

## 第一部 総論

### 一 憲法の目的

#### 1 憲法の目的

すべて国民は個人として尊重される（13条）→「個人主義」の現れ  
憲法の目的は**個人の尊重（尊厳）の確保**にある

↓ しかし

憲法に反する法令、処分その他の国家行為は効力がない（98条1項）

↓ なぜ国家行為だけなのか？

歴史的には国家権力（国王など）により個人の権利が侵害されてきた  
例 重税，圧政，全体主義

∴憲法＝個人を国家から守るための法

#### 憲法が用意した幸福追求の手段

- ・ 人権保障の徹底→違憲な国家行為は無効（98条1項）
- ・ 人権を保障するための統治機構  
国民主権，権力分立，公務員の国民への奉仕（15条）
- ・ 平和主義

#### 2 憲法の特徴

憲法→**国家の基本法**であるが、それ以外の特徴は？

**対国家規範**である

- ・ 国民に権利を認め、権利を国家が侵害することを禁じている  
基本的人権は…侵すことのできない永久の権利である（97条）

**最高法規**である

- ・ 国法でもっとも強い効力を持つ  
憲法に反するすべての法令の効果はない（98条1項）

## 二 憲法の基本原理～人権・民主・平和

### 1 憲法の基本原理→前文一段にすべて現れている

「自由のもたらす恵沢の確保」→基本的人権の尊重

「ここに主権が国民に存することを宣言し」→国民主権

「再び戦争の惨禍が起こることのないように」→平和主義

### 2 基本的人権の尊重

個人を尊重するためには国家から個人の自由を守らねばならない

∴自由権の保障，自由主義の理念

↓ しかし

経済的・社会的弱者の存在→社会権の保障の要請，福祉国家理念の採用

∴自由の享受→生存が前提

∴放任は強者による弱者への収奪を許すおそれ

### 3 国民主権

国民主権（民主主義と同義）原理の採用

∴人権保障に資する

∴個人の尊重→すべての国民の価値は等しい（平等主義）

日本国憲法の民主政

・代表民主制の採用

\*代表民主制 代表者の選定，権力は代表者が行使

cf. 直接民主制 国民が政治的意思決定を直接行う

・立憲民主主義の採用 cf. 多数決主義的民主主義

∴国民の政治の判断能力，実質的討論の確保の必要性

∴すべての個人を尊重

\*主権の意味

・最高独立性

・統治権

・国政の最終決定権→「国民主権」の主権

【論点】主権(=国政の最終決定権)の内容, 主権の概念と民主制の概念との関係

- 最終決定権→どのような要素から構成されているか
  - 権力的契機→実際に最終決定権を国民自身が行使する
  - 正当性の契機→国民は国家の権力行使を正当づける根拠
  - \*歴史的には権力的契機→正当性の契機と変化

正当性の契機→代表民主制にしかつながらない

権力的契機→直接民主制とつながりやすい

↓ 代表民主制をとっても

代表概念との関係

- ・正当性の契機は自由委任の概念につながる ∴権力行使の正当化根拠に過ぎない
- ・権力的契機は命令委任の概念につながる ∴民意の直接の反映のため

【論点】国民主権の「国民」

正当性の契機→「国民」=抽象的な国民の総体(子供も全部, ナシオン)

権力的契機→「国民」=選挙母体となる集団(有権者団, プーブル)

【論点】日本国憲法における主権の契機の現れ

●日本国憲法の要請は?

原則→正当性の契機, 自由委任

∴代表民主制(前文1段), 全国民の代表(43条)

例外→権力的契機,

- ・憲法改正の国民投票(96条) 最高裁判官への国民審査(79条2項, 3項)

↓ つまり

どちらの契機も含まれ, 二つの契機が併存している

∴一般国民の国政についての判断能力

∴実質的討論の確保の要請, 安易な多数決は危険(多数決的民主主義)

∴直接民主制的制度→国政レベルでは違憲

\*地方レベル→直接民主制的な制度も合憲になる余地あり

∴生活に密着した事項の判断→判断能力が不足しない

#### 4 平和主義

平和的に暮らせなければ幸せにはなれない

前文2段「平和のうちに生存する権利」…平和を享受する権利

9条1項「…戦争と…武力の行使は永久にこれを放棄する」

**【論点】**平和的生存権は認められるか、**【判例】**(長沼事件最判)

**否定説** (判例)

∵前文の裁判規範性を否定

**肯定説**

・前文を根拠とする説, 13条を根拠とする説, 9条を根拠とする説など

## 5 三者の関係

### すべて個人の尊重から派生

- ・ 基本的人権の尊重→個人の尊重の具体的実現
- ・ 国民主権  
自己決定権の尊重，人権保障に役立つ
- ・ 平和主義

### 基本的人権の尊重が中心

- ・ 国民主権→人権尊重の手段
- ・ 平和主義は幸福追求の前提

### \* 民主主義と自由主義の関係

民主主義は自由主義確保の手段

↓ もっとも

人権保障→民主主義の実現という関係もあり

### 三 憲法の歴史

#### 1 近代における憲法理論

行政権（＝国王）→重税，圧政

↓革命

近代立憲主義の誕生→大陸法系（ヨーロッパ）の考え方

- ・消極国家の理念→自由放任
- ・議会中心主義→議会は万能
- ∴国民代表機関→国民の意思の反映を最もなし得る
- ・法治主義の採用

議会が法律を制定，行政府の権力濫用を防止→**法律の留保**（法律による行政）

裁判所は信用しない

## 2 近代立憲主義の限界

### (1) 資本主義による貧富の差の増大

↓ そこで

社会権の保障→積極国家の理念を採用

\* 近代立憲主義の修正→現代立憲主義

### (2) 法治主義の弊害

→形式化の危険＝法律によれば人権を制限できる＝法律の留保、形式的法治主義

∴法治主義の欠点克服→法の支配（英米法系，特にアメリカ型の考え方\*）

- ・議会を含むすべての国家権力→正しい法で拘束
- ・裁判所を信頼→裁判所が国家権力の憲法適合性を判断

\* イギリスは法の内容の適正は議会自身が判断

∴議会への信頼→議会中心主義

## 3 法の支配の日本国憲法における現れ

- ・法律によっても侵害できない人権（第3章，97条）
- ・憲法の最高法規性（98条）
- ・司法権の独立，違憲審査制度（第6章）
- ・適正手続（31条等）

#### 四 憲法典の構造

人権規定と統治機構に関する規定に分かれる（論文本試験では一題ずつ）

##### 前文

第1章 天皇（歴史的経緯から第1章とされた）

第2章 戦争の放棄（平和主義）

第3章 国民の権利及び義務（人権）

第4章 国会 第5章 内閣 第6章 司法

第7章 財政（財政民主主義） 第8章 地方自治

第9章 改正（厳格な改正手続）

第10章 最高法規（憲法の特徴を明らかにしている）

（以上統治）

## 五 前文

前文＝法の最初に賦され、その法律の目的や精神を述べる文章  
憲法前文の内容

- ・国民が憲法制定権者である
- ・国民が主権者である→国民主権の原理
- ・人権と平和の二原理（人類普遍の原理）

### 【論点】前文の性質

#### ●法規範性（法としての強制力）はあるか

→争いなくある

「人類普遍の原理…に反する一切の憲法…を排除」

人類普遍の原理＝人権，民主，平和を否定する憲法は認めない

#### ●裁判規範性があるか→裁判の基準として用いることができるか

否定説（判例）

∵前文は抽象的に過ぎる

∵具体化された第3章の権利で人権保障は十分図りうる

肯定説

∵抽象性は相対的なものに過ぎない（抽象性は本文も同様）

#### \*プログラム・抽象的権利・具体的権利

- ・プログラム規定→法規範性がない，単なる努力目標
- ・抽象的権利→法規範性はある（違憲＝無効），法律の定立を条件に裁判規範になる
- ・具体的権利→そのまま裁判規範になる

## 第二部 基本的人権

### 第一章 基本的人権の原理

#### 一 人権の観念・根拠

- ・個人の尊重（13条）→自由を侵害してはいけないのは当然
- ・当然人間が持っている性質（生まれながらに持つ権利），前国家的，永久不可侵

#### 二 人権の内容

##### 1 人権の種類

###### 総則的な人権

- ・包括的基本権 幸福追求の権利（13条）
- ・法の下での平等→個人の価値は等しい（14条）

**自由権** 国家が個人の領域に介入することを排除する権利＝国家からの自由

- ・精神的自由権  
思想良心の自由（19条），信教の自由（20条），学問の自由（23条）  
表現の自由（21条）
- ・経済的自由権  
居住・移転の自由（22条），職業選択の自由（22条），財産権（29条）
- ・人身の自由  
奴隷的拘束の禁止（18条），適正手続の保障（31条）  
刑事被告人の権利（33条など）

**社会権** 社会的・経済的弱者を守るための権利→国家への請求権＝国家による自由

- ・生存権（25条），教育を受ける権利（26条），労働基本権（28条）

**参政権** 選挙権，公務就任権（15条）＝国家への自由

**受益権**（国務請求権）

- ・裁判を受ける権利（32条）→権利侵害ある時に救済を受ける
- ・国家賠償請求権（17条），請願権（16条）

\*上の分類は絶対的なものではない→人権は二面性があるのが普通

例 生存権

- ・自由権的側面→国家に生存を害されない側面
- ・社会権的側面→健康で文化的な生活を営む諸条件を整えるよう国家に請求する側面

## 2 自由権と社会権の関係

### 法的性質

**自由権** 国家の干渉を否定，不作為請求権（消極国家を要求）

**社会権** 国家の関与を広く認める，国家の作為を要求する権利（積極国家を要求）

社会権の保障→自由権保障の前提

社会権の過度の保障→自由権を侵害するおそれ

## 3 制度的保障

例 検閲の禁止（21条2項），政教分離（20条3項）

大学の自治（23条），私有財産制（29条1項），地方自治（92条）

- ・一定の制度に特別の保護を与える→立法でも制度の核心を侵害できないものとする
  - ・個人の権利を直接保障するものではない→制度の保障による人権侵害の予防
  - 核心を侵害しなければよい→人権侵害の正当化根拠に使われるおそれ
- ∴限定して用いるべき

### 三 人権の主体

#### 1 法人の人権

\*法人 株式会社，宗教法人，学校法人

#### 【論点】法人の人権享有主体性

●主体は**自然人**でなくてはならないか？→人権享有主体性を認めるべき

∴法人は社会的実在・重要な社会の構成要素

∴法人の権利の保障→構成員の人権保障につながる

↓ただし

性質上享有できない人権もあり

例 選挙権・自己決定権など

∴性質上可能な限りで認めるべき

【判例】八幡製鉄政治献金事件

事案 経営者が会社財産をもって政治献金

●社員（株主）が出資した財産の献金→団体と社員との利益が相反する

判旨

- ・法人は自然人同様に政治行為をなす自由を享有する→政治献金も合法
- ×強大な経済力を持つ法人→自然人の参政権への不当な制約になる恐れ

【判例】税理士会政治献金事件

事案 税理士会が政治団体への寄付金を徴収する決議→従わない構成員には不利益

判旨→決定は無効

- ・税理士会は強制加入の団体である→会員への協力義務には限界がある
- ・献金の宛先は各個人が決定すべき事項
- ∴選挙権と密接に関連するから

★両判旨の比較

- ・会社は強制加入の団体ではない
- ・決議の内容→出資の利用と強制的徴収
- ∴結論が違うことも一応納得できる

↓ただし、

波線部の論法からすれば、八幡製鉄事件も違憲では？

【判例】群馬司法書士会事件（応用問題）

事案 司法書士会が会員から特別負担金を徴収する旨の決議

→目的は阪神淡路大震災復興支援のため

判旨（下級審）…違法ではない

- ・強制加入団体→会員に要請される協力義務に限界がある
- ・金銭的負担→直ちに一定の信条の表明に直結するともいえない
- ・思想・信条の自由に対する制約の程度は軽微である

## 2 外国人の人権

\*外国人→日本国籍を有しないもの

### 【論点】外国人の人権享有主体性

●第3章 「国民」の権利及び義務→外国人は国民ではないが？

→認めるべき

∴人権は「人が生まれながらにして」持っている権利

人権の前国家的性格→国家の違いは関係ない

∴国際協調主義（98条2項）

↓ただし

認められない人権もある ex.参政権を外国人が持つ→国民主権に反する

∴権利の性質上可能な限り認める

\*判断の際には、外国人の種類・性質も考慮すべき

ex. 外国人と指紋押捺制度の強制

\*森川キャサリン事件（指紋押捺拒否を理由に再入国を不許可）など

**違憲説を採るべき**

∴外国人の所在・行状の把握には他の手段が考えられる

・法的根拠としては、プライバシー、自己決定権侵害などによる

#判例は合憲との結論を取っているが、現在は制度はほぼ全廃されている

### 【論点】不法入国者の人権享有主体性（応用問題）

・不法入国者→正当に入国した外国人と同一の人権は保障されない

↓しかし

一切の人権が保障されないわけではない（例 人身の自由）

問題となる権利→一定の生存権

具体的検討

【論点】外国人と社会権

●外国人に社会権を保障すべきか？

↓

一次的には、国籍を有する国に対して要求すべき

∴前国家的権利ではない

↓しかし

法律によって社会権を保障することは問題ない（許容説，判例）

∴事実上要求が困難な場合がある

∴原理的に認められないものでもない

↓特に

定住外国人→憲法上日本国民と同じ扱いをすべき（憲法の要請と見る）

∴生活実態と歴史的経緯

\*判例 塩見訴訟（国籍要件を理由に年金の支給を拒否）など

【論点】外国人と参政権

●参政権→選挙権，被選挙権は外国人には認められないのが原則

∴前国家的権利ではない ∴国民主権→国民にのみ認められる

↓ しかし

地方自治レベルならば定住資格を有する外国人に法律で権利を与えてもよい（判例）

∴国家レベルの政策決定への影響は少ない

∴生活に密着した事項→「住民」として選挙させるべき

\*外国人にも権利を憲法上保障すべきとする説（要請説）もある

●公務就任権

・公権力の行使又は国家意思の形成に参画しない職種（＝例 研究員，教授）

→外国人の就任は憲法上許容されることで争いなし

・外国人の種類，職種を問わず一律に禁止するのは違憲

●政治活動の自由

保障が原則→ただし，国民の政治的意思形成に不当な影響を与えない限度

∴表現の自由→外国人の享有に性質上の問題はない

∴政治活動の自由→参政権的な性格

【論点】外国人と出入国の自由・在留の自由

●入国の自由→認められない（判例）

∴自国の安全と福祉に危害を及ぼすおそれがある外国人

→国家にこれを立ち入らせない権利があることは国際慣習法上確立している

cf. 出国の自由 日本国民と同様に認められる（判例）

●再入国の自由（在留期間満了前に再び入国する意思をもって出国すること）

→これも認められない（判例）

∴外国人には憲法上外国へ一時旅行する自由を保障されるものではない

↓ 批判

在留地への入国→特別な配慮が必要，法務大臣の裁量は全く自由ではない

→著しくかつ直接に国家の利益を害することが明白でない限り入国は可能

∴定住外国人→生活の本拠を奪うわけにはいかない

●在留の自由（在留期間更新の自由）→入国の自由同様認められない（判例）

↓ただし

在留資格はみだりに奪われない（法務大臣の裁量は限定される）

∴既にその外国人の性向，行状は把握されている

【判例】マクリーン事件

事案 在留中政治活動を行ったことが理由→法務大臣が在留期間更新を拒否

判旨

- ・ 性質説→原則として政治活動の自由は保障される
- ・ しかし、在留の自由は認められない
  - 在留制度の枠内でしか、政治活動の自由は保障されない
- ∴政治活動を更新拒否の消極的理由として斟酌できる
- ×在留期間更新について法務大臣の広範な裁量を認めすぎる
  - 政治活動の自由を保障した意味がなくなるのでは？

### 3 未成年者の人権

#### 【論点】未成年者の人権

- 未成年者は国民→人権は当然享有する

↓ただし

現実には未成年者は選挙権がない，閲読・喫煙・飲酒などの自由が制限されている  
 成年者に比べ**特別な制約**ができるか→**可能**

∴人権→(十分な判断能力がある)成熟した市民を想定

そうでなければ人権の誤った行使による**自己加害**の恐れ

↓ただし

制約は必要最小限で

∴限定されたパターンリスティック(後見的)な制約のみOK

- どの程度の制約が認められるか→制約が許されるか否かの判断基準

- ・ 制約される人権の性質，制約の程度
- ・ 制約される未成年者の年齢，成熟の度合い
- ・ 制約される文脈→以上を総合判断

例 酒を飲む自由，図書閲読の自由

\* 学校における生徒の自由

髪型の自由，バイクに乗る自由の特別な制約ができる

∴教育目的の達成，校内の風紀維持

#### 【論点】未成年者の選挙運動禁止(応用問題)

- 「年齢満20年未満の者」の選挙運動を禁止(公職選挙法137条の2第1項)

→刑罰による強制(同法239条1項)

- ・ 制約の趣旨→選挙運動の場は激しい価値のぶつかり合いの場  
 未成年者の成長に対する精神的悪影響が大きい

×真に上記のような問題があるか疑問，刑罰による強制の必要はないのでは？

## 第二章 基本的人権の限界

### 一 人権と公共の福祉

- 人権は永久不可侵→他人の人権との関係で制約される可能性

「国民は…公共の福祉のためにこれ（国民の権利）を利用する責任を負う」（12条）

「国民の権利については、公共の福祉に反しない限り…尊重を必要とする」（13条）

「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」（22条1項）

「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、…これを定める」（29条2項）

↓

公共の福祉→人権制約の原理

#### \*人権の制約の種類

**内在的制約** 人権の属性として人権に内在している制約

**外在的制約** 人権の外にある制約原理

【論点】公共の福祉と人権

一元的外在的制約説

×法律の留保と何ら変わりなくなる恐れ

内在外在二元説～13条を訓示規定と考える説

・12条13条の公共の福祉→特別な意味はない

これによらず人権は内在的制約に服する

・22条, 29条の公共の福祉→外在的制約の意味

×13条を新しい人権の根拠とすることができなくなる

一元の内在的制約説（通説）

・社会生活→相互の人権が衝突する恐れ

公共の福祉は人権相互の調整・実質的公平の原理

→自由国家的公共の福祉, 社会国家的公共の福祉

×何の基準をも提示したことになる

内在外在二元説～13条に法的意味を認める説

・全ての人権は12, 13条の公共の福祉により制約される＝内在的制約に服する

・経済的自由権（22条・29条）は外在的制約に服する

→公共の福祉の考え方に二重の基準の考え方を加味したもの

【論点】二重の基準

●何が許される制約で何が人権の侵害なのか明らかにする必要

↓しかし

「公共の福祉」の文言→人権がどれぐらい制約されるか不明確

そのままでは合憲性判定基準にはできない

↓そこで

違憲審査基準としてももう少し具体的に！

内容 精神的自由権→経済的自由権よりも厳しい基準で判断

∴精神的自由権は民主政に不可欠→優越的な地位

∴精神的自由権が侵害→民主政の過程では回復不可能

∴裁判所の判断能力→経済的自由権の制約立法の判断には専門的知識が必要

## 二 特別な法律関係における人権の限界

特別な法律関係→私人と公権力との特殊な関係のこと cf. 一般権力関係

例 公務員, 在監者, 国立大学学生

特別な法律関係にある者→一般国民とは異なった特別な人権制約が必要

### 1 特別権力関係理論

特別権力関係→法律の規定・本人の同意により, 公権力・私人間に成立する関係

#### 【論点】特別権力関係理論

##### ● 特別な人権制約の法的根拠は？

特別権力関係理論の内容

- ・ 公権力は法律の根拠なしに包括的にその私人を支配できる
- ・ 法律の根拠なくして人権を制限できる
- ・ 特別権力関係内での公権力の行為→司法審査に服しない

×法の支配 (法による公権力の拘束), 永久不可侵の人権

→上の理論は憲法の規定に明らかに反する

×公務員・在監者関係は全く性質が違う→これらを一括してとらえること自体が問題

### 2 制約の法的根拠

#### 【論点】特別な法律関係における人権制約の根拠

個別具体的→法律関係ごとに制約根拠・制約の程度を考えるべき

公務員→全体の奉仕者 (15条), 法律に従って内閣が掌理 (73条4号)

在監者

- ・ 犯罪による処罰の場合を除いては苦役に服さない (18条)
- ・ 法律の定める手続によらなければ刑を科されない (31条)

↓ いずれにおいても

憲法が特別の関係を予定している

∴特別な法律関係の目的達成 (= 存立と自律性の確保) のため

### 3 公務員関係

#### 【論点】公務員の政治活動の自由（学説）

- ・公務員の政治活動の自由→一般人とは異なる制約がされる
- ∴行政の中立性を保つ必要性
  - ↓ ただし
- 制約は必要最小限度であることが必要
- ・政治活動の自由は精神的自由権→厳格な基準で判断すべき
- ・許される制約か→公務員の地位，職務内容，勤務時間の内外等諸般の事情を考慮

#### 【判例】猿払（さるふつ）事件

- 事案** 非管理職の郵便局員が勤務時間外に選挙用ポスターを公営掲示板に掲示，配布  
→国家公務員法（公務員の政治活動を一律禁止している）違反で起訴
- 国家公務員法の合憲性について争われる
- 判旨** 緩やかな基準を用いて合憲とした
- ・行政の中立的運営・国民の信頼確保の立法目的→正当
  - ・目的と手段との合理的関連性の有無  
勤務時間の内外，公務員の職種を区別しない一律禁止も合理的関連性あり
  - ・比較衡量の基準→禁止によって得られる利益と失われる利益との均衡ある
  - ↓ しかし
  - ×郵便局員が勤務時間外にポスターを貼る→国民の信頼を失うとは考えにくい
  - ×刑事罰を適用するのは行き過ぎでは？

【判例】反戦自衛官免職事件（応用問題）

事案 現職自衛官が公然と自衛隊非難の演説等を行う→懲戒免職処分

判例 合憲

- ・ 隊員相互間の信頼関係の保持，厳正な規律の維持  
自衛隊の任務を適正に遂行するために必要不可欠→国民全体の利益確保につながる
- ・ 目的達成のため，隊員の表現の自由に対して必要かつ合理的な制限を加えること  
→憲法 21 条が許容

【判例】寺西判事補戒告事件（応用問題）

事案 通信傍受法案に反対する集会に参加

「発言は積極的政治運動にあたるとはいえないが、  
パネリストとしての発言は辞退する」

→積極的政治活動（裁判所法 52 条）にあたるとして戒告処分となる

判例

- ・ 裁判官にも表現の自由が保障される
- ・ 裁判官は憲法上特別な地位を占める→憲法上の要請により制約を受けることがある
- ・ 表現の自由は合理的で必要やむを得ない限度で制約可能
- ・ 合理的関連性，利益衡量などの緩やかな基準で合憲性を判断
- ・ 目的 裁判官の中立・公正の確保，裁判に対する国民の信頼維持  
行政とのあるべき関係の規律→正当
- ・ 手段 積極的政治活動→国民の信頼を損なうおそれが大きい  
行動の禁止に伴う限度での間接的付随的な制約に過ぎない  
（その他の方法で意見表明をすればよい）
- ・ 積極的に政治運動をすること→文言が不明確ともいえない

【論点】公務員の労働基本権

- 公務員の労働基本権→特別の制約ができるか
  - 公務員は国民の安全・福祉を担う→一定の制約に服するのもしやむを得ない
  - ↓ しかし
  - 制約は必要最小限度の制約に止まるべき
  - ・労働基本権→労働者の生きる権利
  - ∴制約立法は厳しい基準で判断すべき（L R A）
  - 公務員の職種，制約目的，制約される権利の内容などを比較衡量

公務員の労働基本権に関わる判例の推移

\* 現行の公務員法→争議権が一律に否定されている

【判例】初期の判例

公共の福祉・「全体の奉仕者」（15条2項）の概念  
 →簡単に人権制約を合憲

【判例】全通東京中郵便事件

- ・公務員にも一般の労働者と同様，労働基本権が保障される
  - ・制約は最小限度，必要やむを得ない場合に限るべき
- 抽象的理由付けを放棄した画期的判決

【判例】都教組事件

あおり行為をすべて禁止する地方公務員法61条4号→このままでは法律が違憲

↓ しかし

法律は憲法の趣旨にそぐうように解釈すべき

∴合憲限定解釈→法律の意味を限定して解釈（法令を違憲にしないため）

\*具体的判断

- ・通常随伴するものとそうでないもの
- ・強度なものとそうでないもの

↓

強度でかつ通常随伴するものではないあおり行為

→これだけが処罰の対象となると限定解釈

	異常	普通
強度	○	×
弱い	×	×

【判例】全農林警職法事件

判旨 公務員の人権の一律かつ全面的禁止を合憲とした

- ・人権の制約根拠→公務員の地位の特殊性と職務の公共性
- ・財政民主主義→政府に対する争議行為は的外れである
- ・市場抑制力がない，代償措置が講じられている
- ・合憲限定解釈は明確性の原則に反する→憲法違反のおそれ

#### 4 在監関係

在監目的達成のため必要最小限度の人権制約のみ許される

\* 在監目的にも様々→例 刑の執行, 被告人の身柄の確保

##### 【判例】よど号ハイジャック事件

**事案** 勾留中の在監者が私費で購読していた新聞→特定記事を拘置所長が抹消

\* 考え方→裁判所の厳格な審査によるべき

∴精神的自由権である

∴拘禁目的の達成のため制約する合理性が希薄である

**判旨**

・在監目的を達成するため制約は必要最小限度である必要

・制約の要件→監獄内の秩序の維持にとって障害が生ずる「相当の蓋然性」

cf. 高度の蓋然性

##### 【判例】被拘禁者の喫煙禁止

**事案** 勾留されている在監者に喫煙を禁止する監獄法施行規則の合憲性

**判旨** 喫煙禁止→必要かつ合理的なものである

・喫煙の自由→憲法 13条で「保障されるところとしても」(保障される?)

・逃走又は罪証隠滅の防止, 監獄内の秩序維持の目的達成に必要

・基準は制限の必要性の程度, 制限の程度, 制約される人権の内容から総合判断

### 三 私人間における人権の保障と限界

#### 1 憲法の私人間効力

cf. 憲法上の条文が直接適用される場合がある→問題となる人権の性質から判断

例 18条, 15条4項後段, 27条3項, 28条など

#### 【論点】私人間への憲法規定の適用

##### 1 問題状況

憲法→原則として公権力との間で国民の権利・自由を保護するもの

∴歴史的に個人の敵は国家

↓ しかし

・資本主義の高度化→巨大な力を持った**私的団体の登場**

・**マスメディア**によるプライバシー侵害

↓ つまり

**社会的権力による人権侵害のおそれ**

→放置すれば、人権への脅威となる、国家による人権侵害を禁じた意味がない

∴私人間への人権規定適用の必要性

##### 2 法律構成

人権→歴史的には**对国家防御権**

↓ しかし

限定する必然性は必ずしもない

→人権の価値は**全法秩序**（公法・私法）の**基本原則**

↓ とはいえ

**直接適用はできない**

∴人権規定の適用→他人の人権の制約、憲法の規定が義務規定になる

∴人権の実現は裁判所→国家が行う

私的自治の原則への過大な介入、国家による個人の人権制限のおそれ

∴一般条項を憲法によって**意味充填解釈**する（**間接適用説**、判例）

\*民法など私法の条文を用いる際の根拠として憲法価値を利用すること

\*一般条項→抽象性が高い規定のこと

例 民法1条, 43条, 90条, 709条など

×事実行為に対する救済が十分でない→不法行為によるしかない

法律行為でないと90条は使えない

## 2 具体的事案

### 【判例】三菱樹脂事件

**事案** 就職活動→志願者が学生運動歴について虚偽の申告

試用期間終了時に本採用を拒否

●思想良心の自由の侵害（19条）、信条による差別（14条後段）では？

**判旨**

- ・間接適用説に立つ
- ・企業には雇用の自由がある→思想・信条の申告の要求は違法でない

\*傾向企業については思想・信条の申告の要求が許される可能性がある

### 【判例】日産自動車事件

**事案** 男女別定年制（女性の方が定年齢が若い）

かかる規則は平等原則違反、公序良俗に反しないか

**判旨** かかる制度は合理性なく、公序良俗に反する

### 【判例】昭和女子大事件

**事案** 政治活動を行った私立大学学生→自宅謹慎・退学

**判旨**

- ・間接適用説
- ・政治行為を禁ずる生活要録→不合理でない
- ・学風の尊重→退学処分も懲戒権者の裁量内

### 【論点】国の行う私法上の行為【判例】百里基地訴訟（応用問題）

**事案** 自衛隊基地用の土地売買契約→違憲無効か

●国の行う私法上の行為→憲法9条の適用はあるか

**判例** 適用を否定

∴「国務に関するその他の行為」→公権力を行使して法規範を定立する国の行為

私人と対等の立場で行う国の行為はこれにあたらぬ

原則として憲法9条は私法上の行為に対して適用されない

×私法上の行為も同じ行政目的に仕える行為

→公法上の行為と区別されるべきではない

×国には私的自治は認められない→その関係で常に憲法を直接適用すべき

### 第三章 包括的基本権と法の下での平等

#### 一 生命・自由・幸福追求権

##### 1 幸福追求権の意義

・日本国憲法第3章→詳細な人権規定（人権のカatalog）

↓ しかし

国民に保障される人権→これに限定する必要はない

∴第3章→歴史的に侵害されることが多かった権利を列挙したにすぎない

↓ そこで

およそ個人の尊厳を確保するに必要な利益は**新しい人権**として保護すべき  
**根拠「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（13条）**

\*幸福追求権の特徴

- ・新しい人権の根拠となる一般的包括的権利
- ・個別の人権が妥当しないときだけ利用される→補充的権利

##### 2 幸福追求権から導き出される権利

プライバシーの権利、自己決定権など

#### 【論点】13条で権利として保障される要件

●新しい人権と呼ばれるもの→プライバシー、自己決定権の他に…

- ・環境権、嫌煙権、アクセス権、平和的生存権

↓ しかし

新しい人権としてこれほど次々認めてもいいのか？

- ・人権のインフレ化
- ・他人の人権の制約を招く
- ・裁判所の恣意的判断による権利の創設

↓ そこで

認めてよいか判断基準を立てる必要性

要件

- ・個人の人格的生存に必要か否か
  - ・長期間国民生活に基本的なものであったか
  - ・多数の国民がしばしば行使できるか
  - ・他人の基本権を侵害するおそれがないか
- \*要件は人格的生存に不可欠であることのみで構わない

\*権利として保障されない利益も一定限度で保護される

【論点】プライバシーの権利の意義

私生活をみだりに公開されない権利とする説（判例）

- ・もっぱらプライバシーを自由権として構成

自己に関する情報をコントロールする権利とする説

- ・訂正・抹消請求を認める，権利の社会権的側面の承認

∴いかに定義すると個人の尊重の保障に役立つか？

情報社会化・行政による個人情報の集中管理→請求権としても捉えるべき

\*プライバシーの権利（自由権的側面）は私人間に直接適用される

【論点】プライバシーの権利は憲法上の権利か

●憲法上の保障があるか→ある（幸福追求権の一内容）

∴私的領域を侵害されないこと→人格的生存のために必要不可欠

●違憲審査の基準

最も厳格な審査基準（精神的自由権と同じ）を使う

- ・目的は必要不可欠な利益を確保するため
- ・手段はL R Aの基準をクリアすること

∴公共の福祉のためプライバシーを特に制約すべき理由はない，権利の重要性

【論点】指紋押捺制度の合憲性（応用問題）

判例 合憲

- ・指紋には万人不同性，終生不変性がある

→利用方法次第では，プライバシー侵害の危険性がある

- ・私生活上の自由として指紋の押捺を強制されない自由がある

- ・押捺制度→外国人の居住関係及び身分関係を明確にするためもっとも確実な制度

∴合理性・必要性は認められる

【判例】前科照会事件

事案 地方公共団体が弁護士による前科の照会に応じる

→結果、前科を明かされた者は勤務先をクビになる

判旨→法的根拠がない情報漏示は違法

・前科は人の名誉に関わる情報→みだりに公開されないことは法的保護に値する

【論点】プライバシーの権利と表現の自由との関係

例 雑誌社による私的生活の公表

●表現とプライバシー→いずれが優先するか

→いずれも個人の重要な権利→等価的比較衡量の対象

判断要素→発表される情報の内容、プライバシー侵害の主体、表現の目的

【論点】車内広告放送と「とらわれの聴衆」（応用問題）

事案 電車の車内放送（商業宣伝放送を行う）

→列車内に拘束された状態にある乗客に聴取を強制するもの

人格権（広い意味のプライバシー）侵害ではないか

判旨 違法ではない

∵公共の場→人格権も一歩後退する

∵他の交通手段を選ぶことはできる

#宣伝放送は営利的表現→だから人格権より保障しなくてよいという考えは×

【判例】プライバシーに関するそのほかの判例（応用問題）

事案 許可を得て離隊した者

→国の作成した身上調査書の「逃亡」との記載を抹消することを求めた

判旨（下級審）

・個人情報と真実に反し不当

→その程度が社会的受忍限度を超え、損害が発生する場合

名誉権又は人格権に基づき、他人に対し情報の訂正・抹消を請求できる場合がある

事案 実名報道されない自由を求めて争われた

判旨（下級審）

・一般に犯罪事実の報道においては、匿名であることが望ましいのは明らか

・実名を公開されない人格的利益

→当該個人について社会生活上特別保護されるべき事情がある場合に限られる

【論点】自己決定権の根拠

自己決定権といっても、内容は様々  
→人格的生存に関わるものならば保護すべき（13条）  
たとえば酒を造って自分で飲む自由はどうか？  
→租税確保の必要性を理由に制約を肯定（判例）  
\*財産権の制限として構成できるのでは？

【判例】免許取得・髪型の自由

**事案** パーマ、運転免許証の取得者には退学勧告ができる旨の校則がある私立学校  
そのことを承知して入学した生徒が免許取得→当初は厳重注意  
まもなくパーマをかけ、発覚しても反省がない態度→自主退学させられる

**判旨**

- ・間接適用説→違憲の問題は生じない
- ・免許取得・パーマ禁止→校風維持，生命身体を守る，非行化防止を目的とする
- ∴社会通念上不合理とはいえないから，合法
- ×校則が学外活動まで規制するのはやりすぎではないか
- ×「学則を承知して」というのは合理性を説明できない方便ではないか

## 二 法の下での平等

- ・平等権→総則的人権→他の人権と同時に問題になることが多い
- ・個人尊重の思想に由来，自由と並ぶ最高の価値

すべて国民は、法の下に平等であつて…（14条1項前段）

### 【論点】「平等」の意味

**形式的平等**（近代的，消極的，自由主義的な平等）

- ・すべて個人を均等に取り扱う→自由な活動の保障
- ・国家による干渉の排除→法的な平等，機会の平等
- ↓ 時代の推移

貧富の差の増大

事実上の不平等→放置することそれ自体が富めるものに有利に働く

↓ そこで

**実質的平等**（現代的，積極的，福祉主義的な平等）

- ・福祉国家の理念（25条，28条），社会的経済的弱者を厚く保護  
→全員同等の自由と生存を実現
- ・国家の介入を承認→事実の平等，結果の平等の実現

\*自由と平等は相反する関係にある

\*絶対的平等，相対的平等

合理的区別を許すか，許さないか→相対的平等が妥当

### 【論点】「平等」の解釈（14条1項の適用範囲）

●法適用の平等（立法者非拘束説）か法内容の平等（立法者拘束説）か

→法内容の平等を要求

∴内容が不平等な法なら，いくら平等に法を適用しても意味がない

∴法の支配→立法者も拘束されるはず

すべて国民は…人種，信条，性別，社会的身分または門地により…差別されない（14条1項後段）

人種…身体的特徴に基づく区別 信条…広く思想上・政治上の主義

性別…男女の別 門地…家柄

社会的身分（争いあるが下の定義が妥当）

- ・社会において一時的ではなく占めている地位で、
- ・自分の力ではそれから脱却できず、
- ・ある種の社会的評価が伴っているもの

【論点】14条1項後段の意味

●このような列挙された事項**以外**の差別は許容されるのか？

→**されない**（不合理な差別的取扱はすべて禁止される）

↓では、

後段は例示に過ぎないのか？

後段列挙事由→それを理由とする差別的立法は**違憲の推定**が働く

∴後段は特に理由がないと思われる差別理由の列挙

歴史的に差別されることが多く、民主国家では理由がないと思われるもの

cf. 他説

法適用の平等しか要求していないとする説

→後段列挙事由だけは立法者を拘束すると考える

法内容の平等を要求する説から→特別な意味はないとする説もある

●**合憲性判定基準**

・後段列挙事由に着目した差別の場合→**厳格な基準**で

例 目的は必要不可欠な利益の確保，手段はL R Aの基準を満たすこと

・そうでない場合

平等権→原理的な規定，他の権利と同時に問題になる

∴その他の権利から基準を考える

例 表現の自由に関する不平等取扱→厳格な基準を使う

\***推定** 反証できない場合はその事実があるとされること

例 違憲の推定が及ぶ法の合理性を公権力が証明できない場合→その法は違憲とされる

【判例】女子のみに再婚禁止期間を設ける立法の合憲性

判旨 立法目的は父性推定の重複を防止するため→合理的

∴合憲

×手段の合理性はあるのか？

婚姻 200 日後から離婚 300 日まで父性推定が及ぶ（民法 772 条）

→待婚期間は 100 日で十分，必要最小限とはいえないのでは

【判例】非嫡出子の相続分を嫡出子の半分とする規定

判旨

- ・緩やかな基準を使って判断（目的が正当か，手段に合理的関連性があるか）
- ・立法目的 法律婚制度の維持と非嫡出子の保護→正当
- ・手段は目的との関連で不合理でなく，合理的な裁量の範囲を超えたものではない

∴合憲

↓ 批判

×非嫡出子はそのような生まれについて何の責任もない

×14条1項後段の「社会的身分」→厳格に判断すべき

×非嫡出子は嫡出子よりも劣るという観念（偏見）を社会に受容させる原因となる

【判例】サラリーマン税金訴訟

●給与所得者には必要経費の実額控除を認めない立法の合憲性

判旨

・租税法の定立→立法府の政策的・技術的な判断に委ねられる

∴緩やかな基準で立法の合理性を判断→合憲

【判例】尊属殺重罰規定違憲判決

事案 夫婦同然の生活を強いられていた娘が父親を殺害

判旨

・立法目的→尊属の尊重報恩・刑法上の保護に値する

・手段→刑があまりに重すぎる（死刑か無期懲役しかない）

かかる重い刑を正当化する根拠はなく，著しく不合理な立法

## 第四章 精神的自由権

### 一 思想・良心の自由

①思想及び良心の自由は②これを侵してはならない（19条）

①思想・良心→特に区別する必要はない

世界観，人生観など個人の人格的な内面的精神作用

この自由→精神的自由権の中でも根本的な権利

②「侵してはならない」→内心の領域にとどまる限りは**絶対的**に自由

民主主義・憲法を否定しても処罰できない

・思想についての**沈黙の自由**

国家権力が思想の告白を強制することは許されない

例 踏み絵，天皇制の賛成・反対

【論点】思想・良心の意味

信条説（通説）

思想・良心→一定の世界観・思想というべき

∴人権は個人の人格形成に関わるものというべき

∴学問の自由・信教の自由などの総則的規定→内容も平行的に

cf. 内心説 事物の是非・善悪の判断まで含まれる

【判例】謝罪広告の合憲性

事案 謝罪広告の合憲性

判旨 強制しても合憲

・謝罪広告→思想良心を不当に害する可能性はある

・単に事実の真相を告白し，陳謝の意を表するに止まる

×謝罪には倫理的な意味がある→この公表を強制するのは違憲では？

【判例】麴町中学内申書事件

事案 内申書に特定の政治活動を行ったことを克明に記載

→高校をことごとく不合格になる

判旨 中学校教師の処分に違法性なし

・内申書の記載→思想・信条そのものを記載したものではない

・外部的行為の記載→思想・信条を了知しうるものではない

・思想・信条を入学試験の選抜の資料に供した

→到底そう解することはできない

×信条・思想を推知できる事実

例 「××派の集会に参加している」「麴町中全共闘を名乗る」

これを内申書に記載することは19条違反ではないか？

## 二 信教の自由

### 1 信教の自由の歴史

戦前の日本→神道の国教化・軍国主義の精神的支柱，他の宗教は冷遇される

↓ そこで

日本国憲法＝個人の信教の自由を厚く保護し，国家と宗教の分離を明確化した

### 2 信教の自由の内容と限界

①信教の自由は，何人に対してもこれを保障する（20条1項）

- ・ 信仰の自由…内心の自由・絶対無制約
- ・ 宗教的行為の自由…しない自由も含まれる（20条2項）
- ・ 宗教的結社の自由…21条1項でも保護

制約可能性→行動が伴う限り必ず制約される可能性がある

例 日曜日しか働かないのが教義→学校に行かない

### 限界と事案

事案 刑事事件の犯人→牧師が教会に泊めた上で説得する行為

犯人蔵匿（刑法犯）にならないのか？

判旨 正当業務行為として違法性阻却

事案 日曜日に授業参観→礼拝のため休んだら欠席扱い

判旨 公教育上必要である授業日の振替の範囲内の制約

→法はやむを得ないものとして容認

### 【判例】エホバの証人剣道授業受講拒否事件

事案 宗教上の理由から必修科目である剣道実技の受講を拒否→単位不認定・退学

判旨 退学処分は違憲

- ・剣道実技参加拒否は信仰の核心に関わる<sup>しんしん</sup>真摯なもの
- ・剣道は高専の授業で必須とはいえない→代替措置を取りうる
- ・代替措置が政教分離に抵触するわけでもない
- ∴退学→社会通念上著しく妥当を欠く処分

### 【判例】オウム真理教への解散命令

事案 解散命令を出すことが20条に反するか

判旨 解散命令は合憲

- ・制約は宗教的側面を対象とするものでなく、合理的
- ・宗教活動に生じる支障は事実上のもの、法人としての活動ができないのみ

### 【論点】【判例】宗教上の人格権は憲法上保障されるか(自衛官合祀事件)

事案 殉職自衛官の妻（妻はキリスト教徒）

→夫を自己の意思に反して祀られない自由を主張

判旨

- ・自衛隊地方連絡部による合祀行為への協力→宗教的活動とまではいえない
- ・合祀は神社が決めること→神社と妻との私法上の関係
- ・自己の信仰と相容れない信仰を持つ者の行為→何人も寛容であるべき

評価

- ・私法上の問題→事実のすり替えではないか？
- ・宗教的活動と認めなかった点に問題あり

### 3 政教分離の原則

いかなる宗教団体も国から特権を受け、または政治上の権力を行使してはならない。  
(20条1項後段)

国及びその機関は宗教教育その他のいかなる宗教的活動もしてはならない。(20条3項)

**内容** 国家と宗教の分離→国家の宗教的中立性を明示した規定

\*財政面からの裏付け→89条

**目的**

- ・少数者の信教の自由の確保
- ・国家・宗教双方の墮落防止

#### 【論点】政教分離の法的性格・合憲性判定基準

判例→制度的保障説

**限界** 政教分離は厳格な分離を要求→一切の関わり合いを排除するものではない

例 宗教団体が運営する私立学校

私立学校という部分に着目する優遇措置をしないと逆に差別することになる

↓ そこで、

国家と宗教との関わり合いが許されるか否か→判断基準設定の必要性

**アメリカ連邦裁判所が採用した目的効果基準**

- ・問題となった国家行為が世俗的目的をもつのみか、宗教的目的があるか
- ・その行為の主要な効果が宗教を振興し、または抑圧するものかどうか
- ・宗教と国家との過度の関わり合いを促すものかどうか

【判例】津地鎮祭事件

事案 公共施設建設の際，地鎮祭の費用を公金から支出  
判旨 目的効果基準を用いて社会通念に従って判断  
→地鎮祭への支出は合憲とした

【判例】箕面忠魂碑事件

事案 遺族会所有の忠魂碑を移転する費用負担，市有地の無償の使用貸借  
→政教分離に反しないか  
判旨→合憲  
・忠魂碑は宗教的施設でない，遺族会も宗教団体でない→20条1項に反しない  
・教育長の慰霊祭への参列は社会儀礼的行為，宗教的行為ではない

【判例】愛媛玉串料事件

事案 靖国神社に対する玉串料の支出が憲法上許されるか  
判旨 地鎮祭事件の目的効果基準を使った上で，違憲

### 三 学問の自由

#### 1 学問の自由の内容

学問の自由は、これを保障する（23条）

- ・学問研究の自由（学問の自由の中心）
- ・研究発表の自由（発表できなければ研究は無意味）
- ・教授の自由（発表の一種）

目的 学問研究は性質上、権力に干渉される筋合いのものではない

↓ しかし

真理の探究は為政者の思惑に反することが多い→厚く保護する必要性

例 滝川事件、天皇機関説問題

#### 【論点】学問研究の自由の限界（応用問題）

●急激な科学技術の発展→規制の必要性

例 原子力研究、遺伝子技術、医療技術（臓器移植、体外受精、遺伝子治療）

自主規制に任せるべきとする説

∴立法・行政のみだりな介入は許されるべきでない

→一次的には研究期間の自律・自主的判断に委ねるべき

法律の制定が要請されるとする説

#### 【判例】筋ジストロフィー少年高校入試訴訟（応用問題）

事案 障害のみを理由とした少年の入学拒否

判例 違憲

- ・障害を有する児童・生徒をすべて普通学校で教育すべきであるわけではない
- ・障害者とその能力の全面的発達を追求すること  
→健全者同様に、憲法から認められる当然の権利
- ・普通高等学校に入学できる学力を有し、原告がそれを望んでいる場合  
→養護学校教育が望ましいとしても、受け入れ拒否は許されない

## 2 大学の自治

### 趣旨

- ・大学の内部行政→大学の自主的な決定に任せる
- ・大学内の問題→外部勢力の干渉を排除

### 根拠

大学は学問研究の中心

→その大学の自主性を保障すれば、間接的に学問の自由の保障に資する

法的性格→制度的保障

内容 研究者人事の自治, 施設・学生の管理の自治

### 【判例】東大ポポロ事件

**事案** 正規の手続を経て借りた教室で劇を演ずる途中

→私服の警官に警察手帳の提示を求めその際に暴行, 学生が起訴される

●大学の自治を守る正当行為では？

### 判旨

- ・(体制を批判する政治的な) 劇の発表
- 学問の研究発表でなく実社会の政治的社会的活動である
- ∴大学の自治を享有しない
- ・学生による大学の自治の享有→反射的效果に過ぎない

### 【判例】愛知大学事件 (高裁判例)

**事案** 目的不明の警察官が大学構内で発見される

●施設・学生の管理の自治→大学の自治と警察権との関係

下級審判例

- ・原則として, 警察の捜査は許されない
- 公安活動のために学内に警察が立ち入ることは許されない
- ∴治安維持の名目で自由な学問研究が阻害されるおそれ
- ・ただ, 大学は治外法権ではない

例外が認められる

- ・正規の令状に基づく捜査
- ・大学構内で不法行為が発生→大学が警察力の援助を求める場合のみ

#### 四 表現の自由

##### 1 表現の自由の意味

集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。(21条1項)

表現の自由を支える二つの価値

##### 自己実現

- ∴思想・学問→他者に伝達されて初めて意味がある
- ∴他人の意見を聞くことで自己を高めることができる

##### 自己統治

- ・適切な代表者を選ぶには？
  - 候補者や政治家の思想が表現され、これを国民が自由に受け取ることが必要
- ∴表現の自由→国民の政治参加のための不可欠の前提

## 2 表現の自由の内容

### 【論点】知る権利

- 表現を受ける自由→当然 21 条で保障されそうだが？
- ・現代社会→マスメディアの発達，送り手と受け手との分離状況  
一般人は受け手としての地位に固定化されている
- ・情報が社会において持つ意味が飛躍的に高まる
- ∴特に知る権利の保障が重要となった

#### 内容

- ・自由権的側面→情報の取得を国に妨害されない
- ・社会権的側面→情報の公開を請求する権利（こちらが眼目）  
但し，抽象的権利→具体的な立法が必要

\* 抽象的権利…立法による内容の具体化が必要  
具体的権利…そのままで権利を主張できる

#### \*アクセス権（反論権）

- ・マスメディアに対して自己の意見の発表の場を提供することを要求する権利
- ・受け手の地位に甘んじる一般国民が送り手としての地位を要求

### 【論点】アクセス権は憲法上認めうるか

- アクセス権は憲法上の要請か

#### 【判例】サンケイ新聞事件

事案 自民党がサンケイ新聞に掲載した広告→共産党は無償で反論文の掲載を要求

判旨 アクセス権は具体的立法ない限り認められない

- ∴紙面を無料で割く→批判的記事の掲載を躊躇（萎縮的効果）  
新聞等の表現の自由に重大な影響を及ぼす

- 立法によってアクセス権を認めてよいか→認めるべきでない（学説）

- ∴反論されるべき文章かの判断→国家による言論統制を呼ぶおそれ
- ∴原則はあくまで自由権である点を重視すべき

【論点】報道の自由・取材の自由は憲法上保障されるか

- 報道は思想でなく事実の表現だが…→ 21条で保障される（判例）
  - ∴ 編集という知的作業の所産
  - ∴ 知る権利に奉仕するもの
- 報道のための取材の自由→憲法上保障されるか  
「十分尊重に値する」（判例）  
報道は取材・編集・発表という一連の行為→取材は報道の不可欠の前提

【判例】博多駅テレビフィルム事件

- 事案 裁判所が警備の様態を撮影したテレビフィルムの提出を命令  
機動隊の過剰警備の事実の有無を判断するため  
テレビ局→将来取材ができなくなるおそれがあることを理由に拒否
- 判旨 提出は拒否できない
  - ・ 報道の自由は 21条で保障，取材の自由は十分尊重に値する
  - ・ 公正な裁判の要請と取材の自由が妨げられることによる弊害  
→比較衡量して決すべき

【判例】レペタ事件

- 事案 法廷でのメモの許可→裁判長の自由裁量事項か？
- 判旨
  - ・ メモを取る行為→憲法 21条の精神に照らし十分尊重に値する
  - ・ 制限自体はできるが→特段の事情がない限り故なく妨げられてはならない

【判例】国家機密と取材の自由～西山記者事件

- 事案 女性外務事務官に取材目的で近づく→漏洩をそそのかし，国家機密を取材
- 判旨
  - ・ 取材の方法が相当なものとして社会観念上是認される場合  
→国家機密の取材も正当な業務行為
  - ・ 本件取材→相当なものとはいえず，違法性の阻却はない

【論点】営利的表現の自由は認められるか

- 営利的表現→思想・世界観を表現するものではないが？
- ・ 営利的言論→国民一般が消費者として広告を通じて情報を受け取る利益
- ∴ 一種の知る権利，表現の自由によって保護すべき
- ↓ ただし
- 保障の程度は弱い
- ∴ 自己統治に関係がない
- ∴ お金の問題→制約されても元に戻しやすい

【論点】差別的表現の保障（応用問題）

差別的表現

- ・ ある属性を共有する人々全体を一般的に標榜する表現
- ・ 特定の無能力と結びつける表現
- 表現が一定の保護の対象になることは争わない→法的規制をすることができるか
- 否定説
- ∴ 定義が曖昧である
- ∴ 集団的名誉を侵害するに止まる
- ∴ 対抗言論による是正手段によるべきである
- 肯定説
- ∴ 14条1項後段列举事由に関する集団・個人への誹謗→定義の明確化は図れる
- ∴ 差別的表現→個人の尊厳に結びついた重要な人格的利益を揺るがすものである
- ∴ 少数派自身の反論では，多数派の偏見・差別感情をはねのけることは無理である

【論点】違法行為の教唆・扇動への規制（応用問題）

● 違法行為を扇動する表現を処罰する構成要件の合憲性

判例 合憲

- ・ 教唆・扇動→表現活動としての性質はある
- ・ 重大犯罪（放火など）の教唆・扇動→社会的に危険な行為
- ∴ 公共の福祉に反し，表現の自由の保障を受けるに値しない
- × 被扇動者が違法行為を実行する危険性があること
- これだけで処罰するのはよほどの場合に限定すべき
- より限定された判断基準をもって，その合憲性を判断すべきではないか

## 集団行動の自由

### 【論点】集団行動（デモ行進など）の自由は憲法上保障されているか

- ・動く集会として 21 条で保障されている
- \*デモの場は一般国民が情報の送り手の立場に立てる数少ない場  
↓ しかし
- ・集団行動は一定の行動をとまなう（交通、場所的問題→集会の重複による混乱）  
∴他の表現の自由とは異なる特別の規制に服する  
道路・公園の利用→事前の調整が必要  
制約手段→届出制で足りる cf.許可制

### 【判例】東京都公安条例事件

- 事案** デモ行進には公安委員会の「許可」が必要とする条例→合憲か
- 判旨** 条例は合憲
- ・集団行動→一瞬にして暴徒と化すおそれ
- ・条例の内容→不許可の場合が厳格に制限され、実質的に届出制となっている

## 集会の自由

### 【論点】公共施設を利用して集会する自由

- 事案** 市民会館の使用許可の申請に対する不許可処分
- 判旨** 不許可処分は違憲
- ・公共施設を利用して集会すること→憲法で保障された国民の権利・自由
- ∴利用の許否→管理権者の単なる自由裁量に属するのではない
- ・不許可にできる場合  
利用が競合したとき・他の基本的人権が侵害される場合の二つの場合  
↓ 人権が侵害される場合でも
- ・集会の自由の重要性と他の人権との比較衡量をして不許可の場合を決定  
人権侵害の危険性について明らかな差し迫った危険の発生が  
具体的に予見されることが必要

\*結社の自由→詳しくは労働基本権の項目で

### 3 表現の自由の限界

表現は思想の外部表明→他の利益と衝突するおそれ、一定の制約に服する

↓ しかし

制約の憲法上の根拠である公共の福祉→不明確

∴いかなる制約が憲法上許されるか、判断基準が必要

\*二重の基準の理論→精神的自由権→経済的自由権より厳格な基準で判断

#### 文面審査

##### (1)事前抑制原則禁止の法理

表現活動の事前抑制→原則として許されないとするもの

∴抑止的効果が大きい

∴明確な基準・手続が定められないままされることが多い→濫用の危険性が高い

検閲は、これをしてはならない（21条2項）

【論点】検閲の定義

●定義

\*判例による検閲の定義（税関検査最高裁判決）  
 行政権が主体となって、**思想内容等の表現物を対象とし**、  
 その全部又は一部の**発表の禁止**を目的として、  
 対象とされる一定の表現物につき**網羅的一般的に**、  
**発表前**にその内容を審査した上、**不相当と認めるものの発表を禁止**すること

★ポイントは a 主体 b 対象 c 時期

判例→ a 行政権 b 思想内容などの表現物 c 発表前

\*判例は表現物の発表の禁止を目的とすること，網羅的一般的審査を要求

学説→ a 公権力（裁判所も含む） b 表現内容 c 受領前

●事前抑制との関係

判例からの帰結

→検閲と事前抑制とは別の概念，検閲は絶対禁止，事前抑制は例外を認めうる

学説からの帰結

→検閲と事前抑制は同じ，検閲も厳格な要件の下で許されることになる

【判例】税関検査の合憲性

●「公安又は風俗を害すべき書籍」を輸入してはならないとの規定

税関は書籍等を検査→国内では到底許されない表現物の事前抑制を行うもの  
 違憲ではないのか？

判旨 税関検査は合憲

・（検閲の定義から）検閲ではない。

税関検査は思想内容の審査・規制を目的とはしない

・表現物は国外で発表済みである

・司法審査の機会も与えられる

・水際において有害図書の流入を食い止める必要性

【判例】北方ジャーナル事件

事案 特定人の名誉を毀損するおそれある記事→仮処分による 発表の事前差止

判旨

- ・ 検閲ではないが事前抑制→差止には厳格な基準を満たすことが必要
- ・ 例外的に事前差止が許される要件→ a かつ b を満たすこと
  - a 表現内容が真実でない
  - または
  - それがもつばら公益を図る目的のないことが明白である
  - b 被害者が、重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあるとき

【判例】岐阜県青少年保護育成条例

事案 青少年の健全な育成を阻害するおそれがある図書を知事が有害図書に指定  
青少年への販売・自動販売機への収納が禁止

判旨

- ・ (前述の定義から) 検閲ではない
- ・ 青少年への悪影響→社会 共通の認識  
結果として成人の読む自由が制約されてもやむを得ない
- ・ 有害図書の定義→不明確とはいえない
- ・ 平等→地方によって異なる制約は憲法が予定

【論点】教科書検定

●教科書検定制度の合憲性

合憲とするのが判例

- ∴国には必要かつ相当な範囲で教育内容を決定できる
- ∴思想内容を対象としてない、一般図書としての発行は可能である→検閲でない
- ∴研究の発表という観点からは→教科書で発表できないのみ

(2) 明確性の理論

精神的自由を規制する立法（または刑罰法規）は明確でなければならない

→ 不明確な法令は**文面上**違憲無効

・ 漠然性故に無効

∴ 法文が不明確だと許される行為まで差し控えさせる（萎縮的效果がある）

・ 過度の広汎性の故に無効

∴ 規制の範囲があまりにも広汎→許される行為まで処罰の対象になる

【判例】徳島市公安条例事件

事案 「交通秩序を維持すること」の文言は不明確か

判例による明確性の有無についての判断基準

・ 通常判断能力を有する一般人が

・ 具体的場合において当該規定の適用があるかどうかを判断できるか

∴ 一般人の予測可能性を確保することが必要かつ十分

## 目的・手段審査

### (1) 明白かつ現在の危険の基準

表現の内容を直接に規制する法律（処分）に用いる

**要件**（→非常に厳格）

- ・ 実質的害悪を引き起こすことが明白であること
- ・ 実質的害悪が重大で、時間的に切迫していること
- ・ 当該規制手段が害悪を避けるのに必要不可欠であること  
→ 以上を立法府が証明できなければ違憲無効になる

### (2) 「より制限的でない他の選ぶる手段」= LRA (less restrictive alternative) の基準

- ・ 目的は正当と認められる場合に用いる
- ・ 必要最小限度の規制手段を要求する
- ・ 表現の時、所、方法に関する規制の合憲性を検討するに有用

## 第五章 経済的自由権

### 一 職業選択の自由

#### 1 意義…自己が従事する職業を決定する自由→自己実現，生存の確保

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（22条1項）。

#### 【論点】営業の自由は認められるか

選択した職業を遂行する自由を認めなければ意味がない  
 ∴ 22条で保障されている

#### 経済的自由権の限界

- ・ 経済的自由権は精神的自由権に比較して強度の制約を受ける
- ∴ 制約の必要性が高い
- ・ 国民の生命・健康に害悪をもたらすおそれがある
- ・ 社会国家の理念の実現のため制約する必要
- ∴ 不当な制約がされても，民主政の過程で回復可能

#### 2 規制の種類

##### 目的別

- ・ 消極目的の規制（警察的規制）  
 → 国民の生命・健康に対する危険を防止・除去・緩和するために課せられる規制
- ・ 積極目的の規制  
 → 福祉国家の理念，社会・経済的弱者の保護  
 ↓  
 一般に前者の方が厳格な基準で判断される

##### 態様別→届出制か許可制か

- ・ 一般に許可制の方が制約の度合いが強い→違憲になる可能性も高い

#### 3 合憲性判定基準

##### 消極目的規制の合憲性判断→厳格な合理性の基準を用いるべき

- ∴ 警察比例の原則（制約は障害の大きさに比例しなければならない）が妥当する
- 例 目的が重要であること，目的達成ができるより緩やかな手段がないこと

##### 積極目的規制の合憲性判断→合理性の基準

##### 例 目的が正当か

- 手段について明白性の原則＝規制措置が著しく不合理であることが明白でないか  
 （著しく不合理であることが明白であって初めて違憲となるとの基準）

【判例】小売市場距離制限判決

**事案** 小売店舗開設の許可条件として適正配置を要求する立法の合憲性

**判旨** 合憲

- ・経済的自由の制約→消極目的と積極目的を区別
- ・積極目的の立法→明白性の原則が妥当
- ・本件立法の目的→小売商の保護・積極目的

【判例】薬事法距離制限違憲判決

**事案** 薬局の開設に適正配置を要求

**判旨** 立法の合理性はなく違憲

- ・消極・積極二分論
- ・本問立法は不良医薬品の供給防止→消極目的  
目的と手段との間に合理性はない  
より緩やかな制限でも目的達成できる

【判例】公衆浴場距離制限判決

**事案** 公衆浴場の開設に適正配置を要求した法律

**判旨 1** (昭和 30 年) 合憲

- ・消極・積極二分論
- ・過当競争による衛生設備の低下→国民保健・環境衛生の保持が目的
- \*消極目的なのに合憲といえるのか？

**判旨 2** (平成元年) 合憲

- ・自家風呂の普及→転廃業の難しい業者の保護目的も併有する
- ・積極目的の点から明白性の原則を使用

【判例】酒類販売の免許制

**事案** 酒類販売業の免許制は合憲か

**判旨** 免許制は合理的, 合憲

- ・許可制を採る立法の合理性→本来厳しく判断すべきである
- ・租税立法には専門的・技術的知識が必要→立法府の広い裁量が認められる  
以上から緩やかに判断(著しく不合理な制約でない限り合憲)
- ・目的→酒税の確実な徴収, 酒には致酔性があり管理の必要性
- \*最後の二者の判例  
規制目的によって単純に二分できない場合の例

## 二 居住・移転の自由

自己の住所または居所を自由に決定し移動すること

→知的な接触の機会を得るために重要な権利，精神的自由権に準じる保障が必要

### 【論点】海外旅行の自由

22条2項説（判例）

∴外国移住と類似する

∴1項は国内，2項は外国と考える

cf. 22条1項説

∴一時的移転は1項，永住は2項で考える

### 【判例】帆足計（ほあしけい）事件

事案 戦時下，モスクー会議出席のために旅券を申請→発給を拒否

●発給拒否処分の根拠となった旅券法・処分の合憲性

判旨 旅券法・処分とも合憲

・「著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する行為」

→漠然性故に無効とはいえない

・占領治下の国際情勢の下，モスクー会議に出席すること

→上記文言にあたる

↓ 批判

×旅券は渡航許可証ではない→原則発給されなければならないのでは？

×旅券法→法文上具体的に何が禁止される行為か判断できない

#戦時下の日本という特殊状況において維持される判決

### 三 財産権の保障

#### 1 財産権保障の内容

財産権は、これを①侵してはならない（29条1項）

- ①「侵してはならない」
- ・ 具体的な財産権の保障
  - ・ 私有財産制の保障（制度的保障）

#### 限界

財産権の内容は、①公共の福祉に適合するやうに、②法律でこれを定める（29条2項）

- ①特に公共の福祉の文言を使う→特別の制約（政策的制約）を容認する趣旨と読める  
 ②法律でこれを定める→法律による一般的制約に服する

#### 【判例】森林法共有林分割制限違憲判決

事案 共有林の分割制限→過半数の持分を有しないと分割できない

#### 判旨

- ・ 財産権は立法によって制約される  
 →その目的は消極的なものから積極的なものまで様々
- ・ 立法府の判断を原則は尊重すべき  
 必要性・合理性に欠けていることが明らかな場合→初めて違憲判断を下せる
- ・ 立法の目的（森林経営の安定）は合理性あり  
 手段の相当性→必要性・合理性を満たさないこと明らか
- ∴ 森林の範囲，期間の限定がない，価額賠償による合理的分割が可能
- \* 経済的自由権→二分論を使わない憲法判断  
 数少ない法令の違憲判決

## 2 補償の要否

私有財産は、①**正当な補償**の下に、これを②**公共のために**③**用ひることができる**（29条3項）

- ①「正当な補償」→どのような場合に、どの程度の補償が必要か  
**趣旨** 特定個人への損失→全体で負担して平等原則を実現すること  
 ②公共ために→公共事業に限らない。公益のためであればよい  
 ③用ひる…強制的制限、収用

### 【判例】河川付近制限令による河川敷の利用制限

- 事案** 河川敷の利用には知事の許可が必要との法改正  
 →許可を得られなかった砂利採集業者が従来からの操業の継続が不可能になる
- 補償規定がない河川法による河川敷の利用制限の合憲性
- 判旨** 違憲ではない
- ・制限は健全な河川の管理を目的とする公共の福祉のためのもの  
 →何人も受忍すべき、補償は不要
  - ・相当の資本を投入した事業が営めなくなる→損失補償が必要とみれなくはない  
 ↓ しかし
- 29条3項を根拠に補償請求をする余地がないわけではない  
 →損失補償に関する規定がないからといって同法令が違憲とはいえない
- \*補償規定なくとも29条3項を直接の根拠に補償請求ができる可能性を示唆  
 →実際に補償請求を認めたわけではない点に注意

【論点】補償の要否の判断基準

●補償の要否の基準は？→条文上明確でない

通説 2項と3項の解釈から補償の要否を導く

・2項による制約は一般人に対する制約で補償不要

↓ 代わりに

財産権の本質的内容を侵すような強度の制約はできない

・3項による制約は特定人への特定の制約→補償必要

補償の要否判断の基準

・規制対象が一般人か特定人か（形式的要件）

・内在的制約として受忍すべきか

財産権の本質的内容を侵すほど強度な制約か（実質的要件）

cf. 有力説→条文の構造に補償の要否の基準をおかない

補償の要否の判断基準

・財産権の剥奪，本来の効用の発揮を妨げるような侵害

→特段の事情がない限り補償が必要

・その程度にいたらない規制→補償不要（社会的制約として受忍）

∴一般人への法律による制約でも補償が必要な場合がある

→もっぱら実質的要件だけで判断すべき

・本来の効用とは無関係の規制→補償必要（例文化財保護法）

∴本来の効用とは無関係の規制→内在的制約ではない

【判例】奈良県ため池条例事件

事案 ため池の堤とうに農作物を植えることを禁止する条例の合憲性

判旨 合憲

∴災害を未然に防止するという社会生活上の必要

∴堤とうの使用はそもそも財産権の行使の埒外

\*従来から耕作をしてきた者の既得の利益を保護しなくてよいのか

【論点】どの程度の保障が必要か(「正当な補償」の意義)

完全補償説 当該財産の客観的な市場価格を全額補償すべき

∴平等原則→全員で個人の損失を負担すべき

cf. 相当補償説 当該財産について合理的に算出された相当な価額で足る

\*戦後の農地改革

【論点】生活権補償

●同じ成業を営めなくなる→この点についての補償は？

完全補償説の趣旨から、補償は憲法上の要請

↓ ただし、

請求には立法的手当が必要(抽象的権利)

∴29条3項の条文→直接の請求ができるほど明確ではない cf. 25条

【判例】予防接種禍(地裁判例)

事案 予防接種の副作用で死亡→損失補償は？

●身体は財産ではない

判旨 29条3項類推で補償請求を認める

∴身体は財産より重要

cf. 国家賠償請求による説

## 第六章 社会権

### 一 生存権

すべて国民は、②健康で文化的な最低限度の生活を営む①権利を有する（25条1項）

#### 1 法的性格

①国の積極的措置を求める権利

②但し、抽象的権利→25条を請求の根拠とはできない

∴最低限度の生活水準および達成方法を裁判所が定めることは難しい

#### 【論点】25条の法的性格

##### 抽象的権利説

・法的権利と認めるべき

・健康で文化的な生活という基準は抽象的→時代・場所等によって変化する概念

∴法律による具体化を待って初めて裁判規範たりうる

##### プログラム規定説（判例？）

・国家の努力目標を示したにすぎない

・国家には生存権を積極的に保障する法的義務はない

×わざわざ権利として規定した意味を無にするものである。

##### 具体的権利説

25条に直接の裁判規範性を認めるべき

∴健康で文化的な最低限度の生活→客観的に算定しうる

注 具体的権利説でも25条を根拠に生活扶助金等の支払請求できるわけではない

もっぱら立法不作為の違憲確認請求を認めるための説

cf. 29条の損失補償→具体的立法なくても憲法を根拠に請求可能（河川法判例）

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①努めなければならない（25条2項）

① 1項を受けて国の責務を明確にしている

【論点】25条1項と2項の関係

1項2項を一体と解する説

・ 1項は生存権を保障した規定

2項は1項を受けて、生存権の実現を国に責務として課すもの

cf. 1項2項分離論（堀木訴訟高裁判例）

・ 1項→救貧が国家の責務「最低限度の生活」「権利」

2項→防貧は国家の努力義務「向上及び増進に…努めなければ」

×救貧施策の範囲を狭くとらえる→プログラム規定とあまり変わらなくなるおそれ

【判例】堀木訴訟

事案 障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止

→児童扶養手当の受給申請を却下

●併給禁止規定→25条・14条違反ではないか

判旨 違憲とはいえない

∴国会の裁量→非常に広汎

∴いずれも生活扶助の一種である

∴障害が複数あるからといって稼得能力が比例して減少するとはいえない

## 2 生存権侵害への救済方法

### 【論点】生存権について立法不作為

●裁判所へ救済を請求できるか？

#### 救済の方法

①立法の義務づけ訴訟②不作為の違憲確認訴訟③国家賠償請求

救済方法として何が認められるか→25条の法的性質と関わりとされてきた

(1)プログラム規定説，抽象的権利説から→一切救済はない？

①について 否定 ∵三権分立に反する

②について

肯定説 自由権的側面の侵害があれば肯定できる

否定説 確認するだけでは意味がない，現行法上訴訟を認める規定がない

③について

肯定説 損害を観念しうる・自由権的側面の侵害があれば肯定できる

否定説 25条には具体的権利性がない→具体的立法がない限り請求できない

(2)具体的権利説から

①について否定 三権分立に反する

②について 肯定するのが一般→25条違反の違憲確認できる

③肯定

\*最近の議論 法的性格とは関わりなく，本論点を考えるべき

→ただし，答練では，素直に法的性質を論じてから

### 【判例】朝日訴訟

事案 生活扶助費が月額600円のまま増額されない

→厚生大臣の不作為は25条に反していないか？

判旨 25条違反はない

・25条はプログラム規定

・何が健康で文化的な生活かの判断は厚生大臣の裁量に委されている

## 二 教育を受ける権利

自己の人格を形成発展，完成させる→教育はその手段

すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。(26条1項)

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。義務教育は、これを無償とする。(26条2項)

### 【論点】教育を受ける権利(26条1項)の内容

- ・ 国民各自→自己の人格を完成するために必要な学習をする権利
- ・ 子供の学習権の保障→子供が教育を施すことを大人に対して要求する権利

### 【論点】教育権(教育内容の決定権)は誰が握っているのか

#### 国家教育権説

- ・ 代表民主制の社会→教育内容は国会の立法を通じて決定される
- ・ 一定水準の教育内容が確保されなければならない

#### 国民教育権説

- ・ 親及びその委託を受けた教師に教育権はある
- ・ 国は教育の条件整備の任務を負うに止まる

#### 旭川学テ事件判決

- ・ いずれの説も極端かつ一方的である
  - ・ 親・教師にある程度の教育内容を決定する権限あり
- ↓しかし
- ・ 一定水準の教育内容の確保のため，教師の裁量は全くの自由ではない
  - ・ 国家は必要かつ相当と認められる範囲で教育内容を決定できる
- \* 結局教育内容の決定に国家に広範な裁量を認めたもの

### 三 労働基本権

- ・労働組合に関する権利

趣旨 現実的な労使間の力の差→労働者は不利な立場

∴労働者を使用者と対等の立場に立たせることを目的

①勤労者の②団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する（28条）

①勤労者 労働力を提供して対価を得て生活するもの（×商人，事業主）

②団結権，団体交渉権，団体行動権

\*本規定は私人間に直接適用される

→使用者による労働基本権の侵害は不当労働行為として禁止される

#### 【判例】三井美唄（びばい）炭坑事件

事案 立候補をしようとした組合員に不利益処分を課す

判旨 不利益処分をしたのは違法

- ・立候補の自由は選挙権と表裏をなす権利→15条によって保障される
- ・立候補の自由・統制権のいずれも重要な権利→比較衡量によって決すべき
- ・勧告又は説得の域を越え処分をすることは許されない

\*労働基本権の特質（結社の自由との比較）

労働者が使用者と対等に交渉できるための権利

→団体側の権利が強化され，構成員の権利を合法に制限できる

∴労働基本権の強化のため

- ・加入強制がある→加入しない自由・脱会の自由は認められない
- ・強力な統制権が認められる→団体の決定に拘束される度合いが強い
- ・社会権的側面がある→国家に救済を求めることができる

## 第七章 人身の自由・国務請求権・参政権

### 一 適正手続

#### 1 31条の適用範囲

人権制約を許す場合→その手続を厳格にしよう（人権保障のため）

何人も、①法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは、自由を奪われ、又は②その他の刑罰を科されない（31条）

①法律が手続を定めさえすればよいのか？

- ・内容自体が適正でなければならない
- ・実体法も法律で定めなければならない、内容も適正でなければならない  
→刑法でいう**罪刑法定主義**を定めたもの

∴予測可能性の確保、権力の濫用防止→人権保障の実現のため

②刑罰だけか？→【論点】31条と行政手続

## 2 適正手続の内容

### 告知と聴聞

国家が国民に不利益を課す場合→あらかじめ内容を告知し、弁解と防御の機会を与える

#### 【判例】第三者所有物没収事件

- 事案** 貨物の没収処分→第三者の財産が混じっていた  
 第三者に財産権擁護の機会を与えてよいのか？
- 判旨** 第三者に告知聴聞の機会を与えないままの没収→違憲
- ・被告人に対する没収により、第三者の所有権が剥奪  
 →この点は考慮しなければならない
  - ・第三者にも事前に告知、弁解防御の機会を与えるべき
  - ・被告人は第三者自身ではないが？→刑罰は被告人に対するものである

#### 【論点】人身の自由関係の最新判例（応用問題）

- 接見交通権と接見指定の合憲性
- 判例** 接見指定の制度→制約の程度は低く、範囲も限られており、合憲
- ・弁護人依頼権は、弁護人に援助を受けることを目的とする権利  
 接見交通権→弁護人依頼権に由来するもの
  - ・捜査権の行使は憲法が認めているもの  
 →接見交通権がこれに絶対的に優先するとはいえない
- ∴両者を合理的に調整する規定を設けることは可能
- #弁護人からの援助を受ける機会を持つという趣旨を実質的に損なわない限り
- 呼気検査の合憲性→不利益供述の強要禁止に反しないか
- 判例** 合憲
- ・呼気検査の目的→酒気帯び運転の防止、供述を得ようとするものではない

#### 【論点】幼年者への接見制限（応用問題）

- 監獄法施行規則により幼年者への接見を制限することの合憲性
- 判例** 違憲
- ・目的→幼年者の心情を害することがないようにという配慮  
 法律に定められた目的の範囲に含まれない
  - ・法律によらないで接見の自由を著しく制限するもの

### 3 31条と行政手続

#### 【論点】31条と行政手続

- その他の「刑罰」(31条)を科せられない
  - 31条は刑事手続以外の行政手続に適用されるか?
- 判例 一般の行政手続にも準用すべき
- ∴積極国家の理念→行政手続による人権侵害の危険
- ∴刑事手続と異なる人権侵害を伴う場合もある
  - ↓ ただし
- 行政の円滑な運営の利益との調整が必要

#### 【判例】川崎民商事件

- 事案 税務署の質問検査権に基づく調査
  - 令状主義(35条), 黙秘権の保障(38条)に反するのではないか
- 判旨 質問検査権・調査とも合憲
  - ・35条, 38条→行政手続にも原則及ぶ
  - ・しかし, 質問検査権は合憲
- ∴刑事責任追及のための資料の取得収集に直接結びつく作用を有するものではない
- ∴強制の度合いが低い, 実効性のある検査制度が不可欠

## 二 裁判を受ける権利

- ・ 権利・自由の救済を要求する権利（裁判の拒絶は許されない）
- ・ 公平な機関以外によって裁判されることがない（裁判所）

### 【判例】高田事件

**事案** 本件の審理が 15 年以上放置される

**判旨**

- ・ 審理の著しい遅延，被告人の権利が害されたような異常な事態の発生  
→ 37 条 1 項によって審理をうち切る，免訴とすべき

### 三 参政権

#### 1 参政権の内容

国の政治に参加する権利

- ・選挙権（15条）
- ・公務就任権

選挙→公務員という国家の機関を選定する行為

- \* 国家機関が存在しなければ国家運営はできない
- ∴ 選挙権は「公務」としての性格も有する

#### 【論点】選挙権の法的性質

##### 権利説

- × 国家の機関を選定する側面を看過するものである
- \* 本説からは自由選挙の原則を厳格に守るべきことになる

##### 公務説

- × 制約が容易に認められることになりかねない
- \* 未成年者や選挙犯罪人の選挙権喪失を容易に説明できる
- ∴ 二元説が妥当→右の双方の性質を併せ持つと考えるべき

\* 在宅投票制度の廃止など選挙に関する事項を論じる際に問題となる

#### 【論点】選挙権の制限（応用問題）

##### ● 選挙犯罪者等の公民権停止

二元説・公務説→合憲、権利説→違憲という結論が導かれやすい

##### 判例 合憲

- ・ 選挙権は国民の最も重要な基本的人権の一つ
- ・ 選挙の公正はあくまで厳粛に保持されるべき
- 選挙から遠ざけることは、選挙の公正を確保し、反省を促すための措置として適切

##### ● 選挙運動の総括主催者・管理者による選挙犯罪

→ 候補者の当選無効・立候補禁止を定めるもの（拡大連座制）の合憲性

##### 判例 合憲

- ・ 合理性の基準を用いる
- ・ 立法目的 公職選挙の公明・適正の保持
- ・ 連座制の適用範囲に相応の限定、免責事由も定められている
- 目的達成のための手段としての必要性・合理性を満たす

## 2 選挙に関する基本原則

- 普通選挙 財力、性別などを選挙の要件にしない
- 平等選挙 選挙権の価値の平等。一人一票
- 自由選挙 棄権しても制裁を受けない
- 秘密選挙 誰に投票したかを秘密にする
- 直接選挙 公務員を直接に選挙（間接選挙・複選制）

### 【論点】議員定数の不均衡

- 議員定数の配分に不均衡（人口数対議員定数の比率が地域によって異なる）

→投票価値の不平等により選挙は無効になるかについて

- (1)投票価値の平等は憲法上の要請か

実質的に一人一票の原則に反する→憲法上の要請と考えるべき

- (2)違憲審査基準をいかに考えるか

選挙権→民主制を支える重要な基本権

∴精神的自由権と同様の厳格な審査に服する

- (3)どの程度の格差が生じた場合違憲となるか

選挙権における平等の意味→形式的平等というべき

∴個人の価値の平等が端的に要請される

↓ ただし

選挙区割→技術的要請も無視できない

∴それでも2対1以上の格差は違憲

- ・但し選挙は無効としない（事情判決，行政事件訴訟法 31条）

\*発展 衆議院と参議院で考え方を変える

- ・衆議院→もっとも最新の民意を反映せねばならない

- ・参議院→安定した民意の反映，半数改選の技術的要請

∴衆議院の方が格差の広がりは是認されない

- 本論点における判例の特徴

- ・どの程度の格差が違憲なのか不明確

衆議院ではの格差一对三は認めている

参議院では一对五の格差まで認めている

- ・非人口的要素（地域代表など）の重視

- ・将来効判決→選挙を無効にしない

- ・是正しなかった国会議員の行為（立法不作為）

→是正のための相当期間を経過しないと違憲にならない

【論点】 地方議会における議員定数不均衡（応用問題）

- 人口に比例して、条例で定めなければならない（公職選挙法）との規定
  - 国会議員の選挙に比べ、厳格な人口比例を要請するものか？
- ・ 特に差がないと見るべき
- ∴ 選挙権→政治的意思決定に参加する権利，地方・中央で同質
- \* 判例は1対3までの格差は合憲としている

【論点】 選挙犯罪の捜査と投票の秘密（応用問題）

- 選挙犯罪の捜査を目的とした特定候補者名記載の投票用紙の差押え
    - 投票の秘密を害するものではないか
- 判例 合憲
- ・ 投票内容を探索する目的でされたものではない
  - ・ 投票内容が外部に知らされたとの事実も伺えない
  - ・ 指紋照合に使用された指紋に上告人らの指紋は含まれていない
    - 上告人らの投票内容が外部に知らされるおそれもなかった
  - ∴ 投票の秘密を侵害したとも、侵害する現実的・具体的危険も生じていない

【論点】 小選挙区制，拘束名簿式比例代表制，重複立候補制の合憲性（応用問題）

判例 いずれも合憲とする

- ・ 小選挙区制について
- ∴ 死票はいかなる選挙制度でも生ずる
- ∴ 少数派・野党も多数の議席を獲得する可能性がある
- ・ 拘束名簿式比例代表制について
- ∴ 選挙人の相違により当選人が決まる→直接候補者を選ぶ場合と変わることはない
- ・ 重複立候補制について
- ∴ 国会の広い裁量
- ∴ 重複立候補できる者
  - 候補者届出政党，名簿届出政党両方の要件を満たす場合に限定
  - 合理性があり不当に立候補の自由・選挙権を侵害するものではない

【論点】衆参同日選挙の合憲性（応用問題）

●衆参同日選挙の問題点

→参議院の独自性を希薄にする

緊急集会の開催を著しく困難にするものではないか

合憲説

∵選挙制度の仕組み・任期の違い→参議院の独自性は十分確保できる

∵参議院単独の通常選挙でも緊急集会の開催は困難になる

→衆参同日選挙を違憲とする理由にならない

\*判例は統治行為論を用い、判断に踏み込まなかった

### 3 参政権と表現の自由～選挙運動

#### 【論点】選挙運動の自由

選挙運動の自由→表現の自由で保護，最大限の保障が与えられるべき  
 ∴表現の自由の自己統治の価値が端的に現れる場面  
 ＊いわゆる演説，ポスターだけでなく，すべての選挙運動がここで保障  
 ↓ ただし  
 公正な選挙の確保のため一定の制約は必要→制約については厳格な基準で

#### 【判例】戸別訪問の禁止の合憲性

判旨 禁止規定は合憲  
 ・不正の温床になる ×それを立証する事実はない  
 ・有権者にとって迷惑 ×時間制限で対処  
 ・義理・人情による判断 ×それでもよいのでは（有権者を馬鹿にしている）  
 ・金がかかる ×大きなお世話？  
 # ×の記述からすると禁止規定は違憲ではないか？

#### 【論点】選挙の事前運動の禁止（応用問題）

●一切の事前運動を禁止する規定の合憲性  
 判例 合憲  
 ・事前運動の許容→不当・無用な競争を招き，選挙の公正を害するおそれがある  
 ・経済力の差による不公平，政治腐敗を招来するおそれ  
 ∴表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限

#### 【論点】候補者のみならず，政党にも選挙運動を認める規定の合憲性（応用問題）

判例  
 ・所定の要件を備えた政党に属する候補者と政党に所属しない候補者  
 →選挙運動の上で差異が生じる  
 ・差異が一般的に合理的に有するとは到底考えられない程度に達している場合  
 →憲法 14 条違反を来す

## 第八章 憲法訴訟の判断の仕方

### 一 総論

論文試験問題→行政庁の処分，国会の立法・地方議会の条例の合憲性を問うものが多い

#### 立法の合憲性の有無の判断の仕方

①文面審査→文面だけから無効でないか

↓明らかでない

②目的手段審査→立法目的は合理的か，目的達成の手段は合理的か

・実際の社会に存在する事実に適合しているかを判断するもの

(これを立法事実の有無を判断するという)

\*立法事実 立法をを支える事実

#### 行政処分の合理性の有無の判断の仕方

・判断権者の裁量の範囲といえるかの問題

→この合法性の判断でも，結局目的と手段の合理性の有無をみることになる

### 二 合憲性判定基準のまとめ

#### 1 総論

・実際は結論から考える（その結論が導かれるようにあてはめを工夫）

・基準の文言は本来決まったものではない（憲法訴訟法はない）

→判断基準として使う文言を決めておかなければならない

#### 2 処分の合憲性判断

基準の文言は的外れでなければ何でもいい

##### ●基準の立て方

①事情を二つ三つあげる

例 権利の性質 精神的自由権か，経済的自由権か

規制態様 許可が原則か否か

制約の程度，制約の目的，制約が問題となる場面など

②以上の事由から行政府の裁量の範囲が広いか狭いか書く

③そのうえで，裁量の範囲内か否か書く→妥当な結論が出るようにあてはめ

### 3 立法の合憲性判定基準

#### 文面審査の基準

- ・ 刑罰法規・精神的自由権の制約立法の合憲性判断に用いる
- 例 事前抑制・明確性の理論（過度に広汎でないか・不明確でないか）

#### 目的・手段審査の基準

- 違憲性の推定が働く制約立法は**厳格**に判断する
  - ・ **厳格な基準**
    - 対象 表現の自由の内容規制
    - 例 明白かつ現在の基準
  - ・ **厳格な基準**（少し緩やかなもの）
    - 対象 内容中立規制，選挙権，プライバシー権，平等権の後段列挙事由による区別
    - 例 目的の必要不可欠・手段のLR A
- \* 政教分離の目的効果基準，検閲の基準，思想・良心の自由に注意
- 合憲性の推定が働く制約立法は比較的**緩やか**に判断
  - ・ **厳格な合理性の基準**
    - 対象 経済的自由権の消極目的規制，社会権の自由権的側面の制約立法
    - 例 目的の重要，手段の実質的合理的関連性 or LR A
  - ・ **合理性の基準**
    - 対象 経済的自由権の積極目的規制の場合，その他（原則）
    - 例 目的が正当
      - 手段が不合理であることが明白でない or 目的と手段の合理的関連性
- \* 目的が混在する場合
  - ・ 規制の態様といった別の事情を加味する
  - ・ 一方の基準で押し切る
- \* 平等権が問題となる場合
  - ・ 後段列挙事由は既に述べたとおり
  - ・ そうでない場合
    - 平等権と一緒に問題になる権利の内容から判断

第三部 統治機構

序章 統治総論

一 権力分立の原理

1 内容

国家権力が単一に集中→濫用のおそれ

↓そこで

国家の諸作用を性質に応じて区別・分離→相互に抑制と均衡を保たせる

・権力分立を示すキーワード

自由主義的，悲観的・懐疑的な原理，不可避の摩擦

権力分立の諸類型

	国会の地位	裁判所の地位，裁判権の範囲
大陸法系	国会の優位	刑事・民事（不信・違憲審査権なし）
英米法系	三権は対等	刑事・民事・行政（信頼・審査権有り）

【論点】権力分立の現代的変容

●行政国家現象

福祉国家の理念の実現の要請

→行政府の活動範囲が飛躍的に増大，政策決定に中心的役割を果たす

↓ 結果

人権侵害のおそれ，行政権への歯止めが必要

具体的方策

- ・議会主義の復権→国政調査権の行使，帰属先不明の国家作用は国会の権限と推定
- ・裁判所による違憲審査の積極的行使

【論点】司法消極主義か司法積極主義か

原則 裁判所は国会の立法を尊重すべき（合憲性の推定が働く）

- ・憲法判断をする必要がない場合

→できる限り判断を回避すべき（憲法判断回避の準則）

∴立法→国民代表機関たる国会によって制定

∴裁判所→司法権の独立，国民からもっとも遠いところにいる

↓ しかし

**精神的自由権・参政権**→民主政の過程の一部，少数者の人権が侵害されやすい

∴このような場合は積極的に違憲審査しなければならない

\* 司法国家現象

違憲審査制によって司法権が議会・政府をコントロールする状況

## 2 政党

政治的意見を同じくする者が結成する集団→政治権力に参加して意見を実現するため

- ・機能→民意の統合・媒介・実現
- ・性質→私的結社だが公的側面が強い

＊政党国家現象

政党が国家意思の形成に事実的主導的な役割を果たす

↓ 結果

国会対内閣→与党対野党の対抗関係へと変化

### 【論点】政党は憲法上いかに扱われているか

- 日本国憲法の政党への態度→？敵視，無視，承認，憲法的編入のいずれか  
→憲法は当然のものとして予想している（判例）
- ∴政党→民意を統合・媒介・実現する役割  
議会制民主主義を支える不可欠の要素
- ∴議院内閣制（66条3項・67条等）

### 【論点】政党法の制定は合憲か

事例 「党内部秩序は民主的でなければならない」など憲法価値の尊重を要求  
「資金の出所及び用途について公的に報告しなければならない」等の立法の合憲性

#### 検討

政党は私的結社だが公的側面が強い→より強度の制約をなし得るのでは？

↓しかし

- ・政党の健全な発展を侵すおそれがある
- ・大政党による少数党の自由侵害の危険
- ∴法的義務を課すものでなく訓示的なものに止まるのが原則
- ＊このようなおそれがなく，必要な利益を確保する目的ある場合  
→法的義務を課すことが合憲となる場合もある

例 政治資金規正法

## 第一章 国会

### 一 国会の地位

#### 1 国権の最高機関と唯一の立法機関

国会は①国権の最高機関であり，②唯一の立法機関である（41条）

- ①国権の最高機関 国会議員→国民が直接選任する  
→国政の中心的地位を占める機関であることを強調する意味
- ②唯一の立法機関
  - ・立法権を国会が独占ということ

**国会中心立法** 国会以外の機関には法の定立を許さない

\*憲法上の例外 議院・最高裁の規則制定権（58条2項，77条）

**国会単独立法** 法律の制定過程には国会以外の機関の参与を許さない

\*憲法上の例外 地方特別法の住民投票（95条）

【論点】国権の最高機関の意味

●国権の最高機関の意味

→国会の権限（例 国政調査権）の法的性質をどう考えるかに影響する

政治的美称説

・国会議員→国民が直接選任する

国政の中心的地位を占める機関であることを強調する意味があるに過ぎない

cf. 統括機関説

・国会…統治権の総攬者「天皇」<sup>そうらん</sup>に変わる機関

×国会は解散権や違憲審査権に制約されている

内閣、裁判所もそれぞれの国家作用において最高の機関

【論点】立法の意味

●法律と他の様々の法形式との関係で問題になる

一般的・抽象的法規範（＝およそすべての法）をさすとする説

∴憲法が唯一の立法機関とした趣旨を重視

cf. 法律のこととする説

×国会の定立する法が法律→同義反復になる

cf. 国民の権利・義務を定める法規範（＝法規）とする説

×行政組織についても法律で定めたい（民主的責任行政の確立）

### 国会中心立法と政令との関係

- ・明治憲法下の独立命令，緊急勅令→41条に正面から抵触する

#### 【論点】憲法を直接執行する命令は許されるか

\*執行命令→法律を執行するための命令

- 憲法及び法律の規定を実施（73条6号）の文言の解釈

結論 許されない

∵内閣に立法権を認めるも同然の結論になる

∵「憲法及び法律」は，一体として把握すべき

#### 【論点】委任立法は許されるか

- 根拠となる明文がないが？→制定できる

∵罰則すら法律の委任があれば制定しうる（73条6号）

∵専門的・技術的立法の必要性

↓ただし

国会中心立法の意味を失わうおそれ

→委任の程度は個別的・具体的でなければならない

##### 具体的検討

- ・白紙委任→許されない
- ・罰則の委任 罪刑法定主義→特に**嚴重な要件**の下で許される  
要件 立法の目的，概括的構成要件・刑の範囲が定められる必要
- ・再委任（政令→省令など） 国会のコントロールが及びにくくなる  
やむを得ない合理的理由があり，  
受任者の裁量の余地が厳しく限定された場合のみ許される

国会単独立法に関する問題点

【論点】内閣の法案提出権は合憲か

●問題点

①法案提出権は立法の過程で重要な地位を占めているか

②内閣に法案提出権を認めるのは合憲か

↓

①について占めていないから合憲とする説

∴立法の過程で重要なのは、審議、可決の過程

→国会の審議権が確保されていれば、問題ない

①について重要な地位を占めているから違憲とする説

∴行政国家現象の下、内閣の権限を制約すべき

国会議員の立場で発案できるなら、ますます、憲法適合解釈を取るべき

①について重要な地位を占めているとしても合憲とする説

∴専門技術的立法の必要→内閣が発案者として適任

∴否定したところで、国会議員の地位で発案できる

## 2 国民の代表機関

両議院は、①全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する（43条）

①「全国民を代表する…議員」の意味

**政治的代表** cf. 法的代表

- ・ 特定の選挙母体の代表ではない
  - ・ 選挙母体の訓令には拘束されない（自由委任の原則） cf. 命令委任
- 代表機関は国民意思を反映するとみなされる（市民革命期の政治的イデオロギー）

↓

国民意思を反映していないと正当化できないのでは？

社会の複雑化・国民の価値観の多元化→国政への反映が要求

**社会学的代表**

- ・ 国民意思と代表者の事実上の類似→選挙制度の充実などにより実現

\*半代表もほぼ同じ意味

【論点】自由委任と党議拘束

\* 党議拘束…議員が党の指示に従って行動すること

● 党議拘束は自由委任に反するのではないか

政党は国民意思を統合・実現→党議拘束は半代表に適合

∴ 党議拘束違反ある場合→政党から除名するなどの責任を負わせることは合憲

↓しかし

自由委任の原則

→ 議員として法的責任（解任・損害賠償など）を負わせる効果は認められない

【論点】比例代表制と自由委任

比例代表制→有権者は政党に投票，得票率に応じて政党に議席を割り振る

↓ということは

● 議員たりうるには、政黨員でなければならないのでは？

政党を離党したら，比例代表制選出議員が辞職するという立法は合憲？

↓しかし，

議員の資格喪失という法的効果の発生→自由委任の原則に反する

（選出後は選出母体の指示に拘束されないはず）

発展 下の場合に分けて考える

・ 政党を除名された場合

制度の運用によって党員を不当に拘束するおそれ

・ 自主的に政党を辞めた場合→それでも自由委任に反する

## 二 国会の組織と活動

### 1 二院制

衆議院・参議院で構成

- ・ 議会の専制防止，民意の忠実な反映

両院の関係 原則**対等**→衆議院の優越は例外

- ・ 内閣不信任決議権
- ・ 予算先議権（60条1項）
- ・ 法律・予算の議決，条約の承認，内閣総理大臣の指名（59条，60条2項，61条，67条2項）

## 2 選挙制度

法律事項（47条）

### 小選挙区制

### 大選挙区制

多数代表・死票が多い 選挙費用が少額・政権の安定	少数代表・死票が少ない 選挙費用が多額・小党乱立
-----------------------------	-----------------------------

#### 【論点】間接選挙・複選制の合憲性

**間接選挙** 有権者がまず選挙人を選定，選挙人が候補者から選挙

**検討** 国政レベルでは，一定の合理性がある

∴政権担当者の判断能力の問題

**複選制** 既に選挙で選ばれた者が選挙

**例** 地方議会議員が国会議員を選ぶ

**検討** 民意との乖離が大きすぎる（選挙時の民意を反映できない）

→選出議員は「全国民の代表」とはいえず違憲

#### 【論点】在宅投票制度の廃止

●選挙制度→法律事項（47条）

国会の裁量は自由裁量か（とすれば，制度廃止は合憲）

→自由裁量ではなく，立法の合理性は**厳格**に判断すべき

∴選挙権→公務であると同時に権利，民主主義を支える重要な基本権

●在宅投票制度の廃止は違憲か？→**違憲**（地裁判例）

・選挙に関する事項→平等原則にのっとる必要

・身体障害で投票に出かけることが困難

→投票現場自署主義は彼らから選挙権を奪うに等しい

・選挙権が制約された場合→司法の自己制限の立場を取ることが許されない

・不正の多発を是正するという目的→正当

手段→L R Aの基準を満たすという証明がない

### 3 国会議員の地位

#### 不逮捕特権

両議院の議員は、③法律の定める場合を除いては、①国会の会期中逮捕されず、逮捕された議員は、②その議院の要求があれば、会期中これを釈放しなければならない（50条）

- ①②会期中における自由な議員活動が確保
  - ・政府によって議員の職務が妨げられることを防ぐ
- ②→議院の審議権を確保（人がいなければ審議できない）
- ③法律＝国会法が現行犯逮捕と議院の許諾による例外を認める

#### 【論点】不逮捕特権の趣旨

- A 議員の職務執行の自由を確保する点にあるとする説
  - B 議院の審議権を確保する点にあるとする説（人がいなければ審議できない）
- \*歴史的にはA説からB説と移行→いずれか一方ではなく両方と考えるべき

#### 【論点】期限付き逮捕の可否

- A説は否定に結びつきやすい
- ∴不逮捕特権→議院の自由を守るものではない
- B説は肯定に結びつきやすい
- ∴期限は議院の審議権の確保のためのものだから

免責特権

両議院の議員は、①議院で行った演説、討論または評決について、院外で②責任を問はれない（51条）

- ①演説、討論または評決→これに限定されず、職務行為に付随する行為を含む（通説）
- ②民事・刑事双方の免責
  - 目的 職務の執行の自由、自由委任の現れとする説もある

【判例】犯罪行為と免責特権

**事案** 国会議員が委員会開催中に傷害→明らかに免責特権の対象でない  
 ↓ しかし  
 議院が責任追及しないとき、検察官は公訴を提起できるか  
 （院内活動に付随する刑事事件→議院の告発は議員に対する公訴提起の要件か）

**判旨** 公訴の提起は可能  
 ∵公訴提起の権限は検察官に独占される→例外には法的根拠が必要  
 ∵憲法上の規定がない→議院に新たな特権をこれ以上認めるべきでない

**事案** 国会議員が委員会開催中に名誉を毀損する発言  
 →免責特権の対象となるが、**国家賠償**の対象になるか

**判旨**

- ・論理的に国賠請求の対象にできる（∵違法性が阻却されるわけではない）
- ・ただし、よほどのことがない限り国家賠償の対象にならない
- ∵免責特権は絶対的→職務行為の当否の判断は避けるべき

### 三 国会と議院の権能

#### 1 国会の権能

- ・ 法律の議決権 (59 条)
- ・ 内閣総理大臣の指名権 (67 条 1 項)
- ・ 弾劾裁判所の設置権 (64 条)
- ・ 憲法改正の発議権 (96 条)
- ・ 条約承認権 (73 条 3 号但書)

#### 【論点】内閣の条約締結権との関係

条約締結権は内閣の権限

∴ 条約締結権 → 伝統的に行政権に属する

∴ 外交の担当者として内閣の方が適任

↓ しかし

条約は法律よりも形式的効力が強い

→ 国民主権の建前から、内閣への民主的コントロールの必要性

∴ 条約承認 → 条約が有効に成立するための要件

条約の締結は国会と内閣との協働行為というべき

#### 【論点】事後の承認が得られなかった場合の条約の効力

○ 承認がない場合は国内法的に無効

事前の承認が得られない場合は国際法的にも無効となることに争いなし

● 事後承認がない条約の国際法的効力は？

国際法的には有効とする説

∴ 条約締結は相手国がいる行為である

× 承認の民主的な意味を無にする

条件付き無効説

・ 国会の承認権が諸外国にも周知の要件と解される場合 → 無効となる

#### 【論点】国会の条約修正権

修正権肯定説

∴ 全部否定ができる → 変更の度合いが低い修正はできる

× 国会の判断能力の問題・内閣の条約締結権の侵害になる

修正権否定説

・ 国会の修正提案は不承認の意味だと解すべき

## 2 議院の権能

**議院自律権** 内部組織及び運営等に関し自主的に決定できる

趣旨→他の国家機関から監督や干渉を受けない，三権分立

例 議員の資格争訟の裁判（55条），議院規則制定権，懲罰権（58条2項）

### 【論点】規則制定権と法律の関係

●特に，国会法と規則制定権の効力関係が問題となる

#### 法律優位説

∵法律は両院の可決によって成立するものである

×衆議院の優越の運営如何で参議院の自律は致命的になる

#### 有力説

・固有の所管に属する内部事項は規則が優先すべきとする説

→国会法は紳士協定に過ぎない

・一般国民の権利義務に関する事項→法律が優位すると考えるべきとする説

\*前提として「立法」に規則が含まれるか問題となる→【論点】「立法」の意味

## 国政調査権

両議院は、各々国政に関する調査を行ひ、これに関して、証人の出頭及び証言並びに記録の提出を要求することができる（62条）

国政（×国勢）調査→証人の出頭，証言，記録の提出を求める

### 【論点】国政調査権の法的性質

#### 補助的権能説

∴国政調査権は諸外国の立法例を継承したもの→他の理由がない限り同様に解すべき

cf. 独立権能説

→「最高機関性に基づく」国権統括のための権能

×統括機関説自体が誤り

\*両説による違い

- ・いずれの説でも国政調査権の及ぶ範囲は国政のほぼ全範囲
- ・ただし前者では調査の目的が権能に役立つ限りである必要

【論点】国政調査権と司法権の独立との関係

司法権の独立→裁判にあたり他の機関から重要な影響を受けることは禁じられる  
∴現に進行中の事件について訴訟指揮の当否を調査すること  
進行中と否とに関わらず判決内容の当否→審査不可  
cf. 裁判所と異なる目的から裁判と並行調査→許される

【判例】二重煙突事件

**事案** 刑事事件の訴訟進行中、捜査機関が委員会に報告書を提出  
→裁判官に予断を発生させる行為として違憲ではないか  
**判旨** 違憲ではない  
・国政調査権と裁判権との関係について問題を提起→注目に値する  
・報告書の提出→予断を抱かせるものでない∴新聞紙上の報道と同じ

【論点】国政調査権と行政権との関係

広範な調査ができるのが原則 ∴議院内閣制  
●例外→検察権との関係  
・検察事務→原則として国政調査権の対象になる  
ただし、検察事務は準司法作用→司法権に類似する独立性が必要  
∴下記の目的をもった調査→すべて許されない  
・起訴不起訴について政治的圧力をかけること  
・起訴事件に直接関係する事項や公訴追行の内容についての調査  
・捜査の続行に重大な支障を及ぼすような方法による調査

## 第二章 内閣

### 一 行政権と内閣

#### 1 行政権の概念

①行政権は内閣に属する（65条）

①行政権 全ての国家作用から立法・司法作用を除いたもの  
趣旨

- ・自由主義的意義→三権分立の根拠条文
- ・民主主義的意義→議院内閣制とあいまって民主的責任行政の確保

#### 2 独立行政委員会

内閣から独立して活動する行政委員会

例 人事院・公正取引委員会・司法試験委員会

目的 行政作用の中で中立性を要求されるもの→政党から独立した地位を保持させる

任務 裁決（準司法作用）、規則制定（準立法作用）

【論点】独立行政委員会の合憲性

- 独立して行政作用を行う委員会の存在→65条に反しないのか？  
65条の趣旨と行政委員会との関係
- ・権力分立との関係  
国家作用を分割し、互いに抑制、均衡させる点に趣旨がある  
→さらなる分割はかかる趣旨に反するものでない
- ・民主主義との関係  
議院内閣制の下、行政権を内閣に専属→民主的責任行政の確立
- ∴国会によって直接にコントロールできれば問題はない  
↓ さらに  
民主的コントロールになじまない職務→相当程度のコントロールでよいとすべき
- 準立法作用との関係→委任立法の可否の問題
- \*技術的専門的事項についての立法→適任でありさえする
- 準司法作用との関係
- ・76条2項反対解釈→終審でなければ行政機関も裁判してよい

【論点】実質的証拠法則（独占禁止法80条）の合憲性

- 公正取引委員会の認定した事実認定  
→証明する実質的証拠がある場合、裁判所が拘束されるとの立法は合憲か
- 事実認定権は司法権の内容か→司法権の本質が法の解釈とすれば問題ないが？  
→事実認定権も司法権の内容というべき
- ∴結論が事実認定の如何によって左右される
- 実質的証拠法則の合憲性→合憲
- ・裁判所が実質的な証拠の有無を判断できる  
→裁判所は自ら拘束されるか否かの自由が残される
- ・専門機関の事実認定には一定の合理性が認められる

## 二 内閣の組織と権能

### 1 内閣の組織

- ・内閣総理大臣・国務大臣で組織する
- ・内閣総理大臣が首長

### 2 内閣総理大臣

#### 内閣の首長

権限（内閣の権限と区別すること）

- ・国務大臣の任免（自由に任免できる）→内閣の一体性の確保
- ・議案の提出，国会への報告，行政各部の指揮監督（72条）

### 3 内閣の責任

内閣は、行政権の行使について、国会に対し①連帯して責任を負う（66条3項）

①連帯して責任→内閣は一体となって行動

目的 民主的責任行政の実現

### 三 議院内閣制

#### 1 議院内閣制の本質

- ・ 議会と内閣が一応分離していること
- ・ 政府が議会に対して連帯責任を負うこと

#### 【論点】議院内閣制の法的性質

均衡本質説（議会に対する連帯責任と解散権を本質とする）

- ・ 相互抑制によって均衡を保ちながら協働の関係にあること

\* 歴史的経緯を重視

責任本質説（議会に対する連帯責任を本質とする）

- ・ 議会による政府の民主的コントロールが本質的要素
  - ∴ 他国の立法例を参考→内閣に解散権のない議院内閣制あり
- 議院内閣制で共通するものは政府の議会に対する責任

#### 2 日本国憲法における議院内閣制の現れ

- ・ 内閣の連帯責任（66条3項）
- ・ 内閣不信任決議（69条）
- ・ 国会が総理大臣を指名すること（67条）
- ・ 総理大臣が国会議員であること（67条）
- ・ 国务大臣の過半数が国会議員であること（68条）

### 3 衆議院の解散

内容 全議員が任期満了前に身分を失うこと

目的 内閣が国民に対して信を問う→内閣の国会への対抗手段

#### 【論点】解散権の所在と根拠

●形式的には天皇（7条3号）だが？→内閣に権限があると考えべき

∴国会への対抗手段，沿革上当然

cf. 国会の自律解散が認められるとする説

×多数派議員が少数派議員の身分を失わせる結果となる

×参議院にも解散が認められることになる

●内閣のみに解散権が認められるとする根拠

69条説

×「衆議院が解散されない限り」→解散権の所在を示したものとはいえない

制度説

∴議院内閣制，権力分立などから導く

×均衡本質説を前提とする場合→それ自体妥当でない

7条3号説

∴衆議院の解散は本来政治的行為

→内閣の「助言と承認」によって形式的儀礼的行為になると解される

#### 【論点】内閣が解散できる場合

69条説→国会が不信任決議をなした時（69条）に限定

↓ しかし

解散→国民の信を問う制度でもある，民主主義的契機を重視すべき

∴内閣が自発的に国会を解散できる場合を認めるべき

↓ ただし

政治的戦略としての解散は認められない→あくまで民主主義的側面に役立つ限りで解散が認められる例

・選挙の時に問題にならなかった重大問題が生じたとき

・内閣と国会が対立→責任ある政策形成ができなくなったとき

### 第三章 裁判所

#### 一 司法権の意味と範囲

##### 1 司法権の概念

具体的な争訟（法律上の争訟）に法を解釈適用し宣言することでこれを裁定する国家作用

\* 具体的争訟＝法律上の争訟

権利義務もしくは法律関係の存否に関する争いで法律の解釈適用によって終局的解決ができるもの

##### 2 司法権の範囲

民事・刑事＋行政事件（英米法系の考え方）

∴ 特別裁判所の禁止

∴ 行政機関による終審裁判の禁止（以上 76 条 2 項）

\* 旧憲法下では、行政事件は司法権の範囲になかった→行政裁判所が裁判する

## 二 裁判所の組織と権能

### 1 裁判所の組織

- ・最高裁判所，下級裁判所（高等，地方，簡易裁判所，家庭）

### 2 裁判官の退官事由

- ・弾劾事由に該当するとき，心身の故障に基づく職務不能，定年
- ・任期の満了（80条1項）

**国民審査**（79条2項）→最高裁判所裁判官に限る

- ・衆議院の総選挙の時行われる
- ・罷免を可とするものに×をつける（これは憲法上のものではない）

**目的** 裁判官への民主的コントロール

【論点】国民審査の法的性質

任命行為説「任命は…審査に付し」

×任命行為は内閣の指名・任命と天皇の任命・認証で完結する

解職制度説「…罷免される」

×任命後1回目の国民審査→何の仕事もしていない者が解職されるか否かの審査？

折衷説

・原則として解職の制度→1回目の国民審査のみ任命行為としての性質を併せ持つ

【論点】下級裁判所裁判官の任期

自由裁量説（宮本裁判官再任拒否事件）

×司法権の独立（裁判官の独立）の趣旨に反する

×任期がない最高裁判所裁判官とのバランス

原則再任説

・再任されない場合は限定される

裁判官の弾劾事由があるとき、心身の故障に基づく職務不能

不適格者であることが客観的に明白である場合

【論点】内閣による下級審裁判官の任命拒否は可能か（応用問題）

●名簿→指名すべき員数と指名が同数の場合など

内閣による任命拒否はできるか

肯定説

∴内閣の任命権は天皇の任命と質が異なる

∴司法の独善防止

#ただし、裁判所の指名権を否定する趣旨の任命拒否はできない

任命拒否は、欠格事由があるなど限定的な場合に限る

否定説

∴司法権の独立，任命資格が既に法律で限定されている

→これ以上の制限は許されない

### 3 最高裁判所の権能

- ・ 裁判権，合憲性判断権（76条，81条）
- ・ 下級裁判所の裁判官指名権（80条1項） cf. 任命は内閣
- ・ 行政監督権
- ・ 規則制定権（77条）

内部的事項についての定め

裁判実務など専門分野（ex. 弁護士，訴訟手続）に関する定め

目的 裁判所の自主性の確保，実務に応じた専門的判断の尊重

#### 【論点】最高裁判所規則と法律との効力関係

##### 法律優位説

∴ 法律は全国民の代表たる国会の制定法，成立手続が厳格である

× 司法権の自律性・独立を守ることができない

##### 有力説

・ 内部事項については規則が優先されるべき

∴ 司法権の独立を守る

・ 規則事項についてはなるべく規則で規定すべき（効力は法律が優先）

∴ 裁判所の専門的判断の尊重

#### 4 裁判の公開

裁判の対審及び判決は、公開法廷で行う（82条）

目的 裁判の公正の確保，裁判所への民主的コントロール

##### 【論点】公開を要する「裁判」とは何か

純然たる訴訟事件に限定する説（判例）

- ・ 32条の「裁判」＝82条の「裁判」＝「純然たる訴訟事件」とみる
- 82条と32条は相まって公開と対審・判決による裁判を受ける権利を保障したもの
- ・ 純然たる訴訟事件とは
  - 当事者の意思如何に関わらず終局的に事実を確定し、
  - 当事者の権利義務の存否を確定することを目的とする争訟事件
- 例 民事訴訟・刑事訴訟手続による場合
- × 純然たる訴訟事件と非訟事件の区別が明確でない
- × 裁判行政作用の増加，事件の複雑化→プライバシー，非訟事件への配慮が必要
- 個別的に判断すべきとする説
  - ・ 裁判において常に対審・公開を要求する必要はない
  - ・ 事件ごとにそれなりの公平な手続を要求したのが32条
  - 82条の裁判は32条の裁判よりも狭い概念
    - 82条の対象か否かは事件の性質・内容にしたがって区別

### 三 司法権の限界

司法権の対象→具体的な争訟＝法律上の争訟

#### (1) 事件性の要件

① 権利義務または法律関係の存否に関する争訟

② 法律の適用によって終局的に解決できるもの

＊ 事件性を欠く例

・ 個人の権利侵害がない場合，宗教の教義の真否，学説の当否

例外 客観訴訟（選挙訴訟，住民訴訟など）

#### 【判例】板まんだら事件

**事案** 板まんだらを安置すべき本堂を作るための資金出捐

→板まんだらはニセモノ，錯誤によるものとして無効（民法 95 条）を主張

**判旨** 裁判所は判断できない

・ 法律上の争訟の形式を取る

信仰の対象の価値・教義の判断は前提問題

・ 前提問題の判断が訴訟の帰趨を左右するに不可欠

→実質において法令の適用による終局的な解決が不可能

#### 【判例】蓮華寺事件

**事案** 宗教団体の代表役員の地位を有しないことの確認の訴え

**判旨** 裁判所は判断できない

・ 地位の存否判断の際，教義の内容を判断する必要性ある場合

→法律上の争訟にあたらぬというべき

(2) 自律権 議院・閣議→内部事項について自主的に決定できる

(3) 他の機関の裁量に属する行為

\* 裁量…自由に決定できること 三権分立などが根拠

(4) 統治行為

高度に政治性ある国家行為

→理論的に判断が可能でも司法権の性質上判断ができない

【論点】統治行為の概念を認めてよいか

統治行為の概念→認めるのが一般

● 根拠→司法権の内在的制約（判例）

∴ 国家の命運を左右する行為→政治的責任を負えない裁判所は判断できない

↓ ただし

憲法上の根拠がない司法権の例外を無闇に認めてはならない

・他の法理によって説明できるときには他の法理を使うべき

・精神的自由権・選挙権の侵害を争点とする事件→本理論を適用してはならない

【判例】安全保障条約の合憲性<sup>すながわ</sup>（砂川事件）

事案 基地反対派のデモ隊による乱入，起訴→安全保障条約の合憲性

判旨

・安保条約は高度の政治性を有するもの

・一見極めて明白に違憲無効でない限り判断できない

\* 自由裁量論も併用していると見られる

【判例】衆議院解散の合憲性<sup>とまべち</sup>（苫米地事件）

事案 吉田内閣による解散の効力

判旨

・内在的制約説

・衆議院の解散は統治行為

× 7条解散の合憲性は内閣の裁量論，

閣議決定の方式（助言と承認の有無，持廻り決議の適否）は自律権論，

→他の考えで処理できる以上，統治行為論を持ち出すべきではない

(5) 部分社会の法理

- ・ 自律的な法規範を有する特殊な部分社会→ここにおける純粋な内部的事項  
→内部紛争，構成員の懲戒は司法審査の対象にならない
- ∴ 団体の自治を尊重
- ・ 一般市民法秩序とつながりがある，重大な権利侵害がある場合  
→司法審査の対象になる
- # 自律的な法規範を有する特殊な部分社会  
例 地方議会，大学，政党，（宗教団体，労働組合）

【論点】部分社会の法理は認められるか

- 部分社会の法理の理論→批判が強い
- × 一般的・包括的にすぎる（団体の性質は様々），根拠不明
- ・ 判断を差し控えるか否か→団体の目的，問題となる権利ごとに個別的に判断  
根拠は憲法の条文に求めるべき

【判例】地方議会と司法審査

- 事案 議員に対する出席停止の懲罰議決の効力
- 判旨 裁判所は判断できない場合がある
- ・ 自律的な法規範を有する団体の内部的事項→裁判をまつを適当としないものがある
- ・ 出席停止処分はまさにそれに該当すべきもの
- cf. 除名処分は純粋な内部的事項といえない→判断可能

\* 政党と司法審査

【判例】大学と司法審査（富山大学事件）

- 事案 学生の単位・専攻科終了不認定処分
- 判旨
- ・ 部分社会論を採用
- ・ 単位授与行為→純粋な内部的事項なので判断できない
- ・ 専攻科終了の認定→判断できる
- ∴ 学生が専攻科終了の要件を充足したにもかかわらず，大学がその認定をしないとき  
→大学の利用拒否（一般市民として有する権利の侵害がある）

【判例】部分社会法理と政党（応用問題）

**事案** 共産党袴田事件→政党幹部の除名，党所有の住居の明渡

**判旨**

- ・ 政党の結社としての自主性の尊重  
→ 内部紛争は法律の規定がない限り，自律的解決に任せるべき
- ・ 部分社会論の採用→純粋な内部事項に関わる限り判断は不可能
- ・ 一般市民としての権利侵害，審判に踏み込む場合  
政党の自律的規範・条理に照らし，適正な手続に則った処分であるかの審判に限る

**事案** 日本新党の党員除名→候補者名簿からの削除，他の候補者の繰り上げ当選

● 除名の違法性および当選無効の主張の適否

**判旨**

- ・ 公職選挙法の趣旨→政党の自律的判断の尊重  
→ 選挙長・選挙会の審査は形式的なものに留める
- ∴ 除名届けが適法にされている限り，当選無効の原因とならない

## 四 司法権の独立

### 1 司法権独立の意義

すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する（76条1項）

すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される（76条3項）

\*良心 裁判官としての客観的良心（通説）

趣旨 外部的圧力を受けない、干渉されないことによる裁判の公正の実現

- ・政治的権力から民主政の過程をなす権利、少数者の権利の保護を図る
- ・裁判所は非政治的権力→立法・行政権に干渉される危険性が大きい

### 2 司法権独立の内容

裁判所の独立（80条・77条）→立法・行政府からの独立

裁判官の独立（78条）

他の国家機関のみならず、裁判所内の指示・命令も含む

具体化 任期の保障、限定された解任事由、報酬は減額されない（78条、79条、80条）

#### 【判例】司法権の独立に関する判例（応用問題）

- ・浦和事件 参議院法務委員会→量刑不当との批判
- ・吹田黙祷事件  
訴追委員会による（黙祷を制止しなかった）訴訟指揮の当否への調査  
最高裁判所通達による「まことに遺憾」との評価
- ・平賀書簡事件 所長による裁判への指示めいた文書の交付
- ・大津事件 大審院長児島惟謙による担当裁判官への働きかけ

【論点】陪審制・参審制の合憲性（応用問題）

●陪審制→特に小陪審（事実認定を陪審員が行うもの）の合憲性が問題点となる

cf. 大陪審 起訴するか否かを決めるもの

考え方→実質的証拠法則の問題と同様

- ・事実認定権が司法権の内容に含まれないと考えた場合→合憲
- ×事実認定は法の適用の前提をなすもの、結論を大きく左右する
- ・事実認定権は司法権の内容→これを陪審員に任せるのは合憲か  
「すべて司法権は裁判所に属する」

違憲とするのが素直だが…

合憲説

- ・被告人に陪審による裁判を受ける自由を保障すること  
陪審による評決に裁判官が拘束されないことが必要とするのが多数説

#裁判への民主的コントロール→全面的に合憲とする説もある

∴司法権の独占→他の国家機関に向けられたものに過ぎない

●参審制→市民が裁判官と共同して事実認定・判決などを行うもの

違憲説 ∴憲法上裁判は裁判官が行うべきものとされている

合憲説

- ∴裁判官が裁判に関与することが否定されるわけではない
- ∴専門的知識を持つ者が裁判に関与することは望ましい
- ∴司法への民主的コントロール

## 第四章 財政・地方自治

### 一 財政

#### 1 財政民主主義

国の**財政**を処理する権限は、**国会の議決**に基づいて、これを行使しなければならない  
(83条)

- ・ 財政の適正な運営
- ・ 国民が負担する国家活動費→国会による強い民主的コントロールが必要

#### 2 租税法律主義

新たに**租税**を課し、又は現行の租税を変更するには、**法律の定める条件**によることを必要とする (84条)

- ・ 国民の直接負担→国民の同意が必ず必要、法律の留保による課税権の濫用防止
- \* この趣旨は国民に対して強制的に賦課される金銭全てに及ぼすべき  
例 専売品の価格手数料, 司法試験受験手数料, 郵便料金

【判例】租税法律主義の適用範囲

**事案** パチンコ台が法律の「遊戯具」にあたるとの解釈が通達される

これまで課税されなかった物件が「通達」により突然課税される

●通達課税は租税法律主義に反する→この場合も違憲ではないか

**判旨**

- ・パチンコ台に課税されるのは法律の正しい解釈
- ・正しい法の解釈に合致するならば、通達によって課税したわけではない  
→通達はきっかけに過ぎない

【論点】健康保険と租税法律主義（応用問題）

●課税総額の確定を課税権者に委ねた条例の合憲性

**判例 1**（下級審）

- ・具体的意義を明確にできない不確定概念を課税要件に関するために用いること  
→租税の賦課徴収に課税権者の恣意が介入するおそれ
- ・課税総額の確定を課税権者に委ねること→課税要件条例主義・明確主義に反する

●保険料率を定率・定額で定めるなどの具体的な規定がない→賦課総額が不明確

**判例 2**（下級審）

- ・「法律」（84条）には条令を含む
- ・保険料は租税ではないが、強制加入制・強制徴収制  
→民主的コントロールの必要性が強い、租税と同視できる
- ・賦課総額の確定を広範な裁量の余地のあるまま市に委ねている  
賦課総額の上限・下限を画さず市に委ねている  
→課税要件条例主義・明確主義に反する

↓ 控訴審

健康保険の目的・性質に応じた民主的コントロールが確保されればたりる

∴下位法規でその内容が明確にされている場合には違憲ではない

### 3 予算

国の収入・支出についての準則，それにしたがって国の財政が運用される

内閣は，毎会計年度の予算を作成し，国会に提出して，その審議を受け議決を経なければならない（86条）

#### 【論点】予算の法的性格

##### 予算法規範説

- ∴財政民主主義→予算は法的拘束力を持つと考えるべき
- ∴政府に向けた規範，内容が計算のみを扱っている→法律ではない

##### 予算法律説

- ×内閣が作成する，法律とは議事手続が異なる点
- cf. 予算行政説もある

#### 【論点】国会による予算の修正

##### 予算法律説→修正は無限界

##### 予算法形式説

- ・減額修正→無限界にできる
- ・増額修正→予算に相当する財源が必要，一定の制限がある
- 同一性を損なうような大修正はできない

#### 【論点】予算と法律が食い違ったときの処理

\*予算法規範説から問題となる

##### 予算があつて法律がない場合

→法律がない以上，内閣は何もできない，国会の法制定を待つしかない

##### 法律があつて予算がない場合

→法律にあわせて予算は作成されるべき

- ・内閣は法律を誠実に執行する義務あり
- ∴予備費の支出，補正予算を組むなど対策を講じることになる

\*国会にはなんらの義務も発生しない

#### 【論点】予算成立と条約締結との比較

- ・いずれも内閣との協働行為
- ・相手国がいるか→国際法的効力が問題になるか
- ・予算→国会を判断権者とするのに適している

#### 4 公金支出の禁止

…①公の財産は②宗教上の組織もしくは団体…又は③公の支配に属しない…事業に対し、これを支出し、又はその利用に供してはならない（89条）

- ①公の財産→国民の負担と密接に関わる  
∴適正な管理→民主的コントロールの必要性
- ②政教分離の原則
- ③公の支配に属しない団体→公金支出できない

#### 【論点】「公の支配」の意味（89条の趣旨）

##### 厳格説（自主性確保説）

- ・89条の趣旨＝公金支出で私的団体の独自性が奪われることを防ぐ
- 公費支出は自主性が失われるほど強度に支配された団体（公団・公社）にのみ可能
- ×私立学校などに公金支出ができなくなる

##### 緩和説（濫費防止説）

- 89条の趣旨→公金の濫費を防止
- ∴濫費を防止する程度の監督・コントロールが及ぶものであれば、公費支出できる

#### 【判例】幼児教室への公金支出の合憲性

##### 判旨

- ・学校教育法にない幼児教室の運営は89条にいう「教育の事業」にあたるか  
→あたる、89条の問題になる
- ・濫費防止説→本件幼児教室への公金支出は合憲
- ∴地方自治体のなすべき職務を代わってなすもの→公金支出の必要性がある
- ∴濫費が防止できるだけのコントロールは及んでいる

## 二 地方自治

### 1 地方自治の本旨

- ・地方の実状にあったきめ細かな政治→個人の尊重に資する
- ・権力の地方分散→中央権力の強大化防止
- 地方自治制度の保障→およそ人権の保障に資する（制度的保障）

①地方公共団体の組織，及び運営に関する事項は②地方自治の本旨に基づいて，法律でこれを定める（92条）

①普通地方公共団体…市町村，都道府県 #法律で変更できるか？

②制度的保障の核心→法文上「地方自治の本旨」と表現

住民自治→地方自治が住民の意思に基づいて行われる（民主主義的要素）

団体自治→地方自治が国から独立した団体に委ねられる（自由主義的要素）

\* 団体自治は住民自治の前提

#### 【論点】地方自治の保障の性質

##### 制度的保障説

- ・地方自治の本質的内容→地方自治の本旨
- ∴地方自治の章を設けて憲法が保障したことを考慮（cf. 伝來說）
- cf. 固有権説
- ×主権の単一不可分に反する，固有権と比べてもあまり実益はない

#### 【論点】二段階制の保障（応用問題）

##### 二段階制の採用→立法政策の問題とする説

∴地方自治の本旨に反しない限り，現行の地方公共団体を廃止することは可能

##### 二段階制が憲法上の要請とする説

- ・地方自治の本旨に二段階制が含まれる
- ∴二段階制の趣旨を重視→都道府県が中央から地方への影響が及ぶことの緩衝になる
- \* さらに都道府県の取扱いについて説が分かれる
- 都道府県と市町村という固定した二重構造を保障しているとする説
- ∴歴史的背景を重視すべきである

##### 上級の地方公共団体についていかなるものを設けるかがは立法政策の問題とする説

∴時代の進展に伴い広域行政の必要性を考慮すべきである

## 2 地方公共団体の機関

- ・普通地方公共団体が対象
- ・地方議会議員，首長の直接選挙が憲法上保障される（93条）

### 【判例】区長公選制廃止は違憲か

●東京都における特別区は普通地方公共団体か→ならば憲法上自治が保障されるが？

#### 判旨

- ・普通地方公共団体の意義  
事実上住民が経済的に密接な共同生活を営み  
共同体意識を持っているという社会的意識が存在し  
相当程度の地方自治の基本的権能が付与された地域団体
- ・特別区→市の性格をも併有した独立地方公共団体（＝東京都）の一部  
特別区は憲法上の地方公共団体とは認められない  
∴区長公選制廃止は合憲
- ×他の地域の住民は市町村＋都道府県レベルの公選権を持つ→平等原則違反
- ×区が普通地方公共団体でない→条例制定権を持つことが違憲になる

## 3 条例

地方公共団体は…法律の範囲内で条例を制定できる（94条）

目的 自治事務の実施のため

性質 自治法（憲法が特に与えた自主立法権に基づく）

#### 範囲・限界

- ・自治事務に関するもの 例 裁判・刑事司法に関する事項は条例で制定不可
- ・憲法の法律留保事項 例 選挙に関する事項（47条）
- ・法律の範囲内でなければならない  
例 法律が厳しく罰する趣旨の罪を軽くするのは不可

\* 国法間の形式的効力

憲法（98条1項）→条約（98条2項）→法律＝政令→条例（94条）

？規則・予算

【論点】憲法上の法律留保事項を条例で定めうるか

- 財産権(29条2項)・租税賦課(84条)→いずれも条例で定めてよい
  - ・条例は民主的基盤を有する自主的立法→法律に準じた性格を持つ
  - ・(1)(2)を憲法が法律事項とした理由
    - 不当な人権制約を未然に防止するために民主的コントロールを及ぼさせる
    - 条例による課税, 財産権の制約はかかる趣旨に反しない
- ∴合憲
  - \*特に租税権の重要性→自主的財源の確保, 団体自治実現の手段になる
- 罰則(31条)→法律による授權が必要とすべき
  - ・一般的・包括的委任で足りるとする説
  - ・相当程度に具体的な委任であれば足りるとする説(判例)
- cf. 条例で直接定めうるとする説
  - ×刑罰は重大な人権侵害を伴う
  - \*実際は地方自治法による委任がある→どの説を採っても結論は変わらない

【論点】法律の範囲内の判断方法

- 判例 法律・条例それぞれの趣旨、目的、内容及び効果を比較  
→両者に矛盾抵触があるか否かをもって判断(先占論の排除)
- ①法律がない場合 規制せずに放置するのが法の趣旨である場合→条例制定不可
  - ②法律と条例が併存する場合
    - a 条例が別目的で, 法律の目的効果を侵さない→条例制定可  
例 狂犬予防法と飼犬取締条例
    - b 両者が同一目的でも, 法律が条例による規制を容認する趣旨→条例制定可  
例 大気汚染防止法と公害条例
- cf. 法律先占論 法律が定めた事由について改めて条例を制定できない  
×あまりにも硬直した解釈である, 憲法が条例制定権を創設した意味を没却する

## 第五章 憲法の保障

### 一 憲法保障の諸類型

憲法は最高法規（＝形式的効力が一番強い）

↓ しかし

下位の法規範，国家権力におびやかされる危険

∴憲法保障制度→右のような危険を回避するための制度

#### 憲法に直接の規定がない制度

##### (1) 抵抗権

主体 人民

要件 国家権力が重大な不法を犯したとき（人間の尊厳の犯す程度）

内容 実定法上の義務を拒否→内乱罪の適法化

##### (2) 国家緊急権

主体 国家

要件 平時の統治機構では対処できない非常事態の発生

内容 立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置

\*参議院の緊急集会（54条2項但書）は国家緊急権的な制度

## 二 違憲審査制

### 1 違憲審査制の根拠

- ・憲法の最高法規性を保障，基本的人権を保障  
↓ そのためには  
**現実の制度・機関が必要**
- ・人権侵害は積極的機関である立法府・行政府がなす可能性が大きい  
→以上から独立した裁判所が担当すべき

### 2 違憲審査の方法

**抽象的審査制** 具体的な争訟と関係なく法令の違憲性を判断するもの

**付随的審査制** 具体的な争訟事件を裁判する際に違憲性判断をするもの

- ・事件解決に必要な限度で違憲判断が行われる→**憲法判断回避の準則**になじむ

### 【論点】日本国憲法の違憲審査制

#### 抽象的審査制説

- ∴裁判所が具体的事件に即して，憲法判断ができるのは当然  
81条に独自の意味→最高裁を憲法裁判所とみる

#### 付随的審査制説

- ∴抽象的審査を積極的に認める条文が憲法上存在しない。
- ∴81条は司法の章に定められている。  
→司法は具体的事件の存在を前提とする概念である
- \*発展 **客観訴訟**の存在（住民訴訟，選挙訴訟）  
具体的な個人の権利侵害がなくても訴訟を提起できる  
抽象的審査制的な制度（ただし，潜在的な事件性はある）

### 3 違憲審査の主体と対象

①最高裁判所は、②一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するか否かを決定する権限を有する③終審裁判所である（81条）

- ①違憲審査の主体 最高裁判所，下級裁判所（∵裁判官は憲法に拘束される）  
\*独，豪，伊→憲法裁判所，仏→憲法院が判断
- ②条約が含まれていない
- ③最高裁判所が終審裁判所→憲法問題については必ず最高裁に上告できる

#### 【論点】条約は違憲審査の対象になるか

- 条約と憲法→形式的効力はどちらが強いのか

##### 憲法優位説

∵簡易な手続で憲法を改正する手段は認められない

∵条約締結，承認権を授権したのは憲法である

cf. 条約優位説 ∵98条2項の国際協調主義・国際慣習法の確立

- （憲法優位説から）条約を違憲審査できるか

特に\*自動執行力がある条約が問題となる（\*公布されれば直ちに執行される）

##### 肯定説

∵国内法としての効力がある面について判断できる

∵政治的内容を持つものが多いこと→一般的に憲法判断を否定する理由にならない

cf. 否定説

∵81条からは意識的に条約が除かれている

∵条約は政治的内容をもつものが多い

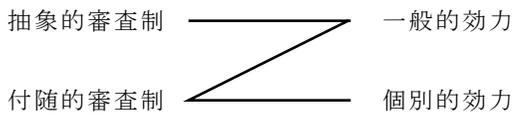
#### 4 違憲判断の方法と判決

##### 違憲判決の種類

- ・ 法令違憲 法令そのものを違憲とする
- ・ 適用違憲 当事者に適用される限りにおいて違憲
- ・ 運用違憲 違憲的な運用がみられる場合運用の一環としての当該事件の措置が違憲

##### 違憲判決の効力

- ・ 一般的効力（法令が廃止されたのと同じ）  
抽象的審査制の帰結，付随的審査制からも取りうる
- ・ 個別的効力（当該事件に限って適用が排除される）  
付随的審査制からのみ導かれる結論



##### 【論点】判決の効力

###### 一般的効力説

- ∴ 法的安定性を重視すべきである，平等原則に則った解釈
- × 消極的立法作用を裁判所が営むことになり，41条に反する
- 裁判所が違憲判断をなす事に消極的になる

###### 個別的効力説

- ∴ 付随的審査制度→事件の解決に必要な限りで審査される
- 個別的効力とみるのが素直
- ∴ 文面上無効の判決手法の採用，他の国家機関は違憲判決を十分尊重すべき
- 事実上一般的効力に近い結論も取れる，平等原則の実現

### 三 憲法改正の意義と限界

#### 1 硬性憲法の意義

\* 硬性憲法＝改正の要件が厳格な憲法 cf. 軟性憲法

・ 最高法規であることから導かれる

∴ 下位法規を実質的に拘束するために必要

・ 最高法規性を保障する働きもある

日本国憲法の改正→**硬性憲法**の色彩が強い

・ 各議院総議員の3分の2の賛成で発議

・ 国民投票によって承認され、成立（以上96条1項）

#### 2 憲法改正の限界

【論点】憲法改正に限界はあるか（応用問題）

● 社会的状況、価値観の変化→改正の必要性はあるが、どの程度まで改正できるか  
自然法的限界説→人類普遍の原理に反する憲法は排除される（前文）

cf. 法論理的限界説→改正権は制憲権に創設された権利である

→自己の存立基盤を変更することは理論的には許されない

# 後者に立った場合、改正の限界を超えた憲法＝新憲法として有効

無限限界説

∴ 憲法制定権力は絶対である