

日 本 国 憲 法 ・ 渋 谷

作成：北口智章（文一ニ 16 組）

< このシケプリについて >

- ・ 2019年1月、総合科目C系列「日本国憲法」（渋谷秀樹）の試験対策教材として作成した。
- ・ 指定教科書『憲法への招待 新版』（渋谷秀樹、2014年）および授業スライドに準拠した。
- ・ 平成30年度（A）の試験範囲の内容を掲載し、§16・参政权、§17・財産権は省略した。
- ・ 23、24、27各年度を除く14年度以降の過去問の情報（Aは解答、Bは問題）を付記した。
- ・ 簡潔性・一覧性を重視したため、重要度の低い事項については、必ずしも網羅していない。
- ・ 作成に際し、上クラから引き継いだ試験対策プリント（岡田忠志さん作成）を参考にした。

< 目 次 >

第1章 憲法とは何か..... 2

§ 01 オリエンテーション【割愛】..... #
§ 02 憲法を学ぶ予備知識..... 2
§ 03 憲法の意義..... 2
§ 04 憲法の基本原理..... 3
§ 05 立憲主義..... 3
§ 06 憲法の性質..... 4
§ 07 法規範相互の優劣..... 5

第2章 人権とは何か..... 6

§ 08 人権の根拠..... 6
§ 09 人権の性質と限界..... 7
§ 10 人権の享有主体..... 8
§ 11 人権の到達範囲..... 9
§ 12 新しい人権..... 10

第3章 どのような人権が保障されるのか..... 11

§ 13 法の下での平等..... 11
§ 14 精神的自由権..... 12
§ 15 人身の自由..... 14

第4章 政府を動かす原理は何か..... 15

§ 18 統治の基本原理..... 15

§ 02 憲法を学ぶ予備知識

✓ 憲法【過】

➤ [憲法]

- ・ ⇒ [国]における[政府]の組織と活動に関する[基本的法規範]。
- ・ 統治権・政府・憲法は、「現実の世界」の便利のために「ルールの世界」で取り交わされた約束。

➤ [政府]【過】

- ・ ⇒ [統治権] (立法・行政・司法) を有し、[領土]内の[定住者]や物、領土外の国民を支配する権力。
- ・ [領域] (領土・領空・領海)、[人] (国民、定住者)、[統治権]は、国家を構成する不可欠な三要素である。
- ・ 政府が目的とする基本的な活動は、治山・治水・治安の維持である。
- ・ 権利と義務が帰属する主体 (自然人、法人) のうち、統治権を持たない者を[私人]という。

➤ [法]【過】

- ・ ⇒ 人間活動を一定方向にコントロールしようとする規範で、政府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。
- ・ 特に、憲法、民法、刑法、商法、民事訴訟法、刑事訴訟法を[六法]という。
- ・ 政府と私人の間のルールを[公法]、私人と私人の間のルールを[私法]という。

コメントの追加 [k1]: [14-B4] 法人が人権を享有すべきか否かについて論じなさい。

【22-B1】国 (国家) を構成する諸要素を説明した上でその内容について説明しなさい。

コメントの追加 [k2]: [18-A1] ①公法、②私法、③刑法。

§ 03 憲法の意義

✓ 「憲法」という言葉

➤ 古来の「憲法」

- ・ 厩戸皇子の[十七条憲法]が知られる。江戸時代では法令集のタイトルに用いられた。
- ・ 十七条憲法は職業倫理を内容とし、[実質的]意味の憲法とは言えない ([形式的]意味の憲法に過ぎない)。

➤ 憲法

- ・ 西欧の[constitution] (構造・構成・組織) の訳語。国制、政体書、国憲などの訳語を経る。

✓ 憲法の定義【過】

➤ [固有]の意味の憲法

- ・ ⇒ 国における政府の組織と活動に関する基本的法規範。
- ・ この意味の憲法は、国家と言うべきものが存在する以上、必ず存在する。必ずしも憲法という名を冠さない。
- ・ 固有の意味の憲法は「事柄の性質」に、実質的意味の憲法は「事柄の存在様式」に着眼した表現で、同内容。

➤ [立憲的 (近代的)]意味の憲法

- ・ ⇒ [権利の保障]と[権力の分立]の規定が備わった憲法 (フランス人権宣言以来の伝統)。
- ・ 近代国家の萌芽である絶対王政期、国家権力の正統性をめぐる議論から[高次法思想]、[自然権思想]、社会契約思想などが登場し、[個人の尊重]と[統治権のコントロール]を共通項とするこれらの思想は、市民革命を経て政治社会に実現された。その過程での具体的な産物が、[立憲主義的憲法]である。
- ・ 英の[権利の請願]、[権利章典]。仏の[人権宣言]。米の[独立宣言]、[合衆国憲法]。

➤ [現代的]意味の憲法

- ・ ⇒ 近代的憲法の修正版。[参政権]の拡大、[社会権]の保障、[違憲審査制]が特徴。
- ・ 近代憲法は資本主義を背景に[財産権]と[自由競争]を保障したが、産業革命を経て社会の有り様が変化した現代では[富の再分配]が重視される。

コメントの追加 [k3]: [14-A1] ①実質 (的意味)、②権力分立、③立憲 (的意味)、④形式 (的意味)、⑤判例。

【17-A1】①統治権、②実質 (的意味)、③立憲 (的意味)、④参政権、⑤社会権、⑥違憲審査 (制)。

【19-A1】①財産権 (の絶対性)、②権利 (の保障)、③社会権 (の保障)。

【20-B1】憲法の定義について、「実質的意味の憲法」、「形式的意味の憲法」、「立憲的意味の憲法」、「現代的意味の憲法」の相違に言及して、説明しなさい。

【22-A1】①形式的 (意味)、②権利の保障、③権力の分立、④立憲 (的意味)。

【25-A1】①権利 (の保障)、②権力 (の分立)。

【28-B1】憲法とは何かについて、『日本国憲法』を受講して、自分が理解した内容を説明しなさい。

【29-A1】①実質的 (意味)、②立憲的 (意味)、③財産権、④現代的 (意味)。

§ 04 憲法の基本原理

✓ 近代憲法の原理【過】

- A [立憲主義]
 - ・ ⇒ 「憲法に基づいて統治活動を行うべし」という考え方。
 - ・ 最も重視する価値は、[個人の尊重 (自由主義)] (△基本的人権の尊重)。
- B [国民主権] (→ § 18)
- C [平和主義] (→ § 18)

コメントの追加 [k4]: 【30-A1】①統治、②(国民)主権。

§ 05 立憲主義

✓ 立憲主義の起源【過】

- 形式的起源 = [法の支配]
 - ・ ⇒ 憲法によって政府の統治権を制限する(恣意的な支配を抑制する)考え方。
 - ・ 予め客観的に存在し、統治者をも拘束する[高次法]の思想(形式主義的)が基礎。
 - ・ 「法の支配」の具体的な方法論として、権力を分離・分割し相互に牽制させる[権力分立主義]。
 - ・ ← 英の[ロック]の理論を基に、仏の[モンテスキュー]が[三権分立]を提唱。
- 実質的起源 = [自然権思想] (→ § 08)
 - ・ ⇒ 自然権 (natural rights) の保障を、「法の支配」によって実現される価値 (正義) に据える考え方。
 - ・ 人々は、自然権を確保するために契約を結び、それに基づいて政府が成立する (社会契約説) 。

コメントの追加 [k5]: 【16-A1】①法の支配 (の原理)、②自然権 (の思想)、③社会契約 (思想、説、論)。

【19-B2】立憲主義について、「法の支配」、「自然権思想」、「権力分立原理」、「社会契約論」の4つの言葉を必ず用いて説明しなさい。

【22-A2】⑤高次法 (思想)、⑥自然権 (思想)。

【25-A1】③高次法 (思想) ④自然権 (思想)。

【30-A1】③法の支配、④個人 (の尊重)。

✓ 日本国憲法における立憲主義【過】

- A 法の支配【過】
 - ・ [最高法規性] (9 8 条) : 憲法に反する統治活動の産物は、効力を有しない。
 - ・ [憲法遵守義務] (9 9 条) : [規範の名宛人] が列挙されており、そこに国民は含まれない。
- B 権力分立主義【過】
 - ・ [違憲審査権] (8 1 条) : 国会・内閣 vs 裁判所。
 - ・ [議院内閣制] (6 6 条 ~ 6 9 条) : 国会 vs 内閣。相互の [協調・抑制] に重点 (⇔ 分離・均衡 : 米)。
 - ・ ← [連帯責任制] (6 6 条 3 項) : 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負う。
 - ・ ← [相互罷免制度] (6 9 条) : 国会と内閣相互の最も強力な牽制手段。
- C 自然権思想
 - ・ [個人の尊重] (1 3 条 前段)
- D 社会契約説
 - ・ 「 国民の厳粛な信託 」 (前文 二 段) : 統治活動 (国政) の根拠として示されている。
 - ・ ⇔ [王権神授説] : 神の意思によって王権を正統化する思想。日本の明治憲法も然り (天孫降臨神話) 。

コメントの追加 [k6]: 【25-B1】立憲主義の意義と起源を説明した上で、日本国憲法にはそれほどのように規定されているか、説明しなさい。

コメントの追加 [k7]: 【15-B1】「法の支配」の意味を論じた後、それが日本国憲法にどのように取り込まれたかについて説明しなさい。

コメントの追加 [k8]: 【16-B5】権力分立原理思想と日本国憲法のとの権力分立の内容について説明しなさい。

§ 06 憲法の性質

✓ 憲法の性質【過】

➤ A [組織規範性]

- ・ ⇒ 政府の組織を定める性質。

➤ B [授権規範性]

- ・ ⇒ ① 「社会契約の契約書」として、政府に統治権を行使する正統性を与える性質。[前文 1 項]。
- ・ ⇒ ② 政府諸機関に権限を与える性質。[4 1 条] (国会)、[6 5 条] (内閣)、[7 6 条] (裁判所)。

➤ C [制限規範性] 【過】

- ・ ⇒ 政府の権限を、社会契約で授権された範囲に法的に制限する性質。立憲的憲法を徹底する性質。
- ・ 政府が制限規範性に違反した場合、市民は社会契約を破棄して新しい政府を作ることができる (革命権)。
- ・ 具体的には、政府に対して、国民の [権利・自由] に対応して、それを侵害しない [不作為] の義務が課されている。その具体例は、[検閲の禁止] (2 1 条 2 項)。
- ・ 自由は「状態」、権利は自由が侵害された際に救済を求める「力」であり、次元が異なる概念。
- ・ → 憲法で私人に対する [法的義務] を課するのは、制限規範性の本義に反する。
- ・ 例外的に、[1 8 条] (奴隷的拘束の禁止) は、私人に対して直接適用される。

➤ 国民の義務

- ・ 一般的義務 (1 2 条)、[教育の義務] (2 6 条)、[勤労の義務] (2 7 条)、[納税の義務] (3 0 条)。
- ・ 後ろの 3 つを「国民の三大義務」と言う。
- ・ 一般的義務、勤労の義務は、国民のモラルを規定するもので、罰則などで強制できない (ソフト・ロー)。
- ・ 教育の義務は、子女の教育を受ける権利に対応し、政府に対して負うものではない。
- ・ 納税の義務は、むしろ「法律に依らなければ課税されない」という国民の権利を擁護する文脈で登場している。
- ・ 権利義務関係の規範のうち、「誰が、誰に対して」という限定を含まないものは、[客観法] と言い、これを根拠に訴訟を提起することはできない (⇔ 主観法)。

➤ D [最高法規性]

- ・ ⇒ あらゆる法規範よりも優位にある性質。[9 8 条]。
- ・ 裁判所の [違憲審査権] (8 1 条) が、実質的に担保する。
- ・ 違憲審査権は下級裁判所も有するが、[終審裁判所] は最高裁判所のみ。下級裁判所は憲法に登場しない。

コメントの追加 [k9]: [15-A1] ①constitution、②組織 (規範性)、③国政、④授権 (規範性)、⑤最高 (規範性)、⑥制限 (規範性)。

【18-B1】憲法の性質を、「組織規範」「授権規範」「制限規範」の言葉を用いて説明しなさい。

【20-A1】④授権規範 (性)、⑤王権神授 or 天孫降臨 (説)、⑥八月革命 (説)。

【21-A1】①組織 (規範性)、②国民、③制限 (規範性)。

【30-B1】憲法の規範的性質について、簡潔に説明しなさい。

コメントの追加 [k10]: [16-B1] 日本国憲法にある義務に関する規定が少ない理由を説明しなさい。

【26-A1】①制限 (規範性)、②権利・自由 (の保障)、③検閲。

【28-B1】①制限 (規範性)、②保護する子女 (を教育する義務)。

§ 07 法規範相互の優劣

✓ 法規範の優劣【過】

- ①[憲法]: [主権者]が制定する法。
- ②[条約]: [内閣]が締結する、国家間の契約。
 - ・ [国内法優位説]: 条約が憲法に優越するならば、内閣による憲法の改変が実質的に可能となり、不合理。
- ③[法律]: [国会]が制定する法。
- ④[規則]: [両議院], [最高裁判所]が制定する法。
- ⑤[命令]: [内閣], 行政各部が制定する法。政令、内閣府令、省令、外局等の規則。
- ⑥[条例]: [地方政府]が制定する法 (×条「令」)。
- 法規範に含めないもの
 - ・ [詔勅]: 天皇の意思を示す文書。公に示される[詔書]と示されない[勅書]がある。
 - ・ [勅令]: 天皇が定める法。戦後は存在しない。
 - ・ 処分、国務に関するその他の行為: 法の適用行為・事実行為など。

コメントの追加 [k11]: 【20-A1】①国会、②主権者、③命令。

✓ 憲法規範内部の優劣【過】

- ①[根本規範]
 - ・ ⇒ 憲法が拠って立つ基礎を形成する原理的な規範。永久かつ不可侵で、改正不能。
 - ・ A[個人の尊重] (13条前段)
 - ・ B[平和主義] (9条1項)
 - ・ C[国民主権] (1条): 「事実の世界」の[憲法制定権力]に根拠があり、[革命]でしか揺るがない。
- [主権]【過】
 - ・ ⇒ 統治のあり方の最高決定権 (憲法制定権力)。[前文1項3段], [1条]。
 - ・ 政府の統治活動の正統化根拠は国民の同意にあり、国民の意思は参政権の行使を通じて統治活動に反映される。
 - ・ 「 政府の統治権 」, 「 [対外独立性] と [対内最高性] 」 (前文3項) の意味で用いられることもある。
- ②[改正規範] (96条)【過】
 - ・ ⇒ 改正手続きの規範。各議院の[3分の2]以上の賛成で発議され、国民投票で[過半数]の賛成を要する。
 - ・ 憲法制定権力に根ざした規範と言えるため、改正不能。
- ③[憲法律]
 - ・ ⇒ 根本規範、改正規範以外の規範。改正可能。

コメントの追加 [k12]: 【14-B1】憲法の規範構造について、「根本規範」・「改正規範」・「憲法律」・「憲法制定権力」の4つの用語を使用して説明しなさい。

【17-A2】⑦根本規範、⑧憲法律、⑨個人の尊重 or 平和主義 or 国民主権。

【18-B4】憲法改正権の限界について論じなさい。

【20-B3】憲法規範内部の優劣を説明した上で、憲法改正の限界について論じなさい。

【26-A2】④根本規範、⑤改正規範、⑥主権 (の所在)、⑦現実 (の世界)、⑧憲法制定権力。

【29-B1】憲法改正の限界について、いわゆる八月革命説に触れながら、論じなさい。

【20-A2】⑤根本規範、⑦憲法制定権力。

コメントの追加 [k13]: 【15-A2】⑦(対外的)独立(性)、⑧最高決定権、⑨第3 (の用法)。

【29-A2】⑤政府の統治権、⑥対外独立性、⑦(統治のあり方の)最高決定権。

コメントの追加 [k14]: 【25-B2】憲法の改正手続を定める憲法96条は果たして改正可能か否か、について論じなさい。

✓ 日本国憲法の成立過程

- 日本国憲法
 - ・ 大日本帝国憲法の改正手続きに従って同憲法を「改正」して成立。
 - ・ この制定過程で、主権に関わる根本規範が改正されている。これを理論的に正当化できるか?
- [八月革命説]
 - ・ ⇒ 当時の主権者である天皇が[ポツダム宣言]を受諾した時点で「革命」が起こり、同宣言に含まれる[国民主権の原理]などに矛盾する大日本帝国憲法の規定は廃止され、現行憲法が新たに制定されたとする。敗戦から現行憲法の施行までの空白期間における手続きは、大日本帝国憲法が定めるルールを形だけ借用しただけだとする。
 - ・ ⇔ しかし現実には、憲法制定権力は日本国民ではなく[GHQ]にあった。
 - ・ 結局、憲法の正統性は、主権者である国民と統治権者とされた日本政府が、その正統性を認めているという事実によって支えられていると考えられるほかない。

§ 08 人権の根拠

✓ 理論による基礎付け [過]

➤ [自然権思想]

- ・ [ホブズ]は、人間が生まれながらにして有する権利を[自然権]として、社会構成原理の基礎に据えた。自然権は[自己保存]という人間の本性に由来するものであるから、これに基づく戦争状態である[自然状態]が生じ、それを克服するために[社会契約]による[自然法] (⇔ 実定法) が制定される。
- ・ [ロック]は、自然権を[固有権]と呼び、[財産保有権]と同義に用いた。
- ・ < 難点 > : 人間が自然権を有する所以については、[キリスト教]の世界観に依る部分が大いだが(実際、ホブズの思想的影響によって成立した[アメリカ独立宣言]では、キリスト教の神を意味する「造物主」という言葉がある)、この説明はキリスト教の信仰を持たない者に対する説得力を持たない。
- ・ アメリカ独立宣言: 「すべての人は平等に造られ、[造物主]によって一定の奪うことのできない権利を与えられ、その中には生命、自由および幸福追求が含まれる」。この一文は、[13条後段]の文言に影響している。

➤ [人間固有の尊厳 (人間性)]

- ・ [国際人権規約前文]で用いられている人権の根拠。長らく日本の憲法学で、人権の有力な根拠とされた。
- ・ < 難点 > : 人間固有の尊厳の所以の説明をしていない。

➤ [道徳理論]

- ・ [人間共通の本性]に基づき、いくつかの仮説を前提として提示し、そこから導出される論理必然的な帰結として人権を基礎付ける理論。[ロールズ]の「正義論」が代表的存在。
- ・ < 難点 > : 前提とする仮説そのものの正当性の論証が不完全であること。人間の現実の心理や行動は複雑で非合理的であり、論理的な推論が必ずしも及ばないこと。
- ・ 正義に関する諸説として、[功利主義]、[自由至上主義]、[共同体主義]がある。

✓ 人類史による基礎付け

➤ [経験主義]

- ・ ⇒ 悲惨な経験を含む政治の現実の歩みの観点から、人権を基礎付ける立場。
- ・ 憲法97条: 「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」。

コメントの追加 [k15]: 【14-B2】人権の基礎付けについて諸説を説明した後、自分の考え方を論じなさい。

【18-A2】④生命、⑤自然権(思想)、⑥(人間の)固有の尊厳、⑦(普遍的)道徳、⑧経験(主義)。

【19-B4】人権の根拠について論じなさい。

【21-B2】人権の基礎付けについて諸説を説明した上で、自分の考え方を論じなさい。

【28-A2】③自己保存(の権利)、④固有権、⑤自然権(思想)、⑥人間固有の尊厳、⑥道徳(理論)、⑦経験(主義)。

【30-B2】人権の根拠に関する諸説を説明した上で、どのように考えるべきかについて論じなさい。

§ 09 人権の性質と限界

✓ 人権の性質【過】

➤ ①[永久不可侵性]

- ・ ⇒ 時間を超越した普遍性。
- ・ ここでの「永久」は、「その人が生きている限り」の意味。フランス人権宣言における「時効によって消滅することのない」という法的表現を一般化した表現。
- ・ [11条後段]、[97条]は、「侵すことのできない永久の権利」として人権を規定。ただし、人権の実質的な消滅への警鐘として、[12条前段]は「国民の[不断的努力]によって、これを保持しなければならない」と規定。

➤ ②[固有性] (≡ 生得性)

- ・ ⇒ 人間が人間であることにより当然に享有する権利であること。
- ・ その論証は不可能であり、人類の歴史を踏まえた[人権思想]に依る。

➤ ③[普遍性]

- ・ ⇒ 人間であれば遍く同様に享有する権利であること。
- ・ [11条前段]は、「国民は、すべての[基本的人権]の[享有]を妨げられない」と規定。

✓ 人権の限界と制約【過】

➤ [他者加害の禁止]

- ・ 人権は、「他者と社会に危害を与えない限り」という制限を被る（フランス人権宣言以来の伝統）。
- ・ [侵害原理]： ある個人の行動の自由を制限する際に、唯一可能なのは、その個人が他者に対して危害を加えることに抵抗することだけである、という原則。

➤ [内在的制約] (としての公共の福祉)

- ・ ⇒ [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]。
- ・ 権利の行使が保障される上で必然的に伴うことから内在的と言われる (⇔外在的制約)。
- ・ [12条、13条]では、全ての人は「公共の福祉」(内在的制約)による制限を被ると規定される。
- ・ [身体の所在、精神生活]に関する権利・自由は、内在的制約のみを被り、その制限の幅は「必要最小限度」に限定される(加えて、[共同生活]に関する権利・自由も然り)。前者は[人間活動]の基礎であり、後者は[民主政治]の基礎である。

➤ [外在的制約] (としての公共の福祉)

- ・ ⇒ 社会の[福利]を増進するための社会経済政策上の制約。
- ・ [22条1項]では[職業選択の自由]が、[29条2項]では[財産権]が、「公共の福祉」(外在的制約)による制限を被ると、個別的に規定される。このことを根拠に、これら[経済生活]に関する権利・自由は、他の権利・自由とは異なり、制限の幅が必要最小限度に限定されない。
- ・ なお、社会固有の福利は存在せず、社会の福利は個人の福利に還元されるものである。

➤ [二重の基準]【過】

- ・ ⇒ 権利・自由を制限する統治活動の合憲性を裁判所が判断する際、制限される権利・自由がどの領域に属するものかによって、裁判所の違憲審査基準が異なるということ。
- ・ [身体の所在、精神生活]に関する権利・自由は厳しく審査されるが、[経済生活]などに関する権利・自由は緩やかに審査される。後者については、立法府の判断を合理的だとする[合憲性の推定]が働く。
- ・ 違憲審査は、「目的の正当性」を吟味する[目的審査]、「手段の妥当性」を吟味する[手段審査]、「目的と手段の整合性」を吟味する[関係審査]の三局面からなされる。

コメントの追加 [k16]: 【15-A3】⑩永久不可侵(性)、⑪固有(性)、⑫natural rights、⑬(人権の)享有(主体)、⑭人格、⑮18(歳)。

【26-A3】⑨永久不可侵性、⑩固有性。

【30-A3】⑧永久不可侵性、⑨固有性、⑩普遍性、⑪財産権、⑫普通(選挙)。

コメントの追加 [k17]: 【15-B3】人権の制約原理について説明しなさい。

【26-A3】⑪他者加害(の禁止)、⑫内在的(制約)、⑬公共の福祉。

【29-A3】⑧公共の福祉。

コメントの追加 [k18]: 【19-B1】裁判所が憲法上の権利を制約する法令の合憲性を審査するとき、どのような態度でなすべきか論じなさい。

【29-A3】⑨二重の基準(論)、⑩目的(審査)、⑪関係(審査)。

§ 10 人権の享有主体

✓ 国民国家における国民

➤ 国民【過】

- ・ 国民国家成立時にその領域内の[被治者]を国民として、以後はその[血脈]を重視する。国民の一体感を創出する必要性と相まって、国民はあたかも自然物として存在していたかのように錯覚される。
- ・ 日本では血統に基づく[国籍保有者]を国民とする「**国民国家の論理**」が優勢だが、そもそも[治者と被治者の自同性]を本来意味とする民主主義の原理に照らすと、[外国人定住者]を含む[被治者]を国民とする「**社会契約の論理**」の方が本来的では？
- ・ 憲法に登場する「国民」には、「統治に正統性を付与する国籍保有者全体」を意味するものと、「参政権を持つ有権者」を意味するものがある。

➤ 国籍法【過】

- ・ 国籍法は、出生による国籍の取得について[父母両系血統主義]を採用（1984年、父系から移行）。
- ・ ← 移行以前では、沖縄などで、米国人の父と日本人の母の子どもが無国籍となる問題があった。
- ・ 国際的には、生活の実態に忠実な[出生地主義]が拡大。
- ・ 世界の国々は両主義に分かれているので、二重国籍・無戸籍の人が存在する。
- ・ → 日本では、二重国籍者は20～22歳の間に、いずれかの国籍を選択しなければならない（国籍法14条）。

➤ 国籍法違憲裁判【過】

- ・ 旧国籍法では、[外国籍の母]から生まれた[非嫡出子（婚外子）]が、[日本国籍の父]から[出産後認知]を受けたとき、父母の婚姻関係がある場合は法務大臣への[届け出]による国籍獲得が可能である一方、父母の婚姻関係がない場合は不可能で、[帰化]の申請をしなければならなかった。
- ・ つまり、日本との「密接な結び付き」の指標として、認知に加えて、父母の婚姻により非嫡出子が[嫡出子]の身分を獲得する[準正]の手続きを要請していた。
- ・ → 準正は、日本との「密接な結び付き」を示すものではなくなったとして、違憲判決（2008年）。

✓ 外国人の人権享有主体説【過】

➤ 肯定説

- ・ 人権の固有性・普遍性に照らせば、外国人も人権享有主体と言える。
- ・ しかし、現実には、個別の権利の[性質・内容]に照らして、外国人には保障されないもの、あるいは保障のレベルが国民よりも低いとされるものがある。

➤ [マクリーン事件]

- ・ 外国人の政治活動の自由が争われ、最高裁で「[政治活動の自由]は認めるが、日本の[政治的意思決定]又はその[実施]に影響を及ぼす活動は認めない」との判断が示された。
- ・ この判例に基づき、参議院議員選挙など国レベルの参政権の行使は、[法的帰属関係]のない外国人に認められない。一方、地方政府レベルの参政権の行使は、地域への[事実上の帰属関係]（地域との[特段に緊密]な関係）さえあれば、外国人定住者に地方参政権を認めることを憲法上禁止されていないとの判断が示されている。
- ・ 参政権は、主権から引き出される権利であり、政治活動の自由の極限形態である。

コメントの追加 [k19]: 【22-A3】⑦統治、⑧正統性、⑨参政権、⑩被治者。

【21-B1】主権にはどのような意味があるか説明した上で、国民主権でいう国民とはだれかについて論じなさい。

コメントの追加 [k20]: 【20-A3】⑪父母両系血統（主義）、⑫出生地（主義）。

【29-A4】⑫父母両系血統主義。

コメントの追加 [k21]: 【20-A3】⑬準正、⑭（合理的な）差別 or 区別。

【26-A4】⑭（出生後）認知、⑮嫡出子、⑯届け出、⑰帰化。

【29-A4】⑬準正、⑭帰化、⑮密接（な結び付き）。

コメントの追加 [k22]: 【15-B4】外国人が参政権を享有すべきか否かについてろんじなさい。

【16-A2】④（権利の）性質・内容、⑤国民主権（の原理）、⑥特段に緊密（な関係）。

【19-B3】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。

【25-B2】外国人の人権について、学説・判例の状況を説明したうえで、どのように考えるべきか、論じなさい。

【28-A3】⑧（権利の）性質・内容、⑨政治活動（の自由）、⑩政治的意思決定、⑪国（レベル）、⑫地方政府（レベル）。

§ 11 人権の到達範囲

✓ 憲法規範の名宛人

➤ 権利の本質

- ・ 憲法上の権利は、公権力の主体である[政府]と、公権力を行使する立場にない個人または組織・団体である[私人]の間を規律するものとして構想された歴史的経緯がある。そのため、憲法は、奴隷的拘束の禁止など直接的な司法的効力を持つ人権規定を除き、私人間には直接適用されない。
- ・ 政府と私人の決定的な違いは、前者は[人権の享有主体]ではないということ。

✓ 私人間効力の問題【過】

➤ [人権規定の私人間効力]

- ・ ① 憲法上の人権規定は、私人間に直接的な効力を有さない。
- ・ ← 市民革命により政府以外の権力（中間団体）が解体され（例外：家族）、政府と国民が直接対峙するようになった状況を前提としている（したがって、初期の人権宣言関係の文書に[結社の自由]は殆ど登場しない）。
- ・ ② 社会的許容限度を超える私人間の権利侵害は、第一に憲法の趣旨を具体化する[立法措置]、第二に民法など私法上の規定に憲法の趣旨を読み込む[解釈]により、間接的に対処する（間接効力説）。ここでは、両当事者の権利・自由の対抗関係が実質的に問題となる。
- ・ 人権規定の私人間効力の問題は、特に[社会的権力]（企業・労働組合・マスメディア等）の登場に伴い、問題とされるようになった。
- ・ 日本では、思想の如何を雇用の判断基準とすることの正当性が争われた[三菱樹脂事件]の判決で、上記の見解が示された。
- ・ 前者の方法では、ともに米国の[公民権法]の日本語版である[人権擁護法案]（小泉政権）、[人権委員会設置法案]（野田政権）が、これまで検討された（いずれも、廃案）。

➤ 三菱樹脂事件

- ・ 「強い私人」である会社の権利は、強力な論証がない限り、「弱い私人」である労働者の権利に優越しない。
- ・ 第一の方法での対処：労働基準法の適用あるいは改正。
- ・ 第二の方法での対処：雇用の拒否を[不法行為]とみなす方法（民法709条以下の解釈）、雇用の拒否を「公の秩序」に違反するものとみなす方法（民法90条の解釈）、雇用の拒否を「公共の福祉」による制約の対象とみなす方法（民法1条、憲法14条）がある。

コメントの追加 [k23]: [17-A3]⑩私人、⑪間接効力(説)、⑫公民権法。

【18-B3】私人間で憲法が保障する権利の侵害が問題となった場合、どのように対処すべきか、具体的な例をあげて論じなさい。

【20-A2】④私人、⑤中間団体、⑥公民権法、⑦間接効力(説)。

【22-A4】⑪封建的(権力)、⑫中間(団体)、⑬国民、⑭結社(の自由)、⑮家、⑯婚姻。

【28-B2】憲法上の権利は、私人間にどのように保障されるのか、具体的な事案に則して説明しなさい。

【29-B2】憲法上の人権規定の私人間における効力についての諸説を、最高裁の判決に言及しながら説明しなさい。

§12 新しい人権

✓ 新しい人権【過】

➤ [人権カタログ]

- ・ ⇒ [第3章] で具体的に列挙された一群の権利。過去の社会で必要とされ、獲得された。
- ・ 社会の変化に応じて要請される、人権カタログに記載のない[**新しい人権**]については、以下の方法で対応する。

➤ ①[憲法改正]

- ・ 制定の当初より、憲法自体が予定している方法。
- ・ <難点>： 人権の中核的部分を固守する目的で要件が厳しく設定されており、現実的に困難。また、新しい権利は社会的少数者が提起する場合も多く、多数決の原理が支配する民主的プロセスとの親和性が低い。

➤ ②[現行規定の解釈]

- ・ 人権カタログの原理的な検討を基に、合理的にその内容を変更・拡大する方法。
- ・ 例①： [21条] (表現の自由) を、[**知る権利**]、[**取材の自由**]を保障するものとして解釈。
- ・ 例②： [25条] (健康で文化的な最低限度の生活を営む権利) を、[**環境権**]を保障するものとして解釈。
- ・ 例③： [24条] (個人の尊厳) を、[**家族形成権**] (出産、堕胎、同性婚) を保障するものとして解釈。

➤ ③[「包括的基本権」条項]【過】

- ・ ⇒ [13条後段] の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」(**幸福追求権**) という規定。
- ・ 人権カタログに掲げられない権利・自由をも包含する、個別の権利の[**一般法**] 的な根拠規定とされ、ここから新たに具体的な権利・自由を導出するのが、第三の方法。
- ・ この方法で導出される権利・自由については、個人の[**人格的生存**]に不可欠なものに限定されるという立場(**人格的利益説**)、人間のあらゆる行為が対象とされるという立場(**一般的自由説**)がある。「個人の尊重」という基本的価値に照らせば、多様な[**価値観**]を保障する後者が妥当に思われるが、日本の多数説は前者。
- ・ 一般的自由説は、法的思考の基本である「**禁止・放任・権利**」という類型において、「**放任**」(政府の禁止に論証責任を要する)に含まれる行為を、際限なく「**権利**」(政府の禁止が禁止される)へ昇格させる恐れがある。
- ・ 例： [**生命に対する権利**] (自傷行為、臓器提供、安楽死・尊厳死、自殺の権利)。←[**パターナル**] な制約。

➤ [プライバシーの権利]【過】

- ・ 三島由紀夫『**宴のあと**』をめぐる裁判で初めて扱われ、「[**私生活**]を[**みだりに**]公開されない法的保障ないし権利」と捉えられ、プライバシーとなる情報を規定する三要件(**私事性・秘事性・未知性**)が提示された。のちにプライバシーの捉え方は、「私生活に関する情報」から「個人を特定できる情報(**個人情報**)」に変化し、この流れの中で、[**個人情報保護法**]が制定された。個人情報が政府機関に組織的かつ体系的に集約される現在では、プライバシーの権利は私法上の権利ではなく、憲法上の権利だと考えられる。
- ・ プライバシーの権利の核心は、情報の内容の如何に拘わらず、自分に関する情報の収集・管理・流通・提供など全般的なプロセスを本人の選択に委ねるという[**自己情報コントロール権**]である。ただし、情報の[**公共性・公益性**]、[**公的人物性**]、[**本人の同意**]のいずれかが満たされる場合は、保障されない。
- ・ 最高裁判例は、プライバシーの権利の根拠を[**名誉権**]とともに[13条]に見出しているが、これらの根拠は、情報の流通に関する権利一般を保障する[21条]に求めることができる。

➤ [情報公開請求権]【過】

- ・ 政府が集積する情報は本来、国民のものであるという発想から、[**作為請求**]ではなく[**妨害排除請求**]として捉えられるようになった。つまり、公開拒否は自由の侵害とされ、原則公開が徹底されるようになった。
- ・ [**特定秘密保護法**] (2013年) は、この時代の流れに逆行するもので、権力者に不都合な情報を特定秘密として恣意的に隠蔽することを可能とするなど、様々な問題点が指摘されている。

コメントの追加 [k24]: 【18-B2】社会の状況が変化し、新たな人権が必要とされるようになったとき、どのようにしてそれに対応すべきか、具体的な権利の例をあげて論じなさい。

【22-A5】 ⑰憲法改正、⑱表現、⑲幸福追求、⑳包括的(基本権条項)。

【26-B2】 憲法の明文にはないが、憲法上の権利とみなされるべきと考える具体的な権利をあげて、その根拠条文とその理由について説明しなさい。

【29-B3】 社会の客観的・主観的状況の変化に照らして、憲法に明文で規定されていない権利を憲法上保障されるべきものと考えられるようになった手法として、どのようなものがあるかについて、具体的な権利を指摘しながら、論じなさい。

コメントの追加 [k25]: 【15-A4】 ⑰公共の福祉、⑰一般(法的規定)、⑱新しい(人権)、⑲一般的(自由説)、⑳価値観。

【17-A4】 ⑲幸福追求(権)、⑳一般(法的規定)、㉑人格利益(説)。

【17-B1】 すべての実態的人権に共通して適用される憲法上の権利または原則を1つ挙げて、その概要を説明しなさい。

【19-A4】 ㉒人格的生存、⑲一般的自由(説)、㉓個人の尊重。

【21-B5】 憲法13条後段の「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」という規定から新しい人権を導き出す考え方は、どのような場合に用いられるべきか、また具体的にどのような権利を導き出すべきかについて論じなさい。

コメントの追加 [k26]: 【16-B3】プライバシーの権利について論じなさい。

【17-A5】 ㉔私生活、㉕自己情報コントロール(権)。

【18-B5】 プライバシーの権利と自己情報コントロール権の関係について論じなさい。

【19-A5】 ⑲私生活、⑳感受性、㉗未知、⑳みだりに。

【28-A4】 ⑲プライバシー(の権利)、㉔私生活、㉕自己情報コントロール権。

コメントの追加 [k27]: 【18-A5】 ㉘妨害排除(請求)、㉙作為(請求)、㉚情報(公開請求)。

§13 法の下での平等

✓ 平等の理念【過】

➤ 平等（14条）

- ・ 実質的な内容を持たない[人権通則]で、常に他者との比較が問題となる（「それ自体は重みのない天秤の皿」）。
- ・ → 人格の自由な展開と両立するためには、何を天秤に乗せるかの検討が重要。
- ・ [人格価値の平等]は、[個人の尊重]を最優先する近代立憲主義の論理必然的な前提。

➤ [絶対的平等]

- ・ 各人の個性や相違に拘わらず、一律均等に取り扱うことで実現される平等。
- ・ ① [機会の平等]： [スタートライン]における平等。自由の価値と親和的な[形式的平等]
- ・ ② [結果の平等]： [ゴールライン]における平等。自由の価値と相反する[実質的平等]（修正原理）。

➤ [相対的平等]

- ・ 各人の個性や相違を考慮して、取り扱いに差異を設けることで実現される平等。[実質的平等]。
- ・ 目的の正当性、手段の妥当性、目的と手段の整合性を吟味し、合理性が認められるならば[合理的差別]。
- ・ 14条で列挙されているカテゴリーに基づく合理的差別には、特に注意を要する。
- ・ ③ [条件の平等]： スタートラインの[変更]。[積極的差別是正措置]が代表例。

✓ 相対的平等の具体例とその弊害【過】

➤ ①所得に対する[累進課税]（cf 消費税）

- ・ <目的>： 富の再分配による[社会国家]の実現。
- ・ <手段>： 控除が可能であること、限界効用が比例しないことから、[担税力]の指標として有効かつ適切。

➤ ②刑法200条=[尊属殺人]重罰規定（1995年、廃止）【過】

- ・ <目的>： 子の親に対する[尊重報恩]の道徳の保護。
- ・ <手段>： 刑罰の加重があまりに厳しく、軽減を重ねても執行猶予を付せない（→ 1973年、違憲判決）。
- ・ 少数意見は、目的の正当性も批判。一種の身分制道徳の見地に立っており、合理的な目的とは言えない。

➤ ③民法733条=男女の[再婚禁止期間]の区別（2016年、改正）

- ・ <目的>： 離婚後の妊娠に際し、[父親の推定]の重複を避け、[父子関係]をめぐる紛争を未然防止。
- ・ <手段>： 女性の[六カ月]再婚禁止は、手段の妥当性、目的と手段の整合性に欠く（→ 2005年、違憲判決）。
- ・ ← 父子関係をめぐる紛争を防止するためなら[100日]の再婚禁止で十分で、それを超える分は違憲。
- ・ 事実婚、離婚前に他の男性と同棲し懐胎する事態などでは、むしろ父子関係が混乱してしまう。
- ・ 科学的根拠に依らない父親の推定方法は、妻が出生届を嫌がり、子どもに不利益が及ぶ事態を招きうる。
- ・ → 再婚禁止の規定そのものを見直すべきでは？

➤ ④民法900条4号但し書き=[非嫡出子法定相続分規定]（2013年、削除）【過】

- ・ <目的>： [嫡出子]の保護。[法律婚主義]を採用する民法の原則との調整（→ 2005年、合憲判決）。
- ・ <手段>： 子の関与できない事情で法定相続分を[半分]とするのは、不合理（→ 2013年、違憲判決）。
- ・ 付随的論点として、民法の規定を無効とする判断は、当該事件以外にも及ぶのかどうか。
- ・ → 「先例としての事実上の拘束性」を有するが、既に確定的な法律関係まで覆すものではない。
- ・ 非嫡出子への偏見は未だ根強く、違憲判決には「不倫を助長する」といった批判がある。

✓ 相対的平等を実現すべき事例

➤ 民法750条=[夫婦同氏強制条項]【過】

- ・ 民法が中立的な立場をとることで社会的不平等が反映され、女性の改姓が事実上、強制されている。
- ・ 家族は[社会]の自然かつ基礎的な集団単位であり、合理性は認められるとして、合憲判決（2015年）。

コメントの追加 [k28]: 【16-A3】⑦人格（価値の平等）、⑧機会（の平等）、⑨結果（の平等）。

【18-A6】⑰結果（の平等）、⑱自由、⑲絶対的（平等）、⑳目的。

【15-B2】「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。

【21-A4】⑪（人格）価値（の平等）、⑫絶対的（平等）、⑬相対的平等、⑭消費税、⑮累進課税。

コメントの追加 [k29]: 【20-B4】「法の下での平等」につき、具体的な例をあげて説明しなさい。

【22-B4】「法の下での平等」について具体的な例をあげて説明しなさい。

コメントの追加 [k30]: 【19-A4】⑧父親、⑨父子関係、⑩尊属、⑪執行猶予。

【21-B4】尊属殺人罪を定める刑法の規定について、最高裁はどのような理由で違憲としたか。多数意見と少数意見の相違について論じなさい。

【26-B3】最高裁判所は、「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」とする刑法200条を違憲とした。その判決の理由を説明した上で、その規制の是非について論じなさい。

コメントの追加 [k31]: 【25-A3】⑩非嫡出子、⑪半分、⑫個人。

コメントの追加 [k32]: 【28-B3】民法750条（「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。」）に含まれる憲法問題について、最高裁の判決に言及しながら、論じなさい。

【30-A4】⑬社会、⑭性差、⑮手続き。

§ 14 精神的自由権

✓ 思想及び良心の自由 (19条)

➤ [内心説] 【過】

- ・ ⇒ 思想・良心を「内心におけるもの見方ないし考え方」と捉える。
- ・ cf [信条説] : 「価値観・主義・信条など信仰に準ずべき、個人の人格形成の核心」と捉える。
- ・ 日の丸・君が代の「教師」に対する強制は、[信条説] に基づき合憲判決 (2007年)。内心説ならば違憲では？
- ・ ← 教師は教育裁量権を与えられた「政府機関」とされるが、私人としての権利主張は否定されない。
- ・ ← かつて、政府機関の[内部的権力関係] では、人権は法律の根拠がなくとも制限可能であるとされていた。

➤ 思想及び良心の自由 【過】

- ・ ① 特定の思想及び良心を持つこと (持たないこと) を理由にした [不利益処遇] の禁止。
- ・ ② 特定の思想及び良心を持つことが外部から察知できる行為を強要すること (告白強制) の禁止。
- ・ ③ 特定の思想及び良心を持つことを強制することの禁止。
- ・ → [内心の形成] に関わる教育現場で、日の丸・君が代の「生徒」に対する強制は問題とされる。

➤ 教育の権利義務関係 【過】

- ・ 子女は [学習権] を持つ。これに対応する義務は、一次的には保護者に、二次的には政府に課される。
- ・ → [26条] は、教育の [機会均等] を保障する義務、無償の [義務教育] を施す義務を、政府に課す。
- ・ 保護者が持つ [教育権] には、政府や宗教団体などからの侵害を排除する [教育の自由] の側面がある。

➤ 教育の機能

- ・ ① [個人的機能] : 個人の人格を形成する機能。
- ・ ② [社会的機能] : 社会の中で、先人の知恵と技能を伝承する機能。
- ・ ③ [国家的機能] : 政府の統治活動の一助とするため、国民の一体感や政府への忠誠心を醸成する機能。
- ・ → 教育の目的として愛国心が書き込まれた教育基本法改正 (2006年) は、③の再生の意図があるのでは。
- ・ → 権力を有する政府が背後に存在し、「政府のシンボル」を果たしうる国旗・国歌には警戒を要する。

✓ 宗教の自由 (20条)

➤ 宗教の自由を保障する意義

- ・ ① 宗教は、精神的自由の原点であり、[個人の尊重] の核心を構成すること。
- ・ ② [国家神道] を事実上の国教とした戦前日本で、[宗教弾圧] が繰り返されたこと。
- ・ 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。

➤ A [信教の自由] (20条1項前段・2項)

- ・ 信仰の自由、無信仰の自由、告白の自由、沈黙の自由、布教の自由、礼拝の自由、宗教的結社の自由など。

➤ B [政教分離原則] (20条1項後段・3項、89条) 【過】

- ・ ①目的が [宗教的] 意義 (⇔ [世俗的]) を持ち、②効果が宗教への [援助・助長・促進] または [圧迫・干渉] になるような政府の [宗教的活動] を禁止 (目的・効果基準)。宗教団体に対する [中立性] を要請。
- ・ 宗教的少数者の保護という本義に照らせば、目的と効果の検討も慎重に行わなければならない。
- ・ 事例① : 津地鎮祭違憲訴訟 (1977年) : ①×、②× → 合憲判決。
- ・ 事例② : 愛媛玉串料訴訟 (1997年) : ①○、②○ → 違憲判決。
- ・ cf [祭政一致] (イスラーム諸国)、[国教制度] (英国)、[政教協約] の締結 (独伊)。

➤ 靖国参拝 【過】

- ・ 一宗教団体が運営する [靖国神社] に、首相が [神道の礼法] に則り参拝するのは、憲法違反の疑いが強い。
- ・ [A級戦犯] を合祀した靖国神社への内閣構成員の参拝は、軍国主義の礼賛・平和主義への挑戦では？

コメントの追加 [k33]: 【30-A5】⑯信条、⑰内心。

コメントの追加 [k34]: 【30-A5】⑳ (精神的な) 成長。

コメントの追加 [k35]: 【17-B4】「普通教育」を受ける権利は、教育にかかわるそれぞれの人からどのような権利・義務と理解されるか説明した上で、教育内容はどのように定められるべきかについて論じなさい。

コメントの追加 [k36]: 【15-B5】信教の自由と政教分離原則の調整が問題となる事例をあげて、どのように考えるべきかについて論じなさい。

【16-A4】⑩国教制度、⑪政教分離、⑫目的・効果 (基準)。

【17-B3】政府と宗教の関係について日本国憲法がとる原則を説明した上で、判例はどのような基準を用いて、この原則に違反するか否かを判定しているかを具体的な例をあげて説明しなさい。

【19-A5】⑲政教分離、⑳目的・効果基準。

【20-A4】⑮超自然 (的)、⑯信条、⑰世俗的、⑱援助、⑲圧迫、⑳宗教的活動。

【21-B2】宗教と政府との関係につきどのような類型があるか説明した後、日本国憲法の下で判例の採用する基準について論じなさい。

【22-B5】政府と宗教の関係についての類型について説明した上で、日本ではどのような原則が採用され、具体的にどのような基準に基づいて判定されているのかについて説明しなさい。

【26-A5】⑱政教分離 (原則)、⑲目的・効果 (基準)。

【28-A5】⑯畏敬崇拝、⑰政府の義務、⑱目的・効果 (基準)。

【30-B4】政教分離原則に違反するか否かについて、最高裁はどのような基準によって判定してきたのか、説明しなさい。

コメントの追加 [k37]: 【25-B5】政教分離原則違反の判定基準について説明した上で、内閣総理大臣の靖国神社参拝について論じなさい。

§ 14 精神的自由権

✓ 表現の自由 (21条)

➤ 表現の自由を保障する意義【過】

- ・ ① [情報] は、あらゆる[人間活動]の基盤となること。
- ・ ② 表現は、[自己実現]のための手段であり、かつ目的そのものであること。
- ・ ③ [民主政治]の維持と発達 (自己統治) にとって不可欠であること。
- ・ ④ [不満の安全弁]として、社会の安定に寄与すること。
- ・ ⑤ 意見交換を通じた真理の発見に寄与し、人類の未来に貢献すること (思想の自由市場)。
- ・ 表現の定義： 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。
- ・ → より広く、「他者が理解できる意味内容を持つ[情報]を[発信]する行為」とするべきでは？

➤ 表現の自由 (情報流通の自由)【過】

- ・ → 情報の流通に関わる全ての行為の自由。
- ・ [取材の自由]、編集創作の自由、発信の自由、受領の自由 (知る権利)、自己情報コントロール権など。
- ・ 取材の自由について、判例は「憲法の精神に照らし尊重に値する」と述べるに留まる。

➤ 性表現の規制【過】

- ・ [刑法175条]などで、刑事罰による猥褻表現の禁圧が行われる。
- ・ [『チャタレー夫人の恋人』事件]で争われ、「性的秩序」を守り、[最小限度の性道徳]を維持する」という制約根拠から合憲判決 (1957年)。猥褻とまでは言えない表現の[青少年]への流通規制についても、最高裁は、青少年の「健全な成長」を妨げる側面を指摘して正当化 (1989年)。
- ・ ⇔ 「墮落の自由」(13条から導出)の侵害、「放任」行為への不当な介入との批判。
- ・ 決定的な制約根拠となりうるのは、「受領拒否の権利」(見たくない、読みたいくない自由)のみでは？

➤ 差別的表現の規制【過】

- ・ [ヘイト・スピーチ]： 特定集団に対する侮辱、名誉棄損、憎悪・排斥・差別、またはそれを扇動する表現。
- ・ 刑法の名誉棄損罪や侮辱罪は、特定人の名誉のみを保護するため、ヘイト・スピーチは処罰の対象外。
- ・ 規制を求める声もあるが、犯罪となる行為を明確にするのが困難で濫用の可能性があるため、法規制は困難。
- ・ → 処罰義務を定めた[人種差別撤廃条約]の批准は、21条に抵触しない程度との留保が付けられた。
- ・ 本来は[対抗言論]に期待するべきだが、ネットの発達に伴う差別的表現の蔓延に対処する必要性も大きい。
- ・ 2016年、[ヘイト・スピーチ規制法]が成立したが、罰則規定はなく、対象は[本邦外出身者]に限定。

➤ 放送の自由

- ・ 電波放送は、以下の根拠により、包括的規制法が存在する。
- ・ ①[電波特性論]： 放送用電波は有限な[希少資源]であり、混信を防止しつつこの電波資源を有効適切に利用するためには、国による[免許制]を採用することが必要である。
- ・ ②[社会的影響力論]： 放送は、家庭の茶の間に直接侵入し、即時かつ同時に動画や音声を伴う映像を通じて視聴される点で、受け手に他のメディアには見られない強い影響力を及ぼす。
- ・ → 2つの根拠に対応し、無線局の開設を[免許制]とするハード面の規制 (電波法 4条)、放送番組の編集にあたって[放送法]が定める準則に従うべきとするソフト面の規制 (放送法 3条の2第1項)がある。

✓ 精神的自由権の構造【過】

- 一般法的規定： [19条] (内面的精神活動の自由)、[21条] (外面的精神活動の自由)。
- 特別法的規定： [20条] (宗教の自由)、[23条] (学問の自由)。
- そのほか： [26条] (学習権：内心の形成、精神的な[成長]過程に関わる権利)。

コメントの追加 [k38]: 【17-A6】⑱自己実現、⑲不満の安全弁、⑳合憲性 (の推定)。

【19-B5】表現の自由がなぜ重要か、について論じなさい。

【21-A5】⑲知る権利、⑳自己統治 (の側面)、㉑自己実現 (の側面)、㉒思想の自由市場 (の側面)、㉓情報。

コメントの追加 [k39]: 【20-B5】憲法 21 条が保障する表現の自由を情報流通の自由と捉えた場合、どのような行為が同条によって保障されたものと位置付けられるか。具体的な権利・自由を指摘して、説明しなさい。

【30-A5】㉔報道、㉕表現 (の自由)。

コメントの追加 [k40]: 【17-B2】性表現はなぜ制限されるべきか、その根拠を説明した上で、あるべき制約のあり方を論じなさい。

【25-A4】㉖結社 (の自由)、㉗公共の福祉、㉘性的秩序、㉙最小限度の性道徳、㉚受領拒否の or 見たくない or 読みたいくない or 知りたくない (自由)。

コメントの追加 [k41]: 【25-A4】㉛ヘイト・スピーチ、㉜ (思想の) 自由市場、㉝対抗言論。

【26-B4】ヘイト・スピーチの意味を説明した上で、その規制の是非について論じなさい。

【28-B4】ヘイトスピーチの定義を説明した後、それに対してどのように対処すべきかについて論じなさい。

【29-A6】㉞ヘイト・スピーチ、㉟本邦外出身者。

コメントの追加 [k42]: 【14-B5】精神的自由権の構造について説明しなさい。

【29-A5】㉞思想及び良心 (の自由) ㉟表現 (の自由)、㊱学習権。

§ 15 人身の自由

✓ 刑事手続き上の権利 (32条~40条)

➤ [令状主義] (33条、35条)

- ・ ⇒ 公正かつ中立な[裁判官]が犯罪捜査活動をコントロールする制度。
- ・ 具体的な情報の記載、[被疑者]への提示が義務付けられた[令状]に基づき、逮捕・侵入・捜索・押収。
- ・ ← [公訴]の提起 (起訴) の後、被疑者は[被告人]と呼ばれる。
- ・ 刑事訴訟法212条は、逮捕における令状主義の例外として[現行犯]を定める。
- ・ サイバー犯罪への対応のため、記録媒体の差押えを認める[記録命令付差押え制度]が新設 (2011年)。

➤ [裁判員制度] (裁判員法)

- ・ ⇒ 裁判官3名と裁判員6名から構成される法廷で、重大事件を審理する日本独自の制度。2009年、導入。
- ・ 制度の主旨は、司法権の行使への一般人の参加を通じて、[民主主義]をいっそう浸透させこと。
- ・ 現憲法は、職業裁判官以外の者も含む法廷をも想定している。
- ・ 問題点①： 社会から疎外された被告人を守るための司法が、民主主義と安易に結びつけられる危険性。
- ・ 問題点②： 一般人にとって、「意に反する苦役」(18条後段)に当たらないか? (→ 判例は、否定)
- ・ 問題点③： 一般人の[思想及び良心の自由] (19条)を侵害しないか? (→ 最高裁は応答せず)

➤ 死刑制度【過】

- ・ [36条後段]が禁止する「残酷な刑罰」には当たらず、憲法は容認しているとの見解が一般的。
- ・ 国連の規約人権委員会は[死刑廃止条約]の早期批准を勧告したが、日本は世論を理由に批准せず。
- ・ → 安易な多数決主義で、被告人の生命を奪って良いのか?
- ・ 世界的に廃止の流れ。西ヨーロッパでは、2003年、[仏国]が最後の廃止国に。

コメントの追加 [k43]: 【29-B4】死刑制度について、最高裁はどのように判示してきたかについて言及したのち、今後、どのようにすべきかについて論じなさい。

§ 18 統治の基本原則

✓ 民主主義とその限界【過】

➤ 民主主義【過】

- ・ リンカンのゲティスバーグ演説と同内容の[前文1項2段]で、民主主義の原理が謳われる。
- ・ ⇒ ①[正統性の側面] (of the people) : 誰が決定するかという[主体]の問題。
- ・ ⇒ ②[権力性の側面] (by the people) : どのように決定するかという[過程]の問題。
- ・ ⇒ ③[目標の側面] (for the people) : 何を決定するかという[結果]の問題。
- ・ ①について、[代表者]を通じた間接民主政(代表民主政)を原則とし、国民審査、住民投票、国民投票など直接民主政的な制度も整備されている。
- ・ ②について、説得と譲歩による[熟議民主主義]が望ましいが、現実には、[多数決原理]に従った数に訴える立法も正統化されてしまう。

➤ 立憲主義との関係

- ・ 立憲主義は、民主主義(多数決原理)による意思決定の一部を制約する。
- ・ しかし実際に、立憲主義に反する立法が過去に行われた。例:[治安維持法]、[濫予防法]など。

➤ 違憲審査権の理論的正当化【過】

- ・ なぜ、民主的なプロセスによる立法を、裁判所は無効化できるのか?
- ・ ⇒A 民主主義による正当化: 民主的な統治過程の一面と捉えられ、民主主義を正常に保つ機能がある。
- ・ ⇒B 立憲主義による正当化: 民主主義による、正義(権利・自由)の侵犯を防ぐ機能がある。
- ・ [純粹過程説]: 民主主義原理の三要素のうち、③を立憲主義の領分とする通説
- ・ cf [過程プラス実体説]: ①~③を全て民主主義の領分とする、かつての通説。

コメントの追加 [k44]: 【21-A3】⑦代表(民主政)、⑧多数決(原理)、⑨熟議(民主主義)、⑩立憲(主義)。

コメントの追加 [k45]: 【20-B2】民主主義はどのように捉えるべきか、国民主権の原理にも言及して、論じなさい。

【22-B3】民主主義の分析枠組みを示した上で、熟議(討議)民主主義の位置づけについて説明しなさい。

コメントの追加 [k46]: 【25-B1】国会が制定した法律を裁判所が違憲・無効とできるのはなぜか、民主主義の意味・限界と立憲主義の内容に言及しながら、説明しなさい。

【30-B5】立憲主義と民主主義の関係について論じなさい。

§ 18 統治の基本原則

✓ 平和主義【過】

➤ [戦争の放棄(平和主義)] (9条1項)

- ・ [不戦条約]に則した「国際紛争を解決する手段としては」との留保に照らすと、「武力による威嚇又は武力の行使」の「放棄」は、[侵略戦争]の禁止であり、[自衛戦争]までは否定しないと解釈できる。
- ・ しかし、憲法全体との整合性を考慮すると、自衛戦争の遂行に必要な自衛戦力を肯定することは困難で、したがって自衛戦争も放棄したと解するのが妥当である。これが、政府見解であり通説である。
- ・ 自衛力を有する現実との乖離は、当面は実現しないがそれに向かって進むべき国家の基本理念を定めた[目的規範]として9条を捉え、国際連合による[集団安全保障体制]が未だ確立していない国際情勢に照らした[過渡期的措置]として自衛隊を捉えることで、整合的に説明できる(憲法の目的規範性)。

➤ [非武装主義] (9条2項)

- ・ ⇒ 「前項の目的を達するため」の[戦力]の不保持を定め、国の[交戦権]を否定。
- ・ 東アジアへの侵略戦争の歴史、「国際社会において、名誉ある地位を占めたい」(前文2項)と決意した主権者の決意に照らして、9条1項と共に改正不能の[根本規範]と見なすべきである。

➤ 自衛隊【過】

- ・ 自衛隊は、9条2項の解釈(「前項の目的」の解釈ではなく、「戦力」の解釈)によって正当化されている。
- ・ 当初、9条2項が定める「戦力」は、[軍事力]と同義だと解された。軍事力は、[警察力]と共に、人々の平和で安全な生活を破る行為を押さえる[実力装置]を構成する(二分法的解釈)。
- ・ [保安隊]と[警備隊]の設置(1952年)の際、戦力に含まれない軍事力であり、憲法上禁止されない[自衛力]を想定する解釈論理が採用された(三分法的解釈)。また、自衛力と戦力を区別する基準として、「組織の装備・編制が[近代戦]を有効に遂行しうる程度か否か」という[近代戦争遂行能力説]が採用された。
- ・ [自衛隊]の発足(1954年)の際、自衛力を想定する解釈論理は維持された。また、自衛力と戦力を区別する基準として、「自衛のための[必要最小限度]の実力か否か」という基準が示された。当時の日本は、東西冷戦の高まりを背景に、米国の[MSA援助]の見返りとして「自国の防衛力」を増強する義務を負っていた。
- ・ 自衛隊の活動範囲は、[テロ対策特別措置法](2001年)、[イラク復興支援特別措置法](2003年)、[自衛隊法]改正・[防衛省]設置(2006年)、[海賊対処法](2009年)などで、拡張された。

➤ 自衛権【過】

- ・ ⇒ 侵略行為に対して自国を実力によって防衛する権利。
- ・ ここで「国」は、領域や政府ではなく、[国民](の生命、権利・自由)を指していると考えられる。
- ・ ← 政府は人権享有主体ではなく、国そのものが自然権を有すると見なす解釈は誤り。
- ・ 自衛権行使は、①[違法性の要件](急迫不正の侵害)、②[必要性の要件](他の手段がない)、③[均衡性の要件](必要最小限度)という、[正当防衛]の三要件(刑法36条)を満たさなければならない。

➤ [集団的自衛権]【過】

- ・ ⇒ 密接な関係国が攻撃を受けたとき、直接攻撃を受けていないにも拘わらず、共同で防衛にあたる権利。
- ・ [国際連合憲章51条]は[個別的自衛権]と並ぶ「国家固有の権利」とするが、必ずしも自明ではない。
- ・ 「自衛のための必要最小限度の実力」との現行の9条2項の解釈、「憲法は、条約など国際法の上に位置づけられる」との[砂川事件・最高裁判決](1959年)、通説に照らして、国連憲章の文言に拘わらず、「日本国憲法は集団的自衛権を認めていない」とするのが、長年にわたり政府が採用していた憲法解釈で、これは、憲法典に明文として規定されていないものの憲法規範と同等とみなされる[憲法慣習]だと言える。
- ・ [2014年]、安倍政権は、集団的自衛権の行使を認める閣議決定を行った。違憲では?

コメントの追加 [k47]: [21-A2] ④非武装(主義)。

コメントの追加 [k48]: [17-B5]政府はどのようなレトリックを用いて自衛隊の存在を合憲としているのか、説明しなさい。

[21-A2] ⑤戦力、⑥必要最小限度の実力(の保持)。

[22-B2]戦争観の変化と日本国憲法の規定との関係を指摘した上で、自衛戦争の可否と交戦権の内容について説明しなさい。

[28-B5]自衛権の内容とその行使の要件について、集団的自衛権の問題に言及しながら、論じなさい。

[29-B5]自衛隊の合憲性を政府(内閣法制局)はこれまでどのように説明してきたのか、説明しなさい。

コメントの追加 [k49]: [16-A6]⑰急迫不正(の侵害)、⑱必要性(の要件)、⑲均衡性(の要件)、⑳戦力。

[20-A2] ⑦急迫不正(の侵害)、⑧必要最小限度(の手段)、⑨文字通り戦いをする or 国の戦争を行う(権利)、⑩交戦状態に入った場合に交戦国に国際法上認められる or 交戦者の(権利)

[25-A2] ⑤人 or 国民、⑥個別的、⑦集団的(自衛)、⑧固有(の権利)、⑨必要最小(限度)。

コメントの追加 [k50]: [26-B5]集団的自衛権の意味を説明した上で、従来の内閣の憲法解釈を変更して、その行使を認めることについての憲法上の問題点について論じなさい。