

# 公共の福祉と公共の秩序（その二）

——福祉国家と警察国家——

堀 堅 士

## 第一章 公共の福祉

### 第一節 社会的安寧

### 第二節 生活の保障（以上第七卷第三号）

### 第三節 社会保障

## 第二章 公共の秩序

### 第一節 美濃部博士の見解

### 第二節 警職法改正の場合

### 第三節 日本国憲法第八十二条

## 第二節 生活の保障（つづき）

### 「憲法改正草案」

第十一条 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ぬのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う。

第十二条 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。

第二十条 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。

第二十三条 法律は、すべての生活分野について、社会の福祉及び安寧並びに公衆衛生の向上及び増進のために立案されなければならない。

第二十七条 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ように、法律でこれを定める。

〔傍線の部分は、「憲法改正草案要綱」との相違点〕

六月八日、枢密院本会議での潮恵之輔顧問官の審査報告に対して、林頼三郎顧問官が、「基本的人権については、法律をもつても制限し得ないこととなつていてその尊重は十分であり、概ね適当と考えられるが、ただ、あるもの、たとえば、風俗を害する出版物のようなものについては、法律による制限を認めないと困るように思う」旨の発言をしたことが見られるだけであつて、この件に関しては他に取り立てて見るべき何の記録もない。そして第二読会以下を省略して、直ちに採決に入り、起立者多数で可決。かくしてその翌日の、政府の公表、即ち六月九日付、各新聞に報道せられた「憲法草案訂正箇所」では、その第二十三条は、「……生活分野について、社会の福祉及び安寧並びに……」が、「……生活部面について、社会の福祉、生活の保障及び」と訂正されているのである。

### 第三節 社会 保障

#### 「帝国憲法改正案」

第十一条 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ぬのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第十二条 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。

第二十条 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。

第二十三条 法律は、すべての生活部面について、社会の福祉、生活の保障及び、公衆衛生の向上及び増進のために立案されなければならない。

第二十七条 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。

〔傍線の部分は「憲法改正草案」との相違点〕

(一)六月二十日、「帝国憲法改正案」が、第九十回帝国議会議会衆議院に提出せられ、二十一日の貴衆両院に於ける吉田総理大臣の施政方針演説とそれに対する各党代表の質疑、次いで二十五日の衆議院に於ける総理大臣の提案理由の説明及びそれから二十八日までの四日間、各党代表との間に行われた質疑応答によつて、この改正案の実質的審議は、始まつたわけである。

その中から、本件に関係のあるものを拾い上げてみると次の通りである。

北畠吉議員（日本自由党）は、「この憲法は国民の権利の面のみを強調して例えば国民の納税義務のような、

義務規定が少い」と述べ、(六月二十六日、第九十回帝國議會衆議院議事速記録第五号)

鈴木義男議員(日本社会党)は、日本社会党として最も追加増補を要求したいのは、第三章についてであり、草案は我々の生命、身体、言論、信教、通信等、所謂此の政治的自由の保護保障には略々遺憾ないが、家庭生活・共同生活の保護、更に近代国家に於ける一般要求たる無産階級の經濟上の權利義務に付いては、規定する所余りにも少いと云うことを感ずるのである。そういう見地から、たとえば、日本国民は総て健康にして文化的水準に達する生活を営む權利があるとか、労働の義務を規定して、正当な報酬を受ける權利の保障あるいは、就業における機会均等と失業防止についての国の努力を規定する。さらに休息の權利、老年、疾病、労働不能、寡婦等に対する生活安全の保障を規定する。又農耕地に付いては、所有權よりも耕作權の方が重要な意義を有するが故に土地を耕作する農民の權利は之を保護する、土地の過当な独占は之を禁ずる。また、草案第二十二條は、婚姻その他に於ける男女の平等を規定して居るが、古き家族制度の解体、新しい家庭の成立に當つて、将来親子、兄弟、姉妹の關係等を合理化する必要を認めらるから、家庭生活の保護と云うことをも追加して置きたいのである。なほ、國費による英才教育、納税や公の負擔の義務、国家賠償、刑事補償などに関する規定も挿入を希望する」を述べ、(六月二十七日、衆議院議事速記録第六号)

また吉田安議員(日本進歩党)の「第三章は、國民の權利のみを強調して義務に関する規定に乏しい」と言う意見に次いで森戸辰男議員(日本社会党)は、「國民の基本的人權の規定に於て、社会的、文化的人權宣言ともいふべき部分が少い」ことを指摘した。(六月二十八日、衆議院議事速記録第七号)

安部俊吾議員(日本進歩党)が「私は何故に現時最も進歩せる社会政策といふべき身分保障法、生活保障法の条文をこの憲法草案に明確に規定しないかということを疑うのである。第二十三條には『法律はすべての生活部面につい

て、社会の福祉、生活の保障及び、公衆衛生の向上及び増進のために立案されなければならない。』と規定してあるが、これは甚だ漠然としていて、その実質を捕捉するに苦しむものである。かくのごとき法律は、具体化して憲法上与えられた当然の権利として主張しうる的確な条文を挿入する必要はないであろうか。特に厚生大臣の御意見を承りたい」と質問したのに対して河合国务大臣は、「只今の日本の情勢としては、従来生活保障に関する各種施設の他に、失業救済と生活保護という二つの大きな線で問題を処理してゆきたい、換言するならばイギリスやアメリカのやつていような総合的な生活保障という一つのもので行くには、まだ準備も時期もそこまで参つておらぬので、応急的に失業救済と生活保護の二つの線で行きたいと考えるのである。その生活保護という法律は、どういふ風な構想であるかという、大体においては、働く能力のない者——働けないもの、補助者のない者、怠けない者、品行の悪くない者、そういうような条件の目標で、そういうような人で、どうしても生活の出来ない人を助けてゆくという建前である。」と答えた。また野坂参三議員（日本共産党）は、「国民の権利、義務に関する限り、この改正案は、従来憲法よりはずつと進歩的なものではあるが、しかしながら、この基本的人権には、「公共ノ福祉ニ反シナイ限り」と云う制限がついているので、そこに不安がある。また基本的人権については、これを物質的に保障するような規定が望ましい」と述べている。（六月二十九日、衆議院議事速記録第八号）

六月二十八日、改正案は、七十二名より成る「特別委員会」に付託せられ、七月一日より十日まで総括質問、十一日から、二十三日まで、逐条質問が行われたが、その中から主なるものを、拾い出すと次の如くである。

先ず政府の細目説明として金森国务大臣は、「基本的人権に関する部分では、改正案においては、その範囲において、すべての基本的人権に及ぶものとするとともに、その保障の形において、憲法自から直接にこれを保障する原則

をとつた。さらにその保障については、国民の不断的努力によつてこれを保持しなければならないものとするともに、国民はこれを濫用すべからざるものとし、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負うべきことを規定した。換言すれば自由は我儘と云うことではなく、又自由及び権利に伴つて当然之を活用し、又適当な範囲を守るべき義務を有する旨を包括的に明かにした。各個の国民の個人的自由を尊重すると共に、公共の福祉を維持増進するとう事を考え、個人の自由と公共の福祉とは表裏一体、融合調和して進むべき趣旨を明かにして、ここに民主主義的国政運営の眼目を示して居る訳である。」と説明した。(七月一日、第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録 第二回)

これに対し、黒田寿男委員(日本社会党)の「この草案でもつとも不備な部分は第三章にある。第三章には非常にすぐれた部分も含んではあるが此の草案は時代的に見て、前世紀的な性格がある、個人主義的な、自由主義的な、資本主義的な体制の上に立つて、現在に於いては既に我々は其の時代を經過して新しい時代の国民としての種々新しい要求を持つて居る、そう云う要求に答えるものが本草案には盛られて居ない。封建制度から資本主義に變つて行く其の当時に出来た多くの憲法、そうした憲法の性質が多分に盛られて居り、現在の時期に於て要請せられるもの、即ち経済的、社会的な権利乃至自由の確保乃至保障と云う見地から見るときは、本草案には非常に不満がある、本法案は寧ろワイマール憲法以前のものであるような感じがする。たとえば、財産権についての第二十七条は此の儘の規定であると、今後に於て社会公共の立場から財産権に制限を加えると云うような必要の起つた場合に此の条文がある為に進歩的な立法が妨げられると云う所がある、財産権の規定をもつと社会的に書直す必要があると思う。また老年疾病などによる労働不能者の生活の保障に関する規定や休息に関する権利、最高八時間労働制、有給休暇制、療養施設

などの保障に関する規定を広範囲に追加する必要がある。そのほか、農民の土地耕作権の保障、家庭生活の保障、無資力の英才に対する教育の保障、健康にして文化的な水準の生活の保障、勤労の義務、就労に対する機会均等、失業防止、企業経営に対する労働者の発言権などについて明文を設ける必要がある」と、いう発言、（七月二日、帝国憲法改正案委員会議録第三回）

保守系では、上林山栄吉委員（日本進歩党）の「国家公共のため勤勞奉仕をする義務があるというようなことを加え、緊急の場合、或は火災、そういうような非常事態には卒先して国家公共の為に勤勞の奉仕をする義務があると云うようなことを示す必要があるのではないか。内乱ないしは暴動の場合を予想して、日本国民は公安を保障する義務を負うというような規定を設ける必要もあるのではないか」という発言、（七月八日、帝国憲法改正案委員会議録第八回）

三浦寅之助委員（日本自由党）の「従来の日本に於ける忠孝の觀念とか、或は家族扶養の觀念と云うようなことが日本の従来の道德の根本を成して居るとも考えるのであるが、憲法の第三章を見ても、国民の權利義務とは書いて居るが国民の義務の規定は僅かに親が児童に初等教育を受けさせる義務が規定してあるばかりで、其他の規定は何れも国民の權利、自由、平等の宣言である。こう云う点から見て、私は此の従来の日本の国民道德と云うものに対しては、國務相はどう云う風に御考えになつて居るか、もし道義が欠けて居つた場合に於いては、眞の平和国家も、文化国家も成立し得ないと考えるものであり、此の憲法に於いて此の道義の点が明確になつて居らないと云うようなことは、非常に遺憾に考ふる次第である。」という発言、（七月十五日、帝国憲法改正案委員会議録第十三回）

等があつたが、更に重要なものは、「公共の福祉」に關係のある次の問答であらう。

七月九日の第九回委員会に於いて、藤田榮委員（日本自由党）から、「例えば草案第十九条は、集会、言論、結社の自由を保障して居るが、国内に於ける或る政治団体が、集会、結社及び言論の自由の名に於いて、此の憲法の他の条章と抵触するような行動綱領を掲げて運動する場合には、其の行為は憲法に反する、即ち違法の行為と認められるか否か、それは第十一条、第十二条の公共の福祉に反するものと認定されるか否か」という質問があり、これに対して、金森國務大臣は、「原則的な問題として答えるほかはないが、御説の通り、第十九条第一項の保障規定は、憲法第十一条及び第十二条の認める枠の中に於て許されて居るものであるから、形は絶体的のように見えるけれども、それは公益と云う枠に依つて相対的に規制されて居ることになるのである。もつとも相対的ということとは、現実の適用において多くの疑を生じやすい。現在の憲法は法律でやれば其の所は如何様にも規定が出来ると云う形を取つて居るがそれは宜くないと云うことが、此の憲法の基本の考えである。そうして見れば、例えば第十一条と第十九条との調和点が何処にあるかと云えばそれは結局裁判所の判決である」と答えた。藤田委員が更に、「例えば此の憲法実施後に於いて此の憲法に規定する天皇制を排除するような行動をとる団体に対しては、それは憲法に違反する、其の違反は第十一条、第十二条の公共の福祉に反するものか否か。もう一つ具体的な例を上げるならば、第九条第二項で、陸海空軍その他の戦力は、これを保持してはならないとあるのであるが、例えば此の憲法実施後に戦力の保持を目的とする団体が、言論、集会、結社の自由の名に於て、左様な綱領を掲げて行動する場合には、それは公共の福祉に反するものと認定されるか否か」と追求したところ、金森大臣は、ごく簡単に「もとより公共の福祉に反するものと考えます」と答えたのであつた。（七月九日、帝国憲法改正案委員會議録第九回）

七月十二日の第十一回委員会に於いて野坂参三委員（日本共産党）が重ねて「天皇制を廃止すると云う風な綱領を



掲げた團體は違法であるかどうか」とただしたのに対して、金森國務大臣は、「さきの藤田委員に対する答弁は、一言にして言えば要領を得ない答であつたと私は考えて居る。この案は、言論に対しては言論、集会に対しては集会をもつて對抗させるという趣旨に立つており、それらを取締りの客体にするという趣旨ではできていない。問題は藤田委員の述べた此の憲法に規定する天皇制を廃止するような行動を執る団体ということばの解釈になるわけで、もしそれを文字どおりにとつて、直接に憲法において存在している天皇制を實質力をもつて消滅せしめるということになれば、それは言論の範圍を超越して、一種の現実の憲法制度の破壊行為となると思う、随て第十一条の埒外に互るのである。そのようなわけであるから私は、今日別の言葉を以つて其の点を明かにしたいと考えて居る。言論集會結社の自由は、其の標榜する内容が憲法に依つて認められて居る制度を批判し、又それを変更しようと云う内容であつても、批判変更と云うことは、憲法制度其のものを破壊することにならない、したがつて此の憲法に於て自由の埒外に飛び出すと云うことはないと思う。しかし批判とか、或は其の変更の方針を表明するとか云う域を越えて、此の憲法に依つて認められて居る制度を現実に破壊する行動、つまり物的又は法的に直ちに破壊の効果を生ずる行動を取ると云う場合に於いては、多くの場合には、それは権利の濫用となり、取締の客体となるものと考えてゐるのである。また現実の物的な力を用いなくても、例えば現実に暴動を教唆すると云うような言論をした場合には、それが責任を問われる客体になることはあり得ると考える」と述べた。（七月十二日、帝國憲法改正案委員會議録第十一回）

即ち、これは、「公共の福祉」と「公共の秩序」とを混同した一つの顯著な例として注目に価するであらう。

七月二十三日、第二十回の「特別委員会」に於ける質疑終了後、委員長芦田均議員（日本進歩黨）他九名よりなる「小委員会」を講成して、更に、深く、改正案を検討する運びとなつた。委員の数はのち更に五人増員されて、十四

名になつた。この小委員会は、七月二十五日より八月二十日まで、前後十四回開かれた。(この小委員会は秘密懇談会形式で進行し、従つて「速記録」も未だ公開せられていない。)

小委員会の修正並びに付帯決議案が出来上つたので、八月二十一日、第二十一回特別委員会が開かれ、同委員会は、その任務を閉じた。八月二十四日、衆議院本会議に於いて、芦田均議員は、委員会の経過報告の中で、「第三章 国民の権利及び義務」に関しては、次の如く述べている。「更に個人の生活権を認めた修正案第二十五条に付いては多少の説明を必要とするかと考える。改正案第二十五条は総て国民は勤労の権利を持つと規定して、勤労意欲ある民衆には勤労の機会を与えられることを示唆して居る。この勤労権は民衆に一定の生活水準を保障し、ひいては国民の文化生活の水準を高めようとするものであり、国はこの点につき社会保障制度、社会福祉について十分の努力をなすべき旨を第二十五条に規定して居る。しかしながら第二十三条の字句には、多少意をつくさないうらみがあるように考えられるので、委員会に於いては、一層明白に個人の生活権を認める趣旨を以て、原案第二十三条に『すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。』との条項を挿入し、原案第二項として『国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。』と修正した次第である。かように生活権の保障を規定する以上他方に労働の義務も規定することが至当であるとの意見に従つて、原案第二十五条に修正を加えて『すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負う。』としたのである。」(八月二十四日、衆議院議事速記録第三十五号)

つづいて、それに対する質疑応答のあつた後、記名投票の結果、投票総数四二九票、賛成四二一票、反対八票で可決。即日、貴族院に送付せられた。

(二) 貴族院に送付せられた「帝国憲法改正案」の第二十五条は「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」となっている。

この修正を行った小委員会の「速記録」が、前述の如く、公開されていないので、今日のところ、ただ佐藤達夫氏の「日本国憲法成立史」(40)―(47)（ジュリスト 第一二五号乃至一三五号所載）によつてその一端を、うかがい知ることが出来るだけであるが、そこに、日本社会党の修正案は『草案第二十三条第一項に、「すべて国民は健康にして最小限度の文化的水準の生活を営む権利を有する」を挿入」となつていたとある点、(ジュリスト 第一二五号五三頁)、更に、小委員会の七月二十九日の項に『次に、第二十三条について、その第一項として「すべて国民は、健康にして最小限度の文化的水準の生活を営む権利を有する」を加える社会党の修正案が問題に上つた。まず、原案について、社会党の一委員から「生活の保障」といえば個人が対象となるが、それが「社会の福祉」、「公衆衛生」というような社会問題の間に入つていゝのはどういふわけかという発言があり、これに対し小委員長は「社会保障」とすべきところをわかり易く書いたのであろうといひ、アメリカの Social Security Act のことに言及した。これについては、自由党の一委員から社会保険や、養老保険、失業手当等の方法を通じて生活保障をする趣旨であらうという発言もあつたが、社会党の委員は、それでは、十分な生活の保障には足りない、まず、生存権の規定が先にきてそれを受けてその保障のための立法原則が規定されることが形も整うという意見であつた。これに対して、自由党・進歩党の委員から、立法原則で十分ではないか、第十二条とにらみ合せれば、社会党の主張は満されていることにはならないか、第十二条と第二十三条とあれば十分ではないか、原案第二十三条は生存権を認めた趣旨であり、単なる立法原則なら国

会の章に規定されるはずではないか、あるいは、第十二条の「幸福追求」を「最低生活」に改めたらどうかなどの意見が表明され、これらに対する社会党委員の反駁があつて、論議が高潮したが、結局、第二十三条の修正は保留となつた。なほ、この論議のあいだに、「生活の保障」は「社会保障」とすべきであるとの発言がみられた。』とあり（ジュリスト 第一二七号三七頁）、八月一日の項に、『第三章では、生活権の保障に関する社会党の提案について、小委員長の見解として、第十二条に「すべて国民は、個人として尊重され、その生活権は保障される。」という趣旨のこゝとを加え、第二十三条の「社会の福祉、生活の保障」を「社会の福祉、社会保障」とし、休息権を第二十五条あたりに加えることはどうかという提案がなされたが、社会党の委員はこれに反対し、次のように提案した。第二十三条を「すべて国民は健康にして文化的……権利を有する。この権利を保障するため、国は、すべての生活部面について、社会福祉及び公衆衛生の向上及び増進を図り、社会的生活保障制度の完成に努めなければならない。』としたい。これによつて第二十六条以下の修正案が含まれることになる。この提案をめぐつて、委員のあいだに、生活権は幸福追求の権利に含まれるという考え方もあるくらいだから、これはやはり第十二条に加えるべきではないか、「健康で」の語は当然のことではないかという点について問答がなされたが、自由党、進歩党の委員のなかからも社会党案の方向に賛成の表明があり結局、第二十三条を次のような形にすることで意見がまとまつた。「すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない。』とある点（ジュリスト 第一二九号三八頁）等からこの第二十五条の修正が、主として、日本社会党のインシヤティブの下に行われたものであろうということは、およそ推測に難くないところである。

しかしながら、その第一項についてはともかくとしても、第二項の「生活の保障」を「社会保障」という“Social Security”なる語の「直訳形」に置き換えたことによつて、果して、その実質的な意味を一層明瞭にし得たかどうかと言ふ点については、甚だ疑わしいとせねばならない。

貴族院では八月二十六日から三十日までの五日間に、総務大臣の提案理由の説明及びそれに対する質疑が行われた後、四十五人より構成せられた「帝国憲法改正案特別委員会」に付託せられた。この特別委員会は九月二日に改正案の審議に入り、二十六日、それを終了。二十八日、修正のため委員長安倍能成議員以下十五人より成る「小委員会」が設けられ、その小委員会は、「前文」、「第十五条」、「第四十三条」、「第六十六条」、「第七十九条」の修正について十月二日までに四回開かれたが、ここでもまた、秘密懇談会形式で議事が進められているので、その内容を知ることには出来ない。（ただ十月二日第九十回帝国議會貴族院帝国憲法改正案特別委員会小委員会議事速記録第一号が公表せられているだけである。）

十月二日「帝国憲法改正案特別委員会」再開、小委員会に於ける修正を可決。ついで十月五日、「貴族院本會議」に於いて修正案を可決。即日衆議院に回付、同七日、衆議院本會議に上程、起立多数で帝国憲法改正案は可決せられた。

(三) ついで十月十二日、それは「帝国議會において修正を加えた帝国憲法改正案」の件として、再び秘密院に諮詢せられた。十月十九日、潮委員長以下十二名の委員より成る第一審査委員会冒頭に金森國務大臣は本件に關して次の如く説明している。「第三章についてはかなり多くの問題があつたが、修正としては小部分に止まつた。……第二十

五条の最低生活の保障に関する規定は、この憲法の一つの建前に影響を及すものともいうことができる。政府の原案は学者が論文を書くようにイデオロギーを主張する建前ではなく、法律的な行き方をとつていたが、この修正は法律的というよりも、一つの理想を示す色彩をもつ。しかしこれを入れることも、社会の進展からみて一つの考である故に政府としても同感した。このほか、社会的規定を挿入することの要求がたくさんあつたが輿論の十分納得するに至らぬものは、将来の立法で解決するという考え方で政府としては賛成しなかつた。結局それらの要求は、第二十五条と第二十七条の修正で満足せしめられたという形であつたといつていい。なお『生活の保障』が『社会保障』と改められたことについては、ことばとして多少日本ばなれはしているけれども、少くともその方面の有識者にはわかっているという考に基くものと思う。」と。これに対して二十一日の第二回審査委員会では林委員から「生存権についての第二十五条に関し、これに対応する義務があるのか、国家が最低生活を営ましめるの義務を負うのか」という質問があり、金森國務大臣は、「勤労の権利についても同じであるが、これに対する義務を国家が法律的義務として負うとは考えていない。第三章の規定には、一般的に将来の理想を画いたものと、現実の生活を規律するものとの二種類があり、改正憲法は後者を主とするものであるが、第二十五条の規定は、前者の部類に属する規定である。即ち本条は国民に権利があるが、これに対する義務が国家にあるものとは考えない。即ちかかる権利があるという自由権の宣言であつて、国家に義務ありとするのではなく、かような権利を否定するような態度を取ることが出来ないという程度のものである。ただ、政治的には、このような政策を立てゆく義務はあると思う」と答え、さらに「二十七条の勤労の義務に対する権利者は誰か」という追求に対しても、「衆議院で『義務を負う』と修正した理由は共同生活をしゆくためには同時に公共の福祉を重んずべき義務がある。第三章の規定は権利あれば、義務を伴うという一般的の

内容を持つ。基本的人権を定めた以上、共同生活の福祉に貢献する義務がある。その意味で権利があると共に義務があるという権利と義務とは表裏一体たるべきことを示したのであつて、義務の相手方は国家ということになる。国家は国民の勤勞の権利を妨げてはならないし、国民は国家の指導するところに基き勤勞の義務を負う」と答えた。

その他各章別の質疑応答の後、この案は、審査委員会の全員一致で、これを可決すべきものと決定。つづいて、十月二十九日の枢密院本会議では、何の発言もなく全会一致でこれを可決。十一月三日、「日本国憲法」として公布せられたのである。

## 第二章 公共の秩序

### 第一節 美濃部博士の見解

先に、二月二十六日の閣議配布案が、“Social Security”を「社会的安寧」と誤訳していたことを挙げ、更に、その後の両議院並びに枢密院に於ける審議に際しても、「社会の福祉」或は「公共の福祉」が、「公共の秩序」即ち「社会的安寧」と混同され勝ちであつた事実を挙げた。

このような時に當つて、担当主務大臣が「生活の保障が社会保障と改められたことについては、ことばとして多少日本ばなれはしているけれども、少くともその方面の有識者にはわかっているという考に基くものと思う。」と述べたことは、政府がその責任を他に転嫁したことにならなかつたであろうか。

國務大臣は「少くともその方面の有識者にはわかっているという考に基くものと思う」と述べているが、その「有

識者」とは、いつたい誰を言うのか。

すぐれた憲法学者であり、またこの憲法改正案の審査委員でもあつた枢密院顧問官美濃部達吉博士は、その著書の中で次の如く述べている。『個人的の権利の保護に関しては憲法は周到に之を規定して居るのに反して、社会生活の保護に関しては多く規定する所は無いが、唯一箇条即ち第二十五条に於いて、其の第一項に国民の生活権を保障して居るのに対応して、第二項に社会政策を国家の重要な施政方針として宣言し、「国は、すべての生活部面について、社会福祉、社会保障 (Social Welfare and Security) 及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」といつて居る。即ち社会の各人をして幸福な生活を営むを得しむること、社会の安全を保持すること、公衆の衛生を全うすることの三を、社会的利益の保護に関して立法上及び其の他一般の施政の上に於いて、個人的人格権の保護と相並んで、国家の取るべき大方針として声明して居るのである。其の政策の具体的の現われは、それぞれ法律に依り定めらるべきものである。』『社会的施設の主たる目的として (イ) 社会福祉 (ロ) 社会保障 (ハ) 公衆衛生の三を挙げて居る。(イ) 社会福祉の為の施設は主として経済上に各人をして人間に価する生活を営ましむる為の施設を意味し、各種の公の保険制度・養老年金・授産場・養老院・孤児院・保護收容所等の施設は之に属する。(ロ) 社会保障とは社会の安寧秩序を維持することを意味し、其の為の施設としては主として警察が其の任に当るものである。(ハ) 公衆衛生の為の施設は、伝染病予防法・結核予防法・癩予防法・種痘法・検疫法等に依る施設を初め飲食物の取締・汚物の掃除・医師薬剤師の監督・薬品取締等其の施設は頗る多端に互つて居る。国家又は公共団体に於いて自ら病院・療養所等の医療施設を為して居るのも少くない。』<sup>②</sup>と。

幸にして、その後日本国民の間の世論の成長が、「社会保障」という語を、それなりに熟せしめたので、今では、



「社会保障とは、社会の安寧秩序を維持することである」とする説は通用しなくなつてしまつた。さればと言つて、それは決して、「社会保障とは、いつたい何を意味するのか」が今日ではもはや明瞭になつてゐるということではない。ただ社会保障ということとは「公共の秩序」ということではない、という消極的定義を示しているにすぎないのである。社会保障なる概念は積極的には何を意味するものであるのか。それは特に同一条文中の「社会福祉」との境界線を何処に求めるかという点で必ずしも、現在明瞭になつてゐるといふことは出来ない。更にまた日本国憲法のいう「社会福祉」と「公共の福祉」とは、異なるものであるかどうかという点も、将来に残つてゐる課題である。

しかしながら、一層重要で基本的なことは、「公共の福祉」と「公共の秩序」との混同が今後もし起りはしないかという危険である。いいかえるならば「福祉国家」という名の「警察国家」が出現しはしないかという危険である。

## 第二節 警察官等職務執行法改正案の場合

一九五八年十月二十六日、政府は、警察官等職務執行法改正案に関して、次の如き声明文を發表した。その要旨は、「公共の秩序」即ち「社会的安寧」を維持する必要上、この法案を提出するといふのである。

声 明 文（全文）

「近時、一部の組織や集団が公然と法秩序を無視し、ために市民の基本的人權の侵される事例が相ついで発生してゐることは心ある国民のひとしく憂うるところである。すなわち一方においては、少年犯罪の激増あるいは昨春の別府事件をはじめとする無頼の暴力や右翼団体の挑発があり、他方、勤務評定、道徳教育講習会などに対する反対闘争や王子製紙苫小牧工場争議などの手近かな例に見られるごとく本来その職場と関係のない外部指導者の煽動のままに集団的暴力により組合運動の名のもとにおいて、何ごともなし得るという態度をもつて闘争のための闘争を繰返し、裁判所の決定の執行すら阻み、およそ法治国家において到底考えられないような

事態を生じている。このような市民の基本的人權の侵害や公共の秩序破壊のとうとうたる風潮に対し、民主的社會の靜穩を求める見地から警察の無力を嘆ずる声を聞くことはすでに久しい。しかるに現行の警察官等職務執行法の下においては、このような集团的暴力が予見されつつも事前に適切な予防措置を講じ得ず勢いの赴くところ多数が激突する不幸な事態をまぬがれない。今国会に政府が提出した警察官等職務執行法の改正案は、このような事例に見られる現行法の不備にかんがみ、警察本来の使命にもつき個人の生命、身体、財産の保護と公共の安全、秩序の維持を期し、最小限度必要とする規定の整備をはかるため国家公安委員会において諸外國の立法例をもしん酌し年余にわたる検討を遂げ成案を得たものである。世上、本改正案を戦前の治安警察法や行政執行法になぞらえ、かつての政治集会などの制限や検束臨検などが復活されることを宣伝する向きがあるが、本改正案の内容を検討すれば、このような恐れがないことは、きわめて明白である。いわんや旧憲法下における団体維持を目的とした治安維持法の再現であるとするがごときは曲解もはなはだしい。これを言論集会などの表現の自由を不当に制限し、正常な労働運動に対する弾圧であるとするがごときは全く根拠がないヒボウである、また本改正案に関連し、警察權の乱用を心配する向きもあるが、このことは誠に法の戒めるところであるのみならず、現在の警察は戦前と全くその態度を異にし、政治的に中立な公安委員会の管理下におかれ、主権在民の精神にのつとて運営されているのである。本改正案反対のため一部の労働組合が中心となり、近く政治的ストが行われようとしている。もとより、労働組合などが本来認められている団体行動權の限界を逸脱してこのような実力行使の挙に出でんとすることは民主主義の原理に反し、ひいては議會政治を危うくする恐れなしとしない。政府は本改正案が国会において正当に審議されることを強く期している。国民各位におかれても最近の左右兩翼による集团的暴力行動の実相を直視せられ政府が本改正案を提出するに至つた真意とその内容を十分理解せられるよう念願してやまない。」

翌二十七日、衆議院地方行政委員会に於ける片山哲議員（日本社会党）の質問に対して、岸首相は次の如く答えている。「基本的人權及び國民の自由は、國民主權である以上絶対のものである。ただこれは一部の人權、自由だけを守るべきではない。國民全体が平等に人權と自由を確保されるべきものと思う。これを調整するために公共の福祉という問題が起る。憲法第十二条にあるように公共の福祉に反しないことが自由の限界である。いまのままでは集团的

暴力行為で平和な多数の国民の人権が侵害されるおそれがある」と。続いて行われた山崎巖議員(自由民主党)の「警職法改正案は、憲法が保障した基本的人権を侵すことはないか」という質問に対しても、「多数の人々の自由と基本的人権を侵す危険があるとき公共の福祉の立場からある程度制限されることは当然である。改正案が国民の自由と基本的人権を平等に保護することを念願している。」と答えた。

「公共の福祉」(salus publica)を確保し増進する役割りを担当する者としての政府乃至は警察。この幸福促進主義的福祉国家の理論(Eudämonistische Wohlfahrtsstaatstheorie)は、十七、八世紀の官房学(Kameralwissenschaft)の理論であつた。「公共の福祉のために」個人は、国家の絶対的支配権(jus eminentis)乃至は、警察権(jus politiæ)による干渉を容認せねばならないとするこの「福祉国家」(Wohlfahrtsstaat)は、実は警察国家(Polizeistaat)の別名に他ならなかつたのである。

しかしながら、この理論は、ベルクを境として次の如く變つてくる。即ち、警察は、専ら「公共の秩序」の維持に当るべきものであつて、「公共の福祉」の増進は、警察の任務ではない、国民はもはや「未成年者」ではないのであるから、自らの幸福を促進するための国家乃至は警察の「後見性」(Obervormundschaft)を容認することは許されない。「国家は、公共の福祉の発展に必要な条件或は環境をつくり出すことで十分であつて、公共の福祉の名の下に、個人を抑圧することは、秩序ある国家に於いては、あり得ないことである。」(G. H. von Berg, Handbuch der deutschen Polizeirechts. (1799—1804))

日本国憲法は、「公共の福祉」に反しないことが、基本的人権の限界であることを確かに、認めている。しかしながら、基本的人権を「公共の秩序」によつて制限することは、如何なる場合にも、決して許されてはいないのであ

「公共の福祉」による「自由権の制限」は、国民の自己制御セルフコントロール即ち「自律的制限」なのであつて、これを政府乃至は警察による「他律的制限」、即ち「公共の秩序」による制限と混同してはならない。まして、政府声明では、「公共の秩序」を、そして政府答弁では、「公共の福祉」を持ち出すというが如きことは、とうてい許さるべき行爲ではないと言ふべきであらう。

### 第三節 日本国憲法第八十二条

日本国憲法のその全条文、百三カ条の中に「公共の秩序」という語は、ただ一カ所にしか存在しない。

このことは、かの「大日本帝國憲法」が、

第八条 天皇ハ 公共ノ安全ヲ保持シ 又ハ其ノ災厄ヲ避クル為 緊急ノ必要ニ由リ 帝國議會閉会ノ場合ニ於テ 法律ニ代ルヘキ勅令ヲ発ス。

第九条 天皇ハ 法律ヲ執行スル為ニ 又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ 及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ 必要ナル命令ヲ発シ 又ハ發セシム 但シ 命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス 及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ 必要ナル命令ヲ発シ 又ハ

第二十八条 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

第五十九条 裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス 但シ 安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ 法律ニ依リ 又ハ裁判所ノ決議ヲ以テ 對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得

第七十条 公共ノ安全ヲ保持スル為 緊急ノ需用アル場合ニ於テ 内外ノ情形ニ因リ 政府ハ帝國議會ヲ召集スルコト能ハサルトキハ 勅令ニ依リ 財政上必要ノ処分ヲ為スコトヲ得

として、その全七十六カ条中の五カ条を、これに当てていたことと、極めて対照的であるといわねばならない。ま

た「大日本帝国憲法」は、「公共の福祉」なる概念を知らなかつたのである。その第二十七条「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サルルコトナシ 公益ノ為必要ナル処分ノ法律ノ定ムル所ニ依ル」にいう「公益」の概念でせよも、それが帝国憲法第九条の「公共ノ安寧秩序」と「臣民ノ幸福」のうち、いづれた、より近似するかと言へば、それは、むしろ「前者」であつた。

さて、日本国憲法が、「公共の秩序」について規定している唯一つの条文とは、次の如きものである。

(一)「ホイットニー草案」II「マッカーサー草案」

Article LXXV. Trials shall be conducted and judgement declared publicly. Where, however, a court unanimously determines publicity to be dangerous to *public order* or morals, a trial may be conducted privately, but trials of political offenses, offenses of the press, and cases wherein the rights of citizens as reserved in Chapter III of this Constitution are in question, shall be conducted publicly without exception.

第七十五条 裁判ハ公開廷ニ於テ行ヒ判決ハ公然言ヒ渡スヘシ然レトモ裁判所カ公開ヲ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ書アリト全員一致ヲ以テ決ストキハ非公開ニテ裁判ヲ行フコトヲ得 但シ政治的犯罪、定期刊行物ノ犯罪及此ノ憲法第三章ノ確保スル人民ノ権利カ問題ト為レル場合ニ於ケル裁判ハ例外ナク公開セララルヘシ (閣議配布案)

(二)「三月二日案」

第八十九条 裁判ノ對審及判決ハ之ヲ公開ス。但シ安寧秩序又ハ風俗ヲ害スルノ虞アルトキハ法律ノ定ムル所ニ依リ裁判所ノ決議ヲ以テ對審ノ公開ヲ停ムルコトヲ得。前項但書ノ規定ハ政治ニ係ル犯罪及出版物ニ係ル犯罪其ノ他憲法第三章ノ保障スル國民ノ權利ニ係ル事件ニ付テハ之ヲ適用セズ。

(三)「三月五日案」

第七十八条 裁判ノ對審及判決ハ公開廷ニ於テ之ヲ行フベシ。但シ裁判所ガ全員一致ヲ以テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スルノ虞アリト決シタル場合ニ於テハ對審ハ非公開ニテ之ヲ行フコトヲ得尤モ政治ニ関スル犯罪出版物ニ関スル犯罪及此ノ憲法第三章ノ保障スル國民ノ權利ニ係ル事件ノ對審ハ常ニ之ヲ公開スルコトヲ要ス。

(四) 「憲法改正草案要綱」

第七十八 裁判ノ對審及判決ハ公開法廷ニ於テ之ヲ行フベキコト但シ裁判所ガ全員一致ヲ以テ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ヲ害スルノ虞アリト決シタル場合ニ於テハ對審ハ公開セズシテ之ヲ行フコトヲ得ルコト政治ニ関スル犯罪出版物ニ関スル犯罪及此ノ憲法第三章ノ保障スル國民ノ權利ニ係ル事件ノ對審ハ常ニ之ヲ公開スルコトヲ要スルコト

(五) 「憲法改正草案」

第七十八條 裁判の對審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、對審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治に関する犯罪、出版物に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する國民の權利が問題となつてゐる事件の對審は、常にこれを公開しなければならない。

(六) 「帝國憲法改正案」

第七十八條 裁判の對審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ。裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、對審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する國民の權利が問題となつてゐる事件の對審は、常にこれを公開しなければならない。

(七) 「日本國憲法」

第八十二條 (帝國憲法改正案第七十八條に同じ)

注意すべき点は、本条第二項後段「但し書き」にある。この場合においてさえも、日本國憲法は、第三章が保障する國民の基本的人權が問題となつてゐる事件の對審は、常にこれを「公開」しなければならないと規定して、「基本

的人権」が「公共の秩序」によつて制限されてはならないことを明瞭に宣言しているのである。

基本的人権を「公共の秩序」によつて制限することは、いかなる場合にも禁止せられているのであるから「政府」、或は「警察」は、基本的人権を侵すことのない方法によつてのみ「公共の秩序」の維持に当らねばならないのである。

（一九五九・八・二）

註(1) 美濃部達吉、「新憲法概論」（一九四七年四月、有斐閣）八九頁

(2) 美濃部達吉、「日本国憲法原論」（一九四八年四月、有斐閣）一六八頁