また「向上」というが、積極的な向上はもはや警察権の責務を超えるであろう。)

“general welfare”については、“within the limits of the general welfare”及び“to the extent they do not conflict with the general welfare”という言い回し⁽¹⁾にみられるように「限界」を表すものとみることができる。「限界」とは、それを越えることが許されない一線であり、法概念である。公権力の行使がこの一線を越えたか否かは司法審査に服する。

これに対し“common good”及び“public welfare”は、ことば自体、価値概念であるが、それらが用いられている文脈に照らしても、そうである。すなわち、それらの内容の確定は立法権の裁量的判断にゆだねられ、その判断で裁量が明白に恣意的でない限り裁判所は介入しない。

日本政府は、草案を翻訳する際にこれらの概念を一律に「公共の福祉」とし、次いでこれを英訳するときも一律に“public welfare”としてしまった。

これは起草者の意図に反するものではなかったか。

Ⅱ. 我が国の判例

(1) 最高裁判所は、「公共の福祉」に関してしばしば見解を明らかにしている。本稿と関連して注目すべきは、いわゆる小売市場事件判決（最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号586頁）である。

同判決はいう。憲法は、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものといえることができる。しかし、憲法は、個人の経済活動につき、その絶対かつ無制限の自由を保障する趣旨ではなく、各人は、「公共の福祉に反しない限り」において、その自由を享有することができるにとどまり、公共の福祉の要請に基づき、その自由に制限が加えられることのあることは、右条項自体の明示するところである——と。

同判決は、続けていう。おもうに、右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされるもろもろの弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない——と。

ここまでは、全く異論がない。問題は、同判決が、さらに次のように続けていることである。すなわち、「憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり…」というのである。

社会公共の安全と秩序という意味における「公共の福祉」に対する危険の存否は、客観的な事実の認識の問題であり、司法審査になじむ。これに反し、判決のように「福祉国家的理想」という意味でそれを用い、そのためにする規制措置を認めると、司法審査が問題となる。

判決もこれを認めて、その場合は立法府の裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である

場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である——といている。しかし、かかる理解は違憲立法審査制度を中核にすえている日本国憲法の基本原理に反することになりはしないか。

そしてかかる観点で憲法第13条・第22条の「公共の福祉」について調べると、上述のように草案では“general welfare”となっていたことを知るのである。起草者は、自由の範囲を区画するためには、法概念を用いていたのである。「福祉国家的理想」というような価値概念を混入させるのは、起草者の意図に反するものと言わなければならない。

Ⅲ. 自由とその規制

(1) 私は、日本国憲法の総司令部草案の作成者は、アメリカ合衆国最高裁判所の有名な判例 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 ; 25 S.Ct. 539 ; 49 L. Ed. 937(1905) を念頭に置いていたものとする。

初めに同判決の成立に至る前史を略説する。

(2) 自由放任主義は、個人を封建的拘束から解放した。契約自由の原則の下で、個人はそれぞれ外部からの拘束なしに自らの意思で自らの運命を決定することができるようになった。社会は、めざましい発展を遂げた。

しかし、その反面でさまざまな矛盾が現れた。

まず、労働者の劣悪な労働条件が社会問題となった。

(3) 1802年、イギリスで「徒弟の健康・風紀に関する法律」(Health and Morals of Apprentices Act) が制定された。同法は、近代国家における労働立法の始まりとされる。

労働立法は、それが年少者・女子の健康・風紀の保護を目的としている限りは、さしたる反対論はなかったようである。

しかるに、それが成年労働者の労働条件を規制するようになると、自由放任主義の哲学との関係で激しく議論されるようになる。

1836年、Cobdenが書いた手紙の一節はいう。「自分は労働者階級の大多数に対する心からの好意において、世界の何人にも劣るものではない。自分の探ろうとする態度は、慈善のうちでも男性的な種類のものである。それは労働者階級の心の中に、独立を愛する念、自己尊敬の特権、愛護され愛撫されることへの侮蔑、蓄積しようとする欲求、向上しようとする大望、すべてこれらのものを鼓吹する。自分は知っている。民衆を喜ばす方法としては、彼らを駆って自主独立の行途にむちうつよりも、議会から安価な恩恵を引き出

そうという阿諛的な欺瞞的な見込みを提供する方法がより容易であることを」と。⁽²⁾

(4) アメリカでは労働立法は、州法の形を採った。それが自由放任主義との関係で論争的となったことは、他の国々におけると同様であった。アメリカでは裁判所が違憲立法審査権をもつことから、しばしばこれらの州法は、州裁判所で争われた。

(5) やがてそれは連邦レベルで争われる。

合衆国憲法修正第14条第1節は、「……いかなる州といえども正当な法の手続 (due process of law) によらないで、何人からも生命、自由又は財産を奪ってはならない」と定めていた。そして判例は、「自由」には“the right of a citizen...to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling, to pursue any livelihood or avocation, and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion and the purposes above mentioned”、すなわち契約の自由・職業選択の自由・営業の自由が含まれるものとしていた (Allgeyer v. Louisiana, 1897)。

他方で、同条は「正当な法の手続」によるならば自由を規制し得ることをも意味していた。

ある州法が「正当な法の手続」によらないで自由を奪っていると主張する者は、同条によって合衆国最高裁判所の判断を求めることができた。

上記Lochner事件は、次のとおりである。

ニューヨーク州法は、パン工場の労働者につき1週60時間・1日10時間を超えて労働させてはならないと定めていた。Lochnerはこの州法に違反して労働させたかどで起訴された。これに対しLochnerは、この州法は、「正当な手続」によらないで契約の自由を奪うもので違憲・無効であると主張した。

IV. Lochner 判決——その抜き書きと評釈

(1) 判決は、まず次のようにいう。

The statute necessarily interferes with the right of contract between the employer and employees, concerning the number of hours in which the latter may labor in the bakery of the employer. The general right to make a contract in relation to his business is part of the liberty of the individual protected by the 14th Amendment of the Federal Constitution... Under that provision no state

can deprive any person of life, liberty, or property without due process of law. The right to purchase or to sell labor is part of the liberty protected by this amendment, unless there are circumstances which exclude the right.

ここでは、労働時間が本来使用者と労働者との間の契約の内容をなすものであって、原則として当事者の合意にゆだねられるべきものであることが判示されている。

これがこの判決の基調をなしている。

事実としては、労働者は使用者の提示する労働時間を拒否する自由をもたない。そこで労働者は、労働時間の規制を求めて州議会にはたらきかける。本件州法は、かかる運動の成果である。

しかし、裁判官は、それを単なる事実であるとし、これに法律的な意味を認めない。法律上は、労働者も、使用者と同じく契約の当事者であり、本件州法は自由に対する侵害以外の何物でもない。裁判官の意識では、この判決で労働者の自由を公権力による侵害から守っているのである。労働運動の成果を奪ったとはつゆ考えない。

(2) There are, however, certain powers, existing in the sovereignty of each state in the Union, somewhat vaguely termed police powers, the exact description and limitation of which have not been attempted by the courts. These powers, broadly stated, and without, at present, any attempt at a more specific limitation, relate to the safety, health, morals, and general welfare of the public. Both property and liberty are held on such reasonable conditions as may be imposed by the governing power of the state in the exercise of those powers, and with such conditions the 14th Amendment was not designed to interfere.

ここでは、各州は「警察権」と呼ばれる権能をもっていること、そして、警察権とは、公共の安全、健康、道徳及び一般的福祉にかかわる権能であることが説かれている。各州は、警察権を行使して財産又は自由につき合理的に必要とされる規制を加えることができるというのである。

判決文は「公共の安全、健康、道徳及び一般的福祉」というが、安全・健康・道徳は一般的福祉の例示とみてよからう（先に引用した英米法辞典の記述を参照せよ。）。

日本国憲法の起草者は、生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利は、このような意味における“general welfare”に反しない限り、尊重されると考えたのである。

なお、ここで付言しておきたいことがある。

引用された部分で、警察権について「あいまい」であるとか、「厳密な記述及び定義づけが裁判所によって試みられたことがなかった」とか、「今、より具体的な定義づけを試みるつもりがないが」とか言われている。警察権の概念が「あいまい」であることは否定し得ないのであろう。しかし、ここではある法律を警察権の行使として肯認するか、それとも警察権を逸脱するものとして否認するかの岐路に立っているのである。よるべき規範が「あいまい」であってよいものであろうか。裁判官としては、自らの判断を下すに当たって準拠した規範についての「厳密な記述及び定義づけ」を示さないですますわけにはいかないと思う。

この部分は、判決の権威を自ら損なっている。

(3) 次に移ろう。

The state, therefore, has power to prevent the individual from making certain kinds of contracts, and in regard to them the Federal Constitution offers no protection. If the contract be one which the state, in the legitimate exercise of its police power, has the right to prohibit, it is not prevented from prohibiting it by the 14th Amendment. Contracts in violation of a statute, either of the Federal or state government, or a contract to let one's property for immoral purposes, or to do any unlawful act, could obtain no protection from the Federal Constitution, as coming under the liberty of person or of free contract.

この部分で、第1文・第2文は、これまで述べたことの繰返しであり、くどい。

第3文は、ひどく混乱していると考える。

連邦又は州の制定法に違反する契約は連邦憲法による保護を受けないという。しかし、州の制定法——連邦の制定法はここでは論外——に違反する契約であっても、当該制定法が違憲であれば、契約は有効である。そうであればこそ本件州法が法廷で審理の対象となっているのである。

また、不道徳な目的のための建物の賃貸借その他違法な行為を目的とする契約は、憲法による保護を受けないという。しかし、かかる契約が無効とされるのは、契約の内在的性質による。契約に対する制定法による規制の議論において持ち出すのは筋違いではないか。

(4) 次に進む。

In every case that comes before this court, therefore, where legislation of this character is concerned, and where the protection of the Federal Constitution is sought, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable, and appropriate exercise of the police power of the state, or is it an unreasonable, unnecessary, and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty, or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family?

この部分も、これまで述べられている趣旨の繰り返しにすぎないようである。判決文はかなり長文であるが、ここに引用した箇所以外にも多くの繰り返しを含んでいる。

(5) 次の文章は、再び契約の自由を説く。

There is no reasonable ground for interfering with liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the state, interfering with their independence of judgment and of action. They are in no sense wards of the state.

裁判官の考え方によれば、労働者は、無能力者でない以上、自らの権利は自ら守ることができるはずである。国家が保護の手を差し伸べることは、労働者の判断と行動の自由に干渉することになる。労働者は、国家の被後見人ではない——というのである。

(6) 判決は、ここで本件州法が警察権行使の要件を充足しているか否かを審査する。初めに「公共の安全、道徳及び福祉」についていう。

... we think that a law like the one before us involves neither the safety, the morals, nor the welfare, of the public, and that the interest of the public is not in the slightest degree affected by such an act.

引き続いて「健康」に言及する。

Clean and wholesome bread does not depend upon whether the baker works but ten hours per day or only sixty hours a week. The limitation of the hours of labor does not come within the police power on that ground.

さらに言う。

There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be necessary or appropriate as a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals who are following the trade of a baker.

判決は、この法律を公共の健康を守るための法律として必要かつ適切なものとみるべき合理的な理由がないというだけでなく、製パン業に従事する個人の健康を守る法律としても必要かつ適切なものとは言い得ないとしている。

判決の哲学からすれば、個人の健康はその個人自身が自ら配慮すべきものであり、本質的に国家の介入すべき限りでないはずである。それにもかかわらず、労働者個人の健康に言及するのは、パン職人が不健康であるとその手で作られたパンも不潔になるとする次のような議論を念頭に置いたものらしい。

(7) It was further urged on the argument that restricting the hours of labor in the case of bakers was valid because it tended to cleanliness on the part of the workers, as a man was more apt to be cleanly when not overworked, and if cleanly then his "output" was also more likely to be so... The connection, if any exist, is too shadowy and thin to build any argument for the interference of the legislature. If the man works ten hours a day it is all right, but if ten and a half or eleven his health is in danger and his bread may be unhealthy, and, therefore, he shall not be permitted to do it. This, we think, is unreasonable and entirely arbitrary.

警察権は、公共の秩序と安全の維持を責務とする。それが個人の権利と自由を保護するとしても、そうすることによって公共の秩序と安全が維持される場合に限られる。これが判決の論理である。

(8) 判決は、この州法を有効とするならば、規制の範囲は拡大してとどまるところを知らないであろうという。

No trade, no occupation, no mode of earning one's living, could escape this all-pervading power, and the acts of the legislature in limiting the hours of labor in all employments would be valid, although such limitation might seriously cripple the ability of the laborer to support himself and his family.

ここでは判決は、事案を離れて、労働立法一般に関する裁判所の見解を展開する。

すなわち——

裁判所は、パン職人の労働時間の規制を認めると、印刷工、板金職人、かぎ職人、大工、家具職人、呉服店員、銀行・法律事務所・病院事務員その他すべての業種における事務員までが規制に服するようになるであろうという。

しかし、かかる判決の論法は不告不理の原則に反しないか。

(9) 積極的な政策の遂行は、警察権の範囲外である。

It is also urged, pursuing the same line of argument, that it is to the interest of the state that its population should be strong and robust, and therefore any legislation which may be said to tend to make people healthy must be valid as health laws, enacted under the police power. If this be a valid argument and a justification for this kind of legislation, it follows that the protection of the Federal Constitution from undue interference with liberty of person and freedom of contract is visionary, wherever the law is sought to be justified as a valid exercise of the police power... Not only the hours of employees, but the hours of employers, could be regulated, and doctors, lawyers, scientists, all professional men, as well as athletes and artisans, could be forbidden to fatigue their brains and bodies by prolonged hours of exercise, lest the fighting strength of the state be impaired.

国民の健康に配慮することは、国家の責務である。しかし、積極的に国民体力の向上を図り、国家の戦闘力を強化することは、もはやその責務ではない——というのである。

後に、*Nebbia v. New York*(1934)は、その少数意見で、国家がその時々の方策目的のために人権を制限することを非として、次のようにいう。

Then, all rights will be subject to the caprice of the hour; government by stable laws will pass.

日本国憲法の起草者は、後年、全体主義国家が国家の方策目的のためにほしいままに国民の権利と自由を奪った歴史を念頭において、*Lochner*判決のこの部分を読んだのではなかったか。

(10) 本件判決は、以下のように締めくくる。

It seems to us that the real object and purpose were simply to regulate the hours of labor between the master and his employees (all being men, sui juris), in a private business, not dangerous in any degree to morals, or in any real and substantial degree to the health of the employees. Under such circumstances, the freedom of master and employee to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution.

The judgement...must be reversed....

私は、以上でこの判決のあれやこれやを批判して来た。しかし、この判決が日本国憲法第13条・第22条の源流となる法理論を示すものであることは確かであると思う。

V. むすび

Lochner 判決を日本国憲法の解釈の参考とする際に留意すべき点を指摘しておく。

それは、アメリカと我が国で憲法の構造を異にしていることである。

アメリカでは、合衆国憲法のレベルで国民の権利と自由を保障する規定は、修正第14条のみである。そして、それを制約する原理も“due process of law”という文言のみである。この文言は、かなり柔軟である。アメリカの判例は、Lochner 以後徐々に展開していくが、それは憲法の文言が柔軟だからである。

我が国では、国民の権利と自由は複数の条項で保障され、「公共の福祉に反しない限り」という文言がそれを限定している。

憲法第31条は、合衆国憲法修正第14条とは異なって、もっぱら刑事手続を定めているものと解せられている。したがって、我が国では刑事手続以外で、自由権についてその行使によって公共の秩序と安全が害されるわけでもないのに、第31条を採用してこれを制限することはできないであろう。

もとより公共の秩序と安全の内容は、時代によって同一ではない。公権力によって維持されるべき公共の秩序と安全の水準は、時代とともに向上する。そしてそれとともに公権力による国民の私的自治への介入も、おのずから拡大するであろう。「公共の福祉」の概念は、硬直的に理解されるべきものではない。

アメリカの都市の美しい街並みを見ると、我々はアメリカの州法による土地の利用の規

制が単に不健康なスラム街の形成を防止するというだけでないことを推測させられる。恐らく、公共の健康の水準を初めから高いレベルに設定していたのであろう。

そのように考えるとLochner判決の法理は、すべて国民が「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」その他日本国憲法が強調している社会権の理念と相容れないものではないし、国家が「社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進」を図ることを妨げるものでもないであろう。経済的劣者の保護を図ることも許容されるであろう。しかし、いかなる場合にも司法審査は全面的にはたらく。そこが小売市場事件判決と違うところである。

アメリカでは、Lochner判決以後判例はさまざまに推移した。しかし、今再び同判決の法律が「復活」しているという。

It is interesting to note that in the 1980s, under the rubric of “law and economics,” the assumption that individuals and corporations are equal bargaining agents—a basic assumption of Lochner — is undergoing a revival.⁽³⁾

〔注〕

- (1) 最終案(英文)ではいずれも“to the extent that it does not interfere with the public welfare”と修文されている。
- (2) 河合栄治郎・トーマス・ヒル・グリーンの思想体系(河合栄治郎全集1巻p.79)の引用による。
- (3) Robert F. Cushman, Cases in Constitutional Law, 8th ed., p.284.