

日本国憲法しげぶり

平成 25 年度冬学期・渋谷秀樹教官

H25-UTL1-26

さとうまさし

* 目次

* このしげぶりについて ……………2	IX. 国民主権 ……………10
1. 特徴……………2	1. 主権の意味……………10
2. 凡例……………2	2. 国民の意味……………10
II. 予備知識 ……………2	3. 民主主義とは?……………10
1. 憲法……………2	4. 天皇……………11
2. 国……………2	X. 平和主義 ……………12
3. 法……………2	1. 憲法9条の制定……………12
4. 自然人と法人……………2	2. 自衛権……………12
III. 法の体系 ……………3	3. 戦争の放棄(9条1項の解釈)……………13
1. 公法……………3	4. 非武装主義(9条2項の解釈)……………13
2. 私法……………3	XI. 人権の根拠 ……………14
3. 刑事法……………3	1. 自然法……………14
4. 国際関係法(条約)……………3	2. 人間性……………14
5. その他の融合 or 専門領域(社会法・産業法など)……………3	3. 普遍的な道徳(人間の本性)……………14
IV. 憲法の意義 ……………3	XII. 人権の享有主体 ……………14
1. 「憲法」という言葉……………3	1. 国籍を巡る問題……………14
2. 憲法の定義……………3	2. 外国人の人権についての一般論……………15
V. 憲法の性質 ……………4	XIII. 法の下での平等 ……………16
1. 組織規範……………4	1. 平等の理念……………16
2. 授権規範……………4	2. 形式的平等と実質的平等……………16
3. 制限規範……………4	3. 絶対的平等と相対的平等……………16
4. 最高規範……………4	XIV. 新しい人権 ……………18
VI. 法秩序の構造 ……………5	1. 問題状況……………18
1. 種類……………5	2. 対応方法……………18
2. 法に於ける相互の優劣……………6	3. まとめ……………19
3. 憲法内部に於ける優劣関係……………6	XV. 精神的自由権 ……………19
VII. 憲法の基本原理 ……………7	1. 表現の自由……………19
1. 立憲主義(constitutionalism)……………8	2. 信教(宗教)の自由……………21
2. 国民主権(民主主義と殆ど同義)……………8	
3. 平和主義……………8	
VIII. 立憲主義 ……………8	
1. 形式的起源……………8	
2. 実質的起源……………8	
3. 日本国憲法に於ける立憲主義……………8	

* このしげぶりについて

1. 特徴

- いちいち六法全書を開かなくてもいいように、スペースを惜しまずに、条文を掲載しています。
- 授業で紹介された順番に並べてあります。
- 複数の既存シケブリを参照して作成されているため(専門用語では「こびへ」という)、効率的な知識習得が期待されます。
- 科学的に印象に残りやすいとされる(嘘)2段組構成になっています。
- 過去問分析も若干反映されています。

2. 凡例

- 『[条文引用文](#)』
- 授業における口頭解説・雑談・メモ・解説など(解説は編集者によるものもあれば、他のシケブリの転載のものもあります。)
- 略記: JC(日本国憲法)、MC(明治憲法)、民(民法)、刑(刑法)
- 過去問出題例あり(2006)(2008B)
 - 論述形式の出題は、「B」という記号も付されています。
 - 分析は、2006, 2008, 2010の3年分を対象にしています。
 - すべてが網羅されているわけではないことをご承ください。

3. 注意

- ・ このしげぶりにより生じたいかなる責任も、編集者は負いかねます。
- ・ 複写・複製・改変・再配布、自由。ただし、それにより生じたいかなる問題についても同様に責任は負いかねます。
- ・ 人名の敬称については、編集時現在での生存有無・社会的評価問わず省略させて頂いております。敬称の省略が、敬意の欠落をただちに意味するものではなく、また名誉毀損には当たらないという趣旨の注意であります。

II. 予備知識

1. 憲法

国における政府の組織と活動に関する基本法

2. 国(2010B)

- i. 空間(領土・領海・領空=領域)
- ii. 人間(国民→定住者)
- iii. 支配(統治 govern)
→統治権をもつもの=政府 government

3. 法

人間活動を一定方向にコントロールしようとする規範(norme)で政府(特に裁判所)がその実効性を保証するもの。

※ 命令・許容・可能・禁止などをその内容とする。

4. 自然人と法人

権利と義務が帰属する者(主体) = 「私人」と呼ぶ。

III. 法の体系

1. 公法 (2006)

…政府と私人の間のルール

- ① 憲法…政府の組織と活動原則を定めるルール
- ② 行政法…行政部の組織・活動に関するルール

2. 私法 (2006)

…私人と私人の間のルール

- ③ 民法 ④ 商法
…私人間の権利義務の内容・得喪・変更のルール
(民事実体法)
- ⑤ 民事訴訟法…裁判による私人間の紛争解決のルール
(民事手続法)

3. 刑事法 (2006)

…犯罪者を処罰するルール

- ⑥ 刑法…犯罪と刑罰のルール (刑事実体法)
- ⑦ 刑事訴訟法…犯罪捜査と刑事裁判のルール (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」のルール
- ⑨ 国際私法 (国際取引法) …国民と外国人との間の法

5. その他の融合 or 専門領域 (社会法・産業法など)

IV. 憲法の意義

1. 「憲法」という言葉

- 古来の「憲法」…憲法十七条とか
- 西欧語 constitution (構造・構成・組織) の翻訳語
- 「国制」「政体書」「国憲」などの訳を経て「憲法」となる

※ 近代はじめの「政体書」がわが国初の憲法のようなものである。憲法十七条は今日の憲法と近きものと捉えるべきではない。

2. 憲法の定義 (2008.B)

- 実質的意味の憲法
- 形式的意味の憲法

※ 形式的意味の憲法…そのものに「憲法」という名前が付いているか否かで判断。「日本国憲法」「憲法十七条」はともに形式的意味の憲法だが、ドイツの憲法のように「憲法」という言葉を含まないものは形式的意味の憲法には含まれなくなる。

(1) 固有 (proper) の意味の憲法 (2010)

国における政府の組織と活動原則を定める基本的法規範

※国あるところに「憲法」あり

(2) 立憲の意味の憲法 (2010)

フランス人権宣言 (1789) などがその例

- ① 権利の保障 (2010)
- ② 権力の分立 (2010)

(3) 聖徳太子の憲法十七条は？

形式的意味では憲法。実質的意味での憲法ではない。

V. 憲法の性質

1. 組織規範

政府の仕組み（組織）を定める

2. 授権規範 (2008)

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)

● MC では「天孫降臨説」(MC 告文) (2008)

「惟神の宝祚を継承」する天皇が大日本帝国を統治する。

● JC では「社会契約説」(2008)

『そもそも、国政は、国民の厳肅な信託によるものであって…』(JC 前文)

② 政府の諸機関に権限を与える

● 立法→国会

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。

● 行政→内閣

65 条：行政権は、内閣に属する。

● 司法→裁判所

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。

※「すべて～」が重要。戦前は行政に裁判権。

● 地方にも権限

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) 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

(右側、「人権規定」のボックス参照)

● MC による臣民 (subject) の三大義務

- 兵役の義務 (MC20)

『日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ兵役ノ義務ヲ有ス』

- 納税の義務 (MC21)

『日本臣民ハ法律ノ定ムル所ニ従ヒ納税ノ義務ヲ有ス』

- 教育の義務 (勅令による。MC には記されていない)

● JC 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。』

←法律の定めなしには納税しなくていいという権利。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。

では、今日我が国には国民の義務が存在しないのか、といえばそういうわけではない。法律により国民に義務を負わせる。

※人権規定…政府がやってはいけないことが記されている

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。

- ①で述べられている自由はいくつあるか

→集会・結社・表現 (渋谷説)。

- 国民への権利は言い換えれば、国家への義務 (つまり政府の活動制限)

- ②もそのいい例である

- 1つの条文に二文以上あるとき、「前段・(中段)・後段」「第一段・第二段・第三段…」と呼び分ける。

4. 最高規範

[憲法の最高性と条約及び国際法規の遵守]

98 条：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、詔勅及び國務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

2 日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。

[最高裁判所の法令審査権]

81 条：最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又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。

● 「法令審査権」は原文にはない。本来は「違憲審査」だから不適。(「法令」は法律・命令に限られるが、実際は処分など含め広く審査の対象となつて

いる。)

- (違憲時) 法律を無効にするかどうか誰が判断するか。ドイツなどでは問題化(王か裁判所か)。MC下では最終判断は「天皇」
= JCは「その判断は裁判所にある」と決めた優れた憲法。

※答案作成の上で、憲法条文番号を挙げるときは「憲法第n条」が正規表現のところ「第」を省略してもいい。

VI. 法秩序の構造

1. 種類

- ① 憲法：主権者の制定する法 (2008)
(主権とは国政の最高決定権の事) (2010)
- ② 法律：国会の制定する法 (2008)
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、裁判所の内部規則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。
73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。
六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。
- ④ 命令：行政機関の制定する法 (2008)
…政令、府令、省令、外局などの規則(国会行政組織法の別表におおよその組織が出ている。省が作ると省令、その下の委員会などの外局が作る規則もある)
73条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。
六 この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること。但し、政令には、特にその法律の委任がある場合を除いては、罰則を設けることができない。
- ⑤ 条例：地方公共団体の制定する法 (94条) ordinance
94条：地方公共団体は、その財産を管理し、事務を処理し、及び行政を執行する権能を有し、法律の範囲内で条例を制定することができる。
- ⑥ 条約：国と国または国際機関との契約 (98条②) treaty
98条：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又は一部は、その効力を有しない。
②日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。

※ 81条に「条約」に関する規定がない。

81条：最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又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。
(今の定説) 国内に効力を有するものについては最高裁の審査が可能。
(よって条約についても国内に効力を及ぼす部分についての審査可。)

※ 「国務に関するその他の行為」と「処分」

- 「処分」(81条)：法規範の具体的適用行為。
- 「国務に関するその他の行為」(98条)：最高裁の考え方としては、処分に同じ。

※ 詔勅：天皇の意志を示す文章

- 詔書：国民に知らせるためのもの
- 勅書：国民全体に公開されるものではない

- 勅令：天皇の定める法

(戦前)「公式令」(公文式)

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)
- JC 成立時は、⑥>①(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

(根拠)

- 98 条②(前頁)『条約・国際法規、誠実遵守』
- 81 条(『条約』記載なし)
- 敗戦国

- 日米安保問題を機に解釈変わる。日米安保が憲法 9 条に優先してしまうとの危惧から。(⑥>① ⇒ ①>⑥)
- ①>⑥ の解釈のほうが、論理的。

(根拠)

- 56 条 → $1/3 * 1/2 =$ 全議員の $1/6$ で法案成立

56 条：

- ①両議院は、各々その総議員の三分の一以上の出席がなければ、議事を開き議決することができない。
- ②両議院の議事は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、出席議員の過半数でこれを決し、可否同数のときは、議長の決するところによる。

- 73 条二号 → 条約締結は内閣が行う

73 条：内閣は、他の一般行政事務の外、左の事務を行ふ。

二 外交関係を処理すること

- 61 条 / 96 条 → 条約締結と比べて、憲法改正手続きのほうが丁寧である。にもかかわらず、条約によって憲法が変えられるという論理は成り立たないはずである。

61 条：条約の締結に必要な国会の承認については、前条第二項の規定を準用する。

96 条：この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、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、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。

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、

この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する。

※ 命令と条約の優劣関係

(今年はたぶんとりあげない)

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 (2008.B) (2010.B)

根本規範>改正規範>憲法律

- 改正規範…改正手続きの規範
- 憲法律…普通の規範(憲法改正できるのはここだけだと渋谷は言う)
- 根本規範
 - 根本的な規範+憲法自体を正当化する規範(おまけ)
 - 憲法改正を定めた JC96 の手続きを経ても改正できない、と考えられている。

(具体的に)

- 主権決定(主権→Ⅹ章参照)
- 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。』
- 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。』
- 9 条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。』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。)

- 根本規範である旨は、明文化されていない
- この優劣関係は MC からの通説。ドイツなど国際的にも通説

Q1 憲法 96 条は改正できるか

→ 渋谷がつぶやいていたキーワード：『事実の世界』と『規範の世界』。憲法制定権力と憲法改正権力。（編集者注：何を言っているのかよくわからなかったので、ほかのサイトの引用貼っておきます。）

● 実は憲法の内部にも序列がある。これなければこの憲法ではなくなるという「憲法の中の憲法」を根本規範といい、それ以外を憲法律と読んで、差別化している。ハンス・ケルゼン以来の通説的な憲法論だ。▼憲法改正は何でもありではない。改正には限界がある。根本規範は、憲法制定権者の意思を体現するものとして、これを法的な意味で改正することはできない。現行憲法の規定で選任された国会議員や首相や閣僚が、この根本規範をないがしろにするような改正の原案作成はできない。国会はそのような改正案の発議ができない。▼「できない」の意味は飽くまで法的なもので、政治的な意味ではやってできないことではない。むりやりにやられてしまえば、事後に法的に争うことが困難であることは否めない。しかし、そのようにしてできた憲法は日本国憲法とは別の憲法であって、日本国憲法と一体性のある改正憲法ではなくなる。そのような「改正の限界を超えた改正案の発議」がもつ正当性の欠如は、「改正手続」において、十分に吟味し批判されなければならない。その際の十分な理論的批判の根拠たりうるのだから、改正の限界を論ずる実益はある。▼何が根本規範か。国民主権・基本的人権・平和主義、この日本国憲法 3 本の柱を根本規範というべきことではほぼ一致している。問題は、96 条の憲法改正手続条項である。憲法制定権力が憲法を確定する際に、憲法の硬度度について自ら決めて、憲法に書き込んだ。その 96 条を、今にして覆すことができるのか。▼憲法改正規範については、根本規範に準じる位置にあるとの考え方が常識的なところ。国民主権・基本的人権・平和主義と同様に、改憲手続条項も、立憲主義の表れの一面として、日本国憲法が日本国憲法であるための根本規範に準じることができる。▼従って、96 条改正も「憲法改正の限界」の対象たりうるものが憲法学界の大方の考えといつてよいだろう。少なくとも、国民投票抜きの国会の議決だけで憲法改正を可能とする改正手続条項への変更は、「改正の限界」を超えるものとするのが多数説。▼では、国会の発議要件を 3 分の 2 という特別多数から、一般の法律制定と同じ 2 分の 1 超まで緩和することは、憲法が許容するところだろうか。それとも改正の限界を超えるものというべきだろうか。▼通説とまではいえないが、「改正規範（96 条）の改正」は、憲法制定権力自らが憲法改正権を制約して、憲法全体の擁護を意図したものである以上、改正規範（96 条）の改正は根本規範同様にできない、という有力説がある。日弁連の意見書では、これを多数説と紹介している。▼問題は、学者の意見分布よりは、自分がどう納得し、どう人に語りかけることができるかだ。こんなふうに語ってみてはどうだろうか。

--- 澤藤統一郎の憲法日記より

(<http://article9.jp/wordpress/?p=286>)

● 『「自己言及」という論理的な壁』▼そもそも憲法改正手続条項を、その条項に従って改正できるのかという、論理的にみてややこしい問題があります。これは憲法第 96 条に特有の問題です。▼憲法第 96 条（第 1 項）の冒頭に「この憲法」との文言があります。「この憲法」に、第 96 条が含まれていると考えると、この憲法＝第 96 条＋その他の条項 という関係になります。もっとも、第 96 条には「この憲法」との文言があるわけですから、すると、

この憲法＝第 96 条＋その他の条項

↓

この憲法＝第 96 条＋その他の条項

↓

この憲法＝第 96 条＋その他の条項

↓

...

という論理のループが、永遠に続いてしまうのです。改正手続の対象となるべき「この憲法」が確定しないのです。▼これは論理学でいう「自己言及」という問題の一つです。卑近な例を出しますが、「〘貼り紙禁止〙と書いた貼り紙を、壁に貼ることができるのか」という問題があります。禁止される貼り紙に、その貼り紙が含まれると考えるならば、貼ることは論理的に誤っていることとなります（論理的に誤っていても、壁の所有者の権限で物理的に貼ることはできますが…）。▼もっとも、これは形式的な論理の問題にすぎません。政治の世界では論理の壁を超えた決定がなされますし、憲法改正権の発動によって終局的に解決する話ではありません。しかし、改正手続条項の「改正」にはこうした問題があることを、いったん立ち止まって考えるべきでしょう。

--- 立憲政治の道のり 南部義典

「マガジン 9」：<http://www.magazine9.jp/>

(<http://www.magazine9.jp/rikken/121219/>)

Q2.MC は天皇主権、JC は国民主権。そもそも「改正手続」で変えられない？

→ 宮沢俊義の八月革命説（ポツダム宣言受諾で MC は失効した。主権も天皇から国民へと移ったのだ）。ただこの説も問題だと渋谷は言う。「正しい流れは、ポツダム宣言受諾→占領軍主権→国民主権である。ポツダム宣言受諾で日本は一瞬なくなったのだ」では、どう説明するか。「再独立時に極東委員会が JC 見直しを認めたが、日本政府は見直しを行わず追認した。国民にも改正議論が起らず、したがって手続的正当性は認められる」（本執筆時から考え方に变化）（編集者注：敗戦直後の日本社会に、脱力感にも近い無力感が漂っていたとすれば、仮に戦後の復興に積極的な方がいたとしても、国民的な憲法議論は当然盛り上がりやすくて、議論が適切にされることなく追認されてしまったという可能性は排除できない。なお検討の余地があるだろう。）

VII. 憲法の基本原理

～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、「立憲主義」を「議会中心主義」と捉える。(例：立憲政友会)

- (a) 法の支配
- (b) 自由主義 (=個人の尊重) → 各種の人権
- (c) 権力分立主義
…権力 (統治権) を分割して異なる者 (機関) に分担させる。

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

以下、三章はこの3点につき詳述される。

VIII. 立憲主義

1. 形式的起源

高次法 (higher law) の思想 (←この比較級は政府と法の位置関係を示す) (2010)

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

- 「法の支配」…政府の上に法がある。法に政府は従う。(←プラトン)
統治者の恣意的支配を法によって抑制
- 「人の支配」…中国秦朝でも法家は皇帝のために働いた (←中国)

→ 権力分立原理…権力を分離・分割して相互に牽制

2. 実質的起源

支配する法 = 正義 (justice) (←ヨーロッパでは法と正義は同地と考える)

→ 憲法は国としての正義とは何かということを経めた物だと考えることも可能。

- 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) (2010)
 - 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。
- 「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」(ジョン・ロック)
 - 特に、「自己保存・自己防衛」(トマス・ホブズの言葉)の権利を主張している。
- ロック「市民政府二論」(1690)

「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顕著かつ主要な目的は、所有権 (property) の保護にある」

(但、property には①所有権 ②財産権 ③物権 の三訳あり、注意。)

(ロックやホ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らしい)

※ 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基づいて成立

3. JC に於ける立憲主義

① 「法の支配」= 憲法の支配

- 98条 (統治活動の産物) → 統治活動は全て憲法に従う事を要求
- 99条 (規範の名宛人) → 「統治活動」を行う者には憲法擁護義務。
(「国民」は入っていない。それは JC が支配すべきは国民ではなく、統治者だからである。従って「国民が JC を守るのは当然」という論理は誤りである。アメリカの合衆国憲法にも似た条文があるらしい)

98条：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又は一部は、その効力を有しない。

2 日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。

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。

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

(→V章参照)

- 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。

→人事権は首相。(MC 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。これは、軍部の暴走を招いた一因でもある。)

66条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 (civilian)」 = 現役軍人ではない人。この憲法の中で新たに作られた言葉で、詳しく言えば「大日本帝国憲法下で職業軍人であったもの、または現役の内閣官」では無い者のことを言う。アメリカでも文民統制が敷かれている（湾岸戦争時の総司令官パウエルは退任後にブッシュ（子）政権下で国務長官になった事例あり）

66条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。

→「解散されない限り」と主語をぼかしているのは、解散する主体は天皇だからである。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。…三、衆議院を解散すること。』言うまでもなく、政治的決定権は首相にある。(編集者注：JCには「解散」という言葉は6回登場数が、7条のものを除けば、すべて「解散される」あるいは「解散」(名詞)の形で用いられている)

③ 自然権思想

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。(2006)

→実はJC13はアメリカ独立宣言の文章を使っている。

※アメリカ独立宣言(1776年)『全ての人は平等に造られ、造物主(God)のこのことによって、一定の尊厳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。

(JC前文『そもそも、国政は、国民の厳粛な信託によるものであって…』)

→V章2①

IX. 国民主権

1. 主権の意味

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。』（但、この後、サンフランシスコ講和条約などで、統治権の及び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）

前文 3 項：われらは、いつれの国家も、自国のことのみで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。

● 対内的最高性

③ 国政（統治活動）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、1 条

前文 1 項：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、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。

→日本が間接民主政をとり、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を宣言している。

1 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。

2. 国民の意味

①（少数意見注意）（渋谷持論注意） 国民＝国籍保有者十定住者

② 国民＝国籍保有者（一般的意見）

（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）（2010）

『日本国民たる要件は、法律でこれを定める』→国籍法

③ 国民＝有権者（←ここでの国民は選挙権を持つ者。②の部分集合。）（2010）

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。』

3. 民主主義とは？（2008.B）

● 前文 1 項『こ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。』

→国民の代表者（＝エリート）を信頼するという考え方。

● 『government ①of the people ②by the people ③for the people』

（リンカーン）

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（2010.B）

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）

→前文 1 項『代表者を通じて行動』（間接民主政）

② どのように（過程）民主主義を行うか

→議論（討議・熟議）＋多数決原理（主義）

（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。）

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

● 正義の具体化

● 個人の尊重（13 条『すべて国民は、個人として尊重される。』）

● 『国際平和の希求』

など。

※間接民主政…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

全く異なるものである。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） 但し、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）

93 条：地方公共団体には、法律の定めるところにより、その議事機関として議会を設置する。

②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。

43 条：両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。

②両議院の議員の定数は、法律でこれを定める。

※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

ア) 過程プラス実体説 ①+②+③

イ) 純粋過程説 ①+② …③は立憲主義の領分

- 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。

4. 天皇

(1) 地位の変更

- <MC 下>天皇は主権者かつ統治権の総攬者（MC 1・4 条）

MC1：大日本帝国八万世一系ノ天皇之ヲ統治ス

MC4：天皇ハ国ノ元首ニシテ統治権ヲ総攬シ此ノ憲法ノ条規ニ依リ之ヲ行フ

→この場合の「統治」は立法・司法・行政。JC4条①『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。』の「国政」も同様の意味である。

- <JC 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、内閣の指名に基づいて、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 国務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以外にも公的な活動（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

MC2『皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承ス』

JC2『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、これを繼承する。』

- 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。）

- 男系繼承の旨も、MC ではあったが、JC ではなくなっている

皇室典範 1 条『皇位は、皇統に属する男系の男子が、これを繼承する。』

- 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、JC2で規定がなくなっていることも踏まえると、JC14に反するのでふさわしくないのではないか？→JC2はJC14の例外とみる。

※JC1『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。』→皇室典範の改正は国民投票が必要！？

(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？（学説多数派・政府見解）

- 国事行為の解釈としてその限界を考えるべき。（学説としては少数派）

（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。
- 大使と会うときは JC7-9 で対応。大統領と会うときは？結局、JC7-9 の準用で OK！？
- 内閣も、宮内庁（←天皇の国事行為以外を管理）をコントロールできない！？

【参照】渋谷秀樹「日本国憲法と天皇」（「世界」2009年6月号）

X. 平和主義

9 条：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。

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。

1. 憲法 9 条の制定

(1) 背景

- 大西洋憲章：侵略国の非軍事化
- ポツダム宣言 6 項・7 項

ポツダム宣言

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砕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。

(2) マッカーサー・ノート (1946.2)

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。

2. 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」！では「国」とは？ ①領域 ②政府 ③定住者 のいずれか？

(自衛権の存在はもは誰もが認めるところ。ただ何を守るかの議論がかけると渋谷は考えている。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。

※刑法の体系

① 刑法典の体系

第一編 総則 犯罪と刑罰の一般的ルール (総論)

第二編 罪 個別の犯罪類型 (犯罪構成要件) と刑罰 (効果) (各論)

② 犯罪の成立

i. 犯罪構成要件該当性 (犯罪類型に当てはめると犯罪と推定)

ii. 責任能力 (刑 39,41)

iii. 故意 (罪を犯す意思) (刑 38)

過失 (意識の緊張を欠く状態) も例外的に犯罪となる

(例: 刑 209)

iv. 違法性阻却事由

● 正当行為 (刑 35)

● 正当防衛 (刑 36)

● 緊急避難 (刑 37)

① 違法性の要件

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。(必要最小限) (2008)

35 条 (正当行為) 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

36 条 (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。

②防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

37 条 (緊急避難) 自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

②前項の規定は、業務上特別の義務がある者には、適用しない。

38 条 (故意) 罪を犯す意思がない行為は、罰しない。ただし、法律に特別の規定がある場合は、この限りでない。②重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。③法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情状により、その刑を減輕することができる。

39 条 (心神喪失及び心神耗弱) 心神喪失者の行為は、罰しない。

②心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する。

40 条 削除

41 条 (責任年齢) 十四歳に満たない者の行為は、罰しない。

209条 過失により人を傷害した者は、三十万円以下の罰金又は科料に処する。

②前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

※JC9-1のみでは自衛戦争は否定していないが、JC9-2『戦力不保持』より実質、自衛戦争も認められないというのが多数説・政府見解。ただ、自衛戦争はできないが、自衛的活動はできると説明。

(3) 個別的自衛権と集団的自衛権

① 個別的自衛権…自国の侵略に対する自衛権

A国→(攻撃)→B国 B国が防衛

② 集団的自衛権…同盟国の侵略に対して援助する権利

A国→(攻撃)→B国 B国と軍事同盟を結ぶV国もが防衛

- 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。(集団的自衛権が固有の権利といえるかはなお議論の余地があると渋谷は言っている)
- 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。最近では、この見解を変更しようという動きがみられる。
- 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徳問題も存在する。

(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)(2008)

←戦争権説

② 交戦者の権利(jus in bello = right in battle)(2010)

←戦時ルール説

- 多数説・政府見解(内閣法制局長年にわたる答弁によって形成)
 - 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らしい。)

3. 戦争の放棄(9条1項の解釈)(2010.B)

<戦争の目的>

① 侵略目的

② 自衛目的

- 『国際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。
- ⇒不戦条約との整合性。自衛戦争が禁止されないという解釈に。

4. 非武装主義(9条2項の解釈)(2010.B)

(1) 戦力の不保持

(a) 当初の理解

実力装置には

- ◇ 警察力(国内治安維持・軽装備)
- ◇ 軍事力(侵略から国を守る・重装備)

があり、後者を禁止

- 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) 現在の理解

②を更に「戦力」と「自衛力」とに区別。「戦力」のみを禁止。

(他国に侵略的脅威を与える攻撃的武器、性質上相手国同士の壊滅的破壊のみに用いられる武器は禁止)

XI. 人権の根拠

～人権の基礎づけ～

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) (2006)

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)』(2006)

(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(人間の本性) (2006)

Liberalism (自由主義) (2006)

① 無知のベール

- John Rawls (ジョン・ロールズ) が” The Theory of Justice “(『正義論』) (1971) で提案
- 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い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。

Utilitarianism (功利主義): 有力。損得勘定で動く。合理主義。

→JC13「幸福追求」

Libertarianism (自由至上主義): 格差容認。多様な価値観認める

→JC13「自由」

Communitarianism (共同体主義): ↑はアカン。”virtue”客観的に正しいことあるはず

→JC13「公共の福祉」

∴憲法(JC13)には、以上3主義すべての記述がある

XII. 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。
 - 血統主義(親の出身で国籍を決める)
 - 出生地主義(生まれた所で決める)
- 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。(2008)

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。

- 父母両系血統主義(国籍法2条1項)

※1984年までは父系血統主義。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。(男女差別X・JC14「門地」による差別X)

国籍法2条: 子は、次の場合には、日本国民とする。

- 一 出生の時に父又は母が日本国民であるとき。

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

- ・「時」…時間・time・(at the time)
- ・「とき」…場合・case・(in case)

国籍法14条:

- 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

- 非嫡出子=婚外子
- 嫡出子=婚内子(民772『妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。』)
 - ②婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消の日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。』)
- 「認知」(民779『嫡出でない子は、その父又は母がこれを認知することができる。』)
- 「胎児の認知」(民783-1『父は、胎内に在る子でも、認知することがで

きる。この場合においては、母の承諾を得なければならない。』)

- 「準正」(民 789-1『父が認知した子は、その父母の婚姻によって嫡出子の身分を取得する。』)
- 認知を行うのは常に父親であっ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。

<国籍に関わる非嫡出子(婚外子)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)

案)

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、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。(2008)

→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って、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. 外国人の人権についての一般論

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「外国人に人権はない!」
- 賛成説「外国人にも人権はある」

(ア) 文言説…憲法の条文によって解釈をしていく。

- 『何人も〜』(JC18)は国籍に関係なく人に適用される。
- 『すべて国民は〜』(JC14)は日本国民にのみ適用される。
- 『』(あえて主語がない。JC19)ケースも有る

歴史の流れを踏まえると文言の厳密性は低い(たとえばJC22-2『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。』)ここでの対象は明らかに日本国民のみ)⇒主流ではない。

14条: すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない

18条: 何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因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。

19条: 思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。

(イ) 性質説…権利の性質によって分類。通説や判例による。

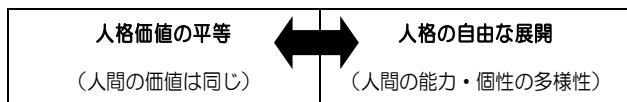
【判例】マクリーン事件・最高裁判決(昭和53年10月4日)

- 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び」
→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、結果として在留延長は認められなかった。

XIII. 法の下での平等

(2008.B) (2010.B)

1. 平等の理念



2. 形式的平等と実質的平等

① スタートラインの平等(機会の平等) = 形式的平等 (←自由主義) (2006)

(例.身分制度の廃止)

(→しかし、スタートラインは一緒でも走り出して能力の違いによって走れない人を考慮していない)

② ゴールラインの平等(結果の平等) = 実質的平等 (←社会主義)

(→頑張った人も頑張っていない人も同じ結果に)

③ スタートラインの変更(条件の平等) = 実質的平等

(ハンデをつけること) (例.女性枠)

(例.Affirmative Action (アメリカの大学の入学での人種別優先枠の問題))

→積極的差別是正措置)

3. 絶対的平等と相対的平等

● 絶対的平等が原則 (2006)

(例.消費税: 誰が何を買っても、個性を無視して5%課税される)

● しかしそれが不公平で、差異をもうけることが合理的なこともある

(例えば、小さな子供も大金持ちも5%なのか?)

⇒そういった不公平を是正するために、個人個人で差異を設けることが必要になってくる。これが相対的平等。

(例.所得税の累進課税など→しかし、今度は「稼げば稼ぐほど税金を納めるのは不合理でないか?」という疑問が出てくる。)

● 平等性とは、グループAとグループBの間で扱いの区別があった場合、この扱いの区別を合理的に説明できる状態のことを言う。

● 「相対的平等」が例外的に要請されるので区別する

=同時に、その区別の合理性が説明されねばならない。

【例1】所得税の累進課税制(相対的平等)、消費税(絶対的平等)

[理由]富の再分配など(富裕層と貧困層では、限定効用が異なる)

『限定効用』: ある財が消費者に与える満足度 (=効用) に関し、その財の消費量を一単位増加したとき、これに伴う満足度の増加分をいう。最終効用。(三省堂大辞林)

つまり、金持ちと貧乏人とで同じ一万円に対する捉え方・痛みが違ってくる、ということをごここでは言いたい。

【例2】男女の再婚禁止期間区別

男性は離婚後すぐ再婚が可能だが、女性は6ヶ月間待たなければならない

(子供が生まれた場合の父親の確定のため)

→しかし、ちゃんと分析すると、この6ヶ月の期間には不要な日数が含まれるので、この再婚禁止区別は合理性に欠ける (=差別的)、という意見が強い。

民 733 (再婚禁止期間): 女は、前婚の解消又は取消しの日から六箇月を経過した後でなければ、再婚をすることができない。

②女が前婚の解消又は取消しの前から懐胎していた場合には、その出産の日から、前項の規定を適用しない。

民 750 (夫婦の氏): 夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。

→夫婦別姓も合理性を欠くとする意見があることを、本論とは関係ないにもかかわらず、渋谷は紹介する。

民 772 (嫡出の推定): 妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。

②婚姻の成立の日から二百日を経過した後又は婚姻の解消若しくは取消しの日から三百日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定する。

『101日説』: 再婚禁止期間を101日まで短縮することができる説。その根拠は、100日間の再婚禁止期間の経過後、再婚し妊娠したとしても、200日経過すれば再婚後の子として推定され、前婚の子とみなすいわゆる300日規定とは重複しないとされるからである。

この批判に対し、300日規定との関係では、現行では6ヶ月(約180日)経過後、300日までの約120日は前婚の子と推定するが、100日説の場合、100日経過後、前婚の子と推定される期間は200日となり、したがって、前婚と再婚後の子の親子関係が確定しない期間が100日説だと延びてしまって、かえって子の権利が侵害されてしまうのではないか、という反論がある。(Yahoo!知恵袋)

【例3】尊属殺人重罰規定

刑 199 (普通殺人罪) ⇔ 刑 200 (尊属殺人罪)

※以下、事例参照のこと。立法目的の手段に合理性を欠くとして、違憲判決が出たが、立法目的そのものは認められている点に留意するべきである。(2006)

<参考>

刑 200 『自己又は配偶者の直系尊属を殺したる者は死刑又は無期懲役に処す』 (すでに削除済)

することができる。

<減軽の方法>

68条 (法律上の減軽の方法) : 法律上刑を減軽すべき一個又は二個以上の事由があるときは、次の例による。

- 一 死刑を減軽するときは、無期の懲役若しくは禁錮又は十年以上の懲役若しくは禁錮とする。
- 二 無期の懲役又は禁錮を減軽するときは、七年以上の有期の懲役又は禁錮とする。
- 三 有期の懲役又は禁錮を減軽するときは、その長期及び短期の二分の一を減ずる。
- 四 罰金を減軽するときは、その多額及び寡額の二分の一を減ずる。
- 五 拘留を減軽するときは、その長期の二分の一を減ずる。
- 六 科料を減軽するときは、その多額の二分の一を減ずる。

<執行猶予>

25条 (執行猶予) : 次に掲げる者が三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金の言渡しを受けたときは、情状により、裁判が確定した日から一年以上五年以下の期間、その執行を猶予することができる。

- 一 前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者
- 二 前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者

【尊属】血族のうち自分より上の世代 ⇔ 【卑属】自分より下の世代

※兄弟姉妹は同世代だから、これには含まれない。

【直系】世代が上下に直線的に連なる血族 ⇔ 【傍系】共同の始祖を介して連なる血族

事件概要

1968年10月5日、被告人の女性A(当時29歳)は実父B(当時53歳)を絞殺した。殺害の日まで被告人Aは被害者Bによって10日間にわたり自宅に監禁状態にあり、最終的に口論の末に殺害したものである。

検察が被告人Aの家庭環境を捜査したところ、被告人Aが14歳の時から実父Bによって性的虐待を継続的に受けており、近親姦を強いられた結果、親娘の間で5人の子(うち2人が幼いうちに死亡、他にも6人を妊娠中絶)を産む夫婦同様の生活を強いられていたことが判明した。さらに、被告人は医師からこれ以上妊娠すると身体が危ないと諭され、不妊手術を受けていた。被告人Aがその境遇から逃げ出さなかったのは、自分が逃げると同居していた妹が同じ目に遭う恐れがあったからであった。そうした中、Aにも職場で7歳年下の相思相愛の相手が現れ、正常な結婚をする機会が巡ってきた。その男性と結婚したい旨をBに打ち明けたところ、Bは激怒しAを監禁した。その間BはAに性交を強要した上、罵倒するなどしたため、Aは思い余って腰ひもでBを絞殺するに至った。なお、報道機関はこのような事情を把握していたが、内容が常軌を逸していたためか、事件当時にはほとんど報道されなかった。(Wikipediaより)

判決概要

尊属殺人の事例では、どんなに低くでも無期懲役で、減軽で7年まで減り、さらに3.5年までは減らすことができるが、刑25から執行猶予にはできず、したがってこれは刑罰として厳しすぎるとして違憲判決。この人は、刑199適用から執行猶予付き判決。

(立法目的[尊属に対する尊厳報恩]には合理的根拠があるとしながらも、立法目的達成手段に、正当化できる点はないとする)

(ちなみに法律改正まで最高検は刑200の不適用方針)

※ 刑の減軽(⇔加重、「減刑」は誤表記)

<法律上の減軽>

42条 (自首等) : 罪を犯した者が捜査機関に発覚する前に自首したときは、その刑を減軽することができる。

②告訴がなければ公訴を提起することができない罪について、告訴をすることができる者に対して自己の犯罪事実を告げ、その措置にゆだねたときも、前項と同様とする。

43条 (未遂減免) : 犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減軽することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減軽し、又は免除する。

<裁量減軽>

66条 (酌量減軽) : 犯罪の情状に酌量すべきものがあるときは、その刑を減軽

XIV. 新しい人権

(2006.B)

1. 問題状況

- 憲法で列挙された権利（「権利カタログ」）＝ 歴史の一時点で重要とされた権利
- 社会の変化にどう対応していくのか？
 - ① 客観的状況の変化（例.科学の発展…たとえば体外受精）
 - ② 主観的状況の変化（例.プライバシー意識の向上）

2. 対応方法

① 憲法改正 (2010)

- ・ 「法の基本なので極力変えないがいい」と渋谷はいう。
- ・ 権利の本質の問題…そもそも権利とは少数者のためにある。なのに、改正手続き（JC96）では国民投票の多数決を求めている→矛盾なのでは？

② 現行規定の解釈

（例.知る権利、取材の自由、プライバシーの権利を「表現の自由」（JC21）の一部と解釈する←※これは渋谷特有の理論で、多くは 13 条の「個人の尊重」の一部として解釈する）(2010)

※自由と権利

- 自由…もともと存在する言葉
 - ・ 漢語。ただ自由奔放、脱規範的イメージ強し。消極的。
 - ・ JC では liberty として、プラスのイメージ。「解放」
- 権利…もともと存在しない言葉（オランダ語由来、英語 right）
 - ・ right…道徳的に正しい/右/法力的
 - ・ 当初、様々な訳が存在。「通義」（福沢諭吉）
 - ・ 「権利」の訳語は、権力と利己的を連想させるマイナスイメージ
 - ・ 自分の要求を相手に押し通す。

同じように、

● 環境権→25 条の一部

JC25『すべて国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する。② 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努めなければならない。』

● 知られない権利（→XV 章参照）

● 家族形成権（代理母など）→24 条の一部

JC24『婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。② 配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。』(2010)

※家族とは (2010)

- フランス革命…当時の社会では、国と個人との間に様々な段階（例:ギルド・教会など）
- フランスでは女性参政権が認められるのは、1946～。それまでは政治には家族を代表して男性が参加する、という考え。
- 社会の単位として認められ過ぎることにより、人権が脅かされるという弊害

渋谷「個人の自由を出発点にどういう家族を作るかの自由を保障。家族を association と考え…」(2010)

③ 13 条「包括的基本権条項」＝人権の一般的法的規定 (2010)

13 条（個人の尊重・幸福追求権・公共の福祉）

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。

● 一般法と特別法

- ・ 一般法：ある分野のことを全般にまとめたもの
 - ・ 特別法：一般法が定めた分野の中でさらに細かいことについて述べた法
- 同じ事柄を対象とする法律または個別の条文がある場合、より対象が限定されたもの（特別法）が優先的に適用される
- （例.窃盗[刑 235]⇨強盗[刑 236]⇨盗犯等ノ防止及ビ処分ニ関スル法律）

● 13 条はあらゆる人権にも対応できる汎用型で、要はチート条文。

（→13 条の限界とはどこか？）

i. 一般的（行為）自由説

- ・ ドイツでは多数説。日本では受けはビミョー。
- ・ 全ての行動、状態の権利は一般的に保障される
 - 無限定説：殺人・泥棒なども含む
 - 限定説：他者加害行為を除く
- ・ 考える視点…法はすべての人間行動をカバーするのが
 - 禁止・放任・権利の3つあってしかるべきだ。だが、この説ではすべての行為には法が関与し、「放任」を認めなくなる

※法と人間の関わり

法と人間の行動の関わりには、3 種類（禁止・放任・権利）がある。放任と権利は混合される場合が多く、例えば「刺青を入れる権利」や、「自分が好む服を自由に着る権利」などと言うが、刺青や服といったものはそもそも法の範囲外なので、「放任」であるべきである。

XV. 精神的自由権

ii. 人格的利益説

- 日本では多数説
- 理性的人間としてふさわしい行為・状態（個人の人格的生存に不可欠な利益・行為）は保障される
- →「公共の福祉」によって制限される
- （内容）人格権（名誉・プライバシー）、自己決定権
- （考える視点）価値観の多様性との整合性
渋谷「価値観の多様性を認めているのに、『不可欠な…』が一意に定まると見るのはおかしいだろ」

3. まとめ

- JC13 からいろんなものを作れる説…みんなそう考えている
- 新しい権利も様々な条文から導き出せる。

21条: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。

1. 表現の自由

(1) 表現とは何か？ (2008B) …情報の流通に関わる全ての行為

- ① 情報の収集（取材）
- ② 情報の分析・構成（編集・創作など）
- ③ 情報の発信（出版・発信など）
- ④ 情報の取得

→表現の自由＝情報流通の自由 (2006)

「通信の自由」は従って情報発信の自由の部分集合。その秘密を守るために JC21-2 『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。』がある。通信の自由は独立ではないと見るほうがいい。

(2) 機能

なぜ憲法の権利となったのか？

- ① 自己実現（self-fulfillment）
 - 情報を入手することで、内面的に充実
 - 情報を発信することで、存在意義を見出す
- ② 自己統治（self-government）
 - 情報を入手することで、政治に関する判断ができる
 - 情報を発信することで、自らの考えを政治に反映させる
→民主政治に不可欠
- ③ 「思想の自由市場」（by J.S.ミル）→真実への到達
 - 自由に意見を交わし、検討しあうことで、真理の発見を試みること
→しかし、思想の発表は本当に自由なのか？
 - 本を出版したり、テレビに出られる人は限られている。宣伝の良し悪しでベストセラーになったりならなかったりもする＝発信した情報の注目度なども平等ではない
- ④ 社会の安定 →不満安全弁
 - 自由に表現できないと、暴力性が生まれることもある
- ⑤ その他
 - 情報は公共財なので、表現の自由を保障することで寛容な社会を作る
 - 情報は人間の全ての行動の基盤となる

(3) 表現内容の規制

情報の内容に基づき、その発信を規制（処罰）

（刑事上の制裁と民事上の制裁の2つがある）

<規制されるものの例>

- 名誉毀損（刑法 230 条）
- 性表現（刑法 175 条）
- 差別的言論（hate speech）
- 商業広告（commercial speech）

(禁止すべきだ!)	(禁止できない…)
① 反人道的表現は保護されない	① 犯罪となる行為を明確にするのが困難
② 表現の価値がない	② 濫用の可能性がある
③ 差別・差別意識を解消する必要がある	③ 対抗言論 (counter speech) によってなくすべきである

i. 名誉毀損 (刑 230)

(民事もあるがここでは刑事を見る)

- 名誉＝人の社会的評価[声価] (真価・名誉感情ではない)
 - 名誉感情は刑法 231 条 (侮辱罪) で別途保障されている、という説
- 名誉 VS 表現行為
- 調整原理としての刑 230 の 2 (概要) ② 「まだ有罪判決が出ていない容疑者・被告人の個人情報 (名前など) を正当化」 ③ 「政治家なんかに関する事実の摘示を正当化」
- 公共の利害に関する事実・公益を図ることが目的 (1 項より) と見なされるから

※人種差別撤廃条約 4 条 (a) (b) … 日米は留保事項あり (表現の自由について)
 ※H25.10.7 京都地裁判決
 -朝鮮学校へ在特会が押しかける→名誉毀損適用 1 2 2 6 万円
 -特定団体へのものであったからできたこと…。

刑 175 (わいせつ物頒布等) わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。

② 有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者も、同項と同様とする。

刑 230 (名誉毀損) : 公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。

② 死者の名誉を毀損した者は、虚偽の事実を摘示することによってした場合でなければ、罰しない。

刑 230 の 2 (公共の利害に関する場合の特例) : 前条第一項の行為が公共の利害に関する事実に関し、かつ、その目的が専ら公益を図ることにあつたと認められる場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があつたときは、これを罰しない。

② 前項の規定の適用については、公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実、公共の利害に関する事実とみなす。

③ 前条第一項の行為が公務員又は公選による公務員の候補者に関する事実に係る場合には、事実の真否を判断し、真実であることの証明があつたときは、これを罰しない。

刑 231 (侮辱) 事実を摘示しなくても、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。

ii. ハイトスピーチ

- ハイトスピーチ : 特定の集団に対する侮辱、名誉毀損、憎悪・排斥・差別、またはそれを扇動する表現。
- i. と異なり、対象者が特定されていない。
- 法律などで禁止できるのか。(学説でも分かれるが、どちらかといえば規制

iii. わいせつ規制

もともと「販売目的で〜…」だったのが改正されて、販売の概念がなくなった。

【判例】『チャタレイ夫人の恋人』事件 (1957 年)

(a) 「わいせつ」の定義

「徒 (いたすら) に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」
 → 「徒に」、「普通人の正常な性的羞恥心」とは?

(b) 制約根拠 (→なぜ制約するのか?)

「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持」
 → 被害者はいるか? 被害者がいないのなら、規制される根拠はない?

① 青少年の健全発育

- ・ 「健全」とは?
- ・ わいせつなものを見たところで、青少年は「不健全」になるのか?
- ・ 全ての親はこれを望んでいるのか? (親の教育権は?)

② 性犯罪の助長

③ 女性差別を助長

④ 知りたくない自由…知りたくない、見たくない人への配慮

(4) 知る自由

検閲の禁止 (JC21-2 『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』前段)

【判例】税関検査事件 (1984 年)

関税定率法 21 条 (輸入禁制品) 1 項 3 号 (現関税法 69 条の 11 第 1 項 7 号)

『公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻その他の物品』

→ 薬物や武器を規制するのは、それそのものが有害だからだが、書籍はそれそのものではなく中に載っている情報が問題になっている。規制するものに実体が無い以上、定義も曖昧になる。

<「検閲」の定義>

- | | |
|---------|---------------|
| ① 主体 | 行政権 |
| ② 目的・効果 | 全部・または一部の発表禁止 |
| ③ 対象 | 思想内容などの表現物 |
| ④ 時期 | 発表前 |
| ⑤ 方法 | 網羅的・一般的 |

(5) プライバシーの権利 (2006.B)

i. 【判例】「宴のあと」事件

- 「宴のあと」…三島由紀夫のモデル小説
- そもそも、プライバシーの権利の定義とは？
 - 「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」
- 「プライバシー」の要件：
 - ① 私生活上事実、またはそう受け取られるおそれのある事実（私事性）
 - ② 一般人の感受性を基準にして公開を欲しない情報（秘事性）
 - ③ 一般人には未知である（未知性）
- ①、②、③のような事実をみだりに公表すると、プライバシーの侵害になる
- 「みだりに」とならない要件：
 - ① 社会的・歴史的意義を持つ事実
 - ② 社会的影響力をもつ人の評価の資料となる事実
 - ③ 公職にある者、または候補者の適否の評価資料となる事実

※「逆転」事件

ある個人の過去の犯罪歴＝前科を実名で公表した
前科は「私生活上の事実」ではないが、最高裁はこれを「一市民として社会に復帰して新しく作り上げた生活の平穏を書され、構成を妨げられることになる」。事実の公表として、「法的保護に値する利益」の侵害になる、という判決を出した。→このように、「私生活上の事実」でなくとも保護される情報はある

ii. 自己情報コントロール権 (2006.B)

- 「私生活」とはなんであり、何を誰に公開したいかしたくないか、というのは人それぞれ＝基準がない
 - 「私生活」はプライバシーの基準になりえない
 - （例たとえば、自分の電話番号は誰にでもあげるわけじゃなく、特定の人にしか渡さない。誰に渡したいかは個人の判断による。クラスの可愛い子には渡したいけど、道行く他人には渡したくない、など）
 - 「自分の情報は自分で管理する」という自己決定こそ、プライバシーの核心
- 自己情報コントロール権（＝自分の個人情報の収集・管理・流通・提供を自

分がコントロールする）

※ただし、自己コントロールには限界がある。

（例、いくら自分の住所を誰にも言いたくなくても、公的書類に住所の記入を求められたらどうしようもない）

iii. 知られない自由

- 憲法には「プライバシーの権利」の規定はないが、「知られない自由」の中に含まれている、というのが通説

JC21-2 後段『通信の秘密は、これを侵してはならない』

→通信の秘密が侵される（政府が電話上の会話を傍受、など）と、萎縮効果（chilling effect）をもたらす

→情報流通を間接的に抑制

iv. 根拠条文

- 13条（多数説）…人格の生存のためにプライバシーの権利は必要、という主張。＝「生命、自由、及び幸福追求権」に根拠
- 21条（渋谷説-少数派）…21条が情報流通に関する権利・自由の一般的な保障規定であり、自己情報コントロール権利が情報流通の一部であるなら、根拠条文は21条なのは？

4. 信教（宗教）の自由

(1) 宗教の定義

「超自然的・超人間的な本質（例えば神・仏・霊など）の存在を確信し、畏敬崇拝する信条と行為。」（最高裁判例）(2008)

(2) 宗教の自由を保障する意義

- ① 人間の精神生活の根源に関係するため。
 - ② 旧憲法下での「国家神道」の教訓
- （もともと戦中当時、国家神道自体は自らを「祭祀行事であって、宗教ではない」としていた。）

20条①：信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

→（前段）信教の自由。（後段）宗教団体からの統治権剥奪

20条②：何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

→個人の宗教的自由

20条③：国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

→政教分離

(3) 宗教と政府（国家）の関係 (2010)

- ① 祭政一致：宗教が政治を規定する。（原始宗教・アニミズム（卑弥呼のまじない）、イランホメイニの神権政治。）
- ② 国教制度：政治が特定の宗教を国の宗教として公認している場合。信教の自由が保障されていないわけではない。（例：英国国教会）
- ③ 特定の宗教に特典付与（例：ドイツ（大教会に課税権）、イタリア）
- ④ 政教分離：フランスは厳格に分離。トルコはイスラム系政党の躍進で近年揺らぎ気味。日本はかなり分離が甘い方。（フランスのライシテ、トルコの世俗主義、アメリカの「国教樹立禁止条項」（憲法修正第1条））

(4) JC の考え方 (2010)

i. 信教の自由（＝人権保障）…20条1項前段、2項

- ① 信仰・無信仰の自由（無信仰の点は忘れやすいので注意）
- ② 宗教的行為（礼拝・告白（＝自分の宗教を言う）・沈黙（自分の宗教を言わずに隠す）・布教）の自由
- ③ 宗教的結社の自由

※ このほか、宗教的教育の自由も場合により含まれる。

ii. 政教分離原則…20条1項後段、3項、89条

（制度的保障 - i. を担保する働き）

政府と宗教活動（または宗教団体）無関係は不可能→中立性

日本国憲法しげぶり～平成25年度冬学期・渋谷秀樹教官

初版 平成26年2月6日

編集 さとうまさし

発行 さとうまさし

- ・このしげぶりにより生じたいかなる責任も、編集者は負いかねます。
- ・複写・複製・改変・再配布、自由。ただし、それにより生じたいかなる問題についても同様に責任は負いかねます。