

法学部第三学期専門科目 憲法

With 憲法学の鬼才 石川健治教授

また、憲法の
時間が
やっ
てきて
しま
いま
した
(笑)



はじめに

- このシケプリは、石川健治教授の法学部第三学期専門科目、「憲法」の授業のシケプリです。
- シケタイ制度関係なしに個人が作成したものです。
- 法学部として初めての6単位分の授業かつ難解な授業内容、シケプリの不在をなんとかしようとしたものになります。

- 39 回にも及ぶ授業内容を全て理解する時間やまとめる労力はすごいので、教科書である芦部信喜『憲法』の中で、筆者が授業に出ていて大事そうだなと思った部分を抜粋して解説している形になっています。
- このシケプリだけでは、高得点は難しいでしょう。現に筆者は想定以上に死亡しました。しかしながら、大事なところを押さえる構成にはしているつもりなので、教科書を読む際、試験勉強をする際にお役立ていただけると幸いです。
- 六法や判例集などは参照していません。適宜参照してください。判例集の方がよくまとまっている可能性が高いので、今回シケプリ内で紹介してある判例は時間があれば一読しておくといいいことがあるかもしれません。
- 誤字や脱字はなおしましたが、あるかもしれません。また、間違っている内容があるかもしれません。申し訳ないですが、そこはスルーしてください。

試験について

- 2017 年・2018 年の試験は、試験時間は 120 分。大問が 3 つで、第 1 問が短い文章が出てそれを自由に評論せよという問題、第 2 問が事例問題で小問が 2 つ、第 3 問が用語説明で、3 つのうち 2 つを解答する形で 50 点×2 の 100 点満点です。
- 第 1 問がわけわからないという人が多いので、第 2 問と第 3 問を解くという人が多いみたい。筆者は第 2 問がわからなかったので、第 1 問と第 3 問で挑みました。
- 講義は難しいけれども、採点は甘いらしい。何か書けば単位はくれるらしいので、とにかくビビらずに受けに行くことが肝要らしい。
- 過去問については法学部の HP から UTokyo の Wi-Fi に接続している時のみダウンロードできるので、過去の問題が気になる人はチェックしてみよう。

目次

はじめに	1
試験について	2
目次	2
第一部 総論	3
第 1 章 憲法と立憲主義	3

第2章 日本憲法史	4
第3章 国民主権の原理	6
第4章 平和主義の原理	7
第二部 基本的人権	8
第5章 基本的人権の原理	8
第6章 基本的人権の限界	10
第7章 包括的基本権と法の下での平等	13
第8章 精神的自由権（一） 内心の自由	16
第9章 精神的自由権（二） 表現の自由	18
第10章 経済的自由	25
第11章 人身の自由	27
第12章 国務請求権と参政権	27
第13章 社会権	28
第三部 統治機構	31
第14章 国会	31
第15章 内閣	33
第16章 裁判所	33
第17章 財政・地方自治	35
第18章 憲法の保障	36

第一部 総論

第1章 憲法と立憲主義

国家概念

国家には様々な見方がある、社会学的に見ると国家3要素説（領土と国民と主権（国権とも）から国家ができているとする）となり、法学的に見ると国家法人説となる（国家法人説については後述）。

形式的・実質的な憲法

憲法には条文に書いてあること（文字面）を意味する形式的な意味での憲法と、内容を重視する実質的な意味での憲法がある。形式的な憲法にはあまり重要なことはなくて、実質の方が大事。実質の意味の憲法には、権力の作用や関係を規律する固有の意味での憲法と、政治権力よりも人権を保障しようという立憲の意味での憲法がある。立憲の意味が一番大事。憲法が公権力に対する法であることから当たり前だね。

法段階説

形式的に憲法というものはあらゆる法の頂点であり、その下に法律や命令、処分が続くというようにピラミッド状になっているという説。これによると、下に行くほど具体的で、上を支えている根拠となる。縁の下の力持ちといったところか。なお、条約は憲法の下、法律の上と解されており、条例はかつて自主制定法として法律でさえもなかったが（大学の学則と同じような扱い）、最近では法律に準ずるものとして理解されている。

立憲主義の変遷

立憲主義が確立する前、自由主義が蔓延していた時には、経済学的な自由競争で調和が達成されるという説が有力で、国家の干渉を嫌った。つまり、自由競争に任せればうまく行くのだから、国家はむやみに介入せずに社会の最低限の治安維持くらいでええんや、ということで消極国家とか夜警国家とか言われていた。しかし、自由競争の状態を放ったらかしにしてしまった結果、貧富の差が拡大して自由だ、自由だといっても貧乏な人にとっては「空腹の自由」だったり「貧困の自由」でしかなくなってしまった。流石にそれはまずいだろうということで、自由や生存を確保するには一定程度の干渉が必要だということになって、積極国家とか福祉国家と言われる国家に変化していった。形式的平等ではなく実質的平等にしようということ（なお、健治さんは実質的自由について、宮沢先生を引用して「ヨーイドン！で競争するのではなく、あくまで一番足の弱い人に合わせて横断歩道を渡る」という、わかりやすいような、わかりにくいような例を出した）。

第2章 日本憲法史

法律の留保

法律の留保というのは、「法律の定める範囲内において」ということ。つまり、行政が何をしてもいいわけではなくて、法律という網で審査（留保）させてもらいますよということ。この言葉は従来、国民の権利・自由を勝手に行政が制限することは許されないので、立法の判断を仰ぐべきという意味で使われていた。つまり、権利を保護する肯定的な言葉であった。しかし、今では、元の意味を逆手にとって「法律に基づいているのであったら、なんでも権利は制限してもええんやで！」という意味で使われるようになってマイナスのイメージで使われることが多い。

国家法人説と天皇機関説

先ほど出てきた国家法人説だが、これは国家というのは会社や大学みたいな一種の法人であるとみる説。どういうことかということ、国家が法人だということは、君主や裁判所などは法人の中の「機関」でしかなく（会社には取締役、理事みたいな機関があるのと同じように）、機関の決定が法人の全体時の決定になるのだということの意味した。

これに伴う天皇機関説は、君主（天皇）が統治権の総攬者であった戦前に「国体」に反するとされた。天皇機関説と国体の何が違うのだろうと不思議ではあるが、天皇を神格化していた戦前に「天皇＝機関」とされたのが気に入らなかつたのだろうか。結局、この説の代表者の美濃部は国立大学の教授という職（昔は国家公務員）を国家から奪われるという事件になった（天皇機関説事件）。ここから学問の自由を主張する動きが強まった（学問の自由については後述）。

八月革命説

日本国憲法は、その趣旨があまりにも明治憲法とは違うという理由、とりわけ明治憲法下で大事だとされた「天皇主権」から「国民主権」への主権の転換が明治憲法を改正しただけでは変更できないはず（根本規範であって、憲法改正でも変えられないものとされていた。今で言う人権保障みたいなもの）という理由で、筋が通らないのでは？ということになった。そこで提唱されたのがこの説。つまり、ポツダム宣言を受諾した段階で、法的に「革命」があって、明治憲法を根本から変えてしまったのだということ。この説によって、明治憲法から完全に分断したわけではなくて、中身が全部変わったのだということが言えるようになって一応つじつまが合うなということになった。複雑だけれど、形式的には改正したということになっていて、実質的には全く新しくできた民定憲法ということになっている。

法源

「法の存在形式」という意味で使われる言葉。日本では、多くの法源は成文法源（客観法＋主観法）であるものの、時代の要請で常に変わり続ける「生ける法」的な性格ももちろんある。この意味で、イギリスの習律のような不文法源も日本にはあるとされている。

第3章 国民主権の原理

主権の意味

主権の意味には3つあって、統治権（国家権力そのもの）・最高独立性（本来の主権の意味）・最高決定権（国のあり方を最終的に決定する権利）がある。

現在の天皇制

現在天皇は「象徴」とされている。これは今も昔も変わらないわけだが、戦前は統治権の総攬者という性格が前面に出ていたため象徴性が霞んでいた。国民主権になった今、象徴としての側面がやっと出てきたに過ぎないのであって、戦後出てきたものではないことに注意。

天皇の行動範囲

天皇は4条に国事行為のみを行う規定があるが、国事行為とは政治に関係のない儀式みたいなものを指すと考えるのが自然である。しかし、国会の開会宣言などの公的行為もやっている。これをどう解釈するのかが争われた。そこで言われたのが、公的行為は象徴として行なっていることであり（象徴的行為）、公的行為は「象徴性を維持するために必要な行為」とであると解されるようになった（象徴行為説）。ここでは国事行為は機関的行為となる。もしくは、天皇は公人（public figure）であるのだから、公的行為をして何が悪い！という公人行為説も説かれた。さらにさらに、公的行為なんてものではなくて、全部国事行為なのだ！という国事行為説もある。健治さんは、象徴行為説で授業中に説明した気がする。

権能行使の要件

天皇の国事行為は4条で、具体的には6、7条で定められており、それらには内閣の助言と承認が必要とされ、責任は内閣が負うとされている。つまり天皇は無答責（責任の追及がない）。すると、じゃあ誰が実質的に国事行為を決定しているのかということ（実質的決定権の所在）が問題となるが、これについてはバラバラしている。中でも、国会の解散がかなり問題となる。国会の召集は天皇となっており（7条）、臨時会は内閣となっており、召集については決められている以上争いはない。しかし、解散については明文根拠がないため、天皇だという人や内閣だという人や様々いる。解散を衆議院への不信任案決議が可決された時

だけ内閣が解散する説（A説）、憲法全体を根拠に不信任案決議関係なく内閣が自由に解散できるんや！とする説（B説 or 制度説）、7条の「助言と承認」に着目して内閣が自由に解散できるとする説（C説）などばらつきがある。

第4章 平和主義の原理

9条1項の意味

9条1項の戦争の放棄には、「国際紛争を解決する手段として」という前提がある。侵略戦争だけを放棄という意味と取ることも、自衛戦争まで含めてダメなのだということと2通りの解釈ができてしまう。しかし、次の2項によってここはあまり問題ではないとされている。

9条2項の意味

2項は「交戦権の否認」が明記されており、とりあえず戦ってはダメなのだということで、自衛戦争も否定されている。結果、9条全体として戦争はダメよ、ということになっていて、政府も昔はこの見解だった（ということは、今はそうじゃない）。

自衛権の話

9条をナチュラルに解釈してあらゆる戦争NGとなってしまうのは、いざ攻められた時にどうするという話になる、北朝鮮からミサイルが飛んできているのに、「9条があるので」とか言って何もしなければ国民の生命が危険にさらされてしまう。ここで自衛権の発動ということになる。国家が自衛権の発動するためには、①やむを得ない必要性②急迫不正の侵害という違法性③侵害排除のための手段が侵害と同程度という均衡性が必要だと言われている（刑法でいう正当防衛の考えみたい）。ここで注意して欲しいのが、自衛権＝自衛隊を持つことではないことに注意。何らかの自衛組織、つまり自衛隊を配備し、攻められた時のための備えをしておかないと、というのが自衛するためのプランの1つになるにはなるけれども、必須ではない。

個別的・集団的自衛権

もっとも上でいう自衛権というのは、「自分の国家を自分で守る」という個別的自衛権を指している。集団的自衛権は、自分達には害がなくても正義に照らして防衛行動をするということである。アメリカがどっかの国と戦争を始めたら、同盟国ということで日本が戦争に参加する、これが集団的自衛権の例。もちろん日本国憲法の下ではダメということになってい

るのだけれど、最近集団的自衛権を部分的に認める動きが閣議で出ており、批判が強い（もっとも日米安保も個別的自衛権ということで正当化しているが怪しい）。

安保条約の問題点

安保条約では、一方が攻撃されたら自分のことのように他方も戦争に参加することになっており、集団的自衛権の何者でもない。何度も言うように集団的自衛権は憲法では認められていないので、先ほどの3要件（必要性、違法性、均衡性）に照らして自衛行為なのかそうでないのかをしっかりと判定する必要がある。

砂川事件

駐留軍の合憲性が争われた事件。1審では駐留軍は違憲であるという判断をしたが、最高裁は「戦力に該当しない」ということ、さらに「高度の政治性がある問題については明白に違憲でない限り司法は判断しない（いわゆる統治行為における political question）」ということで、判決を破棄し差し戻した。

第二部 基本的人権

第5章 基本的人権の原理

人権宣言の社会化

先ほど、自由主義から社会主義への流れ（夜警国家→福祉国家）を説明したが、これは人権宣言が自由国家的人権宣言から社会国家的人権宣言に変わってきたためである。そうはいつでも、西欧の人権宣言は社会化されたといいつつも自由権を中心としたものであり、ソビエトなどのガチの社会主義国家の人権宣言は主に労働権がベースになっていた。つまり、西洋は自由な活動を補修するためのサポートとしての福祉国家、ソビエトはちゃんと働けるため（国家の社畜になるため？）のサポートという意味で全く性質を異にするものである。

人権の概念

人権というのは、生まれながらにしてつ前国家的な権利として観念され、人間の尊厳性に由来する自然権的なものであって、国家などの権力が容易に立ち入ることは許されない。人権には3つの性格があり、人間であることで当然に持つ権利という意味での固有性、公権力によって侵されない不可侵性、みんなが差別なく持つという普遍性がある。

人権の根拠

人権は人間の尊厳性が根拠となっていて、これは13条に規定がある。もっとも、刑事補償や賠償請求などなんでも基本的人権にぶち込むのはよろしくなく（価値が下がる）、人権の観念は自然権的権利（人工的に作られていない権利）に限定し、「切り札」、つまり公共の福祉を無視してでも実現すべき権利として重視する説もある。

人権の内容－自由権

自由権は、国家からの自由という側面が強い。精神的自由・経済的自由・身体的自由に分けられ、さらに精神的自由は思想・信仰・学問研究の自由という内面の自由と、宗教行為・研究発表・表現の自由という外面の自由に分けられる（後述）。

人権の内容－参政権

参政権は国家への自由という側面で語られる。国民の中でも能動的地位にある人々のみに保証される権利で、行為能力に制限のある未成年（国民ではあるが制限あり）や国籍のない外国人（自由人という消極的身分）には保証されないものである。

人権の内容－社会権

社会権は、国家による自由とも言われる。人間に値する生活を国家に保障してもらうことを求めることができる権利である。しかし、憲法の規定だけによる具体的請求はできない権利であり、裁判所への救済を求めるためには法律の裏付けが必要とされている。

人権の分類

人権は①包括的基本権（13条）②法の下での平等（14条）③自由権④受益権（国務請求権）⑤参政権⑥社会権の6つとなる。しかし、完全に分けられるものではないことに注意。例えば、営利的言論（commercial speech）は精神的自由と経済的自由にまたがったものである。

制度的保障

制度的保障というのは、健治さんの言う制度体（institution）についての保障である。個人的権利とは異なる「制度」に対して、立法などによってその中身を侵害することができない特別の保護を与えて保障することを指す。例えば、地方自治体が制度的保障に当たる。この制度として保障されていることは、立法ではダメだけど憲法96条の改正手続きによっての

み変更が可能だと健治さんは言っていたよ！政教分離も一見は制度的保障なのだけれども、では96条で政教分離をなくせるのかということそれは違うでしょうと健治さん。政教分離は根本規範のようなもので、この意味で日本は政治と宗教とのつながりを徹底的に潰したということらしい。

法人の人権について

近年、社会の発展に伴って、法人にも人権を保障する動きがある。もちろん自然人とは多少の違いはあるにせよ、多くは自然人と同様に保障されている。しかし、経済的自由については自然人よりも積極的な規制が可能であるとされているし、政治的行為の自由については法人内部の自然人と利益が衝突することも考えて、特別の規制に服する解すべきとされる。この点で、『税理士会政治献金事件』と『八幡製鉄事件』が有名である。

税理士会政治献金事件と八幡製鉄事件

どちらも政治団体への寄付が問題となった事件で、最高裁は税理士会の方を無効、八幡製鉄を問題なしと判示した。健治さん解説では、税理士会というものは税理士になった時点で、強制的に加入しないとイケないものであり、そんな団体が法人として1まとめにされて特定の政治団体へ寄付をするというのはアウトであり、製鉄所のようないつでもやめられる法人であれば、気に食わなければやめればいいだけの話であって、この場合は法人と自然人を区別する必要がないとした。その意味で『群馬司法書士会震災支援寄付事件』が問題となるが、この場合は、寄付の目的が会の目的を逸脱するものではない（震災にあった区域の会に寄付をする）ためOKとした。しかし、3000万という金額を個人から徴収して寄付するのは流石にダメではないのか、という意見もある。

第6章 基本的人権の限界

人権と公共の福祉について

もちろん人権とはいえども、好き勝手にやり放題（表現の自由をもとに人の名誉を毀損するなど）というわけではない。「公共の福祉に反しない限り」という留保がついている。この公共の福祉という表現は抽象的であり、解釈が分かれるところである。

公共の福祉の考え方

公共の福祉には様々な考え方があり、大きく分けて一元的外在制約説（人権全部を外から等しく公共の福祉で制限する）、内在・外在二元的制約説（価値の低い経済的自由などは外か

ら公共の福祉で制限し、その他の自由権は権利に内在する制約の限度でしか制限できない) という2つの考え方があったが、一元的外在制約説は制限しすぎ、内在・外在二元的制約説は区別の仕方が明確すぎ、とされた。そこで登場したのが、一元的内在制約説である。①公共の福祉は人権の衝突を調整する原理であって、②全ての人権に内在している。③自由権の制約は必要最小限度に、社会権は必要限度で制限することを認める説である。色々説は出たが、結局具体的にどう審査するのかは判例の集積に任せる他ないという、後味の悪い感じとなっている。結局公共の福祉からのアプローチは挫折することに。

比較衡量論

公共の福祉からのアプローチが挫折したところで、比較衡量論という違憲審査の基準が登場した。これは、「制限する利益」と「制限しない利益」を比較して、前者の方がより価値が高い場合に限って人権は制限できるとした。結構判例でも使われて有名な考え方ではあるものの、結局主観的な判断でしか無くなって、特に個人と国家が争っている場合は、国家に有利な決定をしてしまうのでは? (というか現にそう) ということで使用を限定する動きがある。個人 vs 国家みたいな明らかに力関係が不均衡な場合ではなくて、同じ程度の権利衝突の仲裁の際に限定して用いるのが適切であると芦部先生は解説する。要はあまり使い勝手の良いものではなかったということだね。

二重の基準

使用機会が限定される比較衡量を克服し、一元的内在制約説を具体化した基準として二重の基準がある。これは、健治さんの説明によると精神的自由に関しては裁判所がきっちりと判断しますが、経済的自由に関しては立法の裁量にある程度は任せますわ、ということらしい。教科書的には、審査の基準を精神的自由と経済的自由で分けて、精神的自由に関しては厳格な基準で審査し、経済的自由に関しては合理性の基準で審査するという理論。厳格な基準とか合理的な基準とかは後で説明します。

比例原則

芦部憲法では、比較衡量と二重の基準で人権制限の違憲性を審査する基準としてツートップなのであるが、近年ドイツの比例原則を使ったほうが理解できるのではという学者が現れた。比例原則というのは、制限の目的と手段が比例していないといけないとするものである。①手段が正当な目的と適合していること(合理性)、②手段が目的を達成するために必要であること(必要性)、③制限によって得られる利益と失われる利益が均衡していること(均衡性)で審査する。

特別権力関係の問題

個人 vs 国家のような対立であれば、司法は立ち入ることができるが（一般的権力関係）、公務員 vs 国家のような対立では、特別な人権の制限があって、裁判所は立ち入ることができない（司法審査の排除）。特別権力関係にあるからといって、人権を不当に制限したり、公権力が包括的に支配したり、司法審査に付さなかったりできるのが正しいことなのかについては争いがある。

人権の私人間効力

憲法の人権規定が私人間にどのように適用されるかについては、直接適用（憲法上の人権を直接使って問題解決していこう）と間接適用（さすがにダイレクトはまずいから、民法 90 条のような人権の趣旨を盛り込んだ条文を作ってそれによって憲法の人権規定の影響を及ぼしていこう）、非適用（何があっても憲法上の人権は宛名人が公権力であって適用はダメ。これと民法などの人権規定は別物）の 3 つに分かれる。重要な判例は『三菱樹脂事件』。

三菱樹脂事件

三菱樹脂に採用された原告であったが、大学時代の学生運動歴で入社面接の時に嘘をついていたことがわかって、試用期間が終わってそのまま本採用を拒否られた事件。面接で学生運動のこと聞く？ 14 条の信条の自由に反するのでは？ ということで争った。最高裁は間接適用説の立場に立って、人権侵害があった際には民法 90 条や不法行為で裁きましようとし、今回は「別に特定の信条を持つ人を解雇したり、採用したりする自由は企業に当然に認められているし、面接の際に聞き出しても問題ない」として合法とした。でも、これには批判が強く、精神的自由として保障されている思想や信条で差別しても良いのかという点で疑問な判例。

国の人権保護義務の理論

日本国憲法は、個人を尊重しながら共生する社会の形成を目指しているのもあって、その確立を国家に求めている。したがって、人権侵害が私人間で争われた際に立法が役に立たないときは裁判所が積極的に介入して保護しないとイケないとする理論。でも、これは直接適用を想定していて、逆に人権の制限につながるのでは（国家に絶対的に保障されるべき人権に介入するチャンスを与えてしまう）という意見もある。

「国家行為」の理論

人権規定は私人 vs 公権力を想定したものという前提で、私人の行為を国家の行為と同じレベルだと考えて憲法を直接に適用できるようにしようぜという理論。例えば、公の建物（市役所とか）の食堂のおばちゃんが黒人差別をした時などに使える。

第 7 章 包括的基本権と法の下平等

幸福追求権について

13 条の「生命・自由および幸福追求に対する国民の権利」の部分。14 条以下に列挙されている個別の人権を総称したもので、「新しい人権」が生まれる根拠でもある。幸福追求権から生まれる個々の人権は、裁判上の救済が可能な具体的権利だとされている。

人格的利益説と補充的保障説

幸福追求権は、自分の好きなことなら自由にできる自由（服装、身だしなみなど）ではなくて、人格的生存に不可欠な部分だけを保障しているとされている（人格的利益説）。また、個別の人権を保障する条項と幸福追求権は、前者が特別法で後者が一般法の関係にあると言え、特別法の方で判断できませんとなった時にだけ一般法としての 13 条が適用されるとされている（補充的保障説）。健治さんはこれを目玉焼きみたいだと表現。目玉焼きの黄身の部分がコアである特別法にあたり、そこから漏れたものだけを白身である一般法を使って判断しますよということ。

プライバシーの権利

プライバシーの権利は、「一人で放っておいてもらう権利（rights to let be alone）」と説明される。つまり、もともと消極的な権利であった。しかし、放ってもらったとしても誰かが名誉毀損をすることは簡単。このままだといけないよねということになった。自分に関する情報は自分でコントロールする権利も欲しい！と叫ばれるようになった。これが情報プライバシー権というもので、プライバシーの保護を積極的に国家に請求するムーブも起きている。これに関して『「宴のあと」事件』が有名。

「宴のあと」事件

三島由紀夫の小説「宴のあと」の登場人物のモチーフにされた選挙の立候補者が、プライバシーの侵害で争った事件。ここでプライバシー侵害が認められる要件として①事実と受け取られる可能性がある、②一般人からして公開されたら嫌だなと思うものである、③一般人が

まだ知らないこと、の3要件を示し、侵害があったとした。なお、和解が成立して終わっている。

プライバシー権の侵害に関する違憲審査の基準

個人情報には、①誰がどう見てもプライバシーと思うもの、②一般的にプライバシーとされるもの、③プライバシーかわかんないもの、に分けられるとし、①はもっとも厳格な審査基準を、②は厳格な合理性の基準を使うのが良いのではとされている。最も厳格な審査基準とは、目的が必要不可欠な「止むに止まれぬ利益 (compelling interest)」で、手段がその目的達成のための必要最小限のもの (narrowly tailored) に限定される基準である。厳格な合理性の基準は、立法目的が重要なものであり (important)、規制手段が実質的な (substantial) 関連性を持つことを要求する基準である。

自己決定権

広義のプライバシーの権利の中で、自分のことは自分で決める権利 (尊厳死や結婚、中絶など) を自己決定権という。プライバシーの権利は消極的な権利だったね。後ろ向きの権利であって、外との関係をシャットダウンするのがプライバシー。その中で、自己決定権は80%くらいを占める。残りが情報プライバシー権。しかし、自分のことは自分で決めるということで好き勝手にやってはいけない。例えば、中高生が学校に髪を染めたり奇抜な服装をしたりして行くのは、権利としてはあるわけだけど、自己決定権よりも大事な教育目的があったり、規制が substantial な合理性があれば禁止しても OK ということになっている。これに関連する判例として『エホバの証人事件』がある (詳述略)。

法適用平等説と法内容平等説

法の下での平等について、誰でもスタートラインが同じの形式的平等と弱者に配慮してスタートラインを差別する実質的平等があったと思う。これに関連して、果たして行政権・司法権が法を執行し適用する際に国民を差別してはならないのか (法適用平等説)、法の内容そのものも平等の原則に従って定立されるべきか (法内容平等説) ということでバトルが起きていた。法適用平等説は、違憲審査のない戦前ドイツで言われていたことで、今は法内容平等説が普通。

平等違反の違憲審査基準

平等違反を疑われる立法をした場合の違憲審査では、前に出てきた「二重の基準」を使うことが妥当だとされる。つまり、大雑把にいて精神的自由に関しては厳格に、経済的自由に関してはやや緩くという基準である。精神的自由に関連する平等原則違反が問題となる場

合、立法問題が必要不可欠であるか、目的達成手段が必要最小限度であるかを検討する必要がある。一方、経済的自由の特に積極目的規制に関しては、目的が正当なものであり、目的と手段との間に合理的関連性 (rational relationship) があれば OK としている (ただし、消極目的である場合は少し厳しくなって、目的が重要なものであること (important)、目的と手段に実質的 (substantial) 関連性があることが要求される)。ここで有名な判例は『堀木訴訟』である。

堀木訴訟

原告の堀木さんは、全盲の方で障害福祉年金をもらっていたが、同時に子どもも育てていたので、児童扶養手当ももらおうとしたところ、ダブルでもらうのはダメよって言われて、堀木さんが怒って訴えた事件。25 条の「健康で文化的な最低限度」が保障されていないじゃない！ってわけ。最高裁は、まず 25 条は具体的に権利が請求できるものではないことを言った上で、立法府の裁量にここら辺は広く委ねられているとした。だから、ここで差別っぽいことになっても立法がやることだし我々関係ないし、そうすると差別は別に立法でなんとかできるから不合理ではないね、とされた。「いやいや、これは精神的自由に近いものであって、ここは実質的関連性の基準 (経済的自由の消極目的の基準) でもって厳格審査するべきでは？」と批判も強い。

14 条の差別に関する列举事項について

14 条の平等事項について、これは例示列举 (挙がってないものでも保障すべきものはする) であって限定列举 (挙がっているものしか保障しない) ではないことに注意。また、差別に関する合憲性が争われた場合、立法目的が「やむにやまれぬ (compelling interest)」必要不可欠なものを要求する厳格審査、or 目的が重要なものである (important) ことを要求する厳格な合理性の基準を使うべきだとされている。前者は人種や信条による差別、後者は性別や社会的身分による差別の審査に使うべきだとされている。

議員定数不均衡の合憲性について

いわゆる「一票の格差」の問題。別にどこも投票価値を均一にしろという話ではない。一票の重みが最低と最高で 2 対 1 以下にするべき、と解されている。「一票の格差」問題は放っているために発生している、いわゆる立法不作為の問題であって、一般に違憲とするには合理的期間が必要であるとされている (修正に時間がかかるため)。そのため、最高裁の違憲判決もかなり時間がたったものしか出ない。違憲判決はポツポツと出てはいるものの、違憲の基準は明確ではないし、2 対 1 で違憲判決を出してはいない感じ。というのも、選挙で違憲判決が出てしまうと、選挙をやり直さないといけないので、その社会的影響やコストを

考えて判断を控えているのではないかとされている。これに対する解決策として、行政事件訴訟法の31条に定められている事情判決（違憲だけいって請求を棄却する、つまり違憲判決なのに敗訴になる荒技）を使うことが本当はダメなのだけど解釈上可能となっている。

第8章 精神的自由権（一） 内心の自由

宗教結社の特権の話

もちろん憲法上、政教分離が言われているわけだけど、現在宗教団体には非課税措置が取られている。これが、公金の支出になっているから宗教団体の特権になって違憲なのでは？という人たちがいる（つまり課税分のお金を免税することで間接的に与えていることになるため）。しかし、公益法人とか社会福祉法人なども同じ措置で免税されているので特権ではない、というのが通説。

政教分離の種類

3つあります。1つ目が政教分離はしてないけど特定の宗教を排除することもなく広く宗教的寛容を認めているイギリス型、2つ目が国家と教会を分けて守備範囲が被った部分に関しては政教条約で処理するドイツ型、最後に完璧に国家と宗教を分けて干渉しないこととしているアメリカ型がある。日本はアメリカ型。

政教分離の限界

もちろんだけど、政教分離といっても完全には分断できない。宗教団体も法人であって、福祉国家である以上ケアを必要とするはずである。では、どれくらいまで関わっていいの？ということが問題になる。そこで登場した基準が、目的・効果基準である。

目的・効果基準

これはアメリカで使われてきた基準。①世俗的目的で当該行為をやっているか、②主要な効果が特定の宗教を振興しまたは抑圧してないか、③それが、宗教との過度のかかわり合いを持たないか、で検討する。1つでもクリアできなければ違憲にできるというもの。この基準は『津地鎮祭最高裁判決』や『自衛官合祀拒否訴訟』などに使われている（内容は略）。

エンドースメントテスト

目的・効果基準から進化した新しい基準で、「是認」（endorsement）の基準と呼ばれるもので、より緩い基準。教科書的な説明をすると、目的審査の面で宗教を是認または否認する

メッセージを伝えているかどうか、手段審査の面で目的関係なしに是認または否認するメッセージを伝えているかどうかを見て、どちらかが yes だったら違憲とする。健治さんの説明によると、アメリカにおいてマジョリティとなっている宗教と政府が癒着することを防ぐ目的でこのテストは作られたそうで、マジョリティの宗教を是認 (endorse) (どちらかというとは是認ではなく支援であるといっていた) すると、その他のマイノリティの宗教に「お前たちはマジョリティであって部外者なのだぞ」というメッセージを送ることになり、status にマジョリティの烙印を押すことになる。こうなると信教の自由もクソもない。おまけにマジョリティとの癒着があっては政教分離も達成されない。これを防ぐためにエンドースメントテストはあるとのこと。逆を言えば、マイノリティへの endorse はむしろやるべきってなるらしいけどどうなのでしょう。

学問の自由の内容

学問の自由は、学問研究 (内面的) ・研究発表 (外面的) ・教授の自由とされている。学問の自由はわざわざ保障しないのが普通なのだけど、前に出てきた天皇機関説事件や滝川事件 (京大の滝川教授の授業が自由主義すぎるということで休職にされ、教授が全力で抗議した事件) といった過去の苦い経験をもとに特に保障されているのですね。で、学問の自由 (23 条) はこの意味で「大学の自治」を保障していると言えます。文字面だけで「誰もが学問をする自由」ではないことに注意。じゃあ、中学・高校において自由はないのかというと、完全な自由はない (教育が画一的であることがある意味望ましいため) と言いたいところだけど、最近は完全自由にすべきという説が支配的になっている。『教科書裁判』や『学テ事件』などでは、このあたりが争われた (あとで紹介)。

大学の自治

大学の自治は制度的保障の 1 つ。内容としては、研究者の人事の自治と施設・学生の管理の自治である。特に施設・学生の管理の自治に関して、大学の自治と警察権の衝突が問題になった。それが『東大ポポロ事件』である。警察などの公権力は、大学側の要請があれば出動してもいいが、公安活動という名の下で大学構内への無断の立ち入りはダメであるという点で、ポポロ事件は問題となった。

東大ポポロ事件

東大の構内で、「ポポロ劇団」による演劇発表会が行われている途中で、学生が観客に警察官がいることを発見し、警察手帳の提示を求めた際に暴行があった事件。この警察官は公安担当で度々東大構内で情報収集を行っていた。最高裁は、ポポロの発表が「実社会の政治的社会的活動」であって、学問ではないため大学の自治を共有していないとして無罪にし

た。この判決は、①政治的社会的活動と決めつけたこと、②警察官の度重なる情報収集活動の一端であったことが考えられていないとして疑問が多い判決。

第9章 精神的自由権（二） 表現の自由

送り手から受け手へ

昔は、受け手の自由を問題視する必要はなかったが、メディアと国民の乖離が顕著になったことから情報の受け手の自由が叫ばれるようになった。いわゆる「知る権利」であって、聞く権利見る権利読む権利がそれに当たる。

政府援助の話

いまいちよくはわかってないのだけれども、健治さんは結構熱く語っていた。表現の自由は幸福追求権などと同じように請求可能な具体的権利ではない。だが、知る権利などは基本的に政府に情報を提供してくれと請求する権利であるよね。これを「政府援助」の問題として考えてみようということである。例えば、パブリック・フォーラム（公園や集会所）の管理とか学問・芸術への助成などと同じような文脈で表現の自由を考えてみようということ。で、情報をどうやって提供するか。これは内容中立（後述）な運用がいいよね。つまり内容に中立的な立場で提供すべき（どんなことに使われようとも提供する）。ここで問題となるのが、こういった話は具体的権利として請求権を与えたのか、それとも請求の権利ではなくて、提供の仕方だけを定めたもので国民への利益がダイレクトにはないのか（反射的利益に過ぎないのか）という問題である。が、よくわからないしまああまり気にしなくてもいいと思う。

パブリックフォーラムやら助成やら

パブリックフォーラムというのは人が集まれる場所のことであるが、表現の自由を活性化するために国が金を払って管理している場所である。いわゆる公共財というやつ。表現の自由を重視するのか、それとも管理を重視するのかは場所によって異なっていて、運営費がかかるところは管理が重視される場所も少なくない。パブリックフォーラムはお金を出してでも整備をしないと表現の自由がやせ細ってしまう（議論する場がなくなってしまう）ので、結構重要。

助成は健治さんが結構長く語っていた（ということで2018年に出た）。学問や芸術といった文化的なものはある意味で、常識からの逸脱みたいな営みであるよね。自律的で、個性的で。でも、それだけでは誰もお金を払ってはくれない。芸術や学問は市場で売れるようなもの

のではないから。そこで政府がお金を出して補助しようというのが助成の考え方。しかし、ここには問題がある。もちろん助成は無限にはできない。星の数ほど文化的な活動をしている人の中で、予算は有限。はたして誰に助成するかは大きな問題となるよね。多数決で、となっても「多数決で自由を決めてもいいのか！！」って怒られそうだし。一方で、社会権で自由を保障するのは難しいから、もうもらっているだけでありがたいはずで、「もらえることを当たり前と思うなよ。いつ打ち切ってもいいのだからな」と特権みたいにして捉えるやり方もある。まとめると自律性を尊重しつつ、どこまで政府が助成で介入できるのが難しいって話だと思います（多分）。

報道の自由

報道の自由も表現の自由に含まれると解するのが適切。関連する判例は『博多駅事件』。裁判の証拠としてテレビのフィルムを提出することが報道の自由を侵害していると争った事件。最高裁は「証拠として大事だし、どっちみち報道されるのだからいいじゃん」ってことで提出命令を合憲とした。これは報道の自由を低く評価しすぎということで批判も根強い。

取材の自由

一方、取材の自由は表現の自由の保護範囲には含まれないとされている。最高裁は「十分尊重に値する」という評価しかしていない。学説は取材の自由も 21 条の保護範囲の中に入れるべきという見解が有力。取材の自由の判例として、『法廷メモ採取事件』『外務省秘密漏洩事件』がある。前者は、傍聴人のメモ行為を基本禁止していたのだが、最高裁が「裁判の邪魔にならなければ別にいい」という判断をした。後者は、新聞記者が外務省の女性と肉体関係になって国家の重大な機密をゲットして流したことで国家公務員法違反に女性の方が問われた事件。

放送の自由

これは結構制限がある。理由は電場が有限（最近は違ってきている）であり、ちゃんとした業者に使用权を認めるべきこと、またテレビっていうのは茶の間にダイレクトに侵入するので影響力がすごいこと、任せておいたら視聴者の好きそうな番組ばかりになってしまう（バラエティとか？）ことなどを理由にしている。最近は多チャンネル化が進んでいるものの、まだまだ規制はすべきとなっている。例えば、出版は完全に自由にして、放送は公的な規制をかければいい感じになるのではという部分規制論なんかが展開されている。

ネット上の表現の自由

ネットの発達でこれまで受け手ばかりだった国民が送り手になる機会が増えた。これ自体は素晴らしいことだけど、犯罪だったり差別だったりよくないものまで表現されるようになった。特に問題なのが名誉毀損。でも、これで表現の自由を規制するべきだとはならない。なぜなら名誉毀損には「対抗言論」があれば問題ないからである。

対抗言論とは、言葉の攻撃に対して返すより強力な言葉のこと。別に口喧嘩をしようってわけじゃなくて、言い返すような言葉の存在があるかが大事。その意味で、人種差別発言（ヘイトスピーチ）は対抗言論できない（帰属集団 status を dis られても言い返せないよね）という点で表現の自由に規制に該当するとされている。

性表現・名誉毀損的表現

性表現や名誉毀損表現は 21 条で保護されない表現であった（特に性表現は理性を経由せずに感性にダイレクトに届く点でアウトとされていた）。しかし、中には保護されるべき表現もあるだろうということで、最近は積極的に 21 条の保護範囲に入るとされるようになってきた（昔は一律に保護範囲に入らないことにしていたのだけど、最近は一旦全部保護範囲の中に入れて、適合しないものを保護範囲の外に出すというスタイルが取られるように）。わいせつ文書に関しては、まずは「わいせつ文書って何？」という定義づけから始まり、定義した上で性表現の自由を制限することで得られる、社会の健全な性風俗を保つ利益と制限しないことによって得られる利益を利益衡量しながら、性表現の表現内容規制を限定する試みがなされている。これを定義づけ衡量と呼んでいる。かの有名な『チャタレイ事件』以来わいせつ文書の定義を明確にする試みがなされている。

名誉毀損表現は、一般人は名誉を守ることが優先されるが、公務員などの public figure については、知る権利との関係もあって嘘か本当かを公人側が立証する責任があるとして、限界を厳格に確定する解釈らしい。

チャタレイ事件

『チャタレイ夫人の恋人』という本がわいせつ文書ということで、刑法 175 条違反で翻訳者と出版社社長が訴えられた事件。最高裁は、①いたずらに性欲を興奮させ、②普通の人の性的な羞恥心を害し、③善良な性的道徳観念に反するもの、がわいせつ文書であるとし、175 条は公共の福祉のための制限であって、合憲とした。

21 条の保護範囲に入らない性表現

普通、性表現は 21 条の保護範囲であるとされているが、それは多くの性表現のわいせつ性が芸術性や思想性によって軽減されているからであって、文書全体を検討して、明確にやば

いもの（ハードコアポルノ）は21条の保護範囲には入らず、それに準ずるわいせつ性が強いもの（準ハードコアポルノ）はグレーゾーンとした意見が注目された。

営利的言論（COMMERCIAL SPEECH）の自由

表現の自由に入るか微妙なものであったが、最近は入るとされている。しかし、表現の自由の中でも「価値の低い（low value な）表現」、「価値の高い（high value な）表現」と分けた際に、営利的言論は経済的自由にもまたがっているため、純粋な精神的自由ではないこともあって「low value」の扱いとされている。

表現の自由の限界を考えるため、二重の基準再び

基本的人権の限界の部分で出てきた二重の基準は、表現の自由の限界を考える際にも出てくる。繰り返しになるけど、二重の基準は経済的自由と精神的自由で基準を分けるというもの。その根拠を確認しておく、経済的自由に関しては、裁判所というよりは議会の行政権でなんとかできるから任せるわ！という考えがあり、特に明白に違憲でない限りは立法府の判断を尊重することになる。一方で精神的自由は「壊れやすく傷つきやすい」権利であって、こっちは裁判所が積極的に介入させてもらいますわ！ということで、裁判所が厳格に審査する。こんな感じ。もっとも二重の基準とは言いつつも、厳密には被る部分があることに注意。つまり、表現の自由は精神的自由なので、経済的自由の規制よりは厳格な審査が必要であるということがここでは言いたいのです。

表現の自由の規制方法

表現の自由の規制の方法で違憲審査にかけられ違憲の疑いが強いものとして、①検閲・事前抑制、②漠然不明確（vagueness） or 過度に広汎な規制（overbreadth）、③表現内容規制、④表現内容中立規制、がある。③と④について以下説明。

表現内容規制

これは、表現の持つメッセージを理由に規制する（機密情報の公開の禁止など中身を見る）。この規制には、さっきの性表現や名誉毀損表現などの low value な表現も含まれるし、政治的表現などの high value な表現も含まれるが、きっちり区別する必要がある。high value な表現の内容規制に関しては、「明白かつ現在の危険（clear and present danger）」の基準（後述）とか、必要不可欠な公共的利益（compelling interest）の基準が使われる。必要不可欠な公共的利益（compelling interest）の基準は、規制目的は必要不可欠な公共的利益のためであって、規制の手段は「厳格に定める（narrowly tailored）」ことの2つが要求される。かつ、この立証の責任は公権力側にあるという超厳しい基準なの

です。

表現内容中立規制

こっちの方は、表現の内容を理由にするのではなくて、表現自体を規制するという感じ。例えば、学校周辺での騒音は抑えましょうということであって、どんな内容なのかは関係ない。これが表現内容中立規制。アメリカから持ってきた議論で、規制の種類を①時・所・方法（time, place and manner）の規制と、②象徴表現の中で行動を伴う表現（speech plus）の規制に分けている。②に関しては、もっともゆるい基準である合理的関連性（rational relationship）の基準（オブライエン・テスト）であって、①については中間審査という合理的関連性の基準よりも厳しい審査をしようとしているのだけれど、②に引っ張られていて「あれ？精神的自由の制限なのに審査が緩い？」ということで問題視されている。もっとも、中立規制に関して内容規制と区別できない場合もあるし、合理的関連性の基準で審査するなら経済的自由の規制の基準と変わらなくなってしまうので、「あれ、二重の基準#とは」という感じで、ちゃんと中間審査なり厳格審査なりをやる必要があるとされている。

オブライエン・テスト

『猿払事件』で使われたとされる、合理的関連性の基準（かなり緩い）に近い基準。内容中立規制は精神的自由に関する規制であって厳しくないといけないので、オブライエン・テストももともとはLRAの基準（後述）くらいの厳しさが想定されていた（中間審査くらい？）。しかし、目的と手段に合理的関連性があればOKという基準に成り下がってしまった。『猿払事件』というのは、本当はLRAなどを使えば違憲だったはずなのだが、この合理的関連性の基準が使われたせいで合憲になったとして、学説上批判が強い。

事前抑制（検閲）の話

基本的に表現の自由の事前規制は禁止されている。「事前」という言葉の意味としては、昔は発表前だったが、現在では発表前ではなく受領前とされている。違憲の根拠は、主に21条1項で、それから外れた場合に21条2項で捉えるという感じになっている。検閲の主体は公権力。しかし、裁判所の検閲は例外的にOKとなることがあり、それは行政権よりも裁判所は手続きがしっかりしているからということになっている（手続き保障）。大事な判例として『「北方ジャーナル」事件』と『税関審査合憲判決』がある。

「北方ジャーナル」事件

北海道知事選に立候補予定の人を dis る内容の記事を書いた雑誌が、名誉毀損で発表前に差止められた事件。最高裁は確かに表現の自由の方が個人の名誉権よりも価値があるから差止めはダメだよねと言った。ここままであれば手続き保障で違憲になるはずだったが、「実態として嘘とか書かれたらこの表現は公益に資さないし、これから選挙ってなる被害者がかわいそう」ということで合憲になった。

税関審査合憲判決

海外のエッチな本を注文して国内に持ち込もうとしたところ、「これはエロいのでダメ」ということで、税関で引っかかったことを、「検閲だ」と訴えた事件で、裁判所は「そもそも税関というのは検閲の専門機関じゃないし、国外では発表済みなのだから、検閲ではないので合憲！」と判断。つまりそもそも「検閲」でもないし「事前抑制」でもないということ。これは事前規制が合憲になる例外として捉えられている。なお、この事件は表現の自由を独学で勉強して、「よし、大丈夫そうだ」と満を辞して注文したところ引っかかったという面白い事件でもある。

教科書検定

教科書というのは文科省で内容を審査して OK をもらわないと、教科書として出版できない。教科書検定って検閲？てことなのだけど、これについては「教育機会の均等、教育水準の向上」などの要請に応えないといけない教科書の特殊性や、別に教科書にならなくても一般図書として販売できる、ということで検定を合憲とした。有力説としては、思想内容へのチェックはダメであって、誤字脱字のチェックはいいくらいにとどめるべきとした。教科書にならなければ出版させてもらえる出版社なんてないのだから、言い分としては弱い気がする。『教科書裁判』が有名。

教科書裁判

家永さんという元東大の教授が日本史の教科書を作ったのだけど、OK がもらえなかったことに腹を立てて、取り消しと賠償を求めた事件。この事件は第一と第二に分かれていて、まず賠償を求めた第一訴訟は別に検定は検閲じゃないしということで合憲判決、次に取り消しを求めた第二訴訟では、1 審・2 審共に違憲だったが、最高裁がもっと考えろということで差し戻した。その後、指導要領が改定されたから訴えの利益が失われたとした。

明確性の理論

精神的自由を制限するには「これをここまで規制する」というように、明確性がないといけ
ないはず。曖昧なよくわからないものはダメ。罪刑法定主義からして、刑罰規定というのは

①何が違法なのかを事前に告知すると共に、②恣意的な行政の裁量権を制限することが必要であるから明確性は大切。加えて、表現の自由の制限に関しては③表現行為に対して萎縮効果（chilling effect）が発生するかもしれないから明確性は必要ということになる。

萎縮効果とは、適法な行為まで「これ違法かもしれない」と思わせてしまった結果行動が制限されてしまう効果。これを防ぐための明確性を確保するために、特に表現の自由の規制の無効として「漠然性ゆえに無効（vagueness）」とか「過度の広汎性のゆえに無効（overbreadth）」が大事となってくる。つまり、制限する内容をはっきりさせないとダメだし、規制したい内容をピンポイントで挙げることがないようなら全部違憲とさせていただきます、ということ。この明確性の議論で有名なのは『徳島市公安条例事件』『広島市暴走族追放条例事件』がある。

徳島市公安条例事件と広島市暴走族追放条例事件

徳島市公安条例事件

市の条例で「交通秩序を維持すること」という条件が不明確なのは、ということで争われた。1審・2審は不明確だとしたが、最高裁が「秩序維持の基準を読み取ることが不可能ではない」としてひっくり返した。

広島市暴走族追放条例事件

暴走族の集会を規制した条例において暴走族の定義が曖昧無効だとして、暴走族が自ら集まって真偽を確かめた事件。多数意見は、別に合憲限定解釈をすればOKということで合憲にした。

「明白かつ現在の危険（CLEAR AND PRESENT DANGER）」の基準

この基準は、①表現行為が害悪を引き起こす蓋然性が明白であること（蓋然性）、②害悪の発生が時間的に切迫していること（切迫性）、③規制が必要不可欠（必要性）の要件で、全てクリアできたら規制を合憲とする基準である。これはもともとアメリカで発達した基準で、時間的切迫性が厳しすぎるということで、一時死んだ基準だったが日本では使えるだろうと持ってきたもの（ヘイトスピーチなどの内容規制で使われている）。アメリカではブランデンバーグ法理として復活している。

ブランデンバーグ法理

「明白かつ現在の危険」の基準から発達したもので、暴力の行使などについて①差し迫った非合法な行為を煽動する or 生じさせること、②そのような行為を生じさせる蓋然性があることを除いては、規制は許されるという法理。

「より制限的でない他の手段を選ぶ手段」の基準

LRA (less restrictive alternatives) と言われるやつ。公権力側に規制手段の正当性を証明する責任が生じる。LRA は「必要最小限度の規制手段を要求する基準」と言い換えることも出来て、例えば、街の景観を損なわないために屋外広告を全面的に規制するなどは、この LRA から認められない。別にもっと厳しくないけど有効的な方法があるでしょ、ってこと。内容中立規制とも言えるかもね。LRA は中間審査 (or 厳格審査) くらいの厳しい審査で、緩い合理的関連性の基準とは明確に区別される必要があるよ。

集団行動の自由について

集会とかデモ活動とかは、表現の自由で保障されているのだけど、時には危ない運動になりかねない。盛り上がりすぎて道路ふさいでしまうとか。ということで、条例などで「デモはやってもいいけど、許可制だよ」なんてやっているところもある。この規制が争われることがよくある。厳格審査である必要が当然にあるのだけど、『東京都公安条例事件』では、「治安維持の方が大事だし、許可取らないで勝手にやられると交通とかの混乱もあるだろうし。ついでに、不許可の場合なんてほとんどないのだから、ほぼ届出制。だから合憲」と判示してかなり批判された。表現の自由よりも交通秩序の方が大事なのかってことだよ。すごく批判があったし、裁判所もミスった感が否めなくて、現在は”なかったこと”になっている判例。デモについては、許可制ではなく届出制にしまえばいいというのが1つの案。

届出制と許可制

ではこの2つの何が違うのって話になると思うけど、まず届出制は「集団行動それ自体は全くの自由です。でも、それを行使する際は通知してね」というもの。通知してくればあとはご自由に、って感じで結構緩い。一方で、許可制というのは「デモというのは一律禁止。許可を出したもののだけに、その禁止を解除してやる」というスタンス。つまり、許可制というのは禁止の網を一般的にかけておいて、特に大丈夫な感じだと判断した時だけ、その禁止を解除してデモをやってもいいというような感じで、第一印象が全然違うことに注意。だから、許可制を届出制にする意味は大きいんだよね。

第 10 章 経済的自由

職業選択の自由について

職業における規制の手段は、届出制や許可制、資格制などがある。規制には目的によって消極目的規制と積極目的規制に区別される。消極目的規制は、国民の生命および健康の対する危険を防止もしくは除去ないしは緩和するための規制（なくす方向の規制）で、積極目的規制は、社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制（増やす方向の規制）である。

規制の合理性判定の基準

基準は、合理性の基準。一番ゆるいやつ。目的と手段に合理性があればいいとする基準。しかし、2つに使い分けられるようになって、消極目的規制については裁判所が規制の必要性・合理性および「同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段（表現の自由でいうLRA）」の有無をチェックする。積極目的規制については、「明白の原理」という「規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限り違憲」とする方法をとる。この違いがよくわかるのが、『小売市場距離制限事件』と『薬局距離制限事件』である。

「小売市場距離制限事件」と「薬局距離制限事件」

小売市場距離制限事件

小売市場の開設条件として適正配置（ある程度離れているところに設置）の規制についての合憲性が争われた事件。最高裁は「今回の規制の目的は、経済的基盤の弱い小売商の競争が起きて共倒れが起きては困るということで、積極目的規制である」ということで合憲にした。

薬局距離制限事件

薬局の開設に適正配置を求める法律や条例の規制の合憲性が争われた事件。最高裁は、「薬局の距離制限は、国民の生命・健康に対する危険の防止という消極目的であって、でも、薬局に距離制限を設けたところで質の悪い薬が提供される、なんて合理性が認められないし、別に行政のチェック強化で十分でしょ」ということで違憲とした。判例集で健治さんが解説している事件なので注意されたし。

財産権の保障（憲法 29 条 1 項）の意味

憲法 29 条 1 項は「財産権はこれを侵してはならない」としている。この意味は「具体的な財産権の保障」が前提にあり、私有財産制度の保障という側面、さらに財産価値の保障までを意味する。

29条2項による制限

29条2項は、「財産権が公共の福祉に適合するように法律でこれを定める」となっている。これは、1項の内容が公共の福祉の制限にかかるということに意味する。また、人間的な生存の確保を目指すために積極目的規制にも服すると考えられており、行政権のコントロール下に財政権が入ってしまっていることを意味している。

29条3項による2項との対抗

29条3項は「私有財産は正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる」と定める。ポイントは、「収用対象」「目的」「補償」の3点である。まず収用対象だが、昔は不動産だったものの、現在では財産価値があるものであれば収用されることになっている。目的は公共であって私用は厳禁。補償は直接裁判所に請求でき、裁判で収用と言われれば直ちに補償が出ることになっている。つまり、収用されても財産価値は確保できる。収用がtaking（取り上げ）ではなく、using（使用）に近いことからよくわかるかもしれない。この意味で、2項で定めた議会の登場を封じ込める役割を3項が担っていると言える。

補償の種類

補償には2種類あって、完全補償説と相当補償説がある。意味は文字通りで、完全補償が客観的な市場価格を全額お支払いするもの、相当補償が合理的に算出した相当な額であれば市場価格を下回ってもいいとするもの。

第11章 人身の自由

法の適正な手続き (DUE PROCESS OF LAW)

憲法31条「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」。これはアメリカの人権宣言の柱の1つとされている、「法の適正な手続き」を定める条項に由来している。31条は①手続きが適正であること、②罪刑法定主義、③法律で定められた実体規定も適正であることを意味する。

第12章 国務請求権と参政権

公務就任権について

公務就任権は参政権の性格を有し、積極的地位にある国民にしか許されないもの。根拠は15条1項の「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」。また、公務就任権は職業選択の自由とも見られるし、13条の幸福追求権とも見ることができる。

選挙権の公的性格

選挙権は参政権のうちで代表的なものであるが、これについては国民が選挙人という地位に基づいて公務員を選ぶ「公務」なのか、単に国政への参加を国民に保障する「権利」なのかという問題があり、多数説な両方持ち合わせるとしている（二元説）。選挙権はもちろん権利なのだけど、公務員を選ぶという個人権とは少し違うものなので、公務としての性格もあると考えられている。

選挙権の要件

ご存知かもしれないけど、近代の選挙には①普通選挙（財力関係ない）、②平等選挙（一人一票の原則）、③自由選挙（別に投票しないからといって罰せられたりなどはしない）、④秘密選挙（誰に投票したかは秘密）、⑤直接選挙（選挙人を直接選ぶ）という要件がある。大事なのは①、②。

第13章 社会権

社会権の種類

社会権には、生存権（25条）、教育を受ける権利（26条）、勤労の自由（27条）、労働基本法（28条）がある。社会権は福祉国家として、社会的な弱者を救済するために創設された権利である。この意味で、国家に積極的な介入を求める作為請求権であって、放ってもらう不作為請求権ではない。

25条1項と2項の関係

25条1項は「すべて国民は、健康的で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」、2項は「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」となっている。この2つの条文の関係について、『堀木訴訟』において最高裁は「第2項は事前の努力義務、第1項はその努力義務で以ってしても、さらに落ちこぼれた者を事後的に救済施策すべき責務があることを宣言したもの」としてい

る。つまり、2項で拾えなかった国民をさらに救出するために1項があるとしている。しかし、その施策は立法の裁量に属するとした。

生存権の法的性格

生存権は、具体的請求権ではない。国民の生存を確保すべき政治的・道義的義務を国に課したに過ぎないとしている。これをプログラム規定説という。法律によって具体的にしないと権利にならないとするのが正しいけれども、抽象的でも権利であっていいとする説（抽象的権利説）もある。これについては『朝日訴訟』が参考になる。

朝日訴訟

当時の生活扶助費 600 円が十分か、が争われた事件。この事件は、原告の朝日さんが上告中に死亡したため、訴訟は終了した。しかし、最高裁は「なお、念のため」として、「25条1項はプログラム規定説であって、何が最低限度の生活なのかは、厚生大臣の裁量で決まるのだ」として、そもそも訴訟は終了しているのに、追い討ちをかけるように「もし裁判が継続していたとしてもどっち負けていた」と判示した。性格が悪い最高裁である。

教育権の所在

子どもの教育を担うのは誰？という問題がある。教育の内容に国が参与・決定する権能を持っているのだから、それに親や教師は従えよな！とする「国家の教育権」説と、子どもの教育を担うのは親やその信託を受けた先生をはじめとした国民全体なのであって、国は条件整備くらいの任務で下がっているよという「国民の教育権」説がある。これが争われたのが、『教科書裁判』だったり、『旭川学テ事件』だったり。実際のところどっちとも言えないというのが正直なところで、ある程度国は介入すべきだけど過度はダメという程度にとどまっているとされている。

旭川学テ事件

旭川の教師が、文科省実施の学力テストに反対していて、その実施を実力で阻止しようとして公務執行妨害になった事件。なかなかすごい。裁判の過程で、そもそも文科省のテスト実施が教育法違反なのでは？という話になって、最高裁は「確かに教師にある程度の自由はあるものの、子どもには判断能力がないし（教師の考えに流されやすい）、教師は選べないし、均等な教育機関という要請もあるから、完全な自由は認められないね。学力テストについては、これくらい『必要かつ相当に認められる範囲』に入るでしょ。」ということで学テを適法とした。

労働基本権について

労働基本権は、団結権・団体交渉権・団体行動権に分かれていて、労働三権とも言われている。労働基本権の保障は、私人間に直接適用される。また、労働基本権の制限は、精神的自由と経済的自由の間になるということで、中間審査であって LRA を使うのが正しいとされている。

公務員の労働基本権

公務員は特殊な制限にかかるとされている。かつては『全通東京中郵事件』において、公務員であっても労働基本権の制限は必要最小限度にするべきだということで、「国民生活全体の利益の保障という見地からの内在的制約」のみが許されるとして厳格な基準が用いられた。しかし現在は、現行法上厳しい全面的な制限を積極的に合憲とする流れに変わっている。

公務員の政治活動の自由

公務員は政治活動をやってはいけないような感じもするが、仕事している時以外は普通の住民であるわけだから、その制限は必要最小限度にするべきであるとされている。審査基準は LRA の基準が使われることになっている。と言っても、現在は公務員の政治的活動は全面的に禁止されている。ここで有名な判例が2つあって、『猿払事件』と『堀越事件』である。

「猿払事件」と「堀越事件」

猿払事件

猿払村の郵便局員が、衆議院の選挙ポスターを掲示板に貼ったり配布したりしたところ、国家公務員法に反するというで起訴された事件。1 審は、「別に公務員としてやったわけではない勤務時間外だし、それに刑事罰まで適用するのは必要最小限度とは言えず、さすがに酷であって違憲」とし、2 審も LRA の基準で 1 審を支持。しかし、最高裁は「この規制というのは①全体の奉仕者としての公務員の国民の信頼確保という目的があって、②その目的のために政治的行為を禁止する手段は目的と合理的関連性があって、③利益衡量しても特に問題はなし」として合憲とした。ここで使われた合理的関連性の基準は、経済的自由の規制（それも積極目的規制）に使われるものであって、基準がゆるすぎるということで批判が強い。

堀越事件

多くの部分は『猿払事件』と似た事件。公務員が、勤務地から離れた場所で公務員とわからないようにピラを配ったとして国家公務員法に引っかかった事件。今回『猿払』を違うのは、公務員が政治的中立とそれに対する国民の信頼について特に侵害がないのに規制してもいいのか？ということであった。1 審は、法的侵害がないので適用違憲であるとし、最高裁は「政治的中立性が損なわれるおそれが実質的にあれば政治的行為になる。だから規制はやって OK なのだけど、今回はそもそも政治的行為じゃない（構成要件に該当しない）ので無罪」とした。原審は、政治的行為だとは言いつつも法益侵害がないから本件限りで違憲としたのに対し、最高裁はそもそも政治的行為じゃないとして無罪にした点で違いがある。

第三部 統治機構

第 14 章 国会

権力分立

権力分立は世界中に見られるが、国によって性格が異なる。まず行政と裁判所の区分であるが、裁判所の権威が高かったアメリカやイギリスでは司法権は民事・行政・刑事とあらゆる裁判を担当しており、権威の低かったフランスやドイツでは裁判所は民事と刑事だけを担当し、行政裁判は行政権に属していた。また三権分立について、アメリカは立法・行政・司法が全部対等としているが、フランスでは立法権が優越している。日本はどうかというと、アメリカ型に近いとされる。つまり、国民主権・法の支配・権力分立が日本国憲法の統治機構を支えている。

国会の地位

国会は憲法上、①国民の代表機関②国権の最高機関③唯一の立法機関という 3 つの地位を持っている。それぞれに見ていくと、①は国民が代表機関としての国会を通じて行動し、代表機関は国民の意思を反映するものという意味、②は単に立法権をはじめとした重要な地位を憲法によって与えられて、国の政治の中心的な地位にいることの政治的美称に過ぎず（法的に最高って言ってしまうと主権者になってしまうからね）、③は立法権を国会が独占することを意味している。

法規

国会の行う立法とは、国法の一形式である法律の定立（法律という形だけに着目する、形式的立法）ということではなく、「法規」という特定の内容の法規範の定立（形ではなく中身

に着目する、実質的立法) のことである。昔のドイツでは、法規とは国民の財産とか自由を制限するような立憲君主憲法の特徴を表す言葉だったけど、現在ではおよそ一般的・抽象的な法規範全てを指しているとされている。

「唯一」の立法機関の意味

唯一の意味は2つあり、①国会の立法以外の立法は例外を除いて原則ダメだよ！(国会中心立法の原則) ②国会は立法する際に他の機関の参与はいらないよ！(国会単独立法の原則)がある。しかし、現在は福祉国家として立法に関して時代の要請で現行法の変更が必要だったり、非常に専門的な立法をする必要が増えてきたりして、流石に中心立法とは言いつつも、国会がキャパオーバーになってしまっている。ということで、専門機関に立法をお任せする委任立法というの積極的に行われている。しかし、その立法が行き過ぎていたり委任して丸投げしてしまったりと問題も多い。

国会議員の地位

国会議員になるともれなく以下の2つの特権がゲットできる。①不逮捕特権と②発言の免責特権である。①国会会期中は、原則として逮捕されず、会期前に逮捕されたとしても議院の要求があれば釈放される。もちろん逮捕されるケースもあって、現行犯逮捕の場合と議院が「そいつだったらおk」と許可を出す場合。②議院で行なった演説や討論、評決について院外で責任を問われないというもの。何をやっても無答責かという暴力はダメで、議院が除名などはできる。また、あからさまに誰かの名誉毀損などをしている場合は国に賠償を求めることができる。

国会についての諸々

国会は①常会(毎年一回の定期)、②臨時会(必要な際にかかれる)、③特別会(衆議院解散後の総選挙があつてから開かれる)の3つ。なぜ、常設にしないのかというと、立法がたくさん出来すぎることや、とにかくダラダラしてしまうからシャキッとさせようというわけ。したがって、会期中に決まらなかったことは次の常会にキャリーオーバーはできない。そのため会期は延期できることになっている。また、臨時会は総議員の4分の1以上の要求で内閣が召集する。

国会の権能(POWER)

憲法改正の発議権、法律の議決権、内閣総理大臣の指名権、弾劾裁判所の設置権、財政監督権、条約承認権がある。たくさんあるけれど、注意なのは条約承認権。これについては、条

約の締結は内閣のお仕事ということになっていて、承認は条約承認後に立法で条約を反映することが必要なので、内閣と国会の協働行為であるとされている。

第 15 章 内閣

行政権の概念

行政権とは、全ての国家行為（つまり統治権）から、立法作用から司法作用を引いた残りものだとする説が有力。これが控除説とか消極説とか言われている。そうすると統治をどうするかという問題が出てくる。これを民選議員の内閣に任せよう！というのが議院内閣制の趣旨。これを大統領に任せようということであれば大統領制になる。もちろん内閣のもとに置くと言っても国会のコントロール下にあるのはいうまでもないよね。

内閣の権能

まず、内閣の意思形成は合議制であることに注意。全員一致ではないことに注意。また、構成員は皆文民あるということ。これは退役した軍人であってもダメということになっている。これに問題がないわけではないけど、シビリアン・コントロール（civilian control）の観点から理解できる。文民で軍人たちの暴走を抑えるということだね。

内閣の責任

内閣は明治憲法下においては、天皇にだけ責任を負っていたが、現在ではもっぱら国会に対して責任を負っている（もちろん天皇にも助言と承認を与える必要はある）。この責任とは「政治責任」であって、内閣不信任決議案が可決された際には解散か総辞職をしなければならない。ちなみに、参議院の問責決議については、解散や総辞職の必要はない。衆議院の優越がここでもわかるよね。

議院内閣制について

立法権と行政権との関係については、各国さまざま。まず①完全に分離して政府の長たる大統領を民選とするアメリカ型。②君主制で君主に対して政府が責任を負い、議会に対しては責任を負わないドイツ型。③政府が議会で選ばれ、政府が議会に服するスイス型。④議院内閣制のイギリス型がある。日本はイギリス型に近いとされる。

第 16 章 裁判所

司法権の概念

司法の概念を構成する要素は、色々あるけれども大事なものは「具体的な争訟」が存在すること。司法権の概念の中核とも言われている。また、法社会学の最初で出てきた概念法学のような、法律というものが絶対で裁判官はそれに沿って判断をするだけの存在（裁判所＝自販機みたいな感じ）という解釈は今では正しくなく、裁判には法創造や法形成の権能を一定の範囲で有していることが期待されているとされている。

法律上の争訟

上の「具体的な争訟」について。具体的事件性の要件とも言われている。①具体的な権利義務または法律関係の存否に関する紛争であって（つまり何らかの法益が侵害されたということと争う必要があるということ）、②法律を適用することで終局的にそれが解決される、と説明されている。主観訴訟という。逆にいうと、具体的事件性もないのに抽象的に「これって違憲じゃないですか？」と判断してもらおうというのはできない。しかし例外的に認められているのが、民衆訴訟（選挙訴訟と住民訴訟）と機関訴訟を合わせた客観訴訟というもの。客観訴訟は、公的な機関による法規に適合しない行為の是正を、自分の利益関係なく提起するもの、とされている。つまり、さっきの「これって違憲じゃないですか？」が認められる例外のケース。

国家試験・宗教の争訟

国家試験における合否を訴えることは裁判の対象にならない。これは、試験実施機関の最終判断に委ねられるべきとされているから。

宗教問題については前提問題になってないと対象にならない。例えば、ある宗教の教義に反して破門だ！となった時に裁判所に判断を求めるのはお門違いというべきだろう。前提問題となっているというのは、例えば宗教団体に大金を寄付していたものの、やっぱ返して欲しいとなった場合など。宗教が背景にはあるものの、「金返せ」が争いになっているから、これは前提問題と言える。『「板まんだら」事件』がこのケース。

「板まんだら」事件

創価学会の会員であった人が、寄付金を返してくれと争った事件。理由が、お堂に安置される「板まんだら」が偽物で騙された！というもの。最高裁は、「確かに法益が侵害されており、その背後に宗教問題がある。しかし、この問題は法律問題として終局的に解決できない問題だから取り合いません。」ということ棄却。法律上の訴訟の②の条件に合わなかったんだね。

自由裁量行為と統治行為

政治部門の自由裁量に委ねられている行為は、合・違法の問題ではなくて、当・不当の問題でしかなく、裁判所の統制は及ばない。

統治行為とは「高度に政治性のある国家行為」のこと。裁判所は別に判断できないわけではないのだけど、「一見極めて明白に違憲無効」の場合以外は。司法審査の対象から除外されることになっている。

統治行為 vs 自由裁量となった際には、統治行為関係の争訟はなるべく避けるようにされているよう。統治行為論の問題は「高度に政治的な～」という文言で語られることから政治問題（political question）といわれている。統治行為論と自由裁量の区別がつかねえ！と思ったら、「政治的」という文言があれば統治行為論で「自由裁量的」という文言があれば自由裁量の問題とっておけばいい。『砂川事件』では自由裁量の、『苫米地事件』では統治機構の問題として使われた。

司法権の独立の内容

司法権の独立については、単純に行政権と立法権から独立しているという意味と、裁判官が裁判の際に独立して職権を行使できる（裁判官の職権の独立）という意味の2つがある。

第17章 財政・地方自治

租税の意味（租税法律主義）

租税というのは、国または地方公共団体が、その課税権に基づいて、その使用する経費に充当するために、強制的に徴収する金銭給付のこと。で、もちろんだけど税金は払ったら返っては来ないよね。でも、国民保険なんかの徴収は、病気の際に保険が適用されるから我々に還元されている（つまり反対給付の性格を持っている）。租税に関しては、反対給付のないものと解すべきとされている。

地方自治の本旨

地方自治は、いわゆる制度的保障の1つ。地方自治は住民自治と団体自治の2つの要素がある。住民自治は、地方自治が住民の意思に基づいて行われるというもの、団体自治の方は地方自治が国から独立した団体によってなされるというものである。

条例の性質

条例は地方公共団体が自治権に基づいて制定する「自主法」の性格を有しており、昔は法律として扱われなかった（国家法の対概念としての自主法）。現在は、法律に準ずるものという意味で「準立法」としての条例に昇格した。また、「法律の範囲内」という留保つきであっても、法律よりもさらに厳しい法令を定めること（上乘せ条例）もできることになっている。

第 18 章 憲法の保障

抵抗権

国家権力が人間の尊厳を侵すような重大な不法行為をした場合に、国民自らが権利や自由を守るために実定法上の義務を拒否する抵抗行為を抵抗権という。要は、国家が不当に人権を制限しにかかった場合に、国民が抵抗する権利があるってこと。日本においては、実体法上の権利として抵抗権は認められないけれども、人権を支えた根底みたいな感じで歴史は感じられる。

違憲審査権の性格

裁判所に違憲審査が認められているわけだけれども、違憲審査にも 2 種類あって①憲法裁判所として特別に設けられた機関が、抽象的に違憲審査を行うもの（抽象的違憲審査制）、②通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、事件に必要な範囲で適用法条の違憲審査を行うもの（付随的違憲審査制）がある。日本はアメリカなどと同じでもちろん②にあたる。①はドイツなどがこれ。

憲法判断回避の準則

裁判所が違憲審査権を行使する際にはいくつかルールがある。その中で 1 番大事なのがこれ。憲法判断は事件の解決に必要な範囲で行う（逆にいうと必要がなければ行わない）という「必要性の原則」に基づいて準則化された一連のルール。アメリカ、アシュバンダー判決で説かれたもので、アシュバンダー・ルールとかブランダイス・ルールなどとも言われている。ブランダイス・ルールは『恵庭事件』で第 4 ルール（事件を処理することができる別の理由があれば憲法問題に判断を下さない）と第 7 ルール（憲法問題を回避できる法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめる）が使われて、憲法解釈を回避した。この「法律の違憲判断を回避する」解釈の手法を合憲解釈とか合憲限定解釈（健治さんは憲法適合的解釈と言っていた）という。

判決事実と立法事実

違憲審査をする際に明らかにする必要のある事実。前者は、具体的事件に関する事実（具体的事件性が必要だったよね）のことで、後者は法律の背後にあってそれを支えている事実のこと（健治さんは、法律は「こうなってほしい！！」という思いがあって作られるが、この将来的な予測のこと）を立法事実という。

法令違憲と適用違憲

違憲判断に関しては2種類の方法がある。まず、前者は文字通り法令それ自体を違憲とするもの。こうなると法律を作り直す必要は必ずしもないけど、判例にはなってしまう（法令違憲の拘束性）。適用違憲というのは、法令自体は合憲でもその事件に適用される範囲内においては違憲であるとするもの。これは「本件限りにおいて違憲」という言葉でよく表現され、判例にはならない。適用違憲については色々タイプはあるけどカット。詳しくは判例集の『恵庭事件』の芦部解説を読んでくれよな！

違憲判決の効力

違憲判決を食らったらその法律はどうなってしまうか。その答えが3つあって、①客観的に無効（一般的効力説）、②その事件に限り適用排除（個別的効力説）、③法律にお任せ（法律委任説）である。今のところ②が有力。

憲法改正の限界

憲法改正手続によれば、いかなる内容も改正できちゃうと主張する無制限説もあるものの、法的に限界はあるでしょと主張するのが限界説で、こちらが有力。限界説によると、民主主義に基づく憲法は、国民の憲法制定能力（制憲権）によって制定される法であって、この制憲権は憲法上にない（規定されてない）基盤のようなもの。もし、改正権（これは96条であって実定法上のもの）でその生みの親である制憲権を変更するなんて自殺行為だ、というのが説明の1つ。

以上