

経済的自由・社会権ほか

——教科書的憲法記述（3）

君塚 正臣

本誌 29 卷 2 号・3 号に、既に改訂機会を失った教科書的の執筆部分の更新を行い、憲法全領域について近年の変化などによる補正を完結したつもりでいた。しかし、君塚正臣編『高校から大学への法学』〔第 2 版〕及び『高校から大学への憲法』〔第 2 版〕（共に、法律文化社、2016 年 4 月 5 日）については、入門書ゆえの簡易な記述が多く、教科書としての基本的な記述として憲法全領域を揃えるためには、別の意味で補正を示しておくべきであると思うようになった。このため、ここにその部分及びそれに連動して変更が必要になった箇所について公表しようと思った。そして、ここまで来れば、本年度秋学期から再び本学経済学部の憲法講義を担当するタイミングでもあり、途中で終わらせず、全分野の講義ノート完成に突き進むこととした。やはり、共著教科書に特徴的な、問い掛け、設問、参考文献などは割愛し、また、教科書の慣例に従い、該当書・論説等の個別の引用・注釈は略すこととする。

憲法の基本概念

1. 憲法とは何か

(1) 憲法の概念

憲法とは、最広義には国（国家）の組織・構造に関する法のことである。

*このような、個別の憲法の解釈などを学とする（特別）憲法学と区別し、実在する憲法秩序一般を主として法的に研究する一般憲法学を「国法学」（Staatsrechtslehre）と呼ぶことがある。実在する複数の憲法を比較する手法を採る比較憲法学においても、そこか

ら一般的原理を抽出し認識することを目的とするものは国法学に含めてもよいところであろう。その意味で、以下に展開する憲法の解説は日本国憲法の解釈のためのものであり、実践であろうから、すでに国法学ではない。

その中でも、国には全法秩序の中に基礎的な根本法 (fundamental law) があるということがイギリスで言われ始め、ラテン語の *Constitutio* (皇帝の制定法、教会の規則) を語源として、骨格、構造、構成、政体、組織の本質といった意味がある、*Constitution* なる語が生まれた (ドイツ語の *Verfassung* も同義)。その訳語として、日本では当初、政体書、国憲、政規などが使われたが、1873 (明治6) 年の^{みつくりんしょう}箕作麟祥の訳語とされる「憲法」が、1882年の伊藤博文の憲法調査団の頃から公定用語として使われ出し、1889年の大日本帝国憲法 (明治憲法) 制定によって定訳となることが確定的となった (*Constitution* には「法」ではなく政体を意味することもあるが、日本語の「憲法」からは抜ける)。

こうした「憲法」の定義からすれば、国が国である以上、根本法、即ち、統治の機関や作用、統治機関相互の関係、治者と被治者の関係など、国家の統治の基本について定めた法という意味の憲法 (実質の意味の憲法) は、必ず当然に存在する。この意味では法的には、国家と憲法は同義となる。

*それは、「将棋」とは駒や日本将棋連盟の建物ではなく、将棋のルールのことであることや、「野球」がバットや神宮球場ではなく野球のルールのことであることと似ている。

そして、何が根本法であるかを明文化することは、近代市民革命によってアメリカで考え出され、君主国もそれに追随したので、形式上、その国の最高法規が成典化 (形式的意味の憲法) されることとなった。「スペイン王国憲法」、「フランス共和国憲法」などがこれである。だから、ほとんどの国は成典 (成文) 憲法 (codified [written] constitution) 国である。イギリスやサウジアラビアのような不典 (不文) 憲法 (uncodified [unwritten] constitution) 国もあり、そこでは法律や判例、慣習、戒律などが国の骨格を形成している。

*イギリスには「憲法」と名の付く法典はない。しかし、イギリスには、王位継承法や議会法、選挙法、権利章典などの成文法 (法律) が存在するほか、首相は庶民院から選ばれることなどが慣習法として存在している。これら無数の成文法や慣習法が、イギリス

という国家を構成 (constitute) し、実質的に憲法の機能を果たしている。この意味で、イギリスはまさに、不文憲法国ではなく不典憲法国と言えよう。なお、我々が「イギリス」と呼ぶ国は、正式には「グレートブリテン及び北アイルランド連合王国」、つまりは、イングランド、ウェールズ、スコットランド、北アイルランドの4カ国が、同じ君主を戴いて単一主権国家を形成しているものである。現在でも、スコットランドではスコットランド銀行がポンド紙幣を発行する、サッカーの世界カップではそれぞれが代表を出す(ラグビーの世界カップでは、「アイルランド」はアイルランド共和国と北アイルランドの合同チーム)など、「国」としての独自性が残っている。

*大日本帝国憲法は成典憲法であるが、当時の皇室典範はこの形式的意味の憲法の外にあり、成典憲法国であっても、全ての実質の意味の憲法が形式的意味の憲法に取り込まれるとは限らない。

(2) 主権

憲法により樹立される、非限時的団体である国家(厳密には統治体である政府)は、固有の支配権(国権、主権)を有する。主権は絶対的・恒久的で唯一不可分とされる。近代国家は、国内的には最高意思、対外的には排他的独立性、法人格性をもつとみなされる。

*加えて、国には所属員があり、一定の地域を排他的領土とするのが、国際法学などで見る一般的な説明である。このような、国民・領土・主権を国家の3要素とする説明が妥当するのは、国王の権力が国内的には諸侯に勝り最高、対外的にはローマ教皇や神聖ローマ帝国皇帝に対する独立の主権国家が成立したウエストファリア条約(1648年)以降のことである。なお、「主権」には実効的な支配権(最も明示的には警察権)が及ぶかという統治権の意味もある。

その唯一の最高意思を有する者が誰かが次に問題となった。近世では国王が王権神授説などに支えられた君主主権が当然であったが、次第に自然状態を前提とする社会契約論が台頭すると、国民・人民が主権者として浮上してきた。この結果、まず、西洋世界では主権の所在をめぐる争いが激しくなった。特にフランスでは、1789年のフランス革命以降も、君主主権論と国民(ナション)主権論、ルソー的な人民(プーブル people)主権論との間の論争は激しかった。逆に、19世紀ドイツの国家法人説は、主権者が誰かという議論を棚上げし、国家自身の意思力・最高性を強調しており、それには絶対主義的君主主権の克

服と国民主権論の抑止の両面があった。

*日本でも、大日本帝国憲法下で**立憲主義**の側から国家法人説が唱えられたが、**天皇主権**的
的な方向を避ける意味が強い。このことは、憲法が変わっても民族共同体的な「くに」
は継続するという素朴な感覚に同調し易い。**第二次世界大戦(アジア・太平洋戦争)**後
の日本でも、主権はノモス(正しい筋道)にあり、国政の決定は法の根本原理たるノモ
スに従うべきであって、**国体**は変更されていないとする**ノモス主権論**が法学者の尾高
朝雄から主張された。しかし、この議論は、上述のような主権者は誰かという根本問題
を回避しており、「国体」不変の擁護であって革命を革命と認めていないなどの問題が
あるため、憲法論としては説得的とは思われなかった。

(3) 憲法の分類

憲法は、成典・不典のほかに、様々に分類できる。成典憲法の多くは、その
最高法規性を維持するため、憲法は通常法律よりも形式上改正が困難にされ
ている。このような憲法を**硬性憲法**という。法律と同様の手続で変更できる場
合を**軟性憲法**というが、そこでは憲法が持つべき最高法規性は失われる。また、
最高法規が作った議会などがその最高法規を自由に改正できるというのでは、
社会契約論においては矛盾が生じる。このため、議会主権に立つイギリスのよ
うな不典憲法国などを除き、立憲的・近代的意味の憲法と言える通常**の国の憲
法は硬性憲法**である。

憲法は、制定した権威が誰かによっても分類できる。大日本帝国憲法やフラン
スの1814年シャルトのように、それが**君主**であれば、**欽定憲法**という。フ
ランス共和国憲法のように、それが**国民**であれば、**民定憲法**という。1条で「天
皇」「地位は、主権の存する日本国民の総意に基づく」と定める日本国憲法
もこれに含まれる。君主制から民主制への移行期に、君主と国民の妥協により
制定された、フランスの1830年シャルトのようなものは、**協約憲法**と呼ばれる。
アメリカ合衆国憲法や旧ソ連憲法のように、2つ以上の国(邦)の合意により
新たな連邦や連合体を形成するものは、**条約(国約)憲法**と呼ばれる。

*アメリカでは州(state)も憲法を有し、民刑事の領域は州が主に担う。州によって様々
なことが異なり、**死刑**も存置する州と廃止した州がある。

古今東西およそいかなる国家も当然に国の基本的な構造、即ち憲法を持つと

いう意味では、古代の秦帝国もエジプト王朝も、アメリカ合衆国など同様に憲法を有している（固有の意味の憲法）。「固有の意味の憲法」と「実質的意味の憲法」は、しばしば互換的に用いられるが、着目点は微妙に異なる。しかし、現代の憲法学や比較憲法学が対象とするものは、それら全部ではなく、17世紀から生じた近代市民革命以降の、権力保持者によるその濫用を意識的に阻止し、権力分立を備え、個人の権利・自由を擁護し、基本的に人民・国民のために存立する国家の憲法である。それは、人および市民の権利宣言（フランス人権宣言）16条の「権利の保障が確保されず、権力分立が定められていない社会はすべて、憲法をもつものではない」という言明に象徴される。このような憲法を特に立憲的・近代的意味の憲法と呼ぶ。その意味では、「憲法」とは西欧発の「近代」と結び付いた極めて歴史的な概念である。この結果、近代立憲主義の原理を含まない憲法は真の憲法とは言えないという考えが強くなった。

*このほか、単一国／連邦、君主制／共和制、大統領制／議院内閣制／会議制、資本主義／社会主義、実利的／イデオロギー（綱領）的、近代型／現代型、自由国家的／社会国家的などの分類もある。また、憲法規範が解釈・適用されることで憲法制度（制度としての憲法）が形成され、そこでの国家機関の憲法解釈が、強制力を有する有権解釈（公定解釈）となるのであるが、20世紀ドイツの比較憲法学者カール・レーヴェンシュタインは、憲法の形式ではなく、実際に当該憲法が規律として規範性を有しているか、権力者がその外観を定式化したものに過ぎないか、などの機能を存在論的に見て、規範的／名目的／意味論的という分類を行った。

以上のような憲法の問題や分類は、博物学的興味のためになされるものではない。それは、成典憲法であり硬性憲法であり民定憲法である現行の日本国憲法の解釈・実践のためになされるものである。また、何よりも、この憲法が立憲的・近代的意味の憲法に属することが意識されねばならないであろう。その中でも、議会制民主主義と権力分立、個人主義的な幸福追求を第一義に精神的自由などを保障し、戦争（特に侵略戦争）の放棄を掲げた憲法である。

*このような近代立憲主義憲法には、まず、国家に対する義務付け規範、国家に対し一定の要請や禁止を課すなど、権力行使の態様を規律するという、憲法の客観法としての側面がある。他方で、近代立憲主義憲法は、個人がこのような義務の履行を国家に要求す

ることを「権利」として謳う、主観的権利の面も有している。例えば、権利主張がなくとも、国による宗教活動の不当な制約は既に憲法20条違反であり、主張があれば、憲法20条で保障された人権の侵害が顕在化することになる。そして、同条の定める政教分離原則（20条）については、個人の主観的権利が憲法上保障されているものではなく、仮に具体的権利を侵害され出訴できる者がいない状況でも、国家は、客観法として憲法上の義務を負っており、客観法に違反する国家行為は当然に憲法違反である。

2. 憲法の最高法規性とその解釈

(1) 授権規範性

憲法を制定する権威、即ち憲法制定権力によって創造された憲法は、各機関（憲法により制定された権力）を創設し、国家権力の組織規範となると共に、各権限（例えば、議会には立法権など）を付与する。これを、憲法には授権規範性があるという。このとき、通常、議会や裁判所などの権限の行使の手順を決めるので、憲法は手続法的性格をもつことになる。また、ここでは、各機関が付与された権限を無制限に使えることは稀であり、何らかの制限が付与されるので、憲法は制限規範性を有するのが普通である。立憲的・近代的意味の憲法においては、国民の基本的人権を侵害する立法や国家行為は特に禁じられることになり、憲法は実体法的性格も有するのである。

* 憲法制定権力とは、主権者がもち、表明さえすれば最高の力となるもので、実定法的に捉えきれない始原的憲法とも言えるものである。エマニュエル＝ジョセフ・シェイエスは『第三身分とは何か』（1789年）で、政治社会はある歴史段階で憲法を制定することで政府を設立するのであり、その意思は自然法にしか服さず、常に合法的であって、国民（ナシオン nation）だけが憲法制定権力を行使できると述べた。20世紀になると、ドイツのカール・シュミットが『憲法論』（1928年）などで神なき世界の憲法制定権力を語るようになり、規範主義を離れ、政治的意思の力又は権威に基づく決断により新たな国家形態を創設するものと解されるようになっていった。そして、この議論は、根本的な憲法の廃止や改変を伴わない憲法改正権と区別され、憲法改正の限界の議論に結びついていった。

(2) 最高法規性

その憲法が、ときの権力者によって蹂躪されず、憲法制定権力の意欲を維持

し続けるにはどうすればよいか。それは、憲法に国法における形式上の**最高法規性**を付与することである。憲法と他の法規範とを分ける最も顕著な特徴は、この点にある。理論的にも、憲法制定権力が直接制定したものは憲法である以上、これを根拠としない法令の正当性は、社会契約論的に説明できないものである。憲法が憲法以外の法令により改廃できないこと、憲法の改正を通常の法律の改正より困難にすること（**硬性憲法**であること）、憲法と矛盾する一切の法令に効力を認めないことがそこから生じよう。多くの国では、これを**裁判所**による**違憲審査制**が制度面で支えている。

最高法規性は単に形式的に法律などより上位にあることばかりか、内容上も**基本的人権保障**や**民主主義**などを基本原理とすることが理由であることが、しばしば有力に主張されている。この点を強調すれば、憲法には、憲法制定前には達成されていない理想が記され、根本的価値の選択を示す基本原則であり**根本規範**として評価されるから、という理由付けが加わろう。当該最高法規の内容がそうであれば、その価値の最高性は内在的に導かれよう。

硬性憲法国で最高法規性を有するものは硬性の**成典憲法**（有権解釈、特に最終解釈権をもつ機関により解釈された判例などで体现される）だけである。では、最高法規性を有する部分は、成典憲法のどの部分か。日本国憲法の場合、公布にあたっての**天皇**の発言にあたる**上諭**は憲法の一部とは言えない。他方、各条文が憲法の一部であることは明らかなので、問題は**前文**であろう。抽象的な政治的宣言に過ぎないとして前文の**法規範性**を認めない説もないではないが、圧倒的通説は、「日本国憲法」という表題の後にあり、改変には**憲法改正**手続を要するため、それを形式上憲法典の一部をなすものと認めている。

ただし、前文に**裁判規範性**を認めるかについて、学説は分かれる。条文との抽象度の違いは相対的であるなどとしてこれを承認し、前文の「平和のうちに生存する権利」（**平和的生存権**）を直接、憲法上の権利とする見解などもある（長沼事件一審判決＝札幌地判昭48・9・7判時712号24頁）。しかし、通説や有力な見解は、前文の内容はあまりに抽象的で具体性に乏しいため、各条文の解釈指針にとど

まり、前文には裁判規範性はないとする(砂川事件=最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁)。つまり、下位法令や政府行為が直接前文違反であるとは言えないが、前文を解釈指針として解釈される憲法条文に反するので憲法違反とされる場合はある、とするのである。

*ところで、法(憲法)の解釈に中学・高校の数学(特に幾何学)の時間のような正解はあるか。文章に唯一絶対的な「正しい」読み方がないことを思うと、法の解釈にはそのような意味での正解はない。どのように読むかは解釈者の実践であり、その結論に対する説得力ある説明が必要となる。しかし、これには恣意的な解釈に陥る危険があり、法文と小説は異なるとする反論があり、それは法の解釈とは正しい意味の科学的認識・発見だとする主張となる。ただ、その方法論としても、文言解釈、歴史的解釈、立憲者意思に従う(原意主義的)解釈、文理解釈、論理解釈、目的論的解釈、マルクス主義的解釈などがあって、正解は定まらない。しかも、そこでの科学観はいささか古いと言えよう(進化論や天文学での「正解」とは何か考えてみれば解ろう)。このため、一定の「粹」は認識されるが、その「粹」内での解釈は実践とする考え方もある。(特に9条について)「解釈改憲」は許されない、と言われるが、13条のそれもとめどない。

法学では、ある答えが「正しい」とは言えず、結論に至る理由付けこそが命である。最高裁判例や通説と同じとする必要もないが、逆にそれに賛成だと言うだけでは無意味である。そして、何よりも論理的に一貫していることが肝要である。また、その根拠が十分に挙げられ、条文の構成や文言、立法事実、歴史的事実などからできるだけ外れていないことも重要である。そして、ほぼ妥当な結論で多くの人が納得することも大切であろう。

憲法より下位の法は、制定法、判例法、慣習法、条理などの形をとって存在している(この存在形式は、しばしば法源と呼ばれる)。制定法には、制定主体によって、国会が制定する法律、行政機関が制定する命令(政令、省令・府令など)、規則、地方公共団体(地方自治体)が制定する条例がある。これらは、より上位の法に反しない限り、究極的には憲法に反しない限り有効である。

*最高裁は、酒税法が同法施行規則に委任し、同施行規則が「税務署長」に再委任しても違憲ではないとした(最大判昭33・7・9刑集12巻11号2407頁)。以前の児童扶養手当法が母子家庭への手当の給付を定め、4条1項5号が「その他全各号に準ずる児童で政令で定めるもの」としていたところ、その施行令1条の第3号で「(父から認知された児童を除く。)」とあるのは、法の委任の趣旨に反するとも判示した(最判平14・1・31民集56巻1号246頁)。また、訴訟に関する手続の全部を裁判所規則に委ねるべきだ

との主張を最高裁は否定した（最判昭33・4・22刑集9巻5号911頁）。

なお、「法律」に属する**国籍法や国会法、公職選挙法、内閣法、皇室典範、裁判所法、地方自治法**、「規則」である**衆議院規則、参議院規則、裁判所規則**、**国家や国際機関相互の合意によって生まれた条約である国際人権規約や日米安全保障条約などが実質的意味の憲法を形成する**という表現がよくある。しかし、少なくともそれらは最高法規ではなく、日本国憲法と矛盾する部分は国内法上無効である。また、反復継続性と国家機関の承認、国民の規範意識などを要件に、**慣習法や条理、習律などは憲法的慣習法（慣習憲法、憲法的習律）として憲法の不文法源となる**という記述もよくあるが、あくまでも上位法である成典憲法の解釈として矛盾なく説得的なものが新たに適切な解釈・意味となる（結果的に、抽象的文言の隙間を埋める）だけのものである。

*逆に、日本は成文法国なので判例には法源性がない、後の最高裁や下級審に対して**先例拘束力を有さない、人権や判例勉強会などを切り札に「事実上の拘束力」を持つだけ**という主張は疑問である。法は解釈されなければ意味が生まれず、成文法国・判例法国という区別も曖昧であり、同一事件同一判決ということは公平公正や法の支配原理から導き出せよう（根拠条文としては憲法14条や31条も挙がるが、76条の「司法」の意味の方が直截的に思える）。内閣は、最高裁大法廷が違憲とした法令を執行することはできないであろう。その意味では、傍論を除く、法的理由付けである主要部分（レイシオ・デシデンダイ *ratio decidendi*）の（最高裁による）憲法判例はまさしく「憲法」なのである。

*法律には、対等な市民間を規律する**民法や商法（会社法、有価証券法など）などの私法と、国や公共団体に関わる公法**がある。公法の多くは**行政法**と呼ばれる領域である一方、刑罰に関わるものは**刑事法**と呼ばれる。また、現代においては、もともと私法の領域に公法的規制を加えた、**労働法、消費者法、経済法（独占禁止法など）などの社会法分野**がある。また、権利の内容などを定める**実体法**と、権利・義務の実現を図る裁判などの手続を定める**手続法**（民事訴訟法、刑事訴訟法、行政事件手続法など）という区別がある（破産法はこの両性質を具備する）。なお、**特別法は一般法に優先**するので、同じことを規定している商法の規定は民法の規定に優先適用される。また、後法は前法に優先する。

上位の法に矛盾抵触する下位の法は無効となる（法律は私法であっても憲法の下位法であり、憲法に反する規定や適用は無効である）。憲法との関連で問題になるのは、**憲法と条約の関係及び占領終了後の占領法規の効力**などである。

(i) 憲法と旧法・占領法規

新憲法制定により、その憲法の授権した機関が制定していないからといって、以前からの法令は無効となるか。一般に、新憲法と矛盾しないものは有効であると解されている。

*学説の中には、大日本帝国憲法から日本国憲法への移行は革命であるという、いわゆる八月十五日革命説に従えば、旧憲法下の法令は当然に無効であると説くものもある。しかし、フランス革命やロシア革命のように、旧体制を全否定する革命でなければ、社会の安定のため、旧体制下の法令のうち新体制でも適合するものについては継続することを宣言して国家としての継続性を示すことが普通であろう(フランス第5共和制憲法制定時やソ連邦崩壊時も参照)。

日本でも、1947年に法律72号、政令14号が公布され、日本国憲法と矛盾しない旧法令の効力は暫定的に認められた(最大判昭27・12・24刑集6巻11号1346頁)。これと矛盾するものは順次改正された(治安維持法1・10条はポツダム宣言受諾で失効したとする横浜事件第3次再審請求=東京高決平17・3・高刑集58巻1号6頁も参照)。民法では、**私有財産制度**は継続したので財産法部分是一部改正にとどまったが、**家族制度**は否定されたので家族法部分は全面改正された。**刑法**はほぼ温存された(ただし、**プラカード事件**=最大判昭23・5・26刑集2巻6号529頁をきっかけに不敬罪が削除されるなどした)が、**刑事訴訟法**は全面改正された(なお、死刑の執行方法が1873年の太政官布告によっていることは違憲ではないとされた。最大判昭36・7・19刑集15巻7号1106頁。疑問が残る)。**皇室典範**は新たに制定し直され、法律として憲法の下位法令となった。

*その後、1995年に刑法、1996年に民事訴訟法、2004年には民法の財産法部分や破産法が現代語化された(2017年には債権法部分の大改正あり)。2006年には、会社法、法の適用に関する通則法(元は法例)が口語体で制定された。2008年には保険法も制定された。会社法部分が抜けた商法(総則・商行為法・海商法)も2018年までに順次現代語化され、基本法令の現代語化はほぼ完了した。

日本政府は、戦後占領下でGHQ(連合国軍最高司令官総司令部)の指令を実行するために、1945年9月20日に、「ポツダム宣言ノ受諾二件ヒ発スル命令ニ関スル件」(ポツダム緊急勅令)を発した。これに基づく占領法規の有効性が問題

となる。最高裁は、その勅令に基づく鉄砲等所持禁止令は、日本国憲法の下でも、その内容が新しい憲法の条規に反しない限り有効であるとした（最大判昭23・6・23刑集2巻7号722頁）。また、占領目的に有害な行為の処罰（公務員の労働基本権の制限）を命じる政令の効力が問題となった事件で、最高裁は、「連合国最高司令官が降伏条項を実施するため適当と認める措置をとる関係においては、その権力によつて制限を受ける法律状態におかれている」ため、同政令も「憲法外において法的効力を有するもの」として、処罰を合憲とした（政令201号事件＝最大判昭28・4・8刑集7巻4号775頁など参照）。しかし、占領下の刑罰法規が争われた事案で、占領終了により刑が廃止されたとして、免訴としたものがある（政令325号事件＝最大判昭28・7・22刑集7巻7号1562頁）。占領終了後、占領法規は当然無効なのか、憲法に反するものだけが無効なのかは明確にされず、争いがある。

(ii) 憲法と国際法

憲法が最高法規性を有するのは、一義的には国内下位法令に対してである。では、国家や国際組織相互間において文書によって締結される国際的合意である条約（名称に関わりない）に優位するものか。この問題はまず、そもそも国内法と国際法の関係をどう捉えるかから論じねばならない。両者は一つの統一的法秩序を形成しているという一元論に立つと、どちらが優位かという問題になる。しかし、①国内法優位説では、国際法は対外的国内法、国内法の延長と化し、国際法という概念が否定されてしまう。②国際法優位説は、国内法秩序は国際法が委任したとするものであるが、主権国家を基礎とする現在の国際社会・国際法秩序と相容れない。結局、③国家間の合意を正当性の根拠とする国際法と、究極的には憲法制定権力の授権を正当性の根拠とする国内法とでは、次元を異にすると考えざるを得ない（二元論）。

*一元論でも、国際法と国内法を同等とする等位理論では、結論は二元論と同じである。二元論の下では、条約を国内法化するには変型が要求されることになろう。

国際法の国内法化の手続は各国憲法の問題である。日本では、明治以来の慣

行として、改めて立法措置はとっていない。実際に、自動執行的条約は、国会の承認と共に別の立法的措置を採ることなく、国内法的効力を有するようになっていく。条約の締結には国会の承認という民主的統制を要することや、憲法の国際協調主義から、このような措置を是認する説が多数と言ってよい。いわゆる小樽温泉入浴拒否事件判決(札幌地判平 14・11・11 判時 1806 号 84 頁)では、裁判所は、「外国人」を理由とする入浴拒否が国際人権規約や人種差別撤廃条約などにも反するとして、浴場に損害賠償などが命じている。

国内法化された条約がどのような国内法的効力を有するかも、各国憲法の問題である。日本では、憲法 98 条の国際協調主義からして条約法の遵守は国内法的要請であり、条約は法律の上位とするのが圧倒的通説であるが、憲法の上位かは論争であった。①憲法 98 条や前文が国際協調主義を採用していること、憲法 81 条が違憲審査の対象から条約を除外していることなどから、条約優位説もあったが、条約優位や条約締結権の根拠が憲法であり、また、改正がより容易な条約を憲法の上位としたのでは憲法の最高法規性は否定されるのであるから、国際協調主義から条約優位を引き出すのは論理の飛躍であろう。②「確立された国際法規」(98 条 2 項)は憲法に優位するという説も、それを通常の国際法と区別することが困難なので、採用し難い。通説は③憲法優位説であり、これに反する条約は国内法上無効とする。憲法が国内法上は最高法規であるので、いかに 98 条が国際協調主義を謳っていても、憲法自身が他の法規範に国内法上劣位するという事は法理論上認め難く、憲法に反する条約は、国内法上は無効と考えざるを得ない(逆に、国際法上は、そのような条約も有効に成立し得る)。最高裁も、日米安全保障条約の合憲性が問題となった砂川事件判決(最大判昭 34・12・16 刑集 13 巻 13 号 3225 頁)で、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」い、「外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいる戦力には該当しない」ものだと憲法解釈に踏み出しており、条約が違憲審査の対象であること示唆している。

*外国憲法で一般化された規範であっても、別段、理論上、日本国憲法の上位規範とはなり得ない（なるかのような主張が一部にあるので、念のため、注意を喚起する）。これは当然のことであり、仮にそれに類する主張をするのであれば、比較憲法学の手法を媒介に日本国憲法の解釈として行うべきである。

(3) 最高法規性の保障

憲法は、自身の最高法規性を維持するため、様々な装置を用意している。これらは一般に**憲法保障制度**と呼ばれる。大きくは、平常時のものと非常時のものがある。平常時のものを憲法の枠組みの中に組織化されているか否かで分類すれば、**組織型**と**未組織型**に分けられる。組織型はさらに、憲法の侵害を事前に予防する**予防型（事前型）**と事後に匡正する**匡正型（事後型）**、そして、**法的拘束力**をもつ**拘束型**とそうではない**諮問型**に分けられる。予防型制度としては、厳格な**憲法改正**手続を有する**硬性憲法**であること、**権力分立**や**国民主権**、**公務員の憲法尊重擁護義務**（99条）のほか、国会議員の**任期制**や、**衆議院議員総選挙**毎に**国会が内閣総理大臣を指名する制度**や多くの**人権条項**特に**表現の自由**（21条）の保障まで、いろいろ挙げられる。匡正型かつ拘束型制度としては、日本においては、裁判所による**違憲審査制**（81条）が挙げられる（対して、ドイツなどの**憲法裁判所**が**抽象的違憲審査**を行うことや、フランス**憲法院**の**本来的活動**は**予防型**かつ**拘束型**制度と言えよう）。憲法の外ではあるが、**内閣法制局**の活動の一部は、**観方によっては拘束型**もしくは**諮問型**のものと言えよう。

*公務員が国政や地方公共団体の行政等に携わる以上、憲法と矛盾する国家行為等は認められず、**憲法尊重擁護義務**が課される。宣誓が要求され、拒否は懲戒事由となるが、道義的義務にすぎず、一般に、公務員が日本国憲法に背いた言動に向けて、公務員も一国民として**表現の自由**などを有する以上、**法的制裁**は加えられない（**百里基地訴訟二審判決**=東京高判昭56・7・7判時1004号3頁など）。**国務大臣**などに対しても**弾劾制度**もなく、**違反**に対しても**政治的責任**追及にとどまる。しかし、この義務には、**自らが憲法を尊重し憲法違反の行為をしない**という**消極的義務**と、**他者の憲法違反に抵抗し憲法を擁護する**という**積極的義務**とが含まれ、**消極的義務違反**の場合には**法的制裁の対象**になり得る。例えば、公務員の「**職務上の義務**」（**国家公務員法**82条1項2号、**地方公務員法**29条1項2号）には、**憲法の遵守義務**も含まれると理解されており、これに違反すれば**懲戒処分**の対象になる。裁判官も**罷免事由**になる（**裁判官弾劾法**2条1号）。なお、

日本国憲法が国民に憲法尊重擁護義務を課していないのは、徹底した自由主義・個人主義のゆえであり、闘う民主主義を掲げるドイツ連邦共和国基本法(憲法)とは異なる。ただ、日本国憲法は、立憲主義的憲法秩序を擁護しなければ、結局は憲法制定権力者たる地位が掘り崩されることを警告し、「国民の不断の努力によって」(12条)憲法を擁護することを道義的に求めている。

非常時に発動される非常時型で、かつ未組織型の制度として抵抗権や国家緊急権がある。日本国憲法が非常手段的憲法保障を認めるかは争点である。

(i) 国家緊急権

戦争や内乱、未曾有の自然災害などの緊急事態に対して平時の政治制度では対処できない場合に、政府が国の存立や憲法秩序の回復のために、立憲主義的憲法秩序を一時停止し非常措置をとる発動する国家緊急権は憲法上認められるのかということがまず問題である。それは権力集中を伴い、憲法の要請するものの多くを一時停止し、立憲主義のために立憲主義を破る矛盾を抱えるものである。大日本帝国憲法が、緊急事態に際し、緊急勅令(同憲法8条)・緊急財政処分(同憲法70条)の制度を設けるほか、憲法・法律の効力を一時停止して行政権及び司法権の全部又は一部を軍部に委ねる戒厳の宣告を天皇の大権とし(同憲法14条)、「戦時又ハ国家事変ノ場合」に臣民の権利を停止する非常大権(同憲法31条)を有していたのと日本国憲法は異なり、国家緊急権を引き出す規定を欠く。そもそも、日本国憲法は、緊急事態の典型である国家緊急権発動の主たる手段である軍隊の保持を禁止している(9条)。以上のことから、多くの学説により、①このことは、戦前の日本及び他国でそれが悪用されたことへの反省や、不文法理を承認してしまう危険などから、それを否定する趣旨であると解されている。対して、②「緊急は法を待たず」という法格言などからこれを肯定する見解もある。仮に肯定するとしても、その場合を特に限定すること、時間的にも程度としても必要最小限度の行使にとどめること、事後にその適法性が審査できること、違法な行使の部分はできる限り回復すべきこと、などの条件は必要であろう(ましてや、憲法改正によりこれを明文化することは、ナチス・ドイツの二の舞となる懸念が指摘できる)。

*緊急事態への対処は法律レベルで整備されている。外部からの武力攻撃や存立危機事態への対応が近年制定の安保法制に定められているほか、**警察法** 71 条以下が緊急事態の特別措置について、**自衛隊法** 76 条以下が防衛・治安出動について、定めを置いている。これらは無論、日本国憲法の許容するものとどめねばならず、**集団的自衛権**を容認した点などについては、立憲主義の枠を超えているという批判が強い。このほか、2011年の**東日本大震災**と**東京電力福島第一原発事故**などを契機として、武力行使の場面とは異なる自然災害などの緊急事態への対応が現実の問題となった。地球温暖化の進行による**猛暑**や**暴風雨**にも留意したい。

(ii) 抵抗権

政府による権力濫用、憲法秩序の破壊が著しく、既存の法的救済手段が奏功しない場合、国民がこれに抵抗し、憲法秩序、立憲主義的秩序の回復を図る権利を抵抗権と呼ぶ。日本国憲法は立憲主義が「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」(97条)であり、「国民の不断の努力によつて、これを保持」(12条)すると謳っているので、明文の規定はないが、抵抗権は憲法上保障されているとする説が多数である。ただし、これもまた実力行使であるので、憲法秩序を破壊する危険もあり、ナマの憲法制定権力がたびたび登場する事態は避けねばなるまい。正当な抵抗権の行使とされるための要件と抵抗権行使の効果が要求される。一般に、立憲民主主義秩序に対する重大な侵害が行われ、その不法が客観的に明白であり、平常時の法的救済手段によっては憲法秩序の回復の見込みがない場合に、憲法秩序の再建のための最終・緊急的手段として正当な抵抗権行使として認められ(札幌地判昭37・1・18下刑集4巻1=2号69頁も参照)、違法性が阻却されると考えられよう。

*抵抗権の根拠はあくまでも現行憲法自身に求められる。一部の説にあるように、超憲法的価値(自然権、日本の伝統、歴史の発展法則など)によるべきではない。そこで、抵抗権はロック的な**革命権**とは区別され、現行の憲法秩序を守ろうという、いわば保守的なものと性格付けられる。また、いわゆる**市民的不服従**とは、抵抗権の一部を非暴力により行使することだと言えよう。

また、抵抗権行使が成就すれば、その経緯は不問にされることが多いことを考えると、抵抗権保障が最も意味をもつのは、抵抗権行使が失敗して、違憲的

で独裁的な政府に人権が蹂躪される場面であると言えよう。

3. 近現代立憲主義

*以下で語られる歴史は、地球大世界史でもなければ「客観的」近現代史でもない(この点は各国憲法史、日本憲法史の章でも基本的に同じである)。日本国憲法解釈を目的とし、近代立憲主義・立憲民主制を是とし、日本国憲法の基本的な立場(解釈者の解釈にもよるが、それはさて置き)の肯定を前提としている。このため、君主制への回帰や独裁体制・軍国主義・人民民主主義体制などを理想とするのであれば、取り上げる事実や評価は異なることもあろう。本章の記述はそれほど偏ってはないと信じるが、史観に「客観的」なものはないことはまず確認されたい。

(1) 近代以前

古代ギリシャ・ローマにも政治権力を分割し、相互的牽制により、その濫用を防ごうとする考え(古典的立憲主義)はあったが、個人的幸福は公(ポリス)的幸福の中でのみ達成できるという共和主義に立っており、自由民・奴隷の区別も存在した。しかし、それも中世の封建体制と近世の絶対王政ではほぼ断絶する。それでも、中世ヨーロッパでは、ゲルマン古法の法思想、キリスト教の影響、封建契約の考え方の熟成などの様々な要因により、統治者の専断的な支配(人の支配)を排し、権力をも法が拘束する、統治者に対して法が優位する、法の支配(rule of law)の考え方が生じてきた。

*法の支配の思想は、ノルマン人によるイングランド征服の後の国王裁判所の発達から生まれたと言われる。法が支配者の意思によって作られるのではなく、総じて、裁判による既存の法の発見という考え方である。後にコモンロー裁判所で蓄積された判決は、英米法特有の判例法主義を確立する土壌となり、次第に、王権をも拘束するようになった。1215年の封建契約であるマグナ・カルタを引き、13世紀のヘンリー・ブラクトンの有名な法諺「国王は人の下にあってはならない。しかし、国王といえども神と法の下にある」を引きつつ、17世紀のコモン・ロー裁判所長官エドワード・クック(コーク)が、王権神授説の信奉者であるジェームズ1世と対峙したのが、その象徴である。その後、法の支配は、19-20世紀のアルバート・ヴェン・ダイシーによって、制定法とコモンローの権力に対する優位、通常裁判所の前での平等な適用、通常裁判所の判決による実質的意味の憲法保障などの形で定式化されたと言われる。

しかし、中世において、統治者にさえ優位するとされた法の内容は、古き慣

習の確認にとどまっていた。それは、マグナ・カルタが封建契約であったように、そこでの法や契約は貴族・聖職者などの身分に付着した特権を保障したものであり、人一般の普遍的権利を保障するものではなかった。

*なお、法の支配に似たものとして**法治主義**がある。これは、立法部の制定する法律に行政活動が従わなければならないことを要請する原理（**法律による行政の原理**）で、ドイツなど近代の**大陸法系**の諸国で有力な考え方となった。法に基づいて統治活動を行うという点で、法の支配と法治主義は共通点を持つが、法律の内容がさらに高次の法によって統制されるという発想は長い間、法治主義にはなかった（**形式的法治主義**）。そのため、法律によれば市民の自由も制限することが可能であるという理解が強くなり、**ナチス**の**ホロコースト**を防ぐことができなかつたと指摘される。しかし、形式的法治主義の欠陥は戦後に修正され、法律は「**人間の尊厳**」（ドイツ基本法1条）を中核とする憲法秩序に拘束されることになった（**実質的法治主義**）。このため、法治主義と法の支配の同一化も指摘されている。なお、現在でも、法治主義が実体法の適正に目を向けがちであるのに対し、法の支配が手続法のそれに着目する傾向を有するなどの差も感じられる。

1648年の**ウエストファリア条約**により、ヨーロッパ近世に**主権国家**と**国際法**が誕生すると、その国家は1人の国王の下に1つの民族・国民が集まるという**国民国家**（**ネイション・ステイト nation state**）と観念されるようになっていった。また、十字軍の失敗などによるローマ教皇と封建諸侯・騎士階級の没落、神聖ローマ帝国の弱体化などにより、国王は権力を強め、官僚制（貴族階層）と常備軍に支えられて**絶対王政**を確立していった。国王は商人と結び付き、国家が経済活動に介入する**重商主義**的諸政策を採るようになり、国民の権利はしばしば極めて制限されるようになっていった。

*国民国家の下、共通言語（国語）、民族の歴史（国史）、国旗、国歌などが創出された。ドイツで、ローマ法とは異なる土着のゲルマン法を発見しようという動きがあり、そこで、副産物として収集され編纂されたものが**グリム童話**である。国旗は海軍や商船が国籍を対外的に示すために用いた旗が国旗となっていた例が多く（「日の丸」の一般性）、国歌は独立や革命を讃える勇猛な（ある意味、野蛮な）歌詞で、これを鼓舞する（「君が代」の特殊性）、リエゾンで歌唱できるものが多いと言えようか。これらが近世・近代の産物であるということが要点である。

(2) 近代

絶対王政が続く中で、新興の**市民階級**（第三身分、ブルジュアジー）の不満を突

突破口にした近代市民革命は、初めに段階的にイギリスで起こり、アメリカに飛び火して、フランスで爆発した。これに理論的影響を与えたのは、人間は自然状態に生まれるという自然法思想であり、そのような自然状態のままでは問題があるので社会契約を結び、政府を樹立するという社会契約論であった。1776年のアメリカ独立宣言や、1789年の人および市民の権利宣言(フランス人権宣言)などでは自然法思想が色濃く反映された。身分的自由は否定され、普遍的な天赋人権が不可譲のものとして前提とされた。政府(公権力)樹立の目的は、あくまでも個人的幸福・自由のための私的領域の確保、権利保障にある。そして、政府がこの目的に反して人々を抑圧する専制政府となってしまうまいよう、権力分立が要請された。様々な啓蒙思想家がこのようにして権力の濫用に理論的歯止めをかけたのである。

*社会契約論としては以下のものが有名である。イングランドの哲学者トマス・ホブズは『リバイアサン』(1651年)の中で、自然状態を「各人(万人)の各人(万人)に対する闘争」と表現し、これから逃れるために自然権を守る力を全て政府に委譲すべきことを説いた。強大な主権国家を望むものとされ、ホブズは清教徒革命中には亡命を余儀なくされた。イングランドの哲学者ジョン・ロックは『統治二論』(1690年)で、人間は皆自由平等で自然法の下で共存している自然状態を想定し、生命・自由・財産という固有権を守るため、それだけでは得られない外交・防衛・警察などの公共サービスの権限を得るため、自然権の一部を政府に信託すると考えた。代議制を念頭に置き、立法権を最高とする権力分立も説いた。政府が自然権を保護しないときは倒すことができる(革命権)とも説いた。アメリカ独立革命などに影響を与えた。フランスの哲学者ジャン＝ジャック・ルソーは『社会契約論』(1762年)で、人間は元来平等で幸福で善良な自然状態にいる筈であるとし、不平等を打破し、本来のあるべき自由平等な自然状態を回復するために全員一致の契約(一般意志)を形成して政府を樹立すべきだと説いた。治者と被治者が一致する直接民主制の理論として受容された。フランス革命に影響を与えた。このほか、フランスの哲学者シャルル・ド・モンテスキューは『法の精神』(1748年)で、3つないし5つの権力分立(立法・行政にとどまらず、少なくとも司法権の独立)を説いた。それは、フランス的文脈では貴族の役割を重視するものでもあった。関連して、エマニュエル＝ジョセフ・シエイエスは『第三身分とは何か』(1789年)で、市民階級を指して「第三身分とは何か。全てである。それは今日まで何であったのか。無である」と述べたこと、19世紀イギリスのローマ法学者ヘンリー・メインは、近代社会の成立を「身分から契約へ」と表現したことも近代の到来をよく説明したものと言えよう。

こうした近代立憲主義は、広義では、憲法によって国家権力を制約する思想を指すが、狭義には権利の保障と権力分立を内容とする立憲的・近代的意味の憲法に従って国家の統治がなされることを要請する思想であり、古典的立憲主義と一線を画するものと言える。「契約」の観念と近代合理主義は、その意思を文書に残すことを選ぶようになり、1776年のバージニア権利章典、1787年アメリカ合衆国憲法及びその権利章典（修正1条-修正10条、1791年）などの成典憲法が続々と登場し、成典憲法は普遍化していった。

市民階級がリードする国家は、必然的に最小限度の秩序維持・治安、取引の安全の確保などだけを期待され、国家が人々の生活へ干渉して自由を侵害することは望ましくないと考えられた（小さな政府、自由国家、最小国家、消極国家）。

*夜警国家というのは、19世紀ドイツの社会主義者ラッサールによる自由国家への皮肉である。また、自由国家について「立法国家」という記述も見られるが、誤解を招くものであって適当ではない。

その国家観は、古典派経済学、即ち見えざる手（アダム・スミス）に導かれた市場原理、自由放任（レッセ・フェール）の経済政策と結び付く。国家設立の目的はまず各人の自由権（国家からの自由）の確保であり、所有権の絶対は重要であった。政治参加は財産と教養を有する市民階級に限られるべきとされ、イギリスやフランスでは制限選挙制が当然とされた。フランスでは、人民（プープル people）主権が排除されて国民（ナシオン nation）主権が選択された。アメリカでも、人民大衆主導の政府（会議制的統治形態）の樹立を警戒して、議会（立法権）と対抗し得る強大な大統領（執行権）と裁判所（司法権）によるその抑制（権力分立）が工夫されたのであった。権力を異なる機関に分配し、機関相互間で均衡と抑制を図ることによって法の支配を実現し、権力が公正に行使されることを確保しようとしたのである。権力分立はしばしば三権分立とも言われるように、典型的には、法を制定する権力、法を執行する権力、法の争いを裁定する権力の分立を基本とするようになった。「民主主義は元来、それ自身においては反国家的・反法秩序的な原理である自由主義が、積極的に国家・政治形式を基礎

づける原理に転化したものにほかならない」(宮沢俊義)ところであるが、このような対国家的な個人の自由を擁護する近代立憲主義、^{なかんずく}就中、権力分立原理や法の支配原理と、最終的には多数決を予定する国民主権原理とは緊張関係にあり、具体的な事案を解決するための憲法解釈において、ジレンマを抱えるようになったことは熟知せねばなるまい。

*これらのことは先行するイギリス、アメリカ、フランスで発生した理念型であって、20世紀初頭でも大半は、立憲君主国を含む君主国であったことは注意を要する。19世紀に憲法典をもつことが西欧で一般化しても、スペインやドイツのような君主国では立憲主義とはほど遠かった(外見的立憲主義)。また、多くの西洋列強は植民地の宗主国でもあり、人権を叫ぶ者がそこでは人権を蹂躪したり、アメリカ南部諸州のように、1865年の南北戦争終結まで奴隷制を維持するところもあったりしたのである。

(3) 現代

近代に産業革命が起こり、資本主義が発達すると、市民階級の中から独占的グループが生まれ、最低の賃金で最長の労働時間で働くことを余儀なくされることを意味し、貧富の差が拡大して社会不安も生じ、古典派経済学に限界が見え出した。これに対しては、大量に創出された労働者階級などから、政治の民主化を通じて実質的平等を図るべきだという声が高まり、経済活動など私的領域への政府の介入が求められるようになった(大きな政府、社会国家、福祉国家、積極国家)。その先駆は1919年のドイツのワイマール憲法であると言われる。ワイマール憲法は、「所有権は義務を伴う」(同憲法153条)という条文で財産権、特に所有権の絶対を否定したほか、社会権的基本権を規定していた(しかし、第一次世界大戦で巨額の賠償責任を負わされ、インフレが急激に進んだドイツでは、その額面通りの実施はできず、多くの人権条項がプログラム規定と解釈されるに至った)。アメリカでは憲法改正こそなかったが、世界恐慌後、ニューディール政策と呼ばれる、連邦政府による一連の雇用促進・公共事業立法がなされ、実施された。その背景にはケインズ経済学があった。アメリカ最高裁も結局、判例を変更してこれを是認していくようになった。

*ドイツはその後、1933年に全権委任法を制定し、ヒトラー率いるナチスによる独裁に移

行する。イタリアでの「参戦兵士のファッション」結成、ドイツでの「ドイツ労働者党」結成、日本での北一輝『国家改造案原理大綱』刊行の1919年をその端緒とし、イタリアのムッソリーニ政権（1922年）などにも代表される、第一次世界大戦後に後発資本主義国で発生した、ベルサイユ体制などへの排撃運動を原点とする体制や運動をファシズムという。反巨大資本の中間層に福利をもたらし、支配層の妥協を引き出し、「指導者」原理により強大な民族共同体的権力国家の建設を行った。反社会主義、反自由主義、反議会主義、反国際主義などを特徴とする。第二次世界大戦で、独・伊と、軍国主義の日本などの枢軸国は米英などの連合国に敗北し、ファシズムの時代は終わった。

ナチスの全権委任法やユダヤ人虐殺（ホロコースト）など、ファシズムの惨禍を経験した各国では、第二次世界大戦後に自然権思想が復活した。そこでは、近代のような抽象的な「強い個人」を人間像とするのではなく、社会の荒波の中を泳ぐ、ときには弱い現実の人間の姿を起点として人間の尊厳や個人の尊重が掲げられ、時として国家の介入による保護が求められるようになった。このことは、新たな憲法典に社会国家を希求する趣旨の規定を置くことにつながる。1946年のフランス第4共和国憲法は自らを「社会的共和国」、1947年のイタリア憲法は「勤労に基礎を置く民主的共和国」、1949年のドイツ基本法は「民主的かつ社会的な連邦国家」と宣言したのである。これら福祉国家型の憲法では、社会権の中でも生存権の存在が象徴的なものであるが、その実現には国民経済の発展と政治部門の裁量を一定程度認めざるを得ず、憲法論として難しい問題を抱えた。最小国家において民主主義が標榜する多数者の権利利益と司法が保護する少数者の人権や自由（近代立憲主義や権力分立・基本的人権尊重主義・法の支配）の衝突のジレンマが顕在化した上に、社会国家においては、平等は実質的平等へと変質し、社会権的発想によるその実現、国民の税や社会保障費の負担による貧困の解消が価値として加わり、トリレンマまで生じたとも言えよう。市民革命当時の経済的・身体的・精神的自由と形式的平等を共に求める素朴な立憲主義理解（日本の文脈では戦後民主主義がこれに近い）は困難となってきた。加えて、グローバル化の進展により、富の集中と中間層の没落が目立ってきた。

しかし、このような現代立憲主義の下でも自由権的基本権が基軸であること

や権力分立原理、国民主権原理などは維持されており、それは**社会主義**諸国で見られたような近代立憲主義の否定ではなく、修正と見るべきである。個人の自主自由自律が基本であって、初めから国にもたれかかる人間像や、全体への貢献を唯一の幸福とする国家像は、厳しく排除されよう。

*トマス・モアの『ユートピア』(1516年)やサン・シモンでは空想的社会主義に留まっていた**社会主義**は、貧富の差を解消すべく、カール・マルクスらによって**科学的社会主義**に理論化された。そして、それは後進国ロシアにおける1917年の**ロシア革命**(十月革命)により、レーニンを指導者とするソヴィエト政権に結実した(ソ連)。権力分立を否定して共産党独裁により、私有財産制度を否定し、ブルジュアジー支配を排除して貧富の差の究極的解消を目論んだ。第二次世界大戦後、東欧でもソ連の指導の下、人民民主主義憲法が次々と制定され、中国でも毛沢東の指導の下、**中華人民共和国**が誕生した。これらの国々では、普遍的な人権という考え方は排され、労働者・農民の権利であることが強調された。これら諸国は、西欧諸国や日本などとの間で**東西冷戦**を展開した。だが、**計画経済**の下で硬直化する官僚制、それに伴う経済の停滞、独裁者スターリンの恐怖政治に象徴されるような市民的自由の欠如などは問題が大きく、1985年にソ連共産党書記長となったゴルバチョフはペレストロイカを始めたが時すでに遅く、1989年の東欧の民主化、1991年末のソ連解体で社会主義はほぼ終焉した。これに対して、**中華人民共和国**では、鄧小平による改革開放政策により、**社会主義市場経済**に移行し、一部には**経済特別区(経済特区)**も作られた。しかし、中国の民主化の動きは1989年の**天安門事件**で潰され、事実上の共産党独裁体制が強化された。

(i) 普通選挙制度の普及と政党国家化

民衆の不満は、選挙権拡大の原動力ともなった。選挙権の拡大の結果、議会は民意を忠実に反映・代弁する場であると考えられるようになり、国民(ナション nation)主権は**純粹代表**ではなく、**半代表**もしくは**社会学的代表**であると理解されるようになった。地方自治の拡充や、直接民主制的制度の一部導入がなされて有権者が拡大するのに伴い、その傾向は強まった。

特に、財産や納税額による選挙権差別がなくなり、男子**普通選挙**が達成されると、それまでの議員集団(名望家政党)とは異質な、労働者・大衆の声を代弁する議員集団が生まれ、**大衆政党(無産政党、組織政党)**が結成された。階級対立は議会内に持ち込まれ、政党は、民意を集約し、ときには教化するものとし

て敵視や無視できなくなり、事実上統治システムの一部として承認されていった。そして、1960年代頃に脱イデオロギー化が進むと、主要な政党は支持を広げ、次第に**包括政党**（キャッチオール・パーティ）となっていった。政党は政権（与党）を巡って争い、**野党**は政権に対するチェック機能を帯びた。

そして、19世紀末から選挙権を女性にも拡大する動き（婦人参政権運動）が顕在化し、主要各国では20世紀前半に**女性参政権**が獲得され、成人の全国民、国民の過半数が有権者となったのである。

(ii) 管理社会の到来と行政国家化

福祉国家は、関連する政策課題に対応するため、行政サービスの拡充を必要とした（行政国家化）。多様な専門行政の展開は、**官僚**の役割を増大させ、**委任立法**が増加という形で議会による統制を後退させた。また、大量の公務員を必要とし、国家予算も膨れ上がった。**行政権**は国民生活の隅々まで関わるようになり、計画行政による管理化傾向を強めた。

このことは**行政の肥大化・硬直化**、慢性的な財政赤字体質を生み、**行政改革**が必要となった。**マネタリズム**（ネオ・リベラリズム **新自由主義**）の影響の下、国営企業等の民営化、公共事業の削減、福祉の見直しなどが叫ばれた。そこで、行政の民主化が主張され、議会や民主的に選ばれる行政の長（政治部門）、又はそれに任命される**オンブズマン**や**独立行政機関**（独立行政委員会）、審議会によって行政統制を強めようとする動きが強まった。**行政手続**を透明化し、**行政情報公開請求権**を確立することも重要視されるようになってきた。また、委任立法への過剰な信頼や行政の長の実質直接選挙化や権限強化にも疑問符が付くようになり、**立憲主義**的な権力分立と民主主義的な議会中心主義への回帰も求められている。

(iii) 多元社会の創出と司法国家化

近代では、人権保障は議会を握れば可能と考えられたが、多数者による少数者支配は消えず、**全体主義**（ファシズムなど）への反省から立法権不信も生じた。そこで、立法を憲法の規範力で拘束し、法律の内容の合法性を担保すべきことが主張された（ドイツでも第二次世界大戦後、実質的法治主義に移行した）。

そして、議会制定法を偏に信頼するのではなく、裁判所の憲法解釈を通じた人権保障システム、即ち裁判所による**違憲審査制**が一般化(司法国家化)したことが指摘できる。それは併せて、立法部と行政部という政治部門に対する、司法部の法的チェック機能でもある。長らくアメリカだけの例外と見られていたが、第二次世界大戦後、日本をはじめ多くの国に導入された。アメリカで建国後しばらくして判例として確立していた司法裁判所による**付随的違憲審査**か、ドイツのように**抽象的違憲審査**も行う**憲法裁判所**を設立するからである。

*ただし、フランスのように、司法府不信が強く、司法機関による違憲審査が認められていない国もある。行政機関である**憲法院**が一部その役割を果たしている。なお、「行政国家から司法国家へ」というスローガンは、裁判所が国策を決定しているわけではなく、誤用に思える。

(iv) 人権の国際化と平和国家への希求

20 世紀の 2 度の世界大戦は総力戦となり、戦争が立憲主義の最大の敵であることを雄弁に物語った。戦争違法化の努力はすでに、第一次世界大戦後の**ヴェルサイユ条約**(1919 年)による**国際連盟**の設立(1920 年)や、「国際紛争を解決する手段としての戦争」の放棄を定めた**不戦条約**(ケロッグ=ブリアン条約 1928 年)でも模索されていた。しかし、そこで禁止された戦争は**侵略戦争**に過ぎず、各国が「自衛戦争」や「事変」の名を借りて行う戦争、特に第二次世界大戦を防ぐことはできなかった。そこで、第二次世界大戦後、連合国を中心に設立された**国際連合**は、**国連憲章**(1945 年)2 条 4 項において加盟各国による武力行使一般を原則禁止とする一方、国際の平和安全の維持又は回復のために**安全保障理事会**が軍事的措置を用い得るとし(同憲章 42 条)、国連を中心とする**集団安全保障**の枠組みを定めた。

*しかし、同憲章の 51 条は、安全保障理事会が必要な措置を取るまでの間、各国が**個別自衛権**に加えて、この条文が創設した**集団的自衛権**を行使することは妨げないとしたため、その仕組みは NATO(北大西洋条約機構)やワルシャワ条約機構という事実上の軍事同盟を生み、東西冷戦を生んだ。

平和は世界共通の願いとなり、多くの**多国間条約**が締結されたほか、第二

次世界大戦後には平和への希求は国内法である憲法にも見られるようになり、1946年のフランス第4共和国憲法や1948年のイタリア憲法、1949年の(西)ドイツ基本法などは征服・侵略戦争の放棄を謳った。その中でも日本国憲法9条の**平和主義**は最も徹底したものの一つと言えよう。

国内法である憲法の守備範囲と思われていた人権について、逆に、国際法の言及が頻繁化した。1948年に国連総会で採択された**世界人権宣言**に始まり、**国際人権規約**(経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(A規約、社会権規約)、市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約、自由権規約)の総称。これに、市民的及び政治的権利に関する国際規約の選択議定書(B規約選択議定書)が付随する。1966年。1976年発効)、**難民の地位に関する条約**(1951年。1954年発効)、**人種差別撤廃条約**(1966年。1969年発効)、**女性差別撤廃条約**(1979年。1981年発効)、**子どもの権利条約**(1989年。翌年発効)などが発効している。限られた国の間のものとしては、**欧州人権条約**(1950年。1953年発効)、**米州人権条約**(1969年。1978年発効)などもある。こういった多国間条約には、絶対的であった**国民国家**の仕組みの動揺と再編の端緒が見られる。条約法は未批准国を拘束できないが、これら条約は民主化や人権保障、**民族自決権**の圧力となってきている。

* 例えば、日本は国際人権規約を1979年に批准したが、**個人通報制度**(B規約第1選択議定書)や**死刑廃止条約**(B規約第2選択議定書)などには加入していない。しかし、このような日本政府の姿勢が多く国から非難される場合がある。このほかの多国間条約には、**南極条約**(1959年。1961年発効)、**生物多様性条約**(1992年。1993年発効)、**京都議定書**(1997年。2005年発効)などがある。

* 1993年のマーストリヒト条約、2009年のリスボン条約の発効などによるEU(欧州連合)などの国家統合の動きもあり、加盟国の憲法はその条約の下位のものとなって、その展開次第では今後、憲法学・国法学・比較憲法学の対象や方法論は影響を受ける可能性がある。EUの拡大(特に旧東側陣営諸国への拡大)や通貨統合などの動きは注目できる。その後、イギリスは2020年1月末をもってEUから離脱した。当初は、社会主義ベトナムへの対抗で生まれた**ASEAN**(東南アジア諸国連合)が、ベトナムも含む地域連合となったことなどにも注意したい。

日本憲法史

1. 大日本帝国憲法時代

(1) 大日本帝国憲法の制定

19世紀半ばまで日本では幕藩体制が続き、海外との交流は大きく制限されていた。1853(嘉永6)年に浦賀に現れ、日本の開国を強硬に求めたアメリカ東インド艦隊司令長官ペリーに対して、江戸幕府は翌年、日米和親条約、1858(安政5)年には日米修好通商条約を結んだ。これらを契機に幕府は外圧に対処できないとの評価が噴出し、新たな政府による国内統合を求める動きが生じた。

倒幕と新政府樹立の主体となったのは西南雄藩、特に長州と薩摩の両藩であった。長州藩では高杉晋作や桂小五郎(木戸孝允)らが、薩摩藩では下級武士の西郷隆盛や大久保利通らが台頭した。両藩は1866(慶応2)年に密かに軍事同盟を結んで、討幕の密勅が降下するよう朝廷に運動した。このとき征夷大將軍の徳川慶喜は、討幕勢力の機先を制して1867年10月に大政奉還の上表を朝廷に提出した。しかし、薩長両藩を中心とする武力倒幕派は、慶喜の政体構想(朝廷のもと徳川家が主導する諸藩の合議制)を受け入れず、12月にいわゆる王政復古の大号令を発して、鳥羽・伏見の戦いに始める内戦(戊辰戦争)で朝廷側が勝利すると、天皇を中心とする新政府を樹立させた。

1868(明治元)年3月には新政府の国是として、天皇が天地神明に誓う形で、「廣ク會議ヲ興シ萬機公論ニ決スベシ」(公議世論)に始まる五箇条の御誓文を公布し、同年閏4月には政体書を制定して、3職8局に代わる2輔相7官の当面の政治機構を整備した(明治維新)。これらは、新政府が自ら、天皇を中心とした正統的な政権にあることを表明し、諸藩の支持を得ることに努めたものである。ただ、実際の主導権は大久保ら、西南雄藩の下級武士出身の維新官僚が握っていった。万国対峙の中、政府による富国強兵を推進し、西洋の近代思想や生活様式の積極的な受容の風潮(文明開化)も生まれた。新政府は、藩の力が衰退すると見るや、1869年の版籍奉還、1871年の廃藩置県、1873年の地租

改正で中央集権化を推し進め、かつ、若い明治天皇にその統合イメージを求め、上下同治（君民共治）を目標とした。

木戸、大久保らの岩倉使節団と西郷隆盛、江藤新平、板垣退助らの参議の「留守政府」の間に生じた1873年の征韓論争と後者の下野以降、明治初期の政府批判は、維新によって旧来の特権を失った士族の反乱と自由民権運動との2つの路線によって展開された。西南戦争の鎮圧を最後に武士による反乱は諦められ、反政府運動は後者に一元化された。五箇条の御誓文の公議世論の重視は自由民権運動の大義名分となった。1874年の板垣ら（イギリス帰りの小室信夫や古沢滋が起草の中心）の民撰議院設立建白書に対する、1875年の漸次立憲政体樹立の詔により政府の憲法制定作業が開始された。朝野とも（そして1945年まで）保守主義、自由主義、民主主義の三つ巴の構図となりながら、いずれもが立憲制を必要とした点が注目できる。1879年の植木枝盛の『民権自由論』の刊行、1880年3月に愛国社から改称した国会期成同盟を中心とする国会開設運動に20数万人が請願するなど、自由民権運動は盛んになった。議論の正統性の根拠が倒幕のシンボルであった公議世論であったため、1878年に参議兼内務卿の大久保が暗殺されて以降、伊藤博文、大隈重信、井上馨の3人が中心となっていた政府は、広範にわたる階層の支持を得た民権運動に対して、1880年の集会条例、1875年の新聞紙条例、ざんぼうりつ 讒謗律などの政治活動規制立法を制定しつつも、政府はかつて自らが喚起した公議世論に基づく国会開設運動への対応を余儀なくされたのである。しかし、この頃から天皇親政を求める宮中勢力の発言力が増すと共に、明治天皇自身も政治的発言を始め、また、天皇裁決の機会も多発した。1880年に元老院から出された新憲法の第3次案（日本国憲按）でも君民共治論が貫かれると、岩倉具視ら保守派は反発した。逆に、大隈は1881年に他の参議を出し抜き、2年後に国会を開設し、議院内閣制に移行するという急進的な内容の意見書を政府に提出し、皇室主体の漸進的な憲法の制定を説いたことで、伊藤らの反発を招いた。対して、岩倉はプロイセン（ドイツ）型憲法（欽定憲法、漸進主義）を主張する意見書（大綱領）を提出した。1881年、

北海道開拓使官有物払下げ事件の後に、黒田清隆や井上毅とも対立した大隈が参議を罷免される (明治 14 年の政変) と、伊藤らを中心とする薩長藩閥勢力が政府の中心として確定すると共に、それは中道派の立憲政体構想は挫折したことを意味した。同年、政府は国会開設の勅諭を出し、民権派の機先を制したが、その定める 10 年後までの憲法制定が必要にもなった。

* 大隈は、大久保に連なる開明派官僚を率いており、また、慶応義塾系の交詢社とつながっていた。その意見書は、自らの勢力拡大を図るものであって、民権派による私擬憲法草案と似た傾向にあるとして警戒された。大隈の下野により、新しい反政府派が生み出された。国会期成同盟内部で運動方針をめぐる分裂が生じると、板垣はその一部を率いて自らを総理とする自由党を結成し、フランス的な急進主義傾向を帯びた。また 1882 年には大隈を党首とする立憲改進黨が結成され、イギリス流の立憲主義の立場をとって運動が展開された。

この時期には、民間において国会開設の具体像を示すための私擬憲法が数多く発表された。代表的なものには、1881 年に改進黨系の交詢社が発表した「私擬憲法案」、立志社の「日本憲法見込案」、民権派の植木枝盛が発表した東洋大日本国国憲按、千葉卓三郎らによる五日市憲法草案などがある。

伊藤はもともと立憲派の木戸孝允に連なっていたが、民権運動に警戒感を持つと、大隈や福沢諭吉らに対抗するために、プロイセン型憲法の選択を決意するようになった。伊藤ら憲法調査団は、西欧での 1882 年からの 1 年半で、ベルリン大学のグナイスト、ウィーン大学のシュタインなどの憲法学者からプロイセン流の立憲制について学び、帰国後はドイツ人顧問口エスレルの助力を得て憲法草案の作成に着手した。伊藤らは、先進各国が君主専制から脱しているが、各国の国情に応じて憲法が異なることを学び、保守化傾向を強めた。

1884 年に伊藤は宮中に制度取調局を設置して自ら長官となった。宮中勢力の警戒も受けて、天皇統治に正当性があることを宣言した。華族令を発し、華族を皇室の藩屏とした (維新功臣は少数に留め、宮中勢力に配慮した)。そして、1885 年には太政官制を廃止して内閣職権を制定し、内閣総理大臣及び外務・内務・大蔵・陸軍・海軍・司法・文部・農商務・通信の各省国務大臣によって組織される内閣制度を制定した。そこでは内閣総理大臣の権限の強い大宰相

主義を採用した（このとき、宮内省は内閣の外に出され、宮中勢力は権力基盤を失った）。これに基づき、第1次伊藤博文内閣が成立した。

伊藤は内閣に法制局を設置し、1886年から、井上毅、伊東巳代治、金子堅太郎らと起草を分担しながら、本格的な憲法制定作業を開始した。パーソナルな集団による秘密裡の作業が特徴であった。ロエスレルやモッセとの質疑応答を経て、井上毅が甲案・乙案を提出、伊藤の夏島の別荘で議論を重ねるなどした後、二月草案が1888年設置の枢密院（天皇の国政諮詢機関。伊藤が初代議長）に回され、成案が上奏された。その後、それは再び枢密院の審議を経て、1889年に確定案が成立し、同年2月11日に黒田首相に大日本帝国憲法（明治憲法）として授けられた。同日、衆議院議員選挙法、貴族院令なども公布され、皇室典範も発表された。

（2）大日本帝国憲法の内容

大日本帝国憲法は、1条で「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」と定め、天皇主権となり、プロイセン流の君権中心主義的な色彩が強くなり、議会や政党の活動を忌み嫌って、欽定憲法として制定された。その根本は、統治を正当化するため、個々の在位中の天皇ではなく「祖宗」の意思、即ち「天孫降臨」における天照大神の神勅に由来する天皇の絶対的の神格化にあった（作られた伝統）。3条は、君主無答責を超えて「神聖」とまで記した。民族体制の最終的保障たり得るのは皇室のみであり、神の不在を補うために天皇の神格化が必要であると考えたと思われる。天皇は国の元首として統治権を総攬する（統治権の総攬者）と定められ（同憲法4条）、天皇に属する権能（天皇大権）として、緊急の場合に天皇が法律に代るべき勅令を発し得るという緊急勅令の発布権・國務大権（同憲法8条。行政各部の官制を定めると共に文武官の任免、宣戦・講和や条約の締結を行うなど、天皇が國務大臣の輔弼により國務上の行為をなす）、内閣や議会が関与できない陸海軍の統帥大権（指揮統率権）を有していた（同憲法11条。統帥を補佐する機関として陸軍參謀本部・海軍軍令部が設置された）。近代立憲主義的な意味での権力分立は否定され（外見的立憲主義）、各機関の調整は天皇の下でなされることとなり、

天皇大権が例示列举された。だが、天皇の権限を憲法内にとどめ、君主専制とは決別したことは前進と言えよう。

伊藤は、それらは内閣を頂点とする行政権の超越性の説明に過ぎず、天皇の能動的活動は、天皇に政治的非難がなされ、権威を損なうので、許されないと考えた(宮中・府中分離も主張)。逐条審議の段階において、行政府と立法府とによって君主権に制限を加えることが立憲政体の本質的意味であると繰り返し述べた。これに対し、井上毅は、内閣は論理的に「国権」の一部であるので、内閣による国家意思の統一は天皇大権を侵すと反論した(宮中・府中一体論も主張。天皇大権の列举も不要と述べた)。このように、大日本帝国憲法は、国家不統一の調整を行うのは内閣か天皇か、即ち、天皇は政治的決断を行うべきか否か、延いては立憲君主政体なのか君主専制政体なのかについて、論争の余地を残していた。伊藤流解釈は4条重視の天皇機関説(美濃部達吉)などの立憲派に連なり、井上流の1条重視の天皇主権説、もしくはその発展形である、天皇を政治的絶対者として神格化する神権説と対立していった(その担い手として、上杉慎吉や穂積八東などがある)。いずれに正統性が付与されるかは、その時代の政治情勢などで変化することとなった。

*明治天皇は、「共和演説」を行った第1次大隈重信内閣(隈板内閣)の尾崎英雄文相の処分を求めるなど、その後もたびたび政治的影響力を行使した。また、君権中心主義に基づく施策として、1882年の「陸海軍軍人に賜はりたる勅諭」(軍人勅諭)や1890年に発布された「教育に関する勅語」(教育勅語)により、天皇は倫理的道德的にも絶対者、道德の祖述者ともなり、庶民や軍においてはこちらが流布していくこととなる。

伊藤と井上の妥協は、憲法に「内閣」の語を残さないことにも表れた。井上の主張が入れられ、各国務大臣が天皇を個別に輔弼する(同憲法55条)構造(単独輔弼制)になった。内閣総理大臣は大臣間の連携を保持するのみで、他の大臣に対する命令権のない同輩者中の首席とされ(小宰相主義)、その行政各部への説明請求権条項は削除された。他方で伊藤も巻き返し、1889年の内閣官制では閣議を経る必要のある事項が7つ定められ、内閣共同責任は残った。また、皇室典範や憲法の審議のため、諮問機関としての枢密院は残された(同憲法56条)

が、施政への関与を禁じられ（官制8条）、第2の内閣と化すことは回避された（しかし、後に政党内閣を制御する「奥の院」と化すこととなった）。

大日本帝国憲法は**軍令事項**（統帥大権。同憲法11条）・**軍政事項**（編成・兵額決定大権。同憲法12条）を議会審議から外していた。当初から軍令事項の、**統帥権の独立**、軍令機関の天皇直隸は自明とされた。軍令と軍政の区別は曖昧であり、責任大臣の輔弼事項がどこまでか、争いが残った（次第に後者に関する内容も統帥事項であると解されるようになった）。

帝国議会は、藩閥にとって脅威であったため、立法権及び予算の**協賛機関**（同憲法5条、64条）にとどめられた。だが、実際に天皇が議会を通過した法律案を拒否することはなく、緊急勅令には議会の事後承諾が必要とされ（同憲法8条）、**独立命令**も法律を変更できなかった（同憲法9条）。**予算**を議会が拒否したときに前年度執行ができるという規定（同憲法71条）も、その増額が恒常的になると無力化し、議会・政党の力は無視できなかった（典型的な制限選挙として行われた1890年に最初の衆議院議員総選挙では、45万人有権者の大多数は農村地主。1893年の和協の詔勅に至る）。衆議院の意思は、**華族**や勅任議員、多額納税者で構成される貴族院の動向によってしばしば制約を受けたものの、実際の法律・予算の成立には議会の同意が必要とされたため、議会政治の発展と共に、政党の台頭の素地が作られた。だが、天皇には外交大権があり（同憲法13条）、議会に条約承認権はない。司法権は天皇の名において行うとされ（同憲法57条）、法令の合憲性を裁判所が判断する**司法審査制度**は存在しなかった。

大日本帝国憲法は異質な考えの妥協により、各機関が分立的・割拠的な柔構造となっていた。そもそも、各国務大臣は内閣総理大臣から独立し、貴族院と衆議院は対立するものであった。内大臣や参謀本部など、規定のない重要機関も数多い。天皇主権とは言いながら、大日本帝国憲法体制は、実質は高度に分権的な性質を持っており、多元的な国家諸機関が相互に**均衡と抑制**を図りながら機能したことは否定できない。こうした中、憲法に規定のない**元老**が首相の推薦や重要事項の諮問を行い、非公式に明治憲法体制の意思統一を図る役割を

果たすこととなった。だが、元老となるべき維新の元勳は1940(昭和15)年、**西園寺公望**を最後にいなくなる運命にあった。

また、天皇の威徳が忠良なる**臣民**に恩恵を垂れ慈しむとの発想の下では、**天赋人權**などあるわけはなかった。多くの天皇大権のほか、列挙された権利についても君権(天皇の権利)とおおよそ同等ではなく、臣民(国民)は**所有権の不可侵**や**信教の自由**、**言論・出版・集会・結社の自由**を認められ、また**帝国議会**を通じての**参政権**も認められたものの、あくまで**憲法**を通じて与えられたものに過ぎなかった。さらに**憲法**の22-30条は臣民の権利に関して**法律の留保**を明記しており、**非常事態**には天皇大権により臣民の権利が制限されることが31条に規定されていた。信教の自由は保障されたが(同憲法28条)、**国家神道**は臣民の「**通念**」とされ、天皇の神格化に大きく寄与した。

*大日本帝国憲法では、**行政裁判所**が設置され(同憲法61条)、行政事件は司法権の外であることが明確にされたが、言論や信教に関する事件はそこでも提起できなかった。また、**特別裁判所**(同憲法60条)として、**皇室裁判所**や**軍法会議**が設置され、民事・刑事の裁判だけが司法の役割となった。1875年に行政から独立した**大審院**は、1875年の**大審院諸裁判所裁判章程**により、一事件を7人の判事で裁くこととなった(1913年以降、5人)。

*憲法以外にも、西洋をモデルとする法典の編纂が行われた。1880年には**刑法**と**治罪法**、そして**憲法・皇室典範**公布の翌年の1890年には**民法**、**商法**、**民事訴訟法**、**刑事訴訟法**が、1899年には**商法(修正)**が公布された。民法については、公布から施行までの3年弱の間に、**帝国大学教授の穂積八束**が論文「民法出デ、忠孝亡ブ」(1891年)において、**ボアソナード民法(旧民法)**が**家族道徳**などの**伝統的な倫理**を破壊するものとして批判するなどの論争が生じた(**民法典論争**)。そのため、民法については、**戸主と長男が権限を有する封建的な家族制度(イエ制度)**を基盤とする内容に修正され、1896年から翌々年にかけて公布された(**明治民法**)。

(3) 大日本帝国憲法の運用

議会開設に先立って1890年に実施された**日本初の衆議院議員総選挙**の結果、**立憲自由党**と**立憲改進黨**などの**民党**が衆議院の過半数を占めた。初期議会の衆議院は「**民力休養・政費節減**」を掲げ、**地租増徴**を方針とする政府と厳しく対決した。他方、**陸軍**、**内務**などの**藩閥官僚**は**山県有朋**の下に結集した。そこで

の、省益最優先で張り合う各省割拠主義は戦後まで続く病理となる。山県首相は、1900年に**軍部大臣現役武官制**を定め、**治安警察法**を制定するなど藩閥政治の色彩が強く、**民党連合**や**労働運動**・**農民運動**と対立した。政府は、黒田清隆が首相時代に表明した、自らの施策が政党の意向に左右されないという**超然主義**の立場を採っていた。しかし、法律と予算は議会の協賛なしには成立しえず、かつ民党が衆議院の過半数を占めたことから、政府は民党の勢力を抑え込むことができなかった。だが、1895年の日清戦争終結後は民党も軍拡に反対しなくなり、政府と民党の対立は薄まった。特に1892年成立の第2次伊藤博文内閣は次第に政党に近づき、予算案通過のため、民党第一党の自由党（旧立憲自由党）に接近した。1898年に自由・進歩両党は合同して**憲政党**を結成し、衆議院に絶対多数の単一政党が出現すると、元老らも政局運営の自信を失い、ついに日本初の政党内閣である第1次大隈内閣（隈板内閣）が成立した。だが、内閣は旧自由・進歩両党間の対立などからわずか4カ月で総辞職し、憲政党からは旧進歩党の勢力が分派して憲政本党を結成した。その後、憲政党は解党し、1900年に伊藤を総裁とする**立憲政友会**が結成された。しかし、政党内閣となった第4次伊藤内閣も山県系を中心とする貴族院の抵抗から翌年総辞職すると、山県系の陸相**桂太郎**を首班とする内閣が成立し、いわゆる**桂園時代**に移行した。

大正時代は、**立憲国民党**（旧憲政本党）・**陸軍**と**立憲政友会**・**海軍**の対決構図で始まる。1912（大正元）年、陸軍は2個師団増設を要求し、受け入れられないと上原勇作陸相が辞任することによって、第2次西園寺公望（立憲政友会総裁）内閣を倒した。軍部大臣現役武官制の効果、大正天皇の調整能力のなさが露呈した。だが、内大臣だった桂が第3次内閣を発足させると、立憲国民党と立憲政友会は尾崎行雄を先頭に内閣弾劾を行い、「閥族打破・憲政擁護」をスローガンに、民衆と共に翌年早々にこれを総辞職に追い込んだ（第1次護憲運動・大正政変）。桂によって組織された立憲同志会（のち憲政会）は体制政党として立憲政友会に対抗する存在になり、桂園時代は終焉して、二大政党を中心とする**政党政治**の時代を迎えた。次に組閣した海軍出身の山本権兵衛首相は、同年、軍

部大臣現役武官制をやめ、予備役・後備役の将官にまで資格を広げることによって政府に対する軍部の容喙・抵抗を牽制し、文官任用令も改正して、藩閥の特権的な地位の解消に努めた。憲法学者美濃部達吉は1912年に『憲法講話』を著して、自由主義的な天皇機関説(統治権は法人としての国家に所属する。天皇は国家の最高機関であり、政府機関の助言を踏まえて統治を行うものであって、神権主義的な天皇制は抑制される)と政党内閣論を提唱し、1916年には吉野作造が民本主義を提唱し、1918年には原敬による本格的な政党内閣(国民が選挙で選出した政治家が内閣総理大臣となり、陸海軍と外務の3大臣を除く閣僚が政友会員)が成立するなど、大正デモクラシーがここに開花した(ただ、1921年の原暗殺は、早くも暗い影を落とした)。

この間、普通選挙制への要求も登場した。1911年には法案が衆議院を通過したこともあった。しかし、官僚や小地主・自作農に支持が多い政友会はこれに抵抗した(それでも、1919年、原内閣は、選挙権資格を直接国税年3円に引き下げ、小選挙区制を導入した)。1924年、貴族院の勢力を主体として枢密院議長の清浦奎吾が内閣を組織すると、これに対して憲政会・立憲政友会・革新倶楽部の3党(護憲三派)は、非政党内閣・超然内閣の出現に反対し、政党内閣の確立を期して憲政擁護運動を展開した(第2次護憲運動)。これにより誕生した第1次加藤高明内閣(護憲三派内閣)は1925年に普通選挙法を制定し、25歳以上の男子(軍人や貧困者は除く)に広く選挙権が付与された(ここで定まった中選挙区制、広汎な選挙運動規制は戦後も長く続いた)。憲政会による内閣はまた、幣原喜重郎外相による、対米協調を機軸とする協調外交(幣原外交)でも知られる。だが、1917年にロシア革命が勃発したことなどもあり、小農民・労働者は社会主義に傾くとして、枢密院議長平沼騏一郎らの横やりで、「国体の変革」や「私有財産制度の否認」を目的とする結社の組織・参加を処罰の対象とする治安維持法も同時に制定された。

* 1910年の大逆事件を機に、社会主義運動に対する容赦ない弾圧が行われていた。治安維持法は、1928年に、反資本主義・国体団体の指導者らの最高刑を死刑とし、協力者

も加入者同様に扱うよう、緊急勅令で改正された（翌年、議会も追認）。実際には、善導による「転向」に多く利用された。取調べはしばしば暴力を伴い、裁判前の死者も多かった。広く自由主義者などの弾圧にも利用された。

それでも、立憲政友会と**立憲民政党**（憲政会と政友本党が合同）の総裁が交互に内閣を担当する二大政党時代は1932（昭和7）年まで続いた（憲政の常道）。

1926年に、摂政であった**昭和天皇**が若くして即位すると、天皇意思の発動は再度問題になった。1928年の**張作霖爆殺事件**（北伐軍に敗北し満洲に帰還する途上にあった張作霖の乗車する鉄道車輛を、関東軍の一部が奉天郊外で爆破した事件）に際し、立憲政友会総裁で陸軍の長老でもあった**田中義一**首相が行った2度の上奏の矛盾を天皇が叱責したため、1929年に内閣が倒れる事態が生じた。**ロンドン海軍軍縮会議**において、海軍軍令部長の反対を押し切って軍縮条約に調印したこと、関連して、大日本帝国憲法の編成・兵額決定大権を統帥大権と切り離して内閣の決定領域だとする美濃部説への、海軍、それに連携する立憲政友会、上杉ら神権派学説、右翼の**猛反発**（統帥権干犯問題）は、**浜口雄幸**首相（立憲民政党）が天皇の意思に依存してようやく収めることとなった。

だが、天皇が統帥権を行使せず、国務と統帥の調整もせず、意思が選択的に公表され、責任も明らかにされないと、不満は周辺に向かった。1931年、国における排日運動の高まりに危機感を深め関東軍は、**ワシントン体制**への挑戦をあらわに、**満洲事変**を起こし、翌年の**満洲国**建国まで突き進んだ。第2次若槻礼次郎（立憲民政党）内閣も参謀本部もこれを止められず（関東軍の行動を賞賛する勅語も出された）、大日本帝国憲法の柔構造の欠陥が露呈された。**犬養毅**（立憲政友会）首相が陸軍**皇道派**と結んで満洲事変を支持するなど、合従連衡の権力闘争は「国策」を見失うにまで至った。1931年の三月事件・十月事件などのクーデター未遂事件、1932年の**血盟団事件**、**5・15事件**（海軍急進派による犬養暗殺。政党内閣の終焉）でも国民の反財閥・反政党の気運は消えず、軍と革新官僚（岸信介らファッショ派）の発言権が拡大した。皇道派将校らは、1936年に**2・26事件**を起こし、政党や天皇側近、陸軍統制派の有力人物を多数殺害した。

昭和天皇の強い意思が示され、クーデターは鎮圧されたが、これにより、軍では皇道派を肅清した統制派に権力が集中し、英米強調路線に対する威圧傾向も加速した。続く広田弘毅内閣では軍部大臣現役武官制が復活し、これが直後にいわゆる宇垣一成内閣流産事件を引き起こして、日本の軍国主義化は決定的となった。

* 1935年には美濃部達吉を貴族院議員辞職とその著書を発禁に追い込む、天皇機関説事件が貴族院から起こったが、ここでも平沼系右翼、皇道派ばかりか立憲政友会もこれに関わった。また、美濃部の著作のうち「円卓巨頭会議」的なもの避け、天皇機関説に狙いを定めて攻撃していた。天皇機関説は長く学界や官界では有力であったが、他方、軍人勅諭や教育勅語を通じて、庶民には天皇主権説的な天皇の神格化が行き渡っていたことが効いてくる。当時の岡田啓介内閣は、**国体明徴声明**を出すところに追い込まれた。また、1933年には**瀧川事件**も起きていた。

近衛文麿首相は、1938年に**国家総動員法**を制定した。同法は政府が勅令によって戦争目的のために人的・物的資源を統制運用できることを定めた授權法であり、従来議会が持っていた立法権・予算審議権は大きく制約されると共に、衆議院を基盤とする政党の影響力も急速に衰退させた。そして、第2次内閣期の1940年には**大政翼賛会**を発足させたが、強力政党の樹立という当初の意図に反して国民を戦争に動員する上意下達機関と化し、議会機能は遂に麻痺した。元老も遂にいなくなり、軍と革新官僚の暴走を誰も止められなくなった。政府は、現地軍の戦線拡大や強硬派の主張を抑えられずに「**国民政府**^{あいて}を対手とせず」と声明するに至り、閣議決定によって始まった**日中戦争**(1937年)は泥沼化した。

* 満洲国とモンゴル人民共和国の国境をめぐって1939年に起きた**ノモンハン事件**で、日本軍はモンゴル軍とソ連軍により死傷者約2万人の壊滅的な打撃を受けた。これが、その後の対米開戦に至る日本の南進政策の一因になったといわれている。また、その惨敗の分析が十分になされず、その後には禍根を残したとされる。

1941年の**日独伊三国軍事同盟**で日本は米英と対立し(1939年に第二次世界大戦開戦)、南部仏印への進出を行ったもののアメリカから資産凍結と石油禁輸の措置を受けた中で、続く**東条英機**内閣は、御前会議を経て対米英戦争を決断した(**アジア・太平洋戦争**)。12月8日にハワイの真珠湾を奇襲攻撃した当初は提

灯行列が出るほど戦況は日本に有利であったが、1942年のミッドウェー海戦・ガダルカナル島をめぐる攻防を転機として次第に敗色が濃くなり、日本国民だけでも310万人以上（全世界では8500万人）とも言われる未曾有の犠牲者を出した。特に1945年3月の東京や大阪の大空襲、4月からの沖縄戦、8月6日の広島、9日の長崎の原子爆弾による犠牲、そしてソ連が対日宣戦を布告して満州・朝鮮に侵入した（これが、政府が公式に掲げるだけでも57.5万人というシベリア抑留者、5.5万人の犠牲者を生む。ソ連軍の管理する施設等に収容された軍民を含めると70万人余とされる）ことを受けて、鈴木貫太郎を首相とする日本政府は8月10日の御前会議でポツダム宣言受諾による無条件降伏を決定し、15日正午の昭和天皇による終戦の詔書（日付は14日）のラジオ放送（いわゆる玉音放送）をもって日本軍は戦闘を停止し、9月2日のミズーリ号上の降伏文書調印により戦争は正式に終結した。天皇の「聖断」によって各大臣の輔弼という理念的な政策決定過程に戻したのを最後に、大日本帝国憲法はその責任分散構造により、制定者には想定外の形で崩壊したと言えよう。

*大日本帝国憲法のそれなりの立憲主義は、1931-36年頃に崩れたと言えよう（今だに「戦前回帰」を標榜する人々の「戦前」の多くはこれ以降だとの疑念がある）。併せて、日本の軍国主義が単なる軍部の強権的暴走でなかったことには注意を要する。皇民化教育の末、出征兵士を素直に送る庶民が育成され（戦間期でも西洋と異なり、庶民は反軍国主義でもない）、これが男子普通選挙導入と昭和恐慌をきっかけにその支持母体となってしまう。この意味で、戦前の失敗を民主主義の不足とばかり読み込むのは危うく、1905年の日比谷焼打事件から、1918年の米騒動、1923年の関東大震災時の朝鮮人虐殺事件、1932年の血盟団事件に始まる一連の要人テロなどを想起すると、組織化はドイツやイタリアの比ではなかったものの、日本にも大衆民主主義の病理であるファシズムの一片はあったと言うべきではなからうか。マルキシズムの一時の流行はあっても、自由主義が一貫して弱かったことは悔やまれる。ただし、戦後の日本国憲法は、それでも純粹無垢に日本の民主主義の不足を「戦前」の反省としており、またそう解釈されてきた節があるのではないか。

2. 日本国憲法時代

(1) 日本国憲法の制定

1945 年、**連合**国による日本占領政策の最高決定機関として**極東委員会**がワシントンに置かれ、この下で、**マッカーサー**を最高司令官とする GHQ (連合国軍最高司令官総司令部) は、現有官僚機構を活かしつつ**間接統治**を開始した。

* ナチス政権崩壊後のドイツが米英仏ソの直接統治であったのとは異なる。GHQ の諮問機関として、米英中ソの代表からなる**対日理事会**が東京に設置された。GHQ が指令や勧告を日本政府に出し、日本政府はこれに基づく緊急勅令 (ポツダム勅令) などを出す形で統治を進めた。プレス・コードにより、GHQ 批判禁止と新聞の**検閲**も行われた。南樺太・千島 (ソ連。放棄及び未返還)、南西諸島・小笠原諸島 (アメリカ。後に返還) では直接軍政が敷かれた。「占領軍の占領目的に有害な行為」をした者を裁く軍事裁判所の設置も、間接統治の例外である。

マッカーサーは 10 月、東久邇宮稔彦王内閣の副総理格であった**近衛文麿**に憲法改正を示唆した。内大臣府御用掛として、**佐々木惣一**らと研究を重ね、11 月に天皇に改正案 (憲法裁判所の設置、地方団体などの自治、憲法改正の国民投票の導入などを含む) を奉答したものの、**内閣**として**輔弼**を必要とすべきだとの異論も強まり、近衛は戦犯指名を受け、自殺して終わった。

* 1945 年 9 月から戦犯指名が始まり、翌年からは**極東国際軍事裁判 (東京裁判)**が始まった。そこでは、**東条英機**ら戦前の指導者、軍人など A 級戦犯に**死刑** 7 名を含む全員有罪の判決が下った (1948 年 11 月。また、捕虜虐待などの罪で 984 名が B・C 級戦犯として死刑になった)。1946 年 1 月から、戦争協力者、軍人、国家主義者ら 21 万人が公職追放となった。

GHQ は 12 月、**幣原喜重郎**首相に**五大改革指令** (婦人の解放、労働組合の結成奨励、教育制度の自由主義的改革、圧政的諸制度の撤廃、経済の民主化) を命じた。同日、**国家神道**の廃絶を意味する**神道指令**を発した。これが翌年 1 月の**昭和天皇**による**天皇の人間宣言**につながった。

* 1945 年 12 月には改正**衆議院議員選挙法**の公布により、**女性参政権**が現実となった (翌年 4 月の**総選挙**で、女性衆議院議員 39 名が誕生)。この選挙は制限連記式**大選挙区制**であった (次は**中選挙区制**に戻った)。1947 年には**戸主制廃止**などの**民法改正** (明治民法の親族・相続編の全面改正) がなされ、男女同権が明文化された。同年には**刑法**の**姦通**

罪規定も廃止され、**教育基本法**で男女共学も一般化した（同法では教育の機会均等や義務教育9年制が謳われた）。学校教育法で新制中学校が誕生したほか、翌1948年には都道府県や市町村に、学校設置、人事、教科書採択の権限を有する、公選制の**独立行政委員会**である**教育委員会**が誕生した。文部省は1945年9月に、戦時下の教科書の中の戦意昂揚、戦後の現実と特に遊離した部分の墨塗りを指示した（墨塗り教科書）。GHQは10-12月に教育に関する「4つの指令」を出し、翌年、最後の国定教科書『くにのあゆみ』が編纂された。なお、1947年の刑法改正では、不敬罪などの皇室に対する罪、間諜罪などの利敵行為の罪、安寧秩序に対する罪などが廃止される一方、公務員の職権濫用罪や暴行罪、脅迫罪などの法定刑が引き上げられた。**治安維持法**は1945年9月の哲学者三木清の獄死を引き金に翌月に廃止された。

そして、GHQは、幣原首相に憲法改正の研究を示唆する。幣原内閣では、**内務相松本烝治**を委員長とする**憲法問題調査委員会**（いわゆる松本委員会）が、**美濃部達吉**らを顧問として検討を開始した。しかし、1946年2月1日に松本案（憲法改正要綱。報じられたものは、松本の私案を要綱にまとめた甲案とも、より大きな変更を意図した乙案とも正確には一致していなかった）が毎日新聞によってスクープ（西山柳造記者が事務局から偶然入手したもの、というのが現在の定説のようである）された後、同月8日にそれを受け取ったGHQは、**大日本帝国憲法**（明治憲法）の微修正にとどまるその保守的な内容に愕然とした。極東委員会に、日本政府任せの憲法改正がその程度のものだとわかると、GHQ主導の民主化は阻止されかねない状況だったからである。

マッカーサーは代わりに**マッカーサー・ノート**（天皇は元首、戦争放棄・軍備撤廃、華族制度廃止・予算は英国型、というマッカーサー3原則）を示し、緊急にGHQ独自の改正案作成を指示した（その準備は前年からあったという説もある）。**ホイットニー**民政局長は局の20名を集め、これを「憲法制定会議」と称し、改正草案の作成作業に入った。その下、**ケイディス**らの運営委員会と8つの小委員会による案は、2月12日に総司令官の承認を得、翌日、日本側に手渡された（マッカーサー草案）。それは日本政府が提出した案とは全く異なり、**国民主権原理**を採用し、天皇を象徴とし、国民に**基本的人権**を保障し、また、**戦争の放棄**を掲げており、その内容に**吉田茂**外相ら政府側は愕然とした。

* 総司令部の委員は、ロー・スクール出身の軍人を中心に、各国憲法のほか、高野岩三郎らの憲法研究会の憲法草案要綱を参考にした。なお、この憲法案は、明治期の私擬憲法のうち、植木枝盛の東洋大日本国国憲按の影響を受けているとされる。高野岩三郎は、大統領制を採る独自の「日本共和国憲法私案要綱」も発表した。各政党も新憲法案を発表したが、日本社会党案ですら天皇制維持を前提としており、突出していた（保守政党の案はほぼ大日本帝国憲法通りであった）。行政府（執行府）の長を公選する大統領制は、立憲君主制の代替形態である象徴天皇制とは相容れない。日本共産党案はソヴィエトを彷彿させる会議制（行政府は議会に従属する）を採用していた。結局、多くの案は見慣れた内閣制度を民主化した議院内閣制を採用し、新憲法も総司令部主導にもかかわらずそうなったのである。また、この時期には、「八重山自治会」や「大島憲章」（伊豆大島）など、短期間ながら自立の動きもあった。

日本政府は困惑したが、総司令部から直接国民に改正案を提示することや、極東委員会に昭和天皇を戦犯とする意向もあることが示されると、結局これが天皇を守る唯一の道であると覚悟してGHQ案を大筋で受け入れ、3月6日に憲法改正草案要綱として公表した。この間、GHQ案では一院制だった国会が二院制に戻るなどした。4月10日には初の男女普通選挙による衆議院総選挙が行われ、その新憲法の方針はおおむね支持された。17日には口語化された帝国憲法改正草案が公表された。第1次吉田茂内閣では、金森徳次郎国務相が帝国議会での答弁の責任を負いながら（かつて天皇機関説事件に際して法制局長官の職を辞した金森は、象徴としての天皇を「あこがれの中心」と国会で答弁した）、議会審議が進められた。8月には衆議院、10月には貴族院でも修正可決された。衆議院の審議では、25条1項に生存権が付加され、国家賠償（17条）や刑事補償（40条）の規定が加わり、67・68条で内閣総理大臣は国会議員に限り、国務大臣は過半数が国会議員とするようになり、9条2項に「前項の目的を達するために」という文言を挿入する芦田修正などがなされた。貴族院の審議では、66条2項に、国務大臣を必ず文民とする規定などが加わった。日本国憲法は、枢密院の諮詢、天皇の裁可を経て、1946年10月29日に成立、11月3日に公布され、翌年5月3日に施行された。

* 日本政府や旧体制側の関心事は国体が維持されるか、であった。「国体」とは、天皇に

主権があること、天皇が統治権を総覧するという国家体制、天皇を国民のあこがれの中心とする国家体制などの意味が混在していた。金森国務相の答弁は、このうち第3の意味で答弁を乗り切ったものと言えよう。美濃部達吉の立場もこれであったと理解される。

(2) 日本国憲法の内容

日本国憲法は、国民主権（1条）を基本とし、大日本帝国憲法から主権原理を明確に転換した（民定憲法）。新たな憲法は議会制（間接）民主主義を原則としており、国民（ナシオン nation）主権論と融合的なものであった。これに対して、天皇は国の象徴となり、政治的権能を一切行使しないこととなった（その意味で、日本国憲法を立憲君主制^{エビゴーン}であるとか、君主制でも共和制でもない「その他」に分類することは誤りと言わざるを得ない）。

個人の尊重（13条、個人主義）が謳われ、基本的人権の尊重が明らかにされた。それと密接な自由主義と関連して、権力分立原理が採用された一方、各機関の責任は集中し明確にされた（三権分立のほか、縦の権力分立としての地方自治の導入も見逃せない）。英米流の法の支配原則が、憲法の最高法規性の明確化（98条）、不可侵の人権の保障、適正手続の保障、司法権の拡大強化、違憲審査権の確立などの形で貫徹され、憲法に反するそれまでの（特に人権抑圧的な）法令は無効とされた。そして、戦争の記憶も生々しい中で、徹底した平和主義が採用された（9条。国際協調主義とも言われる）。

また、社会権規定が挿入され（25条）、福祉国家が標榜された。アメリカ型の違憲審査制も明文化され（81条）、司法権による憲法保障が予定された。日本国憲法は日本初の立憲主義憲法であり、法治国家を標榜するものであると同時に、このような要素が融合された現代憲法でもあった（民主主義だから、社会国家だから、治者と被治者は同体だと解せない。依然として、国家は人権制約の主体であり、憲法によってその権限を規定し制約されるべきものである）。

*新憲法に合わせて、様々な戦後改革がなされた。1945年12月に労働組合法が制定され（1949年全面改正）、1946年には労働関係調整法、1947年には労働基準法も制定され、労働三法が出揃った（労働改革）。労働組合の全国組織として、1946年には産別（全日本産業別労働組合会議）が、これに対抗する形で総同盟（日本労働組合総同盟）が誕生し、

1950年には総評(日本労働組合総評議会)も誕生した。1945年には財閥解体が命じられ、三井合名会社、三菱合資会社などの持株会社が独占禁止法(1947年)で禁じられ、過度経済力集中排除法により巨大企業11社を分割(実際には325社の分割を予定していたが、日本製鐵を八幡製鐵と富士製鐵に分割するなどにとどまった。両社は1970年に再合併して新日本製鐵、その後、日本製鐵)、財閥家族の財界追放もなされた。小作農を自作農に転換すべく農地改革も開始されたが、1945年11月の第1次農地改革は不徹底と見なされ、1946年10月の第2次農地改革では、不在地主の貸付農地全部、在村地主(庄内の本間家などが有名)の1町歩(北海道は4町歩)超の農地は強制買上げとなり、自作農創設特別措置法(1946年10月21日公布)により小作地の83%が解放され、大日本帝国憲法体制を支えた寄生地主制も解体された。1922年設立の日本農民組合の指導によってなされた、小作料減免などを地主に求める小作争議は激しかった。小作地買収などは農地委員会が行った。多数誕生した自作農のため、農業協同組合(現・JA)法が制定された。また、1946年には生活保護法(1950年全面改正)、1947年に失業保険法、児童福祉法などが制定され、憲法の生存権(25条)保障の実質化が図られ始めたが、朝日訴訟判決(最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁)に見られるように、社会保障の水準は低かった(その後、1961年に国民皆保険・国民皆保険が実施された)。

宮沢俊義は、八月十五日革命説と呼ばれる学説を公表し、「政府の樹立は日本国国民の自由な意思による」とするポツダム宣言の受諾により主権が天皇から国民に移り、大日本帝国憲法の効力は国民主権原理に抵触する限りで消滅したとして、日本国憲法の制定を正当化した。主権の所在の変更は「革命」であり、これにより新たな主権者となった国民が、大日本帝国憲法の改正手続を利用する形で新たな憲法を制定したという説明となっている。

*日本国憲法制定は、大日本帝国憲法の憲法改正の限界を超えるという説明は、この「革命」という言葉の前に鎮まっていくことになる。また、ハーグ陸戦法規によれば占領下での憲法改正は無効であるとする主張もあったが、同規則は交戦中の占領軍にのみ適用されるものであることや、ポツダム宣言という特別法が優位すること、日本国憲法制定が民主的になされていることなどから適切なものとは言えなかった。

(3) 日本国憲法の運用

1952年4月にサンフランシスコ講和条約が発効して、日本は独立を回復した(片面講和)。独立と同時に憲法の再検討をGHQは約束していたが、新憲法はおおむね好感をもって迎えられており、吉田茂首相は改正を見送る決断を

した。独立と同時に、(旧) 日米安全保障条約が締結され、東西冷戦の中で西側に組み入れられ、日本国憲法（・日米安保）体制の本格運用が始まった。1950年6月には北朝鮮と大韓民国（韓国）の間に朝鮮戦争（1953年6月まで。掃海業務など米軍従軍の日本人56名が死亡。南北両軍への「従軍」も多かった）が勃発すると、GHQに命じられて政令により警察予備隊が設立され、それは1952年には保安隊（同年、海上保安庁海上警備隊も）、1954年には自衛隊となった。

* 講和条約は日本の戦争責任に言及しなかった。また、賠償請求権を多くの国が放棄した。他方、終戦直後、朝鮮・台湾・沖縄などの有権者には「当分の間」選挙権を与えないことになり、1952年4月19日、法務府民事局長通達で、朝鮮人・台湾人の日本国籍を一方的に剥奪し、外国人登録法により指紋押捺義務の対象とした。そして、植民地政策の問題も曖昧となった。このことが、これまでの日本における人権享有主体の問題の大部分を生んだと言える。

1950年10月から公職追放解除が始まる一方、この頃からレッド・パージ（広範囲な共産主義者の追放）が始まった。1951年12月にマッカーサー総司令官が解任された後（後任はリッジウェイ）、1952年には破壊活動防止法も制定され、いわゆる逆コースの時代に突入した。1954年の警察法改正で自治体警察が廃止され、1956年3月の教育委員会法改正で教育委員が任命制となるなどした。

* 非合法化されていた日本共産党が徳田球一らによって再建され、それ以外の無産政党（革新）勢力は、片山哲書記長の下、日本社会党に結集した。大政翼賛会結成で解散していた保守政党も、鳩山一郎を総裁に立憲政友会系の人々を結集した日本自由党（1946年に鳩山の公職追放で、総裁に吉田茂）と、町田忠治を総裁に憲政会・立憲民政党系の人々が結集した日本進歩党（1947年に日本民主党に改称し、総裁に幣原喜重郎）が結成された。イデオロギー的な保革対立の背景には東西冷戦があった。

日本国憲法施行直前の総選挙（1947年4月）で予想外に日本社会党が第一党となり、日本民主党、国民協同党（三木武夫書記長）と連立して、片山内閣を組織した。しかし、炭鉱国家管理問題などで社会主義的政策を進められなかったことで、社会党左派の攻撃を受けて9カ月で退陣し、これを継いだ民主党総裁の芦田均を首班とする内閣も昭和電工事件により総辞職し、中道政治は挫折した。GHQも、2・1ゼネスト計画に中止命令を出したり（1947年1月）、国家公務員のストライキを禁じる政令201号をポツダム政令として出させたり（1948年7月。同年11月に国家公務員法改正）したように、日本の民主化よりも日本を「反共の砦」とすることを優先し始めたのである。背景には、

中国での国共内戦が、毛沢東ら中国共産党優位に進んでいたことがある。蒋介石の国民党は台湾に逃れ、1949年10月に中華人民共和国が建国される。朝鮮半島も北緯38度線を境に分断されており、1948年にはその以北はソ連主導で、金日成を首相とする朝鮮民主主義人民共和国(北朝鮮)が建国されていた。

1948年10月、民主自由党(日本自由党から改称)単独の第2次吉田内閣が組織され、与野党合意の内閣不信任決議を受けての衆議院解散(なれ合い解散)後の翌年1月の総選挙で同党が圧勝すると、保守長期政権が始まった。しかし、1953年3月、いわゆるバカヤロ一解散に伴う総選挙後の第5次吉田内閣は少数与党(自由党に改称)となった。公職追放の解除により政界に復帰した鳩山一郎や岸信介が、長期政権を担ってきた吉田を退陣に追い込み、1954年に日本民主党主体の鳩山内閣を誕生させた。鳩山は、再軍備を意図した憲法改正を目標に掲げたが、1955年総選挙で左派・右派社会党は3分の1の議席を確保して、これを阻止した。両派が10月に再統一(鈴木茂三郎委員長(左派)、浅沼稻次郎書記長(右派))すると、鳩山の**日本民主党**と議席を減らした自由党は**保守合同して、自由民主党**(自民党。鳩山総裁、岸幹事長)となり、いわゆる**55年体制**(政治学者・升味準之輔の命名。「1/2政党制」とも呼ばれる)が始まった。自民党は憲法改正を党是とし、長期政権を保つものの、日本社会党などの野党は護憲を掲げてこれに反対した(その後、開発・原発についても同じ構図)。1956年に鳩山内閣は**憲法調査会**を設置するが、1964年に個人意見の集計にとどまる最終報告書を提出して活動を終えた。続く岸内閣は、片務的な旧**安保条約**を日米対等の関係にすべく交渉し、1960年5月に**新安保条約**を衆議院本会議で**強行採決**した。皮肉にもこれにより「改憲」の必要性が希薄化した。「民主主義擁護」を掲げた**安保闘争**の中で自然成立を待ち、岸は退陣した。第五福竜丸事件、米軍基地をめぐる**砂川事件**(1955年)、教員勤務評定反対闘争(1957-58年)、**警察官職務執行法改正反対闘争**(1958年)、三井三池炭鉱争議、**安保闘争**(1960年)と続いた政治の季節は、池田勇人内閣の登場で終わり、**高度経済成長優先**の政策が採られた(憲法改正が政治課題となることは遠のいた)。その後、1968年に国民総生産

(GNP) が世界 2 位となり、日本は名実共に経済大国となった。西側諸国の一員であることは条件にしつつも、「改憲」は保守側の目立った目標から消えた。続く佐藤栄作政権も、1968 年に**非核三原則**を施政方針演説で明らかにした。

* 1950 年代には、**在日米軍基地**に反対する激しい闘争が各地で生じた（内灘事件、砂川事件など）。アメリカ施政下にあった沖縄では、人権蹂躪事件が相次ぐ中、次第に祖国復帰運動が盛り上がった。1971 年の**沖縄返還協定**により翌年に沖縄は日本に復帰したが、米軍基地の沖縄集中は続いている。

だが、その歪みは公害問題として噴出した。**戦後民主主義**（直接民主主義・平和主義・社会権の優位）を是とする気風の**革新首長**（1967-79 年の美濃部亮吉東京都知事など）の多くが**公害防止条例**を制定すると、政府も**公害対策基本法**を制定し、環境庁を新設するなど、革新側の福祉政策を先取りした。産業の高度化は、必ずしも工場労働者の増加を意味せず、また、ヨーロッパと異なり、社会党の主流が教条主義的であって、国政での政権交代に直結しなかった。他方で、自民党政権は**最高裁判所人事**を積極的に行い、人権擁護的な先例を覆す結果を招いた（**全農林警職法事件**=最大判昭 48・4・25 刑集 27 巻 4 号 547 頁など）。

高度経済成長は人口の都市集中を伴ったが、**議院定数不均衡**は是正されず、訴訟（最大判昭 51・4・14 民集 30 巻 3 号 223 頁など）を経てようやくわずかに改善された。自民党政権は偏重された農村票に支えられていた。また、中選挙区制の下では自民党は**派閥政治**に陥り、**族議員**中心の利益誘導型政治が一般化した。それは他面、官僚主導を政治主導に変える役割も果たした。他方、憲法改正反対が世論調査でも大多数となり、日本国憲法は安定期を迎えた。

* 1970 年代から保守論壇の復活があり、「一国平和主義」などへの批判が始まり、1980 年代には戦後民主主義を批判する（つまり、9 条改正や福祉予算の削減、旧来の政治勢力へ回帰を求める）政治学者や文芸評論家などの発言力が増していった。また、1970 年代には国政では保革伯仲が頻出したが、1980 年の衆参同時選挙での自民党の圧勝や、その前年の東京都知事選挙での保守系の鈴木俊一の当選などに見られるような、生活の向上を背景とする保守回帰が明確になってきた。しかし、それは当時、総じて増加してきた**無党派層**の投票行動の変化などと説明され、「改憲」の気運にはつながらなかった。その後、鈴木善幸内閣下では**第 2 次臨時行政調査会**（土光臨調）も立ち上げられた。

小さな政府への指向(新自由主義)がここでは色濃く、主たるテーマは行政の肥大化の解消(米、国鉄、健康保険の「3K赤字」の解消)及び3公社(日本国有鉄道、日本電信電話公社、日本専売公社)の民営化であった。だが、自民党政権は、農村部や中小零細企業・商店に向け、公共事業の拡大や保護策を進め、この面での財政支出を概ね止めなかった。このことは、戦後の労働運動を支えてきた官公労組合と総評、そして社会党を弱体化させた。それは、終身雇用制が信じられていた男性中心の民間企業のホワイトカラー(サラリーマン)と「第3号被保険者」であるその妻の利益に沿うものであった。そして、このことが新たな労働組合のナショナル・センターである連合を生み、政治改革へのうねりとなった。

*中選挙区制の産物らしい連立内閣は、自民党の成立する1955年以前(典型は中道右派連立の片山哲内閣、芦田均内閣)と、1993年以降選挙制度改革まで(非自民・非共産会派による細川護熙内閣など)のわずかな期間に限られる。その最後と言える内閣は1994年の社会党首班の村山富市内閣である。自民党・社会党・新党さきがけの連立政権という驚き(しかも、自民党清和会・田中派残留組と社会党旧左派主導)であったが、総数で過半数を制する3つ程度の中規模政党連立は中選挙区制の予定調和だとも言える。この一見異形に見えるハト派政権は1995年のいわゆる村山談話なども残した。

1989年の東欧革命で(1991年末のソ連崩壊で完全に)東西冷戦が終わると、1991年の湾岸戦争を契機に、日本の国際貢献が問題となった。これを契機に憲法の平和主義や自衛隊とその海外派遣をめぐる世論は動くことになった。1992年にはPKO協力法(国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律)が成立し、内乱後のカンボジアに自衛隊を派遣した。1999年の周辺事態法、2001年のアメリカ同時多発テロ事件をきっかけとするテロ対策特措法、2003年のイラク特措法(イラク人道復興支援特別措置法)で、日本国民は自衛隊の海外派遣を選択した。この間、1995年の阪神・淡路大震災やオウム真理教事件、2011年の東日本大震災などにより危機管理の必要性が訴えられ、人々の国家観は変わった。1999年には憲法調査会設置、国旗国歌法制定という動きもあった。また、1993年成立の細川護熙連立政権は政治改革諸法を成立させ、衆議院に小選挙区比例代表並立制を導入した。そこでは、二大政党の一方を主とする連立政権と、党首らの寡頭支配、派閥の衰退が予想された。幅広い利益団体の支持を受け、官僚機構をシンクタンクとして使うために与党であることのメリットが増大した。

そして、世論は両翼に分かれる傾向を帯び、二大政党は右派（自民党清和会など）と中道左派（民主党、のち立憲民主党など）に収斂する傾向となり、より強い前者が公明党と連立して政権を長期に担う状況を生んだ。実際、2005年総選挙での小泉純一郎による郵政解散はこういったことを顕著なものとした。

* 1997年4月、訴訟中に期限の切れた沖縄の米軍楚辺通信所（「象のオリ」）の用地をそのまま暫定使用できるようにする米軍用地特別措置法が、主要政党がこぞって賛成して成立した。このとき、衆議院の特別委員会の委員長として本会議報告をした野中広務は、最後に「再び国会の審議が、大政翼賛会のような形にならないように」と発言した。他方、野中は、2000年のいわゆる加藤の乱では、党内寡頭支配の強化を背景に、第2次森喜朗内閣の倒閣運動を自民党幹事長として切り崩した。これらの現象は、皮肉にも、小選挙区比例代表並立制による、政党の寡頭支配や主要政党への議席の過大な集中を背景にしている。

その中で、社会党（社会民主党に改称）などの「護憲派」は衰退し、長く与党となった公明党も「加憲」を掲げる中、憲法の全面改正（「改憲」。その「戦前」回帰姿勢はヤルタ体制への危険な挑戦でもある）を求める声も一部で強まった。特に、2度の安倍晋三（ポスト55年体制で多くなった右派世襲政治家の典型。祖父は岸信介、父は安倍晋太郎元外相）政権の時期には、格差社会の進行と排外主義ポピュリズム的な一部世論、国際競争に勝つための国家的な労働の鼓舞（「ヤンキー化する自民党」と呼んだ人もいる）もあって、2006年の教育基本法改正（「公共の精神」や「伝統と文化を尊重」などの文言の挿入）、教職員免許法の改正、2007年の国民投票法（日本国憲法の改正手続に関する法律）の成立（2010年施行）、防衛庁の省への格上げ、2013年の特定秘密保護法と国家安全保障会議法の制定、2014年の集団的自衛権の行使容認の閣議決定、防衛装備移転三原則の閣議決定、2015年の日米ガイドライン改定、文官統制規定の廃止、安保法制（平和安全法制）の強行採決、内閣法制局長官・検事総長・最高裁判所判事・NHK幹部などの人事で政権に近い者を送り込む（あるいは送り込もうとする）事態などが続発し、まるで戦前の軍国主義時代のように「国家に奉仕する国民」を求め（非立憲的）、選挙に勝てば何でもできるかのような大衆民主主義の病理とも言うべき空気が強まった（「桜を

見る会」や森友・加計問題が象徴的。周辺諸国との外交はいずれも停滞。続く菅義偉内閣でも、2020 年、日本学術会議会員人事での任命拒否などが発生した。新型コロナ禍対策なども含め、総じて専門家・知識人の意見を軽視しがちである)。特に、2016 年から 2019 年まで、衆参両院で与党と「日本維新の会」を合わせた「改憲勢力」が3分の2を占めるに至り、日本における近代立憲主義の危機が現実化のものとなった。9 条改憲論の背景には、中国の軍事的プレゼンスの拡大(経済的には一帯一路)に伴う新冷戦(アメリカはインド太平洋を強調し始めた)の登場と、中東でのイスラム教スンニ派国(親米・サウジアラビアなど)とシーア派国(反米・イランなど)の対立の顕在化などもある。しかし、安倍の一枚看板である全面「改憲」への気運は、その必要性があまりにも希薄(もしくは、96 条の改正や自衛隊の明記、参議院の各県の選挙区の保障など、外的れ)であって盛り上がりならず、世論調査でもその間は憲法改正賛成がかえって少数になり、憲政史上最長の政権は正規の改正提案を全くできずに終わった(ただし、2021 年の国民投票法改正により、議論が動き出すことも注視せねばなるまい)。

包括的基本権及び生命・身体的自由

1. 幸福追求権

(1) 憲法 13 条の権利性

日本国憲法 13 条は、「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と謳う。講学上、一般に、これらの権利を一括して幸福追求権と呼ぶ。これは、戦前の全体主義やなおも戦後日本に残る、滅私奉公や集団主義的傾向を否定する一方、他方で無政府主義や利己主義も否定して、個人主義(宮沢俊義曰く、「人間社会における価値の根元が個人にあるとし、なにもまさって個人を尊重しようとする原理」)や人間尊重主義を根幹とする人および市民の権利宣言(フランス人権宣言)などの人権宣言、特にアメ

り力独立宣言を淵源とするものと解されている。

*アメリカ独立宣言の思想的支柱とされるジョン・ロック『統治二論』（1690年）では、「幸福追求」ではなく「財産」が掲げられている。この点、ロックの『人間悟性論』（1690年）を引用して両者は同じであるとする説、日本国憲法の理想主義の下で「財産」の発展形が「幸福追求」となったとする説がある。とはいえ、「幸福追求に対する国民の権利」が「公共の福祉」と文言上直に接していることは、国民全員の全くの私的幸福の追求が合成の誤謬を生むことを示唆しているようにも思え、その貫徹には政治共同体として早々の限界があろう。

憲法13条後段の幸福追求権は、以前は、プログラム規定や倫理的規定、人権宣言の一般原理に過ぎず、第1文の「個人の尊重」の言換えとする説、15条以下の個別的人権条項（人権カタログ）の根底に存する自然法的権利とする説、個別的人権の総称とする説などが唱えられ、その具体的権利性は認められていなかった（権利性否定説）。しかし、高度経済成長に伴って公害問題が発生し、環境権などの主張が生じ、その切実さから、それを憲法上の権利だとする主張などが生じるようになると、人権の中身も社会状況と共に変化するものであり、「個人の尊重」の確保・実現のために不可欠である基本的人権が15条以下の個別的人権で完備されていないとする理解への疑問が湧き上がった。こうしたことから、13条が「権利」の語を含むこと、個別的人権で憲法上の人権は尽きるものではないこと、多くの新しい人権の主張の拠り所にできることなどから、幸福追求権はそれ自体独自の権利性を有し、新しい人権を導き出す根拠となるとする権利性肯定説が支配的となった。最高裁も、京都府学連事件判決（最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁）で、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態（以下「容ぼう等」という。）を撮影されない自由を有し、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法13条の趣旨に反し許されない」などと判示して、13条の具体的権利性を承認した（ただし、類例は稀少）。そして、その位置や文言からして、他の個別的人権と並置される独自の個別的人権とこれを解する説は有力にならず、13条は、14条（平等権）と共に包括的人権（基本権）と解されるようになった。

ドイツ基本法の影響から、憲法 13 条 1 項前段の「個人の尊重」を人権とする説もあるが、第 2 文に「権利」が明記されており、日本ではその必要はない。「生命」や「自由」に独自の意味を読み込む立場（予防接種禍東京訴訟一審＝東京地判昭 59・5・18 判時 1118 号 28 頁などを評価する）もあるが、多くの学説は、それも幸福追求の一側面であるとして、「生命、自由及び幸福追求」は一体のものと考え、総合的にこれを幸福追求権と呼称している。

*ナチスの統治を経験したドイツの基本法 1 条は「人間の尊厳」、2 条は「人格の自由な発展」を掲げるが、日本国憲法で同じ位置を占める条項が「個人の尊重」という文言を選択したことは、集団の拘束に対する個人の自由に力点があると考えられる。日本国憲法は極端な自由主義（新自由主義など）も協同体主義（ソ連型社会主義や民族主義、家族国家など）も予定していないと言えよう。

包括的人権であり人権の要である 13 条の中身は、22 条や 29 条に代表される古典的自由主義を体現する人権、15 条などに代表される民主主義を体現する人権、25 条などの福祉や実質的平等を体現する人権を含みつつ、その調整の中で憲法的価値と認められる内容が 13 条の下で憲法上の権利として具体化されることが示唆されよう。また、31 条に象徴される法の支配（実質的法治主義）の価値も背景に、13 条は適正手続を一般的に保障するとする説も有力となっている。総じて、重要な人権ほどその侵害は慎重かつ最小限でなければならないという比例原則と、権利制限に際して最低限の告知・聴聞が原則として必要であることは一般則であり（逆に言えば、この一般則を叫ぶだけで全てを解決しようとするのは無理である）、その根拠は 13 条であると考え得る。また、一般にパターンリズムによる人権制約が許されない根拠条文ともなろう（なお、民法 7 条の成年被後見人制度、11 条の被保佐人制度は許容されよう。旧 11 条の準禁治産制度につき、最大決昭 36・12・13 民集 15 巻 11 号 2795 頁）。

なお、幸福追求権は、人権条項の一般法的位置を占めるため、一般的な法準則に従い、個別的人権が適用できる限りはそれが優先される（補充的保障説）。よって、「新しい人権」でも、政府情報公開請求権が憲法 21 条の解釈から導き出せるならば、専ら個別的人権条項で保障される権利を憲法 13 条上の権利と言う

必要はなく、個別的人権と13条が合同してある権利を創造するということも考える必要もない。このようにして幸福追求権の内容は限定できよう。

* 13条を根拠に平和的生存権を導く主張もあるが、通説は、前文や9条からそれを導くことも含めて、否定的である。

(2) 幸福追求権の性格

幸福追求権は、平等権と同様、包括的人権であるが、独立した人権と承認されるに至っているが、その中身については大きく2つの立場が対立している。

まず、①人格的利益（人格核心）説は、幸福追求権を、「人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で必要不可欠な権利・自由を包摂する包括的な主観的権利」などとする（「通説」と表記する教科書もあるが、それらが挙げる説は一体感をやや欠く）。それゆえ、服装や飲酒など、個人的な趣味・嗜好に基づくものには憲法の保護が及ばないと考え易い。

だが、これに対しては、多様な利害のうち、憲法的保障の可否を決するのに人格的生存に必要不可欠という基準に執着できるか、人格概念が不明確である上、自律が幸福であるという決め付けが濃厚で、かつ、人格主義に流れがちである（日本国憲法が特定のあるべき人間像に歩むことを国民に義務付ける方向性を疑う）、ここに含まれない広範な自由の規制が不当に許されることになる、などの批判も強い。また、「生命」権に独自の権利性を認める立場からは、人格的利益説が生命権を軽視する危険があるとの指摘もある。

*しかし、人格的利益説の論者の多くは、自殺する自由を否定する傾向が強いなど、むしろ人命軽視とは逆の傾向にある。だが、人格的自律を持ち出せば、今度は、合理的計算の結果、究極的自己決定としての冷静な自殺は否定できないのではないか。「命懸けで仕事をする」権利、延命より充実した人生を選ぶ権利も否定されよう。結局、憲法が求める人格とは何かを解かねばならないという困難さに漂着する疑問もある。弱者・少数者の権利や社会権の軽視など、「自己責任」を想起させる「人格的自律」の語の一人歩きも危惧される。

これに対し、②一般的自由説も有力に唱えられてきた。この説は、「新しい人権」のごく一部を承認するのではなく、人の生生活動全般にわたって成立

する一般的自由を憲法13条は保障するのだとする。昼寝や散歩、飲酒や喫煙、趣味などの日常生活や個人的な趣味・嗜好に基づくものについてまで、政府に干渉されない自由を幅広く憲法は保障しており、ただ、他者の人権との矛盾衝突は「公共の福祉」により調整すれば足りるなどとするのである。

この説に対しては、保障する内容が反射的利益と呼べるものなど広汎に過ぎ、13条が「ドラえもんのポケット」化してしまう、人権のインフレが生じる結果、歴史的に重要な人権とされてきたものが相対化されてしまう、権利の外延が不明確で、後に「公共の福祉」で制限されるとはいえ、殺人や自殺、麻薬使用、賭博までもが憲法上の権利とされるのか、などの批判がある（このため、一般的自由説の中には、伝統的な犯罪行為の自由はないとする派生説もある）。

＊近年、憲法13条後段は、いかなる規制も法治国家の諸原理（法律の留保原則や比例原則など）に適合すべきことを国家に義務付けている規定だと理解し、その義務履行の結果、一般的自由の憲法的保護が図られているとする見解もある。この説は、一般的自由説とは異なり、憲法13条の客観法的側面にのみ言及するものであるから、この説に従っても主観的権利の中身はおよそ画定できない。また、そもそも日本国の人権制限の限界は、主に人権条項全体の解釈から画定されるのであろうから、その積算なしに演繹的に導き出された空間が「自由」だとする説明は、およそ一般的な人権条項の解釈から遊離しているのではないか。

最高法規の一般条項の中身は最高法規全体の解釈により決せざるを得ず、およそ日本国憲法が保障しているとは思われないものを保障すると考えることは、矛盾に等しい。憲法13条の保障する中身は、個別的人権条項を通観して、これらからは漏れるが基本的人権として保障するに値する、もしくは当然に保障されると解されるものに限られよう（ただし、憲法が特に予定していない「人格」や「自律」によって専らその保護範囲を区切ることに、疑問も残る）。

13条で保障されるのは、まずその文言からして、**生命権**や**身体的自由**であろう。次いで、生存自体に密接に関わる意味で、また、権利生成の経緯からしても、**生命・健康を害しない環境で生活する権利**という意味での（狭義の）**環境権**であろう。日本国憲法の強調する個人主義からして、また、人間の精神存

在性に関わるものとして、プライバシー権、名誉権などは13条が保障していると考えらるに値すると思われる。これらを侵害する法令に対する司法審査基準は厳格審査と考えるべきであろう。

*これに対し、従来の一般的自由権説ならば認められ易い「新しい人権」の多くは、仮に認められても、緩やかな合理性の基準で審査されるべきものであろう。こうすることで、一般的自由説は「人権のインフレ化」を回避できよう。そして、このように考えれば、真っ向から対立しているように見える人格的利益説と一般的自由権説などの諸説も、その哲学的対立はさておき、機能的な差はあまりない。

(3) 自己決定権

いわゆる自己決定権（一定の個人的事柄について公権力から干渉されずに自ら決定する権利）について、一般的自由説は広く、人格的利益説は狭く解する。

(i) 生命・身体に関する行為

最も先鋭的なのは、消極的・積極的安楽死、尊厳死、自殺など、死に直面する場面である。裁判所は、父を積極的安楽死させた事案で安楽死の6要件を打ち出し、嘱託殺人罪で処断した例（名古屋高判昭37・12・22高刑集15巻9号674頁）、患者家族の依頼を受けて医師が積極的安楽死処置を行った事案で、耐え難い肉体的苦痛、死期の切迫、肉体的苦痛を除去する代替手段の不存在、生命短縮に関する患者の明示的意思表示の4要件が満たされた場合にのみ安楽死は許容されるとして、違法性阻却を認めなかった例（東海大学安楽死事件＝横浜地判平7・3・28判時1530号28頁）もあり、積極的安楽死には否定的である。回復が不可能で、苦痛が絶望的であるとの客観性の高い評価は難しく、消極的・積極的の区別も難しく、本人が冷静に判断できる場面も少ない。医師や家族がそれを決定できるのかはさらに難問である。尊厳死（スパゲティ状態や植物状態になるなら延命措置を拒否する）にも類似の問題がある。リビング・ウィルによるとしても、結局はそれを親族や医師が代行するので、難問は残る。

*自殺は一般に13条上の権利ではないとされる。ただし、自殺者は何らかの苦痛を抱える以上、消極的安楽死との差異は微妙であるほか、長時間かけての自殺と評価される行為（喫煙など）との線引きも難しく、前述のように人格的自律や、それを前提としなが

らの(限定された)パターンリズムはその説明とはならない。確固たる信念による事案では自己の生命の処分も憲法上保護に値する場合もあろうか(工ホバの証人輸血拒否事案=最判平12・2・29民集54巻2号582頁など)。難問である。

身体の一部の処分も難問である。生存中の臓器移植は自らの生命を危険にさらす側面がある。臓器移植法は、(三兆候説を改めて)脳死を人の死と定め、移植医療(他者の生命の維持)に途を開いたが、生命の終期を早めたことは、生命権を強く保障する日本国憲法の立場に反するとの疑問がないではない(なお、生命の終期は自己決定の問題ではなく、合憲的に法定されるべきものである)。

(ii) 生殖行為

性行為(被拘禁者について、東京地判昭44・12・26判時578号38頁)、妊娠・出産は、自己の遺伝子を残し、家族を形成する幸福追求行為であり、私事の最たるものであって、憲法上当然に保護される。他面、リプロダクションが女性の身体内で進むため、女性が身体について他者や国の支配を排除する権利として、端的には中絶の自由が主張される。日本では、母体保護法14条が経済的理由による中絶を認め、実際にはこれによる多くの中絶が行われている。

*中絶の権利が社会問題となったアメリカでは、その憲法上の根拠として修正14条の適正手続の権利から、それを必要とする重要な実体的権利を導き出した(実体的デュー・プロセス論)。日本でも、この類推からか、「新しい人権」の母体である憲法13条を根拠にしてきた。しかし、日本国憲法は家族形成に関する権利である24条を有しており、日本では、生殖行為に関する権利は、法的効果に大差はないであろうが、13条ではなく24条の問題と考えるべきかもしれない。

(iii) 危険行為・自堕落な行為

他者加害ではないが、自らの生命等を危険にさらし、本格的な危機においては救助せざるを得なくなる、大沙漠縦断、冬山登山、太平洋単独航海、ビル間の綱渡り、ノーヘルでのオートバイ曲芸運転などの行為がそうである。生命権・身体的自由権などではなく、一般に精神活動などとも距離を置く行為群でもあり、これらが憲法上の権利か、微妙である。

喫煙(受刑者について、最大判昭45・9・16民集24巻10号1410頁)、飲酒、麻薬(覚

醒剤について、最大判昭31・6・13刑集4巻10号2029頁)、賭博(最大判昭25・11・22刑集4巻11号2380頁、最判平元・12・14刑集43巻13号841頁など)、売春(最大判昭33・10・15刑集12巻14号3305頁)などの自堕落な行為は、他者加害に至らずとも、規制は立法に委ねられる可能性が高い。

*なお、他者加害でない場合に、これらの行為が刑罰をもって対応すべき可罰的違法性を有するかは憲法31条以下の問題となる。

(iv) ライフスタイルその他

平均人とは異なる生き方や外見を継続する自由が、集団主義の気風の強い日本社会で争われることがある。これらの自由は、一般的自由説によれば権利と言いが、人格的利益説に立てば「人格的生存に不可欠」とまでは言い切れないとして、その権利性は否定されることが多からう。

服装(制服の指定からの逸脱など)や身なり(長髪、ひげや刺青など)では、公立男子中学生の髪型を巡るいわゆる丸刈り裁判(熊本地判昭60・11・13行集36巻11=12号1875頁)や私立高校生のパーマの是非が争われた事件(修徳高校パーマ訴訟=最判平8・7・18判時1599号53頁など)、公立高校で生徒の髪の毛の色を染める指導の是非が争われた事件(大阪地判令3・2・16判例集未登載)、受刑者の髪型を巡る訴訟(東京地判昭38・7・29行集14巻7号1316頁)もある。これらは、個人の信条に近い信念に達すれば憲法上の権利と認められる余地はあろう(なお、男女で扱いを異にすれば、14条の問題でもある)。また、髪型などは人格権の一部を構成する場合も十分ある。

一般には趣味と思える領域の問題もある。税を逃れてのどぶろく造り(どぶろく裁判=最判平元・12・14刑集43巻13号841頁)やオートバイ運転(私立高校生に関する東京学院高校バイク訴訟=最判平3・9・3判タ770号157頁)が直ちに憲法上の権利と言えるかは微妙である(ただし、公立高校生のバイクの運転に関して、憲法13条上の権利と認めた、高松高判平2・2・19判時1362号44頁もある)。他方、一定の精神活動の高まりを伴う芸術・スポーツ・技能などの活動は、憲法15条以下の個別条項が保護しなければ、憲法13条の保護範囲と考える余地がある。また、

クラブ活動や趣味のサークル、同窓会、友人・清い恋愛関係などの親密な結合の自由は、本条の保護範囲と考える余地がある(政党、宗教団体、労働組合、企業などの結社は各条の問題とすべきである)。

(4) 名誉権・プライバシー権

(i) 名誉権

人間は、誇りなくしては生きていけない。人間存在の根幹であるなどとして、ローマ法以来、民法や刑法で名誉を保護してきている。名誉権は、日本国憲法憲法の保障する権利でもあると一般に解されている。プライバシーが私生活の面を保護するのに対し、名誉は社会生活の面を保護するものである。両者は人の外向きの顔という意味での連続性もある。

名誉には3つの概念があるとされる。第1に、他者や自己の評価を超えた真実の名誉を指す**内部的名誉**については、法的評価の範疇外でもあり、保護の対象ではない。第2に、社会が与える人の評価である**外部的名誉**と、第3に、主観的自己評価である**名誉感情**が法的保護の対象である。これらを支える精神活動が憲法上も保護に値し、これを過度に傷付ける立法・行政・司法の判断は憲法上許されない。

*このため、13条は名誉の財産的側面を直接保障するものではない。対抗利益等も考慮した結果、侵害行為の差止めではなく、心の痛みを償わせるために多額の損害賠償を認める事例もあるだけのことである。著作者人格権も同様であろう。

名誉権は、**夕刊和歌山時事事件判決**(最大判昭44・6・25刑集23巻7号975頁)のように、他の私人の**表現の自由**(21条)と衝突することが多い。表現の自由との関係で、名誉の保護の範囲や程度については再考されよう。公共性ある社会活動に関して、公益的見地から、真実に基づく批判を浴びることはやむを得ず(当該社会活動の種類により、どこまで私的側面が批判されて仕方ないかも決まる。辛辣な批判はともかく、単なる人格攻撃は許されまい)、また、一度低下した名誉も、ある程度は言論活動(反駁)等で回復可能と言える。

(ii) プライバシー権

人間は、他者に操作されない確立した「自己」なしには生きていけない。個人主義原理に立つ日本国憲法もまた、ごく個人的（プライベート）な生活や価値観を保障していると解せよう。しかし、日本国憲法はプライバシー権という独立の権利を明文では規定してはいない。だが、**通信の秘密**（21条2項）や**住居の不可侵**（35条）の規定においてプライバシーの利益を部分的には保護している。このことから、日本国憲法は私的領域を保護していないわけではなく、むしろ基本的には私的領域一般を保障していると言える。これらの条項を超えて一般的な私的領域を保護するものは13条と考えるとよいであろう。

プライバシー権は19世紀末、不法行為法上の権利としてアメリカで主張され、判例上確立したのが端緒だとされる。その時点ではこの権利の内容は、一人ではあっておかれる権利（right to be alone）であった。しかし、その後、密集社会で人間関係が複雑化し、高度情報化・管理社会が展開されるようになり、遂には個人情報情報を大量に収集したビッグ・データが至るところで保存されるようになる、データをマッチングすることで本人の意と異なる人物像を創造することが可能になり、現実の脅威となった。そこで、プライバシー権の保障する中身についても、自己の存在に関わる情報を開示する範囲と相手を選択できる権利とする情報プライバシー権や自己情報コントロール権と解する考え方に移行した（「仮面」を付け続ける社会的動物性を重視する、自己イメージ・コントロール権説もある）。その項目と範囲はその社会が決めざるを得ない。顔（肖像）や全身像、身体的特徴、氏名、履歴、戸籍、住所、電話番号、メール・アドレス、犯罪歴、病歴、収入や財産、購入物、趣味、交友・情交関係などは一般にこれに該当しようが、社会性・公共性を有すればプライバシーの問題ではなくなり（例えば、学歴は、地域サークルではプライバシーであるが、大学教員採用時はそうではない）、むしろ名誉権の問題となることもあろう。日本では、元外相で東京都知事選候補の男性と妻（料亭女将）との関係を赤裸々に描いた三島由紀夫のモデル小説が問題となった『**宴のあと**』事件判決（東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁）で、「私生活をみだりに公開されない法的保障ないし権利」との判示の上、不法行

為法（民法709条以下）上のものとして認識されたのをきっかけに、プライバシー概念は一般化した。これを機に、多くの学説がプライバシー権を憲法13条が保障すべき人権だと主張するようになり、現在ではこれを肯定する立場が圧倒的なものとなっている。

京都府学連事件判決（最大判昭44・12・24刑集23巻12号1625頁）で最高裁は、今日では肖像権の一部とも解し得るものの権利性を認めたと、同判決は、違憲判断には至らなかったものの、実質的にプライバシー権を憲法上の権利として承認したと見てよからう（刑事法廷での被告人の撮影につき、最判平17・11・10民集59巻9号2428頁も参照）。国が個人情報に不適正（広汎、目的が不合理、目的と手段の不一致など）な手法で収集したり、不必要にこれを集積したり、情報を悪用したり、流布したり、もしくはこれらのことをしたかのように振舞ったりすることは、憲法上のプライバシー権侵害と解されてよい。

*ただし、刑事手続に沿う問題であれば、31条以下の問題であろう（自動速度監視装置による容貌撮影＝最判和61・2・14刑集40巻1号48頁など）。

前科照会事件判決で最高裁は、犯罪経歴を「みだりに公開されない法律上の保護に値する利益」とし、その開示は「公権力の違法な行使にあたる」として、市に賠償を命じた（最判昭56・4・14民集35巻3号620頁）。江沢民講演会名簿提出事件判決では、警察当局への出席者名簿（個人識別情報）の提出がプライバシー権の侵害と認定した（最判平15・9・12民集57巻8号973頁）。指紋押捺拒否事件判決では、「個人の私生活や人格、思想、信条、良心等個人の内心に関する情報となるものではないが、性質上万人不同性、終生不変性をもつので、採取された指紋の利用方法次第では個人の私生活あるいはプライバシーが侵害される危険性がある」と指摘した（最判平7・12・15刑集49巻10号842頁）。このように、最高裁は、思想や感情などではなく、犯罪経歴や氏名・住所という外部的な事実であっても、その情報の用いられ方によっては法的保護に値するとしたのである（しかし、指紋押捺は最終的に合憲とした）。

また、住民基本台帳ネットワークシステムは、データ・マッチングや名寄

せにより、本人確認情報（氏名、生年月日、性別、住所）、住民票コードなどの情報を集積したものであるが、最高裁は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有する」と判示しつつも、「第三者に開示又は公表される具体的な危険」がないとして、請求を棄却した（最判平20・3・6民集62巻3号665頁）。諸判例を見る限り、最高裁は、プライバシー権をなお「個人の私生活上の自由」と理解し、自己情報コントロール権とは解してないように思われる。

*これに対して、下級審には、「自己のプライバシー情報の取扱いについて自己決定する利益（自己情報コントロール権）は、憲法上保障されているプライバシー権の重要な内容となっている」として、住基ネットからの離脱を権利として認めた裁判例もある（大阪高判平18・11・30民集62巻3号777頁）。

このほか、非開示を本質とするプライバシー権は、ノンフィクション『逆転』事件判決（最判平6・2・8民集48巻2号149頁）や『石に泳ぐ魚』事件判決（最判平14・9・24判時1802号60頁）に見られるように、自由な情報流通を基本とする他者の表現の自由（21条）と、名誉権以上に、特にその事前抑制の禁止原則と正面から衝突する例が多く想像される。

なお、1988年制定の旧個人情報保護法には、罰則がない、民間対象のガイドラインには法的拘束力がないなどの欠陥が指摘されたため、2003年に個人情報保護法（個人情報の保護に関する法律）、行政機関個人情報保護法、独立行政法人個人情報保護法、情報公開・個人情報保護審査会設置法などが制定され、2005年4月に施行された（しかし、報道の自由との関係で反対も根強い）。

（5）一般的手続的権利

一般的な手続の適正、特に行政手続の適正を保障する憲法条項が13条か31条については、争いがある。通説は、①31条以下の科刑手続のルールを厳格に全行政手続に適用するのは無理であるが、その文言は必ずしも刑罰に限定したのではなく、31条の趣旨は行政手続にも準用されるとする（31条準用説）。この説には、31条の憲法全体での位置付け（刑事手続の一般則という位置に見える）

の問題と、行政手続に「準用」とする曖昧さの問題がある。有力説は、②31条以下は刑事手続に特化した規定であり、行政手続の適正はむしろ13条が保障するという説明を行っている(13条説)。この説は、憲法13条を、実体的権利の一般規定であるのみならず、そこから、それを制限する場合にはそれに相当する**適正手続**を求める権利がある筈だと解しており、妥当であろう。

* 純粹に、議会や行政、裁判所がそれぞれ立法・行政・司法に相応しい手続を要請される憲法上の根拠は、順に41条・65条・76条などであり、現実の訴訟などでは13条(刑事手続などでは31条)の要求に加味されると考えるべきである。なお、そのほか、憲法の法治国家原理を手続法的に理解し、国民の権利利益の手続的保障を憲法上の要請であるとする手続的法治国説もある。

いずれの説に従っても、実体的権利制限の場面における行政手続の適正は憲法上の要請である(刑事手続については、31条により、より厳しい、刑事手続に相応しい手続が要請されることになる。また、例えば、表現権の制約においては、21条により、その優越的地位に相応しい手続が必要ということになる)。そして、その中核はやはり告知・聴聞である。そこには、情報を当事者に伝達すると共に、行政官の裁量を抑制し国民の自治を確保する狙いもある。最高裁も、個人タクシー免許の許否手続について、31条などには言及しなかったものの、「主張と証拠提出の機会」は必要だと判示した(最判昭46・10・28民集25巻7号1037頁)。群馬中央バス事件でも、公聴会審理の適正が必要とされた(最判昭50・5・29民集29巻5号662頁)。また、35条・38条に準拠して、行政手続が刑事責任の追及を目的とすることを理由としては適正手続上の制約を免れないとしたことがある(川崎民商事件=最大判昭47・11・22刑集26巻9号554頁)。**成田新法事件**判決では、最高裁は通説に従い、「そのすべてが当然に31条による保障の枠外にあると判断することは相当ではない」と、31条は行政処分にも準用されるとしつつ、仮に憲法31条の適用があるとしても、行政手続と刑事手続はその性質を異にすること、行政手続はその目的に応じて多種多様であることから、常に処分の相手方に常に告知・弁明・防御の機会を与える必要はないと判示し、告知・聴聞なき工作物の使用禁止を合憲とした(最大判平4・7・1民集46巻5号437頁)。

1994年には「行政運営における公正の確保と透明性の向上」を目的とする行政手続法が施行され、処分、行政指導、届出、命令等について、行政機関が守るべき手続が定められ、不利益処分には理由の提示と聴聞や弁明の機会の付与が規定された(12条以下)。だが同法は、3条・4条が膨大な適用除外を定めるなど、手続保障が違憲的だとする批判も根強かった。2005年改正で、「意見公募手続等」(パブリック・コメント)も同法の対象とされ、行政機関が命令等を制定するにあたって事前に広く意見を求めることが義務付けられたが、同法になお、憲法違反の不十分な手続が残存していないか、注意を要する。

2. 生命・身体的自由

(1) 生命権・健康権・身体的自由

個人主義・自由主義(リベラリズム)・民主主義を基本原理とする日本国憲法の下、公権力が理由もなく個人の生命が奪うことはおよそ許されず(生命権の絶対性)、厳格で適正な刑事手続の下で許容されるのみである。司法審査基準としても厳格審査が及ぶべきものであろう。身体的拘束(身体的自由、人身の自由)も同様である。身体的自由、環境権のいずれを起点と考えても、いわゆる健康権は一般に憲法13条の保護範囲と解せ、同様のことが言えよう。

このため、例えば、予防接種において、伝染病による死者・重大な障害が残る者より予防接種の副反応による犠牲者がごくわずかであっても、これを強制するとは許されない。過去に行われた種痘やインフルエンザ予防のための児童・生徒などに対する強制予防接種による犠牲者の遺族に損害賠償が支払われることは当然として、これを憲法上どう説明するかは理論に難しい。学説においては、29条勿論解釈説、29条類推解釈説(予防接種禍東京訴訟一審判決=東京地判昭59・5・18判時1118号28頁)、25条説、17条説(予防接種禍東京訴訟二審判決=東京高判平4・12・18判時1445号3頁)などもあるが、近年、端的に13条違反として国の責任が認める説が強まっている。

* 29条類推解釈説に対しては、補償さえすれば国は命を奪えるのか、というもっともな

批判がある。対して、予防接種禍東京訴訟二審判決は、「予防接種の強制接種が許されるとするならば」「強制接種を行うことが必要不可欠であり、かつ、当該伝染病の流行の可能性とこれによって生ずる被害の程度、当該予防接種の効果、予防接種によって生ずる重篤な副反応が生ずる頻度等を比較考量して、予防接種を行うことがあると考えられる場合だけ」であるが、諸外国で「種痘政策の変更が行われた」にもかかわらず、1973「年まで種痘の若年接種を続行させた」歴代の「厚生大臣に過失があることは明らかである」などとして、**国家賠償請求**を認容した。最高裁は、心神喪失の常況にあった被害者の請求も、**民法724条**の除斥期間の効果を認めず、有効とした(最判平10・6・12民集52巻4号1087頁)。

健康権の一つとして主張されるものに、**嫌煙権**がある。受動喫煙の弊害は言われて久しいが、既存の公害問題ほど深刻でないと考えられてきた(国鉄喫煙車両を受忍限度とした東京地判昭62・3・27判時1226号33頁など)。ただし、今日では**公共施設内の分煙**や**全面禁煙**が一般化している。

健康権がある以上、**環境権**が憲法13条で保障されているとする説は定着した。ただ、「環境」とは何を指すのか、曖昧な部分が残る。環境権概念については、**文化的・社会的環境**まで含む説もあるが、**工業化・都市化**に伴う公害問題の深刻化の中でそれが主張されたことや、13条で保障するものは**生命や健康**を脅かすものと考えべきことから、原則として、**大気・水・食品・音・臭い・日照**などの自然環境に関するもののうち**生命・身体・健康上の基本的レベル**のもの、**ほぼ人格権の問題**と解すべきであろう(静寂権、日照権など。ただし、判例は、環境権自体を憲法上の権利だと明言していない)。また、**環境被害**があっても、その際、**誰が権利主体**かはしばしば訴訟では争いとなる(最たるものとして、**もんじゅ訴訟判決**=最判平4・9・22民集46巻6号571頁)。

*環境権は25条で保障する(国立歩道橋事件一審=東京地判昭48・5・31行集24巻4=5号471頁)、もしくは13条及び25条が重複的に保障するとする説もある。だが、25条は**貧富の差**を是正し**実質的平等**を実効化する**社会権**の一般条項と考えるならば、環境権は**範囲外**である(25条説では司法審査基準も低まろう)。環境権には**積極的な環境保全策**を求める**請求権**の側面があると言っても、**自由権**条項でも請求権は引き出せると考えられるため、専らこのために25条を持ち出す必要はない。さらに、13条と25条の重複的保障とする説は、13条が**補充的保障**であることと矛盾し、他条項と合同して一つの権

利を説明することは疑問である。

*生命・健康の危機段階ではなく、よりよい環境を政府に求める権利（おいしい水・空気、美しい風景、真の静寂など）も主張されるが、少なくとも厳格審査の対象ではない（大阪市営地下鉄宣伝放送差止め訴訟＝最判昭63・12・20判時1302巻94頁参照）。文化的・社会的環境を求める権利も同様であろう。

大阪国際空港近隣住民が、騒音公害を理由に、夜間飛行差止めなどを求めて国を訴えた大阪空港訴訟で、二審判決は、人格権侵害を理由に午後9時以降の航空機の離着陸差止めを将来に向けても認めた（大阪高判昭50・11・27判時797号36頁）が、最高裁は、「本件空港における航空機の離着陸の規制等は」、「航空行政権の行使という立場をも加えた、複合的観点に立った総合的判断に基づいてされるべきもの」であるので、「通常の民事上の請求として前記のような私法上の給付請求権を有するとの主張の成立すべきいわれはない」として、飛行差止めの訴えは却下し、過去の損害賠償のみを認めるにとどめた（最大判昭56・12・16民集35巻10号1369頁）。最高裁は、第4次厚木基地騒音訴訟判決でも、自衛隊機の離発着差止めを認めず、過去の損害についてのみ国家賠償を認めた（最判平28・12・8民集70巻8号1833頁）。

また、精神障害者の措置入院や感染症まん延防止のための強制入院等も、その手続も含めて、憲法13条の問題となる。特に、必要限度を超えて行えば、身体的拘束であり、違憲の疑いが濃くなる。ハンセン病患者の長期の強制隔離が問題となった熊本ハンセン病訴訟で、裁判所は居住移転の自由（22条）の問題にとどめず、13条から導かれる人格権の不合理な侵害と断じ（熊本地判平13・5・11判時1748号30頁）、確定した（国が個人に特定の生き方を強制することなども許されまい）。行政手続として強制採尿・採血・指紋押捺などがなされれば、本条の問題となるケースもあろう（身体的自由のほか、プライバシー権、適正手続侵害の恐れもある）。

（2） 奴隷的拘束・苦役・拷問・残虐刑からの自由

憲法13条の生命・身体・健康の権利の直接的特別規定がいくつかある。これらもまた、厳格審査をもって絶対に禁じられるべきものである。

(i) 奴隸的拘束の禁止

憲法は 18 条で、人を物として使用・収益・処分する**奴隸的拘束の禁止**を絶対としており、これに類する非人間的・不合理な生命・自由の剥奪は許されない。**公共の福祉**による例外はない。刑罰や罰金刑の代わりに**労役場留置**でも「奴隸的」であってはならない。そもそも人を物として使用・収益・処分できるとする奴隸制度は人権を包括的に否定するものであり、前文で「専制と隷従」を否定し、**個人の尊重**を掲げる日本国憲法の立場と相容れず、13 条の「自由」を奪うものである。18 条はこれを端的に明文で確認した。私人による人身売買や娼妓契約、監獄部屋などは私法上、**公序良俗**に反し（憲法の直接効力だとの説明は不要）、強制労働は労働基準法 5 条が禁じる。刑事罰が科される場合（刑法 220 条の逮捕監禁罪など）も多い。救済のため、**人身保護法**も制定されている。

*本条は主に、奴隸制を廃止したアメリカ合衆国憲法修正 13 条に影響されている。大日本帝国憲法下には奴隸制度自体はなかったが、人身売買や娼妓契約、監獄部屋などは横行していた。現在の身体的拘束を厳しく禁じる立法は、自由な労働契約に基づく**資本主義**の発展に寄与しているとも言える。

(ii) 苦役からの自由

憲法 18 条は「犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と定め、本人の意思に反する刑罰以外の強制的労役、強制連行や監禁など正当事由のない身体拘束を禁じている。保安処分が制度化されれば違憲であると言われる。公共の福祉による例外はない（通説・政府見解）。兵役の義務規定もない以上、**徴兵制**は本条及び 9 条に違反すると解している。ただし、災害など緊急の場合に一時的な**労務負担**を定める災害対策基本法 65 条や消防法 29 条 5 項、**裁判員制度**などは違憲ではないとするのが通説である。

(iii) 拷問・残虐刑の禁止

憲法 36 条は拷問即ち、被拘禁者などから**自白**を得るため、公務員（警察官・検察官等）が肉体的・生理的苦痛を与えることを「絶対」に禁じる（**拷問の禁止**）。公共の福祉による例外はない。大日本帝国憲法下でも公務員による拷問は犯罪

であったが、実際には捜査機関による過酷な拷問が行われていた。特に軍国主義下では、治安維持法の最高刑が死刑となったことを背景に、思想警察などで拷問が絶えず、命を落とした人も多かった。本条はこういったことへの堅い反省を示すものである。刑法 195 条は特別公務員暴行陵虐罪を定め、刑事訴訟法 262 条はその際の付審判請求（弁護士が検察官役を務める）を定めている。憲法 38 条 2 項は拷問による自白の証拠能力も否定する。

憲法 36 条は「公務員による」「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」と規定し、残虐な刑罰を絶対的に禁じる。公共の福祉による例外はない。残虐な刑罰とは、「不必要な精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残虐」な刑罰だと解される（最大判昭 23・6・30 刑集 2 巻 7 号 777 頁）。そこで、無期懲役刑の合憲性も争われたことある（最大判昭 24・12・21 刑集 3 巻 12 号 2048 頁）が、何よりも死刑制度の合憲性が問題となる。通説的見解は、死刑自体は、憲法 31 条反対解釈により違憲ではないとする。判例も、犯罪行為が「公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪され」「さらに、憲法第 31 条によれば、国民個人の生命の尊貴といえども、法律の定める適理の手続によって、これを奪う刑罰を科せられる」として、死刑を合憲とした。なお、同判決は、死刑の執行方法が「その時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には、」「憲法第 36 条に違反するものというべき」として、将来的に死刑の執行方法が違憲となる可能性を否定していない（死刑制度合憲判決＝最大判昭 23・3・12 刑集 2 巻 3 号 191 頁。なお、本条の制定趣旨からして、公開処刑は当然に違憲である）。また、執行方法についても、絞首刑は本条違反ではない（最大判昭 30・4・6 刑集 9 巻 4 号 663 頁）としており、永山事件において死刑選択の基準を示している（最判昭 58・7・8 刑集 37 巻 6 号 609 頁）。しかし、死刑存置国でも薬物注射が一般化していることなどからして、絞首は、今や「残虐な刑罰」である疑いが濃い。根拠法令が大日本帝国憲法以前の命令であることも違憲の疑いがある。善良なる市民を前提に始まった裁判で生命を奪うものである以上、死刑の対象を特にやむにやまれぬ

犯罪態様に法定し、検察が死刑求刑事件であることを冒頭で明らかにした上で、確定まで、単純過半数ではない相当程度に慎重な判決や上訴・再審の機会を実質的に保障すること、**弁護人依頼権**を実質的に最大限保障することなど、最大限の適正手続（スーパー・デュー・プロセス）を踏むのが憲法の要請であろう（こういった要請に耐えかねて、立法政策として死刑を廃止することを憲法は禁じるものではない）。なお、死刑に限らず、犯罪と比べ不均衡に重い刑罰は36条違反とする見解が強いが、36条は主に刑の執行態様の問題であり、その根拠条文は31条（刑事実体法の適正）であろう。

* 2007年12月以来、執行にあたり、死刑囚の氏名と執行場所が公表されている。立法政策としての死刑廃止論の主な根拠には、誤判（冤罪）の危険性や一般予防効果が希少であることのほか、国際情勢が挙げられる。特に、1991年に**死刑廃止条約**（国際人権規約B規約第2選択議定書）が発効し、世界中で死刑を廃止した国は106、事実上執行停止中の国は36であるのに対し、執行国は20とされる（2019年12月現在。アムネスティ発表）。アメリカでは18州が死刑を廃止し、9州では10年間執行がなく（連邦と軍は存置）、執行はジョージア州とテキサス州に偏っている。これに対し、存置論は、国民感情や、近年は誤判がないこと、その威嚇力が絶大であることなどを理由に挙げることが多い。

4. 平等権

(1) 平等の理念

人は皆自由であり、人は生まれながらにして皆**平等**（不平等からの自由）であるという、**自然権思想**に裏打ちされた平等思想は、封建時代・絶対王制を断ち切った近代市民革命を推進する大きな原動力であった。1789年の人および市民の**権利宣言**（フランス人権宣言）1条では「人は自由かつ権利において平等なものとして出生し、かつ生存する」と、1776年の**アメリカ独立宣言**では「すべての人は平等に作られ、造物主によって、一定の奪いがたい天賦の権利を付与され、その中に生命、自由、平等及び幸福の追求が含まれる」と高らかに宣言されており、この中には近代の平等思想の息吹が感じられる。日本国憲法14条が保障する**平等権**は、間違いなく基本的人権の核の一つである。

大日本帝国憲法 19 条が公務就任における資格の平等を定めていたが、これ以外に平等権に関する条文はなく、近代的平等思想を欠いていた。帝国議会にも衆議院と並んで貴族院が置かれ、華族らにはその議員たる資格などの特権が与えられた。これに対して、近代立憲主義に基づく日本国憲法は、14 条 1 項で広く平等権を保障すると同時に、2 項で貴族制度を禁じた。そして、24 条（家族生活における個人の尊厳と両性の平等）、26 条（ひとしく教育を受ける権利）、44 条（議員及び選挙人の資格における平等）でも平等に言及した。

しかし、個々の能力や個性は各様であり、何が平等かも各人で評価が分かれる。また、変数以外を固定して複数ものを比較することは困難である。家父長ブルジュアジー主導の近代初頭の自由国家（最小国家）の平等観は、現実に存在する個人差や属性を一切捨象し、「顔のない」全ての個人を法的に平等に扱い、自由競争に委ねるという形式的平等（機会の平等、スタートラインの平等）であった。形式的平等が実現すれば様々な不平等が解消されると考えられていた。だが、次第に資本主義の高度化と共に、それが貧富の差の拡大をもたらすことが鮮明となってきた。そこで、その克服を図った福祉国家（社会国家）憲法では、普通選挙の導入（15 条 3 項。国会議員選挙について 44 条も参照）や社会権規定（25 条など）の挿入などと共に、平等観も、現実に存在する様々な「顔のある」個人の違い、特に、生まれによる経済格差に目を向け、異なる者は異なる扱いをすることによって不平等を是正していこうという、実質的機会の平等（条件の平等、実質的平等）へと変化した。そして、自由（特に経済的自由）と平等は対立軸となることになる。福祉国家ビジョンに立つ日本国憲法の平等観はこのようなものであり、社会主義国家のように、強大な国家権力の存在を背景に結果の平等を希求するものではない。とは言え、近代立憲主義を修正した日本国憲法が自由を基本にしているのは確かで、まずは形式的平等の観点から事実上の差別、特に前近代的差別（身分制度の残滓）を排除し、通常の世界経済過程から排除されている弱者・少数者を救済する「実質的機会の平等」視点は二次的に（まして立法の不作為に対しては）用いるべきである。

*平等は関係概念であり、無内容であるので「平等原則」と言うべきという主張もあるが、比較劣位の者が優位水準までの補填を求める権利性はあろう。憲法第3章は、性質上無理がない限り、人権・権利として読むべきであろう。

以上のような考察を行えば、全ての人を例外なく平等に扱い、一切の差別的取扱いを禁止するという絶対的平等を全面的に貫くことはまず不可能であろう。そこで、①憲法14条1項後段列挙事由に限定して、法の執行が絶対的に平等であることを国に求めており、また「法の下での平等」とあるので、本条は立法者を拘束しないとする説(立法者非拘束・絶対的平等説)が主張された。しかし、まず、「法」は憲法も含み(文言としても「法律の下での」ではない)、法律が不平等なら平等な適用も困難であり、しかも、1項後段に列挙された「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」に限定しても絶対的平等を貫くことは、プライバシーの側面での性別による区別(例えば、国立博物館等のトイレ)も不可能なため無理があると批判され、この説は衰退した。通説は、②同条は国会も拘束し、法内容の平等も求めており、また、1項後段を例示列挙と解し、これらを含め、等しいものは等しく扱い異なるものは異なって扱う、合理的な区別は許されるが不合理な差別は許されない、という、相対的平等を憲法は要請したと考えてきたのである(立法者拘束・相対的平等説)。

(2) 判断基準

しかし、相対的平等の立場で、合理的な区別か不合理な差別かを判別するのは現実には難しい問題である。旧来の通説的見解は、合憲性判断基準としても「不合理な差別は違憲、合理的区別は合憲」という「合理性」の基準を採ってきた。最高裁初の法令違憲判決だとされる尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁)をはじめとする判例(少数意見も含め)も同じである。同判決では、本人や配偶者の親や祖父母(直系尊属)を殺した者の法定刑は死刑又は無期懲役だけとし、いかなる事例でも最大限の刑の減軽を行っても、実刑判決は免れないことになっていた刑法旧200条の合憲性が問題となった。14歳から父に姦淫され、暴力を通じて10年以上性的関係を強要されてきた女性が、

職場の同僚との結婚を望んだところ、父に反対され監禁暴行を受けたため、思い余って父を絞殺した事例で、最高裁は、刑法 199 条の通常殺人（当時、死刑又は無期、3 年以上の懲役が法定刑）よりも「高度の社会的道義的非難に値する」ので、旧 200 条の目的は不合理ではないが、同条は「その立法目的達成のため必要な限度を遙かに超え、普通殺に関する刑法 199 条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法 14 条 1 項に違反して無効」と判断し、執行猶予の付いた判決を下した。

*一審（宇都宮地判昭 44・5・29 判タ 237 号 262 頁）は、刑法 200 条を違憲とし、過剰防衛を認め、女性は心神耗弱だとして刑を免除した。しかし、二審（東京高判昭 45・5・12 判時 619 号 93 頁）は、判例（最大判昭 25・10・25 刑集 4 卷 10 号 2126 頁）に従って同条を合憲とし、最大限の刑の減輕を施して懲役 3 年 6 カ月の実刑判決を下していた。最高裁の少数意見のうち、6 人のものはそれぞれ、そもそも親に対する報恩を理由に命の価値を異ならせるという刑法 200 条の立法目的が不合理であり違憲であるとした。逆に、下田裁判官の少数意見は、いかなる法定刑を設けるかは立法裁量に属するものであるなどとして、刑法 200 条は合憲であるとした。その後も、最高裁は、尊属傷害致死罪（無期又は 3 年以上の懲役）については、通常の傷害致死罪（2 年以上の有期懲役）と比して著しく重いわけでないため、合憲と判示し続けていた（最判昭 49・9・26 刑集 28 卷 6 号 329 頁など）。これら尊属に対する罪は 1995 年の刑法の口語化による全面改正の際に削除されている。

だが、「合理性」の基準には明快な基準がなく、裁判官によって恣意的に運用される危険があり、「不合理なら違憲」という基準は無内容であるという根本的批判が浴びせられていた。実際に尊属殺人罪の評価においても、この基準の下、当初の 12 対 3 の合憲判決（最大判昭 25・10・11 刑集 4 卷 10 号 2037 頁）から亡夫の親殺しに刑法 200 条を適用しなかった判断（最大判昭 32・2・20 刑集 11 卷 2 号 824 頁）を経て、1 対 14 の違憲判決に至っているものであり、融通無限とも言えよう。そこで近時の圧倒的な有力説（準通説）は、③**二重の基準論**を平等権に及ぼして、裁判所は、14 条 1 項後段列举事由による差別については**厳格審査**（やむにやまれぬ目的、必要最小限の手段であることを、合憲だと主張する側が論証できなければ違憲）を行い、それ以外については**合理性の基準**（目的・手段に何らの合

理性もないことを違憲だと主張する側が論証できなければ合憲)で望むべきだと主張している。その理由としては、列挙事由が、民主的過程で回復困難な少数者であり、生来の偶然の産物(本人に責任がない)であって能力と無関係で、歴史的に差別が繰り返されてきた類型だと憲法が明文で確認した「疑わしい差別」だから、ということなどが挙げられている。

*「性別」と「社会的身分」は少数者とは言えず、中間審査とする説もあるが、その属性の典型的な生き方を打破する側は少数者であり、政治的多数者とは言えず、列記事由の中で審査基準を分断するのも適切ではないであろう。

この説の下では、もし列挙事由に該当せず、重要な権利(例えば、議員定数不均衡問題はむしろ参政権の侵害の問題である)が侵害されていなければ、合理性の基準の下、合憲であることが推定される。サラリーマン税金訴訟判決(最大判昭60・3・27民集39巻2号247頁)で問題となった、給与所得者であることは列挙事由に当たらないと考えられ、むしろ、経済的自由(22・29条)の規制の問題として考えるべきであろう。また、居住地の違いも、地方自治を認める以上、同様であろう(東京都売春防止条例事件=最大判昭33・10・15刑集12巻14号3305頁)。年齢や世代は出生時に決まるとは言え、全ての人が互いに通過するものなどであって、合理的であれば許容される。地方公務員の定年制も合憲とされている(最大判昭39・5・27民集18巻4号676頁)。ただ、合理性の基準は無審査を意味しない。学生無年金障害者訴訟判決(最判平19・9・28民集61巻6号2345頁)は合憲の判断となったが、このように、世代や職業等で周囲の比較対象者のほとんどに対して該当者が差別を受ける場合、違憲とすべきケースもあろう。身体障害を理由とする県立高校普通科不合格処分を取り消した判決(神戸地判平4・3・13行集43巻3号309頁)もあり、仮に、後天的身体障害が14条1項後段列挙事由でないとしても、著しく不合理な処分は違憲である。

実質的平等を実現するため、被差別集団(例えば、アメリカにおける黒人、女性など)を優遇する積極的差別是正策(アフーマティヴ・アクション、ポジティブ・アクション)については、差別をしてきた側が自らへの差別を許容するので、司法審査

基準を下げるべきだとする主張が強く、比較的多くの学説は中間審査基準を想定しているようである。しかし、何が古典的差別で何が積極的差別は正かは審査を始めなければ不明であり（例えば、従来型の女子大学の多くは積極的差別是正の一環ではなく、性役割を固定化する古典的差別の疑いが濃い）、実際に権利が制限されるのは無垢な個人でありがちで、逆差別となり易く、当人に対する過去の差別の是正や多元性の確保などの非常に重要な目的のための必要最小限の手段であると認定されたもののみを合憲と考えるべきである（無制約なクォータ、割当制はまず違憲であろう）。逆に、一見中立的な規定が大きな差別効果（例えば、身長や体力を要件に性差別を行うなど）があり、このような差別動機の読み取れるものは、**間接差別**として違憲の疑いを及ぼすべきである。

*近年、国公立大学では理系学部を中心に「女性のみ」とする教員採用が多くなっている。これらでは教員の大半が男性で、多元性は皆無に等しく（そういった場合、「男社会」の不合理なやり方も一般に通じ易い）、その是正という点では意義を感じないではないが、露骨な、能力と無関係な生来の属性による差別（逆差別）である点で、違憲の疑いが濃厚なクォータである。議会の男女同数の設定（パリティ）も、法令で強制することは現行憲法上非常に難しい（**政党が候補者選定などで自主的に行うべきであり、政党助成金での動機付けが限度か**）。女性抜擢が、「優秀なのにガラスの天井に遮られて然るべきポストに就けなかった」人たちの登用ならよいが、「寵愛」は最悪のモデルである。正しくは、能力に応じて人材が登用され、一定の多元性が確保される、差別のない世の中を作ることである。そして、こういった指摘を未だにせざるを得ないところに、2021年の森喜朗東京五輪・パラ委員長の発言・辞任劇に象徴される、遅れた日本の現状がある。

(3) 列挙事由

近時有力説などに従えば、憲法14条1項後段の列挙事由がそれぞれ何を意味しているのかは重大である（従来の通説によれば、大きな意味はない）。

*憲法の私人間効力（第三者効力）の問題とされた事件には、性別を筆頭に、この列挙事由に関わるものが非常に多い。

なお、**信条**とは、伝統的には宗教上の信仰を意味するもの（謝罪広告事件=最大判昭31・7・4民集10巻7号785頁栗山裁判官補足意見など）であるとされてきたが、現在では、信仰に限られず、自主的に選択された思想や主義をも広く含む。憲

法 19 条は思想・良心の自由を保障し、これを絶対的保障とするのが通説である。多くの学説は、14 条 1 項は、これらを重ねて保障するものと解するが、14 条 1 項列挙事由を先天的差別ゆえ厳格審査だとする近時有力説は難問を抱えよう。憲法 14 条 1 項の「信条」は、基本的にイエヤマラや民族の宗教宗派のような祖先や生来的属性に限定して考えられよう (ただ、憲法 14 条 1 項の「信条」をそう限定しても、自発的・後天的思想や主義に基づく差別は 19 条で厳格審査となり、結論を左右しないので、論争は不要かもしれない)。

母語や生活様式、文化、そして宗教などを根拠に、国家統合の中で人為的に創出されたきらいのある生来の属性である民族やナショナル・オリジン (祖先の出身国) などは、ここに含まれるか、「人種」を準用すると考えられよう。第二次世界大戦中のナチスによるユダヤ人大虐殺 (ホロコースト) を筆頭に、民族差別も悲惨を極めてきた。日本でも、1899 年の北海道旧土人保護法があまりにも差別的内容であったので、1997 年に「アイヌの文化の振興とその伝統に関する知識の普及・啓発に関する法律」が制定された (少数民族の文化享有権を認め、二風谷ダム事件 = 札幌地判平 9・3・27 判時 1598 号 33 頁も参照)。戦後、旧植民地に属する人々 (旧外地臣民等) は政令により日本国籍を剥奪され、旧憲法下とは異なる形で、継続して差別的取扱いを受ける結果となった。

* 朝鮮人であることを理由とする婚約破棄に不法行為の成立を認めた判決 (大阪地判昭 58・3・8 判タ 494 号 167 頁) や、在日朝鮮人であることを理由とする採用内定取消しは労働基準法 3 条の「国籍」差別だとする日立製作所事件判決 (横浜地判昭 49・6・19 判時 744 号 29 頁) もある。

(i) 人種

人種とは、黒色・白色・黄色人種などの人類学的分類を指す。日本国憲法に「人種」差別禁止が謳われているのはアメリカ合衆国憲法の影響が大きい。

* アメリカでは人種差別は深刻であった。同憲法は当初、奴隷州を許容していたが、南北戦争途中の奴隷解放宣言を経て、1865 年の修正 13 条で奴隷制を廃止し、1968 年の修正 14 条で州の差別行為を禁じた。しかし、形を変えた黒人差別は続き、1955-65 年頃に高揚した公民権運動などにより、ようやく改善の方向に向かった。南アフリカ共和国の A

バルトヘイトは1994年4月まで続いた。その中で、1969年には人種差別撤廃条約が発効した（日本は1995年に留保付で批准）。

(ii) 性別

性別は一般的には生物学的な男女を指す。だが、生物学的な定義は難しい。遺伝子と性器、内面は必ずしも一致しない。また、社会学的な意味での文化的性差を示すジェンダー概念が提唱されることが多くなった。

*アメリカ合衆国憲法には、女性差別一般を禁じる明文の条項はない（なお、修正19条は女性参政権を保障する）。しかし、修正14条の平等条項の解釈により、1971年以降、連邦や州による男女間の異なる扱いが数多く違憲とされた（相続法の男性優位、州立女子大、男女別の州立軍学校など）。陪審制も改正され、「12人の怒れる男」（映画・1957年、アメリカ）ではなくなった。

日本でも性差別は長い。大日本帝国憲法下では、女性には参政権や、一般高等文官等の公務就任権がなく、大学進学はほとんどできず、家族制度の下、民法は妻の無能力等の制度を置き、刑法は姦通罪の主体を女性のみとしていた。公的な領域は男性がほぼ独占し、女性は私的な領域にとどめられていた。

これらの差別は日本国憲法制定と前後して解消された。戦前からの婦人参政権運動の努力もあり、1945年末に女性参政権が付与され、日本国憲法制定段階に女性議員も参加できた。民法の親族・相続編も、男女平等の理念により、全面改正された。労働基準法は4条で男女同一賃金を定め、それは「男女同一価値労働同一賃金」を指すとの解釈が定着した（秋田相互銀行事件＝秋田地判昭50・4・10判時778号27頁）。

しかし、その後も多くの性差別的な制度は残り、それ以上に慣行としてはかなり残存した。だが、1981年発効の女性差別撤廃条約を日本も1985年に批准すると、それに併せて、性差別的な国内法諸規定は改正されることとなった。1985年には男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律）が制定された。1997年改正では、事業主にセクシャル・ハラスメントに対する配慮義務を負わせ、女性労働者の機会や待遇の改善のため、ポジティブ・アクションを認めることとなった。労働基準法の女子労働者保護

規定は、女性の社会進出を妨げると批判され、1997 年に削除された。同年には育児休業法も制定された。1999 年には男女共同参画社会基本法も制定された。また、父系優先主義が問題であった (東京高判昭 57・6・23 行集 33 巻 6 号 1367 頁など参照) 国籍法は、1984 年に両系主義へ改正された (旧法には、当事者の性別ではなく、親の性別による差別があった点で、特異な問題を有していた。また、法例 (現在の法の適用に関する通則法) の男系優位主義も改正された)。

* 男性を主体とし女性を客体とする刑法 177 条の強姦罪規定は合憲とされた (最大判昭 28・6・24 刑集 7 巻 6 号 1366 頁) が、同罪は 2017 年の法改正で強制性交等罪となり、性差別は解消された。尼崎市売春等取締条例の売春罪も、明文が女性のみを対象としていないとして合憲とされた (最決昭 32・6・8 刑集 11 巻 6 号 1638 頁)。所得税法の寡婦控除と寡夫控除の要件の差異についても、合憲とされた (最判平 7・12・15 税務訴訟資料 214 号 765 頁)。雇用における差別の問題としては、例えば、女性労働者にだけ結婚退職制を設けた住友セメント事件 (東京地判昭 41・12・20 判時 467 号 26 頁)、男女別定年制 (若年退職制) を就業規則に定めた日産自動車事件 (最判昭 56・3・24 民集 35 巻 2 号 300 頁) では、女性労働者に対する差別的待遇は民法 90 条 (公序良俗) 違反で無効であるとされている。男女を総合職・一般職というコース別に採用して昇格や賃金に格差を設ける男女別コース制の違法性も争われていた (野村証券男女昇格差別事件 = 東京地判平 14・2・20 判時 1781 号 34 頁は、賃金の補填は認容したが、男性社員なら就いている「課長補佐」などの地位を保証する請求は棄却された)。

* 他方、国公立男子校・女子校 (大学) も多く残っている。違憲と言うべきところ、エリート OB・OG の抵抗が激しいのは遺憾である。男女別の定員も、合格最低点が異なる以上、違憲の疑いが濃い (なお、東京都立高校の場合、背景に私立高校の男女別定員の不均衡があり、共学化は進行しつつあるものの、そこから生じる事象にも留意したい)。このほか、男女別の制服・体操着・水着も、強制であれば疑わしい (LGBT 差別の疑いもある)。このように、生来の偶然に基づく差別は自由な幸福追求とも衝突する。これらを厳格に解することが憲法 13 条と調和的な解釈となろう。

(iii) 社会的身分・門地

門地は家柄を意味し、先祖が大名や貴族であることなどが典型例である。「門地」による差別の禁止は、生来の偶然であっておよそ本人の能力とは無関係の事項による特別な取扱いを認めないということであり、日本国憲法の個人主義や平等保障の象徴的道標とも言える。被差別部落出身者差別は、1969 年の同

和对策事業特別措置法以来の施策もありながら地方によってはなお根深いものがあるが、およそ許されない（その意味で、出身地や本籍地が「門地」に匹敵する場合があることに留意すべきである）。

社会的身分は、①「出生によって決定される社会的な地位または身分」などと、生来のものに限定する狭義説、②「人が社会において一時的ではなしに（ある程度継続的に）占めている地位または身分」などと後天性を示唆して広く解する広義説、③「人が社会において一時的ではなく占めている地位で、自分の力ではそれから脱却できず、それについて事実上ある種の社会的評価が伴っているもの」と解する中間説がある。最高裁は広義説を採用とされる。

「門地」がおおよそ生来的なものであるため、狭義説には、「社会的身分」の意味がそれと重複するという難点がある。しかし、広義説に従えば、他の列挙事由のほとんどが先天的なものである中で、「社会的身分」が後天的性質のものとなり、統一性を欠く。そのため、現在の有力説（準通説）は、「社会的身分」については、「門地」とほぼ同義となることを承知で列挙事由の一貫性を重視して狭義説を採用のが普通である（特に、広義説では矛盾する）。これらの説では、他の列挙事由が列挙される理由に匹敵する背景を有する**非嫡出子**などは「社会的身分」であると主張されることが多い。また、LGBTなどの性的少数者もここに含め得る（東京都青年の家事件＝東京高判9・9・16判タ986号206頁、生殖腺除去要件の合憲性に関する最決平31・1・23判時2421号4頁、性別変更の「現に婚姻をしていないこと」という条件の合憲性に関する最決令2・3・11判時2421号4頁、同性婚ができないことを14条違反とした札幌地判令3・3・10判例集未登載など参照）が、近年では「性別」の問題とする考え方も有力である。

(4) 貴族制度の廃止と栄典に伴う特権の禁止

日本国憲法14条2項は、貴族制度の廃止を特に謳っている。元藩主や明治維新の功労者等により構成されていた戦前の華族（公爵、侯爵、伯爵、子爵、男爵）、朝鮮王侯族・貴族などの貴族制度の廃止を明言するものであり、それによる公的な特権は認められない。43条は、**参議院**も「全国民を代表する選挙された

議員」で組織することを明示し、貴族院の復活を阻止する。

14条3項は栄典に伴う特権の禁止をも謳い、あらゆる栄典の世襲化を禁ずることで、脱法的に貴族制度が出現することを防止している。同項は栄典に伴う特権も禁じている(1953年の文化功労者年金法、1964年の旧金鶏勲章年金受給者に一時金支給を行う特別措置法について議論があったが、立法された)。

*日本国憲法は1章で世襲の象徴天皇制という大きな例外を明文で認めている。皇室典範が皇族を創出することについても、違憲論はほぼない。

5. 家族に関する権利

憲法24条は1項で婚姻の自由を、2項で家族に関する立法が「個人の尊厳と両性の本質的平等」に沿うべきことを謳う。このため、家族制度(イエ制度)を定め、家督相続制度や妻の無能力制度を規定していた大日本帝国憲法下の明治民法の家族法部分は1947年に全面改正(親族編と相続編に分け、口語化も)された。家族制度の残滓と言える法制度(例えば、長男単独相続など)があれば、憲法の個人主義に反し、端的に違憲と考えられる(なお、民法897条の祭祀・墳墓の単独相続容認の法定については、疑念もある)。

本条については、制度的保障に過ぎないとする説もあったが、現在では人権条項として認知されている。その性格について、分類不能とする説、社会権説、自由権説などがあったが、現在では平等権の特別条項と位置づける説が有力である。しかし、24条の内容は平等にとどまらないため、13条も含めた包括的人権(基本権)に密接に関わる人権と捉える説(家族関係の自律や平等の問題などは、13条や14条ではなく24条の問題とする)が有力になりつつある。

*本条及び29条の存在は、憲法が公法のみ最高法規ではないことを裏打ちする。

(1) 婚姻の自由と家族の保護

一組の男女の合意により婚姻(法律婚)は成立する。性質上、年齢制限はある。「家」の存続を理由とした一夫多妻制は「個人の尊厳」を害し、否定される。本条は一夫一婦制を保障したと考えられ、重婚の禁止(民法732条)は当然とさ

れる。保証人など、他者の同意は法的には原則として必要ない。

* 未成年者の婚姻に父母の同意を要求していた民法 737 条は、その不完全さや時間が解決することなどから問題視されていたが、2022 年 4 月の法改正で成人年齢が 18 歳に引き下げられるのに伴い廃止される。

優生保護的な理由から近親者間の婚姻は禁じられる（民法 734 条）が、民法には家族秩序・道徳に踏み込んだ、通常の人権制限とは異なる規制も多く、議論は残ろう。民法 770 条は破綻主義の下、裁判上の離婚を定めるが、判例は有責配偶者からの離婚請求を認めてこなかった（踏んだり蹴ったり判決＝最判昭 27・2・19 民集 6 卷 2 号 110 頁）が、別居が長期で未成熟の子がいらないなどの条件付きでこれを認めるに至った（最大判昭 62・9・2 民集 41 卷 6 号 1426 頁）。同条 2 項は裁判所に広汎な裁量を認め過ぎており、問題ある判決（うば桜判決＝東京地判昭 30・5・6 下民集 6 卷 5 号 896 頁など）の誘因にもなっている。

* 住友セメント事件判決（東京地判昭 41・12・20 判時 467 号 26 頁）は、女子結婚退職制度は婚姻の自由を事実上制限するとも指摘して、それを無効とした。

事実婚や同性婚の自由が憲法 13 条・24 条から生じるかは微妙である。立憲当時、24 条は弱かった妻の地位の向上やイエ同士の結婚という制度的慣行の是正に主眼があり、同性婚までは視野に入っておらず、また、事実婚から法律婚に移行させて妻の法的保護を図ろうとしていたであろうから、「両性」からなる「夫婦」についての「法律」の「制定」での「本質的平等」を求めており、事実婚や同性婚の自由は視野に入っていなかったであろう。他方、婚姻ではないパートナーシップは、税制や相続で不利益を受けており、13 条もしくは 14 条違反となる余地はあろう。裁判例には、同性婚を許容せず婚姻届を不受理としたことを憲法 14 条違反としたものがある（札幌地判令 3・3・10 判例集未登載。ただし、立法不作為を理由とする慰謝料請求は棄却された）。

氏が代々受け継がれ、名は親が名付けることから、氏名は家族と一体の制度となっており、氏名権は本条の保護範囲と考えられる（呼称を歪められない権利につき、NHK の日本語読みに関する最判昭 63・2・16 民集 42 卷 2 号 27 頁も参照）。親

の命名の自由にも限界はあろうが、戸籍課に裁量もあるまい (悪魔ちゃん事件 = 東京家八王子支審平 6・1・31 判時 1486 号 56 頁など参照)。民法 750 条は夫婦同氏を定め、例外 (選択的夫婦別姓) を認めていないが、憲法の個人主義を基軸に違憲だとする意見も強い (民法 767 条 2 項が離婚後の復氏の例外を定めるが、片面的である)。明文上は性差別ではないが、実際は婚姻届の約 96% が夫の姓を選択しており、夫婦別姓を認めていないことは憲法 13 条・14 条・24 条に反するという主張も強い。1996 年に法務省法制審議会民法部会は、民法 750 条の改正も提言し、賛成意見も増えているが、旧保守層の抵抗も根強く、今日までそれは実現していない。夫婦同氏強制違憲訴訟判決 (最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2586 頁) も民法 750 条を合憲とした。

* 最高裁は、民法 750 条は夫婦が夫又は妻の氏を称すると定めており、文言上性別に基づく法的な差別的取扱いを定めているとは言えず、「婚姻という身分関係の変動を自らの意思で選択することに伴って夫婦の一方が氏を改めるという場面であって、自らの意思に関わりなく氏を改めることが強制されるというものではない」ため憲法 13 条違反ではなく、「夫の氏を選択する夫婦が圧倒的多数を占めることが認められるとしても、それが、本件規定のあり方自体から生じた結果であるということではできない」として、同条が憲法 14 条 1 項には違反するものではないとする一方、それが「社会に存する差別的な意識や慣習による影響がある」かについては留意が必要であるなどとも指摘した。また、夫婦同氏の原則は個人の尊厳や両性の本質的平等に違反する合理性を欠く制度とは言えず、憲法 24 条に違反するものではないとも判示した (最大判令 3・6・23 民集 75 巻 * 号 * 頁も違憲とはしなかった)。憲法 24 条の解釈論が生成過程にあり、氏名がそもそも本人にとっては誕生時の強制で始まり (文字通りの氏名の自由はない)、自由意思による婚姻時の選択が条文上は性差別的でない中で、これを憲法 24 条違反と断じることには理論的に障害が多い。「本質的平等」に平等以上の意味を読み込めるかが鍵であろうか。他方、憲法や民法 750 条の制定時に想定しない状況に至っていることに鑑みると、現行法は、「両性の本質的平等」ではない状況の固定化に寄与し、「個人の尊厳」と「婚姻の自由」を阻害している (氏名には尊厳がある) ことは明らかで、より制限的でない立法は容易に可能だとも言えるため、一刻も早い立法的対応を行うことが望ましい。ただ、この状況は重要な人権に関する制度的保障違反であり、裁判所が違憲を宣言すべきものとも捉え得る。

* ベンネームや芸名など、家族概念とは異なる呼称 (個称)、あるいは法律上の氏名と異なる呼称 (名のみを含む) を求める権利は 13 条にあらう。

他方、民法 762 条は夫婦別産制を採り、憲法の個人主義の建前からも合憲である（最大判昭 36・9・6 民集 15 卷 8 号 2047 頁）が、一般的に夫婦の一方の名義で登録された土地家屋などの財産はその者の特有財産としない判断が定着している（最判昭 34・7・14 民集 13 卷 7 号 1023 頁など）。憲法 24 条の保障は、適切な親子関係の保護などにも及ぶと思える。出生により人は家族の一員となるが、第一義的には未成熟の子の揺りかごとして家族は憲法的保障の意義がある。法律上も、実の親の子となるのが基本である。

* 嫡出推定（民法 772 条）が離婚後 300 日以内は及ぶため、実の父が推定されず、元夫の嫡出否認を必要とする（民法 774 条）などの問題もある。非嫡出子は親の認知で親子関係に入るが、忌避されれば認知の訴えを起こすことになる（民法 787 条）が、親の死後 3 年で訴権が消滅するとの問題もある（最大判昭 30・7・20 民集 9 卷 9 号 1122 頁は合憲論）。子の保護とは無関係の、親のエゴとしての認知は認めない趣旨で、成年者の認知には本人の承諾を要する（民法 782 条）。代理母（最決平 19・3・23 民集 61 卷 2 号 619 頁）や、凍結精子による死後生殖（最判平 18・9・4 民集 60 卷 7 号 2563 頁）に親子関係を認めないのが判例であり、それは素朴な感情ではあるが、現在の DNA による父子鑑定とは矛盾する。また、父母別居中の面会交流権の実行を命じる判例（最決平 12・5・1 民集 54 卷 5 号 1607 頁）もある。

(2) 家族と平等

民法（親族・相続法）には違憲の疑いのある規定もある。民法 731 条は、以前、男 18 歳女 16 歳と 2 歳差の婚姻適齢を規定していたが、性役割（男は稼ぎ、女は家を守る）を前提とし、違憲性が強かった上、女性の 16 歳は児童婚に当たるとの国際的批判もあった。こういったこともあり、2018 年に男女とも 18 歳に改正され、2022 年 4 月に施行される。同じく 733 条の女性の 6 カ月の再婚禁止期間は、子の父の確定の目的を超え、不必要な性差別（相手男性も当該女性とは結婚できないが、女性は誰ともできない）であるとして、①中間審査の下、その期間を少なくとも 100 日に短縮すべき、もしくは②厳格審査の下、父子鑑定が容易となった今日、廃止すべきだ、とする違憲論が強まっていた。最高裁は、以前は合憲としていた（最判平 7・12・5 判時 1563 号 81 頁）が、2015 年、民法 772 条の規定からすると、「女性の再婚後に生まれる子については、計算上 100 日の再

婚禁止期間を設けることによって、父性の推定の重複が回避される」ことから、「上記当時において、」これを超える「部分は、憲法 14 条 1 項に違反するとともに、憲法 24 条 2 項にも違反する」とした(再婚禁止期間違憲訴訟=最大判平 27・12・16 民集 69 巻 8 号 2427 頁。ただし、当時の国会が「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」として、国家賠償請求は棄却した)。これを受けて、再婚禁止期間は 100 日に短縮された(民法 772 条 1 項の嫡出推定規定を合憲とする広島高岡山支判平 22・9・3 家月 64 巻 5 号 100 頁や、民法 777 条の夫の嫡出否認の訴えの規定を合憲とする最判平 26・7・17 民集 68 巻 6 号 547 頁なども参照)。

民法 900 条 4 号但書は、法定相続において非嫡出子の相続分を嫡出子の半分と定めていた。これは法律婚を守るためだと言われていたが、何の責任もない子が損失を被る前近代的な生来的差別であり、非嫡出子が憲法 14 条 1 項後段列举事由の「社会的身分」に該当するとも考えられ、厳格審査の下で違憲とすべきだなどとする批判が強かった。最高裁は、従来、相続制度については広い立法裁量が認められること、民法 739 条が法律婚主義を採用し、法定相続は遺言がない場合の補充的なものであることなどから、本条を合憲と判断してきた(最大決平 7・7・5 民集 49 巻 7 号 1789 頁)。しかし、2013 年には、「合理性」の基準の下、「父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、」[本件規定は、遅くとも]本件相続「当時において、憲法 14 条 1 項に違反していた」と判例変更した(非嫡出子相続差別違憲訴訟=最大決平 25・9・4 民集 67 巻 6 号 1320 頁。なお、本違憲判断は、本件「相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、」「確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではない」とも述べた)。これを受けて、本号の但書は削除された。

最高裁は、戸籍法 49 条 2 項が出生届に「嫡出子」か「嫡出でない子」と記載を求めることは合憲とする(最判平 25・9・26 民集 67 巻 6 号 1384 頁)。国籍法 3 条では、嫡出子、日本国民の母と外国人父の間の子、生前認知の場合は日本国籍を取得するのに対し、父が日本人で母が外国人の非嫡出子は、生後認知で

は日本国籍を取得できず、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正）場合に限り日本国籍の取得を認めることになっていた。いずれと比しても差別がある。最高裁は、「立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており」、「遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した」「時点において、本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反する」として、「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるとき」に日本国籍を認めると判示した（国籍法違憲判決＝最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁）。その後、本条は改正された。

経済的自由

1. 総説

生計を維持するための活動の総体を経済活動という。これを行う前提となる自由である、**職業選択の自由、営業の自由、居住・移転の自由、財産権**などを憲法は保障しており、その総称を**経済的自由**という。

(1) 近代市民革命と自由国家

ヨーロッパ中世の**封建社会**はいわゆる**身分制社会**で、領主が地方ごとに支配権を握っていた。人々は封建領主が治める土地に拘束され、多くは農奴として不自由な生活をしていた。中世のある時期に商業ないし**貨幣経済**が発達してきたことによって「商人」が生まれてきた。だが、商人は、領地を通るごとに通行税を取られ、その結果、商品は元値から桁違いに高額なものとなった。商業上の自由を欲する商人が頼りにしたのは国王であり、商人は国王の庇護の下で商業を行った。国王は商人が生み出した財を手にして強大な権力を握り、**絶対王政**を実施し、必然的に**重商主義**政策をとった。この中で成長し、富を蓄積していった商人をはじめとする**市民階級（ブルジュアジー）**は、17世紀イギリスや

18世紀アメリカやフランスでこれを倒した(市民革命)。莊園に縛りつけられていた農奴や小作農などに職業選択の自由と移動の自由を与え、封建制度を解体すると共に、彼らを労働力とした。市民階級を中心に形成された政府は、一般に、税率も比較的低い代わりに最小限度の警察・消防・国防などのみを役割とする自由国家(小さな政府、最小国家、夜警国家)であった。1789年の人および市民の権利宣言(フランス人権宣言)17条が「所有は、神聖かつ不可侵」と定めたように、そこでは所有権の不可侵を定められ、経済的自由は最大限保障され、アダム・スミス流の、見えざる手に導かれた自由放任(レッセ・フェール)の経済政策がよしとされていた。自由競争により、経済発展は促進され、人々は皆豊かになるはずであった。

18世紀後半にイギリスで始まる産業革命により発展した資本主義経済は、次第に市場の独占や寡占が生じ(市場の失敗)、加えて、チャップリンの映画『モダン・タイムズ』(1936年)によく表れるように、マニュファクチュアから転じた工場制機械工業における大量生産はかえって貧富の差の拡大を招いた。経済格差は相続され、社会的不公正も生じ、治安悪化の原因となっていた。

* 18世紀から19世紀初めまでイギリスで続いた囲い込み(エンクロージャー)により、農民は土地を失い、労働者になっていった。19世紀後半に始まる、重化学工業を中心とする第2次産業革命はドイツとアメリカが中心となった。ドイツでは19世紀末、ビスマルクの「あめとむちの政策」の下、疾病保険法、労災保険法などが制定された。日本の産業革命は、明治政府の殖産興業に始まり、20世紀に入ると重工業に進んだ。その中で財閥が成長し、寄生地主制が展開されていった。

(2) 貧富の差の解消と福祉国家

しかし、近代において、行き過ぎた経済的自由が貧富の差や独占・寡占、1929年の世界恐慌のような恐慌を生み、その対処としてのケインズ経済学の経済政策が「発明」された。累進課税制度や社会保障制度によって所得再分配を行い、政府が公共事業などを通じて市場に介入して完全雇用を実現し、有効需要を創出するなどして、資本主義経済を修正することで諸問題を解決できるとされた。財政が自動的に景気を調整する自動安定化装置(ビルト・イン・スタ

プライザー) となるとも言われた。そして、資本主義国家でも経済的自由は法律による広範な規制に服するべきであると考えられるようになった(混合経済)。

* 1917年のロシア革命によって成立したソヴィエト社会主義共和国連邦(ソ連)では、**権力集中制**の下、第1・2次5カ年計画などの計画経済が実施された。世界恐慌の影響を受けなかったことで、**社会主義**への関心が高まった。

1919年公布のドイツの**ワイマール憲法**は、**社会権規定**(同憲法151条など)を有し、また、「**所有権は義務を伴う**。その行使は、同時に**公共の福祉**に役立つべきである」と規定政府に**福祉国家**(大きな政府、社会国家、積極国家)ビジョンによる貧富の差の救済を求めたのである。

* **第一次世界大戦**後のドイツは、多額の賠償を負わされ、福祉国家を実現しようにも財政が破綻していた。そこで、社会権規定について**プログラム規定説**が生まれた。しかし、世界恐慌の後、記録的なインフレーションが襲い、1933年、人々はヒトラー主導のナチスによる独裁政治(**ファシズム**)を選んだ。それはまた、極端な形で貧富の差解消策だったが、ワイマール憲法体制の終焉であった。

* 世界恐慌の後、アメリカでは政府による雇用の創出、経済活性化などを目的に、フランクリン・ローズベルト大統領がTVA(テネシー川流域開発公社)などの**ニュー・ディール政策**を実施した(1933年)。当初、最高裁は、それを支える多くの立法を次々と憲法違反にしたが、ほどなく態度を改めた。憲法改正なしに福祉国家的政策が可能となり、アメリカ合衆国憲法には社会権規定などはない。また、1943年に、イギリスではベバリッジ報告が出され、「**ゆりかごから墓場まで**」をスローガンとする**社会保障制度**が確立した。

第二次世界大戦後、このような福祉国家ビジョンは、先進資本主義国で広く支持され、憲法で宣言されることも多かった。主だったファシズム・軍国主義体制も1945年までには崩壊し、1989年以降には**社会主義体制**も崩壊するか、相当の修正を要するようになってきていることから、現在、福祉国家ビジョンは貧富の差解消の最も有効な策であると言えよう。1948年の**世界人権宣言**22条も「**社会保障を受ける権利**」を謳っている。

2. 居住・移転の自由・国籍離脱の自由

(1) 居住・移転の自由

居住・移転の自由は、身体的自由や精神的自由の側面もなくはないが、日本国憲法はこれを経済的自由の条文中に置いている。これは、農奴などが封建時代に生産者として人々が土地に固定され、これに伴って職業も身分制的に固定されていたため、近代市民革命が産業活動のためにこれを打破するのを感じたという歴史的事情に由来する。居住・移転の自由は、自らがどこに生活の本拠を置くかを自由に決定し、そこに移動することやそこから移動することの自由をもその内容とする。このような移動の自由から、通説は、22 条は一時的な移動である旅行(移動)の自由も保障していると解している。

* 身体的拘束や差別や心理的圧迫を伴う移動の禁止は、奴隷的拘束及び苦役からの自由を保障した 18 条違反の問題ともなろう。熊本ハンセン病訴訟判決(熊本地判平 13・5・11 判時 1748 号 30 頁)は、らい予防法(1994 年廃止)によるハンセン病患者隔離政策「の実態は」「憲法 13 条に根拠を有する人格権そのもの」の侵害であると断じた。なお、集会参加などによる移動の自由は 21 条の問題となろう。このような、身体的・精神的側面が濃厚ではない居住や移動は、まずは経済的自由と見做されるであろう。

本人・社会の安全のため、「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」(感染症予防法) 19・20 条が患者の入院措置、破産法 37 条が破産者の居住制限、刑事訴訟法 95 条が被告人の居住制限などを定める。夫婦の同居義務と親権者の子に対する居所指定権(民法 752 条、821 条)、自衛官の居住制限(自衛隊法 55 条)、精神障害者に対する強制入院・隔離(精神保健福祉法 29 条、29 条の 2)などもある。以上について、違憲論はまずない。一時的制限や、生命・健康・身体を守るための最小限の規制はやむを得ないであろう。条例が、市営住宅入居者が「暴力団員であることが判明したとき」などには市が住宅の明渡しを求め得ると定め、実際、誓約書を提出していた名義人の暴力団員と同居の親が明渡しを求められた事案で、最高裁は条例の適用は憲法 14 条や 22 条 1 項に反しないと判示した(最判平 27・3・27 民集 69 巻 2 号 419 頁)。これに対し、身体的拘束を伴う移動の禁止は憲法 13 条や 18 条に抵触するおそれがあるとする批判があ

る。また、名古屋市による信者の転居届不受理が違法と判断されたアーレフ信者転入拒否事件（最判平15・6・26判時1831号94頁）もある。

(2) 外国移住・国籍離脱の自由

憲法22条3項は**外国移住の自由**を定める。移動が国境を越えるため、別条項を立てたのであろう。このため、通説・判例とも、一時的な国外への移動である**外国旅行の自由**はここで保障されると解している。その根拠を、①22条1項の居住移転の自由の中に含まれる旅行の自由に求める見解と、②22条2項の外国移住の自由の中の一時的な外国旅行の自由に求める見解とがある。後者が通説といってよい。このほかに③13条の**幸福追求権**からこの自由を導く少数説もある。ただ、論争の実益はない。むしろ、旅券法13条1項7号の「著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する」との法文が概括的であり、精神活動を主とする外国旅行でも法務大臣が恣意的に禁じられる点が問題とされる。同号の法令違憲論もあるが、多くはこれを**合憲限定解釈**すべきだとしている。海外旅行の際には旅券（パスポート）を所持する必要がある。しかし、旅券法13条1項は、外務大臣又は領事官が一般旅券の発給などを拒否できる場合を定め、同項7号において「外務大臣において、著しくかつ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行うおそれがあると認めるに足りる相当の理由がある者」と定めている。最高裁は、前参議院議員のモスクワでの国際経済会議出席が不可能となった事案でも、旅券発給拒否を違憲ではないと判断している（帆足計事件＝最大判昭33・9・10民集12巻13号1969頁）。だが、この事件は国際経済会議という集会に出席をするための原告による旅券発給に対する拒否処分であったことからいって、経済的自由というよりもむしろ精神的自由の色彩を帯びていたことから、もう少し厳格な審査をすべきであり、**適用違憲**とすべきであったとの批判も強い。一時的な外国旅行の自由があるということは再び日本国内に戻る自由、即ち入国の自由があるということも導かれる。ただし、在日外国人や永住外国人の再入国の自由については争いがある。

(3) 国籍離脱の自由

憲法10条は「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」として、国籍の取得については法律に委任している(ただし、完全な白地委任ではないと考えられる)。この裏返しで、憲法22条2項は国籍離脱の自由も定める。それは日本国への帰属やその人権保障からの離脱であり、精神的自由の色彩が濃厚である(世界人権宣言15条2項も国籍を変更する権利を謳う)。無国籍の解消が第一の課題であり、憲法22条2項も無国籍となる自由は保障していないと解されている。国籍法は出生、準正、帰化による国籍取得と、外国籍の選択等による国籍の喪失を定めている。だが、この自由は無国籍になる自由を含むものではない(日本国が国家と承認していない、パレスチナやマルタ騎士団などの国籍を取得する自由は一般的にはあるであろうから、この意味は微妙な面がある)。国籍法も「日本国民は、自己の志望によつて外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」(同法11条1項)と定め、日本国籍からの離脱は外国籍の取得が前提であることを示している。これは伝統的な国籍唯一の原則に基づくものである。

*多重国籍を維持する自由は憲法上ないとされる。憲法22条3項の権利はそれを前提にしていよう。確かに、ヨーロッパ諸国を中心に複数の国籍の保持を許容する国も目立っているが、第二次世界大戦などによる国境の変動やEUの設立などの事情もあり、原則は単一国籍とすることが現在の国際秩序のように思われる。裁判所も国籍法11条1項を合憲とした(東京地判令3・1・21判例集未登載)。ただし、今後、重国籍を維持し続ける自由も認める解釈に移行する余地もある。

3. 職業選択の自由・財産権

中世身分制社会では人々は自らの職業を自由に選択することができなかつたとされている。中世の人々にはその親から受け継いだ仕事に従事することが求められていた。だが、都市の発達と共に人々はより自由な世界を求めて、都市へと移住するようになっていった。「都市の空気は自由にする」というドイツの法諺通り、人々は都市に定住することで、自ら自由に職業を営むことができるようになったのである。そして絶対王政から近代市民革命の時期を経て、移動の自由が確立すると、人々は完全に土地から解放され、職業を自由に選択す

ることができる存在となることができたのであった。このように職業選択の自由もまた、近代において確立した重要な権利だといえることができる。

このような事情から職業選択の自由は経済的自由の一つとされている。この自由は自らの行う職業を自らで決定する自由を意味し、そのような選択を行った職業を遂行する自由、つまり営業の自由も含まれる。自由な営業活動は財産権の行使でもあり、29条の財産権とも密接な関わりがある権利である。

日本国憲法の経済的自由保障は、ロックの『統治二論』（1690年）が生命、自由と並んで財産を守る自然権を有するとしたことにつながる。ただ、ロックも消費できる限りの所有を認めたとされるように、他者の人権との調整にも含みを残していた。福祉国家ビジョンに立つ日本国憲法も、その22条（居住・移転の自由、職業選択の自由）や29条（財産権）が、公共の福祉による制約を明文でわざわざ念押ししているように、経済的自由を絶対的保障はしてない。貧富の差を解消し、中間階層を大きくすることは社会の安定にもつながろう。

（1）職業選択の自由

職業の選択は、単なる経済的手段にとどまらず、精神的側面も有している。このため、現在では職業選択の自由は精神的自由の側面も有するというのが一般の見解である。自由権であるので、就きたい職業を政府に斡旋^{あつせん}してもらい権利などは含まれず、国が、まるで封建時代のように職業選択を妨害しないことが保障の要点である。また、選択をしても継続的に従事できなければ無意味であるので、憲法29条は営業の自由も保障していると考えられる。

* 職業の中でも小説家、宗教家、学者などになる自由は精神的自由の各条項で保障されている。また、国会議員や公務員となること（公務就任権）も特定の条文が存在する。雇われる権利は27条の問題のようにも見える。22条の核心は、企業、商店、農家などを自主的に経営する自由にあろう。経済史学から、「営業の自由」は人権ではなく、営業のギルド的独占を排除する公序として追及されたものだとの主張もあったが、憲法論としては対国家的な自由権として考えるべきである。

経済活動としての職業選択の自由には、生命・安全を根拠とした規制であり、他者に害悪が及ぶことを予防する自由国家的規制（内在的規制、警察的規制）のほか

か、福祉国家理念の下、経済の調和的発展や社会的経済的弱者保護のための規制である、社会・経済政策実行のための社会国家的規制(政策的規制、外在的規制)も及ぶと考えられる。売春業などは反社会性や公序良俗違反ゆえ禁じられ(最大判昭36・7・14刑集15巻7号1097頁)、競馬などは公営に限られ、国家独占の必要などのため、国家独占事業への参入も禁止できるとされてきた(以前の郵政事業、たばこの専売など)。それ以外にも様々な理由から、届出制(クリーニング業、理容業など)、登録制(建築業、毒劇物営業者など)、許可制(薬局開設、飲食業、風俗営業、貸金業、古物営業など)、特許制(電気、ガス、鉄道など)、免許制・資格制(医師、薬剤師、弁護士など)などが採られている。犯罪予防のための古物商の許可制(最大判昭28・3・18刑集7巻3号577頁)、国民の健康のため、資格を持たぬ者の医業類似行為を禁じていること(最大判昭35・1・27刑集14巻1号33頁)、タクシー営業が免許制であったこと(白タク営業事件=最大判昭38・12・4刑集17巻12号2434頁)、風俗案内所の営業禁止区域内営業に刑罰を科す条例(最大判平28・12・15判時2328号24頁)などにつき、最高裁は合憲判断を繰り返している。ただ、裁判例の中には、タトゥー施術を医師免許のない者が行い、医師法違反に問われた事件で無罪を言い渡したもの(大阪高判平30・11・14高刑集71巻3号1頁)もある(他方、要指導医薬品の対面販売を定めた薬事法に反し、業者がインターネット販売等を行った事案では、規制は合憲とされている。東京高判平31・2・6判時2456号3頁)。

職業選択の自由もまた経済的自由として一般には観念されるため、司法審査基準は、立法目的が正当であり、手段は目的達成のために合理的な関連性を有していればよいとする緩やかな審査(合理性の基準)が妥当だと考えられている。西陣ネクタイ訴訟判決(最判平2・2・6訟月36巻12号2242頁)でも、最高裁は、生糸輸入制限を行う繭糸価格安定法が国内の養蚕絹生産者保護のための社会国家的規制であるとして、この基準に基づいて合憲と判断した(農作物共済の当然加入制についての最判平17・4・26判時1898号54頁も参照)。ただし、職業選択の自由は職業遂行の自由に比べて人格関連性が強いとして、より厳格な審査(多くの学説では中間審査)を求める見解もある(医薬品のネット販売を規制する施行規則

は新業事法の委任の範囲を逸脱したとした事例＝最判平 25・1・11 民集 67 卷 1 号 1 頁、タクシー運賃の公定幅枠内への変更命令を裁量権の逸脱・濫用とした事例＝大阪高決平 27・1・7 判時 2264 号 36 頁などもある)。

弁護士、司法書士、弁理士、土地家屋調査士、税理士などについては、非行のあった者の処分を自律に委ねることなどのため、弁護士会などの強制加入団体が置かれている。最高裁はこれらを認めつつ、南九州税理士会政治献金事件判決(最判平 8・3・19 民集 50 卷 3 号 615 頁)において、政治献金は同会の「目的の範囲内」とは言えず、そのための特別会費の徴収はできないと判示した。

(2) 財産権

憲法 29 条は財産権を保障する。財産権もまたも経済的自由の一つである。財産権とは、民法の定める所有権を含む物権、債権、無体財産権のほか、知的財産権や水利権、河川利用権など、財産的価値を有する全ての権利を指す。財産権とは有体物そのものというより権利の束であり、自然権そのものとも言えず、法律でその内容を決められるとの印象もないではない。29 条 2 項が、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定するのはそれを示唆するものであり、憲法の保障する財産権が法によって規定されて具体化することは否めない。財産権は、自由国家では神聖不可侵の権利として考えられたが、社会国家では社会的拘束性を持った権利と観念されている。1919 年成立のワイマール憲法では「所有権には義務を伴う」と定められ、さらに世界恐慌を経て、財産権は様々な社会的な制約を受けるものと考えられるようになった。このような歴史的・比較憲法的な視点から、日本国憲法上の財産権についても同様に考えることができる。29 条は、当該財産権を現在あるような状態でそのまま保護するという保障のあり方(現状保障)と、その財産権の有する価値を保護するという保障のあり方(価値保障)とがあり、一般に後者に傾倒していくことになる。しかし、財産権が法律の裏付けなしには完成しない権利だとしても、1 項が財産権の不可侵性を謳っている以上、それ以前の法律を前提としない財産権を観念すべきようにも思われる。そこで多くの学

説は、このため、「財産権は、これを侵してはならない」とする同条 1 項は**私有財産制を制度的保障**とする（資本主義を前提とし、社会主義や共産主義を否定する）とか、財産権の核心部分の公権力による侵害を禁じた意味があるとか、「大きな財産」（独占財産）については制度的保障だが「小さな財産」（生存財産）は不可侵と定めたなどと述べてきた。

* 総有を解体し、共有を分割し、全てのモノを私有財産化する近代資本主義社会は、南海の首長ツイアピの演説集を装ったショイルマン『パパラギ』（1920 年、ドイツ）の世界から見ると奇怪だろう。ただ、社会主義のはずの**中華人民共和国**が社会主義市場経済である一方、資本主義の下でも、基幹産業の国家独占がなされることもあり、今や資本主義と社会主義の区別は明快でもなく、私有財産制を制度的保障だと解することにどれだけの意味があるかは疑問である。

財産権の内容を公共の福祉に適合するように法律で定めるとは、財産権が公共の福祉によって制限されるという意味に捉えられ、結局、他の権利制限の場面と特段の違いはない。ただ、財産権は、特に社会的拘束性を持つものと観念されている現在、かなり広汎に規制され得る権利と考えられており、他の経済的自由と同様に、自由国家的規制と社会国家的制約が及ぶ。前者には、民法や建築基準法の相隣関係^{そうりん}的規制がある。後者には、バイパス建設に伴う土地の買上げなどが考えられる（短期売買差益返還請求訴訟＝最大判平 14・2・13 民集 56 巻 2 号 331 頁、区分所有法 70 条を合憲とした建物区分所有法訴訟＝最判平 21・4・23 判時 2045 号 116 頁も参照）。**成田新法事件**判決で最高裁は、同法 3 条 1 項による土地工作物の 3 態様の使用禁止を合憲とした（最大判平 4・7・1 民集 46 巻 5 号 437 頁）。また、**地方議会の民主的立法**である**条例**による制約も可能とされ、**奈良県ため池条例事件**判決でも、損壊、決壊等による災害防止、下流住民の生命や財産の保護のために、私有のため池^{ため池}堤とうでの耕作禁止を条例が命じることができるとされた（最大判昭 38・6・26 刑集 17 巻 5 号 521 頁）。

29 条 3 項は、私有財産を「公共のために用ひる」際には**正当な補償**が必要であると定めている。「公共のために用ひる」の意味については、①「公共のために」を狭く解し、その公共性を強く求め、特定私人に利益となるような取

用は許されないとする見解がある。しかし、これを広く解して、②最終的に特定私人の利益になるような場合でも、公共の利益の実現手段としてなされたと鳥瞰できる場合には、取用を認めるという見解がある。現在では後者の見解が通説・判例（最判昭29・1・22民集8巻1号225頁）と言えよう。「用ひる」の意味についても、①厳格に財産の移転性を要するとする見解もあるが、財産の実際の移転がない場合には取用とは考えられず、「正当な補償」の支払いは少なくとも憲法上は必要なくなるという難点がある。このため、これを緩やかに解し、②実際に財産の移転がなくとも一定の制限については「用ひ」たことになるとすべきである（通説）。そして、通説に従えば、どのような規制の場合に補償を要するのかということが問題となる。道路・鉄道建設などの公共事業の際に、一定範囲の土地を有償で強制的に買い上げる場合がその典型である。通説は、それに限定せず、特定の個人の財産に例外的に、一時的ではない多大な損失を与え、それが自由国家的制約だとは言えないような特別の犠牲を払うときには、損失補償が必要であるとする（形式・実質二要件説）。文化財保護法43条は、現状変更制限を加えられた文化財の持ち主等に補償を施している（消防法29条3項も参照）。河川附近地制限令事件判決では、川砂利採取業者に憲法29条3項を直接の根拠として、その禁止に伴う補償請求の余地があるとされた（最大判昭43・11・27刑集22巻12号1402頁）。これに対して、国立公園内山林からの原石採掘が禁止された事案では、造林業者に対する損失補償は認められなかった（東京地判昭61・3・17行集37巻3号294頁）。奈良県ため池条例事件判決でも補償は認められなかった。

* 2020-21年のコロナ禍の際、飲食店などへの「補償」を求める声が高まったが、休業要請が従業員や顧客の生命・健康のためであれば、それは自由国家的規制の最たるものであり、生命等に危険な営業を規制することは憲法上何ら問題なく、判例に従っても、補償がなくとも違憲とは言えない。しかし、このことは無論、営業ができず、生活に困難が生じている人々に対し、法律によって給付金を出すことを禁じるものでなく、「投票箱と民主政」に委ねられる（通常は、むしろ給付が望ましい。鳥インフルエンザの被害を受けた鶏卵農家の場合なども同じ）。対して、高齢者などの「買い物難民」を防ぐべく、

郊外型大型店舗の出店規制を行い、併せて、一定規模以上の店舗に対して開発構想の段階で市への届出を求め、市民向けの説明会を開催することを求めるなどの方針が採られているが、こうした都市政策のための規制は一種の社会国家的規制として許容されると思われる。

「正当な補償」の意味について、学説は大別すると、完全補償説と相当補償説に分かれる。①完全補償説は、「正当な補償」とは収用される財産の客観的な価値の補償であるべきとするのに対して、②相当補償説は、相当又は妥当な補償で足り、必ずしも完全額の補償は必要ないとする。判例は、**農地改革事件**判決(最大判昭28・12・23民集7巻13号1522頁)において相当補償説を採ったが、その後、**土地収用法事件**判決(最判昭48・10・18民集27巻9号1210頁)で、**土地収用法**の解釈としては、「収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償をなすべき」だと判示している(ただし、最判平14・6・11民集56巻5号958頁は相当補償説のようにも読める)。**農地改革**という、戦後のある特定時期の特別な場合を正面から説明するのが相当補償説であり、これを占領下の例外(あるいは、戦後憲法体制を構築するための対応)として平時の一般則を固く守ったのが完全補償説だと言えようか。財産権が合理性の基準の下にあることからすれば相当補償説に分かろうが、平時に客観的価格を大きく下回って合憲と言える事例はまずなかろう(逆に、完全補償説を頑なに守り、少しでも安価なら違憲とすることは、財産権規制が基本的に合理性の基準の下で審査されることと適合しないであろう)。最高裁は、1971年施行の「国有農地等の売払いに関する特別措置法」とその施行令が土地の買取価格を時価の7割と変更したことが、「買取の対価相当額で売払いを求める権利」を濫及的に侵害したとの訴えを斥けた(最大判昭53・7・12民集32巻5号946頁)。他方、ダム建設に伴う離村・転業等、生活再建のための生活権補償まで憲法29条3項によっては補償されないとする説が強い(実際には、都市計画法74条、水源地域対策特別法8条などのように立法によって解決されることが多い)。市営屠殺場廃止に伴い反射的利益を失った屠殺業者らへの支援金の支出を不適法とする判決(最判平22・2・23判時2076号40頁)もある。

(3) 自由国家的規制と社会国家的制約

精神的自由、特に**表現の自由** (21条) の**優越的地位**があり、それを制約する立法の場合、裁判所は司法審査基準としては**厳格審査**で臨むべきだとされる。経済的自由は、精神的自由とは対照的に裁判所はそれほど手厚く保護すべきではなく、経済的自由を制約する立法に対しては、裁判所は**政治部門**の判断を尊重して比較的緩やかな審査を行うことを原則とされる (**二重の基準論**)。特に、財産権は社会的拘束性を持った権利であることから、そう解されている。

* 経済的自由規制場面の司法審査基準が緩やかでよいとすることに対しては、以下のよう
な批判がある。第1に、表現行為を中心とした精神活動による自己実現しかあり得ない
わけではなく、経済活動によっても自己実現が図られる。第2に、思想の自由市場論と
いう観点から言えば、自由市場論がもともとは経済の世界で唱えられたものであり、経
済について妥当しない理由はない。第3に、営利的表現や新聞の販売など、精神活動と
経済活動の結びつきは多々あり、精神的自由と経済的自由を民主主義プロセス論で簡単
に切り分けられない。しかし、これらの規制は概ね「投票箱と民主政」の過程に委ねる
べきではないか。

このように、経済的自由の制約を政治部門が広く**裁量**で行えるということは、
批判もあるが、歴史的にも理論的にも正当化できよう。

経済的自由の制約には自由国家的規制と社会国家的規制があるとされるが、
①通説は、前者には、裁判所が規制の必要性や合理性を実質的に問い、立法事
実に基づく審査を行う中間審査 (**厳格な合理性の基準**) が及び、後者には、その
目的が正当でないか、当該規制が一見して極めて明白に著しく不合理であって
違憲と断ぜざるを得ない場合を除いては合憲とすべきだ、とする合理性の基準
(**明白性の基準**) が及ぶとしていた (行政法学は警察比例の原則から説明した)。社会国
家的規制立法は政治部門による利害調整の結果であるため、裁判所がそれ以上
の立ち入った審査を行う必要はないが、自由国家的規制立法は、社会への害悪
防止を口実に不当な立法が行われるおそれがあるので、より厳格な審査が必要
であるとする正当化の説明もある (なお、事案の解決に際しては、法律制定時だけ
なく、現在の**立法事実**も考慮する必要もある)。

しかし、このような規制目的二分論に対しては、第1に、そもそも全ての規制は自由国家的規制と社会国家的規制に分けられないとする批判がある。第2に、生命・安全の保護を目的に規制をするのが自由国家的規制であるならば、むしろそのような規制こそより政治部門の広範な裁量を認めて生命・安全の保護を図るべきであると批判された。また、第3に、実際の合理性の基準(明白性の基準)が無審査に等しいことなどにも批判があった。

最高裁も、いくつかの距離制限判決で、対応を異にした。1955年の公衆浴場事件判決(最大判昭30・1・26刑集9巻1号89頁)では、「国民保健及び環境衛生」を理由に、公衆浴場に関する距離制限を内在的規制として捉え、中間審査的に、目的・手段間の実質的関連性を認めて合憲と判断した。しかし、薬事法違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁)では、これを内在的規制として同様の審査をしながらも、「国民の生命及び健康に対する危険の防止」という目的と、距離制限による新規参入規制という手段との間には関連性が乏しいとして、規制は違憲とされた。同じ基準を用いた類似の判例が結論を異にした結果になった。また、小売市場事件判決(最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁)においては、小売市場の距離制限は「経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」であるとされ、乱立防止のための一種の社会国家的規制と捉えられた。その上で、合理性の基準の下、その手段「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」として、合憲判断が下された。

そして、森林法違憲判決(最大判昭62・4・22民集41巻3号408頁)では、2分の1ずつの持ち分の共有林の分割をおよそ不可能とする森林法186条が違憲と判断されたが、最高裁は、共有林の分割制限が自由国家的規制か社会国家的規制かを明言せず、手段が「必要な限度を超えた不必要な規制である」と判示したのであった。実際に、森林法の目的は土砂崩れの防止のような自由国家的規制と、零細な林業家の保護や観光資源の保護のような社会国家的規制の両面を含む(「きれいな水」などは生命線か詰めて販売するかで異なろう)。最高裁は、1989年1月の公衆浴場距離制限事件判決(最判平元・1・20刑集43巻1号1頁)では、1955

年から法律自体に変更がないにもかかわらず、社会国家的規制のように議論した。しかも、同じ年の3月の判決はこのような二分法によらず、合憲判断を導いている（最判平元・3・7判時1308号111頁）。これは、建築が困難で利用者が地域限定的であることなどを考慮し、時代の変化により零細公衆浴場業者の保護も規制目的として加えることにより、先例とは異なる判断を下したのに見える。さらに、**酒税販売業免許事件判決**（最判平4・12・15民集46巻9号2829頁）でも、**サラリーマン税金訴訟判決**（最大判昭60・3・27民集39巻2号247頁）を引用しつつ、**租税**がいずれの規制目的に該当するのかを判示することなく、合憲の判断が下されたしたのであるが、憲法30条が**納税の義務**を定めるところ、特に**一般会計**に組み入れられる税の場合、その目的が自由国家的なのか社会国家的なのかはそもそも不明である。登記等の業務を司法書士に限定する**司法書士法19条1項**が争われた**司法書士事件判決**（最判平12・2・8刑集54巻2号1頁）、**証券取引法164条1項**に関する事例（最大判平14・2・13民集56巻2号331頁）、**農作物共済への強制加入**が争われた**農業共済組合事件判決**（最判平17・4・26判時1898号54頁）などから考えても、最高裁はもはや規制目的二分論を貫いているわけではないように見えてきた。

学界でも、②規制目的二分論を採らずに一律に緩やかな合理性の基準を適用すべきという見解や、逆に③経済規制に対する司法審査基準を総じて中間審査とする見解、④規制目的二分論を発展的に解消してさらに第3の領域を設けようという見解など、多様な見解が主張されるようになっている。二重の基準論に立ち返れば、原則としては②の見解が妥当であろう。

*このほか、圧力団体などが政治過程で規制立法を獲得し、その利益は一般国民が得られないため、経済規制立法の適切・公正・透明性の確保のため目的・手段関係の念入りな審査が必要であるとする見解や、新規参入の規制のように、職業選択の自由それ自体の規制であるときは、規制目的にかかわらず、目的・手段共により厳格に審査すべきだとする見解、民法典への信頼から、これを基準に規制の分類は可能であり、基準の細分化は望ましいとする見解などもある。

社会権

1. 総説

貧困や失業等、社会的・経済的弱者の自由や平等を確保するために国家の積極的な施策を要求する権利を**社会権**という。歴史的には、1919年のドイツのワイマール憲法が明文化したもので、**普通選挙制**などと共に、現代憲法とそれ以前を分かち道標となっているものと言えよう。日本国憲法が**福祉国家**(社会国家)型憲法であることは、社会経済的弱者保護のために国の積極的行為を求める、25条以下の社会権規定によっても確認できることになる。

資本主義経済の下では、人々はまず、自由な経済活動(財産権と職業選択の自由の行使=22・29条)により生活の糧を得るのが本筋である。しかし、高度産業社会においては、雇用され、その有する労働力を提供することで**賃金**を得る大量の**労働者**が生まれた。**資本家**や**経営者**に比べて労働者は弱い立場に置かれたことから、**貧富の差**が著しくなり、国家が関与して社会的経済的弱者の権利の保護を図る必要が生じ(修正資本主義)、20世紀になると福祉国家理念の下、**実質的平等**の要求から社会権が登場し、まず、**勤労権**(27条)、**労働基本権**(28条)の保障がなされた。労働力を得るには教育が必要であり、特に家庭が貧しくても**教育を受ける権利**が保障される必要がある(26条)。そして、これによっても人間に値する生活ができない人に対しては政府が**生存権**(25条)を保障することが求められた。25条は、家族の相互扶助や社会や様々な集団による自立支援が想定されるにせよ、生存保障の最後の砦である。権利行使の順は条文とは逆であるが、社会権条項の先頭に立つ生存権規定は、その象徴的存在であると共に、総則的役割を果たすものと期待されている。

2. 生存権

(1) 意義

戦前、1874年に、重度障害者や老衰者に米代を給付する**恤救規則**^{じゆつきゅう}、1929年

に救護法が制定されたが、それらは国による恩恵的な制度にとどまっていた。これに対し、日本国憲法 25 条は**天賦人權性**を有するものである。憲法制定時、GHQ（連合国軍最高司令官総司令部）草案（マッカーサー草案）の個別の社会権の規定を総括する**日本社会党**の提案によって、帝国議会審議の段階で 25 条 1 項が付加され、同草案 24 条の「社会保障の提供」が 25 条 2 項の原型となった。憲法 25 条 1 項は「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」（生存権）を保障し、2 項は「国は、すべての生活部面について、**社会福祉、社会保障及び公衆衛生**の向上及び増進に努めなければならない」と規定された。

* その「公衆衛生」という文言ゆえ、25 条から**環境権**を引き出す見解も有力ではあった。しかし、根拠条文はやはり 13 条である。

* 講学上は、生活困窮者に最低限の生活を国が保障する**公的扶助（生活保護）**、疾病・老齢・失業などに対して一定の給付を行うため強制加入方式の公的保険制度である国民年金などの社会保険、児童・高齢者・障害者・母子家庭などの社会的弱者の自立のため援助・育成を行う**社会福祉**、疫病の予防などを目的とする公衆衛生を含む上位概念が**社会保障**である。公的扶助は 1 項の問題であろうから、2 項の「社会保障」に残されるのは、ほぼ社会保険であろう。1958 年の国民健康保険法の制定、1961 年の**国民皆保険制度**になど続いて、1997 年には介護保険法が制定された。

(2) 法的性格

生存権の社会権的側面の法的性格について、議論がなされてきた。

憲法 25 条 2 項があくまでも国の努力目標であることは明らかだが、同条 1 項の「権利」が、**表現の自由** (21 条) や**参政権**が権利であるように権利なのかという点では争いがある。まず、① 1 項もまた、国家の政策目標を掲げ、それを実現させるべき政治的**道義的義務**を定めたに過ぎず、国に法的義務を課したのではないとする**プログラム規定説**がある。生存権の内容や実現方法が条文中抽象的であること、専門技術的判断を要すること、生存権の実現には**予算**が必要であるが、その配分は国の財政政策上の問題として政府の裁量に委ねられていること、資本主義の下では生存権を**具体的権利**とする前提を欠くことなどがその理由である。終戦直後の闇米の取締りが争われた**食糧管理法違反事件**判決（最大判昭 23・9・29 刑集 2 卷 10 号 1235 頁）で、最高裁が 25 条 1 項について、

個々の国民の国家に対する具体的、現実的な権利を直接保障したものではないと判断したように、健康で文化的な最低限度の生活水準の設定に関しては、その時の社会・経済事情に鑑み、財政事情も考慮に入れながら決定せざるを得ないため、国の裁量権が広く認められるとも併せて指摘される。プログラム規定説は、ドイツのワイマール憲法 151 条 1 項（「経済生活の秩序は」「正義の諸原則に適合するものでなければならない」）の解釈に由来するが、裁判規範性を否定するこの説には、日本国憲法の 25 条の文言に「権利」とあることを無視し、福祉の水準をゼロ収縮させても違憲ではなくなるなどの批判が多い。そこで、国民は、25 条 1 項により文言通りに生存権という法的権利を有すると解する説が登場する。この中でもまず、②「権利」と解するのが文言に忠実であり、立法府を拘束し、社会保障を確保するよう予算を議決する義務が国にはあるなどとして、客観的に「健康で文化的な最低限度の生活」を明らかに下回る給付水準以下の者は、憲法 25 条を根拠に直接的に金銭給付を直接請求でき、訴訟により立法の不作为の違憲確認判決や給付判決を求め得るとする説がある（具体的権利説）。しかし、違憲確認判決が訴訟法技術的に困難ではあるほか、確認だけを得て給付を勝ち取らねば当事者にとって意味があるのか、という疑問もある。多数説は、このいずれの説も極端であるとして、③憲法 25 条を具体化する立法があり、その給付が一定水準以下のときは憲法違反となるとしている（抽象的権利説）。同説は、この権利は抽象的なものであって、25 条 1 項を直接の根拠として国の立法や行政の不作为を裁判で争うことはできないが、法律の制定があれば具体的な権利となり、その法律に基づく訴訟において、25 条 1 項違反を主張することは可能であるとする。しかし、具体的権利説の多くも直接憲法を根拠とした給付請求訴訟までは認めておらず、また、今日、多くの社会保障関係法が制定されているので、法律と共に 25 条 1 項を主張すること、法律の違憲性を問題とすることは、抽象的権利説でも可能となっており、論争する意味は希薄になっている。逆に法令がなければ憲法上の保障が生まれないというのであれば、抽象的権利説はプログラム規定説と何ら変わらないのではないかという疑

間もある。一般的には、生存権の裁判規範性を前提とした上で、**司法審査基準**としては、①25条1項の問題が特に生存に関わることを理由に、立法府に広い裁量を認めることに反対し、**中間審査**（厳格な合理性の基準）が妥当するという見解が多い。しかし、②**社会権も経済的自由の延長にあり**、両者は交錯するものであることから、（むしろ具体的権利としつつ）**合理性の基準**を妥当としたい（むしろ、25条1項を抽象的権利としたことに問題があろう）。ほとんどの事案は、社会保障関係法の目的合理的解釈で解決されるべきである。

*生存権を具体化するものとして、様々な社会保障関係法が制定されている。それは例えば、生活保護法、児童福祉法、身体障害者福祉法、老人福祉法等の社会福祉法、労働者災害補償保険法、雇用保険法、国民健康保険法、国民年金法、介護保険法等の社会保険法、環境基本法、食品衛生法などの公衆衛生法などである。その内容については不十分さがなお指摘されており、かつ、社会保険立法では負担増や給付減少の改正がなされるなど、厳しい情勢となっている。明らかに不合理な水準である事案では憲法25条違反（まずは適用違憲）を宣言したい。

憲法25条1項の権利性などは、**朝日訴訟**で、**生活保護法の基準**（生活扶助月600円など）が低すぎるかなどとして争われた。しかし、最高裁は、原告死亡に伴って裁判を打ち切り、「なお、念のため」以下の傍論として、25条が「具体的権利を賦与したものではない」と判示し、「厚生大臣の合目的的な裁量」も広く認めた（最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁）。また、最高裁は、視力障害者で障害福祉年金の受給者で母子家庭の母である原告が、児童扶養手当との併給禁止の是非を争った**堀木訴訟**でも、最高裁は、「併給調整を行うかどうかは」「立法府の裁量の範囲に属する」ものであるなどとして、訴えを斥けた（最大判昭57・7・7民集36巻7号1235頁）。

*25条1項は最低限度の生活保障（救貧政策）、2項は、それを上回る「社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進」という防貧政策を謳うものとする1項2項分離論も有力に主張されている（堀木訴訟二審判決＝大阪高判昭50・11・10行集26巻10＝11号1268頁）。しかし、両者の区分は困難であり、疑問がある。また同訴訟一審判決（神戸地判昭47・9・20行集23巻8＝9号711頁）は、憲法14条1項（**平等権**）違反とした。確かに、仮に給付水準が十分でも、受給者選定基準が不合理であれば14条の問題となり得ると思われる。2021年、大阪地裁は、生活保護基準の引下げは違法であり、裁量

権の逸脱か濫用があり、生活保護法に反していると判示した (大阪地判令 3・2・22 賃社 1778 号 22 頁)。

しかし、このように立法裁量をかなり広汎に認める判例の姿勢に疑問を投げ掛ける声も強い。夫婦で老齢福祉年金を受給する場合に、夫婦受給制限により一部支給停止決定されたことが争われた**牧野訴訟**において、東京地裁が「差別すべき合理的理由は認められない」として、受給制限条項を憲法 14 条に違反し無効であるとした (東京地判昭 43・7・15 行集 19 巻 7 号 1196 頁) ことを支持する説は多い。1988 年改正前の国民年金法では、20 歳以上 60 歳未満の者は強制加入であったが、学生は例外的に任意加入であった。20 歳以上の在学中に障害を負ったが任意加入していなかったために、障害年金の支給が認められなかった原告が、不支給決定の取消等を求めた**学生無年金障害者訴訟**において、最高裁は、堀木訴訟を引用して立法府の広い裁量権を認め、「著しく合理性を欠くということとはできず」、憲法 25 条、14 条に反しないとした (最判平 19・9・28 民集 61 巻 6 号 2345 頁) が、およそ周辺の者と比べて差別されており、法的救済が求められるべきであったであろう (その後、すでに発生した無年金障害者については、2004 年に制定された「特定障害者に対する特別障害給付金の支給に関する法律」により救済が図られた)。また、福祉立法の解釈指針として 25 条 1 項が機能することで具体的な憲法上の権利が発生しており、その水準の切り下げは違憲だとする主張 (制度後退禁止原則論) も、有力に主張されている。裁判例の中には、生活保護法 56 条にいう「正当な理由」のない保護の不利益変更禁止が保護基準の不利益改定にも適用されるとして加算廃止を違法としたものもある (福岡高判平 22・6・14 判時 2085 号 76 頁) が、最高裁は、生活保護基準中の老齢加算が段階的に減額・廃止されたことが憲法 25 条 1 項や生活保護法に反しないかについて、老齢加算廃止違憲訴訟判決 (最判平 24・2・28 民集 66 巻 3 号 1240 頁) で、行政裁量の範囲の逸脱・濫用を審査した上で、この考えを否定した。判例変更をおよそ許さないという法理を普遍的に認めることは難しい。

近年、受給者が貧困とは見做されないと行政に判断され、福祉受給を減額さ

れるなどされる事案が頻発した。裁判所は、生活保護費を原資とする預貯金を有するため、その一部を資産として収入認定して行った保護費減額処分を違法無効とし（秋田生活保護費貯金訴訟＝秋田地判平5・4・23判時1459号48頁）、生活保護費から子の高校進学のためにかけていた学資保険の満期払戻金を収入認定した保護費減額処分も違法とした（福岡市学資保険訴訟＝最判平16・3・16民集58巻3号647頁。これを受けて、2005年から生業扶助に高等学校等就学費が盛り込まれた）。だが、生活保護受給者の減免措置を規定せず、老齢基礎年金から特別徴収を行う市条例は、著しく合理性を欠くとは言えず合憲とされた（旭川市介護保険条例事件＝最判平18・3・28判時1930号80頁）。

なお、生活困窮者に対する重税や生活保護費の給付切下げなどは「最低限度の生活」を脅かす立法は、生存権の自由権的側面を侵害するとする見解がある。総評サラリーマン税金訴訟では、最低限度の生活に必要な費用（最低生活費）の控除を認めない旧所得税法が争点となったが、最高裁は立法裁量を広く認めて原告の主張を斥けた（最判平元・2・7判時1312号69頁）。恒常的な生活困窮者を減免対象としないことが争われた旭川市国民健康保護条例事件においても、25条違反の訴えを斥けた（最大判平18・3・1民集60巻2号587頁）。このような深刻な事態が生じれば、むしろ13条の問題であろう。

3. 教育を受ける権利

(1) 意義

憲法26条の教育を受ける権利とは、一人の人間として「成長、発達し、自己の人格を完成、実現するために必要な学習をする固有の権利」（旭川学力テスト事件＝最大判昭51・5・21刑集30巻5号615頁）とされる。また、次世代の主権者たる国民の育成という意味も持つ。そのためには、教育設備、教育者等が必要となるが、これらを個人で整えるのには限界がある。国に対しては、教育制度、教育条件の整備という積極的な行為が要求される。

* 地方教育行政法は、各都道府県・市町村及び特別区に、教員の採用や学校の管理運営へ

の指導助言などを行う独立行政委員会の一つである教育委員会の設置を義務付けている。委員は、終戦直後は公選だったが、後に任命制となった。

近代日本の義務教育は1879年の教育令、1886年の学校令で始まったが、皆教育の実施は明治政府によっても困難を極め、本当にほとんどの児童が小学校を卒業するのは戦中か戦後を待たなければならなかった。1890年に教育勅語が公布されると、儒教的道徳を基礎に天皇の神格化を軸として展開されていった。このような戦前の教育とは一線を画して、戦後教育は出発したのである。

子どもの教育を受ける権利を実質化するために、国民は「子女に普通教育を受けさせる義務」を負う（2項）。この義務の具体的内容は、「基本法」第一号と言われる教育基本法（5条）や、学校教育法（16条）などで具体化された。保護者は子に9年の普通教育を受けさせる義務を負い、義務違反者には制裁が科される。また、27条3項は児童労働を厳しく制限している。

*今日では、生涯学習（教育基本法3条）との関連で、成人教育についても念頭に置くべきとも言われるが、憲法26条ではなく23条などの保障領域であろう。

（2）内容と法的性格

国民は「その能力に応じて、ひとしく」教育を受ける権利を有する（26条1項）。憲法14条の平等原則が教育の領域にも妥当し、また、各人の能力の違いに応じて異なった教育が行われることを認める趣旨と解されている。さらに、実質的平等（実質的機会の平等）の考えから、子どもの心身の発達状態に応じた教育の保障、及び、経済的理由による修学困難者に対する教育の保障が憲法から導かれるとの主張も有力である（教育基本法4条2・3項、学校教育法72条・19条）。障害者が然るべき教育を受けられるよう、教育条件整備を積極的に要求する権利として捉える動きもある。逆に、障害者が希望する普通学級への入学の場面などで、学校等による拒否が障害者差別とならないよう十分な注意を要しよう（市立尼崎高校事件＝神戸地判平4・3・13行集43巻3号309頁）。

*これまで、26条の「能力に応じて、ひとしく」は「ひとしく」を強調する解釈が強かった。しかし、各自の能力・人格発展（メリット）と、家族の自律性という価値も無視できない。この3つはトリレンマの関係にあり、難題である。

この権利は「法律の定めるところ」による。多数説は、これは単なるプログラム規定ではなく法的権利であるとするが、直接国に請求できる権利ではないため抽象的権利と解する。具体的な教育制度・施設を整えるには立法裁量があるものの、憲法 26 条の趣旨に反するような制度は違憲となろう。

貧富の差なくあまねく教育を及ぼすため、憲法 26 条 2 項後段は「義務教育は、これを無償とする」と定めている。無償の範囲について、①その範囲は法律によって具体化されるとする説（無償範囲法定説）や、②授業料、教科書代、教材費、学用品など、教育に必要な一切の費用は国が負担すると解する説（修学費無償説、一切無償説）もあるが、通説・多数説は、③授業料の無償を定めたものと解する（授業料無償説。ただ、それ以外についても、財政事情に応じ無償とする努力義務があるとする見解は多い）。最高裁も授業料無償説に立ち（教科書国庫負担請求事件＝最大判昭 39・2・26 民集 18 卷 2 号 343 頁）、学校教育法 6 条も無償の範囲を授業料としている。なお、1963 年以降、「義務教育諸学校の教科用図書の無償処置に関する法律」により教科書は無料配布され、また、2010 年には高校無償化法（公立高等学校等に係る授業料の不徴収及び高等学校等就学支援金の支給に関する法律）により、公立高校の授業料が無償化された（国立・私立高校については、公立校の授業料を上限として就学支援金が支給された）が、通説によれば、これらは憲法の保障を超える対応ということになる。

教育を受ける権利の内容について、学説の中では、① 26 条を国家による経済的配慮（就学援助等）などのような生存権的側面でのみ捉える（経済的権利説、生存権説）こともなく、②主権者としての資質や能力の獲得にあるとする（公民権説）こともなく、③子どもが教育を受けて学習し、人間的に発達成長していく権利と捉えるべきとする説（学習権説）が有力である。確かに、教育基本法は、「人格の完成を目指し、平和で民主的な国家及び社会の形成者」たる国民の育成を目的としており（同法 1 条）、事実、教育の大半は精神活動である。また、教育権をめぐる事件である魏町内申書裁判（最判昭 63・7・15 判時 1287 号 65 頁）や一連の日の丸・君が代裁判（最判平 19・2・27 民集 61 卷 1 号 291 頁、最判平 23・5・

30民集65巻4号1780頁など)もそうである。そして、26条は、国が子どもの教育を受ける権利を妨害したり不適切な教育を親に強制したりしないという自由権的な性格をも有するとも言われる。しかし、そうであれば、これらの多くは、精神的自由(特に思想・良心の自由=19条)の問題として、厳格審査されるべきである。ならば、26条の自由権の側面を強調したり学習権説に固執したりする必要もなく、社会権の本質に回帰すれば足りよう。

* 2007年に教育基本法が改正され、道徳教育(同法2条1号)や愛国心教育(同法2条5号)が新しく盛り込まれ、法律による教育の実施を強調されて(同法16条)、学習指導要領や各種通達の役割が増大した。これには、多様な価値観を持つ児童生徒や教師がいることを無視し、精神的自由を侵害するおそれがあり、国家に教育内容への介入を強く認めるものであるなどの強い批判がなされた。高校でも道徳科目をという動機で2022年度からの新科目「公共」が検討され、導入されたが、学習指導要領の内容は公民基礎・総合のようであり、公共政策を学ぶ運用も予見されており、^{かくのほうく}如是、科学的で健全な運用となるべきものである。

(3) 教育の自由と教育権

教育の問題は、経済的問題というより精神的問題として争われてきた感が強い。国は、教育制度や施設を整備し教育の場を提供するが、その提供する教育の内容・方法について、親や教師の考えと対立する場合がある。その場合、教育内容の決定権は誰にあるのか、という教育権(教育の自由)論争が生じていた。即ち、①教育は親などの私的な営みであって、国は教育内容を決められないとする「国民の教育権」説と、②教育は次世代の国民を育む公的なものであって、民主的過程を経て国はその内容を決め得るとする国家教育権説が対峙してきたのである。また、高校以下の教員に教授の自由はあるか、という問題もこれに絡んでいる。「国民の教育権」説は、国家の介入は教育の諸条件の整備に限定されるのであって、教育内容の決定権は原則として親にあり(個人主義)、親権者の信託を受けた教師に帰属すると主張した。対する国家教育権説は、議会制民主主義の下では国民全体の意思は国会の法律制定によって具体化されるから、国が法律によって教育内容を決定する権限を有すると主張する。家永教科

書裁判第2次一審判決（東京地判昭45・7・17行集21巻7号別冊1頁。杉本判決）は前者、第1次一審判決（東京地判昭49・7・16判時751号47頁。高津判決）は後者に立っただとされている。「国民の教育権」説に対しては、教師が親の信託を受けていると言えるのか法的に曖昧であるなどの批判がある一方、国家教育権説に対しては、教育内容、精神活動への国の政治的介入を安易に許すものであるとの批判があった。しかし、最高裁は旭川学力テスト事件判決（最大判昭51・5・21刑集30巻5号615頁）において、いずれの立場も「極端かつ一方的」であると斥け、各当事者の「憲法の次元における」教育権限の範囲は、「関係者らのそれぞれの主張によって立つ憲法上の根拠に照らして各主張の妥当すべき範囲を画するのが、最も合理的な解釈」であると述べた。教育問題の登場人物・場面の多様さを考えると、両極端の立場は採れず、妥協的な理由付けだとの批判はあるものの、結論はほぼ了解できよう。また、文部省（現・文部科学省）の学習指導要領に定められた内容を逸脱し、所定の教科書を使用しなかった公立高校教師に対する懲戒免職処分が問題となった事件で、最高裁は、その処分は、「裁量権の範囲を逸脱したものと判断することはできない」とした（伝習館高校事件＝最判平2・1・18民集44巻1号1頁）。

*この背景には、憲法23条の「学問」と26条の「教育」の区別が可能か、という問題がある。全て学習は真理の発見であるとすれば、全ての教員には大学の教員並みの教授の自由が保障されよう。しかし、教育とは未成年者に常識的知識を付与し、人格形成を行うものと解すれば、高校以下の教員には憲法23条由来の教授の自由はない。また、教育問題は主人公の子どもを守ることを主眼として登場人物が多く（親、教員、校長、学校、教育委員会、市区町村、国会、文科省など）、連携によって対決構図が変化するという特徴にも注意したい。

4. 労働基本権・勤労権

(1) 勤労の権利・義務

労働者の保護のため、最低限の労働条件を国が保障することも必要である。憲法27条1項は、「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ」と規定し、

勤労の権利・義務を規定する。勤労の自由を国から侵害されないという自由権的側面は職業選択の自由として22条1項でも保障されているため、27条1項が勤労の権利を保障した意義は、労働の機会や労働条件の整備を国に求め、雇用保険制度などを通じて生活保障を求めるといふ、社会権的側面にある。

27条1項の法的性格については、生存権と同様の議論がある。当初、それはプログラム規定に過ぎないと解されていた。しかし、今日の多数説は、国に対して就職の機会などを請求する法的権利性を認め、法律の改廃による侵害を争え、使用者の解雇の自由を制限する法的効力があるとするようになっている。また、多くの説は立法によりそれが具体化されるという抽象的権利説に立つが、国家が必要な施策や立法を行わない場合には直接憲法を根拠に国の不作為を争うことができるという、具体的権利だとする説もある。具体化法としては労働基準法を中心とする法体系が保障する。正規労働者だけでなくパートタイム、有期、派遣、契約社員など就業形態が多様化し、労働条件が個別に決定・変更されるようになると、2007年、労働関係の基本理念・原則等を体系化し、労働契約についての私法的なルールを定めた労働契約法が制定された。また、職業安定法や雇用対策法、障害者雇用促進法も制定されている。

勤労の義務については、資本主義社会である以上、倫理的訓示に過ぎないとする見解が強かったが、近時、この規定に法的意義を認め、勤労の能力・機会はあるが労働意欲のない者には、国は生活保障の責任を負わないと解されるようになってきた。実際、生活保護法4条1項・60条も、勤労の義務を尽くしたことを給付条件としている（雇用保険法4条・32条も参照）。

27条2項は「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める」として、勤務条件法定主義を定める。これは、近代以降も契約自由の原則の下、経済的弱者である労働者が低賃金や過酷な労働などを強いられてきたという歴史的経緯から、国が労働条件の設定に関与し、例えば、労働基準法、最低賃金法、労働安全衛生法、男女雇用機会均等法などによって労働者保護を図ろうという趣旨である（使用者に向け、解雇の制限や就労請求権を積

極的に基礎付けようとする説もあるが、憲法の直接効力を意味するならば疑問である)。また、3項は、炭鉱などで過酷な児童労働が平然と行われてきた歴史的経緯を踏まえ、児童（労働基準法56条では15歳未満）の酷使を禁じている。

(2) 労働基本権

資本主義体制下においては、他によって代替可能な労働者が、単独で賃金上昇や労働時間短縮などを労働条件の設定において使用者と交渉しても、対等関係ではないため、解雇されるばかりであろう。そこで、労働者は、労働運動弾圧の歴史を経て、団結して労働組合を結成し（団結権）、団体として使用者と労働条件の交渉を行い（団体交渉権）、最終手段としてのストライキ（同盟罷業）を含む争議行為を行う権利（憲法の文言では団体行動権、労働法上は争議権）を勝ち取ってきた。日本国憲法28条は「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する」と規定し、雇用されている者にこれら労働基本権（労働三権）を保障し、これを受けて、労働組合法が制定されている。ここでいう労働者とは、本条の性質上、企業や国などに使用される者である。正当な争議行為であれば、刑事処罰（刑事免責＝労働組合法1条2項）や民事賠償（私人間においてはこの権利を侵害する契約は無効であり、事実上の侵害は違法となり、正当な争議行為は債務不履行や不法行為責任を生じない、民事免責＝同法8条）、行政処分の対象とならない。その意味では労働基本権は自由権的性格も有する。これらの権利を害する不当労働行為があったときは労働委員会に提訴できる。また、「労働関係の公正な調整をはかり、労働争議を予防」することなどを目的とする労働関係調整法も制定されている。

団結権が使用者に対する交渉力の強化のために認められたことから、そこには団体自体の活動の自由も含まれ、一定範囲で組合への加入強制や内部統制などの組織強制も認められよう。加入強制には、組合員であることを雇用条件とするクローズド・ショップや、採用後一定期間内に組合に加入しなければならず、組合未加入や組合からの脱退・除名等があった場合には、解雇しなければならないと労使協定で定めるユニオン・ショップ（労働組合法7条1号但書）など

があり、日本では後者が普及している。多数説は、労働者が組合に加入しない自由を制限できるところに、結社の自由とは別に規定された意義を見出してこれを合憲と解するが、労働者個人の組合未加入の自由、労組選択の自由、勤労権の侵害など、強制加入団体類似の問題も指摘され、調整が要する。ユニオン・ショップ協定に基づき、過半数組合を脱退して新組合に加入した労働者を解雇したことを無効とする判断(三井倉庫港運事件=最判平元・12・14民集43巻12号2051頁)もあり、その効力を限定的なものとする傾向にある。これは、次第に企業寄りの「第二組合」が主流になり、本格的闘争を仕掛ける労働組合を潰す道具として同協定が利用されだしていることを判例が危惧している結果だとも読める。このほか、労働組合の議決に反して市議会議員選挙に立候補した組合員に組合役員が圧力をかけたのは「勧告または説得の域を超え」た処分であり、労働組合の統制権の限界を超えて違法であるとした判決(三井美唄炭鉱労組事件=最大判昭43・12・4刑集22巻13号1425頁)や、選挙で特定候補者を支援するための「政治意識昂揚資金」などの徴収強制は許されないとする判決(国労広島地本事件=最判昭50・11・28民集29巻10号1698頁)もある。

*総評主導(つまり官公労組合主導)の春闘方式も下火になり、労働組合の全国組織も、1987年の全労連の結成(同時に同盟は解散)を経て、1989年には連合(日本労働組合総連合会)が結成された。これに反発する全労連、全労協も誕生した。

団体交渉権とは、団体が、労働条件について使用者と交渉する権利であり、使用者は正当な理由なく交渉を拒否することはできない(労働組合法7条2項)。交渉の結果、合意に達した事項については労働協約が締結され(同法14条)、それは規範的効力を有する(同法16条)。ただ、使用者に対して団体交渉に応じるよう求める具体的権利であるか否かについては争いがある。

団体行動権とは団体が、労働条件の実現のためにストライキ(同盟罷業)、サボタージュ(怠業)、職場占拠、ピケティングなどの争議行為を行う権利である。争議行為には暴力の行使は認められない(労働組合法1条2項但書)。また、労働組合の決定に従わないいわゆる山猫ストも対象外である。終戦直後によく

行われた**生産管理**は企業経営の権能を企業側の意思を排除して非権利者である労働組合が行うものであり、**財産権** (29条) の侵害で違法であるとされている(山田鋼業事件=最大判昭25・11・15刑集4巻11号2257頁)。

*日本国憲法28条の「団体行動」をする権利とは争議権の意味であり、デモ行進の自由は21条(表現の自由又は集会結社の自由)で保障されよう。また、経済活動とは無縁のピラ貼りや純粋な政治ストも21条の問題であると思われる。判例(全通東京中郵事件=最大判昭41・10・26刑集20巻8号901頁、全農林警職法事件=最大判昭48・4・25刑集27巻4号547頁など)も28条の外であるとする。他方、労働者の経済的地位の維持・向上につながる「経済的政治スト」については28条の保障範囲とする説が多い。

公務員の労働基本権は制限されている。だが、全農林警職法事件判決は、「公務員の地位の特殊性と職務の公共性」などを理由に一律的な争議権剥奪を合憲とし、現在に至っている。

〔付記〕 本誌29巻2号の拙研究ノートに以下の文を加筆する。

246頁7行目途中改行後追加 *ローマ帝国の分裂(395年)と西ローマ帝国の滅亡(476年)で、ヨーロッパ中世は始まるとされる。総じて、宗教的にはローマ教皇、世俗的には神聖ローマ帝国皇帝が君臨する封建制(身分制)の時代である。封土として上級君主から給付されることで双務的契約(君臣)関係が生じ、封土を農奴が耕すことで生産がなされた。荘園領主(従士、家士、騎士)は次第に、国王などの上級君主に対し不輸不入権(インムニテート)を行使して、完全な荘園支配者になった。

247頁1行目後追加 *教皇の権威は度重なる十字軍の失敗で凋落した。封建諸侯・騎士階級は疲弊して没落し、その分、国王の権威が高まった。神聖ローマ帝国は13世紀に勢いを失い、ドイツ三十年戦争後のウェストファリア条約で事実上解体された(近世の始まりとされる)。同条約は、中世の二大権威と封建制を終わらせもした。ローマ法大全(534年)などでも有名な東ローマ(ビザンツ)帝国は1453年にオスマン帝国(1299-1922年)により滅亡し、その結果、西洋世界の東端が確定された。他方、1492年、キリスト教徒は、国土回復運動(レコンキスタ)の末、イスラム勢力をスペインのグラナダから追い返し、そのまま大航海時代を作りつつ、ヨーロッパの西端も確定させた。ヨーロッパはキリスト教社会となり、共通の価値観を有する世界が誕生していった。そして王権は、各国で、没落諸侯と新興市民階級のバランスの上に、官僚制(貴族階層)と常備軍を備えた集権的政治体制を確立した。経済政策としては**重商主義**が採られた。

248頁7行目後追加 *イギリスの選挙権拡大は漸次的になされた。1832年の第1回選挙法改正で新興市民階級に、1867年の第2回改正で都市労働者の多数に、1884年の第3回法改正で農村・鉱山労働者に、そして1918年の第4回では21歳以上の全男子のほか30歳以上の戸主又は戸主の妻である女性にも拡大した。

248頁最終行後追加 *選挙権における財産要件がノースカロライナで撤廃されたのは1856年、納税要件がペンシルバニアで撤廃されたのは1933年など、アメリカでの普通選挙の普遍化は意外と遅い。人種による選挙権差別は、南部諸州で読み書きテストや祖父条項、KKKによるリンチの横行などで実質的には公民権運動まで続く。

249頁最終行後追加 *19世紀のフランスは激動であった。1815年にナポレオンが戦争に敗れて第1帝政が終わると、ルイ18世の王政に戻り、シャルトという名前の欽定憲法が発効した(前年公布)。しかし、シャルル10世の反動的政治に反発が強まり、1830年に七月革命が起きると、新たな国王ルイ=フィリップの下、同じくシャルトという名前の協約憲法が制定された。さらに1848年には二月革命が勃発し、その下で普通選挙制が敷かれた。そして、同年、ナポレオン3世が大統領に当選するが、クーデターの後、1852年に第2帝政に移行した。だが、普仏戦争でナポレオン3世自身が捕虜となると、1871年に帝政は終わった。

251頁1行目後追加 *女性参政権の実現はさらに遅れる。1893年の英領ニュージーランドが最初であるが、基本的には20世紀の産物である。1902年オーストラリア、1906年ロシア領フィンランド(被選挙権も)、1913年ノルウェー、1915年にデンマーク、アイスランド、1918年ドイツ、1920年にアメリカ、カナダ、1928年イギリス、1945年に日本、フランス、イタリアなど。スイスは1971年(一部準州では1991年)、イラクは2005年、サウジアラビアは2015年ようやく認められた。ブルネイやバチカン市国などでは認められていない。

251頁24行目途中追加 (日本とイタリアでは、君主制の欽定憲法から民主制の民定憲法への移行でもある)

252頁10行目後追加 *イギリスでは、1909年に下院が承認した予算案を上院が拒否したことが契機となり、1911年議会議法が定められ、上院には法案成立を一定期間遅らせる権限のみが認められた。そして、1949年議会議法により上記の期間がさらに短縮されて、今日妥当する下院優位の立法過程が確立した。上院が保持してきた最高裁判所としての権限も分離され、最高裁判所が設立された。

アメリカでは、1960年代、最高裁が平等問題を中心に積極的に人権保障を行い、当時の公民権運動と重なり、リベラルな思想が社会を席卷した。しかし、1980年当選のレーガンに代表される保守政権は、連邦最高裁に保守的判事を送り込み、保守的志向を持つ長官が現在まで続いている。2001年のアメリカ同時多発テロ以降、国

家ではない「テロとの戦い」が目前に現れ、人権制約を容認する空気も醸し出された。トランプに代表されるプア・ホワイトを中心とするポピュリズムも、アメリカの問題である。

フランスでは、半大統領制の下、大統領は任意に首相を任命できる（同憲法8条1項）が、現実には国民議会の意向を無視できない。社会党のミッテランが大統領下での共和国連合のシラク首相（1986年）、シラク大統領下での社会党のジョスパン首相（1997年）など、大統領と首相の党派が異なるコアビタシオン（cohabitation）がしばしば生じた。保革2派による政権交代を常としてきたフランスでも、2017年から新しい中道政党「共和国前進」のマクロンが大統領に就任した。1971年のいわゆる**結社の自由判決**を契機として、憲法院は人権保障機関としての性格を強めている。また、1974年の憲法改正により憲法院への提訴権者が拡大し、2008年の憲法改正により、合憲性の優先的問題が審査の対象となった。

1989年11月9日のベルリンの壁の崩壊を契機に、東ドイツで翌年、自由主義連立政権が成立し、この政権が西ドイツとの間でドイツ統一条約を締結し、東ドイツが基本法の適用領域に入る形式（実質は併合）で**ドイツの再統一**が果たされた。

253頁12行目追加 冷戦時代と異なり、軍事クーデターや独裁への国際世論の批判は直截的となり、君主制の崩壊は同情されなくなった。立憲民主制、自由民主主義の一般化であった。

他方、この間に進行してきた事態は、中国（中華人民共和国）の台頭である。毛沢東の指導の下、1949年10月に建国され、1954年9月に全国人民代表大会で中華人民共和国憲法を採択したこの国は、1966年からの文化大革命による混乱を経て、国連での代表権を回復するなどして国際社会へも復帰し、その後、鄧小平の指導の下での改革開放政策、**社会主義市場経済**により、高度の経済発展を遂げた。しかし、1989年6月4日、天安門広場に人民解放軍を突入させ、集まっていた知識人や学生らを武力で排除した**天安門事件**などに見られるように、中国共産党は事実上の一党支配を強めており、習近平主席の下、立憲主義とは異なる政治体制を持つ強国が生まれている。一帯一路をスローガンとする新たな経済圏の主張、第1・第2列島線を軸とする軍事的プレゼンスの拡大が顕著である。また、ソ連崩壊後のロシアでは1999年の大統領代行以来（2004-08年の首相時代も含め）、プーチン政権が継続して専制化し、シリアやウクライナへの影響を強めている。新冷戦において、中国と歩調を合わせた行動も目立つ。これが進み、権威主義的政治体制が立憲民主主義体制に優位するののか、の分岐点に在ると言っても過言ではあるまい。

254頁22行目後追加 前国家的人権が、国家権力からの人権制限から自らを防御する性質を持ち、近代市民革命の寵児であるのに対し、後国家的人権は、国家に働きかけを行う性質を持ち、現代行政国家において修正されたり加え

られたりしたものが多。特に、国務請求権や社会権の第一義的な対象は行政であり、これが満たされないときに裁判に訴える権利である。参政権は、近代冒頭は国民の中でも「財産と教養」ある人々だけが議会や行政に働きかけ、参加する権利であったが、今では国民全般の権利となったと言ってよい。

258頁2行目後追加 *本シリーズの人権論の構成は、包括的基本権の中で生命・身体的自由（刑事手続上のそれや家族に関する権利を含む）を語り、その後は精神的自由、経済的自由という自由権に力点を置く。人権論特有の問題は、依然として古典的な自由・平等が占める割合が大きいと思える。請求権・参政権的権利は、あるいはそれぞれ関連する統治機構の説明の中で語ってもよいかのような配置である。

260頁16行目後追加 *天皇は憲法1条により主権者から排除されており、直截に人権享有主体性を認めることは難しい。参政権は認め難いし、政治的表現の自由は大きく制約されよう。しかし、生身の人間である以上、日本国憲法が天皇の「人権」を文字通り認めない対応を認めたとは思えない。多くの問題は、日本国憲法が「天皇」に相応しい権能や条件をどう定めたか、という憲法解釈の問題となるであろう。広義の中立性は維持されなければならない。これを害する非公職の「仕事」をすることもできまい。外国籍を有することも「象徴」性に反しよう。他方、「日本国と日本国民統合の象徴」が、2条の規定により世襲であるものとしても、男性でなければならない憲法上の理由はない（このことは、天皇も人権享有主体であるとする通説的立場であれば、なおさらであろう）。これに対して、退位や、家族法的な自由は、意図せざる影響も大きく、難しい問題である。なお、皇族の人権は総じて、あるが、天皇制のために制約され得る、と言えよう（皇族の婚姻の自由は皇室典範上あるが、事実上完全なものでもない、など）。

263頁8行目未追加 現在では指紋認証は外国人に限らず一般化している。何を「プライバシー」と認識するかも、難しい問題である。

265頁13行目未追加 基本的には、人および市民の権利宣言（フランス人権宣言）4条の「自由とは、他人を害しないすべてのことをなすことにある」という他者加害禁止の原則による。とは言え、それは他者の人権内容が決まらなければ自らのそれも定まらないという矛盾もあり、議会と、そして現代では裁判所によって、均衡点を探すべきものである。

266頁14行目後追加 *学説の中には、こういった説明を国民A・国民B・国家の三面関係と捉え、国家保護義務の行使と読む説がある。しかし、国民Aの人権制約はあくまでも政府と国民Aとの関係であり、国民Bの人権は政府利益の理由の一部に過ぎない。また、国家保護義務を言い出すと、人権制約は過剰になりやすい（例えば、無用に重い刑罰の宣告や存続の正当化理由になりやすい）。このため、通説・

- 有力説は、誤用を招くとしてこの語を忌避してきたのである。安易な使用は慎みたい。
- 271 頁 6 行目途中追加 受刑者と**弁護士**との接見を拒否、信書の検閲などは監獄内の規律や受刑者の教化のためとした（最大判平 10・4・24 判時 1640 号 123 頁）ほか、
- 272 頁 1 行目途中追加 例えば、**国家公務員法** 98 条 2 項は公務員の争議行為を禁止し、108 条の 2 第 5 項は警察官、海上保安庁職員、刑務官などに団結権すら与えていない。
- 274 頁 1 行目冒頭追加 * 堀越事件と同日判決の宇治橋事件（最判平 24・12・7 刑集 66 卷 12 号 1722 頁）では、同様の行為をした厚労省社会統計課長補佐の有罪が維持された。その違いは、この事件の被告が管理職だからのようである。ただ、その業務は統計の処理であり、さほど政策判断の余地があるとも思えない。この判決を批判的に考えると、当該公務員の業務を個別に検討するところに進むこととなり、そこには単なる人権制限の審査枠組みがあるだけのこととなり、特別権力関係論や特別な公法関係の理論を主張せねばならない余地はほとんどないであろう。
- 274 頁 5 行目末追加 この判決では、**地方議会**の自律の問題として解決すればよいとして、部分社会論の否定がなされたと言えようが、そうであれば特別権力関係論及び特別な公法関係の理論の終焉も宣告されたと言っても過言ではない。それぞれの機関や結社の自律や自治の問題として、対立当事者の人権制限が憲法上許されるかを考えるべきである。
- 276 頁 13 行目末追加 （前述の女兒逸失利益訴訟のようなものは、従来の通説の見解やドイツ的理解によれば、憲法の私人間効力の問題ではないことになる）
- 277 頁 22 行目末追加 そう考えると、「憲法の私人間効力」論として特殊な問題への特殊な解法の提示を行う姿勢は終わりにすべきであろう。
- 278 頁 1 行目途中追加 これらは、19 条と 21 条が一般法、20 条と 23 条が宗教や学問領域でそれらを横断する特別法の関係にある。
- 282 頁 25 行目後追加 * このように、表現の自由が優越的地位を有する理由は学説によって微妙に異なるが、そのこと自体を否定する有力な学説は皆無と言ってよい。また、言論の自由が多くの国でしばしば不当に弾圧されてきたことからして、司法権がそれに手厚い保護を与えるべきことは、詳細な説明を抜きにしても、確かであるように思われる。ただし、優越的地位の根拠の何を強調するかによって、保護の手厚さや保護範囲が微妙に異なることになる。
- 285 頁 19 行目後追加 * 非政治的表現については、社会的批判（芸能人のスキャンダルを暴く週刊誌への批判、エロスな映像を含む番組からのスポンサーの離脱、誇大広告企業への不買運動など）を浴びて萎縮することが多く、批判が言論封殺と批判されることも少ない。しかし、このことと政府がこれら言論の自由を広く規制で

きることと間には乖離があると思われる。

292頁8行目後追加 *これらの基準は法令審査の基準だとする主張もあるが、適用の場面でもそれらの基準に適合せねば合憲に足らないため、適用審査の基準でもある。また、表現規制は過大であってはならないことからすると、ブランデンバーク基準を用いる方が適切であろう。また、刑罰法規である以上、LRAの基準をクリアするものでなければならない。

294頁2行目末追加 こういったこともあり、NGO「国境なき記者団」が認定する「世界報道自由度ランキング」で、2010年には11位であった日本は、2013年の53位から低迷、2021年には71位(韓国42位、台湾43位、アメリカ44位、香港80位)となっている。

298頁7行目途中追加 大阪市ヘイトスピーチの対処に関する条例に基づく氏名等の公表措置は、「学識経験者等により構成される附属機関に対する諮問」を経ており、やむを得ない規制だとする判決もある(大阪地判令2・1・17判地自468号11頁)。

299頁7行目末追加 和歌山毒入りカレー事件報道事件判決(最判平17・11・10民集59巻9号2428頁)では、刑事事件法廷での手錠・腰縄状態の被告人の容貌・姿態を描いたイラスト画の週刊誌掲載は違法とされた。他方、家裁調査官が担当した少年保護事件を題材として執筆した論文を専門雑誌などに公表したことは、重要な公益が、ほぼ少年を特定できない記述におけるプライバシーを上回るとして不法行為は不成立だとされた(最判令2・10・9民集74巻7号1807頁)。

303頁2行目冒頭 時・場所・態様規制が広汎になりがちなることも踏まえ、有力説が妥当である。

304頁11行目途中追加 (明らかに公開されるべき情報の公開を明らかな権利者が請求しているようなときは、憲法から直接請求権を導き出す余地はあるかもしれない)

310頁5行目末追加 内部自治を広く認めれば、組織ボスのワンマン運営を黙認することとなり、党(組織)内民主主義を侵すという問題が生じる。しかし、特に強制加入性を有さない精神的自由の一部としての政党や宗教団体などの結社であれば、その組織運営に反対であれば脱退して別の結社を作る自由もあるだけである。

316頁7行目末 なお、国・公共団体自身の宗教活動については、「国教」を禁じる20条3項により、少なくとも特定宗教と言えるものは直截に違憲とする判断枠組みを提示することは吝かではない。

317頁9行目末追加 最高裁も、管理法人の実態などを踏まえてこれを違憲とし、土地代の全額徴収も命じた(最大判令3・2・24民集75巻*号*頁)。

318頁26行目末追加 (基本的には、「司法権」の定義に発する違憲審査権の制約のため、法的権利・利益の面で勝訴した側が上告できないことも、下級審の理由付け

- が確定することも、靖国訴訟に限らず、やむを得まい)
- 323 頁 16 行目途中追加 本権利は、条項の置かれた場所から見ても、刑事手続の失敗に向けられた、生命・身体的自由の最終的なものという性格を有している。
- 324 頁 24 行目途中追加 なお、仮にこの領域で「裁判を受ける」権利を強調するとすれば、日本の近代史の中では、行政裁判を民事裁判同等に提起できることが強調され、国務請求権に分類されている権利は、結局、行政による権利侵害を司法に請求できる権利の側面が強いことが強調されなければなるまい。
- 326 頁 24 行目末追加 選挙が最も基礎的な国家機関である有権者団の行為である側面はあるが、それによって選挙権の権利性を削ぐものではない。その意味で語られる二元説は否定されてよい。
- 327 頁 14 行目途中追加 (補欠選挙ではなく再選挙となる)
- 329 頁 13 行目途中括弧内追加 この名残で、欠員の一時補充は現在でも州が行える
- 345 頁 17 行目後追加 *分立が3であるのはモンテスキューの影響であり、必須ではない。ロックは国王と議会の2権を想定しており、台湾は、中華民国憲法において、3権に中国伝統の考試、監察を加えた5権を目指していたとされる。一般に3権となっているが、二院制の第二院、独立行政機関、内閣法制局などの官僚機構、複数の下級裁判所の存在なども視野に入れるべきであり、地方自治がタテの権力分立であることも見逃せない。更に、複数政党、複数のメディア、複数の大学(就中、社会科学系学部学系)や宗教団体などが精神的自由の優越的地位を支えに存立することで、その実を上げていることは、権力分立原理が近代的な自由主義と強く結び付いていることをよく示している。
- 346 頁 7 行目途中追加 これはそのまま、**参政権**、**古典的自由権**や**形式的平等**、**適正手続**、そして**社会国家**ではさらに**社会権**や**実質的平等**の調整問題でもある。
- 346 頁 10 行目末中追加 日本国憲法の下では、国民主権や参政権を強調すれば国会の権限を強める解釈につながり、権力分立を強調すれば三権を対等にする解釈を導き易く、法の支配や適正手続などを強調すれば**裁判所**を頼る傾向を帯びよう(社会権の拡大と社会国家化はそのまま**行政国家化**であり、**行政の肥大化**阻止も視野に入る。また、日本国憲法においては**平和主義**も忘れられない)。こういった諸原理に遡った検討は各条の解釈や個別の事案の解決に影響しよう。
- 347 頁 5 行目後追加 *国会が他機関の構成員を解職できるのは弾劾裁判に限られる。また、構成員全員の解職を求める内閣不信任決議の場合、内閣が衆議院を解散することもできる。そう考えると、任命とは異なり、民主主義の要請よりも、各機関の自律や権力分立原理が効いている印象である。その意味では、最高裁判所裁判官の国民審査(79条2・3項)は突出した制度である。
- 349 頁 16 行目後追加 *旧来の議論の論拠は、退位を認めると、権力者にとって都

合の悪い天皇を早々に引退させることが可能となり、究極の天皇の政治利用が可能であることにあったように思える。この点、高齢を理由とする天皇自身の強い意向による退位はこの懸念が少ないとも思えるが、特例法であり、定年や退位の客観的条件を示す通常の法律となったことは禍根を残した。現行憲法下での上皇が何であるかも議論がほとんどなかった。歴史的には、皇位を離れた上皇の院政が巨大な政治権力となったことへの一般的な警戒がなかったこともまた禍根を残そう。

354頁15行目後追加　いわゆる「押し付け憲法」論は、ポツダム宣言の受諾以降の連合国やその総司令部の圧力を根拠とするが、その後の日本国民により最終の政治形態が決定されており、松本案は最も保守的な民間草案より更に後進的なものであったことも踏まえると、当時の日本政府に属する人々にとって好ましからざる国際情勢や国民感情があったことを曲解させているものであって、少なくとも法的に現行憲法が無効であるとするのは無理がある。また、占領下の憲法改正はハーク陸戦法規違反であるとの主張もあるが、同条約の適用は交戦中の占領に適用されるものであって、仮にそうでないとしても、ポツダム宣言という特別法の適用が優先するため、この主張にも無理がある。むしろ、戦後のポツダム・ヤルタ体制を承認し、軍国主義・ファシズムを放棄したことは、少なくとも事実上の憲法改正限界となっていると考えるべきであろう。

356頁1行目冒頭追加　* 2021年の国民投票法改正時には、期日前投票の拡大や大型商業施設や駅での共通投票所の設置、在外投票制度の緩和などのほか、附則に、テレビやラジオのCM規制と外国人寄付規制について3年後を目処に検討することを盛り込むことが決められた。

また、274頁4行目から14行目を以下のように改める。最高裁は一時、と全通東京中郵事件で「国民生活に重大な障害をもたらす」ときなど以外、争議行為に対する刑事処罰はできないなどとし(最大判昭41・10・26刑集20巻8号901頁)、東京都教組事件(最大判昭44・4・2刑集23巻5号305頁)や全司法仙台事件(最大判昭44・4・2刑集23巻5号685頁)では、争議行為やその煽りが「違法性の比較的弱い場合」も処罰するとすれば地方公務員法などは違憲であり、そうでないように合憲限定解釈しなければならない(二重の絞り論)とし、それぞれ公務員の争議行為について刑罰をもって禁じることを疑問視する姿勢も示した。しかし、全農林警職法事件(最大判昭48・4・25刑集27巻4号547頁)において判例変更がなされ、公務員の争議行為は「地位の特殊性および職務の公共性」と相容れず、また、「国民全体の共同利益に重大な影響を及ぼす」などの理由でその一律的な争議権制限を合憲とした。この方向は、岩手県教組学力テスト事件(最大判昭51・5・21刑集30巻5号1178頁)や全通名古屋中郵事件(最大判昭52・5・4刑集31巻3号182頁)でも維持され、現在でも判例である。

328頁9行目（在宅投票制度違憲訴訟）の「最大判」を「最判」に訂正する。

339頁26行目の「主権者」を「有権者団」に訂正する。

各所の「合憲性判断基準（テスト）」を「合憲性判断テスト（基準）」に改める。

各所の「表現内容中立的規制」を「表現内容中立規制」に改める。

本号と重複がある「各国憲法史」の章、「人権総論」の章中の「二重の基準論」の内容は調整される。

〔付記2〕 本誌29巻3号の拙研究ノートに以下の文を加筆する。

449頁6行目前追加 憲法の予定する国会は主に立法機関の性格を有する議会である。歴史的にはヨーロッパ中世の身分制議会に期限を有するが、近代市民革命を経て、民意を反映すべき場となり、さらには普通選挙制の導入により、国民の全階層にまでその対象が広がったものである。抽象的な法規範を定めることで、行政機関を民意から離反しないように縛ることがその近代的役割である。

日本における最初の本格的な議会である大日本帝国憲法下の帝国議会には、予算の先議権以外は衆議院と対等の権限を有し、「皇室の藩屏」とも呼ばれた貴族院があった。政党の発達により、大正デモクラシー期には、主として衆議院の多数党から内閣が形成される、憲政の常道という近代立憲主義的な運用も見られたが、これは憲法が明文で保障するものではなく、5・15事件などを境に切り崩され、最終的に議会は翼賛機関へ転落したのである。

451頁7行目途中追加 八幡製鉄政治献金事件判決（最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁）も政党の存在を前提としている。

457頁25行目途中追加 衆参兼職も禁じられている（48条）。

480頁20行目前追加 絶対王政の頃、「朕は国家なり」（ルイ14世）に代表されるように、出来立ての国民国家（nation state）に公的機関の有意な区別があったかも疑わしい。近代は、専制的な王政を倒したり（共和制）、少なくとも国王から立法権・司法権を剥奪したり（立憲君主制）することで、権力分立を図り、残った行政権もしくは執行権に対しても法の支配を及ぼす歴史だと言えよう。そう思うと、内閣や行政機関の歴史は統治機構の近代史である。各国の歴史的展開の中で、行政権もしくは執行権を担う機関は君主か大統領となり、その下に首相を筆頭とする合議体が形成されるようになった。両者及び議会の関係は各国の政治部門を性格付けることとなろう。日本国憲法では、天皇は政治的権能有さず（4条1項）、無論、大統領も存在しないので、内閣が専ら行政権の主体となっている。

492頁6行目後追加 *そもそも行政は憲法の法の支配（実質的法治主義）の要請から、適正な手続に則ってなされなければならない。行政が行政指導中心で進んできたことを是正するため、1993年には行政手続法が制定された。その1条によると

同法は処分・行政指導・届出に関する手続・命令を対象とし、「行政運営における公正の確保と透明性の向上を図」ることが目的である。12条以下が処分基準の設定、処分理由の告知、聴聞の機会の付与などを規定している。これは、憲法13条(通説・判例によれば31条準用)に適合するものでなければならず、足りない分は一種の合憲限定解釈(実質、合憲拡張解釈と言うべきもの)による拡充が必要であろう。また、1999年には、情報公開法(行政機関の保有する情報の公開に関する法律)も制定された。その1条によると同法は、政府情報公開により「政府の有するその諸活動を国民に説明する責務が全うされるようにするとともに、国民の的確な理解と批判の下にある公正で民主的な行政の推進に資することを目的とする」。同法3条は開示請求権、5条は開示義務(許容される不開示理由)などを定めるが、行政裁量が過大に認められていると思えるものも散見され、これらもまた憲法21条(通説・判例によれば1条など複数の条項)に適合するものでなければならず、足りない分は一種の合憲拡張解釈による拡充が必要となろう。

504頁*の国民国家の記述の大半は本稿に移譲される。

514頁7行目後追加 *一般的には以上の通りであるが、他自治体住民がその規制があるのを信じられないような、国内共通の違法性に支えられない刑罰法規を適用することは、罪刑法定主義の保障から、適用違憲とすべき場面もあろう。

【付記3】 主要な教科書・基本書・判例集・コンメンタル等は参考とさせて頂いたが、本稿の性格上、原則として個別に註を付しての引用を行わなかった。御海容願したい。本稿は、平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。また、令和2年度・3年度横浜国立大学国際社会科学研究院法律系サバティカル(但し、3年度は委員等免除のみ)中の成果である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

【付記4】 2018年度以降の横浜国際社会科学研究所掲載の拙稿は、冊子体の刊行が(2021年度からは学内用・抜刷も含め、全面的に)廃されたため、CiNiiなど経由で横浜国立大学学術情報リポジトリから参照されたい。