

An implication of Article 13 of the Constitution of Japan

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/47713

包括的基本権について*

丸 堯 俊

1 憲法13条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」に、憲法第3章14条以下では個別的に列挙されていない権利・自由を包括する基本的人権としての性格を認め、独自に国家行為の憲法違反を判断する根拠となり得るとする解釈が、近時有力になりつつある。13条に関する従来の諸解釈の主流は、「生命・自由・幸福追求権」に対して実定法上の裁判規範となりうる主観的権利性を積極的に認めるものではなかっただけに、上記解釈の論拠、その公共の福祉解釈との関連、基本権保障拡充の機能の実質等に、深く関心を唆られるものがある。

14条以下に個別的に保障されていない権利・自由の具体的な内実は、各国民の全生活領域の中に見出されることとなるから、国家がその制限乃至剝奪をすることによって国民各人が不利益を蒙ることになる利益であって、かつ13条前段との関連から、個人の尊厳と深く関わる利益であるということになり、その網羅的列挙は、この性質上不可能であるが、G・イエリネックの古典的、静態的な国家に対する国民の地位の分類⁽¹⁾に従えば、消極的地位(Der negative Status)としての単一の自由そのものということになるであろうし、宮沢教授の国民の国法に対する関係の分類⁽²⁾に従えば、無関係な関係(単なる自由)即ち、国法が自由に憲法上の限界というようなものもなく人の行動を禁止得る領域における国法の禁止の不存在の反射に過ぎぬもので、散歩・旅行・読書等の自由とされるものに該るであろう。その何れもが、14条以下で各称を付して保障している権利、自由と対比した場合いわば無名の個別的自由権として権利性を付与され、動態的に析出されてくることになる。

裁判例の中から憲法の条項に明記されていない権利・自由についても憲法上の人権保障が考慮されねばならぬ旨を説示したと理解できる主要なものを掲示してみよう。まず、補足意見ではあるが、旅券発給申請事件(最大判昭和33・9・10民集12巻13号1969頁)で田中(耕)・下飯坂両裁判官は「憲法22条は1項にしる2項にしる旅行の自由を保障しているものではない。しからばこれについて規定がないから保障はないかというところではない。憲法の人権と自由の保障リストは歴史的に認められた重要性のあるものだけを捨ったもので、網羅的ではない。従ってその以外に権利や自由が存在せず、またそれらが保障されていないというわけではない。我々が日常生活において享有している権利や自由は数かぎりなく存在している。それらはとくに名称が附されていないだけである。それらは一般的な自由または幸福追求の権利の一部をなしている。本件の問題である旅行の自由のごときもその一なのである」と述べて、海外旅行の自由保障の根拠を憲法13条に置く見解を示しているし(多数意見は22条2項の海外移住の自由のなかに含まれるとする)、次に、プライバシーの保護の認識が定着化しつつある中で、違法なデモ行進捜査のための被疑者の写真撮影について、最大判昭和44・12・24(刑集23巻12号1625頁)は「憲法13条は、……国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態……を撮影されない自由を有するものといえるべきである。こ

*昭和50年9月16日受理

れを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない」と説く。地裁段階のものとして、プライバシー侵害損害賠償請求の「宴のあと」事件（東京地判昭和39・9・28下級民集15巻9号2317頁）では、いわゆる人権保障の第三者的効力につき民法709条の要件解釈を通じていわゆる間接適用説の立場に立ちながら「近代法の根本理念の一つであり、また日本国憲法によって立つところでもある個人の尊厳という思想は、相互の人格が尊重され、不当な干渉から自我が保護されることによって始めて確実なものとなるのであって、……正当な理由がなく他人の私事を公開することが許されてはならない……」

「いわゆるプライバシー権は私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利として理解されるから、その侵害に対しては侵害行為の差し止めや精神的苦痛に因る損害賠償請求権が認められるべきものであり、民法709条は……

（このことが）不法行為として評価されるべきことを規定しているものと解」される。「ここに挙げたように成文法規の存在（他人の住居の不当なぞき見についての軽犯罪法1条1項23号、相隣地間の眺望規制についての民法235条1項、信書開封罪についての刑法133条を指す）と……私事をみだりに公開されないという保障が、今日の……社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものであるとみられるに至っていることとを合わせ考えるならば、その尊重はもはや単に倫理的に要請されるにとどまらず、不法な侵害に対しては法的救済が与えられるまでに高められた人格的な利益であると考えるのが正当であり、それはいわゆる人格に包攝されるものではあるけれども、なおこれを一つの権利と呼ぶことを妨げるものではないと解するのが相当である」として、13条前段の個人の尊厳に根拠を見出しつゝプライバシーがはじめて問題となった本件

においてその権利性を承認している。この「宴のあと」事件と基本的人権の第三者的効力について間接適用説を前提とする点では共通する名誉、プライバシー侵害を理由とする映画の上映禁止の仮処分申請事件である。「エロス+虐殺」事件で東京高決昭和45・4・11（高裁民集23巻2号172頁）も「人格的利益の侵害が、小説、演劇、映画等によってなされたとされている場合には、個人の尊厳及び幸福追求の権利の保護と表現の自由……の保障との関係に鑑み、いかなる場合に右請求権（妨害予防・排除の請求権）を認めるべきかについて慎重な考慮を要するところである」として同じく憲法13条に人格権の根拠を求めている。また、監獄法施行規程96条中末決勾留による被拘禁者に喫煙を禁止する規定に関する最大判昭和45・9・16（民集24巻10号1410頁）は「煙草は生活必需品とまでは断じがたく、ある程度普及率の高い嗜好品にすぎず、喫煙の禁止は、煙草の愛好者に対しては相当の精神的苦痛を感ぜしめるとしても、それが人体に直接障害を与えるものではない」「喫煙の自由は、憲法13条の保障する基本的人権の一つに含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」として、13条の保障する複数の基本的人権という観念を認めた上で、喫煙の自由も、仮定的表現ではあるが、これに含まれ得ることを認めている。同じく、在監関係に関する大阪地判昭和33・8・20（行裁例集9巻8号1662頁）は、収監関係は他律的に成立し、被拘禁者にとっては「全く害悪と屈辱の場であり」「拘禁が法律に基いて容認された以上、被拘禁者のすべての人権の制限は当然それに包括され、具体的法律の根拠なしに人権の侵害が許されると考うべき理はない。それは人権を保障し尊重する憲法の精神に照し、絶対に容認できないことといわなければならない」。監獄の長の被拘禁者に対する特別権力関係に基づく行為でも、憲法は勿論「法律の規制に違反し、また右存立目的から合理的に不可欠と考えられる範囲を逸脱し、社会

観念上著しく妥当を欠いている場合、要するに違法に人民の基本的な人権を侵害するがごとき場合には、司法救済を求めることができるというべきであり、重屏禁・減食・戸外運動の禁止等の徴罰を科することは「自由な人格者であることの否定ないし健康と生命を脅かすものとして憲法上許されないものである」と、傍論としてはあるが、述べているのは、憲法の条文としては13条が念頭におかれていることは間違いないと思われる。また、女子労働者の結婚退職制に関する住友セメント事件（東京地判昭和41・12・20 労民集17巻6号1407頁）は、基本的人権の第三者の効力につき間接適用説をとりながら「家庭は国家社会の重要な単位であり、法秩序の重要な一部であるが、適時に適当な配偶者を選択し、家庭を建設し、正義衡平に従った労働条件のもとに労働しつつ人たるに価する家族生活を維持発展させることは人間の幸福の一つである。かような法秩序の形成並びに幸福追求を妨げる政治的経済的社会的要因のうち合理性を欠くものを除去することも、また法の根本原理であって、憲法13条、24条、25条、27条はこれを示す。配偶者の選択に関する自由、結婚の時期に関する自由等結婚の自由は重要な法秩序の形成に関連し、かつ基本的人権の一として尊重されるべく、これを合理的理由なく制限することは、国民相互の法律関係にあっても、法律上禁止されるものと解すべきである。したがって、この禁止は公の秩序を構成し、これに反する労働協約、就業規則、労働契約はいずれも民法90条に違反し効力を生じない」として、24条に13条及び25条27条を総合させながら、結婚の自由という基本的人権を創出している。同様に、女子結婚退職制が結婚の自由を合理的な理由なく制約するとして13条24条の精神違反とするものに山一証券事件（名古屋地判昭和45・8・26 労民集21巻4号120頁）がある。更に、別の局面におけるものとして、表現の自由の保障に関連して、芸術作品の猥褻性と芸術性との関連を配慮する悪徳の栄え事件（最

大判昭和44・10・15 刑集23巻10号1239頁）チャタレ夫人の恋人事件（最大判昭和32・3・13 刑集11巻3号997頁）、及び、前掲宴のあと事件における違法性阻却事由としての作品の芸術的価値についての配慮は、西ドイツと異なり憲法に明文の保障のない芸術の自由についても憲法上の保障を考慮する趣旨と見得る面がある。また、国民にとっても最も根源的な基本的人権である生命に対する権利については、死刑と残虐な刑罰に関する最大判昭和23・3・12（刑集2差3号191頁）は、「生命は尊貴である。一人の生命は全地球より重い」「憲法13条においては、すべて国民は個人として尊重せられ、生命に対する国民の権利については、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする旨を規定している」と明快卒直に、13条がその保障の根拠規定であることを認める。さらに、行政庁の国民に対する違法な権利侵害を救済する訴訟手続との関連で、抗告訴訟を前提とする執行停止の申請人適格（行政事件訴訟法9条にいう「当該処分…の取消を求めるにつき法律上の利益を有する者」）につき、国立歩道橋事件（東京地決昭和45・10・14 行裁例集21巻10号1187頁）では「申請人らは……本件横断歩道橋の設置によりその設置箇所において有していた従来の方法による道路通行権の行使が妨害されるばかりでなく、自動車の交通量と速度の増加に伴う排気ガスの増大によって、健康の損傷、風致・美観の破壊等の損害を被り、環境権が損害されるにいたるというのであるから、その主張の限りにおいては、一応、申請人適格においてもかけるところはないものというべきである」「道路通行権が、通路管理者に違法な道路管理の是正を請求しうるという意味で、単なる反射的利益ではなく、一種の具体的利益であるとしても……」「申請人らの主張するいわゆる環境権なるものが認められるかどうかについては、多分に検討を必要とするところではあるが、本件においては、この点の論議を尽すまでもなく……」と述べて、環境権の検討は本訴に留保

しているが、道路通行権の具体的権利性を認めている。いかなる法上の権利かは不明確であるが、憲法13条に拠るものとみることでもできるであろう(同件本案判決昭和48・5・31判時704号31頁は、原告適格を認めず訴を却下している)。(3)(4)

(1) Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2Aufl., S.86f., S.103-104

(2) 宮沢俊義, 憲法II(新版)90-94頁。

(3) 所謂公害による健康及び生活環境の侵害及びそのおそれに対し法的に保護されるべき被害者の利益が環境権の名称の下に実定法上承認されるべきであるとの提唱が昭和45年9月日本弁護士連合会第13人会権擁護大会公害シンポジウムにおいて大阪弁護士会環境権研究会メンバーから為されて以降、それが司法手続を経て実現され得る権利として成りたちるか検討されつつあるが、この環境権及び一般的人格権を、憲法13条25条に拠るものとして、正面に据えて始めて争った事件は、夜間飛行の差止と過去及び将来の損害賠償を請求した離着陸路の直下の住民264名を原告とする大阪空港公害事件(大阪地判昭和49・2・27判時729号3頁)であるが、裁判所は、次の如く、侵害排除請求権を伴う人格権を条理上認めたが、環境権概念は否定し、憲法13条25条の具体的権利性も認めなかった。「個人の生命、自由、名誉その他人間としての生活上の利益に対するいわれない侵害行為は許されないことであり、かかる個人の利益は、それ自体法的保護に値するものであって、これを財産権と対比して人格権と呼称することができる。そして本件における航空機騒音の如く、個人の日常生活に対し極めて深刻な影響をもたらすひいては健康にも影響を及ぼすおそれのあるような生活妨害が継続的かつ反覆的に行われている場合において、これが救済の手段として、既に生じた損害の填補のため不法行為による損害賠償を請求するほかにないものとするれば、被害者の保護に欠けることはいうまでもないから、損害を生じさせている侵害行為そのものを排除することを求める差止請求が一定の要件の下に認められてしかるべきである。この場合、差止請求の法的根拠としては、妨害排除請求権が認められている所有権その他の物権に求めることができるが、物権を有しない者であっても、かかる個人の生活上の利益は物権と同等に保護に値するものであるから、人格権についてもこれに対する侵害を排除することができる権能を認め、人格権に基づく差止請求ができるものと解

するのが相当である。「実定法上かかる権利(環境権)が認められるかどうかは疑問である。憲法13条、25条の規定は、いずれも国の国民一般に対する責務を定めた綱領規定であると解すべきであり」「同条の規定によって直接に、個々の国民について侵害者に対し何らかの具体的な請求権が認められているわけではない」「環境が破壊されたことによって個人の利益が侵害された場合には、不法行為を理由に損害賠償を請求することができ、違法性の有無を判断するに際し、被侵害利益の性質として環境破壊の点を考慮すべき場合があるとしても、環境権という権利が侵害されたかどうかを問題にするまでもないし、差止請求においても、物権のみならず人格をその根拠とすることによって救済の実をあげることができるのであって、いずれにしても環境権を認めなければ個人の利益が救済できないという場面はないと考えられる」。しかしながら、条理上私権としての人格権を人間としての生活上の利益に認めたことは、結局、人間の尊厳に対する国民の権利意識及びそれに対する保護意識が高揚していることを裁判所が確認したことを意味すると共に、全国法秩序上それが是認できると認識したことをも意味するから、憲法13条25条にその根拠を見出して具体的権利性を付与し私人に直接的効力を認めること自体は否認しているけれども、少くとも憲法精神(裁判所の態度に即していえば、憲法第3章14条以下の各条(特に自由権に属するもの)の根底に流れる個人の尊厳)が、人格権の形成を通じて、間接的に具体的効力を発揮したとも看做し得るのであって、もしそのようにみることが許されるのであれば、本判決も本文中に掲記した判例の系譜に列なることになるが、ここでは、私法の法源としての条理の性格の理解とともにそのように取り扱うことは留保しておきたい。

(4) これまで憲法13条違反が主張された事件は多いが、13条の法理なり趣旨なりを問題の事件との関連で的確に捕えた主張とはいえず、上告の為の口実とも思えるものが多かったこともあり、同条が国政担当者に対する政治倫理規定であるとの裁判所の認識に鋭い反省の契機を与えることもなく、むしろ、同条の公共の福祉が人権の一般的制約原理であることの判示を助長したとさえみ得る面がある。最高裁判所判例のうちでその主要なものをあげておく。スリに実刑(最判昭和23・3・24裁時9号8頁)、刑の執行猶予の不言渡(最判昭和23・10・21刑集2巻11号1377頁)、有毒飲食物取締として過失犯に科される重い体刑(最大判昭和23・12・27集2巻14号1951頁)旧少年法8条による不定期刑(最大判昭和24・6・

29 刑集 3 卷 7 号 1145 頁), 罰金に対する換刑処分としての労役場留置期間の割合(最大判昭和 24・10・5 刑集 3 卷 10 号 1646 頁), 職業安定法 32 条による有料職業紹介事業の禁止(最大判昭和 25・6・21 刑集 4 卷 6 号 1049 頁), 爆発物・有毒物によって斃死した水産動植物の所持禁止を定める漁業法施行規則 47 条(最大判昭和 25・10・11 刑集 4 卷 10 号 2029 頁), 刑訴法 411 条所定の場合を上告理由に認めない同法 405 条(最判昭和 25・7・25), 賭場開帳図利を処罰する刑法 186 条 2 項(最大判昭和 25・11・22 刑集 4 卷 11 号 2380), 謂所囂捜査とそれに誘発された犯意の有責性(最判昭和 28・3・5 刑集 7 卷 3 号 482 頁), 配偶者の直系尊属傷害致死を自己のそれと同じく加重処罰する刑法 205 条 2 項(最大判昭和 29・1・20 刑集 8 卷 1 号 52 頁), 覚せい剤の取締(最大判昭和 31・6・13 刑集 10 卷 6 号 803 頁), 浪費者に対する準禁治産宣告(最大判昭和 36・12・13 民集 15 卷 11 号 3795 頁), 風俗営業に対する営業時間制限(最大判昭和 37・4・4 刑集 16 卷 4 号 377 頁)。

2 憲法 13 条の「生命・自由及び幸福追求に対する国民の権利」の解釈は見解が分れる。ニュアンスの差異には目をつぶって図式的に分類すると, (a) 個人の人格的生存に不可欠な権利自由の根柢に存する自然法的な権利の宣言⁽¹⁾, (b) 14 条以下列挙の個別的的基本的人権の総称⁽²⁾, (c) 14 条以下列挙の個別的的基本的人権に該らぬ権利自由をも含む包括的な基本的人権(1 当初に紹介した見解), この中には, さらに, (i) その包括性を自由権に局限するもの⁽³⁾と(ii)それを社会権に迄及ぼすもの⁽⁴⁾とに分類することができる。⁽⁵⁾

(a)説は, 個人の尊厳の基本理念を最大限に尊重する見解であるが, 必らずしも, 14 条以下の具体的な権利に該らぬ個人の人格的生存に不可欠な権利自由の根柢たり得ることを否定しない⁽⁶⁾。このことは, 実定憲法の中にとりこまれる以前には, 哲学的原理であると同時に憲法に優位する実定法規範であり得た天賦人権原理が, 実定憲法の中にひとたびとりこまれて以降は, 天賦人権原理そのものは実定法を去ってもっぱら実定法体系に正当性を賦与する哲学的原理と

なり, 実定憲法中の条項のかたちを体したものは法的拘束力をもつ実定法規範となって, 自然法と実定法とが分化する⁽⁷⁾と考えることができるならば, 当然そのように解すべきこととなりそうしてみると, (a)説と(c)説とは, 決して対立する見解なのではなく, むしろ, 相互に補完しあうべき関係にたつことになるであろう。

しかしながら, (b)説と(a)説(c)説との関係は, 全く様相を異にする。(b)説によると「基本的自由及び権利は『この憲法が保障する自由及び権利』(憲法 11 条及び 12 条)以外に存しうるのは言うことをまたない」が「『この憲法が保障する自由及び権利』は憲法第三章に列記されているものである。憲法が定める国会, 内閣及び裁判所の各権限も, その権限の行使に対して憲法が保障する自由及び権利も, すべてこの憲法の定めるところによることは, いわゆる成文憲法の原則であって, この原則は日本国憲法も他の国の成文憲法と同様に採用しているのは明である。そして憲法 11 条 12 条及び 13 条は『この憲法が保障する自由及び権利』の保障そのものではなく, 保障は 14 条以下に列挙するものである」。また, 憲法 13 条は「公共の福祉に適合しなければ違憲な法律であるという保障を与えているものではない。憲法のどこにも左様な保障はないのである。同条は寧ろ公共の福祉のために制定せられた法律ならば, 生命, 自由及び幸福追求に対する国民の権利が制限せられる旨を規定しているのである」。公共の福祉に適合しない法律の制定を阻止する手段は「主権者である国民が国会又は内閣を打倒するより外にないことであって, 裁判所が法令審査権を以てしても主権者と並んで立つものではないはずである。こう考えてみると, 憲法 13 条は立法権の作用と司法権の作用とを調整することを目標とした法令審査権の限界に関する原則を定めたもの」である, と説かれている。法的生活の安定性を第一義に考え, 実定成文法規の明文の規定の論理操作によって法解釈を行うべきものとする所謂法実証主義に立脚する見解であって, 立法府

の本来自由な活動領域に属する国民の単なる自由の領域をはじめから容認するばかりか、立法府の政策的裁量の制約の下に国民の権利がおかれていることを認め、その当否の判断は主権者の行うべきもので、そこには違憲法令審査権が及ばないとする。国家社会生活が超安定的な状況にあり、実定法規の規定内容が綿密で遺漏が極小であり、国民の政治意識が高く政権担当者に対する監視が行届いて的確かつ短日時の裡に正当な政治的決定をなし得る等の状況がない限りは、専制が行われようとしてもそれに対する歯止めがなく権利保障が名目化してしまう、と言ってみても、おそらくは、自業自得でやむを得ないこと、との反論が出てくるのであろう。国民の真に必要な権利・自由は、憲法改正の手續を経て付加されてゆかねばならないことになる。従って、実定憲法の規定に表現される憲法諸原理、諸制度、諸権利自由相互間の目的手段の関係・価値序列を歴史的哲学的正当性を見出しつゝ論証し、変遷する政治・経済・社会状況と憲法規定との遊離を、前記憲法諸原理に導かれ乍ら規定の意味内容の合理的範囲内における加除増減を積極的に行うことにより、補正してゆく解釈態度と何れをとるかは、法の認識理解と同時に主体的責任を伴う法実践的選択なのだということから解答が導かれねばならない。上記(b)説の所論のうち「公共の福祉に適合しなければ違憲の法律」という表現は、法律適憲の論証責任の所在を論者の主観的意図と離れて示唆する点興味を引くものがある。筆者は、(b)説が国民の生存にとって出発点を為す国民の生命に対する権利は憲法に保障されておらず、その剥奪、制限は立法府の自由裁量に属すると解さざるを得ぬであろう一事をもってしても、(b)説は支持できない、何故なら、厳格な文字解釈からは、憲法31条は実体上の要件にも正当な法への準拠を要請する所謂適正手續条項であってその限りにおいて国民の生命に対する権利の根拠条文となり得る、とは言えぬ筈だからである。

それでは、(c)説の(i)(ii)説のうち、何れを

是とすべきであろうか。(i)説の論拠は、25条が社会権の総則規定として別に存在するし、国家行為の禁止を内容とする自由権とその給付を内容とする社会権とは相互に異なる基盤にたつ、ということである⁽⁸⁾。憲法13条の「生命、自由及び幸福追求」の文言は、広く指摘されるように、アメリカ独立宣言に由来し⁽⁹⁾個人主義に当然伴う自由権の基本権の包括的表現であったが、当時の人々にとっては、それこそが、生存の為の魂の叫びであったという歴史的条件を現在の我国国民の置かれている時代的条件と対比したとき、これを自由権から拡張して広く社会権に迄及ぼすことこそ人格の尊厳に適う所以であろうし、例えば健康の維持増進という人格利益をとりあげてみるならば、これには、それに対する制約の排除という自由権的側面と、それに対する国家的配慮の請求という社会権的側面が同時に存在することがみてとれるであろうし、さらに積極的に、⁽¹⁰⁾「13条の『公共の福祉は人権制約の根拠である』という未だに残存する単純な形式的思考を、「個人の人格的生存に不可欠なかつ各条に規定のない自由権及び社会権」を共通に制約し得る公共の福祉なるものは一体何なのか、そもそもそのようなものが存し得るのか、という疑問に直面させ得る、等の理由から(ii)説の立場が正当であると考えらる。

- (1) 宮沢俊義・憲法Ⅱ(新版)214頁、註解日本国憲法上巻・338頁、清宮四郎・憲法要論66—67頁、鶴飼信成・憲法(岩波全書)74・77頁、佐藤功・憲法(ポケットコンメンタール)102頁
- (2) 賭場開帳凶利を犯罪とする刑法186条2項を憲法13条違反として争った最大判昭和25・11・22(刑集4巻11号2380頁)における栗山裁判官補足意見。
- (3) 種谷春洋「『生命、自由及び幸福追求』の権利(二)」・法経学会雑誌15巻1号84頁、阿部照哉「現代人権論の一側面」公法研究34号94—95頁。佐藤幸治「幸福追求権」芦部・池田・杉原編・演習憲法所収199—200頁。
- (4) 清水睦『生命・自由及び幸福追求の権利』別冊ジュリスト憲法判例百選19頁。小林直樹「憲法と環境権」ジュリスト492号226頁
- (5) (i)説(ii)説とも、包括的権利と個別的基本権

との適用関係については、個別的基本権の活用領域を減殺することなく、憲法13条の「公共の福祉」の果す権利抑制機能のチェックに注意を怠らないという配慮を加えた上で、個別的基本権の優先的適用（その合理的拡張を認めつゝ）を認め個別的基本権が妥当しない場合に限って13条が適用されるとする説が多く、競合適用説はみあたらないが、各個別的基本権の適用にあたって、その根底には個人の尊厳の理念が息づいていなければならない点は否定される筈はないことを考え併せると、上の議論にいう包括的権利とは、主観的権利性をもった生命、自由及び幸福追求権のみを指称するものである。「公共の福祉」との関係を考える際、このことは、十分に注意されていなければならないであろう。

- (6) 宮沢・前掲書216頁、前掲「註解」339頁
- (7) 樋口陽一「『憲法』の概念と人権」（柳瀬博士東北大退職記念『行政行為と憲法』所収）557頁以下参照。
- (8) 佐藤(幸)・前掲199—200頁。
- (9) 例えば、宮沢・前掲書214—215頁。

3 このような包括的基本権保障の意味を憲法13条に見出すことは、基本的人権と公共の福祉との関係についての議論に新たな素材を提共するものである。いわば無名権としての個別の権利を「生命、自由及び幸福追求の権利」に包括的に体现させるということは、憲法22条1項、29条及び27条2項⁽¹⁾と同一類型に属する規定を新たに誕生させたことを意味しないか。「公共の福祉」との関係の検討を不可避的に促すこの新たな具体的権利の内実は、何等かの規準設定によってこれに該当するとされるものの適格性が限定されるとしても、自由権的領域のものから社会権的領域のものに至るまで多岐にわたるものである。現在、確定した説があるとは言いが、西ドイツ基本法1条1項「人間の尊厳は、侵され得ない。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である」及び同法2条1項「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序又は道徳律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」の解釈として西ドイツの学説判例の認めるところになっている「一般的人格権」

概念（「主として人格的属性を対象とし、その自由な発展のために第三者による侵害に対し保護されなければならない諸利益の総体」⁽²⁾）⁽³⁾、アメリカで発達したプライバシーの権利⁽³⁾⁽⁴⁾、環境権⁽⁵⁾、道路通行権⁽⁶⁾等が論議されているが、1の頭初で言及した、そして、前掲の判例の中にも散見される単なる自由も当然問題となる。そこで、このような実体を備えた新たなる具体的権利・自由と、22条1項の職業選択の自由及至営業の自由、29条2項の財産権及び27条の雇主の雇傭契約自由との差異が浮かびあがってくるのであって、この新たなる具体的権利・自由は、上記の実体に即して考えて良いものとすれば、実は、14条以下で保障されている他の個別的基本的人権（それも殆どの場合自由権に属するもの）が他の人によって行使された場合に、その権利行使の行過があると国民一般に感得され得るときの被害利益（財産管理主体としての場合を除き、権力行使主体としての国がその加害者である場合よりも、他の国民《法人を含めて》が加害者である方が量的にも質的にも相当上まわる）であり、営業の自由・財産権及び雇傭契約の自由の三者は、その場合加害者の拠る権利の典型であることがみてとれるのである。このことは、この新たなる具体的権利・自由のリストを整備充実してゆくことのもつ意味が、上の三つの権利・自由以外の自由権（特に表現の自由）についてはその行使態様に関する内在的制約の明瞭化にあり、上の三つの権利については、それを侵害することになる権利内容を剝奪制限し得る根拠の明瞭化にあることを示すものである。そうだとするならば、この後者にあてはまる新たなる権利・自由こそが、現行憲法においてあるべき個人主義的立場から具体的に明示される「公共の福祉」の真の姿であって、従って13条の「公共の福祉」は、この場合においては無意味であり、「公共の福祉」が意味をもつのは、「生命・自由及び幸福追求に対する国民の権利」が自由主義原理の表明として用いられ上の三つの権利・自由がそのうちに含意されている場合だ

けということになる。即ち、13条の中に新たな具体的権利・自由を認めることは、公共の福祉概念の具体的内実を個人の尊厳理念から明確化することに役立ちこそすれ、自由権の制約を加重することには決してつながらないのである。ただ、この新たな具体的権利・自由の確立の過程(有権的には訴訟過程の経由)においては、さまざまな利益及び価値の間の衡量を行うこと自体不可避的であるから、諸利益及び諸価値間の価値序列に関する原理の認識とそれに基づく具体的判断の重要性が自覚され続けていなければならない。(7)

- (1) 鶴飼・前掲書 81 頁註(6)参照,
- (2) 五十嵐清=田宮裕・名誉とプライバシー 9 頁。
- (3) 佐藤幸治「憲法と人格権」(有倉遼吉教授退職記念『体系・憲法判例研究Ⅲ』所収) 226 頁以下, は 13 条の新たな具体的権利・自由の独自の主要部分を占めるものは狭義の「人格権」乃至は名誉に関する事項を付加した「自己についての情報をコントロールする権利」たるプライバシーの権利であり, その具体的内容は, 私生活乃至私的領域の尊重(住居の平穏・肖像権・秘密領域の保護(手紙・私的文書電話その他の秘密保護)), 個人人格の尊重(名誉権, おとり捜査やポリグラフ・テスト等の関係で生じる問題), その他モデル問題・診断書・身体検査等個性に対する権利の保護である, とする。
- (4) 伊藤正己・プライバシーの権利 68—71 頁は, 幸福追求権の具体的内容の稀薄性, 多くの場合問題となる他の私人からの侵害に対する保護の場合に国家権力に対して要求しうる権利としての憲法上の権利でそれを基礎づけようとするのは正しい態度ではない, との米国における批判を肯定し, 理念揭示の役割は評価する。
- (5) 小林・前掲 285—226 頁, 阿部・前掲 98 頁, 同・「憲法と環境権」(有倉遼吉教授退職記念『体系・憲法判例研究Ⅲ』所収) 241 頁以下, 佐藤(幸)・前掲「幸福追求権」 203—205 頁。
- (6) 佐藤(幸)・前掲「幸福追求権」 205—207 頁。
- (7) 樋口陽一「『公共の福祉』論の現状とゆくえ——『二重の基準』論と『比較衡量』論——」ジュリスト 500 号 37—42 頁参照。