

# I. 人権

## 序章 憲法総論

### 1. 憲法の基礎理論

#### (1) 憲法の意味

憲法の内容は多義的であり、いくつかの意味を持っている。

##### ①形式的意味の憲法

憲法という名前と呼ばれる成文の法典（憲法典）。

##### ②実質的意味の憲法

ある特定の内容を持った法を憲法と呼ぶ場合。

成文・不文を問わず、固有の意味の憲法と立憲的意味の憲法の2つがある。

↓

##### (1) 固有の意味の憲法

国家統治の基本を定めた法。

権力の組織と作用・相互関係を規律する規範であり、いかなる時代のいかなる国家にも存在する。

##### (2) 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。

国家権力を制限して国民の自由・権利を守ることを目的とする憲法。

憲法の最もすぐれた特徴は、立憲的意味にあると考えられている。

#### (2) 近代憲法の特質

##### ①自由の基礎法

人間の人格不可侵の原則（個人の尊厳の原理）を核心的価値として、人権規定を定める。

国家権力は自由の規定である人権規定に奉仕する存在である。

##### ②制限規範

憲法は国家権力を制限する基礎法。

憲法を実体化する主体は国民であり、国民が憲法制定権力（憲法を作り、憲法上の諸機関に権限を付与する能力）の保持者。

### ③最高法規性

#### (1)形式的最高法規性

憲法に反する法律などは効力を有しない（98条1項）。

#### (2)実質的的最高法規性

憲法は、人間の自由・権利をあらゆる国家権力から不可侵のものとして保障する規範を中心として構成されているゆえに最高法規となる。

### (3)法の支配

立憲的意味の憲法は国家権力を制限して国民の自由・権利を守ることを主眼とする。この思想は、法の支配の原理と密接に関連している。

#### 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理論。

↓

#### 具体的内容

- ①憲法の最高法規性→98条
- ②権力によって侵害されない個人の人権→第3章
- ③法の内容・手続の公正を要求する適正手続→31条
- ④権力の恣意を抑制する裁判所の役割を尊重→第6章

#### 法治主義

法によって権力を制限しようとする理論。ただし、法の支配とは以下の相違がある。

→①法治主義は立憲主義を前提とせず、いかなる政治体制とも結合する。

②法の支配における法は、合理的な内容であることが前提である。しかし法治主義における法は、内容の合理性は問題としない。

### (4)日本国憲法の基本原理

日本国憲法では、個人の尊重（13条）を核心的価値として、自由主義・民主主義・平和主義を採用している。

自由主義（≡基本的人権の尊重）：人は本来的に自由であり、国家からの干渉を受けない

民主主義（≡国民主権）：治者と被治者の自同性

平和主義：個人の尊重のため、平和を保障する

自由主義を守るために民主主義を採用し、民主主義は国民主権と結びつく。

↓

国民主権の2つの契機

①権力性の契機

国の政治の在り方を最終的に決定する権力を国民自身が行使する。

→国民とは、政治的意思決定できる有権者。

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。

→国民とは、有権者に限らずおよそ全国民。

主権の3つの意味

①統治権そのもの

→ポツダム宣言における日本の主権の範囲（本州・北海道・四国・九州など）。

②国家権力の最高独立性

→国内においては最高、国外においては他国と対等。

③国政の最終決定権

→「主権が国民に存する」・「主権の存する日本国民」（前文1段、1条）。

## 2. 天皇制・戦争放棄

### （1）天皇制

明治憲法では天皇主権だったのに対し、現行の日本国憲法では主権は国民にあり、天皇は日本国の象徴とされている（象徴天皇制）。

象徴としての地位に基づき、天皇は一般国民と異なり特殊な扱いを受ける。

→生活費が保障され、皇室の経費は国の予算で賄われる（88条）。

天皇の民事裁判権は否定される（最判平元. 11. 20）。

天皇の刑事責任は否定する考えが有力。

選挙権・被選挙権は認められず、表現の自由も制約を免れない。

天皇の権能と国事行為

4条1項から、天皇は国政に関する権能（政治的権力）を持たず、国事行為をする権能を持つにとどまる。

## 国事行為の具体的内容

### 第6条

- 1 天皇は、国会の指名に基づいて、内閣総理大臣を任命する。
- 2 天皇は、内閣の指名に基づいて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

### 第7条

天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、左の国事に関する行為を行ふ。

- 一 憲法改正、法律、政令及び条約を公布すること。
- 二 国会を召集すること。
- 三 衆議院を解散すること。
- 四 国会議員の総選挙の施行を公示すること。
- 五 国务大臣及び法律の定めるその他の官吏の任免並びに全権委任状及び大使及び公使の信任状を認証すること。
- 六 大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を認証すること。
- 七 栄典を授与すること。
- 八 批准書及び法律の定めるその他の外交文書を認証すること。
- 九 外国の大使及び公使を接受すること。
- 十 儀式を行ふこと。

内閣の助言と承認により、内閣に国事行為の実質的決定権があると解されるので、国事行為は結果的に形式的・儀礼的なものとなる。

## (2) 戦争放棄

### 第9条

- 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。
- 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。

### 解釈 9条と戦争の放棄

9条は平和主義をうたっていることから、侵略戦争に加えて自衛戦争も放棄するのか。

#### ①「戦争」(1項)の意義

- (1) 侵略戦争に限るとする立場。自衛戦争はなしうる。
- (2) 一切の戦争や武力行使・威嚇とする立場。自衛戦争も放棄。

②「前項の目的」(2項)の意義

- (1)「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求」すること。自衛戦争も放棄。
- (2)侵略的な行為を放棄すること。自衛戦争はなしうる。

政府見解は、1項では侵略戦争のみを放棄するが、2項では「前項の目的」を「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求」することと解し、自衛戦争も放棄している。

③「交戦権」(2項)の意義

- (1)およそ戦う権利。自衛戦争も放棄。
- (2)伝統的な交戦権(敵国領土の占領・敵国兵器の破壊)。自衛戦争はなしうる。

## 【過去問演習】

### 憲法総論

#### 予備試験 平成 29 年第 7 問

##### 〔問題〕

憲法の意義に関する次のアからエまでの各記述について、それぞれ正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。

- ア. 日本国憲法の前文は、国民主権、基本的人権の尊重、平和主義の 3 つの基本原理を明らかにしており、憲法の一部をなすものであって、当該規定を根拠に裁判所に救済を求めることができるという意味で、最高裁判所の判例においても裁判規範性が認められている。
- イ. 「憲法」が成文の憲法を指す場合に、「形式的意味の憲法」と呼ばれるが、この意味の憲法は、その内容において人権保障に関する規定が含まれているかどうかを問わない。
- ウ. 国家であれば、権力の組織や構造が定まっていると考えられ、この意味では全ての国家は憲法を持つと言われるが、この場合の「憲法」は、「固有の意味の憲法」と呼ばれる。
- エ. 1789 年フランス人権宣言第 16 条において、権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、全て憲法を持つものではない旨が示されているが、この場合の「憲法」は、「立憲的意味の憲法」あるいは「近代的意味の憲法」と呼ばれる。

〔解説〕 憲法の意義

正解 2、1、1、1

ア. 誤っている。裁判例（札幌地判昭 48.9.7・長沼事件第一審判決）は、平和的生存権の裁判規範性を認めているが、控訴審（札幌高判昭 51.8.5）はこれを否定し、上告審（最判昭 57.9.9）ではそもそも憲法判断に立ち入っていない。また、これ以後も、平和的生存権に裁判規範性を認める最高裁判決はなされていない。よって、平和的生存権の裁判規範性を判示した最高裁判例はない。

イ. 正しい。本記述のとおりである。

ウ. 正しい。本記述のとおりである。

エ. 正しい。本記述のとおりである。

以上より、アは誤っていて、イ、ウ、エは正しいから、正解は2、1、1、1となる。

司法試験 平成 26 年第 12 問

〔問題〕

天皇の国事行為及び内閣の助言と承認に関する次のアからウまでの各記述について、それぞれ正しい場合には 1 を、誤っている場合には 2 を選びなさい。

- ア. 国事行為のうち、その行為自体が名目的・儀礼的なものであっても、天皇は、自らの判断に基づき、内閣の助言と承認を拒むことは許されない。
- イ. 憲法は、天皇の無答責を明文で規定していないので、内閣の助言と承認のもとで行われた天皇の国事行為であっても、内閣の責任のほかに天皇が責任を負うことがあり得る。
- ウ. 国政に関する権能を天皇に付与しない限り、憲法で定められている国事行為以外の行為について、新たな国事行為として法律で定めることも許される。

〔解説〕 天皇の国事行為

正解 1、2、2

- ア. 正しい。天皇の国事行為には、内閣の助言と承認が必要とされていることから（憲法3条）、国事行為の実質的決定権は内閣が有し、その行為自体が名目的・儀礼的なものであっても、天皇は、自らの判断に基づいて内閣の助言と承認を拒むことはできない。
- イ. 誤っている。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。」と規定している。天皇は、内閣の責任の下、内閣の助言と承認に従い、国事行為を行うのであって、その限りでは、天皇が責任を負うことはない。
- ウ. 誤っている。憲法4条1項は、「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。」と規定している。よって、憲法で定められている国事行為（憲法6、7条）以外の行為について、新たな国事行為をとして法律で定めることは許されない。

以上より、アは 正しく イ、 ウは 誤っている から、正解は 1、2、2 となる。

司法試験 平成 30 年第 14 問

〔問題〕

憲法第 9 条に関する次のアからウまでの各記述について、最高裁判所の判例の趣旨に照らして、正しいものには○、誤っているものには×を付した場合の組合せを、後記 1 から 8 までの中から選びなさい。

ア. 憲法第 9 条第 2 項が保持を禁止した戦力とは、我が国がその主体となってこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力に限られず、我が国との安全保障条約に基づき我が国に駐留する外国の軍隊も、我が国の要請に応じて武力を行使する可能性があるので、同項の戦力に該当し得る。

イ. 憲法前文が定める平和的生存権は、憲法第 9 条及び第 3 章の規定によって具体化され、裁判規範として現実的・個別的内容を持つものであるから、森林法上の保安林指定の解除処分が自衛隊の基地の建設を目的とするものである場合、周辺の住民は、同処分の取消訴訟において、平和的生存権の侵害のおそれを根拠として原告適格を有する。

ウ. 国が自衛隊の用地を取得するために私人と締結した土地売買契約は、当該契約が実質的にみて公権力の発動たる行為と何ら変わりがないといえるような特段の事情のない限り、憲法第 9 条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるに過ぎない。

1. ア○ イ○ ウ○ 2. ア○ イ○ ウ× 3. ア○ イ× ウ○
4. ア○ イ× ウ× 5. ア× イ○ ウ○ 6. ア× イ○ ウ×
7. ア× イ× ウ○ 8. ア× イ× ウ×

- ア. 誤っている。判例（最大判昭 34. 12. 16・砂川事件）は、憲法9条2項が「その保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、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」としている。
- イ. 誤っている。平和的生存権（憲法前文2項）は、その内容が抽象的であつて、現実的・個別的内容をもつものとして具体化されてはしないと一般に解されている。長沼事件第1審判決（札幌地判昭 48. 9. 7）は、平和的生存権を訴えの利益の一つの根拠として認めたとが、第2審判決、最高裁は、その裁判規範性を否定している。よつて、自衛隊の基地の建設を目的とする森林法上の保安林指定の解除処分取消訴訟において、周辺の住民は平和的生存権の侵害のおそれを根拠として原告適格を有しない。
- ウ. 正しい。判例（最判平元. 6. 20・百里基地訴訟）は、「憲法9条は、…人権規定と同様、私法上の行為に対しては直接適用されるものではないと解するのが相当であり、国が一方当事者として関与した行為であつても、…国が行政の主体としてでなく私人と対等の立場に立つて、私人との間で個々に締結する私法上の契約は、当該契約がその成立の経緯及び内容において実質的にみて公権力の発動たる行為となんら変わりがないといえるような特段の事情のない限り、憲法9条の直接適用を受けず、私人間の利害関係の公平な調整を目的とする私法の適用を受けるにすぎない」としている。

以上より、ア、イは誤つていて、ウは正しいから、正解は7となる。