

2013 年 ふゆ

la constitution japonaise

日本国憲法 渋谷秀樹教官 木5

作成：理科一類37組フランス語 日本国憲法担当シケ長 オヅヒロキ

編集元：「ゼロからまなぶ木5日本国憲法2012」

このシケプリについて

総合科目「日本国憲法」LINEの取りまとめをしておりますオヅヒロキです。

理系です。ごめんなさい。法1とか履修してません。

自分でシケプリを一から作る手間を省くために、先人の作った偉大なシケプリを**拝借**^{*1}させていただいて、今年度の授業内容に沿うように作り変えてさせていただいております。

スライドの内容だけでなく、重要となってくるであろう判例、またちょっとした意見も添えてお送りします。以下、読み方について説明をば。

*1 著作権は原作者により放棄されています。

表記について

→：つまり、すなわち、分かりやすく言うと、反論、疑問に対する答え。乱用される。

A⇒B：流れの説明・AからBになる、なった、など

⇔：反対語、対の関係

囲み線：ポケット六法、あるいは法学小辞典からの引用（重要な条文やワードのみ）、**判例（出る）**

なお、引用部に加えられている下線やその他記号は全て引用者による。

赤太字：試験の穴埋め問題に頻出するキーワードや事項

下線や**太字**：適当に強調しておきたい、ポイント的なもの

うすい文字：筆者（おづ）の意見ないししぶたにさん発出展不明のメモです。ミュート推奨

また、「〇〇条」と書いてあるものは、特別な表記がない限り憲法上の条文を指しています。ページ数だけ書いてある所は教科書のページを指しています。

参考書集

1. 法律用語辞典 例：法律学小辞典（有斐閣）
2. 憲法の概説書・体系書 cf. 芦部信善『憲法』（岩波書店）

バイブル化してしまっても読んでいないそうです。偉い人なのでエッセンスの抽出のような書になってしまっており、わかり辛い一面も。

高橋和之氏が補訂。独自色をだしちゃってるっぽいですが、**俺が今やってることと大差ないですね。**

3. 渋谷秀樹『憲法』（有斐閣）日本の憲法学の到達水準がここらしいです。自分で言うなっ

序

「期末試験が終わるころにちょうど教科書の新版を出しますw」 ——しぶたに

いわゆるどうでもいいページです。

憲法学：理論が大事

○法律学をマスターするコツ

社会科学系は答えの出ない学問です。しかしそれ故に議論、またそのために必要な共通の知識を重視します。知識だけでぶん殴られたらたまったものではないですからね。

1. 「知識」が前提となる学問 専門用語を知る→「辞典」の活用
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。→実例・裁判例を知る必要がある。
4. 『正しい答え』が出ない場合がある →説得力の強弱で決まる場合がある cf.弁証法

裁判は対一のディベートであるともいえる。

正しい答えが「ない」場合があるっていわなかったのはなぜなのでしょう。

I 憲法を学ぶ上での予備知識

「高校まで憲法を学ばないのはよくないですね。道徳は果たして曖昧なのか？」 ——しぶたに

① 憲法 (P.3) 国における政府の組織と活動に関する基本法

国の形を決めるものとは何か？誰の意思が国の意思に合うかという言説がありますが、
これは国家の持つ要素の一面しか見てないですね。

② 国 (P.6)

1. 空間 (領域)
2. 人間 (国民の定住者)
3. 支配 (統治:govern)

→統治権を持つもの=government (政府) 政府の統治=立法、行政、司法を担う

2は新しい捉え方です。いままで「国民」とされてきました。つまり「日本国籍を持つ人」。ところがどっこい日本に定住する (生活の本拠を持つ) 人も含まれるようになったのです。

③ 法

法の定義：

人間行動を一定方向にコントロールしようとする規範 (norma) で、
政府 (特に裁判所) がその実効性を保障するもの。 →法規範

「道徳は良心の押しつけ」?? = 規範と言えない？

道徳 → してよいこととしてはいけないことを仕分けるもの

【日本憲法で言う「良心」】

心の中で何を思おうと外に出さなければよいのだ。そうでなければ小説は書けない(?)

一定方向ともいえないので規範とは言いがたい感 is ある。

宗教「ある時ある方向に向かって祈れ！」 ← 宗教規範

スポーツのルールや文法なども規範だが、政府が保障しない点では法ではない。

* 命令・許容・可能・禁止 などが、法の内容である。

英語において、規範は助動詞的に用いられる。(順に should can can shouldn't)

③ 自然人と法人

法は、**自然人**と**法人**を対象にしている。

自然人：個人 (民法の対象)

法人：フィクション的存在に法によって権利と義務を付加している。

権利と義務が帰属するもの=主体 (⇔客体) を、「**私人**」と呼ぶ。

※あべしんぞうはもちろん自然人です。

※政府は機関なので、権利義務はありません。政府が発生させた「法人」は、「日本」に帰属します。

コラム：国際法

国際法には拘束力がありません。

（国家同士の立場は平等と名目上されているので、国家の行動について上から抑える組織は存在することが実質不可能です。言い換えれば、国連は国の「統括者」にはなりえないということですね。）

そのため、法の定義に照らせば、実効性の保証がなされない国際法は法とはよべない物といえちゃうかもですね。

コラム：おまわりさんやさいばんかん

おまわりさんやさいばんかんは「政府の代表」であり、こいつらが絡むと公法が適用されます。

→二章

II 法の体系

私人間の権利（わたし、にんげんのけんり）・・・？ ——柳井

1. 公法：政府と私人の間のルール（法規範）

① 憲法

＝政府の仕組みと活動原則を定めるルール

② 行政法

＝行政の組織・活動に関するルール 90~/1809

2. 私法（民事法）：私人と私人の間のルール

→売買契約など

① 民法

② 商法

＝私人間の権利義務の得喪・変更のルール（民事実体法）

実体 = substance 権利義務を扱う法

③ 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：犯罪者を処罰するルール

① 刑法

＝犯罪と刑罰のルール（刑事実体法）

（どういふとき犯罪になって、どういふときどんな罪を受けるかという実体的なことの取決めです）

② 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）

① 国際法（国際公法）

＝国と国、または国と国際機関のルール

② 国際私法（国際取引法）

＝国民と外国人の間の法

国際私法はそこまで力が強くなく、おまけみたいなもんらしい。

5. その他の融合 or 専門領域（社会法、産業法など）例・知的財産権、特許

※「六法」とは、上記のうち行政法と国際関係法を除いたものです。

即ち、【憲法、民法、商法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法】の6つです。

コラム：多夫一妻・・・？（ドラマ：「リーガル・ハイ」に感化されて）

この世の中で主に言われているのは一夫多妻ですが、どちらも法においては「複婚制」(polygamy)により扱われます。複婚制は果たして現代の日本において許されるのでしょうか・・・？

憲法24条（家庭生活における個人の尊厳と両性の本質的平等を定めた条文）

- 1.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。[1]
- 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。

一夫一妻なんてどこにも書いてありません。一夫一妻はアダムとイブに由来するキリスト教的見方であるとして、思想の自由を侵害するという見解もあります。（イスラム教圏では一夫多妻が普通とされています。） **みんなのリビドー大勝利！（？）**

・・・ところがそうはいきません。民法732条によって複婚はおもっくそ禁止されています。さらに刑法184条によっても禁止されており、違反した場合懲役2年以下の罪に問われます。（しぶたにさんによればこの法律は不要らしい）

カントとヘーゲルは、理性に基づいて婚姻について考察しました。

カントは「婚姻 = 契約 = 法に従う性的共同体」と位置付けています。（『人倫の形而上学』）ものすごく軽い説明をすれば、婚姻を独占した使用、互いの相互的占有のためになすところの結合としています。それ故に全人格を譲り渡す、という説明を、結婚の一对一の義務について為しています。

ちなみにカントは生涯独身でした。~~こんなこといってようじゃねえ・・・~~ただ、この時代哲学者は結婚しないのが普通とされていました。この人、女性人気はあったそうです。なるほどねってかんじですね。（なお、法に従わない本能のみによる性的共同体は、放蕩、相手構わぬ淫行とされています。）

ヘーゲルについては授業中説明がなかったので割愛します。でも一応。

ヘーゲル法哲学においてカントのような性的契約論および愛の感情にのみ性的関係の根拠を見出そうとするロマン主義的婚姻論は批判され、家族の本質は愛による倫理的な一体性であり、それにより家族自身が夫を中心とした一つの人格となるのだとされています。だいたいしょうりますが、先ほど述べられた婚姻における近代的性愛の発展は、男性の支配下にある一夫一妻主義によって排斥される（それによって始めて婚姻という関係が生まれる）とされています。フェミニストはキレていい。ちなむとこの人は年老いてから結婚したっぽいです。

なお刑法183条は削除されています。姦通罪といい、夫持ちの女性が別の男と性的関係を持った場合に処罰されるというものです。憲法14条にある男女平等に反するとして1947年に廃止されました。

なお韓国では男女問わず処罰されます。（2010廃止）

III 憲法の意義

「国会議員は勉強不足です」 ——— しぶたに

1. 憲法という言葉(P.2)

古来の「憲法」＝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」となった

→国王が統治権を握る中世の封建社会⇒市民革命⇒**高次法思想***、**自然権思想****、**社会契約思想*****
が政治社会に反映される

これらの思想が入った憲法＝立憲主義的憲法（真の憲法）

例：イギリスの「権利の請願」（1628）や「権利の章典」（1689）、フランスの
「人権宣言」（1789）、アメリカの「独立宣言」（1776）や「合衆国憲法」（1788）

*高次法思想＝王権すらも制約する法があるという思想

**自然権思想＝人間は生まれながらにして何によっても侵されない固有の権利をもつのだという
思想

***社会契約思想＝政府は市民との契約によって統治権が与えられたという思想

2. 憲法の定義

① 実質的意味の憲法

① 固有の意味の憲法

「国あるところに憲法あり」というようなもの

国における政府の組織と活動原則を定める基本法的規範

（例）清（中国）

憲法はなかったが、国の治め方に関するルールはあった。

邪馬台国

卑弥呼によるシャーマニズム＋役割分担による統治が行われており、国の規範はあつ
たとみられる。

② 立憲主義的意味の憲法

フランスの人権宣言（1789）などのように、

－**権利の保障**＝財産権（経済活動の自由）の絶対性、市民の参政権。

－**権力の分立**＝政府の活動を立法・行政・司法に分割し、担当者も分離。

を実現しているもの （≠大日本帝国憲法）

（現代的意味の憲法）

「②立憲主義的意味の憲法」がさらに拡大されたもの。

－権利の保障＝参政権の拡大、財産権の制限、社会権の保障

－権力の分立＝議会の世紀（19世紀）⇒執行部の優位（行政国家、20世紀前半）⇒司法部の
復権（20世紀後半＝違憲審査制）

⑧形式的意味の憲法

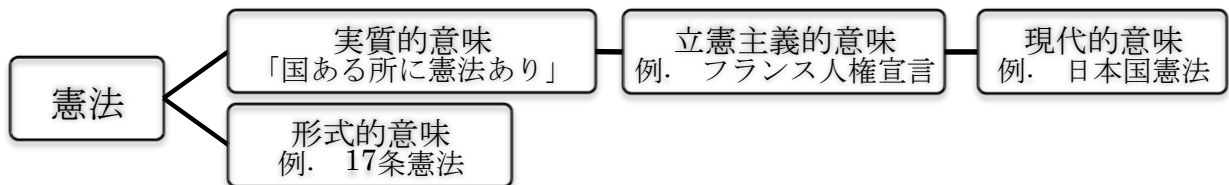
題や内容に「憲法」という言葉が使われているか——聖徳太子の 17 条憲法のようなもの

ドイツ（「国民法」＝西が東を吸収したことを示しています）、イギリス（「法律」「慣習」）はこれには当てはまりません。

聖徳太子の 17 条憲法

以上をふまえると、聖徳太子の 17 条憲法は立憲主義的憲法とは言えない。

どちらかというと、公務員の仕事や行政活動の code（規則など）と言え、現在の「公務員法」や「公務員倫理法」に相当する。



コラム：学力テストと議員

憲法 44 条によって議員の学力試験による選考は禁止されています。

リテラシーテストは教育による差別になりうるからです。

しぶたにさん「じゃあ投票で自著を要求するのはおかしくないか？」・・・字（図？）を書けない人への差別とも取れるからですからです。

IV 憲法の性質

しぶたにさん、国会議員がバカな話は聞きあきました・・・

憲法の役割、中身、本質：

1. 組織規範

政府の仕組みを定める

2. 授権規範

① 政府に正当性を与える・・・「なぜその政府が統治権を持つか？」

※明治憲法：告文 神授説

※日本国憲法：全文一項「国民の神託」 社会契約説

② 政府諸機関に権限を与える

4 1 条（立法→国会）

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。

≠大日本帝国憲法「天皇は神聖不可侵」

6 5 条（行政→内閣）

行政権は内閣に属する

7 6 条（司法→裁判所）

すべて司法権は最高裁判所および法律の定めるところにより設置する

下級裁判所に属する

≠大日本帝国憲法「地方に司法権なし」

3. 制限規範

憲法 26 条【教育を受ける権利、教育の義務】

②すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする。

政府の活動を制限する (P. 10[2])

→政府に義務を与えることで、活動を制限している

例. 21 条「表現の自由」

I 集会、結社、および表現（言論、出版）の自由

日本国内にいるすべての人に権利を保障

→政府にそれを犯さない義務が生じる。

II 前段：検閲 後段：通信の秘密

※「憲法上の義務」の問題

例.26 条 2 項

→もし子（オコロ）女（メナロ）が 1 項で保障されている「教育を受ける権利」を侵害されたら、2 項で「法律で定めるところにより」と言っている以上、保護者に代わって政府がその子に教育の場を与える義務が生じる。

つまり、「教育の押しつけ」という意味の義務ではないということ。

例. 27 条 1 項

勤労の義務 → 25 条生存権の濫用防止

例. 30 条

「国民は法律の定めるところにより納税の義務を負ふ」

→ さだめられなければ納めなくてよい。

フランス革命（適当に課税されていたため反乱）から学習

4. 最高規範

憲法 98 条【最高法規、条約および国際法規の遵守】

①この憲法は、国の最高法規であって、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。

憲法 81 条【法令審査権と最高裁判所】

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。

⇒98 条で憲法＝最高法規 と明示されている

98 条＝81 条の違憲審査権の根拠

最高裁は法令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。

コラム：戦前の義務

戦前は血役、納税、教育の 3 つが義務でした。

V 法秩序の構造

「マイケルサンデルは情報量が少ないインチキ」 ———しぶたに

1. 種類

① 憲法

主権者が制定する法規範

② 法律

国会が制定する法規範

③ 規則

両議院* (58 条参照)・最高裁判所 (77 条参照) が制定する法規範

*両議院とまとめて言うてはいるものの、衆議院・参議院は当然それぞれ別個に活動しているよ！

④ 命令

行政機関が制定する法規範 (例：信号の色 (政令で定められる))

例. 政令 (内閣＝総理大臣からのもの)、内閣府令、省令 (総務省、外務省、財務省等からのもの)、外局 (消防庁、検察庁などの行政機関からのもの)

⑤ 条例

地方公共団体が制定する法規範 (94 条参照)

⑥ 条約

国と国 (or 国際機関) の契約 (98 条 2 項参照)

※ その他：

詔勅 (天皇の意思を示す文書・7 条二号、三号など)、勅令 (天皇の定める法・現在では認められない)。

これらは国事行為に用いられ、詔書 (国民にお知らせ)

勅書 (一般公開しない)、勅語などといった形をとる。

(憲法 98 条 1 項をみても、「詔勅」という言葉が登場する)

※ 処分：

法規範の具体的な適合行動 (憲法 81 条参照)

2. 相互の優劣

憲法 > 条約 > 法律 > 規則 > 命令 > 条例

ただし、これは絶対的なものではない

→ 日米安保条約、人権条約、サンフランシスコ講和条約のように、国の存立に関わる条約は憲法の上に立つことがある

(56, 60, 61, 73 条参照)

3. 憲法規範内部の優劣

憲法には、普遍的で根本的なものから、社会状況などの変化によって重要性が薄れていったものがある＝憲法の条文に直感的に優劣を感じる →ではこの直感をどのようにして理論的に説明するか？ 憲法の条文は大体3つに分けられる（重要度①>②>③）

- ① **根本規範**：憲法自体を正当化するもの。「主権は誰にあるか」「不可侵かつ永久」がキーワード。普遍的であり変えられない、憲法の骨組み。重要度は高。
例. 11条の基本的人権 9条1項 13章前段

※主権 #とは

1. 統治権の単純な言い換え
2. 他国からとやかく言われないこと
3. 国政のあり方の最高決定権

- ② **改正規範**：96条のこと。改正手続きについて言及している。重要度は中。
③ **憲法律**：いわゆる普通の規範。①、②にも当てはまらない、その他の条文。重要度は低＝改正可能

※ 9条（戦争の放棄、戦力及び交戦権の否認）の解釈に関しては分かれていて、根本規範だと言う人と憲法律だと言う人とがいる。

コラム：事実の世界と規範の世界 ——96条（憲法改正）の改正になぞらえて

ぼく「ほんなら憲法96条を改正して他全部改正したればええんや！」

石川先生「ゲームに不利だからってゲームのルールを変えるのはよくない」

しぶたにさん「その説明はよくない」

江戸・安土＝“リアルの世界” 実力主義（徳川・豊臣）

⇄ 実力のルール化：主権

明治維新後の天皇権威な日本“規範の世界”

このとき、事実の世界が変えられない以上ルールは変えられません。

憲法（制定権力）は、制度化された実力の根本に在るものです。ゆえに革命がおきなければ憲法は全体として変わるものではありません。→関連：8月革命説
すなわち、96条の改訂は「想定外」といえるのです。

コラム：さらば8月革命説（教科書28Pは大幅に改訂されます）

日本国憲法により主権が天皇から国民へ移りましたが、憲法は主権がGHQに属するときに成立しています。すなわち8月に国民による革命が起きたとするのはいささか問題も見えます。最高裁が「GHQの命令は憲法の上に立つ」としている以上、占領下の国民主権はまやかしののでしょうか。

VI 憲法の基本原理

「憲法は、人間・社会はこうあるべきだという“思想”なのです。」 —— しぶたに

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

※誤解の多い点

戦前に言われていた「立憲」は立憲政友会などの政党の名前に使われていましたが、これは議会中心主義を指します。

A) 法の支配([3])

統治者を法で縛ること。プラトンによって提唱。

政治能力にすぐれた「哲人王」による絶対的支配が望ましいが、そういう人物は現実にはいないし、「人の支配」は必ず過ちにおちいるため、次善策としての「法の支配」…というのが、プラトンが提唱した「法の支配」の原理。

B) 自由主義

→個人の尊重＝人権の尊重 → 各種の主権

C) 権力分立主義([20])

*国会や内閣（立法と行政）＝民主主義の原理（代表の選出）に基盤を置く機関

*裁判所（司法）＝憲法裁判において、立憲主義の原理に基盤を置く機関（憲法で保障された権利が民主主義によって侵犯されないように監視するための存在）

2. 国民主権（民主主義）([4],[17])

*関連：八月革命説

戦前の大日本帝国憲法の改正規範によって改正 ⇒ 天皇主権から国民主権へ

主権の所在（根本規範）>>改正規範 なのだから、改正規範によって主権を変更するのは不可能では？

→宮沢俊義の「八月革命説」：

主権の所在の変更＝憲法制定権力の持ち主の変更＝「革命」

→当時の主権者（天皇）が国民主権の原理の確立を受け入れた（ポツダム宣言

受諾）＝革命

つまり、戦後国民主権にしたのは憲法の改正というよりは革命だった、という主張。

3. 平和主義

憲法第 9 条【戦争の放棄、戦力及び交戦権の否認】

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、陸軍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。

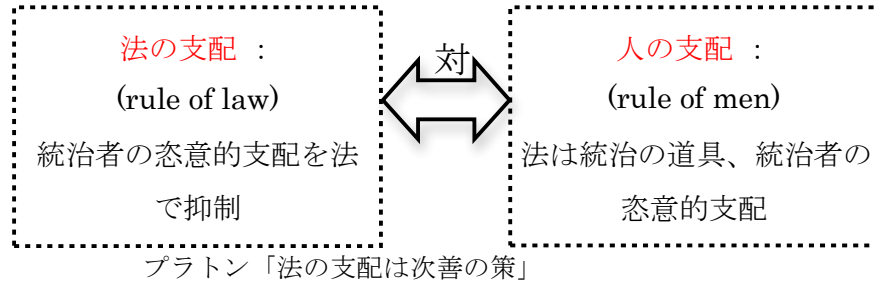
以上の立憲主義、国民主権、平和主義の 3 つが日本国憲法の特徴。

VII 立憲主義

自衛隊は合憲とも違憲とも一度も言われていません。

1. 形式的起源

● 高次法 (higher law) の思想



権力分立原理＝権力を分離・分割して相互に牽制（民主主義もこの発想）

→国民も誤るハズ。衆愚政治のおそれが～

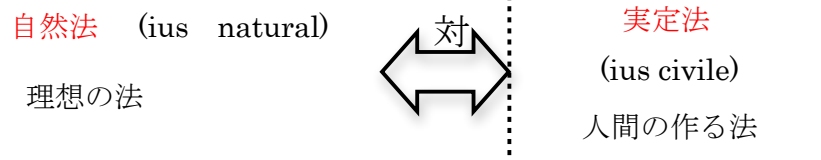
2. 実質的起源

支配する法＝正義にかなったものでなければならない

しかし、「正義」が何かは時代・視点によって変化する

●● 市民革命時の有力思想＝自然権 (natural rights) 思想

「人間は本来権利を持っているはずだ！」



●● 自己保存、自己防衛の権利

➤➤ ホブズ（無神論者）：「万人の万人に対する闘争」

➤➤ ロック（神授説）：「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」

●● 社会契約説

政府は自然権を確保するために契約に基づいて成立

→「信託」（憲法前文参照）

3. 日本国憲法における立憲主義

① 「法の支配」＝憲法の支配

98 条（統治活動の産物）＝国の最高法規

99 条（規範の名宛人）＝天皇＋a ＋ 公務員

※国民は入りません。立憲主義・法の支配の原則を表していますね。

※アメリカも同じです。

② 権力分立主義

憲法の基本構造

41 条（立法＝国会）・65 条（行政＝内閣）・76 条（司法＝裁判所）

※違憲審査権（81 条 国会・内閣 VS 裁判所）[17]

※議員内閣制（66 条～69 条 国会 VS 内閣）[20]

→モンテスキューの三権分立思想

※66 条 1 項において定められる内閣の「首長」は同輩中の主席として人事権（大臣の任命
罷免権）をもちます。戦前はこれがなかったせいで大臣が無双なさいました。

③ 自然権思想

憲法内で「自然権」と明言はされていないが、13 条参照

→ベースはアメリカの独立宣言（1776）

「すべての人は平等に造られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦
の権利が付与され、その中に生命、自由および幸福の追求が含まれる。」

下線部について、下は 13 条まんまです。しかし、上（アダムとイブな発想）は無神論ジャ
パニーズ受けしないので、日本国憲法においては権利の根拠を憲法自身に求めています。

④ 社会契約説 前文第 1 項

※アメリカに生存権と性差別禁止は存在しません。

※中世の憲法は文章ではありませんでした。

VIII 国民主権

「日本は敗戦国であるという事実をどう評価するかです（左翼顔）」 ——しぶたに

1. 主権の意味

i. 統治権

ポツダム宣言 8 項：（六法 1 9 2 1 頁）「日本国の主権は本州、北海道、九州、及四国並に
吾等の決定する諸小島に局限せらるべし」

= 「領土の支配権」というニュアンス

41 条で言う「国権」はこの主権と同義

ii. 統治権の性質

●● 統治権の対外的独立性

前文 3 項「自国の主権を維持し、他国と対等の関係」に立つこと

●● 対内的最高性

統治権が国内において最高である、という意味

（⇔日本国内で日本政府の統治が及ばないところ、はみとめない）

【補足】所有権と統治権の混同

何かを所有しているからといって、
そのものに対して統治権があるとはかぎらない。
例えば、一個人が所有する財産も政府の統治権によれば課税の対象になる。
統治権とは、誰が何を持っていようが及ぶ権限なのである。

iii. 国政のあり方の最高決定権＝国民主権

●● 憲法＝国政のあり方に関する最も基本的なルール

●● なので、主権＝どのような憲法を作るかを定める権力（憲法制定権力）

●● ただし、憲法制定権力とは当然憲法が出来る前に行使されるものであり、ひとたび憲法が作られ、「ここに国民に存することを宣言し」（前文）や、天皇の地位は「主権の存する日本国民の総意に基づく」（1 条）と規定されると、主権は「憲法改正権」や「参政権」（いずれも、人々が統治のプロセスに参加して現実とその意思を表明する手段である）に姿を変える。

●● 憲法制定能力は、最高規範である憲法が作られる前の段階で行使されるもの

= 憲法制定能力は憲法のさらに一番根本にある規範

2. 国民の意味

* 「国民主権」の「国民」とは誰か？（P. 34 以下）「日本国籍を有する人」

治者（治める側）と被治者（治められる側）の自同性

= だれでも治める側になりえる（国民主権）

i. 国民＝国籍保有者＋定住者

社会契約説の理念、国籍の決め方の国際的な流れからすると、これが一番正しい理解なのでは？

定住外国人は、密接な関係を持つ統治機関に対する発言権があるのではないか？→国民主権の本質
意見を言えないこと→社会的不安定（暴動など）

→外国人に発言権を与えることで、むしろ社会の安定を望める面もあるのでは？

*この説は憲法学者の間でも少数意見である。

ii. 国民＝国籍保有者（判例・通説）

10 条（正統性〔権威〕の付与主体。必ずしも行動が伴わない）

iii. 国民＝有権者

96 条（権力〔実力〕を行使する主体。投票などの行動が伴う）

意思表示ができる＝自発的に行動する側面としての国民

3. 民主主義 #とは

民主主義と立憲主義は違憲審査権によって接続された。

憲法前文 1 項「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、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」

由来：リンカーンのゲティスバーグ演説

「①Government of the people, ②by the people, ③for the people」

①＝国民の権威、②＝国民による権力、③＝国民のための福利

以上 3 要素は民主主義の側面と対応している

i. 正統性の側面（legitimacy）（理念）

ii. 権力性の側面（現実）

iii. 目標の側面

1) 分析

民主主義とは、

①誰が（主体） ②どのように（過程） ③何を（目標・結果）

達成するのか、この 3 面から考えられるべきである。

①主体＝国民→直接民主政。制度上は選挙による間接民主政（代表者を通じて行動：前文）

②過程＝議論（討議・熟議）＋最終的に多数決

③目標＝正義の具体化・個人の真意

一般的には、③の実現よりも②の過程が民主主義の本質的には重要であると言われている。

民主主義の限界：少数派を保護することの難しさ 例：らい予防法

一対一（多数が存在しない）

【補足】直接民主政と間接民主政

「直接民主政」、「直接選挙」、「間接民主政」、「間接選挙」という言葉があるが、これらは「直接民主政＝直接選挙」「間接民主政＝間接選挙」のように対応していない。

直接民主政とは、有権者が政策に関して直接投票をして物事を決める制度のこと。例えば憲法改正の条文はこれを採用している。

一方、間接民主政は政策決定を行う代表者を、有権者が選ぶ制度である。その代表者を選ぶ方法として、直接選挙と間接選挙がある。直接選挙は、その政策決定を行う代表者を有権者が直接選ぶこと。日本の県知事選挙や、市町村長選挙はこれに当たる。間接選挙は、有権者がまず中間選挙人を選挙し、その中間選挙人が政策決定を行う代表者を選ぶ制度。

2) 民主主義の理解

a. 過程プラス実体説 (①+②+③)

かつての通説。すべての情報を公開し、主権者が集まって議論して多数決で決めれば、憲法に示された正義に対して「正しい」結果がもたらされるという考え方。

すなわち、民衆は十分に賢いとしている。

b. 純粹過程説 (①+②) 多数決で決定するまで、③は立憲主義によって実現

現在の通説。主権者が集まって議論して多数決で決めたものが必ず正しいとは限らず、むしろ危うさを孕んでいる可能性もある

(例. 治安維持法、ハンセン病患者に対する「らい予防法」…p. 144 参照)

多数決＝マイノリティの「個人の尊重」の無視、となってしまうので、マイノリティを尊重しようとするのが立憲主義の考え方。

*81 条の違憲審査権はこれに基づく。なぜ裁判所が国民投票もなく、国民代表が決められた法律を「違憲」と言えるのかということ、裁判官が良心と法律にのみ基づいて、マイノリティへの独裁を抑制するため。

→ “代表”と民主主義の限界、憲法に在る「人間不信」

4. 天皇

1) 地位の変更

(戦前) 天皇は主権者かつ統治権の総攬者(明治憲法 1 条・4 条)

(現在) 天皇は、限定された「国事行為」のみを「内閣の助言と承認」の下に行う(4 条)

機能としての「象徴」(p. 152)＝国事行為を行うことによって果たす役割

→天皇を見て日本を思う

2) 天皇制は変わったのか？

「女性天皇」論議の前提問題

→2 条の【皇位の継承】で「世襲（皇室伝播）」＝血が繋がってないと駄目 と明記

→しかし 14 条を見ると、「社会的身分又は門地（＝出自・家柄のこと）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」と書いてある！世襲は家柄による差別となるので、矛盾ではないか？

議論の前提：皇室典範 1 条（「男系男子」の継承）、明治憲法 2 条（「皇男子孫」）、2 条（「世襲制」＝血統に基づく地位の承継）

「世襲」は 14 条の矛盾ではなく、例外。天皇の制度は 14 条の抜け穴にされているのです。

「例外」に「法の下での平等」という「原則」を当てはめようとするのは論理的矛盾。

→女性天皇を導入したいなら、憲法改正を行うのが一番論理的である

3) 国事行為と私的行為の中間領域（公的行為）

6 条、7 条

象徴としての行為（省庁行為）は禁じられています。つまり天皇は象徴の一つとして行為を行うことになります。国事行為の解釈としてその限界を考えるべきだとしたうえで、今の天皇は昭和天皇に比べて仕事をしすぎであるとしています。左・・・

参考記事：渋谷「日本国憲法と天皇」『世界』（岩波の発行する左翼系月刊論壇誌）

IX 平和主義

「日本が早くポツダム宣言を受け入れなかった責任は大きいと思いますよ。」 ——しぶたに

1. 憲法 9 条の制定

① 背景

大西洋条約（1941年8月）侵略国の非軍事化

ポツダム宣言 6 条・7 条（1945年7月）の平和主義→軍の解体

② マッカーサー・ノート（1946年2月）

①戦争放棄（9 条 1 項） ②戦力不保持（2 条） ③交戦権否認

2. 自衛権

そもそも自衛権とは？

定義：「侵略行為に対して自国を實力によって防衛する権利」

→「国を守るとは？」という視点が欠落している。

1) 何を守るのか？

「自国の防衛」で言う「国」とは？

①領域 ②政府 ③定住者 のいずれか？

2) 行使の要件 「どのように守るか」

3) 刑法の体系

① 刑法典の体系

第1章 総則 犯罪と刑罰の一般的ルール（総論）

第2章 罪 個別の犯罪類型（犯罪構成要件）と刑罰（効果）（各論）

② 責任能力（刑法 39 条・41 条）

③ 故意（罪を犯す意思） 刑法 38 条

過失（意識の緊張を欠く状態）・・・例外的に犯罪となる。（但し書き）

刑法 209 条・211 条

④ 違法性阻却事由

正当行為（35 条）医者、スポーツ

正当防衛（36 条）

緊急避難（37 条）

判定基準：①違法性の要件 ②必要性の要件 ③均衡性の要件

4) 個別的自衛権と集団的自衛権（アベは後者を認めたくてしょうがない。）

個別的自衛権：自国が侵略されたときに発動

集団的自衛権：密接な国が侵略されたときに発動

国連憲章 51 条：安理軍が編成されるまで自衛権を行使できる。

3. 戦争の放棄（9条1項解釈）

戦争の二つの目的：果たしてこれらは両方破棄されたのか？

① 侵略目的

② 自衛目的（≠防衛）

9条の「国際紛争を解決する手段としては」（芦田修正）の意味

→これは、不戦条約との整合性もあり、侵略戦争のことを指していると解釈される。

つまり、日本は侵略戦争における交戦権は放棄しているけども、自衛戦争における交戦権は放棄していない、というロジック（政府見解）

しかし、9条2項により戦力の不保持が言われている以上、
全戦争は放棄されているはず、といえるそうです。

4. 非武装主義（9条2項）

①戦力の不保持

a) 当初の理解

国の二つの実力装置

①警察力（目的によって装備が違う） と ②軍事力（重装備）

憲法は、②の軍事力を禁止している

b) 現在の理解

朝鮮戦争勃発⇒「警察力だけじゃ補えない！」（軍事力がない状態を不安に思うようになる）⇒警察予備隊発足

②をさらに「戦力」と「自衛力」に区別し、

憲法は「戦力」の方を禁止している！とする解釈。つまり、自衛隊＝自衛力なので合憲、ということ。

※戦力・・・他国に侵略的脅威を与える攻撃的兵器
性質上相手国国土の壊滅的破壊にのみ用いられる兵器

②交戦権

A) 国の戦争を行う権利(jus ad bellum)（戦争権説）

B) 交戦者の権利（戦時ルール説）

相手国兵力を殺傷・破壊する権利[※]、占領行政権
中立国の船舶を拿捕する権利

※この権利を放棄して自衛権を保持する #とは

→防衛相曰く、相手国兵力の殺傷・破壊という実態は同じだが、国を守る上では仕方がない、としている。

→補足へ。

【補足】自衛隊の存在について（詳しくは教科書の見出し 19）

●● 自衛隊はどのような論理で肯定されているか ？

→個人に保障されている正当防衛の権利を国家にも当てはめて考えているしかし
国家が人権の享有主体になることはありえない！

国家に自衛権があるとするならば、それは他国に侵略された際、自衛権によって
国民の生命、権利、自由を護るためだ、と考えるべき。

●● 9 条の解釈

9 条 1 項と 2 項の関係性の解釈が分かれる。

☆☆ ②「前項の目的」を①「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に
希求」すること（＝平和主義）

と解した場合、自衛戦争のための戦力も禁止になる

☆☆ ②「前項の目的」を①「国際紛争を解決する手段として」

と解した場合、国際紛争＝侵略戦争のことなので、自衛戦争での
戦力は認められることになる

⇒ただしこっちの解釈は、憲法前文や 2 項の交戦権の否定と矛盾
する

→以上より、日本の自衛戦力の肯定はできない、ということになる
（これは政府も認めている）

●● ただし、日本には自衛権があるので、自衛権行使のために「戦力」以外の手
段を使うことは許される

では憲法では禁止されない手段、いわゆる「自衛力」と、禁止される「戦
力」の区別はどのように行うのか？

（次ページへ続く）

☆☆ 近代戦争遂行能力説

組織の装備・編成が近代戦を有効に遂行しうる程度のものか否かを基準にする説

保安隊・警備隊はこれによって正当化された

☆☆ 「自衛のための必要最小限度の実力」を持っているか否か

近代戦争遂行能力説と本質的には同じ

自衛隊発足の際に、政府によって提唱された

☆☆ 「警察力」を超えた実力装置か否か

警察力を超えれば、それはもう戦力だ、という説。渋谷先生が最も合理的と考える説。

これを基に考えると、現在の自衛隊は明らかに「戦力」である。

*戦後当時の発想・理念

国際機関が軍を持ち、各国は軍事力を持たない、という形の平和主義

→ならば自衛隊を持たないというのが、当初に意図されていた本来の姿なのではないか

コラム：人が人を殺すなんて

「人が人を殺すのはおかしい」というのはフランス的な理性です。どうでもいいんですがフランスのセンター試験的なやつには哲学という科目が存在します。

フランス人から日本人に対する批判として、「お前の国は死刑制度を置いている。アメリカや中国と一緒にだ！」というものがあります。

死刑制度というものはとかく議論を呼びます。殺人罪を犯した犯人と、人を殺すという点において何が違うのでしょうか？という問題提起が授業中先生によってなされています。

作者コメントですが、死刑制度にはやはり怨恨からの復讐への欲求という感情が介在しているように見えます。ただし、だから廃止しろとすぐに主張するのは人間の感情の軽視とも取れてしまいます。

感情を理論によって納得させられるほど人間は合理的な生物ではないように思えます。地獄のミサワという人物の言葉に、「復讐は何も生まないがスゲースッキリする」というものがありますが、悲しいかなこれが真理なのかもしれませんね。

コラム：地雷

地雷とは空間を守る兵器で、国家の3要素のうち民を犠牲にしてでも空間を守ることが意図したものである。

X 人権の根拠

自殺は、意思をもって死ぬという人間特有の営みです。

どこに人権があって、どうやってそれを守るか。

人権の基礎付け

1. 自然法

自然権思想：ホッブズ（「自己保存の権利」）、ロック（「財産保有権」）

2. 人間性

現在の通説

人間には知性があるから固有の権利を有する、という説

「人間がただ人間であるということのみに基づいて、当然に持っていると考えられる権利」＝宮沢俊義
国際人権規約全文、「人間の固有の尊厳（the inherent dignity of the human person）」

→では動物は？という意見も

→人間の知性を「人間固有」とするなら、知的障害者や赤ちゃんには人権が無いのか？

3. 普遍的な道徳（人間の本性）自由主義（Liberalism）

① 無知のベール（veil of ignorance）情報のない世界

＝ジョン・ロールズ（『正義論』）

自分の立場、周囲の立場が全く分からない状態を設定し、その場合でどう行動するかを考える手法

自由と平等を求めるのが人間の本質であるはずであり、対等な関係において人間は譲り合いをするはずだ。

シケプリ作成者による解説（先生の解説ではないので、あまり信用しすぎず、あくまで参考に留めてください） ※オグ・ヒロキは一切編集していません

ロールズの言う「無知のベール」とは、自分や相手の社会的立場、性別、経済的状況などいっさい分からない状態を指す。

その状態で、例えば「どのような政府を作ろうか？」という話になった時、人々は絶対（無知のベールがあるから分からないけど、もし自分が社会的立場の低い者だったら？と考えてしまうため）平等な権利を保障する社会を作る、というのがロールズの主張。

さらに、「平等な権利を保障する社会を作ろうね」という契約の下に政府を作ったなら、政府が平等な権利を保障するのは義務となる。今まで、「権利とは政府が国民に与えるもの」だと解されていたため、ロールズのこの説は革新的だった。

② 個人主義（価値観の相対性、比較不能性）

=長谷部泰男（リベラリズムを主張してはいるが、ゲーム理論好きな人→功利主義

個人間では価値の基準が違うため、比較不能であるため、個人単位でものを考える必要がある。

i 功利主義（Utilitarianism）

「最大多数の最大幸福」→「正義は多数決」

近代経済学に於ける 限界効用・損得勘定 ゲーム理論

憲法13条にある「幸福」は功利主義的な考え方である。

➤➤ ゲーム理論：行動は損得感情＝合理性に基づく
→しかし人はそこまで合理的か？

ii 自由至上主義（Libertarianism）

マイケル・サンデルの論“common wealth good” 「正しさ」は存在する！

→ならばどうやってこれを論証するのか？

特定秘密保護法案などの“国の利益”という考え方は

マイケルサンデルの“common wealth good”に通じる。

➤➤ 個人は確かに異なる意見を持っているが、必ずどこからに1つの共通の価値がある、それを追求するべきだ、という主張

iii 共同体主義(Communitarianism)

ii との違い・・・他人さえ侵害しなければ「平等などいらない」と主張するのがii.

それ故に生存権は保障されないとする。

“virtue（美德）”→客観的に決めがたいものを追及するのが正義

4. 経験主義・歴史主義

人権の保障の根拠とは経験・歴史である、という主張

→人権の保障が十分に保障されないのは経験が少ないから

憲法 97 条【基本的人権の本質】

この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年のわたる自由獲得の努力の成果であって、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に對し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。

→「もともと」には人権は存在しなかったとしている。

憲法 12 条【自由・権利の保持の責任とその濫用の禁止】

この憲法が保障する自由及び権利は、国民の不断努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

→逆に言えば、自由や権利は国民が望み続けなければ保障されない。

コラム：ホッブズとしぶたにさん

しぶたにさんはホッブズを頭が良いと絶賛していました。

当時のイギリスはキリスト教的考え方に在り、神様から賜った命は自由に使えないとしていました。

その中で当時としては異例だった無神論者のホッブズは『リヴァイアサン』で「自然状態における自己保存の権利（自己保存のためには何をしてもよい無制限の自由）→万人は万人にとって狼」を提唱しました。時代にとらわれず人間の自由を提唱したホッブズかっこいい～

ちなみに、この自然状態＝戦争状態を止めるために呼び出され、内乱を克服し平和を維持する役割を持ったのが「リヴァイアサン」。

体は人民、頭は主権者でできた《国家》という「怪物」です。

XI 人権の享有主体

享 = enjoy 自分のものとして受ける、という意味

→未成年者、外国人、天皇皇族などの人権のあり方について

1. 国籍をめぐる問題 →国籍法

日本国籍を持つもの=国民 なのか？

10 条：「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」

*国籍法

① 血統主義と出生地主義

日本の原則=血統主義 (父母両系血統主義：国籍法 2 条 1 号)

↑ 1984 年に父系血統主義から移行した

論拠： 男女差別 血統（門地）差別

国籍法 2 条 3 号では、例外として出生主義を認めている。

世界では、血統主義が少数派になりつつある⇒二重国籍の問題

国籍法 14 条（二重国籍について）

② 二重国籍 → 22 歳で国籍選択

浮上する問題

●● どちらの国が保護しているのか？

●● 二重忠誠

●● 帰化（国籍法 4 条～5 条で許可の規定）

許可の規定の一つが「素行が善良であること」

→素行が善良とはどういうことか？犯罪を犯さないということなのか？

③ 日本国籍の父と外国籍（無国籍も含む）の母とのあいだの婚外子

●● 嫡出子=婚内子（民法 772 条 1 項：「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する」）

→母子関係は、出産の事実によって決まる

→代理母問題の浮上

●● 非嫡出子=婚外子（結婚していない場合に生まれた子供）

民法 772 条 1 項により父親は婚外子とは親子関係になれない

⇒民法 779 条「認知」、783 条 1 項「胎児の認知」により、法律上の親子関係を得る

まとめ

i. 婚姻内

A) 父親（日本国籍）、母親（日本国籍）

⇒子（日本国籍）

B) 父親（日本国籍）、母親（外国籍）

⇒子（日本国籍）

C) 父親（外国籍）、母親（日本国籍）

⇒子（×日本国籍 ⇒1984 年以降、日本国籍）

ii. 婚姻外

A) 父親（外国籍）、母親（日本国籍）

⇒子（日本国籍）

出産の事実があるから OK

B) 父親（日本国籍）、母親（外国籍）

⇒子

1. 胎児の認知（国籍法2条1項）⇒日本国籍

2. 出生後の認知

・ 準正（旧国籍法3条）⇒届出で日本国籍

・ 準正なし（国籍法8条）⇒帰化の許可が必要

→準正ありとなしとで、国籍取得の条件が異なるのは差別的なのではないか？

2. 一般論 (P. 32)

●● 否定説：国籍がなければ憲法上の権利は保障されない

→しかしこの説は、判例や自然権思想によって否定されている。

●● 肯定説：権利は保障されてはいるが、日本国籍の人と外国籍の人ではやはり扱いが違う

① 文言説：条文の主語によって判断を分ける

「何人も～…」

VS

「国民は～…」

何人も＝外国籍含む

国民は＝日本国籍限定

→しかし、19条のように主語がないものもある

→また、22条2項では「何人も」日本国籍を離脱する自由がある、と書いてある…矛盾する！

② 性質説＝通説・判例：

【判例】 マクリーン事件

最大判昭和 53 年 10 月 4 日(p. 38)

「権利は、権利の性質上、日本国民のみをその対象としているもの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。」

→国民主権＝国政にかかわる権利、対象は日本国民

*国民＝日本国籍を持つもの、と主張しているが、それは本当に正しいのか？

→最高裁は外国籍の者にも地方参政権は認めることで、国籍の法的帰属関係以外にも、日常生活における事実上帰属関係（密接な関係）が参政権を考えるにあたって重要だということを指摘した

→（日本国籍＋外国籍の居住者）⇒地方参政権

なら、それは国政においても同じことを言えるのでは？

コラム：関連する条文

779 条「認知」

嫡出でない子は、その父または母がこれを認知することができる。

（→実際は“出生”という事実によって結ばれる。）

789 条 1 項「準正」

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獲得する。

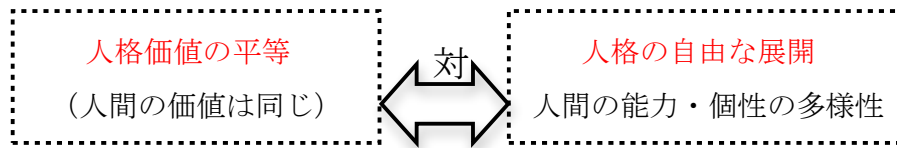
コラム：人工授精と体外受精

2つの「じゅせい」は漢字が違います。授かる、と受け取る、です。

XII 法の下の平等

— すいませんこの授業出てません。 —

1. 平等の理念 (P. 10)



憲法 14 条 1 項【法の下の平等】

①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。

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
 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. 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
 例. 女性雇用

3. 絶対的平等と相対的平等

●● **絶対的平等**が原則

- 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、例外的に個人個人で差異を設けることが要請される。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。

→逆に、合理的に説明できなければそれは平等ではない。

【例 1】

所得税（相対的平等）、消費税（絶対的平等）（P. 82）

理由：富の再分配など

【例 2】

男女の再婚禁止期間区別（P.84）

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（民法 733 条）

理由：子供が産まれた場合の父親の確定のため（民法 772 条）

→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。

【例 3】

尊属殺人重罰規定

ちょっと用語解説

直系：世代が上下に直線的に連なる血族（対＝傍系：共同の始祖を介して連なる血族）

尊属：直系で、自分より上の世代（対＝卑属：自分より下の世代）

刑法 199 条（普通殺人罪）⇔ 刑法 200 条（尊属殺人罪）

尊属を殺した場合、罪が重くなる（しかし卑属を殺しても普通殺人罪。なぜ？）

* 普通殺人を犯した者と尊属殺人を犯した者の区別・差別の合理性とは？

→直系尊属以外にも情愛に基づいて尊重されるべき関係はある

* このように合理性が説明しきれないため、200 条は削除済み

コラム：刑の減軽（⇔加重 減刑ではない）

法律上の減軽 42、43 条など

裁量減軽 66 条

XIII 新しい人権

法学は書物の表現の解釈を様々に行い色々なものを導き出すという点で神学に似ています。 ——しぶたに

1. 問題状況

憲法で列挙された権利（「人権カタログ」17～40条）

＝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

② 主観的状況の変化（意識の変化）

例. プライバシー意識の向上

意識が変化しても法が動かない場合もある。

例：夫婦別姓 VS 民法

2. 対応方法

① 憲法改正

●● 96条＝改正規定

●● 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、96条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」（21条）の一部と解釈する

（これは渋谷教授特有の理論で、多くは13条の「個人の尊重」の一部として解釈する）
同じように、

環境権 → 25条の一部

家族形成権（代理母など） → 24条の一部

として解釈できる。

③ 13条「包括的基本権条項」＝人権の一般的法的規定

憲法 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丈夫員がある場合、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（刑法 235）　　○　強盗（刑法 236）　　○　盗犯等ノ防止及処分に關する法律　2 条

13 条「包括的基本権」条項は人権の一般法的規定。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（ドイツかぶれ）

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

ii. 人格的利益説

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

内容：人格権（名誉、プライバシー）、自己決定権

→「公共の福祉」によって制限される

考える視点：価値観の多様性との整合性

しかし、i、ii の両方に欠陥が存在する。

【補足】法と人間の関わり　法は人間のすべての行動をカバーするか？

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（人の勝手）なので、「放任」であるべきである。

結局のところ、13 条には「生命の処分」についての取決めしか残らないはずだというのがしぶたにさんの考え方である。

コラム：13条をめぐるあれこれ

京都大学の学派は、いろいろな権利を13条から導こうとしています。

それに対し東大の学派は色々なところから権利を導いています。

特にしぶたにさんがいうには、13条にはドイツ的な「自分たちが正しい」という思想が根強く見え、「みんなこういう風に思うはずだ」という決めつけがみられるそうです。

【憲法第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。

コラム：しぶたにクッキング 21条から知る権利ができるまで

表現、言論、出版の自由と21条の記述にはありますが、言論・出版という手段だけで「表現」という行為は尽くされているようにも見えます。しかし憲法に記述のある以上、何らかの情報がこの「表現」という言葉から読み取られる必要があります。

ここで、情報は受け手が存在しなければ意味を為しません。情報を発信する「表現」という行為の自由が保障されている以上、情報を受け取る自由が必要になってきます。つまり「表現という行為を誰かが途中で妨害したら怒っていい」ということです。

この情報を受け取る自由というところから「知る権利」が生まれます。

コラム：自由と権利

rightという言葉があります。これは道徳的に正しい、法的権利というプラスイメージを持った言葉です。この単語は、かつて道義、本文などと訳されましたが、最終的に権利と訳されました。

また liberty, freedom はプラスイメージの言葉ですが、自由と訳されました。

対して日本の文献（徒然草）や後漢の文献には自由や権利に対する反感、「社会常識から外れてしまう」というマイナスイメージが提示されています。字から読み取れる負のイメージが独り歩きしたと考えられています。

iv. 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
例. 自爆テロは、表現の自由の欠如から生まれたりする
- 表現の自由を保障することで、社会の安定を図る v. 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 (しぶたに説)
→ 情報は色々あり、人によって情報の価値は変わる。情報は身近で、非常に私的なものである
→ 情報は日常生活に重要なものなので、表現の自由は保障されるべき
- ただし情報のありすぎも、また問題インターネットの出現により、情報量は急増
→ 受け取る側の情報リテラシーも必要
政府が情報を選別・操作しないことは大前提・原則 分析が不可能になる

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)

規制されるものの例：

- 名誉毀損 (刑法 230 条) ※名誉＝社会的評価
- 性表現 (刑法 175 条)
- 差別的言論 (hate speech)
- 商業広告 (commercial speech)

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。

I 名誉毀損 (刑法 230 条)

名誉＝人の社会的評価 (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法 230 条の 2

- 230 条の 2
- 1 項：公共の利害に関する事実で、真実なら罰しない。
 - 2 項：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) の公開を正当化
 - 3 項：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

名誉棄損に係る民法 697 事務管理 703 不当利得

709 不法行為に損害賠償 723 原状回復（定番・謝罪広告（表現の強制））

II 差別的表現（ホットな話題）

ヘイトスピーチ = 特定の集団に対する侮辱・名誉棄損・憎悪・排斥・差別
またはそれを扇動する表現

I との違い：対象者が特定されていない。

法律で禁止されるべきか？・・・されるべき：されないべき = 9 : 1 1

されるべき説	
	① 反人道的表現は保護されない ② 表現の価値が低い ③ 差別・差別意識を解消する必要がある。
⇕	
されないべき説	
	① 犯罪となる行為を明確にするのが困難 ② 濫用の可能性がある ③ 対抗言論（counter speech）によりなくすべき

※人種差別撤廃条約4条によって禁止されてはいる。
日本も批准しているが、留保がある。

III わいせつ規制

【判例】『チャタレイ夫人の恋人』事件（1957年）

- 「わいせつ」の定義

「徒（いたずら）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？
- 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？

わいせつなフィクション作品の被害者とは？

被害者がいないのなら、規制される根拠はないのでは

 - 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？）
 - 性犯罪の助長

●● 女性差別を助長

●● 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 (ホットな話題)

検閲の禁止 (憲法 21 条 2 項後段)

【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

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

5) プライバシーの権利

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：(P. 72~74)

- 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

例：戸籍、指紋

※「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害され、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

ii. 自己情報コントロール権 (P.71)

「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。

→「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

憲法 21 条 2 校の「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

人格的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（渋谷先生説-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 条なのでは？

2. 信教（宗教）の自由 ([11])

→20 条

1) 宗教の定義

「超自然的、超人間的本質の存在を確信し、畏敬崇拝する信条と行為」

＊学問と宗教は表裏一体

→学問を信じ、崇めすぎると、宗教になりえるのでは？

＊学問（23条）の定義

＝真理の論理的、体系的、実証的探究宗教の信仰

＝心のありかた

→19条で保障

憲法 19 条【思想及び良心の自由】

思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。

→つまり、「頭の中だったら何を考えても自由」ということ

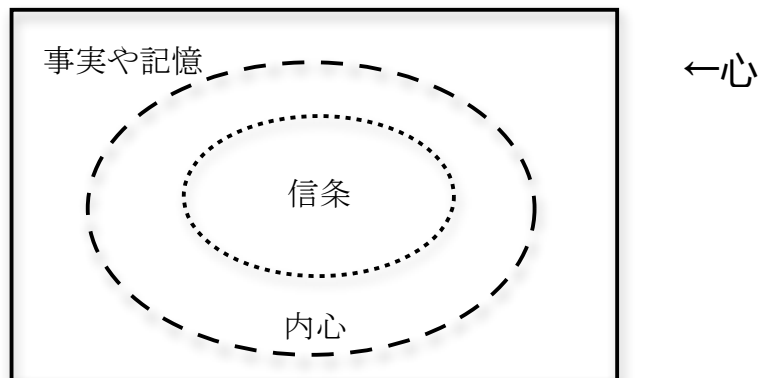
＊「思想及び良心」（19条）の定義

☆☆ 信条説：価値観・主義・心情

☆☆ 内心説：内心におけるものの見方ないし考え方

自分が見たり聞いたりした事実・記憶などを除いた、その他全ての心
（例えば「悲しかった」や「楽しかった」などの感情）

図解：



2) 保障する意義

① 人間の精神生活の根源と関係する

→人間が自律して自由に生きるためには、「心のあり方」の自由の保障が必要

② 旧憲法下の「国家神道」の教訓

戦前の日本は、神社神道が事実上国教として扱われていて、その裏返しとして宗教弾圧が行われていた。

→これらの宗教弾圧の反省から、宗教の自由を保障

3) 宗教と政府（国家）との関係種類：

① 祭政一致

＝政治的指導者が同時に宗教的指導者を兼ねている状態例.

卑弥呼

② 国教制度

＝国家が特定の宗教を支持すること例. イギリス、戦前の日本

③ 特定の宗教に特典を付与

④ 政教分離

＝政府と宗教の分離

例. フランス → スカーフ事件

アメリカ (establishment clause、国教樹立禁止条項) 戦後の日本

*20 条 1 項の「特権」＝国が特定の宗教を援助したり、金銭的にサポートしたりすること

「政治上の権力」＝統治権の公使

4) 日本国憲法の考え方

i. 信教の自由（＝人権保障）

20 条 1 項前段・2 項

ii. 政教分離原則（＝制度的保障：(i)の人権保障を担保する手段）

20 条 1 項後段：

「政治上の権力」＝政府と宗教団体の関係

20 条 3 項：

政府と宗教活動の関係

89 条：

「宗教上の組織もしくは団体の使用、便益、もしくは維持のため」に公金を使ってはならない

政府と宗教活動（または宗教団体）を無関係にすることは不可能なので、中立性を保つことが重要

→例えば、政府は神社などの再建援助などは行っている＝神社の宗教的な側面ではなく文化的側面を推進しているから、これはボーダーライン OK。

※宗教用施設の固定資産税免除は許されるのか微妙です。

これ以降は範囲外

※中立性を保っているかどうかの判断基準＝「目的・効果基準」

＝「行為の目的が宗教的意味をもち、その効果が宗教に対する援助、助長又は圧迫、干渉になるような行為」か否か

- ① 目的が宗教的か (a)、世俗的か (b)
- ② 宗教への援助・助長・促進又は圧迫・干渉になるか (c)、ならないか (d)

(＝「お墨付き(endorsement)」になるか否か) 日本では、a

and c に当てはまった場合、原則違反となる

(アメリカではもっと厳しく、a or c で原則違反になる)

【判例①】津地鎮祭違憲訴訟 (1977 年) →合憲 (b and d)

【判例②】愛媛玉串料訴訟 (1997 年) →違憲 (a and c)

Q.では首相の靖国参拝はどうか？

→

憲法上の問題が 2 つ：

a. 政教分離原則

玉串料 (訴訟されるまで知られてなかった) でさえ違憲判決なのに、公的に参拝した首相はどうなる？

→ (反論) でも総理も個人なのだから信仰の自由があるのでは？

→公的なアイデンティティ (肩書き) を持って参拝している

からだめ！

b. 靖国神社の性質軍国主義を促進するものなのではないか？という点

他国からすると、日本の首相の靖国参拝は軍国主義を捨てたはずの日本による裏切り

3. 教育を受ける権利

憲法 26 条【教育を受ける権利、教育の義務】

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

②すべて国民は、法律の定めるところにより、その保護する子女に普通教育を受けさせる義務を負ふ。義務教育は、これを無償とする。

教育とは、「**自立**」(**経済的**)と「**自律**」(**精神的**)の両方を育てる側面を持つ

1) 教育の機能

- ① 人格(人間の能力・精神)を形成する(**個人的機能**)
- ② 社会が機能し、円滑に世代交代する(**社会的機能**)
- ③ 「国民意識」の醸成(**国家的機能**)戦前は、この側面が最も重視された
→福沢諭吉「学問のすすめ」
戦後は、なるべくこの側面を抹消する、という動きに

※改正教育基本法 2条 5号 VS 旧教育基本法 1条

教育基本法 2条 5号

伝統と文化を尊重し、それらをはぐくんできた我が国と郷土を愛するとともに、他国を尊重し、国際社会の平和と発展に寄与する態度を養うこと。

旧教育基本法 1条

教育は人格の完成をめざし、平和的な国家及び社会の形成者として、真理と正義を愛し、個人の価値をたつとび、勤労と責任を重んじ、自主的精神に充ちた心身とともに健康な国民の育成を期して行わなければならない。

旧教育基本法施行当時は戦後だったということもあり、「国を愛する」などの直接的な表現は控えられていた。

一方、平成 18年に施行された改正教育基本法は、はっきりと愛国心教育を指している。渋谷教授の見解：愛国心とは本来強制されて芽生えるものではなく、自然に芽生えるものであるはずだ！

2) 教育の関係者

- ① 子ども(子女) 学習権(義務ではないので、放棄できる)
- ② 保護者(親など) 教育の義務と自由(自由＝保護者の教育方針の自由)
- ③ 政府 公教育の提供義務、②の監視

3) 教育内容は誰が決めるか？

国民か政府(国家)か？

→政府による教育内容の決定は、恣意性が伴う。

検閲はやりすぎだが、かといって目安のないいい加減な教科書を作って子どもの学習権を侵害することもできない

→政府が教育のおおまかなアウトラインを作成するのが得策

※教育は「**不当な支配**」に服してはならない

改正教育基本法 16 条 1 項：「教育は、不当な支配に服することなく、この法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり…」

旧教育基本法 10 条 1 項：「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に直接責任を負って行われるべきものである」

過去問分析

元のものをほぼ編集せず用いています。 オゾヒキ

テスト概要：

試験時間：90 分 持ち込み：なし 編成：A パート（穴埋め）、B パート（記述）

ちなみに（本年度の受講者たちに言ってももう遅いですが）、渋谷教授とは早い段階に仲良くなって授業後にほぼ毎回質問しまくっていると、試験前には頼んだら過去問見せてくれたりします。

この講義は最新の過去問が U・Taisaku や自治会に出ていない分（現時点では 2009 年までしか見つからない…）、そういった手を使うのもアリでしょう。

A 穴埋め問題

形式：20 問、各 2 点、合計 40 点

記述問題では差がつきにくい（先生談）ので、試験はどれだけの穴埋めが解けるか、ということになります。渋谷教授が作る穴埋め問題はヒントが分かりにくかったりすることが多いですが、生徒の回答が割れた問題に関しては採点基準を少し甘くするなど、先生も配慮してくださっているそうなので落ち着いて挑むことが大切でしょう。穴埋め問題には、キーワード穴埋めと条文穴埋めの 2 種類があると言えます。

1. キーワード穴埋め

穴埋めに出てくる問題は、このシケプリさえ持っていれば解けます。だからシケプリを全部暗記すれば大丈夫だよ！…というのも酷なので、傾向を示していきたいと思います。

まず、過去問に出た・出そうなキーワードや事項は、講義ノート内で**赤太字**になっています。

その中でもさらに出やすい事項があります：

- 憲法という言葉（本シケプリ p. 4~5）
- 憲法の定義（本シケプリ p. 5）
- 憲法の性質（本シケプリ p. 6）
- 立憲主義（本シケプリ p. 10~11）

- 13 条「包括的基本権条項」＝人権の一般的法的規定（本シケプリ p. 15~16)
- プライバシーの権利（本シケプリ p. 21)
- 目的・効果基準（本シケプリ p. 24)
- 平和主義（本シケプリ p. 28~29)

当然ですが以上の項目だけ勉強すれば良いというわけではなく、飽くまで頻出テーマです。

これらの項目は教科書の関連事項をじっくり読むなどして、しっかり対策しておくのがいいでしょう。

また、渋谷先生は「問題はなるべく被らないように作っている（前年度のテストの問題とは全く被らない、というようなことを仄めかしていた）」と言っているので、去年度やその前の年度の過去問があれば、消去法で大体どこが出るかは分析できるはずです。しかし先ほども言ったようにこの講義の過去問は最新のものが出回っていないようで、そこまではできませんでした

…。

2. 条文穴埋め

ときたま、穴埋めに条文がそのまま出てくることがあります。出題されるのはメジャーな条文・授業で特に取り上げられた条文のみなので、ちゃんと授業にでて聞いていればサービス問題と言えるでしょう。

しかしこのシケプリのコンセプトは「ゼロから学ぶ日本国憲法」。授業ブッチや昼寝を繰り返していた迷える仔羊をも救うのがこのシケプリの使命なので、授業で取り扱った主要な条文を**囲み線**で載せています。枠に囲まれた条文さえ覚えれば条文穴埋めは大丈夫でしょう。

また、各条文にもキーワード（例えば 13 条だったら「公共の福祉」、「幸福追求権」。19 条で言えば「思想及び良心」、などなど。）といったものがあるので、これらに注意して勉強しましょう。条文内のキーワードは印を付けていませんが、条文のどこを特に授業で取り上げたかを考えれば、どこが出題されやすいかは容易に分かります。

B 記述問題

形式：出題 5 問の内、3 問選んで回答。各 20 点、合計 60 点

先ほど記述問題では差がつきにくいとは言いましたが、ちゃんと回答を書けないことには話になりません。というわけでこちらもしっかり勉強していきましょう。記述問題は、シケプリさえ見れば答えられる基礎問題と、教科書の内容を知らないと答えられない応用問題の 2 傾向あると言えます。

1. 基礎問題－「説明しなさい」系

例. 「法の下での平等」につき、「形式的平等」・「実質的平等」・「絶対的平等」・「相対的平等」の 4 つの語をもちいて説明しなさい。(2003 年度夏学期) 例 2. 人権の根拠について論じなさい。(2007 年度冬学期)

この問題の意図は、授業をどれくらい理解しているかを測ることです。多くの場合「〇〇を説明しなさい」という形式（稀に「論じなさい」形式）で、自分の意見を入れなくても答えることができます。特に授業で説明された、①「定義」、②「階層構造」、③「仕組み」、④「起源となる思想及び歴史的背景」、⑤「根拠」などを問うことが多いです。

以下の大きなテーマに関して①～⑤を説明できるようにしておけば、あとは工夫次第でなんとかなるかと思います： ●● 憲法（＋立憲主義） ●● 人権 ●● 平等

●● プライバシー

●● 政教分離原則

●● 主権

●● 平和主義

こうしてまとめてみると、要は全部…ってことですね。全く使えないシケプリですね。

2. 応用問題－「論じなさい」系

例. 監獄内における人権保障のあり方について論じなさい。（2004 年度冬学期）

例 2. 外国人の公務就任権についてどのように考えるべきか、論じなさい。（2007 年度冬学期）

応用問題は、基本的に教科書の目次にある「24 の問い」をほぼそのまま聞いたものです。多くの場合、「〇〇について論じなさい」という形式で問われます。基礎問題で聞かれるようなことを理解していることを前提として聞いているので、基礎問題対策で習得した知識を盛り込んだ上で、自分の意見を論じる回答を作ることが必要でしょう。あとは、教科書を読んで内容を理解する他ありません。「論じなさい」なので、必ずしも渋谷教授が言うことそのままではなくて

も問題ないと思われますが、前提（基礎知識）は教科書の内容と統一させましょう。

さて、問題は「教科書のどこが試験に出るか」だと思います。

先生は一応、本年度の範囲は以下の項目（教科書の目次参照）だと言っています：

1～5、8～13、16～20

（1：聖徳太子の十七条憲法は「憲法」か、2：人権の規定に比べて、義務の規定が少ないのはなぜか、3：憲法は私たちが守らなくてはならないものか、4：国民主権を天皇主権に改正することができるか、5：外国人にはなぜ参政権がないのか、8：重要な権利が憲法に書いてないときはどうすればよいのか、9：モデル小説はプライバシーの侵害になるか、10：女性の再婚禁止期間の規定は「法の下での平等」に反するか、11：首相の靖国神社への参拝はなぜいけないのか、12：無修正ポルノを売ってはいけないのか、13：電話の盗聴を認める法律は違憲ではないか、16：問題のある教科書をなくすには、検定が必要なのか、17：国民代表が決めた法律を、裁判所が違憲・無効とできるのはなぜか、18：天皇が「象徴」であるということは、どういう

ことか、19：自衛隊が米軍の活動に対して行う後方支援は、違憲ではないのか、23：裁判所の判決は紛争や犯罪に法律を当てはめれば出てくるものか)

穴埋め問題編でも言いましたが、先生は例年と問題が被らないように意図的に試験を作成しているようです。前年度、またその前の年の過去問があれば、何が出るかはある程度絞れるでしょう。

終わりに

時間がなくて講義ノートのメモの記述に整合性を持たせきれっていません。
一応ベータ版としてお楽しみください。