

基本的人権と公共の福祉

— 学説の検討と判例(公共労働者の労働基本権)の検討 —

上 田 勝 美

目 次

- 一 ま え が き
- 二 日本国憲法所定の基本的人権保障の内容
 - (1) 人権の特質
 - (2) 人権の権力への対抗性
 - (3) 人権維持の努力の要請
- 三 基本的人権と公共の福祉
- 四 判例にみられる人権と公共の福祉
 - 特に公共労働者の労働基本権について —
- 五 む す び

— ま え が き

日本国憲法制定後、憲法が国民に保障する権利・自由の保障とその制限の問題は、種々の角度から一応論じられてきた。¹⁾ 例えば、その視角は、帝国憲法下の臣民の権利保障と比較して、「永久不可侵の権利」として国民に保障された日本国憲法下の権利・自由の保障は、如何に在るべきか、換言すれば、旧憲法の如く、法律の留保条項を伴わない日本国憲法下の権利保障²⁾は、単に「公共の福祉」との関係が生ずるのみであるが、この公共の福祉観念の理解の仕方如何によっては、旧憲法下の権利保障と比べて一段と徹底した日本国憲法下人権保障の制度も、十全ではなくなる。事実、学説や判例の中には、公共の福祉を人権制限の条件または剝奪の根拠

として把え、人権保障を阻害する理論も少なからず幅をきかしてきた面がある。³⁾

ところが、裁判所の判決の動向の中で、「基本的人権と公共の福祉」の関係を、再点検すべき素材が、昭和40年代に顕われてきたことを特に注目する必要がある。殊に、公共労働者の労働基本権制限をめぐる諸判決の中で、その動きが看取されるのである。例えば日本国憲法施行後20年目の昭和41年10月26日の、いわゆる「全通中郵事件最高裁判決」は、人権が制約される場合の前提となる具体的基準を明示したといえる。そしてまた、この判決の基調は、「四・二都教組判決」を始めとして、その後の公共労働者の労働基本権をめぐる諸判決の中に継承され、人権制限にかかわる合憲基準を定着させつつあると考えられる。

しかし、右の最高裁判決に示された人権制約の具体的基準が、司法レベルで定着する、ないし、しつつあるということは、基本的人権尊重を旨とした憲法主義の立場から、今一度再吟味しておく必要があるであろう。何故なら、人権制約の具体的基準が、憲法所定の基本的人権尊重の要請にかなうならば、さして問題はないが、人権が制約される場合の合憲基準を示し乍ら、しかも、人権を一般的・一律的に制限ないし剝奪していると考えられる違憲の立法を合憲とする結論を導き出す「解釈手法」は、厳に憲法第一主義の立場から批判しておかなくてはならないからである。また全通中郵判決及びこれの論理を継承した諸判決の中に、いわゆる「比較衡量論」が採用され、その結論が、全通中郵判決が示した人権制約の具体的基準をも、無視するか、ないしはその具体的基準を示した意図を滅殺する方向で、法解釈上処理されてきたことを注目する必要がある。⁴⁾

そして、全通中郵判決等に示された、「人権制約の合憲基準」は、ひとり公共労働者の人権と公共の福祉の関係を如何に理論構成すべきかの問題にとどまらず、広く基本的人権一般と公共の福祉の関係を考える内容をも含んでいると考えられるので、その観点からも、全通中郵事件最高裁判決を基として出されてきた公共労働者の判決の問題点を指摘しておく必要が

あるであろう。

本稿では、先ず、憲法所定の基本的人権保障の原則が如何なるものであるか、基本的人権と公共の福祉との関係が如何なる関係であるべきかについて学説の再検討をすることによって、憲法解釈上の問題を探り、次いでそれを前提として、右に挙げた判例上の具体的問題点を考究することにする次第である。

- 1) 末川博編『基本的人権と公共の福祉』、中谷敬寿、柳瀬良幹、稲田正次「公共の福祉について」以上公法研究4号所収、樋口陽一「公共の福祉」法律時報（以下法時と略称）41巻5号所収、鵜飼信成「基本的人権と公共の福祉」社会科学研究11巻3号、俵静夫「基本的人権と公共の福祉」憲法講座二所収、野村平爾「公共企業体労働関係と公共の福祉」（法時21巻9号、同「『公共の福祉』論」思想455号、山本桂一「公共の福祉」日本国憲法体系八巻所収、俵静夫「基本的人権と公共の福祉」清宮、佐藤編『憲法講座』所収等参照、
- 2) 鵜飼信成『憲法』（岩波全書）、同『憲法』（弘文堂）参照。
- 3) 田畑 忍編『判例憲法学』、同編『憲法判例総合研究』長谷川正安『憲法判例の研究』、同『憲法判例の体系』等参照。
- 4) 沼田稻次郎「労働法の解釈と労働法学」別冊法学セミナー基本法コンメンタール『労働法』I所収35頁以下参照。

二 日本国憲法所定の基本的人権保障の内容

(1) 人権の特質

日本国憲法は、国民の権利・自由を、「永久不可侵の権利」として設定し、更にこの権利・自由が、人類史の過程で、人類の犠牲が払われつつ、獲得されてきたものであることを確認している。謂わば、人類の権利・自由は、政治闘争の産物として、諸国の実定憲法に具体化されてきたことを明らかにしているのである。ここに政治闘争の過程というのは、広義の意味で理解すべきであるが、この観点からすると、急激な政治体制の変革を伴う「革命」や、対抗勢力の拮抗する過程で、被支配階級が支配階級に被支配階級の諸要求をつきつけて、具体化する場合までも含まれるのである。

う。¹⁾ 例えば、人類史を闘争の過程として把握すると、イギリスの諸権利の宣言、フランス人権宣言、アメリカの独立宣言も、これらはすべて、それぞれの国の政治状況に於て、支配階級に、被支配階級が、自らの利益を獲得するため、激列な政治抗争を経て、獲ちとった成果の世界に対する宣言であったといえることができる。

日本国憲法は、右の趣旨を、「この憲法が国民に保障する基本的人権は人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練にたえ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」(97条)と宣明している。特に、憲法が国民に保障する権利・自由は、人類多年の努力の成果(“fruit of the age-old struggle of man”)だと規定していることに注目する必要があるであろう。ここに「努力の成果」といっているのは、人類の闘争の成果と読みかえて理解すべきである。²⁾

かくして、基本的人権は、その特質として三つのものを内含していることを知るであろう。一つは、「基本的人権の不可侵性」であり、二つは、「権力、殊に国家権力」に対決していること、三つは「人権の維持の努力の要請」である。

先ず第一の、「人権の永久不可侵性」に関しては、獲得された人権は、永久不可侵のものとして、確保することを確認するということである。学説の中には、憲法11条が、基本的人権の「永久不可侵則」を規定していること、及び97条、11条が「永久の権利として信託」されまたは「与えられる」と規定していることの趣旨から、憲法所定の基本的人権は、天賦の人権ないし自然権だと理解するものもあるが、³⁾ 憲法の右条項の趣旨は、あくまでも、人権の永久不可侵性の憲法的要請または確認ということである。即ち、人類の闘争の過程で、自然権思想や天賦人権思想が、実定権としての基本的人権を生み出す契機となったことを認めるとしても、憲法所定の基本的人権を、自然権や天賦の人権として把えることはできないということである。⁴⁾ 何故なら、憲法自身、11条12条及び97条で、「この

憲法が国民に保障する基本的人権」と規定しているからである。更に、各国の人権保障規定の種類や内容が異なるのも、人権が、各国の歴史の発展段階で、その保障形態を異にしてきたことを実証しているといえよう。従って、人権が、実定法上の権利であることを疑いえないし、また、憲法11条が「すべての基本的人権」といっている「すべて」の範囲も、この憲法、即ち日本国憲法が国民に保障する基本的人権の「すべて」と、解する必要があるであろう。⁵⁾ なお、学説の中には、憲法11条、97条が、「基本的人権」といい、12条が「自由及び権利」と規定していることを把えて、二者は、概念を異にする、或は、広狭の幅があるとするものがあるが、⁶⁾ 二者を峻別する必要は、全くない、何故なら、人権は、ときに基本的人権といい、権利といい、自由と呼ぶことがあるからであり、呼称自体が問題なのではない。人権の歴史性の確認と「永久不可侵の要請」の確認こそが重要であるといわなければならない。

(2) 人権の権力への対抗性

人権の本質を知るためには、人権が、歴史的に幾多の試練にたえ確立されてきたことを確認すると同時に、人権と対抗関係にあるものを確認しておく必要がある。それは概括的に云って広く時の支配勢力ないし支配権力ということができる。就中、近代国家が成立してからは、対国家権力との関係で、人権をとらえる必要がある。人権は、この点、常に国家権力に対決して、その質を高め、人権の種類を増加させてきたといえるであろう。こうした視点から云うと、人権の本質を、「抵抗権」として概念構成することが可能であるし、またそうした視点を欠落しない「人権論」こそ評価されるべきであろう。⁷⁾

(3) 人権維持の努力の要請

人権が、過去幾多の試練に耐え、近代国家の憲法に実定されてきたことを承認するとしても、人権が、今後、国家権力その他諸社会権力によって

侵害されないという保障は何処にもない、むしろ実定化され、国民にその実定諸権利を保障すると憲法が謳っていても、現実の政治状況・憲法状況は、絶えず、人権侵害が惹起されることを実証している。例えば、思想・良心の自由に於て、表現の自由、人身の自由、諸種の社会権の領域に於て、日常提起される人権侵害の実態は、人権維持の困難さを証明している。⁸⁾ 憲法は、人権保障の趣旨とその実態との間にギャップが生ずることを予想して、人権の維持または拡大に注意を払っているのである。即ち国家機関に対しては憲法99条、13条が、国民に対しては、憲法12条がそのことを規定しているのである(憲法13条の法理については後述)・憲法12条前段は、国民の自由及び権利は、「不断の努力」によって保持すべきことを、国民に義務づけている。この点、人権維持の日常的努力を、かつてイエーリンクは、「権利のための闘争」で強調したし、⁹⁾ 佐々木惣一博士も、日本国憲法12条の解釈に於て、「憲法擁護の努力の強要」¹⁰⁾ と主張されたことがあり、その主張の趣旨は、今日に於てもその重要性を否定しえない。即ち、人権程、その維持、拡大を志向するならば、人権のトレーガーによる強い関心と実践とを要求されているものはない。別言すれば、人権は、人権のトレーガー、即ち国民大衆による不断の努力が軽視または等閑視されるならば、まさにその時から人権保障の実態は、脆弱化される必然性をもつに至る、と言えよう。¹¹⁾

ところで、日本国憲法は、人権の強力な保障を確認する規定を置いているばかりでなく人権相互間の矛盾または衝突の場合の調整にも意を用いているといわなければならない。人間が社会共同の生活をする単位であるとすれば、その社会共同の生活を協調的に確保するために、人権相互間の衝突が起る場合もありうる。いふなれば、人権は、社会の共同生活上、無制限・無放従に認容されているわけではない。従って、憲法は、憲法が設定している諸権利の共同的且つ民主的に生かされる条件として「公共の福祉」という観念を設定している。明治憲法下の臣民の権利は、冒頭で触れた如く、法律の範囲内でしか認められない不十分、不徹底な権利であっ

た。これに対して、日本国憲法下の人権は、人権の「不可侵性」、「普遍性」、「歴史性」を確認した上で、人権の衝突が起った場合に、人権保障の趣旨に従って、調整されるよう留意しているのである。

しかし、憲法の設定している「公共の福祉」の内容に就いては、諸説が競合的に存在している。¹²⁾ また、戦後の憲法論争に於て、公共の福祉の観念程、いろいろな立場から都合よく解釈されようとする傾向をもった言葉も少ない。しかし、公共の福祉の内容の確定に当っては次の事を確認しておく必要がある。

第一点は、公共の福祉は、基本的人権と対立するものとして捉えられてはならない。むしろ、人権の成立の条件として、考えられるべきものであり、またそのように考える以上、公共の福祉は、人権保障を完うする方向で条件付けられなければならない、ということである。憲法第三章の権利規定の体系の中、特に総則規定たる12条、13条に於て、人権と公共の福祉をどのように捉えるべきかのカギがそこにある。先ず、憲法12条中段、後段は、12条前段所定の権利・自由を「保持する義務」との関連で、「濫用禁止」の原則と、公共の福祉のために「利用」することを定めている。社会公共の生活をするに当って、国民は常に「他人の権利の主張」とのかね合いまたは調整を条件として、自己の権利を確保する努力をすることを要請しているのである。しかし、自己の権利・自由を否定してということでは毛頭ない。このように解する以上、憲法所定の「公共の福祉」は、断じて、国家の利益、一党一派の利益ではない。むしろそうした明治憲法下に於て、喧伝された、滅私奉公、公益優先、国家第一主義を否定しているところに特色があり、そのような発想の入り込まないよう憲法解釈上、国家機関が努力すべきことを要請している条項であるといえよう。¹³⁾

第二点は、憲法13条所定の公共の福祉を、人権保障の視点から如何に理解すべきかである。学説や判例の中には、憲法13条を、基本的人権制限の根拠規定と捉えるものがある。しかし、憲法13条は、何よりも個人主義を確立している規定であり、全体主義を否定している規定である。¹⁴⁾ 換言す

れば、憲法13条は、国民の権利・自由を制限する根拠規定であるのではなく、国家に対して、憲法所定のすべての基本的人権を尊重すべしとする憲法的要請の規定である、と考えなくてはならない、即ち、憲法13条は、国家または国家機関に対して、基本的人権尊重を義務づけた規定であり、憲法15条、99条と相俟って、憲法尊重擁護の立場から、基本的人権尊重を徹底付ける規定と解しなくてはならない。

更に、憲法13条が「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」と規定しているのは、国政即ち立法を行うに当たっても、行政を行うに当たっても、司法を行うに当たっても国民の基本的人権を尊重すべしとする趣旨である。従って、基本的人権を、憲法13条後段との関係で、制約する立法を行うに当たっても、人権の全面的な尊重を前提とする立法の要請であるから、一般的、一律的な制限を目的とする立法は、違憲無効の立法ということになる。

これを要するに、憲法13条後段が「公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で」と規定しているところを、反対解釈して、公共の福祉に反する場合は、当然に且つ一般的、一律的の制限が可能であると解釈することは許されない。この事理は、公共の福祉が、国家の利益、一党一派の利益と解することを、憲法12条が、否定している以上当然のことである。それでは、公共の福祉に反する場合に、国家機関は如何に対応すべきかという、例えば、田畑忍教授の「『公共の福祉』に反する場合に於ても、最小限度には尊重しなければならない、とする義務を課せられる。その最小限度というのは、もちろん人間的または個人としてのと意味であっ

て、それ以下という意味ではない」¹⁵⁾ という主張や、小島和司教授の「ここで『生命・自由・幸福追求の権利』は『公共の福祉に反』しても、『最大の尊重』が制約されるだけで、『最大』にいたらぬ尊重はなお要求されることを注意すべきであろう」という¹⁶⁾ 主張の如く理解すべきであろうと思う。これを要するに、憲法13条後段を、基本的人権制限・剝奪の根

抛規定と解してはならぬということである。

第三点は、公共の福祉の内容を確定していく場合の注意である。確に、公共の福祉の内容を確定してゆく作業は、難解である。何故なら、公共の福祉という抽象的一般条項は、憲法所定の諸種の基本的人権の規定とかかわっているからであり、その機能が、判例や、行政機関による解釈により、一定のイデオロギー性をもってくるからである。従って、このような公共の福祉概念の積極的な規定付の難しさを、樋口陽一教授は、「『公共の福祉』の概念内容を一般的にフォーミュレートしようとするところみは、他の一般条項の場合とおなじように、いわばラッキョウの皮むきを連想させるような作業である」¹⁷⁾と語っている。

また、小林孝輔教授も、公共の福祉概念の把握の難しさについて「『公共の福祉』とは抽象的にいえば、この共同社会の秩序を存続するための共通の利益であるといいうる。」しかし「具体的には、学説、判例とも一義的ではない。なぜなら、その社会の体制、国家の構造、そしてさらにその時代と、見る人にもよって、公共の福祉とされるものは、多種多様だからである。」¹⁸⁾と主張し、結局「公共の福祉の具体的観念が、時処によって異り、一義的に決することが可能でも適當でもない以上、この内容こそ『判例』のつみかさねをまつほかなく、それにより、次第に明確にされてゆくであろうし、またされてゆかねばなるまい」¹⁹⁾と結論づけている。

たしかに公共の福祉の観念は、歴史的にいろいろな意味を賦与されてきたこと²⁰⁾更に公共の福祉の観念が、現実の政治状況下で国家機関の解釈により、人権制限の「原理」のように扱われ易いことは、事実である。²¹⁾しかし、日本国憲法所定の「公共の福祉」の概念が、内容不確定の概念だから、その確定作業は判例の積み重ねに待つべきだという見解には異論がある。何故なら、公共の福祉の具体的な意味内容が、判例の積み重ねにより確認されてくる場合があることを認めるとしても、判例の積み重ねが憲法的視点よりみて好ましくない場合も十分考えられる。わが国の司法の体質からみて誤った判例が定立されることにも留意する必要がある。肝心な

ことは、憲法第三章が、国民に保障する権利・自由の体系の中で、公共の福祉概念がどのような位置づけを与えられるのが望ましいかということであろう。その場合、既に述べた如く、人権の本質を無視してはならないという制約が、公共の福祉概念に対して課せられているということである。

しかし、憲法レベルでの一般条項の解釈である以上、一般的抽象的内容たらざるを得ない一定の限界がある。そのように解すると、憲法所定の「公共の福祉」の内容は、個々の国民の社会共同生活の利益または幸福ということにならざるを得ない。²²⁾ このように解しても、実態的には国民大衆の社会生活上の利益または幸福と解することができるであろう。

しかし、公共の福祉論を展開する過程で、より重要な問題点は、右の一般条項たる公共の福祉と種々の自由権、社会権とのかかわりあいが生じたとき、換言すれば、国民の権利・自由が、憲法12条後段の「常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」という関係に立ち至ったとき、基本的人権の行使は、制約を受けるかという問題である。

たしかに、宮沢俊義、佐藤功、小林直樹諸教授の主張の如く、²³⁾ 公共の福祉により、基本的人権は制限できるか、という問題提起は適当ではないと思われるが、——何故なら、このような議論の仕方をする、公共の福祉自体、人権の制限原理と考えられる可能性があるから——、公共の福祉のために利用する責任を負うということになると、そこに国民の権利・自由を制約する場合が起ることを示している。勿論、この場合、既に述べた如く、国家の利益や、特定のものの利益のために、国民の権利・自由を制限することがあってはならない。しかし憲法は、社会の共同生活の向上のために、人権の制約が特定のになされる場合があることを予想しているといえる。

唯、学説の上では、基本的人権と公共の福祉の関係を考えるとき、公共の福祉の要請があれば、基本的人権を制約することができるか、という形で学説を整理することは可能なので以下これらのことについて検討する。

- 1) 田畑 忍『改訂政治学』、『政治学研究』、『憲法と抵抗権』憲法研究所特集四『抵抗権』, 恒藤 恭「近代社会とその思想的成長」(近代精神の探求・上) 所収, レーニン『国家と革命』宇高基輔訳。
- 2) 前田一良「永世中立」62号参照。
- 3) 宮沢俊義『日本国憲法』コメンタール, 同『憲法』Ⅱ法律学全集, 鵜飼信成『憲法』等参照。
- 4) 田畑 忍『憲法学原論』, 同『憲法学講義』等参照。
- 5) 田畑 忍, 前掲書及び『憲法と抵抗権』参照。
- 6) 例えば, 宮沢俊義『日本国憲法』コメンタール, 194頁。田口精一「基本的人権と公共の福祉」(阿部, 地田, 田口編憲法講義所収101頁参照)。
- 7) 田畑 忍『憲法と抵抗権』憲法研究所特集『抵抗権』なお抵抗権が実定上の権利か否かについては争いがある。法哲学会編『抵抗権』, 宮沢俊義『憲法』Ⅱ, 結城光太郎「抵抗権」(日本国憲法体系八巻所収等参照)。
- 8) 上野裕久『国民の憲法意識』, 小林直樹『日本国憲法の問題状況』, 同編『日本人の憲法意識』等参照。
- 9) イエーリンク『権利のための闘争』日沖憲郎訳参照。
- 10) 佐々木惣一『日本国憲法論』昭和24年版517頁参照。
- 11) 小林孝輔『日本の憲法政治』, 長谷川正安『昭和憲法史』, 同『政治の中の憲法』, 鈴木安蔵『憲法の理論』等参照。
- 12) 公共の福祉の問題程, 日本国憲法上の議論の多いものはない。なお, 田口精一前掲論文は, 従来の学説を手際よく整理している。
- 13) 田畑 忍, 前掲書, 鵜飼信成前掲書参照。
- 14) 田畑 忍, 前掲書参照。
- 15) 田畑 忍『憲法学講義』144頁以下参照。
- 16) 小島和司「個人権と公共の福祉」(清宮編『法律学演習講座』所収97頁参照)。
- 17) 樋口陽一「公共の福祉」法時41巻5号51頁参照。
- 18) 19) 小林孝輔, 「基本的人権と公共の福祉」佐藤・大西編『総合判例研究叢書憲法(3)』19頁以下参照。
- 20) 鵜飼信成, 前掲書等参照。
- 21) 渡辺洋三「公共の福祉と基本的人権」思想455号26頁以下参照。
- 22) 田畑 忍『憲法学講義』142頁参照。
- 23) 宮沢俊義『日本国憲法』コメンタール201頁。小林直樹『憲法講義』上, 281頁等参照。

三 基本的人権と公共の福祉

憲法11条，12条，13条は，基本的人権の永久不可侵性と国民の不断の保持義務と对国家権力への対決性を確認しているものであるが，憲法12条所定の「公共の福祉」のために利用するという趣旨から，基本的人権が制約される場合が生じる。しかし，公共の福祉の要請がある場合，ある種の基本的人権が，どの程度の制約を受けるべきか，或は，ある人権は，制約を受けるが，ある種の人権は制約を受けないかに就いては，学説が岐れる。そこで，諸種の学説の中，典型的なものを探り上げ，公共の福祉の要請がある場合，基本的人権は，どのような位置に置かれるべきかについて，以下検討する。唯，以下の学説の分類も，結局は，公共の福祉を如何に把握しているかというところから，切り離して検討することはできない，ということである。このことを前提として，私には，公共の福祉の要請がある場合，基本的人権はどのように位置づけられるべきかの問いに対しては，およそ三つの学説のカテゴリーがある様に考えられる。

(1)

第一のカテゴリーは，公共の福祉にウエートを置いて，基本的人権の関係を把えようとする立場である。従ってこの種の学説は，国家優位主義または公益優先主義を本質としている，と云えよう。この第一のカテゴリーに属するものとしては，柳瀬良幹，大石義雄諸教授の学説がある。例えば，柳瀬教授は，かねてより「日本国憲法の解釈としては，公共の福祉が基本的人権に対する唯一の制約であり，云い換へれば，基本的人権に対する公共の福祉による制約は，無条件・無制限のものと解するのか正当であって，従って，公共の福祉の要求する場合には，単にこれを制限することのみならず，剝奪，廃止することも差支えなく，そしてそれは敢えて所謂生存権に限らず，自由権についても同様であり，また敢えて各本条において公共の福祉の制約の明示せられたものに限らず，一切の基本的人権

についても皆同様と解すべきものと思われる¹⁾と主張している。従って柳瀬教授の公共の福祉論は人権尊重主義的でなく、国家主義的である。柳瀬説はこの第一の категория に属する学説の中、最もドラスチックなものである。若し柳瀬教授の学説を、現実の憲法状況に当てはめると、憲法所定の人権の「永久不可侵性」、「不断の保持義務」、「抵抗権性」など、国家機関（国家権力）の判断で、自由に侵害されることになるであろう。

(2)

第二の categoria （学説）は、憲法所定の人権保障の原則をあくまでも生かすことを前提としつつ、人権相互間に衝突が生じる場合、その限度で調整のための制約を課することを承認するものである。しかし、私見の如く、公共の福祉の要請がある場合、基本的人権が如何なる位置を与えられるべきかという命題で、三つの categoria に岐けて、学説を整理すると、わが国のほとんどの憲法学説は、この categoria に属することとなる。従ってこの categoria に属する学説は、多様であり多彩であり、それ故に詳細な点では、人権保障の実際に於て、結論を異にするものもありうる。唯この種の categoria に属する学説は、公共の福祉を、国家の利益、一党一派の利益と考えて、それらの利益の擁護のために、基本的人権が制限されることを許さない、としている点で一致している。例えばこの categoria に属すると考えられる有力な学説は、田畑 忍、宮沢俊義、佐藤 功、小島和司、橋本公亘、兼子 一、和田英夫、小林孝輔教授等がある。例えば田畑教授は、憲法12条第3段の「公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」という趣旨を「個々の国民は究極的には他の個々の国民のために、その共同生活たる社会の幸福を招来するような心構えをもって、この憲法の基本的人権を行使しなければならないということである²⁾とし、憲法12条第2段の「不許濫用の原則」と相俟って、個々の国民の人権の行使に「制約」を加えている、とするのである。しかし、この「制約」の趣旨は基本的人権の擁護を目的とするところにある、とし、そのために「基本的人権を全体的に侵すことは言うまでもなく全体主義であって、基本的人権設

定の趣旨に反する。個々の基本的人権に、それぞれ『一般的制限』を加えることも、また明らかに第12条及び第13条の定める制約を越えるものであり、従って制限過剰として許されない。すなわち、第12条および第13条の許容する制約は、わずかに『特定の』の制限だけということになる。」と主張している。従って、田畑教授の「基本的人権と公共の福祉」に関する主張の特色は、公共の福祉を、基本的人権を生かすための「擁護条件または調整条件」として扱っている、ということになる。勿論、基本的人権のバラエティに伴って、特定の制約が課される場合も、「その人権の内容的性質上、全然、制限されることのできないものと、制限の巾の狭いものと、制限の中の比較的広いものとの三種を区別する必要がある」⁴⁾と内容的区分を伴う主張として具体化されている。

宮沢俊義教授の主張は、よく知られている如く、公共の福祉を、人権の調整原理として把握しているところに特色がある。例えば、教授は「他人に関連する場合は、必然的に他人の基本権との衝突の可能性が生ずる。その場合、各人間の平等がみとめられ、各人の基本的人権が平等に尊重されなくてはならないとすればそこには、各人の基本的人権相互の衝突の可能性を調整するための原理が要請される。かような調整原理をみとめることによってのみ、社会のすべての人に平等に基本的人権を保障することが可能になるのである」⁵⁾と主張している。しかし教授は、公共の福祉を二種に分け、基本的人権が制約される態様を検討する。即ち「自由国家の理念にもとづき、基本的人権に対する制約が要請されるとき、それを根拠づけるものは、自由国家的公共の福祉である。この場合は、各人に対して基本的人権を公平に保障するために必要な最小限度においてのみ国家権力による規制が許される。これに対して、社会国家の理念にもとづき、基本的人権に対する制約が要請されるとき、それを根拠づけるものは、社会国家的公共の福祉である。この場合は、各種の自由権の経済的裏づけとしての社会権を実質的に保障するために必要な限度において、国家権力による経済的な基本的人権に対する介入ないし干渉が是認される」⁶⁾という。

兼子一教授の学説も、この第二の категория に配列することができるであろう。⁷⁾ 兼子説は基本的人権を、自由権と社会権に大別して、前者は、前国家的な権利であるから、制限はできないか、後者は、後国家的な権利であるから、公共の福祉の要請により、制限可能という。この学説には、いくたの批判が既になされているが、⁸⁾ 基本的人権の中、自由権を前国家的な権利と判断したところに、根本的な誤謬がある。また、基本的人権を二種の categoria に分け、両者を公共の福祉との関係で裁断する手法は、図式的で一見明快なようであるが、基本的人権を制約する態様を具体的に検討するとき、実役は少なく、むしろ何の解決も与えないことになる。

また、橋本公直教授の学説も、この categoria に属すると考えられる。橋本教授は、公共の福祉を定義して、「強いていえば、社会生活を営む成員多数の実質的利益とでもいうべきであろう」⁹⁾ と主張しているが、この成員多数の利益と定義しつつも、公共の福祉は基本権尊重の趣旨に合するよう「厳密な解釈」の必要を強調する。また、公共の福祉の内容は、具体的な社会・経済・政治等の条件で変化するから、具体的な内容は可変であるという。¹⁰⁾ しかし、橋本説の特色は、公共の福祉の内容の理解に於て、マルキシズム憲法学、例えば鈴木、針生説の如く、勤労者大衆の利益と断定しないところにある。更に、権利自由の制限については、「社会共同生活を営む以上、権利や自由がある程度の制約をもつことが必然的に考えられる。その制約の程度は、それぞれの権利自由によって異なるものであるが、ともかく、最低限度の制約として、他人の同種の権利を侵害しないこと、社会共同生活の基礎秩序を侵害しないことが要請されるといわなければならない」¹¹⁾ と最低限度の制約しか認められない点を強調している。

以上、私が、公共の福祉の要請がある場合、基本的人権は、何如なる制約を受けるかについての第二の categoria に属すると考えられる学説の中、田畑学説、宮沢学説、兼子学説、及び橋本学説を便宜的に素材として採り上げてきたわけであるが、そこに共通すると考えられる特色は、第一点は、公共の福祉の内容を、個々の国民の社会共同の利益と解していること

である。即ち自由権と社会権の権利の性質の違いによって、公共の福祉に対する基本的人権の対応の仕方に工夫をこらしている点がそれぞれニュアンスを異にしているといっても、総体的には、公共の福祉を社会共同の利益と考えていることを否定しえないであろう。

第二点は、公共の福祉の要請がある場合にも、なるべく基本的人権は制限しない方向で処理すべきだということである。このことが田畑説等に顕著にみられる如く、止むを得ず人権を制約する場合には、最低限の「特定の制限」のみが許容されるという法論になっている。

第三点は、第一、第二の共通点と異なって、例えば、田畑説と宮沢、橋本説の主張の相違点である。田畑説は、基本的人権を、実定上の権利として扱っていること、第二に基本的人権の本質を「抵抗権」として、しかも実定化された抵抗権として扱える必要を強調している。¹²⁾しかし、宮沢、橋本説は、基本的人権の特質を、抵抗権として扱っても、それは、実定化になじまない自然権として扱っているところに特色がある。¹³⁾

第四点は、公共の福祉をめぐる論争の傾向は、宮沢説を(A)、肯定的に批判している学説が多いということと、これと反対に、(B)宮沢教授の主張たる「公共の福祉＝調整原理説」を正面から批判している学説も存在するということである。A説に属するものとしては、例えば、和田英夫、樋口陽一教授などがある。和田教授は、「第一に、基本的人権の歴史的性格に対応して、市民的自由国家的な公共の福祉（人権の自由公正な保障が主眼）と、社会福祉国家的な公共の福祉（人権の経済的実質的保障が主眼）をわけ、自由権的人権の制約が問題となる場合には、前者が調整・制約原理として働き、これに対して、社会的人権が問題となる場合には、後者が調整・制約原理として働く、とする考え方が有益である（傍点上田）。ただし、この二つは原理的・絶対的に相対立するのではなく、むしろ後者の『公共の福祉』は前者の『公共の福祉』の実質化を意味するものと考えられる。……第二に、かような意味での『公共の福祉』は必ずしも憲法の明文規定にのみ、その唯一の根拠が限定されるわけではないのであり、むし

ろ、本来、公共の福祉は、憲法の理念ないし価値原理に固有に内在する制約原理ともいうべき当然の原則を宣言したものとといえるのである」¹⁴⁾と主張している。¹⁵⁾ 和田教授は、右の如く、宮沢説の特色たる公共の福祉の二側面についての二元的把握を批判した上、個々の基本的人権に、公共の福祉が如何に対応すべきかについては、田畑教授の学説と近似の主張をしている。即ち、制限の全く許容されない人権と特定の制約が許される人権とを区別している。

また、和田教授と違った角度から、宮沢説を肯定的に批判したものとして、樋口陽一教授の論調がある。樋口説は、従前の公共の福祉論および公共の福祉と基本的人権の関係についての諸説を総括したものであるが、その特色は、第一に、公共の福祉の理解として、「『公共の福祉』は現代国家に特有の、宮沢教授のいう『社会国家的』のものとしてのみ理解されるべきであり、そのようなものとして、憲法22条1項と29条2項にもとづいて、経済的自由権に対してのみ制約の根拠となりうる、という解釈論の意義が認識されなければならない」¹⁶⁾と主張する。第二に、階級的分裂の国家的社会で、超越的な公共の福祉は考えられず、公共の福祉論を否定する立場に立つ渡辺洋三教授の学説のイデオロギー分析に替意を表しつつ、憲法解釈論の次元としては、「『福祉』の階級的分裂のなかでなお、幻想なしの一定の『社会国家的』な『公共の福祉』を主張することは可能であるし、また意義をもちうる」¹⁷⁾と自己の立場を明らかにしつつ、公共の福祉論検討のその他の二、三の重要問題点を指摘している。私見は、日本国憲法所定の公共の福祉の内容把握に於て、社会国家的なものとしてのみ理解すべきだとするその点については賛同しえないが、後者の憲法解釈の枠内でも一定の限定付きで、公共の福祉の内容を認めようとする態度は、解釈論としては当然のことと受けとめることができる。

次に、(B) 宮沢説等の、公共の福祉を人権の調整原理として把握する立場を無条件に承認できないと批判する川口(是)説がある。川口教授は、「現実に発生する諸権利間の矛盾と衝突を具体的・個別的に解決しようと

するときには、その具体性と個別性におうじて検討する以外に解決の方策はない。したがって、公共の福祉をもって権利相互間の調整の原理という場合、その調整のための具体的な基準が明示されえないならば、調整の必要上の権利制限ということと、公共の福祉の必要上からの権利制限ということとのあいだには、実質上それほど大きな差異を生じないことにならう¹⁸⁾と主張し、調整原理の使い方によっては、権力者の権利制限の道具理論と墮する危険を指適している。妥当な見解といえよう。

(3)

基本的人権と公共の福祉をめぐる第三のカテゴリーは、公共の福祉の要請があっても、基本的人権の制限は、原則としてこれを認めないとする立場である。このような立場が主張される背景は、第一に、明治憲法所定の臣民の権利の保障と日本国憲法所定の基本的人権の保障の相違を峻別することに留意していること、第二に、憲法第三章所定の人権体系を理解する態度として、憲法12条、13条と22条、29条のかね合いをどう視るかということと、第三に、現実の憲法状況下にあっては、公共の福祉による基本的人権の制限は、人権の制限＝剝奪に至る場合が多いということを考えているためと考えられる。ただ、第三のカテゴリーに属する学説も、公共の福祉の中味を如何に解するかで、種々な考えがありうる。私は、それらの考えを更に二大別（A説とB説）して整理してみよう。

第三のカテゴリーに属する学説の中、A説としては、憲法22条、29条以外の基本的人権は、制限の対象にならず、ただ権利に内在する制約があるだけだとする。鵜飼信成教授の立場がそれである。これに対して、第三のカテゴリーに属する学説の中、B説に属する学説は、学説史的に云えば、マルキシズム憲法学を主張する立場のものが多く、と考えられる。

先ず、鵜飼教授の見解であるが、教授は、憲法第三章所定の四つの「公共の福祉」なる文言を解して、憲法12条、13条の公共の福祉は、単に訓示的規定であり、人権制限の根拠規定ではないという。問題は、22条と29条の公共の福祉をどう考えるべきかにあるという。即ち、教授は、「公共の

福祉の概念が、前述アメリカ憲法の歴史の上から知られるように、もっぱら社会的弱者を保護するための観念として成立したことを示しているのは、それが日本国憲法でも、第22条の居住、移転、職業選択の自由と、第29条の財産権の保障とにだけ、とくに明記されているという事実である。¹⁹⁾と主張し、「この明文の制約規定（22条と29条，上田註）があるということは、むしろ逆に他の基本的人権が『公共の福祉』による制約を受けないことを意味すると解すべきである」²⁰⁾と言う。従って、憲法22条、29条以外の基本的人権についてはどのように考えるべきかというところ、教授は、「一体22条、29条によって規定されている権利以外の権利は、絶対的無制約的なものか、ということそうではない。各々の権利は、その権利の具体的性質、その具体的な行使の態様において、各々の内在的な制約をもっている。しかし、このことは、憲法12条、13条の『公共の福祉』の一般的規定とかかわりがない」²¹⁾という。

ところが、鵜飼教授は、憲法22条、29条以外の権利の制限は認めないとする立場に立ちながら、権利の衝突、矛盾に対しては、「比較衡量」で解決すべしと主張している。いわく「結局、特定の権利の行使が特定の事情の下で、ある社会的害悪を与えることが顕著である場合、これを制限することによってもたらされる社会的利益と、そもそもその権利の行使がもっている社会的利益（したがって、それを制限することによって、社会および国民にもたらされる不利益）との比較衡量によって、その限界づけが検討されるべきである」²²⁾と主張している。

しかし、鵜飼説の批判されるべき第一点は、憲法第三章の総則的規定たる憲法12条、13条と憲法22条と29条を故意に分離していることであり、第二点は、憲法12条、13条所定の「公共の福祉」規定を、訓示規定としていることである。学説の論争としては、憲法12条、13条の公共の福祉と22条、29条の公共の福祉が重複規定か否かが争われているが、憲法12条、13条が、憲法第三章の権利体系の中で、総則的な位置を与えられている以上、重複規定と解して不都合はない、むしろ問題は、憲法11条及び12条、

13条、14条が、日本国憲法第三章の総則規定としてもっている法的意味をどう解するかにかかっているといえよう。既に述べた如く、憲法12条は、権利・自由の不断の保持義務を定めた重要な法的規定であること、また13条が国家機関に対して、基本的人権を擁護すべき法的義務を課している規定であること、従ってその法理とを弱めるような解釈は、決してなすべきではないのである。第三点は、人権衝突の場合の解決策として、比較衡量説の採用を強調している点である。私が、第二のカテゴリーに位置づけた佐藤（功）説も比較衡量論を強調している点で同じであるが、この比較衡量論の無原則な強調は、人権保障に役立たないばかりか、むしろ違憲の立法を容認する場合が起る。現に、本稿後半で問題とする公共労働者の労働基本権をめぐる最近の一連の判決は、比較衡量論に毒されている、とさえ云えよう。この点は、詳しく後述する。

次に、第三のカテゴリーに入る学説の中、宮沢説と鶴飼説との折衷説であり、より根本的立場は鶴飼説に近い学説として、小林直樹教授の学説を位置づけることが可能であろう。即ち、教授は、公共の福祉概念を解して、人権相互間の整調原理として把握していること、第二に、憲法12条、13条を「道徳的指針」と理解していること等である。教授自身、自己の立場を、鶴飼教授や山本桂一教授の立場と「結論的には最もこれに近いといえそうである」²³⁾とされている。そして、教授が、公共の福祉による制約を、「内在的な制約」と理解する根拠は、主として、憲法12条後段の規定「常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」に求めており、総括的に「憲法12条および13条の規定は、いずれも基本的人権に内在する一定の原理的な制約と限界を、『公共の福祉』という言葉で示したにすぎない、とも考えられる」²⁴⁾と主張している。そして、この両条にいう『公共の福祉』を解して、「人権相互の調整を計る内在的な規制理念として解される」²⁵⁾といているところに小林説の特色がある。

それでは、宮沢・鶴飼説と小林説の違いは何処に求められるか、私は、小林説が、公共の福祉概念の適用を限定し、自由権、社会権の制約が問題

として登場したとき、どの様に処理すべきかの具体的指針を示した点にあると思う。即ち、教授は、「公共の福祉による人権の制約は、専ら民主主義の価値原理の内在的な規則として、第22条、29条のほかは誰にでも肯定できるような場合を除いて、原則としておこなわないという不文の格率が作られることが望ましい」²⁶⁾ という前提を置きつつ、「自由権相互の調整には、この語を用いなくて、つねに具体的に相互間の権利を比較衡量すべきである。この用語の使用は、……原則として第22条、29条にとどめ、その他の社会権についてはそれらを拡大・促進する場合のみに限るのが妥当だと思われる。」²⁷⁾ (傍点上田) と結論づけている。しかし、小林教授がいう「第22条、29条のほかは誰にでも肯定できるような場合を除いて」という場合は、如何なる場合であろうか、必ずしも分明ではない。唯、結論づけの内容から推察すると、自由権相互間における矛盾または衝突が起った場合の権利制限の場合を指しているのであろうか、そして自由権相互の権利の制限は、比較衡量論で処理すべきであるというのであろうか。

以上、小林説の骨子となっているところを概観したのであるが、その批判の第一点は、憲法12条、13条を解して、「道徳的指針」と解している点である。しかし、憲法12条、13条を「道徳的指針」と解することは鵜飼説の場合と同様許されない。何故なら、12条、13条が、「法的効果」が明確でないとか、その違反を追求する内容が明らかでない、というようなことは、その反面解釈として、「道徳的指針」だということにはならないからである。むしろ憲法12条、13条の憲法第三章の権利体系の中に占める法的価値が何如なるものであるかを積極的に探る必要があるであろう。そうすれば憲法12条前段の基本的人権「不断の保持義務」も、明確に、法的（憲法的）義務を国民に課したものであり、それとのかかわり合いで、第12条中段、後段の「不許濫用の原則」と、公共の福祉のために利用することが、法的に国民に要請されていると解さなくてはならない。しかも第13条を、道徳的指針を定めたものであると解することは、憲法13条が、国家機関に対して課している人権尊重の法的義務を否定すること、またはその法的効

果を薄めることにならざるを得なくなるであろう。即ち憲法13条は、国家机关が権限を行使する場合の「心構え」だけを定めたものである、ということとは断じてできない。

第二点は、小林教授の公共の福祉の観念に対する理解の仕方は、立法論的な主張の側面をもっているということである。何故なら、教授は、憲法22条、29条を除いて、公共の福祉による人権の制約をおこなわないという不文の格率が作られることが望ましい、といい、そうすることによって公共の福祉観念が人権制約の弁明の道具になる危険性を避けなければならないと主張している。他方、人権制約の道具となるから、公共の福祉の使用を一切認めないという渡辺説を解釈論のレベルでは批判せざるを得ないとしている。²⁸⁾ しかし、私見によれば、若し、公共の福祉の人権制約機能ないし剝奪機能を正面から是認するならば、渡辺教授の如き結論を採るのが望ましいであろう。

第三点は、自由権相互間の調整には、「比較衡量論」で処理すればよい、と主張するが、後述するように、比較衡量論または利益衡量論の使用が、如何に危険な機能を果すかについての考察を看過している、といわざるを得ない。

次に、第三の категория に属するが鵜飼、小林説以外の、いわば、憲法学の方法論としては、マルキシズム憲法学の立場に立つ学説がある。唯この立場には、公共の福祉の原則を一応認めて、その解釈を限定する鈴木安蔵、長谷川正安、川口是、針生誠吉諸教授の立場と、公共の福祉観念の適用を一切認めないという渡辺洋三教授の立場がある、と思われる。²⁹⁾ しかし、後者は、憲法解釈学のレベルで、公共の福祉論を展開しているのではないから、ここではその意図の民主的なることを認めるにとどめて検討を省く。これに対して前者の鈴木、針生教授らは、憲法所定の「公共の福祉」を規定して、勤労人民大衆の利益と解する。例えば針生教授は「一般には個々の国民の個別的利益に対して、それを超えて国民全体の利益と調和させ、人権が国民に平等に保障されるようにするための概念であると考

えられている。それは現在の日本の社会に即していえば、一部の資本家や政治家や、日本を支配するアメリカの利益というようなものではなく、圧倒的多数の勤労人民大衆の利益ということになる」³⁰⁾と主張する。

また鈴木安蔵教授は、基本的人権相互間の矛盾または衝突が起る場合に、法的調整の必要を認める。しかしその調整の在り方については「基本的人権の妨げられない享有という根本原則よりして、この調整・規制を、行政権にゆだねるとき、もとよりゆるさるべきでない。立法権によることも、軽々しくなすべきものではない」³¹⁾という。このような公共の福祉による制約を原則として認めない鈴木説は、階級社会に於て、社会共通の一般的利益（超階級的な）はないという立脚点に立っているということである。即ち「国民の大多数——勤労人民大衆——のための利益こそ、公共の福祉と考えられねばならぬ、との主張が生ずる。すなわち階級社会においては、諸部分的利益を超越した公共の福祉なるものは現実には存在しないのであり、いずれかの部分の利益は、つねに、ある程度の犠牲を余儀なくされざるをえないのであり、資本主義的階級社会においては、勤労人民大衆が社会の圧倒的多数者であり、社会発展の基本的階級である多数者の幸福・利益こそ、公共の福祉でなければならぬとする」³²⁾ということになる。³³⁾この立場は、樋口陽一教授も指摘する如く、公共の福祉観念を渡辺洋三教授の如く否定しないで、解釈学の中で、階級的視角を生かした公共の福祉論（勤労人民大衆の利益論）ということになる。従って、私の分類した基本的人権と公共の福祉の関係に関する第一のカテゴリーに属する学説には当然鋭く対決しているし、同時に第二のカテゴリーにみられる社会共同的利益論を批判的に検討して得られた学説といえよう。

以上、日本国憲法所定の基本的人権と公共の福祉に関するわが国の憲法学説を批判的に検討してきた。私見は、公共の福祉論を展開する場合に、憲法12条、13条の条文の趣旨を軽くみて、公共の福祉の要請がある場合にも、憲法22条、29条以外の権利は制限できないという趣旨の鵜飼説等と違って、憲法11条、12条、13条が、憲法第三章の権利体系の中で占める法的

位置を確認することに努めた。何故なら、鵜飼説等が、憲法12条、13条の規定は、訓示的规定と解していることに疑問を抱かざるを得なかったからである。そして憲法12条、13条の法的意味を確認することは、公共の福祉による基本的人権の制限を容認することにはならない、ということである。むしろ現実の憲法状況を考えるとき権利・自由を不断の努力で保持すべき法的義務を国民に課した憲法12条前段の規定や、立法機関その他の国家機関に対して基本的人権を最大に尊重しなければならないとする法的義務を課した憲法13条の法的構造の重要性を強調することは特に重要である、そしてそのような法的構造の確認を前提としてのみ、基本的人権と公共の福祉の関係を基本的人権尊重の方向で徹底して考えるべきだということである。また公共の福祉の内容は何かといえば既に触れている如くであるが、それは端的にいうと憲法解釈上は、個々の国民が社会共同生活を営む利益または幸福ということになるのではなかろうか、しかも、このように規定しても国民の利益を実態的に考えて、国民大衆の共同の利益と考えることができるであろう。³⁴⁾

なお、本稿後半で検討する最近の公共労働者の労働基本権めぐる判例の動向に、私の分類した基本的人権と公共の福祉の関係についての第三の категорияの一つに属する鵜飼説が影響を与えているといわれていることである。³⁵⁾ 私は、鵜飼説等の論理がそのまま、「全通中郵事件」や「四・二都教組事件」の最高裁判決に採用されているとは考えないが、鵜飼説等にも伺われる「比較衡量論」が、判決の基調になっていることを考えるとき、その理論的な限界、それは主として最高裁判決のもっている論理の限界であるが、そのことの理論的な意味を検討しておく必要があると考えている。

- 1) 柳瀬良幹「基本的人権と公共の福祉」末川編『基本的人権と公共の福祉』所収208ページ。大石義雄『日本国憲法の法理』110ページ以下。
- 2) 田畑 忍『憲法学講義』143ページ。
- 3) 田畑 忍、前掲書146ページ。

- 4) 田畑 忍, 前掲書146~147ページ。
- 5) 宮沢俊義『日本国憲法』コメンタール201ページ。
- 6) 宮沢俊義, 前掲書203ページ。なお, 同著『憲法』法律学全集憲法Ⅱ参照。
- 7) 兼子 一「基本的人権と公共の福祉」末川編『基本的人権と公共の福祉』所収29ページ以下参照。
- 8) 例えば橋本公亘『憲法原論』147~148ページ。川口 是『日本憲法論』184ページ等参照。
- 9) 橋本公亘, 前掲書150ページ。
- 10) 橋本公亘, 前掲書150ページ。
- 11) 橋本公亘, 前掲書147ページ。
- 12) 田畑 忍『憲法と抵抗権』参照。
- 13) 法哲学会編『抵抗権』参照。
- 14) 和田英夫『新訂憲法体系』140~141ページ。
- 15) 宮沢教授は, 自説の公共の福祉の二側面の関係について「社会国家的公共の福祉は, 決して自由国家的公共の福祉の否定を意識するのではなく, むしろ自由国家的公共の福祉の実質化を意味すると見るべきである」(『憲法』法律学全集, 231ページ参照) と主張している。
- 16) 樋口陽一「公共の福祉」法時41巻5号53ページ。
- 17) 樋口陽一, 前掲論文56ページ。
- 18) 川口 是『日本憲法論』185ページ。
- 19) 鵜飼信成「基本的人権と公共の福祉」鵜飼編『憲法・行政法論集』所収, 88ページ。
- 20) 21) 鵜飼信成・奥平康弘編『憲法』41ページ以下参照。
- 22) 鵜飼・奥平, 前掲書43ページ。なお鵜飼説については同著『憲法』(岩波全書) 73ページ以下, 及び同『憲法』(弘文堂) 60ページ以下参照。
- 23) 小林直樹『憲法講義』281ページ。
- 24) 25) 小林直樹, 前掲書282~283ページ。
- 26) 小林直樹, 前掲書284ページ。
- 27) 小林直樹, 前掲書287ページ。
- 28) 小林直樹, 前掲書287ページ参照。
- 29) 渡辺洋三, 前掲論文参照。
- 30) 針生誠吉, 鈴木安蔵編著『日本国憲法』=運動のための解釈=68ページ。
- 31) 鈴木安蔵『憲法学原論』262ページ。
- 32) 鈴木安蔵「基本的人権と公共の福祉」末川編『基本的人権と公共の福祉』所収140ページ。なお長谷川論文「基本的人権と公共の福祉理論」についても, 末川編前掲書143ページ以下参照。

- 33) なお鈴木説については、樋口陽一教授の運動論的展望の視角からの批判がある（樋口前掲論文55ページ）参照。
- 34) 公共の福祉観念に対する私見は、田畑教授の主張たる「公共の福祉は、個々の国民の共同生活または社会生活の一般的幸福ということ」（『憲法学講義』142ページ）に依拠しつつ、社会の実態的な側面をも加味して「国民大衆の共同の利益」と修正したものである。
- 35) 尾吹善人「公務員の労働基本権」（阿部照哉編『判例演習講座＝憲法179ページ参照）。

四 判例にみられる人権と公共の福祉

——特に公務員の労働基本権について——

(1)

本節は、公共労働者の労働基本権の制限問題を扱った判例、殊に、最高裁の全通中郵判決、及びいわゆる「四・二」判決に就いて、¹⁾ 既に述べた基本的人権と公共の福祉の関係を検討したそのことを前提として若干検討する。いうまでもなく、憲法所定の公共の福祉の観念、それ自体は、極めて抽象的な観念であるが、諸種の自由権、社会権をめぐる判例の中で、個別的に具体化されてきている。それらの判例については、既に、田畑 忍編『判例憲法学』、同編『憲法判例総合研究』、長谷川正安『憲法判例の研究』、同『憲法判例の体系』、佐藤 功・大西 芳雄編『総合判例研究叢書』憲法(1)、(2)、(3)、(4)、(以上有斐閣)、ジュリスト『憲法判例百選』、『憲法判例百選新版』、憲法理論研究会編『日本の憲法判例』、阿部照哉編『判例演習講座＝憲法』等で、それぞれの判例研究の方法論に立った体系的な検討がなされて今日に至っている。また、個別的の憲法判例の研究もおびただしい数に上るであろう。

そしてまた、「公共の福祉と基本的人権」という標題に則した判例の動向批判も、既に奥平康弘教授により、手際わのよいまとめと総括がなされている。²⁾ 教授は、判例にあらわれた『公共の福祉』について、「判例に示される限りでは、そのいわゆる『公共の福祉』の具体的な内容は、要する

に立法趣旨の司法権による追認，宣明以上に何物があろうか。また，かりに何らかの理論——例えば，立法権に対する司法権の敬讓 (deference) の考え方——に支えられて，この種『公共の福祉』論しかありえないのだとしたら，それはそれで，日本における憲法裁判の卑小化という大問題を提起していないだろうか³⁾ と手きびしく批判をしている。そしておそらく，日本の憲法判例の動向は，公共の福祉観念の優位の形で，換言すれば，公共の福祉を，人権制限の根拠にする形で展開されてきたことは，否定することのできない客観的事実であろう。⁴⁾

しかし，少くとも公共労働者の労働基本権をめぐる判例の動向は改めて人権の制限の在り方そのものを問い直す形で問題が提起されてきたことも事実である。その契機をつくったのが，上に述べた『全通中郵判決』であり，『四・二判決』であることは疑いない。そしてまたこれら二つの最高裁判決は，同種の事件を扱う下級裁の判決に少なからず影響を与えて来ている。⁵⁾ 私の問題意識は，右のような形で，人権制限の在り方を問い直す形で司法レベルで問題が提起されてきている動向を歓迎するものであるが，それら判例に織り込まれている憲法解釈の手法は，極めて問題が多く，それ故に右の諸判例があたかも，「最良の判例」の如き位置づけを得るならば，やがてその手法を採用した判例は，マイナスの意味で公共労働者の労働基本権を制限する機能を営むに至るであろう。私の考えでは，いわゆる政令201号事件に関する最高裁判例を否定する最大の契機を創ったのが，前記『全通中郵判決』と『四・二判決』であったが，更に憲法裁判の在り方も含めて，公共労働者の労働基本権を一律，一般的に制限している規定を違憲とする判決が出されるまでは，人権保障の立場から徹底的な批判が必要であろうと考えるのである。そして，その批判の第一点は，憲法所定の基本的人権の制限は，必要最小限度の特定の・限定的制限となっているか否かという視角からなされなければならないと考えている。第二点は，奥平教授の言葉を借りれば，立法権に対する司法権の敬讓，即ち国会の立法は，なるべく合憲と解釈すべしという「合憲解釈の手法」の批判

であり、第三点は、「比較衡量論」の批判であり、第四点は、第二点と関連するが、わが国憲法裁判の在り方に対する批判である。私は、以上の如き視角から、最近の公共労働者の労働基本権をめぐる判例の論理または手法を批判しようとするものである。

(2)

日本国憲法所定の公務員制は、周知の如く戦前の天皇の官吏制度を否定して、民主的公務員制を採用している。⁶⁾ その法的根拠は、いうまでもなく、憲法15条と99条である。憲法15条は、第1項に於て、公務員の選定罷免権を国民に与え、第2項に於て、公務員が国民全体の奉仕者であることを規定し、憲法99条がすべての公務員は、憲法尊重擁護の義務を有することを規定している。ところが、憲法15条2項の規定を解して、公務員は、国民全体の奉仕者であるが故に、公務員たる国民の権利が制限されると主張するものがある。特に、労働基本権の制限と政治的行為の制限がこれに当る。いうまでもなく右の解釈は、政府や最高裁によって採られてきた見解である。しかし、公務員法制に於ける公務員の労働基本権の制限は、戦後の政治状況（占領下）に大きく影響を受けて公務員法等で特別に立法規制がなされてきたことは否定できない。それは、占領軍の対日政策（殊にアメリカ合衆国の）が、昭和22年に入ってから変質し、日本の民主主義の復興を妨げる傾向になったからに他ならない、少くとも公務員の労働基本権の制限問題はそのことを看過して語ることはできない。本稿ではこの戦後のわが国公務員法制の変遷の検討にスペースを割けないが、⁷⁾ 昭和22年1月31日の連合国最高司令官マッカーサーによるいわゆる『二・一ゼネスト中止令』、これにつづく同23年7月22日の芦田首相宛「連合国最高司令官の覚え書き＝マ書簡」の提示、同月31日の『7月22日付連合国最高司令官の書簡に基づく臨時措置に関する政令＝政令201号』の施行は、昭和41年10月26日の最高裁が下した「全通中郵判決」までの、わが国公務員の労働基本権に関する観念を規制しつづけてきたものであることを否定するわけにはいかない。即ち、政令201号には、公務員の争議行為の一律禁止、

団交権の制限等が規定されていた。そして、公務員の政令201号による労働基本権の制限＝一律制限が、憲法違反の疑いをもっていただけでなく、更に、公務員の労働基本権を制限する趣旨でなされた改正公務員法の規定が同様に違憲の疑いが当初からあったことを否定することができない。

この当初から問題のあった政令201号に関する違反事件が、裁判で争われ、最高裁の結論が、昭和28年4月8日（大法廷）下されたのが、いわゆる「昭和23年政令第201号違反被告事件」である。この最高裁判決は、公務員の労働基本権が何故に制限されなければならないかについて一つの典型的な考え方を示した。その考え方が、その後の公務員の労働基本権をめぐる裁判に決定的な影響を与えてきたことは申すまでもない。

判決は「国民の権利はすべて公共の福祉に反しない限りにおいて立法その他の国政の上で最大の尊重をすることを必要とするものであるから、憲法28条が保障する勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利も公共の福祉のために制限をうけるのは己むを得ないところである。殊に国家公務員は、国民全体の奉仕者として（憲法15条）公共の利益のために勤務し、且つ職務の遂行に当っては全力を挙げてこれに専念しなければならない（国家公務員法96条1項）性質のものであるから、団結権団体交渉権等についても、一般に勤労者とは違って特別の取扱を受けることがあるのは当然のことである。従来労働組合法又は労働関係調整法において非現業官吏が争議行為を禁止され、又警察官等が労働組合結成権を認められなかったのはこの故である。同じ理由により、本件政令第201号が公務員の争議行為を禁止したからとてこれを以て憲法28条に違反するものということとはできない」⁸⁾と述べている。

この公務員の労働基本権に関するリーディング・ケースとなった最高裁判決に関しては、既にいくたの批判がなされているが、⁹⁾ 改めて人権尊重の憲法主義の視角から批判しておく、第一点は、憲法13条の法理、それは、国家機関が、国民の基本的人権を立法その他の国政の上で最大の尊重

を必要とすることを法的に義務づけているのであるが、これを曲解して、「公共の福祉に反する場合」は基本的人権を制限できると解していること、第二点は、第一点に関連するが、公共の福祉に反する場合の制限が、一律、全面的な制限も許されると解している点、第三点は、公務員の職務の内容、実態を全く無視して、憲法15条所定の公務員たる身分に属するものは包括的に、公務員たる国民の労働基本権を全面的、一律に制限可能と解している点である。¹⁰⁾ これらの最高裁の制限の論理は、前節で、公共の福祉の要請がある場合、基本的人権は制限できるかについて、三つのカテゴリーに分けて学説を整理したが、大体第一のカテゴリーに属する学説と同趣旨のものと断定できよう。しかしその一律・全面的な人権制限の理論が、誤りであることは既に指摘した如くであり、右のような公共の福祉偏重の第一のカテゴリーに属するいかなる判例も、憲法主義の立場から是認することはできない。

ところで、わが国の公共労働者の労働基本権をめぐる立法化の動きは、マ書簡、政令201号と、これらの公共労働者の労働基本権の制限の要請に基づいて、特別の規制立法が相ついでなされた。¹¹⁾ 改正国家公務員法（1947年法120号）、公共企業体労働関係法（後で、公共企業体等労働関係法）、地方公務員法及び地方公営企業労働関係法がそれである。¹²⁾

そして、これら公共労働者に対する関係特別規制立法は、違反の争議行為に対する刑罰の適用（公務員法）の有無を別にすれば、いずれも、公共労働者の争議行為を一律に制限し、団交権を制限する悪立法であった。本稿が、特に、公共労働者の労働基本権の制限に対して一歩前進の契機をつくったという意味で採り上げる「全通中郵判決」は、公労法17条1項をめぐって提起されてきたものである。そして、全通中郵判決が、当面、最高裁の判決を変更する先例としたのは、昭和38年3月15日の松江郵便局事件・国鉄檜山丸事件の各上告判決であった。このいわゆる「三・一五事件」判決は、「公共企業体の職員は、争議行為を禁止され、争議権自体を否定されている以上、その争議行為について正当性の限界如何を論ずる余地は

なく、労働組合法1条2項の適用はないものと解するのが相当である」(昭和38年3月15日、最高裁第二小法廷判・傍点上田)と述べている。ここでは、人権尊重の憲法論は全くなく、法律レベルで労働基本権を形式的に奪っている、そのことをテコとして大上段に一律制限の合憲性を論断している。

しかし、このような大上段の人権制限(労働基本権の制限)を許容した最高裁判決も、最高裁自らによって、「変更」されざるを得なくなった。その変更判決が、「全通中郵判決」(昭和41年10月26日大法廷判)であった。¹³⁾ 本稿では、基本的人権と公共の福祉の関係を、探る限度で、全通中郵判決を検討する。従って、「全通中郵判決」を生み出した背景なり、理由、それは、わが国公共労働者(例えば、昭和33年の機関車労組(のちに動力車労組)や全通労組のILOへの提訴等)の労働基本権奪換の闘争、そのためのILO 87号条約批准の闘争及びILO 調者団(ドライバー委員長)の来日、その調査団の報告書等であるが、それらの影響があったことを大きく評価するものであるが、本稿ではそれらの検討を割愛する。¹⁴⁾

全通中郵判決は、端的にいて、基本的人権(労働基本権)と公共の福祉の制約の在り方について、とにもかくにも一定の基準を提示した。そしてその基準は、またその基準の適用は、公務員の労働基本権制限のリーディング・ケースであった前記政令201号や、「三・一五判決」の論理を否定することとなった。全通中郵判決は、政令201号判決が、憲法13条の反対解釈=それは曲論であるが、それを止揚して、憲法28条が国民に保障する団結権、団交権、争議権が制約される場合の理由づけを改めて「これらの権利であっても、もとより、何らの制約も許されない絶対的なものではないのであって、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解しなければならない」(傍点筆者)と主張している。ここに権利行使の前提となる「内在的制約」論が登場してきたことを注目しておかなくてはならない。

更に、右の内在的制約論の発想の上に、どのような制約にとどまるなら

ば、合憲となるかについて、有名な「四基準」を提示している。煩雑さをいとわず、左に四基準を挙示すれば次の如くである。

(1) 労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきであるが、労働基本権が勤労者の生存権に直結し、それを保障するための重要な手段である点を考慮すれば、その制限は、合理性の認められ必要最小限度のものにとどめなければならない。

(2) 労働基本権の制限は、勤労者の提供する職務または業務の性質が公共性の強いものであり、したがってその職務または業務の停廃が国民生活全体の利益を害し、国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるものについて、これを避けるために必要やむを得ない場合について考慮されるべきである。

(3) 労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。

(4) 職務または業務の性質上かうして、労働基本権を制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置が講ぜられなければならない。

扱て、権利制約の合憲基準として示された右、四基準の第一点は、人権制約の処理方法として、いわゆる「比較衡量論」の適用を示唆している。しかし比較衡量論の無原則な適用は、この全通中郵判決の影響を受けて出てくる一連の公共労働者の労働基本権をめぐる裁判に於て、違憲判決を阻害する理論と化しつつあることは後で詳論する。

合憲基準とされる第三点、即ち、刑事制裁に対して如何に臨むべきかは、近代憲法が、国民に労働基本権を保障するに至った以上、更に労働基本権を、公共労働者も当然に有する以上、刑罰から解放されてしかるべきものであり、そのことは、近代憲法の常識といわねばならない。

合憲基準とされる第四点、即ち、やむを得ず労働基本権の制限をしなければならない場合の代償措置の必要性は、これまた当然のことである。が、むしろ憲法が国民に保障する人権は、代償措置を置くことによって、その制限を正当化される筋合のものではない、といえよう。¹⁵⁾ この点、わが国公務員は、政令201号の実施に伴う国公法の改訂により、「人事院」という代償措置が設定されてきた。しかしその不十分な代償機能は、既にきびしく批判されてきた。それにも拘らず、ILO 87号条約批准に伴う関係国内法の改正に関して、従前の人事院の改組を企て、実質的に代償機能を低化させてきたといわなければならない。¹⁶⁾

これを要するに、全通中郵判決に示された人権制約の前提となる四基準は、『合理性の認められる必要最小限』、『必要やむを得ない場合』等を理由づけに含ませることによって、憲法的要請をある程度、司法レベルで確認したこととなる。何故なら、これらの人権制限の具体的基準を更に徹底すれば、許容される人権制限の基準たる『特定の・限定的制限の原則』、『一般的・一律制限禁止の原則』に結節すると考えられるからである。¹⁷⁾ ところが、全通中郵事件最高裁判決は、人権制限の前提基準を示して、従前の一般的・一律的制限の非を認め、「一定の前進」を示したにも拘らず、判決の結論は公労法17条1項が、公労法職員に対して争議権を一律・一般的に制限＝剥奪している点を看過して、合憲と結論づけた。これは、全通中郵事件判決の破綻であり、この判決の最大の欠陥となっているといえよう。窪田隼人教授が、この点を衝いて、「最高裁みずからあげた四基準との関連を欠くのみならず、むしろ矛盾するときえいいうるものであった」¹⁸⁾ と批判しているのは、正鵠を射ている。

ところで、全通中郵事件最高裁判決は、その解釈論理を、公務員の労働

基本権をめぐる裁判そのものに適用されることを判決の中で予則していた。即ち、全通判決は、「労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業体の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法28条にいう勤労者にほかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきものと解される。『公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない』とする憲法15条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない」と判示していたからである。

かくして、全通中郵判決に於て示された公務員の労働法制に関する在り方と、労働基本権制限の前提となる四基準は、昭和44年4月2日の最高裁「都教組判決」に継承された。「四・二判決」は、「公務員の労働基本権に具体的にどのような制約が許されるかについては、公務員にも労働基本権を保障している叙上の憲法の根本趣旨に照らし、慎重に決する必要があるのであって、その際考慮すべき要素は、前示全通中郵事件判決において説示したとおりである」（最高刑集20巻8号907頁から908頁まで）とその点を明らかにしている。

この「四・二判決」は、公務員労働者の法律違反殊に争議行為に於ける刑事罰から解放した点で画期的だと評されているが、憲法論的に検討する必要があると思われる第一点は、やはり「比較衡量論」を採用している点であろう。第二点は、違憲の法律を合憲化する手段として「限定合憲解釈」または「合理的解釈」の手法を正面から採用していることである。即ち、「四・二判決」は、地公法37条1項を客観的・論理的に解釈すれば、該規定は、「いずれも違憲の疑を免れないであろう」と主張しながらも、そのように客観的に解釈して、法律の違憲判断に至ることは好ましくない、従ってその矛盾の解決の方策として、「法律の規定は、可能な限り、憲法にそくし、これと調和しうるよう、合理的に解釈されるべきものであって、この見地からすれば、これらの規定の表現にのみ拘泥して、直ちに違憲と断定する見解は採ることができない」という。しかして結論的に

「一見、一切の争議行為を禁止し、一切のあおり行為等を処罰の対象としているように見える地公法の前示各規定も、右のような合理的な解釈によって、規制の限界が認められるのであるから、その規定の表現のみをみて、直ちにこれを違憲無効の規定であるとする所論主張は採用することができない」と合憲のだめ押しをしている。しかも、その一般的・一律的の制限の該規定が、憲法論的に批判されている点を考慮してか、公務員も憲法上労働基本権を有するのであり、従って「その元来の趣旨」「元来の狙い」を洞察して、「調和」しうるように解釈すべきであるという。

しかし、憲法所定の人権保障の元来の趣旨に徹して、一律的制限規範としての地公法37条1項等を客観的に解釈すれば、当然に違憲無効の判断が下されてしかるべきである。調和という文言を用いて、柔軟な解釈で、明白に違憲の疑いのある法律の合憲性を獲得させたり、正当化することは許されることではない。

この点、「四・二判決」の反対意見を述べた奥野健一、草鹿浅之助、石田和外、下村三郎、松本正雄の各裁判官が、「四・二判決」の多数意見（限定合理的解釈論）に対して、「法の明文に反する一種の立法であり、法解釈の域を逸脱したものといわざるを得ない」と論駁しているのも、法の客観的な解釈をしようとする立場からすれば、一応理由のないことではない。しかしこれら反対意見の最大の誤謬または欠陥は、法令解釈の視野を、法律レベルに固定して、憲法の要請している「一般的・一律制限禁止の原則」と憲法98条1項、81条の法理を閑却している点にある。従って違憲の法律を形式的・客観的に解釈することが、あたかも裁判所の任務であるかの如く、錯覚しているところに最大の問題があるであろう。要は、憲法を大前提とした客観的・論理的な憲法解釈を冷静にすることが肝要であろう。¹⁹⁾

(3)

全通中郵事件・都教組事件に関する最高裁の判決の論理、殊に「比較衡量論」と「限定合憲解釈論」は、その後の下級裁判決にも影響を与え始め

ている。しかも右の法の解釈手法は、公務員の労働基本権問題については、「刑罰からの解放」から、「懲戒処分からの解放」へと領域を広げて来ている。²⁰⁾ 例えば、昭和46年8月10日佐賀地裁は、佐教組事件に於て、公共の福祉を詳細に吟味して、基本的人権（この場合は労働基本権）尊重の立場で判決を下している。その方向は、公共労働者の労働基本権一律制限＝剝奪に対して、一定の修正を加え、前進を示したことを一応率直に認めなければならない。その意味では、最高裁の右二判決は、今後の公務員の労働基本権をめぐる司法レベルでの解釈の指針となって行くであろう。そして、その傾向が、定着する格率が高ければ高い程、公務員の労働基本権剝奪からの解放にブレーキをかけるであろうことも否定しえないのである。そこで、比較衡量論等の限界または欠陥について改めて検討してみる。

先ず、比較衡量論を採用している右指摘の判例は、共通して、次の様に述べている。全通中郵事件最高裁判決は、「労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきである」と述べている。更に、「四・二判決」は、「地方公務員の具体的な行為が禁止の対象たる争議行為に該当するかどうかは、争議行為を禁止することによって保護しようとする法益と労働基本権を尊重し保障しようとすることによって実現しようとする法益との比較衡量により、両者の要請を適切に調整する見地から判断することが必要である。」と主張している。

更に、佐賀地裁は、昭和46年8月10日、佐教組懲戒処分をめぐって、「地方公務員の労働基本権殊に争議権が制限されるのは、争議行為が地方住民の生活に重大な支障を来す場合に限られるべきであるが、右支障が重大か否かは具体的争議行為におけるその主体たる地方公務員の職務の公共性の程度、争議行為の態様等を統合して判断し、当該争議行為を保障することによって地方公務員にもたらされる利益と比較衡量し、何れがより尊重されるべきかをも勘案して決定されるべきものである」²¹⁾ と判示している。

以上の如く、公務員の労働基本権の制限を緩和しようと努める最近のい

いわゆる「民主的」判決は、共通して、比較衡量論を採用していることが分る。そして、その傾向は、野村平爾教授の「全体の奉仕者論を斥けたことと、公共の福祉論を『国民生活に重大な障害をもたらすおそれ』や『国民生活全体の利益を維持増進する必要との比較衡量』に変更したという点である。この点は従来判例の考え方の抽象性を一步具体化したといえるだけでなく、公共の福祉絶対視の観念を改めて、比較衡量というレベルに引下げたということができるといえる点で、評価するにやぶさかでないが、さらに『比較衡量』をどう説得的に行ないうるか、衡量するものの質量の問題をどうすべきかという新しい問題を投げかけたということもできる」²²⁾ という総括的批判を受けることになっているといえよう。たしかに、公共労働者の労働基本権をめぐる、新しく採用されてきた「比較衡量論」は、批判すべき問題点を多分に含んでいる。唯、比較衡量論採用に關しての批判は、比較衡量論抹殺論でなく、その厳格な適用を強調しているものと、比較衡量論の本質的限界を批判しているものとに岐れる。後者については、あとで述べるとして、前者について、公共労働者の労働基本権をめぐる判決の検討をふまえて、窪田隼人教授は「爭議行為の主体と態様に應じて、地方住民の生活に与える影響は千差万別であり、比較衡量の必要性は否定しえないところである。しかしながら、労働基本権は、人間としての根源的権利たるべき生存権と直結し、これを確保するための重要な手段であるから、その比較衡量論は厳密になされるべきものと解する」²³⁾ と批判している。窪田教授のこの主張が、比較衡量論の無原則な採用を批判していることは明白である。ただ比較衡量論を採用すべき事案が、如何なる場合かについての一般的原则は示されていない。

ところで、憲法学界では、従来、人権相互間の調整の方式として、比較衡量論を主張してきたのは、佐藤功、鵜飼信成、小林直樹教授らがあり²⁴⁾、佐藤教授自身も、「この比較衡量の判断は、現代の社会制度や経済制度から生じている国民の利益の対立や錯綜に対する価値判断と結びつくといわざるを得ない」²⁵⁾ という限定を付して理解していた。

これに対して、小林孝輔、小島和司、長谷川正安諸教授は、比較衡量論をそれぞれの立場から批判していた。例えば、小林教授は、「この説は、論者自身もいうとおり、抽象的であって、『制限した場合』の価値と『制限しない場合』の価値との高さを客観的に一義的に決することは具体的にはむずかしい。よしかりに判定ができるにしても、ある基本的人権の制約が許されるかいなかを判定するために、まず制約してみないことには、制限した場合としない場合との価値の比較ができない。つまり、この理論によれば、当該人権の制限の可能・不能を知るために、一般的制限が前提とされる。とすれば、この理論は結局に於て人権の一般は無条件に制限できるということになるのではなからうか」²⁶⁾ ときびしくその不当性を批判しているし、長谷川教授も「基本的人権の性質を問わず、それを行使し、擁護すること自体が『公共の福祉』であるということになると、いずれの『公共の福祉』が優先するかという比較秤量の問題となり、対立する人権をそのまま比較秤量するのと、ほとんど実質的な差は生じない。『公共の福祉』という概念は、すでに見てきたところから明白なように、人権相互を比較する場合の共通項になるほど、一義的で明白な意味内容をもっていないからである」²⁷⁾ と疑問を投げかけている。

従って、憲法学界で右の如き批判が既になされてきた「比較衡量論」が、一步前進したと評価されている公共労働者の労働基本権制限をめぐる裁判で、その法的紛争の解決の手法として採用されてきていることは、きびしくいましめられなければならないであろう。私は、私なりに比較衡量論についての総括を以下の如くにしておく。

第一点は、憲法12条の内容それは、三つの基本的義務、即ち基本的人権保持の義務、不許濫用の義務及び公共の福祉のために利用する義務を定めたものであるが、²⁸⁾ それは、憲法が国民に保障する基本的人権が、永久不可侵の権利として国民に保障されていることを前提として、更に、憲法13条が、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要としている（国家機関に対する義務づけ）ことから、基本的人権が公共の福祉の要請により、何ら

かの制約をうける場合にも、「必要やむを得ない場合に」「最小限度」のものでなければならない。そして、この基本的人権尊重の憲法的要請は、必然的に「特定の・限定的」制約のみ許容することとなろう。この原則は、それ故、立法権の行使に枠づけをしていることを意味し、行政権の行使や、はたまた司法権の行使に於ても法解釈をする場合に留意しなければならない前提的原則である。

第二点は、従って、全通中郵事件や「四・二判決」にあらわれた如き、一般的・一律的に基本的人権を制限した法律（それ自体違憲無効の法律と云うべきであるが）の合憲性を無原則に先取りして、その枠内で、「比較衡量論」を採用することは許されない。何故なら、そのような場合に於ける「比較衡量論」の採用は、違憲立法審査権の行使にことさらな掣肘を加えることになるであろうからである。

第三点は、例えば、小林直樹教授は、自由権相互間の調整には、いやその領域では特に、「比較衡量論」の適用を強調しているが、²⁹⁾ その場合にも、右に挙げた原則を承認した上で、人権相互間の調整を凶らなければならないであろう。自由権の制約が必要とされる場合の原則として引用される「明白且つ現在の危険」の基準も、この場合一つの有力な基準として採用することは可能であろう。そして限られた範囲で、基本的人権の調整の基準として採用される「比較衡量論」の中味、殊に護られるべき利益は、国民大衆の利益・幸福を実現するために、個々の具体的事案に即して判断されるべきであろう。そうでなければ、「比較衡量論」を「利益衡量論」の名称で批判する本田淳亮教授のいう如く「利益衡量論は、法解釈の実役ないし効果を先に問題にし、その後理論構成を考えてゆくといういわゆる実益論と緊密に結びつく」³⁰⁾ ものとなり「方法論としての利益衡量論を主張することは、階級的な社会観を否定ないし無視するものである」³¹⁾ という手きびしい批判を免れないこととなるであろう。

第四点として、司法レベルで、公共労働者の労働基本権の制限＝剥奪から、その解放へ向うプロセスの中で登場してきた「比較衡量論」、それとか

らめて主張されるにいたった「限定合憲解釈論」というのは、司法自己抑制論の一つであり、違憲審査権の行使にブレーキをかける理論なのである。横田喜三郎元最高裁長官によれば、いわゆる司法自己抑制論は、二つの側面、一つは民主主義の理論、二つは権力分立論からなるとしており、教授は、これらの理論を司法過程で具体化しているアメリカの慣行を、違憲立法審査制の歴史の浅いわが国の裁判所は、学ぶべきであるという。³²⁾ 例えば、「立法権が法を定めたのに、司法権がその法の効力を否定し、それを適用しないのは、厳格に言えば、権力分立の原則に反し、立法権に干渉するものである」³³⁾と主張している。横田元長官の主張に則して云えば、日本国憲法に、違憲立法審査制を設定していても、右に挙げた司法自己抑制の理由の故に「極めて慎重」でなければならないということになる。しかしひるがえって考えれば、日本国憲法98条1項、81条所定の憲法の最高法規性の確認と違憲立法審査権の内容は、なんら右の如き司法自己抑制論を是認するものではない。³⁴⁾むしろ最高裁の使命として、大胆な違憲審査権の行使が、国民の基本的な人権尊重のためになされるべきである。³⁵⁾ 憲法76条3項が、裁判官の職権の独立を司法権独立の中味として保障しているのも、その憲法保障の要請を制度的に強化することであり、日本国憲法体制の下では、不合理な司法自己抑制論を拒否する必要があると考えられる。けれども、わが国司法界の体質から考えるとき、³⁶⁾「限定合憲解釈論」その他の司法自己抑制論が抬頭することも分るような気がする。即ち、「四・二判決」の中に表われた「合理的解釈論」の手法も、右の反動的司法界の体質の脈絡から浮び出た一定の結論とうけとれる。しかし、それらの司法権独立を脆弱化させる司法自己抑制のための方法や手段が、憲法の最高法規制確認の視角からみて容認できないものであることはいうまでもない。

1) 全通中郵事件（郵便法違反教唆被告事件，最高裁昭和41年10月26日大法廷，刑集20巻8号901ページ）。

「4・2判決」（地方公務員法違反被告事件，最高裁昭和44年4月2日大法廷，

刑集23巻5号305ページ)。

- 2) 奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」(清宮・佐藤編『憲法講座』(2)17ページ以下参照)。
- 3) 奥平康弘前掲論文35ページ。
- 4) 長谷川正安『憲法判例の研究』, 同『憲法判例の体系』参照。
- 5) 窪田隼人「行政罰から解放」法時43巻12号8ページ以下, 有倉遼吉「佐教組判決をめぐる回顧と展望」法学セミナー190号2ページ以下参照。
- 6) 田畑 忍「官僚主義の法的否定」(同著『法と政治の実践』所収162ページ以下), 同「公務員の抵抗の責務について」同志社法学54号31ページ以下。鵜飼信成『公務員法』法律学全集7号, 同「公務員制度」国家学会雑誌73巻2号18ページ以下。
- 7) 恒藤恭, 末川博編集『公共労働の研究』季刊法律学29号所収浅井清信『労働法解釈の基本問題』, 岡部史郎『公務員制度の研究』参照。
- 8) 政令201号判決(昭和23年政令第201号違反被告事件, 最高裁昭和28年4月8日大法廷刑集7巻4号775ページ,
- 9) 鵜飼信成前掲書, 浅井清信前掲書, 園部逸夫「公務員の団結権・団体交渉権」ジュリスト憲法判例百選160ページ。
- 10) なお, 公務員関係を「特別権力関係論」の批判から理論構成したものとして, 磯崎辰五郎「特別権力関係の理論と日本国憲法」恒藤古稀論集所収227ページ以下, 室井力『特別権力関係の理論』, 同「現代行政法の課題」法学セミナー170号34ページ以下等参照。
- 11) マ書簡(昭和23年7月22日)によると, 例えば「鉄道並びに塩, 樟脳及び煙草の政府専売事業に関する限り, これらの職員は, 普通職から除外されてよいと信ずる。しかしながらこれらの事実を管理し, 運営するために, 適当な方法により, 公共企業体が組織されなくてはならない」(法律時報資料版8号23ページ)と, 新立法がなされることを要請している。
- 12) 浅井清信「日本における公共労働関係法の展開」(恒藤・末川編『公共労働の研究』季刊法律学29号175ページ以下参照)。
- 13) 上田勝美「全通中央郵便局事件最高裁決について」同志社法学100号110ページ以下, 浦田賢治「労働基本権の制限」『日本の憲法判例』所収202ページ以下, 杉村敏正「公務員の労働基本権」ジュリスト『憲法の判例』第二版基本判例解説シリーズ1 156ページ。尾吹善人「公務員の労働基本権」(阿部照哉編『判例演習講座—憲法』)所収171ページ以下。
- 14) 中山和久『ILOと労働基本権』等参照。
- 15) 例えば「公務員法における争議行為禁止刑事罰代償措置をめぐる諸家の見解」労働法律旬報678号3ページ以下参照

- 16) 有倉遼吉「人事院制度論」季刊労働法60号24ページ以下参照。
- 17) 田畑 忍『憲法学講義』146ページ参照。
- 18) 窪田隼人，前掲論文10ページ参照。
- 19) 田畑 忍『憲法重要問題の研究』，同『憲法学講義』，上田勝美「憲法学の方法と課題」中京法学3巻3号1ページ以下。長谷川正安『憲法学の方法』等参照。
- 20) 窪田隼人前掲論文参照。
- 21) 判例時報640号10ページ以下参照。
- 22) 野村平爾「官公労働者と労働基本権保障」別冊法学セミナー基本法コンメンタール『労働法』(I)所収275ページ。
- 23) 窪田隼人，前掲論文，13ページ同，別冊法学セミナー基本法コンメンタール労働法I，327ページ参照。
- 24) 佐藤 功『憲法』ポケット註釈全書(4)105ページ同『日本国憲法講義案』125ページ，鶴飼信成・奥平康弘編『憲法』43ページ，小林直樹『憲法講義』(上)286～287ページ参照。
- 25) 佐藤 功『憲法』前掲書106ページ。
- 26) 小林孝輔「基本的人権と公共の福祉」総合判例研究叢書憲法(3)所収46ページ。
- 27) 長谷川正安『憲法判例の研究』293ページ参照。なお，小島和司「個人権と公共の福祉」(清宮編『法律学演習講座』)所収94ページ参照。
- 28) 田畑 忍『憲法学講義』140ページ以下
- 29) 小林直樹，前掲書287ページ参照。
- 30) 本田淳亮「労働法解釈の方法」季刊労働法79号5ページ。
- 31) 本田淳亮，前掲論文7ページ。
- 32) 横田喜三郎『違憲審査』16ページ以下。
- 33) 横田喜三郎「民主主義社会と裁判」ジュリスト469号48ページ。
- 34) 田畑 忍『憲法学原論』，同『憲法学講義』，佐々木惣一『改訂日本国憲法論』，一円一億『憲法と違憲審査』等参照。
- 35) 恒藤 恭「平和憲法と最高裁の使命」(同著『憲法問題』)所収162ページ以下)参照。
- 36) 法学セミナー臨時増刊号『司法の危機』，家永三郎『司法権独立の歴史的考察』，同「司法権独立空前の危機」法時43巻3号8ページ以下，和田英夫「『司法の自治』と司法権の独立」法時43巻7号，上田勝美「裁判官の独立」判例時報576，577，579号等参照。潮見俊隆「司法の危機と裁判官の独立」潮見・渡辺編『法社会学の現代的課題』所収349ページ以下参照。

む す び

以上、基本的人権と公共の福祉という憲法解釈学上最も議論の多い且つ重要な論題について私なりの検討を加えた。最近の公務員の労働基本権に関する判例を検討・批判するに当たって、基本的人権と公共の福祉に関する学説の整理から始めたのも、全通中郵事件や都教組事件の最高裁判決の論理が、必然的に公共の福祉論の検討に影響を与えると考えたからに他ならない。本稿の末尾の方で、「比較衡量論」の検討に意を注いだのも、右の問題意識に立ってのことである。尾吹善人教授は、従来の少数説であった鵜飼説等が、全通中郵判決等に採用されて、新しい判例の傾向を形づくっていると主張している。即ち、「学説には、以前から憲法22条1項、29条2項のように、各条文で制限的な留保のあるものを除き、基本的人権は『公共の福祉』による制約を受けず、ただ他人の権利を侵害してはならないという『内在的制約』があるにすぎないと主張するものがあった（鵜飼信成『憲法』岩波全書72頁、川上勝己『特別権力関係における基本的人権』日本国憲法体系8巻153頁）。本件（全通中郵事件）の多数意見は、どちらかという少数意見であったこの学説を採用したのである。それは、最高裁の内部から、従来の余りにも粗雑な『公共の福祉論』によるなで斬り論法に対する反省が出てきたことを示すものとし、一般的な意義はきわめて大きい。この新しい傾向は、その後の判例にも明らかに認められる¹⁾と主張している。しかし、私見によれば、既に検討・批判してきた如く、比較衡量論を採用した全通中郵判決、その軌線の下に、比較衡量論と「限定合憲解釈」の手法を採り入れた「四・二判決」は、日本国憲法所定の基本的人権尊重と憲法保障機能確保の視角からみて批判されるべき問題点が多い、と考えられるのである。

従って、一定の前進を示した最高裁「全通中郵判決」や「四・二判決」の論理またはその結論を、更に徹底した基本的人権の保障を謳っている憲

法的要請の線まで引き上げる必要を痛感している次第である。そしてそのことは、ひとり公共労働者の労働基本権の回復という人権の「復権」作業に資するに止らず、広く憲法所定の各種基本的人権一般の保障理論を検討する場合にも役立つと考えている次第である。

〔註〕 尾吹善人「公教員の労働基本権」阿部編『判例演習講座』（憲法）所収179ページ参照。

(1972・2・12)