

## 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 p3～4  
成文法源／不文法源

### 第2章 国民主権の原理 p5～8

1. 日本国憲法の基本原理 p5～6  
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. 代表民主制 p7
4. 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

- 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由の差異 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 p33～36
- 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. 人権の観念 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. パ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. 明文根拠のない基本権の保障 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
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・介入の類型 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 p190～197
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 p201～205
  - (3) 名誉毀損表現 p205～209
  - (4) プライバシー侵害 p209
  - (5) ヘイト・スピーチ（差別的憎悪言論） p210～211
  - (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／規制の類型／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 p275～279

4. 公職選挙に立候補する自由 p279～280

5. 選挙制度の仕組みの具体的決定に関する国会の裁量 p280～284

6. 選挙運動の制限 p284～286

7. 議員定数不均衡 p286～296-5

8. 政見放送の削除 p296-5

## 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 p323

2. 自由委任と党議拘束 p324

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4部 最新重要判例

最新版の「憲法 判例百選Ⅱ」第8版（有斐閣）に追加された最新判例、令和3年以降の「重要判例解説」（有斐閣）に掲載されている最新判例のうち、司法試験・予備試験に関係しそうなものを取り上げる。また、これらの判例集に搭載されていない令和7年最新判例も取り上げる。

なお、孔子廟訴訟（最大判 R3.2.24・百Ⅰ45）、「宮本から君へ」助成金不交付事件（最判 R5.11.17・百Ⅰ67）、市議会議員出席停止事件（最大判 R2.11.25・百Ⅱ180）は、第2部で取り上げている。

### 1. 平和主義 p395～398

〔判例1〕安保法制違憲訴訟（仙台高判 R5.12.5・百Ⅱ164・R6 重判1）

### 2. 包括的基本権 p398～422

〔判例2〕同性婚不承認違憲判決（札幌高判 R6.3.14・百ⅠA8・R6 重判3） p398

〔判例3〕同性パートナー犯罪被害者給付金不支給取消訴訟（最判 R6.3.26・R6 重判4） p407

〔判例4〕夫婦同氏事件（最大決 R3.6.23・R3 重判10） p411

〔判例5〕マイナンバー制度合憲判決（最判 R5.3.9・百Ⅰ17・R5 重判8） p420

### 3. 平等権 p422～431

〔判例6〕性同一性障害特例法違憲決定（最大判 R5.10.25・百Ⅰ21・R5 重判1） p422

〔判例7〕旧優生保護法違憲判決（最大判 R6.7.3・百Ⅰ22・R6 重判2） p428

### 4. 政教分離の原則 p431

〔判例8〕久米至聖廟（最判 R7.3.17）

### 5. 表現の自由、集会の自由 p435～444

〔判例9〕ツイッター記事削除請求事件（最判 R4.6.24・R4 重判3） p435

〔判例10〕大阪市ヘイトスピーチ条例事件（最判 R4.2.15・百Ⅰ47・R4 重判8） p438

〔判例11〕金沢市庁舎前広場事件（最判 R5.2.21・百Ⅰ76・R5 重判9） p440

### 6. 職業の自由、居住・移転の自由 p444～451

〔判例12〕要指導医薬品販売規制事件（最判 R3.3.18・百Ⅰ86・R3 重判8） p444

〔判例13〕あん摩マッサージ指圧師養成施設不認定事件（最判 R4.2.7・百Ⅰ87・R4 重判9） p446

〔判例14〕旅券発給拒否訴訟（東京地判 R6.1.25・R6 重判7、東京高判 R7.1.30） p448

### 7. 裁判を受ける権利 p451～453

〔判例15〕難民の強制送還と裁判を受ける権利（東京高判 R3.9.22・百Ⅱ123・R3 重判3）

### 8. 選挙権 p453～465

〔判例16〕在外日本国民審査権判決（最判 R4.5.25・百Ⅱ145・R4 重判5） p453

〔判例17〕議員定数不均衡訴訟（令和3年衆議院議員選挙）（最大判 R5.1.25・R5 重判2） p456

〔判例18〕議員定数不均衡訴訟（令和4年参議院議員選挙）（最大判 R5.10.18・R5 重判3） p459

### 9. 生存権 p465～474

〔判例19〕年金減額改訂決定取消訴訟（最判 R5.12.15・百Ⅱ132・R5 重判8） p465

〔判例20〕生活保護基準引下げ処分取消等請求訴訟（最判 R7.6.27） p469



1 0. 内閣 p474～475

[判例 21] 内閣の臨時国会召集義務（最判 R5.9.12・百Ⅱ170・R5 重判 5）

1 1. 裁判所 p475～481

[判例 22] 弾劾裁判所裁判官罷免判決（裁判官弾劾 R6.4.3・百Ⅱ178・R6 重判 10）



## 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・自由を守ることが、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・自由を守ることが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心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、政治権力の究極の根拠も個人（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」の冒頭にあって、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。

B

青柳 392 頁、高橋体系 181 頁

青柳 392 頁

#### 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過ぎない。

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 111～112 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」とであると説き、「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、近代市民革命の成立以降、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（内にあっては最高、外にあっては独立ということ）、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3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が君主主権、国民に存する場合が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（選挙人団ともいう）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、この理想を最高度の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

の雰囲気によって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解する説と、②権力分立制・議院内閣制を採用している憲法の全体的な構造に根拠を求め、不信任決議とかかわりなく内閣の自由な解散権を認める説がある。また、①の説とは別に、②「内閣の助言と承認」が天皇の国事行為の実質的決定権を含む場合もあると解する説もある（この説は、内閣が「助言と承認」を行う前提として国事行為の実質的決定を行っても、その結果として天皇の国事行為が形式的・儀礼的なものになるならば、憲法の精神に反しないと考える）。この②の説は、憲法 7 条 3 号の衆議院の解散という国事行為に対する内閣の「助言と承認」を根拠として、内閣の自由な解散決定権が認められるとする。

### （３）天皇の公的行為

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

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

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

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

### （４）皇室経費

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

（択）

渋谷 62 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 139 頁

芦部 51 頁、野中ほか I 140～141 頁

芦部 52 頁、野中ほか I 141～142 頁

### 第3章 平和主義

C

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

芦部 54 頁

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

芦部 56～58 頁

#### 1. 戦争の放棄

(択)

##### (1) 戦争の放棄の内容

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。

(択)

##### (2) 自衛戦争の放棄

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。

(択)

#### 2. 戦力の不保持

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 59～68 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Ⅱ161

### 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 69 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過ぎず、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過ぎない 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。

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I

85（基礎応用 232 頁・2(3)）。

## （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。

作法 24 頁、35 頁参照

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・29 条 2 項）。

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

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

### ア．違憲審査基準の定立

#### （ア）目的手段審査

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

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

#### （イ）審査の厳格度

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

目的審査と手段審査の厳格度は一致する。

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。

<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ははじめとして、いかなる干渉までが「制約」と評価されるのかは、人権によって微妙に異なる。

例えば、ある法律が、重要な人権に対する強度な制約である場合には、その法律の合憲性は、厳格に審査される。反対に、問題となっている人権がさほど重要でないことや、人権に対する制約の強度が弱いことは、緩やかに審査すべきという方向で評価される（職業規制である case1 では、主として「制約の態様」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」

違憲審査基準は、「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上で役に立つか（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過ぎない 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ができないのである。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>

<p><b>厳格な審査</b></p>	<p>(厳格審査の基準)</p> <p>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。</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証形成できなければならず、観念上の想定でそのように心証形成できるだけでは足りない)。</p> <p>(厳格な合理性の基準 - 中間審査の基準)</p> <p>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。</p>
---------------------	--

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

憲法 I 83 頁

憲法 I 61 頁

#### 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。

##### 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とは、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、実質的観点到属する

#### 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30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 71～74 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過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 61 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 78～79 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 12：千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

### 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上で、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、保障の肯否が問題となることもある

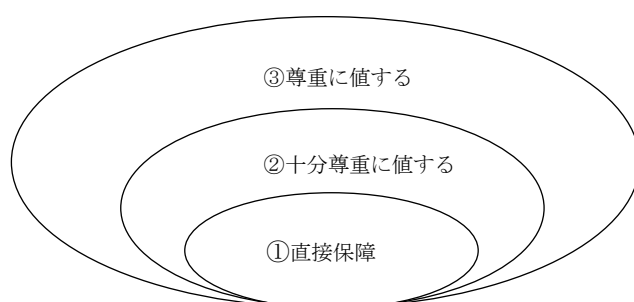
#### （2）保障の程度

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 27）、「取材の自由」（博多駅事件・最大決 S44.11.26・百 I 70）、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にとどめる。<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

<sup>5)</sup> “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、類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）

<sup>6)</sup> “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）

<sup>7)</sup> “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上で、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つては、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Ⅱ144

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> 目的手段審査という「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。

## 第 1 1 章 経済的自由

職業選択の自由（憲法 22 条 1 項）、居住・移転の自由（憲法 22 条 2 項）、財産権（憲法 29 条）を総称して、経済的自由と呼ぶ。これらの権利は、封建的な拘束を排して、近代市民階級が自由な経済活動を行うために主張された権利であり、市民革命当初は、不可侵の人権として厚く保護された。現代において、経済的自由はむしろ社会的に拘束を負ったものとして、法律による規制を広汎に受ける人権と理解されている。

芦部 245 頁

### 第 1 節. 職業の自由

何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。（憲法 22 条 1 項）

A

司 H18 司 H26 司 H30 司 R2

司 R6 予 H26

case1: 新型コロナウイルスの感染拡大の防止を目的として、各都道府県知事は、各都道府県の感染状況を踏まえて、1 か月間を限度とし、飲食店全般に対して、酒類の提供をするためには、客席ごとに所定の形状・サイズの間仕切り（パーティション）を設置するよう命ずることができ、違反者には営業停止処分等の制裁を科すこととする感染拡大防止特別措置法が制定された。

case2: 薬事法は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守ることを目的として、医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、薬局については、5 条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6 条において薬局開設許可の許可条件に関する基準を定めている。

薬事法 6 条は、許可条件の 1 つとして、2 項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4 項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に委ねている。

A 県では、薬事法 6 条 4 項の委任に基づき、適正配置基準として、既存の薬局との間に最短距離で概ね 100m と定める委任条例を設けていた。

X は、A 県 B 市内の C 地点で薬局を開設するために、A 県知事に対して、薬局開設の許可の申請をしたところ、A 県知事は、許可申請に係る薬局の開設予定地である C 地点が既存の薬局から 50m しか離れていなかったため、適正配置基準を満たさないとして、申請を拒否した。

X は、経営上の採算を考えて薬局を開設する場所として C 地点を選択したのであり、C 地点で薬局を開設できないなら、薬局の開設そのものを断念せざるを得なくなるから、適正配置規制は X の薬局開設に係る自由に対する不当な制約であり、違憲であると考えている。

A

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I

85、憲法 I 344 頁、赤坂 137 頁

精読 470 頁

## 1. 保障の範囲

### (1) 「職業」

「職業」は、人が社会において、通常は「自己の生計を維持するためにする」、「継続的活動」を意味する。

そして、「職業」は、「分業社会」における「社会的機能分担の活動たる性質」を有し、また、通常は「自己の…個性を全うすべき場として、個人の人格的価値」との不可分関連性を有する。

このように、「職業」には、自己の生計維持手段としての継続的活動、分業社会における社会的機能分担、個人の人格的価値との不可分関連性という意

義・性質がある。

## (2) 「選択」

狭義における「職業選択の自由」には、選択した職業を開始する自由のみならず、職業を継続・廃止する自由も含まれる。

職業の開始のみを保障し、その変更・終了を保障しないのでは「職業選択の自由」を保障した意味が失われるからである。

## (3) 職業遂行の自由（営業の自由ともいう）

選択した職業を遂行する自由が保障されないのでは狭義の職業選択の自由を保障した意味が失われかねないから、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 項により保障されると解する。<sup>1)</sup>

薬事法事件大法廷判決も、前記（1）で述べた「職業」の性格と意義からすれば、職業活動の内容・態様が自由であることも要請されとの理由から、職業遂行の自由の保障が「職業選択の自由」の保障に内包されると解している。

薬事法事件、佐藤 334 頁、憲法 I  
344 頁  
渋谷 289～290 頁

渋谷 289～290 頁

最大判 S47.11.22・百 I 84

## 2. 規制

### (1) 規制の根拠（必要性）

「職業は、…その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、…精神的自由と比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たもの」である。すなわち、「職業は、…その性質上、社会的相互関連性が大きい」ものであるから、これを無制限に許すと「社会生活における安全の保障や秩序の維持等」が脅かされるおそれ大きいとともに、社会国家の理念を実現するために「国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的な」規制を加える必要性も高いのであって、憲法 22 条 1 項による「公共の福祉に反しない限り」という留保は、そのことを強調する趣旨によるものである。

A

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I  
85、芦部 245～246 頁

### (2) 規制の類型

①届出制（ex.理容業等）、②許可制（ex.風俗営業、飲食業、貸金業等）、③資格制（ex.医師、薬剤師、弁護士等）、④特許制（ex.電気、ガス、バスの公益事業）、⑤国家独占（ex.(旧)郵便事業、旧たばこ専売制等）がある。

芦部 246 頁

### (3) 規制の目的

消極目的規制とは、主として国民の生命及び健康に対する危険を防止し若しくは除去ないし緩和するために課せられる規制であり、通常、警察的規制と呼ばれてきたものである。この消極的・警察的目的のための規制は、警察比例の原則（＝規制措置は社会公共に対する障害の大きさに比例したもので、規制の目的を達成するために必要な最小限度にとどまらなくてはならないという原則）に基づくものでなければならない。各種の営業許可制は、おおむね消極目的規制に属する。

芦部 246～247 頁

規制目的は左の 2 つに限られない。

<sup>1)</sup> 「営業」の概念については、①職業遂行行為のことだと定義する職業遂行説、②職業遂行行為のうち、営利事業の遂行行為であるとする営利事業遂行説、③自己が主体となって営む営利事業であるとする営利事業説がある。②・③の見解からは、営業の自由は「営利事業の遂行方法」の自由であると定義され、職業遂行の自由の一部に位置づけられる（赤坂 138～141 頁）。これに対し、多数説である①からは、営業の自由とは「自己の選択した職業を遂行する自由」と定義されることになる（赤坂 138 頁、芦部 245 頁）。なお、営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むから、憲法 29 条とも密接にかかわる（芦部 245 頁）。



積極目的規制とは、福祉国家の理念に基づいて、経済の調和のとれた発展を確保し、特に社会的・経済的弱者を保護するためになされる規制であり、社会・経済政策の一環としてとられる規制である。

#### (4) 違憲審査基準

小売市場事件判決は、積極目的に基づく小売市場間の距離制限について明白の原則を採用し、薬事法事件判決は、消極目的に基づく薬局等の適正配置規制について厳格な合理性の基準を採用した。この2つの判決の関係を整合的に説明する理論として、従来の学説は、積極目的規制については明白の原則を採用し、消極目的規制については厳格な合理性の基準を採用するのが判例法理であるとする規制目的二分論に立っていた。

しかし、規制目的二分論には、(i) 職業規制の中には積極目的と消極目的かを区別することが困難なものもある(後掲公衆浴場法事件判決等)、(ii) 積極目的と消極目的の他にも職業の自由を規制する正当な目的が考えられる(酒類販売免許制事件判決における「国家の財政目的」等)といった批判がある。

そこで、現在では、職業規制に関する判例の違憲審査の手法について、規制目的二分論で理解するのではなく、「職業の自由の制限態様、制限の重大性、制限目的の具体的検討を通じて、立法裁量の範囲と目的・手段審査の審査密度を決定しているのが、判例法理の真の姿だ」と考えられている。

すなわち、職業の自由は、その性質上、社会的相互関連性が強いいため、精神的自由に比較して公権力による規制の要請が強く働くから、その分だけ職業を規制する立法の違憲審査において、裁判所が立法裁量を尊重すべき要請が強く働くことになる。憲法22条1項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものである。

もっとも、職業規制に関する立法裁量にも限界があるし、この立法裁量の広狭は、規制の態様と規制の目的といった事の性質により異なる。

まず、事の性質の1つ目として、規制の態様から考慮することになる。ここでは、例えば、職業規制が狭義の職業選択の自由まで制約するものであるなど、職業の自由に対する強力な制限である場合には、その分だけ立法裁量が縮小するから、そのことが違憲審査基準の厳格度を高める方向で評価されることになる。反対に、職業規制が職業遂行の自由に対する制約にとどまるものであるなど、職業の自由に対する強力な制約ではない場合には、その分だけ立法裁量が広がるから、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価される。

次に、事の性質の2つ目として、規制の目的が考慮される。規制の目的から、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性の高低を明らかにすることにより、裁判所としては立法府による政策的判断や専門技術的判断をどれだけ尊重する必要があるのかを判断するのである。つまり、裁判所は、立法府による政策的判断や専門技術的判断の当否について判断すべき十分な資料や判断基準を持たないのだから、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされる規制については、立法事実に踏み込んだ判断をすることが困難となる(つまり、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が低くなる)ため、そのことが違憲審査基準の厳格度を緩和する方向で評価されるのであり、立法府による政策的判断や専門技術的判

憲法 I 351 頁、最大判 S47.11.22・

百 I 84、最大判 S50.4.30・百 I 85

憲法 I 352~353 頁

最判 H4.12.15・百 I 89

憲法 I 354 頁

論点教室 154 頁

論点教室 154 頁、憲法判例の射程

187 頁

憲法判例の射程 187 頁

断がどれくらい要求されるのかを決するのが規制の目的なのである。<sup>2)</sup> 例えば、積極目的や財政目的に基づく規制については、立法府による政策的判断や専門技術的判断が多分に必要とされるため、原則として、厳格な違憲審査基準を採用することができない。<sup>3)</sup> 反対に、消極目的に基づく規制など、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、規制の強度によっては、厳格な合理性の基準を採用することができる。

#### 〔論点 1〕 職業規制に関する違憲審査基準についての判例理論

職業規制の違憲審査基準については、積極目的規制については緩やかに審査し、消極目的規制については厳格に審査するとの規制目的二分論もある。

しかし、職業規制の中には積極目的と消極目的の区別が困難なものもあるし、これら以外の目的に基づくものもあるから、規制目的二分論は妥当でない。

そこで、薬事法事件判決に従い、次の通りに解すべきである。

職業規制の「公共の福祉」（憲法 22 条 1 項）適合性は、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を比較衡量して決定されるべきものである。この比較衡量をするのは第一次的には立法府の権限と責務であるから、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性和合理性については立法裁量に委ねられるべきである。もっとも、立法府の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があるから、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきである。

#### 〔論点 2〕 上記の判例理論の適用

##### 1. 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制

(1) 例えば、形式的にも実質的にも狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるから、その分だけ、立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

しかも、規制の目的が消極目的であるなど、規制の目的に照らして立法府による政策的判断や専門技術的判断がさほど必要とされない規制については、裁判所が規制を支える立法事実を確実に把握する可能性が高くなるから、その意味でも立法裁量を尊重する要請が弱くなる。

そこで、このような規制には、厳格な合理性の基準を採用するべきである。

(2) 薬事法事件大法廷判決では、薬局開設に関する適正配置規制が単なる開業場所の制限にとどまらず薬局開設そのものの断念につながるおそれがあるとして、実質的には狭義の職業選択の自由に対する制約に当たると解されているため、形式的には職業遂行の自由を制約するにとどまる規制も、実質的にみて狭義の職業選択の自由に対する制約に当たることがある。この場合、当該規制については、職業の自由に対する強力な制約と評価されることになるため、その分だけ立法裁量を尊重する要請

A

最大判 S50.4.30・百 I 85

A

最大判 S50.4.30・百 I 85

<sup>2)</sup> 規制目的は、裁判所による規制を支える立法事実の確実な把握の可能性を判定するために考慮されるものである（酒類販売免許制事件・最判 H4.12.15・百 I 99・園部逸夫裁判官の補足意見）。

<sup>3)</sup> 積極目的であるからといって審査基準を極端に緩和すべきではなく、強力な制限については立法事実を踏まえた相応に厳しい審査が求められるとする見解もあり得る（令和 2 年司法試験・出題の趣旨）。

が弱くなるから、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が弱いといえるのであれば、厳格な合理性の基準を採用することができる。

- (3) 狭義の職業選択の自由に対する制約に当たる規制であっても、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、酒類販売免許制事件判決のように、緩やかな審査基準が妥当する。

## 2. 職業遂行の自由を制約するにとどまる規制

- (1) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制については、職業の自由に対する強力な制約であるとはいえないのが通常であるから、仮に規制の目的に照らすと立法裁量を尊重する要請が強くないという場合であっても、原則として、厳格な合理性の基準を採用することはできない。
- (2) 実質的にも職業遂行の自由を制約するにとどまる規制であり、なお且つ、規制の目的が積極目的や財政目的にあるなど、規制の目的に照らしても立法裁量を尊重する要請が強いといえる場合には、小売市場大法院判決が採用した明白の原則を採用することになる。

## (5) 判例

以下では、職業規制に関する判例を取り上げる。

### 〔判例 1〕公衆浴場法事件

事案：各事件において、公衆浴場業の許可制に関する公衆浴場法 2 条 2 項所定の適正配置規制（及び同条項の委任を受けた各地域における委任条例による適正配置の基準 - 例えば、「公衆浴場の設置の場所の配置の基準は、既に許可を受けた公衆浴場から市部にあつては 250 米以上、郡部にあつては 300 米以上の距離とする」など）の憲法 22 条 1 項違反が問題となった。

要点：昭和 30 年大法院判決は、「公衆浴場は、多数の国民の日常生活に必要欠くべからざる、多分に公共性を伴う厚生施設である。そして、若しその設立を業者の自由に委せて、何等その偏在及び濫立を防止する等その配置の適正を保つために必要な措置が講ぜられないときは、その偏在により、多数の国民が日常容易に公衆浴場を利用しようとする場合に不便を来すおそれなきを保し難く、また、その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来すおそれなきを保し難い。このようなことは、上記公衆浴場の性質に鑑み、国民保健及び環境衛生の上から、出来る限り防止することが望ましいことであ…る」として規制目的を消極目的と捉えた上で、許可制自体と適正配置規制の双方について憲法 22 条 1 項に違反しないと判示した。

平成元年 1 月 20 日判決は、「公衆浴場法に公衆浴場の適正配置規制の規定が追加されたのは昭和 25 年法律第 187 号の同法改正法によるのであるが、公衆浴場が住民の日常生活において欠くことのできない公共的施設であり、これに依存している住民の需要に応えるため、その維持、確保を図る必要のあることは、立法当時も今日も変わりはない。むしろ、公衆浴場の経営が困難な状況にある今日においては、一層その重要性が増している。」として規制目的を積極目的として捉えた上で、「公衆浴場業者が経営の困難から廃業や転業をすることを防止し、健全で安定した経営を行えるように種々の立法上の手段をとり、国民の保健福祉を維持することは、まさに公共の福祉に適合するところであり、右の適正配置規制及び距離制限も、その手段として十分の必要性と合理性を有していると認められる。もともと、このような積極的、社会経済政策的な規制目的に出た立法については、立法府のとつた手段

最判 H4.12.15・百 I 89

C

最大判 S30.1.26・百 I 83

最判 H 元.1.20

がその裁量権を逸脱し、著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲とすべきであるところ…、右の適正配置規制及び距離制限がその場合に当たらないことは、多言を要しない。」として、明白の原則を適用して結論として憲法 22 条 1 項違反を否定している。

平成元年 3 月 7 日判決は、「公衆浴場法…2 条 2 項による適正配置規制の目的は、国民保健及び環境衛生の確保にあるとともに、公衆浴場が自家風呂を持たない国民にとって日常生活上必要不可欠な厚生施設であり、入浴料金が物価統制令により低額に統制されていること、利用者の範囲が地域的に限定されているため企業としての弾力性に乏しいこと、自家風呂の普及に伴い公衆浴場業の経営が困難になっていることなどにかんがみ、既存公衆浴場業者の経営の安定を図ることにより、自家風呂を持たない国民にとって必要不可欠な厚生施設である公衆浴場自体を確保しようとすることも、その目的としているものと解されるのであり」として規制目的を消極目的と積極目的の双方と捉えた上で、「適正配置規制は右目的を達成するための必要かつ合理的な範囲内の手段と考えられる」として憲法 22 条 1 項違反を否定している。本判決については、合理性の基準を採用していると理解されている。<sup>4)</sup>

芦部 250 頁

最判 H 元.3.7

芦部 250 頁

### [判例 2] 医療類似行為事件

事案：あん摩師・はり師・きゅう師及び柔道整体師法（以下「あん摩師等法」）は、医師やあん摩師等の免許を受けたものを除き、医療類似行為を業とすることを罰則をもって禁止していた。

判旨：「憲法 22 条は、何人も、公共の福祉に反しない限り、職業選択の自由を有することを保障している。されば、あん摩師、はり師、きゅう師及び柔道整復師法 12 条が何人も同法 1 条に掲げるものを除く外、医業類似行為を業としてはならないと規定し、同条に違反した者を同 14 条が処罰するのは、これらの医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するものと認めたが故にほかならない。ところで、医業類似行為を業とすることが公共の福祉に反するのは、かかる業務行為が人の健康に害を及ぼす虞があるからである。それ故前記法律が医業類似行為を業とすることを禁止処罰するも人の健康に害を及ぼす虞のある業務行為に限局する趣旨と解しなければならないのであつて、このような禁止処罰は公共の福祉上必要であるから前記法律 12 条、14 条は憲法 22 条に反するものではない。」

C

最大判 S35.1.27・百 I [5 版]99

### [判例 3] 白タク営業事件

事案：道路交通法は、自家用自動車を有償で運送の用に供する「白タク」を免許制に服せしめており（同法 101 条 1 項）、同条項違反の有償運送行為に対しては、当該自家用自動車の使用の制限・禁止という行政処分（同法 102 条 1 項 3 号）、3 万円以下の罰金（同法 130 条 1 号）が定められている。

判旨：「憲法 22 条 1 項にいわゆる職業選択の自由は無制限に認められるものではなく、公共の福祉の要請がある限りその自由の制限されることは、同条項の明示するところである。道路運送法は道路運送事業の適正な運営及び公正な競争を確保するとともに、道路運送に関する秩序を確立することにより道路運送の総合的な発達を図り、もつて公共の福祉を増進することを目的とするものである。そして同法が自動車運送事業の経営を各人の自由になしうるところとしないで免許制をとり、一定の免許基準の下にこれを免許することになっているのは、わが国の交通及び道路運送の実情に照らしてみても、同法の目的とするところに副うものと認められる。ところで、自

B

最大判 S38.12.4

<sup>4)</sup> 芦部 248 頁は「合理性の基準」を「厳格な合理性の基準」と「明白の原則」に分類しており、250 頁でいう「合理性の基準」がいずれの基準を意味しているのかは定かではない。百 I [5 版]98 解説では、「規制は『必要かつ合理的』であるとして、明白性の原則にはとくに言及されていない。」とされている。

家用自動車の有償運送行為は無免許営業に発展する危険性の多いものであるから、これを放任するときは無免許営業に対する取締の実効を期し難く、免許制度は崩れ去るおそれがある。それ故に同法 101 条 1 項が自家用自動車を有償運送の用に供することを禁止しているのもまた公共の福祉の確保のために必要な制限と解される。されば同条項は憲法 22 条 1 項に違反するものでなく、これを合憲と解した原判決は相当であつて、論旨は理由がない。」

解説：本判決については、規制目的を積極目的と消極目的のどちらで捉えているのかが定かではないとの指摘がある。

百 I [7 版]90 解説 3 (安念潤司)

#### [判例 4] 小売市場事件

B 司 R2

最大判 S47.11.22・百 I 84

事案：小売商業調整特別措置法 3 条 1 項所定の小売市場の許可基準のうち、過当競争防止のための制限として、大阪府では、700m の小売市場間の距離制限が設けられていた。

要点：本判決は、①積極目的規制の憲法適合性について、(i)「憲法は、…福祉国家的理想のもとに、…経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策としての…積極的な社会経済政策の実施を予定している」から、職業に対する積極目的規制は「必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、憲法の禁ずるところではない」と述べた上で、(ii)「個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねる」ほかないとの理由から、「立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて」違憲となると述べ、明白の原則を採用している。

②当てはめでは、(i) 規制目的が「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護する」ことにあること、(ii) 規制対象が「その所定形態の小売市場のみ…であつて、…過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。」ことを理由に、小売市場の許可規制を合憲と判断している。

判旨：①「右条項に基づく個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許されるべきことはいうまでもない。のみならず、憲法の他の条項をあわせ考察すると、憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである。もつとも、個人の経済活動に対する法的規制は、決して無制限に許されるべきものではなく、その規制の対象、手段、態様等においても、自ら一定の限界が存するものと解するのが相当である。

ところで、社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまっづはかない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することができるものと解するのが相当である。」

②「これを本件についてみると、本法は、立法当時における中小企業保護政策の一環として成立したものであり、本法所定の小売市場を許可規制の対象としているのは、小売商が国民のなかに占める数と国民経済における役割とに鑑み、本法 1 条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によつて招来されるのであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置であると認められ、一般消費者の利益を犠牲にして、小売商に対し積極的に流通市場における独占的利益を付与するためのものでないことが明らかである。しかも、本法は、その所定形態の小売市場のみを規制の対象としているにすぎないのであつて、小売市場内の店舗のなかに政令で指定する野菜、生鮮魚介類を販売する店舗が含まれない場合とか、所定の小売市場の形態をとらないで右政令指定物品を販売する店舗の貸与等をする場合には、これを本法の規制対象から除外するなど、過当競争による弊害が特に顕著と認められる場合についてのみ、これを規制する趣旨であることが窺われる。これらの諸点からみると、本法所定の小売市場の許可規制は、国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとつた措置ということができ、その目的において、一応の合理性を認めることができないわけではなく、また、その規制の手段・態様においても、それが著しく不合理であることが明白であるとは認められない。そうすると、本法 3 条 1 項、同法施行令 1 条、2 条所定の小売市場の許可規制が憲法 22 条 1 項に違反するものとすることができないことは明らかであつて、結局、これと同趣旨に出た原判決は相当であり、論旨は理由がない。」

### 【判例 5】薬事法事件

事案：薬事法（当時）では、医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を前提として、医薬品の一般販売業の許可条件として薬局等の設置場所が配置上適正であることも加わり、適正配置の具体的基準については各都道府県条例に委任されており、広島県の条例では、適正配置基準として既存の薬局との間に最短距離で概ね 100m と定められていた。

X は、広島県 A 市内で、医薬品の一般販売業を営むために、広島県知事に対して、営業許可の申請をしたところ、広島県知事は、薬事法 6 条 2 項及び広島県の委任条

A 最大判 S50.4.30・百 185

司 H18 司 H26 司 H30 司 R2

司 R6 予 H26

例で定める薬局開設の距離制限に違反するとの理由から、申請を拒否した。

X は、広島県を被告として、申請拒否処分の取消訴訟を提起した。

本事件では、薬局開設の距離制限を規定する薬事法 6 条 2 項及び県条例が憲法 22 条 1 項に違反するかどうか主たる争点となった。

要点：①消極目的に基づく職業の許可制の憲法適合性については、厳格な合理性の基準（中間審査の基準）により審査する（[論点 1]）。薬局開業の許可制及び各許可条件は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るという消極目的に基づく職業選択の自由そのものに対する制約であるから、厳格な合理性の基準が適用される。

なお、許可条件のうち適正配置規制については、「薬局の開業等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。」との理由から、職業選択の自由そのものに対する制約が認められる。

②医療品の供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したこと自体は、不良医薬品の供給から国民の健康と安全を守るためという公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的な措置として、合憲である。

③許可条件に関する基準のうち、「薬局の構造設備」・「薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数」・「許可申請者の人的欠格事由」についての許可条件は、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であるから、比較的容易にその必要性和合理性を肯定できる。

④「適正配置規制」は、不良医薬品の供給の防止の目的に直結する直接の関連性を有しないから、その必要性和合理性について、別途検討する必要がある。

適正配置規制は、主として不良医薬品の供給による国民の生命・健康に対する危険を防止することを内容とする消極目的に基づく規制であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止は不良医薬品の供給を防止する手段に過ぎない。したがって、適正配置規制は、重要な公共の利益のための規制といえる。

確かに、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定—法規違反による不良医薬品の供給」という因果関係のうち、「適正配置規制の不存在—薬局等の偏在—競争の激化—経営の不安定」までは容易に想定される。しかし、経営が不安定化した薬局等において法規違反による不良医薬品の供給が起こるという危険が相当程度の規模で発生する可能性については、単なる観念上の想定に過ぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とはいえない。したがって、手段の必要性の前提として要求される手段の適合性が認められない。よって、「適正配置規制」は、必要かつ合理的な規制とはいえず、憲法 22 条 1 項に反し違憲である。<sup>5)</sup>

判旨：①「憲法 22 条 1 項は、何人も、公共の福祉に反しないかぎり、職業選択の自由を

5) “ 薬事法事件判決では、…手段審査については、…目的と手段の合理的関連性を否定した。「厳格な合理性の基準」という定式からは、あたかも目的達成手段が必要最小限度にとどまらないことを、違憲判断の決め手にしたように想像されるが、本判決の理論はそうではない。もちろん本判決は、立入検査制の強化等の方策にも言及しているが、それは最終的には「供給業務に対する規制や監督の励行等によって防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠く」という形で、法が防止しようとする公益が害される危険の程度に関連づけて、手段の必要性を議論していることに注意すべきである。”（憲法 I 355 頁）

有すると規定している。職業は、人が自己の生計を維持するためにする継続的活動であるとともに、分業社会においては、これを通じて社会の存続と発展に寄与する社会的機能分担の活動たる性質を有し、各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するものである。右規定が職業選択の自由を基本的人権の一つとして保障したゆえんも、現代社会における職業のもつ右のような性格と意義にあるものということができる。そして、このような職業の性格と意義に照らすときは、職業は、ひとりその選択、すなわち職業の開始、継続、廃止において自由であるばかりでなく、選択した職業の遂行自体、すなわちその職業活動の内容、態様においても、原則として自由であることが要請されるのであり、したがって、右規定は、狭義における職業選択の自由のみならず、職業活動の自由の保障をも包含しているものと解すべきである。」

「もつとも、職業は、前述のように、本質的に社会的な、しかも主として経済的な活動であつて、その性質上、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由に比較して、公権力による規制の要請がつよく、憲法 22 条 1 項が「公共の福祉に反しない限り」という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨に出たものと考えられる。このように、職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実には職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によつては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞれの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法 22 条 1 項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによつて制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。しかし、右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであつて、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない。」

「職業の許可制は、法定の条件をみたし、許可を与えられた者のみにその職業の遂行を許し、それ以外の者に対してはこれを禁止するものであつて、右に述べたように職業の自由に対する公権力による制限の一態様である。…一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうするためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措



置であることを要し、また、それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によつては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要するもの、というべきである。そして、この要件は、許可制そのものについてのみならず、その内容についても要求されるのであつて、許可制の採用自体が是認される場合であつても、個々の許可条件については、更に個別的に右の要件に照らしてその適否を判断しなければならないのである。」

②「薬事法は、医薬品等に関する事項を規制し、その適正をはかることを目的として制定された法律であるが（1条）、同法は医薬品等の供給業務に関して広く許可制を採用し、本件に関連する範囲についていえば、薬局については、5条において都道府県知事の許可がなければ開設をしてはならないと定め、6条において右の許可条件に関する基準を定めており、また、医薬品の一般販売業については、24条において許可を要することと定め、26条において許可権者と許可条件に関する基準を定めている。医薬品は、国民の生命及び健康の保持上の必需品であるとともに、これと至大の関係を有するものであるから、不良医薬品の供給（不良調剤を含む。以下同じ。）から国民の健康と安全とをまもるために、業務の内容の規制のみならず、供給業者を一定の資格要件を具備する者に限定し、それ以外の者による開業を禁止する許可制を採用したことは、それ自体としては公共の福祉に適合する目的のための必要かつ合理的措置として肯認することができる…。」

③「そこで進んで、許可条件に関する基準をみると、薬事法6条（この規定は薬局の開設に関するものであるが、同法26条2項において本件で問題となる医薬品の一般販売業に準用されている。）は、1項1号において薬局の構造設備につき、1号の2において薬局において薬事業務に従事すべき薬剤師の数につき、2号において許可申請者の人的欠格事由につき、それぞれ許可の条件を定め、2項においては、設置場所の配置の適正の観点から許可をしないことができる場合を認め、4項においてその具体的内容の規定を都道府県の条例に譲っている。これらの許可条件に関する基準のうち、同条1項各号に定めるものは、いずれも不良医薬品の供給の防止の目的に直結する事項であり、比較的容易にその必要性和合理性を肯定しうるものである…のに対し、2項に定めるものは、このような直接の関連性をもつておらず、本件においてXが指摘し、その合憲性を争っているのも、専らこの点に関するものである。それ故、以下において適正配置上の観点から不許可の道を開くこととした趣旨、目的を明らかにし、このような許可条件の設定とその目的との関連性、及びこのような目的を達成する手段としての必要性和合理性を検討し、この点に関する立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えないかどうかを判断することとする。

④「右の適正配置規制は、主として国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置であり、そこで考えられている薬局等の過当競争及びその経営の不安定化の防止も、それ自体が目的ではなく、あくまでも不良医薬品の供給の防止のための手段であるにすぎないものと認められる。すなわち、小企業の多い薬局等の経営の保護というような社会政策的ないしは経済政策的目的は右の適正配置規制の意図するところではなく…、また、一般に、国民生活上不可欠な役務の提供の中には、当該役務のもつ高度の公共性にかんがみ、その適正な提供の確保のために、法令によつて、提供すべき役務の内容及び対価等を厳格に規制するとともに、更に役務の提供自体を提供者に義務づける等のつよい規制を施す反面、これとの

均衡上、役務提供者に対してある種の独占的地位を与え、その経営の安定をはかる措置がとられる場合があるけれども、薬事法その他の関係法令は、医薬品の供給の適正化措置として右のような強力な規制を施してはならず、したがって、その反面において既存の薬局等にある程度の独占的地位を与える必要も理由もなく、本件適正配置規制にはこのような趣旨、目的はなんら含まれていないと考えられるのである。…薬局の開設等の許可条件として地域的な配置基準を定めた目的が前記…に述べたところにあるとすれば、それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益ということができるから、右の配置規制がこれらの目的のために必要かつ合理的であり、薬局等の業務執行に対する規制によるだけでは右の目的を達することができないとすれば、許可条件の一つとして地域的な適正配置基準を定めることは、憲法 22 条 1 項に違反するものとはいえない。

「薬局の開設等の許可における適正配置規制は、設置場所の制限にとどまり、開業そのものが許されないこととなるものではない。しかしながら、薬局等を自己の職業として選択し、これを開業するにあたっては、経営上の採算のほか、諸般の生活上の条件を考慮し、自己の希望する開業場所を選択するのが通常であり、特定場所における開業の不能は開業そのものの断念にもつながりうるものであるから、前記のような開業場所の地域的制限は、実質的には職業選択の自由に対する大きな制約的効果を有するものである。…現行法上国民の保健上有害な医薬品の供給を防止するために、薬事法は、医薬品の製造、貯蔵、販売の全過程を通じてその品質の保障及び保全上の種々の厳重な規制を設けているし、薬剤師法もまた、調剤について厳しい遵守規定を定めている。そしてこれらの規制違反に対しては、罰則及び許可又は免許の取消等の制裁が設けられているほか、不良医薬品の廃棄命令、施設の構造設備の改繕命令、薬剤師の増員命令、管理者変更命令等の行政上の是正措置が定められ、更に行政機関の立入検査権による強制調査も認められ、このような行政上の検査機構として薬事監視員が設けられている。これらはいずれも、薬事関係各種業者の業務活動に対する規制として定められているものであり、刑罰及び行政上の制裁と行政的監督のもとでそれが励行、遵守されるかぎり、不良医薬品の供給の危険の防止という警察上の目的を十分に達成することができるはずである。もつとも、法令上いかに完全な行為規制が施され、その遵守を強制する制度上の手当がされていても、違反そのものを根絶することは困難であるから、不良医薬品の供給による国民の保健に対する危険を完全に防止するための万全の措置として、更に進んで違反の原因となる可能性のある事由をできるかぎり除去する予防的措置を講じることは、決して無意義ではなく、その必要性が全くないとはいえない。しかし、このような予防的措置として職業の自由に対する大きな制約である薬局の開設等の地域的制限が憲法上は認められるためには、単に右のような意味において国民の保健上の必要性がないとはいえないというだけでは足りず、このような制限を施さなければ右措置による職業の自由の制約と均衡を失しない程度において国民の保健に対する危険を生じさせるおそれのあることが、合理的に認められることを必要とするというべきである。…薬局の開設等について地域的制限が存在しない場合、薬局等が偏在し、これに伴い一部地域において業者間に過当競争が生じる可能性があることは、さきに述べたとおりであり、このような過当競争の結果として一部業者の経営が不安定となるおそれがあることも、容易に想定されるところである。…しかし、…広島県の指摘する医薬品の乱売に際して不良医薬品の販売の事実が発生するおそれがあったとの点も、それがどの程度のものであつたか明らかでないが、そこで挙げられている大都市の一部地域における医薬品の乱売のごときは、主としていわゆる現金問屋又はスーパーマーケットによ

る低価格販売を契機として生じたものと認められることや、一般に医薬品の乱売については、むしろその製造段階における一部の過剰生産とこれに伴う激的な販売合戦、流過程における営業政策上の行態等が有力な要因として競合していることが十分に想定されることを考えると、不良医薬品の販売の現象を直ちに一部薬局等の経営不安定、特にその結果としての医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等に直結させることは、決して合理的な判断とはいえない。殊に、常時行政上の監督と法規違反に対する制裁を背後に控えている一般の薬局等の経営者、特に薬剤師が経済上の理由のみからあえて法規違反の挙に出るようなことは、きわめて異例に属すると考えられる。このようにみてくると、競争の激化一経営の不安定一法規違反という因果関係に立つ不良医薬品の供給の危険が、薬局等の段階において、相当程度の規模で発生する可能性があるとするのは、単なる観念上の想定にすぎず、確実な根拠に基づく合理的な判断とは認めがたいといわなければならない。なお、医薬品の流通の機構や過程の欠陥から生じる経済上の弊害について対策を講じる必要があるとすれば、それは流通の合理化のために流通機構の最末端の薬局等をどのように位置づけるか、また不当な取引方法による弊害をいかに防止すべきか、等の経済政策的問題として別途に検討されるべきものであつて、国民の保健上の目的からされている本件規制とは直接の関係はない。

仮に右に述べたような危険発生の可能性を肯定するとしても、更にこれに対する行政上の監督体制の強化等の手段によつて有効にこれを防止することが不可能かどうかという問題がある。この点につき、広島県は、薬事監視員の増加には限度があり、したがつて、多数の薬局等に対する監視を徹底することは實際上困難であると論じている。このように監視に限界があることは否定できないが、しかし、そのような限界があるとしても、例えば、薬局等の偏在によつて競争が激化している一部地域に限つて重点的に監視を強化することによつてその実効性を高める方途もありえないではなく、また、広島県が強調している医薬品の貯蔵その他の管理上の不備等は、不時の立入検査によつて比較的容易に発見することができるような性質のものとみられること、更に医薬品の製造番号の抹消操作等による不正販売も、薬局等の段階で生じたものというよりは、むしろ、それ以前の段階からの加工によるのではないかと疑われること等を考え合わせると、供給業務に対する規制や監督の励行等によつて防止しきれないような、専ら薬局等の経営不安定に由来する不良医薬品の供給の危険が相当程度において存すると断じるのは、合理性を欠くというべきである。」

⑥「本件適正配置規制は、右の目的と前記…論じた国民の保健上の危険防止の目的との、二つの目的のための手段としての措置であることを考慮に入れるとしても、全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものであるといわなければならない。…以上のとおり、薬局の開設等の許可基準の一つとして地域的制限を定めた薬事法6条2項、4項（これらを準用する同法26条2項）は、不良医薬品の供給の防止等の目的のために必要かつ合理的な規制を定めたものといふことができないから、憲法22条1項に違反し、無効である。」

#### [判例6] 西陣ネクタイ事件

事案：生糸輸出の増進・蚕糸業の経営安定を目的として、一元輸入措置（＝外国産生糸の輸入は、日本蚕糸事業団（当時）から委託を受けた者又はその他政令で定める者でなければしてはならない）を定めた改正繭糸価格安定法の条項の違憲性が、国家賠償請求訴訟で主張された。

判旨：「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにも

C 司 R6

最判 H2.2.6・百188

かかわらずあえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところであり…、積極的な社会経済政策の実施の手段として、個人の経済活動に対し一定の合理的規制措置を講ずることは、憲法が予定し、かつ、許容するところであるから、裁判所は、立法府がその裁量権を逸脱し、当該規制措置が著しく不合理であることの明白な場合に限り、これを違憲としてその効力を否定することができるというのが、当裁判所の判例とするところである（昭和 45 年（あ）第 23 号同 47 年 11 月 22 日大法廷判決・刑集 26 卷 9 号 586 頁）。そして、昭和 51 年法律第 15 号による改正後の繭糸価格安定法 12 条の 13 の 2 及び 12 条の 13 の 3 は、原則として、当分の間、当時の日本蚕糸事業団等でなければ生糸を輸入することができないとするいわゆる生糸の一元輸入措置の実施、及び所定の輸入生糸を同事業団が売り渡す際の売渡方法、売渡価格等の規制について規定しており、営業の自由に対し制限を加えるものではあるが、以上の判例の趣旨に照らしてみれば、右各法条の立法行為が国家賠償法 1 条 1 項の適用上例外的に違法の評価を受けるものではないとした原審の判断は、正当として是認することができる。所論は、違憲をも主張するが、その実質は原判決の右判断における法令違背の主張にすぎない。論旨は、採用することができない。」

小売市場事件・最大判 S47.11.22・  
百 184

#### 〔判例 7〕司法書士法違反事件

事案：司法書士法は、登記に関する手続の代理等を司法書士の業務と定め（2 条 1 項 1 号）、司法書士会に入会している司法書士以外の者にこれらの業務を行うことを原則として禁止し（19 条 1 項）、違反者を 1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金に処する（25 条 1 項）ことを定めている。登記申請の代理を司法書士に原則的に独占させている司法書士法の合憲性が問題となった。

判旨：「司法書士法の右各規定は、登記制度が国民の権利義務等社会生活上の利益に重大な影響を及ぼすものであることなどにかんがみ、法律に別段の定めがある場合を除き、司法書士及び公共嘱託登記司法書士協会以外の者が、他人の嘱託を受けて、登記に関する手続について代理する業務及び登記申請書類を作成する業務を行うことを禁止し、これに違反した者を処罰することにしたものであって、右規制が公共の福祉に合致した合理的なもので憲法 22 条 1 項に違反するものでないことは、当裁判所の判例…の趣旨に徴し明らかである。」

解説：段階理論を前提にすると、司法書士の資格制は、主観的条件による事前規制であり、客観的条件による事前規制である薬局開設の距離制限よりも緩やかな規制態様のものであるという位置づけになる。

しかし、参入条件が主観的か客観的かという区別自体、必ずしも明快なものではない。なぜならば、生来の能力や資質は本人の努力で左右できない場合もあり、資格が常に自らの努力で克服できる主観的条件であるとは限らないし、他方、本人が適切な場所を選べば距離制限を克服することも可能だからである。

なお、本判決は消極目的規制の事例として判断したものと理解されている。

B  
最判 H12.2.8・百 190

百 190 解説 2 司 R6

芦部 257 頁

#### 〔判例 8〕酒類販売免許制事件

事案：酒税法は、酒類販売業について免許制度を定めるとともに、免許基準の一つとして「…その経営の基礎が薄弱であると認められる場合」には免許を与えないとすることができると規定していた。

要点：本判決は、①薬事法事件大法廷判決を参照して、「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益の

A 司 R6  
最判 H4.12.15・百 189

最大判 S50.4.30・百 185

ために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べた。

その上で、②消極目的・積極目的のいずれでもない「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的」の存在を認め、「租税法の定立」については「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から「裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」として、かかる目的に基づく「職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であるとの判断基準を示した。これは、「明白」という表現が用いられていないため、明白性の原則よりは厳格な基準であると理解されている。

判旨：①法令による職業規制の「合憲性の司法審査に当たっては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及び必要性和合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、立法政策上の問題としてこれを尊重すべきであるが、右合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭があり得る。ところで、一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要するものというべきである（最高裁昭和 43 年（行ツ）第 120 号同 50 年 4 月 30 日大法廷判決・民集 29 卷 4 号 572 頁参照）。」

②「憲法は、租税の納税義務者、課税標準、賦課徴収の方法等については、すべて法律又は法律の定める条件によることを必要とするのみを定め、その具体的内容は、法律の定めるところにゆだねている（30 条、84 条）。租税は、今日では、国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え、所得の再分配、資源の適正配分、景気の調整等の諸機能をも有しており、国民の租税負担を定めるについて、財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく、課税要件等を定めるについて、極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがって、租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはなく、裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである…。以上のことからすると、租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法 22 条 1 項の規定に違反するものということとはできない。」

③「酒税法が昭和 13 年法律第 48 号による改正により、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的のために、このような制度を採用したことは、当初は、その必要性和合理性があったというべきであり、酒税の納税義務者とされた酒類製造者のため、酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する目的で、これを阻害するおそれのある酒類販売業者を免許制によって酒類の流通過程から排除することとしたのも、酒税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという重要な公共の利益のために採られた合理的な措置であったといえる。その後の社会状況の変化と租税法体系の変遷に伴い、酒税の国税全体に占める割合等が相対的に低下するに至った本件処分当時の時点においてもなお、酒類販売業について免許制度を存置しておくことの必要性及び合理性については、議論の余地があることは否定できないとしても、前記のような酒税の賦課

薬事法事件・最大判 S50.4.30・百 I

85

徴収に関する仕組みがいまだ合理性を失うに至っているとはいえないと考えられることに加えて、酒税は、本来、消費者にその負担が転嫁されるべき性質の税目であること、酒類の販売業免許制度によって規制されるのが、そもそも、致酔性を有する嗜好品である性質上、販売秩序維持等の観点からもその販売について何らかの規制が行われてもやむを得ないと考えられる商品である酒類の販売の自由にとどまることをも考慮すると、当時においてなお酒類販売業免許制度を存置すべきものとした立法府の判断が、前記のような政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるとまでは断定し難い。」<sup>6)</sup>

④「…本件処分の理由とされた酒税法 10 条 10 号の免許基準について検討するのに、同号は、免許の申請者が破産者で復権を得ていない場合その他その経営の基礎が薄弱であると認められる場合に、酒類販売業の免許を与えないことができる旨を定めるものであって、酒類製造者において酒類販売代金の回収に困難を来すおそれがあると考えられる最も典型的な場合を規定したものといえることができ、右基準は、酒類の販売免許制度を採用した前記のような立法目的からして合理的なものといえることができる。また、同号の規定が不明確で行政庁のし意的判断を許すようなものであるとも認め難い。そうすると、酒税法 9 条、10 条 10 号の規定が、立法府の裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理であるということとはできず、右規定が憲法 22 条 1 項に違反するものということとはできない。」

補足：「私は、財政目的による規制は、いわゆる警察的・消極的規制ともその性格を異にする面があり、また、いわゆる社会政策・経済政策的な積極的規制とも異なると考える。一般論として、経済的規制に対する司法審査の範囲は、規制の目的よりもそれぞれの規制を支える立法事実の確実な把握の可能性によって左右されることが多いと思っている。…そして、そのような酒税の重要性の判断及び合理的な規制の選択については、立法政策に関与する大蔵省及び立法府の良識ある専門技術的裁量が行使されるべきであると考えている。」

園部逸夫裁判官の補足意見

## 〔判例 9〕医薬品ネット販売規制事件

事案：新薬事法は、一般用医薬品を健康被害のリスクに応じて第 1 類医薬品・第 2 類医薬品・第 3 類医薬品に分けた上で、これらの販売・授与の方法等について規定するとともに、販売・授与の方法の具体的態様について厚生労働省令に委任していた。この委任を受けて、新薬事法施行規則は、第 1 類医薬品・第 2 類医薬品について、郵便等販売を一律に禁止するとともに、店舗における販売・授与・情報提供を対面によることを義務付けた。これにより、インターネット等での販売が可能な一般用医薬品は、第 3 類医薬品のみとなった。

B 司 R6

最判 H25.1.11

<sup>6)</sup> 本判決は、酒類販売業の免許制について、薬事法事件大法廷判決を参照して、①「一般に許可制は、…狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定し得るためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要する」と述べる一方で、②当該免許制は「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図るという国家の財政目的」に基づくものであり、「総合的な政策判断」及び「極めて専門技術的な判断」が必要であるとの理由から、「必要性和合理性についての立法府の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り」合憲であると述べている。このように、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれている。

職業規制に関する判例について、判例の立場であると理解されている利益較量論に従って理解するのであれば（基礎応用 16 頁以下）、積極目的又は財政目的に基づく狭義の職業選択の自由に対する規制については、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さがずれることになる。利益較量論だからこそ、規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なることも許容されるのである。

これに対し、学説の違憲審査基準論に従って理解するのであれば、目的審査と手段審査とで厳格度を一致させる必要があるから、判例のように規制目的と規制手段とで要求されるハードルの高さが異なるということは許されない。この点については、職業規制が出題された平成 26 年司法試験の採点実感でも、「定立した審査基準と、目的審査において求められる正当性のレベルがかみ合っていないものが多かった。例えば、厳格な合理性審査を採りながら、目的が『正当』であればよいと記述している答案などである。」として批判されている。

本事件では、新薬事法施行規則は郵便等販売を広範に禁止するものであり、新薬事法の委任の範囲外の規制を定める違法なものではないかという点が問題となった。

要点：本事件の調査官解説によると、「委任命令が授權規定による委任の範囲内といえるか否か」は、授權規定の文理、授權規定が下位法令に委任した趣旨、授權法の趣旨・目的・仕組みとの整合性、委任命令によって制限される権利・利益の性質等を考慮して判断される。

そして、本判決は、（i）安全面及び消費者の利便性の見地からみて、一般医薬品の販売・授与の方法を店舗における対面のものに限定すべき理由は乏しいという意見が、一般消費者、専門家・有識者等、さらには政府内部でも存在したこと、（ii）「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが明らかである」ことを理由に、委任の趣旨の解釈を厳格に行い、具体的には、「新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」としている。

調査官解説〔岡田幸人〕、憲法判例  
の射程 274～275 頁、188～189 頁

## 第2節. 居住・移転の自由

- ① 何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。（憲法 22 条 1 項）
- ② 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。（同条 2 項）

B

司 H28 司 R2

赤坂 163 頁

憲法 I 339 頁

佐藤 331 頁

B 司 H28 司 R2

令和 2 年司法試験参考

旅券発給拒否処分事件・最判  
S60.1.22・伊藤正己裁判官の補足意見、令和 2 年司法試験・採点実感

芦部 253 頁、2016 法セミ 12 頁

平成 2 年司法試験の出題趣旨・採点実感

### 1. 居住・移転の自由

#### （1）意義・性質

「居住、移転」とは、住む場所（住所・居所）を選んでその場所に住み続け、あるいは別な場所に住み変える人間行動を意味する。<sup>1)</sup>

このうち、「居住」は生活の本拠を決めることで、「移転」は生活の本拠を移すことであり、生活の本拠を自己決定できることに居住・移転の自由の人格関連性が見出される。

居住・移転の自由は、①資本主義経済の不可欠の要素である自由な経済活動の基礎的条件であるとともに、②自己の移動したいところに移動できるという点で人身の自由としての側面をもち、さらには、③自己の選択するところに居を定め様々な自然と人に接し、私生活を形成維持することで、人格形成・精神生活にとって決定的に重要であるという意味で、精神的自由としての側面も有する。

#### 〔論点 1〕一時的な移動の自由

「居住、移転の自由」には、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由も含まれるか。

例えば、ある都道府県が、観光地の交通渋滞を解消することを目的として、自家用車で域外から観光地に乗り入れることを罰則付きで禁止する自主条例を制定した場合には、自家用車で観光地まで移動するという意味での一時的な移動の自由が問題となる。

確かに、人を一定の土地と結び付ける身分制度を固定させていた封建社会から脱却して近代社会を形成したときに、職業選択の自由の当然の前提として自由に住所・居所を定めそれを移動させることを認めるためという「居住、移転の自由」の経済的自由としての側面からは、住所・居所の決定・変更を伴わない一時的な移動の自由が「居住、移転の自由」に含まれると説明することはできない。

しかし、「居住、移転の自由」には、人身の自由の側面と、他者との意見や情報の交流などを通じて人格の形成・発展に役立つという精神的自由の側面もあるところ、一時的な移動にもこれらの側面が認められる。

そこで、「移転の自由」には一時的な移動の自由も含まれると解する。

#### （2）審査基準

「居住、移転の自由」に対する制約についての違憲審査基準の厳格度は、主として、制約されている「居住、移転の自由」の性質と制約の態様を考慮して判断するべきである。

まず、制約されている「居住、移転の自由」が経済的自由の側面のみならず、人身の自由や精神的自由の側面を有するのであれば、そのことが違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

<sup>1)</sup> 「居住、移転の自由」については、「自己の住所または居所を自由に決定し、移動すること」という定義もある（芦部 252 頁）。



次に、制約が強度であれば、そのことも違憲審査基準の厳格度を上げる方向で評価される。

### (3) 判例

以下では、居住・移転の自由に関する判例を取り上げる。

#### [判例 1] 帆足計事件

事案：帆足計は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するために、外務大臣に対してソ連行き的一般旅券の申請をしたところ、外務大臣が旅券法 13 条 1 項 5 号（現：7 号）の「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に当たると認定し、旅券の発給を拒否したため、モスクワの国際経済会議に出席することができなくなり、海外渡航をする権利に対する侵害を理由として、国に対する国家賠償を求めて出訴した。

判旨：①「憲法 22 条 2 項の「外国に移住する自由」には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。そして旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法 13 条 1 項 5 号が、「著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、所論のごとく右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。」

②「論旨は、旅券法 13 条 1 項 5 号が仮りに違憲でないとしても、本件の旅券発給申請は、同条に該らないに拘らず、原判決が同条を適用してその発給を拒否した外務大臣の処分を適法であると認めたのは同条の解釈適用を誤った違法がある。又本件拒否処分は国家賠償法 1 条 1 項にいう故意過失があつたものとはいえない旨の判示も同条の解釈を誤った違法があると主張する。しかし、旅券法 13 条 1 項 5 号は、公共の福祉のために外国旅行の自由を合理的に制限したものと解すべきであることは、既に述べたとおりであつて、日本国の利益又は公安を害する行為を将来行う虞れある場合においても、なおかつその自由を制限する必要がある場合のありうことは明らかであるから、同条をことさら所論のごとく「明白かつ現在の危険がある」場合に限ると解すべき理由はない。」

解説：原告の海外渡航の目的は、モスクワで開催される国際経済会議に出席するという表現行為にあるから、仮に法令違憲とみることができないとしても、本件旅券発給拒否処分について、厳格な裁量統制が行われるべきであり、具体的には、日本国の利益又は公安を害する相当の蓋然性が客観的に存在していることが要求されるべきである、との指摘もある。

#### [判例 2] ハンセン病訴訟

事案：らい予防法（昭和 28 年成立）は、昭和 20 年代前半までにハンセン病が伝染し発病に至るおそれが極めて低い病気であることが広く認められ、ハンセン病に著効を示すプロミンの登場により、ハンセン病が治療可能で不治の病気であるとの観念が妥当しなくなっていたにもかかわらず、患者の強制隔離・外出制限・懲戒検束規定などの旧法の基本原理を引き継いだまま成立した。

らい予防法 11 条の国立療養所に入所していた X らは、国に対し、厚生大臣が策定・遂行したハンセン病患者の隔離政策が違法であること、及び国会議員がらい予防法を制定した立法行為又はらい予防法を平成 8 年まで改廃しなかった立法不作為が違法である等として、国家賠償を求めて出訴した。

要点：①本判決は、「居住・移転の自由」については、「経済的自由の一環」「人身の自

C

最大判 S33.9.10・百 1100

芦部 254 頁、赤坂 167 頁

B

熊本地判 H13.5.11

由」としての側面のみならず、「自己の選択するところに従い社会の様々な事物に触れ、人と接しコミュニケーションする」という「人が人として生存する上で決定的重要性を有すること」にとって「不可欠の前提というべきものである」としている。

②「新法の隔離規定によってもたらされる人権の制限」の評価については、「当該患者の人生に決定的に重大な影響を与え…、人として当然に持っているはずの人生のありとあらゆる発展可能性が大きく損なわ」せ、「その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるものである」との理由から、「このような人権制限の実態は、単に居住・移転の自由の制限ということで正当には評価し尽くせず、より広く憲法 13 条に根拠を有する人格権そのものに対するものととらえるのが相当である」とする。

③人権制限の許容性については、新法の隔離規定による人権制限の重大性を理由に、「最大限の慎重さ」が必要であり、「伝染予防のために患者の隔離以外に適当な方法がない場合で…、しかも、極めて限られた特殊な疾病にのみ許されるべきものである」と述べ、「遅くとも昭和 35 年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白となっていた」とする。

④法律が違憲である場合における国家賠償責任については、「少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとする」新法の隔離規定による人権侵害事案では「多数決原理」による救済が望めないという事案の特殊性を理由に、「議会制民主主義や多数決原理」を根拠として国家賠償法上の「違法」要件を限定した在宅投票廃止違憲訴訟最高裁判決の判断枠組みは、そのままの形では本件に妥当しないとしている。

最判 S60.11.21・百Ⅱ190

## 2. 国籍離脱の自由

「国籍」は、特定の国家に所属することを表す資格であり、それを個人の自由意思で離脱することは、明治憲法時代の国籍法では許されず、原則として政府の許可を必要とした。その意味で、憲法 22 条が国籍離脱の自由を認めたことは、一つの画期といえよう。

しかし、それは、無国籍になる自由を含むものではない。国籍法が「外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」（11 条 1 項）と定めているのは、その趣旨である。

もっとも、最近の急激な国際化の動きは、「国籍唯一の原則」に基づく従来の厳格な重国籍防止の考えに波紋を広げている。

C

芦部 254 頁

## 第3部 統治機構

### 第1章 権力分立

B

#### 1. 伝統的意味

B

近代憲法は、権利宣言と統治機構の二つの部分から成る。

芦部 311 頁

統治機構の基本原理は、国民主権と権力分立である。

権力分立は、国家の諸作用を性質に応じて立法・行政・司法に区別した上で、それを異なる機関に担当させるように分離し、相互に抑制と均衡を保たせる制度である。

これは、国家権力が単一の国家機関に集中すると、権力が乱用され、国民の権利・自由が侵されるおそれがあることに着目して、国家の諸作用を分離・独立させることを通じて相互の抑制・均衡を図ることを手段として、国家権力の乱用から国民の権利・自由を守ることを目指した原理であって、「自由主義的な政治的組織の原理」とも呼ばれる。

#### 2. 現代的変容

B (択)

##### (1) 行政国家現象による変容

芦部 313 頁

20 世紀の積極国家・社会国家の要請に伴い、行政活動の役割が飛躍的に増大し、行政権が肥大化し、法の執行機関である行政府が国の基本政策の形成決定に事実上中心的な役割を営む「行政国家」の現象が顕著になっている。このような現象のもとでは、肥大化している行政権をいかに統制するかが重要な課題となる。

##### (2) 政党国家現象による変容

国民と議会を媒介する組織としての政党が発達し、政党が国家意思の形成に事実上主導的な役割を演ずる「政党国家」の現象が生じており、伝統的な議会と政府の関係は、政府・与党と野党の対抗関係へと機能的に変化している。その結果、伝統的な議院内閣制を特徴づける政府の議会に対する連帯責任や、国会による立法ないし行政監督の諸原則がもつ政治的意味は大きく変わり、規範と現実が必ずしも一致せず、議会主義の再生が望まれる。

##### (3) 司法国家現象による変容

裁判所による違憲審査制が導入され（憲法 81 条）、司法権が議会・政府の活動をコントロールする「司法国家」の現象が進展している。

(1) ないし (3) の状況下で、権力分立制のあり方は現代的に再検討されなければならないが、その場合でも、人権の確保という権力分立制の根本思想を維持し、国家権力の強大化を防止していくことが重要である。

#### 3. 政党

B

権力分立を機能させる上で決定的に重要な役割を果たすのが政党である。政党の数と構造は政治体制のあり方を左右する。

##### (1) 定義

(択)

政党を定義づけることは必ずしも容易ではない。

野中ほかⅡ 52～53 頁 (択)

最も古典的な定義としては、「結集したすべての人々が合意する特定の原則の下で、彼らが相互に協力し合い、国民的利益の促進をはかることを意図した団体」というバーク・エドモンドの定義が挙げられる。

もつとも、それ以外にも、政党に関する問題視角が異なるのに応じて、様々な定義が与えられており、政党の概念が法律上用いられる場合には、その政策目的の変化に応じて、政党の定義が変えられることもある。

## (2) 憲法との関係

野中ほかⅡ54～55頁

政党は、代表民主制とともに生じ、それが機能する上で不可欠な役割を果たすものであったにもかかわらず、国家の政党に対する態度は、長い間必ずしも好意的ではなく、むしろ、当初は敵対的ないし冷淡ですらあり、政党が法律上及び憲法上の存在として認められるようになるのは、二つの世界大戦を経た後の西欧諸国においてである。

トリーペルは、政党に対する国法の態度の歴史的変遷について、①敵視、②無視、③承認・合法化、④憲法的編入という段階を観念している。

現在の日本は、③の段階にあるといわれている。

## (3) 日本における政党と国家の関係

野中ほかⅡ55頁～58頁

日本では、1881年に自由党、翌年に立憲改進黨が結成されて以来、政党は実際に政治において常に重要な役割を演じてきたが、明治憲法時代を通じて、国家は、法的には原則として、これを「無視」ないし「敵視」する態度を取り、治安警察法（1900年）、治安維持法（1925年）、言論・出版・集会・結社等臨時取締法（1941年）などによって、治安取締的見地から、政党に対する法的規制を行ってきた。

日本国憲法の代表民主制が実際にその機能を十分発揮しうるか否かは、国民の具体的な政治意思の形成に寄与するとともに、国会を通じてこれを実際の統治に媒介する政党のあり方いかんにかかっている。日本国憲法の下では、八幡製鉄事件において「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な要素なのである。」とされている。これにより、日本国憲法の下における政党に関する国家の態度は、トリーペルの発展図式における「承認・合法化」の段階にあるものといえる。

最大判 S45.6.24・百17

## (4) 政党の地位・根拠・性格

- ・政党は、「国民がその政治的意思を国政に反映させ実現させるための最も有効な媒体であって、議会制民主主義を支える上においてきわめて重要な存在であるといえることができる。」とされている。
- ・「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いないのであるが、…憲法は、政党の存在を当然に予定している」とされている。
- ・「政党は、政治上の信条・意見等を共通にする者が任意に結成する政治結社」であるから、政党の憲法上の根拠は「結社…の自由」（憲法21条1項）に求めることができるから、基本的に、政党には自由で私的な団体として活動することが保障され、かつ、要請されていると解される。他方で、政党は、国家の政治的意思形成過程に深く関わっており、実際には国家機関の一部として活動しているとみることすらできるから、この意味において、政党は公的性格（公的役割・公的特殊機能）をもつともいわれている。

共産党袴田事件・最判 S63.12.20・百182

八幡製鉄事件・最大判 S45.6.24・百18

最判 S63.12.20・百182

## 第2章 国会

### 第1節. 国会の地位

芦部 316 頁

憲法前文で「権力は国民の代表者がこれを行使し」とうたわれていることから明らかな通り、日本国憲法は代表民主制を基本とする。

代表民主制とは、議会を中心とする政治であり、議会制民主主義又は議会主義とも呼ばれる。

議会制民主主義において、国民の意思は代表され、議会が公開の討論を通じて、国政の基本方針を決定する。この意味で、国会は、憲法上も政治の実際においても、極めて重要な地位を占めている。

国会は、憲法上、①国民の代表機関、②国権の最高機関、③唯一の立法機関という三つの地位を有する。

#### 1. 国民の代表機関

C (択)

芦部 316～319 頁、野中ほかⅡ 60～

63 頁

憲法 43 条は、国会（両議院）が「全国民で代表する選挙された議員」で組織されると定めている。ここでいう「全国民で代表」の意味については種々の議論がある。

##### 〔論点 1〕「全国民で代表」の意味

「全国民で代表」の意味について法的代表と考える見解は、国民を意思能力を有しない政治的無権利者として扱う点で、国民主権下の「国民」の理解としては妥当でない。

そこで、「全国民で代表」については、法的代表という意味ではなく、国民は代表機関を通じて行動し、代表機関は国民意思を反映するものとみなされるという趣旨の政治的代表という意味であると構成される必要がある。

もっとも、経済の発展とともに社会構造が複雑化し国民の価値観も多元化したという状況下では、議員の地位の国民意思による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになっている。

そこで、「全国民で代表」については、政治的代表的意味に加え、社会学的代表という意味を含むものとして構成するべきである。

#### (1) 法的代表

本来的に意思能力を欠く国民の法的代表機関たる国会の表明する意思が国法上国民の意思とみなされるという意味での法的代表であると理解する見解。

この見解に対しては、①国民を意思能力を有しない政治的無権利者として扱う点で、参政権をはじめとする諸権利を保持し、選挙等の手続を通じて固有の意思を表明する国民主権下の「国民」の理解としては妥当でない、②そこでは国民の選挙によって選ばれない議員から成る貴族院もまた、法の力によって国民の代表者であるとする点で、すぐれて懐疑的であり、現実不一致という批判がある。

#### (2) 政治的代表的

代表機関の行為が法的に代表される国民の行為とみなされるという趣旨の法的代表という意味ではなく、国民は代表機関を通じて行動し、代表機関は国民意思を反映するものとみなされるという趣旨の政治的代表的という意味であると理解する見解。

具体的には、①議会を構成する議員は、選挙区ないし後援団体など特定の

選挙母体の代表ではなく、全国民の代表であること、②したがって、議員は議会において、自己の信念に基づいてのみ発言・表決し、選挙母体である選挙区ないし後援団体等の訓令には拘束され、訓令を守らないと召還される委任命令（強制委任）は禁止されること、を意味する。

この表決の自由（自由委任の原則）が、政治的代表的本質的な特色である。

### （３）社会学的代表

政治的代表的考え方は、国民の意思と議員の意思との間に一致の関係が実際に存在するかを問題にしないため、議員は国民のために活動する意思を持てば足りることになる。これでは、国民代表の理論が、国民の意思と議員の意思との間に不一致が存在するにもかかわらず、あたかも一致があるかのように説くことによって、実際上の不一致を覆い隠すイデオロギー的性格を濃厚に持つことになってしまうという難点がある。

とくに第二次世界大戦後、経済の発展とともに社会構造が複雑化し国民の価値観も多元化したという状況も踏まえて、議員の地位の国民意思（具体的には選挙）による正当化が強調され、国民意思と代表者意思の事実上の類似が重視されるようになってきていることからすれば、社会学的な観点を含めて代表の観念を構成する必要がある。

そこで、「全国民で代表」の意味については、政治的代表的意味に加え、社会学的代表（選挙により表明される国民の意思の多元的な意思、社会の実勢力が国会にできるだけ忠実に反映されること）という意味を含むものとして構成するべきである。

具体的には、国民の多様な意思をできるかぎり公正かつ忠実に反映する選挙制度が憲法上要請されることになる。

## 2. 自由委任と党議拘束

政党政治が発達し、とくに政党規律が強くなると、議員は事実上党議に拘束され、党の指示に従って行動することを強いられる。

このような党議拘束は自由委任の思想（憲法 43 条 1 項）に適合しないとする見解もある。

しかし、現代の政党国家においては、議員は所属政党の決定に従って行動することによって国民の代表者としての実質を発揮できるのであるから、党議拘束は自由委任の枠外の問題であると理解するべきである。

もっとも、議員の所属政党変更の自由を否認したり、党からの除名をもって議員資格を喪失させたりすることについては、自由委任の原理に矛盾する。<sup>1)</sup>

C (択)

芦部 317～318 頁

<sup>1)</sup> ただし、議員の自発的な党籍の変更や離脱に限って議員資格を喪失させる規定を設けることは許されるとする少数説もある。2000 年の法律改正で、衆議院及び参議院の比例代表選出議員が当選後に所属政党を変更した場合には議員の地位を失うことになった（国会法 109 条の 2、公選法 99 条の 2）。この規定は、議員資格の喪失を自発的な党籍変更の場合に限定することとさえしておらず、自由委任の原理との関係で問題をはらんでいる（芦部 317～318 頁）。

この点と関連し、参議院（比例代表選出）議員選挙において、ある政党の候補者名簿に登載され次点で落選した者が、約一年後に党から除名されたため、その直後に当該政党の参議院議員に二名の欠員が生じたにもかかわらず、下位の名簿登載順位の者が繰上げ当然とされたため、その中央選挙会の決定が争われたという事件において、最高裁は、「政党等の政治結社の内部的自律権をできるだけ尊重」する観点から、政党等の組織内の自律的運営としてなされた除名その他の処分の当否については原則として政党等による自律的な解決に委ねられているとするともに、その不存在又は無効を理由とする選挙無効は認められない旨判示している（日本新党繰上補充事件・最判 H7.5.25・百Ⅱ153）。

### 3. 国権の最高機関

憲法 41 条では、「国会は、国権の最高機関である」と定められている。

#### (1) 「国権」の意味

これには、2つの意味がある。

一つ目は、国家法人説において、法人格を有し権利の主体である国家の意思力を指示するものとして用いられる場合である。

二つ目は、立法権・司法権・行政権など、統治活動をなす諸々の権力を総称するものとして用いられる場合である。これは、国家法人説において、国家の意思力たる「国権」と峻別され、国家の意思力の内容を組成する「統治権」と呼ばれるものである。

#### (2) 「最高機関」の意味

国家法人説を前提として、国家の意思力としての国権は国家諸機関によって発動されるところ、これらの機関の中には常に国権を統括する機関が存在しなければならないとして、「国権の最高機関」とは、国会が国権を統括する機関であることを意味しており、内閣・裁判所は国会の下位にあり国権の発動の仕方について国会の意思に従わなければならないとする見解がある（統括機関説）。

しかし、国会は主権者でもなければ統治権の総攬者でもなく、権力分立の原理のもとで内閣の解散権と裁判所の違憲立法審査権（憲法 81 条）によって抑制されていることからすれば、「最高機関」という点について上記のように法的意味を与えることはできない。

そこで、「最高機関」については、国会が主権者である国民によって直接選任され、その点で国民に連結しており、しかも立法権をはじめ重要な権能を憲法上与えられ、国政の中心的地位を占める機関であるということを強調する政治的美称であると解すべきである（政治的美称説）。<sup>2)</sup>

C (択)

野中ほかⅡ 70 頁

野中ほかⅡ 70～75 頁、芦部 319 頁

### 4. 唯一の立法機関

憲法 41 条では、「国会は、…国の唯一の立法機関である」と定められている。

これは、立法権を国会が独占することを意味する。

#### (1) 「立法」の意味

##### ア. 形式的意味の立法／実質的意味の立法

およそ立法には、国法の一形式である法律（国会が制定する法規範）の定立という意味での形式的意味の立法と、法規という特定の内容の法規範の定立という意味での実質的意味の立法（規範の形式が法律であると命令であるとを問わず、中身に注目する）がある。

仮に憲法 41 条でいう「立法」を形式的意味の立法として理解するとそれは同語反復に過ぎないか、せいぜい国会以外の機関が法律の形式で法規範を定立すること禁止する意味しか持たないことになってしまい、憲法上の権能帰属の解釈としては妥当でない。

そこで、「立法」については、実質的意味の立法と解すべきである。

##### イ. 実質的意味の立法

法規の意義については、議会の権力が弱かった 19 世紀の立憲君主憲法

B

芦部 319 頁

野中ほかⅡ 78～79 頁、芦部 319～

320 頁

野中ほかⅡ 79～80 頁、芦部 320 頁

<sup>2)</sup> 国会が国民を直接代表する高い権威を有するということは、どの国家機関に帰属するのか不明である立法定立権能が国会に帰属すると推定すべきことの根拠になるが、それは、「最高機関」という点について法的意味があることの理由にまではならない（芦部 319 頁）。

の下では「国民の権利を直接に制限し、義務を課す法規範」と理解されていたが、日本国憲法の下では、民主主義の進展により議会の権力が強化された日本国憲法の下においては、法規の意味をより広く捉えるべきである。

そこで、実質的意味の立法の対象となる法規とは、およそ一般的・抽象的な法規範をすべて含むと解すべきである。

法律の一般性・抽象性とは、法律が不特定多数の人に対して、不特定多数の場合ないし事件に適用される法規範であることを意味しており、これは公権力がある特定人を差別すること禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することを目的としているともいわれる。

野中ほかⅡ81頁

## ウ. 処分的法律（措置法）<sup>3)</sup>

野中ほかⅡ81～82頁、芦部 320～

社会国家的課題もしくは行政国家的現実から要請される種々の行政処分的性質をもつ個別具体的な措置について、立法的統制の観点から、この種の措置を内容とする処分的法律が制定されることがある。法規の一般性・抽象性との関係で、受範者もしくは事件が少なからず特定された処分的法律をどう評価するかが問題となる。

321頁

これについては、実質的意味の立法の対象となる法規について一般性・抽象性を要求する目的は、公権力がある特定人を差別することを禁じ、最小限度の自由・平等・安全を保障することにある。

そうすると、処分的法律であっても、市民的平等性が保持され、公権力の恣意性が排除されているのであれば、法規の一般性・抽象性に反しない。

そこで、権力分立原理の核心を侵し議会・政府の憲法上の関係が決定的に破壊されることがなく、かつ、社会国家にふさわしい実質的・合理的な取扱いの違いを設定する趣旨のものであれば、処分的法律は法規の一般性・抽象性に反しないと解すべきである。

## （２）「唯一」の意味

芦部 321頁

国会が「唯一」の立法機関であることは、実質的意味の立法はもっぱら国会が（法律という形式で）定めなければならないことを意味する。

すなわち、①国会による立法以外の実質的意味の立法は、憲法の特別の定めがある場合を除いて許されないこと（国会中心立法の原則）<sup>4)</sup>、②国会による実質的意味の立法は、国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）を意味する。

議院規則（憲法 58 条 2 項）・最高裁判所規則（憲法 77 条）は①の例外、地方自治特別法についての住民投票制度（憲法 95 条）は②の例外である（野中ほかⅡ76～78頁）。

国会が「国の唯一の立法機関である」こととの関係で、内閣の法律案の発案権、最高裁判所の法律の発案権、委任立法の可否・限界が問題となる。

### 〔論点 1〕内閣の法律案提出権

B

憲法上、内閣に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、内閣に法律案提出権が認められるか、「国会」が「国の唯一の立法機関である」（憲法 41 条後段）こととの関係で問題となる。

芦部 321～323頁、野中ほかⅡ216～218頁、佐藤 478～479頁

同条後段は、国会による実質的意味の立法が国会以外の機関の参与を必要としないで成立すること（国会単独立法の原則）をも意味している。

そうすると、法律案の提出が「立法」作用の一部であると捉えれば、内閣

<sup>3)</sup> “ 個別的法律は恣意的・専断的になりがちで、法の一般性が「法の支配」と重要なかわり合いをもっていることは十分に配慮されなければならない。”（佐藤 475 頁）

<sup>4)</sup> 憲法 94 条の条例制定権については、通説的見解は、①条例の制定は国会の法律制定と同じ性質の行為であること、②地方議会も国会と同様に住民により選挙された議員で組織されるものであることなどを理由に、敢えて「国の唯一の立法」の例外とみる必要はないと解している（野中ほかⅡ76頁）。



に法律案提出権を認めることが国会単独立法の原則に違反する。

しかし、法律案の提出は、立法過程の不可欠の要素ではあるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法の準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。

また、憲法 72 条の「議案」提出権という「議案」には法律案も含まれていと解することができる。

さらに、議院内閣制（67 条 1 項、68 条 1 項、69 条等）の下では、国会と内閣の協働が要請されることからすれば、内閣の法律案提出権を認める必要がある。

そこで、内閣の法律案提出権は、憲法 72 条の「議案」提出権として許容され、国会単独立法の原則に違反しないと解する。<sup>5)</sup>

## 〔論点 2〕 最高裁判所の法律案提出権

憲法上、最高裁判所に法律案提出権があることを明示した規定はない。それでは、最高裁判所に法律案提出権が認められるか。

確かに、法律案の提出は、立法過程の不可欠の要素ではあるものの、国会の議決を拘束するものではないから、立法の契機を与える立法の準備行為とみるべきであり、「立法」作用の一部とみるべきではない。

そうすると、最高裁判所の法律案提出権は国会単独立法の原則（憲法 41 条後段）には違反しない。

しかし、内閣の法律案提出権と異なり、最高裁判所の法律案提出権の手掛かりとなる憲法上の規定はない（憲法 72 条対照）。

司法権には立法権・行政権からの独立性が要求される（憲法 77 条、78 条、80 条）ところ、その趣旨は、裁判を通じて国民の人権を保護する役割を担っている非政治的権力としての司法権が政治的権力から侵害・干渉を受けることを排除して、特に少数者の人権保護を図るということにある。

ところが、最高裁判所の法律案提出権を認めると、最高裁判所みずからが国会の審議の場に提案者として登場し、その法案成立に向けて政治的駆引きに関与することになるから、司法権に対する政治的権力による侵害・干渉を排除するという司法権独立の原則の趣旨に反する。

したがって、最高裁判所の法律案提出権は認められないと解する。

## 〔論点 3〕 委任立法

委任命令とは、法律の委任を受けて行政機関が制定する命令をいい、国会の定立する規範である法律とは区別される。

委任命令には、委任の可否と委任立法の限界という問題があり、後者の問題はさらに、委任の方法の問題（委任をする法律の側の問題）と委任命令の内容の問題（委任を受けた命令の側の問題）に分類される。

### 1. 委任立法の可否

委任立法の憲法上の根拠は必ずしも明確ではないところ、国会を唯一の立法機関であるとする憲法 41 条との関係で委任立法の合憲性が問題となる。

C

B 司 H20

櫻井・橋本 60 頁

塩野 I 106 頁、宇賀 I 318～322 頁、  
基本行政法 154 頁

櫻井・橋本 62 頁、曾和 101 頁

<sup>5)</sup> 他にも、肯定説の根拠としては、①憲法は内閣の事務の 1 つとして「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」（73 条 1 号）を挙げ、内閣が国政のあり方について全般的な配慮をなすべき立場にあるとして、内閣が法律案を提出すべきことが要請されている（佐藤 479 頁）、②内閣の法律案提出権を否定しても、議員たる国務大臣が議員の資格で発議しうるから、実質的には内閣の法律案提出権を認めることと変わりがない（野中ほか II 216 頁）、③国会による慣行的受容によってすでに確立されていること（野中ほか II 217 頁）などが挙げられる。

行政需要に迅速に対応する要請、専門的・技術的事項を詳細に定める要請、地域的な特殊事情に配慮する要請、政治的決定から距離を置くべき中立性が要求される事項もあることから、委任立法を許容する必要性が認められる。

また、憲法 73 条 6 号但書は、委任命令の存在を予定しているといわれている。

これらの実質的根拠及び形式的根拠から、委任立法は一定の範囲で許容されると解される。

## 2. 委任の方法の限界

憲法 41 条が国会を国の唯一の立法機関であると定めている趣旨からすれば、法律において、命令で定める事項を列挙する等、委任事項を個別的・具体的に定める必要があり、国会で本来定めるべき立法事項を行政機関に白紙委任するような委任は憲法 41 条に反し違憲であると解される。

これは、法律による行政の原理との関係でいえば、法律の法規創造力の問題である。

もっとも、委任事項の個別的・具体的な指示は、委任を定める法律の規定自体の中で明示する必要はなく、当該法律の他の規定や法律全体を通じて合理的に導出されるものであれば足りると（も）いわれている。

なお、罪刑法定主義の原則から、罰則の委任については、委任の個別性・具体性が特に厳格に要求され、犯罪構成要件については立法の目的と概括的構成要件が、刑を定める法規についてはその原則が、法律で定められなければならない。

## 3. 委任命令の内容の限界

委任を受けた行政機関は、法律の委任の趣旨に従って命令を制定しなければならない。したがって、委任の趣旨をどのように具体化するのかについては行政機関に裁量が認められるものの、委任命令の内容が法律の委任の趣旨を逸脱・濫用している場合には、当該命令は違法となる。これは、法律による行政の原理のうち、法律の優位の原則の問題である。

委任命令の内容が委任の範囲内であるかについては、委任の趣旨を踏まえて判断することになり、委任の趣旨を解釈する際には、①当該法律の委任規定の文言だけでなく、②当該法律の趣旨・目的、③当該法律が命令に委任した趣旨、④規律の対象となる私人の権利利益の性質も（規制であれば、その強度も）考慮する。

例えば、④国民の重要な権利利益を規制する場合や、規制の程度が強い場合等には、法律に置かれた委任規定の趣旨が一定程度厳格に解釈される。最高裁判例は、第 1 類・第 2 類医薬品につき郵便等販売を禁止する新薬事法施行規則の内容が新薬事法の委任の範囲内であるかどうかの問題となった事案において、（i）安全面及び消費者の利便性の見地からみて、一般医薬品の販売・授与の方法を店舗における対面のものに限定すべき理由は乏しいという意見が、一般消費者、専門家・有識者等、さらには政府内部でも存在したことに加え、（ii）「旧薬事法の下では違法とされていなかった郵便等販売に対する新たな規制は、郵便等販売をその事業の柱としてきた者の職業活動の自由を相当程度制約するものであることが

塩野 I 106 頁

曾和 101 頁、塩野 I 104 頁

櫻井・橋本 63 頁、曾和 101 頁、基  
本行政法 154 頁

塩野 I 107 頁

宇賀 I 320 頁

櫻井・橋本 63 頁、塩野 I 126 頁

宇賀 I 322 頁、塩野 I 107 頁

医薬品ネット販売規制事件・最判  
H25.1.11 の調査官解説、曾和 103  
頁、塩野 I 107 頁

櫻井・橋本 65 頁、医薬品ネット販  
売規制事件

明らかである」ことを理由に、委任の趣旨の解釈を厳格に行い、「新薬事法 36 条の 5 及び 36 条の 6 を始めとする新薬事法中の諸規定を見て、そこから、郵便等販売を規制する内容の省令の制定を委任する授權の趣旨が、上記規制の範囲や程度等に応じて明確に読み取れることを要する」としている。

## 第 2 節. 国会の組織と活動

### 1. 二院制

国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する（憲法 42 条）。

民主政にとっては国民の意思を代表する機関は一つで足りるはずであるのに、第二院が設けられる理由としては、議会の専制の防止、下院と政府との衝突の緩和、下院の軽率な行為・過誤の回避、民意の忠実な反映などが挙げられる。

衆議院と参議院の相互の関係について、憲法は、内閣不信任議決権（69 条）・予算先議権（60 条 1 項）などを特別に衆議院に認め、法律・予算の議決、条約の承認及び内閣総理大臣の指名の場合において衆議院の優越を認めている（59 条、60 条、61 条、67 条）。法律案・予算・条約・内閣総理大臣の指名などについて両議院の意見が対立した場合に、妥協案の成立を図るために、両院協議会が設けられる。

#### （衆議院の優越）

C (択)

芦部 324～325 頁

(択)

法律案 (59 条)	<p>①法律案については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院に提出しても構わない。</p> <p>②法律案は、憲法に特別の定めのある場合を除き、両議院で可決したときに法律となる（59 条 1 項）。</p> <p>➡衆議院で可決し、参議院で否決した法律案は、衆議院で出席議員の 3 分の 2 以上の多数決で再可決したときは、法律となる（59 条 2 項）。</p> <p>➡両院協議会の開催は、任意的である（59 条 3 項）</p> <p>③参議院が衆議院の可決した法律案を受け取ってから国会休会中の期間を除いて 60 日以内に議決をしないときは、衆議院は、参議院がその法律案を否決したものとみなすことができる（59 条 4 項）。</p> <p>➡その後、衆議院で出席議員の 3 分の 2 以上の多数決で再可決したときは、当該法律案は法律となる（59 条 2 項）。</p>
予算案 (60 条)	<p>①予算案については、衆議院の先議権があるから、先に衆議院に提出しなければならない（60 条 1 項）。</p> <p>②予算案について、参議院で衆議院と異なった議決をした場合、まずは両院協議会を開かなければならない（60 条 2 項 - 両院協議会の開催は必要的）。</p> <p>➡両院協議会において両議院の意見が一致しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（60 条 2 項 - 衆議院の再議決を要しない）。</p> <p>③参議院が衆議院の可決した予算を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 30 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする（60 条 2 項）。</p>
条約 (61 条)	<p>①条約については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院に提出しても構わない（61 条では、予算案に関する衆議院の先議権を定めている 60 条 1 項を準用していない）。</p>

条約 (61 条)	<p>②条約については、予算案に関する衆議院の先議権について定めている規定を除き、予算案に関する規定が準用される (61 条による 60 条 2 項の準用)。</p> <p>➡条約について、両議院の議決が異なる場合、まずは両院協議会を開かなければならない (両院協議会の開催は必要的)。両院協議会において両議院の意見が一致しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする (衆議院の再議決を要しない)。</p> <p>➡参議院が衆議院の可決した条約を受け取った後、国会休会中の期間を除いて 30 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする。</p>
内閣総理大臣の指名 (67 条)	<p>①内閣総理大臣の指名については、予算案と異なり、衆議院の先議権はないから、先に参議院で議決をしてもかまわない。</p> <p>②内閣総理大臣の指名について両議院の議決が異なる場合、まずは両院協議会を開かなければならない (両院協議会の開催は必要的)。両院協議会において両議院の意見が一致しないときには、衆議院の議決を国会の議決とする (衆議院の再議決を要しない) (67 条 2 項)。</p> <p>③参議院が、衆議院による指名の議決の後、国会休会中の期間を除いて 10 日以内に議決しないときは、衆議院の議決を国会の議決とする (67 条 2 項)。</p>

## 2. 選挙制度

国会議員は選挙によって選出される (憲法 43 条 1 項)。

### (1) 選挙区

選挙人団を区分するための基準となる区域をいう。

これは、小選挙区 (1 人の議員を選出する選挙区) と大選挙区 (2 人以上の議員を選出する選挙区) に分けられる。

わが国の衆議院議員選挙は、1 つの選挙区から 3 人ないし 5 人の議員を選出する中選挙区制 (大選挙区制の一種) を長年採用してきたが、平成 6 年 (1994 年) の政治改革立法の一環として比例代表制を加味した小選挙区制をとるに至った。

参議院議員選挙については、戦後から、各都道府県を単位とする地方区と、全国を一選挙区とする全国区を採用してきた (いずれも単記投票) が、昭和 57 年 (1982 年) の改正で全国区制が名簿式比例代表制に改められ、従来の地方区選出議員は選挙区選出議員、全国区選出議員は比例代表選出議員と呼ばれるようになった。

### (2) 代表の方法

選挙区と投票の方法の組み合わせにより代表の方法が変わり、議会への民意の反映の仕方が異なってくる。

代表の方法には、①選挙区の投票者の多数派から議員を選出させようとする多数代表制 (小選挙区制のほか、大選挙区完全連記投票制)、②投票者の少数派から議員の選出を可能とする少数代表制 (大選挙区 [中選挙区を含む] 単記投票制のほか、大選挙区制限連記投票制)、③多数派・少数派の各派に対して得票数に比例した議員の選出を保障しようとする比例代表制がある。さらには、④上記②・③を組み合わせた小選挙区比例代表制 (議員定数を小選挙区と比例代表区に二分し、選挙人は小選挙区については候補者個人に、比例代表区については政党の提出した名簿に投票する制度) もある。

①多数代表制には、多数派の議席独占を可能にすることで二大政党化による政治の安定が期待できるという長所がある一方で、死票が多くなる (その

C (択)

芦部 325～326 頁

## 第4部 最新重要判例

最新版の「憲法 判例百選ⅠⅡ」第8版（有斐閣）に追加された最新判例、令和3年以降の「重要判例解説」（有斐閣）に掲載されている最新判例のうち、司法試験・予備試験に関係しそうなものを取り上げる。また、これらの判例集に掲載されていない令和7年最新判例も取り上げる。

なお、孔子廟訴訟（最大判 R3.2.24・百Ⅰ45）、「宮本から君へ」助成金不交付事件（最判 R5.11.17・百Ⅰ67）、市議会議員出席停止事件（最大判 R2.11.25・百Ⅱ180）は、第2部で取り上げている。

### 1. 平和主義

#### 〔判例1〕安保法制違憲訴訟

事案：内閣は、平成26年7月1日付け閣議決定「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」により、我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至ったとし、憲法上許容される「武力の行使」は、国際法上は集団的自衛権が根拠となる場合があるという政府見解を示した（＝集団的自衛権の行使が許容される旨の平成26年閣議決）。

また、「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」及び「国際平和共同対処事態に対して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律」の平和安全法制関連2法が、平成27年9月19日に成立し、同月30日に公布され、平成28年3月29日に施行され（＝平和安保法制の立法）、平和安全法制により、以下のとおり、海外における自衛隊や自衛官の任務や活動の範囲を拡大する法改正等がされた。主な改正内容は、〔1〕「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」に際し、自衛隊の防衛出動を命ずることができるように自衛隊法が改正され、〔2〕「我が国周辺の地域」における事態に限ることなく「そのまま放置すれば我が国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態等我が国の平和及び安全に重要な影響を与える事態」（重要影響事態）に際し、自衛隊が、外国の軍隊に対する後方支援活動として、弾薬の提供並びに戦闘作戦行動のために発進準備中の航空機に対する給油及び整備ができるように、周辺事態法が重要影響事態法に改正され、〔3〕国際平和協力法の改正により、自衛隊が海外で行う国際平和協力業務に「駆け付け警護」が加えられ、その際に武器の使用が認められることになり、〔4〕自衛官が、自衛隊と連携して我が国の防衛に資する活動に現に従事している外国の軍隊の「武器等防護」に従事する任務が加えられ、その際に武器の使用が認められることになったことである。

判旨：①「閣議決定による憲法解釈の変更と平和安全法制について、憲法の平和主義の理念や憲法9条の戦争放棄の規定に反する違憲性が明白であれば、明白な憲法違反の行為によって平和が脅かされた場合における国民の生命・身体の安全に対する危険が重大かつ回復

C

仙台高判 R5.12.5・百Ⅱ164・R6 重  
判1

不能なものとなることも踏まえ、具体的な政府の行為による結果の発生を確実に予測できない場合でも、侵害行為の態様と侵害される利益の性質を相関的に考慮して、違法な権利利益の侵害になり得ると解するのが、国家賠償法 1 条 1 項の違法性の判断の在り方として相当であると考ええる。

従来の政府の憲法解釈では、憲法 9 条の下で極めて限定的に許容される武力の行使についての 3 要件（〔1〕我が国に対する急迫不正の侵害があること、〔2〕これを排除するために他の適当な方法がないこと、〔3〕必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと）を確認し、憲法の下で、武力行使を行うことが許されるのは、我が国に対する急迫不正の侵害に対処する場合に限られ、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とする国際法上の集団的自衛権の行使は、憲法 9 条 1 項に反して許されないと解していた。

平成 26 年閣議決定は、武力の行使が許される新たな 3 要件（〔1〕我が国に対する武力攻撃が発生したこと、又は我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険があること、〔2〕これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと、〔3〕必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと）を示し、新 3 要件による武力の行使は、自衛のための措置として憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至り、この武力の行使には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とする武力の行使が含まれ、これは、国際法上は集団的自衛権が根拠となる場合があるとの解釈を示した。

平和安全法制により改正された自衛隊法 76 条 1 項 2 号は、新 3 要件のうち第 1 要件に該当する事態（存立危機事態）に際し、内閣総理大臣が自衛隊に防衛出動を命ずることができることを定め、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」に際し、他国に対する武力攻撃の発生を契機とする自衛隊による武力の行使が可能となり、その限りでは、国際法上の集団的自衛権の行使が、自衛隊法により可能となった。

原告らの主張や長谷部教授の意見によれば、憲法の有権解釈は、憲法典と一体として憲法の内容を構成し、個別的自衛権の行使のみが憲法 9 条の下で認められるという有権解釈を閣議決定が変動させたことは、明らかに違憲であるという。

たしかに、従来の政府の憲法解釈においては、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とする国際法上の集団的自衛権の行使は、憲法 9 条 1 項に反して許されないと明確に解釈していたのであるから、平成 26 年閣議決定や平和安全法制による自衛隊法の改正により、他国に対する武力攻撃の発生を契機とする武力の行使が自衛隊に認められ、その限りであっても集団的自衛権の行使が容認されたことは、従来の政府の憲法解釈を明らかに変更するものであって、憲法学者の多数の意見や政府の憲法解釈を担ってきた多くの行政官の意見のように、憲法 9 条 1 項の下で許される武力の行使の限界を超えるものと解する余地もあると思われる。

しかし、一方で、新 3 要件の下で認められる他国に対する武力攻撃の発生を契機とする武力の行使は、あくまで、「これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険があること」、「これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと」という要件をも満たす場合に限られ、その限りで国際法上の集団的自衛権の行使が憲法上容認されるという解釈が示されたものであって、国際法上の集団的自衛権の行使が全体として憲法上容認されるという見解が示されたものではない。

内閣総理大臣も、国会において、平成 26 年閣議決定により憲法上許容されると判断す

るに至った武力の行使は、新3要件を満たす場合に限られており、あくまでも、我が国の存立を全うし、国民を守るためのやむを得ない自衛の措置に限られると答弁し…、上記の趣旨を明確に述べている。

新3要件の解釈について、内閣法制局長官は、国会において、第1要件の「他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある」とは、他国に対する武力攻撃が発生した場合において、そのままでは、すなわち、その状況の下、国家としてのまさに究極の手段である武力を用いた対処をしなければ、国民に、我が国が武力攻撃を受けた場合と同様な深刻、重大な被害が及ぶことが明らかな状況であることをいうものと解されると答弁し…、第1要件のうち「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある」とは、「我が国が武力攻撃を受けた場合と同様な深刻、重大な被害が及ぶことが明らかな状況」に限られるという解釈を示した上で、第1要件に該当するかどうかについては、我が国に戦禍が及ぶ蓋然性、国民がこうむることとなる犠牲の深刻性、重大性などから客観的、合理的に判断することになり、明白な危険は、単なる主観的な判断や推測等ではなく、客観的かつ合理的に疑いなく認められることをいうとの解釈も示し…、第2要件の「これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないこと」の趣旨について、他国に対する武力攻撃の発生を契機とする武力の行使についても、あくまでも我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置に限られ、当該他国に対する武力攻撃の排除それ自体を目的とするものではないとの解釈を示している…。

憲法の平和主義の基本理念の根幹をなす憲法9条1項の解釈変更は、仮にそれが憲法解釈において許される範囲であるとすれば、政府の国会答弁における上記のような極めて限定的な趣旨及び解釈の説明は、平成26年閣議決定や平和安全法制の解釈運用に当たって、憲法上、特に重んじられるべきものである。平成26年閣議決定と平和安全法制において憲法上容認されると解釈された他国に対する武力攻撃の発生を契機とする武力の行使は、あくまでも我が国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置に限られ、一般的な集団的自衛権の行使として許容される当該他国に対する武力攻撃の排除それ自体を目的とする武力の行使は、国際法上は許されるとしても、憲法上は許されないことには変わりがない。また他国に対する武力攻撃の発生を契機とする武力の行使は、我が国が武力攻撃を受けた場合と同様な深刻、重大な被害が及ぶことが明らかな状況が、我が国に戦禍が及ぶ蓋然性、国民がこうむることとなる犠牲の深刻性、重大性などから客観的、合理的に判断して認められる場合に限られるという国会答弁に示された厳格かつ限定的な解釈の下に、平成26年閣議決定による武力の行使の新3要件も、存立危機事態における防衛出動を可能とした自衛隊法76条1項2号の規定も、厳格に解釈運用されなければならない。

平成26年閣議決定による武力の行使の新3要件における限定的な要件や、その厳格かつ限定的な解釈を示した政府の国会答弁も踏まえて検討すると、平成26年閣議決定や平和安全法制によって、それまで政府の憲法解釈において一貫して許されないと解されてきた集団的自衛権の行使が、このような限定的な場合に限り憲法上容認されると解されることになったとしても、憲法9条1項の規定や憲法の平和主義の理念に明白に違反し、違憲性が明白であると断定することまではできない。

長谷部教授の意見には、平成26年閣議決定による政府の解釈変更の結果として、政府がいかなる場合に武力を行使するかが、曖昧模糊として不確実性を帯びるものとなったという指摘もある。この点、政府の憲法解釈の変更や平和安全法制による自衛隊法改正によって、限られた場合であっても集団的自衛権の行使が容認されたことにより、その解釈運用につき不確実性が生ずること自体は免れないであろう。

しかし、政府が国会に対して厳格かつ限定的な解釈を示した答弁をしたことが、憲法の平和主義と民主主義の理念に基づき、今後の政府の行動において、憲法上の重みを持ってしっかりと守られるべきものであることを前提とすれば、そのような解釈運用の不確実性があるからといって、平成 26 年閣議決定による政府の憲法解釈の変更やこれに基づく平和安全法制が、憲法 9 条 1 項の規定や憲法の平和主義の理念に明白に違反するとまではいえないというべきである。」

②「平成 26 年閣議決定や平和安全法制は、政府の意思決定や国会の立法にすぎず、憲法の条規を改正するものではない。仮に、政府の意思決定や国会の立法が憲法に違反するとすれば、そのような憲法の条規に反する法律及び国務に関するその他の行為は、憲法 98 条 1 項により、その効力を有しないと定められているから、当然に無効となるにすぎず、憲法を改正する効力を有するものではない。」

憲法改正・決定権の侵害や国民投票権の侵害を理由として、国家賠償法 1 条 1 項の違法性をいう原告らの主張は、主張自体において理由がない。」

③「平成 26 年閣議決定や平和安全法制が、憲法 9 条 1 項に明白に違反するとまではいえないから、これらの政府や国会の行為によって、違法に原告らに損害を加えたという国家賠償法上の違法性が認められない。」

## 2. 包括的基本権

### [判例 2] 同性婚不承認違憲判決

事案：原告 X ら（3 組 6 名）は、婚姻届けを提出したところ、同性であることを理由に受理とされたことから、立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟を提起し、以下の通り主張した。

#### ①「憲法 24 条、13 条違反について

婚姻の自由の憲法上の保障の根拠は、第一次的には憲法 24 条にあるが、その背後には憲法 13 条が基盤とする国民の自由・幸福追求の権利が存するのであり、本件規定の憲法適合性の検討に当たっては、両条を併せて考慮すべきものである。憲法 24 条の「婚姻」の解釈は社会状況の変化により変動し得るものであり、「両性」、「夫婦」という同条の文言や制定時の理解にとらわれることなく、婚姻によって国民が享受し得る利益の重要性を踏まえた上、憲法 13 条の自由・幸福追求の権利の観念を背景に、国民に対し、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻するかについての自由を認めた趣旨（最高裁平成 25 年（オ）第 1079 号同 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2427 頁〔以下「再婚禁止期間制度訴訟大法廷判決」という。〕）に立ち返れば、国民が同性パートナーを婚姻の相手を選択する自由も憲法 24 条 1 項の規定上保障ないし保護されるものと解するのが適切である。

また、憲法が同性カップルに婚姻や家族関係の形成を認める立法を禁止していないことからすると、同性カップルに婚姻等を認めることは国会の立法裁量の問題となるところ、憲法 24 条 2 項は、個人の尊厳等の観点から婚姻及び家族に関する事項についての国会の立法裁量の限界を画し、憲法上の権利に至らない国民の人格的利益をも尊重し、婚姻制度の内容により婚姻が事実上不当に制約されることのないこと等についても十分に配慮した法律の制定を要請しているから（最高裁平成 26 年（オ）第 1023 号同 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁〔以下「夫婦同姓制度訴訟大法廷判決」という。〕）、婚姻及び家族に関する法制度として同性カップルに婚姻等を認めない本件規定を改廃しないことは、国会の立法裁量の範囲を逸脱したものとして違憲である。」

A

札幌高判 R6.3.14・百 I A8・R6 重  
判 3



## ②「憲法 14 条 1 項違反について

本件規定の憲法 14 条 1 項適合性の判断に当たって、同性婚に対する否定的な意見や価値観を持つ国民が少なからずいることを、立法府が裁量権の行使に当たって斟酌し得るものとするとは、結局、合理的な理由を欠いた差別的な意見や価値観をもって区別取扱いの合理的根拠とすることとなるから相当でなく、むしろ、このような意見や価値観があることを考慮して、同性婚を社会的差別から守るための特別の制度を構築することが必要であるというべきである。

また、本件規定が憲法 14 条 1 項に適合的な制度となるためには、同性婚のカップルにも異性婚のカップルと同様の婚姻によって生ずる法的効果が与えられるべきであって、同性婚のカップルに婚姻によって生ずる法的効果の一部でも共有する法的手段を提供すれば足りるというものではない。諸外国の例にあるような登録パートナーシップ制度をあえて異性婚とは別の法制度として設けることは、合理的理由を欠いた差別的なものであるとしてアメリカの判例法理でも否定された「分離すれど平等」の誤りを繰り返すものとして当然に否定されるべきものである。」

## ③「立法不作為の国賠法上の違法性について

法律の規定が憲法に違反することの明白性の有無の判断に当たっては、まず、違憲とされる憲法上の権利の性質や当該法律の規定によるその侵害の内容・程度が考慮要素となる。婚姻によって生ずる法的効果を楽しむ利益は、憲法 24 条がその実現のための婚姻を制度として保障していることに照らしても、重要な法的利益であるといえることができる。しかるところ、本件規定は、同性愛者に対しては、そのような重要な利益である婚姻によって生ずる法的効果を楽しむ法的手段を提供しないとしているものであり、また、それは本件規定の改正がなされるまで継続するものである。そして、このような利益侵害は、X らを含む日本の全人口の 5.9～8.0%に及ぶものであるから、本件規定は、国民の重要な利益に対する極めて重大な侵害を生じさせるものであることが明らかである。

また、デンマークにおける最初の登録パートナーシップ制度の導入は 1989 年（平成元年）であり、2000 年（平成 12 年）から 2010 年（平成 22 年）までの 10 年間に限っても 10 か国で同性婚制度が導入されていること、この間、同性婚を含む性的指向に基づく差別の解消が、法律問題あるいは憲法問題として、国会においても絶えず議論の対象とされてきたことに鑑みれば、国会議員においては、本件規定が今日においてなお合理性を有するものであるか否かについて自ら検討し、あるいは、議員の活動を補佐するために設置されている衆参両議院の事務局及び議院法制局に対し調査・検討の助力を求めたり、外部の専門家から見解を仰いだりするなどの手段を用いて検討を深めることにより、本件規定がもはや合理性を欠くものとして憲法に違反するとの認識に達することも十分に可能な状況であったというべきである。

したがって、国会議員は、その職務上の法的義務として、自ら率先して上記のような検討を行い、本件規定の合理性を不断に吟味すべき能動的な義務を負っていたものと解すべきである。

それにもかかわらず、国会が依然として本件規定を改正しないことから、地方公共団体において、直接的な法的効果は生じないパートナーシップ認定制度の導入が急速に広まったのであり、このような事情は、同性婚制度に関する立法不作為の明白な違法性を肯定する方向に働く積極的要素の 1 つとして考慮されるべきである。」

判旨：①「X らは、本件規定が憲法 13 条に違反すると主張し、憲法上の権利として保障される人格権の一内容である「同性の者との間の婚姻の自由」を不当に侵害し、又は「同性の者との間の婚姻の自由」の根拠であり、人格権の一内容でもある「性的指向」を不当に侵害する旨を主張する趣旨と解される。この点、X らは、本件規定が憲法 13 条及び憲法

24 条に違反すると主張するところ、性的指向にかかる差別の禁止と人権の保障を主張しており、同性の者との婚姻の自由はその一場面であると考えられることから、まずは憲法 13 条違反の主張について検討し、憲法 24 条違反の主張については後述する。なお、X らの主張は、憲法違反をいう前提として、本件規定について、異性間の婚姻を定めているが、同性間の婚姻は許していないとの解釈を前提として、このような定めが憲法の各条項に違反するとの趣旨と解され、以下このような理解のもとに判断する。

性的指向とは、人が情緒的、感情的、性的な意味で、人に対して魅力を感じることであり、このような恋愛、性愛の対象が異性に対して向くことが異性愛、同性に向くことが同性愛である。性的指向が決定される原因、又は同性愛となる原因は解明されておらず、遺伝的要因、生育環境等複数の要因が組み合わさって作用している可能性が指摘されているが、精神医学に関わる大部分の専門家団体は、ほとんどの人の場合、性的指向は、人生の初期か出生前に決定され、選択するものではないとしており、心理学の主たる見解も、性的指向は意思で選ぶものでも、意思により変えられるものでもないとしている。性的指向が障害や疾患の一つであるという考えは受入れられなくなった…。

以上のような性的指向の性質を踏まえると、人は生物学的に男か女かのどちらかで出生するけれども、どちらであっても、生物学的な機能の存在とは別に性的指向を有することがあるのだから、異性を受容する場合と同性を受容する場合を比べると、生まれながらの指向の違いがあるにすぎないといえる。そうすると、恋愛や性愛は個人の尊重における重要な一要素であり、これに係る性的指向は、生来備わる人としてのアイデンティティであるのだから、個人の尊重に係わる法令上の保護は、異性愛者が受けているのであれば、同性愛者も同様に享受されるべきである。したがって、性的指向は、重要な法的利益であるといえることができる。なお、同性愛のみならず、対象が異性と同性の双方の場合、自身の性を自認できない場合なども同じように考えることができるが、本件では、X らの主張に基づき、同性愛と異性愛、同性婚と異性婚について検討する。

以上のとおり、性的指向は生来備わる性向であり、社会的には異性愛者と同性愛者それぞれの取扱いを変える本質的な理由がないといえ、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成し得るものというべきである。

しかし、このように性的指向、さらには同性間の婚姻の自由が人格権の一内容を構成し得るとしても、同性愛者が婚姻という制度の適用を受けられるかどうかについて検討すると、婚姻の制度は、法制度の一部として法律がその具体的な内容を規律しているものであるから、性的指向及び同性間の婚姻の自由に係る人格権の内容は、憲法上一義的に捉えられるべきものではなく、憲法の趣旨を踏まえつつ定められている法制度との関係で初めて具体的に捉えられるものであると解すべきである（夫婦同姓制度訴訟大法廷判決参照）。

したがって、具体的な法制度を離れて、同性間で婚姻することができないこと自体を捉えて直ちに人格権を侵害し、違憲であるか否かを論ずることは相当ではない。

そこで、異性婚を定め、同性婚を許していない本件規定について検討すると、本件規定は、憲法 24 条により婚姻の制度として定められているが、従来、憲法 24 条は異性間の婚姻を定めたものと解されてきた。したがって、本件規定は、憲法 24 条の考え方を踏まえ、婚姻及び家族に関する法制度の一部としてその具体的な内容を定めたものであって、異性間の婚姻については、違憲の問題は生じない。

ところが、本件で問題となっているのは、異性愛者のみならず、同性愛者にも婚姻という身分関係の変動における社会的な制度を享受させるべきかどうかということであって、さらには、歴史上の様々な事象や考え方を踏まえ、憲法の解釈上、これまで社会上、法令上想定されてきた異性愛者による婚姻の制度に同性婚を含めて容認するかという観点を

含むところがある。そうすると、憲法 13 条のみならず、憲法 24 条、さらには各種の法令、社会の状況等を踏まえて検討することが相当であり、このような観点からすると、憲法 13 条が人格権として性的指向及び同性間の婚姻の自由を保障しているものということは直ちにできず、本件規定が憲法 13 条に違反すると認めることはできない。

もっとも、性的指向及び同性間の婚姻の自由は、人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益とすることができる。性的指向は、社会的には異性愛者と同性愛者を本質的に区別する理由がなく、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の一要素でもあることから、社会の制度上取扱いに不利益があれば、そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱き、人としての存在を否定されたとの思いに至ってしまうことは容易に理解できることである。

X らは、人として、同じく人である同性パートナーを愛し、家族としての営みを望んでいるにもかかわらず、パートナーが異性でなく、同性であるという理由から、当事者以外の家族の間で、職場において、社会生活において、自身の存在の意義を失うという喪失感に苛まれているのであって…、個人の尊重に対する意識の高まった現在において、性的指向による区別を理由に、このような扱いを受けるいわれはなく、これは憲法が保護する個人の尊厳にかかわる問題であるということができる。

したがって、性的指向及び同性間の婚姻の自由は、憲法上の権利として保障される人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益として、後記のとおり、本件規定が同性婚を許していないことが憲法 24 条の定める立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる。」

#### ①「本件規定が憲法 24 条に違反する旨の主張について

(1) X らは、本件規定が、異性間で婚姻をすることができると定めているのに、同性間で婚姻することを許していないことは、実質的に婚姻の自由を侵害するものであり、また、国会の立法裁量の存在を考慮したとしても、本件規定が個人の尊厳を侵害するものとして、憲法 24 条に違反する旨をいうものである。

(2) ア 憲法 24 条は、1 項において「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない。」と規定しているところ、これは、両性の間で、つまり男女の間で、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解される（再婚禁止期間制度訴訟大法廷判決参照）。

本件規定は、憲法 24 条を受け、両性つまり異性間の婚姻を定めたものと解されている。したがって、この点では本件規定が憲法 24 条 1 項の趣旨に沿わないなどと評価することはできない。ある法制度の内容により婚姻をすることが制約されることになっていることについては、婚姻及び家族に関する法制度の内容を定めるに当たっての国会の立法裁量の範囲を超えるものであるか否かの検討に当たって考慮すべき事項であると考えられる（夫婦同姓制度訴訟大法廷判決参照）。

イ 憲法 24 条は、2 項において「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない。」と規定している。

婚姻及び家族に関する事項は、関連する法制度においてその具体的内容が定められていくものであることから、当該法制度の制度設計が重要な意味を持つものであるところ、憲法 24 条 2 項は、具体的な制度の構築を第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねるとともに、その立法に当たっては、同条 1 項も前提としつつ、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚すべきであるとする要請、指針を示すことによって、その裁量の限界を画したも

のといえる。

そして、憲法 24 条が、本質的に様々な要素を検討して行われるべき立法作用に対してあえて立法上の要請、指針を明示していることからすると、その要請、指針は、単に、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害するものでなく、かつ、両性の形式的な平等が保たれた内容の法律が制定されればそれで足りるというものではないのであって、憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益をも尊重すべきこと、両性の実質的な平等が保たれるように図ること、婚姻制度の内容により婚姻をすることが事実上不当に制約されることのないように図ること等についても十分に配慮した法律の制定を求めるものであり、この点でも立法裁量を限定する指針を与えるものといえる（夫婦同姓制度訴訟大法廷判決参照）。

ウ ここで、憲法 24 条が異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻まで保障しているかについて検討する。

同条は、その文言上、異性間の婚姻を定めており、制定当時も同性間の婚姻までは想定されていなかったと考えられる。婚姻と家族の制度において、旧憲法下の家制度の制約を改め、対等な当事者間の自由な意思に基づく婚姻を定める趣旨により、両性との文言が採用されたと解される。また、当時は、いまだ同性愛については、疾患や障害と認識されていたとの事情もあったと思われる。しかしながら、法令の解釈をする場合には、文言や表現のみでなく、その目的とするところを踏まえて解釈することは一般的に行われており、これは、法人や外国人の人権が問題となる場合をはじめとして（最高裁昭和 41 年（オ）第 444 号同 45 年 6 月 24 日大法廷判決・民集 24 卷 6 号 625 頁、最高裁昭和 50 年（行ツ）第 120 号同 53 年 10 月 4 日大法廷判決・民集 32 卷 7 号 1223 頁等参照）、憲法の解釈においても変わるところはないと考えられる。さらに、仮に立法当時に想定されていなかったとしても、社会の状況の変化に伴い、やはり立法の目的とするところに合わせ、改めて社会生活に適する解釈をすることも行われている。したがって、憲法 24 条についても、その文言のみに捉われる理由はなく、個人の尊重がより明確に認識されるようになったとの背景のもとで解釈することが相当である。

その上で、性的指向及び同性間の婚姻の自由は、現在に至っては、憲法 13 条によっても、人格権の一内容を構成する可能性があり、十分に尊重されるべき重要な法的利益であると解されることは上記のとおりである。憲法 24 条 1 項は、婚姻をするかどうか、いつ誰と婚姻をするかについては、当事者間の自由かつ平等な意思決定に委ねられるべきであるという趣旨を明らかにしたものと解され、このような婚姻をするについての自由は、同項の規定に照らし、十分尊重に値するものと解することができる（再婚禁止期間制度訴訟大法廷判決参照）。そして、憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項についての立法に当たっては、個人の尊厳と両性の本質的な平等に立脚すべきと定めている。そうすると、性的指向及び同性間の婚姻の自由は、個人の尊重及びこれに係る重要な法的利益であるのだから、憲法 24 条 1 項は、人と人との間の自由な結びつきとしての婚姻をも定める趣旨を含み、両性つまり異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻についても、異性間の場合と同じ程度に保障していると考えることが相当である。

(3) ア 他方で、婚姻及び家族に関する事項は、国の伝統や国民感情を含めた社会状況における種々の要因を踏まえつつ、それぞれの時代における夫婦や親子関係についての全体の規律を見据えた総合的な判断によって定められるべきものである。特に、憲法上明記されていない権利、又は直接保障された権利とまではいえない人格的利益や実質的な平等は、その内容として多様なものが考えられ、それらの実現の在り方は、その時々における社会的条件、国民生活の状況、家族の在り方等との関係において決められるべきものである。

イ そうすると、憲法上の権利として保障される人格権を不当に侵害して憲法 13 条に違反する立法措置を講じてはならないことは当然であるとはいえ、憲法 23 条の要請、指針に応じて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定が上記アのとおり国会の多方面にわたる検討と判断に委ねられているものであることからすれば、婚姻及び家族に関する法制度を定めた法律の規定が憲法 24 条に適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から判断すべきものとするのが相当である（夫婦同性制度訴訟大法廷判決参照）。

ウ 上記ア及びイの点につき、憲法 24 条 1 項が同性婚をも保障していると解するとしても、文言上は異性間の婚姻を定めていることから、異性間の婚姻のみを定める本件規定が憲法 24 条に違反するかどうかを判断するに当たっても、同様の検討が必要と考えられる。

（4）以上の観点から、本件規定の憲法 24 条適合性について検討する。

ア 本件規定は、憲法 24 条を受け、異性間の婚姻を定める我が国の法制度として採用され、我が国の社会に定着してきたものである。本件規定は、異性間の夫婦としての家族を、社会の自然かつ基礎的な集団単位と捉えているが、このことには合理性が認められてきたといえることができる。

しかし、性的指向及び同性間の婚姻の自由は、憲法 13 条によっても、人格権と同様に、重要な法的利益と解される。そして、憲法 24 条は、憲法 13 条を受けて定められており、同条 1 項が同性間の婚姻を文言上は直接的に保障していないとしても、同条 2 項が定めるとおり、個人の尊厳が家族を単位とする制度的な保障によって社会生活上実現可能であることを踏まえると、同条 1 項は人々の間の婚姻の自由を定めたものであって、同性間の婚姻についても、異性間の婚姻と同程度に保障する趣旨であるというべきである。このことは上記のとおりである。

ところが、本件規定は、同性間の婚姻を許しておらず、同性愛者は婚姻による社会生活上の制度の保障を受けられない。このことにより、社会生活上の不利益を受け、その程度も著しいということだけでなく、アイデンティティの喪失感を抱いたり、自身の存在の意義を感じることができなくなったり、個人の社会的な信用、評価、名誉感情等を維持することが困難になったりするなど、個人の尊厳を成す人格が損なわれる事態となってしまう。

イ 他方、同性間の婚姻について社会的な法制度を定めた場合の不利益・弊害を検討すると、社会的な影響を含め、社会上の不利益・弊害が生じることがうかがえない。

むしろ、同性愛者は割合的には社会的に少数である…。同性婚を認めることが、社会の状況に大きな変化をもたらすものであって、その影響を考慮する必要があるとの的確な根拠があるとはうかがえない。もっとも、同性愛者は、割合的には少数であっても、人数的には相応の対象者が想定される。したがって、同性婚を認めることは、現存の制度の例外を定め、少数の割合であるが、相応の人数に達する同性愛者に対する権利を保障し、個人として尊重することに意義を有するものと考えられる。

ウ 昨今の社会の流れとしては、次のような事情を挙げることができる。

同性婚が可能となった国・地域は 30 を超えている…。国連自由権規約人権委員会は、日本政府報告書において、レズビアン、ゲイ等の人々が、法律的な婚姻等へのアクセスにおいて差別的な扱いに直面し、同性婚を含め、市民的及び政治的権利に関する国際規約に規定された全ての権利を締結国の領域の全てで享受できるようにすることを指摘した…。また、同性婚の制度や判例法理を確立させ、あるいはこれに準ずる登録パートナーシップ

制度を導入する諸外国が多数ある中…、我が国においても、地方公共団体（全国での数はおよそ 1700）のうち、260 を超える団体においてパートナーシップ認定制度を導入し、その人口カバー率は 65%に達している…。

…略…

そして、国民に対する各種調査においても、同性婚を認める回答が増加しており、最近では、ほぼ半数を超える国民が同性間の婚姻を容認すると回答している…。最新の新聞社による世論調査では、同性婚を容認するとの回答は最低 54%から、最高は 72%に達しており…、国会においても同性婚の法制化につき議論がされるようになってきている…。

エ ここで、同性間の婚姻に反対する立場の意見を検討する。

一つは、歴史及び制度上、一般的に、長らく異性間の婚姻が存続し、生殖機能の違いを有する男女の夫婦を基本的な単位とする家族制度が続いてきたことから、これと異なる同性間の婚姻について、同性愛に対する違和感、これが高じた嫌悪感、偏見を持つ場合があると考えられる。もっとも、この点は、感覚的、感情的な理由にとどまるものといえ、現在も実施されているように、啓蒙活動によって、同性愛は、生まれながらの器質、性質に由来し、合理的に区別する理由がないことを説いていくことによって解消していく可能性がある。

もう一つは、生殖機能に相違がある男女間の婚姻についてのみ、次世代に向けての子の育成の観点から、社会的な制度保障をすることが相当であり、そうではない同性間の婚姻についてはその保障が必要ないとする意見が考えられる。社会の制度については様々な意見があるところである。しかし、人が生まれながらに由来する自由と権利、これに係る個人の尊厳の実現には、家族とこれに対する社会的な制度の保障が不可欠であるといえるのであって、同性間で婚姻ができない不利益を解消する必要性は非常に高い。そうすると、婚姻の制度について様々な考え方があり、生殖機能に相違がある男女間の婚姻について一定の意義を認めるにせよ、これを理由に、同性間の婚姻を許さないということにはならないというべきである。

オ 一部の自治体では同性間の婚姻についての不利益を緩和するためにパートナーシップ認定制度が設けられ、普及が進んでいる…。このことは、同性間で婚姻することができない場合に生じる不利益を一定程度緩和し、国民の間で同性婚に対して許容する程度が高まっていると評価することができる。しかし、パートナーシップ認定制度は、当該自治体による制度という制約があり、本件規定が異性間の婚姻以外について一切手当をしていないことに鑑みると、パートナーシップ認定制度により、同性婚ができないことによる不利益が解消されているということとはできない。したがって、パートナーシップ認定制度の普及により、本件規定の見直しが必要になると解することはできない。

カ 同性間で婚姻を認める場合であっても、制度の設計にはいくつかの考え方があり得るところである。例えば、パートナーシップ認定制度を設けたうえで、その状況を確認し、婚姻制度を設けるという考え方があるかもしれない。婚姻の制度は、夫婦のみならず、親子、相続等の民法の諸規定、これに関連する各種法令に及び、婚姻制度を設けるとしても、男女間の婚姻と全く同じにするか、さらには婚姻及び家族の法制度における数多くの個別の定めをどのように設計するかなど、検討すべき事項は多い。これらの事項は、法律の制定によるところであり、国会の裁量に委ねられることになり、その検討の過程を考慮する必要がある。しかしながら、同性間で婚姻ができないことによる著しい不利益が生じ、国民の多くが同性婚を容認し、海外でも同性婚を制度として定める国が多いという現状に鑑みれば、上記の制度設計について検討の過程が必要であることは、後述の国賠法 1 条 1 項の適用における事情としては考慮されるところとしても、憲法違反に当たるかどうかという点では、本件規定が同性婚を一切許していない合理的な理由にはならないと解される。

婚姻と家族に係る法制度等は多種多様にわたり、法令上又は社会上定められている一部の規定においては、婚姻について、異性間の婚姻のみならず、同性間の婚姻を含むものと解することによって、同性婚ができない不利益を一定程度解消することができる。しかし、これも、個々の規定により保護されるにすぎず、本件規定が同性婚を許さないことの合理的な理由になるとは認められない。

キ 以上の点を総合的に考慮すると、本件規定は、異性間の婚姻のみを定め、同性間の婚姻を許さず、これに代わる措置についても一切規定していないことから、個人の尊厳に立脚し、性的指向と同性間の婚姻の自由を保障するものと解される憲法 24 条の規定に照らして、合理性を欠く制度であり、少なくとも現時点においては、国会の立法裁量の範囲を超える状態に至っていると認めることが相当である。

したがって、本件規定は、憲法 24 条に違反する。

なお、当該判断は同性婚を許さない民法及び戸籍法の婚姻に関する諸規定が憲法に違反することを問題とするものであるから、個別の条文についての特定は要しないと解する。

## ②「本件規定が憲法 14 条 1 項に違反する旨の主張について

(1) X らは、本件規定が、異性愛者の婚姻のみ定め、同性愛者の婚姻を許さない規定であるから、憲法 14 条 1 項に違反する旨を主張する。

(2) 憲法 14 条 1 項は、法の下での平等を定めており、この規定が、事柄の性質に応じた合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨のものであると解すべきことは、最高裁判所の判例とするところである（最高裁昭和 37 年（オ）第 1472 号同 39 年 5 月 27 日大法廷判決・民集 18 卷 4 号 676 頁、最高裁昭和 45 年（あ）第 1310 号同 48 年 4 月 4 日大法廷判決・刑集 27 卷 3 号 265 頁等参照）。

婚姻制度は、婚姻当事者の意思によって当事者間に家族の基本単位となる配偶者としての身分関係を形成し、その身分に応じた種々の権利義務を伴う法的地位が付与されるという仕組みを国において定めるものであるが、婚姻制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない。さらに、現在の婚姻制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律、国民の意識等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、婚姻制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量に委ねられているものというべきである。

同性愛者は、異性との間では婚姻ができることから、男か女かという性別による差別があるものではない。しかし、本件で問われているのは、本件規定が同性婚を許していないため、異性愛者は、異性と婚姻し、戸籍による公的な公証や種々の権利義務を伴う法的地位の付与及び種々の事実上のサービスの提供等を受けることができるにもかかわらず、同性愛者は、同性と婚姻してこのような効果を享受することができないことから、このような性的指向に係る婚姻制度における取扱いの区別（以下「本件区別取扱い」という。）が、合理的理由のない差別的取扱いに当たるか否かということであり、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、本件区別取扱いをすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別取扱いは、憲法 14 条 1 項に違反するものと解するのが相当である（最高裁平成 24 年（ク）第 984 号、第 985 号同 25 年 9 月 4 日大法廷決定・民集 67 卷 6 号 1320 頁参照）。

(3) 本件区別取扱いに関する合理的根拠の有無について検討する。これらの検討は、本件規定が憲法 24 条に違反するかどうかを説示したところとほぼ同じである。

ア 本件規定は、憲法 24 条 1 項が文言上両性間の婚姻を定め、憲法制定時には同性婚が想定されなかったことから、異性間の婚姻を定めたものと解されてきた。

そこで検討すると、現在では、同性愛は、障害や疾患ではなく、各人の性的指向も、生

まれながらに備わり、人の意思によって選択・変更できない事柄であると理解されている。そして、このような性的指向の性質によれば、性的指向は、個人の尊重に係る人格権の一内容を構成し得る重要な法的利益であると解される。

もっとも、婚姻や家族に関する制度は、多種多様な事情を考慮して国会が定めるべきものであり、このことは憲法 24 条 2 項が明らかにしている。性的指向が重要な法的利益であるとしても、その内容は一義的に定めることができるものではないし、同性間の婚姻について、異性間の婚姻やこれによる家族に関する制度と全く同じ制度が定められるべきものであることが当然に導き出されるものでもない。

しかし、このような国会による裁量を踏まえたとしても、異性愛者と同性愛者の違いは、人の意思によって選択・変更し得ない性的指向の差異でしかない。そして、自由で平等な婚姻による家族の成立とその制度的な保障によって、個人が尊重され、その尊厳が実現することは、憲法 24 条が定める目的と理解することができる。そうであれば、性的指向に差異がある者であっても、同じように制度的な保障を享受し得る地位があり、それを区別する合理的な理由はないというべきである。そうであるにもかかわらず、本件規定は、同性婚を許しておらず、同性愛者は、婚姻によって生じる法的効果を受けることができない。そうすると、本件区別取扱いが合理的な根拠がないといえる。

イ 上記のような婚姻における取扱いの区別については、諸外国の状況も参照すべきであるが、性的指向の一つである同性愛者による婚姻の制度は、多くの国で採用されている。

また、このような状況の下で、国連自由権規約人権委員会は、日本政府報告書において、同性愛者等が法律的な婚姻等へのアクセス等において差別的な扱いに直面しており、同性婚を含め、市民的及び政治的権利に関する国際規約に規定された全ての権利を締結国の領域の全てで享受できるようにすることを指摘した。

ウ 我が国においても、地方公共団体の多くで、同性愛者が婚姻することができないことによる不利益を緩和するため、パートナーシップ認定制度を導入している。

エ 国民に対する調査においても、同性婚を容認する割合はほぼ半数を超えるに至っている。

これに対し、同性婚に対する否定的な意見や価値観を有する国民も少なからずいる。もっとも、これらは、感情的な理由にとどまるものであったり、異性婚との区別について合理的な説明がされていなかったりするものである。

オ 上記のとおり、国民の間では様々な意見があるが、その動向も時代とともに変わってきており、これまでも、同性婚を許していないことについては、国会や司法の場において、差別であるとの指摘がされてきた。

カ 現状を見てみると、本件規定が同性婚を許していないため、同性愛者は婚姻することができず、これによる制度的な保障が受けられないことから、異性婚の成立によって享受が可能となる様々な制度が適用されないという著しい不利益を受けている。このことは、日常の生活、職場の関係、社会上の生活の各場面においてそうであるし、不慮の出来事が起きた場合にも同様であって、要するに人としての営みに支障が生じているということである。

キ 同性愛者も、婚姻することができなくても、契約や遺言により、ある程度までは婚姻と似たような一定の効果を受けることが可能である。しかし、代替的な措置により不利益を受けないことが合理的な区別の理由になるものかは判然としないが、これを措くとしても、婚姻による効果は、民法のほか、各種の法令で様々なものが定められており、代替的な措置によって、同性愛者が婚姻することができない場合の不利益を解消することができることは認め難い。

(4) 以上からすれば、国会が立法裁量を有することを考慮するとしても、本件規定が、



異性愛者に対しては婚姻を定めているにもかかわらず、同性愛者に対しては婚姻を許していないことは、現時点においては合理的な根拠を欠くものであって、本件規定が定める本件区別取扱い、差別的取扱いに当たると解することができる。

したがって、本件規定は、憲法 14 条 1 項に違反する。」

③「本件規定を改廃しないことが、国賠法 1 条 1 項の適用上違法である旨の主張について

…略…

(3) …確かに、我が国の同性愛者は最も少ない統計で見積もっても数百万人は存在することが窺われるのであり…、本件規定が同性婚を許さずに憲法に違反していることにより、国民の重要な利益に対する重大な侵害が生じているものであると認めることができる。また、諸外国の動向のみならず…、我が国の動向…、とりわけ、国会においても平成 12 年 5 月以降、折に触れて同性婚の法制化に関する発言等がされてきた。

しかし、これらの認定事実を前提としてもなお、同性婚立法の在り方には多種多様な方法が考えられ、設けるべき制度内容が一義的に明確であるとはいえないこと、同性婚に対する法的保護に否定的な意見や価値観を有する国民も存在し、議論の過程を経る必要があること等から、国会が正当な理由なく長期にわたって本件規定の改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。

したがって、X らの主張は採用することができない。

(4) 上記認定に付言する。

同性間の婚姻を許さない本件規定については、国会の議論や司法手続において、憲法の規定に違反することが明白になっていたとはいえないし、制度の設計についても議論が必要であると思われる。対象が少数者であって、容易に多数意見を形成できないという事情もあったのではないかとと思われる。しかし、他方、そのような事情によっても、国会や司法手続を含めて様々な場面で議論が続けられ、違憲性を指摘する意見があり、国民の多くも同性婚を容認しているところであり、このような社会の変化を受け止めることもまた重要である。何より、同性間の婚姻を定めることは、国民に意見や評価の統一を求めることを意味しない。根源的には個人の尊厳に関わる事柄であり、個人を尊重するということであって、同性愛者は、日々の社会生活において不利益を受け、自身の存在の喪失感に直面しているのだから、その対策を急いで講じる必要がある。したがって、喫緊の課題として、同性婚につき異性婚と同じ婚姻制度を適用することを含め、早急に真摯な議論と対応をすることが望まれるのではないかとと思われる。」

解説：令和 7 年東京高裁判決は、全国 6 件の同性婚訴訟のうち最後に下された高裁判決であり、同性婚を許さない現行制度を合憲と判断している。

東京高判 R7.11.28

### [判例 3] 同性パートナー犯罪被害者給付金不支給取消訴訟

B

事案：犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律以下「犯給法」という。）は、3 条において、国は、2 条 3 項所定の犯罪被害者又はその遺族（所定の者を除く。）に対し、犯罪被害者等給付金を支給する旨を規定し、4 条 1 号において、そのうち遺族給付金は、犯罪行為（2 条 1 項所定の人の生命又は身体を害する罪に当たる行為をいう。以下同じ。）により死亡した者の第一順位遺族に対し、一時金として支給する旨を規定している。

最判 R6.3.26・R6 重判 4

犯給法 5 条 1 項は、遺族給付金の支給を受けることができる第 1 順位の遺族として、犯罪被害者の死亡の時にあって、「犯罪被害者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。）」（同項 1 号）と規定している。

本件では、犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書における「婚姻の届出をしていないが、事実上婚

姻関係と同様の事情にあつた者」に犯罪被害者の同性パートナーも含まれるかが問題となった。

判旨：「犯給法は、昭和 55 年に制定されたものであるところ、平成 13 年法律第 30 号による改正により目的規定が置かれ、犯罪被害者等給付金を支給すること等により、犯罪被害等（犯罪行為による死亡等及び犯罪行為により不慮の死を遂げた者の遺族が受けた心身の被害をいう。以下同じ。）の早期の軽減に資することを目的とするものとされた（平成 20 年法律第 15 号による改正前の犯給法 1 条）。その後、平成 16 年に、犯罪等により害を被った者及びその遺族等の権利利益の保護を図ることを目的とする犯罪被害者等基本法が制定され（同法 1 条）、基本的施策の一つとして、国等は、これらの者が受けた被害による経済的負担の軽減を図るため、給付金の支給に係る制度の充実等必要な施策を講ずるものとされた（同法 13 条）。そして、平成 20 年法律第 15 号による改正により、犯給法は、犯罪行為により不慮の死を遂げた者の遺族等の犯罪被害等を早期に軽減するとともに、これらの者が再び平穏な生活を営むことができるよう支援するため、犯罪被害等を受けた者に対し犯罪被害者等給付金を支給するなどし、もって犯罪被害等を受けた者の権利利益の保護が図られる社会の実現に寄与することを目的とするものとされた（1 条）。また、平成 13 年法律第 30 号及び平成 20 年法律第 15 号による犯給法の各改正により、一定の場合に遺族給付金の額が加算されることとなるなど、犯罪被害者等給付金の支給制度の拡充が図られた。

以上のとおり、犯罪被害者等給付金の支給制度は、犯罪行為により不慮の死を遂げた者の遺族等の精神的、経済的打撃を早期に軽減するなどし、もって犯罪被害等を受けた者の権利利益の保護が図られる社会の実現に寄与することを目的とするものであり、同制度を充実させることが犯罪被害者等基本法による基本的施策の一つとされていること等にも照らせば、犯給法 5 条 1 項 1 号の解釈に当たっては、同制度の上記目的を十分に踏まえる必要があるものというべきである。

犯給法 5 条 1 項は、犯罪被害者等給付金の支給制度の目的が上記…のとおりであることに鑑み、遺族給付金の支給を受けることができる遺族として、犯罪被害者の死亡により精神的、経済的打撃を受けることが想定され、その早期の軽減等を図る必要性が高いと考えられる者を掲げたものと解される。

そして、同項 1 号が、括弧書きにおいて、「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」を掲げているのも、婚姻の届出をしていないため民法上の配偶者に該当しない者であっても、犯罪被害者との関係や共同生活の実態等に鑑み、事実上婚姻関係と同様の事情にあつたといえる場合には、犯罪被害者の死亡により、民法上の配偶者と同様に精神的、経済的打撃を受けることが想定され、その早期の軽減等を図る必要性が高いと考えられるからであると解される。しかるところ、そうした打撃を受け、その軽減等を図る必要性が高いと考えられる場合があることは、犯罪被害者と共同生活を営んでいた者が、犯罪被害者と異性であるか同性であるかによって直ちに異なるものとはいえない。

そうすると、犯罪被害者と同性の者であることのみをもって「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当しないものとすることは、犯罪被害者等給付金の支給制度の目的を踏まえて遺族給付金の支給を受けることができる遺族を規定した犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書きの趣旨に照らして相当でないというべきであり、また、上記の者に犯罪被害者と同性の者が該当し得ると解したとしても、その文理に反するものとはいえない。

以上によれば、犯罪被害者と同性の者は、犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書きにいう「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当し得ると解するの

が相当である。」

補足意見：「多数意見は、その説示から明らかなとおり、飽くまでも犯罪行為により不慮の死を遂げた者の遺族等への支援という特有の目的で支給される遺族給付金の受給権者に係る解釈を示したものである。上記文言と同一又は類似の文言が用いられている法令の規定は相当数存在するが、多数意見はそれらについて判断したものではない。それらの解釈は、当該規定に係る制度全体の趣旨目的や仕組み等を踏まえた上で、当該規定の趣旨に照らして行うべきものであり、規定ごとに検討する必要があるものである。」（裁判官林道晴の補足意見）

反対意見：「1 犯給法は、犯罪行為により不慮の死を遂げた者の遺族等の犯罪被害等を早期に軽減するとともに、これらの者が再び平穏な生活を営むことができるよう支援するため犯罪被害者等給付金を支給することとし（1条）、重傷病給付金、障害給付金と並べて遺族給付金を規定している（4条）。

遺族給付金の支給額は、政令により算定される基礎額に、「遺族の生計維持の状況を勘案して」政令で定める倍数を乗じて得た額とされている（9条1項）。このことは、遺族給付金が犯罪被害者遺族の生活保障を意識して設計されたものであることを示している。他方、支給される遺族の範囲として、犯罪被害者の収入によって生計を維持していたことを要件としていないこと（5条1項）など、必ずしも遺族の生活保障の性格とは整合しない規定も置かれている。

また、労働者災害補償保険法による給付等や損害賠償を受けたときはその価額の限度において支給しないとする一方（7条、8条）、犯罪被害者が死亡前に負担した療養費用等について支給額を加算する規定を置いている（9条5項）ところなどは、遺族給付金が損害の填補としての性格を有していることを示すものといえる。もっとも、前述のとおり支給額はあくまでも法及び政令に従って機械的に算出された額であり、実損害に一致させることはしていない。

2 犯罪被害給付制度については、福祉政策、不法行為制度の補完、刑事政策の要素も含みながら、犯罪被害者の現状を放置しておくことによって生じる国民の法制度全体への不信感を除去することを本質とするなどと説明されている。

ややわかりにくい説明との印象をぬぐえないのは、犯罪被害給付制度が各種政策の複合的な側面を持つすぐれて政策的色彩の強い制度であり、それゆえに国の一般会計に財源を求める給付金も特殊な意味付けがされていることによるものであろう。このように、厳密な意味での遺族給付金の性質となると一口ではいい表し難いものがあるが、上述した一連の規定をみる限り、必ずしも徹底してはいない部分はあるものの、犯給法は、遺族給付金が犯罪被害者遺族に対する生活保障と損害の填補という2つの機能を十全に果たすことを通じ、上述したような制度の趣旨、ひいては法の目的が達せられることを期待しているものといっていよいと思われる。

3 以上を前提に、まずは生活保障という観点からみた場合について述べる。

前述したとおり、犯給法は遺族給付金の支給対象となる遺族について、被害者によって生計を維持することを要件としていないが（5条1項）、「子、父母、孫、祖父母及び兄弟姉妹」（以下「子ら」という。）については、犯罪被害者の収入によって生計を維持していた者をそうでない者よりも先順位としている（2号）。

そのため、仮に1号にいう「犯罪被害者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。）」に同性パートナー（「パートナー」の定義自体が一つの問題であるが、ここでは取りあえず「婚姻関係にある男女間と同様の事情にある共同生活者」という意味で用いる。）が含まれるとすると、それまで犯罪被害者の収入によって生計を維持していた子らは同性パートナーに劣後し、支給対象から外れること

となる。なるほど多数意見は遺族給付金の支給対象となる遺族の範囲を広く解するものであり、その意味では犯罪被害者にとり歓迎されるべきものであろう。しかし、その一方で、犯罪被害者相互の間に、潜在的にせよ前述のような利害対立の契機をもたらすものでもある。こうした結果が遺族を含めた総体としての犯罪被害者の社会的ニーズに応えるものであるかは、犯給法の解釈上重要な考慮要素と思われる。事が犯罪被害者の収入に依存していた子らの生活保障にかかわることであってみればなおさらである。そうであれば、まずはこうした犯罪被害給付制度の視点に立った論証が求められるはずである。

4 遺族給付金には損害填補の性格があることについても前述した。犯給法上同性パートナーに遺族給付金が支給されるという解釈を採用するのであれば、犯罪被害者の同性パートナーが加害者に対し損害賠償請求権を有することが前提となるはずである。

私は、同性パートナー固有の権利として、精神的損害を理由とした賠償請求権については、もとより事案によることではあるが、認める余地があると考えている。しかし、財産的損害、とりわけ扶養利益喪失を理由とする損害賠償請求権については、民法 752 条の準用を認めない限りにわかに考え難いというのが大方の理解であろう。そうであるとすれば、犯罪被害者の同性パートナーに認められる損害賠償請求権は、仮に認められるとしても異性パートナーに比べて限定されたものとなる。それにもかかわらず、多数意見の見解によれば、同性パートナーは異性パートナーと同視され、同額の遺族給付金を支給されることになる。遺族給付金が損害填補の性格を有することを考えると、前提となる民事実体法上の権利との間でこのようなギャップが生じることは説明が困難と思われる。

5 社会への影響という観点からは、多数意見による犯給法の解釈は、他法令の解釈運用への波及の有無という観点から更に難しい問題をはらむ。

犯給法 5 条 1 項 1 号の「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」と同一又は同趣旨の文言が置かれている例は少なくないが、そうした規定について、多数意見がいかなる解釈を想定しているかも明らかでない。個別法の解釈であり、犯給法と異なる解釈を採用することも可能と考えられるとはいえ、犯給法の解釈が他法令に波及することは当然想定され、その帰趨次第では社会に大きな影響を及ぼす可能性がある。現時点で、広がり大きさは予測の限りではなく、その意味からも多数意見には懸念を抱かざるを得ない。

6 結論として、犯罪被害者と同性の者は犯給法 5 条 1 項 1 号括弧書き所定の者に該当し得るとする多数意見の解釈には無理があるといわざるを得ない。多数意見は、犯罪被害者の死亡により精神的、経済的打撃を受け、その軽減を図る必要性が高いと考えられる場合があることは、犯罪被害者と共同生活を営んでいた者が異性であると否とで異なるものではないとしている。私は、これに異を唱えるつもりはないが、そのことと、犯給法の規定がそうした理念を矛盾なく取り込める造りになっているかは別問題である。

7 なお、多数意見は、上告人が本件被害者との間において「婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者」に該当するか否かについて審理を尽くさせるために原審に差し戻すとする一方で、「事実上婚姻関係と同様の事情」という要件の中身については何も語らない。しかし、単なる同性同士の共同生活と何が異なるのかと考えてみたとき、それは決して自明ではないように思われる。婚姻は男女間のものとして歴史的にも法的にも観念されてきたのであり、同性同士の関係にも同様の法的保護を及ぼすという考えは最近のものである。同性同士の関係において何をもって「事実上婚姻関係と同様の事情」と認めるかは、私はそれほど簡単に答えの出せる問題ではないと考えている。

この懸念が当たっているか否かはさて措くとしても、同性同士の関係における「事実上婚姻関係と同様の事情」は、多数意見によって新たに提示された概念であって、その中身を明らかにすることは、犯給法の条文の法令解釈にほかならないことを踏まえると、原審

に差し戻すに当たっては、多数意見の考える解釈に従い、「事実上婚姻関係と同様の事情」の考慮要素を具体的に明らかにすべきであったと考える。

8 今回争点となった犯給法の解釈は、同性パートナーシップに対する法的保護の在り方という大きな論点の一部でもある。この論点は、社会におけるその位置付けや家族をめぐる国民一人一人の価値観にもかかわり、憲法解釈も含め幅広く議論されるべき重要な問題である。犯給法をめぐる検討も、そうした議論の十分な蓄積を前提に進められることが望ましかったことはいうまでもない。しかし、私の知る限り、そのような議論の蓄積があるとはいえず、そのため、同性パートナーシップを現行法体系の中にどのように位置付けるか、他の権利や法的利益と衝突した場合にいかなる調整原理を用いるのかといった解釈上重要な視点はいまだ明らかとはいえない。そうした中で、個別法の解釈として同性パートナーへの法的保護の在り方を探る試みには相応の困難が避けられない。今後の立法や判例学説の展開により、近い将来新たな解釈や理解が広く共有され、多数意見の合理性を裏付けていくということはあり得ると思うが、現時点においては、先を急ぎすぎているとの印象を否めない。

以上の理由から、私は、同性パートナーは犯給法 5 条 1 項 1 号の「犯罪被害者の配偶者（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にあつた者を含む。）」に該当しないと解すべきであると考え。そして、これまで述べたところによれば、このように解される同号が憲法 14 条に反するということもできない。したがって、以上と同旨の原判断は是認することができるから、本件上告は棄却すべきである。」（裁判官今崎幸彦の反対意見）

#### [判例 4] 夫婦同氏事件

事案：民法 750 条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」として、夫婦同氏制を定めており、戸籍法 74 条 1 号は、「婚姻をしようとする者」が婚姻届に記載すべき事項として「夫婦が称する氏」を掲げている。

本件では、これらの規定の違憲性が問題となった。

判旨：「本件は、X らが、婚姻届に「夫は夫の氏、妻は妻の氏を称する」旨を記載して婚姻の届出をしたところ、国分寺市長からこれを不受理とする処分（以下「本件処分」という。）を受けたため、本件処分が不当であるとして、戸籍法 122 条に基づき、同市長に上記届出の受理を命ずることを申し立てた事案である。本件処分は、上記届出が、夫婦が婚姻の際に定めるところに従い夫又は妻の氏を称するとする民法 750 条の規定及び婚姻をしようとする者が婚姻届に記載しなければならない事項として夫婦が称する氏を掲げる戸籍法 74 条 1 号の規定（以下「本件各規定」という。）に違反することを理由とするものであった。所論は、本件各規定が憲法 14 条 1 項、24 条、98 条 2 項に違反して無効であるなどというものである。

しかしながら、民法 750 条の規定が憲法 24 条に違反するものでないことは、当裁判所の判例とするところであり（最高裁平成 26 年（オ）第 1023 号同 27 年 12 月 16 日大法廷判決・民集 69 卷 8 号 2586 頁（以下「平成 27 年大法廷判決」という。））、上記規定を受けて夫婦が称する氏を婚姻届の必要的記載事項と定めた戸籍法 74 条 1 号の規定もまた憲法 24 条に違反するものでないことは、平成 27 年大法廷判決の趣旨に徴して明らかである。平成 27 年大法廷判決以降にみられる女性の有業率の上昇、管理職に占める女性の割合の増加その他の社会の変化や、いわゆる選択的夫婦別氏制の導入に賛成する者の割合の増加その他の国民の意識の変化といった原決定が認定する諸事情等を踏まえても、平成 27 年大法廷判決の判断を変更すべきものとは認められない。憲法 24 条違反をいう論旨は、採用することができない。

A

最大決 R3.6.23・R3 重判 10

なお、夫婦の氏についてどのような制度を採るのが立法政策として相当かという問題と、夫婦同氏制を定める現行法の規定が憲法 24 条に違反して無効であるか否かという憲法適合性の審査の問題とは、次元を異にするものである。本件処分の時点において本件各規定が憲法 24 条に違反して無効であるといえないことは上記のとおりであって、この種の制度の在り方は、平成 27 年大法廷判決の指摘するとおり、国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならないというべきである。

反対意見：「私たちは、多数意見と異なり、本件各規定は憲法 24 条に違反するものであるから、原決定を破棄し、X らの婚姻の届出を受理するよう命ずるべきであると考え。その理由は、以下のとおりである。

#### 1 憲法 24 条 1 項について

##### (1) 憲法 24 条 1 項の法意、趣旨

…略…

(2) 夫婦同氏を婚姻届の受理要件とすることは、婚姻をするについての直接の制約と解されること

…まず、婚姻届に「夫婦が称する氏」の記載を義務付ける戸籍法 74 条 1 号を、「婚姻は、戸籍法の定めるところにより届け出ることによって、その効力を生ずる」と規定する民法 739 条 1 項と併せてみれば、単一の氏の記載が婚姻届の受理要件とされていること、婚姻届が受理されることによって婚姻の法的な効力が発生する、すなわち婚姻が成立するとされていることは、文理上明らかである。

しかるに、この受理要件が婚姻をするについての直接の制約であるかという問題は、婚姻の成立について定める憲法 24 条 1 項適合性の問題であるから、かかる「婚姻」を上記…で述べた同項の「婚姻」と同じ意味に解した上で、この受理要件の意味を検討する必要がある。そうすると、本件において、X らに対して単一の氏の記載（夫婦同氏）を婚姻届の受理要件とするという制約を課すことは、下記（4）で詳しく述べるように、X らの婚姻をするについての意思決定を抑圧し、自由かつ平等な意思決定を妨げるものといわざるを得ない。そうである以上、本件においては、そのような制約は、婚姻をするについての直接の制約に当たると解することができる。

##### (3) 本件で X らが主張している人格的利益の由来と性質について

ア X らは、夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることにより X らが有する生来の氏名に関する人格的利益が侵害されることを挙げて上記の受理要件が婚姻をするについての直接の制約であると主張しているので、ここで、この人格的利益の由来と性質を検討する。平成 27 年大法廷判決の中でこの点に関する考え方を表していると思われる判示は、婚姻の際に「氏の変更を強制されない自由」が憲法 13 条で保障される権利に当たるかの判断の中の、氏は名とは切り離された存在としての意義があり、氏に関する人格権の内容は法制度をまって初めて具体的に捉えられるものという部分であると思われる。

しかし、私たちは、氏を名から切り離して論ずる点についても、氏に関する人格権は法制度をまって初めて具体的に捉えられるものであるとする点についても、次の理由で平成 27 年大法廷判決とは見解を異にする。

イ 今日では、氏と名によって構成される氏名が個人の名前であると認識されているところ、〔1〕氏名には氏だけよりもはるかに高度の個人識別機能及び自己同定機能があること、〔2〕名前を構成する要素が一般に氏と名のみとされたのは明治時代であり、それ以前は名前の構成には様々なバリエーションがあったといわれているが、構成要素のいかにかわらず名前を個人識別に使用することは、社会において自然発生的に行なわれていた習俗ともいうべきことであるから、氏名（名前）の個人識別機能や自己同定機能は法制度がなければ認められない性質のものとはいえないこと、〔3〕本件において X らが主

張している氏名に関する人格的利益とは、下記ウで述べるように、氏名（名前）が高度の個人識別機能及び自己同定機能を持つことに由来するものであること、〔4〕婚姻による氏の変更は自動的に婚姻前の氏名と婚姻後の氏名の同一性を失わせる結果、他人からの個人識別についても自分自身の自己同定（人格認識）についても重大な影響や混乱をもたらすことが避けられないことを考えるならば、夫婦同氏を婚姻成立要件とすることが婚姻をするについての直接の制約かについて判断するに当たっては、氏名に関する人格的利益の由来や性質をこそ考慮すべきであって、氏を名から切り離して論ずるだけではこの争点に含まれる問題の本質を的確に捉えることはできない。

ウ 本件で主張されている氏名に関する人格的利益は、氏を構成要素の一つとする氏名（名前）が有する高度の個人識別機能に由来するものであり、氏名が、かかる個人識別機能の一側面として、当該個人自身においても、その者の人間としての人格的、自律的な営みによって確立される人格の同定機能を果たす結果、アイデンティティの象徴となり人格の一部になっていることを指すものである。これは、上記（1）において述べた人格権に含まれるものであり、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる権利であるから、憲法 13 条により保障されるものと考えられる。したがって、この権利を本人の自由な意思による同意なく法律によって喪失させることは、公共の福祉による制限として正当性があるといえない限り、この権利に対する不当な侵害に当たる。このように、この人格的利益は、法律によって創設された権利でも、法制度によって与えられた利益や法制度の反射的利益などというものでもなく、人間としての人格的、自律的な営みによって生ずるものであるから、氏が法制度上自由に選択できず、出生時に法制度上のルールによって決められることは、この人格的利益を否定する理由にはなり得ない。

エ 平成 27 年大法廷判決は、氏に関する人格権について、その内容は法制度をまっぴらめて具体的に捉えられると判示しているが、法制度がこの人格的利益の内容を定めているのではなく、この人格的利益の内容は、上記ウで述べたとおり、個人の尊重、個人の尊厳の基礎である人格の一内容と理解することができるのである。したがって、法制度によって具体的に捉えられるのは、この人格的利益の内容ではなく、この人格的利益に対して法制度が課している制約の内容にすぎない。以上の考え方を踏まえると、本件では、法律によって氏あるいは氏名に課されている制約が上記のような性質、内容を持つ人格的利益に対する不当な侵害に当たるか否かの検討が求められているということになる。そして、そうであるからこそ、本件では、氏名に関する人格的利益の由来、性質を明らかにした上で、夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという本件各規定によって課されている制約に合理性があるか、公共の福祉による制限として正当性があるかが問われなければならないのである。

（4）民法 750 条を含む本件各規定によって課される制約の意味について

ア 夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、婚姻をするについての意思決定と同時に人格的利益の喪失を受け入れる意思決定を求めることを意味すること

（ア）本件において X らが単一の氏の記載をせず、双方が生来の氏を称することを希望する旨記載して本件婚姻届を提出した理由は、婚姻に伴って一方当事者が氏を変更することになると、当該当事者はその変更により、それまで有していた戸籍簿上公的に確認できる氏名が消滅させられ、その結果、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容であった生来の氏名が失われ、アイデンティティを喪失するなど氏名に紐付いていた人格的利益を失うこととなり、かつ、婚姻による氏の変更によって生ずる氏名（名前）の変更の事実、社会においては、当然には認識・周知されないため、社会における個人の同一性の認識阻害という結果をもたらす、変更前の氏名に紐付けられていた当該個人に対する評価が損なわれるなどの形で人格的利益の侵害が生

ずるからというものである。

(イ) X らのように婚姻後もそれぞれの人格の象徴であった生来の氏名を維持することを希望する者にとっては、夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、婚姻をするについての意思決定は、上記のような人格的利益の喪失を受け入れるという(本人の希望に反する)意思決定と同時にしない限り、婚姻の意思決定として法的に認められないことを意味することになる。

イ 夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、婚姻後、夫婦が同等の権利を享有できず、一方のみが負担を負い続ける状況を作出させること

(ア) 本件では、X らは、夫婦同氏制の下では、一方の当事者が生来の氏名に関する人格権の侵害を受け入れ、アイデンティティの喪失を受け入れなければ婚姻をすることができないのに対して、他方の当事者は生来の氏名に関する人格権を全く制約されることなく享受できるという点を捉えて、夫と妻とがそれぞれの人格権を同等に享有できないことも夫婦同氏制の問題として指摘している。

(イ) 平成 27 年大法廷判決にはこの問題について言及する判示は見当たらないが、確かに、婚姻届への単一の氏の記載という要件を婚姻の成立要件として課すことは、婚姻により当事者の一方のみが生来の氏名に関する人格的利益を享受し続けるのに対し、他方は自分自身についてのかかる人格的利益を享受できず、かつ、かかる人格的利益の喪失による負担を負い続ける状況になることを意味し、婚姻が継続する限りその一方的な不平等状態は変わらないし変えられないことは自明である。言い換えると、夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることによって、婚姻により氏を変更することとなる当事者は、婚姻が継続する限り、かかる人格的利益を他方当事者と同等に享有することを期待することすらできないという状況、すなわち、夫婦同氏制のゆえに、婚姻によって夫となり妻となったがゆえにかかる人格的利益を同等に共有することができない状況が必ず作出されることになる。

ウ 本件においては、夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることによって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定が抑圧されること

(ア) 氏名に関する人格的利益の性質についての私たちの考え方は、上記(3)で述べたとおりであるが、その考え方に立つと、X らのように、生来の氏名が失われることによるアイデンティティの喪失を受け入れることができず双方が生来の氏を使用することを希望する者に対して、単一の氏の記載(夫婦同氏)を婚姻成立の要件とするという制約を課すことは、〔1〕自身が氏を変更する側となる当事者にとっては、生来の氏名に関する人格的利益が侵害されることを前提として受け入れた上で、婚姻の意思決定をせよというに等しく、〔2〕当事者双方にとっては、自身が氏を変更する側になるか変更しない側になるかにかかわらず、自分又は相手の人格の一部を否定し、かつ婚姻が維持される限り夫と妻とがかかる人格的利益を同等に享有することができないこととなることを前提とした上で婚姻の意思決定をせよというに等しい。これは、当事者がする婚姻をするについての意思決定は、上記〔1〕及び〔2〕の前提を本人の意思に反して受け入れるという意思決定と同時にしない限り、婚姻の意思決定として法的に認められないことを意味する。しかし、かかる人格的利益の性質は上記(3)で述べたように、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる人格権に当たるのであるから、その権利に対する制約を当事者の自由な意思に反して受入れることに同意しない限り婚姻をするについての意思決定が法的に認められないというのでは、婚姻をするについての意思決定が自由かつ平等な意思決定であるとは到底いえない。

(イ) もし、氏の変更(上記(ア)の〔1〕及び〔2〕はその効果)について当事者の自由意思による同意があるならば、婚姻の意思決定は自由かつ平等な意思決定であると認めることができるという点については私たちも異議はないが、X らは、氏の変更について自由



意思による同意はしていないし、同意する意思はないことを本件婚姻届において明らかにしている。したがって、X らのように双方が生来の氏を希望する者に対して、夫婦同氏を婚姻成立の要件とする制約を課すことは、X らの婚姻をするについての意思決定を抑圧して自由かつ平等な意思決定を妨げるものであるから、憲法 24 条 1 項の趣旨に反する侵害に当たるといえる。

なお、夫婦同氏制は夫婦になろうとする者の対等な協議によって氏を選ぶと定めるものであることは、上記の結論に影響を及ぼさない。なぜならば、その協議は、夫婦同氏が婚姻成立の要件であることを所与のものとして認めなければならないという条件付きの協議でしかなく、双方がそれぞれの生来の氏を選ぶという選択肢は最初からないこととされているのであるから、双方が生来の氏を選ぶことを希望する者にとっては、その協議の結果が自由かつ平等な意思決定によるものとはいえないからである。

#### (5) 上記 (4) の侵害の不当性

ア 婚姻の成立にこのように憲法 24 条 1 項の趣旨に反する結果をもたらすような夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという制約を課し、もって婚姻をするについての当事者の意思決定を抑圧して自由かつ平等な意思決定を妨げることになったとしても、もしその制約を正当化するような公共の福祉の観点からの合理性があるならば、夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという制約は同項の趣旨に反するほどの不当な国家介入とはいえないと考えることができる。そこでこの点について次に検討する。

イ 本件において問題とされている単一の氏の記載（夫婦同氏）という婚姻成立の要件は、民法 750 条が定める夫婦同氏制に基づいて課されている制約である。そこで、夫婦同氏制が合理性を有する理由として平成 27 年大法院判決が挙げる、氏が家族の呼称としての意義を有することが、公共の福祉の観点からこの制約の合理性を基礎付けることができるかを検討すると、そもそも氏が家族の呼称としての意義を有するとする考え方は、憲法上の根拠を有するものではない。（振り返ると、我が国でもかつては夫婦別氏制であった時代があったが、その制度が、明治 31 年施行の旧民法によるいわゆる「家」制度の採用に伴って夫婦同氏制に改められ、その後「家」制度は現行憲法の制定とともに廃止されたものの、夫婦同氏制は維持されたという歴史をたどったことは一般的に知られている。旧民法においては、氏は「家」の呼称であり、その結果として夫婦同氏となったのであるが、「家」制度を前提としない現行憲法の制定過程において夫婦同氏制の憲法適合性について十分な議論がなされたことはうかがわれない。）

ウ 次に、家族という概念は、憲法でも民法でも定義されておらず、その外延は明確ではない。社会通念上は、その概念は多義的である。戸籍法は、夫婦及び父母の氏を称する未婚子を単位として戸籍を編成しているが、その単位のみが家族として社会的に認知されているわけではなく、社会通念上は、婚姻後においても、自分の両親、祖父母や兄弟姉妹を含み得る概念として自然に用いられているといえよう。そして、今日においてもなお、氏が家系という意味での「家」の呼称として用いられる場合すらある。また、夫婦とその未婚子から成る世帯は、ますます減少しており、世帯の実態は多様化している。そのような中であって、夫婦とその未婚子から成る世帯のみを家族と捉え、そのことをもって、氏はかかる家族の呼称としての意義があることが、氏名に関する人格権を否定する合理的根拠になるとは考え難い。

エ 他方で、憲法 24 条 1 項は婚姻の自由だけでなく、その反面において離婚の自由、再婚の自由も保障する趣旨の規定であると解され、民法も、本人の合意による離婚や再婚を制限する規定を何ら設けていない。そして、民法が定める家族制度においては、法律婚をしている父母の嫡出子の氏は父母の氏とするというルールが設けられている一方で、子を持つ両親が離婚し、さらにそれぞれが別の相手と再婚し、それを繰り返すことは何ら制

限されておらず、その結果として子自身の意思によることなく、親の離婚、再婚により、実の両親と、さらには同居の家族とみられる者とも、子の氏異なる状況に置かれることが民法の制度上も当然想定され、容認されている。このことは、民法が、子の氏とその両親の氏は同じでなければならないことを常に要求しているわけではないことを示している。この点を勘案すると、子の氏とその両親の氏が同じである家族というのは、民法制度上、多様な形態をとることが容認されている様々な家族の在り方の一つのプロトタイプ（法的強制力のないモデル）にすぎないと考えられる。そして、現実にも、夫婦とその未婚子から成る世帯は、時代を追うごとにますます減少しており、世帯や家族の実態は極めて多様化し、子の氏とその子が家族として暮らす者の氏が異なることもまれでなくなっている。したがって、そのプロトタイプたる家族形態において氏が家族の呼称としての意義を有するというだけで人格的利益の侵害を正当化することはできないと考える。他の家族形態においてはそもそも氏が家族の呼称という実態自体があるとはいえないからである。

オ 私たちは、氏には家族の呼称という側面があることまで否定するものではないが、既に述べたように、それを憲法上の要請と位置付ける根拠はなく、平成 27 年大法廷判決が夫婦同氏制に合理性があるとして挙げている「氏は、家族の呼称としての意義がある」という説明に氏名に関する人格権を否定する合理的根拠があるとは考えにくい。加えて、それ以外に同判決で夫婦同氏制の合理性の説明として挙げられている内容（氏は夫婦であることを対外的に公示し識別する機能を有すること、嫡出子であることを示すこと、家族の一員であることを実感すること、子がいずれの親とも氏を同じくすることによる利益を享受しやすくすること）は、いずれも民法が想定している夫婦や親子の姿の一部を捉えているとはいっても、上記で述べた家族形態の多様化という現実と、家族の形が多様であることを想定し容認する民法の寛容な基本姿勢に照らすと、夫婦同氏制の合理的根拠とはいえない。

カ したがって、私たちは、X らのように生来の氏名に関する人格的利益の喪失を回避し、夫婦が同等の人格的利益を享受することを希望する者に対して夫婦同氏を婚姻成立の要件として当事者の婚姻をするについての意思決定を抑圧し、もって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を侵害することについて、公共の福祉の観点から合理性があるということとはできないと考える。

そうすると、本件各規定は、X らのように婚姻しようとする当事者双方が生来の氏を称することを希望する者に対して、夫婦に同氏を強制し婚姻届に単一の氏の記載を義務付ける点で、憲法 24 条 1 項の趣旨に反するというべきである。

キ 付言するに、そもそも、婚姻は私的な事柄であり、プライバシーに属する情報である。当事者がそれを公表することは自由であるが、当事者が公表したくないにもかかわらず、それを公示することは、プライバシー侵害となり得る。嫡出子であることを「氏」をもって対外的に公示することは、逆に、非嫡出子や離婚した母子家庭の子供に対する差別を助長するというマイナス面があるともいえる。嫡出子であることによる法律上の利益は、実の両親の共同親権に服することを含めて幾つかあるが、それらは、両親が法律婚をしていることの公的な証明手段があれば享受することができるのであって、両親の氏が同一であるから享受できるというものではない。夫婦同氏制が違憲と判断されれば、両親が法律婚をしていることの公的な証明手段を諸外国と同様に法定することが困難であるとは考え難い。

ク なお、夫婦同氏の強制を人格権侵害と感ずるかについて個人差があることは事実であるが、そのことは、本件において、夫婦同氏を婚姻成立の要件とするという制約が生来の氏名に関する人格的利益や婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定に対する憲法 24 条 1 項の趣旨に反する侵害であることを否定する理由にはならない。このことは、

プライバシー権を考えてみれば明らかと思われる。何をプライバシー侵害と感ずるかについては、個人差があり、例えば、自分が難病にかかったことを公表する人も少なくないが、他方、それを他人に知られたくないと思う人も少なからず存在すると考えられる。後者の人にとって、難病に患っていることを他人に知られない利益はプライバシー権として憲法上保障されるべきであって、そのような事実を他人に知られないことを望まない人がある程度存在するからといって、それを他人に知られることを望まない人の利益をプライバシー権として保障することを否定することにはならない。

## 2 憲法 24 条 2 項について

### (1) 判断枠組みを異にし、結論を異にすること

ア 憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項に関しては、「法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」と規定している。しかるに、平成 27 年大法廷判決は、夫婦同氏制を定める法律の規定が憲法 13 条、14 条 1 項に違反しない場合に、更に憲法 24 条にも適合するものとして是認されるか否かは、当該法制度の趣旨や同制度を採用することにより生ずる影響につき検討し、当該規定が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを得ないような場合に当たるか否かという観点から総合判断すべきであるという判断枠組みを示している。

イ しかしながら、私たちは、上記 1 で述べた理由で、X らのように婚姻届において夫婦同氏に同意しないことを明らかにしている者に対して夫婦同氏を婚姻成立要件として課すことは、婚姻をするについての当事者の意思決定を抑圧し、もって婚姻をするについての自由かつ平等な意思決定を妨げる不当な国家介入に当たり、憲法 24 条 1 項の趣旨に反するので、本件については、平成 27 年大法廷判決が示した上記の判断枠組みの適用の前提を欠くから、その判断枠組みによって判断することはできず、法律が同項の趣旨に反する場合には、そのことのみをもって、かつその限度では、同条 2 項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱していると考えます。

ウ すなわち、夫婦同氏制を定める民法 750 条を含む本件各規定を、当事者双方が生来の氏を変更しないことを希望する場合に適用して単一の氏の記載（夫婦同氏）があることを婚姻届の受理要件とし、もって夫婦同氏を婚姻成立の要件とすることは、当事者の婚姻をするについての意思決定に対する不当な国家介入に当たるから、本件各規定はその限度で憲法 24 条 1 項の趣旨に反する。したがって、本件各規定は、その限度で、憲法 24 条 2 項の個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した法律とはいえず、立法裁量を逸脱しており、違憲といわざるを得ない。私たちの意見は、もとより、夫婦別氏を一律に義務付けるべきとするものではなく、夫婦同氏制に例外を設けていないことを違憲とするものであり、この点については平成 27 年大法廷判決における木内道祥裁判官の意見と趣旨を同じくする。

(2) 平成 27 年大法廷判決の判断枠組みによったとしても、その後の事情の変化をも考慮して、憲法 24 条違反と判断すべきこと

仮に、生来の氏名に関する人格的利益は憲法上の権利に当たらず、本件各規定が憲法 24 条 1 項の趣旨に反する婚姻成立の要件を定めるものとは直ちにはいえないという見解に立ち、平成 27 年大法廷判決が判示する判断枠組みによって夫婦同氏制の憲法 24 条適合性を総合判断することとしたとしても、私たちは、本件における夫婦同氏制の同条適合性判断においては、以下に述べる 3 点（ア、イ及びウ）を、平成 27 年大法廷判決では考慮されなかった事情として追加的に考慮すべきであり、それらを適切に考慮すれば、夫婦同氏制を定めた本件各規定は、遅くとも本件処分の時点においては、個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものとみざるを

得ないから、同条に違反するとの結論に至るものと考ええる。

ア 夫婦同氏制は個人の尊厳と両性の本質的平等に適合しない状態を作出する制度であること

(ア) 夫婦同氏制は、氏名に関する人格的利益を夫と妻とが同等に享有することができない状況作出する制度であることについては、上記 1 (4) イで指摘したが、たとえ本件において X が主張している氏名に関する人格的利益が憲法 13 条で保障された権利に当たらないという見解に立つとしても、この氏名に関する人格的利益は、最高裁昭和 58 年 (オ) 第 1311 号同 63 年 2 月 16 日第三小法廷判決・民集 42 卷 2 号 27 頁が人格権の一内容であると判示した権利・利益と少なくとも同質・同等の権利・利益である。そうである以上、この人格的利益が個人の人格の中核に関わるものであること (そうでなければアイデンティティの喪失感などを抱くことはない。) を否定することはできないから、上記 1 (4) イの指摘はそのまま当てはまる。したがって、夫婦同氏制は、この点において個人の尊厳と両性の本質的平等に反する結果をもたらす制度であるといわざるを得ない。

(イ) 平成 27 年大法廷判決の憲法 24 条適合性の判断では、夫婦同氏制にこのような問題があることについては全く触れられていないので、この点は、同判決では考慮されていない事情として本件において考慮する必要があるというべきである。この点を、妻側が氏を変更する夫婦の割合が約 96% に上るという実態と併せてみると、結局のところ、約 96% の夫婦において、夫婦同氏制によって生来の氏名に関する人格的利益を失い、夫との不平等状態に置かれるのは妻側であるという、性別による不平等が存在しているというのが実態であることになる。

(ウ) しかるに、憲法 24 条 2 項は、婚姻及び家族に関する事項を法律事項とするのみ定めているわけではなく、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して法律が制定されなければならないと明記している。それにもかかわらず、上記のとおり個人の尊厳と両性の本質的平等のいずれの趣旨にも反する結果をもたらす夫婦同氏制が、憲法 24 条 2 項が明記する個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚した制度であると解することは困難である。

イ 平成 27 年大法廷判決後の旧姓使用の拡大は、夫婦同氏制の合理性の実態を失わせていること

(ア) そもそも、氏が家族の呼称としての意義を有することが夫婦同氏制の合理性の理由であったとしても、夫婦・家族の実態についてみると、日本国民の夫婦及びその未婚の子から成る世帯は、もはや典型的な世帯ではない。平成 30 年の統計によれば、夫婦及びその未婚の子から成る世帯は、3 割を切っており、夫婦のみの世帯も 4 分の 1 に満たない。未婚率の上昇、初婚年齢の上昇、離婚及び再婚の増加、国際結婚の増加という近年の動向は、今後も継続し、日本国民の夫婦及びその未婚の子から成る世帯の割合は、一層低下していくと予想される。また、子が両親と同一の氏を称することにより家族の一員であることを実感する意義については、夫婦同氏制を廃止した諸外国において、家族の一体感が弱まったとする実証的根拠は何もなく、また、旧姓の通称使用により、実質的に夫婦別氏となっている家族の絆が弱くなっているという実証的根拠も何ら存在しない。夫婦のみならず子の福祉を考えることは重要であるが、婚姻をしようとする者のいずれも自らの氏を変えることによって生来の氏名に関する人格的利益を失うことに耐えられず事実婚を選択するケースだけでなく、婚姻している夫婦が婚姻によって氏を変更した当事者の氏を生来の氏に戻すことだけを目的として婚姻の実態を変更する意思はないのに離婚届を出して形式的には離婚するケースも散見されるようになっており、その結果、子が受ける不利益の深刻さ (前者の場合は、嫡出子とは扱われないために、嫡出子が法律上受ける利益を受けることができない。後者の場合は、両親が離婚すると、共同親権に服さないこととなり、一方の親のみが親権者となる。) を考えると、夫婦同氏を強制する法制度が、かかる不利

益を受ける子を生み出し、子の福祉を損なっている面も看過できない。

(イ) 夫婦同氏制の合理性の根拠とされた点に関する社会の実態が上記のように変化している中で、平成 27 年大法廷判決以降、女性による旧姓の通称使用を容易にするための方策が相次いで採られてきた。なかんずく、旧姓の通称使用が国の機関における公的な文書の作成においてすら認められるようになったことは、平成 27 年大法廷判決で認められた夫婦同氏制の合理性の根拠を質的に希薄化させる重大な事情の変化であると考ええる。

(ウ) そもそも旧姓の通称使用は、婚姻によって氏を変更した当事者が有する生来の氏名に関する人格的利益の喪失とそれによる不利益を一定程度のみ解消させるものでしかなく、旧姓の通称使用が拡大したとしても公的な証明を必要とする場合は残るから、旧姓の通称使用ができることは決して夫婦同氏制の合理性の根拠になるものではない。むしろ、旧姓の通称使用を認めるということは、夫婦同氏制自体に不合理性があることを認めることにほかならない。そして、旧姓の通称使用の拡大は、夫婦同氏制による氏の変更後の戸籍に記載されている氏名が、社会での使用に耐えない場合があること、言い方を変え、夫婦同氏制による氏ではなく、生来の氏による氏名を使用しなければ、その個人が、氏を変更せずに婚姻した者であれば決して置かれることのない不合理で理不尽な状況に置かれ得ることについての社会における認知の拡大を意味している点は極めて重要である。

(エ) 特に、国家機関において公的文書を作成する者が、その作成の責任の所在を明らかにすべき作成者の氏名として旧姓を使用することが認められたことは、夫婦同氏制の下で決められた氏が実社会において使用されない氏（つまり原則として非公開とされている戸籍に記載されているだけの氏）になっても問題はなく、旧姓の方が夫婦同氏制の下で決められた氏よりも実質的な価値があり、国民との関係でも公的文書作成の責任者の個人識別に法的な問題を生じないことを国の機関が認めるに至ったという意味がある。そのことは、夫婦同氏制による変更後の氏が対外的公示という点では実質的価値が乏しいことが社会的にも認知されたことを示しているといえる。平成 27 年大法廷判決において夫婦同氏制の合理性の根拠とされた点は、主として氏が対外的に公示されることに合理的な意味を見いだすというものであったことからすると、旧姓使用の拡大の事実は、夫婦同氏制の合理性の説明を空疎化し、夫婦同氏制自体の不合理性を浮き彫りにするものといえる。

(オ) また、旧姓使用が拡大するということは、表札にも郵便物にも旧姓が使用され、夫婦親子の間でも社会的には氏が統一されていない状態が広がることを意味するが、特に公的機関における旧姓使用が認められたことは、それにより、女性の社会進出が進むにつれて、民間においても企業や組織が旧姓使用を認めることを促す効果があり、かつ、夫婦同氏制の不利益を幾らかでも回避したいと考える女性による旧姓使用を促す効果があるといつてよい。その結果、社会的には氏を異にする外観を有する夫婦が増えて、外観上は事実婚の夫婦との差異がなくなるので見分けがつかなくなり、夫婦同氏制によって決定された氏（戸籍上の氏）によって夫婦であることの公示や家族であることの公示がなされず、対外的には、氏が夫婦であること、家族であることの識別には使われないという実態が拡大する。他方で、夫婦同氏制によって決定された氏が戸籍に記載されているとしても、戸籍に記載された個人情報プライバシー情報であり、戸籍の閲覧は認められず、第三者の戸籍の謄抄本を請求することも原則として認められないから、戸籍が夫婦同氏制で決定された氏の対外的公示手段となるという説明は現実的に無理である。このように、旧姓使用の拡大によって、夫婦同氏制の合理性の説明とは合致しない実態の広がりをもたらされ、夫婦同氏制の合理性が質的に薄弱化されていることは否定できなくなっている。

(カ) 加えて、旧姓の通称使用とは、実態としては婚姻した女性にダブルネームを認めるのと同じであるところ、旧姓を使用する本人にとっては、ダブルネームである限り人格的利益の喪失がなかったことになるわけではないから、氏の変更によって生じた本質的な問

題が解決されるわけではなく、かつダブルネームを使い分ける負担の増加という問題が新たに生ずる。また、男女の別を問わず、ダブルネームを使う個人の増加は、社会的なダブルネーム管理コスト（例えば、企業や組織においては、一人の社員のために二つの名前を管理しなければならないが、これにはコストがかかる。）や、個人識別の誤りのリスクやコストを増大させるという不合理な結果も生じさせる。

（キ）以上のとおりであるから、旧姓使用の広がり、婚姻しているが旧姓を使用する者からみても、夫婦別氏を希望する当事者からみても、夫婦同氏制の合理性の根拠の基盤を既に空疎なものにしているとすらいいよい。この事実を、夫婦同氏制は、上記 1（4）イで指摘した、氏名に関する人格的利益を夫と妻とが同等に享有することができない状況を作り出す制度であるという問題を抱える制度であることと重ね合わせると、夫婦同氏制という法制度には、個人の尊厳と両性の本質的平等という観点からみて、合理性があるとはいえないと考えられる。

ウ 我が国が女子差別撤廃条約に基づいて夫婦同氏制の法改正を要請する 3 度目の正式勧告を平成 28 年に受けたという事実は夫婦同氏制が国会の立法裁量を超えるものであることを強く推認させること

…女子差別撤廃条約 16 条 1 項（g）にいう夫婦の平等と夫婦それぞれの個人的権利の確保は、憲法 24 条 2 項にいう個人の尊厳と両性の本質的平等という理念と趣旨を同じくすると解されるという上記…で述べたことは、条約（国際法）と憲法（国内法）という次元の違いはあっても、基礎とされている理念自体には相互に共通する普遍性があることが認められるということにほかならないが、我が国の憲法は人権の尊重と平等原則という国際的にも普遍性がある理念を取入れたものであったことも考慮すると、そのことを疑うべき理由はない。そうすると、平成 28 年にされた同条約 16 条 1 項（g）に係る 3 度目の正式勧告は、同条約上夫婦同氏制がかかる理念に反することの指摘にとどまるものではあったとしても、同勧告の時点において、夫婦同氏制が国会の立法裁量の限界を画するとされる個人の尊厳と両性の本質的平等という憲法 24 条 2 項の理念にも反していたことを映し出す鏡でもあったといえる。そうである以上、平成 28 年に 3 度目の正式勧告を受けたという事実は、それ以降本件処分時までに何らかかる法改正がされなかったという事実と照らすと、本件処分時において、そのみで、夫婦同氏制が個人の尊厳と両性の本質的平等の要請に照らして合理性を欠き、国会の立法裁量の範囲を超えるものであることを基礎付ける有力な根拠の一つとなり、憲法 24 条 2 項違反とする理由の一つとなると考えられる。裁判所においては、女子差別撤廃条約に締約国に対する法的拘束力があることを踏まえて、この事実を本件の判断において考慮すべきである。」（裁判官宮崎裕子、同宇賀克也の反対意見）

## [判例 5] マイナンバー制度合憲判決

事案：行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律（令和 3 年法律第 36 号による改正前のもの。以下「番号利用法」という。）により個人番号を付番された X らは、国が番号利用法に基づき X らの特定個人情報（個人番号をその内容に含む個人情報）の収集、保管、利用又は提供（以下、併せて「利用、提供等」という。）をする行為は、憲法 13 条の保障する X らのプライバシー権を違法に侵害するものであると主張して、国に対し、プライバシー権に基づく妨害予防請求又は妨害排除請求として、X らの個人番号の利用、提供等の差止め及び保存されている X らの個人番号の削除を求めるとともに、国家賠償法 1 条 1 項に基づき、慰謝料等の支払を求めて訴訟を提起した。

判旨：「1 憲法 13 条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関

B

最判 R5.3.9・百 117・R5 重判 8

## 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

石井記者証言拒絶事件 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

一元の内在制約説 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

医薬品ネット販売規制事件 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 記者証言拒絶事件 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 p338、350、354

議員の釈放要求権 p338

議院規則制定権 p338、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

吉祥寺駅構内ビラ配布事件 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 p231、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 p297、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	公正な裁判 p348
厳格な合理性の基準 <b>p14、22</b> 、233、239	公正な論評の法理 p208
研究結果の発表の自由 <b>p156</b> 、157	硬性憲法 p1、2、4、337、382、391
「健康で文化的な最低限度の生活」 p297	公正取引委員会 p343
検察権 p341	交戦権 p9、10
「現実の悪意」論 p207	皇族 p46
元首 p346	皇族費 p8
現代的プライバシー権 p81	公布 p392
憲法 p1	公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利 p265
憲法適合的解釈 p384	公民権停止事件 p275
憲法的正当化 p12、13、16	公務員の人権 p58～
憲法の形式的最高法規性 p2	公務員の政治活動の自由 p59
憲法の最高法規性 p2、336、382、385	公務員の争議行為 p66
憲法の変遷 p393	公務就任権 p57
憲法の法源 p3	小売市場事件 p24、233、 <b>237</b>
憲法の法律留保事項 p376	合理的関連性の基準（合理性の基準） p15、25
憲法の保障 p382	合理的期間 p286、288
憲法改正 p391～	合理的理由 p96、97
憲法改正の限界 p392	公立図書館の図書廃棄事件 p162
憲法改正権 p5、6、7、392、393	ゴーマニズム宣言事件 p209
憲法改正国民投票（国民投票） p392	国際慣習 p52、53
憲法慣習 p3	国際人権規約 p187
憲法裁判所 p383	国際平和支援法 p187
憲法制定権力 p2、6、7、391、392、393	国事行為 <b>p8</b> 、336、344、345、346、347
憲法前文 p6、7、9、44、393	国事行為説 p8
憲法判断回避の準則 p383	国政調査権 p339
憲法判断の方法 p385	国籍法違憲訴訟 p96、 <b>110</b>
憲法保障 p381	国籍離脱の自由 p250
憲法優位説 p386	告知・聴聞 p263
権力分立 p8、 <b>321</b> 、325、326、338、339、340、364、375、 382、383	民主権（原理） <b>p5、6</b> 、56、57
【こ】	国民審査 p363
公共の福祉 p12、45	国民代表 p7、274、324
公共利害事実 p206	国民投票（制度） p392
公金支出 p135、137、139、140、 <b>374</b>	国務請求権 p270
合憲限定解釈 p24、25、26、165、383、384	国務大臣 p344
合憲限定解釈の限界 p384	国務大臣の任免権 p344
合憲性推定の原則 p100	個人識別情報 p83、89
合憲的適用部分 <b>p384</b> 、388、389	個人情報 p81、82、83
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	個人の尊厳（尊重） p2、79
皇室経費 p8	国家 p1
麹町中学校内申書事件 p119	国家行為の理論 p77
公衆浴場法事件 p235	国会 p323～
公人行為説 p8	国会議員の権能 p333
孔子廟訴訟 p151	国会議員の地位 p331
	国会単独立法の原則 <b>p326</b> 、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	宗教の意味（信教の定義） p126
事前抑制たる側面を有するもの p176	宗教法人解散命令事件 p34、128、 <b>129</b> 、388
思想の自由市場 p178、210、211、219	宗教問題 p349
思想・良心の自由 p116	住居等の不可侵 p265
自治事務 p375、376	自由国家 p95、261、262
実質的意味の憲法 p1、3	私有財産制 p44、251、259
実質的意味の立法 p325、326	自由裁量行為 p350
実質的関連性の基準 <b>p14</b> 、 <b>22</b> 、23、98、114	自由主義 p1、3、72、126、321、375
実質的証拠法則 p343	自由選挙 p274
実質的正当化 p45	集団行動の自由 p225
実質的平等 p95、96、114	集団暴徒化論 p226
私的自治の原則 p74、75、77	自由と平等 p3、95、97
自動車事故報告義務事件 p267	自由の基礎法 p2
自白 p268	重複立候補制度・比例代表制・小選挙区制違憲訴訟 p280
死票 p281、330、331	十分尊重に値する権利 p18
司法権 p348～	住民自治 p354、375
司法権の限界 p349	14条1項後段列举事由 p97、98、114
司法権の独立 p340、341、 <b>368</b> 、369	主観訴訟 p349
司法権の範囲 p348	主権 p6
司法国家 p321	取材源の秘密 p196
司法事実 p26、385	取材の自由 p191～
司法書士法違反事件 p244	主題規制 p177
資本主義 p74、95、248	手段相当性（相当性） p17
指紋押捺拒否事件 p82、83、 <b>87</b>	手段適合性 p21、23、24、98
社会学的代表 p323、324	手段必要性 p21、23
社会契約 p1	手段の合理的関連性 p24
社会権 p44、297	手段の実質的関連性 p22、180
社会国家 <b>p3</b> 、47、232、251、261、262、321、326、342	手段の必要最小限度性 p21
社会的身分 p98	酒類販売免許制事件 p233、234、235、 <b>244</b>
謝罪広告事件 p118	常会 p333、334
車内広告放送事件 p90	消極的結社の自由 p229
自由委任 p324	消極的団結権 p318
自由権 p44	消極的表現の自由 p161、 <b>218</b>
集会の自由 p220～	消極目的 p232～
集会のために公共施設を利用する権利 p220、221	証券取引法事件 p251、253、 <b>257</b>
週刊文春記事差止事件 p176	少数代表制 p330、331
衆議院 p329～	小選挙区（制） p280、330
衆議院の解散 p8、334、346	肖像権 p87
衆議院の優越 p329	象徴行為説 p8
住基ネット事件 p82、 <b>89</b>	象徴的言論 p212
宗教的人格権 p154	証人審問権・喚問権 p266
宗教上の組織若しくは団体 p135、 <b>136</b> 、374	条約 p336
宗教的結社の自由 p126、 <b>127</b> 、128	条約と憲法の優劣関係 p336
宗教的行為の自由 p26、 <b>127</b> 、128	条約と法律の優劣関係 p336
宗教的中立性 p133、135	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

食糧緊急措置令違反事件 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  
東京都教組事件 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

二重のしほり論 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～

博多駅事件 p18、190、191、**192**、194、211

漠然性ゆえに無効の法理 p164

バターナリズム p72、73

バ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

破防法違反事件 p201

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  
弁護人依頼権 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 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Ⅱ110） **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（食糧緊急措置令違反事件） 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（石井記者証言拒絶事件） p191
- ・最大判 S27.10.8（警察予備隊違憲訴訟・百Ⅱ186） 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Ⅰ96） 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Ⅰ77） p225
- ・最大判 S30.1.26（公衆浴場法事件・百Ⅰ83） p235
- ・最大判 S30.2.9（公民権停止事件・百Ⅱ143） p275
- ・最大判 S30.4.22（百Ⅱ204） p364
- ・最大判 S31.7.4（謝罪広告事件・百Ⅰ31） 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Ⅰ49） **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Ⅰ100） p249
- ・最大判 S33.10.15（東京都売春取締条例事件・百Ⅰ30） p113
- ・最大判 S34.12.16（砂川事件・百Ⅱ161） 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Ⅱ189） **p350**、**351**、352
- ・最大決 S35.7.6（強制調停違憲決定・百Ⅱ119） p271、365
- ・最大判 S35.7.20（東京都公安条例事件・百ⅠA11） p225、**226**
- ・最大判 S35.10.19（村会議員出席停止事件） p353、**354**、355、357
- ・最大判 S36.2.15（あん摩師等法事件・百Ⅰ51） 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Ⅱ179） p350
- ・最判 S37.5.2（自動車事故報告義務事件・百Ⅱ112） p267
- ・最大判 S37.5.30（百Ⅱ205） p376、**377**
- ・最大判 S37.11.28（第三者所有物没収事件・百Ⅱ102） p263、**387**
- ・最大判 S38.3.27（百Ⅱ197） p375
- ・最大判 S38.5.15（加持祈禱事件・百Ⅰ36） p129
- ・最大判 S38.5.22（東大ポポロ事件・百Ⅰ81） p156、157、**158**

- ・最大判 S38.6.26（奈良県ため池条例事件・百 I 94） **p254**、377
- ・最大判 S38.12.4（白タク営業事件） p236
- ・最大判 S39.2.26（教科書代負担請求訴訟・百 II A17） p316
- ・東京地判 S39.9.28（「宴のあと」事件・百 I 56） 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 136） p59、**66**、68
- ・最大判 S42.5.24（朝日訴訟・百 II 127） p300
- ・最大判 S43.11.27（河川附近地制限令事件・百 I 98） p260、**262**
- ・最大判 S43.12.4（三井美唄炭鉱労組事件・百 II 141） **p50**、279
- ・最大判 S44.4.2（東京都教組事件・百 II 137） 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 60） 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） p203
- ・最大決 S44.11.26（博多駅事件・百 I 70） p18、190、191、**192**、194、211
- ・最大判 S44.12.24（京都府学連事件・百 I 14） p79、82、**87**
- ・最大判 S45.6.24（八幡製鉄事件・百 I 7） **p46**、**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 84） p24、232、233、**237**、244
- ・最大判 S47.11.22（川崎民商事件・百 109） p265、266
- ・最大判 S47.12.20（高田事件・百 II 111） p265
- ・最大判 S48.4.4（尊属殺人事件・百 I 24） p99
- ・最大判 S48.4.25（全農林警職法事件・百 II 138） p67、**68**
- ・最大判 S48.12.12（三菱樹脂事件・百 II 8） **p74**、**75**、98
- ・最判 S49.2.5（行百 I 87） p261
- ・最判 S49.7.19（昭和女子大事件・百 II 9） p76
- ・最大判 S49.11.6（猿払事件・百 I 11） p24、**59**、178、225
- ・神戸簡判 S50.2.20（牧会事件・百 38） p128
- ・最大判 S50.4.30（薬事法事件・百 I 85） 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 78） **p165**、377、378、381
- ・最判 S50.11.28（国労広島地本事件・百 II 142） 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 146） **p286**、**287**、295
- ・最大判 S51.5.21（旭川学力テスト事件・百 II 133） 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 181） p353、**359**
- ・最大判 S52.5.4（全通名古屋中郵事件・百 II 139） p69
- ・最大判 S52.7.13（津地鎮祭事件・百 I 40） p132、136、138、**140**
- ・最大判 S53.7.12（国有地売却特措法事件・百 I 95） p253、**254**
- ・最決 S53.5.31（外務省秘密漏洩事件・百 I 72） p194
- ・最大判 S53.10.4（マククリーン事件・百 I 1） **p52**、54
- ・最判 S55.11.28（「四畳半襖の下張り」事件・百 I 50） p204
- ・最判 S56.4.7（「板まんだら」事件・百 II 183） p349
- ・最判 S56.4.14（前科照会事件・百 I 15） p82、**83**、85
- ・最判 S56.4.16（「月刊ペン」事件・百 I 61） 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Ⅱ156） p27、**284**
- ・最大判 S57.7.7（堀木訴訟・百Ⅱ128） p29、299、**301**、303、306
- ・最判 S58.2.18（行百Ⅱ242） p261
- ・最大判 S58.4.27（議員定数不均衡訴訟・参議院議員選挙） **p291**
- ・最大判 S58.6.22（よど号ハイジャック記事抹消事件・百Ⅰ13） p27、63、**71**、179、186
- ・最判 S59.3.27（尾崎所得税法事件・百Ⅱ114） 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Ⅱ149） p296-4
- ・最大判 S59.12.12（税関検査事件・百Ⅰ65） **p166、171**、180、315、**384**
- ・最判 S59.12.18（吉祥寺駅構内ビラ配布事件・百Ⅰ53） 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Ⅰ29） 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Ⅱ103） 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Ⅱ190） p250、271、**275**、279
- ・東京地判 S61.3.20（日曜日授業参観事件・百ⅠA9） p131
- ・最大判 S61.6.11（北方ジャーナル事件・百Ⅰ64） **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Ⅰ52） p217、**218**
- ・最大判 S62.4.22（森林法共有林事件・百Ⅰ91） p93、215、253、**255**、257
- ・最判 S62.4.24（サンケイ新聞事件・百Ⅰ73） **p189**、206、208
- ・最大判 S63.6.1（自衛官合祀訴訟・百Ⅰ41） p154
- ・最判 S63.7.15（麹町中学校内申書事件・百Ⅰ32） p119
- ・最判 S63.12.20（車内広告放送事件・百Ⅰ18） p90
- ・最判 S63.12.20（共産党袴田事件・百Ⅱ182） p322、353、**360**、362
- ・最判 H 元.1.20（公衆浴場法事件） p235
- ・最判 H 元.2.7（総評サラリーマン税金訴訟・百Ⅱ129） p307
- ・最判 H 元.3.2（塩見訴訟・百Ⅰ5） p56、367
- ・最判 H 元.3.7（公衆浴場法事件） p236
- ・最大判 H 元.3.8（レペタ事件・百Ⅰ69） p18、**186**
- ・最判 H 元 6.20（百里基地事件・百Ⅱ165） 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Ⅰ19） p92
- ・最判 H 元.12.21（長崎教師ビラ事件・百Ⅰ62） p208
- ・最判 H2.1.18（伝習館高校事件・百Ⅰ134） p314
- ・最判 H2.2.6（西陣ネクタイ事件・百Ⅰ88） p243
- ・最判 H2.4.17（政見放送削除事件・百Ⅱ155） p296-5
- ・最決 H2.7.9（TBS 事件・百Ⅰ71） p193
- ・最判 H2.9.28（破防法違反事件・百Ⅰ46） p201
- ・最判 H3.9.3（「バイク三ない原則」事件・百ⅠA6） p92
- ・最大判 H4.7.1（成田新法事件・百Ⅱ104） 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Ⅰ89） p233、234、235、**244**

- ・最判 H5.2.16 (箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟・百 I 43) 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 82) p315
- ・最判 H6.2.8 (ノンフィクション「逆転」事件・百 I 57) 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 75) p221
- ・最判 H7.5.25 (日本新党繰上補充事件・百 II 153) p324、**361**
- ・最大判 H7.2.22 (ロッキード事件丸紅ルート・百 II 173) 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 37) p34、128、**129**
- ・最判 H8.3.8 (「エホバの証人」剣道受講拒否事件・百 I 39) p26、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 34) p49
- ・最大判 H9.4.2 (愛媛玉串料事件・百 I 42) p137、138、**145**
- ・最判 H9.9.9 (病院長自殺国賠訴訟・百 II 168) p332
- ・高知地判 H10.7.17 p137
- ・最大判 H10.12.1 (寺西事件) 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 150) p280
- ・最判 H11.12.16 (覚せい剤密売電話傍受事件・百 I 55) p230
- ・最判 H12.2.8 (司法書士法違反事件・百 I 90) p244
- ・最判 H12.2.29 (「エホバの証人」輸血拒否事件・百 I 20) p93
- ・熊本地判 H13.5.11 (ハンセン病訴訟) **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 92) 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 124) p272
- ・最判 H14.9.24 (「石に泳ぐ魚」事件・百 I 58) p86
- ・最判 H15.3.14 (長良川事件報道訴訟・百 I 63) p209
- ・最判 H15.9.12 (早稲田大学講演会事件) 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 152) 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 66) 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 144) p20、**271**、275、**277**
- ・最判 H17.11.1 (行百 II 247) p261
- ・最大判 H18.3.1 (旭川市国民健康保険条例事件・百 II 193) p370、**371**
- ・最判 H18.3.23 p72
- ・最決 H18.10.3 (NHK 記者証言拒絶事件・百 I 68) 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 79) p165、**169**、**224**
- ・最判 H19.9.28 (学生無年金障害者訴訟・百 II 130) 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 16） p82、**89**
- ・最判 H20.4.11（自衛隊官舎ビラ配布事件・百 I 54） p198
- ・最大判 H20.6.4（国籍法違憲訴訟・百 I 25） p110
- ・最大判 H21.9.30（議員定数不均衡訴訟・H21 重判 1） p291
- ・最大判 H22.1.20（空知太神社事件・百 I 44） 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 151） p286、287、**293**
- ・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 35） p122
- ・最大判 H23.11.16（裁判員制度違憲訴訟・百 II 174） p366
- ・最判 H24.2.28（生活保護老齢加算廃止訴訟・百 II 131） 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 148） p286、290
- ・最判 H24.12.7（堀越事件・百 I 12） p17、**62**、198、235、384
- ・最判 H25.1.11（医薬品ネット販売規制事件） **p246**、328
- ・最判 H25.3.21（神奈川県臨時特例企業税事件・百 II 198） p380
- ・最大決 H25.9.4（非嫡出子相続分規定事件（違憲）・百 I 26） 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 H27.11.25（百 II 147） p295
- ・最大判 H27.12.16（女子再婚禁止期間事件（違憲）・百 I 27） p18、46、**102**、272
- ・最大判 H27.12.16（夫婦同氏事件・百 I 28） 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 74） p183
- ・最大判 H30.12.19 p295
- ・最大判 R2.11.25（市議会議員出席停止事件・百 II 180） p354、**355**
- ・最大判 R3.2.24（孔子廟訴訟・百 I 45） p151
- ・最大決 R3.6.23（夫婦同氏事件・R3 重判 10） p411
- ・最判 R3.3.18（要指導医薬品販売規制事件・百 I 86・R3 重判 8） p444
- ・東京高判 R3.9.22（難民の強制送還と裁判を受ける権利・百 II 123・R3 重判 3） p451
- ・最判 R4.2.15（大阪市ヘイトスピーチ条例事件・百 I 47・R4 重判 8） p438
- ・最判 R4.2.7（あん摩マッサージ指圧師養成施設不認定事件・百 I 87・R4 重判 9） p446
- ・最判 R4.5.25（在外日本国民審査権判決・百 II 145・R4 重判 5） p453
- ・最判 R4.6.24（ツイッター記事削除請求事件・R4 重判 3） p435
- ・最大判 R5.1.25（議員定数不均衡訴訟・令和3年衆議院議員選挙・R5 重判 2） p456
- ・最判 R5.2.21（金沢市庁舎前広場事件・百 I 76・R5 重判 9） p440
- ・最判 R5.3.9（マイナンバー制度合憲判決・百 I 17・R5 重判 8） p420
- ・最判 R5.9.12（内閣の臨時国会召集義務・百 II 170・R5 重判 5） p474
- ・最判 R5.11.17（「宮本から君へ」助成金不交付事件・百 I 67） p163
- ・最大判 R5.10.18（議員定数不均衡訴訟・令和4年参議院議員選挙・R5 重判 3） p459
- ・最大判 R5.10.25（性同一性障害特例法違憲決定・百 I 21・R5 重判 1） p422
- ・仙台高判 R5.12.5（安保法制違憲訴訟・百 II 164・R6 重判 1） p395

- ・最判 R5.12.15（年金減額改訂決定取消訴訟・百Ⅱ132・R5 重判 8） p465
- ・東京地判 R6.1.25（旅券発給拒否訴訟・R6 重判 7） p450
- ・札幌高判 R6.3.14（同性婚不承認違憲判決・百ⅠA8・R6 重判 3） p398
- ・最判 R6.3.26（同性パートナー犯罪被害者給付金不支給取消訴訟・R6 重判 4） p407
- ・裁判官弾劾 R6.4.3（弾劾裁判所裁判官罷免判決・百Ⅱ178・R6 重判 10） p475
- ・最大判 R6.7.3（旧優生保護法違憲判決・百Ⅰ22・R6 重判 2） p428
- ・東京高判 R7.1.30（旅券発給拒否訴訟） p448
- ・最判 R7.3.17（久米至聖廟） p431
- ・最判 R7.6.27（生活保護基準引下げ処分取消等請求訴訟） p469
- ・最判 R7.11.28（旅券発給拒否訴訟） p450

## 参考文献

### (憲法)

- ・「憲法」第8版(著: 芦部信喜、補訂: 高橋和之-岩波書店)  
→(芦部○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・中村睦男ほか-有斐閣)  
→(野中ほかⅠ○頁)と表記
- ・「憲法Ⅱ」第5版(著: 野中俊彦・中村睦男ほか-有斐閣)  
→(野中ほかⅡ○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○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○頁)と表記
- ・「憲法Ⅰ 基本権」第2版(著: 渡辺康行・宍戸常寿ほか-日本評論社)  
→(憲法Ⅰ○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○頁)と表記
- ・「憲法訴訟」第2版(著: 戸松秀典-有斐閣)  
→(戸松○頁)と表記
- ・「憲法」第3版(著: 渋谷秀樹-有斐閣)  
→(渋谷○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○頁)と表記
- ・「日本国憲法論」第2版(著: 佐藤幸治-成文堂)  
→(佐藤○頁)と表記
- ・「憲法論点教室」第2版(編: 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(編: 小山剛・畑尻剛・土屋武-法学書院)
- ・「憲法判例の射程」第2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8版(有斐閣)
- ・「憲法判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
- ・「憲法判例」第8版(編: 戸松秀典・初宿正典-有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和6年度(有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(日本評論社)

## (行政法)

- ・「行政法」第6版(著:櫻井敬子・橋本博之-弘文堂)
- ・「行政法Ⅰ 行政法総論」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ 行政救済法」第6版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅲ 行政組織法」第5版(著:塩野宏-有斐閣)
- ・「行政法Ⅰ」第5版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「行政法Ⅱ」第4版(著:大橋洋一-有斐閣)
- ・「基本行政法」第4版(著:中原茂樹-日本評論社)
- ・「行政法概説Ⅰ」第8版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅱ」第7版(著:宇賀克也-有斐閣)
- ・「行政法概説Ⅲ」第5版(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Ⅰ」第8版(有斐閣)
  - 「行百」と表記
- ・「行政判例百選Ⅱ」第8版(有斐閣)
  - 「行百」と表記