

予備試験合格

原孝至先生

基礎集中 1st

スタンダードテキスト憲法 抜粋版

基礎集中講義

あなたの熱意・辰巳の誠意

辰巳法律研究所

はじめに ～ 法律学習と本書の利用法

「新・スタンダードテキスト」は、法律を初めて勉強する方を念頭に、辰巳法律研究所が独自に編集したテキストです。平易な言葉で説明するようにし、具体的にイメージしやすいように工夫しています。

とはいえ、法律用語は難解で、これを避けては通れません。また、盛り込む内容のレベルは、入門レベルにとどめていません。司法試験をはじめ各種資格試験や公務員試験、大学院入試などで要求される知識はできるだけ網羅するようにしています。重要な条文知識や判例知識、学説の状況や語句の定義などを簡潔に盛り込んでいます。最近の重要判例まで掲載していますので、各種試験で問われる基本的な事項についてはこのテキストで対応することが可能でしょう。

一通り学習した人ならわかりますが、「憲法」「民法」「刑法」「商法（会社法）」「民事訴訟法」「刑事訴訟法」という基本六法において学習すべき情報量は、どの科目をとってみても膨大です。通常の学習では、判例集と六法を参照しつつ、「基本書」と呼ばれる定評のある概説書を繰り返し読み、過去に出た試験問題や演習書等から「どこが重要か」を把握し、基本書に書き込んだりノートを作ったりして基本的な知識と考え方を身につける地道な勉強を繰り返すこととなります。

特に法律を学習しはじめて間もない人は、本の厚さ、膨大な情報量に圧倒されてしまいます。基本書（概説書）は、その科目全般にわたる理解を授けてくれますが、受験のために特化されている本ではありません。目指す試験にとって膨大な情報のどこが重要なのか、何を記憶しておかなければならないのかがわからず、時間ばかりかかってそのうち学習意欲が減退してしまう人も少なくありません。

そこで、このテキストを道しるべとして使用してください。本テキストは重要な点を中心に編集してあるので、基本書を読んだり講義を聴いたりする際に参照しつつ学習してください。ラインマーカーなどで、自分なりにポイントと思ったところに印をつけながら進むのもいいと思います。こうすれば、膨大な時間を費やしてノートを作る必要はありません。このテキストがノート代わりになるのです。

本テキストは、概説書のように読み物として文章で表現するのではなく、学説や判例を個条書きのように羅列し、対立点や考え方の違いをつかめるようにしてあります。自分が悩んでいる所が重要なのかどうかや、全体像はどうなっているのか等がわかりやすいと思います。

反面、最初からこのテキストだけで済まそうとは考えないでください。法律を初めて勉強する人向けのテキストであるといっても、このテキストを読んだだけでは、難しく感じることもあると思います。基本書や講義と併用してはじめて、このテキストが、重要点をまとめてくれていることに気がつくでしょう。是非とも復習に力点をおいて使ってください。

以下には、本書を利用した具体的な法律学習の方法をご紹介します。最初は焦ることはありません。試行錯誤しながら、自分なりの利用法を見つけてください。

法律を初めて勉強する方へ

法律を初めて勉強する方は、授業を受けた後の復習の際に、あるいは授業を受けながら、授業のサブノートとして使用することを心がけてください。基本的なところや重要なところを中心に授業が行われますので、授業がなされた項目につき本テキストを読み、授業の内容を理解するようにし、また、余白等書き込みをするのもいいと思います（授業で触れなかった項目については、最初のうちはひとまずとばしてもよいでしょう）。もちろん、学部の定期試験にも威力を発揮するはずです。

法科大学院入試・司法試験を目指している方へ

法科大学院の入試においては、基本的な条文知識や判例知識を中心に出題がなされまゝす。本テキストは、必要な条文は各項目のところに条文そのものを掲載していますので、その条文をチェックし、その条文から問題となる基本的知識や判例の理解を心がけてください（「判例百選」における事件No.を掲載しているのので、同書を一緒に読みながら学習するのもいいと思います）。

司法試験の出題は、この延長線上にあります。当然、問われ方や問われる内容は複雑になってきますが、条文や判例の正確な理解・知識、また特に判例の事案の特殊性等を意識しつつ学習することが大切です。足りないと思ったら本テキストにどんどん肉付けして行って、自分なりの学習アイテムにしてください。

その他の資格試験、公務員試験等を目指している方へ

やはり基本的な事項（要件と効果）や条文、判例の結論など、基礎知識をマスターすることが重要です。必ずしも本テキストに書かれていること全てを理解・記憶する必要はありません。目指す試験の過去の出題がどの部分からでているか、問題や解答を見ながら本テキストにマークして試みてみてください。どこまでのレベルが問われているのかわかるはずで、この作業をすれば、マークされた部分を中心に復習すればよいのです。別にノートを作る必要もないでしょう。

本テキストを最大限に活用され、是非とも目指す目標を突破してください。

辰巳法律研究所

第2節 基本的人権の保障の限界

I 人権と公共の福祉

第1 「公共の福祉」の意義



論点01

日本国憲法は、基本的人権が「公共の福祉」によって制約されることを予想させる条文を、人権規定の総則的部分に置きつつ（12条、13条後段）、他方、人権規定の各則部分では、22条1項および29条2項のみ「公共の福祉」の文言を用いている。そこで、この点の理解の仕方が問題となる。

A 一元的外在制約説

12条、13条の「公共の福祉」は、人権の外にあって、それを制約することができる一般的な原理である。22条1項、29条2項の「公共の福祉」に格別の意味はない。

(批判)

法律による人権制約が容易に肯定されかねず、結局、明治憲法下の「法律の留保」付の人権保障と同じになってしまう。

B 内在・外在二元的制約説

「公共の福祉」による制約が認められる人権は、その旨が明文で示されている経済的自由権（22条1項、29条2項）と国家の積極的施策により実現される社会権（25条～28条）のみである。これ以外の自由権は、人権の性質上当然に伴う内在的制約に服することとどまる。12条、13条は訓示・倫理的規定であり、13条の「公共の福祉」は人権制約の根拠とはならない。

(批判)

- ① 自由権と社会権の区別が相対的であることを無視している。
- ② 「公共の福祉」概念を、国の政策的考慮に基づく公益という意味に限定するのは適切でない。
- ③ 13条を倫理的規定にすぎないとすると、新たな人権を基礎づける包括的な人権規定と解釈することができなくなる。

C 一元的内在制約説（通説）

「公共の福祉」は人権相互間の矛盾・衝突を調整するための実質的公平の原理であり、すべての人権に論理必然的に内在しており、すべての人権を制約する原理として働く。そして、自由権を他人との関係で制約する場合には必要最小限度の規制原理として（自由国家的公共の福祉）、社会権を実質的に保障するために自由権を規制する場合には必要な限度の制約原理として（社会国家的公共の福祉）働く。

(批判)

人権の限界についての判断基準として「必要最小限度」、「必要な限度」では抽象的すぎる。具体的基準の確定を判例の集積に委ねてしまうのでは、実質的に一元的外在制約説と大差ない結論となる。

第2 代表的な人権制約立法の合憲性の判断基準

C説の最後に述べた、公共の福祉論の判断基準が抽象的すぎるとの批判に応えるため、まず、個別的比較衡量論が形成された。しかし、比較衡量論には批判も多く、学説では二重の基準論が広く支持されるに至った。

1 個別的比較衡量論（利益衡量論）

(1) 意義

それを制限することによってもたらされる利益とそれを制限しない場合に維持される利益を比較して、前者の価値が高いと判断される場合には、それによって人権を制限することができるとする理論（芦部）

(2) 批判

- ① 一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行われる場合、概して、国家権力の利益が優先されやすいという根本的な問題がある（芦部）。
- ② 2つの異質の価値を考慮することは困難ではないか（戸波）。

(3) 反論

同程度に重要な憲法上の価値を調整するために、個々の事件の具体的事情を衡量して結論を導ける場合（ex. 表現の自由とプライバシー、報道の自由と公正な裁判など）に限って用いればよい。

□判例 よど号ハイジャック記事抹消事件 最大判昭58.6.22, 百選 I No.14

未決拘禁者の自由につき、逃亡ないし罪証隠滅の防止または内部規律・秩序維持という在監目的の達成のため、「必要かつ合理的な範囲において、……一定の制限が加えられることは、やむをえない」。具体的にその制限が是認されるか否かは、「右の（在監）目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」。

□判例 第1次家永教科書事件上告審 最判平5.3.16, 百選 I No.88

表現の自由は「公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあり、その制限が右のような限度のものとして容認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」。

2 二重の基準論

(1) 意義

精神的自由は経済的自由に比べて優越的地位を占めることから、人権を制約する法律の違憲審査に際して、精神的自由への制約は、経済的自由への制約に比べて、厳格に審査するべきであるとする理論

(2) 理由

- ① 精神的自由を不当に規制する立法がされると経済的自由への規制とは異なり、憲法が予定する民主政の過程による回復が困難となるから、裁判所が積極的に介入する必要がある。
- ② 経済的自由への規制の合憲性判断には、社会・経済政策についての資料と判断能力を有する議会の判断を尊重し、裁判所は違憲審査権の行使を控えるべきである。
- ③ 表現の自由は人格と密接に関連し、民主的・社会的に重要な価値を有するから優越的地位を有する。

(3) 批判

- ① 生存権、労働基本権のように精神的自由でも経済的自由でもない人権にどちらの基準を適用するのか、不明確な場合がある。
- ② 同じ種類の人権でも、それが具体的に置かれた問題状況・権利の担い手によって、適用基準が異なりうるはずである。

□判例 小売市場事件 最大判昭47.11.22, 百選 I No.91

「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当である」。

□判例 薬事法距離制限違憲判決 最大判昭50.4.30, 百選 I No.92

「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法22条1項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる」と、二重の基準論に立つものと解しうる判示をしている。

□判例 「北方ジャーナル」事件 最大判昭61.6.11, 百選 I No.68

「主権が国民に属する民主制国家は、……表現の自由、とりわけ、公共的事項に関する表現の自由は、特に重要な憲法上の権利として尊重されなければならない」として、精神的自由の優越的地位を認めるかのような判示を行っている。

【評価】

以上のように、判例は二重の基準論に立つかのような判示を行っているが、実際には経済的自由への規制を広く認めるだけで、精神的自由への規制を厳しく制約する結論は採っていない。

3 新たな「公共の福祉」論

以上述べてきたように、従来の通説である一元的内在制約説は、「公共の福祉」を他者加害禁止の観点から捉えていた。しかし、近時、道德律あるいは公共道德の維持も含めざるをえないとする見解も登場している（松井，内野）。

判例も、売春防止法12条による管理売春の禁止処罰の合憲性を説くにあたり、性道德を維持する要請を挙げている（最判昭36.7.14）。

「右の制限が必要かつ合理的なものであるかどうかは、制限の必要性の程度と制限される基本的人権の内容、これに加えられる具体的制限の態様との較量のうえに立って決せられるべきものというべきである」。

「喫煙を許すことにより、罪証隠滅のおそれがあり、また、火災発生の場合には被拘禁者の逃走が予想され、かくては、直接拘禁の本質的目的を達することができないことは明らかである。……喫煙の自由は、憲法13条の保障する基本的人権の一に含まれるとしても、あらゆる時、所において保障されなければならないものではない」。

「したがって、このような拘禁の目的と制限される基本的人権の内容、制限の必要性などの関係を総合考察すると、前記の喫煙禁止という程度の自由の制限は、必要かつ合理的なものであると解するのが相当であり、監獄法施行規則96条中未決勾留により拘禁された者に対し喫煙を禁止する規定が憲法13条に違反するものといえない」。

□判例 よど号ハイジャック記事抹消事件 最大判昭58.6.22, 百選 I No.14

【事案】

反戦デモに参加し、凶器準備集合罪などで起訴され勾留されていたXは、東京拘置所内で読売新聞を定期購読していた。ところが、同所長は、昭和45年3月31日から4月2日まで掲載された「よど号」記事が、監獄法令にいう「犯罪の手段、方法等を詳細に伝えたもの」に当たるとして、墨で全面的に塗りつぶしてから、Xに配布した。

そこで、Xは、本件抹消処分は「知る権利」を侵害し、憲法19条、21条に反するとして、国家賠償請求訴訟を提起した。

【判旨】

本件抹消処分は適法であるとした。

「未決勾留は、刑事訴訟法の規定に基づき、逃亡又は罪証隠滅の防止を目的として、被疑者又は被告人の居住を監獄内に限定するものであって、……前記逃亡又は罪証隠滅の防止の目的のために必要かつ合理的な範囲において、それ以外の行為の自由をも制限されることを免れない……。右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべきものである」。

「閲読の自由が憲法上保障されるべきことは、思想及び良心の自由の不可侵を定めた憲法19条の規定や、表現の自由を保障した憲法21条の規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」。

「未決勾留は、前記刑事司法上の目的のために必要やむをえない措置として一定の範囲で個人の自由を拘束するものであり、他方、これにより拘禁される者は、当該拘禁関係に伴う制約の範囲外においては、原則として一般市民としての自由を保障されるべき者であるから、監獄内の規律及び秩序の維持のためにこれら被拘禁者の新聞紙、図書等の閲読の自由を制限する場合においても、それは、右の目的を達するために真に必要と認められる限度にとどめられるべきものである。したがって、右の制限が許されるためには、当該閲読を許すことにより右の規律及び秩序が害される一般的、抽象的なおそれがあるというだけでは足りず、被拘禁者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該新聞紙、図書等の内容その他の具体的事情のもとにおいて、その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置すること

のできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であり、かつ、その場合においても、右の制限の程度は、右の障害発生の防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である」。

「監獄法31条2項は、……その文言上はかなりゆるやかな要件のもとで制限を可能としているようにみられるけれども、上に述べた要件及び範囲内でのみ閲読の制限を許す旨を定めたものと解するのが相当であり、かつ、そう解することも可能であるから、右法令等は、憲法に違反するものではない」。

「……具体的場合における前記法令等の適用にあたり、当該新聞紙、図書等の閲読を許すことによって監獄内における規律及び秩序の維持に放置することができない程度の障害が生ずる相当の蓋然性が存するかどうか、及びこれを防止するためにどのような内容、程度の制限措置が必要と認められるかについては、監獄内の実情に通暁し、直接その衝にあたる監獄の長による個々の場合の具体的状況のもとにおける裁量的判断にまつべき点が少なくないから、障害発生の相当の蓋然性があるとした長の認定に合理的な根拠があり、その防止のために当該制限措置が必要であるとした判断に合理性が認められる限り、長の右措置は適法として是認すべきものと解するのが相当である」。

【評価】

判決が、相当の蓋然性の存否、制限の程度等の認定基準について、監獄長の裁量的判断を尊重し、合理性が認められる限り、それを「適法として是認すべきもの」と解している点は（一般論としては肯認できるとしても）、運用いかんによっては基準の厳しさを弱めるおそれもあると批判されている。

□判例 最判平6.10.27

「信書ノ検閲」（旧監獄法50条・同法施行規則130条）につき、憲法21条に反しないことは明らかである、とした。

□判例 最判平28.4.12, 重判平28行政法No.6

【事案】

死刑確定者として拘置所に収容されているXは、自らの再訴請求弁護士であるA弁護士に信書の発信をしようとした。しかし、信書は形式的にはAに宛てたものであるが、実際には一部自らの支援者に宛てた内容であった。そのため、拘置所長Yは不正利用のおそれがあるとして、一部の発信を不許可とし、返戻した。そこで、XはかかるYの行為が違法であると主張して、国家賠償法1条1項に基づき、国に対し慰謝料等の支払を求めた。

【判旨】

「刑事収容施設法139条2項は、同条1項各号に掲げる信書以外の信書の発受について、その発受の相手方との交友関係の維持その他その発受を必要とする事情があり、かつ、その発受により刑事施設の規律及び秩序を害するおそれがないと認めるときは、刑事施設の長は、死刑確定者に対し、これを許すことができる旨を定めている。……同条2項の文言に照らせば、同項にいう交友関係の維持については当該信書の発受の相手方との関係で検討されるべきものであり、専ら支援者ら4名に対する連絡事項等が記載された上記の部分が本件各信書の発信の相手方であるA弁護士との交友関係の維持に関わるものでないことは明らかである。また、Xが、上記

第2章 包括的基本権

第1節 幸福追求権

(個人の尊重, 生命・自由・幸福追求の権利の尊重)

第13条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

13条前段の個人の尊重は、後段の「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と一体化し、「個人の尊厳」原理が、立法・行政・司法の各国家作用に貫徹されなければならないということを規定する。したがって、13条は、人権保障の一般原理を示したものであるといえることができる。

ここでは、それにとどまらず、幸福追求権それ自体に具体的権利性を認めることができるか、その内容をどう考えるべきかが問題となる。

I 幸福追求権の具体的権利性

第1 議論の背景

1960年代以後、従来の人権カタログには含まれない「新しい人権」が唱えられるようになった。環境権、日照権、眺望権、情報権、アクセス権、プライバシー権、嫌煙権、さらには、豊かに生きる権利というようなものまで、数えあげればきりが無いほどである。このような新しい人権が主張されるようになった要因としては、次のようなことが考えられる。

- ① 国民の憲法意識が高まり、憲法が国民の日常生活のうちに浸透したこと
- ② 憲法制定後今日に至るまでの社会的変動が激しく、また国民の要求が多様化したこと
- ③ 新しい社会的要求に対して、政治部門の対応が遅れることがあること
- ④ 社会的変動に応じなければならないという現代の法秩序の基本課題からみて、憲法の諸規定を、人権の実質的保障のために、時代の要求に適應するように生かさなければならないこと

第2 具体的権利性の有無



論点01

幸福追求権の具体的権利性の有無は、以上のような背景において主張されるようになった権利が侵された場合に憲法に基づき裁判上の救済を受けることができるかという問題である。

A 消極説

具体的権利を保障したものではない。

(理由)

- ① 具体的内容をもった法的権利というにはあまりにも漠然としている。
- ② 憲法には詳細な人権規定がある。
- ③ 国政の一般原理の宣言と個別的具体的権利の保障とは両立しない。

B 積極説（通説）

具体的権利を保障したものである。

(理由)

- ① 憲法の人権宣言のカatalogは歴史的に認められた重要性のあるものを列挙したにとどまり、人権がそれに尽きるという趣旨ではない。
- ② 憲法制定当時は予想もしなかった法益侵害が、社会の進歩・複雑化に伴って生じてきており、これを憲法上の権利とみて救済する必要が生じている。
- ③ アメリカ独立宣言当時の幸福追求権は、個別的・具体的権利を内実とするものであった。

□判例 京都府学連事件 最大判昭44.12.24, 百選 I No.16

【事案】

京都府学連主催のデモ行進に参加した際に警察官に写真を撮影されたデモ隊員が、肖像権の侵害としてその適法性を争った。

【判旨】

「個人の私生活上の自由の1つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由を有する」。「これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し、許されない」。

□判例 最判平17.11.10

【事案】

本件写真週刊誌のカメラマンは小型カメラを法廷に隠して持ち込み、刑事手続における被疑者Yの動静を報道する目的で、裁判所の許可を得ることなく、かつYに無断で、傍聴席からYの容ぼう、姿態を写真撮影した。本件写真は、手錠をされ、腰縄を付けられたYをとらえたものであった。その後、写真週刊誌を発行している会社Xは、本件写真を主体とした記事を掲載した雑誌を発行したが、この記事にはYが手錠をされ、腰縄を付けられた状態であることをことさら指摘する記載があっ

た（第1記事）。そのため、YはXに対して肖像権が侵害されたとして、慰謝料の支払等を求める訴えを提起した。その後、Xは、刑事手続の法廷内においてYが手錠、腰縄により身体の拘束を受けている状態が描かれたイラスト画、およびYが訴訟関係人から資料を見せられている状態が描かれたイラスト画およびYが手ぶりを交えて話しているような状態が描かれたイラスト画と文章を掲載した雑誌を発行したが、この文章には、刑事事件の被告人であるYが第1記事について肖像権侵害に基づき訴えを提起したことについて、Yを侮辱し、またはその名誉を毀損する表現があった（第2記事）。そのため、YはXに対して、第2記事の掲載が肖像権侵害および名誉毀損、侮辱に当たることを理由に慰謝料等の支払を求める訴えを提起した。

【判旨】

「人は、みだりに自己の容ぼう等を撮影されないということについて法律上保護されるべき人格的利益を有する……。もっとも、人の容ぼう等の撮影が正当な取材行為等として許されるべき場合もあるのであって、ある者の容ぼう等をその承諾なく撮影することが不法行為法上違法となるかどうかは、被撮影者の社会的地位、撮影された被撮影者の活動内容、撮影の場所、撮影の目的、撮影の態様、撮影の必要性等を総合考慮して、被撮影者の上記人格的利益の侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものといえるかどうかを判断して決すべきである。

また、人は、自己の容ぼう等を撮影された写真をみだりに公表されない人格的利益も有すると解するのが相当であり、人の容ぼう等の撮影が違法と評価される場合には、その容ぼう等が撮影された写真を公表する行為は、被撮影者の上記人格的利益を侵害するものとして、違法性を有する……。」

「……本件についてみると……Yは、本件写真の撮影当時、社会の耳目を集めた本件刑事事件の被疑者として拘束中の者であり、本件写真は、本件刑事事件の手続でのYの動静を報道する目的で撮影されたものである。しかしながら、本件写真週刊誌のカメラマンは、刑訴規則215条所定の裁判所の許可を受けることなく、小型カメラを法廷に持ち込み、Yの動静を隠し撮りしたというのであり、その撮影の態様は相当なものとはいえない。また、Yは、手錠をされ、腰縄を付けられた状態の容ぼう等を撮影されたものであり、このようなYの様子をあえて撮影することの必要性も認め難い。本件写真が撮影された法廷は傍聴人に公開された場所であったとはいえ、Yは、被疑者として出頭し在廷していたのであり、写真撮影が予想される状況の下に任意に公衆の前に姿を現したものではない。以上の事情を総合考慮すると、本件写真の撮影行為は、社会生活上受忍すべき限度を超えて、Yの人格的利益を侵害するものであり、不法行為法上違法であるとの評価を免れない。そして、このように違法に撮影された本件写真を、本件第1記事に組み込み、本件写真週刊誌に掲載して公表する行為も、Yの人格的利益を侵害するものとして、違法性を有する……。」

「……自己の容ぼう等を描写したイラスト画についても、これをみだりに公表されない人格的利益を有すると解するのが相当である。しかしながら、人の容ぼう等を撮影した写真は、カメラのレンズがとらえた被撮影者の容ぼう等を化学的方法等により再現したものであり、それが公表された場合は、被撮影者の容ぼう等をありのままに示したものであることを前提とした受け取り方をされるものである。これに対し、人の容ぼう等を描写したイラスト画は、その描写に作者の主観や技術が反映するものであり、それが公表された場合も、作者の主観や技術を反映したもので

あることを前提とした受け取り方をされるものである。したがって、人の容ぼう等を描写したイラスト画を公表する行為が社会生活上受忍の限度を超えて不法行為法上違法と評価されるか否かの判断に当たっては、写真とは異なるイラスト画の上記特質が参酌されなければならない。」

第3 幸福追求権の補充性



論点02

幸福追求権の補充性については、どのように考えるべきか。

A 競合説

他の人権規定と重畳して1つの人権を保障していると解する。

※ 13条の援用は、権利の人格的意義を根拠づけるため、あるいは、他の条文による根拠づけの不十分さを補うために行われることもある。

□判例 旭川学カテスト事件 最大判昭51.5.21, 百選ⅡNo.136

「子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない。」

B 補充的保障説（芦部，佐藤幸，戸波）

13条は、他の人権規定によりカバーされない限りにおいて補充的に適用されると解すれば足りる。各人権規定と13条は特別法と一般法の関係となる。

第4 幸福追求権の位置づけ



論点03

幸福追求権は自由権の総則規定か全基本権の総則規定か。

A 自由権の総則規定とする（佐藤幸）。

（理由）

- ① 幸福追求権が自由権および社会権という質的に異なる権利を含むものだとすると、それを統一的な権利として把握しにくくなる。
- ② 社会権の総則的規定としては、25条が存在する。

B 全基本権の総則規定であるとする（戸波）。

（理由）

- ① 幸福追求権は、広い観念であり、社会権を包摂しうる。
- ② 自由権と社会権を截然と区別することは疑問であり、また、新しい人権として問題となるのは総じて双方の性質をもった複合的権利である。

Ⅱ 幸福追求権から導き出される人権

第1 幸福追求権から導き出される人権の範囲



論点04

幸福追求権から導き出される人権の範囲については、どのように考えるべきか。

A 人格的利益説（芦部）、人格的自律説（佐藤幸）

個人の人格的生存に不可欠な利益（芦部）。

人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続けるうえで、必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利（佐藤幸）。

（理由）

- ① 前段の「個人の尊厳」原理との関連。
- ② 幸福追求権の範囲を無限定に広げると、人権のインフレ化を招き、人権の名にふさわしくない権利までも憲法上保障されることになりかねないため、内容自体を限定することが望ましい。
- ③ 人権保障の範囲を拡大すると、人権保障が相対的に弱められることになってしまう。

B 一般的自由説（戸波）

広く一般的行為の自由を保障する。

（理由）

- ① 人権規定が保障しているのは、あるがままの人間の自由であり、人間の存在そのものである。
- ② 人権保障の範囲を限定すると、実質的に人権保障を弱めることになる。
- ③ 人格的価値にかかわらない行為については、相対的に弱い保障を認め、緩やかな審査基準を適用すればよい。

第2 新しい人権として認められるための要件

人格的利益説、人格的自律説に立つと、新しい人権の範囲にはおのずから限界があることになる。

では、いかなる場合に新しい人権といえるのであろうか。

この点につき、芦部説によれば、その行為が個人の人格的生存に不可欠であることのほか、その行為を社会が伝統的に個人の自律的決定に委ねられたものと考えているか、その行為は多数の国民が行おうと思えば行うことができるか、行っても他人の基本権を侵害するおそれがないかなど、種々の要素を考慮して慎重に決定しなければならない。

□判例 どぶろく事件 最判平元.12.14, 百選 I No.21

【事案】

酒類を製造しようとする者は、税務署長による免許を受けなければならないと定める酒税法の規定が、自己消費目的の酒をつくる権利を侵害するものとして争った。

【判旨】

酒税法の規定は「自己消費を目的とする酒類製造であっても、これを放任するときは酒税収入の減少など酒税の徴収確保に支障を生じる事態が予想されることから、国の重要な財政収入である酒税の徴収を確保するため、製造目的のいかんを問わず、酒類製造を一律に免許の対象とした」ものであり、「これにより自己消費目的の酒類製造の自由が制約されるとしても、そのような規制が立法府の裁量権を逸脱し、著しく不合理であることが明白であるとはいえず、憲法31条、13条に違反するものでない」。

※ 本判決では、酒をつくる権利がどのような人権かは明確にしなかったが、1審判決では、経済的自由であると解している。

Ⅲ 幸福追求権の具体的内容

前述のように、環境権、日照権、眺望権、情報権、アクセス権、プライバシー権、嫌煙権、健康権など、これまで多くの「新しい人権」が主張されてきた。このうち、判例で明確に認められたものは、プライバシー権、肖像権、人格権などである。

ここでは、人格権、名誉権、プライバシー権、自己決定権、環境権につき概説する。これらの諸権利をどのように位置づけるかは、論者により異なる。

第1 人格権

個人の人格価値にかかわり、それを侵害されない権利

人格価値の諸側面に応じた、いくつかの個別的権利(名誉権、プライバシー権等)を含む包括的な権利である。

本来は私法上の権利であるが、個人の尊厳と密接に関連しているため、13条から導き出される人権の1つと解されるようになった。

□判例 韓国人氏名日本語読み訴訟 最判昭63.2.16

【事案】

NHKのニュースで氏名を日本語読みで呼ばれた在日韓国人が、謝罪文の掲載や損害賠償等を求めた。

【判旨】

「氏名は、……個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成」し、「他人からその氏名を正確に呼称されることについて、不法行為法上の保護を受けうる人格的な利益を有する」が、当時は「在日韓国人の氏名を……日本語読みで呼称する慣用的な方法は、……我が国の社会一般の認識として是認されていた」ため「違法性がな」い。

□判例 嫌煙権訴訟 東京地判昭62.3.27

【事案】

鉄道利用者が、列車内でのたばこによる健康被害に対する損害賠償と旧国鉄の全旅客車両の半数以上を禁煙車にすることを、旧国鉄、国、旧専売公社に請求した。

【判旨】

「一般に、人の生命及び身体についての利益は、人格権としての保護を受け、これが違法に侵害された場合には、被害者は、損害賠償を求めることができるほか、侵害行為の態様及び程度によっては、人格権に基づいて、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は、将来の加害行為を予防するため侵害行為の差止めをし、若しくは、侵害行為を予防するために必要な措置を講じることを求めることができるものというべきである」。「たばこの煙に曝されると健康を害し、何等かの病気にかかる危険が増加するとすれば、それは右の意義における人格権に対する侵害にほかならない」が、「列車に乗車し、たばこの煙に曝露されて刺激又は不快感を受けることがあっても、その害は、受忍限度の範囲を超えるものではない」。

第2 名誉権

名誉は、刑法（名誉毀損罪・230条）および民法（不法行為としての名誉毀損・709条, 710条, 723条）で保護されているが、個人の尊厳と密接に結びつくものであり、公権力による名誉毀損に対しては、13条により憲法上の権利としても保障されていると解される。

しかし、私人に対する名誉権の主張は、相手方の表現の自由（21条1項）との関係で、一定の制約を受けることになる。

第3 プライバシー権

1 意義

「1人で放っておいてもらう権利」（静穏のプライバシー権）としてアメリカの判例で形成され、わが国では「宴のあと」事件判決（東京地判昭39.9.28, 百選 I No.60）が「私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利」と定義してその権利性を承認した。

しかし、情報化社会が進展し個人情報行政機関によって集中的に管理されているという現代社会では、個人が自己に関する情報をみずからコントロールし、自己の情報についての閲読・訂正ないし抹消請求を求めることが必要であると考えられるようになった。そこで、プライバシー権を「自己に関する情報をコントロールする権利」（情報プライバシー権）として捉え、自由権的側面のみならず、プライバシーの保護を公権力に対して積極的に請求していくという社会権的側面が重視されるようになってきた。



論点05

プライバシー権をどのように把握すべきか。

- A 1人で居させてもらいたいという権利（静穏のプライバシー権）とする。
- B 私生活をみだりに公開されないという法的保障ないし権利とする（東京地判昭39.9.28, 百選 I No.60）。
- C 自己に関する情報をコントロールする権利（情報プライバシー権）に限定する（佐藤幸）。

（理由）

権利はその内実が明確で同質的であることを本来の性質とするものであり、静穏のプライバシーとされるものは自己決定権の問題として捉えることができるから、情報プライバシー権のみに限定して解するのが妥当である。

- D 情報プライバシー権に加え、個人の自己決定権（人格プライバシー）をも含むとする（芦部）。

□判例 京都府学連事件 最大判昭44. 12. 24, 百選 I No.16

□判例 GPS 捜査事件 最大判平29. 3. 15, 百選 II No.112

憲法35条は、「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」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「居住、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。…個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に秘かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法であるGPS捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たるとともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行なうことのできない処分と解すべきである。

□判例 前科照会事件 最判昭56. 4. 14, 百選 I No.17

【事案】

弁護士が、弁護士会を通じて個人の前科および犯罪歴について区役所に照会したところ、区長がこれに応じてその者の前科を回答したため、プライバシー権の侵害に当たるのではないかが争われた。

【判旨】

「前科及び犯罪経歴（以下「前科等」という。）は人の名誉、信用に直接にかかわる事項であり、前科等のある者もこれをみだりに公開されないという法律上の保護に値する利益を有する」。「市区町村長が漫然と弁護士会の照会に応じ、……前科等のすべてを報告することは、公権力の違法な行使にあたる」。

□判例 指紋押捺拒否事件 最判平7. 12. 15, 百選 I No.2

【事案】

旧外国人登録法の定める3年ごとの確認申請時の指紋押捺制度は、13条、14条、19条に違反するかが争われた。

【判旨】

「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある。このような意味で、指紋の押なつ制度は、国民の私生活上の自由と密接な関連をもつものと考えられる。」そして、「憲法13条は、国民の私生活上の自由が国家権力の行使に対して保護されるべきことを規定していると解されるので、個人の私生活上の自由の1つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由を有するものというべきであり、国家機関が正当な理由もなく指紋の押なつを強制することは、同条の趣旨に反して許されず、また、右の自由の保障は我が国に在留する外国人にも等しく及ぶと解される」。

□判例 江沢民講演会参加者名簿提出事件 最判平15. 9. 12, 百選 I No.18**【事案】**

早稲田大学で中国の江沢民国家主席の講演会が開催された際に、大学は、警察の要請に応じて、参加希望学生が氏名・学籍番号・住所・電話番号を記入した名簿の写しを学生に無断で警察に提出した。そこで、学生Xらが大学に対しプライバシー侵害を理由に損害賠償を求めた。

【判旨】

本件個人情報につき、「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと思えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、Xらのプライバシーに係る情報として法的保護の対象となる」。

【評価】

本判例は本件の「氏名」等は個人識別等のための単純な情報であってその限りにおいては、秘匿性が必ずしも高いものではない情報であるとしつつも、これらの情報についても本人が欲しない他者にはみだりにこれを公開させたくないとの期待を法的保護の対象となるとしている。そのうえで、本件の情報開示をプライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものとして、これにつき不法行為の成立を認めたものである。

2 憲法上の根拠

プライバシー権は13条によって保障されると解される。

もともと、13条は、個別的基本権に対して補充的に適用されるのが原則であるから、21条2項の「通信の秘密」や35条などにかかる事例については、それらの条文が優先的に適用されることになる。

3 表現の自由との関係

プライバシー権侵害の主張に対しては、表現の自由や国民の知る権利（21条1項）との関係が問題となる。すなわち、表現の自由とプライバシー権との比較衡量の問題である。そして、表現の自由もプライバシー権も、個人の人格に関連するものであるから基本的には等価的な利益衡量がされるべきである。

もともと、常に等価的な利益衡量によるわけではなく、ある人に関する事柄を本人の意に反して公表したとしても、それが国民的議論の対象とされるべき問題に関する事柄である限り、プライバシー侵害として制約されてはならない。ただし、プライバシー侵害の場合は公表事実の真実性は免責事由にはならず、公表事実の「公共性」のみが決め手となる。

□判例 最決平29. 1. 31, 百選 I No.63

児童買春等の容疑で逮捕された原告が、検索事業者に対し、人格権ないし人格的利益に基づき検索結果の削除を求めた事案につき「その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部とし

て提供する行為が違法となるか否かは、当該事実の性質及び内容、当該URL等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、その者の社会的地位や影響力、上記記事等の目的や意義、上記記事等が掲載されたときの社会的状況とその後の変化、上記記事等において当該事実を記載する必要性など、当該事実を公表されない法的利益と当該URL等情報を検索結果として提供する理由に関する諸事情を比較衡量して判断すべきもので、その結果、当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができるものと解するのが相当である。」とした。

□判例 「宴のあと」事件 東京地判昭39.9.28, 百選 I No.60

4 個人情報開示・訂正・削除要求権

- (1) プライバシー権を情報プライバシー権と捉えた場合、その保護は、情報の取得収集、保有、利用・伝播の各段階で問題となる。したがって、この権利を十全にするためには、法律により政府諸機関がどのような個人情報システムを保有するかについて公表することを義務づけ、個人情報の主体に政府諸機関の保有する記録についての具体的アクセス権および訂正・削除要求権を付与する必要がある。

このことから、13条によるプライバシー権の保障には、自己情報開示請求権が含まれていると解される。しかし、この権利は抽象的権利にとどまり、個人が公権力に対して自己情報の開示を求めるためには、立法による具体化を必要とすると解するのが一般である。

昭和63年に「行政機関の保有する電子計算機処理に係る個人情報の保護に関する法律」が制定されたが、不十分な点が多かった。そこで、平成15年に同法を改正した「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」が制定され、旧法について指摘されていた保護範囲の限定（電子計算機によって処理される個人情報ファイルのみが対象）や救済措置の不十分さの改善が図られた。

東京高判昭63.3.24は、他人の保有する個人情報が、真実に反して不当であって、そのため個人が社会的受忍限度を超えて損害を被るときには、名誉権ないし人格権に基づき、保有者に対して、その訂正・抹消を求めることができる場合があるとする。

- (2) 行政機関の保有する個人情報について、住民基本台帳法の改正により住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」）が導入された。住基ネットでは、氏名・生年月日・性別・住所に、住民票コード及び住民票の記載に関する事項で政令で定めるものが「本人確認情報」として管理、利用等されることになる。これに関連して以下の判例がある。

□判例 住基ネットの合憲性 最判平20.3.6, 百選 I No.19

【事案】

原告らが、行政機関が住民基本台帳ネットワークシステム（以下「住基ネット」という。）により原告らの個人情報を収集、管理又は利用（以下、併せて「管理、利用等」という。）することは、憲法13条の保障する原告らのプライバシー権その他の人格権を違法に侵害するものであるなどと主張して、原告らの住民基本台帳を保管する原告人に対し、上記の人格権に基づく妨害排除請求として、住民基本台帳からの原告らの住民票コードの削除を求めた。

【判旨】

「……憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有する……」

「……そこで、住基ネットが原告らの上記の自由を侵害するものであるか否かについて検討するに、住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報は、氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたものにすぎない。このうち4情報は、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人識別情報であり……これらはいずれも、個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえない。これらの情報は、住基ネットが導入される以前から、住民票の記載事項として、住民基本台帳を保管する各市町村において管理、利用等されるとともに、法令に基づき必要に応じて他の行政機関等に提供され、その事務処理に利用されてきたものである。そして、住民票コードは、住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等を目的として、都道府県知事が無作為に指定した数列の中から市町村長が一を選んで各人に割り当てたものであるから、上記目的に利用される限りにおいては、その秘匿性の程度は本人確認情報と異なるものではない。

また、……住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上及び行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができる。」……「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずには正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない。」

「……そうすると、行政機関が住基ネットにより住民である原告らの本人確認情報を管理、利用等する行為は、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということとはできず、当該個人がこれに同意していないとしても、憲法13条により保障された上記の自由を侵害するものではないと解するのが相当である。」

【評価】

本判決は、「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有する」としたうえで、住基ネットで取り扱われる本人確認情報の秘匿性の程度や住基ネットの目的の相当性、情報漏えい等の具体的な危険性といった事情から、住基ネットの運用によって「みだりに」個人に関する情報の開示・公表が行われる具体的な危険があるとはいえないと判断したと思われる。

なお、原告の、いわゆる情報コントロール権も憲法13条により保障される基本的人権であるとの主張に対しては、直接の判断はなされていない。

第4 自己決定権

個人が一定の私的事項について、公権力による干渉を受けずにみずから決定する権利

これまでに自己決定権の問題として議論されてきたもの

- ① 自己の生命・身体の処分にかかわる治療拒否，安楽死，自殺など
 - ② 世代の再生産にかかわる産む産まないの自由，避妊，墮胎など
 - ③ 家族の形成維持にかかわる結婚，離婚など
 - ④ その他，服装，身なり，外観，性的自由，喫煙，飲酒，スポーツなど
- このように，自己決定権の問題として議論されてきたものは多岐にわたるため，規制目的，態様，手段等の事情を総合して，どこまで13条により保障されるべきかが判断されなければならない。

□判例 エホバの証人輸血拒否事件 最判平12.2.29, 百選 I No.23

【事案】

エホバの証人の信者が輸血を拒否したにもかかわらず，医師の判断で一方向的に輸血され，精神的苦痛を受けたとして，遺族が病院に対して損害賠償を請求した。

【判旨】

「患者が，輸血を受けることは自己の宗教上の信念に反するとして，輸血を伴う医療行為を拒否するとの明確な意思を有している場合，このような意思決定をする権利は，人格権の一内容として尊重されなければならない」と判示したうえで，医師は輸血以外に救命手段がない事態が生じた場合には輸血するとの方針を採っていることを患者に説明し，その治療を受けるか否かを患者自身の意思決定に委ねるべきであるとした。そして，その説明を怠った場合には患者の意思決定をする権利を奪い，患者の人格権を侵害することになるとした。

第5 環境権

環境を支配し、良き環境を享受することができる権利ないし健康で快適な環境の回復・保全を求める権利



論点06

環境権の憲法上の位置づけをどう考えるべきか。

A 13条・25条説（芦部，戸波）

環境権には自由権的側面と請求権的側面があるといえるが、前者は13条により、後者は25条により保障される。

B 25条説

環境は人間の生存にとって必要不可欠な要素であるから、このような環境を破壊から守り、良い環境の享受を求める権利は、25条にいう基本的人権である。

第2節 法の下での平等

(法の下での平等、貴族制度の否認、栄典の限界)

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

I 平等思想の歴史

平等の思想の淵源はギリシャ時代にさかのぼるが、とりわけ中世キリスト教における「神の下での平等」の思想は近代的人権の平等観の素地をなした。もっとも、中世には封建制度に基づく身分差別が存在しており、近代革命は自由と平等を標語として身分制社会の打破をめざしたものであった。

平等の観念は、人権思想の基本前提をなす。個人の尊厳の原理に立脚する人権体系は、論理必然的に、すべての人が平等に尊重され、各人の人権が平等に保障されることを要求する。アメリカ独立宣言が「すべての人は平等につくられ」ていることを強調し、フランス人権宣言1条が「人は自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する」と定めていることは、平等が近代人権宣言の基礎をなすことを示す。

この近代自由主義国家においては不平等な取扱いの排除という意味での平等観が強調されたので、そこでの平等とはすべて個人を法的に均等に取り扱いその自由な活動を保障するという「形式的平等」であった。この形式的平等では国家はすべての人を形式的に等しく扱えばよく、近代資本主義の自己責任の考えのもとに、国家は活動の機会さえ平等に保障すればよいとしていわゆる「機会の平等」がもたらされた。

しかし、資本主義経済の発展とともに貧富の差が拡大した状況においては、形式的に機会の平等のみ保障するだけでは、個人の尊厳を確保することができない。そこで、社会の発展に伴い、結果の不平等が拡大していった。そこで、現代では、社会国家・福祉国家の理念や社会権の思想と結びついて、「結果の平等」をも指向するより実質的な平等観へと移行していくことになる。すなわち、単なる形式的平等ではなく、実際に存在する社会的・経済的不平等を是正して「実質的平等」を実現すべきことが求められるに至ったのである。

II 日本国憲法における平等原則

大日本帝国憲法では、平等原則に関する一般的規定はなく、平等観を示すものとしては、公務就任権に関する規定(19条)に「均ク」という文言があるにとどまっていた。

これに対して日本国憲法は、14条1項で「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」と定め、法の下での平等の基本

原則を宣言する。

さらに、個別的に以下の条項を置いて、平等原則の徹底化を図っている。

第1 貴族制度の廃止（14条2項）

これにより華族制度は廃止された。もともと、皇族は、憲法が天皇制を存置したことに伴う憲法の認める例外である。

第2 栄典に伴う特権の廃止（14条3項）

この規定との関係で文化勲章の受領者に年金を与えることが「特権」にならないかが問題となる。この点については、単なる経済的利益は「特権」に当たらない（宮沢）とか、勲章に年金を伴わせるのでなければ差し支えない（橋本）などの理由で、合憲であると解されている。

この問題に配慮して、別に文化功労者年金法によって、文化に功労のあった者として年金を支給する方法が採られている。

第3 公務員の選挙などにおける平等（44条但書）

第4 夫婦の同等と両性の本質的平等（24条）

24条は、1項で婚姻の自由と夫婦の「同等の権利」をうたい、2項で家族に関する法律は「個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して」制定されるべきことを要求している。これは、13条、14条からも当然に導かれることであるともいえるが、とくに本条を設けて家族生活における両性の平等がうたわれているのは、明治憲法時代の男尊女卑思想に貫かれた「家」制度の解体と、新しい近代的な家族制度の構築を指示したものと解される。

ただ、現行法の規定の中にも、違憲の疑いをもたれたり、その合理性に疑問が呈されているものとして、婚姻適齢の区別（民法731条）、女子のみの再婚禁止期間の設定（民法733条）、夫婦同氏の原則（民法750条）などがある。

第5 教育の機会均等（26条）

Ⅲ 「法の下での平等」

第1 「法の下での平等」の意味

1 「平等」の意味

(1) 総説

人間平等の思想を前提に、国家はすべての人を等しく取り扱い、あ
る人を特別有利にあるいは不利に扱ったりしてはならないというこ
と、憲法原理としての平等の意味内容である。

(2) 形式的平等と実質的平等



論点01

憲法が、単なる形式的平等を超えて国家権力による実質的平等の
実現まで要求しているか。

A 肯定説（戸波）

14条は、実質的平等の実現を国家に要請している。

B 否定説（野中、伊藤）

14条は、何よりも形式的平等を保障したものである。

(理由)

- ① 近代立憲主義の延長線上にある日本国憲法は、自由の理念と調和する平
等、すなわち形式的平等の理念に基づいていると考えるべきである。
- ② 実質的平等の実現は、何が実質的平等と呼ばれるにふさわしいかとい
う問題を含めて、第一義的には社会権条項に託された課題である。
- ③ 実質的平等の理念からは、形式的平等の相対化が要請されるが、それは
相対的平等の受容として予定されていると解せばよい。

C 折衷説（芦部）

14条は、実質的平等をも重視するものであるが、それを実現する国の法的
義務が同条からただちに生じる、という趣旨ではない。法的な義務は社会権
の保障にかかわる問題であり、平等原則との関係では実質的平等の実現は国
の政治的義務にとどまる。ただ、14条にいう「平等」の意味は、実質的平等
の思想を抜きにして解することはできないので、平等原則違反か否かを判定
する際には、実質的平等の趣旨が最大限考慮されなければならない。

※ この対立が、後述する優先処遇措置をいかに解するかとかわる。

(3) 相対的平等

各個人には事実上の差異が存在するのであるから、これらを完全に
無視して平等に取り扱っても、かえって不合理な結果を生じることに

なりうる。このような場合、国家には、各個人の事実上の差異を考慮に入れて、異なった取扱いをすることがむしろ要請されているというべきである。

このように見れば、憲法の平等は、絶対的平等ではなく各個人の違いを考慮に入れてそれに応じて取り扱う相対的平等であるということが出来る。

そして、この相対的平等の考え方によれば、異なった取扱いがされていても、それに合理的な理由がある場合には違憲とはならず、合理的理由がない場合にはじめて不合理な差別として違憲となる。

2 「法の下」の意味



論点02

法の下での平等は、立法者をも拘束するか。これは、14条にいう「法の下での平等」とは、法適用の平等のことに限られるか、法の内容それ自体についての平等を含むかという問題である。

A 立法者非拘束説

法の下での平等とは法の適用の平等と解するべきであり、立法者を拘束するものではない。

(理由)

- ① 「法の下」の平等という、憲法の文言。
- ② 法実証主義の立場からは、法は立法者によって制定されて、はじめて法として実在することになる。この立場から見れば、平等原理は法が万人に平等に適用されることに意味がある。

※ ただし、この説も、14条1項後段列挙事項に限っては立法者拘束を認め、差別立法は絶対的に禁止されるとみる。

B 立法者拘束説（通説）

法の下での平等の原理は立法作用を含めて一切の国家機関を拘束するのであって、法適用の平等のみならず法そのものの平等、すなわち、法の内容それ自体についての平等をも含む。

(理由)

- ① 法の内容に不平等な取扱いが定められていれば、いかにそれを平等に適用しても、平等の保障は実現されず、個人尊厳の原理が無意味に帰する。
- ② 日本国憲法は、憲法と法律を質的に区別し、裁判所による法律の違憲審査を認め(81条)、人権を立法権を含むあらゆる国家権力から不可侵なものとして保障している。
- ③ 日本国憲法は、歴史的・沿革的にも、また条文(前文、11条、97条等)からも、「人は生まれながらにして自由かつ平等である」と主張する合理的自然法思想に基づいて制定されたものと解される。

第2 平等原則と違憲審査権

相対的平等の考え方によれば、異なった取扱いに合理的理由がない場合にはじめて不合理な差別として違憲となる。



論点03

具体的に異なった取扱いに合理的理由があるかどうかをいかにして判断すべきか、平等原則違反の違憲審査基準が問題となる。

- A 個人主義ないし民主主義の理念に照らしてその異なった取扱いが合理的なものかどうかによって判断すべきである。
- B 14条1項後段で列挙された事由による差別は、民主制のもとでは通常許されないと考えられ、違憲の推定が働くから、①立法目的が「やむにやまれぬ」必要不可欠なものであり、かつ、手段が必要最小限であることを要求する「厳格審査」基準、または②立法目的が重要なものであり、かつ、手段が目的と事実上の実質的関連性があることを要求する「厳格な合理性」の基準が適用される。
- これに対し、それ以外の事由による差別は、代表民主制のもと法律の合憲性の推定が働き、立法目的の正当性・手段との合理的関連性があればよいとする「合理性」の基準が適用される（伊藤正己ほか多数説）。
- C 基本的にはB説に立ちつつ、14条1項後段列挙事由以外の事由の場合でも、問題となっている権利の性質に着目して具体的な審査基準を適用する。すなわち、精神的自由権ないしはそれと関連する問題（選挙権など）については立法目的の必要不可欠性・手段の最小限度性を検討する厳格な審査基準が、経済的自由の消極目的規制については厳格な合理性の基準が、経済的自由の積極目的規制については合理性の基準が、それぞれ適用される（芦部）。

第3 14条1項後段の理解と違憲審査基準



論点04

14条1項後段の列挙事項はどのような意味をもつのであろうか。

- A 差別立法禁止事項説（立法者非拘束説から）
14条1項後段列挙事項については、差別立法は絶対的に禁止される。
- B 例示説
14条1項後段列挙事項を、単なる例示にすぎないとする説。この説は、後段列挙事項についても、「合理的区別」は認められるとする。
- （批判）
「合理的区別」と不合理な「差別」を区別する確かな判断基準を設定することは困難であり、後段列挙事項についてまで「合理的」調整に委ねることは、憲法による平等権の保障をあまりにも相対化する。

C 列挙事項に何らかの意味を認める。

14条1項後段が歴史的に差別事由となってきた事項を列挙していることに意味を認め、これらは原則として差別が禁止される事項であるとする。

C1 挙証責任転換説（伊藤）

14条1項後段列挙事由による区別は合憲性推定が排除され、合憲を主張する側が合憲性の立証責任を負うのに対し、それ以外の事由による区別は立法自体の合憲性推定が働くから、違憲を主張する側が合理性のないことの立証責任を負う。

C2 芦部説

14条1項後段列挙事由による差別は、民主主義の理念に照らし原則として不合理なものであるから、厳格な基準を適用するのが妥当であり、合憲性を主張する公権力側が立証する責任を負う。

第4 14条1項後段の差別禁止事項

第3の後段例示説（B説）からは後段列挙事項をどう解するかはあまり意味をなさないが、その他の説からは法的効果に大きな差が生じる。

1 人種

人種、皮膚の色、世系又は民族若しくは種族的出身

アイヌ人差別を克服しアイヌ民族としての誇りが尊重される社会の実現を図ること等を目的とするアイヌ文化振興法が1997年に成立した。

2 信条

宗教上の信仰のみならず、思想上・政治上の主義も含めた人の内面

政治的意見を含むかについては説が分かれているが、政治的意見と信条の区別は相対的であることから、含むと解するべきである（大阪地判昭44.12.26も肯定）。

(1) 公務員関係

日本国憲法または政府を暴力で破壊することを主張する政党等を結成し、または、それに加入した者が公務員になることができないとする国家公務員法38条5号、地方公務員法16条5号の合憲性が問題となりうるが、公務員の特質からするやむをえない制限であり、違憲であるとまではいえない（戸波）。

(2) 雇用関係

雇用関係について、私企業についても14条の趣旨を及ぼすため、労働基準法3条は、国籍、信条または社会的身分を理由とする差別的取扱いを禁止している。

□判例 三菱樹脂事件 最大判昭48.12.12, 百選 I No.9

□判例 日中旅行社事件 大阪地判昭44.12.26

【事案】

政治的傾向を有するいわゆる傾向企業において、従業員がその政治的信条を理由に解雇されたため、その無効を争った。

【判旨】

憲法14条と労働基準法3条に所定の信条には政治的意見が含まれるが、それが「差別的取扱禁止の保障を受けるのはそれが内心の問題としてとどまる場合においてであって」、政治的「信条に基づく具体的な行動があった場合には」、それが「事業に明白かつ現在の危害を及ぼすべき具体的危険を発生させたときは」、上記各法条による保障の範囲外であって「解雇が可能となる場合もある」。

3 性別

(1) 男女の別

ア 雇用関係

雇用関係においては、事実上の男女不平等が多く見られる。立法上の手当てとして、男女雇用機会均等法や労働基準法等により男女平等が図られている。

□判例 日産自動車女子若年定年制事件 最判昭56.3.24, 百選 I No.11

【事案】

定年年齢を男子55歳、女子50歳と定める会社の就業規則の効力が争われた。

【判旨】

「就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法90条の規定により無効である」。

(2) 婚姻における平等

婚姻における平等は、24条でもとくに規定されている。これに関連して、婚姻適齢の区別（民法731条）、女子のみの再婚禁止期間（民法733条）、夫婦同姓（民法750条）などが、平等原則に違反するのではないかが問題となっている。

夫婦同姓規定（民法750条）に関しては、最高裁判所としてこれを合憲とする初の憲法判断が示された（最大判平27.12.16, 百選 I No.29）。再婚禁止期間規定（民法733条）に関しては、従前、国家賠償法上、違法とはいえない旨の判例（最判平7.12.5）があったが、100日超過部分が憲法に違反する旨の判決がなされた（最大判平27.12.16, 百選 I No.28）。

□判例 夫婦同姓規定(民法750条)合憲判決 最大判平27.12.16, 百選 I No.29

「婚姻の際に『氏の変更を強制されない自由』が憲法上の権利として保障される人格権の一内容であるとはいえない。本件規定は、憲法13条に違反するものではない。(中略) 本件規定は、夫婦が夫又は妻の氏を称するものとしており、夫婦がいず

れの氏を称するかを夫婦となろうとする者の間の協議に委ねているのであって、その文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているわけではなく、本件規定の定める夫婦同氏制それ自体に男女間の形式的な不平等が存在するわけではない。…したがって、本件規定は、憲法14条1項に違反するものではない。(中略) 本件規定の採用した夫婦同氏制が、夫婦が別の氏を称することを認めないものであるとしても、上記のような状況の下で直ちに個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠く制度であるとは認めることはできない。したがって、本件規定は、憲法24条に違反するものではない。」

□判例 再婚禁止期間規定（民法733条）一部違憲判決 最大判平27. 12. 16, 百選 I No.28

「民法772条2項は、『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。』と規定して、出産の時期から逆算して懐胎の時期を推定し、その結果婚姻中に懐胎したものと推定される子について、同条1項が『妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する。』と規定している。そうすると、女性の再婚後に生まれる子については、計算上100日の再婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避されることになる。夫婦間の子が嫡出子となることは婚姻による重要な効果であるところ、嫡出子について出産の時期を起点とする明確で画一的な基準から父性を推定し、父子関係を早期に定めて子の身分関係の法的安定を図る仕組みが設けられた趣旨に鑑みれば、父性の推定の重複を避けるため上記の100日について一律に女性の再婚を制約することは、婚姻及び家族に関する事項について国会に認められる合理的な立法裁量の範囲を超えるものではなく、上記立法目的との関連において合理性を有するものといえることができる。よって、本件規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分は、憲法14条1項にも、憲法24条2項にも違反するものではない。

これに対し、本件規定のうち100日超過部分については、民法772条の定める父性の推定の重複を回避するために必要な期間ということとはできない。…同部分は、憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反するに至っていたというべきである。」

□判例 再婚禁止期間（旧判例） 最判平7. 12. 5

「合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法733条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」

(3) 入会権

入会部落の慣習に基づく入会集団の会則において、入会権者となる資格について世帯主であることや男子孫に限定することは、男女差別・公序良俗違反となるかが争われた事件において、最高裁は、世帯主要件は公序良俗に違反しないが、男子孫要件は性別のみによる不合理な差別として公序良俗に違反する、と判示した（最判平18. 3. 17, 重判

平18憲法No.4)。

4 社会的身分



論点05

「社会的身分」の意義をいかに解するべきか。

- A 広義説：「人が社会において占める継続的な地位」（最判昭39. 5. 27）
- B 狭義説：「出生によって決定され、自己の意思で変えられない社会的な地位」（宮沢，野中，戸波）
- C 中間説
- C1 中間説1
「社会において後天的に占める地位で一定の社会的評価を伴うもの」
- C2 中間説2
「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」（芦部）

□判例 尊属殺重罰規定違憲判決 最大判昭48. 4. 4, 百選 I No.25

【事案】

実父に夫婦同様の関係を強いられてきた被告人が、虐待にたまりかねて実父を殺害し自首したという事件で、尊属殺について通常の殺人よりも刑罰が重く、その法定刑が死刑および無期懲役刑のみで、減刑しても執行猶予をつけられない平成7年改正前刑法200条の合憲性が問題となった。

【判旨】

刑法200条の「尊属に対する尊重報恩」の保護という立法目的は合理的であるが、刑の加重の程度が「立法目的達成のため必要な限度を遥かに超え」「著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法14条1項に違反して無効である」と判示し、刑法199条の普通殺人罪の規定を適用した。

【評価】

刑法200条は、平成7年刑法改正により、205条2項（尊属傷害致死）、218条2項（尊属遺棄）、220条2項（尊属逮捕監禁）とともに、削除された。

□判例 非嫡出子相続分差別 最大決平7. 7. 5 （合憲としたもの）

□判例 非嫡出子相続分差別 最大決平25. 9. 4, 百選 I No.27

【事案】

非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1と定める民法900条4号但書の合憲性が争われた。

【決定要旨】

「当裁判所は、平成7年大法廷決定以来、結論としては本件規定を合憲とする判断を示してきたものであるが、平成7年大法廷決定において既に、嫡出でない子の立場を重視すべきであるとして5名の裁判官が反対意見を述べたほかに、婚姻、親

子ないし家族形態とこれに対する国民の意識の変化，更には国際的環境の変化を指摘して，昭和22年民法改正当時の合理性が失われつつあるとの補足意見が述べられ，その後の小法廷判決及び小法廷決定においても，同旨の個別意見が繰り返し述べられてきた……。

なお，……平成7年大法廷決定においては，本件規定を含む法定相続分の定めが遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であることをも考慮事情としている。しかし，本件規定の補充性からすれば，嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を平等とすることも何ら不合理ではないといえる上，遺言によっても侵害し得ない遺留分については本件規定は明確な法律上の差別というべきであるとともに，本件規定の存在自体がその出生時から嫡出でない子に対する差別意識を生じさせかねないことをも考慮すれば，本件規定が上記のように補充的に機能する規定であることは，その合理性判断において重要性を有しないというべきである。

本件規定の合理性に関連する以上のような種々の事柄の変遷等は，その中のいずれか一つを捉えて，本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない。しかし，昭和22年民法改正時から現在に至るまでの間の社会の動向，我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民の意識の変化，諸外国の立法のすう勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘，嫡出子と嫡出でない子の区別に関わる法制等の変化，更にはこれまでの当審判例における度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば，家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されてきたことは明らかであるといえる。そして，法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても，上記のような認識の変化に伴い，上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという，子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず，子を個人として尊重し，その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものといえることができる。

以上を総合すれば，遅くともAの相続が開始した平成13年7月当時においては，立法府の裁量権を考慮しても，嫡出子と嫡出でない子の法定相続分を区別する合理的な根拠は失われていたというべきである。

したがって，本件規定は，遅くとも平成13年7月当時において，憲法14条1項に違反していたものというべきである。」

※この決定を受けて，民法900条4号ただし書は改正された。

□判例 戸籍法49条2項1号と憲法14条 最判平25.9.26, 重判平25憲法No.5

【事案】

戸籍法49条2項1号の規定のうち出生の届出に係る届書に嫡出子又は嫡出でない子の別を記載すべきものと定める部分は，婚外子を不当に差別するものとして憲法14条1項に違反し，本件規定を撤廃しない国の立法不作為等を理由に国家賠償法1条1項に基づく慰謝料請求がなされた。

【判旨】

「所論は，本件規定において「嫡出でない子」という文言が用いられていること自体が婚外子に対する不合理な差別的取扱いであるともいうが，民法及び戸籍法において「嫡出でない子」という用語は法律上の婚姻関係にない男女の間に出生した

子を意味するものとして用いられているものであり、所論は法令上のかかる用語についてその表現の当否を論ずるに帰するものであって、採用することができない。……以上によれば、本件規定は、嫡出でない子について嫡出子との関係で不合理な差別的取扱いを定めたものとはいえず、憲法14条1項に違反するものではない。」

□判例 東京都青年の家事件 東京高判平9.9.16, 百選 I No.30

【事案】

団体Xは、同性愛者の団体である。Xの会員は、東京都が設置・管理する府中青年の家の使用申込みを行ったが、同家の所長は、他団体との不要な摩擦の危険性等を理由に本件使用申込みを受理しなかった。そこで、Xは都教育委員会宛に、本件使用申込みの承諾などを求める請願書と要求書を提出した。同委員会は審議の結果、Xの使用を承認しない旨の決定をした。このためXは、同委員会の不承認処分は違法であるとして、またAら3名は、都職員の発言により精神的苦痛を受けたとして、慰謝料などを求めて訴え出た。

【判旨】

青年の家での宿泊は「原則として数名の宿泊者の相部屋であると考えられる。そうすると、特定の2人による宿泊に比べ、性的行為が行われる可能性は、同性愛者においても、異性愛者同様に、それほど高いものとは認めがたい」。

「元来は異性愛者を前提とした」男女別室宿泊の「原則を、同性愛者にも機械的に適用し、結果的にその宿泊利用を一切拒否する事態を招来することは、右原則が身体障害者の利用などの際、やむを得ない場合にはその例外を認めていることと比較しても、著しく不合理であって、同性愛者の利用権を不当に制限するものといわざるを得ない」。

「青少年に対しても、ある程度の説明をすれば、同性愛について理解することが困難であるとはいえないのであり、青年の家においても、リーダー会を実施するかどうか、実施する場合にはどのように運営するかについて、青年の家職員が相応の注意を払えば、同性愛者の宿泊についても、管理上の支障を生じることなく十分対応できるものと考えられる」。もしなお問題があれば、「後に使用申込をした団体の申込を都青年の家条例8条に基づき拒否することも場合によっては可能と考えられる」。

「都教育委員会が、青年の家利用の承認不承認にあたって男女別室宿泊の原則を考慮することは相当であるとしても、右は、異性愛者を前提とする社会的慣習であり、同性愛者の使用申込に対しては、同性愛者の特殊性、すなわち右原則をそのまま適用した場合の重大な不利益に十分配慮すべきであるのに、一般的に性的行為に及ぶ可能性があることのみを重視して、同性愛者の宿泊利用を一切拒否したものであって、その際には、一定の条件を付するなどして、より制限的でない方法により、同性愛者の利用権との調整を図ろうと検討した形跡も窺えないのである。したがって、都教育委員会の本件不承認処分は、青年の家が青少年の教育施設であることを考慮しても、同性愛者の利用権を不当に制限し、結果的、実質的に不当な差別的取扱いをしたものであり、施設利用の承認不承認を判断する際に、その裁量権の範囲を逸脱したものであって、地方自治法244条2項、都青年の家条例8条の解釈適用を誤った違法なものというべきである。」

□判例 国籍法違憲判決 最大判平20. 6. 4, 百選 I No.26

【事案】

国籍法3条1項(当時)が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生した後、父から認知された子につき、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した(準正のあった)場合に限り日本国籍の取得を認めていることによって、国籍の取得に関する区別を生じさせていることは憲法14条1項に違反するか問題となった。

【判旨】

「……法3条1項は、日本国民である父が日本国民でない母との間の子を出生後に認知しただけでは日本国籍の取得を認めず、準正のあった場合に限り日本国籍を取得させることとしており、これによって本件区別が生じている。このような規定が設けられた主な理由は、日本国民である父が出生後に認知した子については、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得することによって、日本国民である父との生活の一体化が生じ、家族生活を通じた我が国社会との密接な結び付きが生ずることから、日本国籍の取得を認めることが相当であるという点にあるものと解され……このような目的を達成するため準正その他の要件が設けられ、これにより本件区別が生じたのであるが、本件区別を生じさせた上記の立法目的自体には、合理的な根拠があり、「……当時の社会通念や社会的状況の下においては、日本国民である父と日本国民でない母との間の子について、父母が法律上の婚姻をしたことをもって日本国民である父との家族生活を通じた我が国との密接な結び付きの存在を示すものとみることには相応の理由があったものとみられ、当時の諸外国における前記のような国籍法制の傾向にかんがみても、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件としたことには、上記の立法目的との間に一定の合理的関連性があった……。 (中略) ……しかしながら、……我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべき……。 (中略) ……このような区別の結果、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けているものといわざるを得ない。

日本国籍の取得が、前記のとおり、我が国において基本的人権の保障等を受ける上で重大な意味を持つものであることにかんがみれば、以上のような差別的取扱いによって子の被る不利益は看過し難いものというべきであり、このような差別的取扱いについては、前記の立法目的との間に合理的関連性を見だし難いといわざるを得ない。……また、父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、日本国民である母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子が届出による日本国籍の取得すら認められないことには、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるというべき……。 (中略) ……国籍法が、同じく日本国民との間に法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、上記のような非嫡出子についてのみ、父母の婚姻という、子にはどうすることもできない父母の身分行為が行われない限り、生来的にも届出によっても日本国籍の取得を認めないとしている点は、今日においては、立法府に与えられた裁量権を考慮しても、我が国との密接な結び付きを有する者に限り日本国籍を付与するという立法目的との合理的関連性の認められる範囲を著しく超える手段を採用しているものというほかなく、その結果、不合理な差別

を生じさせている……。 (中略) ……以上によれば、本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっているというべきである。しかも、本件区別については、前記(2)エで説示した他の区別も存在しており、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子に対して、日本国籍の取得において著しく不利益な差別的取扱いを生じさせているといわざるを得ず、国籍取得の要件を定めるに当たって立法府に与えられた裁量権を考慮しても、この結果について、上記の立法目的との間において合理的関連性があるものということとはもはやできず、…遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解される。

したがって、上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであった……。」

【評価】

本判決は立法目的に合理的根拠があり、立法当時における準正要件は立法目的との間に合理的関連性があったとしつつ、準正要件による区別が今日においては立法目的との関係で合理的関連性を欠く不合理な差別を生じさせているとした。そのうえで、原告の国籍取得届の提出時には国籍法3条1項が憲法14条1項に反すると判断したものである。

本判決は、最高裁大法廷が平等原則の趣旨に従って、授権的、権利創設的規定の一部を違憲無効とし、残余を有効な規定と解することにより当該規定の適用範囲を拡大させ、当事者の権利利益の直接的な救済を図ったものであり、違憲審査権の行使のあり方について新たな方向性と可能性を示した判例として極めて重要な意義を有する。

5 門地

家系・血統等の家柄

戦前の華族・士族・平民等がその典型であり、このような制度の復活は認められない。貴族制度も門地による差別に当たるが、14条2項が、別に明示的に否定している。現在、門地による差別が問題になることはなく、憲法上の例外として皇族があるのみである。

6 その他

国籍による差別については、厳密には後段列举事由に当たらないが、これに準じて扱うべきだと解されている。

□判例 ゴルフクラブ国籍差別事件 東京地判平7.3.23

【事案】

在日韓国人が、ゴルフクラブの正式な会員として登録しようとしたところ、外国人であることを理由にこれを拒否されたため、損害賠償を請求した。

【判旨】

「ゴルフクラブの会員……の登録者の資格条件として日本国籍者であることを課すことについては、……今日の社会通念の下では合理的理由を見出し難く、……日本国籍を有しないことを理由に原告を登録者とする変更申請を承認しなかったことは、憲法14条の規定の趣旨に照らし、社会的に許容し得る限界を超えるものとして、違法との評価を免れないというべきである。」

□判例 最判平27.3.10、重判平27憲法No.4

【事案】

国籍法12条は、「出生により外国の国籍を取得した日本国民で国外で生まれたものは、戸籍法（昭和22年法律第224号）の定めるところにより日本の国籍を留保する意思表示しなければ、その出生の時にさかのぼって日本の国籍を失う。」と定めている。日本国籍を有する父とフィリピン共和国籍を有する母との間に嫡出子として同国で出生し同国籍を取得した原告らが、出生後3か月以内に父母等により日本国籍を留保する意思表示がされず、国籍法12条の規定によりその出生の時から日本国籍を有しないこととなったため、出生により日本国籍との重国籍となるべき子で国外で出生したものにつき上記の国籍留保の要件等を定める同条の規定が上記子のうち日本で出生した者等との区別において憲法14条1項等に違反し無効であると主張して、日本国籍を有することの確認を求めた。

【判旨】

「1 憲法10条は、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める。」と規定し、これを受けて、国籍法は、日本国籍の得喪に関する要件を規定している。憲法10条の規定は、国籍は国家の構成員としての資格であり、国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これをどのように定めるかについて、立法府の裁量判断に委ねる趣旨のものであると解される。そして、憲法14条1項が法の下での平等を定めているのは、合理的理由のない差別を禁止する趣旨のものであって、法的取扱いにおける区別が合理的な根拠に基づくものである限り、同項に違反するものではないから、上記のようにして定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別につき、そのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠があり、かつ、その区別の具体的内容が上記の立法目的との関連において不合理なものではなく、立法府の合理的な裁量判断の範囲を超えるものではないと認められる場合には、当該区別は、合理的理由のない差別に当たるとはいえず、憲法14条1項に違反するということとはできないものと解するのが相当である……。」

「2(1) 国籍法12条は、出生により外国の国籍を取得するとともに同法2条1号又は2号によれば出生時に日本国籍を取得して重国籍となるべき子のうち国外で出生した者について、日本で出生した者と異なり、戸籍法104条の定めに従って出生の届出をすべき父母等により出生の日から3か月以内に日本国籍を留保する意思表示がその旨の届出によりされなければ（天災等の事由があれば上記の届出期間は伸張

される。), その出生時から日本国籍を有しないものとするを定め, その生来的な取得を認めないという区別を設けることとしたものである。また, 国籍法17条1項及び3項は, 同法12条により日本国籍を有しないものとされた者で20歳未満のものについて, 日本に住所を有するときは, 法務大臣に届け出ることによって, その届出時に日本国籍を取得することができることを定めている。

(2) 日本国籍の生来的な取得につき, 国籍法2条1号及び2号は, 子の出生時において日本国籍を有する父又は母との間に法律上の親子関係があることをもって, 一般的にみて我が国との密接な結び付きがあるものといえるとして, 当該子に国籍を付与しようとするものと解される。しかるところ, 国籍法は, 上記各号の規律を前提とした上で, 前記のように国外で出生して日本国籍との重国籍となるべき子に関して, 例えば, その生活の基盤が永続的に外国に置かれることになるなど, 必ずしも我が国との密接な結び付きがあるとはいえない場合があり得ることを踏まえ, 実体を伴わない形骸化した日本国籍の発生をできる限り防止するとともに, 内国秩序等の観点からの弊害が指摘されている重国籍の発生をできる限り回避することを目的として, 12条において, 日本国籍の生来的な取得の要件等につき, 日本で出生して日本国籍との重国籍となるべき子との間に上記(1)のような区別を設けることとしたものと解され, このような同条の立法目的には合理的な根拠があるものといえることができる。

そして, 国籍法12条が, 上記の立法目的に基づき, 国外で出生して日本国籍との重国籍となるべき子に関して, 日本で出生して日本国籍との重国籍となるべき子との間に上記(1)のような区別を設けていることについても, 生来的な国籍の取得の有無は子の法的地位の安定の観点からできる限り子の出生時に確定的に決定されることが望ましいところ, 出生の届出をすべき父母等による国籍留保の意思表示をもって当該子に係る我が国との密接な結び付きの徴表とみることができる上, その意思表示は原則として子の出生の日から3か月の期間内に出生の届出とともにするものとされるなど, 父母等によるその意思表示の方法や期間にも配慮がされていることに加え, 上記の期間内にその意思表示がされなかった場合でも, 同法17条1項及び3項において, 日本に住所があれば20歳に達するまで法務大臣に対する届出により日本国籍を取得することができるものとされていることを併せ考慮すれば, 上記の区別の具体的内容は, 前記の立法目的との関連において不合理なものとはいえず, 立法府の合理的な裁量判断の範囲を超えるものということはいえない。

したがって, 国籍法12条において, 出生により日本国籍との重国籍となるべき子のうち, 国外で出生した者について日本で出生した者との間に設けられた上記の区別は, 合理的理由のない差別には当たらないといえるべきである。」

□判例 最判平27.3.27, 百選 I No.106

【事案】

被告Y1は, 西宮市営住宅条例に基づき, 原告X(兵庫県西宮市)の所有する市営住宅に入居していた。また, Xの承認を得て, Y1の両親である被告Y2及びY3を同居させた。

西宮市営住宅条例46条1項柱書は, 「市長は, 入居者が次の各号のいずれかに該当する場合において, 当該入居者に対し, 当該市営住宅の明渡しを請求することができる。」と規定し, 同項6号は, 「暴力団員であることが判明したとき(同居者が該

当する場合を含む。）」と規定していた（以下、併せて「本件規定」という）ところ、後にY1が、暴力団員であることが判明した。そこで、Xは、Y1らに対し、本件規定ないし所有権に基づき、市営住宅等の明渡しを求め出訴した。

これに対し、Y1らは、①本件規定は合理的な理由のないまま一般市民と区別して暴力団員を不利に扱うものであるから、憲法14条1項に違反する、②本件規定は必要な限度を超えて居住の自由を制限するものであるから、憲法22条1項に違反するなどと反論した。

【判旨】

① 本件規定と憲法14条1項

「地方公共団体は、住宅が国民の健康で文化的な生活にとって不可欠な基盤であることに鑑み、低額所得者、被災者その他住宅の確保に特に配慮を要する者の居住の安定の確保が図られることを旨として、住宅の供給その他の住生活の安定の確保及び向上の促進に関する施策を策定し、実施するものであって（住生活基本法1条、6条、7条1項、14条）、地方公共団体が住宅を供給する場合において、当該住宅に入居させ又は入居を継続させる者をどのようなものとするのかについては、その性質上、地方公共団体に一定の裁量があるというべきである。

そして、暴力団員は、…、集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体の構成員と定義されているところ、このような暴力団員が市営住宅に入居し続ける場合には、当該市営住宅の他の入居者等の生活の平穏が害されるおそれを否定することはできない。他方において、暴力団員は、自らの意思により暴力団を脱退し、そうすることで暴力団員でなくなることが可能であり、また、暴力団員が市営住宅の明渡しをせざるを得ないとしても、それは、当該市営住宅には居住することができなくなるというにすぎず、当該市営住宅以外における居住についてまで制限を受けるわけではない。

以上の諸点を考慮すると、本件規定は暴力団員について合理的な理由のない差別をするものということとはできない。したがって、本件規定は、憲法14条1項に違反しない。」

② 本件規定と憲法22条1項

「また、本件規定により制限される利益は、結局のところ、社会福祉的観点から供給される市営住宅に暴力団員が入居し又は入居し続ける利益にすぎず、上記の諸点に照らすと、本件規定による居住の制限は、公共の福祉による必要かつ合理的なものであることが明らかである。したがって、本件規定は、憲法22条1項に違反しない。」

IV 優先処遇と違憲審査基準

社会の中で歴史的に存在する事実上の差別を解消するため、立法あるいは行政のうえで、その事実上の被差別者グループを優遇する措置（優先処遇、ポジティブ・アクション、アファーマティブ・アクションとも呼ばれる）を講じることがある。たとえば、米国においては、黒人など歴史的に差別されてきた少数者グループに対し、大学入学や雇用等につき特別枠を

設け、優先的に入学、就職させることなどが行われている。

このような措置は、事実上の差別解消という点からは必要でありかつ望ましいものといえる。

ところが、このような優先処遇は、優先を受けない者から見ると逆の意味での「差別」ということができる。先述の例では、優先処遇を受けない白人学生は、入学した黒人学生と同じか、またはそれより優れた成績であっても入学することができないという事態が生じるのである。このように優先処遇は、いわゆる逆差別になるおそれがあるから、その合理性が平等原則との関係で問題となる。

また、優先処遇は、①優先される被差別グループへの蔑視やレッテル貼りを引き起こし、かえって差別を固定化してしまう、②優先処遇されるという特権が固定化してしまうという危険をはらむものでもある。

※ この問題の背景には、自己の属するグループの特性に基づいて処遇されるという優先処遇の原理を、個人は自己の能力や特性に応じた処遇を受けるという個人主義の原理との関係でどのように評価するのか、という根源的問題が存在している。そこで、優先処遇を定めた法令そのものは合憲であると解される場合であっても、その具体的な適用に際しては、できるだけ事例ごとつまり個人別に差別状況を検討してから行うべきであり、さもないと適用違憲になりうる（小林節）という指摘もある。

V 平等原則と平等権

平等原則は、国に対して差別的な取扱いを禁止する客観的法原則であるが、平等原則に反して国から不利に扱われた者は、これを平等権の侵害に当たるとして、平等取扱いを要求したり差別措置の除去を請求したりすることができる。したがって、憲法の平等条項は、平等原則と個人の平等権の保障という2つの側面をもつことになる。



論点06

この平等原則と平等権の関係をいかに解するか。

A 平等原則とは異なる主観的権利としての平等権を観念し、これを強調する。

(理由)

平等原則だけでは司法的救済を得られないおそれがあるから、法の下での平等を国民の権利として捉え直す必要がある。

B 平等権を観念しつつ、それは標準的な処遇を求める権利である（川添、内野）。

(理由)

平等原則は国家に対してあらゆる不合理な差別的取扱いを禁止する趣旨であるが、仮にそのような行為がされた場合でも、標準的処遇よりも劣る

II 信教の自由

(信教の自由、国の宗教活動の禁止)

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

2 何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない。

3 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

第1 信教（宗教）の意義



論点03

信教（宗教）の意義は、どのように解すべきか。

A 「超自然的・超人間的本質（すなわち絶対者、造物主、至高の存在等、なかんずく神、仏、霊等）の存在を確信し、これを畏敬崇拜する心情と行為」をいう（名古屋高判昭46.5.14）。

B 20条1項前段、2項の「信教の自由」条項にいう「宗教」は、上記のように広い意味に解するべきであるのに対し、3項の政教分離条項にいう「宗教」は、それよりも狭く、たとえば「何らかの固有の教義体系を備えた組織的背景をもつもの」の意に解するべきである（芦部、佐藤幸）。

第2 信教の自由の保障の意味

1 信教の自由の内容

(1) 信仰の自由

内心における宗教上の信仰の自由であり、憲法19条の思想・良心の自由が、宗教の面に現れているものである。特定の宗教を信じる自由、その信仰を変える自由、およびすべて宗教を信じない自由がこれに含まれる。したがって、国が特定の信仰を強制することは許されないほか、以下のことが導かれる。

ア 内心の信仰の告白や宗教団体への所属の告白を強制してはならない。

イ 信仰を理由として公権力によって利益または不利益を受けない。

ウ 両親が子どもに自己の好む宗教を教育し自己の好む宗教学校に進学させる自由、および宗教的教育を受けまたは受けない自由も、信仰の自由から派生する（芦部）。

※ 戸波教授は宗教的行為の自由に含まれるとする。

(2) 宗教的行為の自由

礼拝、祈祷その他の宗教上の行為、祝典、儀式または行事を行い、または参加し、もしくはこのような行為をしない自由である。

20条2項は、何人もこのような行為を強制されないことを明文で定めている。

宗教上の教義を宣伝・普及する自由（布教の自由）も宗教的行為の自由に含まれるが、これについての問題は、直接的には表現の自由の問題として現われる。

(3) 宗教的結社の自由

信仰を同じくする者が宗教団体を設立し活動する自由、宗教団体に加入する自由および加入しない自由が、これに含まれる。結社の自由（21条1項）のうちで宗教的な結社については、信教の自由の一部としても保障されているのである。

ア 宗教法人法は、宗教法人の設立につき所轄庁による認証を要件としているが、認証は、許可制と比べて公権力の介入の度合いが軽微であり、また、法人でない宗教団体も宗教的結社の自由を有するのであるから、憲法に違反するものではない（中村）。

イ また、同法は、裁判所が宗教法人の解散を命じることを認めているが、解散命令は、宗教団体の法人格を剥奪するにとどまり、信教の自由を直接侵害するものではない（中村）。

□判例 宗教法人オウム真理教解散命令事件 最決平8.1.30, 百選 I No.39

【事案】

宗教法人オウム真理教について、大量殺人を目的として毒ガスであるサリンを組織的・計画的に大量に生成したため、宗教法人法81条1項にいう「法令に違反して、著しく公共の福祉を害すると明らかに認められる行為」および「宗教団体の目的を著しく逸脱した行為」を行ったとして、宗教法人の解散命令がされたため、同命令が信者の宗教的結社の自由および宗教的行為の自由を侵害するものではないかが争われた。

【決定要旨】

「解散命令によって宗教法人が解散しても、信者は、法人格を有しない宗教団体を存続させ、あるいは、これを新たに結成することが妨げられるわけではなく、また、宗教上の行為を行い、その用に供する施設や物品を新たに調えることが妨げられるわけでもない。」「もともと、宗教法人の解散命令が確定したときは……信者らが行っていた宗教上の行為を継続するのに何らかの支障を生ずることがあり得る。このように、宗教法人に関する法的規制が、信者の宗教上の行為を法的に制約する効果を伴わないとしても、これに何らかの支障を生じさせることがあるとするならば、憲法の保障する精神的自由の1つとしての信教の自由の重要性に思いを致し、憲法がそのような規制を許容するものであるかどうかを慎重に吟味しなければならない。

このような観点から本件解散命令について見ると、……宗教法人の解散命令の制度は、……専ら宗教法人の世俗的側面を対象とし、かつ、専ら世俗的目的によるものであって、宗教団体や信者の精神的・宗教的側面に容れようとする意図によるものではなく、その制度の目的も合理的であるといえることができる。」「そして、……原告人の……行為に対処するには、原告人を解散し、その法人格を失わせることが必要かつ適切であり、他方、解散命令によって宗教団体であるオウム真理教やその信者らが行う宗教上の行為に何らかの支障を生ずることが避けられないとしても、その支障は、解散命令に伴う間接的で事実上のものであるにとどまる。したがって、本件解散命令は、……原告人の行為に対処するのに必要でやむを得ない法的規制であるといえることができる。また、本件解散命令は、……裁判所の司法審査によって発せられたものであるから、その手続の適正も担保されている」として本件解散命令は、憲法20条1項に違反しないと判断した。

2 信教の自由の限界

信教の自由は、内面的信仰に関する限りは絶対的に保障されるが、それが外部的行為を伴う場合は、宗教に対して中立的な一般法上の規制を受けることは否定することができない。しかし、その場合でも、規制法規の適用にあたっては、信教の自由の侵害にわたらないよう慎重な配慮を要する。

□判例 加持祈祷による傷害致死事件 最大判昭38.5.15, 百選 I No.38

【事案】

被害者の近親者から平癒祈願の依頼を受けて、線香護摩による加持祈祷を行い、線香の熱気のため身をもがく被害者を殴打したりした結果、死に至らせたとし、傷害致死罪に問われた。

【判旨】

宗教的行為として加持祈祷がされた場合でも、それが「他人の生命、身体等に危害を及ぼす違法な有形力の行使に当るものであり、これにより被害者を死に致したものである以上」、「憲法20条1項の信教の自由の保障の限界を逸脱したもの」であり、刑法205条による処罰は憲法の同条項に反するものではない。

□判例 牧会活動事件 神戸簡判昭50.2.20, 百選 I No.40

【事案】

キリスト教会牧師が、建造物侵入等の事件の犯人として警察が捜査中の高校生2名を教会内に1週間にわたり宿泊させて説得し、警察に任意出頭させたが、かくまった行為が犯人蔵匿罪に当たるとして起訴された。

【判旨】

被告人の行為は、個人の魂への配慮を通じて社会に奉仕する牧会活動であり、宗教行為としてその自由は憲法によって保障され、すべての国政において最大に尊重されなければならないとし、「内面的な信仰と異なり、外面的行為である牧会活動が、その違いの故に公共の福祉による制約を受ける場合のあることはいままでもないが、その制約が、結果的に行為の実体である内面的信仰の自由を事実上侵すおそれが多

分にあるので、その制約をする場合は最大限に慎重な配慮を必要とする」とした。そして、本件行為が形式上刑罰法規に触れるとしても、個人の魂への配慮としてされたものであり、「宗教行為の自由を明らかに逸脱したものは到底解することができず、「全体として法秩序の理念に反するところがなく、正当な業務行為として罪とならない」とした。

□判例 京都市古都保存協力税条例事件 京都地判昭59.3.30

【事案】

指定社寺の文化財の観賞に対し観賞者に1回50円の税を課する条例が、信教の自由を侵害するものとして争われた。

【判旨】

「本件条例は、有償で行う文化財の観賞という客観的、外形的行為に着目し、そのような観賞者に対し、その者が文化財観賞の目的をもつか、信仰の目的をもつか、あるいは、これらを混在させているかといった観賞者の内心を問うことなく、一律に本税を課すことにしているのである。」そして、「本件条例は、文化財の観賞に伴う信仰行為、ひいては観賞者個人の宗教的信仰の自由を規律制限する趣旨や目的で本税を課すものでないことは明らかであり、また、右信仰行為に抑止効果を及ぼし、これを結果的に制限するものでもない。」

□判例 日曜日授業参観事件 東京地判昭61.3.20, 百選 I A6

【事案】

キリスト教の教会学校に出席したため、日曜日に行われた公立小学校の参観授業に欠席した児童およびその両親が、指導要録への「欠席」記載処分の取消しと損害賠償を求めて争った。

【判旨】

指導要録への欠席記載は担任教師に出欠状況を知らせる事実行為で、取消しの対象となる行政処分ではないとしたうえで、「宗教行為に参加する児童について公教育の授業日に出席することを免除することとは、「結果的に、宗教上の理由によって個々の児童の授業日数に差異を生じること容認することになって、公教育の宗教的中立性を保つ上で好ましいことではない」。「公教育上の特別の必要性がある授業日の振替えの範囲内では、宗教教団の集会和抵触することになったとしても、法はこれを合理的根拠に基づくやむをえない制約として容認している」として、本件訴えを却下した。

□判例 エホバの証人剣道実技拒否事件 最判平8.3.8, 百選 I No.41

【事案】

信仰するエホバの証人の教義に基づいて、必修科目である体育の剣道実技の履修を拒否したため、原級留置・退学処分を受けた高等専門学校の学生が、信教の自由を侵害するものとして争った。

【判旨】

高専では、「剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によって……も性質上可能」

である。また、学生の剣道実技への参加拒否の理由はその「信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった」が、本件処分は「著しい不利益」を被らせるものであり、「自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択した」からといって、そのような「著しい不利益」を与えることが当然に許容されるものでもない。

学校は「他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置」を採ることが實際上不可能であったとはいえず、また、代替措置を採ることは、「その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということとはできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、……その方法、態様のいかんを問わず、憲法20条3項に違反すると」はいえない。

「学生が信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、……当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえない。

「以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、……原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、……退学処分をしたという上告人の措置は、……社会観念上著しく妥当を欠く」ものであり、「裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。」

第3 政教分離の原則

(信教の自由、国の宗教活動の禁止)

第20条 ……いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。

3 国及びその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない。

(公の財産の支出利用の制限)

第89条 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。

1 政教分離の意義

国家は宗教的に無色で、いかなる宗教にも中立でなければならないということ、国家の非宗教性・宗教的中立性を意味する。

裁判例の中には、「およそ宗教・信仰自由の問題が人間生活における精神的・内面的自由にかかる純粋に個人的心情の問題であるから、世俗的権力である国家……の関与すべきことではなく、これを神聖なものとして公権力の彼方におき、国家は宗教そのものに干渉すべきではない、との国家の非宗教性ないし宗教に対する中立性を意味する」(津地鎮祭事件第2審判決 名古屋高判昭46.5.14)と定義づけているものもある。

国家権力が宗教とくに特定宗教と結びついたときには、信教の自由への大きな脅威となることは歴史の経験の教えるところである。このような歴史の教えは、近代憲法のうちに政治と宗教の分離をもち込むことと

なった。

わが国の政教分離は、国家と宗教を厳格に分離し、相互に干渉しないという厳格な分離型（アメリカ型）である。

ほかに、国教制度を建前としつつ国教以外の宗教に対して広汎な宗教的寛容を認めるイギリス型、国家と宗教団体を分離させながら、国家と教会とは各々その固有の領域において独立であることを認め、競合する事項については政教条約を締結し、それに基づいて処理するべきものとするイタリア・ドイツ型がある。

2 政教分離の法的性格と考え方



論点04

政教分離の法的性格について、どのように考えるべきか。

A 制度的保障説

政教分離とは、本来国家がすべての宗教に対し、中立の立場をとることによって、その非宗教的性格を維持し、宗教的信仰の自由の保障を強化するために定められた、1つの客観的制度的保障である。

しかし、制度的保障であるとした場合に、その内容をどう解するべきかについて、さらに見解の対立がある。

A1 緩和説

制度の具体的内容は憲法上定まっておらず、政教分離という制度の本質的内容を害しない限り、制度の内容は法律で自由に定めることができる。

※ 津地鎮祭事件や、自衛官合祀拒否訴訟等最近の信教の自由をめぐる憲法訴訟で国側が主張している、「憲法20条3項の政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であり、個人の信教の自由を直接保障するものではないから、同規定の違反があっても直ちに国民個人の権利が侵害されるものではない」として、政教分離の原則と国民の信教の自由をまったく別個に考えていこうとする考え方も、この系列に属する。

A2 厳格説（多数説）

制度の具体的内容が憲法上定まっており、それは国家権力、法律その他の下位規範を直接拘束する。

B 人権説

政教分離は、信教の自由の一内容をなすものとして捉えるべきであり、政教分離規定は、それ自体人権保障条項と解するべきである。いいかえれば、国民は、信仰に関し、間接的にも圧迫を受けない権利を保障されているのである。

※ 政教分離の法的性格と政教分離の程度を直接結びつける考え方もあるが、一応別の問題として考えるべきであるとするのが、最近の有力な立場である。

3 政教分離原則の内容

(1) 特権付与の禁止

憲法20条1項後段は、宗教団体に対する国の特権付与を禁止している。「特権」とは一切の優遇的地位ないし利益をいい、特定の宗教団体に特権を付与することが許されないだけでなく、宗教団体すべてに対し他の一般国民・団体と区別して特権を与えることも禁止される。

問題となるのが、宗教法人に対する非課税措置が「特権」の付与にあたるか否かである。これについては、学校法人、社会福祉法人等とともに宗教法人も免税としているので、「特権」には当たらないとするのが多数説である。

(2) 宗教団体の「政治上の権力」行使の禁止

憲法20条1項後段は、宗教団体が「政治上の権力」を行使することを禁止している。この「政治上の権力」について、「政治的権威の機能」や「政治的影響力」と解する立場もあるが、1項後段全体の趣旨に照らし、立法権・課税権・裁判権等の国が独占すべき統治的権力をいうとするのが通説である。

(3) 国の宗教的活動の禁止

憲法20条3項は、「国及びその機関」に対し、「宗教教育その他いかなる宗教的活動」もしてはならないとする。これが政教分離の内容の核心部分を定めた条項である。

「宗教教育」とは、特定の宗教を布教・宣伝する目的で行われる教育を意味する。したがって、一般的に宗教的な情操ないし教養を育成するための教育は憲法上禁止されない。

「宗教的活動」について、その意味をいかに解するかについては、政教分離の限界の問題とも絡んで、見解の対立がある。

4 政教分離の限界－目的効果基準

(1) 問題の所在

わが国の政教分離が厳格な分離型に属するとしても、国家と宗教とのかわり合いを一切排除する趣旨であると解することはできない。政教分離を機械的に厳格に貫くと、常識に反する非現実的な結果を招いたり、かえって個人の信教の自由を損う結果となったりすることになりかねないからである。そこで、国家の宗教への関与がどの程度ならば許されるのかが問題となる。これは、主として20条3項の禁じる「宗教的活動」の解釈として論じられることになる。

(2) 学説



論点05

政教分離の学説についてどのように考えるか。

A 狭義説

特定宗教の布教・教化・宣伝を目的とする積極的な行為をいう。

B 広義説

20条2項の「宗教上の行為、祝典、儀式又は行事」を含む一切の宗教的行為を意味する。

C 芦部説

アメリカで判例理論として確立された目的・効果基準を参考に、以下の基準の内容をしぼって厳格に適用するべきである。すなわち、①問題となった国家行為が世俗的目的をもつかどうか、②その行為の主要な効果が宗教を振興または抑圧するものかどうか、③その行為が、宗教との過度のかかわり合いを促すものかどうか、という3要件を個別に検討し、1つでもクリアすることができなければ、当該行為を違憲であるとするべきである。

(3) 目的効果基準

目的効果基準とは、国の行為が政教分離原則に反するかどうかを判定する基準として、アメリカ判例理論で確立したものである。

具体的には、①国の行為の目的が世俗的か、②その主要な効果が特定の宗教を援助・助長し、または圧迫・干渉するものではないか、③国家と特定の宗教との過度のかかわり合いをもたらすものではないか、という3要件を個別に検討し、1つの要件でもクリアすることができなければ上記行為を違憲であるとする。

(4) 判例

20条3項の「宗教的活動」の意義につき、リーディング・ケースとされるのが津地鎮祭事件の最高裁判決(最大判昭52.7.13,百選I No.42)である。この事件の第2審判決は、広義説を採り、宗教的活動に当たるか否かの判断について3要件を定立した。これに対し、最高裁判決の多数意見は、目的効果基準を採用した。

ア 事案

三重県津市が、市体育館の建設にあたって神式の地鎮祭を挙行し、それに公金を支出したことが、憲法20条、89条に反するとして争われた。

イ 第2審判決（名古屋高判昭46.5.14）

（ア）本件地鎮祭が宗教的行為か習俗的行為かを、①主宰者が宗教家か否か、②順序作法が宗教界で定められたものか否か、③一般人に違和感なく受容される程度に普遍性を有するものか否か、という基準によって判断すれば、習俗的行為とはいえない。

（イ）憲法20条3項の宗教的活動は、「特定の宗教の布教，教化，宣伝を目的とする行為のほか，祈祷，礼拝，儀式，祝典，行事等およびその宗教的信仰の表現である一切の行為を包括する概念」であり，本件地鎮祭はそれに該当する。

（ウ）最高裁判決多数意見

「政教分離原則は，国家が宗教的に中立であることを要求するものではあるが，国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく，宗教とのかかわり合いをもたらず行為の目的及び効果にかんがみ，そのかかわり合いが右の諸条件〔各々の国の社会的・文化的諸条件〕に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである」。

「憲法20条3項……にいう宗教的活動とは，」「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく，そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって，当該行為の目的が宗教的意義をもち，その効果が宗教に対する援助，助長，促進又は圧迫，干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。」そして，その判断に当たっては，「当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか，その順序作法（式次第）が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど，当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく，当該行為の行われる場所，当該行為に対する一般人の宗教的評価，当該行為者が当該行為を行うについての意図，目的及び宗教的意識の有無，程度，当該行為の一般人に与える効果，影響等，諸般の事情を考慮し，社会通念に従って，客観的に判断しなければならない。」

「本件起工式は，宗教とのかかわり合いをもつものであることを否定しえないが，その目的は建築着工に際し土地の平安堅固，工事の無事安全を願い，社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ，その効果は神道を援助，助長，促進し又は他の宗教に圧迫，干渉を加えるものとは認められないのであるから，憲法20条3項により禁止される宗教的活動にはあたらないと解するのが，相当である。」

(エ) 最高裁判決に対する評価

本判決は、一般に、目的効果基準を採用した判決として評価されている。しかし、ここでいう目的効果基準は、アメリカ判例理論および日本の学説とは若干内容が異なり、国家と宗教との緩やかな分離を是認し、政教分離を形骸化させるとして批判されている。

その後、判例は、同様の基準を採りつつも、靖国神社に対する玉串料としての公金支出を違憲であるとした（最大判平9.4.2, 百選 I No.44）。

□判例 箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟 最判平5.2.16, 百選 I No.46

【事案】

箕面市が小学校の増改築のため、遺族会所有の忠魂碑を別の市有地に移転、再建した際、その費用および市有地の無償の使用貸借行為が政教分離原則に違反するとして住民訴訟が提起された。

【判旨】

忠魂碑は戦没者の慰霊・顕彰のための記念碑で宗教的施設ではなく、遺族会も20条1項の「宗教団体」、89条の「宗教上の組織若しくは団体」ではないから、忠魂碑についての市の行為は違憲ではなく、また、慰霊祭に教育長が参列し玉串をささげ焼香したことは、職務にかかわる社会的儀礼行為であり、目的・効果基準に照らし「宗教的活動」に当たらないから違憲ではないとした。

□判例 戦没者遺族会への補助金支出 最判平11.10.21

【事案】

箕面市が同市戦没者遺族会に補助金を交付したことなどが政教分離原則に反するとして住民訴訟が提起された（なお、本件は箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟の関連訴訟である）。

【判旨】

「憲法20条1項後段にいう『宗教団体』、憲法89条にいう『宗教上の組織若しくは団体』とは、特定の宗教の信仰、礼拝、普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体を指すものと解すべきである。」日本遺族会および市遺族会は、「特定の宗教の信仰、礼拝、普及等の宗教的活動を行うことを本来の目的とする組織ないし団体には該当しないものというべきであって、前記『宗教団体』又は『宗教上の組織若しくは団体』に該当しない」。

「本件補助金の支出及び本件書記事務への従事は、宗教とのかかわり合いの程度が、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法20条3項により禁止される宗教的活動に当たらない」。

□判例 自衛官合祀拒否訴訟 最大判昭63.6.1, 百選 I No.43

【事案】

殉職自衛官の夫を自己の信仰に反して山口県護国神社に合祀された未亡人が、自衛隊山口地方連絡部（以下「地連」）と社団法人隊友会山口県支部連合会（以下「県

隊友会)の行為は政教分離原則に違反し、また、意思に反して祭神として祀られることのない自由(宗教的人格権)を侵害するとして争った。

【判旨】

「宗教的活動」か否かは、いわゆる目的効果基準(津地鎮祭事件における基準)により判断されたとしたうえで、そもそも「合祀は神社の自主的な判断に基づいて決められる事柄」であるから、合祀申請行為は単に合祀の希望を表明したにすぎず「合祀のための必要な前提をなすものではなく」、また申請に至る過程で県隊友会に協力した地連職員の行為は「宗教とのかかわり合いは間接的であり、その意図、目的も、合祀実現により自衛隊員の社会的地位の向上と士気の高揚を図ることにあった」といえ、行為態様も、特定の宗教を援助、助長、促進し、または他の宗教を圧迫、干渉する効果を有しないから、政教分離原則違反であるとはいえない。

【1審判決(山口地判昭54.3.22)判旨】

合祀の申請は地連と隊友会の共同行為であり、「宗教的活動」に当たると断じたうえで、「親しい者の死について静謐の中で宗教上の思考を巡らせ、行為をなす利益」としての宗教的人格権を侵害する違法な行為であるとした。

□判例 愛媛玉串料訴訟 最大判9.4.2, 百選 I No.44

【事案】

愛媛県知事の靖国神社と県護国神社に対する玉串料等の支出の合憲性が、住民訴訟で争われた。

【判旨】

津地鎮祭事件判決の目的効果基準に依りつつ、その検討にあたっては、「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」。そして、本件の場合、「一般人が……玉串料等の奉納を社会的儀礼の1つにすぎないと評価しているとは考え難いところである。そうであれば、玉串料等の奉納者においても、それが宗教的意義を有するものであるという意識を大なり小なり持たざるを得ない」。また、本件行為は「一般人に対して、県が当該特定の宗教団体を特別に支援しており、それらの宗教団体が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呼び起こすものといわざるを得ない」。よって、本件玉串料等の奉納は、「その目的が宗教的意義を持つことを免れず、その効果が特定の宗教に対する援助、助長、促進になると認めるべきである」として、違憲であるとした。

□判例 即位の礼・大嘗祭と政教分離の原則 最判平14.7.11, 百選 I No.45

【事案】

前天皇の裕仁氏の死去に伴い明仁氏が天皇に即位した。そして、前天皇の喪明け後に皇位継承を祝う儀式として、国事行為「即位の礼」と皇室行事「大嘗祭」が行われた。その際、鹿児島県知事が「大嘗祭」に参列し、そのために県は公金を支出した。そこで、住民は、これを理由として地方自治法242条の2第1項4号に基づき住民訴訟を提起した。

【判旨】

「大嘗祭は、天皇が皇祖及び天神地祇に対して安寧と五穀豊穡等を感謝するとともに国家や国民のために安寧と五穀豊穡等を祈念する儀式であり、神道施設が設置された大嘗宮において、神道の儀式にのっとり行われたというのであるから、鹿児島県知事である被上告人がこれに参列し拝礼した行為は、宗教とかかわり合いを持つものである。

しかしながら……(1)大嘗祭は、7世紀以降、一時中断された時期はあるものの、皇位継承の際に通常行われてきた皇室の重要な伝統儀式である、(2)被上告人は、宮内庁から案内を受け、三権の長、国務大臣、各地方公共団体の代表等と共に大嘗祭の一部を構成する悠紀殿供饌の儀に参列して拝礼したにとどまる、(3)大嘗祭への被上告人の参列は、地方公共団体の長という公職にある者の社会的儀礼として、天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇の即位に祝意を表する目的で行われたものであるというのである。これらの諸点にかんがみると、被上告人の大嘗祭への参列の目的は、天皇の即位に伴う皇室の伝統儀式に際し、日本国及び日本国民統合の象徴である天皇に対する社会的儀礼を尽くすものであり、その効果も、特定の宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるようなものではないと認められる。したがって、被上告人の大嘗祭への参列は、宗教とかかわり合いの程度が我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、宗教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではない…。」

□判例 小泉首相靖国神社参拝訴訟 最判平18.6.23, 重判平18憲法No.6

【事案】

Xらは、内閣総理大臣の地位にあった小泉首相が行った靖国神社の参拝は、政教分離原則を規定した憲法20条3項に違反するのではないかが争われた。

【判旨】

「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることはできない」。

【評価】

本判決は、首相の靖国神社の参拝についての初の最高裁判決である。本判決は、原告の被侵害利益がないとして上告を棄却しており、参拝についての憲法上、国賠法上の問題に対しては判断を下していないといえる。

□判例 砂川政教分離訴訟上告審判決 最大判平22.1.20, 百選 I No.47

【事案】

① 事件として、北海道砂川市（以下「市」という。）がその所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることは、憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し同施設の撤去及び土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民が、市長に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求めた。

② 事件として、砂川市が神社の敷地となっている市有地を砂川市T町内会に無償で譲与したことは、憲法の定める政教分離原則に違反する無効な行為であって、同土地の所有権移転登記の抹消登記手続を請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民が、市長に対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づき上記怠る事実の違法確認を求めた。

【判旨】

- ① 事件について、「国公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が、前記の見地から、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法89条に違反するか否かを判断するに当たっては、当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である。」「本件利用提供行為は、市と本件神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法89条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法20条1項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当する」。
- ② 事件について、「本件譲与は、市と本件神社ないし神道との間に、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるかかわり合いをもたらすものということではできず、憲法20条3項、89条に違反するものではないと解するのが相当である」。

【評価】

政教分離原則に関して最高裁判所が違憲と判断したものとしては、愛媛玉串料事件判決に次ぐものである(①事件)。そして、審査基準として、目的効果基準を採用していない点で注目に値する。ただ、本判決は、目的効果基準を一般的に廃棄する趣旨ではなく、法理的には、土地提供のような継続的行為が問題になる場合、とりわけ今回のように相当長期にわたって継続している場合には、どの時点について「目的」「効果」を考慮すればよいかは明らかではなく、また、現実問題として、本判決の影響を受ける神社等の施設は全国で数千に上るともいわれ、しかもその状況は様々であることから、目的効果基準のような一般的基準を用いることが困難であったという事情から、このような基準が採用されたものと考えられる。

□判例 砂川訴訟第二次上告審判決、最判平24. 2. 16、重判平24憲法No.8

【判旨】

北海道砂川市は、長年市の土地を神社施設の敷地として無償で使用させてきたが、これは憲法の定める政教分離原則に違反する行為であって、敷地の使用貸借契約を解除し、同施設の撤去および土地明渡しを請求しないことが違法に財産の管理を怠るものであるとして、市の住民であるXらが、市Yに対し、地方自治法242条の2第1項3号に基づいて違法確認訴訟を提起した。本判決は、この違法確認訴訟が最高裁で差し戻された後の、第二次上告審判決である。差し戻し前の下級審判決は、いずれも違法を認めたのに対して、最高裁大法廷判決(最大判平22・1・20)は、本件私有地の利用提供行為は憲法89条等に違反するとしつつも、違憲状態解消の方法としては、神社施設の撤去および本件土地の明渡しをさせるほかにも、本件土地の全部

または一部の無償譲渡、有償譲渡、あるいは適正価格での賃貸などの方法によることも可能であることから、これらの方法について審理を尽くすべきであるとして札幌高裁に差し戻した。その間、市長らは、氏子集団と協議の上、祠を集会場から取り出して鳥居付近に設置するとともに、祠・鳥居周辺の土地を氏子集団に適正価格で賃貸する合意（以下「本件手段」という。）をし、一部実行した。差し戻後の札幌高裁判決は、このような解消手段が相当であるかが争われたものである。

【判旨】

「本件手段が実施されると、それまで無償で利用に供されていた本件賃貸予定地につき、適正な賃料が利用の対価として市に支払われることとなり、また、……本件氏子集団の利用し得る部分が事実上拡大することの防止も確保される上、……本件賃貸予定地以外の部分からは、本件神社の徴表となる物件や表示は除去されることとなる。」

「各土地が町有地となったのも、小学校敷地の拡張に協力した用地提供者に報いるという世俗的、公共的な目的によるものであって、本件神社を特別に保護、援助するという目的によるものではなかったといえることも併せて総合考慮すると、本件手段が実施された場合に、本件氏子集団が市有地の一部である本件賃貸予定地において本件鳥居及び本件祠を維持し、年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきである。」

「他方、本件神社物件を全て直ちに撤去させるべきものとすることは、本件氏子集団がこれを利用してごく平穏な態様で行ってきた祭事等の宗教的活動の継続を著しく困難なものにし、その構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすことが明らかである。」

そして、「本件氏子集団は、年額約3万5000円の賃料を負担することによって、本件賃貸予定地において従前と同様の祭事等を行うことが可能とな……（る）のであるから、本件手段の実施による本件氏子集団の構成員の宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものにとどまるということが出来る。」

「そうすると、本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である。」

本件手段は、「適正な対価による貸付けであるので、その実施には市議会による議決を要するものではなく」、また、「本件氏子集団の役員会の了解を取り付けた上で策定したものであって、……本件手段は確実に実施が可能なものということができ、その現実性を優に肯定することができる」。

「したがって、本件手段は、……違憲性を解消するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり、市が、本件神社物件の撤去及び本件土地……の明渡しの方法を採らずに、本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反するものではない」。

□判例 白山ひめ神社訴訟上告審判決 最判平22.7.22, 重判平22憲法No.5

【判旨】

神社の鎮座2100年を記念する大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする団体の発会式に地元の市長が出席して祝辞を述べた行為が政教分離原則に反するかどうか争わ

れた。

【判旨】

「本件大祭は本件神社の鎮座2100年を記念する宗教上の祭祀であり、本件発会式は本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする奉賛会の発会に係る行事であるから、これに出席して祝辞を述べる行為が宗教とのかかわり合いを持つものであることは否定し難い。

他方で、前記事実関係等によれば、本件神社には多数の参詣客等が訪れ、その所在する白山周辺地域につき観光資源の保護開発及び観光諸施設の整備を目的とする財団法人が設けられるなど、地元にとって、本件神社は重要な観光資源としての側面を有していたものであり、本件大祭は観光上重要な行事であったというべきである。奉賛会は、このような性質を有する行事としての本件大祭に係る諸事業の奉賛を目的とする団体であり、その事業自体が観光振興的な意義を相応に有するものであって、その発会に係る行事としての本件発会式も、本件神社内ではなく、市内の一般の施設で行われ、その式次第は一般的な団体設立の式典等におけるものと変わらず、宗教的儀式を伴うものではなかったものである。そして、Yはこのような本件発会式に来賓である地元の市長として招かれ、出席して祝辞を述べたものであるところ、その祝辞の内容が、一般の儀礼的な祝辞の範囲を超えて宗教的な意味合いを有するものであったともうかがわれない。

そうすると、当時市長の職にあったYが本件発会式に出席して祝辞を述べた行為は、市長が地元の観光振興に尽力すべき立場にあり、本件発会式が上記のような観光振興的な意義を相応に有する事業の奉賛を目的とする団体の発会に係る行事であることも踏まえ、このような団体の主催する当該発会式に来賓として招かれたのに応じて、これに対する市長としての社会的儀礼を尽くす目的で行われたものであり、宗教的色彩を帯びない儀礼的行為の範囲にとどまる態様のものであって、特定の宗教に対する援助、助長、促進になるような効果を伴うものでもなかったというべきである。したがって、これらの諸事情を総合的に考慮すれば、Yの上記行為は、宗教とのかかわり合いの程度が、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとは認められず、憲法上の政教分離原則及びそれに基づく政教分離規定に違反するものではないと解するのが相当である。」

も、その手段が他人の財産権、管理権を不当に害するときものは、もとより許されないところである。「この程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限であって、」憲法21条1項に違反しない。

【評価】

ビラ貼り行為は、多くの場合、表現（意見などの伝達）の手段として用いられるため、その規制が表現の自由の規制という意味を帯びることになる。とはいえ、それは表現の内容の規制ではなく、内容中立的な規制であり、ゆえに、表現内容を規制する場合ほど厳格に考える必要はないが、それでも、表現の自由の規制が問題となる以上、規制目的の正当性および規制手段の適切性につき相応の厳格審査が要求されると批判されている。

□判例 大分県屋外広告物条例違反事件 最判昭62.3.3, 百選 I No.56

【事案】

被告人が大分市内の商店街の歩道上にある街路樹2本の各支柱に日本共産党の演説会開催の告知宣伝を内容とするブラカード式ポスター各1枚を針金でくりつけたために、大分県屋外広告物条例違反に問われた。第1審の大分簡裁では罰金1万円（執行猶予1年）の有罪判決が下され、第2審の福岡高裁も控訴を棄却した。

【判旨】

「上告趣意のうち、憲法21条1項違反をいう点は、大分県屋外広告物条例は、屋外広告物法に基づいて制定されたもので、右法律と相俟って、大分県における美観風致の維持及び公衆に対する危害防止の目的のために、屋外広告物の表示の場所・方法及び屋外広告物を掲出する物件の設置・維持について必要な規制をしているところ、国民の文化的生活の向上を目的とする憲法の下においては、都市の美観風致を維持することは、公共の福祉を保持する所以であり、右の程度の規制は、公共の福祉のため、表現の自由に対し許された必要かつ合理的な制限と解することができるから」、被告人の本件所為につき、本条例を適用してこれを処罰しても憲法21条1項に違反するものではない。

伊藤正己裁判官の補足意見。「それぞれの事案の具体的な事情に照らし、広告物の貼付されている場所がどのような性質をもつものであるか、周囲がどのような状況であるか、貼付された広告物の数量・形状や、掲出のしかた等を総合的に考慮し、その地域的美観風致の侵害の程度と掲出された広告物にあらわれた表現のもつ価値とを比較衡量した結果、表現の価値の有する利益が美観風致の維持の利益に優越すると判断されるときに、本条例の定める刑事罰を科することは、適用において違憲となるのを免れないというべきである。」

□判例 猿払事件 最大判昭49.11.6, 百選 I No.12

【事案】

北海道宗谷郡猿払村の郵便局員が、衆議院議員選挙の選挙用ポスターを公営掲示板に掲示したり、ほかに配布したところ、国家公務員法に反するとして起訴された事件。

1審判決は、機械的労務に携わる現業の国家公務員が、勤務時間外に国の施設を利用せず、職務を利用することなく行った行為にまで、刑事罰を適用することは必要最小限の制限とはいええず、違憲である、と判示し、2審もLR Aの基準で判断し

IV 報道の自由と取材の自由

第1 報道の自由

報道の自由も、憲法21条による表現の自由の保障のもとにある。

報道は、事実を知らせるものであり、特定の思想を表明するものではないが、①報道のために報道内容の編集という知的な作業が行われ送手の手意見が表明されるのであるし、②報道機関の報道が国民の知る権利に奉仕するものとして重要な意義をもつことは明らかだからである。

判例も、博多駅テレビフィルム事件で、報道の自由が憲法21条により保障されることを明言している。

第2 取材の自由

1 取材の自由の保障

| | |
|---|--|
|  | <p>論点09 取材の自由は憲法21条で保障されているか。</p> |
|---|--|

A 肯定説（多数説）

（理由）

- ① 報道の自由の確保のためには、取材・編集・発表のすべての段階で少なくとも公権力の介入から自由であることが必要である。
- ② 多方面での自由な取材活動によってこそ、報道の自由ひいては国民の知る権利が果たされる。

※ 判例は、博多駅事件（最大決昭44. 11. 26, 百選 I No.73）で、「取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値いする」と述べるにとどまる。

□判例 博多駅事件 最大決昭44. 11. 26, 百選 I No.73

【事案】

米原子力空母寄港反対闘争に参加した学生と機動隊員とが博多駅付近で衝突し、機動隊側に過剰警備があったとして付審判請求がされた。審理にあたった福岡地裁は、テレビ局4社に対し、事件当日のニュースフィルムの任意提出を求めたが拒否されたため、刑事訴訟法99条2項に基づき当該フィルム全部の提出を命令したが、これに対し、放送4社はその命令が報道の自由を侵害するとして争った。

【決定要旨】

「報道機関の報道は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の『知る権利』に奉仕するものである。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法21条の保障のもとにあることはいうまでもない。また、このような報道機関の報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法21条の精神に照らし、十分尊重に値いするものといわなければならない。」

「しかし、取材の自由といっても、もとより何らの制約を受けないものではなく、

たとえば公正な裁判の実現というような憲法上の要請があるときは、ある程度の制約を受けることのあることも否定することができない。」としたうえで、公正な裁判の要請に基づく提出命令の必要性と取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合等の事情とを比較衡量して決せられるべきだとし、本件フィルムは、過剰警備か否かを判定するうえで「ほとんど必須のものと認められる」ほど「証拠上きわめて重要な価値」を有するものであること、すでに放映済みのものを含む放映のために準備されたものであることなどを指摘して、本件提出命令を合憲であるとした。

【評価】

本判決の比較衡量のアプローチに対しては、フィルムの必要性は十分拾いあげられているのに対して、取材の自由に関しては「将来の取材の自由が妨げられるおそれ」の一言で片づけられており、実質的には「公共の福祉」による切り捨てと大差ないものであるとの批判がある。

□判例 日本テレビビデオテープ押収事件 最決平元. 1. 30

【事案】

リクルートコスモス社の社長室長が、リクルート疑惑に対する国会での追及に手心を加えてもらいたいとの趣旨で衆議院議員に多額の現金供与の申込みをしたが、日本テレビは議員から依頼を受けてこれを秘密裡に撮影していた。その後、議員の告発を受けて東京地検特捜部が捜査に乗り出し、裁判官の差押許可状を得てビデオテープ4巻を差し押さえたため、日本テレビはこれを表現の自由に対する侵害であるとして争った。

【決定要旨】

「本件は、検察官の請求によって発付された裁判官の差押許可状に基づき検察事務官が行った差押処分に関する事案であるが、国家の基本的要請である公正な刑事裁判を実現するためには、適正迅速な捜査が不可欠の前提であり、報道の自由ないし取材の自由に対する制約の許否に関しては両者（本件と博多駅フィルム事件）の間に本質的な差異がないことは多言を要しないところである。」

【評価】

本決定は、博多駅事件の判旨を引用しつつ比較衡量をして差押えを認めているが、捜査段階と裁判段階は同一視することができない、と批判されている。

□判例 TBSビデオテープ押収事件 最決平2. 7. 9, 百選 I No.74

TBSが暴力団員による債権取立ての模様を放送したが、これを発端として当該取立てを行った組員が逮捕・起訴された。この事件の捜査のため警視庁捜査4課は、差押許可状により、取立場面を取材した未編集テープ29巻を証拠として押収した。

【決定要旨】

「公正な刑事裁判を実現するために不可欠である適正迅速な捜査の遂行という要請がある場合にも、同様に、取材の自由がある程度の制約を受ける場合があること、また、このような要請から報道機関の取材結果に対して差押をする場合において、差押の可否を決するに当たっては、捜査の対象である犯罪の性質、内容、軽重等及び差し押さえるべき取材結果の証拠としての価値、ひいては適正迅速な捜査を遂げ

るための必要性と、取材結果を証拠として押収されることによって報道機関の報道の自由が妨げられる程度及び将来の取材の自由が受ける影響その他諸般の事情を比較衡量すべきであることは、明らかである」。

「右の見地から本件について検討すると、本件差押は、……軽視することのできない悪質な傷害、暴力行為等処罰に関する法律違反被疑事件の捜査として行われたものである。しかも、……真相を明らかにする必要上、……本件ビデオテープ……を差し押さえたものであり、右ビデオテープは、事案の全容を解明して犯罪の成否を判断する上で重要な証拠価値を持つものであったと認められる。」他方、「本件差押により申立人の受ける不利益は、本件ビデオテープの放映が不可能となって報道の機会が奪われるというものではなかった。また、……取材協力者は、本件ビデオテープが放映されることを了承していたのであるから、報道機関たる申立人が……擁護しなければならない利益は、ほとんど存在しない。さらに本件は、……犯罪者の協力により犯行現場を撮影収録したものといえるが、そのような取材を報道のための取材の自由の一態様として保護しなければならない必要性は疑わしいといわざるを得ない。」

「このような事情を総合すると、本件差押は、適正迅速な捜査の遂行のためやむを得ないものであり、申立人の受ける不利益は、受忍すべきものというべきである。」

【評価】

本決定に対しては、「公正な刑事裁判の実現」と「取材の自由」という相互に性質を異にする法益の比較衡量が可能かどうかという根本的な疑問があるとする批判がある。

また、強制処分の主体が、博多駅事件においては裁判所、日本テレビビデオテープ押収事件においては検察官であって、いずれも刑事裁判の直接の当事者であるのに対し、本件は起訴権をもたない司法警察員が主体であったという相違があり、「公正な裁判の実現」を限りなく「捜査の必要性」に接近させたとの批判もある。

2 取材源秘匿の自由



論点 10

取材源秘匿の自由は憲法21条で保障されているか。

A 否定説（宮沢）

（理由）

取材源の秘密を守ることは、新聞記者の職業倫理として一般に承認されているが、法律上どのように保護するかは、立法政策の問題である。

B 肯定説（芦部、佐藤幸、戸波）

（理由）

- ① 取材活動は、記者と情報提供者との信頼関係によって成り立つものであり、取材源を明らかにしないという前提があつてこそ、情報提供者は任意に情報を提供することができる。
- ② 取材源の秘匿は、自由な情報流通に対する公衆の利益を確保するうえで

重要である。

□判例 石井記者事件 最大判昭27. 8. 6

【事案】

逮捕状の発付に関する情報が事前に新聞に掲載され、その記事に関与した石井記者が情報漏洩に関して裁判所に召喚されたが、彼は取材源秘匿を理由に証言を拒否したため証言拒絶罪で起訴された。

【判旨】

「新聞記者に取材源につき証言拒絶権を認めるか否かは立法政策上考慮の余地のある問題であり、」憲法21条は、「新聞記者に特種の保障を与えたものではない。」

□判例 嘱託証人尋問証言拒絶事件 最決平18. 10. 3, 百選 I No.71

【事案】

X₁は、健康・美容製品を製造・販売する企業グループのアメリカ合衆国における関連会社であり、A社はその企業グループの日本における販売会社、X₂らはA社の社員持分の保有会社およびその役員等である。

平成9年頃、NHKはA社が多額の所得隠しを行い、日本の国税当局から追徴課税を受けたこと、およびこれによる利益がアメリカ合衆国の関連会社に送金され、同社役員によって流用され、合衆国の国税当局も追徴課税をしたことなどを報道し（以下「本件NHK報道」という。）、その翌日には、主要な新聞紙も同様の報道を行い、さらに、合衆国においても同様の報道がされた（以下、これらの報道を一括して「本件報道」という。）。Yは本件NHK報道当時、NHK報道局社会部に在籍し、同報道に関する取材活動を行った記者である。なお、この追徴課税額は後に大幅に減額されている。

X₂らは、本件報道により株価下落・配当減少などの損害を被ったとして、アメリカ合衆国に対して損害の賠償を求めた（以下「本件基本事件」という。）。本件基本事件が開示手続の段階に至り、連邦地方裁判所は以後の事実審理のために必要であるとして、2国間共助取決めに基づく国際司法共助により、日本の裁判所に対し、連邦地方裁判所の指定する質問事項についてYの証人尋問を実施することを嘱託した。この嘱託に基づき、Yに対する証人尋問が開始されたが、Yは質問事項のうち、本件NHK報道の取材源は誰かなど、その取材源の特定に関するものについては、民事訴訟法197条1項3号の「職業の秘密」に当たるとして証言を拒絶した。

【決定要旨】

「ある秘密が……（注：民事訴訟法197条1項3号の）職業の秘密に当たる場合においても、そのことから直ちに証言拒絶が認められるものではなく、そのうち保護に値する秘密についてのみ証言拒絶が認められると解すべきである。そして、保護に値する秘密であるかどうかは、秘密の公表によって生ずる不利益と証言の拒絶によって犠牲になる真実発見及び裁判の公正との比較衡量により決せられる。」

「報道関係者の取材源は、一般に、それがみだりに開示されると、報道関係者と取材源となる者との間の信頼関係が損なわれ、将来にわたる自由で円滑な取材活動が妨げられることとなり、報道機関の業務に深刻な影響を与え以後その遂行が困難になると解されるので、取材源の秘密は職業の秘密に当たる。」

「取材源の秘密は、取材の自由を確保するために必要なものとして、重要な社会的価値を有するというべきである。そうすると、当該報道が公共の利益に関するものであって、その取材の手段、方法が一般の刑罰法令に触れるとか、取材源となった者が取材源の秘密の開示を承諾しているなどの事情がなく、しかも、当該民事事件が社会的意義や影響のある重大な民事事件であるため、当該取材源の秘密の社会的価値を考慮してもなお公正な裁判を実現すべき必要性が高く、そのために当該証言を得ることが必要不可欠であるといった事情が認められない場合には、当該取材源の秘密は保護に値すると解すべきであり、証人は、原則として、当該取材源に係る証言を拒絶することができる」。

【評価】

本決定は、民事訴訟における証言拒絶についての初の実体判断である。

本決定については、取材源の秘密に重要な社会的価値を認め、報道関係者は原則として取材源を秘匿するために証言拒絶をすることができるとしている点で、取材報道の自由についての下級審判例を前進させたと評価されている。

第3 国家秘密と取材の自由

取材の自由に関し、国家秘密とのかかわりでその限界が問題となる。

民主国家では国家秘密は存在しないことが原則であるが、逮捕状の発付や入札価格等が行政目的の達成のための行政秘密とされるほか、外交や国防に関する秘密も例外的に秘密事項となる。

国家公務員法100条は公務員の秘密漏洩を禁止し、111条はそれをそそのかす行為についてそそのかし罪を定めている。

1 国家公務員法100条にいう「秘密」の意義



論点 1 1

国家公務員法100条にいう「秘密」の意義については、どう考えるべきか。

A 形式秘説

行政庁による秘密指定がされていれば、当然に保護されるべき「秘密」に当たる。

B 実質秘説（判例・通説）

実質的に秘密として保護するに値するものをいう。実質的な秘密に当たるかどうかは、最終的には裁判所の判断による。

2 国家秘密との衝突

これらの国家秘密について記者が取材活動をする場合、公務員への働きかけがすべてそそのかし罪に該当すると解するべきでない。正当な取材活動については違法性阻却ないし適用違憲論によって処罰されないと解するべきである（戸波）。

□判例 皇居外苑使用不許可事件 最大判昭28.12.23, 百選 I No.80

【事案】

Xは、メーデーの集会のための皇居外苑使用許可申請を行ったが、厚生大臣が不許可処分にしたため、同処分が集会の自由を不当に侵害するものであるとして提訴した。

【判旨】

本件不許可処分も厚生大臣の裁量の範囲内であり、集会の自由を不当に侵害するものではないとして合憲であるとした。

□判例 泉佐野市民会館事件 最判平7.3.7, 百選 I No.81

【判旨】

公の施設として「集会の用に供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになり、公共施設としての使命達成の観点からみて利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずその利用が拒否されるのは、利用の希望が競合する場合のほか、他の人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られる。そのような制限が許されるか否かは、「基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等を較量して決せられるべき」であって、「このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下にされなければならない」。以上のような趣旨から、本件条例7条1号の「公の秩序をみだすおそれがある場合」とは、「本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本件会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合をいうものと限定して解すべきであり、その危険性の程度としては、……単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」。そして、そのような事態の発生は「許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測される場合でなければならない」。

【評価】

本判決は、表現の自由と他の人権が衝突する場合についての判断の枠組みとして利益衡量論を用いつつ、危険発生の程度については「明らかな差し迫った危険」の基準によって市民会館使用の不許可事由を集会の自由を保障するという観点から限定的に解するべきであるとの憲法判断を示したうえでなお、本件不許可処分を適法であるとしている。

※ 公用物

公物のうち、公用物（官公署の建物等）については、一般の使用に開放されているものではないため、原則として管理者の許諾のない限り、集会の自由の場所として使用しうるものではなく、これを許可にかからせても集会の自由を侵害したことにはならない。

地方自治法244条2項は、「普通地方公共団体……は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない」としている。

第3節 教育を受ける権利

(教育を受ける権利, 教育を受けさせる義務, 義務教育の無償)

第26条 すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。

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

第1 意義

現代社会において人間が生きてゆくには、世の中のことを知り、またみずからを知るための知識と教養が必要であり、これらを身につけるには、適切な教育を受ける必要がある。

しかし、教育は国民各自の力だけでは十分にやれるものではなく、専門の教師・施設・教材などが必要である。

そこで、国家に対し、適切な教育の場を提供することを要求する権利として認められたのが、教育を受ける権利である。すなわち、教育を受ける権利は国民が教育を受ける自由を有することを前提に、それを超えて、国に対して合理的な教育制度の整備とそこでの適切な教育を要求する権利であるといえる。

第2 性格

一般には社会権の中に分類され、教育の機会均等を実現するための経済的配慮を国家に対して要求する権利として捉えられていた。

しかし、このような解釈に対し、子どもの権利の中核には子どもの成長・発達の権利とその実質を保障する学習の権利があり、国民の教育を受ける権利はこのような子どもの権利を前提にしているという、「子どもの学習権」の主張が教育学者の側からされた。

そして今日、教育を受ける権利は、社会権（生存権的基本権）として位置づけられながら、学習権を中心に構成され、また自由権としての性質をも有する複合的性格の人権であるとされるに至っている。

第3 教育を受ける権利の内容

1 学習権

一般に子どもが教育を受けて学習し、人間的に発達・成長していく権利として捉えられ、この権利を軸として、26条をめぐる問題を再構成しようとする立場が主流となっている。このような解釈はすでに判例上も認められている。

教育を受ける権利は、このような子どもの学習権の観念を前提として、国民が国家に対して合理的な教育制度と施設を整え、適切な教育の場を提供することを要求する権利である。

□判例 旭川学力テスト事件 最大判昭51.5.21, 百選ⅡNo.136

憲法26条の「規定の背後には、国民各自が、一個の人間として、また、一市民として、成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利を有すること、特に、みずから学習することのできない子どもは、その学習要求を充足するための教育を自己に施すことを大人一般に対して要求する権利を有するとの観念が存在していると考えられる。」

2 教育の機会均等

「能力に応じて」とは、それぞれの適性と教育を受けるのに必要な能力に応じてということを用いる。

たとえば、教育を受ける能力と無関係な家庭的・経済的事情などによる選別は許されないが、公正な入学試験による選別をすることは許される。

また、「ひとしく」といっても、すべての者に一律の教育を与えることを要求しているものではなく、すべての国民にその個人差と生活の必要に応じた教育を与えることを意味する。

学校教育法は、特別支援学校を設けて、視覚障害者・聴覚障害者・知的障害者・肢体不自由者・病弱者に対して、幼稚園、小学校、中学校または高等学校に準じる教育を施すこととしている。

□判例 筋ジストロフィー入学不許可処分事件 神戸地判平4.3.13, 百選ⅡNo.138**【事案】**

尼崎市立A高等学校の入学時の学力検査においては上位10%以内であった、筋ジストロフィー症の原告に対し、同学校長が、原告の身体的状況から高校の全課程を履修し終える見通しが無いとして不合格処分にしたことに対して、原告側が26条1項・14条違反を理由として提訴した。

【判旨】

本件不合格処分は原告の教育を受ける権利を侵害する不当な処分であると認め、被告である尼崎市に対して不合格処分の取消しおよび損害賠償を命じた。

3 教育を受けさせる義務

子どもに教育を受けさせる義務を負う者は、子どもに対して親権を行う者、それがいないときは子どもの後見人である。

「普通教育」とは、9年の普通教育として特別支援年限が定められており、さらに、小学校・中学校またはこれに準じる特別支援学校で行う教育とされている。

就学義務違反に対しては、罰則規定が設けられている。保護者以外でも、学齢期の子どもを使用する者は、その使用によって子どもが義務教育を受けることを妨げてはならず、これに違反した者も罰金に処せられる。

親は子女に教育を受けさせる義務を負うが、学齢児童および学齢生徒は普通教育を受ける義務はない。

4 義務教育の無償



論点01

義務教育を実質的に確保するため、義務教育は無償とされるが、無償の範囲についてはどのように解するべきか。

A 無償範囲法定説

どのような範囲まで無償とするかは、もっぱら法律の定めるところに委ねられている（授業料の無償も教育基本法5条4項の規定によってはじめて規定された）。

B 授業料無償説（最大判昭39.2.26, 百選ⅡA11・通説）

教育の対価である授業料の無償を定めたものである。

（理由）

義務教育に関して親権者に応分以上の負担をかけないという26条2項の趣旨に沿う。

C 就学必需費無償説ないし就学費無償説

義務教育に関する限り、授業料のほか、教科書代金・教材費・学用品の購入費等教育に必要な一切の費用を国が負担することを定めたものである。

第4 教育権の所在



論点02

教育内容についての決定権限すなわち教育権が、国家・国民のいずれにあると考えるべきか。

A 国家教育権説（第1次家永教科書事件高津判決 東京地判昭49.7.16）

教育権の主体は国家であり、国家は公教育を実施する教師の教育の自由に制約を加えることができる。

（理由）

公教育制度で実現されるべきものは国民全体の教育意思である。それは、議会制民主主義のもとで国会の制定した法律によって具体化され、そこでは、公教育の内容・方法について包括的に定めることができる。

B 国民教育権説（第2次家永教科書事件第1審 東京地判昭45.7.17, 百選ⅠNo.87）

教育権の主体は親を中心とする国民全体であり、公権力のすべきことは国民の義務遂行を側面から助成するための諸条件の整備に限られ、公教育の内容および方法については原則として介入することはできない。

（理由）

教育の実施にあたる教師は、国民全体に対して教育的・文化的責任を負

う形で教育内容・方法を決定・遂行するべきであり、それは23条により支えられている。

C 折衷説（旭川学力テスト事件 最大判昭51.5.21, 百選ⅡNo.136）

A説・B説は極端であるとし、教育の本質からして教師に一定の自由が認められると同時に、国の側も一定の範囲で教育内容について決定する権能を有する。

（理由）

教育とは子どもの学習権を充足するために行われるものだから、教育権がどこにあるかを考えるにあたっては、学習権を中心に考えるべきである。

具体的には、教育は子どもの個性に応じて行われるべきものであるが、下級教育機関では児童・生徒に教育内容に対する批判能力がないこと、学校や教師の選択の余地が乏しいこと、全国的に一定の水準を確保すべきこと等の事由も考慮するべきである。

□判例 旭川学力テスト事件 最大判昭51.5.21, 百選ⅡNo.136

【事案】

昭和36年10月に実施された全国中学校一せい学力調査に反対する教員らが、旭川市立A中学校で行われた学力テストの阻止行動をしたことから、建造物侵入罪・共同暴行罪および公務執行妨害罪で起訴された。

第1審は、学力テストの実施は違法であり、公務執行妨害罪は成立しえないとし、控訴審もこれを支持した。

【判旨】

「わが国の法制上子どもの教育の内容を決定する権能が誰に帰属するとされているかについては、2つの極端に対立する見解があるが、「右の2つの見解はいずれも極端かつ一方的であり、そのいずれをも全面的に採用することはできない」。「憲法の保障する学問の自由は、単に学問研究の自由ばかりでなく、その結果を教授する自由をも含むと解されるし、更にまた、……普通教育の場においても、例えば教師が公権力によって特定の意見のみを教授することを強制されないという意味において、また、子どもの教育が教師と子どもとの間の直接の人格的接触を通じ、その個性に応じて行われなければならないという本質的要請に照らし、教授の具体的内容及び方法につきある程度自由な裁量が認められなければならないという意味においては、一定の範囲における教授の自由が保障されるべきことを肯定できないではない。しかし、……普通教育においては、児童生徒にこのような能力（注：教育内容を批判する能力のこと）がなく、教師が児童生徒に対して強い影響力、支配力を有することを考え、また、普通教育においては、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しく、教育の機会均等をはかる上からも全国的に一定の水準を確保すべき強い要請があること等に思いをいたすときは、普通教育における教師に完全な教授の自由を認めることは、とうてい許されない」。

親の教育の自由、私学教育の自由、教師の教授の自由は、「それぞれ限られた一定の範囲においてこれを肯定するのが相当であるけれども、それ以外の領域においては……国は、国政の一部として広く適切な教育政策を樹立、実施すべく、また、しうる者として、憲法上は、あるいは子ども自身の利益の擁護のため、あるいは子ど

もの成長に対する社会公共の利益と関心にこたえるため、必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する」。

「もとより、……教育に……政治的影響が深く入り込む危険があることを考えるときは、教育内容に対する……国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請されるし、……子どもが自由かつ独立の人格として成長することを妨げるような国家的介入、例えば、誤った知識や一方的な観念を子どもに植えつけるような内容の教育を施すことを強制するようなことは、憲法26条、13条の規定上からも許されない」。

□判例 伝習館高校事件 最判平2.1.18, 百選ⅡNo.137

【事案】

福岡県立伝習館高校の教諭Xら3名は、①担当科目の授業で所定の教科書を使用せず、②学習指導要領に定められた内容を逸脱した指導を行ったため、懲戒免職処分を受けた。そこでXらは、教師には教科書使用義務はなく、また、学習指導要領は何ら拘束力を有しないから懲戒処分は違法であるとして、処分の取消しを求めて提訴した。

【判旨】

国には、「教育の一定水準を維持しつつ、高等学校教育の目的達成に資するために、高等学校教育の内容及び方法について遵守すべき基準を定立する必要がある、特に法規によってそのような基準が定立されている事柄については、教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量にもおのずから制約が存する」。Xらの各行為は、「教育の具体的内容及び方法につき高等学校の教師に認められるべき裁量を前提としてもなお、明らかにその範囲を逸脱して、日常の教育のあり方を律する学校教育法の規定や学習指導要領の定め等に明白に違反するものである。」

□判例 第3次家永教科書事件 最判平9.8.29

【事案】

元東京教育大学教授家永三郎は、高校用日本史の教科書を執筆し、学校教育法の定める文部大臣の検定を受けてきたが、検定申請で、修正・改善意見を付した条件付き合格処分を受け、また正誤訂正申請について受理されなかった。そこで彼は、これらの処分により精神的苦痛を被ったとして、国家賠償を求めた。

【争点】

教科書検定は21条、23条、26条、31条または教育基本法10条に違反するか。(なお、21条違反については2-3-2-2-1 IV 4.)

【判旨】

「憲法上、親は、……家庭教育等において子女に対する教育の自由を有し、教師は、高等学校以下の普通教育の場においても、……一定の範囲における教授の自由が認められ、私学教育の自由も限られた範囲において認められるが、それ以外の領域においては、一般に社会公共的な問題について国民全体の意思を組織的に決定、実現すべき立場にある国は、……必要かつ相当と認められる範囲において、教育内容についてもこれを決定する権能を有する……。もとより、国政上の意思決定は、

……党派的な政治的観念や利害によって支配されるべきでない教育にそのような政治的影響が深く入り込む危険があり、それゆえ、教育内容に対する……国家的介入についてはできるだけ抑制的であることが要請される」。

「普通教育の場においては、児童、生徒の側にはいまだ授業の内容を批判する十分な能力は備わっていないこと、学校、教師を選択する余地も乏しく教育の機会均等を図る必要があることなどから、教育内容が正確かつ中立・公正で、地域、学校のいかににかかわらず全国的に一定の水準であることが要請される」。「本件検定の審査が、右の各要請を実現するために行われるものであることは、その内容から明らかであり、その基準も、……目的のため必要かつ合理的な範囲を超えているものということはいえ」ない。

「教科書は、教科課程の構成に応じて組織、配列された教科の主たる教材として、普通教育の場において使用される児童、生徒用の図書であって、学術研究の結果の発表を目的とするものではなく、本件検定は、申請図書に記述された研究結果が、たとえ執筆者が正当と信ずるものであったとしても、いまだ学界において支持を得ていないとき、あるいは当該教科課程で取り上げるにふさわしい内容と認められないときなど旧検定基準の各条件に違反する場合に、教科書の形態における研究結果の発表を制限するにすぎ」ず、「学問の自由を保障した憲法23条の規定に違反しない」。

□判例 仙台地判平23. 1. 20

町立小学校の教諭であったXが、担任する児童の通信表の作成に際し、同校の校長および教頭から下書きの事前提出および記載内容の修正を指示されたにもかかわらずこれに従わなかったこと、および通信表のコピーを無断で校外に持ち出したことを理由に受けた戒告処分を取り消しなどが求められた事件について、仙台地判平23. 1. 20（裁判所HP）は、①通信表所見欄の記載内容を修正するよう指示した校長の職務命令が、子供の学習権の充足や、当該学校が掲げる教育目標の実現といった目的に照らして合理的な手段、方法といえないのであれば、教師がその職務命令に従わなかったとしても、それをもって懲戒処分の理由とすることはできない、②通信表に記載された情報は児童の氏名、性別、生年月日、成績、生活状況等の所見、保護者の氏名等であり、これらは一般にプライバシーとして保護する必要性が高いことから、校長に無断で通信表を校外に持ち出し、そのコピーを教職員組合の役員に交付したことを主たる理由として、教師を戒告処分としたことは適法である、と判断した。

第2節 国会の組織

第1 二院制

(両院制)

第42条 国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。

1 意義・類型

(1) 意義

二院制とは、それぞれ独立に意思決定を行う権能をもつ2つの議院によって議会が構成されることをいう。

日本国憲法は、国会は、衆議院と参議院で構成するとして（42条）、二院制を採用している。

(2) 形態

ア 連邦制型

国民の全体を代表する第一院を、連邦を構成する州を代表する議員によって組織される第二院が抑制する。

ex. アメリカ合衆国、ドイツ

イ 貴族院型

特権的少数者によって構成される第二院が、庶民を代表する第一院を抑制する。

ex. 明治憲法下の日本、イギリス

ウ 民主的第二次院型

貴族制度も存在せず、連邦国家でもない単一国家において、一方の院が他方の院の軽率な行動をチェックし、そのミスを修正するために第二院が付置される。

ex. 日本国憲法下の日本

この型の二院制の主たる存在理由は民意の多面的な反映にある。

2 二院制の存在理由

- ① 両議院の抑制・均衡による、議会の専制化の防止
- ② 第一院と政府との対立の緩和
- ③ 第一院の処理の軽率さや行きすぎの牽制・是正
→ 時々の国民の意思を代表する第一院を、継続的・安定的な国民の意思を代表する第二院が、理性と良識の府として抑制すること
- ④ 国民の多様な意見や利益をきめ細かに代表させることができるこ

と、等

※ 第二院の組織が、貴族院型から連邦制型・第二次院型に移行するという趨勢に伴い、第二院の主要な存在理由は、①②から③④へと移行してきているとされる（芦部）。

3 日本国憲法の二院制の特色

- ① 両議院の抑制均衡・補完協力という二院制の機能を期待しつつ、非公選の特権的制度を廃止し、両議院とも公選の議員によって構成される。
- ② 議会の意思形成を確保するために、衆議院に国民を代表する第一次的な議院の地位を付与し、参議院には第二院として一定期間衆議院を抑制しそれに反省を促す機能を与えている。これは、衆議院が議員の任期や解散制度の存在からみて国民の意思に密着しており、内閣との信任関係を支えていることによる。
- ③ ②で述べたような理由から、一定の事項について、衆議院の優越が認められている。

4 両議院の関係

(1) 組織上の関係

衆参両議院ともに、「全国民を代表する選挙された議員でこれを組織」し（43条）、成年者の普通選挙によってそれらの議員を選出するべきものとする（15条3項、44条）。両議院の議員の定数、議員およびその選挙人の資格、選挙区・投票の方法等については法律で定める（43条2項、44条、47条）ことになっている（公職選挙法参照）。

(2) 活動上の関係

両議院は、同時に、相互に独立してその活動を行う。

ア 同時活動の原則

両議院の召集・開会および閉会が同時に行われるべきこと（54条2項参照）

例外－参議院の緊急集会（54条2項但書）

（衆議院の解散、特別会、参議院の緊急集会）

第54条

2 衆議院が解散されたときは、参議院は、同時に閉会となる。但し、内閣は、国に緊急の必要があるときは、参議院の緊急集会を求めることができる。

イ 独立活動の原則

各議院が独立して議事を行い、議決すること

二院制では、両議院の議決が一致したときに、国会の意思が成立することになる。

例外—両院協議会（59条3項、60条2項、61条）。なるべく国会の意思を成立させることが望ましいので認められた制度である。

※ ア、イは憲法が二院制を採用したことから当然に導き出される。

(3) 権能上の関係（衆議院の優越）

ア 衆議院にだけ認められるもの

(ア) 予算先議権（60条1項）

(イ) 法的効果を伴う内閣不信任決議権（69条）

イ 衆議院の議決の効力が優越するもの

(ア) 法律案の議決（59条）

議員の歳費（49条）増額について衆議院の優越あり（：「法律の定めるところにより」）

(イ) 予算の議決（60条）

88条の皇室費用について衆議院の優越あり（：「予算に計上して」）

(ウ) 条約の承認（61条）

(エ) 内閣総理大臣の指名（67条）

ウ 両議院が対等の関係に立つもの＝上記(a)(b)以外の事項

(ア) 憲法改正の発議（96条1項）

(イ) 皇室財産授受についての議決（8条）

(ウ) 予備費の支出に関する国会の承諾（87条2項）

(エ) 決算審査（90条1項）

エ 法律上の衆議院の優越

会期およびその延長の決定について（国会法13条）

第3章 内閣

(行政権と内閣)

第65条 行政権は、内閣に属する。

第1節 行政権と内閣

I 総説

65条は、「行政権は、内閣に属する。」と定める。これは、実質的意味の行政権は内閣に属するとの趣旨を明らかにするとともに、41条および76条1項とあいまって日本国憲法が権力分立主義を原則とする旨を示すものである。

国家作用のうちで、最も大きな組織・人員を擁して国民生活に密着した多様な活動を行なうのは、行政作用である。とくに現代の社会国家ないし福祉国家においては、国民生活の全般について積極的に配慮する行政活動が要請されている。その行政活動全体を統括する地位にあるのが、内閣である。

明治憲法では、行政権の主体は天皇であり、「国務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス」(明治憲法55条1項)るものとされ、内閣は、憲法上はもとより法律上の機関でもなかった。ただ実際には、国務大臣はその全体で内閣という合議体を組織し、この合議体としての内閣が天皇の行政権を輔弼した。

これに対して、日本国憲法は第5章「内閣」において、①内閣に行政権の主体としての地位を認め、②内閣総理大臣に内閣の首長としての地位と権能を与え(明治憲法では「同輩中の首席」としての地位を有するにすぎなかった)、③国会と政府との関係について議院内閣制を定めている。

II 行政権

第1 行政権の意味

1 総説

行政権については、形式的意味における行政権と実質的意味における行政権とに分けることができる。形式的意味の行政権は内閣に属する権限すべてを総称する場合の概念であり、実質的意味の行政権は行政権の権限内容を実質的に捉えようとする場合の概念である。

2 形式的意味の行政権

内閣に属する権限すべてを総称するもので、その主要なものは73条に列挙されている。また、73条のほかにも、天皇、国会、裁判所といった他の国家機関との関係、あるいは財政関係などにおいて、憲法上内閣の権限が定められており、これらも形式的意味の行政権に含まれる。以上の権限については後述する。

66条3項は、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。」と定めるが、責任の対象は内閣の権限すべての行使についてであるから、ここでの「行政権」は形式的意味のそれである。

3 実質的意味の行政権

(1) 「行政権は、内閣に属する。」と定める65条は、41条・76条1項と並んで権力分立の規定であり、ここでの「行政権」は、実質的意味のそれと解される。なぜなら、権力分立は、憲法下における国家作用を立法・行政・司法に分けることができると想定し、それらを国会・内閣・裁判所に権限配分しようとするものであり、それは立法・行政・司法の実質的概念を設定しなくては不可能だからである。

(2) 行政権の実質的概念が何かについては、憲法の基本原理との関係で考える必要がある。

ア 法の支配との関係

法の支配の観点からいうと、行政権の行使を法律に基づかせること（法律による行政）が、立憲主義の重要な目的である。したがって、行政権の特質を法律の執行権と考えることができる。

イ 権力分立との関係

権力分立の観点からいうと、立法・司法の2つについて積極的な実質的定義を行えば、残る行政については「それ以外の国家作用」とする消極的あるいは控除的な定義で足りる。

もともと、行政についても積極的定義を行い、それにより全国家作用をもれなく配分しようとする試みはされているが、必ずしも成功していない。



論点01

実質的意味の行政権とは何を指すか。

A 控除説（芦部等通説）

行政とは、国家作用のうち立法と司法を除いたものを指す。

(理由)

- ① もともと統一的作用として君主に専属していた国家作用から、立法と司法とが分離されていく歴史的経過に合致している。

- ② 本来多岐複雑な行政作用をすべてカバーし、国家作用を残すことなく捉えることができる。

(批判)

- ① 行政作用の本質的な性格や内容が明らかにされない。
- ② 行政権の拡大を抑制することが要請されるにもかかわらず、結局残った作用をすべて行政権に属するものとする事になり、行政権の拡大につながる。

B 積極説（田中二郎）

行政とは、法のもとに法の規制を受けながら、現実に国家目的の積極的実現をめざして行われる、全体として統一性をもった継続的な形成的国家活動を指す。

(理由)

- ① 行政作用を積極的に定義することによって、行政権の拡大を限界づけることができる。
- ② 国権の最高機関について国会への権限推定作用を承認する立場に合致する。

(批判)

- ① 行政に一種の独特な性格規定を与え、これによって法律による行政の原則をあいまいにしている。
- ② 行政の特徴は捉えることができても、行政作用を過不足なく包括することができない。

第2 「内閣に属する」（65条）の意味

「属する」とは、実質的意味の行政権が本来的に内閣の権能であることを示しているが、必ずしもすべての行政権を内閣が独占することを意味するものではなく、内閣が内閣総理大臣を介して行政各部を指揮監督し（72条）、行政全体を統括するという意味であると解される。

たとえば、会計検査院が内閣とは独立して決算を検査し（90条）、国会が内閣総理大臣を指名し（6条1項、67条）、最高裁判所が下級裁判所の裁判官の名簿を作成する（80条1項）ことなどは、憲法上内閣以外の機関が実質的意味の行政を行うことの例である。また、行政事務の多くは、主任の大臣が分担管理し、権限を与えられた各省庁がそれぞれの所掌事務を実施する（内閣法3条1項、国家行政組織法5条）など、憲法の認める例外以外の行政権についても内閣以外の機関が行使している。

第3 独立行政委員会

行政権を実際に行使するのは行政各部の機関であることが一般的である。それでも内閣が行政各部を指揮監督し上命下服の関係にあるため、行政権が内閣に属するとする65条に反しないといえる。では、内閣から多かれ少なかれ独立して活動する行政委員会の場合はどうであろうか。

1 独立行政委員会の意義・歴史

(1) 意義

①合議制の行政機関である点で通常の行政機関と異なり、②内閣から独立して職務を遂行し、③通常、準立法権および準司法権をも併有するという特徴を有する機関

(2) 歴史

行政委員会は19世紀末から20世紀初のアメリカ合衆国で生み出された。当時のアメリカは、社会経済の変動期にあり、社会経済立法の公正・迅速な執行が必要とされ、その要請に応えるため行政委員会が設置された。その背景には、既存の行政機関に規則を制定し争いを裁定する権限が欠けていたこと、そのスタッフがスポイルズ・システム（公務員の任免を党派的情実によって決定する政治習慣）により調達されるため能力や政党的圧迫からの中立性に疑問があったこと、司法による争訟判断では迅速性に欠けることなどの事情があった。そのため、アメリカ型行政委員会の任務は、裁決・審決という準司法的作用、規則の制定などの準立法的作用、および人事・警察・行政審判などのような政治的中立性が高度に要求される行政作用を行うというものである。

行政委員会の制度は、日本には、戦後、占領軍の指導のもとで行政の民主化の一環として導入された。ところが、わが国には高度に発展した官僚制度が存在した等の事情により、廃止されたり諮問機関に改組されたりしたものが多い。ただ、人事院や公正取引委員会などは受け入れられて定着し、今日でも重要な機能を果たしている。

2 独立行政委員会の組織・権限

(1) 組織

ア 独立行政委員会は、数人の委員で組織される合議体である。

イ 独立行政委員会は、内閣または内閣総理大臣・主任大臣の「所轄」のもとにあるとされる。しかし、所轄は内閣が人事（任命）権と予算権を有する程度の弱いコントロール関係で、監督権はほとんど働かない。

(2) 権限

ex.1 人事院

給与その他の勤務条件の改善および人事行政の改善に関する勧告、職階制、試験および任免、給与、研修、分限、懲戒、苦情の処理、職務に係る倫理の保持その他職員に関する人事行政の公正の確保および職員の利益の保護等に関する事務をつかさどる（国家公務員法3条2項）。

人事院が処置する権限を与えられている部門においては、人事院のみがその決定および処分に関する争いを審査する（同3項）。

所掌事務について、法律を実施するため、または法律の委任に基づいて、人事院規則を制定する（同16条1項）。

ex.2 公正取引委員会

ex.3 国家公安委員会

3 独立行政委員会の合憲性

(1) 独立行政委員会の内閣からの独立性



論点02

独立行政委員会の職権行使が内閣から独立している点が、「行政権は、内閣に属する」とする65条に反しないか問題となる。

A 違憲説

B 合憲説

B1 65条に例外を認めないアプローチ

何らかの意味で内閣のコントロールのもとにあれば合憲であり、内閣が委員任命権と予算権を有している以上、内閣の監督下にある。

(批判)

任命権と予算権のみで内閣のコントロールのもとにあるならば、裁判所も内閣のコントロールのもとにあることになってしまう。

B2 65条に例外を認めるアプローチ

65条は、内閣がすべての行政に対し指揮監督権を有することは要求していない。

(理由)

- ① 権力分立の意義について、三権を並列的に分離して相互に抑制、均衡を図ることにあるとする並列的理解ではなく、むしろ、行政権が議会と裁判所によって統制されることにあるとする段階的理解に立つならば、内閣に

属さない行政の存在を認めることは、権力分立の趣旨にむしろ適合する。

- ② 65条の趣旨は、行政を内閣を通じて国会のコントロールのもとに置くことにある（民主的責任行政）から、直接国会のコントロールを受けるのならばその趣旨に反しない。また、職務の性質上民主的コントロールになじまない作用については内閣の監督が及ばなくても65条の趣旨に反しない。
- ③ 形式的にも65条は「すべて行政権は……」としていない。

(2) 独立行政委員会の準立法的功能と立法権（委任立法）

独立行政委員会の多くは、法律の委任により規則制定権を授権され、これに基づきさまざまな規則を制定している。このような独立行政委員会の制定する規則は実質的立法に当たるため、41条との関係が問題となるが、個別的・具体的委任があればよいと解されている。

さらに、独立行政委員会の場合には、その政治的中立性・専門性の観点から、委任立法がされるにあたって要求される委任の個別・具体性の要件を緩和してもよいのではないかが問題となる。もっともこの点については、人権の可及的保護のために立法権を国会にのみ付与した41条の趣旨からは、独立行政委員会の特殊性ははまだ広範な委任の合憲性を基礎づけるものとしては十分ではないとして否定するのが通説である。

□判例 猿払事件 最大判昭49.11.6, 百選 I No.12

禁止され罰則の科される公務員の「政治的行為」の内容を具体的に指示することなく人事院規則に委任する国家公務員法102条1項につき「国公法102条1項が、公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を具体的に定めることを委任するものであることは、同条項の合理的な解釈により理解しうる」とした。

この判例に対しては、精神的自由の制約であること、罰則の定めがあることから個別具体的で明確な委任が必要であり、国家公務員法102条1項は白紙的委任であるから違憲であるとする説が支配的である。

(3) 独立行政委員会の準司法的功能と司法権（実質的証拠法則）

独立行政委員会の中には、その権限に関連して生じる争いについての裁定等準司法的功能を営むものもある（ex. 電波監理審議会）。この機能は、事件の専門的性質や迅速な裁定の必要から「前審」としてのみ認められるものであり（裁判所法3条2項）、通常裁判所への出訴の道を開いている点で76条2項にも反するものではない。

もっとも、裁決等の中には法律によって事実認定につき裁判所を拘束すると定められているものもあるため（実質的証拠法則）、その合憲性が問題となる。この点に関しては、理由について争いがあるものの、合憲であると解するのが通説である。

Ⅲ 内閣の地位

第1 行政権の主体

これまで見てきたように、内閣は行政権の主体という地位にある(65条)。すなわち、日本国憲法は、権力分立の原理を背景に内閣を憲法上の機関として設定して行政権の主体と位置づけた。

このことは、明治憲法との比較において、行政に関し内閣が天皇の地位にとって代わったという歴史的意味を有する。すなわち、明治憲法のもと

では、立法・行政・司法の区別はあったが、統治権を総攬する天皇が直接行政権を行使する建前であり、國務各大臣は天皇を輔弼するものにすぎなかった。実際の政治では内閣が重要な役割を果たしてはいたものの、内閣は憲法上の機関ではなく、行政権の主体としての地位にはなかったのである。内閣は天皇の官制大権に基づく内閣官制(勅令)により定められていたのであり、法律上の機関でさえなかった。

第2 議院内閣制

行政権の担い手である内閣は、他の権力、とくに立法権を担う国会との関係でどのような地位にあるのだろうか。

1 立法権と行政権との関係

立法権(議会)と行政権(政府)の関係については、おおむね次の4類型が考えられている。

- (1) 議会と政府とを完全に分離し、政府の長である大統領を民選とするアメリカ型(大統領制)
- (2) 君主制のもとで、政府は君主に対して責任を負い、議会に対しては何の責任も負わないドイツ型(超然内閣制、日本の明治憲法の制度)
- (3) 政府がもっぱら議会によって選出され、その指揮に服するスイス型(会議政ないし議会統治制)
- (4) 議院内閣制をとるイギリス型

2 議院内閣制の本質



論点03

議院内閣制の本質的要素としては、①議会（立法）と政府（行政）が一応分立していること、②政府が議会に対して連帯責任を負うこと、の2点については争いはないが、これに③内閣が議会の自由な解散権を有することまで含めるかが問題となる。これは、両者の均衡を重視するか、民主的コントロールを重視するかの問題である。

A 責任本質説

内閣の存立が議会の信任に依存しているところに、議院内閣制の本質がある。③は本質でない。

(理由)

君主の権力が名目化し、行政権が内閣に一元化する現代の傾向のもとでは、議会による内閣の民主的コントロールを強調するべきである。

B 均衡本質説

議会と内閣の対等性を重視し、議会の内閣不信任決議に対し内閣が解散権で対抗することにより、両者が均衡するところに議院内閣制の本質がある。③は本質である。

(理由)

元来、議院内閣制は立憲君主制のもとで、君主と議会との権力の均衡を図って成立した政治形態である（権力分立という自由主義的原理の重視）。

3 日本国憲法は、以下の規定から、議院内閣制を採用するとみられる。

- ① 国務大臣の議院出席の権利・義務（63条）
- ② 内閣の連帯責任（66条3項）
- ③ 内閣総理大臣は国会議員であることを要する（67条1項）
- ④ その他の国務大臣の過半数は国会議員（68条1項）
- ⑤ 内閣不信任決議と衆議院の解散または総辞職（69条）

このうち中心となる規定は②66条3項と⑤69条である。

第2節 内閣の組織

(内閣の組織)

第66条 内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する。

2 内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない。

3 内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ。

(国務大臣の任免)

第68条 内閣総理大臣は、国務大臣を任命する。但し、その過半数は、国会議員の中から選ばなければならない。

2 内閣総理大臣は、任意に国務大臣を罷免することができる。

第1 組織

1 構成

66条1項は、内閣が「法律」の規定により内閣総理大臣とその他の国務大臣で構成される合議体の行政機関であることを定めている。この「法律」とは内閣法であり、内閣総理大臣以外の国務大臣の数を原則として14人以内（特別に必要な場合は17人以内）と定めている（内閣法2条）。

また、66条1項は、とくに、内閣総理大臣の首長としての地位を認めている。これは、内閣の一体性と統一性を確保し、内閣の連帯責任の強化を図る趣旨である。

2 構成員の資格—文民統制（66条2項）

文民統制（66条2項）は、平和主義に基づくものである。



論点01

66条2項は、シビリアン・コントロール（文民統制の原則）を要求するものと解されているが、「文民」の意味についてはどのように解するべきか。

A 現在職業軍人でない者を意味する。

(理由)

言葉の本来の意味（英語のcivilianに相当）である。

(批判)

軍隊をもたない日本では軍人はもはや存在しないところ、憲法典に規定された以上、何らかの適切な意味を付与するべきである。

B 職業軍人の経歴を有しない者である。

(理由)

A説への批判と同じ。

(批判)

終戦まぎわに若くして職業軍人となった者は、それだけの理由で大臣になる資格を奪われてしまうことになり、不当である。

C 職業軍人の経歴を有し、かつ軍国主義的思想に深く染まった者でない者である。

(理由)

B説の理由と同じく本規定を無意味にしない必要がある一方で、職業選択の自由の重大な例外であるから限定的に捉えるべきである。強い軍国主義の思想の持ち主を排除すれば66条2項の趣旨は果たせる。

(批判)

思想を理由に資格を奪うのは、思想の自由の侵害、信条に基づく差別である。

※ 以上は自衛隊の存在を脇に置いた議論であり、自衛隊の存在を考慮すると見解はさらに分かれる。もっとも、シビリアン・コントロールの見地から、どの論者も現役自衛官は「文民」ではないとしているようである。

3 国務大臣の過半数は国会議員であること（68条1項但書）

内閣総理大臣は国会議員であることを要する(67条1項)。この趣旨は、議院内閣制の徹底にある。

また、「その過半数」(68条1項但書)とは、法律で定められた定数の過半数か、現在の国務大臣の過半数か問題となるが、一般に現在の国務大臣の過半数と介されている。そして、国務大臣の過半数が国会議員であることは、内閣の成立要件かつ存続要件である。

4 内閣総理大臣

(1) 指名と任命

内閣総理大臣は、国会により指名され(67条)、天皇により任命される(6条1項)。

(2) 地位

内閣総理大臣は、内閣の首長である(66条1項)。内にあつては内閣の運営を先導し、外に対しては内閣を代表する。

内閣の一体性・統一性を確保し、内閣の国会に対する連帯責任を強化するために内閣総理大臣の地位が強化されたもので、これは議院内閣制の確立と密接に関連する。

(3) 権能

ア 国務大臣の任免権（68条）

内閣総理大臣は、国務大臣を任命し（68条1項）、任意に国務大臣を罷免することができる（68条2項）。

内閣の統一性を保ち、内閣総理大臣の地位を強化する手段としてきわめて重要な権限である。

イ 内閣の代表権（72条）

内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務および外交関係について国会に報告し、ならびに行政各部を指揮監督する。

なお、「議案」に法律案および憲法改正の発議が含まれるかについては争いがある。

また、内閣総理大臣は、閣議決定がなくても関係大臣に指導・助言することができるか問題となる。

□判例 ロッキード事件丸紅ルート判決 最大判平7.2.22, 百選ⅡNo.174

内閣総理大臣の指揮監督権に関し、閣議にかけて決定した方針が存在しない場合でも、「内閣総理大臣は、少なくとも、内閣の明示の意思に反しない限り、行政各部に対し、随時、その所掌事務について一定の方向で処理するよう指導、助言等の指示を与える権限を有する」とする。

ウ 法律・政令の連署（74条）

執行責任を明確にするために要求されるものである。

エ 国務大臣の訴追に対する同意権（75条）

訴追が慎重に行われることを担保するとともに、内閣総理大臣の首長的地位を確保するためである。

オ 閣議の主宰・大臣間の権限の疑義の裁定・行政各部の処分または命令の中止（内閣法4条2項, 同7条, 同8条）。

5 国務大臣

(1) 任命と認証

国務大臣は、内閣総理大臣により任命され（68条1項）、天皇により認証される（7条5号）。

(2) 地位

国務大臣は、その在任中、内閣総理大臣の同意がなければ訴追されない特権を有する（75条）。その趣旨は、檢察権による内閣の職務執行への干渉を排除し、内閣の統一性を確保することにあるとされる。

「訴追」とは、公訴提起のみならず、逮捕・勾留など身体の自由の拘束も含むと解する見解が支配的である。

(3) 権能

ア 内閣の構成員として内閣の運営に参加する権能

各国务大臣は、内閣総理大臣に案件を提出して、閣議を求めることができる（内閣法4条3項）。

また、いつでも議案について発言するために議院に出席することができる（63条）。

イ 担当の行政事務を管理する権能（主任の大臣となった場合。国家行政組織法5条1項）

担当行政事務に関する法律・政令の執行責任を明らかにするため、主任の国务大臣として法律および政令に署名する必要がある（74条）。

第2 内閣の総辞職

内閣の構成員全員が同時に辞職することをいう。

自発的な総辞職と必要的な総辞職があり、後者には、①衆議院で内閣不信任決議案が可決、または信任決議案が否決され、10日以内に衆議院が解散されない場合（69条）、②衆議院議員総選挙後、はじめて国会が召集された場合（70条）、③内閣総理大臣が欠けた場合（70条）がある。内閣総理大臣が欠けた場合とは、死亡、内閣総理大臣である資格の喪失、辞職などである。病気・生死不明の場合はこれに当たらず、あらかじめ指定された国务大臣により臨時代理が行われる（内閣法9条）。

なお、総辞職した内閣は、新たに内閣総理大臣が任命されるまで引き続きその職務を行う（71条）。

第3節 内閣の権能・責任

第1 内閣の権能

内閣は、行政権の中核として、広汎な行政権を行使する。主要な権能として、以下のようなものがある。以下の内閣に属する権限のすべてを総称して、形式的意味の行政権という。

1 73条に規定される権能

(1) 法律の誠実な執行と国務の総理（1号）

ア 内閣の最も主要な任務は法律の執行であり、それは近代の法治主義の基本的要請である。誠実に執行するとは、内閣が賛成することのできない法律についても執行義務を負う趣旨である。内閣は、法律が違憲であると判断した場合であっても、違憲判断の権限はないから法律執行義務を免れない。これに対し、最高裁判所が違憲であると判断した法律については執行義務を解除される。

イ 「国務を総理する」の意味については、「行政事務」を統括して行政各部を指揮監督することと解する説と、「立法・司法を含む国政全般」について配慮する権限を認めたものと解する説とがある。後説の方が行政の実情に適合している。

(2) 外交関係の処理（2号）

外交は、行政に属する事務の典型である。

(3) 条約の締結（3号）

条約の締結も、2号の外交関係の処理に含まれるが、その重要性ゆえに別に規定された。

(4) 官吏に関する事務の掌理（4号）

内閣は、法律の定める基準に従い（ex. 国家公務員法）、職階制・給与・分限懲戒などの人事行政事務を処理する。「官吏」に地方公務員は含まれず、行政部の職員のみならず裁判所職員や国会職員も含まれるか否かについては争いがある。

(5) 予算の作成と国会への提出（5号）

予算の作成権が内閣にあることは86条にも規定されている。内閣が予算を執行するためには国会の議決が必要である（86条）。

(6) 政令の制定（6号）

一般に、行政権の制定する法を命令といい、内閣の制定する命令を政令という。

(7) 恩赦の決定（7号）

恩赦は伝統的に君主の権限とされてきたが、憲法は内閣の権限とした。司法権の決定を内閣が変更することが妥当かどうか疑問の余地があるとされている。

2 73条以外に規定される権能

(1) 天皇との関係

天皇の国事行為に対する助言・承認（3条，7条）

(2) 裁判所との関係

ア 最高裁判所長官の指名（6条2項）

イ その他の裁判官の任命（79条1項，80条1項）

(3) 国会との関係

ア 国会の召集

（ア）国会の臨時会の召集決定（53条）

（イ）常会・特別会の召集

常会・特別会の召集の実質的権限を有する者を示す規定はないが、天皇の国事行為とされていることから（7条2号）、これに対する助言・承認権をもつ内閣に属すると考えられる。

イ 参議院の緊急集会の請求（54条2項）

ウ 衆議院の解散

エ 議案の提出（72条）

(4) 財政関係

ア 予備費の支出（87条）

イ 財政状況の報告（90条1項，91条）

3 閣議

内閣が上記の職権を行うのは、国務大臣全体の会議である閣議による。この議事に関する特別の規定はなく、すべて慣習による。たとえば、全員一致による閣議決定・議事内容の秘密などが重要である。

4 衆議院の解散

(衆議院の内閣不信任)

第69条 内閣は、衆議院で不信任の決議案を可決し、又は信任の決議案を否決したときは、10日以内に衆議院が解散されない限り、総辞職をしなければならない。

※ 内閣不信任決議の効果

1 衆議院が決議を行った場合

①10日以内に衆議院を解散するか、②総辞職するかを内閣が選択する。何も決めないで10日が経過すれば、内閣は当然に総辞職したことになる。

2 参議院が決議を行った場合

決議に法的効果はない。

※ 衆議院が国務大臣に対する不信任決議案を可決した場合でも、内閣総理大臣はその国務大臣を罷免しなくてよい。

(1) 定義

衆議院議員の全員について、その任期満了前に、一斉に議員の資格を失わせる行為

(2) 効果

- ① 衆議院議員の任期を短縮させその身分を剥奪する。
- ② 国会の会期終了（解散は会期外にも行うことは可能であるが、会期中に行われるのを通例とする）
- ③ 参議院の閉会（54条2項）

(3) 意義・目的

ア 自由主義的意義

立法権と行政権の抑制と均衡を図る。

イ 民主主義的意義

主権者である国民の意思を問い、それを衆議院に反映させる。

(ア) 行政権（内閣）の意思と立法権（衆議院）の意思が対立する場合に、主権者である国民の意思を問う。

(イ) 国政に関する重要事項が生じた場合に、国民の意思を問い、国民と代表者の政治的意思の合致を図る。

※ 意義の変化

かつては、自由主義的意義が中心であったが、政党国家を前提とする議院内閣制のもとでは、議会（下院＝衆議院）の多数党が同時に行政権（内閣）を支配するため、立法権の意思と行政権の意思とが対立する場合は事実上それほど存在しない。また、国民の意思と議会意思の一致が要請されるため、国政に関する重要事項について国民の意思を問うという民主主義的意義が重要となっている。

(4) 実質的解散権の所在

衆議院の解散は、7条3号により、内閣の助言と承認に基づく天皇の国事行為として行われる。しかし、4条1項により、天皇は国政に関する権能を有しない。したがって、天皇は他の機関の決定に基づき衆議院を解散する旨を外部に宣示するにすぎない（形式的解散権）。



論点01

そこで、衆議院解散の実質的決定権者は誰か、いつ行使することができるかが問題となる。

A 自律的解散説

衆議院がみずからの決議によって解散するのが原則であり、69条の場合には例外的に内閣によって解散される。

(理由)

- ① 国会は「国権の最高機関」であるから、立法権の独立を守らなければならない。
- ② 衆議院がみずからの意思によって解散を決議し、民意を問うのが国民主権原理に最も適合する。

(批判)

- ① 国民主権や国会の最高機関性を根拠にするならば、参議院に自律的解散権が認められないのはおかしい。
- ② 多数決によって少数派議員の任期を短縮するには、明文上の根拠が必要である。
- ③ 衆議院の解散を規定する69条や54条は、「解散され」という受け身的表現をしている。

B 他律的解散説（通説）

衆議院解散の実質的決定権を有するのは、内閣のみである。この説の中で解散自由が69条の場合に限定されるか否かによりさらに分かれる。

B1 69条限定説（小嶋）

（理由）

- ① 7条による内閣の助言と承認は形式的・儀礼的行為である国事行為に対するものであり、この助言と承認から実質的決定権を引き出すことはできない。
- ② 内閣の衆議院解散権の根拠となる明文規定は69条以外に存在しない。

（批判）

- ① 衆議院解散の民主主義的意義を看過するものである。国民主権のもとで国民意思と代表者である国会（および内閣）の意思の一致を図る必要性がある。
- ② 解釈論上、69条が衆議院解散の行われる場合を限定したものとはわかに断じがたく、むしろ内閣不信任決議案の可決または信任決議案の否決に直面した場合の内閣の採るべき方途を定めたものであって、ほかに衆議院解散の可能性を封じる趣旨ではないと解しうる。

B2 69条非限定説**B2-1 7条3号説（芦部）**

7条3号に基づく天皇の衆議院解散権は形式的なものであるため、実質的解散権は、天皇に助言と承認を行う内閣に属する。

（理由）

具体的に天皇の国事行為は、すべて本来的に形式的・儀礼的なものではなく、政治的なものを含む。衆議院の解散という本来政治的な行為が、国政に関する権能を有しない天皇の形式的・儀礼的な国事行為となるのは、内閣が助言と承認を行うに際して、解散を実質的に決定することができるからである。

（批判）

天皇の形式的な解散宣示行為に対する内閣の助言と承認から、内閣の実質的解散権を導き出すことはできない。

B2-2 65条説（入江）

衆議院の解散は行政作用に属するため、65条により解散権は内閣に属する。

（理由）

衆議院の解散は、立法作用でも司法作用でもない以上行政作用である。衆議院解散権の所在に関しほかに根拠規定が存在しない以上、65条に根拠を求めるほかはない。

(批判)

衆議院の解散のような国政に関する重要な権能の根拠を、65条のような包括的規定に求めるのは妥当ではない。

B2-3 制度説（清宮）

憲法上、衆議院解散権の帰属を明示する規定は存在しないが、権力分立制や議院内閣制など、憲法の採用する制度全体の趣旨から、内閣に衆議院解散権が認められる。

(理由)

憲法は、議院内閣制を採用し、内閣の国会に対する責任を明らかにすると同時に、衆議院の内閣不信任決議権を認め、これに対応するものとして、権力分立の見地から、内閣の衆議院解散決定権を認めるものと解せられる。

(批判)

この立場は、内閣が衆議院の解散権をもつことを議院内閣制の根拠とするにもかかわらず、議院内閣制の本質につき均衡本質説に立つと議院内閣制を前提として内閣の衆議院解散権を帰結するとするのは、トートロジーである。

(5) 解散権行使の限界

ア 衆議院の実質的解散権は内閣にあると解し、その解散事由を69条の場合に限定する説を採ると、何のためであれ内閣不信任の決議がなければ衆議院の解散は許されないという結論になる。これに対し、69条に限定しない説は、69条所定の場合以外でも、国民の意思を問う必要があると内閣が判断する場合には、内閣の解散権行使は法的には無限定であるということになる。

※ もっとも、衆議院の解散は、内閣が国民に対して、総選挙を通じて政治的判断を示すよう要求する手段であり、そのような手段が必要とされるだけの理由がなければならない。

そこで、学説上は、内閣の解散権行使には一定の制約があるとするのが有力である。

(ア) 69条の場合、もしくは内閣の政治生命をかけた重要案件が否決され、あるいは審議停滞・機能麻痺の長期化等により、実質的に内閣不信任決議に準じる事態となった場合

(イ) 政権担当者の政治的基本性格が改変された場合

(ウ) 前総選挙時に、国民の承認を得ていない重大案件ないし重大政策を新たに行おうとする場合

(エ) 選挙法の重要な改正が行われた場合

(オ) 議員の任期満了時期が接近している場合

なお、54条および70条の法意より、同一内閣が同一の理由で再度衆議院を解散することは禁止されているとする憲法習律が認められている。

イ 解散権行使が問題となる事例

内閣の解散権行使が許されるかが問題となる場合として、(ア) 衆参同日選挙を惹起するような解散、(イ) 違憲の議員定数配分規定を是正しないで行った解散の場合がある。

(ア) 衆参同日選挙



論点02

衆参同日選挙を惹起するような衆議院の解散は、解散権行使の限界を超え違憲となるか。

A 違憲説

(理由)

- ① 衆議院議員と参議院議員の任期の違いや、かたや解散制度、かたや半数ごとの改選という仕組みは、民意の時間的多元性を確保するためのものであるが、衆参同日選挙はこの民意の多元的反映を損ない、参議院の独自性を希薄化させる。
- ② 参議院の緊急集会の開催を著しく困難にする。

(批判)

- ① 審議の慎重さや世論の啓蒙効果という点にも、二院制の意義は存在する。
- ② 参議院単独の通常選挙においても同程度の集会の困難が生じ、他方、憲法が69条を設けている以上、衆議院の空白期間に参議院の半数が欠ける事態を予測していると思われる。

B 合憲説

(理由)

- ① 衆議院を解散すべき事由が存在するときに、たまたまそれが参議院通常選挙と重なり衆参同日選挙となったという場合に、それを違憲であるとする理由は存在しない。
- ② 衆議院を解散すべき事由が存在しないのに、選挙を有利に戦うために衆参同日選挙にもち込むことを目的として衆議院を解散したような場合には、解散権の濫用としてその違憲性が問われるべきである。

□判例 名古屋高判昭62.3.25, 百選Ⅱ No.173

昭和61年に行われた衆参同日選挙をめぐり、選挙人がその違憲無効を主張して争った事件で、名古屋高裁は、統治行為論を理由に判断を回避し、原告の請求を棄却した。

(イ) 違憲の議員定数配分規定を是正しないでした解散権の行使



論点03

違憲の議員定数配分の規定のもとでの衆議院の解散は違憲か。

これを違憲であるとするのが学説上は有力である。

(理由)

- ① 違憲の議員定数配分表を持つ選挙法を是正する責任は、国会、内閣を一体とした政治部門の、主権者である国民・選挙民に対する責任である。
- ② 違憲の選挙法を存置したままの解散決定は、違憲の総選挙実施と不可分であるから、内閣の裁量権の限界を超えて違法となる。

□判例 東京高判昭59.10.19

「本件選挙が内閣の衆議院解散権の行使に基づくものであることは公知の事実であるが、前記の較差是正を行うべき合理的期間は、選挙権の平等を害するような較差を生ぜしめる議員定数配分規定がその間において改正されることを合理的に期待しうるに足る期間なのであるから、右期間が経過した以上、右規定は憲法に違反するものといわざるをえないのであり、右期間経過後に行われる選挙の効力については、それが内閣の解散権の行使によるものであっても、法律上他の事由に基づく選挙と異なった取扱いをすべき理由はない。その結果として内閣の解散権が事実上制約されることが起こりうるとしても、それは事柄の性質上やむをえないことであり、以上とは逆に、内閣の解散権を確保するために違憲の選挙法規の効力をあえて承認するような法解釈をとることは、本末を転倒するものとのそしりを免れないであろう。」

ウ 限界を超えてされた解散権行使の効力

以上のような制約に反して解散権行使がされた場合にも、解散の効力に影響があるわけではない。ただし、そのような解散権行使は内閣の裁量的判断としては不当なものであると評価されることになる。

第2 内閣の責任 (66条3項)

1 責任の対象—「行政権の行使について」

内閣はすべての行政権（形式意義のそれであり、内閣の権限すべてを含む）の行使について国会に対して責任を負う。すなわち、行政組織上内閣の権限とされる行政作用についてのみ内閣が責任を負うというのではなく、内閣のもとにある行政機関の行動についても内閣は責任を負うことを意味する。

2 責任の相手方—「国会に対し」

「国会」とは両議院を意味する。

3 「連帯して」

内閣の一体性をあらわす。行政権の主体は個々の国务大臣ではなく、内閣という合議体であるから、内閣が全体として責任を負うとしたものである。連帯責任の典型例は、総辞職である。

国会の内閣に対する責任追及は、国会を構成する両議院がそれぞれ単独で行なうことができ、国会全体の意思を形成して行う必要はない。

他方、各大臣が個別に責任を負うことを否定する趣旨ではない。先例でも、昭和27年に、池田通産大臣に対して衆議院が不信任決議を可決し、それによって同大臣だけが辞職したことがある。

4 責任の性質

政治責任であるとするのが通説である。66条3項は責任の原因・内容を何ら限定しておらず、69条も責任の原因を違法行為に限定していないことを根拠とする。

もっとも、内閣不信任決議の可決による総辞職の場合は、法的責任の色彩が濃くなるといえる。

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6

TEL03-3360-3371 (代表) <https://www.tatsumi.co.jp/>

大阪本校：〒530-0027 大阪市北区堂山町1番5号三共梅田ビル8階 TEL06-6311-0400 (代表)