

# ラートブルッフ法哲学における法の目的及び公共の福祉 についての一考察 (上)

田 中 茂 樹

(教育学部法学研究室)

## A Study on The Purpose of Law and Public Welfare in Radbruch's Legal Philosophy (1)

Shigeki TANAKA

(*Juris prudence*)

### 目 次

- 第1章 問題の所在 (以上本号)
- 第2章 ラートブルッフ法哲学の変容とその歴史的背景 (以下、予定)
- 第3章 公共の福祉と他の法理念
- 第4章 公共の福祉と「合目的性」
- 第5章 むすびにかえて

### 第1章 問 題 の 所 在

(一) 法の正不正の評価規準となり、法形成の嚮導原理となるものを、法の目的又は法の理念と呼ぶならば、「公共の福祉」(Gemeinwohl)が、法の理念の一つとなりうることは疑ないだろう。

戦後のわが憲法が、一方において基本的人権の尊重を謳うとともに、他方において「公共の福祉」の法理念をとり入れて以来、公共の福祉についてはさまざまな角度から、さまざまに論じられてきた。とくに、種々の基本的人権に関する最高裁判所の判例において、「憲法に保障するこの基本的人権も無制限なものではなく、公共の福祉の制約を受けることは当然であり、この法律におけるこのような基本的人権の制限も、公共の福祉の実現をめざすものであるから、この法律の規定は憲法に適合する」という判例が、無数に形成され、また、おびただしい立法例が、その目的を明示する条項において、「この法律は公供の福祉を実現せんとするものである」と規定し、そして、あたかも基本的人権を制限し、「公共の福祉」を集積するならば福祉国家が実現しうるかのような思想が、憲法調査会報告書の主流となるにつれて<sup>(1)</sup>、このような傾向に批判的な多数の法学者が以前にもましてこの問題を真剣に論じてきた。

これらの研究は、「公共の福祉」ないしはその類似概念が、さまざまな法分野において登場していること、今や公共イデオロギーが現代の法イデオロギーの最も特徴的な法イデオロギーであること、そして、基本的人権の蹂躪と「公共の福祉」の強調が、国家と独占資本との融合による国家独占資本主義に特有なかつ法則的な現象であって、近き将来におけるファシズムないし全体主義の到来を予想させるものであることを、社会科学的に明らかにしようとしている<sup>(2)</sup>。

(二) 法解釈学、とりわけ憲法解釈学の領域における公共の福祉論は大きく二つに分れる。

第一は、基本的人権の一般的な制約原理が公共の福祉であることを承認する学説である。この説は、判例や立法例における上述の傾向に対する有力な批判を提供しえない。

第二は、公共の福祉は基本的人権の一般的な制約原理ではなく、特定の人権(経済的な人権)の濫用に対する制約原理であって、本来的には、基本的人権の十分な保障が、公共の福祉の一内容を

なす、と主張する学説である。この見解は、次の第三説によって、もし、すべての人権に対する制約を違憲であるというならばともかく、仮に何らかの制約がすべての人権に必要であるというならば、そして、その制約を「公共の福祉」以外の「何か」に求めるのでないなら、第一説と実質的には対立しない、と批判されている。

第三説は、以上の二説の折衷説ないしは総合説として主張されているものである。この説は、一方において、第一説に従い、公共の福祉をもって、人権相互のあいだの矛盾、衝突を調整する原理であるとし、他方において第二説が指摘する公共の福祉の二つの側面を考慮して、公共の福祉二分論ともいべき見解をとっている。

その代表的な論者である宮沢俊義教授によれば、

「すべて個人の基本的な人権は、他の個人の基本的な人権と衝突する可能性がある。自由国家では、各人を平等に尊重する立場から、各人の基本的な人権相互の衝突の可能性を調整することが公共の福祉の要請するところと見るべきである。これを自由国家的公共の福祉と呼ぶことができる。基本的な人権を公平に保障することがその狙いである。

社会国家では、社会権が基本的な人権の地位を与えられる。社会権の保障は、その本質上、必然的に各人の自由権——とりわけ財産的な自由権——に対する制約を含む。私人の財産権および財産法上の行為に対する大なり小なりの制約をはなれては、社会保障的措置の実行は、考えられない。したがってそうした制約も、社会国家では公共の福祉の要請するところと考えなくてはならない。これを社会国家的公共の福祉と呼ぶことができる。基本的な人権を実質的に保障するのが、その狙いである。

これを交通整理にたとえていえば、自由国家的公共の福祉は、すべての人を平等に進行させるために、あるいは青、あるいは赤の信号で整理する原理であるのに対して、社会国家的公共の福祉は、特に婦人、子供、老人または病人を優先的にすすませるために、他の人間や車を全部ストップさせる原理であるともいえるようか。」<sup>(3)</sup>

とされる。この見解は、第二説と同様、人権に対する「公共の福祉」の一般的優位を否認し、その意味内容を規定せんとする意図につらぬかれているように思われる。若干の疑問は提起されている<sup>(4)</sup>が、この見解に対する有力な批判は今のところみあたらない。

(三) ところで、わがくにの法学界では、公共の福祉は専ら基本的な人権の法理との関係においてのみ論じられている。とりわけ、憲法解釈学にとっては、日本国憲法第三章の「国民の権利及び義務」中の各条項の意味内容を明らかにせんとすれば、まず一般的に基本的な人権一般に関する法理を「公共の福祉」法理との関係において論じざるをえない。

しかしながら、*Salus populi, suprema lex esto* (人民の安寧が最高の法たるべし)との法格言が示すように、法がその実現のために奉仕すべき基本的な価値または究極の使命という意味での法の目的・理念を追究せんとする法哲学は、正義・合目的性・法的安定性などの法理念とともに、公共の福祉をも法理念の一つとしてとりあげざるをえない。かような自覚のもとに戦後法の理念としての公共の福祉を論じたのは、田中耕太郎博士<sup>(5)</sup>、木村亀二教授<sup>(6)</sup>、尾高朝雄博士<sup>(7)</sup>、峯村光郎教授<sup>(8)</sup>、小林直樹教授<sup>(9)</sup>らである。これらの研究は、日本国憲法における公共の福祉の概念を念頭におきつつも、単に基本的な人権法理との関係においてのみ、公共の福祉を論ずるのではなく、広く世界観との関係又は他の正義・法的安定性との関係において公共の福祉を論じている。

その際、トームスの哲学に系統をひく「共同善」(*bonum commune*)の概念をとくに追究する場合は別として、おおむね公共の福祉をもってある社会の構成員の全員もしくは、多数に共通な福祉と理解している。

公共の福祉の観念は、それ自体多義的な、「公共」および「福祉」という二個の観念より構成さ

れており、その意味内容を一義的に明確にすることはきわめて困難である。「公共の福祉」とほとんど区別しがたい、一般の利益、公共の利益、国益、公共の安寧秩序、等々の概念が存在することも、この概念の明確化を著しく妨げている。

本稿では、かかる事情を考慮して、公共の福祉を「社会の構成員に、多かれ少かれ共通な福祉」と理解して考察をすすめることにする。そして、「福祉」という観念については、さしあたり吟味することを断念し、もっぱら「公共」観念の本質的要素である共通性という性格に考察の焦点を合わせたい。

四 法の理念としての公共の福祉についてのわがくにの法哲学的諸考察もまた、公共観念の共通性に関心を集中させている。本稿の目的に即して大別すると、

第一説は、公共の福祉理念の「公共」をもって「最大多数」と理解する見解であり、尾高博士によって主張される<sup>(10)</sup>。この見解に対しては、第二説の立場より、この説は少数の犠牲と奉仕による最大多数の福祉を意味するとの批判が加えられている。

第二説は、公共の福祉理念の「公共」をもって、「社会の成員のすべての者」と理解する。この説は木村教授によって主張されている<sup>(11)</sup>。

この争いは、共通性をめぐる論点のうち、公共の福祉の享有主体の量の大きさに関する議論であるが、共通性をめぐる他の論点、すなわち、公共の福祉享有主体が享有する福祉の度合についても両説の間には対立がある。すなわち第一説は、公共の福祉をもって、国家を構成する多数の国民の個人的福祉の「総和」であり、「平均」であり、「その水準の向上」であるとするが、第二説はこれに対して、まず、社会の成員の個々の者の利益の「総和」という概念は、利益を追求する意思の方面からいうと結局、ルッソーの「全員の意思」(Volonté de tous)に該当する、と理解した上で、ところが次に、社会の成員のすべての者の利益の平均とは、やはり利益を追求する意思の見地からいうとルッソーのいう「一般の意思」(Volonté générale)に近い、と指摘する。従って、個人的利益の「総和」という概念と「平均」という概念とは全く相異なる、とした上で、第一説が、この両者を全く同一のものであるかのように混同している不明確性を批判する。

両説の間にはさらに、公共の福祉をもって個人の利益と同質的なものと解するか、それとも異質なものと解するかをめぐっての根本的な対立がある。

第一説は同質的なものであると理解するのに対して、第二説は公共の福祉は、その公共性において、あるいはその共同性の要素において、個人の利益に対する否定的契機を「含む」と主張する。

五 思うに、第一説すなわち尾高説に対する第二説すなわち木村教授の批判は、いずれも正当である。第一説は、そのいわゆる「個人主義」の世界観を極端なまでに徹底し、ナチス・ドイツやファッショ・イタリアあるいは天皇制下の日本における全体主義的な公共の福祉観を排斥することに急なあまり、公共の福祉が、個人の福祉とは異質の理念であることを見失っている。「個人の利益の総和には公共性すなわち共同性の要素は具備されていないが故に、それは公共の福祉ではない」(木村教授)のであって、まさしく、個人と、(その単なる集合にあらざる)全体との関係において作用する法理念であるが故にこそ、主として個人と個人との関係において作用するラートブルッフ的な「正義」なる法理念と「公共の福祉」なる法理念とは区別され能うのである。

尾高博士はその立論の基礎を

しかるに「個人の福祉に還元され得ぬ公共の福祉があり、国民の繁栄をもって残りなく割り切ることのできない国家の繁栄があって、そのためには、個人の犠牲と奉仕とを強要することができるという世界観はふたたび独裁主義を可能ならしめる。」<sup>(12)</sup>

と述べており、同じく宮沢教授も又、尾高博士と同じく、日本国憲法における公共の福祉に全体主義的ないし超個人主義的な意味をみとめることは許されないとの見地から

「ここ（註．日本国憲法における公共の福祉という言葉のコンテキスト）には、特定の個人ないし価値を起した利益ないしは価値はあるが、すべての個人を超えた『全体』の利益ないし価値というものは有しない。」<sup>(13)</sup>と説明している。

しかし、これらの説明は余りにも作為的であると思われる。極端な全体主義者ならばともかく、「すべての個人を超えた『全体』の利益」が、法の理念としての公共の福祉であると主張する論者はみあたらない。

公共の福祉が、すべての成員の福祉であるべきであるにもかかわらず、特定の成員の犠牲による特定の成員の福祉である点に、公共の福祉の観念のイデオロギー性がみとめられるのであり、まさにかかるとイデオロギー性が顕著であるからこそ、それだけますます公共の福祉の真の意味を明らかにし、それを法の理念として強調する努力が払われなければならないのであると信ずる。かかる見地からすれば、尾高博士・宮沢教授の上述の説明は、客観的には、公共の福祉論を通じての一方面的な個人主義の優位性の強調であるといわざるをえない。

個人の価値を無視する全体主義的な公共の福祉論の欠陥は、フェシズムの体験によって明らかであるが、個人の利益と個人の利益との調整関係においてのみ公共の他の福祉を論ずる、個人主義的な公共の福祉論もまた、欠陥を有する。例えば宮沢教授の公共の福祉論にあっては、言論の自由は他の個人の権利と必ず衝突するかのごとく説かれ、また教員の争議権（社会権）の行使も、こどもの教育を受ける権利（社会権）と衝突するゆえに、対立しよう二つの権利の間でのみ「調整」が行われなければならないかのごとく説かれる<sup>(14)</sup>。かような立論の帰結は、宮沢教授がその相対主義的な立場より説くところの、民主制の本質は、現実的な「妥協」であるとする思想である<sup>(15)</sup>。かような見解は、個人主義を標榜してはいるが、究極において政治的信念における「妥協」および個人の意思の追求を通じての権利の行使における「妥協」を迫るものといわざるをえない。

しからば、木村説は妥当かというに、この説は

「公共の福祉とは、社会の成員のすべて者に内在的であると同時に超越的な福祉である。」<sup>(16)</sup>

とし、成員間成員間の平等と不平等について考察せず、尾高博士や宮沢教授の強調する社会的弱者に対する配慮を欠いている点において、欠陥を有する。

(六) 現代における公共の福祉論が、弱者の保護を配慮したものでなければならないという事情を、尾高博士は、正当にも次のように述べている。

「かつてアリストテレスの社会哲学の中にふくまれた団体主義の面がイギリスの法思想の一つの思想をなしていた時代には、ポリス的なものを尊び、『よき国家』を重んずる思想は、保守主義の根拠として役立った。これに対して、ベンタム的個人主義が興り、保守主義を打ち破って、もっぱら個人の福祉のためをはかる新立法が行われるに及んで、そのころの進歩主義は、『公共の福祉』といったような思想を立法的配慮の中から払拭するためにたまたたかだったのである。ところが、その後まもなく、自由放任の市民社会がそのままでは動きのとれない行きづまりに逢着した結果、経済上の弱者を保護するために国の干渉を強めようとする社会主義の動向があらわれて、私益追求の貧乏性を抑える目的の下に、公共的配慮を優先せしめる必要を説くにいたった。ここでは『公共の福祉』という思想が、再転して当時の新たな進歩主義の旗じるしとしてえらばれているという事実には、注意しなければならない。」<sup>(17)</sup>

＊

＊

＊

本稿はかような立場より、ラートブルッフ（Gustav Radbruch）の公共の福祉論を考察したい。ここでラートブルッフの法哲学における公共の福祉論をとりあげる理由は、

第1に、ラートブルッフ法哲学を規定する修正マルクス主義的な社会主義思想と公共の福祉理念

との関連を、ワイマル・ドイツの悲劇にてらして解明せんがためであり、(2, 4章)

第2に、公共の福祉の法理念と他の正義・合目的性・法的安定性などの法理念との関係を明らかにせんがためであり、(3, 4章)

第3に、以上の考察を通じて、民主主義、相对主義、公共の福祉の三者の関係を解明せんがためである。

その際、主たる資料として彼の「法の目的——正義・公共の福祉・法的安定性」(1937)<sup>(18)</sup>を選んだのは、戦前のラートブルッフ法哲学から戦後のラートブルッフ法哲学への変容の過程をあわせて明らかにせんがためである。

〔附記〕 当初の計画では、第二章まで発表する予定であったが原稿の提出締切り日の直前になって、第二章の叙述の細部に影響を及ぼすと思われる若干の資料を入手した。しかし、今は全面的に書き改める余裕もなく、かといって、不完全な論稿を発表する気にもなれないので、直接に影響を受けない部分、すなわち、問題の所在について論じた第一章のみを掲載させていただくことにする。なお、本稿は、今回を含め、三回にわたって掲載させていただく予定である。報告が不具化したことを、読者ならびに編集委員の各位にお詫びする。

(1970. 9. 30)

註

- ① 「法律時報」 昭和39年8月臨時増刊号「憲法調査会報告書」 p. 169 以下
- ② 日本法社会学会編 「公共の福祉」(有斐閣)に収められた諸論文(1967秋学会報告)や「ジュリスト」No. 447「『公共の福祉』の現代的機能」に収められた諸論文が最新のものである。
- ③ 宮沢 俊義 「憲法Ⅱ」(有斐閣) p. 230 以下
- ④ 小林 直樹 「憲法の構成原理」(東京大学出版会) p. 352
- ⑤ 田中耕太郎 「ジャック・マリタンの政治哲学」(「恒藤博士還暦記念 法理学及国際法論集」 有斐閣 p. 1 以下
- ⑥ 木村 亀二 「法の理念としての公共の福祉」(前掲書 p. 55 以下)
- ⑦ 尾高 朝雄 「法哲学概論」 p. 336
- ⑧ 峯村 光郎 「法哲学講座」5巻「基本的人権と公共の福祉」
- ⑨ 小林 直樹 「憲法の構成原理」 p. 341 以下
- ⑩ 尾高, 前掲 p. 336
- ⑪ 木村, 前掲 p. 79 以下
- ⑫ 尾高, 前掲 p. 336
- ⑬ 宮沢, 前掲 p. 230
- ⑭ 同 p. 224
- ⑮ 宮沢 「世界観と政治観との相関関係」(「法律学における学説」) p. 101 以下。
- ⑯ 木村 前掲 p. 81
- ⑰ 尾高 「『公共の福祉』思想の消失と再現」(法学協会雑誌 69巻 1号) p. 45
- ⑱ G. Radbruch, Le but du droit (Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1938) : Der Zweck des Recuts (Der Mensch im Recht)

(昭和45年9月30日受理)

