

0

〔上諭〕

朕は、日本国民の総意に基いて、新日本建設の礎が、定まるに至つたことを、深くよろこび、枢密顧問の諮詢及び帝国憲法第73条による帝国議会の議決を経た帝国憲法の改正を裁可し、ここにこれを公布せしめる。

御名 御璽

昭和21年11月3日

以下略

【上諭の性質】

上諭とは、旧憲法のもとで、天皇が法令を公布する際、それに先立って付けられた文書で、天皇が法令を法定の手續で制定し、かつ公布することを述べるものである。

日本国憲法のもとで制定される法令については、上諭と同じ性質の文章は、公布文として法令のはじめにおかれる。上諭にせよ公布文にせよ、いずれも単なる前書であり、法令の構成部分ではない。よって、上諭は憲法前文が日本国憲法の構成部分であるのとは異なり、法規範性を有しない。

【日本国憲法の制定経過】

ポツダム宣言の受諾→憲法問題調査委員会の松本草案→マッカーサー草案→日本政府の憲法改正草案要綱→憲法改正草案→日本国憲法の制定

【日本国憲法の成立をめぐる問題】

一 自律性の問題

民主国家における憲法は、国民の自由意思に基づいて制定されるのが一般であり、また原則である。そこで、一国の憲法の制定に、原案（マッカーサー草案）の作成という形で、外国が介入することは、国際法的には内政不干渉の原則、国内法的には憲法の自律性の原則に違反するのではないかが問題となる。しかし、以下の理由から日本国憲法は自律性を有すると解されている。

1 国際法的見地

ポツダム宣言・降伏文書には、国民主権への改変を要求する明治憲法変更の要求が含意されていた。そして、ポツダム宣言・降伏文書は、連合国側による一方的命令ではなく、連合国と日本の双方を拘束する一種の休戦条約であった。したがって、国際法的見地からは、内政不干渉の原則に反しない。

2 国内法的見地

憲法改正案は、国民の直接選挙による特別議会によって審議・可決されており、自律性に反しないといえる。

二 連続性・有効性の問題

1 日本国憲法と明治憲法の連続性

日本国憲法は、その上諭によると、天皇が明治憲法73条の改正規定による改正を裁可して公布するというようになっており、形式的には、明治憲法の改正として成立したもの（欽定憲法）である。しかし、日本国憲法は日本国民が国民主権の原則に基づいて制定した民定憲法である旨を宣言している。そこでこの矛盾をいかに解するかが問題となる。特に、天皇主権を定める明治憲法を国民主権の憲法へと全面的に改正することは法的に許されないのではないかが、憲法改正に一定の限界があると解する場合に問題となる。

この点、通説は憲法改正に限界を認め、明治憲法と日本国憲法の法的連続性を否定する。ただし通説は、日本国憲法は8月革命によって有効に成立したものと解している。このように、明治憲法と日本国憲法の連続性を否定したからといって必ずしも日本国憲法の有効性が否定さ

短答合格ファイル（憲法）

れるものではない。

2 ☆ （論点）日本国憲法の有効性

A説 無効説

a 1説 憲法改正限界説

a 2説 押しつけ憲法論 占領軍の不当な押しつけ又は脅迫の下になされた。

a 3説 ハーグ陸戦条約・陸戦規則43条違反論 外国軍の占領下になされたので、ハーグ陸戦条約・陸戦規則43条に違反する。

B説 有効説

b 1説 憲法改正無限界説

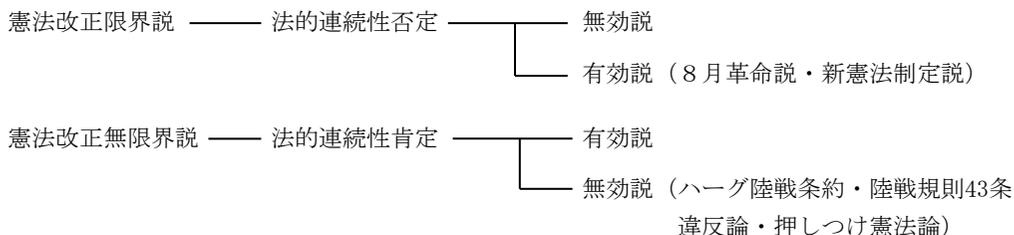
b 2説 新憲法制定説

ポツダム宣言受諾後も明治憲法は存在し、所定の手続により改正されたが、その内容は改正の限界を超えるものであった。しかし、審議過程で主権者たる国民の意思が議会を通じてあらわれた。

b 3説 8月革命説（通説）

ポツダム宣言は国民主権の要求を含むと解すべきであるが、そのような内容の宣言は明治憲法上受諾不可能であるにもかかわらずあえてそれを受諾したということは、その時点で一種の革命があったと解され、その革命によって主権者となった国民が制定したから有効であるとする。

（図表）日本国憲法の有効性に関する見解の対立



《過去問チェック》 1

〔前文〕

- I 日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。
- II 日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。
- III われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。
- IV 日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。

【前文の意義】

前文とは、法律の最初に付され、その法律の目的や精神について述べる文章をいう。日本国憲法の場合は、国民が憲法制定権力の保持者であること、近代憲法に内在する価値・原理である基本的人権の尊重・国民主権・平和主義原理等を確認している。

【前文の構造】

- 第1項 日本国憲法が国民の憲法制定権力に基づく民定憲法であり、その目的は自由の確保と平和の達成にあること、人類普遍の原理たる民主主義をその基本原理とすることが宣言される。
- 第2項 恒久平和を念願する日本国民が「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して」我が国の安全を保持しようとしたことを明らかにし、全世界の国民が「平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」
- 第3項 国際協調主義の立場に立つことは、「各国の責務である」と指摘する。
- 第4項 これらの「崇高な理想と目的」の達成を誓う。

【前文の法的性格】

一 ☆（論点）法規範性の有無

この点、前文は単に歴史的事実を記述したにとどまるか、政治的・道徳的理想を表示したにすぎないとして法規範性を否定する見解もあるが、前文は憲法典の一部をなすものであり法規範性を肯定するのが判例・通説である。→判例・通説によると前文を変更するには憲法改正手続による必要がある。

※ なお、前文の法規範性を認めることは、直ちにその裁判規範性を認めることにはならない。

二 ☆（論点）裁判規範性の有無

A説 否定説（札幌高判昭51.8.5、長沼事件控訴審）

前文は、直接の裁判規範となり得ず、ただ憲法本文の各条項を適用する際に、解釈指針と

短答合格ファイル（憲法）

して援用される。

〔理由〕① 前文の内容は憲法の基本原理の宣示であって具体性を欠いている。

② 一般にすべての法規範が直接裁判規範であるとは限らない。憲法法規の中には、必ずしも裁判規範といえないものも存在する。

B説 肯定説（札幌地判昭48.9.7、長沼事件第1審、百選Ⅱ165事件）

裁判規範である。ただし、前文が適用されるのは、本文各条に適用すべき条文がない場合である。

〔理由〕① 本文にも前文に優るとも劣らぬ抽象的規定があり、前文と本文の規定の抽象性の相違は相対的なものにとどまる。

② 憲法の場合、裁判規範でないものも多いが、そのことだけで前文の裁判規範性を否定することにはならない。

〔図表〕 憲法前文の法的性質～法規範性の有無と裁判規範性の有無の論理関係



《過去問チェック》2

【憲法の基本原理】

一 基本的人権の尊重

日本国憲法は、個人主義をもっとも基本的な原理として採用する。それは、個々の人間に至上の価値を認め、これを尊重すべきものとする原理である。そこから、個々の人間を人間として尊重する基本的人権尊重の原理が生まれる。憲法が、その前文で「自由のもたらす恵沢を確保」することを憲法制定の基本目的とし、13条において「個人」の「尊重」を宣明したうえで「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」が国政上「最大の尊重を必要とする」と規定するのは、かかる趣旨を明らかにするものである。

二 国民主権

国民主権も「すべての政治的価値の根源は個人にあり」とする個人主義原理に立脚する。なぜなら、すべての政治的価値の源泉を個人に求める以上、政治権力の根拠もまた個人にあり、しかも、個人はその価値において平等であることから、君主や貴族ではなく、すべての国民が政治の在り方を最終的に決める権威又は力をもつという意味の国民主権の原理が導き出されるからである。

三 平和主義

各人の自由と生存に最大の価値をおく個人主義は、さらに平和主義をも導き出す。なぜなら、平和なくして個人の自由と生存はあり得ないからである。

【国民主権】

一 「主権」の意味－主権概念の多義性

(図表)「主権」の意味

意味	具体例
国家の統治権 (国家権力そのもの)	ポツダム宣言8項「日本国ノ主権ハ本州、北海道、九州及四国並ニ吾等ノ決定スル諸小島ニ局限セラルベシ」
国家権力の最高独立性 (国内的には最高、 国際的には独立)	前文3項「政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。」
国政についての最高の決定権	前文1項「主権が国民に存する」 1条「主権の存する日本国民」

二 ☆ (論点)「国民主権」の意味

A説 最高機関意思説

統治権の主体は国家自体であるとの国家法人説を前提として、国民主権とは国民が国家の意思決定機関であるとする説（権力的契機の重視）。→ 国民とは有権者団をいう。

〔批判〕① 国民の中に主権者たる者とそうでない者があることになり、国民主権の根本理念に反することになる。

② 主権者たる国民の範囲が、44条により国会の意思に委ねられてしまう背理が起こる。

B説 憲法制定権力説（最終的権威説）

国民主権をもって憲法制定権力が国民にあると解する。ただ、制定権力をもって、実力あるいは権限とはみず、統治を正当化すべき権威が国民に存するという意味において理解する説（正当性の契機の重視）。→ 国民とは全国民をいう。

〔批判〕 独裁政治に結びつくおそれがある。

C説 折衷説（通説）

国民主権とは、①国の政治の在り方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという権力的契機と、②国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存するという正当性の契機の2つの要素が含まれている。

① 権力性の側面 国民＝有権者 直接民主制と結びつき易い。

② 正当性の側面 国民＝全国民 代表民主制、特に議会制と結びつき易い。

※ ナション（国民）主権とプープル（人民）主権

a ナション主権 君主主権を否定して、観念的統一体としての国民を主権者とする。1791年フランス憲法

b プープル主権 全市民の参加による政治を目指し、具体的にとらえることのできる国民を主権者とする。1793年フランス憲法

《過去問チェック》3

【平和的生存権】

一 意義

平和的生存権とは、憲法前文の「平和のうちに生存する権利」に着目して提唱されたものであり、平和状態を享受し得る権利のことをいう。

二 法的根拠と裁判規範性の有無

平和的生存権の法的根拠については、前文2項を理由とする説が多数説（前文の裁判規範性の項の解説参照）である。なお、前文の抽象性から9条あるいは13条を根拠とする説も有力である。

平和的生存権が裁判規範性を有する基本的人権であるとするならば、自衛隊基地の周辺住民は、平和的生存権が侵害される危険性があるとの理由で、自衛隊の違憲性を争うことができることになる。

◎ 長沼事件第1審（札幌地判昭48.9.7、百選Ⅱ165事件）

憲法前文の規定は、平和的生存権が全世界の国民に共通する基本的人権そのものであることを宣言するものであり、前文中の3つの基本原理（国民主権主義・基本的人権の尊重・平和主義）は、相互に融和した一体として、現行憲法の支柱をなしそのいずれか一つを欠いても、憲法体制の崩壊をもたらす。そして、憲法の解釈は、その基本原理に基づいて行わなければならないとした。

この裁判例は、憲法前文を根拠に、平和的生存権の裁判規範性を肯定したものである。

◎ 長沼事件控訴審（札幌高判昭51.8.5）《予備H29-7》

【事案】

防衛庁は、北海道夕張郡長沼町に航空自衛隊ナイキ基地を建設することを計画した。そこで、農林大臣が基地建設にあたり、国有保安林の指定を解除したところ、住民が処分の執行停止と取消しを求めて訴えを提起した。

【判旨】

前文「第2、第3項の規定は、これら政治方針がわが国の政治の運営を目的的に規制するという意味では法的効力を有するとい得るにしても、国民主権代表制民主制と異なり、理念としての平和の内容については、これを具体的かつ特定の規定しているわけではなく、前記第2、第3項を受けるとみられる第4項の規定に照しても、右平和は崇高な理念ないし目的としての概念にとどまるものであることが明らかであつて、前文中に定める『平和のうちに生存する権利』も裁判規範として、なんら現実的、個別的内容をもつものとして具体化されているものではないというほかない」

◎ 百里基地訴訟（最判平元.6.20、百選Ⅱ166事件）《司法H30-14、R5-13》

【事案】

茨城県小川町の百里基地の建設予定地に土地を所有していたXが、基地建設反対派に土地を売却した。その後、土地の売主が当該売買契約を債務不履行解除し、国に対して当該土地を売却した。そこで、この3者間における土地所有権の帰属等が問題となった。

【判旨】

「平和主義ないし平和的生存権…は、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない」

【憲法の意味】

一 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法

1 形式的意味の憲法

憲法という名前で呼ばれる成文の法典（憲法典）を意味する。この場合、憲法は、その内容がどのようなものであるかに関わらない。

ex. 現代日本における「日本国憲法」

2 実質的意味の憲法

ある特定の内容をもった法を呼ぶ場合、「実質的意味の憲法」という。成文であると不文であるとを問わない。

(1) 固有の意味

国家の統治の基本を定めた法としての憲法である（通常「固有の意味の憲法」と呼ばれる）。政治権力とそれを行使する機関、権力の組織と作用及び相互の関係を規律する規範が固有の意味の憲法であるとされる。

(2) 立憲的意味

自由主義に基づいて定められた国家の基礎法のことである（一般に「立憲的意味の憲法」あるいは「近代的意味の憲法」と言われる）。専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという立憲主義の思想に基づく憲法である。この意味の憲法の最も重要な狙いは、政治権力の組織化というよりも、権力を制限して人権を保障するところにあるとされる。

ex. 「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、すべて憲法をもつものではない」（フランス人権宣言16条）

《過去問チェック》4

二 立憲的憲法の特徴

1 淵源

中世の根本法（国王といえども従わなければならない高次の法）の観念が近代立憲主義へと引き継がれたところにある。もっとも、封建的性格の強い中世の根本法が、国民の権利・自由の保障とそのため統治の基本原則を内容とする近代的憲法へと発展するためには、近代自然法ないし自然権の思想によって新たに基礎づけられる必要があった。

ex. アメリカ諸州の憲法（1776年～1789年）、アメリカ合衆国憲法（1788年）、フランス人権宣言（1789年）、フランス第一共和制憲法（1791年）

2 形式と性質

(1) 成文憲法

立憲的憲法は、その形式面では成文法であるのが普通である。これは、近代自然法学の説いた社会契約説からすると、国家は自由な国民の社会契約によって組織され、その社会契約を具体化したものが根本契約たる憲法であるから、契約である以上それは文書の形にすることが必要であり、望ましいとされたからである。

(2) 硬性憲法

立憲的憲法は、その性質においては硬性（通常法律よりも難しい手続によらなければ改正できないこと）であるのが普通である。これは、近代自然法学の主張した自然権及び社会契約説の思想からすると、憲法は社会契約を具体化する根本契約であり、国民の不可侵の自然権を保障するものであるから、憲法を改正することは国民のみに許され、立法権は憲法に拘束されるので、憲法の改正は特別の手続によって行わなければならないと考えられているからである。

《過去問チェック》5

【憲法の分類】

一 伝統的な分類

1 憲法の形式・性質・制定主体による分類

- ① 形式→成典（成文の法典が存在する）、不成典（成文の法典が存在しない）
- ② 性質→硬性（改正が通常の立法の場合よりも難しい）、軟性（改正が通常の立法の場合と同じ）
- ③ 制定主体→欽定憲法（君主による制定）、民定憲法（国民による制定）、協約憲法（君主と国民との合意による制定）

※ このような伝統的な分類は、必ずしも現実の憲法のあり方を実際に反映するものではないことに注意すべきであるとの指摘がなされている。

2 国家形態による分類

- ① 君主制・共和制→君主が存在するかどうか
- ② 大統領制・議院内閣制→議会と政府との関係
- ③ 連邦国家・単一国家→国家内に支邦（州）が存在するかどうか

二 機能的な分類

憲法が現実の政治過程において実際にもつ機能に着目した分類

- ① 規範的憲法：政治権力が憲法規範に適応し、服従しており、憲法がそれに関係するすべてにおいて遵守されている場合
- ② 名目的憲法：成文憲法典は存在するが、それが現実に規範性を発揮しないで名目的にすぎない場合
- ③ 意味論的憲法：憲法そのものは完全に適用されていても、実際には現実の権力保持者が自己の利益のためだけに既存の政治権力の配分を定式化したにすぎない場合（これは独裁国家や発展途上国によくみられる）

《過去問チェック》6

【憲法規範の特質】

一 自由の基礎法

近代憲法は自由の基礎法である。憲法は、より基本的な規範、すなわち自由の規範である人権規範に奉仕するものとして存在する。このような自由の観念は自然権の思想に基づくが、この自然権を実定化した人権規定は、憲法の中核を構成する根本規範であり、この根本規範を支える核心的価値が人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原則）であるとされる。

二 制限規範

憲法は、国家権力を制限する基礎法である。これは、権利章典と統治機構の関係を考える上で特に重要であるとされている。近代憲法は、すべての価値の根源は個人にあるという思想を基礎におき、すべて個人は互いに平等な存在であり、生まれながらに自然権を有することを前提として、それを実定化するという形で制定された。そこで、政治権力の究極の根拠は個人（国民）に存しなくてはならないから、憲法を実定化する主体は国民であり、国民が憲法制定権力の保持者であると考えられるとされている。

三 最高法規

憲法は最高法規であり、国法秩序において最も強い形式的効力を持つ（例えば、日本国憲法98条）。しかし、形式的効力の点で憲法が国法秩序において最上位にあることを「形式的最高法規性」

と呼ぶならば、それは硬性憲法であることから派生するものであり、特に憲法の本質的な特性として挙げるには及ばないとの指摘がある。そこで、最高法規としての憲法の本質は、むしろ、憲法が実質的に法律と異なるという点に求めなければならないとされている。つまり、憲法が最高法規であるのは、その内容が、人間の権利・自由をあらゆる国家権力から不可侵のものとして保障する規範を中心として構成されているからであると理解されている。これは、「自由の基礎法」であることが憲法の最高法規性の実質的根拠であること（「実質的最高法規性」）を意味している（日本国憲法では、基本的人権が永久不可侵であることを宣言する97条がそれに当たるとされる）。

憲法の実質的最高法規性を重視する立場は、憲法を一つの価値秩序ととらえ、「個人の尊重」の原理とそれに基づく人権の体系は憲法の根本規範であると考えるので、憲法規範の価値序列を当然に認めることとなる。

【法の支配】

一 意義

専断的な国家権力の支配（人の支配）を排斥し、権力を合理的な内容の法で支配することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理

二 法治主義との区別

（図表）法の支配と法治主義の異同

	法の支配	法治主義（＝国家権力の行使はすべて法的に拘束されるとの原則）
共通点	法によって権力を制限しようとする	
相違点	英米法系	大陸法系（戦前ドイツが典型）
	<民主主義との関係> 民主主義と結合	専ら国家作用が行われる形式・手続を示すものに過ぎず、いかなる政治体制とも結合し得る形式的な概念
	<「法」の意味> 個人の権利・自由を保障する合理的な内容のものでなくてはならない	内容とは関係なく形式的な意味での法律であればよい

※ もともと、現在のドイツは法律の内容の正当性を要求しており（形式的法治主義から実質的法治主義への移行）、両者はほぼ同じ意味を持つようになっている。

三 法の支配の内容と日本国憲法への現れ

- ① 法の絶対的優位 → 憲法の実質的・形式的最高法規性（97条、98条）、公務員の憲法尊重擁護義務（99条）
- ② 人権保障 → 詳細な基本的人権規定（第3章）、伝統的な「法律の留保」の否定
- ③ 適正手続の保障 →（31条）
- ④ 司法の優越 → 司法権の範囲を行政事件の裁判権にまで拡大、特別裁判所の設置禁止（76条1項、2項）、違憲審査権（81条）

《過去問チェック》7

1

第1章 天皇

【総論】

一 国民主権と天皇

日本国憲法は、その根本原理として国民主権主義を採用したが、天皇制は存続させた。およそ国家構成員のうちに、身分上特殊な地位を持つ者を認めることは、民主制の原理とは相容れないといえる。しかし、憲法は当時の国民感情を尊重することによって、安定した憲法秩序を保持するため、象徴としての天皇を認めた。

二 旧憲法下との比較

(図表) 両憲法における天皇制

	日本国憲法	明治憲法
地位	象徴	主権者
地位の根拠	国民の総意に基づく	神勅に基づく
性格	神格性否定	神聖不可侵の存在
権能	国政に関する権能を有しない	統治権の総攬者

三 「君主」及び「元首」の概念

- 1 一般に「君主」といえるには、①地位が世襲であること、②その地位に伝統的威厳を伴うこと、③統治権、少なくとも行政権の一部をもつことが必要とされている。そして、天皇は国政に関する権能を有さないで「君主」とはいえないと解するのが通説である。しかし、君主制が民主化され、君主の権限が名目化されてくるに従って、③の要件は不要だという意見が有力となっている。これによれば、天皇を君主と呼ぶことも可能である。
- 2 「元首」といえるには、今日もっぱら対外的代表権を持つことが必要とされている。天皇は外交関係に関して、7条5号・8号・9号の「認証」、「接受」という形式的・儀礼的行為しか憲法上は認められていないので、日本国の元首は内閣又は内閣総理大臣であるというのが多数説である。しかし、形式的・儀礼的行為を行う機関でも元首と呼んで差し支えないという見解もある。

第1条【天皇の地位・国民主権】

天皇は、日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であつて、この地位は、主権の存する日本国民の総意に基く。

【明治憲法】

天皇を統治権の総攬者とし、天皇主権をとっていた（1条、4条）。

【趣旨】

国家の統治の基本原理として主権が国民にあるとし、天皇は国民の意思に基づく象徴であることを宣言した。

【天皇の地位の根拠としての国民の意思】

- 一 「主権の存する日本国民」というとき、「主権」とは国の最高意思を指し、したがって、本条は、国民が国政の在り方を最終的に決定すべきだという建前を示している。

二 「この地位」については、①具体的な国家作用を行う国家機関としての地位と、②象徴としての地位を包括してとらえ、もはや統治権の総攬者でなく象徴にとどまることになった天皇の地位一般を指すと解される。

【天皇の地位】

天皇には、次のような地位が認められる。

- ① 象徴としての地位 — 1条前段
- ② 国家機関としての地位 — 天皇は一定の公的行為を行う（4条、6条、7条）
- ③ 私人としての地位 — 天皇も人間であるから、私的な個人として生活を営めるのは当然

◎ 最判平成. 11. 20 (百選Ⅱ162事件) 《司法H29-12、R3-11》

【事案】

千葉県知事は、昭和天皇の病気快癒のために県民記帳所を設置し、公費を支出した。そこで、住民が昭和天皇の相続人である今上天皇に対して、不当利得返還請求訴訟を提起した。

【判旨】

「天皇は日本国の象徴であり日本国民統合の象徴であることにかんがみ、天皇には民事裁判権が及ばないものと解するのが相当である。」

◎ 最大判昭23. 5. 26 (百選Ⅱ161事件)

メーデーにおいてデモ行進した者が、天皇に対する不敬の行為で起訴された事案で、最高裁の多数意見は、不敬罪に該当するか否かの実体的判断を回避し、大赦令によって公訴権が消滅したとして上告を棄却した。

《過去問チェック》8

第2条〔皇位の継承〕

皇位は、世襲のものであつて、国会の議決した皇室典範の定めるところにより、これを継承する。

【明治憲法】

皇室典範の定めにより皇男子孫が継承するとされた（2条）。

【趣旨】

象徴という天皇の地位の特殊性に関連して皇位の世襲制を規定した。併せて、明治時代には憲法と同列とされた皇室典範を、国民主権の見地から、法律と同列の地位におき、議会の統制が及ぶこととした。

【皇位世襲の原則と平等原則】

皇位は世襲であり、天皇と一定の血縁関係にある者のみが血統のみに基づいて継承することから、法の下での平等の原則と衝突する。これは、天皇の地位の特殊性を考慮して憲法自体が平等原則の例外を認めていると解するほかない。

【皇位継承に関する皇室典範の規定】

一 継承原因

天皇の崩御だけが皇位継承の原因とされる（皇室典範4条）。即位の礼は要件でない。

二 継承資格・順序

「皇統に属する男系の男子」たる「皇族」に限られる（皇室典範1条、2条）。皇室典範を改正して女性天皇を認めることは可能である。

三 皇族

皇族の範囲は、皇室典範5条・6条によって定められる。皇族は天皇とともに「皇室」を構成する。皇室事項を管理する国家機関としては、皇室典範による皇室会議、皇室経済法による皇室経済会議、宮内庁法による宮内庁などがある。

天皇及び皇族は養子をすることができず、皇族の身分は、出生及び婚姻によってのみ取得される。皇族は、一定の法的事由によるほか、その意思に基づいて皇族としての身分を離れることが可能である。

《過去問チェック》9

第3条【天皇の国事行為に対する内閣の助言と承認】

天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。

【明治憲法】

天皇は統治権の総攬者であったので、議会の協賛をもって立法権を行い、国务大臣の輔弼によって国务上の行為を行い、天皇の名の下で司法権も行使された（4条、5条、55条、57条）。

【趣旨】

天皇の権能の行使を厳格な規律の下に置くため、天皇のなし得る国事行為を憲法に規定されたものに限定し、内閣の助言と承認に拘束され、責任の所在が内閣にあることを定めた。

【内閣の助言と承認】

一 内閣の助言と承認は、閣議によって決定される。助言と承認は一体の行為であり、1つの国事行為について「助言」と「承認」のため2度の閣議を必要とするものではない。

二 内閣の助言と承認の性質

天皇の行うすべての国事行為に対して、内閣の助言と承認が必要とされる（3条、7条）。この内閣の助言と承認がいかなる意味を有するかについては天皇の国事行為をいかなる性質のものとするかに関連する。

なお、天皇に象徴としての行為を肯定する立場によれば、天皇の行為は、国事行為、象徴としての行為、私的行為に分類されることとなる。

そして、象徴としての行為に当たる行為については、公的性質の行為とみなされる以上、天皇が単独で行い得る行為ではなく、内閣の直接又は間接の補佐と責任の下において行われる必要があるとされるが、国事行為と異なり、内閣の助言と承認までは必要とされないと解されている。

(図表) 国事行為の性質と内閣の助言と承認

	A 説	B 説
国事行為の性質	本来的には実質的権能を有するものも含まれる。	本来的に形式的・儀礼的行為である。
助言と承認の意義・効果	本来的には実質的権能を含む天皇の国事行為を、すべて内閣の助言と承認にかからしめることにより、天皇の政治的無権能化を実現。	天皇の国事行為は、すべて最初から形式的・儀礼的行為であり、それに対する内閣の助言と承認によっても、何ら実質的政治決定となるものではない。
衆議院の解散	7条3号で天皇が行うとされるが、その行為を内閣の助言と承認で骨抜きにする以上、実質的な解散権の主体は内閣である。	7条3号は形式的な解散権の宣言以上の意味を持つものではない。よって、7条3号をもって内閣に解散権が存することの根拠条文とすることはできない。
明治憲法下の大臣助言制との関係	本質的に同じ	全く異なる制度
批判	他の国家機関に決定権があるもの（国会による内閣総理大臣の指名6条、67条）については内閣の助言と承認により天皇の行為が形式化し名目化すると論理は採り得ない。	もし国事行為が最初から名目的・儀礼的行為にすぎないなら、それを行うにつき内閣の助言と承認を必要とするのは無意味となる。

三 助言と承認が必要な範囲

A説は、内閣の助言と承認を必要とするのは、天皇のなすべき行動の内容について内閣が決定する余地が少しでもある場合に限り、とする。しかし、それでは国事行為の中に内閣の助言と承認を必要とするものとそうでないものがあることになり、3条の明文に反する。そこで、すべての国事行為に助言と承認が必要とする説もある。

これに対してB説からは、内閣の助言と承認は元々形式的行為として要求されるものであり、当然にすべての国事行為に対して必要とされる。

※ なお、天皇の国事に関する行為はすべて内閣の意思に従って行われるものであるから、天皇は、その助言と承認が不当なものであると判断した場合でも、これを拒むことはできない。

【内閣の責任】

内閣は、自己の助言と承認に従ってなされた天皇の国事行為につき、国会に対して連帯責任（政治的責任）を負う。この責任は内閣の自己責任であり、天皇に代わる代位責任ではない。

《過去問チェック》10

第4条【天皇の権能の限界、天皇の国事行為の委任】

- I 天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない。
- II 天皇は、法律の定めるところにより、その国事に関する行為を委任することができる。

短答合格ファイル（憲法）

【明治憲法】

天皇は統治権の総攬者とされ、国政に関する広範な権能を有していた（4条～16条、55条、57条）。委任に関する規定はなかった。

【趣旨】

1項は、天皇の地位が、統治権の総攬者（明治憲法）から象徴（日本国憲法）となったことから、明治憲法下の天皇統治体制を解消するため天皇の政治的決定権を否定しつつ、象徴としての天皇にふさわしいと考えられる行為を「国事行為」として天皇の権能とした。

2項は、天皇が国事行為を行えない場合に代行させるため、委任ができることとした。

☆ 【（論点）天皇の公的行為】

天皇の行為には、(1)国家機関としての地位に基づく国事行為、(2)私人としての地位に基づく私的行為があることについては争いがない。この他に公的地位に基づく公的行為が認められるか、国会開会式での「おことば」などとの関係で問題となる。

（図表）天皇の公的行為に関する見解の対立

学説	二行為説				三行為説	
	国事行為説	準国事行為説	私的行為説	違憲説	象徴行為説	公人行為説
結論	国事行為・私的行為のみなし得る				国事行為・私的行為以外に象徴たる地位に基づく公的行為もなし得る	国事行為・私的行為以外に、公人の社交的・儀礼的行為として公的行為を認める
理由	4条1項が「国事に関する行為のみを行ひ」と規定していることを重視すべきである				①天皇は国事行為を行う国家機関としての地位と私人としての地位のほかに、象徴としての地位がある ②公的行為は非政治的なものでなくてはならず、内閣の直接又は間接の補佐と責任において行われなければならないという条件を付けることにより、私的行為として野放しにした場合の危険を防ぐことができる	天皇は象徴的役割を果たすことを求められ、また国家機関として一定の国事行為をなすことを求められる存在という意味において公人である

合憲性「否」の	合憲 国事行為 (7条10号 「儀式を行 ふこと」に 含まれる	合憲 国事行為に 密接に関連 する行為を 準国事行為 として認め 、「おことば 」は国会の 召集と密接 に関連する	合憲 私的行為に 含まれる	違憲 国事行為・ 私的行為 のいずれ にも当た らない	合憲	
批判	「儀式を行 ふ」とは通 常は儀式を 主宰し執行 するという 意味である から、他者 の行う行事 等への参列 をこれに含 めることは 文理上無理 がある	「密接に関連 する」の意味 が必ずしも 明確でない	国事行為以 外の行為は 全て私的行 為として認 められると すると、内 閣の統制が 及ばなくな る	あまりに 非現実的 である	①象徴に積極的な 意味を与えること になる ②公的行為の範囲 が明確でない ③摂政や天皇の代 行は公的行為を行 うことができるか 疑問である ④4条1項の趣旨 を潜脱する	憲法が儀礼的な事 実行為をも国事行 為の中に取り込ん でいることから考 えると、国事行為 以外の公人的行為 を禁止する趣旨と 解すべきである

【委任】

国事行為の委任は、「国事行為の臨時代行に関する法律」により、天皇に精神若しくは身体の疾患又は事故があるときは、摂政を置くべき場合を除き、皇室典範の規定により摂政となるべき順位にあたる皇族に、国事行為を委任して臨時に代行させることができるとされている。摂政が一定の事由が生じたときに当然に置かれる法定代理であり、天皇の権能のすべてを代理するのに対して、国事行為の委任は任意代理であり、天皇が国事行為の全部又は一部を他の国家機関に行わせるものである。

なお、同法6条は臨時代行の委任を受けた皇族につき「その委任がされている間、訴追されない」と定めている。この規定を類推して、天皇に対する刑事訴追は許されないものと解されている。

《過去問チェック》11

第5条〔摂政〕

皇室典範の定めるところにより摂政を置くときは、摂政は、天皇の名でその国事に関する行為を行ふ。
この場合には、前条第1項の規定を準用する。

【明治憲法】

規定があった(17条)。

【趣旨】

摂政が天皇に代わって国事行為を行うことを定め、同時に摂政については皇室典範が規定すべきことを定める。

【摂政】

一 「摂政」とは、天皇が故障によって自ら国事行為を行ない得ない場合に、天皇に代わってその行為を行う法定代理機関である。ただし、天皇ではないから「象徴」としての役割を有しない。

摂政の行った国事行為は、法律上天皇の行為とみなされ、天皇自身が行ったのと同じ法的効果を持つ。さらに、摂政の国事行為は、天皇と同様「国政に関する」ものではあり得ないし、内閣の助言と承認に基づいて行われ、その責任は内閣が負う。

《過去問チェック》12

二 摂政は、天皇が成年に達しないとき、天皇が精神もしくは身体の重患又は重大な事故により国事行為を自らすることができないときに置かれ（皇室典範16条）、成年に達した皇族が法定の順序に従い就任する（皇室典範17条）。皇族の成年年齢は18歳である（皇室典範22条）。

なお、摂政はその在任中、訴追されない（皇室典範21条）。この規定から類推して、天皇に対する刑事訴追は許されないものと解されている。

第6条【天皇の任命権】

- I 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。
- II 天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

【明治憲法】

天皇の大権として規定されていた（10条）。

【趣旨】

内閣総理大臣と最高裁判所長官はそれぞれ行政権、司法権の最高の地位にあるため、他の国事行為と別条に規定した。ただし、7条列挙の行為と質的相違はない。両者の実質的決定権は、それぞれ国会と内閣にある。しかし、一種の権威づけのために天皇による任命行為を要求した。

【内閣総理大臣の任命】

一 任命とは、特定人を公務員に選任することをいう。認証と異なり、内閣総理大臣がその地位に就くためには、天皇の任命行為が必要となる。ただ、天皇は、国会の指名した者を総理大臣に任命しなければならず、天皇の任命行為は、名目的・儀礼的な意味を持つにとどまる。

内閣総理大臣の任命行為に内閣の助言・承認を要するか。→3条の解説参照

二 本条は、「任命」のみ規定している。よって、総理大臣の辞職にあたって何らかの天皇の行為は不要である。総理大臣が辞職すれば当然に内閣は総辞職するが（70条）、総辞職した内閣は、新しい内閣総理大臣が任命されるまでその職務を行う（71条）。

【最高裁判所の長たる裁判官の任命】

指名と任命の関係は内閣総理大臣の場合と同様である。ただ、ここでは、内閣が、天皇による任命行為に対する助言と承認を行うと同時に、実質的な指名を行う権能を持つ。よって、指名・助言と承認の決定は、實際上1回の閣議決定で同時に行われることになる。

(図表) 大臣及び裁判官の指名権者・任命権者・認証権者

	指名権者	任命権者	認証権者
内閣総理大臣	国会 ※1 (憲法67条1項)	天皇 (憲法6条1項)	
国务大臣		内閣総理大臣 (憲法68条1項)	天皇 (憲法7条5号)
最高裁判所長官	内閣 (憲法6条2項)	天皇 (憲法6条2項)	
最高裁判所裁判官		内閣 (憲法79条1項)	天皇 ※2 (憲法7条5号)
下級裁判所裁判官	最高裁判所 ※3 (憲法80条1項)	内閣 (憲法80条1項)	天皇 ※4 (憲法7条5号)

※1 内閣総理大臣の指名については、「衆議院と参議院とが異なった指名の議決をした場合に、法律の定めるところにより、両議院の協議会を開いても意見が一致しないとき、又は衆議院が指名の議決をした後、国会休会中の期間を除いて10日以内に、参議院が、指名の議決をしないときは、衆議院の議決を国会の議決とする」(憲法67条2項)。

※2 裁判所法39条3項。

※3 最高裁判所の指名した者の名簿による(憲法80条1項)。内閣が任命を拒否できるかについては争いあり。

※4 高等裁判所長官については裁判所法40条2項。

《過去問チェック》13

第7条〔天皇の国事行為〕

天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。

- 1 憲法改正、法律、政令及び条約を公布すること。
- 2 国会を召集すること。
- 3 衆議院を解散すること。
- 4 国会議員の総選挙の施行を公示すること。
- 5 国务大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること。
- 6 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証すること。
- 7 栄典を授与すること。
- 8 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること。
- 9 外国の大使及び公使を接受すること。
- 10 儀式を行ふこと。

【明治憲法】

憲法改正の付議(73条)、法律の公布(6条)、命令発布(9条)、条約締結(13条)、議会の召集(7条)、衆議院の解散(7条)、文武官の任命(10条)、大赦等(16条)、栄典の授与(15条)について規定し、天皇の大権として行われていた。

【趣旨】

天皇の地位が統治権の総攬者(明治憲法)から象徴(日本国憲法)となるに伴い、その権能の範囲を国事行為に限定し、本条で限定的に列挙した。本条列挙の行為は象徴としての天皇にふさわしいと考えられたためである。

短答合格ファイル（憲法）

【憲法改正・法律・政令及び条約の公布－1号】

- 一 公布とは、既に成立した国法を官報等により国民一般に知らせるため表示する行為である。本条で列挙された国法は、公布された後に初めて効力を発し、施行される（判例・通説）。公布後どの時点で発効するかは、場合によって異なる（法の適用に関する通則法2条参照）。
- 二 公布の対象となる国法は、憲法所定の手続で制定されたとき確定的に成立する。すなわち、公布は国法の成立要件ではない。

◎ 最大判昭32.12.28

成文の法令が一般的に国民に対し現実にその拘束力を発動するためには、その法令の内容が一般国民の知り得べき状態に置かれることが前提条件であるとされる。

法令の公布は、官報をもってなされるものと解されるのが相当であって、たとえ事実上法令の内容が一般国民の知り得る状態に置かれ得たとしても、いまだ法令の公布があったとすることはできない。

◎ 最大判昭33.10.15（百選Ⅱ202事件）

一般の国民が官報を閲覧し又は購読しようとするればそれをなし得た最初の時点は午前8時30分であったという事実関係の下では、遅くとも、その時間までには、「一般国民の知り得べき状態に置かれ」たもの、すなわち公布されたものと解すべきである。

【国会の召集－2号】

「国会を召集する」とは、国会の会期を開始させることをいう。

☆（論点）国会召集の実質的決定権

A説 天皇の国事行為は本来すべて形式的・儀礼的なものであり、内閣の助言と承認はそのような形式的行為に対して行うものであるから、国事行為の実質的決定権を含まない。

〔理由〕① 召集権が内閣にあるのは憲法の歴史上明らかである。

② 憲法53条はすべての召集権が内閣にあることを前提としている。

B説 内閣が助言と承認を行う前提として行為の実質的決定を行ったとしても、その結果として天皇の国事行為が形式的・儀礼的になるならば、憲法に精神に反しないとして、内閣の助言と承認が国事行為の実質的決定権を含む。

※ この説からすると、内閣が召集に関する決定権を有することは、憲法7条により根拠づけることができる。

【衆議院の解散－3号】

「解散」とは、衆議院の議員全員について、その任期満了以前に、議員たる資格を失わせることをいう。

天皇の国事行為→3条、4条の解説参照

衆議院の実質的解散権→69条の解説参照

【総選挙の公示－4号】

- 一 「総選挙」とは、衆議院議員についての任期満了及び解散によって行われる選挙と参議院議員の通常選挙をいう。
- 二 「公示」とは、総選挙を行う旨をその期日を決めて一般に知らせることである。総選挙の施行の決定権は、本号により内閣に帰属する。補欠選挙については公示しない。

【国務大臣等の任免の認証－5号】

- 一 「認証」とは、その対象となった行為が権限ある機関によって行われたものであることを公証する行為である。認証の対象となる行為は、既に確定的に成立しており、また認証を欠いてもその効力は影響を受けない。
- 二 「国務大臣」とは、内閣の構成員を指すが、本号では内閣総理大臣は含まれない(6条、67条)。ここにいう国務大臣の任免権は、内閣総理大臣にある(68条)。
- 三 「官吏」とは、広義の公務員のうち、もっぱら国の事務を担当するもので、憲法によってその事務の掌理が内閣の権能の外に置かれているものを除く。よって、地方公務員、国会議員等は、ここでいう官吏ではない。
- 四 「全権委任状」とは、特定の条約の締結に関し全権を委任する旨を表示する文書である。天皇の権能は、全権委任状を認証することだけであり、全権委任状を発することそれ自体は、内閣の権能に属する。
- 五 「信任状」とは、特定国に派遣する特定の者を大使又は公使として信任することを表示した文書である。信任状を発する権限は内閣にある。

【恩赦の認証－6号】

- 一 「恩赦」とは、司法機関以外の国家機関が、裁判所による刑の言渡しの効果を変更し、又は特定の罪につき公訴権を消滅させる行為である。
- 二 憲法は、恩赦の種類として、大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除、復権を定める。その具体的内容は、恩赦法により規定されているが、それに従って恩赦を決定する権限は内閣に属する(73条7号)。

【栄典の授与－7号】

- 一 「栄典」とは、その人の榮譽を表彰するために与えられる位階や勲章などをいう。日本国憲法下の栄典は、平等原則との関連で、個人の功績を理由としてその個人を表彰するものであることを要し、また何らの特権を伴ってはならないとされる(14条3項)。
- 二 本条は、天皇以外の者が栄典の授与をすることを禁止する趣旨ではない(ex. 地方公共団体による名誉市民の称号)。

【批准書等の外交文書の認証－8号】

条約の締結権は内閣に属するが、その批准には国会の承認が必要となる。

批准とは、署名された国際条約に同意を与えてその効力を確定する行為をいう。批准を行う権限は内閣にあるから、批准書の作成も当然内閣の権限に属する。天皇が行うのは、批准書を認証するだけである。

天皇の認証の対象となる「外交文書」には、大使・公使の信認状・解任状、領事の委任状、外国領事の認可状がある。これらの外交文書を決定・作成する権限は内閣に属する。

【外交使節の接受－9号】

「接受」とは、外国の大使及び公使を接見する儀礼的な行為をいう。

【儀式の挙行－10号】

「儀式」とは、国家的な性格を持つ儀式をいい、かつ、宗教的な意味を持つものであってはならない(20条2項・3項、89条)。皇室典範の定める即位の礼、大喪の礼などに行われる儀式がこれに

当たる。昭和天皇の崩御に伴って挙行された即位の礼と大喪の礼は宗教的性格の切断が十分ではなく、政教分離の原則から問題を残した。

第8条【皇室の財産授受】

皇室に財産を譲り渡し、又は皇室が、財産を譲り受け、若しくは賜与することは、国会の議決に基かなければならない。

【明治憲法】

規定なし。

【趣旨】

88条は皇室の財産を国有としたが、それは公的性格の財産についてであり、皇室が私有財産を持つことを禁じたわけではない。しかし、憲法は、戦前のように皇室に巨大な財産が集中するのは好ましくないと考え、皇室と国民の間の財産授受に国会のコントロールを加えることにした。

【天皇及び皇族の財産授受】

- 一 本条における「皇室」とは、天皇及び皇族各個人を意味する。ここにいう天皇は私人としての天皇を意味する。私人としての天皇及び皇族は、一般人と同じ財産法上の能力を有するが、本条はそれに特別の制限を加えた。
- 二 「財産」とは、物権・債権・無体財産権を含め、財産権一般をいう。財産の授受は、有償・無償を問わず、財産が流入する場合と流出する場合の双方をいう。「賜与」とは、天皇又は皇族から皇室構成員以外の者に行われる贈与のことをいう。

【国会の議決】

- 一 本条の議決は、法律や予算の議決の場合と異なり、衆議院の優越は認められない。議決案は内閣が議院に提出している（実例）。議決は、事前になされるのが原則とみるべきであるが、事後になされる場合もあり得る。また、国会の議決は財産授受行為の効力要件であるから、議決を欠く財産の授受は、私法上無効である。
- 二 本条は皇室と国民との間の財産の移転に関するもので、皇室内部の移転を制限するものではない。

(図表) 皇室の費用①

内廷費 (皇室経済法 4条)	内廷にある天皇・皇族の日常の費用(生活費) その他の内廷諸費に充てるもの →内廷費として支出されたものは、「御手元金」として天皇・皇族の私産となり、宮内庁の経理に属する公金としない。
宮廷費 (皇室経済法 5条)	内廷諸費以外の宮廷諸費に充てるもの →天皇の公的活動に必要な経費として支出されるもので、公金として宮内庁で経理する。
皇族費 (皇室経済法 6条)	①内廷にある皇族以外の皇族に対して、皇族としての品位保持の資に充てるため年額により毎年支出するもの ②皇族がはじめて独立の生計を営む際に一時金額により支出するもの ③皇族の身分を離れる際に一時金額により支出するもの →いずれもそれが支出されたときはそれを受けた皇族の私産となり、宮内庁の経理に属する公金としない。

(図表) 皇室の費用②

	予算に計上されるか	宮内庁の経理する公金か
内廷費	○ (憲法88条)	× (皇室経済法4条2項)
宮廷費	○ (憲法88条)	○ (皇室経済法5条)
皇族費	○ (憲法88条)	× (皇室経済法6条8項)

2

第2章 戦争の放棄

第9条〔戦争の放棄、戦力及び交戦権の否認〕

- I 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。
- II 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

【明治憲法】

軍隊を保有し、戦争を行うことを予定していた（11条・12条・13条）。臣民に兵役義務があった（20条）。

【趣旨】

日本国憲法は、第2次世界大戦の悲惨な結果を反省し、前文で平和主義を基本原理として宣言する。本条は、その具体化として、1項で「戦争の放棄」、2項で「戦力の不保持」・「交戦権の否認」を宣言する。

☆ 【（論点）9条の裁判規範性】

A説 裁判規範性肯定説

a 1説 9条変遷説

9条の裁判規範性を認めただうえで、憲法制定後の事情の変化により規範的意味が制定当時とは全く変わってしまい、「変遷」が生じたとする。

a 2説 裁判規範説

9条は憲法の本文であり、裁判規範性が認められる。

B説 裁判規範性否定説（政治規範説）

9条が法規範性を有することは認め、裁判規範性は極めて希薄として、国会等の政治的な場での合憲性が判断される政治規範であるとする。

◎ 百里基地訴訟（最判平元. 6. 20、百選Ⅱ166事件）《司法H30-14》

【事案】

茨城県小川町の百里基地の建設予定地に土地を所有していたXが、基地建設反対派に土地を売却した。その後、土地の売主が当該売買契約を債務不履行解除し、国に対して当該土地を売却した。そこで、この3者間における土地所有権の帰属等が問題となった。

【判旨】

① 私人と対等におこなう国の行為の法的性質

「（憲法98条1項にいう）『国務に関するその他の行為』とは、同条項に列举された法律、命令、詔勅と同一の性質を有する国の行為、言い換えれば、公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味し、…国の行為であつても、私人と対等の立場で行う国の行為は、…法規範の定立を伴わないから憲法98条1項にいう『国務に関するその他の行為』に該当しない」

「本件売買契約は、…私人と対等の立場で行った私法上の行為であり、右のような法規範の定

立を伴わないことが明らかであるから、憲法98条1項にいう『国務に関するその他の行為』には該当しない」

② 私法上の行為と9条の適用

「憲法9条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではなく、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解するのが相当であり、…国が行政の主体としてでなく私人と対等の立場に立つて、私人との間で個々に締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為とならば変わりが無いといえるような特段の事情のない限り、憲法9条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎないものと解するのが相当である。」

「Xのした売買契約解除の意思表示は、…国が本件売買契約を締結するについて有していた自衛隊基地の建設という目的とは直接かかわり合いのないものであり、したがって、憲法9条が直接適用される余地はない…。

（Xと国との間で締結された本件売買契約は、）行為の形式をみると、私法上の契約として行われており、また、行為の実質をみても、国が基地予定地内の土地所有者らを相手方とし、なんら公権力を行使することなく純粋に私人と対等の立場に立つて、個別的な事情を踏まえて交渉を重ねた結果締結された一連の売買契約の一つであつて、右に説示したような特段の事情は認められず、したがって、本件売買契約は、私的自治の原則に則つて成立した純粋な財産上の取引であるということができ、本件売買契約に憲法9条が直接適用される余地はない」

③ 9条と民法90条にいう「公の秩序」との関係

「憲法9条の宣明する…国家の統治活動に対する規範は、私法的な価値秩序とは本来関係のない優れて公法的な性格を有する規範であるから、私法的な価値秩序において、右規範がそのままの内容で民法90条にいう『公ノ秩序』の内容を形成し、それに反する私法上の行為の効力を一律に否定する法的作用を営むということはないのであつて、右の規範は、私法的な価値秩序のもとで確立された私的自治の原則、契約における信義則、取引の安全等の私法上の規範によつて相対化され、民法90条にいう『公ノ秩序』の内容の一部を形成するのであり、したがって私法的な価値秩序のもとにおいて、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立しているか否かが、私法上の行為の効力の有無を判断する基準になるものといふべきである。

…自衛隊は、右のような法律〔注：自衛隊法及び防衛庁設置法〕に基づいて設置された組織であるところ、本件売買契約が締結された昭和33年当時、私法的な価値秩序のもとにおいては、自衛隊のために国と私人との間で、売買契約その他の私法上の契約を締結することは、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立していたということとはできない。したがって、…本件売買契約が、その私法上の契約としての効力を否定されるような行為であつたとはいえない。また、…平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは理念ないし目的としての抽象的概念であるから、憲法9条をはなれてこれとは別に、民法90条にいう『公ノ秩序』の内容の一部を形成することではなく、したがって私法上の行為の効力の判断基準とはならないものといふべきである。」

「そうすると、本件売買契約を含む本件土地取得行為が公序良俗違反にはならない。」

【9条1項の意義】

☆（論点）「国際紛争を解決する手段としては」は「武力による威嚇又は武力の行使」のみならず「国権の発動たる戦争」にもかかるか

A説 「武力による威嚇又は武力の行使」のみならず、「国権の発動たる戦争」にもかかる。

1項の意義

a1説 1項は、「国際紛争を解決する手段として」の戦争、すなわち侵略戦争のみを放棄し、自衛戦争は放棄していない。

a2説 1項は、「国際紛争を解決する手段として」の戦争を放棄するが、およそすべての戦争は「国際紛争を解決する手段として」行われるものであるし、自衛戦争と侵略戦争

短答合格ファイル（憲法）

争の区別は曖昧であるから、1項は自衛戦争も含めたすべての戦争を放棄する。

B説 「武力による威嚇又は武力の行使」のみにかかる。

1項の意義 武力行使が禁止される以上、1項により自衛戦争も含めたすべての戦争が放棄される。ただし、それは「国際紛争を解決する手段として」であるから、不法に侵入した外国軍隊を排除するために武力を行使することは本条によっては禁止されない。

【9条2項の意義】

一 ☆（論点）「前項の目的」とは何をさすか

甲説 「前項の目的」とは、1項全体の指導精神（「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という文言）を指す。

2項の意義 1項の目的を達成するため、一切の戦力保持を禁止する。

乙説 「前項の目的」とは、侵略戦争の放棄を指す。

2項の意義 2項は侵略戦争のための戦力保持のみを禁止し、自衛戦争のための戦力の保持は禁止していない。

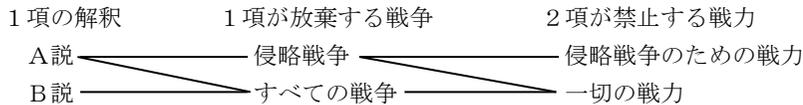
丙説 「前項の目的」とは、「国際紛争を解決する手段として」の戦争の放棄を指す。

2項の意義 1項の目的を達成するため、一切の戦力保持を禁止する。

（図表）9条の条文構造

1項の解釈	1項の「戦争」の意味	2項の「目的」の意味	2項が放棄する戦力	批判
A説 「国際紛争を解決する手段としては」は、「国権の発動たる戦争」にもかかる。	a1説 侵略戦争 *1	甲説 1項全体の指導精神	一切の戦力	自衛のための戦力をも否定するために9条を作ったのに1項では否定しきれず、2項で初めて否定できたことになり、9条が立法技術的に拙劣な規定となる。
		乙説 侵略戦争の放棄	侵略戦争のための戦力	自衛戦争のための戦力と侵略戦争のための戦力の区別は曖昧である。
B説 「国際紛争を解決する手段としては」は、「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかる。	a2説 自衛戦争も含めたすべての戦争 *2	甲説 1項全体の指導精神	一切の戦力	自衛権を認めながらその行使手段を認めないことになる。
		丙説 国際紛争を解決する手段		
		甲説 1項全体の指導精神		

- * 1 1項で放棄する「戦争」は侵略戦争に限られると解すると、9条は自衛戦争までも放棄するものではないとして、2項が禁止する戦力も侵略戦争のための戦力に限られると解するのが論理的である。しかし、1項の「戦争」を侵略戦争と解しながら、2項で一切の戦力が禁止されると解する見解がある。この見解によると、2項によって初めて自衛戦争のための戦力が放棄されるので、2項は独自の意味を持った規定となる。
- * 2 1項ですべての戦争を放棄すると解する説によれば、2項で禁止されるのは当然すべての戦力となり、侵略戦争のための戦力だけが禁止されると解する説とは結びつかない。



二 ☆ （論点）「交戦権」の意味

A説 国家が戦争を行う権利

B説 国家が交戦国として国際法上有する各種の権利、すなわち船舶の臨検・貨物の没収・占領地行政の権利などの各種の権利を総称する。

見解の対立 9条と戦争放棄

侵略戦争放棄説

1項 侵略戦争のみを放棄（「国際紛争を解決する手段」を「侵略の手段」と読む）

2項 侵略戦争のための戦力の不保持とその場合の交戦権を否定したのみ。自衛目的の戦力保持、その場合の交戦権行使は9条の関与するところではない。

全戦争放棄説

(1) 1項から全戦争放棄を導く説

1項 すべての戦争を放棄（「国際紛争を解決する手段」を「自衛戦争も含むすべての紛争解決の手段」と読む）

2項 1項を確認して戦力の不保持と交戦権の否認を確認したもの。したがって、2項の「交戦権」を伝統的な「交戦国の権利」ととらえても、「戦う権利」と解しても差し支えない。

(2) 2項から全戦争放棄を導く説

1項 侵略戦争のみを放棄（「国際紛争を解決する手段」を「侵略の手段」と読む）

2項 戦力の不保持と交戦権＝およそ「戦う権利」を放棄した結果、全戦争を放棄したことになる（この説は、交戦権を広く「戦う権利」とするところに特徴を持つ）。

【自衛隊の合憲性】

一 自衛権の意義

自衛権とは、外国からの急迫又は現実の違法な侵害に対して自国を防衛するために必要な一定の実力を行使する権利をいう。

二 憲法上自衛権は認められるか

自衛権は主権国家である以上当然に認められるものであり、国際連合憲章51条もこれを認めている。我が憲法も右意味での自衛権は認められている（通説）。

三 憲法上禁止される「戦力」の意味

- A説 軍需生産・航空機・核戦力研究など、戦争に役立つ可能性ある一切の潜在的な能力
- B説 軍隊及び有事の際に軍隊に転化し得る程度の実力部隊（通説）
- C説 自衛のための必要最小限度を超える実力（政府見解）

四 自衛隊の合憲性

- 1 通説からすると、「戦力」とは、軍隊及び有事の際に軍隊に転化し得る程度の実力部隊をいうから、現在の自衛隊はこれに当たるので違憲であることとなる。
- 2 政府見解からすると、我が憲法も自衛権を認めているので、憲法上認められる意味での自衛に必要な最小限度の実力の保持は認められており、自衛隊はこの範囲にあるから合憲であることとなる。

◎ 長沼事件第1審（札幌地判昭48.9.7、百選Ⅱ165事件）

9条1項は侵略戦争の否定にとどまり、独立の主権国としての固有の自衛権自体までも放棄したものと解すべきでないことは当然である。しかし、9条2項の「前項の目的」についてはそれを侵略戦争の否定のみに限定して解すべきではなく、一切の軍事力の行使を否定していると解されるので、警察力の行使や群民蜂起の方法などによる、軍事力によらない自衛権行使のみが認められる。

【自衛隊に関する判例】

◎ 長沼事件（最判昭57.9.9）

北海道夕張郡長沼町に航空自衛隊の基地を建設するため、国が付近の保安林指定を解除しその伐採を許した処分に対して、地域住民が9条違反を理由に提訴。第1審の札幌地裁は自衛隊を9条2項の「戦力」に当たる違憲の存在として原告住民側を勝訴させた（札幌地判昭48.9.7、百選Ⅱ165事件）。これに対して控訴審たる札幌高裁は自衛隊が9条に反するか否かは「統治行為」に当たるとして判断せず、住民側は敗訴（札幌高判昭51.8.5）。その上告に対して、最高裁は住民側に訴えの利益なしとして9条の判断をするまでもなく却下判決を下した。

◎ 自衛隊のイラク派兵差止等請求事件（名古屋高判平20.4.17、重判平20憲法2事件）

「現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる。」そして、「平和的生存権は、現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。法規範性を有するというべき憲法前文が上記のとおり『平和のうちに生存する権利』を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的の制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法13条をはじめ、憲法第3章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである。そして、この平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるということが出来る。」しかし、「本件派遣は控訴人らに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、日本において控訴人らの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえないところであって、全証拠によっても、現時点において、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない。」

【アメリカ軍の駐留を認める日米安全保障条約の合憲性】

◎ 砂川事件第1審 (東京地判昭34. 3. 30)

9条は自衛権を否定するものではないが、侵略戦争はもちろんのこと、自衛のための戦力の保持をも認めない趣旨である。駐留米軍は9条2項の禁止する戦力に当たり違憲である。

◎ 砂川事件上告審 (最大判昭34. 12. 16、百選Ⅱ163事件) 《司法H30-14、R5-13》

【事案】

国は、米軍が使用する立川飛行場の拡張を計画した。そして、拡張にあたって測量を開始したところ、集団抗議行動が起こり、その際に一部の者が飛行場の境界柵を破壊した。飛行場の拡張に反対する被告人は、そこから飛行場内へ立ち入ったため、刑事特別法2条違反として起訴された。

【判旨】

① 9条と自衛権

憲法9条は、「いわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているのであるが、しかしもちろんこれによりわが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではないのである。…しからば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。すなわち、われら日本国民は、憲法9条2項により、同条項にいわゆる戦力は保持しないけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによつて補ない、もつてわれらの安全と生存を保持しようと決意したのである。そしてそれは、必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的な安全措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができることはもとよりであつて、憲法9条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではないのである。」

② 駐留米軍の合憲性

「右のような憲法9条の趣旨に即して同条2項の法意を考えてみるに、同条項において戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条1項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすがとことのないようにするためであると解するを相当とする。従つて同条2項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである。」「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない。」

◎ 沖縄代理署名訴訟 (最大判平8. 8. 28、百選Ⅱ167事件)

国が条約に基づく国家としての義務を履行するために必要な行為を行うことが憲法前文、9条、13条に違反するというのであれば、当該条約自体の違憲をいうのに等しいことになるが、日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効でないことが一見極めて明白でない以上、裁判所としては、これが合憲であることを前提として駐留軍用地特措法の憲法適合性についての審査をすべきである。

《過去問チェック》15

【平和的生存権の法的権利性・裁判規範性】→前掲P.6参照

3-1

第3章 国民の権利及び義務

第10条〔国民の要件〕

日本国民たる要件は、法律でこれを定める。

【明治憲法】

臣民の要件を法定事項としていた（18条）。

【趣旨】

本条は、憲法の定める国民の権利・義務の主体である「国民」の範囲を定めるため、その要件を法律で定めるとしたものである（国籍法定主義）。

【本条の意味と性格】

一 国民

憲法は「国民」が基本的人権の享有主体であることを明文で示している（第3章表題、11条、12条参照）。

10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」とする。

国民たる資格を国籍といい、日本国籍を取得する要件が国籍法に定められている。

※ 法人・外国人・未成年者・天皇の人権享有主体性については11条の解説参照

二 国籍法の問題

1 国籍の取得（国籍法2条以下参照）

(1) 出生

原則—血統主義

- ① 出生の時に父又は母が日本国民であるとき
- ② 出生前に死亡した父が死亡の時に日本国民であったとき

例外—出生地主義（日本で生まれた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき、日本国籍を取得する）

◎ 最大判平20.6.4（国籍法違憲判決、百選I 26事件）《司法R1-16》

日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後に父から認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の国籍取得の要件が満たされるときは、日本国籍を取得する。

(2) 出生後

帰化による取得

2 国籍の喪失

日本国憲法は「国籍を離脱する自由」を保障している（22条2項）。

- (1) 自己の志望によって外国の国籍を取得した場合は、日本国籍を失う。
- (2) 日本国籍を離脱するための届出をするには、外国の国籍を持つことが必要となる（無国籍の防止）。

【「国民」概念】

- ① 国家を構成する個々人としての国民－10条、11条、13条等
- ② 主権者としての国民－前文1項、1条
- ③ 国家機関としての国民（有権者団）

第11条〔基本的人権の享有〕

国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。

この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与えられる。

【趣旨】

憲法第3章全体にかかる総則的な規定であり、12条、13条、97条とともにすべての国民が基本的人権を享有すべきことを示し、さらに、基本的人権の本質と基本思想について述べたものである。

具体的には、憲法の保障する基本的人権の一般的原理であるところの普遍性・不可侵性・永久性・固有性について宣言しており、したがって、本条は憲法第3章に規定される基本的人権各条項の基礎をなし、具体的な解釈・運用をするうえでの指針を示した。

(図表) 人権の国際化

	条約・規約等	日本の対応
1945	国際連合憲章	—
1948	世界人権宣言	—
1950	結社の自由及び団結権の保護に関する条約	○
1954	難民の地位に関する条約	○
1965	あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約（人種差別撤廃条約）	○
1966	国際人権規約	—
	経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（A規約）	○
	市民的及び政治的権利に関する国際規約（B規約）	○
	B規約選択議定書	×
1979	女子に対するあらゆる形態の差別に関する条約（女子差別撤廃条約）	○
1984	拷問及び他の残虐な非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約（拷問等禁止条約）	○
1989	児童の権利に関する条約（子どもの権利条約）	○
1989	市民的及び政治的権利に関する国際規約の第二選択議定書（死刑廃止議定書）	×

批准…○

（図表）日本国憲法と明治憲法の人権対比

	権利・義務	日本国憲法	明治憲法
包括的 権利	包括的基本権	13条	×
	法の下での平等	14条1項で包括的に規定	19条で公務就任権についてのみ規定
精神的 自由権	思想・良心の自由	19条	×
	信教の自由	20条1項前段、2項	28条 「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限」りて保障
	学問の自由	23条	×
	表現・集会・結社の自由	21条1項	29条 「法律ノ範囲内」との留保あり
	検閲の禁止	21条2項前段	×
	通信の秘密	21条2項後段	26条 「法律ニ定メタル場合ヲ除ク外」 信書の秘密を侵されない
経済的 自由権	職業選択の自由	22条1項	×
	居住・移転の自由	22条1項	22条 「法律ノ範囲内」との留保あり
	財産権	29条1項	27条1項
	財産権補償	29条3項	×
人身の 自由	法定手続の保障	31条	×
	奴隸的拘束からの自由	18条	×
	不法な逮捕・抑留・拘禁からの自由	33条、34条	23条 法律によらなければ「逮捕監禁審問処罰」されない
	不法な住居侵入・捜索・押収からの自由	35条	25条 「法律ニ定メタル場合ヲ除ク外」 許諾なくして住居侵入・捜索を受けない
	刑事被告人の権利	37条	×
	不利益供述の強制禁止	38条1項	×
	刑罰法規の不遡及	39条前段前半	×
	一事不再理	39条前段後半	×
二重処罰の禁止	39条後段	×	
国務請 求権	請願権	16条 「平穩に」との条件あり	30条 「相当ノ敬礼ヲ守リ別ニ定ムル所ノ規程ニ従ヒ」との条件あり
	国家賠償請求権	17条	×
	刑事補償請求権	40条	×
	裁判を受ける権利	32条 「裁判所において裁判を受ける権利」を保障	24条 「法律ニ定メタル裁判官ノ裁判」を受ける権利を保障
社会権	生存権	25条1項	×
	教育を受ける権利	26条1項	×
	労働基本権	28条	×
国民の 義務	教育の義務	26条2項前段	×
	勤労の義務	27条1項	×
	納税の義務	30条	21条
	兵役の義務	×	20条

【人権の内容】

一 意義

人権とは、人間がただ人間であるということのみに基づいて、当然に享有すると考えられる権利をいう。

二 人権の固有性・不可侵性・普遍性（人権の属性）

- 1 「人権の固有性」とは、人権が憲法や天皇から恩恵として与えられたものではなく、人間であることにより、当然に有するとされる権利であることをいう。
→憲法に列挙されていない新しい人権（環境権やプライバシー権）が認められ得る。
- 2 「人権の不可侵性」とは、人権が原則として、公権力によって侵害されないことをいう。
→私的団体による人権侵害、私人間効力が問題となる。
- 3 「人権の普遍性」とは、人権は、人種・性別・身分等の区別に関係なく、人間であればそれだけで当然に享有できる権利であることをいう。
→外国人や天皇・皇族・法人にも保障が及ぶか問題となる。

三 人権の内容

1 基本的分類

- (1) 自由権（国家からの自由） 国家の介入を排除して、個人の自由な意思決定と活動を保障する人権
- (2) 参政権（国家への自由） 国民の国政に参加する権利であり、自由権の確保に仕えるもの
- (3) 社会権（国家による自由） 社会的・経済的弱者が「人間に値する生活」を営むことができるように国家の積極的な配慮を求められることができる20世紀的な人権

（図表）自由権と社会権の対比

	自由権	社会権
人権の性質	国家の不介入・不作為によって保障される権利（「夜警国家」理念）	国家の介入・作為によって保障される権利（「積極国家」を要請）
人権の内容	自由主義を標榜し、個人の自由・独立の下、機会の平等（形式的平等）を要請	実質的な生存の確保を標榜し、財産法秩序の制約・実質的平等を要請
享有主体	享有主体は抽象的な人間一般	享有主体は具体的な社会的・経済的弱者

2 制度的保障

(1) 憲法は、人権を保障するに当たって、一定の制度を前提とし、あるいは、ある制度を特に忌避している場合がある。

ア 一定の制度を前提としている場合

(イ) その制度が憲法上明示されている場合

- ① 公務員の選定・罷免権（15条1項）と選挙制度（44条・47条）
- ② 職業選択の自由（22条1項）・財産権の保障（29条1項）と私有財産制度（29条2項）
- ③ 婚姻・家族生活における自由・平等（24条1項）と婚姻制度・相続制度（24条2項）
- ④ 裁判を受ける権利（32条・37条1項）と裁判制度（76条～82条）

(イ) その制度が憲法上含まれていると解される場合

- ① 公務員の不法行為に対する賠償請求権（17条）と国家賠償制度
- ② 学問の自由（23条）と大学制度として大学の自治

短答合格ファイル（憲法）

- ③ 生存権（25条1項）と社会保障制度
- ④ 教育を受ける権利（26条1項）と教育制度
- イ ある制度を特に忌避している場合
 - ① 平等権（14条1項）と貴族制度の禁止（14条2項）
 - ② 信教の自由（20条1項前段）と国教制度の禁止（20条1項後段・3項・89条）
 - ③ 表現の自由（21条1項）と検閲制度の禁止（21条2項前段）
- (2) 制度的保障の理論とは、ワイマール憲法時代にカール・シュミットを中心に説かれた理論であるが、我が国では一般的に、人権規定のうちの、人権を保障するものの他に、一定の制度の保障を定めたものをいい、個人の人権とは異なるが、人権の保障を制度的に補強し確保するものであり、また、制度的保障の内容は通常法律によって具体化されるものであるが、制度の本質的ないし中核的部分は法律によって侵害することはできず、これを侵害すると憲法違反になるとされる。

《過去問チェック》16

【人権の享有主体】

一 ☆ （論点）天皇・皇族の人権享有主体性

A説 天皇・皇族の双方とも肯定する説

〔理由〕 現憲法下では、明治憲法下のような皇族と臣民との区別は存在しないから。

（ただし、天皇の職務及び皇位の世襲制からくる最小限の特別扱いは認める。）

B説 天皇は否定するが、皇族は肯定する説

〔理由〕 天皇は象徴にして、あらゆる政治的対立を超越した存在であるから、国民には含まれない。他方、皇族は、「国民」には含まれるが天皇との距離に応じた特別扱いが認められる。

C説 天皇・皇族双方とも否定する説

〔理由〕 皇位の世襲制からして、天皇・皇族とも「門地」によって「国民」から区別された特別の存在であり、14条の合理的差別論で説明し得る事柄ではない。

※ 法律によって天皇に選挙権を与えることの可否につき、A説によれば肯定することも可能であるが、B・C説によれば否定される。

二 法人の人権

1 ☆ （論点）法人の人権享有主体性

A説 否定説 人権宣言は本来自然人を念頭においている。

B説 肯定説（判例・通説）

性質上可能な限り、内国の法人にも適用される。（最大判昭45.6.24、八幡製鉄事件、百選I8事件）

〔理由〕 ① 法人の活動は自然人を通じて行われ、効果は究極的に自然人に帰属する。

② 法人は社会において自然人と同じく活動する実体であり、特に現代社会における重要な構成要素である。

2 保障される人権の範囲

自然人とだけ結合して考えられる人権を除いて、原則として各法人の固有の性格と矛盾しない範囲内で保障される。

(1) 保障されない人権

生命や身体に関する自由（18条・36条等）・生存権（25条）・選挙権（15条1項）

(2) 保障される人権

精神的自由権 (宗教法人の信教の自由、学校法人の学問・教育の自由、法人たる報道機関の報道の自由・政治活動の自由)・経済的自由権 (22条・29条)・裁判を受ける権利 (32条)・国家賠償請求権 (17条)・法定手続の保障 (31条)・請願権 (16条)

◎ 八幡製鉄事件 (最大判昭45. 6. 24、百選 I 8 事件) 《司法R4-2、予備H24-8、30-9》

【事案】

八幡製鉄 (現新日本製鉄) の代表取締役であったY 1、Y 2 両名は、同会社を代表して、自由民主党に政治資金350万円を寄附した。これに対して、同社株主Xは、当該寄附は会社の定款に定められた目的の範囲外の行為であり、「法令又は定款に違反する行為」(旧商法266条1項5号(会社法423条1項))、忠実義務 (旧商法254条の2 (会社法355条)) 違反の行為にあたるとして、両名に対して、連帯して350万円と遅延損害金を会社へ支払うよう株主代表訴訟 (旧商法267条(会社法847条)) を提起した。

【判旨】

「憲法上の選挙権その他のいわゆる参政権が自然人たる国民にのみ認められたものである…。しかし、会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、**憲法第3章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進しまたは反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。**…政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでなく、政党の資金の一部が選挙人の買収にあてられることがあるにしても、それはたまたま生ずる病理的現象に過ぎず、しかも、かかる非違行為を抑制するための制度は厳として存在するのであつて、いづれにしても政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。会社が政治資金寄附の自由を有すること…が国民の政治意思の形成に作用することがあつても、あながち異とするには足りないのである。所論は大企業による巨額の寄附は金権政治の弊を産むべく、また、もし有力株主が外国人であるときは外国による政治干渉となる危険もあり、さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は、公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有する…」したがって、株式会社の政治資金の寄附は憲法に反するものではなく、民法90条に違反するものではない。

◎ 南九州税理士会政治献金事件 (最判平8. 3. 19、百選 I 36 事件) 《司法R2-4、予備H24-8、30-9、R2-2》

【事案】

南九州税理士会Y (強制加入団体・公益法人) は、税理士法を業界に有利な方向へ改正するための特別資金とするため、各会員から特別会費5000円を徴収し、税理士政治連盟 (政治団体) へ寄付するとの内容の決議をしたが、会員である税理士Xは、これを納入しなかった。Yは、会費滞納者は役員選挙権および被選挙権を有しない旨の役員選任規則に基づいて、Xを選挙人名簿に登録しないまま役員選挙を実施した。そこで、Xは、Yの政治団体への寄付行為はその「目的の範囲」(民法43条 [現34条]) 外の行為であり、特別会費徴収決議は無効であるなどと主張し、特別会費納入義務の不存在確認、不法行為により被った慰謝料等の一部である500万円と遅延損害金の支払を求め、訴えを提起した。

【判旨】

「税理士会が政党など規正法上の政治団体に金員の寄付をすることは、たとい税理士に係る法令の制定改廃に関する政治的要求を実現するためのものであつても、…税理士会の目的の範

困外の行為であり、右寄付をするために会員から特別会費を徴収する旨の決議は無効であると解すべきである。」

「税理士会は、会社とはその法的性格を異にする法人であって、その目的の範囲については会社と同一に論ずることはできない。」「税理士会が…強制加入の団体であり、その会員である税理士に実質的には脱退の自由が保障されていないことからすると、」「その構成員である会員には、様々の思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されている。したがって、税理士会が右の方式により決定した意思に基づいてする活動にも、そのために会員に要請される協力義務にも、おのずから限界がある。」「特に、政党など規正法上の政治団体に対して金員の寄付をするかどうかは、選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄であるというべきである。なぜなら、政党など規正法上の政治団体は、政治上の主義若しくは施策の推進、特定の公職の候補者の推薦等のため、金員の寄付を含む広範囲な政治活動を行うことが当然に予定された政治団体であり…、これらの団体に金員の寄付をすることは、選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかに密接につながる問題だからである。」

「そうすると、前記のような公的な性格を有する税理士会が、このような事柄を多数決原理によって団体の意思として決定し、構成員にその協力を義務付けることはできない」

◎ 群馬司法書士会事件上告審判決（最判平14. 4. 25）《司法H30-3、R5-2》

〔事案〕

群馬司法書士会Yは、阪神・淡路大震災により被災した兵庫県司法書士会に3000万円の復興支援拠出金を寄付することとし、会員から登記申請事件1件あたり50円の復興支援特別負担金の徴収による収入をもってこれに充てる旨の総会決議をしたところ、同会の会員であるXらが、①本件拠出金を寄付することはYの目的の範囲外の行為であること、②強制加入団体であるYは本件拠出金を調達するため会員に負担を強制することはできないこと等を理由に、決議は無効であって会員には負担金の支払義務がないと主張して、債務不存在の確認を求めた。

〔判旨〕

「本件拠出金は、被災した兵庫県司法書士会及び同会所属の司法書士の個人的ないし物理的被害に対する直接的な金銭補てん又は見舞金という趣旨のものではなく、被災者の相談活動等を行う同司法書士会ないしこれに従事する司法書士への経済的支援を通じて司法書士の業務の円滑な遂行による公的機能の回復に資することを目的とする趣旨のものであった」

「司法書士会は、司法書士の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行うことを目的とするものであるが…、その目的を遂行する上で直接又は間接に必要な範囲で、他の司法書士会との間で業務その他について提携、協力、援助等をする 것도その活動範囲に含まれるというべきである。そして、3000万円という本件拠出金の額については、それがやや多額にすぎるとはならないかという見方があり得るとしても、阪神・淡路大震災が甚大な被害を生じさせた大災害であり、早急な支援を行う必要があったことなどの事情を考慮すると、その金額の大きさをもって直ちに本件拠出金の寄付がYの目的の範囲を逸脱するものとまでいうことはできない。したがって、兵庫県司法書士会に本件拠出金を寄付することは、Yの権利能力の範囲内にあるというべきである。」

「そうすると、Yは、本件拠出金の調達方法についても、それが公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情がある場合を除き、多数決原理に基づき自ら決定することができるものというべきである。これを本件についてみると、Yがいわゆる強制加入団体であること…を考慮しても、本件負担金の徴収は、会員の政治的又は宗教的立場や思想信条の自由を害するものではなく、また、本件負担金の額も、登記申請事件1件につき、その平均報酬約2万1000円の0.2%強に当たる50円であり、これを3年間の範囲で徴収するというものであって、会員に社会通念上過大な負担を課するものではないのであるから、本件負担金の徴収について、公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとは認められない。したがって、本件決議の効力はYの会員である上告人らに対して及ぶものというべきである。」

3 保障される人権の程度

法人に対して人権が保障されたとしても、その保障の程度は自然人の場合とは異なる。

- ① 経済的自由権 人権の実質的公平を確保しようとする社会国家の理念から、自然人よりも広範な積極的規制が認められる。
- ② 精神的自由権 一般国民の精神的自由を不当に制約する効果を伴う場合（外部者との関係）、及び構成員の精神的自由と矛盾・衝突する場合（内部者との関係）には、自然人と異なる制約に服する。

※ 前記最判平8. 3. 19及び最大判昭45. 6. 24参照

三 外国人の人権

1 ☆（論点）外国人の人権享有主体性

A説 否定説

〔理由〕 憲法第3章は「国民の権利及び義務」と題している。

B説 肯定説（判例・通説）

〔理由〕 人権は前国家的なものであるし、前文・98条2項は国際協調主義の建前を採用している。

2 ☆（論点）保障される人権の範囲

A説 文言説

「何人も」という文言と「国民」という文言によって区別する。

〔批判〕 22条2項の国籍離脱の自由が外国人にも保障されることになる。

B説 性質説（判例・通説）

権利の性質が許す限り外国人の人権も保障される。

◎ マクリーン事件（最大判昭53. 10. 4、百選 I 1 事件）《司法R2-1、予備H29-5》

〔事案〕

Xは、アメリカ合衆国国籍を有する外国人であるが、在留資格が認められ、在留期間を1年とする上陸許可の証印を受けて本邦に上陸した。Xは、1年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣Yは、①Xが、語学学校に英語教師として雇用されるため在留資格を認められたのに、入国後わずか17日間で同校から他の語学教育機関に転職し、入国を認められた学校における英語教育に従事しなかったこと、②反戦集会・デモに参加していたことから、更新を適当と認めるにたりる相当な理由があるものとはいえないとして更新を許可しないとの処分をした。そこで、Xは、処分の取消し、処分の効力停止を求めた。

〔判旨〕

① 外国人の在留の自由

「憲法22条1項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定することとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される」（最大判昭32. 6. 19参照）。「したがって、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、…在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」

② 法務大臣の裁量権

法務大臣による在留資格更新の許可制は、「法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の許可を決定させようとする趣旨に出たものであり、そして、在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする

る趣旨からである」。したがって、「法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。」

③ 外国人の人権享有主体性・外国人の政治活動の自由

「憲法第3章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としておりと解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないとして解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。しかしながら、前述のように、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねられ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」

(1) ☆（論点）参政権

A説 国政レベルでも、地方自治体レベルでも、憲法上保障されず、また法律で与えることも禁止される。

〔理由〕① 外国人に選挙権を認めることは国民主権原理に反する。

② 「国民」とは、日本国籍を有する者に限られる。

③ 「国民」（15条1項）と「住民」（93条2項）は全体と部分の関係にあり、「国民」に外国人が含まれない以上、「住民」にも含まれない。

B説 国政レベルでは憲法上保障されず法律で与えることも禁止されるが、地方自治体レベルでは定住外国人については憲法上保障される。

〔理由〕① 国政レベルで外国人に選挙権を与えることは国民主権に反する。

② 15条1項では「国民」、93条では「住民」と表現を使い分けており、「住民」には定住外国人も含まれる。

③ 定住外国人に選挙権を認めても、地方自治体の行為が法律に基づき法律の枠内で行われる以上（94条）、国民主権原理に反しない。

C説 国政レベルでも地方自治体レベルでも憲法上保障はされないが、地方自治体レベルでは定住外国人に対して法律で与えることは禁止されない（最判平7.2.28、百選I3事件）。

〔理由〕① 「住民」（93条2項）とは、地方公共団体の地域内に住所を有する日本国民を意味する。

② 地方自治制度の趣旨は、住民の日常生活に密接な関連性を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づき地方公共団体が処理することを保障する点にある。したがって、永住者等であつてその居住する区域の地方公共団体と密接な関係を持つ者に、法律で地方自治体レベルの選挙権を与えることは、憲法上禁止されているものではない。

D説 国政レベルでも、憲法上保障される。

〔理由〕 国民主権原理とは、一国の政治はそれに関心を持たざるを得ないすべての人の意思に基づいて決定されなければならないという考えに基礎を置くものである。した

がって、「国民」に当たるかは国籍ではなく、生活の実態により判断すべきである。生活の実態において日本国民一般と変わらないような在留外国人に対しては参政権が保障される。

◎ 最判平7.2.28（百選 I 3 事件）《司法R5-19、予備H29-5》

【事案】

大阪市在住の韓国籍のXらは、選挙人名簿に登録されていないとして、選挙管理委員会に対し、選挙人名簿に登録するよう異議の申出をしたが、却下決定がなされた。そこで、Xらが決定の取消しを求めた。

【判旨】

① 外国人の国政への参政権

「憲法15条1項にいう公務員を選定罷免する権利の保障が我が国に在留する外国人に対しても及ぶものと解すべきか否かについて考えると、憲法の右規定は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が『日本国民』に存するものとする憲法前文及び1条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法15条1項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。」

② 外国人の地方自治への参政権

「地方自治について定める憲法第8章は、93条2項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法15条1項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることをも併せ考えると、**憲法93条2項にいう『住民』とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものという事はできない。**」

「このように、憲法93条2項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したものはいえないが、憲法第8章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、**法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。**しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。」

※ 本判決は、定住外国人に対して、地方政治への参加を実現する立法措置を採り得ることを初めて明言した点に意義を有する。

◎ 最判平10.3.13

国会議員の被選挙権を有する者を日本国民に限っている公職選挙法10条1項の規定は、憲法15条に違反するものではない。

(2) 公務就任権

◎ 最大判平17.1.26（百選 I 4 事件）《司法R3-11、予備H29-5》

【事案】

東京都に保健婦として採用されたXが、東京都人事委員会の実施した管理職選考を受験しようとしたが、日本国籍を有しないことを理由に受験が認められなかったため、国家賠償法1条1項に基づき、東京都に対し、慰謝料の支払等を請求した。

【判旨】

「普通地方公共団体は、職員に採用した在留外国人について、国籍を理由として、給与、勤務時間その他の勤務条件につき差別的取扱いをしてはならないものとされており（労働基準法3条、112条、地方公務員法58条3項）、地方公務員法24条6項に基づく給与に関する条例で定められる昇格（給料表の上位の職務の級への変更）等も上記の勤務条件に含まれるものというべきである。しかし、上記の定めは、普通地方公共団体が職員に採用した在留外国人の処遇につき合理的な理由に基づいて日本国民と異なる取扱いをすることまで許されないものではない。また、そのような取扱いは、合理的な理由に基づくものである限り、憲法14条1項に違反するものでもない。」「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下『公権力行使等地方公務員』という。）…の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかかわりを有するものである。それゆえ、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法1条、15条1項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものというべきである。」「普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができるものというべきである。」「この理は、…特別永住者についても異なるものではない。」

《過去問チェック》19

(3) 社会権

社会権はまず各人の所属する国によって保障されるべき権利であり、外国人には保障されないとする見解がある。これに対して、立法政策によって認めることは弱者保護という社会権規定の本質に反さずむしろ望ましいとする説、社会構成員である定住外国人に対しては保障されるとする説がある。

◎ 塩見訴訟（最判平元.3.2、百選 I 5 事件）

社会保障上の施策において外国人をどのように処遇するかについて国は、特別の条約の存しない限り、その政治判断によりこれを決することができるのであり、その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人よりも優先的に扱うことも許される。また、国籍条項及び昭和34年11月1日より後に帰化によって日本国籍を取得した者に対し国民年金法81条1項の障害福祉年金の支給をしないことが、憲法14条1項の規定に違反しないかどうかについては、憲法14条1項は法の下での平等の原則を定めているが、右規定は合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、各人に存する経済的、社会的その他種々の事実関係上の差異を理由としてその法的扱いに区別を設けることは、その区別が合理性を有する限り、何ら右規定に違反するものではない。

《過去問チェック》20

◎ 最判平26.7.18（重判平26憲法11事件）《司法H29-10、予備H29-6》

[事案]

本件は、永住者の在留資格を有する外国人であるXが、生活保護法に基づく生活保護の申請をしたところ、大分市福祉事務所長から同申請を違法に却下する処分を受けたとして、Y（大分市）を相手に、その取消し等を求める事案である。

[判旨]

原審は、「難民条約等への加入及びこれに伴う国会審議を契機として、国が外国人に対する生活保護について一定の範囲で法的義務を負い、一定の範囲の外国人に対し日本国民に準じた生活保護法上の待遇を与えることを立法府と行政府が是認したものである」といことができ、一定の範囲の外国人において上記待遇を受ける地位が法的に保護されることになったものである。また、生活保護の対象となる外国人の範囲を永住的外国人に限定したことは、これが生活保護法の制度趣旨を理由としていることからすれば、外国人に対する同法の準用を前提としたものとみるのが相当である。よって、一定の範囲の外国人も生活保護法の準用による法的保護の対象になるものと解するのが相当であ…る。」と判断して、Xの本件却下処分の取消しを求める請求を認容した。

「現行の生活保護法は、1条及び2条において、その適用の対象につき「国民」と定めたものであり、このように同法の適用の対象につき定めた上記各条にいう「国民」とは日本国民を意味するものであって、外国人はこれに含まれないものと解される。そして、…同法の適用を受ける者の範囲を一定の範囲の外国人に拡大するような法改正は行われておらず、…一定の範囲の外国人に準用する旨の法令も存在しない。したがって、生活保護法を始めとする現行法令上、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されると解すべき根拠は見当たらない。」「また、本件通知は行政庁の通達であり、それに基づく行政措置として一定範囲の外国人に対して生活保護が事実上実施されてきたとしても、そのことによって、生活保護法1条及び2条の規定の改正等の立法措置を経ることなく、生活保護法が一定の範囲の外国人に適用され又は準用されるものとなると解する余地はなく、前記…の我が国が難民条約等に加入した際の経緯を勘案しても、本件通知を根拠として外国人が同法に基づく保護の対象となり得るものとは解されない。なお、本件通知は、その文言上も、生活に困窮する外国人に対し、生活保護法が適用されずその法律上の保護の対象とならないことを前提に、それとは別に事実上の保護を行う行政措置として、当分の間、日本国民に対する同法に基づく保護の決定実施と同様の手続により必要と認める保護を行うことを定めたものであることは明らかである。」「以上によれば、外国人は、行政庁の通達等に基づく行政措置により事実上の保護の対象となり得るにとどまり、生活保護法に基づく保護の対象となるものではなく、同法に基づく受給権を有しないものというべきである。」

(4) 自由権

自由権は、原則として外国人にも保障される。ただし、保障の程度は人権の性質により国民と異なる場合がある。

① 経済的自由権

経済的自由権には立法府の裁量が広く認められるので、合理的な範囲で国民と異なった制約を受ける。

ex. 職業選択の自由（公証人法）、財産権（外国人土地法）、居住移転の自由（外国人登録法）等

② 精神的自由権

精神的自由権は自然権的性質を有するので原則として国民と同様に保障される。ただし、政治活動の自由は参政権的側面を有するので、国民と異なった制約を受ける。

◎ マクリーン事件（最大判昭53.10.4、百選I1事件）前掲参照

◎ 最判平7.12.15（百選I2事件）《司法R3-2》

[事案]

アメリカ合衆国国籍を有しハワイに在住するYが、日本在住時、新規の外国人登録申請の

際、外国人登録原票、登録証明書および指紋原紙二葉に指紋の押なつをしなかったため、外国人登録法違反で起訴された。なお、平成4年に永住者及び特別永住者について指紋押なつ制度が廃止され、平成11年には全廃された。

【判旨】

① 指紋押なつ拒否の自由

「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつ。」

「憲法13条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、**個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するもの**というべきであり、…また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶ」

② 在留外国人に対する指紋押なつ制度の合憲性

「外国人登録法が定める在留外国人についての指紋押なつ制度…は、…『本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する』という目的を達成するため、戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである。また、…本件当時の制度内容は、押なつ義務が3年に1度で、押なつ対象指紋も一指のみであり、加えて、その強制も罰則による間接強制にとどまるものであって、精神的、肉体的に過度の苦痛を伴うものとまではいえず、方法としても、一般的に許容される限度を超えない相当なものであったと認められる」

「在留外国人を対象とする指紋押なつ制度は、前記…のような目的、必要性、相当性が認められ、戸籍制度のない外国人については、日本人とは社会的事実関係上の差異があつて、その取扱いの差異には合理的根拠があるので、…憲法14条に違反するものでない」

「指紋は指先の紋様でありそれ自体では思想、良心等個人の内心に関する情報となるものではないし、同制度の目的は在留外国人の公正な管理に資するため正確な人物特定をはかることにあるのであって、」「外国人の思想、良心の自由を害するものとは認められない」

《過去問チェック》21

(5) ☆ （論点）出入国の自由

① 外国人の入国の自由

国際慣習法上、国家の裁量に委ねられているとして否定するのが判例・通説である。

② 外国人の出国の自由

A説 肯定説

a 1説 22条2項説（判例・通説） 「外国に移住」する自由に含まれる。

〔理由〕 1項は国内における移転の自由、2項は外国へ移転する自由を定めている。

a 2説 22条1項説 「移転の自由」に含まれる。

〔理由〕 「外国への移住」とは永住的なものを意味し、一時的なものは1項の「移転の自由」で保障されている。

B説 否定説 出国の自由は、国際慣習法上の問題である。

◎ 最大判昭32.12.25（百選I A 1事件）

憲法22条2項にいう外国移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない。

《過去問チェック》22

③ 外国人の在留の自由

◎ マクリーン事件 (最大判昭53. 10. 4、百選 I 1 事件) 前掲参照

④ ☆ 外国人の再入国の自由

A説 肯定説 出国の自由に対応して、22条により保障される。

B説 否定説

b1説 新規入国と同じく保障されず、法務大臣の裁量に基づく。

b2説 出入国の自由同様、22条の問題ではなく国際慣行ないし国際慣習法上の問題。

◎ 森川キャサリーン事件 (最判平4. 11. 16、百選 I A 2 事件)

我が国に在留する外国人は外国へ一時旅行する自由を憲法上保障されているものではないから、再入国の自由も保障されない。

◎ マクリーン事件 (最大判昭53. 10. 4、百選 I 1 事件) 前掲参照

四 未成年者の人権

1 未成年者も日本国民である以上、当然に人権享有主体性が認められる。

2 ☆ 未成年者の人権制約の根拠

憲法上未成年者の人権を制限しているのは選挙権のみ (15条3項) であるが、未成年者は、いまだ成熟した判断能力を持たないことから、成年者の場合とは違った制約に服するのではないか問題となる。

A説 人権一般の制約根拠として用いられる「公共の福祉」の原理が妥当する。

B説 「限定されたパターンナリストティックな制約」が妥当する。

パターンリズムとは、独立した能力のない子に対して、親が干渉して面倒を見るやり方で、国が私人の行動に干渉することをいう。そして、原則として自律権に対する制約は認めないが、人格的自律そのものを回復不可能な程永続的に害する場合には、例外的に介入することを認めるとする。

3 現行法上の制限

憲法上の制限—選挙権 (15条3項)

法律上の制限—婚姻年齢 (民法731条)、財産・身分法上の法定代理人 (親権者等) の関与 (民法824条・859条・5条等)、職業選択上の制限 (税理士法4条1号・薬剤師法4条)

なお、平成27年に公職選挙法等が改正され、年齢満18年以上満20年未満の者が選挙に参加することができることになった (平成28年6月19日施行)。

4 程度

学説では、保障される人権の性質に従って、未成年者の心身の健全な発達をはかるための必要最小限度の制約が憲法上許されるという見解が有力に主張されている。

この場合に、未成年者といっても年齢によって成熟性に差があること、また、未成年者の権利は、子供に対して保護を図る親及び国の権利ないし権限との間の相互の調整を必要とすることに注意しなければならない。

5 学校での生徒の人権の制限—校則等による生徒の人権の制限の限界に関する判例

◎ 最判平8.7.18

私立学校は建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針によって教育活動を行うことを目的とし、生徒もそのような教育を受けることを希望して入学するものである。普通自動車運転免許の取得の制限は、交通事故から生徒の生命・身体を守り、非行化を防止し、勉学に専念する時間を確保するためであり、パーマの禁止は、高校生にふさわしい髪型を維持し、非行を防止するためであるというのであるから、本件校則は、社会通念上不合理なものとはいえず、民法1条、90条に違反するものではない。

◎ 麹町中学内申書事件（最判昭63.7.15、百選 I 34事件）後掲参照

◎ 最判平3.9.3（百選 I 22事件）

バイクに関する三ない原則（免許を取らない・乗らない・買わない）を含む私立高等学校の校則の評価について、「原審の確定した事実関係の下においては、本件校則が社会通念上不合理であるとはいえないとした原審の判断は、正当として是認することができる」とした。

- 6 公職選挙法137条の2は、18歳未満の選挙運動を禁止し、違反者に刑罰を科しているが、選挙運動が未成年者自身の目的達成諸能力を重大かつ永続的に弱化せしめる具体的害悪を未成年者にもたらすかどうか、未成年者を刑罰によって一般的に規制すべき事柄であるか問題があるとされている。

《過去問チェック》23