

## 第1部 総論

### 第1章 憲法と立憲主義 p1～3

1. 憲法とは p1
2. 国家と法 p1
3. 憲法の意味 p1
4. 憲法規範としての特徴 p2  
自由の基礎法／制限規範／最高法規
5. 立憲主義と現代国家 p2～3  
法の支配／法の支配と法治主義の対比／立憲主義の現代的意義
6. 日本国憲法の法源 p3  
成文法源／不文法源

### 第2章 国民主権の原理 p4～8

1. 日本国憲法の基本原理 p4～5  
前文の内容／基本原理相互の関係／前文の法的性質
2. 国民主権 p6～7  
主権の意味／国民主権の意味
3. 天皇制 p7～8  
総説／天皇の権能／天皇の公的行為／皇室経費

### 第3章 平和主義 p9～10

1. 戦争の放棄 p9  
戦争の放棄の内容／自衛戦争の放棄
2. 戦力の不保持 p9～10
3. 交戦権の否認 p10

## 第2部 基本的人権

### 第1章 問題処理の基本とコツ p11～43

#### 第1節. 基本的人権が問題となる典型事例 p11～15

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否かが問題となる p11
2. 違憲審査の流れ p11～13
3. 法令違憲審査と適用違憲審査 p13～14
4. 「厳格な審査」と「緩やかな審査」 p14～15

#### 第2節. 違憲審査の枠組み p16～26

##### 第1. 違憲審査の基本的な枠組み p16～17

1. 三段階審査論 p16
2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p16
3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係 p16～17
4. 違憲審査の基本形 p17

##### 第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査 p18～24

1. 問題提起 p18
2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか p18
3. 上記2の権利（利益）に対する制約 p18～19
4. 違憲審査基準の定立 p19～20

5. 違憲審査基準の適用 p20～24

第3節. 適用違憲（処分違憲） p24～26

1. 適用違憲の類型 p24～25

2. 適用違憲の審査の手法 p25

3. 三者間形式における注意点 p25～26

4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事項の差異 p26

第4節. 三段階審査論以外の手法 p26

第3節. 判例・学説を踏まえた論述 p27～28

1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する p27

2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる p27

3. 判例・学説の使い方のパターン p27～28

4. インプットのゴールを明確にする p28

5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える p28

第4節. 出題形式ごとの答案の書き方 p29～30

第1節. 三者間形式 p29～30

1. 設問1 p29～30

2. 設問2 p30

第2節. 法律意見書形式 p31～32

1. 平成30年以降の出題形式 p31

2. 答案の書き方 p31～32

第5節. 権利選択における視点 p32～36

第6節. 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断 p37

第7節. 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成 p38～39

第8節. 立法目的の把握の仕方 p40～43

第2章 基本的人権の原理 p44～45

1. 人権の概念 p44

2. 人権の内容 p44～45

自由権・参政権・社会権／制度的保障

3. 「公共の福祉」による制約 p45

第3章 人権の享有主体性 p46～73

1. 天皇・皇族 p46

2. 法人 p46～p51

3. 外国人 p51～58

4. 公務員 p58～70

特別権力関係の理論／政治活動の自由／争議行為

5. 在監者（刑事収容施設における被収容者） p70～72

6. バターナリスティックな制約 p72～73

未成年者／成年者

第4章 人権の私人間効力 p74～78

1. 人権の私人間効力 p74～77

2. 純然たる事実行為による人権侵害（国家行為の理論） p77～78

## 第5章 包括的基本権 p79～94

第1節. 個人の尊厳 p79

第2節. 生命・身体の権利 p79

第3節. 明文根拠のない基本権 p79～94

1. 包括的基本権の保障 p79～80

2. 補充的適用 p80

3. プライバシー権 p80～91

4. 自己決定権 p91～93

5. 環境権 p94

## 第6章 法の下での平等 p95～115

1. 平等の観念の歴史 p95～96

2. 平等権と平等原則 p96

3. 平等権と実体的基本権の競合 p96

4. 差別的取扱いの正当化審査 p96～98

5. 後段列举事由 p98～99

6. 判例 p99～114

7. 積極的差別解消措置 p114～115

8. 憲法上の平等に関する規定 p115

## 第7章 思想・良心の自由 p116～125

1. 保障の意義 p116

2. 「思想及び良心」の意味 p116～117

3. 「思想及び良心の自由」の保障内容 p117

4. 「思想及び良心」に対する制約・介入の種類 p117～118

5. 憲法19条と憲法21条1項との関係 p118

6. 判例 p118～125

## 第8章 信教の自由 p126～154

1. 保障の趣旨 p126

2. 「信教」の定義 p126

3. 信教の自由の保障の内容 p126～127

4. 信教の自由の保障の限界 p127～135

5. 政教分離の原則（国家と宗教の分離の原則） p135～154

## 第9章 学問の自由 p155～160

1. 保障の趣旨 p155

2. 「学問」の意義 p155

3. 保障の内容 p155～156

4. 国家の助成制度 p157

5. 大学における学問の自由 p157

6. 大学の自治 p157～158

7. 判例 p158～160

## 第10章 表現の自由 p161～230

### 第1節. 総論 p161

1. 表現の自由の意義・価値
2. 表現の自由の保障の内容 (=保護領域)
3. 萎縮効果除去の要請
4. 審査基準を定立する際の考慮要素

### 第2節. 表現の自由と国家による援助 p162～163

### 第3節. 表現の自由の制約 p164～178

1. 二重の基準の理論 p164
2. 明確性の理論 p164～171  
漠然性ゆえに無効の法理／過度の広汎性ゆえに無効の法理
3. 事前抑制／事後抑制 p171～176
4. 表現内容規制／表現内容中立規制 p176～178
5. 直接的制約／間接的・付随的制約 p178

### 第4節. 表現の自由の類型 p179～219

1. 知る自由・知る権利 p179～185
2. 筆記行為の自由 p186～188
3. アクセス権 p188～190
4. 報道の自由・取材の自由 p191～197
5. 放送の自由 p197～198
6. 政治的表現の自由 p198～199
7. 低価値表現（無価値表現） p200
  - (1) せん動 p200～201
  - (2) わいせつ表現 p202～205
  - (3) 名誉毀損表現 p205～209
  - (4) プライバシー侵害 p210
  - (5) ヘイト・スピーチ（差別的憎悪言論） p211～212
  - (6) 営利的言論 p211～212
  - (7) 象徴的言論 p212
  - (8) 虚偽表現 p212～213
8. インターネット異性紹介事業 p213～215
9. ビラ配布・ビラ貼り付け・立看板設置 p215～218
10. 消極的表現の自由 p218～219

### 第5節. 集会の自由・集団行動の自由・結社の自由・通信の自由 p220～230

1. 集会の自由 p220～225
2. 集団行動の自由 p225～228
3. 結社の自由 p228～229
4. 通信の秘密 p229～230

## 第11章 経済的自由 p231～262

### 第1節. 職業の自由 p231～247

1. 保障の範囲 p231～232
2. 規制 p232～247  
規制の根拠／規制の種類／規制の目的／違憲審査基準／判例

### 第2節. 居住・移転の自由 p248～250

1. 居住・移転の自由 p248～250

2. 国籍離脱の自由 p250

### 第3節. 財産権 p251～262

1. 憲法 29 条 1 項・2 項 p251～259

2. 損失補償 p259～262

## 第12章 人身の自由と手続的権利 p263～269

1. 奴隷的拘束・苦役からの自由 p263

2. 適正手続 p263～264

3. 被疑者の権利 p264～265

4. 被告人の権利 p265～269

## 第13章 国務請求権 p270～273

1. 請願権 p270

2. 裁判を受ける権利 p270～271

3. 国家賠償及び刑事補償請求権 p271～273

## 第14章 参政権 p274～296

1. 権利としての側面と公務としての側面 p274

2. 選挙権の内容に関する基本原則 p274

3. 選挙権又はその行使を制限する法令 p274～279

4. 公職選挙に立候補する自由 p279

5. 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量 p279～284

6. 選挙運動の制限 p284～286

7. 議員定数不均衡 p286～295

8. 政見放送の削除 p295～296

## 第15章 社会権 p297～318

### 第1節. 生存権 p297～310

1. 生存権の法的性格 p297～298

2. 憲法 25 条 1 項と 2 項の関係 p298～299

3. 生存権の問題類型 p299～310

### 第2節. 教育を受ける権利 p311～317

1. 権利の主体 p311

2. 3つの側面 p311

3. 教育内容決定権の所在 p311～316

4. 義務教育の無償 p316～317

### 第3節. 労働基本権 p318

労働基本三権とは／労働基本三権の内容／労働基本三権の性格／労働基本三権の制限／消極的団結権

## 第16章 国民の三大義務 p319

1. 教育を受けさせる義務

2. 勤労の義務

3. 納税の義務

## 第3部 統治機構

### 第1章 権力分立 p321～322

1. 伝統的意味 p321

2. 現代の変容 p321

行政国家現象による変容／政党国家現象による変容／司法国家現象による変容

3. 政党 p321～322

定義／憲法との関係／日本における政党と国家の関係／政党の地位・根拠・性格

### 第2章 国会 p323～341

#### 第1節. 国会の地位 p323～324

1. 国民の代表機関 p324

2. 自由委任と党議拘束 p325

3. 国権の最高機関 p325

4. 唯一の立法機関 p325～329

「立法」の意味／「唯一」の意味

#### 第2節. 国会の組織と活動 p329～333

1. 二院制 p329～330

2. 選挙制度 p330～331

3. 国会議員の地位 p331～333

不逮捕特権／免責特権

4. 国会議員の権能 p333

#### 第3節. 国会の活動 p333～341

1. 会期 p333～334

会期制／会期独立の原則／活動の開始／休会／閉会

2. 衆議院の解散 p334

3. 参議院の緊急集会 p334

4. 会議の原則 p334～335

定足数／表決数／一時不再議／会議の公開

5. 国会の権能 p335～338

6. 議院の権能 p338～341

議院自律権／国政調査権

### 第3章 内閣 p342～347

1. 行政権と内閣 p342～343

行政権の概念／独立行政委員会

2. 内閣の組織と権能 p344～345

内閣の組織／文民／内閣総理大臣／内閣の責任と権能／総辞職

3. 議院内閣制 p346～347

議院内閣制の本質／日本国憲法における議院内閣制／衆議院の解散

### 第4章 裁判所 p348～369

1. 司法権の意味と範囲 p348～362

(1) 司法権の概念 p348

(2) 司法権の範囲 p348

(3) 法律上の争訟 p348～349

具体的事件性がない／単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争等／宗教問題

(4) 司法権の限界 p349～362

自律権に属する行為／自由裁量行為／統治行為／団体の内部事項に関する行為

2. 裁判所の組織と権能 p362～368

裁判所の組織／特別裁判所の禁止／下級裁判所の裁判官／最高裁判所の構成と権能／最高裁判所裁判官の国民審査／  
最高裁判所規則制定権／裁判の公開／陪審制／裁判員裁判

3. 司法権の独立 p368～369

第5章 財政 p370～374

1. 財政民主主義 p370

2. 租税法律主義 p370～372

3. 予算 p372～373

法的性格／予算の修正／暫定予算

4. 決算審査 p373

5. 公金支出の禁止 p374

第6章 地方自治 p375～381

1. 総説 p375

2. 地方自治の本旨 p375

3. 地方公共団体の機関 p375

4. 条例 p376～380

5. 地方自治特別法 p381

第7章 憲法の保障 382～394

1. 憲法保障の諸類型 p382

抵抗権／国家緊急権

2. 違憲審査制 p382～390

違憲審査権の根拠／違憲審査権の性格／付随的違憲審査制の特質／違憲審査の主体と対象／違憲主張の適格／違憲判断  
の方法と判決

3. 憲法改正 p391～393

硬性憲法／改正手続／憲法改正の限界

4. 憲法の変遷 p393～394





# 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。<sup>1)</sup>

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。

<sup>1)</sup> 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。<sup>2)</sup>

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。

<sup>2)</sup> 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。<sup>3)</sup>

## 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

<sup>3)</sup> 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。<sup>1)</sup>

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

<sup>1)</sup> 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。<sup>2)</sup> 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、この理想を最高度に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。

<sup>2)</sup> 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、純粹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、国事行為でも純粹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

- 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）

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。

芦部 54 頁

#### 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」という「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。<sup>1)</sup>

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、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。

<sup>1)</sup> 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をはじめとして、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）。<sup>2)</sup>

#### (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）。

<sup>2)</sup> 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。<sup>3)</sup>

#### 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。<sup>4)</sup>

<b>厳格な審査</b>	(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。

<sup>3)</sup> 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。

<sup>4)</sup> 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>

## 第2節. 違憲審査の枠組み

### 第1. 違憲審査の基本的な枠組み

以下では、法令の違憲審査の基本的な枠組みについて取り上げる。

A (総)

#### 1. 三段階審査論

違憲審査の手法の代表的なものとしては、三段階審査がある。三段階審査は、  
 防御権又は防御権的に構成できる権利に対する制約の正当化審査に際して用い  
 られるものである。三段階審査では、以下の手順により違憲審査が行われる。

憲法 I 82 頁

憲法 I 60 頁

①問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか

➡基本権によって保護された行為・状態の領域を画定する段階（基本権の保  
 護領域）

②①に対する制約があるか

➡基本権の保護領域に介入し基本権を制限する国家行為を確認する段階（基  
 本権制限）

③制約の正当化

➡憲法的正当化の観点は、形式的観点・実質的観点に分類される<sup>1)</sup>

違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査は、③制約の正当化の観点  
 のうち、実質的観点に属する

#### 2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

全ての事案類型に妥当する枠組みではないが、「表現の自由」をはじめとす  
 る一部の人権に妥当する違憲審査の基本的な枠組みであると考えられている。

- ・権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめると  
 いう基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。（平成3  
 0年司法試験・採点実感）
- ・本問で問題となっている自由ないし権利について、「表現の自由」として  
 憲法の保障が及ぶこと、それに対する制約があることを論じた上で、違憲  
 審査基準を設定して、当てはめ判断をするという基本的な枠組み自体は概  
 ね示されていた…。（令和1年司法試験・採点実感）

#### 3. 違憲審査基準の定立・適用（学説）と利益較量論（判例）の関係

判例は、多くの場合、違憲審査の手法として、「一定の利益を確保しようとす  
 る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具体的に比較衡量する」とい  
 う「利益較量」論を採用しており、「違憲審査基準」そのものは採用していない  
 と理解されている。

<sup>1)</sup> 形式的観点は、以下の通り（作法 47～63 頁、憲法 I 69～73 頁）。

⑦法律の留保原則（憲法上の権利に対する制限は、国民代表である国会の定めた法律に根拠がなければなら  
 ない。法律に基づかない基本権制限は、実質的要件を考慮するまでもなく直ちに違憲となる。）

⑧委任立法の限界（憲法は、法律を施行する場合と法律の委任がある場合に限って内閣に政令制定権を与  
 えている（憲法 76 条 6 号参照）から、法律による委任の範囲を逸脱した命令は違法であり、そのよう  
 な命令に基づく基本権の制限は直ちに違憲となる。）

⑨条例と法律の関係（憲法 94 条）

⑩憲法の法律留保事項（明文で「法律」という形式を指示している憲法 29 条 2 項・31 条・84 条につい  
 て、問題となる。なお、自主条例もここでいう「法律」に含まれると解されている）

⑪規範の明確性（明確性の原則・過度の広汎性の原則）

⑫検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）



最高裁は、違憲審査基準っぽい基準を定立することもあるが、それは大きな判断枠組みである「利益較量」論による判断の指標として言及されているものにすぎないと理解されている。<sup>2)</sup>

もっとも、司法試験委員会は、「保障⇒制約⇒違憲審査基準の設定⇒当てはめ」を違憲審査の基本的な枠組みであると理解している。

そこで、学説が違憲審査基準を採用している領域では、利益較量論に立っている判例を「違憲審査基準の定立・適用」という枠組みに引き直して理解・使用することになる。

#### 4. 違憲審査の基本形

作法 14 頁以下、憲法 I 60 頁以下

##### (1) 憲法上の保障

- ・問題となっている自由ないし権利が憲法上の権利として保障されるか。

##### (2) 制約

- ・国家の干渉（国家の介入行為）が（1）の権利に対する制約といえるほど強いものか。

##### (3) 制約の正当化

###### ア. 形式的観点

- ・明確性の原則・過度の広汎性の原則といった形式的観点は、実質的観点に先立って検討する。
- ・形式的観点から違憲との結論に達した場合でも、実質的観点についても検討する。

令和 1 年司法試験・採点実感

###### イ. 実質的観点

- ・違憲審査基準の厳格度は、①権利の性質と②制約の態様を基本的な考慮要素としつつ、場合によっては③立法裁量を尊重すべき例外的事情の有無も考慮することにより判断される。違憲審査基準の厳格度と立法裁量を尊重すべき要請とは逆相関の関係にあり、違憲審査基準の厳格度は①～③により立法裁量を尊重すべき要請の有無・程度を明らかにすることにより決せられる。<sup>3)</sup>
- ・厳格審査・中間審査の基準における手段審査については、適合性・必要性の 2 要件で理解し、相当性（狭義の比例性）を独立の要件としない見解もある。試験対策としては、(i)原則として適合性・必要性だけで審査し、相当性としてでなければ評価することができない事情がある事案に限って相当性まで審査する、(ii)相当性まで審査する場合であっても、適合性⇒必要性⇒相当性という流れで審査する、と理解するべきである。

作法 73～76 頁、論点教室 6 頁

憲法 I 77～78 頁

<sup>2)</sup> “近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする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具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。”（堀越事件・最判 H24.12.7・百 I 14：千葉勝美裁判官の補足意見）

<sup>3)</sup> 作法 73～76 頁は、職業規制の違憲審査基準を定立する際の考慮要素についても、上記①～③の枠組みで理解している。

## 第2. 違憲審査基準の定立・適用による目的手段審査

A (総)

### 1. 問題提起

平成30年・令和1年司法試験における新しい出題形式（法律意見書形式）では、設問において、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、本法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確」にするようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利（生の権利）、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

②を抽出する際には、制約から考える。

### 2. 侵害が問題となっている権利（利益）が憲法上保障されているか

#### (1) 条文の文言、人権の定義、当該条文の保障内容に形式的に該当するか

- ・形式的に該当するのであれば、文言の意義、人権の定義、当該条文の保障内容などのうち、本問で使うものを抽象的に明示したうえで、生の権利（利益）をそれに当てはめる
- ・形式的に該当しないのであれば、保障の趣旨（沿革等を含む）や判例・学説を使って保障を肯定することができないのかを検討する
- ・形式的に該当しても、保障の趣旨が妥当しないなどの理由から、保障の可否が問題となることもある

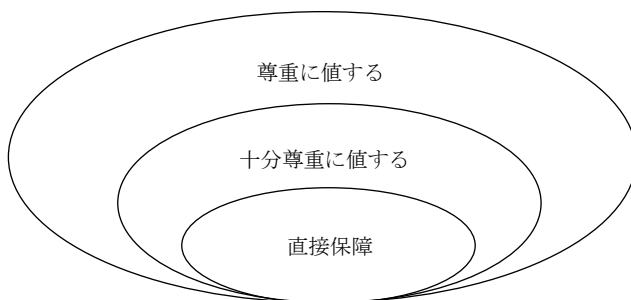
#### (2) 保障の程度

憲法上保障される権利（利益）は、①憲法□□条により直接保障される権利、②憲法□□条の趣旨（精神）に照らし十分尊重に値する権利、③憲法□□条の趣旨（精神）に照らし尊重に値する権利に大別される。<sup>4)</sup>

保障の程度は、「①>②>③」となる。

①につき、保障の中核に属する権利（利益）と保障の外延（周辺）に属する権利（利益）という分類も観念し得る。

(2)は「4. 違憲審査基準の定立」に影響するものである。



### 3. 上記2の権利（利益）に対する制約

人権によっては、間接的・付随的制約（あるいは、事実上の制約）であっても、正当化が要求される憲法上の権利（利益）に対する「制約」が肯定される。

<sup>4)</sup> ②の例としては、「婚姻の自由」（女子再婚禁止期間事件・最大判 H27.12.16・百 I 28）、「取材の自由」（博多駅事件・最大決 S44.11.26・百 I 78）、③の例としては、「筆記行為の自由」（レベタ事件・最大判 H元.3.8・百 I 77）が挙げられる。そして、③に関するレベタ事件大法廷判決は、「筆記行為の自由は、憲法21条1項の規定によって直接保障されている表現の自由そのものとは異なるものであるから、その制限又は禁止には、表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格な基準が要求されるものではない」としている。

#### 4. 違憲審査基準の定立

- ・ 権利の性質や制限の態様を踏まえて違憲審査基準を定立し、当てはめるといふ基本的な判断枠組み自体はほとんどの答案に示されていた。(平成30年司法試験・採点実感)
- ・ 違憲審査基準の恣意的な設定をしている答案があるが、審査基準の設定に当たっては、どうしてその審査基準を用いるのかを意識して、説得的に論じるようにしてほしい。(令和1年司法試験・採点実感)

違憲審査基準の厳格度は、典型的には、権利の性質(重要性が中心)や制約の態様(強度が中心)を考慮して決定される(平等権、職業の自由など、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)。

法令違憲審査であれば、これらの要素を考慮することにより、違憲審査基準の厳格度と逆の相関の関係に立つ立法裁量を尊重すべき要請の程度を明らかにすることを通じて、違憲審査基準の厳格度を決するのである。

その際、判例・学説を無視して適当に権利の性質や制約の態様の足し算(掛け算)をするのではなく、判例・学説を踏まえて権利の性質や制約の態様を考慮する必要がある。

##### (1) 権利の性質

権利の重要性が中心的な考慮要素となるが、これに限られない。

例えば、思想良心の自由(憲法19条)や信教の自由(憲法20条)、学問の自由(憲法23条)では、保障の趣旨(沿革等)にも言及するのが望ましい。

##### (2) 制約の態様

㊦制約の態様では、具体的な規制の態様には言及しないで、事前/事後規制、直接的/間接的付随的制約、表現内容/表現内容中立規制といった判例・学説により類型化された規制態様を考慮することと定める。<sup>5)</sup>

➡具体的な規制態様(例えば、禁止範囲の広さ、罰則による禁止など)は、主として、手段必要性の審査の段階で取り上げる。<sup>6)</sup>

㊧規制の必要性(あるいは反対利益の重要性)を理由として違憲審査基準の厳格度を下げるといふ論法を、安易に採用すべきではない。<sup>7)</sup>

➡仮にこれらも考慮するのであれば、人権の性質や制約の態様に絡めて考慮すべきである。

##### (注) 違憲審査基準の厳格度に関する原則論・判例学説の相場を守る

➡判例・学説上、人権・事案類型ごとに原則的な違憲審査基準の厳格度と

論点教室 155～156 頁

平成 30 年司法試験・採点実感

平成 20 年司法試験・採点実感・ヒ

アリング

5) “審査の厳格度の決定は、…最終的な合憲性の判断に至るまでの議論を客観化するための途中時点での「ふるい」の設定といえるので、その決定の際に挙げる考慮要素は、当該事案を念頭に置きながらも、一般的、典型的なものにとどめておかなければならない。薬事法判決にならうならば、当該法律の立法事実を踏み込む目的の検討や他の規制手段との比較は当てはめに回すべきことになるだろう。”(論点教室 155～156 頁)

“合憲性を判断する枠組みを定立する際に考慮されるべき事項と、定立された枠組みに照らして合憲性を判断する際に考慮されるべき事項は、重複する場合もあるが、両者はある程度自覚的に区別される必要があると思われる。あらゆることを総合的に衡量することを常に原則とすることは、司法審査による基本的人権のあり方としては必ずしも適切ではないと思われる。”(令和1年司法試験・採点実感)

6) “罰則があるので緩やかな基準を採れないという答案があったが、審査基準は権利に対する制約の態様、強さで定立されるべきである。罰則の有無は目的達成手段の審査において考慮されるべき事柄であると思われる。”(令和2年司法試験・採点実感)

7) “立法目的が重要だから審査基準が緩和されるのかについては十分な議論が必要であり、その点を意識した論述が必要である。”(平成30年司法試験・採点実感)

その上限が決まっている。

例えば、表現内容規制には原則として厳格審査基準が適用されるから、事案特性を踏まえて中間審査基準以下まで下げる場合には、まずは表現内容規制には厳格審査基準が適用されることをその根拠とともに明示したうえで、その根拠の全部又は一部が妥当しないことなどを理由として中間審査基準以下まで下げることができないのかを論じることになる。また、職業規制で厳格審査基準を用いることなど、違憲審査基準の厳格度の上限（相場）から逸脱することのないよう注意する。

## 5. 違憲審査基準の適用

- ・ 厳格な基準を立てているにもかかわらず、その基準を満たすかどうかの具体的な検討の中では、それほど理由のないまま、制約の必要性を認める答案が相当数あった。厳しい基準を立てても具体的な検討で緩やかにしてしまっただけでは、厳しい基準を立てることの意味が希薄になってしまうように思われる。日頃から、具体的な事例を学ぶ中で、基準の設定と具体的な検討を行い、整理しておくことが望ましい。（令和1年司法試験・採点実感）

違憲審査基準を正しく適用するためには、厳格度が異なる違憲審査基準ごとに目的・手段審査の内容を正確に理解する必要がある。

### (1) 厳格審査の基準

厳格審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が必要不可欠な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法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。

#### ア. 目的<sup>8)</sup>

①必要不可欠な利益は、他の基本的人権のレベルの利益であると考えることが可能である。もっとも、必ずしも他者の人権である必要はない。例えば、判例によれば、選挙の公正を確保することも含まれる。

➡厳格審査の基準・中間審査の基準では、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。

(例1) 目的審査では、例えば、ある法令が、「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」が公開されることにより「子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪が誘引されるおそれがある」という想定に立ち、他者のプライバシー保護を規制目的として「他人の家の様子など生活ぶりが窺えるような画像」の公開を禁止している場合、「他人の家の様子など生活ぶり」に関するプライバシーの保護という規制目的の必要不可欠性や重要性は、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害される⇒子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがある」という因果関係により基礎づけられている。そのため、上記因果関係について立法事実による支持が必要とされ、仮に立法事実による支持がない場合、規制目的の必要不可欠性や重要性を評価する際には、「他人の家の様子など生活ぶりに関するプライバシーが侵害されても、子どもの誘拐や窃盗・強盗といった犯罪被害が誘発されるおそれがあるとはいえない」ということを前提にすることになる。

論点教室 15～16 頁

在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・最大判 H17.9.14・百II147

渋谷演習 17～18 頁、高橋体系 110 頁

平成 23 年司法試験参考

<sup>8)</sup> 目的手段審査でいう「目的」は、立法目的と表現されることが多いが、これは法令全体の目的ではなく、規制目的を意味している。

(例2) ある法令が「社会的混乱」を防止することを規制目的として、「公共利害関係事実について虚偽表現を流布すること」を罰則により禁止しており、問題文に、立法過程で考慮された事実として「過去に、〇〇という公共利害関係事実に関する虚偽表現が流布されたことにより△△という大きな混乱が生じた」ことが記載されている場合には、当該過去の事実は、目的審査において、防止しようとしている「社会的混乱」の中身を明らかにするために用いることができる。厳格審査の基準・中間審査の基準では、立法事実を根拠とする心証形成が必要とされるため、「社会的混乱」はこういった内容・規模のものであるということについて、観念上の想定として認められるのでは足りず、立法事実を根拠として認められる必要がある。その上で、立法事実を根拠として明らかとなった内容・規模の「社会的混乱」を防止するという目的が必要不可欠といえるか・重要といえるかについて評価を下すことになる。<sup>9)</sup>

## イ. 手段

②手段の必要最小限度性は、当該手段が立法目的を達成するための唯一の手段であることを意味する。具体的には、⑦手段の適合性が認められることに加え、④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が存在しないことが必要とされる（このように、目的と手段の間に必要不可欠の関係が要求される）。④を手段必要性という。

### (ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。そして、(i)については、「科学的な証明」というレベルでの立法事実による支えが要求される。<sup>10) 11)</sup>

### (イ) 手段必要性

④手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

中間審査基準との違いは、目的を達成するための「唯一」の手段であることまで要求されるという点にある。すなわち、(iii)他の手段の有効性としては、立法目的を達成できるだけで足り、争われている法令上の手

<sup>9)</sup> 上記の立法事実は、手段適合性の審査において、「規制対象である公共利害関係事実に関する虚偽表現により、社会的混乱がもたらされる」という因果関係を根拠づけるものとしても使うことになる。

<sup>10)</sup> “手段審査については、まず当該手段が立法目的を(観念的・抽象的にであれ)促進するのかどうかを確認していない答案が多くあった。”(令和2年司法試験・採点実感)

<sup>11)</sup> 例えば、ある条例が「青少年の健全な育成」を確保することを規制目的として条例所定の「有害図書」の販売等を一定範囲で禁止している場合、厳格審査の基準では、「青少年が条例所定の有害図書を閲覧することにより青少年の健全な育成が阻害される」という因果関係について科学的な証明というレベルでの立法事実による支持がなければ、(i)を欠くという意味で⑦手段適合性が否定される。同種事案に関する岐阜県青少年保護育成条例事件では、有害図書が青少年の健全な育成にとって有害であるという関係性について、「社会共通の認識」や「相当の蓋然性」を根拠として認められることで足りるのか、それとも「科学的な証明」や「明白かつ現在の危険」を根拠として認められる必要があるのかが問題となった(最判 H9.9.19・百 I 50)。

なお、立法事実を根拠として(i)因果関係が認められ、かつ、(ii)一定範囲での販売等の禁止について青少年による閲覧を妨げるという効果が認められるのであれば、⑦手段適合性が肯定される。

段と同程度に立法目的を達成できることまでは要求されない。<sup>12)</sup>

(例3)

公道から当該地域の路上風景を撮影した画像（以下「Z機能画像」とする）をインターネット上で提供するサービスに対する中止命令等を定めている仮想法令の憲法21条1項適合性が問題となる事案では、厳格審査基準を前提とした場合、手段必要性について、以下のような主張・反論・私見を展開することができる。

<p>(原告)</p> <p>Z機能画像によるプライバシー侵害の回復は、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令というより制限的でない他の手段によっても実現することができるから、中止命令は目的を達成するための唯一の手段であるとはいえず、必要最小限度の手段とはいえない。</p>	<p>(被告)</p> <p>プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令だけでは埒が明かず、有効な手段であるとはいえないから、中止命令は必要最小限度の手段であるといえる。</p> <p>(私見)</p> <p>具体的にどういった意味で「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令だけでは、埒が明か」ないのかということについて論じ、「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令」が制限的でない他の「有効な手段」であるといえるのかを検討する。</p> <p>厳格審査の基準では、「より制限的でない他の選び得る手段」の有効性として、「中止命令と同程度」の有効性までは要求されない。</p>
--	--

平成23年司法試験参考

## (2) 中間審査の基準（厳格な合理性の基準）

中間審査の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が重要であり、かつ、②手段が立法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。

中間審査の基準でも、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。

### ア. 目的

①立法目的の重要性は、制約されている憲法上の権利を制約する目的としてふさわしいものであるかどうかで判断される。<sup>13)</sup>

このように、「重要な利益」は、制約されている憲法上の権利との比較による相対的な重要性を意味すると理解される。

### イ. 手段

②手段の実質的関連性では、⑦手段の適合性が認められることに加え、④立法目的を達成することができるより制限的でない他の選び得る手段が

実質的関連性の基準ともいう。

論点教室15頁、高橋体系233頁、  
平成30年司法試験・出題趣旨  
相対的重要性という考えを否定する見解もある。

高橋体系233頁、青柳79頁

<sup>12)</sup> “手段審査においては、その目的を達成するために必要最小限度の方法であることが論証されねばならないということである。ここから、同一の目的を達成するための手段として、…権利を制限する程度がより少ない実現可能な方法が存在する限り、現実採用されている方法は違憲と考えるべきだという結論が生じる。”（高橋体系110頁）

“ある目的を実現できる手段がひとつしかないという事態はふつうは考えられないので、アメリカの場合、厳格審査の結果はほとんど違憲の結論になるといわれている。”（赤坂29頁）

<sup>13)</sup> “規制目的については、その人権の重要さに釣り合う重要度を認めうる公益の実現が目的とされている必要があ…る…”（高橋体系233頁）

存在しないことが必要とされる。④を手段必要性という。<sup>14)</sup>

**(ア) 手段適合性**

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。(i)を支える立法事実は、「社会共通の認識」や「相当の蓋然性」といった、「科学的な証明」よりも緩やかなもので足りる。

**(イ) 手段必要性**

⑧手段必要性では、(i)他の手段に具体性があることを前提に、(ii)他の手段がより制限的でないこと、(iii)他の手段により争われている法令上の手段と同程度に立法目的を達成できること、(iv)他の手段の実現可能性が要求される。

**(例 4)**

前記(例3)の事案では、中間審査の基準を前提とした場合、手段必要性について、以下のような主張・反論・私見を展開することができる。

<p>(原告)</p> <p>Z機能画像によるプライバシー侵害の回復は、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令というより制限的でない他の手段によっても実現することができるから、中止命令は目的を達成するための唯一の手段であるとはいえず、必要最小限度の手段とはいえない。</p>	<p>(被告)</p> <p>…略… 中間審査基準によるべきである。</p> <p>そして、プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令は、中止命令に比べて有効性が劣るものであるから、これをもって中止命令の必要性を否定することはできない。</p> <p>(私見)</p> <p>具体的にどういった意味で「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令は、中止命令に比べて有効性が劣る」のかということについて論じ、「プライバシーを侵害しているZ機能画像を対象とした削除命令」というより制限的でない他の手段が「中止命令と同程度の有効性」を有しないといえるのかということについて検討する。</p> <p>中間審査基準では、「より制限的でない他の選び得る手段」の有効性としては、「中止命令と同程度」の有効性まで要求されるからである。</p>
--	---

**(3) 合理性の基準（合理的関連性の基準）**

合理性の基準を用いる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、①立法目的が正当な利益の保護にあり、かつ、②手段が立法目的との間で合理的関連性を有するものであれば、合憲である。

合理性の基準では、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。

<sup>14)</sup> 中間審査の基準に属する実質的関連性の基準における手段審査では、LRAの審査は行わない（手段と目的との直列的な因果関係だけを問う）という理解もある（例えば、赤坂 28 頁）一方で、実質的関連性の基準でも LRA の審査が行われるとする理解もある（例えば、渋谷 717 頁、高橋体系 233 頁）。

## ア. 目的

①合理性の基準のもとでは、合憲性の推定が働いているから、その推定を覆すだけの事情が認められる場合、すなわち、正当でない利益のための立法であることが明らかな場合 (ex.反憲法的な目的) にのみ目的審査で違憲となる。

論点教室 15 頁

## イ. 手段

②手段の合理的関連性では、⑦手段の適合性（その手段が立法目的の実現を促進すること）と④利益の均衡（規制により得られる利益と失われる利益の均衡）のみが審査され、⑧手段の必要性（より制限的でない他の手段により立法目的を達成できるか）までは審査されない。

作法 80 頁

### (ア) 手段適合性

⑦手段適合性は、その手段が立法目的の実現を促進することを意味する。これは、(i)規制対象が立法目的を阻害するものであることと、(ii)その手段が規制対象による立法目的の阻害を阻止するものであることの2点から成る。

厳格審査の基準・中間審査の基準との違いは、(i)規制対象が立法目的を阻害する関係について、立法事実による支持は不要であり、観念上の想定に基づき心証形成できれば足りるという点である。<sup>15)</sup>

### (イ) 利益の均衡

⑦は単なる関連性であり、⑦関連性に加えて④利益の均衡も認められることで初めて、合理的関連性といえる。<sup>16)</sup>

## (4) 明白の基準（明白の原則）

積極目的に基づく営業規制などについて、合理性の基準よりも緩やかな、明白の基準が用いられることがある。

渋谷演習 18 頁

これが用いられる場合、当該法令（あるいは、法令中の一部の規定）は、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。<sup>17) 18)</sup>

例えば、小売市場事件（最大判 S47.11.22・百 I 91）

## 第3. 適用違憲（処分違憲）

B (総)

### 1. 適用違憲の類型

芦部 400 頁

第1は、法令の合憲限定解釈が不可能である場合、すなわち合憲的に適用で

<sup>15)</sup> “ここでは目的と手段の間に抽象的・観念的な関連性があれば足りるとされる。すなわち、法令や法令の下で具体的に講じられた手段と立法目的との間に因果関係が認められないとき以外は合憲とするのである。”（渋谷演習 18 頁）

“目的-手段関係についても、「合理的関連性」があればよい。「合理的関連性」も、事実を踏まえて検討することなく、「机の上で、関連性がある」と思えばよい。”（青柳 80 頁）

<sup>16)</sup> 作法 80 頁は、政治的行為の禁止が合理的で必要やむを得ない限度にとどまるか否かは「禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の3点から」判断されるとする猿払基準（最大判 S49.11.6・百 I 13）について、「この審査は、一般に合理的関連性の基準と呼ばれるが、目的・手段・均衡の3点がそろっており、単に手段の目的に対する関連性のみを審査するものではないということがわかって…」と説明している。

<sup>17)</sup> 憲法上の権利に対する通常の制限が問題となる限り、明白の基準よりも緩やかな審査は想定しがたい。より緩やかな基準があり得るとすれば、それは、原則 - 例外関係を観念し得ない（あるいは、憲法上の原形を想定し得ない）場合に限られよう（作法 81～82 頁）。

<sup>18)</sup> 立法目的が著しく不合理であることが明白か、手段が立法目的の実現を促進しないことが明白か、利益の均衡を著しく欠くことが明白かという3点について審査されることになろう。



きる部分と違憲的に適用される可能性のある部分とが不可分の関係にある場合に、違憲的適用の場合を含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である、という趣旨の判決である。

第2は、法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した、その適用行為は違憲である、という趣旨の判決である。

第3は、法令そのものは合憲であっても、その執行者が人権を侵害するような形で解釈適用した場合に、その解釈適用が違憲である、という趣旨の判決である。<sup>19)</sup>

## 2. 適用違憲の審査の手法

論点教室 44 頁

### (1) 目的手段審査の可否・方法

適用違憲の審査は、基本的には、法令の目的・手段（法令の適用）関係の検証という形で行われる。

もともと、法令違憲⇒適用違憲という流れで検討している場合、法令適用の目的と通常は一致するはずの法令の目的の審査を経ていることになる。そうすると、法令違憲の審査で法令の目的の合憲性が認められている場合、法令適用の目的が法令の目的と異なるという特殊な事情がない限り、適用違憲の審査では、法令適用と法令の目的の関係という問題だけが顕在化するから、目的手段審査のうち手段審査だけを切り出して審査をすれば足りよう。

### (2) 法律適合性審査と憲法適合性審査の違い

少なくとも、処分要件該当性の検討のうち、通常解釈を前提としたものは、処分の法律適合性審査であり、処分の憲法適合性審査ではない。

試験対策としては、①憲法的評価を取り込むことで処分要件を通常解釈よりも狭く解釈する、②解釈の結果が処分要件やその文言になじまないなら処分要件や文言から離れて解釈する、という理解で構わない。

自由権規制における適用違憲の本質は、権利の性質や規制の態様などを考慮した憲法的評価により処分根拠規定の違憲的適用部分を洗い出し、本件が違憲的適用部分に当たるかを検討することにあると考えられるからである。

## 3. 三者間形式における注意点

原告・被告人側のパートでは、法令違憲・適用違憲の双方を主張するのであれば、適用違憲については、①「仮に法令自体が合憲であるとしても」と仮定をした上で、②適用違憲に関する前記三類型の第一類型を前提に、人権の性質や規制の態様を考慮することを通じて「具体的事案に適用してはならない違憲的適用部分の内容ないし範囲」を明らかにし、③本件事案が上記①の違憲的適

<sup>19)</sup> 処分違憲とは、処分について「法律との適合性を省略して、直接憲法適合性を審査すること」、「処分の直接の根拠法律（授権法律）については違憲の争点が提起されていない（ゆえに、授権法律の憲法上の根拠規定との関係では合憲が前提となっている）ときに、その法律に基づいて行った処分が直接憲法的評価を受けて違憲と判断される場合」を指し、「法律との適合性…審査」とは区別されるものである（高橋体系 327 頁）。そして、高橋体系 322 頁・327 頁では、「適用上違憲とは、問題の条項が適用されようとしている事案の行様に着目し、その行態が憲法により保護されていると判断する場合という」と定義した上で、処分について「法律との適合性を省略して、直接憲法適合性を審査する」「場合の処分を法律の適用行為と捉え、適用違憲と分類する見解もあるが、本書では、適用上判断を国家行為（法律の適用行為）の憲法的評価をする審査方法ではなく、法律を適用される国民の行態を憲法的に評価する審査方法と定義しているため、処分違憲と適用違憲は区別される。」とされている。

平成 23 年採点実感でも、「処分違憲の審査で、法律適用の合法性、妥当性のみを論じる答案が今年も多かった。憲法との関係を論じないと、合憲性審査を行ったことにならない。」との指摘がある。

用部分に該当することを主張する。

原告・被告人のパートにおいて、合憲限定解釈ができないことを前提とした法令違憲の主張をする一方で、適用違憲については合憲限定解釈が可能であることを前提とした第二類型に従って違憲主張を展開することは、法令違憲と適用違憲とで主張が整合しないことになりかねないから、極力避けるべきである。

#### 4. 法令違憲と適用違憲を論じる際の考慮事由の差異

法令違憲を論ずるに際して、立法事実を照らして法令の規定がどうか、ということではなく、Xの個別事情をもって論ずる答案が目についた。これは、法令違憲と処分違憲とを混同しているものと考えられるが、両者を論じる際の考慮事由の差をきちんと押さえる必要がある。(平成23年司法試験・採点実感)

立法事実とは、法律の基礎となっている一般的な社会的事実である。司法事実とは、立法事実の対概念であり、法律が適用される当事者に関する事実のことであり、判決事実とも呼ばれる。

法令違憲の判断は、司法事実ではなく、立法事実の領域で行われる。司法事実を(直接に)考慮することができるのは、適用違憲の段階である。

もっとも、問題文に書かれている当事者(原告、被告人)に関する事情であっても、それが一般的な社会的事実として捉えることができるものであれば、立法事実レベルにまで一般化・抽象化した上で、法令違憲の判断において考慮することができる。

青柳 392 頁、高橋体系 181 頁

青柳 392 頁

#### 第4. 三段階審査論以外の手法

防御権又は防御権的に構成できる権利以外の憲法上の権利や客観法的規範に関わる法律の憲法適合性審査については、三段階審査以外の手法を用いる必要がある。

また、憲法上の争点を含む行政処分については、行政裁量審査が用いられることがある。後者では判断過程審査が用いられることが多く、憲法規範が考慮要素の指定・重みづけを通じて判断過程審査において実質的な役割を果たすことがある。

例えば、エホバの証人剣道受講拒否事件最高裁判決は、信教上の理由により剣道実技を拒否した学生に対する退学処分の“適法性”審査に際して、判断過程審査を用い、退学処分が信教の自由という重要な憲法上の権利に対する間接的制約になることを理由として、代替措置の積極的な探求義務を導き出すことで、判断過程審査の密度を深めている。

本判決が行った判断過程審査は、退学処分の適法性の審査である。もっとも、これについては、本判決の違法判断のポイントが憲法上要求される考慮義務を果たさなかった点にあるとすれば、これを違憲判断と呼ぶことも許されるとして、本判決の判断過程審査について裁量を前提とした違憲審査の一手法として捉える余地もあるとする見方もある。

B (総)

憲法 I 82 頁

憲法 I 90 頁

憲法 I 82 頁、論点教室 54 頁

最判 H8.3.8・百 I 41、憲法 I 95 頁・

181 頁、論点教室 54 頁

論点教室 54 頁

### 第3節 判例・学説を踏まえた論述

A (総)

#### 1. 判例・学説を違憲審査の枠組みに落とし込んで理解する

憲法も法律科目の試験であるから、自由作文が求められているわけではない。関連する判例・学説がある問題点については、判例・学説を踏まえて論じるのが望ましい。

「保障⇒制約⇒違憲審査基準の定立・適用」という違憲審査の基本的な枠組みが妥当する領域では、判例・学説を上記の枠組みに落とし込み、答案に書くことができる形で理解・記憶することになる。

#### 2. 試験的に許容されそうな範囲で理解・記憶の水準を下げる

判例・学説を「違憲審査の基本的な枠組みに落とし込んだうえで、答案に書くことができる形で理解・記憶する」ためには、理解・記憶の水準を下げる必要があることもある。

自分や合格答案のレベルを踏まえ、試験的に許容されそうな範囲でどこまで判例・学説をデフォルメするのかを決めるという「割り切り」も大事である。

例えば、閲読の自由（平成30年司法試験）の憲法上の保障については「閲読の自由は、個人の人格・思想の形成・発展に必要不可欠であるから、憲法21条1項の派生原理として同条項により保障される。」、選挙のルール論（令和1年司法試験）については「選挙運動規制については、国会の立法裁量（憲法47条）が強調されるから、厳格な審査基準は妥当しない。」といった論述でも構わない。

まずは、使える（＝答案に書くことができる）判例・学説を増やす。正確性や説得力を高めるのは、その後で構わない。

よど号ハイジャック記事抹消事件  
（最大判 S58.6.22・百 I 14）  
戸別訪問禁止事件（最判 S56.7.21・  
百 II 158・伊藤正己裁判官の補足意見）

#### 3. 判例・学説の使い方のパターン

##### (1) 積極的利用

###### ㊦判例・学説を典型事案に直接適用する

⇒判例・学説のルールとそれを支える根拠を示してから、当てはめに入る。

###### ㊧判例・学説を典型事案とは異なる事案や異なる論点に転用（応用）する

⇒(i)判例・学説のルールとそれを支えている根拠を示した上で、(ii)判例のルールを支えている根拠を比較基準として判例・学説と本件の事案（事案類型を含む）又は論点を比較することで、判例・学説のルールを支えている根拠が事案又は論点の違いを跨いで本件の事案又は論点にも妥当するのかを検討する。妥当するのであれば、判例・学説のルールを当該事案や論点に適用する。

判例・学説のルールを事案類型や論点の違いを跨いで適用する場合には、そのルールが事案類型や論点の違いを踏まえてどのように変容した上で適用されることになるのかまで示すべきときもある。

同一事案類型に属する個別事案間での射程が問題になっている場合には、ルールを「変容」させる必要はない。

##### (2) 消極的利用

###### ㊨判例・学説の理論自体を否定する場合

⇒判例・学説のルール自体やそれを支える根拠の妥当性を検討し、妥当でないとして判例・学説のルール自体を否定する場合には、判例・学説のルールに代わって当該論点に適用されるルールまで示す。

㊦判例・学説の射程を否定する場合

➡前記㊤と同じ検討過程を経て、判例・学説のルール<sup>①</sup>の射程を全面的に否定する場合には、判例・学説のルールに代わって当該事案又は論点に適用されるルールまで示す。

判例・学説のルール<sup>②</sup>の射程を部分的に否定する場合には、判例・学説のルールがどのように変容して当該事案又は当該論点に適用されることになるのかまで示す。

#### 4. インプットのゴールを明確にする

憲法の判例・学説の学習における難点は、ゴール（答案の型・水準）が不明瞭になりがちなことにある。

前記1・3により、ある程度、判例・学説を使った答案の型をイメージすることができ、前記2により、判例・学説を使った合格答案（あるいは、目標とする順位の答案）の水準をイメージすることができる。

答案の型と水準を意識しながら判例・学説を学習することで、学習効率が飛躍的に向上する。

#### 5. 判例・学説の使い方について柔軟に考える

憲法の答案練習では、判例・学説の使い方について硬直的に捉え過ぎないようにする。

判例・学説のルール<sup>①</sup>の射程・応用を正面から論じることができれば、判例・学説の考え方を自説の論証の補強材料（理由付けの一部）として使うにとどまる場合もある。

採点上積極的に評価される判例・学説の使い方は、その正確性も含めかなり広い。

例えば、SNS事業者の選挙運動中及び選挙当日におけるSNS上の特定虚偽表現の削除義務を定める立法措置<sup>②</sup>の憲法上の問題点が問われた事例（令和1年司法試験）において、グーグル検索結果削除請求事件決定を参照し、「同決定では憲法21条1項による保障には言及がないこと」や「SNS事業者と検索事業者の違い」を無視して、「SNS事業者によるSNS利用者の表現内容の提供には、事業者自身の表現行為という側面がある」として「表現の自由」（憲法21条1項）としての保障を認めても構わない。

厳密には、「同決定では憲法21条1項による保障には言及されていないこと」や「SNS事業者が特定の方針に沿って利用者の表現内容を提供している」とは言い難いこと」等が問題となるが、これらの点を踏まえて論じることができないから同決定に言及しないよりも、何らかの形で同決定を使ったほうが点が付くからである。

「判例を踏まえて」論じることが明示的に求められている平成30年以降の司法試験で大事なことは、使い方の正確性に囚われすぎて判例を使うことについて過度に萎縮しないということである。

①「まずは、答案練習でとりあえず判例を使ってみることで、判例を使うことに慣れる」、②「次に、使える判例を増やす」、③「それができたら、使い方の精度を高める」、という学習順序が望ましい。

最決 H29.1.31・百 63

以下のことは、学説についても妥当する。

## 第4節. 出題形式ごとの答案の書き方

A (総)

### 第1. 三者間形式

平成18年から平成29年の司法試験では、「原告・被告人による違憲主張⇒国・県・市・検察官側の反論⇒自身の見解」という三者間形式による出題であった。

基本的には、設問1で違憲主張をフルスケールで展開し、設問2で違憲主張に対する反論を踏まえて自身の見解を論じさせるという出題である。

#### 1. 設問1

##### (1) フルスケール

原告・被告人（以下「原告」とする）のパートは、フルスケールで書くべきである。

今年は、教団の訴訟代理人の主張についてはフルスケールで述べさせることを前提にして、教団と反対側になる市側の主張については、自分の見解を展開する前提として踏まえればよいという形…にした。（平成19年司法試験・ヒアリング）

ここでいう「フルスケールで述べさせる」とは、違憲の結論を導くために必要な主張を一通りさせるということであり、第1章で説明した「違憲審査の基本的な枠組み」を用いる事例であれば、「保障⇒制約⇒権利の性質や制約の態様を考慮して違憲審査基準を定立⇒違憲審査基準の適用（当てはめ）」のすべてについて主張させるということである。

（イメージ）民法の不当利得返還請求

不当利得返還請求の請求原因は、①被告の受益、②原告の損失、③①②の因果関係、④①の受益についての法律上の原因の不存在である。

原告には、①ないし④のすべてについて主張させ、被告では、争点となるものについてのみ反論させる（例えば、③・④のみ）。

自身の見解では、反論により争点化された③・④についてのみ検討すれば足りる。

争点になっていない①・②については、原告の主張がそのまま自身の見解で流用されることになるから、自身の見解で検討する必要はない。

##### (2) 原告側の訴訟代理人は、重要判例・主要学説を前提として、一定の筋の通った憲法上の主張する

法令違憲の主張に関しては、何でも書けばよいのではない。憲法の論文式問題において登場する弁護士は重要な憲法判例や主要な学説を知っている、と想定している。したがって、憲法論として到底認められないような主張を書くのは、全く不適切である。一定の筋の通った憲法上の主張を、十分に論述する必要がある。例えば、本問では、検閲が問題になることはない。（平成23年司法試験・出題趣旨）

設問1でも、原告にとって不利な判例があるのであれば、それに言及した上で原告に有利な主張を展開するのが望ましい。例えば、原告にとって不利な判例理論の射程を区切ったり、判例理論そのものを批判して原告にとって有利な学説に従った主張を展開するという書き方が理想的である。

もっとも、答案戦略上、原告にとって不利な判例については、設問2の反論段階で初めて言及するという書き方もあり得る。例えば、生存権の事案では、原告は学説ベースの主張を行い、堀木訴訟大法廷判決については反論の

最大判 S57.7.7・百II 132

段階で初めて出すという書き方もあり得る。

平成 23 年司法試験・採点実感で「有害でしかない…主張」として念頭に置かれているのは、明らかな事後規制である中止命令について検閲を主張するような答案であろう。

## 2. 設問 2

### (1) 反論の内容

反論は、①簡潔に争点のポイントを示す程度で足り、反論の具体的な中身は自身の見解の中で論じる。その一方で、②結論だけを示すのではなく、その結論に繋がる理由（＝反論を支えている理由）を明示する必要がある。

- ・「被告の反論」について簡にして要を得た記述を促し、ひいては「あなた自身の見解」の論述が充実したものとなることを期待した。（平成 27 年司法試験・出題趣旨）
- ・いかに「ポイントを簡潔に述べ」としても、反論である以上、A 市としてその結論につながる積極的・直接的・根本的な理由を簡潔かつ端的に明示する必要がある。（平成 27 年司法試験・採点実感）
- ・検察官の反論を明示する以上は、判断枠組みを定立するだけで終わるのでは不十分であるし、「目的は不可欠で、手段は最小限である」などと結論を記載するだけでも足りず、冗長にならないように留意しつつ、検察官としてその結論につながる積極的・直接的・根本的な理由（判断の骨組みとなる部分）まで端的に示す必要がある。（平成 28 年司法試験・採点実感）

### (2) 反論・自身の見解の展開方法

設問 2 について、【ある観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解→更に別の観点からの反論→それに対する受験者自身の見解…】という構成の答案が多かった。その結果、手厚く論じてもらいたい受験者自身の見解の論述が分断されてしまい、受験者自身が、この問題について、全体として、どのように理解し、どのような見解を持っているのかが非常に分かりづらかった。さらに、極端に言えば、「原告の△△という主張に対し、被告は××と反論する。しかし、私は、原告の△△という主張が正しいと考える」という程度の記載にとどまるものもあった。（平成 26 年司法試験・採点実感）

理想的な書き方は、設問 2 前半で反論を一括して書いた上で、設問 2 後半で主張・反論の対立により争点化された事柄について一括して自身の見解を論じるというものである。

もっとも、この書き方は難しい上、かえって伝わりにくい答案になることもあるから、争点ごとに反論・自身の見解を展開するという書き方でも構わないと思われる。

### (3) 自身の見解

- ・最も大きな配点があるのは、自身の見解である。したがって、原告側の主張と被告側の反論では、自身の見解の先取りにならないように、分量も含めて論じ方を工夫する必要がある。
- ・法律意見書形式と異なり、三者間形式における「反論」は「原告側の主張」に対する反論であるから、「自身の見解」で「反論」を採用することも可能である。

## 第2. 法律意見書形式

### 1. 平成30年以降の出題形式

平成30年以降の司法試験では、①従来の三者間形式（平成18年～29年）から、受験者が法律案・条例案の憲法上の問題点について国や県・市側から意見を求められた法律家として、「あなた自身の見解」を論じるという意見書形式の出題に変更されるとともに、②「参考とすべき判例」に言及することと、自己の見解と異なる立場に言及することについて設問で明示的に指示されるに至った。

### 2. 答案の書き方

#### (1) 問題提起

法律家としての助言を求められているため、具体的な条例の文言を指摘しつつ、当該規定で合憲といえるかどうかを答えることが不可欠であり、違憲であるとする場合に、条例案のどの部分がどのような憲法上の規定との関係で問題なのかを具体的に指摘することが期待される。（平成30年司法試験・出題趣旨）

平成30年・令和1年の設問では、法案・条例案の憲法上の問題点について自己の意見を論じる際には、法案・条例案「のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確に」するようにとの指示がある。

そこで、答案の冒頭では、「法案〇〇条は、△△の自由を侵害するものとして、憲法□□条に反し違憲ではないか」というように、①違憲性検討の対象、②権利侵害を問題とする憲法上の権利（生の権利）、③②に対応する憲法の条文番号を明示することになる。

#### (2) 自己の見解と異なる立場にも言及する

- ・本問の設定は、昨年と同様、法律の制定に当たり法律家として助言を求められているというものである。このような問題設定において、期待されているのは、法律家としての自らの見解を十分に展開する中で、必要に応じて、自らの見解と異なる立場に触れる形で論述をすることである。（令和1年司法試験・採点実感）
- ・設問の「自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる」との求めを適切に踏まえ、自己の見解を述べる中で、異なる立場を取り上げつつこれに説得的に反論している答案は高く評価された。他方、何が自説なのかが明確に示されていない段階で先に反論を指摘しているため何に対する反論なのかが不明確な答案や、反論として書き始めたものを結論において自説としてしまう答案もあり、構成段階での検討が不十分なのではないか、と思われた。（令和1年司法試験・採点実感）

平成30年以降、必要に応じて「自己の見解と異なる立場」にも言及しながら「自己の見解」を論じることが求められている<sup>1)</sup>

左の指示が無くなった令和2年以降でも、問題提起の仕方は変わらな  
いと考えられる。

<sup>1)</sup> “ 特段必要もないのに各段階で自己と異なる立場から論述をするなど、「自己の見解と異なる立場に言及すること」に不必要にとらわれすぎている答案が一定数あったが、自説を中心に記述を展開する中で、必要な限度で他説に触れつつ、批判的検討を加えていくという書き方をすべきである。”（令和2年司法試験・採点実感）

「自己の見解と異なる立場」とは、その文字通り、自己の見解と異なる立場に基づく論述であるから、これを「自己の見解」として採用する構成はあり得ない。

### (3) 判例を踏まえた論述

- ・問題文において「参考とすべき判例…を踏まえて」論じるように求めているにもかかわらず、全く判例に言及しない答案が少なからず見られた。問題文にそのような要求が明示されていなくとも、本来必要などころでは関連する判例に言及するなど、それを意識した論述をすべきであろう。なお、判例に言及する場合には、単に事件名や結論を提示するのみでは十分とは言い難い。(平成30年司法試験・採点実感)
- ・関連する判例への言及は、以前に比べると増えているが、問題はその引用の適切さである。判例の表面的な理解が目につくことが多く、当該判例を正確に理解し、本問との区別の可能性を検討した上で、自らの見解を基礎付けるために適切に引用しているものはまだ多くない。(令和1年司法試験・採点実感)

平成30年以降は、設問で「参考とすべき判例を…を踏まえて」論じることが明示されているため、平成29年以前に比べ、「判例を踏まえて」論じることの重要性が増したといえる。

もっとも、すべての検討事項について「判例を踏まえて論じる」ことができるとは限らないし、そのような答案が求められているわけでもない。

検討事項のうち、「参考とすべき判例」がないものについては、学説に従って論じたり、学説を応用して論じたりすることになる。

### (4) 違憲主張の適格

訴訟の場面ではないのであり、主張適格について論じることは必要ない。  
(令和1年司法試験・採点実感)



## 第5節 権利選択における視点

本問で問題とするべき人権を選択する際、規制から最も近い権利は何かという視点から判断するのではなく、第一次的には、問題文のヒントに従って判断すべきである。

その上で、第二次的な視点として、問題文のヒントから導いた人権で解答することの理論的余地について、判例や学説なども踏まえながら検討し、その人権を選択することについて理論的余地もあるのであれば、その人権で論じることになる。

### [過去問 1]

#### (事案)

C市まちづくり条例（自主条例）は、大規模開発事業（開発事業に係る土地の面積が1000㎡の開発事業）について、周辺住民の過半数同意が得られない場合において、「条例に基づくまちづくり基本計画に適合しない」又は「災害防止に対する支障等、市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある」と認めるときには、C市長が当該開発事業を許可しないとすることができる旨を定めていた（→都市計画法上の開発行為の許可制度に対する上乘せ条例）。

B教団は、C市内の自己所有地（1200㎡）に信者が集団で居住し修行するための教団本部施設を建設するために、本条例に基づき開発許可の申請をしたところ、B教団の前身ともいい得るA教団の幹部等が数年前に同時爆弾テロ行為を行っていたことから、C市住民の過半数の同意を得ることができず、C市長においても「災害防止に対する支障等、市民生活の安全に支障が生ずるおそれがある」と判断されたため、開発事業計画の不許可処分を受けるに至った。

#### (解説)

条例自体の違憲性及び不許可処分の違憲性に関しては、どの人権が侵害されているのかが問題となる。本事案において専ら問題になるのは、宗教的行為の自由である。ここでも、熟慮した主張と検討が求められる。（平成19年司法試験・出題趣旨）

まず、問題文には、「B教団の教義によると、信者は集団で居住して修行しなければならないことになっており、B教団結成に伴い、集団居住のための新たな施設を建設する必要が生じた。…当該施設は、本部機能を有するとともに、信者が集団で居住し、修行する施設となるものである。」、「教団本部施設は、我々の信仰生活の拠点となるものであり、正に我々の信仰を实践する場所である。このことを、市には十分配慮していただきたい。…我々が建設する施設は、教団と信者にとって神聖な場所である。信者は集団で居住し、代表である甲に従って修行に励む。このような形態が、我々B教団の信仰の在り方である。したがって、この施設は、我々教団の信仰にとって絶対に欠くことのできないものである。」、「そもそも、周辺住民の同意がなければ、我々が真摯な信仰の实践活動をできないということに、問題がある。」という、宗教的行為の自由が侵害されているという問題意識を窺わせる記述がある。そうすると、問題文のヒントから、宗教的行為の自由が導かれる。

次に、「信教の自由」（憲法20条1項前段）には、内心における宗教上の信仰の自由のみならず、信仰に基づく外部的行為の自由としての宗教的行為の自由及び宗教的結社の自由も含まれると解されている。

A (総)

平成19年司法試験 [三者間形式]

そして、本条例案が直接に制約しているのが財産権にすぎないため、宗教的行為の自由に対する制約は認められないようにも思えるが、最高裁は、宗教法人解散命令事件において、「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一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。」として、「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」ことをもって宗教的行為の自由に対する制約を認めているから、本条例案による宗教的行為の自由に対する制約を認める余地もある。

そうすると、本条例案による宗教的行為の自由の侵害を問題にする理論的余地もあるのだから、本条例案自体の違憲性においても宗教的行為の自由を選択することになる。

## [過去問 2]

### (事案)

インターネット上で地図を提供している複数の会社は、公道から当該地域の風景を撮影した画像をインターネットで見ることができる機能に基づくサービスを提供している。ユーザーが地図の任意の地点を選びクリックすると、路上風景のパノラマ画像（以下「Z 機能画像」という。）に切り替わる。

特定地図検索システムによる情報の提供に伴う国民の被害の防止及び回復に関する法律は、インターネット上で提供される Z 機能画像からプライバシーを保護することを目的として、システム提供者の遵守事項や被害回復措置（改善勧告、中止命令等）を定めている。

インターネット上で提供される Z 機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映しているだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。特に X 社は、以下のように、より積極的に Z 機能画像が提供する情報の価値を主張している。まず、その情報は、ユーザー自身がそこを実際に歩いている感覚で画像を見ることができるので、ユーザーの利便性の向上に役立つ。また、それは、不動産広告が誇大広告であるか否かを画像を見て確かめることによって詐欺被害を未然に防止できるなど、社会的意義を有する。

X 社は、上記法律に基づく特定地図検索システムの提供の中止命令を受けた。

### (解説)

- ・法令違憲に関して本問で問題となるのは、実体的権利の制約の合憲性である。この点での本問における核心的問題は、肖像権やプライバシーを護るために制約されている憲法上の権利は何か、である。…X 社側としては、表現の自由の制約と主張することになる。（平成 23 年司法試験・出題趣旨）
- ・確かに、本問の法律によって X 社は、営業の自由も制約される。とりわけ国家賠償請求訴訟も提起するならば、経済的損失に関わる営業の自由への制約の違憲性・違法性を主張することが理論的に誤っているとはいえない。しかし、本問でその合憲性が争われる法律は、許可制を採るものでは

ない。そして、営業の自由とプライバシーの権利との比較衡量において、前者が優位することを説得力を持って論証することは、容易ではない。この点では、言わば「憲法訴訟」感覚が問われているといえるであろう。（平成 23 年・出題趣旨）

- ・ X 社の主張で「表現の自由」を記載せず、「営業の自由」あるいは「ユーザーの知る権利」のみを記載する答案が、相当数あった。原告にとってどちらを主張するのが望ましいかを検討する観点が出ていないように思われる。原告の主張としてわざわざ「弱い権利」を選択するセンスの悪さは、結局のところ訴訟の当事者意識が出ていないことに結び付くように思われる。（平成 23 年司法試験・採点実感）

上記の通り、平成 23 年司法試験・採点実感では、本問で被侵害権利として「表現の自由」を選択すべき理由として、「原告の主張としてわざわざ「弱い権利」を選択するセンスの悪さ…」という説明もなされている。

確かに、三者間形式の問題では、原告側の主張における権利選択の際には、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点も重要である。

しかし、厳格な審査基準を導き得るのは、表現の自由に限られないから、「厳格な審査基準を導き得るか」という観点では、本問で被侵害権利として選択すべき権利を絞り込み切れない。

原告側に主張させる権利として「表現の自由」を選択する最も重要な根拠としては、Z 機能画像（規制対象）が受け手に奉仕するという事情が問題文にたくさん書いてあることに求めるべきである。

何について・どう論じるのかは、第一次的には、問題文のヒントを根拠として判断すべきである。

このように理解すると、青少年の健全育成と卑猥なものを見たくない大人の不快感・性的羞恥心の保護を目的とした規制図書類の販売等規制の合憲性が問題となった平成 30 年司法試験では、「受け手への奉仕」・「店舗側の表現に関する事情」が問題文に書かれていないため、「店舗側の権利」としては「職業の自由」を選択することが本筋であるということに納得できるであろう（但し、違憲主張を出発点としない法律意見書形式の問題であったという特殊性もある。）。

仮に平成 30 年司法試験が三者間形式であったならば、出題者側としては、店舗側に主張させる権利は「表現の自由」であるとの前提に立ち、「表現の自由」として構成すべきことを窺わせる事情を問題文に追加するなどしていたと思われる（とはいえ、一つの事案で、表裏の関係に立つ知る自由と表現の自由を同時に問うことの実益は乏しいと思われるため、仮に三者間形式で出題されていたとしても、購入者側の権利だけを問う問題設定にするか、店舗側の権利について職業の自由として書かせる事案にしていたかもしれない）。

### [過去問 3]

平成 25 年司法試験 [三者間形式]

(事案)

B 県立大学法学部で C 教授が担当する C ゼミは、学内で「格差問題と憲法」をテーマとした講演会を開催するために、C 教授の了承も得た上で、大学に対して教室使用願を提出した。B 県立大学教室使用規則では「政治的目的での使用は認めず、教育・研究目的での使用に限り、これを許可する」と定められており、同大学は、C ゼミ主催の講演会は政治的色彩が強いという理由から、C

ゼミによる大学教室使用申請を不許可とした。

他方で、同じ頃、Cゼミ主催の講演会とは開催日が異なるが、経済学部のゼミからも、2名の評論家を招いて行う「グローバリゼーションと格差問題：経済学の観点から」をテーマにした講演会のための教室使用願が提出されており、同大学は、経済学部のゼミからの申請は許可していた。

(解説)

- 大学の教室使用不許可処分の場合には、大学の教室は公衆に「開かれた」場所ではないし、学生も当然に教室を使用する権利があるわけではない。しかし、その場合でも、学問や表現・集会の意義を踏まえつつ、Cゼミの使用申請に対する不許可処分の平等原則違反を問うことはできる。したがって、Cゼミによる講演会と経済学部のゼミによる講演会の内容・性質の違いが問題となる。(平成25年司法試験・出題趣旨)
- 残念ながら、Aが教室の使用請求権を当然に有するとしている答案、学生に教室使用の権利が保障されているとする答案、一般的な表現の自由や学問の自由の規制として処理しようとする答案などが相当数あり、平等原則違反の観点から指摘できた答案は少なかった。平等原則を論じている答案でも、使用目的等の比較検討において経済学部ゼミと憲法ゼミの違いに関する個別的・具体的検討が必要不可欠であるのに、例えば、経済学は非政治的であるが憲法学は政治的側面が強いなどと、表面的な指摘に止まる答案が少なくなかった。(平成25年司法試験・採点実感)

問題文には、同じ時期に、「格差問題」というCゼミの講演会と共通の問題をテーマにした経済学部のゼミによる講演会については、教室の使用が許可されているという、比較対象に関する事情がある。このような比較対象に関する事情が問題文で明示されていることから、Cゼミの不服の本質は、不許可処分を受けたこと自体ではなく、時期とテーマを共通にしながら経済学部のゼミについては教室使用が許可されているにもかかわらず、自分たちについては教室使用が許可されなかったという被差別感情にあるといえる。

しかも、「集会の自由」(憲法21条1項)や「学問の自由」(憲法23条)として大学教室を使用する権利を認めることは困難である。

したがって、平等原則違反(憲法14条1項)を問題にするべきである。

## 第6節. 法令違憲・適用違憲を論じるべきかの判断

平成26年以降の司法試験は、問題文や設問で明確に誘導される傾向にある。

### [過去問1]

“C社は、本条例自体が不当な競争制限であり違憲であると主張して、不許可処分取消訴訟を提起した。”(問題文)

“本年の問題では、C社は「条例自体が…違憲であると主張して」訴訟を提起しており、内容的にも、適用違憲(処分違憲)を論じるべき事案ではないにもかかわらず、適用違憲(処分違憲)を論じている回答は、当該記載について積極的評価ができないのみならず、解答の前提を誤るなどしているという点においても厳しい評価となった”(平成26年司法試験・採点実感)。

### [過去問2]

“Bは、Cと自分とでは、A市におけるY採掘事業に関して公の場で反対意見を表明したことがある点では同じであるが、その具体的な内容やその意見表明に当たってとった手法・行動に大きな違いがあるにもかかわらず、Cと自分を同一に扱ったことについて差別であると考えている。また、Bは、自分と同程度あるいは下回る勤務実績の者も含まれているDらが正式採用されたにもかかわらず、A市におけるY採掘事業に反対意見を持っていることを理由として正式採用されなかったことについても差別であると考えている。さらに、差別以外にも、Bは、Y採掘事業を安全に行う上での基本的条件に関する自分の意見・評価を甲市シンポジウムで述べたことが正式採用されなかった理由の一つとされていることには、憲法上問題があると考えている。”(問題文)

### [過去問3]

“あなたが弁護士としてAの付添人に選任されたとして、性犯罪者継続監視法が違憲であることを訴えるためにどのような主張を行うかを述べなさい。”(設問1)

### [過去問4]

“Bから相談を受けたCが弁護士甲に相談したところ、甲は、Bの委任を受けて、Bの収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。”(設問1)

### [過去問5]

平成30年以降は、制定すらされていない法律案・条例案の憲法上の問題点について、国・市側から相談を受けた法律家として意見を述べるという状況設定である上、設問においても意見を述べる対象が「本条例案の憲法上の問題点」「この立法措置が合憲か違憲かという点」「規制①及び②の憲法適合性」に限定されていることからしても、適用違憲を論じる余地はない。

A(総)

平成26年司法試験 [三者間形式]

平成27年司法試験 [三者間形式]

平成28年司法試験 [三者間形式]

平成29年司法試験 [三者間形式]

第7節. 問題文・設問の指示・誘導（ヒント）に従った抽出・構成

近時の新司法試験（平成25年以降）では、①合憲性の検討対象とするべき立法措置、②問題とするべき憲法上の権利、及び③違憲審査の過程で争点とするべきことについて、問題文・設問で指示・誘導される傾向にある。

A (総)

[過去問]

平成29年司法試験 [三者間形式]

(事案)

特労法（「農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受け入れに関する法律」）は、農業・製造業の労働力不足の深刻化に対応するために外国人非熟練労働者を受け入れるための本邦滞在制度の一内容として、外国人の日本への長期定住を防止するために、本邦滞在中の妊娠・出産を禁止事項とした上で、違反に対する措置として強制的な収容・送還を定めていた。

(問題文)

…略…<sup>権利</sup>立法過程では、滞在中の妊娠・出産を認めないのは女性の自己決定権に対する制約として厳し過ぎるのではないかなど、禁止行為が厳格に過ぎるのではないかとの意見のほか、裁判官の令状等を得ることもなく、警備官限りの判断で、直ちに外国人の身柄を拘束することは手続的保障の観点から問題ではないかとの疑問が呈された。しかし、<sup>争点1</sup>日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底する必要性や、外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響への懸念から、この程度の制約はやむを得ないとの意見が大勢を占めるに至った。また、<sup>争点2</sup>収容の要件が限定され、収容後に一定の手続保障は与えられていることのほか、<sup>争点3</sup>労働力確保の要請から入管法に比して緩やかな要件で入国を認める以上、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることにより我が国の秩序を守り国民の安心を得る必要があること、<sup>争点4</sup>更には外国人の入国・滞在の可否は国家の主権的判断に属するという原則等が強調され、結局、特労法が制定された。

「下線」及び「上部の小さな文字」は私が付加したもの。

A国籍の女性Bは新制度に基づいて来日し、機械部品を製造する工場で特定労務に従事していた。Bは、同じく新制度に基づいて入国し、同じ工場に勤務していたA国籍男性Cと親しくなり、しばらくして妊娠した。Bは懐妊後も引き続き工場で働いていたが、Bの体型の変化に気付いた雇用主がBの妊娠について通報した。これを受けて、警備官が早速調査を開始したところ、Bが産婦人科で受診した事実も確認された。このため、警備官は、Bが妊娠しているとの疑いを強め、法第18条第1項に基づきBを拘束して出国準備センターに収容した。警備官は、収容に際し、法第18条第2項に基づき、Bに対し、滞在中に妊娠し、法第15条第8号の禁止行為に該当するため収容する旨口頭で告げた。また、警備官が、法第18条第2項に基づき、収容後速やかにBから弁解を聴取したところ、Bは、「Cとの間の子を妊娠しているのは間違いない。ただ、滞在中に妊娠することを禁じられていると知っていたので、望んで妊娠したわけではない。この先日本に定住するつもりはなく、日本である程度お金を稼いだらA国に戻りたいとの気持ちは変わらないが、Cを愛しているので今は出産したい。」旨申し立てた。さらに、警備官から報告を受けた審査官は、審査を行った結果、Bの妊娠事実を認定し、強制出国命令書を発付した。

Bは、間もなくA国に送り返された。Bは、妊娠したことを理由にいきなり

収容されて帰国させられたことが納得できず、日本政府を訴えたいと考え、引き続き日本にいる C に相談した。B から相談を受けた C が弁護士甲に相談したところ、甲は、B の委任を受けて、<sup>対象</sup>B の収容及び強制出国の根拠となった特労法の規定が憲法違反であるとして、国家賠償請求訴訟を提起しようと考えた。

(解説)

- ・問題文には、検討すべき点について、ヒントとなる記述が多々あるにもかかわらず（例えば、立法経過に関する議論から、妊娠等の自由の制限と収容の点が大きなテーマであることに気付くべきであろう。）、これに言及していない答案があった。また、問題文に書かれている前提を誤解していると思われる答案もあった。まずは、問題文をしっかり読んで、その内容を理解することが重要である。（平成 29 年司法試験・採点実感）
- ・まず何よりも、答案作成は、問題文をよく読むことから始まる。問題文を素直に読まない答案、問題文にあるヒントに気付かない答案、問題と関係のないことを長々と論じる答案が多い。（平成 23 年司法試験・採点実感）

本問では、上記の通り、①合憲性の検討対象とすべき立法措置、②問題とすべき憲法上の権利、及び③違憲審査の過程で争点とすべきことについて、問題文・設問で指示・誘導されている。

## 第8節. 立法目的の把握の仕方

- ・法令に関する目的手段審査において「立法目的」として把握すべきは「規制目的」である。
- ・規制目的に関する記述が問題文にある場合には、問題文の記述に従って規制目的を把握したうえで、目的規定の文言を参照して問題文の記述に従った規制目的の把握が正しいものであるのかを最終確認する。
- ・問題文や目的規定に複数の目的（又は保護法益）が書かれている場合、問題文のヒントや目的規定の接続詞等から、規制手段との繋がりも含めて複数の目的の関係を整理する。
  - ➡目的としてABCとある場合、ABが中間目的でCが究極目的、Aが中間目的でBCが究極目的、ABCの複合目的といった整理の仕方がある。

A (総)

### [過去問 1]

平成 26 年司法試験

A 県 B 市の自然保護地域におけるタクシーの運行の許可制を定める条例の違憲性が問題となった事案。

第1条 この条例は、A 県 B 市の自然保護地域（以下「自然保護地域」という。）におけるタクシーによる輸送の安全を確保すること、及び自然保護地域の豊かな自然を保護するとともに観光客のより一層の安全・安心に配慮して観光振興を図ることを目的とする。

問題文 しかしながら、湖周辺では観光客が増えて交通量が増加したために、車の排気ガスによる原生林の損傷や、心ない観光客の行為で湖が汚れ、透明度が低下するといった問題が深刻になりつつあった。それに加えて、自然保護地域内の道路のほとんどは道幅が狭く、片方が崖で曲がりくねっており、人身事故や車同士の接触事故など交通事故が多く発生した。そのほとんどは、この道路に不慣れな自家用車と観光バスによるものであった。

①「輸送の安全の確保」、②「自然保護地域の豊かな自然の保護」、及び③「観光振興を図る」は、いずれも許可制の目的（規制目的）として定められている。しかも、①②③は、全て「及び」又は「とともに」で接続されているから、並列的な関係にある。したがって、許可制の規制目的は①②③という複合的なものである。

この場合、①②③ごとに目的手段審査をすることになる。

### [過去問 2]

平成 28 年司法試験

GPS 埋設による性犯罪者の継続監視を定める性犯罪者継続監視法の違憲性が問題となった事案。

第1条 この法律は、刑法…第 176 条から第 179 条まで又は第 181 条の罪（以下「性犯罪」という。）により懲役の確定裁判（その刑の執行猶予の言渡しをするものを除く。以下同じ。）を受けた者であって、再び性犯罪を行うおそれ大きいと認められるものに対し、継続監視を行うことにより、性犯罪の再発の防止を図り、もってその社会復帰を促進するとともに、地域社会の安全の確保を推進することを目的とする。

問題文 …これら 2 つの事件に関する報道では、心理学の専門家等が、「一定の類型の性犯罪者は、心理的生理的、病理的要因等により同種の性犯罪を繰り返すおそれ大きく、処罰による特別予防効果に期待することは現実的で



ない。このような性犯罪者の再犯を防止するためには、出所後の行動監視が必要である。」旨の所見を述べた。

国会審議における…参考人として意見を求められた犯罪心理学の専門家Uは、同法律案に賛成する立場から、「…リスクが特に高いと判定された者を継続監視の対象として再犯を防止することには、極めて高い必要性和合理性が認められる。」旨の意見を述べた。

まず、問題文では、立法目的として「性犯罪者の再犯を防止するため」ということだけが挙げられている。

次に、1条の目的規定では、①「性犯罪の再発の防止を図」る、②「社会復帰を促進する」、③「地域社会の安全の確保を推進する」という複数の法益が挙げられている。

①と②③は、「もって」で接続されているから、並列的な関係に立たず、「①を図り、もって②・③を実現する」という関係、すなわち、「①が継続監視の直接的目的(中間目的)、②③が継続監視の究極目的」という関係に立つ。

そこで、①を規制目的として捉えて目的手段審査をすることになる。

目的審査では、①の重要性や必要不可欠性を検討し、その際、①には②③をもたらすという価値があるということ踏まえる。つまり、②③は①の重要性や必要不可欠性を基礎づけ得るものとして位置付けられる。

手段審査では、「継続監視」(規制手段)と②③の関係ではなく、「継続監視」と①の関係を審査する。<sup>1)</sup>

### [過去問 3]

平成 23 年司法試験

公道から当該地域の路上風景を撮影した画像(以下「Z機能画像」とする)をインターネット上で提供するサービスに対する中止命令等を定めている仮想法令の合憲性が争われた事案。

第1条 この法律は、特定地図検索システムによる情報の提供が、インターネットの普及その他社会経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進に寄与するものであることに留意しつつ、当該情報の提供に伴い個人に関する情報が公にされることによる被害から適確に国民を保護することの緊要性に鑑み、当該被害の防止及び回復に関し、基本理念を定め、国及びシステム提供者の責務を明らかにするとともに、システム提供者の遵守事項、被害回復のための措置、被害回復委員会の設置その他必要な事項を定めることにより、国民生活の安全と平穩の確保に資することを目的とする。

問題文 …これにより個人が特定され得るばかりでなく、庭、ベランダ、室内等に置いてある物から、そこに住む人の家族構成や生活ぶりが推測され得る。さらに、このような情報は、犯罪を企む者に悪用されるおそれもあり得る。しかしながら、会社側は、事前にZ機能画像の撮影日時や場所を住民に周知する措置を採っていなかった。

インターネット上で提供されるZ機能画像が惹起するプライバシーの問題に関して、会社側は、基本的には、公道から見えているものを映してい

<sup>1)</sup> これと異なり、究極目的である②・③を立法目的として捉えることも可能である。この場合、①の実現により②・③が実現されるという関係性は、立法目的の合憲性ではなく、手段の適合性の問題に位置付けられることになる。

るだけであり、言わば誰もが見ることのできるものなので、プライバシー侵害とはいえない、と主張している。

…ところで、Z 機能画像をめぐるのは、個人を特定されないことや生活ぶりをのぞかれないことをめぐる問題ばかりでなく、次のような問題も生じている。Z 機能画像には、公道上であっても、その場所にいることやそこでの行動を知られたくない人にとっては、公開されたくない画像が大量に含まれている。また、ドメスティック・バイオレンスからの保護施設など、公開されては困る施設も映されている。加えて、路上や公園で遊ぶ子供が映されていることで、誘拐等の誘因になるのではないかと案ずる親もいる。さらに、インターネット上に公開された Z 機能画像の第三者による二次的利用が、頻繁に見られるようになっている。

本法の立法目的を目的規定の文言だけから把握することは困難であるから、立法目的を把握する際には、立法目的に関する問題文の記述が重要となる。

まず、問題文では、インターネット上で Z 機能画像を提供することにより侵害され得る利益として「プライバシー」が明記されている。そうすると、問題文の記述からは、「プライバシー」保護を規制目的として把握できそうである。

次に、目的規定も参照して問題文の記述から規制目的を「プライバシー」保護として把握することが正しいのかを最終確認する。目的規定は、「特定地図検索システムによる情報の提供」による「被害の防止及び回復」のために必要な事項（規制手段）を定めることにより、「国民生活の安全と平穩の確保」を実現するという構造になっている。ここでいう「国民生活の安全と平穩」は、「特定地図検索システムによる情報の提供」によるプライバシー侵害により害される「安全と平穩」を意味している。したがって、規制目的は「プライバシー」保護であるといえる。

目的規定における「特定地図検索システムによる情報の提供が、インターネットの普及その他社会経済情勢の変化に伴うコンテンツに対する需要の高度化及び多様化に対応した利用者の利便の増進に寄与するものであることに留意しつつ」という部分は、「プライバシー」保護のために「特定地図検索システムによる情報の提供」に対する規制を設ける際には、規制対象である「特定地図検索システムによる情報の提供」の利点にも配慮して行き過ぎた規制にならないように留意する、ということを決めているに過ぎない。

なお、問題文には、Z 機能画像の問題点として、㉞公開されては困る施設も映されていること、㉟誘拐等の誘因になり得る、㊱第三者による二次的利用が頻繁に見られるということが挙げられている。目的規定 1 条の「国民生活の安全と平穩」とは、Z 機能画像によってプライバシーが侵害されることを通じて生じ得る㉞㉟㊱によって害される国民生活の安全・平穩を意味していると理解することになる。そこで、目的審査では、Z 機能画像によって侵害され得る「プライバシー」がどれだけ重要な法益であるのかを明らかにするために、Z 機能画像によってプライバシーが侵害されることにより㉞㉟㊱という被害が生じ得るということを論じることになる。

#### [過去問 4]

農業・製造業の労働力不足の深刻化に対応するために外国人非熟練労働者を受け入れるための本邦滞在制度の一内容として、本邦滞在中の妊娠・出産を禁止事項とした上で、違反に対する措置として強制的な収容・送還を定めている特労法（「農業及び製造業に従事する特定労務外国人の受入れに関する法律」）の違憲性が問題となった事案。

平成 29 年司法試験

第1条 この法律は、我が国の農業及び製造業に必要な労働力の確保に支障が生じつつあることに鑑み、我が国において就労しようとする特定労務外国人の受入れに関して必要な措置を定めることにより、我が国の文化や秩序との調和を図りつつ、特定労務における労働力の円滑な供給を実現し、もって国民生活の安定及び社会経済の発展に資することを目的とする。

問題文 …政府の上記方針決定に対し、野党からだけではなく与党からも、欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的・政治的な軋轢が生じた経験を参照した慎重論が強く主張された。そのため、特に労働力確保が必要な区域として受入れの対象区域を指定し、受け入れた外国人はその指定区域内でのみ就労できることとした上、いずれ必ず帰国し、日本への長期にわたる定住を認めないこと、さらに、受け入れた外国人に問題がある場合には迅速に出国させることが求められた。

日本への長期にわたる定住を認めないという趣旨を徹底する必要性や、外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響への懸念から、この程度の制約はやむを得ないとの意見が大勢を占めるに至った。

目的規定の表現の抽象度が高いため、目的規定の文言だけから立法目的を把握することは困難である。したがって、平成29年の問題でも、平成23年の問題の場合と同様に、問題文の記述に従って立法目的を把握することになる。

問題文では、「日本への長期にわたる定住を認めない」ということが、重ねて記述されている。そして、「外国人被扶養者の増加が我が国の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に及ぼす影響への懸念」という事情は、「日本への長期にわたる定住を認めない」という目的の価値を支えるものであると考えられる。また、「欧米諸国で移民を大規模に受け入れた結果として社会的・政治的な軋轢が生じた経験を参照した慎重論が強く主張された。」という記述も、「そのため、…受け入れた外国人は…いずれ必ず帰国し、日本への長期にわたる定住を認めないこと」に（も）かかっている。

そうすると、法は、特定労務外国人が日本に長期定住すると①外国人被扶養者の増加により我が国の社会保障制度や保育・教育・医療サービス等に悪影響を及ぼすことが懸念されるとともに、②社会的・政治的な軋轢が生じるという想定に立ち、「我が国の農業及び製造業に必要な労働力の確保に支障が生じつつあること」に対応するために特定労務外国人を受入れる一方で、①・②から「我が国の文化や秩序」を守るために特定労務外国人の「日本への長期にわたる定住を認めない」ということを実現しようとしているといえる。そのため、立法目的は、特定労務外国人の「日本への長期にわたる定住を認めない」ことである。

## 第2章 基本的人権の原理

日本国憲法は、基本的人権の尊重を宣言し（憲法前文 1 項前段、憲法 11 条後段、97 条）、憲法第 3 章において個別的人権について規定している。

B

芦部 75～87 頁

芦部 80～82 頁

芦部 83～87 頁

### 1. 人権の観念

人権の観念としては、①固有性（人権は憲法や天皇から恩恵として与えられたものではなく、人間であることにより当然に有するとされる権利である）、②不可侵性（人権は、公権力によって侵されない）、③普遍性（人権は、人種・身分などの区別に関係なく、人間であることに基づいて当然に享有できる権である）が挙げられる。<sup>1)</sup>

このように考えると、基本的人権とは、人間が社会を構成する自律的な個人として自由と生活を確保し、その尊厳性を維持するため、それに必要な一定の権利が当然に人間に固有するものであることを前提として認め、そのように憲法以前に成立していると考えられる権利を憲法が実定的な法的権利として確認したもの、ということができる。したがって、人権の根拠は、「人間の固有の尊厳」に求められることとなり、日本国憲法は、この人間尊厳の原理（個人主義ともいう）を「すべて国民は、個人として尊重される」（憲法 13 条前段）という個人尊重の原理によって宣明している。

### 2. 人権の内容

#### (1) 自由権・参政権・社会権

人権には、大別して、①自由権（国家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を保障する人権 - 「国家からの自由」）、②参政権（国民の国政に参加する権利 - 「国家への自由」）、③社会権（社会的・経済的弱者が人間に値する生活を営むことができるように、国家の積極的な配慮を求めることのできる権利 - 「国家による自由」）の 3 種類がある。<sup>2)</sup>

#### (2) 制度的保障

人権宣言は、個人の権利・自由を直接保障する規定だけでなく、権利・自由の保障と密接に結び合って一定の「制度」を保障すると解される規定を含んでいる。このような、個人的権利（とくに、自由）と異なる一定の制度に対して立法によってもその核心ないし本質的内容を侵すことができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合を、制度的保障という。例えば、政教分離（憲法 21 条 1 項後段、同条 3 項、89 条前段）、大学の自治（憲法 23 条）、私有財産制（憲法 29 条 1 項）が挙げられる。検閲の絶対禁止（憲法 21 条 2 項前段）、通信の秘密（憲法 21 条 2 項後段）、婚姻及び家族制度（憲法 24 条）が挙げられることもある。さらには、地方自治制度（憲法 92 条）は、個人的権利とは直接のかかわり合いをもつとはいえないが、制度的保障の例に挙げられる。

制度的保障の理論は、「法律の留保」を伴う基本権の本質的内容を立法権の

<sup>1)</sup> ①は憲法 97 条（人権は「信託されたもの」）・憲法 11 条（人権は「現在及び将来の国民に与えられるもの」とする規定により、②は憲法 11 条・97 条における「侵すことのできない永久の権利」という文言に、③は「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない」とする憲法 11 条に示されている。

<sup>2)</sup> ③は、憲法の規定だけを根拠として権利の実現を裁判所に請求することのできる具体的権利ではなく、具体的権利となるためには立法による裏付けを必要とする抽象的権利である（芦部 84 頁）。

侵害から守ることを目的とするものであるから、伝統的な法律の留保の思想を否定している日本国憲法の下では、その働く範囲も法的意義も、著しく限定されたものとして解すべきである。ある種の人権について制度の保障が語られるとしても、その内容は人権の保障に奉仕するためのものではない。

ところが、伝統的な制度的保障の理論は、制度が人権に優越し、人権の保障を弱める機能を営む可能性すらある理論であるから、これを日本国憲法の人権について用いるとしても、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密接であるもの、に限定するのが妥当である。

### 3. 「公共の福祉」による制限

12条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

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。

日本国憲法は、人間が生まれながらに有すると考えられる基本的人権を「侵すことのできない永久の権利」、つまり、法律によっても憲法改正によっても侵してはならない権利として、絶対的に保障する考えをとっているが（憲法 11 条後段）、この人権の不可侵性は、人権が無制約であることを意味するものではない（つまり、人権を「侵す」と「制約」とは、同意義ではない。）。

人権も特に他人の人権との関係で制約されることがあり、そのことは、「公共の福祉」による制約について定めている憲法 12 条後段、13 条後段、憲法 22 条 1 項及び憲法 29 条 2 項によって示されている。すなわち、憲法は、人権ごとに個別に制限の根拠や程度を規定しないで、憲法 12 条後段及び憲法 13 条後段により、人権には「公共の福祉」による制約が存する旨を一般的に定めるとともに、経済的自由（職業の自由、居住移転の自由、財産権）については、社会的相互関連性が大きいために精神的自由などに比べて制約の必要が高いことを踏まえて、「公共の福祉」による制約が存する旨を特に（個別に）定めている。

「公共の福祉」は、基本的人権のうち制約の実質的正当化を観念できる人権の問題処理において、人権の保障⇒人権の制約⇒制約の実質的正当化（違憲審査の枠組みの設定&当てはめ）という流れのうち、制約の実質的正当化の一番最初に出てくるものである（理論上はそうであるが、実際に答案で言及する必要があるかどうかは、別の話である）。すなわち、制約を認定した後で、「人権も『公共の福祉』による制約に服する。では、〇〇法による人権の制約は、「公共の福祉」による制約として許容される範囲内のものといえるか」という形で、登場するのである。

なお、「公共の福祉」の法的意味については、一元的外在制約説、内在・外在二元的制約説、一元的内在制約説などが見解があるが、これらの見解の対立はさほど重要ではない。結局のところ、「公共の福祉」の概念は、基本的人権の制約について実質的正当化の論証を強いる場を提供したにすぎず、それが何を意味するのかについては、基本的人権ごとに具体的に検討した上で明らかにするほかない。

B

芦部 99 頁

芦部 99 頁

憲法 I 74 頁

## 第3章 人権の享有主体性

### 1. 天皇・皇族

天皇・皇族も、日本の国籍を有する日本国民であり、人間であることに基づいて認められる権利は保障される。もっとも、皇位の世襲（憲法2条）と職務の特殊性から必要最小限度の特例が認められる。

どのような人権がどの程度保障されるかについては、個別的な検討が必要である。例えば、国政に関する権能を有しない天皇（憲法4条1項）には、選挙権・被選挙権等の参政権は認められないと解される。その他に、婚姻の自由（憲法24条1項参照）<sup>1)</sup>、財産権（憲法29条）、言論の自由（憲法21条1項）などに対する一定の制約も、天皇の地位の世襲制及び職務の特殊性からして、合理的であると考えられている。なお、天皇と皇族とでは、人権保障の範囲に若干の違いがあることも、当然である。

C

芦部 88～89 頁

### 2. 法人

人権は、個人の権利であるから、その主体は、本来人間でなければならない。しかし、経済社会の発展に伴い、法人その他の団体の活動の重要性が増し、法人もまた人権享有の主体であると解されるようになった。

B

芦部 89～92 頁

case1: 強制加入団体である日本弁護士連合会（弁護士法に基づいて設立された弁護士法人）は、死刑廃止活動の費用を捻出するために、会員1人につき1万円を特別会費として徴収する旨の決議をした。所属会員である弁護士Xは、死刑廃止には反対の意見を有しており、多数決により死刑廃止活動の費用を強制的に徴収することは、自らの「思想及び良心の自由」（憲法19条）に反するから、本件決議は憲法19条違反として無効であると考えている。他方で、日本弁護士連合会は、法人である同会にも「表現の自由」（憲法21条1項）として政治活動の自由が保障されるのだから、本件決議は同会に保障された政治活動の自由の行使によるものであり有効であると考えている。

#### [論点1] 法人の人権享有主体性

A

最大判 S45.6.24・百18

八幡製鉄事件大法廷判決は、「憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきである」と判示している。

法人が現代社会において1個の社会的実体として重要な活動を行っていること、及び法人の活動が自然人を通じて行われその効果は究極的には自然人に帰属することからすれば、上記のように考えるのが妥当である。

芦部 90 頁、論点教室 86 頁、憲法

142 頁

(補足)

人権は個人の権利として生成し発展してきたものであるから、それを法人に認めるといっても、限定的に解することが必要である。自然人とだけ結合して考えられる人権、例えば、選挙権・生存権・一定の人身の自由などは法人には

芦部 90 頁

<sup>1)</sup> 女性の再婚禁止期間を6箇月と定める改正前民法733条1項の違憲性が争われた事案に関する最高裁判平成27年判決（最大判 H27.12.16・百128）は、「婚姻をするについての自由は、憲法24条1項の規定の趣旨に照らし、十分尊重に値するものと解することができる。」と判示している。

保障されない。

しかし、その他の人権規定は、原則として、法人の固有の性格と矛盾しない範囲内で法人にも適用される。例えば、精神的自由権について、結社の自由（憲法 21 条 1 項）のほか、宗教法人の信教の自由（憲法 20 条）、報道機関の報道の自由（憲法 21 条 1 項）などがその例である。プライバシーの権利や環境権なども、法人（環境権の場合はとくに学校法人・医療法人）に適用されると解されている。

#### 〔論点 2〕 自然人と異なる特別の制約

八幡製鉄事件大法廷判決は、株式会社による自由民主党に対する政治献金が問題となった事案において、株式会社について政治的活動をなす自由の一環として政治資金の寄附の自由を認めた上で、「会社によってそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。」と判示することで、株式会社の政治資金の寄附の自由に対する自然人と異なる特別の制約を認めなかった。

しかし、法人の精神的自由権、例えば政治的行為の自由については、法人のもつ巨大な経済的・社会的な実力に鑑み、一般国民の政治的自由を不当に制限する効果を伴ったり、法人内部の構成員の政治的自由と矛盾衝突したりする場合がありますから、自然人と異なる特別の規制に服すべき場合があると解すべきである。

また、法人の経済的自由権についても、人権の実質的公平を確保しようとする社会国家の理念に基づき、自然人よりも広範な積極的規制を加えることが許されると解すべきである。

#### 〔判例 1〕 八幡製鉄事件

事案：株式会社による自由民主党に対する 350 万円の政治献金について株主が損害賠償請求訴訟（旧商法 266 条）を提起した事案において、①政治献金としての寄附が定款所定の目的の範囲外であること、②それが株主の参政権を侵害する民法 90 条違反の行為であることなどが論点となった。

要点：本判決は、論点①について、（i）会社の権利能力が定款所定の目的により制限されるという前提に立ち、（ii）取引安全の観点から、会社の目的の範囲内の行為であるかについては、客観的・抽象的に観察して定款所定の目的を遂行する上で直接又は間接に必要なか判断すると述べた上で、（iii）政党が議会制民主主義を支える不可欠の要素であり、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体である政党のあり方いかんは国民の重大な関心事であることを理由に、政党の健全な発展に協力することの一態様としての政治資金の寄附は、客観的・抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であると述べている。

論点②については、〔論点 1〕〔論点 2〕の通りである。

判旨：①「会社は定款に定められた目的の範囲内において権利能力を有するわけであるが、目的の範囲内の行為とは、定款に明示された目的自体に限局されるものではなく、その目的を遂行するうえに直接または間接に必要な行為であれば、すべてこれに含まれるものと解するのを相当とする。そして必要なりや否やは、当該行為が目的遂行上現実に必要であつたかどうかをもつてこれを決すべきではなく、行為の客観的な性質に即し、抽象的に判断されなければならないのである。…会社は、一定の営利事業を営むことを本来の目的とするものであるから、会社の活動の重点が、定款所定の目的を遂行するう

A

芦部 90 頁

最大判 S45.6.24・百 18

B

最大判 S45.6.24・百 18

精読 626～627 頁

えに直接必要な行為に存することはいうまでもないところである。しかし、会社は、他面において、自然人とひとしく、国家、地方公共団体、地域社会その他（以下社会等という。）の構成単位たる社会的実在なのであるから、それとしての社会的作用を負担せざるを得ないのであつて、ある行為が一見定款所定の目的とかかわりがないものであるとしても、会社に、社会通念上、期待ないし要請されるものであるかぎり、その期待ないし要請にこたえることは、会社の当然になしうるところであるといわなければならない。そしてまた、会社にとつても、一般に、かかる社会的作用に属する活動をするには、無益無用のことではなく、企業体としての円滑な発展を図るうえに相当の価値と効果を認めることもできるのであるから、その意味において、これらの行為もまた、間接ではあつても、目的遂行のうえに必要なものであるとするを妨げない。災害救援資金の寄附、地域社会への財産上の奉仕、各種福祉事業への資金面での協力などはまさにその適例であろう。会社が、その社会的役割を果たすために相当な程度のかかる出捐をすることは、社会通念上、会社としてむしろ当然のことに属するわけであるから、毫も、株主その他の会社の構成員の予測に反するものではなく、したがつて、これらの行為が会社の権利能力の範囲内にあると解しても、なんら株主等の利益を害するおそれはないのである。以上の理は、会社が政党に政治資金を寄附する場合においても同様である。憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えてはいないのであるが、憲法の定める議会制民主主義は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素なのである。そして同時に、政党は国民の政治意思を形成する最も有力な媒体であるから、政党のあり方いかんは、国民としての重大な関心事でなければならない。したがつて、その健全な発展に協力することは、会社に対しても、社会的実在としての当然の行為として期待されるところであり、協力の一態様として政治資金の寄附についても例外ではないのである。論旨のいうごとく、会社の構成員が政治的信条を同じくするものでないとしても、会社による政治資金の寄附が、特定の構成員の利益を図りまたその政治的志向を満足させるためでなく、社会の一構成単位たる立場にある会社に対し期待ないし要請されるかぎりにおいてなされるものである以上、会社にそのような政治資金の寄附をする能力がないとはいえないのである。…要するに、会社による政治資金の寄附は、客観的、抽象的に観察して、会社の社会的役割を果たすためになされたものと認められるかぎりにおいては、会社の定款所定の目的の範囲内の行為であるとするに妨げないのである。」

②「憲法上の選挙権その他のいわゆる参政権が自然人たる国民にのみ認められたものであることは、所論のとおりである。しかし、会社が、納税の義務を有し自然人たる国民とひとしく国税等の負担に任ずるものである以上、納税者たる立場において、国や地方公共団体の施策に対し、意見の表明その他の行動に出たとしても、これを禁圧すべき理由はない。のみならず、憲法第三章に定める国民の権利および義務の各条項は、性質上可能なかぎり、内国の法人にも適用されるものと解すべきであるから、会社は、自然人たる国民と同様、国や政党の特定の政策を支持、推進または反対するなどの政治的行為をなす自由を有するのである。政治資金の寄附もまさにその自由の一環であり、会社によつてそれがなされた場合、政治の動向に影響を与えることがあつたとしても、これを自然人たる国民による寄附と別異に扱うべき憲法上の要請があるものではない。論旨は、会社が政党に寄附をすることは国民の参政権の侵犯であるとするのであるが、政党への寄附は、事の性質上、国民個々の選挙権その他の参政権の行使そのものに直接影響を及ぼすものではないばかりでなく、政党の資金の一部が選挙人の買収にあてられることがあるにしても、それはたまたま生ずる病理的現象に過ぎず、しかも、かかる非違



行為を抑制するための制度は厳として存在するのであつて、いずれにしても政治資金の寄附が、選挙権の自由なる行使を直接に侵害するものとはなしがたい。…所論は大企業による巨額の寄附は金権政治の弊を産むべく、また、もし有力株主が外国人であるときは外国による政治干渉となる危険もあり、さらに豊富潤沢な政治資金は政治の腐敗を醸成するというのであるが、その指摘するような弊害に対処する方途は、さしあたり、立法政策にまつべきことであつて、憲法上は公共の福祉に反しないかぎり、会社といえども政治資金の寄附の自由を有するといわざるを得ず、これをもつて国民の参政権を侵害するとなす論旨は採用のかぎりでない。

以上説示したとおり、株式会社の政治資金の寄附はわが憲法に反するものではなく、したがつて、そのような寄附が憲法に反することを前提として、民法 90 条に違反するという論旨は、その前提を欠くものといわなければならない。原判決に所論の違法はなく、論旨は採用しがたい。」

### [判例 2] 南九州税理士会事件

事案：強制加入団体である税理士会（公益法人）が、業界に有利な税理士法改正を働きかける運動に要する特別資金として関連する政治団体（税理士政治連盟 - 政治資金規正法上の政治団体）への寄付に充てるため、各会員から特別会費 5000 円を徴収する旨の決議をしたという事案において、当該決議の無効原因として、政治団体に対する寄付が税理士会の目的の範囲外であるかが問題となった。そして、この問題との関係で、①税理士会の目的の範囲、②税理士会員の協力義務の限界が論点になった。なお、協力義務の限界という論点が、税理士会の目的の範囲という論点に属するものとして議論されている。

要点：本判決は、①税理士会が公益目的で設立された法人であること、及び強制加入団体であり会員には実質的には脱退の自由が保障されていないことに着目し、その目的の範囲について会社のような広汎なものと解することはできないとして、八幡製鉄事件大法廷判決の射程が及ばないことを示した。

その上で、②強制加入団体である税理士会の会員には様々な思想・信条及び主義・主張を有する者が存在することが当然に予定されているとの理由から、会員の協力義務に限界があることを述べた上で、政治団体に対する寄付について、それが「選挙における投票の自由と表裏を成すものとして、会員各人が市民としての個人的な政治的思想・見解・判断等に基づいて自主的に決定すべき事柄である」との理由から多数決原理によって会員に協力を義務付けることができないとして会員の協力義務を否定することで、税理士会の目的の範囲外の行為であるとしている。

### [判例 3] 群馬司法書士会事件

事案：群馬司法書士会が、阪神淡路大震災で被災した兵庫県司法書士会に 3000 万円の復興支援拠出金を寄付するために、会員から登記申請 1 件あたり 50 円の復興支援特別負担金を徴収する旨の決議をしたという事案において、①復興支援拠出金寄付が司法書士会の目的の範囲外であるか、②仮に目的の範囲内であるとしても、公序良俗違反など会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるかということが論点になった。なお、[判例 2] と異なり、協力義務の限界が、目的の範囲の内外という論点から区別された論点として位置づけられている。

要点：①本件拠出金は、被災者の相談活動等を行う同司法書士会ないしこれに従事する司法書士への経済的支援を通じて司法書士の業務の円滑な遂行による公的機能の回復に資することを目的とする趣旨のものである。そして、司法書士会は、司法書士の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行うことを目的とするものであるが（司法書士法 14 条 2 項）、その目的を遂行する上で直接又は間

B

最判 H8.3.19・百 I 36

精読 662~663 頁

精読 663 頁・665 頁

八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24・百

I 8

精読 663 頁

B

最判 H14.4.25

接に必要な範囲で、他の司法書士会との間で業務その他について提携・協力・援助等をすることもその活動範囲に含まれる。そうすると、阪神・淡路大震災が甚大な被害を生じさせた大災害であり、早急な支援を行う必要があったことなどの事情を考慮すると、その金額の大きさを踏まえても、本件拠出金の寄付は司法書士会の権利能力の範囲内にあるというべきである。

②本件拠出金の寄付が司法書士会の権利能力の範囲内である以上、その調達方法についても、それが公序良俗に反するなど会員の協力義務を否定すべき特段の事情がある場合を除き、多数決原理に基づき自ら決定することができる。そして、本件負担金の徴収が会員の政治的又は宗教的立場や思想信条の自由を害するものではないこと、会員に社会通念上過大な経済的負担を課するものではないことからすれば、会員の協力義務を否定すべき特段の事情があるとはいえない。したがって、本件負担金の徴収について、会員の協力義務が認められる。

#### [判例 4] 三井美唄炭鉱労組事件

事案：A 労働組合は、B 市市議会議員選挙に際して、組合が支援する統一候補を決定したのに組合員 C が独自に立候補しようとしたため、C に対して立候補を断念するよう再三にわたって説得を試み、その際、組合の決定に対する統制違反として組合規約により処分されることがある旨を C に示したり、その旨を機関紙に掲載して C 宅に配布させたり、さらに、選挙に当選した C に対して 1 年間の組合員資格停止とする統制処分を行うなど、組合と C との特殊な利害関係を利用して、選挙に関し、C を威迫した。これらが選挙の自由妨害罪（公選法 225 条 3 号）、刑法 60 条に該当するとして、組合役員が起訴された。

最高裁は、①労働組合の統制権の法的性質、②立候補の自由の憲法上の保障・重要性、③組合員の立候補の自由との関係における組合の統制権の限界について判断している。

要点：本判決は、①「憲法 28 条による労働者の団結権保障の効果として、労働組合は、その目的を達成するために必要であり、かつ、合理的な範囲内において、その組合員に対する統制権を有する」とする一方で、②立候補の自由について、それが「選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である」との理由から憲法 15 条 1 項により保障される「重要な基本的人権の一つ」であるとしている。

その上で、③公職選挙における立候補の自由の重要性を理由に、「これに対する制約は、特に慎重でなければならず、組合の団結を維持するための統制権の行使に基づく制約であっても、その必要性と立候補の自由の重要性とを比較衡量して、その許否を決すべきであり、その際、政治活動に対する組合の統制権のもつ前叙のごとき性格と立候補の自由の重要性とを十分考慮する必要がある」という一般論を述べた上で、「統一候補以外の組合員で立候補しようとする者に対し、…勧告または、説得の域を超え、立候補を取りやめることを要求し、これに従わないことを理由に当該組合員を統制違反者として処分するがごときは、組合の統制権の限界を超えるものとして、違法といわなければならない。」と述べた。

#### [判例 5] 国労広島地本事件

事案：日本国有鉄道の従業員で構成される X 労働組合は、臨時組合費を徴収する決議を行った。

本事件では、①他の労働組合の活動を支援するための「炭労資金」、②X 労働組合が実施した安保反対闘争により法的不利益を受けた組合員を救援するための「安保資金」、③総選挙に際して X 労働組合出身の候補者を支援するために所属政党に寄付するための「政治意欲昂揚資金」を納付義務が問題となった。

B

最大判 S43.12.4・百 II 144

精読 648～649 頁

B

最判 S50.11.28・百 II 145

要点：本判決は、まず初めに、組合加入が労働者にとって重要な利益であること及び組合脱退の自由も事実上大きな制約を受けていることを理由に、組合活動と組合員個人の権利・利益の矛盾衝突が生じる場面では、組合員の協力義務の肯否については、「問題とされている具体的な組合活動の内容・性質、これについて組合員に求められる協力の内容・程度・態様等を比較考量し、多数決原理に基づく組合活動の実効性と組合員個人の基本的利益の調和という観点から、組合の統制力とその反面としての組合員の協力義務の範囲に合理的な限定を加えることが必要である。」と述べている。

その上で、①炭労資金については、(i) 労働組合ないし労働者間における連帯と相互協力の関係からすれば、労働組合の目的である組合員の経済的地位の向上を他の組合との連帯行動によって実現することも予定されているため、労働組合による他の労働組合の闘争支援は労働組合の目的と関連性をもつこと、及び(ii) その支援が組合員の一般的利益に反するものでもないことを理由に、「支援活動をするかどうかは、それが法律上許されない等特別の場合でない限り、専ら当該組合が自主的に判断すべき政策問題である」として協力義務を肯定している。

②安保資金については、(i) 団体構成員の多数決に従って政治的行動をすることを予定して結成されたわけではない労働組合の組合員に対して、多数決による政治的活動への協力を義務づけることは、組合員個人の政治的自由を侵害するものとして原則として許されないという一般論を述べた上で、(ii) 「政治的要求に賛成するか反対するかは、本来、各人が国民の一人としての立場において自己の個人的かつ自主的な思想、見解、判断等に基づいて決定すべきことである」から、「国の…政策上の問題」を直接的な対象とする安保反対闘争への協力義務を認めることはできず、(iii) そのような政治的活動の費用と支出目的との個別的関連性が明白に特定されており、その費用の拠出を強制することは、当該政治的活動に対する積極的協力や一定の政治的立場に対する支持の表明を強制するに等しいものだから、そのような政治的活動の費用を負担する協力義務も認められないと述べている。他方で、(iv) 右安保反対闘争のような政治的活動に参加して不利益処分を受けた組合員に対する救援は、「政治的活動に積極的に協力することになるものではなく、また、その活動のよつて立つ一定の政治的立場に対する支持を表明することになるものでもない」から、「その拠出を強制しても、組合員個人の政治的思想、見解、判断等に関係する程度は極めて軽微なものである」との理由から、このような救援の資金を負担する協力義務を肯定している。

③政治意識昂揚資金については、「選挙においてどの政党又はどの候補者を支持するかは、投票の自由と表裏をなすものとして、組合員各人が市民としての個人的な政治的思想、見解、判断ないしは感情等に基づいて自主的に決定すべき事柄である。」との理由から、協力義務を否定している。

### 3. 外国人

憲法第3章の標題が「国民の権利及び義務」とされていることから、外国人についても、人権享有主体性が問題となる。

B

芦部 92～98 頁、赤坂 321 頁

case2：アメリカ国籍の X は、出入国管理及び難民認定法に基づき在留期間を 1 年間とする上陸許可を得て、日本に入国し、その後、在留期間中に、SNS 上で、日本の公立中学校におけるいじめ問題の対応について批判する発言を頻繁に行っており、注目を集めるに至っていた。なお、X の発言は、侮辱や名誉毀損を伴うものでもなく、社会通念上相当とされる範囲内で行われていた。

Xは、法務大臣 Y に対して 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、法務大臣 Y は、外国籍の X には日本国憲法による基本的人権の保障は及ばないとの考えを前提として、X が在留期間中に SNS において上記の発言を頻繁にしていたことを消極的に評価して、在留更新不許可処分をした。X は、外国籍の X にも日本国憲法による基本的人権の保障が及ぶから、SNS 上の発言を理由とする在留更新不許可処分は、X の「表現の自由」を侵害するものであり、憲法 21 条 1 項に反し違憲であると考えている。

### [論点 1] 外国人の人権享有主体性

マクリーン事件大法廷判決は、「憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきである」と判示している（権利性質説）。<sup>2)</sup>

その根拠は、人権の前国家性（憲法 11 条、97 条）及び国際協調主義（憲法前文 3 項、98 条 2 項）・人権保障の国際化傾向にあると解されている。

### [判例 1] マクリーン事件（入国の自由、在留権、政治活動の自由）

事案：アメリカ国籍をもつ X は、出入国管理令（現：出入国管理及び難民認定法）に基づき語学学校の英語教師として在留期間を 1 年とする上陸許可を得て入国し、法務大臣 Y に対して 1 年間の在留期間の更新を申請したところ、更新不許可とされ、不許可の理由には X が在留期間中に政治活動を行ったことも含まれていた。

要点：本判決は、在留更新不許可処分により外国人が直接の不利益を受けている入国の自由及び在留権について、①「憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもない」と解すべきである。…出入国管理令上も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである。」と述べている。国際法上、国家が自己の安全と福祉に危害を及ぼすおそれのある外国人の入国を拒否することは、当該国家の主権の権利に属し、入国の許否は国家の自由裁量に委ねられると解されているからである。

次に、②「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」（出入国管理令 21 条 3 項）の判断について、法務大臣の広汎な裁量を認め、「その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。」と述べている。本判決が法務大臣の広汎な裁量を認めた論拠は、在留更新不許可処分により直接の不利益が生じる外国人の入国の自由・在留権が憲法上も国際慣習法上も保障されていないことにあると解されている。

そして、③外国人の人権享有主体性について権利性質説の立場を示した上で、外国人の政治活動の自由について、「政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないと解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。」と述べている。

さらに、④在留更新の許否が法務大臣の広汎な裁量に委ねられていること、及び外国

A

最大判 S53.10.4・百 11

芦部 92 頁、赤坂 321 頁、憲法 1 36  
～37 頁

A

最大判 S53.10.4・百 11

入国の自由が保障されないことが、  
在留権否定の理由になっている（高  
橋 88 頁）。

芦部 95 頁

百 11 解説 2

精読 623 頁

<sup>2)</sup> 主権国家体制という国際社会の現実に基づき、国家はその独立性を保持し、かつ、自国民を保護する義務を負うから、このような主権国家体制の下で国家に求められる国家の独立性保持及び自国民保護の要請に基づいて、権利の性質によっては外国人の人権享有主体性が否定されたり、国民に対する制限よりも強い制限が許容される場合がある。このように、性質説は、「保障の有無」だけでなく、「保障の程度」も権利の性質により判断するという発想である（赤坂 322～323 頁）。

人の在留権は憲法上・国際慣習法上保障されていないことを理由に、「外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、…外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情とししんしやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。」と判示した。<sup>3)</sup> もっとも、③の判例理論に対しては、基本的人権の行使に萎縮効果が生じるとの批判がある。

百I [5版] 2解説4、赤坂 327頁

判旨：①「憲法 22 条 1 項は、日本国内における居住・移転の自由を保障する旨を規定するにとどまり、外国人がわが国に入国することについてはなんら規定していないものであり、このことは、国際慣習法上、国家は外国人を受け入れる義務を負うものではなく、特別の条約がない限り、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかを、当該国家が自由に決定することができるものとされていることと、その考えを同じくするものと解される（最高裁昭和 29 年（あ）第 3594 号同 32 年 6 月 19 日大法廷判決・刑集 11 卷 6 号 1663 頁参照）。したがつて、憲法上、外国人は、わが国に入国する自由を保障されているものでないことはもちろん、所論のように在留の権利ないし引き続き在留することを要求しうる権利を保障されているものでもないと解すべきである。…出入国管理令は、当該外国人が在留期間の延長を希望するときには在留期間の更新を申請することができることとしているが（21 条 1 項、2 項）、その申請に対しては法務大臣が「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由があるときに限り」これを許可することができるものと定めている（同条 3 項）のであるから、出入国管理令上も在留外国人の在留期間の更新が権利として保障されているものでないことは、明らかである。」

②「右のように出入国管理令が原則として一定の期間を限つて外国人のわが国への上陸及び在留を許しその期間の更新は法務大臣がこれを適当と認めるに足りる相当の理由があると判断した場合に限り許可することとしているのは、法務大臣に一定の期間ごとに当該外国人の在留中の状況、在留の必要性・相当性等を審査して在留の許否を決定させようとする趣旨に出たものであり、そして、在留期間の更新事由が概括的に規定されその判断基準が特に定められていないのは、更新事由の有無の判断を法務大臣の裁量に任せ、その裁量権の範囲を広汎なものとする趣旨からであると解される。…出入国管理令 21 条 3 項に基づく法務大臣の「在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由」があるかどうかの判断の場合…、右判断に関する前述の法務大臣の裁量権の性質にかんがみ、その判断が全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法となるものというべきである。」

③「…X の在留期間更新申請に対し Y が更新を適当と認めるに足りる相当な理由があるものとはいえないとしてこれを許可しなかつたのは、X の在留期間中の無届転職と政治活動のゆえであつたというのであり、原判決の趣旨に徴すると、なかでも政治活動が重視されたものと解される。思うに、憲法第三章の諸規定による基本的人権の保障は、権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるものを除き、わが国に在留する外国人に対しても等しく及ぶものと解すべきであり、政治活動の自由についても、わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でないとして解されるものを除き、その保障が及ぶものと解するのが、相当である。しかしながら、前述のように、外国人の在留の許否は国の裁量にゆだねら

<sup>3)</sup> ここでは、①在留更新の許否を判断する際に、外国人の政治活動を消極的な事情の一つとして斟酌することと、②外国人の政治活動を理由に直接の不利益処分を行う場合とが区別されている（精読 623 頁）。

れ、わが国に在留する外国人は、憲法上わが国に在留する権利ないし引き続き在留することを要求することができる権利を保障されているものではなく、ただ、出入国管理令上法務大臣がその裁量により更新を適当と認めるに足りる相当の理由があると判断する場合に限り在留期間の更新を受けることができる地位を与えられているにすぎないものであり、したがって、外国人に対する憲法の基本的人権の保障は、右のような外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎないものと解するのが相当であつて、在留の許否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんじやくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない。在留中の外国人の行為が合憲合法な場合でも、法務大臣がその行為を不当の面から日本国にとって好ましいものとはいえないと評価し、また、右行為から将来当該外国人が日本国の利益を害する行為を行うおそれがある者であると推認することは、右行為が上記のような意味において憲法の保障を受けるものであるからといってなんら妨げられるものではない。」

**[判例 2] 森川キャサリーン事件 (再入国の自由)**

事案：アメリカ合衆国国民 X は、入管法（出入国管理及び難民認定法）に基づき 1973 年に日本に上陸し、その後在留更新許可申請を許可されて日本に在留し続けてきた者であり、1982 年 11 月、韓国旅行の計画を立てて再入国許可申請をしたところ、法務大臣は、X が当時の外国人登録法 14 条 1 項の指紋押なつを拒否していることを理由に再入国許可申請を不許可とした。

判旨：「我が国に在留する外国人は、憲法上、外国へ一時旅行する自由を保障されているものでないことは、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和 29 年（あ）第 3594 号同 32 年 6 月 19 日判決・刑集 11 卷 6 号 1663 頁、昭和 50 年（行ツ）第 120 号同 53 年 10 月 4 日判決・民集 32 卷 7 号 1223 頁）の趣旨に徴して明らかである。」

解説：確かに、最高裁は憲法 22 条 2 項を根拠として外国人の出国の自由を認めており、一般に出国が帰国（再入国）を当然の前提にしていることからすれば、再入国の自由も外国人に保障されるともいえそうである。しかし、本判決は、外国人の入国の自由と在留権を否定したマククリーン事件大法廷判決の趣旨に徴すると、外国人には憲法上外国へ一時旅行する自由が保障されているものではないとして、帰国を前提とする出国たる再入国の自由の憲法上の保障を否定している。これにより、海外旅行に伴う外国人の再入国の許否に関し、法務大臣の広汎な裁量を認めている。

本判決は、定住外国人と一時滞留外国人とを区別せず一律に外国人の再入国の自由を否定している（同事件の原告は昭和 48 年に入国し、その後日本人と結婚してわが国に 9 年以上も居住していた定住外国人であった）が、定住外国人の再入国は生活の本拠地たる日本への帰国としての性質を有するから、定住外国人については再入国の自由を認めるべきである。

**[判例 3] 不法出国・密輸事件 (外国移住の自由)**

事案：Y らは、1953 年（昭和 28 年）1 月 13 日、旧関税法違反及び出入国管理令違反の現行犯として逮捕され、下級審裁判所で有罪判決を受けたところ、上告して、出入国管理令（現：出入国管理及び難民認定法）の規定により処罰することは憲法 22 条 2 項が保障する外国移住の自由を制限するものであり違憲であるなどと主張した。

判旨：「憲法 22 条 2 項は「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない」と規定しており、ここにいう外国移住の自由は、その権利の性質上外国人に限って保障しないという理由はない。次に、出入国管理令 25 条 1 項は、本邦外の地域におもむく意図をもって出国しようとする外国人は、その者が出国する出入国港において、入国審査官から旅券に出国の証印を受けなければならないと定め、同 2 項において、前項の外

C

最判 H4.11.16・百 I A2

不法出国・密輸事件・最大判

S32.12.25

最大判 S53.10.4・百 I 1

百 I 2 解説 1

百 I [5 版] 3 解説 2

C

最大判 S32.12.25

国人は、旅券に証印を受けなければ出国してはならないと規定している。右は、出国それ自体を法律上制限するものではなく、単に、出国の手續に関する措置を定めたものであり、事実上かかる手続的措置のために外国移住の自由が制限される結果を招来するような場合があるにしても、同令1条に規定する本邦に入国し、又は本邦から出国するすべての人の出入国の公正な管理を行うという目的を達成する公共の福祉のため設けられたものであつて、合憲性を有するものと解すべきである。」

#### [判例 4] 塩見訴訟 (生存権)

事案：1959年に制定された国民年金法では、国籍要件が課されていたため、在日外国人は、老齢・死亡・障害に対する年金のいずれにおいても社会保障の対象から除外されていた。このうち、障害福祉年金は、全額国庫負担で支給された無拠出制の年金であった。

在日朝鮮人 X は、1952年のサンフランシスコ講和条項の締結に伴い日本国籍を喪失していたが、1970年に日本国籍の男性（全盲）と結婚し、帰化により再度日本国籍を取得した際、自身も幼少の頃に罹患した麻疹（はしか）により全盲となり国民年金法別表所定の1級の疾病（障害）の状態であったことから、大阪府知事に対し障害福祉年金裁定を請求したところ、大阪府知事は、国籍要件を満たさない（国民年金法56条1項但書は、疾病認定日（本件では法施行日である1959年11月1日）に日本国民でない者には国民年金を支給しない旨を定めていた）ことを理由に、請求を棄却した。

本事件では、国民年金の受給資格としての国籍条項について、憲法25条違反、憲法14条1項違反、憲法98条2項違反が主たる争点として問題になった。

要点：本判決は、①憲法25条にいう「健康で文化的な最低限度の生活」はきわめて抽象的・相対的な概念であり、国の財政事情の考慮や政策的判断を要するものであるとの理由から、生存権の具体化立法について広範な立法裁量を認め、「それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しない事柄であるというべき」であるという一般論を確認している。

次に、②国民年金の受給資格としての国籍条項の憲法25条1項違反については、(i)全額国庫負担の無拠出制の年金の支給対象者の決定についてはもともと広範な（拠出制の年金に比べて更に広範な）立法裁量が認められること、(ii)「社会保障上の施策において在留外国人をどのように処遇するかについては、国は、特別の条約の存しない限り、…その限られた財源の下で福祉的給付を行うに当たり、自国民を在留外国人より優先的に扱うことも、許される」<sup>4)</sup>との理由から、「法81条1項の障害福祉年金の支給対象者から在留外国人を除外することは、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきである。」として、憲法25条違反を否定している。

③憲法14条1項違反については、②と同様の理由から、これを否定している。<sup>5)</sup>

④憲法98条2項違反については、国籍条項との抵触が問題となっている「条約、宣言等は、わが国に対して法的拘束力を有しないか、法的拘束力を有していても国籍条項を直ちに排斥する趣旨のものではないから、国籍条項がこれらに抵触することを前提とする憲法98条2項違反の主張は、その前提を欠くというべきである。」として、否定し

B

最判 H 元.3.2・百15

4) 外国人の社会権保障を否定する多数説は、社会権は限られた財源の分配が問題となる権利であること、生活が成り立たない外国人を救済する義務を負うのは本来その外国人の所属国であることを根拠とするものである。このように、多数説の根本的理由は、財源に限界がある社会保障給付に関する自国民（の優先的）保護の要請にある（赤坂 331～332 頁）。

5) 生存権は「生きる権利」そのものであり、社会的弱者である「少数者の権利」として、司法による特別の保護が必要とされるものである（憲法学Ⅲ89 頁）。このように生存権の重要性を認識する学説の立場からは、生存権に関する差別的取扱いについて、「あまりにも広範な立法裁量の問題」にしてしまうと、「人間の尊厳性を確保するために現代福祉国家においてとくに要請される『平等』の原則が大きく減殺」されるとして、「立法目的と立法目的達成手段との間に実質的な合理的関連性」が存在することを生活実態に即して審査する「厳格な合理性」の基準による司法審査に準じた審査が必要であるとする（百16 解説 2）。

ている。

解説：②については、無拠出制の福祉年金は、それ自体直接に、最低生活保障（所得保障）のための制度として位置づけられるべきであり、とくに、障害という事故は、人の一生の一時点で発生するという決まりはないから、障害年金としては、むしろ、拠出制年金よりも重要な意味をもつという認識が妥当であり、憲法 25 条 1 項・14 条の観点から慎重な判断が求められる旨の批判がある。

また、生存権が人間の尊厳に直接かかわる「生きる権利」そのものであり、かつ、少数者の権利として司法の特別の保護を必要とするものであることから、生存権の保障について平等原則違反が問題となる場合には、「立法目的と立法目的達成手段との間に実質的な合理的関連性」が存在することを生活実態に即して審査する「厳格な合理性」の基準に準じた審査が必要であるとの指摘もある。

百 I [5 版] 7 解説 2

憲法学Ⅲ88～89 頁

### [判例 5] ヒッグス・アラン事件（国会議員の選挙権）

B

事案：外国人に国政選挙権を認めていない公職選挙法 9 条 1 項の違憲性が問題となった。

最判 H5.2.28

要点：本判決は、公職選挙法 9 条 1 項の憲法 15 条違反・憲法 14 条違反を否定している。

芦部 93 頁

禁止説（外国人に選挙権を認めることは違憲であるとする説）は、「主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び 1 条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。」と考える。あるいは、「参政権は、国民が自己の属する国の政治に参加する権利であり、その性質上、当該国家の国民にのみ認められる権利である。」と考える。

赤坂 328 頁

これに対し、要請説（外国人に選挙権を認めないのは違憲であるとする説）は、次のように考える。国民主権原理は民主主義政治と同じ理念をもち、治者と被治者の同一性を本来的内容とするものであり、人民の自己統治（自己の政治的決定に自己が従うこと）を意味する。したがって、国民主権原理の下で主権者たるべき者は、その政治社会における政治的決定に従わざるをえない者、すなわち政治社会を構成するすべての人である。そして、定住外国人は、日本国の永住資格を持ち、生活の本拠地である日本国の国政に密接な関係を有しているから、日本の政治社会の構成員といえ、主権者に含まれる。よって、日本に生活の本拠地を有する定住外国人には選挙権が保障されなければならない。

### [判例 6] 外国人地方選挙訴訟（地方公共団体の選挙権）

B

事案：外国人に地方公共団体の選挙権を認めていない地方自治法 11 条・18 条及び公職選挙法 9 条 2 項の違憲性が問題となった。

最判 H7.2.28・百 I 3

判旨：「憲法 15 条 1 項…は、国民主権の原理に基づき、公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したものにほかならないところ、主権が「日本国民」に存するものとする憲法前文及び 1 条の規定に照らせば、憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法 15 条 1 項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。そして、地方自治について定める憲法第 8 章は、93 条 2 項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法 15 条 1 項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることを併せ考えると、憲法 93 条 2 項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない。以上のように解すべきことは、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和 35 年（オ）第 579 号同年 12



月 14 日判決・民集 14 卷 14 号 3037 頁、最高裁昭和 50 年（行ツ）第 120 号同 53 年 10 月 4 日判決・民集 32 卷 7 号 1223 頁）の趣旨に徴して明らかである。

このように、憲法 93 条 2 項は、我が国に在留する外国人に対して地方公共団体における選挙の権利を保障したもといえぬが、憲法第 8 章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、住民の日常生活に密接な関連を有する公共的事務は、その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である。しかしながら、右のような措置を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講じないからといって違憲の問題を生ずるものではない。」

#### [判例 7] 外国人管理職訴訟（公務就任権）

事案：東京都の管理職任用制度において、日本国籍を有しない者に管理職選任の受験資格を認めていないことについて、主として憲法 14 条 1 項・15 条 1 項違反が問題となった。

判旨：「地方公務員のうち、住民の権利義務を直接形成し、その範囲を確定するなどの公権力の行使に当たる行為を行い、若しくは普通地方公共団体の重要な施策に関する決定を行い、又はこれらに参画することを職務とするもの（以下「公権力行使等地方公務員」という。）については、次のように解するのが相当である。すなわち、公権力行使等地方公務員の職務の遂行は、住民の権利義務や法的地位の内容を定め、あるいはこれらに事実上大きな影響を及ぼすなど、住民の生活に直接間接に重大なかわりを有するものである。それゆえ、国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治の在り方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものであること（憲法 1 条、15 条 1 項参照）に照らし、原則として日本の国籍を有する者が公権力行使等地方公務員に就任することが想定されているとみるべきであり、我が国以外の国家に帰属し、その国家との間でその国民としての権利義務を有する外国人が公権力行使等地方公務員に就任することは、本来我が国の法体系の想定するところではないものというべきである。

そして、普通地方公共団体が、公務員制度を構築するに当たって、公権力行使等地方公務員の職とこれに昇任するのに必要な職務経験を積むために経るべき職とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも、その判断により行うことができるものというべきである。そうすると、普通地方公共団体が上記のような管理職の任用制度を構築した上で、日本国民である職員に限って管理職に昇任することができることとする措置を執ることは、合理的な理由に基づいて日本国民である職員と在留外国人である職員とを区別するものであり、上記の措置は、労働基準法 3 条にも、憲法 14 条 1 項にも違反するものではないと解するのが相当である。そして、この理は、前記の特別永住者についても異なるものではない。」

解説：第 1 に、調査官解説では、最高裁は外国人に憲法上の公務就任権が保障されるかという点について明確な態度を示しておらず、その理由については、昇進に関する処遇を問題とする本件では、外国人の公務就任権の憲法上の保障の有無にかかわらず平等原則の適用を受けるのだから、その有無を判断する必要はないと説明されている。そのため、本判決は、外国人の公務就任権を否定したものではないと評価されている。

第 2 に、公務就任権の憲法上の根拠についてであるが、かつては公務就任権を広義の

B

最大判 H17.1.26・百 14

百 15 解説 2

憲法 I 40 頁

百 15 解説 2

参政権の一種と捉えて憲法 15 条 1 項により保障するという見解が有力であった。しかし、公務には選挙権と表裏の関係にない一般職も多くあるのだから、公務就任権を憲法 15 条 1 項によって基礎づけることは困難である。そこで、今日では、「職業選択の自由」として憲法 22 条 1 項により保障されるとする見解が多数説である。

第 3 に、多数意見は、普通地方公共団体が公務員制度を構築するにあたって、「公権力行使等地方公務員の職」と「これに昇進するのに必要な職務経験を積むために経るべき職」とを包含する一体的な管理職の任用制度を構築して人事の適正な運用を図ることも許されるとして、外国人の管理職昇進を一律に排除することには合理的な理由があるとした。これと異なり原審は、管理職にある者の事案の決定過程への関与の仕方やその程度は様々であるから、管理職について一律に在留外国人の任用を認めないとするのは相当ではなく、任用が許される管理職と許されない管理職とを区別して任用管理を行う必要があるとした。

#### 4. 公務員

B

case3: 国家公務員法及び同法の委任を受けた人事院規則では、選挙権の行使を除き、公務員の「政治的行為」を罰則付きで禁止している。法務局会計課で勤務している X (役職なし) は、休日に、公務員であることを明らかにすることなく、A 政党を応援するための集会 (以下「本件集会」という) に参加した。なお、X は本件集会の中心人物ではなく、一般の参加者と同様の態様で参加したに過ぎない。後日、X は、本件集会に参加したことが「政治的行為」に当たるとして、国家公務員法違反で逮捕された後に正式起訴された。X は、刑事裁判において、①公務員の「政治的行為」を罰則付きで禁止している国家公務員法及び人事院規則の各規定は憲法 21 条 1 項に反し違憲である、②仮に各規定自体が違憲でなくともこれを X に適用して処罰することは憲法 21 条 1 項に反し違憲であると主張している。

##### (1) 特別権力関係の理論

B

公権力と特殊な関係にある者 (公務員、在監者、国立大学学生) については、特別な人権制限が許されると考えられており、それを正当化するために明治憲法以来用いられてきた最も有力な考え方が、特別権力関係の理論である。

芦部 107~109 頁

特別権力関係の理論は、特別の公法上の原因 (法律の規定又は本人の同意) によって成立する公権力と国民との特別の法律関係を特別権力関係という概念で捉え、そこにおいては、①公権力は包括的な支配権 (命令権・懲戒権) を有し、個々の場合に法律の根拠なくして特別権力関係に属する私人を包括的に支配することができる (=法治主義の排除)、②公権力は、特別権力関係に属する私人に対して一般国民として有する人権を、法律の根拠なくして制限することができる (=人権の制限)、③特別権力関係内部における公権力の行為は原則として司法審査に服さない (=司法審査の排除) とする。

しかし、このような特別権力関係の理論は、日本国憲法が法の支配の原理を採用し、基本的人権の尊重を基本原理とし (憲法第 3 章)、国会を唯一の立法機関と定めていること (憲法 41 条) に抵触する。

しかも、公務員関係・在監関係・在学関係などの法律関係にある構成員の

権利の制限の根拠・目的・程度等はそれぞれ異なるものであるから、これらを特別権力関係という形式的なカテゴリーによって同じ性質のものとして一括して捉えるべきではない。

そこで、特別権力関係の理論によることなく、それぞれの法律関係において、いかなる人権が、いかなる根拠から、どの程度制約されているのかを具体的に明らかにするべきである。<sup>6)</sup>

## (2) 政治活動の自由

国家公務員法 102 条 1 項は「職員は、政党又は政治的目的のために、寄附金その他の利益を求め、若しくは受領し、又は何らかの方法を以てするを問わず、これらの行為に参与し、あるいは選挙権の行使を除く外、人事院規則で定める政治的行為をしてはならない」と定め、同法 110 条 1 項では、同法 102 条 1 項違反について「3 年以下の懲役又は 10 万円以下の罰金」という罰則が定められている。同法 102 条 1 項が禁止する「政治的行為」については、人事院規則 14-7 により具体的に定められている。

### [判例 1] 猿払事件

事案：猿払村の郵便局勤務の事務官 X は、昭和 42 年の衆議院議員選挙に際し、自身が事務局長を務める猿払地区労働組合協議会の決定に従い、日本社会党を支持する目的で、同党公認候補者の選挙用ポスター 6 枚を自ら公営掲示板に掲示したほか、同ポスター合計 184 枚の掲示方を他に依頼して配布したところ、これらの行為が人事院規則 14-7 第 5 項 3 号及び第 6 項 13 号に当たるとして国家公務員法違反で起訴された。

要点：本判決は、①政治的行為の憲法上の保障について、「憲法 21 条の保障する表現の自由は、民主主義国家の政治的基盤をなし、国民の基本的人権のうちでもとりわけ重要なものであり、法律によつてもみだりに制限することができないものである。そして、およそ政治的行為は、行動としての面をもつほかに、政治的意見の表明としての面をも有するものであるから、その限りにおいて、憲法 21 条による保障を受けるものであることも、明らかである。」と述べている。

②公務員の政治的行為を禁止する目的について、「すべて公務員は、全体の奉仕者である」とする憲法 15 条 2 項から、「行政の中立的運営が確保され、これに対する国民の信頼が維持されることは、憲法の要請にかなうものであり、公務員の政治的中立性が維持されることは、国民全体の重要な利益にほかならないというべきである。」ということに求め、「公務員の政治的中立性を損うおそれのある公務員の政治的行為を禁止することは、それが合理的で必要やむをえない限度にとどまるものである限り、憲法の許容するところであり、その「判断するにあたっては、禁止の目的、この目的と禁止される政治的行為との関連性、政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡の 3 点から検討する」とする、合理的関連性の基準（＝緩やかな基準）を採用している。

③当てはめでは、(i)「禁止の目的」について、「もし公務員の政治的行為のすべてが自由に放任されるときは、おのずから公務員の政治的中立性が損われ、ためにその職務の遂行ひいてはその属する行政機関の公務の運営に党派的偏向を招くおそれがあり、行政の中立的運営に対する国民の信頼が損われることを免れない。また、

A

B

最大判 S49.11.6・百 I 12

精読 238 頁、百 I 12 解説 1 (1)

<sup>6)</sup> 公務員の人権制限の根拠については、全通東京中郵事件判決（最大判 S41.10.26・百 I 144）が、公務員の職務又は業務の公共性ゆえに国民生活全体の利益の維持増進という見地から私人とは異なる内在的制約があると述べており、芦部 108 頁では、「この判決の趣旨を考慮に入れ、公務員の人権制限の根拠は、憲法が公務員関係の存在と自律性を憲法秩序の構成要素として認めていること（15 条・73 条 4 号等）に求めるのが妥当である」とされている。

公務員の右のような党派的偏向は、逆に政治的党派の行政への不当な介入を容易にし、行政の中立的運営が歪められる可能性が一層増大するばかりでなく、そのような傾向が拡大すれば、本来政治的中立を保ちつつ一体となつて国民全体に奉仕すべき責務を負う行政組織の内部に深刻な政治的対立を醸成し、そのため行政の能率的で安定した運営は阻害され、ひいては議会制民主主義の政治過程を経て決定された国の政策の忠実な遂行にも重大な支障をきたすおそれがあり、このようなおそれは行政組織の規模の大きさに比例して拡大すべく、かくては、もはや組織の内部規律のみによつてはその弊害を防止することができない事態に立ち至るのである。したがつて、このような弊害の発生を防止し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するため、公務員の政治的中立性を損うおそれのある政治的行為を禁止することは、まさしく憲法の要請に応え、公務員を含む国民全体の共同利益を擁護するための措置にほかならないのであつて、その目的は正当なものというべきである。」と述べている。(ii)「禁止の目的…と禁止される政治的行為との関連性」については、「右のような弊害の発生を防止するため、公務員の政治的中立性を損うおそれがあると認められる政治的行為を禁止することは、禁止目的との間に合理的な関連性があるものと認められるのであつて、たとえその禁止が、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別することなく、あるいは行政の中立的運営を直接、具体的に損う行為のみに限定されていないとしても、右の合理的な関連性が失われるものではない。」と述べている。(iii)「政治的行為を禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」については、「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、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたらす弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることにはなるが、それは、単に行動の禁止に伴う限度での間接的、付随的な制約に過ぎず、かつ、国公法 102 条 1 項及び規則の定める行動類型以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、他面、禁止により得られる利益は、公務員の政治的中立性を維持し、行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保するという国民全体の共同利益なのであるから、得られる利益は、失われる利益に比してさらに重要なものというべきであり、その禁止は利益の均衡を失するものではない。」と述べている。(iv) 結論として、公務員の政治活動を禁止すること自体(国公法 102 条 1 項及び規則 5 項 3 号、6 項 13 号)は「合理的で必要やむをえない限度を超えるものとは認められず、憲法 21 条に違反するものということはできない。」と述べている。

④第一審判決は、「被告人の本件行為が、非管理職である現業公務員でその職務内容が機械的労務の提供にとどまるものにより、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ、職務を利用せず又はその公正を害する意図なく、労働組合活動の一環として行われたものであること」を理由として、「本件被告人の所為に、国公法 110 条 1 項 19 号が適用される限度において、同号が憲法 21 条および 31 条に違反するもので、これを被告人に適用することができないと云わざるを得ない」と判示している。これに対し、最高裁は、次のように判示している。「原判決もこれを是認している。しかしながら、本件行為のような政治的行為が公務員によってされる場合には、当該公務員の管理職・非管理職の別、現業・非現業の別、裁量権の範囲の広狭などは、公務員の政治的中立性を維持することにより行政の中立的運営とこれに対する国民の信頼を確保しようとする法の目的を阻害する点に、差異をもたらすものではない。右各判決が、個々の公務員の担当する職務を問題とし、本件被告人の職務内

容が裁量の余地のない機械的業務であることを理由として、禁止違反による弊害が小さいものであるとしている点も、有機的統一体として機能している行政組織における公務の全体の中立性が問題とされるべきものである以上、失当である。郵便や郵便貯金のような業務は、もともと、あまねく公平に、役務を提供し、利用させることを目的としているのであるから（郵便法 1 条、郵便貯金法 1 条参照）、国民全体への公平な奉仕を旨として運営されなければならないのであって、原判決の指摘するように、その業務の性質上、機械的労務が重い比重を占めるからといって、そのことのゆえに、その種の業務に従事する現業公務員を公務員の政治的中立性について例外視する理由はない。また、前述のような公務員の政治的行為の禁止の趣旨からすれば、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無、職務利用の有無などは、その政治的行為の禁止の合憲性を判断するうえにおいては、必ずしも重要な意味をもつものではない。さらに、政治的行為が労働組合活動の一環としてなされたとしても、そのことが組合員である個々の公務員の政治的行為を正当化する理由となるものではなく、また、個々の公務員に対して禁止されている政治的行為が組合活動として行われるときは、組合員に対して統制力をもつ労働組合の組織を通じて計画的に広汎に行われ、その弊害は一層増大することとなるのであって、その禁止が解除されるべきいわれは少しもないのである。…第一審判決及び原判決は、また、本件政治的行為によつて生じる弊害が軽微であると断定し、そのことをもつてその禁止を違憲と判断する重要な根拠としている。しかしながら、本件における被告人の行為は、衆議院議員選挙に際して、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書を掲示し又は配布したものであって、その行為は、具体的な選挙における特定政党のためにする直接かつ積極的な支援活動であり、政治的偏向の強い典型的な行為というのほかに、このような行為を放任することによる弊害は、軽微なものであるとはいえない。のみならず、かりに特定の政治的行為を行う者が一地方の一公務員に限られ、ために右にいう弊害が一見軽微なものであるとしても、特に国家公務員については、その所属する行政組織の機構の多くは広範囲にわたるものであるから、そのような行為が累積されることによつて現出する事態を軽視し、その弊害を過小に評価することがあつてはならない。

⑤公務員の政治的行為を罰則をもって禁止することの違憲性については、「…およそ刑罰は、国権の作用による最も峻厳な制裁であるから、特に基本的人権に関連する事項につき罰則を設けるには、慎重な考慮を必要とするとはいうまでもなく、刑罰規定が罪刑の均衡その他種々の観点からして著しく不合理なものであつて、とうてい許容し難いものであるときは、違憲の判断を受けなければならないのである。そして、刑罰規定は、保護法益の性質、行為の態様・結果、刑罰を必要とする理由、刑罰を法定することによりもたらされる積極的・消極的な効果・影響などの諸々の要因を考慮しつつ、国民の法意識の反映として、国民の代表機関である国会により、歴史的、現実的な社会的基盤に立つて具体的に決定されるものであり、その法定刑は、違反行為が帯びる違法性の大小を考慮して定められるべきものである。」という一般論を述べた上で、憲法 31 条および 21 条 1 項違反について、次のように判示している。（i）憲法 31 条違反については、「…その保護法益の重要性にかんがみるときは、罰則制定の要否及び法定刑についての立法機関の決定がその裁量の範囲を著しく逸脱しているものであるとは認められない。特に、本件において問題とされる規則 5 項 3 号、6 項 13 号の政治的行為は、特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布であつて、前述したとおり、政治的行為の中でも党派的偏向の強い行動類型に属するものであり、公務員の政治的中立性を損うおそれが大き

く、このような違法性の強い行為に対して国公法の定める程度の刑罰を法定したとしても、決して不合理とはいえず、したがって、右の罰則が憲法 31 条に違反するものということとはできない。」と述べている。(ii) 憲法 21 条 1 項違反については、「公務員の政治的行為の禁止が国民全体の共同利益を擁護する見地からされたものであつて、その違反行為が刑罰の対象となる違法性を帯びることが認められ、かつ、その禁止が、前述のとおり、憲法 21 条に違反するものではないと判断される以上、その違反行為を構成要件として罰則を法定しても、そのことが憲法 21 条に違反することとなる道理は、ありえない。」と述べている。さらに、(iii) 第一審判決・原判決が「たとえ公務員の政治的行為の禁止が憲法 21 条に違反しないとしても、その行為のもたらす弊害が軽微なものについてまで一律に罰則を適用することは、同条に違反する」と述べている点については、「違反行為がもたらす弊害の大小は、とりもなおさず違法性の強弱の問題にはかならないのであるから、このような見解は、違法性の程度の問題と憲法違反の有無の問題とを混同するものであつて、失当というほかはない。」と述べている。

⑥ 人事院規則への委任の許容性については、「政治的行為の定めを人事院規則に委任する国公法 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ころである。そして、そのような政治的行為が、公務員組織の内部秩序を維持する見地から課される懲戒処分を根拠づけるに足りるものであるとともに、国民全体の共同利益を擁護する見地から科される刑罰を根拠づける違法性を帯びるものであることは、すでに述べたとおりであるから、右条項は、それが同法 82 条による懲戒処分及び同法 110 条 1 項 19 号による刑罰の対象となる政治的行為の定めを一樣に委任するものであるからといって、そのことの故に、憲法の許容する委任の限度を超えることになるものではない。」と述べている。

解説：岩崎調査官は、政治的行為に対する規制については、原則として厳格な基準が適用されるとするが、「相当な根拠」がある場合には、合理的関連性の基準の採用もありうるとする。そして、猿払事件においては、「相当な根拠」として、㉞一般国民に対する規制ではなく、公務員のみに対する規制であること、㉟公務員の政治的中立性の維持は国民全体の重要な利益であること、㊱国家公務員法 102 条 1 項は間接的・付随的規制であることの 3 つを挙げている。

精読 247 頁

## 【判例 2】堀越事件

事案：社会保険事務所に年金審査官として勤務する厚生労働事務官 X が、衆議院議員総選挙に際し、同社会保険事務所において、公務員であることを明らかにせず、日本共産党を支持する目的で、同等の機関紙及び同党を支持する政治目的を有する文書を配布した事案において、①国家公務員法 102 条 1 項・同法 110 条 1 項 19 号・人事院規則 14-7 第 6 項 7 号・同項 7 号 (5 項 3 号) の法令違憲、及び②被告人の行為の構成要件該当性が問題となった。

要点：①法令違憲においては、(i) 国家公務員法 102 条 1 項の目的について、憲法 15 条 2 項が「すべて公務員は、全体の奉仕者である」と定めていることから、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持すること」にあると述べている。

次に、(ii) 政治活動の自由が「立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であつて、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であること」を出発点として、国家公務員法 102 条 1 項の文言、趣旨・目的、さらには同項が刑罰法規の構成要件であることも考慮して、同項にいう「政治的行為」について、「公務員の職務の遂行の

A (総)

最判 H24.12.7・百 I 13

政治的中立性を損なうおそれが…現実的に起こり得るものとして実質的に認められる…行為」に限定解釈した。<sup>7)</sup>そして、これに当たるかの判断は、⑦当該公務員の地位（指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位 - 管理職的地位 - の有無）、⑧その職務の内容や権限における裁量の有無、⑨当該行為の性質・態様・目的・内容等（勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等）の諸般の事情を総合して行うべきであると述べている。

(iii) そして、国家公務員法 102 条 1 項等の憲法適合性の判断基準については、猿払基準（禁止目的、禁止目的と禁止される政治的行為との関連性、利益の均衡による判断）を用いず、また、間接的・付随的規制論にも言及することなく、これが「必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制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」として、よど号ハイジャック記事抹消事件大法廷判決の「利益較量の判断手法」を採用している。この判断手法は、「厳格な基準を加味した利益較量」とも評価されている。<sup>8)</sup>

(iv) 当てはめでは、(ア)「公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持する」という目的は、「議会制民主主義に基づく統治機構の仕組みを定める憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益」であるから、「合理的であり正当である」こと、(イ) 禁止対象は (iii) に限定されることを理由に、「その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。」と述べている。

②本判決は、(iii) の判断基準を用いて被告人の行為の構成要件該当性について判断した結果として、被告人の行為が罰則規定の構成要件に該当しないことを理由として被告人を無罪としており、適用違憲の手法は用いていない。

判旨：①「本法 102 条 1 項は、…行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することをその趣旨とするものと解される。すなわち、憲法 15 条 2 項は、「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」と定めており、国民の信託に基づく国政の運営のために行われる公務は、国民の一部でなく、その全体

百 I 13 解説 1、憲法判例の射程 20  
頁

最大判 S58.6.22・百 I 14  
憲法判例の射程 21 頁

精読 259 頁、百 I 13 解説 2

7) 合憲限定解釈は「条文に合憲的部分と違憲的（違憲の疑いのある）部分が含まれている場合に、違憲的部分を解釈により切り落とす手法であり、通常の解釈手法（文理解釈・目的論的解釈・体系的解釈等）により違憲の疑いのない意味に解釈しうる場合には、合憲限定解釈とは呼ばない」（高橋 416 頁）と理解されており、このような理解に従うのであれば、堀越事件が行った限定解釈は、合憲限定解釈とは区別される、「憲法をふまえた限定解釈」であると理解されることになる（精読 255 頁・267 頁、高橋 416 頁）。

上記の理解は、合憲限定解釈について、「①当該法令に違憲の疑いがあることを前提として初めて展開できる、②「通常の法令解釈」の範囲を超えた解釈を指すもの」として限定的に捉えているのである（精読 267 頁）。

8) “猿払事件大法廷判決は、本件罰則規定の合憲性の審査において、公務員の職種・職務権限、勤務時間の内外、国の施設の利用の有無等を区別せずその政治的行為を規制することについて、規制目的と手段との合理的関連性を認めることができるなどとしてその合憲性を肯定できるとしている。この判示部分の評価については、いわゆる表現の自由の優越的地位を前提とし、当該政治的行為によりいかなる弊害が生ずるか利益較量するという「厳格な合憲性の審査基準」ではなく、より緩やかな「合理的関連性の基準」によったものであると説くものもある。しかしながら、近年の最高裁大法廷の判例においては、基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする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、これに加えらるる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという「利益較量」の判断手法を採ってきており、その際の判断指標として、事案に応じて一定の厳格な基準（明白かつ現在の危険の原則、不明確ゆえに無効の原則、必要最小限度の原則、LRA の原則、目的・手段における必要かつ合理性の原則など）ないしはその精神を併せ考慮したものがみられる。”（千葉勝美裁判官の補足意見）

の利益のために行われるべきものであることが要請されている。その中で、国の行政機関における公務は、憲法の定める我が国の統治機構の仕組みの下で、議会制民主主義に基づく政治過程を経て決定された政策を忠実に遂行するため、国民全体に対する奉仕を旨として、政治的に中立に運営されるべきものといえる。そして、このような行政の中立的運営が確保されるためには、公務員が、政治的に公正かつ中立的な立場に立って職務の遂行に当たることが必要となるものである。このように、本法 102 条 1 項は、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することを目的とするものと解される。

他方、国民は、憲法上、表現の自由（21 条 1 項）としての政治活動の自由を保障されており、この精神的自由は立憲民主政の政治過程にとって不可欠の基本的人権であって、民主主義社会を基礎付ける重要な権利であることに鑑みると、上記の目的に基づく法令による公務員に対する政治的行為の禁止は、国民としての政治活動の自由に対する必要やむを得ない限度にその範囲が画されるべきものである。

このような本法 102 条 1 項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう「政治的行為」とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。そして、その委任に基づいて定められた本規則も、このような同項の委任の範囲内において、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる行為の類型を規定したものと解すべきである。上記のような本法の委任の趣旨及び本規則の性格に照らすと、本件罰則規定に係る本規則 6 項 7 号については、同号が定める行為類型に文言上該当する行為であって、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものを同号の禁止の対象となる政治的行為と規定したものと解するのが相当である。このような行為は、それが一公務員のものであっても、行政の組織的な運営の性質等に鑑みると、当該公務員の職務権限の行使ないし指揮命令や指導監督等を通じてその属する行政組織の職務の遂行や組織の運営に影響が及び、行政の中立的運営に影響を及ぼすものというべきであり、また、こうした影響は、勤務外の行為であっても、事情によってはその政治的傾向が職務内容に現れる蓋然性が高まることなどによって生じ得るものというべきである。

そして、上記のような規制の目的やその対象となる政治的行為の内容等に鑑みると、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるかどうかは、当該公務員の地位、その職務の内容や権限等、当該公務員がした行為の性質、態様、目的、内容等の諸般の事情を総合して判断するのが相当である。具体的には、当該公務員につき、指揮命令や指導監督等を通じて他の職員の職務の遂行に一定の影響を及ぼし得る地位（管理職的地位）の有無、職務の内容や権限における裁量の有無、当該行為につき、勤務時間の内外、国ないし職場の施設の利用の有無、公務員の地位の利用の有無、公務員により組織される団体の活動としての性格の有無、公務員による行為と直接認識され得る態様の有無、行政の中立的運営と直接相反する目的や内容の有無等が考慮の対象となるものと解される。

そこで、進んで本件罰則規定が憲法 21 条 1 項、15 条、19 条、31 条、41 条、73 条 6 号に違反するかを検討する。この点については、本件罰則規定による政治的行為に対する規制が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかによることになるが、これは、本件罰則規定の目的のために規制が必要とされる程度と、規制される自由の内容及び性質、具体的な規制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



(最高裁昭和52年(オ)第927号同58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁等)。そこで、まず、本件罰則規定の目的は、前記のとおり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を保持することによって行政の中立的運営を確保し、これに対する国民の信頼を維持することにあるところ、これは、議会制民主主義に基づく統治機構の仕組みを定める憲法の要請にかなう国民全体の重要な利益というべきであり、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為を禁止することは、国民全体の上記利益の保護のためであって、その規制の目的は合理的であり正当なものといえる。他方、本件罰則規定により禁止されるのは、民主主義社会において重要な意義を有する表現の自由としての政治活動の自由ではあるものの、前記…のとおり、禁止の対象とされるものは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為に限られ、このようなおそれが認められない政治的行為や本規則が規定する行為類型以外の政治的行為が禁止されるものではないから、その制限は必要やむを得ない限度にとどまり、前記の目的を達成するために必要かつ合理的な範囲のものというべきである。そして、上記の解釈の下における本件罰則規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえないと解される。また、既にみたとおり、本法102条1項が人事院規則に委任しているのは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められる政治的行為の行為類型を規制の対象として具体的に定めることであるから、同項が懲戒処分の対象と刑罰の対象とで殊更に区別することなく規制の対象となる政治的行為の定めを人事院規則に委任しているからといって、憲法上禁止される白紙委任に当たらないことは明らかである。なお、このような禁止行為に対しては、服務規律違反を理由とする懲戒処分のみではなく、刑罰を科すことをも制度として予定されているが、これは常に刑罰を科すという趣旨ではなく、国民全体の上記利益を損なう影響の重大性等に鑑みて禁止行為の内容、態様等が懲戒処分等では対応しきれない場合も想定されるためであり、あり得べき対応というべきであって、刑罰を含む規制であることをもって直ちに必要かつ合理的なものであることが否定されるものではない。

以上の諸点に鑑みれば、本件罰則規定は憲法21条1項、15条、19条、31条、41条、73条6号に違反するものではないというべきであ…る。

②「本件配布行為が本件罰則規定の構成要件に該当するかを検討するに、本件配布行為が本規則6項7号、13号(5項3号)が定める行為類型に文言上該当する行為であることは明らかであるが、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものかどうかについて、前記諸般の事情を総合して判断する。前記のとおり、被告人は、社会保険事務所に年金審査官として勤務する事務官であり、管理職的地位にはなく、その職務の内容や権限も、来庁した利用者からの年金の受給の可否や年金の請求、年金の見込額等に関する相談を受け、これに対し、コンピューターに保管されている当該利用者の年金に関する記録を調査した上、その情報に基づいて回答し、必要な手続をとるよう促すという、裁量の余地のないものであった。そして、本件配布行為は、勤務時間外である休日に、国ないし職場の施設を利用せずに、公務員としての地位を利用することなく行われたものである上、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく、公務員であることを明らかにすることなく、無言で郵便受けに文書を配布したにとどまるものであって、公務員による行為と認識し得る態様でもなかったものである。これらの事情によれば、本件配布行為は、管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職

務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである。以上のとおりであり、被告人を無罪とした原判決は結論において相当である。」

### 〔判例 3〕 寺西事件

事案：裁判官が「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法 52 条 1 号の憲法 21 条 1 項適合性が主たる争点となった。

要点：①三権分立原理の下、裁判官の職権の独立（憲法 76 条 3 項）が要請され、これを担保するためには裁判官はとりわけ政治的な勢力から距離を置く必要がある。また、司法に対する国民の信頼を確保するためには、外形的にも裁判官が中立・公正な態度をとることが求められる。本判決は、これらのことに着目し、裁判官が「積極的に政治運動をすること」を禁止する裁判所法 52 条 1 号の立法目的は「裁判官の独立及び中立・公正を確保し、裁判に対する国民の信頼を維持するとともに、三権分立主義の下における司法と立法、行政とのあるべき関係を規律すること」にあると解している。

次に、②「裁判所法 52 条 1 号…目的の重要性及び裁判官は単独で又は合議体の一員として司法権を行使する主体であることにかんがみれば、裁判官に対する政治運動禁止の要請は、一般職の国家公務員に対する政治的行為禁止の要請より強いものというべきである」ことと、同条号で禁止される「積極的に政治運動をすること」を限定列挙する規定がないことなどを理由に、「裁判所法 52 条 1 号の「積極的に政治運動をすること」の意味は、国家公務員法の「政治的行為」の意味に近いと解されるが、これと必ずしも同一ではないというのが相当である」から、「組織的、計画的又は継続的な政治上の活動を能動的に行う行為であって、裁判官の独立及び中立・公正を害するおそれがあるもの」を意味するとして、限定解釈を行った。

そして、③裁判官の表現の自由は上記①で述べた裁判官の「憲法上の特別な地位」を根拠とする制約を受け、それが「合理的で必要やむを得ない限度にとどまるもの」として憲法上許容されるかは、(i) 禁止の目的の正当性、(ii) 目的と禁止との間の合理的関連性、(iii) 利益の均衡により判断されるとする。

その上で、④当てはめでは、(i) 上記①の目的は正当である、(ii) 「裁判官が積極的に政治運動をすることは…裁判官の独立及び中立・公正を害し、裁判に対する国民の信頼を損なうおそれが大きいから、積極的に政治運動をすることを禁止することと右の禁止目的との間に合理的な関連性がある」、(iii) 裁判官の表現の自由に対する制約は「間接的、付随的な制約にすぎ」ない上、「積極的に政治運動をすること以外の行為により意見を表明する自由までも制約するものではなく、しかも「禁止により得られる利益」たる上記①は「失われる利益に比して更に重要なもの」だから、利益の均衡もあると述べ、憲法 21 条 1 項違反を否定している。

### (3) 争議行為

公務員の労働基本権は、国家公務員法 98 条 2 項、地方公務員法 37 条、国営企業労働関係法（現：特定独立行政法人の労働関係に関する法律）17 条などにより制限されている。

### 〔判例 1〕 全逓東京中郵事件

事案：全逓信労働組合の役員であった被告人らは、春季闘争の際、東京中央郵便局の多数の従業員に対して、勤務時間内に食い込む職場大会に参加するように説得し、38 名の従業員を職場から離脱させ、郵便物不取扱罪（郵便法 79 条 1 項）の教唆罪で起訴された。本件では、正当な争議行為の刑事免責を規定する労働組合法 1 条 2 項の適用が問題となった。

B (総)

最大判 H10.12.1・百 II 177

B

B

最大判 S41.10.26・百 II 139

判旨：「憲法 28 条は、いわゆる労働基本権、すなわち、勤労者の団結する権利および団体交渉その他の団体行動をする権利を保障している。この労働基本権の保障の狙いは、憲法 25 条に定めるいわゆる生存権の保障を基本理念とし、…経済上劣位に立つ勤労者に対して実質的な自由と平等とを確保するための手段として、その団結権、団体交渉権、争議権等を保障しようとするものである。

…労働基本権は、たんに私企業の労働者だけについて保障されるのではなく、公共企業体の職員はもとよりのこと、国家公務員や地方公務員も、憲法 28 条にいう勤労者にほかならない以上、原則的には、その保障を受けるべきものと解される。「公務員は、全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない」とする憲法 15 条を根拠として、公務員に対して右の労働基本権をすべて否定するようなことは許されない。ただ、公務員またはこれに準ずる者については、後に述べるように、その担当する職務の内容に応じて、私企業における労働者と異なる制約を内包しているにとどまると解すべきである。

…勤労者の団結権・団体交渉権・争議権等の労働基本権は、すべての勤労者に通じ、その生存権保障の理念に基づいて憲法 28 条の保障するところであるが、これらの権利であつても、もとより、何らの制約も許されない絶対的なものではないのであつて、国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包しているものと解釈しなければならない。しかし、具体的にどのような制約が合憲とされるかについては、諸般の条件、ことに、（１）「労働基本権の制限は、労働基本権を尊重確保する必要と国民生活全体の利益を維持増進する必要とを比較衡量して、両者が適正な均衡を保つことを目途として決定すべきであるが、労働基本権が勤労者の生存権に直結し、それを保障するための重要な手段である点を考慮すれば、その制限は、合理性の認められる必要最小限度のものにとどめなければならない。」、（２）「労働基本権の制限は、勤労者の提供する職務または業務の性質が公共性の強いものであり、したがつてその職務または業務の停廃が国民生活全体の利益を害し、国民生活に重大な障害をもたらすおそれのあるものについて、これを避けるために必要やむを得ない場合について考慮されるべきである。」、（３）「労働基本権の制限違反に伴う法律効果、すなわち、違反者に対して課せられる不利益については、必要な限度をこえないように、十分な配慮がなされなければならない。とくに、勤労者の争議行為等に対して刑事制裁を科することは、必要やむを得ない場合に限られるべきであり、同盟罷業、怠業のような単純な不作為を刑罰の対象とするについては、特別に慎重でなければならない。」、（４）「職務または業務の性質上からして、労働基本権を制限することがやむを得ない場合には、これに見合う代償措置が講ぜられなければならない。」という「諸点を考慮に入れ、慎重に決定する必要がある。」

解説：公務員の労働基本権制限に関する最高裁判例の動向は、一般に、3 期に分けて説明されている。

第 1 期は、政令 201 号事件大法廷判決に代表されるように、抽象的な「公共の福祉」論や「全体の奉仕者」論に基づいて、広く公務員の労働基本権制限法理が承認された時期である。

第 2 期は、全逓東京中郵事件大法廷判決から全農林警職事件大法廷判決までの時期で、労働基本権制限規定に限定的に解釈しようとする姿勢が示されている時期である。

第 3 期は、全農林警職事件大法廷判決以降であり、改めて「公務員の地位の特殊性と職務の公共性」を強調して、全面的な争議行為禁止を合憲とする動向にある。

百 II 139 解説 2

最大判 S28.4.8

最大判 S48.4.25・百 II 141

**[判例 2] 東京都教祖事件**

事案：東京都教職員組合は、加盟組合員に対し、年次有給休暇を一斉に請求して公立小中学校の教職員の勤務評定制度に反対する集会に参加するように指令し、約 2 万 4000 名／約 3 万 7000 名の教職員がその集会に参加するに至った。東京都教職員組合の委員長・執行委員・支部長などの組合役員は、地方公務員たる教職員に対し同盟罷業（ストライキ）の遂行をあおったとして地方公務員法 37 条 1 項・61 条 4 号違反で起訴された。

要点：本判決は、①全通東京中郵事件大法廷判決を維持した上で、「法律の規定は、可能な限り、憲法の精神にそくし、これと調和しうよう、合理的に解釈されるべきものである」と述べ、②保護法益と労働基本権尊重の要請を適切に調整する見地から、あおり行為等が処罰されるのは、争議行為自体の違法性が強いものであり、かつ、あおり行為等の違法性も強い場合に限られ、「争議行為に通常随伴して行われる行為」は処罰対象とならないとして、二重のしぼり論を展開した。

B

最大判 S44.4.2・百 II 140

最大判 S41.10.26・百 II 139

**[判例 3] 全農林警職法事件**

事案：全農林労働組合（非現業の国家公務員である農水省(当時)職員により組織される労働組合）の役員 Y らは、警察官職務執行法改正案に反対するため、同省職員に対し職場大会への参加を慫慂し争議行為をあおった等として、国家公務員法 110 条 1 項 17 号（98 条 5 項[現 98 条 2 項]による違法とされる争議行為の煽り行為等に対して刑事罰を定めている）違反で起訴された。

要点：まず、①公務員の労働基本権の保障については、憲法 28 条による労働基本権の保障が「憲法 25 条の…生存権の保障を基本理念とし…て勤労者の経済的地位の向上を目的とする」ものであること「に即して考えると、公務員は、私企業の労働者とは異なり、使用者との合意によって賃金その他の労働条件が決定される立場にないとはいえ、勤労者として、自己の労務を提供することにより生活の資を得ているものである点において一般の勤労者と異なるところはないから、憲法 28 条の労働基本権の保障は公務員に対しても及ぶものと解すべきである。」と述べている。

次に、②公務員の労働基本権の制限の根拠・限界について、「全体の奉仕者」（憲法 15 条 2 項）であることを理由とする「公務員の地位の特殊性と職務の公共性」「を根拠として公務員の労働基本権に対し必要やむをえない限度の制限を加えることは、十分合理的な理由があるというべきである。」と述べている。その理由については、「公務員は、公共の利益のために勤務するものであり、公務の円滑な運営のためには、その担当する職務内容の別なく、それぞれの職場においてその職責を果たすことが必要不可欠であって、公務員が争議行為に及ぶことは、その地位の特殊性および職務の公共性と相容れないばかりでなく、多かれ少なかれ公務の停廃をもたらし、その停廃は勤労者を含めた国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼすか、またはその虞れがあるからである。」と述べている。

そして、③当てはめでは、（i）勤務条件法定主義・議会制民主主義（公務員の勤務条件はすべて立法府により議論を経て法定されるものだから、使用者である政府に対する争議行為は的外れであり、使用者としての政府によって解決できない立法問題に逢着せざるを得ないこととなり、ひいては民主的に行われるべき公務員の勤務条件決定の手続過程を歪曲することともなり、憲法の基本原則である議会制民主主義（憲法 41 条、83 条等）に背馳し、国会の議決権を侵すおそれすらある）、（ii）使用者側の対抗手段及び市場抑制力の欠如（私企業では、使用者のロック・アウト（作業所閉鎖）という対抗手段、労働者側の過大要求による企業経営の悪化による労働者の失業を背景とした労働者側の要求に対する制約、提供する製品・役務に対する

A

最大判 S48.4.25・百 II 141

需要についての市場からの圧力を背景とした争議行為に対する抑制力があるが、公務員の争議行為にはこれらの制約・作用がないため、場合によっては一方的に強力な圧力となり、勤務条件法定主義を歪めるおそれがある）、（iii）人事院等による代償措置の存在を根拠として、「…国公法 98 条 5 項がかかる公務員の争議行為およびそのあおり行為等を禁止するのは、勤労者をも含めた国民全体の共同利益の見地からするやむをえない制約というべきであつて、憲法 28 条に違反するものではないといわなければならない。」と述べている。なお、（iii）は、「公務員についても憲法によつてその労働基本権が保障される以上、この保障と国民全体の共同利益の擁護との間に均衡が保たれることを必要とすることは、憲法の趣意であると解されるのであるから、その労働基本権を制限するにあつては、これに代わる相応の措置が講じられなければならない。」という理由から要求されるものであり、これについて本判決は、「公務員に対しても、その生存権保障の趣旨から、法は、…制約に見合う代償措置として身分、任免、服務、給与その他のに関する勤務条件についての周到詳密な規定を設け、さらに中央人事行政機関として準司法機関的性格をもつ人事院を設けている。ことに公務員は、…法定された勤務条件を享有しているのであつて、人事院は、公務員の給与、勤務時間その他の勤務条件について、いわゆる情勢適応の原則により、国会および内閣に対し勧告または報告を義務づけられている。そして、公務員たる職員は、個別的にまたは職員団体を通じて俸給、給料その他の勤務条件に関し、人事院に対しいわゆる行政措置要求をし、あるいはまた、もし不利益な処分を受けたときは、人事院に対し審査請求をする途も開かれているのである。このように、公務員は、労働基本権に対する制限の代償として、制度上整備された生存権擁護のための関連措置による保障を受けているのである。」と述べている。

さらに、④「あおり行為あるいはその対象となる争議行為またはその双方につき…限定的に解釈す…見解」については、「このように不明確な限定解釈は、かえつて犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法 31 条に違反する疑いすら存するもの」であるとして、否定している。その理由としては、「もし、国公法 110 条 1 項 17 号が、違法性の強い争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性のない行為によりあおる等した場合に限ってこれに刑事制裁を科すべき趣旨であると解するときは、いうところの違法性の強弱の区別が元来はなはだ曖昧であるから刑事制裁を科しうる場合と科しえない場合との限界がすこぶる明確性を欠くこととなり、また同条項が争議行為に「通常随伴」し、これと同一視できる一体不可分のあおり等の行為を処罰の対象としていない趣旨と解することは、一般に争議行為が争議指導者の指令により開始され、打ち切られる現実を無視するばかりでなく、何ら労働基本権の保障を受けない第三者がした、このようなあおり等の行為までが処罰の対象から除外される結果となり、さらに、もしかかる第三者のしたあおり等の行為は、争議行為に「通常随伴」するものでないとしてその態様のいかんを問わずこれを処罰の対象とするものと解するときは、同一形態のあおり等をしながら公務員のしたものと第三者のしたものと間に処罰上の差別を認めることとなつて、ただに法文の「何人たるを問わず」と規定するところに反するばかりでなく、衡平を失するものといわざるをえないからである。」と述べている。

#### [判例 4] 全通名古屋中郵便事件

事案：地方公営企業等の労働関係に関する法律（以下「公労法」とする）17 条 1 項（現：11 条 1 項）は、地方公営企業の「職員及び組合は、公共企業体等に対して同盟罷業、怠業、その他業務の正常な運営を阻害する一切の行為をすることができない。又職員並びに組合の組合員及び役員は、このような禁止された行為を共謀し、そそのか

B

最大判 S52.5.4・百 II 142

し、若しくはあおつてはならない。」と規定している。本事件では、公労法 17 条 1 項の憲法 28 条違反が問題となった。

要点： まず、①「国家公務員の身分を有しない三公社の職員も、その身分を有する五現業の職員も、自己の労務を提供することにより生活の資を得ている点においては、一般の勤労者と異なるところがないのであるから、共に憲法 28 条にいう勤労者にあた」り、憲法 28 条の労働基本権の保障が及ぶことを確認している。

次に、②「全農林事件判決が、非現業の国家公務員につき、これを憲法 28 条の勤労者に当たるとしつつも、その憲法上の地位の特殊性から労働基本権の保障が重大な制約を受けている旨を説示していることに、留意しなければならないであろう。」と述べた上で、全農林事件判決が合憲性の根拠の一つとして挙げている勤務条件法定主義・議会制民主主義について言及し、「要するに、非現業の国家公務員の場合、その勤務条件は、憲法上、国民全体の意思を代表する国会において法律、予算の形で決定すべきものとされており、労使間の自由な団体交渉に基づく合意によって決定すべきものとはされていないので、私企業の労働者の場合のような労使による勤務条件の共同決定を内容とする団体交渉権の保障はなく、右の共同決定のための団体交渉過程の一環として予定されている争議権もまた、憲法上、当然に保障されているものとはいえないのである。…右の理は、公労法の適用を受ける五現業及び三公社の職員についても、直ちに又は基本的に妥当するものといえることができる。」と述べている。

さらに、③勤務条件法定主義・議会制民主主義のほか、使用者側の対抗手段・市場抑制力の欠如、及び人事院等による代償措置の存在についても言及し、公労法 17 条 1 項の憲法 28 条違反を否定している。

## 5. 在監者（刑事収容施設における被収容者）

在監者とは、刑事収容施設（刑事施設、留置施設、海上保安留置施設）に収容されている者（被疑者、被告人、受刑者、死刑確定者など）であり、刑事収容施設の収容関係には、判決確定前の身柄の拘束（逮捕・未決勾留）と判決確定後の身体刑執行としての懲役・禁錮・拘留・死刑確定者の拘置等がある。

在監関係においても、伝統的な特別権力関係の理論はもはや通用せず、在監者の人権制限を正当化する根拠は、公務員の場合と同じく、憲法が在監関係とその自律性を憲法的秩序の構成要素として認めていること（憲法 18 条・31 条）に由来する。

この憲法が予定している在監関係を維持するため、すなわち拘禁と戒護（逃亡・罪証隠滅・暴行・殺傷の防止・紀律維持等）及び受刑者の矯正教化という在監目的を達成するために必要最小限度にとどまる制約が許容される。

したがって、精神的自由の規制であっても、集会・結社の制限などは拘禁目的の達成のために許される制限といえるが、新聞・図書の見聞の制限、信書の発受の制限などについては厳格な審査が必要となる。

### 〔判例 1〕禁煙処分事件

事案：公職選挙法違反で逮捕された X は、留置所から刑務所に移監された際、たばこの所持を許されず、その後看守に喫煙を希望したがこれも拒否され、さらに、喫煙許可を求める請願状を提出したが回答がないまま釈放時まで喫煙を許されなかったため、在監者の喫煙を禁止する旧監獄法施行規則 96 条が違憲無効であると主張して国家賠償訴訟を提起した。

C

渋谷 154 頁

芦部 109～111 頁

C

最大判 S45.9.16・百 1 A4

要点：本判決は、①「逃走または罪証隠滅の防止」という未決勾留の目的のためには「監獄内…の秩序を維持」する必要があり、これらの目的に照らし、被拘禁者の身体の自由以外の自由に対しても「必要かつ合理的な制約」を加えることができ、その判断は「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」によって行うと判示している。

次に、②喫煙の自由については、①の比較較量の際に、「制限される基本権人権」として、「…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。」と言及されている。これについては、「本判決は、…喫煙の自由が憲法 13 条により保障されることを仮定しているにとどまる」、「喫煙の自由が基本権に含まれるかという問題については留保を付し」ているという評価が一般的である。

百 I [6 版] 15 解説 2

百 I [6 版] 15 解説 3、憲法 I 48 頁

### [判例 2] よど号ハイジャック記事抹消事件

B

最大判 S58.6.22・百 I 14

事案：旧監獄法 31 条 2 項は文書・図画・の閲読に関する制限を命令に委任しており、これを受けて旧監獄法施行規則 86 条 1 項は「拘禁ノ目的ニ反セズ且ツ監獄ノ紀律ニ害ナキモノニ限り之ヲ許ス」と定めていた。

X らは、国際反戦デー闘争等に関連して凶器準備集合罪などで起訴され、東京拘置所に勾留されていたところ、私費で購入した読売新聞について東京拘置所長からよど号乗っ取り事件に関連する記事を抹消した上で配布されたため、国家賠償請求訴訟を提起し、知る権利の侵害などを主張した。

要点：まず、①「逃亡又は罪証隠滅の防止」という未決勾留の目的のためには「監獄内…の…規律及び秩序を維持」する必要があり、これらの目的に照らし、被拘禁者の「身体的自由及びその他の行為の自由に対して「必要かつ合理的な制約」を加えることができ、その判断は「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」して行うと判示している。

次に、②上記の利益較量論を前提として、(i)「意見、知識、情報の伝達媒体である新聞紙、図書等の閲読の自由」の憲法上の保障、及び(ii)「相当の蓋然性」の基準について言及している。

(i)については、それが個人の人格・思想の形成・発展にとって必要不可欠であり、思想・情報の自由な伝達・交渉の確保という民主主義社会の基本的原理を真に実効あらしめるためにも必要であるという理由から、憲法 21 条 1 項の規定の趣旨・目的からその派生原理として当然に導かれるとして、同条項による保障を肯定している。<sup>9)</sup>

(ii)については、「閲読の自由は、…それぞれの場面において、これに優越する公共の利益のための必要から、一定の合理的制限を受けることがあることもやむをえない」とする一方で、未決拘禁者が「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」ことを理由に、監獄内の規律・秩序の維持のためにする未決拘禁者の閲読の自由に対する制限は「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であり、具体的には、「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…場合に…、…右の障害発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべき」であるとす。<sup>10)</sup>

<sup>9)</sup> 本判決は、「知る自由」の憲法上の保障を肯定したと評価されている（渋谷 396 頁、平成 18 年司法試験短答式試験公法系第 5 問参照）

<sup>10)</sup> 芦部 109 頁では、「相当の蓋然性」の基準について「かなり厳格なもの」に位置づけた上で、抹消処分が事前抑制であることを考慮に入れたためにこの基準が採用されたと説明されている。

そして、③旧監獄法 31 条 1 項・旧監獄法施行規則 86 条 1 項の適用については、「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、監獄の長による…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は是認すべきものと解するのが相当である。」と述べている。

その上で、④本件の「事実関係、殊に本件新聞記事抹消処分当時までの間においていわゆる公安事件関係の被拘禁者らによる東京拘置所内の規律及び秩序に対するかなり激しい侵害行為が相当頻繁に行われていた状況に加えて、本件抹消処分に係る各新聞記事がいずれもいわゆる赤軍派学生によつて敢行された航空機乗取り事件に関するものであること等の事情に照らすと、東京拘置所長において、公安事件関係の被告人として拘禁されていた X らに対し本件各新聞記事の閲読を許した場合には、拘置所内の静穏が攪乱され、所内の規律及び秩序の維持に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ものとしたことには合理的な根拠があり、また、右の障害発生を防止するために必要であるとして右乗取り事件に関する各新聞記事の全部を原認定の期間抹消する措置をとつたことについても、当時の状況のもとにおいては、必要とされる制限の内容及び程度についての同所長の判断に裁量権の逸脱又は濫用の違法があつたとすることはできないものというべきである。」と結論付けた。

判例は、受刑者と親族以外の者の信書の発受を制限する旧監獄法 46 条 2 項の憲法 21 条 1 項・14 条違反が問題となった事案において、規制場面を③まで絞ることにより法令違憲に当たらないと判示している(最判 H18.3.23)。

## 6. パターナリスティックな制約

パターナリスティックな制約とは、公権力の主体(政府)が、本人自身の保護のために、本人の意思を無視して、本人の自由に干渉することである。本人にとっては、自分にとっての利益・不利益が何であるのかを政府(又は社会の多数派の意思)によって他律されることになる。

まず、パターナリスティックな制約である点は、合憲ではなく、違憲の方向に評価される。すなわち、何が自己にとって利益かは本人が最もよく判断できることであり、他人が「これがあなたの利益だ」といって押し付けることは、自由主義に反すると考えられる。そのため、個人を個人として尊重するためには個人の人権を本人の重大な利益のために制限する必要があるというパターナリズムの考え方は、自由主義の下では原則として忌避される思想であるといえる。

次に、パターナリスティックな制約である点は、違憲審査基準の定立過程ではなく、目的手段審査における目的審査で論じるのが通常である。パターナリズムな考えに基づく目的(本人の利益を図るという目的)は自由主義に反するものとして原則として違憲であるという原則論を示したうえで、例外的に目的の合憲性が認められるかについて論じることになる。

B

渋谷 175 頁、青柳 89 頁

高橋 116 頁

case4 : A 県は、青少年の健全な育成を目的として、「有害図書」を「図書の内容が、著しく性的感情を刺激し、又は著しく残忍性を助長するため、青少年の健全な育成を阻害するおそれがあると認められるもの」と定義した上で、自

しかし、相当の蓋然性については、中間審査の基準に位置づけるのが通説的理解であると思われる。学説上は、相当の蓋然性の基準が中間審査の基準(又は緩やかな基準)に位置づけられるとした上で、知る自由に対する規制については「高度の蓋然性の基準」・「明白かつ現在の危険の基準」などを適用するべきであると主張されている(例えば、憲法訴訟 296 頁参照)。それにもかかわず、本判決が相当の蓋然性の基準を採用したのは、監獄の特殊性を考慮したからである(百 I [5 版] 18 解説)。



動販売機業者が「有害図書」に該当する図書を自動販売機に収納することを罰則付きで禁止することを内容とする自主条例を制定した。A 県内の中学生 X は、本件条例により A 県内の自動販売機には「有害図書」が収納されなくなり、有害図書を購入して閱讀することができなくなったから、本件条例は X の閱讀の自由を侵害するものとして違憲であると考えている（なお、大人の閱讀の自由、自動販売機業者の表現の自由及び職業の自由については、考えなくてもよい）。

### （１）未成年者

- ・子どもは大人になる過程にあり、失敗によって学ぶ特権を有しているということを踏まえて検討する必要がある。つまり、子どもが自由を誤って行使してしまうことがあるとしても、それを理由に安易に権利行使を制限してはならない。「未成年者の場合を考えれば分かりやすいが、人格的自律そのものを回復不可能なほどに永続的に害する場合には、例外的に介入する可能性を否定し得ないと解される」という見解は、「子どもは大人になる過程にあり、失敗によって学ぶ特権を有している」という考えからも導くことができよう。
- ・青少年に対する各種自由の制限を包括的にパターンリズムによるものとして捉えること自体問題がある。すなわち、この制限は、未熟な者を保護する義務のある者（保護者）のもつ養育・教育の自由・権利の観点からの見直しが必要と考える。問題の本質は、自己加害の禁止ではなく、保護者の自由と子どもの自由の間の権利の衝突の調整問題である。

青柳 89 頁

佐藤 135 頁

渋谷 175 頁

### （２）成年者

成年者に対するパターンリスティックな制約は、原則として違憲であると推定される。近代立憲主義は、本人の意思（価値観）を理性と同視し、政府又は社会の多数派の意思（価値観）と理性を同視することを拒否するからである。近代立憲主義のもとでも、絶対的客観的価値が仮に存在するのであればそれが本人の意思（価値観）に優越すると考えることができるが、絶対的客観的価値として想定できる自由は生命に対する権利（及び、その部分集合を構成する身体に対する権利）のみである。

渋谷 175 頁

## 第4章 人権の私人間効力

### 1. 人権の私人間効力

資本主義の高度化に伴い、企業・労働組合・経済団体・職能団体などの巨大な力をもった国家類似の私的団体が多く生まれ、一般国民の人権が脅かされるという事態が生じている。また、都市化・工業化の進展による公害問題、情報化社会の下でのマス・メディアによるプライバシー侵害なども重大な社会問題になっている。そこで、このような社会的権力による人権侵害から一般国民の人権を保護するために、憲法の人権規定を私人間にも適用することができないかが問題となる。

日本国憲法の人権規定は、個人尊厳の原理（憲法13条前段）を軸に自然権思想を背景として実体化されたもので、その価値は実体法秩序の最高の価値であり、公法・私法を包括した全法秩序の基本原則であって、すべての法領域に妥当すべきものであるから、憲法の人権規定は私人による人権侵害に対しても何らかの形で適用されなければならない。問題は、直接適用か間接適用かという点である。

case1: 大学4年生のXは、株式会社Y（以下「Y社」という）の入社試験における面接の際、Y社の面接担当者から、大学在学中における学生運動の有無及びその内容について質問されたため、事実通り、憲法9条改正に反対するデモ行進に数回参加したことがあると説明した。Y社は、憲法9条改正を主張する自民党を支持しており、自民党に政治献金をしていたことから、憲法9条改正に反対する思想の持ち主であることを理由として、Xの採用を拒否した。

Xは、①Y社がXの政治的思想を理由として採用を拒否したことと、②面接の際に政治的思想を推知させるであろう学生運動の経験について質問したことが、Xの「思想及び良心の自由」を侵害するものとして憲法19条に反し違憲であると主張して、Y社に対して不法行為に基づく損害賠償を求めて訴えを提起した。

#### [論点1] 人権の私人間効力

憲法の人権規定は対国家的なものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。これは、私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じである。

そこで、憲法の人権規定をそのまま私人相互間の関係に適用ないし類推適用することはできず、そのことは私人間に事実上の支配関係がある場合でも同じであると解すべきである。<sup>1)</sup>

私人間における人権侵害については、私法の一般条項（民法1条、90条、不法行為に関する諸規定等）を憲法の趣旨（精神）を取り込んで解釈・適用する

A

芦部 111~119 頁

A

最大判 S48.12.12・百19

芦部 113 頁、青柳 99 頁、論点教室

98 頁、憲法 I 50 頁

<sup>1)</sup> 直接適用説の問題点としては、(i) 市民社会の原則である私的自治の原則（契約自由の原則）が広く害され、私人間の行為が大幅に憲法によって規律されることになる、(ii) 「国家からの自由」（対国家的権利）という基本的人権の本来的性質と相容れない、(iii) 自由権・社会権の区別が相対化し、自由権も社会権的な側面を持つ場合もある（ex 知る権利）中で、そうした複合的性格をもつ権利の直接を適用を認めると、かえって自由権が制限されるおそれがある（ex 国民の知る権利を報道機関・国民間に直接適用することにより、報道機関の報道の自由が制約されるおそれが生じる）という点が挙げられる（芦部 116~117 頁）。

ことで、対処するべきである（間接適用説）。<sup>2)</sup>

### 〔判例 1〕 三菱樹脂事件

事案：X は、Y 会社に試用期間付きで採用されたところ、入社試験の際に学生運動・生協理事としての活動を秘匿する虚偽の申告をしたことを理由として本採用を拒否された。

要点：まず、①人権の私人間効力については、〔論点 1〕のように述べており、これは間接適用説を採用したものと理解されている。

次に、②憲法 22 条・29 条等を根拠として企業者に雇い入れの自由を認めることで、「企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできない」、そうである以上、「企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。」と述べている。

判旨：①「憲法の右各規定は、同法第三章のその他の自由権的基本権の保障規定と同じく、国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障する目的に出たもので、もつぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない。…のみならず、これらの規定の定める個人の自由や平等は、国や公共団体の統治行動に対する関係においてこそ、侵されることのない権利として保障されるべき性質のものであるけれども、私人間の関係においては、各人の有する自由と平等の権利自体が具体的場合に相互に矛盾、対立する可能性があり、このような場合におけるその対立の調整は、近代自由社会においては、原則として私的自治に委ねられ、ただ、一方の他方に対する侵害の態様、程度が社会的に許容しうる一定の限界を超える場合にのみ、法がこれに介入しその間の調整をはかるという建前がとられているのであつて、この点において国または公共団体と個人との関係の場合とはおのずから別個の観点からの考慮を必要とし、後者についての憲法上の基本権保障規定をそのまま私人相互間の関係についても適用ないしは類推適用すべきものとするとは、決して当をえた解釈ということとはできないのである。

私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり、このような場合に私的自治の名の下に優位者の支配力を無制限に認めるときは、劣位者の自由や平等を著しく侵害または制限することとなるおそれがあることは否み難いが、そのためにこのような場合に限り憲法の基本権保障規定の適用ないしは類推適用を認めるべきであるとする見解もまた、採用することはできない。何となれば、右のような事実上の支配関係なるものは、その支配力の態様、程度、規模等においてさまざまであり、どのような場合にこれを国または公共団体の支配と同視すべきかの判定が困難であるばかりでなく、一方が権力の法的独占の上に立つて行なわれるものであるのに対し、他方はこのような裏付けないしは基礎を欠く単なる社会的事実としての力の優劣の關係にすぎず、その間に画然たる性質上の区別が存するからである。すなわち、私的支配関係においては、個人の基本的な自由や平等に対する具体的な侵害またはそのおそれがあり、その態様、程度が社会的に許容しうる限度を超えるときは、これに対する立法措置によつてその是正を図ることが可能であるし、また、場合によつては、私的自治に対する一般的制限規定である民法 1 条、90 条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によつて、一面で私的自治の原則を

B

最大判 S48.12.12・百 19

通説によれば本判決は間接適用説の立場を採用したものと説明されているが、非適用説の立場に立っているとの理解もある(芦部 112 頁)。

<sup>2)</sup> 規定の趣旨・目的ないし法文からして直接的な私法的効力をもつ人権規定(投票の無答責[15 条 4 項]、奴隷的拘束・苦役からの自由[18 条]、労働基本権[28 条]等)は、私人間に直接適用される(芦部 113 頁)。

尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存するのである。そしてこの場合、個人の基本的な自由や平等を極めて重要な法益として尊重すべきことは当然であるが、これを絶対視することも許されず、統治行動の場合と同一の基準や観念によつてこれを律することができないことは、論をまたないところである。」

②「憲法は、思想、信条の自由や法の下での平等を保障すると同時に、他方、22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができるのであつて、企業者が特定の思想、信条を有する者をそのゆえをもつて雇い入れることを拒んでも、それを当然に違法とすることはできないのである。憲法14条の規定が私人のこのような行為を直接禁止するものでないことは前記のとおりであり、また、労働基準法3条は労働者の信条によつて賃金その他の労働条件につき差別することを禁じているが、これは、雇入れ後における労働条件についての制限であつて、雇入れそのものを制約する規定ではない。また、思想、信条を理由とする雇入れの拒否を直ちに民法上の不法行為とすることができないことは明らかであり、その他これを公序良俗違反と解すべき根拠も見出すことはできない。

右のように、企業者が雇傭の自由を有し、思想、信条を理由として雇入れを拒んでもこれを目して違法とすることができない以上、企業者が、労働者の採否決定にあたり、労働者の思想、信条を調査し、そのためその者からこれに関連する事項についての申告を求めることも、これを法律上禁止された違法行為とすべき理由はない。もとより、企業者は、一般的には個々の労働者に対して社会的に優越した地位にあるから、企業者のこの種の行為が労働者の思想、信条の自由に対して影響を与える可能性がないとはいえないが、法律に別段の定めがない限り、右は企業者の法的に許された行為と解すべきである。また、企業者において、その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者でないかどうかに関心を抱き、そのために採否決定に先立つてその者の性向、思想等の調査を行なうことは、企業における雇傭関係が、単なる物理的労働力の提供の関係を越えて、一種の継続的な人間関係として相互信頼を要請するところが少なくなく、わが国におけるようにいわゆる終身雇傭制が行なわれている社会では一層そうであることにかんがみるときは、企業活動としての合理性を欠くものということとはできない。のみならず、本件において問題とされているY社の調査が、前記のように、Xの思想、信条そのものについてではなく、直接にはXの過去の行動についてされたものであり、ただその行動がXの思想、信条とならんかの関係があることを否定できないような性質のものであることというにとどまるとすれば、なおさらこのような調査を目して違法とすることはできないのである。いのである。」

## [判例2] 昭和女子大事件

事案：同大学の学生であったXは、昼休みや放課後を使用して政治活動を行っていたことから大学から取り調べを受け、生活要録違反を理由に補導・自宅謹慎を受けたため、これらの大学側の対応に反発して女性週刊誌に手記を寄せたほか、討論集会やラジオ番組において大学側の対応を批判する発言を行ったところ、一連の行動が学則の退学事由に該当するとして大学から退学処分を受けた。

要点：本判決は、①人権規定の私人間効力の問題について、[判例1]を引用し、直接適用説を否定した。

B

最判S49.7.19・百I10

次に、②大学が在学する学生を規律する権能について、(i) 大学は、国公立であると私立であることを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であるから、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有する、(ii) もっとも、この包括的権能は無制限なものではなく、在学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照らして合理的と認められる範囲においてのみ是認されるものである、と判示した。

### [判例 3] 百里基地事件

事案：航空自衛隊百里基地の予定地内に本件土地を所有していた X は、国・国防庁との間で本件土地の売買契約を締結したところ、本件土地売買契約について、憲法 9 条・公序良俗違反により無効となるかが問題となった。

争点は、①「国務に関するその他の行為」（憲法 98 条 1 項）の意義、②平和主義の裁判規範性・平和主義を定める憲法規定の直接適用、③平和主義の趣旨（精神）を取り込んだ民法 90 条の解釈・適用である。

要点：①憲法 98 条 1 項は憲法が国の最高法規であることを定めた規定であるから、同条項にいう「国務に関するその他の行為」とは、同条項に列举された法律、命令、詔勅と同一の性質を有する国の行為、言い換えれば、公権力を行使して法規範を定立する国の行為を意味する。したがって、国の行為であっても、私人と対等の立場で行う国の行為は、法規範の定立を伴わないから、「国務に関するその他の行為」に該当しない。

②憲法 9 条は、その憲法規範として有する性格上、私法上の行為の効力を直接規律することを目的とした規定ではないから、人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解する。そのため、国が行政の主体としてではなく私人と対等の立場に立って、私人との間で個々に締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となら変わらないといえるような特段の事情のない限り、憲法 9 条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎない。

③憲法 9 条の宣明する国際平和主義・戦争の放棄・戦力の不保持などの国家の統治活動に対する規範は、私法的な価値秩序とは本来関係のない優れて公法的な性格を有する規範である。そのため、これらの規範は、私法的な価値秩序のもとで確立された私的自治の原則・契約における信義則・取引の安全等の私法上の規範によって相対化された上で、民法 90 条にいう「公の秩序」の内容の一部を形成することになるにとどまる。したがって、私法的な価値秩序のもとにおいて、社会的に許容されない反社会的な行為であるとの認識が、社会の一般的な観念として確立しているか否かが、私法上の行為の効力の有無を判断する基準になるものというべきである。

C (総)

最判 H 元 6.20・百 II 166

## 2. 純然たる事実行為による人権侵害（国家行為の理論）

B (総)

①法律行為に基づく人権侵害、②事実行為に基づく人権侵害のうち、その事実行為自体が法令（学則等も含む）の概括的な条項・文言を根拠としているものについては、法令の解釈の際に人権規定の趣旨が考慮される。

例えば、労働者・企業間における人権侵害を伴う解雇等の法律行為（①）では、民法 90 条の公序良俗に反しないかどうかを吟味する過程で人権規定の趣旨が考慮されるし、法令に基づく事実行為による人権侵害（②）でも法令の概括的な条項・文言を解釈・適用する際に人権規定の趣旨が考慮される。

これに対し、③純然たる事実行為による人権侵害については、①・②のよう

に真正面から憲法問題として争うことができず、また、民法 709 条の不法行為に基づく損害賠償責任による救済手段にも限界があることから、アメリカの判例で採用されている国家行為の理論を用いることができないかが問題となる（ことがある）。

国家行為の理論とは、（i）公権力が私人の私的行為に極めて重要な程度にまでかかわり合うに至っている場合、又は（ii）私人が国の行為に準ずるような高度に公的な機能を行行使している場合には、当該私的行為を国家行為と同視して、憲法を直接適用するという考えである。

（i）の例としては、（ア）国から多額の財政的援助を受け、その限りで国の広汎な監督に服している私的団体が違憲的な行為を行った場合、（イ）一定の独占的な特許を受けた公共事業のような企業体が行った違憲的行為で、国の規制がそれを促進する意味を持った場合、（ウ）私人間の違憲的行為で実効性を失ってしまったものを、裁判所の介入によって再び実効性あるものにした場合がある。

（ii）の例としては、会社が私有し運営する会社町が街頭の宗教的文書の頒布を禁止した行為などが挙げられる。

## 第5章 包括的基本権

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。（憲法 13 条）

### 第1節. 個人の尊厳

判例は、憲法 13 条前段について、「本条は、個人の尊厳と人格価値の尊重を宣言したものである」と判示している。

個人の尊厳とは、人間は、他者と異なる一人ひとりが「かけがえのない個人」であり、その個別性を尊重しようという考えである。

B

最大判 S23.3.24

青柳 51 頁

### 第2節. 生命・身体の権利

憲法 13 条後段は、「生命…に対する国民の権利」を保障している。憲法 31 条も、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命…を奪われ…ない」と規定しているが、これは生命という実体的権利そのものの保障ではなく、それを手続的に保護するための手続的権利の保障について定めたものである。

身体の権利については、奴隷的拘束からの自由及び意に反する苦役からの自由（憲法 18 条）、居住・移転の自由（憲法 22 条 1 項）、外国移住の自由（憲法 22 条 2 項）によって保障されているが、それ以外の身体の権利は後述する「幸福追求」権（憲法 13 条後段）によって保障される。

B

憲法 I 117~118 頁

### 第3節. 明文根拠のない基本権

A

#### 1. 明文根拠のない基本権の保障

憲法は、14 条以下において、詳細な人権規定を置いているが、それらは歴史的に国家権力によって侵害されることの多かった重要な権利・自由を列挙したもので、すべての人権を網羅的に掲げたものではない（人権の固有性）。

憲法制定以降の国家社会の発展（変革）に伴い、憲法上の明文根拠のない権利・利益（＝新しい人権）を保障する必要が生じる。

このような新しい人権の憲法上の保障の根拠として援用されるのが、憲法 13 条後段の「生命、自由及び幸福追求」権条項である。この条項を根拠として憲法上の明文根拠のない基本権を保障することについては、憲法 13 条を根拠に「個人の私生活上の自由の一つとして、…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」を認めた京都府学連事件大法廷判決によって承認されている。

同条後段でいう「幸福」の意味内容については、人格的利益説と一般的行為自由説とが対立している。

#### [論点 1] 新しい人権

まず、憲法 14 条以下の個別的人権の規定は歴史的に重要な権利・自由を列挙したにすぎず、人権の固有性からしても、これらの規定がすべての人権を網羅的に掲げていると解すべきではない。そこで、憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として、憲法上の明文根拠のない新しい人権が保障されると解する。この考えは、憲法 13 条を根拠に「個人の私生活上の自由の一つとして、…その

芦部 120 頁、青柳 105 頁、憲法 I

112 頁

最大判 S44.12.24・百 I 16

A

最大判 S44.12.24・百 I 16

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」を認めた京都府学連事件大法廷判決によって承認されている。

次に、新しい人権として保障される「幸福追求…権」は、個人の人格的生存に不可欠な利益を意味すると解する。このような限定をするのは、基本権の量的拡大がかえって人権の重要さを失わせることが危惧されるからである。<sup>1) 2)</sup>

青柳 108 頁、憲法 I 115 頁

## 2. 補充的適用

新しい人権の憲法上の根拠に関しては、まず個別の人権条項が援用される。問題となっている新しい人権が個別的人権条項でうまく位置づけられない場合にはじめて、憲法 13 条後段の包括的基本権条項が援用される。その際、一般に、憲法 13 条後段は憲法 14 条以下の個別的基本権に対して補充的に適用される。

しかし、憲法 14 条の平等原則を個別的基本権と位置づけることについては、検討を要する。憲法 14 条は、個人の平等権であるが、平等はすべての権利にとって基礎的であるし、平等原則は総則的規定である。その意味で、憲法 13 条の包括的基本権は、憲法 15 条以下の個別的基本権に対して補充的に適用される。

B

青柳 106 頁

## 3. プライバシー権

A

case1: 重大犯罪から地域社会の安全を守ることを目的として、殺人、強盗、強制性交など一定の重大犯罪を犯した者について、刑が確定してから 10 年間に上限として、戸籍上の氏名、顔写真及び前科に係る犯罪の概要を各都道府県の警察署のウェブサイト上で公開することを内容とする法律が制定された。

case2: 性犯罪の再犯率が高いことから、性犯罪の再発を防止することで地域社会の安全を確保することを目的として、刑法上の性犯罪（強制性交、強制わいせつなど、特定の被害者がいる犯罪に限る）を犯し懲役の確定裁判を受けた者のうち、その心理的・生理的・病理的要因等により再び性犯罪を行うおそれ大きいと認められるものについて、20 年以内の期間を定めて、その体内に位置情報発信装置（GPS）を埋設することで警察が継続監視を行い、同人が性犯罪やその準備行為を行っている疑いがあるときには警察官が現場に急行して必要な対処をすることができる旨の法律が制定された（GPS 埋設に伴う権利侵害の問題は、考えなくてよい）。

平成 28 年司法試験参考

1) 一般的行為自由説は、国家権力を制限して個人の権利・自由を擁護することを目的とする近代立憲主義の理念に照らせば、個人の自由は広く保障されなければならないと解されるから、たとえ個人の人格的価値が認められない行為であっても、国家は正当な理由なく制限してはならないとの理由から、純然たる他者加害でなければ、個人の自由な行為一般（＝あらゆる生活領域に関する行為の自由）が憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解する。そして利益の重要性（あるいは人格との関連性）に応じて違憲審査基準の厳格度に段階を付けるべきであるとする（芦部 120～121 頁、赤坂 269～270 頁）

2) 人格的利益説が「人格的生存に不可欠」であるかどうかの判断を本人に委ねる趣旨であれば、人格的利益説は実質的には一般的行為自由説と変わりがないことになる（赤坂 270 頁）。  
ここにいう「人格的生存」とは、「個々人がそれぞれの考え方に従って懸命に生きるということ」、つまり、「各個人が何が善き生なのかを判断し、善き生を求める営みを続けること」である。また、「人間の一人ひとりが、自らの生の作者であることに価値を認め、それぞれの個人が自らの生を形づくるために不可欠な権利を基本的人権として保障しているのである」と説明されることもある（論点教室 104～105 頁）。



(1) 沿革と意味

ア. 伝統的プライバシー権<sup>3)</sup>

プライバシー権は、「私生活を覗く」ことを拒否する「ひとりで放っておいてもらう権利」としてアメリカの判例において発展してきたものであり、わが国でも、「宴のあと」事件第一審判決が、プライバシー権について「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」と定義した上で、「今日のマスコミュニケーションの発達した社会では個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障するうえにおいて必要不可欠なものである」として、それが憲法に基礎づけられた権利であることを認めたことにより、個人の尊厳を保ち幸福の追求を保障する上で必要不可欠なものとして憲法により基礎づけられた権利であることが認められるに至った。

最高裁判例には、国家に対して主張し得るプライバシー権を正面から認めたものはないが、京都府学連事件大法廷判決や前科照会事件最高裁判決では、実質的にはプライバシー権を国家に対して主張しうる憲法上の権利として認めていると評価しうる。

【論点1】 伝統的プライバシー権

憲法 14 条以下の個別的人権の規定は歴史的に重要な権利・自由を列挙したにすぎないこと及び人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解すべきである。

そして、私生活を覗きみられることなくひとりで放ってもらうことは私生活の平穩にとって不可欠であるから、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」という意味での伝統的プライバシー権は、個人の人格的生存に不可欠な利益として憲法 13 条後段により保障されると解する。

京都府学連事件大法廷判決等も、実質的にはプライバシー権を国家に対して主張しうる憲法上の権利として認めていると評価しうる。

イ. 現代的プライバシー権<sup>4)</sup>

積極国家の下、国家の社会への介入がますます要請される中で、テクノロジー（盗聴器、監視カメラ、コンピュータ等）の発達とも相まって、国家により個人情報に大量に収集・保有・利用されるようになった。

そのため、個人は、一方では個人情報がコンピュータにより結合処理されて自己の全貌が把握され私的な秘密領域を保持し得なくなるのではないかという危機意識を持つようになり、他方で、自己に関する誤った情報が自己の手の届かない状態で流布しそれに基づく不利益処分が知らないうちになされるのではないかという不安感におそわれるようになってきた。

このように、国家により個人情報が大量に収集・保有・利用されている現代社会においては、情報の公開だけではなく、それ以前の収集・保有・利用自体が脅威であり得るから、それぞれの段階で、自己に関する情報を

芦部 123～124 頁

東京地判 S39.9.28・百 I 60

高橋 142～143 頁、憲法 I 120～121 頁

A

高橋 143 頁

高橋 143 頁

3) 古典的プライバシー権については「個人の私的領域に他者を無断で立ち入らせないという自由権的、…消極的なもの」（芦部 123 頁）、「私生活に侵入され、私生活の内容を暴露されない権利」（赤坂 274 頁）と表現されることもある。

4) 高度情報化社会においても、私生活を覗き見る行為は行われているから、現代的プライバシー権が伝統的プライバシー権に取って代わると捉える理解は適切ではなく、プライバシーの権利内容は、「ひとりで放っておく権利」+「自己情報コントロール権」と把握されるべきである（青柳 115 頁）。

コントロールする権利（自己情報コントロール権、情報プライバシー権）を、個人の人格的生存に不可欠な権利として憲法 13 条後段により保障されると解すべきである。

自己情報コントロール権は、①本人が知らないうちに自己に関する情報を収集され利用されることを禁止すること（収集制限）、②情報収集は明確な目的に基づきその目的に必要な範囲内で行ってはならず、目的外利用は許されないこと（目的外利用の禁止）、③情報の正しさを担保するための本人の閲覧・訂正・使用停止請求権などを内容とする。

自己情報コントロール権は、伝統的プライバシー権よりも広い内容をカバーしており、特に開示・閲覧請求や訂正請求は相手の積極的な行為を要求することもあり、今のところそれがカバーする諸領域すべてを含めて一つの個人権利と認められるには至っていない。

## (2) 情報の「収集」と「開示・公表」

判例がいう「個人の私生活上の自由」は、「情報の収集からの自由」と「情報の開示・公表からの自由」に区別することができる。

「情報の収集からの自由」について述べたと解されるのが、京都府学連事件大法廷判決・指紋押捺拒否事件最高裁判決である。両判決では、「憲法 13 条の趣旨に反する」という言い方がされており、これは憲法 13 条により直接に保障されるという言い方とは区別され、保障の程度を弱める意味をもっていると解されている。

「情報の開示・公表からの自由」について述べたと解されるのが、住基ネット事件・前科照会事件・早稲田大学講演会事件である。住基ネット事件では、「憲法 13 条により保障された…自由」という言い方がされており、「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」が憲法 13 条により直接に保障されるとされているから、「情報の開示・公表からの自由」の局面が憲法 13 条が直接に保障対象として念頭に置いている問題局面と解することができる。

### 【論点 2】 公権力によって個人情報に強制的に収集されない権利

まず、憲法 14 条以下の個人的権利の規定は歴史的に重要な権利・自由を列挙したにすぎないこと、及び人権の固有性から、個人の人格的生存に不可欠な利益が、憲法 13 条後段の「幸福追求…権」として保障されると解すべきである。

次に、個人情報の保護は私生活の平穏にとって不可欠であるから、個人情報を対象としたプライバシー権が、個人の人格的生存に不可欠な利益として憲法 13 条後段により保障されると解すべきである。

そして、京都府学連事大法廷判決が、「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」が憲法 13 条により保障されることを認めていることから、最高裁判例は、公権力により個人情報を開示・公開されない権利のみならず、強制的に収集されない権利をも憲法 13 条により保障する趣旨であるといえる。

したがって、公権力によって個人情報を強制的に収集されない権利が、プライバシー権として憲法 13 条後段により保障されると解する。

## (3) 保障の程度

プライバシー権の保障の程度に関する考え方（着眼点）は様々であるが、情報の「質」に着目するという点では共通していると思われる。

憲法判例の射程 51～52 頁

最大判 S44.12.24・百 I 16、最判 H7.12.15・百 I 2

最判 H20.3.6・百 I 19、最判 S56.4.14・百 I 17、最判 H15.9.12・百 I 18

A

憲法判例の射程 52 頁

## ア. 固有情報と外延情報

プライバシー固有情報（＝個人の思想・信条・精神・身体に関する基本情報等）と、プライバシー外延情報（個人の人格的自律に直接かかわらない外的事項に関する個人情報であり、氏名・住所・生年月日・電話番号・性別といった個人識別情報などが挙げられる）とを区別し、前者の場合は中間審査基準以上、後者の場合は緩やかな合理性の審査がなされるべきだとする。<sup>5)</sup>

## イ. 情報と内心とのかわり合い

最高裁が、指紋押捺拒否事件において、指紋「それ自体では個人の私生活」や「個人の内心に関する情報となるものではない」と判示していることからして、内心が了知されうる個人情報をプライバシーと捉えているといえる。<sup>6)</sup>

プライバシーは、高度に内心にかかわる情報から内心を推知することができる情報まで、バリエーションがある。したがって、一般的には、当該プライバシー情報と内心との関わり合いの程度がプライバシー保護の程度を決めるといえる。

### (4) 判例

#### [判例 1] 前科照会事件

事案：A 会社から X・A 会社間の労働事件を受任していた弁護士は、弁護士法 23 条の 2 に基づき、所属弁護士会に対し、事件の相手方 X の前科前歴の照会の申し出を行ったところ、同弁護士会から照会を受けた区長が A の前科の存在・内容について報告・回答したことから、プライバシー侵害が問題となった。

第一審判決は、権威ある弁護士会（公的機関）からの法律に基づく照会であることを理由としてプライバシー侵害を否定したが、第二審判決は、犯罪人名簿は一般的な身元証明や照会等に応じ使用すべきものではない、弁護士の守秘義務は弁護士が依頼者の請求により委任事務処理の状況を報告する義務（民法 645 条）に優先するものとは言い難いとして、プライバシー侵害を認めた。

要点：多数意見は、「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のであつて、…その取扱いには格別の慎重さが要求される」と判示しているが、「プライバシー」という用語を用いていない。<sup>7)</sup>

これに対し、伊藤正己裁判官の補足意見では、「前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたいくないものの一つであり」として、「前科等」がプライバシー権の保護対象であることが認められており、しかも、「人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたいくないものの一つである」ことを理由に、「公開が許されるためには、…プライバシーに優越する利益が存在する場合」に「必要最小限の範囲に限って公開しうる」と述べられている。

憲法の地図 6～7 頁

青柳 115 頁、憲法判例の射程 115

頁

最判 H7.12.15・百 I 2

B

最判 S56.4.14・百 I 17

百 I 17 解説 2

<sup>5)</sup> プライバシー固有情報について思想・信条・精神・身体に関する基本情報のほかに重大な社会的差別の原因となる情報を含める説明や、プライバシー固有情報と並ぶものとして「センシティブ情報」（個人の生き方・生活・生存の基本的内容や個人の全体像を示す情報）を観念する説明もある（百 I 17 解説）。

<sup>6)</sup> もっとも、この考え方も、「内心にかかわらない個人情報でも、国家社会状況の変化のなかで当該情報に関する人々の意識は変わり得る。したがって、内心にかかわらない個人情報の場合でも、社会の変化、人々の意識の変化、当該事案における特別性を考慮して、機能的分析が必要である」（青柳 115 頁）との補足がされていることから、内心に関わらない個人情報を一切プライバシーとして保護しないというわけではない。

<sup>7)</sup> 「前科及び犯罪事実」が「人の名誉、信用に直接かかわる事項である」ことが、「その取扱いには格別の慎重さが要求される」ことの根拠とされている（憲法判例の射程 53 頁）。

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のであつて、市区町村長が、本来選挙資格の調査のために作成保管する犯罪人名簿に記載されている前科等をみだりに漏えいしてはならないことはいうまでもないところである。前科等の有無が訴訟等の重要な争点となつていて、市区町村長に照会して回答を得るのでなければ他に立証方法がないような場合には、裁判所から前科等の照会を受けた市区町村長は、これに応じて前科等につき回答をすることができるのであり、同様な場合に弁護士法 23 条の 2 に基づく照会に応じて報告することも許されないわけのものではないが、その取扱いには格別の慎重さが要求されるものといわなければならない。本件において、原審の適法に確定したところによれば、京都弁護士会が訴外猪野愈弁護士の申出により京都市伏見区役所に照会し、同市中京区長に回付された X の前科等の照会文書には、照会を必要とする事由としては、右照会文書に添付されていた猪野弁護士の照会申出書に「中央労働委員会、京都地方裁判所に提出するため」とあつたにすぎないというのであり、このような場合に、市区町村長が漫然と弁護士会の照会に応じ、犯罪の種類、軽重を問わず、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りと解するのが相当である。原審の適法に確定した事実関係のもとにおいて、中京区長の本件報告を過失による公権力の違法な行使にあたりとした原審の判断は、結論において正当として是認することができる。」

補足：「他人に知られたくない個人の情報は、それがたとえ真実に合致するものであつても、その者のプライバシーとして法律上の保護を受け、これをみだりに公開することは許されず、違法に他人のプライバシーを侵害することは不法行為を構成するものといわなければならない。このことは、私人による公開であつても、国や地方公共団体による公開であつても変わることはない。国又は地方公共団体においては、行政上の要請など公益上の必要性から個人の情報を収集保管することがますます増大しているのであるが、それと同時に、収集された情報がみだりに公開されてプライバシーが侵害されたりすることのないように情報の管理を厳にする必要も高まっているといつてよい。近時、国又は地方公共団体の保管する情報について、それを広く公開することに対する要求もつよまつてきている。しかし、このことも個人のプライバシーの重要性を減退せしめるものではなく、個人の秘密に属する情報を保管する機関には、プライバシーを侵害しないよう格別に慎重な配慮が求められるのである。

本件で問題とされた前科等は、個人のプライバシーのうちでも最も他人に知られたくないものの一つであり、それに関する情報への接近をきわめて困難なものとし、その秘密の保護がはかられているのもそのためである。もとより前科等も完全に秘匿されるものではなく、それを公開する必要の生ずることもありうるが、公開が許されるためには、裁判のために公開される場合であつても、その公開が公正な裁判の実現のために必須のものであり、他に代わるべき立証手段がないときなどのように、プライバシーに優越する利益が存在するのでなければならず、その場合でも必要最小限の範囲に限つて公開しうるとどまるのである。このように考えると、人の前科等の情報を保管する機関には、その秘密の保持につきとくに厳格な注意義務が課せられていると解すべきである。」（伊藤正己裁判官の補足意見）

解説：本判決やノンフィクション「逆転」事件最高裁判決からは、一度犯罪に手を染めた者も人生をやり直す利益（「更生を妨げられない利益」）をもつことを重視して、前科情報をプライバシー上特に保護しているように見える、こうした観点から「忘れられる権利」の是非を検討してほしいという説明・指摘がある。なお、「忘れられる

精読 10 頁、最判 H6.2.8・百 I 61

最決 H29.1.31・百 63 [判例 9]

権利」が問題となった事件としては、グーグル検索結果削除請求事件がある。

**[判例 2] ノンフィクション「逆転」事件**

事案：喧嘩により被害者 1 名を死亡・もう 1 名を負傷させたという公訴事実の一部について有罪判決を受けた（確定）X は、服役後、バス運転手として就職し、結婚もしていたが、会社にも配偶者にも前科を秘匿していた。

本件事件については、事件のあった沖縄では大きく新聞報道されたが日本国内では新聞報道もなく、東京で暮らす X の周囲に前科にかかわる事実を知る者はいなかった。

本件裁判の陪審員の一人であった Y は、その体験に基づいてノンフィクション作品を執筆し、1977 年 8 月に刊行したが、その中で X の実名が無断で使用されていたことから、X が Y に対し不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を提起した。

要点：①まず、「みだりに…前科等にかかわる事実を公表されない…利益」の要保護性については、前科照会事件最高裁判決を参照して「前科等にかかわる事実」が「その者の名誉あるいは信用に直接にかかわる事項である」ことを理由に「みだりに右の前科等にかかわる事実を公表されない…法的保護に値する利益」を認めた上で、「その者が有罪判決を受けた後あるいは服役を終えた後においては、一市民として社会に復帰することが期待されるのであるから、その者は、前科等にかかわる事実の公表によって、新しく形成している社会生活の平穏を害されその更生を妨げられない利益を有するというべきである。」と述べている。

②上記①の利益の侵害を理由とする民事不法行為責任の成否については、「みだりに…前科にかかる事実を公表されない…利益」が法的保護に値するものである一方で、「前科にかかる事実」が刑事事件の関心・刑事裁判の批判の対象となるべき事項にかかわったり、その者の社会的活動の批判・評価や公職にあることの適否の判断資料なるという意味でそれを公表する必要性もあるということを理由に、「ある者の前科等にかかわる事実を実名を使用して著作物で公表したことが不法行為を構成するか否か」は「著作物の目的、性格等に照らした実名使用の意義及び必要性」と「前科等にかかわる事実を公表されない法的利益」との利益較量によって判断するべきである旨述べている。

③結論として、損害賠償請求が認められている。

解説：第一審・第二審がプライバシーないしプライバシーの権利に言及しているのに対し、最高裁はこれらの用語を用いていない。犯罪事実の公共性や裁判の公開性を考えると、前科等にかかわる事実をみだりに公表されない利益を私事に依拠するプライバシー概念に包含させることは困難であるとの指摘がある。

**[判例 3] 「宴のあと」事件**

事案：モデル小説の主人公のモデルとされている X は、小説の作者及び出版社を被告として、プライバシー侵害を理由に謝罪広告・損害賠償を求めて出訴した。

要点：本判決は、民事訴訟においてモデル小説の出版によるプライバシー侵害を理由とする損害賠償請求（民法 709 条）の可否が問題となった事案において、プライバシー権を「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」と理解した上で、その侵害要件として、①公開された内容の私事性（私生活上の事実又はそれらしく受け取られるおそれのある事柄であること）、②秘匿性（一般人の感受性を基準にした場合に当該私人が公開を欲しないであろうこと）、③非公知性（一般人々に未だ知られていない事柄であること）の 3 つを示している。

この 3 要件は、「モデル小説」による「情報の公開」による「伝統的なプライバシー権」侵害が「私人間で問題となった」事案における「不法行為に基づく損害賠償請

B

最判 H6.2.8・百 I 61

最判 S56.4.14・百 I 17

百 I 61 解説 2（長谷部恭男）、百 I

[5 版] 67 解説 68

B（総）

東京地判 S39.9.28・百 I 60

憲法 I 226～227 頁、作法 99～100

頁

求の要件」として示されたものだから、プライバシー侵害が問題となる事案全般にそのままの形で適用されるわけではない。

例えば、性犯罪者継続監視法によるプライバシー侵害が問題となった事案（平成28年司法試験）では、対象となっているプライバシー情報が「位置情報」という点で私事性・秘匿性・非公知性という3要件による判断になじまないし、プライバシー情報の公開ではなく収集が問題となっているという点でも上記3要件による判断になじまない。

論文試験対策としては、以下のように理解するべきである。

- ㊦上記3要件がそのまま妥当する事案では「宴のあと」事件判決を引用した上で上記3要件に従って判断する。
- ㊧部分的に妥当する事案では、「宴のあと」事件判決を引用した上で、事案類型の違いを踏まえて上記3要件がこういった形に修正されて適用されることになるということを説明し、修正後の要件に従って判断する。
- ㊨部分的にも妥当する余地がない事案（性犯罪者継続監視法の事案など）では、そもそも「宴のあと」事件判決に言及しない。

#### [判例4] 「石に泳ぐ魚」事件

事案：「石に泳ぐ魚」（小説）は、生まれつき顔面に大きな腫瘍を持った若い女性と「私」との関係の一つの軸として構成されているものであり、この女性の腫瘍について詳細かつ苛烈な描写があるほか、この女性の父親の逮捕歴があることとされるとともに、この女性の新興宗教へ入信し「私」に金員を無心する場面などが含まれている。顔面に腫瘍のある女性のモデルとされているXは、本件小説中の女性とXとの同一性は容易に識別できるため、本件小説中の上記描写等によってプライバシー権・名誉権・名誉感情を侵害されたとして、小説の作者Y及び出版社Zを被告として、慰謝料の賠償・謝罪広告の掲載・本件小説の単行本の出版等による公表の差止め等を求めて出訴した。

判旨：人格的価値を侵害された者は、人格権に基づき、加害者に対し、現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。どのような場合に侵害行為の差止めが認められるかは、侵害行為の対象となった人物の社会的地位や侵害行為の性質に留意しつつ、予想される侵害行為によって受ける被害者側の不利益と侵害行為を差止めることによって受ける侵害者側の不利益とを比較衡量して決すべきである。そして、侵害行為が明らかに予想され、その侵害行為によって被害者が重大な損失を受けるおそれがあり、かつ、その回復を事後に図るのが不可能ないし著しく困難になると認められるときは侵害行為の差止めを肯認すべきである。

Xは、大学院生にすぎず公的立場にある者ではなく、また、本件小説において問題とされている表現内容は、公共の利害に関する事項でもない。さらに、本件小説の出版等がされれば、Xの精神的苦痛が倍加され、Xが平穏な日常生活や社会生活を送ることが困難となるおそれがある。そして、本件小説を読む者が新たに加わるごとに、Xの精神的苦痛が増加し、Xの平穏な日常生活が害される可能性も増大するもので、出版等による公表を差し止める必要性は極めて大きい。

以上によれば、XのY及びZに対する本件小説の出版等の差止め請求は肯認されるべきである。

原審の確定した事実関係によれば、公共の利益に係わらないXのプライバシーにわたる事項を表現内容に含む本件小説の公表により公的立場にないXの名誉、プライバシー、名誉感情が侵害されたものであって、本件小説の出版等によりXに重大で回復

B (総)

最判 H14.9.24・百162

困難な損害を被らせるおそれがあるというべきである。したがって、人格権としての名誉権等に基づく X の各請求を認容した判断に違法はなく、この判断が憲法 21 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例…の趣旨に照らして明らかである。論旨はいずれも採用することができない。

解説：モデル小説によるプライバシー侵害が成立するためには、その前提として、登場人物と実在人物との同定可能性（読者が登場人物と実在人物との同一性を確認（認識）できること）が必要である。

「宴のあと」事件では、一般読者による「同定可能性」が要求されているが、本判決では、登場人物を知る読者（登場人物の周囲の人々）による「同定可能性」で足りるとされている。しかし、顔面の腫瘍の描写という特殊な事例であったために、必ずしも一般化できる理論ではなく、先例としての意味は明確でない。

### 〔判例 5〕京都府学連事件

事案：警察官は、現行犯又は準現行犯の状況下において、証拠保全のために、本人の同意を得ることなく、犯人の容ぼう・姿態と、犯人の身辺又は被写体とされた物件の近くにいたためこれを除外できない状況にある第三者である個人の容ぼう・姿態を写真撮影した。

判旨：「憲法 13 条は、「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。」と規定しているのであつて、これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家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ということができる。そして、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有するものというべきである。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、許されないものといわなければならない。しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから（警察法 2 条 1 項参照）、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。

### 〔判例 6〕指紋押捺拒否事件

事案：廃止前の外国人登録法では、外国人の新規登録・登録証明書の再交付などの際に指紋押捺を義務付け、指紋押捺の拒否について刑事罰を定めていたが、平成 11 年に指紋押捺制度は廃止され、本人確認方法として写真と署名が用いられており、さらに平成 24 年には外国人登録法自体が廃止され、外国人の登録と身元確認は外国人住民登録制度によることとなった。

要点：①「指紋の押なつを強制されない自由」の憲法上の保障については、「指紋は、指先の紋様であり、それ自体では個人の私生活や…個人の内心に関する情報となるものではない」としながらも、「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。」との理由から、個人の私生活情報・内心に関する情報ではない指紋と「国民の私生活上の自由と密接な関連」を認めることで、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりに指紋の押なつを強制されない自由」が憲法 13 条により保障

赤坂 275 頁・67 頁、百 I 62 解説 2

（曾我部真裕）

東京地判 S39.9.28・百 I 60

B

最大判 S44.12.24・百 I 16

B（総）

最判 H7.12.15・百 I 2

憲法判例の射程 52～53 頁

されると述べている。ここでは、その「万人不同性、終生不変性」から個人の私生活情報・内心に関する情報へのアクセスが可能になるという指紋の検索性・インデックス性が重視されていると解されている。

その上で、②「しかしながら、右の自由も、国家権力の行使に対して無制限に保護されるものではなく、公共の福祉のため必要がある場合には相当の制限を受けることは、憲法 13 条に定められているところである。…外国人登録法が定める在留外国人についての指紋押なつ制度…は、…同法 1 条の「本邦に在留する外国人の登録を実施することによって外国人の居住関係及び身分関係を明確ならしめ、もって在留外国人の公正な管理に資する」という目的を達成するため、戸籍制度のない外国人の人物特定につき最も確実な制度として制定されたもので、その立法目的には十分な合理性があり、かつ、必要性も肯定できるものである。また、その具体的な制度内容については、…本件当時の制度内容は、押なつ義務が 3 年に 1 度で、押なつ対象指紋も一指のみであり、加えて、その強制も罰則による間接強制にとどまるものであって、精神的、肉体的に過度の苦痛を伴うものとまではいえず、方法としても、一般的に許容される限度を超えない相当なものであったと認められる。」と判示して、指紋押なつ制度を定めた外国人登録法 14 条 1 項及び 18 条 1 項 8 号の憲法 13 条違反を否定した。

また、③「指紋押なつ制度を定めた外国人登録法の前記各条項は外国人を日本人と同一の取扱いをしない点で憲法 14 条に違反する」との主張については、「在留外国人を対象とする指紋押なつ制度は、前記…のような目的、必要性、相当性が認められ、戸籍制度のない外国人については、日本人とは社会的事実関係上の差異があつて、その取扱いの差異には合理的根拠がある」として、憲法 14 条に違反を否定した。

#### [判例 7] 早稲田大学講演会事件

B

最判 H15.9.12・百 I 18

事案：早稲田大学は、江沢民中華人民共和国国家主席（当時）の講演会を主催した際に、警視庁からの警備上必要であるとの求めに応じて、本人の同意を得ることなしに、講演会の参加希望者 X らが学籍番号・氏名・住所・電話番号を記入した名簿を警視庁に提出した。

要点：本判決は、①大学生の「学籍番号、氏名、住所及び電話番号」について、「大学が個人識別等を行うための単純な情報であつて、その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない。」とする一方で、「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ふ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」との理由から、これらの情報がプライバシーの保護対象となると述べ、②これらの情報を開示することによる不法行為の成否を判断する際の指針として、「このようなプライバシーに係る情報は、取扱い方によっては、個人の人格的な権利利益を損なうおそれのあるものであるから、慎重に取り扱われる必要がある。」と述べた。

その上で、③「本件講演会の主催者として参加者を募る際に X らの本件個人情報を収集した早稲田大学は、X らの意思に基づかずみだりにこれを他者に開示することは許されないというべきであるところ、同大学が本件個人情報を警察に開示することをあらかじめ明示した上で本件講演会参加希望者に本件名簿へ記入させるなどして開示について承諾を求めることは容易であつたものと考えられ、それが困難であつた特別の事情がうかがわれない本件においては、本件個人情報を開示することについて X らの同意を得る手続を執ることなく、X らに無断で本件個人情報を警察に開示した同大学の行為は、X らが任意に提供した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であり、X らのプライバシーを侵害



するものとして不法行為を構成するというべきである。」と判示した。

なお、開示された情報には「本件講演会に参加を希望し申し込んだ学生であるとの情報」も含まれているが、この情報のプライバシーとしての保護の程度については、「その限りにおいては、秘匿されるべき必要性が必ずしも高いものではない」「学籍番号、氏名、住所及び電話番号」と「同断である」と述べている。これは、主に教育目的で学生に参加を呼びかけたという講演会の性質上、参加者の内心が判明する情報であるとはとてい難い（現に、Xらのように中国政府反対派も参加していた）ことから、学生の内心とのかかわり合いが弱いと判断しているのだと考えられる。

百 I 18 解説 2

### [判例 8] 住基ネット事件

B (総)

事案：住民基本台帳法改正により、氏名・生年月日・性別・住所の4情報に、住民票コード（無作為に作成された10桁の数字及び1桁の検査数字を組み合わせた数列）及び転入・出生等の変更情報を加えた本人確認情報を、市町村・都道府県・国の機関等で共有してその確認ができるネットワークシステム（＝住基ネット）が構築された（従前は、住民基本台帳の情報はこれを保有する当該市町村においてのみ利用されていた）。

最判 H20.3.6・百 I 19

要点：①京都市学連事件判決（[判例 5]）を参照し、住基ネットにより制約されている「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」の憲法上の保障について、「個人の私生活上の自由の一つ」として憲法13条により保障されることを認めた。

精読 13 頁

②住基ネットによって管理、利用等される本人確認情報の要保護性については、(i)「氏名、生年月日、性別及び住所から成る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」である、(ii)「変更情報」は「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」、(iii)「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…の…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」との理由から、いずれも秘匿性の高い情報ではないとしている。<sup>8)</sup>

③「行政機関が住基ネットにより住民…の本人確認情報を管理、利用等する行為」の問題点については、(i)「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」、(ii)「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又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」、(iii)「住基ネットにより、個々の住民の多くのプライバシー情報が住民票コードを付されてデータマッチングされ、本人の予期しないときに予期しない範囲で行政機関に保有され、利用される具体的な危険が…生じているということとはできない」と述べている。

### [判例 9] グーグル検索結果削除請求事件

B (総)

事案：Xは、逮捕から3年以上経過した時点でもインターネット検索サービスで自分の逮捕歴が表示されることから、当該サービスを提供する検索事業者に対し、人格権に基づき検索結果の削除を命じる仮処分命令の申立てをした。

最決 H29.1.31・百 I 63

要点：本決定は、①「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、

8) 「住民コード」については、それが他の個人情報を検索・名寄せする「マスターキー」として使われる可能性を重視して、その秘匿性を高く見積もる見解もあるが、本判決は「住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等…の…目的に利用される限りにおいては」という留保つきで、「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」と述べている。

法的保護の対象となる」とする一方で、②「検索結果の提供」が「検索事業者自身による表現行為という側面を有する」こと及び「現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている」ことに言及した上で、③検索結果の削除がこれらの「表現行為」や「役割」に対する「制約」にあたることを認め、④「ある…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。」と判示している。

判旨：「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益は、法的保護の対象となるというべきである…。他方、検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する。また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。そして、検索事業者による特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされるということは、上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。「以上のような検索事業者による検索結果の提供行為の性質等を踏まえると、検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、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時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。…」

結論として、仮処分命令の申し立てを認めなかった。

#### 〔判例 10〕 車内広告放送事件

事案：大阪市交通局が運行中の列車内で拡声器装置を用いた企業等の商業宣伝放送を実施したところ、通勤のために市営地下鉄を利用する X は、商業宣伝放送は乗客に聞きたくない音の聴取を強制するものであり人格権を侵害するとして、大阪市を被告として、商業宣伝放送の差止め・損害賠償請求を求めて出訴した。

判旨：「原審が適法に確定した事実関係のもとにおいて、大阪市の運行する大阪市営高速鉄道（地下鉄）の列車内における本件商業宣伝放送を違法ということはでき…な

A（総）

最判 S63.12.20・百 I 20

い。」

補足：伊藤正己裁判官の補足意見は、①「他者から自己の欲しない刺戟によって心の静穏を乱されない利益を…広い意味でのプライバシーと呼ぶことができ」、これは「人格的利益として現代社会において重要なものであり、…包括的な人権としての幸福追求権（憲法 13 条）に含まれると解する」余地があるとする。

もっとも、②上記①の利益は「社会に存在する他の利益との調整」を要するとの理由から、「これを精神的自由権の一つとして憲法上優越的地位を有するものとすることは適当ではない」として、「対立する利益…との較量」により「侵害を受忍しなければならないこともありうる」とする。

③そして、「対立する利益…との較量」においては「侵害行為の具体的な態様について検討を行うことが必要となる」と述べた上で、(i)「本来、プライバシーは公共の場所においてはその保護が希薄とならざるをえず、受忍すべき範囲が広がる」という原則論を述べる一方で、(ii)「表現の自由が憲法上強い保障を受けるのは」受け手に表現受領の自由がある場を前提にしているから、「特定の表現のみが受け手に強制的に伝達される場所では表現の自由の保障は典型的に機能するものではなく、その制約をうける範囲が大きい」とする。

#### 4. 自己決定権

憲法 13 条後段の「幸福追求…権」の一つとして、重要な私的事柄について公権力からの干渉なしに各自が自律的に決定できる自由としての自己決定権が挙げられる。

ここでいう「重要な私的事柄」とは、「人格的生存に不可欠な重要事項」を意味し、これは、①自己の生命・身体の処分にかかわる事柄、②家族の形成・維持にかかわる事柄、③その他の事柄に分類される。

これらのうち、②家族関係は、世代を追って文化や価値を支えていくという意味で、社会の多元性の維持にとって基本的な条件である。そしてそれは、個人の自己実現・自己表現という人格的価値を有するが故に、基本的には、人格的自律権の問題と解される。<sup>9)</sup>

A

憲法学 II 393~394

佐藤 190~191 頁

case3: 国は、少子高齢化による労働力不足に対処するために労働力確保の必要性が特に高い農業と製造業を対象として外国人非熟練労働者を受け入れる一方で、外国人被扶養者の増加が日本の社会保障制度や保育、教育、医療サービス等に悪影響を及ぼすことが懸念されるため、外国人非熟練労働者の長期にわたる定住を認めないことを目的として、外国人非熟練労働者が日本滞在中に妊娠し又は出産することを禁止するとともに、これに違反することを強制出国事由とすることを定める法律を制定した。

#### [判例 1] 熊本丸刈り事件

事案：熊本県の町立中学校における、男子生徒の髪型について「丸刈、長髪禁止」を定める校則の違憲・違法が問題となった。

C

熊本地判 S60.11.13・百 I A5

<sup>9)</sup> プライバシーの権利は、もともと私生活への侵入と私事の公開を排除する「ひとりで放っておいてもらう権利」として発展し、個人の人格的生存にとって必要不可欠な基本的権利と解されてきたもので、アメリカでは①の自由を中心に判例上形成されてきたのであるから、自己決定権は、プライバシーの権利を構成するもの、と解するのが妥当であろう。なお、わが国では、自己決定権を真正面から認めた判例は存在しない（芦部 126~127 頁）。

要点：本判決は、「髪形が思想等の表現であるとは特殊な場合を除き、見ることはできず、特に中学生において髪形が思想等の表現であると見られる場合は極めて希有であるから、本件校則は、憲法 21 条に違反しない。」と判示している。

しかし、髪型や服装などの身じまいを通じて自己の個性を実現させ人格を形成する自由は、精神的に形成期にある青少年にとって成人と同じくらい重要な自由であるから、重要な私的事柄を決定する自由に該当するとして、自己決定権としての憲法上の保障を肯定することも可能である。

憲法学Ⅱ 404 頁

### [判例 2] 「バイク三ない原則」事件

事案：バイクの「免許を取らない」・「乗らない」・「買わない」といういわゆる三ない原則を定めた私立高校の校則の合憲性が問題となった。

判旨：「所論は、いわゆる三ない原則を定めた本件校則（以下「本件校則」という。）及び本件校則を根拠としてされた本件自主退学勧告は憲法 13 条、29 条、31 条に違反する旨をいうが、憲法上のいわゆる自由権的基本権の保障規定は、国又は公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障することを目的とした規定であって、専ら国又は公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互間の関係について当然に適用ないし類推適用されるものでないことは、当裁判所大法廷判例（昭和 42 年（オ）第 932 号同 48 年 12 月 12 日判決・民集 27 卷 11 号 1536 頁）の示すところである。したがって、その趣旨に徴すれば、私立学校である Y 設置に係る高等学校の本体校則及び X が本件校則に違反したことを理由の一つとしてされた本件自主退学勧告について、それが直接憲法の右基本権保障規定に違反するかどうかを論ずる余地はないものというべきである。」

解説：中学・高校による髪型の自由やバイクに乗る自由の規制などの合憲性が問題となることがあるが、これらの自由を自己決定権の一つと解したとしても、一定の規律の存在が予定されている学校においては、規制に重要な目的があり、かつ、規制の態様・程度がその目的と実質的に事実上の合理的な関連性を有するという論証がなされる限り、規制は許されると解することができる。

C

最判 H3.9.3・百 I 22

### [判例 3] どぶろく事件

事案：被告人は、無許可のまま清酒及び雑酒（どぶろく）を公然と製造し、酒税法違反で起訴された。

酒税法 7 条 1 項は、製造目的を問わず酒類製造を免許制の対象にし、同法 54 条 1 項は同法 7 条 1 項違反について罰則を設けている。これにより、自己消費目的の酒類製造も制限されることになる。

判旨：「酒税法の右各規定は、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ところから、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上、免許を受けないで酒類を製造した者を処罰することとしたものであり…、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ことは、当裁判所の判例…の趣旨に徴し明らかであるから、論旨は理由がない。」

解説：自己消費目的の酒類製造の自由については、第一審・第二審では経済的自由と捉えていたが、被告人は、とりわけ控訴審と上告審では、憲法 13 条で保障される人格的自律権や自己決定権で保障されている自由と主張し、最高裁はこれに応える形で憲法 13 条の問題として判決を下している。

もともと、「幸福追求…権」を定める憲法 13 条後段が憲法 14 条以下の個別的な基本権

B

最判 H 元.12.14・百 I 21

青柳 109 頁

百 I [5 版] 25 解説 2 (土井真一)

に対して補充的に適用されるものであることからすれば、自己消費目的の酒類製造の自由について個別的基本権として保障することができるのであれば、「幸福追求…権」として捉えるべきではない。そして、憲法 29 条 1 項は「私有財産制」のみならず「社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権」（＝具体的な財産上の権利）も保障しているところ、自己の所有物を用いて生活財を生産・消費することは財産権たる所有権の内実である所有物の使用・処分（民法 206 条）に当たるため、憲法 29 条 1 項により「個々の財産権」として保障されると解すべきである。

なお、財産の使用目的・態様が憲法上特段の意義を有する場合があります、宗教活動や表現活動に不可欠な財産の所有及び使用は、それ自体が宗教行為あるいは表現行為と解されるため、憲法 20 条ないし 21 条 1 項の問題として考慮すべき場合がある。

森林法共有林事件・最大判  
S62.4.22・百 I 96

百 I [5 版] 25 解説 2 (土井真一)

#### [判例 4] 「エホバの証人」輸血拒否事件

B

最判 H12.2.29・百 I 23

事案：「エホバの証人」の信者 X は、信仰上の信念から、いかなる場合にも輸血を受けることは拒否するという固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して東京大学医科学研究所附属病院（以下「Y 病院」という）に入院し、同病院の医師らに対し輸血を受けることができない旨を説明していた。

Y 病院では、外科手術を受ける患者がエホバの証人の信者である場合にはできる限り輸血をしないことにするが、輸血以外に救命手段がない事態に至ったときには患者及びその家族の諾否にかかわらず輸血をするという方針を採っており、医師 Z らは、その方針を X に説明することなく手術を実施したところ、手術中に輸血をしなければ X を救うことができない可能性が高いという判断に至ったために、X に対して輸血を行った。

X は、Y 病院と C らに対して、損害賠償を求めて出訴した。損害賠償請求のうち、C らに対する請求では、C らが X に上記方針を説明することなく手術を実施し、輸血を行ったことが、X の自己決定権及び信教上の良心を侵害するものとして、不法行為を構成するかどうか争点となった（Y 病院に対する請求については、割愛する）。

判旨：「本件において、C らが、X の肝臓の腫瘍を摘出するために、医療水準に従った相当な手術をしようとすることは、人の生命及び健康を管理すべき業務に従事する者として当然のことであり、X が、宗教上の信念からいかなる場合にも輸血を受けることは拒否するとの固い意思を有しており、輸血を伴わない手術を受けることができると期待して医科研に入院したことを C らが知っていたなど本件の事実関係の下では、C らは、手術の際に輸血以外には救命手段がない事態が生ずる可能性を否定し難いと判断した場合には、X に対し、Y 病院としてはそのような事態に至ったときには輸血するとの方針を採っていることを説明して、Y 病院への入院を継続した上、C らの下で本件手術を受けるか否かを X 自身の意思決定にゆだねるべきであったと解するのが相当である。

ところが、C らは、本件手術に至るまでの約一か月の間に、手術の際に輸血を必要とする事態が生ずる可能性があることを認識したにもかかわらず、X に対して Y 病院が採用していた右方針を説明せず、X 及びその家族に対して輸血する可能性があることを告げないまま本件手術を施行し、右方針に従って輸血をしたのである。そうすると、本件においては、C らは、右説明を怠ったことにより、X が輸血を伴う可能性のあった本件手術を受けるか否かについて意思決定をする権利を奪ったものといわざるを得ず、この点において同人の人格権を侵害したものとして、同人がこれによって被った精神的苦痛を慰謝すべき責任を負うものというべきである。」

## 5. 環境権

1960年の高度成長の時代に、大気汚染、水質汚染、騒音、振動などの公害が大量に発生し、環境が著しく悪化した。それに伴い、環境を保全し、良好な環境の中で国民が生活できるために、新しい人権として環境権が提唱された。

環境権は、一般には、健康で快適な生活を維持する条件としての良い環境を享受し、これを支配する権利と理解されている。この場合に、大気、水、日照などの自然的な環境に限定する考えと、遺跡、寺院、又は公園、学校などの文化的・社会的環境まで含める考えがあるが、後説では環境権の内容が広汎になりすぎ、権利性が弱められるので、環境権が登場するに至った沿革にも忠実な前説が妥当である（多数説）。

このように、環境権は、環境破壊を予防し排除するために主張された権利であり、そういう良い環境の享受を妨げられないという側面では自由権であるから、憲法13条後段の「幸福追求…権」の一内容をなし、人格権と結びついたものと理解することができる。

しかし、環境権を具体化し実現するには、公権力による積極的な環境保全ないし改善のための施策が必要であるから、その面では社会権として性格づけられる。この社会権的な側面との関連では、憲法25条も環境権の根拠となると解される。もっとも、環境権という名の権利を真正面から承認した最高裁判例はない。

C

芦部 281～283 頁

## 事項索引

### 【あ】

明らかな差し迫った危険の基準 p222、224  
アクセス権 p188、189  
「悪徳の栄え」事件 p203  
上尾市福祉会館事件 p223  
旭川学力テスト事件 p156、311、**312**、315  
旭川市国民健康保険条例事件 p370、**371**  
朝日訴訟 p300  
新しい人権 p79、**80**、94  
あん摩師等法事件 p212

### 【い】

違憲審査基準 p12、13、14、16、17、18、19、20、29  
違憲審査基準論 p246  
違憲審査（権）（制） p97、336、337、348、362、**382**  
違憲審査の基本形 p17、96  
違憲審査の基本的な枠組み **p16**、17、27、29  
違憲審査（権）の性格 p383  
違憲審査（権）の対象 p337、350、**385**、386  
違憲審査の枠組み **p16**、27、45  
違憲主張の適格 p32、386  
違憲的適用部分 p14、25、384、388  
違憲判決の効力 p389  
石井記者証言拒否事件 p191  
「石に泳ぐ魚」事件 p86  
萎縮効果 p52、**161**、164、165、171  
泉佐野市民会館事件 p221、224  
「板まんだら」事件 p349  
一元的外在制約説 p45  
一元的内在制約説 p45  
一時的な移動の自由 p248  
一事不再議 p335  
一事不再理 p268  
一般的・抽象的な法規範 p326  
一般的行為自由説 p79、80  
一般的・抽象的な法規範 p326  
委任命令 p247、299、324、**327**、328、  
委任立法 p16、326、**327**、328、  
医薬品ネット販売事件 p324、328、  
医療類似行為事件 p236  
淫行処罰条例事件 p168  
インターネット異性紹介事業 **p213**、214  
インターネット上の表現 p207

### 【う】

「宴のあと」事件 p80、**85**、86、87  
上乗せ条例 p33、**377**

### 【え】

営業の自由 p11、12、14、15、34、35、211、**232**、244  
営利的言論（営利広告） **p211**、212  
NHK 記者証言拒否事件 p196  
NHK 受信料訴訟 p183  
愛媛玉串料事件 p137、138、**145**  
LRA の基準（原則） p17、63  
LRA の審査 p23  
「エホバの証人」剣道受講拒否事件 p26、133、140  
「エホバの証人」輸血拒否事件 p93

### 【お】

大分県屋外広告物条例事件 p218  
「公の支配」 p374  
おことば p8  
尾崎所得税法事件 p267  
オブライエン・テスト p212

### 【か】

海外渡航 p249  
会期 p333  
会期制 p333  
会期独立の原則 p333  
会議の公開 p335  
会期不継続の原則 p333  
会計検査院 p373  
外国人管理職訴訟 p57  
外国人地方選挙訴訟 p56  
外国人の人権享有主体性 p52  
外在的制約論 p354  
外務省秘密漏洩事件 p194  
外面的精神活動の自由 p156  
下級裁判所の違憲審査権 p385  
閣議 p344、**345**  
学習権 p311、312  
覚せい剤密売電話傍受事件 p230  
学生無年金障害者訴訟 p307  
学問研究の自由 **p155**、156  
学問の自由 p19、36、**155**、156、157

加持祈禱事件 p129、130  
 課税要件法定主義 p370  
 課税要件明確主義 p370  
 河川附近地制限令事件 p260、**262**  
 過度の広汎性の原則（過度の広汎性ゆえに無効） p17、**171**、  
 385  
 神奈川県臨時特例企業税事件 p380  
 髪型の自由 p92  
 川崎民商事件 p265、266  
 環境権 p47、**94**  
 間接適用説 p75  
 間接民主制 p7

【き】

議員懲罰権 p338、**339**  
 議員定数不均衡 p286  
 議員の資格争訟の裁判 338、350、354  
 議員の釈放要求権 p338  
 議院規則制定権 p**338**、389  
 議院自律権 p332、**338**、339  
 議院内閣制 p346  
 議院の権能 p338  
 議会主義 p321、323  
 議会制民主主義 p323  
 機関訴訟 p349  
 規制の周辺部分の不明確性を理由とする法令全体の違憲主張 p389  
 貴族院 p323  
 吉祥寺駅構内ピラ配布事件 p199、**215**  
 岐阜県青少年保護育成条例事件 p21、165、176、**180**  
 基本的人権 p11  
 「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件 p122  
 「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件 p120  
 義務教育の無償 p311、**316**  
 客観訴訟 p349、390  
 宮廷費 p8  
 教育権 p311、312  
 教育内容決定権の所在 p311  
 教育の自由（教授の自由） p156、312、313  
 教育を受けさせる義務 p311、319  
 教育を受ける権利 p297、**311**、319  
 教科書検定 p176、315、316  
 共産党袴田事件 p322、353、**360**、362  
 行政権 p6、308、321、325、342  
 行政国家 p**231**、326

行政手続 p263、264、265、266  
 強制調停違憲決定 p271、365  
 行政立法 p299  
 京都市古都保存協力税条例事件 p131  
 京都府学連事件 p79、80、81、82、**87**  
 虚偽表現の自由 p212  
 居住・移転の自由 p248～  
 禁煙処分事件 p247～  
 緊急集会（参議院の緊急集会） p334  
 近代的意味の憲法 p1  
 近代立憲主義 p2、6、73、95、270、368  
 近代立憲主義憲法 p2、6  
 勤労の義務 p319  
 勤労の権利 p297、319

【く】

グーグル検索結果削除請求事件 p28、**89**  
 苦役からの自由 p75、79、**263**  
 具体的権利説 p**297**、307  
 具体的財産権 p251、252、253  
 具体的事件性 p348  
 具体的な争訟 p6、348、383  
 熊本丸刈り事件 p91  
 君主 p6、345  
 君主制 p346  
 軍隊 p10  
 群馬司法書士会事件 p49

【け】

刑事補償請求権 p273  
 経済的自由（権） p231～  
 警察比例の原則 p232  
 警察法改正無効事件 p350  
 警察予備隊違憲訴訟 p348、383  
 形式的平等 p95、**97**、114  
 形式的意味の憲法 p1  
 形式的意味の立法 p325  
 形式的観点（形式的正当化） p12、16、17、164  
 「月刊ペン」事件 p206  
 決算審査 p373  
 結社の自由 p228～  
 教科書代負担請求訴訟 p316  
 検閲 p171～  
 見解規制 p177  
 厳格審査の基準 p14、**20**、21、22、24



- 厳格な基準 p13、14
- 厳格な合理性の基準 **p14、22、233、239**
- 研究結果の発表の自由 **p156、157**
- 「健康で文化的な最低限度の生活」 p297
- 検察権 p341
- 「現実の悪意」論 p207
- 元首 p346
- 現代的プライバシー権 p81
- 憲法 p1
- 憲法適合的解釈 p384
- 憲法的正当化 p12、13、16
- 憲法の形式的最高法規性 p2
- 憲法の最高法規性 p2、336、382、385
- 憲法の変遷 p393
- 憲法の法源 p3
- 憲法の法律留保事項 p376
- 憲法の保障 p382
- 憲法改正 p391～
- 憲法改正の限界 p392
- 憲法改正権 p5、6、7、392、393
- 憲法改正国民投票（国民投票） p392
- 憲法慣習 p3
- 憲法裁判所 p383
- 憲法制定権力 p2、6、7、391、392、393
- 憲法前文 p6、7、9、44、393
- 憲法判断回避の準則 p383
- 憲法判断の方法 p385
- 憲法保障 p381
- 憲法優位説 p386
- 権力分立 p8、**321**、325、326、338、339、340、364、375、  
382、383
- 【こ】
- 公共の福祉 p12、45
- 公共利害事実 p206
- 公金支出 p135、137、139、140、**374**
- 合憲限定解釈 p24、25、26、165、383、384
- 合憲限定解釈の限界 p384
- 合憲性推定の原則 p100
- 合憲的適用部分 **p384**、388、389
- 公権力によって個人情報に強制的に収集されない権利 p82
- 皇室経費 p8
- 麹町中学校内申書事件 p119
- 公衆浴場事件 p235
- 公人行為説 p8
- 孔子廟訴訟 p151
- 公正な裁判 p348
- 公正な論評の法理 p208
- 硬性憲法 p1、2、4、337、382、391
- 公正取引委員会 p343
- 交戦権 p9、10
- 皇族 p46
- 皇族費 p8
- 公布 p392
- 公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利 p265
- 公民権停止事件 p275
- 公務員の人権 p58～
- 公務員の政治活動の自由 p59
- 公務員の争議行為 p66
- 公務就任権 p57
- 小売市場事件 p24、233、**237**
- 合理的関連性の基準（合理性の基準） p15、25
- 合理的期間 p286、288
- 合理的理由 p96、97
- 公立図書館の図書廃棄事件 p162
- ゴーマニズム宣言事件 p209
- 国際慣習 p52、53
- 国際人権規約 p187
- 国際平和支援法 p187
- 国事行為 **p8**、336、344、345、346、347
- 国事行為説 p8
- 国政調査権 p339
- 国籍法違憲訴訟 p96、**110**
- 国籍離脱の自由 p250
- 告知・聴聞 p263
- 国民主権（原理） **p5、6**、56、57
- 国民審査 p363
- 国民代表 p7、274、324
- 国民投票（制度） p392
- 国務請求権 p270
- 国務大臣 p344
- 国務大臣の任免権 p344
- 個人識別情報 p83、89
- 個人情報 p81、82、83
- 個人の尊厳（尊重） p2、79
- 国家 p1
- 国家行為の理論 p77
- 国会 p323～
- 国会議員の権能 p333
- 国会議員の地位 p331
- 国会単独立法の原則 **p326**、327、381

国会中心立法の原則 p326  
 国会の活動 p333  
 国会の権能 p335  
 国会の召集 p345  
 国会の承認を得られなかった条約の効力 p337  
 国会の条約修正権 p338  
 国会の地位 **p323**、373  
 国会法と議院規則との効力上の優劣関係 p338  
 国家緊急権 p382  
 国家権力の最高独立性 p6  
 国家公安委員会 p342  
 国家と宗教の分離 p126、**135**  
 国家賠償 p271  
 国権の最高機関 p324  
 国権の発動たる戦争 p9  
 国有地売却特措法事件 p254  
 国労広島地本事件 p50  
 個別的基本権 p80  
 戸別訪問禁止事件 p27、178、284、285  
 固有の意味の憲法 p1  
 婚姻の自由 p18、46、102、105  
 根本規範 p2  
 根本法 p1

【さ】

在宅投票廃止違憲訴訟 p250、271、**275**、279  
 在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟 p21、271、**277**  
 在監者 p58、**70**  
 罪刑法定主義 p164、263、328、377  
 最高裁判所 p362  
 最高裁判所規則と法律の優劣 p365  
 最高裁判所規則の所轄事項を法律で定めることの可否 p364  
 最高裁判所の規則制定権 p364  
 最高裁判所裁判官の国民審査 p363  
 最高裁判所の法律案提出権 p327  
 最高法規 p2  
 財産権 p251～  
 財産権の内容形成 p251、252  
 財政民主主義 p370、373、374  
 再入国の自由 p54  
 裁判の公開 p365  
 裁判を受ける権利 p270  
 裁判員制度 p365  
 裁判員制度違憲訴訟 p365  
 裁判官の再任 p362

裁判官の職権の独立 p66、**368**  
 裁判官の弾劾 p350  
 裁判官の任期 p362  
 裁判官の良心 p368  
 裁判規範 p6、77、298、316  
 裁判所 p362～  
 裁判所の組織 p362  
 裁判請求権 p188、270  
 裁判批判 p369  
 歳費請求権 p331、333  
 在留権 **p52**、53、54  
 差別 p95～  
 差別的憎悪言論 p210  
 サラリーマン税金訴訟 p96、**113**  
 猿払事件 **p59**、62、178、225、285  
 参議院 p329  
 参議院の緊急集会 p334  
 参議院非拘束名簿式比例代表制違憲訴訟 p282  
 残虐刑の禁止 p268  
 サンケイ新聞事件 **p189**、208  
 三者間形式 p25、**29**  
 参審制 p365、366  
 参政権 p274～  
 三段階審査論 p16  
 三段階審査論以外の手法 p26  
 暫定予算 p373

【し】

自衛官合祀訴訟 p154  
 自衛権 p10  
 自衛戦争 p9  
 自衛隊官舎ビラ配布事件 p198  
 塩見訴訟 p56、367  
 死刑合憲判決 **p268**、305  
 自己決定権 p91～  
 自己実現 p161、210、211  
 自己情報コントロール権 p81、82  
 自己統治 p161、177、198、210、211  
 自己負罪拒否特権 p266  
 自主法 p376  
 慈照寺事件 p349  
 私生活上の自由 p79、82、230  
 事前運動の禁止違反事件 p285  
 自然権(思想) p1、2、74、313、382、391、393  
 自然人と異なる特別の制約 p47

- 事前抑制 p171、173
- 事前抑制たる側面を有するもの p176
- 思想の自由市場 p178、210、211、219
- 思想・良心の自由 p116
- 自治事務 p375、376
- 実質的意味の憲法 p1、3
- 実質的意味の立法 p325、326
- 実質的関連性の基準 p14、22、23、98、114
- 実質的証拠法則 p343
- 実質的正当化 p45
- 実質的平等 p95、96、114
- 私的自治の原則 p74、75、77
- 自動車事故報告義務事件 p267
- 自白 p268
- 死票 p281、330、331
- 司法権 p348～
- 司法権の限界 p349
- 司法権の独立 p340、341、368、369
- 司法権の範囲 p348
- 司法国家 p321
- 司法事実 p26、385
- 司法書士法違反事件 p244
- 資本主義 p74、95、248
- 指紋押捺拒否事件 p82、83、87
- 社会学的代表 p323、324
- 社会契約 p1
- 社会権 p44、297
- 社会国家 p3、47、232、251、261、262、321、326、342
- 社会的身分 p98
- 謝罪広告強制事件 p118
- 車内広告放送事件 p90
- 自由委任 p324
- 自由権 p44
- 集会の自由 p220～
- 集会のために公共施設を利用する権利 p220、221
- 週刊文春記事差止事件 p176
- 衆議院 p329～
- 衆議院の解散 p8、334、346
- 衆議院の優越 p329
- 住基ネット事件 p82、89
- 宗教的人格権 p154
- 宗教上の組織若しくは団体 p135、136、374
- 宗教的結社の自由 p126、127、128
- 宗教的行為の自由 p26、127、128
- 宗教的中立性 p133、135
- 宗教の意味（信教の定義） p126
- 宗教法人解散命令事件 p34、128、129、388
- 宗教問題 p349
- 住居等の不可侵 p265
- 自由国家 p95、261、262
- 私有財産制 p44、251、259
- 自由裁量行為 p350
- 自由主義 p1、3、72、126、321、375
- 自由選挙 p274
- 集団行動の自由 p225
- 集団暴徒化論 p226
- 自由と平等 p3、95、97
- 自由の基礎法 p2
- 重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟 p280
- 十分尊重に値する権利 p18
- 住民自治 p354、375
- 14条1項後段列举事由 p97、98、114
- 主観訴訟 p349
- 主権 p6
- 取材源の秘密 p196
- 取材の自由 p191～
- 主題規制 p177
- 手段相当性（相当性） p17
- 手段適合性 p21、23、24、98
- 手段必要性 p21、23
- 手段の合理的関連性 p24
- 手段の実質的関連性 p22、180
- 手段の必要最小限度性 p21
- 酒類販売免許制事件 p233、234、235、244
- 常会 p333、334
- 消極的結社の自由 p229
- 消極的団結権 p318
- 消極的表現の自由 p161、218
- 消極目的 p232～
- 証券取引法事件 p251、253、257
- 少数代表制 p330、331
- 小選挙区（制） p280、330
- 肖像権 p87
- 象徴行為説 p8
- 象徴的言論 p212
- 証人審問権・喚問権 p266
- 条約 p336
- 条約と憲法の優劣関係 p336
- 条約と法律の優劣関係 p336
- 条約の違憲審査 p337

将来効判決 p390  
 条例 p376  
 条例による課税 p377  
 条例による罰則の設定 p377  
 条例による財産権の制限 p376  
 昭和女子大事件 p76  
 職業遂行の自由 p232  
 職業選択の自由 p231～  
 女子再婚禁止期間事件 p18、46、**102**、272  
 食品緊急措置法違反事件 p200  
 職業の開始・継続・廃止 p232  
 食管法事件 p298、**299**、300、301  
 処分違憲 p24、25、26、37、389  
 処分的法律 p326  
 署名活動 p270  
 自律権 p338、339、340、350、353～  
 自律権に属する行為 p350  
 知る権利 p185  
 知る自由 p179  
 白タク営業事件 p236  
 人格的自律権 p91  
 人格的生存に不可欠 p80、91  
 人格不可侵の原則 p2  
 信教の自由 p126～  
 人権の観念 p3、44  
 人権の享有主体性 p46～  
 人権の固有性 p**44**、79、81、82  
 人権の私人間効力 p74  
 人権の不可侵性 p**44**、45、97  
 人権の普遍性 p44  
 人権宣言 p44、126、393  
 信仰の自由 p126  
 人事院 p39、342、343  
 真実性の錯誤 p209  
 真実性の証明 p206  
 人身の自由 p263  
 迅速な裁判 p265  
 身体の権利 p79  
 侵略戦争 p9  
 森林法共有林事件 p93、215、253、**255**、257  
 人類普遍の原理 p5、6

【す】

砂川事件 p10、337、**351**

【せ】

生活保護（法） p297～  
 生活保護老齢加算廃止訴訟 p299、**302**  
 請願権 p270  
 税関検査事件 p**166**、**171**、180、315、**384**  
 政教分離（の原則） p44、132、**135**～  
 制限規範 p2  
 政見放送の削除 p295  
 政治活動の自由 p46、52、59  
 政治献金 p47  
 政治的代表 p323、324  
 政治的表現の自由 p**198**、200、230  
 精神的自由（権） p45、164  
 生存権 p297～  
 生存権の法的性格 p297  
 政党 p321、322、324  
 政党国家 p321、324  
 「正当な補償」 p261、262  
 政党に関する国家の態度 p322  
 制度的保障 p**44**、45、136、157、375  
 性表現（わいせつ表現） p201  
 成文憲法 p1  
 成文法 p3  
 生命の権利 p79  
 関ヶ原署名調査事件 p270  
 世襲制 p46  
 積極的差別解消措置 p98、**114**  
 積極目的（規制） p233  
 絶対的わいせつ概念 p204  
 前科照会事件 p81、82、83  
 選挙運動の自由 p284  
 選挙区 p330  
 選挙権 p274  
 選挙制度 p279、330  
 「全国民で代表」の意味 p323  
 戦争の放棄 p9  
 全体の奉仕者 p59、62、67、68、120、121、123、124  
 全通東京中郵事件 p59、**66**、67、68  
 全通名古屋中郵事件 p69  
 せん動 p200  
 全農林警職法事件 p67、68  
 戦力 p9、10、393  
 戦力の不保持 p9

【そ】

争議行為 p66～、318  
総合衡量型の枠組み p139  
総辞職 p344、345、347  
相対的平等 p96、97  
相対的わいせつ概念 p203、205  
総評サラリーマン税金訴訟 p307  
租税 p370  
租税法律主義 p319、370、377  
租税法律主義の適用範囲 p370  
措置法 p326  
空知太神社事件 p139、**148**、374  
村会議員出席停止事件 p353、**354**、355、357  
損失補償 p259～  
尊属殺人事件 p99  
尊重に値する権利 p18

【た】

第一次家永教科書訴訟 p176、315  
第一次国会乱闘事件 p332  
大学における学問の自由 p156、157  
大学の自治 p44、114、155、**157**、158  
第三者所有物没収事件 p263、**387**、388  
第三者の憲法上の権利の援用 p386  
対審 p266、271、365  
大選挙区 p330  
対抗言論の法理 p207  
大統領制 p346  
第2次メイプルソープ事件 p205  
代表の方法 p330  
代表民主制 p5、**7**、198、275、284、322、323、340  
台湾元日本兵損失補償請求事件 p386  
高田事件 p265  
滝川事件 p155  
多数代表制 p330  
弾劾裁判所 p335、350  
団結権 p318  
団体交渉権 p318  
団体行動権 p318  
団体の自治 p353  
団体の内部問題 p353～

【ち】

地方公共団体 p375～  
地方自治 p375～

地方自治特別法 p326、**381**  
地方自治の本旨 p354、375、376  
チャタレイ事件 p202、205  
中選挙区 p330  
抽象的違憲審査制 p383  
抽象的権利説 **p297**、298、299、307  
直接憲法に基づく補償の請求 p262  
直接請求制度 p358  
直接選挙 p274  
直接保障される権利 p18  
直接民主制 **p7**、358  
沈黙の自由 p117、161

【つ】

通常選挙 p278、291  
通信の秘密 p44、**229**～  
津地鎮祭事件 p132、136、138、**140**

【て】

低価値表現 p200  
定義づけ衡量 p200  
抵抗権 p382  
定住外国人 p54、56  
定足数 p334  
TBS事件 p193  
敵意ある聴衆の法理 p223  
適正手続 p2、**263**、348  
適用違憲 p13、14、24、25、26、37、389  
デモ行進の自由 p225  
寺西事件 p66  
伝習館高校事件 p314  
伝統的プライバシー権 **p81**、82  
天皇 p7、8、46、392  
天皇の権能 p7  
天皇の公的行為 p8  
天皇の国事行為 **p8**、336、344、345、346、347  
天皇の人権 p46  
天皇機関説 p155  
天皇制 p7

【と】

党議拘束 p324  
東京都教祖事件 p68  
東京都公安条例事件 p225、**226**  
東京都の特別区 p375

東京都売春取締条例事件 p113  
東大ボロボロ事件 p156、157、**158**  
統治権 p1、6、325、348  
統治権の総攬者 p325  
統治行為 p337、**350**～  
同輩中の首席 p344  
投票価値の平等 p286～  
徳島市公安条例事件 **p165**、377、378、381  
特別永住者 p57  
特別会 p333、334  
特別権力関係の理論 **p58**、70  
特別裁判所の禁止 p362  
独立行政委員会 p342～  
独立権能説 p340  
どぶろく事件 p92  
苦米地事件 **p350**、**351**、352  
富平神社事件 p139、**150**  
富山大学事件 p353、**359**  
奴隷的拘束からの自由 p79

#### 【な】

内閣 p342～  
内閣総理大臣 p344  
内閣総理大臣の指名 p329、**330**、335、346  
内閣の権能 p336、**345**  
内閣の憲法改正発案権 p391  
内閣の助言と承認 p8、336、344  
内閣の組織 p344  
内閣の法律案提出権 **p326**、327  
内閣の連帯責任 p346  
内閣不信任決議 p326  
内在・外在二元的制約説 p45  
内面的精神活動の自由 p116  
長崎教師ビラ事件 p208、209  
長沼事件 p6、**352**  
長良川事件報道訴訟 p209  
奈良県ため池条例事件 **p254**、377  
成田新法事件 p220、225、**263**、**264**

#### 【に】

新潟県公安条例事件 p225  
二院制 p329、334、338  
西陣ネクタイ事件 p243  
二重の危険 p268  
二重の基準 p164

二重のしぼり論 p68  
日米安全保障条約 p351  
日曜日授業参観事件 p131  
日本新党繰上補充事件 p324、**361**  
日本国憲法 p1～  
日本国憲法の基本原理 p5  
入国の自由 p52  
人間の尊厳 p5、56、156、382  
認証 p336、344、345、362

#### 【の】

納税の義務 p319  
農地改革事件 p261、262  
ノンフィクション「逆転」事件 p84、**85**、209

#### 【は】

「バイク三ない原則」事件 p92  
配信サービスの抗弁 p209  
陪審制 p365～  
破壊防法違反事件 p201  
博多駅事件 p18、190、191、**192**、194、211  
漠然性ゆえに無効の法理 p164  
パターナリズム p72、73  
パターナリスティックな制約 p72  
パブリック・フォーラム p161、199、**215**、**217**、221  
判決事実 p26、385  
判決で違憲とされた法律の効力 p389  
判決理由 p390  
ハンセン病訴訟 **p249**、271  
判断過程審査 **p26**、305  
判例・学説の使い方 p27、28  
判例の拘束力と変更 p390  
反論権 p189

#### 【ひ】

被疑者の権利 p264  
被告人の権利 p265  
批准 p336、337  
非訟事件 p271  
被選挙権 p46、274、275、280  
非嫡出子相続分規定事件 p99、100  
非適用説 p75  
筆記行為の自由 p18、**185**  
ヒッグス・アラン事件 p56  
1人別枠方式 p292

秘密会 p335  
 秘密選挙 p274  
 百里基地事件 p77  
 病院長自殺国賠訴訟 p332  
 表決数 p334、335  
 表現行為を理由とする不利益取扱い p178  
 表現内容規制 p19、161、**176**、177、178、199、210、211、  
 212、213  
 表現内容中立規制 p19、161、**177**、178  
 表現の自由 p161～  
 表現の自由と国家による援助 p162  
 平等 p95～  
 平等権 p95  
 平等原則 p95  
 平等選挙 p274、287  
 ビラ配布 p215  
 ビラやポスターの貼付 p217  
 比例原則 p359  
 比例代表制 p280  
 広島市暴走族追放条例事件 p165、**169**、**224**

【ふ】

夫婦所得課税違憲訴訟 p109  
 夫婦同氏事件 p105  
 福岡県青少年保護育成条例事件 p168  
 福祉国家 p95、114、233、271、299、342  
 複数選挙 p274  
 副総理 p345  
 付随的制約 p18、19、178、181  
 付随的違憲審査制（付随的審査制） **p383**、385、386、389  
 390  
 不逮捕特権 p331、334  
 普通教育 p311～  
 不当な逮捕・抑留・拘禁からの自由 p264  
 部分社会の法理 p353～  
 不文法 p3  
 不法出国・密輸事件 p54  
 プライバシー外延情報 p83  
 プライバシー権 p80～  
 プライバシー固有情報 p83  
 不利益な供述 p266、267  
 武力による威嚇 p9  
 プログラム規定説 **p297**、298、300  
 文民 p344

【へ】

ヘイト・スピーチ p210  
 平和主義 **p9**、393  
 平和的生存権 p6  
 弁護士依頼権 p266

【ほ】

帆足計事件 p249  
 包括的基本権 p78  
 法規 p325、326  
 防御権 p16、26、399、306、313  
 法源 p3、4、390  
 法人の人権享有主体性 p46  
 放送の自由 p197  
 法治国家 p2  
 法治主義 **p3**、58、339  
 傍聴の自由 p335、365  
 法定受託事務 p376  
 報道の自由 p189、**190～196**、211、335、365  
 法の支配 **p2**、**3**、58、270、326、350  
 法の下での平等 p95  
 法規の一般性・抽象性 p326  
 法律案 p329、335、372  
 法律意見書形式 p18、**30**  
 法律上の争訟 p348  
 法律による国家賠償責任の制限・免除 p272  
 「法律の範囲内」 p377  
 法律の留保 p16、44、45、371  
 法令違憲 **p13**、14、19、25、**26**、**389**  
 法令中の他の規定・法令全体の違憲主張 p386  
 傍論 p390  
 保障の外延（周辺）に属する権利 p18  
 保障の中核に属する権利 p18  
 補償の要否 p260  
 補助的権能説 p340  
 牧会事件 p128  
 「北方ジャーナル事件」 **p173**、176、199、206、207、213、  
 316  
 堀木訴訟 p29、299、**301**、303、306  
 堀越事件 p17、**62**、198、235、384

【ま】

マククリーン事件 **p52**、54  
 マス・メディア p74、185、188、189、198、225、369

【み】

未成年者 p73、270  
三井美唄炭鉱労組事件 p50、279  
三菱樹脂事件 p74、75、98  
南九州税理士会事件 p49  
箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決 p136  
民衆訴訟 p349  
民主主義 p7  
民主政の過程 p164  
民主政の理論 p351  
民定憲法 p4

【め】

明確性の原則（理論） p16、17、164  
明白かつ現在の危険の基準 p72、177  
明白の原則 p14、15、24、233、235、236、305  
明文根拠のない基本権 p79～  
名簿式比例代表制 p282～  
名誉毀損表現 p205、206、208  
名誉毀損被告事件 p207  
名誉権 p173、174、175  
免責特権 p331、332、354

【も】

目的効果基準 p138、139、140  
目的手段審査 p12、14、16、18、20、96、97、233、384  
黙秘権 p265、266、267、341  
森川キャサリン事件 p54  
門地 p98

【や】

役員選任権 p338  
薬事法事件 p12、231、232、233、234、238、244、245  
八幡製鉄事件 p46、47、49、322  
ヤミ米販売事件 p385

【ゆ】

唯一の立法機関 p58、323、325、326、327、328、335、364、  
365、390  
「夕刊和歌山時事」事件 p198、206、208  
郵便法違憲訴訟 p272  
緩やかな基準 p13

【よ】

予算 p372

予算案 p329、330  
予算修正権 p373  
予算先議権 p329  
予算と法律の不一致 p372  
予算の増額修正 p373  
予算の法的性質 p372  
四畳半襖の下張り p204  
米内山事件 p353  
「よど号ハイジャック記事抹消事件」 p27、63、71、179、186  
より制限的でない他の選び得る手段 p13、21、22、23、98、  
18

【り】

利益較量論 p16、17、71、246  
立憲的意味の憲法 p1  
立候補の自由 p50、279  
立法行為 p271、272  
立法不作為の違憲確認 p298、307  
立法不作為の国家賠償法上の違法性 p271、272  
立法裁量 p17、19  
立法事実 p14、15、20、21、22、23、24、26、233、234、  
385、390  
立法目的 p20、21、40  
両院協議会 p329、330  
旅券発給拒否処分事件 p248  
旅行の自由 p249  
臨時会 p333、345

【れ】

令状主義 p230、265  
レペタ事件 p18、186  
蓮華寺事件 p349

【ろ】

労働基本権 p318  
ロス疑惑配信記事訴訟 p209  
ロッキード事件丸紅ルート p344

【わ】

わいせつ表現 p201  
わいせつ文書 p202  
ワイマール憲法 p3  
忘れられる権利 p84、85  
早稲田大学講演会事件 p82、88



## 判例索引

- ・最大判 S23.3.12 (死刑合憲判決・百Ⅱ115) **p268**、305
- ・最大判 S23.3.24 p79
- ・最大判 S23.5.5 p265
- ・最大判 S23.6.30 p268
- ・最大判 S23.7.29 p266
- ・最大判 S23.9.29 (食管法事件) p298、**299**、300、301
- ・最大判 S23.12.27 p266
- ・最大判 S24.5.18 (食品緊急措置法違反事件・百Ⅰ48) p200
- ・最大判 S25.2.1 (ヤミ米販売事件) p385
- ・最大判 S27.2.20 p363、364
- ・最大判 S27.8.6 (石井記者証言拒否事件) p191
- ・最大判 S27.10.8 (警察予備隊違憲訴訟・百Ⅱ187) p348、**383**
- ・最大決 S28.1.16 (米内山事件) p353
- ・最大判 S28.12.23 (農地改革事件・百Ⅰ100) p261、262
- ・最判 S29.1.22 (百Ⅰ [6版] 105) p260
- ・最判 S29.2.11 p348
- ・最大判 S29.11.24 (新潟県公安条例事件・百Ⅰ82) p225
- ・最大判 S30.1.26 (公衆浴場事件・百Ⅰ89) p235
- ・最大判 S30.2.9 (公民権停止事件・百Ⅱ146) p275
- ・最大判 S30.4.22 (百Ⅱ207) p364
- ・最大判 S31.7.4 (謝罪広告強制事件・百Ⅰ33) p118
- ・最大判 S32.12.25 (不法出国・密輸事件) p54
- ・最大判 S32.3.13 (チャタレイ事件・百Ⅰ51) **p202**、205
- ・最大決 S33.2.17 (百Ⅰ [6版] 76) p365
- ・最大決 S33.7.10 p364
- ・最大判 S33.9.10 (帆足計事件・百Ⅰ105) p249
- ・最大判 S33.10.15 (東京都売春取締条例事件・百Ⅰ32) p113
- ・最大判 S34.12.16 (砂川事件・百Ⅱ163) p10、337、**351**
- ・最大判 S35.1.27 (医療類似行為事件・百Ⅰ [5版] 99) p236
- ・最大判 S35.6.8 (苫米地事件・百Ⅱ190) **p350**、**351**、352
- ・最大決 S35.7.6 (強制調停違憲決定・百Ⅱ124) p271、365
- ・最大判 S35.7.20 (東京都公安条例事件・百ⅠA8) p225、**226**
- ・最大判 S35.10.19 (村会議員出席停止事件・百Ⅱ181) p353、**354**、355、357
- ・最大判 S36.2.15 (あん摩師等法事件・百Ⅰ54) p212
- ・最大判 S36.9.6 (夫婦所得課税違憲訴訟・百Ⅰ [6版] 33) p109
- ・東京地判 S37.1.22 (第一次国会乱闘事件) p332
- ・最大判 S37.3.7 (警察法改正無効事件・百Ⅱ180) p350
- ・最判 S37.5.2 (自動車事故報告義務事件・百Ⅱ117) p267
- ・最大判 S37.5.30 (百Ⅱ208) p376、**377**
- ・最大判 S37.11.28 (第三者所有物没収事件・百Ⅱ107) p263、**387**
- ・最大判 S38.3.27 (百Ⅱ200) p375
- ・最大判 S38.5.15 (加持祈禱事件・百Ⅰ38) p129
- ・最大判 S38.5.22 (東大ポポロ事件・百Ⅰ86) p156、157、**158**

- ・最大判 S38.6.26 (奈良県ため池条例事件・百 I 98) p**254**、377
- ・最大判 S38.12.4 (白タク営業事件・百 I 90) p236
- ・最大判 S39.2.26 (教科書代負担請求訴訟・百 II A11) p316
- ・東京地判 S39.9.28 (「宴のあと」事件・百 I 60) p81、**85**、87
- ・最判 S41.2.8 p348、349
- ・最大判 S41.10.26 (全通東京中郵事件・百 II 139) p59、**66**、68
- ・最大判 S42.5.24 (朝日訴訟・百 II 131) p300
- ・最大判 S43.11.27 (河川附近地制限令事件・百 I 102) p260、**262**
- ・最大判 S43.12.4 (三井美唄炭鉱労組事件・百 II 144) p**50**、279
- ・最大判 S44.4.2 (東京都教祖事件・百 II 140) p68
- ・最大判 S44.4.23 (事前運動の禁止違反事件) p285
- ・最大判 S44.6.25 (「夕刊和歌山時事」事件・百 I 64) p198、**206**、208
- ・最判 S44.7.10 (慈照寺事件) p349
- ・最大判 S44.10.15 (「悪徳の栄え」事件・百 I 52) p203
- ・最大決 S44.11.26 (博多駅事件・百 I 73) p18、190、191、**192**、194、211
- ・最大判 S44.12.24 (京都府学連事件・百 I 16) p79、82、**87**
- ・最大判 S45.6.24 (八幡製鉄事件・百 I 8) p**46**、**47**、49、322
- ・最大判 S45.9.16 (禁煙処分事件・百 I A4) p70
- ・最大判 S47.11.22 (小売市場事件・百 I 91) p24、232、233、**237**、244
- ・最大判 S47.11.22 (川崎民商事件・百 114) p265、266
- ・最大判 S47.12.20 (高田事件・百 II 116) p265
- ・最大判 S48.4.4 (尊属殺人事件・百 I 25) p99
- ・最大判 S48.4.25 (全農林警職法事件・百 II 141) p67、**68**
- ・最大判 S48.12.12 (三菱樹脂事件・百 II 9) p**74**、**75**、98
- ・最判 S49.2.5 (行百 I 90) p261
- ・最判 S49.7.19 (昭和女子大事件・百 II 10) p76
- ・最大判 S49.11.6 (猿払事件・百 I 12) p24、**59**、178、225
- ・神戸簡判 S50.2.20 (牧会事件・百 43) p128
- ・最大判 S50.4.30 (薬事法事件・百 I 92) p12、231、232、233、234、**238**、244、245
- ・最大判 S50.9.10 (徳島市公安条例事件・百 I 83) p**165**、377、378、381
- ・最判 S50.11.28 (国労広島地本事件・百 II 145) p50
- ・最大判 S51.4.14 (議員定数不均衡訴訟 (1) 衆議院議員選挙・百 II 148) p**286**、**287**、295
- ・最大判 S51.5.21 (旭川学力テスト事件・百 II 136) p156、p311、**312**、315
- ・札幌高判 S51.8.5 (長沼事件第二審・百 II [5版] 182) p6、**352**
- ・最判 S52.3.15 (富山大学事件・百 II 182) p353、**359**
- ・最大判 S52.5.4 (全通名古屋中郵事件・百 II 142) p69
- ・最大判 S52.7.13 (津地鎮祭事件・百 I 42) p132、136、138、**140**
- ・最大判 S53.7.12 (国有地売却特措法事件・百 I 99) p253、**254**
- ・最決 S53.5.31 (外務省秘密漏洩事件・百 I 75) p194
- ・最大判 S53.10.4 (マクリーン事件・百 I 1) p**52**、54
- ・最判 S55.11.28 (「四畳半襖の下張り」事件・百 I 53) p204
- ・最判 S56.4.7 (「板まんだら」事件・百 II 186) p349
- ・最判 S56.4.14 (前科照会事件・百 I 17) p82、**83**、85
- ・最判 S56.4.16 (「月刊ペン」事件・百 I 65) p206
- ・最判 S56.6.15 (戸別訪問禁止事件) p178、**285**

- ・最判 S56.7.21 (戸別訪問禁止事件・百Ⅱ158) p27、**284**
- ・最大判 S57.7.7 (堀木訴訟・百Ⅱ132) p29、299、**301**、303、306
- ・最判 S58.2.18 (行百Ⅱ247) p261
- ・最大判 S58.4.27 (議員定数不均衡訴訟・参議院議員選挙) **p290**
- ・最大判 S58.6.22 (よど号ハイジャック記事抹消事件・百Ⅰ14) p27、63、**71**、179、186
- ・最判 S59.3.27 (尾崎所得税法事件・百Ⅱ124) p267
- ・京都地判 S59.3.30 (京都市古都保存協力税条例事件・百Ⅰ [5版] 44) p131
- ・最判 S59.5.17 (議員定数不均衡訴訟 (4) 地方議会議員・百Ⅱ151) p294
- ・最大判 S59.12.12 (税関検査事件・百Ⅰ69) **p166**、171、180、315、**384**
- ・最判 S59.12.18 (吉祥寺駅構内ビラ配布事件・百Ⅰ57) p199、**215**
- ・最判 S60.1.22 (旅券発給拒否処分事件) p248
- ・最大判 S60.3.27 (サラリーマン税金訴訟・百Ⅰ31) p113
- ・最大判 S60.7.17 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・百Ⅱ [6版] 154) p390
- ・東京高裁 S60.8.26 (台湾元日本兵損失補償請求事件) p385
- ・最大判 S60.10.23 (福岡県青少年保護育成条例事件 (淫行処罰条例事件)・百Ⅱ108) p168
- ・熊本地判 S60.11.13 (熊本丸刈り事件・百ⅠA5) p91
- ・最判 S60.11.21 (在宅投票廃止違憲訴訟・百Ⅱ191) p250、271、**275**、279
- ・東京地判 S61.3.20 (日曜日授業参観事件・百ⅠA6) p131
- ・最大判 S61.6.11 (北方ジャーナル事件・百Ⅰ68) **p173**、176、199、206、207、213、316
- ・最判 S62.3.3 (大分県屋外広告物条例事件・百Ⅰ56) p217、**218**
- ・最大判 S62.4.22 (森林法共有林事件・百Ⅰ96) p93、215、253、**255**、257
- ・最判 S62.4.24 (サンケイ新聞事件・百Ⅰ76) **p189**、206、208
- ・最大判 S63.6.1 (自衛官合祀訴訟・百Ⅰ43) p154
- ・最判 S63.7.15 (麹町中学校内申書事件・百Ⅰ34) p119
- ・最判 S63.12.20 (車内広告放送事件・百Ⅰ20) p90
- ・最判 S63.12.20 (共産党袴田事件・百Ⅱ183) p322、353、**360**、362
- ・最判 H 元.1.20 (公衆浴場事件) **p235**
- ・最判 H 元.2.7 (総評サラリーマン税金訴訟・百Ⅱ133) p307
- ・最判 H 元.3.2 (塩見訴訟・百Ⅰ5) p56、367
- ・最判 H 元.3.7 (公衆浴場事件) p236
- ・最大判 H 元.3.8 (レペタ事件・百Ⅰ72) p18、**186**
- ・最判 H 元 6.20 (百里基地事件・百Ⅱ166) p77
- ・最判 H 元.9.8 (蓮華寺事件) p349
- ・最判 H 元.9.19 (岐阜県青少年保護育成条例事件・百Ⅰ50) p165、179、**180**
- ・最判 H 元.12.14 (どぶろく事件・百Ⅰ21) p92
- ・最判 H 元.12.21 (長崎教師ビラ事件・百Ⅰ66) p208
- ・最判 H2.1.18 (伝習館高校事件・百Ⅰ137) p314
- ・最判 H2.2.6 (西陣ネクタイ事件・百Ⅰ93) p243
- ・最決 H2.7.9 (TBS 事件・百Ⅰ74) p193
- ・最判 H2.9.28 (破壊防法違反事件・百Ⅰ49) p201
- ・最判 H3.9.3 (「バイク三ない原則」事件・百Ⅰ22) p92
- ・最大判 H4.7.1 (成田新法事件・百Ⅱ109) p220、225、**263**、**264**
- ・最判 H4.11.16 (森川キャサリン事件・百ⅠA2) p54
- ・最判 H4.12.15 (酒類販売免許制事件・百Ⅰ94) p233、234、235、**244**
- ・最判 H5.2.16 (箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決・百Ⅰ46) p136

- ・最判 H5.2.28 (ヒッグス・アラン事件) p56
- ・最判 H5.3.16 (第一次家永教科書訴訟・百 I 88) p315
- ・最判 H6.2.8 (ノンフィクション「逆転」事件・百 I 61) p84、**85**、209
- ・最判 H7.2.28 (外国人地方選挙訴訟・百 I 3) p56
- ・最判 H7.3.7 (泉佐野市民会館事件・百 I 81) p221
- ・最判 H7.5.25 (日本新党繰上補充事件・百 II 155) p324、**361**
- ・最大判 H7.2.22 (ロッキード事件丸紅ルート・百 II 174) p344
- ・最大決 H7.7.5 (非嫡出子相続分規定事件(合憲)・百 I [5版] 31) p99
- ・最判 H7.12.5 (女子再婚禁止期間事件(合憲)・百 I [6版] 30) p102
- ・東京高決 H7.12.19 (宗教法人解散命令事件) p388
- ・最判 H7.12.15 (指紋押捺拒否事件・百 I 2) p82、83、**87**
- ・最決 H8.1.30 (宗教法人解散命令事件・百 I 39) p34、128、**129**
- ・最判 H8.3.8 (「エホバの証人」剣道受講拒否事件・百 I 41) 26、132、**133**、140
- ・最判 H8.3.15 (上尾市福祉会館事件) p223
- ・最判 H8.3.19 (南九州税理士会事件・百 I 36) p49
- ・最大判 H9.4.2 (愛媛玉串料事件・百 I 44) p137、138、**145**
- ・最判 H9.9.9 (病院長自殺国賠訴訟・百 II 170) p332
- ・高知地判 H10.7.17 p137
- ・最大判 H10.12.1 (寺西事件・百 II 177) p66
- ・最大判 H11.11.10 (重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟・百 II 152) p280
- ・最判 H11.12.16 (覚せい剤密売電話傍受事件・百 I 59) p230
- ・最判 H12.2.8 (司法書士法違反事件・百 I 95) p244
- ・最判 H12.2.29 (「エホバの証人」輸血拒否事件・百 I 23) p93
- ・熊本地判 H13.5.11 (ハンセン病訴訟・百 II 192) **p249**、271
- ・最判 H14.1.29 (ロス疑惑配信記事訴訟) p209
- ・最大判 H14.2.13 (証券取引法事件・百 I 97) p251、253、**257**
- ・最判 H14.4.25 (群馬司法書士会事件) p49
- ・最大判 H14.9.11 (郵便法違憲訴訟・百 II 128) p272
- ・最判 H14.9.24 (「石に泳ぐ魚」事件・百 I 62) p86
- ・最判 H15.3.14 (長良川事件報道訴訟・百 I 67) p209
- ・最判 H15.9.12 (早稲田大学講演会事件・百 I 18) p82、**88**
- ・最大判 H16.1.14 (参議院非拘束名簿式比例代表制違憲訴訟・百 II 154) p282
- ・東京高決 H16.3.31 (週刊文春記事差止事件) p176
- ・最判 H16.7.15 (ゴーマニズム宣言事件) p209
- ・最大判 H17.1.26 (外国人管理職訴訟・百 I 4) p57
- ・最判 H17.7.14 (公立図書館の図書廃棄事件・百 I 70) p162
- ・最大判 H17.9.14 (在外日本人選挙権制限規定違憲訴訟・百 II 147) p20、**271**、275、**277**
- ・最判 H17.11.1 (行百 II 253) p261
- ・最大判 H18.3.1 (旭川市国民健康保険条例事件・百 II 196) p370、**371**
- ・最判 H18.3.23 p72
- ・最決 H18.10.3 (NHK 記者証言拒否事件・百 I 71) p196
- ・最判 H19.2.27 (「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件) p120
- ・最判 H19.9.18 (広島市暴走族追放条例事件・百 I 84) p165、**169**、**224**
- ・最判 H19.9.28 (学生無年金障害者訴訟・百 II 134) p307
- ・最判 H20.2.19 (第2次メイプルソープ事件・H20 重判 6) p205

- ・最判 H20.3.6 (住基ネット事件・百 I 19) p82、**89**
- ・最判 H20.4.11 (自衛隊官舎ビラ配布事件・百 I 58) p198
- ・最大判 H20.6.4 (国籍法違憲訴訟・百 I 26) p110
- ・最大判 H21.9.30 (議員定数不均衡訴訟・H21 重判 1) p290
- ・最大判 H22.1.20 (空知太神社事件・百 I 47) p139、**148**、374
- ・最大判 H22.1.20 (富平神社事件・H22 重判 4) p139、**150**
- ・最決 H22.3.15 (名誉毀損被告事件・H22 重判 8) p207
- ・岐阜地判 H22.11.10 (関ヶ原署名調査事件・H23 重判 10) p270
- ・最大判 H23.3.23 (議員定数不均衡訴訟 (3) 1 人別枠方式・百 II 153) p286、**292**
- ・最判 H23.4.28 p209
- ・最判 H23.5.30 (「君が代」起立斉唱職務命令拒否事件・百 I 37) p122
- ・最大判 H23.11.16 (裁判員制度違憲訴訟・百 II 175) p366
- ・最判 H24.2.28 (生活保護老齢加算廃止訴訟・百 II 135) p299、**302**
- ・名古屋高判 H24.4.27 (関ヶ原署名調査事件・H24 重判 11) p270
- ・最大判 H24.10.17 (議員定数不均衡訴訟 (2) 参議院議員選挙・百 II 150) p290
- ・最判 H24.12.7 (堀越事件・百 I 13) p17、**62**、198、235、384
- ・最判 H25.1.11 (医薬品ネット販売事件・百 II A19) **p246**、328
- ・最判 H25.3.21 (神奈川県臨時特例企業税事件・百 II 208) p380
- ・最大決 H25.9.4 (非嫡出子相続分規定事件 (違憲)・百 I 27) p100
- ・最大判 H25.11.20 (議員定数不均衡訴訟・衆議院議員選挙・H25 重判 1) p286
- ・最判 H26.1.16 (H26 重判 6) p213
- ・最大判 H27.12.16 (女子再婚禁止期間事件 (違憲)・百 I 28) p18、46、**102**、272
- ・最大判 H27.12.16 (夫婦同氏事件・百 I 29) p105
- ・最決 H29.1.31 (グーグル検索結果削除請求事件・百 I 63) p28、84、**89**
- ・最大判 H29.12.6 (NHK 受信料訴訟・百 I 77) p183
- ・最大判 R2.11.25 (市議会議員出席停止事件) p354、**355**
- ・最大判 R3.2.24 (孔子廟訴訟) p151



### (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