



「公共の福祉」の公共選択的基盤

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-10-08 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 伊藤, 泰 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.32150/00006840

「公共の福祉」の公共選択的基盤

伊藤 泰

北海道教育大学函館校・法哲学研究室

Public Choice on “Public Welfare”

ITO Yasushi

Department of Legal Philosophy, Hakodate Campus, Hokkaido University of Education

概要

日本国憲法第12条および第13条に「公共の福祉」という文言が規定された背景には、他の諸要因と並んで、費用に関する要因があったと考えられる。本稿は、この費用の側面について検討を行うものである。

権利制約条項の抽象性・包括性および長期の妥当期間の想定は、立憲段階の人々の外部費用を大きなものにする効果を持っただろう。他方で、将来提出されるだろう様々な権利規制法案の可決に伴い損失を被る確率が小さく、さらに権利制約条項を逸脱する立法に対しては最高裁の積極的な違憲判決が期待される状況では、それらの外部費用は相当程度抑えられただろう。加えて、将来様々な立法の必要性が叫ばれるだろうことへの対応、および憲法改正の際に必要なとされる数の同意を確保する手段として、そのような条項は有効だったと考えられる。

1. はじめに

大日本帝国憲法（明治憲法）の改正案に関する審議を行った第90回帝国議会（1946年6月20日～10月11日）において、憲法問題担当の国务大臣である金森徳次郎は、最終的に日本国憲法第12条および第13条となる改正案の2つの条文（政府提出原案の第11条および第12条¹）に規定された「公共の福祉」という文言について次のように述べ、公共の福祉という制約の下での権利保障は、違憲審査制の導入とも相まって、明治憲法

1 帝国憲法改正案（政府提出原案）の第11条および第12条は以下の通り。

第十一條 この憲法が國民に保障する自由及び權利は、國民の不斷の努力によつて、これを保持しなければならない。又、國民は、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。

第十二條 すべて國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に對する國民の權利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。

下におけるそれよりも充実したものとなるだろうと主張した（なお、以下の文章においては混乱を避けるため、引用した帝国議会議録の文章に「第十一條」等とある場合を除き、「公共の福祉」について規定したそれら2つの条文に言及する際には、帝国議会での審議の段階を問わず、「第12条」および「第13条」という表記を用いる）。

今回の改正に於きましては、國民の基本的自由と云ふものは、枠は直接に公共の福祉と云ふことで枠付けられて、之を具體化するにしましても、必ず法律を以てしなければならぬ、斯う云ふことになりませう、若しも其の法律が所定の枠付けの範圍を離脱致しますれば、最高裁判所が審判する、斯う云ふ風になつて居りますから、國民の權利は非常に確實に保障せられると云ふことになりまして、現在よりも遙かに強くなつて居ります（金森徳次郎、貴族院帝国憲法改正案特別委員会、1946年9月16日）²

しかしながら、公共の福祉という曖昧な「枠付け」の下での権利保障が実際にそのように強固なものであるかは、必ずしも明らかではない。実際、公共の福祉を基盤に置いた権利制約の仕組みに関しては、その解釈をめぐる現在に至るまで法学者らの論争が続いている。それらの議論の中には、憲法第12条および第13条の「公共の福祉」は訓示的な規定に過ぎずそれゆえこれを根拠に憲法第3章の諸権利を制限することはできないとする主張³もあれば、逆にそれらの条文の「公共の福祉」は幅広い観点からの政策的な制約を許容しているとする主張もあるのである⁴。

また、国内法秩序の頂点をなす法として、そのように著しい解釈上の争いを避けられないこと自体も問題であるだろう。たとえば行政法学の大家である田中二郎は、「基本的人権の保障——その限界論について——」と題する論文の中で、「個人の権利と自由とが絶対無制限のものでないこと、その無制限の行使が許されるべきものでなく、性質上当然に、公共の福祉によって限界づけられ公共の福祉のために行使しなければならぬという客観的制約を受ける者であることは、認めなければならぬ。その意味においては、『公共の福祉』が、権利と自由の制約をなすものといってよい」（田中（1951）59）として権利制約の必要性を認めたとうえで、権利制約の根拠として公共の福祉という曖昧な概念を置いたことに対して、次のような批判を行っている。

若し、これ（基本的人権）に何らかの制約を認める必要があるとするならば、そのことを憲法自体に明記すべきで、その意味においては、ドイツ連邦共和国基本法の立法の形式が一つのよい参考になるように思われる。……（ボン基本法の）これらの規定によって、直ちに、基本権の限界が明瞭になったとはいいがたいであろう。併し、立法者の意図するところは容易に看取されるし、解釈上にも、わが国の憲法の場合のような甚しい見解の対立は避けることができるであろう。若し、新憲法の保障する基本

2 これ以降、帝国議会での各種発言については第90回帝国議会議録からの引用。国立国会図書館帝国議会議録検索システム（<http://teikokugikai-i.ndl.go.jp/>）参照。

3 憲法第12条および第13条の「公共の福祉」は訓示的な規定に過ぎないとの見解については、たとえば鶴飼（1968）74を参照。

4 憲法第12条および第13条の「公共の福祉」を拡張的に捉える論者としては、内野正幸が挙げられる。内野は、「人権制限事由としては、①他者加害防止および②社会的経済的政策の実現のほかに、③自己加害防止があげられることになる。だが、合憲的な人権制限事例のすべてをうまく説明するためには、そこにさらに、④公共道徳ないし倫理の維持（動物虐待の禁止の場合など）、⑤自然的・文化的環境の保護、および⑥国家（機関）の正当な統治・行政などの公共的機能の確保が、つけ加えられるべきであろう。①～⑥は、いずれも「公共の福祉」に属しよう（「公共の福祉」は、自分の人権と他人の人権との衝突を調整する原理につきるものではなからう）」（内野（2005）30）として、他の憲法学者に比べ「公共の福祉」の範圍を広く捉える。

的人権についても、何らかの制限を加えることを立法者が意図していたとするならば——私はそうは考えないが——少くともボン憲法のように、より進んだ立法技術的な考慮が加えられるべきであったと思う。(田中(1951) 64-66, 括弧内は引用者たる筆者)

そうだとすれば、なぜ日本国憲法においてはこのように曖昧な権利制約の仕組みが採用されたのだろうか。本稿は、この問題について、経済学の一分野である公共選択の枠組みのもとで検討を行うものである。

2. 権利制約条項の選択

2-1. 憲法上の権利制約の態様

公共の福祉に基盤を置いた権利制約の仕組みが採用された理由について検討するにあたり、まず権利制約条項一般の選択に関する議論から始めることにしよう。憲法に様々な権利に関する条文が置かれたとしても、上述の田中の言葉にもある通り、それらの権利は必ずしも無制約というわけではないだろう。実際、多くの国では憲法上の権利への制約について、これを憲法に規定している。もっとも、憲法上の権利の制約についてどのように規定するかは、各国の憲法ごとに異なる(中村・佐々木・寺島(2017) 228)。

たとえば、イタリアやドイツ等多くのヨーロッパ諸国の憲法は、個々の条文で権利を規定すると同時に、当該権利の制限についても個別にかつ詳細に示すというスタイルを採っている。例として、ボン基本法第11条第1項は、「すべてのドイツ人は、連邦の全領域内における移転の自由を享有する。」として移転の自由を保障するが、第2項においては、「この権利は法律によって、または法律の根拠に基づいてのみ、かつ、十分な生活基盤がなく、その結果公衆に特別の負担が生ずる場合、または連邦もしくはラントの存立もしくは自由で民主的な基本秩序に対する差し迫った危険を防止するために必要な場合、伝染病の危険、自然災害もしくは特に重大な災害事故に対処するために必要な場合、少年が放置されないように保護し、もしくは犯罪行為を防止するために必要な場合にのみ、制限することが許される。」として、移転の自由が制限され得る場合について非常に詳細に規定している(初宿・辻村(2017) 179)。

これとは異なり、抽象的・包括的な権利制約条項を憲法のなかに置く国もある。たとえばカナダの1982年憲法律はその第1条において、「カナダの権利及び自由の憲章がその中で保障する権利及び自由は、法によって定められた、自由で民主的な社会において正当化されるものと証明されうるような合理的な制限にのみ服する。」と規定し、この1つの条文により憲法上の権利一般の制限を許容する(初宿・辻村(2017) 118)。

あるいはまた、憲法上の権利の制限について、憲法には書き込まずにこれを行うという国もある。たとえば合衆国憲法においては文言上権利の制限は規定されていないけれども、実際にはデュー・プロセスのような抽象的概念の解釈を通じて様々な権利の制限が行われてきた。

2-2. 詳細な権利制約条項による外部費用の削減

これら多様な権利制約の方法のうち第1の詳細な権利制約条項を用意するというものを、上述の通り田中は「より進んだ立法技術的な考慮」によるものとして肯定的に評価したわけである。その際、彼はその理由を解釈上の著しい対立の回避に求めたのであったが、このことは公共選択の観点からは、立憲段階の人物にとっての外部費用(望ましくない集合的意思決定によって人々に課される費用)の削減として理解することができるかもしれない。

このことを説明するために、以下のような状況を考えてみよう。立憲段階における人物Aが、特定の行為

類型 Φ （たとえば居住や移転といった）を保護する憲法上の権利を設けるかどうかの検討を行うものとする。もっとも彼は、仮にそのような権利（権利 Φ ）が憲法に規定されたとしても、将来の状況の変化等により、この権利の対象である項目のうちいくつかに関しては、権利による保護を覆すような立法措置の必要性が叫ばれるようになるかもしれないとも考えている。

そのような項目 φ_1 に関して、Aは将来自らやその子孫が権利規制立法を推進する立場に立つ可能性は高いと考えているものとしよう（移転の自由を例にとれば、当該人物は包括的なものとしての移転の自由を憲法上の権利として望む一方で、自らが将来特定の伝染病への感染の危険から、伝染病対策のための移転の制限を定める立法を望むだろう確率は高いと考えるかもしれない）。他方、同様の項目 φ_2 に関しては、逆にいかなる内容であろうと規制立法それ自体に反対する立場に属する可能性が非常に高いと考えているものとしよう（同じく移転の自由を例にとると、深夜に屋外に出ることを禁ずる立法については、たとえそれが犯罪の防止のためであろうと、将来これを望む可能性は低いと考えるかもしれない）。

その場合、人物Aの行為類型 Φ に関する外部費用は次のようなものとなるだろう。はじめに項目 φ_1 に関する規制立法（以後 φ_1 関連立法と呼ぶ）が個々の市民にもたらす損失に伴う外部費用を曲線 C_1 、 φ_2 関連立法による損失に伴う外部費用を曲線 C_2 、さらに行為類型 Φ を包括的に規制する立法による損失に伴う外部費用を曲線 C_3 で表すものとしたとき（図1参照。曲線 C_1 および C_2 はそれぞれ、仮に権利 Φ が設定されておらず、かつ φ_1 関連法案または φ_2 関連法案が議会に提出されるだろうことが予想されるという状況で、当該法案の審議に用いられる投票ルールを立憲段階において選択する際の期待費用を表したものである）、憲法上の権利設定に関するデニス・ミュラー（Dennis C. Mueller）の条件（憲法上の権利が設けられるためには、①負の外部性の存在、②意思決定費用（集合的決定を行うための交渉に伴う費用）の存在、③規制立法による利得に比べて非常に大きな損失、④立憲段階における不確実性、という4つの条件が満たされる必要がある。Mueller（1991）318-24, Mueller（1996）212-17, Mueller（2003）631-34）を満たすほどに行為類型 Φ を包括的に規制する立法に伴う損失が大きいため、この立法に関する外部費用曲線 C_3 はかなり上方に位置するだろう。

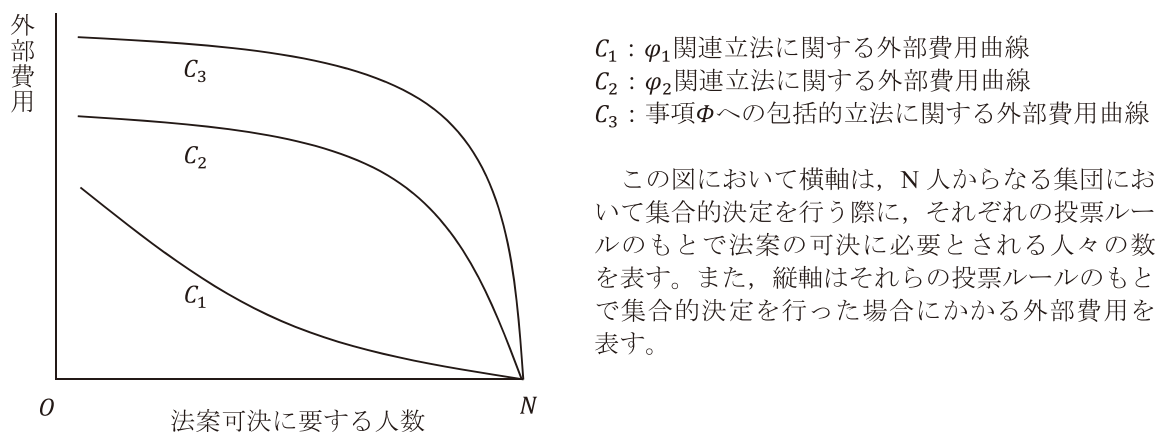


図1 諸立法の外部費用曲線

しかしながら、行為類型 Φ のうちでも項目 φ_1 と φ_2 に限って言えば、それぞれの項目だけを対象とした規制立法の外部費用曲線は、必ずしも曲線 C_3 ほどには上方に位置していないだろう。仮に φ_1 関連立法が代表的な被規制者に与える損失の大きさは φ_2 関連立法のそれと大差ないものとするれば、立法推進派に属する確率の違いにより曲線 C_1 は曲線 C_2 よりも下方に位置するだろうことから、曲線 C_1 と C_2 の双方は、あるいは少なくとも曲線 C_1 は、曲線 C_3 よりもだいぶ下方に位置するだろう。諸立法に関する費用がこのようなものであ

るとき、立憲段階の人物Aとしては、仮に憲法上の権利Φを設けるのであっても少なくとも項目 φ_1 に限ってはこれに関する規制立法を許容した方が利得が増大し得る（投票ルール次第では、 φ_1 関連立法の下での規制により得られる利益の方が当該規制に伴う損失よりも大きい）ことから、この種の立法を許容する権利制約条項を憲法に追加することを望むかもしれない。

もっとも、権利制約条項を設けた場合、Aが念頭に置いている立法（ φ_1 関連立法）以外にも、将来立法段階の人々がその条項を根拠として様々な種類の立法の成立を目指すだろうことが想像される。それらの立法は、もしそれがAにとって望ましくないものであるならば、権利制約条項を作成する際の外部費用としてカウントされるだろう。そうだとすれば、Aとしては、自らにとって権利制約条項の詳細さが意思決定費用の大きさに影響を及ぼさない限りにおいて、当該立法の成立に伴う利益が失われることにならない程度にまで権利制約条項の内容を詳細なものにすることで、外部費用を最小限に抑えようとするに違いない。抽象的な権利制約条項のもとで将来当該条項に関する多様な解釈によりそのような意に反する立法が多数なされるという事態を、彼は回避しようとするだろう⁵。

かくして、自らの将来の状況に関して立憲段階の人物がある程度明確な予測を立てることが可能である場合（たとえば、権利条項が妥当すると想定される期間が短いほど、権利規制立法をめぐる状況に関して彼は明確な予測を立てられるだろう）、彼は抽象的な権利制約条項よりも詳細なそれの方を望むだろう。またこのことは、1度の憲法改正により1つの権利条項を設けるというケースだけでなく、複数の権利条項を導入するケースについても言えるだろう。それらの権利のいずれについても将来規制立法の必要性が唱えられる可能性があり、かつそれらの立法の推進派に自らが属する確率がある程度明らかである場合には、彼はそれぞれの権利条項に、当該条項にだけ適用されるような権利制約条項を追加することを選ぶだろう。

2-3. 詳細な条項の選択に関する条件の欠如

それにもかかわらず、日本国憲法の制定に携わった者たちは詳細な権利制約条項を選ぶことはなかった。このことの理由については、憲法制定過程のどこに注目するかに応じて様々なものがあり得よう。しかしながら、公共選択の枠組み、それも上述の議論を踏まえる限り、次のように述べることができるだろう。すなわち、外部費用の削減を目指す立憲段階の人々が、にもかかわらず詳細な権利制約条項を選択しなかったのは、かかる条項の選択を可能にする条件が満たされなかったからではないか。日本の民主化という総司令部の狙い、将来提出されるだろう憲法改正案が改正に必要な数の同意を得られる可能性の低さ、さらには権利制約条項を含めた権利保障の枠組みへの信頼、等の要因により諸々の権利条項について長期の妥当期間が想定されたことで、日本国憲法の制定者らの権利制約をめぐる将来の状況に関する予測は困難だったのかもしれない。抽象的かつ包括的な権利制約条項の選択へと制定者らを誘導したのは、この将来予測の困難さだったのではないだろうか。

3. 抽象的かつ包括的な権利制約条項の妥当期間

3-1. 権利制約の根拠としての公共の福祉

このことを確かめるべく、日本国憲法の制定に携わった者たちが憲法第12条および第13条についてどのよ

5 立憲段階の人物が憲法のなかに権利の制約について書き込む場合、権利規制立法の制定を立法府に授権する権利制約条項、権利規制立法の内容に関する規制、権利規制法案の審議に用いられる投票ルール、という3つの事項についての選択が必要となる。それらの選択に関して、伊藤（2019）参照。

うな妥当期間を想定していたのかという問題から見て行くことにしよう。

日本国憲法における権利制約条項として理解されることの多い第12条および第13条は、その原型を総司令部民政局の「人権に関する小委員会」（総司令部案のうちでも権利保障に関する部分の起草を担当した。構成員はピーター・K・ロウスト（Peter K. Roest）陸軍中佐、ハリー・エマーソン・ワイルズ（Harry Emerson Wildes）博士、ベアテ・シロタ（Beate Sirota）の3名）が作成した草案に見出すことができる。このうち第2次試案は次のような条文を置いていた（高柳・大友・田中（1972a）216-219）。

第 条⁶ この憲法によって定められた自由、権利および機会は、国民の自律的協力によって保持される。従って、これらの自由、権利および機会は、国民の側に、これに対応する義務、すなわち、その濫用を防止し、常に共同の福祉のために用いる義務を生ぜしめる。

第 条 日本の封建的制度は、廃止さるべきである。すべての日本人は、人間であるが故に個人として尊重される。生命、自由および幸福追求に対する国民の権利は、一般の福祉の範囲内で、すべての法律およびすべての政府の行為において、最大の尊重を受けるものとする⁷。

もっとも、これらの条文を総司令部側は、必ずしも憲法上の諸権利に対する制約を基礎づける包括的な権利制約条項として捉えてはいなかったように思われる。総司令部の基本方針のひとつに個人の権利に対する公益の優越ということがあったものの、その場合の公益とは政策的観点からの広範な権利の制限を許容するものというよりは、むしろ諸権利の衝突を調整する権利内在的な原理程度のものであるとして考えられていたであろう。このことは、1946年3月2日の日本案に含まれていた法律の留保、および第12条、第13条の「公共の福祉」の双方の濫用の可能性に対する総司令部の対照的な態度のうちにも見出すことができる。日本案に含まれていた憲法上の諸権利についての広範な法律の留保を総司令部は「濫用の恐れがある」として断固拒否したのだったが（佐藤達夫・佐藤功（1994）121-124）、第12条、第13条の「公共の福祉」が同様に権利制約の根拠として濫用されるという恐れに関しては、総司令部は特にこれを問題視することはなかった⁸。

6 人権に関する小委員会が提出した草案においては、それぞれの条文に番号は振られていなかった。たとえば、引用したこの条文は原文では、

Article The freedoms, rights and opportunities provided by this Constitution are maintained by the self-disciplined cooperation of the people. They therefore involve a corresponding obligation on the part of the people to prevent their abuse and to employ them always for the common welfare.

と規定され、条文の番号の部分は空白になっていた。高柳・大友・田中（1972a）216-218。

7 第1の条文内の「共同の福祉」（common welfare）という語は、その後総司令部案において「共同の善」（common good）という表現になり、さらに総司令部案を受けて1946年3月2日に日本側から出された案（各条文に散見される「公共の福祉」（public welfare）、「一般の福祉」（general welfare）、「公共の利益」（public good）等の語をすべて「公共の福祉」に統一するという案）が総司令部に容れられた結果、第2の条文内の「一般の福祉」（general welfare）という語とともに「公共の福祉」（public welfare）という表現で落ち着くこととなった。高柳・大友・田中（1972b）153。

8 第12条および第13条の「公共の福祉」に関して、第90回帝国議会で野坂参三は次のような批判を行った。すなわち、「此の基本権は或る制限が加へられて居る、即ち公共の福祉に反しない限り、斯う云ふ制限が付いて居る、所が法律の規定に依つて此の國民の権利が侵害されないと云ふ保障は何處にもない、ここに我々は非常な不安を持つて居る、なぜなればあの人民彈壓の治安維持法其の他の悪法が社會の安寧秩序、人民の幸福の増進、斯う云ふ項目に依つて作られて居る、だから我々の主張したいことは、斯う云ふ風な基本権が憲法以外の法律に依つて侵されないと云ふことを是に明記しなければならないと思ふ」（野坂参三、衆議院本会議、1946年6月28日）。同様の批判は、日本国憲法の施行直後から多くの法学者によってなされている。たとえば田中によれば、「もともと法令は、一般的に『公共の福祉』のために制定される建前になっており、

他方、第12条、第13条の「公共の福祉」に関する日本側の態度はこれとはだいぶ異なる。というのも、これらの条文における「公共の福祉」が諸権利に対する広範な制約の根拠となり得ることを、金森らは帝国議会での審議において再三にわたって強調したのだった。たとえば、1946年9月16日に行われた貴族院帝国憲法改正案特別委員会において、彼は次のように述べている。

現在の憲法（明治憲法）に於きましては、各人の権利の輪廓を法律で決める、憲法上保障してあります各程の自由権でありまして、大體は法律を以て決めると云ふことになつて居りまして、例へば法律の範囲内に於て、或は法律の定むる所に依りと云ふ風に制限せられて居ります、其の趣旨は命令ではいけないのだ、併しながら議会の協賛を経たる法律であれば、制限をしても宜い、斯う云ふ風に讀めるのであります、併し其の背後にありまする考としては、議會が勝手に制限し得ると云ふのではなくて、矢張り公益上必要だと云ふ趣旨の下に、議會が法律を以て制限し得ると云ふ精神であらうと思つて居ります、併し其の最後の精神が現行の憲法の中には現れて居りませぬ、そこで此の憲法は、其の最後の精神の方を押へて來まして、公共の福祉と云ふことで以て各権利の枠付けをした譯であります（金森徳次郎、貴族院帝国憲法改正案特別委員会、1946年9月16日、括弧内は引用者たる筆者）

金森によれば、憲法に規定された諸権利を立法によって制限することが公益上必要な場合があるだろうことについては、新憲法の下でも明治憲法下のそれと変わりがない。ただし、明治憲法下では、この制限をもらば議会の判断のみにより行うことが可能であった。そのことの反省から、新憲法の下では、許容可能な権利制限の範囲について「公共の福祉に反しない限りにおいて」という形で憲法のなかに書き込み、議會が勝手に制限できないようにする、というのである。要するに、改正案を提出した日本政府にとって第12条および第13条の「公共の福祉」とは、公益の重要性を単に注意的に示す文言というのではなく、諸権利に対する制限の法的根拠となるもの、つまり許容可能な権利制限の限界を示しつつその範囲内で公益上必要な場合には憲法上の権利を制限する権能を立法府に与えるものであった⁹。

また、実際にも、多かれ少なかれ、『公共の福祉』の要素を含んでいるのであるから、その違憲性の判定は極めて困難となり、結果において、『公共の福祉』の名において、憲法の保障する権利と自由がふみにじられることとなる虞が多分にあるのである」（田中（1951）60）。また兼子一によれば、「公共の福祉ということは、一応は何とでも理由がつくため、この立場をとれば、結局法律によってどんな基本的権利でも制限できることになり、又その執行が行政機関に任せられれば、行政官庁、例えば警察の手によって、あらゆる方面の取締りや弾圧が可能になる虞れがある。これでは、實質は、すべて法律の定める範囲内で、人民の権利自由が与えられるにすぎないとする旧憲法の下にあるのと異なることになってしまい、恐怖政治の再現の素地を残すこととなるであろう」（兼子（1951）32）。しかしながら、総司令部は予想されたこれらの批判（野坂の批判などは、第90回帝国議会にて改正案の審議が始まって間もない6月末のものである）を深刻なものとして取り上げることはなかった。もちろんこの点については、第12条および第13条の「公共の福祉」が権利制約の根拠となり得ることを認めたくえて、それでもなお新たに導入される違憲審査制等のもとでそれらの条文が濫用されることはないだろう、と総司令部が考えた可能性はあるものの。

9 これに対して、貴族院議員として憲法改正に携わった（貴族院帝国憲法改正案特別委員会および貴族院帝国憲法改正案特別委員小委員会の委員でもあった）宮沢俊義は、「ここにいう公共の福祉は、人權の保障そのものの本質から論理必然的に派生する原理であり、憲法の明文にその根拠を有するものではない。したがって、日本国憲法が、その条項に、公共の福祉をもち出したことは、立法技術的にいって無用であったと見るべきであり、また、それは、賢明でなかったとも評される。憲法12条や、第13条が公共の福祉に言及しているのは、単に注意的な意味をもつにすぎないと見るべきである。それらの規定によって、それらがなければみとめられないであろうような制約が、人權の保障に対して新らしく加えられたと解すべきではない」（宮沢（1971）236-237）として、第12条および第13条の「公共の福祉」の権利制約上の法的効果を否定している。

3-2. 公共の福祉の抽象性と包括性

そのような権利制約の根拠としての第12条および第13条の「公共の福祉」は、権利規制立法を許容する条件という点に注目した場合、かなりの程度抽象的なものであると言えよう。「常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」(第12条)、あるいは「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13条)という文言は、上述の通り許容可能な権利制約について「自由で民主的な社会において正当化されるものと証明されうるような合理的な制限」と定め、またそれらの制限は立法によらねばならないと規定するカナダ1982年憲法法律第1条と比べても、「権利の制限」に直接言及しないゆえに権利制限の是非や許容可能な制限の範囲に関して解釈上の激しい争いを招いていることひとつをとっても)権利規制立法の許容条件という点において曖昧である。実際、第12条、第13条の「公共の福祉」の曖昧さについては、帝国議会での審議において以下のように金森もこれを認めていた。

公共の福祉と云ふことを積極的に斯う云ふ譯であると申上げる言葉はなかなか樂ではないと思ひますけれども、……其の全體の側に於ける幸福と云ふ、言葉は必ずしも十分ではありませんけれども、其の全般が自らの考を以て主張せむとして居る所のものを此處に公共の福祉と言つた譯であります(金森徳次郎、貴族院帝国憲法改正案特別委員会、1946年9月16日)

もうひとつ、第12条、第13条の「公共の福祉」については、その包括的な性格を指摘することができよう。権利制約条項の適用を受けこの条項の下で制約される権利の数が多いほど(権利制約条項が包括的であるほど)当該条項の内容は抽象的になる傾向があるものの、一応権利制約条項の内容の抽象性と当該条項の包括性とは分けて考えることができる。その場合、憲法第3章のすべての権利に対して制約の根拠となる第12条および第13条の「公共の福祉」については、相当包括的なものと言うことができよう。

そもそも、上述の第12条および第13条の原型たる草案を起草した民政局人権小委員会は、はじめこれらの条文を改正案第3章の「総則」として位置づけていた。彼らは第2次試案において第3章を「1 総則」「2 自由権」「3 社会的権利および経済的権利」「4 司法上の権利」という4つのセクションに分け、このうち「1 総則」に含まれるものとして上述の2つの条文を含む計8つの条文を置いていたのである(これらの条文は日本国憲法第11条から第16条に相当する。高柳・大友・田中(1972a) 216-235)。つまり、総則という性格上、上述の2つの条文は、当然にそれ以外の権利条項に適用されることを予定されていたと言えよう。

その後、総司令部案の段階において「総則」という区分自体は削られるけれども、帝国議会での審議においてもなお第12条および第13条はそのような包括的な性格を、それも権利制約条項という形で、保持し続ける。これらの条項の包括的な性格について、金森は次のように述べている(なお上述の通り、ここで「第十一條」と述べられている条文は日本国憲法の第12条に相当するものである)。

結局一切の権利には義務を伴ふと云ふ程度に重きを置きまして、十一條邊りに権利に對して義務がある、それは権利行使に伴つて義務があると云ふ風に、一括して片附けたやうな立法になつて居る譯であります(金森徳次郎、貴族院帝国憲法改正案特別委員会、1946年9月6日)

義務に付て、濫用と行使と云ふものは明文の上にはつきりとして居るが、公共の福利の範囲内で、公の権力が其の権利を制限する場合に、國民は我慢をしなければならぬと云ふ原理が含まれて居るかどうかと云ふ御尋でありましたが、それは此の憲法(改正案)に當然含まれて居ると存じます、私が度々此の委員會に於て申上げましたやうに、此の憲法に書いてある多くの権利其の儘、裸に規定してありま

す、何とかの権利を有す、何とかを侵されないと、はつきり規定してあります、併し其の背後に於きまして、第十一條の影響する所として、其の濫用してはならない區域に於ては保障はされてない、従つて左様な濫用の區域に屬する権利行使を此の憲法に基いて法律が規定致しますときには、當然に其の法律が適法になつて来る、謂はば影響を受くる者は我慢をしなければならないと云ふことは必然の結論を産み出す、それは今の原案、第十一條の規定の中に種が含まれて居る、斯う云ふ風に了解して居ります（金森徳次郎、貴族院帝国憲法改正案特別委員会、1946年9月16日、括弧内は引用者たる筆者）

3-3. 権利制約条項について想定された妥当期間の長さ

このような抽象的・包括的な権利制約条項としての第12条、第13条の「公共の福祉」について、日本国憲法の制定に携わった者たちは、施行後にそれらが妥当するだろう期間を相当長く想定していたものと考えられる。このことは、憲法第3章の権利保障の枠組みに関する彼らの態度から窺うことができる。たとえば民政局人権小委員会第1次試案に含まれていた以下の条文（この条文は第2次試案には含まれておらず、最終的に総司令部案の段階で削られた）をめぐる論争は、総司令部内で第3章についてかなり長い妥当期間が想定されていたことを示している。

第 条 この憲法の後日の改正と、将来できる法律、法令は、すべての人に保障された平等と正義、権利を廃止したり、限界をもつけることはできない。

公共の福祉と民主主義、自由、正義はいかなることがあろうとも、将来の法令によって侵されない。
（鈴木（2014）273）

この条文を削るべきだとの運営委員会のチャールズ・L・ケーディス（Charles Louis Kades）陸軍大佐の意見に対して、ロウスト中佐は、一定の発展段階に到達した現在において人間性に固有のものとして認められている諸権利を将来の世代が廃止するということは許されるべきではないとしたうえで、日本に民主政治を樹立するだけでは不十分であり今日までなされた社会および道徳の進歩を永遠に保障すべきであるとして、当該条文の削除に反対した。さらにワイルズ博士もまた、この条文を削除すれば日本においてファシズムの扉を開くことになるのは不可避であるとして、ロウスト中佐に同調したのであった（高柳・大友・田中（1972a）197）。彼らは、日本の民主化という狙いもあって、新憲法による権利保障の枠組みを（その場合、上述の通り、第12条、第13条については権利制約条項として意図されていなかったとしても）遠い将来にまで持続させようとの意図を有していたのである。

一方、日本側で改正作業に携わった人々もまた、やはり新憲法第3章の妥当期間を長く捉えていたであろう。明治憲法下での不磨の大典という憲法のイメージは改正案にもある程度受け継がれていただろうし、明治憲法第73条よりも改正条件の厳しい政府提出原案第92条（現憲法第96条）のハードルを将来提出された改正案がクリアし得るかという問題もあっただろう¹⁰。日本国憲法の公布に先立つ1946年10月17日に、極東委

10 明治憲法第73条第2項は憲法改正の手続について、「此ノ場合ニ於テ兩議院ハ各々其ノ総員三分ノ二以上出席スルニ非サレハ議事ヲ開クコトヲ得ス出席議員三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非サレハ改正ノ議決ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた。それに対して、帝国憲法改正案（政府提出原案）第92条第1項は、「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、國會が、これを發議し、國民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の國民投票又は國會の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。」というものであった。かくして、明治憲法第73条のもとでは、改正にはそれぞれの院で総議員の2/3以上の出席のもと開催された会議での出席議員の2/3以上の賛成、つまり各院で総議員の4/9以上の賛成が必要とされる（ $2/3 \times 2/3 = 4/9$ ）のに対し、改正案第92条のもとでは、

員会が新憲法施行後1年以上2年以内に憲法の再検討がなされるべきことを決定する（この決定は1947年1月3日のマッカーサー元帥からの書簡を通じて日本政府に知らされる。極東委員会がこの決定を公表したのは1947年3月27日。なお、この決定に対して総司令部は反対の立場だった）などとは、改正案を審議していた帝国議会の議員らは夢にも思わなかったに違いない。しかしそれだけでなく、設けられた権利保障の枠組みへの信頼がそのような長期の妥当期間の想定へと繋がっていたのは確かだろう。このことは、極東委員会の上述の決定に対して、金森や安倍能成（貴族院帝国憲法改正案特別委員会委員長）といった日本国憲法の制定に携わった主要な人々が極めて消極的な対応を示したことから窺える。彼らの姿勢については、同じく法制局事務官として制定に携わった佐藤功の次の発言が参考になるかもしれない。

憲法の持っている客観的な原理、基本的な原理と考えられるものはもう不動のものであって、かりに憲法改正問題がまた起ったとしても、それは問題にならないだろう。もし問題になるとしたら小さな点、たとえば内閣総理大臣の指名の手続の点だとか、あるいは解散の要件だとか、そういう二年間やって来てちょっとさしさわりのあったような、都合の悪かった点を改正する程度にとどまるだろうと思います。（戒能・佐藤・藤田（1949）35）

要するに、統治機構に関するいくつかの部分で改正の余地はあったにせよ、新憲法の基本的な原理と考えられるものについては「不動のもの」として改正の対象としては考えられなかった。そのような「不動のもの」としての新憲法の基本的な原理のうちに、憲法第3章に規定された権利保障の枠組みが含まれていたのは間違いないだろう。またそのような権利保障の枠組みのうちには、当然に「公共の福祉」を基盤に置いた権利制約の仕組みも含まれていただろう。日本国憲法の制定者らはこのようなものとしての権利保障の枠組みについて、少なくとも近い将来に改正されるべきものとは考えていなかったものと思われる。

4. 抽象的・包括的な権利制約条項の下での大きな外部費用

このように、抽象的・包括的な権利制約条項としての第12条、第13条の「公共の福祉」について、日本国憲法の制定者らが長い妥当期間を想定したのだとすれば、彼らにとっての外部費用は相当大きなものになっただろう。というのも、抽象的・包括的な権利制約条項は、立憲段階の人物の外部費用を以下のような仕方
で押し上げるからである。

はじめに、特定の権利に対する規制立法を可能にする目的で、立憲段階の人物が憲法に当該権利の制約条項を設けるというケースを考えよう。このとき、彼がこの条項の下で念頭に置いているのが、当該権利により保護される項目のうち特定のものへの規制立法（上述の権利 ϕ の例で言えば ϕ_1 関連立法）の成立のみであり、この項目についての費用計算をもとに当該権利への規制法案一般の審議にかかる投票ルールを用意するものとすれば、設けられた権利制約条項がボン基本法第11条第2項のように非常に詳細なものであるなら、望まない種類の法案が可決される恐れは少なくなるから、外部費用曲線は比較的下方に位置するだろう。それに対して、当該権利に対して許容可能な規制立法の種類を特定しない抽象的な内容の権利制約条項が設けられた場合、立憲段階の人物の意に反する規制立法が数多くなされ得ることから、外部費用曲線は上方に位置するだろう。

このことは、複数の権利条項についての制限を設ける場合も同様である。ボン基本法におけるように、そ

改正には各院で総議員の2/3以上の賛成が求められるのに加え、国民投票の過半数の賛成が必要とされる。

これらの権利条項のそれぞれに詳細な制約条項を追加する場合、立憲段階の人物の意に反する立法がなされる恐れは小さいことから、外部費用曲線は下方に位置するだろう。それに対して、それらの権利への規制立法を可能にする目的でカナダの1982年憲法法律第1条のように抽象的でまた包括的な条項を用意するのだとしたら、それぞれの権利に対する意図せざる規制立法が可能になるだけでなく、それ以外の権利についても幅広く規制立法が可能になることから、外部費用は極端に大きくなるだろう。

さらにこのことには権利制約条項について想定された妥当期間の長さも関わってくるだろう。というのも、日本国憲法第12条および第13条の「公共の福祉」に関する解釈の歴史がそうであったように、権利制約条項の制定から時間が経つほど当該条項に関する法学者らによる解釈の幅が広がるという傾向が一般に見られるのであれば¹¹、そのような解釈の拡張に応じて許容される規制立法の種類は増えるだろうし、したがってまた立憲段階の人物の意に反する立法も増えるだろう。その場合、抽象的な権利制約条項に起因する外部費用は、立憲段階の人物が当該条項について長い妥当期間を想定しているほど、一般に大きくなるだろう。

5. 外部費用を低く抑える要因

5-1. 規制法案推進派／反対派に属する確率

そうだとすれば、外部費用の削減を目指したであろう日本国憲法の制定者らは、にもかかわらずなぜそのように多大な外部費用を伴う抽象的・包括的な権利制約条項を選択するに至ったのだろうか。これには、それらの外部費用を低く抑える効果をもついくつかの要因が関わっているように思われる。そのような要因としてまず指摘できるのは、立憲段階の人物が将来権利規制法案の推進派あるいは反対派に属する確率である。

立法に関する外部費用は、それらの立法の成立に伴って損失を被る者の立場に属するだろう確率と、それらの損失の大きさとの関数であることから、一般に立憲段階の人物が将来それらの立法の被害者になる可能性が少ないほどそれらの立法に関する当該人物の外部費用は小さくなる。かくして、上述の通りミュラーは、憲法上の権利が設けられる条件の1つとして立憲段階における不確実性を挙げたのだった。立法による損失から私人を守るものとしての憲法上の権利（自由権）は、それらの立法に関する大きな外部費用のゆえにその採決にかかる投票ルールとして全員一致ルールが採用されることに代わる措置なのだとして、確実にそれらの立法の推進派の立場に属するという見通しを持っている立憲段階の人物にとっては、立法による外部費用は非常に小さい以上、憲法上の権利を設ける必要はないからである。たとえば、合衆国憲法制定時に奴隷制を否定する条項が入れられなかったのは、ミュラーによれば制憲者らに将来奴隷になる恐れがなかったからだった（Mueller (1991) 323）。

このような、将来提出されるかもしれない権利規制法案の推進派／反対派の立場に属するだろう確率の評価が憲法上の権利の成否、あるいは具体的内容に影響を及ぼすという例は、日本国憲法の制定の際にも見出すことができる。たとえば、妊娠および育児に関して女性が国からの援助を受けられる権利について、ベアテ・シロタらは民政局人権小委員会第2次草案において以下のような条文を用意したのだったが、運営局との協議により最終的にこの条文は削られることとなった。

11 憲法学者らは当初、第12条および第13条に規定された「公共の福祉」の内容を抑制的に解釈していたものの、次第にその解釈は拡張していった。たとえば権利制約を正当化する理由について、当初は内在的制約および外在的（政策的）制約の二元論が主流だったけれども、その後はパターンナリスティックな理由からの権利制約も「公共の福祉」のもとで認められるとの佐藤幸治の議論や、「社会的経済的政策の実現」や「公共道徳ないし倫理の維持」すらも「公共の福祉」には含まれるとの上記の脚注4で触れた内野の議論に見られるように、「公共の福祉」として認められる権利制約の正当化根拠の範囲は拡大しつつある。佐藤幸治（1995）405-406、内野（2005）30、松本（2005）137-138。

第 条 法律は、生活のすべての面につき、社会の福祉並びに自由、正義および民主主義の増進と伸長を目指すべきである。国民の福祉を制限または破壊する傾向をもつすべての法律は、国民の福祉を増進するものによって代置さるべきである。この目的を達成するため、国会は次のような法律を制定するものとする。

妊婦および乳児の保育に当たっている母親を保護援助し、乳児および児童の福祉を増進し、嫡出でない子および養子並びに地位の低い者のために正当な権利を確立する立法
(以下略) (高柳・大友・田中 (1972a) 222-225)

また、同様の権利については、第90回帝国議会において加藤シヅエも以下のようにその必要性を主張したのだったが、これが認められることはなかった。

女性に於きましては、妊娠と出産及び育児と云ふ特殊にして重大な使命を持つて居るものでございすから、法律的に平等が認められて居ると同時に母性の保護と云ふ此の思想が条文の中にはつきりと認められて居らなければならないと私は考へます此のことを具体的に申しますならば、第二十五條にございす所の勤勞の権利に關する規定の中にもどうしても女性の此の特殊性を認めまして、妊娠、出産及び育児の諸問題の特別の保護に關する條文が明記されなければならないと存じて居ります (加藤シヅエ、衆議院帝国憲法改正案委員会、1946年7月6日)

妊娠および育児への援助に関する権利がこのように受け入れられなかった背景には、新憲法制定を主導した人々の多くが男性であったことがあるかもしれない。そのような権利を保障する条文が設けられたとしても、これに基づき将来この権利を具体化する立法がなされた際にそれによる利益を得る可能性が少ないことを彼らは知っていたのである (援助を削る等により妊娠および育児を行う女性 (現代であれば、育児の主体としては女性と共に男性も想定されたことだろう) を苦境に追いやる内容の立法に伴う多大な外部費用に起因して、そのような社会権の自由権的側面は導かれるのだとしても、それらの規制立法の被害者の立場に属する確率が低いのだとすればその分それらの立法に伴う外部費用は小さくなるから、立法からの免除を与える憲法上の権利を設ける必要はない¹²⁾)。つまり、**「アメリカ人であれ日本人であれ、4、50代の働き盛りの男たちにとって、母性や幼児、老人の権利や休息権などといった人権は共通して遠い存在であった」** (古関 (2009) 283) のだろう。

これと同様のことは、いかなる権利規制立法であれば許容されるかを定める権利制約条項についても指摘することができよう。この条項は許容可能な規制立法の範囲を定めるものとして、一方ではそれら規制立法からの憲法上の保護を規定するものという側面があるが、そのような保護の必要性を日本国憲法の制定に携わった者たちはあまり認めなかったかもしれない。抽象的・包括的な権利制約条項の下で将来様々な権利規制法案が提出されるのだとしても、それらの立法による被害者の立場に属する恐れが少ないのであれば、またこのことにより専ら国家権力を行使する側の立場から権利制約条項の内容について検討することができたのであれば、制約条項をそのように抽象的・包括的な内容のものにすることに大した問題はなかつただろう。

5-2. 違憲審査制

抽象的・包括的な権利制約条項に伴う外部費用を低く抑えたかもしれない要因としては、もうひとつ、日

12 社会権の自由権的側面についての公共選択的な導出に関して、伊藤 (2018) 11-13参照。

本国憲法において導入された違憲審査制が挙げられよう。というのも、違憲審査制が採用されている社会では、裁判所をはじめとする審査機関による特定の法律への違憲判断は、それが付随的違憲審査制の下でのものであったとしても、少なくとも事実上その法律のそれ以後の不適用を帰結する限りにおいて、立憲段階の人物の外部費用の大きさに影響を与える。たとえ議会において望ましくない類の法案が可決されるのだとしても、その後何らかの事情でそれらの法律が無効にされる、あるいは少なくとも適用されることがなくなるのならば、そのことが予測される限りで当該人物にとっての外部費用は小さくなるからである。かくして、議会が仮に立憲段階の人々の意に沿わないような立法（その時代の社会情勢等に関する正確な資料を手にしたならば反対するだろう内容の立法）を行った場合には、同時代の裁判所が当該立法に対して積極的に違憲判決を下してくれるだろうとの期待があれば、外部費用曲線は下方に抑えられるだろう¹³。

実際、帝国議会での審議において金森は、仮に公共の福祉に反した立法がなされたとしてもそれらの立法は最終的に裁判所により違憲無効とされる旨を、以下のように再三にわたって強調している。

此の憲法第三章の多くの規定が總て公益と云ふ枠の中に納まつて居るのでありまして、公益と云ふ枠の中に於て一切の権利が行使せられる譯であります、公益の必要から枠を作ることは此の憲法施行の諸規定を以て定め得ることと考へて居ります、併し其の枠の作り方が間違ひまして、公益の範囲を超えて行きますと、憲法違反と云ふことになつて、最高裁判所の批判を受けて無効になる、斯う云ふことになります（金森徳次郎、衆議院帝国憲法改正案委員会、1946年7月2日）

改正憲法に於きましては、自ら法律の定め得る限界があるのであります、それは第十一條等に依つて分つて居りますやうに、結局國家の正しい眼で見た所の公益の枠以外の所は法律で抑制出來ると云ふことになるのであります、而も斯様な場合にも亂暴な法律が出來て、本來規定し得ざる事項を法律で規定して制限をする虞なしとは致しませぬ、そこで最高裁判所に審査權を認めて、埒を越えた法律は之を無効とすると云ふ途が出來て居る譯であります（金森徳次郎、衆議院帝国憲法改正案委員会、1946年7月15日）

もっとも、実際には最高裁がそのように積極的に違憲判断を出してくれるとは限らない。仮に公共の福祉に反する立法はすべて最高裁によって違憲無効とされるのであれば、権利制約条項が抽象的なものであったとしても立憲段階の人々の意に反する立法による損失は防ぐことができることから、外部費用は低く抑えられるだろう。しかし、裁判所が違憲判断を行うことに消極的であったならば、それだけ外部費用は増すことになる。実際、蓋を開けてみれば、たとえばドイツでは1951年の連邦憲法裁判所創設以来700件以上の違憲判決が出されたのに対し、日本の最高裁ではこの同じ期間に10件の法令違憲判決が出されただけだった。もしこのことが予測できていたとしたら、抽象的・包括的な権利制約条項を設けることにに対し、金森らはもう少し慎重になっていたかもしれない。

13 外部費用の縮小の効果は、権利制約条項を設ける際に立憲段階の人物が念頭に置いていた規制立法をむしろ否定するような判決が多数出るというのではない限り、予想される違憲判決の数が多いほど大きくなるだろう。たとえば合衆国最高裁による違憲判決の数は、1930年代のいわゆる「ニュー・ディール憲法革命」以降は低水準で推移していたものの、1953年にアール・ウォーレンが首席裁判官に就任して以降は、現在に至るまで高い水準を維持している（1953年10月から2010年6月までに合衆国最高裁が出した違憲判決は、連邦法101件、州法467件、条例53件の、計621件に上る。見平（2012）2-3参照）。その場合、違憲判決による外部費用の縮小の効果は、ニュー・ディール期直後に憲法改正について検討する人々と2000年代初めに改正について検討する人々とは、他の条件が等しいものとするれば、後者にとってのそのの方が大きいだろう。

6. 権利制約条項を抽象的・包括的なものへと導く要因

6-1. 想定される妥当期間の長さ

以上のように、日本国憲法の制定者らによる選択の背後には、権利制約条項に伴う外部費用を低く抑える要因があったと考えられる。もっとも、それらの要因による外部費用の抑制は、権利制約条項の抽象性・包括性および想定される妥当期間の長さに伴う外部費用の増加分を相殺するほどのものではなかったかもしれない。というのも、妊婦への援助に関する権利のような場合には、日本国憲法の制定に携わった者の多くを占めた男性にとって自分が将来そのような権利の恩恵を受ける可能性がないことは明らかなただらうけれども（とはいえその場合でも、自分の妻や子孫が当該権利による恩恵を受けるだろうことを、当該男性が考慮する可能性はある）、大抵の権利に関して言えば、将来権利規制立法の推進派の立場に属する確率が高いと考える立憲段階の人物であっても当該立法の被害者の立場に属する確率がいくらかはあるだろうことから、その分だけ外部費用の抑制効果は小さくなるだろう。また違憲審査についても、いくら金森らが最高裁による違憲審査権の積極的な行使に期待していたとしても、立憲段階の人々の意に反するすべての立法に対して違憲判決が下されるとまでは考えてはいなかっただろう。

そうだとすれば、外部費用の増加を招いてまで彼らが権利制約条項をそのように抽象的・包括的なものにするを選んだ理由は何か。公共選択の観点からは、以下の2つのものを指摘することができる。

第1は、先程来論じているところの、権利制約の仕組みを含めた権利保障の枠組みについての長期の妥当期間の想定である。上述の通り、立憲段階の人々が憲法制定（改正）後の立法段階での状況について明確な予測を立てられるのであれば、彼らにとって権利制約条項は（違憲判決等による外部費用抑制の効果が非常に大きいというのでもない限り）詳細な内容のものであることが望ましい。しかしながら、今回の憲法改正によって成立させようとしている権利条項が将来妥当し続けるだろう期間について相当な長さが想定されるという場合、それに伴い将来社会が変化するなかで当該権利についてどのような規制立法の必要性が唱えられるかの予測は不確かになるから、詳細な制約条項を設けることは困難になる。むしろ、いかなる立法の必要性が主張されても対応できるよう、立憲段階の人々としては権利制約条項の内容を抽象的なものにしようとするだろう。また、いかなる権利について規制立法の必要性が唱えられるかさえも分からないのであれば、彼らとしては、多くの権利条項に対して適用され得るように権利制約条項をより包括的な内容にすることを考えるだろう。それによって、必要な立法がなされないことに伴う費用を抑えることができる。

上述の通り、憲法第12条、第13条の原案を作成したのは民政局人権小委員会であり、その際彼らは、想定される妥当期間の長さゆえに「公共の福祉」（共同の福祉、一般の福祉）という抽象的な文言を置いたのではなく、むしろ正義や自由と並ぶ公共の福祉という理念が非常に重要であるからこそ、それらの理念を具体化していると考えられた新憲法の権利保障の枠組みについて長い妥当期間を想定したのである。しかしながら、明治憲法下での権利制限のようなものでないにしても、いずれにせよ遠い将来に至る過程で憲法上の諸権利の制限が必要となるだろうとの認識を有していた日本側にとっては、そのような将来の状況に関する予測の困難さに対応する抽象的・包括的な権利制約条項として、総司令部から提示された「公共の福祉」という文言はまさに望ましいものであったかもしれない。

6-2. 不確実性のヴェール

敢えて抽象的・包括的な権利制約条項が選ばれた理由としてはもうひとつ、ジェームズ・ブキャナン（James M. Buchanan）のいわゆる「不確実性のヴェール」を挙げることができるかもしれない。

第90回帝国議会の議員らは、改正案第3章の内容に関して様々に異なる意見を有していただろう。たとえ

ば上述の通り妊娠と育児に関する女性の権利について加藤シヅエ議員をはじめとした人々とその他の（多くは男性の）議員の意見は割れたのだったが、これに限らず政府提出原案の文言や原案に含まれていない権利をめぐって、委員会や本会議において提出された意見だけでなく、会議録には記載されていない様々な意見が議員らの間にはあったことだろう。あるいはまたそれらの意見の相違のなかには、改正案第3章について想定された妥当期間に関するものもあったかもしれない。金森らは長い妥当期間を想定していただろうけれども、議員のなかには今回の改正案は仮に成立したとしても国民の支持を得られず早晚再び改正されるだろうと予測する者もいたかもしれない。

費用計算の観点から言えば、将来提出されるかもしれない権利規制法案の推進派／反対派に属するだろう確率評価の違いは、立憲段階の人々の外部費用評価の違いをもたらしただろう。また、今回の改正によって成立した条項に不都合が生じればその時に改めて改正すればよいと考え比較的短い期間に焦点を絞る者と、次の改正の機会は遠い未来になるだろうと考えたうえで今回の改正に臨む者とは、そのような費用についての評価の相違はさらに高まったに違いない。

そのような意見の相違にもかかわらず憲法改正の条件をクリアするためには、権利制約条項の内容は抽象的なものであることが望ましかっただろう。というのも、ブキャナンの「不確実性のヴェール」という考えによれば、立憲段階における人々の不確実性が増すほど彼らの利得構造は類似性を増し、それにより人々の合意の可能性は増大するものとされる¹⁴。抽象的・包括的な条文は、それらの条文のもとで将来どのような影響を受けるかについての立憲段階の人々の予測を不確実なものとし、その結果彼らの費用計算は似たようなものとなるだろう。

かくして、たしかに第12条、第13条の「公共の福祉」という文言は総司令部の発案であったけれども、ポツダム宣言の受諾により憲法改正の法的義務を負った日本政府としては、権利制約条項としてのそれらの条文の文言をより詳細なものへと変更することは望ましくなかったかもしれない。もっとも、上述の通り日本国憲法第96条と比べ改正条件の緩い明治憲法第73条のもとで、また改正の法的義務のもと憲法改正に対する帝国議会の議員らの意見の相違は既にある程度抑えられていただろうことから、必要な数の同意を得るために不確実性のヴェールを操作する必要性はあまり高くなかったかもしれないけれども。

7. おわりに

ここまで我々は以下のことを見てきた。自らの将来の状況に関して立憲段階の人物がある程度明確な予測を立てられる場合には、外部費用を削減すべく彼は詳細な権利制約条項を望むだろう。それにもかかわらず日本国憲法の制定の際に第12条、第13条という抽象的・包括的な権利制約条項が設けられたこと背景には、権利制約条項の抽象性・包括性および長期の妥当期間の想定に伴う大きな外部費用を低く抑える要因があったものと思われる。将来提出されるだろう様々な権利規制法案の被害者の立場に属する確率が小さく、さらに権利制約条項を逸脱する立法に対しては最高裁の積極的な違憲判決が期待される状況では、立憲段階の人々の外部費用は相当程度抑えられただろう。もっとも、それらの要因による外部費用の削減は、権利制約条項の抽象性・包括性ゆえの外部費用の増大を相殺するほどのものではなかったかもしれない。その場合、敢えて抽象的・包括的な権利制約条項を選んだのは、将来様々な立法の必要性が叫ばれるだろうことへの対

14 立憲段階における不確実性については、検討対象である憲法の条文が妥当するだろう期間および適用される問題の範囲を変えることで、その程度を操作することができる。不確実性のヴェールの厚さの操作可能性について、Buchanan (1991) 56 (邦訳62-63)、伊藤 (2012) 94-95、114-15参照。

応、および憲法改正の際に必要とされる数の同意を確保する手段として、そのような条項が有効であったからだろう。

以上の説明は、憲法第12条、第13条に「公共の福祉」という文言が入れられた理由に関する、公共選択の枠組みからのひとつの仮説である。もちろん、金森をはじめとした日本国憲法の制定に携わった人々は、必ずしも費用削減という観点から、あるいはそのような観点からのみ、改正案の審議を行ったわけではないだろう。けれども、彼らの行動に費用の観点から理解できる部分があるのは確かである。そのような行動についての分析として、本稿の議論で十分でない部分については、今後の検討課題としたい。

〈参考文献〉

- 伊藤泰 (2012) 『ゲーム理論と法哲学』 成文堂.
- 伊藤泰 (2018) 「社会権の公共選択的基礎づけ」『公共選択』 69号, pp.5-23.
- 伊藤泰 (2019) 「憲法上の権利の制限」『公共選択』 72号, pp.7-27.
- 鶴飼信成 (1968) 『憲法 (新版)』 弘文堂.
- 内野正幸 (2005) 『憲法解釈の論点 (第4版)』 日本評論社.
- 戒能通孝・佐藤功・藤田嗣雄 (1949) 「憲法を国民のものへ (座談会)」『中央公論』 1949年5月号, pp.27-35.
- 兼子一 (1951) 「基本的人権と公共の福祉」末川博ほか『基本的人権と公共の福祉』 法律文化社, pp.29-45.
- 古関彰一 (2009) 『日本国憲法の誕生』 岩波書店.
- 佐藤幸治 (1995) 『憲法 (第3版)』 青林書院.
- 佐藤達夫著・佐藤功補訂 (1994) 『日本国憲法成立史第三卷』 有斐閣.
- 初宿正典・辻村みよ子編 (2017) 『新解説世界憲法集 (第4版)』 三省堂.
- 鈴木昭典 (2014) 『日本国憲法を生んだ密室の九日間』 角川書店.
- 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著 (1972a) 『日本国憲法制定の過程——連合国総司令部側の記録による—— I 原文と翻訳』 有斐閣.
- 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著 (1972b) 『日本国憲法制定の過程——連合国総司令部側の記録による—— II 解説』 有斐閣.
- 田中二郎 (1951) 「基本的人権の保障——その限界論について」末川博ほか『基本的人権と公共の福祉』 法律文化社, pp.47-66.
- 中村睦男・佐々木雅寿・寺島壽一編著 (2017) 『世界の人権保障』 三省堂.
- 松本和彦 (2005) 「公共の福祉の概念」『公法研究』 67号, pp.136-147.
- 見平典 (2012) 『違憲審査制をめぐるポリティクス』 成文堂.
- 宮沢俊義 (1971) 『憲法 II (新版)』 有斐閣.
- Buchanan, J. M. (1991), *The Economics and the Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor, The University of Michigan Press (加藤寛監訳 (1992) 『コンスティテューショナル・エコノミクス』 有斐閣).
- Mueller, D. C. (1991), "Constitutional Rights," *Journal of Law, Economics, and Organization*, 7(2), pp.313-33.
- Mueller, D. C. (1996), *Constitutional Democracy*, New York, Oxford University Press.
- Mueller, D. C. (2003), *Public Choice III*, New York, Cambridge University Press.

(函館校准教授)