

---

渋谷日本国憲法の過去問解答例

---

(2014S2322K.S.)

(注)語数の多寡は未確認。渋谷の憲法第二版を主に、時々芦辺憲法を下敷きに行っている。

2002～2008年度のB問題解答例である。

「正解」である保証はしない。あくまで解答例である。

人権各論の一部と統治機構には触れてないので注意。

Q憲法の定義について「実質的意味の憲法」「形式的意味の憲法」「立憲的意味の憲法」「現代的意味の憲法」の相違に言及しつつ説明せよ。

A名称の有無や成文化されているか否かに関わらず、その内容によって定義された憲法を「実質的意味の憲法」と呼び、憲法やその法典の外形によって、内容を問うことなく定義した憲法を「形式的意味の憲法」と呼ぶ。実質的意味で憲法を定義するにあたり、人権の尊重と権力分立をその内容に含む憲法を「立憲的意味の憲法」と呼び、その時代区分から近代的意味の憲法とも呼ばれ、自由主義的で消極的な国家観を前提とした。これに対し、時代を経て経済的格差が広がったことから、社会権の規定を内容に含む憲法が生まれ、その時代区分から「現代的意味の憲法」と呼ばれるに至った。

Q憲法の性質を「組織規範」「授権規範」「制限規範」「最高規範」の言葉を用いて説明せよ。

A以下、箇条書きに書く。憲法は、統治組織と統治のあり方に関する基本的な規範であるという意味で、「組織規範」性を持つ。立憲的意味の憲法は法の支配原理と権力分立の原理を組織規範の基礎としている点がその特徴である。憲法は、第一に統治権の正当性の根拠であるという意味で、第二に憲法自身が個々の統治機関に具体的な権能を与えるという意味で、「授権規範」性を持つ。憲法は、自らが規定し権能を与えた統治機関を、その権能の範囲内で活動するよう規制するという意味で、また立憲的な特性として、私人の権利を妨げないような範囲で活動するよう規制するという意味で、「制限規範」

## 渋谷日本国憲法

性を持つ。憲法は、法体系、法秩序の最高位に位置づけられ、憲法に違反する全ての下位の法規範は効力を持ちえないことから「最高規範」性を有する。

Q憲法内部の規範構造について、「根本規範」「改正規範」「憲法律」「憲法制定権力」の4つの語を用い説明せよ。

A憲法規範は、「根本規範」と、それに劣後する普通の憲法規範である「憲法律」からなるというのが現在の支配的な考えである。根本規範としては、主権の所在と統治の基本原則がその内容を構成しており、日本国憲法では国民主権、平和主義、基本的人権の尊重がそれにあたる。憲法の「改正規範」は、憲法外の現実的な権力が憲法内部に制度化された、「憲法制定権力」を規定したもので、根本規範には劣後するが憲法律には優越するものと解されている。

Q日本国憲法にある義務に関する規定が少ない理由を説明せよ。

A日本国憲法が規定する義務を挙げると、自由、権利に関する一般的義務、教育の義務、勤労の義務、納税の義務がある。しかし、個別に検討していくと、純粋な意味で国民に義務を課す規定はないとわかる。自由、権利に関する一般的義務と勤労の義務は精神的指針、あるいは道徳的義務にすぎない。教育の義務は、子女が有する教育を受ける権利に対応する、保護者と政府の義務であり、納税の義務は租税法律主義の趣旨を述べているのみである。そもそも、立憲的意味の憲法が持つ制限規範性と矛盾しない形で憲法は規定されねばならず、国民に対する義務の記述はこの性質にもとる。

Q憲法改正の限界について論ぜよ。

A憲法内部の規範構造では憲法改正規範は、現実の世界における最高権力たる憲法制定権力により定められた根本規範に劣後するため改正は不可能だと解される。憲法改正規範自体を改正できるかに関しては、法の外にある憲法制定権力の、法の世界における形が憲法改正規範であり、改正権自体が憲法制定権力により拘束されていると解すると考えられ、主権のあり方自体に関する根本規範が変更されない限り、改正できないものと考えられる。

## 渋谷日本国憲法

Q立憲主義について、「法の支配」「自然権思想」「権力分立原理」「社会契約論」の4つの言葉を用いて説明せよ。

A立憲主義は、統治行為は憲法に従って行われなければならない、という「法の支配」の思想を原理としている。法の支配を形作るにあたり、近代啓蒙思想家のロックやルソーが説いた「自然権思想」と「社会契約論」が重要である。自然権思想は、人は皆生まれながらに保障されるべき権利、自由があると説き、支配すべき法のあり方を方向づけた点で近代立憲主義の実質的な起源といえる。社会契約論は、統治権の根拠が被統治者の合意に基づくと説いており、近代立憲主義を基礎付けている。法の支配を貫徹する統治機構を設計する原理として、「権力分立原理」が挙げられる。この原理は権力相互の抑制と均衡を中核としており、立憲主義に不可欠な要素と考えられる。

Q法の支配の意味を論じた後、それがどのように日本国憲法に取り込まれたかについて説明せよ。

A立憲主義の基盤をなすのは法の支配原理である。この核心は、統治者に対する法の優位にある。日本国憲法では、まず憲法遵守義務として具体化されている。天皇をはじめ、国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は憲法を遵守する義務がある。次に、一般の法の上位にあるという思想は憲法の最高法規性に示されている。統治者の全ての活動は憲法に違反してはならず、その実定的な効力は裁判所の違憲審査権として制度的な裏付けを持つ。

Q民主主義と国民主権原理の関係について論ぜよ。

A民主主義は、主権者である国民が統治政策の形成過程へ参加することを要請している。そこで民主主義をその主体(誰が)、過程(どのようにして)、目標(なんのために)の三面から検討する必要がある。第一の主体は、国民が直接的ないしは代表を通じて間接的に政治過程に参加することを問題としており、これは国民主権とほぼ同義と解してよいだろう。第二に過程であるが、これは最終的な結論は多数決原理によるものの、結論に至るまでは十分な議論がなされなくてはならないという内容を持つと考えられる。第三の目標は、多数決の結果が必ずしも個人の権利を保障したものとなるとは限らないとい

## 渋谷日本国憲法

う問題をはらんでいる。この問題は民主主義ではなく立憲主義の領分であると解される。

Q政府はどのようなレトリックにより自衛隊の存在を合憲としているのか説明せよ。

Aまず、9条1項が言及する戦争の放棄とは、侵略戦争の放棄であり、自衛戦争はその限りでないとする。次に、9条2項の「前項の目的を達するため、戦力は保持しない。」が問題となる。「前項の目的を達するため」の文言を「国際紛争を解決する」目的、と解し、自衛目的の戦力は保持できると解する。「戦力」の文言に関しては、近代戦争遂行能力を備えた実力部隊こそが憲法の禁ずる戦力であり、それに満たない自衛のための必要最小限の実力は戦力に当たらないと解し、論理の妥当性はさておき、自衛隊の存在は合憲とされる。

Q人権の根拠について論ぜよ。

A近代において、立憲主義を確立した自然権思想は人権の根拠を自己保存、自己防衛という人間自身の本性に求めた。しかしこの考えはキリスト教の人間観を背景としており、より強い根拠として「人間の固有の尊厳」がのちに挙げられるに至る。だがこの根拠は、「なぜ人間は固有の尊厳を持つのか」という問いに対し脆弱であると考えられる。自然法や人間固有の尊厳によらず、人間の普遍的な本性から根拠づけようとする道徳理論も、結局はそれが前提とする仮説の正当性や因果関係が脆弱であると考えられる。以上から、人権を根拠づける理論は、その理論の前提において脆弱であり、これを克服するには偶然的に生じた経験的事実に根拠を求める経験主義、歴史主義が妥当だと考える。

Q人権の制約原理について説明せよ

A憲法上の権利の行使が、社会の共同生活において無視しえない程の害悪をもたらし、またその危険性がある場合は、権利の行使または内容を制約することは正当化される。日本国憲法では、人権の不可侵性の対抗規範として「公共の福祉」を挙げている。

Q法人が人権を享受すべきか否かについて論ぜよ。

日本国憲法下では法人は、自然人とともに私権の享有主体として、民法により規定されている。では、私権と同様に憲法上の権利を有するのか否か。法人の人権享有主体性を、

## 渋谷日本国憲法

法人はもともと個人が基本的人権を享受するにあたり生み出した法的技術にすぎないとして、否定する考え方もできる。しかし、自然人を通じて活動する法人にも権利保障を及ぼすことは、個人の人権保障の確立により望ましく、また権利の集団的行使が増大した現代社会の実体に合致するので、人権享有主体性を認めるべきとする説の方が現実的である。実際、最高裁は、「国民の権利および義務は、性質上可能な限り法人にも適用されるものと解する。」という考え方(権利性質説)をとる。

Q 外国人が参政権を享有すべきか論ぜよ。また外国人の公務就任権についていかに考えるべきか論ぜよ。

A 参政権は、国民が自己の属する国の政治に参加する権利である。その性質上当該国家の国民にのみ認められる権利である。従って、狭義の参政権である選挙権、被選挙権は外国人には及ばない。しかし、住民の生活に最も密着した地方自治体レベルにおける選挙権を、永住資格を持つ外国人に法律で認めることは禁止されている限りではないと考えるべきであろうし、判例もこれを支持するところである。公務就任権は、広義の参政権であると同時に職業選択の自由と位置づけることができる。また公務就任権は就業資格と捉えるのが妥当である。外交官を除く一般の公務員への就業には、日本国籍を有することを要件とする法律上の規定は無い。しかし、「公務員に関する当然の法理として、公権力の行使に携わる公務員になるためには日本国籍を必要とする」という政府見解を根拠に、公務への就任には「国籍要件」を課す場合が多い。しかし、現行の行政活動が全て法の支配に属し、憲法および国民の定めた法律下で行われる以上、外国人のあらゆる公務就任資格を否定することには疑問が残ることも多い。

Q 全ての実体的人権に共通して適用される憲法上の権利、原則を一つ挙げてその概要を説明せよ。

A 日本国憲法は、14条以下において具体的な人権規定を置いている。しかし今後、社会の変遷とともに予測し難い「新しい人権」が要請されることもある。これら全ての実体的人権に適用され、基礎付けとなる規定が憲法13条の「生命、自由、幸福追求権」である。この権利は個別の実体的人権に対する一般法と位置づけられる説が有力である。

## 渋谷日本国憲法

Q法の下の平等の内容を、「形式的平等」「実質的平等」「絶対的平等」「相対的平等」の語を用い説明せよ

A近代において市民階級が勃興した際、人々は身分制度を撤廃し、自由競争に公平に参加する機会の平等を求めた。これは「形式的平等」であると言えるだろう。やがて個人の格差が広がり、政府が社会的弱者に対し保護を与え、他の人々と同様の自由と生存を保障すべしという「実質的平等」が提唱される。平等を比較の観点から見る。各人の個性や能力などの相違を一切無視して、人々を一律に扱う「絶対的平等」が原則となる。しかし、これが逆に不平等に帰結する場合もある。これを是正するため、逆に各人をその個性や能力の相違を考慮して扱い実質的な平等をはからなければならず、このような扱いを「相対的平等」という。

Qプライバシーの権利について論じよ。

A日本におけるプライバシーの権利はまず「宴のあと」事件を契機に憲法により裏付けられた権利であると確認された。その判決においてプライバシーとは私事性、秘事性、未知性の三要件に該当する事実であるとした。この意味でプライバシーの権利は、個人の人格的生存に関する重要な私的事項は各自が自律的に決定できる自由、と言えるだろう。しかし、このような、個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという自由権的、消極的なものという権利の定義は、情報化社会の進展にともないプライバシーの保護を公権力に対し積極的に請求できる権利へと拡張されていき「自己情報コントロール権」へと総括されていったと考えられる。またプライバシーの概念が意味するところも私生活から個人情報へと収斂していったと考えられる。憲法上の根拠として、13条の幸福追求権に求められた。しかし、自己情報コントロール権を裏付けるには情報流通の自由を保障する21条に求める方がより適当であると考えられる。

Q表現の自由がなぜ重要か論ぜよ。また性表現行為がなぜ制約されるべきか、その根拠を示しつつあるべき制約のあり方を論ぜよ

A内心における思想や信仰は、外部に表明され、他者に伝達されてはじめて社会的効用を発揮する。この意味で、表現の自由は情報の流通手段を確保するために不可欠である。また表現の自由は、個人が言論活動を通じ自己の人格を発展させる自己実現の価値と、言論活動を通じ国民が政治的な意思決定に関与するという、民主主義に資する社会的価

## 渋谷日本国憲法

値を保障するという意味で重要である。性表現行為に関しては、その規制の理念として「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持するため」とチャレタイ事件の最高裁判決は示す。しかし性行為表現も表現の自由の下にある以上、対抗利益、保護法益を明確にする必要がある。考えられるものとして最も説得力のある理由は、見たくない者のみたくない自由を侵害しているというのが挙げられる。規制のあり方に関しては、性表現の罪の保護法益との衡量をはかりつつ、表現の自由の価値を最大限配慮してわいせつ物を厳格に定義し、それにより表現の内容を規制するのが望ましいとされる。