

日本国憲法: 渋谷秀樹教授 (立教大学大学院法務研究科) シケプリ

作成者: 2017 年度入学文一 16 組 岡田忠志

[ryuugaku.denden@gmail.com](mailto:ryuugaku.denden@gmail.com)

## 0 はじめに

本プリントは、自由に再配布して良いです。その他質問等あればご連絡ください。

なお、試験対策については、下に二つの方法を示しておきます。参考にしてください。

### (1) 単位取得のみを目標とする場合

試験前夜などに、スライドを参照しながら教科書を一周流し読み、ざっと内容を暗記すれば良いです。テストでは、問題に関係しそうな断片的知識を並べ、部分点を狙う方針です。

### (2) 憲法を学ぶ機会として試験勉強を上手く活用する場合

試験勉強を、判例・通説の暗記の機会として使うのが良いと思います。授業内で扱った問題<sup>1</sup>について、配布されたスライド又は教科書に載っている範囲で大丈夫なので、判例・通説に沿って解答できるようになると良いです。

勉強に当たっては、教科書を一周した後、配布されたスライドと本プリントを参照するのが最適でしょう。

## 1 Introduction

本プリントの表記は下記に従う。

### (1) ナンバリング

配布された Word ファイルの I、II…が、それぞれ 1、2…と対応している。

それより下位のナンバリングもある程度対応しているが、理解しやすくするために、変更している箇所もある。

### (2) 法条の表記

e.g. 刑事訴訟法第 321 条第 1 項第一号前段: 刑訴 321 I ①前

### (3) その他に用いる略記

e.g. 教科書 p.13 の対応箇所: (p.13)

e.g. 教科書 19<sup>2</sup>の対応箇所: [19]

e.g. Supreme Court(最高裁)昭和 10 年判決: SC, S10

渋谷先生の立場: (渋谷)

### (4) 重要度

☆ > ○ > □ > △

### (5) 試験情報

---

<sup>1</sup> 政教分離(目的・効果基準)、9 条の解釈など。過去問でもこれらの基本論点が頻繁に出題。

<sup>2</sup> 教科書における、第～章より一つ下位のナンバリング

(ア)形式

これまで<sup>3</sup>通り:

- ・大問 A は基本的穴埋め問題(2 点×20 問)
- ・大問 B は論述式(5 問から 3 問選んで解答、500 字程度)

※20 点中 15 点が基礎点、5 点が裁量点。

- ・A と B 併せて解答用紙の両面を使用
- ・持込禁止<sup>4</sup>

(イ)その他

授業で触れた範囲から出題

優は 35%程度

2 憲法の基礎知識

(1) 投票価値の平等(時事)(△)

3.08:1 の投票格差があった選挙について、最高裁が最近合憲判決を出した。

なお、先生は、当該事案について違憲無効と判断すべきだと考えている。

(2) 憲法の定義(☆)

国における政府の組織と活動に関する基本的法規範

(3) 国とはなにか。(p.6)(○)

ア 領域

イ 人…定住者=住所(=生活の本拠)を有するもの

ウ 統治権…支配

→統治権(立法権・行政権・司法権)を持つもの=政府(○)

(4) 法とはなにか。(☆)

①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)であって、

②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。(□)

(5) 自然人と法人

権利と義務が帰属する主体は、自然人と法人のみである。(☆)

※そのうち統治権を持たない者を、「私人」と呼ぶ。(○)

※動物はモノであり、客体に過ぎない。(△)

(6) 六法(○)

---

<sup>3</sup> 2002~、過去問は出ない

<sup>4</sup> 六法も不可

憲法・民法・憲法・商法(会社法がその中心)・民事訴訟法・刑事訴訟法

### 3. 憲法の意義

#### (1) 憲法という言葉 (p.2)

古来、「憲法」という言葉はあったが、  
Constitution(構造・構成・組織)を西欧から導入する際に、翻訳語として、  
「国制」「政体書」「国憲」などの訳を退けて「憲法」という言葉が当てられた。

#### (2) 憲法の定義(☆)

国における政府の組織と活動に関する基本的法規範

この定義は、「固有の意味の憲法」の定義である。

※この意味の憲法はいかなる時代のいかなる国家にも存在する。

※固有の意味の＝本来備わっているという意味での

固有の意味の憲法の内、①権利の保障と②権力の分立が備わった憲法を、「立憲的(近代的)意味の憲法」と呼ぶ。(フランス人権宣言)(p.3)(☆)

#### (3) 近代的意味の憲法(○)

資本主義の発達を背景に成立したため、消極国家像が前提とされている。

したがって、経済的自由権に寛容

e.g. 日本国憲法にも名残がある。

憲 29 I 「財産権は、これを侵してはならない。」

c.f. 憲 19 「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」

※下線部は強い表現

#### (4) 現代的意味の憲法(○)

社会政策が重視され始め、経済的自由の後退した時代に成立

e.g. 日本国憲法にも名残がある。

憲 25(生存権)

I 「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。」

II 「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。」

・精神的自由権と経済的自由権が共に重視される(□)

#### (5) 権力分立の変遷(○)

議会→行政→裁判所と国家としての重点が移った

積極(行政)国家

日本では、WWII後に裁判所が復権した。

e.g. 憲 81(違憲審査権)

「最高裁判所は、一切の法律<sup>5</sup>、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。」

※命令や規則は行政機関などが作る。

(6) 形式的意味の憲法と実質的意味の憲法(○)

c.f. 17 条憲法は、形式的意味の憲法だが実質的意味の憲法ではない。(p .8)

(7) 臣民・市民・国民(□)

君主のいない国＝共和国

君主国の一般人＝臣民＝Subject, 共和国の一般人＝Citizen

日本では、天皇制の残る国民主権国家であることの帰結として、「国民」という語を使うことにした。

(8) 所有権と情報の権利 (△)

情報の権利は著作権法などにより、所有権とは別に統制される

4. 憲法の基本原理<sup>6</sup>

(1) 立憲主義<sup>7</sup>

立憲主義とは、「憲法に基づいて統治活動を行うべし」という考え方である(☆)

a 法の支配

b 自由主義「個人の尊重」(憲 13)からあらゆる権利が派生する。

c 権力分立主義〔17〕

権力(統治権<sup>8</sup>)を分割して異なる者(機関)に分担させる

これにより、権力の乱用を防ぐ<sup>9</sup>。

(2) 国民主権(民主主義)〔4〕の p.22, 〔18〕

(3) 平和主義〔20〕

後述

5. 立憲主義(☆)

---

<sup>5</sup> 国会の作る法規範

<sup>6</sup> 近代憲法の原理

<sup>7</sup> constitutionalism

<sup>8</sup> 三権

<sup>9</sup> 権力については性悪説

(1) 形式的起源(□)

高次法の思想に基づき、「人の支配」を排除して「法の支配」を実現することが求められた。そして、「法の支配」を補完する原理として、権力分立原理が生まれた。

(2) 実質的起源(☆)

立憲主義の実質的起源は、自然権思想である。自然権は、理想の法たる自然法により保障されると解される。自然法は、人の法である実定法と対置され、神の法を指す。そして、ロックがこれを社会契約説として理論化した。

(3) 日本国憲法における立憲主義

ア. 「法の支配」のあらわれ

(ア) 憲 98(憲法の最高法規性)

I 「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。」

(イ) 憲 99(憲 98 の規範の名宛人)

「天皇又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。」(下線は岡田)

※「国民」は名宛人とされていない。

イ. 「法の支配」の補完

日本国憲法の基本構造は、「法の支配」を補完するため、権力分立原理に基づいて定められた。

(ア) 憲 81(違憲審査権)<sup>10</sup> [18]

「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。」

※処分とは、法令を適用する行為である。

(イ) 議院内閣制<sup>11</sup> [17]

66 条～69 条に規定されている。

ウ 自然権思想

例えば、憲 13 とアメリカ独立宣言 (1776) は、下線部の文言が共通する。

アメリカ独立宣言は、自然権思想に基づいている。

その影響を受け、日本国憲法にも自然権思想が反映されている。(通説)

(ア) 憲 13

---

<sup>10</sup> 国会・内閣 vs. 裁判所

<sup>11</sup> 国会 vs. 内閣

「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<sup>12</sup>の上で、最大の尊重を必要とする。」

(イ) アメリカ独立宣言 (1776 年)

「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」

エ 社会契約説

(ア) 大日本帝国憲法

大日本帝国憲法下での天皇の統治権の正統性の根拠は、神の血筋である。(天孫降臨説)

・大日本帝国憲法 告文

「皇祖皇宗ノ神靈ニ誥ケ白サク」

(イ) 日本国憲法

前文第一段

「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」<sup>13</sup>

同二段(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。」

※国政<sup>14</sup>=国の統治活動

6. 憲法の性質

(1) 組織規範性

憲法は政府の仕組みを定めるという性質を有し、これを憲法の組織規範性という。

---

<sup>12</sup> 国の統治活動。立法は例示。

<sup>13</sup> 代表民主制、投票価値の平等、戦争責任の所在としての行政府、平和主義、国民主権などが示されている

<sup>14</sup> C.f. 憲 4 「天皇は、[...] 国政に関する権能を有しない。」

(2) 授権規範性

ア. 政府に正統性を与える<sup>15</sup>。

前文 1 項

イ. 政府諸機関に権限を与える。

憲法は、立法権を国会（41 条）、行政権を内閣（65 条）、司法権を裁判所（76 条）に与えている。

(3) 制限規範性(☆)

憲法には、政府の活動を制限するという性質がある。(p.13)

ア. 憲法 21 条(表現の自由)

I 「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。」

(ア) 条文の読み方(○)

(A and B) and C は、A 及び B 並びに C と表す。

(A or B) or C は、A 若しくは B 又は C と表す。

(イ) 自由と権利の違い(△)

自由は状態を指し、権利は力を指す。

なお、私人に表現の自由という権利があることの裏返しとして、政府には表現の自由を侵してはならないという義務がある。

イ. 他方、国民には「憲法上の義務」も定められている。(p.9) (△)

(ア) 憲 12

「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、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つて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」

(イ) 憲 26 I (教育を受ける権利)

「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。」

子どもの権利を定めている。更に、図書館法などの根拠条文となっている。

II 「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<sup>16</sup>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。」

---

<sup>15</sup> C.f. 明治憲法 告文

<sup>16</sup> 子女とは、息子と息女(=娘)を指す。

子女に教育を受けさせる義務を負うのは、①保護者と②政府である。政府は、保護者に義務の履行をさせる権限を有し、保護者政府に義務の履行を要求する権利を有する。また、保護者は子どもの教育権もある。

(ウ) 憲 27(勤労の義務)

I 「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」

法的義務ではない。すなわち、憲 27 は、強制できない規定(soft law)であると解される。

a. 憲 27 II, III(児童労働の禁止)の趣旨

契約の自由(財産権)を根拠とした、労働者保護の法律に対する違憲判断を防止するため。

(エ) 憲 30(納税の義務)

「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。」

「代表なければ課税なし」を定めている。

(オ) 例外的に私人に直接適用される条文(□)

憲 18(奴隷的拘束の禁止)は、例外的に、私人間に直接適用される。

(4) 最高規範性(最高法規性)

ア. 法規

法規<sup>17</sup>とは、権利に関わる命題。

イ. 憲 98 は、憲法の最高規範性を保障(憲法保障)している。

ウ. 憲 81(裁判所の違憲審査権)

「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。」

7. 法規範相互の優劣

(1) 種類

ア. 憲法

主権者の制定する法(主権の権力性の契機)

イ. 法律

国会の制定する法

ウ. 規則

---

<sup>17</sup> Rechtssatz の訳語



両議院（58 条）・最高裁判所（77 条）の制定する法

エ. 命令

内閣、行政各部の制定する法。政令（内閣）、内閣府令、省令、外局等の規則。

オ. 条例

地方公共団体（地方政府）の制定する法

カ. 条約

国と国（or 国際機関）の契約

(2) 法規範ではないが法規範に類似するもの

ア. 詔勅（天皇の意思〔勅旨〕を示す文書）

詔書と勅書のこと。

イ. 勅令（天皇の定める法）

戦前は「公式令」（公文式）と呼ばれた。

ウ. 「処分」「国務に関するその他の行為」

法の適用行為など。

百里基地訴訟判決によれば、「国務に関するその他の行為」とは、権力的行為を指し、市民と対等に結ぶ契約行為などは含まれない。

(3) 相互の優劣

憲法＞条約＞法律＞規則＞命令＞条例（現在の通説）

ア. 憲法と条約はいずれが優先するか。

この点、条約は内閣が締結する法規範である。（憲 73Ⅲ）

そして、憲法改正には国民投票が必要的である（憲 96）ところ、条約が憲法に優先するとすれば、実質的に内閣が憲法を改正できることとなり、不都合である。

そこで、憲法が条約に優先すると解する。

(4) 憲法規範内部の優劣〔p.20-〕

ア. 根本規範

根本規範とは、憲法の基本原理を示す規範である。

(ア) 憲 13 前

「すべて国民は、個人として尊重される。」

(イ) 憲 9 I（平和主義）

(ウ) 憲 1(国民主権)

「主権の存する日本国民」

(エ) 主権(○)

主権には、以下の三つの意味がある(☆)

a. 統治権

b. 対外独立性

前文三項の主権はこの意味である。

「われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の**主権**を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる。」

※統治権の性質（対外的独立性・対内的最高性）

c. 国政の最高決定権

前文一項三段の主権はこの意味である。

「日本国民は、[...]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。」

(a) 国政の最高決定権としての主権は、憲法制定権力<sup>18</sup>として発動する。

これに関連して、第二次世界大戦後、形式的には大日本帝国憲法の改正手続きにしたがって日本国憲法への改正がなされたが、その前後では、根本規範たる主権の所在が天皇主権から国民主権へ変化したため、憲法改正の限界を超えており、改正としては説明できないという批判がある。

これに対して、ポツダム宣言受諾後に革命が起き、新憲法が制定されたのであるとする反論がなされている。(八月革命説<sup>19</sup>)

イ. 根本規範はなぜ改正できないのか？

憲法自体が拠って立つ基礎を形成する原理だから。(法は事実に基づいて作られるところ、根本規範は、憲法制定(制憲権の発動)時に定められたものであり、革命によって事実が変化しない限り改正できないと考えられるから。)

ウ. 改正規範

(ア) 憲 96 I

---

<sup>18</sup> pouvoir constituant, verfassungsgebende Gewalt

<sup>19</sup> 丸山 眞男、宮澤 俊義ら

「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。」

(イ)なぜ改正できないのか？

改正規範は主権(制憲権)の行使のあり方を定める規範であり、根本規範に準じるため。

エ. 優劣

根本規範>改正規範>憲法律

## 8. 人権の根拠

### (1) 自然法

ア. 自然権思想に基づく思想の発展

まず、ホブズ<sup>20</sup>が「自己保存の権利」主張した。

次に、ロックが「財産保有権(property)<sup>21</sup>」を主張した。

イ. 普遍的な思想としての人権

自然権思想の前提として、人は神の被造物であり、世界を支配する権利を与えられた<sup>22</sup>という考え方がある。しかし、キリスト教的考え方を背景とした自然権思想は、非キリスト教圏にそのまま導入することができない。そこで、「人間性(human dignity)」が人権の根拠として主張されるようになった。

### (2) 人間性

国際人権規約前文では、「人間の固有の尊厳(the inherent dignity of the human person)」が主張されている。

### (3) 普遍的な道徳(p. 34)

人間の本性としての道徳が主張されている(道徳理論: moral theory)

ア. 自由主義(Liberalism)

自由主義は、自由放任主義を原則としつつ、社会の公正(弱者救済)の考え方を取り入れた思想であり、日本国憲法の基本思想にもなっている。

---

<sup>20</sup> 無神論者

<sup>21</sup> 現代日本でいう憲法上の財産権。民法上の所有権は物を使用・収益・処分する権利。民法上の物権とは、物を直接支配する権利。

<sup>22</sup> 旧約聖書

(ア) 無知のベール

ロールズは、「正義が、[...]社会の構成員が合意した原則によって決ま」り、「そのとき、社会の構成員は「無知のヴェール[...]」におおわれた状態で、正義の原則を選ばなければならない。」と考えた<sup>23</sup>。

“「無知のベール」とは、自身の位置や立場について全く知らずにいる状態を意味する。一般的な状況はすべて知っているが、自身の出身・背景、家族関係、社会的な位置、財産の状態などについては知らない、という仮定である。”<sup>24</sup>

(イ) 平等な配慮と尊重

平等を原則として、自由を取り入れる考え方。

ロナルド・ドゥオーキン(Ronald Dworkin)が、『権利論(Taking Rights Seriously)』(1977)で主張した。

(ウ) 価値観の相対性

価値観は比較不能であることに着目する考え方。

ジョセフ・ラズ(Joseph Raz)の『自由と権利』や、長谷部恭男『比較不能の価値の迷路』(2000)が前提としている考え方。

イ. 正義に関する諸説

人権は正義の内容であるとする、正義とは何かが問題となる。現在、liberalismが最有力だが、以下の有力説がある

(ア) 功利主義(utilitarianism)

最も古く、極めて有力。ベンサムらにより、「最大多数の最大幸福」が唱えられた。多数決の結果を正義とする考え方。

a. 日本国憲法への現れ

憲 59「法律案は、この憲法に特別の定のある場合を除いては、両議院で可決したとき法律となる。<sup>25</sup>」

憲 56Ⅱ「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。」

(イ) 自由至上主義(Libertarianism)

---

<sup>23</sup> 『正義論』

<sup>24</sup> <http://note.masm.jp/%CC%B5%C3%CE%A4%CE%A5%F4%A5%A7%A1%BC%A5%EB/>

<sup>25</sup> 天皇の裁可がいないという意味合いがある。

トランプ現米国大統領の考え方。「レッセ・フェール」が keyword。他者の権利を侵害しない限り、最大限の自由を尊重する考え方。

(ウ) 共同体主義<sup>26</sup>

マイケル＝サンデルなど。Common wealth good や virtue を重視する。ロールズ批判から出発し、功利主義から出発している。米国では少数説。

a. 日本国憲法へのあらわれ

憲 13「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。」

(4) 先生の独自説

先生は、人権が経験に基づいて憲法が保障されたと考えている。(経験主義・歴史主義)

ア. 日本国憲法へのあらわれ

憲 97「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、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対し、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」

憲 11「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」

→過去に人権侵害があったことの結果として、現在の人権保障規定があること示唆している。

9. 人権の性質と限界

(1) 人権の性質

ア. 永久不可侵性

時効にかからない<sup>27</sup>という意味。

イ. 固有

本人の意思のよっても、放棄・譲渡できない。

(ア) 固有性の例外

憲 29(財産権)は放棄・譲渡できる。

---

<sup>26</sup> Communitarianism

<sup>27</sup> フランス人権宣言

III<sup>28</sup>「正当な補償」<sup>29</sup>とは、当該財産権の対象に見合う対価のこと。「通常生ずべき損失」も含まれる。

ウ．普遍性

日本国憲法では、普遍性が「普通」という言葉に表れている。

憲 15III「公務員の選挙については、成年者による普通選挙<sup>30</sup>を保障する。」

(2) 人権の限界(☆)：ここまで先生のレジュメと対照が必要

ア．フランス人権宣言に示された限界

他者加害の禁止<sup>31</sup>

John Stuart Mill が、『自由論』<sup>32</sup>(1859) で主張した。

イ．日本国憲法における人権制約の根拠

(ア) 憲 12 後, 13 後

憲 12 後「又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」

ここでいう公共の福祉、とは、他者の人権を指す。

人権は本来、公共の福祉<sup>33</sup>による内在的制約<sup>34</sup>を受けるという考え方が通説である(内在制約説)。これは、宮沢俊義により提唱され、公共の福祉を「人権相互の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理」と捉える説である。しかし、判例によれば、選挙の公正のために選挙運動を規制したり、性道德の維持のためにおいせつ物頒布を禁止したり、上記意味よりも広く公共の福祉に基づく権利の制約を認めている。

(イ) 憲 22<sup>35</sup> I, 29 II

上記二項における「公共の福祉」は、外在的制約(社会経済政策による制約)とされており、(ア)における「公共の福祉」とは区別される。

a. 憲 22

---

<sup>28</sup> フランス人権宣言由来。

<sup>29</sup> just compensation

<sup>30</sup> universal suffrage

<sup>31</sup> harm principle

<sup>32</sup> On Liberty

<sup>33</sup> マイケル＝サンデルが強調。「コード」、「アーキテクチャ」などと呼ばれる。

<sup>34</sup> 他者加害の禁止＝Harm principle(リバタリアニズム由来)

<sup>35</sup> II(外国移住の自由・国籍離脱の自由)「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない。」

判例は、同項を根拠に、海外渡航の自由も認めた。(帆足計事件)

「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転<sup>36</sup>及び職業<sup>37</sup>選択の自由を有する。」

歴史的に、労働力の移動が重要であったことから、居住・移転の自由が経済的自由権の一内容として定められている。判例は、職業選択の自由の一内容として、職業遂行の自由<sup>38</sup>も認めている。

b. 憲 29 II (財産権)

「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」  
財産権とは、「経済的価値のある物を使用、収益及び処分をする権利」である<sup>39</sup>。財産権の一内容として、所有権がある。所有権とは、「自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利」である(民 206)。

財産権は、不可侵とされているが、憲 29 II では公共の福祉による制限が定められている。これは、フランス人権宣言にはない規定であり、弱者保護<sup>40</sup>の規定<sup>41</sup>である。

(3) 権利の類型化とその制約の在り方<sup>42</sup>

ア. 権利の類型化

(ア) 身体の所在

(イ) 経済生活

憲 22

(ウ) 精神生活

憲 26(学習権)

精神的なものが物質的なものを変えと考えられているので、憲法学上特に重視されている。

(エ) 共同生活

a. 憲 21(集会・結社の自由)

---

<sup>36</sup> Right to travel

<sup>37</sup> 「職業」とは、人の「生計維持活動」である。(判例)

<sup>38</sup> 通説では営業の自由とされているが、先生は別の自由として扱うべきだと考えている。

<sup>39</sup> 渋谷説。契約自由の原則も財産権から導かれる。

<sup>40</sup> リベラリズム的

<sup>41</sup> 憲 27 II も同様。

<sup>42</sup> 要教科書チェック

b. 憲 24(婚姻の自由、家族形成の自由)

Association 形成権の一種である。

I「婚姻は、両性<sup>43</sup>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。」

II「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。」

c. 参政権・国賠請求権

選挙権について、先生は 13 歳くらいまで引き下げるべきだと考えている(□)

d. 平等

全ての個別の権利について問題となる。憲法上の権利でなくとも問題となる<sup>44</sup>。

e. 手続き

あらゆる手続きについて問題となる。

c.f. 憲 31

イ. 制約の在り方

(ア)内在的制約

アの四つの権利全てについて存在する。

(イ)外在的制約

アの(イ)のみについて存在する。

経済生活は、社会権に基づく制約を受ける。

ウ. 自己加害の禁止（パターナリズム）の問題

公共の福祉を根拠として、飲酒・喫煙・売春<sup>45</sup>など、自己加害の禁止が許されるか。

かつては未開人、現代では未成年などの権利が制限されてきた。

しかし、原発事故により汚染された地域への立ち入りを禁じているのも、パターナリスティックな権利の制約の一つであり、かかる制約が認められるかが微妙な問題である。

---

<sup>43</sup> 講義内では、家族の在り方は近年急速に変化している点を指摘したが、特にそれ以上の説明はなかった。

<sup>44</sup> 憲法上明文規定のない権利(名誉権・プライバシー権)などは 13 条の幸福追求権から導き出される。

<sup>45</sup> 渋谷説



(4) 違憲審査基準(p. 40)

裁判所が違憲審査権<sup>46</sup>を行使する際、用いられる核心的な論理として、二重の基準論が存在する。

精神的自由の制約は社会的少数派を抑圧する可能性があり、経済的自由の制約は弱者保護の要請がある点に鑑み、上記理論が唱えられてきた。

その理論によれば、精神的自由の制約については合憲性の推定が働かず、合憲であると主張する側に立証責任があるが、経済的自由については、合憲性の推定が働き、違憲と主張する側に立証責任がある。

(5) 人権制約の具体例

再犯可能性の高い性犯罪者に GPS チップを埋め込み、侵入できない区域を設定する。

当該区域に入った時、警察が把握できるようにすることは憲法上問題となるか。

まず、プライバシーの権利<sup>47</sup>(自分の情報を包括的に管理する権利)の制約に当たる。

そして、規制目的(反対利益)は、被害者の性的自由の保護。

手段は、必要最小限である必要がある(比例原則, 憲 13 後)

手段の適合性: GPS の埋め込みが再犯防止に有効か。

10. 人権の享有主体

(1) 外国人の人権共有主体性(p. 41)

外国人とは日本国籍を有しないものを指すところ、第三章の表題が「国民の」とされているため、外国人に人権が保障されるかが問題となる。

ア. 文言説

憲 14「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種<sup>48</sup>、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。」

イ. 性質説

「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」<sup>49</sup>

(マククリーン事件判例, SC S53)

(ア) 判旨

- a. 「外国人は、憲法上、わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されていない。」

---

<sup>46</sup> マーベリー対マディソン事件判決(1803)において、アメリカの最高裁で認められた。

<sup>47</sup> c.f. 外国人の指紋押捺

<sup>48</sup> 公民権運動の名残

<sup>49</sup> 人権規定の効力は、原則外国人に対しておよび、及ばないのはあくまで例外。

- b. 「出入国管理令二一条三項に基づく在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由の有無の判断は、法務大臣の裁量に任されている」
- c. 裁判所は、出入国管理令二一条三項に基づく法務大臣の在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由の有無の判断についてそれが違法となるかどうかを審査するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があつたものとして違法であるとしてすることができる。
- d. 政治活動の自由に関する憲法の保障は、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても及ぶ。
- e. 外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情として斟酌されないことまでの保障を含むものではない。
- f. 上告人の本件活動は、外国人の在留期間中の政治活動として直ちに憲法の保障が及ばないものであるとはいえないが、そのなかに […] 日米間の友好関係に影響を及ぼすおそれがないとはいえないものが含まれており、法務大臣が右活動を斟酌して在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるものとはいえないと判断したとしても、裁量権の範囲を超え又はその濫用があつたものということとはできない。

(2) 主権を持つ「国民」とは何か。

ア. 国民主権の原理

治者と被治者の自同性

被治者を簡便にする手段が「国籍」

(3) 国籍の定め方

ア 憲 10

「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」

これを受けて、国籍法が定められている。

イ 国籍法 2 条 1 号

「出生の時に父又は母が日本国民であるとき。」<sup>50</sup>

<sup>50</sup> 時=when,とき=if c.f. 者=法人と自然人 もの=自然人と法人以外を含む/条件を絞る

血統主義(原則)のあらわれ。女子差別撤廃条約批准に際して(1984)、「又は母」が入れられた。(父母両系血統主義)

ウ 3号「日本で生まれた場合において、父母がともに知れないとき、又は国籍を有しないとき。」

出生地主義(例外)のあらわれ

#### (4) 国籍法違憲判決

民 772 (嫡出の推定)

I 「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」

II 「婚姻の成立の日から 200 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 300 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。」

民 779(認知)「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。」

ただし、判例により、母子関係は出産の事実によって決するとされている。

民 783(胎児又は死亡した子の認知)

I 前「父は、胎内に在る子でも、認知することができる。」

国籍法 5(帰化の要件)

3号「素行が善良であること。」

=犯罪歴がないこと。

民 789(準正)

I 「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。」

#### ③出生後認知

出生後認知された者で、準正された者とされていない者の扱いの違いが争点となった。

国籍法の趣旨

日本と密接な関係を有する者に日本国籍を与えること。

かつて準正は「我が国との密接な結び付きの存在を示す」指標であったが、現在では、合理的理由のない区別として違憲とする。(SC, H20)

## 11. 人権の到達範囲〔7〕

### (1) 憲法規範の名宛人

市民革命では、中間団体<sup>51</sup>(=政府以外の社会的権力)が解体された<sup>52</sup>。

---

<sup>51</sup> ギルド、教会など。

<sup>52</sup> 家族のみが残った。そこで、家族を代表する成人男子のみに選挙権が与えられた。

そこで、政府と私人の関係を規律する規範として憲法が定められた。

(2) 私人間効力

私人と私人の間にどのように憲法上のルールが及ぶか<sup>53</sup>？

この点、通説・判例<sup>54</sup>は、間接効力説をとっている。

同説からは、憲法の趣旨を一般的法律<sup>55</sup>の制定によって具体化するという考え方が唱えられている。

また、間接効力説からは、民法など私法上の法律の規定<sup>56</sup>を通じて、私人間にも憲法規範の趣旨を及ぼすべきという考え方(間接適用説)も唱えられている。

12. 新しい人権

(1) 21 条

ア. 21 条の表現の自由を受け手側から再構成し、同条に基づき「知る権利」が認められると解されている。

例えば、囚人に新聞閲読の自由(不作為請求<sup>57</sup>)が認められる(よど号ハイジャック事件判例)

イ. 取材の自由も、同条に照らして十分尊重に当たるとされている(博多駅事件判例?)

ウ. プライバシー権は、13 条を根拠条文として導かれるとするのが通説であるが、先生は 21 条から導き出されると考えている。

(2) 25 条

I 「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。」

II 「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。」

これに基づき、環境権が導かれるとする説もある。

(3) 24 条

I 「婚姻は、**両性**<sup>58</sup>の合意のみ<sup>59</sup>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。」

---

<sup>53</sup> 無効力説もある(高橋和之東大名誉教授など)

<sup>54</sup> 三菱樹脂事件判例など

<sup>55</sup> e.g. 「人権擁護法案」「人権委員会設置法案」：アメリカの Civil Rights Act〔公民権法，市民的権利に関する法律〕の日本版

<sup>56</sup> e.g. 民 90(公序良俗)「**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。」

<sup>57</sup> 他方、国への情報公開請求は作為請求である

<sup>58</sup> 関連して、同性婚の問題がある。

<sup>59</sup> 戸主の同意がないと婚姻できなかった戦前の制度を改める趣旨

II「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。」<sup>60</sup>

ここから家族形成権が導かれるとする説もある。関連して、女性の再婚禁止期間(2年前に違憲判決が出た。現在は100日に改められている。)や、夫婦別姓<sup>61</sup>の問題も出てきている。

#### (4) 13条(人権の一般法<sup>62</sup>的规定)

ア 技術革新<sup>63</sup>などの社会状況の変化に伴い、人権侵害の態様は変化しており、新しい人権を保障する必要性がある。

また、人権の固有性(憲法11,97)に鑑みると、14条以下の人権カタログは、歴史的に重要な人権を列挙したものにとどまり、保障する人権をこれに限る趣旨ではない。

イ そこで、個人尊重の原則に基づく幸福追求権(13条後段)は新しい人権の根拠となる包括的権利であり、同条から新しい人権が導かれると解する。<sup>64</sup>

もっとも、一般的行為自由説<sup>65</sup>をとると、人権のインフレ化<sup>66</sup>が起きる。

そこで、通説は、人格的生存に不可欠な権利<sup>67</sup>のみ、同条に基づき保障されると解する。(人格的利益説<sup>68</sup>)

ウ そして、現代の情報化社会においては、個人に関する情報が自己の関与しないところで出回ると、個人の人格的自律が害されるから、自己に関する情報を包括的にコントロールする権利たるプライバシー権が、人格的生存に不可欠な権利に当たり、同条に基づき保障されると解されている。

<sup>60</sup> 民法の親族・相続の部分にこれに基づく規定がある。

<sup>61</sup> c.f. 民750「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。」

c.f. 戸籍法74「婚姻をしようとする者は、左の事項を届書に記載して、その旨を届け出なければならない。」

「夫婦が称する氏」などが挙げられているが、憲24「合意のみ」に反しないか。

<sup>62</sup> 一般法と特別法の関係は、「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が優先的に適用される。」という関係である。

例えば、刑235(窃盗)に対する刑236(強盗)など。「暴行又は脅迫を用いて」窃盗をすれば強盗になる。

<sup>63</sup> 情報社会化など

<sup>64</sup> 通説

<sup>65</sup> 無限定説(殺人・泥棒なども含む)と限定説(他者加害行為を除く)に分かれる。

<sup>66</sup> 憲法上の権利が大幅に増え、人権の価値が相対的に低下すること。

<sup>67</sup> 人格権と自己決定権に大別される。

<sup>68</sup> 例えば、髪型の自由は人格的利益に当たるか否か、見解が分かれている。

エ また、社会的評価を低下させられない権利たる名誉権も同条に基づき保障されると解されている。

(5) 13 条以外の条文解釈から導かれる新しい人権

ア. 家族形成権 (24 条) の解釈として考えるべき問題

(ア) 子を産むか否かを決定する権利

刑法 212(一般法)は母体保護法 14(特別法)により骨抜き(?)にされている。

刑 212<sup>69</sup>「妊娠中の女子が[……]墮胎したときは、一年以下の懲役に処する。」

母体保護法 14「[……] 医師 (以下「指定医師」という。) は、次の各号の一に該当する者に対して、本人及び配偶者の同意を得て、人工妊娠中絶を行うことができる。」

そして、同条一号には「妊娠の継続又は分娩が身体的又は経済的理由により母体の健康を著しく害するおそれのあるもの」などが挙げられている。

(イ) アメリカの事例: 合衆国 SC 判決 (1973)

妊娠中絶を規制する州法を違憲無効とする。(7 対 2)

〔理由〕女性の妊娠を継続するか否かの権利が合衆国憲法第 14 修正の権利として保障される **プライバシーの権利** に含まれる。

イ. 同性婚

(ア) 合衆国 SC 判決 (2015)

州政府が同性カップルに対し婚姻許可証を発給しないこと、他州で合法的に認められた同性カップルの婚姻を承認しないことを違憲とする。(5 対 4)

〔理由〕婚姻の権利は憲法が保障する基本的権利であり、[……]国の社会秩序の要となる婚姻につき同性婚と異性婚との間に違いはなく、同性婚を不利に扱う行為は法の平等保護<sup>70</sup>に反し違憲である。

c.f. 家族の「起源を探ることは、不可能に近く、その将来をトすることは、夢に等しい」(我妻栄『親族法』1 頁〔1961〕)

(イ) 日本の判例では、「婚姻の自由」は「十分尊重に値する」とされているにとどまる。

ウ. 情報流通の自由(21 条)から導かれる人権

(ア) プライバシー権(the right to be let alone)

c.f. 「宴のあと」事件・東京地裁判決

---

<sup>69</sup> なお、同条は、殺人罪(199)との関係が問題となっている。この点、日本の刑法の通説的見解は、子どもが母体から一部でも露出すれば、直接子どもに攻撃できるため、殺人罪が成立するとしている。

<sup>70</sup> 日本でいう憲 14

「私事性・秘事性・未知性をみだす情報をみだりに公表することはプライバシーの権利を侵害する。」

※「みだりに」にならない要件

情報の公共性・公益性<sup>71</sup>、公的人物性、本人の同意

「自己情報コントロール権」として捉えられている。

#### エ. 知る権利(21 条から導かれる)

知る権利とは、「情報を受領する権利」である。

情報公開法の制定（2001）に関連して、以下の問題が生じる。

そもそも、政府機関に蓄積された情報は誰のものか。

この点、公文書管理法 1 条は、「この法律は、[...]公文書等が、健全な民主主義の根幹を支える国民共有の知的資源として、主権者である国民が主体的に利用し得るものであることにかんがみ、[...]行政が適正かつ効率的に運営されるようにするとともに、国及び独立行政法人等の有するその諸活動を現在及び将来の国民に説明する責務が全うされるようにすることを目的とする。」と定めている

そうすると、知る権利は、作為請求権ではなく妨害排除請求権として捉えるべきである。

また、特定秘密保護法（2013）については、下記の問題がある。

- ① 原則（＝公開）と例外（＝非公開）の逆転: 永久に秘密とできる
  - ② 恣意的な運用を許容する
  - ③ 取材活動の萎縮
- 密告・監視社会へ、真理の探究意欲の萎縮

オ. 以上のように様々な人権が 13 条以外から導けるところ、13 条固有の権利として残るものは生命に関する権利くらいであると、先生は考えている。

### 13. 法の下での平等

#### (1) 条文の性質

あらゆる人権や人権ではない権利・利益について問題となる。

#### (2) 人格価値の平等と人格の自由な展開

身分社会とは異なり、人は全て人格価値において平等とされている。

また、憲 26 は、人が能力において差異があることを前提にとしている。

#### (3) 形式的平等と実質的平等

ア. 形式的平等

機会の平等

イ. 実質的平等

---

<sup>71</sup> 公表目的の公益性だと思われる。

結果の平等(ある程度の結果を保証する)

条件の平等(affirmative action<sup>72</sup>: 積極的差別是正措置)

(4) 14 I 解釈

「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。」

「法の下に平等」

法内容の平等と法適用の平等の両方を含意する

「社会的身分」

人が継続的に占めている、自由に抜け出すことができない社会的地位

「政治的、経済的又は社会的」

あらゆる領域において、という意味

(5) 憲 44

「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない。」

教育<sup>73</sup>: もともと、literacy test による黒人の排除を念頭に入った。

(6) 絶対的平等と相対的平等

絶対的平等が原則。

差異を設けることが合理的な場合、「相対的平等」が例外的に要請される<sup>74</sup>

(7) 平等に関する具体例

ア. 所得税（相対的平等）、消費税（絶対的平等）（p. 82）

所得税の根拠として、富の再配分が挙げられる。

イ. 尊属殺重罰規定違憲判決<sup>75</sup>（p. 218）

刑 199（普通殺人罪）と刑 200（尊属殺人罪）

刑 200「自己又ハ配偶者ノ直系尊属ヲ殺シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」

（ア）尊属(系譜上自分より上の世代)⇔卑属

（イ）直系(直接系図をたどれる関係) ⇔ 傍系

---

<sup>72</sup> 合衆国最高裁で、medical school の入学者選抜において、有色人種と白色人種が同じ成績であった場合、前者を優先的に入学させる措置が平等原理に反するか問題となった。

この件について、裁判所は、「社会における構造的差別の是正」という観点から、上記措置は合憲と判断した。

類似の事例としては、日本の男女共同参画基本法(positive action)がある。

<sup>73</sup> 日本の自書式投票（投票するために日本語を書く力が必要）との関係で問題となりうる

<sup>74</sup> 区別することの目的、目的のために設定された手段の妥当性、目的と手段の整合性が説明されねばならない

<sup>75</sup> 刑法は国の基本的な法であるにも拘らず、その一つが違憲無効と判断された異例の判決



(ウ) 刑の減軽 (⇔加重, 減刑ではない)

a. 法律上の減軽 刑 42・刑 43 等

b. 酌量〔裁量〕減軽 (刑 66)

c. 減軽の方法

刑 68「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。」

「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。」(2号)

「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。」(3号)

d. 執行猶予 (⇔実刑)

「次に掲げる者が三年以下の懲役[...]の言渡しを受けたときは、情状により、[...]その刑の全部の執行を猶予することができる。」(刑 25)

(エ) 判決

a. 多数意見(8人)

立法目的(尊属に対する尊重報恩)に合理的根拠はあるが、立法目的達成手段に合理的根拠なし。

b. 少数意見(6人)は、「一種の身分制道德の見地に立つ」とする。

(オ) 違憲判決後、検察は 200 条で起訴しなくなった。

しかし、刑 200 が削除されたのは、細川政権になってから。

ウ. 男女の再婚禁止期間<sup>76</sup>の区別 (p. 84)

(ア) 旧民 733 I (再婚禁止期間)

「女は、前婚の解消又は取消しの日から 6 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。」

(イ) 民 772 (嫡出の推定)

I 「妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。」

II 「婚姻の成立の日から 200 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 300 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。」

立法目的は、父子関係の紛争の防止(子どもの法的身分の安定)

最大判(H27)は、100 日を超える部分は違憲無効と判断し、その結果 H28 に改正(公布・施行)された。

---

<sup>76</sup> C.f. 民 138(期間の計算の通則)「期間の計算方法は、法令若しくは裁判上の命令に特別の定めがある場合又は法律行為に別段の定めがある場合を除き、この章の規定に従う。」

民 140「日、週、月又は年によって期間を定めたときは、期間の初日は、算入しない。ただし、その期間が午前零時から始まるときは、この限りでない。」

なお、年齢計算ニ関スル法律「年齢ハ出生ノ日ヨリ之ヲ起算ス」

エ. 夫婦同氏（同姓）強制条項の合憲性

民 750「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。」<sup>77</sup>

最大判(H27)

(ア) 人格権(憲 13<sup>78</sup>)を侵害するか

「家族は社会の自然かつ基礎的な集団単位」なので、個人の呼称の一部である氏をそれが属する集団を想起されるものとして1つに定めることに合理性がある

(イ) 法の下での平等(憲 14)

文言上性別に基づく差別的取り扱いを定めてはいない

(ウ) 婚姻の自由

婚姻を直接制約してはいない

オ. 非嫡出子法定相続分規定違憲判決 (p. 221)

(ア) 旧民 900 5 号但書き

「ただし、嫡出でない子<sup>79</sup>の相続分は、嫡出である子の相続分の 2 分の 1 とし……」

(イ) 判例

最高裁は 1995 年に合憲としたが、2013 年に違憲<sup>80</sup>とする<sup>81</sup>。

【理由】 子の意思によって選択・修正できない事柄を理由とする不利益であり、個人の尊重に反するので、合理的根拠なし。

(ウ) 法令違憲判決に伴う付随的論点

判決の効果は当該事件のみに及ぶ（個別的効力説<sup>82</sup>）

他の同様の事案との均衡をどのように保つか。

「先例としての事実上の拘束性」として言及

(エ) 現民 900

「同順位の相続人が数人あるときは、その相続分は、次の各号の定めるところによる。」

---

<sup>77</sup> 家制度の名残。

<sup>78</sup> 包括的基本権

<sup>79</sup> 認知されている子

<sup>80</sup> 全員一致

<sup>81</sup> 判例変更

<sup>82</sup> 通説⇔一般的効力説

- 1号「子及び配偶者が相続人であるときは、子の相続分及び配偶者の相続分は、各2分の1とする。」
- 2号「配偶者及び直系尊属が相続人であるときは、配偶者の相続分は、3分の2とし、直系尊属の相続分は、3分の1とする。」
- 3号「配偶者及び兄弟姉妹が相続人であるときは、配偶者の相続分は、4分の3とし、兄弟姉妹の相続分は、4分の1とする。」
- 4号「子、直系尊属又は兄弟姉妹が数人あるときは、各自の相続分は、相等しいものとする。ただし、父母の一方のみを同じくする兄弟姉妹の相続分は、父母の双方を同じくする兄弟姉妹の相続分の2分の1とする。」

#### 14. 精神的自由権(☆)

##### (1) 精神的自由権を保障する条文

###### ア 憲 19

内心（内面的精神活動）の自由の一般法的規定

「思想及び良心<sup>83</sup>の自由は、これを侵してはならない。」

###### イ 憲 21

表現（外面的精神活動）の自由の一般法的規定

I 「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。」

###### ウ 憲 20

宗教についての特別法的規定

I 前「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」<sup>84</sup>

I 後「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<sup>85</sup>を行使してはならない。」<sup>86</sup>

II 「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。」

<sup>87</sup>

III 「国及びその機関<sup>88</sup>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。」

<sup>89</sup>

###### エ 憲 23(学問の自由)

学問についての特別法的規定

「学問の自由は、これを保障する。」

---

<sup>83</sup> 諸外国では宗教的信仰を言うが、日本では宗教的信仰を指さない。

<sup>84</sup> 人権保障

<sup>85</sup> 統治権の一部をいう。e.g. 徴税権

<sup>86</sup> 政教(=政府と宗教又は宗教団体)分離規定。制度的保障

<sup>87</sup> 人権保障

<sup>88</sup> 地方公共団体も含まれる c.f. 愛媛県玉串料訴訟

<sup>89</sup> 政教(キリスト教国でいう state and church)分離規定。制度的保障

学問とは、「真理の体系的・論理的・実証的<sup>90</sup>な探究」

法学においては、説得力(e.g.論理一貫しているか)が重要

オ 憲 26 (学習権)

内心の形成にかかわる権利

I 「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。」

II 「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<sup>91</sup>は、これを無償とする。」

経済生活と精神生活の両方に関わる権利。

(2) 思想・良心の自由〔10〕

ア. 問題状況

(ア) 日の丸・君が代問題(87~)

そもそも、国旗・国家は強制するものか。<sup>92</sup>

(イ) 公権力が背景にあるか否か

例えば、強制する主体が政府なら思想・良心の自由を侵害するという考え方がある。

イ. 思想・良心とは？

心の三層構造

(ア) 心の中にあるものすべて

(イ) 内心におけるものの見方・考え方<sup>93</sup>

(ア) から事実の記憶を除いたもの。

証言の拒否はできない。

ただし、憲 38 I 「何人も、自己に不利益な供述を強要されない。」<sup>94</sup>

(ウ) 価値観・信条

(エ) 学説

(イ)+(ウ)を保障 内心説 (多数説)

(ウ)のみを保障 信条説 (判例<sup>95</sup>?)

---

<sup>90</sup> 再現可能性

<sup>91</sup> 読み・書き・そろばんから始まった。経済的自立の基礎の提供。

<sup>92</sup> アメリカでは強制したら違憲

<sup>93</sup> (宮沢俊義東大名誉教授)

<sup>94</sup> 自己保存の権利から導かれる(渋谷)

<sup>95</sup> c.f. 君が代・日の丸訴訟

ウ．何が禁止されるか？

①不利益処遇，②告白強制<sup>96</sup>，③特定思想の強制<sup>97</sup>

エ．教育の機能

知識と技能を向上させる。

(ア)個人的機能

経済的自立、精神的自律

(イ)社会的機能

社会秩序を維持する

(ウ)国家的機能

国家で一体感を醸成するなど

2006 年の教育基本法(p.88)改正の意味

個人尊重を基調とする憲法の問題に照らせば、旧法の方が良い。(先生の見解)

### (3) 信教（宗教）の自由〔11〕

ア．宗教の定義

「超自然的、超人間的の本質<sup>98</sup>の存在を確信し、畏敬崇拝する心情と行為」

(津地鎮祭事件<sup>99</sup>高裁判決)

イ．保障する意義

(ア)人間の精神生活の根源と関係しており、互いの信仰を尊重することが、社会秩序維持にとっても重要。

(イ)旧憲法下の「国家神道」の教訓

江戸幕府の仏教を排斥し、明治新政府が神道を利用、国民を戦争に動員する政治的道具として利用した。

ウ．宗教と政府（国家）との関係（4 類型）

①祭政一致<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> 署名運動、踏絵など

<sup>97</sup> E.g. 教育勅語、尊属殺規定(儒教)。道徳の教育を通じた or 法的強制

<sup>98</sup> E.g. 神、霊

<sup>99</sup> 裁判所法 3 I 「法律上の争訟」とは、「法律関係及び権利・義務の存否に関する争訟であつて、法令を適用することにより終局的に解決できる争訟」を言う(通説)。  
そして、右争訟、すなわち主観訴訟が日本では原則とされているが、例外的に「法律において特に定め」られている住民訴訟の形で提起された訴訟であった。

<sup>100</sup> E.g. シャーマニズムにより統治した邪馬台国の政治

②国教制度<sup>101</sup>

③特定の宗教に特典を付与<sup>102</sup>

④政教分離

※ laïcité (フランス), establishment clause (アメリカ, 国教樹立禁止条項)

エ. 日本国憲法の考え方

(ア) 信教の自由 (=人権保障)

20条1項前段・2項

(イ) 政教分離原則 (制度的保障=(ア)を担保する手段)

憲20Ⅰ後、憲20Ⅲ、憲89<sup>103</sup>で保障されている。(○)

宗教は社会に定着・浸透しているところ、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。

そこで、中立性が求められる。

a 違憲審査基準 「目的・効果基準」(p.102~)(○)

①目的が①宗教的か, ②世俗的か

i. e.

②宗教への援助・助長・促進または圧迫・干渉に③なるか, ④ならないか<sup>104</sup>

日本の判例は、①かつ③のとき、違憲としている。<sup>105</sup>

b 津地鎮祭違憲訴訟 (1977) (○)

①かつ④と当てはめをしたうえで、合憲とした。

c 愛媛玉串料訴訟 (1997)

①かつ③<sup>106</sup>と当てはめをしたうえで、違憲(13人の多数意見)とした。

d 首相の靖国神社参拝はどうか?

20Ⅲ違反か。

首相の靖国神社参拝は、「他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を引き起こす」から、同項違反である。

c.f. 門松(常緑信仰)やクリスマスツリーも、習俗か否かグレーである。

---

<sup>101</sup> E.g. イギリス国教。革命後、カトリックの王族は王になれなかった。王は、the Anglican Church の長とされた。

<sup>102</sup> E.g. バチカン市国におけるコンコルダート

<sup>103</sup> 「公金その他の公の財産は、宗教上の組織若しくは団体の使用、便益若しくは維持のため、[...]これを支出し、又はその利用に供してはならない。」

<sup>104</sup> 「お墨付き (endorsement)」となるか否か

<sup>105</sup> アメリカの判断枠組は、① or ③ →原則違反

<sup>106</sup> 「他の宗教団体とは異なる特別のものであるとの印象を与え、特定の宗教への関心を引き起こす」とし、お墨付きを、効果の判断材料とした。

(4) 表現の自由〔12〕

ア 憲 21

I 「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。」

II 「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。」

イ 表現とは何か

「人の内心における精神作用を，方法の如何を問わず，外部に公表する精神活動」  
(佐藤幸治<sup>107</sup>)

⇒「他者が理解できる意味内容（メッセージ）をもつ情報<sup>108</sup>を発信する行為」とすべきではないか。

ウ 「表現の自由」が保障するもの

情報の流通にかかわるすべての行為の自由<sup>109</sup>

①情報の収集（取材）<sup>110</sup>，②情報の分析・構成（編集・創作など），③情報の発信（出版・放送など），④情報の受領<sup>111</sup>

⑤自己情報がその意に反して取得・蓄積・加工・提供されない＝自己情報コントロール権（プライバシーの権利）<sup>112</sup>

エ 機能(p.109～)

情報は人間のすべての行動の基盤になる。

(ア)自己実現（self-fulfillment）（☆）

(イ)自己統治（self-government）（☆）

(ウ)思想の自由市場(J.S.ミル）（☆）

真実への到達に資する。

(エ)社会の安定

不満の安全弁

(オ)その他

情報は公共財，寛容な社会

オ 性表現の規制

(ア)刑 175

---

<sup>107</sup> 芦部先生の前に最も影響力を持っていた先生

<sup>108</sup> 思想・良心(憲 19)より範囲が広い

<sup>109</sup> 情報流通の自由、情報の自由。

<sup>110</sup> 取材の自由。判例は、「憲法の問題に照らし尊重に値する」とするにとどまるが、通説は憲法により保障されると解する。

<sup>111</sup> 知る権利＝表現の自由の受け手の側からの再構成

<sup>112</sup> 渋谷

「わいせつな文書、図画<sup>113</sup>、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布<sup>114</sup>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。」

(イ)「わいせつ」(刑 175)の定義<sup>115</sup> (○)

「徒らに性欲を興奮し又は刺戟せしめ、且つ普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」

「風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品」(関税法 69 の 11 I 7 号)

(ウ)制約根拠

「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持」<sup>116</sup>

- ①青少年の健全発育
- ②性犯罪を助長
- ③女性差別の助長
- ④知りたくない自由の保護

(エ)参照

私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律(H26)

カ 差別的表現

(ア)ヘイトスピーチの定義

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

(イ)「名誉<sup>117</sup>毀損」(刑 230)・「侮辱」(刑 231)との違い(○)

名誉毀損、侮辱では対象者が特定されているのに対して、ヘイトスピーチでは対象者が特定されていない。そのため、前二条ではヘイトスピーチを処罰できない。

a 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。」

b 刑 231(侮辱)

「事実を摘示しなくても<sup>118</sup>、公然と人を侮辱した者は、拘留又は科料に処する。」

---

<sup>113</sup> とが

<sup>114</sup> はんぷ。無償頒布の話。有償については 2 項参照。

<sup>115</sup> 戦前から引き継がれている。

<sup>116</sup> チャタレイ事件判決(最大 S32)

<sup>117</sup> 社会的評価

<sup>118</sup> 「事実を適示しないで」と解するのが判例・通説。



(ウ) 法律等で禁止できるか？

一方で、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と言われる。他方で、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) によって対処すべきと言われる。

(エ) 人種差別撤廃条約

a 「人種差別」の定義

1 I 「人種、皮膚の色、世系又は民族的若しくは種族的出身に基づくあらゆる区別、排除、制限又は優先であって、政治的、経済的、社会的、文化的その他のあらゆる公的生活の分野における平等の立場での人権及び基本的自由を認識し、享有し又は行使することを妨げ又は害する目的又は効果を有するもの」

4 条では、「人種的優越又は憎悪に基づく思想の流布、人種差別の扇動等の処罰義務」を規定している。

b H28 には、本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律が制定された。

## 15 人身の自由〔13〕

### (1) 刑事手続上の権利(憲 32～40)

#### ア 被疑者と被告人<sup>119</sup>

起訴 (= 公訴の提起〔刑訴 247<sup>120</sup>〕) の前が被疑者、起訴後は被告人

#### イ 刑訴 248(起訴便宜主義)

「〔…〕訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。」

#### ウ 憲 33

「何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。」

#### (ア) 刑訴 212 I (現行犯)

「現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。」

#### (イ) II (準現行犯)

「左の各号の一にあたる者が、罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。」

1 号「犯人として追呼されているとき。」

2 号「贓物<sup>121</sup>又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持しているとき。」

<sup>119</sup> マスコミ用語でいう容疑者と被告

<sup>120</sup> 「公訴は、検察官がこれを行う。」

<sup>121</sup> ぞうぶつ。盗まれたもの。

3号「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡があるとき。」

4号「誰何<sup>122</sup>されて逃走しようとするとき。」

(2) 令状主義

ア 憲 35

「何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。」

捜査活動に裁判官によるコントロールを及ぼす趣旨。

①逮捕(憲 33)

②侵入、③搜索、④押収(憲 35)

①現行犯(刑訴 212)

②③④「住居の不可侵」、プライバシー権？

(3) 裁判員制度

①原理的問題<sup>123</sup>はあまり検討されていない。

②被告人・③裁判官・④裁判員<sup>124</sup>の視点からの問題

(4) 死刑制度(△)

※ 憲法は死刑をどのように位置づけているか？

16 経済的自由権

(1) 財産権〔14〕

ア 内容

財産に対するすべての権利

イ 見方の変化

不可侵（29 条 1 項）と正当な補償（just compensation, 3 項）

↓ （19 世紀末～20 世紀初頭）

財産権の社会性＝法律による制限の許容（2 項）

ウ 補償の有無の判定基準

「特別の犠牲」か否か。

(2) 生存権〔15〕(△<sup>125</sup>)

---

<sup>122</sup> すいか

<sup>123</sup> 一般人が先入観を持って裁判に関わることによる判断の誤り・厳罰化(実際起きている)等。

<sup>124</sup> 憲 18「何人も、[…]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。」

<sup>125</sup> ほぼ触れていない

ア 歴史

恩恵から権利へ

イ 分類

- ① 社会保険 拋出制（財源は本人の保険料）
- ② 公的扶助 無拋出制（財源は主として税金）

ウ 法的効力

裁判で請求できるか？

17 参政権〔16〕（△<sup>126</sup>）

(1) 参政権

政府の政策形成過程に参加する権利

(2) 選挙権

公務を担当する者を指名，選定または選任する権利

※ 条文上の根拠 15 条 1 項・3 項，43 条，44 条但書き（判例）

(3) 選挙の諸原則

- ① 普通選挙 ⇔ 制限選挙
- ② 平等選挙 ⇔ 差等選挙
- ③ 秘密選挙（投票） ⇔ 公開選挙（投票）
- ④ 自由選挙（投票） ⇔ 矯正選挙（投票）
- ⑤ 直接選挙 ⇔ 間接選挙

(4) 投票価値の不平等が違憲となる場合

① 投票価値の平等（計数的要素）＋ ② 合理的期間の経過（時間的要素）

※ ①のみが違反のとき → 「違憲状態」というが，結論は「合憲」と同じ

18 統治の基本原則

(1) 権力分立原理〔17〕

ア 権力分立思想

権力を分離・分割して分掌させる

→ 相互の牽制によって権力の恣意的行使を抑制

権力への不信が背景にある。

イ 制度設計の方向

- ① 分離・均衡（職権の不可侵）
  - ② 協調・抑制（議会解散権と内閣信任権）
- 大統領制は①に，議院内閣制は②に重点がある。
- ※ 裁判所による政治部門の暴走の抑止が重要

---

<sup>126</sup> ほぼ触れていない

(2) 民主主義とその限界〔18〕

「①government of the people〔＝正統性（legitimacy）の側面（理念）〕, ② by the people〔＝権力性の側面（現実）〕, ③for the people〔＝目標の側面〕」 ⇒ 憲法前文 1 項

ア 分析

①主体	②過程	③目標
「国民」	議論（討議・熟議）	正義の具体化
（直接民主政）	（deliberative democracy）	個人の尊重（憲 13）
⇔選挙	+ 多数決原理（主義）	
↓		
「代表者を通じて行動」（前文 1 項）（＝間接民主政）		

イ 民主主義の理解

（ア）過程プラス実体説 ①+②+③  
 （イ）純粹過程説（通説） ①+② ③は立憲主義の領分<sup>127</sup>  
 →最高裁以下の裁判所に「違憲審査権」を付与

(3) 天 皇〔19〕

ア 地位の変更

主権者かつ統治権の総攬者（明治憲法 1 条・4 条）  
 → 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。  
 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

イ 「女性天皇」論議の前提問題

明治憲法 2 条「皇位ハ皇室典範ノ定ムル所ニ依リ皇男子孫之ヲ繼承ス」  
 ↓あまり変わっていない  
 憲 2「皇位は、世襲<sup>128</sup>のものであつて、国会の議決した皇室典範の定めるところにより、これを繼承する。」  
 ↓これを受けて制定  
 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。」<sup>129</sup>  
 皇室典範 1 条は、憲 14 の例外と解される。  
 そのため、「性別による差別禁止」（憲 14 I）で違憲と判断することはできない。  
 ↓そこで、  
 憲 1「天皇[…]の地位は、主権の存する日本国民の総意に基く。」  
 →女系/性天皇を認めるか否かも、国民投票で決すべき(渋谷)

<sup>127</sup>立憲主義と自由主義は対抗概念

<sup>128</sup> 血統に基づく地位の承継。

<sup>129</sup> 伝統的に、男系男子が皇位を繼承しており、女性天皇はあくまで例外である。

- ウ 国事行為と私的行為の中間領域（公的行為）  
象徴としての行為（象徴行為）？  
国事行為の解釈としてその限界を考えるべき

(4) 平和主義〔20〕(p. 183~)

ア 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」

(ア)「国」の解釈

①領域、②政府、③定住者のいずれか？

実際、自衛権は、国民というより政府を防衛するために行使された例が多い。

(イ)行使の三要件<sup>130</sup>(○)

①違法性（急迫不正の侵害）

②必要性（他に手段がなくやむをえない）

③均衡性（必要最小限度）<sup>131</sup>

※ 2014 年 7 月の閣議決定

①の侵害の対象を「我が国」と「我が国と密接な関係にある他国」とし<sup>132</sup>、当該侵害によって「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険があること」を違法性の判断基準とした。

イ 個別的自衛権と集団的自衛権

個別的自衛権: A 国が B 国攻撃した場合、B 国が反撃する権利

集団的自衛権: A 国が B 国攻撃した場合、B 国と同盟を結ぶ C 国が反撃する権利

(ア)集団的自衛権は「固有の権利」か。

この点、国連憲章 51 条では、

「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して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、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。[…]

と定められているものの、下線部は、歴史的に西側諸国が南米諸国を東側諸国から防衛することの根拠として入れられた文言である点に鑑みれば、集団的自衛権は「固有の権利」ではないと解される。

---

<sup>130</sup> 刑 36(正当防衛)の三要件を流用している

I 「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。」

II (過剰防衛)

「防衛の程度」

<sup>131</sup> 自衛権行使の限界を画する要件と見ることができる。

<sup>132</sup> 刑 36 の「他人の権利を防衛」に対応

(イ) 砂川事件・最高裁判決は認めているか？

長沼一審: 違憲

砂川一審: 違憲

ただし、自衛権は認めた

c.f.

最高裁は在日米軍を「明確に違憲」ではないとしている。(砂川事件判例？)

自衛隊については判断していない。

(ウ) 閣議決定による解釈変更によって集団的自衛権<sup>133</sup>容認は可能か？

できない(通説)

ウ 憲 9(戦争の放棄)の解釈 (☆)(p. 184~)

I 「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求<sup>134</sup>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<sup>135</sup>は、国際紛争を解決する手段としては<sup>136</sup>、永久にこれを放棄する。」

※戦争の目的には、①侵略と②自衛がある。

エ II (戦力の不保持)

(ア) 前(非武装主義)

「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。」

戦後当初の政府見解では、軍事力が「戦力」と解され、IIは警察力の保持のみを認めているとされた(二分法)。現在では、自衛力が観念され、自衛力を除いた軍事力を「戦力」<sup>137</sup>と解されている(三分法)。

(イ) II 後

---

<sup>133</sup> 政府見解では、戦後ずっと認められてこなかった。

<sup>134</sup> 理念

<sup>135</sup> 国連憲章 2 条

<sup>136</sup> 不戦条約の影響。

c.f. フーゴー・グローティウスは、1625 年に『戦争と平和の法』を発表、歴史上初めて違法な戦争と適法な戦争を区別し、後に国際法の祖とされた。これに対して、絶対王政の成立後は、「戦争の自由化」がなされたが、一次大戦の反省を踏まえ、1928 年に不戦条約が締結された。

<sup>137</sup> 他国に侵略的脅威を与える攻撃的武器。

性質上相手国国土の壊滅的破壊のみに用いられる武器。

「国の交戦権は、これを認めない。」

「交戦権」とは、「戦争を行う権利<sup>138</sup>」(戦争権説)ではなく、「交戦者の権利<sup>139</sup>」、すなわち「相手国兵力を殺傷・破壊する権利」、「占領行政権」や「中立国の船舶を拿捕する権利」など(戦時ルール説)。

---

<sup>138</sup> jus ad bellum

<sup>139</sup> jus in bello