

公共の福祉と基本的人権*

松本 和彦

大阪大学大学院 教授

< 目 次 >

- I. はじめに
- II. 本当に対立しているのか
- III. 公共の福祉とは何か
- IV. どのようにして調整するのか
- V. 誰が調整するのか
- VI. おわりに

I. はじめに

「公益と人権」を統一テーマにしたシンポジウムにおいて、日本の憲法と憲法学の視点から、公共の福祉と基本的人権の関係についてお話しさせていただくことは、大変光栄でとても嬉しいことだと思っています。公共の福祉と基本的人権の問題は、日本においてもずっと以前から論じられてきましたし、今も論じられています。日本の知識と経験が何らかの参考になるのであれば、これに勝る喜びはありません¹⁾。

* 심사위원 : 박인수, 서보건, 이부하

さて、日本国憲法は、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」（憲法11条）と定める一方で、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は…常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」（憲法12条）と規定しています。ここからも分かるように、公共の福祉は基本的人権と対立する契機を秘めています。日本国憲法は公共の福祉という言葉で4箇条（憲法12条、13条、22条1項、29条2項）において規定していますが、いずれも基本的人権との関係での規定となっています。そして、通説的な理解によりますと、そこでの公共の福祉と基本的人権はすべて相対立する関係にあると捉えられています。しかも公共の福祉は基本的人権を制限する理由とされています。

そうしますと、実際に両者の衝突が問題となったときは、公共の福祉を優先させ基本的人権を劣後させることで、公共の福祉を守り基本的人権を制限すればよいということになります。しかし、それでは「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として、現在及び将来の国民に与えられる」（憲法11条）と定めた日本国憲法の趣旨に反することになりそうです。では、どうすればよいのでしょうか。公共の福祉と基本的人権の対立関係はどのように調整されるとよいのでしょうか。まさにこの問題が、公共の福祉と基本的人権をめぐる最も根本的な問題として、大いに論じられてきたのでした。

II. 当に対立しているのか

今、公共の福祉と基本的人権は対立すると申し上げましたが、そもそもこの命題が正しいのかどうか、まず検討されなければなりません。このことを確かめるために、具体的に憲法21条1項によって保障される表現の自由を例にとって見てみましょう。

一般に表現の自由も公共の福祉によって制限されるといわれます。い

1) 本稿は、第159回国会衆議院憲法調査会において筆者が参考人として述べた内容を基礎にしている。憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会会議録第3号（2004年）参照。なお、公共の福祉に関する筆者の見解については、松本和彦「公共の福祉の概念」公法研究67号136頁（2005年）も参照。

から表現が自由だといっても、たとえば、刑法は脅迫行為を処罰していますし（刑法222条）、あるいは詐欺行為を処罰しています（刑法246条）、こうした処罰は当然に許されると考えられています。問題は、このような脅迫や詐欺の処罰をそもそも公共の福祉による表現の自由の制限と見なしてよいのかという点にあります²。だいたい脅迫の自由や詐欺の自由などというものがもともと憲法によって保障されていたといえるのでしょうか。脅迫や詐欺といった犯罪行為は最初から憲法によって保障されていなかったのではないのでしょうか。にもかかわらず、あたかもそのような自由があるかのように見なし、その処罰を公共の福祉を守るための人権制限だと捉えてよいのでしょうか。

かつて日本の最高裁判所は、1952年の初期の判決において、犯罪の教唆に言及し、そもそも「犯罪の教唆の如き自由」は存在しないと述べています³。つまり、犯罪をそそのかす行為が言論の体裁を取っていたとしても、それは表現の自由の行使ではないということです。ここでは人権と非人権が区別されています。人権と非人権が区別されないと、ありとあらゆる行為が人権の行使と見なされてしまい、その制限はすべて公共の福祉に基づく制限であると見なさざるを得なくなってしまう。それは公共の福祉の登場場面を不当に増やすだけではないかと批判されることになりました⁴。

確かにこの批判には理由があると思います。しかし、人権と非人権を区別する考え方にも問題はあります。それは人権の実質を厳格に定義することにより、その定義そのものによって人権を制限する結果になってしまうのではないかという問題です。人権の定義の段階で人権の範囲をあまりに狭く捉えすぎてしまいますと、公共の福祉による制限を持ち出す以前に、その行為が憲法の保障の外に弾き出されてしまい、十分な検討を受けることなく、憲法の保護が否定されるおそれが出てきます。それでは不都合とされる場合があるのではないかということです。

名誉毀損的表現の理解をめぐる最高裁判所の判例の変遷に、この問題が表れています。初期の最高裁判所は、たとえば1958年の判決にお

2) 阿部照哉・池田政章編『新版憲法(2)基本的人権I』193頁（有斐閣・1983年）。

3) 最2小判1952年8月29日刑集6巻8号1053頁。

4) 樋口陽一『憲法（改訂版）』192頁以下（創文社・1998年）参照。

いて、名誉毀損というのは「言論の自由の乱用であって、憲法の保障する言論の自由の範囲内に属するものと認めることができない」と述べていました⁵⁾。つまり、名誉毀損はもはや表現の自由の行使ではなく、表現の自由の範囲外なのだと理解していたのです。ところが、その後、1986年の有名な「北方ジャーナル事件」判決において、名誉毀損という行為も言論の自由の範囲に一応属すると述べた上で、しかし、名誉権という別の憲法上の権利と衝突しているので、「調整を要する」といって、「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考慮が必要である」という見地から、両者の細かい調整を図ろうとしました⁶⁾。ここでは名誉毀損的表現も最初から憲法上の保護を否定されていません。公職者に対する公の批判は名誉毀損と政治批判の境界線上にあるものですが、だからこそ名誉毀損すれすれの表現であっても、最初から表現の自由の保障外におかない工夫が必要とされるのです⁷⁾。

確かに、脅迫や恐喝といった犯罪行為まで人権の行使だと見なすのは難しいでしょう。人権の行使とはいえない「表現行為」もあり得るのかもしれない。しかし、それは一見して明らかに憲法の保護を受けることのない「表現行為」に限定して考えるべきであって、疑わしきは憲法上の権利と推定することが、人権保障の観点からは求められるでしょう。ただし、一旦、憲法上の権利であると推定されても、それが公共の福祉によって制限される可能性があることは認めなければなりません。

Ⅲ. 公共の福祉とは何か

では、基本的人権を制限することのできる公共の福祉とはどのようなものなのでしょうか。日本の憲法学はかつて「公共の福祉とは何か」という問いに真正面から取り組んでいました。と申しますのも、初期の最高裁判所が、公共の福祉のためなら基本的人権が制限されてもやむを得

5) 最1小判1958年4月10日刑集12巻5号830頁。

6) 最大判1986年6月11日民集40巻4号872頁。

7) 松井茂記『マス・メディア法入門(第3版)』35頁以下(日本評論社・2003年)、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)増補版』240頁以下(有斐閣・2000年)参照。

ないとあっさり認めてしまったため、公共の福祉の中身が不明確なままだと、基本的人権が曖昧な理由で制限されてしまいかねないと危惧されたからです⁸。ちなみに最高裁判所は、わいせつ文書の販売が刑法175条によって処罰されることの合憲性を問うた、1957年の有名なチャタレイ事件判決において、次のように述べています。

「憲法の保障する各種の基本的人権について、それぞれに関する各条文に制限の可能性を明示していると否とにかかわらず、憲法12条、13条の規定からしてその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものでないことは、当裁判所がしばしば判示したところである。この原則を出版その他表現の自由に適用すれば、この種の自由は極めて重要なものではあるが、しかしやはり公共の福祉によって制限されるものと認めなければならない」⁹。

最高裁判所は、基本的人権といえども公共の福祉による制限は免れないというのですが、何が公共の福祉なのかという点については、今なお正面から答えていません。個別事例ごとに、アド・ホックに回答していくというのが、これまでの最高裁判所の態度です。先ほどのチャタレイ事件判決では「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持することが公共の福祉の内容をなす」と回答しています。これに対して学説はそれを「社会連帯の原理」であるとか「配分的正義の理念」とであると主張しました。が、いずれにしても抽象的にしか表現できませんでした。

基本的人権の保障水準を高い位置に保とうとするのであれば、公共の福祉の概念を明確化しなければならないとずっと信じられてきましたが、最近では、公共の福祉の明確化の追求は「見果てぬ夢」を追うだけに終わるのではないか、と思われるようになっていきます。公共の福祉とは何かと一般的に問うても有意味な回答が得られないとすれば、このような正面からの問い自体が適切といえないのではないかと疑問視されて当然です。そこで、公共の福祉とは何かという大上段の問いから、公共の福祉と基本的人権の相互調整の方法はどのようなものかという問いへと、問いの転換が図られたのです¹⁰。人権も大事だけれども公共の福祉も大事

8) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』218頁以下（有斐閣・1974年）。

9) 最大判1957年3月13日刑集11巻3号997頁。

10) 佐藤幸治『憲法（第3版）』403頁（青林書院・1995年）。

だという議論と、公共の福祉も大事だけれども人権も大事だという議論の、微妙にニュアンスの異なるどちらの議論にも理由があると認められるようになり、結局、両者の具体的で細かい調整が問題とならざるを得ないと思われるようになりました。基本的人権と公共の福祉は相互制約の関係にあるのであって、基本的人権を守るということは、公共の福祉の方も制約されなければならないし、公共の福祉を守るということは、逆に人権の方も制約されるという相互制約の関係にあると受け止められました。だから両者の微妙な調整のあり方を真剣に考える必要があるといわれるようになったのです。

IV. ようにして調整するのか

1. 手段図式

そこで公共の福祉と基本的人権の対立関係をどのようにして調整するのが問われます。ここでは両者を単に対向させるだけでなく、目的手段図式と呼ばれる枠組みによって再把握することが求められます¹¹⁾。公共の福祉のための人権制限は、正当な目的を達成するための正当な手段による規制でなければなりません。規制の目的・手段ともに正当であると論証されてはじめて、公共の福祉に適合した人権制限と見なされます。規制の目的と手段をいくつかの観点から検討し、その正当性を細やかに審査して、複数のチェックポイントを通過した規制だけを承認することで、公共の福祉と基本的人権をともに尊重した相互調整が実現できると考えられるのです。それゆえ目的手段図式においては、規制の目的と規制の手段がそれぞれ複数の観点から細かく審査されることになります。以下では、規制目的の正当性、規制手段の正当性の順で、合憲性審査の過程を見ていきましょう。

2. 規制目的の正当性審査

目的手段図式では、最初に、規制目的が正当化できるかどうか問わ

11) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』262頁以下(大阪大学出版会・2001年)。

れます。正当な規制目的として最高裁判所があげる理由は大きく分けて二つあります。一つは他人の権利の保護であり、もう一つは公共の利益の保護です¹²。

他人の権利の保護とは、たとえば、個人の名誉権を保護するために表現の自由を規制する場面に典型的に表れています。他にも他人のプライバシー権¹³や財産権¹⁴を守るために、それらを毀損する人権の行使に制約をかける場合が挙げられます。

公共の利益の保護とは、色々ありますが、個人の権利に還元できないような公共の利益を保護する場面を指しています。具体的に判例に表れた例としては、わいせつ文書規制における性的秩序の保護及び最小限度の性道德の維持でありますとか¹⁵、あるいは有害図書規制における青少年の健全な育成の保障¹⁶、屋外広告物規制における都市の美観風致の維持¹⁷、公務員の政治活動規制における行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼の維持¹⁸、あるいは選挙運動規制において要求される選挙の公正・公平の確保¹⁹といったところが挙げられます。

これらはいずれも正当な規制目的であるといつてよいかと思われませんが、目的が単に正当というだけではまだ不十分です。これはとりわけ公共の利益の保護が規制目的になる場合に問題となるのですが、公共の利益の保護が正当か否かを判断するときは、同時にその利益の中身をできるだけ特定化することが求められます。と申しますのも、いくら正当な規制目的でも抽象的なままでは意味のある目的審査ができないからです。たとえば、選挙運動の規制目的として挙げられる選挙の公正・公平の確保は、それだけでは非常に抽象的です。そこで最高裁判所は、1968年と1981年の戸別訪問事件判決²⁰において、この目的の特定化を図り

12) 最大判1989年3月8日民集43巻2号89頁（法廷メモ事件）。

13) 最3小判1994年2月8日民集48巻2号149頁（逆転事件）。

14) 最大判1970年6月17日刑集24巻6号280頁（軽犯罪法事件）。

15) 最大判1957年3月13日刑集11巻3号997頁（チャタレイ事件）。

16) 最3小判1989年9月19日刑集43巻8号785頁（岐阜県青少年保護条例事件）。

17) 最大判1968年12月18日刑集22巻13号1549頁（大阪市屋外広告物事件）。

18) 最大判1974年11月6日刑集28巻9号393頁（猿払事件）。

19) 最2小判1981年6月15日刑集35巻4号205頁（戸別訪問事件）。

20) 最大判1968年11月1日刑集22巻12号1319頁、最2小判1981年6月15日刑集35巻4号205頁。

ました。すなわち、選挙の公正・公平の確保とは、たとえば買収・利害誘導の防止、私生活の平温の維持、候補者の煩瑣の回避、多額の選挙費用の出費抑制、投票における情実支配の排除をいうと、できるだけ具体的な目的に言い換えていったのです。こうすることによって意味のある目的審査が可能になりました。もちろん、すべての公共の利益がこのように特定化可能というわけではないものの、できるだけ特定化する方向で具体化し、目的審査を行うべきであるということとはできます。

ところで、規制の目的は、ある特定の弊害発生の防止であるとされる場合があります。その場合は、弊害発生の蓋然性も審査する必要があります²¹⁾。いくら正当な規制目的であっても弊害が観念的であると、やはり規制目的としては許されないでしょう。公共の利益が損なわれるおそれがほとんどない、あるいは観念的にしかないのに、心配のあまりに基本的人権を規制することは認められるべきではありません。ただし最近では、弊害発生の蓋然性が高くなくても、もしも被害が生じたら取り返しのできない大損害がもたらされるという場合に限って、予防的に人権を制限してもよいといわれるようになっていきます²²⁾。特に、先端的な科学技術規制やテロ対策規制の場面で、このような予防的規制を認める傾向があります。しかし、安易な予防的規制は行き過ぎを生みやすいという点に注意する必要もあります。

3. 規制手段の正当性審査

規制目的の正当性審査がクリアできたら、次に規制手段の正当化が図られなければなりません。いくら規制目的が正当であってもそれだけでは足りません。目的は手段を正当化しないからです。規制手段は規制目的とは独立に正当化される必要があります。

目的と同じく手段についても、何が正当な手段なのかを明示する憲法の条文はありません。確かに、憲法21条2項の「検閲の禁止」のように、正当でない手段を明示する例はあります。もし検閲という手段によって表現の自由を制限すれば、それがどんなに正当な規制目的を追求す

21) 松本・前掲書註(11)275頁。

22) 松本和彦「環境法における予防原則の展開(1)(2)」阪大法学53巻2号1頁(2003年)、54巻5号1頁(2005年)参照。

る場合であっても、そのような規制は憲法に違反する、というのが憲法 21 条 2 項の趣旨です²³。しかし、このように手段を明文化している例もまれであり、一般には日本国憲法から直接、正当な手段や正当でない手段を読みとることはできません。そこでどうするのかといいますと、目的との関係で手段の正当性を審査することになるのです。規制目的との関係で規制手段がそれに見合ったものになっているかを問うのです。いわゆる比例原則の適用です。それは一般に三つの場面から成り立っています²⁴。

まず、手段の目的有用性を問うことです。言い換えると、規制が目的達成にとって役に立つ手段になっているかどうかを問うことです。いくら正当な目的を追求する場合であっても、その規制が目的達成にとって役に立たない手段であれば、それは手段として正当化できないということになります。

次に、手段の必要最小限度性を問うことです。同じ目的を達成する手段は、通常、複数考えられるので、その中で、より緩やかな手段がないかどうか、すなわち、人権制限の程度がより小さい代替手段がないかどうかを検討してみることです。複数の手段の間で比較して、基本的人権に対する制限度がより緩やかな手段でないと正当化できないと考えることができます。

最後に、ある手段をとったときに得られる利益と失われる利益を衡量してみることです。それは損失以上の利益が見込める手段かどうかを問うことです。いくら正当な目的を達成するための有用かつ必要最小限度の手段であっても、失われる利益が得られる利益よりもずっと大きいと判断される場合は、やはり手段として正当化できないといわざるを得ないでしょう。

このように、基本的人権を制限する公共の福祉とは何かを正面から問うことなく、規制目的の正当性と規制手段の正当性を段階的に順番に問

23) 最大判 1984 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁（税関検査事件）、佐藤・前掲書註(10)519 頁。

24) 松本・前掲書註(11)278 頁以下。比例原則はもともとドイツで展開された法原則である。これについては、松本・前掲書註(11)59 頁以下の他、ピエロート／シュリンク（永田・松本・倉田訳）『現代ドイツ基本権』94 頁以下（法律文化社・2001 年）も参照。

うていくことによって、人権制限の合憲性を判断することができるのです。もちろん、日本においても、公共の福祉の実体を正面から問い直すべきだという見解もないわけではありません²⁵。規制目的とか規制手段といった話はあまりにも技術的すぎて、基本的人権保障の本質を見失うのではないかという懸念が、そうした見解の背後にあります。この懸念には理由があると思うのですが、しかし、そのような見解に素直にしたがってしまいますと、いきおい話は壮大化し、実践的な議論とは程遠いものになってしまうのではないかという気もいたします。それよりはむしろ、規制目的と規制手段についての小さな問いに一つずつ答えていって、順番に問いをつぶしていく方が生産的な議論になるのではないかと思います²⁶。

V. 誰が調整するのか

以上のような目的手段図式にしたがって、公共の福祉と基本的人権の対立を調整するとして、では誰がこのような複雑な調整を行うのでしょうか。誰が正当な規制目的や正当な規制手段について判断するのでしょうか。目的手段図式はあくまでも公共の福祉と基本的人権の対立を調整する方法に過ぎません。この方法を用いて誰かが実際に調整してくれなければ、対立は依然として解消されないまま残ることになります。それでは意味がないので、この目的手段図式を実際に適用してくれる者を考えなければなりません。

まず、憲法制定者がこの調整を行うということが考えられます。もっと正確にいいますと、憲法改正者がこの調整を行うことになります。憲法には多くの人権条項がありますが、そこに憲法改正者が制限事由を付け加えるのです。ある基本的人権について、その制限がなされてもやむを得ないと思われる事由を具体化し、人権条項の中に明文化しておくことです。たとえば、ドイツの憲法（ドイツ連邦共和国基本法）には、表

25) 長谷部恭男『憲法（第3版）』114頁以下（新世社・2004年）参照。

26) 松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山・駒村編『論点探求憲法』94頁以下（弘文堂・2005年）参照。

現の自由の制限事由として、名誉の保護や青少年の保護といった事柄が規定されています²⁷⁾。このように、正当な規制目的を憲法に規定しておくというやり方が考えられます。同じくドイツの憲法が住居の盗聴が許される場面として、3名の裁判官の合議体の発給する令状を要求しているように、正当な規制手段を憲法に規定しておくというやり方もあります²⁸⁾。

ただ、このドイツのやり方は、人権の制限事由を大まかに規定しただけのことです。細かいところまで定めているわけではありません。規制目的の明示については、名誉の保護であれ、青少年の保護であれ、それが正当な規制目的であるのは明らかで、あえて憲法に明文化したからといって、何かが大きく変わるというわけではありません。それに、正当な規制目的や正当な規制手段を憲法に明示したとしても、公共の福祉と基本的人権の相互調整の必要性は結局なくなりません。両者の微妙な調整をすべて憲法にあらかじめ定めておくのは不可能だからです。どれほど様々なことを憲法に書き込もうとしても、憲法の規定というのは抽象的にならざるを得ないし、最後は具体的な次元で調整しなければならないのです。

そこで求められるのが、議会による調整と行政による調整です。議会は公共の福祉を実現するために必要だと思ふ法律を自ら制定して、一般的に基本的人権を制限します。そして、この法律に表れた一般的な判断を踏まえ、そこから読みとることのできる公共の福祉の意味内容を、行政が命令・処分でもって具体的事件に適用し、個別的に基本的人権を制限します。さらに、この議会の判断や行政の判断を前提に、当該具体的事件において、公共の福祉と基本的人権の調整がうまくいっているかどうかを再審査するのが、裁判所の役割ということになります。

日本の憲法学はこれまで、主として裁判所の再審査の仕方を論じてきました。たとえば、公共の福祉をめぐる議論の一つで、二重の基準論という考え方²⁹⁾が憲法学の通説としてございます。これは、合憲性審査において、精神的自由権の規制には厳格な審査基準を用い、経済的自由権の

27) ドイツ連邦共和国基本法5条2項。

28) ドイツ連邦共和国基本法13条3項。

29) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法（第3版）』100頁（岩波書店・2002年）。ただし、松井茂記『二重の基準論』（有斐閣・1994年）は通説と異なる理解を示している。

規制には緩やかな審査基準を用いて判断せよという考え方です。この二重の基準論が適用される場面は裁判所による合憲性審査の場面だけですから、結局のところ、公共の福祉と基本的人権の調整の主体として裁判所を想定し、その裁判所による調整の仕方を主として論じていたことになります。

もちろん、これはこれで非常に重要な議論であるわけですが、裁判所を念頭においた調整をいう前に、まず議会による調整の重要性を強調しておく必要があると思われます。公共の福祉を守るための人権制限は、何よりもまず議会の判断において行われます。ここで公共の福祉と基本的人権の調整をきちんと行うことが大事です。そのためには、議会自身の判断を法律の形式でできるだけ明確に表現することです。議会自身の判断を法律にできるだけきちんと書き込むということにして、言い換えますと、行政に判断を丸投げするような立法はしないということであり、あるいは、法律の規律密度を高めて行政裁量の余地を小さくするということです。

日本は統治形式として議院内閣制を採用しており、議会と行政が協働の関係におかれていて、通常は互いに連携しつつ円滑に機能しています。しかし、この協働関係は一つ間違うと馴れ合いの関係に陥る危険があります。実際、議会と行政の現実には馴れ合いに近いと感じることがしばしばです。議会と行政が馴れ合うと、議会は重大な決定に伴う政治責任の追及を回避するため、自ら公共の福祉を具体化して法律に明示することを放棄し、基本的人権との微妙な調整も行政に包括的に委任しがちになります。他方で、行政は議会からの包括的な委任を受け、自らの内に籠もって外からの批判を遮断したところで、基本的人権の制限という重大な決定を下すことになります。公共の福祉と基本的人権の調整の重要性を直視する限り、このような事態は決して望ましいことではありません。基本的人権の制限という重大な決定は、本来、できるだけ多くの人々の目に触れるところで、様々な利害を代表する人々の手によって行われるべきものなのです。そのためにも議会という場における調整が特に大事だといわなければならないのです³⁰。

30) 松本・前掲書註(11)231頁以下、松本和彦「基本権の制約と法律の留保」『日独憲法学の創造力・上巻』369頁以下(信山社・2003年)参照。

VI. おわりに

最近、日本では憲法改正が話題になることが少なくありません。日本国憲法が公布されてちょうど60年が経過したのですが、よく知られている通り、この憲法はまだ一度も改正されたことはありません。そのせいか、そろそろ憲法も現実に合わせて新たに書き改めるべきだとの主張も聞かれるようになっていきます。

憲法改正の是非一般の論評はおいておくとして、ここで気になるのは、公共の福祉の規定もこの際改正しようという主張があることです³¹。公共の福祉の概念は曖昧だから、もっと明確な概念に置き換えて、公共の福祉と基本的人権の関係をはっきりさせようという主張のようです。しかし、ここまでお話ししてきたところからも明らかなように、公共の福祉を憲法上で明確化しようとしても限界があるだけでなく、そのような事前の明確化の努力自体にあまり実益がないというべきです。それにもかかわらず、公共の福祉の規定に手を加えるべきだという主張が出てくるのは、議会が法律の形式によって公共の福祉と基本的人権を調整する作業を過小評価し、そういう過程はできるだけ省いて、手っ取り早く憲法上で調整をすましておきたいという願望の表れかもしれません。公共の福祉の改正案が主として与党の国会議員から出されているのも、そのためではないかと疑りたくなることもあります。

しかし、先に述べましたように、基本的人権の制限という重大な決定は、多様な利害が代表されている公開の場で十分に議論した上で行うべきものです。基本的人権と対向する公共の福祉の内容は時代の変化に応じて変わる可能性もあるので、公共の福祉と基本的人権の調整も絶えず更新する必要がある、一応得られた結論を再び見直すことができるように、議論の再開を許す制度的余地が与えられていなければなりません³²。だからこそ、議会が法律の形式で公共の福祉と基本的人権の調整を行うことの意義が強調されるのです。そして裁判所に対して、議会が自らの判断を放棄して行政にすべてを委ねることのないよう事後審査する役割

31) 一例として、自由民主党が2005年に公表した「新憲法草案」の12条及び3条参照。

31) 松本・前掲論文註(1)144頁。

が期待されるのです。公共の福祉と基本的人権の問題を考えることは、統治の構造全体を再認識する契機になるといってよいでしょう。

主題語：公共の福祉, 基本的人権, 規制目的, 規制手段

[국문초록]

공공의 복지와 기본적 인권

松本 和彦

일본 오사카대학 대학원 교수

최근 일본에서는 헌법개정이 화제로 되는 일이 빈번하다.

일본헌법이 공포되어 60년이 경과하였지만 잘 알려진 바대로 이 헌법은 아직 한번도 개정되지 않았다. 그 때문인지 이제 헌법도 현실에 맞추어 새롭게 고칠 필요가 있다는 주장도 제기되면서 공공복지와 기본적 인권에 대한 개념에 대한 명확화의 논의 또한 활발히 진행되고 있지만, 상호계약의 관계인 두 개념을 구체적이고 명확화하는 것은 한계가 있다.

양자는 필요불가분의 관계에 있다는 것을 인정함에 따라 결국 구체적이며 세밀한 조정을 통하여 생각하지 않을 수 없기에 목적수단도식, 규제목적의 정당성, 규제수단의 정당성, 조정권자 등에 대한 기준을 통하여 인권제한의 합헌성을 판단하고자 한다.

또한 기본적 인권의 제한 결정은 공개의 장에서 충분한 논의와 시대적 변화에 의한 끊임없는 조정 및 갱신의 필요성 등 제도적인 보장이 필요하다.

양자를 생각하는 것은 통치의 구조전체를 재인식하는 계기가 될 것이라고 해도 좋을 것이다.

주제어 : 공공복지, 기본적 인권, 규제목적, 규제수단