

日本国憲法 渋谷秀樹（立教大学法科大学院教授） 2011年度冬学期の講義ノート
○講義

パワーポイント

教科書（「憲法への招待」岩波：2001年）

六法（「ポケット六法」有斐閣：平成24年版）

成績評価は期末テストのみ（採点は公平）

既に出した所は出にくい？

憲法の思想と論理を丁寧に学ぶことが目標。

参考書

(1)法律用語辞典（有斐閣の法律学小事典など）

(2)憲法の概説書・体系書

渋谷秀樹・赤坂正浩「憲法1」「憲法2」（有斐閣）

渋谷秀樹「憲法」（有斐閣）

芦部信喜「憲法」（岩波）

☆試験について

条文の番号のような些末な問題は出さない。基本的なことを聞かれる。

例年と同じスタイル。（過去問とは違う出題の可能性が高い）

20問の穴埋め（一問2点）

およそ300～500文字の5問の論述のうち3問を選択（一問20点）

出題範囲

【教科書】1～10章,12章,17～19章,23章の一部

その他授業のスライドに出たものも範囲。

来年の前期にも同じ授業が行われる。（木曜五眼）

I法とは？

・法律学をマスターするコツ

1.知識が前提となる学問。

辞典などを利用して専門用語を知る。

2.法は「言葉」として存在する。

六法を読む。

3.法解釈は実践で試される。

判例・裁判例を知らなければならない。

→目白駅の視覚障害者転落事故を憲法22条を根拠にして考えることができる。

4.正しい答えがない場合もある。

説得力のあるよい答えを見つけなければならない。

II 憲法を学ぶ上での予備知識

・憲法

国における政府の組織と活動に関する基本法

・国とは→国の三要素

- (1)領土・領空・領海—領域
- (2)国民（近年の呼び方では「定住者」）
- (3)支配・統治（governするのがgovernment）

政府とは国会（立法）、内閣（行政）、裁判所（司法）の三権分立によって成立している。

（政府＝内閣という考え方は戦前の大日本帝国憲法の影響による。日本国憲法で政府という語は前文に一回出るのみである。）

・「法」の定義

(a)静態的（static）な定義

法主体の権利・義務を定めるもの。

※法主体とは（民法3条・33条）

自然人と法人（＝自然人の動かす機関）

民法3条 ①私権の享有は出生に始まる。

自然人には 当然 権利能力（権利義務の主体となることの出来る能力）を持つ。アメリカ憲法は当初奴隷の存在を認めていたので…。

民法33条：法人＝登記上の存在

法人にも一部権利能力を認めた方が便宜上都合が良い。

国も法人の一つ。

(b)動態的(dynamic)な定義

法の果たす役割＝機能の定義

☆人間行動を一定方向にコントロールしようとする、（一般的・抽象的な対象に対して定められている）規範であって、政府（特に裁判所）がその実効性を保証するもの。

※命令・許容・可能・禁止など（英語での助動詞的な役割）をその内容とする。

III 法の体系（日本には1800前後の法律がある！）

1 公法

私人（自然人・法人）と政府との間についての規律

1-① 憲法

政府の組織と活動の基本的ルール

1-② 行政法（法全体の99%を占める）

行政の組織と活動のルール

2 私法（民法法）

私人間を規律するもの。私人間の権利義務の内容・得失・変更のルール

③民法（成立の歴史が古く、法全体に関わる根本的ルールも書かれている。）

④商法（民法より迅速かつ大量に取引する必要から生まれた。）

など。これらの法律は実体法と呼ばれる。

⑤民事訴訟法（裁判による私人間の紛争解決のルール）←これは（民事）手続法

3 刑事法

犯罪人を処罰するルール

⑥刑法（犯罪と刑罰のルール）←刑事実体法

刑法第11条（憲法36条に反していないのか！？）

死刑は、刑事施設内において、絞首して実行する。

・傷害罪

・人の体を傷つけた時点で成立。（たとえ同意の上でも）

・ただし医療行為などでは不成立（35条）

・殺人罪

人を殺したものは… ←「人」とは何か？死の定義とは？殺意については？

⑦刑事訴訟法（犯罪捜査と裁判の際のルール）←刑事手続法

4 国際関係法（条約）

⑧国際法（国際公法） 国と国、または国と国際機関の間のルール

⑨国際私法（国際取引法） 国民と外国人との間の法（法人も含まれる）

「法の適用に関する通則法」によってある程度定められている。

5 その他の融合 or 専門領域（社会法・産業法など…etc）

Iv 憲法の意義

1 「憲法」という言葉（教科書 p2）

古来の「憲法」という言葉と、近代になって西欧から持ち込まれた constitution という語は同一の意味を持つのか？

→constitution は「国政」、「政体書」、「国憲」などの訳を経て「憲法」となった。

2 憲法の定義

(1)固有の意味の「憲法」

国ある所に憲法あり。

(2)立法的意味（英・仏革命児に盛んに議論される）

1789年のフランス革命時に社会契約思想がわき起こる。

→権利の保障・権力の分立の無い社会は憲法を持つべきではない。

(2)の観点からすると、聖徳太子の時代の17条憲法は constitution ではない。

↑社会契約思想に基づいていない

よって17条憲法によって（近代的な意味での）国家が定められた、というのは誤り。

・実質的意味の憲法と、形質的意味の憲法

実質的意味・・・英国の慣習法（英国には形式的意味の憲法は無い）

形式的意味・・・日本国憲法のような成文法

→実質的意味の憲法は中身だけでなく解釈も必要となるため、読むだけでは理解できない事が多い。

V 憲法の性質

1 組織的規範（norm）

政府の仕組みを定める

2 授権規範

①なぜ、その政府は統治権を持つのか。（政府に正当性を与える）

大日本帝国憲法では「天孫降臨説」

「惟神の宝祚を継承」する天皇が大日本帝国を統治する。

日本国憲法では「社会契約説」

そもそも、国政は、国民の厳粛な信託によるものであって…

↑国民の国民による国民のための政治（日本は間接民主政だが）

②政府の諸機関に権限を与える

第41条：国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。

第65条：行政権は、内閣に属する。

第76条：①全て司法権は、最高裁判所及び法律の定める所に依り設置する下級裁判所に属する。

第94条

地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、法律の範囲内で条例を制定する事が出来る。

戦前は地方に権力は無かった。（中央集権）

例えば警察は国家公務員だった。

3 制限規範（憲法の最も重要な側面）

政府の活動を制限する→国民の権利を守る

・大日本帝国憲法による臣民（subject）の三大義務

兵役の義務（大日本帝国憲法20条）

納税の義務（大日本帝国憲法21条）

教育の義務

・日本国憲法に記されている国民の義務

・教育の義務（26条）←学校教育だけでなく「社会全般の教育」への言及

①全て国民は、法律の定める所に依り、その能力に応じて（つまり試験による選抜は合憲！）、等しく教育を受ける権利を有する。

②全て国民は、法律の定める所に依り、その保護する子女（英訳では boys and girls）に普通教育（文部科学省の見解では中等教育の前半まで）を受けさせる義務を負ふ。義務教育はこれを無償とする。

↑政府の用意した教育機関で、保護者が教育を受けさせる義務

・勤労の義務（27条）

①全て国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。

↑自由主義経済体制の下では、この条文は道徳的規範を示すものにすぎない。

（ただし、政府はハローワークを設置するなどの情報提供の義務はある。）

社会主義体制の国にも同様の条文があったが、これは文字通りの義務・権利だった。

・納税の義務（30条）

国民は法律の定める所に依り、納税の義務を負ふ。

↑法律によらなければ税を課す事は出来ない。「代表無ければ課税無し」の精神。
このように日本国憲法では、国民よりも、政府に義務を課しているように見られる条文が多い。「権利」と「義務」は対照的なもので、国民の権利を守る事は、政府が義務を守ることになるのである。

4 最高法規性

98条

①この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部または一部はその効力を有しない。最高裁判所は、一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。

終審裁判所が最後のよりどころであるという意味。

日本国憲法の最高法規性はこの98条が無くても、成立する。日本国憲法は日本国の最も基本的な法であり、政府に権限を与えるものだからである。

VI 法秩序の構造

1 種類 (&誰が作るのか)

①憲法：主権者の制定する法（主権者とは国政の最高決定権の事）

②法律：国会の制定する法

59条：①法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議員で可決した時法律となる。

95条：一の地方公共団体の意に適用される特別法は、法律の定める所により、その地方公共団体の住民の投票において、その過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定する事ができない。

③規則：両議院、最高裁判所の制定する法

77条：①最高裁判所は、訴訟に関する手続き、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。

④命令：行政機関の制定する法

政令、府令、省令など

⑤条例：地方公共団体の制定する法（94条） ordinance

⑥条約：国と国または国際機関との契約（98条②） treaty

※詔勅：天皇の意志を示す文章（戦前は法としての効力を持っていた。）

戦前に発された詔勅でも、法律、政令などと読み替えて、現在でも有効なものがある。

2 法に於ける相互の優劣

①>⑥>②>③>④>⑤

- ・ただし、ある国の独立を認める等の特別の条約はその国の憲法より優先する場合はある。（サンフランシスコ平和条約など）
- ・日本国憲法成立時は、条約が憲法に優先するという考え方（国際協調主義）が主流だったが、戦後十年ほどでこの考え方は逆転した。（政府答弁でもそうなっている）これは、安保条約が憲法9条に優先してしまうとの危惧から世論が逆転したためらしい。

73条3号

条約を締結すること、但し、事前に、時宜によっては事後に、国会の承認を得る事を必要とする。

→条約は内閣（と国会）のみで締結する事が出来る。

→国民の同意無しには改正できない憲法の方が優位ではないか？

○命令と条約の優劣関係

民主的立場から見ると条例が命令に優先する（代表である地方議会が制定するため）と考えても正しいように思われるが、現在の命令は法律の枠内で作られている（法律を補完するように作成されている）ので、法律と同じ性質を帯びていると考えられるのである。

→条例は命令に反してはならない。

地方自治法14条

普通地方公共団体は、法令（憲法&法律&命令）に反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる。

3 憲法内部に於ける優劣関係

憲法内部にも条文間の優劣関係が存在するという考え方が主流。

・憲法改正を定めた日本国憲法96条の手続きを経ても改正できない、と考えられている条文もある。→根本・中核的な規範は変更不可能。

・根本的・中核的な規範とはどれのこと？

↓例（ここを持ち出すあたり左臭いが…）

憲法9条

①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、武力による威嚇また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。

②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。

・憲法9条1項は不可侵との見方が強いが、2項が改正可能かということに付いては議論が分かれる。（憲法改正派の政治家は2項は改正可能と考えている。）

VII 憲法の体系（教科書 p215 表1）

①憲法総論

②人権総論

③人権各論

④統治機構総論

⑤統治機構各論

VIII 憲法の基本原理

1 近代憲法の原理

①立憲主義(constitutionalism)

「憲法に基づいて統治活動を行うべし」という考え方。

↑戦前の日本の大半、そして現在でも一部の学者はこの考え方に異を唱える。

(昔の「立憲」とは「議会中心」、という考え方) ←但し今は主流でない。

(a)法の支配

(b)自由主義 (=個人の尊重)

(c)権力分立主義

この三点の中で、(a)が最も大切なのであり、(b)(c)はそれを達成するための手段である。

②国民主権 (民主主義と殆ど同義)

③平和主義

IX 立憲主義

1 形式的起源

高次法(higher law)の思想

→「法の支配」(rule of law) ⇔ 「人の支配」(rule of men) の対立

↓

↓

統治者の恣意的支配を法によって抑制 / 中国秦朝でも法家は皇帝のために働いた。

(↑古代ギリシャのプラトンも同様の考えを述べていた)

→権力分立原理

権力を分離、分割して相互に牽制させる。

2 実質的起源

支配する法 = 正義(justice)

→憲法は国としての正義とは何かということを纏めた物であるとも考えることも出来る。

憲法学と正義学には近い面がある。

市民革命時の有力思想 = 自然権思想(natural rights)

自然権 = 天から与えられた、人が本来当然に持つべきだと考えられる権利。

→革命後の条文に取り込まれていく。

ジョン・ロックの言葉

人間は他人から生命、健康、自由または財産を侵害されない権利を神によって与えられている。

→特に、自己保存・自己防衛 (トマス・ホッブズの言葉) の権利を主張している。

ロックは1690年に著した「市民政府二論」のなかで

人間が結合して国家を作り、彼ら自らを統治の下に置く事の顯著かつ主要な目的は、所有権(property)の保護にある。

と述べている。

(但し、propertyには①所有権 ②財産権 ③物権 の三つの訳があることは注意。)

・ロックやホッブズの活躍した中世では神の存在を信じる事は当然の事であった。

ホッブズは無神論者の疑いが強く、それを弁解する事を迫られた事もあるんだって。

※自然法(ius naturale) ⇔ 実定法(ius civile) の対立概念

自然法：人間の作る法よりも高位にある法

実定法：高位な為政者が定めた法

社会契約説：政府は自然権を確保するための契約によって成立するという考え

3 日本国憲法に於ける立憲主義

①法の支配 = 憲法の支配

98条→統治活動は全て憲法に従う事を要求

99条：

天皇または摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官、その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。

→「統治活動」を行う者には憲法擁護の義務がある。

②権力分立主義

憲法の基本構造

41条→立法権を国会に

65条→行政権を内閣に

76条→司法権を（最高）裁判所に

81条→違憲立法審査権の規定（国会・内閣と裁判所の対立構造）

66～69条→議院内閣制（国会と内閣の対立構造）

66条：

①内閣は法律の定める所に依り、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する。

→大日本帝国憲法下の内閣総理大臣が「同輩中の主席」であったために軍部の大臣を罷免できなかったという弱点をカバーしている。（軍部の暴走を招いた一因）

②内閣総理大臣その他の国務大臣は文民でなければならない。

→「文民」とはこの憲法の中で新たに作られた言葉で、「大日本帝国憲法下で職業軍人であったもの、または現役の自衛官」では無い者のことを言う。

③内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。

67条：

①内閣総理大臣は、国会議員の中から、国会の議決で、これを指名する。この指名は、他の全ての案件に先立つて、これを行う。

→米国の内閣執行部は国会議員を兼職できない。日本の制度は英国型。

68条：

①内閣総理大臣は、国務大臣を任命する。ただし、その過半数は、国会の中から選ばなければならない。

②内閣総理大臣は、任意に国務大臣を罷免する事が出来る。

→66条中の「首長」としての権限。

69条：

内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、または信任の決議案を否決したときは、十日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない。

③自然権思想

実は日本国憲法 13 条はアメリカ独立宣言の文章を使っている。

13 条：すべて国民は、個人として尊重される。

生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

※アメリカ独立宣言（1776 年）

全ての人々は平等に造られ、造物主(God のこと)によって、一定の奪いがたい天賦の権利が付与され、その中に生命自由及び幸福の追求が含まれる。

(財産とは言っていない。pursuit of happiness)

④社会契約説

前文の第一項「国民の信託」によって日本政府が成立しているという考え。

X 国民主権—憲法を作る権力と憲法によって作られる権力とは？

1 主権の意味（教科書 p24）

①統治権

ポツダム宣言 8 項

「カイロ」宣言の条項は履行せらるべく又日本国の主権は本州、北海道、九州及四国並びに吾等の決定する諸島に局限せらるべし。

→ただしこの後、桑港講和条約等によって統治権の及ぶ範囲は広がっている。

②統治権の性質

対外的独立性（前文 3 項）、対内的最高性

前文 3 項

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、他国との対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。

③国政のあり方の最高決定権

主権概念は、ルイ 14 世がローマ法王と神聖ローマ皇帝の権威から独立しようとするために作り出したものである。

前文 1 項

日本国民は、政党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、我が国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こ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、かかる原理に基づくものである。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。

(日本が間接民主制をとり、主権が国民にあることを確認している。また、この原理に反する如何なる法も排除することも宣言している。)

第一条

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づく。

- ・教科書の話題→国民主権を天皇主権に改正することが出来るか？

憲法を定めたドイツのルールからすると、憲法の根本規範は、改正することが出来ない。憲法は「憲法制定権力」(ドイツ語からの輸入語：武力によって現実の世界で実権を握った勢力のことを指す。)によって作られる。太平洋戦争の敗戦やリビアで起きたクーデターのように憲法制定権力が交代すると、憲法は書き換えられてしまう。憲法改正権は既存の憲法をメンテナンスする役割のものであって根本原理の改正は不可能である。大日本帝国憲法の改正は、敗戦に伴う「八月革命」によって憲法制定権力が天皇から連合国最高司令部に移り、GHQによって大日本帝国憲法の改正が行われたという説が有力(宮沢俊義による八月革命説)。憲法制定権力が移り変わることによれば憲法自体が改正され国民主権が天皇主権になる可能性もある。

2 国民の意味

憲法の条文に出てくる「国民」にも様々な意味がある。

- ・理念として存在する「国民」と、意思表示をする「国民」のちがいは

①国民＝国籍保有者(ただし「日本人」という人種と日本国民は区別の必要あり。)

10条(正統性の付与)

日本国民たる要件は、法律でこれを定める。→国籍法

②国民＝有権者(←ここでの国民は選挙権を持つ者。①の部分集合。)

96条(権力性の付与)

①この憲法の改正は、各議員の総議員の三分の二以上の賛成で、国会がこれを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票または国会の定める選挙の際に行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

②憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体をなすものとして、直ちにこれを公布する。

フランス革命後の憲法改正では、政治を動かすのは、(1791年の憲法では)①、(1793年の憲法では)②の国民である、と規定されていた。

- ①、②の違い(年齢についての議論)

選挙権は20歳以上からであるが、「日本国憲法の改正手続きに関する法律」では国民投票権が18歳以上となっている。ただし、これは公職選挙法に基づく国政選挙に参加できる年齢が20歳以上から18歳以上に改正されることを前提としている。(国会の答申会では18歳以上にすべきであるとの解答が出ている。)世界的に見ると4分の3の国が国政選挙に18歳以上から参加でき、「児童の権利に関する条約」でも子供の定義が18歳未満である。刑法の責任年齢は14歳から。これは、善悪の判

断が付き、選挙に投票できるのがこの年齢からであるという根拠になる。町村合併の際に行われた住民投票でも中学生等が真剣に考えて投票を行った例がある。

※国民主権の「国民」とは誰か？

民主主義の進んだ今でも、治者と被治者が同一ではない。

在日外国人に参政権がくる日はあるのか？

国籍保有者＝国民か？

「税金を払うものが選挙権を持つものだ」、という考え方は1925年の普通選挙法で断ち切られた考え方なので、その理論を今になって蒸し返すのは時代錯誤な考え。税金と参政権は関係がない。

3 民主主義とは？

前文1項「この権威は国民（理念的な国民のこと）に由来し、その権力は国民の**代表者**がこれを行行使し、その福利は国民がこれを享受する。」

国民の代表者＝エリートを信頼するという考え方（国民はあまり信頼してないw）

リンカーンのことば

government ①of the people ②by the people ③for the people

①＝正当性（legitimacy）の側面（理念）

②＝権力性の側面（現実）

③＝目標の側面

(1)この言葉の分析

①誰が（主体）民主主義を行うか→「国民」（直接民主政。最高裁の裁判官罷免・憲法改正時に必要な国民投票）

②どのように（過程）民主主義を行うか→議論（討議・熟議）

近年、ドイツ・アメリカの政治哲学で盛んになった議論として、民主主義は討議・熟議を目標にした deliberative democracy であるというものがある。（菅直人元首相も良く用いていた表現w）

③何を目標にして（目標・結果）民主主義を行うか→正しい結論（正義）

日本の国家目標→個人の尊重（13条）

「すべて国民は、個人として尊重される。」

↑これを客観的に定量的に測定・論証する術はあるか？

その他にも「国際平和の希求」などがある。

国民による選挙は間接民主制では「代表者を通じて行動」する

↑（前文1項）（間接民主政＝代表民主政治）

↑為政者に対するほどは、国民のことを信頼している訳ではない。

【注意】直接民主政と直接選挙は異なるもの。直接民主制ならば公選を行う必要性はない。国会議員を選出するのが直接選挙、国会議員が内閣総理大臣を決めるのが間接選挙。直接選挙、間接選挙共に間接民主政のあり方。

地方公共団体の長や議員は直接選挙によって決定されなければならない。（93条）

ただし、国会議員は直接選挙で選ばなければならないという決まりはない。(43条)
↑アメリカの憲法は当初、地方議員が上院議員を選出していた。

上院は各州二名・任期は六年、下院は人口に比例した議員数の配分・任期は二年。
アメリカの大統領選挙も実は間接選挙。国民は選挙人(下院議員の数+2人)を選出する。
しかし、選挙人は自由に大統領を選出できる訳ではなく、慣例によって州の選出した大統領候補にしか投票できないため、直接民主制のような仕組みが実現されている。

(2)民主主義の理解

①、②は民主主義の領域、③は立憲主義(正義を考える)の領域。

過程+実体説 ①+②+③

純粹過程説 ①+② …③は?

4 天皇

(1)地位の変更

大日本帝国憲法下

天皇は主権者かつ統治権の総攬者(大日本帝国憲法1・4条)

日本国憲法下

限定された「国事行為」のみを「内閣の助言と承認」を下に行う。

3条

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

6条

①天皇は、国会の指名に基づいて、内閣総理大臣を任命する。

②天皇は、内閣の氏名に基づいて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

7条

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。

一 憲法改正、法律、法令及び条約を公布すること。

二 国会を召集すること。

三 衆議院を解散すること。

四 国会議員の総選挙の施行を公示すること。

五 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。

六 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証すること。

七 栄典を授与すること。

八 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。

九 外国の大使及び公私を接受すること。

十 儀式を行ふこと。

機能としての「象徴」=国事行為を行うことによって果たす役割

天皇は憲法に定められたことの他にも公的な活動(中間領域に属する活動)を多く行って

いる、これは天皇を支持する立場からの人間からも認めない方がよいのではないか、という意見がある。

政治的に利用されないことも必要

(2)天皇制は変わったのか？

「女性天皇」議論の前提問題

大日本帝国憲法2条

皇位は皇室典範の定める所に依り皇男子孫之を継承す

日本国憲法2条

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所により、これを継承する。

戦前の皇室典範は天皇自身が定めた勅令だったが、戦後の皇室典範は国会の定めるものになった。

イギリスでは権利の章典制定時に国王決定方法を国会が決定するものになった。

皇室典範1条

皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを継承する。

天皇という政治的なポジションを世襲という門地に基づく仕組みで定めるのは憲法14条に反するのではないか？→例外だからOK

天皇を男子に限るのは明らかな女性差別ではないか？→例外・・・か？

平等でなければならないという論理で女性天皇を認めることは難しいという論調。

天皇の仕組みは戦前と戦後で変わったのか？

連続的な存在とする立場

太古以来天皇は全て男系で少数の女性天皇（推古天皇など）についても皇位は極力男系男子に継承させるようにしていた。

↑憲法の改正によってしか女性天皇を認めることは出来ないのではないか？

断絶的な存在とする立場もある

(3)国事行為と私的行為の中間領域（公的行為）

公的行為は象徴としての行為（象徴行為）か？

国事行為の解釈としてその限界を考えるべき。

（外国元首の接受は7条9号の自然な解釈と考えることが出来る。）

天皇は日本全体を象徴する存在なので、特定の政党の利益になるような行為は出来ない。

【参照】渋谷秀樹「日本国憲法と天皇」（「世界」2009年6月号）

XI 平和主義

1 戦争観の変化（四段階の変化があるという説が有力）

①戦争の違法化（グロティウス「戦争と平和の法」（1625年））

戦争の中に、法的に認められるものと認められないものがある（国際法の原点）とい

う視点を初めて法的に構成し始めた。

許される戦争とは

1.自己防衛 2.財産の回復 3.制裁

②無差別戦争観

(国王) 主権国家の並立→戦争に違法適法の区別がない→戦争の自由化

大日本帝国憲法 13 条は天皇が大権として宣戦布告、講和、条約締結などの外交権を有すことを認めている。日本国憲法 9 条のいう所の交戦権のこと。

戦争のルールとして戦時国際法（捕虜の待遇、一般市民の保護）に焦点が集まる。

③初めての全面戦争、第一次世界大戦後の「戦争の違法化」復活

国際連盟規約（1920 年）

「不戦条約」（戦争抛棄ニ関スル条約）1 条

締約国は国際紛争解決のため戦争に訴えることを非とし且つその相互関係に於いて国家の政策の手段としての戦争を抛棄することをその各自の人民の名に於いて厳粛に宣言す。

日本国憲法 9 条

①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、武力による威嚇または武力の行使は、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。

これらの考え方に基づくると自衛戦争は放棄されないということになる。

（現在の日本政府の見解も自衛戦争は認めている。）

④第二次世界大戦後の「無差別戦争観」の復活

戦争の全面禁止（自衛戦争も放棄するべし）

国際連合憲章 2 条 3 項（戦争の否定）

すべての加盟国は、その国際紛争を平和的手段によって国際の平和及び安全並びに正義を危うくしないように解決しなければならない。

国際連合憲章 42 条（国連軍の設置）

安全保障理事会は、第 4 1 条に定める措置では不十分であろうと認め、または不十分なことが判明したと認めるときは、国際の平和及び安全の維持または回復に必要な空軍、海軍または陸軍の行動をとることが出来る、この行動は、国際連合加盟国の空軍、海軍、または陸軍による示威、封鎖その他の行動を含むことが出来る。

（国際連合軍は朝鮮戦争のときに一回だけ編成された）

51 条（集団安全保障）

この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対しての武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的または集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使にあたって加盟国がとった措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持または回復のために必要と認める行動をいつでもこの憲章に基づく権能及び責任に対しては、如何なる影響も及ぼすものではない。

2 憲法9条の制定

(1)背景

ポツダム宣言6項・7項

六、吾等は無責任なる軍国主義が世界より駆逐せらるるに至るまでは平和、安全及正義の新秩序が生じ得ざる事を主張するものなるをもって日本国国民を欺瞞しこれをして世界征服の拳に出づるの過誤を犯さしめるたるものの権力及び勢力は永久に除去せられざるべからず。

七、右のごとき新秩序が建設せられ且日本国の戦争遂行能力が破碎せられたる事の確証あるに至るまでは連合国の指定すべき日本領域内の諸地点は吾等の既に指示する基本的目的の達成を確保するために占領せらるべし。

日本国憲法66条2項

内閣総理大臣その他の国务大臣は、文民(civil)でなければならない。

- ・大臣は文民でなければならないというシビリアンコントロールの原則

アメリカから導入、例えば湾岸戦争の指揮官だったパウエルはブッシュ（子）政権下で国务大臣にまでなった。

(2)マッカーサー・ノート

日本政府の戦後対応に痺れを切らしたマッカーサーが提出したとされる。

- ①戦争放棄 ②戦力不保持 ③交戦権否認

自衛隊はなぜ違憲ではないのか。

長沼ナイキ事件の初審で違憲とされた事もある。

（日本の最高裁が自衛隊を違憲とした判決は無い。）

↑上の判決は日本には自衛権はあるが自衛隊は違法とするもの。

3 自衛権

「侵略行為に対して自国を實力によって防衛する権利」

(1)何を守るのか？

「国」とは？ ①領域 ②政府 ③定住者 のいずれか？

（過去の戦争の例を引いても、「国益」保護の行き過ぎに依り、沖縄戦のように定住者を犠牲にして軍人を守るような事が行われた事もある。何を守っているのかを考え、それを逸脱する行為が無いようにしなければならない。）

(2)行使の要件（自衛権はどのようなときに発揮できるのか）

刑法の条文に関する理解を自衛権の要件に当てはめる。

刑法36条1項（正当防衛）

急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

「国」も「自己又は他人」に含めて考える。

- ①従って「急迫不正の侵害」という違法性の要件によって自衛権が行使される。

②必要性の要件

「やむを得ずに」した行為でなければならない。

つまり他の選択肢があればそれを選択しなければならない。

③均衡性の要件

防衛の程度を超える事は出来ない。

(3)個別的自衛権と集団的自衛権

個別的自衛権・・・自国の侵略に対しての自衛権

集団的自衛権・・・同盟国の侵略に対して援助する権利

- ・個人レベルでは「他人」の防衛も正当防衛となるが、「他国」の防衛は・・・？
- ・国際連合 51 条は集団的自衛権を個別的自衛権と並ぶ国家固有の権利としている。
しかし、それは安全保障理事会が拒否権発動で機能不全となる事を見越した上で、共同防衛を正当化するという政治的意図の下に新たに創設された権利であった。
- ・9条の観点からすれば、集団的自衛権は認められない。
日本政府見解も認めない見解であった。安倍晋三内閣の際にこの見解を変更しようという動きがあったが最近ではそういう流れは見られない。
- ・他国の市民が侵害を受けている際に自国で救助できないのかという道德問題も存在する。

4 戦争の放棄 (9条1項の解釈)

(1)放棄された戦争

①国権の発動たる戦争 正統な意思表示(宣戦布告)あり

②武力の行使 満州事変・日支事変などの意思表示の無いもの

③武力による威嚇 日清戦争後の独・仏・露三国干渉、21か条の要求など

↑戦争の誘因となるので禁止

日本国憲法では①～③ 国連憲章では②③を禁止している。

(2)放棄された戦争の目的

①侵略目的

- ・当然禁止

②自衛目的

- ・9条1項に「国政紛争を解決する手段としては」という文言を芦田均が追加した。
- ・この事により、不戦条約と平仄が揃い。自衛戦争が禁止されないという解釈となった。
- ・上の文言を「全ての戦争を放棄した」と解釈をする憲法学者の少数説もある。

5 非武装主義(9条2項の解釈)

(1)戦力の不保持

日本の自衛隊は航空母艦を除けば相当な戦力を持っているように見えるが・・・

- ・政府による「戦力」の解釈

(a)当初の理解

実力装置には ①警察力 と ②軍事力 を持つものがある。

- ・戦後は「軍」の意味するものが明白だった。

- ・その後朝鮮戦争による防共再軍備（警察予備隊の創設）の必要に迫られる。

(b)1952年の吉田茂による政府解釈

実力装置には ①を持つものと②を持つものの中に

③ 警察力を超えるが、戦力を超える能力は無い実力装置（即ち「自衛力」）がある。
そして9条2項は③を禁止していないと解釈。現在も政府は基本的にはこの解釈。
自衛力＝近代戦争遂行能力を持たない軍隊。

- ・防衛省の見解

航空母艦、ICBM（大陸間弾道弾）、長距離爆撃機を持つ軍が「戦力」である。

(b)の解釈はあくまでも暫定的な措置であり、政府は軍隊の無い世界を目指して外交努力を続けるべきである。

(2)交戦権

①国の戦争を行う権利(ラテン語で jus ad bellum = right to battle)←戦争権説

②交戦者の権利(jus in bello = right in battle)←戦時ルール説

- ・政府は②の権利を「交戦権」と認定している。

↑内閣法制局の長年にわたる答弁によって形成されていった考え。

②を具体的にいうと

相手国兵力（兵士）を殺傷・破壊する権利（一般市民・捕虜は殺すと犯罪）

占領行政権（占領した土地を統治する権利）

中立船舶を拿捕する権利

東郷平八郎は日清戦争の際、清国兵士が満載された米国艦を攻撃したことがあり、彼は国際法の教科書を持ってきて自らの正当性を主張した。

XII 人権の体系

学問は心理を「実証的・論理的・体系的」な方法で探求するものでなければならない。

（「儒学」を「儒教」と言ったりするように、何が学問なのかを定義するのも大変。）

人権を語る際にも体系を定める事は重要である。（教科書のp215を見るとよい）

1 全ての人権に関わるもの（人権総論で扱われるもの）

①平等原則（14条）…「平等」とは他者との比較の問題である。

14条

①全て国民は、法の下に平等であつて、人権、信条、性別、社会的身分または門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。

②手続保障（31条）…プロセスの問題

手続きの執行、特に人の不利益になるような事は手順を踏んで行われなければならない。

31条

何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命もしくは自由を奪はれ、またはその他の刑罰を科せられない。

2 個別の人権

様々な分類による視点がある。

・生活領域による分類（教科書 p216）

身体の所在に関する自由

人身の自由（身体の非拘束）

奴隷的拘束・苦役からの自由（18条）

移動の自由（転居、外国移住、旅行、国籍離脱の自由）

居住・移転・外国移住・国籍離脱の自由（22条）

刑事裁判上の権利（犯罪捜査、犯罪裁判に於ける身体の拘束・科刑の適正）

刑事手続き上の権利（33～38条）

事後法の禁止・一事不再理（39条）

残虐な刑罰の禁止（36条）

刑事補償請求権（40条）

経済生活に関する自由（自由経済主義をとりながらも最低限の生活を保障する）

社会権（最低限の生活維持（自立のための教育を含む）、家計の維持、働く環境の保障）

↑ドイツのワイマール憲法で初めて取り入れられた。合衆国憲法には無い。

日本国憲法制定時には社会民主党の提言によって取り入れられた。

生存権（25条）

義務教育の無償（26条）

職業選択など職業の自由（22条）

職業とは生計維持のために行われる継続的活動。

アルバイトを考へても生活のために行われていれば職業だが、遊ぶ資金の為に働いているのなら職業ではない。職業の内容では無く、職業によって生計が経っている事が重要。ギャンブラーでもヤクザの恐喝でも職業である。ただし、犯罪行為で成り立つ職業は憲法で保障されない。

労働条件・労働基本権の保障（27条・28条）

経済的自由権（利潤の追求、財産の保有）

営業の自由（22条・29条）

財産権（29条）

精神生活に関する自由

精神的自由権（心の内部の自由、表現活動・情報流通の自由）

思想・良心の自由（19条）

信仰の自由（20条）

研究の自由（23条）

無制限に保障される訳ではない。

学習権（26条）

表現の自由・知る権利・プライバシーの権利（21条）

宗教活動の自由（20条）

教授の自由（23条）

共同生活に関する自由

集う自由（他の人とのつながりの自由）

- 集会（二人以上の人が共通目的で一定の場所に集まる事）
 - ・結社（二人以上の人が共通目的で団体を作る事）自由（21条）
- 家族形成の自由（24条）
- 参政権（政府の政策決定への参加）
 - 選挙権（15条・93条）
 - 投票権（95条・96条）
 - 請願権（16条）
- 国務請求権（裁判制度の利用）
 - 裁判を受ける権利（32条）
 - 国家賠償請求権（17条）

XIII 人権の根拠（人はなぜ人権を持つのか？）

(1)自然法

- 自然権思想：ホッブズ「『自己保存の権利』は生物の本性」
- ロック「財産保有権(property)が神から与えられた」
- ↑キリスト教が強く、全人類に共通の法則とは言えない

(2)人間性

- 東大法学部教授の宮沢俊義が考案した「人間の尊厳」という概念。
- 国際人権規約前文

「人間の固有の尊厳(the inherent dignity of the human person)」

↑人間はなぜ尊いのか？という根本的な疑問を解決していない。

ドイツの学派では他の動物と人間との差別化のために「人間固有の高度な思考」が人間の尊厳を特徴づけていると考えているが、この考え方は危険である。なぜなら「高度な思考」を有しない人間（老人・赤ん坊・先天性原因や事故で障害を持つ人）には「尊厳」が無い事になってしまうからである。

(3)普遍的な道徳（人間のあり方。文部科学省お墨付きの「道徳」ではない）

①無知のベール

John Rawls が”The Theory of Justice “『正義論』（1971）で提案した。

沢山の人間が同時に存在している時、平和に暮らしていくためには何が必要か？

互いに対等である事を認める→互いの考えを尊重するという事が重要ではないか。

②個人主義（価値観の相対性・比較不能性）

東大教授、長谷部恭男（55年組）の提案。

各人が各自の異なる価値観の下で平和に暮らしてくためにはどうすればいいのか？

互いの事を理解する。互いの価値観の優劣を比較できない事を認める。

③美德という不変な価値観を認めるマイケル・サンデルの説もある。

・これらの説は机上の空論であるから(4)の経験主義の方が歴史の実情に即していると言
渋谷は考えている。（法哲学の中では少数は意見らしい）

(4)経験主義

これまでの歴史的経緯から考えていく方法。

日本国憲法は実質的にこのスタイルを採用している（97条）が、経験主義は法哲学者には大変不評な考え方である。

XIV 人権の享有(enjoy)主体（外国人・未成年者・皇族などに人権はあるのか？）

1.人権の享有主体

(1)国籍を巡る問題

憲法 10 条

日本国民たる要件は、法律でこれを定める

国籍法 1 条

日本国民たる要件は、この法律の定める所による。

①血統主義と出生地主義

世界的に国籍の定義には二種類の流派がある。

親の出身で国籍を決める血統主義

生まれた所で決める出生地主義

日本は基本的に血統主義（例外については出生地主義）をとっている。

国籍法 2 条

子は、次の場合には、日本国民とする。

一 出生の時に父または母が日本国民であるとき。

二 出生前に死亡した父が死亡のときに日本国民であつたとき。

三 日本で生まれた場合において、父母がともに知れない時、または国籍を有しないとき。

※国籍法は 1984 年まで父が日本国民である時のみについてしか子を日本国民と認めることはなかった。（父系血統主義）日本が 1984 年に女性差別撤廃条約を採択したときに国籍法が改正された。

（父母両系血統主義）

②二重国籍の問題（日本では二重国籍を認めていない）

国籍法 14 条（「時」(at the time)と「とき」(in case)の違いに注意する！）

①外国の国籍を有する日本国民は、外国及び日本の国籍を有することとなつた時が二十歳に達する以前であるときは二十二歳に達するまでに、その時が二十歳に達した後であるときはその時から二年以内に、いずれかの国籍を選択しなければならない。

②日本国籍の選択は、外国の国籍を離脱することによるほかは、戸籍法の定める所により、日本の国籍を選択し、かつ、外国の国籍を放棄する旨の宣言をすることによつてする。

③日本国籍の父と外国籍（無国籍も含む）の母との間の婚外子

民法 772 条 嫡出子（一般には婚内子とも。）

民法 779 条「認知」・民法 783 条 1 項「胎児の認知」 非嫡出子（婚外子）

認知を行うのは常に父親であつて母の認定は出産の事実によって定まる。

→代理母問題など新しい問題に対応できなくなっている。

民法 789 条「準正」 認知された後婚姻した夫婦の子は嫡出子になることが出来る。

国籍に関わる婚姻外子の分類

①日本国籍の母を持つ→子は日本国籍取得

②外国籍（or 無国籍）の母

②-1 父が胎児認知 →もちろん子は日本国籍取得（**国籍法2条1号**）

②-2 父が出生後認知→帰化の申請が必要（国籍取得が厳しい）（**国籍法8条**）

②-3 母が出産後父と婚姻→準正になり国籍取得の届け出が可能（**国籍法旧3条**）

②-2と②-3は子の意思に関わって決まることではないのに、国籍取得の難易に差がつくのは差別であるとして訴えが起こされた。→最高裁が違憲判決！（平成20年）

【判例】最高裁平成20・6・4大法廷判決

かつては準正は「我が国との密接な結びつきの存在を示す」指標だった。

現在では合理的理由のない区別として違憲とする。

→国籍法3条は以下のように改正された

国籍法3条（2008年12月改正）

①父又は母が**認知した子**で二十歳未満のもの（日本国民であつた者を除く。）は、認知をした父又は母がこの出生のときに日本国民であつた場合に於いて、その父又は母が現に日本国民であるとき、又はその死亡の時に日本国民であつたときは、**法務大臣に届け出ることによつて、日本の国籍を取得することが出来る。**

→これによって②-2と②-3の間に違いはなくなった。

(2)一般論（教科書p32以下）

日本に生活の本拠を有する外国人には日本国民と同じような権利を賦与するべきか。

否定説

賛成説

①文言説 憲法の条文によって解釈をしていく。

何人も～（**憲法18条**）は国籍に関係なく人に適用される。

すべて国民は～ は日本国民にのみ適用される。

②性質説 権利の性質によって分類

例えば**22条2項**は

何人も外国に移住し又国籍を離脱する自由を侵されない。

とあるが、ここでの対象は明らかに日本国民のみである。

憲法の条文は適用先を厳密に書いている訳でない点が文言説の欠点である。

【判例】マクリーン事件・最高裁判決 昭和53年10月4日

米国籍を有するマクリーンさんが反戦集会に参加したことを理由に日本滞留資格延長を認められなかったことについての訴訟。

「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、我が国に在留する外国人に対しても等しく及ぶ」

つまりデモ行進に参加する程度の参政権は認められた。

（ただし日本の政治に大きな影響力を持つ国政選挙権は無いとされた。）

しかし、難民である場合を除いて外国人は日本に在留する権利はないとされた。

結果として在留延長は認められなかった。

XV 人権の到達範囲

1.特殊な法律関係

(1)政府機関内部の人権保障

一般権力関係

一般市民に対して政府が法律に基づいて指示命令する関係。警察納税など

特別権力関係⇔一般権力関係

特別権力関係（ドイツの官吏に対しての勤務関係の設定に際して提案された）

特別権力関係内部に置いては憲法で定められた権利を制限してもよい。

例1 公務員の勤務関係

→【根拠】15条2項 公務員は「全体の奉仕者」→政治的中立性の要求

①表現の自由（21条）の制限（国家公務員法102条による政治的行為の制限）

②労働基本権（28条）の制限（同法97条2項3項）

但し日本は、その国民的風潮かはいざ知らず、公務員の政治的な発言を極端に制限しすぎるといふ風潮があり、原発関連の話題についても積極的な発言を辞さないドイツの裁判官などと比べると対照的である。

例2 監獄内の収容関係

→【根拠】18条・31条（教科書 p44）

監獄法には欠点が多かったため（管轄する法務省もこのことを認識していた）改正。

「監獄法」→「刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律」

18条

何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪による処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。

（この条文はリンカーンの奴隷解放宣言以降北軍の勝利により改正された合衆国憲法の条文と殆ど同じであるが、日本には元来「奴隷」という制度が無かったので、日本国憲法の条文では「奴隷的拘束」となっている。）

・「奴隷」の定義

主体(object)としてではなく客体(subject)として扱われる。

犬や家畜と同じような扱いになること

ほかにも

国立大学の内部（学園紛争時の生徒と大学当局との関係）

緊急災害時の公益会社と政府の関係

など

(2)民間団体内部の人権保障（p48 以下）

学校の校則（管理教育による丸刈り禁止・バイク免許取得禁止(法律上は16歳で取得可能)）に反した生徒を退学させることなど。

（渋谷の意見としては、そういった規律に関しては家庭で教育されるべきはずなのに、それを学校におもねる風潮があることにも問題がある。）

・重要なポイントは民間団体の主体には人権があるということ。

（公権力の主体には人権が無い。公人には人権が無い。）

21条1項の結社の自由（内部統制権）vs 個人の自由

21条

①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。

②検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

結社・組織はある程度個人の自由を抑圧（内部統制）して規律を保つ権利がある。

日本という全体社会に於けるルールは、部分社会に及ぶのか？

最高裁の判例としても厳しい意見の対立があり、折衷的な解決がとられているのが現状。

（裁判所は大学の単位認定には口を出すことが出来ないという判例もある。

ただし、一般市民社会に於ける資格試験認定に関わる単位においては別、など。）

（渋谷は全体社会のルールは遍く部分社会に及ぶべしという意見。また専門家の意見を裁判所はあおぐべきか、市民の検証を待たなければならないか（原発事故に関連した話題）という疑問がある。）

2 私人間適用について[7]

「市民革命とは？身分制・君主制の破壊？それもあるが…

市民革命＝政府以外の社会的権力（中間団体）を解体。

革命期に勃興していた新興ブルジョワにとっては特権を持つ教会・ギルド・大学などは新規参入を妨げる悪者であった→これらの組織解体への欲望が革命に繋がった。

フランスのパリ大学が番号で呼ばれるのは、革命でいったん解体された後に再構成されたためである。

「権利の賞典」には結社の自由が言明されていない。中間団体の権益の保護は悪とされた。

いままで人々は中間団体に保護されていたが、革命によって政府と直接向き合わなければならなくなった、そこで「人権」をいう印籠を持ち出して人々の権利を守ろうとしたのだ、そこで「人権思想」が生まれたのだという考えもある。

市民革命によってでも「家族」という組織だけは解体されなかった、このことは（女性に参政権を認めないということとも関わるが）家族を代表する男が政治に参加すべし、女は家を守るべしと言う考えが根強かったためである。（フランスで女性に参政権が認められたのは日本よりも遅い1946年のこと。）」という説。

とにかく、市民革命によって政府以外の中間団体が解体されたことによって新たな境的権力が登場した。

→産業資本家・マスメディアの登場。「強い私人」と「弱い私人」の登場。

→憲法は私人間は真に平等であると想定し、社会的に対等な立場を取った上での契約等が出来ると考えていた。が現実にはそのようにできるとは限らない。

→憲法上は「平等」と記されていてもそれは政府が私人を差別しないというだけで、私人が私人を差別することは許されるか、そんな訳無いだろうという考えが生じる。

→この問題を憲法学では「人権規定の私人間効力」というテーマで論じられてきた。

【三菱樹脂事件】

三菱樹脂株式会社に就職した東北大学卒業のXが、入社試験時に学生運動歴などを隠して嘘の報告をした、という理由で本採用を拒否されたという事件。

Xの主張：思想・良心の自由（19条）を侵害している。

三菱樹脂の自由：雇用側には契約の自由

（29条財産権保障から導かれる）がある解雇は正当。

①直接効力説

憲法には社会の規範となるルールが定められているので、民間に対してもその条文がそのまま適用されるという考え。→人権の無い政府に対して言及されている憲法の規定を人権のある私人について当てはめることは出来ないのではないか？

②間接効力説（通説・判例）ドイツから持ち込まれた考え

(i)憲法の趣旨を具体化した法律を制定しそれを私人間に適用すべきである。

→民間に於ける雇用のルールを定めた労働基準法・労働契約法

労働基準法3条

使用者は、労働者の国籍、信条又は社会的身分を理由として、賃金、労働時間その他の労働条件について、差別的取り扱いをしてはならない。

労働基準法4条

使用者は、労働者が女性であることを理由として、賃金について、男性と差別的取り扱いをしてはならない。

使用者の性別に関しては平等のルールが甘い。

その後の男女雇用機会均等法などが造られた要因。

アメリカの合衆国憲法はカーター政権が性別による差別禁止を盛り込もうとしたのだが、改正議案は州の反対により通らなかった。

日本国憲法14条に男女平等がうたわれているのは、GHQの成員に理念に燃えた若いアメリカ人が多くいたためではないか。

【例】「人権擁護法案」→2003年に廃案。

(アメリカのCivil Rights Act[公民権法・市民的権利に関する法律 の日本語版])

(日本に於ける「公民権」とは選挙権のことである。アメリカの公民権運動ではこのことを言っている訳ではないので注意する必要がある。日本ではその昔選挙権は一部の税金を納めた人にしか無かった、その人々のことを「公民」と呼んだ。アメリカの「公民権」は法律学上では「市民的権利」と訳され、憲法上の差別禁止などの権利のことを指す。)

「人権侵害救済法案」2012年通常国会提出

人権侵害と差別助長行為を禁止し、違法行為か否かを人権委員会が調査し改善要請・勧告を出す。

(ii)民法などの私法上の法律の規定を通じて憲法規範の趣旨を及ぼす。

民法1条にうたわれた公共の福祉のなかに憲法14条の理念を読み込むという考え。

民法1条

①私権は、公共の福祉に適合しなければならない。

②権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

③権利の濫用は、これを許さない。

民法90条

公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする。

公の秩序(public order)の大本は憲法である。

憲法に反するような法律行為、今回の例では「使用者の持つ思想による雇用契約の破棄」は無効である。