

第1部 総論

第1章 憲法と立憲主義

B

1. 憲法とは

A

憲法とは、国家統治の基本を定めた国家の基礎法である。

国家統治の基本は、いつの時代でも国家権力であり、この国家権力によって幾度となく国民の権利・自由が不当に侵害されてきた。

典型的には、国家が法律を制定し、それを国民に適用する形で、国民の権利・自由が制約されるのであり、その制約が不当な侵害に至らないよう、国家権力を縛る必要がある。

国家権力を制限して国民の権利・自由が守ることが、憲法の最たる役割であり、これを立憲主義的な憲法という（憲法により国家権力を制限し、憲法に基づいた政治を行うことを、立憲主義という。）。

日本国憲法は、立憲主義的な憲法と、統治機構について定める部分に大別することができ、前者については主として第2部で、後者については主として第3部で取り上げる。

2. 国家と法

C (択)

国家とは、一定の限定された地域（領土）を基礎として、その地域に定住する人間が、強制力をもつ統治権のもとに法的に組織されるようになった社会をいう。したがって、領土と人と権力は、古くから国家の三要素といわれてきた。

芦部 3頁

国家という統治団体の存在を基礎づける基本法、それが通常、憲法と呼ばれてきた。

3. 憲法の意味

B (択)

憲法には、①形式的意味の憲法（憲法という名で呼ばれる成文の法典であり、内容を問わない）と、②実質的意味の憲法（ある特定の内容をもった法を憲法と呼ぶ場合であり、成文・不文を問わない）とがある。②は、⑦固有の意味の憲法（国家の統治の基本を定めた法としての憲法であり、いかなる時代のいかなる国家にも存在する）、④立憲的意味の憲法（自由主義に基づいて定められた国家の基礎法であり、専断的な権力を制限して広く国民の権利を保障するという立憲主義の思想に基づく憲法である）に分類される。¹⁾

芦部 4～7頁

立憲的意味の憲法（②④）は、国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることを目的とする憲法である。その特色として、成文憲法という形式と、硬性憲法という性質（通常法律よりも厳しい手続によらなければ改正できない）が挙げられる。後者の理由については、憲法は社会契約を具体化する根本契約であり、国民の不可侵の自然権を保障するものであるため、憲法によってつくられた権力である立法権は根本法たる憲法を改正する資格をもつことはできず（それは国民にのみ許される）、立法権は憲法に拘束されるから、憲法の改正は特別の手続によって行わなければならないと考えられる、と説明される。

¹⁾ ④は、近代的意味の憲法とも呼ばれる（芦部 5頁）

4. 憲法規範としての特質

近代憲法の特質は、自由の基礎法、制限規範、最高法規という 3 点である。

(1) 自由の基礎法

近代憲法は、何よりもまず、自由の基礎法である。すなわち、憲法は、自由の規範である人権規範に奉仕するものとして存在するものである。

このような自由の観念は、自然権の思想に基づく。この自然権を実定化した人権規定は、憲法の中核を構成する根本規範であり、この根本規範を支える核的価値が人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）である。

(2) 制限規範

憲法が自由の基礎法であるということは、同時に憲法が国家権力を制限する基礎法であることを意味する。

近代憲法は自然権思想を基礎に置くものであるため、政治権力の究極にお根拠も個人（すなわち国民）に存してなくてはならないから、憲法を実定化する主体は国民であり、国民が憲法制定権力（憲法をつくり、憲法上の諸機関に権限を付与する権力）の保持者であると考えられる。このように自然権思想と憲法制定権力の思想とは不可分の関係にある。

また、憲法制定権力は、実定憲法においては国民主権として制度化されることになるため、人権規範は主権原理とも不可分の関係にあることになる。

(3) 最高法規

憲法は、国の最高法規であり、国法秩序において最も強い形式的効力をもつ。憲法 98 条の規定は、その趣旨を明らかにしたものである。

憲法の最高法規性の形式的根拠は硬性憲法であることに、実質的根拠は憲法が自由の基礎法であることに求められる。

すなわち、硬性憲法であることから憲法の形式的最高法規性（憲法が国法秩序において最上位にあること）が当然に派生するため、憲法の形式的最高法規性の実質的根拠については憲法が自由の基礎法であることに求めることになる。²⁾

憲法第十章に「最高法規」の冒頭にあつて、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、硬性憲法（憲法 96 条）及びそこから当然に派生する憲法の形式的最高法規性（憲法 98 条）の実質的根拠を明らかにした規定である。

5. 立憲主義と現代国家

近代立憲主義憲法は、個人の権利・自由を確保するために国家権力を制限することを目的とするが、この立憲主義思想は法の支配の原理と密接に関連する。

(1) 法の支配

専断的な国家権力による支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理である。

法の支配の内容として重要なものは、①憲法の最高法規性の観念、②権力によって侵されない個人の人権、③法の内容・手続の公正を要求する適正手続、④権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に対する尊重、などだと考えられている。

²⁾ 自由の基礎法であることが憲法の実質的最高法規性であり、これは形式的最高法規性の基礎をなし、憲法の最高法規性を真に支えるものである（芦部 12 頁）。

(2) 法の支配と法治主義の対比

法の支配と法治主義（法治国家）とは、法によって権力を制限しようとする点においては法の支配の原理と同じ意図を有するが、少なくとも、次の2つの点において異なる。

1 点目は、法の支配が民主主義と結合するものであるのに対し、法治主義はいかなる政治体制とも結合し得る形式的な観念であるということである。

2 点目は、法の支配にいう「法」は内容が合理的でなければならないという実質的要件を含む観念であり、ひいては人権の観念とも固く結びつくものであるのに対し、法治主義にいう「法」は内容とは関係のない形式的な法律にすぎない。

芦部 13～17 頁

(3) 立憲主義の現代的意義

ア. 立憲主義と社会国家

立憲主義は、国家は国民生活にみだりに介入すべきではないという消極的な権力観を前提としている。そうすると、国家による社会への積極的な介入を認める社会国家思想は、立憲主義と矛盾するように思える。しかし、立憲主義の本来の目的は、個人の権利・自由の保障にあるため、その目的を現実の生活において実現しようとする社会国家思想とは基本的に一致すると考えるべきであるから、両者は両立する。

イ. 立憲主義と民主主義

立憲主義は民主主義とも密接に結びついている。すなわち、①国民が権力の支配から自由であるためには、国民自らが能動的に統治に参加するという民主制度を必要とするから、自由の確保は、国民の国政への積極的な参加が確立している体制においてはじめて現実のものとなり、②民主主義は、個人尊重の原理を基礎とするため、すべての国民の自由と平等とが確保されてはじめて開花する、という関係にある。民主主義は、単に多数者支配の政治を意味せず、実を伴った立憲民主主義でなければならないのである。

このような自由と民主の結合は、まさに、近代憲法の発展と進化を支配する原則であるということができよう。³⁾

6. 日本国憲法の法源

C (択)

(1) 成文法源

芦部 32～34 頁

法の存在形式には成文法と不文法（又は慣習法）とがあり、近代国家に至って成文法源が最も重要な法源となっている。実質的意味の憲法も、その多くが成文化（実定化）されるようになった。

(2) 不文法源

有権解釈（国会・内閣など最高の権威を有する機関が行った解釈）によって現に国民を拘束している憲法制度から不文法源が形成され、成文法源を補充する役割を果たす。判例も不文法源として重要な意味を有する。

憲法も生ける法であるから、時代の変化に対応するために、慣例ないし慣習と言われるものが成立する。

憲法慣習には、①憲法に基づきその本来の意味を発展させる慣習、②憲法

³⁾ 戦前の憲法学（特にワイマール憲法時代のドイツ）では、自由主義を否定しても民主主義は成り立つという見解が有力であった。しかし、「リベラルでない民主制は、民主制の否定であり、多かれ少なかれ独裁的性格を帯びる。民主制は人権の保障を本質とする」と考えるのが正しい（芦部 17 頁）。

上の明文の規定が存在しない場合にその空白を埋める慣習、及び③憲法規範に明らかに反する慣習、という3つの類型がある。③については、憲法習律としての法的性格を認めることはできるが、それ以上の、慣習と矛盾する憲法規範を改廃する法的効力を認めることは、硬性憲法の原則に反し、許されないと解されている。

①・②については、法的効力があり、法源性が認められるが、その法的効力の強さについては争いがある。もっとも、少なくとも、国家機関を政治的に拘束する効力が認められることについては、争いはない。

野中ほか111～12頁

第2章 国民主権の原理

B

芦部 35 頁～38 頁

芦部 35～36 頁

芦部 36～37 頁

1. 日本国憲法の基本原理

日本国憲法は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の3つを基本原理とする。これらの原理がとりわけ明確に宣言されているのが憲法前文である。

(1) 前文の内容

第1に、前文1項の前段は、「主権が国民に存すること」と日本国民が「この憲法を確定する」ものであることを規定することで、国民主権の原理及び国民の憲法制定の意思（民定憲法性）を宣言している。

第2に、前文1項の前段は、それと関連させながら、「自由のもたらす恵沢」の確保と「戦争の惨禍」からの解放を規定することで、人権と平和の二原理を宣言し、そこに日本国憲法制定の目的があることを示している。

第3に、前文1項の後段は、「国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」と言い、国民主権とそれに基づく代表民主制の原理を宣言し、最後に、以上の諸原理を「人類普遍の原理」として説き、「われらは、これに反する一切の憲法、法令、及び詔勅」を排除するとして、それらの原理が憲法改正によっても否定することができない旨を明らかにしている。

第4に、前文2項は、「日本国民は、恒久の平和を念願」するとして、平和主義への希求を述べ、そのための態度として「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」と宣言する。前文3項は、国家の独善性の否定を「政治道德の法則」として確認し、前文4項は、日本国憲法の「崇高な理念と目的を達成すること」を誓約している。

(2) 基本原理相互の関係

前文で宣言された国民主権の原理、基本的人権の尊重（人権尊重主義）、平和主義の原理は、相互に不可分に関連している。

ア. 人権と主権

まず、基本的人権の保障は、国民主権の原理と結びついている。前文1項は、国民主権及びそれに基づく代表民主制の原理（狭義の民主主義）が基本的人権の尊重・確立を目的とし、それを達成するための手段として不可分の関係にあることを示している。それは、基本的人権の尊重・確立は専制政治の下では完全なものとなり得えず、民主主義政治の下ではじめて完全なものとなり得るからである。

次に、自由は「人間の尊厳」の原理なしには認められないが、国民主権（国民が国の政治体制を決定する最終かつ最高の権威を有するという原理）も、国民がすべて平等に人間として尊重されてはじめて成立するものである。このように、国民主権（民主の原理）も基本的人権（自由の原理）も、ともに「人間の尊厳」という最も基本的な原理に由来し、その二つが合して広義の民主主義を構成し、それが「人類普遍の原理」として前文1項の後段で宣言されている。

イ. 国内の民主と国際の平和

人間の自由と生存は平和なくしては確保されないという意味で、平和主義の原理もまた、人権及び国民主権の原理と密接に結びついている。

(3) 前文の法的性質

前述した3つの基本原理を宣言している前文は、憲法の一部をなし、本文と同じ法的性質をもつと解される。したがって、例えば、前文1項の「人類普遍の原理…に反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」という規定は、憲法改正に対して法的限界を画し、憲法改正権を法的に拘束する規範であると解される。

しかし、前文の規定は、抽象的な原理を宣言するにとどまるから、狭い意味での裁判規範性は認められないと解されている。¹⁾

なお、長沼事件では、第二審判決が、憲法前文第2項3段が「平和のうちに生存する権利」として定める平和的生存権について、裁判規範性を否定しており、最高裁判所でも裁判規範性が実質的に認められなかった。

札幌高判 S51.8.5・百II [5版] 182

2. 国民主権

芦部 39～43頁

国民主権の原理は、絶対主義時代の君主の専制的支配に対抗して、国民こそが政治の主体であると主張する場合に、その理論的支柱とされた観念で、近代市民改革の成立以降、国家統治の基本原則として近代立憲主義憲法において広く採用されている。

(1) 主権の意味

主権の概念には、①国家権力そのもの（国家の統治権）、②国家権力の属性としての最高独立性（内にあるは最高、外にあるは独立ということ）、③国政についての最高の決定権という3つの異なる意味がある。

①は、国家が有する支配権を包括的に示す概念であり、立法権・行政権・司法権を総称する統治権とほぼ同じである。憲法41条前段にいう「国権」がこれにあたる。

②は、主権概念の生成過程からいえば、本来の意味の主権の概念である。憲法前文三項で、「自国の主権を維持し」という場合の主権がその例であるが、そこでは国家の独立性に重点が置かれている。

③は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威という意味であり、その力又は権威が君主に存する場合は君主主権、国民に存する場合は国民主権と呼ばれる。憲法前文1項で「ここに主権が国民に存することを宣言し」という場合の「主権」及び憲法1条後段で「主権の存する日本国民の総意」という場合の「主権」がこれにあたる。

(2) 国民主権の意味

国民主権の原理は、国の政治のあり方を最終的に決定する力又は権威が国民に存することを意味する。

これには、①権力的契機（国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使すること）と、②正当性の契機（国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存すること）という2つの要素が含まれている。

もともと、国民主権原理は、国民の憲法制定権力の思想に由来する。国民の憲法制定権力は、国民が直接に権力を行使する（具体的には、憲法を制定し国の統治のあり方を決定する）、という点にその本質的な特徴がある。ところが、この憲法制定権力は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性

¹⁾ 裁判規範とは、広い意味では裁判所が具体的な争訟を裁判する際に判断基準として用いることのできる法規範のことをいうが、狭い意味では、当該規定を直接根拠として裁判所に救済を求めることのできる法規範、すなわち裁判所に判決によって執行することのできる法規範をいう。

の原理に従って、自らを憲法典の中に制度化し、国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、及び法的拘束に服しつつ憲法（国の統治のあり方）を改める憲法改正権に転化したものである（そのため、憲法改正権は「制度化された憲法制定権力とも呼ばれる」）。

①の側面では、国民が自ら国の統治のあり方を最終的に決定するという要素が重視されるから、そこでの主権の主体としての「国民」は、実際に政治的意思表示を行うことのできる有権者（選挙人団とも言う）を意味する。また、それは、国民自身が直接に政治的意思を表明する制度である直接民主制と密接に結びつくことになる。²⁾ 主権の権力性とは、具体的には、憲法改正を決定する（これこそ、国の政治のあり方を最終的に決定することである）権能をいう。

②の側面では、国家権力を正当化し権威づける根拠は究極において国民であるという要素が重視されるから、そこでの主権の保持者としての「国民」は、有権者に限定されるべきではなく、全国民であるとされる。また、そのような国民主権の原理は代表民主制、とくに議会制と結びつくことになる。

3. 代表民主制

野中ほかⅡ9～10頁

民主主義は、主権者である国民による政治の実現を理想とするものであり、この理想を最高度を実現するものとしては、国民が国民代表である議会（国会）を媒介しないで直接に政治を行う直接民主制が考えられる。直接民主制は、「治者と被治者の自同性」という民主主義の理念に最も忠実な統治制度である。

しかし、全国民で集まって国政について審議・決定することは現実的に不可能であるし、仮にそれが可能であっても全国民が自ら直接に国政について審議・決定できるだけの政治的素養を備えているとは限らない（その結果、その時々のおもむきに流されて国政について決定してしまう危険性もある）。

そこで、日本国憲法では、原則として、直接民主制をとらず、国民の中から自らの代表者（国会議員）を選び、その代表者が国民に代わって国政を担当する代表民主制（間接民主制）が採用されている（憲法前文1段、43条1項）。

4. 天皇制

芦部 44～53頁

(1) 総説

日本国憲法において、天皇の地位は「主権の存する日本国民の総意に基づく」（憲法1条前段）ものとされているから、天皇制は絶対的・不可変的なものではなく、国民の総意により可変的なものである。また、日本国憲法は、天皇を神の子孫として特別視する態度をとっていない。さらに、日本国憲法における天皇は、形式的・儀礼的な「国事に関する行為のみを行い、国政に関する権能を有しない」（憲法4条）。

(2) 天皇の権能

憲法は、「天皇は、この憲法の定める国事に関する行為のみを行ひ、国政に関する権能を有しない」と定め（憲法4条）、具体的な行為を憲法6条・7条に列挙している。

²⁾ もっとも、だからといって、憲法の明文上の根拠もなく、国の重要な施策についての決定を国民投票に付与する法律がただちに是認されるわけではない（憲法上認められるのは、国民投票の結果がただちに国会を法的に拘束するものでない諮問的・助言的なものに限られよう。）（芦部 42頁）。

憲法3条は、「天皇の国事に関するすべての行為には、内閣の助言と承認を必要とし、内閣が、その責任を負ふ。」と規定することで、天皇の国事行為について厳格な規律を設けている。これにより、天皇の国事行為の結果については内閣が自ら責任を負うことになり、天皇は無答責とされる。

「内閣の助言と承認」と「天皇…の…国事…行為」の実質的決定権の関係については、①天皇の国事行為は本来すべて形式的・儀礼的行為であり、「内閣の助言と承認」はそのような形式的行為に対して行うことが要求されているのであるから、「内閣の助言と承認」は実質的決定権を含まないとする説がある。この説は、衆議院の解散を実質的決定権の根拠を憲法7条3号以外に求めなければならないことになり、この点については、①衆議院の内閣不信任決議に伴う解散について規定した憲法69条を根拠に、しかも、衆議院の不信任決議が可決された場合のみ内閣が衆議院を解散することができるという説と、②権力分立制・議院内閣制を採用している憲法の全体的な構造に根拠を求め、不信任決議とかかわりなく内閣の自由な解散権を認める説がある。また、①の説とは別に、②「内閣の助言と承認」が天皇の国事行為の実質的決定権を含む場合もあると解する説もある（この説は、内閣が「助言と承認」を行う前提として国事行為の実質的決定を行っても、その結果として天皇の国事行為が形式的・儀礼的なものになるならば、憲法の精神に反しないと考える）。この②の説は、憲法7条3号の衆議院の解散という国事行為に対する内閣の「助言と承認」を根拠として、内閣の自由な解散決定権が認められるとする。

(3) 天皇の公的行為

「おことば」のように、国事行為（憲法6条・7条）ではないが、純粋に私的行為ともいえない行為については、これを憲法上どのように位置づけるのか、これに対する内閣のコントロールの在り方についてどう考えるべきか、という問題がある。「おことば」などの行為の憲法上の位置づけについては、3つの見解がある。

象徴行為説：憲法が天皇を象徴として認めている以上（憲法1条前段）、天皇の行う国事行為以外の行為が多かれ少なかれ公的な意味を持つことは否定できないとの理由から、「おことば」などの行為を、天皇の象徴としての地位に基づく行為として、憲法上許容される第三の類型に位置づける見解である。

公人行為説：「おことば」などの行為について、国事行為でも純粋に私的な行為でもないと考えた上で、公人としての地位に伴う当然の社交的・儀礼的行為であると解する見解である。

国事行為説：憲法4条1項が「天皇は、…国事に関する行為のみを行ひ」と規定していることを重視し、国事行為以外の公的行為を認めないと考えた上で、「おことば」などの行為について、憲法7条10号の「儀式を行ふ」に含まれるとして憲法上許容したり（その限度で国事行為の観念を拡張して考える）、国事行為に密接に関連する準国事行為として憲法上許容する見解である。

(4) 皇室経費

「すべて皇室財産は、国に属する。すべて皇室の費用は、予算に計上して国会の議決を経なければならない」（憲法88条）。予算に計上される「皇室の費用」は、内廷費・宮廷費・皇族費に分類される（皇室経済法3条）。

(択)

渋谷 62 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 139 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 140～141 頁

芦部 52 頁、野中ほか I 141～142 頁

第3章 平和主義

C

- ① 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。（憲法9条1項）
- ② 前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。（同条2項）

芦部 54 頁

日本国憲法は、第二次世界大戦の悲惨な体験を踏まえ、戦争についての深い反省に基づいて、平和主義を基本原理として採用し、①侵略戦争を含めた一切の戦争と武力の行使及び武力による威嚇を放棄すること（憲法9条1項）、②①を徹底するための戦力の不保持（同条2項前段）、③国の交戦権の否認（同条2項後段）という、比類のない徹底した戦争否定の態度を打ち出している。

1. 戦争の放棄

芦部 56～58 頁

(1) 戦争の放棄の内容

(択)

憲法前文の平和主義は、憲法9条により具体化されている。同条1項では、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」と述べて、戦争放棄の動機を一般的に表明した上で、「国権の発動たる戦争」、「武力による威嚇」及び「武力の行使」の3つを放棄する。

これらの放棄には「国際紛争を解決する手段としては」という留保が付されており、従来の国際法上の用語例によると、「国際紛争を解決する手段として」の戦争は「国家の政策の手段としての戦争」と同義であり、具体的には侵略戦争を意味していることになる。このような国際法上の用語例を尊重するならば、憲法9条1項で放棄されているのは侵略戦争だけであり、自衛戦争は放棄されないと解することになる。

これに対し、従来の国際法上の解釈にとらわれず、およそ戦争はすべて国際紛争を解決する手段としてなされるのであるから、憲法9条1項により自衛戦争も含めてすべての戦争が放棄されていると解する見解もある。

(2) 自衛戦争の放棄

(択)

憲法9条1項では侵略戦争のみが放棄されていると解する説をとっても、同条2項について、「前項の目的を達するため」でいう「前項の目的」とは戦争を放棄するに至った動機を一般的に指すにとどまると解し、同条2項では一切の戦力の保持が禁止され、交戦権も否認されていると解釈すれば、同条2項により自衛戦争が禁止されることになるから（通説）、結局、同条1項・2項によりすべての戦争が禁止されていることになり、同条1項により自衛戦争も含めたすべての戦争が放棄されていると解する説と結論は異なることになる。

これに対し、憲法9条1項については侵略戦争のみを放棄していると解した上で、同条2項については「前項の目的を達するため」とは「侵略戦争放棄という目的を達するため」ということであると理解して、同条2項前段は侵略戦争のための戦力を保持しないことを意味するにとどまり、また、同条2項後段が定める交戦権の否認は交戦国がもつ諸権利は認めないことを意味するにとどまると解する説もある。

2. 戦力の不保持

(択)

憲法で保持が禁止されている「戦力」の意義については、①戦争に役立つ可

芦部 59～67 頁

能性のある一切の潜在的能力を「戦力」だとする説、②軍隊及び有事の際にこれに転化しうる程度の実力部隊であると解する説（通説）がある。②でいう「軍隊」とは、外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を防衛することを目的として設けられた、人的・物的手段の組織体をいう。②の説及び軍隊の意義からすれば、現在の自衛隊は、その人員・装備・編成等の実態に即して判断すると、憲法 9 条 2 項の「戦力」に該当するといわざるを得ないと評価されている。

政府は、憲法制定当初は②の説と同じ解釈に立っていたが、③昭和 30 年ごろから、「自衛権は国家固有の権利として、憲法 9 条の下でも否定されない。そして、自衛権を行使するための実力を保持することは憲法上許される。つまり、自衛のための必要最小限度の実力は、憲法で保持することを禁じられている「戦力」にあたらぬ」と解釈するに至った。

なお、砂川事件大法廷判決は、安保条約に基づくアメリカ軍の駐留の憲法 9 条・98 条 2 項違反が争われた事案において、「憲法 9 条 2 項…がその保持を禁止した戦力とは、わが国が主体となってこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである」と判示している。

最大判 S34.12.16・百Ⅱ163

3. 交戦権の否認

憲法 9 条 2 項後段は、「国の交戦権は、これを認めない」と定める。ここにいう「交戦権」の意味については、①交戦状態に入った場合に交戦国に国際法上認められる権利（例えば、敵国の兵力・軍事施設を殺傷・破壊したり、相手国の領土を占領したり、中立国の船舶を臨検し敵性船舶を拿捕する権利）と解する説、②文字通り、戦いをする権利と解する説、③上記①②の双方を含むとする説がある。

(択)

芦部 67 頁

第2部 基本的人権

第1章 問題処理の基本とコツ

第1節 基本的人権が問題となる典型事例

A

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、飲食店全般を対象として、20時以降の酒類の提供を一律に禁止し、違反者には営業停止処分等の制裁を科すことができる旨の法律Aが制定された。

個人で居酒屋を営むXが自店で20時以降も酒類を提供していたことを理由として、営業停止1か月間の処分を受けた。

なお、Xが20時以降に客に酒類を提供していたのは1か月に2~3日ほどであり、いずれも店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯であった。

1. 国家による国民の権利・自由に対する介入が国民の基本的人権を侵害するかが問題となる

基本的人権の問題は、典型的には、case1のように、国家が国民の自由に対して法令の制定又はその適用行為によって介入する場合に、法令やその適用行為は国民の基本的人権を侵害するものとして憲法違反(=違憲)ではないかという形で生じるものである(あくまでも典型事例にすぎず、基本的人権の侵害事例の類型は他にもある。)

case1では、Xは、弁護士に依頼して、国側を被告として、営業停止期間満了前であれば営業停止処分の取り消しを、営業停止期間満了後であれば営業停止期間中の逸失利益(営業していれば得られたであろう利益)の賠償を求めて、裁判所に訴えを提起して、営業停止処分の違法性を基礎づけるために、(1)飲食店全般を対象とする20時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律A自体が飲食店の営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反する、(2)仮に法律A自体が合憲であっても、1か月に2~3日ほど、店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎないXに法律Aを適用して営業停止処分をすることはXの営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反すると主張する。

Xの主張とこれに対する国側の反論を踏まえて、裁判所が、法律A自体と法律Aの適用行為としての本件営業停止処分の双方について、飲食店やXの営業の自由を侵害するものとして「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反するか否かを審査することになる。この審査は、違憲審査(又は合憲性審査)と呼ばれるものである。

2. 違憲審査の流れ

(1) 問題となっている自由が憲法上の基本的人権として保障されるか

まず、法律Aや本件営業停止処分によって干渉されているXの自由を特定した上で、それが「憲法上の基本的人権として保障」されているか否かを検討することになる。干渉されているXの自由は、自らが経営する飲食店で酒類を提供する自由(以下、「酒類提供の自由」という)であり、これは、営業の自由に属するものである。

憲法 22 条 1 項は、「職業選択の自由」については明文で定めているが、営業の自由については明文で定めていない。そこで、営業の自由も「職業選択の自由」に含まれるものとして憲法 22 条 1 項によって保障されるかが問題となる。この点について、判例は肯定説に立っているから、X の酒類提供の自由も「職業選択の自由」の一環として憲法 22 条 1 項によって保障される。

(2) 国家の干渉が基本的人権に対する「制約」に当たるか

次に、法律 A や営業停止処分が、飲食店や X の酒類提供の自由に対する「制約」と評価するに値するのかが問題となる。

仮に国家による国民の自由に対する干渉が自由権に対する「制約」に当たる場合には、その「制約」には憲法的正当化が要求され、憲法的正当化が認められなければ違憲となる（法律であれば、少なくとも当該事案では無効となり当該事案への適用が否定されるとともに、通常は国会で廃止又は改正される）。そのため、国家による自由権に対する干渉がことごとく自由権の「制約」と評価されるのではなく、「制約」と評価される干渉はある程度限定されるべきである。¹⁾

作法 24 頁、35 頁参照

法律 A も本件営業停止処分も、その法律効果として飲食店や X の酒類提供の自由をダイレクトに禁止するものだから、問題なく、飲食店や X の酒類提供の自由に対する制約に当たる。

(3) 制約の憲法的正当化

人権も、内心の自由など一部の人権を除き、「公共の福祉」による制約に服する（一般規定：憲法 12 条後段・13 条後段 個別規定：憲法 22 条 1 項・憲法 29 条 2 項）。

酒類提供の自由を制約している法律 A や本件営業停止処分の憲法的正当化の可否について、「公共の福祉」による制約として許容されるか否かを検討することになる。

なお、制約の正当化の観点とは、形式的観点と実質的観点に分類されるが、ここでは試験でほぼ毎回出題される実質的観点についてのみ取り上げる。

ア. 違憲審査基準の定立

(ア) 目的手段審査

実質的観点では、目的と手段の双方から合憲性を検討する違憲審査基準と呼ばれる基準を定立した上で、問題となっている法令やその適用行為について、目的と手段の双方から合憲性を検討することになる（これを、目的手段審査という）。

違憲審査基準を用いた目的手段審査では、法律を対象とする場合であれば、法律がある基本的人権を制約している目的（＝立法目的）が合憲であるかと、当該制約が立法目的を達成する手段として合憲であるかを審査することになる。

(イ) 審査の厳格度

目的と手段の合憲性をどれくらい厳格に審査するのか（＝違憲審査基準の厳格度）は、事案によって異なるため、事案ごとに違憲審査基準の厳格度を決定する必要がある。

典型的には、基本的人権の性質（主に重要性）と制約の態様（主に強度）の 2 点から、違憲審査基準の厳格度を決定することになる。

目的審査と手段審査の厳格度は一致する。

¹⁾ 直接的な干渉のみならず間接的な干渉も制約と評価されるかははじめとして、いかなる干渉までが「制約」と評価されるのかは、人権によって微妙に異なる。

例えば、ある法律が、重要な人権に対する強度な制約である場合には、その法律の合憲性は、厳格に審査される。反対に、問題となっている人権がさほど重要でないことや、人権に対する制約の強度が弱いことは、緩やかに審査すべきという方向で評価される（職業規制である case1 では、主として「制約の目的」と「規制の目的」が考慮されることになるが、ここでは割愛し、第 11 章で説明する）。²⁾

(ウ) 「厳格な基準」と「緩やかな基準」

憲審査基準は、「厳格な基準」と「緩やかな基準」に大別される。「厳格な基準」では、目的が必要不可欠又は重要であること、手段が目的達成にとって有効かつ必要であることが要求される。「緩やかな基準」では、目的が正当であることで足り、手段も目的達成にとって有効であれば足り（厳密には、制約によって得られる利益と失われる利益の均衡も必要である）、必要性までは要求されない。

手段審査における有効性とは、基本的人権を制約していること（制約していること自体だけでなく、制約の仕方も含む）が制約目的を達成する手段として役に立つことを意味し、手段審査における必要性とは、制約目的を達成できるより制限的でない（基本的人権に対する干渉が弱い）他の選び得る手段が存在しないことを意味する。

イ. 違憲審査基準の適用（当てはめ）

例えば、法律 A 自体の憲法的正当化の審査において、「厳格な基準」を用いる場合には、目的審査では、新型コロナウイルスの感染拡大を防止することで国民の生命・健康を守るという立法目的が重要であるか否かを審査することになる（なお、人権ごとに違憲審査基準の厳格度の上限が決まっており、職業規制では、必要不可欠まで要求されることはない）。手段審査では、飲食店における 20 時以降の酒類提供を制裁付きで禁止することが立法目的を達成するうえで役に立つか（ここでは、20 時以降の酒類提供が感染拡大につながるか否か、制裁付きでそれを禁止することで 20 時以降の酒類提供を抑止できるか否かの 2 点が問題となる）と、立法目的を達成できるより制限的でない他の選び得る手段の存否（例えば、客席の間隔を一定程度保ったり、客席の間に一定サイズの間仕切りを設置することを義務付けるなどの手段により、感染拡大を防止できるか否か）が問題となる。

ウ. 結論

以上の審査を経て、目的審査と手段審査の双方をクリアできたなら、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものではなく、憲法 22 条 1 項に違反しないから、合憲である。

これに対し、目的審査と手段審査のどちらかをクリアできない場合には、法律 A や本件営業停止処分は、酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして、憲法 22 条 1 項に違反し、違憲である。

3. 法令違憲審査と適用違憲審査

違憲審査には、法令自体の違憲性を審査する法令違憲審査と、法令の適用行為に固有の違憲性を審査する適用違憲審査とがある（適用違憲の正確な意味については、総まくり講義で説明する）。

²⁾ 平等権（憲法 14 条 1 項）、職業の自由（憲法 22 条 1 項）など、違憲審査基準の厳格度を決定する際の考慮要素が典型的な考慮要素と異なる人権もある。

例えば、case1におけるXの主張のうち、(1)飲食店全般を対象とする20時以降の酒類提供の一律禁止を定める法律A自体が飲食店の営業の自由を侵害するから「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反するとの主張は、法令違憲審査に関する主張であり、(2)仮に法律A自体が合憲であっても、1か月に2~3日ほど、店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯に酒類提供をしていたにすぎないXに法律Aを提供して営業停止処分をXの営業の自由を侵害するものであり、「職業選択の自由」を保障する憲法22条1項に違反するとの主張は、適用違憲審査に関する主張である。

法令違憲審査では、法令の仕組みそのものを対象として、その違憲性を審査するため、登場人物(case1のX)に関する固有事情を直接用いることはできない。例えば、手段審査において、Xによる20時以降の酒類提供は、1か月に2~3日ほど、店内の客が2~3人程度にとどまる時間帯に限るというものであるため、感染拡大の危険性は小さいから、Xに対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないと論じることはできないのである。これは、適用違憲審査で直接取り上げるべき事情である。

すなわち、適用違憲審査では、仮に法律A自体が合憲であったとしても、上述のXの事情からすれば、Xに対して営業停止処分をすることは、感染拡大の防止という目的を達成する手段として役に立たないか、少なくとも必要ではないといえるから、Xの酒類提供の自由、ひいては「職業選択の自由」を侵害するものとして憲法22条1項に反し違憲であると論じることが可能である。³⁾

4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」

赤坂 26 頁参照

違憲審査基準のうち目的手段審査は、典型的には次のように分類される。⁴⁾

厳格な審査	(厳格審査の基準) ①目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的を達成するために必要最小限度のものでなければ、違憲である。 ➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる(つまり、立法事実を根拠として、保護法益が必要不可欠である、手段が必要最小限度であると心象形成できなければならず、観念上の想定でそのように心象形成できるだけでは足りない)。
	(厳格な合理性の基準 - 中間審査の基準) ①目的が重要であり、かつ、②手段が目的との間で実質的関連性を有するものでない限り、違憲である。

実質的関連性の基準ともいう。

³⁾ 厳密には、適用違憲審査は、法令自体が合憲でもそれが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるといえるか否かを審査するものであるから、法令の適用行為に固有の違憲性を問題としているわけではなく、法令が適用された当該事件の当事者に関する事情も考慮する形で、法令のうち違憲的に適用される部分(=法令の違憲的適用部分)の有無を問題にしているのである。

⁴⁾ 人権ごとに、違憲審査基準の厳格度の標準(ベースライン)、下限及び上限が決まっているから、論文試験ではそれを守る必要がある。例えば、表現の自由(憲法21条1項)では、厳格な合理性の基準(中間審査の基準)がベースラインとなるから、明白の原則まで緩やかになることはない。反対に、職業の自由(憲法22条1項)では、厳格度の上限は厳格な合理性の基準であるから、それよりも厳格である厳格審査の基準が用いられることはない。

	<p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成が必要とされる。</p>
緩やかな審査	<p>(合理的関連性の基準 - 合理性の基準)</p> <p>①目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が目的との間で合理的関連性を有するなら、合憲である。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない(観念上の想定で、保護法益が正当な利益である、手段が合理的関連性を有すると心証形成できれば足りる)。</p> <p>(明白の原則)</p> <p>目的・手段のいずれかが著しく不合理であることが明白である場合に限り、違憲となる。</p> <p>➡目的・手段の双方につき、立法事実を根拠とした心証形成は必要とされない。</p>

(参考文献1)

- ・「憲法」第7版(著:芦部信喜、補訂:高橋和之-岩波書店)
→(芦部〇頁)と表記
- ・「憲法学Ⅰ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅱ」初版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法学Ⅲ」増補版(著:芦部信喜-有斐閣)
- ・「憲法Ⅰ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅠ〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著:野中俊彦・中村睦男-有斐閣)
→(野中ほかⅡ〇頁)と表記
- ・「立憲主義と日本国憲法」第3版(著:高橋和之-有斐閣)
→(高橋〇頁)と表記
- ・「体系 憲法訴訟」初版(著:高橋和之-岩波書店)
→(高橋体系〇頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ基本権」初版(著:渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)
→(憲法Ⅰ〇頁)と表記
- ・「憲法講義(人権)」初版(著:赤坂正浩-信山社)
- ・「憲法」初版(著:青柳幸一-尚学社)
→(青柳〇頁)と表記
- ・「憲法訴訟」第2版(著:戸松秀典-有斐閣)
→(戸松〇頁)と表記
- ・「憲法」第3版(著:渋谷秀樹-有斐閣)
→(渋谷〇頁)と表記
- ・「憲法起案演習 司法試験編」初版(著:渋谷秀樹-弘文堂)
→(演習〇頁)と表記
- ・「日本国憲法論」初版(著:佐藤幸治-成文堂)
→(佐藤〇頁)と表記
- ・「憲法論点教室」第2版(著:曾我部真裕・赤坂幸一ほか-日本評論社)
- ・「憲法上の権利の作法」第3版(著:小山剛-尚学社)
- ・「判例から考える憲法」初版(著:小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」初版(編著:横大道聡-弘文堂)
- ・「精読憲法判例[人権編]」初版(編集代表:木下昌彦-弘文堂)
- ・「憲法の地図」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法ガール」初版(著:大島義則-法律文化社)
- ・「憲法判例百選Ⅰ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第7版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(著:戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)

(参考文献2)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第5版補訂版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ」第4版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法①」第3版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法②」第2版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第3版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説ⅠⅡⅢ」(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法総論を学ぶ」初版(著:曾和俊文-有斐閣)
- ・「行政判例百選ⅠⅡ」第7版(有斐閣)
→「行百」と表記