

衆憲資第 31 号

基本的人権と公共の福祉に関する基礎的資料

国家・共同体・家族・個人の関係の再構築の視点から

基本的人権の保障に関する調査小委員会

(平成 15 年 6 月 5 日の参考資料)

平成 15 年 6 月
衆議院憲法調査会事務局

この資料は、平成 15 年 6 月 5 日(木)の衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会において、「基本的人権と公共の福祉」(国家・共同体・家族・個人の関係の再構築の視点から)をテーマとする参考人質疑及び委員間の自由討議を行うに当たっての便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち問題関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したつもりですが、必ずしも網羅的なものとはなっていない点にご留意ください。

【目 次】

基本的人権の根拠

1	多数説による基本的人権の根拠の理解.....	1
2	基本的人権の根拠に関する法哲学的アプローチ.....	2
3	プロセス的基本的人権観.....	3
4	「切り札」としての人権.....	5

基本的人権の制約原理

1	法律の留保	
1.1	法律の留保とは.....	7
1.2	明治憲法における法律の留保.....	7
2	「公共の福祉」による制約	
2.1	「公共の福祉」概説.....	8
2.2	「公共の福祉」に関する学説の展開.....	9
2.3	「公共の福祉」に関する主な判例.....	11

憲法的視点における国家,共同体,家族,個人の再構築

1	概説.....	13
2	社会契約論.....	13
3	現代リベラリズム.....	14
4	コミュニタリアニズム(共同体論)からの批判.....	17
5	フェミニズムからの批判.....	17
6	日本国憲法制定時における議論.....	18
7	諸外国の憲法における「家族」に係る規定.....	19

用語解説による法哲学の俯瞰

..... 23

憲法における義務規定

1	日本国憲法における義務規定	
1.1	総論.....	34
1.2	各論.....	34
1.3	日本国憲法制定時における議論.....	36
	【参考】衆議院憲法調査会中間報告書抜粋.....	39
2	諸外国の憲法における国民に対する義務規定	
2.1	諸外国の憲法上の義務規定一覧表.....	43
2.2	諸外国の義務規定.....	44
	参考文献.....	50

基本的人権の根拠

1 多数説による基本的人権の根拠の理解

オーソドックスな学説は、基本的人権の根拠を次のように説明する。

「……基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生存を確保し、その尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したもの、とすることができる。したがって、**人権を承認する根拠に造物主や自然法を持ち出す必要はなく**、国際人権規約（社会権規約と自由権規約前文）に述べられているように、「**人間の固有の尊厳に由来する**」と考えれば足りる。この人間尊厳の原理は「個人主義」とも言われ、日本国憲法は、この思想を「すべて国民は、個人として尊重される」（13条）という原理によって宣明している。」（芦部信喜『憲法 第三版』80頁） 太字部分は、事務局において編集

【参考】市民的及び政治的権利に関する国際規約前文

この規約の締結国は、

国際連合憲章において宣明された原則によれば、人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであることを考慮し、

これらの権利が人間の固有の尊厳に由来することを認め、

世界人権宣言によれば、自由な人間は市民的及び政治的自由並びに恐怖及び欠乏からの自由を享受するものであるとの理想は、すべての者がその経済的、社会的及び文化的権利とともに市民的及び政治的権利を享受することのできる条件が作り出される場合に初めて達成されることになることを認め、

人権及び自由の普遍的な尊重及び遵守を助長すべき義務を国際連合憲章に基づき諸国が負っていることを考慮し、

個人が、他人に対し及びその属する社会に対して義務を負うこと並びにこの規約において認められる権利の増進及び擁護のために努力する責任を有することを認識して、

次のとおり協定する。

2 基本的人権の根拠に関する法哲学的アプローチ

しかし、宮沢俊義や芦部信喜に代表されるこの見解は、人権の重要性を説きつつも、人権の根拠（なぜ重要なのか）に対する答えとなっていない。

「……人間であることから論理必然的に当然導かれる権利といっても、それだけでは説得力を欠く。そこで英米では、国民の権利がなぜ認められるかについて、さまざまな哲学的正当化が試みられている。ただ、その中身は大きく異なっている。

その中で有力なのは、自然法・自然権に訴えることなく社会契約論を現代化した見解である。この典型は、**ロールズの正義論**である。このロールズの公正としての正義論は、最大限の自由を認めつつ格差原理により不平等是正を正当化しようとしたものとして、アメリカでは強い影響をもった。このような発想を受け継いだのが、**ドゥオーキンの権利論**である。ドゥオーキンは、ロールズ同様功利主義的権利観を批判し、個人の権利を個人のもつ政治的切り札として捉え、個人の権利は共同体の福祉を理由に制約されてはならないと主張する。しかも彼は、そのような権利の根幹に、「平等な配慮と尊重を求める権利」を置いている。そのため、個人の自由への権利は、この原理と矛盾しない限りでしか認められない。ドゥオーキンの見解では、平等原理こそが優先されるのである。このような権利観念は、「リベラルな権利観念」と呼ぶことができる。

これらの社会契約論は、いずれも功利主義を斥け、カント哲学の影響を受け、人間を手段としてではなく目的として扱うことを求める。しかし、同じように社会契約論的思考方にたっても、ドゥオーキンとは対照的に最小限度の国家を志向する考え方もある。**ノージック**の見解がその典型である。彼は、各人は、生命・身体・財産を侵害されず、侵害に対しては賠償を求めたり自分や他人を守ったりする絶対的な基本的権利をもっており、国家の正当な権能は、暴力・詐欺・窃盗・契約破棄に対して人々を守るという夜警国家的作用に限定されるべきだと主張する。従って、それを超えた福祉国家は正当化されないと考えるのである。このような「リバータリアニズムの権利観念」によれば、政府の役割は大きく限定されることになる。」（松井茂記『日本国憲法』307頁） 太字部分は、事務局において編集

この基礎にあるのは、1970年代にアメリカに端を発したリベラリズムをめぐる論争である。1971年、ロールズ（John Rawls）は『正義論』（“A Theory of Justice”）を出版し、功利主義を批判するとともに、ロックやカントやルソーの社会契約論を洗練し、一般化することで義務論的アプローチを試みた。また、ロールズとともにリベラ

リズムの旗手と目されるドウオーキン (Gerald Dworkin) は、『権利論』(“ Taking Rights Seriously ”, 1977) において「公正としての正義」が「平等な配慮と尊重への権利」を自然的権利として組み込んだ理論であることに意義があるとした。

古典的リベラリズムから発展したリバタリアニズム (自由至上主義。ロールズやドウオーキンのリベラリズムが福祉国家的意味合いを持つため、それと区別するために特にこのように呼ぶ。) を代表するノージック (Robert Nozick) は、『アナーキー・国家・ユートピア』(“ Anarchy, State, Utopia ”, 1974) を著し、ロールズを批判し、「最小国家」を主張した。

ロールズ対ノージックのリベラリズム論争が一段落ついた 1980 年代に入ると、今度はそのリベラリズムの土俵自体を批判する「共同体論」と呼ばれる論が現れた。その代表は、M.サンデル (Michael Sandel) と A.マッキンタイア (Alasdair MacIntyre) である。例えば、サンデルは、リベラリズムは正を各人の善から独立させ、それを善よりも重視するが、個人のアイデンティティはその道德観も含めて、所属している共同体の中で育まれているものであるから、正を善から独立させることなど不可能であることを主張する。したがって、リベラリズムがというような中立的な正はあり得ず、どのような正義論も共同体で共有する特定の善でしかないという。

この批判を受けて、ロールズは 1980 年代にその理論を修正し、「多元主義」の中における「政治的リベラリズム」を提唱するようになる (『政治的リベラリズム』“ Political Liberalism ”, 1993)。アメリカでは 1990 年代より「共同体論」がそれなりの力を持つようになり、そこから、「多文化主義」の動きが生まれた。現在、アメリカではリベラリズムはかなり劣勢に追い込まれている。

日本においては、井上達夫が「公共的リベラリズム」を提唱し、リベラリズムの再構築を試みている。

3 プロセス的基本的人権観

芦部に代表される古典的な見解に対し、憲法上の基本的人権の根拠を次のように説明する見解もある。

「a 実体的価値の基本的人権観の根拠 このような通説的な基本的人権観は、はたして日本国憲法に最もふさわしいものであろうか。

まず、なぜ日本国憲法の基本的人権を通説のように解釈しなければならないのであろうか。通説は、それが近代立憲主義の人権観念だと捉えている。しかし……アメリカとフランスで国民の権利の観念自体が大きく異なっており、通説のというような人権の観念が近代立憲主義の共通の人権の観念だとは思われない。

では、それが日本国憲法の条文から導かれる最も素直な解釈であらうか。確かに……11 条などの中には、通説的な基本的人権観が示唆されていないわけではない。しかし、これらは、必ずしも基本的人権を自然権と述べてはい

ない。

それでは、それが日本国憲法の制定者が憲法制定時に抱いていた人権観であろうか。……日本国憲法の基本的人権はアメリカの市民的権利・市民的自由にもむしろ近いと考えると考えることも可能である。

b 実体的価値の基本的人権観の問題点 通説的基本的人権観には、さらにいくつかの重大な問題点がある。

その最大の問題点は、基本的人権を実定的権利としてよりは道徳的権利としてしまう点である。つまり、基本的人権の本質を憲法以前に求めることにより、基本的人権は実定法的権利というよりも道徳的権利として捉えられる傾向が強くなってしまったのである。……

c なぜ「人間の尊厳」なのか ……

d プロセス的基本的人権観 このように考えると、人間の尊厳に依拠して、基本的人権を人間が生まれながらに有している自然権と捉える基本的人権観は、とても支持し難い。むしろ、基本的人権の究極の根拠は、一定の政治共同体の決定に求めるべきである。ただ、日本国憲法は、その決定を行うに際して、基本的人権の尊重が普遍的な原理であるとのコミットメントを示したものと考えるべきであろう。また、政治共同体に基本的人権の究極の根源を求めることは、必ずしも、公共の利益による基本的人権の制約を正当化することにはならない。ドゥオーキンの見解のように、政治共同体は、通常政治の公共の利益を理由とする制約を認めないように基本的人権を承認したと考えればよいのである。あるいは、人民が高次の法形成によって樹立した憲法原理である基本的人権は、通常政治の公共の利益によっては否定しえないものと考えればよいのである。

しかも、基本的人権は、実体的価値というよりは、主としてプロセス的なものとして理解されるべきである。このプロセス的な基本的人権観の前提は、実体的な価値については客観的な秩序も価値体系も存在せず、また実体的価値についてはさまざまな見解が可能であり、憲法が実体的価値を変更不可能な形で固定していると考えべきではないというものである。この考え方においては、憲法は、「良き社会」をみずから特定したものではない。むしろ、何が「良き社会」かは、憲法ではなく政治の領域に属し、国民は各人異なった「良き社会」についてのビジョンをもつことができると考えられる。憲法、そして憲法の保障する基本的人権は、このように国民が何が「良き社会」であるかについて異なったビジョンをもっていることを前提にして、どのようにしてその中で統治を行っていくかのプロセスを定めたものだとみる。」(松井茂記『日本国憲法』304-313頁)

4 「切り札」としての人権

基本的人権の根拠をオーソドックスな学説のように、「人間固有の尊厳」に求め、それは結局、社会全体の利益に還元され、そのことから「公共の福祉」による制約を認めるのであれば（一元的内在制約説）公共の福祉とは独立に、人権とは何かを考える意味はほとんどなくなる（結局、すべての人権が「公共の福祉」に還元されてしまうことになる。）そこで、人権とは何かについての意義に関し、「公共の福祉」に還元することができない人権を見出すために、「切り札としての人権」が提唱されている。長谷部恭男は、これを次のように説明する。

（１）個人の自律 公共の福祉に還元されえない人権 もし人権保障の根拠が、通説の主張するように、結局は社会全体の利益に還元されてしまうのであれば、公共の福祉とは独立に、人権とは何かを考える意味はほとんどない。自らの人生の価値が、社会公共の利益と完全に融合し、同一化している例外的な人を除いて、多くの人にとって、人生の意味は、各自がそれぞれの人生を自ら構想し、選択し、それを自ら生きることによってはじめて与えられる。その場合、公共の福祉には還元されえない部分を、憲法による権利保障に見る必要がある。少なくとも、一定の事項については、たとえ公共の福祉に反する場合においても、個人に自律的な決定権を人権の行使として保障すべきである。いいかえれば、人権に、公共の福祉という根拠に基づく国家の権威要求をくつがえす「切り札」としての意義を認めるべきである。……

（２）人格の平等と「切り札」としての権利 個人の根源的平等性 「切り札」として働く権利であるためには、いかなる個人であっても、もしその人が自律的に生きようとするのであれば、多数者の意思に抗してでも保障してほしいと思うであろうような、そうした権利でなければならない。そのような権利の核心にあるのは、個人の人格の根源的な平等性であろう。他人の権利や利益を侵害しているからという「結果」に着目した理由ではなく、自分の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由に基づいて否定され、干渉されるとき、そうした権利が侵害されているといいうる。この種の制約は、その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて否定され、干渉されるとき、そうした権利が侵害されているといいうる。この種の制約は、その人を他の個人と同等の、自分の選択に基づいて自分の人生を理性的に構想し、行動しうる人間として見なしていないことを意味する。……

少数者にとって意味のある権利 このように、個人の自律に基づく「切り札」としての権利は、個々人の具体的な行動の自由を直接に保障するよりは

むしろ、特定の理由に基づいて政府が行動すること自体を禁止するものと考えられる。このような意味での「切り札」としての権利は、あらゆる問題について社会の大勢に順応して生きようとする人にとって、また現に社会の多数派と同じ考えを持っている人にとってはさして価値のない権利であろう。それは、少数者にとってのみ意味のある権利である。

民主政の前提 また、今述べたような意味での個人の根源的な平等性は、憲法の定める民主的政治過程の根本にあるはずの原理である。あらゆる個人を自律的かつ理性的にその人生を選択できる存在だとする前提があつてこそ、理性的な討議と民主的決定を通じて、社会全体の公益を発見しようとする考え方が生まれる。また、この同じ前提は、そもそも個人を単なる強制や威嚇や操作の対象としてではなく、理性的な対話の相手として考えるための必須の条件でもある。多数決による決定だからという理由で、この個人の自律的な決定権を否定するならば、民主政治の前提自体が掘り崩されることになる。

(3)「切り札」としての人権と公共の福祉に基づく権利 2種類の憲法上の権利 「人権」ということばは、さまざまな意味で用いられ、現在では、憲法上保障された権利をすべて人権という用法が一般的である。しかし、個人が生来、国家成立前の自然状態においても享有していたはずの権利という、人権本来の意義に即していえば、個人の自律を根拠とする「切り札」としての権利のみを人権と呼ぶのがより適切である。……」(長谷部恭男『憲法』第2版 120-121頁)

【参考】切り札としての人権

もともとアメリカの政治哲学者ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) が、社会全体の利益に還元できず、それとは対立するにもかかわらずなお保障されねばならないものとしての権利を意味するものとして用いた概念。現在の憲法学においては、憲法において保障された権利を、社会全体の利益に還元できず、社会全体の利益に反してまでも保障されるべき、個人の自律的選択を保障する「人権」と、社会全体の利益を実現するという「政策」的な配慮のために保障された「憲法上の権利」とに区別した上で、前者を意味するものとして用いられることが多い。憲法によって保障された権利をこうした形で区別することによって、「人権」概念は実質的に限定されると同時に、たとえばメディアによる私人に対する名誉毀損やプライバシー侵害に関して、「表現の自由」対「プライバシー」といった形で憲法上等しい価値の間での選択を問題にするのではなく、メディアが有する表現の自由は「憲法上の権利」にすぎないのに対して、個人が有する名誉やプライバシーなどは「切り札」としての「人権」に属するという形で、後者の優先性を導き出すことが容易となる。ただし、この場合、しばしば誤解されがちだが、「憲法上の権利」なるものは、たしかに「切り札としての権利」である「人権」とは区別された、社会全体の利益を実現するための「政策」的配慮に基づいて保障される権利にすぎないものの、それはあくまで憲法レヴェルの「政策」的選択に基づいて保障される権利であつて、政治過程において時々多数派が好き勝手に左右できるものではないことに注意する必要がある。(長谷部恭男編『憲法本 41』328-329頁)

基本的人権の制約原理

1 法律の留保

1.1 法律の留保とは

「法律の留保という言葉は、はじめ O.マイヤー(Otto Mayer, 1846-1924)によって、**国家権力による国民の権利義務に対する侵害は、行政権によっては許されず、立法権(法律)に留保されるべきだ**という原則をいうものとして、用いられた。やがて、法律による行政の原則が一般に確立されるようになるとともに(法律による行政の原理が確立されれば、マイヤーの言う「法律の留保」はその主たる存在理由を失う)、法律の留保という言葉は、「**人権は憲法で保障されるが、法律 単純な法律 でそれについての制限的規定を設ける可能性がみとめられている**」¹、というような意味に使われることになった。」(『憲法学 人権総論』芦部信喜 44 頁)

1.2 明治憲法における法律の留保

「明治憲法の権利・自由は、1 に述べたような観念¹を明確にする趣旨で、「法律の留保」を伴うもので...**法律によれば権利・自由を制限することが許されるという建前**をとっていた。「日本臣民ハ安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ信教ノ自由ヲ有ス」(28 条)という規定は、「法律の留保」を明記しなかったため、かえって命令による制限をも許す趣旨だと解された。...明治憲法の権利宣言がプロイセン憲法のそれと同じく、「行政権に対する保障であり立法権を拘束するものでなかった」と言われるのは、このように、法律によっても侵されない権利・自由の保障がなかったからにほかならない。それが日本国憲法によって「法律からの保障」という考え方に 180 度転換したことは、まさに画期的と言ってよかろう。」(『憲法学 人権総論』芦部信喜 43 頁) 太字は事務局において編集

¹ 注：ここにいう「観念」とは、「明治憲法に定める臣民の権利が、天皇から臣民に与えられた恩恵的なものであり、その保障が統治者の有する特権的地位の範囲内で認められたものであるという観念」を指す。(この注は事務局において編集した)

2 「公共の福祉」による制約

第12条〔自由・権利の保持の責任とその濫用の禁止〕 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〔個人の尊重・幸福追求権・公共の福祉〕 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〔居住、移転及び職業選択の自由、外国移住及び国籍離脱の自由〕 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。何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。

第29条〔財産権〕 財産権は、これを侵してはならない。

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。

私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。

2.1 「公共の福祉」概説

「日本国憲法は、人間が生まれながらに有すると考えられる基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」、つまり、法律によつても、さらに憲法改正によつても、侵してはならない権利として、絶対的に保障する考え方をとっているが、それは、人権が無制限だという意味ではない。人権は個人に保障されるもので、個人権とも言われるが、個人は社会との関係を見捨てて生存することはできないので、人権もとくに他人の人権との関係で制約されることがあるのは、当然である。

日本国憲法は、各人権に個別的に制限の根拠や程度を規定しないで、「公共の福祉」による制約が存する旨を一般的に定める方式をとっている。すなわち、12条で、国民は基本的人権を「公共の福祉のために」利用する責任を負うと言い、13条で、国民の権利については、「公共の福祉に反しない限り」、国政の上で最大の尊重を必要すると定める。また、経済的自由（職業の自由、財産権）については、「公共の福祉」による制限がある旨をとくに規定している（22条・29条）」（芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法第三版』95頁）

2.2 「公共の福祉」に関する学説の展開

「公共の福祉」は、憲法において 12、13、22、29 条の 4 ヶ所定められているが、これらの意味及び相互の関連はどのようなものか、特に、12 条及び 13 条を根拠として人権を制約することができるのかについては、判例及び学説で激しい議論が行われた。以下(1)～(3)では、「公共の福祉」の法的な意味をめぐる三つの学説を紹介する。また、基本的人権と公共の福祉の問題については、現在は人権を制限する法律の違憲審査基準に関する議論が進んでいるため、さまざまな違憲審査基準のうち、人権全般にかかわる基準である「比較衡量論」と「二重の基準」についてもふれた(以下、かぎ括弧内に引用した文章は、いずれも芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法第三版』(96-98 頁)による)。

(1) 一元的外在制約説

美濃部達吉により主張された当初の通説で、「基本的人権はすべて「公共の福祉」によって制約される。すなわち、**憲法 12・13 条の「公共の福祉」は、人権の外にあって、それを制約することのできる一般的な原理である。22・29 条の「公共の福祉」は、特別の意味をもたない。**」とする学説である。

(批判)

「一般に、「公共の福祉」の意味を「公益」とか「公共の安寧秩序」と言うような、抽象的な最高概念として捉えているので、法律による人権制限が容易に肯定されるおそれが少なくなく、ひいては、明治憲法における「法律の留保」のついた人権保障と同じことになってしまわないか、という問題があった。」

(2) 内在・外在二元的制約説

『註解日本国憲法』(法学協会・昭和 28 年)によって初めて主張された学説で、「**「公共の福祉」による制約が認められる人権は、その旨が明文で定められている経済的自由権(22・29 条)と、国家の積極的施策によって実現される社会権(25 28 条)に限られる。12 条・13 条は訓示的ないし倫理的な規定であるにとどまり、13 条の「公共の福祉」は人権制約の根拠とはなりえない。**国家の政策的・積極的な規制が認められる経済的自由権や社会権以外の自由権は、権利が社会的なものであることに内在する制約に服するにとどまる。したがって、権利・自由の行使を事前に抑制することは許されず、それぞれの権利・自由の行使に内在する制約の限度で、事後に裁判所が公正な手続によって抑制することだけが許される。」とするもの。

(批判)

「自由権と社会権の区別が相対化しつつあるのに、それを画然と分けて、その限界を一方は内在的、他方は外在的と割り切ることが妥当か、また、憲法に言う「公共の福祉」の概念を国の政策的考慮に基づく公益という意味に限定して考えるのは適切か、13条を倫理的な規定であるとしてしまうと、それを新しい人権を基礎づける包括的な人権条項と解釈できなくなるのではないか」

(3) 一元的内在制約説

宮沢俊義により主張され、先の(1)と(2)の両説を統合した、現在の通説とされる学説である。

「公共の福祉とは**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。この意味での**公共の福祉は、憲法規定にかかわらずすべての人権に論理必然的に内在している**。この原理は、自由権を各人に公平に保障するための制約を根拠づける場合には、**必要最小限度の規制のみを認め(自由国家的公共の福祉)、社会権を実質的に保障するために自由権の規制を根拠づける場合には、必要な限度の規制を認めるもの(社会国家的公共の福祉)**としてはたらく。」

(批判)

「人権の具体的限界についての判断基準として、「必要最小限度」ないしは「必要限度」という抽象的な原則しか示されず、人権を制約する立法の合憲性を具体的にどのように判定していくのか、必ずしも明らかではないことである。具体的な基準は何かという基本的課題に対する解答を判例の集積に委ねてしまうのでは、内在的制約の意味が明確を欠くだけに、実質的には、外在的制約説と大差のない結果となるおそれも生じる。」

(4) 比較衡量論

「この点で注目されるのが、比較衡量論と呼ばれる違憲審査の基準である。この基準は、すべての人権について、「それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益とを比較して、**前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができる**」というもので、個別的比較衡量とも言われる。…比較衡量論は、公共の福祉という抽象的な原理によって人権制限の合憲性を判断する考え方とは異なり、個々の事件における具体的状況を踏まえて対立する利益を衡量しながら妥当な結論を導き出そうとする方法であるから、優れた一面を有していることは疑いない。」

(批判)

「比較衡量論は、一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行なわれる憲法の分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い、という点に根本的な問題がある。したがって、この基準は、同じ程度に重要な二つの人権（たとえば、報道の自由とプライバシー権）を調節するため、裁判所が仲裁者としてはたらくような場合に原則として限定して用いるのが妥当であろう。」

(5) 二重の基準論

「このような比較衡量論の問題点を指摘しながら、前述の一元的内在制約説の趣旨を具体的な違憲審査の基準として準則化しようとして主張されたのが、アメリカの判例理論に基づいて体系化された「二重の基準」の理論である。

この理論は、**人権のカタログのなかで、精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、人権を規制する法律の違憲審査にあたって、経済的自由の規制立法に関して適用される「合理性」の基準は、精神的自由の規制立法については妥当せず、より厳格な基準によって審査されなければならないとする理論である。**...この二重の基準論は、学説において広く支持されているばかりでなく、判例においてもとり入れられている。」

2.3 「公共の福祉」に関する主な判例

初期の判例は、「公共の福祉」を人権の一般的な制約原理として用いる外在制約説に立っていたということができ、「公共の福祉」の内容を明らかにすることなく、憲法 12 条、13 条の「公共の福祉」を援用して、人権を制限する法律の規定を簡単に合憲と判断した。」(野中他『憲法 第 3 版』239 頁)。その例として、以下の判例を挙げることができる。

戸別訪問禁止に関する判例 (最大判昭和 25 年 9 月 27 日刑集 4 巻 9 号 1799 頁) ...

「選挙の公正を期すこと」を公共の福祉の内容とした。

チャタレー事件判例 (最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 巻 3 号 997 頁) ... 「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持すること」を公共の福祉の内容とした。

東京都公安条例事件判例 (最大判昭和 35 年 7 月 20 日刑集 14 巻 9 号 1243 頁) ... 「公共の安寧の秩序」を公共の福祉の内容とした。

労働基本権に関する判例 (最大判昭和 28 年 4 月 8 日刑集 7 巻 4 号 775 頁) ... 「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団体行動をする権利も公共の福祉のため制限を受けるのはやむを得ないところである」と判示。

この流れは、**全通東京中郵事件最高裁判決（最大判昭和 41 年 10 月 26 日刑集 20 巻 8 号 901 頁）**が、公務員の労働基本権の制約に関し、「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」と判示し、内在的制約説の立場に立ったことにより変更された。**都教組事件最高裁判決（最大判昭和 44 年 4 月 2 日刑集 23 巻 5 号 305 頁）**も同様に、公務員の労働基本権の制約が「当然の内在的制約」である旨示した。

しかし、**全農林警職法事件最高裁判決（最大判昭和 48 年 4 月 25 日刑集 27 巻）**が、労働基本権について「おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れないものであり、このことは、憲法 13 条の規定の趣旨に徴しても疑いのないところである。」と示し、従来の公共の福祉説に戻っている。

憲法的視点における国家、共同体、家族、個人の再構築

1 概説

そもそも近代憲法の人権保障体系は、「人の生来の自由や権利の名において、国家が国民を支配する限界を示そうとするもの」(野中・中村・高橋・高見『憲法 第3版』511頁)であり、ロックやモンテスキュー、ルソーなどの主張した自然権思想や社会契約論の影響を受けて、18世紀末の市民革命の結果として開花したものである。社会契約論は、公と私を分けるという考え方に立脚しているため、これを受けた近代憲法は、「国家」対「個人」の関係が規律されているのみで、その他の中間団体や家族といったものは取り込まれていない。

これに対し、20世紀後半から、共同体論(コミュニタリアリズム)やフェミニズムの立場から、このような人権保障体系のもとになった社会契約論や、社会契約論からJ.ロールズが発展させたリベラリズムに対する批判が試みられている。

2 社会契約論

ロックやルソーといった17~18世紀の啓蒙思想家は、近代自然法(自然権)思想を提唱した。この思想によれば、人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利(自然権)をもっている、その自然権を確実なものとするために社会契約を結び、政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有する。こうした政治社会の成立が個人の間での契約に基づいており、そのために政治権力は正当性をもつとする理論のことを社会契約論という。

例えば、T.ホブズはその目的を無秩序な自然状態の克服であるとし、J.ロックはその目的を私有財産を含む個人の自由権の保障であるとした。また、J.J.ルソーは、1762年に『社会契約論』を著し、社会を構成する各個人は自分の財産・生命を含む一切を「一般意思」に譲渡し、主権が人民に存するような社会を構想した。

このような思想に支えられて、1776年から89年にかけてのアメリカ諸州の憲法、1788年のアメリカ合衆国憲法、1789年のフランス人権宣言、91年のフランス第一共和制憲法などが制定された。(芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第3版』6頁)

公私二分論

「公私二分論」は、近代憲法学が自明視してきた家族関係に憲法＝人権保障を及ぼさない考え方である。そもそも近代憲法は、最小限度の政府の役割を背景にして形成された。アメリカでも、フランスでも、憲法は国民に自由を保障し、政府はその濫用を規制し、国内的には必要最小限度の秩序を維持することをもって足りるものと考えられていた。ここには、政府の公的な領域と政府の権限の及ばない私的な領域を区別し、政府の権限がなるべく及ばないようにすることを憲法の目的とする考え方があった。中山道子は、公私二分論を次のように説明する。

「政治」対「家族」という形での近代的な公私二元論の思考枠組みの意義を、世界に先駆けて、最も明確な形で提供した思想家は、ジョン・ロックである。彼は、1690年の『統治二論』において、社会を「政治社会」と「家族社会」に分けて理解するべきことを宣言した。……このような定式自体は、もちろんアリストテレス（『政治学』）以来の古典的なものであったが、ロックにおいては、それは特定の当面の目的に基づいて、新たに採用されたものであった。家父長制的な王権神授説に基づいて絶対王政論を展開したサー・ロバート・フィルマーの著作、『パトリアルカ』が、彼の死後、王党派の手によって1680年に発表されたのに対して反駁を加えるため、つまり、封建制度が崩壊しつつある中、近代的な政治意識の芽生えの中で台頭する絶対主義に対抗する契約主義的な市民的統治理論を提示するためである。」（中山道子『公私二元論崩壊の射程と日本の近代憲法学』1999、法の臨界 所収）

3 現代リベリズム

「歴史的にみても、自由主義は絶対王政下での国王の恣意的な権力行使を批判し、権力を人民の同意の下におく、権力規制の論理として出発した。たとえば、近代社会契約論の代表者である、J.ロックは、権力の正統性の起源を人民の同意に求め、権力の目的を人民の「生命、自由、財産」の保持においたのである。これは権力の恣意的発動を抑制する論理であり、同時に権力を個人の幸福追求の外的条件維持におく論理でもある。**このロックの発想は、後の自由主義²さらには現代リベリズムにも通じるものである。**

近年、自由主義の思想史的整理を進めている J.グレイは自由主義の伝統に共通する四つの概念を次のように説明している。「それは、**いかなる社会集団の要求にたいしても個人の道徳的優位を主張する**ということにおいて個人主義的であり、すべての人々に同じ道徳的地位を付与し、人間の間の道徳的価

² リベリズムの日本語訳は「自由主義」であるが、自由主義と区別してあえてリベリズムと言うのは、現代の自由主義を19世紀以前の自由主義と区別し、その規範的内容の変化を強調するためである。井上達夫は、リベリズムの神髄を「正義の基底性」に求める（有賀誠・伊藤恭彦・松井暁『ポスト・リベリズム 社会的規範理論への招待』3頁、2000年）

値における法的または政治的差別の重要性を否定するかぎりにおいて平等主義的であり、**人類の道徳的一体性を主張し固有の歴史的結社や文化形式には副次的重要性しか与えない**という点で普遍主義的であり、すべての社会制度や政治的仕組みの修正可能性と改善可能性とを主張することにおいて改革主義的である」(グレイ 1991, 4-5 頁)。このようにグレイは、個人主義、平等主義、普遍主義、改革主義の四概念が自由主義に共通するとしている。もちろん、この四概念を具体的にどう定義するのかによって、つまりどんな規範内容をそれらに盛り込むのかによって、自由主義思想のさまざまなヴァリエーションが可能になる。現代の自由主義、つまりリベラリズムもグレイの指摘する四概念を基本的にもちつつも、それらに独自の規範内容を盛り込もうとしている。そしてその盛り込み方の違いが、リベラリズム内部での規範内容の違いをもたらすのである。」(有賀誠・伊藤恭彦・松井暁『ポスト・リベラリズム 社会的規範理論への招待』4-5 頁, 2000 年) 太字部分は、事務局において編集

参考 ロールズのリベラリズム

現代リベラリズムの代表であるロールズは、次のように考える。

「まず、共通の規範が存在しない状態を想定し、そこにおかれた人々がどのように考え、どのような規範に合意するかシミュレーションをしてみようと言うのである。このシミュレーションの場をロールズは**原初状態 (original position)**と呼んでいる。原初状態におかれた人々は自らの善の構想を合理的に追究しようとしている。しかし、原初状態では資源が希少であるために、人々の間に不可避免的に争いが生じるのである。そこで人々はこの争いを調停するための規範を求めることになる。ここで規範創出のためにロールズは原初状態に一つの道徳的制約をおく。この制約は「**無知のヴェール**」と呼ばれるものである。つまり、人々は共通の規範を構想する場合、自ら自身についての特定情報(たとえば性差、年齢、能力、社会的地位等)を知らないとされるのである。無知のヴェールという考えは突飛なものに思えるかもしれないが、新規にゲームのルールをつくる時と同じことである。たとえば、トランプのポーカーゲームでカードの強さをゲームごとに変えるという方法を採用する場合を考えてみよう。この場合、カードの強さを任意に決めるのは、各プレイヤーにカードの配分がなされる前でなければならない。仮にカードを配り終わった後で、カードの強さを決めるとなると、各プレイヤーは自分の手持ちカードを見て、自分に有利なルールを主張することになる。つまり、ルールは自分に配られるカードについて無知な状態で決めるのが公正なのである。原初状態での無知のヴェールの場合も同様である。自分についての特定情報を知っていたら、自分に有利なルールを各人が主張することになり、收拾がつかなくなるばかりか公正なルールができなくなってしまう。規範の公正さを保障するのがこの無知のヴェールなのである。さらに無知のヴェールが設定されることで、人々は不確実性下におかれるとロールズは言う。その結果、人々は無知のヴェールが除去された時、自らが最も惨めな状態におかれることを心配し、それを避ける規範に合意するだろう、とロールズは主張する。

次にロールズは原初状態という思考実験を人々の熟慮のプロセスの中に位置づける。まず思考実験を通して得られた規範を各人のよく考えられた道徳的判断とつきあわせてみる。各人の判断と規範が合致すればそれは正当な規範となる。しかし一致しない場合がある。その時には、再度熟慮して自分の判断を修正するか、あるいは規範を修正するかのいずれかの作業に取り組むことになる。規範の修正のためには、規範を導き出す原初状態を構成する条件群の修正を行い、再度、シミュレーションを行ない、規範を導出するのである。このような循環プロセスを経て、各人の判断と原理が合致する均衡点を模索することで規範の正当化を行うのである。このプロセスをロールズは「**内省的均衡**」(reflective equilibrium)と呼んでいる。このようなロールズの方法は、各人の熟慮のプロセスと合理的決定の理論とを結びつけるという斬新なものである。この方法の特徴は、第一に正義という規範の導出に各人の合意をおくという点で社会契約論の伝統に立つものであること、第二に無知のヴェールによって、どんな善の構想をもつ人も合意できる規範が導出でき、それによって価値分裂した社会において、各人の価値 = 善から独立した規範が確定できる点にある。」

「ロールズがこのような方法で正義という規範を提出しようとしたのは、一方では……価値分裂が社会分裂に進まないため規範が必要であると考えたことと、他方で、現代社会の規範の主流である（と、ロールズが考えている）功利主義が深刻な問題をもっているとの判断があったことにある。ロールズが念頭においているのは、J.ベンサムによって「最大多数の最大幸福」として定式化され、H.シジウィックらによって洗練され、その後、現代経済学の基礎哲学となった功利主義である。

ロールズが考える功利主義の問題点はおおよそ次の三点である。第一は「最大多数の最大幸福」が少数者切り捨ての論理になりうることである。たとえば、誰かの自由を犠牲にすることで社会全体の幸福の総量が増加するならば、功利主義は論理的にそのような犠牲を容認しかねないのである。第二は社会全体で総計化された幸福（満足）を各人にどのように分配するのかについてコントロールする分配基準を持ち合わせていない点である。第三は幸福や満足の源泉を問題にしないことである。つまり、功利主義は善の最大化をもって正 = 正義とする目的論的論理なのである。ロールズはこうした功利主義の難点を克服するために、まず正 = 正義を定式化し、そのルールに抵触しない限りにおいて、各人は自らの善の構想を自由に追究すべきと考える。このような善に対する正の優先性を提唱する論理を義務論的論理と呼ぶ。ロールズは功利主義にかわり社会の基本構造を規制する規範 = 正義の原理として具体的に以下の二原理を提案する。この二原理こそ先の思考実験ならびに内省的均衡によって導出され正当化されるとロールズが考える原理なのである。

第一原理 各人は基本的な自由の最も広い体系に対する平等な権利をもつべきであるが、このような自由の体系は他者の同様の体系と両立しなくてはならない。

第二原理 社会的、経済的不平等は次の二つの条件を満たしていなければならない。
(a)機会の公正な均等という条件の下で全員に開かれている公職や地位にともなうこと。(b)社会の最も恵まれない人の状況を改善すること。

この**正義の二原理**は、いかなる善の構想をもっている人も合意でき、したがって、価値が多分化した社会に社会統一をもたらすことができる規範であると、ロールズは考えている。」(有賀誠・伊藤恭彦・松井暁『ポスト・リベラリズム 社会的規範理論への招待』8-10頁, 2000年) 太字部分は、事務局において編集

4 コミュニタリアニズム（共同体論）からの批判

「ゲマインシャフトからゲゼルシャフトへ」、「共同体内において規定された身分から個人相互の契約へ」。従来の規範理論では、中世的世界から近代社会が成立してゆくのにともない、個人は共同体から独立した存在であると見なされるようになり、個人相互、あるいは個人と国家の関係における正義や規範がその主要な問題とされてきた。しかし近年、現代リベラリズムに典型的なそのような規範理論の近代的前提に挑戦する理論が出現し、北米の社会を中心に議論が活発化している。このコミュニタリアニズム（共同体主義）と呼ばれる古くて新しい思想は、アリストテレスやヘーゲル、そしてトクヴィルの思想を継承しつつも、現代のアクチュアルな諸問題に取り組み、次のような問いを従来の規範理論に対して投げかけている。近・現代社会においても、コミュニティの価値や善 good は、個人の尊厳や権利によって克服されるべき何かであるのではなく、むしろその不可欠な先行条件あるいは必要条件なのではないか。現代の政治・経済をとりまくさまざまな諸問題を理解し、克服するために、個人と国家、あるいは市場だけでなくコミュニティを政治や経済の重要な領域として再構築していく必要があるのではないか。またもし個人の権利とコミュニティの価値双方が必要ならば、そのバランスを維持し、民主主義的なコミュニティを形成するためにいかなる実践が必要なのか。」（有賀誠・伊藤恭彦・松井暁『ポスト・リベラリズム 社会的規範理論への招待』86-87 頁, 2000 年）

5 フェミニズムからの批判

1960 年代以降に台頭してきたいわゆる「第 2 派フェミニズム」は、以下の 4 つの命題において公私二分論を批判している（井上達夫「フェミニズムとリベラリズム 公私二元論批判をめぐって」ジュリスト No.1237）。

家族関係や性愛など親密な人間関係を公権力が介入できない個人的・私的領域として聖域化する公私二元論にリベラリズムはコミットしている。しかし、この私的領域とされた空間こそ、女性に対する男性の家父長的支配や性暴力が日常的に実践され、性別分業観が再生産される現場である。その結果、リベラルな公私二元論は私的領域における女性への抑圧・差別を放縦化すると同時に、公的領域の脱ジェンダー化された制度的外観によってかかる「私的」な抑圧・差別を隠蔽している。したがって、フェミニズムはリベラルな公私二元論を破棄し、個人的・私的領域の隠蔽された権力性を暴

露し、それと対抗する政治的改革実践をこの領域にこそ貫徹しなければならぬ。

6 日本国憲法制定時における議論

日本国憲法制定時における「家族」規定挿入に関する修正案

日本国憲法 24 条の規定は、個人の尊重と両性の本質的平等に基づく家族・婚姻等について定めて、それまで民法で規定されていた戸主制度を否定する趣旨であったため、制憲議会における審議では、親子関係や家族制度などの在り方について激しい議論が行われた。

貴族院帝国憲法改正案委員会では、24 条（家族生活における個人の尊厳と両性の平等）の議論の際に、「家族生活はこれを尊重する」という規定を追加する旨の動議が提出された。

（第 90 回帝国議会・S21.10.3・貴・委員会）

田所美治君（同和会） ...24 条の第 1 項に婚姻を謳います初め、3 項ばかりになりましょうが、その第 1 項に「家族生活はこれを尊重する」、リスペクトする、リガードする、忘れては居ないぞと云う、斯う云うことの規定を加えることに御賛成を願いたいと斯う申すのであります。

これなき場合に於いて、婚姻だけになりますと.....只今それだけであります。婚姻、その中に「家族に関する」云々とありますけれども、それは婚姻に基づきまして、婚姻、離婚その他家族に関するその立法の精神、その時に矢張り個人の尊厳を忘れてはならぬと云うことがある。それとちっとも衝突しないのみならず、家族と云うことはこれを尊重して行く、而して「婚姻は、両性の合意に基づいて」、それで宜しい。それから又生まれて来る子供の場合は、夫婦と子供の場合は、夫婦と子供と「相続」になって行く。その規定はあるのであります。1 項これを加えまして、その条文でも衝突しないのみならず、一言一句も修正する必要ないと思います。それ故皆さんの御賛成を得まして、第 1 項で「家族生活はこれを尊重する」、もっと好い言葉があればどうぞ御直しを願いたいのであります。それを御加えを願いたいのであります。...

大河内輝耕君（研究会） ...法律を以て、家族制度が悪いから廃めてしまえと云う規定を置くことは、無論悪うございます。又同時に遊離して居る。滅びに亡んで行くようなものを、迎も斯う云う風に財産税でもかけられたら、本当を言うと親子の扶養の義務なんか、果せるかどうか分からない、親子の扶養の義務でも事実危いと思いませんけれども、それは別として家など保って行けるものじゃありません。そう云うものを人為的に法律を以て保存する。殊に人為的に憲法を以て保存すると云うことは、止めた方が宜かろうと思えます。個人の説は別と致しまして、憲法の立案に携る委員と致しましては、斯う云う制度は触れずに置く方が宜いと云う意味に於きまして、原案に私は賛成致します。なお念の為に政府の御意向を。

国務大臣 金森徳次郎君 24 条に家族生活を尊重する意味の規定を入れることにつきまして、政府の御意見を御訊しになりましたが、これは予ねがね申して居りますように、家族生活の規定を考えることが悪いと、斯う云う趣旨を必ずしも持って居る訳

ではごさいませぬけれども、この憲法は飽く迄憲法として相応わしき或範圍と云うものに、一定の標準を置きまして規定を設けました。道徳的な規定とか、或は将来の変化を多少予想し得るような規定は遠慮致して居ります。24条に両性の平等と云うことを置きましたが、これは所謂中世的なる遺風を摘除するに必要な意味に於きまして、これを入れました訳であります。従いまして今後法律に依りまして、適当に国民の御考へに依って、宜いように導かれて行くのでありまして、憲法に入れることは不釣合で不適當であると考えて居る次第であります。

田所美治君（同和会） … 曩に簡単に申しましたけれども、大河内さんの御考へと私は多少違って居ります。… 相成るべくこれは憲法に入れまして、先程御話したように、国民の誤解を直ぐ招くのでありまして、親子はどうなった、斯う云う点でありますからして、若し不必要であるとする政府の意見のようにしますれば、民法だけで結構である、何も手続する必要はない、これは意見でありますから、私はその点を触れて申しませぬ。どうぞ相成るべくは、第一項にその原則が加わりましたならばと、端的に、こんな風に考えて居ります。

委員長 安倍能成君 別に御議論もなければ採決を致します。田所委員の修正案の第24条1項として家族生活はこれを尊重するを加える。この案に御賛成の方は御起立を願います。

[起立者少数]

委員長 安倍能成君 少数であります。田所委員の修正案は否決になりました。

7 諸外国の憲法における「家族」に係る規定

「公と私」以外の共同体に係る規定の一例として、主な諸外国の憲法における「家族」に係る規定の抜粋を試みたが、必ずしも網羅的なものとなっていない点に留意されたい。

アジア地域

中華人民共和国憲法

- ・「婚姻、家庭、母親および児童は、国家の保護を受ける。」(49条1項)
- ・「中華人民共和国は、華僑の正当な権利および利益を保護し、帰国華僑および国内に居住する華僑の家族の合法的な権利および利益を保護する。」(50条)

大韓民国憲法

- ・「婚姻および家族生活は、個人の尊厳と両性の平等を基礎として成立し、維持しなければならず、国家は、これを保障する。」(36条1項)

フィリピン共和国憲法

- ・「家族は国家の基礎である。国は家族の結合を強化し、発展策を講じる。」(15条第1節)
- ・「結婚は、不可侵の社会制度であり、家族の基礎をなすものとして国により保護される。」(15条第2節)
- ・「国は以下の権利を保障する。
 - 1 宗教的信条に従い、親としての責任をもって、家族を形成する夫婦の権利。
 - 2 適切な保護と養育、および、いっさいの遺棄、虐待、残虐行為、搾取、その他発育を妨げる諸条件からの特別の保護等の援助に対する子どもの権利。
 - 3 家族生活賃金および収入に対する家族の権利。
 - 4 家族および家族の連合が、利害を有する政策および計画に参加する権利。」(15条第3節)
- ・「家族は老人を介護しなければならない。ただし国も社会保障計画によって適切な老人福祉を行う。」(15条第4節)

ヨーロッパ地域

イタリア共和国憲法

- ・「共和国は、個人としての、およびかれの人格を発展させる場としての社会組織における人間の不可侵の権利を承認し、および保障し、政治的、経済的および社会的連帯の背くことのできない義務の履行を要求する。」(2条)
- ・「共和国は、婚姻に基づく自然的な結合である家族の諸権利を承認する。」(29条1項)
- ・「共和国は、経済的手段およびその他の措置により、家族の形成およびその責務の遂行を、特に大家族を考慮して、助成する。」(31条1項)

スイス連邦憲法

- ・「婚姻および家族への権利は、これを保障する。」(14条)
- ・「連邦は、自己の任務の遂行に際して、家族〔保護〕の必要を顧慮する。」(116条1項)
- ・「連邦は、家族手当に関する規則を制定し、連邦の家族手当調整金庫を運営することができる。」(116条2項)
- ・「連邦は、家族手当調整金庫および母性保険への加入を、一般的に、または個別の住民集団について義務的である旨宣言することができ、また、連邦の財政負担を、邦の適切な財政負担に応じたものとするすることができる。」

(116 条 4 項)

スペイン憲法

- ・「公権力は、家族の社会的、経済的および法的保護を保障する。」(39 条 1 項)

ドイツ連邦共和国憲法

- ・「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」(6 条 1 項)

フィンランド共和国憲法

- ・「公共機関は、法律の定めるところにより、すべての者に対し、適当な社会的、健康的及び医学的なサービスを保障するとともに、市民の健康を増進させる。公共機関は、家族及び子どもを扶養する責務を有する者が子どもの健やかな成長を確保できるよう支援する。」(19 条 3 項)

ポーランド共和国憲法

- ・「女性と男性との結合としての結婚、家族、母性および親としての立場は、ポーランド共和国の保護と配慮のもとに置かれる。」(18 条)
- ・「国家は、自らの社会政策において、家族の福祉を考慮する。困難な物質的および社会条件にある家族、とりわけ子どもが多い家族および単親家族は、公権力からの特別の援助を受ける権利をもつ。」(71 条 1 項)

ロシア連邦憲法

- ・「母性と子どもであること、家族は、国家の保護の下に置かれる。」(38 条 1 項)

< 以上の条文の和訳は、それぞれ次の文献より引用した。 >

中華人民共和国憲法：衆議院憲法調査会事務局『中華人民共和国憲法 概要及び翻訳 (衆憲資第 17 号・委託調査報告書)』(2003 年)(明治大学法学部教授木間正道氏の訳文による)

大韓民国憲法：衆議院憲法調査会事務局『大韓民国憲法 概要及び翻訳 (衆憲資第 18 号・委託調査報告書)』(2003 年)(創価大学法学部教授尹龍澤氏の訳文による)

スイス連邦憲法：衆議院憲法調査会事務局『各国憲法の条文(衆憲資第 5 号付録 1)』(2000 年)(小林武「スイス新連邦憲法・試訳」『南山法学』23 巻 4 号 (2000 年) より の抜粋)

フィンランド共和国憲法：衆議院憲法調査会事務局『フィンランド共和国憲法【仮訳】(衆憲資第 5 号付録 2)』(2001 年)(衆議院憲法調査会事務局による翻訳)

フィリピン共和国憲法：阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』[第二版] 有信堂高文社(1998 年)・中川剛・中川丈久訳

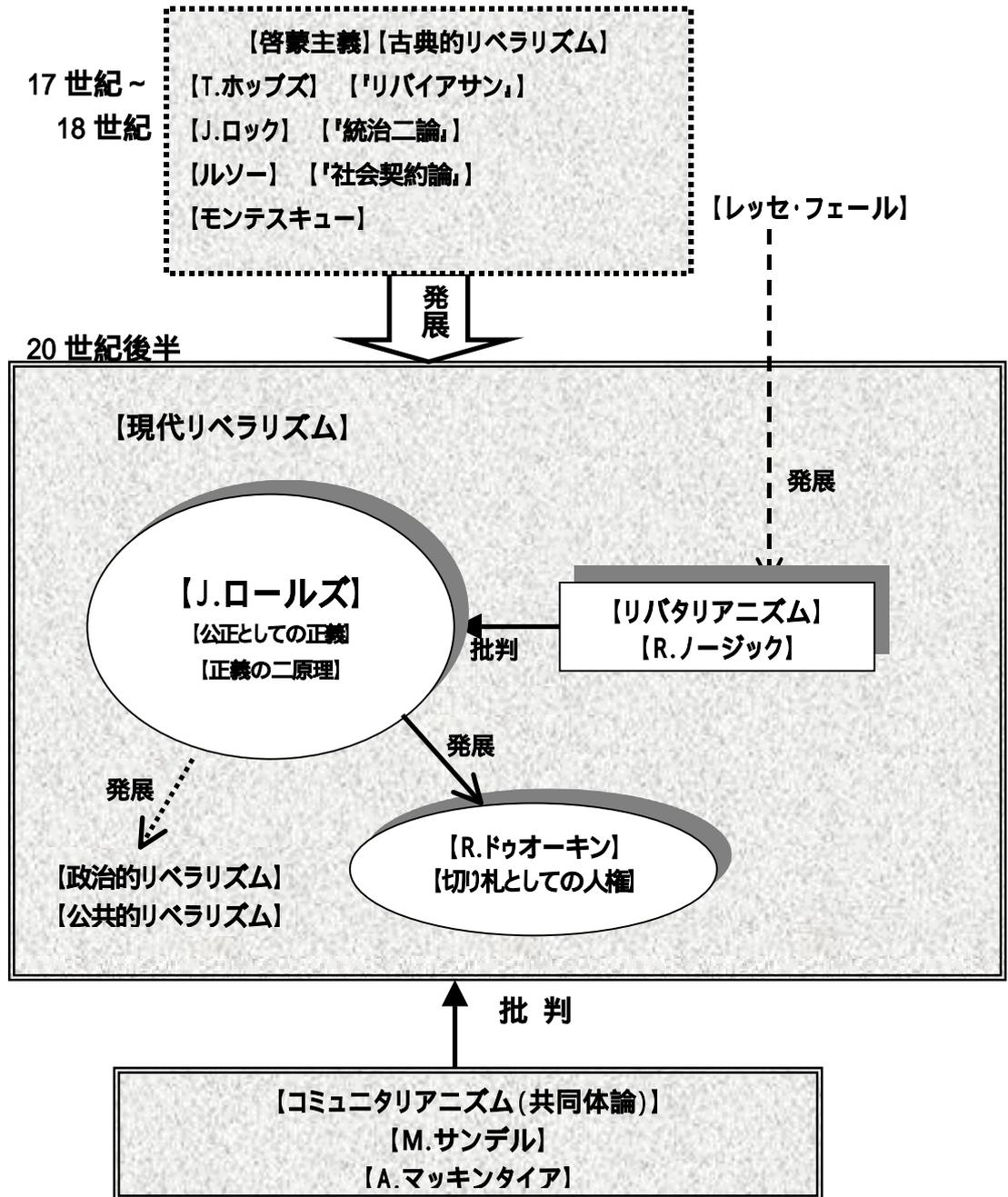
イタリア共和国憲法：同上・阿部照哉訳

スペイン憲法：同上・百地章訳

ドイツ連邦共和国基本法：同上・畑博行訳
ポーランド共和国憲法：同上・小森田秋夫訳
ロシア連邦憲法：同上・宮地芳範訳

用語解説による法哲学の俯瞰

ここでは、用語解説の形式をとりながら、現在の法哲学の状況を簡単に一望することを試みた。



【 】で示した用語について解説を後掲

社会契約論関係

社会契約論とは、ホッブズやロックやルソーなどの説いた近代自然法ないし自然権 (natural right) の思想によって基礎づけられた思想である。その内容は、人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利 (自然権) を持っている、その自然権を確実なものとするために社会契約 (social contract) を結び、政府に権力の行使を委任する、そして、政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有するというものである。このような思想は、近代憲法の基本となるものである。

【啓蒙主義 (enlightenment)】 啓蒙とは、暗闇を明るくするという意味で、18世紀ヨーロッパの支配的な思想。西欧中世の封建的・神学的な思想を脱して、理性・人間性を重視する。啓蒙主義の合理主義的精神は、近代科学の基礎をつくるとともに、近代の産業資本主義の発達の原動力にもなる。代表的な思想家はイギリスのロック、フランスのボルテール、ルソーなどであり、彼らの思想が、フランス革命の導火線になったといわれる。ドイツの啓蒙主義はレッシング、カントを生んだ。(『現代用語の基礎知識 2001』哲学・思想用語の解説 宇波彰明治学院大学教授)

【トマス・ホッブズ (Thomas Hobbes 1588-1678)】 17世紀を代表するイギリスの政治哲学者。ピューリタン革命(1642～60)に直面するなかで、支配の権利と服従の義務の問題に取り組んだ。国内の政治的混乱状態からいかにして平和と秩序を実現するのか、が彼の政治的テーマであった。代表作に『リバイアサン』がある。(大塚桂『政治哲学入門』102頁)

【『リバイアサン』(Leviathan 1668)】 T.ホッブズの主著。1651年に英語版(ロンドン)が、68年にラテン語版(アムステルダム)が刊行された。個人の自然権を行使する自然状態とは「万人の万人に対する闘争」であり、その内乱を克服し平和を維持するためにも絶対主権をもって君臨する国家(旧約聖書の『ヨブ記』に記された「地の上に並ぶものなき」怪獣=リバイアサンに象徴される)が必要であるとした。(田中成明他『法思想史』54-56頁など)

【ジョン・ロック (John Locke 1632-1704)】 名誉革命期(1688年)のイギリスで活躍した政治哲学者。自然状態にあってすべての個々人は平等であり、生命・身体・自由・財産を自然権として享受するものと考えた。ひとびとは社会契約を締結し、共同社会を形成するものであり、政府権力は人民から信託を受け、自然法を実定法化し権利を擁護するのであると説き、立法権と行政権との二権分立について言及した。主著に、『統治二論』『寛容書簡』など。(大塚桂『政治哲学入門』102頁)

【『**統治二論**』(Two Treatises of Government 1689)】 J.ロックの政治学上の主著。1689年に匿名で刊行された。『市民政府二論』『政治論』などとも訳される。R.フィッシャーの王権神授説を批判した第1部、契約説に依拠して「政治的統治の真の起源、範囲、目的」を論じた第2部からなる。本書で特に強調されているのは、政治権力の正当性は人間の同意に由来すること、政治権力の目的は自然権としての所有の保全に限定されること、国民は信託違反権力に対する抵抗権を保持していること、の3点である。政治権力の絶対性を否定してその目的による制限を説くこうした主張のゆえに、本書は政治的自由主義の金字塔として、たとえばアメリカの独立宣言やフランスの人権宣言に大きな影響を与えることになった。」(田中成明他『法思想史』57-59頁など)

【**ジャン・ジャック・ルソー**(Jean-Jacques Rousseau 1712-1778)】 18世紀フランスの、思想、文学、宗教などあらゆる分野においてその才能を発揮した人物。政治思想においては、徹底した人民主権論や一般意思論、さらには直接民主制論を提唱した。1762年に発表した『エミール』は教育の書として有名であると同時に、政治的社会化論の先駆的業績として評価される。主著に、『人間不平等起源論』『新エロイズ』『社会契約論』『エミール』など。(大塚桂『政治哲学入門』102頁)

【『**社会契約論**』(Du contrat social 1762)】 1762年、オランダで出版されたJ.J.ルソーの著作。ルソーは社会契約によって正当な政治体(国家)が成立すると考えたが、この契約は18世紀において国家成立の基本原則と一般に考えられていた人民と首長とのあいだの統治契約ではなく、各個人が自分の財産・生命を含む一切を譲渡し、そのことによって強い力を蓄えた全体が各構成員を保護するという契約のことであった。全体は各個人の譲渡によって初めて成立するので、ルソーの言う社会契約は、市民相互の平等の契約によって全体を設立する行為を意味し、このような契約によって成立した国家の主権は、当然人民に属する(人民主権)。20世紀後半に起こるロールズの『正義論』を契機としたリベラリズム論争は、こうした近代社会契約論(ホッブズ、ロック、ルソー等)を再生し、発展させたものと言うことができる。(田中成明他『法思想史』65-67頁)

【**モンテスキュー**(Montesquieu 1689-1755)】 フランスの啓蒙思想家、裁判官から文筆活動に入り、1748年『法の精神』を著した。これは、法と風土・習俗・宗教・経済・環境・生活様式等との密接な関連を明らかにしようとした比較的・実証的方法に特徴があり、法社会学研究の先駆として高く評価されている。また、近代憲法の基本原則となる三権分立についても論述している。(田中成明他『法思想史』62頁)

リベラリズム関係（ロールズ『正義論』を中心として）

社会契約論に基づき近代憲法が成立した後、19世紀までは、自由放任主義（レッセ・フェール）が自由主義の主流を形成した。しかし、1929年の世界大恐慌を期に自由放任主義は終焉を迎え（ケインズ『自由放任主義の終焉』）、個人の福祉の向上に対して政府や社会が責任を持つべきであるとする現代リベラリズムが形成された。特に第二次大戦後は、現代リベラリズムは先進国において福祉国家体制という形で結実することになる。このような現代リベラリズムの理論的支柱となったのがJ.ロールズであり、R.ドゥオーキンである。

【古典的リベラリズムと現代リベラリズム】 古典的リベラリズムは、政府機能を最小化し、「小さな政府」を志向する。自由市場が機能しない領域においてのみ、国家による公共財の供給を容認する。ジョン・ロック(John Locke, 1632-1704)にその起源を求めることができる。

これに対して現代リベラリズムは、例えばドゥオーキンによれば、「市民的・政治的領域においては、個々人の自律を最大限尊重し、他方で社会・経済領域においては、市民的・政治的自律を可能とするために積極的に中央政府による社会・経済政策を推進すべきであるとする立場」と説明される。（旗手俊彦『法の帝国と参加民主主義』法の臨界 [] 165頁）

【功利主義（utilitarianism）】 代表的な思想家にベンサム（Jeremy Bentham 1784-1832）、J.S.ミル（John Stuart Mill 1806-73）がいる。「最大多数の最大幸福」という定式によって表現され、そこには、行為などの正しさは結果によって判定されるという「結果主義」、快楽が唯一の善、苦痛が唯一の悪とする「快楽主義」、行為などの正しさはすべての人々の幸福全体への寄与によって判定されるという「総量主義」が含まれている。ロールズは、『正義論』において、社会思想の大家ベンサムとミルの確立した功利主義を批判し、リベラリズムの旗手として一躍その地位を確立した。（田中成明他『法思想史』75頁）

【ジョン・ロールズ（John Rawls, 1921-2002）】 アメリカの哲学者。ハーバード大学教授。功利主義的権利観を批判し、その著書、『正義論（A Theory of Justice）』（1971）においては、国民の権利の哲学的基礎を自然法や自然権に根拠を求めるのではなく、社会契約論を現代的に解釈することにより正当化する。最大限の自由を認めつつ、格差原理により不平等是正を正当化する考えで、ニュー・ディール・リベラリズムの立場（ケインズ経済学に基づき、失業や貧困を政府が解決しなければならない問題と捉え、労働者保護・福祉

実現をも政府の正当な活動と考え、「福祉国家」こそが理想であると説く立場)を擁護するものであった。ただ、後に共同体論者の批判を受け、自らも共同体論的に後退していく。(松井茂記『日本国憲法』307頁)

【公正としての正義 (justice as fairness)】 「ロック、ルソー、カントに見いだされるような、お馴染みの社会契約説を〔思想上の諸限定を外して〕一般化し、抽象化の水準をより高めた、正義の一構想 (a conception)」をいう。

「社会の基礎構造を律する正義の諸原理を原初的な合意の対象とみなすのが、その嚮導理念である。自分自身の利益の増進を願っている自由かつ合理的な人びとが、彼らの連合体の基本条項を規定するものとして、〔社会生活を始める前の〕平等な出発点において受け入れられるであろう諸原理、それが正義の諸原理にほかならない。これらの原理が、その後に結ばれるあらゆる合意を規制することになる。……正義の諸原理を勘案するこのやり方を 公正としての正義 と呼ぶことにする」(『正義論』第三節)

つまり自由で平等な契約当事者が誰も抜け駆けを許されないフェアな状況下で、正々堂々と意見を闘わせ、社会を運営する基本ルールを全員一致で採択するのだから、公正としての正義なのである。

公正としての正義 が論破しようとする主要なライバルは、三つである、第一に、「最大多数の最大幸福」を実現した効率性の観点から正義を定義する、功利主義の正義感(いわば 効率性としての正義)。ここには最大幸福をどう分かちあうべきかという分配原理が欠落している。第二に、正義については、直感的に自明な複数の原理(平等、功績、必要度など)をケースバイケースで使い分けるしかないと考える直観主義。これだと原理が相互に衝突した場合はお手上げになる。第三に、あらかじめ定められた人生の目的にむかって総員邁進しそれを達成するのが正義だとみなす卓越主義(完全主義とも訳す)。これは、人びとが多様な人生の目的を追求している現実に対して、あまりに鈍感すぎる。

そこで、ロールズは、社会契約説とカント的な義務論を組み合わせた正義の構想を対抗案として打ち出した。前者は、自由かつ平等な人びとが社会生活を始めるにあたって結ぶ契約の中心に「正義」を位置づけようとし、後者は、各人各様の価値観・善の構想の共存を可能とするルールとして正義を考え、善よりも正義のほうが基底的だとする。「自由で平等な人びとが自分たちの暮らす社会の基本的な運営原理を相互に承認しあうこと」、この「公正」を正義の核心に据えようというのである。(川本隆史『現代思想の冒険者たち 23・ロールズ』 290-291頁)

【原初状態 (the original position)】 伝統的な社会契約論で「自然状態」と呼び慣わされていた状況を、社会生活というゲームを開始する前にその基本ルールをプレイヤー全員(=すべての契約当事者たち)で協議・採択する場というふうに読み替えて、それを「原初状態」と命名する。自然状態において全員が生まれながらに保有している「生命、自由、財産(その他)に対する自然権」は、その内容自体が論議・意見対立を生みがちであるから、これを換骨奪胎して、原初状態という討議のテーブルにおける平等な発言権(つまり、拒否権をもつ全メンバーが合意できた条項だけを採用するという意思決定方式)に置き換えるのである。

この原初状態には三つの制約が賦課されている。その第一が「無知のヴェール」(the veil of ignorance)と名づけられた情報面での制約。これは、自分だけに有利となるようなルールを誰も提案できなくするため、契約当事者たちにかぶせられた目隠しのようなものであって、「誰も社会の中での自分の境遇や階級上の地位、社会

的身分を知らないだけでなく、親から受け取る資産や生まれつきの諸能力、知性、体力その他の分配が自分の場合どれほど恵まれているのかも知らされていない」という条件をいう。

第二が、契約当事者の動機づけ。彼らがそもそも「お互いによりましな暮らしを求める、共同の冒険的企て」(a cooperative venture for mutual advantage)(『正義論』第一節)である社会に飛び込む気になるのはどうしてかということ、自然状態のままでは共倒れしてしまうとの「恐怖」に駆られて社会契約を結ぶ(ホッブズ流の強い利己心)のでも、自然状態でも人びとは「自己愛」に動かされるだけでなく「あわれみの情」をもって交換しあえていた(ルソー流の強い利他心)からなのでもない。

原初状態の契約当事者は、「相互に利害関心をもたない合理性」(the mutually disinterested rationality)のみによって社会形成へと駆動されている。つまり、人々はお互いの境遇にねたみや優越感を抱くことなく、自分の生活条件の改善だけを冷静かつ合理的に追求するのだが、その合理性ゆえに社会契約=正義の諸原理の締結に導かれるという仕掛けである。

第三が、この議場で決定されるルールがどんな形式をそなえるべきかを契約当事者があらかじめ了解しているという条件。その了解事項とは、社会正義の契約条項は、一般性、普遍性、最終性、順序づけ、公示性という形式的条件を満たさねばならないというものである。

【正義の二原理 (two principles of justice)】 公正としての正義 の実質をなす分配原理。これは、最大幸福原理しかもたない功利主義と違って、「基本的諸自由」(選挙権・被選挙権などの政治的自由、言論・集会の自由、思想および良心の自由、など)に関しては全員に平等な分配を命じる 第一原理 と、社会的・経済的不平等を 公正な機会均等、および 最も不遇な人びとの利益の最大化を図る、という二つの条件にあわせて調整する 第二原理 からなっている。

すなわち第一原理で、社会的基本財のうち契約当事者の要求度が最も高い「基本的諸自由」を平等に分けておき、第二原理では所得や地位などの他の基本財の分配に踏み込む(これらの財については、単純な平等化を図るのではなく、効率性に配慮しつつ過度の格差を是正する)という二段構えの論法をとるのである。

この二つの原理は、いち早く論文「公正としての正義」(1958年)において提出された。ただしそこでは、次のようなごく抽象的な表現が与えられていたにすぎない。「第一に、実践 [= 社会制度] に参加するかもしくはそれによって影響を受ける人びとは全員、すべての人びとの同等な自由と相容れる限りで、最も広範な自由に対する平等な権利を有する。第二に、もろもろの不平等は、それらが全員の利益になるであろうと期待することが理にかなうのでない限り、また不平等をともなっていたり不平等の原因となりうる種々の地位や職務が全員に解放されているのでない限り、恣意的で根拠がない」。

この初期の定式から四半世紀たって、ロールズが多方面からの批判に応じるかたちで補足・修正を加えた二原理を『政治的リベラリズム』から引用しておく。但し書きが増えているものの、基本線は一貫している。

【第一原理】「各人は、平等な基本的諸権利・諸自由を保障する じゅうぶんに適正な制度枠組み を要求できる、正当な資格を有している。ただし、じゅうぶんに適正な枠組みというのは、〔無制約なものでなく〕全員が同等の保障を受けている状態と両立できる限りにおいてのものである。そしてこうした枠組みを通じて、平等な政治的諸自由の(そしてそれのみの〔たんなる均等ではない])公正な価値が確保

されねばならない」。

【第二原理】「社会的・経済的不平等は、以下の二条件を満たすべきである - 公正な機会均等という条件下で、全員に開放された職務や地位に結びついた不平等に限られること、社会で最も不遇な成員の最大の便益に資するような不平等であること」。

原初状態で二原理が採択されることを復習しておく。まず最初に、どんな社会でどのような地位につくにせよ、各人の人生計画を遂行するにあたって各々の個人が基本的な自由を平等に分かちあうべきである、とする原理が全員一致で選ばれる。どんな人生設計 (= 善の構想) をいだいていようと、それを実現するための自由は、できるだけ多いほうがよい。これは全員が合意できるだろう。次に、基本的な自由を全員が平等に分かちもって社会生活を始めても、結果的に社会的・経済的な不平等 (所得の格差や社会的地位の違い) が不可避免的に生じるものであることも事前にわかっている (個別の情報は「無知のヴェール」でシャットアウトされているけれども、社会についての一般的情報は契約当事者に与えられている)。この不平等をそのまま放置するのでなく、「共同の冒険的企て」である社会を構成するメンバーの観点から、許容可能な不平等の範囲はどこまでか、その範囲をこえた不平等をどのようにせせいすればよいか、次の議論として論じあわれることになる。

そこで、公正な機会均等原理と格差原理からなる第二原理がやはり全員一致で採択される。なぜなら「無知のヴェール」をかけられていて、自分の具体的な暮らし向きが分かっていない以上、地位や所得を求めて公正な競争がおこなわれることを当事者は皆等しく望むであろうし、社会生活というゲームの利得が最小にとどまってしまう危険性があることをプレイヤー全員が自覚しているため、最悪の事態を最大限改善するという「マキシミン・ルール」(不確実な選択状況下において、リスクを回避する保守的戦略) にのっとなって、「格差原理」が選択される。以上が第二原理の合意にいたる道筋である。(川本隆史『現代思想の冒険者たち 23・ロールズ』290-291頁)

【ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin, 1931-)】 アメリカの法学者。オックスフォード大学教授。社会契約論を現代化したロールズの発想を受け継いで、同様に功利主義的権利観を批判し、個人の権利を政治的切り札として捉え、個人の権利は共同体の福祉を理由に制約されてはならないと主張する。権利の根幹に「平等な配慮と尊重を求める権利」を置き、個人の自由への権利はこの原理と矛盾しない限りでしか認めない。後にロールズと同じく、共同体論者の批判を受けるが、あくまでリベラルな立場を貫き、共同体論を再批判する。(松井茂記『日本国憲法』307頁)

【切り札としての人權】 もともとアメリカの政治哲学者ロナルド・ドゥオーキン (Ronald Dworkin) が、社会全体の利益に還元できず、それとは対立するにもかかわらずなお保障されねばならないものとしての権利を意味するものとして用いた概念。現在の憲法学においては、憲法において保障された権利を、社会全体の利益に還元できず、社会全体の利益に反してまでも保障されるべき、個人の自律的選択を保障する「人權」と、社会全体の利益を実現するという「政策」的な配慮のために保障された「憲法上の権利」とに区別した上で、前者を意味するものとして用いられることが多い。憲法によって保障された権利をこうした形で区別することによ

て、「人権」概念は実質的に限定されると同時に、たとえばメディアによる私人に対する名誉毀損やプライバシー侵害に関して、「表現の自由」対「プライバシー」といった形で憲法上等しい価値の間での選択を問題にするのではなく、メディアが有する表現の自由は「憲法上の権利」にすぎないのに対して、個人が有する名誉やプライバシーなどは「切り札」としての「人権」に属するという形で、後者の優先性を導き出すことが容易となる。ただし、この場合、しばしば誤解されがちだが、「憲法上の権利」なるものは、たしかに「切り札としての権利」である「人権」とは区別された、社会全体の利益を実現するための「政策」的配慮に基づいて保障される権利にすぎないものの、それはあくまで憲法レベルの「政策」的選択に基づいて保障される権利であって、政治過程において時々多数派が好き勝手に左右できるものではないことに注意する必要がある。(長谷部恭男編『憲法本 41』328-329頁)

リバタリアニズム（自由至上主義）関係

ルールズを中心とする現代リベラリズムが福祉国家的意味合いを強めてきたのに対し、現代リベラリズムの中でも、古典的リベラリズムの最小国家的色彩を色濃く残す考えがリバタリアニズム（自由至上主義）である。その中心は、R. ノージックとされる。

【リバタリアニズム (libertarianism)】 もともと「古典的リベラリズム」であったが、リベラリズムが再分配的な平等論を展開し、福祉国家的な意味合いを強めてきたため、それと区別するため痛烈な批判の意味合いも込めて「自由至上主義 = リバタリアニズム」が使われるようになった。(松井茂記『日本国憲法』39頁・307頁)

【ロバート・ノージック (Robert Nozic, 1938-)】 リバタリアニズムの代表者。ルールズやドゥオーキンと同じく社会契約論的な考え方に立ちつつも、対照的に最小限の国家を志向する。彼はその著書『アナーキー・国家・ユートピア (Anarchy, State, and Utopia)』(1974)において、各人は、生命・身体・財産を侵害されず、侵害に対しては、賠償を求めたり自分や他人を守ったりする絶対的な基本的権利を持っており、国家の正当な権能は、暴力・詐欺・窃盗・契約破棄に対して人々を守るという夜警国家的作用に限定されると主張する。このような「リバタリアニズム」によると、政府の役割は大きく限定されることになる。この思想は、レーガノミクスやサッチャリズムへと結びついていく。(松井茂記『日本国憲法』39頁・307頁)

【レッセ・フェール (自由放任主義)】 アダム・スミスの『国富論』(1775)によって提唱され、「経済をあるがままに任せよ」という意味で使われた。新

古典派経済学が、19世紀以降、自由な経済活動が秩序をもたらす（「神の見えざる手」）ことの解明に取り組み、経済的自由主義への信頼を高める一方、20世紀に入り、社会主義やケインズ経済学などからの批判を受けるに至って、政府による活動も万能ではないとして反論を加え、その正当性を主張してきた。これと関連して、20世紀の後半にリバタリアニズムと呼ばれる「急進的自由主義」が登場する。（尾近裕幸「経済的リバタリアニズム」、有賀誠他編『ポストリベラリズム』40頁）

コミュニタリアニズム（共同体論）関係

1980年代前半、それまで功利主義にかわって現代規範理論の中心的パラダイムとなっていたロールズ、ドゥオーキン、ノージックらに代表される現代リベラリズムに対し、M.サンデル、A.マッキンタイアといった論者たちによる批判が展開された。リベラリズムの個人主義的な人間学に対し、人間の社会内在性、自己と共同体の構成的な関係性を強調する彼らの理論を総称してコミュニタリアニズム（共同体論）という。

【リベラル コミュニタリアン論争】 「従来の論争（注：現代正義論をめぐる功利主義対個人権論などを指す）を、リベラリズムの「内輪揉め」とみなしリベラリズム全体の共通の前提と考えられていた、個人主義的な人間像・社会像そのものを批判し、「共同体の要求」の、法哲学・政治哲学における復権をめざすもの。共同体の限界を超えたところに問題を見据えるという従来の視覚を、個人主義の限界を超えたところに問題を見据えるという視覚に、180度転換させようとする試みである。」米国やカナダを中心として1980年代から起こった議論であり、M.サンデルやA.マッキンタイアらによって主張された。共同体論の背景として、「リベラリズムが米国をはじめとする先進資本主義産業社会にもたらしたと考えられた、ひずみへの反動がある。この「ひずみ」のイメージは、二つの要素から成る。第一は、リベラリズムが家族や地域社会など、共同体的人間関係の場を崩壊させたという認識であり、第二は、共同体の崩壊が、現代人を蝕む社会病理の真因であるという判断である。」共同体論からのリベラリズムへの批判は、現代正義論の重要な局面をなした。（かぎ括弧内は、井上達夫『共同体論 その諸相と射程』（法哲学年報1989）による）

【マイケル・サンデル（Michael J. Sandel, 1953-）】 リベラリズムが前提とする近代的な個人主義的自我観念こそ社会的病理をもたらした原因であり、ロールズが『正義論』で主張する「無知のヴェール」に包まれた人格概念は

「負荷なき自我 (unencumbered self)」であり、何ら実効的な討議も選択能力も有しないとして批判する。また、個人の自我同一性 (アイデンティティ) は、個人が生まれながらに有するものではなく、一定の人間の善を求める伝統を共有する共同体の内部でのみ培われるのであり、リベラリズムに言う善から独立した正義などあり得ないと主張した。(田中成明他『法思想史』273頁)

【アラスデア・マッキンタイア (Alasdair C. MacIntyre, 1929-)】 サンドルと同様、共同体論の論者であるが、現在の道徳的分裂状況を解決する思想として、アリストテレスの道徳論を持ち出し、修道院に倣った「道徳的生活を内部から支える共同体の建設」を主張する点に特徴がある。(井上達夫『共同体論 その諸相と射程』(法哲学年報 1989) など)

リベラリズムの再構築の試み

共同体論からの批判を受けて、ロールズは、『正義論』を修正し、「政治的リベラリズム」を提唱した。また、ドゥオーキンも、自らの理論を維持したままさらに発展させ、『自由の法 米国憲法の道徳的解釈』(“Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution”, 1996) を出版した。我が国においては、井上達夫が「公共的リベラリズム」を提唱している。

【政治的リベラリズム (political liberalism)】 必ずしも共同体論による批判の直接的結果ではないが、善の社会的重要性にかかわる主張がロールズのリベラルな正義論に無視できない変化をもたらした。

『政治的リベラリズム』(1994年)においてロールズは、一定の善の観念に基づく包括的なドクトリンが相互に対立する状況の中で、「公正としての正義」は、形而上学的な基礎づけを与える道徳哲学的な教説としてではなく、あくまでも、異なる価値観をもつ人々の間に社会的協働の公正な条件を確保することをめざす政治的な正義観念に基づくものであることを明確にした。たとえば「社会的基本善」のリストは、特定の秩序構想の下にある平均人の必要から原理的に定められるのではなく、異なる包括的ドクトリン間の「重合的合意」に委ねられるべきであるとされる。ロールズによれば、正義に適った秩序の形成は「公共的理性」によるのであり、秩序の核には「憲法エッセンシャル」が位置するという。

正義原理のための方法論的基礎を基本的には維持しながら、多元主義的状况に対応して社会的統合と秩序の安定性に現実的な関心を払いつつ、理性的多元

主義の立場に立って、立憲民主制的リベラリズムの新しい可能性を開こうとする考え方になっているとあってよいであろう。(平野仁彦・亀本洋・服部高宏『法哲学』170頁)

【公共的リベラリズム】 共同体論や闘争的民主主義が勢力を伸ばし、劣勢に追い込まれたリベラリズムを新しい形で構築した法哲学者・井上達夫の理論。共同体論や闘争的民主主義は、ある意味で相対主義的な思想であるため、わかりあえる者だけで共通善を構築したり、異質な他者を認識しても結局は闘争することになってしまう。そこで、井上は、人は多様であるからこそ、「公共的なもの＝正義」は普遍化傾向を持たなければはならないと説く。彼の立場によれば、ただ乗り(フリーライディング)等は、許されないことになる。(井上達夫『他者への自由 公共性への哲学としてのリベラリズム』89 - 121頁など)

憲法における義務規定

1 日本国憲法における義務規定

1.1 総論

「1 明治憲法と日本国憲法の人権保障規定

…明治憲法の下では、兵役の義務（20条）納税の義務（21条）教育の義務（これは憲法ではなく、勅令により定められた）が臣民の3大義務と呼ばれていた。明治憲法の人権規定は「臣民権利義務」という標題の第2章であるが、そこでの人権保障は、生来の人権という考え方からは遠く、むしろ実際の運用においては、国民の国家に対する義務の方が強調される傾向にあった。これに対して日本国憲法の人権保障規定は、生来の人権を強く保障しようとするものであり、この点からみれば、国民の義務の強調には本来なじまない性質のものである。

2 義務規定の意義

もともと近代憲法の人権保障体系は、人の生来の自由や権利の名において、国家が国民を支配する限界を示そうとするものであった。国家はその一般統治権に基づいて、人権の相互調整や福祉の増進のために、国民に対してさまざまな義務を課すことができるが、それは法の支配に基づき、国会の立法によることが必要であり、しかも国民の憲法上の権利を侵害しない範囲にとどまらなければならない、ということこそが立憲主義の要請である。国家のなかでの国民の義務は、そのような限度で一般的には法令遵守義務として存在し、法令の個別の定めによって具体化されるものであり、ことさら憲法の人権保障規定の中で規定することの意義は乏しいといわなければならない。国民の憲法上の義務を定めているのは、12条の一般的義務規定、26条（教育）、27条（勤労）、30条（納税）の個別規定であるが、それらは具体的な法的義務を定めたものではなく、一般に国民に対する倫理的指針としての意味、あるいは立法による義務の設定の予告という程度の意味をもつにとどまっている。」（野中・中村・高橋・高見「憲法第3版」511-512頁）

1.2 各論

（1）人権保持の義務

「憲法12条は「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」と定めている。この規定は、人権の歴史的な性格とその保持のために必要な国民の責務をうたつたもので、国民にとっての精神的指針という意味は大きい。それ以上になんらかの具体的な法的義務を国民に課した規定であるとは解されていない。その内容は、「自由・権利の保持の義務」「自由・権利を濫用しない義務」「自由・権利を公共の福祉のために利用する義務」というように分解できるけれども、どちらにしてもこれらが直接の法的効果を生じさせるものではないという点で、学説は一致している。」(野中・中村・高橋・高見「憲法 第3版」512頁)

(2) 教育の義務

「憲法26条2項前段は「すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ」と定めている。これは、第1項の「教育を受ける権利」を実質化するための義務の定めであり、したがって国民のこの義務は、形式的には国家に対するものであるが、実質的にはその保護する子女に対するものだといふことができる。

最高裁もこの点につき、「単に普通教育が民主国家の存立、繁栄のため必要であるという国家的要請だけによるものではなくして、それがまた子女の人格の完成に必要な欠くべからざるものであるということから、親の本来有している子女を教育すべき責務を完うせしめんとする趣旨に出たものである」と判示している(最大判昭和39年2月26日民集18巻2号343頁)

ここで定められている義務は、教育基本法や学校教育法において具体的内容を与えられている。…」(野中・中村・高橋・高見「憲法 第3版」513頁)

(3) 勤労の義務

「憲法27条1項は「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」と定めている。この義務の内容は、一般に働く能力のあるものは自らの勤労によってその生活を維持すべきだということであつて、それ以上に国家が国民に対して勤労を強制するようなことの法的根拠にはならないと解する。

この義務規定の意義については、…「社会国家の根本原理を定めたもの」、すなわち「働かざる者は、食うべからず」の原理とその根本精神を同じくすると解し、社会国家的給付に内在する当然の条件として、働く能力があり、その機会もあるのに、働く意欲をもたず、また実際に働かない者は、生存権の保障が及ばないなどの不利益な扱いを受けても仕方ないという意味が含まれていると解する説が有力である(宮沢・憲法 328-29)。実際に、

生活扶助その他の社会国家的給付を定める法律においては、勤労の義務を尽くしたことが給付の条件とされており、たとえば生活保護法 4 条 1 項は「保護は、生活に困窮する者が、その利用しうる資産、能力その他あらゆるものを、その最低限度の生活の維持のために活用することを要件として行われる」と定めている。」(野中・中村・高橋・高見「憲法 第 3 版」514 頁)

(4) 納税の義務

「憲法 30 条は「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ」と定めている。この義務は、国民主権国家においては、国民の納める税金によってのみ国家の財政が維持され、国家の存立と国政の運営が可能となることからして、国民の当然の義務と解されている。この義務の具体化は、「法律の定めるところにより」行われる。憲法 84 条の租税法律主義の趣旨が、ここに重ねて述べられているわけである。」(野中・中村・高橋・高見「憲法 第 3 版」515 頁)

1.3 日本国憲法制定時における議論

義務観念の希薄化に対する憂慮について

(第 90 回帝国議会・S 21.6.27 衆・本会議)

吉田安君(日本進歩党) 金森国務大臣は昨日本会議に於て社会党の鈴木君の質疑に対しまして、改正案が国民の権利に重きを置き、義務に余り触れて居ないのは、権利の観念を国民に深く滲み込ませる為であると言うような意味の御答弁であったと存じますが、果してこれで宜しいものであるかどうか。成程 11 条(憲 12 条) 12 条(憲 13 条)の規定から考えますと、基本的人権の尊重であり、自由と権利の保障であります。余りに個人の権利と自由の保障に汲々たるが為に、時に依ると権利の主張のみが甚だしくなりました。そこには私は義務と云うことの観念が薄らいで来ると云う虞を抱くのであります。…御答弁を御願い致します。

金森徳次郎国務大臣 …固より国家に於きまして権利を認めると同時に、これに伴う義務を認むること固より然るべきでありまして、私の申しましたのは、今回の憲法を案文化させる上に於きまして、第 3 章に於きましては出来るだけ権利の方面に着想をして、最も朗かなる日本の民主政治を建設するに適する形を探ろうと云う趣旨であったと云う意味でありました。随って義務に関する規定も必要なる部分に付きましては十分注意を加えてあるのでございます。

教育を受ける権利に対する国の義務のありかたについて

(第 90 回帝国議会・S 21.9.19 貴・委員会)

結城安次君(研究会) 実は此の憲法の草案を拝見しました時に、戦争放棄と云う条項では実に驚いたものであります。併し段々中を読んで参りますと、此の 26 条を見ましたときに是があれば戦争を抛棄しても宜いのだと云うような考えを持ったのであります。

…現在の如き状態では到底いけない、国民の教養、文化の点に於てどこの国にも負
けを取らないと云う位迄国民の力を引き上げると云う為にはどうしても本当に教育
を拡充する、立派な人間を造ると云う所に云って、それを外国が認めたならば必ず従
来以上の日本になれると云うことを考えました時に、初めて戦争抛棄と此の 26 条と
云うものは謂わば表裏一体をなすものだと云う考えをもちました時に、戦争抛棄はち
っとも苦にならぬ、安心して棄てられると云う考えを持ったのであります…。

…本当に日本人を造る、武器のない外交として、軍備のない日本が世界に浮かび上
がるには特別に教育と云う所に力を注がなくちゃならぬとすれば、此の際此の 26 条
に教育を受ける権利ばかりでなく義務を負わせ、同時に其の義務を国家が履行する必
要があるのじゃなかろうか、此の点に関して文部大臣の御所見を伺いたい。

田中耕太郎文部大臣 第 24 条（憲法 26 条）の第 1 項が権利のみを規定して義務
を規定して居ないのではないかと云う理由を御尋ねになりました。この点につきまし
て義務教育は第 2 項がこれを決めて居るのでありまして、第 1 項は詰まり能力に応
じて教育を受ける権利を有する、その受けることを得る所の教育の種類はこれは学校
に関する法規で以て別に決められなければならない訳であります。処でそれ等の教育
を受ける権利が更に義務迄伴うと云うことになりましますと、国民は非常に負担を負わ
せることになりましますし、又国家と雖も負担を過重する訳になるのでありまして、従っ
て教育を受ける権利のみを全般的に与えて国家はそう云う教育施設を整備して置く、
義務の方面は併し必要な限度に止めると云うことにするのが憲法の建て前から申し
まして妥当であると考えます次第であります。

衆議院における「勤労の義務」追加の理由について

（第 90 回帝国議会・S 21.9.19 貴・委員会）

小山完吾君（交友倶楽部） 衆議院で修正の 27 条を読みまして、勤労の権利迄は
理解出来るのであります。…併し義務を負うと云うことは、一体どう云うことになる
のでありましようか。どう云う積りで、この権利を有すると云う上に義務を負うと云
うことを附加えたのか、一体その義務と云うものの内容はどう云うことになるのであ
りますか。…義務を負うと云うことは、余程用心しないと云うと、我々の基本権を国
家にも害せられ、又心なき民衆にも害される。…教えて戴きたいと思うのです。

金森徳次郎國務大臣 仰せになりましたように、ここに勤労の義務と云う言葉
を書きますることは、若しこれを錯覚して濫用を致しまするならば、社会に相当の影響
がある虞があるかと考えるのでありまして、そこで原案を作りまする時には、左様な
ことをも顧念を致しまして、その規定を設けないで置きました。そうして憲法の草案
の修正第 12 条に於きまして、既に勤労の権利ありとすれば、これを公益の為に使わ
なければならぬ、濫用してはならないと斯う云う風に働かせよう云う趣旨であった
訳であります。処が衆議院に於きましては、多分は勤労の権利を先に考うるのは、必
ずしも正しくない。勤労の義務をも同時に考うべきものではなかろうかと云うものを
書き入れるのが正当であるとする御考えの下に修正せられたものと思つて居ります。

…

納税の義務を規定する必要の有無について

（第 90 回帝国議会・S 21.6.25 衆・委員会）

北昞吉君（日本自由党） この章の大体を見ますると、権利を説くに急にして、
義務を規定するに非常に寛大である。…私は納税の義務を規定することを忘れられた
のではないかと思います。…この第 3 章の何等かの場所に一つ新しい条項として加

えて欲しい、現にこの 27 条（憲 29 条）に財産権はこれを侵してはならない、斯う云うことを規定してあって、納税の義務をなんか規定していないと、財産税を取ること憲法違反の疑いを受ける虞があると私は思う。（笑声）そこで、どうしてもこれは日本国民の納税の義務を規定しなければならぬと考えます。...

金森徳次郎国務大臣 納税義務の規定はこれを挙げなくても、今日の常識に於て分って居ることでありますが、寧ろその反面の規定、詰り納税と云うことを前提に致しまして、その租税制度に伴う規定をはっきり作れば宜いのではないかと云う訳で、後の方にあります第 80 条（憲 84 条）等に於きましては、裏面から納税の義務の動かすべからざる存在であることを明らかにしております。

衆議院委員会における提案理由の説明

（第 90 回帝国議会・S 21.8.24 衆・委員会）

芦田均委員長 30 条として「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ」との一箇条を設けました。この条項は改正案の他の条項と対照して既に明白であるから、これを明記する必要はないとの論もありましたが、本委員会は、斯かる規定が国の基本的法制として最小限度に必要なりと認めまして、新たに挿入した次第であります。

【参考】 衆議院憲法調査会中間報告書抜粋（386-391頁）

注：以下は、「衆議院憲法調査会中間報告書」（H.14.11）より、「憲法上の義務」に係る部分を抜粋したものである。

憲法上の義務

A．義務や責任の重視、義務規定の新設等

a．積極的な発言

<委員の発言>

- ・ 現憲法には権利規定は多いが義務規定は少ない。このことが高齢化社会における家族の崩壊等の原因になっている。時代の変化を取り入れて憲法を改正すべきである。（今村雅弘君（自民）・153回・H13.12.6）
- ・ 憲法には基本的人権の尊重規定があるが、国や公共に対する義務・奉仕についての規定はないに等しい。日本の現状は、権利主張がどんどんなされることで、仕事や政治の場で、ある意味の混乱が巻き起こっている気がする。（新藤義孝君（自民）・150回・H12.11.9）
- ・ 戦後日本の社会体制・教育では、権利の裏にある義務に対する認識が非常に希薄になっている気がする。権利の中に含まれている、自然との共生、民族間の共生という東洋的な調和の概念・理念を高らかに謳い上げるべきだ。（杉浦正健君（自民）・147回・H12.3.9）
- ・ 憲法に保障された自由や権利を盾にとって他人の権利を侵しているケースが多いが、12条には、国民は憲法が保障する自由、権利を濫用してはならない、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を持つと規定されている。義務や責任についての規定がまだまだ甘い。（高市早苗君（自民）・147回・H12.4.27、147回・H12.5.11、150回・H12.11.30）
- ・ 現憲法には国民の義務規定は3ヶ条しかない。国に対する義務を認識すべきである。（西川京子君（自民）・151回・H13.5.17）
- ・ 現在の憲法には権利と義務という観念が十分に表現されていないので、必要な義務規定を設けるべきである。我々は、国家、社会、家族への責任と義務を軽視する風潮を改め、国民一人一人が自己責任原則に基づき、自らの自由を実現する社会を目指すべきであると考え。（葉梨信行君（自民）・147回・H12.5.11、154回・H14.5.23・人権小）
- ・ 戦後半世紀の間に、日本人は個人主義の行き過ぎた利己主義に毒され、義務を果たさずに権利意識ばかり強くなってきたと感ずる。（森岡正宏君（自民）・153回・H13.11.29）
- ・ 国家権力や軍国主義を排除するため、憲法には、基本的人権が詳しく明快に規定されたが、国家や社会、家族という共同体における義務、責任というものが希薄であるようにも感じる。やたらに権利のみを主張し、国家、社会、家族への責任と義務を軽視する風潮を改め、国民一人一人が、自己責任原則に基づいて自らの自由を実現する社会を目指すべきと考える。（保岡興治君（自民）・147回・H12.2.24、147回・H12.5.11、151回・H13.3.22）
- ・ 環境権、国民の知る権利等新しい人権概念を新しい憲法に書き込むのであれば、義務についても対応して書かなければならない。（松沢成文君（民主）・147回・H12.4.27）
- ・ 日本国憲法には権利についての規定は多く内容も詳しいが、義務規定は少ない。特に自らの国を愛するという考え方が大きく欠如しており、このことは教育に関しても大きな

- 問題であると考える。(山田敏雅君(民主)・153回・H13.12.6)
- ・ 権利や自由は、その裏に責任や義務を伴うものであり、自己の確立には責任や義務の意識が不可欠である。(藤島正之君(自由)・150回・H12.11.30)

<参考人等の発言>

- ・ 自由と権利の裏側に責任と義務があるということは、どのような体制の中においても人間として当然のことである。(櫻井よしこ参考人・150回・H12.11.30)
- ・ 憲法には権利についての規定は多いが、社会を守るための義務という観点が弱いので、義務規定を増やすとともに、権利とバランスのとれる形で前文中に義務に関する文言を加えるべきである。(西澤潤一参考人・151回・H13.2.8)
- ・ 現憲法は、人間を主体に置いてさまざまな権利を定めたものであるが、人間は一定の団体や組織に属した場合、必然的に義務が生じるものであり、普遍的な人間という建前で作られた憲法には義務への配慮が欠けている。(坂本多加雄参考人・151回・H13.3.22)
- ・ 家庭教育の立て直しや親の再教育が不可欠だが、価値観の基準となる憲法には、義務についてはほとんど規定されていない。早急に、個人の権利尊重と同時に、必要な義務規定を盛り込んでほしい。(大前繁雄陳述人・151回・H13.6.4・神戸)
- ・ 権利や自由の裏側にある義務や責任という文言も追加するべきである。(塚本英樹陳述人・151回・H13.6.4・神戸)
- ・ 昨今、権利について非常に言われているが、権利の裏には義務があるのであり、そうしたきっちりした権利義務の意識が本当に現在の日本に育っているのか疑問である。(野原清嗣陳述人・153回・H13.11.26・名古屋)

b. 慎重な発言

<委員の発言>

- ・ 権利あるところに義務・責任ありという主張には、なるほどと思わないこともないが、そもそも人権規定は、自由権、「国家からの自由」からスタートしたものであり、国家は個人に干渉してはいけないことが大前提だと思う。(倉田栄喜君(明改)・147回・H12.5.25)
- ・ 憲法とは、国民が国家権力の行使に限界を設けるものであるもので、義務の記述が不十分という批判は当たらない。(塩川鉄也君(共産)・151回・H13.2.8)

<参考人等の発言>

- ・ 憲法とは、国民の側が国家に対して、その保障すべきものを羅列して突きつけるものであり、権利を中心にすることが基本であるため、義務は最小限のものでよい。(大隈義和参考人・151回・H13.5.17)
- ・ 義務規定は現行憲法に掲げられている程度で十分である。憲法に義務を多く謳うと権利保障とは別の義務の体系となってしまう。(阪本昌成参考人・154回・H14.4.11・人権小)
- ・ 目下憂慮されるのは、個人より国家といった新たな国家主義の台頭である。権利ばかり主張して義務を果たさないなどの論調から、全体的な人権感覚の希薄化を憂いている。(中田作成陳述人・151回・H13.6.4・神戸)

B. 各種の義務

a. 国防の義務、徴兵制に関する発言

<委員の発言>

- ・ 徴兵制が奴隷的苦役に当たり憲法違反であるという主張があるが、自らの国家を守るこ

- とが奴隷的苦役であるような国は国家に値しない。徴兵制は憲法違反ではない。(石破茂君(自民)・154回・H14.5.23・人権小)
- ・ 侵略を受けた戦争状態においては、国民が一致協力して外敵と戦うために権利の制限や国防の義務というものが存在すべきであり、これらについて法制化すべきと考える。(保岡興治君(自民)・151回・H13.3.22)
 - ・ 徴兵制は18条の意に反する苦役に該当するので、違憲である。(大出彰君(民主)・151回・H13.3.22)
 - ・ 国民の義務なくして国家は成り立たない。自分の国を自分で守るとするのは民主主義の基本原則であり、有事の際の国防は自発的協力だけに頼るわけにはいかない。(武山百合子君(自由)・154回・H14.5.23・人権小)
 - ・ 憲法に、国防の義務を定めるべきである。(井上喜一君(保守)・154回・H14.5.23・人権小)

<参考人等の発言>

- ・ ユーラシア大陸からの圧力が強まると予想される現在、これに対処する国家の仕組みを考える必要があるので、国防の義務について考えなければならない。その際、憲法上の条文化が必要かについて考えるべきであり、もし必要であれば、日本国民は国防の義務を負うという抽象的規定のみでよいか、もし必要でなければ、有事の際は「公共の福祉」で対処できるのかという点を検討する必要がある。(坂本多加雄参考人・151回・H13.3.22)
- ・ 「国民の義務」なくして国家の成立はあり得ず、また、自らの国を自ら守ることは民主主義の基本原則であるため、憲法に「国防の義務」を規定すべきである。この「国防の義務」は、「兵役の義務」とは区別されるものである。(伊藤哲夫参考人・154回・H14.5.23・人権小)
- ・ 自国を守ることは、世界中どこの国においても国民の崇高な権利であり義務である。一旦緩急あれば自国を守るという意識の中で普通の国の国民は生きている。しかし、日本人にあるのは個人の安心立命だけである。(野原清嗣陳述人・153回・H13.11.26・名古屋)
- ・ 憲法に、国防の義務及び徴兵制度を明記すべきである。国家という利益共同体の防衛は構成員たる国民共有の責任であり、徴兵制度は平和主義に反するものではない。(稲津定俊陳述人・154回・H14.6.24・札幌)

b. 「奉仕活動の義務化」に関する発言

<委員の発言>

- ・ 新憲法を制定するにしても、何かを義務付けることはあまり好ましくなく、むしろ、「もっと自発的に参加できるような雰囲気作りをすることが重要である。」との稲福陳述人の意見に賛成である。(久間章生君(自民)・154回・H14.4.22・沖縄)
- ・ 教育にとって大切なことは、奉仕活動を義務化するか否かということよりも、子ども時代に、どれだけ「確立された個」に接触するかということではないか。(赤松正雄君(公明)・150回・H12.10.12)
- ・ 「奉仕活動の義務化」は、奉仕活動を活発にし、いろいろな活動を若者や子どもたちが選んでいくことなら大いに歓迎だが、非常に画一的にはめられていく危険があるのではないか。(保坂展人君(社民)・150回・H12.9.28)
- ・ 「奉仕活動の義務化」には、私自身は大いに賛成であるが、老人介護・ボランティア活動といった奉仕という活動は日本では育ちにくい。こうした活動の芽が育っていくのは、教育の中にボランティアを入れるといったことからよりも、人々の精神的な面からなのではないか。(近藤基彦君(21クラブ)・150回・H12.9.28、150回・H12.10.12)

<参考人等の発言>

- ・ たいていの人は、ボランティアに行くといろいろ義務的なことをさせられるが、それが楽しくなって帰ってくる。暑さ寒さやつらい仕事に耐えて、自信をつけさせてあげるには、義務化が必要である。(曾野綾子参考人・150回・H12.10.12)
- ・ 私の周囲の若い世代では、ボランティアの義務化というものにはやはり相当な反対が多いのではないかと思う。(加藤征憲陳述人・153回・H13.11.26・名古屋)
- ・ 社会奉仕活動は、サービスを提供する側と受ける側の共生的な活動の場であり、自発的な気持ちに支えられていることに意義があるので、一律に義務化するのではなく、さまざまな選択肢を用意し、地域に支えられた活動を行うことが重要である。(稲福絵梨香陳述人・154回・H14・4・22・沖縄)

c. 投票の義務に関する発言

<委員の発言>

- ・ 低投票率の選挙で選出された者が代表と言えるか疑問であり、投票を義務付けるべきかどうかという問題も含めて、投票率上昇のための検討が必要である。(生方幸夫君(民主)・151回・H13.5.17)

<参考人等の発言>

- ・ 投票率の低下により、国民の正しい意見が選挙に反映されにくくなっているため、運転免許更新の制限等による事実上の投票の義務化を行うべきである。(孫正義参考人・151回・H13.3.8)

C. その他

<委員の発言>

- ・ 憲法改正に際しては、自然と共生する義務、環境についての義務という形で、日本自体の義務や世界に対する義務というものをきちんと書き込んでいくことが一番いい。(鳩山邦夫君(自民)・153回・H13.11.26・名古屋)
- ・ 権利と義務は表裏一体の関係であり、環境権に関して、裏を返せば環境保持義務が問われている面もある。権利と義務の関係は憲法などにできるだけ明記する必要がある。(中野寛成君(民主)・154回・H14.5.23・人権小)

<参考人等の発言>

- ・ 権利や義務については、憲法以前に家庭教育の中で教えるべきものである。それができにくい現在、国家の教育として、公共の心を教える教育が必要である。(櫻井よしこ参考人・150回・H12.11.30)

2 諸外国の憲法における国民に対する義務規定

2.1 諸外国の憲法上の義務規定一覧表

この資料は主な諸外国における、憲法上明記された国民に対する義務規定を抜粋しまとめたものである。

なお、できる限りの文献に当たったが、必ずしも網羅的なものとなっていない点に留意されたい。

地域	国名	国防義務 兵役義務	投票 義務	教育の 義務	勤労の 義務	納税 義務	環境保 全義務	憲法尊 重義務	参考
ヨーロッパ	フランス								第2次 大戦前
	ベルギー								
	イタリア								第2次 大戦後
	ドイツ								
	ポーランド								20世紀末
	ロシア								
フィンランド									
アジア	イスラエル								中東
	インド								南アジア
	インドネシア								東南アジア
	シンガポール								
	タイ								
	中国								東アジア
	韓国								
	日本								
	(明治憲法)								
北米	アメリカ								

2.2 諸外国の義務規定

ヨーロッパ地域

フランス第五共和国憲法

- ・なし

ベルギー王国憲法

- ・（投票義務関係） 投票は、義務であり、秘密である。投票は、法律で定める例外を除き、市町村で行われる。（62条3項）

イタリア共和国憲法

- ・（国防義務・兵役義務関係） 祖国の防衛は、市民の神聖な義務である。（52条1項）
- ・（国防義務・兵役義務関係） 兵役は、法律の定める制限および方法にしたがい、これを義務とする。その履行は、市民の職務上の地位または政治的権利の行使を妨げない。（52条2項）
- ・（投票義務関係） 投票は、個人的かつ平等であり、自由かつ秘密である。その行使は、市民の義務である。（48条2項）
- ・（教育の義務関係） 子を養育し、訓練しおよび教育することは、それが婚姻外に生れた子であっても、両親の義務であり、かつ権利である。（30条1項）
- ・（納税の義務） 何人も、その担税力に応じて、公共の費用を負担しなければならない。（53条1項）

ドイツ連邦共和国憲法

- ・（国防義務・兵役義務関係） 男子に対しては、満18歳から軍隊、連邦国境警備隊または民間防衛団における役務を義務として課することができる。（12a条1項）
- ・（国防義務・兵役義務関係） 良心上の理由から武器をもってする兵役を拒否する者には、代替役務を義務づけることができる。代替役務の期間は、兵役の期間を超えてはならない。詳細は、法律でこれを規律するが、その法律は、良心の決定の自由を侵害してはならず、かつ軍隊および連邦国境警備隊の諸部隊と無関係の代替役務の可能性を規定しなければならない。（12a条2項）
- ・（教育の義務関係） 子の監護および教育は、両親の自然的権利であり、かつ何よりも先に両親に課せられた義務である。その実行については、国家共

同社会がこれを監視する。(6条2項)

ポーランド共和国憲法

- ・(国防義務・兵役義務関係) 祖国の防衛は、ポーランド市民の義務である。(85条1項)
- ・(国防義務・兵役義務関係) 兵役の義務の範囲は、法律がこれを定める。(85条2項)
- ・(国防義務・兵役義務関係) その宗教的信条または信ずる道徳的原則が兵役に服することを許さない市民には、法律において定められた原則に基づいて代替役務を義務づけることができる。(85条3項)
- ・(納税義務関係) 各人は、法律において定められた、租税を含む公的負担および役務を担う義務を負う。(84条)
- ・(環境保全義務関係) 各人は、環境の状態に配慮する義務を負い、自らのひき起こしたその悪化に対する責任を負う。この責任の原則は、法律がこれを定める。(86条)
- ・(憲法尊重擁護義務関係) ポーランド共和国に対する忠誠および共同善についての配慮はポーランド市民の義務である。(82条)
- ・(憲法尊重擁護義務関係) 各人は、ポーランド共和国の法を遵守する義務を負う。(83条)

ロシア連邦憲法

- ・(国防義務・兵役義務関係) 祖国の防衛は、ロシア連邦の市民の責務であり義務である。(59条1項)
- ・(国防義務・兵役義務関係) ロシア連邦の市民は、連邦法律に従って、兵役に服する。(59条2項)
- ・(教育の義務関係) 基本的な普通教育は、義務である。両親またはそれに代わる者は、子供が基本的な普通教育を受けることを保障する(43条4項)
- ・(納税義務関係) 各人は、合法的に定められた租税と手数料を納付する義務を負う。新しい租税を定め、または納税者の立場を悪化させる法律は、遡及効を有しない。(57条)
- ・(環境保全義務関係) 各人は、自然と環境を保護し、天然の富を大切にする義務を負う。(58条)

フィンランド共和国憲法

- ・(国防義務・兵役義務関係) すべてのフィンランド市民は、法律の定めるところにより、国防に参加し、又はこれを支援する義務を有する。(127条1

項)

- ・ **(教育の義務関係)** 何人も、初等教育を無償で享受する権利を有する。教育を受ける義務に関しては、法律で定める。(16条1項)
- ・ **(環境保全義務関係)** 自然及び生物の多様性、環境並びに国家遺産については、すべての者が責務を負う。(20条1項)

アジア地域

イスラエル基本法(軍)

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 兵役の義務及び徴兵方法は、法律でこれを定める。(4条)

インド憲法

- ・ 次に掲げる事項は、すべてのインド公民の義務である。(51条a)
 - ・ **(国防義務・兵役義務関係)** (d) 国を防衛し、要請されたときは軍務に従事すること
 - ・ **(環境保全義務関係)** (g) 森林、湖、河川及び野生動物を含む自然環境を保護、改善し、生物をいとおしむこと
 - ・ **(憲法尊重擁護義務関係)** (a) この憲法を遵守し、この憲法の理念と制度、国旗及び国歌を尊重すること

インドネシア共和国憲法

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 各市民は、国家を防衛する努力に参加する権利及び義務を有する。(27条3項)
- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** すべての市民は、国家の防衛及び安全保障に参加する権利及び義務を有する。(30条1項)
- ・ **(教育の義務関係)** すべての市民は、基礎教育を受ける義務を有する。政府は、これに資金を提供する義務を有する。(31条2項)

シンガポール共和国憲法

- ・ なし

タイ王国憲法

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)(教育の義務関係)(納税義務関係)(環境保全義務関係)** 人は、法律の定めるところにより、国家防衛、兵役、納税、政府への協力、教育の受容、国の伝統文化及び地域の智慧の保護、維持及び継承

並びに天然資源及び環境の保護の義務を有する。(69条)

- ・ **(投票義務関係)** 人は、選挙権を行使する義務を有する。(68条1項)
- ・ **(憲法尊重擁護義務関係)** 人は、国家、宗教、国王及び本憲法に定める国王を元首とする民主主義統治体制を保持する義務を有する。(66条)

中華人民共和国憲法

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 中華人民共和国公民は、祖国の安全、榮譽および利益を擁護する義務を負い、祖国の安全、榮譽および利益を損なうような行為をしてはならない。(54条)
- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 祖国を防衛し、侵略に抵抗することは、中華人民共和国のすべての公民の神聖な責務である。(55条1項)
- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 法律に従って兵役に服し、民兵組織に参加することは、中華人民共和国公民の榮光ある義務である。(55条2項)
- ・ **(教育の義務関係)** 中華人民共和国公民は、教育を受ける権利および義務を有する。(46条1項)
- ・ **(勤労の義務関係)** 中華人民共和国公民は、勤労の権利および義務を有する。(42条1項)
- ・ **(納税義務関係)** 中華人民共和国公民は、法律に従って納税する義務を負う。(56条)
- ・ **(憲法尊重擁護義務関係)** 中華人民共和国公民は、憲法および法律を遵守し、国家の機密を守り、公共の財産を大切にし、労働の規律を遵守し、公共の秩序を守り、社会の公德を尊重しなければならない。(53条)

大韓民国憲法

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** すべて国民は、法律の定めるところにより、国防の義務を負う。(39条1項)
- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 何人も、兵役の義務の履行により、不利益な処遇を受けない。(39条2項)
- ・ **(教育の義務関係)** すべて国民は、その保護する子女に、少なくとも初等教育および法律の定める教育を受けさせる義務を負う。(31条2項)
- ・ **(勤労の義務関係)** すべて国民は、勤労の義務を負う。国家は、勤労の義務の内容および条件を、民主主義の原則にそって、法律で定める。(32条2項)
- ・ **(納税義務関係)** すべて国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負う。(38条1項)
- ・ **(環境保全義務関係)** すべて国民は、健康かつ快適な環境の下で生活する

権利を有し、国家および国民は、環境保全に努めなければならない。(35条1項)

日本国憲法

- ・ **(教育の義務関係)** すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。普通教育は、これを無償とする。(26条2項)
- ・ **(勤労の義務関係)** すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。(27条1項)
- ・ **(納税義務関係)** 国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。(30条)

〔参考〕大日本帝国憲法

- ・ **(国防義務・兵役義務関係)** 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ兵役ノ義務ヲ有ス(20条)
- ・ **(納税義務関係)** 日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ納税ノ義務ヲ有ス(21条)

北米

アメリカ合衆国憲法

- ・ なし

<以上の条文の和訳は、それぞれ次の文献より引用した。>

ドイツ連邦共和国基本法：阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』[第二版] 有信堂高文社(1998年)・畑博行訳
ポーランド共和国憲法：同上・小森田秋夫訳
ベルギー国憲法：同上・武居一正訳
イタリア共和国憲法：同上・阿部照哉訳
インド憲法：衆議院憲法調査会事務局『インド憲法 概要及び翻訳 (衆憲資第20号・委託調査報告書)』(2003年)(関西大学法学部教授孝忠延夫氏の訳文による)
フィンランド共和国憲法：衆議院憲法調査会事務局『フィンランド共和国憲法【仮訳】(衆憲資第5号付録2)』(2001年)(衆議院憲法調査会事務局による翻訳)
中華人民共和国憲法：衆議院憲法調査会事務局『中華人民共和国憲法 概要及び翻訳 (衆憲資第17号・委託調査報告書)』(2003年)(明治大学法学部教授木間正道氏の訳文による)
大韓民国憲法：衆議院憲法調査会事務局『大韓民国憲法 概要及び翻訳 (衆憲資第18号・委託調査報告書)』(2003年)(創価大学法学部教授尹龍澤氏の訳文による)

参考文献

- ・小林正弥「新公共主義(ネオ・リパブリカニズム)の基本的展望(ビジョン) 戦後日本政治理論の観点から」佐々木毅・金泰昌編『公共哲学 10 21世紀公共哲学の地平』所収(東京大学出版会、2002年)
- ・小林正弥・書評「エチオーニ『新しい黄金律 「善き社会」を実現するためのコミュニタリアン宣言』」『学際』第6号所収(2002年)
- ・小林正弥「共同体主義的共通性と自由主義的多元性 公共哲学ネットワーク構想に向けて」『多元的秩序と共通の規範の研究』所収(CONPO 研報告書 No.3, 研究代表者・嶋津格、千葉大学大学院社会文化科学研究科・社会科学研究所, 2001年3月)
- ・アミタイ・エチオーニ『新しい黄金律 「善き社会」を実現するためのコミュニタリアン宣言』(麗澤大学出版会、2001年)
- ・坂口緑・中野剛充「現代コミュニタリアニズム」有賀誠・伊藤恭彦・松井暁編『ポスト・リベラリズム 社会的規範理論への招待』所収(ナカニシヤ出版、2000年)
- ・佐々木毅・金泰昌編『公共哲学 全10巻』(東京大学出版会、2001-2002年)
- ・井上達夫『他者への自由 公共性の哲学としてのリベラリズム』(創文社、1999年)
- ・井上達夫「現代における<個人 共同体 国家>」『法哲学年報』(日本法哲学会編、1989年)所収
- ・井上達夫「法の支配 死と再生」『法の臨界[]法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年)
- ・中山道子「公私二元論崩壊の射程と日本の近代憲法学」『法の臨界[]法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年)
- ・旗手俊彦「法の帝国と参加民主主義」『法の臨界[]法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年)
- ・井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界[][]法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年)
- ・川本隆史『現代思想の冒険者たち 23・ロールズ』(講談社、1997年)
- ・平野仁彦・亀本洋・服部高宏『法哲学』(有斐閣、2002年)
- ・大塚桂『政治哲学入門 政治・共同体・イデオロギー』(法律文化社、1997年)
- ・尾近裕幸「経済的リパタリアニズム」有賀誠他編『ポストリベラリズム』(ナカニシヤ出版、2000年)所収
- ・田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦『法思想史』(有斐閣、2000年)
- ・芦部信喜『憲法 第3版』(岩波書店、2002年)
- ・芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣、2000年)
- ・野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法』(有斐閣、2001年)
- ・長谷部恭男『憲法 第2版』(新世社、2001年)
- ・長谷部恭男編『憲法本 41』(平凡社、2001年)
- ・松井茂記『日本国憲法』(有斐閣、1999年)
- ・阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集』[第二版] (有信堂高文社、1998年)
- ・清水伸編著『逐条日本国憲法審議録』第2巻 (有斐閣、1963年)