

人権と基本権

工 藤 達 朗*

I

昨年末、オフィス・アワーに一人の学生が質問に来た。「これまで人権の制限を正当化できるのは人権だけだと理解していたが、この理解は間違っているのか」というのである。聞いてみると、「最近、勉強仲間と一緒に憲法的答案を書いているのだが、自分は問題となっている法律が誰のどんな人権を守る目的で制定されたのかをまず考えるのに、他の人はそんなことは気にしていない。法律の規制目的は正当だとか、合理性がある、というだけである。なぜなのか。気にする自分の方がおかしいのか」、こんな疑問であった。

このような質問を受けたのは、法科大学院開設当初からこれまでも何度かある。そんなとき、「法律は誰かの人権を守るために存在しているはずなのに、その人権がなかなか見つからないときはどうするのか」と尋ねると、「当該法律には目的の正当性が欠けてい

るので違憲無効であると言えればすっきりするのだが、それでは非常識な結論だといわれそうだし、そもそも出題者はそんなところを聞いているのではないような気がして悩んでしまう」という答えであった。人権を制限する根拠となり得るのは人権だけである。今回はこのような考え方（それが正しいか間違っているかではなく）のよって来たところを検討してみたい。なお、前回（12巻3号）と同じく、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）の参照箇所は、芦部〇〇頁として本文中に表記する。

II

実は、この学生の疑問はもっともなのである。というのは、憲法テキストではこれまでそのような説明がされてきたからである。例えば、戦後憲法学の人権論に大きな影響を与えた、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣、1971年）¹⁾にはこうある（以下、同書の該当箇所は、宮沢〇〇頁と表記する）。

「各人の人権の享有およびその主張に対し

* 中央大学法科大学院教授

て、なんらかの制約が要請されるとすれば、それは、つねに他人の人権との関係においてでなくてはならない。人間の社会で、ある人の人権に対して規制を要求する権利のあるものとしては、他の人の人権以外には、あり得ないからである」(宮沢 229 頁)。

なぜか。

民主主義においては、「『人間』が至上であるから、人権は、何よりも高い価値をみとめられる。人権に対抗できる価値というもののは、そこにはあり得ない。……ここで、個々の人権に対抗する価値をみとめられるのは、多数または少数の他人の人権だけである。だから、甲の人権と乙の人権をひとしく尊重しつつ、両者のあいだの矛盾・衝突の調整をはかる、というのが、ここで憲法に課された重大な任務でなければならない」(宮沢 230 頁)。

人権は最高の価値で、人権と比較できる価値は他に存在しないのだから、人権を制限する根拠は、同じく最高の価値である他の人の人権しかあり得ないことになるのは論理的に必然である。そして、日本国憲法の条文上は、人権は「公共の福祉」によって制限できる表現になっているので、その公共の福祉の中身が問題になるが、人権の制限根拠は人権しかない。そこで、公共の福祉とは、人権相互の矛盾・衝突を調整する実質的公平の原理だとされるのである(宮沢 232 頁、芦部 100 頁)。

このような理解は、従来の憲法答案に非常にしばしば見られたものである。例えばこうだ。

「本件では、〇〇をする自由が制限されている。そこで、〇〇をする自由が憲法上保障されているか、まず問題となる。〔……〕という理由で、憲法××条の〇〇の権利に含まれる〔によって保障されている〕と解すべきである。

しかし、憲法上の権利といえども絶対無制限に保障されているわけではない。人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理である公共の福祉によって制約される。云々。」

人権が出題されると、答案の書き出しは判で押したようにこんな風だったのである。

III

しかし、人権総論におけるこの立場を各論でも貫くのは難しい。なぜなら、誰かの人権を侵害したわけではないのに、人権の行使が制限される場合があるからである。

宮沢説に対しても、同書の初版の段階ですでに疑問が提起されていた。なかでも有名なものが、提唱者である宮沢教授の還暦記念論文集に寄せられた、奥平康弘「表現の自由」²⁾である。それによれば、①この論法では、わいせつ文書頒布罪(刑法 175 条)などの合憲性を説明できない。なぜなら、この罪は刑法学で社会的法益を侵害する罪に分類されているように、誰かの人権を保護するためのものではないからだ。②かりにこれも「他人の人権を害する」という理由で合憲とされるな

ら、「風が吹けば桶屋がもうかる」式の論法でどんな表現の自由規制立法も合憲とされてしまう。③したがって、この理論は限定された範囲内で有効であるにすぎず、「これが唯一の制約原理として、すべての言論規制の合憲基準たりうるのではない」。

この批判を受けて、新版では、わいせつ文書頒布罪の箇所がこう書き直された。

刑法 175 条の合憲性について、「わいせつ本を公刊することが禁じられるのも、それがその時代の多くの他人の人権—— decent な社会生活への権利とでもいうべきもの——を害するとされるからである」（宮沢 231 頁）。

この書き直しにより、誰の人権が侵害されているのかという①の疑問には答えたことになるが、②の批判がそのまま当てはまる。「decent な社会生活への権利」といった権利が次々生み出されて表現の自由の制約根拠になってしまうからである。

誰かの人権を侵害しているわけではないのに表現の自由の制限が正当化される例は、わいせつ文書以外にもいくつかある。

(1) 例えば、有名な博多駅事件（憲法判例百選 6 版 I 78 事件）では、テレビ局に対して裁判所が取材フィルムの提出を命じたことが憲法 21 条に違反しないかが問題となったが、最高裁は、表現の自由に報道の自由が含まれることを明言するとともに、「報道のための取材の自由も、憲法 21 条の精神に照らし、十分尊重に値いする」と述べた。けれども、これらの自由は「公正な刑事裁判の実現というような憲法上の要請があるときは」制

約を受けることがあるとして、提出命令を合憲としたのである。公正な刑事裁判の実現という制約根拠は、憲法上の要請ではあっても、誰か他の人の人権を侵害するから、という理由でないのは確かである。

(2) 憲法 21 条が政治的行為（政治活動）の自由も保障していることに異論はない。けれども、公務員の政治的行為の自由は、国家公務員法や人事院規則によって一般国民よりも大幅に制限されている。猿払事件最高裁判決（百選 I 13 事件）は、「行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならない」として目的の正当性を認めた。公務員の政治活動が誰かの人権を侵害するからという理由ではない。同判決を実質的に変更したのではないかともいわれる堀越事件最高裁判決（百選 I 14 事件）も、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること」自体は正当な目的であるとしている。学説では、公務員の「人権制限の究極の根拠は、憲法が公務員関係という特別の法律関係の存在とその自律性を憲法的秩序の構成要素として認めていることに求められなければならない」（芦部 278～9 頁。同 281 頁も参照）とするものが有力である。けれども、これは、憲法上の根拠ではあるかもしれないが、他の人の人権が制約根拠になっているの

ではないことは明らかである。

(3) ビラ貼りなどの規制根拠とされる「都市の美観風致の維持」(百選 I 60・61 事件参照)も誰かの人権を守っているとはいいいにくい。わいせつ文書の制限根拠が「decent な社会生活への権利」とされるのにならって「清潔な環境で生活する権利」ということもできるかもしれないが、やはり「風が吹けば桶屋がもうかる」式の論法と批判されるだろう。

憲法 21 条に限ってみてみたが、いずれも『憲法判例百選』に載っている判例で、法科大学院で勉強する人なら誰でも知っている有名なものばかりである。もちろん、判例だけでなく学説も、(1)~(3)の事例で制限は一切許されないとするものはまず存在しない。このように、人権総論では他人の人権だけが人権の制約根拠になるといっておきながら、各論でその立場を一貫させていないことは一目瞭然なのである。

IV

それでは、このように一貫せず、明らかに矛盾している考え方がなぜ広く受け入れられてきたのか。

日本国憲法制定当初、それまでの大日本帝国憲法(明治憲法)と比較して、日本国憲法はどのような特色を有するのか、その点の解明が憲法学に期待されたのは当然である。ただし、その頃の憲法学にとっては、二つの憲

法を客観的に比較するというよりも、日本国憲法が明治憲法よりもいかにすぐれているかを国民に啓蒙するのが主たる仕事であった³⁾。日本国憲法の三大原理の一つとして「基本的人権の尊重」があげられるように⁴⁾、日本国憲法の保障する「基本的人権」は明治憲法の「臣民の権利」とは全く違うものとされた。臣民の権利は、天皇から恩恵的に(憲法によってはじめて)与えられた権利であったため、その保障がきわめて不十分であった。それに対して、基本的人権とは、「人間がただ人間であるということにのみもとづいて、当然に、もっていると考えられる権利」であり、「人間が生まれながらもっている権利」、「生来の権利」であって、奪うことも、譲り渡すこともできないし、時効にかかることもない(宮沢 77 頁)。

明治憲法の臣民の権利は憲法によって与えられたものであるから、法律によりさえすればいつでも制限可能なものにすぎなかった(法律の留保)。それに対して、基本的人権は前憲法的な自然権であり、国家に先立つ権利であるから、「国家の権力によって、人権を制限したり、禁止したりすることは許されない」のである(宮沢 77 頁)。人権は「実定法で制限することができない」(宮沢 78 頁)。法律どころか、憲法改正によっても否定することはできないのである(宮沢 201 頁)。こうなると人権は憲法を完全に超越している。

このような考え方は、その後も基本的に引き継がれてきた。例えば、芦部 80 頁では、「人権の固有性」として、人権は「人間であ

ることにより当然に有する権利」であり、「憲法や天皇から恩恵として与えられたものではない」とされている。続いて「人権の不可侵性」が説明されている（芦部 81 頁）。憲法 11・97 条に「侵すことのできない永久の権利」とあるように、人権は永久不可侵の権利であり、「行政権はもとより、立法権も、さらに憲法改正権も」人権を侵害することはできない。宮沢説そのままである。

ところが、「人権の不可侵性は、人権が絶対無制限であることを意味しない」（芦部 81 頁）とされる。この部分は一読で理解するのは難しいだろう。ついさっきまで永久不可侵であるとされていたのに、その舌の根も乾かないうちに絶対無制限ではない（制限される）というのでは、支離滅裂な気がしないでもない。これはどういうことであろうか⁵⁾。

V

この点をドイツの憲法から考えてみよう。ドイツ連邦共和国基本法⁶⁾ はこう規定している（傍点は工藤）。

第 1 条 ① 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。

② それゆえに、ドイツ国民は、世界のすべての人間共同体、平和及び正義の基礎として、不可侵にして譲り渡すことのできない人権を信奉する。

③ 以下の基本権は、直接に適用される法

として、立法、執行権及び裁判を拘束する。

第 2 条 ① 何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道德律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

② ……………

基本法 1 条 2 項は「人権」に言及しているのに、3 項は「基本権」の語を用いている。しかも、2 条以下で規定されている権利はすべて「基本権」なのである。2 項はその「人権」について何の制限可能性にも言及していない。というのは、1 項からすると「人間の尊厳」が人権の根拠であり、人間の尊厳は絶対的でいかなる侵害も許さないからである。それに対して、3 項の「基本権」については、2 条 1 項で一般的な制限可能性が述べられている⁷⁾。言い換えれば、人権は永久不可侵であるが、基本権は絶対無制限ではないということである。単純化していえば、人権は自然法上の権利（自然権）、基本権は実定法上の権利である。だからこそ、前者の制限は許されないが、後者は制限可能なのである⁸⁾。

どうしてこう解されるのか。ドイツの憲法学では、何人にも保障される「人権」とドイツ国民にのみ保障される「市民権」を区別し、両者を併せて「基本権」という、と説明されている（芦部 83 頁）。この説明では、2 条以下で保障される基本権のなかに人権と市民権があることになるのだが、基本権となった人権は前国家的な自然権といえるのが問題である。たとえ自然権に由来するものであっても実定法の中に取り込まれて基本権となった

後では、制限可能性を肯定すべきだということだろう。

このような理解を前提にして日本国憲法を見てみよう。

日本国憲法 11 条は、「この憲法が国民に保障する基本的人権」は「侵すことのできない永久の権利」（永久不可侵の権利）であるとする。ここでは権利の制限可能性について一切言及されていない。これに対して、12 条の「この憲法が国民に保障する自由及び権利」は、濫用が許されないだけでなく、常に公共の福祉のために利用する責任が伴うのである⁹⁾。そして、13 条では、(ドイツ基本法 2 条と同じように) 公共の福祉を理由とする制限可能性が一般的に述べられている。

ドイツの用語法に倣って、前国家的な自然権を「人権」、実定憲法上の権利を「基本権」と呼ぶなら、11 条や 97 条の「基本的人権」はもちろん「人権」だが、12 条の「自由及び権利」は「基本権」なのである。そこでもう一度、人権は不可侵であるが、絶対無制限ではない、という芦部 81 頁に戻ると、ここは、「人権は不可侵であるが、基本権は絶対無制限ではない」というべきだったことがわかる。

したがって、こう考えるべきだろう。日本国憲法が保障する権利は、自然権に由来する権利ではあるが、実定法に取り込まれた後では、実定法上の権利であって、超憲法的な存在ではない。人権は憲法上の権利の思想的背景ではあっても、実定法の中において前国家的自然権としての効力を持つことはない。し

たがって、憲法上の権利（基本権）は憲法上の要請があれば（あるいは憲法上許容されていれば）制限が認められなければならないし、公共の福祉の内容も人権相互の矛盾・衝突を調整することに限られるわけではない、と。

VI

総論と各論の不整合は、日本国憲法で保障された人権を前国家的・前憲法的自然権であると考えことに由来している。人権が自然権であれば、人権は最高の価値であって、絶対不可侵の権利であるから、その制限根拠は他の人の人権しかあり得ない。けれども実際には、判例も学説も、憲法上またはその他の要請があれば制限可能性を認めているのであるから、憲法で保障されている権利は、実は基本権であると考えているのである。これがオフィス・アワーに質問に来た素直な学生を悩ませる原因であった。

この「人権を制限する根拠は人権だけである」という宮沢説は、最近のテキストでようやく正面から検討されることになった^{10), 11)}。芦部『憲法』にも第 6 版になってはじめて、この点に関する新しい注が付されたのである(芦部 101 頁)¹²⁾。今後はこの点で悩む学生も少なくなるかもしれない。けれども、人権（実は基本権）の限界の問題が簡単でないのは相変わらずなのである。

注

- 1) 宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』（有斐閣, 1971年）について、以前は《新版補訂版, 1974年》といった表記をしていたのだが、ある出版社に原稿を提出したとき、その編集の人が、本の装丁では「新版」なのに、どうして「新版補訂版」なのかと怪訝に思い、直接有斐閣に電話して確認したところ、「新版は1971年が最終版で、それ以降は単なる増刷で内容的な変更はない」との返事をもらったという。そこで、事を荒立ててもいけないので、それ以来《新版, 1971年》と表記することにしたのだが、同書を読むと、尊属重罰規定（刑法200条）違憲判決（最大判昭和48・4・8, 同書294頁・298頁）や全農林警職法事件判決（最大判昭和48・4・25, 同書444頁）で判例変更が行われたことに言及されている。いかに慧眼な宮沢先生といえども1971年の段階でこれから出る判例について書くことはできないはずだから、1971年以降内容的な変更はないどころではなく、1974年版で結構な改訂がなされているのである。おそらく、今の有斐閣（書籍編集部?）には宮沢憲法を通読した人は誰もいないのだろう。宮沢憲法で勉強したのは今の60歳より上の世代だから、それも当然なのである。ちなみに、芦部『憲法』および『憲法学Ⅰ』の参考文献欄では、同書の発行年は1971年だが、『憲法学Ⅱ・Ⅲ』では1974年と記載されている。
- 2) 奥平康弘「表現の自由」宮沢俊義先生還暦記念『日本国憲法体系第7巻 基本的人権Ⅰ』（有斐閣, 1965年）104-5頁。
- 3) 小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣, 1982年）246頁参照。
- 4) 国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の3つが日本国憲法の基本原理だとされる（芦部35頁）が、その理由をはっきりしない。日本国憲法を内在的に分析した結果というよりも、明治憲法と比較したときの特徴であろう。
- 5) 芦部『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣, 1994年）64頁は、「自然権」と「人権」を区別し、「憲法に実定化された『人権』は無制約のものではない」とする。後で見るように、ここで「自然権」とされるのが「人権」、「人権」とされるのが「基本権」であろう。
- 6) 訳は、高田敏＝初宿正典編訳『ドイツ憲法集（第7版）』（信山社, 2016年）による。
- 7) ホセ・ヨンバルト『日本国憲法哲学』（成文堂, 1995年）119頁以下参照。「ここで注目すべきことは、人間の尊厳（第1条）の場合と違って、個人の自由の尊重になると、正当な理由によって侵害することがあり得る、つまり社会のなかで個人の自由は最高の価値ではないから、制限されることもあるということである」（120頁）。
- 8) このような単純化は実は問題があるのだが、難しくなるのでこれ以上立ち入らない。詳しくは、初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』（成文堂, 2015年）21-2頁, 97-9頁参照。
- 9) この違いに注目するものとして、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会, 1987年）149頁。なお、初宿正典『憲法2 基本権（第3版）』（成文堂, 2010年）44頁。
- 10) 例えば、長谷部恭男『憲法（第5版）』（新世社, 2011年）101頁以下。
- 11) ただし、テキスト以外では、ずっと早くから検討されていた。例えば、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社, 1991年）328頁以下、同「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』（日本評論社, 1995年）39頁以下。
- 12) この注は補訂者である高橋和之教授によるものである。詳しくは、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第3版）』（有斐閣, 2013年）121頁参照。