

---

国 I・外専入門  
憲法  
無料試聴・無料体験用

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001112 100060

KL10006



# 第1部 法学入門

みなさんは法律家になるための勉強をするわけではないから、あまり細かいことまで勉強する必要はないが、スムーズかつ効率よく勉強を進めるためには最低限の法律の基礎知識はあったほうがよい。そこで、ここでは基本的な事項に絞って法学の基礎を学んでみよう。

## 第1章 法とは何か？

憲法、民法、刑法などなど……六法の見出しを見ただけでも〇〇法と名のつくものは多くある。では、一体そもそも「法」とは何なのだろうか？何のためにあるのだろうか？

### 第1節 社会あるところ法あり

私たちは、たった独りで生活していくことはできない。社会の中で、さまざまな人との出会いを通じて、他人との共同生活をしながら生きているのである。このように、人とのかかわり合いの中で生きていく以上、そこには必ず一定のルール（決まり）が必要になってくる。

たとえば離れ小島に独りで住んでいるのなら、バイクに乗ろうが自転車に乗ろうが信号など不要であろう。多くの人がいて、それぞれにバイクや自転車に乗ったり、歩いたりするから、信号を設けて「赤では渡ってはいけない」といったルールが必要なのである。このように社会の共同生活を円滑に行うために作られたルール（決まり）を社会規範という。

この社会規範は、私たちの社会生活のあり方がさまざまであることから、多様である。たとえば、家族の中での日常の決まり、宗教上の戒律、礼儀、道徳など、そして法、とさまざまである。

### 第2節 法と道徳の違い

では、同じ社会規範としての法とそれ以外の道徳などとの違いはどこにあるのだろうか。

たとえば、電車の中で目の前に立っているお年寄りに、不注意で重い荷物をぶつけてケガをさせたとする。これはもちろん道徳的にも許されないことである。しかし、それだけにとどまらず、過失傷害罪（刑法 209 条）により処罰されたり、裁判所から治療費を払えと命じられたりするかもしれない（民法 709 条）。

つまり刑法や民法のような、法という社会規範に違反した場合には、国家権力によって処罰されたり金銭賠償を強制されたりする。ところが、これがそのお年寄りに座席を譲らなかつただけという場合であれば、たとえそれが道徳的には許されないことであり、世間の冷たい視線を浴びることはあっても、いきなり警官（国家権力）が電車に乗り込んできて、両腕を抱えられ、無理やり席を譲らされるということはない。

上の例からは、法にはそれ以外の社会規範と異なり、国家権力による強制という裏付けがあることが 1 つの違いであるということが理解できる。

しかし、これは日本国内に妥当する法についていえることであって、国際社会に妥当する法、つまり国際法には、1 つの国家内部におけるほどの法的強制力があるわけではない。確かに、国際社会にも国際裁判があり、また、国際連合によって侵略国に対して経済的・軍事的制裁が加えられる場合もある。そうはいっても現在、国際社会には国家権力のように完全な中央集権化された権力機構が存在するわけではない（詳しくは、国際法で勉強する）。このような事情を含めて、法と道徳の区別は非常に難しい問題であるし、さまざまな理解がありうるところである。

とりあえずは、国家権力による強制という要素を含むかどうかが、法と道徳を区別する基準であると考えておいてよいだろう。

## 第2章 法の基礎知識

法とは何かがわかったところで、次に憲法や各種の法律を理解するときの基礎となる知識を身につけよう。

### 第1節 「権利」「義務」の意味

法とは、「国家権力による強制力を伴う社会規範」であり、すべての法の背後には、強制的に実現可能な利益がある。その利益のことをここでは「権利」とよぶことにしよう。

たとえば……

- (1) 本を出版しようとして国に検閲をされたら、その妨害を国家権力（裁判所）によって排除することができる（表現の自由、憲法21条）。
- (2) 公務員の違法な行為によって、損害を受けた者は、国家権力（裁判所）の力を借りて、国に損害賠償を請求できる（国家賠償請求権、憲法17条）。

いずれの場合も国家権力によって、その内容が実現されるものである。

さて、この「権利」を逆からみてみると……

- (1) 国は国民の出版物を検閲してはならない。
- (2) 国は公務員の違法な行為による損害を賠償しなければならない。

このように権利に対応する法的な拘束を「義務」という。

### 第2節 要件・効果

では、いったい、どんな場合に権利・義務は発生するのであろうか。それは法律の中、つまり条文の中に書いてある。そして、条文の多くは、一定の条件（要件）を充たせば、一定の結果（効果）が導かれるという形で規定されている。権利・義務の発生というのは実はこの効果の1つにほかならない。これを逆にいうと、要件とされるものを充たさない限り、効果（権利・義務）は発生しないことになる。

先の例(2)を使って説明すると……

Aさんが、国立病院で手術を受けたところ、担当の医師（公務員）のミスで失敗し、一生後遺症が残るほどの障害を受けてしまったという事実があったとしよう。

憲法 17 条には「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる」とある。

この条文を分解すると次のような構造になっている。

〈要件〉	〈効果〉
「何人も」	法律の定めるところにより
「公務員の」	は 国または公共団体にその賠償を求める権利の発生
「不法行為により」	
「損害を受けたとき」	

つぎに、上の事実がこの要件を充たしているかをみてみると、

〈事実〉	〈要件〉
「Aさんは」	→ 「何人も」
「国立病院の医師の」	→ 「公務員の」
「手術のミス」	→ 「不法行為により」
「障害を受けた」	→ 「損害を受けたとき」

というように、要件を充たしている。すると、

〈効果〉

Aさんは国に賠償を求めることができることになる。

このように、ある事実について要件を充たしているかどうかで、効果（権利・義務）が発生しているかどうかが決まるので、勉強するときも、要件・効果をしっかり整理することが必要となる。

### 第3節 なぜいろいろな法律があるのか

法律には、憲法・民法・刑法・商法などいろいろある。こんなにたくさんの法律があるのはそれぞれの法律で果たす役割が違うからである。

たとえば、君がAさんという人を自動車でうっかりはねたとしよう。するとこの場合、  
業務上過失致傷罪（刑法211条）……………刑事事件  
不法行為に基づく損害賠償請求（民法709条）……………民事事件  
自動車免許の停止処分（道路交通法103条）……………行政事件

が問題となり、1つの事故に対し、たくさんの法律が同時に適用される。これはそれぞれがまったく別の目的をもつからである（ただ、憲法はこれらの法律とは、目的のあり方が少し違っていて、これらの法律が必要以上に国民の権利や自由を制限していないか、といったような場面で問題にされる。詳しくはまたのちに勉強する）。

各法律は特徴をもっているので、たくさんある法律をその特徴に応じて分類する手段として、公法・私法という分類や、実体法・手続法（訴訟法）という分類がなされている。

## 1 公法と私法

法は、『だれとだれの法律関係について定めているか』という点から分類することができる。この考え方からは、国家の内部の役割分担および国家と国民との間の事項を定めたものが公法で、憲法はその典型である。ほかに、刑法、訴訟法などがある。国民と国民の間の事項を定めたものが私法で、その典型が民法である。

## 2 実体法と手続法（訴訟法）

これはきっとわかりにくいと思うから、いまは必ずしも理解する必要はないが、憲法31条のところで出てくる。

権利義務（要件・効果）について定めた裁判内容の基準となる法（憲法、民法、刑法など）が実体法であり、これらの権利義務の具体的な裁判上の実現手続を定めた法（刑事訴訟法、民事訴訟法、行政事件訴訟法など）が手続法（訴訟法）である。

たとえば、BがAの物を壊してしまったとする。この場合、

(1) Bが故意で壊したのであれば器物損壊罪という犯罪が成立し、そのような犯罪に対しては〇〇という刑罰が予定されている（刑法261条）ということ定めたのが実体法である。公務員試験で勉強する法の多くは実体法である。

(2) しかし、実体法だけでは足りない。犯罪が成立した場合に、捜査機関の逮捕・勾留に関する手続を定めた法律が必要であるし、また全国にたくさんある裁判所のうちのどの裁判所が扱うのか、といった裁判手続について定めた法律が必要である。これが手続法（訴訟法）である。

## 第4節 法律用語の基礎知識

### 1 解釈・論点とは

これまでの話で、法律の条文には一定の条件が充たされたら（要件）、権利・義務が発生すると書いてあることがわかった。しかし、条文にはあいまいな言葉が多い（特に憲法は多い）のでさまざまな意味にとれる（解釈できる）。そこで、実際に事件を解決するときには、条文の意味内容を確定させる必要がある。これを法の解釈といい、解釈にいろいろあって争いがあるようなところを論点という。この点についての学者の見解を学説という。この学説の中で、支配的な影響力をもつ見解を通説（あるいは多数説）とよぶ。

### 2 判例とは

「判例」とは、広義には過去に下された裁判をいうが、狭義にはそれらに含まれる原則の中で、現在拘束力をもつものをいう（金子・新堂・平井編『法律学小辞典（有斐閣）』924頁）。公務員試験で重要なのは、後者の意味である。簡単にいうと、判例とは、裁判所が判決において示した解釈であり、特に最高裁判所が出したものと考えてもらってよい。中には高等裁判所や地方裁判所のもあるが、公務員試験用には、最高裁判所の判例を勉強しておくことが重要である。

ではなぜ、判例の勉強が必要なのか。

確かに、ものの考え方は人によりさまざまだから、解釈も人それぞれに分かれる。しかし、法的な争いというものは、実際に裁判で勝たなければ意味がない。つまり裁判所が採用する解釈と自分の主張する解釈とが合わなければ、裁判に勝つ見込みはあまりない（判例変更ということもあるがそれはまれである）ことになってしまう。したがって、裁判所がどんな解釈を採用しているのかが一大関心事ということになる。しかも、下級裁判所（最高裁判所以外の裁判所）は、最高裁判所の判決を尊重し、事実上拘束される。だとすると、最高裁判所をはじめとする裁判所の解釈、つまり判例は重要だということになり、したがって試験にもよく出る。主要な憲法の判例については、結論だけでなく、大まかな事案の内容、結論に至るまでの理由づけもあわせて、しっかり勉強しておくことが必要である。

## 第3章 憲法と法律の違い

### 1 「法律」という言葉の多義性

「法律」という言葉は、多義的（さまざまな意味・用法があるという意味）である。たとえば、「法律学部」「法律家」「法律書」といった場合の「法律」の中には「憲法」も含まれる。先ほど、「法律には、憲法・民法・刑法・商法などいろいろある」と便宜的に述べたが、この意味で使っていたわけである。

しかしここからは、「法律」と「憲法」は違うものとして、明確に使い分けてほしい。

### 2 「法律」の特徴を一言でいうと

「法律」とは、国会が制定する「〇〇法」という名前のついたものを意味する（この場合の法律を「形式的意味の法律」という→第3部第1章第1節3）。重要なのは、この法律により国民の権利・自由を制限することができる、という点である。たとえば、刑法という法律は、〇〇をしてはいけない、それに違反すれば××という刑罰を科すぞ、というものであるが、これは我々の活動の自由の制限にほかならない。ではなぜ、国会はそのような法律を制定できるのかというと、それは国会が「国民代表」だから（43条1項）である。自分の首を自分で絞めるのであるからかまわないではないか、という発想である。

### 3 「憲法」の特徴を一言でいうと

こうして、「法律」の基本的な特徴が、我々国民の権利・自由を制限するものなのだ、ということをもまずわかってほしい。確かに、国民代表である国会が制定した法律である以上、通常は合理的な理由がある。しかし、必ずしもそうとは限らない。たとえば戦前の治安維持法という悪法が物語るように、我々国民の権利・自由が不当に制限されてしまう場合がある。そこで、国家に歯止めをかけるものが必要となる。それが憲法なのである。すなわち、憲法は、国家権力を制限するための法なのである。そして、国家権力の行使を憲法で制限しようとする原理を「立憲主義」という。

法律 — 国民の権利・義務を制限
憲法 — 国家権力を制限

# 第4章 憲法とは何か

## 第1節 憲法規範の特質

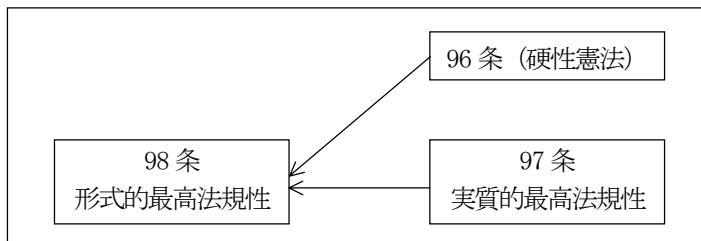
さまざまな法規範の中で、憲法はどのような特質を有しているのだろうか。

### 1 授権規範としての憲法 — 授権規範性

およそ法規範が存在するためには、それを定立する権能の所在、定立の手続ないし定立されるべき規範の内容を定める法規範が、それに先立って存在していなければならない。それゆえ、あらゆる法規範の間には授権と受権の関係があることになるが、実質的意味の憲法とは、立法の手続、ないし定立される法律の内容を規律するものにほかならないから、実質的意味の憲法は、実定国法体系の中で、最終的な授権規範としての性格をもち、すべての法規範が、直接または間接に、憲法の授権に基づいて初めて存在している。

### 2 制限規範としての憲法 — 制限規範性

憲法が授権規範としての性格をもつということは、多くの場合、同時に制限規範としての性格をもつことを意味する。枠づけの伴わない授権は意味をなさないからである。特に、立憲的・近代的意味の憲法は、権利保障と権力分立を定めることによって国家権力を制限することを本質的な狙いとしているのであるから、そこでは、制限規範としての性格がきわめて重要な意味をもつ。



### 3 最高法規としての憲法 — 最高法規（規範）性

最高法規としての憲法とは、国法体系のうちで最高の段階に位置し、最も強い形式的効力をもつ法としての憲法をいう。「この憲法」が国の最高法規であることを述べる憲法 98 条は、この趣旨を明らかにした規定である。

かかる形式的効力の最高性は、改正に際して一般の法律とは異なる特別の手續が要求される硬性憲法であることから論理必然的に導き出される性質である。

このように憲法が国法秩序における最も強い形式的効力をもつことを憲法の形式的最高法規性とよぶならば、それは硬性憲法であれば当然である。この意味で、憲法改正に厳格な手續を要求する憲法 96 条は、憲法 98 条とともに、日本国憲法が最高法規性を有することの形式的根拠となる規定である。言い換えれば、憲法 98 条にいわゆる最高法規性は、憲法 96 条にいわゆる硬性憲法性から当然に派生し、両者は相まって日本国憲法の最高法規性の形式的根拠を示していると考えられるのである。

これに対し、基本的人権が永久不可侵であることを宣言する憲法 97 条は、以上の憲法の形式的最高法規性を支える実質的根拠、すなわち憲法の実質的最高法規性を意味していると考えられる。最高法規としての憲法の本質は、それが法律以上の厳格な改正手續を有する硬性憲法であることそれ自体よりも、むしろ、憲法が実質的に法律と異なるという点に求められなければならない。つまり、憲法が最高法規であるのは、その内容が、人間の権利・自由をあらゆる国家権力から不可侵のものとして保障する規範＝自由の基礎法を中心に構成されているからである。立憲主義憲法は、「個人の尊重（尊厳）」という究極的な価値に立脚し、その実現のために、一定の権能を国家権力に授権する法（授権規範）、国家権力を制限し、授権することによって人権を保障する法（制限規範）、であることに本質がある。かかる制限規範＝自由の基礎法であることが憲法の最高法規たる実質的な理由である。

憲法の最高法規性を実効的に確保すべき制度として、違憲審査制がある（→第 3 部第 3 章第 6 節）。

## 第 2 節 立憲主義の展開

憲法学の対象とする憲法は、近代に至って立憲主義という一定の政治的理念に基づいて制定された憲法、すなわち立憲的意味の憲法である。したがって立憲主義とは何か、それは歴史的にどのように展開したかを理解することは、憲法の勉強を始めるにあたって有意義である。

立憲主義思想とは、権利の保障という目的のために専断的な権力を制限しようとする思想である。ここで本質的なのは権力の抑制という要素である。権力を制限することによって自らの権利を保障しようとするこそが、立憲主義の考え方の中心である。

## 1 市民革命期

立憲主義の思想が全面的に展開したのは、アメリカ独立革命やフランス革命などの近代革命においてであった。ここでは、社会契約説および近代自然法思想が革命を正当化した。近代自然法思想によれば、①人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の自然権（人間が人間であるが故に保障された権利）を有する、②その自然権を確実なものとするために社会契約を結び、政府に権力の行使を委任する、そして③政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗し、新たな政府を樹立する権利を有する、と説かれた。

こうして近代自然法思想は、自然権・社会契約・抵抗権という三位一体の理論によって近代革命を正当化する。そして、この思想は、近代革命が達成されたあとに、近代立憲主義思想として近代憲法の骨格となり、ひいては日本国憲法を含む現代憲法の基本原理となっていくのである。

## 2 確立期

19世紀になると、近代立憲主義はさらに発展した。19世紀の市民社会では、個人は自由かつ平等で、他人の権利を侵害しない限り何をするのも自由であると考えられ、特に個人の自由な経済活動が広く肯定された。ここでは、政治・経済を指導する理念として自由主義が尊重され、国家は自由な経済社会に対して干渉せず、社会の治安維持や外交関係の処理を主たる任務とすべきものとされた。このような国家を、自由国家、消極国家、あるいは軽蔑的に夜警国家という。

## 3 近代立憲主義の危機

国家の役割を消極的なものとして限定し、議会中心主義と自由放任主義を主要な内容として確立した近代立憲主義の憲法のあり方は、20世紀に入って変容を迫られることになった。

### (1) 資本主義の高度化による矛盾

消極国家の下で資本主義経済が高度化し繁栄してくると、その陰で、貧富の差が大きくなり、労働者と資本家層の対立が生じてくるようになる。

すなわち、国家の介入をできるだけ排除することによって守られてきた近代立憲主義における自由が、現実的には、無制限な自由競争の結果、多くの社会的・経済的弱者の犠牲によって少数の富める人々を保護する結果となってしまった。

そこで従来のように、単に国家権力の介入を防いで「国家からの自由」を求めるのではなく、国家権力に対して生活の保障を積極的に求めていく必要が生じ（社会権の保障）、国家は積極的に国民生活に介入していくことが望ましいと考えられるようになる（積極国家）。

## (2) 自由の形式的保障の矛盾

資本主義経済体制の基盤である財産権の不可侵と契約の自由という経済的自由権の保障は、すべての個人に一様にではなく、生産手段を有する資本家層に有利に機能することとなった。その結果、形式的自由の保障によって生じた矛盾を克服し、人権保障の実質化を図ることが国家の任務とされ、たとえば、(a) 経済的自由権に対する政策的制約、あるいは(b) 人権の私人間効力（私的自治の修正）という問題が生ずることとなる。

## (3) 議会主義の形骸化

こうした社会的・経済的弱者の実質的自由・平等確保の要求は、国家の意思決定を行う議会において実現しようとする運動に発展する。選挙権の拡大を通じて一般国民が国政に参加する機会が確保されたが、反面、国民の間に存在していた階級対立が、政党を媒介としてそのまま議会に持ち込まれる事態が生じた。その結果、異質な利害が流入し階級対立の場となった議会は、同質性を失い、統一的な意思形成を行うことが著しく困難となる。こうして、国民代表機関として法律を制定し、国民の権利・自由を実現することが期待された議会に代わり、国民の生存確保のために必要な国家の任務を迅速・的確に遂行しうる国家機関として行政権が位置づけられるようになる（行政国家現象）。

## 第2部 基本的人権の保障

### 第1章 序

#### 第1節 人権の観念・類型

##### 1 人権の意味

(1) 基本的人権とは、人権とか基本権などもよばれ、人が人であること自体から当然に認められる権利を意味する。

##### (2) 人権の特色

###### ① 生来的・前国家的権利

人権は、人間の本性(人間性)から導き出される、生まれながらの権利である。それは、国家や君主から与えられた権利でも、憲法によって創設された権利でもなく、国家は、国家に先立つ(歴史的=時間的にではなく、論理的に)これらの権利を承認し、憲法は、これを宣言するにすぎない(前国家的権利)。

もともと、後国家的・国家関係的な権利(国家の存在を前提として認められる権利)である社会権、参政権、受益権なども人権に含まれており、その限りで「前国家的権利」という人権理解はすべての人権を包括するものとはなっていない。

しかし、それでもなお、人権の基本的特徴は、人間である以上当然にもっている前国家的権利という点に求めるのが支配的見解である。

###### ② 人権の対国家性

我々は、たとえば隣人の出す騒音を指して「人権侵害」という言葉で表現することがある。しかし、憲法学が対象としているのは、第1次的には、公権力による侵害である。憲法13条後段が「……国民の権利については、……立法その他の国政のうえで、最大の尊重を必要とする」と謳っているのもこのことを示している。したがって、人権について考える場合には、だれがだれの人権を侵害・制限しているのかということに気をする必要がある。

## 2 人権の内容

### (1) 人権の分類

人権はさまざまな方法で分類される。人権の歴史的発展に則してみれば、自由権と社会権との区分が重要である。自由権と社会権の区別のメルクマールとしては、次の3つが挙げられてきた。

①自由権は国家の不作为を求める権利であるのに対して、社会権は国家の作為を求める権利である。②自由権は、個人の自由・独立を目指す古典的人権であるが、社会権は実質的な生存の確保を目指す現代的人権であること、③自由権は抽象的な人間一般を主体とするが、社会権の主体は具体的な社会的・経済的弱者であることである。

#### ① 自由権

公権力が個人の領域に対して権力的に介入することを排除して、個人の自由な意思決定と活動とを保障する人権である。「国家からの自由」ともいわれ、具体的には、

(a) 思想・良心の自由（憲法19条）、信教の自由（同20条）、表現の自由（同21条）、学問の自由（同23条）を中心とする精神的自由権

(b) 職業選択の自由（憲法22条）、財産権の保障（29条）を中心とする経済的自由権、

(c) 人身の自由（憲法18条・31条・33～39条）、

に分けられる。

#### ② 社会権

これは、人間の生存の実質的確保もしくは社会的経済的弱者の地位の向上を目的とし、かつ国家の積極的配慮を必要とする権利である。そこで「国家による自由」ともよばれる。社会権の総則的規定が生存権（憲法25条）であり、ほかに教育を受ける権利（同26条）、勤労の権利（同27条）、労働基本権（同28条）がある。

#### ③ 参政権

これは国民が国政に参加する権利であり、「国家への自由」とよばれる。具体的には、憲法改正に際しての国民投票権（憲法96条）、最高裁判所裁判官の国民審査権（同79条2項）、さらに請願権（同16条）が挙げられるが、最も重要なのは選挙権（同15条）である。

④ 包括的基本権（憲法 13 条）

憲法明文で規定されていない人権を導き出す根拠となる人権である。

⑤ 法の下での平等（憲法 14 条）

法の下での平等は、一方で公権力によって不当に差別されない権利と捉えれば、人権（差別からの自由という意味では自由権）といえるが、他方で国家に対してすべての国民を平等に扱うことを要求する原則という側面からみれば平等原則とみることもできる。

⑥ 受益権（国務請求権）

裁判を受ける権利（憲法 32 条）、請願権（憲法 16 条）、国家賠償請求権（憲法 17 条）、刑事補償請求権（憲法 40 条）をいい、国家に対する請求権である点は社会権と類似するが、社会的・経済的弱者の保護を主眼とせず、すべての個人に人権を確保する前提（基本権を確保するための基本権）として保障されるものである。

(2) 権分類の相対性

以上の分類は、各人権の共通の性質に着目して人権を大枠として区分するものであるにすぎず、これを絶対的なものと考えてはならない。たとえば、表現の自由から導き出される「知る権利」は自由権としての性格のみならず、積極的に国民が情報源に対して情報の公開を要求できるという作為請求権的側面をもあわせもっている。また逆に、社会権に分類される生存権や教育を受ける権利も、国による不当な制約を排除する不作为請求権としての側面をもあわせもっている。

## 第 2 節 人権の権利性

### 1 人権の拘束力

日本国憲法の規定する人権は、原則として、単なる理念や道徳の宣言（→プログラム規定）ではなく、すべての国家権力の行使を拘束する力をもった規範である。憲法 13 条後段が、国民の権利については「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と定めて、その趣旨を示している。重要なことは、このことから、日本国憲法の人権保障が明治憲法のそれとは根本的に異なり「法律の留保」を伴ったものではなく、立法者をも拘束するという点である。

論点【1】:「法律の留保」の2つの意味

明治憲法の定める臣民の権利は、「法律の留保」に服するものと解されていた。「法律の留保」とは、異なる2つの意味で用いられる概念である。

(1) 2つの意味

第1に、行政権が国民の権利を制限し、新たに義務を課する処分を行うためには、法律の根拠を必要とする、という意味で用いられる。この原則は、通常「法律による行政の原理」あるいは「形式的法治国家の原理」ともよばれている。

第2に、憲法に諸々の権利が保障されていても、法律の根拠があれば、それらをどのように制限することも許される、という意味で用いられる。この意味での「法律の留保」の下では、たとえば、憲法が表現の自由を保障していても、国民が現にどの程度の自由を享有しているかは、憲法の当該規定の解釈のみによっては確定されない。それは、関係法律（明治憲法の下では、たとえば新聞紙法、治安維持法など）が表現の自由をどの程度規制しているか（逆にいえば、それらの法律が、どのような領域を規制の対象外にして放任しているか）に依存するからである。よって、この意味での「法律の留保」の下では、憲法による人権保障は、留保のおかれた範囲で議会の法律制定権にその決定が委ねられる結果、法律による保障の意味しか有しないことになる。

(2) 日本国憲法の下での「法律の留保」

前述したとおり、日本国憲法の下では、右第2の意味での「法律の留保」は認められない。このことは、個々の人権が法律によっても、少なくとも無制限には制約されえないことを意味する。他方、第1の意味での「法律の留保」は現行憲法の下でも妥当する（→「特別権力関係理論」の修正ないし否定）。

## 2 権利としての人権

人権は、単に客観的法規範として国家権力の行使を拘束するだけでなく、原則として、法的な権利であり、裁判によって保護される。では、人権が権利として保障されるとは、具体的に何を意味するのであろうか。

(1) 権利の実現の態様

たとえば、民法709条の損害賠償請求権のような私法上の権利は、一定の要件の下に一定の効果が発生する請求権の形を採る（→第1部 法学入門）。しかし、人権規定は、これと同じではない。たとえば、表現の自由を保障した憲法21条1項は、国民に権利を保障した規定であるが、どのような要件が備わればどのような法的効果が発生するかについては何も示していないのである。このように、人権は一般に、裁判上人権制限立法が違憲・無効であると判断されて、間接的に実現されるのである。

(2) 具体的権利性の有無

人権規定のすべてが、同じ程度に裁判上保護される適格を有しているわけではない。一般に自由権は、国民に直接権利を与える規範であり、したがって裁判規範性が認められている。

しかし、国に対して特定の行為を要求する人権規定については、裁判所に出訴して要求を実現する具体的権利ではなく、請求内容を具体的に定める法律の制定を必要とする。知る権利に基づく政府情報公開請求権、生存権などがその例である。

このような人権規定の国家に対する拘束力の程度を表そうとする試みが、「具体的権利、抽象的権利、プログラム規定」という区分である。

	意味	立法府との関係	司法府との関係
具体的権利	裁判所の救済を求めうる法的権利	立法府を直接に拘束する	司法的救済を得られ、法的解決の具体的基準となる（裁判規範性あり）
抽象的権利	具体的立法が存在すれば裁判所による救済を求めうる法的権利	立法府を拘束する（権利の具体化を義務付ける）	司法的救済を得られず、法的解決の抽象的指針にとどまる（立法が存在すれば裁判規範性あり）
プログラム規定	政策的綱領ないし政策的指針を定める規定	立法府を拘束しない	司法的救済の権原とはならない

### 3 プログラム規定

プログラム規定とは、その規定の趣旨・目的を立法・行政を通じて実現するよう努力すべき責務が政府にあることを宣言した規定という意味であり、最高裁は、生存権規定（憲法 25 条）はプログラム規定であると示唆している。つまり、生存権は「権利」ではないというのである。

しかし、日本国憲法のように、宣言的であれ、ある規定が明示的に「権利」を保障している場合に、それをプログラム規定と位置づけることに対しては、大いに疑問が提起されている（→第 6 章第 1 節）。プログラム規定を論ずる者の念頭には、人権が権利と叫ぶためには、司法的救済を受ける権原でなければならない、という権利観（私法上の権利と人権とをほぼ同義であるかのように用いる思考）がある。しかし、2 (1) で述べたように、憲法上の「権利」の中には必ずしも裁判所に出訴して救済を得られないものを含む。そこで学説は、生存権は、直接裁判所に救済を求めうるような具体的権利ではないが、いわば抽象的権利であって、法律によって具体化されれば司法的救済も可能だと、説くようになっている。

#### 4 制度的保障

憲法の規定の中には、議会は、憲法の定める制度を創設・維持すべき義務を課され、その制度の本質的内容を侵害することが禁止されるものがあり、これを制度的保障という。日本国憲法の下において、大学の自治（憲法 23 条）、私有財産制度（憲法 29 条）、地方自治制度（8 章）、政教分離（憲法 20 条・89 条）などがその例として挙げられる。

制度的保障の理論は、ドイツ・ワイマール憲法の下で展開された理論であり、次のような特徴を有する。

- ① 国民に主観的権利を保障するものではなく、もっぱら立法権に向けられた制度の保障であり、したがって個人は制度的保障規定自体を根拠にしては訴訟を提起できない（ただし、政教分離原則については、これを制度的保障だと考えた場合でも、客観訴訟として、訴訟が提起できる）。
- ② 制度の核心を立法権の侵害から守ることを目的とし、したがって、制度の核心に触れない限り立法による制度の周辺部分の変更は可能である。

従来の通説は、制度的保障は人権保障を背後から支えるものであるとして積極的に評価し、前記の条項を制度的保障の理論によって説明している。

##### 論点【2】：制度的保障の理論の問題点

(1) 制度的保障論は、ワイマール憲法の下で、カール・シュミットによって提唱された。それによれば、憲法は個人の権利や自由を直接に保障するだけでなく、一定の制度を保障する規定を含んでいるが、その場合には立法によってその核心的部分を侵害することは許されないとされる。この理論は人権の保障に法律の留保（←論点【1】）が付されている場合（つまり、法律の範囲内で人権を保障するという場合）、立法権による人権に対するとめどのない制約から、人権のある部分を制度の核心的部分に読みこむことで、人権を守るという機能を果たすという意義を有しているといわれる。

しかし、①人権の保障に法律の留保を伴っていた明治憲法とは異なり、日本国憲法では人権は立法をもってしても侵すことができないものとして保障されている（11 条・97 条参照）。そうであるならば、安易に制度的保障論を持ち出すべきではないという批判がある（制度的保障論は、法律の留保の伴った人権の体制の下でのみ意義があるのではないか）。②むしろ、制度的保障論が、制度の本質を侵さない限りで立法者による制限を認めることから、制度的保障と理解すると保障内容が最小限度まで縮減されてしまう危険もある（津地鎮祭事件が、政教分離原則を制度的保障と捉えつつ、目的効果基準を使って、その要求を骨抜きにしまったのは、そのよい例だとされる）。③さらに、この批判と関連して、制度的保障論が人権と結び付けて論じられる場合、制度が主となり権利が副次的となる結果、人権保障が弱められることになりはしないか、という批判が指摘されている。

(2) そこで、制度的保障の概念は不要だと主張も有力である。そこまではいわずとも、多くの見解は、それを限定的に用いようとしてきている。すなわち、制度的保障の有用性が認められるためには、①立法によっても奪うことのできない「制度の核心」の内容が明確であり、②制度と人権との関係が理論的もしくは合目的的に密接であるものに限定すべきだとするのである。そのような例としては、学問の自由の保障と関連する大学の自治、財産権の保障と関連する私有財産制、（個人の人権と直接かかわり合いをもっていないが）地方自治などが考えられる。

### 第3節 人権保障の限界

#### 1 基本的人権の保障の限界

これは基本的人権はいかなる場合にも制限されることはないのか、制限されるとすればそれはいかなる場合か、という問題であり、すなわち基本的人権と公共の福祉という問題である。

##### (1) 「公共の福祉」による人権制約

基本的人権は永久不可侵をその本質とする（憲法11条・97条）が、そのことは、人権保障が絶対的で一切の制約が認められないということの意味しない。この点は「公共の福祉」という言葉に意味を見いだすことができる。憲法は12条・13条などで「公共の福祉」という用語を使用しており、人権は一般的に「公共の福祉」による制約を受けるとする趣旨のもののようにも読める。そこで、「公共の福祉」が人権制約の一般的制約根拠となりうるのが問題となる。この点従来の通説は、「公共の福祉」を人権制約の一般的根拠となることを認めつつ、それは、人間の尊厳性を最高の指導原理とする日本国憲法においては、個人に優先する全体の利益ではなく、他人の人権だけであるとする。したがって、この人権相互間に生ずる矛盾・衝突の調整を図るための実質的公平の原理が「公共の福祉」だと理解する。そこでこれは、規定のあるなしにかかわらず、人権保障に論理的に内在する原理であり、すべての公共の福祉は内在的制約原理だというのである（一元的内在制約説）。

##### (2) 現在の学説

現在の学説は、基本的には従来の通説を引き継いでいる。すなわち、憲法12条は国民の心構えを示すものであり、法的拘束力は有しないが、憲法13条の「公共の福祉」が人権制約の一般的正当化根拠である。ただ、それは人権に「公共の福祉」を理由とする制約が可能であるという制約可能性を認めたものにすぎず、正当化事由は各基本的人権の種類・性質に応じて具体的に導かれなければならない。

ただ、一般的・抽象的には、「公共の福祉」は、人権相互の矛盾・衝突を調整する公平の原理であり、①内在的制約原理と、②政策的・外在的制約原理とが含まれる。

①は、各個人の基本的人権の共存を維持するという消極目的のための最小限の秩序（自由国家的公共の福祉）を意味するのに対し、②は、形式的平等に伴う弊害を除去し特に社会的・経済的弱者の生活水準の向上を図るという積極目的のための原理（社会国家的公共の福祉）を意味する。

そして、どちらの原理による制約を受けるかは、人権の性質に応じて決まるが、(a)精神的自由は内在的制約原理にのみ服し、(b)経済的自由権は内在的制約原理のほか政策的制約原理にも服する（憲法 22 条 1 項と 29 条に「公共の福祉」が再言されているのは、経済的自由には政策的制約原理が妥当する機会が多いからである）。

また、(c)社会権の場合、国家の積極的措置を要求する権利の側面については公共の福祉による制限が問題とならないが、国家からの自由の側面、とりわけ労働基本権の国家からの自由の側面については問題となる。思うに、労働基本権は、労働者の人間に値する生存を確保するための一手段として保障されるものであり、社会権実現・経済的社会的弱者保護のための政策的制約を加えられるべきものとは解しにくい。よって、内在的制約原理にのみ服すると解すべきである。

## 2 違憲審査の基準と方法

上記「公共の福祉」論では、各憲法上の権利がいかなる根拠に基づいていかなる程度まで制約することが許されるのかが明確ではない。そこで、人権制約の限界を画定する基準としての違憲審査基準が必要となってきた。もちろん、違憲審査基準も各人権ごとに明らかにされなければならないが、ここでは、違憲審査基準の一般的枠組みについて述べることにする。

### (1) 比較衡量（考量，較量）論

これは、人権を制限することによってもたらされる利益（政府側の利益）とそれを制限しない場合に維持される利益（人権側の利益）とを比較して、前者の価値が高いと判断される場合に、前者の利益を公共の福祉とよび、それによって人権を制約する措置の合憲性を判断しようとする考えである。言い換えれば、個々の事件の具体的状況を踏まえて、対立する利益を衡量しながら公共の福祉の内容を明らかにする手法であり、きめ細かな憲法判断を可能にする。そのため、抽象的な公共の福祉が優先する一元的内在制約説よりも、人権保障のうで優れているといえる。

たとえば、博多駅テレビフィルム提出命令事件最高裁決定においては、公正な裁判の実現は、被疑者・被告人の公正な裁判を受ける権利の保障に直結する重要な憲法上の要請であるから、いかに国民の知る権利に奉仕する報道の自由（取材の自由）といえども、その限界は比較衡量によって定められる、とされた（最大決昭 44. 11. 26）<sup>\*1</sup>。

公正な裁判を受ける権利

報道の自由（取材の自由）



\*1 しかし、この理論に対しては、①比較衡量の基準の不明確性（上記博多駅事件最高裁決定にみられるように、報道機関の被る不利益は将来の取材の自由が妨げられるおそれすぎない、という稀少化されたものになる可能性を伴うので、比較の要件が準則化される必要がある）、②個人の自由と国家の利益を同一平面で衡量することの不適切性（国家の利益を重視しがちになる）などの問題点が挙げられる（猿払事件参照）。

違憲審査基準としての比較衡量論に以上のような問題点があることにかんがみれば、この手法は、国家権力が第三者的な仲裁者としての立場で対立するほぼ同じ程度に重要な利益の調整を行うような場合、つまり人権が相互に衝突する場合（たとえば表現の自由と名誉・プライバシー、報道の自由と公正な裁判）に限定して使用するのが妥当であると解される（等価的比較衡量）。

## (2) 違憲審査の基準と方法

(1)の比較衡量論は、「制限することによって失われる人権側の利益」に着目した点で、かつての三段論法的公共の福祉論（「制限することによって得られる政府利益」のみに着目）と比較すると、一步前進といえよう。しかし、前述したように、比較衡量論には、規制される側の利益を規制する側の利益よりも初めから1段も2段も低いレベルに設定すれば、比較衡量という言葉は、単に結論を正当化するためだけに語られ、その結論にとって都合のよい利益が拾い上げられているだけとすらいえるのである。そこで、こうした利益の拾い方が恣意的にならないような準則が必要となる。これが違憲審査の基準である。

### 論点【3】：違憲審査の基準

#### 【問題の所在】

違憲審査基準とは、裁判所が法令その他の国家行為の憲法適合性を判断するための依るべき基本的な基準を意味する。通常、法令の違憲審査の基準が問題にされる。では、その内容については、どのようなものがあるか。

#### 【考え方】

##### 1 文面審査・目的審査・手段審査

人権を制限する法律の合憲性は、次の3つの観点から行われる。(a)まず、当該法律による人権制限の目的が、憲法上正当かといえるか否かを審査しなければならず（目的審査）、(b)次に目的が正当ならばどのような制限も認められるとは限らないから、当該法律の採っている具体的な制限の仕方（程度・手段）の合憲性が審査されなければならない（手段審査）。(c)さらに、当該法律の文面のみでの審査によって違憲と判断される場合がある（文面審査）。たとえば、憲法上一切の制限を許さず絶対的に保障されている人権（内心の自由、奴隷的拘束・苦役からの自由など）を当該法律が制限している場合である。

(c)の場合には、実質に立ち入らない審査であるから、通常、違憲審査の基準は問題にするまでもない（ただし、文面審査にかかわる明確性の理論などは、(a)(b)の場合にも問題となるのであり、違憲審査の基準の1つとして位置づけられる）。(a)(b)の場合にこそ違憲審査の基準を検討する意味がある。

## 2 違憲審査基準の厳格度

違憲審査基準は、厳格度を基準にした場合、厳格な審査基準、中間的な審査基準（厳格な合理性の基準）、緩やかな審査基準（単なる合理性の基準）の3つに大別できる。

### (1) 厳格な審査基準（その具体例については、第3章第4節3の論点5参照）

- (a) 規制目的が、やむにやまれないほどの重要な政府利益でなければならない（正当な利益であることはもちろん、単に合理的とか重要では足りない）、
- (b) さらに規制手段は、必要不可欠でなければならない。

### (2) 中間的な審査基準（厳格な合理性の基準）

- (a) 規制目的が、重要な政府利益を達成するためのものであって、
- (b) さらに規制手段は、必要最小限度でなければならない（重要な政府利益を達成するための実質的関連性のある手段が採られていない限り、採られた政府の行為を違憲とする基準）。

### (3) 合理性の基準

- (a) 規制目的が合理的（一応正当）であり、
- (b) 規制手段がそれと合理的関連性を有していればよい。これは政府の行為が著しく不合理であることが明白でない限り違憲とはいえないとする「明白（性）の原則」と同義と理解されている。

### (4) 補足

従来、目的審査よりも手段審査のほうが重要視されてきた。そして、手段審査の基準として重要なのが、「LRA（より制限的でない他の選ぶうる手段）の基準」である。これは、法令の定める規制手段より狭い（人権制限的でない）規制手段が存し、かつそれによっても同じ目的を達成できる場合には、広い規制手段を定めた当該法令の条項は違憲になる、とする基準である。LRAの基準は、厳格な審査基準とも厳格な合理性の基準とも結び付きうる。

## 3 二重の基準論

さて、2(1)～(3)の違憲審査基準を、規制される人権側に則して使い分けようとする試みが「二重の基準論」である。すなわち、表現の自由をはじめとする精神的自由の規制に関しては、「厳格な審査基準」によってその合憲性を厳密に検討するが、経済的自由の規制については立法府の判断を尊重し「合理性の基準」で判断するという手法である（→第4章第1節）。

ただ、二重の基準論は、あくまでも審査基準の枠組みを示唆する一般的な指針であり、各人権についてより子細に審査基準の検討がなされなければならない。

- ① たとえば社会権を二重の基準論にどう組み込むのか、
  - ② あるいは、経済的自由の規制について、すべて合理性の基準を適用するのは妥当なのか（目的二分論の可否）
- という点である。

## 第2章 法の下での平等

### 第1節 総説

#### 1 平等権保障の歴史

もともと、平等は、公権力による不当な等しくない法的取扱いを禁止し、人はすべてスタートラインにおいては平等な法的取扱いが保障されなければならない、という形で主張された。身分制撤廃を要求し、自由競争を望む能力のある市民にとっては、さしあたりそれだけで十分だったのである。この「機会の平等」「出発点の平等」は、事実上の不平等を積極的に是正する「実質的平等」を要求するものではなく、あくまでも法的な取扱いにおける平等であり、その意味で「形式的平等」である。しかし、機会の平等は、それをどんなに保障しても、資本主義の高度化など経済・社会の変革に伴って、富める者はますます富み自由を享受できるのに対し、疎外された少数者・貧しき者など社会的弱者は自由・生存が脅かされる、という事態を生む。そこで、20世紀の社会国家・福祉国家においては、この自由な競争による機会の平等がもたらした不平等な結果を是正し、実質的平等を確保するための国の積極的施策が要請されることになる。この実質的平等を「結果の平等」とよぶ。こうして、平等の観念は、歴史的には、形式的平等から実質的平等へと推移している。

#### 2 日本国憲法における平等

日本国憲法の定める「法の下での平等」もまた、この近代憲法の延長線上にある。すなわち、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」と規定して、法の下での平等を一般的に保障した。それに伴い、貴族制度の廃止（同条2項）、貴族制に結び付く栄誉制度の否定（同条3項）、家族生活における両性の本質的平等（24条）、選挙権・被選挙権における資格の平等（44条）、教育の機会均等（26条1項）という規定を設け、平等原則をさまざまな分野で保障しようとしている。

## 第2節 憲法14条1項の意味

憲法14条1項をめぐるのは、(1)本条項前段の「法の下での平等」原則が立法者をも拘束するか、(2)「平等」は絶対的な要請か、それとも不合理な差別だけを禁じる趣旨か、(3)憲法14条1項後段列挙事由の意味、の3点が問題となる。

### 1 法の定立と適用における平等——立法者を拘束するか

憲法14条1項前段は法の下での平等を定めるが、法の「下に」という文言からすれば、すでに成立している法を前提にしたうえで、行政および司法という法の適用においてのみ平等な取扱いが要求されるようにも解釈できる（立法者非拘束説ないし法適用平等説）。しかし、法の適用のみならず、立法の内容にも平等原則が及ぶものと解するのが通説・判例である（立法者拘束説ないし法〔内容〕平等説→論点【4】）。

論点【4】：立法者拘束説・非拘束説

#### 【問題の所在】

14条1項前段は「法の下に」平等であると定めるが、これは行政・司法機関が法律を適用するにあたり、相手がだれであれ一律無差別に適用すべきことを要求するものとどまるものであろうか（法適用平等説）、それとも行政・司法機関だけではなく立法者をも拘束し、立法者が法律を制定するにあたっては、その内容において国民を平等に取り扱うべきことをも要求するのか（法内容平等説）。

また、この争いは、14条1項後段列挙事由の意味をどのように捉えるのか、という議論と関係している。

#### 【考え方】

##### A 立法者非拘束説（法適用平等説）

この学説は、「法の下に」とは、「法の適用について」の意味であると解する。よって、すでに成立している法を前提にしたうえで、行政および司法という法の適用においてのみ平等を求めるものであり、平等原則は法の定立には及ばず、それは立法者を拘束しない。

この立場では、立法者による不平等な法の定立を可能にしてしまうようにも思えるが、その真意は、むしろ後段列挙事由について、絶対的平等を貫徹しようとする点にある。すなわち、この立場は、後段の規定は立法者をも拘束すると解し、そこで列挙された差別の禁止は制限的列挙であり、この列挙事由に関しては、絶対的に差別を禁止するものであると解している。

この見解は、後段を絶対的平等の要求とする解釈と結び付けて、むしろ立法者拘束を厳格に主張する面があるが、たとえば男女の肉体的条件の違いに依りて、女子にのみ産休を認めることは合理的と考えられるから、列挙事由について絶対的平等を主張することには無理があると批判されている。

##### B 立法者拘束説（法内容平等説）

この学説は、「法の下に」という文言にはややそぐわないが、「法の平等」の意味であると解して、前段の平等原則は、立法、行政、司法のすべてを拘束する、と解する。

《根拠》

① 日本国憲法が、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、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のであるから、法そのものの内容も平等原則に従って定立されなければならないのは当然である。

② 法の内容が不平等な場合にはそれをいかに平等に適用しても、平等原則の理念を実現できない。

判例は、立法者拘束説の立場を明言したことはないが、一貫して法律の内容が平等か否かの審査を行ってきており、この立場を前提にしているといえよう。

	立法者拘束説	立法者非拘束説
「法の下」の意味	単に「法律の前の平等」を意味するにとどまらず、「法の平等」をも意味し、したがって、立法を含む国政全般に渡って差別を禁止する趣旨である。	「法律の前の平等」の意味であり、国家が法を適用するにあたり、すべての国民を平等に取り扱うべきである、という意味である。
1項後段列挙事由の意味	(1) 例示的列挙説 単なる例示的列挙にすぎない。 (2) 特別意味説 単なる例示ではない。後段列挙事由は、民主制の下では本来許されない不合理な差別を列挙したものであり、合憲とする側が合理的差別であることの立証責任を負う。	後段列挙事由は、立法者を含むすべての国家機関が国民を差別してはならないことを規定するものである。 立法者は列挙事由以外の事由に着目して、差別を行うことを憲法上禁止されていない。

## 2 「平等」の意味 — 相対的平等

では、どのような場合に、法律の内容が平等であるとされ、あるいは違憲な差別をするものと解されるのであろうか。日本国憲法の下で立法を拘束する原理であるとされる「平等」は、どのような意味での平等なのか、という問題である。

まず、平等といった場合、すべての人間を法律上完全に同一に扱う「絶対的平等」観がある。しかし、人間には性別・能力・年齢・財産など、さまざまな事実上の差異があるのであるから、それを無視して均等に扱うことは、かえって不合理な結果を招く。そこで、人間がさまざまに異なる属性をもつことを認めて、等しいものを等しく、異なっているものをその異なる程度に応じて異なって扱うことを、すなわち比例的な平等を意味すると考えられている（相対的平等）。

結局、相対的平等の観念によれば、異なった取扱いがなされていても、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初めて不合理な差別として違憲となる、と説明されることとなる。そこで、平等原則違反とはならない「合理的な区別」という場合の「合理性」をどのように判断すべきか、という違憲審査基準が問題となる。

## 3 憲法 14 条 1 項後段の意味

従来の通説および判例は、後段所定の事項については、単なる例示であると解している（最大判昭 39.5.27）。これに対し、立法者拘束説を前提としながら、後段の規定に特別の法的意味を認め、後段所定の事項については、その他の事項の場合よりも強い保障を認める見解が現在では通説である（→論点【4】）。

# 第3章 精神的自由権

## 第1節 思想・良心の自由（憲法19条）

### 1 総説

憲法19条は、「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない」と規定し、個人の内心の問題に国家は干渉すべきではないという大原則を示す。

内面的精神活動の自由		外面的精神活動の自由	
思想・良心の自由		表現の自由	
信仰の自由	信教の自由	宗教的行為の自由	
研究の自由	学問の自由	研究発表の自由	

### 2 「思想」と「良心」

一般に、「思想」の自由は論理的に何を正しいと考えるかという判断の自由であり、「良心」の自由は倫理的な側面における判断の自由と区別されている。しかし、①両者の関係は概念上密接不可分であると同時に、②19条が両者を包括的に規定している以上、両者を厳密に区別することは憲法解釈上実益はない。両者は一体のものとして、広く「思想」という人の内心における精神活動の自由と解するのが通説である。要するに本条は、人の内心におけるもの見方ないし考え方の自由を保障したものと解されるのである。

### 3 保障の効果

およそ人の内心には国家権力が立ち入るべきではないし、また人の精神活動が内心にとどまる限りほかの利益と抵触することはないから、思想・良心の自由は、絶対的保障である\*1。

ただ、思想が人の内面における精神作用にとどまっている限り、それを外部から知ることができないのであるから、これが「侵される」ということは、そもそもありえないのではないかと。となると、憲法がこの自由を保障していることはどういう意味をもつのか。

### (1) 強要の禁止

第1に、公権力が個人に対して特定の思想をもち、またはもたないことを強制することは許されない。戦前の天皇制イデオロギー教育や、天皇崇拝の強制は19条に違反する。

### (2) 不利益取扱いの禁止

第2に、特定の思想をもっていること、もしくはもっていないことを理由として、国家権力が差別的な、または不利益な扱いを行うことは許されない（これは、14条の信条による差別禁止の問題にもなる）。

### (3) 思想の表明の強制の禁止

第3に、思想の内容の表明を強制されない。これは、狭義においては、①沈黙の自由を指すが、広くは、②自分の思想を外部から強制的に推知されないことの保障をも含む。たとえば、江戸時代のキリスト教徒弾圧の際に行われた踏絵、天皇制の支持・不支持についてのアンケート調査などが許されない例である。

\*1 問題は、憲法の根本理念を否定し、憲法体制そのものの変革や破壊を主張するような思想まで保障されるのかである。この点、憲法はそれ自体1つの政治理念の表明であり、いかなる思想についても中立的というわけではないと捉えると、憲法に敵対する思想まで保障するものではないと考えることも可能である。現にドイツ憲法は表現の自由などの外面的精神活動の自由についてであるが、これらを「自由な民主的基本秩序を攻撃するために濫用する者は、これらの基本権を喪失する」とし、すべての思想について中立的とはいえない立場をとる（「闘う民主制」）。

しかし、「自由な民主的秩序」という名目の下に権力にとって都合の悪い思想を抑圧すると、民主主義の前提基盤がなし崩しになることから、このような思想であっても、内心にとどまる限りは絶対的に保障すべきとするのが通説である。

## 第2節 信教の自由（憲法20条）

### 1 趣旨

中世の宗教弾圧に対する抗争の結果生まれた信教の自由は、近代憲法史における精神的自由の根幹をなすものである。わが国においても、明治憲法はこれを保障していた。しかし、ほかの自由権と異なり、「法律の留保」さえ規定されず、法律によらず命令による制限を許容していたり、神道を事実上国教化するなど、神社神道の国教的地位と両立する限度においてのみ認められたにすぎないものであった。そこで日本国憲法は、個人の信教の自由（狭義の信教の自由）を厚く保障するとともに（憲法20条1項前段・20条2項）、信教の自由を真に確保するためには単に信教の自由を保障するだけでは足りず、政府と宗教とのかかわり自体を禁止すべきであるという認識から、国家と宗教の分離を詳細に規定している（憲法20条1項後段、20条3項、89条前半）。

## 2 (狭義の) 信教の自由

### (1) 意義・内容

憲法 20 条 1 項前段の規定する信教の自由は「宗教の自由」というのと同義であるが、特定の宗教を信じ、あるいは信じない自由、および一切の宗教を信じない自由を意味する。具体的な内容は、次の 3 つの自由である。そして、②③のように内心の信仰を外部に表現することによって成立するものについては、それが他人の権利・利益と衝突することもありうるので、その場合には一定の内在的制約に服する。

#### ① 信仰の自由

これは、特定の宗教を信仰する、または信仰しないという選択の自由のことである。この自由の帰結として、国家が信仰を理由に不利益な扱いを行うことや信仰告白を強要することが禁止される。この保障は個人の内心における自由の保障として絶対的であり、信仰告白の強制や推知あるいは特定の宗教信仰を強制することはいかなる理由によっても許されない。

#### ② 宗教的行為の自由

これは、祭壇などを設けて礼拝・祈祷、その信ずる宗教の方法による儀式・祝典その他の宗教上の行為を行うことである。憲法 20 条 2 項は、明治憲法下での反省から、宗教的行為の自由を強制禁止の側面から重ねて規定している。

#### ③ 宗教的結社の自由

これは、宗教団体の結成・不結成、団体への加入・不加入、団体の成員の継続・脱退について公権力による干渉を受けないこと、および団体が団体としての意思を形成しその意思実現のための諸活動について公権力による干渉を受けないこと（団体自体の自由）を意味する。

### (2) 宗教的行為の自由の限界

宗教的行為の自由は、外部的行動を伴うため、それが国法秩序に抵触し、または他人の生命・自由などにかかわるときは、何らかの制約を受ける。もっとも、宗教的行為は、多くの場合、内面的な信仰ないし宗教的信念と深くかかわっているため、規制の審査は、厳格な審査基準（規制目的が必要不可欠な公共的利益に仕え、規制手段が必要最小限度のものでなければならない）による必要がある。宗教的行為の自由の制限が問題となった判例としては、加持祈祷事件（最大判昭 38. 5. 15）や「エホバの証人」信徒剣道拒否事件（最判平 8. 3. 8）などが重要である。

### 3 政教分離原則

#### (1) 意義・内容

憲法 20 条 1 項後段、3 項および 89 条前半の規定する政教分離原則は信教の自由を完全に実現するためのものであり、国家の非宗教性ないし宗教的中立性のことである。政教分離原則の内容としては、国の「宗教的活動」を禁止した憲法 20 条 3 項が重要である。

では、「宗教的活動」とは何であろうか。この点、政教分離原則を厳格に解する立場から、本条 2 項にいう「宗教上の行為」などを含めておよそ宗教にかかわる一切の行為を広く意味すると解するのが多数説である。

これに対して最高裁は、政教分離原則に関し、「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す行為の目的及び効果にかんがみ」、そのかかわり合いが日本の「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」とする、いわゆる目的効果基準を採用し「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「宗教的活動」として、その範囲を限定し、「2 項の宗教上の行為は、必ずしもすべて 3 項の宗教的活動に含まれるという関係にあるものではない」とした。

具体的には、市体育館の起工にあたり市の公金を支出して神道固有の方式に従った地鎮祭を挙行すること（津地鎮祭訴訟，最大判昭 52.7.13）は、憲法に反しないとされた。

#### (2) 政教分離の根拠

①国家が国教を設けたり特定の宗教に特権的地位を与えるなど、国家と宗教が結び付くとき、異教徒や無宗教者に対する宗教的圧迫が生ずる。また、国家と宗教の結合は、それ自体、個々人の信教の自由の圧迫となる。②さらに、国家と結び付いた宗教そのものも、本来それ自体の価値や魅力・説得性といったようなものによって人々の支持を獲得していくべきものであるのに、国家権力と相乗りするという安易な方法でそれを実現しようとすることにより、世俗権力との癒着によって宗教的な純粋さを失って墮落する。また、国家も宗教的な激しい対立に巻き込まれて政府の破壊をもたらす。③のみならず、絶対的な神の存在を前提とする宗教は、相対的な価値観を前提とし、妥協による解決を必要とする民主主義と相いれないことから、

政教分離原則は信教の自由を補強して価値多元社会を確保する意義がある。

### (3) 政教分離の法的性格

この政権分離の法的性質は、制度的保障（→第1章第2節4）であるというのが通説・判例である。

## 第3節 学問の自由（憲法23条）

### 1 総説

精神的自由として、思想・良心の自由および表現の自由を保障しながら、さらに「学問の自由」を保障するのは、学問というものが、常に、従来の考え方を批判して、新しいものを生み出そうとする性質のものであるから、特に高い程度の自由の保障が必要であるからだと言われる。

本条は、自由権としての学問の自由と、制度的保障としての大学の自治を保障した規定である。学問の自由を守るためには、大学の自治を認めることが不可欠の条件である。明治憲法では、学問の自由の憲法的保障が存在せず、学問研究の自由や大学の自治に対して抑圧が加えられた経験がある。

### 2 学問の自由の保障

(1) 学問の自由は、①学問研究活動の自由、②その研究成果の発表の自由、および③教授の自由を意味する。

(2) 内心にとどまる限り、学問研究の保障は絶対的に保障される。しかし、学問研究の方法などに一定の制約を加えることは許される（たとえば、遺伝子組み替え実験など）。研究発表の自由および教授の自由については、基本的に表現の自由と同じように考えることができる。しかし、一般に、学問の自由としての保護を受けるのは、学問としての研究成果の発表・教授であって、実社会に働きかける実践的な政治的社会的活動にまでは保護は及ばないと考えられている（ポポロ事件、最大判昭38.5.22）。後者は、表現の自由の問題と考えられている。

### (3) 教育・教授の自由

特に議論されてきたのが、③の教授の自由に関してである。従来の支配的見解は、学問の自由が伝統的に大学の自由として発展してきた経緯を重視して、教授の自由を享有するのは、大学その他の高等学術研究教育機関の教員に限られ、初等・中等教育機関の教員は、憲法 23 条の保障する教授の自由を享有しないとしてきた（ポポロ事件判決参照）。

しかしその後、最高裁は、下級教育機関における教授の自由については、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含み、普通教育の場においても、たとえば教師が教授の具体的な内容および方法につき、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としている（旭川学テ事件，最大判昭 51. 5. 21）。

ただし、下級教育機関については、児童生徒に教授内容に対する批判能力が備わっておらず、教師が児童に対して強い影響力、支配力をもつので、教師の教授の内容を無批判に信用してしまうおそれがある。また、子どもの側に学校や教師を選択する余地が乏しい。さらに、教育の機会均等などを図るうえからも、全国的に一定の水準を確保すべき強い要請がある。このようなことから判例は「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」と判示している。

## 3 大学の自治

### (1) 意義

憲法 23 条の学問の自由の保障は、学問の自由そのものを保障するための大学の自治の制度的保障をも含む。大学の機能がその設置者（資金提供者）によって歪められるおそれがあるので、大学を外部勢力（公権力、設置者の権能など）の制約・拘束から開放し、大学が研究教育という本来の機能を自主的自律的に決定遂行しうるようにしようとするものである。

### (2) 大学の自治の内容と範囲

大学の自治とは、大学が外部の勢力に干渉されることなく、学問研究および教育という本来の任務の達成に必要な事柄を自ら決定することをいう。前掲ポポロ事件最高裁判決は、①教員・学長などの人事における自治、②施設の管理における自治、③学生の管理における自治を挙げている。

### (3) 大学の自治と警察権との関係

大学の自治は、大学に治外法権的な特権を認めたものではない。しかし、大学の自治は外部勢力との関係でその干渉から保障されることを要請する。この場合、警察作用との関係が問題となる。

判例は前掲ポロ事件において、大学構内で行われた政治的・社会的集会は、学問的な研究と発表のためのものではないから、大学の学問の自由と自治を享有するものではないとして、警察官の立入りは、違憲ではないと判示した。

これに対して学説は一般に批判的であり、政治的・社会的集会だからといって大学の自治の保障が及ばないとするのは妥当でないとしている。そして、①大学内の秩序は、第1次的には、大学自らの管理責任においてその維持が図られるべきであり、②それが不可能な場合には、大学の要請により、第2次的に警察権が発動されその関与が大学に及ぶとする見解などが主張されている。なお、大学内部への警察権の立入りが認められる場合でも、警察責任の原則・警察公共の原則・警察比例の原則という警察権の限界に関する諸原則が妥当すると解されている。

## 第4節 表現の自由（憲法21条）

### 1 総説

(1) 憲法21条1項は、「言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」と定めて表現の自由を保障している。言論とは口頭による表現を、出版とは印刷による表現を指すものといえる。しかし、憲法自身がこれらに加えて一切の表現の自由を保障していることからわかるように、表現媒体の種類の問題ではない。およそ一切の意見・思想の表明行為は、「表現」として憲法21条の保護を受ける。そこで、ここでは広く「表現の自由」という言葉を使うことにする。

(2) また、表現の自由という言葉が文字どおり読めば「表現伝達活動（表現する人の自由）」のみを保護しているかのようにも思われるが、後述のように「知る権利」論の台頭に伴い、表現の伝え手の立場ではなく受け手の立場に焦点が当てられてきている。その結果、「表現の受領」「表現のための情報収集」などの側面も注目されるようになってきている。

(3) さらに、「知る権利」論の高まりに伴い、思想の伝達のみならず、「情報」の伝達、すなわち「報道」もまた憲法21条の保護を受けるものと考えられている。こうして、現在では、表現の自由は、意見・思想の自由に限られず、事実の報道の自由も含むものとして、つまり情報の流通の自由を意味するものとして理解されなければならない。

## 2 趣 旨

(1) 一般に表現の自由は次の4つの価値に仕えていると指摘されてきた。

- ① 個人の人格の形成と展開（個人の自己実現）にとって、不可欠である。
- ② 民主主義の維持・運営（個人の自己統治）にとって、不可欠である。
- ③ 真理に到達するためには、思想の自由な交換（思想の自由市場）が不可欠である。
- ④ 国民の意思に基づいて成立する権力の正当化および安定化にとって、不可欠である。

(2) 思想の自由市場論

これは、種々の思想を自由に社会に登場させ、その間で競争させることが、真理や正義の発見に役立つとの理論である。そこでは、不快ないし邪悪な言論に対しても、国家による抑圧ではなく、それを批判する別の言論で対処せよ、とされる（対抗言論の原則）。

この思想の自由市場論に対しては、真実が常に自由市場の中で虚偽に勝つとは限らないという批判がある。しかし、この理論は、市場で勝ち残ったものが必ず真理だということではない。重要なことは、いかなる思想であれ、それが覆される可能性を常に残しておくべきだということである。また、それは裁判所を含む公権力に、表現が真理かどうかの判断を委ねることの危険性をも問題としたものである。

さらに、この理論に対しては、自由市場とは幻想であって、現実には存在しないものだという批判もある。確かにそのとおりであるが、だからこそ、市場が独占されないよう、つまり自由市場が維持されるように配慮が必要なのである。

(3) 民主主義プロセス論（民主政過程論・自己統治論）

これは、表現の自由は民主主義プロセスにとって不可欠であるから、表現の自由は特別に手厚く保護されなければならないとする考え方である。

最高裁も、「主権が国民に属する民主制国家は、その構成員である国民がおよそ一切の主義主張などを表明するとともにこれらの情報を相互に受領することができ、その中から自由な意思をもって自己が正当と信ずるものを採用することにより多数意見が形成され、かかる過程を通じて国政が決定されることをその存立の基礎としているのであるから、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ものであり、憲法 21 条 1 項の規定は、その核心においてかかる趣旨を含むものと解される」と述べている（北方ジャーナル事件，最大判 61. 6. 11）。

### 3 制 約

#### (1) 最高裁の考え方

最高裁は初期の事例では、表現の自由も絶対的ではなく公共の福祉のための制約に服するという論理で、容易に表現の制約を支持してきた。しかし、これでは表現の自由の保障の意味はまったくなくなってしまい、学説はこぞって批判を加えた。

その後、最高裁は、次第に表現の制約の合憲性を審査するにあたって、利益衡量の姿勢を示すようになった。典型例が博多駅テレビフィルム提出命令事件決定であり、この事件で最高裁は提出命令が許されるかどうかは、フィルムを提出させる必要性和、それによって報道機関の将来の取材の自由が妨げられる程度と、それが報道の自由に及ぼす影響の度合いその他諸般の事情を比較衡量して決せられるべきだとし、利益衡量の結果、フィルムの提出命令を支持したのである（最大決 44. 11. 26）。また、公務員の政治活動の禁止が争われた猿払事件でも利益衡量の手法が用いられた（最大判昭 49. 11. 6）。

このように最高裁は表現の制約の合憲性審査にあたって比較衡量の手法を用いるようになったものの、立法目的については議会や政府側が主張している目的をそのまま額面どおり受け取っているし、一般的に規制目的の正当性がいえれば、当該事例において問題の表現がどのような危害を生じさせたのか、あるいは生じさせそうなのかも真剣に検討していない。さらに、手段審査の場面でも表現規制が目的達成に必要な最小限度であるかどうかを厳格に審査していないのである。最高裁は、違憲審査基準のレベルにおいて、表現の自由もほかの諸自由も同じように扱っているのである。

## (2) 表現の自由の優越的地位（「二重の基準」の理論）

憲法学では伝統的に、表現制約立法の合憲性を裁判所が審査する場合どのような姿勢で臨むべきかという問題に関して、「表現の自由の優越的地位」あるいは「二重の基準」とよばれる議論が支持されてきた。

この議論によれば、裁判所が議会の制定した法律の合憲性を審査する場合には、表現の自由を制約する立法とその他の一般的な自由、典型的には経済的自由権を制約する立法とで、異なる態度で臨むべきである、とされる。

一般的には、国民代表である議会の制定した立法は、合憲性の推定を受け、その違憲性を主張する当事者がなぜ違憲であるかを主張立証すべきであり、合憲か違憲かを判断する際には、「合理性の基準」という緩やかな審査基準が妥当する。これに対して、表現の自由を制約する立法については合憲性の推定が排除され、合憲性を判断する際にはより厳格な審査基準が妥当するとされる（→論点【5】）。

その根拠として、以下の民主政過程論が挙げられている。法律の合憲性が推定され、立法府の判断が尊重されるのは、その法律を制定した議会が自由な表現による討論の結果選ばれた国民の代表だと考えられるからである。しかし、その代表者の制定した法律が政治的プロセスそのものを制約しようとしている場合、代表者は政治的変化の経路を断ち、国民が代表者を選出する基盤そのものを掘り崩してしまおうとしているのではないかとの疑いが生じる。そこで、民主主義プロセスの不可欠の構成要素である表現の自由が制約されている場合には、裁判所はその制約を合憲と推定することなく、つまり立法府の判断を尊重することなく厳格に審査しなければならない。

最高裁も、このような二重の基準論を示唆する口ぶりを示している（小売市場事件，最大判昭47.11.22など）。しかし、最高裁は、表現の自由が問題とされた事例で実際にこのような厳格な審査基準を適用したことはなく、また表現制約立法を違憲と判断したことも一度もない。

## 論点【5】：厳格な審査基準

### 【考え方】

厳格な審査基準の具体例として、学説は次のような審査基準を提示している。

#### 1 事前抑制の原則的禁止の法理

表現行為に先立って抑制すること、および実質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法（広義の事前抑制）は、原則的に禁止される。

なぜなら、(a)当該表現が公表される以前にそれを抑止し、国民の知る権利を全面的に奪うものであること、また、(b)手続上の保障や実際上の抑止的效果において事後規制の場合に比べて問題が多いからである（なお、最大判昭29.11.24は、公安条例について一般的許可制は憲法の趣旨に反するという）。

#### 2 漠然性ゆえに無効の法理（明確性の原則）

表現の自由を規制する立法の文言が漠然・不明確であつて、通常の判断能力を有する一般人の理解において、許される行為と許されない行為との限界が明らかでない場合には、当該法律の恣意的適用の可能性と不明確な法文の存在自体が表現行為に及ぼす萎縮的效果の面から、法律そのものが違憲となる。徳島市公安条例事件最高裁判決は、この理論を承認する（最大判昭50.9.10）。しかし、表現制約立法を不明確であるという理由で違憲としたことはない。

#### 3 過度の広汎性ゆえに無効の理論

合理的範囲において成立する合憲限定解釈が許される場合以外は、過度に広汎な規制を定める法令は文面上無効となる。

不明確な文言による規制は、同時に過度に広汎な規制となるが、規制文言それ自体は明確であっても規制対象が包括的であり、規制の対象とすべきでない行為をも含むものである場合には、「明確性の原則」とは理論的に区別される。

#### 4 より制限的でないほかの選択しうる手段の法理（L. R. Aの基準）

目的は正当で確かな根拠があつても、当該法令の定めている規制方法より制限的でない規制方法があり、それによって同じ法目的を達成できる場合には、当該法令の定めている規制方法は目的達成のための必要最小限度を超えるものとして違憲となる。

#### 5 明白かつ現在の危険の原則

表現の自由の制約は、思想の自由市場による淘汰に委ねておけないような重大な害悪を発生させる明白かつ現在の危険を有する場合に限って許されるべきだという基準である。この基準は思想の自由市場論と結びついて主張された。

この基準は、危険の明白性・切迫性・重大性の認定において、相対立する社会的利益を事件ごとに比較衡量するため、裁判官に主観的判断を許す危険性がある。それゆえ、この基準の適用については、行為の危険性判断から主観性を排除することが必要である。

### (3) 表現の自由の制約はどのような基準を充たすべきか

一般に表現の自由の制約が問題とされる類型を、表現内容に基づく制約と表現内容に基づかない制約（表現内容中立規制）の2つに区分して考えられている。そして、特に表現内容に基づく制約については、憲法はこのような表現内容に基づく制約を原則として禁止していると考えらるべきである。なぜなら、表現の自由は民主主義の不可欠の構成要素であるから、表現がもたらす害悪は、基本的に自由市場の中で個々の受け手の判断に委ね、政府はこれに干渉するべきではないと考えられるからである。それゆえ、ここでは最も厳格な合憲性判断基準が妥当することになる。

## 4 知る権利

### (1) 意義

- ① 知る権利とは、情報源（特に国家機関）から情報を自由に受け取り、さらにこれに対して情報の開示を求める権利である。

知る権利という考え方は、アメリカで第2次世界大戦後に展開したものである。表現の自由は、従来表現をする人の自由として捉えられてきた。そこでは、情報の受け手のことはあまり考えられていなかった。ところがアメリカでは、第2次世界大戦の間に政府が秘密主義に傾き、マス・メディアは、それに対抗して報道が国民の知る権利に仕えるものだとして主張し、政府の秘密主義を批判した。このような「知る権利」論の高まりによって、報道の背後にいる情報の受け手の立場が、表現の自由の問題を考える際に考慮されるようになった。と同時に、国民が政府情報にアクセスできることを保障すべきだという考え方が有力になった。

このようなアメリカでの展開を受け、日本でも知る権利が承認されるに至った。

- ② ただ「知る権利」といっても、それはきわめて多義的であり、理念としての知る権利と人権（具体的権利）としての知る権利に大別される。

- (a) 前者は、報道機関の報道が憲法的保護を受けることを正当化・補強するための材料として、国民の知る権利が援用される場面で主張される。ここでは国民の知る権利は独自の権利としてではなく、報道機関の権利の補強手段として言及されているのである<sup>\*1</sup>。

<sup>\*1</sup> 事実の伝達を主な内容とする報道の自由は、「表現の自由」に含まれ、憲法21条1項によって保障されている（博多駅テレビフィルム提出命令事件，最大決昭44.11.26）と考えられている。なぜなら、①事実の伝達と思想・意見の表明を区別することは、事実を捉える視覚や伝達価値の評価に主観的判断が混入するため困難であるし、②国民の知る権利は、多くは報道機関の報道を通じて充足されるという側面をもつからである。

- (b) 後者は、情報受領の自由〔(4)〕、情報収集の自由〔(5)〕および情報公開請求権〔(6)〕の3つに分けられる（前2者は自由権であるが、最後者は作為請求権である）。

このように国民の知る権利は多義的であり、それぞれがいかなる意味でどのような権利内容をもつものかは、具体的に検討しなければならない。

- ③ 「知る権利」論の台頭は、表現の自由法理にも大きな影響を与えた。すなわち、表現の自由は、単に表現することの自由だけでなく、前提となる取材（情報の収集）から、表現（情報の提供・伝達）を経て、表現の受領（知る権利）という1つの情報流通のプロセスを保障するものとして理解されるに至ったのである。

## (2) 憲法上の根拠

憲法 21 条に求める説と、その他に国民主権規定など複数の条文を援用する説がある。しかし、表現の自由は情報の取得（収集）・提供（伝達）・受領の全過程における自由を包含するという立場からは、憲法 21 条説が妥当である\*2。

\*2 もっとも、判例は、閲読の自由（情報受領権の1つ）について、それが憲法上保護されるべきことは憲法 19 条・21 条の趣旨・目的から当然に導かれ、また同 13 条の趣旨にも沿うと判示している（「よど号」新聞記事抹消事件，最大判昭 58.6.22）。

## (3) 法的性質

① 表現の自由は、国家の情報流通に対する不干渉を請求する、すなわち不作為請求権としての自由権であることがその本質である。よって、知る権利についても公権力の妨害を排除する消極的・自由権的性格がその基本となる。しかし、知る権利には自由権的性格だけでなく、参政権的な性格もある。なぜなら、民主主義社会において、国民は、国政についてさまざまな事実や意見を知ることによって初めて政治に有効に参加することができるからである。

② さらに知る権利には、作為請求権としての社会権（請求権）的性格も含まれる。すなわち、国民が国政のあり方を最終的に決定する権限を有する国民主権の趣旨からいって、情報の受け手たる地位に追いやられたほとんどの国民にとっては、積極的に政府情報などの公開を要求することのできる権利も知る権利の内容として保障される必要があるからである。これは、実定法上の根拠なくして直ちに具体的権利となるものではないが、国家が国民の知る権利を実現するために積極的な施策を講ずべき一般的義務を有していることを明確にする点で重要な意義をもつ。

そして、知る権利の自由権的側面については、裁判規範性を有するが、社会権的側面については、具体的な法律上の根拠がない場合には裁判規範性が否定される。

## (4) 情報受領権

この権利は知る自由（読む自由や見る自由を含む）を意味し、すでに報道がなされているのに、受領する以前に何らかの理由で情報の伝達が遮断されてしまっているような場合に問題となる。

人権としての知る自由は表現の自由と表裏一体の関係にあるわけではない。表現する側の自由を侵害する法律があったとしても、それを直ちに国民の知る自由という人権の侵害とみなすわけにはいかないからである。知る自由の侵害は、在監者への新聞・書籍の差入れ禁止・制限（「よど号」新聞記事抹消事件，最大判昭58.6.22）や、税関検査による海外のわいせつ表現物の国内持ち込みの禁止（ボルノ税関訴訟，最大判昭59.12.12）の場面などで問題となる。

#### (5) 情報収集権

これは、任意に情報を提供しようとする情報源から情報を自由に収集することができる権利である。情報収集手段の利用（写真撮影・メモ採取など）の自由を含む。この権利はすべての国民が有するものであるが、報道機関の場合には取材の自由とよばれる。

##### ① 取材の自由

取材の自由とは、生の事実に接近し、そこから表現する内容を新たに作りだす行為の自由であり、憲法21条1項により保障されていると解するのが有力である。(a)憲法上保障される報道の自由における報道が正確で豊富な内容をもつためには、取材の自由が確立されていなければならないし、(b)国民の知る権利を実現するために、報道機関による積極的な取材活動は不可欠である。また、(c)情報の収集・編集・発表に至る過程は密接に関連しているから、表現の自由・報道の自由の保障を実質化するためには、取材の自由も憲法上保障しなければならないからである。

判例は、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」と説くにとどまった（博多駅テレビフィルム提出命令事件）。

##### ② 限界

取材にかかわる自由は、公正な裁判の要請や国家秘密などとの関係で一定の制約を受ける。その制約には、情報収集行為を直接規制する場合と将来の情報収集行為に萎縮的効果を及ぼすような場合の2つがある。後者の場合に当たる取材源秘匿権に対する制約が問題となる。

そもそも、正確な情報が国民に伝達されるためには、取材源を明らかにしないという内々の信頼関係の保護が必要である。しかし、判例は「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……あるが、わが現行刑法は新聞記者を証言拒絶権あるものとして列挙して」おらず、また、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」として、新聞記者が証言拒絶権を有するという主張を退けている（石井記者事件，最大判昭 27.8.6）。

#### (6) 政府情報公開請求権

これは、国家機関が自発的に情報を提供しない場合に強制的に情報を文書もしくは口頭で開示させる権利を指し、抽象的権利にとどまる。したがって、それを具体的に認めるためには情報公開立法の制定が必要となる（なお、平成 11 年に「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（情報公開法）が可決された）。なぜなら、法律・条例によって具体化されなければ権利の対象や主体が明確にならないからである。

#### (7) マス・メディアに対する権利

知る権利の 1 つとして、マス・メディアに対する知る権利が語られることがある。これは、主として、マス・メディアに対して、多様な意見を公平に取り上げるよう求める権利を意味する。

しかし、この権利を法制度のうえで実現することは、放送局や新聞社に対して、公平な内容の番組や記事を組むよう法的に義務付けることを意味するため、マス・メディアの表現の自由（番組・記事の編集の自由）が公権力により侵害されることになる。

これに関連して、マス・メディアに対するアクセス権をめぐる問題がある。アクセス権とは、狭義においては、名誉毀損に対する一救済方法としての反論権を、広義においては名誉毀損の成立を要件としない反論権や有料の意見広告を含めておよそ市民が何らかの形でマス・メディアを利用して自己の意見を表明できることを指す。

このうち、憲法上問題となるのは、広義の「アクセス権」である。この「アクセス権」は、公権力が報道機関と国民という私人関係に直接介入し、それ自体表現の主体であるマス・メディアの消極的表現の自由を直接侵害することによって実現される権利であるところに特徴がある。

したがって、これを法的権利として構成することは、かえってマス・メディアの表現内容に対する公権的規制を伴うこととなる点で問題が多い。サンケイ新聞事件最高裁判決も21条から直接に、反論文掲載請求権が当事者に生ずるものではないとしている（最判昭62.4.24）。

## 5 検閲の禁止（憲法21条2項前段）

### (1) 事前抑制の原則的禁止と検閲禁止

表現の自由の保障は、当然に表現の「事前抑制の禁止」を内包しているものと考えられている。事前抑制は、当該表現が「市場」に出る前に公権力がそれを抑止するものである点で、思想の自由市場の観念に反すること、および事前抑制は事後の抑制に比べて公権力による規制の範囲がはるかに広汎に及ぶことや手続上の保障さらには実際上の抑止的効果の点で問題が多いことから原則として禁止される。他方、憲法21条2項前段は「検閲は、これをしてはならない」と定め、検閲を禁止している。

では、「検閲」とは何であろうか。また、その禁止と1項に内包されている「事前抑制原則禁止の法理」との関係が問題となる。

### (2) 学 説

#### ① 広義説（従来の通説）

検閲主体を広く公権力とし、この公権力による思想内容の事前審査をすべて「検閲」とし、こうした「検閲」は原則的に禁止されるとする見解である（A説）。

さらに、検閲主体を広く公権力としつつも、検閲対象をより広く表現内容に拡大し、事前とは厳密な意味の発表前ではなく、思想・情報を受ける国民の知る権利の観点から受領前を含むとする見解もある（B説）。B説によれば、「検閲」は裁判所による事前差止めを含む広義の「事前抑制」と同視され、したがって、検閲禁止の法理と事前抑制禁止の理論とは同義だということになる。

## ② 狭義説（有力説）

これは、事前抑制と検閲とは概念上区別し、事前抑制とは表現行為がなされるに先立ち公権力が何らかの方法でこれを抑制すること、および実質的にこれと同視できるような影響を表現行為に及ぼす規制方法をいい、それは憲法 21 条 1 項にも当然に前提とされている事前抑制禁止の理論により原則的に禁止され、事前抑制の中でも表現行為に対する抑止の効果の強い検閲は、2 項により絶対的に禁止されるとする立場である。

そして、そうした「検閲」とは、表現行為に先立ち行政権がその内容を事前に審査し、不相当と認める場合にその表現行為を禁止することであるとす。

## (3) 検討と判例

- (a) 検閲は歴史的にもまた現実的にも行政権との関係で問題となることが多いという歴史的沿革を踏まえている。
- (b) 検閲禁止の絶対性を貫くことができる。
- (c) 表現の自由の一般的保障とは別に検閲が憲法の明文で禁止されている趣旨を明確にすることができる。

というメリットがある②説が答案では書きやすい。

なお、判例は「検閲／事前抑制」2分論を採用しているので、基本的には②説の立場である。すなわち、検閲を「行政権が主体となって、思想内容などの表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指す」と定義し、検閲禁止は絶対的であるとする（最大判昭 59. 12. 12）。

しかし、検閲対象を思想内容などに限っている点、目的・規制態様について「発表」の契機を強調している点で、きわめて狭い検閲概念を採用しており、②説そのものではない。

## (4) 検閲にあたるかどうかの問題となる具体例 — 税関検査

最高裁は、先に述べたような検閲概念を前提として、次の3つの理由で税関検査は「検閲」にはあたらないとした。

すなわち、第1に対象が外国で発表されたものであって、事前の発表禁止ではないこと、第2にそれは関税徴収手続に付随して行われるもので、思想内容それ自体の網羅的一般的審査を目的としていないこと、第3に税関が関税徴収を本来の職務とする機関で、思想内容による禁止を独自の使命とするものではなく、その判断に対し司法審査の機会が与えられていること（最大判昭59.12.12）。

しかし、外国で発表されていても日本に輸入できなければ結局日本の国民に情報は与えられないことになり、これはまさに情報の伝達の途中で、情報が国民に到達する可能性が生じる以前に情報の流れを切断するものである。しかも最高裁のように仮に「検閲」に該当しないとしても「事前抑制」であると考えられるが、最高裁はこの原則禁止に対する例外を認める余地があるのかどうかについては検討していない。

## 6 表現内容に基づく制約

- (1) 表現がその内容ゆえに制約される場合、裁判所はその制約について特に厳格な姿勢で臨むべきである（通説）。なぜなら、このような場合、政府が表現内容を危険だとか、あるいは害悪をもたらすものだと判断して制約しているからである。思想の自由市場論の帰結である。

ここでは、名誉毀損的表現・プライバシーに触れる表現を検討する。

- (2) 名誉毀損的表現・プライバシーにふれる表現

表現の自由は、国民の自己実現・自己統治に不可欠なものである。他方、名誉権・プライバシー権も、民主社会を基礎づける個人の尊厳（13条前段）を確立する手段である。したがって、いずれが優先するという性質のものではない。そこで、学説は両者が衝突する場合、その調整は、等価値的な利益衡量によるべきものと解している。

- ① 表現の自由と名誉権・プライバシー権

名誉権・プライバシー権と表現の自由との調整は、原則として等価値的な利益衡量による。ただ、表現の自由の優越的地位が、とりわけ国民主権に基づく民主主義にとって不可欠の前提基盤であることに基礎づけられる点にかんがみ、公共性のある事項については、公表価値あるものとして憲法の保障する表現の自由の範疇に属すると解される。

② 名誉権・プライバシー権侵害を理由とする差止請求権

名誉権・プライバシー権の保護ということを考えれば、謝罪広告（最大判昭31.7.4）や反論文の掲載（最判昭62.4.24は不法行為が成立しない場合には否定した）などの事後的救済手段による救済のみでは不十分である。特に、プライバシー権については、いったん私事が公表されてしまうと回復不可能な場合が多いので、保障の実効的手段として侵害行為の事前差止の方法を認める必要性が高い。しかし、このような事前差止は、表現行為に対する事前抑制を意味するので、憲法上許容されるかが問題となる。

名誉権・プライバシー権の侵害に対する救済方法の1つである裁判所による表現行為の事前差止は、公権力が表現内容を事前に審査してその発表・発売を禁止する行為である以上、事前抑制であることにかわりがない。こうした事前差止は、前述の5(2)における広義説Aでは、「検閲」に該当し許されないとされるか、あるいは「検閲」の例外として認められるとされるかは明確ではない。広義説Bによれば、「検閲」＝「事前抑制」の問題として扱われ、厳格な要件の下で例外として認められることになる。狭義説によれば、そもそも「検閲」には該当せず、もっぱら「事前抑制」禁止の理論の問題として扱われ、広義説Bと同様、厳格な要件の下で例外として許容されることになる。

したがって、いずれの説をとっても、事前差止が認められるための厳格な要件を明らかにしなければならない。この点については、北方ジャーナル事件が参考になる。判例は、刑法230条の2を参考にして、公共の利害に関する事項である場合には、事前差止は原則として許されないが、(1)①その表現内容が真実でなく、または②それがもっぱら公益を図る目的のものでないことが明白であり、かつ(2)被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被るおそれがあると認められるときに初めて、例外的に裁判所による事前差止が許されるとしている（最大判昭61.6.11）。

## 第4章 経済的自由権

### 第1節 職業選択の自由（憲法22条1項）

#### 1 職業選択の自由の意義

職業は、人が生計を得るために従事する継続的な社会・経済的な活動である。封建社会では、職業は身分によって定まっていた。職業選択の自由には、自分が従事する職業を選択する自由が含まれる。また、職業選択の自由は、自己が従事する職業を決定するほか、その職業遂行の自由を含み、これらの行為が、国家によって妨げられないことを意味する（営業の自由）。

職業活動は、個人の能力を発揮して人間の価値を実現する手段であるから、職業選択の自由は、自己を実現し、人格を発展させる場として権力による規制は慎重でなければならない。

#### 2 営業の自由

職業選択の自由に含まれる職業遂行の自由は、人に雇われる職業を除けば、営利を目的とする自主的活動である「営業の自由」である。憲法22条1項は営業の自由をも保障していると解するのが通説である。判例も、小売市場許可制合憲判決において、憲法22条1項の「職業選択の自由を保障するという中には、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含」と判示し（最大判昭 47.11.22）、さらに、薬事法事件判決では、「職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請される」のであり、したがって憲法22条1項は、「狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由をも包含しているものと解すべきである」と判示し、基本的に同じ立場に立っている。

#### 3 職業選択の自由の限界

##### (1) 職業の自由に対する内在的制約（消極目的による制約）

職業というものは、本質的に社会的な性格を有するから、営業の自由も、それ自体に内在する限界（内在的制約）をもつ。

たとえば、薬事法違憲判決で問題となった薬局の許可制がそれにあたる。これらの制限は、規制対象行為と害悪発生との間に合理的な関連性が認められれば、憲法上許されるが、ただ、その程度・手段は害悪発生を防止するための必要最小限度に止まらなければならない。そこで、制限の仕方が問題となる。

まず、国民の職業活動に対する制限の仕方としては、

- (a) 職業を行うこと自体を制限する場合と
- (b) 職業を行うことは許されるが個々の職業活動に制限を加える場合(たとえば、夜12時以降の営業を禁止する)とがある。

必要最小限度の制限という観点からは、(a)のほうがより厳しい制限であるから、(a)の制限が許されるためには(b)によっては制限の目的が達成し得ないことが必要である(LRAの基準。このことを示したのが薬事法違憲判決)。

つぎに、(a)の制限もいろいろあることに注意しなければならない。最も厳しい制約は、一定の職業を行うこと自体を禁止する場合である。この例として、医業類似行為を業として行うことを禁じた「あん摩、はり師、きゅう師および柔道整復師法」がある(これを合憲としたものとして、最大判昭35.1.27)。第2は、職業への参加資格を制限するもので、これには届出制、登録制、許可制がある。この中で最も厳しい制限が許可制である。これは、法定の許可基準に照らして行政庁が許可否を決定し、許可を得て初めてその職業を行いうるものとする制度である。許可制は、職業への参加資格の制限としては、最も厳しい制限であるから、許可制が合憲といえるためには、それよりも緩やかな届出制などによっては制限の目的が達成しえないことが必要であり、また、許可制自体は合憲とされる場合にも、個々の許可条件(たとえば、距離制限)が必要最小限度といえなければならない。特に、いわゆる距離制限のような個々人の能力を超えた観点からする許可条件は、害悪発生の防止という消極目的と結び付くとは通常いえないから、厳密にその合憲性を判断しなければならない(薬事法違憲判決、最大判昭50.4.30)。

## (2) 職業の自由に対する政策的制約(積極目的による制約)

- ① 職業の自由は、以上のような一定の害悪発生の危険を防止するための内在的制約とは別に、政策的制約にも服する。たとえば公衆浴場法における許可制がこれにあたる。もし、公衆浴場の営業に関して許可制がなく、営業を自由に許したらどうなるであろうか。公衆浴場間で当然に競争が生じることになる。そうすると、経営基盤の弱い公衆浴場はつぶれることになるが、これでは自家風呂をもたない下宿人にとってはたまったものではない。

そこで、経営基盤の脆弱な公衆浴場や、自家風呂をもたない人といった社会的・経済的弱者の保護という政策的な理由から、新たに公衆浴場を開設するには、許可制を設ける必要があるのである。

- ② こうした、社会・経済的弱者を保護ということ ― 前掲薬事法違憲判決によるとそれよりも広く、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進なども含む ― を主な理由として課される制約を、政策的制約という。前述した内在的制約というのは、ほとんどすべての人権に存在するもので、職業選択の自由も例外ではない。要は「わがまま・自分勝手に許さない」という制約である。それに対して、政策的制約というのは、本人には何も非がないのに弱者保護などの社会経済政策的な理由から課される制約である。

ではなぜ、職業選択の自由には、このような政策的な制約が許されるのであろうか。判例は、憲法が生存権を代表として社会的経済的弱者保護という姿勢を打ち出しているのであるから、その裏返しとして、社会的経済的強者に対しては、政策的制約も許されることはもともと憲法が予定していることである、と述べている（小売市場許可制合憲判決，最大判昭 47. 11. 22）。

ただ、このような理由づけからすれば、政策的制約とは、弱者保護という観点から課される制約に限定されることとなる。

### (3) まとめ

#### ① 制約の目的

以上のように、職業の自由に対する規制立法の目的は、大きく2つに分かれる、ということを十分に理解されたい。たとえば、薬事法および小売商業調整特別措置法における許可制（あるいは、許可基準の1つとしての距離制限。ここでは1つにまとめて説明する）という規制を例に挙げると、なぜ許可制が設けられたのかというと、①1つは、薬局の自由な開設を許すと、不良医薬品が消費者に供給されるという、国民の生命・健康に対する危険があるので、それを防止するため（消極目的、薬事法違憲判決）であるし、②もう1つは、小売市場の自由な開設を許すと、中小企業である小売商間で過当競争が生じて共倒れが起きるのでそれを防止、社会的・経済的弱者を保護するため（積極目的、小売市場許可制合憲判決）、である。

このように2つの立法目的を分ける実益は、この区分が違憲審査基準の違いに結び付くという点にある。

② 規制の合憲性判定基準

(a) 消極目的の制限の場合は、制限の目的が一定の害悪の防止という点にあるから、規制目的が合憲とされるためには、そこで規制対象とされている行為が何らの規制もなく放置されたならば害悪が生ずることが検証されなければならない。この場合、裁判所が、規制の必要性・合理性および同じ目的を達成できる、より緩やかな規制手段の有無を立法事実（法律の背後にあってそれを支えている一般事実）に基づいて判断すべきである。薬事法違憲判決も、以上の基準（厳格な合理性の基準）を採用した。

(b) 他方、積極目的の制限の場合、目的審査の基準としては、同じく合理性の基準があてはまるが、手段審査の基準は消極規制の場合とは異なる。なぜなら、国が経済的・社会的弱者の保護を図るために必要な手段として、必要最小限度に限るという理由は存在しないからである。こうして、積極目的の制限の場合には、制限の程度・手段に関しては、合憲性の推定が働き、それが著しく不合理であることが明白でない限り合憲とされる、という明白性の原則が適用されると考えられている。この点を明らかにしたのが、小売市場許可制合憲判決である。

	小売市場調整特別措置法事件 (最大判昭47.11.22)	薬事法距離制限事件 (最大判昭50.4.30)
規制目的	積極目的・政策的目的 国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進, 経済的弱者の保護などの社会政策および経済政策の実施を目的とする規制	消極目的・警察的目的 社会生活における安全の保障や秩序の維持などを目的とする規制
審査基準	明白性の原則 規制措置が著しく不合理であることが明白である場合に限って, 違憲とする。	厳格な合理性の基準 規制の必要性, 合理性および同じ目的を達成できるより緩やかな規制の手段の有無を審査し, かかる手段が存在しない場合に合憲とする

## 第2節 財産権の保障（憲法29条）

### 1 財産権保障の意義 — 憲法29条は何を保障するか

#### (1) 問題の所在

憲法29条1項は、財産権は侵してはならないとしながら、同条2項は財産権の「内容」は、公共の福祉に適合するように法律で定めると規定している。これは、ほかの憲法上の自由権にはみられない、財産権に独特な人権保障のあり方である。これらを文字どおり読めば、2項によって法律により生み出された財産権を、1項は不可侵と定めているにすぎず、1項の不可侵とは行政府を拘束することとどまり、立法府を拘束するものではないことになる（法律の留保型の保障）。

しかし、これでは財産権の保障は法律に依存することになり、憲法29条1項が憲法規範として法律に対抗しうるものではなくなるという難点がある。そこで、同条1項に独自の法的意義を見出すために、通説は次のように考えている。

#### (2) 制度・権利保障併存説

- ① まず、憲法29条1項は私有財産制度を制度として保障していると解する。したがって、私有財産制が廃止された社会体制、すなわち社会主義・共産主義への移行は合憲的に果たすことはできない、とされる。
- ② 第2に、私有財産制が保障されるとは、特定の財産が特定の人の所有に帰属している法律状態が保障されている、ということにほかならない。こうして、結局、特定人の特定の財産権が憲法29条1項によって、人権によって保障されるのである。
- ③ したがって、通説によれば、財産権の内容は法律によって定めるとはいても、立法者は全くの白紙の状態から財産権秩序を形成・変更しうるわけではなく、立法者も、所有権を中核として歴史的に形成されてきた既存の財産権秩序を、ある程度以上に侵害することはできない。その結果通説は、同条2項にいう「財産権の内容を定める」こととは、財産権を一定程度制限することと解するのである（1項は保障の規定、2項は制限の規定と捉える）。

### 2 財産権の制限（憲法29条2項）

「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」（憲法29条2項）

わかりにくい条文であるが、本条項は、およそ財産権に対する公共の福祉による制限の根拠規定であるとするのが通説である。そして、憲法 13 条とは別に、本条項で「公共の福祉」が再言されているのは、内在的制約（消極目的規制）のみならず、政策的制約（積極目的規制）の可能性を認める趣旨である。

#### 〈制約の具体例〉

- 内在的制約……① 生命・健康などに対する危害を防止するための各種の規制（伝染病予防法，食品衛生法，消防法，宅地造成など規制法）
  - ② 相隣関係の規制（建築基準法による建築の制限）  
（奈良県ため池条例事件判決……最大判昭 38. 6. 26）  
ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者の権利制限は、「災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要からくることであって、……何人も公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負う」。
- 政策的制約……① 私的独占の排除（独占禁止法）
  - ② 借地人・借家人の保護を図るためのもの（借地借家法）
  - ③ 耕作者の地位の安定と農業生産力の増進を図るための規制（農地法）
- 両者の混在した制約……公害防止・自然環境の保全のための規制，文化財や自然の風物の保存・保護のための規制，都市計画のための制限など

### 3 財産権の制限と損失補償

#### (1) 「公共のために用ひる」場合

憲法は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」としている（憲法 29 条 3 項）。これは、①財産権を制約する場合、それを金銭的価値に転化することによって、財産権保障を徹底するものであるとともに、②個人の損失を国民全体の負担に帰せしめることにより平等原則（憲法 14 条）の徹底を図ろうとするものである。

「公共のために用ひる」場合については、私有財産を直接公共の用に供するためには収用する場合をいうと狭く解する見解もある。このように考えれば、補償を要する場合を物理的な収用といった明確な基準で判断できるという。

しかし、今日、伝統的な収用概念に該当しない形での財産権制限を行う場合が多くなってきており、しかも、その場合に補償を要するとみられる場合も多々ある。このことから、「公共のために用ひる」とは、収用に限らず、広く財産の剥奪・制限を含むとしたうえで、補償の要否判定基準は別個にたてるというのが通説である\*1。

\*1 判例（農地改革事件，最大判昭28.12.23）も、「公共のために用ひる」とは、公共の利益に必要があれば権利者の意思に反して収用できる趣旨であるとして、特定の公共事業のために財産を収用する場合のみならず、広く「公共の利益」のために私有財産を収用する場合ないし制限する場合を含めて広く解している（広義説）。農地改革がその例である。

## (2) 補償の要否判定基準

それでは、いかなる場合に補償を必要とするか。抽象的にいえば、財産権を侵害された者が「特別の犠牲」を受けたといえるときは、補償が必要となる（通説）。ただ、「特別の犠牲」とは、どのような場合をいうのかについては争いがある。これは、2項と3項の関係をどのように考えるのか、という点と関連する（→論点【6】）。

### 論点【6】：2項と3項の関係

#### 【考え方】

#### 1 従来の見解（2項・3項分離説）

従来憲法29条3項は、同条2項とは別の話と考えられていた。すなわち、3項は、2項の「公共の福祉」という根拠がなくとも私有財産を公共のための収用を許す規定であり、ただそうすると29条1項で保障された財産権保障が無に帰するので、補償が必要だ、という趣旨であると説かれた。この見解によれば、補償について明文を欠く2項によっては、特別な犠牲を課することができないのであるから、①権利を剥奪しまたは剥奪するのと同視されるような制限であってはならず、かつ②特定人についてのみ不利益を課すものであってはならない、とされる。

#### 2 最近の有力説（2項・3項結合説）

しかし、2項よりどのような制約をなしうるかという問題と、補償を要するか否かという問題は別の問題であって、2項による財産権制限に対しても補償を要すると解される場合がありうるとする立場が今日では有力である。

すなわち、たとえば道路・空港の拡張などの公共のために土地を収用する場合、完全に損失が補償されるとしても、それは憲法29条1項で保障された財産権の制限にほかならない。だとすれば、それが許されるのは、まず2項による「公共の福祉」の範囲内でなければならない。つまり、財産権という人権の制約である以上、「公共の福祉」（消極目的・積極目的）という制約根拠をまず充たさなければならないはずである。そして、その制約根拠をクリアーして初めて3項の補償の要否という議論に入っていけるはずである。こうして、2項の「公共の福祉」による制限であっても、3項の「公共のために用ひる場合」にあたり、つまり補償を要する場合があるではないか、という立場が妥当であろう。

#### 3 補償の要否の判断基準

そこで、問題はどのような制限に補償がなされるべきか、その判断基準にある。

この点、個人の私有財産に対して「特別の犠牲」を課す場合に補償がなされる、という点で学説はほぼ一致しているが、問題は何をもちて特別の犠牲と解するかである。

従来通説は、前述した3項の趣旨に対応して、形式的基準（侵害行為の対象が一般的ないし一般人か）と実質的基準（侵害行為が財産権の本質的内容を侵すほどに強度か否か）とをあわせ判断すべきであるとされている。

思うに、損失補償の制度は、公共事業の必要性を満たしつつ、財産権不可侵の原則を貫き、かつ公共の利益のために特定人に加えられる経済的損失は、全体で負担すべきであるという平等原則の考え方に基づく。だとすれば、財産権保障の趣旨と平等原則の要請を同時に充たそうとする見地からは、この通説が妥当であろう。

### (3) 「正当な補償」の意味

補償を要するにしても、「正当な補償」(憲法 29 条 3 項)の文言の意味が必ずしも明らかでない。すなわち、どの程度の補償が憲法上要求されるのかが不明であり、争いがある。

#### ① 完全補償説 (現在の通説)

当該財産の客観的な市場価格(およびその制限によって生ずる、たとえば移転費などの附带的損失)を全額補償すべきであるとする説である。

#### ② 相当補償説 (かつての通説)

常に完全補償である必要はなく、立法目的(社会的経済的弱者保護など)や社会経済状況(終戦直後の経済状態など)を考慮して、社会通念上合理的な程度の補償であれば市場価格以下でもよいとする立場である。この立場は、主として、農地改革問題に関連して成立した。すなわち、当時の学説は、完全な補償を支払うことによって遂行し得ない農地改革を政策として支持し、そのため、憲法は、一般に完全な補償ではなく、相当な補償を求めているにすぎないとする立場が支配的となったのである。

#### ③ 検討

②説に対しては、公共のためということで財産の剥奪を正当化したうえでさらに補償の低額まで正当化する点で、論理の飛躍がある(そもそも一方的な財産の剥奪を正当化する公共の利益が、さらに補償の程度を切り下げることをも正当化するというのでは、財産権はあまりにも相対化されすぎる)、という批判が妥当し、現在では支持されていない。

財産権不可侵の徹底化と平等保障の趣旨からは、①説が妥当であろう。①説からは、農地改革の際に判例が相当補償説を採ったこと(最大判昭 28. 12. 23)は、憲法の枠外の事象を強いて憲法内在的に説明したものということになる。ただ、農地改革のように、侵害行為が、既存の財産法秩序を構成するある種の財産権に対する社会的評価が変化したことに基づき、その権利関係の変革を目的として行われる場合に限って、相当な補償でも合憲とする説も有力である。

なお、土地収用法上の補償額に関しては、完全補償との判例(最判昭 48. 10. 18)がある。

# 第5章 人身の自由

## 第1節 総説

身体に関する自由権のことを人身の自由という。人身の自由は、ほかのすべての人権を実際に行使するための、不可欠の前提条件である。日本国憲法は、明治憲法下での人権抑圧の経験に対する反省に立って、人身の自由に関する詳細な規定を置いている。条文でいえば、憲法18条・31条・33～39条がそれにあたる。特に、憲法31条はその文言と位置からみて、憲法33条以下で具体的に保障される人身の自由の総則規定であり、ここではこの条文だけ学習することにした。

## 第2節 適正手続の保障（憲法31条）

### 1 適正手続の保障

憲法31条は、「法律の定める手続」によらなければ、生命・自由を奪われまたはその他の刑罰を科せられないことを保障する。この規定は、国家の刑罰権が国民の権利・自由に対する重大な脅威となるものであるため、法律によって刑罰権発動の手続を定め、恣意的な刑罰権の発動を押さえようとするものである。この規定は、アメリカ合衆国憲法修正5条および修正14条のデュー・プロセス条項をモデルとしたものである。

もっとも、憲法31条は、「法律の定める手続」とのみいっており、「適正な手続」とはしていない。そのため、憲法31条はアメリカのデュー・プロセス条項とは異なり、手続を法律で定めることを要求しているのであって、定められる手続の適正まで要求するものではない、とする見解もある（もちろん、この見解も、手続の適正さが不要だとするのではなく、それは憲法33条以下によって具体的に保障されているから、憲法31条にあえて手続の適正さまで読み込む必要はない、とする）。しかし、憲法31条は、刑罰権の発動を手続面において制約することによって、国民の権利・自由に対する不当な侵害を排除しようとするものであるから、法律によって定められる手続は、権利・自由に対する不当な侵害を防ぐことのできる適正な手続でなければならないことは、当然である。また、憲法33条以下の規定は、そうした適正手続のうちの特に重要なものについて具体的に定めたものであって、適正手続の内容は、憲法33条以下に

定められたものに限定されるというものでもない。その意味で、憲法31条は、単に「法定手続」を保障するのではなく、「適正手続」を保障するものと解すべきである。

したがって、憲法31条は、憲法33条以下で具体的に明記されていない適正手続を、包括的に保障するものと解されるが、そのようなものとして特に重要なのは、告知・弁解・防御の機会の保障である。この点は、第三者所有物没収違憲判決（最大判昭37.11.28）において、「所有物を没収せられる第三者についても、告知、弁解、防御の機会を与えることが必要であって、これなくして第三者の所有物を没収することは、適正な法律手続によらないで、財産権を侵害する」ものであって憲法31条・29条に違反するとして判例上承認されている。

## 2 実体要件の法定・内容の適正

### (1) 実体要件の法定

憲法31条は、さらに、手続だけでなく、その前提となる実体要件、すなわち、刑罰権発動の根拠についても、法律で定めるべきことを要求するものであるかどうか問題となる。すなわち、罪刑法定主義の保障が憲法31条に含まれるかどうかである。

そもそも、恣意的な刑罰権の行使は、国民の権利・自由に対する国家権力による恣意的な侵害を招くことから、こうした刑罰権を法の制約の下におくことによって、国民の権利・自由が権力の恣意に委ねられることのないようにする、というのが「適正手続」の考え方の基礎になっているのである。だとすれば、法に基づき法に従って刑罰権が発動されるということそれ自体が、適正な手続による刑罰権の発動として要求されているのである。その意味で、適正手続保障には、刑罰権発動の根拠の法定ということも、当然に含まれていると考えるべきなのである。したがって、憲法31条を適正手続保障の規定と解する以上、そこには、実体要件の法定＝罪刑法定主義の保障が当然に含まれていると解されている。

### (2) 実体要件の内容の適正

さらに、この場合、実体要件についてもその内容の適正さまで憲法31条が要求しているのかどうかということが問題となる。判例は、犯罪構成要件の明確性が憲法31条の要求するところであるとしており、同条が実体の適正をも要求することを認める（徳島市公安条例事件，最大判昭50.9.10）。

### 3 憲法 31 条の行政手続への適用の可否

憲法 31 条は「その他の刑罰を科せられない」と規定していることから、適正手続の保障は刑罰を科する場合に限っているようにもみえる。しかし、現代の国家では行政の活動領域が拡大し、国民生活へ行政が介入する場面が多くみられるようになっており（行政国家・福祉国家）、行政手続であっても、刑事手続と同じように人権を侵害するおそれをもつものがあることから（税務調査、強制入院、少年院への収容など）、憲法 31 条は行政手続にも適用（あるいは準用、類推適用）されると解するのが通説である。もっとも、行政手続は刑事手続と異なり迅速性、緊急性を要することがあり、憲法 31 条が全面的に適用されるわけではないとする。

ところで、この問題について最高裁は個人タクシー事件（最判昭 46. 10. 28）において聴聞手続の重要性を説いていたが、この判決は道路運送法の規定を手掛かりとしており、告知・聴聞などの規定を欠いている法令の規定の下になされた行政処分の法的評価には言及していない。この点に関する最初の判断が、成田新法事件（最大判平 4. 7. 1）である。

成田新法事件最高裁判決によれば、行政手続にも憲法 31 条の保障は及ぶが、及ぶ場合でもどのような形で及ぶかはさまざまであるので、具体的な場合にどのような形で及ぶべきかは諸々の要素の総合衡量による、とされる。しかしこれに対しては、①憲法 31 条の保障が及ぶ行政手続の範囲が不明確であること、②事前手続の省略が許されるのは、やむにやまれぬ公益上の要請および明白な時間的切迫性・緊急性が必要なのではないか、という批判がなされている。







**LEC** れっく 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2010 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

KL10006